



社会思想译丛 丛书主编 / 沈明



Our Lives Before the Law

Constructing a Feminist Jurisprudence

女性的法律生活

构建一种女性主义法学

[美]朱迪斯·贝尔/著

熊湘怡/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Our Lives Before the Law

Constructing a Feminist Jurisprudence

女性的法律生活

构建一种女性主义法学

[美]朱迪斯·贝尔/著

熊湘怡/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2008-4566
图书在版编目(CIP)数据

女性的法律生活:构建一种女性主义法学/(美)贝尔著;熊湘怡译. —北京:
北京大学出版社,2010.2
(社会思想译丛)
ISBN 978-7-301-16231-6

I. 女… II. ①贝… ②熊… III. 法理学-研究 IV. D90
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 232297 号

Our Lives Before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence/Judith A. Baer
Copyright © 1999 by Princeton University Press
Published by Princeton University Press
All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any
means, electronic or mechanical, including: photocopying, recording or by any information stor-
age and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.
Simplified Chinese translation copyright © 2009 by Peking University Press
ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 女性的法律生活——构建一种女性主义法学

著作责任者: [美]朱迪斯·贝尔 著 熊湘怡 译

责任编辑: 杨剑虹 姜雅楠

标准书号: ISBN 978-7-301-16231-6/D·2495

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16 开本 22 印张 309 千字

2010 年 2 月第 1 版 2010 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

“社会思想译丛”弁言

二十世纪的中国在经济、政治、文化等多个社会维度上全面融入了全球化的世界进程。承继百多年前学界前辈开创的未竟事业，在跨越千禧年的世纪之交，我们对于西学的译介和研习进入了一个空前繁荣的时代。西方理论话语充斥于大学讲堂、学术会场以及与之相伴的论文、专著、教科书。如果暂且略去翻译质量问题不论的话，那么西书引介的数量貌似构成了一笔蔚为可观的文化积累。在这一历史背景之下，“社会思想译丛”或为锦上一草，自然无可彰扬。

编者囿于自身的术业专攻，选择以法学以及相关交叉学科研究著作作为丛书的起点，并期待能够将主题逐步拓展至更为广阔的社会思想领域。冀望以此累积若干有益的思想资源，推动社会科学的交叉研究及其与人文学科的良性互动，在可能的程度上超越学术分科壁垒；并服务于大学文科教育尤其是青年学子，他们肩负着提升汉语学术水平和学术声誉的艰巨任务。鲁迅先生当年关于青年少读或不读中国书的主张，至今仍有其现实意义。当然，丛书对法政研究的侧重还有一层现实原因：我们生活在一个政治上依然年轻的国度。

独上西楼是为了在历经衣带渐宽的憔悴之后达至灯火阑珊的境界。中国知识界的西学翻译作业历百年起伏坎坷竟而重又复兴，这对中华学术而言，是幸，抑或不幸，仍为人们殊少反思的问题。诚如冯象先生所言：百年学术，今日最愧对先贤。在“成果”、“课题”如此繁盛的时代，不才之辈尚可逡译。惟愿孜孜介绍之劳作少一点误人子弟的危险，以免那愧对先贤的族类再愧对子孙。“百年孤独”的民族由此可望与她的文化复兴重逢。

谨以此书纪念

1993年1月20日躺在休斯顿停尸房的一位女性

她年方20,育有一子,是一名家庭暴力的受害者。

我们的政治学必须树立一个目标,以结束此种谋杀。

——简·鲁尔(Jane Rule)

目 录

前言 1

致谢 7

第一部分 法律贯穿了女性的生活

第一章 引言 13

第二章 法律的性别为男？女性主义法学的基础 31

第三章 是什么让法律的性别为男？性别化的法学与女性主义批判 67

第四章 法律如何是男性的？性别化方法与女性主义回应 110

第二部分 以女性生活贯穿法律

第五章 重建平等 宪法中的女性权利原则 145

第六章 重建权利 女性主义的生育自由 182

第七章 重建责任 女性的胎儿保护 218

第八章 迈向后自由主义的女性主义理论 253

参考文献 287

索引 307

案例索引 327

译后记 335

前 言

本书是在愤怒与希望的交织中诞生的。愤怒来自于我对妇女生活的观察以及当代女性主义学术在改善妇女生存条件上的失败。希望则源于我始终相信,理论能够解释这些状况,而实践能使这一切有所改观。虽然大量的证据可能证明事实正与之相反,我却仍然坚持这种信念。这些信念的指引,足够激励我努力去重构女性主义法学,并为其寻找新的方向。

这是一本大唱反调的书。在书中,我反对许多关于女性主义以及美国社会的传统看法。我坚信女性主义者们所犯的最大的错误就是,她们太客气了。这种想尽量友好的努力,不管是对于女性主义理论,还是对于女性主义实践都是一种败坏与削弱。我们总是费劲气力避免触犯男性,更不用说打击他们了。当讨论男性的侵略性、男性的不负责任、怠惰以及他们的特权时,我们总是缩回拳头。我们浪费了时间和精力去批评那些不肯软化示好的女性主义者们。我们还曾如此热切地为女性所做的那些始终专属于女性的工作而赞美女性,而不是去消灭全职主妇、粉领工人这种角色分工,或去帮助那些过着我们自己不愿意过的那种生活的人。这种妥协,可能是好的政治也可能是不好的政治,但绝对不会是好的学术。取悦他人的愿望不能驾驭我们对真理的追求。

女性主义者缺乏胆量,部分地是因为女性主义者一般都是从被训练得仁慈、能忍耐、包容且常怀罪恶感的那么一两群人中产生的。这些人就是女性和自由主义者。(并且我斗胆猜测,男性的女性主义者比女性更可能在过去或现在是自由主义者。)虽然女性主义者对于性别的模式化和自由主义都加以鞭挞,但我们在大多数时候都表现得像一个女性的自由主义者。女性特质和自由主义的某些姿态是一致的,有罪恶感是其中之一,另一个就是非对等的关心(*asymmetrical solicitude*)。

自由主义者懂得去尊重其他人的观点,但却不期冀对方给予自己同等的尊重。女性主义者经常也是这样。她们遵循自由主义的中心原则,不但扩展了对手的行动权利,免除了对方实施侵犯的责任,还不愿意为自己的利益主张权利。比如说,女性主义者经常会提醒平等权利修正案和生育自由权的拥护者,告诉他们很多女性不同意这些主张,因为他们没有为所有女性代言。然而,反对平等权利修正案和堕胎选择权的女性却听不到类似的告诫,虽然那些告诫对她们同样适用。这种谦恭、顺从以及自省的习惯,使女性主义者不敢高声表达自己的思想,反而把最猛烈的炮火保留起来用于彼此攻击。

本书的标题——《女性的法律生活》,在于提醒读者们认识到,女性主义理论是关于女性生活的理论。但是在过去二十年里出版的许多女性主义理论著作,都被我自己的生活的证实为是虚假的。自从我接触到女性主义这个词汇,我就争强好胜地称自己是个女性主义者。女性主义掀起了一股女性运动复兴的浪潮,而彼时我正刚刚开始上研究生,这些运动更让我觉得自己并不孤独。在现代妇女运动的早期,学者们前仆后继地对现存的性别角色期待予以反对并进行分析、批判。这一讯息至少极大地解放了一个初入学界的、像所有地方的好学生一样因为学得太好所以不容易接受既有观点的学者。现代女性主义告诉我,虽然个体的经历对于个人来说非常重要,但并不能构成一个独特的种类,而理论有助于我们去理解这些经历。在成为了一个学者和一个女性主义者之后,我做了一个女性主义学者。我试着以一种传统学术原则不支持而女性主义学术鼓励的方式——正像我现在所做的这样——把我的个人经验与专业知识结合在

一起。女性主义群体支撑着我读完研究生,捱过寻找工作的艰难时期,经历被解聘直到最后我重新建立起我的事业。

但是女性主义理论却改变了。到了1980年代初期,在我所面对的一些争端上,我读到的许多著作都传达出了令人困扰的讯息。“同情的陷阱”、作为科学定律的“孩子、厨房、教堂”(kinder, kuche, kirche)以及“敬献传统女性特质的追悼词”被“不同的声音”、“关怀的伦理”以及“女性的认知方式”所取代。继续强调男性宰制和女性压迫的女性主义学者们被其他女性主义者指控为妖魔化男性或是贬低女性价值。女性主义理论越来越难引起我经历上的共鸣。

在我三十多岁的时候,我被一所大学拒绝授予终身教职,与此同时这所大学却接受了一个资历上并不如我的男性教授。像许多犯罪受害人一样,我向别人谈论起我身上发生的这一切——却被人要求闭上嘴巴。“别再絮絮叨叨说这些事儿了”、“不要自怜自艾”,最糟糕的说法是,“你这样四处宣扬,难怪人家不要你,他们的决定是对的。”而现在还有些女性主义者暗示说,这种总是感觉自己被不公正对待的心理是一种令人羞耻的个体软弱的表现,应该要掩藏起来。似乎没有人注意到,如果受害者真的闭上嘴,就意味着给了这个机制再犯的自由,正如被强奸者的沉默会让强奸者逍遥法外一样。仔细想想,也许这才是重点。

到了我四十多岁的时候,我的事业重新建立起来了,我发现我面临着更大的迫使我屈从于传统性别角色的压力,甚至超过我50年代离开父母独自闯荡时所受到的压制。单身、没有孩子,我过得像许多中产阶级职业男性一样惬意,直到我搬到得州中部。不知道是因为地域的关系(得州比较靠近南部地区),还是因为我年岁渐长(因此越来越多地被学生认为是“母亲”和“夹心一代”[sandwich generation]*),总之,我不能像以前那样幸免于“女人的工作”了。而女性们也不断地拿着联名书来找我,我当然可以不签,但我却不能辜负她们的期望。我必须在做日常琐事与被人觉得很很合作之间作出选择,而男人不需要面对这样的选择。女性有权利

xi

* Sandwich generation,指上有老下有小的中年一代。——译者注

说不,而男性却可以免于被请求。

我努力去理解这些经验,这也使我想起一件在当时看上去极其微不足道、之后却一直在我脑海里回旋的事情。1980年春季的一天,我没有去布鲁金斯研究所上班,而是跑到国家动物园闲逛去了。我正在一条小道上走着,忽然听到有人大声、持续地哭着叫“妈妈”。因为我不是被叫的那个人,所以我继续往前走,那个小孩的哭声逐渐淹没在了嘈杂的背景声中。然后我很快意识到一个男人站在我旁边,大声咆哮着,还有一些旁观者,似乎对某个人很不满。就在我刚刚意识到我就是这群人敌视的对象时,一个女人牵着一个抽泣的小孩出现在了大家面前。这位母亲、咆哮的男子还有我为这个误会互相向彼此道歉。人群中这些敌视的脸才变得友善并露出羞怯之色。孩子也停止了哭泣。“你没有孩子,对吧?”正当我走向下一个景点时,旁观的一个女人这样问我。

是的,我没有孩子。“妈妈”不是叫我;就像刚才那个男人一样,“妈妈”这个最常用的称谓从来不会用在我身上。但是在那样一个极端的情况下,陌生人有理由把我和这个找不到妈妈的小女孩联系在一起。对于我自己来说,我不是任何人的妈妈。但是对于那天的旁观者来说,我可能是任何人的、每一个人的不合格的妈妈。我有不生小孩的自由,有放弃作为一个母亲的荣耀和责任的自由。然而我却不能免于他人对我承担这些责任的期待或对我忽略此种责任的评判。陌生人的期待侵犯了我,就像色狼的口哨以及类似的性骚扰行为侵犯了女性一样。也许,随着年岁渐长,我们女性就从所有男性性追求的对象变成了所有人的母亲。我们唾手可得,我们软弱无力,我们还要承担许多男性不需要承担的责任。

于是,女性主义理论再一次辜负了我的期望。它使性别差异合法化,并将女性的照顾责任固定化,这不会鼓励人们对这种繁重家务的社会分工提出任何批判意见。很多女性主义学者们担心,女性为了要达到和男性一样的平等,可能会像一个男人那样去行为处事并压制她们的“女性特质”。我尊重她们的感觉,但是我的经验却恰好与之相反。我曾被期望违背我本身的倾向和偏好,而去充分展现我的“女性特质”。

我不需要去读女性主义理论著作也能知道“女人的工作”是至关重要

的,并且社会低估了这些工作的价值。我的经验证实了这两个判断。一个更愿意教授和指导学生而不是从事研究和写作的教授,也许会在我这个“不出版学术著作就滚蛋”的部门遇到麻烦。但是作为一个在教学与研究的优先顺序上完全符合系里规定的女性教授,我在这里同样举步维艰。我被要求去提供超出我能力范围之外的养育工作。这些要求压制了自发的移情,而这种移情也是处于人类关系核心部分的内容。在这一点上,我是个少数派。更多的女性可能希望通过做出传统贡献而获得价值认同,而不是使自己免于被这样要求。但是为什么女性主义理论不能服务于不同女性的需要呢?

xii

我对女性主义理论的研究进路,并不是本书里面唯一一个唱反调的地方。我对于1990年代末期主流政治言论的两个方面都予以了批判:它们对于“家庭”和“社群”这两个概念作出了越来越理想化的解读。女性和儿童、男性一样需要家庭和社群。但是,家庭和社群可能对妇女的需要太多了。它们似乎都过度地依赖于女性的牺牲。自从我学会阅读以来,每一个12月,我总是会读到许多文字,描述不同种族和地区社群里温馨的家庭圣诞庆典。不管这些种族与地区之间的差别有多大,他们看上去总还有一个共同点:那就是女人们都在忙里忙外、到处张罗。社会在谈论义工精神、市民协会以及其他的社群构成要素逐渐式微时,并没有注意到这些活动一直以来都依赖于女性的力量而存在。也许养育一个孩子需要一个村庄,但如若我们足够仔细的话,我们会发现这是个由忙碌的女人和优哉的男人构成的村庄。

社群要求行动一致,它创造了局外者,强化了性别角色。自从我搬到了大学区,“社群”这个词就在阻止我去做我想做的事情。有时候我获胜了,有时候我败给了它,但是我渐渐习惯了被建议不要邀请某一位发言人,不要使用某一个词语或者不要给主编写某些信件,因为这样会冒犯整个社群。那些自告奋勇的建议者们经常急着向我保证,他们是在替我着想。很明显,社群并没有使人互相忍耐与包容。即使他们把人拉进来,“社群”和“家庭”这两个东西也会把人排除在外。社群有局外人,然而不是所有局外人都自愿要处于被排挤的这样一个位置。因为我有先天的缺

陷(一只手残疾),所以我很清楚成为一个局外人有多么容易,而要摆脱这样一个位置又有多难。因为我是一个中年、单身并且独居的成年人,1990年代的社会思潮几乎要把我排除在公共讨论的领域之外。政治讨论的单位是家庭,而不是个人。我于是越来越想知道,在哪里我可以见容于这个社会框架,抑或是我的生活根本就不适应这样的现实?

xiii “家庭价值”学说可能会将我边缘化,但是它不会使我感到厌烦。我所出身的家庭使我对于瑰丽、柔软的家庭形象始终抱有一种批判性的视角。这样的家庭形象并没有准确地描述出在有些家庭里,个头最大的那个人同时也是最大的婴儿。我那个精神有问题的酒鬼爸爸总是以他的拳头和语言为武器,攻击我的母亲、我的兄弟们,还有我。没有人阻止他的暴行,因为1950年代的家庭价值把父亲置于家庭首领的位置,并且不容许公众审查过问家庭事务。在接下来的四十年里,情况有所改善;现在出现了女性庇护所,这在50年代是想都不敢想的资源。但是施暴者仍然可以逍遥法外。女性主义者、自由主义者、社群主义者和保守派人士互相拉扯扯扯,极力向每个人保证大多数家庭是没有问题的,不好的家庭只是例外,然而他们却没有付出相同的努力去谴责施暴者。如今,认为内部暴力是造成家庭病态的说法似乎已经不再流行。如果说爱国主义曾经是无赖们最后的庇护之所,那么现在女性主义可能要取而代之了。

因此,我的批判,反对的不仅是女性主义法学,也包括产生此种法学的社会文化;不仅及于任何文化、理论或法理学所宣扬的东西,也及于它们未曾言明的部分。我对于女性主义理论里外都提到的、深植于当代西方文化之中的一个观点既批判又怀疑。这就是个人责任的概念。我很好奇社会是如何在个体、机构以及国家之间分配这些责任的。但是我质疑它并不意味着我否定它。这本书的写作即是我承担个人责任的行为。我写这本书乃是因为我相信,真理是一种供给大于需求的商品。

致 谢

没有人可以独自完成一本书的创作。至少,在经过了20年的努力之后,我知道我无法做到。在这本书的创造过程中,我欠了很多人情。好几个章节在一开始都是约稿,而后才转为期刊文章,有些想法也是第一次在书评中出现。苏珊·梅兹(Susan Gluck Mezey)、卡伦·科诺(Karen O'Connor)、C. 妮尔·塔特(C. Neal Tate)、珊佛特·蕾芙松(Sanford Levinson)、G. 曼塔(G. Man Tarr)、蕾丝丽·格斯坦(Leslie Friedman Goldstein)、嘉利·简宁(Garry Jennings)、苏·大卫(Sue Davis)、简·蕾莉(Jan Leighley)等给我提供了一个在学界人士面前展示自我想法的良机。在出版过程中,现在和之前的专业编者都给了我大量的帮助,比如 Sarah Slavin, Rita Mac Kelly, Dean Mann, MaryJo Wagner, 和 Edward Portis。经由他们挑选的一些匿名评论家为我提供了很多宝贵的批判性建议。(可能不够礼貌,但我同样感谢那些在杂志上对我的文章提出反对意见的评论者们。)感谢《政治学杂志》(*Journal of Politics*)、《女性与政治》(*Women and Politics*)、《全国妇女学会期刊》(*NWSA Journal*)、《政治研究季刊》(*Political Research Quarterly*)以及罗曼和利特菲尔德出版公司(Rowman and Littlefield),谢谢它们允许我在本书中重新刊印这些文章或评论。

得州农工大学(Texas A&M University)里充满着浓郁的研究气氛,能在这里任教,我感到很幸运。这所大学接受了一个带有异端思想的人,并为她那令许多聪明人都感到困扰的研究项目大开便利之门。政治科学系的全体人员给我提供了丰富的学识基础和绝佳的支持性服务。系主任查尔斯·约翰逊(Charles Johnson)和他的前任布赖恩·琼斯(Bryan Jones)当之无愧应受此褒扬。还有马西娅·巴斯蒂(Marcia Bastian),她拥有从混乱中创造秩序的能力,甚至能将整篇手稿的草稿从一个软件程序转换到另一个。Avis Munson 将手稿编辑成可出版的最终稿样;没有她,我自己根本不可能做到。我的研究生助理约瑟夫·法尔特(Joseph Fults)同样为我提供了不可或缺的帮助。他与我一同在此项目上共同努力了四年。他非常熟悉得州中心法律图书馆,还经常用他那辆敞篷小车接送我来往各处。约瑟夫的辛勤和谨慎为我的工作和生活带来了许多便利。Ashley Brian Coffield, Rachel Gibson, Kimberly McGar, 还有 Sahar Shafqat 帮忙编辑了本书的书目。而当我回到华盛顿后, Jeanine Harris 和 Joshua May 接替了她们的的工作。

xvi 我在伍德罗·威尔逊国际中心(Woodrow Wilson International Center)完成了本书的初稿,并因此获得了1995—1996年度奖学金。历经学者社团的风风雨雨、分分合合,我的同伴和工作人员坚持至今。布鲁斯·艾克曼(Bruce Ackerman)、伯纳德·克里克(Bernard Crick)、大卫(David)和詹姆士·亨瑞特(James Henretta)一直都是绝佳的批评家和对话者。贝蒂·弗瑞丹(Betty Friedan)的批判也在本书中出现,她一生的努力工作给予我极大的激励,我也借由她在该中心举办的研究会受益良多。查尔斯·布利泽(Charles Blitzer)和维克·多森(Vicki Bear Dodson)为维持这样一所以我们的学术领袖命名的研究机构奉献了超常的关注和精力。朱迪斯·里基斯特(Judithe Registre)是我的实习生,我和她两个人都已记不清她从美国大学中心到研究中心再到国会图书馆究竟往返了多少次。还有图书馆的 Zdenek David 和 Linda Worden,计算机中心的 Janet Culbreth,以及接待处的 Lindsay Collins,他(她)们都为我的工作和生活提供了便利。而如果没有奖学金办公室的安·雪菲尔德(Ann

Sheffield)、丹尼斯·蕾波维兹(Denise Leibowitz)和阿琳·查尔斯(Arlyn Charles),我甚至根本无法进入这个中心。

我同样感谢早期使我能获得一年期奖学金的帮助,让我在许多紧急关头,依然能够思考、阅读和写作。感谢美国哲学社团和美国学术社团委员会的共同协助,我得以在1991年夏天停止教学工作并开始写作约稿,该论文后来成为本书的第四章。在得州农工大学,自由主义艺术学院准许我获得了1993年的春季学期的“教员发展假”(Faculty Development Leave),而学校则在第二年授予我“学者型创造性活动研究奖”。我还花了一些时间去麻烦我的老板们帮我成功地申请到了奖学金,结果他们不但高兴地放了我一年假,还为我提供了额外的帮助。

普林斯顿大学出版社是一个完美的出版商。Ann Himmelberger Wald为我提供了一份合约,然后又创造条件让我安心写作,并在这个项目的每一阶段都给予了良好的指导。而在Ann成为主编后,克里斯顿·加格(Kristen Gager)在本书的最后阶段帮助我审校了整个书稿。事实证明,苏珊·艾克兰德(Susan Ecklund)是一位天才的出版编辑。

我的母亲桃乐茜(Dorothy)和我的兄弟们斯蒂夫(Steve)、汤姆(Tom)和克里斯(Chris)一直是我生命中非常重要的部分。四十年来,汤姆给予我的帮助让我无以回报。他给我讲述男人们之间是怎样谈论女人的。我并非总是认可他的坦率与直白,但与他之间的这种交谈教会我怎样认识这个我试图去诠释的世界。我的猫咪们艾瑞儿(Ariel)、佐伊(Zoe)和杜尔西(Dulcie)常能引我开怀,让我在工作中得到暂时的放松。我猜想,它们经常在笑话我,可是不管怎样,我爱它们。

这本书的意义在于它折射出我生活的另一部分,即我作为一位积极的怪诞作家的生活经验。1993年,美国怪诞作家协会休斯顿分会组织了一次前往法医学中心的参观旅行。中心里的专家们在百忙之中抽出时间为我们提供了我们期望得到的所有信息。他们许可我们进入尸体解剖室,并就我所提出的有关女性的问题一一解答。一个女人躺在那里,身上盖着一条毯子。专家们告诉我们,这个女人的面部已看不到任何表情,可我却在她脸上捕捉到了一种逆来顺受的神情,似乎她知道这一切

迟早会发生。我谨以铭刻在这幢大楼入口处的一句拉丁语所传达的精神的名义,将这本书献给她的记忆:“在这里,死者教会并帮助生者。”

朱迪斯·A. 贝尔
得克萨斯,大学站
1998年10月

第一部分



法律贯穿了女性的生活

第一章 引言

3

相比男性,女性更加弱势也担负更多责任,但是她们却更不自由。在国家和企业权力前,女性和男性都是弱者。然而,不论在儿时、成年甚至到老年时,女性面对家庭暴力时都更显弱势。和男人一样,女人也要去满足自己的需要。与此同时,女性更有责任去满足别人的需要:她们需要赡养、抚育、满足(性和其他方面的)——一句话,就是照顾他人。即使女性享有与男性同等的法定权利,一些特殊的风险和义务也会削弱和危及女性的这些权利。“只要我们活着,就逃脱不了要为权力作斗争”,一本现代政治学理论的经典著作在开篇这样写道。^[1] 这一陈述适用于所有的成年人。但是对于女性来说,却忽略了一大堆现实问题。只要我们活着,就逃脱不了被虐待的威胁以及照顾别人的需要。

女性的弱势地位在近些年不是一个受欢迎的话题。如果有女性谈及创伤、强奸、色情以及各种威胁女性的暴力,都有被称为“攻击男性者”、“毁谤女性者”或两者皆是的风险。与此相反,个人责任的话题却大行其道。即使已经了解政府不完全是“一台自我运转的机器”,经济也不完全

[1] Bruce A. Ackerman, *Social Justice and the Liberal State* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980), 1.

是由一只“看不见的手”来调控的,我们的公共论述仍然被一些传统的观念所格制,比如认为它们自我平衡的、对于有意的变化也可以推定为不受影响;个体行为成为了唯一的变量。^{〔2〕}保守主义者们想要多一些的个体(以此对立于体制的或集体的)责任;社群主义者也呼吁更多的个体责任(以此作为自由的对立面);还有自由主义者们,更倾向于接受别人的观点而不是建立自己的观点,因此寻求一种中间路线。没有人注意到女性已经承担了与自己很不相称的一大部分责任。女性主义理论家们,不管是身处这些阵营之中还是之外,都没能引起人们对这一问题的关注。本书代表了我的努力,即作为一个学者、一个活动家以及人类中的一员,我要试图去理解女性的状况以及女性主义者对此的反应。

肇始于1960年代的美国“第二波”女性主义运动提升了美国女性的整体地位。女权运动使每个种族、阶层、年龄段和各种生活形态下的妇女都从中受益。反歧视法律帮助女性离开文员、服务以及技术性的、机械的、专业培训等专属女性的岗位;男性与女性在收入上的差别正在缩小;生育控制使一度被怀孕和生育耗尽体力的女性得以拥有一个健康而富有活力的晚年。而这些都只是女性主义运动的一小部分成果而已。

女性主义者们没有因为对这些变化所做出的贡献而受到多少褒扬。反而在一些并非由我们所引起的问题上饱受诟病,比如可能对女性利益造成损害的离婚“改革”,比如家庭的衰落、破裂或毁灭——不管这些词语意味着什么。不被承认有功还要接受不公指责,这本身就令人生气。但和他们的批评者一样,女性主义者至少也知道,不管女性主义已经取得了多少成就,这还是不够的。

〔2〕文中所引的表述分别来自于 James Russell Lowell 和 Adam Smith。参见 Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture* (New York: St. Martin's Press, 1994); Smith, *Wealth of Nations* (1776).

女性主义没有改善所有女性的生活。针对女性的男性暴力仍在持续。^{〔3〕} 现今的美国妇女比经济大萧条以来的任何时期都更易陷入贫穷的境地。1980年代的“贫穷的女性化”趋势几乎制造了一个由妇女和儿童组成的下层阶级。女性主义对某些女性(医生、法官以及有事业心的女性)的帮助要大于对另一部分女性(失去经济来源的主妇、家庭主妇、无家可归者)的帮助。女性仍然需要比男性工作得更加努力去获取更加微薄的报酬;这种不平等跨越了种族、阶层、年龄和生活方式的界限。除了那些生活最舒适的女性,所有的美国女性现在都面临着贫穷女性、劳动妇女和农村妇女长期以来所面临的双重负担:要扮演“双重角色”,要“上夜班”——当她们每天的有薪工作结束之后,当男性可以享受清闲的时候^{〔4〕},还有家务活在等着女性。这种“无名问题”已经成为了一个长期挥之不去的问题。^{〔5〕} 对某些困境加以改善的任务可能已经超出了女性主义者的能力,但只要这些问题一直存在,我们就不能宣告胜利。

像我一样的女性主义者——白人、中产阶级、受过高等教育——经常被告知我们是多么优越。这种说法可能是有毒害性的,因为它用罪恶

〔3〕 统计数字显示,针对女性的暴力犯罪事件在1991—1995年间有所下降,但是绝对数字仍然很高。1995年报告的强奸犯罪数大约为97000件,是自1989年来总数最低的一年,但比1985年的数量高出了7个百分点。U. S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, *1995 Uniform Crime Reports: Crime in the United States*, 13 October 1996, 24. 参见 Fox Butterfield, “’95 Data Show Sharp Drop in Reported Rapes,” *New York Times*, 3 February 1997. 考虑到强奸行为的受害者不总是会报案,这个数字很可能比实际案发量要低一些,但是这个低报的数量也没有理由在1985年到1995年之间有上升或下降。与此相反,绝大多数的凶杀案都会报案。FBI的数据显示,在凶杀案的女性受害者中,有26%的人是被自己的丈夫或者男朋友所谋杀的,这比过去几年的数字有所下降(在80年代,这个数字大约是在40%左右)。相对应的这一类男性受害者的比例在1995年是3%。 *Uniform Crime Reports*, 17. 参见 Ann Jones, *Next Time She'll Be Dead: Battering and How to Stop It* (Boston: Beacon Press, 1994), 6-7. FBI的统计数据由各地方警察部门上报的数据整理而来。另一个可靠的数据来源是每年由犯罪司法统计局所作的犯罪调查。参见 Kathleen Maguire and Ann L. Pastore, eds., *Sourcebook of Criminal Statistics*, 1994 (Washington, D. C.: U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1995).

〔4〕 参见 Arlie Hochschild with Anne Machung, *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home* (New York: Viking, 1989); Alva Myrdal and Viola Klein, *Women's Two Roles*, 2d ed. (London: Routledge and Kegan Paul, 1968).

〔5〕 Betty Friedan, *The Feminine Mystique* (New York: W. W. Norton, 1963), chap. 1. 这一讨论建基于我的 *Women in American Law: The Struggle Toward Equality from the New Deal to the Present*, 2d ed. (New York: Holmes and Meier, 1996).

感压抑了真正的愤怒。但这种说法却是正确的。作为一所知名研究大学的教授(我的这种学术抱负始于我在一所颇具声望的人文学院写作大学荣誉学位的优秀论文),我比世界上绝大多数的人都要过得好,更不要说跟其他女性来比。许多女性主义者也有着类似的幸运。但是我却看不出这些特权女性有多享受她们的处境,哪怕从“享受”这个词最低限度的意义上来理解。

约翰·厄文(John Irving)在他的小说《盖普眼中的世界》(*The World According to Garp*)中,创造了一个由女性主义者组成的“艾迪·詹姆斯协会”。这个社团的成员一律把自己的舌头割掉,就像一位强暴者对他的年轻受害者所做出的残害那样。^[6] 1990年代,美国妇女的世界就像一个巨大的艾迪·詹姆斯协会,其中的富裕者会在物质条件上向贫困者看齐。一个贫穷的妇女可能为了喂饱她的孩子而挨饿,甚至是和孩子们一起挨饿。而一个生活富足的妇女却可能为了保持身材苗条而挨饿,甚至因为患上厌食症而饿死了。一个劳动妇女可能同时兼两三份有薪的差事,一

5 有时间就加班加点,回家还要干不拿薪水的家务活。一个没有家庭负担的中产阶级妇女也可能因为一份比全职主妇的整天忙碌还要累人的工作,因为别人无休止地向她请求帮助和支持而把自己搞得筋疲力尽。弱势女性没有从优势女性的自我剥削中获得多少好处,正如艾迪·詹姆斯也没有从健康女性的自残行为中得到什么益处。这种连女性主义者自己也避免不了的现象表明,即使人们的经济状况如他们所需要并且所希望的那样得到了改善,也不足以减轻女性的负担。

我们可以很轻易地判断——我也常常很希望能这么说——我所描述的这些女性完全是自作自受,没有人强迫她们去剥削自己或者迎合他人。但开放给女性的选择范围是如此有限,除非我们忽略这一点,否则就不能把这些行为说成是自愿的。许多人会因为拒绝自己的性别角色规范而承担严重的后果:一个女人如果没能遵守外在的社会标准,那她付出的代价可能是失去工作或者失去一段感情;如果女人拒绝做家务或者拒绝提供

[6] (New York: E. P. Dutton, 1978), 134-37, 364-421.

社会所期望的抚育,她则可能失去友情。有些女性宣称她们对自己的命运很知足,也许事实也确实如此。但女性总是被期望去遵从女性的行为规范,不管她们愿意与否。

女性经常也把这些期望加诸其他女性的身上。这种社会化的过程没有发生太多的变化。因为带孩子是女性的工作,所以我们会期望女性在传递价值观的同时也向孩子们传递性别角色。从我们记事开始,母亲、老师、监护人、朋友、同学以及同事都向我们示范并教导我们要如何行为。在过去20年里,在这个社会化过程中唯一发生变化的是女性主义者的角色。在1960和1970年代,女性主义者是传统女性角色的尖锐批评者。然而到了1990年代,许多女性主义者的论著却可以被解读为是努力促使女性进入到传统角色中去。

义务与危险:女性的生存状况

女性总是与照顾联系在一起,这种关联性深植于我们的文化当中,以至于显得如此自然,甚至连某些女性主义者也这样认为。不管是不是真的理所当然,女性这种照顾他人的传统角色是很容易获得的。通过言传身教,女性懂得了社会对她们的期望。总是会有照顾型的女性供女孩子去观摩效仿,就像总是会有妈妈的高跟鞋和唇膏放在那里让她们去试用。“是天性还是后天教育”(nature versus nurture)的古老争论并不能对女性的境况作出足够合理的解释。女性所面临的特殊威胁和特殊要求源于人类有进行自我保护的责任。

每个人都需要安全保障和物质给养。人类和其他物种一样必须繁衍。满足这些基本需求经常变成了一项强加于女性和男性身上的法律义务。比如,所有的州在19世纪都制定了有关流浪罪的法律,对那些无法维持生计的成年人课以工作的义务。^[7]而男人和女人不同的地方只在

[7] 参见 Karen Orren, "Metaphysics and Reality in Labor Adjudication," in *Labor Law in America*, ed. Christopher L. Tomlins and Andrew J. King (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1992); Forrest W. Lacey, "Vagrancy and Other Crimes of Personal Condition," *Harvard Law Review* 66 (May 1953): 1203-26.

于,社会允许他们以何种方式去满足这些基本需求。

在每个我们所知道的社会中,这些关于义务的命令都是由男性制定的。这种安排颠覆了分蛋糕的古典规则,即一个人切而另一个人来挑选。男人(至少是某些男人)同时把切蛋糕和选蛋糕这两件事情都做了。他们享受了双重的特权:既能把生活划分为特定的几类活动、权利和义务,也能决定哪一部分由自己承担。然后女性就被限制在男性挑剩下的那些部分。性别差异的观念就是来源于男性特权;分类、分配和分派的权力构筑起了男性的支配地位。

在现代工业社会中,生活被(极少数的一部分)男人建构为私人和公共两个领域,其划分结果却由所有的男人和女人共同接受。男人将他们自己保留在有薪工作和政治活动的“公共领域”,而绝大多数女人既没法挣钱糊口也无法参与到公共生活中去,因此不得不将她们的精力都投注到婚姻和家庭的“私人”领域中去。在婚姻之外,女人的命运难测;只有在婚姻里,她们的劳作才能勉强让她们的需求得到(最低限度的)满足。

男性和女性所面对的这种截然不同的性别角色期待是由自我生存的社会隐性机制发展而来的,它保障了男女各自的经济地位。用阿吉尼·瑞奇(Adrienne Rich)的话来说:“女人曾不得不结婚,因为这是生活所必需的:为了在经济上能生存,为了孩子们不遭遇经济上的困苦或是被社会所放逐,为了维持尊严,为了能实现社会对女性的期待。”〔8〕除了奴隶,美国极少有妇女被强迫与别人为她们挑选的某个特定男人建立交往关系,但是大多数女性却不得不作出选择:要么从一大堆可接受的丈夫们中选一个结婚,要么就过贫困不堪、依赖他人且备受轻视的单身生活。在20世纪,国家福利也是一个(越来越不确定的)选择,但是要得到这个“男性替代品”,你需要有孩子。〔9〕

〔8〕 “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence,” in *Blood, Bread, and Poetry: Selected Prose 1979-1985* (New York: W. W. Norton, 1986), 59. 参见如 Marlene Stein Wortman, ed., *Women in American Law*, vol. 1 (New York: Holmes and Meier, 1985), 22-24.

〔9〕 Carol Glassman, “Women and the Welfare System,” in *Sisterhood Is Powerful*, ed. Robin Morgan (New York: Random House, 1970), 102.

女人们接受了这个“主内”的角色以确保她们在经济上的生存。而这种生存依赖于婚姻,女人必须迎合男人的需要才能在这个婚姻市场上竞争。在非洲一些地区常见的女性割礼,便是这种压迫的一个极端例子。女人不结婚就无法生存,而男人不会和没有行过割礼的女人结婚。^[10]一旦结婚了,女人就必须遵守对妻子的种种角色要求。女性生育后代的义务并不总是以瑞奇所说的方式产生;女性避孕措施的缺乏和女性满足丈夫性需要的义务都可能使女人被迫成为母亲。

男人也不能逃脱责任。他们被迫担负起供养者的角色,维持生计这一行为中也包含着一定程度的强迫与服从。但是,工作责任和家庭责任之间还是有着质的不同。工作很少是全方位的关系,你总有解脱的时候。^[11]而妻子和母亲的职责(至少在孩子们年幼时)占据了女性的全部生活。不管她们做了什么事,去了什么地方,家庭的角色终将她们定位在“家里——这个女性们体验到最多压迫的地方”,在这里她们“没有隐私可失去也没有隐私可保障”。^[12]这一角色要求女性提供传统的照顾工作。在家庭之外,“粉领”型的工作引导大多数女性扮演更多照顾者的角色。^[13]即使女性逃离到“男性”的工作领域中,人们也希望她们带上女性的角色特征。一个女医生要像一个理想的护士那样对病人热情亲切;一个学院女教授要像一个模范的中学老师一样对学生平易近人。

和其他东西一样,责任也是从上游向下游转移、汇集的。我有很多实例能够证明这个过程,但在这里举出两个就足够了。1995年,ABC(美国国家广播公司)的新闻节目《20/20》报道说数人因为食用感染了大肠杆

[10] 参见如 Celia W. Dugger, “African Ritual Pain: Genital Cutting,” *New York Times* (national edition), 5 October 1996.

[11] 当然也有例外,比如在战斗中、处于奴隶制下以及某些宗教的成员。但是一般说来,工作强度应以雇主所要求的以及管理人能够对工人实施的强度为限。

[12] Catharine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989), 190-91.

[13] 参见 Dorothy E. Smith, *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology* (Boston: Northeastern University Press, 1987), 以及 *The Conceptual Practices of Power: A Feminist Sociology of Knowledge* (Boston: Northeastern University Press, 1990).

菌的绞牛肉而死亡。这条新闻警告消费者要把绞牛肉完全煮熟以杀灭细菌。^[14] 该报道的疏忽之处却暗示了,牛肉售卖者并无义务从市场上召回那些被污染的牛肉。于是,一个庞大的美国产业就这样解除了另一个庞大产业的产品质量责任。

这个故事很好地印证了社会学家威廉·莱恩(William Ryan)对于个别处理法和普遍处理法的二元论证(dichotomy exceptionalistic and universalistic)。美国人喜欢前一解决方法更甚后者已不是什么新闻了。莱恩所称的“对受害者加以责难”的观点深植于各种公开的论述中,以至于位失去孩子的母亲在接受采访时也用到这一说法。^[15] 这个新闻节目对于个别处理法的限制性使用同样也很引人瞩目。没有人建议我们停止购买这些商品。实行抵制可以是一个很好的资本主义策略。销量的陡降可能促使牛肉产业对其内部一些不法行为加以整顿,并对其产品也进行清理。至少市场应该这样运作,然而却没有;集体行动并不比企业责任更容易实现。对问题的处理被个别化了,而我们都知谁道谁是幕后推手。

8 KTRC 电视台*播出的一则商业广告也传达了类似的讯息。在一间宽敞舒适的房间里,一个中年白种男人正坐在床上。一个女性笑盈盈地拿着一个托盘走了进来,身后还跟着一个小女孩。此时画外音响起:“圣·乔瑟弗(St. Joseph)医院有数千间康复室,它们遍布全城。”这个男性旁白者称赞说手术后经过短暂的住院治疗,再回到家中进行康复有诸多好处。这则广告假定一个家庭总是准备好、并且有能力去照顾病人,却没有想到许多人是独自居住的,许多人在家庭中不但不能接受照顾反而还要照顾别人,也没有想到看护工作比端茶送饭到床前要复杂得多。女性又一次地被赋予了责任,而男性、政府以及各种社会机构对此都放手不管了。

权力和特权使人有能力把责任强加给他人,也有能力拒绝自己担负责任。女性有责任去对付性暴力行为,而男性却没有责任停止该种侵犯。未婚少女妈妈现象引发了诸多社会弊害,而这些少女的中产阶级父母们

[14] “Always Well Done,” ABC-TV, September 22, 1995.

[15] *Blaming the Victim*, revised, updated edition (New York: Vintage Books, 1976).

* 这是哥伦比亚广播公司在得克萨斯州布莱安市的一家地方电视台。——译者注

则已经尽力了。这些现象不总是或者不全是关乎社会性别。法律使儿童免于承担某些责任,却迫使学校和家庭对其孩子课以其他责任。经过法律、家庭和学校三方管来管去,结果却是:“也许,管理年轻人生活的最重要却又最容易被忽视的规范就是,他们对于他们自己的外貌、举止、形象的每一个方面都要负责。”^[16] 1996年出台的《个人责任法》(The Personal Responsibility Act)使最贫穷的那一部分美国人失去了安全保障网,而一个可耻的总统却没有为他的罪行承担责任,仅仅是因为他的继任者觉得他“已经接受了足够的处罚”。一个人越是没有权力、特权和自由,他(她)所承担的责任就越大。

维持现状者、受害者和诽谤者:女性主义的失败

在现代妇女运动最初的那几年里,学者们一个接一个地分析、批评、反对当下的性别角色期待。但随着政治气候日趋保守,女性主义也紧随这股潮流。一些女性主义学者似乎抛弃了女性主义所作出的历史性的承诺,并没有去“质疑一切”。^[17] 当然这种倒退也不是全方位的。女权主义者还没有试图把女性同胞们拉到专属女性的工作类型中去,也对女性将自己殉身于自虐式美容的狂热进行了尖锐批评。^[18] 但是对于挑战根深蒂固的性别角色并把女性从传统的角色期待中解脱出来这一使命,女性主义者们不再作出一致承诺了。

女性主义学者复兴了性别差异的概念,而这一概念在前女性主义时代对女性具有极大损害。一些重要的著作提出所谓“不同的声音”、“照顾的伦理”、“女性的认知方法”以及其他的一些女性特质,但不管她们作

[16] Egon Bittner, "Policing Juveniles: The Social Context of Common Practice," in *Pursuing Justice for the Child*, ed. Margaret K. Rosenheim (Chicago: University of Chicago Press, 1976), 74 (着重号为原文所有)。

[17] Heather Ruth Wishik, "To Question Everything: The Inquires of Feminist Jurisprudence," *Berkeley Women's Law Journal* 1 (Fall 1986): 64-77.

[18] 参见如 Susan Bordo, *Unbearable Weight: Feminism, Western Culture, and the Body* (Berkeley: University of California Press, 1993); Susie Orbach, *Fat Is A Feminist Issue* (New York: Berkeley Books, 1988); Naomi Wolf, *The Beauty Myth* (New York: William Morrow, 1991)。

9 出多大努力,这些作者总是无法令人信服地将这些特质与传统的女性特征区分开来。^[19] 至今还没有人成功地将某些确定的特质定义为女性的而不采用排除法,这一类的著述总是既规定又描述。批评“女性特质论”的女性主义者遭到了驳斥,这被认为印证了“身处父系社会之中,一部分女性也可以学得像男性一样说话、推理和写作”。^[20]

许多女性主义学者认为社会是围绕男性对于个体独立和自治的需要而构建的,而女性对于照顾和群体联结的需要则被贬抑。这些理论家们说对了一部分问题。一方面社会希望女性提供关心照料,而另一方面社会并没有赋予这种照料以价值。但这些学者只强调了这个社会规则的后半部分而忽略了前半部分。通过肯定照顾、养育和责任的价值,差异论实质上是在强化而不是质疑妇女们在这个社会所承担的额外负担。女性主义理论必须支持那些反对传统期待的女性,就像支持那些践行传统观念的女性一样。

强调差异的女性主义观点没有垄断或支配女性主义学术界。一些很有读者市场的女性主义者关注的是社会中男性主权的制度化,而非性别之间的差异。她们当中最著名的一位学者驳斥了“差异进路”,认为它“肯定了强加于女性身上那种视角”。^[21] 这些女性主义者们的表述中充满了强烈的愤慨以及对男性权力的尖锐分析。^[22] 但是对于这本著作的批评性的回应,却像性别差异论的复兴一样令人烦扰。正如本书第三章将要展示的,谴责女性压迫的女性主义理论家们常常被人、甚至是被其他女性主义者解读为玷污了女性的特征。^[23] 而一旦谈及针对女性的暴力,

[19] 引述内容分别来自于 Carol Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982); Nel Noddings, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley: University of California Press, 1984); Mary Field Belenky et al., *Women's Ways of Knowing: The Development of Self, Voice, and Mind* (New York: Basic Books, 1986).

[20] Drucilla Cornell, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law* (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991), 135.

[21] 参见 MacKinnon, *Feminist Theory*, 上注 12, 第 52 页。

[22] 参见 MacKinnon, *Feminist Theory*, 上注 12, 以及 *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987); Nancy Hartsock, *Money, Sex, and Power: Toward a Feminist Historical Materialism* (New York: Longman, 1983).

[23] 参见第三章,“让读者彻底领悟:情境理论与它的批判”。

她们也总是被指责是在对男性进行攻击或者把女性贬低到受害者的位置。^[24] 这些指责得到了广泛的媒体关注,这群自称为女性主义者的批评者们也往往比被批评者们更出名。女性主义理论必须向各种侵害女性的行为发出挑战,同时让侵害者而不是受害者来承担责任。

与此同时,学术界和政治的主流仍保持未变,这表明女性主义者的影响甚微。我们的总统们向那些一半以上的成年人都没有选举权的国家派出军队以重建“民主”秩序。社群主义者只强调责任要与权利对等,却没有注意到社会是怎样按照性别来划分权责的。还有自由主义者和保守主义者们都呼吁政府要对宗教予以更多尊重,而没有意识到扎根于各种宗教理论与宗教实践中的性别歧视。^[25] 甚至连关于堕胎的论述也逐渐向性别无涉的方向发展。在1992年的美国大选之后,《纽约时报》发现绝大多数人都采取了一种“折中”的立场:“对于堕胎,既不鼓励也不禁止。”与此新共识相伴随的是对女性主义立场的无意识——女性主义理论应该可以适用于所有的公共议题。

女性主义法学导论

本书试图纠正女性主义理论曾经犯下的那些错误,并将其与政治理论和政治实践整合起来。我进行重建和修正的部分,集中在本人的第二研究领域:公法领域。女性主义法学是1980和1990年代“百花齐放的女性主义思潮”中的一部分。^[26] 女性主义法学是在女性主义对其他学科的贡献、前女性主义理论以及少数一部分批评理论的基础上发展起来的,它与那些同源理论得以有机组合的一个共享的基本前提是:它所针对的那些学科都带有根本性的男性偏见。男性创立、发展了这些学科,并长期垄

10

[24] 参见如 Christina Hoff Sommers, *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women* (New York: Simon and Schuster, 1994); Katie Roiphe, *The Morning After: Sex, Fear, and Feminism on Campus* (Boston: Little, Brown, 1993).

[25] 参见如 Stephen L. Carter, *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion* (New York: Anchor Books, 1994).

[26] Jane J. Mansbridge, *Why We Lost the ERA* (Chicago: University of Chicago Press, 1986), 197.

断着它们,直到现在仍然支配着它们,用源于男性体验、反映男性利益的方式来确立这些学科的主要观点,更通过挑选、教化从业者来传承这种男性传统。

女性主义法学家所出的著述多如牛毛,批评者们根本评不过来,并且这种产出丝毫没有减少的趋势。这些学者既多产又善辩。她们对法律的分析以及对彼此著作的批评都提升并丰富了法学理论。但是阅读这类著作也让我们找到了女性主义理论为什么未能很好地回应女性问题的根源所在。这个新兴的专业在作为与不作为上都犯了致命的错误。作为上的错误在一些被广为阅读的著作中随处可见,包括理论上存在谬误之处、观点的非原创性以及理念的倒退等。不作为的错误有三个方面:第一,没有真正搞清楚女性主义要批判的是什么;第二,重复强调那些已经说出来的东西,但却将未予言明但推定为真的事实排除在外;第三,吊诡的是,这些法学家几乎完全只关注女性。

在女性主义法学阵营里,对于男性偏见的解释存在着重大的意识形态冲突:一方采性别差异论,而另一方主张男性宰制论。上述第一和第二个错误则对于参与争论的双方都造成了困扰。两方都批判了一种隐含的传统法学(或称作标准法学)。她们的批评包括(但不限于):传统法学中的一些观点与自由主义之间存在着松散的关联,特别是在对于个人权利的强调上。女性主义批评家们都承认,传统法学用在女性身上是不贴切的,但对于为什么不贴切或如何不贴切却没有达成一致看法。强调性别差异的学者认为,传统法学建基于对人类的假定,它只适用于男性。比如卡罗尔·吉利根(Carol Gilligan)就声称,女人的道德推理不是以个人权利为本位的,而一旦强调个人权利又落入自由主义理论的话语当中。强调男性宰制论的法学家们认为,传统理论预设了一种男性至上的自主体制,否定了女性的地位。如凯瑟琳·麦金农(Catharine Mackinnon)就认为,男性的主宰贬低了女性的地位,使权利对于她们来说只是“一种伪装成礼物的伤害”。^[27]

[27] 分别引自 *In a Different Voice*, 上注19; *Feminism Unmodified*, 上注22, 第100页。

本书将展现我对男性宰制论的坚定支持。所谓差异论女性主义只是名义上的女性主义。虽然它经常被称为是女性主义的“第二阶段”，但在实质上却是女性主义的倒退。^[28] 它代表了某种精神的失落。虽然差异论女性主义者努力要将她们的论点与旧的差异论以及陈腐的反女性主义差异论区别开来，然而并不成功。差异论女性主义不是进步，它是一种倒退。

我在本书中主要关注的不是两派观点的差异而是它们的共同之处。我认为这两种法学都没有了解它们意欲批判的对象，也没有意识到标准法学在一般原则和个别适用上的非均衡性。该理论明确提倡个人权利，但对个人责任却是默认推定。这是因为，权利是如此不确定，因此必须被捍卫；而责任是基本性的原则，以至于根本不用言明。在对女性的适用上，传统法学也是不均衡的：各种权利要素从来没有一致地适用在女性身上；而责任各要素则通通用上了。

女性主义者并不是唯一把自由主义解读成权利理论的一派学者。社群主义者——如玛丽·安·格兰登 (Mary Ann Glendon) 和阿米泰·埃茨奥尼 (Amitai Etzioni) ——劝诫美国人要少关注权利多重视责任。埃茨奥尼批评那些主张保健权和住房权的人，说他们没有意识到，正是因为这些权利压根儿就不存在，所以才要如此积极地去争取。^[29] 这种见解与一位历史学家的结论很是相近：他观察到，1830年美国奴隶制的支持者比1780年的支持者还要多，与此同时，反对妇女选举权的人数从1850年至1900年间一直在增加。如果单独从初期的这些资料看起来，确实会有这样的印象。但是，支持奴隶制和反对妇女投票权的言论在其后期更加普及，这反映出当时的形势与50年前(1780年和1850年)相比，陈旧的制度更需要被捍卫，而不是这些言论更加受欢迎。女性主义者和批判自由主义的社群主义者都把注意力过多地放在已经说出来的东西上，

[28] 这是 Betty Friedan 的表述。参见 *The Second Stage* (New York: Summit Books, 1981)。

[29] 分别参见 *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York: Free Press, 1991); 以及 *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda* (New York: Crown, 1993), 特别是第5页。

对于它们为什么会被说出来却不太关注。认识上的第二个重大错误已经阻碍了女性主义理论的进步。

我们继续探讨产生这种认识上的错误的第三个原因及其衍生问题：女性主义倾向于将女性变成一个排他且孤立的理论主题，以此来回应传统理论以及由此而来的其他理论对于女性的历史性的排挤。传统理论把男性和普适性混为一谈，女性主义对此的回击通常是建立一种局限于研究女性和特殊性的理论。传统理论错误地认为自己具有普适性，而女性主义甚至没有试图去建立这样一种普适性。到最后，我们以一种理论的分野——就像月亮和太阳的分野——而告终：我们既推定了具有普适性但其实是男性的理论，也表明了具有特殊性因而仅仅属于女性的理论。

12 把焦点集中于女性，这对于纠正男性偏见是必要的；但这种做法也很容易把对女性处境的分析和对女性特点的描述混淆起来。因此要是女性主义者讨论男人、社会组织以及国家对女性的所作所为，就会被人们解读为她们在否认女性的力量和自主的能力。

两个故事

我可以用两个故事作为例子，来类比我对女性主义理论的几个主要关注点。这两个故事是我从1993年春季的杂志上摘录下来的，当时我还在写作本书的另一个草本。

第一个故事与女性主义或法学无关，但是它对于一直困扰女性主义学界的问题来说是一个有力的例证。《纽约客》上载文探讨了发生在纽约城市大学黑人研究系的一场论战。里奥纳多·杰弗瑞(Leonard Jeffries)原是纽约城市大学黑人研究系的系主任，因为发表了一个反闪族文化的演讲，被学校解除了职务(他曾就此提起诉讼，但是败诉)。该文列举了杰弗瑞与其继任者埃蒙德·戈登(Edmund Gordon)之间的一系列差异。文章对两位人物进行了漫画式的刻画，描写杰弗瑞在课堂上夸张而古怪的行为，并且说他总是有一帮随从，而这些随从当中只有一部分是学生；文章还说杰弗瑞的学术成就“出奇地贫乏”，同时引用了他的一个同事的话，“只要知道他下课了，办公室的讨论就满是关于种族和种族划分。”戈

登——一位70岁的著名学者——则表现出一个典型的教授形象。他那“温文尔雅的举止和对理性思辨的信念使他显得比他实际上的更保守”。杰弗瑞批评他与一个白人妇女的婚姻不符合他作为一位黑人领袖的形象,对此他的回应是,“这不关你的事。”这篇文章认为戈登遵循了学术行为的传统,而杰弗瑞则没有。^[30]

这一暗示引发了一些难题。首先,仅仅因为杰弗瑞未能遵循常规,他就应该受到这种惩罚吗?他到底有多么不符合实际的——相对于理想状态的——学术标准其实并不清楚。他的教授形象是反常的,他对于戈登的攻击违反了最重要的一条学术规范,那就是:尊重个人隐私。但是杰弗瑞并不是唯一一个登上主流大学系主任之位的边缘学者,也不是唯一一个被可疑崇拜者包围的老师,更不是唯一一个主张种族主义理论的学者。

第二个问题是,学术传统在何种程度上反映了种族偏见。历史事实是,这些传统是白种男性为白种男性而发展的。要在美国北部地区做学者就必须学会像白人一样行事。希望一个黑人遵循这些白人的标准能算是种族主义吗?如果是,那么这场争论对于戈登意味着什么?如果认为关于学术的某些东西专属于白种人,这种看法无疑是对那些非白人学者的一种种族主义侮辱。毕竟,学术行为对于任何种族的任何人来说都不是一种天生的自然行为。第三个问题是,这篇文章为什么采取这种二分法,为什么要让这两位学者、两种风格、两种政治立场处于对立面?最后,为什么是这两个少数派的观点(一个是黑人,一个是种族主义者)被并列起来呢?

13

我的第二个故事涉及两位有残疾的女性主义学者。内斯特拉·金(Ynestra King)在《女士》杂志上撰文,试图从残疾人的立场出发去建立一种女性主义理论。虽然她设法论证残疾是一个社会问题而非自然悲剧的事实抵损了她的成功,但是她对这一新兴富饶领域的探索以及其文章所引发的批评性反响,却是十分具有启发性和指导意义的。

[30] James Traub, "The Hearts and Minds of City College," *New Yorker*, 7 June 1993, 43, 48, 42, 46, 53. 也参见他的 *City on a Hill: Testing the American Dream at City College* (Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1994).

金的双腿部分瘫痪。她说,有一次,一个身强体健的朋友把她介绍给一位坐在呼吸控制椅上的四肢瘫痪者认识,因为“对方也是个残疾人”。金写道:“认为我们残疾人对于残疾的体验可以随便拿来作比较,这说明人们对于身体感受的复杂性认识得十分粗浅。”^[31]不光是这样,人们在其他问题上的态度也是如此。我们很难怀疑金的结论。但是有一位批评者,“残疾程度远远超过金”,将金的激烈言辞称作是“痛苦、自怜的侮辱,可悲地认为自己比别人更加优越”。^[32]这位批评者正确地谴责了金的行为,但她也做了和金一样的事情:通过把她自己和其他成员区分开,从而分化了一个弱势群体。这种既对立又相同的情况类似于关于纽约城市学院的那篇文章对杰弗瑞和戈登的处理。在这两个故事中,一直都没有被拿出来讨论的,是多数群体在里面所扮演的角色。

金要把自己和那个四肢瘫痪者区分开的这种坚持之所以会成为一个问题,仅仅是因为她那位四肢健全的朋友坚持把她们归为一类。金的经历颇类似于这样一种情形:当某个局外人“被告知他与他的自己人相处得将更加愉快时,他才意识到他过去以为所拥有的群体不是属于他的群体,而更次要的那个群体才真正是他的自己人”。^[33]金被迫对一个主流人士强加于边缘人士的标签作出反应,而主流人士对于边缘人的自我疏离却可以免受指责。金和她的新朋友,包括金的批评者都被困于强势群体对于现实的定义当中。残疾不仅仅是一种社会建构,并且还是由健全人而不是残疾人自己建构起来的。

就金的批评者而言,她从主流文化那里借用了这个社会对残疾人所使用的最消极、最具侮辱性的一个标签。谴责残疾人的自怜就好像是批评女性主义者太尖锐刻薄。这些标签就是用来堵上人们的嘴,不让别人听到他们的声音,让大家怀疑他们、鄙夷他们。当弱势群体的成员们也开始对别人使用这些标签时,意味着他们允许主流人士来为他们解释他们自己的世界。主流群体制定规则、定义概念、设定边界并提供语言模式。

[31] “The Other Body,” *Ms.*, March/April 1993, 72.

[32] Cheryl Marie Wade, letter to the editor, *Ms.*, July/August 1993, 8.

[33] Erving Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity* (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1963), 33.

边缘理论至今仍没有意识到或者没有责难这种现象,从这一点来看,传统理论仍将主导弱势群体的反应。

女性主义对于传统看法的批评也遭遇到了弱势群体所面临的困难。我们的学术规则是由白种欧洲男性创制的,这一点毋庸置疑,但各种族的妇女已经广泛参与到这些学术领域中去,这也是确定无疑的。对于女性的进步来说,学术行为本身比学术内容构成更大的阻碍。女性所面临的期望常常不同于或者说高于、多于社会对男性的期望,而其中有一些期望又是由其他女性所施加的。而且,引人注目的似乎总是少数阵营之间的观点对立,而不是他们对传统观点所发起的挑战。此外,在女性主义理论当中,对于女性的关注仍然局限在传统主流理论所界定的概念和范畴之中。

结 论

这篇引言以及接下来的三章构成了本书的第一部分。第二章探讨了女性主义以及女性主义法学的隐含前提。第三章则缩小了关注的领域,将重点放在女性主义法学,并对该领域的一些重要发展作进一步的深入分析。第四章讨论女性主义理论中的认识论,以作为第一部分和第二部分之间的一个连接。在此章中,我从对女性主义理论内部批判视角转向外部批判视角,即从法律的角度进行评论,而这正是女性主义理论一贯批评的做法。对于那种认为法律方法具有男性偏见的主张,不仅要从小女性主义理论自身的术语来进行评价,也要用到实际的法律方法。我对某一法律推理类型的分析、对宪法性解释的分析都融合了理性与感性、抽象与具体以及常常被各种方法二分为“男性”和“女性”的推理的其他一些方面,而这些做法都破坏了女性主义认识论的核心前提。与此同时,这样的分析在方法上也支持了女性主义关于男性偏见的理论前提。我认为,法学的缺席可能和法学的在场一样,也是法律男性偏见的重要来源:因为使法律变成男性的一个方法就是将特定的主题排除在其领域之外。

第二部分运用前述主题对法律中与性别相关的特定领域进行了分

析。这些章节研究了法律在对男女分配权利和责任时所扮演的角色,并通过对平等保护的宪法性法律、生育权利以及胎儿保护政策这三个议题的探讨,作出了一种女性主义的回应。这三个议题提出了性别理论中的一些关键问题——平等、权利以及相应的义务,而这三者又都与弱势、责任和自由的议题关联在一起。比如,认为最高法院把性别歧视纳入第十四修正案范围后,男性是主要受益者,这样的观察结果现在屡见不鲜了;第五章将阐明一些宪法理论中隐含的种族化和性别化的意味,并分析促成这一结果的理论发展。第六章运用想象的和反现实的推理方法,在权利和责任的社会分配体系中给生育自由作了一个定位。第七章则探讨了胎儿保护的问题,我们发现政治论述正以自由主义及其批评者都没有觉察到的各种方式贫瘠化。

这些章节向我们展现了一些耳熟能详的说法,例如妇女的处境非法律所能改善、性别不平等是由法律所不能约束的个人行为造成的。的确,法律没法让妇女以牺牲自由为代价,来减轻她们的弱势程度和责任。本书将展示法律是如何正当化并强化男性至高无上的地位的。令人遗憾的是,不少女性主义理论也做了和法律一样的事情。第八章所要提出的问题是:女性主义法律何以能接受它改变社会的有限权力,但还努力促进社会对男性权力的不断强化而不是阻止这种变化。最后一章将所有的论题都集中到一起,试图重建一种既能矫正传统法学之错误、又能避免女性主义批判所犯错误的法理学。这种法理学的主要目的是重新分配女人与男人、公共机构与政府之间的权利和责任。

第二章 法律的性别为男？

女性主义法学的基础

先前作为劳动者，他总是跟在后头，胆怯并踌躇着，一味只想躲藏起来而别无他求；如今他大步走在前头，一个第三者——一个在马克思关于劳动者和资本家（这两者都是男性）的交易关系的学说中未被特别提及的人物——正背着日用品、婴儿和尿布，唯唯诺诺，紧随其后。

16

——南希·哈索克(Nancy C. M. Hartsock)

女性主义的核心观念，是认为传统思想中存有一种根本性的男性偏见。传统理论主要是在男性至上的社会里由男性思考得来的产物，这一历史事实使上述假设从表面上看极为可信。但是显得可信的东西也是可以讨论论证的。女性主义学者指出，南希·哈索克对于西方政治理论的洞见同样也适用于西方法学。“把性别纳入考虑的那一天”，就是把理论按照一个无需承担家庭责任、没有人际关系牵绊并具备谋生能力的人的想法被构建而成的那一天。^{〔1〕}

〔1〕 Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 37. 参见 Susan Moller Okin, *Women in Western Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979) 以及 *Justice, Gender, and the Family* (New York: Basic Books, 1989); Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1988).

女性主义法学家从男性偏见的假设前提出发,推出了两个相关的命题。第一,现实世界按性别被区分了——男性和女性是如此泾渭分明,以致男性所发展的理论非常不适宜女性。第二,所谓对以男性为中心的理论作出修正,就是让女性自觉从女性的身份出发,去思考被性别化的现实世界,从而形成自己的理论。^{〔2〕} 这一衍生命题暗示,传统思想中的男性偏见不仅影响了我们的想法,而且影响了我们的思维方式;不仅控制了意识形态,也控制了认识方法。

17 女性主义法学之于法律,就如同女性主义历史之于历史、女性主义心理学之于心理学,诸如此类。为支持法律具有男性偏见这一命题所引述的证据包括,美国法律“为携带武器或贩卖暴力色情杂志的权利提供了广泛的保护,但却不保护我们的生育自由权”。^{〔3〕} 女性主义法学对现实性别化的理论进行了创造性的适用,借此提出一种明确的女性中心论来对抗隐性的男性中心论。法学理论家们曾坚持要“向女性发问”,并通过意识觉醒来建立她们的学说,“当代激进女性主义对于女性地位的分析就是借此过程得以成型并传播开来的”。^{〔4〕} 这一进路在法学上的运用尤其

〔2〕 参见 Sandra Harding, *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1991); 以及 Jane Gallop, *Thinking Through the Body* (New York: Columbia University Press, 1988). 其他重要著作包括 Jean Bethke Elshtain, *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1981); Carol Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982); Harding, *The Science Question in Feminism* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1986); 以及 Adrienne Rich, *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (New York: W. W. Norton, 1976) 和 *On Lies, Secrets, and Silence: Selected Prose 1966-1978* (New York: W. W. Norton, 1979).

〔3〕 Deborah L. Rhode, "Feminist Critical Theories," *Stanford Law Review* 42 (February 1990): 617-38, 633.

〔4〕 分别引自 Katharine T. Bartlett, "Feminist Legal Methods," *Harvard Law Review* 103 (February 1990): 832; Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989), 84. 另参见 Kimberle Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex," in *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, ed. Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy (Boulder, Colo.: Westview Press, 1991), 57-80; Elizabeth M. Schneider, "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement," *New York University Law Review* 61 (October 1986): 589-652; MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 上注1; Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991).

有争议,因为它挑战了嵌在“中性原则”、“政府是法律的政府而非男人的政府”(女性主义法学家反对这种二元选择)等说法中的一些论断。女性主义法学家并不是第一个反对法律标榜中性的群体,马克思主义者和批判法学运动在他们之前就作了同样的努力。她们也不是唯一一个从本群体立场出发去质疑法律的边缘群体。这些批评已经被学术界并不那么友好地接受了,这意味着她们对传统法学智识形成了威胁。〔5〕

把世界视为是男性的:传统学说和女性主义的回应

当女性主义引起学术界关注的时候,大多数的学者已经不再主张西方传统是抽象思维与具体经验分离的产物。后现代主义质疑:是否真的存在什么不受观察者立场影响的客观真实?〔6〕马克思主义者声称:“有些理论可能会把一些仅仅是历史条件偶然结合而形成的事件看成是必然事实。”〔7〕这一看法与认为某些假定的真理可能只是物理条件偶然结合的结果——比如哲学家的性别——相去不远,女性主义者们将这种洞见反过来也用在马克思主义者身上。凯瑟琳·麦金农的看法即是一例,她认为决定一个女人所处阶层最重要的因素不是她与生产活动的关系,而是她与男人的关系。〔8〕

〔5〕 所引用的有代表性的学术观点包括 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin,” *Philosophy and Public Affairs* 15 (Summer 1986): 205-235; Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” *Harvard Law Review* 89 (June 1976): 1685-1778; Roberto Mangabeira Unger, “The Critical Legal Studies Movement,” *Harvard Law Review* 96 (January 1983): 563-675.

〔6〕 参见如 Linda J. Nicholson, ed., *Feminism/Postmodernism* (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1990); Jane Flax, *Thinking Fragments* (Berkeley: University of California Press, 1990); 以及这些书中引用的相关注解。

〔7〕 Jeffrie G. Murphy, “Marxism and Retribution,” in *Philosophy of Law*, ed. Joel Feinberg and Hyman Gross, 3d ed. (Belmont, Calif.: Wadsworth, 1986), 636.

〔8〕 *Feminist Theory*, 前注4, 47-48.

传统学说中的男性偏见

“你相信阳具嫉妒吗？”凯特听见自己问。

“当然，”安东尼博士回答道，就好像别人是在问她是否相信历史上的耶稣，“它和阉割恐惧是构成俄狄浦斯情结的两个要素。”

——阿曼达·卡若斯(Amanda Cross)[卡若林·海布伦(Carolyn Heilbrun)],《傻瓜的陷阱》(*A Trap for Fools*)

18 一个公认的事实是：西方传统中的伟人——他们是这个世界的诠释者，至少他们的名字和作品流传至今——都是男性。女性主义学者便是从这一点出发，开始进行她们的研究。女性主义法学家对于法律思考同样起步于这一观察点。虽然在解释这些作品为什么都是男性的作品这一问题上，这些学者们并不比别人更加成功，但是即便我们不理解为什么理论会成为男性专利，也不排除我们从“学术理论都是男性作品”这一事实出发来进行全面分析的可能性。

所谓男性偏见的前提，并不是说那些哲学的创始者们在构思他们的作品时老抱着这样的念头：“因为我是男性，所以我必须构建一种只有男人才能创造出来的理论。”恰恰相反，这种偏见体现在这些作者习惯于把他们个人或男性的观点推定为是普适的真理。而有一些观点则带有明显的性别歧视的色彩。亚里士多德说，“男性对女性的关系，自然而然是一种上级对下级、统治者与被统治者的关系。”^[9]西格蒙德·弗洛伊德(Sigmund Freud)的阳具嫉妒理论把女人定义为不完整的男人，他对于“稚嫩的”阴蒂高潮与“成熟的”阴道高潮的对比区分更符合男性认知上的便利而不是女性对自己身体的感受。^[10]

关于男性中心主义法学的一个经典范例体现在约瑟夫·布拉德利

[9] *Politics*, I 5 1254b1-32.

[10] “Femininity,” in *New Introductory Lectures in Psychoanalysis*, trans. James Strachey (New York: W. W. Norton, 1964), 112-35; “Some Psychological Consequences of the Anatomical Distinction Between the Sexes,” *International Journal of Psychoanalysis* 7 (January 1927): 133-42; *Three Essays on the Theory of Sexuality* (1905), trans. and ed. James Strachey (New York: Basic Books, 1962).

(Joseph Bradley) 法官对布莱德威尔诉伊利诺伊州 (*Bradwell v. Illinois*) 一案的判决理由中,他认为各州应该把女性排除在法律职业之外,这样女性才能更好地履行其作为妻子和母亲的职责。^[11] 该意见如今顶多只具有历史文献的价值了。如果说它不是具有约束力的先例,充其量只是具有个别性的一次合意,那么这里有一个更加充分的类似观点的表述,它与前一例子一样渊源已久并且更具影响力——1908年的穆勒诉俄勒冈州案 (*Muller v. Oregon*) 支持了一系列“保护性”的劳工法律,允许各州限制妇女的工作时间。最高法院对该案的一致同意表达了一个极为恶劣的观点,即女性的母性功能决定了她们只能享有比男性更少的权利。^[12] 这个判决也成为了历史。然而1990年代出台的严厉的“胎儿保护”政策,威胁到了所有女性,无论你是否怀孕了,是否有能力抚养,也无论你是否能尽到看护的职责。这些法律的支持者们试图通过减少女性受雇佣的机会,限制她们的个人自由,将她们纳入不必要的医疗程序之中,以此认定这些政策“对这个国家的女性和她们的日常生活具有十分巨大的意义”。^[13]

当大量的女性开始从事学术研究和法律工作的时候,亚里士多德和弗洛伊德的赤裸裸的男性至上主义已经过时了,也没有哪个州限制律师业只向男性开放,保护性的立法必须服从于1964年《民权法案》(the Civil Rights Act)第七章。^[14] 但是,即使是初入学术殿堂的学者也很快就会发现该法条中隐含的男性偏见甚至压过了那种赤裸裸的男性至上主义。该章节的引言向我们表明,如果把公然的男性至上主义从理论中排除掉,那这个所谓的理论就不存在了。政治科学对于小说中安东尼博士的回答有着自己独特的见解。^[15] 即使我们在不伤害现存理论的前提下去掉了其中一些明显的男性至上主义的因素,隐含的男权主义

[11] 83 U. S. 130, 140-42 (1872).

[12] 208 U. S. 412, 421-23.

[13] Ron Beal, “‘Can I Sue Mommy?’ An Analysis of Women’s Tort Liability for Prenatal Injuries to Her Child Born Alive,” *San Diego Law Review* 21 (March 1984): 370.

[14] 见 *Weeks v. Southern Bell*, 408 F. 2d 228 (5th Circ. 1969).

[15] 有关包含有该缺点的理论批评,可参见如 Zillah Eisenstein, *The Radical Future of Liberal Feminism* (New York: Longman, 1981); Pateman, *Sexual Contract*, 前注1。

仍然存在。

19 比方我们重新审视《政治学》：亚里士多德并没有为父权体制宣扬辩护，而是赋予哲学和公共生活在人类活动中的优越地位。对于人类活动进行分级的努力并非起源于亚里士多德，也不止步于此。在他之前有柏拉图，在他之后有约翰·洛克(John Locke)，汉娜·阿伦特(Hannah Arendt)也对人类活动进行过类似的评判。这种等级制拔高了政府和哲学，而这历来是男性所保有的两个领域；同时贬抑了家庭和家族这些属于女性的活动领地。^[16] 这些理论到底与这些活动的内在价值有多大关系？又与亚里士多德有时间、有兴致去追求一种精神上的生活这件事有多大关系？亚里士多德有大把的闲暇时间，这种特权使他不仅区别于各个时代绝大多数的男性，更使之同几乎所有女性区分开来。这种稀有的例外使那个时代背离了我们的现实需求，男性哲学家是不需要去满足这些需求的。而大多数女性不得不拥有比亚里士多德更丰富的、关于家庭事务和照顾孩子方面的经验。那么他们对事物的看法是不是应该有所不同呢？

弗洛伊德的理论也隐含着性别歧视。安东尼博士认为阳具嫉妒是构成俄狄浦斯情结的必要因素。如果怀疑论者质疑：“谁需要俄狄浦斯情结？”博士可能会回答说，在弗洛伊德理论中，超我是围绕俄狄浦斯情节和阉割恐惧发展起来的，放弃俄狄浦斯情结即是放弃弗洛伊德关于人的理论。于是，阳具嫉妒与个体发展之间建立起了一种多米诺骨牌似的逻辑关系。现代弗洛伊德学家们曾尝试不以阳具嫉妒为其理论资源来建立他们的战线，转而依赖贝蒂·弗瑞丹(Betty Friedan)所称的“性别唯我论”：假设男性身体本身即为一种规范。^[17] 很快，弗洛伊德的一些女性学生们也开始以女性生理为基础来构建她们的理论：比如，认为男性具有“子宫嫉妒”的理论。但是弗洛伊德的著述比她们的理论更引人关注。弗洛伊德——带着他的男性偏见和男性中心——和亚里士多德一道成为了

[16] 参见如 Plato, *The Republic*, 尤其是卷五和卷六；Locke, *Two Treatises on Government* (1690)；Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958).

[17] *The Feminine Mystique* (New York: W. W. Norton, 1963), chap. 5.

智识传统上的英雄,至今仍激发着人们的探索与研究。于是,“一个理论上的问题变成了女性发展上的问题”。〔18〕

此类偏见在法律领域内并不罕见。的确,穆勒诉俄勒冈州案已经被中立原则所取代,即“任何根据性别所作出的分类,必须服务于重要的政府目标且与这些目标有着实质性的联系”。〔19〕但是,正如第五章将展示的,根据这一原则提起诉讼并获得胜诉的男性要多于相应的女性。立法者们已经把刑法典中最严重的一些性别歧视的特征去掉了。比如,把强奸罪改为了性侵害罪,并且也不再要求提供原告曾经反抗或关于原告品行的证据。但是关于正当防卫的法律,因为要求存在急迫的危险并且防卫行为要与伤害力量对等,于是一个男人在酒吧与人斗殴往往是正当的,女性在长期受虐过程中的反抗行为却是非法的。〔20〕子女监护法(Child Custody Law)经历了一个从倾向父亲到倾向母亲再到倾向于中立的发展过程。但是,该法拒绝将母亲作为主要抚养者的需求纳入考虑,便透露出其中仍隐含着男性偏见。〔21〕

因此,法律改变的越来越多,就越是显得它在某些方面跟以前一样。法律对于现实的改变似乎在某些方面比在其他方面更多一些。比如,还是关于正当防卫的法律,它一边向使用致命性暴力对抗非法侵入和骚扰的男性行为低头,一边却仍然对杀死虐待者的孱弱女性无

20

〔18〕 Gilligan, *In a Different Voice*, 上注2,第7页。从弗洛伊德心理分析理论的角度提出反对意见的人中,较著名的有 Karen Horney, “The Flight from Womanhood,” *International Journal of Psychoanalysis* 6 (July 1926): 324-39; Clara Thompson, “Cultural Pressures in the Psychology of Women,” *Psychiatry* 5 (August 1942): 331-39. 有关弗洛伊德的女性主义批评论点,可参见如 Nancy Chodorow, *The Reproduction of Mothering* (Berkeley: University of California Press, 1978), chap. 9; Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, ed. and trans. H. M. Parshley (New York: Alfred A. Knopf, 1952), chaps. 2, 12; Naomi Weisstein, “Kinder, Küche, Kirche’s Scientific Law: Psychology Constructs the Female,” in *Sisterhood Is Powerful*, ed. Robin Morgan (New York: Random House, 1970), 205-20.

〔19〕 *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190, 199 (1976).

〔20〕 参见如 George P. Fletcher, *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial* (Chicago: University of Chicago Press, 1988), chap. 2.

〔21〕 参见如 Mary Ann Mason, *From Fathers’ Property to Children’s Rights: The History of Child Custody in the United States* (New York: Columbia University Press, 1995).

动于衷。^[22] 同样还有家庭法,无视母亲的利益,宁可否决法律上的收养关系而把孩子交给形同陌路的父亲。^[23] 推动法律变革的力量并不比制定法律的那些力量更加中立。

男性中心理论的女性主义批判

一旦女性主义者在现有理论与男性之间建立起某种关联,接着便可以展开丰富而具有创造性的智识活动。已被接受的智识传统,其既存的任何部分都有可能被揭露出是男性中心的。让我们来看看托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)的主张:“对于权力的渴望,总是一个接着一个,不知疲倦,至死方休”,这是人类本性的一部分。^[24] 马克思主义者曾指出,霍布斯把资本主义所制造出来的贪婪拔高上升为具有普遍性的真理。难道霍布斯就不会把一些偶然的或特定的男性特征描述成普遍的、不可避免的人性?或者我们也可以看一下自由派的个人主义主张——以约翰·斯图亚特·密尔(John Stuart Mill)为代表。这种假定人与人彼此隔离的哲学理论难道不与人类生殖繁衍的事实相冲突吗?密尔所强调的社会与个人之间的冲突也许只是部分地说出了妇女埋首于家庭生活的现实

[22] 在1984年的著名事件中,Bernhard Goetz 开枪射伤了在地铁里找他要钱的四名男子。他被控以故意杀人罪,后以携带隐藏性武器的罪名被判以稍轻的刑罚。见 Fletcher, *Crime of Self-Defense*, 前注 20。1993 年路易斯安那州的一个陪审团宣告 1992 年 10 月在 Yoshihiro Hattori 枪杀案中枪杀日本留学生的 Rodney Peairs 无罪。这名日本交换生被邀请参加一个万圣节聚会,搞错了地址并按响了 Peairs 的门铃。参见 *New York Times*, 25 May 1993。1994 年,Robert Lorenz 枪杀了一个与他发生口角时诅咒他的邻居,也被宣告无罪。Rajiv Chandrasekaran, “Jury Acquits Virginia Man Who Killed Neighbor,” *Washington Post*, 9 February 1996。

[23] 1993 年,两岁的 Jessica De Boer(现在叫 Anna Schmidt)被带离她的养父母家(Roberta 和 Jan De Boer),并归还给亲生父母(Cara 和 Dan Schmidt)。1995 年 4 月,四岁的 Daniel Warburton(现在叫 Richard Kirchner)从 Kimberly 和 Robert Warburton 家转到亲生父母家。在这两起案子中,生母都放弃了孩子的抚养权并在孩子出生后不久就与父亲和好。两个父亲都就放弃抚养权提起重审之诉,都被各自州法院(Iowa and Illinois)宣判收养无效。参见 Lucinda Franks, “The War over Baby Clausen.” *New Yorker*, 22 March 1993, 56-73; *New York Times*, 1 May 1995, 20 June 1995; *in re Doe*, 638 N. E. 2d 181 (Ill. 1994)。

[24] *Leviathan*, ed. Michael Oakeshott (New York: Collier Books, 1962), chap. 11.

体验。^[25] 或者,我们还可以看看这样一个理论,它的假设前提是:“经济学分析认为,如果超过一定的限度,家长可能会用其监护权利换取金钱。虽然这一观念会触怒某些人,也可能有相反的例证指出,一对拥有完整监护权的父母亲,不管出多少钱也不愿放弃一丁点的监护权利,即便他们十分穷困。但是面对这样一个选择,大多数的父母都宁愿减少自己对孩子的看护,以给予孩子们更好的生活、教育和医疗条件,并提供给他们一些奢侈品。”^[26]

这个法律模型假设每个人都会积极地主张自己的权利,假设他们会进行金钱交易、物物交换或者利益互换,他们都是利益最大化的理性人。然而,当那些孩童的母亲与前夫们争夺监护权时,却不是依照这种“理性”的行为模式(当然,那些为了保障孩子的幸福而放弃监护权的父亲也是“非理性”的)。当我们试图用“理性选择”的理论来解释父母离婚后的行为时,就会发现:一个以男性为基础建立的模型,不管是对男性行为还是对女性行为,都不足以作出解释。

安·斯卡尔斯(Ann Scales)的说法代表了许多女性主义法律学者们的想法:“女性主义者曾试图向司法界描述一种女性‘特别权利’理论,认为这一理论更能反映出抽象的、不刻板的、‘真正的’两性差异。其实我们犯了一个错误:这等于我们承认有一个确定的男女性别差异表,因而大大地限制了我们的争辩。这样做的后果就是,我们原封不动地接受了这些法律中的词汇、知识论和政治理论。”^[27]

21

上一段所引述的这篇文章极好地例证了女性主义者依赖“这些法律词汇”的内在危险。对于上述引文,可能的一个反映是:这不过又是男性思维的一个产物。的确,该文作者是罗伯特·穆金(Robert Mnookin)和刘易斯·科恩豪瑟(Lewis Kornhauser),这一发现可能会令女性主义法学家们快意,但是如此无限倒退阻碍了理论化的进程。因为所有的哲学

[25] *On Liberty* (1859), 尤其是第 1 章。

[26] Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,” *Yale Law Journal* 88 (April 1979): 950-97. 964.

[27] “The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay,” *Yale Law Journal* 95 (June 1986): 1375.

家都有其私人生活,所以任何观点都可以追溯至某种个人体验。既存的传统经典著作中,充斥着那些以男性体验为基础的观点。但是如果男性偏见解释了所有问题,那么迟早,男性偏见将解释不了任何问题——除非关于男性是怎么想的我们有一整套一以贯之的理论,并与我们关于女性想法的理论相区别。但目前,还不存在这样的理论。

女性主义者们可能会争辩说,被认为是普适真理的那些理论事实上只是由性别所决定的偶然事件。然而此种辩称无法被验证,就好像一个马克思主义者无法证明是资本主义衍生了侵略。我们无法断定与亚里士多德和霍布斯同时代的女性会构建出不同的理论。毕竟,这样的女性很可能也只是男权社会的产物。她们可能需要过一种非常有特权的生活才能从事哲学工作;她们可能需要从她们之外的立场来看待家庭职责。跟亚里士多德和霍布斯不一样,弗洛伊德有女学生,其中的一些人还是其理论的狂热追求者。自由主义和理性选择理论也都有女性追随者。

任何认为传统理论不适用于女性现实生活的观点都必须解释这样一个现实,即女性在那些被认为是男性主宰的学科内也建立了理论,并在各个方面和男性做得同样出色。这样的观点来源于对“名媛”生活的概括,因而被许多女性主义者谴责说给其他女性专业人员“帮了一个大大的倒忙”。^[28] 如果名媛们就是被用来(她们经常就是这么做的)传达这样一种讯息:“她们能做到,你为什么不行?”那么女性主义者们无疑是正确的。但即使这些先驱者并非广大女性的“典型代表”,那也不能认为她们的生活就是无价值的,至少可以作为一个证据以证明女性们想要得到些什么。这些女性所面对的阻碍不在于以男性为中心的学术研究与她们的现实生活不合拍,而在于由男性主宰的学术性构建拒斥她们的加入。

的确,在一个性别歧视的文化中,无论作者是何种性别,都可能会产生出性别歧视的理论,因此女性学者的著作便可作为证据证明“只有那些身处男权制之下的妇女才能学会如何站在男性的角度来说话、推理和写

[28] Harding, *Whose Science?*, 上注2,第25页。

作”。^[29] 这一指控将无限倒退和选择性解释结合了起来:如果一个女性主义理论家同意我的观点,则她是像一个女性那样来思维的;如果她不同意我的观点,那她就是男性思维。把女性在传统领域所取得的成就描述为是“男性化的”,这对于许多女性的经历都是一种冒犯和伤害。在早期女性专业人士的(自)传记里,记录了她们对学习的饥渴,以及她们为获得知识而做出的那些英雄般的壮举。那些在1960和1970年代和我一起进行研究的女性们都有一种相似的渴望,我现在的同事也是如此。如果传统的研究学习真是“男性化的”,为什么我们对它还如此渴求?认为此种学术是男性化的人,本身就是性别主义者,就像里奥纳多·杰弗瑞攻击戈登是种族主义者一样。^[30]

我们甚至不知道那些经典著作是不是男性思维独有的产物。通过对艺术、音乐和文学的研究,我们发现了许多这样的例子,即实际上是女性的作品,却被归于男性名下。对于“为什么没有伟大的女性艺术家?”这个古老问题的回答有很多,其中的一个回答可能是“伟大的女性艺术家是存在的,不过她们的作品被署上了男性的名字”;我们也应该回想一下维吉尼亚·伍尔夫(Virginia Woolf)的名言:“佚名者都是女性。”有一个很著名的事例:一个哲学家承认他的妻子和他是平起平坐的工作伙伴。这个哲学家是约翰·斯图亚特·密尔,而他的《论自由》(*On Liberty*)正是女性主义所质疑的一本个人自由主义的经典著作!当他把这本书送给哈瑞埃特·泰勒·密尔(Harriet Taylor Mill)时,在题献词里这样写道:“就如同多年来我所写的那样,本书里她的贡献和我一样多。”我们何以知道其他的经典著作是否也是类似这样的女性作品呢?

即使我们认识到传统学术并不像它所表现出来的那么男性中心,也并不会减损我们为建立以女性为中心的理论所作出的努力。要评判女性主义的学术成果是否对我们的知识有所贡献,唯一的方法就是实验它并评估实验的结果。有证据显示,研究女性经验的女性学者们的确增加了

[29] Drucilla Cornell, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law* (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991), 135.

[30] 参见 James Traub, “The Hearts and Minds of City College,” *New Yorker*, 7 June 1993, 42-53.

我们的知识。我们在 1990 年代知道了这么多我们在 1970 年代还一无所知的东西,由此可以证实这样的学术研究是可行的。但我们不能也不应该做的是,不加批判并毫无反应地接受其理论前提。

为什么男性特质至关重要:女性主义理论与性别化的现实

23 女性主义学者们声称传统理论是带有男性偏见的,同时认为以女性为中心的理论是对上述偏见的一个必要修正。这两种立场都以“性别化的现实”为前提。这种别扭的表述是我所找到的对于能归入这一标题下的各种理论的共同特征最贴近的归纳。所谓泾渭分明的性别化的现实包括但不限于性别差异的概念。对于性别化的现实是起源于男女之间的差别还是由外界所强加的或是两者皆有,女性主义理论家们没有达成共识。对她们来说,那些接受性别差异的女性主义者对于哪些是重要的差异或者是什么造成了这些差异(关于“是自然的还是养成的”古老争论)也没有取得一致意见。女性主义学者们有一个共同的信念:任何研究若没有把性别化的现实考虑在内,它所得出的理论将无法解释他们所想要解释的任何问题。这些女性主义理论也分享了一个相同的架构。所有理论都声称,首先,那些被认为是普适真理的一系列学说,其实质上只是男性思维的产物;其次,存在着一些原因,使得这一思想体系无法适用于女性。然而,没有任何一个主张性别化现实的重量级女性主义理论能为以上观点作出有说服力的论证。

从生物学的角度

女性的身体为许多女性主义理论提供了初始的起点,正如同男性的身体也对传统理论的建立起到了同样的作用。和她们那些智识上的前辈一样,女性主义者们试图从生殖器开始;但是没有什么器官能在女性主义理论中占有像阳具在弗洛伊德理论中占有的那种重要地位。被称作“阴性书写”(écriture féminine)的法国精神分析理论具有指导性意义。比如在北美地区颇负盛名的露西·伊利格瑞(Lucy Irigaray),对于她来

说,阴唇(而不是阴蒂或阴道)就扮演了类似于阳具在弗洛伊德理论中的那种重要角色。“没有任何人能禁止一个女人不断地抚摸她自己,因为她的性是由两片一直闭合的阴唇所构成的。”因此在她体内,她已然是两个个体——但却没有截然独立——互相刺激着对方。“而一个男性要抚摸自己还需要工具:他的手,一个女人的身体,以及言语上的挑逗。”^[31]

能将这一性理论与法学扯上关系的是,伊利格瑞主张(就像其他法国女性主义精神分析学和政治学派的成员一样),“在所有父权体制中,男性性欲经济投射到了社会的方方面面——语言、资本主义、社会主义、一神论;而女性在里面却是缺席的。”^[32]有一个评论家解释道:“拥有阳具就意味着你是一个男人,就能构想出同一原则、不矛盾原则。”^[33]法律,跟其他“男性制造”的体系一样,是围绕着分离、二分法、线性思维、主客观相区别而建立起来的。相比那些在弗洛伊德理论里找到隐含的男性偏见的批评者们,“阴性书写”走得更远,它在所有的社会建制中都找到了男性偏见的踪影。^[34]

“阴性书写”将精神分析理论从男性至上的桎梏中解放出来,并提出具有启发性的主张,把精神分析学理论的内涵从个人分析延伸至整个社会体制。凯伦·霍妮(Karen Horney)和克拉拉·汤普森(Clara Thompson)这两位早期的精神分析专家,完成了第一阶段的工作(反响并不热烈甚至遭到敌对的情绪);几位当代的精神分析学家,雅克·拉康(Jacques Lacan)和他的伙伴们完成了第二阶段的工作(在国际上得

24

[31] *This Sex Which Is Not One*, trans. Catherine Porter with Carolyn Burke (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1985), 23-24. 另参见 *Speculum of the Other Woman*, trans. Gillian C. Gill (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1985).

[32] Elaine Marks and Isabelle de Courtivron, eds. *New French Feminisms* (Amherst: University of Massachusetts Press, 1980), xii.

[33] Christine Pierce, “Postmodernism and Other Skepticisms,” in *Feminist Ethics*, ed. Claudia Card (Lawrence: University Press of Kansas, 1991), 67.

[34] 更多关于 *Psych-et-Po/écriture féminine* 的论述,参见 Hélène Cixous and Catherine Clement, *The Newly Born Woman*, trans. Betsy Wing (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986).

到热烈的认同)。^[35] 伊利格瑞和其他那些精神分析政治学派的女性主义者则把两阶段的工作一并完成了,她们激发读者以新的方式来思考政治建构。

虽说女性主义精神分析理论反对早期精神分析理论作品中的性别主义以及狭隘的个人中心主义,但女性主义者并没有纠正精神分析理论中的其他一些标志性错误。要做到这一点,必须依赖一些无法自我解释的事实;此外,我们还需要从一个理论切入,使解剖学充分发挥其智识上的作用。一般来说,没有任何精神分析理论能够说服一个预先对精神分析理论没有倾向的人;对其理论逻辑的接受取决于对其基本前提的接受。精神分析理论很难被驳倒,但是它也同样很难被辩护。它把“身体是个性或政治的核心决定因素”作为其理论前提,而这绝不是一个显而易见的事实。强调分离和二分法的父权制观念体系与强调阳具的男性身体之间的相似性,并不足以证明两者之间具有任何偶然的或智识上的联系。即使我们必须从身体切入,为什么要执着于生殖器呢——难道是为了把性别差异嵌入理论之中的一个选择?^[36] 我们大可以从手开始(拇指和手指也能让我们论述分离、线性和二分法,跟阳具一样),或者是神经肌的骨骼(它能将我们固定在双腿之上),还可以是眼睛(能看到外界,观察到客体),这些器官男女都有。

一些女性主义理论从生理学而非解剖学出发。比如罗宾·韦斯特(Robin West),认为美国的法学对女性是不友好的,因为它是以每个人都与其他个体彼此分离的假设为前提而建立的。这种“分离的命题”乃是“一连串的权利要求”,而“它们对于男性通常是真实的,于女性而言却明

[35] Horney, “Flight from Womanhood,” 和 Thompson, “Cultural Pressures,” 前注 18, Jacques Lacan 的著作包括 *The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, trans. Alan Sheridan (New York: W. W. Norton, 1978), and *The Language of the Self: The Function of Language in Psychoanalysis*, trans. Anthony Wilden (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1968). 另参见 Jane Gallop, *Reading Lacan* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1985).

[36] 有关类似的批判观点见 Kathy E. Ferguson, *The Man Question: Visions of Subjectivity in Feminist Theory* (Berkeley: University of California Press, 1993), 134. 我也许是在自问自答, “genitallogocentric” 理论对此可能有更加精确的要求,因为它建立在性别差异的基础上。

显是虚幻的”。相反,“通过四个循环往复、极其重要的身体体验:怀孕、被异性的阳具插入从而与之相连接、代表具备受孕潜能的生理期以及生产后的哺乳,女性在本质上、必须、不可避免地、不变地、总是并且永远……与生命以及其他人联系在一起。”^[37]

与伊利格瑞的看法一样,对韦斯特而言,社会体制建立在假设的普适真理之上,而事实上那仅仅是男性的真理。但与伊利格瑞不同的是,她在生理差异与存在的现实之间搭起了一座桥梁,从而避免了解剖学观点的武断性。韦斯特相信,其实我们不需要去接受精神分析理论对于外生殖器那种复杂而主观的诠释。上述她所强调的四个功能、体验都是专属于女性的,其中三个都包含她所说的那种身体之间的生理联系。这些功能代表着男性不具备而只有女性才能体会的经验。如果我们同意我们的体
25
验决定我们存在的现实,那么就韦斯特所描述的许多方面而言,性别之间的差异可能的确存在。但是表面的清晰往往具有欺骗性,韦斯特对于生理学的使用和伊利格瑞对于解剖学的使用一样,是大有问题的。

每个人都知道分娩、生理期、被异性的阳具插入以及哺乳只能发生在女性身上。难点在于紧跟在这些事实后面的是什么——如果有的话? 我们没有必要为了质疑韦斯特认为女性专属的体验比男女共享的体验更加重要的观点,就说女性专属的生理体验是微不足道的。举例来说,我们是否知道,月经初潮对于女性个性的影响要远甚于从小学到初中的转变;或者和男人发生性行为对于一个女性的改变比离开家庭、考上大学或找到工作给她带来的改变还要大? 韦斯特犯了和精神主义分析学一样的错误;她预设男女之间所不同的东西就是最重要的东西。

韦斯特对于女性重要的生理体验的诠释也不是唯一可能的解释。比如,她所认为的生理期和生育能力之间的联系,只是一种知识上的关联性。我们一点也不清楚,女性对于生理期的具体体验与她和其他人的生理联系之间到底有什么关系,我们甚至不知道生理期的最主要意义是不是生物学的。克里斯汀·戴菲(Christine Delphy)是法国一位精神分析

[37] “Jurisprudence and Gender,” *University of Chicago Law Review* 55 (Winter1988):1-3.

政治学派的女性主义者,对她而言,生理期的首要意义是社会性及政治性的:“我没有权利拥有我的月经周期……这个社会被物质性地理解,它是为了那些没有月经的人而建立的。生理期时离家在外的处境,如果称不上极具戏剧性,但至少是尴尬的。”^[38]我们可以依此重新解释韦斯特其他重要的生理体验:哺乳意味着对女性流动性的制约;怀孕也意味着限制自由。戴菲对体验的解释不比韦斯特做得更高明,但是她也没有提供什么理由让我们更支持她的观点。^[39]

韦斯特声称法学理论建立在分离命题的基础上是有道理的,就像伊利格瑞硬要在西方制度与“男性性欲经济学”之间建立起某种关联。诚然,人与人在生理上是有差异的,并且自由主义也确实强调的是分离。设想一下,如果我们都是双胞胎或者多胞胎,人类将会提出什么样的理论呢?这将很有趣。但是我们应当要记住,在肉体上彼此独立的人类也提出了强调关联性的理论。甚至即使自由理论需要肉体上的分离,但反推过来却不成立。

26 自由主义理论不需要分离命题。为什么一个人需要与其他所有人隔离才能声张他的权利诉求?难道个体自治不是个人能力独立地进行推理和实现意志的结果吗?还是来自于他或她对本人的需要或兴趣的深入认识;或仅仅是因为杰斐逊所说的一个“不言自明的真理”?韦斯特的主要前提不能说是错误的,但也绝不能说是正确的。

从文化的角度

类似的一些理论假定生理差异和社会化之间存在着某种关联。南希·乔多罗(Nancy Chodorow)的“客体—关系”精神分析理论强调习得的社会性别差异与“女性天生是母亲”的事实之间的关系。对乔多罗来

[38] *Close to Home: A Materialist Analysis of Women's Oppression*, trans. and ed. Diana Leonard (Amherst: University of Massachusetts Press, 1984), 195.

[39] 与韦斯特和伊利格瑞一样,我认为有必要指出,他们的著作与他们有关差异的理论相去甚远,并值得一读。尤其可参见 West, “The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory,” in *Women and the Law*, ed. Mary Joe Frug (Westbury, N. Y.: Foundations Press, 1992), 807-25.

说,因为两性间生理的不同,社会把照顾孩子的任务分配给了女性,对男孩和女孩产生的影响也是不同的。女孩们,母亲和她们有着相同构造的身体,因此她们成长之后会寻求一个连结点;而对于男孩子来说,母亲的身体跟他们不一样,他们成长之后会追求分离。乔多罗的结论和韦斯特大致相同,但只是采取了一条不那么直接的进路。女人的个性有别于男性,但是后天的教养和天生的本性对于这种差异的建构起到了同等重要的作用。^[40] 在南希·乔多罗的“客体—关系”精神分析理论的基础上,卡罗尔·吉利根发展了她的研究——《不同的声音》(*In a Different Voice*)成为女性主义的启蒙之作。

乔多罗的论点建基于这样一个事实,即在西方文化中很典型的一点是,总是有一个女性来充当婴儿和儿童最初的监护人和教化者。母亲与孩子之间的相互关系因为孩子的性别而有所差别,因此“母性照顾”对男孩和女孩有着不同的影响。一个母亲会意识到女儿和她自己是一样的,而男孩子则不一样。一个女孩也会意识到她和母亲是一样的,男孩子则知道他与自己的母亲不同。因此,一个女孩最重要的关系就是她与一个和她相似的人的关系,而男孩则与一个和他不同的人有着最重要的关系。依附性被嵌入了女孩的成长历程,而男孩子的发展经验则使他们更关注分离。^[41]

乔多罗所强调的事实不需要费唇舌去争辩。的确,是女性在照顾儿童。的确,女孩在身体构造上比男孩更接近于照顾者。但是乔多罗在这些事实上建立起来的理论忽视了同等重要的一些事实。如果男人和女人的个性要按照乔多罗所预设的那样发展,我们还需要一些什么事实? 孩子们必须很早就了解成年人的身体构造。他们是有可能了解的。即使在不鼓励裸体的家庭中,小孩与成年人之间在尺寸上的差异也可以粗略地被观察到。被抱在成年人的手臂中,婴儿会接近胸部、胡须和声音;如果

[40] Chodorow, *The Reproduction of Mothering* (Berkeley: University of California Press, 1978), 1; West, "Jurisprudence," 上注 37, 14-18.

[41] *Reproduction of Mothering*, part II. 有关乔多罗的强调社交理论而非心理分析理论的类似文章,参见 Dorothy Dinnerstein, *The Mermaid and the Minotaur* (New York: Harper Colophon, 1976).

放在膝盖上,则会使他们靠近生殖器。蹒跚学步的幼儿大致总是位于成年人胯部的那个高度,因而占据了一个极为有利的优势观察地位。

27 因此小男孩会觉察到,母亲在外表、声音、气质以及气味上和自己都是不同的。在这个意义上,乔多罗的理论是有效的。但是小女孩是否意识到了母亲和她的相似之处?母亲有胸部和阴毛(更不用说一般的体毛了:刮腿毛不是全世界女性都有的一个习俗),而这两者小女孩都没有。即使是相同性别,成年人的身体外观、声音、气质、体味与小孩都不一样。我们怎么知道孩子们会认为性别差异比年龄差别更重要?

以儿童时期的认知为基础所建立的这些理论,其困难在于它们执着于成年人觉得重要的那些生理特征:认为性征上的差异比年龄的差异更加重要。我们并不真的知道儿童也是这样认知的。孩子们可能觉得自己是弱小的,身边围绕着高大、强壮的成年人。孩子性心理的发展可能既取决于男性—女性之间的差异,也取决于成年—儿童之间的差别。如果真是这样,那乔多罗的性别差异心理学和伊利格瑞的解剖学或者韦斯特的生理学一样让人心存怀疑。^[42]

从权力的角度

到现在为止,我所讨论过的性别化现实的理论也都是性别差异的理论。但是,一些女性主义理论认为,最关键的性别化现实是女性与男性在社会地位上的差异。这个学派的女性主义法学受到了马克思主义学派以及批判法学运动的影响。它的关注点不在于性别差异而在于凯瑟琳·麦

[42] 讽刺的是,弗洛伊德理论确实认识到了年龄差异在性心理发展的重要性,至少对于男性方面有了认识。在恋母情结阶段,男孩注定会在夺取母亲的争斗中被击败,因为父亲的体格和力量要大于他。由于父亲的阳物要更大更强,他便有了作为爱人和拥有者的优势;由于父亲的体格更大更强,他便能阉割掉成为他敌人的儿子。男孩害怕受到这样的惩罚,因而放弃了恋母情结的复杂情绪,脱离母亲,并成长为一个超越自我的个体。摒弃掉弗洛伊德心理学后,对象关系理论同样忽略了某些他曾经考虑到的解剖学事实。参见 Sigmund Freud, "Some Psychological Consequences of the Anatomical Distinction Between the Sexes," 上注 10, 以及 *New Introductory Lectures on Psychoanalysis*, trans. James Strachey (New York: W. W. Norton, 1964); Isaac D. Balbus, *Marxism and Domination* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1982), chap. 5; Chodorow, *Mothering*, 上注 40, chap. 6.

金农所说的“被性别化的权力形式”。麦金农把“差异”进路与她自己的“宰制”进路进行了比较分析。她假定法律中的男性偏见并非来自男性与女性在个性上的差异,而是源于男性对女性的征服。麦金农的类型化研究揭示出了两种进路的重要差异。^[43]

由权力为切入点进行分析的女性主义理论,使用了前辈学人在其著作中所创制的“征服”“剥削”等概念。这些女性主义者们同意男性的宰制是性别差异的一个来源,但是她们对这种宰制的解释却各不相同。麦金农把宰制定位于男性对女性的性剥削,而南希·哈索克则将此追寻至女性在劳动的性别分工中被(男性)分配的任务。“女人的活动被制度化两个方面:维持生计和抚养孩子。”不管是不是所有的女性都做到了这两点,女性作为一个性别,在制度上有责任生产商品和人类。^[44]

这些就是通常被称为“宏大理论”的典型例子。^[45] 它们建立在一些我们永远也无法知道是否为真的前提上。但这种深植其中的不确定性还不曾对任何理论形成障碍。马克思主义也是宏大理论,但即使是反对它的学者——就像大多数的美国社会学家一样——也要借用它的概念。作为分析工具,这些理论的成败就在于它们能帮我们看到些什么,又能让我们做些什么。

在性别化的权力基础上建立理论,需要从文献上所记载的男性优势以及“统治者总是基于自己的利益进行统治”这一被历史所证明的假设前提出发。而将理论建立在性别差异的基础上,则是起源于那些需要繁复解释方能产生某种理论的事实。然而宰制说却具有令人欣喜的现实主义

28

[43] *Feminist Theory*, 上注4, xi; *Feminism Unmodified*, 上注1, chap. 2.

[44] *Money, Sex, and Power: Toward a Feminist Historical Materialism* (New York: Longman, 1983), 234. 关于 MacKinnon 理论的讨论, 参见第三章的“情境理论与法学”。也参见 Rhonda Copelon, “Beyond the Liberal Idea of Privacy: Toward a Positive Right of Autonomy,” in *Judging the Constitution*, ed. Michael W McCann and Gerald L. Houseman (Glenview, Ill.: Little, Brown, 1989), 287-314; Elizabeth Schneide, “Dialectic of Rights,” 上注4; Nadine Taub and Elizabeth M. Schneider, “Perspectives on Women’s Subordination and the Role of the Law,” in *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. David Kairys (New York: Pantheon Books, 1982), 117-39.

[45] 参见 Carol Smart, *Feminism and the Power of Law* (New York: Routledge, 1989), 76-82.

取向。它所产生的理论并非没有错误；与马克思主义者和批判理论一样，它似乎也略去了一系列的重要事实。正如第三章所要展示的，这一女性主义理论也饱受诟病。但是无法回避的一个结论是，建基于权力的理论——至少在表面上——比建基于差异的理论似乎更有道理。

宰制说吸引政治学学生的另外一个理由是：它把我们的注意力引向了外在而非内在。在讨论女性的征服和剥削时，不可能不讨论是谁对女性施加了什么样的征服与剥削。相较于关注女性的个性，宰制说更强调女性与社会的关系。性别差异理论强调内在的倾向，可能部分地解释了先前我所说到的奇怪的忽略，即在政治论述中忽略或边缘化女性主义者所关心的问题。^[46] 我怀疑那些阅读伊利格瑞或乔多罗或吉利根的人会得出结论说：因为女性是不同的，因此性别问题可能会被排除在她们的论述之外。但是，女性主义理论关注的是性别差异而不是社会和政治安排，从这个意义上来说，女性主义学者正在退出主流话语。将女性概念化为“与男性不同的”，并没有使女性摆脱被边缘化的命运。但是把女性作为是被支配和被压迫的对象，则有可能是解决之道。

所谓差异是真实的存在吗？作为真理的理论

女性主义法学对于性别化的现实曾有数个解释。这些理论从不同的假设前提出发，但是相互之间却并不矛盾。没有哪个理论必须强调生物学或者社会化或者权力，以此来排斥性别化现实的所有其他可能的来源。这些学者之间意见不一致也不意味着某个人必然正确，或者某个人必然错误。他们中任何一个人都有可能部分正确，任何一个人或者所有的人也都可能错了。但是没有一个理论是新的、原创性的或者是可被证实的，甚至不必然是女性主义的。不管是分开还是合起来看，她们都没有实现她们所承诺的。

很明显，女性主义者们并没有创造出什么差异理论。不那么明显的一点是，女性主义者们没有创造她们自己独特的差异理论。女性主义理

[46] 见第一章，注 25。

论家们要么接受了她们所反对的著作中的基本前提,要么从早期对传统理论的批评前提入手进行类推。比如,女性主义心理学理论反对以男性身体为切入点——但同时却接受了该理论“身体是至关重要的”这一基本前提。类似的还有罗宾·韦斯特,她由身体开始构筑理论,然后一边批评(不管是正确或是错误地)自由主义理论家们的那些行为,一边却做着同样的事情。她不仅认为男女之间赖以作出区分的那些差异对彼此来说是最重要的东西,而且认为身体也是对精神层面最为有力的影响因素。

那些强调文化和权力的女性主义学家们同样也被局限在她们的知识领域之内进行思考。心理学强调童年的经历和性别差异,乔多罗的“客体—关系”理论对此全盘接受。^[47] 强调男性宰制的学者们则倾向于借用马克思主义或是批判法学理论,或是两者皆用进行推理。即使她们坚持认为把马克思主义运用于女性生活会曲解现实而非阐明现实,她们基本上也只是在她们的分析中把“阶级”替换成了“性别”。^[48]

这些前提和任何一个被女性主义学者们所拒绝的假设前提一样,容易被指为是隐藏的男性偏见。甚至即使这些前提假设不存在男性偏见,它们也有其他的一些缺陷。没有任何一个智识领域的建立和发展可以由抛弃所有的假设前提开始:如果我们真的要进行思考,就必须在这些范围内展开。但是我们需要清楚地知道这些未言明的前提到底是什么——如果不抛弃它们,至少要对它们作出检验。本书认为,女性主义的根本前提已经不被女性主义理论本身所承认了。

这些理论还存在一个问题,即人们不清楚怎么去评价它们。它们并不真的是假说,并且在一般科学的意义上它们也无法被证实或证伪。它们没法在可控的条件下被测试和验证。我们只需要想象一下对乔多罗的“客体—关系”理论进行检测的一种实验——在实验室里把一些小孩抚养长大,他们中有的的是由女性照管而有的不是——就可以意识到这样的冒险是多么不可能。生物学、文化和权力这三者太紧密太复杂地连接在一

[47] 关于这类强调选择的批评,参见 Joan Wallach Scott, *Gender and the Politics of History* (New York: Columbia University Press, 1988), 37-38.

[48] 比如,见麦金农的 *Feminist Theory*, 上注 4, Part I.

起,我们无法把其中任何一项单独拿出来进行考查。

使得性别理论难于被接受也难以被拒绝的另一个理由,特别适合用在那些根据生理特征所建立的理论。我们已经知道要“玩转”伊利格瑞、乔多罗或韦斯特的这些理论是很容易的。比如,男性生殖器并不是对于社会建制和思想体系唯一可能的解剖学解释;与他者相联系,也并非女性生理机能唯一的社会意义;性的差异,更不是儿童与成人之间唯一值得注意的生理区别。女性主义理论家们并不比传统学者们在论证他们的理论比别人更优越这一点上做得更加出色,甚至她们都没有意识到有论证的必要。

30 差异理论并非建基于事实之上;它们只是对事实的解释。事实并没有控制理论;而理论却控制了事实的意义。因而,性别差异是观点而非事实。根据对于议题的不同解释,差异的意思也会各有不同。女人和男人的生理属性是事实,但这些属性所造成的差异则是社会所构建的。性别差异并没有固定的含义。^[49]

作为女性进行思考:构建女性主义理论

女性主义学术所主张的第三个前提假设是,我们应该把我们的理论建立在特定的女性现实之上。这一前提既主导了内容,又主导了方法。“作为女性进行思考”,既意味着以女性为思考对象(而不是以事实上指男性的所谓“人类”为思考对象),也意味着以女性的思维方式来进行思考(而非采取实际上是被男性教化过的所谓“无偏见、客观的”学者的思维)。后现代主义者声称思想是主观的:它植根于思想者的经验并无法与之分离,从这一观点可以逻辑地推导出上述主张。^[50] 女性主义理论家们都致力于从女性特定的生活入手进行推理,而没有寻求建立一个细致的、

[49] 与其一致的观点可见 Sally J. Kenney, *For Whose Protection? Reproductive Hazards and Exclusionary Policies in the United States and Britain* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992), chap. 2; 以及 Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York: Routledge, 1990).

[50] 比如参见注6中的引用。

具有普遍性的表述〔51〕

特定性以及包容性

女性主义者们不是唯一想要突出特定性的学者。黑人理论学家、亚裔理论者以及同性恋理论学家,男性和女性,都从他们各自的观点出发提出了类似的主张。残疾人所著的文献比那些关于残疾人的文献中要包含更多此种理论的种子。〔52〕如果特定化是不可避免的,那么传统的西方学术中存在着白种男性偏见,则是因为截至目前这些著作都是白种男性的作品。“局外人”的理论假设认为,被排除在外者要想让局内人接纳自己,就必须用明确的特定化来对抗隐含的特定化。杜希拉·康奈尔(Drucilla Cornell)为女性主义者找到了一个非此即彼的命题:“如果想要避免女性主义者意图拆散的这个男权社会所面临的即时危险,政治需要我们书写女性特质。”〔53〕这种见解似乎要求女性主义者们强调男女之间的差异以及女性之间的共性。

“作为女性进行思考”被女性主义学者们誉为是能够构建起普遍性理

〔51〕 参见如 Bartlett, “Feminist Legal Methods,” 上注 4; Sandra Harding, “Feminism, Science, and the Anti-Enlightenment Critiques,” in *Feminism/Postmodernism*, ed. Nicholson, 上注 6, 83-106, *Science Question, and Whose Science?* 上注 2; MacKinnon, *Feminist Theory*, 上注 4, Part II.

〔52〕 在种族观点上,可以参见 Williams, *Alchemy of Race and Rights*, 上注 4; Mari J. Matsuda, “When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method,” *Women’s Rights Law Reporter* 11 (Spring 1989): 7-10. 有关性别偏见的著作包括 Sarah Hoagland, *Lesbian Ethics: Toward a New Value* (Palo Alto, Calif.: Institute of Lesbian Studies, 1988); Claudia Card, “Intimacy and Responsibility: what Lesbians Do,” in *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, ed. Martha Albertson Fineman and Nancy Sweet Thomadsen (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991), 77-94; 以及 Richard Mohr, *Gays/Justice* (New York: Columbia University Press, 1990). 有关残障方面的论述可参见 Ynestra King, “The Other Body,” *Ms.*, March/April 1993, 72; Anne Finger, “Claiming All of Our Bodies: Reproductive Rights and Disability,” in *With the Power of Each Breath: A Disabled Women’s Anthology*, ed. Susan E. Browne, Debra Connors, and Nanci Stern (San Francisco: Cleis Press, 1985), 292-309; Sucheng Chan, “You’re Short, Besides!” in *Race, Class, and Gender: An Anthology*, ed. Margaret L. Andersen and Patricia Hill Collins (Belmont, Calif.: Wadsworth, 1992), 296-303; Susan Wendell, “Toward a Feminist Theory of Disability,” in *Gender Basics: Feminist Perspectives on Women and Men*, ed. Anne Minas (Belmont, Calif.: Wadsworth, 1993), 58-63.

〔53〕 *Beyond Accommodation*, 前注 29, 2-3.

论的终极之法。然而我们还是太常见到女性主义理论做着和她们批评的传统理论所做的那些同样的事情。它把个体的观点拔高为普适性真理。批评女性主义的少数族裔者找到了许多这种偏见存在的例子。比如宝拉·吉丁斯(Paula Giddings),一位黑人学者,她在写到现代女性主义早期的一部经典作品——《女性的神话》(*The Feminine Mystique*)时说:“[贝蒂·]弗瑞丹所谓的‘在我成长的岁月里,我从没见过任何一个女人,运用她的智慧在这个世界上获得自己一片天地的同时,还能恋爱、生子’的观察像是来自外星球。”^[54]弗瑞丹指责弗洛伊德是“性别中心主义”,而她自己却犯了安吉拉·哈瑞斯(Angela Harris)所说的“唯白人中心主义”的错误。^[55]阿吉尼·瑞奇也提到,“如此多的女性主义学术文献都抹杀了女同性恋者的存在”。^[56]这些批评证实了杜希拉·康奈尔的观察,即“在白人、中产阶级、异性恋女性的规范之下,女性之间的实际差异被抹掉了”。^[57]正如传统理论把女性排除在外,女性主义理论把少数族群的女性也排挤了出去。“主流的”女性主义学者谴责传统理论的男性偏见,与此同时她们发现自己也被少数派的女性主义者们谴责为有白人、中产阶级、异性恋偏见。女性主义理论中明确的特定化赋予了某些观点以优越性,甚至排挤了其他看法,这一点和传统理论中隐含的特定化所做的事情是一样的。

[54] *When and Where I Enter: The Impact of Black Women on Race and Sex in America* (New York: William Morrow, 1984), 299. 另参见 Bell Hooks, *Feminist Theory: From Margin to Center* (Boston: South End Press, 1984), chap. 1.

[55] Friedan, *Feminine Mystique*, 前注 17; Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory,” *Stanford Law Review* 42 (February 1990): 585.

[56] “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence,” in *Blood, Bread, and Poetry: Selected Prose 1979-1985* (New York: W. W. Norton, 1986), 22. 关于有色人种女性的类似观点,见 Harris, “Race and Essentialism,” 前注 55; Crenshaw, “Demarginalizing,” 前注 4; Alice Walker, *In Search of Our Mothers' Gardens* (New York: Harcourt, Brace, Jovanovich, 1983), 371-74. 有关女同性恋的观点,参见如 Patricia A. Cain, “Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories,” in *Feminist Legal Theory*, ed. Bartlett and Kennedy, 前注 4, 263-80.

[57] *Beyond Accommodation*, 上注 29, 19. 这种普遍性适用于理论家们的种族和阶级身份,但必须考虑到他们的性取向。读者并不总是了解一位假设的作者是一位异性恋或者假定他/她为异性恋。除非该理论家使得这种假设显而易见(比如像罗宾·韦斯特一样),读者便不能公正的假设书中写到的“女人”属于异性恋。要做到这点便需要表述一下康奈尔所批评的偏见。

但是任何一般性理论与特定化生活之间的不协调必须被论证而不是被预设。举例来说,弗瑞丹的唯白人中心主义并不会使她所说的一切——比如,在女性杂志上的“快乐主妇”形象或者运用社会理论来削弱女性的事业心等——都与有色人种女性无关,就像弗洛伊德的理论,不会因为女人没有恋母情结就与所有女性都无关。因此,对于“你根本没有为我代言”的指责,恰当的回答不是自暴自弃地说“哦,我很抱歉,我所代言的就是‘白人、中产阶级、异性恋的女性’”,而是应该自我反思:“到底是哪儿出了问题?出了什么问题?”

对于如何消除这些偏见,一个权宜的解决之法是尽量广纳百家之言,多读多听别人的看法,并不断检视和修正我们自己的理论。松田真理(Mari Matsuda)呼吁建立一种“多元意识”,其中包含着“各种观点汇流而产生的具有动态性和包容性的立场”。^[58]然而理论无可避免地会走向排他与封闭,无论学者们如何努力地想使其具有包容与开放性。作为学者,我们生活的某些方面与绝大多数人不同,或者说优越于他们,即使我们和他们是同样的性别、种族、性取向以及阶层。我们这些学者,都接受了把我们带进学术圈的教育,都有时间和空间来进行思考和写作。这些背景使得我们的生活与绝大多数人所经历的生活都截然不同。我们也因为我们的年龄,我们作为成年人的地位而占有优势。对那些以儿时经验为其出发点的理论而言,这一事实是其重要组成部分;学者们,当他们已经不再是孩子时,却在以孩子为研究对象而大做文章。

不可避免的是,当女性主义学者们在女性生活中寻求共性时,总是会因各学者的视角问题而产生偏颇。这种偏颇并不会损害对麦金农所称的“以往学说中有预谋的一般性、无偏见和普遍性”^[59]的批判。但是揭露旧学说中的偏见远比剔除女性主义理论自己存在的偏见来得容易。学者之间共同的东西可能和把他们加以区分的差异一样,会极大地造成

[58] Matsuda, “First Quail,” 上注 52, 9. 同样可参见 Harding, *Whose Science?*, 上注 2。

[59] *Feminist Theory*, 上注 4, 121.

偏见。^[60]

32 对观点保持敏感以及及时修正偏见是女性主义学者和女性主义活动家最基本的使命。但是要意识到,我们所关注的问题即便不具有普遍性,也不至于下结论说这些问题不重要。比如,把“今日的女性主义精英”与“对女性的真切关注”对立起来,就会落入我在前言里所说的“女性自由主义”的陷阱里。^[61] 女性主义学者们不是绝大多数女性的典型代表这一事实,并不会使得女性主义者的关注比任何其他女性的关注更不真切或者更不重要或者更不“女性化”。

超越特定化:提出有关人类的问题

“提出有关女性(或少数族裔)的问题”是必要的,但还是不够的。从特定的观点出发来进行写作有一个潜在的危险,就是只从特定的观点去写。声称一个人的个体视角被那些预设为是典范的观点排除在外,与从一个被假设为典范的观点出发进行写作,二者是不同的。女性主义对于传统理论的批判做的是前者,而她们所批判的理论则做到了后者。少数族裔对女性主义的批评也采取了一种类似的立场:作者以少数族裔女性的身份写作,而不是以女人或者人的身份写作。她们所传递的信息是“我有我特殊的经历,因此你的理论对我来说是错误的”,而不是说“我有我特殊的经历,因此你的理论对你和我来说都是错误的”。

所以,我们先有了自由主义理论,然后有了女性主义对它的批判;同样,我们有了女性主义法学,然后就有了来自少数族裔的批评。到底哪个是太阳?哪个是月亮?通过批判既有理论,局外人强迫她自己将她的观点与其所要批判的那个理论建立起联系,从而对自己的观点作出界定。问题并不在于她做的这件事——因为有一些行为对那些不被承认的偏见来说是一种必要的修正——而在于,除此之外她们什么也不做。

[60] 在有关社会等级的问题上,参见如 Andersen and Collins, *Race, Class, and Gender*, 前注 52。

[61] 参见 Elizabeth Fox-Genovese, “Feminism Is Not the Story of My Life”: *How Today's Feminist Elite Has Lost Touch with the Real Concerns of Women* (New York: Doubleday, 1996).

关于“太阳与月亮”理论的局限与危险的一个精辟论述来自于性骚扰的判例法。平等就业机会委员会以及联邦法院判定性骚扰行为违反了《民权法案》第七章。性骚扰涵盖的范围还包括“在不影响经济利益的情况下,营造一个不友好或是令人不快的工作环境”的行为。^[62] 法律本身并没有对此进行解释,法院的判决则使之更难以被解释。

的确,某个工作人员所厌恶的工作环境可能正是另外一个人梦寐以求的,而实际的判决却认为这些解释上的困难比现实的困难更值得关注。主管把自己的下属们称为“婊子”、“荡妇”、“肥屁股”或者“他妈的笨女人”;国税局专员偷偷溜到女同事的身边,搞得她惊叫“吓死我了”;公司总裁要求女经理和他一起去“假日酒店”,说是讨论加薪问题。^[63] 从1991年以来,每一个曾经就“不友好的工作环境”作出过解释的上诉法院都至少认定,该主张足以提起诉讼并使诉讼进行下去。事实上,最近的三起最重要的案件都判决原告胜诉。难点在于,究竟采取谁的视角去认定性骚扰行为是否造成了不友好的工作环境。

33

在1993年的 *Harris v. Forklift Systems* 案中,最高法院一致采纳了“理性人”(reasonable person)的认定标准。桑德拉·黛·奥康纳(Sandra Day O'Connor)写道:“一旦该环境可能会被合理地认定为或已被认定为是不友好的或者虐待性的”,则性骚扰成立。^[64] “理性人”标准来自于侵权行为法,但该法用的是“理性的男性”(reasonable man)的说法。这一历史事实曾经两次困扰了第九巡回法院的上诉机构,一次是在 *Harris* 案之前,一次是在那之后。1991年的艾莉森诉布瑞德案(*Ellison v. Brad*),就是前面提到的国税局专员的那个案子,法院认为“从性骚扰者所陈述的观点来看”,他“可以被描绘成是现代的大鼻子情圣(Cyrano de Bergerac),只不过是正在用言语向艾莉森求爱而已,并无其他非分之想”。

[62] EEOC, *Guidelines on Discrimination Because of Sex*, 29 C. F. R. Sec. 1604.11(a) (1985); *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 91 L. Ed. 2d 49 (1986).

[63] 分别参见 *Rabidue v. Osceola Refining Company*, 805 F. 2d 611, 624 (6th Cir. 1986), 以及 *Steiner v. Steamboat Operating Company*, 25 F. 3d 1459, 1461 (9th Cir. 1994) 以及 *Ellison v. Brady*, 924 F. 2d 872, 874 (9th Cir. 1991); *Harris v. Forklift Systems*, 114 S. Ct. 367, 369 (1993).

[64] *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 前注 63, 370-71.

相反,“我们采取的是‘理性女性’(reasonable woman)的视角,因为一个不分性别的理性人的标准,实际上倾向于男性偏见并且系统性地忽略了女性的经验。”^[65]在三年后的 *Steiner v. Showboat Operating Company* 案中,也即“他妈的笨女人”那个案子,法院重申了艾莉森案所确认的原则,却没有察觉它与 *Harris* 案这个有约束力的先例之间存在的矛盾。艾莉森案把“理性人”解读为“理性的男人”,是确定无疑的历史事实,但该案又过于彻底地放弃了把“男人”隐含地定义为“性骚扰者”的做法。艾莉森案把“人”和“女人”并列起来进行比较,不可避免地暗示了人就是男人,女人则是人以外的某种物什。像许多女性主义理论一样,这些案子带来了混乱和僵硬的“二分法”,而这些都没有必要存在。^[66]

两个女性主义学者问道:“为什么在西方历史上,每次当原本沉默的大众开始以他们自己的主体身份为自己发言的时候,这一主体概念以及发现或创造一个解放性‘真理’的可能性就会遭来别人的怀疑?”^[67]假设女性——无论她们是什么种族、阶层或者性取向——做了以往男性做的那些事情:像人一样创造理论?再想象一下女同性恋者、有色人种女性以及残疾女性像一般女性那样创造理论?不管“客观的”真理是否可能,我们可以通过获得(部分的或主观的)真理的方式来加以区分。举例来说,我们可以想象这样一种理论:它既没有忽略怀孕和生产,也没有争辩说性别标准理论不适用于女性,而是把女性经验看成是一般人的经验。或者想象某个女性主义理论,它从那些因为种族或身体残疾而从来不能被当成“主流”标准的女性的视角来塑造身体形象。这样一些理论如何可能去解释身体的政治学?

一个只因为未能超越特定性而停滞不前的理论,是安吉拉·哈瑞斯对“性别本质主义”的批评,她认为“这个概念使得单一性的、本质性的女

[65] 924 F. 2d 872, 880, 879(着重号为作者所加)。

[66] 关于不同结论,参见 Drucilla Cornell, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment* (New York: Routledge, 1995), chap. 4.

[67] Christine Di Stefano, “Dilemmas of Difference: Feminism, Modernity, and Postmodernism,” in *Feminism / Postmodernism*, ed. Nicholson, 见上注 6, 75. 还可参考 Nancy Hartsock, “Rethinking Modernism: Minority vs. Majority Theories,” *Cultural Critique* 7 (1987): 187-206.

性经验可以被隔离并且被描述”。〔68〕哈瑞斯坚持认为这种本质主义忽略了种族差异。她指出有色人种女性总是把她们自己描述为“黑种人”、“亚洲人”等等,但是白种女性几乎从来不会用种族名词来描述自己。种族是有色人种女性的重要身份认同(至少在欧洲和北美),但对白种女人而言则不是如此。因此,想要对女性作出一个“统一性”的描述是不可能的,本质主义者的基本前提就是错误的。

哈瑞斯最后得出结论,认为种族认同对有色人种女性而言是非常重要的。我们无法就此结论与其争辩。但是我们是否可以从白种女性对种族认同兴致不高这一点推论出种族对她们来说是无意义的?为什么其他种族的种族身份都很重要而唯独身为高加索人这一事实是无足轻重的?佩吉·麦金托什(Peggy McIntosh)曾经指出,能够不考虑自己的种族也是白人特权的一个重要方面。〔69〕自我想象(即我们把自己当成了谁)是形成自我认同的必要条件吗?哈瑞斯从一个少数派的视角入手,作出了一个极其有力的推论:概括起来说,就是挑战了女性主义关于身份认同与经验的假设前提。如果种族问题对于每个人的经验都是至关重要的,而不管她是否意识到她本人的种族归属,哈瑞斯仍然是正确的:并不存在所谓的本质性的女性经验,因为女性在种族这个核心属性上是各不相同的。但是她对种族差异的强调再一次确认了同一理论与少数派批判之间的这种支配关系,而不是对它提出挑战。〔70〕不适用于少数族裔或边缘女性的理论应该被重构,而不仅仅是被特定化。〔71〕

少数派与边缘地带:从外部进行思考

我观察女性主义理论的视角是一位白人、中产阶级、异性恋女性的视

〔68〕 “Race and Essentialism”, 见上注 55, 604.

〔69〕 “White Privilege and Male Privilege: A Personal Account of Coming to See Correspondences Through Work in Women’s Studies.” in *Race, Class, and Gender*, ed. Andersen and Collins, 上注 52, 70-81.

〔70〕 有关从一位黑人女性经历发展出来的理论, 参见 Patricia Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991).

〔71〕 我这个表达应该归功于一位来自普林斯顿出版社的读者。

角。我经常在我所阅读的东西中发现我自己的影子。若我读到的与我的经验发生冲突,这并非是因为我的种族或是性取向,这些冲突来自于我的身体和我成长的家庭。即使我童年的记忆已经模糊了,但这些经验仍促使我对读物进行尖锐的批判性审读。身体残疾或者家庭不和谐通常被视为是一般法则的例外情况,是规范外的“异常”:它们都是提供“外部”视角的经验。但是我已经说过,如果把“异常”的经验看成是平常或是正常的——不管它们是否如此——则有可能使我们获得对一般理论进行观察的重要的新视点。

我对责任问题的讨论思路是基于这样一个事实形成的,即有些发生在我们身上的坏事并非是由我们自己所引起。这一常识使得我丝毫不受“责怪受害者”观念的影响,而这种观念已经俘获了我这一代许多最优秀的头脑。一个立法者以福利享受者为内容作了一首短诗——“我们有个癖好,它叫做喂养;我们的福利,全用来给婴儿饱餐。”我不知道他为什么要写这样一个东西,我看到它所流露的是尽是嘲讽之意。^[72] 当保守主义者讨论如何使未婚妈妈和离婚行为“再次蒙羞”时,我真希望我对什么叫“蒙羞”的了解和他们一样少。^[73] 当权威专家悲叹“羞耻心的弱化”时,他们指的可能是单身妈妈的羞耻心;而我所想到的却是那些在学校不会被嘲笑的残疾孩子。在四十年前,谁能想象以上任何一种态度的转变? 当胎儿权利运动的积极分子提议对怀孕的妇女采取强制性的限制以防止胎儿出现天生缺陷的时候,我意识到,社会对待先天缺陷者的态度与这些人对胎儿权利的关注之间存在着某种冲突。^[74]

残疾并不会使一个人在所有时候和所有场合都是“局外人”。但是一个残疾人可以在任何时候、任何场合、任何情形下变成一个“局外人”(比如,当一个团体决定去地狱沙拉吧吃午餐)。与其他边缘状态相比,残疾

[72] 这里指的是议员 William Knight (R-Calif.), 被 Nina Perales 引用在“A ‘Tangle of Pathology’: Racial Myth and the New Jersey Family Development Act,” in *Mothers in Law: Feminist Theory and the Legal Regulation of Motherhood*, ed. Martha Albertson Fineman and Isabel Karpin (New York: Columbia University Press, 1995), 250-69, 259.

[73] 参见 Barbara Dafoe Whitehead, “Dan Quayle Was Right,” *The Atlantic*, April 1993, 47-50.

[74] 见第七章注 13-22。

在寻求身份认同的程度和方式上都有所不同。虽然内斯特拉·金的文章惹恼了很多人,但是她认为残疾人在生活经验上的差异影响了群体认同的形成——四肢健全的人总是很轻易地把这种认同从外部强加于残疾群体身上——这一点是正确的。^[75] 相比之下,不管是残疾还是家庭病态都不会创造出一个明显的少数族群;他们也被边缘化,但却不是像种族、性别以及性取向那样被边缘化。这些属性为我们重新考察群体与个体、人之特质与人之身份、边缘与中心的关系提供了切入的视角。

宝拉·吉丁斯认为《女性的神话》里的观点像是来自于外星球,我并没有这样的感觉。但是畅销连环漫画《凯西》(*Cathy*)却让我每天都能感觉到,我对于我身体的态度与被认为是对身体的典型态度之间存在着巨大的鸿沟。凯西对于体重、饮食、服装、发型和浴袍的偏执之所以滑稽并不是因为这种偏执太夸张。不管是学术研究还是非正式的观察都认为作者凯西·盖斯怀特(*Cathy Guisewite*)准确地捕捉到了一个广泛的文化现象。^[76] 不过,这跟我没什么关系。我早学会了不要过分关注我的身体,而是通过思考其他事情来保持我头脑的清醒。对于这一点我是无师自通,而那时我甚至还不会用言语表达我这个想法。在我十几岁的时候,因为没有像人们期待的那样关注自己的外表,我与父母之间爆发了战争。等到我成年之后,我经常是群体之中唯一体重超标但却从来不说自己胖的妇女。

有一些女性主义理论给我的感觉,就像《凯西》给我的感觉,《女性的神话》给宝拉·吉丁斯的感觉。苏珊·波朵(*Susan Bordo*)写的那本很棒的《不可承受之重》(*Unbearable Weight*)里提到,为了“给她的女学生示范一种非常规的角色模式”而减重25磅对她形成的影响。带着这个偏瘦的身体,她“没法再展现一个自信、富有表现力以及成功的形象”。^[77] 让我感觉怪异的不是波朵对于她为什么要减重的解释(我怎么知道实际上是怎么回事?),而是她对于自己以往形象的描述。作为与他人关联的

[75] “The Other Body,” 见上注 52, 72.

[76] 关于该观点的确认,请参见第一章注 18 中引用的著作。

[77] (*Berkeley: University of California Press, 1993*), 31.

36 一个残疾人,同时又是一个与其他残疾人相关联的人,我的经验证实了我研究得出的洞见:不一样的身体会被视为是被排斥的“他者”,是区分的对象而不是认同的对象。^[78] 但是波朵的自我描述还是困扰了我。当三分之一到二分之一的美国人的体重都是超标的,多那么 25 磅能让你显得多另类? 波朵是不是把可能无法达到的理想状态与通过定义可以使某些人达到的标准搞混淆了? 如果后一种解释可以成立的话,那么这将是一个从边缘化身份开始重新建立理论的好例子,正如安吉拉·哈瑞斯关于种族身份对少数族裔之意义的看法,迫使我们要去修订任何有关女性或人类的“本质主义”的概念。从残疾的角度出发也许能让我们认识到,理想与现实之间存在着冲突——而不是朝着某个标准的不断努力——才是女性的一般处境。

内斯特拉·金与她的批评者之间的争论揭示出,并非所有的残疾人想法都一样。一部分残疾人拥护个人责任的提法。一些残疾妇女和其他人一样关注自己的外表。(阶层特权影响了我的态度;我可以借口我是个教授而不修边幅。)我当然也不是认为只有残疾妇女才能意识到主流理论中的这些困境。我在这里所要表达的意思是,这种“异常”的视角更能揭示出“标准规范”所不能理解的东西,并且帮助重建一个更具包容性的一般理论。

在一个不健康的家庭里成长的事实,并不会赋予某人少数派或“局外人”的身份。但是,比如残疾这样的经历,就会在某种程度上把我们置于“局外人”的位置,我们由此也可以获知那些有关被预设为正常的事物的部分真相。我们听闻“所有的家庭都存在着功能缺失”这样的说法,就像我们听到有人说“所有的人在某种程度上都是残疾”。(虽然她们说这话时既不是在运动场上也不是在社会安全部的办公室里)但是关于家庭的言论似乎倾向于将规则与例外并列起来进行比较。下列引自珍·贝丝可·埃希坦(Jean Bethke Elshtain)的评论里的一段话非常典型地例证了上述观点:“有些家庭真是糟糕透顶,这些家庭中的孩子应该被尽快移

[78] 参见如 Wendell, “Toward a Feminist Theory,” 上注 52, 其中的引用。

送到安全的地方。但是感谢上帝,真正无药可救的家庭只是少数,并且离我们的生活很远。一般来说,我们的家庭都还不赖,或至少还说得过去。”不论是埃希坦还是其他任何人,都没有办法证实或是证伪如此绝对的断言。太多的家庭都被排除在讨论之外。这样的陈述只是一种假设,它不是一个结论。

如果绝大多数家庭都是富足的家庭,那么就会很容易把理想(冷酷世界中的极乐世界)与标准混同起来。^[79] 如果家庭不是好就是坏,而坏的家庭只是例外,那么我们也很容易认为有关儿童的报告文件过于夸张或者根本就是说谎而不予理会(就像在我身上发生的事情一样:我得到了类似的信息,于是我闭口不再谈论这些)。如果把对于家庭的思考都建立在我们对富足家庭的了解上,确实很容易用个别情形的说法来解释家庭病态问题。如果我们只是一味地给家庭贴上标签而不去具体分析家庭内各种行为的特征,那在规则与例外之间划出一条分界线,并且还把社会的责任框定为要么把孩子带出这个环境(如果有地方可以安置的话),要么就

37

让这种家庭自生自灭,也是件很轻易的事情。

我希望我的家庭不是社会的常态。毕竟在我整个童年时期,我的父亲一直都在住院接受治疗。但是,在我一大群邻居当中,我的所见所闻都告诉我,至少孩子遭受言辞上的虐待不单是我家才有;只是其他父母不存在精神上的问题罢了。四十年之后,已经有研究显示,任何家庭都有可能发生家庭内部的暴力行为;虐待现象出现在每一个对家庭所作的调查统计报告当中;并且无论是何种收入水平、教育层次、种族、宗教还是任何其他因素的家庭,都不能免于家庭暴力的发生。因此,我们应该考虑一下:是否导致家庭病态的因素并不是存在特定的家庭之中(我们知道有些家庭确实有问题),而是在于家庭本身的制度问题上呢?家庭生活把父母的责任和义务隔离开了。这种生活给了其中一个以极大的权力和最小的责任(这种最小的责任也只有有很多建议的情况下才能实现),分给另外

[79] Christopher Lasch, *Haven in a Heartless World: The Family Besieged* (New York: Basic Books, 1977).

一个的却是巨大的责任和最少的帮助。这种“私事”是得到法律认可的。^[80] 就算这些因素并没有助长对儿童的暴力虐待行为,它们也一定允许了这种暴虐权力的存在。强调“正常”与“异常”家庭的二分法会使受虐的经历被边缘化,这种做法把这种经历解释为非正常的个人情况,并且暗示类似于我的这种经验是非“典型”的同时与论题也是不相干的。事实上,很可能早已有人下了结论,认为残疾和家庭病态都是身份认同中两种相似的被边缘化的因素,因为这两者都使很大一部分人类的经验没有被平等地看待。如此一来,他们就把真理限制在我们能够达到的位置上。

普遍性是可能的吗? 没有答案的问题

后现代主义者认为知识是主观的,它不可避免地会受到认识者自身经验的影响。本质主义者则认为群体成员所共享的经验和身份认同可以被发现并被描述出来。这两种立场并非是截然对立的,它们之间的共同之处才是问题所在。后现代主义者坚持认为像性别、种族和阶层这些因素对知识形成了影响,这一点与性别本质主义者要寻求一个能超越种族和阶层的女性认同的想法并不是完全契合的。一点也不令人意外的是,不管是后现代主义者还是本质主义者,两者都挑起了学者、女性主义者与其他人之间的极大争议。我既不给自己贴上后现代主义者的标签,也不认为自己是个本质主义者。不过,我拒绝用标签来标示自己并不意味着我要拒绝参与争论。

在女性主义内部,对于是否可能找到一个普遍的基本身份认同并没有达成共识。安吉拉·哈瑞斯关于种族的看法说服了我,使我相信现在还不存在这样的共享的身份认同,所有事情都与种族有关,所有事情都与阶层有关,所有事情也都与性别有关。虽然某些特定的经验情形以及地

[80] 对于家庭工作的批评包括 R. D. Laing, *The Politics of the Family and Other Essays* (New York: Pantheon Books, 1971); Alice Miller, *For Your Own Good: Hidden Cruelty in Child-Rearing and the Roots of Violence* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 1983), and *Prisoners of Childhood* (New York: Basic Book, 1981). 温蒂·布朗 (Wendy Brown) 和麦金农之间的争论使得权利原则强化了婚姻中强势方的力量,对于父母—子女的关系来说也是如此。见第三章注 50 和注 51。

位似乎是为所有或者是几乎所有女性所共享(跟男人无关),但是性别影响女性生活的方式,却因为种族和阶层的不同而千差万别,以至于我们甚至不知道,如果把所有重要的差别都找出来,是否还有任何共同之处存在。同样,相较于那些将妇女区分开来的因素,我们对于任何此类本质的身份认同的相对重要性也知之甚少。

但是,理论中的这些问题被实践所中和了。后现代主义者和本质主义者基于他们各自的前提假设所得出的学术理论委实促进了我们的理解。这种理论与实践之间的断层并不单单是存在于女性主义学术圈中,例如说,对于光线是怎么从发光的物体上传递到眼睛里面这一问题,物理学里就存在着两种不相容的解释,光学专家和粒子学家对此争论不休——与此同时,他们所作的研究也逐步提高了我们的知识水平。虽然在女性主义学术圈里,主流理论与少数派批判的结合现在还不太可能让我们走向大融合的局面。然而,后现代主义者和本质主义者彼此之间更多的是刺激研究,而不是压制发展。从这个意义上来说,两者之间的紧张关系是利大于弊的。^[81]

结 论

本章指出了女性主义理论的三个组织前提即:传统理论是男性偏见的;现实是被性别化的;并且女性特定化理论是对上述两者的必要修正。在没有先决条件的情况下,以上任何一个前提都无法被接受。它们也不能彻底地被否定,因为在它们的激发下所产生的理论学说已经显示出了旺盛的生命力。这些学说鼓舞了许多有价值 and 具有启发性理论的发展。但是所有这些前提也产生了特有的和循环的错误。当女性主义者对于传统理论进行批判时,她们对于自己所批判的到底是什么或者她们说的男性偏见是什么意思并不总是很清楚。女性主义者试图从女性的经验出发来构建理论的努力,有时候过度包容,有时候又显得过于狭隘。正如男性

[81] 一位匿名评论家的评语有助于我对该讨论的细化。

总是把自己预设为“人类”的代言人一样,太多的白种、异性恋女性主义者也总是假设自己在为“妇女”代言。但是,绝大多数的女性主义者都仅仅主张为女性代言的权利,而不谋求为整个人类代言。关于性别化现实的女性主义者的理论并不总是能与前女性主义者甚或是反女性主义者的理论明确地区分开来。到目前为止,女性主义理论仍然专注于性别差异这一可疑且危险的前提之上,且一直无法把女性的观点扩展为人类的观点,因而极大地阻碍了自身的发展。

第三章 是什么让法律的性别为男？

性别化的法学与女性主义批判

39

在生理上,女性确实或潜在地与人类生命相连接,男性则不是这样。

——罗宾·韦斯特

差别在于,男性拥有权力,而女性则否。

——凯瑟琳·麦金农

女性主义法学家一致认为法律的性别为男,法律在现实中是有社会性别的,因此法学理论应以女性生活为本。但是关于是什么让法律的性别成为男性,如何从经验推出理论,法律如何具有社会性别等问题,我们这些法学家却没有达成共识。尽管女性主义法学流派千头万绪,难以有序分类,但是在1980年代,两大论述法律之男性特质的起源与本质的法学流派却逐渐兴起。一位对此议题非常感兴趣的评论家——凯瑟琳·麦金农——将两大流派命名为“差异理论”和“宰制理论”。〔1〕差异理论认为,法律使女性处于不利地位,原因在于它是男性思维和经验的产物。宰制理论主张,法律偏向男性,原因在于男性使女性臣服。

这两大流派并不完全对立。差异理论学者并不否认男

〔1〕 “Difference and Dominance: On Sex Discrimination,” in *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 32-45.

人有权力统治女人,宰制理论学者也不否认存在社会性别差异。两派学者之间的共识比他们之间的分歧还重要。差异理论学者和宰制理论学者都怀疑“传统男性”法学的一个重要观点:自由主义所关注的个人自主、个人权利和抽象正义。尽管女性主义法学家没有公开否认这一观点,但是种种原因使得她们发现该观点对女性不适用。

40 女性主义法学家对学术研究的贡献,不仅限于对自由主义理论的批判,自由主义理论也远超过女性主义法学家所批判的几个方面。^{〔2〕}然而研究女性主义对传统权力理论的批判,促进了女性主义法学新方法的发展。女性主义法学家没有完全了解,她们所批判的理論的社会背景以及这一背景与女性生活的关系。她们忽视了两个重要因素。一是自由理论既主张个人权利,也主张个人责任。二是隐含的责任理论比明示的权利理论更加一致地适用于女性。这些认识上的不足致使女性主义法学家错误诠释了法律偏向男性的起源与本质,同时也让女性主义法学本身易被曲解。最终,使得女性主义法学家过分关注女性,而失于对主流话语的关注,从而使男性、体制与政府得以摆脱困境。

特征法学与情境法学

差异理论与宰制理论之间的二元论,是女性主义理论领域中长盛不衰、久经考验的一个理论分支。这种二元论形式多样,到处蔓延。它将主

〔2〕 譬如,女权主义理论家对自由主义强调消极权利提出批判,然而长久以来自由主义一直在研究积极权利。参见 Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty,” in *Liberalism and Its Critics*, ed. Michael J. Sandel (New York: New York University Press, 1984), 16-36; T. H. Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation, and Other Essays*, ed. Paul Harris and John Morrow (Cambridge: Cambridge University Press, 1986); L. T. Hobhouse, *Liberalism* (1911; New York: Oxford University Press, 1964); John Dewey, *The Public and Its Problems* (Chicago: Swallow Press, 1927), and *Liberalism and Social Action* (1935; New York: Capricorn Books, 1963); John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971), and *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977). 关于女性主义者对女权主义之自由主义批判的批判参见 Linda C. McClain, “‘Atomistic Man’ Revisited: Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence,” *Southern California Law Review* 65 (March 1992): 1171-264.

张社会性别差异的理论与主张男性宰制的理论相提并论。前者强调女性与他人的关系,后者关注女性与他人的分离。罗宾·韦斯特清楚地指出,“文化女性主义者”认为男女的重要差别是女性抚养孩子,男性则否;而“激进女性主义者”认为男女的重要差别是在性行为中,女性被动,男性主动。历史学家凯伦·欧芬(Karen Offen)将“关系型女性主义”与“个体型女性主义”相提并论。^[3] 这些二元论也让在宪法第十九修正案之前存在的“平权女性主义”与“社会女性主义”分道扬镳。平权女性主义者关注女性的自主性,追求平等权利,而社会女性主义者关注女性的家庭地位,追求保护性立法。^[4]

麦金农采用差异和宰制来代表两派的理论,虽然确实描述了两派观点的分歧,但是她采用的学派名称却使人陷入困惑。当提及社会性别“差异”时,就会陷入对这个词的含义无休无止的讨论之中。雅克·德里达(Jacques Derrida)认为,当我们使用——男性/女性、灵魂/躯体、精神/物质等——二元概念时,“我们不仅使这两个术语在含义上相互对立,同时也以等级秩序排列的方式赋予前者以优先权”。如果德里达所言不虚,“差异”这个术语就不是中性的;因为它本质上就存有偏见。无论德里达对差异的解读是否正确,它对社会性别差异的语意及历史的论述是正确的。这两组常用的英语反义词的词源——“男人”(man)和“女人”

[3] 分别参见,MacKinnon,“Difference and Dominance,”上注1;West,“Jurisprudence and Gender,”*University of Chicago Law Review* 55 (Winter 1988):13;Offen,“Defining Feminism: A Comparative Historical Approach,”*Signs* 14(Autumn 1988):119-57.就差异理论而言,另参见Lucinda Finley,“Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate,”*Columbia Law Review* 86 (October 1986):1118-82;Suzanna Sherry,“Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication,”*Virginia Law Review* 72 (April 1986):543-616.就宰制理论而言,另见MacKinnon,*Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989).

[4] 参见如Dorothy McBride Stetson,*Women's Rights in the USA* (Pacific Grove, Calif.:Brooks/Cole,1991),chap. 1;Joan Hoff-Wilson, ed.,*Rights of Passage: The Past and Future of the ERA* (Bloomington: Indiana University Press,1986);J. Stanley Lemons,*The Woman Citizen: Social Feminism in the 1920s* (Champaign-Urbana: University of Illinois Press,1973);Judith A. Baer,*The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation* (Westport, Conn.: Greenwood Press,1978),chaps. 1-3.

(woman),“男性”(male)和“女性”(female)——毫无疑问偏向前者。^[5]“宰制”这个术语也有冗长的历史。男性处于宰制地位是历史事实;但是当一代代学者跳过书本去研究女性对自己生活的记录时发现,相比以男性为中心的研究所暗示的,女性享有的自主权更多,受到的奴役更少。由于漏掉了一个重要问题,一提及宰制就好像是在歧视构建理论的努力。^[6]

我通过重新命名来摆脱这些困境。我用社会性别“区别”(distinction)来代替社会性别“差异”(differance)的概念。我将关注性别差异的理论改称女性“特征”论。同样地,被宰制是女性生活的普遍特征这种暗示存有争议,但女性处于附属地位这种论述却得到一致认可。因此,我将重视宰制的理论改称为女性“情境”论。特征理论重视本质的社会性别区别,反映出自由主义重视人类本质属性。情境理论重视男性宰制,反映出马克思主义重视阶级斗争。让法律成为男性的原因,特征理论(法学)认为在于男人为他们自己创造了法律,而情境理论(法学)认为在于男人通过法律来使女人臣服。

这两种明显相区别的观点,为偏向男性的权利理论的两大解释奠定了基础。权利理论为何偏向男性?特征法学家认为原因在于该理论是以仅适用于男性的人类假设为基础,而情境法学家认为原因在于该理论假定了一种男性至高无上的社会拒绝女性享有的自主权。特征法学揭开了法律偏向男性的面纱,并解释了女性因其行为、反映及思维方式与男性不同,便受到惩罚,但是该理论却没有从传统性别角色下固有的社会责任中解放出来。情境法学论述了法律和法学如何帮助男人使女人臣服,但是

[5] *Dissemination*, trans. Barbara Johnson (Chicago: University of Chicago Press, 1981), viii(着重号为所引原文所有)。

[6] 参见如 Mary Beard, *Woman as Force in History* (New York: Macmillan, 1949); Gerda Lerner, *The Majority Finds Its Past: Placing Women in History* (New York: Oxford University Press, 1979); Carl Degler, *At Odds: Women and the Family in America from the Revolution to the Present* (New York: Oxford University Press, 1980); Paula Giddings, *When and Where I Enter: The Impact of Black Women on Race and Sex in America* (New York: William Morrow, 1984); Martha Minow, “‘Forming Underneath Everything That Grows’: Toward a History of Family Law,” *Wisconsin Law Review*, no. 4 (1985): 819-88.

由于对其所反驳的男性理论与其所分析的女性生活之间的关系不甚了解,而没有将观点解释清楚。

特征理论与法学

特征法学的论述前提为,女性拥有的特质致使以男性为中心的理论不适用于她们。我已作过论述,指出我们无法从经验的角度去论证社会性别差异。如果我们对特征进行理论研究,我们必须接受这一不确定性。^[7] 然而要求去证明无法证实的,与要求去证明已被可靠证据所支持的清楚论述,是有差别的。为了抵制无法证实的理论投入使用,我们甚至无需采用“粗浅的科学证实模式”(crude verificationistic model of science)。^[8]

女性主义理论家必须面对特征法学不受欢迎的历史。作为男性至上社会的产物,该理论使男性的至高无上性合理化,并产生效应。社会先于理论存在,而非理论先于社会存在。特征理论被用来压迫女性,限制女性自由,迫使女性遵守理论模式中的“女性”性格及行为。立法机构使用穆勒诉俄勒冈州案(*Muller v. Oregon*)的观点将女性排除在好工作之外;心理医疗机构使用弗洛伊德理论来禁锢女性的心智;教育机构通过社会科学来引导女学生进入传统女性角色和职业。^[9] 这些女性特征理论并非用来开放女性,而是用来限制女性;女性被缺乏根据的理论所压迫。女性主义特征理论所面临的任務,首先是对男女性格差异的起源,提供有说服力的解释;其次是论证这些差异对人类是正常而有益的。

特征法学关于社会性别区别的一套成熟理论,主要是以南希·乔多罗和卡罗尔·吉利根的努力研究为基础的。^[10] 正如第二章论述的,乔多

42

[7] 参见第2章注释47-49。

[8] Jean Bethke Elshtain, *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1981), 276 n. 146.

[9] 分别参见,如 *Goesaert v. Cleary*, 335 U. S. 464 (1948); Phyllis Chesler, *Women and Madness* (New York: Doubleday, 1972); Betty Friedan, *The Feminine Mystique* (New York: W. W. Norton, 1963), 第5-7章。

[10] Chodorow, *The Reproduction of Mothering* (Berkeley: University of California Press, 1978); Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982). 另参见 West, "Jurisprudence and Gender," 上注3, 1-72.

罗的对象关系理论并非完美无缺。虽然吉利根和乔多罗的观点不尽相同,但是两人的论述结合起来,对女性与男性特征如何不同,原因何在,这些性别区别如何让法律不适用于女性等问题,却形成了一套有说服力的解释。任何学者都不能忽视这些作品,每位读者也都能够理解这些作品。不过最终这一理论却对其所主张的性别平等造成了损害。

男人的分离,女人的连接:不同的声音

卡罗尔·吉利根在《不同的声音》一书中指出,女性从她们生活经验中归纳出明显区别于男性的道德规范。男性的道德发展重视“权利与不干涉”,但是女性心理学却“明显导向人际关系与相互依赖”,更看重与他人的感情联系,而不是与他人的分离。^[11] 吉利根是以1970年代她主持的一项研究为基础。这项研究表明女性与男性的道德推理方式不同,并因此对女性造成了负面的影响。

吉利根最著名的一段,描述了两个11岁的孩子,杰克(Jake)与艾米(Amy),对同一两难境地的不同反应:亨兹(Heinz)病人膏肓的妻子需要一种昂贵的药,他却买不起,药店老板又拒绝降价。亨兹因此而偷药是否无罪? 杰克干脆地回答“是”。这种可以有原则性违法的观点,符合劳伦斯·柯尔伯格(Lawrence Kohlberg)提出的“道德发展位阶”中的最高阶,该位阶理论也是吉利根写作该书时这一领域最有影响力的典范。但是艾米说,“如果他偷了药,他也许可以救他的妻子,但也可能被送进监狱,那么他的妻子再次病重时,他就无法给妻子买药了……因此他们应确实放弃偷的想法,想想其他方法去赚钱。” 艾米认为“这不是一个以人为例的数学问题,而是一个伴随着时光流逝的人际关系故事”。对吉利根而言,艾米的观点是女性们不同声音的缩影。“反映出女性对自身评价的道德准则,是一套人际关系标准,是有关抚养、责任和关怀的

[11] *In a Different Voice*, 上注 10, 2, 151.

伦理观。”〔12〕

吉利根的道德发展模式,与柯尔伯格一样,是动态的而非静止的。关怀伦理包括三个道德发展阶段。伴随着女性的成长,“最初仅关怀自己”,接下来“过渡”到“关怀别人才是善良”。然后,第二阶段让位于第三阶段,“关注人际关系带来的活力,并通过重新审视自己与他人之间的连接,去消除自私和责任之间的紧张关系。”〔13〕

但是吉利根的伦理观并没有如柯尔伯格的理论一样,受到同等重视。艾米的采访者(性别不明)所给的提示,反映了社会对这一关怀伦理的态度。采访者清楚指出,艾米的答案不正确,并指出由于女性与男性不同,社会是如何惩罚女性的。这类负面的暗示可能启动了或促进了,一种研究者耳熟能详并命名为“堕落”的发展模式。〔14〕吉利根的长期研究展示了,像艾米一样自信的11岁女孩,是如何转变为胆怯的16岁女孩的,而这项研究仅仅是在发育期与青春期过程中女孩自尊普遍丧失的例子之一。〔15〕

罗宾·韦斯特是建立在乔多罗与吉利根基础上的女性主义法律学者先驱之一。她指出,“关于成为人类意味着什么,‘事实上所有的现代美国法学理论家’都接受‘分离主题’:‘人’无论他是谁,在肉体上都与其他人分离。”韦斯特慎重地用了“他”:“这一系列观点构成了‘分离主题,’……通常情况下适用于男性的,却明显不适用于女性。”女性至少通过四个周期和重要的身体经验,与“生命及其他人类连接”:怀孕经验;导致怀

〔12〕 Ibid. , 28, 159. Nona Plessner Lyons, Gilligan's colleague, provides a fuller, more detailed conceptualization of the moralities of justice and of care and response in “Two Perspectives: On Self, Relationships, and Morality,” in *Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women's Thinking to Psychological Theory and Education*, ed. Carol Gilligan, Janie Victoria Ward, and Jull McLean Taylor (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1988), 21-48.

〔13〕 *In a Different Voice*, 上注 10, 74.

〔14〕 参见如 Barrie Thorne, *Gender Play: Girls and Boys in School* (New Brunswick, N. J. : Rutgers University Press, 1993), 170; Mary Pipher, *Reviving Ophelia: Saving the Selves of Adolescent Girls* (New York: Ballantine Books, 1994).

〔15〕 参见 Carol Gilligan, Nona P. Lyons, and Trudy J. Hanmer, eds., *Making Connections: The Relational World of Adolescent Girls at Emma Willard School* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1990), 6-27.

孕的异性侵入和“两性结合”经验；代表怀孕能力的月经经验；以及分娩后的哺乳经验。如果法学理论家提出的‘人’同指男人与女人，那么“分离主题”明显是错误的。^[16]

44 韦斯特的“连接主题”没能经受住严峻的考验。韦斯特所提出的经验不足以支持该理论。一个逻辑上的难题是：当别人没有和你连接时，你如何能与别人结合？另一个时间上的难题是：韦斯特认为很重要的经验，通常在女性20岁之后才能发生。因此，在女性成长过程中，韦斯特认为影响女性感知形成的重要经验并未产生作用。第三个严重错误是，韦斯特认为所有的女性都会有这些重要的身体经验。这是明显错误的；即便是女性最常见的月经经验，也仅能占用女性生命的一半时光。如果韦斯特口中的“女人”仅仅指符合连接主题的人，那么不符合其中一个、或一些、或所有经验的人，就都不是女人了。

尽管韦斯特的特征法学有明显的缺陷，但自她的文章在1988年问世后，却在数年间被广泛传阅，大量引用，备受认可。一些善意的批评家不想直接采纳韦斯特的某些极端观点，譬如，有人提出也许她说的对，女性那些重要身体经历使女性与人类生命连接成为可能。^[17]但是韦斯特的理论并没有解释这种连接是如何进行的。这种对缺陷理论的善意回应，反映了女性主义学者多么乐于接受特征法学。

吉利根与乔多罗对女性主义法学理论具有广泛而深远的影响。首先，特征法学家认为，女性道德规范重视连接，而不是分离；其次，女性道德规范被社会排除于公众话语领域之外，法律便成为了男性价值观的长久保留地。这些结论对心理学理论，自由个人主义哲学，以及全部或部分以这种哲学为根据的法律，都提出了挑战。

“关怀与连接”主题衍变为备受关注的议题。吉利根的著作成为畅销的少数学术专著之一。在公共舆论中最流行的开头语为，“如果男人……这个世界将更加美好”或者“如果女性主义意味着女人……这是一个耻

[16] “Jurisprudence and Gender,” 上注3,14,1-3.

[17] 参见如 Drucilla Cornell, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law* (New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991). chap. 1.

辱”,这充分证明这个伦理非常吸引人。该理论的盛行很容易理解。吉利根的观点与主题,切中我们的日常体验与观察。她批判心理学将男人特质视为人类特质,然后因女性特质与男性特质不相容而贬低女性,这种批判的影响远远超出了她的研究领域,甚至超出了学术领域。众所周知,关怀、抚养与连接是个体与社会最基本的需求。我们也知道社会对这些价值不屑一顾。吉利根呼吁,将女性特质纳入理论研究,这是一个强有力的女性主义呼声;此外,她对关怀伦理的辩护也有助于社会的健康发展。

正如多数具有影响力的学术研究一样,特征理论的吸引力并没有使其免于批评。对吉利根研究的批判更为广泛而尖锐。许多评论家一致认为,她的命题缺乏充分的论证或足够的证据;她对女性的观察并不是原创的;她所提出的女性道德倾向,其实是男性宰制的产物,而非女性特征的产物。^[18] 在对女性关怀理论提供完美的经验基础方面,韦斯特、乔多罗和吉利根一样是不成功的。第二章已提及,要对这些作者所依赖的事实含义进行另外一种解释是多么容易。韦斯特对其重要经验所赋予的社会意义,或乔多罗将解剖学和社会学相结合的社会意义,都不是唯一可能的诠释。因此,这些理论家从他们所关注的事实中推出的结论是值得怀疑的。

因此女性“关怀与连接”伦理的隐含前提,即便不是完全错误,也是漏

45

[18] Rosemarie Tong 的 *Feminine and Feminist Ethics* 对这些批判进行了很好的总结(Belmont, Calif.: Wadsworth, 1993), 89-102. 一些重要的批评包括 Susan Faludi, *Backlash: The Undeclared War Against American Women* (New York: Crown, 1991), 325-32; Kathy E. Ferguson, "Knowledge, Politics, and Persons in Feminist Theory," *Political Theory* 17 (May 1989): 302-14; Harriet G. Lerner, *Women in Therapy* (New York: Harper and Row, 1988), 252; MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 上注 1, 38-39; *Feminist Theory*, 上注 3, 52; and her remarks in "Feminist Discourse, Moral Values, and the Law—A Conversation," *Buffalo Law Review* 34 (Fall 1985): 11-87, 26-28; Elizabeth M. Schneider, "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement," *New York University Law Review* 61 (October 1986): 589-652; Susan Squier and Sara Ruddick, "Review of *In a Different Voice*," *Harvard Education Review* 53 (August 1983): 338-42; Carol Tavris, *The Mismeasure of Woman* (New York: Simon and Schuster, 1992), 83-90; Susan Wendell, "A 'Qualified' Defense of Liberal Feminism," *Hypatia* 2 (Summer 1987): 83; Marcia Westcott, *The Feminist Legacy of Karen Horney* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1986), 141; and Joan Williams, "Deconstructing Gender," in *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein (Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992), 41-98.

洞百出。观点本身就不是原创。无论是社会性别方面,还是传统理论方面,支持者对观点的论述都没有新意。读者可从吉利根观点中推出的她对自由个人主义的评论事实上与她的作品毫不相干,甚至也不是从女性主义者开始对其进行批评的。1970年代的菲利普·斯莱特(Philip Slater)与1980年代的罗伯特·贝拉(Robert Bellah)都指出,个人主义以病态的方式怂恿人与人分离,而且“分离价值”也毁坏了人与人之间的亲密关系。斯莱特也明确地将关怀、抚养与感情联系视为社会赋予女性的品质。^[19] 这些作者并没有受到女性主义特征理论家的关注。

特征理论所描述的男人及女人不仅没有新意,而且也不全然从女性主义角度出发。在1964年,精神病学家约瑟夫·莱茵戈德(Joseph Rheingold)写道,“女人的天职是抚育”,而且“在女性成长的过程中”,没有遭受“女性主义教义的毒害”,然后“带着为他人奉献的成就感进入母亲角色,我们将过上美好生活并达到安全世界”。几年后,哲学家戴维·贝肯(David Bakan)认为女人特质是追求与他人“共享”,男人特质是追求“自主”,“这种心态在与他人分离的过程中,会越来越明显”。吉利根并不是第一个以这种方式来论述的女性;1923年,吉娜·龙勃罗梭(Gina Lombroso)将女性定位为“以他人为中心”,将男性定位为“以自我为中心”。罗宾·韦斯特与艾利克·埃里克森(Erik Erikson)的说法非常相似,她认为女性心理的核心问题是:“女性躯体里留有一个‘内在空间’,专门为选定的男人生儿育女,并在生理上、心理上、社会上及道德上承担起抚养婴儿的责任,这些事实是如何使女性人格认同的形成与男性不同?”女性主义特征理论与早期的理论,无论是前女性主义,还是反女性主义,经常被混为一谈。^[20]

[19] Slater, *Earthwalk* (Garden City, N. Y.: Anchor Books, 1974), 26, and *The Pursuit of Loneliness* (Boston: Beacon Press, 1970); Bellah et al., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life* (New York: Harper and Row, 1985).

[20] Rheingold, *The Fear of Being a Woman* (New York: Grune and Stratton, 1964), 714 (着重号为原文所加); Bakan, *The Duality of Human Existence* (New York: Rand-McNally, 1966), 14-15; Lombroso, *The Soul of Woman* (New York: E. P. Dutton, 1923), 5; Erikson, "Womanhood and the Inner Space," in *Identity: Youth and Crisis* (New York: W. W. Norton, 1968), 266. 无论是吉利根,还是韦斯特,都没有引用上述作品。

韦斯特的文章已预见到了这样的批评:

文化女性主义所提倡的女性关怀伦理、抚养与亲密价值,能够在男权体制的鄙视与贬低下存在的原因,并不是因为她们错误地要求尊重女性的专属领域。尽管事实是,文化女性主义提倡的女性关怀伦理,类似于男权体制提倡的专属领域,但女性关怀伦理决不是专属领域的替代品。文化女性主义与男权体制的首要差别在于:男权体制贬低女性,而文化女性主义则否。男权体制提倡女性的专属领域,是为了强化女性的软弱无助。文化女性主义则不然。^[21]

毫无疑问,巩固现状不是文化女性主义的本意。无论社会性别差异是天生的还是造就的,性别平等要求平等对待女性与男性的贡献。特征法学所追求的目的是善意的。但是即便了解到特征法学的目的并不是为了巩固现状,仍然不知道特征法学追求什么。女性关怀伦理被社会轻视的事实,不能证明这种伦理对女性是与生俱来而不是后天强迫的。特征理论家无法让具有批判性的读者相信,在性格或道德规范上的性别区分,源于性别角色社会化之外的原因,而且这种社会化进程并不是有益或适当的。“不同的声音”可能是从传统社会认知模式中形成的:伴随着成长,孩子们逐渐认识到社会对男性与女性的要求不同,因此采用被成人认同的行为方式。这些差别为特征理论提供了依据,但却不是女性主义理论。

尽管对自由主义有所批判,但是多数特征理论也对一种典型的自由信念达成了共识:如果我们能包容不同的声音,社会就会像对待男人一样,考虑女人的需求。^[22] 批评特征理论的女性主义者,之前挑战过“关怀与连接”命题,她们并不赞同这种信念。凯瑟琳·麦金农写道,“这确实有新意:一些被强加给女性的观点,却被广泛地视为越来越重视女性的进步观点。”^[23] 凯茜·弗格森(Kathy Ferguson)认为,吉利根犯了“政治幼稚”

[21] “Jurisprudence and Gender,” 上注 3, 50(着重号为原文所加)。

[22] 参见如 Sara Ruddick, *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace* (New York: Ballantine Books, 1990), 尤其是下面的引用,注 41。

[23] *Feminist Theory*, 上注 3, 52。

的错误,没能发现“她所主张的差别……更加巩固了男性的优先权和女性的从属性”。〔24〕琼·特朗托(Joan Tronto)发现吉利根的关注伦理与弱势群体的道德观点不谋而合。〔25〕

47 女性的道德观更加重视抚养和关怀,因为男性至高无上社会将抚养与关怀的责任施加给女性。这些明显的道德论调不仅有害,更有可能病态地适应了奴役观点的需求。无论是否自愿,人们付出关怀与抚养对社会非常有益;但是强加给女性的道德伦理并不符合女性主义原则。首先必须明确,如果关于女性的常见描述是女性主义作出的,那这种描述是否有效;其次,女性主义者在提倡一种女性伦理时,不会走入强迫女性接受指定角色和地位的误区。

关怀与压迫:女性伦理的根基

特征理论家并未宣称知道女性是否自愿进行关怀,这里的自愿是指建立在自由意志之上的自愿,而不是由他人决定的自愿;但是他们却认定,如果自愿是指独立于外界的压迫,那么女性进行关怀就是自愿的。多数特征法学推断,既然女性因为女性行为而受到贬抑,那么如果女性举止仿效男人的话,她们就会受到奖励。罗丝玛莉·佟(Rosemarie Tong)认为,“真正有教养的女性——即有独立思想的女性——会拒绝变得像‘男人’,来换取社会的认同。”〔26〕这些论述有两点令人高度质疑的假设:社会在任何这样的转变中会实现预期的目的,女性可以自由地进行这种转变。

当女性将抚养搁置一边,而努力去争取权利时,社会对这种行为的赞同很少,但惩罚却极其苛刻。以安·霍普金斯(Ann Hopkins)为例,她是在普华永道会计师事务所工作的会计师,在晋升为合伙人时惨遭拒绝。霍普金斯的上级谴责她的行为“过于阳刚”以及“言辞犀利、咄咄逼人”。他们建议她“在淑女学校里选修课程”,并建议她“走路要柔美,说话要温

〔24〕 “Knowledge,” 上注 18, 304.

〔25〕 “Beyond Gender Difference to a Theory of Care,” *Signs* 12 (Summer 1987): 644-63.

〔26〕 *Feminine and Feminist Ethics*, 上注 18, 90-91.

柔,穿着要有女人味,要化妆打扮,定型头发,佩戴首饰”。〔27〕

“对正义的肯定与对关怀的轻视”并不能说明,女性重视关怀是出于自愿。〔28〕 无论是女性化行为,还是男性化行为,女性都可能受到惩罚。换句话说,身为女人,无论做什么,都要受到惩罚。令人费解的是,社会对那些排斥男性行为的女性,甚至比那些仿效男性行为的女性更糟糕。无论何种情况下,绝大多数女性没有机会自由地“成为一个‘男人’”。在女性的职场上,为数众多的职业是以定型头发、化妆和迷人为基本条件。相对较少的在男性职场中工作的女性,可能并不想在她们生活的其他领域表现得像‘男人’一样,即便这对她们来说并非难事。即便上述在工作时被认为像个男人的安·霍普金斯,在家中也要照顾小孩。女性主义理论必须谨慎,不要总是强调女性应在“女性化”与“非女性化”之间作出一个界限分明的选择;女性可以在人生的不同时期、不同层面上作出不同的选择。

48

聪明的观察者绝不会主张,女性的每个关怀与抚养行为都是被强迫的,女性所作的关于“连接与关系”价值的论述都符合社会的期望。然而特征理论家她们自己却将关怀伦理与女性传统角色联系在一起,这些传统角色实际上都是强迫性的。即便法律与权力没有强迫女性承担家务或类似家务的工作,但事实的需要已经强迫女性这样做了。就像所谓的权利—强权—自主价值链,对男人而言并不是基本条件,同样亲密—连接—抚养的价值链,对女性来说也不是基本条件。这些观念的形成,不仅是人类自保的基本责任的产物,同时也是男性至高无上社会为符合这种责任而进行的性别化选择。

麦金农在这一点上是正确的:“关怀”观念是强加给女性的。压迫的历史性事实,不能证明女性没有自己去选择提供关怀,也不能证明她们无从选择如何去提供关怀,也不能证明这种关怀对女性毫无益处,甚至也不

〔27〕 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 109 S. Ct. 1775, 1782 (1989). On remand, the federal district court ordered Hopkins's elevation to partnership with back pay, 737F. Supp. 1202 (D. D. C. 1990). The Court of Appeals affirmed, 920 F.2d 967 (D. C. Circ. 1990).

〔28〕 Tong, *Feminine and Feminist Ethics*, 上注 18, 97.

能证明女性根本不想去提供这种关怀。(正如多数孩子所切身体会的,学着去喜欢不是自己所选择的事情,是极有可能的。)然而人们之所以接受关怀伦理,并不仅仅是以该伦理本身的价值为基础,还确实有压迫本身的推进作用。这个独特的伦理观所代表的,不是这种伦理观要传达的本意,而是受众对这个理论的具体诠释。

女性主义关怀还是女性义务?

特征理论证实了女性对社会所做的贡献,社会却鄙视这些贡献。这个理论提醒了我们关怀对社会的重要性,以及社会对关怀的轻视是对女性的贬抑。女性主义理论家对关怀价值的肯定与维护,有利于推动社会健康发展。社会应该重视重要工作及从事这些重要工作的人们。

但是特征理论过分地提升了关怀理论,它将关怀价值视为女性专属品。女性与关怀相连对这个理论的正当性提出了极大的挑战。主要有以下几个原因。首先,任何人类活动的地位,可以通过与女性相连来获取提高,这种观点是对历史的漠视。历史上有不胜枚举的例子刚好与此相反:有许多行业当女性进入时开始衰落,而当男性进入时却开始兴旺。^[29]其次,我们并不知道,女性与关怀相连是来自女性的偏好,还是来自社会的压迫。再次,我们并不清楚关怀伦理是否有益于女性。最后,我们也无从知道关怀伦理取代的是什么。

是否曾存在自愿的女性关怀伦理?一个问题引发了更广泛的讨论:女权主义理论能否实现杜希拉·康奈尔所认定的首要任务——即辨识出
49 “一种女性‘声音’(voice)与女性‘实在’(reality)”——而不是隐含地为女性主义所排除的东西贴出非女性化标志?^[30]就此而言,我们是否可将任何属性认定为“X”所具有的典型而本质的特征——无论X是“人”、

[29] 对于这种现象的讨论,参见如, Margaret Mead, *Male and Female* (New York: William Morrow, 1949); Alva Myrdal and Viola Klein, *Women's Two Roles*, 2d ed. (London: Routledge and Kegan Paul, 1968); Michelle Zimbalist Rosaldo and Louise Lamphere, eds., *Women, Culture, and Society* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1974).

[30] *Beyond Accommodation*, 上注 17, 3.

“女性”、“男性”、“亚洲人”、“犹太人”或其他任何事物——而不是暗示缺少这种属性的就是“非 X”?

这类标签的历史对这些问题给予的回答总是否定的。认定特定群体拥有某种属性,而希望避免给群体成员造成接受或抵制这种属性的压力,同讨论差别时希望避免对比较者划分优劣等级一样,都是不太可能的。^[31] 用琼·斯科特(Joan Scott)的话说,“意义通常都是在排除的过程中确立的”;为“女性”确认属性就意味着,缺少这些属性的人就是“非女性”。^[32] 将特定的属性标为“X”,非常典型地创造了两种形象:要么是该群体里的成员被期望去遵守的积极“X属性”典范,要么是该群体里的成员极力避免混入其中的消极形象。如果可以赋予团体某种属性,第一章提供了实例,证明了不施压而赋予团体属性存在困难。据传埃蒙德·戈登因与黑人身份相关的正面形象表现不一致,受到了其他黑人的谴责;内斯特拉·金被认为与残疾相关的负面形象表现一致,而受到了另一位残疾人的谴责。康奈尔认为,为了避免陷入男性主义牢笼,女性主义者应论述女性的属性。^[33] 然而如果我们只论述女性主义,我们会被禁锢在女性主义牢笼,这种情况甚至更糟糕。

以关怀与连接为中心的价值体系对女性有益处么? 在吉利根的研究论述中发现了否定的答案。比如,爱米丽因为父母可能会因她不在身边而感到难过,因而决定不去上离家远的医学院。父母的要求很平常,仅限于“在某些时候,享有以一定方式见到我的权利”。爱米丽没有为自己主张与此相抗衡的权利;“我去远方读医学院的想法,有点自私”。^[34] 爱米丽的父母没有义务放手让她去冒险人生。像爱米丽一样的女性,在赋予他人对抗自己的权利时,并没有为自己主张权利来对抗别人。事实上,爱米丽的关怀伦理观让她处于吉利根道德发展进程的中间阶段,而不是最终阶段。但是爱米丽像这样的选择,一生中仅此一次。当决定女性命运的

[31] 参见上注5。

[32] *Gender and the Politics of History* (New York: Columbia University Press, 1988), 7.

[33] 参见第二章,注29和注53。

[34] *In a Different Voice*, 上注10, 140-43.

时刻的发生,正值女性道德发展过程中将自己的利益视为“自私”的阶段时,关怀伦理就对女性的自主造成了极大的危害。即便到达了道德发展的最高阶段,需要对吉利根的研究对象承担义务的那些人,很少对这些研究对象承担义务。^[35]

如果我们忽略社会性别问题,关怀伦理的失衡将更加明了。并非所有文化都将关怀的责任施加给女性。卡洛琳·亚历山大(Caroline Alexander),一位在马拉维大学任教三年的美国古典学者,提及了这些义务的负面影响:

50

由于马拉维人需要对家庭承担不可避免的的义务,导致与在同一职位上的欧洲人相比,马拉维人的经济负担更加沉重。欧洲人认为,这种亲属义务反映了传统非洲文化的更加人道主义的关怀本性,然而事实上,这种亲属义务也加剧了西方文化中堕落的、只顾自己的恶性心态。只要村里的男人或女人“发了财”——即他或她开工资了——无论他们平时的生活是如何地不亲密,也不管是贫困的还是贪婪的亲戚作出的任何经济索取,他或她都被渴望满足这种索取。他们可能会卑躬屈膝地去乞求提供食宿,或不远万里长途跋涉地来借钱或要东西。拒绝这些请求的人会受到家庭其他成员的谴责,给生活带来严重的不愉快。因为要承担太多的义务和责任,这些工资很快就用光了。^[36]

在波士顿的爱米丽所承担的义务与马拉维有工作的人所面临的一样,都是一种单向义务。吉利根的研究对象已经适用了施加于她们身上的责任。亚历山大指出了特征法学所忽视的一个问题,即“堕落而只顾自己的恶性心理”不属于那些拒绝提供抚养的人,而属于那些渴望被抚养的人。多了解人们渴望从别人身上得到什么,与多了解人们对自己要求什么一样,都是非常有益的。

[35] Ibid., 74. 让她感到荣光的是,吉利根比受其影响的理论家更加谴责女子气这个概念。她所描述的关怀伦理的最高阶段揭示了:女性能够处理好“女子气与成人期之间的冲突”。Ibid., 97(着重号为原文所有)。

[36] “Teaching the Classics in Malawi,” *New Yorker*, 16 December 1991, 56.

吉利根著作所遭遇的难题,可能是心理学研究所固有的。她一味关注单独个体的价值,忽视了个体在相当程度上要受外界期望的限制。这种关注个体的研究并不令人意外,因为符合通用的语言习惯:我的“伦理观”就是用来支配自身行为的一系列准则。《不同的声音》一书将关怀伦理适用于男人;关怀伦理不仅仅是女性的单向义务。^[37] 就这种伦理观主要适用于女性而言,它所强调的是女性应该做什么,而不是别人应该对女性做什么。这种伦理观强调“我的义务是什么”,而不是“我享有何种权利”。

与吉利根相比,其他特征理论家没有谨慎地避免误入单一性别责任的陷阱。某些特征理论家夸大了区别理论中的伦理要素,从而倾向于免除所有人的义务。内尔·诺丁斯(Nel Noddings)提出了一种“关怀伦理”,认为“人类伦理行为的根源在于人类对感情的回应”。诺丁斯写道,“一种关怀行为的目标很高:为了维持与提高对她自身及与她接触的人之关怀。”诺丁斯将这种伦理称为“女性化”,她提出的“一种关怀”总是阴性的“她”的。^[38]

政治学家珍·贝丝可·埃希坦,历史学家伊丽莎白·福克斯-杰诺韦塞(Elizabeth Fox-Genovese),与哲学家萨拉·拉迪克(Sara Ruddick),都从母亲的角色中推断出女性应单方承担义务。埃希坦呼吁“深思的女性主义者”,“在关注女性研究对象的同时也要关注小孩”。^[39] 福克斯-杰诺韦塞谴责女性主义者轻视了“女人的真正关怀”;从她最新的著作内容及封面来看,她认为“女性的真正关怀”是孩子。^[40] 拉迪克的“母性思维”与吉利根的道德理论一样,代表了不同的声音。拉迪克指出:“女性反抗政治是这样产生的,承担照顾责任的女性们,发现遭遇到政治运动

51

[37] 参见如 *In a Different Voice*, 上注 10, 103-5, 在此吉利根讨论了爱里克·埃里克森对莫汉达斯·甘地(Mohandas Gandhi)经历的描述。埃里克森谴责甘地在对待妻子时,缺少关爱。在书中其他地方提到的“亨兹”,也是指涉这一主题。

[38] *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley: University of California Press, 1984), 3, 172.

[39] *Public Man*, 上注 8, 333.

[40] “*Feminism Is Not the Story of My Life*”: *How Today's Feminist Elite Has Lost Touch with the Real Concerns of Women* (New York: Doubleday, 1996).

或行为的干扰,阻止她们行使权利或质疑她们工作的能力,于是便以女性责任的名义,奋起反抗。实际上,这些女性责任是她们自己假定的,同时也是所属团体所期待的。”〔41〕这一特征理论将所有的义务,从抚养孩子到维护世界和平,都赋予了女性。

如果我们把注意力从公开的学术专著转移到大众的读物上时,事情更糟。苏珊娜·戈登(Suzanne Gordon)抨击她所称的“平等机会女性主义”,并大力提倡“转型的女性主义”。用以抨击前者的例子是,一个“不会让人感到温情”的银行家,一个让学生对她失去信心的科学家,与(有资料记录的)徒劳的帮助工薪阶层女性努力提升地位的职业女性。与其他领域相比,阶级歧视是最让女性主义者不能接受的,然而戈登并未解释,为何这些女性对其他人承担的义务比她们的男性同伴多。毕竟,女性主义运动不仅仅追求男女之间的平等,也追求女性同胞内部的平等。男性有权自主决定给予别人多少同情和帮助,戈登的论述否认女性也有这样的自主权。转型的女性主义对女性的要求比男性更苛刻。因而这不是平等,仅仅是一种形变,对女性施加了另外一种双重负担。〔42〕

在女性主义之前的特征理论缺乏充分论证,仅用几个新的形容词来掩盖逻辑上的缺陷,让女性仍滞留在长久以来的位置:剥夺了权利,施加了义务。该理论认为,如果男女有别,女性就不需要也不应该主张男性享有的权利与特权;假如女性所从事的多数重要事情,男人都无能为力,那么将女性禁锢在传统地位上是很有意义的。这不是男性至高无上,更不能说是男权体制;这只是男人女人都做了对自己最有意义的事情。譬如,如果“为了成长,男人必须与母亲分开,不再依赖母亲;而女性在成长过程中却不需要去做这两件事”,这难道不能证明社会可以要求女儿去照顾年迈的母亲,免除儿子的抚养义务吗?〔43〕

〔41〕 *Maternal Thinking*, 上注 22, 223-24(着重号为原文所有)。另参见“*Maternal Thinking*,” in *Mothering: Essays in Feminist Theory*, ed. Joyce Trebilcot (Totowa, N. J.: Rowman and Allenheld, 1983), 213-30.

〔42〕 *Prisoners of Men's Dreams: Striking Out for a New Feminine Future* (Boston: Little, Brown, 1991), 9-16, 83, 88.

〔43〕 D. Kay Johnston, “‘Adolescents’ Solutions to Dilemmas in Fables,” in *Mapping the Moral Domain*, ed. Gilligan, Ward, and Taylor, 上注 21, 49-72, 67.

对社会性别差异的强调在传统理论中扮演了重要角色;它为男性至高无上社会的产物——劳动性别分工提供了合理根据。在所谓的新理论或女性主义理论里,我们找不到足以改变传统角色分派的观点,也没有发现一种自愿采用的女性关怀伦理观。特征法学本身阻碍而非促进了两性平等。虽然特征理论是女性为女性所作的论述,但也解决不了这个难题。事实上,男性对于他们所面临的、根源于男性宰制社会的性别角色期望也怨声载道。女性对其他女性施加义务也很常见。法律为男性而设,是一个不争的事实。这套男人创造的法律忽视或贬低了女性的现实情境,也有一定道理。但是特征法学并没有创造出一种避免走入它主张取代的男性传统误区的、以女性为中心的法学理论。

52

正义的再思考:性别劣势与性别优势

女性主义学术界有一条准则,即“女性”关怀伦理与“男性”正义伦理是相互依存的。凯茜·弗格森认为,“男人分开与独立后可以继续生存,并能够维护强调自主与权利的道德观,部分原因在于女性编织了一个社会网络,虽然男性在理论与制度中轻视它,却离不开这个社会网络。”^[44]自由主义的女性主义批评家提出异议,这种个人与国家相连的观点,预先将女性分派到“私人”领域里。^[45]无论女性能否自主选择,这种关怀伦理已强加给女性。由于女性应当“承担照顾职责”,男性可以“从事正义事业”。拥有特权的人——男人——可以自主选择。他们选择了正义、权利、自主、分离,而放弃了关怀、抚养、连接。受压迫的人——女人——被迫承担强加的责任。她们被指定承担关怀义务。

[44] “Knowledge,” 上注 18, 303.

[45] 参见如 Elizabeth Fox-Genovese, *Feminism Without Illusions: A Critique of Individualism* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991), chap. 2; Nancy J. Hirschmann, *Rethinking Obligation: A Feminist Method for Political Theory* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1992), chap. 1; Susan Moller OKin, *Women in Western Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979), and *Justice, Gender, and the Family* (New York: Basic Books, 1989); Carol Pateman, *The Sexual Contract* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1988).

男性是因为没有回报而放弃了付出关怀么？先不讨论这是鸡生蛋还是蛋生鸡的问题，人类并非仅从事那些能带来好处的活动。比如，收看电视里的足球比赛就不会带来任何外在好处。然而，这种活动非常令男人着迷，有些男人宁愿看足球，也不愿做家务。

如果正义是一种选择权，关怀是一种义务，这两种伦理的相对比较说明了什么呢？既不能说明正义比关怀更有价值，也不能说明关爱者从关怀中得不到任何回报（但是如果关爱何其美妙，男人为何不多去关爱呢？）；同样不能说明女性主义理论应摒弃关怀而拥抱正义。甚至更不能说明如果女性可以选择，必然会选择正义而放弃关怀。但是既然人们会去选择关怀伦理，也许这种伦理有吸引人的地方。女性主义理论，如同普遍意义上的外部理论一样，重视群体外的不利地位以及减轻不利情境的需要。去审视群体内的特权以及分享这种特权的可能性，都会让我们学到很多。现在提倡权利伦理是一个合适时机，因为权利伦理比关怀伦理有更多回报、更多价值、更多成就、更多乐趣，甚至更令人痴迷。

这个主张可能招致许多反对。首先，选择正义而放弃关怀对个人来说可能是有益的，但对社会却能造成严重的后果。萨拉·拉迪克对于女性反抗政治的观点阐明了，将关怀与连接伦理带入权利与自主伦理所普及的公共领域时的益处。关爱者所学习到的，除了拉迪克提及的与母性思维相连的幽默风趣、豁达开朗之外，还有惩罚并不是唯一的和最好的影响行为的方式。这些见识广泛存在于公共生活之中。

对选择正义放弃关怀的第二个异议是，从男性偏向的角度来比较不同价值趋向的相对优点，可能规避了性别差异的问题。如果女性有别于男性，女性就可能作出与男性不同的选择。但是我们还未能发掘一个有说服力的论证，来证明性别差异会创造性别专属伦理；因而这个问题仍需要回避。我们对权力的充分了解，足以让我们不相信，强加给某一群体的伦理会是他们自由选择伦理。

我们暂且假定，权利伦理不是专属于“男性”的，并衡量这一伦理对每个人的益处。我们都希望有能力做以下事情：即使其他人反对，也能去做我们认为最好的事情；希望限制别人对我们的要求；希望去挑战规则——

甚至像亨兹一样,希望成为不受规则约束的例外;希望能够权衡处于冲突地位的主张——甚至,与爱米丽相反,希望能决定自己的需要比其他人的更重要:这些特权的根本价值要比特征理论家愿意认可的还要高。这些选择权对女性意味着什么呢?女性可以自由决定提供或保留帮助;鼓励或挫伤别人的信心;在追求自身利益的同时,兼顾或放弃孩子、学生、同事、下级或任何其他人的利益;毫不内疚地作出这些选择:这些难道不比关怀伦理家、母性思想家与转型女性主义所主张的观点更加进步了么?

权利、不干涉与自由本身并不能构成一套完整的伦理。某些地方需要关怀的加入。但是如果将关怀以女性专属伦理身份带入系统的话,将会剥夺女性的自由选择权,并否认特权享有者已作出的选择。权利理论主张的自主性可能——事实上已经——被滥用了;作出的选择通常是“自私的”。但是权利与自主比自私行为的能量更大。它们驱使人们创造理论(更不用提文学、艺术与科学);参与公共生活;为理想而努力奋斗。假定在性别歧视的社会中,由女性的地位而衍生的理论无法驱使女性主义者去改变社会的话,主张与男性地位相连的特权也许可能达到此目的。

这种可能性对女性主义肯定的正义观点提出了第三个更加重要的异议。建立在性别平等基础上的法律体系必然抵制女性关怀伦理,同时它也要考虑,关怀仍然是女性的势力范围。即使关爱对关爱者毫无益处,即使关爱别人是被强迫的,法律不仅应该停止惩罚她们,还应该提供回报。女性主义法学家必须主张的一项重要任务是,改写由于家庭责任而让女性处于不利地位的法条,改写忽视关爱者的情感需求的法条。苛刻的产假规定与忽视母亲权益的子女监护法在女性主义法学中不应有立足之地。法令修订是一项艰巨的工程,因为法律应该回报履行义务的行为,而不能加剧责任分配的不平衡,并且方便女性放弃不公平的义务,而不是强迫女性去履行义务。但是特征理论没能实现任何一个目标。它最终认可了男性将正义与关怀分开是合法有效的,并接受了男权制社会对女性分派的关怀义务。

女性主义理论家应停止因为要求女性气质而互相阻碍进步。苏珊娜·戈登主张我们要考虑下级的需求,珍·埃希坦主张要关心子女;伊丽

莎白·福克斯-杰诺韦塞主张要重视女性的“真正”关怀,这些观点其实都是我们耳熟能详的:以女性进入传统的社会性别角色的方式实现女性的社会化。特征法学不是在进步,而是在倒退。

超越同一与差异

此部分关于特征法学的分析有助于修复“美国女性主义者关于‘同一’(sameness)与‘差异’(difference)的裂痕”。^[46]二元论是错误的。女性主义法学家不需要——事实上也不应该——在对待男女平等的法律与对待男女有差异的法律之间作出选择。我们已知道两种法律都可能产生性别歧视。有关生育权的性别中立的法律对女性比对男性更苛刻,“保护性”劳工法也是如此。相反地,性别中立与因性别而异的法律都能促进性别平等。同工同酬的立法,会使女性与男性平等更接近。鼓励雇佣女性的政策倾斜(affirmative action policies)也能促进性别平等。

女性可以两者兼得。法律在男女相似时,给予同等待遇;在男女有别时,给予区别对待。比如,最高法院在加州联储和贷款协会诉格拉案(*Cal. Fed. v. Guerra*)中认为加利福尼亚州成文法中指令停薪留职产假期不得超过四个月,与1978年的《怀孕歧视法》(*Pregnancy Discrimination Act*)并不冲突,这一判决非常正确。^[47]怀孕在某种程度上,有点类似暂时性的残疾,怀孕歧视法便将怀孕作为暂时性残疾情景来认定。但怀孕的不同之处在于——孕育了一个生命——因此加州成文法也给予不同待遇。同样的原则在允许代孕母亲契约成立时,也赋予了孩子的亲生母亲在婴儿出生后解除契约的权利。允许这样的情形发生,会使代孕母亲在某种程度上,享受与精子捐献者一样的待遇:也就是,她们成为资本主义经济体系里的企业家。允许母亲违约,便是正视了女性在本质与程

[46] Williams, "Deconstructing Gender," 上注 8, 41.

[47] *California Federal Savings and Loan Association v. Guerra*, 107 S. Ct. 683 (1987). 这一规则经常适用于“丽莲·加兰德”(Lillian Garland)这类案子。加兰德是加利福尼亚州公平雇佣和住房部的工作人员,而马克·格拉是该部部长。美国公民自由联盟和全国妇女组织作为法庭之友提交了一份材料,对银行方面予以支持。我认为他们是错误的。参见 Judith Baer, *Women in American Law: The Struggle Toward Equality from the New Deal to the Present*, 2d ed. (New York: Holmes and Meier, 1996), 116-19.

度上与男性的差异之处。^[48]

那种认为特征理论是建立在性别歧视的角色期待上的观点,也会拒绝接受建立在女性躯体或社会功能之上的性别专属法律。无论这些法律带来何种益处,它们都会加剧社会分配的不公平。性别中性的法律,足以正视母亲、关爱者与养育者所做出的贡献。改良过的性别专属法律,可以补偿女性因履行社会分配的义务而遭受的不利待遇。然而,至少要通过大幅度修订平等保护原则,才能将女性的世界观纳入法律体系。问题的关键不在于你如何将法律制定得更加中立,而在于你如何使法律实施得更加中立。^[49]

女性主义法学家应从人的角度,而不是女性的角度,来思考关怀与正义问题。我们应该突破性别的独特性,追求性别的普遍性。真正的性别平等不在于女性肯定关怀伦理,而在于女性打破男性对正义的垄断,放弃自己对关怀的独占。这种努力的成果将为男性和女性开拓出一片新天地。

情境理论与法学

情境理论在贬低特征理论的前提时,并未完全排斥它。特征理论以人为出发点,却对权力的理解不够深入。情境理论以权力为出发点,却被指控为对人产生了误解。情境理论的中心论点为,男人有权宰制女人。而情境法学的中心论点为,法律是实施这种权力的工具。

如同特征法学一样,情境法学也批判旧理论,尤其是权利理论。情境法学家认为,自由主义假定了一种性别歧视社会否认女性享有的自主权。正如温蒂·布朗(Wendy Brown)所提出的,“权力的一大问题是,在理论

[48] 其中最著名的判例是 *In the Matter of Baby M*, 537A. 2d 1227 (N. J. 1988)。这个判例宣布代孕契约在新泽西州不合法;据我了解,任何一个州都没有制定一种政策,与我所提出的相类似。针对我的建议,一个明显的异议就是这种政策将会遏制预期有监护权父母的积极性。然而,一种既允许又不鼓励代孕契约的政策也许更有吸引力。同样的难题也伴随着传统的收养;在收养中亲生母亲(逐渐地扩展到父亲)可以放弃监护权,但这个事实并没有使收养行为不受欢迎。

[49] 参见第五章注 66-81。

上将个体互相孤立,而在现实中这些个体是互相依赖的。”^[50]凯瑟琳·麦金农质疑道:“在私人领域里的自由主义观点,似乎已假定了个人对发生[在其中]的事情都会表示同意。”麦金农认为,这种适用于女性的假定是个大谎言。“女性主义面临的事实是,女性根本就没有隐私,更何谈丧失或保护的问题。”^[51]

56 女性为什么没有隐私?这一疑问直指麦金农国家理论的核心:她认为女性从属于男性的根源在于国家分配给女性的性(并非生育或抚养)功能。无论从字面意义上还是象征意义上,在性交中,男性主动,女性被动。“性交”(fuck)是仅有的“忽略强奸与交欢,以及爱与侵犯之间区别的英语动词”。^[52]麦金农恰恰忽略了这种区别。“通过牵涉的身体行为或暴力程度,很难将强奸与交欢断然分开,只能在法律上,通过男性对两性接触的诠释来具体认定强奸与交欢……也许强奸是否成立之所以如此难以认定,是因为从一开始就已经认定强奸与交欢截然不同,然而对女性而言,在男性宰制的情况下,却很难将两者明显分开。”^[53]在男性至高无上的社会,这种被忽略的差异与性的功能毫不相干。

性是为了什么呢?绝不是为了生育;因为如果真是这样,“性交不会每晚都进行(或者一周两次),还持续四五十年,而且也不会有娼妓了”。当然也不是为了令双方都达到满足、愉悦或快乐;如果是这样,强奸就不存在了。也不可能是为了宣泄男性性欲;如果是这样,男性可以手淫解决。相反,性生活是男性对女性施威的手段,是男权的模范与象征。女性的任务是充当男性的性插座。因此男性至上的国家认可选择堕胎的权利是很有意义的,这样“方便女性与异性性交”,但却不允许女性选择危害生育的工作;“能生育的女性显然不是真正的人”。^[54]

麦金农的这种“宏大理论”有一个缺陷,即这些理论虽然能解释具体

[50] “Reproductive Freedom and the Right to Privacy: A Paradox for Feminists,” in *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond (New York: Longman, 1983), 331.

[51] *Feminist Theory*, 上注 3, 190-91.

[52] *Ibid.*, 251n. 2(着重号为作者所加).

[53] *Ibid.*, 150, 174.

[54] *Ibid.*, 133, 190, 226.

结果,却无法解释为何发生了这件事,而没有发生那件事。麦金农对堕胎权利法与胎儿保护政策的解读,并未说明为何优先选择的是这些结果,而不是其他结果。允许堕胎确实便利了女性与异性性交,但是禁止堕胎也能强化女性与异性性交的责任。为何优先选择前者呢? 胎儿保护法令确实限制了女性的自主权,然而强迫女性在丰厚的待遇与安全的工作条件之间作出选择,只不过是伪装成自由的象征性性交行为。为何优先选择了直接压迫,而放弃了一种强制性结构下的选择权呢?

麦金农给人的深刻印象,就是主张法律的性别为男,对于法律的性别如何成为男性的,以及为何法律的男性气质采取的是这种形式,而不是其他形式,她却无法给出有说服力的答案。比如在分析色情作品时,她认为这种表现手法如此令人着迷与盛行,原因在于宪法第一修正案。她疏忽了,尽管法院判决某些色情言论不受第一修正案及某些严格制定法的保护,色情作品依然猖獗。因此,她认为这种与资本主义有着千丝万缕联系的现象是自由主义的杰作。这是旧批判的新翻版,但却没有阻碍任何伟大的理论家的发展。麦金农的理论可以说明很多问题,但不能说明全部问题。她通过女性被用作性插座的比喻来解释女性的从属地位,这与我的理论框架相吻合:女性的性任务(women's sexual functions)可以理解为一种男性强权的象征,男性用这种强权来划分等级并分配角色与任务。^[55]

57

女性的性任务是她们屈从地位的根源,这种观点可以解释“我们身边”大量的现实情况。麦金农详细列举了大量强奸、性虐待、色情、性骚扰以及其他压榨女性性行为的例子。^[56] 她引用了日常用语:“‘我们做了三次’特指男人插入女人三次并达到了三次高潮。”^[57] 所谓“性”,并非指女性的性体验,或同性恋关系,或就此而言,人们不通过阴茎插入阴道就能满足欲望的其他方式。这种怪异的说法有助于解释,为何许多人都在窃窃私语地揣测同性恋者在“做”什么(难道不是在性交么?),更不用说人

[55] 参见上文,“正义的再思考:性别劣势与性别优势”。

[56] 麦金农在1993年出版的四本书中的第一部是 *Sexual Harassment of Working Women* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1979)。

[57] *Ibid.*, 133.

们在避孕时遭遇的困难(难道他们缺乏想象力么?)。

女性之间分歧再大,都会一致认为,性是男性加诸女性身上的强力。一位投身于救援活动的积极分子说,“[堕胎]这个想法,意味着男人可以用用女人,然后将女人身体清理干净,她就准备好再被使用了。”全国妇女组织(NOW)团体建议女性主义者:“如果你的丈夫或爱人抵制女性有权选择堕胎,并认为政府有权支配女性的身体,那么你就别让他进入你身体了。对更多的性行为‘说不’吧,直到所有的女性都可以自由支配自己的生活与身体。”^[58] 这些论述可能被排斥,第一种说法过于粗鄙,第二种说法与1960年代的“阴道权力”说辞类似。^[59] 然而思考一下这些论述所揭示的女性生活原貌。尽管针对改变这种现状的前景,支持生育权运动人士比支持胎儿权利者更乐观,但是她们都一致认为性行为是男性让女性去做的。在此完全忽略了,性也是女性可以选择和享受的活动;热爱性生活的女性,难道会为了惩罚她的爱人而剥夺自己的乐趣么?女性可以互相交流性,互相理解,这个事实支持了麦金农的观点。通过重视差异与“以社会性别为表现形式的权力”之间的联系,麦金农企图打破性别差异与女性特征之间的联系。^[60] 如果她关于女性屈从地位的分析是正确的,那么她对自由主义权利理论的批评也是正确的。麦金农的分析对女性虽没有错,但也不足以用这种正确来摧毁性别化的强权,甚至还使得男性维持强权正当化。

58 麦金农的分析遗漏了许多女性生活的现状。她捕获了女性的对象化、身处险境与易受伤害等问题,但却遗漏了工作、需求与家庭负担等许多现实问题。麦金农强调女性易受伤害时,却忽视了女性承担的责任。性任务不是女性的唯一奉献,甚至也不是最重要的奉献。女性不仅躺着受压迫,站着也受压迫:女性情境的一个关键要素是被期望随时去满足别人的需求。性别化的强权并没有静止在性行为上。

[58] 分别参见, Juli Loesch, 引自 Jason De Parle, “Beyond the Legal Right,” *Washington Monthly*, April 1989, 42; *Texas NOW Times*, Summer 1989, 9.

[59] Eldridge Cleaver, “Stanford Speech,” *Eldridge Cleaver: Post-Prison Speeches and Writings*, ed. Robert Scheer (New York: Random House, 1969), 142-43.

[60] *Feminist Theory*, 上注 3, xi.

让读者彻底领悟:情境理论与它的批判

与特征法学一样,情境法学也有严重的缺陷,也受到了彻底的批判。然而与特征法学不同的是,情境法学受到的批判很少触及其实质缺陷,在批判情境法学时反而支持了情境法学的观点。具体来说,麦金农的研究受到的批判,与吉利根的研究受到的批判一样彻底。批评者们既批判麦金农的宏大理论,也批判她从宏大理论中总结出的对权利理论的攻击。这些批判显示了,她的理论产生的影响与她原本设想的明显不同。批评者并没有用情境理论取代特征理论,相反地,却用研究女性之间的区别取代了研究男性与女性之间的区别。麦金农的批评者混淆了法学理论与个人传记。尽管这些批评者所说的几乎都是错误的,但是他们批评中隐含的意思却是正确的。

麦金农对这些批判的反应,并没有引发与促进传统学术风格的对话与争辩。她没有回击,更别说事先预料到这些批评者的驳论。她的从人类到女性(*ad bominem et feminam*)的反击,以及传记式的描述,为回避争辩降低了门槛,提供了捷径。譬如,她谴责女性主义批评者有“通敌之嫌”(她的言词暗指此意),并提及色情影片《深喉》(*Deep Throat*)中遭受蹂躏的明星,而不去争论反色情立法的合宪性。^[61] 她的拒绝反驳使她错失了良机,因为多数批评都是以可以化解的误解为基础的。

在麦金农为了证明她的观点而引用的日常生活经验中,批评者发现了可以驳斥她观点的证据。许多女性主义者都明确地提出,她们的反击是以个人现实的本质为基础的。任何引发了类似“我母亲喜欢做爱”或者“凯瑟琳·麦金农,我可以说话么?”这类主题的争论,都触到了问题的敏感处。^[62]

[61] *Feminism Unmodified*, 上注 1, chaps. 11 and 15.

[62] 相关的引述包括 Joan Nestle, in *Powers of Desire: The Politics of Sexuality*, ed. Ann Snitow, Christine Stansell, and Sharon Thompson (New York: Monthly Review Press, 1983), 468-70; 以及 Suzanne Rhodenbaugh in *Michigan Quarterly Review* 30 (1991): 415-22. 内斯特的文章是对麦金农论点的一个批判,但她直接针对的是麦金农的长期盟友安德里亚·德沃金,而不是麦金农本人。

学术界可能将这些作者轻蔑地称为“叫嚣者”，将他们的著作轻视为不相干的自传；符合学术传统的批评可以因其“细致入微”的做法而受到赞誉。^[63] 但是这些自传作家与学者提出的批评如出一辙。尽管语气与行文截然不同，但是内容相差无几。

59 这些批评——无论一般性的还是个人化的；学术的还是自传性的；全神贯注的还是超然洒脱的——都认为麦金农为了迎合理论扭曲了现实。理查德·波斯纳 (Richard Posner) 谴责她将“美国描述成一个男性狼狽为奸去强暴女性，并使女性恐慌的阴谋圈”。^[64] 纳丁·史卓森 (Nadine Strossen) 谴责她，否认了女性的“性交自主性”，并加剧了“以受害为中心的女性观”。^[65] 卡洛尔·斯玛特 (Carol Smart) 认为她论述的“男性权力至高无上”，旨在表明女性“除了男性强权允许的部分外，没有任何自主意识”。^[66] 杜希拉·康奈尔写道，“女性的性快感 (jouissance)，以及带来的破坏力，都被否定掉了。”^[67] 一些女性主义批评者认为，麦金农的理论有种族与(或)异性恋偏见。安吉拉·哈瑞斯指控她忽略了种族问题对女性本人的影响。^[68] 帕翠西娅·该隐 (Patricia Cain) 与温蒂·布朗指控她忽略或者曲解了女同性恋的性生活。^[69]

所有这些批评都是错误的。女性不需要相信她们身处强奸犯与恐怖分子的共谋圈内，才能看清她们易受男性暴力的蹂躏。比如，我不用假定

[63] 这些短语摘自对我数年来的研究所作的一些匿名评论。我虽然不知道有多少位读者对上注 62 中引用的文章作过此类的评论，但是这些评论又卷土重来了。

[64] Fred Strebeigh, "Defining Law on the Feminist Frontier," *New York Times Magazine*, 6 October 1991, 30.

[65] *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Right* (New York: Anchor Books, 1995), 111, 117.

[66] *Feminism and the Power of Law* (New York: Routledge, 1989), 77.

[67] *Beyond Accommodation*, 上注 17, 139. Jouissance 这个词是拉康哲学中的一个术语，既包含性快感的意思，也指与另一半的联合。参见 Jacques Lacan, *Feminine Sexuality: Jacques Lacan and the Ecole Freudienne* (New York: W. W. Norton, 1982).

[68] "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory," *Stanford Law Review* 42 (February 1990): 604.

[69] "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories," in *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, ed. Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy (Boulder, Colo.: Westview Press, 1991), 263-80, 266. 另参见 Wendy Brown, "Consciousness Razing," *The Nation*, 8/15 January 1990, 61-64.

每个男人都是潜在的强奸犯;但是为了我自身的安全,我必须假定任何男人都有这种可能性。我不用假定我教的每个班级,我的每位听众,我参加的每次会议,都有强奸犯、暴力分子,或者不履行子女抚养义务的违法者;但是我清楚他们有可能是。暴力的危险并非随处可见,但也不能假设它们不存在。

麦金农既没有明说,也没有暗示所有异性间的性交都是强奸。主张很难将强奸与性交截然分开,并不是主张它们是一回事,难道我很难辨认双胞胎,就把双胞胎视为同一人么?道理是一样的。麦金农并不否认女性可以想要与男性或女性做爱。然而她忽视性快感却是一个错误,因为性快感支持着她的理论。“性对于女性主义,就如同劳动对于马克思主义:那是最应该属于一个人本身的,却被最为严重地剥夺了。”^[70]先有了女性制衣业,然后有了三角女衫公司;先有了性快感,然后有了《深喉》。男性通过将女性性交据为己有,而“夺走”了女性所应享有的,女性的性爱能力就属于其中的一部分。

这种男性据为己有并不是绝对的。一些女性自由地学习如何给自己带来性愉悦,并引导他们的伴侣学会享受性快感。但这种自由并不允许女性自主选择性交的时间、地点、方式与对象。麦金农对性快感的认可,让愤怒的批评者更加难以推断她否认、轻视、忽略甚至贬抑她们的经验。然而她认为女性处在屈从地位,不在于个人的性行为,而在于分派的性任务。她建构的是关于女性情境的国家理论,而不是性理论。

用来抨击麦金农主题的个人论述,不仅没有反驳她的观点,还可能支持了她的观点。琼·内斯特(Joan Nestle)这样描述她的母亲瑞吉娜:“一位喜欢做爱的职业女性,她确信当自己高兴时就有权让男性生殖器进入自己身体,然而她虽强烈地渴望爱情但也知道真爱难寻。”如果内斯特的母亲仅在高兴时与人做爱,或只要她想做便都能如愿以偿,或每次做爱都能尽情享受,或每次都可以不冒受伤的风险自由地做爱,那么内斯特的批评就更强有力。瑞吉娜确实主动寻求性伴侣。她也不止一次地受到了

60

[70] *Feminist Theory*, 上注3,3.

强奸、殴打,为她的主动行动付出了代价。她因在性生活上扮演主体而不是客体,而受到惩罚。但是内斯特在颂扬她母亲性欲旺盛时,却没有关注到她母亲这样行为时所遭受的男性暴力。^[71]

1985年,玛丽·杜兰普(Mary Dunlap)在与麦金农参加同一场会议时,提出了相类似的异议。杜兰普声明,“我不从属于任何男人!凯蒂·麦金农(Kitty MacKinnon)*曾向我提及,任何女性都从属于男性。因此我作为例外站出来,并邀请所有的女性都作为例外站出来。”^[72]身为律师、教授与女同性恋的杜兰普,与多数女性的生活情境不同,因此她这种自我描述是正确的。但是这能否断定她从未或将来也不会从属于任何人?从来没有一位男性以某种方式宰制过她?拒绝臣服没有让她付出任何代价?她不也曾是女儿、学生、工人、职场上的新手或与男人竞争和互相影响的女人么?即便杜兰普不臣服于男性,她也仍然像阿吉尼·瑞奇一样,“生活在父权阴影中”,而且“只能在父权体制许可的范围内享有特权或影响力”。^[73]

麦金农在她的《未被更改的女性主义》(*Feminism Unmodified*)一书的脚注中,对杜兰普作出了回应。“这样的论述将原本对结构性情境的批判,转变成对个人无法逃避之事的声明,将对压迫的控诉转变成消极与绝望的借口……而且只要女性可以战胜男性至上主义,她便可以骄傲地孑然独立于其他女性,并否定掉她生活中的其他部分。”^[74]但是麦金农并不想轻视这些个人批判;她反复强调理论必须源于实践经验。

苏珊娜·罗登堡(Suzanne Rhodenbaugh),《凯瑟琳·麦金农,我可以说话么?》的作者,写道,“她似乎想说,女性的多数性生活史都是被强迫、被剥削、被侵犯的。”罗登堡认为,“这不是我的性经验……我渴望性,也追求性。”然而她自己的经历,包括“曾被强奸、被丈夫虐待以及违背意

[71] “My Mother,”上注62,470.

* 凯蒂(Kitty),杜兰普在这里对凯瑟琳(Catharine)的昵称。——译者注

[72] “Feminist Discourse,”上注18,75(着重号为原文所有).

[73] *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (New York: W. W. Norton, 1976), 41.

[74] 上注1, 306 n. 6.

愿地怀孕”,却符合了《未被更改的女性主义》一书中的观点。罗登堡对一边要面对暴力阴影,一边还能保留性尊严,并不感到骄傲。面对性经历带来的阴影,她非常坦率:“被强奸后,我内心一直深藏着恐惧。”然而在这段内心告白后,她却有一段令人疑惑的陈述,“我从不相信,那些经历会是我性生活史的一部分。”^[75]对罗登堡来说,麦金农是“让女性臣服的另一种声音,这种声音认为女性不过是任人摆布的玩物。这感觉像……新的不公平。假如曾发生在我肉体上的一切,以及我被迫遭受而非主动寻求的性注意,都属于我的性生活史,甚至这些竟能成为我性生活史的特征,那么就一个可以性交的生物而言,我只不过是一名受害者罢了”。^[76]

61

为何这些批判都如此个人化?又为何这些批判吸引众多女性?杜兰普与罗登堡认为,过分强调女性受害,将使女性成为仅有的不变的受害者:像麦金农这样的理论家通过忽略女性自主性及自主权,来贬低女性。在抨击麦金农时,杜兰普赞誉了自己。然而这些有事实支撑的赞誉并不能使个人自传成为法学理论。杜兰普在文中提及,“我不是附属品。”这意味着,“如果你是附属品,一定是你有问题,而不是其他人或其他原因。”由于每个人都过分专注于自我分析,因此这些结构性分析是站不住脚的。女性通过与其他女性进行比较来定义自己。适用于性,这些论述是非常有效的消音器,因为五十年来的大众性科学针对女性性欲作了许多说明。这些个人陈述加之专业知识,会使那些自认为性快感与性交情境毫不相关的女性沉默。

苏珊娜·罗登堡对“受害者”一词的反感,引发了相当的共鸣。她并不主张对自己所受的伤害负责,即使此时此地强奸受害者通常被要求要有责任感。^[77]她暗示,无论在特定情境或一般情形下,与其做一名受害者,

[75] “May I Speak?” 上注 62, 422, 420(着重号为原文所有)。

[76] Ibid., 422(着重号为原文所有)。Camille Paglia 的评论不是自传性的,也没有重点针对麦金农,不过,她的论点与这些论述非常相似。参见 *Sex, Art, and American Culture* (New York: Vintage Books, 1992)。

[77] 参见如 Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape* (New York: Simon and Schuster, 1975)。我的认知都是间接经验;我从未被强奸。然而,我曾经历过强奸未遂和若干次抢劫。在发生这样的事时,我稍微感到自己有责任,并意识到是公共政策让我承担一定的责任。

还不如做一名自发行动者。罗登堡的观点在此相当正确,但是有关麦金农的观点却相反。法律确实努力去塑造与诠释女性生活,因此“受害者”比“行动者”标签更容易附着在女性身上。法律惩罚伤害或杀害施虐者的暴力女性,更证明了上述观点。自卫权的法律规定,屈从于对恼火的事进行暴力性反击的男性,却不屈从于对持续暴力进行反击的女性。同时,法律的行为能力下降扩大了范围,包括“习得性无助”的“受虐妇女综合症”。〔78〕房主射死非法入侵者是自卫,杀人的受虐女性却要患综合症。许多女性主义者对建立在女性消极被动基础上的法学理论感到不满。

但是“受害者”一词并非总是带有贬义。这个术语一直被授权给像演员特丽莎·索尔达娜(Theresa Saldana)一样的积极分子,她在经历几乎致命一刺后幸免于难,并成功地将袭击她的人送进了监狱,然后建立了受害者互助协会(Victims for Victims)。“受害者权利”掀起了一场影响力愈加广泛的社会运动。当施暴者不是陌生人时,事情为何如此不同?

依据罗登堡的自述,她既是受害者,也是行动者。采用任何的合理定义,她的历史都包括她所做过的与她所遭受的。但是她强调只有她的主动行为才能代表她的特征。她说,是的,我被强奸了,而且强奸也永远地改变了我,但是强奸不是我历史的一部分:只有我们所做的才算数,被迫所为不算数。描述她的经验就是描述她本人。她似乎混淆了历史与个性,将情境理论假定为特征理论。

这种熟悉的混淆有助于解释,为何批评者常常指控麦金农将女同性恋与有色人种排除在外。她被再次误解为她在描述女性的本质,而不是女性的情境。这种误解非常遗憾地发生在安吉拉·哈瑞斯的文章中。如

〔78〕 参见 Lenore Walker, *The Battered Woman Syndrome* (New York: Springer, 1984). 在后期的一本书中, Walker 认为,“受害者”标签,事实上,与授权给任意性犯罪的受害者一样,也可以用同样方式授权给受到殴打的女性。 *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds* (New York: Harper Perennial, 1989). 习得性无助与授权同时发生在一个女人身上,这不太可能,但是不同的女性对虐待的反抗方式可能不同。不过,如果有可能,“受虐妇女综合症”自卫是发挥作用的一种方式。参见 Donald Alexander Downs, *More Than Victims: Battered Women, the Syndrome Society, and the Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1996); Adelaide H. Villmoare, “Women, Differences, and Rights as Practices: An Interpretive Essay and a Proposal,” *Law and Society Review* 25 (1991): 385-410. 就自卫而言,参见第二章,注 22。

果哈瑞斯能更好地领会麦金农的论述,她可能会注意到,在新近发生的一件臭名昭著的事件中被大肆渲染的种族差异,可能被麦金农忽视了。1995年10月,足球明星辛普森(O. J. Simpson)被指控谋杀前妻,一个包括几名黑人女性在内的陪审团宣判辛普森无罪,陪审团的判决让许多白人女性主义者感到震惊且不知所措。令人费解的是,陪审团何以如此轻视DNA证据与辛普森虐待妻子的历史记录。陪审团的判决认为黑人女性也许对公共权力与私生活中的暴力感到同样恐惧。^[79]就此而言,女同性恋也深有同感。批判者混淆了特征理论与情境理论,不仅使麦金农遭受了不公平的批判,也保护麦金农免受合理的批判。麦金农没有洞穿,特征与情境是两种不同的解释方法,这使得对她的误解持续下去。

麦金农也许正确地表达了观点,但是这种表达方式没有让读者正确地领悟。她的抨击者将“女人遭受了什么”这一问题,转变为“女人像什么”。如果我们将情境理论转变为特征理论,我们在探讨女人遭受了什么时就无法避免轻视女性。别人伤害你的事实如何能使你遭受轻视?如果我们不去探讨女性的遭遇,我们就遗漏了很大一部分现实。我们难以理解做这些事情的人,也难以理解允许人们做事并引导人们如何做的社会。情境法学的批判陷入了与特征法学同样的陷阱:在使女性注意力都集中在她们自己身上时,便使男性与体制幸免于难。虽然特征法学企图将女性困在性别角色期望中,对情境法学的重要批判也阻碍了性别角色分工的转变。特征理论创造了责任与义务伦理;而情境理论则被视为对女性的侮辱。

情境与在情境中的人

自由主义颂扬自愿与选择。

——约翰·A. 罗伯逊(John A. Robertson)

63

[79] 贝尔·胡克斯(Bell Hooks)认为,黑人女性也可能倾向于将黑人男性视为“战友”而非敌人。*Feminist Theory: From Margin to Center* (Boston: South End Press, 1984), chap. 5. 而陪审员对白人尼科尔·布朗·辛普森(Nicole Brown Simpson)的印象可能正好相反。

公共舆论流行将女性情境与女性个体混为一谈。比如,任何对于传统女性职业的否定评论,措辞必须相当谨慎,以免被误解为是在轻视从事这些工作的女性。这种困难不仅限于女性所处的情境。比如,假如你反对1991年的海湾战争,事实上别人就不可能不质疑你对前线军队的支持——或者无论现在与过去,假如你谴责越南战争,你就不可能不被指控为轻视军队。^[80] 1960年代的一幅经典漫画是另一个混淆的例子,漫画里一位衣衫褴褛的老妇担忧,“向贫穷宣战”是否就意味着“他们要把我枪杀”。多数残疾的社会运动人士,针对类似杰瑞·刘易斯每年肌肉萎缩症节目的慈善事业的抨击,也出现类似的混淆。那些为预防、治疗或减轻残疾症状而忙于募捐的人,不管正确与否,却被指控为玷污了残疾人的形象。

为何我们将这些行为等同于行为人,情境等同于处在情境中的人?我承认,根植于传统理论的两个前提共同造成了这种混淆:个人责任与自由意志。人们应对发生在自己身上的事情负责,个人责任的观点与这个观点很难区分(两者相似但却不同)。针对麦金农的反问——“当一位妇女张开腿照相时,人们会假定这是她自由意志的表现”,其原因何在?——回答很容易:“因为这是我们对成年人行为的一般性假设。”^[81] 这种假设与假设我们能自由支配自己行为的结果很难区分。

责任前提有若干不同含义。最简单、最清楚的流行说法是人们主动给自己找麻烦。许多当代的普遍观点都将类似于贫困、家庭暴力与疾病等问题归咎于身受其苦的人们的自身行为。琳达·马乔诺(Linda Marchiano)*被绑架、强奸、殴打、拘禁、迷惑并强迫拍摄色情影片,那位建议她“检讨自己为何给自己招揽诸多不幸”的女性代表了许多其他女性的意见,包括一些女性主义者。^[82] 1993年,一位曾做过妓女的女性主义

[80] 这并不是拒绝承认,多数反对这些战争的人轻视军队并且将这样的轻视表达了出来。事实上这种混淆加固了我的观点,而非反驳了我的观点。

[81] Strebeigh, “Defining Law,” 上注 64, 53.

* 琳达·马乔诺(Linda Marchiano), 又名琳达·拉弗蕾丝(Linda Lovelace), 是电影《深喉》的女主角。——译者注

[82] MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 上注 1, 13. 参见如 Tamar Lewin, “Feminists Wonder If It Was Progress to Become ‘Victims,’” *New York Times*, sect. 4, 10 May 1992.

运动人士退出了在明尼苏达大学法学院举办的圆桌会议,因为她认为学者界的出席者忽视了她被迫害的事实。学者们宁愿相信她是主动选择去卖淫的。^[83]

这种有关自主性的假设,可以退化成为一种不可思议的想法。人们的思想不再纯洁质朴(*tabula rasa*),而是充满污浊地(*tabula plena*)描述与自主行动相关的每种心理体验。比如,安·兰德斯(*Ann Landers*)公开了一封信,写信者重点讲述了她与丈夫求职的艰苦历程:“[中产阶级]已成为有工作的穷人。有一两个学位的人根本找不到足以养家糊口的工作。”尽管数据证据与专家观点都支持这个论断,兰德斯却建议写信者:“你的消极态度可能与你所经历的不幸有关。”^[84]

64

诸如此类的论点是有关因果的经验之谈(无论正确与否)。一个人可能对某些事情负责:当且仅当“一个人的行为与结果之间有因果联系时;或者假如不作为是一个人可能承担责任的基础,这也仅限于当这个人实施某些行为时,结果一定不同的情形”。“如果当初你不去参加大学生联谊会,事情也就不会发生了”,这是满足“最低条件”原则,而用来追究责任的常见例子。^[85]“最低条件”原则普遍适用于,但并不全部适用于其他情形。比如,尽管不吸烟者也能患肺癌,但是肺癌与吸烟有关是个既定的事实。可能永远也无法证实乳房硅胶植入与重大疾病之间有关联;但是在指控制造商的案例中,却断定如果原告没有选择这个可有可无的手术,也不会生病。

但是这些因果联系无法解释社会归咎责任的所有方式。吸食尼古丁的人,从政府身上获取的警告信息,远远多于从经销名牌香烟的公司身上获取的。一位书评家宁可质疑,为何“像寇丽·史瓦森(*Colleen Swanson*)这样迷人、娇小、胸罩尺寸为32-B的女人们,对自己深感不满,愿意通过任何方式来实现难以达到的理想状态”,而不去质疑,为何像道康宁

[83] Mary Louise Fellows and Sherene Razack, "Seeking Relations: Law and Feminism Roundtables," *Signs* 19 (Summer 1994): 1058-61.

[84] *Washington Post*, 24 October 1995.

[85] Lloyd Weinreb, *Oedipus at Fenway Park: What Rights Are and Why There Are Any* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994), 74.

(Dow Corning)这样的公司会去经销未经充分检测但史瓦森却能接受的乳房植入物。^[86] 我们可以用资本主义来解释这些扭曲的责任归属问题；毕竟，谁会质疑追求利益的动机呢？但是这些责任归属并不仅限于市场活动，如前述的“大学联谊会”例子显示的，普通心理学迷恋的是“为何众多女性去‘选择’有虐待倾向的男性？而不迷恋为何存在这么多有虐待倾向的男性让女性去选择？”^[87]

65 一些常见的主张人们应对自己的情境负责的观点，经不起任何的实践检验。癌症与愤怒、压力、性抑郁或消极态度之间的联系从未被证实过；然而他们却仍是普通心理学的主题。责任观点明显不适用于前述的几种情形；儿童的贫困不是自己造成的，许多越南老兵是被迫入伍的，杰瑞·刘易斯的批判者患肌肉萎缩症并不是自己造成的。^[88] 为何在强有力的相反证据下，这些论点仍具有吸引力？解决社会问题的“归咎受害者”原则是一个非常有效的保守方法。当个人必须对自己的情境负责时，反对能减少贫困、疾病与虐待的改革就更加容易了。这种信念既可以为心理需求服务，也可以为政治决策服务。一位身患慢性残疾的女性主义哲学家推测，那些认为她的疾病是她自己造成的人，“都试图确信，任何重要的事情都在我们自己的掌控之中”。^[89]

然而为了混淆个人与情境，我们无需走向极端，去否认有些男人被迫为越南战争服役，或去主张人们的残疾都是自己造成的。个人责任的前提并不总是关于因果关系的断言。它至少还有其他两层重要含义。它是一种关于何人应做何种工作的分工。第一章已论述过，自保被视为每个成年人应负的责任。日常用语提示我们，应该用这种责任去解决自身的残疾（“生理上的挑战”）、遭遇的迫害（“为何她不离远点？”）、疾病、贫困

[86] Robin Marantz Henig, review of John A. Byrne, *Informed Consent*, *New York Times Book Review*, 15 October 1995.

[87] Faludi, *Backlash*, 上注 18, 349.

[88] 参见如 William Ryan, *Blaming the Victim*, revised, updated edition (New York: Vintage Books, 1976). 就女性主义对过分强调归咎个人责任的批判而言，参见 Faludi, *Backlash*, 上注 18, 第 12 章。

[89] Susan Wendell, "Toward a Feminist Theory of Disability," in *Gender Basics: Feminist Perspectives on Women and Men*, ed. Anne Minas (Belmont, Calif.: Wadsworth, 1993), 54.

等问题。

个人责任与女性主义法学家所质疑的个人权利一样,对自由理论同等重要。布鲁斯·阿克曼(Bruce Ackerman)的著作,《社会正义和自由国度》(*Social Justice and the Liberal State*),在导语中对成年人说道:

只要我们活着,就要为权力而奋斗。每个人必须掌控自己的身体与周围的世界。无论这些人的索求是如何地少,在这个资源稀缺的世界中,这些索求仍有无法被满足的危险。一有机会,任何人,在任何地方,就会抢夺维持生命的食物或拼个你死我活。当别人孤注一掷地争夺自己的权益时,没有人能保持纹丝不动。在这种情况下,自制不会获取任何好处。这种我跃跃欲试的权力争夺,只有死亡才能豁免。^[90]

罗宾·韦斯特将这段描述视为“自由主义法律学者在讲述一种现象”。^[91] 为了诠释这段叙述,她在一个段落中不少于三次的使用了“自主性”一词。韦斯特没有曲解阿克曼。但是作者与评论家都没有提及,个人自主以个人责任与个人权利为前提。个人权利是重要的参考因素,个人责任则是假定的前提。我们必须声明保护自己是我们的权利;但保护自己是我们的责任,这个根本观点却无需任何人声明。我们可以质疑,是什么让生活如此残酷?为何资源如此稀缺?是“什么人”孤注一掷地去争取权益?但是传统理论却没有提出这些问题。

在《不同的声音》一书中,有关亨兹处于两难境地的故事,正说明了此观点。尽管对杜撰的亨兹与真实的杰克、艾米有长篇大论的分析,但是相关的重要问题仍然没有被提及。^[92] 为何在案例中要质问亨兹应该做什么,而不是药店老板应该做什么?为何道德发展的研究关注叛逆行为,而非慈善事业?为何资本主义理所当然,而法治主义被质疑?处于两难境

66

[90] (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980) 1.

[91] “Jurisprudence and Gender,” 上注 3, 9.

[92] 一个有关性别歧视的没有被提及的问题是:这三个人中有两个主动男人,一个被动女人。这一点似乎太浅显了,以至于没有必要提及;然而事实上,与多数明显的问题不同,这个问题确实被忽略了。

地与承担责任的是亨兹,而非药店老板。案例中将药店老板的行为视为理所应当。个人应对保护自己负责,无需对帮助别人负责。当然,“个人”仅指“男人”。女人对自己和他人都要负责。

以个人责任为前提的第三层意思,是一种与因果归责恰好相反的视角。第三层意思认为,情境不属于造成它的人或事,而属于经历过它的人。如果一个女人遭受虐待,一个男人身陷战场,一个家庭陷入贫困,那么这些人才是真正拥有情境的人。从因果关系来看,一个女人受到殴打可能不是她的错,但是从女性的不幸情境来看,却是她的错:虐待属于这个女人,不属于施虐者或虐待发生的社会。“受到殴打的女人”这个术语本身就包含了这个前提;社会从受害者的角度,而不是以暴力丈夫与爱人的角度,来认定这个问题。书评者认为研究破碎家庭的“重心”在于:为何一些儿童早期受到严重精神创伤却能茁壮成长?——因此研究更看重个人,而非社会体系,更看重受害者,而非侵略者。^[93] 这种将情境与处于情境中的人混为一谈,对责任的社会归咎方式,很容易使我们在解读来自麦金农的、与下列相似的论述时,会认为这是一种对女性的负面评价:

长期以来,女性遭受着经济剥削,被贬为家庭的奴隶,被迫承担母亲职责,性行为被对象化,身体上遭受着虐待,被当作低级的享乐工具,被剥夺了发言权以及真实文化,失去了公民权,被排除在公共生活之外。与男人相比,女人系统性地被迫处于缺乏人身安全的环境中;被指定为性侮辱及性暴力的对象;失去了人格并遭受贬抑;被剥夺了尊严、信任及资源;被迫哑口无言——被拒绝在公共场合露面、发表言论以及陈述她们的利益。^[94]

麦金农在此所作的论述都是正确的。甚至也没有夸夸其谈。但是这些对男性宰制的描述,似乎被解读为对女性特征的描述。这些个人责任的未经推敲的前提,蒙蔽了一个事实,麦金农描述的不是女性,而是女性的社会地位。

[93] Sandra Blakeslee, review of Maggie Scarf, *Intimate Worlds: Life Inside the Family*, *New York Times Book Review*, 26 November 1995.

[94] *Feminist Theory*, 上注 3, 160.

为何我们的文化关注遭受苦难的人,而非在别人身上施加苦难的人?为何在解释强奸、家庭暴力与其他所有发生在人身上的痛苦都提及了情境,而没有提及原因?因为社会对弱者的谴责要超过对侵略者的谴责。威廉·加尔斯顿(William Galston)称“原动力、干劲、决心”为自由经济价值中“熟悉的祷文”,而暴力施加者便是这种价值的极端翻版。^[95] 迈克·泰森(Mike Tyson)成为拳王的侵略性,与使他成为强奸犯的侵略性异曲同工——尤其当媒体为了给迈克·泰森虐待妻子作辩解,竟然谴责罗宾·格温斯(Robin Givens)应对婚姻失败负责时,两种侵略性更难区分。18岁的德西蕾·华盛顿(Desiree Washington)因鲁莽地闯进泰森的宾馆房间而遭受的谴责,竟然与公众对泰森暴力行为的谴责一样多,这难道不令人诧异么?(在专业会议上,宾馆房间是仅有的确保隐私的地方;如果能确保安全,那岂不是更好么?)正如加尔斯顿主张的,自由社会以侵略为基础。侵略的一种载体就是利用他人的天真、莽撞、无知与轻信等弱点进行剥削。尽管弱点同侵略一样,对自由经济都很重要——如果巴纳穆(P. T. Barnum)是正确的,那么每5个傻瓜中,至少有1名上当受骗者——即便受害者无任何错误可以挑剔,弱点也比较容易受到谴责。

67

女人与男人,权利与责任:不均衡的思考

与被吉利根所质疑的道德发展模式一样,女性主义情境法学家所反对的嵌入理论既包括(明示的)个人权利分配,也包括(隐含的)个人责任分配。这两个理论要素从不同角度对女性生活产生影响。女性是否享有自由是个疑问,而女性应负责任却是个不争的事实。

特征法学家与情境法学家谴责权利理论对女性充满敌意,而权利理论从未完全适用于女性。我们曾碰到过这样的女性主义论点,认为传统权利理论将女性排除在权利享有群体之外。无论人们是否接受这种论点,即便是对自由主义理论一知半解的人,都清楚这种理论包含一个未决

[95] *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 223.

的“女性问题”。^[96] 自由主义从未确定它的权利能否适用于女性。通常使用“男人”这个再普遍不过的词,可以掩饰这个问题。如果约翰·斯图亚特·密尔的同代人一致认为自由主义应包括女性的话,他就不会写书来辩论了。^[97]

68 责任又如何呢? 这个世界或许不像布鲁斯·阿克曼描绘的那样荒凉而危险,但是布鲁斯·阿克曼有一点是正确的:女人与男人都需要保护自己。他们的区别在于社会允许保护自己的方式不同。爱米丽必须照顾父母的感受,亨兹必须在遵纪守法与他妻子的生命之间作出选择,药店老板不需要无偿给患者提供药品——道德标准抛弃了这些社会角色。男人是自由的,女人可能是自由的,而男人与女人都需要承担责任。这种不均衡不仅发生在女人身上,而且至少也发生在另一群体——儿童身上。18岁以下的人没有选举权;21岁以下的人不能饮酒;未成年人的宪法权利被打折了——但是如果他们有经济收入,还要纳税。^[98] 权力能决定是否赋予和限制权利以及责任。

女性主义者没能看清传统法学,意味着责任要素毫无疑问地被女性主义者所接受了,并深深根植于她们的思想中。毫无疑问,女性主义法学孤注一掷地关注女性问题,因此所产生的理论仅限于女性。毫无疑问,特征理论的关怀伦理堕落成为责任伦理。毫无疑问,那些探讨女性遭遇的女性主义理论家,经常被指控玷污了女性。这种对个人责任的过度关注,使得孤注一掷地研究女性的法学理论深陷于“我们是有区别的(不,我们不是;是,我们是)”与“我不是附属品(你哪里出问题了?)”这样的泥潭中。

女性主义法学面临着三个重要任务。首先,它必须与传统理论、女性主义批判分道扬镳:假定权利与质疑责任。其次,它必须完善研究,努力

[96] 参见上述注释4中引用的著作,以及 Fox-Genovese, *Feminism Without Illusions*, 上注45, 第7章。

[97] 参见 *The Subjection of Women* (1869)。

[98] 有关未成年人权利的论述,参见 Judith A. Baer, *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1983), 162-89。

将情境与经历过这些情境的人分开,从而我们在谈论女性遭受的迫害时,不给女性贴上受害者的标签。最后,它必须越过女性,开始审视男人与社会体制。

我不是建议,女性主义法学应该摒弃对女性的研究。女性主义学者如果不坚持从女性生活中归纳理论,法律仍旧会以男人的思维来解释情境。我们将不会有性骚扰法;1960年代我们的强奸法就会被搁浅了,当时的普遍看法是,婚内不成立强奸罪,而且成立强奸的基本条件是要有反抗暴力的确切证据;遭受殴打的女性也就不存在自卫了——这只是冰山一角。但是女性主义理论对女性的过分关注,限制了我们对女性处境的理解,因为女性的社会地位,既不是女性创造的,也不是女性维持的。

一种新的声音:女权主义法学的前景

如果女性主义心理学多研究女性对他人的期望,少研究女性对自身的感受,会如何呢?如果女性主义伦理学研究权力,与研究逆来顺受至少一样多,会如何呢?如果构建一种女性主义法学,去研究法律如何构造并确保一种让女性易受伤害并承担责任的社会秩序,会如何呢?要实现这些,必须改变女性主义理论对女性的过分关注。

必须改变重点的一个具体做法是,将谈论关怀价值,与讨论女性与关怀之间的联系,区分开来。另一种做法是,不要再假定女性必须在接受或拒绝男性伦理之间作出选择,而要支持女性自主决定何时提供关怀以及何时主张正义。第三种积极的转变方式为,用主动语气去探讨女性经历,避免在解决女性从属地位时被刻上被动的印记。假如苏珊娜·罗登堡讲述,“一个男人强奸我;一个男人殴打我;一个男人没有采取避孕措施就与我发生性关系。”这些字眼在传达事实的同时,就不会被贴上受害者的标签。如果谈论受害者令我们不安,那么就谈论施暴者吧:不是“女人被强奸了”,而是“男人强奸女人”。这种从被动到主动语气的转变,可以把重点放在恰当的位置:放在主体,而非客体上。

以这种方式描述存在一个明显的问题,就是会被指控为“攻击男性”。

我们在阅读直述句子时,很难避免在脑海里插入一些修饰性词语:并不常加入“只有男人强奸女人”——在“强奸”这个词的传统意义上这句话是正确的——而是常加入“所有的”、“大部分的”、“某些时候”等等这类的词语。女性主义者会修饰一下这样的语句——“当然了,并不是所有男人都强奸……”,等等——但一经修饰就削弱了这些语句的语气。一种常发生的语法混淆是,“并不是所有男人都强奸”可能转变为“所有男人都强奸”,事实上这两个句子的含义并不相同。第二个语句意指“没有男人强奸女人”,这种论断,以及与其含义相反的论断,都是错误的。被动语气更保险、更容易,或许是因为被动语气回避了这些问题。^[99] 但是用被动语气来描述却被指控为攻击女性。它将焦点集中在女性自身上,远离了女性受到的遭遇。试图使男人侵犯女人的问题得到重视——让人们仔细地聆听——这番努力受到了一个双重束缚的打击:当讨论男人的行为时被理解为敌视男人;当讨论女人的遭遇时被理解为自我怜悯。如果说出事实与被人理解的代价,是被指控为具有反对男性的偏见,女性主义学者就必须愿意付出这种代价。

对一些(大多数? 许多? 少数?)男人来说,“男人‘怎么了’女人”这样平铺直叙的语句并不正确。但这些语句中潜伏的危机并不是夸大其词,而是过于简化。女性主义学者必须用率直的语句来描述,但是女性主义学术却不能停留在这样的水平上。她们不会回答以下问题:为何男人对女人实施暴力后仍能逍遥法外? 为何男人不采取避孕措施? 为何女人必须违背意愿生养孩子? 或者男人从哪里学来了这些行为? 回答这类问题需要求助于“文化”、“社会”、“体制”与“法律”这样的抽象概念,还要探索这些概念如何与男人结合,共同来压迫女人。一个重新定位与重塑重点的女性主义法学,可以逃脱对传统理论进行批判的女性主义所设定的陷阱。

70 是什么使法律的性别成了男性? 我在此所分析的两类型的女性主义法学,有助于澄清法律中男性主导的偏见。情境法学比特征法学更完

[99] 参见 Marilyn French, *The War Against Women* (New York, Summit Books, 1992), part IV.

善、更有效、更准确。但是两种理论都没有充分认识到,法律的男性偏见根植于男人将生活区分为公共领域与私人领域、正义与关怀、主体与客体、权利与责任;同时也根植于男人指定了女人的专属领域与责任。情境法学察觉到了这种二元论的性别歧视根源,但是却遗漏了传统理论对权力与责任所作的区分;结果,情境法学被曲解了。要理解法律的这些内容,女性主义理论必须超越“我们像什么?”,将注意力转移到“谁对我们做了这些,为什么这样做?”只有我们同样关注男人、情境与国家时,才能了解什么使法律的性别成为男性。女人,并不是女性们唯一适当的研究对象。

第四章 法律如何是男性的？

性别化方法与女性主义回应

71 英美法——如同它的原始语言拉丁文一样——长期以来，“除极少数可以忽略的例外，都是男人在长篇大论”〔1〕男人制定宪法，颁布执行宪法的法令，为挑战法律的案例辩护，书写案件的处理意见，如果案件的判决意见违反了以男人制定的宪法为依据的法令，便要对这些判决意见进行批判。法律的“神圣合唱”不仅包括“上流社会”的粗声大气，也有底层人微弱的呻吟。〔2〕

我们不能再无视上述普遍现象的例外情形。这些例外中包含了国家近乎一半的法律专业学生，十分之一的国会议员，以及越来越多的法学家与法官，甚至还有两位最高法院的法官。然而，伊芙琳·福克斯·凯勒(Evelyn Fox Keller)对医学研究的观察同样适用于法律：“女人，或任何前述意义的局外人，逐渐适应了她们渴望融入的那个世界的重心与价值。”〔3〕从事法律和法学工作的女性也是在男性传统范围内。法律一直是男性活动。只不过现在是一种男

〔1〕 Walter Ong, “Review of Brian Vickers’ *Classical Rhetoric in English Poetry*,” *College English* 33 (February 1972): 615.

〔2〕 E. E. Schattschneider, *The Semisovereign People* (New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1960), 35.

〔3〕 “Feminism and Science,” in *Sex and Scientific Inquiry*, ed. Sandra Harding and Jean F. O’Barr (Chicago: University of Chicago Press, 1987), 234.

人与女人都参与的男性活动。

女性主义法学的核心是认为法律是男性的。针对什么使法律成为男性的这个问题,前面的章节已分析过不同的答案。但女性主义法学并不仅限于空论。我们是如何认为的以及我们认为的是什么,这两个方面同样意义重大;也即方法与内容一样重要。某些女性主义法学家认为,主要从男性思维方式、认知方式和生活方式中总结出的法律,其本质上对女性有害,这与意识形态无关。^{〔4〕} 这些学者不仅研究是什么使法律的性别成为男性,而且现在要研究法律如何、以何种方式成为男性的。

女性主义理论关于内容与方法的论述并没有明显的界限。性别化认识论概念偶尔会被省略为性别化意识形态概念。对认识论的批判掉进了对意识形态的批判同样的陷阱中:它声称要抵制传统理论,但对传统理论并未充分了解,因而受到传统理论的限制。在女性主义认识论中,与意识形态一样,由于无法证实的议题会处于永无休止的争论中,因此“差异之争”有挤占那些更有前景的研究主题的趋势。^{〔5〕} 前面的章节指出,由于女性主义法学家对所抨击的理论一知半解,从而误导了特征法学家不加鉴别地接受了传统的女性义务观点,并使情境法学家努力诠释其论点的计划破灭。本章将论述,类似的错误导致了将“男性”与“女性”的认知与

72

〔4〕 参见如 Katharine T. Bartlett, "Feminist Legal Methods," *Harvard Law Review* 103 (February 1990): 829-88; "Feminist Discourse, Moral Values, and the Law—A Conversation," *Buffalo Law Review* 34 (Fall 1985): 11-87; Lucinda Finley, "Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate," *Columbia Law Review* 86 (October 1986): 1118-82; Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), and *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989); Deborah L. Rhode, "Feminist Critical Theories," *Stanford Law Review* 42 (February 1990): 617-38; Ann M. Scales, "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay," *Yale Law Journal* 95 (June 1986): 1373-403; Elizabeth M. Schneider, "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement," *New York University Law Review* 61 (October 1986): 589-652; Suzanna Sherry, "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication," *Virginia Law Review* 72 (April 1986): 543-616; Robin West, "Jurisprudence and Gender," *University of Chicago Law Review* 55 (Winter 1988): 1-72.

〔5〕 参见 Leslie Friedman Goldstein, ed., *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate* (Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992).

思维模式相区分的观念,这种观念不仅对所处的环境缺乏感知,同时也难以反映人们的真实想法。

性别化的思维方式:传统认识论与女性主义批判

无论法律是什么,它都是思维的产物。法律运用被视为男性天赋的逻辑推理。一些激进的女性主义学者谴责将逻辑推理视为玛丽·达利(Mary Daly)所说的在父权体制下“轮奸思想与肉体”的工具。^[6] 尽管女性主义学者拒绝接受这种极端的立场,然而少数作者认为男女差别表现在思维方式上。法国的心理政治女性主义者认为,“男性性欲经济”的二元化与相对立之本质既表现在方法上,也体现于内容中。^[7] 伊芙琳·福克斯·凯勒在研究科学哲学时,在比较了诺贝尔奖获得者芭芭拉·麦克林托克(Barbara McClintock)与多数男性同事的研究方法后,总结出性别差异表现在逻辑推理上。虽然麦克林托克强调“让材料对你说话”,但根据培根哲学模式,麦克林托克的搭档却试图对材料“施加命令”。凯勒认为,女性科学家应尽力与自然合作,而不是去征服自然。^[8] 卡罗尔·吉利根强调结合,放弃分离,也包含一种熟悉的认识论成分。从类似上述研究中总结出的流行的女性主义观点——即将“抽象、演绎”的男性推理方式与“具体、情景化的女性推理方式”进行对比——已进入了法学研究中。^[9]

乔恩·威廉姆斯(Joan Williams)对比了女性主义标识为“男性”特质的“传统西方认识论”与以女性为中心的“新认识论”。前者是“一个长期积累的西方真理的大集合,其中一部分始于启蒙运动,其他部分可追溯

[6] *Beyond God the Father* (Boston: Beacon Press, 1973), p. 9. 另参见 Susan Griffin, *Woman and Nature: The Roaring Inside Her* (New York: Harper and Row, 1978).

[7] 参见第二章注释 31-35。

[8] “Feminism and Science,” 上注 3, 243. 另参见 *A Felling for the Organism: The Life and Work of Barbara McClintock* (San Francisco: W. H. Freeman, 1983), and *Reflections on Gender and Science* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1985); and Francis Bacon, *Novum Organum* (1620).

[9] Bartlett, “Feminist Legal Methods,” 上注 4, 832.

至柏拉图”。这些真理主张“理性大于感性”,并主张“通过对抽象概念的严密逻辑处理,可以得到绝对真理”。女性主义“新”认识论抵制这些观点,而主张“对情景会敏感,……相信感性与直觉是思考的工具”。^[10] 新旧认识论占据的相对位置,类似自由理论与任何既存的女性主义批判之间的关系:他们构造了一种定义宽泛、普遍接受的标准理论,而女性主义对这个标准理论进行回应。

尽管特征理论对女性主义认识论的贡献显而易见,但是情境理论也对女性主义认识论做出了重要的才智贡献。凯瑟琳·麦金农将意识觉醒视为女性主义的方法论。^[11] (意识觉醒小组是1960至1970年代,一种小型、非正式的女性讨论小组,这个小组中的女性在女性主义理论背景下分析她们的个人经历。)女性主义立场论,强调其研究方法来源于“性别等级化的社会中,女性情境的明显特征”。^[12] 这些明显特征包括,女性对社会学家称之为“微观领域”(the world of concrete particulars)的责任。^[13] 女性主义认识论没有进行类似特征法学与情境法学的分类。如果提及“特征认识论”与“情境认识论”,则会让问题进一步混淆,而不是进一步明确。无论是基于女性与男性的生殖器相连而不分离(阴性书写),还是基于女性与男性是被与自己相似的人,而非相异的人抚养成人(客体—关系理论),或是由于女性的社会等级比男性低(立足于认识论),许多女性主义学者都一致认为,女性与男性的思维方式不同。

抽象的分离,具体的连接:不同的思维

通过努力获取经验性证据,来支持性别差异表现在思维方式上的理论,这种做法颇为常见。卡罗尔·吉利根的著作《不同的声音》,认为性别差异表现在道德推理上。尽管吉利根的研究很少说服那些不支持她观点

[10] “Deconstructing Gender,” *Feminist Jurisprudence*, ed. Goldstein, 上注5, 44-45.

[11] *Feminist Theory*, 上注4, chap. 5.

[12] Sandra Harding, *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1991), 119.

[13] Dorothy Smith, *The Conceptual Practices of Power: A Feminist Sociology of Knowledge* (Boston: Northeastern University Press, 1990), 19.

的人^[14]，但后续学者的研究却以她的研究为基础。对女性特有的方法理论所作出的最清楚与最完整的论述，见于继吉利根的著作四年后问世的一本书。由心理学家玛丽·菲尔德·贝兰基(Mary Field Belenky)领导的高等教育改革基金(FIPSE)出台了妇女发展教育规划，对有关女性认知的问题形成了广受称赞、并被广泛收录的研究报告。^[15]

74 贝兰基与她的同事们，深度走访了六所高等学校与学院的女学生，以及三个社会服务机构的女客户。与吉利根的研究不同，这些被采访者的年龄、收入、阶级、地区、宗教与教育背景各不相同。建立在吉利根著作之上的《女性的认知方式》(*Women's Way of Knowing*)提出，认知领域中存在两种不同的认识倾向。分离的认知方式，是传统高等教育强调的方法论。它致力于研究评价标准与分析方法，它“导向客观规律”。很难想象有比这更好的对法律推理的描述方式。连接的认知方式，类似于伊芙琳·凯勒所描述的芭芭拉·麦克林托克的方法。“它导向……关系”，比如，读诗的人会问，“这首诗想对我传达什么样的意思呢？”研究的结论是，“我们认为连接的认知方式比分离的认知方式更容易让女人接受。”^[16]

贝兰基并没有构建关于性别差异的理论体系，因为她没有对男性进行对等的研究。即便是对男性有研究，一项单一的研究计划也不足以构建一套理论。贝兰基虽构建了关于认知的理论，但却被她令人质疑的二元论瓦解了；以规则为基础的解析式认知与以关系为基础的认知，在使认知者与被认知对象相连接的程度相同。这个结论被如此限定——多少是多？——让人难以接受或拒绝，甚至难以讨论或反驳。然而，高等教育改革基金由于提出了“新认识论”——一种被女性主义理论者高度评价的具体情景——从而做出了一定的贡献。

[14] 参见第三章，注18。

[15] Mary Field Belenky, Blythe McVicker Clinchy, Nancy Rule Goldberger, and Jill Mattuck Tarule, *Women's Ways of Knowing: The Development of Self, Voice, and Mind* (New York: Basic Books, 1986).

[16] *Ibid.*, 101, 229.

两种认识论

概括地说,女性主义学者认为,传统理论是一种推理式、二分式、对立式、阶级式、抽象式与归纳式分离认识论。与此相反,女性主义理论是一种直觉式/感性式、整体式、非侵略式、具体式与情景式连接认识论。女性主义对“旧”认识论的批判,说服力强、观点鲜明、一针见血。但是女性主义认识论本身主张的权利是错误的。它犯了它在“男性”认识论中所发现的同样错误。“新”认识论忽视了培育思维与认知方式的社会与政治背景。此外,至少在法学方法上,“男性”与“女性”的差异在实践中已被打破。

性别差异与性别化权力

法律历史的绝对男性化,致使倾向于主张法律推理对女性的认知方式不利。吉利根、凯勒与贝兰基对女性学者所作的研究可以见证这种强烈的情绪共鸣。借助于《不同的声音》一书,深刻领悟了“为何我在法学院会一定程度地感到不自在”的教授们并不少。凯瑟琳·麦金农发现,女律师“像贫民窟的孩子一样死气沉沉,而男人走出法学院时却生机勃勃”。近期对宾夕法尼亚大学的法学生所作的一项研究发现,“性别化的学术经验确实存在”。这项研究表明,“女性与男性在进入宾夕法尼亚大学法学院时水平相当。然而,从掌握的统计数据看,女性从法学院毕业时,很少有相当显著的专业成绩。”^[17]法学院课堂上实行的是苏格拉底式教学方法,其中教授对学生发言一概反驳,对多数女学生来说,这是一项

75

[17] 分别参见, Isabel Marcus, in “Feminist Discourse,” 上注4, 1; *Feminism Unmodified*, 上注4, 205; Lani Guinier et al., “Becoming Gentlemen: Women’s Experiences at One Ivy League Law School,” *University of Pennsylvania Law Review* 143 (November 1994): 1-110.

严峻的考验。^[18] 此种方法源于哈佛法学院,该校的一名学生使用了玛丽·达利的同一种比喻:“当我被点名时,我确实感到像被强奸一样。突然之间,暴露于众人面前,无法走动,也无法说不。这个男人掌握一切,他说什么你必须照做。”^[19] 女性主义学者很容易从这些认识中发现,法律与美式足球一样,都需要男人超越女人的技能。

以个人经验来论证这种“足球假设定理”至少会遭遇两个难题。任何有法律或社会学背景的人都会主张,权力关系是造成新生孤立感的重要因素。^[20] 高年级学生掌握了低年级学生所缺乏的学识、技能与思想,正是这种权力的重要成分。法律的推理能力不是与生俱来的。男人也不喜欢法学院,也不认为法律简单;以强奸比喻上课的那名学生,她的一名男同学说,“我一想到那堂课就感觉不舒服。”^[21] 成为女人是无法融入这个体制的一种方式,但是专业领域社会化进程中的性别差异,并非指女性特别悲惨,而是说男性与女性悲惨的方式不同。认为法律活动适合男性施展才能,这种观点忽略了女性也精通这个学科的知识。与医学之类的其他培养项目和专业项目一样,在法学院的入学资格上,男女接近平等,女性不再以“象征物”或“女性名媛”等身份作为入学资格。如果女性感到非常自在,那么她们在法学院的表现会如何? 推测这个问题非常有趣。

反对足球假设定理,并不意味着否认女性专家也会遭遇与普通女性

[18] 对这种教学方法的一种既陈旧,又有深刻见解的论述,参见 Paul Savoy, “Toward a New Politics of Legal Education,” *Yale Law Journal* 79 (January 1970): 444-504. Guinier et al., “Becoming Gentlemen,” 上注 17, 45-48, 这种观点认为,苏格拉底式教学方法为女性制造了一个充满威胁的环境。

[19] Scott Turow, *One L* (New York: G. P. Putnam's Sons, 1977), 220.

[20] 对法律教育的批判,包括 Roger Cramton, “The Ordinary Religion of the Law School Classroom,” *Journal of Legal Education* 29 (1978): 247-63; Duncan Kennedy, “Legal Education as Training for Hierarchy,” in *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. David Kairys (New York: Pantheon Books, 1982), 40-61; David N. Rockwell, “The Education of the Capitalist Lawyer: The Law School,” in *Law Against the People*, ed. Robert Lefcourt (New York: Vintage Books, 1971), 90-104; Andrew Watson, “The Quest for Professional Competence: Psychological Aspects of Legal Education,” *University of Cincinnati Law Review* 37 (Winter 1968): 109-65. 关于社会学领域,参见如 Wilbert E. Moore, *The Professions: Roles and Rules* (New York: Russell Sage Foundation, 1970); Robert Dingwall and Philip Lewis, *The Sociology of the Professions: Lawyers, Doctors, and Others* (New York: St. Martin's Press, 1983).

[21] Turow, *One L*, 上注 19, 103.

一样的特殊困难。无论法律活动是否适合她施展才能,该活动总会想方设法地让权力与性别融合一起,让她在自己的行业里感觉像局外人。她可能在这个行业不受欢迎;也有可能因个人负担太重而阻碍她在这个行业的进步;也有可能失败会挫伤她的自尊心。上述三种可能性均有证据支持。宾夕法尼亚大学的研究报告指出,同辈和教授们的性别歧视行为,让法学院成为“一个对多数女学生充满敌意的认知环境”。〔22〕罗宾·韦斯特犀利地观察到,“女性比男性遭受的苦难多”这一判断,适用于法律行业,也同样适用于其他领域。〔23〕女性可能会产生恐惧(由于容易遭受暴力),感到饥饿(由于贫困或节食),或感到疲惫(由于家庭责任)——即便不是三者兼备。美国大学女性协会的一项研究有力地证明了,女性的智力发展从童年开始就受到阻碍。这份研究报告的标题也非常巧妙,叫做“学校如何蒙骗了女生”。〔24〕

前述各种解释都有事实根据。所有的这些解释都无需我们接受令人高度质疑的在智力上存在性别差异的观点。女性主义认识论,与所有的女性主义理论一样,应像关注身体(推理)效应一样,关注人们社会地位的(论证)效应。

76

“强奸”隐喻表达了多数女性公开地和私下地与男性打交道时的感觉。比如,参阅以下的论述:“有一次当我如何如何……”紧接着便是,“曾经并不说明‘总是’”;或者,“如果你同时主张机会均等与产假制度,岂不是自相矛盾”;或者,“我怀疑在宪法文本,立宪者意图,或任何宪法原则中,你能找到证据支持罗伊诉韦德案(*Roe v. Wade*)中的论点。来吧,说服我吧。”假如我们在小说里遭遇同样的论述,作者期望读者推测出哪位主人公在说话。读者岂能猜不出说话者是男是女?这种技巧是相似

〔22〕 Guinier et al., “Becoming Gentlemen,” 上注 17, part II and 59.

〔23〕 “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory,” in *Women and the Law*, ed. Mary Joe Frug (Westbury, N. Y.: Foundation Press, 1992), 807.

〔24〕 American Association of University Women, *The AAUW Report: How Schools Shortchange Girls* (Washington, D. C.: AAUW Educational Foundation, 1992). 另参见 Myra Sadker and David Sadker, *Failing at Fairness: How America’s Schools Cheat Girls* (New York: Scribner’s, 1994).

的：A 通过推理为 B“设定陷阱”。一旦 B 落入陷阱，A 便任意地忽视 B 的要求、抱怨或感觉（在人际关系中），或者重新确认 A 在相关事物上（在课堂上）的优先地位。

第二章引用的穆金和科恩豪瑟的文章也有类似的过程。作者指出，“经济学分析法主张，父母在某种程度上可以用金钱来交换监护权……多数父母宁愿少与孩子见面，而有能力让孩子享受更好的住宅、更多的食物、更高的教育、更好的医疗条件，过上奢侈的生活。”^[25]多数情况下面临这种选择的家长是母亲，她们的薪水通常低于孩子的父亲，她们也是孩子的主要抚养人。这篇文章适用于家长行为的理性选择模式是基于“公共的”、传统的男性行为，而没有考虑对母亲和孩子的观察结果。依据男性经验所归纳出的理论，作者对女性行为作出了判断。这篇文章为母亲布设了陷阱。“强奸”不算是描述这种智力上的帝国主义行为的夸张隐语。

然而，是法律与理性压迫人的么？当学生们（或擅长此道的孩子）企图布设这种智力陷阱时，并没有威胁到我们。即便当他们为我们布设逻辑陷阱时，也无法使我们改变行为，来迎合他们的期望。在上述实例中被男人用来对付女人的推理手段存在两个问题。首先，无论是在私人领域还是公共领域，男人有权拒绝改变他们的行为。第二，男人预先安排好了一切；男人在被其独占的活动中享有优先权，理论与原则都是从这种优先权中归纳的。施加压迫的主谋并不是推理本身，而是推理的运用方式。拥有权力的人对我们使用了推理，才让推理充满了危险性。以同样方式运用感性，感性也会成为强有力的压迫工具。

77 性别化权力，不仅在于使用“男性”认知作为男性至高无上的工具，也在于创造了“女性”认知。一些批判特征理论的观点指出，男性至高无上社会将“关怀伦理”强加给女性，从而男性就可以自由选择“正义伦理”。我曾指出，如果这种解释是正确的，那么男性为自己所保留的伦理，要比男性为女性所指派的伦理更尽如人意。^[26]“男性”与“女性”认识论的二

[25] “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,” *Yale Law Journal* 88 (April 1979): 950-97, 964.

[26] 参见第三章，“正义的思考：性别劣势与性别优势”。

元化也得出了相似的结论。

桃乐茜·史密斯(Dorothy Smith)建议,对于社会分派给女性的任务,我们应该这样考虑:

在传统的性别化政权下,一个男人要自由……就要有个女人为他整理家务、生养孩子、清洗衣物,照顾生病的他,总的来说,就是为男人的身体存在提供后勤保障。

女性和专业领域与管理领域也发挥着相似的作用。女性的工作就是在必须进行交流的——抽象形态、概念形态与物质形态之间进行传达。女性从事文书撰写、文字处理、为调查做访谈等工作;她们记录电话、处理邮件、安排会客事宜并照顾父母。几乎各种情况下,女性都是为工作的男人调解已实现并应该实现的概念性行为模式与现实的具体形态之间的关系,并借助现实的物质条件来完成……女性在处理具体细节上越成功,男性就不必忙于处理具体细节,(因此也意识不到)具体细节是男人从事抽象活动的必备条件,男性越能全身心地投入抽象活动,他们的权威就更加牢固。〔27〕

如果史密斯是正确的——她论述的事实难以驳斥——那么女性的思维就是具体的、情景的和连接性的,因为它必须如此。“女性的认知方式”,如同她们的“关怀伦理”,源于女性不得不做这些事来满足她们的基本需求。上述引用中的着重强调部分包含了一项很大的隐含特权。如果男性无需处理具体细节,男性就可以优先选择符合自己意愿的事情。男性有享受从事抽象工作的权利,女性可以说被限制在具体工作上。即便女性进入从事抽象工作的专业领域,也有可能被限制在微观工作上,就像被限制在抚养责任上一样。譬如,女医生报告说,护士期望做她们自己的家务与文书工作,男医生却没有这种期望;尽管这些期望可能会增加女性间的平等,然而却降低了性别间的平等。〔28〕

〔27〕 *Conceptual Practices of Power*, 上注 13, 18-19(着重号为原文所加)。另参见 *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology* (Boston: Northeastern University Press, 1987)。

〔28〕 参见 Perri Klass, *Baby Doctor* (New York: Random House, 1992), 279。

78 如果享有特权的人更喜欢抽象而不喜欢具体,更喜欢智力工作而不喜欢抚养工作,更喜欢思考而不喜欢感觉,更喜欢推理而不喜欢直觉——那么传统的男性活动在本质上可能比女性活动更有价值。^[29]或许在这个特定意义上,柏拉图、亚里士多德、约翰·洛克和汉娜·阿伦特是正确的。如果确实如此,女性主义的目标不应在于拔高女性的观点,而在于分享那些导致不同观点产生的不同种类的工作。

任何有效的智力方法需要同时有抽象与具体成分。不知病人无力前往诊所的医生,不知道调查对象无法读懂问卷的实验者,或是撰写了十磅重平装书原稿的作者,都在从业过程中处于不利地位。他们要么依靠护士、秘书、助手和编辑的帮助,要么努力解决他们行业的实际问题。具体工作与抽象工作同样高贵、同等重要、同样有价值。女性主义者可以,也一定要坚持让“微观工作”与“抽象活动”受到同样的尊敬。然而真正的性别平等在于,女性打破男性在抽象领域的独占,放弃自己在具体领域的垄断。女性主义认识论,与女性主义伦理一样,必须以女性为出发点;同时也必须从特别关注女性转移到普遍关注人类上来。

旧/新? 男性/女性? 伟大的二元论

认为要么存在明显的女性认知方式,要么现存的智力活动对女性有害,这样的观点忽略了性别化权力所扮演的角色。与权力关系相比,性别有关的属性能更好地解释,任何男性与女性在认识论导向上的明显差异。传统的思维模式偏好男性,这种观点令人质疑。但是女性主义认识论本身有待进一步验证。是否如它所言,是原创的,也是女性的呢? 这些认识论导向是否与性别有关暂且不论,辨析认识论导向的男女差异有多少实效呢?

与柏拉图相比,“新认识论”创意新颖,但是它却早于女性主义。乔恩·威廉姆斯证明,对传统认识论的批判“多数是由男性所缔造的”,包括

[29] 参见 Gayle Binion, “Toward a Feminist Regrounding of Constitutional Law,” *Social Science Quarterly* 72 (June 1991): 218 n. 9.

弗里德里希·尼采 (Friedrich Nietzsche), 路德维希·维特根斯坦 (Ludwig Wittgenstein) 与美国实用主义者。^[30] 威廉姆斯可能还要加上法律现实主义, 他们认为经过推理的论证通常能证明那些感性上或本能上选定的立场。^[31] 新旧认识论与性别差异的关系也正如此。比吉利根早十年, 菲利普·斯莱特定位了“理性主义”的特征, 他认为“理性主义”就是“无法透视整体”, 是与男性相关的“分离美德”之一。他对这种“冷酷病理学”和与女性有关的温暖、抚养以及对“人类深嵌在一个较大有机体系中”的意识进行了比较。^[32] 女性主义认识论既没有提出对传统认识论的新颖批判, 也没有提出任何新方法。

79

女性主义学界一贯主张, 传统方法过分关注二元论; 二元论将所有的研究对象都划分为对立且互相排斥的两个元素。每个教师都清楚分类是一种必不可少的教学工具。表明某种事物不是什么有助于揭示事物的本来面目。分类的方法虽有启发式效应, 但却无法解释, 为何区分与辨别比关联与综合在学界更有地位。而且经常发生的是, 关注差异被赞誉为“细心”或“老练”; 而关注“共性”却被贬抑为“混为一谈”。

二元式推理的另一个问题是, 对立的双方容易被具体化。当“理性”与“感性”, “分离”与“连接”, “抽象”与“具体”这类的概念, 在脑海里灵光一现, 我们便认定它们代表着脑海之外的某种实体, 诸如“脑”与“心”之类。对立推理会加剧相对方之间的差异, 缩小相对方之间的共性。它会将复杂的事物简单化, 将事物的多个方面简化为两方面。斯莱特暗示, 对立推理使人无法感知事物的整体。德里达认为, 二元论可能最终也成为一种等级论, 在等级论中, 相对方的第一方优于第二方。^[33] 对二元式

[30] “Deconstructing Gender,” 上注 10, 44-47. 另参见 Margaret Jane Radin, “The Pragmatist and the Feminist,” *Southern California Law Review* 63 (September 1990): 1699-726.

[31] 参见如 Jerome Frank, *Courts on Trial* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1949).

[32] *Earthwalk* (Garden City, N. Y.: Anchor Books, 1974), 26, 33, 155; *The Pursuit of Loneliness* (Boston: Beacon Press, 1970), chap. 3. 比 Slater 早十年, 哲学家大卫·贝肯 (David Bakan) 将女性与“交流”等同, 男性与“自主”等同。 *The Duality of Human Existence* (New York: Rand-McNally, 1966). 参见第三章, 注 20。

[33] 参见第三章, 注 5。

推理的任何或者所有批判可能都是有效成立的。但是我可以把那些批判分成两类来表达,分别称之为“传统认识论”与“女性主义认识论”,并在每类标题下列举出适当的形容词。这就是二分法。

女性主义认识论做了一些被其谴责的传统认识论所做的某些事情。譬如,吉利根在亨兹处于两难境地的故事中,发现了传统的对立思维。亨兹要么偷药,要么让妻子死去。艾米的选择也继承了这种二分法,她在推理时用连接取代了故事中隐含的分离。在质疑传统道德哲学范畴内的二分化时,吉利根在男性与女性的推理之间创造了一种二元论。类似地,伊利格瑞将女性与男性的对立描述,凯勒通过与主流的科学惯例相对比来定位女性科学家的研究方法,史密斯将微观工作与抽象概论并置。只要存在两性,性别理论中就会有二元论。如果女性主义者仅靠自己的力量去批判对立推理偏好男性,那么就会失去说服力。总体来讲,女性主义理论意识到了对立推理的根本危害。但是,具体来说,女性主义理论者与其他理论者一样,容易陷入这种危险之中。

譬如,想想在女性主义著作中流行的抽象思维与具体经验的二元论。我在第二章提及的与心理分析理论相关的论点适用于一般理论,无论是女性主义还是其他理论。^[34] 事实不能诠释自身。尽管我们主张从经验归纳理论,但是如果没有某种理论支撑,光靠人类的想象是不会让经验变得有价值的,无论这种经验有多么粗浅。凯瑟琳·麦金农在女性主义理论中对“以性为中心”的探讨,证实了过分依赖这种特定二元论的危害。她认为,这种理论观点“不是来源于弗洛伊德的观念,也不是来源于拉康学派(Lacanian)的理论,而是来源于意识觉醒及其他女性主义者在争议问题上的实践”。^[35] 在此隐含的理论与实践的二分论,总的来说是错误的,尤其还违背了历史。因为理论先于意识觉醒产生。“意识觉醒”小组的准则包括类似“你觉得你是——性客体么?”这样的话题,以及“要知道

[34] 参见第二章,注 31-36。

[35] *Feminist Theory*, 上注 4, 109.

你的问题不仅仅是你自己的问题”这样的命令。^[36] 目前我们面临的女性主义理论比指导意识觉醒小组的理论更复杂、更深奥,但是主张理论源于实践是一种误解;理论与实践是相辅相成的。^[37]

这种对立推理的有形代价在本书的第二部分显而易见,第二章探讨了特定的法律问题。第六章与第七章分别审视了女性主义对传统权利理论有关生育权的批判,以及学者对否认女性传统权力的胎儿保护政策的辩护。这些著作将权利与需求、权利与关系、权利与支持对立起来研究,这些元素似乎都是,也确实是相互排斥的。^[38] 认为没有积极权利的消极权利可能成为麦金农所称的“作为礼物的伤害”,这种观点使得人们对消极权利产生不合理的怀疑,认为消极本身与女性的需求相互排斥。^[39] 我认为,这种曲解使事实上那些深奥的性别歧视言论更有魅力,这些性别歧视言论反对生育自由,支持胎儿保护。

理论与实践的认识论:一种女性主义的宪法解释视角

截至目前,我把焦点放在女性主义对传统认识论的批判,很少触及女性与男性从事的智力活动。我尚未通过审视法律本身来探讨法律如何成为男性的,也未通过审视被认定为女性的那些活动来研究这些活动如何不是男性的。当我们将理论重心从决策制定过程转向已作出的决策,“男性”与“女性”认识论之间的区别就模糊了。理论上看似合理的二元论在实践中失去价值。

81

[36] “Consciousness Raising,” in *Voices from Women's Liberation*, ed. Lesile B. Tanner (New York: New American Library, 1970), 253-54. 认为意识觉醒是一种分析式方法,而不是一种经验式方法,对此种观点进行的一种类似批判,参见 Drucilla Cornell, “What Is Ethical Feminism?” in Seyla Benhabib et al., *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange* (New York: Routledge, 1995), 75-106, 82.

[37] 参见如 Schneider, “Dialectic of Rights,” 上注 4; Judith Grant, *Fundamental Feminism: Contesting the Core Concepts of Feminist Theory* (New York: Routledge, 1993), 78-79.

[38] 参见第六章,“权利、需要和传统理论:重新构建法学”;第七章,“胎儿权利和女性理论:自由、责任和性别”。

[39] 参见第一章,注 27。

法律是一种思考方式。一位思想家“潜心研究一种学科。她提出特定的问题……而不是漫无边际；她为提供的答案之准确性、妥当性与关联性建立标准；她关心她的调查结论，并主动信守她的调查结论”。〔40〕这段论述来自萨拉·拉迪克对母性思维的分析。宪法解释与女性一贯从事的活动有异曲同工之处。

拉迪克主张，理性是女性用来实现她们照顾抚养孩子目标的工具，照顾抚养孩子这种典型的女性活动，当被我们标为“母亲天职”时，其含义是众所周知的。提出问题，建立标准来评议答案，信守调查结果，这些都是智力活动。母性思维并不排斥感觉。驳斥感性、支持思考，不可能构成母亲们潜心于法律这门学科的“特征性错误”之一。〔41〕相反，关键在于这种被普遍视为多愁善感的“女人气”行为，也是一种智力活动。女性主义理论者喜欢的二元论在母亲天职中——无论在哪个角落——都无立足之地。

如果“女性”活动需要某些被视为具有阳刚之气的本领，那么“男性”活动是否也需要一些被视为具有女人气的元素呢？这是一个极大的问题，人们不可能用一个诸如“法律”这种无限广阔的主题词予以回答。学者必须从特定的法律子范畴入手去进行研究。我选定我了解最多的法律推理类型：宪法解释。我将女性主义在批判传统学术的过程中所提出的一些论点适用于宪法。为了将嵌入的、隐含的性别歧视与直白的、明示的性别歧视分开，我选择了那些不会引起性别平等疑问的实例。〔42〕

宪法解释的直接与间接渊源表明，宪法解释不仅仅也不简单是抽象的、理性的、逻辑的或对立的；而是将理性与感性、抽象与具体、分离与连接相融合。宪法在法律方法上并不偏好男性。然而，解释的特定方式强化了法律这门学科的男性统治特征。我提出了重新创制宪法理论的方法。

〔40〕 Sara Ruddick, *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace* (New York: Ballantine Books, 1990), 24.

〔41〕 Ibid.

〔42〕 也就是说，我谈论的案例不需要法院对性别平等问题进行裁决。我并不否认，*DeShaney* 与 *Cruzan* 案所引发的问题有女性主义含义。事实上，这两个案例确实有这种蕴意。

式,从而宪法理论可以成为以女性为中心的法学的一部分。

宪法思考

宪法解释是法律推理的一种方式。法律推理的特征包括奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)的“类比、辨析与推论过程”和爱德华·列维(Edward Levi)的“通过实例推理”。^[43] 根据里弗·卡特(Lief Carter)的观点,“法律推理展示了法律观点的形成方式……法律观点融合了法庭上确立的事实、影响案例的法令、社会背景事实和普遍的价值观。”^[44] 凯瑟琳·巴利特(Katharine Bartlett)主张,法律推理“不是以直线的、连续的、严格的逻辑方式展示出来的,而是以实用主义和相互作用的方式展示出来的。事实决定了适用的法令,法令决定了有关联的事实”^[45]

82

能够区分宪法解释与其他智力活动模式的问题、标准与规则是什么呢? 阐明这个领域的特定标准与特征的一种方法是,审视在作出判决时遵循了一定原则的具体案例。我精选了两则案例,两则案例融合了显著的感性元素与独创的宪法权利。在迪沙利诉温尼贝格县社会服务局案(*DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*)中,法院驳回了一名男孩的正当法律程序诉讼,这名男孩被父亲殴打至奄奄一息。^[46] 克鲁山诉密苏里州健康部案(*Cruzan v. Missouri Department of Health*)中,法院确认了州政府有权继续治疗一名处于昏迷状态的妇女。^[47]

约西亚·迪沙利(Joshua DeShaney)与社会服务局的故事我们耳熟能详,1980年麦乐迪(Melody)与兰迪·迪沙利(Randy DeShaney)离婚,当时约西亚刚1岁。这对夫妻达成协议,兰迪(Randy)取得监护权。之

[43] 分别参见“*The Path of the Law*”(1897) in *Courts, Judges, and Politics*, 4th ed., Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett (New York: Random House, 1986), 22; *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago, University of Chicago Press, 1949), 1.

[44] *Reason in Law*, 4th ed. (New York: HarperCollins, 1993), 11.

[45] “*Feminist Legal Methods*,” 上注4, 836.

[46] 109 S. Ct. 988 (1989).

[47] 110 S. Ct. 2841 (1990).

后的两年间,兰迪与约西亚从怀俄明州搬到威斯康星州的 Neenah 城,在此兰迪再次结婚,然后又与第二个妻子离婚。1982年1月,已经离开兰迪的麦乐迪向社会服务局提出投诉,于是启动了该机构的第一次调查。社会服务局进行调查,但兰迪对该项投诉予以否认,而社会服务局也没有深究下去。

一年后,社会服务局听说了约西亚的事,当时约西亚正在医院接受治疗。他的医生怀疑约西亚受到虐待,并根据州法令的规定,通知了社会服务局。法官指令把孩子暂时交给医院监护,但是一个特别“儿童保护组”认为,证据不足以永久剥夺兰迪对男孩的监护权。在兰迪同意接受心理咨询以及约西亚进学前班后,兰迪将约西亚带回。约西亚从未进学前班,1个月后又返回了急诊室,社会服务局又接手此案。安·凯米特(Ann Kemmeter)是一名社工,在接下来的6个月里,每月到兰迪家探访一次。案件记录表明,她仍然怀疑约西亚遭受毒打,但却没有解释为何社会服务局不加大调查力度。1983年11月,社会服务局接到第三份医院报告后,凯米特又探访了约西亚两次,但是兰迪与他的同居女友却说,约西亚因为病重无法见她。^[48]

83 之后凯米特告诉麦乐迪,“我早料到某天会有人打电话,通知约西亚死了。”^[49]但是社会服务局里没有一个人尽力通知住在怀俄明州的约西亚的母亲,直到1984年3月,这位母亲才得知她的儿子由于受到兰迪的毒打而昏迷不醒。约西亚行动严重迟缓,有可能在医院中度过余生。兰迪进了监狱。麦乐迪起诉社会服务局,指控该机构没有依照正当法律程序,保护约西亚免遭其父亲的虐待。

最高法院从未裁定,宪法第十四修正案要求一州有责任保护不在其收容监管之下的人民,现在也拒绝这样裁定。法官们以六票赞成、三票反对的评议结果,驳回了麦乐迪的诉求。在不创设这种普遍职责的前提下,法院至少有两种途径来支持这种诉求。首先,法庭可以采纳布伦南

[48] *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 109 S. Ct. 988, 1001-2 (1989); William Glaberman, “Determined to Be Heard: Four Americans and Their Journeys to the Supreme Court,” *New York Times Magazine*, 2 October 1988.

[49] Glaberman, “Determined,” 34.

(Brennan)大法官的反对意见:威州指定社会服务局负责处理虐待儿童问题,而这种儿童保护体系把约西亚·迪沙利牢牢地拴在了兰迪·迪沙利的家中,直到社会服务局采取行动将约西亚解救。^[50] 第二,法院可以对保护儿童的积极职责予以限制,事实上,儿童有史以来一直是州政府的保护对象。这两种方法都无需在理性与感性,先天的连接(engagement)与造就的分离(detachment)之间作出选择。

但是法院却以柏拉图、弗洛伊德或当代女性主义理论可以诠释的方式作出了选择。首席大法官伦奎斯特(Rehnquist)的多数意见指出,“与其他人一样,法官和律师也容易被同情心所触动……但是在产生这种冲动之前,最好再好好想想,这种伤害不是威斯康星州而是约西亚的父亲造成的。”^[51] 大法官布莱克曼(Blackmun)提出反对意见,发现多数人的“徒劳形式主义”与一个第十四修正案的案例格格不入。“可怜的约西亚!他是一个被不负责任、欺凌弱小、胆小懦弱、毫无节制的父亲反复毒打的受害者;他是被那些将他置于危险境地,明知或应该知道将会发生危险却无动于衷的人遗弃了。”^[52]

克鲁山案(*Cruzan*)要求法院判决,一位有个32岁女儿的母亲是否有权决定终止维持女儿生命的治疗。自从1983年的一次交通事故后,南茜·克鲁山(Nancy Cruzan)一直处于“持续的植物人状态”,通过人工输液和进食设施来维持生命。在交通事故之前,她曾向朋友表达过不愿生活在植物人状态的愿望。然而,当雷斯特(Lester)与乔希·克鲁山(Joyce Cruzan)请求医院撤除进食设施时,医院管理者以未获法庭许可为由拒绝了这个要求。初审法院支持了双亲的请求,但是密苏里高等法院撤销了原判。克鲁山夫妇收到了美国联邦最高法院的复审令,于1989年12月6日开庭进行口头辩论。

当密苏里州的首席检察官助理罗伯特·普瑞森(Robert Presson)在法庭上发言时,大法官布莱克曼问道:“你见过处于持续的植物人状态的

[50] 109 S. Ct. 988, 1011.

[51] *Ibid.*, 1007.

[52] *Ibid.*, 1012, 1013.

人么？”普莱森先生回答：“我见过南茜·克鲁山本人。”显然这不是布莱克曼先生所期望的答案。他问：“你见过南茜？你还见过其他人么？”^[53]

84

1990年6月，法院判决，宪法第十四修正案保护个人通过“生前遗嘱”等方式，拒绝维持生命治疗的权利，但也支持州政府有权继续对克鲁山进行治疗。五位最高法院的大法官（不包括大法官布莱克曼）在第二点上形成了多数意见，他们隐含或明示地与南茜·克鲁山保持距离。首席大法官伦奎斯特在法庭上的观点是，“这个问题明显就是美国联邦宪法是否禁止密苏里州自主选择决策程序。”大法官奥康纳同时也指出，克鲁山案的判决无法解决这个“复杂而敏感的问题。今天我们仅仅判决了一个州作出的决策没有违宪”。大法官斯卡利亚(Scalia)似乎对这种困惑有更多认识：“在此案上的不同意见非常清楚地勾勒出这个困难且确实令人苦恼的问题……我以上所述并不是指，如果确信南茜·克鲁山真的想死，通过这些存有争议的方式让她活着就令人满意。我想说的是，宪法对这个问题没作任何论述。”^[54]

哪些事实与本案相关？宪法的规定，密苏里州的行为，以及南茜·克鲁山意愿的可靠证据。哪些不相关呢？南茜·克鲁山的现状，她父母的感受，及父母与她的关系。法院的多数意见，努力将法院判决与造成本案发生的具体情景分开。法律思维的一个普遍特征是反对感性、具体、关系与个别，而支持理性、抽象、分离与一般。

法律感受

迪沙利案与克鲁山案中的排列顺序——思考优先感受、抽象优先具体、一般优先特别——也被视为男性思维的普遍特征。^[55]但是分析——即使用个人的推理来检验个人对法律判决的感性回应以及女性主义对这

[53] *New York Times*, 7 December 1989.

[54] 110 S. Ct. 2841, 2851, 2859, 2859, 2863 (1990).

[55] 桑德拉·黛·奥康纳大法官也加入了多数意见，但这个事实并不足以驳斥这个论点。尽管一些女性主义学者（譬如，Sherry, “Civic Virtue,” 上注4）发现，在这个法官的观点中有“女性主义”倾向，但是我反对任何主张“女性主义法学必须要赞成或反对来自于坐在最高法院席位上的女性与其男性同事或女同事之间的原则性分歧”的观点。毕竟，与男性同行们一样，奥康纳和露丝·巴德·金斯伯格也是法律教育的产物。

些判决的批判——战胜了这种隐含的二元论。在宪法解释中的日常经验,与其他领域中的一样,与理性是非女性的或感性是非男性的这种观点相矛盾。传统女性活动也包括思考,而传统的男性活动也包括感受——无论这些能力在他们所出现的环境中是否被认可。

克鲁山案所反映出的思考与感受的分离通常是宪法解释者的目标。大法官布莱克曼在克鲁山案的口头辩论中,努力将理性与感性相结合,他也写道,法官们“不能让自己对立法与国会行为的偏好或厌恶来指导这类案件的司法判决”。^[56] 如果布莱克曼用“命令”取代最后一句中的“指导”,那么很少有读者会反对他。我并不是建议,法官应该被安排去华盛顿医院出差,在与南茜·克鲁山情境相同的病人床边呆上一天,并纯粹依靠这种经历所引发的感受来投票。事实上,与这样的病人接触,可能会指导并改善之前仅仅通过文本对相关原则进行的司法研究。感受也可以为目标服务,而我们却险些忽略了它。

85

困扰迪沙利案与克鲁山案的,不是法官们拒绝受到感受的支配,而是他们明显坚持超脱感受与经验作出决策。阿贝·福塔斯(Abe Fortas)在最高法院为吉迪恩诉温赖特案(*Gideon v. Wainwright*)所作的辩护很贴切:“我想说的是,‘请不要再夸夸其谈,让我们屈尊来看看这些努力为自己辩护的人。’”^[57] 如果理性与感性融为一体本质上是女性化的,那么女性能为宪法解释做出很多贡献。

这段论述的问题在于,它暗示了那里还没有感性。这种暗示是错误的。许多案例的评论观点中都渗透了感性、个人与具体元素。譬如,大法官布伦南在克鲁山案的反对意见中指出:“南茜·克鲁山在昏暗中度过了六年。她对周围的环境毫无知觉,并将继续维持这种情形。”^[58] 或者回忆一下费利克斯·法兰克福特(Felix Frankfurter)在罗钦诉加利福尼亚州案(*Rochin v. California*)中的论述:与雨果·布莱克(Hugo Black)和威廉·道格拉斯(William Douglas)坚持对第十四修正案与第十五修正案进

[56] *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 405, 411 (1972).

[57] Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet* (New York: Vintage Books, 1964), 120.

[58] 110 S. Ct. 2841, 2863.

行狭义宪法解释相比，“这是一种震撼良知的行为”。^[59] 在罗钦案与克鲁山案之间有许多带有宪法感情的判决，但作出这类判决的一些法官恐怕不会承认。

在涉及家庭的案例中，尤其是父母与孩子之间关系的这类案例，法官们容易感情用事，而不是理性思考。在未成年人堕胎之前要通知父母或取得父母同意的一系列案例中，都包含了对家庭关系过分理想、不加批判的观点。这种现象在1979年的两个案例中更加明显，这两个案例中，法院都维护了家长有权委托州政府对未成年孩子进行管教。在帕汉姆诉J. R. 案(*Parham v. J. R.*)中，被收容的是一个六岁的男孩，他的母亲与继父认为“无法有效地管教(他)”，于是将男孩送至佐治亚州的心理机构，并最终放弃了对男孩的监护权。^[60] 另一个案例是教养院青少年诉公共福利部部长案(*Institutionalized Juveniles v. Secretary of Public Welfare*)，原告包括那些“发出怪声、拒绝工作、与老师顶嘴”等具有叛逆性的儿童。^[61]

86 对这些事实进行孤立、理性、典型具有“男性特征”的分析，似乎需要分析者质疑这些案例与传统亲子关系概说的关联性。但是首席大法官伯格(Burger)在多数意见中写道，他的判决依据诸如“自然亲情纽带使父母的行为以孩子的最大利益为出发点”之类的传统信仰。^[62] (在这点上毕竟迪沙利案与帕汉姆案有异曲同工之处，因此我比较了两者。)这些判决是建立在现实中不存在——尤其在上述案例中不存在——的理想化家庭概念的基础上作出的，因为当且仅当亲子之间的传统纽带破裂时，才会发生这些案例。

即使在迪沙利案与克鲁山案中声明坚持训练有素的中立立场，威廉·伦奎斯特在作出判决时也不能不受感情影响。迪沙利案审结的几个

[59] 342 U. S. 165, 172 (1952).

[60] 442 U. S. 589, 602 (1979).

[61] *Institutionalized Juveniles v. Secretary of Public Welfare*, 459 F. Supp. 30, 38 (E. D. Pennsylvania 1978); *Secretary of Public Welfare v. Institutionalized Juveniles*, 442 U. S. 640 (1979).

[62] *Parham v. J. R.*, 442 U. S. 589, 602.

月后,他在得克萨斯诉约翰逊案(*Texas v. Johnson*)中提出了反对意见。法院判决一项禁止“亵渎庄严之物”的州法律违反了第一修正案,伦奎斯特引用了美国国歌《星条旗永不落》、爱国歌曲《我们集合到国旗下,男儿们》,以及约翰·格林利夫·惠蒂埃(*John Greenleaf Whittier*)的爱国诗歌《芭芭拉·弗里彻》(*Barbara Frietchie*)的全文,来对法院的判决表示反对。伦奎斯特描述“成千上万美国人”对“国旗”表示着一种“近乎神圣的崇敬”,使其辩论更有说服力。“近乎所有民众对国旗独一无二的敬畏与崇拜,竟仅仅被视为一种‘指定的象征’,而不受保障。”^[63]

一位女性学者认为,如果感情因素在法院判决中具有合法地位,可能会强化“女性认知方式”,而这种论述正是我极力破除的。我很清楚这种讽刺。然而类似罗钦案、帕汉姆案与约翰逊案中的观点,严重削弱了宪法解释应该排除感情而采用推理这种观点的说服力。当感情策略会巩固法官的立场时,法官们便利用感情策略,就像伦奎斯特在约翰逊案中的所作所为;当认为感情对他们的观点不利时,便声称自己不能感情用事,正如伦奎斯特在迪沙利案中的所作所为。在实践中,宪法解释并没有在理性与感性之间、理论与经验之间、一般与个别之间维持这种二元论。如果我们反对理性,因为它是“非女性的”(或反对感性,因为它是“非男性的”),那么我们就画蛇添足地假定了一种对立。事实上,自从柏拉图的《理想国》问世后,人们构造了许多将心灵相对立的理论,但这不能证明心灵本身是如此组合的,或者精神活动将自身分割成这些不同领域。宪法的女性主义方法论在削弱传统二元论的说服力方面发挥了重要作用。

法律活动

法律不仅仅是一门学科,也是一种权力的象征。尽管“宪法解释”可以指抽象的文字注解,但多数情况下是指案例的判决或根据这类判决发

[63] 109 S. Ct. 2533, 2548-50, 2552, 2555 (1989).

87 展的理论。^[64] 这种解释是一种政治活动,也有自己的行文规律,并如同学术传统一样重要。女性主义对宪法解释的研究,不仅要关注宪法解释的精神实质,还要关注宪法解释的政治意义。

大法官斯卡利亚在克鲁山案中提出,关于死亡权利,“宪法对这个议题没有任何阐述”,这样的结论不仅来源于他对宪法文本和判决先例的理解,也来源于他确信“联邦法院不能干预这个领域”。^[65] 斯卡利亚引发的问题是一个在宪法解释文献上盛行的问题:司法克制的必要。法官被劝诫放弃“特立独行的法学”,支持“时刻牢记的自我束权”。^[66] 尽管这些论述来自司法上的保守分子,但是关注限制司法权的并不仅仅是他们。在思想意识各个领域的法学家都主张,法官并不“高于立法机关”,对一些模糊不清的案例必须尊重公职人员的意见,因为他们的职责是颁布和执行法律,他们由人民选举并直接对人民负责。^[67]

并非所有的宪法学家都认为“反多数决困境”需要法官贯彻落实克制,我们可以从成文宪法的制定或法官的任命合理地推断出,多数决并不是美国政府唯一或首要的组织原则。^[68] 并非每一位竭力鼓吹克制原则的法学家,都能身体力行。^[69] 但是故意抵制强权,却是可以用来指导宪

[64] 参见如 Jack W. Peltason, *Corwin and Peltason's Understanding the Constitution*, 11th ed. (New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1988); William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* (1951; reprint, Chicago: University of Chicago Press, 1985).

[65] 110 S. Ct. 2841, 2863, 2859.

[66] 分别参见 Edwin Meese III, “Toward a Jurisprudence of Original Intention,” Address to the American Bar Association (July 9, 1985), 6; Robert Bork, *Tradition and Morality in Constitutional Law* (Washington, D. C.: American Enterprise Institute, 1984), 11.

[67] *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 482 (1965). 参见 Hugo L. Black, *A Constitutional Faith* (New York: Alfred A. Knopf, 1969); Learned Hand, *The Bill of Rights* (1961; New York: Atheneum, 1974).

[68] Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962), 16. 参见 Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), chap. 5; Walter F. Murphy, James E. Fleming, and William F. Harris II, *American Constitutional Interpretation* (Mineola, N. Y.: Foundation Press, 1986), 23-26.

[69] 参见如 H. N. Hirsch, *The Enigma of Felix Frankfurter* (New York: Basic Books, 1981), chap. 5; Bruce Allen Murphy, *The Brandeis-Frankfurter Connection* (New York: Oxford University Press, 1982).

法判决的原则之一。法官必须节制,必须让别人的期望优先于自身的欲望,必须将自己放置在次要的——如果不是附属的——位置。^[70]

这种对“顺从别人”和“自我束权”的关注,唤醒了过去一直存在以及现在仍在继续的人们对女性的要求。历史上“女性”角色暗指女性在相当多情况下要顺从别人。目前显而易见,法官不打算像从属于男性的女性一样行事。但是在司法角色的概念里,某些东西与女性角色的特定概念相似。我们反思一下其他公共和传统男性角色中,这种屈从于别人利益的行为也不罕见:譬如,律师与客户的关系。如果司法克制表面功夫要多于实际情况,那么表象与现实之间的差距很难将司法角色与“女性”角色区分开。

宪法解释产生的政治土壤的另一方面是,上诉法官要说服其他人相信他的立场合理有据。譬如,法兰克福特在罗钦案中用到“震撼良知”一词,这可能至少是他寻求多数意见以及与其他法官共享司法感情的产物。对“司法策略”的研究,对特定司法角色的研究,以及对达成共识的特定案例的研究表明,对总统强权的经典描述也适用于上诉法官:他们的权力是“劝说别人的权力”。^[71] 这种特征用来形容法官比用来形容总统更贴切,因为如果劝说失败,法官就失去了可以依赖的强制力量。

88

传记资料记载的对司法判决的分析表明,成功的说服要求助于法官的感情,或诸如同僚关系、忠诚,或爱国主义之类的抽象概念,或法官的自尊心与虚荣心,这至少与求助于法官的智慧一样常见。我们可以通过审视两则司法成功说服的经典案例,来领会这层含义:在1943年的平林诉

[70] 关于这个规则是如何适用于那些如多数州法官一样,被人民选举、任命或罢免的法官们,还不是很清楚。截至目前,美国的宪法解释理论将联邦法院的判决作为重要的依据,因为联邦法院的法官实行终身制。如果要将这些理论适用于所有的上诉法官,那么就可能需要对这些理论进行实质性修改。

[71] 分别参见 Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (Chicago: University of Chicago Press, 1964); David J. Danelski (1960), "The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process," in *Courts, Judges, and Politics*, ed. Murphy and Pritchett, note 43 above, 568-77; Richard Kluger, *Simple Justice* (New York: Vintage Books, 1975), chap. 25; S. Sidney Ulmer, "Earl Warren and the *Brown* Decision," *Journal of Politics* 33 (August 1971): 689-702; Richard M. Neustadt, *Presidential Power* (New York: Wiley, 1960), 32.

合众国案(*Hirabayashi v. United State*)中,费利克斯·法兰克福特为游说全票表决同意所付出的辛劳;以及厄尔·沃伦(Earl Warren)于其1953—1954年任期内,在首次布朗诉教育委员会案(*Brown v. Board of Education*)中所取得的类似成就。^[72]

平林案的首次表决结果为八票对一票,维持军方对所有西海岸日本裔居民推行的宵禁。法兰克福特首先努力去说服弗兰克·墨菲(Frank Murphy),通过激励其同僚“渴望尽一切个人所能去维持与提高法院团体形象”。当这种以忠诚为诱饵的说服失败后,法兰克福特捕获了墨菲理智上不稳定的敏感处,求助于他的爱国主义(正值战争期间)。他写了备忘录,提到(并非特别说明)不同意见的“内部矛盾”,并将不同意见视为一种对多数意见的指控,“除了强尼外,其他人都步调不一致”,多数意见被“敌人玩弄于股掌之间”。^[73]不同意见反而成为协同意见。

沃伦要求同事在布朗案中作出全体一致的判决,这种要求得到了法兰克福特的暗中帮助。已公开的资料显示,法兰克福特没有像以往一样以智慧压倒别人,或对沃伦在会议上所暗示的支持种族隔离政策就是种族歧视提出质疑。沃伦亲自将自己的初步意见递至住在医院的大法官罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)时,获取了其他人的好感。对于最后一位反对派斯坦利·里德(Stanley Reed),沃伦如法兰克福特十年前所做的一样,求助于团结和忠诚:“斯坦利(Stan),现在你是孤军奋战。你必须作出决定如何做才对国家最有利。”^[74]法兰克福特与沃伦的行为——求助于感情、个人喜好,讨好别人与在适当时保持沉默——都包含了传统上与“女性特质”相连的社会技能。如果将这种分析延伸至人类活动的其他领域,我们也许会发现,通过类似“男性的”与“女性的”二元论来描述这类活动就会陷入误区:多数人类活动都需要超越性别界限把各种技能融合在一起。

过分依赖二元论并不是女性主义者从被其批判的传统认识论中拷贝

[72] 分别参见 320 U. S. 81 (1943); 347 U. S. 483 (1954).

[73] Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, 上注 71, 46-47(着重号为原文所有).

[74] Kluger, *Simple Justice*, 上注 71, 683-99. 另参见 Ulmer, “Earl Warren,” 上注 71。

的唯一错误。尽管女性主义认识论主张女性思维是具体与情景的,女性主义认识论学者却重视与男性思维相连的抽象理论活动,而这样做的代价是,在构建自己理论时她们忽略了智力活动依赖的具体情景。

上面的论述,对男人以构建体育运动的方式构建了法律这种观点提出质疑:法律活动的实践与过程仅仅对男性能力加以肯认。有史以来男性对宪法解释的垄断,没能让宪法解释变成一种男性能比女性做得更好的事业。然而多数女性将法律视为充满敌意或被人遗忘的聚集地,在这个地方,女性的需求与愿望被忽视、贬损、打了折扣或者被无情地对待,她们无法理解法律这个国度的语言。由于本章反对用性别区别来解释法律的男性气质,因此我们需要去解释,为何一种法律体系“可以对拥有枪械或销售暴力色情刊物提供充分保护,却不对限制生育权的相关问题提供保障”。〔75〕

89

宪法解释

大学里的宪法教科书通常有章节介绍宪法解释的“模式”、“方法”、“技巧”或“路径”。〔76〕这些章节传达的信息是,“从事”宪法解释有不同的方法:解释者可获取多种渊源来指导判决。这些依据包括宪法文本,立法者意图,判例,现存的宪法原则、逻辑,基于情势变更来调整立法目的的一番努力,即所谓的“活宪法”方法。〔77〕

这些方法并不必然相互排斥。解释者可以将搜寻宪法本义、对相关条款的文本分析、根据情势变更努力调整解释,融合在一起。这种综合的结果被称为“目的解释”、“目的论”、“基础价值效应”、“确认宪法目的或

〔75〕 Rhode, “Feminist Critical Theories,” 上注4,633. 参见第二章,注3。

〔76〕 参见如 Alpheus Thomas Mason and Donald Grier Stephenson, Jr., *American Constitutional Law*, 9th ed. (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1990), chap. 2, note 68; Murphy, Fleming, and Harris, *American Constitutional Interpretation*, chap. 2, note 68, 2; Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, *American Constitutional Law*, 3d ed. (New York: St. Martin's Press, 1991), chap. 1.

〔77〕 这些列举的概念并不能穷尽所有可能的宪法解释途径。现代文本并不主张一个法官应奉行“自然法”原则,尽管宪法第十四修正案的作者们,以及对一些作者产生影响的废奴运动领导人,都认为宪法包含这类原则。现在人们所“列举”的一些宪法解释途径,可能在一百年之前很少见;譬如,依据原始意图在19世纪并不是一种普遍的解释模式。

目标”、或“根据宪法雄心来形成文件”。〔78〕然而至少有两种类似方法的主张者,对这种方法的重要性提出质疑。雨果·布莱克认为,文本分析追求宪法受拘束的、绝对化的、字面上的含义。〔79〕近期,探求“立法者”意图成为一种呼吁,“恢复宪法条款和成文法的本义,这些是法官作出判决的唯一可靠准则。”〔80〕某些学者尽管并不依赖一种方法,也会认为上述列举的某些方法不合理。原旨论法学受到抨击,反对者恳求“让立法者永眠吧”。〔81〕

阿兰·德肖维茨(Alan M. Dershowitz)写道:“好笑的是,那些极力鼓吹对制宪者的限定意图应该奴隶般服从的人们,与制宪者的背景总是惊人地相似。”〔82〕欲以立法原意作为指导,而不是当作命令的法学家们要提高警惕,参考立法的原始涵义不可避免地要参考男性言词、男性价值与男性意图。这种男性垄断现象也适用于文本、原理和判例。女性没有参与宪法原文的起草或通过,几乎在美国所有历史上,女性都被宪法的修订或解释活动拒之门外。无论女性在宪法理论发展过程中扮演何种角色——事实上女性所做的可能比我们想象的要多,这一点已在艺术与文学领域中得到证实——然而这些宪法理论活动却都将女性遗忘了。

在了解到人类的思想活动后,我们几乎难以相信,如果起初女性就与男性保持平等,一切事物将会保持原貌。我们不需要性别区分理论去证实男性与女性的生活是如何地不同。当代法学、认识论与女性主义理论都承认,不存在“洞察而得的真理”〔83〕,该结论与本杰明·卡多佐

〔78〕 分别参见 Murphy, Fleming, and Harris, *American Constitutional Interpretation*, 上注 68, 297, 299; Rossum and Tarr, *American Constitutional Law*, 上注 76, 10; Sotirios A. Barber, *On What the Constitution Means* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984), 35.

〔79〕 *A Constitutional Faith*, 上注 67。

〔80〕 Meese, “Jurisprudence,” 上注 66, 17.

〔81〕 Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1982), 75.

〔82〕 “The Sovereignty of Process: The Limits of Original Intention,” National Center for the Public Interest, *Politics and the Constitution: The Nature and Extent of Interpretation* (Washington, D. C.: American Studies Center, 1990), 12.

〔83〕 Mary E. Hawkesworth, “Knowers, Knowing, Known: Feminist Theory and Claims of Truth,” *Signs* 14 (Spring 1989): 536.

(Benjamin Cardozo)所称的趋势流派存在必然联系,“无论是否称之为哲学,趋势流派都统一了思想,指明了行动。”^[84]因此,宪法解释的某些普遍模式必然地使我们受到男性歧视。

从女性主义角度出发,某些“活宪法”提法成为必须。没有“为大众政府的终结设计公式”,相反地,却努力使宪法适应时代变迁要求,这成为将女性排除在宪法历史之外的潜在措施。^[85]但是弹性并不是改变的充分条件。弹性可以像加重男性偏见一样去控制男性偏见。在男性统治的活动中,我们可以期望弹性发挥此类作用。对女性主义而言,选择解释模式就可能是在允许男性偏见的方法与必然存在男性偏见的方法之间作出选择。

寻求中立原则,并不能使宪法原则保持中立。^[86]经验证实了凯瑟琳·巴利特的洞察,“中立原则与程序易使决策者的思想意识隐遁深处。”^[87]无论采用单一方法的解释者如何否认,个体影响决策制定;个体包括性别。既然司法判决是一种集体活动,那么性别效应既表现在集体上也表现在个体上。法律语言不仅仅是男性说的,而且是仅对男性说的,也经常以男性为话题。这种垄断现象非常广泛,一本畅销书曾描述1970年代末的最高法院弥漫着“一种男人俱乐部的气氛”。^[88]宪法历史是男性与男性交谈的历史。

宪法解释给具有创造力的个体大脑提供了充分的训练机会——事实上,这种自由空间太大,从而困扰了像雨果·布莱克与罗伯特·波克

[84] *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1921), 12. 另参见 Judith A. Baer, “Reading the Fourteenth Amendment: The Inevitability of Noninterpretivism,” National Center for the Public Interest, note 82 above, 69-82; Frank, *Courts on Trial*, note 31 above; Sandra Harding, *The Science Question in Feminism* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1986); *Sex and Scientific Inquiry*, ed. Harding and O’Barr, 上注 3。

[85] William H. Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution,” *Texas Law Review* 54 (May 1976): 706.

[86] 参见 Herbert Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University press, 1961).

[87] “Feminist Legal Methods,” 上注 4, 862.

[88] Bob Woodward and Scott Armstrong, *The Brethren* (New York: Simon and Schuster, 1979), 15.

(Robert Bork)这么不同的法官们。罗伯托·昂格尔(Roberto Unger)对一个解释性问题的论述具有普遍适用性：“既无法从宪法本身,也无法从所有的[宪法]一般概念与行为中归纳出美国平等保护原则的细微框架。即便是精通这种智力框架、美国宪法史与美国社会文化相关特征的人,也无法预见到平等保护原则会发展到今天这种形式。”^[89]

宪法原则在历史上具有男性气质,这有助于解释,为何难以构建合理的宪法性论述来支持女性的请求。譬如,宪法原则与生育自由不相符合,不是因为罗伊诉韦德案的推理存在缺陷,而是因为判决依据的原则存在缺陷。机会平等与产假制度的明显冲突可能是因为存在同样的问题。如果女性起初就是权威译者,那么她们可能在没有违反历史、理论或逻辑的情况下,就确立了生育自由原则。^[90] 但是去想象“可能会如何”,这毫无价值。我们需要思索将来可能的事:从现在所处的位置开始,思考创造女性主义宪法原则的可能性。

结论:法律再造

女人对法律意味着什么;法律对女人意味着什么?多数情况下女性曾经扮演的唯一角色就是充当男人之间交谈的客体——被谈论的客体,被命令的客体,被处理的客体。在本章之初,我审视了智力上的帝国主义,其特征是对女性行为进行传统法律分析。1996年在华盛顿地区的另类新闻报上的一篇文章,提出了不同的方法。^[91] 这篇文章的研究对象是高中女子篮球校队。但这既不是运动上,也不是学术上取得辉煌成绩的故事。卡多佐高中的“女子队员”在1995—1996年度球赛中打出四胜十四负的比赛成绩,是该校正常水平的精确反映。这个故事令人着迷之处,是对球队里四名队员的生活描述。

[89] *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 50.

[90] 参见第六章。

[91] Stephanie Mencimer, “Playing in the Shadows,” *Washington City Paper*, 22 March 1996, 22-32, 28, 31.

她们生活在华盛顿最糟糕的地方。她们的家庭、学校和邻居给人的印象,就是到处充斥着贫困、犯罪、毒品和人们之间的漠不关心。她们贫穷、无父母保护,在学校和大街上都身处险境。她们彼此并不友好,培养打球时的团体协作精神也颇费了一番工夫。她们没有球迷,很少训练,拥有的器材设施很陈旧;也不期待能获得体育奖学金。一名队员有个两岁大的儿子,孩子的父亲进了监狱。为了能留在球队,她刻苦训练,保证平均分在C以上。另一名队员身材又高又壮,观众经常嘲笑她。还有两名队员是孪生姐妹,她们的母亲拼命想让她们离开卡多佐高中。当祖母去世,家庭收入递减时,她们不得不离开教区学校。

对这些女性来说,体育活动与学校功课是“硬着头皮”去做的事,而她们自己或其朋友们却“怀孕”了。自主与意外之间的区别,并不必然符合法律学者观察世界的方式。对于一个三代人都需要赚钱的家庭来说,其观念也不符合法律学者观察世界的方式。(与孪生姐妹的情形一样,我的祖母去世对家庭收入也有负面影响,这些不同的环境是如何影响家庭关系的?)一种女性主义法学需要有这样的观念和认识论,即尊重这类具体经验,并将这类具体经验融入学术研究中。如果我们知道为何这些青少年看待怀孕,就像看待发生在别人身上的事一样,我们就能以另外的方式帮助青少年理解——或者逐渐明白,他们的想法是正确的。

92

现在,女性在“被动受法律支配”时,也在“主动支配法律”。正如萨拉·拉迪克所发现的,母亲的实践活动中包含了传统上与男性相关的能力,我的分析也表明,宪法实践活动中也包含了传统上属于女性的能力。法律并不要求女性去做她们不曾做过的事情。然而男性从未意识到,他们在法律活动中做了女性虽被期待做出、但做了却会受到谴责的事情。当我们仔细观察人们的实际行为时,男性与女性技能之间的二元论就消失了。然而女性主义过分关注的难题——智力上存在性别差异这一疑问还没有解决。但是对实践活动的分析表明,我们无须担忧,女性在宪法解释上可以干得和男性一样出色。

传统推理方式重抽象而轻具体,重演绎而轻情景,重理性而轻感性。与现行规则不相符的法律诉求被驳斥为不合法。比如,同时主张平等雇

佣权与产假制度看起来“相互矛盾”，因此便被认为是“不合理”的。对只有故意的歧视才违背平等保护条款的规定提出质疑，似乎在主张一种“结果导向的法学”。一种对宪法保护范围将多数离婚与儿童监护法律拒之门外提出质疑的法学，似乎违反了联邦制度与司法克制。主张认可生育自由权，似乎是在提出“女性问题”，而不是在应用“中立原则”。那些没有以流行原则为基础的诉求，被驳斥为用感性取代了理性。传统原则与女性需求之间的不协调，很容易引起女性主义者的怀疑，创立这些原则的方法带有男性偏见。

93 然而女性主义方法论的论点，不需要假定女性与男性思维方式不同，仅需要假定曾经垄断并将继续统治智力活动的男性使用了对男性自身有利的规则。女性主义者有理由怀疑方法论可以破坏女性的主张。在第五章，我将会阐明这种融合与排除过程在平等保护原则中是如何运作的。

强权者利用规则的一种方式，是将某些利益拒之门外。正如黛博拉·罗德(Deborah Rhode)所说的，法律体系对女性需求的保护，比如生育自由权，远远少于对男性利益的保护，这些利益被男性用来与需求相混淆，比如接触枪械或色情作品权。但与其说这是由于法学偏好这些特定的“男性”需求；还不如说这是由于某些法学的缺失。法律书籍很少提及枪支持有权的相关问题。对这种权利的争论一直是无事生非，然而一旦成为争论的焦点，关心它的人们力量之大，足以阻止政府夺走这项权利。关于色情问题，即使不是在法理上，也是在事实上享有类似的自由权。^[92] 与女性的多数重要利益不同，色情作品和枪械并不需要以原则为基础来辩护。造成这种差别的一个原因是，色情作品和枪械与资本主义经济完全契合；你可以自由买卖它们。但这种解释并不完整；因为堕胎服务也可以自由买卖。这个问题并不必然是“原则更适用于男性，不适用于女性”，而是，对优势群体很重要的许多利益并不需要符合这些原则。既然传统理论在这些方面歧视女性，女性主义者便理所当然地可以发展新方法。

[92] 参见第五章，注 47-64。

我赞同,女性主义法学可以自由地抵制男性创制的法律所布设的概念陷阱,从而构建法律推理的新方法,这种新方法可以自觉地运用大脑的感性、直觉和想象功能。这种活动具有合理性的一个原因是,传统法律决策融进了其本身所反对的感性、具体和情景思维方法。如果男性可以暗中从事这些活动,那么女性当然可以公开从事这些活动。即便宪法判决依据的规则的直接目的并不是为了破坏性别平等主张,但事实上,它们能够也确实服务了这一目的。用凯瑟琳·巴利特的话来说,规则让意识形态隐遁运行了。既然在规则形成时,女性主义观念并不是在隐遁运行,那么女性主义者就有理由怀疑这些规则会破坏她们的主张。

我并不主张,女性主义者应通过命令的方式来宣示法律原则。我认为,女性主义者有充分理由在从偏好到结论的推理上作出努力。跳出原则陷阱的方法之一是,运用直觉和想象工具,譬如,去怀疑在何种情形下性别平等可以与无堕胎权和睦相处。女性主义宪法学家可以采纳的另一种方法是以女性的认知来推动研究,譬如,社会鼓励男性去发动性交活动,却又让我们对性交后果承担避免或处理的责任。^[93]第三种新方法是,通过拒绝划分司法判决而将法律的动态与静态特质融合一起:譬如,对子女监护法律提问,为何父亲提出的新主张会比母亲提出的老主张更容易取得认可;或者对刑法提问,家庭暴力的受害者受到威胁时使用的自卫,是否能与男人被陌生人侵犯受到威胁时使用的自卫,同样容易被接受呢。^[94]还有许多新方法有待进一步探索。

94

女性主义法学家必须给予心灵完全自由的创造空间。现实与幻想、理性与感性、被感知与被证实的事实之间的界限,如同中立法学与结果导向法学、州政府的权力与联邦政府的权力、一致与不一致等之间的界限一样,都是传统且人为的。在这些规则服务的目的中,女性的发言权即便有也微乎其微。女性主义法学的核心任务就是众志成城,打破这些规则。

本书的第一部分论述了,法律的男性气质根源在于男性将生活区分

[93] 参见第六章,“权利、需要和传统理论:重新构建法学”。

[94] 参见第二章,注20-23。

为公共领域与私人领域、正义与关怀、主体与客体、权利与责任；也在于男性给女性指定了特定活动领域和责任。本章将这种分析延伸至法律方法及其内容上。正如女性被限制在私人领域一般，女性也被限制在微观事务中。正如分派给女性的工作被贬抑一样，这些工作所产生的认识方式也被贬抑了。正如意识形态必然包括正义与关怀一样，认识论也必然包括抽象与具体。

然而，无论是在意识形态中还是在认识论中，女性主义者应该区分，肯定女性一直做的工作与肯定女性化的工作之间的差异。指定女性承担某些社会性与智力性工作，而让男性从这些工作中解放出来，说明与所谓的“女性”世界相比，公开、理性与抽象的“男性”世界具有内在优势。社会需要两性，但是女性需要的比她们已经有的少得多。另一个理由是，打破男性垄断与放弃女性垄断同样是重要的。我对一种模式的法律推理、宪法解释的分析表明，思考与感受的二元论在实践中被打破了。它曲解了人们“运作法律”的方式。

本章是对第一部分的总结。到目前为止，我主要构建了对法律和法学的一种女性主义分析方法，并以其他著作作为背景来探讨这种分析方法。这些评论，包括我自己的，利用女性的生活来解释法律。第二部分则以相反的路径来论述：我将探究法律是如何构建与解释女性生活的。接下来的三章将聚焦在不平等、易受侵害与承担责任等对女性的情境来说至关重要的题目上。第八章将又回到传统理论与女性主义批判，从而构建一种女性主义的后自由主义。

第二部分



以女性生活贯穿法律

第五章 重建平等

宪法中的女性权利原则

97

美国宪法中没有包含对女性权利的规定。在这部以平等为宗旨的法律中,性别是个特例,被完全排除在一般的原则性描述之外。20世纪初,穆勒诉俄勒冈州案的判决将性别歧视排除在平等保护法规之外,而将女性归为“一个不同于其他公民的独特的群体”。〔1〕到20世纪结束时女性仍然是个独特的群体。

在过去的五十年中,涉及女性权利的案件的判决几乎无一例外都和人们对联邦最高法院的一般评价相悖。跟厄尔·沃伦(任期为1953—1969年)相比,沃伦·伯格(任期为1969—1986年)任首席大法官期间,最高法院更少关注个人权利——如果不考虑他们关于女性权利案件的判决的话。伯格比其前任和后任都更加尊重以前的判例——但他对个人权利的忽视却悖于以前六十年的判例。沃伦在任时领导了一次审判革命,伦奎斯特在任时则反其道而行之,而伯格则尽力维持现状——三者的区别在于,沃伦忽略了女性的各种权利,伦奎斯特几乎没有触及宪法的性别歧视问题,而伯格改变了宪法中平等保护条款的意思。

在1971年到1981年间,最高法院废除了穆勒案判例

〔1〕 208 U. S. 412, 421(1908).

中许可的歧视。单从原则来看,很明显女性在这十年中赢得的多次胜诉是一个争取平等权利的里程碑。但这些胜诉却是一把双刃剑,带来了正反两方面的影响。从1981年到1996年的16年里,没有一个女性在最高法院判决的性别平等保护案件中胜诉。结案后实际受益的男性多于女性。随之而来的是最高法院裁定征兵时可以仅限男性,而退役军人的优惠待遇并不是对女性的歧视;当越来越多的女性因为离婚变得日益贫穷之时,最高法院取消离婚后只有女方才可以申请获得赡养费的制度;同时,最高法院允许单身父亲争取监护权,这就使母亲们失去孩子监护权的风险不断增大。^[2]这些结果证实了诺拉·艾芙恩(Nora Ephron)的评论:“1970年代女性运动最大、最具体的成果就是男人女人各自买单。”^[3]

什么改变了?

98 1969年,即沃伦·伯格就任首席大法官当年,穆勒案仍然是一个有约束力的判例。性别是个“一般的”或“无恶意的”分类,被置于第一“等级”,法庭对其适用“最低审查”,即任何法律,只要有其存在的任何合理性,就会被推定为符合宪法规定并予以坚持。^[4]联邦最高法院在适用此原则63年之后才对其作出第一次修正。里德诉里德案(*Reed v. Reed*)的判决认为上述原则有自然的男性倾向,是一个“随意的不合理的立法选择”,因此即使对宪法第十四修正案采用最宽松的解读也应该予以禁止。^[5]在1970年代一个很短的时期里,最高法院似乎准备像对待种族歧

[2] 征兵登记案即罗斯特科尔诉哥德堡案(*Rostker v. Goldberg*), 453 U. S. 57 (1981); 退役军人运回待遇案即人事主管诉菲尼案(*Personnel Administrator v. Feeney*), 442 U. S. 256 (1979); 赡养费案即奥尔诉奥尔案(*Orr v. Orr*), 440 U. S. 268 (1979). 关于离婚案,可参看注30中的例子。关于单身父亲权利的案子,可参见注33-41; Lucinda Franks, “The War over Baby Clausen”, *New Yorker*, 22 March 1993, 56-73; *New York Times*, 1 May 1995, 20 June 1995; *in re Doe*, 638 N. E. 2d 181 (Ill. 1994). 1981年案即克希伯格诉费恩斯特拉案(*Kirchberg v. Feenstra*), 450 U. S. 455.

[3] *Heartburn* (New York: Alfred A. Knopf, 1983), 81.

[4] 关于平等保护原则的讨论可以在所有宪法学教材中找到,或可参阅 Judith A. Baer, *Women in American Law*, 2d ed. (New York: Holmes and Meier, 1996), 31-36.

[5] 404 U. S. 71, 76 (1971).

视那样对待性别歧视,即认为它是一个“可疑的分类”,将其置于需要“严格审查”的“更高等级”,任何法律法规除非具有“不可抗拒的正当理由”〔6〕,否则原则上无效。1976年的裁决回避了上述原则,然而由此而产生的妥协却能恢复到70年代以前的状况。克雷格诉博伦案(*Craig v. Boren*)创造了一个新的分类并将女性单独列入其中:“按性别进行的分类必须服务于重要的政府目标且与这些目标切实相关。”〔7〕

这种“适度审查”标准在涉及性别歧视的案件中普遍适用。克雷格案和计划生育组织诉凯西案(*Planned Parenthood v. Casey*)极为相似,在对后者的裁决中,最高法院对女性的宪法性权利作出了最新的表述。凯西案将堕胎从适用“严格审查/不可抗拒的正当理由”的分类标准的受保护权利中分离出来,而对其适用中度审查:政府不能对于女性是否堕胎的选择施以“不当负荷”。〔8〕

和穆勒案相比,克雷格案的判决创造的标准促成了更多遏制性别歧视的判决。但另一方面,在中度审查标准下,原告胜诉和败诉的几率几乎一样。但克雷格标准并没有告诉宪法学专业的学生他们想了解的信息。谁从这些判决中获利了?他们赢得了什么?谁真的赢了,谁又真的输了?为什么是这一方赢而那一方输?这样的输赢结果有什么作用?

谁得到了好处

从1971年到1996年,联邦最高法院依据宪法第五修正案和第十四修正案中有关保护平等权利的条款共判决28起性别歧视案件。1976年裁定的克雷格诉博伦案是第9起。在接下来的七年半里,伯格法院在17

〔6〕 *Frontiero v. Richardson*, 411, U. S. 677 (1973).

〔7〕 429 U. S. 190, 197.

〔8〕 112 S. Ct. 2791, 2819 (1992). *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 153, 164 (1973) 并没有提到女性的权利,提到的只是孕妇和医生的权利。我把这种关于堕胎的权利叫做女性“特别”(但“非专有”)的权利,因为这是唯一在实践中需要女性主体的女性权利。

99 起案件中沿用了克雷格案定下的标准。^[9] 从1981年伯格法院判决的赫克勒诉马修斯案(*Heckler v. Mathews*)到伦奎斯特法院判决的第一起案件即J. E. B. 诉阿拉巴马州案(*J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*),中间隔了十年。^[10] 最近的案件即1996年6月的合众国诉弗吉尼亚州案(*United States v. Virginia*)裁定弗吉尼亚军事学院只招收男生的政策违宪。^[11]

在这28起案件中,申诉人胜诉15起,败诉13起。14名胜诉者中有8名是男性;克雷格案中的卖啤酒的女商贩卡洛琳·怀特那(Carolyn Whitener)是替男性提出诉讼的;最近胜诉的联邦政府则代表女性提出诉讼;剩余的5名赢家才是女性。获胜的男性(9个中有8个获胜)多于女性(8个中的5个获胜)——但落败的男性也相对较多。败诉的原告中有10名(超过3/4)是男性。女性在宪法性案件中比男性成功,但却有更多的男性胜诉。大多数提交最高法院的性别歧视案件是由男性起诉的。无论怎样对克雷格案和弗吉尼亚案归类,男性起诉的案件都几乎占了总数2/3。新的原则使更多的男性而非女性主张权利。在这个意义上,宪法中的平等概念有男性倾向。

克雷格案之后的案件呈现出更为明显的(男性倾向)模式。女性胜诉的案件占到总数的1/2或2/3,而男性的胜诉率仅为6/14;但是因为案件总数过少,所以对这种胜诉率差异必须谨慎解读。在克雷格案以前的案

[9] 从1971年起,最高法院以不同的理由判决了几宗跟性别歧视有关的案件,包括 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), *Reproductive Health Services v. Webster*, 109 S. Ct. 3040 (1989), 及 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992); 涉及各种怀孕判罚的案子包括 *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U. S. 632 (1974), *Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484 (1974) 和 *Turner v. Department of Employment Security*, 423 U. S. 44 (1975); 一起案件涉及陪审资格,即 *Taylor v. Louisiana*, 419 U. S. 522 (1975); 有些案子的判决坚持民权法案违反宪法第一修正案,例如 *Pittsburgh Press v. Human Relations Commission*, 413 U. S. 376 (1973) 和 *Roberts v. U. S. Jaycees*, 468 U. S. 609 (1984); 一起案子证实了一个低级法庭的判决根据宪法第一修正案认定一项女性主义者支持的反色情法规无效,即 *Hudnut v. American Booksellers' Association*, 106 S. Ct. 1172 (1986); 一宗案件驳回了生父上诉的请求,即 *Michael H. v. Gerald D.*, 109 S. Ct. 2333 (1989)。由于最高法院在判决这些案件时没有援引性别歧视原则,我在分析中将其排除在外,另外,我还排除了涉及联邦民权法的案件。

[10] 分别参见 464 U. S. 728 (1984) 和 114 S. Ct. 1419 (1994)。

[11] 116 S. Ct. 2264 (1996)。

件中有 14 起由男性起诉,而女性申诉的案件只有 5 起。女性在克雷格原则创造前后起诉的案件数目相同,而此原则创立后男性起诉的案件数量则是以前的 2 倍。因此,男性与女性起诉的案件之比为 3:1 强,而不是 2:1。从时间来看这种印象更为明显。在弗吉尼亚军事学院案之前由女性提起诉讼的最后一个案件是克希伯格诉费恩斯特拉案 (*Kirchberg v. Feenstra*),此案于 1981 年 3 月判决——在第一个女法官进入最高法院之前。^[12] 接下来的 6 起案件全部由男性提起诉讼。^[13] 由此来看,性别平等的新原则主要成了男性主张权利的手段。^[14]

谁获胜重要吗?

更多的男性在涉及性别平等的案件中获胜,这个事实本身并没有说明什么。我们需要知道的是在这些案件判决后胜诉方赢得了什么,败诉

[12] 450 U. S. 455.

[13] *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U. S. 464 (1981); *Roster v. Goldberg*, 453 U. S. 57 (1981); *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U. S. 718 (1982); *Lehr v. Robertson*, 463 U. S. 248 (1983); 及注 10 中的两件案子 *Heckler v. Mathews* 和 *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*

[14] 地方法庭遵守先例的判决一点也没有改变这种状况。1993 年中联邦法院受理的案件中女性原告多于男性,但州法院受理的案件情况则恰恰相反。1988 年女性在联邦法院受理的案件中胜诉和败诉的机会各占一半,从 1989 年到 1993 年,这个比例上升为 75:25(案件总数为 8)。男性很少败诉,除了那三宗不详的案件。*Bachur v. Democratic National Party*, 666 F. Supp. 763 (D. Md. 1987) 在初审中判定“平等分配准则”下的限制会议中一种性别的人数代表一个分则(每个投票人都可以选择代表)无效。*Michigan Road Builders Association v. Milliken* 834 F. 2d 583 (6th Cir. 1987) 推翻了一项州法律(该法律依据中度审查为女性在免除合同约束方面提供帮助),理由是没有证据表明过去此方面有性别歧视存在。在相似的案件中(*Associated General Contractors of California v. San Francisco*, 813 F. 2d 922 [1987]),第九巡回法庭的判决恰恰相反。*Lamprecht v. FCC*, 958 F. 2d 382 (D. C. Cir. 1992) 判定一项在授予电台开办执照时给予女性优惠的政策违宪。1989 年,我研究了最大的五个州(加州、得州、纽约州、佛罗里达州和宾夕法尼亚州,这五个州的人口总数约占全国总人口的 35%)的上诉法庭的判决。从克雷格案到 1989 年,州法院的判决给人一种印象,那就是新原则的主要受益者是男性单身父亲,这在最大的两个州尤为明显。他们不是总能胜诉,但他们胜诉的比例很高。例如 *re Baby Girl M*, 688 P. 2d 918 (Cal. Sup. Ct. 1984); *Michelle W. v. Ronald W.*, 703 P. 2d 88 (Cal. Sup. Ct. 1985); *Matter of Andrew Peter H. T.*, 100 N. Y. App. Div. 2d 585 (1984); *Matter of Anthony F.*, 121 N. Y. Misc. 2d 592 (Family Court, Bronx County, 1983); *Matter of Adoption of Doe*, 524 So. 2d 1037 (Fla. App. 5 Dist. 1988); *Matter of Raquel Marie X*, 150 N. Y. App. Div. 2d 23 (1989)。从 1990 年起,性别歧视的案件中就没有明白可辨的模式。三起有女性提起诉讼的案件以原告胜诉告终,男性则是六胜一负。1990 年的案件最明显的特征是这一年的案件出奇的少:11 起联邦案件,10 起州案件。

方失去了什么；这些赢得或失去的利益有什么意义；谁的利益最终得到保护。我们还需要知道什么是本应该赢得而事实上并没有的。第二章说明了在家庭法和刑法中女性的主张没有得到肯定，而男性的主张则获得支持。在平等保护法中也是如此吗？

并非所有男性的胜利都意味着女性的失败。1970年代中期的两起社会保险案是由男性提出诉讼的，但判决却保护了女性的权利。两个案子中的原告都是鳏夫。保拉·魏森菲尔德(Paula Weisenfeld)死于生产，她未成年的儿子获得了遗属抚恤金。而斯蒂芬·魏森菲尔德(Stephen Weisenfeld)却没有资格像一个寡妇那样得到单亲补助。里昂·戈德法布(Leon Goldfarb)没能得到老年遗属抚恤金因为他没有在经济上依靠妻子汉娜；而一个在经济上不依靠丈夫的72岁的寡妇却得到了相应的保障。两个男性被告都胜诉了，但最高法院强调了女性的利益。保拉·魏森菲尔德“没有得到其家庭相应的保护，而这种保护是有类似情况的男性劳动者可以得到的”。^[15]汉娜·戈德法布“同她的男同事一样工作并以同样的税率缴纳了25年的社会保险税”，但是“男同事获得的保障却比她的大”。^[16]J. E. B. 诉阿拉巴马州案认定以性别为理由强制要求男性陪审员回避无效，固然推翻了一个可向推定父亲要求子女抚养费的判决，但同时也使得强奸案件的辩方律师不得以女性更容易同情受害人的假设为理由而强制要求女性陪审员回避。^[17]弗吉尼亚军事学院案的判决对女性而言是个明显且意义重大的胜利；很难看出除了傲慢，男性还输掉了什么。首席大法官鲁斯·巴德·金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg)在判决中的措辞——“男女之间的‘天生差异’……是对男女双方的赞颂而不是诋毁，也不是对个人应得机会的人为限制”——是如此掷地有声以至于弗吉尼亚军事学院必须承认女生和男生拥有平等的申请和录取的机会，但这样严正的措辞反而会让读者纳闷作出这个判决何以如此耗时。^[18]

但是一些支持男女一方的申诉的判决明显地伤害了另一方。1981年

[15] *Weinberger v. Weisenfeld*, 420 U. S. 636, 645 (1975).

[16] *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199, 208 (1977).

[17] 参见注10。

[18] 116 S. Ct. 2264, 2276 (1996).

女性起诉的费恩斯特拉案剥夺了男性的很多权力。此案的判决认定路易斯安那州的“家长及主人”法无效,该法给予丈夫对夫妻共同财产的单方处决权。另一方面,卡班诉穆罕默德案(*Caban v. Mohammed*)在强化未婚生父权利的同时却牺牲了生母的权利,即孩子的生母不能单方同意他人领养其子女,哪怕领养人是她们的丈夫。

新的原则已经对女性有利。有几个案件的判决赋予女性一些切实的权利,也取消了男性的一些特权。有人甚至会主张性别平等要求男女双方履行对等的平均责任(像各自付账那样),如实行性别中立的配偶扶养法,并认为最高法院在罗斯特科尔诉哥德堡案(*Rostker v. Goldberg*)中免除女性的兵役、在迈克尔诉索诺玛县高等法院案(*Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*)中对与未成年男子发生性交的女子免除刑罚都是错的。毕竟,歧视男性不和歧视女性一样不公平吗?难道女性主义者在要求男女平等权利的同时还可以要求保留女性的特权吗?

使男性承受特殊负担的法律的确违反了性别平等原则。然而歧视男性的法律对男性的伤害未必与歧视女性的法律对女性的伤害一样多。即使双方受到的伤害相同,性别歧视也不是性别不平等唯一的法律表现形式。女性主义者致力于性别平等的前提是他们认为女性的社会地位低于男性,而所有的证据表明他们的判断完全正确。众所周知,女性在收入、教育、就业和当选公职方面都落后于男性。歧视男性的各种法律是这种一般现象中的特例,对男尊女卑的整体情况影响甚微。性别平等要求更多的使女性得到实惠的立法,而不是免除男性义务的立法。

女性主义者很难认同以下男性胜诉的判决,威廉·奥尔(William Orr)违反了法院要他支付赡养费的裁定;他的同乡阿拉巴马人 J. E. B. 则对他 99.92% 可能是孩子的生父的科学鉴定提出质疑;卡班(Abdiel Caban)诱拐了自己的孩子——尽管持不同意见的法官们避免使用“诱拐”一词。^[19] 在奥尔案后,阿拉巴马州不再有义务使本州有关赡养费的案件适用的法律保持性别中立(尽管它这样做了);而可以像得克萨斯州那样,

[19] 分别参见 *Orr v. Orr*, 440 U. S. 268 (1979), *J. E. B v. Alabama ex rel. T. B.*, 114 S. Ct. 1419 (1994); *Caban v. Mohammed*, 441 U. S. 380 (1979).

取消赡养费制度。^[20] 在卡班案后,所有州法院都可以实行这样的法律:依据父母和子女的亲疏关系而不是父母的性别来判断谁拥有监护权,或者对诱拐子女的父母施以刑罚。然而当最高法院认定那些歧视单身母亲或父亲的法律因违宪而无效时,州立法机关仍然可以通过剥夺所有单亲父母的监护权的方法来作出回应,而这个举动至少对一个能说会道的人群——未来的领养父母——有利。很难看出迈克尔案的判例对女性有什么帮助。如果认定该判例无效,那么一个强奸犯可能会被无罪释放;坚持该判例,那么诱奸者中只有男性获罪,因为“只有女人会在性交后怀孕”。^[21]

女性们对平等保护法还没有涉及的领域感到不满。有些案例,如1979年的判决维持了退伍军人在行政事务职务中受聘的优先权,而没有给予女性同等的优惠,其理由是只有故意的种族或性别歧视才称得上违反了宪法中的平等保护条款。^[22] 这个判决实质上允许立法者随意歧视女性,只要他们有站得住脚的中立理由,并且在为自己的立法辩护时注意措辞即可。有些维护男性申诉请求的判决,虽然准确地说并不错,但看起来和我们对法律歧视女性的一般认识不一致。

运用宪法中性别平等保护原则的男性比女性多。在最高法院审理的宪法性案件中胜诉的男性也比女性多。男性总体胜诉一败诉的纪录和女性差不多;事实上,考虑到涉案总数,这种差异就会变得异常小,以至于可以说男性在维权方面和女性做得一样好。自然而然的结论是:到目前为止,男性是性别平等原则的主要受益者。新的性别平等原则更多地服务于男性而不是女性的利益。

[20] Ala. Civ. App. 1979.

[21] 在我看来,奥尔案、卡班案和 J. E. B. 案的判决是正确的,但迈克尔案不是,详见下节的“平等原则如何偏袒男性”。但是很少有女性主义者优先考虑废除配偶扶养和孩子监护权的法律,而这些法律对女性是有利的。很容易想到可能的要求得到满足会加强平等的程度要远高于奥尔案和卡班案。J. E. B 案废除了一项实践做法——根据性别排除可能的陪审员——这个做法的效果是非常公平的。例如,检察官在强奸案中可能不会排除男性陪审员,律师也不会排除女性陪审员。奥康纳大法官提出的对策——仅对政府适用该判例原则——在我看来比完全的禁止对女性更不利;女性受害者要远远多于女性罪犯。总的来说,该决定是正确的,因为它禁止了“以性别为根据来判断男女的能力而激起怨恨的、陈旧的、过于宽泛的老套看法”(最高法院的意见, slip opinion, p. 2)。

[22] *Personnel Administrator v. Feeney*, 上注 2。

宪法的男性倾向

我们在外过了三天周末假期回到家的那个晚上,发现房子被盗了。房子被翻得一团糟,墙上喷上了“黑鬼”的字样。窃贼在游泳池边的桌子上倒了啤酒,还把地毯掀起来。他们打破了我父亲放奖杯的柜子,毁掉了大部分奖杯……警察来了,但一会儿的工夫他们就走了。接着,我父母拉开他们的床单,发现窃贼在他们的床上拉了大便。

——卡伦·拉塞尔(Karen Russell)

[我的孩子们]曾经被侮辱、被轻视,他们亲身经历了人们出于种族主义的特殊恶意行为。但是他们从来没有经历过种族歧视。

——谢尔比·斯蒂尔(Shelby Steele)

宪法性审判是如何,又是为什么满足男性的申诉而否定了女性的申请?《美国最高法院判决案例选编》(*United States Reports*)的任何一期都部分地回答了这个问题:无论判决是否支持原告的申请,判决和起诉状中提到的男性当事人的名字多于女性,即便排除刑事案件结果也一样。虽然这些数字很粗糙,但它们反映了一个事实,即最高法院选编的案件里包含更多的男性原告。^[23] 男性更多地提出诉讼是因为他们更自信——坚决、倔强或是顽固——还是因为他们相对于女性更多地受到不公正的待遇?两种解释均看似合理;但两种解释都未加证实。男人们比女人们更多地诉诸法律是因为他们通常更有钱更有时间,而打官司需要钱也需要时间。如果诉讼长着一张男人的脸,我们不应该感到惊讶。

与数当事人的名字相比,研读这些判决能更好地解释为什么宪法具有男性偏见。这些解释就隐藏于那些或优先于或独立于性别平等的宪法原则中。选编的案件显示法官们不必是男性至上主义者也能写下加强男性至上主义的判例,不必是保守主义者也能作出强化男女地位现状的判决。他们只是以他们本身的特性——法律人,以通过专业训练得到的法

[23] 搜集更精确的数据是不可行的。最高法院的二期数据库列出了1953年至1993年间的所有案件,但是并没有系统地记录当事人的性别。

律思维习惯——来做他们分内的事。

103 并非所有可以察觉的不正当行为都可以诉诸法律。“我被人耍了”，不论这种感觉多么强烈，也不见得可以作为起诉的理由。有意打官司的人必须把他们遭受的损害“翻译”成表达申诉和申请救济的法律语言。法律词汇在该问题上限制着司法话语。平等保护原则构建了纷繁复杂甚至是混乱的不平等的材料，因为在这个国家里，不平等被表述成“歧视”和“归类”等概念。而这些概念又有诸如“可疑”、“一般”、“适中”、“故意”等分支概念。这些法律概念相应地影响着我们对现实的理解。

本节开头引言的两位作者都是美国黑人，他们叙述了他们家人的遭遇。谢尔比总结道：他的孩子们遭受了种族主义而不是种族歧视。他暗示谩骂虐待他们并不是歧视他们。现实并不要求作这样的区分；然而法律语言在美国文化中如此强势，甚至影响了这位非法律人的英语教授对现实的理解。卡伦·拉塞尔回忆了被斯蒂尔称作“特殊恶意”的例子。作为哈佛法学院的毕业生，她并没有用平等保护的语言来描述那次经历。那一幕就是在她所住的白人社区里针对她的家人的一场暴力行为，而这种行为是当地警方默许的；然而，政府姑息白人种族主义者袭击黑人并不构成对法律中平等保护条款的否决。

平等保护原则把拉塞尔和斯蒂尔的经历归为一类，将那些可以描述为官方歧视的例子（即由于甲乙的种族不同而给予他们不同待遇的例子）和那些不能如此描述的例子分开。而平等保护原则包含了前者却排除后者。该原则包含了任何可以描述为官方的种族歧视，无论受害人为何种种族。当艾伦·贝克（Allen Bakke）申请进入医学院的机会因为他是白人而减少时，平等保护原则把他受到的伤害与一个少数民族申请者由于种族原因受到的伤害同等对待，甚至含蓄地认为他所受的伤害比拉塞尔一家和斯蒂尔的孩子们所受的伤害严重。^[24]

同样的法律概念适用（尽管不够严密）于性别歧视案件中。如果一个人认为她由于种族或性别而受到了不公正的待遇，那么除非她能证明种族歧视或性别歧视确实存在，这种歧视是故意的，并且其施为者是政府而

[24] *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

不是私人机构,否则她的认知构不成宪法性案件。法律词汇限制了这种问题的司法语篇。而现有的法律语言更适合男性而不是女性的申诉。在很多情况下,“你不能从这里(对一个问题的表述)到达那里(对女性申诉的宪法性判决)”。

平等原则如何偏袒男性

奥尔诉奥尔案(*Orr v. Orr*)是一个“各自付账”的案子,正可以说明这一点。该判例使离婚后男方比女方更容易被法院裁定支付赡养费,因此构成故意以性别为基础进行的分类,是对男性的歧视。因此,该判例应受到克雷格案所建立的审查标准的检验,且该判例与立法所欲达到的目的有重要关联。在奥尔案中,该法并不能通过违宪审查。

然而在一般的原则中,如果我们只是把赡养费概念化成“对男性的歧视”,就不能正确地理解离婚赡养费。只有女性才能得到赡养费,的确是一种对不同性别区别对待的形式,但那是男性享有优越性的社会大环境的一部分。很多女人没有能力赚够钱来满足自己的需求,因此婚姻常常是女性赖以生存的经济来源。妻子(尤其是那些正在办离婚手续的妻子)通常都在经济上依赖她们的丈夫。一般来说,女人没有男人能赚钱。具体来说,女人之所以赚钱能力相对男人较差是因为女人喜欢“上嫁”——嫁给比她们年长或是受教育程度高的男人——同时也因为女人的工作机会受到她们家庭责任的限制。妻子处理家务的责任使丈夫做其他事包括赚钱时没有后顾之忧。^[25] 很多丈夫所享有的特权是在法律之外的,而不是在法律之内。

离婚都是由双方协议或是由法官判决达成的。离婚法和子女监护法

[25] 关于婚姻内进行劳动分工的学术文献不胜枚举。参见如 Jessie Bernard, *The Future of Marriage* (New York: World Publishing, 1972), 第7、8章; Caroline Bird, *Born Female: The High Cost of Keeping Women Down*, rev. ed. (New York: David McKay, 1973), 2; Philip Blumstein and Pepper Schwartz, *American Couples* (New York: William Morrow, 1983), 53-59, 139-46; Julia A. Ericksen, William L. Yancey, and Eugene P. Ericksen, “The Division of Family Roles,” *Journal of Marriage and the Family* 41 (May 1979): 301-13; Arlie Hochschild with Anne Machung, *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home* (New York: Viking, 1989); Gayle Rubin, “The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex,” in *Toward an Anthropology of Women*, ed. Rayna Rapp Reiter (New York: Monthly Review Press, 1975), 157-210; *The 1985 Virginia Slims American Women's Opinion Poll* (Storrs, Conn.: Roper Center, 1985), 93, Table 6, 8.

在表面上既是性别中立也是性别敏感的。法律保障男人和女人像做投资的银行家一样在离开他们的家庭时免于不当的财产损失,但不是所有的法律都这样规定。多数的州法和1974年的《统一结婚离婚法》允许法院在判定抚养费和分配财产时考虑双方对家事、子女的照顾和另一方的职业。^[26]但在法律规定和法院判决之间,事情并不是这么简单。没有任何研究证明无过失离婚对女性的整体状况有所改善,大多数的研究显示男性离婚得到了利益,而女性的利益却被牺牲了。越来越多的子女监护权的判决对男性有利。

不同的研究得出的数据不同,但研究发现却有相同的结论:比起离婚的男性,离婚女性的经济状况变差了。^[27]“被驱逐的家庭主妇”的困境——在她们的婚姻结束的时候,她们已经离开劳动力市场几十年了——开始受到全国的关注。虽然没有证据支持玛丽·贝克(Mary Becker)的主张,“奥尔案已经伤害到了一般的母亲和妻子”,但这个判例也绝不会对她们有什么帮助。^[28]离婚已经造成“贫穷的女性化”,因为离婚妇

[26] 参见注4, Baer, *Women in American Law*, 141-46; Susan Faludi, *Backlash: The Undeclared War Against American Women* (New York: Crown, 1991), 24.

[27] Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution* (New York: Free Press, 1986). 发现离婚妇女的经济状况平均下降了73%,而离婚后男性的经济水平则上升了42%。Weitzman从她的调查样本中得出的数据和对数据的分析遭到许多人的批判,因此,她的统计发现不足为信;但是其他的研究也支持她的结论,即离婚使女性和孩子的生活拮据。例如,同期的收入变化定组研究得到的数据表明离婚妇女的经济水平下降了33%。Saul D. Hoffman and Greg G. Duncan, “What Are the Economic Consequences of Divorce?” *Demography* 24 (November 1988): 641-45. 一些评论员认为加州的平均分配规则扭曲了Weinstein案的结果。但是加州拥有全国人口10%还多的人口,这样的规则不可能是反常的;即使规则可能反常,在这个全国第三大州里进行的研究证明不同的政策可以产生相似的结果。Marsha Garrison, “Good Intentions Gone Awry: The Impact of New York’s Equitable Distribution Law on Divorce Outcomes,” *Brooklyn Law Review* 57 (Fall 1991): 621-754. 其他州的研究也表现出相似的模式;譬如Jean M. Gervail and Carelle Muellner Stein, “Spousal Support in Minnesota: Where Are We Going?” *Minnesota Family Law Journal* 6 (March/April 1993): 29-39; Heather Hammer, “The Economic Impact of Divorce in Hawaii,” Preliminary Report to the Hawaii Supreme Court on Gender and Other Fairness Issues, 1993. 我发现的最新的研究表明离婚后女性的经济地位相对男性下降到了极点,参见Joyce Ardititi, “Women, Divorce, and Economic Risk,” *Family and Conciliation Courts Review* 35 (January 1997): 79-89.

[28] “Prince Charming: Abstract Equality,” in *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein (Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992), 111.

女并不一定能得到抚养费；即使得到这样的判决，她们的丈夫也往往没有付钱；即使付钱了，那钱也往往不够用。在1980年代，不到15%的离婚妇女得到了抚养费补偿，而几乎40%得到子女监护权的妇女拿不到抚养费。那些得到抚养费补偿的妇女每年收到的平均补偿金不过2500美元。政府针对抚养费强制执行的改革使情况有所好转。但现在问题已经有了变化，而拿不到抚养费的妇女的数目仍然很多。到1991年为止，46%的单亲家庭（其中86%由母亲和子女组成）持有具有法律约束力的抚养费给付命令。^[29] 有些研究显示，在离婚案件中法官所看重的法律标准可能比较有利于男性。^[30] 从这个角度来看，抚养费不是对男性的歧视，而是在一段婚姻结束时对处于弱势的一方提供的（不足的）保护。我们如果局限在宪法的法律语言中，就决不能得到这样的结论。从法律语言得到的结论是阿拉巴马州法之类的法律歧视男性，而永远无法得知离婚法对与女性造成了多少伤害。

[29] *Child Support and Alimony: 1985 Supplemental Report*, Current Population Reports, Special Studies, Series P-23, No. 154, U. S. Bureau of the Census, Tables A, C and H; *Statistical Abstract of the United States*, 1996, Table No. 604. 另参见 Office of Child Support Enforcement, *Giving Help and Support to America's Children: Handbook on Child Support Enforcement* (1996), 13; 这些数据显示一百多万居住在其他地方的单亲家庭中有56%享受接受有法律约束力的抚养的权利。

[30] 例如，上述注27中引用的文献；Terry Arendell, *Mothers and Divorce* (Berkeley: University of California Press, 1986); Renee Cherow-O'Leary, *State-by-State Guide to Women's Legal Rights* (New York: McGraw-Hill, 1987), 11; Lois Greenwood-Audant, "The Internalization of Powerlessness: A Case Study of the Displaced Homemaker," in *Women: A Feminist Perspective*, ed. Jo Freeman, 2d ed. (Palo Alto, Calif.: Mayfield, 1979), 264-81; Ruth Sidel, *Keeping Women and Children Last: America's War on the Poor* (New York: Penguin Books, 1996); Judith S. Wallerstein and Joan Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (New York: Basic Books, 1980); Judith S. Wallerstein, *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade After Divorce* (New York: Ticknor and Fields, 1989).

要了解对这些发现的保留意见，见 Faludi, *Backlash*, 注26, 19-27; Martha Fineman, "Implementing Equality," *Wisconsin Law Review*, no. 4 (1983): 789-887; Herbert Jacob, "Another Look at No-Fault Divorce and the Post-Divorce Finances of Women," *Law and Society Review* 23 (1989): 95-115. 所有引用的数据均来自样本调查；它们的可信度和所有其他的样本调查的可信度一样。Faludi 和 Jacob 认为没有证据显示离婚“改革”使得离婚后妇女的生活比离婚前差。这种观点是准确的；有关妇女离婚后的生活状况的抱怨可以追溯到1920年代，见 Baer, *Women in American Law*, 注4, 136-41. 但是20世纪离婚率的大幅上升使离婚妇女的队伍前所未有地壮大。

最高法院一直坚持着凯瑟琳·麦金农所谓“愚蠢的平等原则”，所以奥尔案透露出司法“对于优势或弱势群体是否因此得到帮助或遭到伤害，根本就是漠不关心”。^[31] 我们需要不予认同“对男性的歧视和对女性的歧视同样是不公的”，以此来驳斥这种过分宽泛和无用的歧视。中度审查标准对于遏制歧视女性所提供的保障其实是非常不充分的，但在歧视男性的案子里却相当管用。比起歧视弱势群体，歧视强势群体并不是那么严重的事，但也值得注意。对于男性的性别歧视并没有降低他们的社会地位，但是这样的损害的确是因为个人无法改变的特性产生的。^[32]

既然抚养费 and 子女监护权的判决是在不同的案子中作出的，这些判例在宪法层面上应该是中立的。一个提供抚养费给依赖对方或经济上弱势的一方的判决应该判给更多的女性补偿，而不判给男性补偿。我们很难认同奥尔案的判决。一个有利于女性的积极优惠性判例原则可能对男性构成歧视，却与重要的立法目的有切实关联，可是奥尔案中的性别歧视并非如此。

卡班诉穆罕默德案与子女监护权的关系同奥尔案和离婚的关系一样。传统的子女监护法是一个典型的“性别加其他因素”的歧视，这里的其他因素指的是婚姻状况。^[33] 过去在双亲结婚和婚姻维持的时候，父亲和母亲具有平等的亲权；没有婚姻关系时，未婚母亲拥有绝对的监护权，
106 但这种状况最近发生了变化。纽约州法赋予单身母亲单方同意送养子女的权利，这个规定被认为是对非婚生子女生父的歧视。就像单一性别的抚养费，这些法律不利于男性群体。

法院在卡班案的工作是决定“对未婚女性和未婚男性实行差别待遇……是否与政府为确保非婚生子女有家庭收养的利益具有实质性关

[31] *Only Words* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993), 98.

[32] 关于这些问题的讨论，参见 Judith A. Baer, *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1983), chap. 5 and 10.

[33] 参见 *Phillips v. Martin-Marietta*, 400 U. S. 542 (1971).

系”。^[34] 五位最高法院大法官认为两者缺少必要的关系,因为法律错误地推定未婚父亲与子女的关系比未婚母亲与子女的关系疏远。对女性主义者来说,这并不是什么值得庆贺的结果。虽然本案的多数意见票数与反对意见票数相近,而且上诉人卡班不太有同情心,但这个案子的事实部分的确为多数意见提供了一个佐证。这个未婚父亲和他的孩子在一起生活了好几年。宪法原则可以推导出子女监护权歧视男性的那部分内容^[35],但是就像抚养费例子,我们不能从这里(宪法原则)到达那里(了解子女监护法)。

1984年的塞尼卡福尔斯宣言(The Seneca Falls Declaration)指控子女监护法“完全罔顾女人的幸福”。这部法律从那时至今已有两次重大的修改,但这项指控仍然很贴切。在19世纪法律对父亲有利,在20世纪的多数时间对母亲有利。法律偏向父亲反映了农业社会中父亲在子女劳动中的固有经济利益;偏向母亲则是因为对父亲的重视转为对子女的利益重视,而不是对母亲利益的重视。“襁褓时期”原则假设襁褓中的婴儿需要他们的母亲。偏向父亲的时候,把父亲的利益放在首位;偏向母亲的

[34] 441 U. S. 380, 391 (1979).

[35] 在以 *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645 (1972) 为开始的一系列案件中,最高法院考虑了单身父亲们的平等保护的申请要求。Abdiel Caban 和 Peter Stanley 在他们的孩子的母亲去世后得到了孩子的监护权,他们是仅有的胜利者。另见 *Quilloin v. Walcott*, 434 U. S. 246 (1978); *Lehr v. Robertson*, 463 U. S. 248 (1983). 和卡班案一样,这些案件中的生父试图否决孩子继父的收养权;但是 *Quilloin* 和 *Lehr* 却败诉了。*Fiallo v. Bell*, 430 U. S. 787 (1977) 案坚持了联邦移民法的一节,即偏向居住在美国的单身母亲的孩子。*Parham v. Hughes*, 441 U. S. 347 (1979), 坚持了一项不正当的法律,该法允许单身母亲起诉,却禁止单身父亲起诉。

传统上,单身母亲有完全的抚养义务和权利。在习惯法中,单身父亲甚至不被看成是父亲。直到最近,除非一个孩子的母亲在法庭上说服陪审团一个男人是那个孩子的父亲,否则单身父亲是没有任何抚养义务的。因为要使用 DNA 鉴定(现在仍然很昂贵)才能确认一个男人是某一个孩子的生父,所以这种官司并不是常见的或有效的获得抚养费的方法。1988年的家庭抚养法要求单身生父履行给付抚养费的义务,如果一个男人承认或法庭能证明该男子与某个孩子确有亲子关系。见 Baer, *Women in American Law*, 上注 4, 40-45, 146-47.

直到 1970 年代,通行的判决是单身生父没有法律保护的渠道接近孩子,即使他履行了给付抚养费的义务。唯一的例外是在六个州法院判定单身生父有权探望他们的孩子。见 Norman Gardner Tabler, Jr., “Paternal Rights in the Illegitimate Child: Some Legitimate Complaints on Behalf of the Unwed Father,” *Journal of Family Law* 2 (1971): 231-54.

时候则把子女的利益放在首位。^[36]

法律现在不偏向父母任何一方。监护权的判决一定要以“子女的最佳利益”作为判定的依据。这项中性的标准如果公正地适用,可能对母亲有利。儿童心理学家一般都同意由主要的照顾者继续照料儿童最符合儿童的利益。几乎在所有的家庭里,母亲就是这个主要的照顾者。^[37] 约90%的离婚夫妻的未成年子女经由双方的同意跟着母亲,不论是子女自愿或是强迫的。^[38] 然而如果父亲们坚持要求监护权,他们胜诉的几率是35%到70%。^[39] 法官判决父亲赢得监护权的理由,总是轻描淡写地提到他的经济优势(这使他容易得到母亲负担不起的法律协助),而母亲是子女一生中主要照顾者的事实,却未被提及。^[40]

107 我们不需要把照顾标示为“女性的”才能看得出贬抑照顾子女的工作是不公平的——太多的女性主义者掉入了这个陷阱。第一章和第三章的讨论告诉我们,“关怀伦理”的现实基础是女性被迫扮演的家庭角色。在传统家庭中母亲同她们子女保持亲密的需要,比父亲在情感上对子女的

[36] 参见 Baer, *Women in American Law*, 上注 4, 159-59; Nancy Polikoff, “Gender and Child Custody Determinations: Exploding the Myths,” in *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond (New York: Longman, 1983), 183-202; Rena Uviller, “Fathers’ Rights and Feminism: The Maternal Presumption Revisited,” *Harvard Women’s Law Journal* 1 (Spring 1978), 107-21.

[37] 参见如 David L. Chambers, “Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce”, *Michigan Law Review* 83 (December 1984): 480-569; *Garska v. McCoy*, 278 S. E. 2d 357 (W. Va. Sup. Ct. 1981).

[38] 参见 Polikoff, “Gender and Child Custody,” 上注 36; Marianne Takas, *Child Custody* (New York: Harper and Row, 1987).

[39] 参见 Polikoff, “Gender and Child Custody,” 上注 36; 及 “Why Mothers Are Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations,” *Women’s Rights Law Reporter* 7 (Spring 1982): 234-43; Weitzman, *Divorce Revolution*, 上注 27, 233; Lenore Weitzman and Ruth Dixon, “Child Custody Awards: Legal Standards and Empirical Patterns for Child Custody, Support, and Visitation After Divorce,” *University of California, Davis, Law Review* 12 (Summer 1979): 471-521.

[40] 参见如 Chambers, “Rethinking”, 上注 37; Phyllis Chesler, *Mothers on Trial* (New York: McGraw-Hill, 1986); Martha Fineman and Anne Opie, “The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce,” *Wisconsin Law Review*, no. 1 (1987): 107-58; Polikoff, “Gender and Child Custody,” 上注 36; “Why Mothers Are Losing,” 上注 39; Uviller, “Fathers’ Rights,” 上注 36; Weitzman, *Divorce Revolution*, 上注 27, 310-18; *Salk v. Salk*, 393 N. Y. 2d 84 (New York Court of Appeals 1975).

需要更强烈。如果我们为了保持与子女的亲密关系而投入了时间、精力和感情,这种关系对我们的感情健康就越来越重要。照顾婴儿需要许多时间、精力和感情,虽然随着年龄的增长孩子对照顾的需求会逐渐减少。母亲对孩子的依恋反映了她执着的奉献。因此在许多案例中,母亲对于继续照顾子女有持续的利益。但法律从未正视这种利益。^[41]

母亲照顾子女,因为社会期待她们这么做。她们发挥这项重要的社会功能,因此与子女有持续的亲密关系。特别的需要和利益随着女人必须承担的社会任务而产生,但是赋予她们这个角色的社会,却不愿承认有任务产生的人类需求。女人做了她们该做的,但做了之后和她们子女产生的依赖关系,法律却从不放在眼里。我们很难找出比这更有男性偏见的法律了。然而这种冤屈几乎不会成为宪法性案件,为什么?

假如我们用宪法的语言来描述这种情况,有没有故意的性别歧视存在?法官不可能冒着被上诉的风险在判决中明白地宣示他的性别歧视心态。判断一个法官是否有歧视的方法是比较他或她过去所作的判决。可是离婚和监护子女的判决是由数百名不同的法官在不同的管辖法院作出的。适用现在的离婚法和子女监护法不利于女性。它们加强了男性的优势地位,但我们实在很难用法律原则性语言来表述这种情况。

原则(在大多数情况下)如何偏袒男性

两起发生在克雷格案之后关于兵役的案件,进一步显示了宪法原则和现实之间的分歧。1979年的人事管理员诉菲尼案(*Personnel Administrator v. Feeney*)维持了公务人员优先任用退伍军人的措施,1981年的罗斯特科尔诉哥德堡案维持了男性兵役登记制。^[42]就它们的不同结果而言,平等原则对于哥德堡案、奥尔案和卡班案的一致见解虽不明显但很重要。法律原则把招男性入伍概念化为一个对男性区别对待的性别分类,但是把这些措施想成分类和歧视,则是一种断章取义的奇怪论述。男

[41] 参见 Baer, *Women in American Law*, 上注 4, 157-159; Chambers, "Rethinking," 上注 37, 541-44; John Bowlby, *Attachment and Loss*, Vol. 3 (New York: Basic Books, 1980).

[42] 参见上注 2。

性兵役登记制可以通过克雷格案的检验,因为法院不需要触及女性不适合军事服役及作战的议题。哥德堡案将兵役登记的要求联系到法律上限制只准男性从事战斗的规定,但当时并没有任何法律作如此规定。到108 1990年代中期,这些限制被逐渐废除,因此逐渐削弱了以上判决正当化的基础。

兵役登记和战斗之间的联系有助于理清强制兵役制的脉络。战斗是一个备受尊重的活动,至少直到越战前还是如此。征召18岁到26岁的男性入伍主要是要确保多数的战士因为年轻而不会质疑战争的意义,并且不会敏感地意识到自己在战场上死亡的可能。服兵役对这些年轻人而言,可能从“只有男人才能战斗”这样的想法中可以得到些许价值。尽管战争相当危险,但多数军人存活了下来,并且没有留下永久性的创伤。许多退伍军人由于从军的经历得以深造获得学位、工作或公职。就连许多越战归来的军人也取得了参议员的职位,而二战后第一个非退伍军人当选总统(克林顿)后还得为此作出一大堆解释。军事服役让退伍军人比其他人包括女人拥有更多的竞争优势。^[43]

菲尼案的主题——退伍军人可以被优先录用为公务员——就是这种优势之一。所有的退伍军人,无论男女,都可以优先录用,但直到1967年,陆海空三军的女性名额仅有2%。在马萨诸塞州有98%的二战退伍军人是男性,因此海伦·菲尼(Helen Feeney)无法在那里担任任何文职的管理职位。当最高法院审理她的案件时,已经有一些不利的征兆。两个关于种族歧视的判决认为,如果法律具有中性的目的,尽管会对一个种族造成不成比例的影响,也不会使其因违宪而无效。^[44] 菲尼案适用了这个原则。退伍军人的优先录用并不违宪,因为它的目的是鼓励及奖励军事服役,并不是歧视女性。^[45]

[43] 要了解关于战斗和男性特征的关系的煽动性分析,参见 Judith Hicks Stiehm, *Bring Me Men and Women* (Berkeley: University of California Press, 1981), (特别是) 288-304.

[44] *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229 (1976); *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 U. S. 252 (1977).

[45] 参见上注2。

菲尼被耍了,没有别的字眼可以形容。她在州政府担任过几个管理职位,这是在一般私人公司中和她同年龄的女性绝不可能达到的地位。可是后来她却被解雇了,尽管她在工作中有非常出众的记录,并且在竞争激烈的考试中名列前茅。她被解雇后,再也沒辦法找到文书以外的公务员职务。一部偏袒退伍军人的州法,阻绝了菲尼的工作机会。退伍军人的性别比例因一项特意为之的性别歧视政策而受影响,但是菲尼的主张仍不被法院接受。

奖励服兵役的政策意指,人们应该因为执行具有身体危险性 & 社会重要性的职务而受到奖赏,但我们的社会并没有一贯地适用这个原则。对于只有女性执行的具有危险性和重要性的社会任务,社会并没有给予奖赏。^[46] 我们没有为死于生产的女性们设立纪念碑。如果我们只拘泥于宪法原则,就永远不会得到这样的结论。

平等保护的宪法语言也无法帮助我们看清兵役的性别涵义。对于本书认为女性负有比男性更多责任的主张,这是一个很明显的例外。兵役是男人为其他男人所负担的义务:不是为他们自己,而是为和他们很像的人,因为起草法律的人显然不是被征召的人。这个有文献足以证实的种族及阶级偏见——更别说年龄偏见——支持了我认为责任是由上往下施加的论点。社会对待女性和男性责任的差异,也支持了我认为责任性别化的理论。兵役和战斗并不像照顾孩子和家事劳动一样被轻视,相反地,它们得到奖励和荣耀。男性的工作被认为是英勇的,而女性的工作被认为是不足道的。宪法却对此保持沉默。

109

平等原则如何排斥女人

色情文艺提供了另一个让我们看清宪法原则和体制化的男性优势之间差距的例子。“色情文艺是以性为基础的歧视,因为它排拒了女性在社会上的平等机会”,类似这样的大家耳熟能详的女性主义言论尚未出现在

[46] 参见如 Christine A. Littleton, “Reconstructing Sexual Equality,” *California Law Review* 75 (July 1987): 1279-337.

美国法律中。^[47] 由凯瑟琳·麦金农和安德里亚·德沃金 (Andrea Dworkin) 在 1984 年起草的印第安纳波里斯市反色情法案 (Indianapolis ordinance), 是唯一在美国立法中使用这种用词的法令, 然而这部法令遭到联邦法院以违反宪法第一修正案为由宣告无效。地方法院甚至表现出了不屑。“被告不断在答辩状中像念咒语般反复申明该法令仅规范行为而非言论。他们认为(我们可以嗅出其中的把戏)含有性意涵的文字和图片的生产、传播和使用, 实际上一直是对女性的贬抑, 而不是受宪法第一修正案所保护的言论自由。”^[48]

宪法第一修正案对于限制色情言论并不是一个无法克服的障碍。从字面上看来, 宪法的语言可能有这个意思, 但是法院从未仅从字面上解释宪法。在逻辑和年代上, 宪法修正案的理论, 是先假定政府会去做文义上禁止他们做的事。^[49] 在宪法第一修正案之外, 最高法院又建立了一些言论表达的范畴, 因此理论上, 至少新的保护范畴可以被创立。法院已经认定诽谤、污蔑性及“挑衅性”言论——“言论本身即造成伤害者”——不受保护。^[50] 法院也赞成反歧视法可以不受宪法第一修正案的拘束。^[51] 法

[47] Indianapolis Code Sec. 16-3, 16-17 (1984).

[48] *American Booksellers Association v. Hudnut*, 598 F. Supp. 1315, 1316 (S. D. Ind. 1984) (着重号为所引原文所加). 另参见 *Hudnut v. American Booksellers' Association*, 771 F. 2d 323 (7th Cir. 1985); 106 S. Ct. 1172 (1986). 加拿大的猥亵法律禁止“对性过度利用, 对性和以下一种或多种主题进行过度宣扬: 犯罪、恐怖、残忍和暴力”。*Martin's Criminal Code*, 1993, S. 163 (8). 在 *Butler v. R.* 案中, 加拿大最高法院根据这项条款一致裁定色情娱乐店的老板有罪。判决强调的观点是“平等的法律保护和平等的法律受益的权利……不受种族、民族、肤色、信仰、性别、年龄或智力或生理障碍为基础的歧视”, 这种权利是权利和自由宪章第十五条保障的, 该条优先于第二条即对“思想、信念、观点和表达自由”的保障。这项权利是 *Butler* 提起诉讼的根据。“如果要实现男女之间真正的平等, 那么我们就不能忽视暴力和色情材料……的污染对于平等的威胁。”2 W. W. R. 577, 609 (1992). 参见 Mackinnon, *Only Words*, 上注 31, 97-105.

[49] *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919); *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925); *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969); *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989).

[50] *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, 572 (1942). 但在 *Gooding v. Wilson* 案 (405 U. S. 518, 524 [1972]) 中, 最高法院缩小了“单独说给个人听的含有引发听者暴力行为直接意图的话语”的定义, 关于诽谤, 参见 *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

[51] 譬如, *Pittsburgh Press v. Human Relations Commission*, 413 U. S. 376 (1973), *Roberts v. U. S. Jaycees*, 468 U. S. 609 (1984).

院让它唯一审理过的禁止“恶意言论”的法律无效,但是 R. A. V. 诉圣保罗市案(*R. A. V. v. City of St. Paul*)的意见却为精心措辞的法律开了一扇大门。^[52]

法院的判决一向强调,猥亵性言论不是宪法第一修正案所保护的言论。^[53] 法院也维持了法律限制某些出版物只能对成人出售的规定,而成人正是女性主义论述中所强调的读者。这项判例也说明了公共道德可以是一项政府利益,是禁止性规定的正当理由。^[54] 自 1973 年米勒诉加利福尼亚州案(*Miller v. California*)以来,宪法第一修正案所定义的猥亵性言论就包括部分色情言论。一项材料如果符合以下三个标准就是“猥亵性”的:一般人以当地社会标准认为它的主要目的在于引起淫乱兴趣;它包含对于特定性行为有明显冒犯性的描述;就整体而言,它缺乏严肃的价值。米勒案列出了一些陪审团认为明显侮辱且令人不快的资料形式,包括对于性行为、裸露、排泄的呈现或描述,或是“淫荡地展示生殖器”。^[55] 在纸类出版物方面,至少这两种范畴会重叠。如果色情文艺落入猥亵性言论的范畴,它就是可以接受言论审查的;如它不符合猥亵性言论的范畴,法院还是可以说它是另一种不受保护的言论类型。

然而宪法原则与社会实践间总有差距。尽管米勒案比以前允许更多的政府限制,含有明显性含义的资料比 1973 年时更容易获得。^[56] 禁制规定的倡议者和反对者间很显然地已经达成了默许的妥协。法律虽然规范了含有明显性含义的资料,但是这种资料的获得却不在法律规范之内。多数的成人都有渠道拿到他们想要的资料,可是政府与部分私人企业的“合作”,努力让具有明显性含义的资料——不限于猥亵品或色情刊

[52] 112 S. Ct. 2538 (1992).

[53] 最高法院关于猥亵的第一个判例是 *Roth v. United States*, 354 U. S. 476 (1957).

[54] 通行的猥亵的标准是在 *Miller v. California*, 413 U. S. 15, 和 *Paris Adult Theater I v. Slaton*, 413 U. S. 49 (1973) 等案中确立的。在 *Ginsberg v. New York*, 390 U. S. 629 (1968) 案中坚持了对未成年人出售含有明显色情内容的材料的特殊限制。*Osborne v. Ohio*, 495 U. S. 103 (1990) 一案则支持了一项禁止少儿拥有色情图片的法案。

[55] 413 U. S. 15, 24.

[56] 参见 Donald Alexander Downs, *The New Politics of Pornography* (Chicago: University of Chicago Press, 1989), chap. 1.

物——远离孩童,就像美国电影协会(Motion Picture Association of American)及电视所做的分级,录影带店及邮购的目录也会这么做。法律并没有成功地让青少年远离这些具有明显的性意涵的资料,就像无法让香烟及酒远离他们一样。不过就妥协结果成功的一部分而言,这些努力让传统言论检查论战中的双方主要关注的要点都得到满足。

不幸的是,现在出现了第三方。加入论战的最新一方是反色情文艺的女性主义者。前述的妥协根本不能满足她们的关切点。这些女性主义者希望青少年不要接触色情刊物以及里面那种展示女性的心态,但同时她们并不同意——即使是妥协——成年人接触这些资料就无所谓。对反色情的女性主义者而言,最大的问题是现在将那些思想付诸行动的人,而不是将来可能会行动的人。苏珊·布朗米勒(Susan Brownmiller)在1975年写道:在这个议题上,“女人的观点需要一个全新的结盟”^[57] 到目前我们仍在等待这种结盟的出现。

布朗米勒、麦金农、德沃金和苏珊·葛里芬(Susan Griffin)都有一个或多个如下主张:色情文艺贬抑女人;它把女人贬抑成泄欲工具,不把女人当成人;它制造女人喜欢被性虐待的印象;它鼓励那些接触它的人去相信里面所有的一切,或是去模仿里面对待女人的种种方式;它让女人不能言语^[58] 关于最后一个主张,不同的作者有不同的理解。葛里芬显然认为色情刊物使女人的“真正的自我”窒息了,因为她们被迫去扮演一个由色情刊物所导演的“虚假的自我”。麦金农认为色情刊物丑化女人,使社会不相信女人,不愿倾听女人的心声^[59] 这些说法重新开启了论战,而不是去解决问题。它们都很像是正确的。我们如果选择了反色情文艺的

[57] *Against Our Will: Men, Women and Rape* (New York: Simon and Schuster, 1975), 441.

[58] 参见 Mackinnon, *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), part III; *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989), chap. 11; *Only Words*, 上注 31; Brownmiller, *Against Our Will*, 上注 57, 437-45; Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women* (New York: Perigee Press, 1981); Griffin, *Pornography and Silence: Culture's Revenge Against Nature* (New York: Harper and Row, 1981).

[59] Griffin, *Pornography and Silence*, 上注 58, 206; MacKinnon, *Only Words*, 上注 31, chap. 1; *Feminist Theory*, 上注 58, 197-207.

立场, 我们就会接受这些观点。

但我们有可能接受印第安纳波利斯市议会创立的法律吗?^[60] 还是像麦金农或德沃金在她们 1988 年反色情民法法案 (Model Ordinance) 中一样将色情文艺定义为“透过图片或文字贬抑女人的平面色情资料”?^[61] 认为色情文艺使女性在社会上失去了平等机会的主张, 并不能加强前述的论点, 因为它招来的——就算不是要来的——质疑是, “请证明它。”反色情民法法案中的语言, 即使回避掉一个问题, 也会带来更多的问題。怎么会有人选择以这种方式论证? 市议会又能以别的什么为基础来立法呢? 议会是在不违反宪法第一修正案的情形下, 履行它保障平等的宪法义务。难怪这个法令无法通过司法审查。

再一次, 你不能就从这儿推论到那儿。宪法第十四修正案的理论和宪法第一修正案的实践, 两者联合起来打击女性以立法反映其福祉的努力。女性主义者的观点也许只是嘲弄宪法第一修正案, 但它与该条在实践上却起了正面冲突。认为色情文艺构成了法律上应加以限制的不平等的观点, 造成了两个宪法上的基本权利冲突的局面: 一个符合宪法第一修正案的案件, 却会违反宪法第十四修正案。^[62] 于是女性主义者被迫重新面对平等保护理论, 但后者是不足以支持她们的论证的。

平等保护原则并没有处理女性受到的剥削和贬抑。法律“很难掌握那种不是‘约翰打了玛丽’的间接因果关系的伤害”。^[63] 宪法原则不会涉

112

[60] 参见上注 47。

[61] 参见 Andrea Dworkin and Catharine A. Mackinnon, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality* (Minneapolis, Minn.: Women Against Pornography, 1988); Mackinnon, *Only Words*, 上注 31, 22.

[62] 参见 MacKinnon, *Only Words*, 上注 31, chap. 3.

[63] MacKinnon, *Feminist Theory*, 上注 58, 206.

重要特征在于其立法目的。

但是这些法律术语并不足以解释色情艺术的实际情况。要以这些术语去描述色情艺术如何妨碍女性的平等,就是强迫以直线思考的语言来描述一个非直线发展的现象。平等保护的原则并不适合用来打赢一个对抗色情艺术的案子。对于许多女性主义者认为非常严重的色情艺术现象,法律的语言甚至没办法让我们描述出色情是什么。如果我们不能用法律的语言定义损害,我们就不可能用法律途径去寻求救济。原则阻碍了辩论,而不是促进辩论的开展。色情艺术不具有法律性质,就像离婚法一样,显示了女性所面临的不平等无法像男性的离开一样用宪法论述的语言寻求救济。^[64]

平等原则的根源

我已经讨论过平等保护原则中有助于解释其男性偏见的三个要素:反差别待遇、歧视意图和国家行为。为了了解宪法如何以及为什么发展成这样,我们需要检验这些原则的根源。历史充分地印证了罗伯托·昂格尔的评论:“没有任何一个了解……美国社会文化相关因素的人,可以预见到平等保护原则会发展到今天这种形式。”^[65]三个原则中的前两个是由伯格法院确定下来的,它决定了许多关于性别平等的宪法法规。(唯一的例外是国家行为原则,这个原则的发展相当早。)这些原则都是在参与发展的法官就任前就已存在,它们也都是从距性别平等原则相当遥远的法律脉络中发展出来的。它们是每个作判决的法官可以加以运用的那个法律原则的“戏码”之一。它们的运用、普及和效果,使我们质疑法律及公共政策中所隐含的一些共同假设。

[64] 我不是要暗示 MacKinnon 和 Dworkin 对色情传播的放纵,她们的观点很多女性法律学者不能认同——事实上,当地的法律学者是 Sarah Evans Barker——也不能被所有女性主义者认同,但是,问题是现在有一个要求平等的例子,而用现有的原则不能作出适当的处理。

[65] *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 50. 详见第四章,注 89。

反差别待遇原则与司法中立

“逆向歧视”(reverse discrimination)的案子把平等保护条款夸张成是针对“个人”而不是针对“群体”的。这种文字的选择会形成一种推论,那就是,该条款认为对白人或对男性的歧视,就像对黑人或女性的歧视“一样坏”。1995年亚德罗德诉宾那案(*Adarand v. Peña*)把这个原则延伸到立法领域,从那时起,除非具有必要的理由,否则法律不得偏重任何一个族群。^[66]但是宪法的语言并不要求这样的结论。诚然,任何人都应该受到平等保护法的保护,但究竟这意味着什么样的保障,却是十分模糊的。^[67]

113

如果一个州以种族或性别的理由对某些人给予不同的待遇,这就是违反平等保护吗?平等保护是否允许政府——假使不是要求政府——采取积极作为以促进平等呢?如果第一个解读是肯定的,那么我们就可以确定地推论出,不论以什么方式影响了什么人,以种族或性别所作的分类是违宪的。反过来说,如果这个条款赋予政府积极作为的义务,那么有助于提升弱势者地位的差别待遇,(大多时候)可能是宪法所允许的,同时让优势团体增加一些负担(大多时候)可能也不是那么严重。可是宪法语言并没有帮助我们在这些解读之间作选择。

我们不需要像“原始主义”法学理论一样坚持立法者意志至上而不去考察立法沿革。^[68]国会第三十九届成员进行辩论的语言“几乎全部是抽象的象征性的术语——特别是独立宣言中的词汇——却很少具体去讨论新的修正案本身的含义”。^[69]掌控国会的激进共和党人,毫不犹豫地运用他们的权力为黑人争取利益,例如1866年的《自由民管理局法案》

[66] U. S. Sup. Ct., No. 93-1841.

[67] 要了解关注焦点不同的精辟分析,见 Timothy J. O'Neill, "The Language of Equality in Constitutional Order," *American Political Science Review* 75 (September 1981): 626-35. 另参见 John Brigham, *Constitutional Language* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978).

[68] Edwin Meese III, Address to the American Bar Association, 9 July 1985, 15.

[69] Alfred H. Kelly, "Clio and the Court: An Illicit Love Affair," *Supreme Court Review* 1965: 119-58, 134.

(Freedman's Bureau Bill)。同时也有迹象显示,共和党人认为种族分类,只要不是歧视黑人,是完全可以接受的。但是他们以同样的言辞为禁止跨种族通婚的规定辩护。立法记录并不能让我们读到中立的差别待遇原则。^[70]

早期关于宪法第十四修正案的案件曾区分对少数族群的歧视和公正的分类之间的差异。最高法院宣告禁止黑人担任陪审员的规定违宪,但波雷西诉佛格森案(*Plessy v. Ferguson*)中,宪法上却赞成“隔离但平等”的吉姆克劳原则(Jim Crow principle)。^[71] 1954年布朗诉教育委员会案的一致投票推翻了这个原则,裁定学校的隔离政策违宪,理由是隔离会“对黑人儿童造成不可恢复的情感及心智上的影响,觉得自己在社群里低人一等”。实施种族隔离的学校“在本质上就不平等”,因为事实上它们是以白人优越性为基础并强化了这种优越性。^[72]

114 布朗案促成了一个至今仍在持续的社会革命,这个革命同时也对美国社会形成平等认知概念影响巨大。但是布朗案的宪法原则给法院带来了麻烦。这个判决的结论是从一个对事实的诠释导出的。更糟的是,把重点放在一个种族的利益上似乎违反了判决“必须遵守原则,并且所依据的分析及理由必须超越判决可能导致的直接结果”的要求。^[73] 当赫伯特·威奇斯勒(Herbert Wechsler)在1959年哈佛法学院霍姆斯讲座对布朗案作出批评时,他的发言足以反映美国律师界、司法界及学术界的大多数意见。法官们听进去了,并且,以法律人固有的缓慢速度作出了反应。将种族歧视的判决立足于中性原则的努力,终于在1976年的拉芬诉弗吉尼亚州案(*Loving v. Virginia*)初见成效,在该案中,法院推翻了一条禁止种族间通婚的州法。最高法院首席大法官沃伦代表陪审团的一致裁定,认为这项法律是一个“种族歧视”的例子,而这也正是“宪法第十四修

[70] 参见 Baer, *Equality Under the Constitution*, 上注 32, chap. 4.

[71] 163 U. S. 537 (1896). 关于陪审团资格的判决涉及 *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 3, 和 *ex parte Virginia*, 100 U. S. 339 (1880).

[72] 347 U. S. 483, 495.

[73] Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law,” in *Principles, Politics, and Fundamental Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1961), 5.

正案意欲消灭的目标”。〔74〕

所以,被质疑的,并不是政府支持种族歧视,而是“种族歧视”本身。后者听起来很中立、更平衡,一般来说,更温和,就好像法官们从来不知道现实世界里的压迫、隶属和支配。不论是温和的伯格法院还是保守的伦奎斯特法院都没有任何改变。为了回应认为他们不够公正的批评,沃伦法庭建立了这样的原则:法律所禁止的,不是压迫而是种族差别待遇。

所有以上的结论都对于主流的理论 and 实务产生或多或少的影响。然而它们都不是必然的。种族分类的禁止并不是绝对的,就像言论自由的宪法原则缘起于政府限制言论自由的案子,平等原则也是由政府第二次世界大战期间拘役日裔美国人而来的。〔75〕如果法院认为政府的措施确有必要,就会维持种族差别待遇,一如前述案件及后续衍生的相关案件〔76〕;或是因为官方过去的歧视记录太过分,因此必须有所补偿,像废除学校种族隔离案和逆向歧视案件中的法律意见。〔77〕

加州大学校务委员诉贝克案 (*Regents of University of California v. Bakke*) 让我们看清楚了(仅一票之差,不过也只要一票就可以了)法院所暗指的意义:在歧视少数民族和歧视多数白人之间并不存在原则性的区别。一些在 1988 年到 1989 年底作出的判决一再重申:“我们社会有深刻的决心消灭种族差别待遇。”〔78〕1991 年的《民权法案》否定了这个有法律效力的决定,但是里奇蒙诉克罗森案 (*Richmond v. Croson*) 仍然是具有约束力的宪法先例。〔79〕亚德罗德诉宾那案把反歧视原则适用到民法中;肖诉雷诺案 (*Shaw v. Reno*) 和米勒诉强森案 (*Miller v. Johnson*)

115

〔74〕 388 U. S. 1, 11.

〔75〕 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944).

〔76〕 另参见 *Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81 (1943).

〔77〕 关于乘公交歧视,请比较 *Swann v. Charlotte-Mecklenberg*, 402 U. S. 1 (1971) 和 *Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado*, 413 U. S. 189 (1973), 及 *Milliken v. Bradley*, 418 U. S. 717 (1974). 关于反向歧视,请比较 *Regents v. Bakke*, 上注 24, 和 *City of Richmond v. J. A. Croson*, 448 U. S. 469 (1989).

〔78〕 *Patterson v. Mclean Credit Union*, 109 S. Ct. 2363, 2371. 另参见 *Wards Cove Packing v. Atonio*, 109 S. Ct. 2115; *Martin v. Wilks*, 109 S. Ct. 2180.

〔79〕 参见上注 77。

则适用到选举权法中。^[80] 从1974年坎恩诉雪文案(*Kahn v. Shevin*)开始,性别平等案件就确立了歧视男性并不优于或劣于歧视女性的类推模式。^[81] 中立原则在1978年确立,是由历史、语言或逻辑产生,纯粹是因为法官的选择。

克制、顺从和立法目的

只有故意的种族或性别歧视才算是违反平等保护的论点,和中立原则源出同流:那也是法官编造出来的。^[82] 立法当时的辩论并没有为表面中立、效果上却产生歧视的政策是否有效提供任何规范。宪法的语言并没有指出如正当程序与平等保护这样的概念,是指立法者的动机而不是指法律的效果。特别是“正当程序”这个名词,到1968年已有很长的历史,但它从不意味着“免于承受来自官方的恶意”。同样的,在一般的论述里,“不给某人x”,不论x是什么,都不意味着“想要、打算或是倾向不给予某人x”。

意图(intent)的重要性一直都是美国律师的万能钥匙,当他们想用的时候就拿出来。英美刑法主要以行为人的行为目的,而不是被害人受伤害的程度来定罪。凶杀在具有杀害意图的时候就是谋杀,没有杀害意图时就是误杀。意图在民法里也很重要,在某些侵权行为里,例如诽谤,就以意图为重要的判断因素。这些对意图的强调,反映出立法者传统的信仰(可追溯到旧约和新约及其他源头),认为一个人行为的理由很大程度上决定了他们应被归责的程度。惩罚的宽严,大部分是由行为人的意图来决定的。

意图在宪法判决里并没有一个明确的位置。传统的司法理论不承认与立法目的有任何关联;一个典型的例子是,“我们不论在实际上或理论上都不能对于立法者进行交叉讯问或质疑他们的动机”。^[83] 这种说法表

[80] 分别参见注66;509 U. S. 630 (1993); U. S. Sup. Ct., No. 94-631.

[81] 416 U. S. 351.

[82] 参见 Gayle Binion, “‘Intent’ and Equal Protection: A Reconsideration,” *Supreme Court Review* 1983: 397-457.

[83] *Goesaert v. Cleary*, 335 U. S. 464, 468 (1948).

现出对于立法者的顺从,而这是法官常常主张或是在工作中表现出来的。但是意图的概念已经慢慢进入宪法的思考中。当最高法院大法官们怀疑立法者用中性的语言去掩盖易遭反感的意图时,他们已经愿意从结果推论出意图。判决先例长久以来均质疑那些表面上看似公平,但事实上只适用于弱势的政策,或是那些看起来只能推定是蓄意歧视他人的怪异法律。^[84]

116

有时候,法官在检验那些看起来合理制定并公平执行的法律时,会去探求立法者的意图。自1960年代以后,意图已经成为建立判决原则的核心,“法令制定的目的及其主要效果是什么?如果其中之一对于宗教有益或阻碍”,则法律即因违宪而无效。^[85] 伯格法院在雷蒙诉克兹门案(*Lemon v. Kurtzman*)中为这个检验方法下了最后的注解,这个案子为宗教自由建立了三重审查基准:世俗目的、世俗效果以及教会和国家间最小牵连原则。^[86] 法院在1985年的瓦利斯诉杰弗里案(*Wallace v. Jaffree*)中再次展现分析立法目的的努力。^[87] 它宣告阿拉巴马州要求学校在校外活动时要有“默祷时刻”的法律规定无效,因为其中具有宗教目的的证据非常清楚。雷蒙案所立下的准则不一定要求探讨立法目的,因为这个检验原则的各部分是由“和”相连结的,而不是“或”:一部法律如果不具有审查基准的任何一项便不得通过检验。一部法律的效果如果促进或阻碍了宗教,就是违宪的,不论它的目的为何。

如果一项带有宗教效果的中性法律可能违反宪法第一修正案,那么一个带有非意图性歧视效果的中性法律,也有可能违反平等保护条款。然而法院并不愿意以检验政教分离的审查基准来检验平等保护的案子。相反地,它倾向宣称一部法律不论是具有种族偏见的目的或具种族偏见的效果,都不会违反宪法。帕尔默诉汤普森案(*Palmer v. Thompson*)判

[84] 参见 *Yick Wo. v. Hopkin*, 118 U. S. 356 (1886); *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U. S. 339 (1960).

[85] *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U. S. 203, 222 (1963) (着重号为作者所加).

[86] 403 U. S. 602 (1971).

[87] 472 U. S. 38.

决于1971年,与雷蒙案同一年。在联邦法院命令密西西比州杰克森市一家公共游泳池撤销种族隔离的做法,其后,法院维持关闭游泳池的决定,尽管记录显示其中有明显的种族动机,但是市政府仍然胜诉,因为“该措施对于黑人与白人并没有差别对待”。〔88〕五年后的华盛顿诉戴维斯案(*Washington v. Davis*),则与帕尔默诉汤普森案所作的判决完全相反。在华盛顿特区的警察资格考试中采取语言测验,而测验的结果是黑人不及格的比例是白人的四倍,法院不认为这种测验违反平等保护条款。“我们认为在认定一个政策违反平等保护时必须要有证据显示该政策有种族歧视之目的。”〔89〕

帕尔默诉汤普森案和华盛顿诉戴维斯案是两个极端的例子,唯一的共同点似乎是,政府胜诉而黑人败诉。两案一同观察,我们可以了解,一部法律若有中性的目的或表面上合理的理由或公正的适用,就可以通过违宪审查的检验。法院在三年后的性别歧视案件人事管理员诉菲尼案也用了相同的原则。〔90〕只有故意歧视才算是歧视,这种原则如今已相当根深蒂固了。1987年麦克里斯基诉坎普案(*McClesky v. Kemp*)清楚地显示相关利益的重要性是无关紧要的。在这个判决里面,原告主张死刑违宪,因为适用的结果显示,很大比例的死刑案被告是少数民族,而且如果被告是白人的话,该被告比其他被告更容易被判死刑,但法院驳回了这个主张。〔91〕

其实强调立法目的与主流的宪法学十分不相称。当法律惩罚犯罪时,把惩罚的程度和恶意的意图挂钩,这是非常合理的事。但是当法院宣告法律违宪无效,其对使之生效的立法者的伤害(即便他们还在任期内),相较于败诉的刑事或民事被告来说相当小。对于选出那些立法者的选民而言,伤害又更小。违宪审查在这种情况下所造成的伤害微乎其微,根本就不需要矫枉过正地费心去维持法律的有效性。

〔88〕 403 U. S. 217.

〔89〕 426 U. S. 229, 245 (1976). 另参见 *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 上注44。

〔90〕 参见上注42-66。

〔91〕 481 U. S. 279.

像戴维斯和菲尼这样的案子传达了一个清楚的讯息：只要你可以拿出合理的目的，别留下不合宪的证据，不分种族或性别地去适用法律，你就可以为所欲为。这种技巧鼓励立法者不要露出种族或性别的歧视意图。中性的意图可以掩饰遭人非议的意图，因为一项政策可以有一个以上的立法目的。优惠退伍军人的法律就达到了两个目的，一个是马萨诸塞州政府所意欲的，一个是菲尼所认为的。^[92]

这里有个更深入的问题，即一个和第三章类似的议题。法院在平等保护案件上强调立法意图，意味着法官像一些女性主义情境法学者一样，假定了人类行为以自由意志为核心。这个假设使得法院的多数意见认为，只有立法行为的预期结果才算数。这种自由意志的假定很常见——法院当然没有编造——但这绝对不是普遍的真理，或是被普遍接受的意见。哲学、心理学或是经济学的决定论，以及人类学的自发秩序分析，在解释行为的意义和结果上，都提供了自由意志之外的另一种选择。我们不需要主张他们之中任何一种，就可以质疑为什么人类的行为目的，必须是所有发生事情当中最重要的解释。判决一次又一次地去巩固现状，但其理由乏善可陈，任何注意到这些现象的人都会怀疑自由意志的重要性，应该都是可以理解的。让我们看看下面的例子：

- 女人证明她们有能力与男性站在平等的地位上取得文凭及其他证照之后，新保守主义即自 1980 年代开始批评“文凭至上主义”；

- 全美大学生体育协会在 1980 年代末期规定大学生运动员必须通过学科能力测验，这是着眼于在大学生运动里出现越来越多杰出的黑人运动员，而他们的学术智能测验 (SAT) 成绩一般而言低于白人；

- 同时，在一些法律事务所出现所谓的“黑人审查”，在对非裔美国人的律师进行表现评估的时候，他们都被告知“需要努力提高写

118

[92] 事实上存在以性别为基础的歧视的明证，1943 年立法机构表现出带有歧视的倾向时，把一些“特别需要女性”的形态排除在外，如低报酬的文员工作。虽然这个事实被大多数人忽视，持不同政见者却恰恰强调了这一点。

作能力”，即使对曾因写作得奖的人也一样；

- 于1970和1980年代针对大众市场发行的婴儿哺养杂志上，他们建议母亲应该喂食母乳至少一年，或是在孩子进入学校以前避免出外工作，而当时正是越来越多女性进入传统的男性工作领域，并且开始与男人竞争的时候；

- 本杰明·司波克(Benjamin Spock)博士在1946年出版的第一版《婴儿与儿童保育》(*Baby and Child Care*)这本书里，不赞成母亲出外工作，而当时正是男性从二战战场归来而职场已被女性攻占的时候；

- 第一个在皮尔兹贝瑞烘焙大赛(Pillsbury Bake-off)中获得首奖的男性在同年又得奖，而奖金增为一百万美元。^[93]

以上这些行为可能都会否认他们有任何歧视女性或少数民族的意图。不用他们自欺欺人，我们就能够怀疑自由意志是否足以解释这些事情，或者怀疑某些超越个人的力量在影响着我们，即使我们不能确定这些力量是什么。并且，我们也不需要去全盘否认自由意志，才能认识到法院或许不自觉地选择了某种立场。所以，重视意图的原则正反映了法官拒绝承认的那个选择。

宪法建构和国家行为

宪法第十四条修正案就规范国家行为内容的历史和修正案本身的历史一样长。1883年的民权案(*the Civil Rights Cases*)所处理的是宪法第十四修正案第五款国会执行权力的范围。法院推翻了1875年《民权法

[93] 要了解新保守主义的立场，参见 George Gilder, *Wealth and Poverty* (New York: Basic Books, 1980), 145-52; 要了解“黑人综述”，参见 Mona Harrington, *Women Lawyers: Rewriting the Rules* (New York: Alfred A. Knopf, 1994), 125-26; 关于儿童抚养的实践做法，参见 Lendon Smith, *Feed Your Kids Right* (New York: McGraw-Hill, 1979), 223, 及 Amy Bjork Harris and Thomas A. Harris, *Staying OK* (New York: Harper and Row, 1985), 227-30; 关于“职场中的母亲”，参见 Benjamin Spock, *The Common Sense Book of Baby and Child Care* (New York: Duell, Sloan, and Pierce, 1946), 484-89; Kurt Wait 在1996年烤面包大赛中获胜被表述成“Taking the Cake (坏到极点)”，*U. S. News and World Report*, 11 March 1996, 16.

案》中关于公共调停的条款。八位最高法院大法官选择将宪法第十四修正案第一款作狭义解释,强调第二句的文义:国家不得或强行……等等。首席大法官哈兰(Harlan)独自一人,将这个内战时期通过的修正案以其实质及精神作广义解读,认为其目的是要“根除”奴隶制度及其所有相关的“形式及事件”^[94]。

国家行为原则和中性反歧视原则一样具有争议性。早在1875年,国会禁止在公共场所有种族歧视,当时内战的修正案已经成为大家的集体记忆,而那些投票通过条文的人都还在位,这意味着对于宪法第十四修正案第五款所谓的执法权力,无论就立法者原始的理解或是宪法文义来看,都没有组织将其广义理解为“私人”行为的意思。以一百年后的后见之明来看,民权案就像波雷西诉佛格森案或屠宰场案(*Slaughter-House Cases*)一样,少数民族最后仍然获胜。^[95]

民权案判决的影响力的确远远超过同时期的其他判决。国会自1960年代起就运用商业权力去禁止私人领域的歧视,中央及地方政府甚至在私人俱乐部或是兄弟会都禁止歧视。^[96]但是1883年的判例仍然存在。虽然法院在雪莉诉克雷莫案(*Shelley v. Kraemer*)将国家行为的定义,扩大到法院对私人契约的强制执行;却在摩斯小馆诉尔文案(*Moose Lodge v. Irvis*)中狭义地适用了1970年代建立的原则,认为国家行为不应该介入酿酒执照和节约法中。^[97]从国家行为的审查要件,可以看出其毫不质疑地接受公共—私人领域的划分,而这正是女性主义法学所反对的。

把人民的实际主张,转换成像故意差别待遇和歧视的语言,可以追溯到法律原则——准确地说,就是中性、意图和国家行为等原则——他们独立存在,与性别平等并没有直接的关联。然而这些原则的适用,反而弱化

[94] 109 U. S. 3, 35-36.

[95] 分别参见上注71; 83 U. S. 394(1873).

[96] 最典型的商业条款案是 *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U. S. 241 (1964), 此案坚持了1964年《民权法案》第二章的商业条款,国家和地方反歧视条款在 *Roberts v. U. S. Jaycees*, 468 U. S. 609 (1984); *Rotary International v. Rotary Club of Duarte*, 107 S. Ct. 940 (1987); 和 *New York State Club Association v. City of New York*, 108 S. Ct. 2225 (1988) 等案中被坚持适用。

[97] 分别参见 334 U. S. 1(1948); 407 U. S. 163(1972).

了宪法对性别平等的保障。这些原则的发展有一只看不见的历史之手在运作,即便法院本身也受其摆布。法院在理论上将自由意志置于核心地位,却恰恰因此在实际操作中妨碍了它的存在。

结 论

如同美国社会的其他领域一样,最高法院在 1970 年代也忙于处理性别歧视议题。在平等权修正案被废除的前几年,法院就社会上反对的父权观念与它还未准备好要接受的平等思想之间作出妥协。基于性别角色的“老观念”的、对女性和家庭法进行“保护性”限制的时代已经过去。女性可能是唯一在伯格法院所受到的对待胜于在沃伦法院的弱势群体。

但自 1981 年后,法院就一直没有什么机会把它的新原则用在由女性起诉的案子里了。接下来的六个案子都是由男性起诉的。虽然女人的胜诉率稍微领先于男人,但是有更多的男人赢得了诉讼。到目前为止,新的判决带给男人的利益比女人多。这项记录特别令人困扰,因为女人们仍持续受到加诸她们身上的或至少是法律所允许的不公。法院对于这种不公仍然漠不关心。

我们从实际和假设性的案例的分析可以看出,宪法原则的语言是如何地偏袒男人。若要以宪法判决所用的语言来表达出离婚、子女监护、军事服役及色情文艺的复杂及混乱,法院会接受男性的主张,而将女性的主张摒弃在外。法律对于女性因子女养育责任而衍生的权利漠不关心,却对男性工作养家的责任倍加关注。支配平等保护原则的,是中立原则的要求、对立法者意图的依赖以及受公私领域区别论的影响,而不是法律的实效及损害的严重性。这些原则是法院自己创造的,不是从任何宪法解释原则推导出来的。这些法则大多从那些与性别平等无关的判决里发展出来,是律师和法官思考逻辑的产物。因为它们和这些案子所引发的议题并无太大关联,所以即使法院早就将性别视为怀疑的分类或即使当年《平等权利修正案》(ERA)早已经国会批准,可能也不会有什么不同的结果。

中立标准的要求影响了许多对于布朗案这个划时代案件的评论,导致对司法中立原则的偏好,而反对结果取向的司法实践。这个概念是,判决结果应该服从宪法原则,而不是受偏爱影响。然而中性原则持续适用的结果会使不公平的现状继续维持。如果说法律的终极关怀是关心弱势群体(布朗案的重点),那么判决应该会扰乱这个社会所盛行的权力关系、支配关系及隶属关系。但是,如果法律的核心思想是不能接受种族及性别的差别待遇(拉芬案、贝克案及克雷格案的中心思想),那么这个原则迟早会失去它进行社会改造的力量。

中立原则的出现一部分是因为强势群体提起诉讼,诉讼是优势者有能力做的众多事情之一。不过中立原则有更复杂的因素。白人优越和男性优越并不是中性的制度,它们是一种隶属性与支配性的体制,由权力关系所组成。它们是结果取向的。就判决的中立要求而言,它在本质上就是保守的。对于司法原则的追求,到头来还是成为结果取向的司法实践。

121

依赖立法目的而不是法律适用效果的结果,在逻辑上来源于司法克制原则,法官假设立法者的善意,并宣称其在判决中怀有这种善意。但为什么平等保护是宪法唯一把立法目的看得如此重要的领域?法院创立这些法律是良心选择的结果,并且选择以自由意志作为人类行为的唯一解释,法院事实上扮演了比它自己所想得还要积极的角色。同样地,国家行为的要件确保了法院判决不会破坏法律体制内外的区别。

这些司法判决可能是要努力寻求种族或性别的平等。但法院本身就是辩证法中强化所有权力结构的那一方。有权力的一方不一定永远都赢,但如果必要的话,它们常常赢。所以宪法的性别平等原则维持了现状,也就是男性的优势。也许维持现状是法官力所能及的最好结果。性别平等案件并不是适用中立原则的唯一例子,例如,言论自由原则,首先便讨论何时政府可以限制言论,因此有时可能也会使政府言论检查得以正当化。

形容司法界和律师界的角色,没有人能比托克维尔(Alexis de Tocqueville)在1832年所作的描述更贴切了:“就出身和利益而言,律师是平民;但从习惯和品味而言,他们是贵族,所以他们自然是平民及贵族之间

的桥梁,是把他们结合在一起的连结者。”因此律师和法官,“很自然地会强烈反对革命的精神,也反对不假思索地热爱民主”,他们是有权者与吵闹的、苛求的诉讼者之间的媒介。^[98] 在1941年,司法部长(后来的最高法院首席大法官)罗伯特·杰克逊写道:“最高法院在整个历史上,没有一刻不代表着当时相对保守的力量。”^[99] 在当时,最高法院的“整个历史”也不过一百五十年。我想,托克维尔对杰克逊的结论一点也不会感到意外。

回顾起来,沃伦法院好像是这种一般看法的例外。对于沃伦法院的批评大多数有着这样的结论:保护弱势、保护公共权利、保护无权力者。由于这样的努力,使得法院得以打破司法行为的传统模式和司法思考的藩篱并创造法律,尤以布朗案最明显。就某种意义而言,法院否定了既定的角色,而它也许都不知道自己正在这样做。

122 许多赞成布朗案判决的人并不赞同它的理由。法院应该能够以更平衡的原则建立新的理论,因为依据那些原则所建立的性别平等理论,反而有利于那些最不需要平等保护的人。伯格法院依恃着那些限制改革可能性的判决先例和法则,或许恢复了司法传统的温和角色。伦奎斯特法院则似乎承担了伯格法院所开启的工作,将法院带回美国社会所指定的位置。越多女性主义者学习法律,原则性司法和结果取向法学之间的区别就越难理清。在前一章,我呼吁女性主义者敞开心胸去打破原则。本章对宪法中性别平等的审视,则从讨论法律可能具有男性偏见的一般性的理论,发展到某个领域的法律有男性偏见的特定的分析。这个分析指出女性主义对于传统理论不加深思便接受的后果,并且指出未来女性主义评论重建的潜力。

三个关于性别平等的原则,在当代女性主义法学中都有其对应的原则。反差别待遇的中立原则,可以与女性主义特征法学者倾向接受的自由主义概念相结合:法律不是支配的手段反而是一种共识的结果。法律不是压迫,只是在达成共识时会有错误。对于女性主义特征法学而言,法

[98] *Democracy in America*, trans. George Lawrence, ed. J. P. Mayer (New York: Doubleday, 1969), 266, 264.

[99] *The Struggle for Judicial Supremacy* (New York: Alfred A. Knopf, 1941), 187.

律的错误在于不当地摒弃女性的声音；就平等保护原则而言，法律的错误在于以错误的基础给出差别待遇。这些学派都没有仔细地思考一种可能性，即法律的目的在于政府使得弱势群体为支配群体服务，如果不是任他们摆布的话。

同样地，意图原则显示了女性主义者同样不假思索地接受自由意志这个前提，使得像玛丽·杜兰普和苏珊娜·罗登堡这些女性主义者误解了麦金农的意思。批评女性主义情境法学者的人认为，强调女性的压迫就是在否定她们的自主力量；对最高法院而言，人的自主力量才是决定宪法上平等保护的主要因素。

只有在讨论国家行为时，我们才看到女性主义者带头走出陷阱。民权案、雪莉案和摩斯小馆案假定了公私领域的区别，这正是女性主义者所批评的。宪法第十四修正案，如法院所揭示的，并没有规范发生于法律之外的事情，即使法律容忍其发生。因此，因离婚而一贫如洗的女人或是被剥夺监护权的女人，在她丈夫的高价律师的辩护下，她的案子在法庭上根本不会成立；一个有身心障碍的孩子因在学校被同学讪笑而控告公立学校的案子也不会成立；拉塞尔的家庭没办法控告政府放任白人骚扰她们；约西亚·迪沙利也没办法控告政府放任他的父亲把他打个半死。^[100] 女性主义者对于区别公私领域的怀疑态度，让我们开始质疑国家行为理论所造成的结果，这个意义甚至超越了女性的议题。

123

借着鼓励打破法则，女性主义法学也让我们超越传统领域及主题的藩篱，去扩展平等保护理论的范畴。家庭法本属于州立法的范畴，但是法院接受父亲所提出的新主张，同时对母亲的意见不闻不问，这一点却应该成为宪法的议题。刑法应该属于刑事法院，但是它们选择性地审理自我防卫法这件事，也应该受到平等保护的检验。本章再次强调第一部分所讲到的，女性主义法学不应接受任何事，而应该去质疑每件事。

[100] 参见上注 23-24；第四章注 44-52。

第六章 重建权利

女性主义的生育自由

124 罗伊诉韦德案(*Roe v. Wade*)的判决让思想家和法学家充满惊讶与不解。^{〔1〕} 生育选择在里根—布什(Reagan-Bush)当政期间虽未能保持原封不动,但确实生存下来。尽管计划生育组织诉凯西案的判决允许各州限制堕胎,但是最高法院的多数意见再次确认了“罗伊案的自由观,认定女性有能力……作出生育选择”。^{〔2〕} 虽然任何一个州政府都不情愿给堕胎提供更多方便,各个州却也不急于为堕胎设定限制条件。一位支持堕胎选择权的民主党总统,与焦虑不安地反对堕胎选择权的共和党国会,在这个问题上形成了对峙。

七位最高法院大法官作出的判决,帮助两位总统当选且执政三届任期,还主导了数百名大法官的表决,而这些法官的影响力将一直延伸至21世纪。尽管罗纳德·里根与乔治·布什无法兑现推翻罗伊案判决的承诺,然而他们的成功当选表明,这个判决引起了公愤,在政治上一败涂地。尽管堕胎选择在十二年的抨击声中幸存下来,然而这一选择权的侥幸取胜与伦奎斯特主持的最高法院对宪法权利的削弱反映了法院对罗伊案的轻视,以及在理论构建方面

〔1〕 410 U. S. 113(1973).

〔2〕 112 S. Ct. 2791,2812(1992).

的失败。二十年过去了,罗伊案与其后续判决并没有说服他们的听众。

多数美国人对最高法院关于堕胎问题的判决可能赞成,也可能不赞成。堕胎问题是民意调查者最大的难题。没人了解大多数人对堕胎的真实想法;研究结果似乎取决于,任何特定研究如何对这个问题进行表述。在1990年代末,专家与权威人士指出,一种既不鼓励也不禁止堕胎的新共识诞生——实质上就是凯西案中多数意见所支持的观点——并暗示,有不同意见者最好闭嘴闪开。^{〔3〕} 但是对堕胎问题有坚决立场的人,是不会向中立者的共识屈服的,无论这种共识是真实的还是臆造的。最高法院无法说服固执的美国人将道德与法律问题分开。即便是支持堕胎权的法律学者也发现,至少罗伊案在证明他们的观点上毫无价值。^{〔4〕}

显然,罗伊案与其后续判决存在缺陷。事实上我与每个评论者一样,都认为这些判决犯有严重缺陷。但是我怀疑最高法院是否已经黔驴技穷了。罗伊案未能在宪法原则中确立生育选择权,可能由于原则中存在缺陷,而不是观点中存在缺陷。这个原则是不会生育的半数人类所操纵的两百年智力活动的产物。罗伊案是七个男人的作品,它与法律构建社会性别和人类生育的传统方式突然背离。这种迟来的背离,让罗伊案很难用传统宪法观点为自己辩护,而且,与这种观点本身的缺陷相比,恐怕这种背离对罗伊案的批判的影响更大。如果我们想要成功地为宪法上支持生育选择权而辩护,就必须超脱宪法解释的传统根基。我们必须面对法院所回避的性别问题。

125

〔3〕 参见 Barbara Hinkson Craig and David M. O'Brien, *Abortion and American Politics* (Chatham, N. J. : Chatham House, 1993), chap. 7. 另参见 Elizabeth Adell Cook, Ted G. Jelen, and Clyde Wilcox, *Between Two Absolutes: Public Opinion and the Politics of Abortion* (Boulder, Colo. : Westview Press, 1992); Karen O'Connor, *No Neutral Ground? Abortion Politics in an Age of Absolutes* (Boulder, Colo. : Westview Press, 1996).

〔4〕 参见如 Sotirios A. Barber, *On What the Constitution Means* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984), chap. 5; Catharine A. MacKinnon, "Privacy v. Equality: Beyond *Roe v. Wade*," in *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1987), 93-102; Michael Perry, *Morality, Politics, and Law* (New York: Oxford University Press, 1988), 175-76; Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1985), 243-45, and *Abortion: The Clash of Absolutes* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1992).

“隐私权”：罗伊诉韦德案与宪法理论

罗伊诉韦德案虽然做了大量的工作,但是缺少严密的思考、学术的讨论或共同的深思熟虑。^[5]大法官哈里·布莱克曼执笔的多数意见长达50页,不仅大量地引用了法律文件,还参考了医学、历史、哲学与圣经等权威著作。但是却没有指出这些问题的复杂性。罗伊案提出的关于隐私与人格的问题,仍然没有解决。而罗伊案没有提及却亟待回答的有关法律与女性的问题,也被回避了。

隐私权与人格

罗伊案的核心是法院显然容易得出的两个论点。第一个论点是布莱克曼的论述,“无论是第十四修正案确认的个人自由概念”,还是“第九修正案确认的人民保留权利,都隐含着隐私权的宪法保护,这种隐私权的广泛性足以涵盖女性自主决定是否终止怀孕的权利”。^[6]该结论本身并不能解决这个案件的问题。既然任何宪法权利都不是绝对的,当存在紧迫的正当性时,政府可以限制权利。如果胎儿自受孕时起,便被视为一个人,则126 堕胎的权利就毫无价值。^[7]但是布莱克曼的研究结果符合多数人的口味,关于胎儿的法律地位,我们的社会至今还未达成共识。因而,罗伊案的第二个论点是:“第十四修正案所称的‘人’,不包括未出生的胎儿。”^[8]从表面

[5] 参见 Bob Woodward and Scott Armstrong, *The Brethren* (New York: Simon and Schuster, 1979), 229.

[6] 410 U. S. 113, 153 (1973).

[7] 尽管这个结论符合当代的法律原则,然而任何的逻辑规则或道德原则都没有指定这个结论。参见注释 39-54。

[8] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 158 (1973). 支持该观点的论述要比这句话复杂的多,而且已经失效了。以妊娠中“三个月”为出发点,罗伊案认为,母亲的健康为州政府制定规则提供了充分依据。“潜在人类生命”的国家利益不能成为禁止堕胎的理由,除非堕胎发生在妊娠后三个月,此时胎儿可以在母亲身体外独立存活。尽管通常情况下,禁止在妊娠后三个月进行堕胎是可行的,但是当母亲生命或健康受到威胁时,州政府也应允许例外情形。410 U. S. 113, 160. 法院曾隐含地反对三阶段标准,参见 *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U. S. 490 (1989), 也曾明确地反对三阶段标准,参见 *Planned Parenthood v. Casey* (1992), 上注 2。尽管“过分负担”文本取代了三阶段标准,为了保护母亲的生命,州政府仍然应允许在怀孕期间堕胎。

上很难看出这两种论点是正确的。每个论点都提出了关键疑问。首先,宪法确认的隐私权何以包括堕胎的权利?其次,如果社会永远无法解决胎儿的法律地位问题,一州何不认定生命自受孕开始?罗伊案十六年后的生育健康服务中心诉韦伯斯特案(*Reproductive Health Services v. Webster*)中,法院判决立法机构可将这个结论写入法律,但直到凯西案后,这种政策会带来什么,仍是个未知数。〔9〕

“隐私权”源自1965年的一个案例,格瑞斯沃尔德诉康涅狄格州案(*Griswold v. Connecticut*)。这个判例推翻了一个非常陈旧的禁止使用避孕药的法律条款。大法官威廉·道格拉斯所执笔的多数意见指出,尽管宪法没有专门规定隐私权,但依据权利法案中相关条款所形成的“阴影区域”,可以创造一个“隐私领域”。这些条款包括,保护社团隐私的第一修正案;禁止军队驻扎在民宅的第三修正案;禁止不合理的搜查与逮捕的第四修正案;不得自证其罪的第五修正案;以及第九修正案规定的,其他未列举的“由人民保留的……权利”。已婚夫妇控制生育属于隐私领域。格瑞斯沃尔德案的判决结果远比它的法理受欢迎。在解读宪法文本和提及“婚房的神圣领域”后,道格拉斯大法官混淆了隐私与自主、强制与剥夺、列举与思考。〔10〕

这个判决引起了法学教授的广泛抨击,却有助于训练法科学生的分析与评论技能。然而接下来的案例表明,法院对这个问题在1965年的判决感到非常满意。格瑞斯沃尔德案是一个很有价值的判决先例,后来的判决便允许单身与未成年者使用避孕药,却未引起很多公愤。〔11〕凯西案重申了这个原则,“我们的法律对个人决策提供宪法保护……这不仅涉及生育的意义,也涉及人类对生育的责任和尊敬。”〔12〕罗伊案是基于这个易受攻击的判例所作的一系列判决之一。

〔9〕 492 U. S. 490, 506-7.

〔10〕 381 U. S. 479, 484, 486.

〔11〕 格瑞斯沃尔德案之后的判决,参见 *Bowers v. Hardwick*, 106 S. Ct. 2841 (1986); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972); *Carey v. Population Services International*, 432 U. S. 678 (1977).

〔12〕 112 S. Ct. 2791, 2807 (1992).

127 依据这个有缺陷的司法推理而构建的宪法原则,不仅仅限于隐私权。法院多数意见需要被引导,以及人类思想容易有缺陷,说明法学将努力追求完美,而不是达到完美。但是格瑞斯沃尔德案对隐私权的认可,不能说明罗伊案将这项权利延伸至堕胎权。这种结论需要进行深刻的论证。

避孕与堕胎之间的差异之处,与它们之间的相似之处一样显而易见。避孕与格瑞斯沃尔德案认定的隐私保护有明显的逻辑关系:第三和第四修正案规定的保护隐私空间,与第五修正案保护隐私信息的不得自证其罪之间有明显的逻辑关系。然而堕胎不是隐私——至少现在还不是。这种行为需要医学专家的合作。因此即便接受了格瑞斯沃尔德案中道格拉斯的观点,隐私权适用于堕胎也必须经过证明,而不能推断。

还有一个原因可以说明罗伊案比格瑞斯沃尔德案需要更强有力的辩护。1965年控制生育权赢得的广泛支持,缓和了公众对格瑞斯沃尔德案的抨击。八年后,反对堕胎的意见非常广泛,也非常强烈,致使罗伊案遭到了最严厉的审视。唯一一个扩张隐私原则使法院陷入两难境地的情形,发生在巴沃斯诉哈德威克案(*Bowers v. Hardwick*)中,这是一个1986年有关同性恋权利的案子;在这个案例中,法院拒绝将格瑞斯沃尔德案扩展适用。^[13]

关于堕胎权一个比较令人信服的论点,可以平息罗伊案中第二个没有解决的问题。如果女性的隐私权包括终止怀孕的权利,那么公众支持颇有争议的生命便不能构成剥夺权利的不可抗拒利益。因此,州政府也不能以生命自受孕开始为由,强迫人们的行为。在这一点上,无法说服那些坚信堕胎是谋杀的人们。然而就不支持此观点的人们而言,法院甚至也没有为这些人的权利提出一个比较令人信服的论点。

布莱克曼大法官主张将隐私权延伸至堕胎,是以非意愿怀孕所带来的严重后果为基础的:“医学上可诊断的对身体特定与直接的损害”,“不幸的生活和未来”,“心理上的损害”,“违愿所生的孩子所带来的烦恼”,“将孩子带入一个在心理上和其他方面无抚养能力的家庭所带来的问

[13] 参见注释 11。

题”。^[14] 一位不友善的批评家甚至也认为：“非意愿的怀孕，会逐渐毁掉一个女人的一生。”^[15] 但是政府干涉我们的自由，并一直赋予我们义务。如果堕胎权存在，与非意愿怀孕的严重后果相比，必须要有更好的理由。纳税、服兵役、为修高速公路而征收老家房屋，以及政府赋予我们的其他义务，也是如此。既然罗伊案无法有效区分非意愿的怀孕与其他人类承担的义务，法院拒绝让立法机关去解决胎儿的法律地位，就不能让人信服。

权利与性别

与洛克纳诉纽约案(*Lochner v. New York*)一样，格瑞斯沃尔德案采纳了一种“多数美国人都欢迎的理论”。^[16] 大法官雨果·布莱克的反对意见暗示，洛克纳案之于社会达尔文主义思想，正如格瑞斯沃尔德案之于自由主义思想。^[17] 尽管对自由理论的普遍支持缺乏可靠证据——比如堕胎问题，似乎取决于你如何表述这个问题——但是也很少有人认为，宪法上的堕胎权是美国人广泛共享的信念。隐私权案例的判决甚至比某些自由主义哲学家的主张更激进。与约翰·斯图亚特·密尔不同，格瑞斯沃尔德案与它的后继判例并没有将认定的自由权，建立在自我尊重与其他尊重行为的差异基础上。^[18] 相反，更像独立宣言中的杰斐逊，这些案例假定的权利，并不要求必须无害行使。此外，格瑞斯沃尔德案，罗伊案和凯西案，将密尔争论过和杰斐逊保持沉默的问题，视为已解决。这些判决都将权利理论适用于女性。

这些案例没有提及的问题，与提及的问题一样颇有争议。控制生育案例并没有暗示，控制生育能力对女性生活的影响要大于男性。虽然罗伊案强调“州政府致使怀孕女性受到伤害”，该判决仍然意在保持中立。

[14] 410 U. S. 113, 153 (1973).

[15] John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*," *Yale Law Journal* 82 (April 1973): 920-49, 923.

[16] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 75 (1905).

[17] 381 U. S. 479, 507-27 (1965).

[18] *On Liberty* (1859).

在怀孕的初期，“堕胎与具体实施必须依据怀孕女性的主治医师（通常是男性）的医学判断”。^[19]但是在凯西案中，大法官桑德拉·黛·奥康纳写道，“很大程度上，女性对自己的精神义务与社会地位的构想塑造了女性的命运。”^[20]这就是自由理论推断男性命运的方法。但这不是美国法律推断女性现实生活的方法。

权利理论由男人创造，源于男性经验。^[21]这些理论的渊源本身并不排斥女性（参见本书第二章）。但是权利理论是否适用女性、如何适用、适用范围问题都一直未有定论，甚至在女性主义学界内也无定论。罗伊案明确地将女性纳入权利理论的范围。女性与男性一样，也有州政府不能入侵的“隐私领域”。罗伊案和凯西案没有为这个观点辩护，而是认为这个观点是理所当然。法院将把女性纳入宪法权利体系这个观点视为理所当然，表明与为这个观点辩护相比，法院更加热衷于追求性别平等。比较罗伊案、凯西案与克雷格诉博伦案中的法院意见，巴克案中的多数意见，

[19] 410 U. S. 113, 153, 164 (1973). 医师拒绝了女性的医疗请求，并不是没有先例。直到 1970 年代，美国妇产医学院建议，只有女性的年龄乘以她们活着的孩子的数量，达到 120 以上时，其会员才能对女性实施自愿绝育手术。然而任何成年男性的绝育要求都可以满足。参见 Lucinda Cisler, “Unfinished Business and Birth Control,” in *Sisterhood Is Powerful*, ed. Robin Morgan (New York: Random House, 1970), 245-88; Boston Women’s Health Collective, *Our Bodies, Ourselves*, rev. ed. (New York: Simon and Schuster, 1976), 11-12. 医生和医院不再是堕胎手术的主要供给方。至 1985 年，83% 的堕胎都是在诊所里，由护士之类的其他经过培训的医务人员来实施的。然而，并非所有女性到诊所去都方便快捷；事实上，在这个国家的许多地方，诊所稀少，相距甚远。譬如在得州的 Bryan 学院站是一个拥有 10 万多人口的社区和一个大学的主校区，没有任何设施可以实施选择性堕胎手术，也没有为堕胎而设计任何保险计划。1998 年，本地的计划生育诊所宣布预备筹建这样的设施，然而现在也没有完成。在多数地方，堕胎条件都很有有限，被引证在 Lisa Belkin, “Women in Rural Areas Face Many Barriers to Abortions,” *New York Times*, 11 July 1989. 参见 Faye D. Ginsburg, *Contested Lives* (Berkeley: University of California Press, 1989), 3; Boston Women’s Health Collective, *The New Our Bodies, Ourselves*, updated edition (New York: Simon and Schuster, 1992), chap. 17. 家长参与法律限制了未成年人的堕胎行为；对医疗补助基金的限制，使得依靠公共基金的女性，无论是否成年，享受这种补助的机会减少。Deborah Hass-Wilson, “The Impact of State Abortion Restrictions on Minors’ Demand for Abortions,” *Journal of Human Resources* 31 (Winter 1996): 140-58, 据估计，父母参与法律使未成年人对堕胎的需求减少了 13%—15%，对医疗补助基金的限制，使未成年人对堕胎的需求减少了 9%—17%。

[20] 112 S. Ct 2791, 2807 (1992).

[21] 参见第一章。

可以证实这一点。^[22] 然而自由理论适用于女性观点,与宪法隐含了自由理论观点一样不受欢迎;如果考虑到罗伊案与击败《平等权利修正案》的反女性主义力量相契合的话,这些观点可能更不受欢迎。^[23]

法律与天性

隐私案例借用政治理论并不是它们的独创。这些判决推翻了——事实上,是颠覆了——法律与生育间的传统联系。事实上,女性生养孩子并不是男性至上的根源,就像黑皮肤也不是奴隶制度的根源一样。但是生养孩子为差别待遇提供了方便理由:女性与男性如此不同,我们如何能像对待男性一样对待女性? 美国法学以女性的生育功能为理由来剥夺女性的自由(如穆勒诉俄勒冈州案中的“保护性”劳工立法),致使女性受压迫(如巴克诉贝尔案中的强制性绝育),对女性施加义务(如汽车工人联合会诉约翰逊控制公司案中被推翻的“胎儿保护”政策)。^[24] 像迈克尔诉索诺玛县高等法院案中,法律以女性的生育能力为理由限制男性权利,这种情形很少见。^[25]

第七章将指出,这些不同政策都假定女性、孩子与州政府之间的不同关系。然而他们都以天性(女性的生育功能)为理由来为法律(多数为限制女性权利)辩护。这些隐私案例正好相反。格瑞斯沃尔德案、罗伊案与凯西案告诉我们,法律允许人们限制天性带来的影响。第四章曾指出,传统认识论的自由观中隐含了男性统治自然的观点。但是直至隐私案例出现,法律构建的女性与天性的关系理论,才有了新的发展角度。罗伊案却浑然不知自己的贡献。

难怪罗伊案招致多数人的反对,赢得很少学术支持。法院宣称没有为自己辩护,罗伊案颠覆了女性与生育功能、法律与天性之间的传统法律关系,它推崇一种多数美国人反对的政治理论,而且使这个理论适用的

[22] 分别参见 429 U. S. 190(1976);438 U. S. 265(1978)。

[23] 参见 Susan Sterett, “Review of Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope*,” *Women and Politics* 14(1994):111-12.

[24] 分别参见 208 U. S. 412(1908);274 U. S. 200(1927);111 S. Ct. 1196(1991)。

[25] 第五章注释 19。

人数翻了一倍。事实上,罗伊案的理论基础是不可靠的。

学术界对这个判决的反应非常强烈。学术界坚持不懈地以上述理由,甚至其他更多理由,来作出批评。一位著名的批评家,路易斯·拉斯基(Louis Lusky),自由司法积极主义的“代表人”,作为法律工作者,他拟写了合众国诉卡洛林公司案(*United States v. Carolene Products*)的脚注4,为增强个人权利的司法保护奠定了基础。^[26] 如今,带着明显的忿忿不平,他写道,“大法官的行为让我们有充分理由去怀疑,法院认为它们凌驾于法律之上。”约翰·哈特·伊利(John Hart Ely),司法积极主义和堕胎合法化的提倡者,将罗伊案称为“一个非常糟糕的判决”,“因为它是糟糕的宪法,甚至根本不是宪法,且自认为没有责任努力让它成为宪法”。理查德·艾普斯坦(Richard Epstein)认为,“罗伊案是宪法诉讼中可能出现的分析不足的一个症状。”甚至为判决辩护的劳伦斯·特赖布(Laurence Tribe)也主张,“法院追求的利益平衡模式,没有充分论证实际上确立的判决原则。”这个观点没有得到专门针对最高法院判决的批评学界的认可。^[27]

身为女性,我们知道什么

二十年后,时间、后现代主义,以及美国教育第九修正案对法律界的影响,使我们开始关注潜在的观点:约翰·伊利、路易斯·拉斯基和理查德·艾普斯坦的观点。批评界的和声,像它们批评的法院一样,都是以低调来处理的。对罗伊案的法理学辩论,让我想起了我在撰写有关保护性劳工立法的一本书时遭遇的一个判决意见。1910年,伊利诺伊州最高法院写道:“所有男人都知道——男性的认知范畴是大法官们都不能忽视的——女性的生理结构和母亲天职让女性在人生的挣扎奋斗中处于相当

[26] 304 U. S. 144, 152, 注4(1938).

[27] 分别参见 Lusky, *By What Right? A Commentary on the Supreme Court's Power to Revise the Constitution* (Charlottesville, Va.: Michie, 1975), vii; Ely, “Wages,” 上注15, 926, 937 (着重号为原文所有); Epstein, “Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases,” *Supreme Court Review* 1973:184; Tribe, “Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law,” *Harvard Law Review* 87 (November 1973):5.

不利的地位。”〔28〕由于长期以来人们对这个结论充分怀疑,因此这段话的开端(男性的认知范畴)比结论更加有趣。如果某些事情属于男性的认知范畴,那么哪些事情属于女性的认知范畴呢?

关于堕胎问题,女性主义者的立场并没有达成共识,多数自认为是女性主义者的女性支持堕胎的合法化,而反对堕胎合法化的女性并不认为自己是女性主义者。通常情况下,女性主义者似乎认为,支持女性权利必然包含支持生育选择权。〔29〕然而女性主义学者像其他学派一样,批评罗伊案和它的认识论基础。

女性主义特征法学的学者质疑自由主义的前提,以及它支持的消极权利。罗宾·韦斯特认为,自由主义法律理论对女性不适用,部分原因在于女性生养孩子;卡罗尔·吉利根主张,女性的伦理标准重关系而轻权利。二者都反驳了罗伊案认为正确的观点。〔30〕自由主义的其他女性主义批评家的观点有异曲同工之处。伊丽莎白·福克斯-杰诺韦塞,被堕胎权和“个人主义的男性权利模式”之间的雷同所困扰;而珍·埃希坦则为罗伊案感到遗憾,“因为一再坚持其他人的个人想法不能对我们的观点施加任何影响,从而这种关于隐私的强硬态度,破坏了从道德角度出

〔28〕 *Ritchie v. Wayman*, 244 Ill. 509, 520 (1910). 这本书是 Judith A. Baer, *The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978).

〔29〕 女性主义在堕胎的道德问题上分歧很大,无论是在一般情况下还是在具体的特定处境下,譬如当胎儿存在基因缺陷时,或者当胎儿的性别“有误”时。参见 Kristin Luker, *Abortion and the Politics of Motherhood* (Berkeley: University of California Press, 1984); Rosalind Petchesky, *Abortion and Woman's Choice* (New York: Longman, 1983), 326-63; Linda Bird Francke, *The Ambivalence of Abortion* (New York: Random House, 1978). 就潜在的残疾婴儿的地位问题,参见 Anne Finger, “Claiming All of Our Bodies: Reproductive Rights and Disability,” in *With the Power of Each Breath: A Disabled Women's Anthology*, ed. Susan E. Browne, Debra Connors, and Nanci Stern (Pittsburgh: Cleis Press, 1985), 292-307; Laura Hershey, “Choosing Disability,” *Ms.*, July/August 1994, 26-32; and Rayna Rapp, “The Ethics of Choice,” *Ms.*, April 1984, 97. 就胎儿的性别问题,参见 “Another Modest Proposal,” *In These Times*, 17-23 May 1989, 5.

〔30〕 West, “Jurisprudence and Gender,” *University of Chicago Law Review* 55 (Winter 1988): 1-72; Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982). 参见第二章注 36-39; 第三章,“男人的分离,女人的连接:不同的声音”。

131 发、通过引用容忍原则而提出的重要政治诉求”。^[31] 女性主义情境法学的学者认为,罗伊案充其量仅对女性提供了不充分的保护,最糟糕的是还可能给女性设定了一个危险的陷阱。譬如,温蒂·布朗质疑该判决中隐含的权利导向:“就权利而言,本质上是保护性的、防御性的和孤立性的,这三点是作为生育者的女性最不需要的。”^[32] 凯瑟琳·麦金农告诫,保护女性免遭政府侵权,可能使私人强权更容易侵害女性:“允许堕胎可能会使女性,在烦恼事情之外,拒绝性交的唯一合理理由也丧失了。”^[33] 对生育选择权的这些辩护行为,并没有让女性主义者接受法院对堕胎权的论点。

本书的第一部分认为,上流社会的呼声和底层人民的呻吟组成的和声可以通过不同的路径得出结论:提出不同的论点(或论证角度不同,或不直接进行反驳);从女性所知而男性不知的事情进行推理(或以不同方式);以符合女性经验的方式,来决定事情的排序。

重建女性声音:女性主义和选择权

既然认为女性主义法学必须主动打破传统法律推理规则,在此我至少要推翻两个规则。偶尔我想借助想象“如果……会怎么样?”的方式,大胆进入幻想。我运用这种方式是因为个人观点与论点不同,不会使自己误入智力分析的传统模式。对“为什么”的回答是“因为”,这是司空见惯的事。但是提出“如果我改变这种观点,会为我带来什么呢?”,会跳出“为什么”与“因为”的陷阱。

我论证的另一个非传统角度是,讥讽传统理论批评感性、观点和结果导向法学。^[34] 我将自己的感情和经验纳入分析中。我的出发点是先于

[31] 分别参见 *Feminism Without Illusions: A Critique of Individualism* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991), 82; *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1981), 313.

[32] “Reproductive Freedom and the Right to Privacy: A Paradox for Feminists,” in *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond (New York: Longman, 1983), 332-38, 335 (着重号为所引原文所加).

[33] “Privacy vs. Equality,” 上注 4, 99.

[34] 参见第四章。

理性的一个信念,性别平等必然包括生育自由。但是,我承认分析与观点的融合是学术界的美德,而非缺陷。倾向于支持问题的一个方面,并不需要将个人意见严格地排除在论证之外,个人偏好也不必然会歪曲个人学术研究结果。相反,这种信念会引导我们努力去找寻这个观点可能有的真理内核。

反对在宪法与个人观点间建立联系的一种普遍说法是:“你的观点正确,但是反对生育自由的人和你们的感触一样深,你反对的观点也是他们从自己的感觉推理出来的。”第二个问题是“我们”——即法学研究的作者和读者——并不能代表所有女性。我们是受过教育的中产阶级职业者。^[35] 这些特征在生育选择权的辩论中非常明显。我们多数人都符合克丽斯汀·卢克(Kristin Luker)对支持选择权的典型积极分子的描述:一位有大学教育背景、专职工作和不超过两个孩子的女性。^[36] 我的博士学位、大学教授职位和没有孩子的特征,是卢克描述的完美典型。第三个难题是,在案例中根据女性经验引入宪法上的生育自由权,无论她们是否有这些经验,她们的观点都不会一致。女性也好,男性也好,观点都不会一致。卢克发现,两派的积极分子多数都是女性。她于1980年代写道,显然男性反对选择权的积极分子越来越多。但是公众的民意测验说明,这个问题上男女意见没有明显的、长期的差别。^[37]

这些难题没有使我的构想注定失败。认为从观点中可以推出,支持选择权和反对选择权并驾齐驱,并不正确。就我所知,支持选择权的提倡者没有强迫任何人违背“堕胎是不道德的”这个先于理性的信念去行为。但是另一派却强迫人们的行为要与信念一致。^[38] 女性主义学者的相对共性,以及她们与多数女性的差别,并没有判决我们保持沉默;对于中产

[35] 就这些问题的谈论而言,参见第二章注58-61。

[36] *Abortion and the Politics of Motherhood*, 上注29, 194-97.

[37] Craig and O'Brien, *Abortion and American Politics*, 上注3。

[38] 支持选择权的提倡者更像一个伪善的学者,比如John T. Noonan,他对胎儿的人格提出了一种理智论点。参见他的“An Almost Absolute Value in History,” in *The Morality of Abortion*, ed. John T. Noonan (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970), 1-59; 以及“How to Argue About Abortion,” in *Contemporary Issues in Bioethics*, ed. Tom L. Beauchamp and LeRoy Walters (Enrico, Calif.: Dickenson, 1978), 210-17. 如果我们其中有人是错误的,那是因为我们的论点没有说服力,而不是因为我们是谁。

阶级男性职业者主导的宪法争论,中产阶级女性职业者甚至也提出了新的角度。第三个问题是最重要的。要想构建以女性为中心的支持选择权观点,必须处理好已存在的以女性为中心的反对选择权问题,而我也确实做到了。以女性特有的认知和经验为基础,来作出支持选择权的判决,这个论点并不要求为所有或几乎所有女性所接受。

事实上,一组人拥有相似经验,并不意味着该组的所有成员应从经验中推出相同结论。关于生育权、女性甚至女性主义者缺乏共识,使女性主义学者受到很大挑战,甚至受到很大打击。自诩为“支持生命权的女性主义者”的论点,为我努力构建理论提供了一个起点。任何人都可以将自己的选择化为己有,因为不存在政治语言的英文学院。但是分析表明,支持生命权的女性主义者的论点,不符合性别平等原则。然后我提出,我们能否构建一种环境,让这两种观点共存。在这些条件下,我努力创造生育权的女性主义理论。

谁来决定?

133 反对选择权的女性主义论点分为两类。首先,她们主张胎儿也是人。然而就胎儿的法律地位而言,她们的观点,与那些反对选择权却并不自认为是女性主义者的观点大同小异。女性主义支持生命组织的前任国家官员,天赋权利的义务法律顾问,莎伦·隆(Sharon Long)提出,“如果女性必须杀死孩子才能出人头地,那么‘出人头地’是什么意思呢?”西德妮·卡拉汉(Sydney Callahan)承认,她不知道“何以那么关心那个什么都不是的微乎其微的小胚胎呢”。^[39] 对比一下这种说法和自1989年开始创办的一份偏左平面媒体中登载的一篇文章的摘录部分:“我们不能随意夺取人类生命”,“我常常说服自己,‘未出生胎儿’描述的是一个名副其实的物质实体”;“我们已然知道……堕胎就是消灭人类生命”;以及来自女性主义者的声音,“我如何能……既确认胎儿的人格,又在毁灭胎儿时

[39] Pamela Erens, “Anti-Abortion, Pro-Feminism?” *Mother Jones*, May 1989, 分别参见注46,47。

保持道德上的严肃,去支持选择权的观点?”^[40]选择权的反对者可以像其他任何人一样,按照感觉行动,选择权的支持者也可以自由地按照意愿去感受苦恼,但是这些作者没有提供充分的论证,何以将自己的感受施加给别人。

罗伊案发现,“生命何时开始这个难题”无法解答。^[41]后知之明、医学进步和持久争论让我们对法院解决这个问题的方式感到痛惜。生育过程相当复杂,胎儿的法律地位问题没有确切答案,而且解决堕胎问题不仅仅依靠胎儿法律地位问题。^[42]但是以女性为中心的分析提出了另外一个不同的问题。

以宣称生命自“受孕时”开始,来回答布莱克曼的“难题”是没有意义的,有若干原因。第一,“‘生命’不是开始;而是一个活精子和活卵子在向前运动”。因此,生命开始并不等同于受精(精子和卵子结合形成受精卵)、植入(前面的受精卵变成胚泡,附着于子宫壁上)、“存活体”(胎儿可以脱离母体独立存活的妊娠期)或者出生。第二,“受孕”一词没有确切含义。词典里的定义为“开始怀孕”,这没什么用。第三,没有“在某个时点”一说。如该介词所暗示的,胎儿成长中无法明确划分任何“可确认的‘时段’”,而是一个渐进的阶段和过程。^[43]

即便生命不是在某一点上“开始”,我们仍可以讨论胎儿是否具有人格。关于这个问题的论点,无论是道听途说还是以其他方式得来,从主张

[40] 分别参见 Laurence E. Lynn, Jr., “Now, I’m Against Abortion,” *New York Times*, 26 March 1989, sect. 4; Christopher Hitchens, “Minority Report,” *The Nation*, 24 April 1989, 546; Jason De Parle, “Beyond the Legal Right,” *Washington Monthly*, April 1989, 29; Naomi Wolf, “Our Bodies, Our Souls: What the Pro-Choice Movement Must Learn to Say,” *The New Republic*, 16 October 1995, 26, 33.

[41] 410 U. S. 113, 159 (1973).

[42] 对生育生理学的情况综述参见 Leslie F. Goldstein, “Examining Abortion Funding Policy Arguments: An Attempt to Recast the Debate,” *Women and Politics* 5 (Summer/Fall 1985): 44-51. 致力于解决胎儿法律地位问题的研究包括 Baruch Brody, “On the Humanity of the Fetus,” in *Contemporary Issues in Bioethics*, ed. Beauchamp and Walters, 上注 38, 229-40; Bernard Nathanson, *Aborting America* (Garden City, N. Y.: Doubleday, 1979); Noonan, “An Almost Absolute Value,” 上注 38; Mary Anne Warren, “On the Moral and Legal Status of the Fetus,” in *Bioethics*, ed. Beauchamp and Walters, 217-18; Ruth Macklin, “Personhood and the Abortion Debate,” in *Abortion: Legal and Moral Perspectives*, ed. Jay Garfield and Patricia Hennessey (Amherst: University of Massachusetts Press, 1984), 81-102.

[43] 参见 Goldstein, “Examining Abortion Funding,” 上注 42, 41-51.

- 134 胎儿出生前没有人格,到主张女性被证实怀孕时生命便存在,说法不一。多数情况下解决问题的方法,是以人的意义是什么这个未被普遍认可却受到广泛批评的问题为基础。胎儿可能与已出生的婴儿非常相似,这没错,但相似程度不会超过穿着婴儿服的洋娃娃或小宠物;“生理上,胎儿是由基因符号决定的”,这也对,然而人体的每个细胞也是由基因符号决定的。^[44] 这些事实都不能让胎儿具有人格,因为我们对什么是人没有明确、共享的定义。^[45]

即便胎儿是人,也不能推定怀孕女性有责任让这个人活着。朱迪斯·贾维斯·汤姆森(Judith Jarvis Thomson)假设,如果与另外一个人的身体相连九个月,一位将死的小提琴家就可以继续活下去,这个假设可能是这类论点最著名的例子。^[46] 汤姆森大胆设计的科幻小说,使她的这种论证模式比她的结论更遭人谴责,她的结论是,任何人都不能为了配合这样的情形而假定一种法律责任。^[47] 但是她的论点无需依赖幻想。限制堕胎法律对怀孕女性规定的义务,与对其他人规定的平常义务相比,性质完全不同而且责任繁重。现实生活情形是,人们可以冒很小的危险去拯救其他人的生命。法律没有强迫人们这样做——甚至为了他们自己的家人。^[48]

[44] Brody, "On the Humanity of the Fetus," 上注 42。

[45] 参见如 Roger Wertheimer, "Understanding the Abortion Argument," *Philosophy and Public Affairs* 1 (Fall 1971): 67-95.

[46] "In Defense of Abortion," in *Rights, Restitution, and Risk* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 1-19.

[47] 参见如 Philip Abbott, *The Family on Trial* (University Park: Pennsylvania State University Press, 1981), 138; Baruch Brody, "Thomson on Abortion," *Philosophy and Public Affairs* 1 (Spring 1972): 335-40; John Finnis, "The Rights and Wrongs of Abortion," *Philosophy and Public Affairs* 2 (Winter 1973): 117-45; Goldstein, "Examining Abortion Funding," 上注 42, 58-59 n. 11; Noonan, "How to Argue About Abortion," 上注 38。

[48] 参见如 Michael Tooley, "Abortion and Infanticide," *Philosophy and Public Affairs* 2 (Fall 1972): 37-65; Donald H. Regan, "Rewriting *Roe v. Wade*," *Michigan Law Review* 77 (August 1979): 1569-646; Cass R. Sunstein, "Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)," *Columbia Law Review* 92 (January 1992): 1-52; Joel Feinberg, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan," in *Philosophy of Law*, ed. Joel Feinberg and Hyman Gross, 4th ed. (Belmont, Calif.: Wadsworth, 1991), 579-91. 佛蒙特(Vermont)、明尼苏达州(Minnesota)、马萨诸塞州(Massachusetts)与夏威夷(Hawaii),共四个州颁布了关于救援义务("见义勇为法")的法令;然而在救援行动使旁观者处于危险的处境下,这些成文法都不适用。

艾琳·麦克多纳(Eileen McDonagh)认为,“对堕胎进行辩论的关键问题并非胎儿‘是’什么,而是胎儿‘做’什么……如果胎儿是国家要保护的生命,那么胎儿在未征得女性同意而侵入她们身体时,国家就应该提供公共资源去阻止胎儿的行为,就如同国家禁止个人侵扰他人一样。”〔49〕

罗伊案在保护“潜在人类生命”中将女性个人利益与国家利益相提并论。〔50〕法院优先考虑女性利益而放弃国家利益,因为关于保护什么利益社会上缺乏共识。强调社会未能确立胎儿法律地位,隐含的意思是解决这个问题的权力属于国家:国家可以(但尚未)认定在女性身体里的实体是什么,在这个定义下女性的责任是什么。从个别怀孕女性的角度出发,这项决策也很有意义。女性是如何思考与感觉的?女性做什么?

非意愿怀孕的女性,不一定像大法官拜伦·怀特(Byron White)的反对意见指出的那样,就仅考虑自己“方便”,而不顾“小生命或体内的潜在生命能否继续存活和成长”。〔51〕自1973年以来成千上万的女性选择不堕胎。显然,女性本身对她们体内的是是什么,她们与该实体的关系,以及对它承担的责任,想法不一。有些女性即便很不情愿怀孕,也从未考虑堕胎,也有些决定堕胎。女性对堕胎的反应也不一致:冷漠、麻木、愤怒、痛苦、内疚或解脱。〔52〕何以不信任怀孕女性,却让国家来作决策?何不假定,由女性自己决定选择堕胎还是让胎儿长大成人?这显然是一个自由派论点,但是它提出的立场也是女性主义的。这个观点将赋予人类生命的权利交给母亲,而不是国家、专家或大声嚷嚷的某些人,无论他们的信仰多么强烈。

135

这个观点在堕胎争论中意义深远。如果人类生命是由母亲赋予的,重要的介词便是“在……里面”与“在……外面”,而不是“在某一时刻”。那么以“活体”来限制堕胎的理论基础就不存在了。母亲赋予人类生命这

〔49〕 *Breaking the Abortion Deadlock: From Choice to Consent* (New York: Oxford University Press, 1996), 173.

〔50〕 410 U. S. 113, 159 (1973).

〔51〕 *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179, 222 (1973).

〔52〕 参见如 Boston Women's Health Collective, *New Our Bodies, Ourselves*, 上注 19, 第 17 章。

个前提也意味着,堕胎是一种积极的受益权,而不是一种被容忍的权利,它是处理非意愿怀孕的最好方法。如果我们假定由母亲来决定胎儿是否以及何时成为人,那么可被归结为“收养”而非“堕胎”的观点——乔治·布什在1988年竞选总统第二轮辩论中提出的——就失去了说服力。^[53] 这些论点的反面说法是,坚信体内是婴儿而非胎儿的怀孕女性不能被强迫去堕胎。

在缺乏共识的情况下,为何国家不能推定,人类生命自受孕开始?这个问题的答案:“一是因为立法会因忽略事实而毫无意义;二是因为这等于用国家命令取代了女性对自身经验的感知;三是因为这种做法专横地将重担施加给怀孕女性,而不是其他任何人。”我们知道国家可以将道德法律化,然而它能对毫无理性的事立法么?^[54]

事关谁的利益?

反对选择权的女性主义者强调的第二个论点是,堕胎权与女性的真正永久利益背道而驰。主张应同等对待未出生胎儿与已出生婴儿,不仅以胎儿是人这样一个轻率而未经检验的假定为基础,而且也以什么对女性有利这个特定观点为基础。这种论点部分是以类似特征法学的观点为基础。卡拉汉借助卡罗尔·吉利根的著作来论证,支持选择权的观点是“对女性主义的背叛,因为女性主义对正义的追求是以女性同情心为基

[53] 鼓励非意愿怀孕的女性,在三个女性的基本选项中,作出被律师认为是最艰难和最痛苦的选择,这非常残酷:生下孩子,然后抛弃孩子,布什(Bush)规劝的语境和时间使这种做法更显得冷酷无情。于是乔尔·斯坦伯格(Joel Steinberg)因涉嫌谋杀他非法收养的女儿 Lisa 而接受审讯(后来被定罪),即便 Lisa 的生母 Michelle Launders 并没有频繁地在国家电视上亮相,上述事实也给所有亲生母亲都上了一课,提醒她们抛弃孩子的固有风险。1990年代,在堕胎争论的语境下,提及斯坦伯格(或琼·克劳馥[Joan Crawford],反对放弃孩子让别人收养的另一个出色的论证)被认为是不恰当的。参见 Christina Crawford, *Mommie Dearest*(New York: William Morrow, 1979)。针对养母,也就是那个电影明星,对该作者施加虐待的描述,被公正的证人们所证实。然而这个自传却受到批判,而且在某些领域被当作玩笑。如果我们假定母亲赋予胎儿人格,引用反面案例脚本为选择堕胎进行辩护就毫无必要了。

[54] Barber, *Constitution*, 上注4, 139, 作出了有关的论述:堕胎法的基础是“掌控政府的人仅有的欲望、愤恨和宗教信仰”。多数选择权的反对者,否认她们的观点有宗教偏见。无论多与少,我们可能仅从外表来判断她们的论述,然而 Barber 的这个观点并不是毫无价值的。

础”。对卡拉汉来说,堕胎就是拒绝“承担对特定人类生命进行爱心呵护的责任”,而支持“男性侵略和破坏”。^[55]但她却提出“女性生理上的独特能力和独特特权”,从而抛弃了她的立场。^[56]因为她描述的“独特”能力,是世界上几乎半数成年人和众多其他雌性物种所共享的,说成“独特”,是夸大其词了。事实上,这种夸大其词在有关生育自由的论述中如此普遍,有批评能力的女性主义读者应该察觉到,这种说法掩盖了一些可疑的东西。“能力与特权”术语说明,卡拉汉是在胡乱捏造。你能做某些事,是能力;你可以做某些事,是特权;你必须做某些事,是责任。这种公式将仅有女性能(男性不能)做的事情,偷换成任何怀孕女性都必须做的事情。如果一种几乎所有女性都有的能力,会使男性不必承担某些责任,那么女性与男性就不平等。“支持生命权的女性主义”根本不是女性主义。

136

尽管男性可能要承担女性不必承担的责任,比如服兵役,但是男女不平等并没有就此消失。有三个因素使得母亲天职与服兵役之间的对比没有价值。第一,第五章提出服兵役既是一种特权,也有生命危险。然而即便社会将母亲天职加上特权的头衔,这种对比也不成立。这两种功能的第二个重要区别是,服兵役从未被假定为所有男性的义务,而生养孩子却被假定为所有女性的义务。目前美国没有征兵法案,自1973年开始就没有了。在美国历史上征兵法案有效期共为39年:从1940年至1973年,第一次世界大战期间(1917—1918年),以及南北战争期间(1861—1965年)。在征兵法案有效期内,仅特定年龄段的男人才有义务服兵役。第三,这种类比认为男女基本平等,因此对一种性别的歧视,与歧视对方性别是一样糟糕的。然而本书的观点是除了严格的字面含义外,女性根本没有与男性享有同等地位。因此,女性仅有的责任违背了性别平等,而男性仅有的责任却没有违背。征兵法案从未将男性置于一个性别上的劣势

[55] “Abortion and the Sexual Agenda: A Case for Pro-life Feminism,” in *Abortion and Catholicism: The American Debate*, ed. Patricia Beatty Jung and Thomas A. Shannon (New York: Crossroad, 1988), 128-38, 133.

[56] *Ibid.*, p. 137.

地位,尽管在此男性不断受到女性不必承担的责任的伤害。^[57]

一些罗伊案的女性主义批评者发现,该案的理论前提对女性有害,原因在于这个前提不包括单一性别承担的责任。^[58] 特征理论的关怀伦理可以为反选择权观点提供辩护。决定毁掉胎儿,不让他长成人,可以理解为选择了自主伦理,放弃了吉利根的“抚养、责任和关怀伦理”;选择了权利,放弃了萨拉·拉迪克的有关“母性思维”的“女人职责”;或者选择了抽象正义,放弃了内尔·诺丁斯的“人类感情回应”。^[59] 然而显著的特征理论家和批评自由主义的女性主义者立场各不相同,从保持沉默,到犹豫不决,到直接为选择权辩护。吉利根与拉迪克都没有在公开出版物中表达自己对选择权的立场。然而,吉利根在论述保留或结束非意愿怀孕中提出,选择堕胎可能与关怀和责任伦理的最高位阶保持一致;卡拉汉主张,堕胎行为说明行为人选择了侵犯而放弃了抚养,吉利根的研究结果对这一主张提出了重要的质疑。珍·埃希坦与伊丽莎白·福克斯-杰诺韦塞虽然反对堕胎并谴责罗伊案,但也没有建议对堕胎施加刑罚。^[60] 对诺丁斯而言,“我们应该把注意力集中到能与之建立积极联系的已存生命体上”。^[61] 罗宾·韦斯特对选择权的辩护,以她主张的女性与人类生命有

[57] 然而,我认为男性法案(male-only draft)显然不符合美国法律认定的性别平等原则。实际上,最近的一个判例没有否认这一点; *Rostker v. Goldberg*, 453 U. S. 57 (1981), 支持仅有男性可以入伍,因为规则禁止女性参战。然而这些规则在那个案例中没有受到挑战,而且也不存在了。

[58] 就历史角度分析和多种多样的观点,参见 Rachel MacNair, Mary Krane Derr, and Linda Naranjo-Huebl, eds., *Pro-life Feminism: Yesterday and Today* (New York: Sulzburger and Graham, 1995)。

[59] 分别参见 Gilligan, *In a Different Voice*, 上注 30, 第 2 章, 注 6; Ruddick, *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace* (New York: Ballantine Books, 1990), 第 2 章, 注 32; Noddings, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley: University of California Press, 1984), 第 2 章, 注 30。

[60] 参见 Gilligan, *In a Different Voice*, 上注 30, 第 3 章和第 4 章; Ruddick, *Maternal Thinking*, 上注 59; Elshtain, “Reflections on Abortion, Values, and the Family,” in *Abortion: Understanding Differences*, ed. Sydney Callahan and Daniel Callahan (New York: Plenum Press, 1984), 47-72; Fox-Genovese, “Feminism Is Not the Story of My Life”: *How Today's Feminist Elite Has Lost Touch with the Real Concerns of Women* (New York: Doubleday, 1996), 229-33. 我的评论适用于在这些学者著作中的论述,而不是这些学者本人的观点。

[61] *Women and Evil* (Berkeley: University of California Press, 1989), 153.

物质联系为基础：“女性需要自由决定生育，这不仅是支持她们仅有权利的需要，也是增强女性与其他人联系的需要。”〔62〕以女性有责任服务他人为理由对选择权进行辩护非常危险，这呼应了对保护性劳工立法的辩护，辩护理由是已给女性足够时间去照顾家庭。〔63〕然而，无论这种论点有何优点，它是反对从特征理论推出反选择权的若干论点之一。拒绝主张权利不仅会使女性任由重视权利的人摆布；而且伦理学者也无法区分法律权利与道德选择。

某些支持生命权女性主义的论点读起来，不像特征法学而像情境法学。卡拉汉认为，堕胎合法化能进一步增强而非减轻女性在男性社会的不利地位。“传统上，多数男性在承担家长责任和供养孩子方面一直落后于女性；可笑的是，自愿堕胎通常被吹捧为应对男性玩忽职守的办法，成为男性不负责任的合法理由，甚至为更多男性逃避责任和缺乏责任心奠定了基础。”〔64〕莎伦·隆质疑支持选择权女性主义作出的排序。“让少女免遭怀孕可能会帮助一些人，但无法改变贫民窟的基本结构。”〔65〕朱莉·罗斯奇(Juli Loesch)也是女性主义支持生命组织和救援行动的工作者，她的论述在第三章中被引用：堕胎允许男性“使用女性[然后]将女性身体清理干净”。〔66〕罗斯奇塑造了性交庸俗化的形象，与卡拉汉塑造了生养孩子理想化的形象正好相反。我们无需使用英语上的语言技巧，就能将怀孕和生养孩子贬低为罗斯奇谈论性时提及的那种粗暴的身体侵犯行为。如果性交是男性在使用女性，那么强迫堕胎就会像强迫怀孕，然后再

〔62〕 “Taking Freedom Seriously,” *Harvard Law Review* 104 (November 1990): 84-85. 韦斯特通过阐明关怀伦理和生育选择权之间的可能关联，对堕胎合法化进行辩护非常有趣，但是我发现她的论点不具有说服力。她对生育选择的辩护，呼应了布兰代斯纲要在工作时间案例中对劳工立法的辩护。这些纲要对限制男性的工作时间进行辩护，因为特别是要让男性工人有时间来教育自身；而限制女性的工作时间得到支持，是因为要给女性更多的时间来承担家务。参见 Baer, *Chains of Protection*, 上注 28, 第 2 和第 3 章; Brief for Defendant in Error, *Bunting v. Oregon*, 243 U. S. 426 (1917); Josephine Goldmark, *Fatigue and Efficiency* (New York: Charities Publications Industries, 1912), part II. 韦斯特作出了类似的论述：必须让女性休息，从而女性可以更好地服务别人。

〔63〕 参见 Baer, *Chains of Protection*, 上注 28, 第 2-4 章。

〔64〕 “Abortion and the Sexual Agenda,” 上注 55, 136.

〔65〕 Erens, “Anti-Abortion,” 上注 39, 46.

〔66〕 第三章, 注释 58; Erens, “Anti-Abortion,” 上注 39, 46-47.

强迫生养孩子一样糟糕。然而这个论述即使不在内容上,在语气上也是片面的。人们可以接受用粗俗、原始的语言谈论性,但是却不能接受用这些语言谈论生育。

除了语气外,这些作者的论述确实有些道理。对没钱进行堕胎的女性,无法找到一位合格的专业人士来进行手术的女性,一开始就需要避孕帮助的女性,或者想要小孩的女性,罗伊案没有提供任何保护。^[67] 如果丈夫有权要求妻子提供性服务——最近法律也作了如此规定——那么对于有堕胎权的妻子,罗伊案提供的保护是不足的。有证据证实了麦金农和罗斯奇对一些女性被迫违愿堕胎的怀疑。^[68] 情境理论家不相信隐私权理论能支持从罗伊案到格瑞斯沃尔德案的判决,因为这些判决都强调婚姻关系。女性主义学者发现除了“神圣的”、“永恒的”和“高贵的”之外,还可以有其他方式形容婚姻。譬如:“美国法律体系的所有家庭法原则,都是以私有封闭的家庭体系观念为基础的……‘不干涉’(hands off)原则的功能,主要是增强婚姻这样的机制中强势一方的控制力。^[69]

然而事实不仅仅如此,也非全然如此。首先,格瑞斯沃尔德案、艾森斯塔特诉贝尔德案(*Eisenstadt v. Baird*)、罗伊案和凯西案的判决适用于婚姻关系或准婚姻关系之外的女性。其次,美国法律推定的私有家庭体系原则,预设了婚姻关系中仅有一方拥有权利。出生控制和堕胎法令,

[67] 大法官 Potter Stewart 在 *Harris v. McRae* 案中的观点,主张取缔堕胎医疗补助基金,是自由权利理论局限性的一个明显例子。“尽管政府可能不会在女性自由行使选择权的过程中设置障碍,却也无需清除那些并非原创的障碍。贫困就属于这种障碍。” 448 U. S. 297, 316 (1980).

[68] 参见如 Don Sloan with Paula Hartz, *Abortion: A Doctor's Perspective, A Woman's Dilemma* (New York: Donald I. Fine, 1992). 年轻的、贫穷的或者身有残疾的女性,尤其容易受到来自医生、父母和爱人的压力的伤害。参见 Susan E. Davis, *Women Under Attack: Victories, Backlash and the Fight for Reproductive Freedom* (Boston: South End Press, 1988); John D'Emilio and Estelle B. Freedman, *Intimate Matters: A History of Sexuality in America* (New York: Harper and Row, 1988). 就身有残疾的女性和需要照顾可能有残疾的婴儿的女性, Anne Finger, “Claiming All of Our Bodies,” 上注 29, 305, 报告了医疗领域强迫身有残疾的女性进行堕胎的实例。雇主也有可能强迫员工。参见 Nadine Brozan, “Abortion Urged, Jail Officers Say,” *New York Times*, 24 May 1989. 我还没听说过有强迫被关押者堕胎的实例,然而这种可能性是有的。

[69] 分别参见 381 U. S. 479, 486; Nan D. Hunter, “Women and Child Support,” in *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Diamond, 上注 32, 203-19, 204.

通过消除女性是否拥有生育控制权这样的疑惑,会让夫妻双方更接近平等。^[70] 男性权利对女性有威胁,女性权利对男性则没有威胁。反对选择权的女性主义正确地认识到,面对男性和社会作为一个整体,在缺少可强制执行的请求权时,选择权只能让男女双方更接近平等,却无法实现真正的平等。堕胎权不足以确保女性的生育自由,这个事实没有让合法化的堕胎本身成为一件坏事。因为法律对“权利”的定义是如此狭隘,男性对女性的优势是如此强大,从而“隐私权就像是伪装成礼物的伤害”。^[71]

罗斯奇与卡拉汉的论述,从堕胎合法化会纵容男性更加不负责任的精确见解,转到阻止堕胎会让男性越来越负责的可疑推定。尽管堕胎确实能增加男性对女性的性行为,然而对堕胎进行刑罚一般情况下也不会减少男性对女性的性行为——仅(可能)减少男性和单身女性的临时性行为。“你当时根本不必要这个孩子”,此类言辞表明了一个家庭的态度,男性将抚养孩子丢给女性从不需要借口。难道你会相信,如果法院在1973年作出不同判决,1990年代的男性就会承担更多责任?

莎伦·隆的论点假定了贫困是选择堕胎的重要动机。如果有很多钱,选择堕胎的女性会留下孩子么?一般情况下,富裕女性生的孩子不比贫穷女性多。至少在工业社会,证据显示绝对相反:伴随着生活水平提高,人口出生下降了。在女性生育和教育程度之间也存在类似的反比关系。女性拥有的选择愈多,她生的孩子愈少。^[72] 这是毋庸置疑的。金钱在女性的头胎里可能造成差别,但是在她的第四胎、第七胎、第九胎里呢?女性的这点独特能力和特权发展道路还很长。

支持选择权的女性主义不能轻易忽视卡拉汉提出的道德问题,卡拉汉的论点指出,“无论我们达到何种成熟阶段,或现在能掌控多少权力或资源,所有人类生命都是相互依赖的,都需要培育保护,尤其是来自上辈

139

[70] 最高法院废除了堕胎需要夫妻双方同意这个条件(*Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U. S. 52 [1976]),但是夫妻一方有告知义务(*Planned Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 [1992])。

[71] MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 上注4, 100.

[72] 参见如 R. J. Herrnstein, “IQ and Falling Birth Rate,” *Atlantic Monthly*, May 1989, 72-76.

人和家属的培育保护；来源于需求的权利才有价值。”〔73〕然而反对选择权的女性主义者没有区分道德和法律问题。禁止堕胎，只能使母亲承担对这些无助的未出生胎儿的义务。反对选择权女性主义者应遵守自己对优先权的排序。减轻母亲负担是非常重要的目标。与其让女性不怀孕，不如让女性脱贫，重新分配对孩子的责任，这样比允许堕胎更能改善女性的生活情境。然而对堕胎进行刑罚会让女性的情境更糟糕而非更好。然而改善女性情境的政策也无法及时变更，来减轻当前怀孕女性的重担。与强调关怀伦理的学者一样，反对选择权女性主义者强调一种对女性仅有的责任伦理。〔74〕

截至目前，“支持生命权的女性主义者”尚未成功作出一个既反对生育权合法化、又稍微有女性主义倾向的案例。事实上，她们的大部分论述加固了支持选择权女性主义的立场。主张减轻贫穷或重新分配责任比堕胎权更重要，这并不是反女性主义。然而女性主义者有合理理由去质疑任何一个既反对堕胎权又提倡性别平等的人。

如果……会如何？

一种构建女性主义者支持生育权实例的方式是询问：在何种情形下，主张女性权利可以容许，甚至是要要求反对堕胎权？思考何种情形可以减弱女性主义对生育权的支持，有助于说明促使选择权如此重要的因素。

假如“国家通过拒绝女性的选择权，而对怀孕女性赋予重担”，就没有考虑母亲的身份；相反，这意味着身为母亲，有重要实在的特权，有请求他人支持的权利，有让对方、家庭和社会分享母亲责任的权利。〔75〕假定男女在家庭中对照顾孩子承担平等责任，假定家庭之外对孩子的看护是善意可靠和十分便利的，假定对母亲和婴儿的卫生保健是免费的，假定所有的劳动者都有生育和照顾孩子的产假福利。再进一步假定，这里也像欧洲那样，国家资助所有抚养孩子的母亲，无论是单身还是已婚，有工作的

〔73〕 给作者的一封信，*Mother Jones*, July 1989, 6. 卡拉汉给我写了一封回信，谴责在这个论著中引用的论述，*Erens*, “Anti-Abortion,” 上注 39。

〔74〕 参见第三章注释 29-37。

〔75〕 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 153 (1973).

还是下岗的。或者想象一下,一位“‘母亲’享有的特殊待遇”,类似于“‘退伍军人’享有的特殊待遇”,即这些对公共服务做出宝贵贡献的人在找工作时可以优先考虑。任何上述的变革,都可以说服一些想堕胎的女性将孩子留下来。然而当我“想象的”这些政策实际存在时,它们伴随着选择权,而不是取代了选择权。然而上述变革无法消除怀孕的生理负担,或者意外受胎的可能性。

既然这些叙述都是想象的,我们无需把假定条件局限于目前能实现的条件上。譬如,假定所有女性一生中只能怀孕一次,从而堕胎会使她失去做母亲的机会,那么我们还会反对堕胎么?关于母亲身份对女性生命的重要性,女性主义者没有达成共识。女性主义者很少主张所有女性,在所有情况下,永远拒绝做母亲,也很少否认在现实世界中女性确有理由不生孩子。^[76]多数,也许几乎所有女性主义者都相信,如果选择不是被迫作出的,大法官布莱克曼提到的结果没有考虑母亲身份,那么有些女性会选择做母亲,有些女性不会。然而一些女性主义作者似乎怀疑,在理想的条件下,又可以自由选择,女性也许会放弃母亲身份。^[77]当然这些女性主义者也不愿意将她们的观点施加在其他女性身上,否认她们选择生育。(毕竟,我们确实接受了女性自主避孕的权利。)然而如果女性一生中只能怀孕一次,堕胎合法化让女性付出的代价要胜于女性获取的利益。幻想又一次帮助澄清了事实。就多数女性而言,多数时间里她的生育供给远

[76] 持有这种观点的包括 Shulamith Firestone, *The Dialectic of Sex* (New York: Bantam Books, 1970); Jeffner Allen, "Motherhood: The Annihilation of Women," in *Mothering: Essays in Feminist Theory*, ed. Joyce Trebilcot (Totowa, N. J.: Rowman and Allenheld, 1983), 315-30.

[77] 认为母亲身份是一种价值中立(value-neutral)的选择的女性主义者包括: Robin Morgan, *Going Too Far* (New York: Random House, 1977); Gloria Steinem, *Outrageous Acts and Everyday Rebellions* (New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1983). Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, trans. by H. M. Parshley (New York: Alfred A. Knopf, 1952), 456-97; 以及 Martha Gimenez, "Feminism, Pronatalism, and Motherhood," in *Mothering*, ed. Trebilcot, 上注 76, 287-314, 强调 Gimenez 称之为“亲子关系的强制本质”, 288. 女性可以自由选择不做母亲, 不情愿得出这种结论的女性主义包括 Sylvia Ann Hewlett, *A Lesser Life* (New York: William Morrow, 1986); Germaine Greer, *Sex and Destiny* (New York: Harper and Row, 1984); 还可能包括 Adrienne Rich, *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (New York: W. W. Norton, 1976), 253-57.

超过生育需求。选择终止妊娠,并不意味着放弃父母身份。一位想堕胎的母亲,如果她还是一位母亲的话,她可以预见将来成为一位母亲。用“特有”、“珍贵”和“特权”这些词来描述生育能力掩盖了一个事实,即生育能力并不包含非常稀有这个特质。^[78]

假设我们修订最后一个幻想。生育控制本质上“锁住了”一个人的生育能力。如果我们必须“打开”这把锁呢?假设一位男性和女性必须在先于性交和独立于性交的一段时间内,完成有特定意图的程序才能成为双亲;或者假设我们可以通过类似于生理反馈技术来控制生育;再进一步地,假设受孕以后我们的生育力又自动锁住了。如果我们应计划去受孕,而不是避孕,在上述情形下选择终止妊娠的女性可能被指控为毁约。然而仅有女性忍受怀孕和生养孩子的生理后果。这些后果虽不会危及女性生命或长期健康,但也会很折磨。一位选择怀孕的女性可能会感觉,她并不了解这个决定造成的生理后果,因此她的决定是在信息不充分的情况下作出的。又或者她的情形可能发生变化,也许是孩子的父亲违背了约定。

这些模拟的想象都不能忽略显而易见的事实:假定男性能怀孕而女性不能呢?如果否认男性终止怀孕的权利,女性就非常自私了。然而如果堕胎被禁止,这种假设情形也肯定不会危及女性的自主权。或者假设男女都可以生养孩子。^[79]这样即便没有生育自由也不会使女性处于不利地位,这只是限制了每个人的自由。女性争取权利的能力也会削弱。这种情形下,生育自由对女性,与现在的表达自由(freedom of expression)对女性一样重要。然而,女性主义者并不同意表达自由(她们对色情文艺的争论就是见证),因此没有理由推定,如果男女两性同样都容易

[78] 我更看重“普遍”这个词语。这样描述不是为了听起来冷漠无情,尽管我担心存在这种可能。对没有生育能力的人来说,生育能力非常珍贵。然而多数人成为父母的机会比实际需要或想要的更多,我认为拒绝认可这个事实扭曲了对生育自由的争论。

[79] 譬如,思考一下 Ursula LeGuin 在她的科幻小说中构造的情形(*The Left Hand of Darkness*[New York: Ace Books, 1969], 89-97.)。在神秘的“寒冬星”(Gethen)上,所有的人类都是无性别的,除了在被称之为“发情期”(kemmer)的阶段,类似于某种哺乳动物的动情期(heat)。在发情期内,他们都被唤醒,然后生育,要么是男性的,要么是女性的。因此,“几个孩子的母亲也可能是更多孩子的父亲”。

怀孕,女性主义者就会同意生育自由。

假如女性除非选择否则不会怀孕,假如她们的伴侣也必须作出类似的选择,假如母亲身份能带来好处而并非负担,我们又怎会列举女性主义情形来反对堕胎呢?甚至在这些乌托邦式的理想环境中,任何上述论点都不符合怀孕后母亲们会变得不堪重负这种现实情形。没错,堕胎的数量会减少。女性主义者可能无需投入如此多的精力来捍卫自己的权利。我们似乎又一次地得出这样的结论:禁止堕胎与女性权利二者和睦相处的仅有条件是男性也能生养孩子。

权利、需要和传统理论:重新构建法学

关注“权利”会忽略需求。

——芭芭拉·凯茨·罗思曼(Barbara Katz Rothman)

有价值的权利源自需求。

——西德妮·卡拉汉(Sydney Callahan)

在标题中引用的作者都自称为女性主义学者。罗思曼支持堕胎的合法化,而卡拉汉则反对。尽管她们的政策观点相互冲突,她们的理论观点却最终相容。罗思曼诊断评估,而卡拉汉开方抓药。罗思曼将权利和需求相提并论;而卡拉汉努力将两者融合。罗思曼对权利理论提出了类似女性主义的批评,而卡拉汉为女性主义对这种批评的回应提供基础,没想到最终破坏了她自己的论点。

罗思曼的说法及其反面论述,至少在罗伊案的学识传统内是正确的。这种传统认定了权利的两种来源。女性主义者挑战的标准理论,是将权利建立在一个人作为独立个体的基础上:权利是人类不可分割的一部分。这种与洛克和杰斐逊有关的观点,引发了一种我称之为“反理论”的批判。19世纪奴隶制度的捍卫者,比如约翰·C.卡尔豪(John C. Calhoun),坚称权利是争取来的,“自由……这种奖励是留给智慧、爱国、高尚、有功的

142

人们的”。^[80]

理论和反理论虽然在文章中互相冲突,但却在法律中共存。某些权利是授予的,其他的权利则是争取的。偶尔我们会混淆这两种权利,譬如,社会保障是“授予”的制度,多数情况下通过参加工作就能获得领取薪水的资格。^[81]因而我们将授予和应得视为权利的来源,而非权利的需求。重新思考第三章中亨兹的两难境地:没人主张将死的那个女人有获取医疗的权利。被自由主义认定为有需求的人们,却容易失去权利。想一想(现在的)孩子和(以前的)女性。穆勒诉俄勒冈州案主张——不是暗示,而是直说——女性需要保护,这说明限制女性权利是正当的。理论和政策将权利和需要对立起来。

这些正是卡拉汉的观点。所谓有效的权利,她指的是积极权利,而不仅仅是消极权利。所谓需求,她指的是所有人类共享的条件,而不仅仅是法律认定的依赖条件。她的论述清楚地标示为观点,可能有些许实用性。^[82]儿童有权要求父母照顾和供养他们,正如妻子曾经也有权要求丈夫照顾和供养她们。在可以履行孝顺这种相对义务之前,儿童长期享有这种权利。同样地,社会保障制度对劳动者提供福利,有能力的劳动者也为残疾人提供福利。当然,亲属的权利完全不同于洛克、杰斐逊或卡尔豪认定的权利:是积极的而非消极的,强制执行的对象是其他人而非国家,所假定的前提不是自主而是依附。这些也是权利,他们伴随着需求。需求因此就能创造权利么?

如果父母现在或将来不能满足孩子的需求,会发生什么事? 1994年的大选及其后果使穷人们受到了惨痛的教训,在美国社会中需求并不会产生权利。那种假定权利以需求为基础的福利制度,陷入了危机——甚至授予儿童的补助金也陷入了危机,这是儿童正式的法律权利,儿童却仅

[80] *A Disquisition on Government*, in Richard K. Cralle, ed., *The Works of John C. Calhoun*, vol. 1 (Columbia, S. C.: A. S. Johnson, 1851), 52. 参见 Judith A. Baer, *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1983), 65-67.

[81] 参见如 *Weinberger v. Weisenfeld*, 420 U. S. 676 (1975); *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977); *Califano v. Webster*, 430 U. S. 313 (1977); 第五章注 15-16.

[82] 参见上注 73 和补充说明。

享有了一部分,甚至根本没享受到。事实上,宪法中对儿童享有消极权利的限制,否认了权利与需求之间的任何关联;的确,在三个而非一个管辖权下,人们需要某种程度的不干涉。^[83] 亲属的抚养权并非来自需求,而是来自假定的无行为能力——不能完全自主的人类状态——并且以特定关系为基础:曾经的丈夫—妻子间关系,依然如此的父母—子女间关系。

“权利源于需求”的普遍观点,在1990年代一直不受欢迎,也从未成为传统英美法学的一部分。但它对我们的传统既不是外来的,也不是有害的。在1941年国情咨文演讲中,富兰克林·罗斯福将“自由源于匮乏”纳入它的基本权利项目中,而没有使他的听众感到疏远,甚至明显困扰。^[84] 目前“自由源于恐惧”更加流行,尽管社会认可的确保这种权利的途径,强调限制受到恐惧者的消极权利,而非认可令人恐惧者的积极权利。“新政”(New Deal)及“大社会”(Great Society)助长了支持积极权利的论述,并时常为后者所辩护,这些观点漏洞百出却被公开发表。^[85] 当最高法院拒绝认可宪法上的教育权是行使特定权利的必要条件时,投票并非一致,判决也没有受到公众认可。^[86]

西德妮·卡拉汉的观点,所有人类生活都需要保护,描述了残酷的现实。在现代美国,我们无法仅满足自己的需求。我们的身体、家庭和员工都容易侵害我们,经济也可以任意主宰我们。无论我们多么智慧、贡献多大,任何程度的优点、勤勉、忠诚或美德都无法保护我们安全。如同易受到暴力侵害一样,女性长久以来容易受到、并将继续容易受到匮乏的侵

[83] 参见 Baer, *Equality Under the Constitution*, 上注 80, 第 7 章。

[84] 6 January 1941. *The Public Papers of F. D. Roosevelt*, vol. 9, 663; reprinted in Henry Steele Commager, ed., *Documents in American History*, vol. 2, 7th ed. (New York: Appleton-Century Crofts, 1963), 446-49.

[85] 参见如 Charles A. Reich, "The New Property," *Yale Law Journal* 73 (April 1964): 733-87, 以及 "Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues," *Yale Law Journal* 74 (March 1965): 1245-57. 对这些观点的批判,参见 Michael B. Levy, "Liberty, Property, and Equality: Critical Reflections on the 'New Property,'" in *The Liberal Future in America: Essays in Renewal*, ed. Philip Abbott and Michael B. Levy (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1985), 127-47.

[86] *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U. S. 1 (1973); Bear, *Equality Under the Constitution*, 上注 80, 第 5 章和第 10 章。

害。就像托马斯·霍布斯很久以前所暗示的,如果免遭暴力威胁的安全是文明社会的一个理想,那么免遭匮乏带来的安全为何不是呢?

“权利源于需求”观点的一个明显问题,是人们普遍倾向于将需求与匮乏、渴望和偏好混为一谈,将我们自身的需求与我们主张代其发言的人们的需求混为一谈。另一个问题是,有些需求在实践中无法实现。譬如,人类需要爱,但却不能命令自己去感受爱。主张被爱的权利与此相冲突。然而原则上接受以需求为基础的权利可能存在,并不需要我们在现实中接受任何以需求为基础的主张,甚至也不需要我们认可整个现代福利国家。质疑以需求为基础的积极权利,并不妨碍我们认可消极权利,譬如生育权。

传统法学理论将人明确划分为有行为能力的和无行为能力的,有自主权的和无自主权的,独立的和依附他人的。在授予一般权利时,人的需求被忽略;认可需求就是废除了享有的权利。西德妮·卡拉汉与其他反对选择权女性主义者,都确认了原则上权利与需求的关联;然而她们将这些权利局限于未出生胎儿,并仅对未出生胎儿的母亲施加相关责任。为何需求不能为女性创造权利来对抗男性和社会呢?

需求、先天和精选的脆弱性

[女性]可以得到世界上所有的权利——选举权、受教育权——如果我们不能拥有我们自己的身体,如果我们不能控制发生在我们身上的事,如果可以因为其他人不小心、欺诈、强迫而让我们怀孕,从此改变我们的整个生命过程,那么上述权利就很受我们欢迎。因此无论你是否对堕胎充满梦想,我考虑将可选择的堕胎权作为女性运动的基石……因为要是没有这项权利,我们的权利就会同每年被带去与公牛相会一次的奶牛的权利一样多了。

——克里斯汀·卢克(Kristin Luker)采访的一位支持选择权积极分子

你在床上时就已作出了选择。

——一位男性反示威者,洛杉矶,1986年3月

上面这个观点明显地憎恨女性,也驳斥了自身。女性并非一直都能

选择性行为。强奸每天都在发生。男性在亲密关系中对女性的主宰可以延伸至性行为。不久前,美国法律才赋予丈夫任意与妻子性交的权利。表面看来,男性确实比女性更愿意发动性行为(尽管人口调查局没有收集此类信息)。本书的第一部分说明(似乎是本书需要说明的),女性虽然各不相同,但对性行为的理解却有共识,都认为性是男性在她们身上做的事情。^[87]

然而那些主动要求与男性发生性行为,那些与对方完全自愿地发生性行为的女性又如何呢?认同这些女性对她们生活的描述并不会削弱生育自由观点。在一方处于统治地位的关系中,被统治的一方就失去了权利。在双方平等的关系中,双方都牺牲了部分权利。在恋爱关系中,一方情侣,无论男性还是女性,有可能坚持行使“说不了的权利”么?甚至当女性主动要求与男性发生性关系,做出同一行为的两个人却承受不同的结果,这样公平么?我们并不认为人们要对他们所有行为的可预见结果负责。在床上作出的选择,很少是对怀孕的选择。因为女性容易怀孕,便要女性承担避免怀孕的责任,这是毫无道理的。同样也可以推出,毫无风险的一方情侣,有责任保护风险较大的另一方。

145

无论女性在性行为中如何自主,也无论在避免风险中如何谨慎,女性都无法保护自己,避免怀孕和避孕带来的身体伤害。没有一种避孕的可逆性措施是百分之百安全和可靠的。最保险的方法,就是结合杀精剂和避孕套,这需要男性的配合。有些人使用避孕套,至少有人购买避孕套;避孕套的销售量逐渐增大,甚至在1960年代避孕药上市之后。然而三种流行的可逆性避孕措施——避孕药、宫内节育器、皮下埋植避孕法——都是用在女性身上的。这些措施失败率比障碍措施低,然而前两种措施带有明显的并发症风险——这种风险仅留给女性。^[88]在1994年,调查者发现被鼓吹为最佳避孕措施的皮下埋植避孕法,植入物从女性手臂皮下取出时,比植入时更困难、更危险。

[87] 参见第三章注释58。

[88] Boston Women's Health Collective, *The New Our Bodies, Ourselves*, 上注19, 260, 264, 275, 279-92.

对于女性来说,只有两种避孕措施安全、万无一失:实施绝育手术或避免与异性进行生殖器性交。因此,堕胎权是女性享有法律赋予的实体权利的必要条件:不仅是选举权或受教育权,而且是美国法律赋予人类的基本自主权——决定女性自己的命运和建立亲密的人际关系的权利。

女性、男性和共同责任

多数人认为这是女性自己的失误。你知道,她早就该拒绝。她不应该让自己怀孕。我还没听人说过“他根本不应该和她发生性关系”。你曾听人说过或读到过,男性应该拒绝,或者你听人说过男性拒绝性行为是解决之道么?这根本就是女性的问题。

——米涅特·多德雷尔(Minette Doderer)

你难道不认为,是女性造成了男性这种不负责任的行为么?

——教皇约翰·保罗二世(John Paul II),当被告知每年约有20万名女性因自行堕胎而死亡之后

不仅仅是先天条件、公共政策和经济上的弱势,迫使女性的生育能力成为不平等的一个来源。男性,无论个体还是群体,都协助创造和维持了这种不平等。通过拒绝采取避孕措施而性交,拒绝共同抚养孩子,拒绝和孩子的母亲分担家务,拒绝承担经济责任,男性达到了上述目的。无论政府做什么,技术上有何进步,只要男性拒绝作出改变,这种不平等会一直持续下去。男性没有形成一个团体来培育成员们的道德责任。男性更容易对女性而非其他男性提供道德指令。

乔治·布什在1988年总统竞选中演讲提倡的“要收养,而非堕胎”,是有关这种选择性的一个典型例子。布什的继任,比尔·克林顿(Bill Clinton),也采取了相似的方式。当他主张“堕胎应当安全、合法和少有”时,他在劝阻女性堕胎,而非鼓励男性让堕胎变得不必要。在1994年,他告诫中学生:“直到你足够成熟能够照顾孩子的时候,直到你结婚后再要孩子。”约三分之二的未成年母亲是被20岁以上的男性导致受孕的,几乎四分之三14岁以下的母亲是强奸的受害者,克林顿似乎是找错听

众了。^[89] 1998年末期,莫妮卡·莱温斯基(Monica Lewinsky)丑闻,以及被揭发的克林顿可能对誓言说谎的事实,使克林顿想要成为道德领袖的宣告成为泡影。

对堕胎权的争论展示了,我在本书中先前讨论过的将情境与在情境中的人混为一谈。^[90] 既然怀孕的是女性,问题当然是女性造成的;既然造成问题的是女性,解决问题当然就要改变女性的行为。政治学家试图通过批判堕胎和单身母亲来限制女性的选择。一些福利改革的当代提倡者建议,将贫穷母亲的孩子寄养在孤儿院,或无需经父母同意,直接交给其他人收养。这些建议让无产阶级面临着失去穷人身份的危险。^[91] 至少有一位女性主义者,内奥米·沃尔夫(Naomi Wolf),似乎认真考虑了预备收养孩子的父母可以对非意愿怀孕女性的未出生孩子主张权利的请求。这种权利为逃避劳动概念赋予了新的含义。^[92] 然而没有人去责备男性,他们原本有能力阻止怀孕、单身母亲、失去孩子和堕胎。

这些政府官员紧随文化前沿,一边谴责女性,一边赦免男性。譬如,比较一下面对男性群和面对女性群的大众杂志。“女性杂志”里的文章都是关于婚姻、照顾孩子、抚养孩子、家庭营养、如何衡量工作和家庭责任,以及可以想象的妻子—母亲角色的各个方面。《为人父母》(*Parents*)杂志表面上是性别中立的,然而里面的广告明显针对的是女性市场。“男性杂志”也多种多样,从关注大众文化的《君子》(*Esquire*)和《绅士季刊》(*Gentleman's Quarterly*),到闻名于世的《花花公子》(*Playboy*),到《阁楼》(*Penthouse*)和《皮条客》(*Hustler*)。然后还有《文库》(*Argosy*)、《铁血侦探》(*True Detective*)和《命运战士》(*Soldier of Fortune*)。当女性在食杂店进行日常购物时,面对的是超市的收银机柜

147

[89] Mike Males, “Why Blame Young Girls?” *New York Times*, 29 July 1994. 统计数据来自全国卫生统计中心和 Alan Guttmacher 机构进行的研究。1995年, Guttmacher 机构对在 1988 年生育的女性进行研究发现, 15 ~ 17 岁母亲所生的孩子中, 约 80% 的孩子父亲在 18 岁以上。 *New York Times*, 6 August 1995, sect. 4.

[90] 参见第三章, “情境与在情境中的人”。

[91] 古希腊的无产者(*proles*)、孩子(*children*), 是“无产阶级”(proletariat)一词的词源。无产阶级的成员都是除了孩子一无所有的人。

[92] “Our Bodies, Our Souls,” 上注 40, 28-29.

台旁一本本的建议和告诫。当男性在进行这类日常购物时,他们则会发现《时代》(*Time*)、《新闻周刊》(*Newsweek*)、《体育画报》(*Sports Illustrated*)和《电视指南》(*TV Guide*)放置在明显不属于他们的出版物堆里。

因为女性听众比男性多,因此女性受到的直面她们的世俗说教比男性更多。试想一下,努力创办《全职爸爸》(*Working Father*)杂志的出版商会收到什么反映。然而在此难以区分原因与结果。^[93] 女性(包括女性主义理论家)互相建议、劝告和告诫。劝告和训诫男性的女性(除了某种程度上作为年少儿子的母亲之外)都会被指控为“攻击男性”、“极端主义”,甚至更糟糕。照顾胎儿道德和生理的重担,几乎毫无例外地落在了母亲身上。男性有权发泄性欲,女性有义务承担这种行为的后果。男性甚至经常自由地拒绝对孩子的经济责任。社会对孩子的母亲帮助很少:没有生活保障金,没有补助金,托儿所很少,健康保险很少,对抚育金的强制执行很弱。一种普及的社会和道德机制,强化了这种责任和免责的分配方式。如果“怀孕女性永远被孤立在她的私人领域内”,那么自然和社会会联合起来抛弃她,让她陷入灾难中。^[94] 她对性行为的后果负有全责,然而她却无权决定是否让胎儿成为人。再一次,女性被排除在这种半自由主义理论之外。^[95]

这和宪法有什么关系?

这些长篇大论的想象和分析读起来都不像宪法解释。部分原因在于,就可以接受的宪法性论述而言,实证哲学家的当代观点对此比较狭隘。在南北战争前夕,一些废除奴隶制度的主张者坚持认为奴隶制度是

[93] 我简单地论述了这些问题,参见“On Feminism and Ethics,” *Women and Politics* 5 (Summer/Fall 1985):1-5.

[94] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 159 (1973). 很明显,我的论述都是概说。支持这些论述的证据包括 Boston Women's Health Collective, *The New Our Bodies, Ourselves*, 上注 19, 220-262; Philip Blumstein and Pepper Schwartz, *American Couples* (New York: William Morrow, 1983); Arlie Hochschild with Anne Machung, *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home* (New York: Viking, 1989); Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution* (New York: Free Press, 1986).

[95] 参见第三章,“女人与男人,权利与责任:不均衡的思考”。

违背宪法的,尽管在其他人看来,宪法文本和同时期最高法院作出的判决正好相反。这些积极分子的论点,比如主张奴隶制度违宪,因为它违背了独立宣言的原则,没有引用任何特定的宪法条文。今天,任何提出这类论点的人会被指控为将宪法解读为自然法原则,或者将自己的观点写入法律。然而这种指控是我们偏爱司法判决模式的产物,而不是一个普遍真理。

无论是真理,还是幻想——凡被认为诸如此类的种种——从未变成法院意见的一部分,然而长期以来它却是政治理论的一部分。考虑一下例如霍布斯的《利维坦》或洛克的《政府论》中的社会契约理论。博学的历史学家认为,契约论假定的“自然状态”不能仅从字面理解,而应理解为要求读者去想象一种没有文明政府的生活状态。柏拉图的“洞穴”、霍布斯的“自然状态”、罗尔斯的“无知之幕”,不能仅从字面上理解。他们都是阐明现实的臆造结构。关于生育的幻想也是如此。

148

如果长期工作对健康和生活的影晌,能够被纳入早期劳工立法之“布兰代斯纲要”(Brandeis briefs)的讨论中,那么有关生育生理学、避孕措施、孩子抚养、社会期待和经济责任的信息不属于宪法讨论范围,就毫无道理。事实上,布兰代斯纲要本身包含了女性分担家务和抚养孩子的这种不对称责任,这些是为生育自由辩护的重要部分。^[96]

这些事实不容易融入宪法讨论之中,但又有何不可呢?现在我们用来解释的宪法原则并不是从宪法文本中自然而然推导出来的。相反,这是法官作出选择和接受选择的产物。在法官面前进行辩论的律师们,审理案件的法官们,对法官工作作出回应的法学实务界和学术界,共同塑造和引导了这些选择。其他论点、其他选择可能会创造不同的原则。既然这些司法选择都是在几乎毫无例外的男性情境下作出的,如果女性当时与男性在这些对话中享有平等的参与机会,那么女性律师、法官和学者也许会影响原则向其他方向发展。^[97]

[96] 在最后两段里,我引用的是自己先前发表的作品。参见 *Equality Under the Constitution*, 上注 80, 38-56; *Chains of Protection*, 上注 28, 42-135.

[97] 参见 Timothy J. O'Neill, "The Language of Equality in Constitutional Order," *American Political Science Review* 75 (September 1981): 626-35.

149 一个以女性为中心的有关生育权的宪法原则,可以从我们现有的原则中推出。格瑞斯沃尔德案中的隐私原则本身有缺陷,但却以若干宪法条款为基础,而不是单一条款。将宪法判决中的多子句解释技巧排除在外毫无道理。如果我们抛开《权利法案》,堕胎权案例就更有说服力。如果法律限制堕胎是以胎儿具有人格为前提的,那么这种法律就提出了重要的正当程序和平等保护问题。上述论述如此有理,法律甚至与正当的公共目的没有合理的关系。上述这些法律限制,通过对怀孕女性施加特定程度和独特种类的责任,破坏了平等性;其他阶级的人对其他人类承担的责任,都不像怀孕女性这么沉重。只要限制性法律考虑胎儿地位以外的其他因素,宪法的挑战就会持续下去。如果以发生在美国社会的性关系、怀孕和孩子抚养为背景来讨论堕胎问题,我描述的情境本身就已经不平等了。男性——至少拥有政治权力的男性——限制了那些仅有女性可以作出的选择。少数的女性虽身为立法者,却只能在男性设计和继续控制的机制中活动。

这种不平等在私人生活中甚至更明显。再一次,男性拒绝承担控制生育和抚养孩子的责任。如果公共政策授权给女性这些重担的行为,不是违背女性意愿而奴役女性和否认平等保护的行为,那么这些是什么呢?^[98]即便男性承担平等责任,我们也很难想象一个社会,能够在以上述方式否认女性自由的家庭里构建起性别平等。综合考虑宪法第十三和第十四修正案以及《权利法案》的解释方法,有可能构建一种宪法上的生育选择权。

结 论

隐私原则将消极权利的自由主义理论写入宪法,并假定这种自由主义包括女性。这些观点在美国社会里,甚至在女性主义者之间,都没有达成共识。本章为司法积极主义、自由主义以及它们对女性的适用性提出

[98] 参见 Andrew Koppelman, "Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion," *Northwestern University Law Review* 84 (Winter 1990): 480-535.

辩护。也非常清楚地说明,如果自由主义包括女性,也必然包括生育选择权。如果没有这个权利,女性就没法保护自己免于承担非意愿的母职;女性只有保护自己免于承担非意愿的母职,才能成为一个自由的主体。赋予女性对体内胎儿生命的决定权以及对这种决定的实施权,不管充分不充分,都是女性自主的必要条件。对罗伊案及其后继判决的争议也暗示了,女性从未真正成为自由主义考虑的一部分。

本章探讨了一些女性主义作者,她们对自由主义原则充满怀疑,特别是当这些原则适用于堕胎权时。那些反对自由主义原则,支持关怀和抚养观点的批评家,比如西德妮·卡拉汉和伊丽莎白·福克斯-杰诺韦塞,将法律和道德混为一谈。更糟糕的是,通过假定片面的女性义务,这些学者违反了自己主张接受的性别平等原则。然而其他一些批评家却朝重要的方向推动着自由主义和女性主义。温蒂·布朗和芭芭拉·凯茨·罗思曼主张,认可个人权利可能被当作忽视个人需求的借口,这暗示了以需求为基础构建女性主义权利的可能性——要联合(而非替代)人格权利的自由基础和美德权利的传统基础。罗斯奇和凯瑟琳·麦金农告诫说,堕胎合法化可能会加剧女性的性别弱势地位,从而指出了消极权利在保障性别平等方面的局限性。这些结论并非来源于女性的认知方式,而是来源于我们身为女性所了解的。一种自由主义的女性主义澄清了出生者与未出生者之间令人困惑的差异。一位女性主义的后自由主义可以解决权利和需求之间的明显冲突。

150

第七章 重建责任

女性的胎儿保护

151 关于人类生育问题,1960和1970年代完全背离了传统的法学。国家立法、司法和行政机构都推动了此种变化的发生。最高法院对格瑞斯沃尔德、艾森斯塔德和罗伊等案作出的判决借助法律强调了女性对其妊娠功能的控制,而非借助女性的妊娠功能来赋予限制性法律以正当性。1964年,议会通过禁止雇佣中的性别歧视逐步废止了穆勒诉俄勒冈州案的先例作用。1979年,行政部门借助控制用于绝育的公共资金的法则,使巴克诉贝尔案(*Buck v. Bell*)遭遇了同样的命运〔1〕。

然而,关于生育的旧法学还远没有到消亡的时候。尽管社会大众也开始接受这种观点,即基于女性生育的事实,女性应该拥有权利和力量来推动相关新法则的产生。“胎儿保护”政策在1980和1990年代已经很普遍了。胎儿权利的倡导者赞成荣·比尔(Ron Beal)关于“从怀孕的观点

〔1〕 在 *Weeks v. Southern Bell*, 408 F. 2d 228 (5th Circ. 1969) 一案中,联邦上诉法院裁决1964年《民权法案》第七章优先于州保护性劳动立法的适用。1979年,健康、教育及福利部(现为健康与人类服务部)禁止在双方未达成一致同意的情况下实施绝育手术。见 Judith A. Baer, *The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978), chap. 5; *Women in American Law: The Struggle toward Equality from the New Deal to the Present*, 2d ed. (New York: Holmes and Meier 1996), 187-88.

来看,女性负有保护其胎儿的职责”这一观点。比尔承认——事实上,她宣称——确认这样一种职责“对于我国的女性有重大意义,并将主宰她们的日常生活”〔2〕。

胎儿保护和性别思考

胎儿保护政策包含多种法规。从1970年代到1990年代,限制女性暴露于各种对胎儿有害的物质和环境中的雇佣法规十分盛行。民事法庭曾经审理关于强迫怀孕的女性施行剖宫产手术或胎儿手术的诉讼案,以及孩子因妊娠伤害起诉母亲的案件。第四种胎儿保护法规类型是对母亲的生活方式进行约束的法律——运用刑事法律或民事判决来禁止怀孕的女性服用毒品或酒精。〔3〕一位法律专家支持对食欲减退的怀孕女性实行强制喂食的强制性药物治疗。一位药物专家劝诫女性们“在确定怀孕后的第一天开始关注自己,以避免直接接触任何将造成生育缺陷的因素”。还有一位学者型倡导者断言,母亲的职责不仅仅是避免产生伤害,

152

〔2〕 参见“‘Can I Sue Mommy?’ An Analysis of Women’s Tort Liability for Prenatal Injuries to Her Child Born Alive,” *San Diego Law Review* 21 (March 1984):362. 另参见 Katha Pollitt, “‘Fetal Rights’: A New Assault on Feminism,” *The Nation*, 26 March 1990, 409-18.

〔3〕 最高法院在 *United Auto Workers v. Johnson Controls* 一案中否决了对工作地点进行的限制, 111 S. Ct. 1196 (1991). *In Matter of A. C.*, 573 A. 2d 1235 (D. C. Circ. 1990), reversing *In re A. C.*, 533 A. 2d 611 (D. C. Circ. 1987), 上诉法院则裁定妇女不能被强迫接受药物治疗。对于产前伤害的诉讼,可参见上注2, Beal, “Mommy”. 对于这些问题,一个普遍的处理方法可见 Cynthia R. Daniels, *At Women’s Expense: State Power and the Politics of Fetal Rights* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993). 至于有关被强迫接受药物治疗的问题,参见“Developments in the Law—Medical Technology and the Law,” *Harvard Law Review* 103 (May 1990):1556-84; Janet Gallagher, “Prenatal Invasions and Interventions: What’s Wrong with Fetal Rights.” *Harvard Women’s Law Journal* 10 (Spring 1987):9-58; Nancy K. Rhoden, “The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Caesareans.” *California Law Review* 74 (December 1986):1951-2030; *Application of Jamaica Hospital*, 491 N. Y. S. 2d 898 (Supreme Court, Special Term, Queens County, 1985); *Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock*, 485 N. Y. S. 2d 443 (Supreme Court, Onondaga County, 1985); *Jefferson v. Griffin Spalding County Authority*, 247 GA 86, 274 S. E. 2d 457 (Ga. Sup. Ct. 1981).

而且应该阻止伤害——尽管并非所有的生育缺陷都可避免。^{〔4〕}

正如这些人经常拿来作比较的旧的“保护性”劳动法律一样,胎儿保护政策佐证了萨利·肯尼(Sally Kenny)所称的“性别化思考”。他们认为,“如果女性与男性有差异”,那社会“对她们的认同可以少于男性”。^{〔5〕}这种认同会少多少?至少,准爸爸们已经开始寻求对他们怀孕的前妻或前女友强加约束的法庭命令;这些仍在继续中的关系会因此发生什么变化?有些医院已经在有关剖宫和输血的案子中胜诉;那么医生、配偶或家庭也能这么做吗?那些曾经挑战堕胎法的“胎儿的朋友”会不会在1970年代以诉讼人的身份重新出现呢?那些明显感觉自己可以轻易干涉孕妇的好管闲事的陌生人可能成为自愿的执行者。有些人已经这样做了。1991年,就因为西雅图的一家饭馆拒绝为一位孕妇提供鸡尾酒而引发了一起全国性的新闻事件。

就算孕妇们远离烟、酒和毒品,她们仍会面临一些带有强迫性质的侵扰。这些保护性政策要怎么执行?大致上说,执行这些政策需要进行血液检查和尿液检查。在低风险怀孕的前8个月,每月一次的常规药物检查对于监控这些情况是远远不够的。可能需要每周检查一次,这样便给孕妇的生活增加了一项要么需要她买单要么增加一项保险(这便需要所有人买单)的麻烦事。由于这些检查事实上是假定这些妇女们行为不端,因此对那些无辜的女性来说便可能是一种侮辱。

许多专家观点认为,大多数或所有的胎儿保护政策都存在两个严重缺陷:一是它们并不合法,二是它们并不管用。这些规则中没有一条已在

〔4〕 分别参见 John A. Robertson, “The Right to Procreate and in Utero Fetal Therapy,” *Journal of Legal Medicine* 3 (September 1982): 357-58; Margery Shaw, “Constitutional Prospective Rights of the Fetus,” *Journal of Legal Medicine* 5 (March 1984): 73; Deborah Mathieu, “Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention in Prenatal Choice,” *Harvard Journal of Law and Public Policy* 8 (Winter 1985): 48-55. 另参见 “Maternal Substance Abuse: The Next Step in the Protection of Fetal Rights?” *Dickenson Law Review* 92 (Spring 1988): 691-715; Robertson, “Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth,” *Virginia Law Review* 69 (April 1983): 405-64.

〔5〕 参见 *For Whose Protection? Reproductive Hazards and Exclusionary Policies in the United States and Britain* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992), 2.

美国法律中取得一席之地,而其中一条规则已经被完全废止。在1991年3月联合汽车工人诉江森自控集团(*United Auto Workers v. Johnson Controls*)一案中,最高法院适用1964年《民权法案》第七章一致决议取消了有关工作场所的规定。^[6] 在1985年到1992年间,至少有167位女性由于(通过脐带)输给幼儿药品、虐待幼儿或杀害婴儿而被起诉。通常由于现有法令的无法适用,大多数诉讼案都以法庭驳回指控或推翻定罪而告终。1997年4月,威斯康星州最高法院判定该州对孕妇安琪拉·M. W. (*Angela M. W.*)实施了非法拘留,这名孕妇的血液里被检测出含有可卡因。然而在同年10月,南卡罗来纳州最高法院维持了对科妮莉亚·惠特纳(*Cornelia Whitner*)的原判——由于在生完小孩后检测出小男孩的血液里含有可卡因,她因虐待婴孩而被判处8年有期徒刑。没有什么能阻止立法机关制定对孕妇处以明确刑罚的法规,但是只有在1995年之前佛罗里达州才有这样的规定。^[7] 自从对A. C.案(*Matter of A. C.*)作出裁决后,强制治疗的合法性便遭到了质疑。该案裁决规定,癌症病人不应接受剖宫产,因为剖宫产手术会使母子都无法存活。^[8] 时至今日,尽管有些法庭裁定母体免疫性不足以阻碍此类诉讼,但还没有任何由于产前伤害起诉母亲的诉讼案获得胜诉。^[9]

153

在江森自控集团(*Johnson Controls*)诉讼案中,唯一令人疑惑的地方是为何要花9年的时间才能击倒该公司的相关规定。没有任何合理的解释能说明为什么《民权法案》第七章能将婴儿保护变成一项“特定行业或企业正常运行时合理而必要的诚信职业条件”。^[10] A. C.一案的最终裁决既符合所有的人性本能,也符合成人拒绝强制治疗的权利和为父母对子女的药物控制所制定的法律法规。判决认为,孕妇吸毒和

[6] *United Auto Workers v. Johnson Controls*. 见上注3。

[7] Daniels, *At Women's Expense*, 见上注3,第4章; Tamar Lewin, "Detention of Pregnant Woman for Drug Use Is Struck Down," *New York Times*, 23 April 1997; *International Herald Tribune* (Frankfurt), 31 October 1997.

[8] *Matter of A. C.*, 见上注3。

[9] 参见 Beal, "Can I Sue Mommy?" 上注2; *Grodin v. Grodin*, 102 Mich. App. 396, 301 N. W. 2d 869 (1980); *Stallman v. Youngquist*, 125 Ill. 2d 267, 531 N. E. 2d 355. (1988).

[10] 见上注3; 42 U. S. C. Sec. 2000e 703 (e) (1964).

饮酒并不包含在最初对于虐待婴孩或传递毒品给婴儿的司法定义中,似乎是合理的。但是立法机关可以自由制定新法规或修改旧的法规。谁知道大声宣布“家庭价值”的国会和总统可能会做些什么呢?

我们没有理由期望法律的制定会因为质疑这些政策的效用而受到制约。联邦及国家法令文本里写满了法条(尤其是刑法),却并没有产生原本期望的效果。有关胎儿保护政策是否“管用”的任何判决取决于制订这些法规的目的。鼓吹刑罚制裁的人坚持认为,吸毒和饮酒的孕妇在受到起诉的威胁后才会去寻求救助。有些人寻求了救助,但没人知道更有多少女性轻而易举地放弃了接受产前护理。惩罚的威胁可能保护了某些可辨认的婴儿免于毒瘾或酒瘾的侵害,却无法证明其确实减少了生育失误所带来的后果。在某种程度上,孕妇鲜能获得那种为治疗毒瘾或酒瘾而存在的“救助”。执行实施胎儿保护政策的困难已被越来越多的文件加以证明。^[11]

因此,胎儿保护政策可能是行不通的——如果它们的目的仅仅是保护胎儿。但是如果它们的目的是对女性加以强制,那么确实会非常有效。有关这些规定的分析表明,对女性加以强制不仅是唯一可能的结果,而且也是对其目的唯一站得住脚的解释。卡萨·波利特(Katha Pollitt)已经将胎儿权利称作“对女性主义的新攻击”,但是这个批判还不够深入。^[12]这种攻击是全方位的,它袭击了女性主义者所争取到的多种成果,包括:更好的工作机会、更多的社会自由和受女性消费者权利运动刺激而发生的巨大的产科诊疗进步。胎儿保护政策威胁到了所有的女性——怀孕或没怀孕的、将来可能怀孕或可能不怀孕的、害怕怀孕或不害怕怀孕的。

[11] 参见如 Gallagher, “Prenatal Invasions,” 见上注 3; “Pregnancy Police: The Health Policy and Legal Implications of Punishing Pregnant Women for Harm to Their Fetuses.” *New York University Review of Law and Social Change* 16(1988):277-319; Barbara Katz Rothman, *Recreating Motherhood* (New York: W. W Norton, 1989).

[12] “Fetal Rights”, 见上注 2。

我可以生气

人类及其情感不会脱离有关胎儿保护的辩论。媒体倾向于报道个案和富于戏剧性的事件,而观众的反应倾向于富于同情心。迈克尔·多瑞斯(Michael Dorris)以其养子阿贝(Abel)一生的遭遇,为所有酗酒的孕妇都该入狱的观点作出了有力的论证。“在酒精的浸泡中被母亲怀上和长大”,阿贝“终日烂醉如泥”,直到他在23岁时死于车祸。^[13]多瑞斯的观点值得我们去考虑其优点,那便是抛开对这位作者个人生活的普遍认识。然而不久后,人们指控迈克尔·多瑞斯对其一个或多个女儿实施性虐待,而他本人在1997年4月份自杀。我们无法证明这些指控的真实性,并且这些学术理论中的非正式规则将公众人物的私生活毫不掩饰地作为分析的话题。但是正如克林顿总统的绯闻一样,多瑞斯的故事提升了这样一种可能性,即自命不凡的权威人士们可能会搬起石头砸自己的脚,并鼓励我们去怀疑那些告诉我们该做什么的人。

安吉拉·卡德(Angela Carder)的故事同样令人愤慨。卡德是一位长期患有癌症的幸存者,只比阿贝·多瑞斯多活了3年。怀孕6个月后,她便因无法治愈的肺癌住进医院。她的医生和她曾试图不顾婴儿的死活采用化疗和放射疗法,但医院最终决定放弃卡德,并终止了对她的治疗。同时,医院成功申请到法院的强制令,使其剖宫生产。那个女婴生下来后存活了2个小时;而卡德在昏迷两天后死亡。^[14]

胎儿保护是一个有关情感的问题,因为它涉及母亲与小孩、医生与病人、雇员和雇主、国家与个体之间的关系。我们每个人都是这种二元关系中的一员,于是我们便不能将我们独特而具体的自我排除在研究之外。学者们无法复制像乔恩·威廉姆斯(Joan Williams)所谓“传统西方认识

[13] 参见 Michael Dorris, *The Broken Cord* (New York: Harper and Row, 1989), 264, 第10章。

[14] *In the Matter of A. C.*, 533 A. 2d 611 (D. C. Circ. 1987). 这一决定于1988年被撤销,以全院庭审的方式进行重审后,仍然被推翻,573 A 2d 1235 (D. C. Circ. 1990), 见注3。参见 Susan Faludi, *Backlash: The Undeclared War Against American Women* (New York: Crown, 1991), 430-43; Sarah Burns, “Notes from the Field: A Reply to Professor Colker,” *Harvard Women’s Law Journal* 13 (1990): 189-206.

论”的超然态度,尽管他们曾经想这么做。^[15] 我将个体的概念引入争论,使这个问题变得更加复杂了。作为一个带有先天性缺陷的女性,我既是这种强制政策的目标,也是这种政策想要阻止的后果。我将把完全反对胎儿保护政策的观点与“没有先天缺陷优于带有先天缺陷”的确切认知结合起来。本人针对胎儿保护争论的反应也通过这一立场得以形成。

155 荣·比尔所著文章的标题——“我能起诉我的妈妈吗?”——向人们传达了一个怀有怨气的年轻起诉人乳臭未干的意象。^[16] 两种信息之间是有冲突的:压迫的特质和轻浮的风格同时并存;详细说明防止先天缺陷是一种法律职责,却又对带有先天缺陷的人的立场不那么在意。该标题不经意的忽视表达了一种与公众观点及个人经历类似的态度。先天缺陷的人一直在我们身边存在,但是公众之所以支持残障人士获得康复却是因为那些在战争中受伤的人们,而非真是为那些先天性的残障人士着想。有时候,公众舆论会赞成将截肢和毁容作为惩罚犯罪的手段;此争论并没有考虑到这种蓄意将生理缺陷与法律上的犯罪加以关联的做法可能会影响到我们这些因为意外而导致明显残障的人。^[17] 有一幅漫画描绘的是,一个穷女人害怕人们“对贫穷宣战”,因为她觉得这意味着“他们会枪杀我”。这提醒我们,区分处境本身和处境里面的人并不是那么容易。^[18]

权利、责任和生育选择

布莉·沃尔克(Bree Walker)本是一位新闻主播,却无意间变成了新闻的焦点。她的经历例证了我们所熟悉的处境本身与处境中人之之间的混淆。沃尔克患有先天性手脚畸形。她是洛杉矶 KCBS 电视台的一名晚间

[15] “Deconstructing Gender” in *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein (Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992), 44-45.

[16] Beal, “‘Can I Sue Mommy?’” 见注 2, 362, 370. 这个标题很可能是编辑而非作者选择的,不过很难想象一个出版社的初级编辑会无视一个教授的反对意见而强加上这样一个标题。

[17] 西方的犯罪司法专家几乎不会支持这些惩罚手段,即便是那些拥护严刑酷法的人。参见如 Graeme R. Newman, *Just and Painful* (London: Macmillan, 1983), 第 2 章; Ernest van den Haag, *Punishing Criminals* (Lanham, Md.: University Press of America, 1991), 第 17 章。

[18] 参见第三章,“情境与在情境中的人”。

新闻主播。在这个因强调长相而声名狼藉的职业里,沃尔克取得了卓越的成就。她的第一个孩子是女儿,生下来后和她的情况一样。1991年,在沃尔克与她的丈夫吉姆·兰普利(Jim Lampley)共同主持这个新闻节目时,明显能看出已怀上了第二个孩子。当地一家电台的脱口秀主持人简·诺里丝(Jane Norris)批判了她再次怀孕的决定,因为这个孩子患遗传性先天畸形的可能性非常大。“这对孩子公平吗?”诺里丝在节目中询问她的听众。原本沃尔克和兰普利认为这属于家庭决定,最后却变成了全国性的新闻。沃尔克说:“我感到恐惧……”她的儿子(二胎)确实也遗传了畸形。^[19]

然而几乎在同一时间——当时罗伊一案的结论尚无人知晓,堕胎合法性仍然是残酷的公众舆论争论的焦点——“设计者的婴儿”成了一种嘲弄,抛向那些发现胎儿有缺陷而寻求流产的女性。一些残障权利活动者都担心父母对待那些未出生的孩子如同消费者看待商品一样。^[20] (相反,批判布莉·沃尔克的那些人似乎期望她将人类的抚养当成动物的喂养。)生育选择的反对者否认女性有防止先天缺陷的自由。但是胎儿保护规定和希望先天缺陷者克制生育的要求,使得女性对此承担了责任。女性们再一次在传统法学中处于不对等的地位。

围绕胎儿保护所展开的争论中,很多都是带有选择性的关注。支持者偏向于与女性相关的法规,而不去管其他保护未出生小孩的方式,并宣扬产前暴露于有害物质对胎儿产生的影响与其他可能导致先天伤害的因素是不一样的。宣扬胎儿权利的运动似乎更多地关注了某一部分女性,而忽略了其他女性,比如:试图使所有女性不从事某些特定的工作,同时又拒绝对怀孕的女性工人的要求作出妥协和让步;比起那些专属于女性的工作领域或者说家庭领域,他们更为关注其他职业场所中的暴露于有毒物质之下的危险,而这些场所已在民法中规定向妇女开放;

156

[19] Steven A. Holmes, "Radio Talk About TV Anchor's Disability Stirs Ire in Los Angeles," *New York Times*, 23 August 1991; *New York Times*; 30 August 1991.

[20] 参见 Laura Hershey, "Choosing Disability," *Ms.*, July/August 1994, 26-32.

以及忽略这些限制可能对贫困或少数族裔女性所产生的任何不合理影响。^[21]

这些指控在其他一些文件里有详尽的记载。我的亲身经历使我察觉到另一组矛盾的存在。先天缺陷的可能性使得法律有理由剥夺女性的个人权利。而先天缺陷的事实又不足以促使一位学者限制其自身的聪明才智。社会最关注的是婴儿出生前的营养状况；父母却不会在小孩出生后为小孩的营养状况不良而受罚。当这些矛盾掺和到这种平衡里后，我们会不断加深这种印象，即胎儿保护是一种既主要又次要、既直接又间接、既蓄意又无意的迫使女性屈服的工具体。

胎儿保护运动滥用并误用了知识、权力和理论。这三者都成了对付女性的武器。首先，胎儿保护争论忽视了我们在20世纪对两性平等、医生和病人关系以及专家知识局限性的了解。其次，这一矛盾显示出美国解决公共问题的方法与资源是多么有限。我们对于刑罚的偏爱与有关性别角色的陈词滥调结合起来，限制了那些受罚的女性进行政策选择的范围。再次，该矛盾充分地证明了传统法学对于女性生活所起到的作用是很不

[21] 参见如 Jean Bethke Elshtain, "If You're an Addict, It's Now a Crime to Give Birth," *The Progressive*, December 1990, 26-28; Jan Hoffman, "Pregnant, Addicted—And Guilty?" *New York Times Magazine*, 19 August 1990; Robert H. Blank, *Fetal Protection in the Work place: Women's Rights, Business Interests, and the Unborn* (New York: Columbia University Press, 1993), 第7章和第8章; Suzanne Daley, "Born on Crack and Coping with Kindergarten," *New York Times*, 7 February 1991; Joseph Losco, "Fetal Rights and Feminism," in *Feminist Jurisprudence*, ed. Goldstein, 上注10, 231-62; Pollitt, "Fetal Rights," 上注2; Dorothy E. Roberts, "Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right of Privacy," *Harvard Law Review* 104 (May 1991): 1419-82; Michael J. Wright, "Reproductive Hazards and 'Protective' Discrimination," *Feminist Studies* 5 (Summer 1979): 302-9. 认为这些影响女性的规则事实上是用来保护男性免于竞争的争论根植于保护性立法的历史之中。参见 Baer, *Chains of Protection* 见上注1, 第3章和第4章; *Goesaert v. Cleary*, 335 U. S. 462 (1948). 然而, 曾经站在男性一边来反对女性的那些联盟, 现在又都和女性一道来反对雇主。这种矛盾深嵌于肯尼迪时期关于工作场所的政策之中。如 *For Whose Protection?* 第6章, 上注5; Andrea Hricko with Melanie Brunt, *Working for Your Life: A Woman's Guide to Job Health Hazards* (Berkeley, Calif.: Labor Occupational Health Program, 1976), 第3章和第4章; Jeanne Mager Stellman, *Women's Work, Women's Health: Myths and Realities* (New York: Pantheon Books, 1977); Jeanne M. Stellman and Susan M. Daum, *Work Is Dangerous to Your Health* (New York: Vintage Books, 1973).

够的。^[22] 这种传统法学为那些排他论和限制论的支持者提供了有力的智识武器。最后,这类胎儿保护问题揭示出,近来女性主义理论排除威胁的能力十分有限,更别说预测和阻止了。

反对女性的知识:胎儿权利、母亲的过失和官方选择

使胎儿保护政策成为一个政治议题的一个原因——也是唯一原因——是:医学知识上取得的许多重大突破对最近的那一代人所累积产生的影响。这种知识尽管并不是新规则产生的原因,却为其产生提供了机会。直到1960年代,专家还认为胎盘对于胎儿和任何进入母体的物质起到了屏障的作用。1960年代的镇静剂引发的灾难以及药物DES中致癌物质的发现引发专业认识逐渐形成,这种认识扭转了之前的那种假设。专家们现在相信,所有被母体吸收的物质都能通过胎盘被胎儿吸收。^[23] 1980和1990年代,医学进步使胎儿手术变成可能,并缩短了胎儿出生后能够成活的妊娠时间,这些都鼓舞医生们试图强迫孕妇们采用剖宫生产或胎儿手术。

157

在1960年代和1970年代期间,不断有证据表明,苯、铅、辐射和其他有毒物质对大约两千万工人和她们的孩子构成了健康、安全和孕育的威胁。^[24] 至今还无人证实小孩的先天性缺陷与其母亲暴露于工作中的有毒物质有关,而怀孕期间尼古丁、酒精和街头迷药的有害作用却已经得到

[22] 参见第三章注1至注6。

[23] 参见如 Suzanne Arms, *Immaculate Deception* (San Francisco: San Francisco Book Company/Houghton Mifflin, 1975); Dorris, *Broken Cord*, 见上注13。

[24] 参见如 Wendy Chavkin, "Occupational Hazards to Reproduction: A Review Essay and Annotated Bibliography," *Feminist Studies* 5 (Summer 1979): 310-25; Hricko, *Working for Your Life*, 上注21; Rosalind Petchesky, *Abortion and Woman's Choice: The State, Sexuality, and Reproductive Freedom* (New York: Longman, 1983), chap. 9; Donna M. Randall and James F. Short, Jr., "Women in Toxic Work Environments: A Case Study of Social Problem Development," *Social Problems* 30 (April 1983): 410-34; Wendy W. Williams, "Firing the Woman to Protect the Fetus: The Reconciliation of Fetal Protection with Equal Employment Opportunity Goals Under Title VII," *Georgetown Law Journal* 69 (February 1981): 641-704.

了书面证明。^[25] 多年来,母亲吸烟与胎儿早产和体重过轻的关系早已为人所知。到1980年代中期,妇产实践中出现了一个明显变化,即已有足够多的证据可证明酒精对胎儿的影响,因而孕妇被完全禁止饮酒。^[26] 1989年,当迈克尔·多瑞斯的论文集发表时,人们普遍认识到在怀孕期间过度饮酒的母亲生下的孩子可能会患有先天酒精综合症(FAS)或者较轻微的先天性酒精效应症(FAE)。这些综合症可能会过好多年才爆发,包括智力发育迟缓、记忆力差、学习障碍和面部异常等。^[27] 随着可卡因尤其是极易上瘾的“快克”(crack)的吸食人数增加,1980和1990年代间出现了“快克婴儿传说”(crack-baby myth)。瘾君子母亲生出来的婴儿会“使劲地摇晃,以至于会擦破自己的手脚”。到1995年,专家们仍然无法分辨先天性上瘾的小孩与非先天性上瘾的小孩的区别;但是惩罚吸毒母亲的运动却仍在继续。^[28]

对这些医学发展的回应可能已经成为一个时间上的巧合。我觉得,如果事情发生在1930年代“新政”时期或1960年代“大社会”时期的话,一切可能会有所不同。那时候的政府努力创造就业机会,巩固隶属工会的工人力量,并建立了老年保险基金;因此它可能会鼓励企业与劳动者共同合作,使工作场所更加安全,正如《国家工业复兴法案》(National Industrial Recovery Act)所做的那样——促使两方联合起来制定公平竞争法,设法将新知识带给穷人并且用不同的方法促使田纳西河流域管理局为他们供电。这个建立了医疗保险、公共医疗补助制度、弱势幼童托育方案和劳工组织的政府应该会强调戒毒、教育、康复和就业机会。然而这依旧不是女性意识高涨的时代;对于繁忙而富有责任感的政府而言,强制女

[25] 许多初生婴儿表现出的症状暴露出,其母亲血液中的铅含量高得反常。比如,在1979—1983年期间,至少有一个江森自控集团的工人所生的婴儿被检测出每立方米铅含量达到十万分之三。但是没有证据显示这些婴儿因此受到了严重的永久性后遗症的影响。参见 *United Auto Workers v. Johnson Controls*, 886 F. 2d 871, 876-77 (7th Circ. 1989)。

[26] 参见 Dorris, *Broken Cord*, 上注 13; Elisabeth Rosenthal, “When a Pregnant Woman Drinks,” *New York Times Magazine*, 4 February 1990; Pollitt, “Fetal Rights,” 见上注 2; Rothman, *Recreating Motherhood*, 见上注 11。

[27] Dorris, *Broken Cord*, 见上注 13; Rosenthal, “Pregnant Woman,” 见上注 26。

[28] Elshtain, “If You’re an Addict,” 见上注 21, 26; Hoffman, “Pregnant, Addicted,” 注 21; Katharine Greider, “Crackpot Ideas,” *Mother Jones*, July/August 1995, 54.

性似乎是最简单、成本最低的途径了。无论如何,医学知识的增加与政府对社会福利的承诺并不吻合,而是与结束贫穷的战斗任务相符。随后,接连四任总统都太过专心于自我毁灭而没有花太多心思改革,后来又发生了“里根革命”(Reagan Revolution)。1970年代,企业用以保护工人和孩子最有力的工具便是禁止。而到80年代时,唯一的社会工具只剩下刑事惩罚。

全球联盟公司是一家位于密歇根州奥沃索(Owosso)的电池制造商,他们在1969年开始为暴露在铅环境中的雇员成立了一个生物“监控”和医药“监督”项目。全球联盟公司花了约1500万美金致力于减少在有毒物质下的暴露,但是到了1977年,即江森自控集团买下这家公司的前一年,他们开始专注于这种暴露对胎儿的危害。它劝告那些计划成家的女员工不要从事高风险工作,同时要求所有女员工证明她们曾经被提醒过要注意这些风险。^[29]

158

几乎在同时,位于西弗吉尼亚州威罗岛的美国氰胺工厂(这家工厂长期经济萧条而仅提供蓝领工作)强迫五名女工人进行结扎并将另外两名女工人调离了有毒物质高度暴露的工作岗位。职业健康与安全管理局驳回了被结扎女工的上诉,理由是该决定源于公司不可控的因素。^[30] 奥林公司(Olin Corporation)更加过分,它成功地禁止了所有女性从事该类高度暴露的工作。^[31] 1982年,江森自控集团(总部设在威斯康星州,购买了全球联盟公司)也作出了同样的决定。

利用刑法阻止孕妇吸烟、酗酒或吸毒的想法在1980年代中期成为公众议题。来自内布拉斯加州格兰德岛市的沃伦·波斯利(Warren Bosley)博士在美国儿科学院1984年年会上致辞时提议,所有“在怀孕期间拒绝戒烟的”女性应被判定为虐婴。这个提议在当时并未引起人们的关

[29] *United Auto Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 见上注3, 以及 886 F. 2d 871 (7th Circ. 1989).

[30] *Secretary of Labor v. American Cyanamid*, OSHRC Docket No. 79-5762, p. 10 (1979).

[31] *Wright v. Olin Corporation*, 697 F. 2d 1172, 1182 (4th Circ. 1982).

注。主流报刊也没有报道此事。^[32] 至今也没有女性因为吸烟而受到起诉。但是波斯利的想法已经被运用到对于其他有害物质事件的处理上。在1980年代中期,起诉吸毒母亲是主要的反毒观点,也是公众更多关注胎儿遭受危险的逻辑延伸。1987年到1991年间,在19个州以及哥伦比亚特区出现了约60件起诉母亲因滥用有害物质而构成虐待胎儿的案件。^[33] 在印第安人保留地则有将处于怀孕期的女人抓捕入狱的记录。至少有一个案子里的丈夫从法庭得到指令,禁止分居的怀孕妻子饮酒或吸毒。^[34]

对母亲进行刑法制裁需要一些创意。没什么可以阻止人们起诉一个吸食可卡因或其他毒品的孕妇或已生产完的女人。但是在实际操作中,对滥用药物的惩罚如此之轻,以至于这种指控的威慑价值被人忽视了。由于饮酒是合法的,饮酒的孕妇甚至不能在这个范畴内被起诉。波斯利建议以虐待婴儿为名进行起诉,这是一种可能。另外一种可能是由于母体通过脐带把毒品或酒精输送给未出生的小孩而引起诉讼。这便是佛罗里达州在1989年对珍妮弗·约翰逊(Jennifer Johnson)实施的控告。159 尽管现在还有这类诉讼处于上诉阶段,但至今还没有女性因受到此类起诉而进监狱。^[35] 但是立法者却有权对制造毒品者和酗酒者进行刑事处罚。

这类压迫性的政策是如何进入公众议程的呢? 现在,孕妇被以例行公事的方式建议远离酒精、毒品和香烟。^[36] 酒吧里、酒瓶上、包装上以及其他公共标志上都带有针对孕妇的特别警告。1988年外科医生的年度报告中对酒精对胎儿的危害作了警示。这些建议和劝告源自于两个公认的事实。第一,不管多小的用量,不使用这类物质被证明才是安全的;第二,

[32] "Doctor Calls Pregnant Smokers Child Abusers," *Chapel Hill (N. C.) Newspaper*, 28 March 1984, 4.

[33] Isabel Wilkerson, "Court Backs Woman in Pregnancy Drugs Case," *New York Times*, 3 April 1991.

[34] 分别参见, Dorris, *Broken Cord*, 见上注13, 第10章; Mary Grabar, "Sending Women to Jail Is Not the Answer," *The Progressive*, December 1990, 24.

[35] Hoffman, "Pregnant, Addicted," 见上注21。

[36] 参见上文所引的材料,注26。

所有这些物质与危害胎儿之间的联系已经被证明确实存在。因此,对孕妇不饮酒、不吸烟以及不吸毒的建议确实是正确的医疗实践。然而我们又通常不应该很快地从“人们不能做某事”的观点直接转到“做某事应该是违法的”的观点上。无论如何,接下来的论点同样是正确的。首先,没有证据证明酒精或毒品的多大剂量——无论多小量,会危害到未出生的孩子。^[37] 另外,专家的观点并非总是高于世俗的观点。

摄入了被禁物质的孕妇也生出了健康的宝宝。一位被“关怀之都”马斯基根镇(Muskegon)起诉吸食可卡因的女性生了两个孩子,一个受到了影响,而另一个没有。^[38] 即便是一个不怎么样的研究人员面对这种结果,也会怀疑是否还存在其他干扰性变量。某本小说里的一位角色在怀孕时服用了酒精和大麻,她提出这样的论点:“一点点很好,但多了就糟糕了。”^[39] 普通人大概也支持这一看法。

“怀孕期是女性们应当对自己的身体谨慎小心的时候。”一位儿科医生这样告诉记者。^[40] 那么是否怀孕期间的女性们也应该顺从呢?如果是这样,医学便应该倒退三十年。妇产科临床实践在1960和1970年代发生了巨大变化。这些变化包括修订对怀孕期间体重的建议;生产期间减少药物的使用,同时增加遏制疼痛的非药物性技术,比如拉梅兹呼吸法(Lamaze breathing);减少使用膀胱切石术的体位来生产;结束在众目睽睽之下修剪体毛的例行程序;例行地鼓励哺乳;更少使用外阴切开术,并由母亲来选择分娩时谁可以在场。这些变化背后的推动力是一场由妇产

[37] 这一事实本身无法反驳赞成对处于孕期的毒品使用者实施刑事处罚的论点。毕竟醉酒驾车是一种犯罪行为,即使很多人都这样做了并且也并没有发生机动车事故。但是这样的类推是不准确,原因有二:首先必须是驾车者血液中的酒精浓度达到一定的水平才构成非法情形,而不仅仅是喝了酒;其次,法律认为,只有在主体是孕妇的时候,使用违禁物品才是一种严重的犯罪行为,所有的孕妇都相当于是身份犯,也就是说,他们惩罚你,不仅仅是因为你吸食违禁品,还因为你是一个孕妇。

[38] 该起诉后来被撤销。参见 Hoffman, “Pregnant, Addicted,” 见上注 21。另外一例可以参见 Pollitt, “Fetal Rights,” 见上注 2。

[39] Marge Piercy, *Small Changes* (New York: Fawcett Crest, 1973), 390.

[40] Rosenthal, “Pregnant Woman,” 见上注 26, 61.

科病人发起和组织的消费者运动。^[41]

160 从这场消费者运动中显然不能得到以下教训：第一，病人有时比医生懂得多；第二，专家们的知识并非尽善尽美。医生们从他们的病人那里了解到，他们在1950和1960年代以为他们懂得的很多知识是错误且不完整的。但是到1970和1980年代，剖宫产的比例明显增高，这种方法有效地剥夺了母亲作决定的权利。^[42]1981年到1987年间，医院至少在15个案例中甚至诉诸法庭，要求允许其施行剖宫产手术，因为这些母亲并不愿意这么做。医院在13个案子中胜诉，但却只有10个手术得以真正执行。另外三个母亲在命令下达前成功地自然生产——这一事实不会增加公众对医疗审判的信任。^[43]

现行的胎儿保护运动和妇产改革运动之间有一个颇具讽刺性的关联。妇女运动者们促使人们去关注母亲获取的物质会影响胎儿这一现实。^[44]结果之一便是自然分娩的增加和依赖药物分娩的减少。现在，胎儿保护政策的倡导者又用这些认知来对付女性。将认知作为社会控制的一种方式并非没有先例。1954年，玛格丽特·米德(Margaret Mead)研究了关于小孩成长的当代文献资料。那时，专家们都强烈建议母亲要深度参与抚育活动，从而有效地阻止了小孩的母亲从事其他类似持续性的活动。当发现这些数据并不足以对上述专家理论形成支持时，米德认为它们是“反对女性主义的一种全新而巧妙的模式，在此模式中，男性以提升母职重要性的姿态把女性与孩子捆绑得越来越紧，甚至超过了原来以

[41] 参见如，Arms, *Immaculate Deception*, 见上注23; Boston Women's Health Collective, *The New Our Bodies, Ourselves*, updated and expanded edition (New York: Simon and Schuster, 1990); Sheila Kitzinger, *The Complete Book of Pregnancy and Childbirth*, revised and expanded (New York: Alfred A. Knopf, 1989); Barbara Seaman, *Free and Female* (New York: Fawcett Crest, 1972).

[42] 参见 Nancy Wainer Cohen and Lois J. Estner, *The Silent Knife: Caesarean Prevention and Vaginal Birth After Caesarean* (South Hadley, Mass.: Bergin and Garvey, 1983).

[43] 参见“Developments in the Law”; Gallagher, “Prenatal Invasions”; 以及 Rhoden, “Judge in the Delivery Room,” 见上注3。

[44] 尤其参见 Boston Women's Health Collective, *Our Bodies, Ourselves*, and Seaman, *Free and Female*, 见上注41。

为的必要程度”。〔45〕

尽管保护胎儿权利运动是两性都应承担的责任,我们也并不需要怀疑企业、医疗机构和政府之间有着某种反女性主义阴谋,便可相信米德所描述的类似事情此刻正在发生。男性优势并不需要刻意强化,就像种族主义一样,它本身的强大力量便足以壮大自己的声势。

敌对女性的力量:母亲、子女和国家

有关胎儿保护争论的法律根源深刻而复杂。我们很难忽视穆勒诉俄勒冈一案所引起的反响,几乎没有评论家会这么做。〔46〕那位对吸食可卡因的孕妇提起公诉的警探将这一起诉行为称作是“一种照顾的形式”,他的态度与那些拥护过时的“保护性”法律的人所表明或者坚持的看法相类似。〔47〕就如保护性立法那样,胎儿保护政策适用于所有妇女,而不管这与她们的生活是否相关。俄勒冈曾实施一项 10 小时法律,那时挣工资的女性中 80% 都是单身,而妈妈中也很少有人出去工作。〔48〕奥林公司防止侵害胎儿的规定于 1978 年开始实施,该规定禁止所有处于适育年龄的女性从事暴露于有害物质环境中的工作,或有可能导致流产或胎儿畸形的工作。而所谓“适育年龄”指的是 5 岁到 63 岁之间。〔49〕

161

新旧政策都在解决社会问题的可能途径中作出了特定而相似的选择。洛克纳诉纽约州案宣告有关工时的一般性法律无效,从而有效地迫使进步的活动家们将他们关注的焦点局限在与女工有关的问题上。〔50〕

〔45〕 “Some Theoretical Considerations on the Problem of Mother-Child Separation,” *American Journal of Orthopsychiatry* 24 (July 1954): 477.

〔46〕 参见如, Mary E. Becker, “From *Muller v. Oregon* to Fetal Vulnerability Policies,” *University of Chicago Law Review* 53 (Fall 1986): 1219-1273; Kenney, *For Whose Protection?* 见上注 5, 第 1 章和第 6 章。Williams, “Firing the Woman,” 见上注 24。

〔47〕 Detective Sergeant Al Van Hemert, 引自 Hoffman, “Pregnant, Addicted,” 见上注 21, 34. 关于保护性的劳工立法, 参见 Baer, *Chains of Protection*, 见上注 1, 第 1—3 章。

〔48〕 U. S. Bureau of the Census, *Women in Gainful Occupations, 1870 to 1920*, Monograph No. 19 (Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1929), 77.

〔49〕 *Wright v. Olin Corporation*, 见上注 31。

〔50〕 198 U. S. 45 (1905).

但甚至在洛克纳案以后,改革者们还可以做到以下事情:禁止雇佣中的性别歧视;鼓励组织工会;使生育控制的方式能更为方便地获得。然而,雇佣歧视一度是国家和公司的政策,同时后两种选择受到强烈的打压,有时还受到刑事指控。

同一时期的胎儿保护提倡者比起早期的社会女性主义者,有了更大范围的选择。他们本来可以将“暴露于有害物质”界定为影响所有工人及其孩子(出生或及未出生的)的问题;但他们却选择将焦点放在胎儿伤害方面。即便在当时,胎盘不会保护胎儿免于母体吸收的有害物质的伤害这一发现应该可以促使人们尽力清除工作场所的有毒物质,赋予个人以自由去确定他们自己的优先事项,而不是赋予个人防止胎儿伤害的责任。同时,还应该推动有关戒酒和戒毒的教育,以及增加治疗和康复的便利。但是就像20世纪初期一样,在1970年代,最终的补救方案表现为两种特定的选择。一是威廉·莱恩(William Ryan)称作相对于普遍性的“个别性”:他们试图改变个人行为而不是制度上的安排。^[51]另一种便是由对女性的限制组成的“性别特定化”。

此外,胎儿保护政策在适用中也是有选择性的,这与旧法最终的走向是一样的。尽管最早的保护性政策涵盖了那些几乎专属女性的工作,在穆勒案后的十年间,这些政策法规仍然将女性排除在“男性工作”(高薪)之外。1969年,联邦上诉法院判定所有现存的“保护性”立法因违反了《民权法案》第七章而归于无效。^[52]1970年代,企业将女性排除在某些工作场所之外的政策应用与当时联邦政府努力把高薪的传统男性蓝领工作开放给女性的政策不谋而合。平等就业机会委员会和民权办公室对雇主们施加了相当大的压力以使他们聘用女性从事这些工作。在大多数的女性职业中并没有适用胎儿保护的规定。大量使用苯的电子行业没有什

[51] *Blaming the Victim*, revised, updated edition (New York: Vintage Books, 1976), 第1章。参见本书第一章,注15。

[52] 参见 Baer, *Chains of Protection*, 第3章和第4章,见注1。*Bosley v. McLaughlin*, 236 U. S. 385 (1915); *Radice v. New York*, 264 U. S. 292 (1924); *Goesaert v. Cleary*, 335 U. S. 464 (1948)。有关《民权法案》第七章优先适用的案件为 *Weeks v. Southern Bell*, 见上注1。

么胎儿保护规则；而所有的医院也是在有男员工的妻子发生流产后才在手术室里安装了废气处理系统。^[53] 尽管曾经站在男性立场上反对女性的工会现在站在了女性立场上对抗雇主，近来的胎儿保护规定却仍然把高薪的蓝领工作留给了男性——就像劳动法曾经将女性排除在传统男性工作之外一样。

胎儿保护和巴克遗产案

穆勒案并非胎儿保护法产生的唯一源头。巴克诉贝尔案也提出父母平等的观点，判决支持对一位据称是“弱智”的妇女实施强迫性结扎，因为据称该妇女的母亲和女儿也深受弱智之苦。正如穆勒案是进步运动的产物一样，巴克案则是优生论运动的产物。穆勒案将国家认定为妇婴联合体的保护者，而巴克案中国家和家庭的关系则是对抗性的。结扎是那些被要求做出的“牺牲”之一，牺牲这些“已经削弱了国家的力量的人……来防止我们被淹没在无能之人当中”。许多有关胎儿保护的言论呼应了大法官霍姆斯“傻子三代就够了”的论断。^[54] 一位法学专家告诫孕妇们：“你们虐待身体的权利以子宫为界。”而认为送孕妇上法庭是“一种照顾形式”的警探则说：“如果母亲想吸食快克自杀，我不会在意。让她死好了，但别拉着她那可怜的孩子一起死。”^[55] 新的转变则是胎儿保护法规使母亲和孩子的关系处于敌对状态。既不是国家和家庭的联合（穆勒案），也不是国家反对家庭（巴克案），胎儿保护政策中国家站在了孩子的立场上反对母亲。然而“这个可怜的孩子”一旦在出生后变成了削弱国家力量的人，他便失去了要求我们关心的资格。

162

胎儿保护和保守派的反抗

劳工保护立法和胎儿保护政策的一个显著不同点在于它们产生的政

[53] 参见 Becker, “Fetal Vulnerability Policies,” 见上注 46; Wright, “Reproductive Hazards,” 见上注 21, 304; works by Kenney, Hricko, and Stellman, 见上注 5 及注 21。

[54] 274 U. S. 200, 207 (1927)。

[55] 分别参见, Alan M. Dershowitz, “Drawing the Line on Prenatal Rights,” *Los Angeles Times*, 14 May 1989; Hoffman, “Pregnant, Addicted,” 见上注 21, 34。

治背景。女性劳工立法的历史是进步主义历史的一部分；进步运动是美国第一个将政府当成社会问题解决者的政治运动。如今，对工作场所和生活方式的限制都属于一个对抗“大政府”（big government）的保守反应时代，这个时代从进步主义运动开始，历经“新政”，一直持续到“大社会”时期。这种“反革命”主张限制政府干涉个体和公司活动的权力。然而这几个明显不同的政治时代却都偏向于通过限制女性的方式来解决。这种共享的偏好便是为什么我会怀疑：如果在1930年代或在1960年代发现工作场所的毒害物质会通过胎盘渗透到胎儿，官方的反应会不会有很大不同？这种用权力反对女性的做法将各个时代和各行政部门连接起来，而除此以外，它们再无甚相同之处了。对于这两类政策之历史性差异的分析反而更多地透露出两者之间的相似点。

派生责任和刑法

163 因此改革者们试图通过减少女性工作时间来改善工人及其家庭的健康；优生论者试图通过让某些女性丧失生育能力来改善国家的基因库；而胎儿权利保护运动则试图通过限制女性自由来保护未出生的婴儿。在这种层面上看来，胎儿保护运动是进步主义运动和优生运动的继承者。但是胎儿保护政策的一个特点显示了它与这些传统是背道而驰的，这便是它对女性使用（实际使用、预备使用或承诺使用）了刑事制裁。

除开其中所隐含的性别歧视，这样的建议也许有理由得到附和。美国的监禁人数所占总人口的比重一直名列世界前茅（在苏联和南非民主共和国解体前，我们一直排名第三）。三十年来，民意投票的结论显示，这样的高入狱率符合民众的意愿。从1960年代起，对于通过惩罚来解决犯罪问题的支持率稳步上升。在一个大多数人都督促对罪犯施以更严厉处罚的社会里，可能会出现更多的犯罪行为。通常情况下，这种公共情感予以发泄的直接对象是男性，尤其是年轻男性和年轻的黑人男性。监禁女性的家人给女性带来的间接伤害是显而易见的，而对于女性的直接威胁却不那么明显了。用刑法来限制女性生活方式的运动（假设只限于孕妇，但谁能保证呢？）与因他人行为惩罚女性以及通过要求女性负责来赦免男

性犯罪行为的效果不谋而合。

刑法似乎努力要创造一种派生责任的理论。有些州会因子女犯罪而惩罚父母,或者因为子女习惯性逃学而减少父母的福利待遇。这些政策被强制施予小孩的监护人,表面上看起来是性别中立的,通常却是针对母亲。发生在得克萨斯州圣马科斯(San Marcos)的雪莉·翠普(Shirley Draper)一案表明,派生责任所产生的影响甚至可以延伸到成人之间的关系。翠普对她的两个女儿有监护权,而她的前夫格利高里·库克(Gregory Cook)则拥有探视权。1994年9月,这位父亲和他的两个女儿在一起车祸中丧生,当时乔治的血液酒精测试值为0.22(高于合法值两倍)。由于允许女儿与她们的父亲单独离开,翠普以伤害儿童和危及儿童的罪名被控。库克有酒后驾驶的记录,而他的车有点火失灵的装置。翠普知道她的一个女儿必须用嘴吹一口气进去,库克才能发动车子。反对酒后驾驶的母亲代表们将翠普与1994年南卡罗来纳州淹死两个儿子的苏珊·史密斯(Susan Smith)进行了比较。对翠普的三项控告由于“罪证不足”而被驳回或取消,但政府对她实施惩罚的努力仍在持续。1997年6月,一位大法官对她提起第四次诉讼。她面临的将是终身监禁的判决。^[56]任何律师都明白,拥有监护权的一方如果试图阻止没有监护权的一方行使探视权,便会有担负法律责任的风险。所有人都知道,一位女性想要反抗一个醉汉便会有受到身体伤害的风险。也许,雪莉·翠普应该叫警察——但是“应该”也不过是马后炮。

164

派生责任可以并且已经宣判女性有罪,但是也可以使男性脱罪。关于强奸罪,法律上重新将它归类为一种“性骚扰”,即男性在未得到女性同意的情况下强行与之性交。更多的情况是,法律以及公众都认为防止强奸伤害属于女性的责任。1989年,佛罗里达州福特罗德戴尔堡(Fort Lauderdale)的陪审团宣判一名持刀强奸一位女性的男子无罪,原因是该女子穿了短裙,因此是“自找的”。^[57]该判决违法,因为持刀已经构成了

[56] *New York Times*, 13 November 1994; *San Antonio Express-News*, 28 February 1996; *Bryan-College Station Eagle*, 15 June 1997.

[57] *New York Times*, 22 and 25 June 1985.

强制。^[58]

法律上没有界定陌生人强奸和熟人或约会强奸的区别。但是1991年佛罗里达州棕榈滩市(Palm Beach)对威廉·肯尼迪·史密斯(William Kennedy Smith)进行审判并宣判无罪后,很多评论者就急切地要对两者加以区分。帕翠西娅·鲍曼(Patricia Bowman)独自在酒吧喝酒,在那里她遇见了史密斯,之后陪同他回到他的住处。鲍曼因此而饱受批判。有人写信给《纽约时代杂志》,建议女性“约会时应像常人驾车一样时刻保持清醒和警觉”。^[59] 这个提议与大家所熟知的避免遭到强暴的方法遥相呼应,即“把门锁好,晚上不要独自出门”,但是它造成的潜在影响更为激烈。不管保持清醒的好处是什么,以防备的方式对待人际交往是一种不正常的心理策略。

甚至连一些女性主义者也接受了这种性别责任的区分。卡米尔·帕格里亚(Camille Paglia)和凯蒂·洛芙(Katie Roiphe)督促女性们承认:“不”并非总是意味着“不要”,以此来检视自身行为的细微差别,而不是去责怪男性。^[60] 艾丽卡·琼(Erica Jong)也站在她们这一边。“性是可怕的,”她这样写道,“它充满了无法控制的黑暗和不合逻辑,因此压抑它要容易多了。高喊‘强暴’比承认自己有欲望要简单得多。”^[61] 琼当然错了。难道报警很简单吗?事后你只想洗干净,如此去医院取证会很简单吗?告诉你的朋友你被强暴了是一件很容易的事吗?不过假设我们为了争论的目的暂时承认这些作者有一点是对的,那便是人们通常说的并非他们真正的意思;但接下来呢?如果男人把“不”当成“不要”,那么在该种情况下便不会发生性关系了。那又怎样呢?一个饱受挫折的女性也许应该学会表达自己的欲望并与他人沟通。这是得还是失?这又是谁的

[58] 但是佛罗里达州随后成为第一个禁止在强奸案中使用“裙子”来进行抗辩的州。纽约州在1994年制定了相似的法律。

[59] Letter from Herbert Tarr, 9 June 1991.

[60] 参见 Paglia, *Sex, Art, and American Culture* (New York: Vintage Books, 1992); Roiphe, *The Morning After: Sex, Fear, and Feminism on Campus* (Boston: Little, Brown, 1993).

[61] *Fear of Fifty: A Midlife Memoir* (New York: HarperCollins, 1994), 317 (着重号为原文所有)。

得失?

当我们将对侵犯女性的犯罪所持的态度与对女性越来越多地使用刑罚作比较时,派生责任的概念便成为一个共同的主题。由于女性负有责任,那么如果她们怀孕时酗酒或没能阻止孩子死于醉酒的父亲之手,我们便惩罚她们;由于女性负有责任,我们便不指望男性为他们的暴力性行为及使小孩处于危险中的行为负责。通过选择性的开脱与免责,社会用刑法加深了女性不成比例的弱势和责任。

敌对女性的理论:胎儿权利和传统法学

我在全书中一直主张,许多女性主义理论是对于标准或传统法学的回应,因为这种标准或传统的法学理论包含了某些深远而灵活的前提。有关胎儿权利的法学进一步证明,虽然该理论很难说是巨大的创举,但它就是存在。无论明示或暗示,理论家们所指的是一套无需辩护的假设前提。法律上对胎儿保护政策的观点可以分为两种相交叉但可区分的类别。一种是我在本章中一开始就提及的学者们对胎儿保护所采取的积极立场,即肯定了母体对于未出生婴儿负有保护责任。另一种则是采取消极立场,要么认为这些政策与特定的传统原则并不矛盾,要么认为这些政策应凌驾于传统原则上。两种观点都依赖于标准理论的要素。

胎儿保护的积极观点:权利和选择

玛杰里·肖(Margery Shaw)和约翰·罗伯森(John Robertson)分别是医学和法学教授,合力创立了胎儿保护的法学。罗伯森提倡我在前面提到的强制喂食、强制治疗和强制戒酒,而肖则提倡推定的自愿怀孕。二人的观点都基于罗伯森所谓的“附条件的合法存在主体”。胎儿作为人而存在的状态是以孕妇决定不去堕胎为条件的。一旦女性决定怀孕,国家便被强制去保护这个未出生的婴儿,这使得对女性自由的限制正当化。“尽管罗伊案中承认,堕胎的权利意味着女性没有义务保证胎儿出生时是存活的,但这也不排除法律要求即将分娩的孕妇承担尽可能保证胎儿健

康出生的义务。”^[62] 这个“照顾义务”理论认为,女性行使继续怀孕的权利影响到她保证小孩“健康和快乐”的义务。^[63]

166 表面上,认为罗伊案使个人承担照顾义务的观点比起认为宪法第二十一修正案要求公众承担戒酒义务的观点要更有说服力。但是照顾义务的理论是一种更为人们所熟悉的观念,它准确地表达了权利附带责任的一般性观点。如果这种陈词滥调不是有点同义反复的意味,它很可能会成为一种道德格言。什么叫我们应该根据自身的责任来行使权利?作为法律规则的照顾义务要求我们必须根据一些官方概念(这种概念来自苏联)所要求的责任来行使权利。^[64] 一个人决定怀孕后,从对孩子负有道德上的照顾义务转变到遵从所有医学建议(罗伯森所暗示的),或者面对怀孕的所有可能而要求自己遵守任何将要面临的限制性规定(玛杰里·肖所宣称的),或者承担起义务来阻止那些对婴儿有害的不可抗因素(黛博拉·马修[Deborah Mathieu]所主张的),这跳跃了一大步。^[65] 美国法律中承认的个人权利也要求人们承担相关义务。比如个人言论自由权强制国家不能干涉个人对此项权利的行使,但是个人权利并没有引申出个人责任。言论自由并不要求言说者在批判政府政策前提出另一种行为方案;宗教自由也不强迫人们作出信奉、反对或其他态度的明确选择;采用避孕手段的权利也没有强迫夫妻们制订出完善的家庭计划。为什么不?因为,如果对这些权利的行使加上此种条件,那么权利也就不是权利了。继续怀孕或终止怀孕的权利也是如此。然而肖和罗伯森却主张以美国法律中独一无二的条件和限制为前提来承担这项权利——这项仅由女性行使的权利。只有当权利主体是女性时,权利才附带责任。这再一次

[62] Robertson, "Right to Procreate," 见上注 4, 352. 另参见他的 *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1994); Shaw, "Constitutional Prospective Rights," 见上注 4。

[63] 分别参见 Pollitt, "Fetal Rights," 见上注 2; Shaw, "Constitutional Prospective Rights," 见上注 4, 116.

[64] 苏联宪法 39 条规定:“公民的权利和自由必须不能损害国家和社会的利益。”参见 Adamantia Pollis, "Liberal, Socialist, and Third World Perspectives on Human Rights," in *Toward a Human Rights Framework*, ed. Peter Schwab and Adamantia Pollis (New York: Praeger Publishers, 1982), 1-26.

[65] 参见以上引用的著作,见注 4。

地印证了男女享有的自由是不对称的。

这已经够糟糕的了,但是当我们质疑这些胎儿保护的消极观点的前提时,面临的困难更多。照顾义务的观点使人想起——虽然并没有引发——理性选择理论。如同穆金和科恩豪瑟关于离婚的论述,罗伯森和肖的法学理论进一步例证了选择和愿望这两个词是如何深嵌于当代理论中的。^[66] 穆金和科恩豪瑟描述了离异父母在金钱与监护权的多种组合中作出选择,罗伯森和肖论述准妈妈们在决定怀孕后接受了一整套预先设定的义务。然而,无论这些一般性理论有什么样的价值,这种特定适用仍然存在着严重的问题。

胎儿保护的积极观点假设了并不存在的条件。在美国,并非所有孕妇在有需要时都可以堕胎。由于医疗援助机构拒绝为大部分堕胎支付费用,未成年少女堕胎需通知父母并得到同意的规定,以及堕胎医生的稀缺,使得孕妇接受堕胎的途径大大受限。堕胎诊所不断受到反对阵营的暴力袭击,其中包括1993年3月到1994年12月期间的五起谋杀案,都进一步威胁到孕妇接受堕胎的途径。^[67] 附条件的法律人权理论与事实显然不一致。

167

正如生育权利反对者一样——第六章中提到的“你在床上时就已作出了选择”——附条件的法律人权理论假设了自由意志的行使。^[68] 由女性来决定是否要生下她的小孩。罗伯森和肖与有些反对者之间的差异在

[66] Mnookin and Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce," *Yale Law Journal* 88 (April 1979): 964. 参见第二章注 26-27; 第四章注 25。人们对于政治学中理性选择产生的影响所持的普遍态度是什么? 参见 Reid Cushman, "Rational Fears," *Lingua Franca*, November/December 1994. 42-54.

[67] 参见如, Lisa Belkin, "Women in Rural Areas Face Many Barriers to Abortion," *New York Times*, 11 July 1989; Boston Women's Health Collective, *The New Our Bodies, Ourselves* 见上注 41; Faye D. Ginsburg, *Contested Lives* (Berkeley: University of California Press, 1989). 联邦政府对此所进行的统计截止到 1994 年。疾病控制与预防中心报告说, 1994 年的流产手术达到了 120 万例, 每 1000 名 15 岁至 24 岁的女性中就有 21 名实施了流产。而这一数字是自 1976 年以来最低的。专家们降低了避孕手段的可获得性, 也降低了城市地区里流产服务的集中性。参见 *New York Times*, 5 January 1997.

附条件的法律人权不能因为它的非现实性而被否认, 这种人格保障人们实施流产的途径, 比如在加拿大、英国、荷兰以及斯堪的纳维亚半岛就是如此。但是因为在这类国家, 流产多数都需要取得胎儿父母双方的同意, 因此这一原则可能不适用于单亲妈妈。

[68] 参见第六章注 87-88。

于他们将该决定放在了受孕后而不是受孕前。现在这种作出决定的模式看起来像 1990 年代美国中产阶级专业人士谈论家庭计划时的表现方式（至少，她们能足够幸运地在想怀孕的时候怀上孩子）。但这个模式受到时间、地点和文化的严格制约。

既然毒瘾会消磨意志，那么女性吸毒者便不可能以上述模式来作出决定。比如身处偏远的阿帕拉契亚（Appalachia）乡村，女性便无法依照这种模式来作出选择，在那里几乎没有女人可以堕胎，甚至很少有人采取生育控制。^[69] 在很多时代和地区，尽管人们了解怀孕和性交的关系，他们仍然相信并继续相信是上帝或大自然赐予了孩子，或者认为为人父母是命运的安排而非人类的计划。附条件的法律人权模式甚至对于那些有清醒意愿的女性也不太适用。她可能反对堕胎，可能已经把孩子父亲的因素作为考虑，有可能遵从自己身体的意愿，然后作出不理智的决定。我们可能会怀疑如果生育依靠这种假设的模式来进行选择的话，现代人是否还能存活。就像爱情、性、婚姻和友情一样，是否成为父母的决定依靠的是直觉、情感、运气和猜测。附条件的法律人权观点试图对社会强加一种具有文化特性且极其局限的决定模式。这是对智识帝国的明显例证，这个帝国充斥着以男性为中心的法律。

为胎儿保护政策所作的辩护中充斥着力量、意愿、目的和选择等词语。迈克尔·多瑞斯在书中花了几页的篇幅描述一个部落诊所的管理者，这个管理者反复谈到“滥用”、“危及他人的生命”、“为我们的孩子做这个”等话题。华伦·波斯利博士提到某吸烟者“拒绝”戒烟。^[70] 根据胎儿权利运动者的观点，这些女性选择服用化学药品、接受可能的危险，并在怀孕后选择继续这些习惯。有些人会是这样。1991 年，一位在西雅图一家饭店就餐时点酒的女性上了全国性新闻，成为众矢之的。但她并非感受到法律强制力的女性典型。调查显示，母亲们不会比她们的孩子好过，和那些无法控制吸毒或酗酒的女性以及经常寻求帮助和面临惩罚的

[69] 参见 Maureen A. Flannery, "Simple Living and Hard Choices." in *Before the Law: An Introduction to the Legal Process*, ed. John J. Bonsignore et al., 4th ed. (Boston: Houghton Mifflin, 1989), 54-60.

[70] 分别参见, *Broken Cord*, 见上注 13, 163-70; "Doctor," 见上注 32。

女性一样,她们也可怜。

阿贝·多瑞斯(Abel Dorris)的生母失去了儿子的监护权并在三十多岁的时候因为酒精中毒而去世。林恩·布雷默(Lynn Bremer)和金佰莉·哈迪(Kimberly Hardy)在慕斯科岗镇因吸食可卡因而被捕,她们都是吸毒者。^[71] 珍妮弗·约翰逊(Jennifer Johnson)向曾经在审判中作证的佛罗里达州官员寻求治疗。^[72] 戴安·普芳南斯坦(Diane Pfannensteil)遭到丈夫殴打后去医院急诊,却因护士闻到她呼吸里的酒精味被要求做血液测试。然后由于合法酗酒,她以虐待小孩的罪名被起诉。^[73] 专家的知识证明了这些案例所传达的看法,即胎儿伤害更像上瘾后的产物而不是主观选择的结果。烟草、可卡因和酒精都会令人上瘾,只是在程度上有所不同。有关胎儿酒精综合症(FAS)和胎儿酒精效应(FAE)的信息表明,这两者与被确切描述为上瘾的饮酒程度之间有一般性的关联。^[74] 类似于“选择”、“决定”和“拒绝”这样的词语并不适用于瘾君子们,因为在定义上他们没有能力靠意志来脱瘾。自由主义关于选择、意愿和责任的假设从根本上支持了有关照顾义务的观点,它和家庭计划一样,在毒品滥用方面的应用表现出了很大的问题。

主张胎儿保护的消极观点

这种理性选择模式的滥用并非胎儿保护政策倡导者所犯的唯一理论性失误。我称之为胎儿保护的消极案例仍然印证了对传统司法理解不充分的危险。身为有名的小说作家,也是迈克尔·多瑞斯的妻子,路易丝·厄德里克(Louise Erdrich)给丈夫的书写了序言,该书写的是他们遭受 FAS(胎儿酒精综合症)折磨的养子。她预言了支持酗酒孕妇入狱的主张

[71] Wilkerson, “Court,” 见上注 33。参见 Hoffman, “Pregnant, Addicted,” 见上注 21。

[72] Grabar, “Jail,” 见上注 34, 22.

[73] Tamar Lewin, “Drug Use During Pregnancy: New Issue Before the Courts,” *New York Times*, 5 February 1990.

[74] 参见 Dorris, *Broken Cord*, 见上注 13; Rosenthal, “Pregnant Woman,” 见上注 26。

将激怒一些女性和男性,因为善良的人们认为是否伤害自己属于个人权利,饮酒是我们自己的选择,而人们追求幸福或绝望的自由是神圣不可侵犯的。我也曾经这么认为;然而亚当生活中的痛苦和沮丧又增加了我的疑惑……这里的责任标准究竟在哪里?自我伤害和虐待婴儿的准确界限在哪里?正如一句法律谚语所说,完全的疏忽等于蓄意伤害。我们到底该怎样区分?[75]

“权利”,“自由”,“责任”——厄德里克在法律理论中对这些词的使用相当于法学教授及辩护律师阿兰·德肖维茨的以下文字:

169

在强行干预女性对待自己身体的方式与公民自由主义者关注女性如何对待她决定要怀的孩子之间存在着原则性的差别。这一原则性差别可追溯到约翰·密尔的哲学,并且反映到“你挥动拳头的权利止于我的鼻尖前”的信条上。而对于一个孕妇对她决定怀的孩子所拥有的权利和责任来说,便可能表述为“你虐待自己身体的权利止于你的子宫”。[76]

这些文字传达了一种信息,即西方法学发展到自由个人主义和约翰·斯图亚特·密尔就停滞了。(一些女性主义学者的文章也传达了类似的信息。)有人质疑:《论自由》中到底有哪一点,使得它成为如此受欢迎的参考文献?因为即使研究政治理论的新手们也可以很容易对它进行批判。无论如何,德肖维茨确实把厄德里克暗示的信息明确地表达出来;他把他的论证放在了自由主义理论的脉络下。

“你的权利止于子宫之外”这一说法面临的困难在于,子宫及其里面的器官与身体并不能独立分开。这似乎就意味着孕妇没有权利来反抗国家的强制。这甚至意味着可以或可能怀孕的女性也没有此种反抗的权利,就像玛杰里·肖和奥林公司的态度。但是德肖维茨声称自由个人主义和它最典型的倡导者都支持胎儿保护案例,这就显得有点自相矛盾了。密尔的“对于文明社会的任一成员正当地行使有违其意愿的权力是为了

[75] Dorris, *Broken Cord*, 见上注 13, xvii. 阿贝·多瑞斯在本书中被称为亚当。

[76] “Drawing the Line,” 见上注 55。

使其他人免受伤害”的假设,并没有清晰地维护孕妇对于其未出生的孩子所拥有的自由。^[77]

然而,没有证据能证明孕妇服用的任何酒精、毒品或烟草都会危害到未出生的孩子。让我们再次考察西雅图饭店那位女性的情况。没有一个旁观者有理由断定她在制造危险。我们不知道她点了多少酒,她怀孕的时间有多长(除非她胖到“显”出来),或者除了她已经明显怀孕并点了一杯酒以外,是否还有一些其他的相关事实?关于胎儿保护的医学知识并不完善,而上几代医学史总是倾向于认为患者是错的,医生是对的,因而我无法得出以下结论,譬如母亲有权选择不采用关于婴儿营养的最新医学建议,工人有权冒着风险暴露在有毒物质环境中,而女性有权选择是否吸食这些有毒物质。自由权利的理论没有保护孕妇(实际上怀孕的、潜在将怀孕的、可能已经怀孕的或推断出可能怀孕的)的自主权。胎儿保护的消极观点也不成立。

胎儿权利和女性理论:自由、责任和性别

胎儿保护立场的崩溃,难道只揭露出“个人权利语言的贫乏以及自由主义女性主义的不足”吗?^[78]如果支持胎儿保护的观点都行不通,我们就必须接受暴露在有毒物质的环境中所带来的后果吗?路易丝·厄德里克督促那些提倡权利的人:“在受到酒精毒害的孩子们试图学习加减乘除时坐在旁边……耐着性子教会他们为了生存而必须知道的每一件简单的事情,哪怕重复一百万次,两百万次,三百万次。当他们病情发作时,抱着他们的头并擦去他们裂开的嘴唇上的血迹。……然后回去面对他们的母亲,告诉她们:‘那是你的权利。’”^[79]

170

不管在情感上还是理性上,这种观点都很有力。尽管读者知道,从这本书看来,这些母亲根本听不到他们的劝诫。但是厄德里克仅仅对部分

[77] John Stuart Mill, *On Liberty* (1859), 第1章。

[78] Ruth Rosen, “What Feminist Victory in the Court?” *New York Times*, 1 April 1991.

[79] Dorris, *Broken Cord*, 见上注13, xviii.

传统理论提出了质疑。当自由主义观的个人自由概念失败后,她毫无异议地接受了自由主义观的个人责任概念。与之类似的是,德肖维茨也提到了女性如何对待她们决定要生的孩子。这种自由主义理论过分强调了“个人”,就像它过分强调“责任”一样。德肖维茨和厄德里克都将议题放在了权利对抗责任、自由对抗强制上面。只有个人才拥有权利或责任;而个人只有免于被压迫和对其他人负责的权利。除此以外没有其他的关联。

厄德里克使读者在克制饮酒的孕妇和承认她有为所欲为的权利之间作出选择。那是自由主义权利理论提出的选择。但是上瘾是自由主义权利理论无法解决的问题。为什么放任和禁止是我们唯一的选择呢?我们能否说“你有权为了戒瘾而寻求援助”?不可以。因为无法获得该援助。医疗援助甚至不会为怀孕的瘾君子们支付治疗费用。那么能否说“你有权堕胎,然后获得治疗,这样才可以生出健康的宝宝”?也不可以。再或者说“国家有义务保护你免于受到那些公司为了牟取暴利而销售的有害物质的伤害”?当然不可以。法律将两名吸毒的孕妇宣判入狱,却没有要求烟草公司为其产品造成的伤害而赔偿。^[80]

171 一位评论家说道:“所有的孩子都有权在生命开始时远离那些可避免的缺陷和残障。”^[81]这个前提很难反驳,但什么是权利附带的关联义务呢?是把有毒物质从工作环境中清除的义务吗?是提供戒酒和戒毒的义务吗?是投资建立研究先天性缺陷机构的义务?还是保护孕妇免受家庭暴力的义务?都不是。只有母亲才有义务去阻止先天性残障。胎儿保护的支持者呼吁建立制约女性权利的规则;甚至有些反对者,比如我在文中引述的作者,也呼吁进行母职教育。

[80] 1995年2月17日,美国路易斯安那州的第二东部地区法院法官 Okla B. Jones 裁决,由60家法律公司所组成的联盟可以以使吸烟者上瘾以及隐瞒香烟具有成瘾性这一事实为由起诉7家烟草公司。被告包括美国烟草公司, R. J. Reynolds 烟草公司, Brown & Williamson 烟草公司, Philip Morris 公司, Liggett & Myers 公司, Lorillard 烟草公司以及美国联邦烟草公司。见 *New York Times*, 18 February 1995. 1996年3月, Liggett 公司就该裁决与法院达成和解。该公司同意遵守所提交的有关于烟草产品的联邦法规,并且出资建立项目,以帮助人们戒除烟瘾。参见 *Washington Post*, 13 March 1996.

[81] “Maternal Liability: Courts Strive to Keep Doors Open to Fetal Protection—But Can They Succeed?” *John Marshall Law Review* 20 (Summer 1987): 747-68, 767.

我们同意国家有惩罚的权力,却不赞成将国家的援助变成一种义务。这种想法渐渐被取笑为是一种过时的意识形态。但即使是罗斯福总统的“新政”或“大社会”也承诺要给予人们获得治疗和防止贪婪的权利。罗斯福总统关于“免于物质匮乏”和“免于精神恐慌”的理想从未曾实现;正如我在上一章提到的,社会的自由更容易导致人们要求更多严厉的处罚而不是给予积极的权利。西德妮·卡拉汉的观点“有效权利来自于需求”在公众论述中未得到关注。^[82] 这种论点的缺失,而不是社群主义所谴责的所谓“要求权利的尖锐语言”和“对于责任毫无声响”,造成了真正的“政治论述的匮乏”。^[83] 权利再一次由于不确定性而必须予以捍卫,而对责任我们可以不置一词,因为它本来就存在。

不论如何激烈地捍卫权利,比起增加积极权利和限制制度权力,限制消极权利更容易被当成是解决问题的方法。自由社群主义者像威廉·加尔斯顿和希拉里·克林顿试图通过加大离婚的难度来巩固家庭,而不是通过稳定工作的方法。像威廉·贝纳特(William Bennett)这样的保守主义者试图通过约束脱口秀和摇滚乐歌词来改善道德教育,而不是通过使父母减少负担或使教育更有裨益的方式。^[84] 我们要么可以惩罚吸食有毒物质的孕妇,要么给予孕妇饮酒、吸烟和吸毒的权利。我们没有别的选择。

有关权利的论述常常会提出积极权利和消极权利是矛盾的,甚至是彼此互相破坏的。自由主义者担心甲的自由权会威胁到乙的财产权。我在第六章讨论的“支持生命权的女性主义者”害怕对于堕胎权的认知可能会为政府拒绝给予积极援助提供借口。但是胎儿保护的议题使消极权利和积极权利彼此依赖成为可能,因为拒绝提供援助的积极权利可能会危及消极权利的自主权。一个社会若重视免于先天缺陷的自由,并拒绝对

[82] Letter to the editor, *Mother Jones*, July 1989, 6.

[83] Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York: Free Press, 1991), x, xi.

[84] 分别参见, Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 286; Clinton, *It Takes a Village: And Other Lessons Children Can Teach Us* (New York: Simon and Schuster, 1996); Bennet, *The Book of Virtues* (New York: Simon and Schuster, 1993).

雇主和政府施加积极义务,那它只能选择限制女性的自主权。

172 学习西方政治理论的人不会对以上所述感到吃惊。国家可以惩罚那些伤害他人的人,这个观点从霍布斯以来就是西方政治理论的重心。保护人身及财产权是市民政府的中心目标。这个原则是如此基本,因此不需再费口舌去证明。从这个观点来看,惩罚论被传统法学所接受是很合逻辑的。美国人对“国家还能做什么,应该惩罚什么行为?怎样惩罚?”等问题有不同看法,但是我们都同意国家行使惩罚权。刑罚是我们的底线。

工作场所的限制规定是企业版的刑罚制裁。雇主像国家一样行使禁止的权力,但与国家不同的是,他们可以不通过惩罚就执行他们的规则。江森自控集团一案中便宣称,在鲁斯·罗森(Ruth Rosen)所谓的“危及他人的自由”与放弃高薪水工作的自由之间作选择的权利属于工人,而非雇主。告诉那些女工“下一代的幸福是由那些孕育他、生他、养他、抚育他的父母所决定的”,等于提供了一个“空洞的胜利”。^[85] 将自由权利私有化的后果将导致小孩看顾的疏忽、父母的离异及其他减少父母生活负担的政策的生产。读者若想找到关于雇主有义务使员工的工作环境无毒化,或者作为小孩出生的母体,女性有权从社会获得援助的建议,终将是徒劳的。

我从《论自由》中引用的著名语句拓展了刑法的使用,而其本意是想要限制它的使用。如果你说“社会只有为了避免对他人的伤害才能限制自由”,就好像告诉灰姑娘午夜十二点之前要回家一样。她在外面呆到那么晚的几率至少与她会那么早回家的几率是一样的。^[86] 胎儿保护的消极观点,从国家会仅仅为了避免对他人的伤害而限制个人自由的原则,转变为只要其他人可能受到伤害,国家就限制个人自由这一立场——尽管限制自由并非阻止伤害的好方法,或者密尔所谓的利己主义和利他主义行为之间没有区别,或者无法完全理解这种受到威胁的伤害。像珍妮弗·约翰逊和戴安·普芳南斯坦这样的女性会发现,拒绝对她们施以

[85] “What Feminist Victory?” 见上注 78; *UAW v. Johnson Controls*. 见上注 3, 1207.

[86] 一个有趣的转变,参见 Eric Berne, *What Do You Say After You Say Hello* (New York: Grove Press, 1972), 230-43.

援手的政府却不会拒绝对她们进行干涉。“保姆政府”变成了“暴力政府”。

再论不对等思想

女性主义法学是怎样谈论胎儿保护这个议题的呢？某些对于胎儿权利的女性主义批判发现传统法学很充分地对胎儿保护政策提出了质疑。比如说，温蒂·威廉姆斯和玛丽·贝克呼吁雇主和政府都来努力为准父母和他们未来的孩子提供安全的工作环境。^[87] 其他的女性主义批判表现了与环境法学在各种程度上的关联。我们已见识过凯瑟琳·麦金农的观点，即如果允许工作场所的规则存在，那法律就要保护堕胎权，因为后者会增加男性与女性发生性交的途径，而前者不会。^[88] 但是这个分析没有解释法律为什么禁止或允许那些对于女性异性恋的可能性毫无影响的行为。萨利·肯尼和辛西娅·丹尼尔对于具体案例如江森自控案和 A. C. 案的研究阐明了这些政策明显带有责难女性和极度憎恶女性的色彩。^[89]

173

然而本书的第一章表明，父权论题可以忍受将性转变成某种充分而奇怪的所谓女性主义理论。我了解到没有一个胎儿保护政策的维护者会称自己为女性主义理论家，许多我所谓的特征法学最多不过使女性在面对胎儿权利运动表现出的强大威胁时毫无招架之力；而最糟糕的是，它把权利玩弄于股掌之中。比如德肖维茨认为自由主义理论把孕妇排除在外，这和罗宾·韦斯特对于自由主义者的“分离命题”的批判是非常相似的。^[90] 由卡罗尔·吉利根与内尔·诺丁斯提倡的女性的照顾伦理和玛

[87] 分别参见，“Firing the Woman”见上注24；“From *Muller v. Oregon* to Fetal Vulnerability Policies,”见上注46；另参见“Getting Beyond Discrimination: A Regulatory Solution to the Problem of Fetal Hazards in the Workplace,” *Yale Law Journal* 95 (January 1986): 577-98.

[88] *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989), 226. 参见第三章，注54。

[89] 分别参见，*For Whose Protection?* 见上注5；*At Women's Expense*, 见上注3。

[90] West, “Jurisprudence and Gender,” *University of Chicago Law Review* 55 (Winter 1988): 1-72.

杰里·肖与约翰·罗伯森提倡的“照顾义务”之间的相似度同样会引起人们的注意。事实上,这些著作组成了植物学家所谓“趋同进化”的对等理论。他们在两年内涌现出来,没有证据表明他们彼此间互相交流过。^[91]

如果特征法学家们既没能预测也未击败来自胎儿保护的威胁,那么他们的批判者可能也做不到。肖和罗伯森所提出的附条件的法律人权学说与我的论说不谋而合,即我也假设胎儿的人性是由其母亲所赋予的。但我运用这个说法推理出来的是相关的权利,而肖和罗伯森推理出的是相关的义务。^[92] 类似的推理分叉也突出表现在两种关系中:一是对工作环境的限制与改善工作机会之间;一是强制性的药物治疗和女性健康运动的获益之间。一个男性至上的体系将新的权利转手变成了新的负担。当女性承担起责任来改善工作机会并保护自身和孩子的时候,这个体系通过施以更多的责任来“奖励”她们。

西德妮·卡拉汉、朱莉·罗斯奇和凯瑟琳·麦金农对于罗伊一案引发的强烈反响所表现的恐惧,已经在胎儿保护运动中成为事实。^[93] 该案以女性获得的自由作为强化她们的弱势地位和增加责任的借口。有关胎儿保护的法学将女性主义理论加入到一种智力柔道中,在其间女性力量变成了对抗她们自身的武器。胎儿保护还为不对等思想提供了另一种解释,我已在第三章中讨论过此问题。权力和特权赋予我们这样一种能力,可以把责任强加给他人而使自己免责。女性主义理论的一项重要任务便是重新分配责任:向上分配而不是向下转移,以所有女性的名义将强加的责任抛弃。男性、各种公共机构以及政府部门都应为他们的所作所为负责,也要为他们应做而未做的事情负责。女性们应该拒绝接受新的义务,同时避免将这些义务责任施加到其他女性身上。对于法律和女性生活之间的关系,女性主义法学必须有深刻的了解,唯有以这种了解为基

[91] 参见第三章,注37-38。这些引证分别包括 Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982); Noddings, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education* (Berkeley: University of California Press, 1984); 以及上面引述的那些文章,见上注4。

[92] 参见第六章,“谁来决定?”

[93] 参见第六章,注64-74以及附文。

础,女性主义法学才能把观察的触角延伸至女性生活之外的层面。

在第六章中,我引用了温蒂·布朗的观点:作为生育者的女性并不需要更多保护性、自卫性和孤立性的权利。^[94]本章中将布朗的结论转变为严肃的问题。安吉拉·卡德(Angela Carder)、布莉·沃尔克(Bree Walker)和西雅图饭馆里的女性不曾需要过这些权利。她们以及千千万万和她们一样的女性们需要的是社会别多管闲事。这个结论在卡德看来似乎比较可笑。她当然期望过得到帮助,但她得到了什么帮助呢?

提倡强制性政策的人们会迫使女性服从医学和法律的指令——两种职业的不可靠性已经被反复证明——并拒绝对不服从的女性施予帮助。在没有任何福利承诺或评判信任的情况下,社会对女性的强迫会是正当的吗?消极的权利不能防止先天缺陷,也不能保障女性的生育自由或者保障工作环境安全。但是女性作为实际的、潜在的、可能的或假定的生育者,消极权利可能会提供她们所需要的公正,从而保护她们免于受到那些体现“卑鄙、无爱或不友善精神”的法律惩罚。^[95]个人权利和自由女性主义对于女性来说是不够的,但也并非不相关或敌对的。认为自由主义权利不够充分并不是说它是错误的。自由主义包含了女性作为权利承载者的观点,成为女性主义法学的重要构成部分。

有必要,但并不充分——与男性平权并不足以使女性与男性处于平等的地位。最后两章表明,主张平等保护和个人隐私是在权利与义务分配不均的社会背景中产生和回答的。本章已经表明,江森自控集团一案仅仅提供了霍布森(Hobson)的选择,而对因上瘾而犯有刑责的母亲们的援助并没有给她们任何选择权。不干扰和禁止之间的自由选择不会帮助那些暴露在有毒物质环境中的工人、上瘾的母亲以及他(她)们的孩子。那些目标需要一套有关政府应对个体承担的义务的全新理论来予以实现。

对源于需求的积极权利的承认,并不会要求我们倾向于这种积极权

[94] “Reproductive Freedom and the Right to Privacy: A Paradox for Feminists,” in *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond (New York: Longman, 1983), 335.

[95] Rothman, *Recreating*, 见上注 11, 97.

175 利更甚于源于自治的积极权利。为什么不能同时选择呢？为什么不能尽可能提供所有可能的帮助，尽管我们允许人们可以拒绝帮助？既然强迫是我们指令系统里的全部内容，我们便无法了解女性在可以得到帮助的时候会作出什么选择。我们应该知道，瑞典允许所有人堕胎和药物治疗，却有着高比例的酒精中毒和低比例的胎儿酒精中毒症(FAS)。^[96] 我们知道，支持雇主们对处于危险中的工人及其孩子负责的说法中并不包括允许女性在她们乐意的地方工作。刑事制裁不可能总是国家里合适的最后庇护。女性主义法学也许有时候会要求国家帮助禁止惩罚。

结 语

在第一章中，我号召女性主义法学家打破司法上的男性独裁并放弃照顾职责上的女性垄断。前者颠覆了传统理论，给予女性在司法上的权利，同时对她们原有的责任发出了疑问；后者对期望女性提供的照顾和养育提出了主张。与生育权利和胎儿保护一致的是，这两种方案都鼓励对责任进行重新分配，同时对一些自由主义个人主义者的基本假定提出了挑战。这些冒险的言论在1990年代引起了大众的质疑；但我的建议并非意在跟随大众的回音。那些对个体自由和公共责任的呼吁被淹没在保守派呼唤更多个体责任与社群主义者呼唤更多个体责任的冲突中。自由主义者和女性主义者都已被抛弃了。由于政治打击而迷失方向的自由主义者在面对日益增长的对权利的威胁时几乎都保持了沉默。女性主义者之间则就性别差异和性别化的危险等问题展开了无止境的争论。

我在下一章里将寻求解决这个僵局。我把女性主义和自由主义的理论结合起来去构建一种后自由主义的女性主义理论。并将该理论带入主宰美国政治论调的保守派和社群主义的对立面。我的目标是迫使女性主义者去对抗主流论调，也迫使主流论调去对抗女性主义。在最后，我将基于上述七章的内容来构建一个属于全人类的女性主义法学理论。

[96] Pollitt, "Fetal Rights," 见上注2。

第八章 迈向后自由主义的女性主义理论

本书讨论了女性主义学术圈里至今仍争论不休的几个问题。参与争论者一致认同前女性主义理论是男性偏见的,现实是被性别化的,而要修正隐性的男性偏见就必须建立旗帜鲜明的女性主义理论。重要的争论都是围绕着性别差异、男性宰制以及智识方法而展开的。女性主义学者们对于性别差异和男性宰制孰轻孰重已经进行了无休无止、令人生厌的争辩。但是主张性别差异的那一派学者没有太多地涉及他们那些前女性主义、非女性主义或反女性主义的前辈们没有说出来的本质,也不知道如何在宣扬“女性特质”的同时既不使女性深陷于此也不使其被流放在外。主张男性宰制的女性主义分析学家则倾向于把女性的依附和男性的宰制结合起来谈,因而混淆了男性的行为与女性的现实状况。女性主义认识论者不信任传统的学习模式,但却既没有防止该学派特征性错误的发生,也忘了正是这些传统的方法把她们带入了学术领域。

女性主义学者们之间的互相争辩似乎永无止境,而此时第二轮辩论开始逐渐主导了政治和学术言论。保守主义者、社群主义者以及“温和的”并越来越胆小怕事的自由主义者都被卷入了这场辩论之中。他们大多数都接受了一个假设前提,即美国总统克林顿——上述三个标签都可以用在他身上——在他 1996 年的全国讲话中所提到的:“大政

府的时代已经终结了。”他们中的大部分人更关心如何平衡联邦预算而不是如何提高美国人的生活水平。但是,和女性主义者一样,这些思想家们也彼此持有异议。他们争论的主题包括中央和地方政府、商业机构以及个体所扮演的不同角色;如何在个人自由与个体责任之间保持适当的平衡;宗教信仰对美国人生活的影响是好还是坏;如何减少犯罪;如何保护自然资源;以及有关性、生育、婚姻和家庭的一系列问题。

177 所有这些都是女性主义的研究课题。女性比男性更难获得充分的报酬;她们相对于暴力、虐待和剥削行为更加弱势;而对于小孩、老人、病人以及残疾人又负有更多的责任。女性在她们的有生之年似乎比男性更有可能获得国家的帮助。所以政府越小、越吝啬,妇女们的日子就越难过。商业、犯罪、宗教信仰和环境保护,这些问题和政府一样,会在不同方面对妇女产生影响,这种影响比对男性产生的影响要大。因此女性主义者对以上议题并不完全同意。事实上,好几个议题都是女性主义言论的辩论主题。只不过,这些辩论是用性别中立的语言进行的。当主流的政治话语把女性主义所关注的议题边缘化时,女性主义言论把注意力转向了内部。在最后这一章里,我将尝试把女性主义理论带入政治言论的竞技场中。但前提是要修正女性主义理论的一些特征性错误;最后结果是对当下言论的特征性错误进行修正成为可能。

我曾在第一部分中提出,当代女性主义法学中包含了许多对隐晦的传统或者说标准理论的批判性回应,对自由主义也提出了相似但不完全相同的批评。这些批评都确信,为男性而创造并由男性发展起来的标准理论对女性是不友好的。女性主义理论家们没有费什么力气就找到了支持这一观点的确凿证据。我称之为特征法学家的学者注意到,法律一贯贬低了社会分配给女性的基础性工作的价值;其中的一个典型例子就是子女监护法拒绝承认一个人可以通过照管小孩而学会如何去爱他。我称之为情境法学家的学者则演示了自由主义法学是如何假定一种实际上并不存在的家庭中的平等的;其中一个例子是隐私原则拒绝承认在两性关系中男性对于女性的支配权力。

传统法学没有把女性的生活纳入其理论框架并非偶然。男人的至上

性是法律的界定及变迁中必不可少的一个组成部分。我曾仔细观察过法律之外的种种因素是如何通过各种方式使得法律成为男性的,也曾探讨过法律如何为了回应男性的权利主张而不是女性的权利要求而发生改变。女性主义学者,如苏珊·摩勒·欧金(Susan Moller Okin)和卡洛尔·帕特曼(Carole Pateman)作出了令人信服的论证,她们指出西方政治理论预设了一个男性至上以及实行家长制的社会制度。^{〔1〕} 哲学家们笔下的“人”一词,指代的就是成年男性。法学使男性的优越性合理化;却没有对此作出解释。法律虽然没有创造男性至上主义,但它强化了男性的这种支配地位。

女性主义声称传统理论对于女性的生活而言是不正确的,这一点颇值得称道。但是女性主义理论一直没有能做到的事情,同样应该引起我们的高度关注。女性主义法学所犯下的最大的错误在于它对它所反对的理论没有进行深入的理解。女性主义法学家一般对自由主义都很不留情,对于个人权利的观点尤其苛责。对于特征法学家来说,权利接替照顾与连接成为女性最重要的东西;而对情境法学家而言,男人手中的权利成为了压迫妇女的武器;世界观纷繁而又彼此冲突的女性主义学者则认为,“正是抽象的权利树立了男性经验在世界上的权威。”^{〔2〕}

到目前为止,这些观点都还说过得去。但是她们对于自由主义不适用于女性这一点的过分强调则令人费解。自由主义从来不是完全属于女性,而女性也从没有专属于自由主义。自由主义的核心——“不是缺乏正义的实质概念,而是不愿意把正义的概念变成公众对于个体的压倒性强迫”——并不适用于女性。^{〔3〕} 当一个女性主义经济学家维护女性成为单身母亲的[·]权利时,一个社群主义的专栏作家就会批判她是在鼓励妇女们

178

〔1〕 参见 Okin, *Women in Western Political Thought* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979) 和 *Justice, Gender, and the Family* (New York: Basic Books, 1989); Pateman, *The Sexual Contract* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1988).

〔2〕 Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge: Harvard University Press, 1989), 248.

〔3〕 William Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 89.

这样做。〔4〕关于生育权的争论与有关堕胎伦理的辩论之间的差别并不明显；胎儿保护的支持者极力要制订出医学建议并将之纳入刑法条文。自由主义理论当中，关于“应该”（should）和“必须”（must）、犯罪和原罪、规定与命令之间的区别正在从论述女性问题的文章中消失。这些区别，并非任何关于人是什么的概念，而是自由主义真正意义上的“分离命题”。罗宾·韦斯特还是说对了一部分。自由主义需要一个并不适用于女性的分离命题。〔5〕

正确地理解这一命题可以很好地为女性服务。如果我们假设女性是自由主义的客体，就可以帮助解决我在本书里提出的数个问题。对一个孕妇自主决定是否将她肚子上的胚胎孕育成人或者在多大程度上接受医学建议的权利进行确认，并不能解决妇女所面临的一切问题，要使妇女成为一个自主的成年人还有很长的路要走。但尽管区分道德与法律能对妇女产生明显的益处，女性主义者还是很不情愿这样做。女性主义法学不了解伏尔泰所谓“不同意你所说的”与“捍卫你说话的权利”之间的区别。反色情的女性主义者混淆了反对与压迫的意思，捍卫宪法第一修正案的女性主义者则搞不清批判与审查的区别。〔6〕女性主义者不知道怎么去认同这种不同。关于女性是否有权在理想的条件下选择成为母亲的辩论忽视了不同的女性作出不同选择的可能性。〔7〕自由主义使人变得懈怠。然而传统法学拒绝让女性变得懈怠，女性主义法学家们更是不让彼此消停。

未能理解传统理论对于女性的限制性适用，并不是女性主义所犯的唯一一个严重错误。女性主义理论家们普遍都犯了进行学术性调查的一个特有的错误：把注意力放在已经说出来的东西上，而将没有陈述出来的

〔4〕 John Leo, "On Society: Where Marriage Is a Scary Word," *U. S. News and World Report*, 5 February 1996, 22.

〔5〕 "Jurisprudence and Gender," *University of Chicago Law Review* 55 (Winter 1988): 1-72.

〔6〕 关于前者，参见 Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), part III; 关于后者，参见 Nadine Strossen, *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (New York: Anchor Books, 1996), chap. 1.

〔7〕 见第六章注 76-77。

东西排除在外。不仅仅是女性主义者犯这个错误,还有社群主义者们。他们从美国社会流行的“权利对话”的观点开始推导,最后得出结论:权利是传统理论最重要的组成部分,它们一直以来都凌驾于其他价值之上。〔8〕的确,我们很容易把谈论得最多的问题当成是最重要的。但是,本书第二部分已经论证了,就权利与责任而言,这个结论有多么离谱。

让我们接受玛丽·安·格兰登(Mary Ann Glendon)的观点:为权利所作的辩护通常是“刺耳的”。〔9〕这是必须的,因为几乎所有社会问题都把限制性的权利作为一个解决方法。胎儿先天缺陷?那应该惩罚女性在怀孕期间吸毒并酗酒的行为;但不要动用医学基金对那些怀孕的瘾君子提供帮助。家庭破裂?那就让孩子的父母离婚更加困难,而不是强制执行孩子的抚养费或者为他们建造能够负担的住房。不道德?这应该抨击饶舌歌曲、电视脱口秀以及相关的广告,不需要重建父母的工作环境,让他们有更多时间去给子女教授道德伦理。犯罪?那就快放松宪法对警察的限制并把更多的人送到监狱里去,而不要去改善什么教育体系或是创造工作机会。一次又一次,我们总是更喜欢使用限制权利的方法解决问题,而不是去帮助人们行使权利。这样说甚至还是太温和了。惩罚性论述如此盛行,以至于极大地阻碍了对有助益的解决方案的讨论,而所谓的“授予权利”在绝大多数情况下指的是妻子可以为酗酒的丈夫作掩护。

179

保守主义者似乎特别努力要使人们活得更艰难。大多数保守主义者都坚信,大政府的时代永远都不应该到来。然而帕特里克·布坎南(Patrick Buchanan),他们最喜欢的这位1996年民主党总统候选人,曾承诺要在美国和墨西哥的边境上修建一堵墙,以阻止非法移民的进入。保守主义者还谴责公司责任的拥护者是“让人民脱钩”。〔10〕他们(错误地)攻击政府为了减轻家长在孩子年幼时——在那个阶段,家庭多半都入不敷

〔8〕 参见 Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York: Free Press, 1991); 以及 Amitai Etzioni, *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda* (New York: Crown, 1993).

〔9〕 *Rights Talk*, 上注 8, x.

〔10〕 Chester Finn, “New Paradigm Seminar: Reframing Family Values,” Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D. C., 20 November 1995.

出——的储蓄压力而施行的学生贷款项目。用更加保守派的腔调来表达就可以粗鄙地说：“我们就要搞定你们了！”

但不管是自由主义者还是社群主义者，都不能不考虑到财政紧缩的要求。克林顿总统想让公立学校的学生都穿上统一的制服；他强调校园暴力与对穿着的嫉妒之间存在着关联，这表明他把情境和原因搞混淆了。1996年5月，社会安全委员会的委员们要求国会通过一项7.2亿美元的预算方案——以便该机构能够对人们接受残疾补助的案子进行审查。很明显，如果你想要克扣残疾人的福利，那么大财政的时代就会一直存在并运行良好。^[11]“保姆国家”（想想在这个轻蔑的称呼背后所隐藏的态度）已经让位于“强势国家”。女性主义法学家们所质疑的传统理论并没有赋予权利比责任更优越的地位。权利是如此珍贵，因而它们必须被捍卫；责任是如此之根本，以至于我们无需对它们进行讨论。和社群主义者们一样，女性主义者没有理解，传统理论是把权利放在了一个防卫的位置上，而把责任看成是理所当然。

责 任 说

180 个体责任的假设前提深嵌在传统理论生于斯长于斯的这个社会。美国法律假设每个成年人都有责任去满足自己的需求。我在前面已经探讨过了，性别差异表面上看起来是天生的，实际上是由社会允许男性和女性满足自己需求的不同方式所造就的。^[12] 责任是被预先设定的，这一事实并不意味着责任从来不会被谈论；是的，它不但被讨论，而且是以女性主义者应该深入思考的方式进行的。西方文化里的故事关注的都是个人，把他们的成功归结为他们做对了的事，而把失败归咎于他们做错了的事。我们的民间英雄都是那些克服了重重困难的人；而残疾和贫穷被当作是偶然事件，却是这一类故事的主要来源。政治分析家总是用一个人做错

[11] Robert Pear, "U. S. Seeks to Review More Disability Cases," *New York Times*, 19 March 1996.

[12] 参见第一章，“义务与危险：女性的生存状况”；第三章，“关怀与压迫：女性伦理的根基”。

或做对了什么事来解释结果。体制、结构、过程甚至运气都与结果无关。工会把它的没落归结于内部的失败和腐化,“塔夫特—哈特立”法案(Taft-Hartley Act)却无需为此承担责任。^[13] 公平权利修正案未能获得通过,只能怪埃莉诺·斯米尔(Eleanor Smeal)犯了错和菲利斯·施拉夫利(Phyllis Schlafly)太精明,宪法条文阻碍修正案获得批准的事实却未被人关注。^[14] 人们把健康保护计划的失败归咎于希拉里·克林顿的估算错误,而不是反对势力所拥有的强大力量。

这些官方故事一点都不荒谬(例如人们认为杰拉丁·费拉罗[Geraldine Ferraro]应该对1984年总统大选的结果负责)。在每一个故事里,都是因为行为者的错误导致了失败的结果。但事实上,没有任何个人的行为足以解释那些结果;没有人可以自信地说:“如果某某不这样做的话,结果就会不同。”结构和体制的影响从来就不是官方说法的组成部分。

无责任的裁员?

人应该承担责任。但体制却不用。对个人来说,“失业”是“错误决定的最终后果”。^[15] 但当公司“裁员”时——也就是创造失业——CEO和所有者不需要对政府或其前任雇主负责。要去挑战这些决定是不现实的,是与那些鼓吹“把企业变成社会服务机构”的“现代经济狂躁病人”^[16] 结成同盟的行为。但是许多人认为要求未成年人戒除性行为或者要求不和睦的夫妻保持婚姻关系则是现实的。当今的“责任说”充斥着这类的矛盾。

分析责任说的一条有效途径就是把两种具有许多相同特征的不同情形加以比较:即裁员与离婚。这两种情形的不同之处可能比它们之间的相似之处更加明显。工作和家庭都涉及多方的自我利益,但婚姻是私密

181

[13] 参见 Thomas Geoghegan, *Which Side Are You On? How to Be for Labor When It's Flat on Its Back* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 1991).

[14] 参见 Judith A. Baer, *Women in American Law: The Struggle Toward Equality from the New Deal to the Present*, 2d ed. (New York: Holmes and Meier, 1996), chap. 2.

[15] Alan Wolfe, "The Feudal Culture of the Postmodern University," *Wilson Quarterly* 20 (Winter 1996): 60.

[16] James K. Glassman, "Far from Doomsday," *Washington Post*, 5 March 1996.

的、排他性的关系而工作不是。裁员和离婚都涉及合约关系的终结,但这两者在法律程序上完全不同。在裁员的时候,总是更有权力的一方为了自己的利益而终止雇佣关系。在美国法上,没有婚姻是这样的关系,也没有哪个婚姻的结束是以这样的方式。自克希伯格诉费恩斯特拉案以后,夫妻间就是平等的伙伴关系。而自从无过失离婚法生效以后,双方合意就取代了婚姻的解除。^[17]早在法院宣告权利不对等的婚姻法无效之前,无过失离婚的制度就已经在五十个州确立起来了,这个事实可能重要也可能不重要。

但是法律所预设的婚姻关系与现实的婚姻并不相符。很多婚姻关系是不平等的,很多离婚也只是单方作出的决定。权力来自于配偶中掌控较多资源如收入、教育程度或者是身体力量的某一方,通常是丈夫这一方;或者权力也可能是根据人与人相处的著名法则进行分配的:即照顾责任小的人剥削照顾责任大的人。一段婚姻的结束经常都是由有支配力的那一方提出来的。“经常”不意味着“总是”。有一些婚姻确实是由双方协商终止的,还有一些婚姻的结束是因为从属的一方想要脱离这种关系。如果离婚的双方有小孩,那么类推法就可以起作用了:离婚是由一个或几个有支配力的成员所导致的家庭破裂。配偶的一方或双方都是为了自己的利益而行动。

不论是一段婚姻还是一份工作,都牵涉到双方之间的契约关系。如果这种关系是成功的,其中一方或双方所给予的东西可能比对方所要求的还要多。我们知道这样的情形在婚姻中是存在的。俗话说,“婚姻中一半是给予一半是接受。”但这句话总是被那些认为“婚姻是百分之百的付出与百分之百接受”的人加以引用来表示反对。这种额外获得的情形在一些工作关系中可能不那么明显,也不那么常见。但是1996年一则关于柯达公司裁员的新闻报道中,引用了该公司一位被解雇的资深经理人的女儿的话:“在我们家,我们用的东西几乎没有什么不是柯达的,比如柯达

[17] 450 U. S. 455(1981),参见第五章。

的底片,柯达的照相机。”^[18]传说 IBM 公司的托马斯·沃森(Thomas Watson)曾经为一个项目遭遇灾难性失败的员工保留了职位,因为公司为了培养他已经花了两百万美元。不管是真是假,这个故事都表明了一种互惠性,这种互惠性与我在自己的职业生涯所观察到的情形相似。如果我们重新定义离婚和裁员,可以发现,两者都是一种正式关系的崩溃,并且这种关系曾经对双方都很重要,也都是因为支配的一方不再想要保持这种关系才导致破裂的。

婚姻和裁员从表面上看都是一种私权关系;大多数的裁员都发生在“私有的”部门,正如婚姻总是属于“隐私”的范畴。但是这些关系以及它们的破裂,正是例证了“公共—私人”领域二元划分的缺陷与危险。裁员的后果不只是产生明显的经济影响,还包括负面的社会影响。失业导致消费水平下降,而后又导致更多的失业,最后就引发了犯罪。解雇与家庭破碎之间的关系已经被太多次地指出来了,我无需再对此多作论述。裁员会遗留颇多隐患:削减后的劳动力要承担没有削减的工作负担;工作负担过重的雇员会在工作中出差错;因为企业服务的下降而感到不方便的顾客便会抱以愤怒和轻视;不友好的顾客群会恶化工作环境;这种愤怒、罪责、疲劳和挫折感之间不断的恶性循环,甚至会让那些有工作有钱花的人也感到生活愈加令人不快,愈加残酷。^[19]

182

我们很难去衡量家庭的分崩离析所造成的社会影响,因为围绕这一问题的争论把事实与观点、现实与修辞混同了。接下来的这一段论述,来自于一位著名的专栏作家针对家庭瓦解所发表的一个熟悉的观点:“大量的证据显示,单亲家庭中的孩子比双亲家庭的孩子更容易受到各种危险的伤害。”^[20]许多这方面的证据都包含了对单亲家庭的研究报告;但是因为缺乏一个控制组来进行比对,这些研究结果无法支持

[18] Rick Bragg, “Big Holes Where the Dignity Used to Be,” *New York Times*, 5 March 1996.

[19] 我知道。我为自己是一个愤怒的顾客而感到罪恶。

[20] Leo, “Marriage,” 见注 4。

上述的观点。^[21] 比如获得监护权的母亲和她的孩子在离婚后生活水平下降这一类因素可能是极为重要的变数。^[22] 歪曲事实并不是离婚的批评者才会做的事情。想要结束婚姻关系的父母经常会对他们自己和其他任何愿意相信他们的人说:对他们有好处的选择对孩子们也有好处。不管怎样,专家对这种看法并不认同,他们认为离婚对孩子不好。^[23]

因此,离婚和裁员都是一方为了追求其个人利益而导致法律关系终结的行为,并伴随着消极的社会效应。但是针对这两种关系的论述却反映出“责任”和“应负责任”这两种截然不同的态度。大众媒体都一拥而上为裁员找借口,因而一些大公司便因此而免责。“世界在改变”;“你是没办法逆流行事的”;“不可能有什么灵丹妙药让问题自行解决”。^[24] 在大公司,没有人会为了解决这些问题而采取行动:事已至此,谁都无能为力,顺其自然吧。自由将不会在任何体制中存在,虽然我们在第五章里就论证过法律是如何为他们的不自由而开脱的。这种把经济趋势概念化为不可阻挡的自然力的做法,与我们在第七章提到的一些作者对男性性欲的讨论非常类似;工人必须保护他们自己不被解雇,正如女性必须保护她们自己免于遭受性侵害。

183 企业经营者和政府官员既没有创造也没有摧毁就业机会。创造或摧毁就业的任务是交由“整个经济体制”来完成的,交给了这个曾被一位美国参议员称为“自由企业强硬、冷酷、残忍但一贯运行良好的体制”。^[25]

[21] 这些研究中包括的最著名的是 Judith S. Wallerstein 的一个纵向研究项目。参见 Wallerstein and Joan Kelly, *Surviving the Breakup: How Men, Women, and Children Cope with Divorce* (New York: Basic Books, 1980); Wallerstein, *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade After Divorce* (New York: Ticknor and Fields, 1989).

[22] 见第五章注 26-30; Ruth Sidel, *Keeping Women and Children Last: America's War on the Poor* (New York: Penguin Books, 1996), chap. 2.

[23] 这些专家中的某些人被证明是女性主义的拥护者。参见如 Mary Pipher, *Reviving Ophelia: Saving the Selves of Adolescent Girls* (New York: Ballantine Books, 1994), chap. 7; Okin, *Justice*, 上注 1, 4, 162-69, 182-83. 对于实体分析的相关文献,参见 Barbara Dafoe Whitehead, "Dan Quayle Was Right," *The Atlantic*, April 1993, 47-50.

[24] Allan Sloan, "The Hit Men," *Newsweek*, 26 February 1996, 44-48.

[25] 前参议员 William Proxmire (D-Wisc.) 解释了他对 Chrysler 1979 年的抽资予以反对的原因。参见 James McGregor Burns, Jack W. Peltason, and Thomas E. Cronin, *Government by the People*, bicentennial edition, 1987-89, 全国、州和地方版 (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1987), 540.

一度企业都通过主张独立的人格地位,主张与自然人一样的宪法权利来保护它们自己不受国家权力的侵袭。现在,企业都通过主张自己是一个中立、非人格化体制的一部分来维护自己的利益,可以像天气一样不受人类的影响。但即便是国家也帮不上忙,“嘿,美国!政府不能去抑制”就业风险。^[26]当前任劳工部长罗伯特·瑞奇(Robert Reich)呼吁“企业责任”时,他的同事却“唯恐他因为呼吁企业‘寻找灵魂’而被视为是在诋毁这些企业”。^[27]

现在常常可以见到的为裁员所作的正当性辩护是,解雇是一个竞争性的国际市场上必须具备的手段:如果我们现在不裁员,等到最后,我们的失业率可能会和许多欧洲国家一样高。社会保障网缓冲了失业给欧洲带来的冲击,但这一事实并没有驳倒裁员者的立场。他们可能是对的,虽然允许他们那样去评判自己的行为一点都不符合民主决策的过程。不管是对是错,裁员者甚至都用不着替自己辩护。他们的逻辑让人一看就接受。他们认为自己是不可挑战的,因此依据他们自己的利益行事也无可厚非。除了会提出一些小小的建议,比如议会可能会保障那些被解雇的工人仍然拥有他们的健康保险,没有人会去干预裁员者的裁员行动。^[28]人民可能拥有自由,但是大机构可以为所欲为。承受被裁之苦的那些人被告知,如果他们工作足够努力并且这个体制能够自律的话,情况就会更好。事情总是这样的,任何自律的体系都有一个周期,但不是每个人都能从中受益。毕竟,人总是为了经济而存在,而不是经济为了人存在。

如果说无过错的裁员是大势所趋,那么无过错的离婚则是一种危险。解散一个有孩子的家庭,这种决定会比裁员决定遭到更加强烈的反对。和青少年性行为一样,诉诸个人之外的力量的方法在离婚里面几乎不起作用。1996年初,密歇根州议会曾有人提交了废止无过错离婚的议案。

[26] Robert. J. Samuelson, "The Politics of Self-Pity," *Newsweek*, 26 February 1996, 50.

[27] David E. Sanger and Steve Lohr, "A Search for Answers to Avoid the Lay-offs," *New York Times*, 9 March 1996.

[28] Samuelson, "Politics of Self-Pity," 上注 26。

越来越多的意见领袖也赞成对离婚加以限制。^[29] 比如,威廉·加尔斯顿对1990年英国法律委员会提交的一份报告(已被驳回)就大为赞赏。这份报告的主要内容是建议对于有小孩的父母提出的离婚要求,强制增加一项九个月的延缓期。双方可以利用这一段延缓期,在调解人的帮助下,依次作出以下决定:孩子的未来怎么打算;财产如何分割;财务管理问题如何处置,等等。离婚永远不会被禁止,“但是要鼓励父母亲在离婚前考虑一下家庭破裂的后果,而不是为他们的行为找原因找借口,委员会希望借此能够提高夫妻挽回婚姻关系的几率”。^[30]

作为一个受美国法学院的教育而成长起来的学生,我无法忽略20世纪司法政治的核心课题,无法不关注到关于裁员与离婚类似的修辞。一个单一而强大的目标可能比一个弱小但碎片化的目标更容易被控制。尼克松总统遵循最高法院的命令移交控诉证据的速度远比美国教师们把祷告带出课堂来得快。但是按美国人的说法,似乎限制数百万对夫妇比限制一个超级大公司要容易。此种逻辑的另外一个难点是,我们现在试图使其变得更难终结的这个关系,正是最不容易被规范的关系。婚姻不仅仅是两个自利的人之间的关系。也不仅牵涉到相互之间的权利和义务,还有爱、友谊及相互之间的性吸引,这些都不是可以要求得来的。没有哪个有敏锐洞察力的人会否认,的确有些婚姻是因为某些微不足道的小事或者一时冲动而结束的。但是我们同样也无法否认,离婚的人经常有一些很好的理由。即使孩子们可能在双亲家庭里生活得更好,但又在多大程度上能要求父母作出牺牲呢?甚至即使父母为了孩子着想,应该维持他们的婚姻,难道社会就可以把道德上的这个“应该”(should)变为法律上的“应该”吗?女性主义者必须坚持主张,社会要把女性的需要与孩子的需要摆在同等的位置来对待。我们千万不能让反对离婚的群体忘记,有一些婚姻结束的原因甚至会导致一些婚姻根本不会开始和存在:“女性

[29] 见第七章注84。

[30] *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 286.

更不愿意忍受传统婚姻当中不平等的权力关系和劳动分工。”〔31〕

责任说暗示了,当维护夫妻离婚的自由时,社会应该限制企业裁员的自由。如果工人不应该任凭企业摆布,难道我们应该让孩子们被他们的父母所摆布?不,我们无法消除离婚的原因,并不代表我们无法控制离婚带来的负面影响。〔32〕但是要想在维护大人自由的同时,还满足孩子的需求,最关键的任务是我们必须重新审视传统理论另一个被忽略的特征:责任被性别化的方式。

传统法学与性别的不对等

或许所有的人都要担负责任,但是用《动物农场》(*Animal Farm*)里的话说,有一些人会比其他人担负更多责任。所谓宰制,表现为它有指定和分配的权力,可以把人类活动进行分类并且根据性别的界限在男女之间分配权利、职责以及危险。男性可以脱离枷锁的控制,而女性却必须对照顾和养育、生育控制和抚养孩子、自己对他人的行为和他人对自己的行为都负起责任来。女性主义法学家忽略了在我们的文化中个人责任的前提被性别化的方式,因而导致了我在第三章里所分析过的那些解释上的错误。情境法学的批评者的解读是错误的。她们把对女性情境的分析与对女性特质的分析混淆在一起。如此一来,揭露男人虐待女人的女性主义者反而遭受到将女性贬低为受害者的指责。因为情境派的法学家难以对此种批评作出反应是因为她们没有觉察到自己是如何被别人解读的。个体与机构之间责任的不对等正好映衬出男性与女性之间责任的不对等。

185

关于离婚和裁员的各种修辞可以显示出,商业机构是如何被免除责任而老百姓是如何把这些责任扛下来的。因为大部分下令裁员的人都是男人,并且就算存在少数例外,她们的权力也都是从男人那儿得来并且依

〔31〕 Kristin Luker, *Dubious Conceptions: The Politics of Teenage Pregnancy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996), 159.

〔32〕 “有两种方法来消除内讧引起的危害,一种是消除其源头,另一种则是控制其效果。” *Federalist*, No. 10 (James Madison). Thomas Jefferson 的《独立宣言》中描述为“轻微而暂时的原因”。

照其喜好而行使的,因此企业的权力也是一个被性别化的问题;还有一个例子是男人分配角色、权利和职责并且在使自己免于承担责任的同时把过错归咎于其他人的权力。第六章和第七章论证了商业机构和男人是如何逃脱责任而让女人承担起责任来的。异性间的性行为、怀孕以及孩子的抚养这些词语所存在的语境就是,男人自由自在,而女人则要为男性的主动性所造成的这一切后果买单。有关胎儿保护的论述把这个问题的讨论基调变成了胎儿保护是女性权利还是女性责任之争。企业无需承担保护胎儿不受侵害的责任;政府也不必对那些它准备予以处罚的女性提供任何帮助。

孩子们很容易因其父母的婚姻状况而受到伤害,正如妇女很容易因为她所具有的生育功能而受到伤害。离婚给孩子所带来的大部分伤害,与性和家长身份给女性带来的危险,其实是同一因果关系:都是因为男性的不负责任。第五章清楚地论述了,虽然无过失离婚法的条款从字面的文义来看是中立、公正且不偏不倚的,但其实际的结果却是以损害妇女和儿童的利益为代价便利了男性。在处理离婚的案件中,法官作出判决时所依照的准则,往往有利于男性而不是女性。最后作出的扶养判决总是不够有力,对扶养判决的执行也总是不够彻底。^[33] 离婚后如果孩子们失去了其中一方的收入,他们将会在财政上陷入贫困的境地;同样,离婚后失去了父母中任何一方,孩子们在情感上也会感到困窘。

法律无法强迫父亲一定得去关爱自己的孩子。但是法律可以通过赋予支持的义务并且对这种义务强制执行的方式,来降低男性的不负责任所带来的负面影响。比如法律可以(然而它却没有)让女性获得避孕和堕胎的途径或者让政府提供补助以减轻母亲的负担。从1980年代中期开

[33] 比如 Terry Arendell, *Mothers and Divorce* (Berkeley: University of California Press, 1986); Renee Cherow-O'Leary, *State-by-State Guide to Women's Legal Rights* (New York: McGraw-Hill, 1987), 11; Lois Greenwood-Audant, "The Internalization of Powerlessness: A Case Study of the Displaced Homemaker," in *Women: A Feminist Perspective*, ed. Jo Freeman, 2d ed. (Palo Alto, Calif.: Mayfield, 1979), 264-81; Sidel, *Keeping Women and Children Last*, note 22 above; Wallerstein and Kelly, *Surviving the Breakup*, and Wallerstein, *Second Chances*, 上注 21。关于这些研究的讨论见第五章注 30。

始,联邦政府和各州政府一直在加大对儿童的抚养力度。到1996年,法官已经开始把不履行抚养义务的人投进监狱,并且联邦政府也开始降低单亲妈妈获得支持的难度。政府各部门努力把力量用在了需要帮助的地方,这一点很受欢迎,虽然可能有点晚。但是反离婚行动则企图分散政府的注意力,将关注点从可实现的执行目标转向了不可实现的禁止政策。大众舆论把男性行为看成是性别中立的问题。每一段婚姻关系的结束都牵扯到一男一女,然而离婚后大多数不履行抚养义务的人都是男性。对夫妻双方都施以强制但却不破坏性别不对等状况的解决方法,似乎比重新平衡男女关系、均等各自负担的解决方法更受欢迎。

186

责任逐渐向下层流动:从机构到个人,从男性到女性。权力不包含责任;权力所包含的是分配责任的能力。这种不对等的状况确保社会可以期待它的问题由权力最小的那一部分人来解决。人们必须寻找工作,但雇佣者则没有义务创造工作机会。年轻人婚前必须推迟他们做父母甚至是拥有性行为的时间,而政府却不必促进各种社会和经济变革,使这种推迟变得有意义或是让这种目标更加可行。女性不能通过堕胎来终止她不想要的妊娠,但是男人没有义务来防止这种妊娠的发生。这些不合理的期望为那些获益于社会现状的男性们创造了极好的特权。质疑这些对于女性不合理的要求从而颠覆现状是女性主义学者们必须承担的使命。女性要想获得平等,责任必须与权力同行。

再论传统法学

“男性至上”是法理学的预设前提,但是不同学派的学者用不同的方式把这一理念融入到各自的理论中。我对于传统法学或者叫标准法学的分析,特别强调了其建构、设定及分配自由和责任的方式。传统法学和自由主义归属同一类型,但又不是完全相同。传统法学中的自由主义是一个不对等的自由主义,被不对等地适用于男性和女性。自由主义中关于“权利”的部分有时候被过分地捍卫,而关于“责任”的部分则被预设为前提,关于权利的讨论从来都没有把女性的权利完整地包含在内,但是关于

责任的讨论却从不放过女性。

传统法学中的自由主义仅仅捍卫消极权利：比如说讨论生育自由但不讨论给母亲的津贴。传统理论中并不包含积极权利，虽然自由主义理论谈论积极权利至少有一个世纪之久了。^[34] 传统理论为自由主义辩护，同时把资本主义预设为前提，人权和自治是在对所有权的主张被满足了之后，才被保留下来的议题，我们所知道的自由主义既不是生发于资本主义也不是依附于资本主义而存在的，自由主义在工业资本主义产生之前就存在了，而且是和社会主义一起存在的。然而，如果说传统理论是伦理道德的承载，那么它也是被经济力量所驱使的。

187 如果我们暂时把观察点从政治层面转向宗教层面，资本主义在传统理论中的主宰地位可以被认识得更加清晰。1990年代末期美国的政治文化没有反映出这个国家的宗教多元化状况。在美国政治中主导的宗教声音是“基督教的权利”，它只为基督教发言，就好像传统理论只为自由主义发声一样。美国缺乏像欧洲的基督教民主党这样的政党，这种政党把建设福利国家的努力看成是遵循基督要求我们帮助穷人的指示。对我们的政治文化产生了深刻影响的基督教教义，强调异性恋的一夫一妻制、自律、产业、服从以及传统的性别角色：换句话说，它所强调的都是与资本主义相容的基督教价值观。在美国，资本主义像吞噬自由主义一样吞噬了基督教。

因为自由主义已经被资本主义所扭曲，因此，传统理论也不再是纯粹的自由主义了。人们必须为发生在他们身上的事情负责，而机构却可以不用为他们所做的事情负责，这是因为机构总是被预设为是可以自我平衡的，而个人却被认为是依自由意志而行事。女性必须为她们所承受的伤害负责，而男性却免责于他们加诸在别人身上的伤害，原因是自由资本主义经济奖励掠夺、剥削弱者。

自由资本主义经济奖励掠夺也奖励竞争，“较好的”自然要输给“最好的”，美国文化喜欢排资论序。演讲家们宣称美国是世界上最好的国家；权威的专家们也喜欢鼓吹“我们有最好的”教育、医疗保健或政治体

[34] 见第三章注2中的引用。

系,不管事实是什么样的;我们也倾向于去构建这样一种现实,即人生就是一种赛跑,每个参与者都会到达某个地方,然后从第一名到最后一名依次排序,只要官方的计数器足够准确。当我们宣称某个人是“最好的”时候,我们很容易把自己的主观价值包括性别主义带入判断中。某个职位的最佳人选可能是一个女性,但通常情况是根本没有一个所谓的最佳人选;如果一个女人要证明自己是最好的才能得到这个职位,那就意味着女性跟男性是不平等的,构建一个呈金字塔状的现实比构建一个平面的现实更有利于传导等级体制。

这一切是否意味着,主张女性主义的人就不能主张资本主义?我并不是主张有什么资本主义与性别平等是相容的,因为我不知道如果资本主义中最具性别特征的部分发生改变,那资本主义里还剩下些什么。我在第三章里曾经提到,社会对于掠夺的依赖使得它很难被控制,而弱势者却更容易遭到责难。我们能对健康的扩张与恶性扩张作出区分吗?或者在被剥削与接受已经发生在你身上的事情之间作出区分吗?我们能不能区别(在事实上或者在法律上)设计圈套引诱邻居与直接强暴她有什么不同?(在法律上,如果强奸被认为是对男性财产权的侵害,这个区分就比较容易作出。)^[35]我们能不能把一个受骗者的轻率行为与一个受害者的轻率行为区分开来,一个社会如果能完成区分任务,那就会使女人不那么容易遭受掠夺,也不再需要为她们的弱势负这么多责任了。

188

本章已经审视过各种机构——包括企业——把责任向下转移并且拒绝自己承担责任的能力。假设政府对于企业有足够的控制并尽力去公平分配个人与机构之间的责任:这是对资本主义的破坏还是对它的拯救?由于专家学者们对于大萧条之后的罗斯福新政以及第二次世界大战是否挽救了美国资本主义这一问题并未达成共识,因此历史并未给我们回答此类问题提供太多指引。责任的重新分配是实现性别平等的必要前提,但是,这种重新分配会对我们的经济体系产生怎样的影响,还是一个无法回答的问题。

[35] 见 Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape* (New York: Simon and Schuster, 1975).

进一步说,即便我们相信性别平等与资本主义相冲突,也不意味着性别平等就能与别的经济体制相容。^[36]自由主义和资本主义都需要南希·哈索克所说的“背着日用品、婴儿和尿布,唯唯诺诺,紧随其后”的人,只不过哈索克批评的是马克思主义。^[37]社会主义政府并没有消除男性的优势地位以及不对等的责任分配体系,社会主义经济也不能免于掠夺与侵略。资本主义与它所取代的封建主义、马克思想要成立的社会主义,以及农村经济和工业经济、自由主义和保守主义哲学之间,存在着一个共同点,那就是男性至上。资本主义击败了法学和神学,而男性至上之学却击败了资本主义。如果不是这样,美国人怎么会在讨论平等工资时突然变成了马克思主义者?他们要求男性有更高薪水以养家糊口,或者在讨论生育自由权时避免使用资本主义术语。^[38]男性至上主义既优先于经济也优先于法律理论。传统法理学只有在男性至上主义构建了整个社会之后,才是“自由主义”的;它也只有男性至上主义构建了整个经济体系之后才是“资本主义”的。

对于传统法理学的重新理解更强化了我的结论,那就是传统理论中所特有的对自治、权利以及责任的分配不公与性别平等并不相容,以女性生活为基础的法理学必须从未更改的(unmodified)女性主义走向更改中的(modifying)女性主义再走向修正中的(revising)女性主义。性别平等与我们现有的资本主义或自由主义都不兼容,因为它们都建基于并服从于男性至上主义,当理论体系的创造将一半的人类都排除在外,那么这种创造所形成的结果对于被排除的那一半人类来说不可能是公平的。

自由主义的权利和自治以及它保障人们去做其他人所反对的事情的自由,实在是太好了,以至于我们很难去放弃它,将女性排除在这些权利之外对女性所造成的伤害就像自由主义给我们造成的伤害一样大。但是

[36] 一些著名的女性主义学者确实认为资本主义不符合女性主义而加以抵制。比如 Zillah Eisenstein 的 *The Radical Future of Liberal Feminism* (New York: Longman, 1981); Nancy Hartsock, *Money, Sex and Power: Toward a Feminist Historical Materialism* (New York: Longman, 1983); Alison M. Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature* (Totowa, N. J.: Rowman and Allanheld, 1983).

[37] *Money, Sex and Power*, 上注 36, 234.

[38] 参见 Baer, *Women in American Law*, 上注 14, chap. 3.

女性主义批评家们认为这种排除不是自由主义对女性造成的唯一伤害,并且保障女性权益也并非是一个乌托邦式的解决方法,她们的看法是正确的。自由主义并没有谈及我在第一章里所描述的处境,那些“艾伦·詹姆斯协会”(Ellen James Society)中被喂得饱饱的、轻松的、修身养性的男人们与饥饿的、被压迫的、疲惫的女人们。受到不平等对待的人只可能拥有纸面上的平等权利;自由主义者也从来没有谈及成年人之间在性、家庭以及工作、关系上的不平等。自由主义对于自由意志以及共识的假设拒斥了女性的弱势和责任。女性所行使的个体权利可能对她们有好处,但是有权力超越女性的人所行使的个体权利却有可能对女人形成压迫。

譬如说,女性主义者已经指出,自由主义的隐私原则是如何保护男性权力去践踏女性生活中的权利,以及如何便利他们与女性发生性关系的。罗伊一案承认女性有权终止妊娠,并且这个承认广受欢迎,但是这一权利却折中了她继续怀孕或者拒绝性行为的自由。法律似乎既不知道有强迫堕胎又不知道有强迫堕胎的问题。通过宣告性别化的婚姻法,费恩斯特拉案使丈夫的“夫权”不能被强制执行。但是丈夫不需要法律为其提供性交途径,强迫性行为也不单是发生在婚姻内部。

特征法学家和情境法学家都曾指出自由主义的隐私原则之基本缺陷不在于它预设了各种关系中的平等,而在于它对于公共与私人的划分。传统理论把生活区分为不同“领域”,女性被迫归入其中之一,而在该领域所发生的活动都被低估了价值,私人领域中的生活使女性很容易受制于男性的权力。妇女们和女孩们经由社会化的过程进入到传统的女性决策之中,并且或多或少地被期待去接受这样的角色安排。如果她们真的这样做了她们就变成了弱者。如果她们不这么做她们就会被惩罚。女性主义即修正中的自由主义,必须要处理女性的弱势及责任问题。她必须承认私人领域活动的价值,同时将女性从该领域中解放出来。女性主义法理学必须把女性的生活摆在法律面前。它必须把性别平等假定为一个组织的原则,并且将传统理论中的男性至上主义“连根”拔出。^[39]

[39] *Keyes v. Denver School District No. 1*, 413 U. S. 189, 221 (1973).

后自由主义的女性主义理论

“法学归根结底还是关于人的学说。”^[40]以人为中心——而不是以国家、善、神明、某个经济体制或者历史理论为中心——是自由主义和女性主义法学共有的一个美德。然而法学从来不是关于所有人的学问。它将那个背着日用品、婴儿和尿布的人排除在外。这个人,或者说像她一样的人到处都有。她必须这样,因为她所干的工作在各处都是必不可少的。但是西方法学竟然将她排除在外:有时候是刻意的排除,像亚里士多德在他的《政治学》第一卷里所做的那样;有时候是有意的忽略,前女性主义的自由主义者们就是这么干的。婴儿,和女性一样对于社会的维持起着重要作用,然而也被排除在外。法学中所指的人只是成年男性。只有当女性像成年男性生活时才能被包含在内。我在本书里一直强调,女人过那样的生活并没有什么不对。事实上,我与许多特征理论学家相区别的地方就在于,相比照顾、连接以及具体细节的领域,我更倾向于生活在权利、正义以及市民活动的领域里。但是一个局限于要求与男性享有形式平等的理论对于实质平等是一种破坏。

为什么? 毕竟,前女性主义的自由主义者——或者称为自由主义的女性主义者——有两个值得尊敬的智识屏障可以依靠,其中任何一个都使我们更加确定,法学对于女性传统生活的排斥其实一点都不要紧。首先,自由主义假设有自由意志的行使;只要她是自由地选择了这种生活,那我们为什么要替她担心? 其次,公共—私人的二元化分将操持家务与抚养孩子置于法学的讨论范围之外;这些活动不应该成为法律理论关注的话题。如果我们仔细观察一下,自由主义法学是如何重蹈传统理论有意忽略的错误时,那么,我们会弄清楚为什么理论中必须要包含有这种典型形象。早期的第二波女性主义运动也曾遗忘了部分女性。贝尔·胡克斯(Bell Hooks),一个黑人女性主义作家,在批评弗瑞丹的《女性的神

[40] West, “Jurisprudence and Gender,” 上注5, 1.

话》时说：“弗瑞丹最有名的表述‘无以名状的问题’常常被用来描述女性在这个社会中的生存状况，而实际上指向的是一小群受过大学教育、处于社会中上层、已婚的白人女性所面临的生活困境……她没有考虑到，如果更多的女性像她这样从繁重的家庭劳动中解脱出来并且被赋予和白人男性一样平等的职业机会，那么谁去照顾孩子，谁去操持家务。”通过把“像她这样的女人所面临的生活困境”一般化，弗瑞丹“转移了别人的注意力，使人不再关注到她对于美国女性大众的阶层主义、种族主义以及性别主义的态度”。〔41〕

弗瑞丹所犯的忽略的错误，正好与1960年代两篇有名的解放宣言的立场相左。马丁·路德·金于1963年所发表的演讲《我有一个梦》，充满了向“奴隶之子与奴隶主之子”这样的男性修辞。1962年学生争取民主社会组织(SDS)所发表的休伦港宣言(Port Huron Statement)在一般的男性称谓的使用上甚至超过了马丁·路德·金。不管怎样，弗瑞丹也因为同样的原因而在态度上有所偏向，同样，传统理论对于家庭的排除也是性别主义的。家庭内务必须有人做。家务劳动者所做的这些工作——提供食物、衣服、庇护以及抚育小孩——满足了人类与社会的基本需求。照顾和抚养也是这些活动的情感要素。如果中产阶级家庭主妇放弃从事全天候的家务劳动，那总得有别的什么人来完成她们扔下的这些基础性事务。

191

胡克斯并不认为这些妇女的丈夫们会把这个担子接下。胡克斯和她的读者们直观地抓住了一点，即这个责任并不会从女人流向男人。胡克斯暗示，享有特权的女人们不想做的这些家务会落到贫穷的、工薪阶层、少数族裔的妇女头上，而这些妇女在历史上就一直无法与家务事脱离干系。当托儿所和快餐店的建立取代了安小姐的厨房所提供的低廉的家务服务，胡克斯基本上是正确的。如果说她有什么地方错了，那就是，职业妇女仍然得自己做家务。

不用做家务的女人必须找到其他人来做这些事情。由于可替代的劳

〔41〕 *Feminist Theory: From Margin to Center* (Boston: South End Press, 1984), 1, 2.

动群体都是由大量贫穷的、少数族裔女性所组成,因此雇佣她们来替自己履行职责的妇女,便透露出她们的种族歧视。正如胡克斯就此对这些妇女提出的批评与责备会被这些妇女吸收并内化为罪恶感。白人、中产阶级男性再一次地逃脱了被责难的命运。即使是他们自己的伴侣做了哪一类养尊处优的女人,他们也不用承担骂名。这个挥之不去的问题使得哪怕是那些享有特权的女性也无法在现实中与男性平起平坐。^[42] 社会把这些责任分配给了女性,并且如果女性放弃这些责任,她就只能向更加下层的女性转移她的负担,如此一来,性别平等就是不可能的事情。如果法学想要把所有人类都包括在内,它就必须寻找一种不同的方式来讲述人类、研究人类。

传统法理学究竟是在何时、以何种方式从人类的法理学变成了成年男子的法理学?许多理论学家都从人的自然本性开始着手:比如,霍布斯提出“人类对权力无止境的渴望”、詹姆斯·麦迪逊提出“男性才能的多元化”,以及密尔的个人主义或被误读为“分离命题”的自由主义理论前提。西方法理学中的权威们因为把偶然性当成普遍性、把特殊性当成本质性而受到批评。毫无疑问前女性主义的自由主义者们也把男性当成了全人类,马克思也是这样,他从情境而非特点入手。当代的自由主义者们一边反对着马克思关于阶级斗争的理论一边又从他那学了不少。我在第三章里曾引用过布鲁斯·阿克曼的《自由国家里的社会正义》(*Social Justice in the Liberal State*),在这本书一开篇,他问的是:“这个世界在人们眼中是什么样子的?”而不问“人是什么?”他自己的回答是“永远也逃脱不了为权利的斗争”,这让我们想起了霍布斯和马克思。^[43] 通过关注人们需要的什么,而不是他们是什么,阿克曼建立了一个比早期自由主义者更具包容性的理论。他对这个世界的理解和霍布斯一样,只不过他把霍布斯的“利维坦”完全翻转过来了。我在本书第一部分中曾指出,情境理论比特征理论更能使我们了解女性的生活:在满足这些需求的社会规定方法上的性别差异比女性主义者、前女性主义者或反女性主义者提

[42] 参见 Baer, *Women in American Law*, 上注 14, 318-19; 本书第一章注 4。

[43] (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980), 1.

出的关于性别差异的概念更能解释我们所认识到的性别上的分野。霍布斯从男性行为导出了“人类”自然本性的概念,阿克曼从男人和女人共有的需求导出了人类的需求。但是极少有女性可以通过为权利斗争而满足她们的需求;她们必须亲切可人才能与一个男性主宰的家庭合得来。阿克曼忽略了女性为了自保以及对抗那些女性所面临的特定风险所必须做的事情。^[44] 阿克曼和霍布斯都没有考虑那些维持日常生活、提供基本需求所必需的工作,如果所有那些掠夺性行为都有可能发生,那么就必须要有人来做这些工作。不管那些掠夺行为是基于人的自然本性所产生的还是为情境所逼或是两种因素皆有,又或者两种情况都不是,总之,这对于人类的生活是一个不完整的描述——传统法理学中所包含的其他描述也都不够全面。

女性主义者曾经试图从女性的生活入手来对传统的特征法学及情境法学作出修正:包括“女性特质”、“连接的命题”、女性的“声音”、她们“认知的方式”。但是大多数此类著作用“女人是什么”这样一个同样狭隘的概念代替了以往“人是什么”这个片面独断的概念。一个关于人类的概念可能是个陷阱,而关于女性的概念则可能是一个更加狭隘的陷阱。特征女性主义者未能建立一种与前女性主义理论相区别的性别差异理论,而情景女性主义者也未能使她们的读者将“发生在女性身上的事情”与“女性是什么”区分开来。女性主义法学家倾向于对传统法理学中的男性偏见矫枉过正,过度关注女性本身而忽略了许多影响女性生活的因素。因此,没有人——不管是古代人、自由主义者、马克思主义者还是女性主义者——就什么是人类,什么是男人,什么是女人得出一个统一的概念,使平等成为可能。

强制型法理学与自由主义的正义

一个关于人的完整的法理学必须超越特征与情境。为了补充特征与情境这两种理论,而不是取代它们,我们所需要的就是我所称的强制型法

[44] 见第一章注1,第三章注90、91。

理学。这一进路不是要去探寻人类是什么或是世界对人而言是什么样子,它所探讨的是人类与社会为维持生存以及维系文明所需要的是什么。强制型法律问道:为了保护人类与社会,必须发生什么事情?必须要做好哪些准备?哪些是我们不能不做的事情?

193 强制型法律所提出的一连串前提性问题不可避免地导向了这样一个结论:人类基本需求的满足和物种的繁衍是个人与社会的需要。而为这种需要而进行的责任分配发生在法律之外,并且优先于法学理论。女性并不是对所有的基础性工作都要负责。有些任务曾经是属于男性的。一个任务——抵御扩张行为——几乎是专属于男性的工作;而生育后代也是男性和女性共同承担的职责,尽管男性很少把他们的贡献看成是职责。传统法理学也没有排除所有的基础性工作;比如其中有很大一部分内容都谈及了商业和战争。只不过是多数传统女性所做的基础性工作被理论所排除了。

强制型法理学反对自由意志与自主选择的预设前提,也就是反对自由主义的核心理念。的确,维持生活所必需的工作不总是强制性的。这种工作也不总是零和博弈。一个人做得少了并不总是需要另一个人做得更多。弗瑞丹发现:“家务劳动的增加填满了所有可能的剩余时间。”这一观点在发表了三十年之后仍然持续地引起人们的共鸣。^[45] (同样我们也可以这么说:“军事装备的扩充花光了所有能够动用的经费。”)在弗瑞丹写下这段话的数年前,玛格丽特·米德已经观察到二战前的美国是人类历史上第一个使母亲成为一份全职工作的社会。^[46] 并且麦金农也指出,繁衍后代的强制要求只能部分地解释异性之间的性关系,她的这个看法无可否认。^[47] 把我们所需要的与我们想得到的、我们想要的和我们所偏好的相混淆的危险总是伴随着我们。我们也总是很容易把自己的需求与别人的需求搅到一起。我已经说过,女性不是自愿承担起那些强制性任务的,那只是一种自我保护的需要。从某种意义上说,有一些人——男

[45] *The Feminine Mystique* (New York: W. W. Norton, 1963), 第10章。

[46] “Some Theoretical Considerations on the Problem of Mother-Child Separation,” *American Journal of Orthopsychiatry* 24 (July 1954): 471-83.

[47] 见第三章注54。

人、女人或者男女都有,不管他们拥有多大的自由,他们都有可能自愿从事那些强制性职责。但是这些职责对于整个社会来说,并不是强制性的。我打不打扫我的房子无所谓,但是有些人必须去打扫学校、超市和医院。我们可以看到这样一个事实,有些人可以当懒鬼并不意味着每个人在任何地方都可以选择懒惰。我养不养孩子无所谓,但是某些地方的某些人却必须坚守这一职责。如果我没有给自己准备食物或者没有好好照顾我的孩子,那么就需要有其他人去把这些特定的工作完成。

强制性法理学打破了公共—私人领域的划分,这种划分对于那些被错误地困在某个领域中的妇女来说,是如此之危险。在第一章里,我作了一个比较,把这种公共—私人的二元划分与分蛋糕的方法作了一个类比——同一个人把切蛋糕和分蛋糕的事情都做了。但是,除非“私人领域”的工作都已经被人承担了,否则根本都不存在什么蛋糕。思想的生活、权力与财富的获得、民主的自治政府等等活动都是理论家们乐于谈论的话题,而赡养工作是这些活动得以开展的必要前提条件。某些人必须去从事这些必要劳动以保证那些人能够去做那些有趣的工作,公共—私人二元划分的被打破,与隐私权一点关系都没有;我们依然有极好的理由限制国家权力凌驾于个人之上,我们可以建立起不允许国家权力进入的“地盘”。但是这一决定本身即心照不宣地承认了,传统的私人领域的确归属于法理学讨论的范围。

194

强制型法理学对于后自由主义的女性主义做出的重要的贡献是,它调和了女性主义与自由主义最受女性主义批评家们所诟病的部分:对于权利的强调。没有人企图去刻画一个被所有自由主义法学家当成权威学说来接受的自由主义权利理论,罗尔斯的《正义论》可能是最接近于通说,也是最为人所熟知的。首先,“在尽可能接近所有人都自由的制度前提下,每个人都拥有平等的权利去获得最广泛的制度体系下的相同的基本自由权利”。其次,“社会及经济的不平等应该按以下原则来进行分配:(a) 在符合公平救助的原则下,满足最弱势群体的最大利益;(b) 在公平

平等的机会下,对所有人开放公职职位”。〔48〕

罗尔斯理论的抽象性是政治哲学的学生所遇到的最大的困难之一;它所使用的术语是如此之广泛,以至于它们可以正当化几乎所有的社会分配。这些问题当然也不会在有关性别平等的讨论里消失,罗尔斯就曾因在此问题上着墨太少而遭受批评。〔49〕对于“公平”和“利益”这两个概念的解释还有很大的空间,“最弱势的人”可能指儿童,也可能指的是妇女。然而,强制型法理学的前提的确给罗尔斯的原则提供了具体的语境,从而缓解了该原则的抽象性所带来的威胁。除非基础性的维持工作有人完成,否则任何权利和自由都不可能存在。因此,自由主义原则必须使用于这种维持工作的分配之上。必须去做的工作是一种职责,而如果能够免除这种职责就是一种特权。后者也是自由权利的一种,而前者则是对平等自由权的否定,依照罗尔斯意义上的公平原则,这两者都是“不平等”的。能免于承担这些责任是一种基本的自由,对于这种责任进行分配或者予以免除都必须遵循正义原则。〔50〕

我们现在的处境根本称不上是正义的:男性很享受这种从维持性工作里解脱出来的生活,而女性最多只能对这种情形说个“不”字。要满足罗尔斯的第一条原则,不能仅仅通过把男性的这种豁免权拓展到女性的方式,就像宪法第十九修正案将投票权扩大到女性身上一样;如果每个人都可以免于承担从事必要的工作的责任,那么任何自由体系都不可能存在。但是正义要求没有人拥有比别人更大的免责权,也没有人负有比别人更大的责任。一个女人必须拥有和男人一样平等的权利去表示拒绝,同时也必须有同样的权利,可以免于接受被迫的责任。女性主义的后自由主义正义需要迫使责任向上流动。然而这些术语看上去与其本质相冲

〔48〕 *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971), 302. For the “just savings principle,” 参见 284-93。

〔49〕 参见如 Okin, *Justice*, 上注 1, 第 5 章。

〔50〕 罗尔斯自己也许会否认这个说法。在其后来的著作中,他把有关正义即公平的观点限定在了政治范围内。但是我此处关于没有哪种可接受的法学理论可以排斥对于维持社会的必要行为的观点破坏了他暗指的差别。参见 Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993); Susan Moller Okin, “Review,” *American Political Science Review* 87 (December 1993): 1010-11.

突,我们如何才能达到目标呢?

如果每个人都有相同的基本自由,也不存在所谓的最弱势的人群,那么只要有一条严格的性别平等规则来对生活功能作出划分便足够了。这条规则很是令人着迷,这并不是因为它避免了罗尔斯理论中那些造成限制、拘束以及逃避清晰描述的概括性定义。对于这样一个结论最简单的批评就是说它“不现实”和“不实用”;但是,如同我所要主张的,这个目标的可行性取决于一个人打算怎么着手去达成它。当然,有一种强制性义务是不能根据这种原则来分配的。生育更多需要的是女性而不是男性。然而,我们不能只用性别化的基本功能来作为分配权利和职责的根本原则。生育孩子绝对是个例外,它不具有普遍性。女性主义的后自由主义正义之所以不需要对劳动力作一个严格平等的划分,不是因为这样的划分不可能,而是因为从事这类基础性工作的职责与这种工作本身并不是同一件事情。如果那些被迫承担必要性工作的人可以说不,并且可以因为做了这些工作受到奖赏,而不是被惩罚,那么不平等也可以使弱者受益。男人无法生育,因此正义的原则要求,人们也不能强迫任何一个女人生育。既然只有女性可以怀孕,那么也只有女性自己可以决定生育对她有多重要;因而,女性必须被允许怀孩子。因为有些小孩不管母亲是不是想怀上他,他还是出生了,因此生育应该变成一种需要补偿的特殊贡献,而非像过去那样,反而被社会加诸不对等的责任。

适用于生育问题的原则,也可以适用于这种不对等责任的其他组成部分:比如,满足人类基本需求的维持性工作以及被特征理论家归类为“照顾”的各种活动。第二个目标可能比第一个更容易实现。一个女人之所以会提供照顾,是因为她想这样做?还是因为她不得不这么做?或者是因为她觉得她必须这么做?也可能是以上三种原因兼而有之。不论在何种处境之下,照顾都是一项基本的社会功能。女性不应该全部或者不成比例地将照顾的责任承担起来,但是,她们理应为提供了照顾而受到赞扬。正义原则在照顾活动上的适用导致了政策的变化,这些变化包括法律条文以及宪法的修正,以使孩子们的主要抚养者和家庭暴力的受害者获得与孩子的生父以及受到骚扰的一家之主相等的利益。

196 这些改变都发生在可预见的范围内。其他的改变则可能更具颠覆性,因而也更不受欢迎。假设,我们不承认女性有生育的权利,而仅仅承认母亲们为了完成这项繁殖后代的基本任务,而不惜让自己去承担一个艰难、痛苦并充满风险的过程这一事实,那么我们的结论可能是,母亲的职责很有价值并且应该受到褒奖。但是,我们的社会会相信这一点吗?类似于霍姆斯大法官在巴克诉贝尔一案中所表达的“母亲消耗了国家的精力”这样的观点,人们往往说得很轻松自如。^[51]而与此同时,一旦谈及母亲对于国家和社会的贡献,就换上一种低沉的语调说“为了领袖而生育后代”或者“女士,你的儿子在军中服役吗?”(vous travaillez pour l'armee madame?)^[52]

如果我们更经常地听人们把母职说成是一种积极贡献,那这些论述就不会再显得那么奇特,也不再有那么多人令人困扰的言外之意。但是,想一想,这意味着什么呢?认为母职是很有价值的这种看法必须超越种族、阶层和年龄的界限,否则我们能做的就只是利用女性的生育功能去压迫另外一部分女性。因此,当代的美国最喜欢的罪犯——年轻的、贫困的未婚怀孕少女——实际上是自己冒着风险来为社会服务,她们也应该得到社会的帮助。事实上也的确如此,除此之外我再得不出其他结论。对于这一结论最明显的反对理由是,我们的社会不需要这些年轻女孩在她们生命这么早的阶段就提供这种服务。难道去帮助这些女孩,而不是去惩罚她们,真的会助长很多少女未婚先孕吗?幸运的是,对于这个问题,我们找到了解决之道。不少西欧国家都为母亲们提供了比美国更多的福利,但是他们的青少年生育比例则低于美国。

那么,女性法理学另外一个基本目标——把女性从她们不对等的责任中解救出来——又如何实现呢?重新在个体男性与个体女性之间分配责任看起来是一个全面的然而实际上不可行的任务。我们已经知道,不管是女性还是国家都无法令男性都使用避孕套、换尿片或者是做饭。但

[51] 274 U. S. 200, 207 (1927).

[52] “你为军队工作吗?”在越战中,一位法国女人这样问诗人阿吉尼·瑞奇,她是三个男孩的母亲。参见 *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution* (New York: W. W. Norton, 1976), 11.

是这一社会现实无损于我们为重新分配责任所作的任何努力。是的,没有人应该为忽略儿童的行为开脱责任或是表示赞赏,也没有人应该鼓励妇女们以失去工作为代价拒绝煮咖啡,拒绝做会议记录,或者拒绝做学生组织的院系辅导老师。所谓“个体性解决”只是一种矛盾修饰法,但是个体的主动行为却是一种相当积极的力量。

1963年,弗瑞丹这样写道:“每一个想尽办法也要坚持读完法学院或医学院,拿到她的硕士博士学位,并学以致用的女孩,其实都是在帮助其他女孩进步。”^[53]弗瑞丹是对的。那些拒绝女性特质的女性们为性别平等的实现做出了不可估量的贡献。这就是为什么每一个新生代女性法学家、法官或者国会议员都代表了女性主义所取得成就;这也是为什么进入职业领域的女性数量的不断增长,值得我们为之欢呼。今天,每一个拒绝从事传统女性工作的女性——包括拒绝生育后代——都在帮助其他女性不断前进。这一表述,与我早先对于社会义务所提出的观点相抵触。事实上,在我的论述中女性总是处于一个令人羡慕的位置,因为不管她们作出何种选择,她们都将做出有益的贡献。如果她们愿意,她们可以为社会提供维持性工作;如果她们不愿意,则她们的所为可以推进改变。相反,男人所面临的选择就是:要么帮助解决问题,要么帮助制造麻烦。

197

现在我们知道,1960年代的职业女性所做的并不足以终结男性的至上性。在那个时代,个人努力还不足以解决问题(现在也是如此),一个原因是贝尔·胡克斯迫使我们去面对一个问题:被某些女性所放弃的工作只能由那些更不幸的女性来代替她们完成,而不是由男性来承担。然而,虽然这种权利的向下流动削弱了个人贡献的影响力,但并没有完全否定这些贡献的存在,难道真的有女性主义者会相信如果《女性的神话》这本书没有被写出来,美国妇女们就会过得更好吗?弗瑞丹并没有效仿自由主义者和许多女性的做法,把严格的批判性审查用在自己身上。相反,她学习社会活动家和改革者的做法,把批判的视角转向了外部。她用激进的愤怒取代了自由主义的罪恶感。她为了强调指出男女之间的不平等,

[53] *Feminine Mystique*, 上注45, 374-75.

故对女性之间的不平等轻描淡写。通过这些做法,她帮助创造了一种不再仅仅局限于中产阶级女性的、更加广泛的社会运动。而弗瑞丹在许多少数族裔读者中——女同性恋者、激进主义者以及工薪阶层读者中所引发的愤怒,也有助于对她的错误进行纠正。当代的中产阶级职业女性也同样应该激起类似具有建设性、激励性的愤怒。

女性个体对于性别角色的拒绝,不足以建立起性别平等的另外一个重要原因是:这样一种解决方法只会加强本书所极力反对的那种性别之间的不平等。她把最多的责任分配给了最没有权利、最弱势的那些人。不管是作为个体还是一个集体出现,女性总是缺乏在每个家庭之中平等分配责任的权利。但是,女性也是自治政体的成员。女性也可以为在个体与机构之间重新分配责任而作出努力。女性也可以利用法律,通过严格抚养费的执行、对母亲发放补助、提高女性就业机会、扩大女性受教育的范围、同工同酬以及对女同性恋关系予以法律承认(这只是举出了极少数的几种可能性),来使她们更有力量对抗男性的权力以及不负责任。当女性在家庭之外获得某种自主权时,她们便可以在家庭里获得更平等的地位。如果男性拒绝分担女性的工作,那她们至少可以通过纳税的方式来对这些工作付费。女性可以抵制将产品安全责任从生产者转移给消费者的行为。女性也可以对医院把看护病人的责任转移给患者家庭的做法表示愤慨。(毕竟有些病人有家庭,也有些病人没有家庭。)女性可以将她们的批判智慧和分析技巧用于对当代国内政治和经济现象的解读:比如说,越来越多的资源积聚到越来越少的人手中、权力和责任的分离以及随之产生的(如果不是因之而起的)个人责任与个体弱势的不断加深。通过梳理自1980年代以来发生的种种事件,女性们可能逐渐开始明白怎么去重新分配责任。

朝着这样一个目标努力,便是要把握自1990年代后期以来所发生的可能的趋势。当政治中心逐渐右倾,极端右派就有可能成为政治的中心。自从苏联解体之后就失去了极端左派,其逐渐向中间靠拢,甚至陷入沉默。1996年颁布的《个人责任与工作协调法》(Personal Responsibility and Work Reconciliation Act)是将责任向下转移而非向上传递的、所包

含范围最为广泛的政策变化(它似乎并不是最后一个类似法案)。比起这样一些政策,如对社会福利金的领取资格实行限制(该政策使个人不得不对寻找并不存在的工作机会承担起责任),限制离婚(该政策所假设的性别中立原则违背了基本事实),或者增加而不是减少男性对于女性的权力等政策,我所倡导的政治变化现在已经不太受欢迎了。我的分析结果需要一个政府而不是比现在更小的政府才能实现。它需要政府更多地把权力用于机构而非个体、男人而非女人身上。它要求女性主义者继续坚持与当下的支配性政治权力和企业权力作斗争。对于一个主要由女性和自由主义者组成的群体来说,任何要求都不是小事情,因为这个群体里的人都有罪恶感且容易胆怯,她们总是尊重别人的意见却不要求别人对自己的尊重,她们也总是把变化与进步搞混。女性主义的后自由主义必须记住一点:多数原则只是在选举中适用,而不适用于思想领域。如果我们不能改变这个世界,那我们也必须让自己不被这个世界所改变。

强制型法学的未来

特征法学一开始便发问:“人是什么样子的?”情境法学的问题是:“这个世界在人类看来是什么样的?”强制型法学要问的则是:“什么是人类与社会不可或缺的东西?”这三个问题指向了同一个结论,即职责与危险、需求与抗争,这些矛盾在西方社会中是一直存在的。霍布斯所提出的在“自然状态”下的“人”的概念可能是错误的。他可能混淆了自然与文化;他肯定是把讽喻和历史混同在一起了。但是他很明白他所处的那个社会的状况。霍布斯的另外一句名言,非常贴切地描绘了在他那个时代、那个地方如果没有市民政府的统治,社会将会变成什么样子:“孤立、贫穷、肮脏、野蛮并且短命。”不管是因为人类的自然本性还是资本主义的贪婪抑或是贫瘠的土地,霍布斯那里的英国没有给满怀期待的人们允诺一种安全的、受保障的生活。人民无法依靠自己的力量保护他们不受暴力的伤害,至少没办法不制造一种战争的状态。但是就布鲁斯·阿克曼的观点来看,他对现代生活中的权力争夺的描述又过于夸张了。我更愿意相信他是在夸大其词——虽然我的愿望可能源于我个人的想法。但是他

认为人类为满足需求必须努力争夺的假设前提是毋庸置疑的：至少在我们这个时代、我们所处的社会里，规则就是如此；从这一点来说，霍布斯的英国以及麦迪逊和杰斐逊的美国应该也都是如此。

那到底是什么发生了改变？强制型法学所提出的问题可能会给我们带来令人惊讶的洞见。想一下我们需要什么，往往就会让我们接着想到我们不需要什么。譬如，回顾一下约翰·史密斯于1607年在詹姆士城所发表的名言：“不劳动者不得食。”孩子们在学校就已经熟知的这条格言，其实与现今许多对福利政策的争论所秉持的理念相去不远。它加速了联邦安全保障网的瓦解。这虽然是一条严厉的法则，但是它和灰姑娘的宵禁以及密尔为了权力可以正确行使而提出的“唯一目的”一样，也具有两面性。该法则暗示，不工作的人可能也可以得食。^[54] 因为这一法则为那些没有能力工作的人开脱了责任，这在一个有很多工作可做并且食物的供应也依赖于这份工作的社会里是很公平也是很合情理的。但是我们的社会除食物之外还有更多的东西可以追求，却没有足够的工作岗位可以提供给那些能够工作也愿意工作的人。我们不再对每个人的劳力都有需求。我们面临的问题是如何分配基础资源而不是创造资源。此时，那个旧的规则还能起作用吗？

认为人类个体无法保护自己免受暴力的侵袭是西方政治学理论的一个基本前提。是时候需要对我们这个社会的残酷现实予以正视和承认了。我们不仅无法使自己免受暴力的侵害，我们甚至无法确保自己有能力满足人类的基本需求和社会的需求。在历史上，大多数女性无法自食其力。这种情况变得越来越普遍、越来越严重——男人和女人，夫妇或是独身者，甚至整个家庭都是如此。1980年代的时候，母亲和孩子变成了“新贫民”。到了90年代，中产阶级夫妻也逐渐变成了“有工作的贫民”。1970年代女性主义曾喊出一条口号：“大多数女性都相当于没有得到社会福利的男性。”而如果在90年代要找一条相似的口号，那大概就是：“大

[54] 而她呢？对任何社会来说，假设大多数女性获得了工作比假设她们得到了足够的食物要更保险。但是史学家们记录了女性们在殖民地的艰苦劳动，而她们的营养需求至少在能劳动、能生育并在生育后恢复体力等程度上得到了满足。

多数人都是没有社会福利的粉领、病人或者遭受意外事故的倒霉蛋。”到20世纪末的时候,福利制度可能已经不存在了。即使是现在,那些勤奋的、诚实的、认真的、守规矩的人也不知道他们能否养活自己。女性则更是从来都没有过这样的确信。

后自由主义的女性主义法理学必须将“权利不仅源于意思自治与背弃,也源自需要”的观点作为基本前提融入其理论。权利与需求不应再被视为不相容的两极。^[55] 从满足人类需求这个意义上来说,权利的概念至少必须与自由主义理论中的传统权利结合起来。积极权利与消极权利应该被看成是相互依赖而不是互相排斥的。要想保护女性的消极权利,不管是在实质上还是在纸面上,都需要首先确认她们的积极权利。本书将女性的屈从置于一个权力、职责、权利以及责任交织的体系中进行考察。这一体系迫使女性不仅要为她们自己所做的一切负责,还要为别人所做的事情负责;不仅要为发生在她们自己身上的一切承担责任,还要为发生在别人身上的事情担责。除非平等地对责任进行分配,否则女性根本无法获得平等。女性所承担的不平等的负担也无法得到减轻,除非她们身上的责任可以转移给其他人:转移到男人、机构、政府以及社会的头上。责任既是人类的因而也是男性的;它既是个人的也是集体的。

200

结 论

在愤怒与希望交织之中,我开始了本书的写作。经过几年的研究、思考和写作,我逐渐加深了希望并克制住了愤怒的情绪。克里斯蒂娜·霍夫·索莫斯(Christina Hoff Sommers)的质问——虽然她本人并没有对此作出回答——一次又一次地出现在我的脑海里。^[56] 谁动了女性主义的乳酪?谁窃取了它在当下重要论战中的正当地位?谁偷走了它质疑一切的热情,并把它交到赞美性别差异和传统角色的人手中?谁偷走了女

[55] 参见第六章,“权利、需要和传统理论:重新构建法学”。

[56] *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women* (New York: Simon and Schuster, 1994).

性主义的外部视角而让它把批判的眼光投向了内部？

本书的写作粉碎了我心中残存的最后一点虚假的希望，我意识到有一些事情是女性主义学者也无能为力的。我们无法割裂“差异”（*difference*）这个概念与“劣等”（*inferiority*）之间的联系；无法通过主张照顾、抚育以及家务劳动等具有女性特质而提升这些活动的社会地位；我们也无法强迫人们不去把男性的侵略性与女性的被动性混为一谈。但是，我们可以去挑战或瓦解以男性为中心的法学中贬抑女性生活的那些区分：比如公共领域与私人领域的区分，原则与结果的区分，理性与感性的区分，以及个人与社会的区分。我们可以公正地质疑传统理论曾经拒绝作出的那些区分：比如毁谤性的“歧视”与改良性的“歧视”之间的区别，在满足“自保”需要上男性和女性各自经验之间的区别。我们可以探究的是理论如何来适应女性，而不是女性如何去适应理论。

当我想象一群男人和女人围在厨房里一起做馅饼这样的场景时，我心里更多涌起的是希望而不是愤怒。切水果、揉面、商量配料，这过程中的一切都伴随着谈话和笑声。当馅饼做好了，它会被摆在一个长桌子的正中央。刀叉静伺手边，恭候所有在席者享受美餐。装馅饼的大盘子在手间传递，每个人都从里面切下一块。每一块的大小比例，即使不是完全一样，但也基本公平。然而第一个分到馅饼的女人却被人们指指点点，威吓的声音从四面八方向她涌来。

201 “不！不行！”一群人大声嚷嚷。“你不需要那么多”，其中一个声音这样说道。其他人则说，“难道你就不能只拿水果或者酸奶酪？”或者“如果你不分馅饼对你也没什么损失”，“你没有跟我们一起做这个馅饼，你什么也不应该得到”。主要由女性组成的另外一群人回击道：“不！这个馅饼我们一块也不想要！我们自己烤个新馅饼。”威吓的声音此起彼伏。这个女人拿着她自己应得的那一部分，在桌子旁坐下，用她自己真实的声音开口说话。

参考文献

- Abbott, Philip, and Michael B. Levy, eds. *The Liberal Future in America: Essays in Renewal*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1985.
- Ackerman, Bruce A. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980.
- . *We the People*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- American Association of University Women. *The AAUW Report: How Schools Short-change Girls*. Washington, D.C.: AAUW Educational Foundation, 1992.
- Andersen, Margaret L., and Patricia Hill Collins, eds. *Race, Class, and Gender: An Anthology*. Belmont, Calif.: Wadsworth, 1992.
- Arendell, Terry. *Mothers and Divorce*. Berkeley: University of California Press, 1986.
- Aristotle. *The Politics*.
- Arms, Suzanne. *Immaculate Deception*. San Francisco: San Francisco Book Company/Houghton Mifflin, 1975.
- Baer, Judith A. *The Chains of Protection: The Judicial Response to Women's Labor Legislation*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978.
- . *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1983.
- . *Women in American Law: The Struggle Toward Equality from the New Deal to the Present*. 2d ed. New York: Holmes and Meier, 1996.
- Balbus, Isaac D. *Marxism and Domination*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1982.
- Barber, Sotirios A. *On What the Constitution Means*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984.
- Bartlett, Katharine T., and Rosanne Kennedy, eds. *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1991.
- Belenky, Mary Field, Blythe McVicker Clinchy, Nancy Rule Goldberger, and Jill Mattuck Tarule. *Women's Ways of Knowing: The Development of Self, Voice, and Mind*. New York: Basic Books, 1986.
- Bell, Derrick. *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*. New York: Basic Books, 1987.
- . *Faces at the Bottom of the Well: The Permanence of Racism*. New York: Basic Books, 1992.

- Bellah, Robert N., Richard Madson, William M. Sullivan, Ann Swidler, and Steven M. Tipton. *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*. New York: Harper and Row, 1985.
- Benhabib, Seyla, Judith Butler, Drucilla Cornell, and Nancy Fraser. *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*. New York: Routledge, 1995.
- Benjamin, Jessica. *The Bonds of Love: Psychoanalysis, Feminism, and the Problem of Domination*. New York: Pantheon Books, 1988.
- Bennett, William. *The Book of Virtues*. New York: Simon and Schuster, 1993.
- Berger, Brigitte, and Peter L. Berger. *The War over the Family: Capturing the Middle Ground*. Garden City, N.Y.: Doubleday, 1983.
- Berger, Raoul. *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Bernard, Jessie. *The Future of Marriage*. New York: World Publishing, 1972.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- Bird, Caroline. *Born Female: The High Cost of Keeping Women Down*. Rev. ed. New York: David McKay, 1973.
- Black, Hugo L. *A Constitutional Faith*. New York: Alfred A. Knopf, 1969.
- Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American Couples*. New York: William Morrow, 1983.
- Bordo, Susan. *Unbearable Weight: Feminism, Western Culture, and the Body*. Berkeley: University of California Press, 1993.
- Bork, Robert H. *Tradition and Morality in Constitutional Law*. Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1984.
- Boston Women's Health Collective. *The New Our Bodies, Ourselves*. Updated edition. New York: Simon and Schuster, 1992.
- Brigham, John. *Constitutional Language*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1978.
- Brownmiller, Susan. *Against Our Will: Men, Women, and Rape*. New York: Simon and Schuster, 1975.
- Butler, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, 1990.
- Butler, Judith, and Joan W. Scott, eds. *Feminists Theorize the Political*. New York: Routledge, Chapman, and Hall, 1992.
- Card, Claudia, ed. *Feminist Ethics*. Lawrence: University Press of Kansas, 1991.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1921.
- Carter, Lief. *Reason in Law*. 4th ed. New York: HarperCollins, 1993.
- Carter, Stephen L. *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion*. New York: Anchor Books, 1994.
- . *Reflections of an Affirmative Action Baby*. New York: Basic Books, 1991.
- Cherow-O'Leary, Renee. *State-by-State Guide to Women's Legal Rights*. New York: McGraw-Hill, 1987.
- Chesler, Phyllis. *Mothers on Trial*. New York: McGraw-Hill, 1986.
- Child Support and Alimony. 1985 Supplemental Report*. Current Population Reports, Special Studies, Series P-23, No. 154. United States Bureau of the Census, 1985.
- Chodorow, Nancy. *The Reproduction of Mothering*. Berkeley: University of California Press, 1978.

- Cixous, Hélène, and Catherine Clement. *The Newly Born Woman*. Trans. Betsy Wing. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986.
- Clinton, Hillary Rodham. *It Takes a Village: And Other Lessons Children Can Teach Us*. New York: Simon and Schuster, 1996.
- Cohen, Nancy Wainer, and Lois J. Estner. *The Silent Knife: Cesarean Prevention and Vaginal Birth After Cesarean*. South Hadley, Mass.: Bergin and Garvey, 1983.
- Collins, Patricia Hill. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991.
- Congressional Globe*. 1866.
- Cook, Elizabeth Adell, Ted G. Jelen, and Clyde Wilcox. *Between Two Absolutes: Public Opinion and the Politics of Abortion*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1992.
- Cornell, Drucilla. *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*. New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991.
- . *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment*. New York: Routledge, 1995.
- Crosskey, William W. *Politics and the Constitution in the History of the United States*. 1951. Chicago: University of Chicago Press, 1985.
- Daly, Mary. *Beyond God the Father*. Boston: Beacon Press, 1973.
- Degler, Carl N. *At Odds: Women and the Family in America from the Revolution to the Present*. New York: Oxford University Press, 1980.
- Delaney, C. F., ed. *The Liberalism-Communitarianism Debate*. Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1994.
- Delphy, Christine. *Close to Home: A Materialist Analysis of Women's Oppression*. Trans. and ed. Diana Leonard. Amherst: University of Massachusetts Press, 1984.
- Denfield, Rene. *The New Victorians*. New York: Warner Books, 1995.
- Derrida, Jacques. *The Archeology of the Frivolous*. Trans. John P. Leavey, Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1973.
- . *Dissemination*. Trans. Barbara Johnson. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- . *Of Grammatology*. Trans. Gayatri Chakravorty Spivak. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976.
- . *Positions*. Translated and annotated by Alan Bass. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- . *Spurs/Eperons*. Trans. Barbara Harlow. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- . *Writing and Difference*. Trans. Alan Bass. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- Dewey, John. *Liberalism and Social Action*. 1935. New York: Capricorn Books, 1963.
- . *The Public and Its Problems*. Chicago: Swallow Press, 1927.
- Dingwall, Robert, and Philip Lewis. *The Sociology of the Professions: Lawyers, Doctors and Others*. New York: St. Martin's Press, 1983.
- Di Stefano, Christine. *Configurations of Masculinity: A Feminist Perspective on Modern Political Theory*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1991.
- Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1989.
- Dorris, Michael. *The Broken Cord*. New York: Harper and Row, 1989.
- Downs, Donald Alexander. *More Than Victims: Battered Women, the Syndrome Society,*

- and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.
- Dworkin, Andrea. *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Perigee Press, 1981.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- . *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Eisenstein, Zillah. *The Color of Gender: Reimagining Democracy*. Berkeley: University of California Press, 1994.
- Eisenstein, Zillah. *The Female Body and the Law*. Berkeley: University of California Press, 1988.
- . *The Radical Future of Liberal Feminism*. New York: Longman, 1981.
- Elshtain, Jean Bethke. *Democracy on Trial*. New York: Basic Books, 1995.
- . *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1981.
- Ephron, Nora. *Heartburn*. New York: Alfred A. Knopf, 1983.
- Epstein, Cynthia Fuchs. *Women in Law*. 2d ed. Champaign-Urbana: University of Illinois Press, 1993.
- Erikson, Erik H. *Identity: Youth and Crisis*. New York: W. W. Norton, 1968.
- Estrich, Susan. *Real Rape*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.
- Etzioni, Amitai. *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda*. New York: Crown, 1993.
- , ed. *Rights and the Common Good: The Communitarian Perspective*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Faludi, Susan. *Backlash: The Undeclared War Against American Women*. New York: Crown, 1991.
- Ferguson, Kathy E. *The Man Question: Visions of Subjectivity in Feminist Theory*. Berkeley: University of California Press, 1993.
- Fine, Michelle, and Adrienne Asch, eds. *Women with Disabilities: Essays in Psychology, Culture, and Politics*. Philadelphia: Temple University Press, 1988.
- Fineman, Martha Albertson, and Isabel Karpin, eds. *Mothers in Law: Feminist Theory and the Legal Regulation of Motherhood*. New York: Columbia University Press, 1995.
- Fineman, Martha Albertson, and Nancy Sweet Thomadsen, eds. *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*. New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991.
- Fish, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, N.C.: Duke University Press, 1989.
- Flax, Jane. *Thinking Fragments*. Berkeley: University of California Press, 1990.
- Fletcher, George P. *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- Flexner, Eleanor. *Century of Struggle*. Rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1970.
- Fox-Genovese, Elizabeth. "Feminism Is Not the Story of My Life": *How Today's Feminist Elite Has Lost Touch with the Real Concerns of Women*. New York: Doubleday, 1996.
- . *Feminism Without Illusions: A Critique of Individualism*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991.

- Frank, Jerome. *Courts on Trial*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1949.
- French, Marilyn. *The War Against Women*. New York: Summit Books, 1992.
- Freud, Sigmund. *Three Essays on the Theory of Sexuality*. Trans. and ed. James Strachey. New York: Basic Books, 1962.
- Friedan, Betty. *The Feminine Mystique*. New York: W. W. Norton, 1963.
- . *The Second Stage*. New York: Summit Books, 1981.
- Gaard, Greta, ed. *Ecofeminism: Women, Animals, Nature*. Philadelphia: Temple University Press, 1993.
- Gallop, Jane. *Reading Lacan*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1985.
- . *Thinking Through the Body*. New York: Columbia University Press, 1988.
- Galston, William A. *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Giddings, Paula. *When and Where I Enter: The Impact of Black Women on Race and Sex in America*. New York: William Morrow, 1984.
- Gilder, George. *Wealth and Poverty*. New York: Basic Books, 1980.
- Gilligan, Carol. *In a Different Voice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- Gilligan, Carol, Nona P. Lyons, and Trudy J. Hanmer, eds. *Making Connections: The Relational World of Adolescent Girls at Emma Willard School*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.
- Gilligan, Carol, Janie Victoria Ward, and Jill McLean Taylor, eds. *Mapping the Moral Domain: A Contribution of Women's Thinking to Psychological Theory and Education*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988.
- Ginsburg, Faye D. *Contested Lives*. Berkeley: University of California Press, 1989.
- Glendon, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991.
- Goffman, Erving. *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1963.
- Gornick, Vivian. *Women in Science: 100 Journeys into the Territory*. Rev. ed. New York: Simon and Schuster, 1990.
- Grant, Judith. *Fundamental Feminism: Contesting the Core Concepts of Feminist Theory*. New York: Routledge, 1993.
- Green, T. H. (1879–80). *Lectures on the Principles of Political Obligation and Other Essays*. Ed. Paul Harris and John Morrow. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Griffin, Susan. *Pornography and Silence: Culture's Revenge Against Nature*. New York: Harper and Row, 1981.
- . *Woman and Nature: The Roaring Inside Her*. New York: Harper and Row, 1978.
- Grimshaw, Jean. *Philosophy and Feminist Thinking*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986.
- Hand, Learned. *The Bill of Rights*. 1961. New York: Atheneum, 1974.
- Haraway, Donna J. *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*. New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991.
- Harding, Sandra. *The Science Question in Feminism*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1986.

- . *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1991.
- Harding, Sandra, and Jean F. O'Barr, eds. *Sex and Scientific Inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1987.
- Harrington, Mona. *Women Lawyers: Rewriting the Rules*. New York: Alfred A. Knopf, 1994.
- Harris, Amy Bjork, and Thomas A. Harris. *Staying OK*. New York: Harper and Row, 1985.
- Hartsock, Nancy. *Money, Sex, and Power: Toward a Feminist Historical Materialism*. New York: Longman, 1983.
- Hawkesworth, M. E. *Beyond Oppression: Feminist Theory and Political Strategy*. New York: Continuum, 1990.
- Hirsch, H. N. *The Enigma of Felix Frankfurter*. New York: Basic Books, 1981.
- Hirschmann, Nancy J. *Rethinking Obligation: A Feminist Method for Political Theory*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1992.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. (1651). Ed. Michael Oakeshott. New York: Collier Books, 1962.
- Hobhouse, L. T. *Liberalism*. Introduction by Alan P. Grimes. (1911). Oxford: Oxford University Press, 1964.
- Hochschild, Arlie Russell. *The Time Bind: When Work Becomes Home and Home Becomes Work*. New York: Metropolitan Books, 1997.
- Hochschild, Arlie, with Anne Machung. *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home*. New York: Viking, 1989.
- Hooks, Bell. *Ain't I a Woman? Black Women and Feminism*. Boston: South End Press, 1981.
- . *Feminist Theory: From Margin to Center*. Boston: South End Press, 1984.
- Hull, Gloria T., Patricia Bell Scott, and Barbara Smith, eds. *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, but Some of Us Are Brave*. Old Westbury, N.Y.: Feminist Press, 1982.
- Irigaray, Luce. *Speculum of the Other Woman*. Trans. Gillian C. Gill. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1985.
- . *This Sex Which Is Not One*. Trans. Catherine Porter with Carolyn Burke. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1985.
- Jackson, Robert H. *The Struggle for Judicial Supremacy*. New York: Alfred A. Knopf, 1941.
- Jaggar, Alison M. *Feminist Politics and Human Nature*. Totowa, N.J.: Rowman and Allanheld, 1983.
- Jaggar, Alison M., and Susan R. Bordo, eds. *Gender/Body/Knowledge: Feminist Reconstructions of Being and Knowing*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1989.
- Kammen, Michael. *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*. New York: St. Martin's Press, 1994.
- Kanowitz, Leo. *Women and the Law: The Unfinished Revolution*. Rev. ed. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1969.
- Keller, Evelyn Fox. *A Feeling for the Organism: The Life and Work of Barbara McClintock*. San Francisco: W. H. Freeman, 1983.
- . *Reflections on Gender and Science*. New Haven, Conn.: Yale University Press,

- 1985.
- Kenney, Sally J. *For Whose Protection? Reproductive Hazards and Exclusionary Policies in the United States and Britain*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992.
- Kittay, Eva Feder, and Diana T. Meyers, eds. *Women and Moral Theory*. Totowa, N.J.: Rowman and Littlefield, 1987.
- Kitzinger, Sheila. *The Complete Book of Pregnancy and Childbirth*. Revised and expanded. New York: Alfred A. Knopf, 1989.
- Kluger, Richard. *Simple Justice*. New York: Vintage Books, 1975.
- Kuhn, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2d ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- Lacan, Jacques. *The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*. Trans. Alan Sheridan. New York: W. W. Norton, 1978.
- . *The Language of the Self: The Function of Language in Psychoanalysis*. Trans. Anthony Wilden. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1968.
- Lasch, Christopher. *Haven in a Heartless World: The Family Besieged*. New York: Basic Books, 1977.
- . *The Minimal Self: Psychic Survival in Troubled Times*. New York: W. W. Norton, 1984.
- Levi, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.
- Lewis, Anthony. *Gideon's Trumpet*. New York: Vintage Books, 1964.
- Luker, Kristin. *Abortion and the Politics of Motherhood*. Berkeley: University of California Press, 1984.
- . *Dubious Conceptions: The Politics of Teenage Pregnancy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- MacIntyre, Alasdair. *After Virtue*. 2d ed. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984.
- MacKinnon, Catharine A. *Feminism Unmodified*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.
- . *Only Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.
- . *Sexual Harassment of Working Women*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1979.
- . *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- MacNair, Rachel, Mary Krane Derr, and Linda Naranjo-Huebl, eds. *Pro-life Feminism: Yesterday and Today*. New York: Sulzburger and Graham, 1995.
- Marks, Elaine, and Isabelle de Courtivron, eds. *New French Feminisms*. Amherst: University of Massachusetts Press, 1980.
- Mason, Alpheus Thomas, and Donald Grier Stephenson, Jr. *American Constitutional Law*. 9th ed. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1990.
- Mason, Mary Ann. *The Equality Trap: Why Working Women Shouldn't Be Treated Like Men*. New York: Simon and Schuster, 1988.
- . *From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States*. New York: Columbia University Press, 1995.
- McCorvey, Norma, with Andy Meisler. *I Am Roe: My Life, Roe v. Wade, and Freedom of Choice*. New York: HarperCollins, 1994.
- McDonagh, Eileen L. *Breaking the Abortion Deadlock: From Choice to Consent*. New

- York: Oxford University Press, 1996.
- McGlen, Nancy E., and Karen O'Connor. *Women's Rights: The Struggle for Equality in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. New York: Praeger, 1983.
- McPherson, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism*. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- Midgley, Mary. *Can't We Make Moral Judgements?* New York: St. Martin's Press, 1991.
- Mill, John Stuart. *On Liberty*. 1859.
- Minnich, Elizabeth Kamarck. *Transforming Knowledge*. Philadelphia: Temple University Press, 1990.
- Mitchell, Juliet. *Psychoanalysis and Feminism*. New York: Pantheon Books, 1974.
- . *Woman's Estate*. New York: Pantheon Books, 1971.
- Moi, Toril, ed. *French Feminist Thought*. New York: Basil Blackwell, 1987.
- . *The Kristeva Reader*. New York: Columbia University Press, 1986.
- Moore, Wilbert E. *The Professions: Roles and Rules*. New York: Russell Sage Foundation, 1970.
- Murphy, Bruce Allen. *The Brandeis-Frankfurter Connection*. New York: Oxford University Press, 1982.
- Murphy, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press, 1964.
- Murphy, Walter F., James E. Fleming, and William F. Harris II. *American Constitutional Interpretation*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1986.
- Neustadt, Richard E. *Presidential Power*. New York: Wiley, 1960.
- Newman, Graeme R. *Just and Painful*. London: Macmillan, 1983.
- Newman, Katharine. *Declining Fortunes: The Withering of the American Dream*. New York: Basic Books, 1993.
- Nicholson, Linda J., ed. *Feminism/Postmodernism*. New York: Routledge, Chapman, and Hall, 1990.
- Nielsen, Joyce McCarl, ed. *Feminist Research Methods*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1990.
- The 1985 Virginia Slims American Women's Opinion Poll*. Storrs, Conn.: Roper Center, 1985.
- Noddings, Nel. *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley: University of California Press, 1984.
- O'Brien, Mary. *The Politics of Reproduction*. Boston: Routledge and Kegan Paul, 1981.
- . *Reproducing the World: Essays in Feminist Theory*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1989.
- Okin, Susan Moller. *Justice, Gender, and the Family*. New York: Basic Books, 1989.
- . *Women in Western Political Thought*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1979.
- Paglia, Camille. *Sex, Art, and American Culture*. New York: Vintage Books, 1992.
- . *Sexual Personae: Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1990.
- Pateman, Carole. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1989.
- . *The Sexual Contract*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1988.

- Pearsall, Marilyn, ed. *Women and Values: Readings in Recent Feminist Philosophy*. 2d ed. Belmont, Calif.: Wadsworth, 1993.
- Peltason, Jack W. *Corwin and Peltason's "Understanding the Constitution."* 11th ed. New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1988.
- Perry, Michael. *The Constitution, the Courts, and Human Rights*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1982.
- Piercy, Marge. *Small Changes*. New York: Fawcett Crest, 1973.
- Plato. *The Republic*.
- Ragland-Sullivan, Ellie. *Jacques Lacan and the Philosophy of Psychoanalysis*. Champaign-Urbana: University of Illinois Press, 1986.
- Rasmussen, David, ed. *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990.
- Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- . *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Raymond, Janice G. *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*. New York: HarperCollins, 1993.
- Rhode, Deborah L. *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- , ed. *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1990.
- Rich, Adrienne. *Blood, Bread, and Poetry: Selected Prose 1979–1985*. New York: W. W. Norton, 1986.
- . *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution*. New York: W. W. Norton, 1976.
- . *On Lies, Secrets, and Silence: Selected Prose 1966–1978*. New York: W. W. Norton, 1979.
- Robertson, John A. *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1994.
- Rorty, Richard. *Essays on Heidegger and Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- . *Objectivity, Relativism, and Truth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- . *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1979.
- Rosenblatt, Roger. *Life Itself: Abortion in the American Mind*. New York: Random House, 1992.
- Rossum, Ralph A., and G. Alan Tarr. *American Constitutional Law*. 3d ed. New York: St. Martin's Press, 1991.
- Rothman, Barbara Katz. *Recreating Motherhood*. New York: W. W. Norton, 1989.
- Ruddick, Sara. *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace*. New York: Ballantine Books, 1990.
- Ryan, William. *Blaming the Victim*. Revised, updated edition. New York: Vintage Books, 1976.
- Sachs, Albie, and Joan Hoff Wilson. *Sexism and the Law*. New York: Free Press, 1979.
- Sadker, Myra, and David Sadker. *Failing at Fairness: How America's Schools Cheat*

- Girls*. New York: Scribner's, Sons, 1994.
- Sandel, Michael J. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- . *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- , ed. *Liberalism and Its Critics*. New York: New York University Press, 1984.
- Schattschneider, E. E. *The Semisovereign People*. New York: Holt, Rinehart, and Winston, Inc., 1960.
- Schor, Juliet. *The Overworked American: The Unexpected Decline of Leisure*. New York: Basic Books, 1991.
- Schwab, Peter, and Adamantia Pollis, eds. *Toward a Human Rights Framework*. New York: Praeger Publishers, 1982.
- Seaman, Barbara. *Free and Female*. New York: Fawcett Crest, 1972.
- Sellers, Susan. *Writing Differences: Readings from the Seminar of Hélène Cixous*. New York: St. Martin's Press, 1988.
- Sidel, Ruth. *Keeping Women and Children Last: America's War on the Poor*. New York: Penguin Books, 1996.
- . *Women and Children Last: The Plight of Poor Women in Affluent America*. New York: Viking, 1986.
- Silverman, Hugh J., ed. *Derrida and Deconstruction*. New York: Routledge, 1989.
- . *Postmodernism: Philosophy and the Arts*. New York: Routledge, 1990.
- Slater, Philip. *Earthwalk*. Garden City, N.Y.: Anchor Books, 1974.
- . *The Pursuit of Loneliness*. Boston: Beacon Press, 1970.
- Sloan, Don, with Paula Hartz. *Abortion: A Doctor's Perspective, A Woman's Dilemma*. New York: Donald I. Fine, 1992.
- Smart, Carol. *Feminism and the Power of Law*. New York: Routledge, 1989.
- Smith, Barbara, ed. *Home Girls: A Black Feminist Anthology*. New York: Kitchen Table—Women of Color Press, 1983.
- Smith, Dorothy E. *The Conceptual Practices of Power: A Feminist Sociology of Knowledge*. Boston: Northeastern University Press, 1990.
- . *The Everyday World as Problematic: A Feminist Sociology*. Boston: Northeastern University Press, 1987.
- Smith, Lendon. *Feed Your Kids Right*. New York: McGraw-Hill, 1979.
- Smith, Rogers M. *Liberalism and American Constitutional Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Snitow, Ann, Christine Stansell, and Sharon Thompson, eds. *Powers of Desire: The Politics of Sexuality*. New York: Monthly Review Press, 1983.
- Sommers, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women*. New York: Simon and Schuster, 1994.
- Spock, Benjamin. *The Common Sense Book of Baby and Child Care*. New York: Duell, Sloan, and Pierce, 1946.
- Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Anchor Books, 1995.
- Takas, Marianne. *Child Custody*. New York: Harper and Row, 1987.
- Tavris, Carol. *The Mismeasure of Woman*. New York: Simon and Schuster, 1992.
- Thorne, Barrie. *Gender Play: Girls and Boys in School*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1993.

- Tocqueville, Alexis de (1832). *Democracy in America*. Trans. George Lawrence. Ed. J. P. Mayer. New York: Doubleday, 1969.
- Tong, Rosemarie. *Feminine and Feminist Ethics*. Belmont, Calif.: Wadsworth, 1993.
- . *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1989.
- . *Women, Sex, and the Law*. Savage, Md.: Rowman and Littlefield, 1984.
- Traub, James. *City on a Hill: Testing the American Dream at City College*. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1994.
- Trebilcot, Joyce, ed. *Mothering: Essays in Feminist Theory*. Totowa, N.J.: Rowman and Allanheld, 1983.
- Tribe, Laurence H. *Abortion: The Clash of Absolutes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992.
- . *Constitutional Choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Tronto, Joan C. *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. New York: Routledge, 1993.
- Unger, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
- . *Knowledge and Politics*. New York: Free Press, 1975.
- van den Haag, Ernest. *Punishing Criminals*. Lanham, Md.: University Press of America, 1991.
- Walker, Lenore. *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer, 1984.
- . *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds*. New York: Harper Perennial, 1989.
- Wallerstein, Judith S. *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade After Divorce*. New York: Ticknor and Fields, 1989.
- Wallerstein, Judith S., and Joan Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.
- Walzer, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.
- Wechsler, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1961.
- Weinreb, Lloyd. *Oedipus at Fenway Park: What Rights Are and Why There Are Any*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994.
- Weitzman, Lenore. *The Divorce Revolution*. New York: Free Press, 1986.
- Williams, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Woodward, Bob, and Scott Armstrong. *The Brethren*. New York: Simon and Schuster, 1979.
- Young, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1990.
- . *Throwing Like a Girl and Other Essays in Feminist Philosophy and Social Theory*. Bloomington: Indiana University Press, 1990.

ARTICLES

- Alexander, Caroline. "Teaching the Classics in Malawi." *New Yorker*, 16 December

- 1991, 53-88.
- Arditti, Joyce. "Women, Divorce, and Economic Risk." *Family and Conciliation Courts Review* 35 (January 1997): 79-89.
- Auerbach, Judy, Linda Blum, Vicki Smith, and Christine Williams. "On Gilligan's *In a Different Voice*." *Feminist Studies* 11 (Spring 1985): 149-61.
- Baer, Judith A. "The Fruitless Search for Original Intent." In *Judging the Constitution*, ed. Michael W. McCann and Gerald L. Houseman, 49-71. Boston: Little, Brown, 1989.
- Baer, Judith A. "How Is Law Male? A Feminist Perspective on Constitutional Interpretation." In *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein, 147-71. Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992.
- . "Nasty Law or Nice Ladies? Jurisprudence, Feminism, and Gender Difference." *Women and Politics* 11 (1991): 1-31.
- . "Reading the Fourteenth Amendment: The Inevitability of Noninterpretivism." In National Center for the Public Interest, *Politics and the Constitution: The Nature and Extent of Interpretation*, 69-82. Washington, D.C.: American Studies Center, 1990.
- . "What We Know as Women: A New Look at *Roe v. Wade*." *NWSA Journal* 2 (Autumn 1990): 558-82.
- . "Women's Rights and the Limits of Constitutional Doctrine." *Western Political Quarterly* 42 (December 1991): 821-52.
- Bartlett, Katharine T., "Feminist Legal Methods." *Harvard Law Review* 103 (February 1990): 829-88.
- Beal, Ron. "'Can I Sue Mommy?' An Analysis of Women's Tort Liability for Prenatal Injuries to Her Child Born Alive." *San Diego Law Review* 21 (March 1984): 325-70.
- Becker, Mary E. "From *Muller v. Oregon* to Fetal Vulnerability Policies." *University of Chicago Law Review* 53 (Fall 1986): 1219-73.
- . "Prince Charming: Abstract Equality." In *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein, 99-146. Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992.
- Behuniak-Long, Susan. "Justice Sandra Day O'Connor and the Power of Maternal Legal Thinking." *Review of Politics* 54 (Summer 1992): 417-44.
- Binion, Gayle. "'Intent' and Equal Protection: A Reconsideration." *Supreme Court Review*, 1983: 397-457.
- . "Toward a Feminist Regrounding of Constitutional Law." *Social Science Quarterly* 72 (July 1991): 207-20.
- Brennan, William J., Jr. "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification." October 12, 1985. Text and Teaching Symposium, Georgetown University, Washington, D.C.
- Brown, Wendy. "Consciousness Razing." *The Nation*, 8/15 January 1990, 61-64.
- . "Reproductive Freedom and the Right to Privacy: A Paradox for Feminists." In *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond, 322-39. New York: Longman, 1983.
- Chambers, David L. "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce." *Michigan Law Review* 83 (December 1984): 480-569.

- Colker, Ruth. "An Equal Protection Analysis of United States Public Health Policy: Gender, Race, Age, and Class." *Duke Law Review* 1991: 324-64.
- . "Feminism, Sexuality, and Self: A Preliminary Inquiry into the Politics of Authenticity." *Boston University Law Review* 68 (1988): 217-64.
- . "Conception, Pregnancy, and Birth." *Vanderbilt Law Review* 39 (April 1986): 602-850.
- Cramton, Roger. "The Ordinary Religion of the Law School Classroom." *Journal of Legal Education* 29 (1978): 247-63.
- Danelski, David J. "The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process" (1960). In *Courts, Judges, and Politics*, ed. Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett. Fourth edition, 568-77. New York: Random House, 1986.
- Delgado, Richard. "Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative." *Michigan Law Review* 87 (August 1989): 2411-41.
- Dershowitz, Alan M. "Drawing the Line on Prenatal Rights." *Los Angeles Times*, 14 May 1989.
- . "The Sovereignty of Process: The Limits of Original Intention." In National Center for the Public Interest, *Politics and the Constitution: The Nature and Extent of Interpretation*, 11-16. Washington, D.C.: American Studies Center, 1990.
- "Developments in the Law—Medical Technology and the Law." *Harvard Law Review* 103 (May 1990): 1520-1676.
- Dworkin, Ronald M. "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should Be Overturned." *University of Chicago Law Review* 59 (Winter 1992): 381-432.
- Elshtain, Jean Bethke. "If You're An Addict, It's Now a Crime to Give Birth." *The Progressive*, December 1990, 26-28.
- Ericksen, Julia A., William L. Yancey, and Eugene P. Ericksen. "The Division of Family Roles." *Journal of Marriage and the Family* 41 (May 1979): 301-13.
- Feinberg, Joel. "Wrongful Conception and the Right Not to Be Harmed." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 8 (Winter 1985): 57-77.
- Fellows, Mary Louise, and Sherene Razack. "Seeking Relations: Law and Feminism Roundtables." *Signs* 19 (Summer 1994): 1048-83.
- "Feminist Discourse, Moral Values, and the Law—A Conversation." *Buffalo Law Review* 34 (Fall 1985): 11-87.
- Ferguson, Kathy E. "Knowledge, Politics, and Persons in Feminist Theory." *Political Theory* 17 (May 1989): 302-14.
- Fineman, Martha L. "Implementing Inequality." *Wisconsin Law Review*, no. 4 (1983): 789-887.
- Fineman, Martha L., and Anne Opie. "The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce." *Wisconsin Law Review*, no. 1 (1987): 107-58.
- Finley, Lucinda. "Transcending Equality Theory: A Way Out of the Maternity and the Workplace Debate." *Columbia Law Review* 86 (October 1986): 1118-82.
- Flannery, Maureen A. "Simple Living and Hard Choices." In *Before the Law: An Introduction to the Legal Process*, 4th ed., John J. Bonsignore, Ethan Katsh, Peter d'Errico, Ronald M. Pipkin, Stephen Arons, and Janet Rifkin. 54-60. Boston: Houghton Mifflin, 1989.

- Fletcher, John C. "The Fetus as Patient: Ethical Issues." *Journal of the American Medical Association* 246 (14 August 1981): 772-73.
- Freud, Sigmund. "Femininity." In *New Introductory Lectures in Psychoanalysis*, trans. James Strachey, 112-35. New York: W. W. Norton, 1964.
- . "Some Psychological Consequences of the Anatomical Distinction Between the Sexes." *International Journal of Psychoanalysis* 7 (January 1927): 133-42.
- Gallagher, Janet. "Prenatal Invasions and Interventions: What's Wrong with Fetal Rights." *Harvard Women's Law Journal* 10 (Spring 1987): 9-58.
- George, Kathryn Paxton. "Should Feminists Be Vegetarians?" *Signs* 19 (Winter 1994): 405-34.
- Glassman, Carol. "Women and the Welfare System." In *Sisterhood Is Powerful*, ed. Robin Morgan, 102-15. New York: Random House, 1970.
- Goldberg, Susan. "Medical Choices During Pregnancy: Whose Decision Is It Anyway?" *Rutgers Law Review* 41 (Winter 1989): 591-623.
- Grabar, Mary. "Sending Women to Jail Is Not the Answer." *The Progressive*, December 1990, 22-24.
- Graber, Mark A. "Old Wine in New Bottles: The Constitutional Status of Unconstitutional Speech." *Vanderbilt Law Review* 48 (1995): 349-89.
- Greenwood-Audant, Lois. "The Internalization of Powerlessness: A Case Study of the Displaced Homemaker." In *Women: A Feminist Perspective*, 2d ed., ed. Jo Freeman, 264-81. Palo Alto, Calif.: Mayfield, 1979.
- Guinier, Lani, Michelle Fine, and Jane Balin, with Ann Bartow and Deborah Lee Stachel. "Becoming Gentlemen: Women's Experiences at One Ivy League Law School." *University of Pennsylvania Law Review* 143 (November 1994): 1-110.
- Gutmann, Amy. "Communitarian Critiques of Liberalism." *Philosophy and Public Affairs* 4 (Summer 1985): 308-22.
- Haas-Wilson, Deborah. "The Impact of State Abortion Restrictions on Minors' Demand for Abortions." *Journal of Human Resources* 31 (Winter 1996): 140-58.
- Harris, Angela. "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory." *Stanford Law Review* 42 (February 1990): 581-616.
- Harris, William F., II. "Bonding Word and Polity: The Logic of American Constitutionalism." *American Political Science Review* 76 (March 1982): 34-45.
- Hawkesworth, Mary E. "Knowers, Knowing, Known: Feminist Theory and Claims of Truth." *Signs* 14 (Spring 1989): 533-57.
- Hekman, Susan. "The Embodiment of the Subject: Feminism and the Communitarian Critique of Liberalism." *Journal of Politics* 54 (November 1992): 1098-119.
- Hoffman, Jan. "Pregnant, Addicted—And Guilty?" *New York Times Magazine*, 19 August 1990.
- Hoffman, Saul D., and Greg J. Duncan. "What Are the Economic Consequences of Divorce?" *Demography* 24 (November 1988): 641-45.
- Holmes, Oliver Wendell. "The Path of the Law" (1897). In *Courts, Judges, and Politics*, 4th ed., ed. Walter F. Murphy and C. Herman Pritchett, 20-24. New York: Random House, 1986.
- Jacob, Herbert. "Another Look at No-Fault Divorce and the Post-Divorce Finances of Women." *Law and Society Review* 23 (1989): 95-115.

- Kaufman, Debra Renee. "Professional Women: How Real Are the Recent Gains?" In *Women: A Feminist Perspective*, 3d ed., ed. Jo Freeman, 353-69. Palo Alto, Calif.: Mayfield, 1984.
- Kay, Herma Hill. "Equality and Difference: The Case of Pregnancy." *Berkeley Women's Law Journal* 1 (Fall 1985): 1-38.
- Keller, Evelyn Fox. "Feminism and Science." In *Sex and Scientific Inquiry*, ed. Sandra Harding and Jean F. O'Barr, 232-46. Chicago: University of Chicago Press, 1987.
- Kelly, Alfred H. "Clio and the Court: An Illicit Love Affair." *Supreme Court Review* 1965: 119-58.
- Kennedy, Duncan. "Legal Education as Training for Hierarchy." In *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. David Kairys, 40-61. New York: Pantheon Books, 1982.
- Koppelman, Andrew. "Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion." *Northwestern University Law Review* 84 (Winter 1990): 480-535.
- Littleton, Christine A. "Reconstructing Sexual Equality." *California Law Review* 75 (July 1987): 1279-337.
- "A Maternal Duty to Protect Fetal Health?" *Indiana Law Journal* 58 (1983): 531-46.
- "Maternal Liability: Courts Strive to Keep Doors Open to Fetal Protection—But Can They Succeed?" *John Marshall Law Review* 20 (Summer 1987): 747-68.
- "Maternal Substance Abuse: The Next Step in the Protection of Fetal Rights?" *Dickenson Law Review* 92 (Spring 1988): 691-715.
- Mathieu, Deborah. "Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention in Prenatal Choice." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 8 (Winter 1985): 19-55.
- Matsuda, Mari J. "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations." *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22 (Spring 1987): 323-99.
- . "When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method." *Women's Rights Law Reporter* 11 (Spring 1989): 7-10.
- McClain, Linda C. "'Atomistic Man' Revisited: Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence." *Southern California Law Review* 65 (March 1992): 1171-264.
- McDonagh, Eileen Lorenzi. "Abortion Rights Alchemy and the U.S. Supreme Court: What's Wrong and How to Fix It." *Social Politics* 1 (Summer 1994): 130-56.
- . "Good, Bad, and Captive Samaritans: Adding-In Pregnancy and Consent to the Abortion Debate." *Women and Politics* 13, no. 3/4 (1993): 31-49.
- Mead, Margaret. "Some Theoretical Considerations on the Problem of Mother-Child Separation." *American Journal of Orthopsychiatry* 24 (July 1954): 471-83.
- Meese, Edwin, III. "Toward a Jurisprudence of Original Intention." 9 July 1985. Address to the American Bar Association.
- Minow, Martha. "'Forming Underneath Everything That Grows': Toward a History of Family Law." *Wisconsin Law Review*, no. 4 (1985): 819-88.
- Mnookin, Robert H., and Lewis Kornhauser. "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce." *Yale Law Journal* 88 (April 1979): 950-97.
- Mossman, Mary Jane. "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes."

- Australian Journal of Law and Society* 3 (1986): 30–52.
- Murray, Pauli, and Mary Eastwood. "Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII." *George Washington Law Review* 34 (December 1965): 232–56.
- Nedelsky, Jennifer. "Reconceiving Autonomy." *Yale Journal of Law and Feminism* 1 (Spring 1989): 7–36.
- Neff, Christy L. "Woman, Womb, and Bodily Integrity." *Yale Journal of Law and Feminism* 3 (Spring 1991): 327–53.
- Note. "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Reproduction." *Yale Law Journal* 95 (January 1986): 599–625.
- Note. "Getting Beyond Discrimination: A Regulatory Solution to the Problem of Fetal Hazards in the Workplace." *Yale Law Journal* 95 (January 1986): 577–98.
- Offen, Karen. "Defining Feminism: A Comparative Historical Approach." *Signs* 14 (Autumn 1988): 119–57.
- Olsen, Frances. "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform." *Harvard Law Review* 96 (May 1983): 1497–578.
- . "Unraveling Compromise." *Harvard Law Review* 103 (November 1989): 105–35.
- O'Neill, Timothy J. "The Language of Equality in Constitutional Order." *American Political Science Review* 75 (September 1981): 626–35.
- Ong, Walter. Review of Brian Vickers' *Classic Rhetoric in English Poetry*. *College English* 33 (February 1972): 612–16.
- Polikoff, Nancy. "Gender and Child Custody Determinations: Exploding the Myths." In *Families, Politics, and Public Policy*, ed. Irene Diamond, 183–202. New York: Longman, 1983.
- . "Why Mothers Are Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations." *Women's Rights Law Reporter* 7 (Spring 1982): 235–43.
- Pollitt, Katha. "Are Women Morally Superior to Men?" *The Nation*, 28 December 1992, 799–807.
- . "'Fetal Rights': A New Assault on Feminism." *The Nation*, 26 March 1990, 409–18.
- Posner, Richard A. "Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights." *University of Chicago Law Review* 59 (Winter 1992): 433–50.
- "Pregnancy Police: The Health Policy and Legal Implications of Punishing Pregnant Women for Harm to Their Fetuses." *New York University Review of Law and Social Change* 16 (1988): 277–319.
- Radin, Margaret Jane. "The Pragmatist and the Feminist." *Southern California Law Review* 63 (September 1990): 1699–726.
- Rehnquist, William H. "The Notion of a Living Constitution." *Texas Law Review* 54 (May 1976): 693–706.
- Reich, Charles A. "Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues." *Yale Law Journal* 74 (March 1965): 1245–57.
- . "The New Property." *Yale Law Journal* 73 (April 1964): 733–87.
- Rhode, Deborah L. "Equal Protection and Gender Justice." In *Judging the Constitution*, ed. Michael W. McCann and Gerald L. Houseman, 265–286. Boston: Little, Brown, 1989.
- . "Feminist Critical Theories." *Stanford Law Review* 42 (February 1990):

- 617-38.
- Rhoden, Nancy K. "The Judge in the Delivery Room: The Emergence of Court-Ordered Caesareans." *California Law Review* 74 (December 1986): 1951-2030.
- Rhodenbaugh, Suzanne. "Catharine MacKinnon, May I Speak?" *Michigan Quarterly Review* 30 (Summer 1991): 415-22.
- Roberts, Dorothy E. "Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right of Privacy." *Harvard Law Review* 104 (May 1991): 1419-482.
- . "Social Justice, Procreative Liberty, and the Limits of Liberal Theory: Robertson's *Children of Choice*." *Law and Social Inquiry* 20 (Fall 1995): 1005-21.
- Robertson, John A. "Liberalism and the Limits of Procreative Liberty: A Response to My Critics." *Washington and Lee Law Review* 52 (1995): 233-67.
- . "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth." *Virginia Law Review* 69 (April 1983): 405-64.
- . "The Right to Procreate and in Utero Fetal Therapy." *Journal of Legal Medicine* 3 (September 1982): 333-66.
- Rockwell, David N. "The Education of the Capitalist Lawyer: The Law School." In *Law Against the People*, ed. Robert Lefcourt, 90-104. New York: Vintage Books, 1971.
- Rosen, Ruth. "What Feminist Victory in the Court?" *New York Times*, 1 April 1991.
- Rosenblum, Nancy L. "Civil Societies: Liberalism and the Moral Uses of Pluralism." *Social Research* 61 (Fall 1994): 539-62.
- Rosenthal, Elizabeth. "When a Pregnant Woman Drinks." *New York Times Magazine*, 4 February 1990.
- Rubin, Gayle. "The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex." In *Toward an Anthropology of Women*, ed. Rayna Rapp Reiter, 157-210. New York: Monthly Review Press, 1975.
- Ruddick, Sara. "Maternal Thinking." In *Mothering: Essays in Feminist Theory*, ed. Joyce Trebilcot, 213-30. Totowa, N.J.: Rowman and Allanheld, 1983.
- Savoy, Paul. "Toward a New Politics of Legal Education." *Yale Law Journal* 79 (January 1970): 444-504.
- Scales, Ann M. "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay." *Yale Law Journal* 95 (June 1986): 1373-403.
- Schneider, Elizabeth M. "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement." *New York University Law Review* 61 (October 1986): 589-652.
- Shaw, Margery W. "Constitutional Prospective Rights of the Fetus." *Journal of Legal Medicine* 5 (March 1984): 63-116.
- Sher, George. "Other Voices, Other Rooms? Women's Psychology and Moral Theory." In *Women and Moral Theory*, ed. Eva Feder Kittay and Diana T. Meyers, 178-89. Totowa, N.J.: Rowman and Littlefield, 1987.
- Sherry, Suzanna. "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication." *Virginia Law Review* 72 (April 1986): 543-616.
- Siegel, Reva. "Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection." *Stanford Law Review* 44 (January 1992): 261-381.
- Stacey, Judith. "On Resistance, Ambivalence and Feminist Theory: A Response to

- Carol Gilligan." *Michigan Quarterly Review* 29 (Fall 1990): 537-46.
- Steele, Shelby. "A Negative Vote on Affirmative Action." *New York Times Magazine*, 13 May 1990.
- Strauss, David A. "Abortion, Toleration and Moral Uncertainty." *Supreme Court Review* 1992: 1-28.
- Strebeigh, Fred. "Defining Law on the Feminist Frontier." *New York Times Magazine*, 6 October 1991.
- Sunstein, Cass R. "Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)." *Columbia Law Review* 92 (January 1992): 1-52.
- Tabler, Norman Gardner, Jr. "Paternal Rights in the Illegitimate Child: Some Legitimate Complaints on Behalf of the Unwed Father." *Journal of Family Law* 2 (1971): 231-54.
- Taub, Nadine, and Elizabeth M. Schneider. "Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law." In *The Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. David Kairys, 117-39. New York: Pantheon Books, 1982.
- Thomson, Judith Jarvis. "In Defense of Abortion." In *Rights, Restitution, and Risk*, 1-19. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
- Traub, James. "The Hearts and Minds of City College," *New Yorker*, 7 June 1993, 42-53.
- Tribe, Laurence H. "The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Rules, and the Dilemma of Dependence." *Harvard Law Review* 99 (November 1985): 330-43.
- Tronto, Joan C. "Beyond Gender Difference to a Theory of Care." *Signs* 12 (Summer 1987): 644-63.
- Ulmer, S. Sidney. "Earl Warren and the *Brown* Decision." *Journal of Politics* 33 (August 1971): 689-702.
- Uviller, Rena. "Fathers' Rights and Feminism: The Maternal Presumption Revisited." *Harvard Women's Law Journal* 1 (Spring 1978): 107-21.
- Villmoare, Adelaide H. "Women, Differences, and Rights as Practices: An Interpretive Essay and a Proposal." *Law and Society Review* 25 (1991): 385-410.
- Watson, Andrew. "The Quest for Professional Competence: Psychological Aspects of Legal Education." *University of Cincinnati Law Review* 37 (Winter 1968): 93-166.
- Weitzman, Lenore, and Ruth Dixon. "Child Custody Awards: Legal Standards and Empirical Patterns for Child Custody, Support, and Visitation After Divorce." *University of California, Davis, Law Review* 12 (Summer 1979): 471-521.
- Wells, Catharine. "Situated Decisionmaking." *Southern California Law Review* 63 (September 1990): 1727-46.
- Wertheimer, Roger. "Understanding the Abortion Argument." *Philosophy and Public Affairs* 1 (Fall 1971): 67-95.
- West, Robin. "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory." In *Women and the Law*, ed. Mary Joe Frug, 807-25. Westbury, N.Y.: Foundations Press, 1992.
- . "Feminism, Critical Social Theory and Law." *University of Chicago Law Forum*, no. 1 (1989): 59-97.
- . "Jurisprudence and Gender." *University of Chicago Law Review* 55 (Winter

- 1988): 1-72.
- . "Taking Freedom Seriously." *Harvard Law Review* 104 (November 1990): 43-106.
- Williams, Joan. "Deconstructing Gender." In *Feminist Jurisprudence: The Difference Debate*, ed. Leslie Friedman Goldstein, 41-98. Lanham, Md.: Rowman and Littlefield, 1992.
- Williams, Wendy. "Firing the Woman to Protect the Fetus: The Reconciliation of Fetal Protection with Equal Employment Opportunity Goals Under Title VII." *Georgetown Law Journal* 69 (February 1981): 641-704.
- Wishik, Heather Ruth. "To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence." *Berkeley Women's Law Journal* 1 (Fall 1986): 64-77.

索引

法庭案件中当事人的名字仅在人名未出现在案件引用中时列出。参见列在交叉引用中的案件索引。

- abortion, 堕胎, 9, 56-57; and conventional theory, 堕胎和传统理论, 44; and counter-factual reasoning, 堕胎和反事实推理, 139-41; and equal protection doctrine, 堕胎和平等保护原则, 93; and feminist theory, 堕胎和女性主义理论, 130-39, 149-50; and fetal protection, 堕胎和胎儿保护, 155, 156-67; and fetal status, 堕胎和胎儿地位, 133-35; and parental consent, 堕胎和父母合意, 85; and political discourse, 堕胎和政治演说, 178; and public opinion, 堕胎和公共意见, 124, 132; and responsibility, 堕胎和责任, 144-47; and rights theory, 堕胎和权利理论, 98. 也见 reproductive rights, 生育权利
- Ackerman, Bruce, 布鲁斯·阿克曼, 65, 67, 191-92, 199
- affirmative action, 肯定性行为, 54, 105
- Alexander, Caroline, 夏洛琳·亚历山大, 49-50
- alimony, 赡养费, 97, 100-01, 104-7, 第五章注 21
- Allen, Jeffner, 杰夫·艾琳, 第六章注 76
- Altman, Andrew, 安德鲁·奥特曼, 第二章注 5
- American Association of University Women (AAUW), 美国大学妇女协会 (AAUW), 75
- Andersen, Margaret L., 玛格丽特·L. 安徒生, 第二章注 60
- Anti-discrimination laws, 反歧视法, 见 equal protection doctrine, 平等保护原则
- Arditti, Joyce, 乔伊斯·阿迪, 第五章注 27

- Arendell, Terry, 特丽·阿伦黛尔, 第五章注 30
- Arendt, Hannah, 汉娜·阿伦特, 19, 78
- Aristotle, 亚里士多德, 18-19, 21, 78, 190
- Bacon, Francis, 弗朗西斯·培根, 72, 第四章注 8
- Baer, Judith A., 朱迪斯·A. 贝尔, 第三章注 47, 第三章注 98, 第五章注 4, 第六章注 62
- Bakan, David, 戴维·贝肯, 45, 第四章注 32
- Balbus, Isaac D., 伊萨卡·D. 巴布斯, 第二章注 42
- Barber, Sotirios A., 索提斯·A. 巴伯, 第六章注 54
- Barker, Sarah Evans, 伊万·莎拉·巴克, 第五章注 64
- Bartlett, Katharine T., 凯瑟琳·T. 巴利特, 82, 90, 93
- Beal, Ron, 荣·比尔, 154, 第七章注 3, 第七章注 16
- Beauvoir, Simone de, 西蒙·波伏娃, 第二章注 18, 第六章注 77
- Becker, Mary, 玛丽·贝克, 104, 172
- Belenky, Mary Field, 玛丽·菲尔德·贝兰基, 73-74
- Belkin, Lisa, 丽萨·贝尔德, 第六章注 19, 第七章注 67
- Bellah, Robert, 罗伯特·贝拉, 45
- Bennett, William, 威廉·贝纳特, 171
- Berlin, Isaiah, 以赛亚·伯林, 第三章注 2
- Bernard, Jessie, 杰西·伯纳德, 第五章注 25
- biology, 生物学; gender difference and, 性别差异和生物学, 23-26
- Bird, Caroline, 卡洛琳·伯德, 第五章注 25
- birth control, 生育控制, 126-28, 138, 140-41, 144-49, 166
- birth defects: fetal protection and, 154-56, 170-71; 生育缺陷: 胎儿保护和生育缺陷, 154-56, 170-71; prevention of, 生育缺陷的预防, 174, 179. 也见 disability, 残疾
- Birthright (pro-life organization), 与生俱来的权利(支持生命组织), 133
- Black, Hugo L., 雨果·L. 布莱克, 85-86, 90
- Blackmun, Harry J., 哈里·J. 布莱克曼, 83-85, 125-33, 140
- Blumstein, Philip, 菲利普·布纳门斯丁, 第六章注 94

- Bordo, Susan, 苏珊·波朵, 35-36
- Bork, Robert, 罗伯特·波克, 90
- Bosley, Warren, 沃伦·波斯利, 158, 167
- Bowman, Patricia, 帕翠西亚·鲍曼, 164
- Bradley, Joseph, 约瑟夫·布拉德利, 18
- Bremer, Lynn, 林恩·布雷默, 168, 第七章注 38
- Brennan, William J., Jr., 威廉·J. 布伦南, 83, 85
- Brigham, John, 约翰·布里汉姆, 第五章注 67
- Brody, Baruch, 巴鲁克·布罗迪, 第六章注 42
- Brown, Wendy, 温蒂·布朗, 55, 59, 131, 149, 174, 第二章注 80
- Brownmiller, Susan, 苏珊·布朗米勒, 111
- Brozan, Nadine, 奈丁·布罗赞, 第六章注 68
- Brunt, Melanie, 梅勒尼·布鲁特, 第七章注 21
- Buchanan, Patrick, 帕特里克·布坎南, 179
- Burger, Warren E., 沃伦·E. 伯格, 85-86, 97-98, 112, 114, 122
- Bush, George, 乔治·布什, 124, 135, 146, 第六章注 53
- Butler, Judith, 朱迪斯·巴特勒, 第二章注 49
- Butterfield, Fox, 福克斯·巴特菲尔德, 第一章注 3
- Cain, Patricia A., 帕翠西娅·A. 该隐, 59, 209n. 56
- Callahan, Sydney, 西德妮·卡拉汉, 135-39, 141-44
- capitalism, 资本主义, 93; and aggression, 资本主义和侵略, 20-21, 65-67; and conventional jurisprudence, 资本主义和传统法学, 66; and moral reasoning, 资本主义和道德推理, 186-88; and pornography, 资本主义和色情文艺, 56-57
- Card, Claudia, 克劳迪娅·卡德, 第二章注 52
- Carder, Angela, 安吉拉·卡德; 见 *In the Matter of A. C.*; *In re A. C.*
- Cardozo, Benjamin, 本杰明·卡多佐, 90
- Cardozo High School (Washington, D. C.), 卡多佐高中(华盛顿), 91-92
- care, duty of, and fetal protection, 照顾, 照顾的职责, 照顾和胎儿保护, 165-68
- care, ethic of, 照顾, 照顾的伦理, 8, 42-47; criticism of, 照顾的批判, 45-52; Giligan and, 吉里根和照顾, 42-47; justice and, 司法和照顾, 52-55. 也见

- character theory and jurisprudence, 特征理论和法学
- Carter, Lief, 里弗·卡特, 81
- censorship, 审查制度; 见 pornography, 色情文艺
- Chan, Sucheng, 苏盛·陈, 第二章注 52
- character theory and jurisprudence, 特征理论和法学, 41-44; confused with situation theory, 与情境理论混淆的特征理论和法学, 62-67; critiques of, 对特征理论和法学的批判, 45-55; defined, 界定特征理论和法学, 40-41; feminist epistemology and, 女性认识论和特征理论和法学, 72-74; fetal protection and, 胎儿保护和特征理论和法学, 173; reproductive rights and, 生育权和特征理论和法学, 136-37
- Chavkin, Wendy, 温蒂·查金, 第七章注 24
- Cherow-O'Leary, Renee, 雷内·谢洛奥利里, 第五章注 30
- child custody, 子女监护, 19-21, 54, 92, 94, 104-07, 177. 也见 single fathers 单亲父亲
- child support, 养育小孩, 100, 104-07, 第五章注 27, 第五章注 29, 第五章注 30, 第五章注 35; 也见 alimony, 赡养费; divorce, 离婚
- Chodorow, Nancy, 南希·乔多罗, 26-29, 42, 45, 第二章注 18, 第二章注 41
- Cisler, Lucinda, 露辛达·西斯勒, 第六章注 19
- Civil Rights Act (1875), 1875 年《民权法案》, 118-19
- Civil Rights Act (1964), Title II, 1964 年《民权法案》, 第二章, 第五章注 96; Title VII, 第七章, 18, 152-53, 第七章注 1
- Civil Rights Act (1991), 1991 年《民权法案》, 114
- Cixous, Hélène, 海琳·希苏, 第七章注 34
- class: and disability, 阶级: 阶级和残疾, 36; and gender, 阶级和性别, 17, 29; and post-liberalism, 阶级和后自由主义, 191-92
- class bias, theory and, 阶级偏见, 理论和阶级偏见, 31, 37-38
- Clinton, Bill, 比尔·克林顿, 146, 154, 176, 179, 180
- Clinton, Hillary Rodham, 希拉里·罗德姆·克林顿, 171, 180
- Cohen, Nancy Wainer, 南希·韦纳·科恩, 第七章注 42
- Collins, Patricia Hill, 帕翠西娅·希尔·柯林斯, 第二章注 70
- communitarian theory, 共产主义理论, 3, 9, 11, 171-72, 175-79

- connected knowing, 关联的认知; 见 Belenky, Mary Field, 玛丽·菲尔德·贝兰基
- connection thesis, 关联命题; 见 character theory and jurisprudence, 特征理论和法学; West, Robin, 罗宾·韦斯特
- consciousness-raising, 增强自我意识, 73
- conscription (draft), 征召(草案); 见 military service, 兵役
- conservatism, 保守主义, 3, 9, 162-65, 171-79
- contingent fetal personhood, 偶发性的胎儿人格; 见 care, 照顾, duty of, 照顾的义务
- contraception, 避孕; 见 birth control, 生育控制
- conventional theory and jurisprudence, 传统理论与法学: character theory and, 特征理论和传统理论与法学, 45-46; epistemology and, 认识论和传统理论与法学, 71-80; feminist theory and, 女性理论和传统理论与法学, 10-12, 17-39, 40-45; fetal protection and, 胎儿保护和传统理论与法学, 155-56, 165-75; liberalism and, 自由主义和传统理论与法学, 10, 39-41, 186-89; male bias in, 传统理论与法学中的男性偏见, 17-22; responsibility and, 责任和传统理论与法学, 67-70, 176-89; rights and, 权利和传统理论与法学, 141-44
- Cook, Gregory, 格利高里·库克, 163
- Cornell, Drucilla, 杜希拉·康奈尔, 30, 31, 48, 49, 59, 第二章注 66, 第四章注 36
- counterfactual reasoning, 反事实推理, 139-41
- Cramton, Roger, 罗格·克拉姆顿, 第四章注 20
- Crawford, Christina, 克里斯蒂娜·克劳馥, 第六章注 53
- Crenshaw, Kimberle, 金伯勒·柯林肖, 第二章注 52, 56
- Critical Legal Studies, 批判法律研究, 17, 27, 29
- cultural feminism, 文化女性主义, 40, 46. 也见 West, Robin, 罗宾·韦斯特
- culture, gender difference and, 文化, 性别差异和文化, 26-27
- Cushman, Reid, 里德·卡什曼, 第七章注 66
- Daley, Suzanne, 苏珊娜·戴利, 第七章注 21
- Daly, Mary, 玛丽·达利, 72, 75

- Daniels, Cynthia R., 辛西娅·R. 丹尼尔, 173
- Daum, Susan M., 苏珊·M. 道明, 第七章注 21
- Davis, Susan E., 苏珊·E. 戴维斯, 第六章注 68
- DeBoer-Schmidt case, 施密特·德波尔案, 第二章注 23
- Delphy, Christine, 克里斯蒂娜·戴尔菲, 25
- D'Emilio, John, 约翰·德梅里, 第六章注 68
- Derrida, Jacques, 雅克·德里达, 40, 79
- Dershowitz, Alan M., 阿兰·M. 德肖维茨, 89, 168-70, 173
- difference feminism, 女性主义差异. 见 character theory and jurisprudence, 特征理论和法学
- Dingwell, Robert, 罗伯特·丁沃尔, 第四章注 20
- Dinnerstein, Dorothy, 桃乐茜·丁纳史坦, 第二章注 41
- disability, 残疾, 12-14, 30, 32, 34-37, 63, 65, 155-56. 也见 birth defects, 先天缺陷
- discrimination, 歧视; 见 equal protection doctrine, 平等保护原则
- divorce, 离婚, 97, 104-7, 180-84. 也见 alimony, 赡养费; child support, 抚养孩子
- Doderer, Minette, 米涅特·多德雷尔, 145
- domestic violence, 家庭暴力, 34-37. 也见 *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*
- dominance feminism, 支配型女性主义; 见 situation theory and jurisprudence, 情境理论和法学
- Dorris, Michael, 迈克尔·多瑞斯, 154, 157, 167-68
- Douglas, William O., 威廉·O. 道格拉斯, 85, 126
- Downs, Donald Alexander, 唐纳德·亚历山大·丹斯, 第三章注 78
- Draper, Shirley, 雪莉·翠普, 163-64
- Duncan, Greg G., 格雷格·G. 邓肯, 第五章注 27
- Dunlap, Mary, 玛丽·杜兰普, 60-61, 122
- Dworkin, Andrea, 安德里亚·德沃金, 109, 111, 第三章注 62, 第五章注 64
- Dworkin, Ronald, 罗纳德·德沃金, 第三章注 2

- écriture feminine, 阴性书写, 23-26, 73
- Education Amendments Act (1972), Title IX, 教育修正案(1972), 第九章, 130
- egalitarian feminism, 平等主义的女性运动, 40
- Eisenstein, Zillah, 齐娜·艾森斯坦, 第二章注 15, 第八章注 36
- Elshtain, Jean Bethke, 珍·贝丝可·埃希坦, 36, 50, 54, 130, 137
- Ely, John Hart, 约翰·哈特·伊利, 130
- epistemology, 认识论, 16-17, 23, 71-78; in constitutional interpretation, 宪法性解释中的认识论, 80-86, 89-94; conventional, 传统的认识论, 71-80; feminist, 女性主义者的认识论, 73-78; in judicial process, 司法过程中的认识论, 86-89
- Epstein, Richard, 理查德·艾普斯坦, 130
- Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), 平等就业机会委员会 (EEOC), 32, 161
- equal protection doctrine, 平等保护原则, 55, 90-92, 119-23; and divorce and child custody, 平等保护原则和离婚与儿童监管, 104-7; and intermediate scrutiny, 平等保护原则和适度审查, 98-105; and judicial neutrality, 平等保护原则和司法中立 113-15; and legislative intent, 平等保护原则和立法意图, 115-18; male bias in, 平等保护原则中的男性偏见, 102-12; and military service, 平等保护原则和兵役, 107-9; and pornography, 平等保护原则和色情文艺 109-12; and rational basis, 平等保护原则和种族偏见, 98; and reverse discrimination, 平等保护原则和逆向歧视, 114-15; and sexual equality, 平等保护原则和性别平等, 97-101; and state action, 平等保护原则和国家行为, 118-19; and suspect classification, 平等保护原则和质疑分类法, 98
- Equal Rights Amendment, 《平等权利修正案》, 180
- Erdrich, Louise, 路易丝·厄德里克, 168-70
- Ericksen, J. A., J. A. 埃里克森, 第五章注 25
- Erikson, Erik, 艾利克·埃里克森, 45
- essentialism, 实在论, 33-38
- Estner, Lois J., 洛伊斯·J. 爱斯特纳, 第七章注 42
- Etzioni, Amitai, 阿米泰·埃茨奥尼, 11
- Faludi, Susan, 苏珊·法鲁迪, 第三章注 18, 第五章注 30

Family Support Act (1988), 家庭抚养法(1988), 第五章注 35

feminism, as social movement, 女权主义, 作为社会运动的女权主义, 3-5, 8-10, 176, 189-92

feminist postliberalism, 后自由主义女性主义者, 189-201

Feminists for Life, 维护生命女性主义者, 133

feminization of poverty, 贫困的女性化, 4, 104-5

Ferguson, Kathy E., 凯茜·E. 弗格森, 46, 52, 第二章注 36, 第三章注 18

Ferraro, Geraldine, 杰拉丁·费拉罗, 180

fetal alcohol affect (FAE), 胎儿酒精效应(FAE), 157

fetal alcohol syndrome (FAS), 胎儿酒精综合征(FAS), 157

fetal protection policies, 胎儿保护政策, 18, 56, 80; and compulsory sterilization, 胎儿保护政策和强制绝育, 162; and conservatism, 胎儿保护政策和保守主义, 162; and conventional jurisprudence, 胎儿保护政策和传统法学, 165-69; and criminal law, 胎儿保护政策和刑法, 163-65; and labor legislation, 胎儿保护政策和劳动立法, 160-61; and reproductive rights, 胎儿保护政策和生育权, 129, 155-56, 165-67, 173-75; and responsibility, 胎儿保护政策和责任, 170-73; and sexual equality, 胎儿保护政策和性平等, 151-54

Fifth Amendment, 第五修正案, 85, 126-27

Fineman, Martha Albertson, 玛撒·艾伯特·法恩曼, 第五章注 30

Finger, Anne, 安·芬格, 第二章注 52, 第六章注 68

Finley, Lucinda, 露辛达·芬利, 第四章注 4

Firestone, Shulamith, 舒拉米斯·菲尔斯通, 第六章注 76

First Amendment, 第一修正案, 86, 126-27; and civil rights laws, 第一修正案和民权法, 第五章注 9; and pornography, 第一修正案和色情文艺, 56-57, 109-12

Fortas, Abe, 阿贝·福塔斯, 85

Fourteenth Amendment, 第十四修正案, 81-84, 125. 也见 equal protection doctrine, 平等保护原则

Fourth Amendment, 第四修正案, 85, 126-27

Fox-Genovese, Elizabeth, 伊丽莎白·福克斯-杰诺韦塞, 50, 54, 130, 137, 149

Francke, Linda Bird, 琳达·伯德·法兰克, 第六章注 29

Frankfurter, Felix, 费利克斯·法兰克福特, 85-86, 88

- Freedman, Estelle B., 埃斯特尔·B. 弗里德曼, 第六章注 68
- Freedman's Bureau Bill (1866), 《自由民管理局法案》(1866), 113
- Freud, Sigmund, 西格蒙德·弗洛伊德, 18-19, 21, 31, 83, 第二章注 18, 第二章注 42
- Friedan, Betty, 贝蒂·弗瑞丹, 19, 30-31, 190-97
- Fund for Improvement of Post-Secondary Education (FIPSE), 中学后教育促进基金(FIPSE), 73-74
- Gallagher, Janet, 珍妮特·盖拉尔, 第七章注 3
- Galston, William, 威廉·加尔斯顿, 67, 171, 183
- Garland, Lillian 莉莲·加兰德; 见 *California federal Savings and Loan Association v. Guerra*
- Garrison, Marsha, 玛莎·加里森, 第五章注 27
- gay critiques of conventional theory, 传统理论对同性恋的批评, 31-32, 第二章注 52
- gay rights, 同性恋的权利; 见 *Bowers v. Hardwick*
- gender difference, 性别差异, 5-8, 176-80; character jurisprudence and, 特征法学和性别差异, 42-48; critiques of, 对性别差异的批评, 28-30, 50-54; epistemology and, 认识论和性别差异, 72-80; feminism and, 女性主义和性别差异, 8-10; feminist theory and, 女性主义者理论和性别差异, 10-12, 20-27; fetal protection and, 胎儿保护和性别差异, 151-56; gender distinction and, 性别区分和性别差异, 40-42; rights theory and, 权利理论和性别差异, 128-30; situation jurisprudence and, 情境法学和性别差异, 39-41, 55
- Gerval, Jean M., 吉恩·M. 杰瓦尔, 第五章注 27
- Giddings, Paula, 宝拉·吉丁斯, 30, 35
- Gilder, George, 乔治·吉尔德, 第五章注 93
- Gilligan, Carol, 卡罗尔·吉利根, 10, 26-28, 58, 67, 72-74, 78-79, 130, 135-37, 173, 第三章注 35; character theory and, 特征理论和卡罗尔·吉利根, 39-44; critiques of, 对卡罗尔·吉利根的批评, 44-52, 第三章注 18
- Gimenez, Martha, 玛撒·吉曼斯, 第六章注 77
- Ginsburg, Faye D., 菲·D. 金斯伯格, 第六章注 19, 第七章注 67

- Ginsburg, Ruth Bader, 鲁斯·贝德·金斯伯格, 100
- Givens, Robin, 罗宾·格温斯, 67
- Glendon, Mary Ann, 玛丽·安·格兰登, 11, 179
- Goetz, Bernhard, 伯汉德·格茨, 第二章注 22
- Goldstein, Leslie Friedman, 莱斯利·弗里德曼·古德斯丁, 第六章注 42
- Gordon, Edmund, 埃蒙德·戈登, 12-13, 22, 49
- Gordon, Suzanne, 苏珊娜·戈登, 51, 54
- Green, T. H., T. H. 格林, 第三章注 2
- Greenwood-Audant, Lois, 洛伊斯·格林伍德-奥丹特, 第五章注 30
- Greer, Germaine, 杰曼·格里尔, 第六章注 77
- Griffin, Susan, 苏珊·葛里芬, 111
- Guinier, Lani, 拉尼·吉尼尔, 第四章注 18
- Guisewite, Cathy, 凯西·盖斯怀特, 35
- Gulf War (1991), 海湾战争(1991), 63
-
- Haas-Wilson, Deborah, 黛博拉·哈斯-威尔森, 第六章注 19
- Hammer, Heather, 希瑟·汉姆, 第五章注 27
- Hardy, Kimberly, 金佰莉·哈迪, 168
- Harlan, John Marshall I, 约翰·马歇尔·哈兰, 118
- Harrington, Mona, 莫纳·哈里顿, 第五章注 93
- Harris, Amy Bjork, 艾米·比约克·哈瑞斯, 第五章注 93
- Harris, Angela, 安吉拉·哈瑞斯, 31-33, 36-37, 62
- Harris, Thomas A., 托马斯·A. 哈瑞斯, 第五章注 93
- Hartsock, Nancy C. M., 南希·C. M. 哈索克, 16, 27, 188, 第八章注 36
- Hartz, Paula, 波拉·哈兹, 第六章注 68
- Hattori, Yoshihiro, 服部刚丈, 第二章注 22
- Hershey, Laura, 劳拉·赫雪, 第六章注 29
- Hewlett, Sylvia Ann, 西尔维娅·安·黑立特, 第六章注 77
- Hoagland, Sarah, 莎拉·霍格兰, 第二章注 52
- Hobbes, Thomas, 托马斯·霍布斯, 20-21, 143, 148, 171, 191-92, 198-99
- Hobhouse, L. T., L. T. 霍布豪斯, 第三章注 2

- Hochschild, Arlie, 阿列·霍斯查尔德, 第五章注 25, 第六章注 94
- Hoffman, Jan, 简·霍夫曼, 第六章注 21
- Hoffman, Saul D., 索尔·D. 霍夫曼, 第五章注 27
- Holmes, Oliver Wendell, 奥利弗·温德尔·霍姆斯, 81, 196
- Hooks, Bell, 贝尔·胡克斯, 190-91, 197, 第三章注 79
- Horney, Karen, 凯伦·霍妮, 23, 第二章注 18
- Hricko, Andrea, 安德里亚·希里克, 第七章注 21
- imperative theory and jurisprudence, 强制性理论和司法, 192-95, 198-201
- individualism, 个人主义, 20-22; feminist critiques of, 女性主义者对个人主义的批评, 42-47; fetal protection and, 胎儿保护和个人主义, 168-69; reproductive rights and, 生育权和个人主义, 130. 也见 liberalism, 自由主义
- individualist feminism, 个人主义女性主义, 40
- intermediate scrutiny, 适度审查; 见 equal protection doctrine, 平等保护学说
- Irigaray, Luce, 露西·伊利格瑞, 23-24, 27-29, 第二章注 39
- Jackson, Robert H., 罗伯特·H. 杰克逊, 88, 121
- Jacob, Herbert, 赫伯特·雅各布, 第五章注 30
- Jefferson, Thomas, 托马斯·杰斐逊, 128, 142, 199
- Jeffries, Leonard, 里奥纳多·杰弗瑞, 12-13, 22
- John Paul II, 保罗·约翰二世, 145
- Johnson, Jennifer, 珍妮弗·约翰逊, 86, 158, 168, 172
- Jones, Ann, 安·琼斯, 第一章注 3
- Jones, Okla B., 奥克拉·B. 琼斯, 2d, 第七章注 80
- Jong, Erica, 艾丽卡·琼, 164
- justice, ethic of, 正义, 道德正义, 52-54
- Keller, Evelyn Fox, 伊芙琳·福克斯·凯勒, 71-74, 79
- Kelly, Joan, 琼·凯莉, 第五章注 30, 第八章注 21
- Kemmeter, Ann, 安·凯米特, 82
- Kennedy, Duncan, 邓肯·肯尼迪, 第二章注 5, 第四章注 20

- Kenney, Sally J., 萨利·J. 肯尼, 152, 173, 第二章注 49
- King, Martin Luther, Jr., 马丁·路德·金, 190
- King, Ynestra, 内斯特拉·金, 13, 35-36, 40, 第二章注 52
- Kirchner-Warburton case, 沃伯特·基什内耳案, 第二章注 23
- Klein, Viola, 维奥拉·克兰, 第三章注 29
- Kohlberg, Lawrence, 劳伦斯·柯尔伯格, 42-43
- Kornhauser, Lewis, 刘易斯·科恩豪瑟, 21, 76, 166
- Lacan, Jacques, 雅克·拉康, 24
- Laing, R. D., R. D. 莱因, 第二章注 80
- Lampley, Jim, 吉姆·兰普利, 155
- Landers, Ann, 安·兰德斯, 64
- Lasch, Christopher, 克里斯多夫·拉许, 第二章注 79
- Launders, Michelle, 米歇尔·兰德斯, 第六章注 53
- LeGuin, Ursula, 厄休拉·勒奎恩, 第六章注 79
- Lerner, Harriet G., 哈里特·G. 勒纳, 第三章注 18
- lesbian critiques of feminist theory, 女性主义理论对女同性恋的批判, 30-34, 59-62, 第二章注 56, 第二章注 57
- Levi, Edward, 爱德华·列维, 81
- Lewis, Philip, 菲利普·刘易斯, 第四章注 20
- liberalism, 自由主义, 3, 9, 21, 32, 63-67; conventional theory and, 传统理论和自由主义, 10, 39-41, 186-89, 第三章注 2; feminist critiques of, 自由主义的女性主义批判, 10-12, 39-41, 47, 52-54, 55-58, 130-31; feminist jurisprudence and, 女性主义法学和自由主义, 176-80, 186-89; fetal protection and, 胎儿保护和自由主义, 165-75; judicial neutrality and, 司法中立和自由主义, 113-15; male bias in, 自由主义中的男性偏见, 67-68, 128-30, 147; reproductive rights and, 生育权利和自由主义, 128-30, 141-44, 149-50; responsibility and, 责任和自由主义, 67-70, 147
- Locke, John, 约翰·洛克, 19, 178, 142, 148
- Loesch, Juli, 朱莉·罗斯奇, 137-38, 149, 173
- Lombroso, Gina, 吉娜·龙勃罗梭, 45

- Long, Sharon, 莎伦·隆, 133, 147
- Losco, Joseph, 约瑟夫·罗斯科, 第七章注 21
- Luker, Kristin, 克丽斯汀·卢克, 132, 144, 第六章注 29
- Lusky, Louis, 路易斯·拉斯基, 129-30
- Lyons, Nona Plessner, 诺娜·普勒斯纳·里昂, 第三章注 12
- Machung, Anne, 安·马忠, 第五章注 25, 第六章注 94
- MacKinnon, Catharine A., 凯瑟琳·A. 麦金农, 10, 17, 27, 31, 46, 48, 63-66, 105, 122, 131, 137, 149, 173, 193; critique of character theory by, 凯瑟琳·麦金农对特征理论的批判, 46-48, 第三章注 18; critiques of jurisprudence of, 对凯瑟琳·麦金农的法学批判, 58-63, 第三章注 56, 第三章注 62; epistemology and, 认识论和凯瑟琳·麦金农, 72-74, 80; on pornography, 凯瑟琳·麦金农论色情文艺, 109-12, 第五章注 64, 第八章注 6; situation jurisprudence and, 情境法学和凯瑟琳·麦金农, 39-41, 55-58
- Macklin, Ruth, 鲁斯·迈克林, 第六章注 42
- Madison, James, 詹姆士·麦迪逊, 191, 199
- Maguire, Kathleen, 凯思琳·迈圭尔, 第一章注 3
- male bias, 男性偏见; 见 conventional theory and jurisprudence, 传统理论和法学; equal protection doctrine, 平等保护原则; liberalism, 自由主义理论
- Marchiano, Linda, 琳达·马乔诺, 63
- Marxism, 马克思主义, 17, 20, 27-28, 40-41, 188, 191-92; situation theory and, 情境理论和马克思主义, 40-41, 59
- Marx, Karl, 卡尔·马克思, 28, 191-92
- Mathieu, Deborah, 黛博拉·马修, 116
- Matsuda, Mari J., 松田真理, 31, 第二章注 52
- McClain, Linda C., 琳达·C. 麦克莱恩, 第三章注 2
- McClintock, Barbara, 芭芭拉·麦克林托克, 72
- McCorvey, Norma, 诺玛·麦克薇; 见 *Roe v. Wade*
- McDonagh, Eileen, 艾琳·麦克多纳, 134
- McIntosh, Peggy, 佩吉·麦金托什, 34
- Mead, Margaret, 玛格丽特·米德, 160, 193, 第三章注 29

- military service, 兵役, 97, 100, 107-9, 136
- Miller, Alice, 爱丽丝·米勒, 110, 第二章注 80
- Mill, Harriet Taylor, 哈里特·泰勒·米尔, 22
- Mill, John Stuart, 约翰·斯图亚特·密尔, 20, 22, 67, 128, 169, 199
- minority critiques of feminist theory, 女性主义理论的少数族裔批判, 30-34, 59-62, 190-92. 也见 race, 种族
- Mnookin, Robert, 罗伯特·穆金, 21, 76, 166
- Mohr, Richard, 理查德·莫尔, 第二章注 52
- Moore, Wilbert E., 威尔伯特·E. 摩尔, 第四章注 20
- Morgan, Robin, 罗宾·摩根, 第六章注 19
- Murphy, Frank, 弗兰克·墨菲, 88
- Murphy, Walter F., 沃尔特·F. 墨菲, 第四章注 71
- M. W., Angela, 安吉拉·M. W., 152
- Myrdal, Alva, 阿尔瓦·麦尔达尔, 第三章注 29
- Nestle, Joan, 琼·内斯特, 60
- Newman, Graeme R., 葛拉姆·R. 纽曼, 第七章注 17
- Nietzsche, Friedrich, 弗里德里希·尼采, 78
- Ninth Amendment, 第九修正案, 125-27
- Nixon, Richard M., 理查德·M. 尼克松, 184
- Noddings, Nel, 内尔·诺丁斯, 50, 136, 173
- Noonan, John T., 约翰·T. 努南, 第六章注 38, 第六章注 42
- Norris, Jane, 简·诺里丝, 155
- object-relations theory. See culture Occupational Health and Safety Administration (OSHA), 目标关系理论; 见文化职业安全与卫生管理局(OSHA), 158
- O'Connor, Sandra Day, 桑德拉·黛·奥康纳, 33, 84, 128, 第四章注 55
- Oftan, Karen, 凯伦·欧芬, 40
- Office of Civil Rights (OCR), 民管局(OCR), 161
- Okin, Susan Moller, 苏珊·摩勒·欧金, 177, 第八章注 50
- O'Neill, Timothy J., 蒂莫西·J. 奥尼尔, 第五章注 67

- Operation Rescue, 作业援救, 137
- Paglia, Camille, 卡米尔·帕格里亚, 164, 第三章注 76
- Pastore, Ann L., 安·L. 派司特, 第一章注 3
- Pateman, Carole, 卡洛尔·帕特曼, 177
- Peairs, Rodney, 罗德尼·皮尔斯, 第二章注 23
- Personal Responsibility and Work Ethic Act (1996), 个人责任和职业道德法 (1996), 8, 198
- Petchesky, Rosalind, 罗莎林德·比切斯基, 第六章注 29
- Pfannensteil, Diane, 戴安·普芳南斯坦, 168, 172
- Pipher, Mary, 玛丽·波普, 第八章注 23
- Plato, 柏拉图, 19, 78, 83, 86, 148
- Pollitt, Katha, 卡萨·波利特, 153
- pornography, 色情文艺, 16, 89; and equal protection doctrine, 色情文艺和平等保护原则, 109-12; and situation theory, 色情文艺和情境理论, 57
- Posner, Richard, 理查德·波斯纳, 59
- postmodernism, 后现代主义, 137-38
- power, 权力; gender difference and, 性别差异和权力, 27-28
- Pregnancy Discrimination Act (1978), 《怀孕歧视法》(1978), 54
- Presson, Robert, 罗伯特·普瑞森, 83
- privacy, 隐私, 37, 55, 125-39, 149-50
- pro-life feminism, 维护生命的女性主义, 132-39
- protective labor legislation, 保护性劳动立法, 18-20, 160-62. 也见 *Muller v. Oregon*
- public-private distinction, 公域与私域的区别, 5-8, 180-85
- “Psych-et-Po.”, “精神分析和政治”; 见 *écriture feminine*, 阴性书写
- race: as basis for discrimination, 种族: 被看作歧视的根据, 98, 101-03, 108, 112-23; and feminist theory, 种族和女性主义理论, 30-39, 46, 59, 62
- radical feminism, 激进女性主义运动, 40
- rape, 强奸, 19, 68-70, 100-01, 164-65, 第一章注 3; and situation jurispru-

- dence, 强奸和情境法学, 55-58, 63, 66-67
- Rapp, Rayna, 瑞纳·瑞普, 第六章注 29
- rational basis, 理性的偏见; 见 equal protection doctrine, 平等保护原则
- rational choice, 理性选择, 20-23, 76, 165-68
- Rawls, John, 约翰·罗尔斯, 148, 194, 第三章注 2, 第八章注 50
- Reagan, Ronald, 罗纳德·里根, 124, 157
- reasonable person (woman) standard, 理性人(女性)的标准; 见 sexual harassment, 性骚扰
- Reed, Stanley, 斯坦利·里德, 88
- Rehnquist, William H., 威廉·H. 伦奎斯特, 83-84, 86, 97-98, 114, 122-24
- Reich, Robert, 罗伯特·瑞奇, 183
- relational feminism, 理性的女性主义, 40
- reproductive rights, 生育权, 16, 54-55, 80, 89, 91-94, 178, 186-89; and feminism, 生育权和女性主义, 131-39; and fetal protection, 生育权和胎儿保护, 155-56, 165-68; and gender, 生育权和性别, 128-31, 145-47; and law, 生育权和法律, 124-28, 147-50; and responsibility, 生育权和责任, 145-47; and teenage pregnancy, 生育权和少女怀孕, 196
- responsibility: feminist theory and, 责任: 女性主义者的理论和责任, 39-40, 42-43, 48-52, 63-67; gender differences in assignment of, 责任分配中的性别差异, 3, 9, 10-12, 67-70, 145-47, 170-75, 186-89
- reverse discrimination, 逆向歧视; 见 equal protection doctrine, 平等保护原则
- Rheingold, Joseph, 约瑟夫·莱茵戈德, 45
- Rhode, Deborah L., 黛博拉·L. 罗德, 93
- Rhodenbaugh, Suzanne, 苏珊娜·罗登堡, 60-61, 69, 122
- Rhoden, Nancy K., 南希·K. 罗登, 第七章注 3
- Rich, Adrienne, 阿吉尼·瑞奇, 6, 31, 60, 第六章注 77, 第八章注 52
- rights theory; character jurisprudence and, 权利理论; 特征法学和权利理论, 47-48, 51-54, 136-37; feminist theory and, 女性主义者的理论和权利理论, 39-41, 42; gender and, 性别和权利理论, 67-70, 128-32; liberalism and, 自由主义和权利理论, 10-11, 63-67, 169, 170-72, 194-95; negative, 消极的权利理论, 142-43, 149-50, 169, 第三章注 2; positive, 积极的权利理论, 141-44, 第

- 三章注 3; situation jurisprudence and, 情境法学和权利理论, 55-63, 138-39
- Roberts, Dorothy E., 桃乐茜·E. 罗伯特, 第七章注 21
- Robertson, John A., 约翰·A. 罗伯森, 165-66, 173
- Rockwell, David, 大卫·洛克威尔, 第四章注 20
- Roiphe, Katie, 凯蒂·洛芙, 164
- Roosevelt, Franklin D., 富兰克林·D. 罗斯福, 143, 171
- Rosen, Ruth, 鲁斯·罗森, 172
- Rothman, Barbara Katz, 芭芭拉·凯茨·罗思曼, 145-46, 149
- Rubin, Gayle, 盖尔·鲁宾, 第五章注 25
- Ruddick, Sara, 萨拉·拉迪克, 50-51, 53, 81, 92, 136, 第三章注 18
- Russell, Karen, 卡伦·拉塞尔, 102-3
- Ryan, William, 威廉·莱恩, 7, 161
- Saldana, Theresa, 特丽莎·索尔达娜, 61
- sameness-v. -difference debate, 同一性与差异性的争论, 54-55
- Savoy, Paul, 保罗·萨瓦, 第四章注 18
- Scales, Ann M., 安·M. 斯卡尔斯, 20
- Scalia, Antonin M., 安东尼·斯卡利亚, 84, 87
- Schlafly, Phyllis, 菲莉斯·施拉夫利, 180
- Schneider, Elizabeth M., 伊丽莎白·M. 斯克奈德, 第三章注 18
- Schwartz, Pepper, 施瓦兹·佩帕, 第六章注 94
- Scott, Joan Wallach, 琼·瓦拉赫·斯科特, 49, 第二章注 47
- Seneca Falls Declaration (1848), 1848 年塞尼卡福尔斯宣言, 106
- separate knowing, 分离式认知; 见 Belenky, Mary Field, 玛丽·菲尔德·贝兰基
- separation thesis, 分离命题; 见 character theory and jurisprudence, 特征理论与法学; West, Robin, 罗宾·韦斯特
- sexual assault, 性攻击; 见 rape, 强奸
- sexual harassment, 性骚扰, 32-33, 57
- Shaw, Margery, 玛杰里·肖, 169, 173
- Sherry, Suzanna, 苏珊娜·雪莉, 第三章注 3, 第四章注 55
- Simpson, Nicole Brown, 尼克尔·布朗·辛普森, 第三章注 79

- Simpson, O. J. , O. J. 辛普森, 62
- single fathers, rights of, 单身父亲, 单身父亲的权利, 20, 97, 105-7, 第二章注 23; 也见 child custody, 儿童监护
- situation theory and jurisprudence, 情境理论和法学, 55-58, 198-201; critiques of, 对情境理论和法学的批评, 58-67; defined, 被定义的情境理论和法学, 40-41; fetal protection and, 胎儿保护和情境理论和法学, 172-75; reproductive rights and, 生育权和情境理论和法学, 130-31, 137-38
- Slater, Philip, 菲利普·斯莱特, 45, 78-79
- Sloan, Don, 堂·斯隆, 第六章注 68
- Smart, Carol, 卡洛尔·斯玛特, 59
- Smeal, Eleanor, 埃莉诺·斯米尔, 180
- Smith, Dorothy E. , 桃乐茜·E. 史密斯, 77-79
- Smith, John, 约翰·史密斯, 199
- Smith, Lendon, 兰顿·史密斯, 第五章注 93
- Smith, William Kennedy, 威廉·肯尼迪·史密斯, 164
- social feminism, 社会女性主义, 40
- Sommers, Christina Hoff, 克里斯蒂娜·霍夫·索莫斯, 200
- Spock, Benjamin, 本杰明·斯波克, 第五章注 93
- spousal support, 配偶扶养; 见 alimony, 赡养费
- Squier, Susan, 苏珊·斯凯尔, 第三章注 18
- Steele, Shelby, 谢尔比·斯蒂尔, 103
- Steinberg, Joel, 乔尔·斯坦伯格, 第六章注 53
- Stein, Carelle Muellner, 卡洛尔·穆尔纳·斯坦, 第五章注 27
- Steinem, Gloria, 格洛丽亚·斯坦, 第六章注 77
- Stellman, Jeanne Mager, 珍妮·梅杰·斯特尔曼, 第七章注 21
- Stewart, Potter, 波特·斯图尔特, 第六章注 67
- Stiehm, Judith Hicks, 朱迪斯·希克斯·斯蒂姆, 第五章注 43
- strict scrutiny, 严格详查; 见 equal protection doctrine, 平等保护原则
- Strossen, Nadine, 纳丁·史卓森, 59, 第八章注 6
- Students for a Democratic Society (SDS), 学生争取民主社会组织(SDS), 190

- Tabler, Norman Gardner, Jr., 加德纳·诺曼·Jr. 泰布勒, 第五章注 35
- Tavris, Carol, 卡罗尔·塔弗瑞斯, 第三章注 18
- Thompson, Clara, 克拉拉·汤普森, 23, 第二章注 18
- Thomson, Judith Jarvis, 朱迪斯·贾维斯·汤姆森, 134
- Tocqueville, Alexis de, 亚历克西斯·德·托克维尔, 121
- Tong, Rosemarie, 罗丝玛莉·佟, 47, 第三章注 18
- Tronto, Joan, 琼·特朗托, 46
- Tyson, Mike, 迈克·泰森, 67
-
- Unger, Roberto Mangabeira, 罗伯托·曼戈贝拉·昂格尔, 90, 112, 第二章注 5
- Uniform Marriage and Divorce Act (1974), 1974 年《统一结婚离婚法》, 104
- University of Pennsylvania Law School, 宾夕法尼亚大学法学院, 74-75
-
- van den Haag, Ernest, 欧内斯特·温·丹·哈格, 第七章注 17
- Villmoare, Adelaide H., 阿德莱德·H. 威尔莫尔, 第三章注 78
- Virginia Military Institute (VMI), 弗吉尼亚军事学院(VMI); 见 *U. S. v. Virginia*
- ia*
- Voting Rights Act(1965), 1965 年《投票权法案》, 115
-
- Walker, Alice, 爱丽丝·沃克, 第二章注 56
- Walker, Bree, 布莉·沃尔克, 155, 174
- Walker, Lenore, 勒诺·沃克, 第三章注 78
- Wallerstein, Judith S., 朱迪·S. 斯沃勒斯坦, 第五章注 30, 第八章注 21
- Warren, Earl, 厄尔·沃伦, 97, 114, 121
- Warren, Mary Anne, 玛丽·安·沃伦, 第六章注 42
- Washington, Desiree, 德西蕾·华盛顿, 67
- Watson, Andrew, 安德鲁·沃森, 第四章注 20
- Watson, Thomas, 托马斯·沃森, 181
- Wechsler, Herbert, 赫伯特·威奇斯勒, 114
- Weitzman, Lenore, 勒诺·威茨曼, 第五章注 27, 第六章注 94
- Wendell, Susan, 苏珊·温德尔, 第二章注 52, 第三章注 18

- Westcott, Marcia, 玛西亚·韦斯科特, 第三章注 18
- West, Robin, 罗宾·韦斯特, 24-29, 40-46, 65, 75, 130, 137, 173, 第二章注 39, 第二章注 57
- White, Byron R., 拜伦·R. 怀特, 134
- Whitehead, Barbara Dafoe, 芭芭拉·达芙·怀特, 第八章注 23
- Whitner, Cornelia, 科妮莉亚·惠特纳, 152
- Williams, Joan, 乔恩·威廉姆斯, 72, 78, 154, 第三章注 18
- Williams, Patricia J., 帕翠西娅·J. 威廉姆斯, 第二章注 52
- Williams, Wendy W., 温蒂·W. 威廉姆斯, 172
- Wittgenstein, Ludwig, 路德维希·维特根斯坦, 146
- Wolf, Naomi, 内奥米·沃尔夫, 104
- Woolf, Virginia, 维吉尼亚·伍尔夫, 22
- Wright, Michael J., 迈克尔·J. 赖特, 第七章注 21

案例索引

- Adarand Constructors Inc. v. Pena*, U. S. Sup. Ct. No. 93-1841 (1995), 亚德罗德诉宾那案, 113-14, 121, 第五章注 66
- American Booksellers Association v. Hudnut*, 598 F. Supp. 1315 (S. D. Ind. 1984), 第五章注 48
- Application of Jamaica Hospital*, 491 N. Y. S. 2d 898 (Supreme Court, Special Term, Queens County, 1985), 第七章注 3
- Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 U. S. 252 (1977), 第五章注 44, 第五章注 89
- Associated General Contractors of California v. San Francisco*, 813 F. 2d 922 (9th Circ. 1987), 第五章注 14
- Bachur v. Democratic National Party*, 666 F. Supp. 763 (D. Md. 1987), 第五章注 14
- Bosley v. McLaughlin*, 236 U. S. 385 (1915), 第七章注 52
- Bowers v. Hardwick*, 106 S. Ct. 2841 (1986), 巴沃斯诉哈德威克案, 127, 第六章注 11
- Bradwell v. Illinois*, 83 U. S. 130 (1872), 布莱德威尔诉伊利诺伊州案, 18, 第二章注 11
- Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969), 第五章注 49
- Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), 布朗诉教育委员会案, 88, 113, 120, 第四章注 72
- Buck v. Bell*, 274 U. S. 200 (1927), 巴克诉贝尔案, 129, 151, 162, 196, 第二章

注 24, 第八章注 51

Bunting v. Oregon, 243 U. S. 426 (1917), 第六章注 62

Caban v. Mohammed, 441 U. S. 380 (1979), 卡班诉穆罕默德案, 100, 106-7,
第五章注 19, 20

Califano v. Goldfarb, 430 U. S. 199 (1977), 第五章注 16, 第六章注 81

Califano v. Webster, 430 U. S. 313 (1977), 第六章注 81

California Federal Savings and Loan Association v. Guerra, 107 S. Ct. 683
(1987), 加州联储和贷款协会诉格拉案, 54-55, 第三章注 47

Carey v. Population Services International, 432 U. S. 678 (1977), 第六章
注 11

City of Richmond v. J. A. Croson, 448 U. S. 469 (1989), 114, 第五章注 77

Civil Rights Cases, 109 U. S. 3 (1883), 民权案, 118, 第五章注 94

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942), 第五章注 50

Cleveland Board of Education v. LaFleur, 414 U. S. 632 (1974), 第五章注 9

Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976), 克雷格诉博伦案, 98-99, 104, 107, 120,
128, 第二章注 19, 第五章注 9

Crouse Irving Memorial Hospital v. Paddock, 485 N. Y. S. 443 (Supreme
Court, Onondaga)

County, 1985), 238n.3 *Cruzan v. Missouri Department of Health*, 110 S. Ct.
2841 (1990), 克鲁山诉密苏里州健康部案, 82-85, 第四章注 47, 第四章注 54

Dennis v. United States, 341 U. S. 494 (1951), 第五章注 49

DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 109 S. Ct.
988 (1989), 迪沙利诉温尼贝格县社会服务局案, 82-86, 第四章注 46, 第四章
注 48, 50-52

Doe v. Bolton, 410 U. S. 179, (1973), 第六章注 51. 也见 *Roe v. Wade Eisen-*
stadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972), 138, 151, 第六章注 11

Ellison v. Brady, 924 F. 2d 872 (9th Circ. 1991), 艾莉森诉布瑞德案, 33, 第
二章注 63, 65

- ex parte Virginia*, 100 U. S. 339 (1880), 第五章注 71
- Fiallo v. Bell*, 430 U. S. 787 (1977), 第五章注 35
- Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973), 第五章注 6
- Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972), 第四章注 56
- Garska v. McCoy*, 278 S. E. 2d 357 (W. Va. Sup. Ct. 1981), 第五章注 37
- Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484 (1974), 第五章注 9
- Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963), 吉迪恩诉温赖特案, 85
- Ginsberg v. New York*, 390 U. S. 629 (1968), 第五章注 54
- Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925), 第五章注 49
- Goesaert v. Cleary*, 335 U. S. 464 (1948), 第五章注 83, 第七章注 21, 第七章注 52
- Gomillion v. Lightfoot*, 364 U. S. 339 (1960), 第五章注 84
- Gooding v. Wilson*, 405 U. S. 518 (1972), 第五章注 50
- Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965), 格瑞斯沃尔德诉康涅狄格州案, 126-29, 138, 148, 151, 第四章注 67, 第六章注 10, 17
- Grodin v. Grodin*, 102 Mich. App. 396, 301 N. W. 2d 869 (1980), 第七章注 9
- Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 114 S. Ct. 367 (1993), 33, 第二章注 63, 64
- Harris v. McRae*, 448 U. S. 297 (1980), 第六章注 67
- Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U. S. 241 (1964), 第五章注 96
- Heckler v. Mathews*, 464 U. S. 728 (1984), 赫克勒诉马修斯案, 98, 第五章注 10, 13
- Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81 (1943), 平林诉合众国案, 88, 第五章注 76
- Hudnut v. American Booksellers Association*, 771 F. 2d 323 (7th Circ. 1985), 106 S. Ct. 1172 (1986), 223n. 9, 227n. 48 *In re A. C.*, 533 A. 2d 611 (D. C. Circ. 1987), 573 A. 2d 1235 (D. C. Circ. 1990), 153, 173, 第七章注 3, 8, 第七章注 14

- In re Baby Girl M*, 688 P. 2d 918 (Cal. Sup. Ct. 1984), 第五章注 14
- In re Doe*, 638 N. E. 2d 181 (Ill. Sup. Ct. 1994), 第二章注 23, 第五章注 2
- Institutionalized Juveniles v. Secretary of Public Welfare*, 459 F. Supp. 30 (E. D. Pa. 1978), 教养院青少年诉公共福利部部长案, 第四章注 61
- In the Matter of A. C.*, A. C. 案, 见 *In re A. C.*
- In the Matter of Andrew Peter H. T.*, 100 N. Y. App. Div. 2d 585 (1984), 第五章注 14
- In the Matter of Baby M*, 537 A. 2d 1227 (N. J. Sup. Ct. 1988), 第三章注 48
- J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 114 S. Ct. 1419 (1994), J. E. B. 诉阿拉巴马州案, 98, 100, 第五章注 10, 第五章注 19
- Jefferson v. Griffin Spalding County Authority*, 247 Ga. 86, 274 S. E. 2d 457 (1981), 第七章注 3
- Kahn v. Shevin*, 416 U. S. 351 (1974), 坎恩诉雪文案, 115, 第五章注 81
- Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado*, 413 U. S. 189 (1973), 第五章注 77, 第八章注 39
- Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981), 克希伯格诉费恩斯特拉案, 99, 181, 189, 第五章注 2, 第五章注 12, 第八章注 17
- Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944), 114, 第五章注 75
- Lamprecht v. FCC*, 958 F. 2d 382 (D. C. Circ. 1992), 第五章注 14
- Lehr v. Robertson*, 463 U. S. 248 (1983), 第五章注 13, 第五章注 35
- Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971), 雷蒙诉克兹门案, 116, 第五章注 86
- Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905), 洛克纳诉纽约案, 128, 161, 第六章注 16, 第七章注 50
- Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967), 拉芬诉弗吉尼亚州案, 114, 120, 第五章注 74
- Martin v. Wilks*, 109 S. Ct. 2180 (1989), 第五章注 78

- Matter of Adoption of Doe*, 524 So. 2d 1037 (Fla. App. 5 Dist. 1988), 第五章注 14
- Matter of Anthony F.*, 121 N. Y. Misc. 2d 592 (Family Court, Bronx County, 1983), 第五章注 14
- Matter of Raquel Marie X.*, 150 N. Y. App. Div. 2d 23 (1989), 第五章注 14
- McCleskey v. Kemp*, 481 U. S. 279 (1987), 麦克里斯基诉坎普案, 116-17, 第五章注 91
- Meritor Savings Bank v. Vinson*, 91 L. Ed. 2d 49 (1986), 第二章注 62
- Michael H. v. Gerald D.*, 109 S. Ct. 2333 (1989), 第五章注 9
- Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U. S. 464 (1981), 迈克尔诉索诺玛县高等法院案, 100, 129, 第五章注 13
- Michelle W. v. Ronald W.*, 703 P. 2d 88 (Cal Sup. Ct. 1985), 第五章注 14
- Michigan Road Builders Association v. Milliken*, 834 F. 2d 583 (6th Circ. 1987), 第五章注 14
- Miller v. California*, 413 U. S. 15 (1973), 米勒诉加利福尼亚州案, 110, 第五章注 54, 55
- Miller v. Johnson*, U. S. Sup. Ct., No. 94-631 (1995), 米勒诉强森案, 115, 第五章注 80
- Milliken v. Bradley*, 418 U. S. 717 (1974), 第五章注 77
- Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U. S. 718 (1982), 第五章注 13
- Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U. S. 163 (1972), 摩斯小馆诉尔文案, 119, 122, 第五章注 97
- Muller v. Oregon*, 穆勒诉俄勒冈州案, 208 U. S. 412 (1908), 18-19, 97, 129, 142, 160-62, 第二章注 12, 第五章注 1, 第六章注 24
- New York State Club Association v. City of New York*, 108 S. Ct. 2225 (1988), 第五章注 96
- New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964), 第五章注 50
- Orr v. Orr*, 440 U. S. 268 (1979), 奥尔诉奥尔案, 101, 104-5, 第五章注 2, 第

五章注 21

Osborne v. Ohio, 495 U. S. 103 (1990), 第五章注 54

Palmer v. Thompson, 403 U. S. 217 (1971), 帕尔默诉汤普森案, 116, 第五章注 88

Parham v. Hughes, 441 U. S. 347 (1979), 第五章注 35

Parham v. J. R., 442 U. S. 589 (1979), 帕汉姆诉 J. R. 案, 85-86, 第四章注 62

Paris Adult Theater I v. Slaton, 413 U. S. 49 (1973), 第五章注 54

Patterson v. McLean Credit Union, 109 S. Ct. 2363 (1989), 第五章注 78

Personnel Administrator v. Feeney, 422 U. S. 256 (1979), 人事管理员诉菲尼案, 107-9, 117, 第五章注 2, 第五章注 22

Phillips v. Martin-Marietta, 400 U. S. 542 (1971), 第五章注 33

Pittsburgh Press v. Human Relations Commission, 413 U. S. 376 (1973), 第五章注 9, 第五章注 51

Planned Parenthood v. Danforth, 428 U. S. 52 (1976), 第六章注 70

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791 (1992), 计划生育组织诉凯西案, 98, 124, 128-29, 第五章注 8, 9, 第六章注 2, 第六章注 20

Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896), 波雷西诉佛格森案, 113, 117, 第五章注 71, 第五章注 95

Price-Waterhouse v. Hopkins, 109 S. Ct. 1775 (1989), 737 F. Supp. 1202 (D. D. C. 1990), 920 F. 2d 967 (D. C. Circ. 1990), 47, 第三章注 27

Quilloin v. Walcott, 434 U. S. 246 (1978), 第五章注 35

Rabidue v. Osceola Refining Company, 805 F. 2d 611 (6th Circ. 1986), 第二章注 61

Radice v. New York, 264 U. S. 292 (1924), 第七章注 52

R. A. V. v. City of St. Paul, 112 S. Ct. 2538 (1992), R. A. V. 诉圣保罗市案, 110, 第五章注 52

Reed v. Reed, 404 U. S. 71 (1971), 里德诉里德案, 98

- Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978), 加州大学校务委员诉贝克案, 114, 120, 128, 第五章注 24, 第五章注 77
- Reproductive Health Services v. Webster*, 492 U. S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989), 生育健康服务中心诉韦伯斯特案, 126, 第五章注 9, 第六章注 8, 第六章注 9
- Ritchie v. Wayman*, 244 Ill. 509 (1910), 第六章注 28
- Roberts v. U. S. Jaycees*, 468 U. S. 609 (1984), 第五章注 9, 第五章注 51, 第五章注 96
- Rochin v. California*, 342 U. S. 165 (1952), 罗钦诉加利福尼亚州案, 85, 86, 第四章注 59
- Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), 罗伊诉韦德案, 76, 125-38, 142, 149, 151, 155, 165-66, 173, 189, 第五章注 8, 9, 第六章注 1, 2, 6, 8, 第六章注 14, 19, 第六章注 41, 第六章注 50, 第六章注 75, 第六章注 94
- Rostker v. Goldberg*, 453 U. S. 57 (1981), 罗斯特科尔诉哥德堡案, 100, 107, 第五章注 2, 第五章注 13, 第六章注 57
- Rotary International v. Rotary Club of Duarte*, 107 S. Ct. 940 (1987), 第五章注 96
- Roth v. United States*, 354 U. S. 476 (1957), 第五章注 53
- Salk v. Salk*, 393 N. Y. 2d 84 (New York Court of Appeals 1975), 第五章注 40
- San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U. S. 1 (1973), 第六章注 86
- Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 (1919), 第五章注 49
- School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U. S. 203 (1963), 第五章注 85
- Secretary of Labor v. American Cyanamid*, OSHRC Docket No. 79-5762 (1979), 第七章注 30
- Secretary of Public Welfare v. Institutionalized Juveniles*, 442 U. S. 640 (1979), 85, 第四章注 61
- Shaw v. Reno*, 509 U. S. 630 (1993), 肖诉雷诺案, 115, 第五章注 80
- Shelley v. Kraemer*, 337 U. S. 1 (1948), 雪莉诉克雷莫案, 119, 122, 第五章注 97

Stallman v. Youngquist, 125 Ill. 2d 267, 531 N. E. 2d 355 (1988), 第七章注 9

Stanley v. Illinois, 405 U. S. 645 (1972), 第五章注 35

Steiner v. Showboat Operating Company, 25 F. 3d 1459 (9th Circ. 1994),
33, 第二章注 63

Strauder v. West Virginia, 100 U. S. 3 (1880), 第五章注 71

Swann v. Charlotte-Mecklenberg, 402 U. S. 1 (1971), 第五章注 77

Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522 (1975), 第五章注 9

Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533 (1989), 得克萨斯诉约翰逊案, 86, 第四章
注 63, 第五章注 49

Turner v. Department of Employment Security, 423 U. S. 44 (1975), 第五章注 9

United Auto Workers v. Johnson Controls, 886 F. 2d 871 (7th Circ. 1989),
111 S. Ct. 1196 (1991), 联合汽车工人诉江森自控集团案, 129, 152-53, 172-
74, 第七章注 3, 6, 10, 第七章注 25, 29

United States v. Carolene Products, 304 U. S. 144 (1938), 合众国诉卡洛林公
司案, 129, 第六章注 26

United States v. Virginia, 116 S. Ct. 2264 (1996), 合众国诉弗吉尼亚州案,
98-99, 第五章注 11

Wallace v. Jaffree, 472 U. S. 38 (1985), 瓦利斯诉杰弗里案, 116, 第五章注 87

Wards Cove Packing v. Atonio, 109 S. Ct. 2115 (1989), 第五章注 78

Washington v. Davis, 426 U. S. 229 (1976), 华盛顿诉戴维斯案, 116-17, 第五
章注 44

Weeks v. Southern Bell, 408 F. 2d 228 (5th Circ. 1969), 第二章注 14, 第七章
注 1, 第七章注 52

Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U. S. 636 (1975), 第五章注 15, 第六章注 81

Wright v. Olin Corporation, 697 F. 2d 1172 (4th Circ. 1982), 第七章注 31,
第七章注 49

Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356 (1886), 第五章注 84

译后记

女性是法律的软肋

我从15岁开始,就被身边的人认为是具有强烈的女性主义气质的人。可是当我第一次接触到朱迪斯·贝尔的理论时,居然感觉到极大的不适应。这种不适应不仅因为她夹述夹议的语言风格和对传统理论毫不客气的反击批判,还在于其对女性权利和地位的颠覆性反思。她摒弃了以往各种理论学说对于女性的形象、身体和地位的表面关注,而深入到制度的层面,全面解析社会分工与责任分配上的男女差异,进而提出,围绕着权利和责任体系重新构建一种女性主义法学。

在此书中,朱迪斯·贝尔几乎把现今所有的女性主义流派都批了个遍。难得她思维敏捷,逻辑缜密,能自由地跳跃于批判与建构之间,对种族歧视、社群主义等问题作抽丝剥茧的分析与论述,揭示出与女性弱势地位相勾连的各种结构性弊病,从而将靶心校准到法律体系的重构之上。她的关注集中在平等、权利和责任等方面,强调照顾责任应在全社会范围内重新进行分配,强调不能以自由主义的个人责任为名义,将本应由男性群体和社会担负的责任转嫁到弱势女性的身上,强调权利、权力和责任三者的对应关系。

朱迪斯·贝尔在她的著作中表现出了极其坦诚和直率的一面。她无忌讳谈及自己的生活:先天残疾,不幸福的童年,酗酒而暴虐的父亲和懦弱隐忍的母亲,白人女性身份,单身,没有孩子……当别人把这一切贴上受害者或特权阶层等标签时,她却透过自己所遭遇的这一切,对传统的自由主义、特征女性主义等作出了理性批判。她没有停

留在自己的悲惨故事里,而主动超越了自己;她也没有停留在女性的自怜自艾中,而选择以“人类”为思考之中心,仔细检视整个法律及法学体系,试图建立一种全新的女性主义——她称之为“后自由主义的女性主义”。

朱迪斯·贝尔认为,要发出女性自己的声音,却又要防止这种言说沦为一种个人或群体的“私人话语”,否则女性主义对于男性中心的抗争会被认为失去了其普适性价值。这非常难以把控,就像她一方面批评宰制理论(以凯瑟琳·麦金农为代表)没有正确地理解女性所面临的艰难处境,一方面又责难差别理论一再强调性别的差异,反而固化了女性被强加的这种劣势地位。朱迪斯·贝尔提出要构建的“后自由主义的女性主义”,首先要与传统的女性主义相区别;其次,要深刻理解女性所面临的制度强迫,比如法律如何被男性创造因而成为男性的,而男性又是怎么运用法律给自己分配权利推卸责任的?再次,女性主义最重要的任务是超越女性本体和女性特质,从人的角度出发,探讨人类共同追求的目标如何实现,来重新构建一个具有普适性的制度体系和价值体系。

贝尔的理性与清醒令所有男性和许多女性都感到害怕。她毫不放松地追究每一层身份、每一种特权后面所隐藏的歧视与不平等。比如一个黑人教授受到广泛赞誉是不是因为他比某些白人更好地遵循了白人男性所制定的学术和行为规范?一个女性法律人是不是真的借由其学术贡献和学术身份而获得了完全平等的对待和理解?她提醒我们,严重残障人士被残障较轻人士归为异类、少数,就像残疾人被正常人归为异类,女性被男性归为少数派一样,都是赤裸裸的歧视。

贝尔的思考也绝不仅仅停留在“劳拉出走”的女性主义意识觉醒的层面上,她更关心的是劳拉出走之后所面对的困惑与抉择。女性在宣称自己的独立与觉醒之后,是否就获得了她自己的声音?朱迪斯·贝尔的答案是悲观的,也是现实的。许多女性权利没有得到制度性的承认和保障,因此妇女在冲破阻碍走出家庭之后,仍然要面对“角色分配”、“照顾的责任”等,甚至被各种解释和立法以保护之名重新赶回

悲惨乃至更悲惨的生活处境中。她举例说,女性可以拒绝做家务,可以拒绝粉领的工作,可是这些责任并不会消失,也不会由男性承担,而往往转移至更加弱势的女性群体身上。她试图告诉我们,如果不具有分配权利和责任的权力,女性主义运动就不可能真正向前迈进。

在中国,女性主义是一个并不太受关注的学术流派,女性运动更是一个较为生僻的概念。这一方面是由于新中国成立以来,政府以强力推行了妇女解放运动,妇女的政治地位得到了初步保障。如新中国制定的第一部法律就是《婚姻法》,对保障女性婚姻和财产地位,起到了巨大的作用。经过60年的发展,男女在宪法上已经拥有了相同地位,平等的政治权利如选举权、工作权等得以实现。在2007年公布的《全球男女平等指数报告》中,中国男女平等指数在世界排列第63位,比法国和日本都强。另一方面,由于受马克思主义理论传统的影响,两性之间的矛盾往往被各阶级、各阶层以及各种利益主体之间的冲突所掩盖,没有得到厘清。即使是城市的职业妇女,她的话语更多的是一种“阶级话语”,而不是一种“性别话语”。妇女间话语的不同决定了妇女间的经验分享、知识共有是有条件限定的。到今天,对女性主义的关注主要集中在女性作家在文学作品中女性形象的塑造和对女性体验的书写,对男女平等问题及女性主义作社会学、政治学研究的尝试寥寥,女性主义法学这一学术分支还没有出现。

当我们看到朱迪斯·贝尔所论述的一系列美国社会中的热点问题时,也许会感到陌生——比如宪法学解释、妇女的生育自由权、堕胎选择等等。绝大多数中国女性在具体生活经验上与其所论述的问题相距遥远,但在内核上确是相近的。比如,当女性越来越多地凭借自己的奋斗进入到高等教育体系后,在毕业时却无法像男性一样顺利择业;当女性在打拼自己的事业时,往往要同时面对生育儿女和照顾家庭的压力与阻力;一大批高学历剩女在城市里出现,伴随着大量鼓吹女性重新回归家庭、重视婚嫁选择的“生活哲学”此起彼伏。制度和理念双双滞后,导致今天的中国女性既要参与到社会化大生产的竞争当中,获取自己的生存资源,又要在生活中遵循传统规范,扮演好自己的

女性角色,不敢逾越。

这本诞生于十多年前的著作——《女性的法律生活》给我们推开了一扇门,让我们得以窥见女性主义法学的一丝理性之光,也有助于拨开笼罩在中国女性头上的层层迷思,而深入反思:我们所呼唤的法律平等、司法公正,是不是忽略了女性群体在现实生活中所处的不利地位,忽略了集体行动的必要性以及国家和社会在妇女问题上应承担的积极责任?

女性是法律的软肋,一切不平等也许都可以通过法律施加于女性群体之上。借此书,希冀国内同仁对此予以关注。

熊湘怡

一个非常有趣的话题，一本非常有趣的书。贝尔在书中所呈现的热情和其有力的批判，将引起广泛的共鸣。

——黛博拉·罗德（Deborah L. Rhode），斯坦福大学

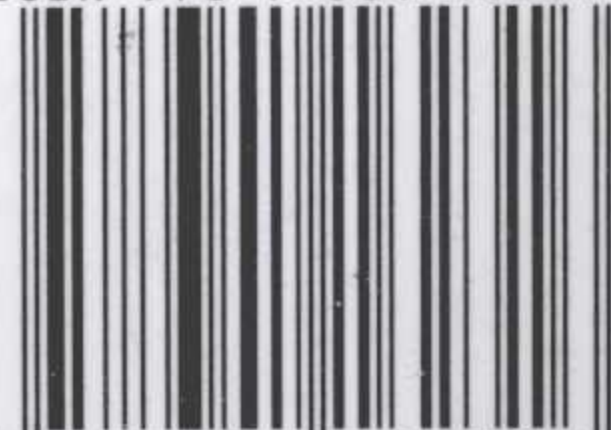
本书体现了作者对法律本身及其可能性和限制性的深刻而细致的理解。

——克里斯汀·里德尔顿（Christine A. Littleton），洛杉矶加利福尼亚大学

这是一本易于理解而又令人印象深刻的著作。对于法律学者和那些把法律当成是一门兴趣学科、同时从事政治学和女性研究的学者们来说，它将是必读书目。

——奥斯汀·萨拉特（Austin Sarat），阿默斯特学院

ISBN 978-7-301-16231-6



9 787301 162316 >

定价：39.00元