

# 社会性别视域中的法律平等观

韩红俊

(西北政法大学, 陕西 西安 710063)

**[摘要]** 宪法规定了法律面前人人平等,但女性主义法律理论却认为表面上貌似中立的法律,实质上表达了男性的意志,影响了以女性、农民工为主体的弱势群体平等权的实现。社会性别分析理论为如何实现法律权利的实质平等提供了新的分析视角。

**[关键词]** 社会性别; 法律平等; 女性主义

**[中图分类号]** DFO **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1003—4145[2009]10—0065—04

## 一、作为方法的社会性别

社会性别(gender)概念于20世纪60、70年代成为西方女权运动第二次高潮的核心概念,而以社会性别作为分析范畴的研究方法植根于这一时期发展起来的激进女权主义,并已成为一个与阶级、种族并列的历史分析范畴。首先,社会性别视角是一种哲学思维方式。它反对非此即彼的二元思维模式,弘扬和谐共存的多元式思考方法,在哲学方法上突破了二元思维模式的局限;它否定先天的、生物决定论的观点,坚持后天的、社会文化建构的思想,否定以等级制和排他性为特征的二元对立的男性中心主义知识建构方式,强调多元和谐的知识互补,用辩证批判的眼光审视已有的一切性别观念,坚持发展可变的观点、追求平等和谐的两性关系的实现。<sup>①</sup>其次,社会性别视角从社会性别角度观察和分析社会现象,是实现社会平等的思维方法,扩展了人权意识的普遍主义价值,分解了男权中心的性别文化。平等问题是社会性别理论的关注中心,1792年,玛丽·沃斯通克拉夫特在《妇女权利辩》一书中认为“世界缺少的不是慈善,而是公正”。<sup>②</sup>女性主义者强调,如果占全人类一半的妇女可以自由地追求自我实现,那么,包括男人在内的所有人,都将从这种力量中获得利益。到20世纪30年代,西方女性的选举权以法律的方式确定下来,在教育和就业方面女性也取得了很多的权益,并且它与社会主义运动、全球民族民主运动的成果结合了起来。再次,社会性别视角强调解构、批判和反思。社会性别理论是由女性中心观点发展而来的一种关于社会生活和人类经验的概括的、广泛的观念系统。女性主义对差异、非主流、感性、边缘的关注,形成了对现代性价值理念的批判与反思。社会性别视角从对男权本位的本质主义的批判,走向对女性真实的生命过程的关注,从而走向对非中心、非主流、感性、生命不同状态、边缘的关注,走向了对现代性的批判。它开启了一个认识论上的革命,运用社会性别的方法,挑战现代化理论关注的主流、中心、理性、宏大等主题。这种挑战的结果,“不仅相对化了已经建立的知识体系,而且也解构了该知识”。<sup>③</sup>作为思想和文化运动的实践,女性主义者将社会性别的棱镜引进历史、文学、人类学、心理学、社会学、教育学等一系列学术领域,并运用社会性别理论对国家理论、国际政治和法律等社会制度进行了分析,对西方人文社会领域产生了意义深远的影响。

## 二、法律面前人人平等起源中的男性特征

收稿日期:2009-07-25

作者简介:韩红俊,西北政法大学副教授、法学博士。

基金项目:本文为陕西省重点学科专项资金资助项目。

①吴小英:《科学、文化与性别——女性主义的诠释》,中国社会科学出版社2000年版,第23页。

②联合国开发计划署:《2000年人类发展报告》,中国财政出版社2001年版。

③[美]乔治·瑞泽尔:《当代社会学理论及其古典根源》,杨淑娇译,北京大学出版社2005年版,第121页。

在西方国家的历史上,很早就产生了关于平等的观念。亚里士多德曾提出,法律应具有平等的品质。公元前6世纪梭伦曾说:“制定法律,无贵无贱,一视同仁,直道而行,人人各得其所。”<sup>①</sup>公元前594年,梭伦担任执政官后,认为只有既为高贵者亦为卑贱者制定法律,奉行法律面前人人平等的原则,理想的社会秩序才能出现。古罗马的法学家西塞罗则从自然法原理出发,认为:确实没有什么比自由更美好,然而如果自由不是人人平等的,那自由也就不可能存在。<sup>②</sup>在这种平等的基础上确立了罗马法。但是罗马人不承认妇女、奴隶和外地人的平等权利。人的性别和地位不同,相应地在社会中的法律权利也就不同。

西方资产阶级革命的任务,就是要颠覆社会的不平等,造就一个法律面前人人平等的法治社会。平等权作为法定权利最早见于1770年美国独立战争中诞生的《弗吉尼亚权利法案》,该法案第1条规定:“一切人生来享有平等的自由权、自立权以及一定的固有权利;在其进入社会时,其生命和自由不得以任何契约而丧失或剥夺,并且有权获得和占有财产,有权追求和得到幸福与安全。”1776年美国的《独立宣言》将其概括为:我们认为这些真理是不言而喻的,人人生而平等,他们都从他们的“造物主”那里被赋予了某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。作为美国立国纲领的《独立宣言》中所指的“人”(men),不包括妇女。但是黑人是否属于这个逻辑起点所指涉的群体则成为问号,斯科特案(Dred Scott v. Sandford)就是一个重要的例子。在发表裁决意见的坦尼大法官看来,基于肤色和血统的差异,在殖民地时期被视为劣等民族的黑人及其后代并没有被联邦宪法纳入公民的范畴。黑人没有选举权,没有自由,没有财产,没有尊严……尽管1787年颁布并经1789年《人权法案》补充的美国宪法庄严地记载入了“人权”这一概念,却仍然沿袭原有的狭隘理解,未能包括黑人和妇女的人权。当时就有人质疑:难道说这不是一部只有男性和男性市民的权利,没有包括女性的宣言吗?

1789年,以“自由、平等、博爱”为基础确立的法国历史上第一个宪法性文件《人权宣言》第1条规定:“人们生来并且始终是自由的,在权利上是平等的。”第6条规定:“法律是公民意志的表现。所有公民都有权亲自或经由其代表参与法律的制定。法律对于所有的人,无论是施行保护或处罚都应当是一样的。在法律面前所有的公民都是平等的,故他们都能平等地按其能力担任一切官职、公共职位和职务,除德行和才能上的差别外不得有其他差别。”但此处的“人”也并不包括妇女。尽管妇女们积极参与了这次革命,但仅有少数妇女进入决定革命政策的国会、团体及其他统治实体。Olympe de Gouge于1791年首次倡导关注妇女权利,作为对1789年《人权宣言》的补充。这个被经常提及的例子可以说是一个例外,但最后还是以失败告终。法语homme一词意为“人”,同时还有“男性”的意思(man也是如此);法语的citoyen一词意为一般“市民”,也有“男性市民”的意思,意为“女性市民”的词是citoyene。<sup>③</sup>

由此可见,在男性主宰的社会里,在男性立场的支配下,男性统治着女性、儿童和弱势群体,统治着四分之三的世界。国家把社会权利在此方面的表现作为法律,并合法化为法律的具体内容,因此,通过在法律中采用男性的观点并同时在社会中推行此种观点,使男性统治既是无形的又是合法的。中立、抽象、严肃的法律规则既把男性对女性的权力制度化,又把权力按男性的观点制度化。从女性主义的观念出发,男性至上的法学针对生活和法律之间的关系,决定了以男性观点为标准来评价的法学的性质。<sup>④</sup>因此,立法、司法、执法过程中的权利义务更多的是男性力量的宣言,法律面前的人人平等也仅仅体现为男性公民之间的平等。

### 三、女性主义视域中的法律平等观

基于男性在法律制度建构和社会关系形成上的优势地位,男性更多关注的是形式平等和机会平等;女性则从自身的不利地位出发,更多要求的是实质平等和合理的差别待遇。基于女性主义的关怀伦理,法律平等就是相同情况相同对待,不同情况不同对待,要求合理的差别待遇。

#### (一)法律面前人人平等的男性特征

法律面前人人平等是反对封建身份制、特权制,以人生而平等的自然法观念为基础,其要旨是:尽管人在人种、性别、出生、天资和能力等方面客观存在着某些差异,但任何人都具有人格的尊严,在自由人格的形成这一点上必须享有平等的权利,体现为机会平等和形式平等。其要求为三点:一是阻碍某些人发展的任何人

<sup>①</sup>尹剑斌、赖中茂、江金峰:《论行政法上的平等原则》,《广西政法管理干部学院学报》2003年第5期。

<sup>②</sup>[古罗马]西塞罗:《论共和国 论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第44页。

<sup>③</sup>李邦有:《论刑罚平等原则的理论基础》,《现代法学》2002年第3期。

<sup>④</sup>[美]凯瑟琳·A·麦农金:《迈向女性主义的国家理论》,曲广娣译,中国政法大学出版社2007年,第350页。

为障碍,都应当被清除;二是个人所拥有的任何特权,都应当被取消;三是国家为改进人们之状况而采取的措施,应该同等地适用于所有的人。政府的职责并不在于确保每个人都具有相同的获致某一特定地位的前途,而只在于使每个人都能平等地利用那些从本质上来讲须由政府提供的便利条件。要求法律面前人人平等的实质恰恰是,尽管人们在事实上存在着差异,但他们却应该得到平等的待遇。<sup>①</sup>因此,整个法律平等制度的设计,实质上是以承认社会活动起点的可能不平等为前提的,法律能做到的是赋予每个微观主体都有自主参与社会活动的权利,权利既可以行使也可以放弃,但如果参加了社会活动,法律规则便一视同仁,同等对待,以其强制性和权威性使公民承认和接受这种结果,不允许任何人凭借特权反悔。由于原则适用的普遍性,它们不可能因特殊情境或人而偏向。更重要的是,由于我们是以某人是某一案件的任一当事人,以及作为这个或那个当事人的一般可能性为假定的,所以,对每个涉及的人都给予平等的考虑。这种平等只是一种机会的平等,实际上是否能平等享有法律规定的权利,取决于每个人的实际境况。

作为法律建构主体的男性,在制定法律的过程中,很少考虑到女性的权利。如美国最早的《邦联条例》和联邦宪法,没有一处提及妇女的权利。<sup>②</sup>18世纪,第一次女权主义运动的主要目标是为妇女争取法律上、经济上和政治上的平等权利。在一系列女权主义运动的压力下,男女平等的观念逐渐被各国所认可并被法律所接受。但由于男性在政治、经济和社会地位方面所占据的优势,法律面前人人平等的立法规定在社会实践中成为男性对女性的压迫,体现为显著的男性特征。因此,平等的法律,无论是制定法形式的还是宪法形式的,都因此产生了一个存在于法律和社会之间的裂缝。

### (二) 法律面前人人平等男性特征的缺陷

这种法律面前的机会平等或形式平等,是在反对封建身份等级条件下实现的重大历史飞跃,实现了从身份到契约的转变。但法律面前的人只是抽象的人,这种平等只是消极的保障人们有一个平等的起点,而忽略了无限多样性的人的存在,无视站在起点上的人具有先天性的人人生而不同和后天差异的存在,站在同一起点上的人却不具有对等的实力,其结果造成了广泛的不平等。人们很久以来就认识到比较富有的人在法律上具有优势:在各个国家里,法律的普遍精神是有利于强者而不利于弱者,法律帮助那些有财产的人而反对没有财产的人。这种烦扰人的现象是无法避免的,也是毫无例外的。<sup>③</sup>形式平等造成了社会贫富两极分化,强者与弱者事实上的地位不平等,产生了强者支配弱者、侵犯弱者利益的严重不公正现象,暴露出宪法中平等和自由的冲突。法律如果不想长久地背离实际就必须认真和严肃关注实际中人的差别,具体的人是由特定的基因、各种话语、知识和实践活动构建出来的,必然存在经济、智力、年龄、性别、技能等各方面的差别,相应地,在法律上就应该区别对待。一个社会在面对因形式机会与实际机会脱节而导致的问题时,会采取这样一种方法,即以确保基本需要的平等去补充基本权利的平等,而这可能需要赋予社会地位低下的人以对生活急需之境况的特权。<sup>④</sup>在此背景下,出现了形式平等进行修正的实质平等理论。

无差异的法律平等忽略了女性与男性生理与心理上的实际差异,无视社会结构上的男性特权,限制了平等权利的作用和效果。同等地对待事实上的不平等是莫大的不公正。对自身资质和社会资源方面明显具有差距的人,不考虑他们之间的实际差别,一律给予同等对待,反而是一种歧视。如果从男人的规范或男性的标准来判断平等,就更是如此。<sup>⑤</sup>因此,需要考虑社会中处于不利地位群体的境况,对其进行保护性的差异立法。

### (三) 法律面前人人平等的女性特征

实质上的平等原理,主要指的是为了在一定程度上纠正由于保障形式上的平等而导致的事实上的不平等,依据个人的不同属性采取不同的方式,对作为个人的人格发展所必须的前提条件进行实质意义上的平等保障。实质平等从两方面对形式平等进行纠正,一是限制经济自由,二是保障社会权。以社会权补充自由权,即一方面限制强者的自由,另一方面保障社会弱者生活及劳动的机会,两者从不同的角度努力实现同一个目的,缩小以至消除形式平等下的不平等和不公正。<sup>⑥</sup>其特征是:平等不再是相同或相异的问题,而是群

①[英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,上海三联书店1997年版,第103页。

②邱小平:《法律的平等保护》,北京大学出版社2005年版,第455页。

③[美]布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社2004年版,第13页。

④[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第287页。

⑤周安平:《性别与法律:性别平等的法律进路》,法律出版社2007年版,第85页。

⑥吴宁:《社会弱势群体保护的权力视角及其理论基础——以平等理论透视》,《法制与社会发展》,2004年第3期。

体间主导与从属的实质不平等;不是表面中立与否的法律、政策和社会实践的存在,而是其实施的效果决定了法律或行为是否具有歧视性;对群体间不平等的救济要求政府的作为;只有弱势群体获得了平等,才能言及个人自由及平等的获得;平等的标准并不是指群体组成的个人是否被法律、政策或是社会实践更有利地对待,而是指处于劣势的群体成员能否在现有条件下享有平等。<sup>①</sup> 罗尔斯作为实质平等观念的代表人物,提出了两条正义原则:第一个原则:每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二个原则:社会的和经济的的不平等应这样安排,使它们被合理地期望适合于每一个人的利益;并且依系于地位和职务向所有人开放。<sup>②</sup> 罗尔斯认为,正义总是包含着某种平等,设计一种正义的社会制度就是要使其最大限度地实现平等。第一个原则适用于政治领域中公民基本权利的平等,第二个原则适用于财富及社会地位平等的分配。他并不强求绝对的平等,认为那样反而是一件损害社会进步的事。由于资源和手段的最初分配总是受到自然和社会偶然因素的影响,因此,罗尔斯认为,形式机会平等是不公正的,提出了公平的机会平等,各种地位不仅要在形式意义上开放,而且应使所有的人都有平等的机会达到它们。“在社会的所有部分,对每个具有相似动机和禀赋的人来说,都应当有大致平等的教育和成就前景。那些具有同样能力和志向的人的期望,不应当受到他们的社会出身的影响。”<sup>③</sup>公平的机会平等是力图解决由社会文化环境给人造成的影响,通过增加教育机会,实行再分配政策和其他社会改革措施,为所有人提供一种平等的出发点,但机会平等并不能消除自然方面偶然因素的影响,社会中最需要帮助的是那些处于社会最底层的人们,他们拥有最少的权力、机会、收入和财富,社会不平等强烈地体现在他们身上,应该通过正义的社会制度来改变他们的处境。罗尔斯的理论反映了对最少受惠者的偏爱,一种想通过某种补偿或再分配使社会的所有成员都处于一种平等地位的愿望。

女性所具有的具体性、关爱性的特征,使其更能关注社会中的弱势群体,考虑法律的抽象性和具体案件之间的差别,在处理问题时倾向于寻求事件发生的前因后果,对问题的解决依赖于实际考察和当事人各方的反应。如果法律顾及过多的特殊案件,那么它就不再是一套法律规则了……如果法律为照顾概括性而过于忽视各种案件之间的差异性,也会造成不公平。<sup>④</sup> 法律面前人人平等吸收了男性主义和女性主义的特点:在事前,保障站在同一起点上的个人具有对等的或接近的实力;在事后,对自由竞争的结果进行适度的二次分配。而采取什么样的措施以保障站在同一起点上的各个人具有对等的或接近的实力和对自由竞争的结果进行适度的二次分配则成为现代各个国家保障平等的主题。

#### (四) 女性主义视域中的法律平等观

各国的立法根据儿童、妇女、残疾人和老年人的特点让其享有不同的权利。我国在平等权的立法方面,坚持法律面前人人平等的原则,逐步消除各种歧视性社会制度、法律与政策,按照实质平等理论保障弱势群体的利益。为了衡平经营者与消费者之间形式上平等而实质不平等的法律关系,保护处于弱势地位的消费者的合法权益,《消费者权益保护法》规定了消费者的权利和经营者的义务,而没有相对应的消费者的义务和经营者的权利,并作出了双倍的惩罚性赔偿规定;在医疗纠纷中,费用的收取、医疗权利义务的分配、发生纠纷后证据的取得等方面,医院总是处于强势地位,为了保护处于弱势地位的患者的合法权益,实行了举证责任倒置,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任;为了保护劳动关系中处于弱势地位的劳动者的合法权益,国家先后颁布了《劳动合同法》、《就业促进法》和《劳动争议调解仲裁法》;《妇女权益保护法》将男女平等这一国策列入法律条文,将性骚扰明确列入违法行为,明确提出防止家庭暴力,突出了农村妇女土地承包权和相关权益的保护,完善了妇女的劳保权益,以及反对教育中的性别歧视;公司要约收购立法不仅维护交易者之间交易地位的形式平等,而且追求实质平等,对处在交易中最不利地位的目标公司股东提供了最有利的保护;《反垄断法》的实施有利于保护公平竞争,鼓励创新发展,形成和谐有序的竞争环境,实质目标是维护消费者利益和社会公共利益。

(责任编辑:周文升 wszhou66@126.com)

①邵敏:《加拿大女权主义法学与婚姻家庭制度的变迁》,《金陵法律评论》2004年,第68页。

②[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1997年版,第56页。

③何怀宏:《公平的正义——解读罗尔斯正义论》,山东人民出版社2002年版,第112页。

④[英]彼德·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第115页。