

性别与法律：刑事 司法中的女检察官

宋灵珊*

目次

一、导言：性别与法律的勾连	特质
二、刑事法治理念的更迭：从单一的冲突到多元的融合	(三) 刑事司法中女检察官的选择困境
(一) 打击犯罪的暴力性与女性的阴柔气质	三、更多女性参与：刑事公诉活动的女性化趋势
(二) 刑事法治价值的多元化与女性	四、性别展演：女性与刑事司法的相互作用
	五、结语

摘要 刑事诉讼中的检察官制度并非与刑事诉讼活动同时产生,为了破除纠问制下法官权力的无所限制和被告人无所防御的弊端才创设了检察官制度。在控诉原则的指导下,检察官担任控方进行追诉犯罪和保障人权的活动,而这一活动的强力需求与传统女性的刻板印象格格不入。在刑事司法实践中,女检察官数量不断增加的现象与刑事司法理念的多元化发展之间呈现出相互促进的趋势,而女检察官在工作中对性别特征的刻意回避进一步说明了女性在刑事司法场域中仍然呈现出一种迎合的姿态。在多元化的诉讼理念取代单一的惩罚观念之后,更应注重对女性经验的运用,以实现关怀伦理对公正伦理的补充。

关键词 刑事司法 女性主义法学 阳刚气质 女检察官 性别展演

一、导言：性别与法律的勾连

西方自由主义传统把社会划分为公共领域和私人领域,男性作为公共领域的主体,是政权的

* 福建社会科学院法学研究所助理研究员、法学博士。本文系四川省哲学社会科学重点研究基地纠纷解决与司法改革研究中心 2015 年度重点项目《女性主义视角下的纠纷解决研究》的阶段性研究成果。感谢接受笔者访谈的 10 名检察官(4 男 6 女),他们分别来自 Z 省和 F 省的五个基层检察院,他们无私提供的生命经验使本文的写作素材更加丰富,考虑涉及隐私问题,已全部做匿名处理,在此谨致谢忱!

代表,是理性的实践者,是法律的代理人;女性只能在私人领域内活动,男性对私人领域有着绝对的权威,而女性则被隔绝在公共领域之外,由是,作为家长的男性拥有了对女性的绝对控制。^{〔1〕}法律作为公共领域的组成部分自然也成为女性无法涉足的空间,1868年美国爱荷华州才允许第一位女性进入法学院。^{〔2〕}然而,19世纪末美国各州的法律从业要求并未全面放开对女性的限制,遥看1873年伊利诺伊州最高法院在拒绝布拉德韦尔女士(Ms. Bradwell)的律师执照申请时赫然写道:“……女性本身固有的胆怯和脆弱的特性不适合参与到公民生活的职业领域……女性神圣的使命和任务就是成为妻子和母亲。”^{〔3〕}这一判决理由直接将女性排除在法律职业之外,并旗帜鲜明地指出女性的职责便是照顾家庭。直到1920年——比黑人获得选举权的时间(1870年)整整晚了半个世纪——美国正式赋予女性选举权,各州才全面向女性敞开法律职业的大门。即使法律职业不再是绝对禁止女性涉足的领域,女性也依然步履维艰地挣扎在这“性别为男”^{〔4〕}的公共领域里。^{〔5〕}反观中国,中华民族上千年的历史传统亦揭示了女性社会地位的依附性——“女子无才便是德。”虽然中国的法学教育以古代的律学教育为肇端,到近现代的高等法学教育,迄今已有近三千年的历史,^{〔6〕}但对于中国的女性而言,其在中国法学教育与法律职业中缺席的状况直到民国时期^{〔7〕}才被打破。而真正实现教育平等、就业平等则到了新中国成立之后。^{〔8〕}诚然,现代社会不再阻止女性进入公共领域,随着社会地位和受教育程度的普遍提高,司法领域也开始逐渐注入女性元素。

理查德·波斯纳(Richard A. Posner)将男女不同的法律观看作是法律实证主义和自然法的理论分野,依据波斯纳对男女法律观的界分,男性更重视严格意义上的法条适用,强调技术细节、规则、解释等教义学向度上的法律理性观;而女性则强调衡平各方利益,重视实质正义,甚至考量关怀伦理下的社会效果等法外因素。这种性别与法律的联系并非偶然,它源于卡罗尔·吉利根(Carol Gilligan)勾勒的明显是男性的“权利道德”,与明显是女性的“关怀道德”。这种界分

〔1〕 参见孙菲菲:《法律职业中的女性》,载《现代法学》2009年第1期,第131—132页。

〔2〕 参见刘小楠:《走出私人领域:法学教育、法律职业中的女性》,载《政法论坛》2008年第6期,第138—140页。

〔3〕 Phillis A. Kravitch, *Women in the Legal Profession: The Past 100 Years*, 69 Mississippi Law Journal 57 (1999).

〔4〕 传统女性主义法学的观念认为,法律在现实中是有社会性别的,其以男性思想为核心所创设出的制度规范使得法律的性别为男。1980年代,基于对法律之男性特质的起源与本质之讨论,两大流派逐渐兴起。差异理论认为,由于法律是男性思维和经验的产物,所以法律使女性处于不利地位;宰制理论主张男性使女性屈服,所以在男性主导的社会活动下,法律偏向男性。参见[美]朱迪斯·贝尔:《女性的法律生活——构建一种女性主义法学》,熊湘怡译,北京大学出版社2010年版,第39页。笔者在此处对于法律性别为男的说法加了引号,意在表明本文并非以一种传统女权主义法学的理论视角看待刑事司法领域内的女性参与问题,更无意于构建女性主义法学的中国模式。本文对法律职业中女性的关注旨在强调女性在法律职业中的独立价值,换言之,女性异于男性的思维模式之于法律多元化呈现的重要意义。

〔5〕 Chunyan Zheng, Jiahui Ai & Sida Liu, *The Elastic Ceiling: Gender and Professional Career in Chinese Courts*, 51 Law and Social Review 168 (2017).

〔6〕 参见朱景文:《中国法律发展报告:法学教育与研究》,中国人民大学出版社2014年版,第21页。

〔7〕 民国是中国女性地位发生急剧变化的一个历史时期,从几千年父权社会的“男尊女卑”“三从四德”转向了“男女平等”“妇女解放”的新时代。参见徐昕:《法庭上的妓女:身体、空间与正义的产生》,载《政法论坛》2009年第4期,第42—45页。

〔8〕 关于女性在中国法学教育和法律职业发展进程中的历史梳理详见宋灵珊、刘方权:《法律职业中的女性:从法学院到法院》,载《法律和社会科学》第15卷第2辑,法律出版社2017年版,第166—192页。

的证据来源于男孩和女孩在游戏中,对待规则执行的不同态度。男孩趋向于根据不讲情面的简单规则来判断行为是否违反了规则,而女孩则趋向于根据全部的人文语境来评价该行为,尤其关注对行为背后人与人之间关系的维护。^[9]由是观之,这种男性思维主导下的权利道德与形式主义的法律(规则)风格相似,注重对规则的遵守;而具有女性思维特征的关怀道德则与裁量性的法律(实质正义)相对应。需要指出的是,吉利根描绘的男女对待规则执行的不同态度,不能简单地概括为“女人不如男人讲原则”,其试图呈现的是男女本身持有的原则在根本上的不同。此处对吉利根的理论援引并非旨在发展一种女权主义法学的研究进路,与其说女性主义的研究是一种特有的研究方法,毋宁说她们只是以特有的女性主义视角来使用现有的方法。本文对于法律职业中女性的研究并非要在方法论层面构建一种女性主义法学的研究方法——实现对女性平等地位的凸显——更多的是强调以一种女性视角看待行动中的法,注重被研究者的个人体验。

过去以女权主义视阈对刑事司法中的女性进行的研究,多数只是在法律的规范层面,以性别平等为出发点,分析法律具体规定中——特别是刑法条文——存在的性别歧视问题,并探索在立法层面实现性别平等的可能路径。^[10]但对于刑事司法活动中的工作者并未给予足够的关注,也鲜有以女性刑事司法官的视角进行的理论研究。本文试图以此为逻辑起点,以女检察官的个人经验为样本,从检察官的公诉职能出发,通过参与观察、个人访谈^[11]这类定性研究的方法,观察女检察官在充满阳刚气质的职场中如何在屈从与逾越之间演绎性别与法律的关系,以期呈现女性之于现代刑事法治的独立价值。诚然,在国家监察制度改革前,除了公诉职能,检察官还有法律监督职能和侦查职能,^[12]鉴于公诉活动是检察机关基于惩罚犯罪、保护人民之目的,与被追诉人展开的最正面直接的对抗活动,故本文以检察官的公诉活动为考察对象,^[13]对性别与法律的关系展开讨论。

[9] 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第506—508页。

[10] 笔者以“刑事诉讼”和“女性”为主题词条在国内最常用的中文文献检索网站(中国知网)检索相关主题论文,发现现有针对刑事司法中的女性的研究相当匮乏。在极其有限的研究中,大多是通过《刑事诉讼法》中特定程序(例如强制措施、搜查、强奸案一般不公开等规定)对于妇女、怀孕或者哺乳期妇女的特殊规定展示性别因素在刑事诉讼法中的介入;或者是单一地强调女性在法律中的平等权问题,还未看到将研究的视角投向刑事领域中的女性工作者。相关文献参见祁建建、张琳琳:《从性别平等视角对刑事诉讼法的初步分析》,载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2014年第4期,第106—111页;杨杰辉:《女权主义刑事诉讼:基于强奸案的初步分析》,载《妇女研究论丛》2014年第1期,第37—43页;王燕玲:《女性主义法学视域下强奸罪之辨思》,载《政法论坛》2015年第6期,第158—162页;等等。

[11] 本文中受访检察官的访谈编号方式由所在地区的首字母、性别(M/F)、访谈的年月和当年受访的顺序构成,例如编号ZM1701则代表该访谈内容是由2017年第一位来自Z省的男检察官提供。

[12] 需要说明的是,虽然“捕诉合一”的办案机制改革后检察院不再有“公诉科”这一部门名称,取而代之的是第一检察部、第二检察部等业务部门,但公诉活动仍然是检察院针对“惩罚犯罪”展开的最直接的刑事司法活动,由于文中调研数据和访谈资料主要是在检察院内设机构改革完成前获得的,故而为行文方便,文中提及的检察院内设机构以及对检察院职能的探讨主要基于改革前的法律规定,暂不深入讨论国家监察制度改革对检察院原有反贪、反渎等职务犯罪侦查权的影响。

[13] 国家监察制度的改革剥离了检察机关针对职务犯罪的主要侦查权,只剩下补充侦查权,而检察机关的法律监督职能实际上主要也是通过诉讼来实现,以检察机关的公益诉讼职责为例,诉讼是监督的主要手段,而监督又可以通过诉讼来实现。参见周新:《论我国检察权的新发展》,载《中国社会科学》2020年第8期,第77页;孙谦:《设置行政公诉的价值目标与制度构想》,载《中国社会科学》2011年第1期,第156页。

二、刑事法治理念的更迭：从单一的冲突到多元的融合

（一）打击犯罪的暴力性与女性的阴柔气质

在西方拒绝女性进入法律职业的进程中，法律的“暴力论”和“理性论”起了非常重要的作用：暴力论认为法律是一种命令，是统治阶级的暴力工具；理性论则认为法律是理性思维的结果，具有理性特征。^{〔14〕} 在社会性别的视角下，女性自身的阴柔气质无法契合法律的暴力属性，其感性的思维模式亦站在了法律理性思维的对立面，在这两种理论的支持下，女性自然被排除在法律职业之外。具体到刑事司法领域，《刑法》和《刑事诉讼法》是刑事司法活动有序进行的基本法律依据，《刑法》第1条规定了制定该法的基本目的，即“惩罚犯罪，保护人民”；^{〔15〕}而《刑事诉讼法》则是以程序性的规定保证刑法的正确实施。无论是惩罚犯罪，抑或是保护人民，似乎都表明了刑事司法活动需要一股强力才能与犯罪分子抗衡，从而保护人民，维护社会秩序。由是观之，阳刚气质似与刑事司法活动有着天然联系，^{〔16〕}刑事司法活动的强力需求与传统女性的柔和气质格格不入。与域外不同，中国的法律职业并未明文排斥女性，无论是律师还是法官、检察官的从业要求都未在性别上做出限制，但过去女性受教育程度和社会地位低的现象直接剥夺了其进入法律职业的可能。在获得平等的受教育机会前，女性在专业知识上的匮乏否定了其进入法律职业的可能，而传统认知里男性主导的司法活动自然而然也就封闭了女性进入的途径。

事实上，在刑事诉讼活动中检察官制度并非与刑事诉讼活动同时产生，法国为了破除纠问诉讼制度下法官权力的无所限制和被告人无所防御的弊端，才创设了检察官制度，刑事诉讼改革为控诉原则，原来纠问法官的权力则弱化为审判者，并由检察官主要担任控方，进行犯罪追诉活动，保障人民权益。^{〔17〕} 由是，检察官的角色诞生之初就拥有国家赋予的强力与犯罪行为对抗，而这一活动的强力需求与传统女性的刻板印象格格不入。约翰·奥斯丁(John Austin)认为法律是一种命令，这种命令是以制裁作为后盾，以不断发生不利后果的可能性作为强制实施条件，即这种命令是一种强制性的服从，由是，法律便携带了暴力的基因。^{〔18〕} 暴力论主导下的法律将法庭演变为控辩双方厮杀的战场，与之对应的，刑事诉讼的对抗制模式以“争斗”为基础，打造检察官作为国家强力的代表，使其在法庭上占据控方的绝对优势，鼓励控辩双方的正面进攻对抗，以争夺法庭辩论的胜利。^{〔19〕} 刑事诉讼的对抗性决定了检察官需要一股好胜的阳刚气质与之匹配，在法庭上与辩方展开一场唇枪舌剑以赢取法庭的胜利。故而，法庭作为充满硝烟的诉讼战场，凭借着伦理关怀的外衣——“战争让女人走开”——自然就排除了女性的介入。^{〔20〕}

〔14〕 参见周安平：《法律职业中的性别问题研究》，载《贵州师范大学学报(社会科学版)》2006年第1期，第9—10页。

〔15〕 《刑法》第1条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”

〔16〕 参见庄玲如、成令方：《管理性别：阳刚职场中的女检察官》，载《女学学志：妇女与性别研究》第30期(2012年)，第138—140页。

〔17〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法(上册)》，新学林出版股份有限公司2017年版，第129—131页。

〔18〕 参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第17—20页。

〔19〕 参见[美]博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2017年版，第517页以下。

〔20〕 参见前注〔14〕，周安平文，第10页。

（二）刑事法治价值的多元化与女性特质

从传统职权主义的诉讼模式——对国家强制力的强调——到当下当事人主义倾向的制度选择，刑事司法中的刚性、惩罚、报复的色彩逐渐淡化，转向了对柔性、教化、修复等富有感性的问题之关注。刑事诉讼的家庭模式理论更进一步将女性视角纳入刑事司法过程，该模式以家庭中的父母与子女的关系比喻国家与个体的关系，家庭模式的诉讼追求要求家庭的完整性，不能造成只有父亲或母亲的单亲模式。法律的父爱主义强调一种“强制的爱”，而女性在司法领域的作用亦凸显了刑事司法母爱主义的特征——对个体的感性关怀。^[21] 无论是犯罪控制模式，抑或是正当程序模式，都有强烈的斗争色彩，而这种家庭模式则明显消减了斗争对抗的色彩，使得刑事领域的诉讼话语更具人文关怀。试举之，刑事司法中认罪认罚从宽制度的构建——协商、妥协等元素的引入——强调了对犯罪嫌疑人、被告人的关怀。再者，从国家的暴力论到社会控制论，法律亦不再是暴力的手段，更多的是一种文明社会的调控方式，女性在司法领域中的参与更是以其特有的气质促进法律的多元化呈现。

不可否认，在法律实证主义的理论下，法律的存在独立于法律的价值，即使是男性思维的产物——作为统治阶级的暴力工具——法律在一定的社群生活中依然需要被遵守。但在司法文明的倡导下，法律是社会的调控手段，其在运作过程中需要去暴力化，正如自然法理论主张的法律必须满足最低的正义标准，^[22] 这种正义的标准更似对法律正当性的一种要求。法律系统的存在是为一定社会中的人们调整行为、形成合意、实现秩序提供可预测性的指针和自由的尺度，国家强制力只是为这种行为的调整和合意的形成提供间接的、外在的保障而已。权力的行使亦不是率性而为，它必须经过正当化才能与社会中的一般暴力区别开来。^[23] 近年来，社区矫正、暂缓不起诉、刑事和解、未成年人刑事案件诉讼程序等改革举措，在一定程度上都是刑事司法母爱主义的体现，当然这种关爱更多地体现在未成年人犯罪的案件中，关爱的方式主要是以教育、感化、挽救代替打击、惩罚、报复。^[24] 而从刑事速裁程序试点到认罪认罚从宽制度试点，刑事司法更进一步体现了对犯罪嫌疑人、被告人的全面关怀，注重协商元素在刑事司法中的运用，强调被追诉人（个人）与检察机关（国家）之间的平等协商。这种以刑罚的宽宥换取自愿认罪之做法，必然需要控方在控辩协商过程中，引入更多的道德话语与治疗性话语；而刑事司法的母爱主义之体现往往是在法律话语中无形掺杂了许多道德话语与治疗性话语。^[25] 在访谈过程中，亦发现女检察官与男检察官在工

[21] 有学者将法律的父爱主义理论延伸到刑事法律中，提出刑事立法中的技术化特征和形式主义是以男性为中心的法律产物，表现为立法的父爱主义；而在刑事司法中对具体个体的感性关怀，是近年来日益凸显的刑事司法母爱主义的重要特征。详见郭云忠：《刑事司法中的母爱主义》，载《法律科学》2009年第2期，第54—62页；关于法律父爱主义的理论可参见孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，载《中国社会科学》2006年第1期，第47—58页。

[22] Ronald M. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.101 - 104.

[23] 参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第340—341页。

[24] 参见前注[21]，郭云忠文，第54—56页。

[25] 美国学者萨利·安格尔·梅丽(Sally Engle Merry)将诉讼话语分为三种：法律话语、道德话语、治疗性话语。法律话语是指人们对法律关系和程序，以及对以理性讨论和“确凿无疑”的证据为基础做出决定的过程之理解。道德话语更强调人们应该怎样对待他人，是一种关于社会关系的话语。治疗性话语将行为认定为环境造成的而不是个人的错误，更多地从理解和接受的角度看待具体行为。[美]萨利·安格尔·梅丽：《诉讼的话语》，郭星华等译，北京大学出版社2007年版，第148页。

作中的差异之一恰恰体现在诉讼话语的使用上。关注全国十佳公诉人的事迹报告,^[26]亦可洞见女检察官在工作中更加重视对具体个体的关怀(被害人、被告人),对社会问题敏感,关注人际关系的修复,注重未成年人的成长等一系列情感的回应。女性特殊的情感体验使其在刑事司法活动中表现得更为人性化,而非教条式。随着社会文明程度的推进,司法过程不仅需要专业法律用语,更需要道德性、治疗性的话语表达,抑或说我们的法律需要不断加入道德性和治疗性的语言,从而实现正当程序下对具体个案的实体关怀。女检察官在诉讼话语运用上的道德性、治疗性倾向,在一定程度上更是迎合了当下刑事司法改革的方向——对个体的实质关怀。

(三) 刑事司法中女检察官的选择困境

东西方之女性主义理论、妇女平权运动在近一个世纪以来的努力下,得到了一定的成果;不仅使女性不再被挤压在私人领域,而得以进入公共领域,且原本传统上属于私人领域的事务也得以进入公共领域的视野。^[27]然而,多数女性仍然倾向于把自身定位在私人领域,即使进入公共领域,她们依然努力地将自身表现得更符合“女性”的形象。必须承认的是,传统文化以及社会对于女性角色期待的影响,往往超出了女权主义理论和平权运动所能辐射的范围。最为明显的,在面对家庭和事业的冲突时,毫不犹豫抑或思虑周全之后,多数的女性都倾向于选择“自我牺牲”,将更多的重心移到家庭,从而满足社会对女性的期待。在对女检察官的访谈中,涉及是否存在家庭与工作的冲突问题时,起初得到的答案并不一致,部分女检察官表示家庭并未影响到工作(ZF1702,ZF1704),另外一部分则坦言家庭会影响到工作(FF1705,FF1707,FF1708,FF1710)。在进一步了解后才得知部分的“未影响”之主要因素在于其父母承担了家庭中的主要工作(ZF1702),于是,她们可以从繁重的私人事务中脱身,从而全心投入工作;然而,在另外一部分女检察官中,当这种责任无法转嫁成功时,她们则是选择适时地回归家庭。因此,这种“未影响”多大程度上是因为女性实现了与男性无差别的社会待遇,还是因为女性家庭责任的暂时转移,似乎已无法辨识;此外,女性在事业上的选择通常会被社会文化定义的女性角色定位和期许所影响。通过访谈进一步发现,在警察、检察官、法官三种职业选择中,检察官的工作更受女性青睐,法官次之,警察的职业属性则被认为是不适合女性的,原因在于对比警察和法官,检察官在刑事司法过程中扮演着承上启下的角色,其从事的工作内容专业性较强,而专业性之外的其他人事社会关系相对简单。

我们检察院的工作业务性比较强,不用接触太多复杂的人事社会关系,更适合女性。

(ZM1701)

女性相对而言比男性更适合检察院的工作,朝九晚五地有规律上下班,也没什么复杂的社会关系需要处理。(FF1708)

由是观之,当女性进入公共领域时,通常考虑的是如何游刃有余地往返于家庭和事业之间。因为在固有的社会结构中,中国的女性即使在进入公共领域后,多数也未将所从事的工作当作事业来经营,按部就班地完成当下的工作任务是多数女性在职场中的自我定位,即使存在少数具有“雄心壮志”的女性,也不排除其最后仍然选择妥协于家庭的情况,故而最终可以登上金字塔顶端

[26] 详见《第五届全国十佳公诉人讲述成长经历中最难忘片段》,载最高人民检察院网 2013 年 9 月 11 日, http://www.spp.gov.cn/zdgz/201309/t20130911_62496.shtml。

[27] 参见郭书琴:《是学术或是技术?——从女性主义法理学之观点谈法学教育与法律专业之改革论述》,载《律师杂志》第 324 期(2006 年),第 65 页。

的不过凤毛麟角。^[28] 西方女权主义基于社会性别(gender)与生理性别(sex)的理论构建,将性别的差异更多地归因于后天的演绎,而非先天的自然差异,无非是想打破过去公共领域和私人领域对男女的划分,旨在实现男女在性别上的绝对平等。^[29] 对于刑事司法的阳刚气质,在女权主义的观点看来,这种阳刚之气并非本质上与男性生理性别有必然联系,虽然主要指涉男性身体的实践,但它绝不是个人的特质。^[30] 诚然,在女权主义的视角,轻而易举就可以塑造一个理论来反驳类似“……职业不适合女性”的论断,但回到中国的话语体系,西方女权主义的理论并不当然适用,甚至于作为职场女性的女检察官们有时在面对母职和事业的两难处境时,支配其做出选择的自我意识是无法被立法修律改变的文化惯习。^[31] 本文也并非旨在用绝对的平等理论来主张个人生命经验上的性别差异;基于后现代主义法学^[32]对个人经验(individual experiences)的强调,^[33]本文期待通过发现不同性别之间的生命体验差异,促进个体经验理性与法律实践运作的互动,以期完善刑事司法的人文关怀,消减刑事司法过程中国家制裁的暴力色彩。

三、更多女性参与：刑事公诉活动的女性化趋势

据统计,截至2019年,我国女检察官人数已达23000余名,占全体检察官总数的34.9%。在全国大部分地区,员额检察官中有近一半是女检察官。^[34] 辅之笔者调研的Z省、F省的五个基层检察院的相关数据,可以发现,女检察官所占的比例已不容小觑,与日俱增更是不争的事实,特别是内设机构改革前公诉科的男女比例,显然已经有女检察官数量超过男检察官的趋势。调研的五个基层检察院,女检察官的数量基本占到三分之一,其中公诉科女检察官的数量除了Z省L市检察院稍显劣势,其他检察院公诉科女检察官数量均超过男检察官,有的甚至出现整个公诉科的检察官皆为女性的现象(参见表1),由是,过去常有人戏言检察院的公诉科俨然已逐步沦陷为“母诉科”(FM1706)。原本公诉科作为检察院的主要办案部门,公诉活动是检察工作的核心,“捕诉合一”的办案机制改革后,在作为主要的刑事业务部门的第一检察部、第二检察部中,女检察官的数量优势亦能表明其充分活跃在刑事司法活动的前线(参见表2)。辅之以第一届(2000年)至第七

[28] 关于中国法院中男女法官在行政级别上的差异研究可详见 Zheng et al., *supra* note [5].

[29] 著名的女权主义者西蒙娜·德·波伏娃的名言,“女人并不是天生的,而宁可说是后天逐渐形成的”,几乎成了所有女权主义理论研究的逻辑起点。详见[法]西蒙娜·德·波伏娃:《第二性》,李强选译,西苑出版社2009年版,第120页。

[30] 参见前注[16],庄玲如、成令方文,第141—142页。

[31] 我国台湾地区的女性法律学者陈惠馨教授、施慧玲教授从个人的生命经验、学术生涯与法律的交织中指出,在性别与法律的关系中,看似隐而不显的性别因素,有时却凌驾于个人生命的重要转折点。详见陈惠馨:《法律与生命——一个女性主义法学家的观点》,载《法官协会杂志》第6卷第2期(2004年),第74—87页;施慧玲:《生命价值、法律权威与专业主义——后现代主义下的个人经验理性》,载《法官协会杂志》第6卷第2期(2004年),第54—64页。

[32] 后现代主义法学随着法律社会学的发展,逐渐成为一门显学,研究者透过法律的社会经验观察,检视基于西方资本主义的宪政法治制度而生的现代法(modern law)内涵,并批判法律在人类社会的现代化过程中所扮演的各种角色。其认为应打破法律的权威排他性,并运用各专业科际整合的力量,方能使法律发挥其效力。详见 Carol Smart, *Feminist and the Power of Law*, Routledge Press, 1989, p.26-49.

[33] 参见施慧玲:《论我国家庭法之发展与研究——一个家庭法律社会学的观点》,载《政大法学评论》第63期(2000年),第239—240页。

[34] 数据源自新华社报道: <https://baijiahao.baidu.com/s? id=1639664128693872455&wfr=spider&for=pc>, 2020年10月10日访问。

届(2020年)的“全国十佳公诉人”荣誉称号获得者资料,^[35]可以进一步呈现女检察官在公诉活动中的杰出表现。通过观察第一届至第七届“全国十佳公诉人”获得者的性别分布情况(参见图1),可以发现,除了第一届和第六届,该荣誉获得者中女性的比例整体上已呈现超越男性之趋势;甚至值得注意的是,在第四届的十佳榜单中总成绩前四名均为女性,第五届十佳总成绩前六名亦被女性包揽。^[36]

表1 Z省、F省五个基层人民检察院及其公诉科的男女检察官数量^[37]

	全 院			公 诉 科		
	男	女	比例(女)	男	女	比例(女)
Z省C市(县级市)	77	57	42.5%	9	16	64%
Z省L市(县级市)	66	34	34%	9	8	47.1%
F省M县	62	25	28.7%	0	4	100%
F省Y区	45	20	30.8%	4	5	55.6%
F省Q县	32	14	30.4%	1	3	75%

表2 Z省、F省五个基层人民检察院内设机构改革后男女检察官数量^[38]

	全 院			第一检察部			第二检察部		
	男	女	比例(女)	男	女	比例(女)	男	女	比例(女)
Z省C市(县级市)	50	51	50.5%	6	8	57.1%	7	10	58.8%
Z省L市(县级市)	47	32	40.5%	8	10	55.6%	6	7	53.8%
F省M县	36	26	41.9%	3	4	57.1%	2	7	77.8%
F省Y区	35	16	31.4%	5	1	14.3%	2	3	60%
F省Q县	24	11	31.4%	2	7	77.8%			

[35] 需要说明的是,在第一届至第七届的“全国优秀公诉人业务竞赛”中,每一届都设有“全国十佳公诉人”称号,其中第六届用“全国诉讼标兵”替代“全国十佳公诉人”称号,但实质内容上并无二致。相关数据来自正义网的相关报道,详见正义网:《第七届全国十佳公诉人暨全国优秀公诉人业务竞赛》,载正义网,http://www.jcrb.com/xztpd/ZT2020/202009/gsrjs/,2020年9月29日访问。

[36] 参见崔双平:《优秀公诉人如何生成——以全国十佳为样本的分析》,载正义网2015年9月29日,http://www.jcrb.com/prosecutor/important/201509/t20150929_1550397.html。

[37] 表1和表2所统计的数据均只针对各个检察院的公务员在编人数,不包括合同工,其中统计的检察官数量包括检察员、助理检察员、书记员。

[38] 在“捕诉合一”的办案机制改革下,“公诉科”这一部门名称已不复存在,取而代之的是第一检察部、第二检察部等检察业务机构,且不同检察院相同名称的内设机构具体职能不尽相同,无法直接进行改革前后公诉科的性别分布情况比较。在笔者调研的五个基层检察院里,F省Q县检察院的刑事案件被全部分配到第一检察部负责,Z省C市检察院由第一检察部负责普通刑事案件,第二检察部负责重大刑事案件,而同级监察委移送的案件则归到第三检察部负责,其他三个检察院的第一检察部和第二检察部在职能上可以约等于原来的公诉科,其中第一检察部主要负责普通刑事案件,第二检察部负责重大刑事案件和监察委移送的案件(ZM1901,ZM1902,FF1903,FF1904,FF1905),故而笔者此处用这两个部门的性别比来进一步辅助论证文中女检察官活跃在刑事司法活动的前线之命题。

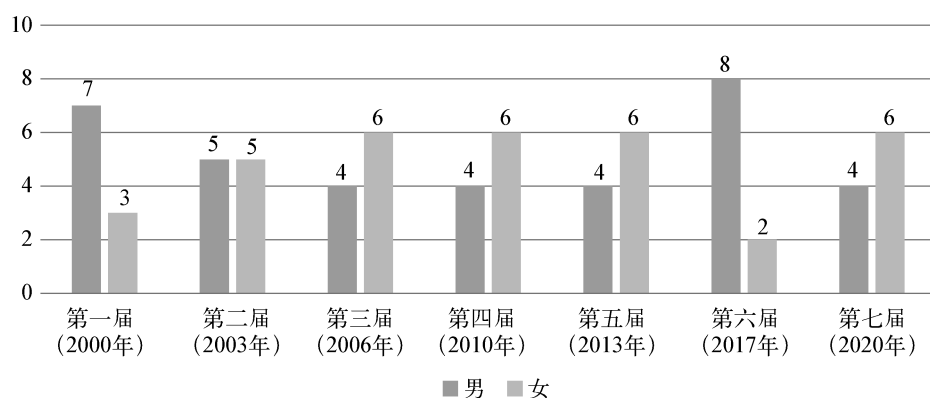


图1 第一届至第七届全国十佳公诉人性别结构

诚然,这一数据并不必然说明女性在公诉实务中有着天然优势,但足能引起对女检察官这一群体的关注。笔者在调研中发现原来作为检察院办案主要部门的反贪贿赂局、反渎职侵权局的女检察官比例,较之公诉科显得不那么“压倒性”之主要原因在于,这两个科室的工作由于涉及侦查事项,经常需要熬夜加班,于是,有限的男检察官基本都被安排在此。正因如此,笔者在后续调研中发现,随着检察院内设机构和职能的调整,男检察官流失严重,原本不断增长的女检察官比例显得更加突出。一方面监察委的设立剥离了检察院针对职务犯罪的主要侦查权,基本是将检察院内部自侦科“整体转隶”,而该部门正是原来男检察官相对集中的部门,以笔者调研的F省M县检察院为例,检察院在转隶工作中共转出了17名检察官,均为男性(FF1903);另一方面,随着年龄层的更迭和女检察官的不断加入——考录进的新人里女性居多,而退休的检察官里男性居多——检察院中女检察官的整体比例自然呈增长趋势,过去在公诉科已占优势的女检察官比例延续到第一检察部和第二检察部(参见表2),除了F省Y区检察院的第一检察部女检察官数量稍显劣势,其他四个检察院这两个部门的女检察官比例已占绝对优势,而这两个部门的职能约等于原来的公诉科。

这几年绝大多数机关单位的新进人员里,都是女生居多,毕竟公务员考试,如果岗位设置不限制性别,女生的笔试成绩很有优势。近三年我们单位通过选调生和公务员考试进来的干警总共有8个,6个都是女生。现在单位里有限的男检察官基本都在自侦科(反贪贿赂局、反渎职侵权局),因为考虑到自侦科的工作要经常熬夜加班,女生根本待不住,所以有限的男生基本都被堆到自侦科了。(FF1705)

这几年检察院里的女性数量越来越多了,一方面是内设机构调整后原本自侦科的男性都转隶出去了,另一方面这几年新进的人员里也是女生居多,而原本老一辈的男检察官又陆续退休了,所以这几年全院的女检察官比例明显上升了。(FF1905)

刑事诉讼是行使国家刑罚权的活动,侦查权、检察权和审判权是刑事诉讼中的主要国家权力,检察院作为唯一的公诉机关、专门的诉讼监督机关以及国家的侦查机关之一,在刑事司法活动中扮演着重要角色。过去在界定检察院的任务时,更多的是强调打击犯罪分子,积极同违法行为作斗争,于是产生了这一充满强力对抗性的活动是否适合女性之探讨。然而,刑事司法理念的新旧更迭,法治对人权保障之要求的与日俱增,法律效果和社会效果的日趋统一,皆体现了司法活动对情、理、法三者关系的正视。在司法实践中,经常会遇到情、理、法的矛盾或冲突,现代法治既强调遵从法律规则,又要求

回应人心的诉求,审视具体案件中的天理人情,正视法治中的伦理命题。^[39] 刑事诉讼活动也由于涉及国家对犯罪行为的制裁,在冷峻的刑罚背后更需要注入女性的生命体验,故此,刑事司法领域中对女性的参与已从过去的抵触,转为根据工作内容是否需要熬夜加班而决定是否安排其参与。从过去女性被认为是不适合从事充满阳刚特质的刑事司法工作,到当下检察系统中的女检察官不仅在数量上逐渐占据优势,在工作中的表现亦是可圈可点,无论是审查起诉过程中对案卷的审查、对证据的把握,还是庭审上的口头表达,女检察官的表现普遍都让男检察官心服口服。在访谈中不乏男检察官多次对其女同事的工作表示肯定:

检察院主要的工作就是公诉,女生的口头表达能力、案卷审查能力、庭审上的表现普遍都比较好。(FM1706)

现在法学院毕业的年轻人里更多的女性进入了检察院,而且女生口头表达能力普遍碾压了男生。现在的女生普遍不管是学校的考试中,还是在单位的工作上,都很努力,有个女同事进单位四年多,生了两个孩子,但是依然很出色地完成工作。男生很多都不够踏实,比较浮夸,不愿意钻研,所以优秀的公诉人里女性更多。但是,其实我觉得真正出色的公诉人里,男公诉人在法庭上更有风采。(ZM1703)

2012年《刑事诉讼法》的修改增设了未成年人刑事案件诉讼程序,随着我国犯罪行为的低龄化,国家对未成年人心理成长的关注尤胜从前。1984年底,上海市长宁区人民法院出现了第一个专门审理未成年人刑事案件的少年法庭,此后十余年间,少年法庭在我国各省市落地生根。在未成年人案件中,女检察官细腻的情感通常能为处理案件带来许多便利,对于她们而言,办理好一个案子就是在挽救一个少年。那些坚守在基层未成年人检察科的女检察官们,因为犯罪嫌疑人、被告人的特殊性,始终坚持以教育、感化、挽救为宗旨,以教育为主、惩罚为辅为原则,充分体现了《刑事诉讼法》对人权保障的重视。^[40] 未成年人刑事案件诉讼程序是一套不同于成年人刑事案件的立案、侦查、起诉、审判和执行的诉讼程序。在未成年人犯罪的案件中,要求司法工作人员要像父母对子女、老师对学生、医生对病人那样,帮助未成年人分清是非,促使其同犯罪行为划清界限,并在刑事诉讼中依法保障其享有的诉讼权利。^[41] 刑事司法的改革方向日趋于扮演悉心的母亲,而不再充当严厉的父亲,女检察官在刑事司法活动中的贡献实现了刑事司法对犯罪行为人的不断规劝,而不只是施与该当的惩罚。女性对个体情绪的把握,对情理价值的注重,使得其在刑事司法活动中不仅关注案件本身的法律定性,更能洞悉案件背后的情理及社会效应。对犯罪嫌疑人内心的洞察,使得她们更能走近犯罪心理,从而寻找合适的技巧说服犯罪行为人为自愿认罪,并使他们意识到自身所受的惩罚是由于过去的错误行为,从而避免未来因怨恨报复社会。^[42] 笔者在调研中观察到,男女检察官在工

[39] 参见刘峥:《司法裁判中的法律效果与社会效果》,载《人民法院报》2018年1月8日,第2版。

[40] 这些奋斗在未成年人检察科的女检察官们不仅有丰富的刑事诉讼知识,更具备心理学、教育学等专业知识,充分发挥了对未成年犯罪嫌疑人、被告人的教育、挽救、感化。详见最高人民检察院官方网站上的“检察官妈妈”专栏,载最高人民检察院网, <http://www.spp.gov.cn/ztk/2017/jcgmm/index.shtml>, 2020年9月29日访问。

[41] 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》(第四版),北京大学出版社2012年版,第402—403页。

[42] 第三届全国优秀公诉人何艳敏检察官在回忆自己的检察工作经历时,多次强调了心理学知识对她处理刑事案件的帮助。在一起兄弟因父母私房归属而发生争吵,哥哥捅死了弟弟的案件中,因为心中的愤恨,哥哥在多次讯问中始终没有悔意,也不愿意为弟弟的死做出赔偿。庭审上何艳敏从兄弟情、父子情谈起,在对被告人的提问中,何艳敏突然问:“如果弟弟现在站在你面前,你会怎么样。”此时被告人失声痛哭,表示不应该杀死弟弟。在争取到被告人的认罪态度和积极赔偿后,何艳敏为被告人争取了最低的刑罚处置。在这个案件中,考虑到被(转下页)

作方法上的差异较大,比如提审的时候,女检察官通常会苦口婆心地讲道理,男检察官多数是单刀直入地开始讯问,言辞上也更加犀利,会带有“吓唬”的口气。此外,在讯问过程中针对具体的问题,当犯罪嫌疑人的回答模棱两可或者说不清楚的时候,男女检察官往往采取不同的方式。男检察官通常会打断其顾左右而言他的陈述,甚至更强势地直接要求犯罪嫌疑人直面问题;而女检察官则是选择另辟蹊径,以委婉的方式先从其他问题出发,而后再寻找机会迂回到刚才的问题,甚至有时候还会用足够的耐心让犯罪嫌疑人畅所欲言;多数时候女检察官这种耐心和策略并行的方式更容易引导起初拒不认罪的被告人自愿认罪。

四、性别展演：女性与刑事司法的相互作用

随着女性受教育程度的提高,传统认知里男性主导的法律行业不断注入女性元素,特别是伴随刑事司法理念的多元化,在追诉犯罪之外更加注重人民权益的保障,而女性比例的增加与刑事司法理念的发展可以呈现出相互促进的效果。更多女性的加入在外观上进一步褪去了刑事司法暴力化的色彩,而女性的情感体验和生命经验在实现对个体的实质关怀上亦有裨益。值得注意的是,在访谈诸位检察官的过程中,当谈及性别差异是否会影响其工作时,男检察官倾向于认为性别不同导致了工作上的差异,甚至做出女性在工作中表现更为突出的评价;而女检察官通常并不认为她们在工作上与男检察官有明显差异。

除了案件本身的法律定性,女检察官在处理案件中会特别关注事实问题,能敏感地洞悉案件背后的情理,而且她们在工作上都比较细致,心思也比我们细腻。(ZM1701)

我觉得在工作风格上男女检察官的差异不大,差别大的是不同年龄层的检察官,比如起诉中在定罪量刑的问题上,老检察官更看重罪与非罪,年轻检察官更看重具体量刑,而这种差异并未体现在性别上。(FF1705)

我觉得在刑事案件的处理上,男女检察官没有明显差别,毕竟大多都是书面审查工作,大家在审查起诉中并不会带入个人的性别眼光,不过我在办理案件时是会更多地考虑被害人的情绪,特别是强奸案件。(FF1710)

对于女检察官并不自察其在刑事司法活动中的性别带入之现象,更多需要从性别操演理论展开解释。^[43] 朱迪斯·巴特勒(Judith Butler)从后结构的视角诠释性别,认为性别是一种展演(gender performance),不必然与女性或男性的生理认同捆绑在一起,而是阶级、族群、性别特质在特定历史时空下的产物。这种后结构的诠释为性别主体的展演提供了空间,也可以让我们在研究场域中看到多样的演绎。罗萨琳·迪普罗塞(Rosalyn Diprose)延续巴特勒性别展演的理论,进一步指出,个人的性别展演有两种可能性,一是在体制中继续不断地学习配合体制中的“性别规范”,尽量不违反“传统常规”;另一种是逾越“常规”,迫使规范界限松绑,创造出转圜空间。^[44] 在强调逻辑推演的法律理性观念中,任何感性的因素都被当然地排斥在法律之外,而充

(接上页)告人父母已失去了一个儿子,何艳敏表现得并不像个“合格”的公诉人,在完成对被告人的指控后,她更多的是想尽力弥补这个已经破碎的家庭,减轻被告人可能受到的刑罚。参见楚玉、易容:《不用扬鞭自奋蹄——记全国优秀公诉人浦东新区检察院主诉检察官何艳敏》,载《浦东开发》2007年第1期,第44—45页。

[43] 参见高笑楠:《性别操演理论的经验解释与女性主义方法论反思——以高层两性人才访谈为例》,载《社会》2015年第3期,第121—140页。

[44] 参见前注[16],庄玲如、成令方文,第144—145页。

满强力(阳刚)的刑事司法活动自然也不推崇性别因素的介入。由是,参与其中的女性发展出了两种可能做法:一种是普遍地发展为隐藏自身柔性的“女汉子”,在工作中尽可能表现得与男性无异,进而呈现法律职业所要求的专业素养;另一种则是在特定案件中表现出隐藏的女性特质,例如涉及女性、未成年人的刑事案件,女性设身处地地情感认同和孕育生命的生理特征使其具有男性所无法感同身受的情感体验,故而在特定的案件中更能挣脱教条的限制,在不违背法律规定的前提下,真正从情感上、法律上保护女性和未成年人当事人的权益。因此,女检察官在处理刑事案件时,更擅长创造一定的转圜空间,而男检察官追求的往往是一种独立的、法律专业性的判断,更多是法教义学向度上的理性思考。^[45] 女检察官在刑事司法过程中的性别展演之背后具有几个重要意义:首先,她希望可以降低性别因素的能见度,呈现法律无性别的客观中立性;其次,她希望透过霸权式阳刚特质的实践,展现出检察官的权力形象,为其与公安机关、法院的互动过程带来充权的效果;最后,当女检察官总是希望透过各种行动策略表达其专业、说服力、信赖感时,其实反映出女性个人与组织之间复杂的性别关系。^[46] 正如在访谈中提到的对女检察官的评价,某检察官充分肯定了女检察官在工作中的杰出表现,但其提到的“男公诉人在法庭上更有风采”(ZM1703),言外之意仍然是公诉人的角色定位更符合具有阳刚之气的男性,故而男性可以演绎得更好。

在美国的法律职业中,女律师在工作场域中通常面临双重矛盾,即,究竟是要维持典型社会性别角色应具备的阴柔特质,还是顺应职场氛围适度展现阳刚气质,并形塑专业权威。在这种矛盾的境遇中,有时她们的行为被批评为太阳刚,有时又会招致太阴柔的评价;一旦她们在法庭上对这些批评提出反击,则会面临审判者对其产生负面看法,以致影响审判者对全案的心证之风险。^[47] 此外,在职场中,女律师还容易被塑造成“性感的动物”:当她在诉讼中获得胜利时,会被认为是操弄性感而得到的利益;吊诡的是,一旦她在诉讼上失败了,又会遭受“女律师业务不专业,不能胜任律师工作”的指责。^[48] 因此,在这种矛盾的张力中,女律师必须随时衡量自己的行为,不断折返于女性的阴柔特质与法庭的阳刚气氛之间,从而达至法庭氛围所要求的专业权威。女律师努力地想要展现的是无性别之分的法学知识及说理能力,这意味着她想让大家看到她作为一个优秀律师的特质,而不是她作为女性的性别。^[49] 无论是美国女律师面临的职场双重矛盾,还是中国女检察官在刑事司法活动中并不自察的性别特征,都表明了父权脉络下的社会文化与法律对女性生命经验的忽视。正因为女性自身感性、阴柔的特质被置于法律理性、阳刚的对立面,由是为了获取无差别化的平等,置身其中的女性逐渐隐藏起自身的女性特质,致力于展现与男性无差异的专业素养;甚至于刻意回避其作为女性在社会文化中的独特体验,力求展现自身无性别色彩的中立性。在对女检察官的访谈中,明显感知到,置身于法律职业中的女性并不愿意刻意强调自身的女性特质,她们

[45] 参见前注[8],宋灵珊、刘方权文,第183页。

[46] 参见前注[16],庄玲如、成令方文,第176页。

[47] Kathleen A. Bergin, *Sex for Sale: Sexualized Advocacy: The Ascendant Backlash Against Female Lawyers*, 18 *Yale Journal of Law and Feminism* 191 (2006).

[48] Bryna Bogoch, *Courtroom Discourse and the Gendered Construction of Profession Identity*, 24 (2) *Law and Social Inquiry* 329 (1999).

[49] 参见孙慧敏:《民国时期上海的女律师(1927—1949)》,载《近代中国妇女史研究》第14期(2006年),第51—52页。

努力塑造理性、果敢、中立的职场氛围，唯恐招致感性、柔弱等话语的批驳。^[50] 在女权主义的视角，面对女性在公共领域中的性别演绎，更多的是强调男女在职业中的趋同，反对在工作中涉及性别之分，认为在公共领域中刻画女性特征是一种性别的歧视；以本文对刑事司法领域中女检察官的观察为例，笔者以为，与其在充满阳刚之气的职场中努力展演性别规范——在屈从与逾越之间左支右绌——毋宁摆脱该场域中阳刚之气的固有设定。本文对刑事司法过程中女性特质的描绘旨在强调法治现代化进程中，应避免刻板抽象地将法律人置于真空箱中，追求同一化的理性阳刚之形象特征。正如本文对于法律职业中性别问题的思考更多地倾向于“不同”，而非“趋同”，这样的“不同”并非意味着“歧视”，而是强调女性的价值正是在于她区别于男性，且有更加独立的价值。正如帕特里夏·尤伊克(Patricia Ewick)和苏珊·西尔贝(Susan Silbey)所认为的，法律的意涵不仅在于那象征权威的法庭，以及依靠诸如宪法、法律条例、法院判决这类国家权力的直接表现来支撑的持久性，法律的持久性还在于其开启了我们日常生活的图式。法律是具体社会关系和结构的表现，不同的人在不同的情境中，理解和运用法律的方式会不断发生变化。法律的多样化和变动的特征不仅没有削弱法律在社会生活中的生存力，而且使得法律能够具有更强的适应力和持存于社会生活的动力。^[51] 然而，法律透过规范诠释社会生活，而此种诠释往往又将人与人之间复杂的面向，依循法律规定的概念，往单一的方向进行抽象解释；而这种单一化的解释通常又是以概念和法条作为论证的基本元素，讲求逻辑上的精确与适用上的一致性。此种将人与人之间的关系抽象化的过程遗落了许多呈现女性经验的可能，^[52] 由是在司法的运作过程纳入性别视角亦是为了避免法律单一化的呈现。

在现代法治的要求下，理性形塑的法律权威往往比感性认知的个案正义来得重要。理性常被用来作为支撑法律专业权威的基础逻辑，对个别生命经验的同理心是公正客观的法律人时常被提醒要避免的。^[53] 在一个形式理性的法律系统中，司法判决和法律意见都是严格依照理性的法律原则和规范在具体案件中的逻辑性应用做出的，不考虑任何法外因素，如宗教教义、道德准则、社会习俗等。法律的形式理性化要求固然可以推动程序正义的形塑，但其在具体案件处理中不可避免地会导致社会生活与法律系统之间的鸿沟。而这一过程的极端化发展便是韦伯笔下的“自动售货机”般的法官——人们向其投入案件事实和诉讼费，它便自动吐出司法判决和理由。^[54] 或许在法治高度发展的社会——司法公信力深植民心——这种追求形式理性的法律系统可以有序处理社会生活中的纠纷。回到中国具体国情，我们先天不足的法律系统在后天的完善过程中，难免在形式理性与中国传统社会文化之间左支右绌，法律系统与人们日常的“生活世界”形成了哈贝马斯所谓的“断藕”关系，社会生活中的行为逻辑与现代法治的要求之间无法形成良性互动。在程序正义的现代法治构建与实质正义的中国传统文化张力下，我们只能像水

^[50] 在访谈中，亦有女检察官表示她们不仅可以出色完成涉及女性、未成年人当事人的案件，在其他案件中亦能表现得与男检察官无异，甚至做得更好(FF1705, FF1707, FF1710)。事实上，本文并非质疑女检察官在刑事司法过程中的专业技能，而是强调检察院的工作不该仅着重阳刚化的男性气质，刑事司法过程需要考量不同性别主体的生命经验，纳入不同性别视角的观察。

^[51] Patricia Ewick & Susan S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, University of Chicago Press, 1998, p.16 - 32.

^[52] 参见王晓丹：《台湾的性别与法律研究》，载《法令月刊》第15卷第4期(2007年)，第104—106页。

^[53] 参见前注[31]，施慧玲文，第54—55页。

^[54] 参见刘思达：《当代中国日常法律工作的意涵变迁(1979—2003)》，载《中国社会科学》2007年第2期，第90—92页。

手们在海上一次一块船板地修理船舶那般,逐步促进法律形式理性与中国本土话语体系之间的互动。

此外,检察院作为公权力的代表——在刑事司法运作中——与被追诉人之间有着天然的不对等,惩罚犯罪与保障人权的基本任务衍生了公权力与私权利之间如何有效平衡的问题。公权力的介入形塑了检察官在刑事司法过程中的强势印象,其中刑罚的目的在于阻止罪犯重新侵犯公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙,^[55]因此在对犯罪行为施以对应刑罚的过程中,如何发挥刑罚的教化作用是现代刑事法治的重要命题;而犯罪嫌疑人、被告人以及被害人的权利保障问题更是刑事司法从对抗走向合作的关键。无论是从刑罚的惩戒作用到教化功能,还是控辩的直面对抗到协商合作,个体权利的保障正在逐渐——替代国家权力的实现——成为刑事诉讼的使命;因此,为使法律毫不偏颇地适用于不同个体的权利保护中,需要纳入不同性别主体的经验,尤其是在涉及未成年人和女性的犯罪行为中,区别于男性所演绎的形式理性认知,女性的角色演绎可以弱化刑事法律中的暴力色彩,增强对具体个人情感的重视,实现法律的人文主义关怀。国家的法律制度不外是一套价值系统的体现,而法律的运作除了法律逻辑的推演之外,更离不开文化价值观念与人民法律情感的作用;女性的参与可以基于不同性别主体在法律运作过程中的情感体验,实现关怀伦理之于公正伦理的补充。

五、结 语

随着刑法不再仅以制裁犯罪为主要内容,转而面向维护法益、保障人权及规范社会秩序的功能效用,刑事诉讼的程序保障价值也日渐突出,《刑事诉讼法》于1979年制定后,四十年间经历了三次修改,刑事诉讼的理念逐步从打击犯罪转向人权保障,可详见于社区矫正、暂缓不起诉、刑事和解程序、未成年人刑事案件诉讼程序、刑事速裁程序、认罪认罚从宽制度等一系列刑事司法的改革举措,刑事诉讼的立法宗旨从职权主义下强调国家刑罚权的控辩“势不两立”,逐渐转变为当事人主义下注重人权保障的控辩“协商合作”;质言之,过去刑事司法惩罚犯罪的暴力色彩已被法律的人文关怀所逐步取代,对个体权利的保障是现代刑事法治的重要方向。在认罪认罚从宽制度的试点改革中,构建控辩双方的理性商谈,必然需要控方在诉讼话语中加入更多的道德话语与治疗性话语,借此达至控辩互赢的和谐局面。故此,应积极发挥女检察官的性别特质,促成刑事司法父爱主义与母爱主义之融合。

面对诸如“女性不适合从事……”的论断时,批评的声音无非是斥责其言论涉及性别歧视;在女性主义的阵营中,各派别的观点林立,激进女性主义倾向于将两性置于对立的状态,后现代女性主义则主张从性别对立的视角走向性别融合的状态,主张性别的同一化。女性主义理论对刑事司法领域的关注大多还仅是从被害人的角度考虑女性的权益保障问题,关注女性在法律中平等权的实现,还未将视角投向刑事领域中作为国家权力代表的个人——女检察官。事实上,在任何职业前加上“男/女”这个性别符号时,就自然携带着“性别歧视”的色彩;而对歧视性言论稍加辩驳都会轻而易举地被贴上“女权主义”的标签。本文以女检察官为样本观察女性在刑事司法领域中的参与,并非旨在论述整个女性群体的平权问题;而是通过对刑事司法领域中女性的关注,抑或说强调女性在法律职业中的性别特质,呈现女性之于刑事司法过程的独立价值。而在女权主义理论的研究范式里,突出的是男女在职业中的趋同,认为不应该在工作中强调男女性别不同。由此观之,

[55] 参见贝卡利亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第61页。

本文并非站在女权主义的阵营——以无性别的视角观察刑事司法过程中的女性参与——本文对于性别问题的思考更多的是倾向于“不同”，而非“趋同”，正如吉利根所认为的，女性的关怀伦理是她所看到的具有男性特点的公正伦理之重要补充而不是替代；^[56]这样的“不同”并非意味着“歧视”，而是强调女性的价值正是在于区别于男性，且能以不同的思维方式更好地参与刑事司法的运作。

Abstract The prosecutor system was not generated at the same time as the criminal proceedings. The prosecutor system was created in order to get rid of the unrestricted power of judges under the inquisitorial system and protect the defendant's litigation rights. Under the guidance of prosecution principal, the prosecutors carry out the activities of prosecuting crimes and protecting human rights, however the nature of prosecution is incompatible with the traditional stereotypes of women. Currently, the increasing number of female prosecutors and the diversified development of criminal judicial concepts have developed mutually, but female prosecutors hide their gender characteristics deliberately in their work further illustrates the fact that women are still in a stance of catering in the criminal justice field. After the diversified litigation ideas replaced the single concept of punishment, more attention should be paid to the female experiences to realize the complement of care ethics to justice ethics.

Keywords Criminal Justice, Feminist Jurisprudence, Masculinity, Female Prosecutors, Gender Performance

(责任编辑：林喜芬)

^[56] Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1993, p.32 - 39.