

# 社会性别平等与法律 研究和对策

GENDER EQUALITY AND LAW  
RESEARCH AND SOLUTIONS

全国妇联妇女研究所  
主编/谭琳 姜秀花



社会科学文献出版社  
Social Sciences Academic Press (China)

# 社会性别平等与法律 研究和对策

---

GENDER EQUALITY AND LAW  
RESEARCH AND SOLUTIONS

---

全国妇联妇女研究所

主编/谭琳 姜秀花

谭琳 姜秀花

编者/曲雯 史凯亮



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 社会性别平等与法律：研究和对策

---

主 编 / 谭 琳 姜秀花

---

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / [shekebu@ssap.cn](mailto:shekebu@ssap.cn)

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 陈 韬

责任校对 / 子 律

责任印制 / 盖永东

---

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

法律顾问 / 北京建元律师事务所

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

---

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 33

字 数 / 453 千字

版 次 / 2007 年 1 月第 1 版

印 次 / 2007 年 1 月第 1 次印刷

---

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 477 - 2/D · 114

定 价 / 68.00 元

---

本书如有破损、缺页、装订错误，  
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

# 前 言

近年来，中国日益重视保障妇女合法权益的法律制定和实施，先后制定或修改了《中华人民共和国母婴保健法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国人口与计划生育法》、《中华人民共和国农村土地承包法》等 100 余件与妇女权益保障关系密切的法律法规，出台了一系列保障妇女权益、促进男女平等的政策措施，进一步明确了政府在妇女权益保障中的主体作用，加大了国家对妇女婚姻家庭权益、生殖健康权益、土地承包经营权益、财产权益以及妇女人身权利等方面的保护力度。中国已形成以《宪法》为基础，以《妇女权益保障法》为主体的一整套保护妇女权益和促进性别平等的法律体系。

随着司法维护公平正义的职能作用的加强，国家法律援助制度、司法救助制度和法律服务制度相继建立和发展，保障妇女权益的社会化维权工作机制逐步形成，弱势妇女群体越来越多地分享到国家的法律资源，获得了法律救济；中国保障妇女合法权益的法律援助和法制宣传活动也不断开展。第四个五年普法宣传活动把《妇女权益保障法》、《劳动法》、《婚姻法》、《人口与计划生育法》和《农村土地承包法》等与妇女权益密切相关的法律列入了重点宣传内容；中国政府积极签署和履行有关妇女儿童权利和妇女发展的国际公约。这些积极的行动为促进妇女全面发展提供了有利的法律和政策保障，标志着中国的妇女人权事业法治化建设进入了新时期。

与此同时，中国的学术界和非政府组织对有关妇女权益保障的法律、法规及实践行动的研究和探索也有了长足的进展。越来越多的研究者和实际工作者认识到，妇女问题从来不是孤立的或者是妇女自身的问题，而是与特定国度的文化传统、现行体制、经济发展等因素密切相关的社会性别问题。保障妇女权益的法律法规是社会性别平等框架之中的有机组成部分。通过保障妇女权益、推动妇女地位提高来实现男女在社会生活各方面的平等，是现阶段中国反对性别歧视、推动两性平等和谐发展的立法特色，是构建社会主义和谐社会的必然要求。

中国正处于新旧体制交替的社会转型时期，妇女群体在政治参与、劳动就业、接受教育、人身权与财产权等方面仍面临严峻挑战。中国的法制化建设还处于发展之中，保障妇女合法权益的法律法规和司法制度都需要不断完善。前不久召开的中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过的《构建社会主义和谐社会若干重大问题决定》，提出到2020年建立起比较完善的中国特色社会主义法律制度和司法体制机制，为完善保障妇女权益的法律体系提供了重要的前提条件和政治保障。

为了适应全面贯彻落实科学发展观，构建社会主义和谐社会的新形势的要求，进一步宣传中国保障妇女合法权益取得的进展，大力普及妇女权益保障的法律知识，客观分析维护妇女合法权益面临的困难和问题，提出适合中国国情的、具有可操作性的对策建议，全国妇联妇女研究所《妇女研究论丛》编辑部组织和协调有关专家学者、法律工作者和妇女工作者，围绕妇女人身权利、劳动就业权利、婚姻家庭权利、财产权利、性权利与生育价值补偿等方面的立法和司法实践进行了研究和探索。现将其中一部分社会关注程度较高、也比较有学术价值和实践意义的研究成果结集出版，旨在为进一步推进中国妇女权益保障法制化进程提供研究参考。2006年是全国妇联提出的“法制宣传年”，我们也期望本书能够为各级妇联宣传妇女权益保障的相关法律，进一步做好维护妇女权益的工作提供参考。

本书收录的46篇文章分别从社会性别视角审视和分析了妇女的劳动

就业权利、退休政策和养老制度中存在的性别差异、妇女土地权益保护、家庭暴力、性骚扰、妇女性权利和生育权利、婚姻家庭财产权利、配偶权、犯罪与被害人救济等问题，并提出进一步完善立法和司法的建议；考虑到社会性别的法学理论与学科建设在推进法治化进程中的特殊作用，这一主题也成为本书的一个重要内容。同时，我们还把中国相关的法律、法规、文件和国际公约附录于后，为读者对照阅读本书涉及的一些法律条文提供方便。需要指出的是，本书是研究成果的汇集，按照常规，各位作者对各自的观点负责，所发表的观点既不代表其所属的组织和机构，也不代表本书的编辑单位。另外，不同作者对于研讨的问题可能有不同的见解和建议，本书予以充分尊重。由于受编者的法律专业知识水平所限，本书也许会存在这样或那样的不足，敬请大家指正。

本书是《妇女研究论丛》专家队伍智慧的结晶，表现出全国妇联妇女研究所和《妇女研究论丛》编辑部对保障妇女权益，促进性别平等的高度责任感和使命感。本书也是《妇女研究论丛》编辑部与专家学者，特别是本刊作者集体合作的成果。谭琳、姜秀花、曲雯、史凯亮、王庆红在策划、组织、论文筛选、编辑、校对、排版整个过程中，认真完成各自承担的任务，保证了本书的编辑进度和编辑质量。社会科学文献出版社的领导和工作人员也给予了大力支持。在此，一并表示衷心的感谢。

全国妇联妇女研究所

《妇女研究论丛》编辑部

2006年10月

# 目 录

contents

前 言 .....	1	□	
社会性别与妇女人权			
——兼论社会性别的法律分析方法 .....	郭慧敏	1	□
社会性别与法学研究 .....	周安平	9	□
中国妇女权益保护探微			
——以法律渊源为视角 .....	尹小荣	17	□
运用社会政策工具 推进社会性别平等			
——以对中国养老制度的分析为例 .....	彭希哲	27	□
退休年龄对中国城镇职工养老金性别差异的			
影响分析 .....	陈卫民 李 莹	39	□
女性专业技术人员退休问题探析 .....	王竹青 吴道霞	48	□
关于男女公务员同龄退休问题的讨论 .....	刘 军 等	56	□
中国女工劳动保护制度与现状 .....	潘锦棠	69	□
就业中容貌歧视问题的法律规制初探 .....	李 程	80	□
工伤法中的性别盲点及歧视			
——“孕妇工伤胎儿受损”的			
个案分析 .....	郭慧敏 段燕华 高 涛	90	□
保姆损害类型和救济机制研究 .....	林金贵	100	□
非公有制企业女职工特殊权益保护现状与对策建议			
——以福建省制鞋行业为例 .....	陈桂蓉	111	□

## 城市中外来妇女权益保障问题与对策

——来自福建省厦门市的报告 …………… 蒋 月 潘 峰 陈宝贵 120 □

女性土地权益受损的机制原因及保护制度创新分析 …………… 李凤章 130 □

论婚嫁妇女土地承包权流失的原因及法律保护 …………… 郭江平 141 □

维护农村妇女土地权益的法律思考 …………… 董江爱 陈晓燕 149 □

## 论法律视角下农村出嫁女土地权益的保护

——基于个案的分析 …………… 李 敏 程洪宝 158 □

法社会学视野中的家庭暴力 …………… 王海燕 彭红艳 165 □

家庭暴力法律救济途径初探 …………… 郭英华 潘 璟 176 □

## 论中国制定预防和制止家庭暴力法之必要性和

合理性 …………… 王文怡 191 □

中国反家庭暴力的立法现状及思考 …………… 付晓娟 雷晓坤 198 □

对“性骚扰”概念的解析 …………… 沈奕斐 208 □

## “禁止性骚扰”法律成本的性别分配

——对《妇女权益保障法》的

法律经济学分析 …………… 郭慧敏 于慧君 218 □

遏制性骚扰的立法对策研究 …………… 张荣丽 230 □

## 关于性骚扰立法的几点思考

——兼评《妇女权益保障法》相关条款 …………… 胡 波 239 □

论反性骚扰立法中义务主体的缺失 …………… 刘明辉 247 □

预防和制止性骚扰的地方立法浅议 …………… 段成钢 彭 迪 258 □

强奸犯罪中生育角色缺失的法律探讨 …………… 林金贵 266 □

婚内强奸犯罪化的立法变动建议 …………… 冀祥德 276 □

试论中国婚内强奸的法律救济 …………… 张 弦 286 □

生育保险制度中的女性关怀和男性责任 …………… 欧阳和霞 294 □

关于加快生育保险制度立法的几点思考 …………… 仇兴玉 301 □

论离婚损害赔偿制度的法律适用 …………… 欧阳晓安 叶国平 310 □



对现行离婚财产分割制度的分析与思考 ——基于江苏省仪征市陈集法庭农村 离婚案件的调查 .....	张美萍 319	□
从一则案例看中国新《婚姻法》中夫妻 共同财产的范围 .....	张 萍 326	□
对配偶权制度的反思与立法完善的建议 .....	张邦辅 334	□
评新《婚姻法》对夫妻互相忠实义务的规定 .....	姜远志 姜元奎 343	□
对中国《刑法》有关规定的社会性别解读 .....	肖巧平 352	□
性犯罪案件中被害人的精神损害赔偿研究 .....	张荣丽 360	□
和谐社会背景下受虐杀夫妇女合法权益的保护 ——论对受虐杀夫的妇女判决无罪或 减免刑罚的法律依据 .....	刘余香 368	□
对儿童性侵犯的有关探讨 .....	张雪梅 375	□
反对对女童和青年妇女以劳动剥削为目的的 拐卖的机制探讨 .....	蔡一平 387	□
边疆民族地区拐卖妇女犯罪研究 ——以云南省文山壮族苗族自治州为例 .....	袁 斌 杨镇宇 398	□
推进妇女法学进入中国高等院校法学教育和 研究的对策 .....	欧阳梅 407	□
民间妇女法律援助问题探讨 .....	郭慧敏 413	□
新《婚姻法》五年实践之评析 .....	何贵忠 423	□
<b>附录：有关法律、法规、文件和国际公约 .....</b>	<b>434</b>	<b>□</b>
<b>国家法律 .....</b>	<b>434</b>	<b>□</b>
中华人民共和国宪法（节录） .....	434	□
中华人民共和国刑法（节录） .....	435	□
中华人民共和国妇女权益保障法 .....	440	□
中华人民共和国婚姻法 .....	449	□

中华人民共和国母婴保健法 .....	457	■
中华人民共和国人口与计划生育法（节录） .....	462	■
中华人民共和国劳动法（节录） .....	465	■
中华人民共和国村民委员会组织法（节录） .....	467	■
中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级 人民代表大会选举法（节录） .....	468	■
中华人民共和国农村土地承包法（节录） .....	469	■
中华人民共和国公务员法（节录） .....	469	■
<b>全国性法规和文件</b> .....	470	■
女职工劳动保护规定 .....	470	■
劳动部关于女职工禁忌劳动范围的规定 .....	472	■
女职工保健工作规定 .....	474	■
企业职工生育保险试行办法 .....	478	■
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（一） .....	480	■
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） .....	485	■
最高人民法院关于审理农业承包合同纠纷案件 若干问题的解释（试行）（节录） .....	490	■
中共中央办公厅 国务院办公厅关于切实维护农村 妇女土地承包权益的通知 .....	490	■
国务院关于完善企业职工基本养老保险制度的决定 .....	493	■
国务院关于工人退休、退职的暂行办法（节录） .....	497	■
国家公务员暂行条例（节录） .....	498	■
<b>国际公约</b> .....	498	■
消除对妇女一切形式歧视公约 .....	498	■
消除对妇女的暴力行为宣言 .....	509	■
1958年消除就业和职业歧视公约（第111号公约） .....	514	■

# 社会性别与妇女人权

——兼论社会性别的法律分析方法

■ 郭慧敏\*

## 一 社会性别——解构性构社会<sup>①</sup>的法律分析方法

社会性别是妇女运动和妇女研究的发现，在妇女运动中它是批判的武器，在法学研究中它对法律的性别结构是一种解构，但又不仅仅是解构。

最早用社会性别分析法律的是西方女权主义法学，它是女权主义哲学与法学结合的产物。但有人认为它不是单纯的学术，而是“当代法学的女性主义运动”，是一种超越学术界限、结合理论和实践的思想脉动。……当代法学的女性主义运动从反对性别、种族歧视的讨论开始……扩大到对法学基础知识、假设、方法和实践的批判。在理论和实践上，不仅由基础法学研究延伸到宪法、刑法、民法和立法学等各个法学领域，而且还对一些深刻的女性议题进行了冲击。<sup>[1]</sup>社会性别这一概念对女权主义法学产生了重大影响，通过运用这一范畴，女权主义法学对法律制度中的性构进行了尖锐的批判和改造。<sup>[2]</sup>批判的同时，学者们也进

---

\* 作者简介：郭慧敏，女，西北工业大学人文与经法学院教授。

① 性构社会（gendered society），是指社会中男性与女性角色都是由社会建构出来的。不同的社会可能会建构出不同的男女行为模式。

行了反思和建构。人们逐渐认识到女权主义法学需要批判的是性别制度，而不是男性，不仅如此，社会性别研究需要男性的同盟，妇女人权的进步是整个人权进步不可分割的一部分。

社会性别作为一种法律分析方法，必须考虑同样的法律是不是给男女两性带来同样的结果，否则，这个法律不仅是不平等的，很可能本身成为复制社会歧视的工具。我们知道，到目前为止还没有一个国家的女性真正享有与男子平等的权利。虽然当代很多国家的法律规定了妇女的法定权利，但不能把法律规定与性构社会中女性的实际地位与角色混为一谈。<sup>[3]</sup>性构社会不仅影响女性，也同样影响男性，使男性承担了过重的社会和家庭责任。而这一点，在以往的女权主义法学研究中常常被忽视，女权主义学者更关注男性对女性的压迫，而没有注意发现压迫女性的同时给男性带来的负面影响。

凯瑟琳·T. 巴特利特 (Katherine T. Bartlett) 在《女性主义的法律方法》(Feminist Legal Methods) 一文中认为，女性主义的法律方法包括提出妇女问题 (asking the women question)、女性主义实际推论 (feminist practical reasoning) 和提高觉悟 (consciousness-raising)。<sup>[4]</sup> 这种方法是站在妇女的立场上，从妇女的经验出发，发现法律对妇女的不公，提高妇女的权利意识，试图揭示法律事件中易被传统方法忽略或压制的特点。

雅格 (Jaggar) 指出，当今世界的女性问题与男性问题并非截然分开。因为在大多数情况下，男性的生活与女性的生活是密切地联系在一起，不论在公共生活还是在私人生活中，男性与女性各自在道德上的选择都会影响对方。<sup>[5]</sup> 周颜玲在《有关妇女、性和社会性别的话语》一文中指出：从“以妇女为中心”到“以社会性别为中心”反映的是当代女性主义学术研究进路的转变。<sup>[6]</sup> 因为即使是女权主义研究者们也认识到，如果没有男性的参与，要充分认识并有效改变妇女的屈从地位是不可能的。同时，男性也有社会性别，也受到社会性别制度的压迫和控制。以社会性别为中心可以有效地考察女性相对男性而言的社会位置，剖析社会权力关系的性别构成。但值得注意的是，社会性别作为一个分析要素

不是唯一的。同时，也要考虑社会性别与种族、族裔、阶级、性倾向、年龄、残疾等因素的相互作用，具体地分析妇女和男性的状况。

社会性别对于不平等性别制度的积极变革意义在于：既然社会性别是指社会文化中形成的属于女性或男性的群体特征和行为方式，对性别的社会认识不是自然的而是社会构成的产物，那么基于生理基础之上的性别压迫和不平等就是没有根据的，因而也是可以改变和消除的。性别分析纳入法律，将会使我们更清楚法律在有关妇女的法律议题上的性别立场，以及再现以中性面目出现的性别不平等和法律本身带来的隐性的歧视，从而使法律真正担当起社会公正，尤其是社会性别公正矫正器的任务，以实现从性别出发、最终能超越性别、达到法律上“去性别”的性别正义。从这个意义上说，社会性别对法律的分析 and 考量是过程和手段，而不是最终目的。性别分析（gender analysis）是为了解构原有性构社会的不公正结构，而在新的基础上完成中国社会性别与法律的关系建构。

## 二 妇女人权的性别考量

妇女人权应该是妇女作为人的权利和妇女作为女人的权利，其至少应该分为三个层次：妇女应该得到的权利、妇女的法定权利和妇女在实际生活中的权利。中国关于妇女的权利一般的说法是《妇女权益保障法》规定的妇女的六大权利，也就是政治、教育、劳动、财产、人身、婚姻家庭六大方面。但仔细推敲，这些并不是妇女专有的权利，更不是妇女的特权。中国妇女的法定权利可分为两大类：与男子的平等权和对妇女的特殊保护权。这六大权利仅仅是妇女的法定权利，既不是妇女的应然权利诉求，也不是妇女社会生活中的实际权利。而国际妇女人权应该是人权中妇女特有的权利，但是至今并没有见到更清晰的划分。我们所了解的、现有的只是与妇女人权相关的一些领域，如家庭暴力、就业歧视、强奸、性骚扰、色情、生育、土地权等。将上述问题视为妇女人权关切的领域，只是因为在这类问题上妇女已经发出了与男性不同的声音，是

因为相关法律不能反映妇女的意志和涵盖妇女的经验。但值得注意的是，将妇女作为一个单一分析类别具有一定的危险性，因为它可能会忽视妇女之间的多样性，模糊妇女群体的内部差异，特别是妇女群体内部在种族、阶级以及性倾向方面的区别，而这些区别是应该加以考虑的。随着后现代主义去中心理论以及第三世界、黑人和女同性恋女权主义的发展，“妇女”概念逐渐受到质疑，后结构主义女权主义曾声称妇女没有核心的身份认同，而是包含了多种相互重叠的社会结构和话语表现。将妇女作为一种分析类别意味着拒绝以上这些观点，认为妇女具有一系列共同的、基本的与历史无关的特点，这些特点构成了妇女的连贯身份认同。这样就使得对妇女人权的论述存在一种现实的困境：忽视区别意味着由区别支撑的不平等和压迫现象将继续下去，并强化妇女的边缘地位。我们必须对此保持足够的警觉。

现实中，妇女在法律中乃至在社会生活中处于次等级地位，法律以中性面目出现时，忽略了妇女经验，往往给妇女带来不利的后果，在这种情况下，法律可能以平等的名义再次复制不平等。社会性别的考察要求法律通过立法或司法使社会生活中对妇女的歧视得到校正，对实践中法的考察要求法律超越形式平等而达到实质的性别平等和公正。

前述女性主义的法律方法在实际中的确有用，也得到了中国法律实践的部分印证，但却过分囿于“妇女”，而不是“社会性别”。对妇女人权的性别考量和讨论不能仅限于在妇女内部自话自语，那样的结果必然会使妇女人权在国际国内人权框架中边缘化，必须把它放在与男性的对比中，放到主流的决策中去考量。强调“妇女”是向“人”实际是“男人”人权标准看齐，而强调“性别”可能考虑的是不同的两性人权标准，是两性有同有异的权利最大化。

### 三 妇女人权的国际化与本土化

国际化是说应该把妇女人权放入国际人权法的框架中去理解和考察，

本土化是要挖掘本土的经验，用中国妇女人权的经验丰富国际人权的内容。作为国际人权的一部分，应考虑国内妇女人权与国际妇女人权的接轨，但接轨会不会放弃自己的本土特性是一个要深入探讨的问题。妇女人权的发展应放在国际化和本土化两个维度上去考量。我们试以《消除对妇女一切形式歧视公约》（以下简称《消歧公约》）为例，考察中国妇女国际人权的实现障碍。

首先是关于法的功能的理念。中国在法治化过程中一方面向西方学习，推动了法治现代化，比如提出从刀治到水治的法治理念，但法律的工具性价值一直是中国法的价值追求中的首要价值。在目前情况下，法律实际上只承担形式平等的任务，而《消歧公约》中提出的消除对妇女一切形式的歧视要达到的平等是一种实质平等。形式平等具有明显的局限性：以男性为参照系；性别中立标准在处理差别待遇时可能没有效果。形式平等通常并不足以实现机会均等和效果均等。形式平等和事实平等的距离有多远，中国当代法是否能担当起实现实质平等的重任？我们可能还有很长的路要走。

其次是政府承担责任的原则。签约国家必须承担消除歧视的积极作为的责任，平等权的实现是不能靠消极义务实现的，如在瑞典，劳动就业性别歧视的消除是通过政府要求企业提供积极措施，并定期报告措施结果的方式实现的。历史造成的歧视和歧视性的文化偏见需要国家的努力，而不仅仅是妇女组织的努力。那么，国家如何才能承担消除性别歧视及其他歧视的任务？

最后是非歧视原则要求法律对文化的改造，要求承担对历史和现存文化造成歧视的矫正，包括对传统性别文化的改造，以去除对妇女长期遭遇不公正待遇的文化根基。那么法律如何调整文化，一般理论界如何看待法律与文化，法律是顺应还是调整与改造，现行法有无如此的张力承担这一重任？法律对歧视的文化矫治能担当多少？

在中国法律领域运用社会性别理论的分析，应该避免国际妇女运动已经走过的弯路。寻找合适的本土化方法意味着建构本土的妇女权益理

论，借鉴世界性女权主义经验而不是照搬西方的结论。西方理论的借鉴必须经过中国实践的验证。只有这样才能在全球化和本土化两条进路之间找到中国妇女的位置，并以中国自身独特经验丰富性别研究的妇女人权理论。那么，中国与西方的不同在哪里？

首先，中国的社会背景和西方社会有很多不同。在这个不同的背景下，我们如何选择自己的女性主义法学或者说性别法学理论与实践的推动方式，是值得探讨的问题。比如，美国的平等权利法案推动一个形式平等经过几代妇女的努力，而中国比较早就有了一个立法上的形式平等。我们已经初步建立了从《宪法》到《妇女权益保障法》，再到具体法规的妇女法体系，并把“男女平等”作为国家的一项基本国策。尽管男女平等在法律实施中有诸多问题，也还没有学者站在妇女的立场或者社会性别的立场对妇女权益进行系统的梳理，但平等却成为新中国妇女的理念，成为人们的政治理想和努力方向。我们现在需要发现和解决的实际上是在一个形式平等下的不平等的问题，所以我们要做的工作与西方女权不太一样。我们要争取的是妇女的实际权利。妇女本土问题的发现要有本土和国际的视角，一个外国学者或者运动家所看到的中国问题，是不是中国学者眼中的问题？我们的问题可能必须由我们自己来建构。

其次，如何发现性构社会对中国法律的影响？如何发现两性法律诉求的不同？就是在妇女内部，个案之间也千差万别，如何使个案的推动和立法的推动相结合？妇女权益个案与推动立法的关系是什么？在一个立法造法的体制下，法律的一般规范性、普约性与妇女诉求的多样性形成的矛盾在解决时是一个棘手的问题。如何将不同的妇女的意志整合进法律？谁代表妇女做这种整合？谁有权当代表？我们面临寻找两性不同意志尤其是妇女意志的困难。中国的立法体制是一元两级多层次，我们所有的推动最终是立法的推动，然后才是实际权利的争取。我们最重要的目标应该是推动中国整体的人权立法。与美国相比，我们有很多的不同。美国女性主义法学是在一种运动的实践中建构起来的，它通过一个一个案子发现不同的问题，建构不同的判例规则，最后上升为立法原则，



再由运动者和研究者研究合作建构理论。当事人有一个多样性的选择空间，在适用法律时是可以选择的。但在中国却不可能选择这个适用判例和那个适用判例，通常适用法律的选择空间也不大。妇女是一个复杂的概念，后现代法学破坏了妇女的一体性，妇女内部有很多分层。哪些妇女作为妇女诉求的代表者？是用女性精英取代男性精英吗？

再次，从“以妇女为中心”到“以性别为中心”的转变中，我们更应该注意中国妇女与男性的关系。中国历史上男女的对立不像西方那样尖锐。“阴阳合和”从来是一种文化理想，尽管它是建立在男尊女卑基础上的。中国文化本身具有某种阴柔的特征。不管动机是什么，近代知识男性率先提出妇女问题这个现象是中国独特的，在中国革命战争和建设年代，男女已经建立起某种合作的基础，尽管这种合作是以牺牲女性的性别特征为代价的。<sup>①</sup> 在西方的女性运动过程中，女权主义给人这样一个印象：她们和男性一起做了一个大蛋糕，后来蛋糕被男人捧走了，女权主义者就拿着一把刀在后面撵着要切那块蛋糕。但在中国不一样，革命和觉醒得比较早的是男人，不管这个觉醒程度如何，可以说中国的女性和男性在斗争中或建设中建立了一种哪怕是表面上的同盟关系，尽管这可能是一个不平等的结盟。当然，这个关系如何，我们要做深层次的分析。

最后，法律产生的方式是不同的。法律的产生有两种方式：经验式和先验式，即判例法的经验模式和法典立法。将中国妇女权益立法纳入社会性别的视野的考量，是为了使以“中性”标注性别立场的中国现行法律有一个反思的空间，也是为了不简单套用西方女权主义法学的现成

<sup>①</sup> 国内有很多的研究涉及这一问题，如李小江等关于战争与女人的研究和对一些“文化大革命”中女知青及三八女子作业的研究反映了这一点。女性社会参与或者说革命的代价是变成假小子，拼命掩盖自己的女性特征，使自己尽量与男子相同，这正是毛泽东时代倡导的“不爱红装爱武装”、“时代不同了，男女都一样。男同志能办到的事女同志也能办到”的男女平等理念。但以男性为准则的妇女解放没有从深层去挑战男尊女卑的文化观念和价值标准，其结果是，女性走进了男性的世界，却未能改变这个男性世界的社会性别等级及其价值观，社会资源和权力也依然由男性掌控，知识生产领域更是极少能包容女性的生活和经验，以女性牺牲性别特征的表面的平等掩盖了事实的不平等。