



# 作为策略的美国女性主义法学

任苗苗

**摘 要:**为将女性及女性问题推向法学研究中心地位,不同时代的女性主义法学采用了不同的策略:自由主义法学强调女性与男性的权利平等,采用推动立法平等和“从群体提出要求”的双翼策略。支配和文化女性主义法学面对承认男性和女性差异的逻辑前提,采用修正“平等”概念、强调“合理”区别对待的调整策略。后现代女性主义法学意识到女性内部的群体多样性,主动放弃了一个声称能包罗万象的女权主义策略,转而采用从不同女性群体的视角出发来考虑法律政策的务实策略。女性主义法学流派的不同策略,均立足于特定时代条件下的学科处境与女性诉求,从不同角度繁荣发展了女性主义法学,有力推动了女性话题中心化、女性地位对等化的社会进程。

**关键词:**女性主义法学;策略;流派

**中图分类号:** D903 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-5833(2017)04-0100-09

**作者简介:**任苗苗,中国政法大学博士研究生,美国康奈尔大学访问学者(北京100888)

策略的一般含义是计策、谋略。一般用以指可以实现目标的方案集合以及根据形势发展而制定的行动方针和斗争方法,也用以表示具有斗争艺术,能注意方式方法。女性主义法学策略一词,具有策略的一般语义,是指女性主义法学家为了争取女性权益而采取的计策、谋略、行动方针和斗争方法。另外,它还是一种游走于理论与实践之间的运动,这一运动不是由“一个”部署形成,而是由一系列灵活多变的参与和抗争构成。策略具有一个基本性质——既可能是万全的,也可能是有偏重的,甚至带有牺牲性的,有些策略,不得不专注于谋取更大利处,而牺牲较小的利处。女性主义法学家提出的策略,常常具有偏重性,并可能带来对女性利益的负面影响。

策略往往诞生于困局。早期,为了使女性及女性问题处于中心地位或至少避免被完全边缘,女性主义法学家才自立门户,创建女性主义法学。之后,各流派又基于对女性、女性处境、女性问题的不同理解,对迫切矛盾、立法与司法环境、时代特点、既有女性主义法学流派之盲点的不同认识,制定了各自的策略,以期确立、争取女性权利或弥补对女性权利的保护。这些策略依其方式可划分为如下类型:第一、促进国家立法,将女性权利写入法律;第二、进行个案诉讼,将涉及女性权利的典型案例变为判例;第三、建立新概念,如MacKinnon将不受欢迎的性表示概念化为“性骚扰”,便于女性对此类骚扰提起诉讼;第四、否认或部分否认传统法律理论,如West认为,传统法律理论将全体人都假设为彼此分离的主体是不全面的,因为这一假设并未反映女性的特性,女性是关系型的,她们通过照顾、哺乳等方式处在与他人的紧密联结中;第五、进行内部批判,实现自我更新,

收稿日期:2017-01-01



如后现代女性主义法学批评现代女性主义法学没有认识到女性内部的多样化与复杂性,忽略了少数群体女性的利益。这一发现催生了黑人女性权利研究、亚裔女性权利研究等分支流派,促进了女性主义法学内部的丰富。

本文将依次介绍六大流派的重要策略。此处的流派划分方法,采用 Martha Chamallas 的代际划分方式,将女性主义法律理论划分为六代:20 世纪 70 年代注重平等的自由女性主义,20 世纪 80 年代强调差异性的支配女性主义、文化女性主义,90 年代之后注重身份复杂性的后现代女性主义,它包括交叉女性主义、自治女性主义及狭义的后现代女性主义<sup>①</sup>。

## 一、自由女性主义法学及其策略

在进行阐述前,有必要说明,因为学科意义上的女性主义法学自 80 年代才得以创立,所以,70 年代的活动更宜于被称为“法律实践”,而不是“法学”;亦因此,那时倡导女性法律权利的人,更宜于被称为“女性法律权利倡导者”,而不是“女性主义法学家”。但是,因为在整个学科发展上,这一时期的主张及影响至关重要,且这一流派不断更新发展。因此,本文在此仍将其早期的实践活动及主张笼统纳入“女性主义法学”的范畴中,并将倡导女性法律权利的人统称为“女性主义法学家”。

自由女性主义法学强调个人的自由和个人权利的重要性。主张女性与男性的相似,甚至是同一,要求给予二性完全平等的对待。他们否认久已有之的一种迷思:性别差异是由生理决定的,因此是不可改变的。这一代的女性主义法学家力求废除号称为保护女性而建立的男女有别的法律系统。

在 70 年代早期,一些女性主义法学家首次向各大法庭发起了一场有组织的法律运动,以抗议性别歧视。这一法律运动有赖于 20 世纪 60 年代的若干项社会变化,其中一项社会变化为女性主义法学家制定策略提供了启发,那就是黑人民权运动的胜利。女性主义法学家把对女性的不平等或歧视待遇类比为种族歧视,从黑人民权运动期间建立起的法律判例中受益,并在非洲裔美国女性主义学者和积极分子 Pauli Murray 著作的引领下,确定了一条重要的策略:一边寻求将美国立法推向平等;一边“从群体本身提出要求”<sup>②</sup>,即发现并实现女性群体自身的需要与诉求。

### (一) ERA 运动

如上所述,20 世纪 70 年代,女性主义法学家欲图废除一切基于性别的法律分类体系。其中,推动通过平等权利修正案(Equal Rights Amendment,简称 ERA)是最具有代表性的行动。平等权修正案提出于第一次女权运动浪潮将行结束时。那时,妇女选举权运动赢得了最终胜利,但是,一些女性主义法学家发现,选举权的胜利并未使女性在参政、就业和薪酬方面有明显提高。全国范围内,女性仍然面临着许多歧视性法规,比如女性无权担任陪审员;妻子的收入全部归丈夫控制;女性无权使用信用卡、无权以自己的名义购置房产、签订合同。1923 年,以 Alice Polo 为代表的“全国妇女党”首次向国会提交了平等权利修正案,为了表示对 Mott 及女权运动的纪念,将之命名为《Lucretia Mott 修正案》(“Lucretia Mott Amendment”)<sup>③</sup>。该修正案的内容非常简单,“在美国及其所管辖的每个地区,男女应拥有平等权利。国会应有权通过适当的立法来实施这一修正案。”(Men and women shall have equal rights throughout the United States and every place subject to its jurisdiction. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.)。这项在一定层面上看来异常合理的请求,却屡受争议,数次修改、提案、投票而不得成功,并最终于 1982 年,在全国投

①Martha Chamallas: *Introduction to Feminist Legal Theory*, Aspen Publishers, Third Edition, Wolters Kluwer 2012, pp.17-27.

②Mayeri S: *Reasoning from Race*, Harvard University Press, 2011, pp.1-8.

③Lucretia Mott (1793-1880), 美国贵格会会员, 废奴主义者, 社会改革运动者和妇女权利倡导者, 被认为是美国 19 世纪初第一个女权运动者, 妇女政治主张的开创者, 和另一位女权运动早期领导人 Elizabeth Cady Stanton 一起作为第一次妇女权利大会的主持召开者。

票时,以三州之差而告失败。修正案失败了,但是女性主义法学家们追求“平等权利”的努力并未停止,他们改变了策略——将着力点从国家立法转向个案诉讼。其代表人物 Ruth Bader Ginsburg<sup>①</sup> 特别挑选一些案件,借这些案件向法律中的男女区别对待规定进行挑战,在她代理的案件中,最有名的莫过于 Reed 诉 Reed 案 (Sally Reed sue Cecil Reed<sup>②</sup>) 案。该诉讼发生于 1971 年,届时,两位 Reed 已离异多年。儿子 Richard 在离异期间亡故后,两人分别向爱达荷州埃达县的遗嘱检验法庭 (Probate Court) 提出请愿书,要求将遗产划在自己名下。因为爱达荷州法典明确规定,当申请人性别不同时,男性必须比女性优先考虑。基于此,法院将 Cecil (父亲) 指定为财产管理人。Sally (母亲) 不服,向州最高法院提起诉讼,基本立场是:该州规定违反了宪法的平等保护。州最高法院认为,该规定没有违反法律的平等保护。因为,这样规定的目标是:“消除家庭纠纷。当申请人性别不同时,排除女性既非不合理,又非武断,因为这样可以避免就有关事实举行冗长的听证,而且男人比女人更善于经营管理。”经过一系列上诉,在 Ruth Bader Ginsburg 的努力下,联邦最高法官推翻了州最高法院的判决。

五年后,由 Ginsburg 等人发起的反对性别分类的运动取得成功——美国最高法院改变了方向,认为划定性别界限存在问题。如今几乎无法在法律法规中找到明显的性别界限。

## (二) 平等享有工作、受教育的权利

在 20 世纪 70 年代之前,女性在受教育权与工作权方面均存在被歧视的情况。在教育领域,女大学生既需要面对性别隔离,亦需要面对限额制度,这些名额限制使得女性获取入学资格的难度加大,通常导致了女性需要比男性更具有优异的资格才能入读同样的大学。从大学毕业之后,在工作领域,女性发现社会仍期望她们从事文秘类的工作,不允许她们与同班男性共同竞争专业或管理岗位。在雇佣女性时采取比雇佣男性更严格的选拔标准亦成为常用惯例。

20 世纪 70 年代开始,在教育领域,高等教育中的女性比例开始增长,从 70 年代到 80 年代,报读医学院的女性人数从 11% 增长到了 26%;报读法律专业的女性人数从 10% 增长到了 34%;获得博士学位的女性人数从 16% 增长到了 30%。<sup>③</sup> 在工作领域,女性得以进入之前由男性主导的领域,包括蓝领工作、科学领域和常春藤盟校等。在这段时期,《美国民权法案》第七章关于禁止就业性别歧视的法令开始正式实施<sup>④</sup>。然而与就业相比,法院和国会从未完全否定教育方面的“隔离但平等”的权利,基于此,废除教育机构的性别隔离成为必须的策略。女性主义法学家力促各种民权法案的出台,《男女同酬法》、《1964 年民权法案》、“肯定性行动计划”等构建出了有利于女性发展的政策环境。1972 年《第 11246 号总统行政令之高等教育指导方针》和《高等教育法修正案第九条》的颁布更是给男女合校提供了政策依据。正如克拉克·克尔所言 1960、70 年代美国联邦政府利用大学来改革社会,千百万亿美元的联邦经费用以提高大学入学率,并依据一系列平权法案来增加机会平等,黑人和女性成为最大的受益者。<sup>⑤</sup>

## (三) 家庭中的平等

要将平等主题引入家庭,并非易事。二战前,美国女性普遍附庸于男性。二战中,由于兵力与

① Ruth Bader Ginsburg, (1933 年 3 月 15 日 -), 现任美国最高法院大法官, 由时任美国总统 Bill Clinton 提名后, 于 1993 年 8 月 10 日宣誓就职。她是继 Sandra Day O'Connor 之后最高法院第二位女性大法官, 也是第一位和截至 2015 年 3 月唯一一位美国犹太女性大法官。她通常被视为美国最高法院持自由派立场的大法官之一。在成为大法官之前, 金斯伯格法律生涯的大部分时间都用来倡导女权进步成为一项宪法原则。她是美国公民自由联盟董事会的成员, 并且是联盟在 20 世纪 70 年代的总顾问之一。她是罗格斯大学纽瓦克分校法学院和哥伦比亚法学院教授。1980 年, Jimmy Carter 总统任命她为美国哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官。

② 404 U.S. 71 (1971).

③ J. Ralph Lindgren & Nadine Taub: *The Law of Sex Discrimination*, Delmar Cengage Learning, 4th Revised Edition, 2010.

④ 1964 年《美国民权法案》中禁止基于种族、肤色、性别、国别和宗教进行用工歧视的章节, 以《民权法案第 7 章》的名称为世人所知。

⑤ [美] 克拉克·克尔著:《大家之用》(第五版), 高恬等译, 北京大学出版社 2008 年版, 第 97 页。

劳力缺乏,女性同男性一样走上战场,走入工厂及其他公共领域。二战结束后,美国成为最大债权国,经济政治实力不可一世,一时间,物质享乐主义盛行,“太平盛世”观念遮天,整个国家和社会开始明显走向保守。从战火中返回祖国,伤痕累累的男人,产生出对甜美的妻子和温暖的家庭的强烈渴望。女人们自觉或不自觉地从工厂里的铆钉工露丝和战场上的女兵变成“郊区家庭主妇”,那一时期,美国生育率极大上升,出现所谓的“婴儿潮”。1963年,Betty Friedan的《女性的奥秘》横空出世,这本书揭露了20世纪60年代笼罩在“幸福的家庭主妇”假象下的美国妇女的无名痛苦,她在书里说:“当她在铺床时、买日用品时、配沙发套时、同孩子一块吃花生酱三明治时、开车送他们参加童子军活动时、夜间躺在丈夫身旁时,她甚至害怕默默地询问自己:‘难道这就是一切?’”郊区主妇,特别是受过良好教育的女性,开始追问为什么她们被迫要从生育和事业间做出选择,并辩驳到她们应该同时占有工作和家庭,就像男性一样可以将二者结合起来。因此,女性主义法学界将策略集中为:重组男女间的关系并将女性从家庭生活的重担中解放出来。具体为,男女应该在生活的各个方面享受平等地位,包括家务、照看孩子以及工作。在法律上,平等承担家庭责任的愿望导致大多数女性主义法学家不得采取如下策略:对离婚、子女监护以及财产分割采取平等、无性别差异的标准。

在离婚方面,无过失离婚被广泛认可。无过失离婚取代了过失离婚体系。过失离婚体系只允许无过失的一方提起离婚诉讼,且基于通奸、抛弃或其他非道德行为而惩戒另一方(多半为丈夫)。而无过失离婚则不具有这样的特性,由于当时已婚女性多半在经济上依靠另一半,因此,在最初,有些女权主义者对无过失离婚的优点是保持怀疑的。然而,离婚法律的重新定义可以有效拒绝传统婚姻,为双方提供了有尊严的退路,且尊重他们离婚的选择。

至于子女监护,最大的进展是废除“未成年推定”。该推定的基本含义是,母亲是幼年子女最合适的照顾人,儿童最需要的是母亲,因为母亲更能满足儿童对于爱和照顾的需要。在父母离婚时,如果子女年幼,就应该由母亲来监护。<sup>①</sup>当有关性别特征的意识形态受到质疑,女性天生更适宜抚养子女的说法便失去了说服力,该推定的原理便大打折扣。在女性主义法学家的努力下,大多数州的回应是,指示法院采用中性的“子女利益最大化”标准,并依具体案件情况对父母进行比较。

## 二、支配和文化女性主义法学及其策略

1980年代,女性主义法学家们开始看重男女不同。但是,他们并不认同这些差异就是生理的、遗传的、不可逆转的。相反,那个年代大部分的男女差异理论者同时也是社会构建主义者,即,他们认为性别差异形成于文化态度、意识形态、言说(discourse)或有组织的构建。那时,他们制定的根本策略是,修正“平等”概念,不再认为平等就是对两性“完全一样的对待”。因为,如果男人和女人的起点都不一样,那么,一样的对待可能完全不能产生有意义的平等。较之之前的十年,1980年代的女性主义法学更加多样化、理论化,更少实务性。那个时期,形成了两支著名的流派:支配女性主义法学与文化女性主义法学。

这个时代最基本的讨论是,在确认男女差异后,自由主义时期的平等对待策略是否应变更为区别对待策略?区别对待是不是开倒车?

这场讨论的催化剂是Geduldig诉Aiello案。案件的基本情况是:加利福尼亚州国家工作人员残疾补助项目将怀孕排除在外,Geduldig对此表示质疑。因为,该项目覆盖了除怀孕外的所有其他残疾,包括整容手术等选择性手术,以及前列腺切除术等性别特异性手术。她认为,这种将怀孕挑出不给予优惠待遇的做法是性别歧视的一个明显例证,因为很明显只有女性才可能怀孕。但是,法庭拒绝裁定加利福尼亚违宪,他们的观点是,怀孕歧视不等同于性别歧视,该规定不存在违反平

①曹贤余:《离婚子女之监护抚养制度研究》,西南政法大学硕士论文,2003年,第3页。



等保护条款的事实。这一裁决表明法庭愿意承认并认可能够为两性差别对待提供法律依据的生理差异。

此案对女性主义法学理论发展的重要性远远超出怀孕合法待遇这一背景。围绕平等与特殊对待的辩论迫使女性主义者以更准确的方式表述他们所主张的“平等”。

### (一) 支配女性主义

支配女性主义法学的立场非常激进,其代表人物 Catharine MacKinnon 提出,法律体系制定的初衷即旨在保持男性的支配地位,因为自由女性主义的讨论限于经济领域,她的策略便是将火力集中指向涉性领域,并提出三个极具有影响力的概念(认识)。她认为,对于女性的性使用与性虐待恰恰是导致女性从属地位不变的主要机制,由男性支配的社会在男性支配的法律条文的协助下,将女性构建成了供男性玩乐的性玩物。

MacKinnon 首先将她的支配理论应用在工作场所,为性骚扰事件构建起诉理由。在 1970 年代中期之前,尚没有合适的词语形容性骚扰现象,如今在美国被视为性骚扰的情况在当时基本上都被认为是无伤大雅的玩笑,无害的行为,男女共同工作产生的不可避免的副产品。MacKinnon 说,之所以花了如此长的时间才将性骚扰定义为有害行为,原因之一在于大部分男性并未经历类似的情况。另外,性骚扰与其他形式的就业歧视不同,其他形式比如被拒绝升职、薪资歧视或歧视性解职等,男性也经常遭遇,但绝大多数性骚扰情况的受害者为女性。在 MacKinnon 于 1979 年出版的书中<sup>①</sup>,详细列举了女性遭受性骚扰经历的理由,并与关于禁止侵犯女性公民权利的骚扰行为的新法律论证相互结合。该论证的核心是,女性在工作场所的劣等地位是如何被女性性行为的社会含义进一步强化的。在 MacKinnon 看来,特别是那些女性化的粉领职位,无疑就是为了让女员工被骚扰而专门“设计”的。很多时候,女性所担任工作的一部分内容便是取悦老板、担当花瓶,向外界展示出其性的可用性。在这种性征化环境下,主管或男性同事向女性求欢,对女性外表做出无礼的评论以及其他形式的言语或身体上的骚扰,也不足为奇。对此,MacKinnon 的论据极为直白有力:由于性骚扰是巩固女性在工作场所劣等地位的中枢机制,因此必须被认定为性别歧视。尽管法院从未真正采纳过 MacKinnon 的主张,但她在骚扰方面做出的工作仍然带来了巨大的影响。她在《交换与性骚扰》(quid pro quo and hostile environment)一书中所描述的两类骚扰行为随后被平等就业机会委员会(EEOC)所接纳,并为相关的起诉准备提供了基本准则。

当 MacKinnon 将其性行为与支配论的理论应用到与强奸相关的法律条文上后,她着重抓住了“同意”这一概念,她认为,法律正是通过此概念将男性支配地位完全制度化。在自由主义法律体系中,同意具有十分重要的作用,因为它能够将合法性行为(双方同意的性交)与非法性行为(强奸)区分开来。从 1970 年代后期开始,女性主义法学家开始反对强奸罪中对于同意的定义。传统上,强奸相关法律对于同意的看法仍然是认为若女性没有进行身体上的抵抗,即可被认定为同意进行性交。因此,如果女性害怕进行抵抗,或者不知道该如何反抗,或出于其他原因而没有进行身体上的抵抗的话,那么男性的行为就不会被认定为强奸。对于 MacKinnon 来说,在“无身体抵抗”与“同意”两者间划等号,体现了法律对于强迫性性行为的宽容态度,其对于男性的偏袒展露无疑。在 MacKinnon 看来,强迫性性行为之所以会被容忍,是因为女性长期以来都被视作渴望被施以暴力的性对象,这种对于女性性行为的社会构建导致人们对“同意”一词的定义产生偏颇,致使数不胜数的强奸案得以逃脱制裁,特别是白人男性犯下的约会强奸与熟人强奸案件。

MacKinnon 的第三项重要策略是抵制色情作品。她认为,色情内容是所有性别从属关系中最恶毒的一种形式。早期的平权女性主义者倾向于容忍色情内容,并从自由主义角度出发认为电影与书籍中出现性暴露内容不会产生有形的伤害,甚至能为压抑的社会提供一个发泄的出口。MacKinnon 的反色情条例以女性中心化的视角将色情内容定义为“体现女性从属地位的直白的性

① Catharine A. MacKinnon: *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, 1979.



内容”<sup>①</sup>。无论是硬核还是软核色情都将女性描绘成“在被强奸时仍体验到快感的性玩物”,或是“供人支配、征服、侵犯、剥削、占有、使用、或通过姿态或处境表现出奴态、屈服或被展示。”而且,色情在性别等级制与男性性高潮之间建立了联系,“如果没有等级制,色情就无法达到引起性欲的目的。如果没有不平等、侵犯、支配、强迫,就不会有性刺激。”<sup>②</sup>

## (二)文化女性主义

文化女性主义同样兴起于1980年代,同样对自由女性主义提出了挑战。该流派的基本策略是,避开在公共领域,尤其是经济领域与男性的争夺,既确认又赞美女性之于男性的不同,寻求各种方式支持与女人相关的母性及其他传统活动。使得女性的积极属性——人类关系,照顾、哺育、移情、联结等,可以在法律中找到一个更好的表达方式。

在MacKinnon出版其关于性别与支配的重要文章的几乎同一时期,Carol Gilligan及其文化女权主义流派的影响也在法律语篇中浮出水面。Gilligan是一名发展心理学家,研究方向是道德发展,尤其是少女的道德发展。她的第一本著作《以不同的声音》(*In a Different Voice*)<sup>③</sup>非常受欢迎,以至于该学派有时被称为“另一种声音女性主义”。Gilligan的研究调查了男女两性如何做出道德选择并解决道德难题。Gilligan最有名的研究以其中两名受调查对象命名,叫做Amy与Jake研究。该研究向11岁的少男Jake少女Amy提出Kohlberg的一个标准道德困境——“Heinz困境”:Heinz买不起一种可以挽救他濒死妻子的药物,而药商拒绝降低价格,Heinz应该偷这种药吗?Jake确信Heinz应该偷药。他解决这一困境的方式就好像这是一道“跟人有关的数学问题”,其结论的基础是“人的生命比金钱有价值的多”这一抽象观念。Amy的反应相对矛盾的多。她首先表示Heinz不应该偷药,因为“除了偷窃以外还可能有其他方式,比如说他可以借钱或贷款或其他什么办法……”<sup>④</sup>。但她也不认为Heinz的妻子应该就这么死去。她还担心偷窃的后果:“如果他偷了药,他可能会挽救他的妻子,但如果他这样做了,他可能就得进监狱,那样的话,他的妻子可能再度生病,但他却不能得到更多药,这样就不好了。”<sup>⑤</sup>最后,Gilligan描述道,Amy相信“如果Heinz和药商多谈一谈,他们也许能够达成共识,他应该采取偷窃之外的别的办法。”<sup>⑥</sup>Gilligan将Jake和Amy的回应解释为代表着两种不同的声音或推理过程。Jake使用的是一种权利的语言。他将人际关系中的道德难题抽象化,以层级方式平衡权利(如生命高于财产),由此得出确切的结论。Gilligan将他的回答描述为公正的声音或公正的伦理,这与法律决定中最常见的推理过程密切对应。Gilligan要清楚表述Amy回答中的逻辑要困难的多,因为Amy的首要关注不是区分各方权利的先后次序,而是寻找一种对所有涉事方伤害最小的解决办法。她希望药商和Heinz能找到令双方满意的解决办法,而不是直接决定结果。Gilligan将Amy的方法称为“关怀的伦理”,认为这是一种与Jake和Kohlberg的道德伦理方式“不同的声音”。

女性主义法学家迅速将不同声音女性主义应用到法律专题上并形成一支流派:文化女性主义法学。文化女性主义模式在这一时代最具煽动性的文章很可能是Robin West的《法学与性别》(*Jurisprudence and Gender*)<sup>⑦</sup>。West进行了总括,认为现代法律理论“从本质上也无可救药地是男性气质的”。她争辩道,奠定现代法律体系保守派和自由派基础的关键前提是“分离命题”,这一理念认为个人首先是在物理上与所有其他人分离开来的,随之而来的是自主权与自由在由法律培养的

①The Indianapolis anti-pornography ordinance is reproduced in *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 324 (7th Cir. 1985).

②Catharine A. MacKinnon, "Not a Moral Issue", *Yale Law & Policy Review*, Vol. 2, No. 2, 1984, pp. 321-345.

③Carol Gilligan: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1990.

④Carol Gilligan: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1990, p.28.

⑤Carol Gilligan: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1990, p.28.

⑥Carol Gilligan: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1990, p.29.

⑦West, Robin, "Jurisprudence and gender." *The University of Chicago Law Review*, vol.55, No.1, 1988, pp.1-72.

价值中居于优先位置,而最容易辨认的伤害种类将是来自外部侵略者的威胁。然而,根据 West 的观点,女性及其价值在当代法律体系中未能得到展现。West 宣称基本的分离前提“对女性而言明显是不真实的”,并主张女性实质上是通过关键性的经历,如怀孕、异性性交、月经(标志能够怀孕)与母乳喂养而与他人相联系的。据 West 称,女性最珍惜的价值是亲密感,而其最大的恐惧是分离所产生的伤害。West 将女性主义理论视为对这一“联系命题”的回应,尤其是文化女性主义对依恋、对他人的责任、共情、关系的重视。

### 三、后现代女性主义法学及其策略

90年代开始,女性主义法学家对女性的认识进一步复杂化。首先,他们将注意力转移至女性群体内部的多样化方面,并提出,鉴于女性群体身份的复杂性,我们需要制定一个不那么“宏伟”的目标,即从不同女性群体的视角出发来考虑法律政策,用以代替一个声称能包罗万象的女权主义策略。这就是所谓的交叉女性主义法学。这一时期,对在80年代时最有影响力的支配女性主义法学的批判也成为一种重要力量,即所谓自主女性主义法学。另外,有一批人开始就“不同”与“他者”<sup>①</sup>建立更笼统的理论,并深化对普遍真理、客观性与中立性的批判,形成了所谓的后现代流派。这三种可统称为广义的后现代女性主义法学。

#### (一)交叉女性主义

交叉女性主义学说起源于20世纪80年代,当时黑人女性主义学者开始首次指责女性主义理论具有排他性,因为,这一理论以白人女性及他们的生活为原形,并潜在地认为,所有女人都是一样的。为此,他们采取了一项策略——创造出一种概念——反性别本质主义,所谓“性别本质主义”是指无论人种、种族、阶级、宗教、语言、身体残疾、性取向或其他方面存在怎样的差异,所有女性都有着共同的、最根本的特质或经历,而且,白人女性是女性的模范化样本。而反性别本质主义则主张,不同群体的女性具有不同的体验与问题,所以,不能同一个理论、同一个策略解决所有女性的问题。比如,因为白人中产女性常处在家庭等私领域,白人中产男性常处在工作单位等公领域,因此,白人女性主义法学家创造了“分离领域”的概念,并极力倡导女性走出私领域,进入公领域,但是,对黑人女性而言,这一倡导是无意义的,因为她们一直以来都在公领域中从事生产。

#### (二)自治女性主义

对性暴力的关注,尤其是20世纪80年代支配女性主义者的言论,催生了一些人的不满,他们认为女性主义执意创造的受害者形象,不能充分解释女性做出反抗、进行抉择的能力。另外,一群女性主义作家(称作“性积极”女性主义者)将描述女性的性快感与性自主作为策略,以摆脱将性描述为危险行为的言论。他们认为支配女性主义关于性的概念给社会保守主义者以可乘之机,而这种人持续将性看作“只为繁衍目的而投入其中的事物”<sup>②</sup>。从而影响女性对性的自主权。由于性积极女性主义的重点是促进女性性满意度,其很难直接应用和付诸法律,这是因为大多数与性有关的法规都倾向于禁止有害性行为。正如一名评论家所言,“性愉悦及其被肯定为良好事物的地位具有巨大可变性……(使)人们很难想象……立法或司法人员如何能从程序上对其加以促进。”<sup>③</sup>针对这一情况, Susan Appleton 采用了一项策略——从家庭法开始破冰,即将性积极观点引入家庭法,重构家庭法概念<sup>④</sup>。她首先表示,性欲是当代家庭法的核心,而家庭法则设法将男性的性欲导入婚姻中<sup>⑤</sup>。然而,尽管家庭法声明性别中立,即使是在联邦发起的“健康婚姻倡议”中,其事实上

①英文原词为“the others”,类似于中文习惯中在列举完主要事项后,加入“等事项”的表述,体现出被忽略事项的非重性。

②Katherine M. Franke, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire”, *Colum. L. Rev.*, vol. 101, 2001.

③Kathryn Abrams, “Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory”, *Colum. L. Rev.*, vol. 95, 1995, pp. 304-316.

④Appleton, Susan Frelich, “Toward a ‘Culturally Cliterate’ Family Law?”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 23, 2008.

⑤Appleton, Susan Frelich, “Toward a ‘Culturally Cliterate’ Family Law?”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 23, 2008, p. 290.



也从未对促进婚姻中的女性性欲做出任何努力。Appleton推测,如果家庭法不再将性概念化为女性给予男性的一种礼物,并停止将女性视为性的守门人,而是性的主体,将会促成一项重大转变。例如,此类家庭法可能会将丈夫持续拒绝照顾到妻子的性愉悦视为离婚根据<sup>①</sup>。如果将其拓展至侵权法,性积极立场也会对由于生产时被施以外阴切开术而丧失性愉悦的女性提出索赔形成支持。

### (三)狭义的后现代女性主义法学

#### 1. 破解“差异困境”

80年代对差异的认识,并不能很好的解决差异带来的问题,忽视差异的中立策略与明确承认差异的特殊对待策略都导致适得其反的结果,比如,如果怀孕职工的需求得不到认可,这些职工可能过分疲劳、产生疾病。但是,给予特殊假期又可能会边缘化女性职工,导致其他同事产生怨恨情绪。Martha Minow<sup>②</sup>将之称为“差异困境”,并构建出一种策略:差异主流化策略。她说,差异是那些有能力将其看待事件的视角与观点作为一种现实被人所接受的人们主动指定给他人的,这种差异具有压迫意义。而将“差异”或是“不同”主流化,才是解决这一问题的办法。为此,Minow例举了一则案例:一名听力受损的儿童的父母与学校长期打官司,要求公立学校在“常规”课堂上为该儿童提供全职手语解说员。而学校只愿意每周用部分时间为听力受损儿童提供单独手语教育,作为常规课堂的补充。Minow对两种提议都提出了批评,认为二者未能解决差异困境。她认为,应当为整个班级提供手语培训,因为除非整个班级都被教授如何使用听力受损儿童的语言进行交流,有声世界的常规将持续保留,听力受损的儿童仍会因为在“主流”课堂中表现较差或需要特别指导而蒙受羞辱。

#### 2. 身份表现理论

“身份表现”,是一个后现代术语,着重于社会群体内个人的行为、衣着、个人风格等特征。如Devon Carbado和Mitu Gulati所解释的那样,身份表现理论以如下认识为出发点,即个人遭遇歧视的经历及对歧视的脆弱性不仅仅基于差异的地位标志(称为个人的地位认同),也基于个人对于如何呈现其不同所做出的选择(称为个人的表现认同)<sup>③</sup>。按照Carbado和Gulati的观点,“他者”总是被迫就其如何表现自己进行策略决定,在日常人际交往中高度受制于刻板印象以及潜在规范的存在。比如,一名黑人要尽管选择穿着主流风格(更接近白人的风格)的衣服,因为编着长发辮或穿非洲风格衣服可能得到不友好的待遇,并被拒绝给予升职机会。乍看之下,这样的人看上去似乎并未遭到歧视,因为从名义上讲她可以“选择”穿着主流(即更接近白人风格)服装、与白人进行社交。然而,Carbado和Gulati则认为她受到不合理对待,且这种对待是以她的种族与性别为基础的。Carbado和Gulati论点的关键在于,尽管每个人都必须努力呈现其身份,他者(the others)由于认识到必须付出额外努力来抵消有关他们所在群体的普遍负面刻板印象,所以负有额外负担。比如Obama总统为了抵消对“愤怒的黑人”的偏见,着力培养自己表现出比一般擅于克制的人还要冷静的品质。通过说明身份表现的负担与代价以何种方式过多地落在他者身上,Carbado和Gulati奠定了将此类决策看作一种歧视形式的基础。之后研究身份表现理论的Kenji Yoshino提出,希望反歧视法减少对特征易变性的关注,而增加对强迫同化造成伤害的关注。

#### 3. 后身份理论

并非所有女性主义者和进步理论家都欢迎以日益复杂的身份(如上述种种身份)为基础的理论的扩张。相比构建更细致、更具体化的多重身份观点或行为理论,一些学者选择了另一种策略——越过身份,发展“后身份”理论,以解决不平等和不公平问题。Martha Fineman提出的策略是制

①Appleton, Susan Frelich, “Toward a ‘Culturally Cliterate’ Family Law?”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, vol. 23, 2008., pp. 317-326.

②一位极具影响力、当代后现代女性主义先驱。

③Devon W. Carbado&Mitu Gulati, “Working Identity”, *Cornell L. Rev.*vol.85, 2000, pp.1259- 1262.





定一种能够覆盖每一个人的保护措施,为此,她提出“脆弱性”理论。在《脆弱受众:人类社会中平等的实现》<sup>①</sup>一文中,Fineman提出一种以“脆弱性”概念为核心的实质性平等观点,她说所有个体都处于持续潜在受害的状态(受伤、灾祸或不幸)以及总是面临可能变成依赖状态的风险(疾病、自然灾害或经济和制度危机),从这个意义上来讲,所有个体都是脆弱的。基于此,她认为,国家的核心角色在于为个体提供其所需物质与社会资源,用以解决这一无可避免的脆弱性问题。Fineman脆弱性命题广受欢迎,因为它正好提出于女性主义法学理论得到建立、但仍处于边缘化的时期,而许多进步学者正渴望出现一种新的方式,能够与更广泛的受众产生共鸣。

总之,女性主义法学各流派的策略,均立足于特定时代条件下的学科处境与女性诉求,从不同角度繁荣发展了女性主义法学,有力推动了女性话题中心化、女性地位对等化的社会进程。

(责任编辑:徐远澄)

## American Feminist Jurisprudence as Strategy

Ren Miaomiao

**Abstract:** To push females and female issues to the center of jurisprudential studies, feminist jurisprudence at different times has adopted different strategies. Liberal jurisprudence emphasized right equality between men and women and introduced a dual strategy of promoting legislative equality and “raising requirements from group”. Dominant and cultural feminist jurisprudence, on the basis of recognizing the logic precondition of differences between men and women, adopted adjustment strategy of revising “equality” concept and emphasizing on “reasonable” differentiated treatment. Post-modern feminist jurisprudence, after realizing group variety within women, abandoned the claim of proposing one all-encompassing feminist strategy and turned to start from the perspective of different female groups in considering practical strategy concerning legal policies. Different strategies of feminist jurisprudence schools all based on the disciplinary situation and female appeals in developing feminist jurisprudence from different aspects, hence pushing forward the social process of female topics centralization and female position equality.

**Keywords:** Feminist Jurisprudence; Strategy; Schools

<sup>①</sup>Martha Albertson Fineman, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale J.L. & Feminism*, vol.20, No.1, 2008.

