

THE ILLUSION OF EQUALITY
THE RHETORIC AND REALITY OF DIVORCE REFORM



虚幻的平等：
离婚法改革的修辞与现实

[美] 玛萨·艾伯森·法曼◎著
Martha Albertson Fineman

王新宇◎等译



中国政法大学出版社

THE ILLUSION OF EQUALITY
THE RHETORIC AND REALITY OF DIVORCE REFORM



虚幻的平等：
离婚法改革的修辞与现实

[美] 玛萨·艾伯森·法曼◎著
Martha Albertson Fineman

王新宇◎等译



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

虚幻的平等：离婚法改革的修辞与现实/（美）法曼著；王新宇等译．—北京：
中国政法大学出版社，2014. 8

ISBN 978-7-5620-5575-4



I. ①法… II. ①法… ②王… III. ①离婚法—研究—美国 IV. ①

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第192307号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 10.25
- 字 数 204 千字
- 版 次 2014 年 8 月第 1 版
- 印 次 2014 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 32.00 元

虚幻的平等：离婚法改革的修辞与现实

THE ILLUSION OF EQUALITY:
The Rhetoric and Reality of Divorce Reform
by Martha Albertson Fineman

Copyright © 1991 by Martha Albertson Fineman.

All rights reserved.

Licensed by The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, U.S.A.

版权登记号：图字 01 - 2014 - 6242 号



我要对威斯康星州法律研究机构的诸多同事、对我的女性主义与法律研究项目支持了数年的诸位同事表示感谢。我还要感谢默里·埃德尔曼 (Murray Edelman)，他是一位完美的良师益友，是我创作的动力来源之一。我对那些为本书在各个方面作出诸多研究帮助的学生表示感谢，他们是：安妮麦克阿瑟 (Anne MacArthur，她和我合作几年，她的贡献有目共睹)、我的第一个助手艾米丽·温·塔赛尔 (Emily Van Tassel)、艾伦·霍瑟 (Ellen Hauser) 和艾米·斯卡尔 (Amy Scarr)。并且感谢迈克尔·托纳 (Michael Toner) 在项目后期的帮助。此外，凯西·德福雷斯特 (Kathy DeForest) 为本书作出了巨大贡献，相对于录入工作，她更像个助产士一样催生了这本著作，我十分感谢她对我技术欠佳所保持的耐心。

序

很荣幸我的第一部作品能在中国翻译出版。时光已经过去20年了，那个时候人们对女性主义和性别差异的议题是不熟悉的。现在很多事情已经发生了变化，但是令人奇怪的是，我在本书中首次阐述的很多问题却一直还在困扰着女性，特别是那些为争取社会平等和经济平等的母亲们。

我创作这部书的时候，正值美国发生了一场社会和法律变革运动，这场运动被称为“离婚革命”。那些对获取更多平等满怀期许和愿望的女性、渴望改变传统角色的女性，多数毕业于20世纪60年代早期。毕业之后，她们中越来越多的人离开家庭，步入工作岗位。但是在实践中，作为私人领域的家庭和公共机构与政策却还处在传统的分立状态，这种合成张力促成了这场争辩：怎样理解和论证这种完善和促进男女双方都能接受、遵守的变革模式是必要的。

致力于这场离婚进程改革的女性（和男人）选择了已经被确认了的“平等”修辞作为她们对于改革的期许。但是“平等”这一修辞作为一种渴望，并没有承担起和“需求”这一理念相关的各种潜在特征。本书所阐述的问题就是：在家庭语境

之下，要明智地适用平等模式。我认为：家庭，特别是对于美国 20 世纪中期的家庭，还是一个按性别进行分类的组织。在家庭语境下强制推行性别中立的平等模式将会使已有的不平等永久化和稳定化。这种平等模式会掩盖和否认在现实中已经存在的公共领域和私人领域资源需求的不平等。我认为，这种不平等内在于我们性别化了的家庭角色，是美国社会性别建构的一个基本途径。有三种方式促成了这种不平等：①通过工作机会不平等和收入不平等反映出来的职场不平等；②婚姻内部商谈地位不平等，高收入者获得了更高的权威和尊重；③离婚之后男女双方出现的不平等，承担看护的配偶一方（通常是母亲）得到的子女抚养费和预设的工作与家庭负担不协调，这种不协调已经成为美国的雇佣惯例。

在传统家庭中，物质和经济资源的需求通常分配给一个家庭的男户主，而情感和看护工作被认为是家庭主妇 / 看护者的责任。改革者们寻找替代这种反映在丈夫 / 妻子、母亲 / 父亲这种二元性别分类中的传统社会角色，代之以性别中立的、涵盖在平等模式之下的“配偶”和“父母”。通过这种替代，他们希望得到一种性别平等的新型文化模式和社会模式，同样期待在这种模式下婚姻双方能改变自己的行为。

但是传统的家庭角色绝不仅仅是一种家长式的范畴。这种家庭角色是社会建构和分配与家庭相关的多样化的（经常是不完备的）期许的组合：家庭满足家庭成员的需求和依赖，提供物质、经济、情感和看护资源。在 20 世纪 60、70 年代，女性主义改革者在家庭和职场中所寻求的，是性别中立模式之下各种期待与责任的分配，通过这种分配最终产生家庭内的共享或平

等规范——妻子将是职业女性，父亲和母亲都是看护者，都是家庭的经济来源。

但是，改革者的家庭内共享和平等视角未能充分考虑达成这一理念所需要的社会组织功能所具有的局限性。对于多数夫妻来说，轻而易举地或平等地完成这种性别中立的劳务分工是不可能的。造成这一失败结果的一个重要的结构性因素是：其他社会体系，比较典型的不止是职场，还包括法律规范、文化规范和社会规范，都是围绕传统的性别期待和假定而建构的。一个工作的人可以也能够全职工作，不需要承担其他看护性的责任的假定一直在塑成美国的雇佣惯例。假定孩子至少需要一个全职在家的父（母）进行照料，若母亲去全职工作，就会被认为是自私的。尽管工作者的社会身份、照看子女的父母不再有形式上的性别分工，但制度安排对于职场和家庭分工仍保有一种强制性的性别分工，平等不是仅仅意味着平等无障碍地工作，还意味着是否能够适应严格的生产率工时模式。美国近期的研究表明：对母亲来说，这是一种“母职惩罚”：当男女（非母亲）之间的收入（有些人认为是工作机会）不平等时，作为母亲的女性仍旧获得更低的收入（更少的工作机会）。

我们可以从历史的角度来理解这种性别不平等的结构：我们的社会机构已经从每个社会必须维持的情感和看护功能中将经济和物质分工分离；家庭承担了为家庭成员提供情感和看护功能的组织责任，职场和其他公共组织为每一个个体职员提供经济和物质资源的准入机制；这些衍生性的资源配置分布于他们的家庭内部。如果这种责任分配制度没有根本性的变化，古老的养家糊口和家庭主妇角色就会因现实状况而永久地保持下



去。所以，到目前为止所发生的这些变革，不论是家庭内部的平等还是职场内的平等，都注定是局部的、不完整的，是没有效果的。

玛萨·艾伯森·法曼

2014年8月



序	1
第一章 简介：家庭的重组	1
第一部分：平等修辞与离婚中的经济问题	19
第二章 家庭：修辞与意识形态之辩	21
第三章 平等论与离婚时的经济判决	52
第四章 法律化的平等：个案研究	82
第二部分：平等修辞与未成年子女监护裁决	125
第五章 未成年子女监护权：经济改革带来的 “平等”	127
第六章 个体化的家庭：未成年子女利益代理	154
第七章 社会科学在监护政策制定中的应用	177
第八章 构建思想方案的社会科学基础	206
第九章 监护权裁判的替代者	231
第三部分：退位的平等	277
第十章 被废弃的可选择性方案	279
索引	305
译后序	315



简介：家庭的重组

如果承认只有女人才能够成为孕妇，也就意味着这并不是按照法律的分类而是以性别分类为基础的。

按照保险计划所进行的粗略分类，在排除残障和性别两种身份之后，身份的缺失就会变得明显。保险计划只是将被保险人划分为两类人群——孕妇和非孕妇。

——Geduldig v. Aiello *

把孕妇作为一种特例是一种本能，这已经深深地根植于我们的文化之中，确切地说是各种文化之中。这种特别对待看似极其自然，而且正确。

然而，深入地分析……那些寻求特别对待孕妇的女性主义者是从同一个基本假定出发的，也就是说，当妇女变成孕妇时她们是处在人类历程的一个特殊阶段。当然，有关基本假设是如何剪切成为一种视角的也受个人观点影响。可以预言，商人、高级法院的法官和女性主义者的基本观

* Geduldig v. Aiello, 417 U. S. 498, n. 20.

点肯定是不同的。但是，同等对待使得孕妇要比其他身心障碍者待遇差这一基本原则却是一个共识，这就可以以美国宪法规定的自由为孕妇创造一种特别福利。对孕期而言的平等，……创造的不仅必然是孕妇权益下的基本福利，更是符合孕妇的高级福利……如果我们不能拥有这两种方式的平等，那我们就要仔细思考我们想要的是哪一种方式的福利。

就我个人而言，我认为解决所有问题的良好途径就是平等方法（the equality approach）。特别对待需要巨大的成本……

在这个问题上，我们需要尽我们最大努力去认真思考我们想要的未来对于男人和女人是什么。我们想要的是性别平等吗？或者我们想要的是一种基本构造不同的两类人之间所存在的公正？

——W. Williams **

从某种程度上来讲，本书是关于家庭政策以及近几十年在法律规定、离婚流程、财产分配和未成年子女监护权方面的变化。无过错离婚立法作为一个转折点，导致了离婚率不断攀升，最终也导致了家庭法变成了社会、政治和法律的竞技场。被极力促成的这些措施，将会使这个时代家庭中的个体免于离婚伤害。这些措施大多是关于离婚中的经济纠纷，本书的第一部分就是关于这方面的讨论，第二部分是关于监护权政策的。

** W. Williams, "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism", 7 *Women's Rts. L. Rep.*, 1982, pp. 175, 195 ~ 196, 200.

不过，如果眼界放宽一点，这些新的法律带来的，决不仅仅是一次对家庭法规及其所致的后果这些规则变化加以评估的机会。过去几十年发生的离婚法变革大约也算是企图在特定问题框架内满足最宽泛的社会和政治目标，进行（和错误进行）法律变革的一个有趣案例。这些变革者巧借一个发达的法律修辞和概念体系，试图用这个体系谋取他们的改革方案。法律修辞和法律概念为他们提供了现行法律的批评基础，也提供了反对这个改革初步意向所需要的判断标准。在这一点上，法律概念是宽泛的，包罗了法律改革的参照对象。

过去的几十年里，“平等”在很多领域内已经成为家庭法改革的一个规范标准。接下来的章节里，我要批评离婚改革基于平等模式所作的努力，因为我相信这些变革对很多妇女和儿童造成了不利影响。在这一领域的进展说明：改革者通过一些考虑不周的策略目标能够并且经常制造新的、更复杂的难题，他们妄图通过法律建设一个更为理想的社会，并让这些目标不可避免地得以实施。这些修辞表明了改革的特征，并且界定了改革的范围。

为了平等，我们必须抛开作为家庭法改革基本原则的平等，这本书呈献给读者的不是一种通俗的立场，不是呈现改革之后已经发生或者将要提出的各种变化的研究范围和内容。在法律和其他专业领域，关于离婚程序比较一致的认识是：以平等为基础的改革不仅是恰当的，而且是具有进步意义和富有远见的。

政治行动家似乎对此也很满意。改革修辞反映了以平等语言来动员妇女的自由主义第二波女性运动的关注点。在法律领域，平等规范是最早以去除法律和法规中的性别分类的形式被

体现出来，并在改革中创造了一个性别中立的范例。今天的妇女很难去抱怨她们作为一个群体没有被很好地体现，因为女性主义者证明了她们就是为此努力改革的活动家和建设者。但是，这些改革偏离了传统家庭结构下妇女、儿童的利益，反而强化了离婚前后男人对于家庭的控制。

平等的理想

在这部作品中，我要探索“工具性”与“象征性”（“instrumental” versus “symbolic”）对抗之间的不同张力，以帮助理解作为改革基础的平等。有太多理由来认定与平等相关的同等待遇具有很强的象征性，这将在以后的章节逐步阐述。而且，当符号论作为主要学说时，就会引发一些问题。“规则”或者形式平等可以避免保护性或者“特别对待”规则的陷阱，这些措施经常被用于不利条件下的妇女个体，认为会对她们有所帮助；但同等对待的应用基于这样一个假定：这些规则的主体是处在同一境遇的。如果情况并非如此，平等规则应用的结果也许就是更进一步促进了结果不平等。

相比而言，那些以结果平等为目标的规则，则极力保证适用此规则会带给个体或多或少的平等。这些规则被建构成顾及处于社会结构中不同层次的男男女女，寻求个体间适当位置的平等。结果平等是一种重塑男女关系、更具工具性的方法，为了最终处在同一水平状态可以要求这些群体被不同对待。不过，因为结果平等规则是面向不平等的，所以也就更难证明其正当性。区别对待必须进行详尽说明、进行辩解并最终被那些规则

执行者所接受。有关离婚结果平等的讨论，虽然也有，但是缺乏强有力的论证。

平等概念包含和依赖于对社会、妇女角色和法律功能的某种理论和实践的假定。然而，这些基本假定是一个重要领域，改革端赖于此，但却背道而驰。这就是我在本书第一章对此问题的质疑，假定社会经济学因素是市场中对妇女的不利因素，同时又支持以此作为她们主要的家庭责任，而结果平等本应成为离婚改革时经济分配的目标。

平等修辞的象征性因素就是改革的主要方向，可以毫不犹豫地认为建构了规则就约等于平等的理想得以实现。它所宣称的平等给法律工具性改革所关注的离婚后妇女儿童经济地位和社会地位的特定变动所产生的影响蒙上了阴影。这一问题在第一部分进行了充分论证，例如，他们所关注的财产分配改革，自由女性主义法学家们采用了合伙制婚姻这一修辞来提升无收入家庭主妇对于婚姻的贡献，以平衡她和有薪配偶对家庭的贡献并达到平等状态。他们按照普通法下的财产分配方案将此描述成是女性的“牺牲”，并试图根据这一命名在离婚中分配财产。为了迎合改革，在合伙人的幌子之下，平等也从合伙出发，被假定为实现终极理想的措施，去争辩妇女所作的牺牲，并以此寻求解决方案。这一理论就是家庭主妇的合伙性劳动将与她丈夫的经济贡献具有平等的价值。通过这一修辞性表述主导地位的文化理想和文化形式，财产分配的重新塑造将会获得政治支持和对他们平等诉求的政治同情。

这一方法存在很多不为人知的问题。首先，妇女中只有少数群体属于家庭主妇从而具有这种经济上的有利地位。事实上，

大部分妇女需要从事家庭内外的的工作，这样她们的贡献不仅局限于家务劳动，她们比一个平等合伙人贡献的要多得多。也可以认为她们应该获得超出合伙人应该分割的财产。进而言之，改革之后家庭主妇的预期收益不会获得戏剧性的补偿。之前的离婚法对她们的贡献视而不见，更对她们在经济上需要依赖于有薪配偶这一事实毫无关注。

此外，从结果平等的角度来看，我认为，抛开家庭合伙人的隐喻和范式（paradigm），妇女作为一个社会群体所处的经济和社会地位是如此不平等，以至于这种家庭平等分配也鲜能为离婚后的妇女儿童给予足够的安全保障。有一点是很明确的，那就是妇女已经被认定为婚姻存续期间和离婚以后要承担照看未成年子女的义务，即便是签订了共同监护协议。另外，任何在第一次离婚再分配中归于妇女的经济收益都将被随之而来的变化所抵销，特别是在监护权领域。监护权判定，也会牵扯出平等恶行，变得不可预测和不确定，即使是面临失去监护权的微小可能，很多妇女也会去廉价变卖很多生活必需品，以确保维持单独抚养费用的状态。

第二部分论述的是监护权政策的制定是如何富于喜剧和理想化，最好把它理解为充满矛盾的修辞战，这也将离婚后的家庭带离了它所应获得的期许。在那种语境下，孩子被设定为受害者，监护权维修派们呼吁国家应调整政策保护离婚后的未成年子女。调整的建议既包括支配监护权问题的实体法，也包括适用监护决策的程序法。以未成年子女“利益最大化”为轴心，这一领域的政策建议满是令人瞩目的符号，这一现象也在很大程度上将改革置于批评之外。

在监护权下，其他家庭成员的利益也被以形式平等的术语呈现。标榜“父亲权利”的群体所呼吁的调整和支持、提倡专业政治利益的群体极其相似。甚至，他们就是从这一群体当中分流出来的。例如，单身母亲监护权就被标注为是专业性政治利益群体（professional political interest groups），是对父亲的不公平。这一有关父亲权利讨论的政治性强大论点，被那些愤怒的男人用来对付他们的前妻，这一专业性论述在自由女性主义法学家的平等豪言里也有体现。在有关平等的讨论中，有关共同监护的改革成为必须，借以修正权利不平衡和重新设置权利。

平等的重要性已经被声称为新的监护权规范，它必将会拯救那些深受离婚伤害的孩子们，特别是对那些被指定单亲抚养从而失去了监护权的父或母更为重要。这一争辩因未成年子女“权利”具有直观重要性而超越了平等豪言。然而，这也是有关未成年子女权利和父亲权利讨论的交叉点，使得共同监护变成离婚家庭（双赢）解决问题的“理想化”（童话）方案。不过，需要提及的是，这一监护方式将给承担主要照看工作的母亲和未成年子女带来实质性问题。

基于未成年子女离家证的开具或者家庭内假设性平等所进行的监护权改革，其另一重要方向体现为离婚诉讼中未成年子女单独出庭。第六章专门阐述了这一问题，作为“受害者”的未成年子女具有独立的个人权利参与到监护权决策过程中，是对之前法律的一种实质背离，之前的法律认为孩子的利益是和父母连接在一起的。现在，孩子的利益被认为是相对分离的，甚至是和父母利益相对的，以国家取代父母的私人性，以便在离婚中设法保护孩子利益。