

### 主持人语:

中国正处在法律的社会性别主流化时代。对法律进行社会性别分析,是在国家层面实现社会性别主流化的重要步骤。然而,如何分析,从哪些方面分析,近年来为我国学术界所关注。

2010年底,中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心承担全国妇联委托中国社会科学院妇女/性别研究中心课题“我国法律法规的回顾研究与社会性别分析”。形成法律的性别分析框架,以问题为导向对相关法律法规进行性别分析,是课题研究的两个重要方面。探讨法律的社会性别分析框架,需对法律作出具有性别敏感的认识与理解。为此,应从三个不同却又相互影响和作用的维度去理解法律,即规范性法律文件(制定法)、司法/执法、作为法律支持环境的习俗与文化。法律的性别分析框架也因此由这三方面组成。联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》《公民和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》等国际人权文书关于歧视的界定与分类,是对规范性法律文件进行性别分析的国际标准。

现在,该课题已获结项,探究似刚开始。在此,遴选四篇论文发表,以扩大课题成果的社会影响,并期盼学术界持续开展法律性别分析框架的研讨。

## 法律的社会性别分析框架

黄 列

**摘要:** 文章通过分析国际层面、区域层面和国别层面对于直接性别歧视、间接性别歧视、多重性歧视和制度性性别歧视的适用,指出关注点已从辨识与纠正孤立的针对个人的直接/间接性别歧视转变为通过暂行特别措施致力于纠正和消除制度性性别歧视。与此同时,在探讨确立法律的社会性别分析框架时,借鉴并吸纳了女权主义法学解读法律的洞识,即法律有着不同但相互影响、相互作用的维度,力图使框架能够反映制定法、司法/法律的执行以及传统习俗和文化的互动,以更有效地剖析这样的法律文化和法律制度在保障两性平等方面的盲点和不足。

**关键词:** 直接性别歧视;间接性别歧视;多重性歧视;制度性性别歧视

DOI 编码: 10.3969/j.issn.1007-3698.2012.06.002 收稿日期: 2012-06-16

中图分类号: D923.2 文献标识码: A 文章编号: 1007-3698(2012)06-0011-10

**作者简介:** 黄 列,女,中国社会科学院法学研究所译审,主要研究方向为妇女国际人权。100720

**基金项目:** 本文系全国妇联2010年委托课题“我国法律法规的回顾研究与社会性别分析”的研究成果之一,项目编号:2011社科研字162号。

### 一、法律的社会性别分析框架的提出

#### (一)问题的发现

男女平等是我国的一项基本国策,同时我国按照联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》(以下简

称《消歧公约》)的规定,向消除对妇女歧视委员会(以下简称“消歧委员会”)提交了数次国别报告。近年来,在推进法律领域社会性别主流化方面,也取得一些进步。但在社会各领域、各层级中仍比较普遍地存在着对女性的歧视。从已有利用性别视角审

视我国法律法规的研究成果中,我们发现,一定程度上存在概念模糊的问题,如许多著述和文章在指出性别歧视问题时,会使用法律的性别盲点/盲视、直接/间接歧视、制度性歧视等不同的表述。以性别盲点/盲视和间接歧视为例,两者之间有没有区分?如果从农村土地承包30年不变的政策着手,这是属于在两性间“不作区分”的性别盲点/盲视范畴,还是属于“明显中立”但因实际上给妇女造成不利而构成间接歧视?实际上,似乎不同歧视形式间存在一定程度的重合,而区分的关键恐怕在于必须从具体语境和个案着手,尽可能掌握不同歧视概念的内涵和判断标准,这样才会有利于促进法律对妇女的保护,推动两性平等。由此,有必要在以性别视角审视法律时,厘清性别歧视概念的微妙区别,从而识别出歧视背后的深层原因或制度性原因。这促使我们尝试以框架形式对法律中存在的主要性别歧视形式加以区分。当然,本文探讨的框架只是从社会性别视角分析法律的方法之一,不排除还有其他方法、工具和路径可以利用。

## (二)框架的理论依托

根据近现代女权主义法律学说,从女性与法律的遭遇、对法律的认知和累积的经验出发,法律被认为包括三个维度,即规范性法律文件、司法/执法和作为法律的支持环境的习俗与传统文化。<sup>①</sup>具体讲,规范性法律文件指经由法律程序颁布、正式制定的法律;司法/执法部分指法院、行政机构、公安及所有执法部门对法律规则的选择、适用和解释,及其赋予法律的内容,而这些内容本身又会被转化为法律;习俗/传统文化则指传统文化、知识与现实赋予法律及法律实施的内容,以及我们对法律规范和执法的态度和认知、对法律的利用和法律法规与习惯法之间的关系。以妇女参政权为例,只有当妇

女解构了法律的公/私领域的划分,同时有意愿也有能力参政时,只有当为妇女提供更多参与机会的配额制不被司法/执法者视为违反两性平等原则时,此项权利才有可能成为真正的权利。法律的三个维度相互联系,相互影响。见图1。

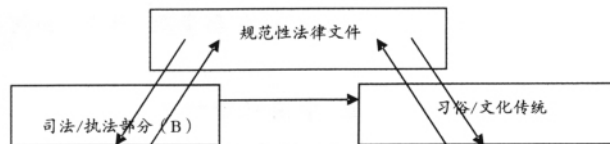


图1 法律的三个维度

强调法律的三个维度使我们能够从不同层面、不同维度审视法律,尽量充分客观地考量法律的所及范围、影响和作用。对妇女而言,这种对法律的扩大式概念化和解读尤其意义重大,它包括并非由国家正式颁布的法律的“私”领域,即父权制限制妇女生活的场域,从而使习俗和文化作为法律的支持性环境成为法律的一个组成部分,为我们从社会性别视角剖析法律和法律制度提供了更为宽广的空间。

## 二、法律的社会性别分析框架初探

### (一)性别歧视的主要形式与边界

#### 1. 直接性别歧视

根据《消歧公约》,“对妇女的歧视”指“基于性别而作的任何区别、排斥或限制。其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女(不论已婚未婚)在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。”

从法律规定上,“直接性别歧视”按照欧洲议会和欧洲理事会2006年有关《实施机会平等原则和就业及职业领域男女待遇平等指令》<sup>②</sup>指在相似情况下,某人因性别较另一人受到、曾受到或将受到不利的对待。

<sup>①</sup> 有关对法律的扩大性学理解读,主要参见朱迪斯-贝尔著、熊湘怡译:《女性的法律生活:构建一种女性主义法学》(北京大学出版社,2010年),凯利·D·阿斯金、多萝安·M·科尼格编,黄列、朱晓青译:《妇女与国际人权法》(第一卷)(生活·读书·新知三联书店,2007年),凯利·D·阿斯金、多萝安·M·科尼格编,黄列、朱晓青译:《妇女与国际人权法》(第二卷)(生活·读书·新知三联书店,2009年),沈奕斐:《被建构的女性:当代社会性别理论》(上海人民出版社,2005年),Rebecca Cook著、黄列译:《妇女人权:国家和国际的视角》(中国社会科学出版社,2001年),Mary Becker, etc著:《女权主义法学:认真对待妇女》(Feminist Jurisprudence: Taking Women Seriously)(West Group, 2001), C.A./ Forell & D.M. Mathews著:《妇女的法律》[A Law of Her Own (New York University Press, 2000)]等论著。

<sup>②</sup> 欧洲议会和欧洲理事会2006年《关于实施机会平等原则和就业及职业领域男女待遇平等指令》[Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006, on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (Recast)], Official Journal of European Union L 204/23。鉴于作为一个区域性实体的欧盟在反性别歧视方面有着相对成熟的经验,特别在法律实践上,对欧盟范围内外相关国家推动男女平等的努力都产生了一定的影响,因此本文以其最新的关于基于性别的直接歧视和间接歧视的规定为例。

在欧盟和欧洲国家层面以及在诸如美国、澳大利亚等国,尤其在就业领域,依照以上界定,又通过判例法的发展,对于直接性别歧视的法律判断标准——某人相较另一性别的人受到不利对待,不论有否歧视动机或意图——及举证责任和制裁办法不断得到完善。如在就业领域中,直接性别歧视主要涉及以性别、以适合/归属于受害人性别的某一特征如婚姻状况、怀孕或怀孕可能性、产假和家庭责任为由的歧视行为。

我国法律上早已为男女形式平等提供了保障,民众对男女平等也有了一般的意识,法律中的公开/直接性别歧视并没有多少生存空间,如有关法律法规中对于男女不同龄退休的规定,多年来不仅在消歧委员会针对我国提交的国别报告作出的结论性意见中被质疑,而且也在国内法律界受到质疑,在社会上引起广泛关注和讨论。但法律上杜绝直接性别歧视能否真正保证男女实质上的平等,是否现实中就不存在直接性别歧视现象呢?

对照我国就业领域现实情况,一直以来,直接性别歧视的行为屡见不鲜。据中国政法大学宪政研究所公布的报告披露,我国司法系统中存在公开的性别歧视——按照性别对工作岗位进行划分。<sup>①</sup>而在基于婚姻状况、怀孕或怀孕可能性的歧视行为方面,北京大学法学院妇女法律研究与服务中心课题组发布的报告显示,问题同样严重。<sup>②</sup>无论是基于性别的职业、岗位划分,还是基于“适合或归属于某一性别的人”的独有的特征,如怀孕与生育,都使女性“因性别原因较之另一性别者而受到不利对待”。如此公然的性别歧视行为大行其道,且往往是实施歧视的单位、机构或雇主不会被追究任何法律责任。究其原因,从社会性别视角审思后发现,首先,尽管我国加入了《消歧公约》、国际劳工组织《对男女工

人同等价值的工作付予同等报酬公约》以及《消除就业和职业歧视公约》,我国劳动法、就业促进法、妇女权益保障法等全国性立法以及大量地方性法规也都禁止就业中的性别歧视,但法律上对性别歧视始终缺少明确定义,这在很大程度上导致直接性别歧视普遍存在的现象;其次,已有法律法规往往立足消极禁止,没有从女性所处的历史和现实不利地位出发,采取暂行特别措施来促进两性,包括就业领域在内的一切领域的实质平等;再次,缺乏两性就业平等理念的更新,就业领域的相关法律法规对女性出于生理上的考虑的过度保护有可能构成直接性别歧视,从而在一定程度上限制女性的工作机会、职业/岗位选择和晋升。

## 2. 间接性别歧视

根据前述《消歧公约》“对妇女的歧视”定义,其定义中既包括“基于性别”而作区分的直接性别歧视,也包括“其影响和目的”妨碍妇女享有权利的间接性别歧视。

根据欧洲议会和欧洲理事会2006年有关《实施机会平等原则和在就业和职业领域男女待遇平等指令》<sup>③</sup>“间接性别歧视”定义为:“明显中立的规定、标准或做法使某一性别的人较之另一性别的人处于特定的不利状况,除非那一规定、标准或做法在客观上证明合理正当,有合法目的,且达到目的手段为适当和必需。”

英国性别歧视法指出:“如某项要求或条件平等适用于男女,但可以满足那一条件的某一性别的人远远少于另一性别的人,即构成间接性别歧视,除非可证明所提条件对于工作属必需。”<sup>[1]</sup>

澳大利亚性别歧视法中有关间接歧视的规定如下:如雇主实施明显中立的规定、条件或做法作为就业条件,其会使某一群体的人较之另一群体的

① 中国政法大学宪政研究所《2011年国家公务员招考中就业歧视调查报告》指出:“在人民法院系统的3005个岗位中,性别歧视占全部岗位的31.2%;人民检察院系统中的2232个岗位中,性别歧视占全部岗位的32.7%。”该调查报告呼吁消除制度性歧视。参见中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gn/2011/11-21/3473381.shtml>, 2011年11月24日。

② 根据北京大学法学院妇女法律研究与服务中心发布的《中国职场反性别歧视调查报告》,有4.1%和3.4%的被调查者被迫签订过“禁婚”、“禁孕”条款,有超过五分之一(20.9%)的被调查者表示其所在单位存在“三期”(怀孕、产假及哺乳期)内强迫女性调岗降薪的情况,而“三期”内遭到强迫解雇的情况也占到了11.2%。同时,更有15.0%的被调查者明确表示其所在单位存在男女同工不同酬的现象。参见中华女性网, [http://www.china-woman.com/rp/main?fid=open&fun=show\\_news&from=view&nid=45932](http://www.china-woman.com/rp/main?fid=open&fun=show_news&from=view&nid=45932), 2010年1月4日。

③ 欧洲议会和欧洲理事会2006年关于《实施机会平等原则和就业及职业领域男女待遇平等指令》[Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006, on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (Recast)], Official Journal of European Union L 204/23.

人(关涉其性别、种族、残疾、性取向或宗教或信仰)处于特定不利地位,除非雇主可证明其规定、标准或做法在客观上合理正当,有合法目的,且达到目的手段为适当和必需。出于本法目的,某人(歧视者)基于性别对他人(受害人)施以歧视,如果歧视者规定或打算规定条件、要求或做法,已经或有可能使与受害人同一性别的人处于不利地位。<sup>①</sup>

依据以上有关间接性别歧视的定义,我们可尝试分析2003年生效的农村土地承包法,虽然该法明确规定妇女在农村土地承包中与男子享有平等的权利,但中立的立法和政策对于农村女性从家庭的传统角色分工进入承担农村男性的种地责任的农业女性化趋势,对于她们受到的多重性歧视(社会性别等级制度、传统文化的制约和城乡二元制度的歧视),对于农村普遍和广泛存在的“从夫居”而致使女性丧失土地承包的机会以及家庭户主大多为男性的现实,都缺少社会性别敏感的认知,因此难免造成宏观和中立的法律实际上对农村女性产生不利影响的后果。

综上,间接性别歧视概念揭示:首先,歧视不单单以明显、公开或直接的方式表现出来,歧视往往还隐蔽在看似平等适用于所有人的立法和做法之中;其次,尽管规范或做法没有明确提及性别,但规定的条件往往有利于单一性别。任何法律,尽管在制定时“其目的”无意歧视妇女,但只要其后果、影响导致对妇女的歧视或使妇女较之另一性别者处于不利境况,即为歧视性立法。从直接性别歧视发

展到间接性别歧视的意义在于,它有助于触动和挑战制度/结构性的性别歧视,它不仅致力于在法律保护上达到两性的形式平等,同时也致力于达到两性间的实质平等。

### 3. 多重性歧视

多重性歧视得到法律界和学界关注的时间并不算长。<sup>①</sup>在联合国层面,《公民和政治权利国际公约》(以下简称ICCPR)和《经济、社会和文化权利国际公约》的相关条款都默示地论及多重性歧视。如这些条款的歧视定义均为开放性,承认多种理由的歧视可剥夺平等享有权利。ICCPR第26条规定:法律应禁止任何歧视并保证所有人得到平等和有效保护,以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何理由的歧视。有专家和学者指出,“或其他身份”一词使我们有可能将禁止歧视的保护延扩到新的歧视理由,其灵活措词为纳入多重性歧视提供了空间。<sup>②</sup>

第四次世界妇女大会的成果文件《行动纲领》是第一个明确承认多重性歧视的文件。<sup>③</sup>而联合国的不同条约机构则是在相关报告和一般性意见/建议中最经常提及多重性歧视的。如消歧委员会在其一般性建议28号中指出:“交叉性是理解《消歧公约》第二条中缔约国总体义务范围的基本概念。针对妇女的性别歧视和其他影响女性的因素是紧密相关的,这些因素包括:种族、族群、宗教信仰、健康、婚姻状况、年龄、阶层、种姓、性倾向与性别身份。基于生理性别和社会性别的歧视对上述群体的

<sup>①</sup> 参见 Kimberle Crenshaw 著:《种族与性别的去边缘化:一个黑人女权主义者对反歧视学说、女权主义理论和反种族歧视政治的批判》(Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-Racist Politics), 载于 Feminist Legal Theory: Foundations, ed. D Kelly Weisberg (Philadelphia: Temple University Press, 1993); 欧洲联盟少数人与歧视调查:《焦点报告中的数据——多重歧视》(European Union Minorities and Discrimination Survey, Data in Focus Report - Multiple Discrimination), FRA, 2010, p16; Fredman, Sandra 著:《双重麻烦:多重歧视与欧盟立法》(Double Trouble: Multiple Discrimination and EU law, 2005), European Antidiscrimination Law Review, No.5, P13-18; 平等与多元论坛:《歧视的多种维度:所有人的正义》(Equality and Diversity Forum, Multi-Dimensional Discrimination: Justice for the Whole People), 平等与多元论坛网址, <http://www.edf.org.uk>; Makkonen Timo 著:《多种复合与交叉式歧视:让最边缘者的经历得到关注》(Multiple Compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most Marginalised to the Fore), 2002, Institute for Human Rights, Abo Akademi University; Moon, Gay 著:《多重性歧视:共同形成问题还是找到解决办法?》(Multiple Discrimination - problems Compounded or Solutions Found?), JUSTICE Journal, P86-102.

<sup>②</sup> Burri, S and Schiek, D. 著:《欧盟立法中的多重歧视:针对交叉式性别歧视的法律回应的机会?》(Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?), European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2009.

<sup>③</sup> 联合国1995年《北京宣言》第32段 (UN 1995, Beijing Declaration), at <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm>.

女性所造成的影响,在程度上和方式上都不同于男性,而多重/交叉性歧视恰恰揭示了两个或更多形式的歧视或各种女性屈从制度之间的相互作用,以及因此导致的结构性后果。缔约国必须从法律上认定并防止这些形式交错的歧视以及它们之于相关女性的多重负面影响。缔约国还必须制定和贯彻能够消除此类现象的政策及规划,包括与本公约第四条第1款以及与一般性建议25号相符的暂行特别措施。”<sup>③</sup>此处使用的“交叉性”和“形式交错的歧视”即指多重性歧视,只是用词有所不同而已。

欧洲议会同样强调多重性歧视问题,呼吁欧盟成员国“检审一切与多重歧视现象相关的政策的实施”。<sup>④</sup>其涵盖性别、种族、残疾、宗教或信仰、性取向和年龄歧视的诸项指令虽然没有明确要求,但也没有阻止成员国立法纳入预防多重性歧视的条款。有关种族歧视的指令和就业平等指令都承认不同理由的歧视会产生交叉作用,都论及“妇女往往是多重性歧视的受害人”。这些指令都强调,成员国可引入或保留比本指令所规定的更有利于平等对待原则的规定。<sup>⑤</sup>据此,成员国可消除不必要的程序障碍,对多重性歧视提供救济。

但从严格意义上讲,多重性歧视目前仍是现实中存在的一种歧视形式,从国际和欧洲层面的法律发展看,当前尚无明确的多重性歧视法律定义,也难以将其确立为一种法律禁止的歧视理由,因此一些国家提出,对于多重性歧视定义可采取开放进

路——即任何列举的性别歧视理由以及经过认定再增加的理由,都可放在一起构成多重性歧视,或对已有规定作扩大解释<sup>⑥</sup>,以应对多重性歧视现象。在司法实践方面,欧洲法院已接触到与多重性歧视相关的诉讼<sup>⑦</sup>,但同样是尚未确立可行的判断标准。

在我国,同样存在多重性歧视现象。对妇女的基于性别的歧视可与其他歧视理由共同存在,如以经济或社会地位、社会身份、地域、婚姻状况、家庭构成、残疾或年龄为由的区别对待。有学者分析,在目前的养老保险制度中,既有在工人群体、干部群体和知识分子群体中的男女不同退休年龄的性别歧视,也有在具中级职称的专业技术人员群体中针对女性存在的身份歧视。<sup>⑧</sup>对于后者,她们面临的歧视即具多重歧视性质,即包括基于性别的歧视和身份歧视。同样,在应对我国特有的女性农民工问题上,可以说尚未认识到女性面对多重歧视时产生的交叉作用。退一步,即使法律上有所规定,女性农民工真正获得法律上的平等保护、真正融入城市还需要包括经济、户籍、社会保障、医疗、教育等相关制度的配套改革。这便将我们的注意力转移到结构/制度性性别歧视上,对于后者,则需要采取制度性的解决办法。

#### 4. 结构/制度性性别歧视

在过去的20余年中,在消除性别歧视、推进社会性别平等方面,一些国家已将关注点从消除法律中的直接性别歧视与间接性别歧视转向多重性歧

<sup>①</sup> 欧洲反对种族歧视网络, ENAR 概况 33 号:《多重性歧视》(European Network against Racism, ENAR Factsheet 33, Multiple Discrimination);概况 44 号:《多重性歧视的法律含义》(Factsheet 44, the Legal Implication of Multiple Discrimination), 2011 July.

<sup>②</sup> Burri,S. and Schiek,D.著:《欧盟立法中的多重歧视:针对交叉式性别歧视的法律回应的机会?》(Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?), European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2009.

<sup>③</sup> Hannett, Sarah 著:《十字路口的平等:立法和司法在解决多重性歧视上的失败》(Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination), Oxford Journal of Legal Studies, vol 23, No1, P65-86;Burri,S and Schiek,D.著:《欧盟立法中的多重歧视:针对交叉式性别歧视的法律回应的机会?》(Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?),European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2009:29,47,77.在该报告中,丹麦、法国、冰岛、马耳他、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典等国的专家都认为本国立法可包容多重性歧视的权利诉求。

<sup>④</sup> 如在 Coleman v Attridge Law 案中,欧洲法院考虑了原告因负有照顾残疾儿子的责任而被解雇的情况。法院认为存在残疾歧视,因原告受到以残疾为由的歧视。但大多数对残疾人负有照顾责任的人是妇女,法院从未考虑到这是否也是以性别为由的歧视,ECJ Case C 303/06.另外在 Bahl v. The Law Society 案中,原告为亚裔女性,就业法庭认定被告实施了无意识的直接性别歧视和种族歧视,虽然就业上诉法庭撤销了下级法院的认定,但该案是不多的以一个以上歧视理由提起诉讼的例子。参见 <http://lexisweb.co.uk/cases/2003/july/bahl-v-law-society>,2011年10月3日。

<sup>⑤</sup> 参见刘明辉《论我国社会保险制度中的歧视问题》。该文指出,强迫这些女性专业技术人员提前退休的理由是,这些女性的人事档案中记载的身份是工人。参见 [www.china-gad.org/Infor/](http://www.china-gad.org/Infor/),2011年12月1日。

视、特别是结构/制度性性别歧视。早在20世纪90年代初期,在论及形式平等难以真正有效应对妇女所处不利地位时,经济合作与发展组织(OECD)即在其报告中指出(虽然男女平等待遇权)是达到性别平等的必要条件,但反性别歧视和平等机会措施的有限影响使我们意识到基于性别不平等的制度性质以及系统解决办法的必要性。<sup>①</sup>近年来,国内一些研究性别与法律的学者在论文中也使用了制度性性别歧视概念,但有关制度性性别歧视的界定还有待探讨。

《消歧公约》第一条虽然没有明确论及结构/制度性性别歧视,但其第五条第一款在规约缔约各国义务时,要求缔约各国采取一切适当措施“改变男女社会和文化行为模式,以消除基于因性别而分尊卑观念或基于男女定型角色的偏见、习俗和一切其他方法”。该条目的在于消除长久以来深嵌在社会结构和制度中的社会性别差异,为消除对妇女的歧视提供了一个法律工具,用以审视结构/制度性性别歧视。缔约国因此需认识到,性别定型观念不仅是态度/观念问题,同时它还内嵌于法律以及社会和法律结构之中。按照女权主义法律理论,这一现象被称为“制度性性别歧视”或“结构性性别歧视”。必须改变这样的结构和制度以使男女两性都可自由选择为其个人(社会)性别身份和生活方式赋予自己希望的内容。<sup>②</sup>

在司法实践方面<sup>③</sup>,加拿大上世纪90年代初的一个判例对结构/制度性性别歧视作出阐释:“制度

性性别歧视概念难以界定,正如这样的歧视难以辨识一样。从概念上讲,它与间接歧视有所区别。间接歧视关涉表面上并未以法律禁止的理由而加以歧视的要求和条件,但这样的要求/条件影响到依据受禁止理由可以辨识的具体群体,对这一群体造成歧视后果。虽然间接歧视在运作过程中会相当微妙,但其后果常常明显无误——制度性性别歧视概念强调最微妙形式的歧视,它承认长期确立的社会和文化道德/习俗本身即潜蕴了导致歧视的价值假定,而这些价值假定实质上或完全是隐蔽和难以察觉的。因此,贬低妇女工作的历史经验通过以下假定得以延续和保留,即传统上由妇女从事的一些类型的工作在重要性/价值上固有地不如传统上由男性承担的一些类型的工作。”<sup>④</sup>

参考《消歧公约》、相关司法机构和学者的阐释,结构/制度性性别歧视概念似主要指基于性别定型观念的体制(诸如家庭、宗教组织或种姓制度、政治和法律结构、经济和教育制度以及大众媒体)和社会结构所建构的歧视形式。这一歧视形式支持并强化男女两性之间现有的不平等的权利关系。也有将其描述为“渗透在体制和社会结构中、具有歧视后果的不具体的歧视以及普遍性歧视”。<sup>⑤</sup>

在法律语境下,结构/制度性性别歧视似应主要涉及两个方面,一是习俗、传统文化中存在的结构/制度性性别歧视及其与法律的互动,二是作为社会体制一部分的法律/法律制度中存在的结构/

① 参见《经济合作与发展组织1991年报告》第8页。

② 参见Rikki Holtmaat著:《走向不同的法律与公共政策:〈消除一切形式对妇女歧视公约〉第5条第1款对消除结构性性别歧视的意义》(Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination)。Http://rikkiholtmaat.nl/Towards\_Different\_Law\_and\_Public\_Policy.pdf,2011年8月4日。

③ 在可获得的资料范围内,加拿大和荷兰都有关涉结构/制度性性别歧视的判例,具体讨论参见黄列《社会性别视角下的法律》一文,载陈明侠、黄列主编《性别与法律研究概论》第56—58页。

④ 加拿大公共服务联盟及人权委员会诉加拿大(财政部)(1991)14(5), Canadian Human Rights Reporter D/341, D/349。另参见澳大利亚新南威尔士省提高妇女地位部对制度性性别歧视的描述:制度性性别歧视以有关妇女在社会中的适当角色的假定和定型观念以及维护妇女从属地位的理念为基础。制度性性别歧视无处不在,不利于妇女,因为它反映了对作为一个群体的妇女的态度和偏见,而且不能完全借助个人的反歧视救济得到纠正,Ministry for the Status and Advancement of Women NSW Submission 350。转引自澳大利亚法律改革委员会《法律面前的平等:妇女的公正》第69号报告第一部分(The Law Reform Commission, Equality Before the Law: Justice for Women, Report No. 69)(Commonwealth of Australia, 1994)第47—48页。

⑤ Rikki, Holtmaat著:《走向不同的法律与公共政策:〈消除一切形式对妇女歧视公约〉第5条第1款对消除结构性性别歧视的意义》(Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination),参见Http://rikkiholtmaat.nl/Towards\_Different\_Law\_and\_Public\_Policy.pdf,2011年8月4日;澳大利亚法律改革委员会:《法律面前的平等:妇女的公正》第69号报告第一部分;R·J·库克编、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)第11—12页。

制度性性别歧视。有关前者,消歧委员会强调文化与传统建构男女思维与行为、进而限制妇女行使权利的可能。对于法律中存在的结构/制度性性别歧视,消歧委员会一般性建议第25号强调缔约各国践履义务,消除存在于法律、法律制度及社会结构和体制中的普遍存在的不平等的性别关系和基于社会性别的定型观念。

家庭与工作的平衡是理解结构/制度性性别歧视的路径之一。妇女承担大部分家务,尤其是照顾长者和幼小孩子,如果再考虑妇女内化了社会性别角色,在平衡工作与家庭上她们与男性明显不同。分析我国年青职业女性的工作生活现状,她们面临的选择包括:不结婚或晚结婚、不要孩子或晚要孩子、在子女身上花很少的时间;或减少职业活动放弃晋升机会。以上每个选择都反映了性别特权制度的约束而不会代表女性的自由选择。不论是选择为工作放弃家庭还是选择兼职或常常因家庭责任需请假的妇女,都面临一个“复杂的制度和相互关联的障碍——迫使她们作出完全不同于男性的‘选择’,既关涉妇女的职业发展也关涉妇女的个人生活”。妇女完全没有体制上的支持。而男性则不然,8小时工作模式和加班要求都假设,也确实是有其他家庭成员为其承担家庭责任。

由此,工作、职场,就是这样在结构上、在制度上安排的,同时也是人们普遍接受的、认为是理所当然的。那么,我们要挑战由于法律或法律实施所造成的这种社会、经济或政治安排,以及因此形成的种种结构,就需要审视在整个法律框架中是否将规范和解释视为普遍性、一般性或中立性的,而实际上这些普遍、一般和中立却大多反映的是男性抱持的价值观、规范和男性生活的范示,这也就意味着社会性别关系和男女定型观念潜藏在法律制度

之中。

## (二)司法/执法中的性别问题

在司法语境下,性别偏见指影响裁决的一种态度、成见或看法。性别偏见基于性别定型观念和文化界定的男女适当的社会角色<sup>①</sup>,这些观念更为微妙、更为根深蒂固地内嵌在文化规范之中,忽视两性生活的现实,极有可能导致在司法领域对女性的不利对待。自20世纪80年代以来,消除司法/执法中存在的性别偏见在美国、加拿大、澳大利亚等一些国家已形成规模运动,主要由法院系统组成的“性别偏见特别工作组”主动开展的调研和相关报告证明,司法领域的性别偏见在这些国家普遍存在,“司法裁决受到有关男女的相对价值和性别特质及角色的带有偏见的态度、性别定式、荒谬说法和错误概念的影响;”<sup>[4]499</sup>“只要法官坚持那些带有性别偏见的的神话、歧视和定型观念,法律的意图便会由于法官行使司法裁判权而受到损抑或破坏。”<sup>[5]135</sup>运动推进至90年代末,仅美国即有45个州和多数联邦巡回上诉法院都成立了“性别偏见特别工作组”,负责监督、培训和出版相关教材和手册。<sup>②</sup>进入21世纪以来,美国绝大多数州的最高法院将“性别偏见特别工作组”制度化为“实施/常设委员会”,运动的重点随之转移到落实和实施相关报告提出的建议和确立监督及保障实施的机制。<sup>[5]135-140</sup>[6][7]

根据中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心在7省/市的14个市/县级基层法院、检察院和个别中级法院开展的调研情况看,在我们的司法/执法系统,一定程度上也存在着性别偏见。<sup>③</sup>如司法人员在强奸案座谈中使用“受害人去了被告家,随后有了性关系”的表述。“有了性关系”和“遭受强奸”的两种表达方法,不能不说传递了检察官的态度和立场。语言是法庭上最有力的工具,法官、

① 有关妇女的普遍存在的文化假定、也因此形成性别偏见的是,妇女及妇女的工作不如男人和男人的工作重要;大多数妇女是也应当是经济上依附于男人;行为不同于传统模式的女性是不正常的。有关男人的普遍存在的偏见是,男人应当是家庭的经济支柱,男人不如女人更善于照顾幼小孩子。由于性别偏见建立在长期存在的、且往往是没有明确表达的文化假定之上,消除这种偏见即面临巨大挑战。

② 美国许多州和联邦层面的司法系统成立了由各州法院院长牵头的特别工作小组旨在调查存在于法院中的性别偏见。这些工作小组的报告以文件形式记录下性别歧视,其受害人中女性往往多于男性。报告指出,多数基于性别的偏见行为是无意识的,偏见的表现虽然很微妙,但根深蒂固地渗透在司法制度之中,包括歧视性法律裁决、政策和做法。由各州法院首席法官、州司法行政管理者以及州律师协会会长组成的小组参与有关性别偏见危险的全国司法教育项目,确立法官和律师行为准则,明确禁止法庭上具性别偏见的行为。参见 <http://www.legalmomentum.org/our-work/vaw/njep-task-forces.html>,及 <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Sex+Discrimination>,2010年11月2日。

③ 相关案例及分析,参见中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心《法律检审调研报告》(2008)(未发表)。

检察官使用的语言有超出表面含义的作用,可影响态度、行为和对事实的认定。“有了性关系”会暗含受害人方面或同意或合作或默认,如果我们还注意到其他用语,如“常给受害人买东西”,“两人常有性接触”,都有暗示“受害人同意发生性关系”之嫌,这样的表述可以说能够列入基于两性定型角色的性别偏见范畴。

再比如,有关“熟人/恋爱强奸”案件卷宗中记录着被告辩护人认为法院应考虑从轻处罚的理由包括:被告与被害人之间存在恋爱关系、同居关系;或被告只是因怀疑被害人与他人有染,即伤害了男人自尊,因而发泄痛苦和愤怒;以及法院应对“陌生人强奸”与“熟人/恋爱强奸”区别对待。此类辩护意见充分反映出性别偏见,即男权思想对强奸认定的影响,以及完全从男性视角体察强奸行为,如有恋爱关系便可在强奸罪成立和量刑时“考虑从轻处罚”;自己热恋的女人与他人有染即伤害男人自尊,法院也应“予以考虑”;“陌生人强奸”与“熟人强奸”对女性被害人造成不同的损害后果,伤害程度不同,法院在量刑时也应“予以考虑”,但全然不考虑不论何种强奸,对受害女性的身体与精神,对她们的经历与感受,都造成同等严重的伤害。<sup>①</sup>

此外,近期发生的“带避孕套不算强奸”的说法<sup>②</sup>,也是个很好的例子。除涉案警察对于强奸定义的狭义解读(应伴随暴力、非暴力乃自愿)外,其背后的深层含义在于:女性的性是可以被男人利用的,男人为了“娱乐”(不致怀孕)目的而利用女人的性就可以不适用强奸法,可以受到不甚严格的限制。

(三)作为法律的支持环境的习俗与文化传统中的性别问题

从本框架有关法律的学理上的扩大解读看,我们将存在于法律的支持环境中的性别问题主要聚焦在习俗与文化传统维度。文化和传统的力量以陈规定型的观念习俗及男女社会和文化行为模式<sup>③</sup>的形式出现,从而使提高妇女在法律、政治和经济领域的地位受到限制。若干国际人权公约承认文化和传统的影响限制妇女享有和行使其基本权利。《消

歧公约》第二条承认,法律的改变只有处在支持性的环境中才是最有效的。例如,随着法律上的变化,经济、社会、政治和文化领域也同时发生变化。为此,《消歧公约》第二条第6款要求缔约各国不仅要修改法律,而且要努力消除歧视性的习俗和惯例。该公约第五条承认,即使妇女的法律平等得到了保障,并且为促进其事实上的平等而采取了特别措施,但为实现妇女真正的平等,还需要另一个方面的变化。各国应努力消除使性别角色方面的陈规旧俗长期存在的旧的社会、文化和传统模式,并创造一个促进妇女充分实现其权利的良好社会整体环境。消歧委员会第19号一般性建议强调,认为妇女从属于男子或拥有陈规定型角色的传统态度助长了广泛存在的一些涉及暴力或强制的做法。<sup>④</sup>在强调消除习俗、惯例、文化和社会行为模式中的结构/制度性性别歧视的同时,该委员会还指出,为实现事实上的两性平等,不能仅仅依赖法律规范与标准的确立,立法或法律改革尚需支持性环境。

经济、社会和文化权利委员会在论及有害传统习俗时指出,各国具有具体法律义务采取有效和适当的措施,废除影响儿童,特别是女孩健康的有害传统习俗,包括早婚、女性生殖器切割、优先喂养和照顾男孩。<sup>⑤</sup>

儿童权利委员会强烈敦促缔约各国“制定和实施旨在改变流行态度的措施,消除助长有害传统习俗的性别角色和陈规定型观念”。<sup>⑥</sup>

以上相关规定在法律消除性别定型观念的功能(我国近代史上既有成功的先例,如对于妇女缠足、男人纳妾的不利于妇女发展的有害习俗,法律的强力禁止发挥了积极有效的作用)和修改那些支持习俗和传统文化中的定型观念的法律之间确立了联系,同时也让我们看到在绵延不绝的性别定型观念与一些法律无意或暗示地强化此类观念之间有着直接的关联。这种更为微妙的对传统性别角色和关系的利用和支持不仅存在于家庭之中,同时也存在于就业和社会许多领域之中,构成前述结构/制度性性别歧视。

在中国语境下,可以初步分析以下有害习俗/

<sup>①</sup> 参见黄列《东北部地区某省某市调研报告》,载中国社会科学院法学研究所性别与法律研究中心《法律检察调研报告(2008)》第161—162页(未发表)。

<sup>②</sup> 论及改变男女社会和文化行为模式,笔者曾在央视的一个品牌栏目“在路上”的一个专门针对年轻人的讲座上,听到主讲人侃侃而谈:男的陪女的去超市,女的想买东西,男的赶快掏钱包。这是在我们主流媒体上反映出的男女行为模式,尽管仅是主讲人无意中流露出的定型观念,但说明改变不利于两性平等的习俗/传统文化仍面临着巨大挑战。



传统文化。

由于妇女的生育角色(怀孕、生子和母性)而导致的一系列歧视做法,原因在于将妇女仅仅作为生儿育女的工具对待。如,法律通过父权式的保护突出和强化为人母的角色而单纯视妇女为生育者和养育者。这样的保护日渐被认定为有损于妇女的平等权利。诚然,与女性不同,男性不能生子,但他们完全应当也可以养育子女,男女双方平等承担和履行家庭责任是改变不利于女性发展的重要因素之一。我们已看到这方面的变化,法律上的转变是从规定母亲休产假演变为父母休产假。这是区分生物性别与社会性别之间的差异的重大一步。一个最近的进步是,有相关项目在调研基础上提出“女职工劳动保护规定修订草案”(修改稿)<sup>①</sup>,在设计父母产假制度上,该修订草案鼓励并且要求父亲承担照顾母婴的责任,提出父亲“陪护假”的设想,从而有可能减少或有助于消除在法律中存在的定型观念的负面影响,有利于消除就业领域和法律中存在的结构/制度性歧视。<sup>②</sup>

习俗中仍存在着的男尊女卑、重男轻女的定型观念。在前述7省/市基层法院/检察院的调研中,遇到这样一桩诉讼。育有一对双胞胎的夫妻离婚后,男方和与其生活的孩子所分土地份额高于女方和与其生活的孩子的土地份额,前者有村民待遇,后者没有。村委会认为女孩早晚要出嫁,其权利被剥夺。显然,定型观念、以男性为中心的婚嫁习俗负面影响了有关土地承包男女权利平等的规定,尽管在此方面,还不乏要求特别保护农村女性土地权利的法律和法律性文件。可喜的是,此案法院能够摒弃男女定型观念的羁绊,冲破传统习俗的约束,判决村委会侵权,从而保障该案女方当事人和双胞胎子女平等享有土地使用权和村民待遇。<sup>[12]164</sup>

胎儿性别选择性人工堕胎以及家庭暴力,也是我国典型的基于习俗和传统文化的严重侵犯妇女权利的例子。前者虽有相关法律规定严禁非医学目的的胎儿性别鉴定,但普遍存在的传宗接代和重男轻女的定型观念阻碍了法律有效发挥作用,而后者

则由于男尊女卑、公/私领域的划分、诉诸司法渠道的不畅通以及缺少对家庭暴力的明确法律定义,致使这种侵害妇女权利的犯罪行为难以得到法律的有效制裁。

显然,在消除法律中存在的定型观念和男女社会及文化行为模式方面,所采取的任何措施须致力于消除结构/制度性性别歧视,其出发点在于是否有益于提升妇女在现实中的地位。也就是说,任何基于《消歧公约》第五条而采取的措施应确定其是否对妇女的生活环境和人权享有产生真正的积极影响。如果我们以国家的积极义务、消极义务来分析,应该说,《消歧公约》不仅要求缔约各国承担消极义务,消除一切法律和做法中不利于妇女的性别定型观念,还需承担积极义务,即通过立法和采取其他措施挑战结构/制度性歧视行为、定型观念和有害的传统文化/习俗,促进男女两性在行为和观念上的改变,使男女两性均可自主选择地担当而不是传统或刻板的性别角色。从这个意义上讲,消除定型观念和习俗/传统文化与法律之间的负面互动关系的努力也可定义为消除存在于社会各个领域和现实生活中以及存在于法律中的制度性或结构性性别歧视。

### 三、结语

在探讨确立法律的社会性别分析框架时,面对法律,我们需要抱持一种宽广的法律概念的立场,即法律有着不同但相互影响相互作用的维度,制定法、司法/法律的执行以及传统习俗和文化相互作用,建构和确立了很大程度上以男性为中心的法律文化和法律制度。

性别歧视法律定义在缓慢的流变和发展之中,显见的是在确定是否构成性别歧视时,注重和重新审视法律和社会普遍赞同的一些基本文化假定和价值假定,如社会性别差异对男女两性产生的不同含义和引致的后果等。对于不同形式的性别歧视的进一步区分涉及针对个人的孤立的直接/间接性别歧视和针对某一群体的制度性歧视,而关注点则从

<sup>①</sup> 全国妇联妇女研究所《女职工劳动保护规定》修改课题组:《〈女职工劳动保护规定〉修改调查总报告》第五部分(2011),资料在笔者处存档。

<sup>②</sup> 据不完全统计,我国已经有26个省、市、自治区在地方性法规或政策中规定了“男方照顾假”。在世界范围内,已有36个国家在法律中明文规定男性分担生育事务的权利和义务,在生育保险等法律中明确男性劳动者的生育护理假或父母产假。这证明,从法律上改变男女定型观念和男女社会和文化行为模式的努力在我国及其他一些国家均有践行,法律与习俗/传统文化的互动关系得到了积极的利用。

辨识与纠正孤立的针对个人的性别歧视转变为通过暂行特别措施(或采取积极行动政策)致力于纠正和消除制度性性别歧视。

(本文写作受益于法学研究所性别与法律研究中心同仁的数次讨论和法学研究所刑法学院邓子滨研究员的启发,在此深表谢意。)

## 【参考文献】

- [1] 英国 1975 年性别歧视法[EB/OL]. <http://www.eurofound.europa.eu/emire/UNITED%20KINGDOM/SEXDISCRIMINATIONACT1975SDA1975-EN.htm>, 2009-08-14.
- [2] 澳大利亚人权委员会.性别歧视法(第四章)[EB/OL]. 联邦歧视法在线,<http://www.humanrights.gov.au/legal/hml>, 2011-11-22.
- [3] 消除对妇女歧视委员会一般性建议第 28 号[EB/OL]. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>, 2011-11-15.
- [4] C·E·马霍尼.加拿大对待平等权利与法院里的性别平等的方法[A]. R·J·库克.妇女的人权:国家和国际的视角[M].黄列译.北京:中国社会科学出版社,2001.
- [5] 卢炫周.美国性别偏见特别工作组运动:以法院为主的调查性别偏见的例子[A].黄列.性别平等与法律改革:性别平等与法律改革国际研讨会论文集[C].北京:中国社会科学出版社,2009.
- [6] 新墨西哥州律师协会妇女及法律职业委员会和新墨西哥州最高法院.法院中的性别平等:新墨西哥州及联邦法院指南(2005)[EB/OL]. <http://www.nmbar.org>, 2011-12-11.
- [7] Lynn Hecht Schafran and Norma J. Wikler. 法院中的性别公正:新千年行动 (Gender Fairness in the Courts: Action in the New Millennium)[EB/OL].<http://www.nawj.org/programs.asp#genderfairness>, 2011-12-11.
- [8] 腾讯评论.“带套不算强奸”逻辑的背后[EB/OL].腾讯网,<http://view.news.qq.com/z12011/rapedispute/index.htm>, 2011-08-10.
- [9] 消除对妇女歧视委员会一般性建议第 19 号:关于暴力侵害妇女行为 [EB/OL].<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>.
- [10] 经济、社会、文化权利委员会一般性意见第 14 号(2000):关于享有能达到的最高标准健康权利[EB/OL].[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument).
- [11] 儿童权利委员会一般性意见第 4 号(2003):在《儿童权利公约》框架下青少年的健康和发展 [EB/OL].<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2003/4>.
- [12] 陈明侠.司法人员执法实践与社会性别[A].黄列.性别平等与法律改革:性别平等与法律改革国际研讨会论文集[C].北京:中国社会科学出版社,2009.

责任编辑 蔡 锋

## Application of Gender Analysis Framework in the Law

HUANG Lie

**Abstract:** On the basis of an analysis of direct, indirect, multiple and structural or systemic gender discrimination applied at international, regional and national levels, this article notes that attention has been shifted from identifying and denouncing individual-oriented direct and indirect gender discrimination to punishing and eliminating systemic gender discrimination by means of temporary special measures. While mapping out a gender analysis framework to be used in the legal field, this article expects that the framework will also reflect the interaction among three aspects of the law, namely, statute law, judicial practice and law enforcement, and tradition and culture, the findings and insights contributed by feminist jurisprudence; and hopes that more efforts can be made to the effective study of blindness and insufficiency of protection of gender equality in legal culture and system.

**Key words:** direct gender discrimination; indirect gender discrimination; multiple discrimination; systemic/structural gender discrimination