

妇女法

基本问题研究

FUNUFA JIBEN WENTI YANJIU

林建军



著

中国社会科学出版社

本书由中华女子学院资助出版

妇女法

基本问题研究

FUNUFA JIBEN WENTI YANJIU

林建军
著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

妇女法基本问题研究/林建军著. —北京: 中国社会科学出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 5004 - 6209 - 5

I. 妇… II. 林… III. 妇女权益保障法 - 研究 - 中国 IV. D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 074975 号

出版策划 任 明
责任编辑 刘 兰
责任校对 锡 遵
封面设计 杨 蕾
版式设计 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2007 年 5 月第 1 版

印 次 2007 年 5 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 7.25

插 页 2

字 数 205 千字

定 价 24.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 妇女法基本原理	(1)
一、妇女法的概念	(1)
二、妇女法的基本原则	(18)
三、妇女法的法律部门归属	(27)
四、妇女法的特点	(30)
五、妇女法的渊源	(32)
六、妇女法和其他法律的关系	(36)
第二章 妇女法的产生与发展	(39)
一、妇女法的缘起	(39)
二、中国妇女法的产生	(56)
三、妇女法的未来	(79)
第三章 妇女法的内容	(86)
一、妇女法的内容渊源	(86)
二、妇女法的具体内容	(125)
第四章 社会性别视野下的妇女法	(160)
一、法律的社会性别分析及其意义	(160)
二、运用社会性别分析方法分析我国妇女法	(170)
附录 2001—2005 年妇女人权与妇女法律研究综述	(212)
参考文献	(225)

第一章 妇女法基本原理

一、妇女法的概念

概念的界定是妇女法在理论上被抽象认知的前提，是认识妇女法最有价值的关注对象和研究妇女法必须回答的课题。遗憾的是，对妇女法概念的抽象、规律的梳理在学术界基本属于未及拓荒的领域，鲜有学者涉足。^①

（一）从特殊立法目的看妇女法的概念

概念是“思维的基本形式之一，反映客观事物的一般的、本质的特征”。^② 妇女法概念界定的基础是对其本质属性进行理论的抽象，其过程与探究其他任何事物的本质一样，实际上是在一些相对恒定的要素上确定其不同于他质的“本质”，对与其接近的事物进行剥离和与其对立的事物进行对比。以上述认识为依凭，首先，如果以意识形态为背景来考察妇女法，“法”作为一个相对独立的类别，其中的妇女法和其他民法、刑法等均可以被抽象为“同质”的存在，均具有法的特征，因此妇女法首先是法的组成部分。其次，如果以“法”本身为背景来考察妇女法，则妇女法与其他民法、刑法等又属于“不同质”的存在，这种“不同质”从妇女法的名称即可看得出来。一般而言，法律的名称、分类是以法律的调

① 迄今为止，在作者的阅读范围内，仅有李明舜教授在其《妇女权益法律保障研究》一书中对妇女法的概念进行过探讨。他认为，妇女法是国家制定或认可的，调整男女两性之间的社会关系，确认妇女法律地位，保护妇女各项权益的法律规范的总称。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1980年版，第345页。

整对象即调整的不同社会关系来确定,但妇女法却打破了这一固有做法,以主体即妇女这一性别群体来命名,专以妇女为法律的保障对象,这背后暗含着一个隐而不显的基本前提,即妇女有被专门立法保障的必要,这是在与男性比较之后作出的价值判断,其理念及逻辑预设是:两性关系的最佳模式应当是公正的,目前还没有实现这一理想图景,法律应完成这一使命,这正是妇女法产生的根本动因,也是妇女法有别于他法的最显著的本质特征——特殊的立法目的。

1. 妇女法的立法目的——实现性别公正

在法律体系中,妇女法不是从来就有的,也不是永久存在的,它是特定历史时期法律制度的产物。在人类历史上,妇女长期处于被歧视、被压迫的屈从境地,在法律上则表现为对妇女与男子不平等的权利配置,妇女完全处于附属地位,没有任何权利,这种状况在世界各国普遍存在。直至近现代,随着社会的进步、妇女运动的兴起、妇女人权理论的提出以及妇女主体地位的提升,联合国和一些国家才先后颁布了保障妇女权益的法律规范,如联合国《妇女政治权利公约》(1952年12月20日通过)、《消除对妇女歧视宣言》(1967年11月7日通过)、《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年2月18日通过)、^①英国《已婚妇女财产法》(1870年)、^②法国《已婚妇女自由处理工资法》(1907年)等。在我国,从建国后《宪法》、《婚姻法》及《继承法》等法律对保障妇女权益基本精神的强调,到1992年10月1日颁布施行专门保障妇女权益的基本法律——《妇女权益保障法》,至今,已初步形成以《宪法》为基础,以《妇女权益保障法》为主体,包括国家各种单行法律法规、地方性法规和政府各部门行政规章在内的一整套保护妇

^① 参见[美]爱德华·劳森著,董云虎等译:《人权百科全书》,四川人民出版社1997年版。

^② 陆伟芳:《英国妇女选举权运动》,中国社会科学出版社2004年版,第299页。

女权益的法律体系。

“任何法律制度和司法实践的根本目的都不应当是为了确立一种威权化的思想，而是为了解决实际问题，调整社会关系，使人们比较协调，达到一种制度上的正义。”^① 妇女法的产生同样如此，从立法目的看，上述妇女法无一不立足于改善妇女的现实处境，不懈探求两性关系的最佳模式；无一不通过寻求性别平等和对妇女实行倾斜保护以期实现性别公正的立法目的。

(1) 寻求性别平等

历史上，妇女长期处于政治上无权利，社会上无地位，经济上不自立，婚姻上不自主的境地。直到近现代，随着历史脚步的不断迈进和资产阶级革命以及女权主义运动的推动，女性的意识才不断觉醒，地位不断提高，权利范围不断扩大。但是，从世界范围看，由于受歧视及缺乏机会，尤其是受教育程度低及贫穷的恶性循环，妇女在政治、经济、教育、人身、财产和婚姻家庭等领域仍面临诸多问题和挑战，妇女受歧视、受摧残的现象远未根绝，妇女人权有待改善的领域仍相当广泛。“据联合国统计：妇女的工作时间占世界工作时间的67%，妇女的收入占世界收入的10%，妇女占世界文盲人口的2/3，妇女的财产占不到世界资产的1%。”^②

针对妇女面临的诸多问题，采取法律行动推进两性平等成为妇女法孜孜以求的价值目标和妇女法产生的原动力。但何谓性别平等？在理论和实践中均充满争议，因为平等的含义不是抽象和静止的，它有待于社会道德准则的发展。“平等在演进过程和实质内容上是发展的，平等具有累积性和上下文的联系性，它是持久不断

① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1999年版，第28页。

② 亚太妇女政治参与中心、联合国社会性别主题工作组联合提供，陕西妇女理论婚姻家庭研究会“促进农村妇女参政培训教材编写项目”组编译：《让治理关注社会性别：基础教程》，联合国开发计划署、亚洲太平洋性别平等网络合作出版，第67页。

的。”^① 1975 年《关于妇女平等和她们对发展与和平的贡献的墨西哥宣言》在第 1 条即确立了男女平等的五项具体内容,即“男女平等是指男女的人的尊严和价值的平等以及男女权利、机会和责任的平等”。^②《提高妇女地位的内罗毕前瞻性战略》^③ 在第 11 条进一步将男女平等的含义解释为:“平等既是目的又是手段,法律面前人人平等,都有平等机会享受自己的权利,发挥自己的潜力和才干,以便参与国家的政治、经济、社会和文化发展工作并享受其成果。对妇女来说,平等意味着实现某些由于文化、体制、行为和态度方面的歧视而被剥夺的权利。平等对发展与和平极为重要,因为在国家和世界上的不平等状况会自我延续并会加深各种形式的紧张局势。”^④ 根据上述联合国文件的精神,性别平等是指男女两性同样作为“人”,在法律面前完全平等,享有平等的权利,处于平等的地位。否则,在呈现出诸多男女不平等的现实世界中,女性机会的缺失必然导致结果的倾斜,因此只有男女机会“共享”,两性才能有相同的发展机遇。此外,男女两性都有权在不受任何社会性别角色定型等偏见以及性别歧视的限制下,自由发展个人能力和作出选择。

性别平等已成为当今世界广泛关注的重要议题。《联合国宪

① [加] 丽贝卡·J. 库克编著,黄列译:《妇女的人权——国家和国际的视角》,中国社会科学出版社 2001 年版,第 375 页。

② [美] 爱德华·劳森著,董云虎等译:《人权百科全书》,四川人民出版社 1997 年版,第 334 页。

③ 《提高妇女地位的内罗毕前瞻性战略》系由 1985 年 7 月 15—26 日在肯尼亚内罗毕举行的“审查和评价联合国妇女十年成就:平等、发展与和平的世界会议”所通过,并于 1985 年 12 月 13 日由联合国大会第 40/108 号决议予以批准。在该项决议中,大会指出,此项前瞻性战略执行的结果应当是,消除一切形式的男女不平等,使妇女完全融入发展过程,并达到确保妇女广泛参与加强世界和平与安全的各种努力。摘自 [美] 爱德华·劳森著,董云虎等译:《人权百科全书》,四川人民出版社 1997 年版,第 1073 页。

④ [美] 爱德华·劳森著,董云虎等译:《人权百科全书》,四川人民出版社 1997 年版,第 1074 页。

章》以及《世界人权宣言》关注的重点之一就是平等。《公民权利和政治权利国际公约》及《经济、社会、文化权利国际公约》也都强调了平等保护的基本原则，如《公民权利和政治权利国际公约》第2条规定：“本公约每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等的任何区别。”^①第3条规定：“本公约缔约各国承担保证男子和妇女在享有本公约所载一切公民和政治权利方面有平等的权利。”^②《经济、社会、文化权利国际公约》也在第2、3条作出了类似的规定。国际社会对性别平等的强调为各国妇女权利状况的改善创造了条件，世界上一些国家和地区的女权主义者利用国际人权法系统，在各国发起了法律改革运动，并以国际人权法为权威依据要求在各国内推行性别平等。

法律作为社会生活的调节器，同样也是两性关系的矫正器。通过妇女法确认和保障妇女的各项权利，消除法律上的性别歧视，实现性别平等，是改变妇女地位的必然选择，同时也是我国作为《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》等国际人权公约的签署国应履行的国际条约义务。

（2）对妇女实行倾斜保护

与男性相比，女性既有人的一般性，又有异于男子的特殊性，其特殊性主要表现在两方面：一是生理、心理、身体结构方面的自然差异。这些差异体现了自然创造人类的合目的性，作为人类个体类别的特征，两性的自然生理差异都有其当然存在的价值，不应被抹杀而应受到尊重，基于女性的特殊生理机能给予特别的保护非常必要。二是由社会文化造成的社会差异。在两性的生命发展过程

① [美] 爱德华·劳森著，董云虎等译：《人权百科全书》，四川人民出版社1997年版，第937页。

② 同上。

中,除了生理上的差异,两性在社会化过程中还形成了众多的社会差异,存在着众多的社会性别鸿沟,这些社会差异无一例外地表现为男性的优势,以男性为中心。不管我们正视与否,这种性别身份中的社会性与自然性同时并存,客观存在,并成为人类认识自身不能抹杀的一个重要因素,甚至成为区别和认识男性和女性的客观基础。现实世界中,人们感受到的两性差异多数与自然生理无关,真正影响两性地位的并非源自性别的先天生物遗传,而正是这种后天社会文化塑造的性别差异。

如果全然不顾两性之间存在的诸多生理差异和社会性别差异这一客观现实,机械地追求形式平等,只能造成结果的不平等。相反,只有机会的“差别”对待,对相对劣势的妇女群体加以倾斜,使她们获得相对公平的发展空间,才能实现两性事实上的平等。这是“为了在一定程度上纠正由于保障形式上的平等所招致的事实上的不平等,依据各个人的不同属性采取分别不同的方式,对作为各个人的格发展所必须的前提条件进行实质意义上的平等保障”^①。因此,积极回应妇女的生理差异和社会差异正是妇女法产生的另一重要原因。

国际社会普遍认为,只有在承认两性先天自然生理差异、后天社会性别差异的基础上理解和认识男女平等,才是真正的性别公正。而解决女性的先天生理差异和后天社会差异的有效经验就是采取特别保护措施。这种措施分为针对女性特殊生理机能赋予的专有权利,以及针对两性社会差异采取以推进实质平等为目的的暂行特别措施。专有权利旨在保护女性的群体特性,强调女性的生理差别应受到法律保护,如劳动法中关于妇女在经期、孕期、产期和哺乳期给予特殊劳动保护的规定等。与暂行特别措施相比,这种保护措施是长久性的而非临时性的。暂行特别措施则针对女性群体而设

^① 林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第107页。

计,其目的是为专门改善该群体的不平等状况,以修正机械的形式平等所导致的事实不平等,是为女性群体提供的补救其不利地位的临时措施。暂行特别措施并不违反公平原则,恰恰相反,它是实现妇女平等化的过程。如世界上很多国家所采取的参政配额制,通过规定女性参政比例等方式鼓励更多的女性步入权力领域,缩小两性差距。当然,该措施是有限性的,一旦采取这种措施的前提条件不存在或者其目的已经实现,就应停止实施,因此,它是一种临时性措施。

综上,妇女法的立法目的在于采取法律的形式,通过推进性别平等和对女性实行倾斜保护两种路径最终实现性别公正,达致两性关系的最佳模式,进而带来两性的和谐发展和社会的文明进步。首先,女性在法律上应被视为与男性同样的“人”加以对待,拥有平等的法律地位,但从世界范围看,男女平等尚未实现。因此,妇女法产生的最根本动因在于寻求性别平等。其次,对女性存在的特殊生理差异和社会性别差异应采取不同于男性的特别保护措施,即实行倾斜保护,此为妇女法产生的另一主要动因。可见,矫正两性在实际生活中的诸多不平等现象,不仅需要两性无差别对待,还需要差别对待。差别对待是为了通过形式上的不平等最终实现结果上的平等,差别对待和无差别对待追求的最终目的是一致的,即实现实质意义上的平等——性别公正。

2. 妇女立法的合理性——价值理念的正当性和选择方法的恰当性

以妇女为出发点,以性别公正为目标,以法律为外在强制力,使有违社会理想的实然的妇女状况得以改变,使理想的性别公正的应然状况得以实现,是妇女法存在于法律体系的独特价值。但是,我们不得不承认,在法律体系中仅为妇女这个单一的性别群体专门立法并非不言自明的当然命题,因此,有必要对其做“问题化”的处理,对这种为实现特定立法目的进行法律资源配置的做法进行合理性论证。笔者认为,归根到底,妇女立法的合理性在于这种资

源配置追求的价值理念的正当性，以及为实现这一理念所选择方法的恰当性。

(1) 价值理念的正当性

“正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论，无论它多么精致和简洁，只要它不真实，就必须加以拒绝或修正；同样，某些法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造和废除。”^① “有一种东西，对人类的福利比任何一种其他东西都更重要，那就是正义。”^② 显然，正义通常被作为一种价值观念来认识，它包含了“合理性”和“善”的内容，因而成为“任何一个社会必不可少的精神支柱，是社会成员达成共识和合作的基础，是解决矛盾和冲突的依据。”^③ 公平正义同样是法律追求的最高价值，在法律中实现公正已成为现代法律的普适理念之一，为妇女群体提供专门法律保障的价值理念基础即在于“公平正义”的价值观。根据美国哲学家约翰·罗尔斯的观点，正义原则包括两个原则：“第一个原则：每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似自由体系都有一种平等的权利。第二个原则：社会的和经济的不平等应这样安排，使它们①被合理地期望适合于每一个人的利益；并且②依系于地位和职务向所有人开放。”^④ 第一个原则是平等自由的原则，其观念基础在于人的道德价值是平等的或者说人格上是平等的，该“平等原则”被视为正义原则的基石，并已被国际法乃至

① [美] 约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第1页。

② [英] 葛德文著，何慕李译：《政治正义论》第2、3卷，商务印书馆1982年版，第375页。

③ 中国发展研究基金会：《中国人类发展报告2005》，中国对外翻译出版公司2005年版，第9页。

④ [美] 约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第56页。

各国的国内立法其中主要是宪法确立为一项基本原则。第二个原则是机会公平的原则和差别原则的结合。考虑到人们的自然禀赋存在差别、个人外在社会条件存在差异，自然和社会偶然的因素是个人无法选择无法改变，也是个人无法负责的。由此，罗尔斯发展出第二个正义原则即解决社会偶然因素的机会公平的原则和解决自然偶然因素的差别原则。机会公平的原则是在公平的基础上对形式平等的改进，他认为各种机会不仅要在一种形式的意义上开放，而且，应使所有人都有一种平等的机会达到它们。差别原则反映了对社会弱势群体的偏爱，主张对弱势群体采取特殊的积极差别待遇，该原则为缩小弱势群体与强势群体的差距提供了一种解决方案。反映出对最少受惠者的偏爱，是“一种尽力想通过某种补偿或再分配使一个社会的所有成员都处于一种平等的地位的愿望。”^① 依罗尔斯的正义观来理解，性别公正应体现为性别平等的诉求以及对处于弱势地位的女性群体的倾斜保护。英国达勒姆大学教授 A. J. M. 米尔恩认为，公正表现为“给每个人他所应得的”。^② 具体体现为“对于在所有相关的方面都相同的情况，必须同样对待；对于在相关的方面不相同的情况，则必须不同地对待，而且这种不同对待应对应于相关的不同。”^③ 米尔恩将其进一步表述为“比例平等”的原则，认为“比例平等原则要求：（a）某种待遇在一种特定的场合是恰当的，那么在与这种待遇相关的特定方面是相等的所有情况，必须受到平等的对待；（b）在与这种待遇相关的特定方面是不相等的所有情况，必须受到不平等的对待；（c）待遇的相对不平等必须

① [美] 约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版，译者前言第 8 页。

② [英] A. J. M. 米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 58 页。

③ 同上书，第 59 页。

与情况的相对不同成比例。”^①“公正”体现在两性关系中即为性别公正，依米尔恩的“比例平等”来理解，性别公正指两性在同等情况下应被平等对待，在不同等情况下应被不平等对待。显然，无论罗尔斯的正义论，还是米尔恩的公正观，性别公正的真义均在于“等者等之，不等者不等之”，是男女两性受到“不相同”却“平等”的待遇。对女性而言，则表现为性别平等与倾斜保护的辩证统一关系。

性别平等是基于男女同样具有的人的本质属性以及男女尊严、价值平等的价值理念。“法的理念，不外乎正义，正义的本质就是平等，因此具有普遍性。”^②两性平等是社会公平正义价值理念的基本表现。考察社会公正的实现程度，很关键的尺度就是考察“男女平等”在内的“平等”的实现状况。一个社会公正得到充分实现的社会，应该是女性与男性共享社会发展成果的社会，是女性和男性成员的潜能同样得到开发、基本权利同样得到保障、生活水平同样得到提高的社会。当今世界，性别平等已成为现代法律与妇女解放的主流选择，并被视为一种普适理念为诸多不同文化背景的国家所接受，成为人类进入文明社会的理性共识。因为男女作为人类社会的共同组成部分，都是人的存在，都有人的属性即自然属性和社会属性，都有人的尊严和价值，两性在尊严、价值和理性上是平等的，在政治、经济、文化、社会和家庭等各个领域拥有平等的参与资格，拥有同样作为社会成员得以发展的可能性空间，男女的这种“社会性”、“同质性”要求在法律上得到同等对待，享有平等的权利。因此，法律上确立性别平等的价值理念，就为保障妇女权益，实现与男子事实上的平等提供了法律基础。

对妇女倾斜保护是基于同等情况下法律应保护弱者的人类社会

① [英] A. J. M. 米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 59 页。

② 林秀雄：《夫妻财产制之研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 4 页。

的普适理念。在世界范围内,妇女群体仍处于“经济上的低收入性、生活上的贫困性、政治上的低影响力和心理上的高度敏感性”^①的弱势境地,是比男性群体在经济、文化、处境、体能等方面处于相对不利地位的群体。应该承认,世界各国均无法避免社会弱势群体的存在,如由社会性和制度性原因造成的社会性弱势群体——贫困者、失业者等;基于生理原因及生命规律产生的生理性弱势群体——儿童、老人、病残者等。和谐社会并不是没有弱势群体的社会,而应该是给予弱势群体足够关注并不懈努力改变弱势群体境地的社会。基于此,世界各国都努力通过法律、政策等途径改变妇女等弱势群体的状况,并视弱势群体的权利保护为“高于国家社会对于诸如社会稳定和经济发展,人民生活水平提高等一般利益的追求……”^②之所以强调对弱势群体给予倾斜保护,其理论依据主要在于:第一,可持续人类发展目标的要求。“可持续人类发展在保护生命赖以生存的生态系统前提下寻求为所有的人拓展发展机会,包括当代的妇女、男人、儿童,也包括子孙后代。脱离从前以狭隘的经济为中心的发展,可持续人类发展现在以人为发展核心,认为人既是发展的手段也是发展的目的。因此可持续发展的目标是:消除贫困、尊重人的尊严和权利以及运用善治为全人类提供平等机会,由此促进实现人在经济、社会、文化、公民和政治等方面享有的所有权利。考虑到全球化可能拒绝或排斥国际社会中的弱势成员及占有有限资源的人口,此时提倡人权具有重要的意义,它抵制分化和排斥,保护弱势群体的利益和权利。”^③显然,社会的

① 钱再见:《中国社会弱势群体及其社会支持政策》,《江海学刊》2002年第3期。

② 周勇:《少数人权利的法理——民族、宗教和语言上的少数人群体及其成员权利的国际司法保护》,社会科学文献出版社2002年版,第36页。

③ 亚太妇女政治参与中心、联合国社会性别主题工作组联合提供,陕西妇女理论婚姻家庭研究会“促进农村妇女参政培训教材编写项目”组编译:《让治理关注社会性别:基础教程》,联合国开发计划署、亚洲太平洋性别平等网络合作出版,第24页。

协调和可持续发展，不应单纯地以经济增长为目标，还应该实现人的全面发展，应该是所有人包括两性机会均等、协调与共同发展。人相对于物质层面的事物而言，具有主体的意义，而不是经济增长科技进步的附属物。但从实际情况看，大量历史事实表明，妇女等弱势群体的发展与社会发展具有不平衡性，它表现为：一是妇女发展与社会发展之间存在不平衡；二是女性和男性之间事实上的不平等还大量存在。显然，女性等弱势群体在政治、经济等诸多方面的不利境地，与社会可持续发展的根本目标是相悖的。因此，社会有义务改善女性境地，使女性与男性、与社会能够均衡、协调、可持续地发展。第二，国家义务的要求。弱势群体权利保障的义务主体是国家，国家在确认弱势者权利的同时意味着承担保障其权利实现的义务。妇女的现状表明，国家不应仅仅停留在消极地不加侵犯的义务，还应该担负创造条件采取行动充分保障妇女各项权益实现的义务。第三，人道主义的要求。人道主义作为一种观念形态，是任何时代、任何国度推动社会进步和人类文明的精神力量。它源于人的天生怜悯弱者的道德感，是人类真善美优良品质的体现。人道主义倡导人与人之间扶贫助弱、爱心、同情、关心、尊重、互助等观念，对弱势群体应提供最大限度的保护和帮助。

男性群体比照下的女性弱势群体既具有生理上的特殊生理机能又是社会性的弱势群体，需要给予法律上的倾斜保护不言自明。为此，各国在不断尝试如何通过法律、政策等途径改变包括妇女在内的弱势群体的境地。不可否认，也有一些反对倾斜保护的观点：如有人担心对弱势群体的差别保护过头，会出现“反向歧视”，侵害非弱势群体的权利，引起另一种不平等。笔者认为，追求性别平等和倾斜保护确实存在微妙的关系。倾斜保护原则是由社会弱势群体的脆弱性决定的，其背后存在着上文所言的道德和理念基础，但弱势者的范围和对象都是相对的，是随着社会的发展、情况的变化而不断变化的，应避免将倾斜性保护的对象和范围绝对化。诚然，“社会弱势群体的人权保障与对非弱势群体的人权保障是关联关

系,对前者的保障不应导致对后者的‘反向歧视’。人权法治的最终目标是为建立一个和谐、包容、自由、公正的社会提供骨架支撑”。^①但可以肯定的是,就目前的大多数国家来说,对弱势群体的保护主要是“倾斜不足”,而非“倾斜过度”,是防止“性别歧视”,而非“反向歧视”。我国目前也主要是对弱势者加强倾斜性保护的问题。还有人认为倾斜保护所追求的公正与“效率”存在着价值冲突,社会上的资源分配应当是提高经济效益扩大社会财富的一种手段,而不应该成为对能力低下者的安抚和照顾。在效率与正义发生冲突时,应该肯定效率具有较高的价值,理所当然选择效率而非正义。对此,笔者认为,正义和效率有时难免存在价值冲突,正义有时会损害效率,对效率的追求又不可避免地产生出各种不平等。当两者发生冲突时,不同的历史时期、不同的社会领域、不同的理论范式会有不同的价值判断。笔者赞成罗尔斯的观点,即“正义是优先于效率的”。^②正义是最高的价值,不能舍弃正义而追求效率。一个社会,无论效率多高,如果它缺乏公平正义,女性等弱势群体完全处于屈从的附属于男性等强势群体的不平等地位,显然不能认为这样的社会比效率低但比较正义的社会更理想。效率作为一种价值,其存在本身是有前提的,在追求效率时应首先保障平等的权利和机会等前提。

(2) 选择方法的恰当性

采取法律的形式实现性别公正这一理念,是因为妇女群体由于自身和社会的原因在社会资源占有方面仍处于弱势地位,这是一种客观存在,而其自我改变、自我救济的能力和自我发展的潜力与强大的社会惯性相比实在难以抗衡,完全摆脱外部干预单纯依靠自生

① 齐延平主编:《社会弱势群体的权利保护》,山东人民出版社2006年版,第15页。

② [美]约翰·罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第75页。