

## 自由还是平等？

### ——妇女受宪法保护的部门法审视

赵 宏\*

---

**内容提要：**我国《宪法》对女性权利的保护条款主要集中于第 48 条和第 49 条，其确立了女性在社会各领域与男性平等的权利，也规定了国家促进两性平等的义务。上述规定既可作为一般性的基本权条款，亦属于宪法确立的国家目标，也因此包含了国家作为义务的“宪法委托”。但部门法对于女性受宪法保护的落实尚存在分歧和冲突，无论是刑法中性侵犯罪的认定，还是民法中性骚扰认定标准的嬗变，乃至行政法领域为促进女性就业所采取的具体举措，国家对性别歧视的矫正和性别正义的追求又常常面临干预自由的诘问，而宪法规范中被遮蔽的自由和平等间的张力同样凸显在部门法中。这些都提示，如何在促进女性权利保护的同时又不至压制其他价值，不至使法律上对权利保护的判断陷入一元论的窠臼，是宪法和部门法需要共同面对的难题。

**关键词：**性别平等 国家的促进义务 宪法委托

---

我国《宪法》（2018 年修正）第 48 条规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。”这一条既可作为妇女权利的宪法依据，也可被视为宪法所确立的客观价值和制度性保障，对宪法之外的其他法秩序同样具有辐射效力，且应被作为一般法的立法指引和解释理据。鉴于基本权利条款异乎寻常的抽象性和原则性，基本权利必须借助一般法对其内容予以塑成和框定，<sup>〔1〕</sup>故宪法尽管确定了女性保护的价值目标，但具体如何实现却是宪法之于一般法的委托事项。<sup>〔2〕</sup>

立法在基本权形成上的创设自由和权衡特权，不可避免地会导致宪法的规范命题和部门法的

---

\* 赵宏，北京大学法学院研究员。

〔1〕 Vgl. Hartmut Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1982, S. 645.

〔2〕 Vgl. Rainer Wahl, *Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts*, DVBl. 12 (1996), S. 127.

规范实现之间并不对应。若仅从宪法视角看，这可能意味着宪法规范目的在现实中的落空；但反过来，部门法的宪法落实在很大程度上也凸显出宪法规范的复杂性甚至是宪法目标之间的内在冲突。反映在女性权利的保护上，伴随男女平等意识的勃兴，强化女性权利保护几乎渗透入所有的部门法领域，但国家若采取具体措施实现女性权利保护，又常常会产生溢出规范之外的效果，女性权利保护在部门法中也常常会遭遇道德主义、自由主义、家长主义等观念的反击，甚至在国家的促进义务和因两性平等而延伸出的禁止区别对待之间都会产生明显张力。这在很大程度上反映出现代社会斑驳复杂的利益结构，也同样预示，尽管女性权利保护是宪法价值，但这一价值与其他价值却处于法秩序的另一屋檐之下，也需要时时与其他价值进行权衡。鉴于上述背景，本文在首先对我国宪法中有关女性权利保护的条款和构造进行分析后，选取部门法中几个因女性保护而引发普遍关注乃至争议的具体制度予以讨论，由此揭示出女性受宪法保护在部门法中的具体镜像及其实现难题。

## 一、宪法中的女性权利条款及其内在张力

除前文列举的第48条外，《宪法》中可作为女性权利保护基础的还有第49条规定的“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”。若进行内容延展，宪法第33条第2款的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，同样为男女平等提供了宪法依据。

### （一）宪法中女性权利保护的具体规定

综合第33条、第48条和第49条，可大致总结我国宪法对于女性权利的保护主要包含如下方面：

首先是女性权利的平等保护。这意味着，宪法和一般法中规定的权利原则上都并非男性或女性所专属，而为法秩序之下的每个人所享有，宪法在此尤其提示，“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面”都与男性平等。亦有观点认为，这一款所保障的“平等”只是形式意义上的平等，这种形式平等会因男女之间的实质差异而沦为具文，故《宪法》第48条第2款又补充了“国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部”。这一条的本质是在承认男女差异的基础上，通过对国家促进义务的强调，而在第1款形式平等的基础上又补充了男女间的实质平等。<sup>〔3〕</sup>

其次是借由“国家保护妇女的权利和利益”规范而对国家促进义务的强调，这也构成了我国宪法在妇女权益保护方面的另一侧面。此处的国家义务既涵括国家的积极给付义务，即通过向私人提供物质利益和相关服务实现其基本权利，也包含国家的保护义务，即当私人的基本权利受到第三方影响时，国家必须积极介入以消除他人干预或外在因素形成的私人基本权利实现的障碍。<sup>〔4〕</sup>宪法对于“男女同工同酬”和国家“培养和提拔妇女干部”的规定，可视为国家促进义务的具体示例，也带有较强的时代属性。我国在起临时宪法作用的《共同纲领》颁布后实现男女平等的首项重大立法举措，被认为就是1951年颁布的《劳动保险条例》（已失效）。该条例不仅规定男女劳动要

〔3〕 参见温辉：《男女平等基本国策论略》，载《法学杂志》2011年第1期，第32页。

〔4〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社2017年版，第245页。

同工同酬，还规定女工在产前产后可以休假 56 天，工资由单位照发。这一规定更被誉为中国妇女政策的世界性创举。<sup>〔5〕</sup>而“培养和选拔妇女干部”一方面旨在改善妇女的参政环境，另一方面同样旨在提高妇女在决策岗位上的占比，其最终目的都是提升妇女在公共生活中的整体地位。

再次，第 49 条的“母亲受国家保护”同样为女性权利保护提供了另一宪法基础。因为“母亲”很多时候就是女性的另一重身份。对于“母亲受国家保护”的宪法意涵，传统理论或者认为其是保护和巩固社会主义婚姻家庭制度的重要原则，<sup>〔6〕</sup>或者将其作为弱势群体的社会权利，即国家应针对具有妇女、母亲等特定身份的弱者实行倾斜保护，给予其特别关注。<sup>〔7〕</sup>批评意见则认为，第一种观点仅着眼于家庭，忽视了母亲作为“家庭中的人”的独立性，第二种观点仅强调积极权利，未将生育自主和教养抚育不受国家干预等消极权利涵括在内，故提出应将本条同样放在男女平等原则下进行体系性解读。由此出发，本条的意涵一方面是使女性不会因为母亲角色的承担而丧失其主体性和人格尊严，另一方面也旨在强调女性生育和抚养孩子的公共属性和社会价值，并倡导对母亲予以特殊照顾和公平补偿。<sup>〔8〕</sup>

综上，我国宪法对于女性权利的保护可总结为：首先，强调男女两性平等，这种平等涵括各个生活领域中的平等；其次，强调国家对于妇女权利和利益的促进义务以及借由这种义务来实现实质平等；再次，突出对女性工作权利和参政权利的保护；最后，对作为母亲的女性给予包括禁止虐待在内的制度性保障。上述规定显然未覆盖至现代女性权利的所有方面，却也凸显出宪法规范本身的高度抽象和简洁凝练。

## （二）女性受宪法保护的内在矛盾

事实上，上述条文基本可被归纳为两个方面：其一，男女在规范上的平等；其二，国家在促进男女平等和消除不平等对待方面的积极义务（Fördeverpflichtung）。上述条文的意旨都首先在于构建性别的同一性对待（sexuelle Identitäten），由此使私人人格的自由开展不至因性别归属而有所区别。<sup>〔9〕</sup>在德国基本权利教义学理论下，男女平等首先应被作为防御权，防止法律对于男女的直接区别对待；其次它还是客观价值，例如德国联邦宪法法院就曾在判决中申明，“《基本法》第 3 条第 2 款<sup>〔10〕</sup>确立了平等对待的命令（Gleichberechtigungsgesetz），而这一命令同样会产生社会效果（gesellschaftliche Wirklichkeit）”<sup>〔11〕</sup>，这就意味着平等对待命令使国家不仅承担了禁止干预基本权利的消极义务，还应承担起积极的促进义务。国家的促进义务之于男女的规范平等当然是补充和强化，其对于因为生理差异、社会评价、父权文化等诸多原因所导致的男女间的

〔5〕 参见中华人民共和国国务院办公厅编：《中国妇女的状况》，人民出版社 1994 年版，第 2 页。

〔6〕 参见张友渔：《公民的基本权利和义务》，天津人民出版社 1987 年版，第 113 页；张庆福、皮纯协编著：《我国公民的基本权利和义务》，四川人民出版社 1983 年版，第 90 页；廉希圣编著：《宪法概要》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 148 页。

〔7〕 参见胡玉鸿：《论社会权的性质》，载《浙江社会科学》2021 年第 4 期，第 48 页。

〔8〕 参见邓静秋：《“三孩”政策背景下的女性权利：从“母亲受国家保护”的宪法内涵展开》，载《人权》2022 年第 2 期，第 122 页。

〔9〕 Vgl. Sachs, Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl., 2024, Art. 3, Rn. 258.

〔10〕 德国《基本法》第 3 条规定：“1. 法律面前人人平等；2. 男女平等，国家促进男女平等的实现并力求消除现有的不平等现象；3. 任何人不得因性别、出身、种族、语言、籍贯、信仰、宗教或政治见解等受到歧视或区别对待。任何人不得因残疾受到歧视。”

〔11〕 BVerfGE 84, 9 (17ff.).

实质不平等而言，无疑是重要且必需的。但值得注意的是，上述女性受宪法保护的两个侧面并非在所有情形下都能和谐共处，从防御权中延伸出的“区别对待禁止”也常常会与国家在男女平等方面的促进义务产生矛盾。这一问题又并非简单表现为男女配额的分配，更表现为宪法有关女性权利保护的条文间的内在张力。

与中国宪法的规范结构相似，德国法同样面临这一难题。德国联邦宪法法院也曾尝试通过对“国家的促进义务”的重新解读来化解这一难题，“客观法上的平等对待命令及其特别保护可作为禁止歧视和区别对待的正当性基础。但国家的促进义务却并非仅适用于女性，而是服务于消除包括因性别、等级等原因所导致的所有的不平等对待”<sup>〔12〕</sup>。联邦宪法法院在此指出，宪法并未对女性予以优待，而是提供了一种性别中立的平等对待。但这一回答并未彻底消解具体立法中的区别对待是否具有正当性的疑问。这一点尤其体现于立法因考虑到性别差异，而将女性排除出某些工作的情形。以德国法上著名的“禁止女性夜间工作案”为例。<sup>〔13〕</sup>最初，德国联邦宪法法院认为，“第3条第3款所规定的‘区别禁止’命令禁止选择法律列举的特征作为歧视或者优待的联结点。‘区别禁止’只有当所列举事实差别没有法律效力时才被允许……基于个人或者生活状况的不同之处所作的区分则是被允许的”<sup>〔14〕</sup>。由此来看，联邦宪法法院最初认可，男女差异可成为对是否从事夜间工作进行区别对待的联结点，这一点恰恰被认为是国家促进义务的履行，因为长时间夜间工作会给妇女带来严重的精神损害和安全隐患，故“禁止妇女夜间工作对妇女是有益的”。但联邦宪法法院很快推翻了上述认识，并强调性别在任何时候都不能成为法律上进行区别对待的联结点，“按照宪法规范，任何人不得因性别而受歧视或者优待。这强化了第3条第1款的一般平等权，给立法者的形成自由设定了更加严格的界限。性别原则上和第3款列举的其他特征一样，不能作为法律不平等对待的联结点。这一点对于法律规定并非意在抵触第3款禁止的不平等对待，而是有其自身目标时也同样适用”<sup>〔15〕</sup>。联邦宪法法院甚至在本案中指出，“女性并不需要特别保护，夜间工作和消防都不超出女性实际拥有的体力”<sup>〔16〕</sup>。若承认男女之间的“功能差异”，反而会固化传统的角色分配。联邦宪法法院继而认为，只有“为了解决本质上只在男性或者女性发生的问题且强制要求时，不平等对待才有正当性”，故这种基于性别的区别对待就仅限于“对有一种性别才会出现的问题进行的区别对待（例如怀孕、生育等）”<sup>〔17〕</sup>。

除立法者何时有权基于性别差异对男女予以区别对待外，有关国家的促进义务和区别对待禁止之间的矛盾还尤其体现于，宪法施予了国家促进义务，必须采取促进女性发展的措施，例如提

〔12〕 BVerfGE 92, 91 (111f.).

〔13〕 在“禁止女性夜间工作案”中，德国汉堡工商管理部门发现有女工在工厂夜间工作，遂以违反《德国劳动时间条例》为由对工厂进行了处罚，工厂起诉后并未胜诉。终审法院认为，“禁止夜间工作的唯一目的是防止长时间夜间工作给女性带来严重的精神损害，与男性员工相比，禁止妇女夜间工作对妇女是有益的。虽然平等对待原则和不得歧视禁止要求立法者不得维持将妇女定位在传统家庭主妇角色的法律规定，但是立法者可以将其与生理区别相联系，从而对妇女和男性作出不同处理”。此案之后进入联邦宪法法院，也由此引发对“禁止区别对待”边界的思考。

〔14〕 Vgl. BVerfGE 75, 40 (69f.).

〔15〕 BVerfGE 85, 191 (206).

〔16〕 BVerfGE 85, 191 (206).

〔17〕 BVerfGE 92, 91 (109). 我国在《就业促进法》(2015年修正)中对此问题的规定是“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容”。

高妇女的就业率等，以克服现有情形下的实质不平等，德国联邦宪法法院在此前的判决中也指出，“立法者有权通过优待性规定弥补女性事实上遭受的不利”〔18〕。联邦宪法法院甚至通过将这一条款确定为国家目标条款来为立法机关的优待规定提供正当性基础，“男女平等并不仅为了消除因性别特征而优待或歧视的规范，还要求未来落实性别间的平等对待。该规定致力于生活关系的平等化，女性可以拥有和男性同样的就业机会，造成女性过多负担或其他不利的传统（性别）角色分配，不能通过国家措施得以固化。基于第3条第2款男女平等享有权利的诫命，针对女性通常会遭遇到的事实上的不利，应允许通过对女性有利的措施来予以补偿”〔19〕。但肯定国家的促进义务又会引申出对国家促进义务范围和程度的持续追问。反映在女性就业问题上就是，国家是否负有制造“结果平等”的义务，如果国家公职人员的招聘中规定女性比率是否会反而造成对男性的不平等对待。迄今较获多数认可的解释方案是，女性配额只能作为最后手段使用，即在个案中确有必要制造“个人的机会平等”或者由男性主导的就业的确存在针对女性的不合理限制时，国家才可适用女性配额予以干预。〔20〕

“禁止女性夜间工作案”与“女性公务员配额案”尽管发生在德国，却揭示出宪法在保护女性权利方面的普遍性难题：国家虽然都负有促进男女平等的义务，但这种义务的范围和边界何在？这种义务究竟仅限于促进机会平等，还是同样包括结果平等？女性平等权利的实现需要立法者在单行法中的持续塑造，但立法者的形塑空间是否要有限制？立法者又如何化解国家积极促进两性平等和不得因性别进行区别对待之间的内在矛盾？这些问题的实质都指向，在女性保护问题上，究竟该优先抉择平等还是自由？这种张力隐含于宪法规范内部，在宪法层面尚未被清晰阐释，在部门法中却已清晰呈现。故当我们将观察视线在部门法和宪法之间来回巡梭时，就会在更大程度上理解这两项目标间的复杂关联。

## 二、女性权利的刑法保护：以性侵犯罪为例

相比其他部门法，女性权利的保护难题在刑法中可能表现得尤为突出，最典型的首先就是性侵犯罪中的女性同意问题。在刑法中，性侵犯罪是最能体现女性法律地位变化的罪名之一。以人类法律制度演进的历史视角来看，法律最初并不承认女性具有主体性的人格地位，她们仅是男性的财产，法律对性侵犯罪的惩罚也只是为了保护女性背后对其拥有支配性权利的男性的财产利益。唯有当女性摆脱了作为男性附属的财产地位，性侵犯罪才真正演变为侵犯女性自身权利的犯罪，故刑法上的性侵犯罪史就是“从财产到权利的演变过程”〔21〕。在实现上述转变后，女性是否同意成为性侵犯罪的判断核心，这也意味着，性侵犯罪的法益已由此前的财产转变为女性的性自主

〔18〕 BVerfGE 92, 92 (109).

〔19〕 BVerfGE 85, 191 (206).

〔20〕 与德国法讨论路径不同，欧盟法院认为在公职雇用中，只有符合下列条件，优待妇女才是合法的：（1）女性申请者至少和男性申请者一样达到资质要求；（2）在一个功能组或薪资组里，至少未达到50%的妇女份额；（3）男性申请者并不存在必须被雇用的原因。这一裁判思路同样对德国法产生影响。Vgl. Vara Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 85ff.

〔21〕 罗翔：《刑法中的同意制度：从性侵犯罪谈起》，云南人民出版社2021年版，第14页。

权。在刑法中，这种性自主权又包含两层意涵：一是外在的保证自己不受强迫的自由，二是内在的作出成熟理性选择的能力。

### （一）女性性同意标准的历史更迭

在刑法史上，有关女性同意标准的界定历经几次重要转变：最初刑法对女性的不同意采取“最大限度的反抗标准”，即女性必须采取危及其生命安全的反抗措施来表达不同意，最典型的就是受害人必须呈现身体上的伤害或者衣服的撕损等。但本质上，这种最大限度反抗标准所维护的是女性的贞操而非生命。伴随女性地位的提升，女性的生命价值被认为远高于其贞操价值，最大限度反抗标准就为合理反抗标准所替代。但合理反抗标准仍要求女性遵循一个自尊的妇女反抗的自然本能，而不能仅用语言来拒绝他人的性要求。它导致的问题就是，很多女性在面对性侵时因恐惧而仅做出哭泣、沉默反应，甚至是并不剧烈的言语斥责、怨怼，可能会被法官认为未达到合理反抗标准。近十几年来，伴随女性主义思潮的勃兴，很多国家的刑法都开始采用“不等于不”（no means no）的标准。这一标准也意味着，女性语言上的拒绝就应被看作是对性行为的不同意。

上述观念的转变在我国刑法实践中同样有所呈现。在近期公布的“大同订婚强奸案”中，法院就在判决中指出，“订婚不同于结婚，不意味着对性行为存在默示同意，不存在所谓的‘订婚就有性权利’，故订婚事实不影响对强奸犯罪的认定。本案中，虽然双方已经订婚，但综合全案证据，被害人在事前明确表示反对婚前性行为，事中具有明确反抗行为，被告人席某某违背被害人意志，强行与被害人发生性关系，符合刑法第二百六十三条关于强奸罪的规定，依法应当以强奸罪论处”〔22〕。此处的“明确反对”“明确反抗”都指向对女性性同意的判断。而本案之所以引发巨大喧嚣，正因为该案在最初曝光时，不少人以地方风俗特别是男方已支付高价彩礼为由为男性辩护，但本案判决却立场鲜明地支持了如下观点：习俗如果要阻却犯罪的成立，本身必须符合善良风俗的要求，不能突破法律的价值底线，否则就是以尊重落后腐朽的习俗为名而纵容人们肆意实施犯罪。法院的上述论断甚至排除了“被告因已支付彩礼，故主观上产生了已获得了女性性同意的违法性认识错误”作为罪责阻却事由的可能，其背后体现的正是对女性独立主体地位的承认。

但因为激进女性主义观念的影响，近年也有很多观点认为，刑法中对性侵犯罪中的女性同意应采取更进一步的肯定性标准，即“yes means yes”。这种标准认为，在没有女性自由的、肯定性的表达同意的前提下，性行为就是违法的。相比“不等于不”标准，肯定性同意标准在更大程度上体现了对女性的尊重。这一标准甚至对男性提出警示并划定其行为边界，即只要女性未表达肯定性同意，就会被认为其在法律上不同意发生性行为。但这种最大程度上保障女性性自主权的同意标准又会与我国目前的公众认知、社会风俗存在一定距离。毕竟，社会公众在整体上仍对性话题存在一定禁忌，且很容易将性与羞耻、诱惑、堕落、罪孽等负面评价互相关联，大部分女性仍旧羞于公开讨论性事，更不用说明确表达自己的性需求。这就导致很多时候，女性的沉默仍旧会被普通大众或是社会风俗广泛认可为女性的同意方式，此时若为充分彰显女性的性自主权，而将“不等于不”直接拔高为“是等于是”，其带来的可能就是牺牲很多个案中作为被告的男性权利。故我国目前的法律要求司法机关在个案中针对女性同意作出具体甄别，而不能盖然地以一刀

〔22〕 山西省大同市中级人民法院（2024）晋02刑终15号刑事裁定书。

切的方式，来实现对女性性自主权的绝对维护。<sup>〔23〕</sup>

## （二）醉酒性侵案中的性同意悖论

现代性侵犯罪所维护的是女性的性自主权，入罪标准也强调对女性性同意的尊重，但放在很多具体案件中，上述性同意标准同样会引发保护悖论，最典型的就是醉酒型强奸。在我国目前的刑法规范下，若男女双方都醉酒时发生性关系，女方在酒醉清醒后报案，认为自己并不认可性行为，男方就极有可能因此获罪。<sup>〔24〕</sup>其原因在于，性侵犯罪维护的是女性的性自主权，这种自主权除了外在的保证自己不受强迫的自由，还包括内在的做出成熟理性选择的能力。<sup>〔25〕</sup>而醉酒状态下的女性与未成年女性以及智力上存在障碍的女性一样，在法律上都被认为并不具备表达性同意的能力。但对于男性而言，醉酒却不能豁免其刑事责任，《刑法》明确规定，醉酒的人犯罪也应当负刑事责任。刑法理论将这种情形归入“原因自由行为”，即虽然当事人在行为时没有责任能力，但使之陷入无责任能力状况的原因行为，却是其在完全责任能力状态下所为，故其当然要受到相应惩罚。由此，就会出现同样在酒醉状态下发生性行为，“女性无能力，男性被严惩”的强女性保护立场。

刑法理论对此类案件的解释理由如下：一是妇女在醉酒时并不存在性反对意志，其意志判断要以事后意志为标准；<sup>〔26〕</sup>二是即使性侵行为没有违背现实的性意志（生理学研究表明，酒精和男性的挑逗完全可以造成性唤起状态，因此醉酒的女性可能会表现出对性行为的迎合），但违背了推定的女性意志；<sup>〔27〕</sup>三是认为女性的性自主权具有消极和积极两个侧面，其中消极意味着，“同意应当出于自愿，自愿就是在没有外界压力下自由表达的意志”，若一个人的消极自由得不到保障，而是受到外力强制和操纵，就可以推定其在这一事项上表示积极同意的自由不可能获得实现。性侵犯罪的目的主要就在于保护那些不希望卷入性接触的人的消极自由，通过承认防御权并用禁止性规范加以保护。<sup>〔28〕</sup>上述观念都为刑法的强女性保护立场提供了理论支持，但理论辩解却无法完全消解醉酒性侵案所呈现出的悖论：对弱者的保护可能会以对真相的牺牲和对“强势”一方权利的放弃为代价，弱势方可能会一跃成为压制者，此前的强势方也会迅速沦为被压制者。

事实上，若将视线转移至法规范外会发现，刑法如此安排和处理的深层原因还有传统父权制下的两性观念，即性行为的发起者就是男性，而女性则是性行为的承受者。男性在性行为中的征服性叙事甚至早已被深刻地嵌入文化和个人的心理结构中。美国女性主义法学家麦金农就认为，很多女性自己在面对不符合自身意愿的性行为时，即使没有外力强制，也会通过“违心的允诺，委屈的许可、无奈的顺从、被迫的同意”等方式来迎合男性甚至是整体社会的期待。<sup>〔29〕</sup>但将女

〔23〕 例如刑事审判参考第1061号案例的裁判要旨就指出，在妇女没有反抗或反抗不明显时，是否违背妇女意思要结合案发时妇女的认知能力、反抗能力、未作意思表示的客观原因来认定。参见最高人民法院刑事审判一至五庭编：《刑事审判参考》（总第102集），法律出版社2016年版，第48-50页。

〔24〕 1984年“两高一部”印发的《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》列举的可以构成强奸罪的非暴力手段就包括“以醉酒、药物麻醉，以及利用或者假冒治病等等方法对妇女进行奸淫”。

〔25〕 参见罗翔：《从风俗到法益——性刑法的惩罚边界》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第1期，第68页。

〔26〕 参见周光权：《刑法各论》（第4版），中国人民大学出版社2021年版，第32页。

〔27〕 参见杜晓君：《论强奸罪客观要件的重构》，载《法律适用》2015年第9期，第112页。

〔28〕 参见王泰人：《强奸罪本质再阐释——妇女意志的两重性及其证明展开》，载《河北法学》2025年第5期，第187页。

〔29〕 同上注。

性永久地作为性行为的客体，是父权制下关于两性叙事的刻板印象，而法律反过来以保护女性之名严苛化男性的责任，又在更大程度上强化了这种印象。这一点正是法律保护女性的溢出性效果：刑法尝试通过加强女性保护的立场来对女性自主权予以捍卫，且借此处理提高男性在日常交往中对性同意获取的注意义务，其本质虽旨在要求男性以尊重而非占有的态度对待两性关系，但在诸如酒醉型强奸案中，若完全不考虑个案的复杂多样而僵化地套用一套处理模式，就不可避免地会出现牺牲某些男性权利的可能，进而使刑法对性侵犯罪的打击边界变得模糊不定。

### 三、女性权利的民法保护：以性骚扰为例

如果说刑法中性侵犯罪的认定已表征出女性权利在部门法中的保护难题，这种难题在民法中同样大量存在，在此以性骚扰作为典型示例，性骚扰也一直被认为是当代社会的普遍性顽疾。伴随女性自由解放运动的发展，性骚扰开始进入公共视野，并成为法律处理的问题。

#### （一）性骚扰的立法历程

在《民法典》之前，我国关于性骚扰的规定主要为《妇女权益保障法》（2018年修正）第40条，即“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉”。性骚扰在此首次出现在我国法律规范中，亦为学界展开相关问题研究提供了制度依据。在《妇女权益保障法》之后，国务院颁布的《女职工劳动保护特别规定》则专门针对职场性骚扰，即“在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰”。教育部等部门在之后也相继印发《教育部关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》《新时代高校教师职业行为十项准则》《新时代中小学教师职业行为十项准则》《中小学教师违反职业道德行为处理办法》《关于加强和改进新时代师德师风建设的意见》等规范性文件，重点都在加强校园性骚扰的防治力度。

上述规定虽意在预防和制止性骚扰行为，却几乎未对性骚扰进行明确界定，故较长时间内，实践中的性骚扰案件只能比照《治安管理处罚法》中的相关规定处理。在此背景下，《民法典》第1010条对性骚扰作出了初步界定，即“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰”。相应的，《妇女权益保障法》也在2022年修订时，将此前的规定修改为“禁止违背妇女意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对其实施性骚扰”。据此，我国有关性骚扰的立法也基本构架完成，其大体也沿用了《宪法》中有关女性保护的两个侧面：首先是借由对性骚扰的禁止来维护女性在性别关系中的平等地位；其次是通过包括用人单位和学校在内的相关主体设定特别义务，来促进女性获得同等尊重目标的实现。<sup>〔30〕</sup>

#### （二）性别歧视还是权力滥用？

若细致观察立法乃至司法对于性骚扰性质的界定，会发现其大致经历了如下过程：

首先是将反对性骚扰作为对抗性别歧视的工具。性骚扰最初一般被理解为“男性对于女性的性骚扰”。《消除对妇女一切形式歧视公约》第19号一般性建议（1992年）也将性骚扰列为“基

〔30〕 参见陈爱武：《新中国70年妇女人权保障之回顾与展望》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第5期，第53-70页。

于性别的暴力”“属于歧视性行为”，我国首次出现性骚扰概念的法律文件同样是《妇女权益保障法》。也因为关涉性别平等，所以对性骚扰的防治本质上就是对压迫性、歧视性的性别关系结构的矫治，这种矫正不仅需要法律上坚持“男女平等”的价值基调，还需要法律提供对女性的特别保护。<sup>[31]</sup>

但如果深究会发现，认为性骚扰就是“男性针对女性的性歧视和性暴力”，仍旧建立在父权制下的性别叙事基础上：性行为由男性所主导和发动，女性是性的客体 and 对象，以至于性行为无论是否属于双方合意，女性都是性活动的“受害者”，都会被男性剥削和利用。这种传统叙事也导致性骚扰一旦发生，女性的名誉权就会受到严重毁损，以至被性骚扰的女性为避免案件曝光后受到二次伤害，往往会选择被迫隐忍而非公开维权。故强调性骚扰就是对女性的性别歧视的观念，反而可能固化对女性的歧视性认知。这点又与上文所述的醉酒性侵案中的传统认知相同，背后所表征的都是女性相较于男性，会在更大程度上受到性禁忌文化宰制和污名的现实。

基于上述认知，有关性骚扰的定义开始逐渐摆脱“性别歧视”“男女平等”的叙事逻辑，转而确认其本质是权力的滥用。这种转变除了因为有实践数据证明，男性可能被性骚扰的数据比例和女性相比并无太大差距，<sup>[32]</sup>还因为越来越多的研究发现，除了公共场域中陌生人之间的猥亵和骚扰行为外，大量的性骚扰发生于权力关系下，且主要表现为权力上位者对下位者的性剥削。<sup>[33]</sup>这种意义上的性骚扰已不再只是男性对女性的性别暴力和性别歧视，其本质就是权力支配者对于服从者的“权力滥用”。这一观点其实在首次提出性骚扰概念的麦金农那里就已有表达：性骚扰就是指发生在工作场所的，处于权力不对等关系下的男性上司对女性下属的性侵犯。<sup>[34]</sup>但麦金农时代的职场权力关系经常表现为男性作为权力的上位者，女性作为权力的下位者，故其所认知的权力滥用也就和性别歧视互相绑定。但伴随女性职场地位的提升，这种权力不对等关系就不再只是男性对女性的性剥削，还常常发生在同性之间以及作为权力上位者的女性和作为权力下位者的男性之间。基于这一原因，性骚扰概念开始出现“去性别化”。体现于《民法典》第1010条，其未再沿用此前“违背妇女意愿”的表达方式，而是将其概括表述为“违背他人意愿”，这里的“他人”当然既包含男性也包含女性。

### （三）一般人标准还是被害人视角？

既然性骚扰大多在权力关系结构下发生，故如何认定性骚扰在实践中就会相当困难。因为在权力结构下，支配者往往控制着对服从者而言重要的社会资源，或者对服从者的职务任免、职务升降、奖惩、工资和福利报酬、业绩考核评价、业务成交等具有决定权力或是影响作用，这就使支配者常常会借由权力行使甚至是权力威胁对服从者进行压制和剥削，故服从者无论是从避害还是趋利的角度，都常常无法作出与其真实意愿一致的反馈意见，虚与委蛇、被迫接受甚至成为常态。这就使此前法律上的性自主原则在此丧失了衡量性骚扰是否成立的功能。而学者此前提出的

[31] 参见谢海定：《性骚扰概念在中国法上的展开》，载《法制与社会发展》2021年第1期，第217页。

[32] 参见靳文静：《性骚扰的法律要素和认定标准》，载《中国司法》2009年第5期，第102-103页。

[33] 参见张新宝、高燕竹：《性骚扰法律规制的主要问题》，载《法学家》2006年第4期，第65-66页。

[34] 参见〔美〕凯瑟琳·A. 麦金农：《职场女性遭受的性骚扰——性别歧视的一种形式》，杨雅云译，商务印书馆2025年版，第188页。

一般判定公式，即若某类性试探行为并非为法律所明确禁止（例如并非属于法律所明确禁止的猥亵），在试探行为被对方拒绝后，如果当事人还持续试探就属于典型的性骚扰，<sup>〔35〕</sup>对于权力结构下的性骚扰判定也无法证立。

针对此类困局，我国立法的一种处理方式就如2018年颁行的《新时代高校教师职业行为十项准则》所示，在法条中明确规定教师“不得与学生发生任何不正当关系，严禁任何形式的猥亵、性骚扰行为”。此处采取的就是对权力下位者的强保护立场，其几乎不再考虑具体个案中学生与老师之间是否存在真实的性合意，而将高校教师与在校学生之间，包括恋爱关系在内的所有涉性关系都潜在地认定为教师对于学生的性剥削和压制。<sup>〔36〕</sup>此处当然包含着对一般行为自由的抑制，这种抑制因为是对权力结构下弱者的保护而获得正当性。

另一种处理方式是2023年人力资源和社会保障部、国家卫生健康委、最高人民检察院、全国总工会、中国企业联合会/中国企业家协会、全国工商联联合发布的《消除工作场所性骚扰制度（参考文本）》，其中第2条和第7条对性骚扰进行了更详尽的描述和列举：“本制度所称的性骚扰是指，违反他人意愿，以语言、表情、动作、文字、图像、视频、语音、链接或其他任何方式使他人产生与性有联想的不适感的行为，无论行为实施者是否具有骚扰或其他任何不当目的或意图。”<sup>〔37〕</sup>由此来看，《消除工作场所性骚扰制度（参考文本）》为更大程度地保护被骚扰者，甚至对“违背意志”的判定放弃了一般人标准，而完全采纳了受害人视角，即只要该行为在客观上使他人产生与性有关的联想，且让当事人感到不适，就无须再考虑“行为实施者是否具有骚扰或其他任何不当目的或意图”，就会在法律上被径直认定为性骚扰。这一规定无疑在很大程度上克服了权力关系结构下性骚扰的证明难题。

但值得注意的是，因为具体情境的复杂性，这种被害人视角的采纳同样可能会产生溢出性效果。例如，很多性骚扰者可能本意并非要对某个特定对象进行性挑逗或发出性试探，仅因长期男权文化的影响，就将讲黄色笑话，炫耀个人性经历，甚至向对方展示和发送色情图片内化为一种恶趣味。这些行为人在面对性骚扰的指控时，常常会反映“对方想多了”“我根本没有这个意思”。法律在此处的强保护立场与此前的订婚强奸案一样，都有重塑社会观念和矫治陈规陋习的目的，即伴随时代进步和女性权利意识的提升，女性对性骚扰会表现得更敏感，边界感也更强，相应的，法律也会对男性提出更高的行为要求。但这种强保护立场却同样会引发是否错误打击甚至泛化打击的诘问，在此依旧可观察到法律为实现性别正义可能导致的权利抑制。

〔35〕 参见谢海定：《性骚扰概念在中国法上的展开》，载《法制与社会发展》2021年第1期，第216页。

〔36〕 对于高校教师是否可与学生恋爱甚至是发生性关系的问题，在我国观念中也历经明显变化。在更早之前，师生恋甚至被文艺作品所美化。但《新时代高校教师职业行为十项准则》却在刑法和民法的射程之外，对教师施加了更高的义务，即其只要具备教师身份，就不能与在校学生发生包括恋爱关系在内的两性关系。这种高压态度的背后反映的就是对学生的强保护立场。参见朱光星、罗翔：《我国高校师生恋的法律规制路径选择》，载《浙江工商大学学报》2023年第4期，第78页下。

〔37〕 《消除工作场所性骚扰制度（参考文本）》还列举具体的性骚扰情形如下：（1）以不受欢迎的语言挑逗、讲黄色笑话、向他人讲述个人性经历、不受欢迎的称呼等；（2）故意触摸、碰撞、亲吻他人敏感部位，不适宜地展示身体隐私部位或在他人周围对自己做涉性的接触或抚摸；（3）以信息方式给对方发送或直接展示色情、挑逗文字、图片、语音、视频等，如微信、短信、邮件等；（4）在工作场所周围布置淫秽图片、广告等，使对方感到难堪；（5）以跟踪、骚扰信息、寄送物品等方式持续对他人表达、传递含性暗示的内容；（6）其他性骚扰行为。

#### 四、女性权利的行政法保护：以女性可查询配偶财产和“妈妈岗”为例

相比刑法和民法，行政法中的女性保护问题似乎都聚焦于给付行政领域，但事实又并非如此。宪法设定了国家保护妇女权利和利益的义务，但此类义务又主要通过行政机关的调控功能来完成，在调控过程中，宪法内在的自由与平等，保护不足与保护过度的张力就会突出地体现于行政法领域。此前在行政法领域讨论较多的就是女性的工作权问题，但涉及女性工作权的问题早已不限于法律概念上的工作，还有大量女性在家庭中承担的、无法被市场量化的无酬劳动在法律上是否要被同等尊重和承认的问题，此处就以女性可否查询配偶财产和“妈妈岗”的设置为例。

##### （一）女性可查询配偶财产：不足填补还是保护过度？

女性可持有效证件查询配偶财产，最早规定在2011年济南市人民代表大会常务委员会发布的《济南市妇女权益保障若干规定》中，即“夫妻一方持身份证、户口本和结婚证等证明婚姻关系的有效证件，可以向工商行政、住房保障、车辆管理等部门申请查询另一方的财产状况，有关行政管理部门或者单位应当受理，并为其出具相应的书面材料”。2012年广东省江门市也发布了类似规定。上述规定在颁布时并未引发公众热议，直至2024年福建省人大常委会审议通过《福建省妇女权益保障条例》始引发广泛关注。该条例第45条明确规定：“妇女持身份证、户口本和结婚证等证明婚姻关系的有效证件，可以依法向房地产行政管理、车辆管理等单位申请查询配偶的财产状况，有关单位应当受理，并且为其出具相应的书面材料。”因为仅规定女性可以查询配偶财产，舆论对此的评价就分为两种，有认为其属于对女性的特别保护的，也有认为这一规定明显违背了男女平等原则的。

##### 1. 无法被市场化的家务劳动

福建省人大出台这一规定的立法用意相当明显：在涉及离婚的家庭纠纷中，往往会出现一方对另一方的财产状况不明，而另一方借此隐藏、转移、变卖、挥霍共同财产的情形，由此导致夫妻共同财产的分割困难和弱势一方的财产损失。而在离婚诉讼的财产分割中，处于弱势的又常常是女性，所以，“妇女持有效证件可随时查询配偶财产”就成为对女性的特别保护。这一规定的深层背景还在于，尽管现代社会观念一再塑造出“男女在家庭分工上可能各有不同，贡献却都一样”的外观表象，但毋庸置疑的是，市场化财富的主要创造者在家庭中无疑拥有更大的话语权，而承担了大量繁杂家庭劳动却无法将其体现为市场价值的一方，不仅其劳动和价值很多时候被漠视，一旦涉及离婚诉讼，也往往会成为利益被贬损甚至牺牲的一方。日本社会学家上野千鹤子曾在《父权制与资本主义》一书中，将“市场—家庭”与“市场—自然”的关系结构类比，揭示出市场对于家庭的系统性压力。在她呈现的图谱中，市场从名为家庭的外部环境中获得健康劳动力，同时将不被市场需要的老人、病人甚至孩童都一体性地归入家庭。市场系统虽然依存于家庭，但为维持家庭而付出的劳动成本却无法适用市场的评价机制，这也是家务劳动始终遭遇贬低甚至无视的根本原因。<sup>〔38〕</sup>事实上，即使是在既往的工作权研究中，主要由女性承担的无酬家务

〔38〕 参见〔日〕上野千鹤子：《父权制与资本主义》，邹韵、薛梅译，浙江大学出版社2020年版，第58页下。

和照料劳动也基本被忽略，这又主要体现于两个方面：一是女性在家庭中承担的家务和照料劳动因经济价值和社会价值得不到承认，而被排除在法律上的工作权概念之外；二是主流法理学也忽视了无酬家务和照料劳动对女性充分享有带薪就业权利的负面影响。<sup>〔39〕</sup>

2023年的诺贝尔经济学奖获得者女性经济学家克劳迪娅·戈尔丁，在其成名作《事业与家庭：女性追求平等的百年历程》中直言不讳地指出，即使是在相当重视平权的发达国家，即使女性受教育程度普遍高于男性，两性间收入的差距仍旧不断被拉大。<sup>〔40〕</sup> 戈尔丁解释在国家极力推进“男女同工同酬”的前提下，劳动力市场仍旧会存在广泛的女性歧视的原因在于，在职场中，那些贪婪工作（greedy）的人相比其他人的工作回报是非线性的，即谁更能胜任“贪婪的工作”，谁就可以获得更高的收入。由此，需要承担更多家务照料工作的女性，因“时间贫困”和“精力贫困”，就无法在带薪劳动中有更多的时间和精力投入，其职业前景当然就受到广泛限制。而女性低于男性的职场表现反过来又似乎佐证了女性的工作能力不如男性的性别观念，继而给性别歧视提供依据，由此也形成了布尔迪厄所说的社会建构的自然化。<sup>〔41〕</sup>

## 2. 家庭中的女性劳动是否要被特别保护？

女性主义理论为解决上述问题，曾提出由社会服务来完全取代无酬家务和照料劳动的观念，但这种观念事实上无法施行，其原因不仅在于由谁来承担替代家务劳动的社会服务仍旧会产生新的性别不平等，还在于家务和照料劳动也很难被完全社会化和市场化。故现实中，国家仍旧只能通过向企业提供补贴或减税等形式，鼓励企业为有家庭责任的员工提供灵活的工作安排，并以在劳动法中规定产假、育儿假等方式予以适度平衡。<sup>〔42〕</sup> 也在这个意义上，允许女性可持有效证件查询配偶财产，的确是在家庭和市场的结构性对立仍旧尖锐、家务劳动的价值仍旧未被充分重视的背景下，由国家对市场和家庭进行的强势干预。这种干预与此前政府多次提出的“建立生育支持政策体系，降低生育、养育、教育成本”，由此适度缓解女性为照顾家庭和育儿养老所付出的成本代价的逻辑如出一辙。而且此种措施除确保在离婚诉讼中处于弱势的妇女可获得平等的财产分配外，同样赋予了女性日常的知情了解权，且反向提示在市场中赚取更多财富的男性，其经济财富和社会地位的获得是建立在配偶更多家务付出的基础上，其赚取的市场财富当然属于夫妻共同财产，作为其配偶的妻子也可平等地占有、使用、收益和处分。<sup>〔43〕</sup>

但若从性别平等的视角观察，上述性别矫治规定又的确显得不够妥当：既然立法者突出对女性的保护是为了实现家庭中的性别平等，那就不能忽视，即使在更大比例上是女性在家庭中承担了无法被市场量化的家务劳动，的确存在同样为家庭做出了更多贡献的男性。故若从保护弱势群体出发，立法者就不能只规定女性可查询配偶财产，也应同等保护那些同样为家务付出、在离婚诉讼中同样可能面临压制的男性。此外，允许女性可随时查询配偶财产也意味着立法者认为婚姻

〔39〕 参见陆海娜：《工作权国际标准的女性主义反思》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第6期，第34页。

〔40〕 参见《2023年诺贝尔经济学奖得主克劳迪娅·戈尔丁：研究半天的经济学家》，载经济观察报2023年10月10日，<https://www.eeo.com.cn/2023/1010/608180.shtml>，2025年6月20日访问。

〔41〕 参见〔法〕皮埃尔·布尔迪厄：《男性统治》，刘晖译，中国人民大学出版社2017年版，第5页。

〔42〕 参见陆海娜：《工作权国际标准的女性主义反思》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第6期，第39页。

〔43〕 参见赵宏：《法治理想国 | 福建立法规定“妻子可查询配偶财产”，为何会引发网络热议？》，载微信公众号“风声OPINION”2024年4月22日。

忠诚义务中包含了彼此财产的时时披露。但传统的婚姻忠诚义务仅限于夫妻双方在共同生活中感情和性关系的排他性和专一性，以及夫妻双方不得恶意遗弃配偶，不得为第三人的利益牺牲和损害配偶的义务等。若为保护处于弱势的女性，而将婚姻忠诚义务拓展到彼此财产状况的时时披露和事事透明，就可能会使婚姻彻底凌驾于个人自由权之上，进而造成以婚姻忠诚为名对个人自由的排挤。故此处也再次凸显女性权利保护和两性平等对待之间的张力，这种张力也再度引发疑问：国家机关在关注到两性在家庭分工上的天然不平等后当然可采取矫治方式以重新实现分配正义，但这种矫治的边界又在哪里？<sup>〔44〕</sup>

## （二）“妈妈岗”：母职惩罚背后的国家义务

与女性可查询配偶财产一样，近年各地广泛开展的“妈妈岗”同样用意在于对女性尤其是成为母亲的女性进行特别照护。典型的例如，山东省青岛市人力资源和社会保障局于2024年11月发布青岛首批“妈妈岗”用人目录，其中包括190个岗位需求，来自7个用人单位，涉及餐饮、家政、保安服务等领域，多为钟点工和小时工。青岛的《关于推行“妈妈岗”就业模式的通知》还尤其提及，“妈妈岗”是指能够吸纳法定劳动年龄内对12周岁以下儿童负有抚养义务的妇女就业，工作时间、管理模式相对灵活，方便女性兼顾工作与育儿的就业岗位。<sup>〔45〕</sup>这些“妈妈岗”的推出，一方面是为专门解决妈妈们的就业需求，帮助这一群体平衡事业和家庭，使其不至因为要承担育儿重负而与社会彻底脱节，另一方面也是政府对灵活用工与弹性工作机制的有益探索。例如上述通知中就提及，用人单位可与员工协商弹性工作、不强行安排加班、工作时间因照顾儿童需要可以随时调整、可以随时请假等。双方协商明确的应列入劳动合同，依照劳动保障等法律法规进行规范和处理。

但值得注意的是，这个旨在对母亲提供特别保护的就业举措并未像预料中那样获得公众赞誉。其原因首先在于，从各地提供的“妈妈岗”工作内容来看，基本都是家政、保洁、餐饮服务等低薪资和低技能工作，这就导致这些岗位不仅对“白领”妈妈们再就业并无明显助益，那些承担了“妈妈岗”职位的妈妈们，其工作内容也无非就是从一个育儿和家政服务场域，再切换到另一个育儿和家政服务场域，故希望借“妈妈岗”的设置使妈妈们在抚育孩子的同时完成职业技能的提升，可能并无法实现。其次，很多“妈妈岗”的“灵活就业”在很多地方都被异化为“零工化”，这也使这些女性的劳动权益无法获得充分保障。招聘“妈妈岗”的公司或者仅愿意承担这些员工的人身意外险，而不愿为其缴纳社保，或者以上述职位属于“自由从业者”为由拒绝与这些女性订立合同，这也导致“妈妈岗”成为精心包装后的临时工。<sup>〔46〕</sup>最后，“妈妈岗”之所以引发负面评价还在于，其不仅在某种程度上强化了性别偏见，还向社会传递了一个危险信号：育儿的责任应由母亲主要承担。故“妈妈岗”的设立，与其说是尝试为承担母职的女性提

〔44〕 也因为遭遇质疑，在2025年10月由广东省人大常委会颁布通过的《广东省实施〈妇女权益保障法〉办法》中就规定“夫妻一方持身份证、结婚证等证明夫妻关系的有效证件，依法向不动产登记、车辆管理单位申请查询另一方财产状况的，有关单位应当受理，并为其出具相应的书面材料”。

〔45〕 参见《“宝妈”看过来！一地发布首批“妈妈岗”用人目录》，载光明网2024年11月25日，[https://m.gmw.cn/2024-11/25/content\\_1303906223.htm](https://m.gmw.cn/2024-11/25/content_1303906223.htm)，2025年6月20日访问。

〔46〕 参见牧羊：《全网热议的“妈妈岗”，我不敢说羡慕》，载《新周刊》2025年6月6日，<https://www.newweekly.com.cn/article/shp1967711477>，2025年6月20日访问。

供特别的工作照护，不如说就是将现有的性别不平等甚至是传统的社会分工和家庭分工都予以系统性固化。<sup>〔47〕</sup>

“妈妈岗”的示例也再次印证了“母职惩罚”的解决难题。即使法律已承认男性和女性都有平等的工作权利和工作机会，《宪法》甚至明确要求“国家实行男女同工同酬”，但因为生育孩子和照顾家庭等职责会因传统习惯而天然地归属于女性，导致女性在成为母亲后无论在职业选择、薪资收入还是工作晋升方面，都仍与男性存在显著差距。<sup>〔48〕</sup>母职惩罚的首要原因仍旧是上文提到的女性在家庭中承担过多的无法被市场量化的无酬劳动。但母职惩罚在我国特殊背景还在于，在计划经济时期，中国是以国家为主体、生产与生活一体化的单位式社会福利体制，工作单位为职工提供带薪产假、食堂、保育院、托儿所等社会福利，将原来由女性承担的照护责任转化为公共责任。而市场经济的到来却使政府逐渐从子女照护劳动中抽离，照护责任也更多转移给家庭和女性，进而导致人们对于女性投入到养育子女中的期待也越来越高。<sup>〔49〕</sup>故“妈妈岗”的遇冷可能促使我们需要思考的是，妈妈们需要的是不是就只是从一个育儿场域腾挪到另一个育儿场域的低价零工？更近一步，育儿和照顾家庭的劳动是不是就应该由女性主要承担？申言之，国家究竟应如何作为才能给母亲提供真正的照护？这些问题都仅非通过《宪法》宣示“实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部”就可以获得解决。

## 五、自由还是平等？——部门法实现女性权利保护目标的选择难题

上文分别从刑法、民法和行政法选取了相关事例，来展现女性权利受宪法保护在部门法中的镜像与难题。如前文所述，在宪法秩序与宪法实践之间总是存在相当的距离。宪法秩序使人们可以合理期待宪法作为最高法和根本法而对部门法产生影响，以避免部门法失控脱序现象的发生，但宪法规范又因其抽象性和开放性，需对未来留存足够的弹性处理空间，由此也使宪法能应付全新挑战。

宪法规范的开放性尤其包含三种情形：一是结构开放性，即宪法对于规范事实并未进行全面规范，而是仅为部分规范，或是只就重要性问题进行了规范，未尽部分就留待部门法来具体实现；二是实质开放性，即宪法对规范事实采用了概括条款，或是仅进行了较低密度的规范；三是功能开放性，即宪法规范并未进行统一规定或者留存了潜在的冲突领域，其涉及的法结构也存在对立性特征。<sup>〔50〕</sup>由此出发，我国宪法中的女性权利保护条款无疑是极具开放性的宪法条款，它不仅留存了大量未尽内容有待部门法具体实现，而且在宪法规范内部也存在潜在冲突需要弥合。

〔47〕事实上，域外保护妇女的劳动立法的效果也总是好坏参半。立法者出于保护目的会限制女性的工作时间，规定其最低工资和工作条件等。这些立法虽成功改善了女性的工作环境，但也有人指出，其降低了女性的经济吸引力，进而限制了她们与男性的竞争。参见〔美〕爱丽丝·凯斯勒-哈里斯：《妇女一直在工作》，蔡萌译，浙江人民出版社2025年版，第145页。

〔48〕参见〔英〕沙妮·奥加德：《回归家庭？家庭、事业与难以实现的平等》，刘昱译，广西师范大学出版社2021年版，第111页。

〔49〕参见申超：《扩大的不平等：母职惩罚的演变（1989—2015）》，载《社会》2020年第6期，第191页。

〔50〕Vgl. Hans-Peter Scheider, Direkte Anwendung und indirekte Wirkung von Verfassungsnormen, in: Bernhardt/Beyerlin (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum öffentliche Recht und Völkerrecht, XI, Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung, 1982, S. 23ff.

而“国家保护妇女的权利和利益”的表述中更包含了设定国家作为义务的宪法委托，即宪法中的女性权利保护条款同样应作为国家的行动纲领和方向指针，接受宪法委托的国家机关，尤其是立法者须在事实和法律的可能范围内尽可能地实现宪法委托。<sup>〔51〕</sup>

但正如上文所分析的，因宪法女性权利保护条款中本身就存在平等与自由的内在张力，这就导致立法者在实现具体的宪法委托时同样面临如何弥合张力的难题：一方面，鉴于长久的社会结构导致的两性差异，国家必须积极介入甚至是采取强干预性措施以矫正两性间的不平等，由此来实现性别正义；但另一方面，国家一旦介入到两性关系中并采取性别平衡的积极举措，又总会面临可能干预自由的诘问。此处的自由既可能是男性的自由，也可能是女性自身的自由，因为即使在女性内部，其利益也并不总是一致，不同阶层、年龄、职业甚至是性取向的女性既面临同样的结构性困境，也会有差异化的利益诉求。而且最重要的，有关女性保护的观念也时刻处于变动发展之中，一波又一波的女性主义思潮不仅冲刷了人们的认知，也总在重新拷问人们关于自由与平等的判断，拷问宪法对于女性权利保护的一般性立场。

这一点首先体现于刑法的性侵类犯罪中。纵观性侵犯罪的历史，女性主义主张在很大程度上推动了性侵犯罪证明标准的嬗变，也极大提升了女性在刑法中的独立地位。但在完成了对性侵犯罪中的暴力要件的驱逐后，女性主义的观点迄今又转向质疑性侵犯罪中的“同意”要件本身。麦金农就曾认为，女性因为长期在社会中屈服于男性主导的统治，本质上已很难区分合意的性交和强奸。<sup>〔52〕</sup>依此逻辑，只要是发生在不对等关系下的性行为就都属于犯罪，此时已无须再参考是否有女性同意作为前提。这无疑彻底冲破了刑法中强奸罪的边界，也使性侵犯罪的打击范围不断蔓延。<sup>〔53〕</sup>事实上，越过刑法中的“同意”要件，将所有具体情境下所发生的性行为都回溯至抽象的父权结构下解读，同样忽略了女性的性自主权和能动性，正如前文在醉酒性侵案中所提示的，它不仅在刑法上显得盲目且危险，同样是对现代女性性自主性的矮化，因其内核仍旧是将女性视作性行为的客体 and 工具，视作有待法律家父主义拯救的对象。所以，在性侵问题的判定乃至同意要件的形塑上，女性主义主张都只能是其中一项，却并非唯一的一项参照，它会受到诸如家长主义、道德主义甚至是自由主义的反击，但这种反击同样是对单一化的女性主义视角的重要补充，其所防堵的也是以维护自由之名导致的权利压制。<sup>〔54〕</sup>

除刑法外，这种自由和平等的张力同样体现在民事的性骚扰案件中。《民法典》和《妇女权益保障法》对性骚扰的法律规定，使长久以来被隐匿在权力结构下的“性剥削”得以在法律上“有名化”，这对于克服权力结构下的性别歧视和权力滥用无疑具有重大意义。但法律在反性骚扰

〔51〕 Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, S. 37.

〔52〕 在麦金农看来，在性别不平等的条件下，根本无法预设普遍的健康性行为。〔美〕凯瑟琳·A. 麦金农：《职场女性遭受的性骚扰——性别歧视的一种形式》，杨雅云译，商务印书馆2025年版，第272页。

〔53〕 参见汪润：《剥削视角下负有照护职责人员性犯罪的展开》，载《中国法律评论》2025年第3期，第165页。

〔54〕 这种以保护女性为名最终可能伤及自由的刑法案例不仅体现于性侵犯罪中，还包括近年来新型的淫秽物品犯罪。此前刑法打击制作和贩卖淫秽物品的主要理由除此类作品可能引诱犯罪、败坏道德和影响青少年外，还有个重要的理由就是女性保护。因为传统的淫秽物品中，女性往往被塑造为男性性欲的发泄对象，淫秽物品中也大肆宣扬男性针对女性的性暴力。但这一理由在面对近年来出现的由女性所书写，且由女性所阅读的色情作品时又会凸显解释乏力。后一类作品在文化学意义上被认为是女性进行情欲探索的新尝试，但其在现行条款下同样会被归入淫秽物品予以惩罚打击。此处同样会出现以女性保护为名却限制女性自由的悖论。参见罗翔：《淫秽物品犯罪刑事惩罚根据的再反思》，载《政治与法律》2025年第12期，第85页。

中通过转变判定标准而达到矫治性别不平等的目标时，同样会面临诸多意想不到的溢出性效果。此处的问题仍旧在于，女性主义观点虽然长于揭示现实生活中存在的性别不平等，却也很容易就将打击范围覆盖至所有可能令女性感到不快的性试探，而忽视很多男性同样为传统的两性观念所影响。这无疑会导致在某些个案中，法律对女性的强保护立场会以牺牲事实真相甚至男性权利为代价，故如何妥适地确定性骚扰的标准和边界同样需要参考多元意见，而不是为一元论所禁锢。此外，传统将性骚扰视为性别歧视的观点中其实隐含了将性别作为群体分类标准而非个体属性的观念，故发生于个体身上的性骚扰案件就被认为体现了女性整体在职场中系统性地从属于男性的象征。但这种观念虽揭示出骚扰的结构成因，却存在将性别均等化的问题。它否定了男性和女性都可能并不服从于性别刻板印象的现实，也使法律对此类案件的处理趋于单一化和模式化。

而在行政法领域，自由和平等的矛盾又体现于国家对女性工作权利和其他权利的特殊保障，这种保障已关注到整体结构所导致的两性不平等的现实，所以有时可能是奏效的，例如允许女性可凭证件查询配偶财产，以避免那些在家庭中付出较多无酬劳动的女性一旦进入离婚程序就沦为弱势一方，但有时这种措施又会再度面临固化两性分工、固化社会观念的诘难，例如近年来“妈妈岗”的设置。事实上，即使是看似成功的举措背后也仍旧包含着需要持续探讨的问题，例如在查询配偶财产中，婚姻中男女双方的忠诚义务是否就可延伸至双方都要披露各自的财产隐私，就存在不少疑问。上述事例与此前被热议的男女差异化退休年龄一样，背后所追问的都是，国家可以为平衡男女的现实差异而对两性进行区别对待，但这种区别对待的边界在哪里？其最终带来的是女性地位的提升还是处境的恶化？事实上，保护性立法在行政法领域的挫败在很大程度上证明，保护女性权利更多依赖于国家首先尊重女性的自主选择，其次则是由国家和社会来为生育进行兜底，而非将生育代价全部转嫁给家庭和女性。前者是女性一般自由权的认可，后者则是国家为追求两性的实质平等所进行的性别正义矫正。在二者的排序中，首先要尊重女性的自主选择。即使女性的个体选择与鼓励生育的政策相悖，也不能将女性作为迎合政策目标的生育工具。<sup>[55]</sup>在选择权真正回归女性手中后，国家所负担的还有尽力“磨平现实的差异性，创造公平竞争的机会，并确保女性拥有与男性相同的生产与社会资源”的义务。<sup>[56]</sup>反映在母职惩罚问题上，承担家务和育儿职能所导致的性别歧视，并不能仅仅依赖类似“妈妈岗”的短期补贴或是有限的工作照顾就能解决，它首先需要的就是育儿责任本身的“去性别化”。欧盟发布的第1158号指令《关于父母与照护者的工作与家庭平衡指令》中，就将父母都统一列入“照护者”范围，鼓励男性、女性更好地分担育儿和照护责任，男性和女性都应有平等机会休育儿假并采取远程等灵活工作方式。<sup>[57]</sup>其次还有国家和社会的整体性托举，即确立养育孩子并非女性的责任，甚至不只是家庭的责任，还需要国家和社会的体系性支持。国家在此承担的不只有为母亲发放育儿补贴或给予母亲和父亲相应假期的义务，还包括鼓励社会力量兴办托育服务机构，支持幼儿园、国有企业、机

[55] 这一点也体现于近年来广泛讨论的“单身女性冻卵”问题上，现行有效的《人类辅助生殖技术规范》仍旧将女性的生育自决权框定在家庭和婚姻之内，通过在制度上由家庭和婚姻垄断生育的合法性，来限制女性的多样化选择。这种观念反映的仍旧是唯婚姻和家庭至上的单一价值观，其核心也仍旧是并不认可女性的自由选择。参见赵宏：《单身女性冻卵：法律究竟该持何种立场》，载微信公众号“澎湃新闻·法治的细节”2023年3月23日。

[56] 参见胡敏洁：《“母职惩罚”中的女性平等权及国家保护》，载《浙江学刊》2023年第4期，第38页。

[57] 同上注，第41页。

关事业单位提供普惠托育服务等，其目标都是尽可能使女性或者家庭摆脱生育惩罚。<sup>〔58〕</sup> 总之，在克服母职惩罚方面，国家进行性别平衡的干预和性别正义的矫正，可能远比仅对弱势一方进行单一向度的性别“匡扶”，进而加剧性别偏见和固化家庭分工，更有效。

综上，部门法提供了观察女性权利受宪法保护的具体镜像，同样让人窥见实现这一宪法目标的现实难题。这其实提示，社会生活其实存在着持续的张力，如何在促进女性权利保护的同时不至压制或损害其他价值，不致使法律上对权利保护问题的判断总是陷入一元论的窠臼，是宪法和部门法需共同面对的问题。

---

**Abstract:** The protection of women's rights in our Constitution is centred on Articles 48 and 49, which establish women's rights on an equal footing with men in all spheres of society, as well as the State's fundamental obligation to promote gender equality. These provisions, which may be regarded as fundamental rights in general, are also part of the constitutional objectives of the State and therefore contain a constitutional mandate of the State as a duty. However, sectoral laws are full of divergent and conflicting views on the implementation of women's constitutional protection. Whether it is the recognition of the offence of sexual assault in criminal law, or the transmutation of the standards for the recognition of sexual harassment in civil law, or even the specific measures taken by the State to promote women's employment in the field of administrative law, the State's correction of gender inequality has always been constantly confronted with the interrogation of intervene in freedom. The tension between freedom and equality that is obscured between constitutional norms is likewise highlighted and amplified in sectoral laws. All this suggests to us that how to promote the protection of women's rights without at the same time suppressing or derogating from other values and freedoms, and without making legal judgements on the protection of rights always fall into the trap of monism, is a difficult problem that the Constitution and sectoral laws need to face together.

**Key Words:** gender equality, the state's duty to promote the equality, constitutional mandates

---

(责任编辑：刘 权)

---

〔58〕 除上述举措外，女权主义者还提出家务工资运动作为另一种可能，即由政府为家庭主妇提供津贴，因为家务劳动同样承担了社会责任。参见〔美〕爱丽丝·凯斯勒-哈里斯：《妇女一直在工作》，蔡萌译，浙江人民出版社2025年版，第167页。