

# 性别与法律

主持人 黄 列

## 引 言

性别与法律的关系是女权主义法律理论关注的焦点,而女权主义法律理论则是基于两性在政治、经济和社会平等基础上的法哲学。作为法律学识的一个领域,女权主义法律理论形成于20世纪80年代。今天,女权主义法律理论在美国、英国、加拿大、澳大利亚等西方国家的法律和法律思想中占据重要位置,并且影响了有关性暴力、家庭暴力、强奸、工作场所的不平等、性骚扰,以及基于性别的歧视的许多论争。

女权主义在研究法律的建构和作用时,强调法律制度和观念对妇女生活的实际和具体的影响,并且挑战既定的基本法律观念。女权主义认为,法律的语言、逻辑和结构是男性建构的,因而强化男性的价值。法律将男性特质认定为“规范”,而将女性特质界定为背离“规范”,法律的种种概念因而强化了父权及其制度。女权主义者坚持,法律和法律实践不能对妇女的经历、需要和视角做出充分回应,因而也就不能切实保障妇女的平等与公正。而社会公正要求法律需识别、纠正和补偿女性受到的历史的不公和现实中的偏见与歧视。

女权主义提出了如下问题:如果任何解答都会取决于主流社会结构的道德原则时,那么,什么又是法律的道德基础?如果守法向来是男性征服史的重要组成部分,那么,法治的含义又是什么?在一个多样多元的世界里,什么是平等?什么构成伤害,尤其在多数女性而非男性遭受暴力的世界里?如何公正裁断纠纷,尤其是并非一切人都能够利用审判程序?当法律传统植根于父权制的目的和结构时,法律是否是最恰当的解决纠纷的途径?

女权主义法律理论的核心是平等和权利。女权主义主张,平等不应仅仅是形式平等,因为形式平等只能产生口头和法律上的意义。相反,平等应当是个实质概念,它能够在既有权力结构和权力地位上带来实际变革。换言之,女权主义追求平等的目标是使平等在女性生活中真正具有意义。从法律角度讲,法律应考虑妇女经历的多样和差异,应能够识别和回应不平等的具体情况。为真正达到两性平等,法律在回应妇女现状和经历时,其出发点应放在法律、政策和项目的后果和社会语境上。同时,女权主义还坚持说,追求平等不能不重视权利。众所周知,自由主义传统将权利视为平等的标志。正是从权利角度,我们将自己看做是在法律面前的平等之

\* 中国社会科学院法学研究所译审。

人。但是,现实中的不平等又比比皆是。例如,工作女性的怀孕问题。如果女性是平等的,这一点如何体现在工作场所?在什么情况/限制下,女性可享有带薪产假,而且,带薪产假是公正的待遇?还是属于特殊权利?赞成男女权利应绝对“同一”的女权主义认为,必须最大程度地消除男女之间的差异,因为差异被利用作为歧视女性的基础。而支持差异论的学者则强调,怀孕实际体现了男女之间重要的不同,应将其视为法律理解的关键。再有学者认为“特殊权利论”应当纳入视野。权利应当基于需要,如果女性有而男性没有需要,这一需要即不应限制女性的权利。女权主义对权利的批判揭示,权利基于平等理念被按比例做出了分配,权利往往有意排斥女性的需要。如果权利要真正体现平等,即须在更为公正的基础上做出分配,以便充分考虑到女性和其他遭受排斥者的经历。再例如,有关法律和法律实践的中立/公正性。女权主义法律理论认为,法官和立法者对于法律制度应满足哪些需要,法律应支持哪些价值以及法律应保护哪些利益,在决策时并非居于中立/公正地位,而是反映了男性对女性和女性角色的传统认知。

女权主义法律理论关注的另一个领域是伤害问题。什么是伤害,什么构成伤害,在对伤害的界定中,哪些是法律不予考虑但从女性经历和需要看却是不可或缺的?在探讨伤害问题时,有三种伤害行为是专门针对女性的:强奸、性骚扰和暴力。例如,强奸中的伤害行为往往依据暴力程度、意图和被强暴者是否同意来决定。女权主义指出,有没有暴力、暴力的程度、是否同意并不是相关因素,因为女性在家庭、社区和工作场所都处于劣势。权力控制使强暴者通过威胁和心理胁迫也可达到目的。女性还会担心的其他原因包括:失去工作、报复、名誉、更大的伤害等。

女权主义在探讨性别与法律的关系上产生了一些积极成果。通过不同方法,女权主义法律学者识别和剖析看似中立的法律和法律制度中被社会性别化的内容和含义。在过去的几十年中,有关就业、离婚、生育权、强奸、家庭暴力和性骚扰等方面的法律,无一不受益于女权主义法律理论的分析 and 深邃远见。

在中国,今天,运用女权主义法律理论和方法检审、清理和分析我们现行法律和法律制度中的性别歧视和表面中立的规定刚刚起步。在立法方面,在讨论和检审《妇女权益保障法》执行情况及修改时,亦有对该法进行性别分析以期使立法修改能够纳入性别视角的努力。在司法方面也有了运用女权主义理论的实践,如利用“受虐妇女综合症”尝试为受虐妇女做减轻刑罚的辩护。可喜的是,近年来,虽然还缺少对法律制度细致的性别分析和深入的研究,但在法学领域出现了一些具有性别意识的批判性文章。此外,作为中国法学会的“反对对妇女的家庭暴力”项目的成果之一,该项目的研究小组也完成了“家庭暴力防治法”专家建议稿,第一次从性别视角开始“女权主义”的立法努力。我们认为,对法律的性别分析应涉及四项不同但相互密切联系的工作。

首先,需要运用性别分析方法透视法律和法律制度给男女生活带来的不同和实际后果。其次,剖析什么样的法律法规在实现男女实质平等上是有益又有效的。事实上,建国以来以及 20 世纪 80 年代后颁布的某些针对女性的法律规定在实施时可能会产生适得其反的后果,甚至强化了女性的定型角色或限制了女性的自由选择和平等发展的机会。第三,应当借鉴西方女权主义法律理论,梳理和确立动态的和注重语境的平等观,使其既符合中国的具体国情,也能够折射不同女性群体在改革开放时期的不同关注和多元需要。例如,农村女性群体不仅面临性别歧视,还同时遭受“乡下人”的差别对待。最后,我们还面临着一个任务,即如何将国际层面、区域层面和一些国家自 20 世纪 90 年代以来实践的“社会性别主流化”引入我国的法律领域。为此,我们组织了几篇文章专门讨论性别与法律的关系,希望引起大家的关注。