

法律的性别分析

孙文恺 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学基金青年项目 08JC820026
江苏省教育厅哲学社会科学课题 03SJB820002

法律的性别分析

孙文恺 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律的性别分析 / 孙文恺著. —北京: 法律出版社, 2009. 12

(中国法学院校学术大系·南京师范大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0245 - 3

I. ①法… II. ①孙… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 236604 号

中国法学院校学术大系·
南京师范大学法学文丛

法律的性别分析

孙文恺 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.5 字数 268 千

版本 2009 年 12 月第 1 版

印次 2009 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0245 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序(一)

性别与性别关系是人类社会永恒的话题之一。然而,就当下国内的法学研究而论,性别与性别关系的分析范式似乎并未引起人们足够的重视:由此视角考察法律现象还是一个较新且逐渐升温的论域。从这个意义上说,我的博士研究生孙文恺于九年前(亦即2000年4、5月份)选择法律与性别之间的关系作为其博士学位论文选题,具有一定的理论前瞻性。如今,经过长时间的沉淀与大篇幅的改动,他的博士学位论文形成了这本《法律的性别分析》。

厘清“性别”的内涵,是对法律进行“性别”分析的前提。这里用以分析法律现象的“性别”是指社会性别(gender),而非一般意义上的生理性别(sex)。诚然,马克思主义经典作家一直关注妇女问题,且其论述对我们研究国家与法律现象也有直接的启发。例如,马克思于1868年致《路·库格曼》的信中写道:“每个了解一点历史的人也都知道,没有妇女的酵素就不可能有伟大的社会变革。社会的进步可以用女性(丑的也包括在内)的社会地位来精确地衡

量……”马克思对妇女问题的重视,使两性平等成为后来社会主义国家和法律制度建设的重要指导原则之一。当然,我们必须意识到:马克思主义经典作家在论及妇女问题时,主要运用了“生理性别”的概念。

“社会性别”的概念是女性主义者的理论贡献。虽然不同派别的女性主义者对这一概念有着不同的理解,但其主旨都在强调性别的形成与规范模式有着强烈的心理学、社会学因素。就此而论,波伏娃所谓“女人并不是生就的,而宁可说是逐渐形成的”之观点,较好地概括了社会性别的内涵。既然性别是后天“逐渐形成”、而非先天地“生就的”,那么性别在形成的过程中,就为各种制度、意识形态的渗透及发挥作用提供了契机。这里必须指出的是:女性主义者所以推出“社会性别”的概念,其根本目标在于论证两性不平等的非理性。也就是说,透过社会性别的概念,人们可以更清晰地认识社会如何建构了男性在两性关系中居于支配地位的性别制度和性别意识形态。

《法律的性别分析》一书,以社会性别概念为逻辑起点,分析了法律与社会性别之间的互动关系。通过梳理法律制度型塑性别与性别关系的历史,作者透析了法律制度影响社会性别的机制,并进而指出该机制直接促成了两性不平等的制度与意识形态。在工业革命颠覆了传统的性别关系后,资本主义国家的法律制度为消弭两性间的性别冲突亦随之发生变迁;由其性质所决定,社会主义国家自建立起就确立了两性平等的法律制度。然而,即便在推动两性平等的法律制度确立后,两性不平等的现象并未得以根除。女性主义认为性别歧视的意识形态应该为此“埋单”,故女性主义法学则继之以“解构”性别歧视的法律意识形态。令人遗憾的是,女性主义法学因解构性别歧视的法律意识形态,反使自己陷于四分五裂的状态中。有鉴于此,作者提出了实现性别正义的法律进路。特别需要说明的是,《法律的性别分析》一书运用了“性别正义”的提法,以取代主流的“性别平等”概念。这是一种值得肯定的理

论尝试。

1997年,我的硕士生曾以讨论美国女性主义法学为主题的论文获得了硕士学位。2001年,我的博士研究生孙文恺以女性主义法学倡导的核心概念“社会性别”为切入点分析法律现象,则在更深层面讨论了法律与性别之间的互动关系。《法律的性别分析》体现了作者自21世纪初以来关于法律与性别之间关系的思考;这一思考开创性地探讨了法律与性别之间的理论关系。因此,本书的研究具有重要的理论与现实意义。作为他的导师,我非常高兴地看到他的大作出版,并欣然为其作序。在看到作者不断进步而感到欣慰的同时,我也衷心地希望他能持续地就此问题进行更深入的研究,以创造更多、更好的成果!

吕世伦

2009年11月于北京海淀区世纪城寓所

序(二)

—

孙文恺博士的学术专著《法律的性别分析》即将由法律出版社顺利付梓,特致以学术上的热烈祝贺!这是孙文恺博士在博士论文基础上又经过近十年的深入思考和潜心打磨而成的学术精品。所以,当几日前作者邀我为其专著写序时,我感到十分为难。尽管我曾经关注过性别关系的法哲学以及女性主义法学的问题,但终究对这一涉及文化人类学、历史文化学、社会文化学和法哲学等诸多领域的重大理论和实践课题没有进行过系统梳理和深入研究,实难发表什么有价值的意见;加之我只是初步浏览了书稿,而未能对其进行仔细研读,故亦无法对其学术创新和学术水准作出精当的评价。然虑及文恺与我十多年师兄弟情谊笃厚,在日常交往中经常就这一课题进行多次的学术研讨、交流和论辩,也深知他对本书所倾注之热情和期盼,更有恩师吕世伦教授多次嘱我师兄弟在学术上要共同切磋、相互勉励,故难以却之,只能勉为其难,贻笑方家。

记得2000年6月,时值我刚完成博士论文答辩,文恺正在撰写博士论文的过程之中。一天中午,在中国人民大学当时便民市场的小吃店里,我和他边喝啤酒,边探讨他博士论文写作中遇到的诸多困惑和问题——其论文的主题与西方女性主义法学有着很深的渊源。我建议他从人类性别关系的社会文化观念、制度模式型构和交往行动方式的历史变迁的宏观视角,对人类性别关系的社会理想类型进行一种法哲学、法人类学和法律文化学的整体性研究和思考,以揭示人类两性关系的内在本质、历史基础、运行机理、影响因素和应有模式,理性把握人类两性关系结构对法律所产生的深刻影响,以及法律在推动两性关系的历史性重构和实现男女平等方面所具有的价值功能,进而将女性主义法学放在这一整体性学术框架下予以审视、评价和批判。现在想来,我当时对年轻的师弟提出的这个课题确乎是不确当的,其难度不仅大大超越了他当时的学术能力,也大大超越了我自己的学术能力,实在是过于为难他了。但令我始料不及的是,文恺竟吸收了我的部分建议,并且对博士论文的思路做了适当的调整,在博士论文中对这一难题进行了较为深入的探讨和研究,取得了较好的成果,得到了导师和答辩委员会各位专家的一致好评。博士毕业后,文恺到南京师大法学院工作,成了我的同事和学术研究的伙伴,其间恩师吕世伦教授和我多次催促他将博士论文稍作修改和完善,尽快出版;但他总是笑而婉拒,总说思考尚不成熟。由此亦可见其写作态度之严谨,学术作风之踏实。

二

两性关系是人类最自然、最基础、最重要的关系。基于自然差别而长期在历史发展过程中形成和发展起来的男女两性在社会角色意识、思维方式、情感体验和表达方式、交往行动方式等方面的差异,构成了人类社会两性关系结构模式的基础;型构了人类所独有的纷繁复杂、绚

烂夺目、温馨浪漫的两性关系的历史文化、家庭生活、社会生活的基本格局。正是两性之间基于自然生理差别而形成的两性之间的冲突、纠缠、交融、互动和耦合,展示了人类刚柔相济、强弱互补、琴瑟和谐而又充满矛盾的生活画面,演绎了人类社会无数爱恨交加、生离死别、哀怨凄美的情感故事,推动了人类社会两性角色文化和交往形式的不断变革和文明化,引发了人类有史以来对两性关系结构的深刻思考和理性选择。

纵观人类两性关系的历史,我们可以发现:人类社会经历了从以母系氏族社会为代表的母权制时代、父系氏族社会至现代以前男权为中心的时代;以现代妇女解放运动为肇始的追求男女平等时代;以及人类社会正在步入的性别正义的时代。但迄今为止,文明社会的性别关系结构以男性中心或男性主导为基本特质。在相当长的文明社会的历史发展时期里,男性在绝大多数领域都处于中心或主导地位,而女性只是男性的附属品或从属于男性。男权中心的社会性别结构的形成和发展具有深刻的生理基础和复杂的社会文化因素,其中,男女的生理差别、近代工业革命以前主要靠体力劳动创造社会财富的社会生产方式、女性主要承担种的繁衍和家务劳动的社会自然分工,逐渐使男权主导、女性从属的社会性别意识、性别角色文化得以建构并逐渐固化为对两性关系的制度性安排,进而通过分别对男女儿童和青少年的性别培养和教育而获得了理论的、情感的、社会的、甚至审美的合理性,得到了包括女性在内的广泛的社会心理认同,具有了合法性。在这种两性文化氛围中,女性承担了太多的社会和家庭的压力,在生理、心理、情感甚至人格上都承受了太多男性的伤害和欺压。最为凄美的是,女性的这种被奴役、被歧视的地位由于具有社会性别文化的支持长期被认为具有合理性和合法性,不但得不到必要的社会救助和普遍的社会理解和同情,反而被当作女性必须接受的、不容改变的宿命,以致形成了女性为生为

女儿身的无奈和自卑,从而进一步强化了以性别歧视和不平等为基本品格的社会性别结构和性别文化体系。

近代以来,产业革命与随之而来的技术革命带来了人类社会生产方式和生活方式的巨大变革,社会化大生产带来了社会分工的进一步精细化。伴随着女性在某些生产领域、企业经营管理 and 教育、科技、信息、社会服务等领域的优势逐渐显现,女性承担了除传统的人口生产、教育子女、家务劳动以外的更多的社会功能,女性性别意识开始觉醒,男女平等的权利诉求逐步伸张,乃至 20 世纪以降,女权主义思潮和女性解放运动风起云涌、蓬勃展开,男女平等成为重构现代社会性别关系模式的根本价值理念,并广泛渗透于国家经济、政治、社会、文化等各个方面。男女平等的社会性别理论的提出和普及化,一方面是人类历史上重大的历史进步,它表明女性长期地作为男性从属者和附属物的传统性别歧视的观念得到了根本性颠覆,并深刻影响了社会性别的制度性结构,深刻影响了社会的性别意识和性别行为方式;但另一方面,由于把男女平等片面理解为男女在社会各个方面的平等,理解为男女同工同酬,理解为女性应当从事职业劳动和社会活动,无视男女的生理差别,无视女性的特殊生理和心理特征,在相当程度上加重了女性的职业负担和社会责任,而同时女性承担的生儿育女和家务劳动、人的再生产和家庭责任又没有得到实质性的减轻,这种状况在实质上则进一步加重了女性的身心负担,对女性的身心造成了更大的损害。现代妇女疾病的名目繁多及其年轻化、高发化、普遍化发展趋势正是这种片面追求妇女解放和男女平等的社会文化的消极后果的重要表征,现代社会出现的许多与社会性别关系相关的现实问题和消极现象正是这种社会性别文化的消极社会后果。因此,重新反思近代以来的妇女解放运动和男女平等的思想观念,适时提出性别正义的新的社会性别关系的理念,按照性别正义的内在规定性和丰富社会文化意蕴,历史性地重构

人类两性社会关系结构模式,实现性别正义和性别公平,应当成为 21 世纪全人类共同追求的理想目标,解决社会性别关系结构的不正义和不公平的问题应当成为 21 世纪人类共同面对的重大理论和实践课题。在我们看来,所谓性别正义就是指在承认女性与男性的生理和心理自然差别的基础上,充分吸收近代以来追求男女平等的妇女解放运动所取得的历史性进步成果,按照男性和女性的生理、心理特点,男性和女性在人的生产和物质生产、家务劳动、社会服务等方面所承担的社会角色和社会功能,促进多元化的基于两性自然和社会性别的角色定位和社会分工,充分发挥两性的生理和心理优势,科学评价和公平对待男女两性劳动的社会价值,努力调动女性在自身的优势领域发挥社会作用的积极性,积极推动社会性别实质正义的全面实现和两性的全面、协调和自由发展。具体来说,所谓性别正义应当包含下列基本规定和价值意蕴:

第一,性别正义要求尊重男女生理差别及其所决定的社会角色和功能差别。尽管在实现男女平等的口号下,人们自觉或者不自觉地否认或者抹杀两性的生理差别以及由此带来的男女两性的不同社会角色和功能,但是,两性的生理差别必然带来体力、智力、心理方面的差异是不可否认的客观事实,由此决定了男性和女性在不同的生产生活领域各有优劣。一个性别正义的社会应当承认这种男性和女性的生理差别,承认男性和女性在各自领域各具优势。

第二,性别正义要求承认男性与女性在人格上的完全平等。男女性别是人类基于生理结构的差别而形成的两种不同性别的人群,他/她们之间只是两种不同的性别的人,是一种类型差别,而不存在人格上的高低,更不意味着男性或者女性就是女性或者男性的从属者或附属物。承认男性和女性的人格完全平等是实现社会性别正义的核心内容和重要标志,也是近代以来妇女解放运动的最重要的文明成果,而承认和实

现男女在人格上的完全平等关键在于消除任何形式上的基于性别的歧视。

第三,性别正义要求社会理性对待和科学评价男女两性在不同生产领域和社会生活领域劳动的社会价值。一般而论,在社会中男性更加适宜从事强体力、高消耗、强竞争、高风险的社会物质生产劳动,而女性在人的生产、家务劳动、教育、卫生、语言和信息交流等领域更具优势。性别正义的社会应当理性对待不同社会领域的社会贡献和社会价值,公平对待和承认不同社会领域的社会劳动,建立公平合理的社会利益分配标准和配置机制,给予物质生产和人的生产、家务劳动和职业劳动、体力劳动和智力劳动等进行公平承认和合理报偿。

第四,性别正义要求社会对女性给予特殊的关爱和保护。女性在生理上具有不同于男性的显著特点,总体来说,女性形体上多娇美,在身体上多柔弱,在心理上多敏感,在情感上多缠绵,在表达方式上多婉约。女性的这些特点构成了人类所独有的美的风景。但在社会生活中,在与男性的交往过程中,在激烈的社会竞争中,在强体力劳动中处于弱势。女性有其特殊的生理周期,在怀孕期间需要特殊对待,在达到一定年龄阶段多疾病。因此,对女性给予特殊的照顾和关怀是性别正义的社会必须承担的责任,也是作为男性必须承担的义不容辞的社会义务。也正是在这个意义上,对女性的尊重、关爱和保护程度是衡量一个民族、一个国家文明程度的重要标尺,也是衡量一名男性道德修养和综合素质的重要标尺。

第五,性别正义的社会要求保障两性,特别是女性,生活愉悦、自由发展。性别正义的社会应当是能够实现男性和女性在平等自由的环境下按照各自的生理和心理特点从事生产和服务,充分发挥自身的聪明才智的社会,人生价值得到充分实现的社会,性别不会成为其人生价值得以实现、自由发展遭到阻碍的根源;性别正义社会的女性能够从

事适合其身心特点的家务劳动和职业劳动,不会因为从事职业劳动和社会活动而倍感身心疲惫、负担沉重,不会因为专事人的生产、子女教育、家务劳动而遭受社会歧视、丈夫遗弃、社会地位下降,权利得不到保障。

三

法律是社会关系的调整器,两性关系是法律规范和调整的重要社会关系领域。性别关系的法律制度在确认、维护、强化社会性别关系的模式方面具有十分重要的作用,同时法律自身也深受社会两性关系结构的深刻影响。因此,法律的性别分析实际上包含了两个方面的理论题域:一是系统研究和实证分析法律对社会性别关系进行制度性安排的历史变迁过程及其现实状况,通过两性关系结构的法律制度透视人类性别关系结构的制度模式、价值选择和制度体系,从而理性反思迄今为止法律在性别关系制度安排上的合理性和合法性,科学揭示法律中的性别关系结构的内在本质、自然和社会基础、结构形态、价值功能、实现方式和机制;二是在法律规范和调整社会两性关系的过程中,自身是否也受到社会两性关系结构的深刻影响,从而法律是否也已经打上了深刻的“性别”烙印,也即法律是否有性别的问题。因此,法律的性别分析必然围绕以上两个方面展开。

关于第一个方面,本书运用通过运用历史实证的方法,对人类两性关系法律制度产生和发展的历史前提、历史变迁过程、现实状况、发展趋势进行了系统的梳理和深刻的理论研究。在作者看来,法律性别分析的理论前提是“性的二重性”,即性的自然属性与社会属性及其相互之间的关系,而法律建构性别关系的历史进程乃是从母系氏族社会向父系氏族社会的过渡开始的,而男权支配地位的确立是法律建构两性关系的逻辑起点。在人类文明史的相当长的时期里,两性不平等、歧视

女性的社会性别文化和性别意识通过法律转化为国家的制度而得以固化,法律对男性和女性的歧视性规定,对妇女附属性和从属性地位的确认,为男性奴役女性、欺凌女性提供了法律依据,奠定了法律基础。近代以来,随着男女平等和妇女解放运动的兴起、发展和普遍化,法律在推动性别平等和妇女解放方面发挥了重要的作用。当前,男女平等已经成为许多国家的基本国策,成为法律调整两性关系的精神价值和基本原则;绝大多数国家都已经建构了以宪法男女平等和对妇女的特殊保护的规范为核心,以妇女权益保障法为支柱,以相关男女平等和妇女权益保护的法律、法规为主干,以其他法律、法规中的相关法律规定为补充的较为完整的性别平等和妇女特殊保护的 legal 体系,有力地推动了性别平等的实现。而无差别的性别平等并未解决社会性别不公平问题,因此,性别关系理性法律建构的应然要求是实现性别正义或性别公正,而性别正义的本质乃是实现从无差别的形式性别平等保障向重视差别的实质性别平等保障的历史转变。当代世界法律的重要使命乃是实现由法律形式上的两性平等保护与实质上的两性平等保护相统一的性别正义。

关于第二个方面,本书在系统论述了西方女性主义者提出的、法律具有男性特质及不同观点的理论基础上,对法律的性别问题进行了深刻的理性反思。作者不仅反对法律的男性特质,也同时反对法律的女性特质,无论是法律的男性特质还是法律的女性特质在本质上都是与法律的性别正义的内在要求相悖的。法律的性别归根究底是由制定和运行的法律主体所决定的,在男权为中心的社会中,“法律的制定者给予了法律以特定的‘性别’,使其成为男性压迫女性的工具。由此出发,法律也就丧失了人们观念中所谓的客观性、中立性”。这是因为在男权中心的社会中,男性是法律的制定者,女性无权参与政治,也无权参与立法和法律的运作,而性别正义是在男女在立法和法律运作过程的“博

弈”实现的,因此,性别正义的法律只有在男性和女性共同参与立法和法律运作的过程的博弈、谈判、协商的条件下才能实现,因此,实现正义的必由之路乃是承认女性在立法和法律运作过程中与男性具有同样的参与协商、谈判和博弈的权利,创立女性和男性共同参与协商和对话的法律机制。显然,这一观点无疑具有重要的理论创新,消解了西方女权主义关于法律男性特质的内在矛盾,为人类实现法律的性别正义指明了努力的方向和实现的路径。

此外,本书关于性别建构法律机制的分析,特别是关于性别的社会化和法律化的理论,关于性别法律建构的外在方式,即法律中的女性形象的建构、性别法律建构的内在机理和社会场域的探讨,性别关系与法律互动关系的机理,显性性别冲突与法律变迁之间关系的分析等不仅使其具有了性别分析法哲学理论品格,而且使其具有了性别的法律社会学研究意味,颇具理论新意和启迪价值。本书关于性别视角下的中国法律研究也使其获得了该项研究的中国立足点和现实价值,这是值得肯定和赞赏的。

本书作为当代中国系统研究性别之法律问题的学术专著,在某种程度上具有开拓性意义。在我有限的阅读范围内,尽管我国曾有学者对西方女性主义法学进行了系统的介绍和评析,也有学者从不同角度对社会性别关系的法律调整进行过有益的专题研究,但如本书从法哲学角度对性别关系及其调整进行系统法律分析的著述则是寥寥无几。这种具有开拓性的学术努力既凸显了本书的理论价值和意义,也使本书的研究成为我国开展这一领域高水平系统研究的初步尝试:其中包括许多重大的理论和现实问题需要进行进一步拓展和深入的专题研究;也有许多重要的观点需要进一步地论证和深化;有些观点还可能受到质疑而需要修正。但是,这毕竟是一种有益的学术努力,而且在我看来这种学术努力无疑是成功的。

以上是我对本书的初步解读,也是我对这一重大理论和现实课题的初步思考,希望对读者阅读本书有所助益。权且为序。

刘旺洪

2009年11月8日于南京

目 录

绪 论 法律之性别分析的理论前提 001

一、“性”的二重性的内涵 002

二、“性”的二重性之逻辑起点:“性别”的概念 010

三、“性”的二重性之于法学研究的理论与现实意义 021

四、本课题研究的基本立场 026

第一章 法律建构性别关系的历史进程 037

第一节 法律建构性别关系的起点:性别支配主体的易位 037

一、从母系氏族社会向父系氏族社会的过渡 037

二、男性在两性关系中的支配地位是法律建构社会性别的逻辑起点 040

第二节 奴隶制的性别法律制度 041

一、希腊城邦国家的性别法律制度 041

二、《汉穆拉比法典》规定的性别法律制度 045

三、《摩奴法论》中的性别法律制度 048

四、罗马法规定的性别法律制度 051

第三节 欧洲中世纪的性别法律制度 054