

全文检索

按标题

Go

登陆

用户名

密码

Go 注册=>

友情链接(不分先后)

所有文章>>学术研究>>理论研究>>法学

### 《婚姻法》的社会性别分析及其立法完善

作者：陈苇 冉启玉 添加时间：2008-6-17  
整理录入：chinagender 本文浏览人次：400

资料来源：中国民商法律网2007-1-25

<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30689>

关键词：社会性别/社会性别分析/婚姻法/立法建议

内容提要：为实现男女间真正的平等，公共政策的制定应当具有社会性别视角。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。其分析方法要求考察女性与男性面对的不同社会现实、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，以期消除男女之间的实际不平等。我国2001年修订后的《婚姻法》仍坚持男女平等的基本原则，规定男女两性在婚姻家庭中享有平等的权利。但以社会性别平等理论来分析审视现行婚姻法，其结婚、夫妻关系、亲子关系、离婚等具体制度中，某些规定仍缺乏性别意识，并不能真正使女性获得与男性完全平等的法律保护，特建议从社会性别平等的角度对立法加以完善。

联合国1975年世界妇女大会明确地提出“所有国家政府应当成立提高妇女地位的机制”的建议，并将1975-1985年规定为“联合国妇女十年”。1979年，联合国通过了《消除对妇女一切形式歧视公约》(以下简称《消歧公约》)，以国际公约的形式规定了妇女享有的权利，提出了“妇女的权利即人权”的重要见解。中国政府作为《消歧公约》的缔约国之一，有义务承担消除对妇女一切形式歧视、促进妇女发展的责任。我国《宪法》明确规定了男女平等是国家的一项基本原则。以宪法为依据，我国《劳动法》、《女职工禁忌劳动范围的规定》对妇女的“四期”保护和妇女禁忌性劳动做出了特别规定；我国《刑法》规定了针对妇女的特殊犯罪类型等。为了履行对《消歧公约》所作的承诺，我国于1992年专门颁布了《妇女权益保障法》。1995年世界妇女大会在北京召开，大会通过的北京《行动纲领》，提出将社会性别意识纳入主流，以推动妇女与社会的协调发展；我国国务院2001年5月颁布实施了《中国妇女发展纲要》(2001-2010)。中国政府正在为实现男女平等做出不懈的努力。但我们必须看到，我国虽有些法律已针对女性的生理特点做出了一些特殊规定，具有一定社会性别视角，然而我国更多的法律却是中性的。在这些中性的法律中，对男女两性在法律上权利义务的规定都是相同的，看不出对女性有任何歧视。但如果从社会性别平等角度来审视，某些对男女做出同样规定并同样适用的法律制度，其施行的结果并不能真正使女性获得与男性完全平等的法律保护。

因此，要真正消除男女间的不平等，实现对女性权利的平等保护，在公共政策包括法律的制定中应当具有社会性别视角。本文拟以公共政策(注：公共政策有广义和狭义之分。狭义的公共政策指的是政府等决策部门对公众利益行为的规制和分配的措施。广义的公共政策指的是政府及立法机构制定的对公众利益和公众行为的规制和分配，包括法律在内。本文的公共政策采取广义的含义。李惠英. 社会性别与公共政策[M]. 北京：当代中国出版社，2002：1.)中的法律之一《婚姻法》为例，运用社会性别平等理论来分析该法律制度对男女两性的影响，尤其是某些形式上男女平等的规定实际施行后可能会给女性带来不利的影响，进而从社会性别平等角度对完善我国现行《婚姻法》提出立法建议，以期为实现真正的男女平等尽绵薄之力。

#### 一、以社会性别理论审视公共政策包括法律的意义

在现代社会，公共政策对于社会公共利益的协调起着重要的作用。公共政策的制定者在制定公共政策包括法律时应当考虑该项政策对男女两性的影响，预测该项政策的实施可能会给两性带来的不利效果，尤其是对女性的影响，从而尽量减少该项政策的

不利因素，以便“营造公平的社会环境，为社会弱势群体提供必要的社会帮助，为社会成员提供平等发展的条件。”[1]

然而，很多现存的公共政策仍是不完善的，女性的部分权利被忽略，不能得到与男性同等的保护。究其原因有多方面的：首先，从传统社会习俗的影响方面看，不难发现男女两性除了在生理上存在差别外，因传统社会文化习俗影响下的性别偏见，致使女性在社会上的地位实际比男性低，因此一些形式上平等的法律制度，仍然可能使女性得不到同等的保护；其次，从公共政策的制定者的性别价值观方面看，正如美国有学者指出的，由于许多法律研究领域的奠基者都是男性，法律是什么或者法律应该是什么通常取决于男性的标准并且反映着男性价值观念。[2]这种以男性为标准建立起来的法律在表述上通常采用“妇女享有与男子同样的权利”的用语。这种现象反映在许多国家的法律中，我国也不例外。（注：例如，我国《妇女权益保障法》中第8、14、15、21、28、33、40条等多处提到“妇女享有与男子平等的……权利”。）这种以男性价值观建立起来的法律制度，尽管从形式上是平等的，但是实质上仍然是妇女从属于男性观念的一种表现，带有男权社会的痕迹；再次，从公共政策实施的实际效果方面看，尽管有些中性的法律规定并没有歧视女性的初衷，但是实施后却产生了某些歧视女性的后果。究其原因，最根本的就是在法律制定中缺乏社会性别视角，对男女两性的生理特征，对在长期的社会发展中形成的性别偏见以及男女两性的传统社会地位、角色等缺乏性别分析，没有从妇女的实际出发做出某些特殊规定。因此，要根除男女不平等，除了立法者不仅应当有男女平等保护的价值取向，有促进男女平等、协调发展的目标，而且还要求立法者应当从社会性别视角充分考虑男女两性特有的社会经历和实际社会地位。

“社会性别”（Gender）是在西方第二次女权主义浪潮中出现的一个分析范畴。女权主义学者在20世纪70年代初期发展了“社会性别”的概念，认为：社会性别是人类组织性的活动的一种的制度，同任何文化中的经济制度、政治制度一样，人类也有自己的社会性别制度，即种种社会体制习俗把人组织到规范好的“男性”“女性”的活动中去。（注：王政博士2003年12月9日在复旦大学的讲演（节选）：《社会性别与中国现代性》，见<http://www.china-gad.org/version2003/wenxianbaozan>。）社会性别关系常常是一种权力关系，它反映的是制度性问题，而不仅是个人问题。[3]社会性别理论认为，男女之间的差异不是因为男女的生理特征而自然产生的，而是在“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”的活动中而产生的结果。既然男女的差异是在社会文化和习俗中形成的，故男女之间的不平等是可以通过变革落后的社会文化和习俗加以改变和消除的。正由于承认男女之间的差异，故社会性别平等不是让男性与女性必须完全一样，男性与女性完全一样并不意味着就实现了社会性别平等。无论男女都可以在不受传统性别分工、偏见及歧视的限制之下，自由做出自己的选择，自由的发展个人的能力。社会性别理论、社会性别意识，是人类发展到以人为中心的社会发展模式产生的，以人的基本权利为出发点，反省传统的社会性别，旨在促使男人和女人全面健康发展，终结男女间的不平等，实现社会性别平等的一种理论观念和学说。[4]美国女权主义学者指出，以往追求的平等是以男性为目标，强调妇女做与男子相同的工作、掌握一样复杂的技能、完成同样的工作等。而其结果是：一方面女性在家庭中无偿的劳动如生育、家务等价值被忽略了；另一方面，即使妇女从事与男子同样的工作，也没有完全实现同工同酬以及获得同样的升迁机会。因此提出了社会性别平等来弥补以前所倡导的平等的不足。也就是说，社会性别分析方法要求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，认识一些妇女因性别而受到歧视，注意法律以及社会公共政策对女性的和男性的不同影响，从而分析法律政策可能给女性带来的影响，特别是负面影响。社会性别分析的目的在于利用法律和政策来消除男女两性的不平等。[5]

总之，社会性别平等理论从一个新的角度弥补传统的男女平等理论之不足，目的是改变在长期的社会发展中对女性的歧视，消除男女之间存在的实际上的不平等，以期实现男女真正意义上的、实质上的平等。正是基于此，社会性别理论分析方法成为审视公共政策包括法律规定是否男女真正平等的一种新方法。

## 二、我国《婚姻法》的社会性别分析

我国2001年修订后的《婚姻法》（以下简称：现行婚姻法）仍然坚持男女平等的基本原则，并做出了一些特别保护妇女权利的规定。从整个现行婚姻法的规定看，对男女两性的权利保护是平等的，没有明显歧视女性的规定。但以社会性别分析方法来审视其结婚、夫妻关系、亲子关系、离婚等具体制度，仍可发现有些规定缺乏社会性别意识，其实施的结果并不能真正使女性获得与男性完全平等的法律保护。因此，需要从社

会性别平等的角度对现行婚姻法加以修改和完善。

### (一) 结婚法的社会性别分析

#### 1. 关于男女结婚的法定年龄

我国1950年《婚姻法》规定了“男二十岁、女十八岁”这一“男大女小”的法定婚龄。这一方面是因为我国自古流传下来的“男大女小”的婚配习俗；另一方面是由于当时存在大量女性早婚和童婚现象，为了遏制这种不利于女性甚至是摧残女性身心健康的现象，法律规定了男女结婚的最低年龄，具有重要的现实意义。至1980年《婚姻法》修改规定为，“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。”2001年修正后的婚姻法仍沿用此规定。但随着社会发展，男女同龄的结婚、甚至男女不同龄的“男小女大”的结婚已不鲜见。而现行婚姻法仍对男女的法定婚龄做出“男大女小”的不同规定，实际上仍是对女性的一种歧视。

固然，女性在生理上比男性成熟更早，但确定法定婚龄的主要依据是社会因素。以社会性别理论来审视，从历史上我国妇女所处的地位和承担的角色看，我国古代法律对男女结婚年龄做出“男大女小”不同的规定，就是对女性的一种歧视。因为，“早结婚、早生儿、早得济”是传统的农业社会需要劳动力而对女性提出的要求。正是为了将女性的角色定位在家庭中实现“早生儿、早得济”的要求，形成了“男大女小”的婚配习俗，故男女两性在家庭和社会中的地位事实上是不平等的。至现代社会，由于传统的“男大女小”婚配习俗的影响，现实生活中男性可以与比自己小几岁甚至十几岁、几十岁的女性结婚。而女性，尤其是离婚的女性，往往只能选择比自己年龄相差较大的男性结婚。这实际上在男女两性之间形成了结婚对象的资源分配不平等，导致了女性的歧视。另一方面，对男女法定婚龄的不同规定，对男性毕竟也是一种限制，有悖男女平等原则。因此，男女的法定婚龄应当修改。

#### 2. 关于非婚同居关系的处理

依最高人民法院2001年12月《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称：《婚姻法》司法解释(一))第5条规定，对未办理结婚登记而以夫妻名义同居的男女，起诉到人民法院要求离婚的，法院应当区别对待：1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理；1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未办理结婚登记的，按解除同居关系处理。此后，2004年4月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称：《婚姻法》司法解释(二))第1条规定，“当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除同居关系，属于《婚姻法》第三条、第三十三条、第四十六条规定的‘有配偶者与他人同居’的，人民法院应当受理并依法予以解除。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”可见，我国法律对未办结婚登记而以夫妻名义同居的事实婚姻是采相对承认主义。对1994年2月1日以后未补办结婚登记的，一律视为非婚同居关系，法律只处理同居者之间的财产和子女抚养纠纷，对其人身关系，法律不予调整。

上述处理非婚同居关系的司法解释的适用结果，导致直接受害者大多数都是女性。因为：第一，由于女性在家庭中往往处于弱势，更容易受到暴力的伤害。如在同居生活中男方对女方实施暴力、虐待等违法行为导致解除同居关系时，女方却不能依有关离婚损害赔偿的规定请求对方予以损害赔偿；第二，由于“男主外，女主内”传统观念的影响，及男女在获得教育和就业机会等方面的差距，在家操持家务的多数是女性。当同居关系解除时，在同居期间照顾子女、赡养老人或者协助另一方工作付出较多义务的一方，也不能适用有关离婚经济补偿的规定请求对方予以经济补偿；第三，解除同居关系时，生活有困难者大多数是女性。但依该司法解释，法院只处理同居期间财产分割或者子女抚养问题，即使女方生活有困难也无权请求经济帮助。此外，在生育有子女的同居关系中，同居关系解除后，大部分都是由女方直接抚养未成年子女。(注：据调查，在北京市，同居关系解除后女方获得监护权的比例达64.7%，男方仅占23.5%，并且给付抚养费的数额在100元至200元的占75%，而北京的最低生活保障标准是290元；在哈尔滨市，解除同居关系后，子女随母亲生活的比例高达100%。巫昌祯. 婚姻法执行状况调查[C]. 北京：中央文献出版社，2004：17-18.)这意味着，同居关系解除后女性及其抚养的未成年子女的生活更容易陷入贫困；第四，在解除非婚同居的时间上没有限制，致使在女性怀孕或者分娩后一定期限内男方都可以要求解除同居关系，女方在怀孕或者分娩期间经济上得不到帮助、生活上得不到照顾、感情上得不到支持，非常不利于女性的身心健康。

在现代社会，非婚同居作为一些人对两性生活方式的一种选择形式，有逐渐增多的趋势。基于对人的基本人权的尊重，在国外，许多国家如英国、南斯拉夫、瑞典、美国等国的法律或司法实践都给予非婚同居者一定程度的保护。[6]在澳大利亚，所有各州和地区都制定了调整事实婚姻关系(非婚同居者中只有符合法定条件的才能构成事实婚姻关系)的特别条例，对于事实婚姻关系持续至少已经满2年以上的(南澳大利亚州规定为3年)，在解除同居关系时，法院可以发布财产令分割同居期间的财产。并且新南威尔士州等5个州和地区还规定了有限的配偶赡养权。[7]在我国，因非婚同居关系不受法律保护，许多同居者在解除同居关系时往往采取自行解决的方式，诉诸到法院解除同居关系的并不多。如在北京市第二中级人民法院2002年的二审离婚案件中，涉及事实婚姻或者同居关系的案件仅占2.5%。[8]可见，现行司法解释的适用结果对同居关系中的女性是非常不利的。因此，应给予非婚同居当事人一定法律保护，才有利于保护妇女的权益，也符合世界上多数国家的立法趋势。

## (二) 夫妻关系的社会性别分析

### 1. 夫妻人身关系法

#### (1) 关于妇女的生育权

在历史上，妇女在生育方面没有决定权，其被强迫生育或者强行终止怀孕，这是将妇女看作生育工具，是妇女从属于、受控于男人的体现。西方女权主义者认为，妇女解放，充分参加公共事务活动，必然要求她们有控制生育和性活动的自由。[9]要彻底解放妇女，摆脱妇女的从属地位，应当赋予妇女享有是否生育的选择决定权。在我国，在夫妻之间不能就生育问题达成一致意见时，依《妇女权益保障法》规定，妇女有不生育的自由，为了解决夫妻之间的生育冲突，我国有学者提出，如夫妻双方就生育权纠纷向法院起诉的，法院只能判决夫妻离婚予以解决。[10]我们认为，我国判决离婚的法定理由是夫妻感情破裂，有的夫妻仅仅因为生育权发生纠纷而向法院提起诉讼，并未提出离婚，在此情况如果判决离婚则与离婚的法定理由相悖。但由于现行婚姻法对于妇女是否享有生育的选择决定权尚无规定，在民事诉讼中人民法院很少直接引用《妇女权益保障法》来判决案件。因此，需要在现行婚姻法中增补相关规定。

#### (2) 关于夫妻暴力

据北京市妇联近年对北京市八个区县的抽样调查，20%的家庭存在家庭暴力事件。在80%的家庭暴力事件中，妻子是家庭暴力的受害者。[11]这表明，现行婚姻法规定的防治夫妻暴力的措施仍然力度不够。现行婚姻法规定，禁止家庭成员之间的暴力。但依《婚姻法》司法解释(一)规定，家庭暴力是指，一方以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其它手段给家庭成员的肉体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。该解释并不包括婚内强奸、或精神虐待，故家庭暴力的界定范围很窄；其次，现行法律在禁止家庭暴力的执行措施上存在缺失。根据我国1990年4月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于《人体轻伤鉴定标准(试行)》规定，只有造成了死亡或者“人体伤害”后果的才能构成刑法规定的故意伤害罪。然而，符合这样的“高标准”的家庭暴力案件是很少的；按照1987年1月实施的后经1994年修改的《中华人民共和国治安管理处罚条例》规定，“对侵犯公民人身权利不构成犯罪的，处以警告，一元以上二百元以下罚款，以及一日以上十五日以下拘留。”其处罚力度非常微弱；按《民法通则》规定，侵犯他人人身权利的应当赔偿因此而造成的损失。但在我国绝大部分家庭实行夫妻共同财产制的情况下，这种损害赔偿难以实现；并且，在发生家庭暴力时，尽管现行婚姻法规定了村民、居民委员会、所在单位及公安机关的救助责任，但却没有设立专项资金为受害者(绝大多数都是女性)提供必要的保护措施，以帮助其脱离受虐住所，免受家庭暴力的伤害；此外，家庭暴力的取证也非常困难；再加上警察人员、医务人员等缺乏性别意识，他们在受虐妇女取证的过程中没有发挥出应有的作用。凡此种种都导致禁止家庭暴力的措施不力，使许多遭受夫妻暴力的妇女实际上未能受到法律的保护。因此，应完善相关执行措施的规定。

### 2. 夫妻财产关系法

2001年修订的现行婚姻法对夫妻财产制度作了较大修改，体现了夫妻在家庭中享有平等的财产权利。尤其是“《婚姻法》司法解释(二)”规定了夫妻一方在婚姻关系存续期间取得的住房补贴、住房公积金以及男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费等属于夫妻共同财产，有利于保护夫妻中收入较低一方(往往是女方)的利益。但是，从社会性别的视角来审视，我国夫妻财产法的有些规定仍然缺乏性别意识，未能保护妇女的某些财产权益。

#### (1) 关于知识产权的期待利益

现行婚姻法第17条规定，知识产权的收益，归夫妻双方所有。《婚姻法》司法解释(二)规定“知识产权的收益”指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。但对于什么是“已经明确可以取得的收益”未作具体解释。我国有的学者解释为：“在婚姻关系存续期间，夫妻一方就其知识产权尚未与他人订立使用合同，该项知识产权的经济利益只是一种期待利益，知识产权中的获得报酬权也只是期待权，该项财产权利不能归夫妻共有；如作为知识产权人的夫妻一方已经与他人订立了使用合同，无论知识产权人是否已实际得到了报酬，应属夫妻共同财产之列，归夫妻共有。”[12] 据此说，司法解释中的“知识产权的收益”不包括知识产权的期待利益。这样，属于夫妻共同所有的知识产权的收益实际上大大减少了。我们认为，在婚姻期间一方取得或形成的知识产权，其收益应当属于夫妻共有财产。因为，由于“男主外、女主内”，“男人属于公领域、女人属于私领域”等传统观念的影响，在家庭中尽家务劳动义务较多的往往是女方，一旦离婚，如果没有可分割的共同财产，而一方婚内所得的知识产权的期待利益又不属于夫妻共同财产的范围，这实际是对婚姻另一方(往往是女方)家务劳动价值的剥夺，对女性是非常不公平的。因此，除夫妻另有约定的外，夫妻一方在婚姻期间形成的知识产权所得的经济利益，包括既得利益和期待利益都应当属于夫妻共同财产，离婚时应由夫妻平等分割。[13] 这才符合公平原则，才能真正实现夫妻对共同财产的权 利平等。

### (2) 关于婚前财产的补偿

依现行婚姻法规定，夫妻一方的婚前财产属于夫妻一方的个人财产。该规定既适用于男性也适用于女性，是一项中性的立法。但从社会性别视角审视，该规定对女性明显不利，尤其是对农村女性更是如此。在我国现实生活中，实行“男娶女嫁”的婚居方式。即由男方准备结婚住房，女方则准备日常生活用品、家用设备等在结婚时带到男方家去。在婚姻期间，日常生活用品等很容易被消耗，而房屋则不易被消耗，有的还可能增值。如果离婚，女方的婚前个人财产往往可能已消耗完，而男方的婚前财产住房则可能完好无损。依最高人民法院1993年《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第16条规定，“婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失，离婚时一方要求以夫妻共同财产抵偿的，不予支持。”这意味着，不承认婚前财产的补偿，离婚时女方可能一无所有，甚至被“净身出户”。这对女方而言显然是不公平的。即从该司法解释的适用的结果看，事实上是男女不平等的，妇女的婚前财产权没有受到法律的保护。

在国外，法国、德国等国家均有夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权的规定。(注：《法国民法典》第1433、1436-1438、1487条；《德国民法典》第1445、1467、1468条；《瑞士民法典》第238条；《意大利民法典》第192条。)即夫妻以个人财产承担了夫妻共同财产应当承担的财产义务的一方，有权请求以夫妻共同财产予以补偿；用夫妻共同财产偿还夫妻一方个人债务的，亦有权请求负债一方以个人财产补偿。所以，我国应增补夫妻财产补偿请求权制度。[14] 这样才符合公平原则，才能真正平等地保护妇女的财产权利。

### (3) 关于非常法定财产制与婚内侵权赔偿

依《民法通则》规定，公民的人身权利受法律保护。现行婚姻法第46条规定，夫妻一方因为实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员而导致离婚的，无过错方有权请求离婚损害赔偿。但如果当事人不想离婚，则不能请求离婚损害赔偿。在事实上，有些当事人(大多数都是女方)虽在家庭中遭受对方的暴力或虐待，却不愿意离婚，只愿意请求损害赔偿。由于我国大部分家庭都是实行夫妻共同财产制，如果在婚姻期间不能基于对方的重大过错行为而请求实行夫妻分别财产制，过错方很可能实际上没有个人财产可以承担赔偿责任，损害赔偿就难以实现。那么婚内侵权的赔偿请求如何才能保证实现?在国外，设有非常夫妻财产制。[15] 我们认为，如果发生婚内侵权行为时，受害方应可以依法请求实行夫妻分别财产制。这才能保证受害方能够从侵权夫妻一方的个人财产中获得赔偿，以利于保护妇女的合法权益。

### (三) 亲子法的社会性别分析

#### 1. 关于保护未成年子女的最大利益

联合国1989年《儿童权利公约》宣布：关于儿童的一切行动，“均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”按现行婚姻法第21条规定，父母双方应平等地承担对未成年子女的抚养教育义务。但在现实生活中，由于“男主外，女主内”传统思想的残余影响，加上我国正处在社会经济体制转型时期，企业注重员工的素质和经济效益，打破了过去的“铁饭碗”，下岗人员增多，其中女性占多数。有些父亲为保住自己的工作，

过分注重自己的工作事业的发展,忽视其对家庭和对未成年子女的抚养教育责任,而由母亲单方面包干承担照料未成年子女及其他家务劳动。这种“男主外,女主内”的基于生理性别的分工模式,导致事实上由母亲单方抚育未成年子女和从事其他家务劳动,既不利于未成年子女的健康成长和保护未成年子女的最大利益,也影响抚养未成年子女的母亲难以有充足的精力投身于自己的工作和学习,只能从事“三低”(低技术、低层次、低收入)的工作,甚至成为企业首先精简裁员的对象,影响着妇女的家庭地位和社会地位的提高。

因此,婚姻法应确立“保护未成年子女最大利益原则”,作为父母双方共同处理未成年子女的抚养教育、监护等家庭问题的指南,以及人民法院处理一切涉及未成年子女案件的指导原则。这既符合联合国儿童权利公约的精神,也与世界上许多国家增强儿童权利保护的立法趋势一致,也才有利于使女性获得与男性平等的发展机会。

## 2. 关于非婚生子女的称谓

现行婚姻法规定,非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害或者歧视。这既有利对非婚生子女的保护,也有利于对非婚生子女的母亲的保护。现行婚姻法还规定,非婚生子女的生父应当负担非婚生子女的生活费和教育费之一部或全部。这有利于非婚生子女的健康成长,也有利于减轻其生母负担。与现代社会少数仍歧视非婚生子女国家的立法相比,我国的立法是先进的。但我国法律仍然采用非婚生子女的称谓,既可能会造成非婚生子女在社会上被歧视,也可能会造成对非婚生子女的生母的歧视。在国外,对非婚生子女的立法,有的国家已走在最前列。如德国、埃塞俄比亚等国在法律中已经取消了“婚生子女”与“非婚生子女”的称谓,无论父母有无婚姻关系,其所生子女都统一称为“子女”。这值得我国立法借鉴。 [16]在立法中取消婚生子女和非婚生子女的称谓区别,有利于对非婚生子女及其母亲的保护。

### (四) 离婚法的社会性别分析

#### 1. 关于离婚后父母对未成年子女的监护权

依现行婚姻法规定,离婚后,哺乳期内的子女,原则上由母方抚养。哺乳期后的子女的抚养,如果夫妻双方协商不成,由人民法院根据有利于子女权益和双方的具体情况判决。但在司法实践中,离婚后未成年子女大部分都判决由母亲直接抚养,且判决由父亲支付的子女的抚养费数额普遍很低。如在哈尔滨市中级人民法院2002年的二审离婚案件中,判决直接抚养权直接由母方行使的占60.8%,由男方行使的占20%。 [17]许多法官倾向于将未成年子女的监护权判决给母亲直接行使,理由是因为传统角色决定了母亲与父亲相比更适合作监护人。但这种观点已经越来越显现出对女性的不公平,这样判决的理由也缺乏说服力。离婚时,法官更多地将未成年子女监护权判决给母亲直接行使,这是传统的性别与家庭角色观念的复制,是对女性活动局限于家庭观念的维护。在国外,一些学者和法官已经对这种偏见提出了挑战。美国许多法院和评论员认为,在涉及未成年子女案件中支持母亲监护子女的偏好违背了美国《第十四号修正案》的平等保护。奖励或者鼓励未成年子女的母亲呆在家里养育子女的法律受到了极大的质疑。

(注: Lynn D. Wardle, Basic Principles and Contemporary Issues in Family Law in the United States of America and A Brief Introduction to Japanese Family Law [R], to Participants in the Training Seminar on International Marriage and Family Law at the China University of Politics and Law, Beijing, China, July, 13-14, 2004.)

离婚后主要由母方直接行使未成年子女的监护权,这往往影响离婚单身母亲的就业、求职及其经济收入的增加,导致离婚单身母亲贫困化,并间接影响其抚养的未成年子女的生活水平下降。因此,应当改变传统的性别与家庭角色的关系,在立法、执法中要纳入性别视角,法官应依“保护未成年子女最大利益原则”,决定未成年子女的监护权由父或母单方行使或由父母双方共同行使。 [18]

#### 2. 关于离婚后的子女抚养费

依现行婚姻法规定,离婚后,在子女由一方父母直接抚养的,另一方父母对子女应负担部分或者全部必要的生活费和教育费,抚养费数额的多少和期限的长短由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。依1993年的司法解释,子女抚养费的数额应按给付方的工资的20%-30%,有二个以上子女的不超过给付方的工资的50%支付抚养费。但我国子女抚养费的有关规定在执行中存在以下问题:第一,抚养费给付普遍较低。究其原因,可能与夫妻收入低,无法满足子女的生活需求有关,也与夫妻一方在提供工资收入证明时,支付方没有提供真实的收入情况有关;第二,缺乏子女抚养费执行的保障措施,存在拖欠或者拒绝支付抚养费的情况。 [19]在直接抚养年幼未成年子女的情况

下,有些离婚单身母亲根本没有经济收入或者经济收入很低。如果子女的抚养费太低或者判决的抚养费得不到执行,会直接影响到子女的生活水平,也间接影响到离婚母亲的生活,加重离婚女性的贫困化。如在吉林省的被调查者中,按我国国家统计局测评的标准,离异单亲家庭中贫困家庭的比例占6.4%,这大大高于全国贫困家庭占全国总家庭数的比例3.8%。[20]因此,应当增补子女抚养费的执行措施;并应注意适当提高判决支付子女抚养费的数额。

### 3. 关于离婚生活困难方的经济帮助

现行婚姻法第42条规定,离婚时,如果一方生活困难,另一方应从其住房等个人财产中给予适当的帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。现行婚姻法新增加了“从住房等方面给以帮助”的规定。这有利于解决离婚时大部分妇女无住房的实际情况,体现了对妇女的特殊保护。与男性相比,由于妇女在受教育程度、就业机会、收入等方面明显不如男性,这使离婚后生活困难的大多数都是女性。从司法实践看,离婚经济帮助在大多数情况下都是适用来帮助家庭中经济能力较弱的离婚当事人中的女方。但该制度仍存在以下缺陷:第一,离婚经济帮助的条件限制过严,导致实际能够被受助的人很少;第二,未规定法院判决离婚经济帮助应考虑的因素,缺乏可具体的操作规则,使法官判决给予离婚经济帮助的不多,且给付的数额偏低;第三,缺乏保障离婚经济帮助制度执行的措施,使一些当事人的离婚经济帮助费实际不能取得。[21]显然,其结果往往会导致离婚女性贫困化,故离婚经济帮助制度有待完善。

### 4. 关于离婚妇女的土地承包经营权益

在我国农村土地承包经营中,女性作为一个特殊群体,其土地承包经营权最容易遭到侵犯。而离婚妇女更是被侵犯的对象。除传统观念的影响外,目前农村妇女土地承包权被侵犯的原因主要有两个:一是土地政策本身的缺陷;二是有些村的“乡规民约”。针对我国农村妇女的土地承包经营权屡屡遭到侵犯,一些村借妇女结婚、离婚或丧偶而收回妇女的土地、剥夺妇女财产权利的行为,我国颁布了《中华人民共和国土地承包法》(2003年3月1日实行)。该法第30条规定,“承包期内,妇女结婚,在新居住未取得承包地的,发包方不得收回其原承包地;妇女离婚或者丧偶,仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的,发包方不得收回其原承包地。”现行婚姻法第39条也规定,离婚时,“夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等,应当依法予以保护。”但保护夫妻在土地承包经营中享有的收益,具体应如何操作?现行婚姻法无具体规定。鉴于《土地承包法》已规定了发包方在保护妇女土地承包权方面承担的义务,因此,婚姻法应增加规定侵犯离婚妇女的土地权益的相关违法行为者应承担的法律责任。

## 三、从社会性别平等视角修改、完善现行婚姻法的建议

### (一) 结婚法的修改建议

1. 将男女结婚的年龄统一规定为21岁。即取现行男女法定婚龄的平均值21岁作为男女结婚的统一法定婚龄。

2. 增加对非婚同居者给予一定保护的规定:

在女方怀孕期间或分娩后一年内,双方或单方要求解除非婚同居关系的,男方应当承担女方生育子女的费用、以及照顾女方怀孕期间及分娩期间发生的费用;

非婚同居关系解除时,如果同居关系当事人中一方对另一方有虐待、实施家庭暴力等重大过错行为时,无过错方有权向另一方请求损害赔偿;

非婚同居关系解除时,在同居期间照顾子女、赡养老人或者在协助另一方工作中付出较多的一方可以向另一方请求经济补偿;

非婚同居关系解除时,如果共同生活已满3年的,经济困难而不能独立维持生活的一方可以向另一方请求经济帮助。

### (二) 夫妻关系法的修改建议

1. 夫妻人身关系法(1)增补规定妇女有不生育的自由权:夫妻的生育权受法律保护。但如夫妻之间不能就生育问题达成一致意见时,妇女有不生育的自由。

(2)增设防治家庭暴力的具体措施。首先,要加大宣传力度,改变传统的文化习俗,组织开展对警察、检察官、法官和其它国家机关公务人员,以及医生、护士等人员的社会性别培训;其次,在家庭暴力的界定上,立法应将婚内强奸列入家庭暴力中。至于夫妻之间的精神虐待,如果丈夫以与他人同居等方式在精神上虐待妻子导致夫妻离婚的,丈夫要依法承担离婚损害赔偿。对夫妻间发生的婚内侵权行为(包括人身或财产上的侵权行为),即使不提出离婚的,受害人也可以依《民法通则》的有关规定请求损害赔偿;再次,在宪法中增补规定,各级人民政府负责从当地实际出发,制定防治家

家庭暴力的具体措施。各级政府依法设立防治家庭暴力的专项基金，将其列入政府财政预算，划拨专款作为对家庭暴力受虐妇女提供法律援助、法律咨询和庇护所的资金。

## 2. 夫妻财产关系法

(1) 增补规定：知识产权的收益和婚姻期间形成的知识产权的期待利益属于夫妻共同财产。

(2) 增补夫妻财产补偿请求权制度：夫妻婚前财产属于个人所有。但如夫妻以个人财产承担了夫妻共同财产应当承担的财产义务的一方，有权请求以夫妻共同财产予以补偿；用夫妻共同财产偿还夫妻一方个人债务的，另一方亦有权请求负债一方以个人财产补偿。

(3) 增设非常法定财产制：在婚姻期间，夫妻一方实施家庭暴力、虐待、遗弃夫妻他方等重大过错行为的，或故意毁损、隐藏、转移夫妻共同财产的，或伪造夫妻共同债务的，无过错配偶可以向法院提出申请，请求人民法院宣告实行夫妻分别财产制度。在法院宣告实行分别财产制后，夫妻双方仍负有承担家庭生活费的义务。

### (三) 亲子法的修改建议

1. 确立保护未成年子女最大利益原则，规定为：“应依保护未成年子女最大利益原则处理有关子女的一切问题”。

2. 取消非婚生子女的称谓，规定为：子女享有同等的权利，任何人不得加以危害或者歧视，不论该子女的父母是否有婚姻关系。

### (四) 离婚法的修改建议

1. 增加规定：应依据“保护未成年子女最大利益原则”，决定未成年子女的监护权由父或母单方行使、或由父母双方共同行使。

2. 建立子女抚养费给付的法律保障机制。结合现行司法解释规定为：人民法院判决确定子女抚养费的给付数额，应当按照给付义务人收入的20%-30%确定给付数额；如有二个以上子女的，子女抚养费的给付数额不超过给付义务人收入的50%。

给付义务人应当如实向人民法院提供其收入情况。对于不提供收入情况或者提供虚假情况者，人民法院有权依法调查其收入情况，并可视情节对其进行批评教育或处以罚款。

抚养费判决书在确定分期支付子女抚养费时，支付抚养费的一方如在外地工作的，应当提供担保；用人单位或雇主有义务，按照法院支付抚养费判决书扣除抚养费并将抚养费汇寄给受领人或做出判决的人民法院。用人单位或雇主有通知受雇人工作地点变更的通知义务。对拒不执行的生效判决书的用人单位和雇主，应依民事诉讼法有关规定予以罚款。

3. 修改、补充离婚经济帮助制度：一是适当放宽离婚经济帮助的条件，扩大请求权人的范围；二是增设法院判决离婚经济帮助应考虑的因素，注重保护妇女和儿童的利益；三是强化离婚经济帮助义务履行的保障措施，增加其可操作性。（注：离婚经济帮助制度的具体建议内容，参见陈苇、冉启玉：《离婚扶养制度研究——中国大陆法与俄罗斯法之比较》[J]，载台湾《月旦民商法》，2004年第6期。）

4. 增设侵害离婚妇女土地权益的法律责任。规定为：在土地承包期内，离婚时，对夫妻共有的土地承包权益应当进行平等分配。任何人不得以任何理由剥夺离婚妇女的土地承包权益。凡侵害离婚妇女的土地承包权益的，应依法承担民事损害赔偿、或相关的行政责任或其他法律责任。

#### 注释：

[1] 李惠英. 社会性别与公共政策[M]. 北京：当代中国出版社，2002：3.

[2] [美] 兰吉塔·德·席瓦尔. 性别与法律比较研究研讨班教材[C] 北京：2004：1.

[3] 坎迪达·马奇，伊内斯·史密斯，迈阿特伊·穆霍帕德亚. 《社会性别分析框架指南》[M]. 社会性别意识资源小组译. 北京：社会科学文献出版社，2004：18-19.

[4] 社会性别与发展相关定义：

<http://china-gad.org/version2003/gadabc/dingyi.htm-12.2k>

[5] 王丽萍. 美国女性主义法学及其启示[J]. 法学论坛，2004(1).

[6] 张民安. 非婚同居在同居配偶之间的法律效力[J]. 中山大学学报，1999(2).

[7] [澳] Geoff Monahan, Family Law[M]. Sydney, Lawbook Co, Second Edition, 2003:20 -22.

[8] 巫昌祯. 婚姻法执行状况调查[C]. 北京：中央文献出版社，2004：7.

[9] 谭兢嫦，信春鹰. 英汉妇女与法律词汇释义[M]. 北京：中国对外翻译出版公司出版，1995：261.

- [10] 吴俐. 生育权的尴尬与选择[J]. 人口与经济, 2003(4).
- [11] [美] 兰吉塔. 德. 席瓦尔. 性别与法律比较研究研讨班教材[C]. 北京: 2004: 97
- [12] 尚晨光. 婚姻法司法解释(二)的理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004: 33
- [13] 陈苇. 中国婚姻家庭法立法研究[M]. 北京: 群众出版社, 2000: 215-217.
- [14] 陈苇. 完善我国夫妻财产制的立法构想[J]. 中国法学, 2000(1).
- [15] 陈苇. 现代夫妻财产制的立法原则与若干问题研究[J]. 东南学术, 2001(2).
- [16] 陈苇, 靳玉馨. 建立我国亲子关系推定与否认制度研究[J]. 梁慧星主编. 民商法论丛(第27卷)[C]. 香港金桥文化出版有限公司, 2003: 246.
- [17] 巫昌祯. 婚姻法执行状况调查[C]. 北京: 中央文献出版社, 2004: 87.
- [18] 陈苇. 离婚后父母对未成年子女监护权问题研究[J]. 中国法学, 1998(3).
- [19] 巫昌祯. 婚姻法执行状况调查[C]. 北京: 中央文献出版社, 2004: 87.
- [20] 刘伯红. 女性权利——聚焦婚姻法[C]. 北京: 当代中国出版社, 2001: 279-280, 285, 286.
- [21] Chen Wei. Ran Qiyn, A Study of the Legal System of Spousal Maintenance in Divorce-Comparison of Laws Between China and Russia[A]. This article was submitted to Conference of International Family Law held in Beijing, China, July 18-19, 2004.

#### 当前评论:

注册会员 于2008年11月3日 22:44:53发表评论:



interesting, i'll be back later <http://recompostaje.com/img/sexy/>

评分:1分

注册会员 于2008年11月20日 0:35:13发表评论:

Good site! Interesting information..)  
<http://keepworkinggirlfriend.com/admin/videopornolargosgratis/>

评分:1分



添加评论: j\_m 5分 j\_m 4分 j\_m 3分 j\_m 2分 j\_m 1分

发表评论

\*您发表的文章仅代表个人观点, 与本网站无关。  
\*如有过激言论或不文明行为, 网站管理人员有权取消您的帐号。  
\*参与本评论即表明您已经阅读并接受上述条款。

