

社会科学前沿

# 社会性别视野下的法律

## ——女性与法律

肖巧平 著

Law from the View of Social Gender



中国传媒大学出版社

# 社会性别视野下的法律

## ——女性与法律

---

肖巧平 主编

中国传媒大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

社会性别视野下的法律：女性与法律 / 肖巧平著. —北京：  
中国传媒大学出版社，2006.3  
ISBN 7-81085-680-4

I. 社… II. 肖… III. 妇女权益保障法—研究—世界  
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 011132 号

## 社会性别视野下的法律：女性与法律

---

作 者 肖巧平  
责任编辑 蔡开松  
责任印制 曹 辉  
封面设计 左 铭  
出 版 人 蔡 翔

---

出版发行 中国传媒大学 出版社 (原北京广播学院出版社)  
北京市朝阳区定福庄东街 1 号 邮编 100024  
电话：86-10-65450532 65450528 传真：65779405  
<http://www.cucp.com.cn>

经 销 新华书店总店北京发行所

---

印 刷 北京市后沙峪印刷厂  
开 本 880 × 1230mm 1/32  
印 张 8.5  
版 次 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

---

书 号 ISBN 7-81085-680-4/K·680 定 价：26.00 元

---

版权所有 翻印必究 印装错误 负责调换

## 前 言

五年前一次偶然的机会有幸，我接触了女性学。接下来的一年多时间，我读了不少女性学著作，既有国外的名著，也有国内一些著名学者的论著，很受启发。我试着将女性学的一些原理和知识运用到我的专业——法学的教学和研究中，取得了较好的成绩：所写的9篇论文全部发表，所开的选修课得到学生好评。我大受鼓舞。一方面不断学习，一方面不断修订教案，经过三个回合，教案逐渐成熟。又经过一年的努力，拙著终于完成了。

社会性别理论是西方新女权运动的成果，是对自然性别理论的扬弃。它不仅已成为女性学的基本理论，而且在其他领域也产生了广泛影响，联合国以及一些发达国家在决策时，都比较注意从社会性别角度进行考虑和论证。1995年在北京召开的联合国第四次世界妇女大会通过了《北京宣言》，宣言宣布：“我们以各国政府的名义……确保在我们所有的政策和方案之中体现性别观

点”。《中华人民共和国 1995 年第四次世界妇女大会〈北京宣言〉、〈行动纲领〉执行成果报告》中说到：“回眸北京会议，我们欣喜地看到，大会的声音已经在世界各地产生反响，《北京宣言》和《行动纲领》的精神已逐渐扎根于各国政府的规划和行动之中。谋求平等、发展与和平，不仅是全球妇女的呼声，而且已成为时代发展的共同要求，代表着全人类的良好愿望，体现了各国政府和国际社会的一致理想和决心。”

社会性别理论的要点主要有：社会性别是人类社会中一个重要的社会组织原则；在大部分社会中，把人组织到男女不同的劳动分工、社会活动和性活动的安排具有等级含义；社会性别等级是构造差异的一个重要方面，是通过一套机制来实现的；这套机制不仅维持了性别的分工，男女有别的行为方式，也制造了差异的主体身份，即男女不同的社会性别身份；在多种等级制度并存的社会中，性别等级是在同其他等级制度的交叉中发生作用，而不是孤立发挥作用；在不同历史和社会条件下，对不同社会群体中具有多重身份的人来说，多种等级制度的交叉是多样的和不同的，而非始终围绕一个不变的中心。简单地说，社会性别理论认为：男女之间的差异是在社会文化中形成的，是“社会体制习俗”把人组织到规范好的“男性”、“女性”的活动中所产生的结果，而不是因为男女的生理特征而自然产生的。它要求在看待有关问题时，要考察女性与男性面对的不同的社会现实、生活期望、经济环境等因素，分析社会公共政策对女性和男性的不同影响，尤其是可能给女性带来的负面影响，进而修改社会公共政策包括法律，以期消除男女之间的实际不平等。

与以往的关于妇女权利的著作不同，拙著不仅对妇女的权利作了介绍，更重要的是用“社会性别理论”和“社会性别分析方法”指导对妇女法学的研究，试图弄清楚，现有法律对妇女权益保护是否有缺陷，这些缺陷是什么，并尝试怎么来弥补这些缺陷。而且，拙著力图给读者传达这样的信息：妇女并不只是受

法律保护的对象，并不只是在被动地享受人类法律文明的成果，她们和男性一样，是法律文明的推进者，是法律进步的动力。

尽管作了努力，但我深知：拙著还很不成熟，存在着不少的问题甚至错误，我诚惶诚恐而又真心实意地等待着各位专家、学者和广大读者的批评、指正！

肖巧平

2006年4月

# 目 录

## 前 言 / 1

## 第一章 女性与宪法 / 1

### 第一节 女性推进宪法进步的作用 / 1

### 第二节 一些国家的宪法等法律文件对妇女问题的规定 / 25

### 第三节 中美宪法关于妇女问题的比较 / 31

### 第四节 妇女的参政权 / 36

## 第二章 女性与刑法 / 60

### 第一节 女性推进刑法进步的作用 / 60

### 第二节 我国刑法对女性的特殊规定 / 65

### 第三节 一些国家刑法中存在的性别问题分析 / 72

### 第四节 我国刑法及刑事诉讼法的社会性别思考 / 73

### 第五节 社会主义市场经济体制下妇女犯罪问题 / 91

## 第三章 女性与劳动和社会保障法 / 103

### 第一节 女性为争取劳动和社会保障权利进行斗争 / 103

### 第二节 我国妇女劳动权利保护的法律制度 / 105

### 第三节 妇女劳动和社会保障权利的现状 / 114

### 第四节 妇女劳动和社会保障权利不到位的原因分析 / 123

第五节 完善妇女劳动和社会保障的法律制度 / 130

第六节 加强政府职能部门的作用 / 153

第七节 提高妇女的自身素质 / 155

#### **第四章 女性与婚姻家庭法 / 157**

第一节 中国古代妇女在婚姻家庭中的地位 / 157

第二节 女性争取婚姻、家庭权利的斗争 / 161

第三节 《婚姻法》对妇女婚姻家庭权利的保护 / 165

第四节 我国目前妇女婚姻家庭地位的状况 / 169

第五节 关于《婚姻法》对妇女权益保护的思考 / 175

#### **第五章 女性与性权利 / 208**

第一节 女性使“性”成为男女共享的平等“权利” / 208

第二节 什么是性权利 / 221

第三节 性权利在现有法律和准法律中的体现 / 224

第四节 我国法律中性权利的分析 / 228

#### **第六章 女性与国际法 / 234**

第一节 国际法对妇女权利的支持 / 234

第二节 区域性法律对妇女人权的保护 / 242

第三节 妇女和妇女组织是推动妇女国际人权  
保护的重要力量 / 245

第四节 国际法在妇女保护方面存在的问题 / 253

**主要参考书目 / 261**

**后 记 / 263**



# 第一章 女性与宪法

宪法是一个国家的根本大法,是治国安邦的总章程。女性参与社会事务,要求用法律的方式保护自己的权益,是离不开宪法的。事实也是如此。宪法产生前后,女性就积极地参与宪政活动,在推动国家民主法制建设的过程中,也为自己的权益不断地奋斗。

## 第一节 女性推进宪法进步的作用

### 一、美国妇女对宪法的推进作用

#### 1. 美国妇女争取选举权的斗争

美国妇女争取选举权的有组织的斗争始于1848年7月19日。这一天,美国第一届女权代表大会在纽约州的塞内卡福尔斯召开,会上发表了一项关于妇女权利的宣言——《感情宣言》。开篇时,她们用自己的语言重复了《独立宣言》的精神:人人享有不可剥夺的人权,统治者的合法性取决于被统治者的认同,所有这一切均适用于妇女。她们宣称:妇女有权掌管自己的收入,拥有财产、受教育、离婚、保护自己的孩子的权利。在《宣言》的最后郑重提出:妇女有权参加选举。

第一届女权大会召开的起因是1840年世界反奴大会召开时有两名女性仅仅因为是女性而被大会除名。这两名女性是柳克丽霞·莫特和伊利莎白·卡迪·斯坦顿。这一事实激起了她们的义

愤。她们携起手来,共同开展女权运动。正是她们卓有成效的工作,才有了美国的女权运动,才有了女权大会。

1867年,堪萨斯州立法机关宣布由公民投票决定是否授予黑人和妇女选举权,妇女选举运动领袖抓住这次机会进行活动。路西·斯通及其丈夫到达堪萨斯州,在各地作巡回演讲;另一女权运动领袖安东尼和伊利莎白·卡迪·斯坦顿则在纽约作准备,9月她们也赶到了堪萨斯州,并带来了6万份宣传资料在该州各个地方免费发放。但斗争没有取得胜利。

1869年,以安东尼和伊利莎白·卡迪·斯坦顿为首的激进派成立了“全国妇女选举协会”,目的是要敦促国会通过宪法第16修正案,赋予妇女选举权。以路西·斯通为代表的温和派成立了“美国妇女选举权协会”,其目标是在第15修正案下,一个州一个州地实现妇女的选举权。两派虽然存在分歧,但最终的目的是一致的。

1869年,美国召开了第一届争取妇女选举权大会,在大会通过的决议中声称:“男人政府比白人政府更坏。”

是年末,密苏里州的弗兰西斯·迈纳(Francis Minor)和夫人弗吉尼亚·迈纳(Virginia Minor)认为宪法第14修正案“凡在合众国出生或加入合众国国籍而受其管辖的人,均为合众国及其居住州的公民。各州皆不得制定或施行任何剥夺合众国公民的特权和豁免权的法律……”赋予了他们公民权,国家不能剥夺任何公民,包括男子和妇女的“特权和豁免权”,因此,他们有权参加选举。但他们的要求被负责选民登记的注册官拒绝。在“全国妇女普选权协会”(1869年成立)的帮助下,迈纳夫人向州法院控告注册官,州法院否决了迈纳夫人的诉讼。迈纳夫人不服,上诉到了联邦最高法院。1894年,联邦最高法院维持原判,并宣称:选举权不能自动地伴随公民资格产生。国家可以从法律上拒绝给予一些公民诸如罪犯、疯子和妇女以选举权。

迈纳夫人的失败并没有阻止妇女为争取选举权而斗争的

脚步。

1872年,苏珊·安东尼带领16名妇女为再次考验宪法第14修正案,在总统选举中说服了3位男性登记官,进行了选民登记。在这一事实的鼓舞下,约50名妇女进行了选民登记。11月5日,安东尼与14名妇女在大选中投了票。然而,两周之后,她们全部被捕。在被捕期间、交保释放期间以及法庭上,安东尼等人发表了大量的演讲,对妇女获得选举权的理由进行了充分的论证和说明,尽管该案最后以安东尼违法,被判罚款而结束,但该案的影响却非常大,妇女选举权的问题被更多的人所了解<sup>①</sup>。

苏珊·安东尼继续努力,在1878年说服加利福尼亚州的参议员艾伦·萨金特(Aor Sargent)提出了一项宪法修正案的提案:“合众国公民的选举权不因性别而被合众国或任何州所否定或拒绝。”但这一提案被参议院扼杀。在以后的18年中,这一提案尽管反复提交国会,但均遭否决。

与此同时,妇女们在州一级展开了争取宪法修改的斗争,而且取得了一定的成果。在1870年至1910年的40年当中,有11个州就妇女选举权问题进行了公民投票。遗憾的是,11个州都未通过。可喜的是,到1890年,有19个州允许妇女在学校问题上投票,有3个州允许在税收和债券问题上投票。

妇女争取选举权的斗争到1909年进入了高潮。这一年的3月8日,芝加哥的妇女为争取自由、平等的参政权,举行了彪炳于世界妇女运动史册的规模宏大的游行集会,强烈要求享有选举权。这一运动得到了全世界妇女的支持。

从1910年起,华盛顿州、加利福尼亚州、俄勒冈州、得克萨斯州、内华达州、纽约州等相继给予了妇女参政权。1916年,珍妮特·兰金成为美国国会的第一个女议员。

---

<sup>①</sup> 陆镜生:《美国人权政治——理论和实践的历史考察》,当代世界出版社1997年版,第272页。

1919年,国会通过了宪法第19修正案。该修正案规定:“合众国或任何一州不得因性别关系取消或剥夺合众国公民的投票权”,1920年8月26日,该修正案获得批准,开始生效。美国妇女经过半个多世纪的不懈努力,终于获得了与男子政治上的平等选举权。在美国的影响下,到1920年,世界上已有26个国家向妇女授予选举权。

美国妇女获得选举权,除了以上所述妇女为争取选举权而进行的不懈斗争外,还有多种原因。

第一,经济的发展改变了妇女传统的生活方式,使妇女从家庭劳动中解放出来走向社会,妇女的综合素质有了很大的提高。

首先,经济的发展,科学技术水平的提高,各种家用电器如电烤炉、洗衣机、吸尘器、电熨斗等的出现,把妇女从沉重的家务劳动中解放出来,学校教育的发展和普及、幼儿园的兴办把教育儿女的责任承担起来,妇女有时间接触和从事家务劳动以外的事情和工作。

其次,经济的发展,对劳动力的需求增大,给妇女提供了参加社会工作的机会,越来越多的妇女走出家门,走上社会,和男子一样挣钱养家。据1900年的人口统计,该年美国有600万妇女挣取工资。1890年到1900年间,工厂中的女工数量比男工增长快,而且比出生率增长都快。到1910年,靠工资为生的妇女人数达到900万<sup>①</sup>。

再次,经济的发展,家庭收入的提高,社会福利的增长,妇女受教育的机会增多,妇女的文化科技水平提高。

第二,妇女在美国革命和经济建设中的作用赢得了社会对女性的赞誉和承认。

还在独立战争时期,妇女就加入到了革命运动之中。独立战

---

<sup>①</sup> 黄虚峰:《再探20世纪初美国女权运动迅猛发展的原因》,《历史教学问题》2001年第2期,第34页。

争时期妇女们通过以下行动支持了反抗英国殖民主义的斗争：

纺纱织布,抵制英国纺织品。纺织业是英国 18 世纪最重要的工业,抵制英国的纺织品是反抗英国殖民统治的非常重要的经济手段,这一手段的实施有赖于妇女的鼎力相助,一方面,妇女是纺织品的主要购买者,另一方面,需要妇女生产土布来满足人们对“衣”的需求。妇女们积极参与到这一运动中来,她们组织起来纺纱织布,并以穿土布衣服为荣,一些贵夫人也加入到这一行列。《波士顿晚报》对妇女的这一行动给予了很高的评价:“北美妇女的勤劳和节俭必然提高她们在人们心目中的声望,并有助于表明她们对于从政治上拯救整个大陆作出了多么大的贡献!”

巩固后方,支援前线。她们送子送夫参战,承担原先属于男子的“户外”事务,为前线提供军需品,为军队筹集捐款,她们同时还担当着打击投机商、打击效忠派的任务。

直接参与前线的战斗。在独立战争期间,大约有 2 万多名妇女跟随其在军中的丈夫或情侣转战各地。她们积极参与部队的烹饪、洗涤以及护理伤病员的工作,有时还协助搬运军需品<sup>①</sup>。

在南北战争时期,在第一次世界大战期间,妇女们都一如既往地参加到战争中来,为国家贡献自己的力量。如在第一次世界大战期间,妇女们成立了“妇女服务全国联盟”,在各州成立支部,组织志愿者保养、维修汽车,充当掩护部队服装的实验者,在红十字会当护士,还有女工应召到农场劳动<sup>②</sup>。

国家安定时,妇女们就积极参加国家的经济建设,尤其是在西部开发中发挥了巨大的作用,受到一些有识之士的由衷的赞美。在第 19 修正案的辩论会上,来自西部的议员这样表达他们对妇女的敬意:“妇女教育我们的孩子。我们从妇女那里学习了最纯洁

---

① 参见胡玉坤:《妇女在美国革命中的历史角色》,《史学月刊》1998 年第 5 期,第 75 - 81 页。

② 参见黄虚峰:《再探 20 世纪初美国女权运动迅猛发展的原因》,《历史教学问题》2001 年第 2 期,第 34 页。

的社会规范,学习了对社会、对政府、对上帝等的责任的最崇高理想。我国国土上的妇女有文化,受过教育,举止文雅,与男子并肩劳作,在某种程度上比男子作出更多的牺牲。”“在家庭里,在宗教上,在社会上,在文明的根基上,正是妇女是我们最高理想和目标的塑造者。她们塑造了鼓舞人心的天才,这些天才缔造了自由、正义和民主。在世界上为保护人类而开展的提升精神、道德和社会的伟大改革运动中,妇女起到了显著的作用,并甘愿为文明和自由而受苦和牺牲。家庭、教会、学校和国家依靠妇女得到最大的发展和最大的成就。”<sup>①</sup>

## 2. 美国妇女与《平等权利》宪法修正案

尽管经过不断的努力与斗争,美国妇女获得了选举权,但男女不平等的现象仍在社会生活各个方面大量存在,如就业的不平等、同工的不同酬等,美国妇女不满足于现有的状况,她们仍要继续抗争,要求宪法确认男女平等。为此,她们进行了下列工作:

(1)1923年,全国妇女党向国会提出议案,要求“将法律不得因性别而否定权利平等”作为宪法的修正案。失败后,转而向民主、共和两党提出,要求作为两党的党纲。1940年,共和党将其列入党纲,1944年民主党也把它列入其党纲,而且成功促使艾森豪威尔总统在1957年国情咨文中建议国会通过《平等权利法案》,但国会仍没通过。

(2)1967年11月,全国妇女组织在华盛顿召开大会,起草了妇女人权法案,主要内容有:实施平等权利宪法修正案,实施禁止就业中性别歧视的法律,增加产假权,实施平等的无隔离教育,提供平等的训练机会和对贫困妇女的津贴,确定妇女拥有控制自己生育的权利。

(3)1970年7月21日,全国妇女组织主席弗里丹在一次记者

---

<sup>①</sup> [美]托马斯·伯根索尔著:《国际人权法概论》,中国社会科学出版社1995年版,第311页。

招待会上倡议全国妇女在8月26日这一天实行“妇女为平等而罢工”的总罢工。这次罢工的目的是要在全国造成一种同情、支持“平等权利宪法修正案”的气候。这一倡议得到了各个妇女组织的拥护,成为美国历史上争取妇女权利的规模最大的一次罢工。

在这些活动的推动下,“平等权利宪法修正案”得到了社会的广泛关注。1970年5月,国会参议院司法委员会举行了历时三天的“平等权利宪法修正案”小组委员会听证会,目的在于“激起全国的关注,刺激全国的良心”。1972年,国会参众两院分别以354票赞成、23票反对,84票赞成、8票反对通过“平等权利宪法修正案”,其最后的文本是:(1)合众国及任何州不得以性别为由否认或者剥夺法律规定的平等权利;(2)国会有通过适当立法施行本修正案条款的权利;(3)本修正案将于批准之日起两年后生效。国会通过后,交给各个州进行批准,夏威夷州在当天即批准,第二天,特拉华、内布拉斯加、新罕布什尔州批准,第三天,爱达荷、依阿华州加入。到1973年,有30个州批准了这一修正案。但反对妇女运动的力量依然强大,借助对罗依案的抵触,他们联合起来,统一行动。到1977年,总共才35个州批准了该修正案,而且还有些州要撤回。尽管妇女组织成功地促使国会将批准的有效期从1979年延长到1982年,但最终仍未达到宪法所要求的3/4的多数,即38个州批准,该宪法修正案流产。女权主义的这次运动宣告失败。

### 3. 美国妇女运用宪法对歧视性法律进行的抗争

美国是一个制定法与判例法相结合的国家,而且还是一个对法律的合宪性进行司法审查的国家,案件的当事人可以对案件所适用的法律的合宪性提出疑问,从而要求法院进行审查,法院,尤其是联邦最高法院可以在经过审查以后,宣布法律违宪,从而不适用该法,使得当事人获胜。美国妇女多次利用司法审查与歧视妇女的法律进行斗争。下面介绍几个这方面的判例:

#### (1) 瑞德诉瑞德案(Reed V. Reed)(1979年)

瑞德夫妇的儿子死亡,瑞德夫妇都欲成为儿子遗产的管理人。爱达荷州的法院依爱达荷州的法律:当两人在其他方面同样有资格被委任为遗产管理人时,男申请人必须优先于女申请人。瑞德夫人不服州法院的判决,认为州法律未考虑男女各自的条件而给予男人相对于女人的强制性优先地位,违反了宪法第14修正案平等保护的条款,遂上诉至联邦最高法院。针对被上诉人的辩称:该法的方案属于合理的措施,旨在通过消除异类争议减轻遗嘱检验法庭的工作负荷;给男性申请人以强制性优先权本身就是合理的,因为按常规,男人比女人更擅长于做生意。最高法院判决认为:我们相信爱达荷州法院在维持该案的合宪性时就认定州议会“已合理地得出结论:总的来说,男人比女人更适合作为遗产管理人”。但本院还是认定,该法给予男性申请人以优先权系违宪,得出这一结论时,本院含蓄地驳回被上诉人对该法表面看来合理的解释,并且认定,由于无视特定申请人的个人条件,这一受质疑的法规规定了“处境相似的……男女受到不同的待遇”;尽管该州实行行政效率的利益并非没有一定的合法性,但仅仅为了不就个人条件进行听证而不分青红皂白给予某一性别的人对另一性别的人的优先权,也就等于作出(宪法)禁止的那种武断的宪法选择。基于以上认识,联邦最高法院废除了爱达荷州的这一法律。

(2) 弗朗蒂罗诉理查德森案 (Frontiero v. Richardson) (1973年)

依美国国会的规定,有靠其扶养的家属的现役军人可增加“住房基本津贴”,其家属亦可获得全面的医疗和牙科保健。根据这些法规,男性现役军人可以主张妻子属于靠其扶养的家属而不管她实际是否靠其扶养。而女性现役军人却不能主张其丈夫属于靠其扶养的家属,除非他一半以上的生活费由她提供。上诉人弗朗蒂罗是美国空军中尉,为女性,她想获得增加的住房津贴,并为其丈夫争取住房和医疗保健福利,然而她的申请未获批准,因她不能证明其夫有一半以上的生活费靠她提供。于是弗朗蒂罗起诉至



法院,认为该法律所作的这种区别属于根据性别实行的不合理歧视,违反了宪法第5修正案的正当程序条款。因该要求没有得到联邦地方法院的支持,于是弗朗蒂罗上诉到联邦最高法院,认为依据性别的分类,如同基于种族、外侨、民族血统的分类一样本身就值得怀疑,因此必须付诸严格的司法审查;要求永远禁止这些法规继续实施并请求法院指示被告人给予自己与处境相似的男性军人相同的住房和医疗福利。

联邦最高法院审理后形成多数意见:本案中受到质疑的法规的分类,以唯一依据是个人的性别,……该法案的实施,导致剥夺诸如弗朗蒂罗这样为其配偶提供不足一半的生活费的女军人的福利,而与此同时,却把这样的福利给予为其妻提供的生活费同样不足一半的男性军人,因此,至少在这一意义上可以公平地说,这些法条要求给予处境相似的男女不同待遇。尽管该法条的实施能带来“行政上的便利”(即从经验上看,现实往往是妻子依靠丈夫,而丈夫很少依靠妻子,因此干脆推定男性军人的妻子在钱财上依靠丈夫为生,同时要求女性军人负责证明其丈夫事实上靠她养活,这样既节约又容易),但政府却没有提供可证明这一观点的证据:这样的差别对待实际上节约了政府的资金。为了满足严格的司法审查,政府必须证明。而且政府项目的有效事实不无意义,但“宪法认可高于速度与效率的价值”,而且,一旦进入严格司法审查领域,“行政便利”无疑不是一念出来就获得合宪性。因此最高法院认定,仅仅为了行政便利而给予现役军人中的男女以不同待遇,就其要求女军人证明其丈夫经济上不独立而言,这些受到质疑的法规违反了第5修正案正当程序条款,从而撤销了原判。

### (3) 合众国诉弗吉尼亚州案

1990年,一位试图进入弗吉尼亚军事学院的女中学生将一份诉状递交到美国司法部,指责弗吉尼亚军事学院只招收男生而拒绝女生。此举推动了合众国状告弗吉尼亚军事学院只招收男生的做法违犯了宪法第14修正案的平等保护条款。