

Gender Studies of Law

法律的性别问题研究

马 姝 著

中国社会科学出版社

Gender Studies of Law

法律的性别问题研究

马 姝 著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的性别问题研究 / 马姝著. —北京: 中国社会科学出版社,
2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5203 - 0220 - 3

I. ①法… II. ①马… III. ①法律—关系—性别差异—研究
IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 086605 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 许 琳
责任校对 鲁 明
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2017 年 5 月第 1 版
印 次 2017 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 15.75
字 数 202 千字
定 价 65.00 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营销中心联系调换
电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

目 录

第一章 研究视角：后现代女性主义	(1)
一 后现代女性主义辨析：价值与困境	(1)
二 后现代之于女性主义法学：意义与反思	(29)
第二章 后现代女性主义与我国法学研究	(42)
一 女性主义法学在我国	(42)
二 中西方女性主义法学之比较	(62)
三 后现代女性主义在我国法学研究中的发展空间	(79)
第三章 法律主体的性别之辩	(93)
一 法律主体性别问题的提出	(93)
二 历史：女性在法律主体上的缺席	(99)
三 未完成的人：西方哲人对女性的贬低	(104)
四 超越男性主体：后现代女性主义的方案	(106)
第四章 强奸法的批判与重构	(113)
一 女性主义的强奸研究	(113)

二 女性主义法学的强奸研究	(115)
三 后现代女性主义法学对强奸法的批判	(118)
四 后现代女性主义法学对强奸法的重构	(133)
 第五章 离婚条款的变迁与妇女解放	(138)
一 1950 年《婚姻法》中的激进离婚自由原则与妇女解放	(139)
二 1980 年《婚姻法》离婚条款与妇女解放	(157)
三 2001 年之后的《婚姻法》离婚条款与妇女解放	(169)
四 总结	(180)
 第六章 援交者：社会治理中的他者	(185)
一 背景：从“禁”到“治”的话语演变	(186)
二 理论视角：权力—他者	(189)
三 援交女生：嵌入治理话语的“他者”	(194)
四 如何维护未成年女性的利益	(198)
 第七章 嫖宿幼女罪取消之后的冷思考	(202)
一 法律在幼女性自主能力问题上的态度转变	(203)
二 法律态度转变的影响因素分析	(205)
三 嫖宿幼女罪取消之后依然存在的问题	(211)
 第八章 比较视角下的我国同性恋婚姻权问题	(217)
一 问题的提出	(217)
二 美国同性婚姻合法化走过的道路	(219)

三 同性恋在我国境遇	(225)
四 比较视角下我国同性恋婚姻权的思考方式	(235)
后记	(241)

第一章

研究视角：后现代女性主义

一 后现代女性主义辨析：价值与困境

女性主义，对很多人而言并非陌生词，其对应的英文单词是 Feminism。在强调女性的权力/利的语境下，Feminism 又被译为女权主义。根据女性主义研究专家南希·F. 科特的考证，Feminism 大约是在 1910 年进入英语词汇的，其含义是妇女角色的“彻底的社会革命”。^① 这一社会革命始于 19 世纪末 20 世纪初的西方，之后，在 20 世纪继续发展。迄今为止，已形成了三次女性主义运动浪潮，女性主义的概念和主张也由此日益深入人心，成为当今世界最具活力和批判力、最具改造社会之能量的社会思潮之一。

不加细分的话，我们可以将一切“妇女角色的彻底社会革命”笼统称为女性主义，但事实上，女性及与女性相关的社会不平等问题复杂多样性，决定了女性主义内部并非铁板一块。随

^① Nancy F. Cott, *The Grounding of Modern Feminism*, Chapter 1, New Haven, Conn. Yale University Press, 1987.

着女性主义运动的发展,随着社会实践的方案、社会思潮的不断推陈出新,在20世纪60、70年代第二次女性主义运动高潮中,女性主义内部逐渐分化出许多女性主义流派,以20世纪80年代为界,80年代前主要有自由主义女性主义、激进女性主义、马克思主义女性主义,80年代后出现了后殖民女性主义、后结构女性主义和后现代女性主义等新的女性主义流派。还有一种流行的概括是,女性主义阵营分三大家,即自由主义女性主义、社会主义女性主义和激进女性主义。后现代女性主义则被视为是近年来出现的一个重要的新女性主义流派。^①

后现代女性主义,从字面来看,就是受后现代主义理论思潮影响而产生的女性主义。在本书中,后现代女性主义以一种理论视角的方式存在,以此理论视角关照与女性或性别有关的法律理论与实践问题,应能开掘出我国法学理论研究的另一个维度。在展开研究之前,对于后现代女性主义的来龙去脉、引入法学研究的可能、价值、局限等诸问题,亦有必要进行全面的研讨与斟酌。

(一) 后现代女性主义的诞生

由上可知,后现代女性主义是西方女性主义发展至20世纪80年代时出现的。这是一个重要的时间点。从西方女性主义的发展脉络来看,后现代女性主义在这个时间点上出现似是必然。

1. 女性主义内部的分歧:如何处置“差异”?

20世纪80年代之前已有的西方女性主义流派可谓异彩纷呈。

^① 李银河:《女性主义》,山东人民出版社2005年版,第38页。

在共有的“女性主义”旗号下，不同的流派对某些基本问题也达成了一定共识，如男女不平等客观存在、应当以各种方式来实现男女平等的理想，等等。如中国学者柏棣所说，“西方女性主义不是一个完整严密的思想体系。经历了百年的发展，女性主义庞大松散，有时歧义百出。然而传统的女性主义并不缺乏连贯性、一致性。卷帙浩繁的著作中，在讨论不平等的社会现象时，都以承认现存社会结构是男权的，即女性权益服从于男性利益的权力结构为理论的出发点”。^①

但是，在男女不平等为何存在、什么才是平等、如何实现平等等问题上，不同时期的女性主义，因社会境遇、面对的现实问题、拥有的理论工具等不同而各有其答案。在这些分歧中，一个始终绕不过去的、带有本源性的、讨论“平等”时必须面对的问题就是，如何认识各种差异——男性和女性的差异，女性和女性的差异？迪马特·巴贝克（Diemut Bubeck）曾经指出：“差异问题已经以这样那样的方式占据了女性主义数十年。而且，即便差异不是位于女性主义思想和著作最显著的位置，它仍然作为一种背景用来反对任何可能被倡导的经验或理论上的普遍主义。因此，关注差异似乎不仅仅是讨论女性主义政治理论的一个适当途径，而且也是讨论更为普遍意义上的女性主义理论和女性主义哲学的一个适当途径。”^②

作为人类社会中自始以来就有的两种性别类型，男性和女性必然是有不同的，最起码，生理结构就有不同。但是，男性和女

① 鲍晓兰：《西方女性主义研究评介》，生活·读书·新知三联书店1995年版，第2页。

② [英]米兰达·弗里克、詹妮弗·霍恩斯比编：《女性主义哲学指南》，肖巍、宋建丽、马晓燕译，北京大学出版社2010年版，第205页。

性同为人类，又必然具有属于人的共性。对于共性和差异的认识，历来也是莫衷一是。那么，对两性的共性与差异的各种认识又是以何种方式、在何种程度上与现有的男女不平等社会结构发生关联的？流传的谬论之一种是，将两性的生理差异等级化（男强女弱、男优女劣），并以此作为不平等的基础将不平等合理化。女性主义如要反对不平等，必然要面对类似的、延续已久的论述，也就是说，必然要直面“差异”，要在理论上处理好“差异”这个问题。那么，20世纪80年代前的女性主义如何处置“差异”命题，后现代女性主义与她们又有什么不同？

（1）自由主义女性主义：承认生理差异但反对因差异而区别对待

自由主义女性主义（Liberal Feminism）产生自19世纪末20世纪初的第一次女性主义运动浪潮。彼时，资本主义大工业正处于兴盛时期，女性得以有机会走出家庭，参与社会劳动。也就是在与男性并肩工作的时刻，女性们意识到在诸多权利如选举权、受教育权、劳动权等的享有上，男女并非平等。诞生于这一背景下的自由主义女性主义，自然以为女性争取与男子同等的权利，使更多女性进入到社会的主流、能与男子机会均等地进行平等竞争，实践权利和责任作为努力的主要目标。由于注意到了公众态度、法律和立法在维护既有的性别不平等结构中所起的作用，她们十分重视公共教育和立法，希望通过行动消除使妇女获得平等机遇的法律和立法上的障碍。而对于自由资本主义体制——这一在马克思主义女性主义看来是制造性别不平等的渊藪——她们并不反对。

自由主义女性主义在女性运动第一波时出现，属于早期的女

性主义。社会性别论，或称社会性别差异论是其理论基石。社会性别论认为，造成女性与男性不平等的因素不是两性之间在生理上的差异，而是两性的社会性别差异。她们大多认为男女本质上没有不同，由于教育等后天原因才分出了等级。因为男女原本无差异，所以男女才应当平等。^①波伏娃的《第二性》就是对这种理论的发挥。因此，自由主义女性主义并不排斥男性与女性之间存在生理差异的观点，也不轻视妻子和母亲角色的价值，但她们反对因为存在的差异而建立所谓“与生俱来的”严格分工和不平等的社会角色。比如在社会上，虽然女性有机会因为工业化而走出家门，但她们大多从事的仍然是“女人的工作”，即不需要复杂技术的、报酬低廉的且地位低下的工作，而地位高的、管理性的工作则被视为“男人的工作”，得到的报酬和社会承认比前者更高。同样，这一流派也反对社会力量将妇女压制在一种完全以家庭和家务为中心的生活之中，提倡妇女在涉及婚姻、家庭、职业、政治及军事方面时的选择权。^②

(2) 激进女性主义：强调共性，视“差异”为社会结果而非自然过程

自由主义女性主义之后的激进女性主义（Radical Feminism）产生于20世纪60年代的妇女解放和实践。之所以称为“radical”，是因为这一流派在打破不平等结构的行动方略上主张革命而非改良。而且，她们将男人对妇女的压迫视为最根本和最深重的压迫，因此，妇女的解放斗争必须直接针对男人的统治。相比较自由主

① 李银河：《女性主义》，山东人民出版社2005年版，第12页。

② [美] 史蒂文·塞德曼：《有争议的知识——后现代时代的社会理论》，刘北成等译，中国人民大学出版社2002年版，第166—167页。

义女性主义致力于通过改变公众态度和法律来实现女性的权利和解放，激进女性主义提倡更广泛的制度革命和文化革命。

对于两性的差异，早期的激进女性主义（20 世纪 60 年代末 70 年代初）多强调两性之间的生理的、心理的和社会方面的相似性，认为两性的差异是社会造成的而非自然结果。也就是说，是一个由男性主宰的异性关系秩序或曰社会体系，给男人和女人规定好了不同的性别角色（这些角色在社会上的地位又是不平等的），孩子从小受教育的过程就是一个不断进入这个秩序或体系的过程。激进女性主义对由男性主宰的家庭安排和社会化方式持强烈的批判态度，提倡的是建立在选择和平等的基础上的非传统家庭，并希望这种家庭模式的改造能将人们从压制性的性别规则下解放出来，实现性别界限并不严格二分的理想社会。激进女性主义代表人物有蒂-格蕾丝·阿特金森（Ti-Grace Atkinson）、舒拉密丝·费尔斯通（Shulamith Firestone）、罗宾·摩根（Robin Morgan）、吉尔·约翰斯通（Gill Johnston）等。她们都大胆而雄辩地反对男性对妇女的压迫。如舒拉密丝·费尔斯通在 1970 年发表的《性的辩证法》中指出，由于女人在孕育婴儿时需靠男人的援助，从而逐渐形成女人对男人的从属地位，她由此提出“生物学革命”这一激进口号，主张通过开发一系列的新技术以解除妇女由于生理因素形成的对于男人的依赖，这些技术包括用奶瓶喂养婴儿，把孕育婴儿的过程移到子宫之外等。在法国著名激进女性主义者 M. 威蒂格构想的“新社会”中，只有人的概念，男人与女人的概念都将消失。^①

① 转引自王丽萍《解读女性主义法学》，载梁慧星主编《民商法论丛》第 29 卷，法律出版社 2004 年版。

(3) 社会主义女性主义：承认差异但更侧重制度批判

社会主义女性主义 (Socialist Feminism) 最早出现在 20 世纪 60 年代末。许多女性不满当时流行的关于女性受压迫的理论分析：自由主义女性主义一味强调个体性，忽视个体生存的环境，无法抓住性别压迫的实质；激进女性主义过于强调父权制，忽视经济现实，无法有效地概括女性经验及其阶级构成；马克思主义女性主义聚焦阶级及其经济基础，可能会再一次抹杀性别问题。正是对这些女性主义的压迫理论进行了深入思考，在综合马克思主义女性主义与激进女性主义的思想之后，社会主义女性主义强调女性受压迫源于资本主义父权制，即制度与性别的合力。因此，在差异问题上，社会主义女性主义固然承认它的客观存在，也认为妇女受压迫不仅仅根源于经济上的差异，社会上和心理上的差异也是其原因，但她们的热情更多投注在对“父权—资本主义制度”的批判上。

社会主义女性主义继承了马克思主义的基本理论和方法，对资本主义进行了严厉批评，却又不止于此。社会主义女性主义认为，当今女性的社会地位既是父权制的性别体制的直接后果，又是资本主义经济制度的结果。这就是将激进女性主义与马克思主义结合起来的琳达·菲尔普斯 (Linda Phelps) 提出的“父权资本主义”理论 (Patriarchy and Capitalism)。如果说父权制理论为女性受压迫提供了形式，那么马克思主义理论中对资本主义的批判则为女性受压迫提供了内容细则以及变革的力量。在关注的问题上，社会主义女性主义不仅关注女性生活的公共领域，还关注女性生活的私人空间，尤其是关注母亲式的无偿劳动、关注女性的家务劳动，等等。

纵观从自由主义女性主义直至 20 世纪 60 年代后期到整个 70 年代发展出来的这些女性主义流派, 可以看到, 她们从不同的方向向男权社会发起了进攻, 她们对于性别不平等社会的形成原因, 对于女性解放、性别平等的实现道路上有不同的看法, 但在处置“差异”问题上, 她们仍有缺憾。第一, 尽管她们承认男性与女性之间存有差异, 但“差异”仅仅是一个或多或少被承认的事实, 没有成为构筑女性主义整个理论大厦的基石。第二, 她们看到了男女的差异, 却没有看到或者不强调女性内部差异的政治意义。

差异是女性主义无法回避的现实与理论纠结。女性主义必须面对和合理处置差异, 并让其成为开展斗争的新起点。70 年代后期和 80 年代早期, 一种抬高妇女贬低男子的性别差异论在学院派的女性主义理论中出现。她们承认差异, 但承认差异是为了在两性中划分等级, 将女性视为比男性更优越的性别。例如, 她们认为, 从伦理道德方面看, 女性就高于男性, 女性的自我牺牲、母性和关怀伦理高于男性的自我中心、残忍、看重攻击性和竞争性的道德标准, 等等。南希·乔多罗 (Nancy Chodorow) 在《母性的再造》(*The Reproduction of Mothering*), 卡罗尔·吉利根 (Carol Gilligan) 在《不同的声音: 心理学理论与女性的发展》(*In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*) 中, 都在强调存在于男人和女人之间的心理、社会及道德差异的同时, 对两性的特质进行了高下之分, 认为妇女的同情、养育以及相关的照顾方式表明了妇女具有更优越的心理、社会和道德的敏感性。19 世纪的女性达尔文主义者甘博 (Eliza Gamble)

还赞美“地球母亲”“大地女神”，反达尔文之道而行之，主张女性在本质上高于男性。^① 暂且不论这一将男女两性一分高下的研判是否正确，对女性主义又将产生何种影响，我们至少可以看到，这一时期的女性主义学者已经在理论进路上开始一种新的努力。

这一努力引发了女性主义的一个微妙转向，即，在这之前的女性主义各个流派多是强调女性与男性的相似性，强调女性有优于男性的道德感的女性主义心理学家们则开始注重性别差异。诉诸妇女身份不再意味着仅仅是分享共同的被压抑和反抗的状态，而是突出与男性有别的共同的心理倾向、价值、思想和存在方式。而且这种差异更能将女性凝成为一个整体。

与此同时，女性之间的差异也不断被提出来，这对女性主义理论及其运动构成新一轮考验。因为自 20 世纪 60 年代末期以来，妇女运动的领导权一直掌握在白人的、中产阶级的、大多数受过大学教育的妇女手中，妇女之间的差异事实上处于被忽视的状态，不属于白人、中产阶级、未受过良好教育的女性的生活、声音、权利，也处于隐秘不见的状态。80 年代早期，来自于工薪阶层的妇女、犹太妇女、后殖民地的妇女、有色人种妇女不断地表达对女性主义的不满，白人女性占主流的妇女运动受到了激进的有色人种妇女及性激进分子的强烈批评。

激进的有色人种妇女认为，过去的女性主义反映的是白人的、中产阶级妇女的经历、价值和利益，排除了或边缘化了非白种人或非中产阶级的妇女的生活。有色人种的妇女的经历不仅无

^① 李银河：《女性主义》，山东人民出版社 2005 年版，第 13 页。

法在占据妇女运动主流地位的妇女形象和在妇女解放的观点中得到反映，而且还受到了解放运动的压制；有色人种的妇女不仅要遭受性别上的压迫，还要遭受种族的、阶级的压迫，她们需要与男子结成稳固的联盟以反对种族主义和阶级主义。她们认为，一个女人的社会身份不仅仅是女性，她还隶属于某个阶级，来自于某个民族，并有自己独特的生活经验。在错综复杂的社会价值网上，她所占据的位置是独一无二的，不会与任何其他女性相同。著名黑人女性主义者贝尔·胡克斯举例说，走出家庭，争取社会工作权这样的女权要求在美国只能代表白人中产阶级女性的利益。从美国历史上看，参加家庭以外的社会劳动对黑人女性来说，从来就不是什么要去争取的“权利”。不论是当日棉花种植场的女奴，还是今天要养家糊口的劳动女性，她们生存的第一条件就是工作。因此，争取工作权只代表了被丈夫当作玩偶宠物闲置在家里的白人资产阶级女性的要求。胡克斯进而指出，至今为止，女性主义尚未组织起卓有成效的反对性别压迫的群众运动。现存的女性解放理论由于阶级局限和文化误解，不能解释女性经验的复杂性和多重性。西方女性主义理论不是来自于受性别压迫最深的黑人劳动女性，而是白人中产阶级女性的无病呻吟。^①

至20世纪80年代中期，宣扬妇女的社会性差异的声音大量传播开来。有色人种妇女、工人阶级妇女、后殖民地的妇女等新女性主义者在捍卫妇女运动的同时，强调妇女的多样化经历，批评主流女性主义已经形成的、帮助强化占统治地位的欧洲中心的、中产阶级的、白种人的社会规范，并借助后结构主义对本质

① [美] 贝尔·胡克斯：《女权主义理论：从边缘到中心》，晓征、平林译，江苏人民出版社2001年版。

主义和基础主义的批判，在女性主义文化政治中诞生了一种新的社会和文化力量，这就是被认为真正对传统女性主义构成理论威胁的统称为“后现代女性主义”的思潮。

对于“差异”，后现代女性主义有着与之前的女性主义不同的处置方式。正如下文中还要提到的，后现代理论的去中心、反对二元对立和本质主义的特点在后现代女性主义中有充分的体现。后现代女性主义从反本质主义立场出发，消解了“女性”本身，因此就彻底否定了男女差异的前提。所谓自然、人性，既非固定不变，也非普遍相同，在不同的社会、文化和历史背景下具有很大不同。人的特质既不能划分为男性气质和女性气质两大类，也没有统一的女性特征，真实存在的是来自种族、阶级、经济地位各有差异的女性个体。斯佩尔曼曾督促当代女性主义理论家抗拒掩盖妇女差异的倾向，不要以为似乎存在着某种“妇女”，所有经历了各自不同生活道路的妇女都将自动融汇到这个所谓的“妇女”类别中，在其中彼此的差异都被消解。一个有效的女性主义理论必须认真对待妇女之间的差异，它不能宣称所有的妇女都“正如我一样”。^① 后现代女性主义理论家巴特勒的结论是：“这样一个总体概念的建立，所付出的代价只能是产生新的、更进一步的‘排除’。所以，要想不事先放弃未来对包容的要求，我们不得不将‘普遍性’一词视为永久开放性的、永久论争性的和永久暂时性的。”^②

因此，后现代女性主义者拒绝发展出一个无所不包的解释和

① [美] 罗斯玛丽·帕特南·童：《女性主义思潮导论》，艾晓明等译，华中师范大学出版社2002年版，第318—319页。

② 王逢振主编：《性别政治》，天津社会科学院出版社2001年版，第75页。