

# 國立交通大學

## 科技法律研究所

### 碩士論文

從女性主義法學觀察性侵害法律改革之演進



**A Legal Feminist's Perspective on Rape Law Reforms**

研究生：金孟華

指導老師：林志潔 助理教授

中華民國九十九年七月

從女性主義法學觀察性侵害法律改革之演進  
**A Legal Feminist's Perspective on Rape Law Reforms**

研究生：金孟華

Student：Mong-Hwa Chin

指導教授：林志潔

Advisor：Chih-Chieh Lin

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Law

July 2010

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十九年七月

## 摘要

相較於刑法中的其他犯罪，性侵害犯罪有其特殊性。特殊之處可以分為兩個層面：第一，絕大多數的性侵害犯罪被害人都是女性；第二，犯罪黑數極高，被害人承受許多其他犯罪被害人所沒有之壓力。因此，美國的女性主義學者一向即將性侵害犯罪，視為父權體制存在之象徵，並針對性侵害犯罪在學理上進行了豐富的討論。我國女性主義深受美國女性主義發展之影響，而民國 88 年刑法之修正又是在婦女團體的主導下完成的，理論上我國刑法妨害性自主罪章，應會與美國女性主義理論之發展有一定程度之連結，但是在國內學術著作中，卻甚少有學者就此議題進行研究。是以，本論文之目的即在於透過文獻分析法，研究、整理美國女性主義各流派對於性侵害犯罪之討論，並試圖找出目前美國在理論與法律上發展之現況。最後，再將上述結論與我國法相連結，透過實證研究法，批判我國法律與實務，其能建構出一個更符合性別正義之司法環境。

為達成上述目的，本論文共可分為六章，首先，要了解性侵害案件是一種特殊的法律關係，就必須要意識到我們的社會是一個在父權體制下運作的社會。因此，第二章首先將探討到底什麼是父權體制，接著要討論的是針對這樣的父權體制，女性主義者有什麼樣的回應，討論的對象係針對五個主要的女性主義派別，分別為自由女性主義、馬克思女性主義、文化女性主義、基進女性主義以及後現代女性主義。第三章延續第二章之論述，採擇對於性侵害犯罪較為關心的女性主義理論，並將之大致上分為三種訴求：第一種是平等（equality），第二種是破除宰制（dominance）與附屬（subordination），第三種則是解構（deconstruct），其代表性的派別分別為：自由女性主義、基進女性主義以及後現代女性主義，上述各流派之立場及優缺點為何，為本章之討論重心。第四章以後現代女性主義為主軸，強調法律或是執法者應該要容許「變異」，不可透過刻板印象將一個複雜的事件簡化，以免以偏概全，忽視事件的真相。此外，反映且強化性別刻板印象之法律或觀念應被破除，以幫助人們在個案中探究事實，同時，強調性侵害犯罪迷

思 (rape myths) 的破除，因為性侵害犯罪迷思是父權體制下，性別刻板印象在性侵害犯罪中的具體展現。第五章回過頭來看看我國的法律規定以及修法歷程。民國八十八年我國針對舊法中的「強姦罪」進行了全面性的修正，在舊法的體系下，強姦罪歸屬於第十六章「妨害風化罪」中，而新法將第十六章改為「妨害性自主罪」，並將妨害風化罪劃至新增訂的第十六章之一。至此，傳統上的強姦罪在法體系上完全脫離社會風化的大帽子而自成一格。這樣的修正究竟具有什麼樣的涵義？與美國法上的女性主義理論如何連結？本章擬從舊法的體系開始談起，介紹在舊法下，立法者的整體邏輯為何。最後，採擇前述之後現代女性主義之觀點，針對我國修法後之判決進行實證研究，以檢驗我國修法之實效為何。第六章則為結論與建議。

關鍵字：性侵害犯罪、性侵害迷思、女性主義理論、平等、宰制、解構



## Abstract

Rape is often regarded as a special kind of crime: first, rape victims are almost always female; second, the unreported rate of rape is exceptionally higher than any other crimes, rape victims tend not to reveal their cases to the justice system, but rather choose to endure the pain alone. Due to these reasons, legal feminists in the United States has claimed that the crime of rape is the evident of our patriarchy society over the past thirty years, and therefore, should be examined under feminism theories. Taiwanese feminist movements were deeply influenced by the US, and the feminists in Taiwan have made many progresses in the last ten years, one of the most important one is the reform of criminal law. However, for some reasons, no one has ever connected the ideals of US feminism movements with the details of Taiwanese rape law reform. The lack of discussion to the Taiwanese rape law has made the law become “hollow.” People no longer remember that rape law reforms are reflections of feminism ideals.

Therefore, there are two objectives I would like to achieve: first, I would like to introduce the US feminism theories on rape and their influence to the law; second, I plan to connect these theories to the Taiwanese rape law and to reconstruct the theories which the law was evolved from. I used six chapters in my thesis to elaborate my objectives. The first chapter is about my motivation and my research methods; the second chapter introduces the basic ideas of the patriarchy society; the third chapter is the discussion on the mainstreams of feminism theories; the fourth chapter focuses down to the theories related to rape and how did they affect the law; the fifth chapter connects the theories to the Taiwanese criminal law, and to examine the result of the rape law reform ten years ago by analyzing court decisions; the sixth chapter is my conclusion.

Key words: patriarchy, rape law reform, feminism theory, criminal law

## 誌謝

轉眼間，今年已經是念研究所的第四年了，對大部分的人來講，碩士班念四年真的有點久，但是我卻不這麼覺得，因為過去四年間真的成長了很多。首先我要感謝的就是我的指導教授林志潔老師，志潔老師這幾年來給我的支持是全面性的：在精神上，她將我生命中最重要的人介紹了給我，當年若沒有老師從中牽線，我不可能追得到我現在的太太陳又寧。每當國考失意時，老師都會盡關心之能事，幫助我迅速地從沮喪中振奮起來；在生活上，老師在得知我欲研究的論文題目後，便以相關的題目申請該年度的國科會計畫，並且讓我擔任了兩年的國科會兼任助理，使我在讀書、寫論文之餘，還可以領取助理費，幫助我填補了「待業中」的焦慮感。在學業上，老師拓展了我人生的視野，使我對法學的認識提升到了另一個層次，也燃起了我對學術的興趣。若沒有老師的鼓勵，我根本不敢想像有機會去美國著名的研討會發表論文，也根本不敢想像會在畢業後前往美國一流大學繼續讀書。過去四年的這些小小成就，都要歸功於老師對我的栽培。

第二個要感謝的是我的父母，我父母辛苦拉拔家中三姐弟長大，至今都無法稍作懈怠，在我求學的過程中，從未給我任何壓力，讓我的生活不虞匱乏、鼓勵我朝自己的興趣前進。我父親是個務實的職業軍人，照理來說應該較無法了解這個論文題目，但是他卻從未表示反對，我常常站在他的立場想，若是我的兒子所關心的議題這麼「非主流」，我該怎麼辦？我不禁深深地以擁有這樣的父親為傲！我母親近年來都在照顧著年邁的祖父母，時常為了老人家的事情搞得自己心力交瘁，就算生病，她也從沒有要求我回家幫忙。因此，在求學的過程中，我虧欠家裡很多，很感激，但也很自責，我只能認真的過每一天來回報他們。

最後，我要謝謝的是我的太太陳又寧，我們從認識至今已近四年了，我們相知相惜、相互扶持，一起解決了很多學業上、生活上的困難。在新竹的四年間，幾乎生活中所有的事情，不論好壞，都是由我們兩個人共同面對，每當我遇有不

順或是意志消沉時，雖然她也面臨著一樣的問題，她卻總是能夠鼓勵我走出陰霾。此外，她也是這幾年來唯一有在控制我的飲食、督促我運動以及管理我的健康狀況的人。為了要讓我的營養均衡，她每天早餐都會為我準備水果，沒有她，我在新竹的精神狀態、生活品質不可能維持得那麼好。有一個這樣的人能夠永遠在我身旁鼓勵我、支持我，真的很幸運！She is one of the best things ever happened to me!

其他要感謝的人還有很多很多，無法一一致謝，像是劉尚志老師、倪貴榮老師、王敏銓老師以及陳誌雄老師，都常常給我許多鼓勵與指教。兩位口試委員李聖傑老師、郭書琴老師，在大雨滂沱中，分別從台北、嘉義前來為我口試，在過程中，針對我的論文提出許多精闢且深邃的建議，使我了解我的論文還有許多進步的空間，對於兩位老師的熱心教誨，我都銘記在心。另外所上親切的助理小姐們，玉佩、珮瑜、欣玲、素萍，在我當計畫助理期間都給予了我很多行政上的幫助，我也都特別感激。司法院資訊處的郭處長、陳科長在我蒐集資料、進行國科會計畫研究的時候，在百忙之餘，提供我很多幫助，協助我搜尋資料是他們本分外之負擔，因此，我也對他們的敬業與付出表示尊敬與感謝。

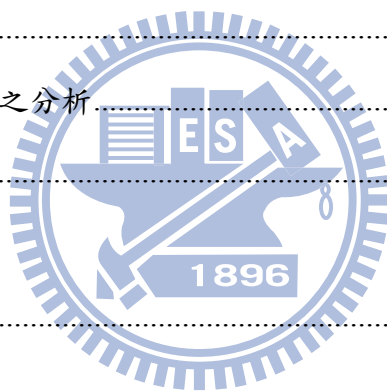
## 目次

<b>第一章 緒論</b> .....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 文獻回顧.....	3
第三節 研究方法.....	7
第四節 研究範圍與研究限制.....	9
第五節 論文架構.....	10
<b>第二章 父權體制與女性主義的理論建構</b> .....	13
第一節 前言.....	13
第二節 什麼是父權體制？.....	13
第一項 父權體制的起源.....	13
第二項 父權體制的定義.....	17
第三項 控制與恐懼.....	19
第三節 女性的回應—女性主義理論之介紹.....	24
第一項 自由女性主義.....	25
第二項 馬克思女性主義.....	27
第三項 文化女性主義.....	29
第四項 基進女性主義.....	31
第五項 後現代女性主義.....	33
第四節 小結.....	35
<b>第三章 性侵害犯罪與女性主義理論</b> .....	37
第一節 前言.....	37
第二節 性侵害犯罪與父權體制之關連性.....	39



第一項	以貞操觀念、貞操財產權建構之性秩序.....	39
第二項	戰爭時的性侵害.....	40
第三項	性侵害犯罪是父權體制展現的極大化.....	44
第三節	自由女性主義對性侵害犯罪的看法.....	44
第一項	自由女性主義對性侵害法律改革之貢獻.....	45
第二項	將性侵害視為暴力犯罪的立法模式.....	50
第四節	基進女性主義對性侵害的看法與對法體系的批判.....	58
第一項	基進女性主義對於性侵害的論述重點.....	58
第二項	將性侵害視為性犯罪的立法模式.....	61
第五節	殊途同歸的性侵害法制改革.....	69
第一項	目的相同.....	69
第二項	演進的過程相同.....	71
第三項	成效相同.....	71
第六節	新一波的改革——跳脫既有框架的後現代主義女性主義理論.....	73
第一項	理論基礎的建構.....	73
第二項	後現代主義女性主義的法律思維.....	75
第七節	小結.....	80
第四章	後現代女性主義所關注之性侵害犯罪議題.....	84
第一節	前言.....	84
第二節	性侵害犯罪迷思.....	84
第一項	夫妻間不可能成立性侵害？.....	84
第二項	熟識者性侵害不是真正的性侵害？.....	89
第三項	理想的被害人與行為人形象.....	95
第三節	小結.....	99

<b>第五章</b>	<b>以女性主義法學的觀點檢討我國性侵害犯罪法律改革與審判</b> .....	101
第一節	前言.....	101
第二節	舊法時代下的妨害性自主罪.....	101
第一項	社會風化與貞操觀念.....	101
第二項	以社會風化為中心的舊刑法.....	103
第三節	我國妨害性自主罪章修法重點與評析.....	107
第一項	我國妨害性自主罪章修法重點.....	108
第二項	評析.....	112
第四節	我國性侵害判決之分析.....	115
第一項	分析角度與研究方法.....	115
第二項	研究限制.....	120
第三項	無罪判決之分析.....	122
第五節	小結.....	139
<b>第六章</b>	<b>結論與建議</b> .....	140
第一節	研究成果.....	140
第二節	研究建議.....	142
第三節	後續研究方向.....	143



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

本文的研究動機與目的的雛型分別來自於交通大學科技法律研究所的兩門課，首先，林志潔老師所開設之「性別與法律」，該課程帶領我進入了性別研究的領域，對於當時懵懂無知的我造成了許多衝擊，使我瞭解到原來世界上有一半的人口對於這個世界有著不一樣的想法，同時，由於我在大學時同時主修外國語文學系，這個衝擊也使我重新思考過去我所學習到的知識在女性經驗的眼光下，是否有不合理或是弔詭之處。例如，聖經故事中，誤食禁果的是夏娃而非亞當，從而使人類被上帝逐出伊甸園，伊甸園的故事彰顯了人類的原罪以及過失，可是為什麼是女性犯了錯而拖男性下水？希臘神話中，宙斯身為萬神之神，卻極度花心、處處留情，但是文學作品中的他卻不曾被貶抑，反倒是宙斯的元配赫拉卻被形塑成一個忌妒心強且對付情敵心狠手辣的女人。同樣的，無論是蛇女梅杜莎或是引發特洛伊戰爭的海倫，希臘史詩的作者似乎常常把女性塑造成壞女人或是笨女人。再將時間拉到中古世紀的英國，我們都知道中古時期的歐洲存在著所謂的「騎士精神」(Chivalry Codes)，騎士精神強調忠誠、禮貌、純潔、和平、慈悲、虔誠、謙卑以及堅忍等美德，但是，同屬描述中古世紀的作品，詩人們卻將該時期作品中少有的女性角色——亞瑟王的妻子妮薇塑造成一個背叛亞瑟王的蕩婦。為什麼童話故事中的女性不是壞心的巫婆，就是生活悲慘卻又對現實無能為力，而只能期待白馬王子來相救的白雪公主？這些經典文學作品對於女性的描繪難道是出於偶然嗎？我想不太可能，但是在接觸性別議題以前的我，卻對於這些「偶然」，充耳不聞或者應該是說，無法「意識」到。

身為一個男性，這種漠視甚至可以嚴重到當一則活生生的案例擺在我面前時，我依然無法意識到其中透露的訊息。例如，當我讀到近代文學中的女性主義經典作品時，例如維吉尼亞吳爾芙的「自己的房間」(A Room of One's Own)，當時的我雖然能夠認同一個女性如果擁有她個人的時間、空間以及金錢，一定有

機會成為一個偉大的作家，我也瞭解到作者的時代背景不容許女性擁有這些權力，但是身為一個既得利益者（男性），我無法真切瞭解其中的悲哀，因為這些內容跟我的生活經驗差距太遠，所以我當時也只是把該篇作品當成一個「有創意」的作品而已，殊不知這篇作品在性別研究者心中的地位，以及故事中的內容到今天依然在我們的社會中繼續發生，只是型態不同而已。

然而最讓我感到疑惑的是，當年參與文學課的同學中，有 5 分之 4 是女性，可是為什麼在諸多討論文學作品的機會中，沒有人從女性經驗作為出發點提出質疑？是女性同學不想提出來這些問題？還是在父權體制下，外文系的女同學早已被訓練成不應該提出這種問題？甚或是，父權體制早已深根在她們的觀念中，致使她們根本沒有意識到女性在文學作品中被貶低的事實？如果是這樣，當女性都不瞭解女性主義所立足的根基時，女性主義將何去何從？當許多女性本身就在扮演著父權體制的主角時，我們又遑論要改革父權社會？是以，我開始尋思，作為一個法律人，我應該有什麼樣的作為來突破這樣的困境。

林三元老師以及其他諸多老師所開設之「法學論文寫作方法」正好給了我解答。該堂課的主要內容是介紹實證研究 (empirical study)，所謂實證研究是指「將學說理論或假設，透過系統化、科學化的資料蒐集與分析，加以驗證 (validation) 其真偽，以為理解真實情狀 (real world) 之謂。<sup>1</sup>」簡言之，實證研究是檢驗暨存觀念的方法，透過這樣的檢驗我們可以認識到哪些邏輯推理的結果是不合理的，或是在現實生活中不存在的，一旦我們透過實證研究提出既存規則或假設之缺陷時，我們就可以改進現有方案之缺點進而設計出一個更適當的方法或制度。此外，實證研究也是在地化的研究，就算是針對同一個議題，如果被研究的標的不同，也有可能獲得全然不同的結論，因此實證研究帶給我們的「真實」實際上是在地化的真實。

於是，我開始思索，何不利用實證研究的「精神」來找出我國社會性別意識

---

<sup>1</sup> 劉尚志、林三元、宋皇志，〈走出繼受邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，第 3 卷，頁 9 (2006)。

的現狀？就研究對象而言，身為一個法律系的學生，我自然而然想到了司法，其原因不只是因為司法是我所熟悉的領域，而是因為參與司法的人們其實就是社會的縮影，研究司法其實相當程度上就可以看到某一特定議題在社會上的面貌。以最能突顯出性別議題的性侵害案件為例，儘管各個案件的原因事實不盡相同，但是若能在不同的案件中找到共同的特徵再加以歸納整理，我們似乎就可以找到社會上對於性侵害案件所普遍存在的態度。此外，一個國家的司法制度之所以能夠順利運作，是基於人民對該制度的信任，人民相信在司法的專業判斷下，相同的案件會為相同的處理，審判者不會存有偏見，更不會因為被害人的性別或是其他與案件無關的事實而影響其判斷力。這樣的假設適用於性侵害案件嗎？我們從美國經驗得知，事實可能並非如此，從法律的構成要件到法庭文化，在在都顯示法院的判斷的確有可能存有性別歧視，證明了法律是依男性標準所建立的這種說法。然而，我國尚未有過類似的研究證明我國的司法一樣存有性別歧視，是以，本論文的目的就在於透過對於我國性侵害案件的判決分析來打破司法程序中立的既成觀念，證明司法程序中的確存在性別歧視，並且試圖提供建議。

## 第二節 文獻回顧

本部分的文獻回顧主要係針對國內相關的文獻進行了解，以確實了解國內相關的討論已發展至何種程度。本文在結構上主要分為兩個部份，第一部分為理論的建構，第二部份為我國性侵害案件的判決分析。是以，文獻回顧的部份，也同樣以這兩個部份分別對現有之資料進行檢索。

就理論建構的部份，本文欲以父權體制與女性主義的回應作為開端，並連結到性侵害犯罪，就這個部份言，國內相關文獻共有三類：

### 一、專書

A. Johnson 所著，成令方譯之《性別打結，拆除父權違建》<sup>2</sup>一書中，作者將女性主義理論應用到實際的社會現象中，以證明並解釋父權體制的存在，是本論文的啟蒙書籍之一。顧燕翎等學者共同合著之《女性主義理論與流派》<sup>3</sup>，係國內少見完整介紹女性主義各流派理論之專書，係本文之重要參考；劉亞蘭所著之《平等與差異》<sup>4</sup>，以簡潔扼要之方式介紹女性主義中兩大流派之爭論與發展歷程，對初學女性主義的學生而言，是一本極佳的入門書。

## 二、期刊專論：

尤美女〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉<sup>5</sup>，雖係針對民事法中的女性主義實踐進行討論，但卻已是國內少數論及女性主義法學的實務家著作，不失為重要參考；陳妙芬〈當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析〉<sup>6</sup>，針對女性主義與法學發展的互動進行了深入分析，其中許多觀點都與本文不謀而合；陳惠馨〈女性主義法學與性別主流化〉<sup>7</sup>，對於我國的女性主義法學發展之過去與現況，以及學術界的著作發表有完整的介紹；王曉丹〈從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉<sup>8</sup>，係從「法律多元主義」的觀點，針對台灣女性主義發展的過去與未來提出新的觀點；法思齊〈論性侵害犯罪之本質與修正〉、〈美國法與法律制度中對性侵害被害人之偏見與迷思〉<sup>9</sup>二文，對於性侵害犯罪演進的歷史、類型以至於「性侵害迷思」皆有簡單之介紹；李佳玟〈近年來性侵害犯罪之刑事政

<sup>2</sup> A. Johnson 著，成令方譯，《性別打結，拆除父權違建》，群學出版，2008 年。

<sup>3</sup> 顧燕翎等，《女性主義理論與流派》，女書文化，2000 年。

<sup>4</sup> 劉亞蘭，《平等與差異》，三民書局，2008 年。

<sup>5</sup> 尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，《律師雜誌》，第 313 期，頁 74-75 (2005)。

<sup>6</sup> 陳妙芬，〈當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析〉，《台大法學論叢》，第 33 卷 1 期，頁 1-47 (2004)。

<sup>7</sup> 陳惠馨，〈女性主義法學與性別主流化〉，《律師雜誌》，第 313 期，頁 15-37 (2005)。

<sup>8</sup> 王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法律學報》，第 19 卷 1 期，頁 51-78 (2007)。

<sup>9</sup> 法思齊，〈論性侵害犯罪之本質與修正〉，《月旦法學雜誌》，第 145 期，頁 96-112 (2007)；法思齊，〈美國法與法律制度中對性侵害被害人之偏見與迷思〉，《世新法學》，第 4 期，頁 138-231 (2007)。

策分析—從婦運的角度觀察》<sup>10</sup>一文，則是探討婦女運動與性侵害法治改革之關連性，並且說明為何類似梅根法案或是民事監禁收容之類的制度，雖然某程度地增加了婦女的安全，但卻同時強化了婦運人士長久致力破除的強暴迷思，這些論述對於本文都極具參考價值。討論配偶間性侵害案件之文章有薛文郎〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉<sup>11</sup>、〈配偶強制性交罪應有別於一般強制性交罪〉<sup>12</sup>、〈配偶強制性交行為之三階段評價〉<sup>13</sup>，雖作者觀點與本文差異甚大，但卻可作為不錯的負面教材。

### 三、國內的碩博士論文

陳俐靜〈變動中的兩性平等法制:女性主義與父權主義的辯證〉<sup>14</sup>一文，則是透過父權主義與女性主義之辯證關係，對於女性在职場的公領域以及家務勞動的私領域所遭受的雙重困境以及雙重剝削進行討論；吳素秋〈當避風港無法靠岸時：受婚姻暴力婦女離家生活經驗分析〉<sup>15</sup>一文，則是批判父權社會一再將家美化為幸福之所在，而忽略家庭其實是社會的縮影，家庭就如同社會一樣存在著權力關係，家庭一方面要求女性付出，另一方面卻又常常沒有發揮應有的親情與保護；劉泳淇〈配偶間成立妨害性自主罪之探討〉一文中，作者試圖建立的理論則是基於家庭內部關係之特殊性以及刑法之謙抑性，強調配偶間的強制性交罪應除罪化<sup>16</sup>，此項論點與本論文之立場完全相反，是以不僅能突顯出性別議題在性侵害案件之特殊性以及爭議性，其論述亦可作為本論文之參考對象；林志鍵〈性自

<sup>10</sup> 李佳玟，〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析—從婦運的角度觀察〉，《中原財經法學》，第14期，頁43-112（2005）。

<sup>11</sup> 薛文郎，〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉，《刑事法雜誌》，第46卷第4期，頁96（2002）。

<sup>12</sup> 薛文郎，〈配偶強制性交罪應有別於一般強制性交罪〉，《刑事法雜誌》，第47卷第1期，頁1-14（2003）。

<sup>13</sup> 薛文郎，〈配偶強制性交行為之三階段評價〉，《刑事法雜誌》，第44卷第5期，頁98-127（2002）。

<sup>14</sup> 陳俐靜，〈變動中的兩性平等法制:女性主義與父權主義的辯證〉，國立中山大學中山學術研究所碩士論文（2006）。

<sup>15</sup> 吳素秋，〈當避風港無法靠岸時：受婚姻暴力婦女離家生活經驗分析〉，高雄師範大學性別教育研究所碩士論文（2007）。

<sup>16</sup> 劉泳淇，〈配偶間成立妨害性自主罪之探討〉，國立中正大學犯罪防治所碩士論文（2003）。

主？性桎梏？—我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉<sup>17</sup>一文從傅柯的權利理論觀點來分析性侵害犯罪，認為性侵害只不過是權力運作的模式之一而已。

另外，本文的第二部分是針對性侵害犯罪以實證研究之精神進行判決分析，這個部分國內大部分相同類型研究都是來自於碩博士論文：

李樹中〈強·輪姦犯罪被害特性之實證研究〉<sup>18</sup>一文，囊括了性侵害案件進入審判程序前的研究，該文對於性侵害犯罪中，加害人與被害人之特性，諸如性別、年齡、教育程度、職業乃至於犯罪原因、犯罪情節以及被害人為何不願報案之原因透過警察機關之全國強·輪姦犯罪記錄以及強·輪姦防治中心之 599 份被害人個案資料表進行實證研究，最後再從第一線警察人員之角度提出性侵害犯罪防治之相關建議；楊永年〈警察機關性侵害犯罪案件工作執行之研究—以基隆市警察局為例〉<sup>19</sup>一文則是針對警察機關對於性侵害事件之處理態度以及被害人之滿意程度透過深度訪談以及問卷調查進行實證研究；張淑貞〈智障性侵害被害人家屬司法系統求助經驗探討〉<sup>20</sup>一文中，作者透過深度訪談智障性侵害被害人家屬藉以瞭解被害人家屬對於司法人員的不信任感並且指出司法程序所需耗費的勞力時間對於被害人家屬的不切實際，其結論指出，被害人家屬基本上認為法律是「欺負好人保護壞人的制度」，透過司法制度訴訟所造成的只有二次傷害；張晏綾〈不同性別司法官對於性侵害案件相關態度之探索—嘗試建立選任偵審性侵害案件司法官之量表〉<sup>21</sup>則是試圖透過實證研究之方式，探求不同性別的司法官對於性侵害案件之態度究竟有無不同。

由以上介紹可知，就理論建構的部分，國內學界不論是針對女性主義法學或

<sup>17</sup> 林志鍵，〈性自主？性桎梏？—我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（2005）。

<sup>18</sup> 李樹中，〈強·輪姦犯罪被害特性之實證研究〉，國立中央警察大學犯罪防治學系碩士論文（1998）。

<sup>19</sup> 楊永年，〈警察機關性侵害犯罪案件工作執行之研究—以基隆市警察局為例〉，中國文化大學中山學術研究所碩士論文（2003）。

<sup>20</sup> 張淑貞，〈智障性侵害被害人家屬司法系統求助經驗探討〉，東吳大學社會工作學系碩士論文（2004）。

<sup>21</sup> 張晏綾，〈不同性別司法官對於性侵害案件相關態度之探索—嘗試建立選任偵審性侵害案件司法官之量表〉，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文（2004）。



是性侵害犯罪的研究都已有不少的成果，本文擬在這些研究基礎之上，針對兩者作更進一步的連結，更重要的是，我國女性主義深受美國女性主義的影響，本文擬針對美國女性主義的發展，先為完整之介紹，再將之連結到我國女性主義所促成之法律改革。此外，我國尚無人針對性侵害判決進行分析，最主要的原因是過去這些資料完全不對外公開，因此這個領域一向被視為學術的禁區，因此過去大多數的研究都是從被害人著手，甚少由法院著手之研究，且研究人多非為法律本科之學生，顯示本領域對於法律學科來講，仍然處於荒蕪的狀態。學生觀察到這個領域研究之不足，因此擬藉國科會研究計畫之便，針對我國實務上性侵害判決進行分析。

### 第三節 研究方法

首先，本文選擇性侵害案件作為驗證司法程序中男女不平等之研究對象是有意義的，因為性侵害案件與一般侵害個人法益的犯罪有以下之特殊性：

#### (一) 形成條件的特殊性：

因為男性跟女性所與生俱來的生理器官不同，導致男性具有成為侵略者的先天條件，而女性卻只能成為被侵略的對象，是以男性與女性在性侵害案件中的關係與普通的傷害、殺人或是財產犯罪不同，其中必然存在著先天上的不平等關係，使得女性成為性侵害犯罪被害人中的絕對多數。

#### (二) 犯罪構成要件該當的特殊性：

性侵害犯罪未必會留下外傷、體液等直接證據，故犯罪之成立有很大部份取決於被害人主觀上是否同意而定，然而同意不同意存乎於被害人之內心，因此法院判斷主觀要件所依恃的間接證據即屬格外重要，例如在美國過去的經驗中，被告有可能憑藉被害人在犯罪當時所穿著之衣服過於暴露或是被害人過去之性經驗歷史來試圖建構被害人之同意，但是我們卻疏難想像這種抗辯會存在於一般的

傷害案件中。

### (三) 被害人心理上的壓力：

父權社會建構出所謂的「貞操」觀念，教育女性必須守護自己的貞操否則將使家族蒙羞，因此，很多女性被害人不願使犯罪曝光。然而，試問在多少情況下傷害罪的被害人會因為自己的羞恥感而放棄曝光？性侵害犯罪的這三項特殊性使得此種犯罪類型成為詮釋法律中性別不平等的最佳代言人。

本文在結構上主要分為理論基礎的建構以及對於台灣司法程序現狀的驗證，就前者而言，本研究採取的是文獻分析法以及比較研究法，透過對於國內外相關學說、法律以及判決等文獻的整理，以深度了解女性主義理論以及該理論對於性侵害案件之解讀。採用文獻分析法以及比較研究法的原因在於，女性主義理論源自於西方世界，若從 18 世紀英國女性主義哲學家瑪麗·沃斯頓考夫特(Mary Wollstonecraft) 撰寫《為女權辯護》(Vindication of the Rights of Women) 一文起算，發展至今已超過兩百年，這段期間百家爭鳴，其研究的對象深入社會各個層面，不論是從哲學、文學、法律、政治乃至於醫學或藝術都看的到女性主義理論的蹤跡，儼然已成為西方社會的重要批判力量。是以，採用文獻分析法以及比較研究法應足以充分了解女性主義理論之精神。在理論建構階段，本文主要是針對美國女性主義理論進行研究，過去 30 年間，女性主義理論在美國學界蓬勃發展，各流派之間的爭辯激烈、論述豐富，而由女性主義理論所產生之女性主義法學也確實加快了法律改革之腳步，以性侵害法律為例，法律的改革實際上完全反映了女性主義法學中之辯證過程。我國女性主義思想深受美國女性主義思潮之影響，相關的修法也跟隨著美國法律改革之步伐，可是卻鮮少有國內之學者將兩國的變革加以連結。本文相信，以美國在此領域豐富的研究成果，透過整理美國的相關理論與法律，勢必可以作為我國女性主義法學發展以及將來修法方向之重要參考。

就後者而言，由於本文的目的是透過對於台灣司法程序現狀之描述，而加以批判之，因此，擬透過判決分析之方法來發掘出何謂「現狀」<sup>22</sup>。本文相信，唯有真正瞭解我國司法程序之現狀，方足以提供有效之建議，否則只是另一紙理論上的空談，透過法院判決的分析，試圖檢驗我國實務運作，以性別的角度來看，是否仍存有疑慮？再將我國的現狀對照前述第一階段所建構出的理論以及外國經驗，提出一符合本土經驗與價值觀之建議。

#### 第四節 研究範圍與研究限制

本論文主要係針對「美國女性主義理論之發展」以及「性侵害相關判決」進行研究，就此兩者而言，研究限制如下：

##### 一、理論建構上之限制

女性主義理論博大精深，當然絕非由美國學界所獨佔，事實上，女性主義原始的發源地是歐洲，傳統的理论發展也由此而生，然而受制於學生有限之時間與語言能力，未能針對這些傳統理論有深入的研究，僅能就中、英文翻譯之資料進行整理。女性主義理論若要細分，可以分為許多小流派，為避免混亂，本論文只以顧燕翎等老師所著之專書《女性主義理論與流》為藍本，採擇較為普遍之理論介紹之。此外，就美國法上女性主義理論是如何影響性侵害法律，本論文也有就各個模式舉例說明，但是因為性侵害法律在美國最主要是在州的層次處理，美國係聯邦國家，各州法律獨立，因此本文無法一一就各州之州法為完整之介紹，僅能就不同模式各採一州之州法，輔以相關案例進行介紹。

##### 二、判決分析之限制

本論文有幸藉助國科會研究計畫之機會，接觸國內之性侵害判決，但是同樣基於有限的時間與人力，僅能針對刑法修法過後 10 年間的判決進行分析，且僅

<sup>22</sup>有關此部分詳細的方法與內容，留待本文第五章詳述之。

能為「重點」式的整理。由於本分析的目的，是為了要發現我國法院判決是否存有性別歧視，因此，本文所研究的對象限縮於「無罪」判決，因為無罪判決代表法院對告訴人為不利之認定，就邏輯上來看，如果法院的確存有性別歧視，應會集中於無罪判決中。但是不可否認的是，有罪判決當然也會有相關的問題，學生能想到的態樣就有兩個，第一，雖是有罪判決，但是法院採信告訴人的證詞是基於對告訴人的性別歧視；第二，雖是有罪判決，但是法院不採信被告的證詞是基於對被告的性別歧視。無論上述哪一種態樣都是違反性別正義的判決，但是因為數量過於龐大，因此本文僅針對無罪判決進行檢討。此外，本研究重心是放在「事實發現」的階段，我國事實審為一、二審，但是同樣是基於有限之時間與人力，本文僅能針對一審判決進行研究，本研究所批判的判決有可能在二審更正，但已非本研究所涵蓋的範圍。最後，10年來無罪的一審判決數量仍然過於龐大，所以本研究採擇北中南三個地方法院作為研究對象，分別為台北、台中、高雄三個地方法院，希望能大致勾勒出全國司法實務普遍之情形。



## 第五節 論文架構

本論文的研究重點有二：研究美國女性主義理論的發展，以及討論各個理論對於美國性侵害法制的影響；從不同理論中擇定批判觀點，並以此觀點觀察、批判我國性侵害之相關法律與實務運作，檢驗我國實務在處理性侵害案件時，是否存有性別歧視。

本文認為，要了解性侵害案件是一種特殊的法律關係，首先就必須要意識到我們的社會是一個在父權體制下運作的社會。因此，第二章首先將探討到底什麼是父權體制，人類社會一開始是如何形成父權文化的？父權體制的定義以及特性為何？誰是父權體制下的受害者？法律、習慣、文化中有哪些父權體制的軌跡？在討論過程中，我們將發現父權體制下的規則都是經過「運作」的結果，而不能當作是理所當然的。第三節要討論的是針對這樣的父權體制，女性主義者有什麼

樣的回應，討論的對象係針對五個主要的女性主義派別，分別為自由女性主義、馬克思女性主義、文化女性主義、基進女性主義以及後現代女性主義。

第三章延續第二章之論述，採擇對於性侵害犯罪較為關心的女性主義理論，並將之大致上分為三種訴求：第一種是平等（equality），第二種是破除宰制（dominance）與附屬（subordination），第三種則是解構（deconstruct），其代表性的派別分別為：自由女性主義、基進女性主義以及後現代女性主義。接著，再從這幾個學派中，衍伸出它們各自對於性侵害法律改革之想法。本章第二節首先探討性侵害犯罪與父權體制的關連性。第三、四節將討論傳統學說（自由女性主義與基進女性主義）之差異為何？其優缺點又為何？兩者在立法模式上又有什麼樣的差異？第四節是總結前述討論之評析，認為不論是強調平等或是父權的壓迫對於傳統的性侵害犯罪都是一大突破，但是卻也有共同的缺陷。第五節則擬以後現代主義女性主義的觀點提出一種新的切入點，認為不論是哪一種理論或是立法模式，呈現的都只是一個複雜事件的單一面向，因此傳統上之學說企圖一個抽象之理論涵蓋所有性別不平等之議題，最後必然有失偏頗，我們所努力的對象應該是要在個案中尋找那些限制性別「表演」或是強化性別刻板印象之要素並加以破除，使人們因為拋棄性別成見而消除不平等。

第四章以前一章定調之後現代女性主義為主軸，強調法律或是執法者應該要容許「變異」，不可透過刻板印象將一個複雜的事件簡化，以免以偏概全，忽視事件的真相，此外，反應且強化性別刻板印象之法律或觀念應被破除，以幫助人們在個案中探究事實。同時，強調性侵害犯罪迷思（rape myths）的破除，因為性侵害犯罪迷思是父權體制下，性別刻板印象在性侵害犯罪中的具體展現。破除這些刻板印象的重要性在於避免法院試圖將性侵害案件中的行為人與被害人套用到刻板印象所塑造的特定形象中，在偵查或審判的過程中，一旦行為人或被害人條件不符合這些形象時，就會因為違反檢察官或法官的「經驗法則」而使法院無法達到有罪判決的心證門檻，最終造成對於被害人不利的後果並錯放行為人。為了要解釋並批判性侵害犯罪迷思，本章主要是針對夫妻間性侵害以及熟識

者性侵害進行討論。

第五章要回過頭來看看我國的法律規定以及修法歷程。1999 年我國針對舊法中的「強姦罪」進行了全面性的修正，在舊法的體系下，強姦罪歸屬於第 16 章「妨害風化罪」中，而新法將第 16 章改為「妨害性自主罪」，並將妨害風化罪劃至新增訂的第 16 章之 1。至此，傳統上的強姦罪在法體系上完全脫離社會風化的大帽子而自成一格。這樣的修正究竟具有什麼樣的涵義？本章第二節擬從舊法的體系開始談起，介紹在舊法下，立法者的整體邏輯為何。在第三節則將介紹我國法在 1999 年以後陸續進行了哪些修正，並將之與美國的修法運動相互比較。第四節則係針對我國修法後之判決進行分析，以檢驗我國修法之實效為何。

第六章則為結論與建議，共分兩節，第一節簡單歸納本文之貢獻，此外，考量到這個領域未來仍有許多議題有待開發，第二節則為整理將來可能的後續研究，以期待此領域獲得學界與實務界更多的重視。



## 第二章 父權體制與女性主義的理論建構

### 第一節 前言

要了解性侵害案件是一種特殊的法律關係，首先就必須要意識到我們的社會是一個在父權體制下運作的社會。本章的第二節將探討到底什麼是父權體制，人類社會一開始是如何形成父權文化的？父權體制的定義以及特性為何？誰是父權體制下的受害者？法律、習慣、文化中有哪些父權體制的軌跡？在討論過程中，我們將發現父權體制下的規則都是經過「運作」的結果，而不能當作是理所當然的。第三節要討論的是針對這樣的父權體制，女性主義者有什麼樣的回應，討論的對象係針對五個主要的女性主義派別，分別為自由女性主義、馬克思女性主義、文化女性主義、基進女性主義以及後現代女性主義。本節首先將分別介紹各派別的形成背景以及主要訴求為何，接著再深入討論各個派別的不足之處。

### 第二節 什麼是父權體制？

#### 第一項 父權體制的起源

有關於父權體制的起緣，學者間的論述大致上可以分為自然說與非自然說。所謂的自然說認為男性與女性在本質上有所不同，因此父權社會的形成是自然的演進過程。不過傳統說並不是統一的，其中又有所分歧，首先，從西方主流宗教的觀點來看，上帝造人並區分男女，使男性與女性擁有不同的專長、生理構造乃至於人格特質，因此男性與女性本來就應該承擔不同的社會功能。在這種說法下，因為女性擁有生育的能力，男性沒有，女性當然應該遵照上帝的安排負責生育的工作，至於父權體制的形成只是上帝的安排下的當然結果，若是因此而造成性別不平等或男性的霸權，女性也沒什麼好抱怨的<sup>23</sup>。

若撇開宗教不談，採取自然說的人當然也有從生物學的觀點來觀察父權制度，論者認為男性不論是在體型、力量、速度或是攻擊性等各方面，天生就是比

<sup>23</sup> See GERDA LERNER, THE CREATION OF PATRIARCHY 16 (1986).

女性強，這使得他們在原始社會中成為了當然的獵人，也因為如此，男性逐漸學會如何使用武器以及各種工具，由於打獵所得成為男性的財富，最終使男性成為強勢的一方，而女性則因為不具有這些能力，故只能尋求男性的庇護<sup>24</sup>。

在達爾文的《進化論》開始普遍為科學界所接受後，更是有人依據達爾文學說中的「物競天擇」理論，認為男性與女性工作上的分工是為了讓人類存續的正常發展，讓女性擔任生育的工作完全符合人類永續發展的最佳利益<sup>25</sup>。此外，在「適者生存，不適者淘汰」的定律之下，女性若違反「天性」而欲插手「份外」的事情的話，都會因為本身能力的欠缺而成為「不適者」，繼而被社會淘汰，因此父權體制是基於男性與女性的工作「適性」不同而形成的。佛洛伊德的心理學觀點也被認為是強化自然說理論的依據，在佛洛伊德的觀點下，所謂的人是指男人，女人則是指缺少陽具的人，有關女性後續的整體心理結構分析都是以此作為基礎<sup>26</sup>。這個觀點再次強化了男性女性因為生理結構的不同而自然演化出不同的結果。

自然說的問題在於，其本身就是一個在父權體制下所建立的理論，我們一開始的問題是父權體制的來源為何，自然說告訴我們的答案是男性的先天條件比女性優越，但是實際上，這是父權體制的結果而不是原因。父權體制中的人們很容易深處其中而不自知，它就像宗教一樣有一個中心思想，任何思考都必須循著父權中心思想的脈絡而前進，久而久之使人們喪失批判能力。針對自然說的論述，當然有許多人給予猛烈的批評，Allen Johnson 認為，自然說無法解釋男性與女性之間的相似性，例如心智能力的各種測量，男女之間的智慧是不相上下的，如果說原始社會中女性的體能因為不如男性而導致了女性的弱勢，依照自然說的脈絡，在現代社會中，由於男性與女性的心智能力大致相同，地位就應該是平等的，可是我們的社會顯然並非如此；若使男性或女性獨立扶養子女，研究證明男女雙方的做法其實是大同小異的，這也反駁了自然說認為女性天生較擅長於家務的論

---

<sup>24</sup> *Id.* at 17.

<sup>25</sup> *Id.* at 18.

<sup>26</sup> *Id.* at 19.



述；如果社會的現況反應真的是人類的本質，那為什麼許多男性在接受父權式的形塑時會感到痛苦<sup>27</sup>？

此外，從人類學的角度而言，種種的證據顯示，在人類的原始社會中，男性負責的狩獵固然是食物來源之一，然而食物的主要來源卻是女性與小孩負責的採集，這也就反駁了男性靠狩獵取得優勢地位的說法；自然說也忽略了科技的進步以及時代的演進對人類所帶來的影響，自然說的前提是男性與女性的處境是社會自然發展的結果，然而事實上人類的發展早已脫離自然，例如，現代科技容許小孩在沒有母親的狀態下長大，科技容許人類保存母乳或是購買罐裝奶粉，養育小孩與女性的生理構造已不具有必然關係，可是女性依然負責大多數的養育工作，當女性的生理結構與其工作脫鉤，我們還能說養育小孩是女性的「天職」嗎<sup>28</sup>？最後，從人類學的角度出發，雖然歷史上從來沒有母系社會存在的證據，但是的確有出現過男女平等的社會，如果父權體制真的是基於人類的本質，為何會有例外存在<sup>29</sup>？

贊成非自然說的學者認為，父權體制並非單純因為男女生理上的不同而自然形成的，而是經過男性操作社會所帶來的結果。Allen Johnson 認為父權體制起源於「男性對其他男性的控制慾望」或是「男性被其他男性控制的恐懼感」<sup>30</sup>，亦即男性因為恐懼被控制而控制他人，卻又因為控制他人而恐懼，因此陷入了爭奪控制的無盡循環當中。在以控制作為分類標準下，控制他人所需要的特質例如堅強、勇敢、力量就會被界定為好的特質，而相對的，不具有控制特性的特質就會被貶低。在男性的控制爭奪戰中，女性所扮演的角色有四，一為作為男性成功的標記，而成為男性向其他男性炫耀的標的；二是作為男女具有根本差異的證據，堅定男性對自己的角色認知；三是製造男性獨立自主與女性依賴的假象，強化自我男子氣概的感受；四是遏制男性被其他男性控制時心中的憤怒，使男性在外遭

<sup>27</sup> A. Johnson 著，成令方譯，《性別打結，拆除父權違建》，群學出版，初版，頁 54，2008 年。

<sup>28</sup> LERNER, *supra* note 23, at 19-20.

<sup>29</sup> *Id.* at 34-35.

<sup>30</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 58-59。

挫折時總可以透過控制女性而重新建立自信心<sup>31</sup>。根據此說，男性控制女性的關鍵是起因於男性跟男性之間的競爭關係，男性的控制慾望驅使著他們對女性進行壓迫，使女性成為男性間控制爭奪戰中的附屬品。簡言之，此說著重於男性的心理分析，認為男性與女性對於控制欲望的不同，而造就了以男性為中心的父權體制。然而，此說的缺點在於沒有科學上之證據，且為什麼男性有控制的慾望而女性沒有？此說可以用來解釋父權體制是如何的存在，但卻無法提供合理的來源。

另有學者從更折衷的角度來建構非自然說的論述，Gerda Lerner 認為，我們不能否認男性與女性在生理本質上具有差異，從人類學的角度來看，自然說所主張的「獵人理論」亦有所本。在人類的原始社會中，男性與女性本著其生理功能的差異而的確存在著社會分工，男性負責狩獵，女性則負責養育後代以及家務，人類學者認為這是人類進化過程的必然。因為人類從猿類（ape）進化的過程中「直立」的代價就是女性產道的縮小，由於產道縮小，相較於其他靈長類動物的嬰兒出生時就擁有發育較完整的腦部以及可以自由活動的手腳趾，人類嬰兒顯然是在成長相對尚不成熟的情況下就離開了母親的子宮，這也使得母親生下小孩後必須擔負起照護的責任而不能隨同男性外出狩獵，性別分工因此產生<sup>32</sup>。與自然說不同的是，種種證據顯示，儘管原始社會已開始性別分工，但是卻不構成女性地位低落的原因。研究發現以狩獵、採集為食物來源的社會中，採集所取得食物量是所有食物的百分之 60，而採集正是女性及小孩的工作，因此女性的社會地位實際上「至少」是跟男性一樣的，我們從許多壁畫、雕刻中都可以發現崇拜女神的證據<sup>33</sup>。

可是，當人類從狩獵、採集社會進入農業社會以後，隨著人口的攀升，人類社會開始產生資源的壓力，人口太少或太多都會導致糧食的不足，為了讓供給與需求能夠達到平衡，學者 Claude Levi-Strauss 發現，部落間「交易女性」（The

---

<sup>31</sup> 同上，頁 67-71。

<sup>32</sup> LERNER, *supra* note 23, at 38-39.

<sup>33</sup> *Id.*

exchange of women) 現象開始發生<sup>34</sup>。由於女性擁有生育能力，與人口的多寡有直接關聯性，且行動能力受限於小孩，不容易逃亡或背叛，於是擁有體型優勢的男性便利用各種手段(暴力)逼迫女性，使其成為與其他部落貿易的標的。至此，男性壓迫女性並將女性客體化的社會開始成形<sup>35</sup>。將此說歸類為折衷說的原因在於，其立論的基礎仍然是男女生理本質之不同，只不過直接造成女性被壓迫的原因不在於生理本質，而是在於男性的「操作」，生理本質的不同是必要條件，卻不是充分條件。本說重視男性與女性生理上的差異，整合科學上的證據以及經濟理論，並同時肯認男性操弄社會體制最終造成女性受壓迫地位，應係上述理論中較合理的說法。

## 第二項 父權體制的定義

父權體制的定義為何？學者間有許多不同之解釋，Allen Johnson 認為，所謂的父權體制包括了四項特徵，分別是「男性支配」(male-dominated)、「認同男性」(male-identified) 以及「男性中心」(male-centered)，所謂男性支配係指社會上各領域具有權威性的位置大都由男性佔據，例如國家元首、公司董事會成員、宗教領袖、學校校長、政府各級官員等等多由男性擔任<sup>36</sup>；所謂認同男性是指人們以男性及其生活作為「正常」的標準，例如公司要求員工一周工作 60 小時，為了讓男性從激烈競爭的工作環境恢復疲勞，因此必然需要有人打理家務，社會將這樣的工作交給女性而視為理所當然，此外，男性所具有的陽剛特質也被認為是好的，例如控制能力高、體力好、效率高、有競爭心、堅忍不拔、在壓力下保持冷靜等等，相反的其他特質例如平等、合作、同情、照顧、妥協等等特質卻被貶低且被認為是與女性相關的<sup>37</sup>；所謂男性中心是指社會所注意的焦點大都在男性身上，例如有關英雄事蹟、道德勇氣或追尋人生大道理的故事、電影大多以男性

<sup>34</sup> *Id.* at 46.

<sup>35</sup> *Id.* at 46-53.

<sup>36</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 22-23。

<sup>37</sup> 同上，頁 25。

為主角<sup>38</sup>。Robin West 則是認為，所謂的父權體制是一個「將男性評價高於女性的政治結構」<sup>39</sup>。另外，Rita M. Gross 則是認為，父權體制應該從字面上去理解為「由男性統治」<sup>40</sup>。

本文認為我們亦可從意識形態（ideology）的觀念來理解父權體制，什麼是意識形態？我們可以借用知名政治學者 Hannah Arendt 的說法：

“An ideology is quite literally what its name indicates: it is the logic of an idea. Its subject matter is history, to which the ‘idea’ is applied; the result of this application is not a body of statements about something that is, but the unfolding of a process which is in constant change. The ideology treats the course of events as though it follows the same ‘law’ as the logic exposition of its ‘idea.’ Ideologies pretend to know the mysteries of the whole historical process—the secrets of the past, the intricacies of the present, the uncertainties of the future—because the logic inherent in their respective ideas.”<sup>41</sup>

簡單而言，意識型態是將一種「觀念」套用到歷史的進程當中，並且用這個觀念針對過去曾發生之事實、現在正在發生之事實，以及將來會發生之事實進行「邏輯的推演」，試圖用同一觀念來解釋事物的演變。然而，邏輯要能夠發展就必須要有「前提」的存在，這時「觀念」本身就成為了邏輯的前提，而其目的就是能夠合理解釋觀念中所存在的不合理的部份<sup>42</sup>。例如天主教或基督教中所存在的觀念是上帝，其教徒試圖用上帝這個觀念來解釋天地萬物的演變，因此上帝就變成其思想的前提，並從此前提進行邏輯性的推演將其觸角伸向生活中各個領

<sup>38</sup> 同上，頁 28-29。

<sup>39</sup> Robin West, *Jurisprudence and Gender*, in FEMINIST JURISPRUDENCE 493, 494 (Patricia Smith ed., 1993).

<sup>40</sup> RITA M. GROSS, BUDDHISM AFTER PATRIARCHY: A FEMINIST HISTORY, ANALYSIS, AND RECONSTRUCTION OF BUDDHISM 299 (1993). 「父權」一字的英文是 patriarch，若拆開來看，patri- 代表「父親的」、「男性的」，而-arch 則代表「統治」，因此就文意上來看 patriarch 應該翻譯成「由男性統治」。

<sup>41</sup> HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM 469 (1951).

<sup>42</sup> *Id.*

域。父權體制也是一樣，父權體制中所存在的觀念是男性比女性優越，父權體制下的人們會以這樣的觀念為前提以邏輯來解釋一切事物，其中當然包括女性的被壓迫。父權體制會告訴所有人們，女性的社會劣勢是「自然發展」的結果，因為男性比女性優越所以過去、現在、乃至於未來女性都無法擺脫劣勢。上述有關父權體制起緣的討論中，所論及的「自然說」就是典型的意識形態下的邏輯性推演，持此說者的前提是男性比女性優越，再以此前提進行邏輯的推演，使其理論看似完整，實際上卻是不折不扣的自圓其說。

意識型態在乍看之下會相當具有說服力，因為就結果而言意識形態下的解釋都是符合邏輯的。因為男性比較優越，所以女性最好留在家裡不要出去跟男性競爭→因為不用競爭所以也不用接受高等教育→因為沒有受過教育所以應該專心從事家務工作。這樣的思考在父權體制所設下的前提下因為看似合理，因此使既得利益者心安理得的享受利益，使被壓迫者能夠找到安慰自己的途徑。然而這樣的思考在 Hannah Arendt 的眼中卻被認為是「偽科學」(pseudo-science) 或「偽哲學」(pseudo-philosophy)<sup>43</sup>，因為意識型態下的邏輯前提不是根據科學上的「事實」而是人為的「觀念」。

如果說意識形態是父權體制的本質，那麼「控制與恐懼」就是父權體制運作的手段，以下將介紹父權體制透過意識形態實際運作的結果。

### 第三項 控制與恐懼

Allen Johnson 認為，父權體制以「控制」作為其核心要素，男性作為控制者，將自己視為主體而將被控制者視為客體。被控制者不具有完整性與複雜性、被控制者沒有歷史、沒有深度的面向；除了會干擾控制者的控制以外，沒有什麼會引起控制者的注意與理解<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> *Id.* at 470.

<sup>44</sup> A. JOHNSON，前揭註 2，頁 56。

而控制與恐懼有著密不可分的關係，控制者常常會透過各種手段讓被控制者因為恐懼而服從，最實際的例子就是美國政府將伊拉克與恐怖主義連結以說服國會取得戰爭之授權，在這個實例中，控制者是美國行政部門，受控制者以及恐懼者則是立法部門以及人民，人民害怕 911 事件的重演，因而授權國家實行戰爭或是放棄特定基本人權。然而，真實面卻可能是國家挾優越的資訊綁架人民，透過人民的主動配合而剝奪人民的權利，謀求特定人或集團之利益，在這種情形下，控制者本身就是恐懼的源頭。

父權體制也是利用「控制-恐懼」模式，父權體制中享有權力的男性會藉由女性的恐懼制定出一些社會規則，這些社會規則有可能是法律，也有可能是習慣或是社會風俗，當沒有權力的人們受到這些規則所矇蔽時，反而會忽視了制定規則的人本身就是恐懼的來源。例如我們常常可以聽到「嫁出去的女兒就好像是潑出去的水」這種言論，意味著結了婚的女兒就已經是夫家的人了，一個具有傳統「美德」的媳婦，凡事應以夫家為重。過年時，女兒在大年初二時才能回娘家，而標榜「團圓」的除夕年夜飯以及大年初一，媳婦都必須待在夫家幫忙張羅著過年，這些習俗的目的無疑的是將兒子與女兒的待遇區分開來，丈夫作為控制者，為了「馴服」娶來的妻子，當然要讓對方知道自己已經是夫家的人了，除了服從夫家以外「沒有退路」，更無法尋求娘家的協助。嫁出去的女兒既然被視為外人，將來父母過事後當然無法享有繼承權。我國民法繼承編第 1138 條雖已明文規定，除配偶外，直系血親卑親屬應享有繼承權的第一順位，而所謂直系血親卑親屬並無分男女，但是法律明文規定且施行已久，仍無法改變社會既有的觀念，這是因為法律的觀念不符合社會意識型態下的邏輯。甚而，這樣的觀念更是得到了法院的認可而延續至今，例如在最高法院的一個判決要旨就謂：「祭祀公業派下權之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫，向無派下權。<sup>45</sup>」

---

<sup>45</sup> 最高法院民事裁判書彙編，第 35 期，頁 1-12。

除此之外，我們也可以用「控制-恐懼」理論來觀察民法上姓氏的問題。在2007年民法親屬編修正以前，第1059條規定子女原則上必須從父姓，只有在母無兄弟或是招贅婚的情形時，方可例外從母姓，修法過後則改為「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。」除了子女以外，雖然現行法律沒有明文規定，但是傳統上妻子還常被要求從夫姓。在我們的社會觀念中，從父姓或是從夫姓好像是理所當然的，可是是誰一開始規定這樣的原則與例外？所謂的理所當然又是怎麼形成的？先從目的來看，有學者認為強制子女從父姓是確立父權社會的方法，藉由姓氏以父親的家族以及血脈為單位來區分誰是自己家裡的人、誰是外面的人，區分明確後就可以據以判定誰可以享受相關的利益<sup>46</sup>，例如女兒從屬於父親、妻子從屬於丈夫以達到「控制」的目的。而這樣的邏輯從歷史解釋的方法而言都是有跡可循的，在西亞的傳統文明中，家庭中的妻子以及女兒都被認為是丈夫或父親的「財產」，當他人侵犯了妻子或女兒時，當時的法律認為該他人所侵害的不是被害的女性本身，而是擁有她們「所有權」的男性被侵害<sup>47</sup>，因此所謂的從父姓或是從夫姓基本上在法律上的意義其實就是宣示所有權的「登記制度」以達到「公示」、「公信」作用。所以，如果妻子自己拒絕從夫性或是拒絕讓子女從父姓，這個社會會告訴她說她不但會失去娘家的庇護，更無法得到婆家的資源，生下來的小孩因為也沒有貼上父姓的標籤，因此父親也有可能不負責任一走了之。這樣的邏輯也可以用來解釋為什麼社會新聞上當母親帶著子女請求生父認領時，該子女一定會從父姓，因為這一種社會所肯認的「從屬性」。

又以婚姻為例，男性一方面作為社會所肯認的繼承人，另外一方面又無法單獨進行生育，為了傳宗接代，有必要使男性控制女性的生育能力，因此傳統的觀念認為「不孝有三，無後為大」，就是將不孝的這個大帽子戴在女性的頭上，使女性因為恐懼而服從父權。基於同樣的邏輯，若妻子喪失了生育能力則構成傳統離婚事由（即所謂「七出」）中的「有惡疾」要件；若其所懷的小孩不具有血統

<sup>46</sup> 劉亞蘭，前揭註4，頁116。

<sup>47</sup> SUSAN BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL 19-20 (1975).

的正當性，則構成「淫」要件；若男性「納妾」而妻子善妒，則因為妻子將威脅到父系家族的和諧以及香火的延續而構成「妒」。此外，「七出」還包括「不順父母（指的是公婆）」以及「竊盜（指的是不准媳婦吃裡扒外資助娘家）」<sup>48</sup>，由於過去女性不具備獨立謀生的能力，經過傳統規範的「恐嚇」，我們很難想像女性有能力取得生育的自主權，繼而擺脫父權的控制。這樣的觀念其實一直延續到今日，雖然法律早已確認一夫一妻制我們在新聞上不乏聽到知名人士「納妾」的新聞<sup>49</sup>。

在父權體制下，除了女性是受害者以外，男性也同樣會遭受迫害，社會教導男性必須勇敢堅強、要有男子氣概、要能養家活口，在在都帶給男性莫大的精神壓力<sup>50</sup>，一個具有女性特質的男性，會被父權體制貼上男子氣概有所減損的負面標籤，其原因在於，父權體制的基礎是建立在男性與女性的明確分際上，不然將無從分辨誰是控制者誰是被控制者，或者是哪些特質是被抬高的哪些特質是被貶低的。在這樣的觀念之下，透過「控制-恐懼」理論的觀察，父權體制也同時男性遭受損害，當男性所追求之事務需要女性特質或是當男性冀求進入傳統上屬於女性的工作領域時，就會被社會給予負面評價，這樣的社會評價迫使男性遵從父權體制對於男性的要求，繼而使更多的男性食髓知味而成為父權體制的繼任者而接受控制。例如，在 60 年代以後，隨著女權的甦醒，雖然職場上的同工不同酬以及高階職務由男性獨占的現象仍然存在，但是隨著法律以及社會政策開始鼓勵女性進入傳統上男性獨占的領域，女性在職場的地位已開始有進展，在此同時，社會仍然肯定女性的家庭照護能力。相對的，男性進入傳統上被認為是女性的工作領域的能力卻未為社會所肯定或為法律所保障<sup>51</sup>。美國 1972 年的 *Stanley v.*

<sup>48</sup> 尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，《律師雜誌》，第 313 期，頁 74-75（2005）。

<sup>49</sup> 參見洪秀瑛，〈拚老命接戲 供養大家庭 雷洪 4 老婆 月支出百萬 7 兒 1 女兩個孫 演戲 40 年 角逐金鐘影帝〉，中國時報 2008 年 10 月 21 日 D4 版；曹秀雲，〈王永慶的三個女人 無聲無怨無悔〉，中國時報 2008 年 10 月 19 日 A5 版。

<sup>50</sup> 劉亞蘭，前揭註 4，頁 117。

<sup>51</sup> Cynthia A. McNeely, *Lagging Behind the Times: Parenthood, Custody, and Gender Bias in the Family Court*, 25 FLA. ST. U. L. REV. 891, 915 (1998).



*Illinois*<sup>52</sup>一案中，伊利諾州的州法規定，非婚生子女的生母死亡後，生父無權對該子女行使親權，而須由州政府行使監護權。是以，在生母死亡後，州政府無需舉辦在一般情形下（例如離婚）需舉辦決定生父是否適宜行使親權之聽證會，即可將系爭子女帶離其生父<sup>53</sup>。雖然，聯邦最高法院最終認為這項規定是違憲的，但是我們不難從系爭州法以及伊利諾州的各級法院判決中看到其中的性別刻板印象，以及男性欲破除這樣的藩籬之困難度。1998年的 *Hogue v. Hogue*<sup>54</sup>一案中，北達科塔州最高法院認為，儘管一位父親能夠證明他在婚姻關係中扮演著「家庭主夫」（stay-at-home-dad）的角色，仍不足以證明他是其子女的主要照護者（primary caretaker），針對此案，論者質疑若在相同的案例中，如果待在家的是妻子，法院還會做出相同的判斷嗎<sup>55</sup>？種種的此類案件不僅強調了性別分工的刻板印象，更彷彿是在告訴男性不要妄想培養女性特質或是進入女性的工作領域，最後的結果是父權體制的增強。

這樣的「控制-恐懼」系統能夠存續的原因在於這套系統讓有權力的人、無權力的人、男性、女性都身處其中而不自知，它同時也是一個自成一格的體系，所有在我們生活周遭發生的事情都可以在這個體系下找到答案，而這樣的答案依循著父權體制的脈絡是那樣的合理而使人無法質疑。這些答案依循父權體制一貫的邏輯又會顯的那麼的合理而導致沒有人挑戰它，又或者是說，所有試圖挑戰這套系統的人都會遭受歧視，因而產生寒蟬效應而終究無法對抗整個體制。例如有關同性戀的議題，不論是男同性戀或是女同性戀在父權體制下都是被貶低的，因為父權體制強調男性對於女性的控制，同性戀不遵循這項規則，就等同是威脅了男性對於女性支配的特權，透過歧視柔弱或具有女性特質的男同性戀，男性得以確立男性應有之男子氣概，透過歧視剛強或具有男性特質的女同性戀，男性得以

---

<sup>52</sup> *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972).

<sup>53</sup> Cara C. Orr, *Married to a Myth: How Welfare Reform Violates the Constitutional Rights of Poor Single Mothers*, 34 CAP. U. L. REV. 211, 221 (2005).

<sup>54</sup> *Hogue v. Hogue*, 574 N.W.2d 579 (1998).

<sup>55</sup> Jennifer M. Waterworth, *Parent and Child--Grounds for Award of Custody the North Dakota Supreme Court Recognizes that "Stay-at-Home Dad" was Not Discriminated Against Due to His Non-traditional Role*, 75 N.D. L. REV. 391, 421 (1999).

鞏固自己對於女性的優勢地位。例如在現實生活中，異性戀社會將男同性戀分為「1號」或「0號」就是為了要說服自己「控制」在同性戀的世界中仍然存在<sup>56</sup>。

在許多情形下不只是有權力的人，有時候沒有權力的人也會依循著父權體制的邏輯「配合演出」。這是因為他們與父權體制已融為一體，他們所受到的教育、所接受的道德觀、所遵守的教條已使他們成為父權體制的忠實信徒而喪失了批判能力。更有許多人是採取漠視的態度，當他們看到別人受制於父權體制時，他們的反應是漠視、是順從而不是抵抗，也因為抵抗通常不會有太好的下場，嘗試抵抗的人也就較不具有說服力，於是父權體制就因此而持續、因此而堅固。例如，少數取得權力的女性將不會去探索父權體制到底是什麼、如何運作、為何需要改變，因為她們已經被父權體制所接受了，假如她們去挑戰這個體系，就有可能失去這個體系的回報和肯定的風險<sup>57</sup>。

總結來講，父權體制是社會的意識形態透過恐懼來規範人們行止的系統，這個系統潛藏在我們看似符合邏輯的法律、習慣、以及道德標準之中，而使得人們將這樣的系統視為理所當然，受限制而不自知。

### 第三節 女性的回應—女性主義理論之介紹

女性長久以來父權體制的不滿形成了女性主義理論。女性主義理論的共通點在於增進女性的權利並促進性別平等。然而，女性主義理論並不是一個統一的概念，就細部而言，不同的流派關注的焦點不盡相同，有的追求平等、有的讚揚差異、有的強調父權體制的壓迫、有的則試圖消弭性別刻板印象。首先，以平等作為訴求的理論中，最明顯的是自由女性主義以及馬克斯主義女性主義，兩者的訴求都是女性應該尋求自我發展、建立經濟實力，在這種觀念下，女性跟男性的條件是一樣的，透過努力，就可以達到兩性平等；以差異作為訴求的理論中，最明

<sup>56</sup> A. Johnson，前揭註2，頁121。

<sup>57</sup> 同上，頁157。

顯的則是文化女性主義，其訴求是在建立女性不同於男性的特殊性，並強調女性應該善用其不同於男性的特質；基進女性主義則是強調父權的體系性壓迫，認為在既有的社會價值觀以及規範下，女性根本無所遁逃，因此不論是自由或是馬克思女性主義都無法給予女性真正的平等，而強調女性特質的文化女性主義更是自欺欺人。

由於以平等作為訴求的理論演變到後來，反使女性被男性特質改變，因為所謂的平等是以男性為標準，讓女性跟男性一樣；以差異或是壓迫作為訴求的理論卻又過度強調社會對於女性的刻板印象，所以後現代女性主義告訴我們，不如放下平等、差異或壓迫的各種理論，將注意力放在如何消除那些鞏固男女特質的外在因素。以下，本文將依循著上述體系的脈絡來介紹各種女性主義流派。

#### 第一項 自由女性主義 (Liberal Feminism)

自由女性主義與廣義的自由主義思想其背後的共通理念就是：人是理性的動物。當人擁有足夠的知識與相同的機會時，就可以發展出個別的潛能，對於個人或是社會整體都是有益的。因此，從自由女性主義的角度來看，性別的不平等是起因於那些使女性無法擁有相同知識與機會的偏見與規範<sup>58</sup>。

為了追求平等，自由女性主義在實踐上可以分為兩個部份，分別是對內以及對外，對內的部份是指女性應該追求自由、自主、與自我決定，女性生存的目的是追求自我實現以及自我潛能發展<sup>59</sup>。因此，女性應該依循著自己的意志選擇自己想要的生活，在經濟方面，女性也可以如同男性一般追求社會地位以及名望財富而不必將自己限縮在家務工作，在精神方面，也鼓勵女性應該充實自己的知識、健全自己的心靈。對外則是營造與男性公平競爭的環境，例如法律條文的改

---

<sup>58</sup> 同上，頁 188。

<sup>59</sup> 顧燕翎等，前揭註 3，頁 9。

革、爭取設立育兒設備、平等進入專業職業、打破玻璃天花板以促進女性升遷、提供受害女性資源以對抗男性<sup>60</sup>。

自由女性主義作為女性主義的濫觴，對於性別的平等有相當的貢獻，但是卻也遭受許多批評，其中最大的問題是，自由女性主義的訴求頂多只能算是在父權體制下追求所謂的形式上平等而已，儘管法律中已消除了歧視，自由女性主義仍無法幫助女性獲得實質平等。例如我國《性別工作平等法》第 16 條第 1 項明文規定「受僱者任職滿 1 年後，於每一子女滿 3 歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿 3 歲止，但不得逾 2 年。」又第 17 條第 1 項規定「前條受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，除有下列情形之一，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕：一、歇業、虧損或業務緊縮者。二、雇主依法變更組織、解散或轉讓者。三、不可抗力暫停工作在一個月以上者。四、業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。」就形式上而言，法律規定似乎頗為平等，條文中使用的文字皆為「雇主」或「受僱者」等中性字樣，無分男女皆可適用，但是依據行政院主計處「婦女婚育與就業調查」，國內因結婚而離職的女性總計有 152 萬人，而離職後，有近 6 成女性就此退出勞動市場，等於約 90 萬的女性從此不再回到職場<sup>61</sup>。為什麼在法律保障女性的工作不會因為婚育而受到影響時，仍有這麼多女性婚姻選擇離開職場？這是自由女性主義所無法回答的問題，其原因在於，父權體制是一個社會體系，自由女性主義太專注於「個人」的進步而忽略了社會的整體體系<sup>62</sup>。這種情形就好比是自由女性主義呼籲女性往四面八方朝著自己喜歡的方向前進，殊不知他們腳下所踩的卻仍是父權主義所造的道路。在此邏輯下，依循著自由女性主義的女性就算在父權體制下成功了，她的成功對於女性的地位一點幫助也沒有，因為她是在父權體制下循著男性所訂下的遊戲規則而成功的，她所追尋的價值也是男性價值。

<sup>60</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 188-189。

<sup>61</sup> 參見蕭西君，〈《職場粉領族》婚育=女性職涯休止符？ 90 萬女性婚後退出職場 台灣女性結婚生育後，退出職場的比例驚人。如何調整工作環境與育嬰假，以鼓勵女性員工婚育後留任，成為企業人資管理的重要課題。〉，工商時報 2007 年 10 月 6 日 D2 版。

<sup>62</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 190。

再拉回到育嬰假的問題，為什麼那麼多女性寧願退出勞動市場也不願利用法律明文規定的育嬰假？答案可能有很多種，可能是婆家希望她在家照顧小孩，也有可能是請育嬰假的人將來回來時升遷會受阻或受到阻礙，不如歸去。我不禁要問，為什麼結婚後總是女性辭職？為什麼照護工作都是女性來做？為什麼女性結婚後就會被認為喪失工作競爭力？此外，根據我國行政院勞動委員會的調查，在實施育嬰假後，仍有七成家有幼兒的職業女性不願意請育嬰假<sup>63</sup>，女性積極參與勞動而不為家庭因素所拘束固然是自由女性主義的展現，因為自由女性主義的基本觀點就是追求平等，當男性可以不被生育所拘束時，女性當然也不必因為生育而被拘束，然而這樣的觀點看似平等，實際上卻似乎是在無形中貶低了女性生育的能力。這些問題深藏在社會脈絡當中，光是靠自由女性主義，似乎無法提供合理的答案，因此同樣以平等作為訴求的馬克思女性主義便取而代之，開始從社會整體的經濟結構來觀察女性所遭受的不平等待遇。

## 第二項 馬克思女性主義 (Marxist Feminism)

在馬克思的思想中，社會發展的核心是階級鬥爭，而在資本主義社會中存在著兩個階級，分別是擁有生產工具的「有產階級」以及出賣勞力換取工資的「無產階級」。無產階級所生產的商品價格本應視為其勞力的代價，有產階級在資本主義下之所以能夠獲利，其實就是透過給付無產階級固定的工資，賺取了商品的市場價格以及勞力代價之間的差額，並因此而貶低了無產階級的勞力代價形成剝削。最後，當無產階級意識到他們所受到的貶低以及剝削時就會產生革命，繼而建立無產階級社會<sup>64</sup>。

如果我們將馬克思主義套用到性別的思考中，我們會發現性別壓迫其實只是階級壓迫的一種，與資本主義及經濟問題比較有關，而非父權體制下的權力關係。例如，當工廠生產取代家庭生產而成為主流時，女性因為無法同時兼顧家庭

<sup>63</sup> 參見朱武智，〈停薪育嬰假 七成職女沒興趣〉，中國時報 2008 年 3 月 6 日 A16 版。

<sup>64</sup> Encyclopedia Britannica Online, Marxism, <http://search.eb.com/eb/article-35147> (last visited Nov. 24, 2008).

外與家庭內的工作而導致她們被排斥於有給勞動外，如果我們將女性也視為有給工作的勞動者，女性就可以藉由經濟的平等而走向性別平等<sup>65</sup>。換言之，馬克思主義批判的對象是資本社會而非父權體制，女性在經濟上被剝削是性別不平等的源頭。透過馬克思主義，女性主義者認為，要改變性別不平等的社會，女性就必須取得經濟獨立，而其中最重要的兩個關鍵就是主張家務計酬以及弭平薪資差別待遇問題。

所謂家務計酬就是將女性在家庭中照顧小孩、打掃清潔、買菜煮飯等工作與男性同等對待而視為一種「生產」，因為是基於女性在家工作的貢獻，男性才能在外安心的工作，資本家也才会有穩定的勞工，因此國家應該對從事家務工作的女性支薪，以補償女性長久以來被忽略的經濟剝削<sup>66</sup>。而所謂薪資的差別待遇又包括兩個層面，一方面是女性所從事的職業類別有沒有性別歧視的意涵在內？另一方面，擁有相同條件的男女有沒有相同的待遇<sup>67</sup>？以前者來說，根據行政院勞工委員會 2008 年之婦女勞動統計表顯示，在所有擔任「企業主管、民意代表及經理人員」的勞動力中，男性人數（約 38 萬人）是女性人數（約 8 萬人）的 5 倍之多，相對的，在所有擔任「事務人員」的勞動力中，女性人數（約 87 萬人）則是男性人數（約 25 萬人）的 3 倍。這就顯示女性在我國社會中儘管女性的教育程度已與男性相當，但是其所從事的職業類別卻普遍較低階，且升遷受限。以後者來說，若男女同樣都是大學以上學歷，女性的每月平均收入約只有男性的百分之 76<sup>68</sup>。

從以上數據我們可以看出馬克斯主義女性主義所關心的議題，在我國仍有用武之地，因為我國的社會顯然未將女性的勞動與男性的勞動平等看待。不過馬克斯主義女性主義從經濟作為切入點的看法也受到了相當的責難，因為並不是所有的問題都可以放在經濟問題的框架下。例如，當女性取得了經濟獨立的地位後，

<sup>65</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 206。

<sup>66</sup> 劉亞蘭，前揭註 4，頁 67-68。

<sup>67</sup> 同上，頁 70。

<sup>68</sup> 行政院勞工委員會 97 年之婦女勞動統計。（<http://statdb.cla.gov.tw/html/woman/97womamenu.htm> 最後流覽日：2010 年 3 月 10 日。）

社會上就不會發生家庭暴力事件或是性騷擾、性侵害事件嗎？實際上，根據一項我國高雄市警察局所做的調查，家庭暴力事件的加害人是以無業者居多<sup>69</sup>，馬克斯主義女性主義無法解釋在這種情形下，就算掌握經濟權的是女性，她們為何仍無法逃脫出父權的陰影。至此，許多女性就開始覺得，由女性單方面高喊平等是徒勞無用的，女性要獲得解放與其爭取跟男性相同的地位，不如突顯自己的不同，只有跳脫了男性價值才能讓女性獲得主體性。

### 第三項 文化女性主義 (Cultural Feminism)

文化女性主義者所採取的論述目的就在於突顯差異，她們認為女性在各方面基於生理上的不同以及生育能力，本來就與男性不同，與其認同社會上所肯認的男性特質，不如重新思考並重新定位女性與生俱來的特質，使這些特質不再被低估、不再被污名化，使女性對於自身的特質引以為傲。

那麼什麼是文化女性主義定義下的女性特質呢？文化女性主義者 Carol Gilligan 認為重視「親密關係」(intimacy) 是女性的重要特質，也是女性自我定義之方式，在她的觀察中，如果要女性形容自己，女性常常會將自己定位成母親、妻子、小孩以及情人等角色，這種形容方式的共同特色就是女性是藉由自己與他人的親密關係來定義自己。另外，許多女性在評價道德標準時，所採用的標準是與撫養 (nurturance)、責任感 (responsibility) 以及照護 (care) 有關，這些標準也同樣與所謂的親密關係有關<sup>70</sup>。另一位文化女性主義學者 Suzanna Sherry 在分析 Carol Gilligan 的論述時也提到，男性觀點與女性觀點最大的差別在於女性習慣性地將自己與他人連結，男性則是習慣將自己與他人分離；女性視他人為自己的延伸，男性則將他人視為外人或是競爭者<sup>71</sup>。

<sup>69</sup> 參見郭良傑，〈家暴激增，加害人以無業居多〉，中國時報 2008 年 3 月 8 日 C2 版。

<sup>70</sup> CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE 6-8 (1982).

<sup>71</sup> Suzanna Sherry, *Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication*, 72 Va.L.Rev. 543, 584-85 (1986).

文化女性主義試圖透過上述這些分析來教育女性不要因為自己的女性特質而枉自匪薄，相反的，女性之所以為女性，正是基於這些女性特質，這些特質應該被視為是女性的力量而非弱點。因此，文化女性主義者認為，縫製衣服不應該只被視為家務，而應該被評價為藝術；女性的觀點以及論述事情的方式不應該被認為是不理性的，而應該定位成一種理論或思想；女性的親密關係價值觀不應該被認為是虛無的，而應該視為道德標準<sup>72</sup>。當女性價值觀成為道德標準時，社會就會教育男性更珍惜家庭以及一切的人際關係，社會中的人們將會減少摩擦，過去以暴力或競爭作為手段來解決的問題，現在將以溝通或包容等女性特質來取而代之。

文化女性主義也遭致很多批評，其中最大的批評就是它某種程度上其實限制了女性的自主性，並且加深了社會對於女性的刻板印象。首先，什麼是女性特質？什麼又是男性特質？文化女性主義者在定位所謂的女性特質時，實際上已落入了父權體制的邏輯當中，因此，跟自由女性主義一樣，文化女性主義同樣小看了父權體制的存在。此外，我們必須認識到，事實上並不是所有女性都具備所謂的女性特質，也不是所有女性都可以概括接受女性特質，以女性的生育為例，文化女性主義認為生育能力是女性發展女性特質的泉源，且文化女性主義強調女性與他人的親密關係，綜合這兩項說法，是不是代表女性就應該擔負起生育以及照護的責任？如果是的話，那就代表文化女性主義與自由女性主義完全背道而馳，因為自由女性主義標榜的是女性自主權，在生育上，女性應該可以自主決定懷孕，文化女性主義卻告訴女性生育是女性的天賦，生育能力應該被認為是一種值得肯定的工作，因此女性應該生育以突顯與男性的不同。

基本上文化女性主義所主張的並沒有錯，但是卻略顯天真，因為單就生育的議題來講，女性如果專心從事生育然後離開職場，不就正好落入父權體制的期待當中嗎？因此，文化女性主義的訴求顯的有點一廂情願，如果今天我們的社會是肯定母職的，母親可以很自豪的在求職的履歷表上寫上例如「2008-2012：專職

<sup>72</sup> See Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chi. L. Rev. 1, 18 (1988).



母親」而其效力不亞於任何一種社會上的工作經驗，因為母職經驗代表著責任感、照護、細心等特質，那麼文化女性主義的訴求當然是對的，可是重點就是我們的社會並沒有這樣評價母職，因此，文化女性主義的問題跟自由女性主義有點像，兩者都太過專注於自己的立場而忽略了父權體制的存在。

#### 第四項 基進女性主義 (Radical Feminism)

所謂的「基進」(Radical)是取其「根」(Root)的意義，她們主張婦女的受壓迫是所有其他種族的、經濟的、政治的等等壓迫的根源，必須加以根除，否則它將繼續生長各種壓迫的枝桠<sup>73</sup>。相較於自由女性主義或是馬克思女性主義，基進女性主義明白承認父權體制的存在，將女性所受到的不平等歸咎於「男性支配」、「認同男性」、「男性中心」以及執迷於控制且製造出性別壓迫的父權體制<sup>74</sup>。在基進女性主義的脈絡下，性別壓迫是體制性的存在，無法透過個人理性的發展或是單方面從經濟獨立而獲得改變。

基進女性主義者認為，「性」(性別)彰顯了男性權力，在父權制度下女人的性是為了男人而存在，例如娼妓制度、性騷擾、性侵害以及色情等等都是為了男性存在。因此要改變父權體制的前提就是重新建構性的概念<sup>75</sup>。學者 Catherine Mackinnon 更認為因為異性戀制度本身就是父權壓迫的一環，所以在異性戀體制下，性本身就帶有強迫的意味，而性與性侵害只是程度不同而已<sup>76</sup>。依照這種說法，我們可以從男女之間的性關係來建構出父權體制的壓迫，以色情為例，基進女性主義者認為色情的本質在於貶低女性並使女性附屬於男性<sup>77</sup>，例如我們常可以在色情文字、影片中看到性侵害、性虐待的情節，其目的是在於反映男性對於性權力的欲望以及增強男性對於性關係的不正常想像。為了改變這種情況，基進女性主義者將矛頭對準男性，認為色情是性別歧視的展現，使女性成為次等公

<sup>73</sup> 顧燕翎，前揭註 3，頁 124。

<sup>74</sup> A. Johnson，前揭註 2，頁 196。

<sup>75</sup> 同上，頁 143。

<sup>76</sup> ANN J. CAHILL, RETHINKING RAPE 40 (2001).

<sup>77</sup> 顧燕翎，前揭註 3，頁 146。

民，因此色情應該透過法律加以控制<sup>78</sup>。或許有人會認為，色情產業中所有的法律關係都是平等的，例如色情圖片中的模特兒或是色情電影中的演員都是自願參與拍攝的，性對她們來說是職業，是一種謀生的工具，色情產業像其他任何工作一樣，可以自由進出，不會有什麼強迫的意涵在內。這也就是為什麼基進女性主義要強調差異，在有關於「性」的論述中，她們主張在父權體制下，男性是性的主體，女性則是性的客體，男性是壓迫者，女性是被壓迫者，女性的性是為了滿足男性需求而存在的。因此，色情產業中的性一點也不平等，這種性是在宣揚女性的附屬地位並且鞏固女性的客體化，女性要獲得解放就必須認知到女性的性與男性的性是有所不同的，從女性的觀點來建構性的話，女性應該是性關係中的主體，並以同意不同意來主導性，而法律的功能就在於確保女性的同意權不會受到淡化或剝奪。

基進女性主義與自由女性主義不同之處在於，基進女性主義勇敢批判男性，告訴我們父權如何將男性與女性分割成從屬與宰制的兩個族群，並且認為父權體制的改變不是靠女性學習男性並嘗試在父權體制下生存而是從根本破壞父權體制。此外，基進女性主義也不囿於馬克思主義所採取的經濟觀點，因為異性戀父權體制與男性以性作為權力在任何經濟關係下都會發生相同的問題。然而，基進女性主義並非沒有缺點，在有關於性的討論中，就有學者認為並非所有男性都是施害者，也並非所有女性都是受害者，而壓迫的方式也並非只有一種，我們似乎無法將女性的被壓迫單純歸咎於男性使用「性」作為壓迫手段<sup>79</sup>，而事實上，在現實生活中，性也為女性帶來愉悅、滿足甚至權力<sup>80</sup>。太過單一化的思考將使基進女性主義失去多元性，例如，我們就無法以基進女性主義的觀點來解釋所謂性虐待狂與被虐待狂（sadism and masochism, S/M）的現象<sup>81</sup>。

---

<sup>78</sup> 同上，頁 149。

<sup>79</sup> 同上，頁 136。

<sup>80</sup> Rosalind Dixon, *Feminist Disagreement (Comparatively) Recast*, 31 Harv. J. L. & Gender 277, 282 (2008).

<sup>81</sup> See generally Maneesha Deckha, Pain, *Pleasure and Consenting Women: Exploring Feminist Responses to SM and its legal regulation in Canada Through Jelinek's The Piano Teacher*, 30 HARV. J.L. & GENDER 425 (2007).

## 第五項 後現代女性主義 (Post-modern Feminism)

後現代女性主義顧名思義便是借用「後現代主義」作為其論述之中心思想，與之前所有的理論一樣，後現代女性主義的目標也是試圖以此解釋女性的被壓迫並且尋求新的出路。首先，我們必須要處理的問題是，什麼是後現代主義？學者認為，後現代主義主要有以下三項特徵：第一，強勢文化被去中心化；第二，「意義」的鞏固地位被鬆動；第三，對多元與差異的尊重<sup>82</sup>，簡單來講，這三項特徵其實是在講同一個概念，那就是後現代主義希望破除所有的理論以及方法論，並且建立一個沒有框架的思考模式。也就是因為沒有框架，所以每個人都可以自己的觀點來觀察、解釋週遭所發生之現象，在後現代主義的觀點中，一個現象的定義是由每個人個體經驗累積而成的而不是在同一個大帽子的涵蓋之下，「定義」的形成途徑是由下而上衍生而成的而非由上而下的邏輯演繹。

後現代女性主義深受 Derrida 的解構主義以及 Lacan 的後解構主義之影響，前者告訴我們文字經過不斷的「延宕」(différer) 會產生多重的解讀，使文字本身不再具有專制性質，並使文本的解讀呈現多樣化<sup>83</sup>；後者則是對佛洛伊德的心理分析理論重新解讀，強調潛意識的重要性，以撼搖傳統中賦予意識即為真理代言者之主首地位<sup>84</sup>，兩者的主要訴求都含有前述所謂去中心化的意涵。

後現代女性主義承襲這樣的觀念，就如同 Judith Butler 認為「女人」的定義是一個值得討論的議題，因為其牽涉階級、種族以及性向等議題，我們無法單純的將女性的被壓迫歸咎於某特定原因，我們也無法以任何單純的方式來解決問題<sup>85</sup>，過去我們將女性定義在妻子或是職業婦女的角色上，並且透過這些角色在社會上所面臨的共同問題來作為婦女運動的主要訴求的這種觀念應該受到挑戰，因為社會上的女性有很多種，個別的女性應該有個別的經驗以及遭遇到不盡相同的

<sup>82</sup> 顧燕翎，前揭註 3，頁 299。

<sup>83</sup> 同上，頁 300。

<sup>84</sup> 同上，頁 301。

<sup>85</sup> See Generally JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY (1990).

困難，強調集體意識雖然可能增強反抗的力道，但是卻也可能犧牲掉了真正的弱勢，因為弱勢的人還是持續弱勢，即便是在表彰婦女人權的組織中，弱勢族群的意見仍然無法成為主流。最早提出這種觀點的人是美國的黑人婦運團體，她們認為，多數的婦女運動訴求其實是在回應白人中產階級女性的需求，例如婦女團體追求平等教育的機會，強調同工同酬等等，這些改革對於社會底層的黑人女性來講只是看的到摸不到的海市蜃樓而已。

後現代女性主義最常被應用於同志理論，Judith Butler 認為，男子氣概與女性特質不只是兩個相斥的概念，這兩者在異性戀體制下也可以容納所有可能的人類特質，換句話說，一個人的個性不是具有男子氣概（masculinity）就是具有女性氣質（femininity），沒有中間地帶可言，而男性所追求的對象就是具有女性特質的人，而女性追求的對象則是具有男性特質的人<sup>86</sup>。同性戀會受到壓迫的原因就在於她（他）們危及了這種二分法，在同性戀的世界中，女性有可能具有男性特質，並追求另一女性，男性則可以擁有女性特質而追求另一男性，她（他）們打破了異性戀體制的固定結構，並且告訴我們所謂的性別不是天生的，而是可以透過個人表現而加以塑造的（performative），因此同性戀被認為是後現代主義在性別上的具體實踐。

後現代女性主義作為最晚發展的女性主義流派，基本上我們可以把這套理論當作是所有女性主義理論的集大成。我們大致上可以把女性主義理論分為兩大類，第一類強調男女平等，如自由女性主義以及馬克斯主義女性主義，第二類強調男女差異，如文化女性主義與基進女性主義，從後現代主義的觀點來看，兩者都有缺點，因為強調前者的理論最後會讓女性追尋男性價值，強調後者的理論最後則會強化女性的刻板印象。後現代女性主義告訴我們沒有什麼特質是女性專屬的特質，也沒有什麼特質是男性專有的特質，因為從同性戀的實踐來看，性別本可以超越男女，而社會上所有的男女特質都只是人們為了符合異性戀體制的標準

---

<sup>86</sup> *Id.* at 5.

而在後天形塑而成的。因此，後現代女性主義的實踐方法就是不再把焦點放在男性特質或女性特質，而是批判那些維持男女固定特質的外在因素。

#### 第四節 小結

本章在一開始提到了我們所生活的社會是由父權體制所建構的社會，至於為什麼父權社會會成為主流，因為證據的缺乏而使學者間沒有定論，但是我們大概可以將學者們的討論分為自然說與非自然說兩個類別，所謂的自然說認為男性的優越以及女性的被壓迫是「天性」使然，男性較女性優越的體能使男性在原始社會中取得了社會上各個層面的優勢，女性則因為負擔生育的工作且體能不如男性最終導致女性地位的低落。非自然說則是採取全然相反的立場，認為父權體制不是自然發展的結果而是男性操作下的產物。本文借用人類學家的觀點，對於自然說的說法依據有限的證據提出駁斥，並且在結論上採取非自然說的論述。

第二節針對父權體制的意義進行描述，除了學者所提出的「男性支配」、「認同男性」以及「男性中心」等三項特徵以外，本文亦提出父權體制是一種意識形態的觀念，認為父權式的邏輯不是真的邏輯，而是一種在預設立場下的自圓其說而已。最後，則是以社會習俗、法律規範觀察父權社會的操作模式，認為父權體制是以「恐懼」的手段達到「控制」的目的。

第三節所介紹的是女性主義的理論與流派，本文將女性主義理論的訴求大致上分為「平等」、「差異」、「壓迫」與「解構」等數種類型，重視平等的理論包括自由女性主義以及馬克斯主義女性主義，重視差異的理論則包括文化女性主義、強調父權體制壓迫的是基進女性主義，而標榜解構，以試圖打破性別刻板印象的則是後現代女性主義。他們的基本訴求雖相同，但是衍伸出來的論述卻有時會大異其趣。

以下在第三章，本文將以女性主義的觀點來分析性侵害犯罪，並介紹傳統上不同立場的學說在性侵害犯罪的性質以及構成要件上有何歧見，最後，再對於兩者共同的缺陷提出批評，並且以後現代女性主義作為本文見解之主軸。



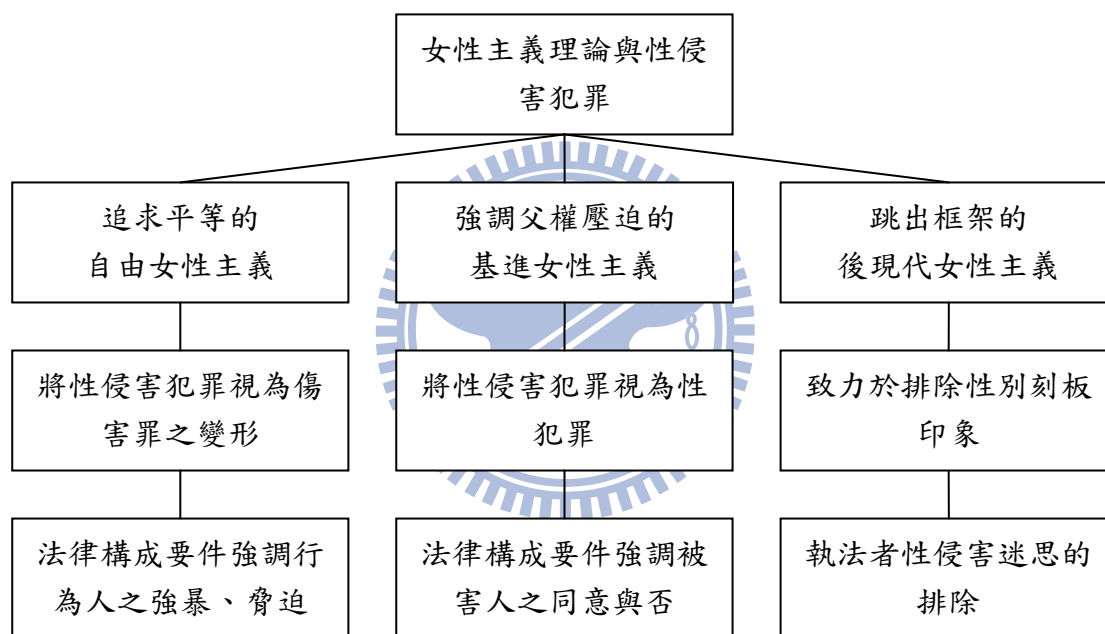
### 第三章 性侵害犯罪與女性主義理論

#### 第一節 前言

若要追溯對於性侵害犯罪較為關心的女性主義理論，我們大致上可以分為三種訴求：第一種是平等（equality），第二種是破除宰制（dominance）與附屬（subordination），第三種則是解構（deconstruct）。以平等作為訴求的理論中，是以自由女性主義的論述為主導，自由女性主義的核心概念是「去差異化」。其認為男性與女性並無本質上的不同，只因女性長久以來欠缺教育及各方資源的支持，而居於弱勢的地位。因此，女性應該尋求自我發展、建立經濟實力，故而男性所擁有的，女性當然也能擁有。在這種觀念下，女性跟男性的條件是一樣的，透過女性自身的努力，就可以達到兩性平等，而法律的功能應在於建立一個形式上平等的環境。對此，基進女性主義則是提出宰制理論加以反駁。基進女性主義認為不論女性的本質是否跟男性相同，只要社會仍存在體制面的壓迫，女性就永遠無法透過自己的努力來獲得平等。因此，法律應扮演積極性的外力來消除歧視。換言之，法律應提供實質平等的保護。然而，以男性為標準的「平等」將使女性繼續被男性所建立的遊戲規則所操弄；強調父權體制的壓迫又將過度強化社會對於女性的刻板印象，兩種理論各有其缺陷。所以，標榜解構的後現代女性主義告訴我們，不如放下這兩種論述的對立，將注意力挪移至如何消除那些鞏固男女特質的外在因素上。

若我們分別以這幾種觀點來分析性侵害犯罪，各派之間即會產生重大的分歧。其中最重要也是最根本的問題是，性侵害犯罪的本質為何？若我們從自由女性主義所主張的平等來看待性侵害犯罪，會認為性侵害犯罪在本質上不具特殊性，它是一種暴力犯罪，是傷害罪的變形。因此，在法律構成要件上會著重於「強暴」、「脅迫」的定義。而基進女性主義則是從父權體制的壓迫出發，強調性侵害犯罪是全體男性對於全體女性的壓迫，它不只是暴力犯罪，更是一種性犯罪。有別於自由女性主義著重於對暴力的詮釋，基進女性主義在討論性侵害犯罪法律構

成要件時會著重於「違反他人意願」。因為基進女性主義者相信，所有的性都是壓迫的，因此討論性關係中有無強暴、脅迫一點意義都沒有，女性在壓迫中的性行為要合法，唯一的方法就是同意，而且是明示的同意，因為默視的同意仍然是壓迫的展現。後現代女性主義則跳脫此框架，認為女性若無法擺脫性別的刻板印象，不論性侵害犯罪被如何歸類，女性終究無法免於壓迫。這幾種說法各有其優缺點，本文將一一討論。簡而言之，女性主義理論與性侵害法律的互動與派別圖示如下：



本章第二節首先探討性侵害犯罪與父權體制的關連性。第三、四節將討論傳統學說(自由女性主義與基進女性主義)之差異為何?其優缺點又為何?兩者在立法模式上又有什麼樣的差異?第四節是總結前述討論之評析,認為不論是強調平等或是父權的壓迫對於傳統的性侵害犯罪都是一大突破,但是卻也有共同的缺陷。第五節則擬以後現代主義女性主義的觀點提出一種新的切入點,認為不論是哪一種理論或是立法模式,呈現的都只是一個複雜事件的單一面向,因此傳統上之學說企圖一個抽象之理論涵蓋所有性別不平等之議題,最後必然有失偏頗,我們所努力的對象應該是要在個案中尋找那些限制性別「表演」或是強化性別刻板印象



之要素並加以破除，使人們因為拋棄性別成見而消除不平等。第六節為小結。

## 第二節 性侵害犯罪與父權體制之關連性

### 第一項 以貞操觀念、貞操財產權建構之性秩序

著名的女性主義學者 Susan Brownmiller 認為，性侵害的目的是男性藉由其與生俱來的武器使所有的女性長期處在一個充滿恐懼的環境<sup>87</sup>。根據其理論，女性因為恐懼，所以必須尋求男性的庇護。在婚前，女性必須尋求父兄的保護；在婚後，女性則必須尋求丈夫的保護。男性就是在如此不平等的關係當中建立了性秩序，將女性視為有價值、可轉讓的性資源、性客體<sup>88</sup>。因為女性不具有主體性，所以就像商品一樣，成為提供性與生殖服務的機器，而評價機器好壞的標準就是婚前的貞操與婚後的貞節。

Brownmiller 的學說並非天馬行空，而有其歷史根據。在英美普通法的歷史中，結婚前的女性是父親的財產，結婚後的女性則是屬於丈夫的財產。一個男性如果性侵害另一個男性尚未出嫁的女兒，法律的評價會是竊盜<sup>89</sup>。因為嫁女兒被當時的社會認定為一種交易，買賣標的物如果是處女，價格就攀升；反之，如果不是處女，價格就會下降。在最糟的情況下，被性侵害的女兒還有可能會嫁不出去，這時父親必須要養她一輩子，其財產上的損害又更無法計算了。因此，父親對女兒享有的貞操權是決定價格的條件之一，為了不讓父親受損，父權社會下的道德教條便要求未出嫁的女兒們要保持處子之身。這樣的道德觀念實踐在法律中就是處罰婚前合意性行為的私通罪。換言之，傳統的性犯罪並非是保護女性權利的法律，而是保護男性權利的法律<sup>90</sup>。

同樣的，結婚後的女性仍無法免於被性侵害的恐懼，所以仍需求助於男性，

<sup>87</sup> BROWNMILLER, *supra* note 47, at 15.

<sup>88</sup> *Id.* at 18.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> *Id.*

其所付出的代價就是要保持貞節。貞節要求女性在婚後只與丈夫發生性關係，甚至在丈夫死後，仍不得與他人發生性關係。簡單來講，貞節保證了男性對於性資源的獨占性。因此，貞節所保護的對象同樣是男性，其所保護的對象不單純只是男性的財產權，更是為了確保父系家族血統的純正與延續。因為一個家族如果要確保世代累積的財富傳承到嫡系後代的手中，最簡單的方法就是確保後代子孫的血統純正，因此限制女性的性活動是必須的。這也就可以解釋為什麼在古漢摩拉比法典中，若已婚女性被性侵害，則法律不只處罰行為人，更將被害人視為共犯，應一同接受處罰<sup>91</sup>。這種處罰方式其實就是把性侵害犯罪視為通姦罪，兩者所損害的法益都是丈夫的性獨占權，沒有必要分別視之。綜上所述，只要是非屬婚姻關係中的性行為就一定是犯罪，結婚前的合意性交叫私通罪，結婚後與非丈夫之人合意性交是通姦，非合意則是性侵害。不論是哪一種性犯罪，所保護的對象都是合法擁有該女性的男性。

## 第二項 戰爭時的性侵害

戰爭時的性侵害是最能突顯女性被視為性資源、性客體的證據，一旦發生戰爭，女性就會像其他的「財產」一樣，被破壞、佔領。自古以來，戰爭行為總是伴隨著性侵害，古希臘時代時，戰勝的一方可以恣意對戰敗一方的女性進行性侵害，因為戰敗一方的女性被法律視為當然的奴隸<sup>92</sup>；中古時期時，歐洲的第一次十字軍東征甚至曾以東方女性的美貌作為徵募西歐軍人的號召，讓女性成為男性的戰利品<sup>93</sup>；18世紀時英格蘭戰勝蘇格蘭，在佔領期間曾大規模對蘇格蘭女性進行系統化的性侵害<sup>94</sup>；第一次世界大戰時，德軍透過對比利時女性的性侵害來製造鄰國的恐懼；第二次世界大戰時，德軍對於被佔領國的女性進行大規模的性侵害，俄國則透過性侵害德國女性來報復德軍的侵略<sup>95</sup>；第二次世界大戰日軍攻佔

<sup>91</sup> *Id.* at 19.

<sup>92</sup> *Id.* at 33.

<sup>93</sup> *Id.* at 35

<sup>94</sup> *Id.* at 38-40

<sup>95</sup> *Id.* at 32

南京後，從 1937 年至 1939 年兩年期間，性侵害案件層出不窮，光是提交到遠東國際法庭的案件就有兩萬多件，實際數字則遠超過此數<sup>96</sup>；日軍在第二次世界大戰戰敗後，同盟國軍隊進駐日本領土，根據文獻，當時單單神奈川縣在短短 20 天內就發生 1336 件性侵害案件<sup>97</sup>；1970 年代時，巴基斯坦入侵孟加拉，雙方交戰的 9 個月期間，至少造成了 20 萬孟加拉女性遭受性侵害，並且使數萬人受孕造成嗣後的墮胎風潮，由於孟加拉多數人口信奉回教，被性侵害的女性不但遭受到身心的折磨，更是受到其丈夫的遺棄，乃至於孟加拉官方還必須教育人民將受害女性定位成「戰爭英雄」以幫助受害女性回歸家庭<sup>98</sup>。

理論上而言，女性多非軍事人員，戰爭與女性關聯性不大，那麼為什麼戰爭中性侵害的發生是常態？本文整理各種不同的說法，認為戰時的性侵害主要有三個功能，分別是：男性以性侵害作為政治手段、以佔領女性的身體作為種族滅絕之手段、男性以侵害作為彼此認同的方式。

#### 一、以性侵害作為政治手段

在戰爭中進行性侵害行動的一定都是獲勝的一方<sup>99</sup>，延續著女性作為男性財產的觀念，獲勝的一方對於其所掠奪來的「財產」透過性侵害宣示主權，因此在戰勝後所發生的性侵害往往會被視為理所當然，在此情況下，女性的主體性完全被剝奪。相對於獲勝的一方，戰敗一方的男性往往會將敵方所為的性侵害行為視為奇恥大辱，由於戰敗的男性無法保護從屬於自己的女性，連帶使得他們的男子氣概受損，此時女性的身體變成了男性爭奪榮譽的戰場<sup>100</sup>，因此戰爭本身雖與女性無關但是戰爭中不管是誰獲勝，女性永遠都是受害者。也因為戰爭中的性侵害表彰的是權力的行使以及對戰敗一方男性的羞辱，為了徹底踐踏對方的尊嚴，戰爭中性侵害往往伴隨著嚴重的暴力色彩，例如在烏干達的動亂中，叛軍不只是對

<sup>96</sup> 中國抗日戰爭史學會，《日軍侵華暴行實錄（一）》，北京出版社，頁 258，1995 年。

<sup>97</sup> JOANNA BOURKE, RAPE 357 (2007).

<sup>98</sup> BROWNMILLER, *supra* note 47, at 79-84.

<sup>99</sup> *Id.* at 37.

<sup>100</sup> *Id.* at 38.

女性加以性侵害，他們更時常將受害女性的嘴唇、乳房、眼睛割除，以侮辱對方<sup>101</sup>，很多時候甚至強迫受害女性的丈夫在旁觀看<sup>102</sup>或是公然對女性性侵害<sup>103</sup>；在前南斯拉夫內戰中，塞爾維亞軍隊也曾強迫兒子性侵害自己的母親、多人輪流施暴、用槍管為性交行為等等<sup>104</sup>。種種的證據顯示，戰爭中的性侵害案件不只是單純的生理上需求而已，獲勝的一方企圖用這種方式完全打擊對方的尊嚴、文化，製造戰敗一方人民的恐懼以達到實質佔領的目的。

## 二、以佔領女性的身體作為種族滅絕之手段

在戰爭中，許多性侵害行動的目的是摧毀對方血緣的正統性或是透過控制女性的生育來滅絕對方的族群。這種情形在以種族衝突作為導火線的戰爭中最是明顯，學者 Catherine Mackinnon 觀察波士尼亞戰亂中所發生之性侵害曾說道：

“That means not only a policy of the pleasure of male power unleashed, which happens all the time in so-called peace; not only a policy to defile, torture, humiliate, degrade, and demoralize the other side, which happens all the time in war; and not only a policy of men posturing to gain advantage and ground over other men. It is specifically rape under orders. This is not rape out of control. It is rape under control. It is also rape unto death, rape as massacre, rape to kill and to make the victims wish they were dead. It is rape as an instrument of forced exile, rape to make you leave your home and never want to go back. It is rape to be seen and heard and watched and told to others: rape as spectacle. It is rape to drive a wedge through a community, to shatter a society, to destroy a people. It is rape as

---

<sup>101</sup> Adrian Di Giovanni, *The Prospect of ICC Reparations in the Case Concerning Northern Uganda: On a Collision Course with Incoherence?*, 2 J. INT'L L. & INT'L REL. 25, 31 (2006).

<sup>102</sup> BROWNMILLER, *supra* note 47, at 81.

<sup>103</sup> Mary Deutsch Schneider, *About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice*, 83 N.D. L. REV. 915, 965 (2007).

<sup>104</sup> Pieslak Sylvia, *The International Criminal Court's Quest to Protect Rape Victims of Armed Conflict: Anonymity as the Solution*, 2 SANTA CLARA J. INT'L L. 138 (2004).

genocide<sup>105</sup>」。

誠如 Mackinnon 所言，在波士尼亞的戰亂當中，塞爾維亞人曾試圖對波士尼亞裔的回教徒進行種族滅絕行動（Genocide），所謂的種族滅絕行為在國際刑法上有多重涵義，依據《防止及懲治殘害人群罪公約》（Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide），種族滅絕行為除了包括實質上的殺害行為以外，意圖進行種族滅絕而妨礙其他團體成員的生育也算是國際行法定義下的種族滅絕行為<sup>106</sup>。在波士尼亞的動亂期間有無數的波士尼亞女性被放置到塞爾維亞所設置的集中營，而根據統計，有百分之 80 的性侵害都發生在集中營當中<sup>107</sup>，顯示當時的性侵害可能是有計畫的行動。此外，若被害女性嗣後懷孕，塞爾維亞人會對其嚴加看管，強迫被害人將小孩生下來，根據塞爾維亞人的邏輯，該名小孩是塞爾維亞人因為他的血統已經被施暴者「淨化」（purify）了<sup>108</sup>，根據前述之條款，塞爾維亞人實是利用性侵害作為種族滅絕的方式。類似的手段也同樣發生在盧安達，盧安達內戰中倖存的性侵害被害人中，則有高達百分之 80 的人罹患愛滋病，更能顯示戰爭中之性侵害可能是有系統的種族滅絕手段<sup>109</sup>。在這種情形下，女性的能動性（agency）完全被剝奪，施暴者將女性的身體物化成是淨化血統的機器，女性不但沒有能力決定是否生育，更沒有能力決定是否要墮胎，將來還必須要為施暴者撫養小孩。

### 三、以性侵害作為彼此認同的方式

軍隊強調去個人化（deindividuation）<sup>110</sup>，例如軍隊鼓勵為了同胞犧牲生命、

<sup>105</sup> Catharine A. Mackinnon, *Rape Genocide and Women's Human Rights*, 17 HARV. WOMEN'S L.J. 5, 11-12 (1994).

<sup>106</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, Art. II, 78 UNTS 277 (entered into force Jan. 12, 1951).

<sup>107</sup> Karen Engle, *Feminism and its (Dis) Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina*, 99 AM. J. INT'L L. 778, 785 (2005).

<sup>108</sup> Mackinnon, *supra* note 19, at 13.

<sup>109</sup> Amanda Beltz, *Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim's Rights with the Due Process Rights of the Accused*, 23 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 167, 172-173 (2008).

<sup>110</sup> *Id.* at 725.

軍隊強調團結，遇到困難時砲口一致向外。有論者認為，性侵害常常被男性團體用來當作尋求對彼此認同的工具，男性藉由性侵害來展現自己的力量與生殖力<sup>111</sup>，因此團體性侵害（group rape）或是結夥性侵害（gang rape）時常發生在大學的兄弟會或是軍隊中，若男性團體中有人因為個人的良知而拒絕團體的一致行動，那該人就會被團體污名化，甚至被逐出團體。而這兩種結果在軍隊中是相當嚴重的，尤其是在戰爭狀態中，一旦團體喪失對某成員的信任，輕則是該成員喪失歸屬感而感到痛苦，重則是成為團體中可被犧牲的人員。因此，在許多案例中，參與團體性侵害的男性其實本不具有犯罪的動機，只是因為同伴們都做了，他因為怕被疏離或被污名化所以也一同參與犯罪。

### 第三項 性侵害犯罪是父權體制展現的極大化

若我們將前述第二章 Allen Johnson 所提出的三項特徵套用到性侵害犯罪時，即可發現性侵害犯罪的完全符合父權體制的特徵，性侵害犯罪是父權體制展現的極大化。性侵害過程中男性透過暴力、恐嚇等強制力對於女性享有完全的權力，女性沒有選擇的餘地，對自己的身體完全失去掌控，這是「男性支配」；父權體制下就期待男性具有主動、力量、佔有等特質，而女性則具有被動、柔弱、被佔有等特質，在性侵害過程中，男性將他的特質發揮到淋漓盡致的地步，而強迫女性成為他心中女性具有的假象，繼而從中獲得滿足，這是「認同男性」；在性侵害的過程中，男性的感受主導一切，行動的目的是讓施暴者達到高潮，而女性則被徹底物化，女性的聲音不受重視，女性的反抗甚至成為催情劑，讓施暴者獲得更大的滿足，這是「男性中心」。由此可知，性犯罪是父權體制存在的證據。這也是各國性別平等運動對於打擊性犯罪均不遺餘力的原因。

### 第三節 自由女性主義對性侵害犯罪的看法

<sup>111</sup> BOURKE, *supra* note 97, at 376.

## 第一項 自由女性主義對性侵害法律改革之貢獻

就性侵害法律改革而言，自由女性主義的影響最主要有三個層面：性自主權的建立、中性化的法律條文以及將性犯罪定位為暴力犯罪。析論如下：

### 一、性自主權的建立

自由女性主義所強調的自主決定對性侵害法律最直接的影響是性自主權觀念的建立。所謂的性自主權為：人民在不違反法令下，能自由決定與何人、在何時、以如何之方式進行性行為的權利。該決定應基於人民的自由意志，不應受強暴、脅迫、威嚇、詐欺或其他非法方式所影響。積極而言，性自主權為追求性的愉悅與滿足；消極而言，性自主權為拒絕己所不欲的性的活動。簡單來講，性自主權是一個人同意或不同意性交的權利。至此，性侵害犯罪所保護的核心法益已不再是為了保護男性的利益而存在。

這樣的改變除了建立新的法律觀念以外，當然也連帶衝擊了原本父權體制下的性侵害法律，在傳統的性侵害法律構成要件中，除了強暴脅迫（force）與被害人的不同意（non-consent）兩要件以外，法院在實務上常常要求被害人提出反抗的證據。這一方面用以證明被害人不同意為性行為，另一方面也可以作為行為人行使強暴脅迫的證據。承前述，從性別的角度來看，要求女性在被性侵害時抵抗是一種貞操觀念下的歧視，將女性視為男性的財產、性的客體，故要求女性保護好自己的貞操或貞節，避免自己的「貶值」或「污染夫家血統之純正」。在實際操作上，法院要求被害人的抵抗必須達到「最大化」（utmost），我們可以從過去法院的判決中找到何謂最大化，例如在 *Brown v. State* 一案中，法院指示陪審團說單純從口語上抗議或拒絕行為人的行為是不夠的，陪審團必須找到身體上反抗的證據，而所謂的反抗必須持續的反抗直到行為人既遂<sup>112</sup>。又例如在 *People v. Geddes* 一案中，法院認為被害人的抵抗已達到極大化的原因在於被害人身上有多處瘀傷、扭傷，且在被害人的陰道發現瘀傷、擦傷以及撕裂傷<sup>113</sup>。這種解釋方

<sup>112</sup> *Brown v. State*, 106 N.W. 536, 538, 541 (Mich. 1906).

<sup>113</sup> *People v. Geddes*, 3 N.W.2d 266, 267 (Mich. 1942).

法基本上是以被害人所受到的傷害來決定行為人是否有行使強暴脅迫，這會直接導致性犯罪中暴力成份的增加，甚至使審判對象從被告轉向被害人。因為法院在審判的程序中反而會苛責被害人為何沒有反抗或是質疑被害人誣告。1950年代，《美國模範刑法典》(Model Penal Code)終於對性侵害法律之要件作出修正，明確刪除了所謂「反抗的最大化」(utmost resistance)這個要求，並且開始正視性自主權這個概念<sup>114</sup>。

性自主權的承認同時也影響到了所謂的「婚姻性侵害抗辯」(Marital Rape Exemption)。依照 Mackinnon 的說法，父權體制下的法律將女性分為兩個種類，第一種是「可能被性侵害的」(rapable)，另一種是「不可能被性侵害的」(unrapable)，其分類的標準是由男性來定義的，而不是由女性。所謂可能被性侵害的是指處女或年輕的女性，原因在於她們沒有能力同意，因為她們是父親的財產；不可能被性侵害的則是指妻子或妓女，因為她們早已行使了概括的同意，不可能再被性侵害了，她們是丈夫或客人的財產<sup>115</sup>。許多國家的法律直到今日都認為丈夫不可能對妻子為性侵害行為，這就是婚姻性侵害抗辯。如果我們認真看待女性對性的同意權，男性與女性應該同時都是性的主導者，女性可以依照自己對性的需求行使同意權，並且自主決定是否要滿足或回絕男性對性的需求，但是婚姻性侵害抗辯從根本上架空了女性對性的同意權，使得男性可以依據雙方的親密程度來行使其「性」的權利，一旦同意權被架空，所有的性自主權都將是空談。

在傳統的英國普通法中，主要有三個理論支持「婚姻性侵害抗辯」。第一種是所謂的財產理論，認為婚前的女性是父親的財產，婚後的女性則被過渡為丈夫的財產，而性侵害犯罪被定位為侵犯其他男性之財產犯罪。是以，丈夫對於自己的財產享有完全的處分權，當然不會構成性侵害，因為「所有權人」無法對自己所有之物成立竊盜或毀損<sup>116</sup>。第二種說法則是吸收理論，傳統上有認為夫妻在結

<sup>114</sup> See Stephen J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously*, 11 LAW & PHIL. 35, 36-38 (1992).

<sup>115</sup> See CATHERINE A. MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE* 175 (1989).

<sup>116</sup> Michelle J. Anderson, *Marital Immunity, Intimate Relationships, and Improper Inferences: A New Law on Sexual Offences by Intimates*, 54 HASTINGS L.J. 1465, 1478 (2003).



婚以後，便在法律上合而為一，成為法律上的一個人，女方的法人格被吸收於男方的法人格當中且暫時性的失去效力<sup>117</sup>。不過上述兩種說法並沒有成為主流，真正成為主流的是 17 世紀英國 Hale 法官所提出的概括同意理論，其認為女性在同意將自己許諾給她的先生時，也同時放棄了性生活上的權利，所以說婚約包含了一個概括的、廣義的同意，而且這個同意是不可撤回的<sup>118</sup>。驚人的是，這種說法在美國實務上不斷的被引用在性侵害案件以及離婚案件中，一直到 1970 年代才開始逐漸鬆動<sup>119</sup>。

除了實體法以外，性自主權的建立對訴訟法也有一定程度的影響，例如在過去性侵害案件審判中，被告常會舉出被害人過往的「性歷史」(sexual history) 作為抗辯，試圖證明被害人在性侵害前早已不具貞操，因此行為人根本沒有損害到任何人的法益。透過自由女性主義者的努力，美國多數州在 1990 年前後，陸續增訂了各種性侵害被害人保護法 (Rape Shield Law)，在某種程度上限制行為人的交互詰問權，並禁止過往性歷史的提出<sup>120</sup>。

## 二、中性化的法律條文

自由女性主義所推動的第二項改變，乃是法律規定與文字的中性化。由於性侵害犯罪所保護的法益是性自主權，因此性侵害法律不再只是專屬於女性被害人的法律。男性一樣享有性自主權，當然也可以成為性侵害的被害人；相對的，女性也有可能成為性侵害的行為人。從這個觀點出發，她們認為應該要刪除法律條文中所有「不中立」的詞彙語句，例如將過去的「強姦罪」(rape) 改為「性侵害犯罪」(sexual assault or sexual battery)。又，妨害性自主權的態樣當然也不應該侷限於性器與性器的結合，以手指或其他器物侵入陰道、肛門，或以性器侵

<sup>117</sup> *Id.* at 1478-1479.

<sup>118</sup> Theresa Fus, *Criminalizing Marital Rape: A Comparison of Judicial and Legislative Approaches*, 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 481, 482 (2006).

<sup>119</sup> Anderson, *supra* note 116, at 1485.

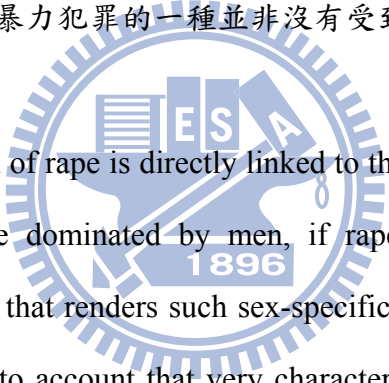
<sup>120</sup> See Michelle J. Anderson, *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH L. REV. 51, 81-83 (2002).

入肛門、口腔等行為，也都具有性涵義而可能侵犯被害人之性自主權<sup>121</sup>。

### 三、將性犯罪定位為暴力犯罪

同樣是秉持著性自主權的立場，自由女性主義學者認為應將性犯罪定位為暴力犯罪而非性犯罪<sup>122</sup>。因為只有當性侵害犯罪「去性化」時，女性才能真正脫離貞操觀念的糾纏。事實上，若排除倫理道德層面對女性的影響，單就性侵害犯罪的行為態樣與本質來看，性侵害本來就只是暴力犯罪的一種，而應該與傷害、殺人等罪等同視之。如果我們貫徹揚棄貞操觀以及強調性自主權的立場，而將關注的重心放在性侵害中的暴力要素而非性要素，性侵害被害人或許就能以全然不同的態度來面對性侵害犯罪。

然而，將性侵害作為暴力犯罪的一種並非沒有受到質疑，學者 Ann J. Cahill 認為：



“...if the phenomenon of rape is directly linked to the oppressive structure by which women are dominated by men, if rape is a major tool of patriarchy, then a law that renders such sex-specific claims inaudible will not be able to take into account that very characteristic. Understanding rape solely in terms of violence...will separate rape from the sexual hierarchy by which men dominate women.”

簡單來講，Cahill 認為，如果我們要承認性侵害是性別歧視的一環，我們就不應該將性與性侵害分離，因為這樣反而會導致性侵害中的性別歧視被忽略，我們不可能先說性侵害是性別歧視，又說性侵害的本質是暴力犯罪而不具特殊性，這兩種說法是乎矛盾的<sup>123</sup>。更有學者認為，性侵害法律不應該脫離被害人的主觀經驗，只要被害人主觀上認為性侵害與一般暴力犯罪不同，法律就應該分別評價

<sup>121</sup> Philip N.S. Rumney, *In Defence of Gender Neutrality Within Rape*, 6 SEATTLE J. FOR SOC. JUST. 481, 483 (2007).

<sup>122</sup> BROWNMILLER, *supra* note 47, at 377.

<sup>123</sup> CAHILL, *supra* note 76, at 32.

之，同樣的，在性侵害加害人的觀念中，性侵害與暴力犯罪更是全然不同的，加害人選擇用性侵害的行使其權力就是因為性侵害具有特殊性<sup>124</sup>，在這種情況下，將性侵害定為成傷害是自欺欺人的作為。此外，若將性侵害定為為傷害，最先獲益的可能是加害人，因為加害人從此不用再背負性侵害的惡名，且因為性侵害不具特殊性，所以處罰也會趨向傷害罪而減輕。

Cahill 認為，Brownmiller 將性侵害定位暴力犯罪的理論既是自由主義女性主義下的思考<sup>125</sup>，她也因此繼承了自由主義女性主義的缺點。自由主義女性主義相信人是理性的動物，藉由女性個人的進步就可以消除性別的不平等，只要社會立下形式上平等的規範，讓男性與女性在相同條件下自由競爭，社會自然就會達到一個平等的狀態。但是若將這種說法套用在性侵害上，就會呈現一個現實層面的問題，那就是不管女性如何進步，包括與男性接受平等的教育，跟男性競爭相同的工作，享受與男性相同的社會資源，都無法改變女性持續被性侵害的事實。自由主義女性主義相信透過個人的努力就可以改變女性受壓迫的現狀，但是實際上父權體制是體系性的存在，個人的努力縱然會使個別的女性增加抵抗能力，但卻無法改變男性自認「可以這麼做」的心態。自由主義女性主義雖然幫助了女性取得了較高的社會地位，讓部分女性進入了過去由男性獨霸的專業領域或是管理階層，但是社會上的性侵害或性騷擾事件卻沒有隨著女性職場地位的提高而減少，相對的，事業成功的女性反而容易成為男性之間的笑柄甚或是性暴力的對象。Brownmiller 雖然提出了「性侵害的危險使女性長期處在一個充滿恐懼的狀態中」的這個觀點，似乎與本文前述提到父權社會的「控制-恐懼」公式相互呼應，但是其提出的解決方案卻是以自由主義女性主義作為出發點，希望透過法律的去差異化來達到消弭性侵害的目的，在父權體制的前提下顯得過於一廂情願。針對這個理論，Mackinnon 提出了她的見解，在她發展的理論中，性侵害的重點是性而非暴力，性侵害當中當然也存在著暴力，但是暴力是源自於性，我們不可

---

<sup>124</sup> BOURKE, *supra* note 97, at 408.

<sup>125</sup> CAHILL, *supra* note 76, at 16.

以忽略了性彰顯了男性權力的事實。

## 第二項 將性侵害視為暴力犯罪的立法模式

### 一、以有無強暴、脅迫以及行為態樣的輕重建構不同等級的性犯罪

從自由主義女性主義出發，性侵害犯罪是一種暴力犯罪，因此性侵害犯罪的要件應該著重在「強迫」(force)，只要行為人是透過強迫的手段為性行為，即足以該當性侵害犯罪的構成要件。此種立法模式的典型為現行的密西根州法，依照密西根州法 Sec.520b、c、d、e 等四項條文，性犯罪依犯罪情節輕重不同共分四個等級，其中，Sec.520b(1)(f)規定：「行為人若以強暴或脅迫完成性插入行為，並且對被害人造成傷害 (injury) ...<sup>126</sup>」即屬第一級性犯罪。Sec.520c(1)(f)規定：「行為人若以強暴或脅迫完成性接觸，並且對被害人造成傷害...<sup>127</sup>。」即構成第二級性犯罪。Sec.520d(1)(b)規定：「行為人若以強暴或脅迫完成性行為...<sup>128</sup>。」即構成第三級性犯罪。最後，Sec.520e(1)(b)規定：「行為人若以強暴或脅迫完成性接觸...<sup>129</sup>。」即屬第四級性犯罪。

該州州法中，性犯罪的四個等級主要是由三個要件加以排列組合而成，分別為：是性插入 (sexual penetration) 還是性接觸 (sexual contact)？行為人使用的強制力有無造成被害人的傷害 (injury)？簡單來說，Sec.520b 規範的是強制性插入並造成傷害的行為；Sec.520d 規範的是純粹的強制性插入行為；Sec.520c 規

<sup>126</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1): "A person is guilty of criminal sexual conduct in the first degree if he or she engages in sexual penetration with another person and if any of the following circumstances exists:...(f) The actor causes personal injury to the victim and force or coercion is used to accomplish sexual penetration..."

<sup>127</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520c(1): "A person is guilty of criminal sexual conduct in the second degree if the person engages in sexual contact with another person and if any of the following circumstances exists:...(f)The actor causes personal injury to the victim and force or coercion is used to accomplish the sexual contact. Force or coercion includes, but is not limited to, any of the circumstances listed in section 520b(1)(f)."

<sup>128</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520d(1): "A person is guilty of criminal sexual conduct in the third degree if the person engages in sexual penetration with another person and if any of the following circumstances exist:...(b) Force or coercion is used to accomplish the sexual penetration. Force or coercion includes but is not limited to any of the circumstances listed in section 520b(1)(f)(i) to (v)."

<sup>129</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520e(1)(b): "A person is guilty of criminal sexual conduct in the fourth degree if he or she engages in sexual contact with another person and if any of the following circumstances exist:...(b) Force or coercion is used to accomplish the sexual contact."

範的是強制性接觸並造成傷害的行為；Sec.520e 規範的是純粹的強制性接觸行為。其中，性插入或是性接觸的區分較為明確，依據同法 Sec.520a(r)的規定，所謂性插入是指，性交、口交、肛交或其他以任何身體部位或物品對於性器官或肛門的侵入行為<sup>130</sup>。至於所謂的性接觸依據同法 Sec.520a(q)的規定則是指有意的碰觸被害人或行為人的隱私部位，或覆蓋隱私部位的衣物，且該等碰觸可合理解釋為係基於性需求、性滿足所為的行為。另外若行為人是基於報復、羞辱、憤怒所為的性舉動，亦有可能構成性碰觸<sup>131</sup>。因此，問題就在於法律要如何解釋強暴或脅迫以及傷害等要件。

## 二、客觀要件

由於密西根州法是單純以強暴或脅迫作為判斷性犯罪的要件，因此為了要能夠應付各種不同的性侵害犯罪類型以及符合被害人利益，密西根州的性侵害法制改革著重於兩個部份，分別是擴大強暴或脅迫之定義以及明文規定被害人毋需反抗行為人的攻擊行為。

密西根州法透過立法明文規定以及法院個案解釋擴大強暴或脅迫之定義，首先，在 Sec.520b(1)(f)各款中對強暴或脅迫有例示性的規定，依照該規定，所謂強暴（force）或脅迫（coercion）包括但不限於：

「(i) 當行為人使用身體上之強暴或脅迫來壓倒被害人時；

(ii) 當行為人對被害人威脅使用身體上之強暴或脅迫，且被害人主觀上相信行為人有能力實踐該等威脅時；

<sup>130</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520a(r): “Sexual penetration’ means sexual intercourse, cunnilingus, fellatio, anal intercourse, or any other intrusion, however slight, of any part of a person's body or of any object into the genital or anal openings of another person's body, but emission of semen is not required.”

<sup>131</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520a(q): “Sexual contact’ includes the intentional touching of the victim's or actor's intimate parts or the intentional touching of the clothing covering the immediate area of the victim's or actor' s intimate parts, if that intentional touching can reasonably be construed as being for the purpose of sexual arousal or gratification, done for a sexual purpose, or in a sexual manner for:

(i) Revenge.

(ii) To inflict humiliation.

(iii) Out of anger.”

(iii) 當行為人以將來之惡害威脅被害人或其他人，且被害人主觀上相信行為人有能力實踐該等威脅時，而所謂的威脅包括身體上的暴力、綁架或勒索；

(iv) 行為人以醫療上被認為是不合醫療倫理或是不能被接受之方法對被害人進行醫療檢驗時；

(v) 行為人以詐欺或是趁他人不備即足以制伏被害人時<sup>132</sup>。」

此外，法律還有一些強暴、脅迫的擬制型態，例如在 Sec.520b(1) (a)中規定，若被害人年齡在 13 歲以下時，則性行為當然構成第一級性犯罪<sup>133</sup>。Sec.520b(1)(b)規定，被害人年齡介於 13 歲至 16 歲之間且被害人與行為人有親屬、血緣關係或行為人利用其權勢或在學校之職權對被害人為性行為時，則亦當然構成第一級性犯罪<sup>134</sup>。Sec.520b(1)(g)規定如果行為人對被害人造成傷害且被告明知被害人因為心理或生理上的原因而不能行動時，亦構成第一級性犯罪<sup>135</sup>。

<sup>132</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1)(f): "...Force or coercion includes, but is not limited to, any of the following circumstances:

(i) When the actor overcomes the victim through the actual application of physical force or physical violence.

(ii) When the actor coerces the victim to submit by threatening to use force or violence on the victim, and the victim believes that the actor has the present ability to execute these threats.

(iii) When the actor coerces the victim to submit by threatening to retaliate in the future against the victim, or any other person, and the victim believes that the actor has the ability to execute this threat. As used in this subdivision, "to retaliate" includes threats of physical punishment, kidnapping, or extortion.

(iv) When the actor engages in the medical treatment or examination of the victim in a manner or for purposes that are medically recognized as unethical or unacceptable.

(v) When the actor, through concealment or by the element of surprise, is able to overcome the victim."

<sup>133</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1)(a): "That other person is under 13 years of age."

<sup>134</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1)(b): "That other person is at least 13 but less than 16 years of age and any of the following:

(i) The actor is a member of the same household as the victim.

(ii) The actor is related to the victim by blood or affinity to the fourth degree.

(iii) The actor is in a position of authority over the victim and used this authority to coerce the victim to submit.

(iv) The actor is a teacher, substitute teacher, or administrator of the public school, nonpublic school, school district, or intermediate school district in which that other person is enrolled.

(v) The actor is an employee or a contractual service provider of the public school, nonpublic school, school district, or intermediate school district in which that other person is enrolled, or is a volunteer who is not a student in any public school or nonpublic school, or is an employee of this state or of a local unit of government of this state or of the United States assigned to provide any service to that public school, nonpublic school, school district, or intermediate school district, and the actor uses his or her employee, contractual, or volunteer status to gain access to, or to establish a relationship with, that other person."

<sup>135</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1)(g): The actor causes personal injury to the victim, and the actor knows or has reason to know that the victim is mentally incapable, mentally incapacitated, or physically helpless.

Sec.520b(1)(c)中規定，如果性插入行為（sexual penetration）是與其他重罪的犯罪行為一同發生時，當然構成第一級性侵害罪<sup>136</sup>，且所謂一同發生必須是兩者之間要存在因果關係<sup>137</sup>。在 *People v. Waltonen* 一案中，被害人是一位酒吧的服務生，被告則是該酒吧的常客，被告有計畫地供給被害人一種叫做 Oxycontin 的藥物並逐次增加劑量意圖使被害人逐漸對該藥物上癮，等到被害人開始對該藥物產生依賴後，被告便告訴被害人若欲取得該藥物就必須先滿足其性需求，被害人為了取得該藥物，便同意與被告發生性關係<sup>138</sup>。之後，被告被起訴，其罪名為在販賣毒品時為性插入行為，因為販賣毒品是重罪，且兩者之間又有因果關係，因此被告被判定有罪。本案特殊之處在於被告主張被害人是基於同意而與其發生性關係的，但是密西根州最高法院認為：

“The language of § 520b(1) encompasses all acts of “sexual penetration,” and ruling in favor of defendant's position would alter this clear language by carving out an exception for certain acts of sexual penetration, i.e., consensual sexual penetration. The statute does not provide that it applies to “nonconsensual sexual penetration,” but rather it simply refers to ‘sexual penetration.’<sup>139</sup>”

根據上述法院見解推論，法院顯然是維持了密西根州法一貫以來只強調強暴或脅迫而不重視被害人同意與否的意見，在本案中由於被告是在為販賣毒品這個重罪行為的同時對被害人進行性行為，因此不論被害人是否同意，法院似乎將被告之行為「視為」性侵害，在這種案件的審判中甚至不允許被告以被害人之同意作為抗辯。

除此之外，擬制的強暴、脅迫的規定還有 Sec.520b(1)(e)，該條文規定如果行為人為性插入行為時持有武器或任何其他有可能使被害人認為是武器的物品

<sup>136</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520b(1)(c): “Sexual penetration occurs under circumstances involving the commission of any other felony.”

<sup>137</sup> See generally *People v. Jones*, 373 N.W.2d 226 (Mich. Ct. App. 1985).

<sup>138</sup> *People v. Waltonen*, 728 N.W.2d 881, 882-883 (Mich. Ct. App. 2006).

<sup>139</sup> *Id.* at 888.

時，該等行為也會被認為構成第一級性侵害犯罪。在 *People v. Hurst* 一案中，被告認為沒有任何認何證據足以顯示他有攜帶任何武器，但是根據被害人之證述，當時被害人的確是相信被告身上有槍，因為被告用一種金屬類的重物碰觸被害人，並且說出威脅被害人生命的言語，法院認為，雖然事後證明被告的確沒有持有槍枝，但是由於被告使用其他的東西故作聲勢，因此也該當本罪之構成要件<sup>140</sup>。法院在本案的情形中認為，姑且不論被告到底有無使用強制力，被告以狀似武器的物品威脅被害人即當然構成強暴。在 *People v. Brown* 一案中，被告偽裝成警察將被害人攔停，並且在被害人下車後用槍指著被害人，要求其進入被告的車上，用襪子將被害人的眼睛矇住並性侵害得逞。被告在訴訟中主張性行為當時並無持有武器，但是法院不採，認為被告將被害人以襪子矇住眼睛之前，手持槍枝，之後即便在性侵害當時並無攜帶武器，被害人主觀上仍會推定被告得隨時取得武器而受制於被告，因此判定被告之主張無理由<sup>141</sup>。

另外，所謂的傷害依據 Sec.520a(n)之規定，不限於身體上的傷害或毀壞，心理上的痛苦、使被害人懷孕、生病等行為皆屬之<sup>142</sup>。在 *People v. Petrella* 一案中法院舉出了幾項標準來認定被害人是否該當心理上的痛苦：(1) 行為人在被侵害當時或事後哭泣或有異常激動之行為；(2) 被害人因此接受精神或心理治療；(3) 被害人無法回歸正常生活，例如無法回到職場；(4) 對於生活或安全感到憂心；(5) 被害人感到憤怒或蒙羞；(6) 被害人因此服用治療憂鬱症、失眠症或其他症狀之藥物；(7) 對被害人情緒上或心理上造成長遠影響；(8) 長期恐懼、焦慮再度被性侵害；(8) 行為人是被害人之生父<sup>143</sup>。在該案件中被害人的朋友以及接受報案的警察證稱被害人在案發後不斷地哭泣，在指認行為人的時候則是感到恐懼以及不舒服，並且因此罹患失眠症。法院最後認定被害人的確承受了心理上之

<sup>140</sup> *People v. Hurst*, 400 N.W.2d 685, 686-687 (Mich. Ct. App. 1986).

<sup>141</sup> *People v. Brown*, 306 N.W.2d 392, 398 (Mich. Ct. App. 1981).

<sup>142</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520a(n): “Personal injury” means bodily injury, disfigurement, mental anguish, chronic pain, pregnancy, disease, or loss or impairment of a sexual or reproductive organ.

<sup>143</sup> *People v. Petrella*, 380 N.W.2d 11, 33 (Mich. 1985).



痛苦<sup>144</sup>。

在過去的案例中，密西根州之最高法院也曾做出令人詬病的判決。例如在 *People v. Patterson* 一案中，被害人是一位 17 歲的高中女生，她在睡夢中因為感覺到有人在撫摸她的性器官所以驚醒，結果發現是她母親的前男友闖入她家中，檢察官遂對該名男子依 Sec.520e 之規定提起第四級性犯罪（性觸摸罪）之訴<sup>145</sup>。法院的多數意見認為，因為被害人被觸摸當時處於熟睡狀態，被告的行為無法該當強暴或脅迫要件，多數意見的解釋方法有二，第一種是體系解釋，認為法律所例示的強暴或脅迫態樣，不論是身體的或是心理的強制，在正常的狀況下都是指被害人清醒的狀態，本案從著手到既遂被害人都處於熟睡狀態，被害人驚醒之時被告隨即停止行動，顯然不夠成強暴行為，雖法律明文規定為例示，但是多數意見認為不應該擴張解釋到本案之情形<sup>146</sup>。第二種是觀察立法者之原意，法院說：

“The Legislature specifically required force or coercion to convict a defendant of fourth-degree criminal sexual conduct where the defendant is charged as this defendant was charged in the information. If the Legislature had wanted to make all unconsented-to sexual contact punishable, with or without force, it should have said so.”<sup>147</sup>

另外在修法過程中，法院認為立法者有意從定義強暴或脅迫的法條中，刪除了「行為人以詐欺或是趁他人不備即足以制伏被害人時」的態樣<sup>148</sup>，顯然有意限縮所謂強暴或脅迫之定義<sup>149</sup>。撰寫不同意見書的 Boyle 法官認為：

“The Legislature has specifically given this Court the authority to create its own definition of force...this is a situation in which the victim is conscious of a sudden affirmative act which occurs before consent can be given or

<sup>144</sup> *Id.* at 33-34.

<sup>145</sup> *People v. Patterson*, 410 N.W.2d 733, 734 (Mich. 1987).

<sup>146</sup> *Id.* at 743.

<sup>147</sup> *Id.*

<sup>148</sup> 現行法 Mich. Comp. Law. Ann. §750.520e(1)(b)(v): “When the actor achieves the sexual contact through concealment or by the element of surprise.”在本案件發生時尚不存在。

<sup>149</sup> *Patterson*, 410 N.W.2d 733, at 744.

refused. Whatever the legislative intent in deleting surprise or concealment, “physical force,” as distinguished from physical violence, is broad enough to support inclusion of a sexual contact which is not consented to, and which is terminated either before the victim can react or simultaneously with the victim's reaction.”

簡單來講，Boyle 法官認為，立法者刪減強暴或脅迫的定義其目的在於讓法院擁有裁量的彈性，且法律中的強暴或脅迫定義本來就是例示規定，法院毋庸自我設限。在他看來，偷襲行為當然符合「身體上之強暴」(physical force) 的定義。

除了擴大強暴、脅迫的定義以外，密西根州的性侵害法制改革還揚棄以被害人的抵抗作為性侵害犯罪之成立要件。在傳統的性侵害法律構成要件中，強暴脅迫與被害人的不同意兩要件同時存在，法院在實務上常常要求被害人提出反抗的證據，一方面用以證明被害人不同意為性行為，另一方面也可以作為行為人行使強暴脅迫的證據。在實際操作上，法院要求被害人的抵抗必須達到「最大化」(utmost)，我們可以從過去法院的判決中找到何謂極大化，例如在 *Brown v. State* 一案中，法院只是陪審團說單純從口語上抗議或拒絕行為人的行為是不夠的，陪審團必須找到身體上反抗的證據，而且，所謂的反抗必須持續的反抗直到行為人既遂<sup>150</sup>，又例如在 *People v. Geddes* 一案中，法院認為被害人的抵抗已達到極大化的原因在於被害人身上有多處瘀傷、扭傷，且在被害人的陰道發現瘀傷、擦傷以及撕裂傷<sup>151</sup>。這種解釋方法基本上是以被害人所受到的傷害來決定行為人是否有行使強暴脅迫，因此會直接導致性犯罪中暴力成份的增加，甚至使審判對象從被告轉向被害人，因為法院在審判的程序中反而會苛責被害人為何沒有反抗或是質疑被害人誣告。從性別的角度來看，要求女性在被性侵害時抵抗是一種貞操觀念下的歧視，要求女性保護好自己的貞操，避免自己「貶值」。為了修正上述這

<sup>150</sup> *Brown v. State*, 106 N.W. 536, 538, 541 (Mich. 1906).

<sup>151</sup> *People v. Geddes*, 3 N.W.2d 266, 267 (Mich. 1942).

些缺點，Sec.520i 遂規定，被害人毋庸舉證證明抵抗行為人<sup>152</sup>。

### 三、主觀要件

依照前述密西根州法的規定，因為性犯罪被視為是暴力犯罪，因此全然以行為人客觀上的暴力色彩來認定構成要件是否該當，以第一級性犯罪為例，在 *People v. Langworthy* 一案中，被告主張其行為當時意識不清楚，雖然知道自己的行為是惡意的，但是卻不知道這樣的行為會導致特定結果<sup>153</sup>。法院認為行為人主觀上有無具備性侵害的故意（intent）在所不問，亦即，第一級性犯罪的主觀要件是採通常故意（general intent）<sup>154</sup>，而非特別故意（specific intent）。根據 *Black's Law Dictionary* 中的定義，所謂的通常故意是指行為人只要有行為的故意即可，不必認識到行為所可能造成的結果；而所謂的特別故意是指行為人完成特定犯罪行為的故意。法院在判決中提到，該州當時新修正的性犯罪法律中，沒有明文規定主觀要件的原因就在於要排除檢方特定的舉證責任<sup>155</sup>，是以，在新法下檢察官無庸就被告是否具備性侵害的故意提出證據。

在 *People v. Brown* 一案中，被告付錢給一名陌生男子並與該男子帶來的一名女性發生性行為，事後證明該名女子其實是被陌生男子綁架，本案的問題在於被告主觀上可能以為他（她）在從事性交易行為，並無性侵害的故意，但是法院認為，第一級性犯罪的主觀要件是採通常故意，故只要被告事實上有使用強制力且被告有認識到其強制力的行使，該強制力的行使究竟是基於性交易或是性侵害，在所不問<sup>156</sup>。

至於被害人的不同意（non-consent）要件，在定位上不屬於性犯罪的法律要件，是以檢察官不用舉證證明被害人之不同意，但是在審判中被害人的同意卻可

<sup>152</sup> Mich. Comp. Law. Ann. §750.520i: “A victim need not resist the actor in prosecution under sections 520b to 520g.”

<sup>153</sup> *People v. Langworthy*, 331 N.W.2d 171, 172 (Mich. 1981).

<sup>154</sup> *Id.* at 176.

<sup>155</sup> *Id.*

<sup>156</sup> *People v. Brown*, 495 N.W.2d 812, 813 (Mich. Ct. App. 1992).

能作為被告的防禦方法，用以否定強制力的存在<sup>157</sup>，換言之，只要被告能夠證明被害人是同意的，被告的行為就不會被認為是強暴或脅迫的行為。另外，法院也否定以被害人的不同意作為控方的攻擊方法，在 *People v. Stull* 一案中，法院引述立法者之原意，說明刪除不同意作為犯罪構成要件之用意在於保護無行為能力人或是限制行為能力人無法適時表達不同意之情形<sup>158</sup>。

#### 第四節 基進女性主義對性侵害的看法與對法體系的批判

##### 第一項 基進女性主義對於性侵害的論述重點

###### 一、在父權體制下，性自主權無從建立

自由女性主義相信，藉由女性個人的進步就可以消除性別的不平等，只要社會立下形式上平等的規範，讓男性與女性在相同條件下自由競爭，社會自然就會達到一個平等的狀態。若將這種說法套用在性侵害上，會呈現一個現實層面的問題，那就是不管女性如何與男性接受平等的教育，和男性競爭相同的工作，享受相同的社會資源，都無法改變女性持續被性侵害的事實。自由女性主義相信透過個人的努力就可以改變女性受壓迫的現狀，但是實際上父權體制是體系性的存在，個人的努力縱然會使個別的女性增加抵抗能力，但卻無法改變男性自認「可以這麼做」的心態。最終，女性是否獲得性自主權的主導權仍舊掌握在男性手裡。自由女性主義雖然幫助了女性取得了較高的社會地位，讓部分女性進入了過去由男性獨霸的專業領域或是管理階層，但是社會上的性侵害或性騷擾事件卻沒有隨著女性職場地位的提高而減少，相對的，事業成功的女性反而容易成為男性之間的笑柄甚或是性暴力的對象。

簡單來講，自由女性主義希望透過個人的努力與法律來獲得性自主權的理想，在父權體制下顯得過於一廂情願。例如，自由女性主義不斷強調「不即是不」

<sup>157</sup> *People v. Khan*, 264 N.W.2d 360, 366 (Mich. Ct. App. 1980).

<sup>158</sup> *People v. Stull*, 338 N.W.2d 403, 406-407 (Mich. Ct. App. 1983).

(No Means No) 的概念，意思是說當女性說不的時候，就代表了女性已明確行使了她的性自主權。但是在父權式的邏輯下，卻極有可能將女性的「不」解讀為「欲拒還迎」。如此一來，所謂的性自主權只是一個亮麗而無用的招牌。因此，基進女性主義其實是非常悲觀的，她們認為除非整個社會體制被打破重建，否則女性的永無翻身之地。

## 二、性侵害犯罪不只是暴力犯罪，更是性犯罪

基進女性主義也批評自由女性主義所持的去差異化立場。她們認為如果性侵害是性別歧視的一環，我們就不應該將性與性侵害分離，因為這樣反而會導致性侵害中的性別歧視被忽略，我們不可能先說性侵害是性別歧視，又說性侵害的本質是暴力犯罪而不具特殊性，這兩種說法是矛盾的<sup>159</sup>。更有學者認為，性侵害法律不應該脫離被害人的主觀經驗，只要被害人主觀上認為性侵害與一般暴力犯罪不同，法律就應該分別評價之。同樣的，在性侵害加害人的觀念中，性侵害與暴力犯罪更是全然不同的，加害人選擇用性侵害的行使其權力就是因為性侵害具有特殊性<sup>160</sup>，在這種情況下，將性侵害定位成傷害是自欺欺人的作為。此外，若將性侵害定位為傷害，最先獲益的可能是加害人，因為加害人從此不用再背負性侵害的惡名，且因為性侵害不具特殊性，所以處罰也會趨向傷害罪而減輕。

從基進女性主義的理論來看，性侵害行為的本質不只是暴力犯罪，它更應該被定義為性犯罪。Mackinnon 認為父權體制的核心概念是將人類分為男性與女性，並且抬高男性特質，同時貶低女性特質，由男性支配女性。在此邏輯下，父權體制中「正常」的關係是指異性戀關係，且異性戀關係中的男性必然要比女性強勢，否則男人就不會被認定為真正的男人<sup>161</sup>。因此，異性戀關係中的性關係也一樣，男性被要求在性關係或性行為中要具有男性的核心價值，也就是男性必須具有掌控力、要有攻擊性、要採取主動，而女性則被要求要配合男性、要柔順、

<sup>159</sup> CAHILL, *supra* note 76, at 32.

<sup>160</sup> BOURKE, *supra* note 97, at 408.

<sup>161</sup> A. Johnson 著，前揭註 2，頁 238 (2008)

要採取被動的姿態，所以說父權體制下的「性」是建立在男性宰制的基礎之上，因為男性是主體、女性是客體。這也就是為什麼 Mackinnon 認為性與性侵害只是量的不同而非質的差異。

這樣的邏輯同時也展現在性侵害的法律要件中，傳統美國普通法中，性侵害犯罪的法律要件有二，分別是強迫（force）以及不同意（non-consent）。將強迫與不同意分為兩個要件就代表著法律邏輯上允許將強迫但是卻同意的性行為視為「性」而非性侵害<sup>162</sup>。這意味著女性的同意是可以靠強迫得來的，也意味著女性在性關係中的從屬地位。因為父權體制下的性本身就含有或允許暴力，因此性侵害當然也有暴力犯罪與性犯罪的兩層涵義，其中又以性為重點，暴力的源頭來自於性，兩者是密不可分的。

Mackinnon 的貢獻在於，她提醒我們應該正視父權體制是如何操作性侵害。如果說 Brownmiller 告訴我們要了解性侵害中的「權力運作」，Mackinnon 就是要告訴我們性侵害中的「性別權力運作」。與其天真的將性侵害弱化為暴力犯罪，不如將暴力犯罪強化為性侵害。Mackinnon 提醒審判者，父權體制底下性與性侵害因為都帶有強迫的意味，所以兩者是很難區分的，我們必須更正視同意這個要件，同意是女性主導性以及對抗性侵害的最後防線，因此同意的判斷必須依照女性經驗，不能夠單以有無強迫或有無反抗來認定<sup>163</sup>，也不能夠只以男性與女性的關係來認定<sup>164</sup>。加害人主觀上的「性」對於被害人來講卻可能是「性侵害」，因此法律若只評價加害人主觀上的故意是有所不足的<sup>165</sup>；男性作為性的主導者，也控制法律對於性所採取的標準，當男性與女性對於性的認知有所不同時，男性對於性的認知也會比女性的認知更受到重視。

Mackinnon 的學說所遭受到的批評跟基進女性主義所遭受到的批評相同，由於她過分強調男性霸權以及女性從屬的二分法，使父權體制似乎強大到不容女性

---

<sup>162</sup> MACKINNON, *supra* note 115, at 172 (1989).

<sup>163</sup> *Id.* at 177.

<sup>164</sup> *Id.* at 175.

<sup>165</sup> *Id.* at 177.

有任何反駁的空間，如此一來反而更加深了主流觀念下的性別刻板印象<sup>166</sup>。這樣的批評顯然是站在自由女性主義的立場，因為自由主義強調理性，認為人可以依靠理性自主發展，但是基進女性主義卻認為在父權的框架下，女性永遠沒有辦法取得真正的自主性<sup>167</sup>。基進女性主義因為完全認清了父權的特性因此無法給女性開一道出口，而事實上 Mackinnon 針對性侵害也沒有提出一個解決之道，她所能做的只是喚醒社會對於父權體制的認知或是間接的削弱父權體制的強度，諸如呼籲社會管制色情言論，因為色情言論會增強父權體制<sup>168</sup>。此外，Cahill 也批評 Mackinnon 的學說將所有的性都當作是強迫顯然是有問題的，因為大部分的女性在多數時候都可以明確區分什麼是性，什麼是性侵害，Mackinnon 的學說告訴女性：妳們對性的經驗都是假的，因為就連性都是以男性為中心，只是性侵害的輕微模式而已。在這種解釋之下，Mackinnon 等於是主張女性自己做的決定都不值得被肯定，因為這些決定都不是真的，而是在父權體制下被壓迫的決定。Cahill 認為，女性的能動性在這種解釋方式下蕩然無存<sup>169</sup>。

## 第二項 將性侵害視為性犯罪的立法模式

### 一、以被害人同意與否建構性犯罪

從基進女性主義者的觀點來出發，性侵害犯罪是性犯罪，我們不需要刻意將性侵害犯罪定位成暴力犯罪，因為性犯罪中「性」的成分正是男性壓迫女性的證據。女性如果要對抗性關係中男性的霸權，就必須要有說「不」的權利，這樣的邏輯反映在性侵害法律構成要件上，就是以被害人「不同意」作為犯罪構成要件。有關以被害人的不同意來重新建構性侵害犯罪的論述中，最常被引述的是紐澤西州最高法院在 1992 年名為 *State in Interest of M.T.S.* 的判決，本案的事實為如下：被告與被害人本為好友，被告在案發當時寄居在被害人家中，被害人證稱被告在

<sup>166</sup> CAHILL, *supra* note 76, at 45.

<sup>167</sup> *Id.*

<sup>168</sup> MACKINNON, *supra* note 115, at 181.

<sup>169</sup> CAHILL, *supra* note 76, at 46.

案發當天曾經不只一次對她說出輕挑的話，例如「等下要在房間裡給妳驚喜」等語，但是當時她也不以為意，以為只是被告的玩笑話。案發當天晚上，被害人半夜醒來去洗手間，竟發現被告站在她房間門口，被害人從洗手間回到房間後便又進入熟睡，等到她再次醒來後，發現被告正在對她進行性侵害。可是被告的說法完全相反，被告說兩人本為朋友，且感情有越來越好的趨勢，案發前兩三天兩人還曾經親吻、擁抱彼此並且對彼此做出性暗示，案發當天晚上，被告趁被害人出去上廁所時進入被害人房間，等到被害人回來以後，兩人便開始親吻並撫摸彼此，之後便進行性行為，等到被告插入後，被害人才把被告推開，並指控被告對她有不軌之舉動。下級法院所認定的事實否認被害人當時正在睡覺的說法，但是肯定被害人不願意跟被告為性行為<sup>170</sup>。

本案的爭點在於，依據下級審所認定的事實，下級審認為被告並沒有為強暴脅迫之行為，由於當時紐澤西州法 Sec. 2C:14-2c(1)規定所謂的性侵害犯罪必須有強暴脅迫的行為態樣<sup>171</sup>，因此判定被告無罪。本案上訴到第三審之後，該州最高法院就必須面臨一個問題，是不是要將強迫 (force) 的定義擴張到等同於不同意 (non-consent)？如果忠於法條原意，強迫就是強迫，下級審已經認定了本案被告沒有行使任何身體或心理上之強制，因此必須維持原判決。可是如果將強迫擴張解釋使其等同於不同意，由於下級審所認定的事實中，被害人的確是在不同意的的情況下與被告發生性行為，被告就會有敗訴的可能性。

法院接著從整個修法的脈絡以及歷史的軌跡來闡述法院的立場，法院說，在傳統的性侵害法律之下，性侵害犯罪要能夠成立必須要同時成立強迫與被害人的不同意兩個要件，而前者又是以後者來判斷的<sup>172</sup>。法院為了要能夠判斷被害人的不同意，就要求被害人要抵抗，且抵抗的強度，承前述，必須要達到「最大化」

<sup>170</sup> State in Interest of M.T.S., 609 A.2d 1266, 1269 (N.J. 1992).

<sup>171</sup> N.J. Stat. Ann. § 2C:14-2c: “An actor is guilty of sexual assault if he commits an act of sexual penetration with another person under any one of the following circumstances...(1)The actor uses physical force or coercion...”

<sup>172</sup> State in Interest of M.T.S., 609 A.2d 1266, at 1270-1271.



<sup>173</sup>。到了 60 年代，這種觀念終於開始鬆動，紐澤西州的法院首先開始認為，如果被害人一開始對強暴脅迫進行抵抗，但是因為抵抗無效而終究屈服於行為人之下，此時法院會從寬地認為被害人的屈服不算是同意性交。此時的法院雖然放寬了抵抗的要件，但是不代表抵抗要件不存在，法院仍要求被害人必須在其力所能及的範圍內進行抵抗<sup>174</sup>，換言之，法院只是從客觀說放寬到主客觀混合說，因為過去是以客觀的角度來判斷被害人有無竭盡所能地抵抗，現在法院是站在被害人的角度來客觀判斷被害人有無滿足抵抗要件。

到了 70 年代，婦女運動開始興起，修法運動也隨之展開，論者站在各種不同的立場抨擊當時的性侵害法，有的提出實證研究證明被害人反抗多會遭受到更暴力的對待、有的攻擊女性被害人作證常不被法院所信任、有的試圖告訴社會女性在性侵害中被傷害的法益不是貞操而是身體自主、有的則是從婚姻關係中的性侵害來闡述法律的不合理。針對修法方向，有人試圖從強暴脅迫的要件著手，也有人試圖從被害人不同意的要件著手，但是不管怎麼說，法院認為其修法目的都是要將性侵害犯罪的重心擺在行為人而非被害人<sup>175</sup>。

紐澤西州在 1978 年通過了新修正的性侵害法，新修正的性侵害法採納密西根州的觀點，也就是將性侵害定位為暴力犯罪，其中心思想強調行為人的強暴或脅迫而非被害人的屈服或抵抗。因此，根據這個當年修法的中心思想，法院說：

“Because the statute eschews any reference to the victim's will or resistance, the standard defining the role of force in sexual penetration must prevent the possibility that the establishment of the crime will turn on the alleged victim's state of mind or responsive behavior. We conclude, therefore, that any act of sexual penetration engaged in by the defendant without the affirmative and freely-given permission of the victim to the specific act of penetration constitutes the offense of sexual assault. *Therefore, physical*

---

<sup>173</sup> *Id.* at 1271.

<sup>174</sup> *Id.*

<sup>175</sup> *Id.* at 1273-1274.

*force in excess of that inherent in the act of sexual penetration is not required for such penetration to be unlawful*<sup>176</sup>.”

法院認為，強調插入以外的強迫行為容易使被害人的行為成為法律評價的目標，因此有必要將強迫要件擴張解釋，認為違反他人意願的插入行為本身就是強迫，毋庸其他附加的行為即可該當強迫要件。至此，紐澤西州法中的強迫在實質上已等同於被害人的不同意。

這種立法模式特殊之處在於其完全顛覆了刑法上關於犯罪構成要件之判斷，傳統上的主觀構成要件是指行為人的故意或過失，所謂的性侵害犯罪，在傳統刑法的觀念下，應該是指行為人有為性侵害的認知與意欲，而非被害人的主觀感受。又以竊盜罪為例，所謂竊取係指未經他人之同意，易他人持有為自己持有，行為人所竊取之物雖在被害人主觀上係屬無價值之物，只要客觀上竊取行為侵犯了被害人之財產法益，該等行為就屬竊盜。以被害人之同意不同意取代客觀上之強暴脅迫代表法律認為性與性侵害的界線應該由被害人的觀點來劃定，這種觀念在形式上也符合女性主義者所謂“*No means no!*”的理想。

除了以判決作為立法方式以外，還有些州是以立法明文的方式使被害人的不同意成為性侵害犯罪要件的唯一要件，例如威斯康辛州州法 Sec.940.225.規定了十多種性侵害犯罪的態樣，包括該州性侵害犯罪的原型 Sec.940.225.(3)規定：「行為人與不同意之他人為性交構成第三級性侵害犯罪」<sup>177</sup>。以及 Sec.940.225.(2)以下各款之加重類型，包括：「行為人使用或威脅使用強暴、暴力，對於不同意之他人為性交」<sup>178</sup>、「行為人對於不同意之他人為性交並造成該他人受傷或罹患生理或心理上之疾病」<sup>179</sup>、「行為人明知被害人是精神狀態或心智狀態有所缺陷之人而

<sup>176</sup> *Id.* at 1277.

<sup>177</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(3): “Whoever has sexual intercourse with a person without the consent of that person is guilty of a Class G felony.”

<sup>178</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (a): “Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person by use or threat of force or violence.”

<sup>179</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (b): “Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person and causes injury, illness, disease or impairment of a sexual or reproductive organ, or mental anguish requiring psychiatric care for the victim.”

仍與其性交<sup>180</sup>」、「行為人明知被害人處於無意識狀態而仍與其性交<sup>181</sup>」、「行為人透過第三人之協助與不同意之被害人為性交<sup>182</sup>」、「行為人利用權勢而為性交<sup>183</sup>」等。最後，還包括了 Sec.940.225.(1)所規定的三種最嚴重性侵害態樣，包括「與不同意之他人為性交並造成該他人懷孕或重傷<sup>184</sup>」、「與不同意之他人為性交並使用武器或其他足使被害人相信其為武器之物品<sup>185</sup>」、「行為人透過第三人之協助與不同意之被害人為性交並使用或威脅使用強暴或暴力<sup>186</sup>」。

又例如佛羅里達州法 Sec.794.011(5)規定：「行為人對於 12 歲以上且不同意之他人為性侵害（sexual battery）行為，而行為過程並無使用足以導致被害人嚴重傷害之強暴（force）或暴力（violence），即屬第二級重罪...<sup>187</sup>。」Sec.794.011(4)(b)

---

<sup>180</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (c): “Has sexual contact or sexual intercourse with a person who suffers from a mental illness or deficiency which renders that person temporarily or permanently incapable of appraising the person's conduct, and the defendant knows of such condition.” ; (cm): “Has sexual contact or sexual intercourse with a person who is under the influence of an intoxicant to a degree which renders that person incapable of giving consent if the defendant has actual knowledge that the person is incapable of giving consent and the defendant has the purpose to have sexual contact or sexual intercourse with the person while the person is incapable of giving consent.”

<sup>181</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (d): “Has sexual contact or sexual intercourse with a person who the defendant knows is unconscious.”

<sup>182</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (f): “Is aided or abetted by one or more other persons and has sexual contact or sexual intercourse with another person without the consent of that person.”

<sup>183</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(2) (g): “Is an employee of a facility or program under s. 940.295(2)(b), (c), (h) or (k) and has sexual contact or sexual intercourse with a person who is a patient or resident of the facility or program.” ; (h): “Has sexual contact or sexual intercourse with an individual who is confined in a correctional institution if the actor is a correctional staff member. This paragraph does not apply if the individual with whom the actor has sexual contact or sexual intercourse is subject to prosecution for the sexual contact or sexual intercourse under this section.” ; (i): “Has sexual contact or sexual intercourse with an individual who is on probation, parole, or extended supervision if the actor is a probation, parole, or extended supervision agent who supervises the individual, either directly or through a subordinate, in his or her capacity as a probation, parole, or extended supervision agent or who has influenced or has attempted to influence another probation, parole, or extended supervision agent's supervision of the individual. This paragraph does not apply if the individual with whom the actor has sexual contact or sexual intercourse is subject to prosecution for the sexual contact or sexual intercourse under this section.” ; (j): “Is a licensee, employee, or nonclient resident of an entity, as defined in s. 48.685(1)(b) or 50.065(1)(c), and has sexual contact or sexual intercourse with a client of the entity.”

<sup>184</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(1) (a): “Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person and causes pregnancy or great bodily harm to that person.”

<sup>185</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(1) (b): “Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person by use or threat of use of a dangerous weapon or any article used or fashioned in a manner to lead the victim reasonably to believe it to be a dangerous weapon.”

<sup>186</sup> Wis. Stat. Ann. §940.225(1) (c): “Is aided or abetted by one or more other persons and has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person by use or threat of force or violence.”

<sup>187</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(5): “A person who commits sexual battery upon a person 12 years of age or older, without that person's consent, and in the process thereof does not use physical force and violence likely to cause serious personal injury commits a felony of the second degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, s. 775.084, or s. 794.0115.” 採取這種立法模式的還有華盛頓特

規定：「行為人恐嚇使用強暴手段或其他可能使被害人遭受傷害暴力手段，且被害人當時合理相信行為人當時有能力執行該威脅時，即屬第一級重罪<sup>188</sup>。」  
Sec.794.011(3)規定：「行為人對於 12 歲以上且不同意之他人為性侵害行為，而行為過程使用或威脅使用致命武器或其他可能導致被害人嚴重之傷害...即屬最高可處無期徒刑之重罪<sup>189</sup>。」以下僅以佛羅里達州性侵害法律為例，介紹此種性侵害犯罪立法模式。

## 二、客觀要件

在佛羅里達州法中，由於性侵害犯罪的成立是以被害人主觀上的同意或不同意來判斷，因此客觀的強暴脅迫或是傷害反而成為性侵害犯罪的加重要件。例如，性侵害犯罪的原型是 Sec.794.011(5)，其所規範的態樣是純粹在被害人不同意的情形下為性行為，被害人所使用的手段並不足以造成嚴重傷害，若情節加重，行為人恐嚇使用足以造成「嚴重傷害」之強暴手段時則抵觸 Sec.794.011(4)(b)，在最嚴重的情形下，行為人實際使用了「致命武器」或「其他暴力手段」，並足以造成嚴重傷害時，則抵觸 Sec.794.011(3)之規定。

在適用法律時，法院會遭遇的第一個問題是，何種行為應該被納入哪一層級的犯罪。Sec.794.011(1)(g)規定，所謂的嚴重傷害是指巨大的身體上傷害或痛楚、不可回復之殘疾或缺陷<sup>190</sup>。另外，所謂的嚴重傷害是指插入行為本身所造成的傷

---

區法 Wash. Rev. Code Ann. §9A.44.060(1): “(1) A person is guilty of rape in the third degree when, under circumstances not constituting rape in the first or second degrees, such person engages in sexual intercourse with another person, not married to the perpetrator:(a) Where the victim did not consent as defined in RCW 9A.44.010(7), to sexual intercourse with the perpetrator and such lack of consent was clearly expressed by the victim's words or conduct, or...”

<sup>188</sup> Fla. Stat. Ann. §794.011(4): A person who commits sexual battery upon a person 12 years of age or older without that person's consent, under any of the following circumstances, commits a felony of the first degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, s. 775.084, or s. 794.0115:... (b) When the offender coerces the victim to submit by threatening to use force or violence likely to cause serious personal injury on the victim, and the victim reasonably believes that the offender has the present ability to execute the threat.

<sup>189</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(3): “A person who commits sexual battery upon a person 12 years of age or older, without that person's consent, and in the process thereof uses or threatens to use a deadly weapon or uses actual physical force likely to cause serious personal injury commits a life felony, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, s. 775.084, or s. 794.0115.”

<sup>190</sup> (g) “Serious personal injury” means great bodily harm or pain, permanent disability, or permanent disfigurement.

害即為已足或是指插入行為以外所造成之其他傷害？在 *Alonso v. State* 一案中，被害人證稱行為人將其強壓至床上，面朝下，並且以性器官插入被害人之肛門，根據醫師之鑑定，這種行為本身就有可能造成巨大之傷害或是疼痛，法院最後認為插入行為本身所造成的傷害或是疼痛也可以該當法條中所謂的「嚴重傷害」<sup>191</sup>。此外，什麼是致命武器」或「其他暴力手段」？法院在 *Jones v. State* 中認為，其手段必須要足以造成被害人死亡或嚴重傷害始足當之，行為人所使用的震撼槍（stun gun）並非致命武器<sup>192</sup>。

### 三、主觀要件

佛羅里達州性侵害法是以被害人同意或不同意作為性侵害犯罪的唯一成立要件，因此不論是法律本身或是法院判決都對同意要件著墨甚深。首先是法律針對同意的解釋，依照 Sec.794.011(1)(a)的規定，所謂的同意是指：「理性的（intelligent）、有認知的（knowing）、自願的（voluntary）同意，而不包括脅迫下的屈從。不能因為被害人沒有對行為人的攻擊為身體上之抵抗就解釋為被害人已同意<sup>193</sup>。」

除此之外，法律還有規定擬制的不同意，依照 Sec.794.011(2)(a)之規定，已滿 18 歲之行為人對於未滿 12 歲之人為性侵害或是在試圖為性侵害的過程中傷害其性器官者，最重可處死刑<sup>194</sup>。另依照 Sec.794.011(2)(b)之規定，若行為人本身未滿 18 歲而對於未滿 12 歲之人為性侵害或是在試圖為性侵害的過程中傷害其性器官者，最重可處無期徒刑<sup>195</sup>。法院在 *Acevedo v. Williams* 中認為，

<sup>191</sup> *Alonso v. State*, 821 So.2d 423, 427 (Fla. Ct. App. 2002).

<sup>192</sup> *Jones v. State*, 885 So.2d 466, 468 (Fla. Ct. App. 2004).

<sup>193</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(1)(a): “‘Consent’ means intelligent, knowing, and voluntary consent and does not include coerced submission. ‘Consent’ shall not be deemed or construed to mean the failure by the alleged victim to offer physical resistance to the offender.”

<sup>194</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(2)(a): “A person 18 years of age or older who commits sexual battery upon, or in an attempt to commit sexual battery injures the sexual organs of, a person less than 12 years of age commits a capital felony, punishable as provided in ss. 775.082 and 921.141.”

<sup>195</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(2)(b): “A person less than 18 years of age who commits sexual battery upon, or in an attempt to commit sexual battery injures the sexual organs of, a person less than 12 years of age commits a life felony, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, s. 775.084, or s. 794.0115.”

Sec.794.011(2)(a)(b)雖然沒有提到被害人是否同意的要件，但是此時應該認為法律擬制 12 歲以下之人無同意的能力<sup>196</sup>。此外，依照 Sec.794.011(8)的規定，行為人若對未滿 18 歲之人享有家庭或是監護上之權利，而行為人對其為性侵害行為時，不允許行為人以被害人自願或是同意作為抗辯<sup>197</sup>，此項規定也是基於相同之意旨。

就實務上的補充見解而言，佛羅里達州法院認為，所謂的同意包括明示以及漠視的同意，在 *Bullington v. State* 中，被害人參與性愛派對，與多人發生性關係，因此，由於被害人一開始是同意性交的，只要被害人沒有明確的撤回其同意，該等同意仍然有效<sup>198</sup>。為了貫徹以被告不同意為性侵害犯罪之唯一構成要件之立法精神，法院在 *Soukup v. State* 中認為，被害人的不同意不用透過被害人的反抗來證明<sup>199</sup>。此外，在 *Fletcher v. State* 中，法院認為，所謂的同意是以被害人的觀點判斷之，雖然行為人將被害人的不同意誤解為同意，仍無礙於犯罪構成要件之該當<sup>200</sup>。

在個案中，被告常常會試圖提出一些證據證明被害人實際上是同意性行為的，例如在 *Carlyle v. State* 中，被告提出的證據顯示被害人過去經常從事性交易行為，有幾次甚至被便裝員警因從事性交易行為而逮捕，且被害人當時是因為毒癮發作而答應以性交易來換取毒品，被告欲因此證明被害人所指控的性侵害事件實際上是性交易事件。法院認為，要以被害人過去的性交易歷史作為被害人是否

<sup>196</sup> *Acevedo v. Williams*, 985 So.2d 669, 671 (Fla. Ct. App. 2008).

<sup>197</sup> Fla. Stat. Ann. § 794.011(8) Without regard to the willingness or consent of the victim, which is not a defense to prosecution under this subsection, a person who is in a position of familial or custodial authority to a person less than 18 years of age and who:

(a) Solicits that person to engage in any act which would constitute sexual battery under paragraph (1)(h) commits a felony of the third degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084.

(b) Engages in any act with that person while the person is 12 years of age or older but less than 18 years of age which constitutes sexual battery under paragraph (1)(h) commits a felony of the first degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084.

(c) Engages in any act with that person while the person is less than 12 years of age which constitutes sexual battery under paragraph (1)(h), or in an attempt to commit sexual battery injures the sexual organs of such person commits a capital or life felony, punishable pursuant to subsection (2).

<sup>198</sup> *Bullington v. State*, 616 So.2d 1036, 1037 (Fla. Ct. App. 1993).

<sup>199</sup> *Soukup v. State*, 760 So.2d 1072, 1074 (Fla. Ct. App. 2000).

<sup>200</sup> *Fletcher v. State*, 698 So.2d 579, 580 (Fla. Ct. App. 1997).

同意的前提在於，被告必須舉證證明兩者具有關聯性，所謂的關連性是指，性侵害當天所發生之事實符合被害人從事性交易行為的一貫模式 (pattern)，法院說：

“The term ‘pattern’ denotes repetitive or frequent conduct.... The pattern must be so distinctive and so closely resemble the defendant's version of the encounter that it tends to prove that the complainant consented to the acts charged or behaved in such a manner as to lead the defendant reasonably to believe that the complainant consented.”

法院最後認為，在本案中，被告並沒有證據顯示被害人過去的性交易行為目的都是為了取得毒品，也沒有證據顯示被害人是基於性交易的目的而接近被告，因此決定不採納被告之抗辯<sup>201</sup>。

## 第五節 殊途同歸的性侵害法制改革

不同類型的性侵害法制改革雖在抽象的理念上大異其趣，但是兩者不論是在目的、演進的過程以及成效上卻有諸多類似之處，以下將分別論述之：

### 第一項 目的相同

兩者的目的都是在維護被害人的權利。以平等作為訴求的性侵害犯罪理論將性侵害犯罪的要件侷限於強暴、脅迫，其目的除了前述所提到的去差異化理念以外，更是希望藉由刪除被害人不同意這個要件，避免法院以被害人是否同意作為審判重心，使被害人取代被告反成為整個程序中主要被質問的對象。在父權體制中，社會對於性侵害案件的被告以及被害人都有固定的形象，由於父權社會中理想的女性形象是「無聲」的，所謂的無聲並不是指不講話，而是講出來的話不能反映她個人的需求或觀點，不能夠表現出欲追求經濟或政治上權利，更不能表達自己對性的態度。一個「好女人」，不論是口語上或是情緒上的表達必須要讓身邊的男性滿意，必須要是溫柔的、有趣的、有內涵的。一個女性如果顛覆了父權

<sup>201</sup> Carlyle v. State, 945 So.2d 540, 544-546 (Fla. Ct. App. 2006).

社會對於女性的想像，並表達出自己對性的開放態度，那社會就會將她排除於「好女人」之外，一旦這樣的女性遭到性侵害，社會會因為她的「不檢點」而認為她已不可能會被性侵害了，因此做出這種控訴的女人一定是在說謊。就算有部分的人願意承認她真的受到了性侵害，這些人也會認為她罪有應得，並且用批判的態度來處理她的訴求<sup>202</sup>。因此，在性侵害案件中，若因若干具體情事使被害人被排除於「好女人」之外時，歷史的經驗告訴我們，這時候被害人反成為被審判的對象，被害人必須證明自己沒有同意為性交。為了使被害人免於這種不堪的處境，贊成此說的人認為應該刪除被害人不同意的這個要件，使性侵害犯罪回歸到如同傷害、竊盜等犯罪一樣，讓所謂的同意與否成為被告的抗辯，而非原告必須證明的犯罪構成要件。

以去壓迫作為訴求的性侵害犯罪理論將性侵害犯罪的要件侷限於被害人的同意與否，其目的除了在於強調以同意權的行使讓女性取得性關係的主導地位以外，更是希望藉由刪除強暴、脅迫等要件，貫徹「不即是不」的理念。在過去，被害人的不同意往往需要犯罪過程中的強暴、脅迫作為佐證，因為父權體制相信一位具有貞操、美德的女子在遭受到性侵害時必然會反抗，此時，與其說強暴、脅迫與被害人不同意是兩個獨立的構成要件，不如說前者是為了證明後者而存在的<sup>203</sup>，在此前提下，以強暴、脅迫要件為中心的標準，反而是在變相鼓勵被害人在被性侵的過程中冒著生命危險反抗行為人，對於被害人來講不但沒有好處，反而有可能導致被害人因為反抗行為而遭致更嚴重的後果。從實際的案例觀察，我們更可發現許多性侵害案件的被害人其實並沒有做出任何反抗，這當然不是因為她們不在乎被性侵害，而是因為大多數的人都因為被行為人的行為震懾住了，因為驚恐而不知道該如何反抗。是以，以強暴、脅迫為中心立法，便會使被害人陷入兩難，若充分反抗，會使自己陷入立即的危險，若不加以反抗或因為恐懼而無法反抗，則又要擔心性侵害犯罪構成要件無法成立。故贊成此說的人認為，應回

<sup>202</sup> See Generally ANDREW E. TASLITZ, RAPE AND THE CULTURE OF THE COURTROOM 19 (1999).

<sup>203</sup> See Nicole Burkholder Walsh, *The Collusion of Consent, Force, and Mens Rea in Withdrawal of Consent Rape Cases: The Failure of in Re John Z.*, 26 WHITTIER L. REV. 225, 258 (2004).



歸被害人同意與否做為性侵害犯罪原型的唯一構成要件，而強暴、脅迫等行為只是加重要件罷了。不過，一旦回歸到以被害人之不同意作為中心，則又會回到審判焦點轉移的老問題，這也就是為什麼不論採取何種立法模式都會加以修正。

## 第二項 演進的過程相同

由上述的討論可知，不管是以強暴、脅迫為中心或是以被害人不同意為中心的性侵害犯罪立法模式，兩者都有其基本的缺陷，為了彌補這些缺陷，各州紛紛透過立法以及法院的判決來修正其原先採取的立場，修正的結果使得兩者在結果上並無太大的不同，例如密西根州法雖以強暴、脅迫等行為為規範的中心，但是卻早已揚棄以被害人的抵抗作為性侵害犯罪之成立要件，而佛羅里達州法雖以被害人的同意與否作為規範模式，但是卻也透過判決的方式，建立訴訟程序中保護被害人的相關規範，使審判的過程不至於對被害人提出過多不合理的質疑，使審判的重心移轉至被害人身上，形成學者所說的「第二次性侵害」。

又就適用範圍而言，兩者雖從不同角度來規範性侵害犯罪，但是事實證明透過立法技術以及解釋，兩者的規範範圍其實相同，以強暴、脅迫為規範中心的立法模式乍看之下成罪可能性較低，但是實際上密西根州法將諸如詐欺、利用醫療行為、對未成年人、利用權勢與其他重罪共同為之等等行為態樣，都擬制行為人有符合強暴、脅迫之要件，因此實際上兩者所規範的範圍是大同小異的。例如在行為人並無使用強暴、脅迫的性侵害案件中，以行為人同意與否做為立法模式的州法固然可以將此類案件定罪，而以強暴、脅迫為中心的州法亦可以透過解釋，使強暴、脅迫的定義擴張成插入行為本身。

## 第三項 成效相同

不管是哪一種改革路線，就成效而言都存在著盲點，且亟需下一步的改革。由自由主義女性主義以及基進女性主義的爭議以及其所主導的性侵害法律改革，其貢獻有二：第一，釐清性侵害犯罪在理論上之抽象本質，透過性侵害犯罪

究竟是暴力犯罪亦或是性犯罪的爭論過程，得以使世人了解到性侵害的本質不是單純的性衝動，而是父權社會對於女性的壓迫。第二，擴張成罪之可能性、消弭舉證的困難，例如不論是採取哪一種立場的改革，兩者都不約而同的致力於刪除被害人反抗的普通法犯罪構成要件。又例如前述所提到的，在實體法要件擴張的情形下，不論是採取何種立法模式，這一波的法律改革都儘可能的擴張要件的定義，使性侵害犯罪法律的射程範圍擴張。

這些性侵害犯罪法律改革雖然值得稱許，但是其實效卻是令人存疑的。以熟識者性侵害為例，論者指出，當被害人與行為人的關係越緊密時，被害人報案的比率越低。報案率低的原因有二，一方面是被害人感到痛苦與羞憤導致被害人選擇逃避，不過更重要的原因是被害人不信任司法，認為司法在熟識者性侵害的案件中寧可選擇相信行為人<sup>204</sup>。為何熟識者性侵害如此重要？因為根據統計，大多數性侵害犯罪的被害人與行為人原本就認識，以美國為例，根據一項 90 年代的報告指出，百分之 73 的案件都是熟識者性侵害<sup>205</sup>。又以我國為例，依據內政部家庭暴力與性侵害防治委員會之統計，2005 年全年經通報之性侵害案件共有 5739 件，其中被害人與行為人彼此不認識者僅 864 件<sup>206</sup>，佔總案件量之百分之 15，換言之百分之 85 的案件是所謂的熟識者性侵害，其中又以直系血親、網友、男女朋友、同學等情況為最大宗。此外，2006 年、2007 年此情況不僅未見改善，反而越演越烈，熟識者性侵害案件分別佔全年通報案件之百分之 89 以及百分之 91<sup>207</sup>，堪稱性侵害案件之典型模式。

熟識者性侵害案件的被害人不信任司法的原因有很多，最主要的原因在於司法人員的心目中，有一套本諸於刻板印象所建立的標準，這個標準決定了被害人必須具備怎樣的形象，而行為人又必須具備怎樣的形象，一旦具體情事與「理想」

<sup>204</sup> Leslie D. Robinson, *It Is What It Is: Legal Recognition of Acquaintance Rape*, 6 AVE MARIA L. REV. 627, 628 (2008).

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> 內政部家庭暴力與性侵害防治委員會，統計資訊，94 至 96 年性侵害事件通報兩造關係統計。（<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/92913563471.xls> 最後流覽日：2010 年 3 月 20 日。）

<sup>207</sup> 同上。

的情境差距過大時，審判者即無法被說服而達到有罪判決無合理懷疑之心證，例如，當審判者的刻板印象認為性侵害犯罪應該是充滿高度的暴力成分，當行為人與被害人本來熟識時，而犯罪的具體情事又不含有暴力成分時，審判者往往會將認定被害人同意的門檻降低。在這種情況下，不論性侵害犯罪的實體法規定究竟是以行為人的強暴、脅迫為主抑或是以被害人不同意為主，被害人說服法官達到有罪心證的門檻都會增加，亦即，新修正的法律無助於幫助被害人說服法官，也無助於建立在性侵害案件中，所謂「無合理懷疑」的「合理」究竟應該為何。這種情形，也就引發了新一波的改革聲浪。

## 第六節 新一波的改革 — 跳脫既有框架的後現代主義女性主義理論

### 第一項 理論基礎的建構

後現代主義女性主義者的基本訴求就是希望打破性別二分法的既有模式，她們認為追求平等與強調壓迫都有其缺點，因為前者追求平等，而平等的標準是由男性建立的，最後會導致女性追求男性的平等。相反的，如果強調壓迫則又會過度強調女性特質，同樣也會增強性別的刻板印象。後現代主義女性主義意識到這種二分法的討論是不會有出路的，因此才提出與其在男性特質與女性特質之間擺盪，不如致力於揚棄所有二分法的概念，使性別的概念模糊化。不過採取這種說法的學者也並無完全否認過去這些女性主義流派的價值，從她們的觀點來看，女性主義過去的這些爭議，正可代表了女性經驗的多樣化，不同的社會地位、經濟能力、種族、年齡、健康狀況、宗教及其他種種因素，都有可能造成女性之間意見的紛歧<sup>208</sup>。

至於要怎麼才能讓性別的概念模糊化呢？傳統的觀念認為，性別是由性來定義的，一個人的生理特徵是決定性別的唯一因素，所以性別的界線很明確，但是學者 Judith Butler 認為，性別是一種表演（gender as performative），她說：

<sup>208</sup> Mary Joe Frug, *A Postmodern Feminist Manifesto*, 105 HARV. L. REV. 1045, 1049 (1992).

“Gender is the repeated stylization of the body, a set of repeated acts within a highly rigid regulatory frame that congeal over time to produce the appearance of substance, of a natural sort of being<sup>209</sup>.”

所以說，儘管每個人人生來即具有男性或女性的性特徵，要真正成為社會所定義的男性或女性，我們仍然必須「學習」如何按照劇本來表演出男性的陽剛特質或女性的陰柔特質，換言之，性別並非與生俱來的，而是透過社會文化在後天形塑而成的。如果將社會性別與生理性別脫鉤，我們就必須承認變異（variation）的存在，所謂的變異就是指具有男性生理性別的人也可能具有女性社會性別，具有女性生理性別的人也可以具有男性社會性別。如此一來，性別的定義就逐漸模糊化，有心抬高男性特質以及貶低女性特質的人也會遭遇到困難，因為漸漸的他們會發現他們已經找不到純粹的男性或女性特質，驗證這種理想情境的就是同性戀，同性戀的存在證明了性與性別之間不必然存在因果關係，在同性戀的世界中，我們無從以生理性別來判斷社會性別，而只能以其行為來判斷其特質，在此情形下，性別這個概念就顯的舉無輕重，Nietzsche 曾說：

“There is no being behind doing, effecting, becoming; the doer is merely a fiction added to the deed—the deed is everything.<sup>210</sup>”

Butler 借用 Nietzsche 以上的概念，在其書中說道：

“There is no gender identity behind the ‘expression’ of gender; that identity is performatively constituted by the very expressions that are said to be its results.<sup>211</sup>”

一旦將性別的認定取決於行為，我們就不會單純依據一個人的生理特徵來認定一個人的行為是否合理，而是藉由綜合判斷個案中的一切條件來決定其行為是否合理。

<sup>209</sup> BUTLER, *supra* note 85, at 33.

<sup>210</sup> *Id.* at 25.

<sup>211</sup> *Id.*

根據 Butler 所提出的性別表演理論，由於人的性別並無本質可言，每個人在為性別表演時都應該有各種不同的可能性，然而人們不希望自己成為異類，所以在表演性別時，都會儘量使自己的行為符合社會常態，一旦人人都遵守常態，少數人就會成為異類。當社會中多數人都遵守著特定的表演模式時，反而會不見容於少數特別的表演模式，這種情形就反映在被社會所歧視的同性戀身上。例如，世界上多數國家所承認的婚姻是異性戀制度下的婚姻，同性戀伴侶無法適用婚姻制度，所以同性戀伴侶中經濟弱勢的一方也無法受到法律保護，後現代主義女性主義告訴我們，這種法律就是強化性別刻板印象的機制，應該加以修正，因為這種法律的存在等於是要求人們依照固定的劇本為性別表演，Butler 認為，只有當社會容許變異時，人們才能獲得能動性（agency）<sup>212</sup>。

## 第二項 後現代主義女性主義的法律思維

面對一個法律議題時，後現代主義女性主義比較不會像前述之自由主義女性主義或是基進女性主義有非常明確的立場，以性交易行為是否該合法化為例，自由主義女性主義會認為只要從事性交易行為的女性也是基於自主意志，以性作為工作的手段，也未嘗不是展現性自主權的方法，因此當然應該合法化性交易行為。基進女性主義則是堅決反對性交易行為的合法化，因為性交易表彰的是女性被父權體制壓迫，一旦合法化，只會使更多女性掉入父權體制所設下的陷阱，成為性別暴力下的受害者。至於後現代主義女性主義的立場呢？由於後現代主義強調事件的去中心化（decentered）、多元化（polymorphous）以及偶然化（contingent）<sup>213</sup>，有論者曾經根據這些特性，針對「女體」（female body）與法律之間的關係為例，整理出三點後現代主義女性主義學者所關注的法律議題<sup>214</sup>：

### 一、法律允許並強迫女體的性行為化（the sexualization of the female body）

<sup>212</sup> *Id.* at 145.

<sup>213</sup> Frug, *supra* note 208, at 1046.

<sup>214</sup> *Id.* at 1049.

以法律禁止性交易行為為例，法律禁止性交易行為的相關規定中透漏了無數性別刻板印象，因為此種規定的前提是，女性本來就是性的客體、女性是脆弱的，因此需要這種法律的保護且女性的貞操是重要的，不可作為交易的對象，在這樣的規定下，女體喪失了其他多元的意義而被性行為化。透過對於性工作者的非難，社會同時也以性工作者的各種特質作為評價女性的標準，例如什麼樣的性是對的？什麼又是性感？性感之所以性感是因為性感彰顯了女性的美，還是因為性感宣示了女體性行為的開放？為什麼女性在追求性感的同時還要擔心風騷的言行舉止或是穿著性感的妝扮，會使她符合了若干性工作者之特質，而招致他人異樣的眼光？從後現代主義女性主義的眼光來看，我們應該要破除這樣的法律規定，因為這樣的規定加深了性別刻板印象。不過在此要特別說明的是，後現代主義女性主義並沒有認為什麼樣的法律規定就一定會導致什麼樣的結果，她們的目的只是在說明某些法律規定有「強化」性別刻板印象之嫌，應加以破除。也因此，她們也不排斥持不同看法的聲音，例如前述所提到過的 Mackinnon 教授就曾說：

“Feminist investigations reveal...that prostitution is not primarily an abuse of physical force, violence, authority, or economics. It is an abuse of sex. It need not and does not rely for its coerciveness upon forms of enforcement other than the sexual...If women are socially defined such that female sexuality cannot be lived or spoken or felt or even somatically sensed apart from its enforced definition, so that it is its own lack, then there is no such thing as a woman as such, there are only walking embodiments of men's projected needs.”<sup>215</sup>

簡單來說，Mackinnon 認為，性交易毫無疑問的是性別壓迫的一種，在此壓迫下，女性完全無法擺脫其被賦予的定義，女體則被簡化為男性的需求。這種說法顯然符合基進女性主義的精神，強調女性在父權社會中的無所遁形。論者所提出另一個極端是美國的流行天后瑪丹娜，瑪丹娜素來以性感火辣的風格風靡於全球流行

---

<sup>215</sup> *Id.* at 1053.

文化，當她被問到相關的問題時，她說：

“Well, I would like to point out that they're missing a couple of things, because, you know, I may be dressing like the typical bimbo, whatever, but I'm in charge. You know. I'm in charge of my fantasies. I put myself in these situations with men, you know....Aren't I in charge of my life?”<sup>216</sup>”

瑪丹娜說，儘管她的穿著就像是一個典型的性工作者，但是實際上她知道自己在做什麼，她對自己有掌控能力，就「像男人一樣」。這種說法顯然又是自由主義女性主義的說法，強調女性是可以透過努力擺脫壓迫的。後現代主義女性主義對於這兩個極端的說法都表示尊重，因為不同的人在不同的情況下，本來就可能導出不同的結論，重點是當特定法律規範在個案中強化性別之刻板印象時，我們就應該加以批判<sup>217</sup>。

## 二、法律允許並強迫以恐嚇之方法控制女體（the terrorization of the female body）

同樣以法律禁止性交易行為為例，因為法律禁止性交易行為，使得性交易工作者無法獲得法律以及執法者的保護，這樣的情況直接導致性交易工作者必須面對三方面的壓力，第一，是來自於顧客的威脅，娼者的高酗酒、高性病比例長久以來一直是性暴力行為的高危險群；第二，來自於老鴇、黑道、毒販的威脅，當性交易工作者受到性暴力的威脅時，因為無法求助於警察（警察的功能在於追緝性交易行為），所以為了自身安全，只好求助於老鴇或是黑道；第三，來自於疾病的威脅，因為性交易行為的不合法，地下化經營的多數性交易工作者無法選擇客戶，也無法預知客戶的健康狀況，因此被迫處於一個罹患性病及其他傳染疾病的恐懼。

性交易行為的不合法化，使得性工作者的生活處境每下愈況，並且使得社會對於性交易工作者的刻板印象永無翻身之餘地，在社會大眾的觀念中，娼妓永遠

<sup>216</sup> *Id.*

<sup>217</sup> *Id.* at 1054.

被認為是非法的、骯髒的、墮落的。論者認為，法律就是透過這種方式，使女性活在恐懼之中，告誡女性應儘可能避免與娼妓沾上邊，應選擇婚姻、選擇合法的性、保持貞潔<sup>218</sup>。從後現代主義女性主義的觀點來看，因為要破除刻板印象，因此當然不能容忍法律透過這種方式持續地污名化性工作者。不過在此必須澄清的是，希望破除社會對於性工作者的錯誤認知並不代表反對女性應該有貞操觀念等等，後現代主義女性主義的解讀重點不在於「結果」而是「過程」，結果的決定是個人價值判斷的選擇，我們應該努力的重點則是排除個人價值判斷過程中所參雜的不良因素。以貞操觀來說，本文前述也曾提及過類似的觀點，貞操的產生應該是自主決定，有可能是基於男女朋友之關係，當然也有可能是基於婚姻關係，但是絕不應該是基於社會觀念的脅迫與恐嚇。因此，反對性交易行為的不合法化並不代表支持所有性交易行為合法化之言論，這樣的結論下的太快了，我們所關注的是，相關法律所造成的結果使社會對於女體的刻板印象加深，而阻撓了女性自我決定之過程。

### 三、法律允許並強迫女體的母性化 (the maternalization of the female body)

禁止性交易行為的法律將「性」切割為合法的性以及不合法的性，不合法的性就是指性交易，而合法的性則是指婚姻中的性、用以建立家庭、傳宗接代的性以及母性的性。透過這樣的分類，法律彷彿在宣揚一種教導人民使用性的守則，性不是拿來當作娛樂用的，而是具有社會涵義的。這種貶低非婚姻中的性及褒揚母性的性連帶使得女體被母性化，而強化社會對於女性的刻板印象，因此必須要加以破除。就好比刑法處罰通姦罪也是一樣的道理，通姦罪也是將性分為合法的性以及不合法的性，這種規定同樣也是在褒揚母性的性而貶低婚姻外之性行為，繼而宣揚女體的母性化。

同樣的，必須澄清的是，我們討論的重點並不是說母性的性就不可以被褒揚，或婚姻關係中與非配偶之人所為的性行為不可以被責難，我們所非難的重點

<sup>218</sup> *Id.*



應該是法律不應該透過貶低非母性化的性而達到宣揚母性化的性的目的，因為在後現代主義女性主義的觀念下，應該要承認並且容許性的多元意義，有人為了追求幸福的家庭固然可以選擇母性的性，那麼對於為了生計而選擇性交易的性的人也應當與以尊重。

女體的母性化同時也反映於控制生育的相關法律當中，在著名的 *Roe v. Wade* 案件中，聯邦最高法院將懷孕的時期分為三個階段，在第一個階段（0~3 個月）中，政府無論如何不能干涉墮胎行為，只要負責的醫生許可，就可以進行墮胎；在第二個階段（3~6 個月）中，政府即可開始限制，但是僅限於在保護懷孕女性的前提下，始可對於墮胎程序加以限制；在第三個階段（6~9 個月）中，政府針對可獨立於母親子宮以外存活之胎兒，即負有保護之義務，此時政府即可針對此種類型之墮胎行為加以限制或禁止<sup>219</sup>。第三個階段固然是法院在母親以及胎兒之間所做的價值判斷，但是此種價值判斷在後現代主義女性主義學者的眼裡，簡直就是在宣示女性應該為胎兒犧牲奉獻的父權式教條。法律在告訴人民，使女性在若干的情況下非自願性地成為母親是法律所容許的，這樣的法律間接增強了女性的母體化<sup>220</sup>。

由上述的討論可知，後現代主義女性主義在法律上所討論的重點與前述所提及的自由主義女性主義以及基進女性主義皆有所不同，在後現代主義女性主義學者的眼中，傳統的學說都過於簡化且僵化了。每一個事件都是複雜的，其背後都有多重之意義，我們無法也不應該側重其中個別之意義再將其抽象化成為一套理論。在性交易的議題中，有些性交易工作者受到壓迫是事實，但是有些性交易工作者認為不讓他們合法經營性交易才是壓迫，身處不同條件下的人本來就會有不同的立場。從後現代主義女性主義的角度來看，探究這些立場的對錯意義不大，因為傳統上的立場只是展現多元意見的一環而已，她們所關心的是，法律不能在

<sup>219</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 (1973).

<sup>220</sup> Frug, *supra* note 208, at 1059.

個案中扮演強化女性刻板印象的角色。

相同的爭議也發生在色情影片產業的相關爭議中，基進女性主義者認為由於色情影片中充滿了性暴力，是引發女性在現實生活中的不平等因素之一，因此立法以民事求償的方式來處罰色情影片業者，姑且不論此種類型的法律嗣後被聯邦最高法院宣告違憲，對於後現代主義女性主義者來講，這樣的法律規定等於是硬生生的剝奪了色情影片背後的多重涵義<sup>221</sup>。就像性交易行為一樣，女性參與色情影片的演出固然有被壓迫的例子，但是也有人的目的是追求豐厚的報酬以改善自己的生活環境，並且主張自己也是靠汗水努力工作以換得相對應的利益。此外，色情影片的使用者也有很多種，絕非像基進女性主義者所主張的那麼單純（基進女性主義者主張觀看色情影片的目的是為了要模仿當中含有性暴力的橋段，並且應用在現實生活當中），有些人是拿來當作正常性行為的教學錄影帶，更有些人是藉此用來滿足性幻想，逃避現實生活中的倫理道德<sup>222</sup>。從另外一個較極端的角度來看，基進女性主義的理論等於是容不下具有性癖好的族群，在性暴力、性虐待中取得愉悅的人（不論是男性或是女性），想必是無法認同基進女性主義的主張。

## 第七節 小結

學者劉亞蘭的著作中有提到許多人抨擊自由女性主義是過時的，甚至可以說是負面的，本文深不以為然。以性侵害法為例，自由女性主義奠定了性自主權的基礎，藉由去差異的理論刻畫出一個男女平等的理想社會，儘管是以今天的角度來看，仍是功不可沒。自由女性主義的理念是建構一個性別完全平等的理想社會，在這個社會中，「性」與「道德」是全然分離的，因為性自主權本來就包括性行為的自由，不論是男性或是女性都不會因為性行為而受到道德或法律的責

---

<sup>221</sup> *Id.* at 1074.

<sup>222</sup> *Id.*

難，因此，貞操觀念也就當然不會被當作是衡量女性道德的工具。實際上，男性的性行為一直以來都是與道德不相干的。在男性的世界裡，性經驗越豐富或在性方面越有自信的人，反而時常會被認為是展現男子氣概的表率，而受到男性同伴的擁護或成為學習的對象。因此，男性的性與貞操無關。成熟男性若不具有性經驗，反而會被認為是男子氣概有所減損，而成為被貶低的對象。

在現代的社會中，性與道德的掛勾，是因為父權體制中婚姻制度的操作：父母希望嫁出一個「完整」的女兒、男性希望配偶未經其他男性染指、女性也因此將貞操作為評價自己道德的標準。父權將女兒出嫁當作「面子」之爭、甚至是「做生意」，基本上都是延續著過去將女性當作財產的邏輯。在一個性別完全平等的社會中，婚姻完全自主，人們可以依照自己的實力訂定契約。契約內容可以是一夫一妻制、一夫多妻制、一妻多夫制或是根本不承認夫妻制度，當婚姻不具父權式的意義時，性與道德就可以完全切割。切割的意義不在於鼓勵社會上的人們亂性，而是在於釐清一個觀念，那就是：道德的非難以及貞操觀念應該是從對等的契約（承諾）衍伸出來的，而不是一開始即施加在女性身上。換句話說，在一個性別完全平等的社會中，貞操觀念仍然可以存在，但是其功能在於要求自己或是合意的當事人，而不是作為整個社會衡量女性道德的標準。或許有人會問，一夫一妻制才是人性的本質，因為人類有佔有的慾望、有忌妒的心理，性與道德根本無法分離。但是一夫一妻制真的是人性的本質嗎？傳統上不管是東方或是西方都存在過一夫多妻制，一夫一妻制只不過是女性在性別平等上微不足道的要求而已，因此一夫一妻制根本不是人類發展的必然，而只是女性在父權體制架構下所要求的形式上平等。綜上所述，如果父權體制不存在，可能根本不會有婚姻制度，或是就算有，社會上的女性也不會將婚姻與性、道德連結在一起。在這種情況下，不論是男性或女性或許都可用一個全然獨立的個體生活於世界。

承接上述的邏輯，當性與道德、貞操脫鉤時，性侵害的本質就是一種暴力犯罪。但是以我國社會目前的狀況來看，性侵害似乎不僅僅是暴力犯罪，而是一種

不同於典型暴力犯罪的犯罪類型，否則何以性侵害犯罪黑數如此的高<sup>223</sup>？為何司法院針對性侵害程序還特別增訂「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」？由種種跡象我們可以得知，性侵害犯罪對被害人來講是一種特別的犯罪，特別之處在於被害人可能無法面對被告、被害人不希望審判過程是二次傷害、被害人可能反被貼上「淫蕩」的標籤、被害人可能因此被認為是一個喪失「貞操」的女人。這樣的結果是我國社會、歷史、文化累積之「實然」。那「應然」是什麼？為什麼連女性自己都要為自己貼上標籤？如果被害人將性侵害視為一個不具特別性的暴力犯罪，那麼被害人在審判的過程中就可以如同傷害案件一樣，站出來為自己爭取正義，而不必擔心受到傷害或是被污名化，這樣難道不是減少性侵害犯罪黑數以及維護性自主權最好的方法嗎？所以說，被害人的處境是人為製造出來的結果，性侵害犯罪的特殊性也是父權體制下的產物。由於女性被定位成男性的財產，結婚前是父親的財產、結婚後是丈夫的財產，「在家從父，出嫁從夫，夫死從子。」而貞操觀念就是基於這種邏輯下所衍伸的。這個社會不斷的教導女性：「因為妳的貞操是妳父親、妳丈夫的財產，一旦被別人奪去，這個財產的價值就被減損了，所以妳應該要時時戒慎恐懼。」父權體制下的立法者為了在法條上反映這種價值觀，因而認為被性侵害的女性與被單純傷害的被害人相較，性侵害案件的被害人除了身體上的痛楚以外，更須承受心理的創傷，所以才創設出獨立於一般暴力犯罪的性侵害犯罪。

自由女性主義與基進女性主義之間的辯論看似衝突，實則不然。基進女性主義的理論其實是建立在自由女性主義之上的，以 Mackinnon 為首的學者只是在提醒我們父權體制的強大與其影響層面的深度、廣度。至少在性侵害法中，她們並沒有全盤否認自由女性主義的成就。

由於不管採取傳統上任何一說，都有其缺點，最終都是在強化父權體制所設計的性別二分法。因為，當我們以所謂的「性別特質」作為討論中心時，我們可

<sup>223</sup> 根據調查，2007年通報性侵害案6千多件，僅3200件進入警政系統，起訴只有1900件，最後定讞到入監服刑不過600餘人。參見林偉妃，〈英國採樣6.33%最多 台灣僅0.15%〉，中國時報2008年7月29日A8版。

以發現自由女性主義所追求的目標，很容易變成「跟男人一樣」，無助於幫助女性特質的平反，反而會造成社會對女性特質的淡化與遺忘；相對的，基進女性主義因為過於強調父權體制的壓迫，雖然有意識到女性特質的被歧視，但是卻是無能為力，女性的能動性蕩然無存。因此，在結論上，本文認為我們應該要採用後現代主義女性主義的思考來看待性侵害犯罪，不再把焦點放在男性特質或女性特質，而是批判那些維持男女固定特質的外在因素。後現代女性主義所主張的理念，其實可以說是異中求同的作法。或許有人會認為後現代女性主義的理念跟第二章所提過的文化女性主義相背離，實際上並不盡然，後現代女性主義儘管反對性別刻板印象，但是並不反對女性特質的讚揚，相反的，她們反而認為所有人不分男女，都應支持、肯定女性特質。

將這樣的觀點套用在性侵害犯罪時，重點再也不是性侵害到底是暴力犯罪還是性犯罪的爭論，因為這兩者基本上都還是停留在討論性別的「本質」問題，我們所關切的應該是，性侵害法律當中，到底存在哪些規定限制了自由的性別表演或是強化了性別刻板印象。在討論性侵害的相關議題時，後現代主義女性主義的觀點可以適用於批判所謂的性侵害迷思（rape myth），因為各種性侵害迷思背後的共通特色就是法院是依照當事人性別的本質作為其經驗法則之基礎，例如法院可能存在著所謂理想的被害人以及行為人形象，可是後現代主義女性主義告訴我們，性別只是人們外在行為所作的表演而已，沒有什麼絕對，更不可能作為標準。拋棄性別成見不但可以讓法院在判斷事實時，能夠保持開放的心胸，更重要的是，被害人也能夠免於性別刻板印象之束縛或責難。以下第四章，本文將持續地以後現代主義女性主義為主軸，介紹學者間最常討論之若干議題。

## 第四章 後現代女性主義所關注之性侵害犯罪議題

### 第一節 前言

上一章的討論告訴我們兩件事，第一是法律或是執法者應該要容許「變異」，不可透過刻板印象將一個複雜的事件簡化，以免以偏概全，忽視事件的真相；第二，反應且強化性別刻板印象之法律或觀念應被破除，以幫助人們在個案中探究事實。透過自由主義女性主義以及基進女性主義的努力，明文的法律規定早已中立化了，但是法律形式上的中立不代表執法者的中立，亦即，無法保證性別刻板印象不在法官心證形成的過程中左右其在個案中的判斷，因此，下一階段的改革正是應該針對這些非明文化的錯誤刻板印象。

社會對於性侵害案件所存在的錯誤刻板印象學者間統稱為性侵害犯罪迷思 (rape myths)，是父權體制下性別歧視意識形態在性侵害犯罪中的具體展現。破除這些刻板印象的重要性在於避免法院試圖將性侵害案件中的行為人與被害人套用到刻板印象所塑造的特定形象中，在偵查或審判的過程中，一旦行為人或被害人之條件不符合這些形象時，就會因為違反檢察官或法官的「經驗法則」，而使法院無法達到有罪判決的心證門檻，最終造成對於被害人不利的後果並錯放行為人。透過後現代主義女性主義的批判，我們希望檢察官或法官在面對個案時，能夠放下心中的成見或是期待，以建立真正公平的司法環境。

### 第二節 性侵害犯罪迷思

#### 第一項 夫妻間不可能成立性侵害？

依照 Mackinnon 的說法，父權體制下的法律將女性分為兩個種類，第一種是「可能被性侵害的」(rapable)，另一種是「不可能被性侵害的」(unrapable)，其分類的標準是由男性來定義的，而不是由女性。所謂可能被性侵害的是指處女或年輕的女性，原因在於她們沒有能力同意；不可能被性侵害的則是指妻子或妓

女，原因在於她們早以行使了概括的同意，因此不可能再被性侵害了<sup>224</sup>。其中最明顯的例子就是妻子，許多國家的法律直到今日都認為丈夫不可能對妻子為性侵害行為，這就是所謂的「婚姻性侵害抗辯」(Marital Rape Exemption)。實際上，在性自主權的觀念開始普及以後，這種抗辯在邏輯上就沒有存在的空間，因為如果我們認真對待女性對性的同意權，男性與女性應該同時都是性的主導者，女性可以依照自己對性的需求行使同意權，並且自主決定是否要滿足或回絕男性對性的需求，但是婚姻性侵害抗辯從根本上架空了女性對性的同意權，使男性可以依據雙方的親密程度來行使其「性」的權利，一旦同意權被架空，所有的性自主權都將成為空談。

在傳統的英國普通法中，主要有三個理論支持「婚姻性侵害抗辯」的存在，第一種就是前述所提及過的財產理論，認為婚前的女性是父親的財產，婚後的女性則被過渡為丈夫的財產，而性侵害犯罪被定位為侵犯其他男性之財產犯罪，是以，丈夫對於自己的財產享有完全的處分權，當然不會構成性侵害，因為「所有權人」無法對自己所有之物成立竊盜或毀損<sup>225</sup>。第二種說法則是吸收理論，傳統上有認為夫妻在結婚以後，便在法律上合而為一，成為法律上的一個人，女方的法人格被吸收於男方的法人格當中且暫時性的失去效力<sup>226</sup>。不過上述兩種說法並沒有成為主流，真正成為主流的是 17 世紀英國 Hale 法官所提出的概括同意理論，他說：

“The husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract.”<sup>227</sup>

其背後的理論基礎基本上就是認為女性在同意將自己許諾給她的先生時，同時也

<sup>224</sup> MACKINNON, *supra* note 115, at 175.

<sup>225</sup> Anderson, *supra* note 116, at 1478.

<sup>226</sup> *Id.* at 1478-1479.

<sup>227</sup> *People v. Liberta*, 474 N.E.2d 567, 572 (N.Y. 1984).

放棄了性生活上的權利，所以說婚約包含了一個概括的、廣義的同意，而且這個同意是不可撤回的<sup>228</sup>，驚人的是，這種說法在美國實務上不斷的被引用在性侵害案件以及離婚案件中，一直到1970年代才開始逐漸鬆動<sup>229</sup>。

婚姻性侵害抗辯的理論基礎除了上述所提到財產理論、吸收理論以及概括之同意理論以外，亦有晚近的論者提出以下幾種常見的說法：

- 一、婚姻中的性侵害有其在蒐集證據上本質的困難。
- 二、婚姻關係中的性侵害訴訟很容易被離異夫妻的妻子拿來作為離婚訴訟爭奪財產的籌碼。
- 三、國家不應太過介入人民婚姻關係的私領域範圍。
- 四、性侵害若有成立的可能性，將導致婚姻關係陷於不平穩的狀態<sup>230</sup>。
- 五、夫妻間之強制性交與一般之強制性交顯不相同。

就第一點來講，性侵害案件的蒐證困難本來就是其特色，因為就客觀要件而言，性行為未必會對女性造成外傷，因此難以證明行為人的強迫手段，就主觀要件而言，我們更難判斷被害人當時到底有沒有同意。但是我們能說一種行為態樣因為難證明所以就可以不入罪化嗎？按照這個邏輯的話，如果未來科技發展到某種程度，使人可以不著痕跡殺人，那殺人罪是否要除罪化？所以說因為婚姻關係中很難證明妻子到底同意與否就乾脆認為婚姻關係中不會構成性侵害罪這種說法是不合理的。

就第二點而言，簡單來講就是男性認為女性會以性侵害作為理由而說謊，然而這種論述應該被視為父權體制的矛盾。父權體制一方面告訴女性要堅守自己的貞操並灌輸女性被性侵害是一件羞辱的事情，使女性在被性侵害後不敢或不願報案，在這種社會氛圍中，站出來指控男性性侵害的女性都應該是不惜一切代價「豁

<sup>228</sup> Fus, *supra* note 118, at 482.

<sup>229</sup> Anderson, *supra* note 116, at 1485.

<sup>230</sup> *Id.* at 484.



出去」的被害人，在被害人面臨這麼大的壓力下挺身而出，父權體制卻又指控女性利用性侵害的謊報來報復男性，為什麼女性在面對相同的事情時會呈現不同的面貌？實際上根據調查顯示，性侵害案件發生謊報的比率並沒有比其他的案件高<sup>231</sup>，因此，女性會謊報性侵害完全是出於父權式的想像當中。此外，我們可以延續著父權體制將女性視為男性的財產的觀念來理解這種思考模式，以性工作者為例，性工作者以性作為營利的工具，其身體的財產價值也因此被貶低，男性在此邏輯下會認為性工作者在此方面已經沒有什麼好損失了，因此他們根本不具備性侵害所要保護之法益，如果她們主張被性侵害，那一定是別有意圖。夫妻間也是一樣，在父權的邏輯下，女性從屬於男性，丈夫擁有妻子身體的所有權，在這種情況下，妻子根本沒有受到傷害，因此有關性侵害的指控顯然是誣告。

就第三點而言，有論者認為，刑法應具謙抑性而不應該使其負擔過重之道德任務，應考量家庭的社會功能而以民事或行政方式處理即可<sup>232</sup>，這種說法也是典型的父權式思想下的產物，針對這種說法，本文提出兩個質疑，第一，為什麼對妻子性侵害是道德而不是法律的問題？為什麼對妻子性侵害會被認為是侵害輕微的法益而適用刑法的謙抑性？性侵害的法定罪行顯然要比傷害罪重，刑法肯定妻子可以對丈夫提出傷害的控告，為什麼反而將性侵害設定為「道德」的違反？持此論述者顯然是將女性視為性的客體，而認為性在婚姻關係中是可以予取予求的。第二，為什麼公權力不能進入私領域的家庭糾紛？因為在父權體制下，「一家之主」是指男性，男性在家中享有絕對的控制權，自然會希望國家不要干預他的權力。

第四點的論述基本上是有點倒果為因，一般來講，通常是婚姻關係先出現裂痕然後才会有性侵害的問題，怎麼可以說因為婚姻關係中的性侵害被入罪化，就說這樣會導致婚姻生活的不美滿呢？而且嚴格說起來，婚姻美滿的夫妻也有成立性侵害罪的可能性，兩件事情根本不具有因果關係。論者提出這樣的理由其實是

<sup>231</sup> JULIE A. ALLISON & LAWRENCE S. WRIGHTSMAN, RAPE: THE MISUNDERSTOOD CRIME 3 (1993).

<sup>232</sup> 參見劉泳淇，前揭註 16。

男性擔心他的男子氣概因此受損，在父權體制下，男性被要求要對家庭的合諧與美滿負責，且男性在性關係中被定位為陽剛的，女性則被定位為陰柔的，父權體制要求男性必須有能力支配夫妻的性關係<sup>233</sup>，因此，實際上是男性害怕「家醜外揚」而損及其男子氣概，這與適才所闡述之男性希望「家務」留在私領域的道理是一樣的。

就第五點而言，採取此種說法之論者亦有提出以下之理由：（一）配偶之強制性行為不同於陌生人之強姦，蓋前者只是妨礙妻之性交時機或環境之決定權，後者則是妨害其性交對象之決定權。（二）丈夫為熟人，暴徒為陌生人，對於被害人可能造成的危險性不同。（三）正常婚姻內違反妻子意願之性行為，屬於感情問題，無反社會性，與婚姻外強姦有反社會性者不同。（四）對丈夫提出性侵害犯罪之控訴，未獲民眾普遍支持<sup>234</sup>。然而實際上，根據實證研究顯示受到性侵害的女性當中，若行為人是陌生人，有百分之 39 的被害人會因此產生長期的陰霾，而如果加害人是被害人的丈夫的話，卻有百分之 52 會因此產生長期的陰霾。這個數據意味著被丈夫性侵害的後果事實上是比較嚴重的，其原因在於妻子不只是受到了一般性侵害所會產生的打擊，更必須承受背叛、不信任以及孤寂，此外，就個案之情節來看，婚姻中性侵害所涉及的暴力程度更不下於一般情形下的性侵害<sup>235</sup>。因此，婚姻關係中的性侵害比之一般情形下的性侵害而言，簡直是有過之而無不及。但是為什麼婚姻關係中的性侵害不獲民眾的支持？其原因在於被害人害怕被污名化，擔心社會反將矛頭指向她，有更多女性則是基於經濟上的因素或是與子女情感上的連結而忍辱負重<sup>236</sup>。

以目前美國各州的法制而言，約有一半左右的州完全廢除了婚姻關係之抗辯，有兩個州還維持這種抗辯（肯塔基州、奧克荷拉瑪州），其餘的州則是有條件的廢除，例如婚姻期間的性侵害會比無婚姻關係的性侵害罪行要低，或是在某

<sup>233</sup> A. Johnson 著，前揭註 2，頁 239。

<sup>234</sup> 參見薛文郎，前揭註 12，頁 3-5。

<sup>235</sup> BOURKE, *supra* note 97, at 320-321.

<sup>236</sup> *Id.* at 322.

種程度的強制下才能主張被性侵害<sup>237</sup>，學者認為維持此種抗辯的州法基本上都還是肯認概括同意說的邏輯<sup>238</sup>。例如某些州認為當妻子處於心神喪失或精神障礙的狀況時（例如喝醉），對之為性行為的丈夫就不應該成立犯罪，反對這種說法的學者認為這種說法等於是概括同意說的延伸，支持這種說法的學者則是認為基於夫妻雙方長久共居關係所生之默示同意，此時不應該處罰丈夫，兩種說法至今都有支持者，也造成了很大的爭議<sup>239</sup>。世界上雖然大多數的國家已經將婚姻關係中性侵害入罪化，但是根據統計包括阿爾巴尼亞、保加利亞、克羅埃西亞、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、俄國、塞爾維亞、烏克蘭、印度、馬來西亞、新幾內亞等國目前都還保有婚姻性侵害抗辯的規定<sup>240</sup>。

我國在 1999 年透過婦女團體的努力，將刑法第 221 條之「姦淫」改為「性交」，立法理由謂：「原條文中『姦淫』一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為『性交』。」在文義解釋下，夫妻間之性侵害當然亦可包括在內。此外，第 229-1 立法理由謂：「對配偶犯第 221 條之罪者，或未滿 18 歲之人犯第 227 條之罪者，須告訴乃論。」亦明示刑法所規範之性侵害包括夫妻間之性侵害。惟我國修法至今因為資訊的不透明，因此無從知悉婚姻中性侵害的實際情形，不過根據報章雜誌中的實務工作者受訪指出，婚姻強暴發生頻率大約是陌生人強暴的 2 至 8 倍<sup>241</sup>，顯示我國婚姻中性侵害犯罪的犯罪黑數極高。

## 第二項 熟識者性侵害不是真正的性侵害？

雖然婚姻性侵害抗辯至今已多被挑戰、推翻，但是實際上它卻是以熟識者性侵害的形式存在於性侵害犯罪之中，它影響的範圍不但沒有縮減，反而更為擴

<sup>237</sup> Lyon M. R., *No Means No: Withdraw of Consent During Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 277, 283 (2004).

<sup>238</sup> Anderson, *supra* note 116, at 1501.

<sup>239</sup> *Id.* at 1500.

<sup>240</sup> Fus, *supra* note 118, 484.

<sup>241</sup> 王昭月、胡宗鳳、林秀美、梁玉芳，〈婚暴受害者 半數伴隨性暴力〉，聯合報 2007 年 6 月 19 日 A3 版。

張。跟婚姻中的性侵害一樣，在父權式的邏輯下，熟識者間所發生之性侵害是很難建立的，主要的原因在於這種態樣的性侵害犯罪與傳統上人們所認知的性侵害犯罪之間有很大的一段差距。

本文在第二章就曾經引述學者 Allen Johnson 的著作介紹過，父權社會有三項特徵，分別為「男性支配」、「認同男性」以及「男性中心」，根據這些特徵，父權社會中的人們崇拜男性特質、高度評價男子氣概，而所謂的男性特質、男子氣概則是包括競爭好鬥性格、攻擊性格以及剛強性格等等。那麼在這樣的社會氛圍下，又會產生什麼影響呢？Andrew Taslitz 認為，因為好鬥性、攻擊性被社會認為是男性「應該」要有的特質，因此社會就會對於男性所展現的攻擊性持較為寬容的態度，而這也直接導致了男女兩性在許多事情上的認知差距<sup>242</sup>。另外，好鬥性、攻擊性等特質會驅使男性將社會中一切事務視為一種比賽、一種遊戲，有遊戲就會有輸贏，而男性懼怕輸，因為輸的可能不只是遊戲本身，有時更可能輸掉他的男子氣概。以性為例，許多男性可能會認為求偶是一種征服的遊戲過程，而征服在本質上本來就容許一定程度的強制力，因此以暴力或是武力來贏得遊戲的勝利也並無不可，男性認為女性打扮性感、參與瘋狂派對或是與男性飲酒作樂就是願意參加遊戲的象徵<sup>243</sup>，男性誤以為女性也遵從這樣的遊戲規則，誤以為女性推崇在這種情況下他所展現的男子氣概，因而推定女性同意強制力的行使，就是在這樣的認知差距下，產生了熟識者性侵害犯罪。這樣的互動在父權式的想像中都是正常的，因此身為父權體制中的受益者，許多男性壓根兒不會覺得這是性侵害，因為他完全照著社會給他的劇本在演出。

可是女性就不同了，配合這個劇本與男性發生性關係完全不是她心中所預期的結果，當她發現約會的對象步步進逼時，她很直覺地就在第一時間表示了反對的意思，可是對方卻毫無所動，反而因此愈加興奮，她沒做出進一部更激烈的反抗，因為她感受不到對方要「性侵害」她的「敵意」，這種情形與她認知中的性

<sup>242</sup> TASLITZ, *supra* note 202, at 25-26.

<sup>243</sup> *Id.* at 26.

侵害好像不太一樣。等到一切都結束的時候，她陷入困惑，懷疑自己到底是否被性侵害，就直覺來講答案是肯定的，但是事實上她仍然感受不到對方的敵意。此時，她可能會陷入某種程度的自責當中，因為她會懷疑是不是自己「誤導」了對方，可能要一直等到她看清事實的真相時才會確定自己已經受到了性侵害。這種性侵害犯罪，因為一方面擴張了男性使用強制力的範圍，另一方面又縮減了女性拒絕男性的空間，因此常被認為不是「真正的性侵害」(real rape)。

那麼什麼才是真正的性侵害呢？著名的學者 Susan Estrich 曾說：「傳統的觀念總是認為性侵害犯罪的行為人是揮舞著刀的陌生人<sup>244</sup>。」在這種情況下，由於被害人與行為人之間互不認識，沒有提出認知差距這種抗辯的空間，且因其具有暴力色彩而多半會造成被害人之外傷，因此比較容易成罪。無奈的是，在現實生活中，大多數的性侵害犯罪其實都是熟識者性侵害，行為人與被害人往往並非全然的陌生，雙方的關係可能是親戚、男女朋友、同學或是普通朋友。是以，熟識者性侵害又稱為約會性侵害 (date rape)，理由就是在於這種性侵害犯罪所發生的背景往往是一個朋友或情人間單純、浪漫的聚會，法院在個案中依照各種客觀的事實，常常會因為被害人是自願接受行為人的邀請、自願進入行為人家中、自願與行為人飲酒談天、自願與行為人親吻愛撫，最後，自然而然地與認定發生性關係也一定是自願的。此外，由於熟識者性侵害鮮少使用武器或暴力，也鮮少造成被害人受傷，因此，熟識者性侵害所發生之整體情境，常使得被害人較不容易說服法官性侵害犯罪已發生<sup>245</sup>。

熟識者性侵害中所涵蓋的迷思有很多，例如，許多男性會認為如果一個女性願意搭上他的車或是進入他的家中，那就一定同意與他發生性關係；一個女性如果接受一個男性的親吻或愛撫，就代表她願意發生性關係；一個女性如果過去曾經同意與一個男性發生親密關係，那就一定會同意將來所有的親密舉動；女性如果接受男性的禮物或是服務，就代表她願意用身體來償還；女性在親密舉動的過

<sup>244</sup> SUSAN ESTRICH, REAL RAPE (1987).

<sup>245</sup> Robinson, *supra* note 204, at 631-632.

程中如果說「不」，其實是在說「要」，女性說不的原因只是想自抬身價、裝矜持，其實她心裡也是很期待發生性關係的；女性的反抗是「欲迎還拒」，目的只是在挑逗起男性征服的慾望罷了；女性就算一開始拒絕或反抗，那也不用理會，因為一旦開始後，她很快就會因為懾服於我的男子氣概而改變心意了。

針對這些性侵害迷思，過去的性侵害犯罪改革所帶來的成效似乎十分有限，例如以密西根州的改革為例，密西根州法以強迫作為性侵害犯罪的唯一要件，但是實際上熟識者性侵害犯罪的態樣多半缺乏強暴脅迫的性質，很多案件的行為人並沒有使用物理上的強迫或是心理上的脅迫，更沒有使用任何武器或是迷幻藥物，與其說被害人被行為人制服的，不如說被害人是在驚恐中被性侵害，而被害人陷入單純的驚恐並不構成密西根州法下的強迫<sup>246</sup>。

相對的，有些州在實體法中刪除了性侵害犯罪中「強迫」的要件（如第三章所提到過的佛羅里達州、紐澤西州、華盛頓特區），並單純以被害人的「不同意」來建構性侵害犯罪，希望藉此宣示性侵害犯罪不以被害人的反抗為要件以及當女性說「不」的時候就是「不」等理念。可是，問題是所謂的同意或不同意是從誰的觀點來看整個事實？從刑法的角度來看，被害人的不同意是性侵害犯罪的客觀要件，從行為人的角度來看，被害人此時的不同意被誤會成是無關緊要的，因為根據性侵害迷思，女性的不同意是建立在挑逗男性或是對於自己慾望的不瞭解，故客觀構成要件根本不該當，不構成犯罪。但是從被害人的角度來看，此時客觀構成要件早已該當，就算行為人沒有性侵害的直接故意，也應該成立間接故意或過失犯（先姑且不論性侵害有無處罰過失犯）。

針對這個認知錯誤的難題，有學者認為，此時應採取女性的標準來判斷被害人是否已經同意，因為畢竟問題的核心在於同意與否，而女性正是同意權行使的主體<sup>247</sup>，持此說的學者認為，刑法上所謂的客觀構成要件既稱之為「客觀」，所指的應既不是男性的標準也不是女性的標準，而是以理性合理的第三人角度來做

<sup>246</sup> *Id.* at 649.

<sup>247</sup> Lois Pineau, *A Response to My Critics*, in DATE RAPE: FEMINISM, PHILOSOPHY, AND THE LAW (Leslie Francis ed., 1996).

為標準。可是在性侵害迷思的操作下，客觀往往會變成男性的客觀，最終導致行為人脫罪的捷徑。因此，應採取女性的標準來作為同意的判準，女性打扮性感或是接受男性的殷勤等行為並不當然表示願意發生性關係，且就算被認為是願意，女性也有權隨時撤回同意<sup>248</sup>。不過反對的見解認為，刑法評價的對象是行為人的行為，自然不應完全脫離行為人所認定的事實，例如，如果一個女性從小的生活文化即是以碰觸胸部作為打招呼的方式，當一個外地來的男性碰觸到了她的胸部時，她報以親切的微笑，如果這個男性誤以為他可以對對方為更進一步的舉動時，我們應該完全以這位女性的角度來看待這個事件嗎<sup>249</sup>？很顯然答案應是否定的，這個例子告訴我們，重點根本不應該是女性怎麼想，而應該是行為人即男性所想像的到底「合理或不合理」<sup>250</sup>，也就是說男女間在個案中的認知差距是否足以為大眾所接受，又或者是說行為人在合理的情況下應了解多少程度的女性觀點<sup>251</sup>。如果我們建立一個光譜，極左是男性的主流觀點（即包括特定程度的性侵害迷思），而極右則是女性的主流觀點，兩者皆應為判斷行為人之行為或誤認是否合理的「參考」，但是兩者皆不應當作為決定性的判準，真正的標準應該是介於中間的某一點。這樣的觀點也就回應了第三章所介紹之後現代主義女性主義的想法，後現代主義女性主義既然希望破除性別的刻板印象，則破除的目標除了男性霸權的觀點以外，當然也應包括全然女性的觀點。

另一個與熟識者性侵害相關的迷思是「插入後性侵害」(post-penetration rape)的議題。所謂的插入後性侵害是指在合意性交的過程中，女方中途反悔並表示不同意，此時構不構成性侵害的問題。由於插入後性侵害最常發生的情況就是在熟識者性侵害的案件當中，因此熟識者性侵害會碰到的性侵害迷思插入後性侵害都會碰到，且後者的強度有過之而無不及。前文已提及過，男性在性侵害迷思的操作下，會將單純的約會、飲酒作樂視為同意性交的象徵，嗣後就算女性表示反對，

---

<sup>248</sup> *Id.* at 16.

<sup>249</sup> *Id.* at 44.

<sup>250</sup> *Id.*

<sup>251</sup> *Id.* at 45.

也會被刻意忽略或是誤解。相對的，插入後性侵害發生的時間點更晚，因此更難挽回，也更容易遭受誤解。此外，許多人相信，男性在特定時點以後就無法控制自己的性慾，因此插入後性侵害犯罪根本不應該被認定為犯罪。曾經有一份調查顯示，有百分之 54 的大學男性學生認為當女性同意性交後卻又反悔時，男性是可以使用強迫力的，可是實際上這樣的說法完全沒有任何科學上的證據<sup>252</sup>。在過去，立法者多半沒有針對插入後性侵害為過多的規定，因為這只是一種性侵害的態樣而已，由既有的性侵害法即可涵蓋。但是在 2003 年時，伊利諾州州法針對熟識者性侵害新增了一項規定，該規定如下：

“A person who initially consents to sexual penetration or sexual conduct is not deemed to have consented to any sexual penetration or sexual conduct that occurs after he or she withdraws consent during the course of that sexual penetration or sexual conduct.”<sup>253</sup>

此規定的制定，學者認為有幾個重要意義<sup>254</sup>：第一，法律肯定同意權行使的時間點可以向後延伸到任何時點，甚至到了性交的過程中都可以臨時撤回，貫徹「不就是不」的原則，同時也提醒審判者不應該將審判的重點放置在犯罪尚未發生的前階段行為，因為就算被害人同意與行為人出遊、聊天、愛撫甚至性交，只要在最後的階段行為人有撤回同意，就立即構成性侵害犯罪。第二，法院不應期待被害人以外傷證明性侵害，因為既然前階段所有行為都有可能是合意的，則被害人受到外傷的機率自然就會減低，而沒有外傷不代表被害人在性交的整個過程都是合意的。第三，被害人較願意通報性侵害案件，因為警察或是法院會比較願意相信被害人的說法，就算被告抗辯兩人是情侶或是合意的出遊、飲酒，也不代表被害人一定願意發生性行為，換言之，在過去審判中十分重要的一種抗辯，即被害人與被告的關係，此時將變的無關緊要，另一方面，此種規定也較能增進被害人

<sup>252</sup> Dana Vetterhoffer, *No Means No: Weakening Sexism in Rape Law by Legitimizing Post-penetration Rape*, 49 ST. LOUIS U. L.J. 1229, 1257 (2005).

<sup>253</sup> 720 Ill. Comp. Stat. 5/12-17(c) (2003).

<sup>254</sup> Vetterhoffer, *supra* note 252, at 1244.



的自覺，由於熟識者性侵害常被認為不是真正的性侵害，因此被害人常常猶豫，因為連被害人自己也不確定這樣到底算不算是性侵害。

### 第三項 理想的被害人與行為人形象

性侵害迷思除了設定了被害人與行為人的理想關係以外，還設定了被害人與行為人的理想形象。就被害人的部份而言，在一個普通傷害案件中，法院不會刻意重視被害人是否為較為柔弱的一方，更不會期待被害人在法庭中展現特定形象，受傷的被害人要表現的楚楚可憐或是義憤填膺，法院完全悉聽尊便，因為這些要素對於犯罪事實而言無關緊要，法院不會因為被害人所表現出來的外在形象而改變法院對於被害人犯罪行為的評價，相對的，法院所著重的應該是在行為人身上，行為人應該要在審判中表現出無知、無辜或是後悔，希望能減輕罪責，甚至建立專業、親切或是有教養等形象。例如在毀謗或是公然侮辱的案件中，在法庭中聰明的被告一定不會展現粗俗或是暴力的形象，反而會穿起西裝，並且梳理打扮一翻。可是在性別意識的操作下，性侵害案件中的被害人出庭時的言談、情緒以及舉動都會被拿來當作成為與案件相關的評價對象。如果被害人表現地過於哀傷，法院可能會懷疑被害人是否試圖欺瞞法院；如果被害人的態度展現地過於冷靜，法院可能因此認為被害人工於心計，試圖以刑逼民，索取賠償；如果被害人展現地過於憤怒，法院又可能懷疑被害人是不是因為與行為人有感情上的糾紛而藉此報復<sup>255</sup>。因此，與法律上常見的「舉證責任」(the burden of proof)相較，檢方與被害人如果想要勝訴，就必須遵循性侵害迷思所設下的「劇本」而負擔額外的「表演責任」(the burden of performance)<sup>256</sup>。學者 Andrew Taslitz 對於完美的表演內容給了一個概括的名稱叫做「無聲的被害人」(silenced voices)<sup>257</sup>。所謂無聲的被害人是指，社會所期待的被害人在整個犯罪過程中應該是安靜的、弱

<sup>255</sup> Corey Rayburn, *To Catch a Sex Thief: the Burden of Performance in Rape and Sexual Assault Trials*, 15 COLUM. J. GENDER & L. 437, 438 (2006).

<sup>256</sup> *Id.* at 440.

<sup>257</sup> TASLITZ, *supra* note 202, at 48.

勢的、被動的、難過的、痛苦的、羞恥的。如果被害人不符合這樣的形象時，就會因為無法落入社會及法院所期待的女主角形象而不具說服性。

就行為人的部份而言，本文前述已提到過在父權體制的操作下，社會對於男性使用暴力採取較寬容的態度，因為這被視為是男子氣概的一環。那麼寬容的極限為何？什麼樣的情形才是典型的性侵害犯罪行為人形象？Taslitz 認為，在西方文化中，所謂典型的性侵害行為人形象是「黑色野獸」(black beasts)<sup>258</sup>，也就是將黑人男性定義為半人半獸的動物。這種形象的塑造源自於對於黑人的恐懼，例如在著名的文學作品 *Heart of Darkness* 之中，一位 19 世紀末的英國人赴非洲剛果工作時，他對當時他所見到的非洲原住民的形容如下：

“We are accustomed to look upon the shackled form of a conquered monster, but there - there you could look at a thing monstrous and free. It was unearthly, and the men were - No, they were not inhuman. Well, you know, that would come slowly to one. They howled and leaped, and spun, and made horrid faces, but what thrilled you was the thought of their humanity - like yours - the thought of your remote kinship with this wild and passionate uproar.”

在這位英國旅人的見聞中，非洲黑人是野蠻的、恐怖的、醜陋的以及充滿精力的，與其說黑人是「人」，不如說他們是野獸。這個充滿野性的族群在種族歧視的交互渲染之下，便成為強暴犯的典型。這樣的刻板印象從歐洲傳播到了美國，在美國南北戰爭前後，因為南方的黑人多為奴隸，因從事勞動工作且未受教育因此更增添了他們野蠻的形象。當時南方各州的法院甚至例外在黑人男性對白人女性的性侵害案件中，容許對於行為人判處死刑<sup>259</sup>。這樣的刻板印象到了現代社會，雖不至於像過去一樣將黑人直接定位成性侵害犯，但是過去黑人奴隸的特質卻仍然被認為是今日社會性侵害犯人應該要有的特質，例如野蠻、暴力、強壯、教育程

<sup>258</sup> *Id.* at 28.

<sup>259</sup> See D. Aaron Lacy, *The Most Endangered Title VII Plaintiff? Exponential Discrimination Against Black Males*, 86 NEB. L. REV. 552, 567 (2008).

度低等等。是以，若行為人不具有上述的這些特質時，行為人便不符合強暴犯的典型形象，而因為行為人已盡了他的「表演責任」，故接下來的表演責任移轉到了被害人的一方，法院在此時便會回過頭來看看被害人是否具備被害人的典型形象。

針對行為人與被害人的形象，Taslitz 在書中提到了類似的案例，在該案件中，被害人是一位 54 歲的心理治療師，當時她正獨自在野外露營，而行為人則是一位流浪漢，在她被性侵害的過程當中，她的專業告訴她要盡量迎合對方的需求，因為對方可能有精神上的疾病，否則她很有可能會遭受到比性侵害還要更嚴重的傷害。因此，當行為人開始拉扯她的衣服時，她就主動跟行為人表示合作的意願，並且告訴行為人她會自己把衣服脫掉，在行為人完成性侵害行為後，兩人便開始對話，被害人試圖用自己的專業來安撫行為人的情緒，並希望藉此避免行為人做更暴力的行為。到了早上，行為人依然不肯離去，被害人只得繼續迎合行為人。最後，行為人終於自行離去了，離開前他向被害人索取了一些金錢，甚至主動留下自己的名字。在審判中，行為人的辯護人為行為人換上西裝，整理好儀容，並且開始對陪審團陳述一個完全不同的故事，行為人否認有任何性侵害之情事，但是卻承認兩人的確有為性行為，被害人是基於同意而與他為性交，行為人甚至將整起事件定位成一個野外的浪漫奇遇。最後，陪審團基於被害人主動配合為性行為以及在能逃跑時而未逃跑為由，採信被告的說詞而使被告獲判無罪<sup>260</sup>。

首先就行為人的部份而言，本案行為人在律師的指示下讓自己的言行舉止偏離了社會對於性侵害犯的刻板印象，成功地使表演責任移轉到了被害人身上。就被害人的部份，Taslitz 認為，陪審團判決無罪的原因是認為任何人在站在當時被告的角度都會覺得對方已經同意了，其原因在於被害人完全配合行為人的要求，被害人沒有經過任何掙扎且沒有留下任何傷痕。此外，根據被害人的證述，行為人在當時是遊盪於山林間的流浪漢，被害人無論是在生理或心理的狀態都優於行為人，被害人怎麼可能沒有機會逃跑？最重要的是，就算陪審團相信被害人真的

<sup>260</sup> TASLITZ, *supra* note 202, at 45-47.

沒有同意為性行為，陪審團也會認為被害人被性侵害是她應該得到的懲罰，因為她的行為舉止完全顛覆了社會對於女性的要求，一個女性怎麼可以獨自一人到荒郊野外露營？為什麼沒有對突如其來的性行為要求斷然拒絕？性侵害的被害人怎麼可能冷靜面對行為人，並且在某種程度上反而成為了整起事件的主導者？這些細節因為抵觸了社會給被害人的劇本而直接導致控方的敗訴。

我們也常常可以從新聞報導中看到諸多因為違反無聲原則而受到譴責的案例，例如中國時報在今年9月19日的一則社會新聞，標題是「虐童母誣告性侵，檢還社工清白」，一名黃姓男社工涉嫌性侵被虐女童的母親，根據女方的說法：「...她進房為女兒收拾衣物，黃尾隨威脅她說：『妳傷害小孩的行為可移送法辦，除非妳跟我做那檔事...』她因心生畏懼而遭性侵，黃事後又堅持聲請保護令，她始知受騙...。」此案最後以證據不足而不起訴，而該女則被提起誣告罪的告訴<sup>261</sup>。從法律人的觀點來看，檢察官因為證據不足而不起訴的性侵害案件比例過高，長久以來國內外學界對此皆有諸多批評，因此不起訴本來就沒有特定的意義，只代表了檢察官認為在本案中沒有勝訴的把握而已。本案中檢察官不起訴的標準為何？個案中的證據到底有哪些？我們從報導中無從得知，因此也無法加以評價。本文在此欲非難的是，報導中不斷強調該女長期虐待女童以及社工人員長期遭受當事人威脅、恐嚇的事件，在本報導中，似乎已把該母親貼上了不適格的標籤，當中所透漏的邏輯是，一旦一個女性的母職受到了否定，連帶地其他所有行為都將受到否定。透過記者的敘述，她成為了整起事件的主導者，試圖用性侵害作為藉口報復對他做出不利決定的社工人員，這種做法將母職的失敗與說謊、報復連結在一起，並譴責強勢的被害人，使被害人完全背離社會所期待的無聲原則。

還有另一則新聞，據聯合報在今年10月7號的一則社會新聞，標題是「部屬妻控性侵，卻暱稱他老公」，報導指出：「警官被控性侵昔日部屬妻子廿多次，台北地檢署調查卻發現，這名女子以『老公』稱呼李，曾傳送多則示愛簡訊，還寫了兩封情書，認定李未性侵，昨天處分不起訴。」而情書的內容是：「『老公認

<sup>261</sup> 陳慶居，〈虐童母誣告性侵，檢還社工清白〉，中國時報2009年9月19日C2版。

識你，你讓我快樂，讓我發現老公的愛，愛你』、『不管這是幾世姻緣，都無法解釋我倆相愛很深』<sup>262</sup>。」本篇報導一樣是將該名女子設定成是件的主導者，認為性侵害案件其實是該女外遇的煙霧彈，將外遇、說謊、報復連結在一起，因此也同樣違反了被害人的無聲原則，使被害人喪失「理想」的形象。

### 第三節 小結

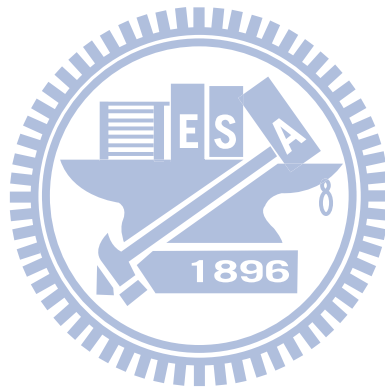
本章介紹了三種態樣的性侵害迷思，分別為婚姻性侵害抗辯、熟識者性侵害以及理想的被害人與行為人形象。本文在第二章時就曾提及，父權體制是一種意識形態，他會試圖將一切事務納入其所建立的邏輯當中以自圓其說，而性侵害迷思的功能就正是如此，試圖將性侵害犯罪的態樣限制到父權體制邏輯下所容許的小框框裡，這種作法明顯違反了後現代主義女性主義的思維。按照後現代主義女性主義的想法，性別議題應容許變異的存在，不可以用同一個邏輯套用到所有的事件當中。所以夫妻也有可能成立性侵害，朋友間同意聊天、親吻、愛撫不代表同意性行為，表現強悍的被害人不代表沒有受到性侵害的打擊，斯文有禮的白領階級不代表不會是性侵害犯，一旦都應回歸到個案的細節，排除成見並從中立的角度判斷之。

令人好奇的是，當兩個不同的性侵害迷思在同一個案件中發生時，會產生什麼樣的結果？例如曾經在美國轟動一時的拳王泰森（Mike Tyson）性侵害案，當時泰森被控性侵害一名 18 歲的黑人女性，這個案件當中有兩個關鍵性的性侵害迷思同時發酵，第一，泰森是當時美國拳壇的重量級冠軍，他是黑人又是在最暴力的運動中表現最好的運動員，因此理所當然會成為人們理解下的典型性侵害犯罪行為人；可是，另一方面證據指出被害人在案發當日凌晨兩點的時候，自願進入泰森的豪華轎車中，並隨之進入泰森居住的旅館<sup>263</sup>，因此案情又類似前文所介

<sup>262</sup> 熊迺祺，〈部屬妻控性侵，卻暱稱他老公〉，聯合報 2009 年 10 月 7 日 A10 版。

<sup>263</sup> Kevin Brown, *The Social Construction of a Rape Victim: Stories of African-American Males about*

紹的熟識者性侵害。本案的結果是泰森被法院判決有罪，從結果來看或許是令人滿意的，但是實際上有罪的判決並沒有平息本案未當時的美國社會所帶來的爭議，多數的人們還是同情泰森的，他們認為一名 18 歲的女性如果動機純正，就根本不應該在凌晨兩點時出現在泰森的車中，更不應該隨之進入泰森的旅館。此外，長久以來泰森在職業上的成就已經使他成為典型的野獸，一般人應該都會認清在那樣的時間地點與泰森獨處會發生什麼樣的事情，被害人不但沒有迴避反而把自己送入虎口，不是故意的就是活該。最後，泰森當時的事業如日中天，許多人懷疑被害人其實是以性侵害勒索泰森，謀取賠償金。由本案例中我們發現，在某些情況下，就算是行為人完全符合刻板印象中的性侵害行為人形象，社會還是會選擇譴責被害人，就算法院的判決最後還給了被害人一個公道，但是被害人仍需負擔社會對她的批評。



## 第五章 以女性主義法學的觀點

### 檢討我國性侵害犯罪法律改革與審判

#### 第一節 前言

介紹完美國的妨害性自主罪的改革歷程以及其所面臨的新挑戰後，本章要回過頭來看看我國的法律規定以及修法歷程。1999 年我國針對舊法中的「強姦罪」進行了全面性的修正，在舊法的體系下，強姦罪歸屬於第 16 章「妨害風化罪」中，而新法將第 16 章改為「妨害性自主罪」，並將妨害風化罪劃至新增訂的第 16 章之 1。至此，傳統上的強姦罪在法體系上完全脫離社會風化的大帽子而自成一格。這樣的修正究竟具有什麼樣的涵義？本章第二節擬從舊法的體系開始談起，介紹在舊法下，立法者的整體邏輯為何。在第三節則將介紹我國法在 1999 年以後陸續進行了哪些修正，並將之與美國的修法運動相互比較。第四節係針對我國修法後之判決進行分析，以檢驗我國修法之實效為何。第五節則為小結。

#### 第二節 舊法時代下的妨害性自主罪

##### 第一項 社會風化與貞操觀念

從刑法整體的體系來看，第 1 章到第 10 章保護的法益是國家法益；第 11 章到第 21 章所保護的是社會法益；第 22 章到第 35 章所保護的是個人法益，根據這個體系，我國舊刑法中強姦罪由於規定在第 16 章妨害風化罪當中，因此可推知強姦罪所保護的法益是社會風化，其本質上是一種社會整體法益的侵害。但是事實上，所謂的社會風化是社會上多數人所認同的道德標準，在父權體制中，由於人們崇尚男性價值，所以社會風化自然也是依照男性標準而產生，由此產生的社會風化由於服膺於男性所認同的道德標準，因此刑法中的妨害風化罪章，美其名是妨害「社會」風化，但是實際上只是妨害男性的道德規範。跟本文在前述第三章所介紹的一樣，在性的領域，男性道德標準所設下的規範是「貞操」觀念，

再由貞操觀念做為核心價值演變為父權體制的「性秩序」，這樣的邏輯不論是在美國或是我國其實都是一致的。這樣的一致性絕不是東西文化各自發展下的偶然，而是父權體制的精密操縱，而這也代表了父權體制是超越國籍、種族、文化的。

什麼是貞操觀念下的性秩序呢？本文在前文中不只一次強調女性在父權體制的操作下，過去被定位成男性的財產，結婚前是屬於父親的財產，結婚後則是屬於丈夫的財產，而評價財產價值的就是貞操觀。結婚前女性的貞操表彰了女性價值的完整性，如果貞操有所減損，就代表女性的價值有所減損而成為具有瑕疵之物，受損的不是女性本身，而是對女性擁有所有權的父親受損，因此父權體制下的貞操觀念禁止女性在婚前為性行為，目的就在於保全女性身體的價值。結婚後的女性因為貞操已被丈夫擁有，此時貞操轉換變「名節」，所謂的名節是不許女性與丈夫以外的人為性行為（不論是自願或是被迫）。名節所保護的也是男性的利益，什麼利益呢？除了財產權的完整性以外，還包括了確保父系家族血統純正的利益，也才能因此確保繼承人繼承家族財產的合法性。在傳統觀念中，若已婚女性因為被性侵害而喪失名節，那麼勢將造成夫家家族血統純正性的質疑，本文在第三章所描述的戰爭中性侵害就是一例，戰爭中的性侵害不只是破壞性秩序中的所有權面向，其深層的目的其實是為了破壞敵人家族、國族的血統純正性。這時社會觀念會要求被害人要知羞恥，應一死以明節，也就是以自己的死來保全名聲上的清白以及夫家的榮譽。換言之，女性的生命價值不如夫家血統的純正來的重要，女性的地位在這種觀念下被客體化、工具化，因為對男性而言，女性只是傳宗接代的工具而已。宋朝時候的理學家程頤說：「餓死事小，失節事極大！」<sup>264</sup>也就是視女性的貞操、名節高於生命的具體表述。由以上的討論可知，以貞操、名節所建構的社會風化刻意忽略「性」本身的意義而將之與男性所建立的性秩序掛鉤，性秩序有兩個面向，分別為男性對女性的所有權以及父系社會的傳宗接代。如此便使女性無法自由追求性本身的愉悅與自體滿足，透過對女性身體自由

<sup>264</sup> 趙鳳喈，《中國婦女在法律上之地位》，稻香出版，初版，頁 79，1993 年。



的拮制，進一步控制了女性的精神自由<sup>265</sup>。

在貞操與名節觀念的操作下，直接導致了法律上要求女性必須盡力抵抗行為人並且強調女性的名聲與性歷史等現象<sup>266</sup>，因為如果女性沒有盡力抵抗，那就代表女性是自願的，在法律評價上會將此種情形比喻為從羊圈脫逃的羊<sup>267</sup>，性質上是一種財產權的自損行為，法律上構成的罪名是和姦或通姦，而非性侵害。而若被害人的名聲不佳或性歷史複雜，那麼在法律上也不會構成性侵害，因為性侵害犯罪所保護的法益在犯罪事實發生以前就已經消失殆盡了。也因為社會風化與貞操觀念是男性所建立的性秩序，男性自己當然不會受到此性秩序的束縛，男性在婚前為性行為不但不會受到社會的責難，反而會成為男性群體間一種特殊的指標，性經驗豐富的男性會被其他男性推崇，而未曾有過性經驗的成年男性則會被其他男性所恥笑。婚後男性如果有其他老婆或是「妾」，不但不會被社會非難，反而會成為社會衡量男性權勢財力的指標。因此，男性在婚前沒有貞操的問題，在婚後更沒有名節的問題，這些現象也都可以回應到女性是男性的財產這個觀念上，性經驗豐富、老婆多的男性是被社會認定為「富有」的人，而相反的，沒有性經驗或是娶不到老婆的人則會被認為是寒酸的人。

## 第二項 以社會風化為中心的舊刑法

### 一、刑法第 221 條

舊刑法中「與性有關之犯罪」大都脫離不了與貞操或名節之間的關係。例如，修正前刑法第 221 條規定「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。」首先，被害人的客體限於「婦女」，所以男性不可能是強姦罪的被害人，這是因為男性是性秩序的主導者，是性財產的掠奪者，男性在性關係中只會「得」而不會「失」，因此根本

<sup>265</sup> 參見李聖傑，〈妨害性自主第一講：保護法益〉，《月旦法學教室》，第 19 期，頁 101（2004）。

<sup>266</sup> Donald A. Dripps, *Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent*, 92 COLUM. L. REV. 1780, 1783 (1992).

<sup>267</sup> *Id.*

被害人不適格。

此外，由於社會風化為了維護男性所建立的性秩序，因此課與女性保護自身貞操、名節的義務，此觀念反映在法條中，就成為了「至使不能抗拒」之要件。在實務的操作下，為了符合「至使不能抗拒」之要件，法院在審判中會希望看到被害人因反抗而受傷的證據，例如，在修法前的 88 年訴字 1885 號判決中，法官認為：

「...果如告訴人所陳其極力反抗，猶遭被告以腕力強將告訴人雙腿扳開強姦得逞，必當於掙扎中造成告訴人衣褲破損，或致其大腿內側或雙手留有淤傷、於陰部留有裂傷或出血、於被告身體留有抓痕等情狀足資佐證，但查，告訴人於事發後未沐浴、更衣即速報警，並於○年○月○日凌晨○時○分許經警帶往財團法人○綜合醫院○分院就診，告訴人仍主述身體無明顯外傷，經檢查告訴人頭面、頸肩、胸腹、背臀、四肢、陰部及肛門亦均無外傷或出血等情，有該院診斷書一紙附卷足稽，復查告訴人當時衣服無被撕破現象、且意識清楚、無哭泣等節，業據該院於○年○月○日仁總字第○號函覆在卷可按，上開診查結果或函覆情節，核與告訴人供述被強暴其身心或外觀理應顯現之徵狀不符，已有可疑，非可盡信<sup>268</sup>。」

法院的邏輯是，如果被害人有極力反抗的話，則必然會留下傷痕，不然就是會有衣物破損等類似情事，在這樣的邏輯之下，輕微的反抗而未成傷就不算是法律上的反抗，因此也就不該當「至使不能抗拒」之要件。社會認為女性的價值在於貞操與名節，故視貞操價值高於生命，反映在法律當中，儘管強烈反抗可能導致被害人陷入更高的風險當中，但是法院還是會要求女性以生命捍衛貞操。

## 二、刑法第 226 條

刑法第 226 第 2 項規定「因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處

<sup>268</sup> 87 年訴字 1885 號裁判。

10 年以上有期徒刑。」根據國內一般之見解皆認為這是性侵害犯罪之加重結果犯，刑法上的加重結果犯在本質上係故意與過失的綜合，即行為人首先出於故意而違犯本已足以成罪之基本構成要件，但因過失行為致生加重結果，致使其可罰性升高而言<sup>269</sup>，又行為人必須要有預見可能性方構成過失。而刑法第 226 第 2 項所規定的情況與上述加重結果犯的結果有所不同，誠如學者所言，一般情況下的加重結果是指行為本身所造成的傷害進一步擴大而成的結果，因此性侵害犯罪真正的加重結果犯是規定在刑法第 226 條第 1 項，行為人在性侵害行為時造成了被害人之傷害，而該傷害嗣後擴大進而造成被害人死亡或重傷，行為人必須要對死亡或重傷的加重結果有所預見方足以構成性侵害的加重結果犯。刑法第 226 第 2 項所規定的情狀則大不相同，該條規定行為人在為性侵害的過程當中就算沒有造成被害人任何傷害，若被害人因為羞憤而出於己意自殺，這筆帳仍然要算在行為人的頭上，此時被害人的死亡與之前的性侵害行為從刑法上的因果關係來看，兩者根本不連貫<sup>270</sup>，那麼我們不禁要問，為什麼綜觀整個刑法典，我們找不到任何一個類似本條之加重結果犯？唯一可能的解釋是立法者對於性侵害的情況有特殊考量，立法者顯然認為性侵害犯罪的被害人嗣後羞愧而自殺是這種犯罪型態「可預見」的結果，因此將之併列在刑法第 226 條第 1、2 項，使之成為特殊的加重結果犯。立法者的這種作法表面上是在處罰行為人，但是實際上卻是在為女性立下有法律明文的道德標準。我們若從刑度來觀察就更容易發現其不合理之處，刑法第 226 條第 2 項之刑度為「10 年以上有期徒刑」而刑法第 221 條第 1 項之刑度則為「5 年以上有期徒刑」，這種規定彷彿在告訴被害人說，因為妳的羞恥心不夠，被奪去貞操後不懂得因羞憤而自殺，因此法律也就沒有必要過度處罰行為人，在這種解讀之下，刑法所處罰的到底是行為人還是被害人？究竟性侵害犯罪的基本規定是刑法第 221 條還是根本就是第 226 條第 2 項？

<sup>269</sup> 林山田，《刑法通論》（下冊），自版，八版，頁 195-196，2002 年。

<sup>270</sup> 參見陳志龍，〈女性解放的法律絆腳石-論刑法第 226 條第 2 項強姦被害婦女羞憤自殺罪之性質〉，《月旦法學雜誌》第 59 期，頁 37（2000）。

### 三、刑法第 227 條

再以刑法第 227 條第 1 項來看，第 227 條第 1 項在 1999 年修法前的條文是這樣規定的：「姦淫 14 歲以上未滿 16 歲之女子者，處 1 年以上、7 年以下有期徒刑。」本條所規範的行為態樣是「合意」的性行為，但是因為女方是 14 歲以上未滿 16 歲之人，因而構成犯罪。為什麼同意性交還會構成強姦罪？刑法上不是有所謂構成要件同意嗎？按照道理說，強姦罪的本質應該是包括「不同意」這個要素的，如果同意根本不應成立強姦罪。針對這個問題，我們同樣可以以貞操權作為核心法益來理解本條文，由於被害未成年人的貞操法益屬於父親所有，是以被害人本無處分自己貞操權的權利，因此當然沒有阻卻構成要件同意之問題。既然未成年人之利益自始至終都不是立法者所關心的對象，是以 16 歲到底有無足夠之性知識也並非立法者所在意的問題。那麼為什麼以 16 歲為分野？可以想像到的理由是民法第 980 條規定，女子未滿 16 歲者，不得結婚，所以未滿 16 歲的被害人及其家屬有必要以刑法加以保護。若被害人滿 16 歲，因為本條規定的情形是兩相情願的和姦行為，此時被害人之父親自然可以要求行為人娶被害人為妻，一旦成婚，被害人之貞操上的瑕疵即受到填補，法律毋庸干涉。

### 四、刑法第 228 條

刑法第 228 條利用權勢性交或猥褻罪規定：「對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。」本罪是一個很奇特的罪，他所指涉的情況是，被害人是受行為人的監督、扶助、照護之人，既然是利用權勢，就代表被害人不可能有同意，因此本罪跟傳統上的強姦罪的不同之處在於，本罪沒有使用強制力，被害人因所承受的危險不如強姦罪，故立法者在刑度上就給予減低（6 個月以上，5 年以下）。本罪的立法背景是認為，「真正的」強姦罪是有暴力行為的，利用權勢性交只是精神上的壓力，不算是強姦罪，

所以只好另設一個獨立的罪名。當年的立法者會認為強姦罪必然伴隨著暴力行為，顯然還是得回到貞操觀念的議題上。

## 五、刑法第 239 條

刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」表面上本條文看似中立，不論男女皆具有通姦及相姦之資格，但是考察本條文在歷史上之演進，則並非如此。光緒 23 年刑律草案第 278 條規定：「凡和姦有夫之婦處四等以下有期徒刑。其相姦者亦同<sup>271</sup>。」其後，中華民國暫行新刑律承襲清朝刑律<sup>272</sup>，於第 289 條為一模一樣的規定，因此原本只有和姦「有夫之婦」方可構成通姦罪，換言之，和姦「有婦之夫」沒有構成通姦罪的可能。此等規定完全符合前述有關貞操與名節的邏輯，在男性所建立的性秩序下，通姦罪保護的法益是婚後的性獨占地位，也就是所謂的名節。保護名節的目的在於確保父系家族的血統純正性，因此，與有夫之婦為性行為就算是兩相情願，也危及到了該夫對其妻所享有的法益，故有必要以刑法處罰之。

傳統的貞操觀念影響我國刑法甚鉅，舊刑法中在在都顯示了女性的性是依附在社會風化上，所謂的社會風化是男性本於性資源的合理分配所制定出來的遊戲規則，女性則是這場遊戲中被分配的對象，她們沒有獨立的人格，更沒有法律值得保護的法益，法律所保護的是家族、國族的利益，是一種社會法益。事實上，這種社會法益根本不算是「社會」法益，因為父親與丈夫不代表社會，頂多只能算是社會上有權力者的法益，隨著社會的進步，女性逐漸取得某種程度的權利後，便開始發現制度的不合理，這也就引發了一連串性犯罪法律的改革運動。

### 第三節 我國妨害性自主罪章修法重點與評析

<sup>271</sup> 光緒 23 年刑律草案。( <http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf> 最後流覽日：2010 年 5 月 20 日。)

<sup>272</sup> 參見徐昌錦，《通姦除罪化》，五南圖書，初版，頁 17-18，2005 年。

## 第一項 我國妨害性自主罪章修法重點

我國的性侵害法律在 1999 年時修正，在體系上，立法者將性侵害犯罪及其他牽涉性自主權之犯罪從「妨害風化罪」中獨立出來，改稱「妨害性自主罪」。有關我國的修法內容，我們可以大致分為兩個層面，分別為貞操觀念的破除以及法律構成要件的重新設計，分述如下：

### 一、貞操觀念的破除

有關於貞操觀念的破除，最明顯的作為就是增訂第 16 章「妨害性自主罪」，並將妨害風化罪劃至新增訂的第 16 章之 1，此舉明確宣示性侵害所保護的法益是「性自主權」，而非過去所強調的社會風化。此外，如前文所述，貞操在結婚後轉變為名節，其法益由貞操的擁有者也就是丈夫享有。因此，按照道理說，名節法益的擁有者不可能破壞自己的法益，因此不構成性侵害犯罪。對此，修正後之刑法第 229-1 規定：「對配偶犯第 221 條之罪者，或未滿 18 歲之人犯第 227 條之罪者，須告訴乃論。」本條文明示夫妻之間有可能成立強制性交罪，係改以性自主權作為保護核心後的當然結果，值得鼓勵。惟修正後仍有學者在評論時認為婚姻制度本就內含性關係，認為居住在一起的夫妻可以成立強制性交罪，難以解釋婚姻制度的本質，進而主張只有分居的夫妻才有成立強制性交罪之可能<sup>273</sup>。這種說法顯然沒有真正了解性自主權之意涵，蓋夫妻雖有同居之義務，但此義務並不與性自主權相衝突，夫妻的同居義務應該是在尊重彼此的性自主權下相互履行，如此解釋方符修法意旨。最後，如前所述，在貞操觀念的操作下，女性有義務拼死保護自己的貞操與名節，因此過去的法律要求行為人在手段上必須使被害人不能抗拒。從被害人的角度來看，這項要求就是在告訴被害人應盡力抗拒。新修正之刑法第 221 條亦刪除了「至使不能抗拒」之要件，修正理由說「原條文中的『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要『拼命抵抗』而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為『違反其意願之方法』。」修法過後，實務界也開始轉換評價標準，在 99 年訴字第 199 號判決中，法院說：

<sup>273</sup> 林東茂，〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，《月旦法學雜誌》第 51 期，頁 77（1999）。

「又按 88 年 4 月 21 日修正公布前之刑法第 221 條第 1 項以『至使不能抗拒』為要件，因過於嚴格，容易造成受侵害者，需要『拼命抵抗』，而致生命或身體方面受更大之傷害，故刪除此要件，是以行為人所施用之強暴、脅迫手段，祇須足以壓抑被害人之性自主決定權。是核被告施力將被害人推倒並壓在床上強脫衣褲，且以『掐死妳！』等言語恫嚇被害人，令被害人感到害怕，遂任由被告違反其意願，予以性交得逞之事實，所為係犯刑法第 221 條第 1 項之對女子以強暴、脅迫而為強制性交罪。<sup>274</sup>」

法院在上述說理中，完全沒有提到任何有關反抗的詞句，實際上就是在回應 88 年的修法精神，認為性自主權的侵害應該與有無反抗脫鉤處理。法院已逐漸開始接受，被害人有可能只是因為害怕受到更進一步的傷害，而任由被告得逞的可能性。

## 二、法律構成要件的重新設計

從刑法第 221 條的法律構成要件上來看，形式上立法者做了兩項變革，首先，新法將「姦淫」修改為「性交」，修正理由說「原條文中『姦淫』一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為『性交』。」又搭配刑法第 10 條之規定，「稱性交者，謂左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。」其次，將「婦女」修改為「男女」，修正理由說「強制性交罪之被害人包括男性，故修改『婦女』為『男女』，以維男女平權之原則。」從上述刑法第 221 條以及刑法第 10 條的修正理由來看，立法者似乎是在跟隨美國自由主義女性主義的腳步，試圖將性侵害犯罪定位成一中性之犯罪，強調性侵害犯罪不是男性對女性的特權。

就性侵害實質的構成要件來看，舊法規定的行為態樣是「...以強暴、脅迫、

<sup>274</sup> 99 年訴字 199 號裁判。

藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者...」修法過程中，提案人謝啟大委員所提之原修正草案則為「...以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，致使難以抗拒而為性交者...」，最後三讀通過的條文則又修改為「...對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者...。」從修法的中心思想——性自主權來看，性自主權所保護的既然是性的自主決定，以被害人的主觀意願作為有無妨害性自主的判準，是當然之理。性侵擾罪隸屬於妨害性自主罪章，自然也係以性自主權作為中心法益，故以違反當事人意願作為成罪重心亦為當然。又就修法過後的實務見解而言，最高法院亦認為「刑法第 221 條第一項所謂『其他違反其意願之方法而為性交者』，並不以類似於該條項前段所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人以任何違反被害人意願之方法而為性交者，均屬之<sup>275</sup>。」綜合司法解釋以及立法意旨，只要是足以使被害人違反其意願之行為，均屬該當強制性交罪，雖有學者指出，如此一來，條文上列舉的強暴、脅迫等，全部失卻其作為構成要件要素之意義<sup>276</sup>。但是若從維護性自主權的角度來看，本條之修法方向實值贊同。而實務界也開始有一些新的判決採取這樣的看法，例如，在 98 年訴字第 2949 號判決中，法院說：

「按刑法第 221 條之強制性交罪，於 88 年 4 月 21 日修正時，已自『至使不能抗拒』修正為『違反其意願之方法』為要件，僅須以強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，此觀諸立法理由甚明。本件被告係為一般健壯之成年男子，相較於 A 女而言，明顯有優勢之氣力，其以身體將 A 女強壓於床上，並以『妳喊救命也沒有用，整棟樓都是我的人』、『妳再動沒關係，我有辦法制伏妳』等語恫嚇 A 女，依一般常情而言，被告主觀上應明知其上開強暴、恐嚇之行為，足以使 A 女心生畏懼，而抑制 A 女之意志，使其無法反抗。況案發當晚 A 女至被告家中迄離去，期間僅短短 2 小時許，其猝然遭受被告以動作與

<sup>275</sup> 最高法院 90 年台上字 3439 號裁判。

<sup>276</sup> 林山田，〈評一九九九年的刑法修正〉，《月旦法學雜誌》第 51 期，頁 30-31（1999）。



言語等強暴、恐嚇行為對待，造成心理莫大恐懼，在此情況下，如何可迅速平復恐懼心理，而基於兩相情願下之合意與被告發生性交？且A女既係在被告住處遭受被告以動作與言語等方式施加強暴、恐嚇，其心理當處於極度恐懼不安之情況下，則在此恐懼狀態持續中，面對被告之性交要求，A女焉敢一再表達拒絕之意，衡諸常情，被告主觀上豈能全然不知與A女發生性行為時，A女心理仍處於恐懼而無法抗拒之狀態？...且縱如辯護人所辯被告於與被害人發生性關係時，並未實施強暴、恐嚇之行為，惟被害人當時之性自主決定權顯仍受到被告之前所為之強暴、恐嚇行為之影響而繼續受到壓制，無法依其心志自由決定是否與被告發生性關係且被害人所以任由被告對其為性交行為，乃係因害怕自己身體或生命受到危害，於違反意願之情況下所為之不得已行為，自難因此率認被害人與被告發生性關係係基於自由意志下所為之自願行為，則被告之前所實施之強暴、恐嚇行為與被害人因此與之發生性關係間，顯具有因果關係甚明。<sup>277</sup>」

這個判決的特殊之處在於，被告是先對被害人強壓於床上並出言恐嚇，之後被告去廁所，被害人因為害怕被告是去拿武器，會受到更進一步的危險，所以跟被告談條件，希望能夠全身而退。之後被告接受條件，並對被害人加以性侵。從性侵的「當下」來看，被告或許的確沒有使用類似於強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法，換言之，這其中的因果關係因為雙方的談判而中斷。從被告的角度來看，強暴、恐嚇行為並沒有導致實際的性行為，是談判結果導致了性行為，而談判過程中也沒有使用強暴、脅迫等行為。因此被告當然會以他在性行為過程中，並無使用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等類似手段，作為抗辯。如果我們將問題予以簡化，其實法院在此面對的問題就是，使人誤以為同意的同意算不算真的同意？至此，我們可以發現，性侵害犯罪的論罪重點不再是行為人的行為手段，而是被害人的同意與否。本案中，法院的解決方式就是將先前的強暴、脅迫、恐嚇行為之

<sup>277</sup> 98年訴字2949號裁判。

效果延展到後面實際的行為，以作為支持被害人不同意的證據。

## 第二項 評析

1999 年的修法強調性自主權，試圖擺脫貞操觀念並且建立中立的法律文字，這些改變從形式上的大方向來看，本文認為是值得贊同的。但是還是有些令人質疑之處，例如，針對刑法第 10 條有關性交的定義，雖然從女性主義的角度來看，在法律上定義性交其實是在輔助性侵害的「中性化」，但是實際上這樣的立法在刑法學界引起很大的討論，例如若是違反他人意願，以物插入他人肛門，就一般社會通念而言，應較貼近傷害，但這種行為卻已符合刑法上性交之定義<sup>278</sup>。修法後的刑法第 227 條依年齡區分行為輕重而分為兩項，如此一來原本的第 227 條第 1 項變成了現在第 227 條第 1、3 項：「對於未滿 14 歲之男女為性交者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。」以及「對於 14 歲以上未滿 16 歲之男女為性交者，處 7 年以下有期徒刑。」1999 年針對第 227 條的修法是很粗糙的，立法者當時的想法是為了保護青少年身心健康的成長，因此就算是在兩相情願的前提下依然構成犯罪。針對此點，學者提出以下之批評：刑法上向來有阻卻構成要件該當之同意以及阻卻違法性的同意，在構成要件的描述中如果有行為人與被害人意思相左的要求時，則被害人的同意就可以排除構成要件該當，刑法第 227 條之規定顯然排除了前述刑法上阻卻構成要件同意的適用可能性，有違刑法體系上的一慣性。將 16 歲以下之人即擬制為不具性知識而有保護之必要，在現今社會觀念中，是否妥適非無討論餘地，蓋如果被害人發自內心給予行為人為性交的同意，並同時了解何謂性交及其可能發生之結果時，不正是性自主權之展現嗎<sup>279</sup>？民法上限制行為能力人尚有以詐術使人信其為有行為能力人之例外規定，刑法具有刑罰效果，應本於其謙抑性而為更審慎的規定，豈能僅因單純保護未成年人的目的而將合意之性行為全面入罪化？既然新法的目的是為了保護未成年人心理以及

<sup>278</sup> 李聖傑，〈妨害性自主第二講：性行為與性的行為〉，《月旦法學教室》，第 21 期，頁 93 (2004)。

<sup>279</sup> 李聖傑，〈從性自主權思考刑法之性行為〉，《中原財經法學》第 10 期，頁 22-24 (2003)。

生理的健康，將其規定在妨害性自主罪章是否有錯置的疑慮？有學者就指出，既然傷害罪包括了生理以及心理的健康，應將這種行為定位為傷害行為的一種較為合理<sup>280</sup>。此外，新修正之刑法第 229-1 條規定，只有夫妻間或是對未滿 18 歲之人的性侵害是採告訴乃論，學者就認為，如果是熱戀中的男女，一方趁他方酒醉時進行性交行為，就構成要件上已經成立了刑法第 225 條之乘機性交罪，但若是酒醉之一方不但沒有反對，反而在清醒的狀態下再要求一次相同的行為，本諸刑法之謙抑性以及性自主權之本質，此時還有必要再以刑法相繩嗎<sup>281</sup>？

另外一個缺陷是理論基礎的欠缺，我國的立法過程完全跳過了美國女性主義各流派之間的辯證，直接在結論上採擇以被害人不同意為中心的立法模式，這種現象使得人人都知道法律有所修正，但是卻無人知道法律為什麼要這麼修正，再加上相關的判決一向皆不對外開放，如此一來，自然也就不會引發學界與實務界在這個領域的深度研究了。根據本文在第三章的討論，自由女性主義強調形式平等與去差異化，因此亟欲中立化性侵害犯罪，所謂的中立不只是文字上的中立，更是性質上的中立，也就是將性侵害犯罪比做傷害的一種，是一種暴力犯罪，呈現在法律要件上則是跟刑法上所有其他犯罪一樣，著重於詮釋行為人的行為態樣。這種主張所導致的結果就是女性特質的淡化，因為她們所主張的平等很容易變成追求「跟男性一樣」的平等；基進女性主義強調父權體制的壓迫，認為性侵害犯罪就是道道地地的性犯罪，她們認為自由女性主義所主張的中立態度是假中立，要取得真正的性別平等就必須先打破父權體制，否則中立化的法律條文就只是女性主義者的一廂情願罷了。此說則因為過度強調父權體制的力量，而導致女性特質過度被強化。我國 88 年的修法，在結論上是兼採自由女性主義以及基進女性主義的論點，一方面強調性自主權的概念、將法條文字中立化，並且刪除致使不能抗拒，另一方面卻不認為性侵害罪其實是傷害罪的一種，反而採取基進女性主義的「同意模式」。在結論上，這樣的搭配其實是沒有問題的，因為不同流派

---

<sup>280</sup> 同上，頁 24。

<sup>281</sup> 同上，頁 33-34。

的女性主義理論本來就不會完全衝突，修法者考察我國的社會情況，設立一折衷式的性侵害法律，沒有任何可以批判的地方。但是問題是，修法者有無將這樣的修法理念傳達給社會認識？

本文認為，刑法上的改革雖不算是失敗，但是也稱不上是成功。從當年立法者的初衷來看，女性主義者推動刑事實體法修法的目的，是因為性侵害犯罪是少數具有性別傾向的犯罪，也就是被害人絕大多數都是女性，因此女性主義者將此類型的犯罪與父權體制連結在一起，將之視為性別歧視的展現。刑法的修正，就短期來看是為了要改善被害人在司法程序中的處境，減少被害人的社會壓力、使性侵害犯罪更容易成罪。就長期來看，修法的目的其實是希望減少此類犯罪的發生，以建立一個性別平等的社會。我國過去針對性侵害犯罪的法律改革主要是針對實體法的改革，但是對於實體法的改革成效卻無人做過相關的研究，所以也當然不會有人知道改革成效為何，這是學術界對此議題的冷漠；相關的判決過去為司法院所封鎖，導致性侵害犯罪領域成為學術研究的禁區，主管機關說這樣做的目的是為了被害人的隱私著想，可是按照當年的修法意旨，如果秉持著自由女性主義的精神，不就是要將性侵害犯罪中立化、去差異化嗎？這凸顯出了實務界對此議題的忽視；針對當年的修法意旨，一般人民無從得知也就罷了，甚至連多數法律院學生也一無所知，或許有少數學生知道刑法刪除至使不能抗拒是為了避免因為被害人反抗而受到更大的傷害，但是卻沒有人會去探究為什麼法律原本會設計成期待女性拼死反抗，其背後的社會意義為何？或許會有學生可以推測將法條文字中立化的意義，是追求形式上的男女平等，但是又有多少人能夠理解自由女性主義企圖將性侵害犯罪去性化的用心？又或者是基進女性主義所強調的「同意」理念，這些在在凸顯出了學校教學上對此議題的不足。如果法律各界真的對當年的修法理念有充分的理解的話，最高法院也不用特別在 97 年第 5 次刑事庭決議說：「修正後所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方

法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。<sup>282</sup>」因為，根據當年的修法意旨，這難道不是當然之理嗎？

從數據上看來，性侵害犯罪通報數在過去幾年有逐漸升高之勢，依據內政部家庭暴力與性侵害防治委員會的統計，2003 年迄 2009 年 7 年間的性侵害事件受理通報件數分別為<sup>283</sup>：

年份	件數	年份	件數
2003	4883	2004	5207
2005	5739	2006	6602
2007	7703	2008	8521
2009	9543		

從 2003 年迄今，每年的性侵害案件通報數都增加，數字背後的意義是什麼？是代表性侵害犯罪的問題越來越嚴重？還是說過去不願意走出來面對社會的被害人，現在已經漸漸開始願意向外求助？這兩種情況以後者較有可能，如果是後者的話，這些願意走出來的被害人在司法體系中會獲得她們所期待的待遇嗎？換言之，司法跟不跟得上社會的進步？我國司法的性別意識有隨著 1999 年的修法而改進嗎？這些問題是我所關心的對象，以下則是學生藉著擔任國科會計畫助理的機會，針對我國實務界的現狀進行的研究，希望能藉此研究揭開部分性侵害犯罪的神秘面紗。

#### 第四節 我國性侵害判決之分析

##### 第一項 分析角度與研究方法

本節所採取的「立場」，是本文前述第三節以及第四節所討論之後現代女性主義理論。後現代女性主義在性侵害法律中的應用主要是針對傳統學說（自由主義

<sup>282</sup> 最高法院 97 年第 5 次刑事庭決議。

<sup>283</sup> 內政部家庭暴力與性侵害防治委員會，統計資訊，92 至 98 年性侵害事件通報兩造關係統計。（<http://dspc.moi.gov.tw/ct.asp?xItem=2336&ctNode=776&mp=1> 最後流覽日：2010 年 3 月 20 日。）

女性主義與基進女性主義)的不足。過去這兩個傳統學派的貢獻最主要都是反應在實體法中，因此後現代女性主義也可以說是針對實體法改革的不足，而將批判的重心擺在審判文化上。承前文所述，後現代主義的精神是「解構」，套用在性別議題上，我們可以將之理解成性別刻板的印象的解構。後現代女性主義相信，性別刻板印象的解構可以促成社會多元化，使人們以更開放、更寬容的心態面對「變異」。將這樣的精神拿到性侵害法律改革的領域，我們就可以用來批判審判文化中的性別刻板印象，也就是歐美學者口中的性侵害犯罪迷思。本文在第三章介紹了三種文獻中常見的性侵害迷思，分別為「婚姻性侵害抗辯」、「熟識者性侵害」以及「理想的被害人與行為人形象」，本節擬移植此批判的角度，來審視我國法院的性侵害審判文化與判決。

本研究的基礎是建立在交通大學林志潔老師所進行的國科會計畫之上，根據該計畫的研究對象，係以台北地方法院、台中地方法院以及高雄地方法院妨害性自主案件之判決為對象。判決搜索日期範圍為 2000 年 1 月 1 日至 2010 年 2 月 28 日，以判決案由為「妨害性自主」檢索並扣除所有附帶民事判決，台北地院共有 1014 筆判決，高雄地院則有 2149 筆，台中地院為 2224 筆，此為三個地方法院所有妨害性自主罪的判決數。至於其中無罪判決的部分，以「妨害性自主」為判決案由，並以「無罪」為檢索字詞予以檢索之後，再扣除附帶民事與判決主文部分妨害性自主有罪的判決，台北地院共有 139 筆，高雄地院共有 253 筆，台中地院則為 173 筆，無罪比例分別為 13.7%、11.7%以及 8%。下表即為檢索步驟表<sup>284</sup>：

	台北地院	高雄地院	台中地院
所	案由:妨害性自主	案由:妨害性自主	案由:妨害性自主
有	檢索字詞:(無)	檢索字詞:(無)	檢索字詞:(無)
判	案件數: 1127 筆	案件數: 2391 筆	案件數: 2224 筆

<sup>284</sup> 林志潔，「以女性主義法學重構刑事立法與審判——以性自主權為中心」，國科會研究計畫期末報告。

決	扣除:附帶民事 113 筆 妨害性自主案件數:1014 筆	扣除:附帶民事 242 筆 妨害性自主案件數:2149 筆	扣除:附帶民事 0 筆 妨害性自主案件數:2224 筆
無 罪 判 決	案由:妨害性自主 檢索字詞:無罪 案件數:241 筆 扣除:附帶民事+主文部 份妨害性自主有罪共 102 筆 妨害性自主無罪案件 數:139 筆	案由:妨害性自主 檢索字詞:無罪 案件數: 485 筆 扣除:附帶民事+主文部 份妨害性自主有罪共 232 筆 妨害性自主無罪案件 數:253 筆	案由:妨害性自主 檢索字詞:無罪 案件數: 300 筆 扣除:附帶民事+主文部 份妨害性自主有罪共 127 筆 妨害性自主無罪案件 數:173 筆
無 罪 比 率	無罪率 $139/1014=13.7\%$	無罪率 $253/2149=11.7\%$	無罪率 $173/2224=8\%$

該研究計畫抽取部分之無罪判決進行研究，其中台北地院 109 個，高雄地院 141 個，台中地院 173 個，共 423 個判決(約總體無罪判決之 75%)。經分析，該計畫成果抽揀出抽揀出以下幾種法官常用的經驗法則：1.被害人與被告平日的互動關係；2.以事發前的情境推測事發當時被害人的意願；3.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑；4.有無外傷顯示遭受強制力；5.被害人事後的情緒反應；6.被害人沒有在第一時間將事情與以揭露或報警、驗傷；7.被害人事後與被告的互動關係會影響法院對於事實的認定，尤其是是否盡力避免與被告的接觸與離開現場與被告；8.有其他與犯罪無關的因素促使被害人做出指控；9.被害人前後供述不

一；10.被告有無顯露出擔心犯行被發現的警覺；11.其他不合理情狀<sup>285</sup>。法官在個案中，有可能使用多種經驗法則，該計畫依照各種理由使用之頻率，可以整理成下表：

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
台北	4	7	19	3	12	17	31	15	31	20	15
高雄	2	14	29	12	11	16	48	9	53	14	10
台中	2	10	19	7	11	18	34	13	22	11	6
總計	8	31	67	22	34	51	113	37	106	45	31
比例	2%	7%	16%	5%	8%	12%	27%	9%	25%	11%	17%

該計畫之貢獻，在於透過分析與整理，證明我國實務運作確實還存在著一些含有性別刻板印象之論理，此外，就整體觀之，從許多案例中我們也發現，法官審判的重心仍然是放在告訴人身上，大部分的無罪判決所呈現的都是法官質疑告訴人證詞的過程：告訴人哪些話值得採信，哪些話不值得採信，繼而歸納出結論。法官在審判過程到底有沒有對兩造「平衡質疑」我們不得而知，但是至少從判決來看，絕大部分的無罪理由都是在質疑告訴人的證詞，而非將被告所言與告訴人之證詞相互映證，同時從質疑被告所言的角度來判斷事實發生的經過。就邏輯上而言，事實的真相只有一個，不論從被告或是告訴人的證詞著手，都應該獲得相同的結論，但是事實卻非如此，在偏見的操弄下，很有可能導致事實認定的誤差。舉一個實際的案例<sup>286</sup>，一名女子在半夜從一輛汽車跑出來，嘴角流著血，向巡邏的員警求救，聲稱遭受性侵害。被告卻說該名女子是性工作者，是她在路上攔車，而被告好心載她一程，之後雙方就談妥性交易，而告訴人事實上也因為性交易被逮捕的前科。被告指稱告訴人嘴角的血是在她上車之前就有了，是告訴人跟她

<sup>285</sup> 同上。

<sup>286</sup> Com. V. Joyce, 415 N.E.2d 181, 223-224 (Mass. 1981).



男朋友吵架後留下的傷痕。這個案例法官質疑的角度不同就很有可能導出不同的結論，如果重點是放在告訴人身上，我們就會質疑為什麼一個有性交易前科的女子要在半夜攔車？我們會挖掘她過去被捕的過程，看看是否有類似的情節？我們會看看她當時穿的衣服是不是典型的性工作者風格？可是如果是將重點擺在被告身上，我們會質疑為什麼會在半夜讓一個嘴角流著血的人上車？如果是性交易，他們只要假裝是情侶就好了，為什麼告訴人會主動向員警求救？當然，影響一個判決的細節要素還有很多，例如當事人是在前座還是後座、告訴人的衣服有無經拉扯、驗傷報告等等，不能這樣一概而論，但是這個例子至少凸顯出，從哪個角度切入個案是有差的，在正常的情況下，認定事實應該要從雙方的角度分別檢視之，法院若只從被害人的故事著手，是不公平的。

該計畫的呈現方式是抽取無罪個案中的常見理由，然而，一個無罪判決是由許多理由堆疊而成的，因此，該計畫所截取出來的理由，在承審法官的心中比重到底佔多少，我們無從得知，這些理由未必是無罪判決的主要理由，有時可能只是輔助性質的理由，甚至有時只是法官形成心證後，為了要完整回應兩造在審判過程中的爭點而「勉強」找出來的理由。或許從「累積」的角度來看，多數的無罪判決在「結論」上，即使是在女性主義學者的角度，也無不妥之處，基於罪疑惟輕原則，在無法達到無合理懷疑之有罪確信時，當然應該給予無罪判決。但是不論如何，判決中各種理由，在在都是法官價值觀的反射，這樣的價值觀反映了法官本人的經驗法則以及性別意識，若法官的經驗法則是建立在性別刻板印象之上，從後現代女性主義的角度，我們就可以批判之。

不過，這種做法很容易給人一種斷章取義的負面印象，因此，為了彌補這方面的疑慮，本文擬從眾多判決中，採擇三個判決進行深度分析，介紹這些常見的無罪理由是如何結合個案事實加以運作，再探討這樣結合在個案中，從後現代女性主義的角度來看，有哪些不合理之處？本研究所提出的假設是「法院審判文化並沒有因為實體法的修正，隨著女性性別意識進步的腳步而進步」。透過與法官判決的對話，本研究期待獲得該假設的印證或是修正，繼而發現所謂的「真實」。

除了以女性主義者的角度來觀察以外，本研究更期待能夠對於實務工作者的立場有更深一層的了解。

## 第二項 研究限制

### 1. 研究方法之限制

就研究方法而言，本節採取的是判決分析。因為判決必須詳述理由，在個案中的審判中，法官必須要在判決中詳細交待審判過程中兩造所浮現的各項爭點，並提出採信特定觀點的理由，所以判決文足可代表法官在個案中完整的想法，在性質上類似質性研究中常見的田野調查，惟學生所對談的對象不是法官本人而是其所為的判決而已。在理想的狀態下，要充分了解一個性侵害犯罪的全貌，除了判決的分析以外，還需要起訴書、警訊筆錄、偵訊筆錄以及審判筆錄。同時，還必須搭配法官以及當事人三方的訪談意見。不過，這些資料就現實層面的考量，都難以取得。首先，各種書類不對外公開，能夠取得法院判決已經是一大突破了，此外，因為被害人的隱私問題，導致相關人士不易接受訪談。在這樣的情形下，依據判決文來建構事實是不得不接受的妥協。但是，從判決文來建構個案有其先天上的瑕疵，最主要的原因就是法官在撰寫判決之前就已經有無罪的心證了，所以從客觀的三人的角度來看，許多判決其實並沒有詳述正反意見，這也就常常造成本文在試圖了解被害人的真意時發生困難，而只能憑有限的資訊，推敲事實的始末。

### 2. 性別刻板印象的雙面性

性別刻板印象在個案中的應用絕對是錯的嗎？其實沒有任何一個女性主義學者敢這樣打包票。性別刻板印象是長期以來，社會對於特定性別所培養出來的慣例，因此必然有一定的準確性。舉例來講，美國刑事訴訟程序的證據法有所謂的「性侵害後創傷症候群」(Rape Trauma Syndrome)，意思是說，我們可以合理期待一個性侵害犯罪的被害人，在事發過後會有一些精神上或情緒上的反應，例如

被害人會受到噩夢、無法入眠、恐懼獨處等等受創後症狀之困擾<sup>287</sup>。支持者希望藉由這種精神醫學上的證據來證明被害人確有受性侵害。但是實際上這種評價方式就是一種迎合社會性別的刻板印象的設計，因為它將女性塑造成一種可憐的、柔弱的、被害的、病態的形象，以幫助法官相信被害人而下有罪判決。因此，這種機制雖然在美國已存在了數十年，但是仍然有許多爭議的存在，所以說，有時候女性主義學者之間對於如何處理法院中的性別刻板印象也都還有很多爭議尚未解決。爭議無法解決最大的原因，我想是因為不可否認的是，許多女性被害人的表現其實是符合性別刻板印象的，因為絕大多數的人本身就是是在父權體制下的各種規制中成長，當然會被形塑成一個社會所期待的人，所以這樣就會導出一個很諷刺的結論，就是很多時候性別刻板印象其實是對性侵害被害人有利的。

不過相反的，當我們無法說性別刻板印象的應用是絕對錯誤的時候，我們更不敢說性別刻板印象絕對正確，正如本文一再提及的，現代社會越來越多元，性別意識越來越開放，當然應該要容許且承認性別「變異」的存在。換句話說，性別刻板印象固然是一種又快又經濟的評價標準，因為這樣一來「理由」是建立在個人的經驗上，所以不用一而再、再而三調查相關的證據，此外，以性別刻板印象作為標準，也比較不會受到上級法院的質疑，因為性別刻板印象正是上一代傳遞下來的邏輯觀。不過隨著時代的進步，性別刻板印象的正確率也不斷在下降中，所以在這個每天都在變動的社會中，法院自然不應該再以性別刻板印象作為判案的理由，因為我們永遠無法判斷個案中的當事人到底具備了哪些價值觀。此外，根據前述，法官在判決中的理由有兩種，一種是真正的理由，另一種是單純為了回應爭點而寫的理由，不僅真正的理由不可使用刻板印象作為判準，較為次要的理由也不可以使用性別刻板印象，因為法院的判決跟法律有一樣的教示作用，當事人會觀察法院的態度，而修正自己在審判過程中的策略。前文第四章有提及，美國學者 Taslitz 認為被害人與檢察官為了勝訴，常常必須負擔所謂的「表演責任」

---

<sup>287</sup> Susan Stefan, *The Protection Racket, Rape Trauma Syndrome, Psychiatric Labeling, and Law*, 88 Nw. U. L. Rev. 1271, 1319-1320 (1994).

(the burden of performance)，所謂的表演就是使自己的行止符合法官的期待，而這樣的期待就是建立在性別刻板印象之上。本文認為，如果被害人真的有被課與一種無形的表演責任，對於被害人來講未嘗不是一種省事的訴訟技巧，但是這樣一來，就會使原本堅強、冷靜的被害人，為了要符合法院及社會多數人的期待而故作柔弱、情緒化，這樣的現象就長期來看，對於性別平等的發展著實有不小的傷害，對於法院來講，也會陷入一種頗為尷尬的局面，我想這種現象是學界或是實務界所不樂見的。所以說，最保險的方法就是盡量不再使用這些性別刻板印象作為判斷標準。

### 第三項 無罪判決之分析

#### 【案例一】台中地方法院 90 年訴字 158 號裁判

##### 一、檢察官起訴事實

「丁男於民國（下同）89 年○月○日晚間○時許，至○市○舞廳消費，向坐檯小姐甲女表示欲帶出場至其他酒店飲酒，並自稱為○，甲女乃隨同出場，並搭計程車至○鎮○路之○檳榔攤下車，丁男將熟睡中之乙男叫起，由乙男以車載至○鎮○街○號附近即丁男之賓士車停放處，乙男即返家，約 89 年○月○日凌晨○時許，丁男駕車將甲女載往○鎮○街○號○旅社，甲女見丁男並未依約至酒店，乃表示願退回出場費，不願進行性交易，丁男即以手指擢甲女胸部，恐嚇稱：若不做外場，會很難看等語，再以拳頭輕敲甲女之腹部，再表示伊不是一般的混混等語，致甲女心生畏懼，丁男並按鈴叫醒旅社之服務生○打開鐵門，○因認識丁男，即交付○室房間鑰匙，丁男與甲女約○時○分至○時許進入房間。甲女要求打電話給甲女之妹，甲女於告知其被叫「○」之人帶至○，尚未說完，電話即被丁男關機，致甲女之妹不斷撥打甲女之行動電話及呼叫器，均無回應，再連絡○舞廳之經理○，亦不知甲女人在何處。甲女之妹恐其姐發生意外，向○警方報案，○派出所電話向○旅社查詢有無叫○之人投宿，○告知無此人，警方亦未進一步調查，致甲女孤立無援。甲女因恐反抗生命有危險，乃以消極不合作之態

度任令丁男進行性交行為，恰甲女月經來潮，丁男乃中止性交行為，丁男告知等天亮再帶甲女離開，丁男即入睡。甲女不敢妄動，直至天亮，始乘機下樓，請○代叫計程車離開○，並由甲女之妹陪同報案，因認被告○涉犯刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪嫌。」

## 二、被告證詞

「訊據被告丁對右揭時地確有與告訴人 A 女性交之事自承在卷，惟矢口否認係出於強制性交犯行，辯稱：伊有付出場費，甲女在舞廳工作，和客人出場就是性交易，況且伊在乙之車上有另付 1 萬 5 千元，伊並未強迫甲女，是雙方心甘情願，且此次並非第一次，以前已和甲女有過性交易。」

## 三、告訴人證詞

「在旅社前 100 公尺左右，他車停的地方下車就說要去旅社，我說如果要進去旅社的話我就不進去了，然後他開始好言相勸，我說我要回○，我說出場費退你，他說我為何要你退，我還是不進去，然後他就輕碰我胸部、肚子，說你沒有進去你會很難看，在四下無人的狀況我會怕，我就說讓我打電話，當時我的手機在皮包裡沒有關機，他就說要打電話，進去旅社再讓你打，所以我才同意與他進旅社，因為被告的語氣讓我覺得，若我不進去當場會讓我很難看，我覺得可能會被打，開房間時我沒有向旅社的人求救，且服務生看起來與被告非常熟，進旅社後被告就讓我打電話；（法官問：在旅社外停留多久？）十幾分鐘。有一部車停下來就走，我沒有求救，因為我當時認為，我不願意，被告不會強迫我。（法官問：進旅社後？）被告讓我打電話，我打給我妹妹，我說我人在○，我與一個叫「○」的人在○，我還跟她說被告所提兄弟的名字，要我妹妹和被告講話，然後被告和我妹妹講了幾句話就把電話切了，然後我妹妹再打進來，也不讓我接，後來被告就將我的電話關機，也不讓我打，我求助無門我就隨便他了，電話關機後，我還是跟他說我要回台中，我不做性交易，被告聽不進去，後來我沒有反抗也沒

有配合，任憑他處置。（法官問：請詳述你如何沒有反抗，也沒有配合，任憑他處置？）被告幫我脫衣服，我沒有反抗，也沒有合作，我不動就像個娃娃，任他擺姿勢。（法官問：然後？）後來做到一半，我生理期來，我求他不要繼續下去，他說無所謂。所以床單弄得很髒，被告持續做了一、二分鐘，我說不要，被告才勉強同意，後來我進浴室要沖洗，因為我覺得我身體髒髒的，被告也進來要幫我洗澡，被告是要調情，因為被告還沒有射精，後來我請被告出去，然後我再叫被告幫我叫車，他說這麼晚了叫不到車，我就與被告躺在床上睡覺等天亮，我看到天亮了，被告還在打呼，我就自己衣服穿一穿就出來了；我出旅社大約7點。」

#### 四、法官不採信告訴人之理由

##### （一）告訴人未對外求救

「查被告停車地點至○旅社門口，相隔約有100公尺，且在旅社外停留有十幾分鐘等情，均據告訴人甲女自承在卷，並有告訴人甲女圖繪之現場圖可佐，顯見本件性交地點與一般汽車旅館因汽車直接駛入房間一樓，致被害人往往甚難向外求援或逃跑之情形不同；又告訴人進旅社及出旅社經旅社櫃台之情形，亦據證人即○旅社服務生○於警訊亦證稱：他們按旅舍門鈴，然後我打開旅舍的門，看見他們二人站在門口，丁男直接帶該女子進旅舍，我就把○室房間鎖匙給丁男；沒有發現他們有異常的情形，也沒有發現該女子有被強迫的情形；該女子於天剛亮約早上6時許打電話到櫃台請我叫計程車，我幫她叫計程車，她就坐上計程車離開等語，查告訴人係從事酒店、舞廳之公關陪酒工作，對與客人出場有洽談性交易之可能，知之甚詳，其既已無意願與被告性交，應於知悉客人有意至旅社性交起，尋機逃離現場或求援，參以停車距旅社門口已達100，該距離甚遠，又至旅社時，因旅社已關門，尚有等候開門，及向服務生○拿取房間鑰匙等情，均據証人○証述在卷，告訴人自下車、至旅社門口、在門口等候、進入房間期間，其行動自由均未受直接拘束，其竟均未逃跑或大聲喊叫或向外求援，已與常情相違，是依告訴人於進入旅社房間前之行為，實難認其當時確已受有脅迫，且有向

被告表達不願意性交易之事。次查，告訴人甲女確有於進入○旅社後以行動電話與其妹連繫，告知其與「○」之人在東勢之事等語，甲女之妹其後因與甲女無法聯繫，又擔心甲女安全而報警，業據告訴人甲女指訴在卷，核與証人即甲女之妹証述相符，並有警方報告可佐，顯見甲女在進入○旅社後確有與其妹通話，且在電話中向其妹僅表示：係與綽號「○」之人在○等語，並未表示其在○旅社，亦無求救或要求其妹通知警方之明顯內容，倘被告係欲對甲女強制性交，於性交前在旅社房間，竟允甲女與家人聯繫通話，亦與常情相違……且告訴人既無意願進入旅社，衡情於旅社外至房間內，應思如何求救，而能觀察自身所處之旅社名稱，又告訴人甲女於本院亦供稱：我在打電話時，被告有進浴室，應該在上廁所等語，倘告訴人係遭被告恐嚇或脅迫而進入旅社房間，何以告訴人於打電話時，被告既未在旁，告訴人竟未於電話中告知妹妹所在之旅社名稱？且未向其妹直言求救？均與常情有違。是客觀上依告訴人於性交前在房間內之舉止，亦難認告訴人當時確有遭受脅迫之行為。」

(二) 告訴人未積極反抗，表示已默示同意性交

「又查，告訴人係在舞廳上班，當日被告確係帶告訴人出場，雖出場與同意性交易無必然關連，惟在舞廳上班出場而同意為性交易之情形，確屬多見，因之告訴人若未明確以言語或行動表達其內心真意，足使人認其有默示同意性交之意，其理甚明。查本件告訴人於警訊亦提及：當時被告有說要以一般行情一萬元做為性交易的條件等語，顯見被告當時確有對告訴人言及性交易之代價。而告訴人對自己在旅社房間內，如何表達意願之情形，亦供稱：電話未講完，被告把電話搶走，被告開始軟化，好言哄騙我與他做性交易，那時我心裡非常氣餒，因為對他的行為感到無力，所以心想我不反抗，但絕不配合等語，則依告訴人之供述，其既在被告好言哄騙下即不再反抗，則客觀上告訴人與被告進旅社房間前，在旅社外之行為，已難認其有表達不願意性交，且告訴人於進旅社房間後，在被告對其性交之前，經被告好言相求下，亦無以行動表達對性交行為之拒絕或反抗，是

告訴人性交時之行為於客觀上足令人認其係於半推半就之情況下勉強同意性交，再參以本件性交結束後，告訴人仍與被告同床共眠至天亮，始離開等情，亦為告訴人所自陳在卷，是依告訴人性交前後之客觀舉止，實難認被告確知悉告訴人不願意性交，而被告仍違反其意願對其性交之情形。」

## 五、評論

法官一再強調告訴人沒有在有機會時對外求救，時間點有兩個，分別為進入旅社之時以及跟告訴人妹妹通電話之時。告訴人有解釋在旅店外她沒有向對方求救是因為告訴人認為「我沒有求救，因為我當時認為，我不願意，被告不會強迫我」。所以既然當時告訴人有自信被告不會強迫她，自然也就沒有必要對外求援或是在電話中向其妹妹呼救。法官從頭到尾的理論很一致，認為告訴人在那種情況下應該積極尋思求救之道，我們要問的是，為什麼法官決定不採信告訴人的說法？告訴人在那樣子的情況下不可能保持冷靜嗎？告訴人從事特種行業，難道無法根據自身的經驗，試圖判斷當時情況的危險程度嗎？法官會有這樣子的推論是因為法官將自身的經驗套用在一個知識、經驗都與法官相距甚遠的另一個人之上。法官認為告訴人在當時的情況下，「應該」要有特定的舉動才是正常的，可是所謂的「正常」又是誰定義的呢？本文在第四章曾經引用 Taslitz 教授舉的一則案例，該案的告訴人擁有專業的心理學知識，她知道在當時的情況下，配合被告的要求才是最聰明的應對方式，否則她很有可能會遭受到更危險的對待。最後，陪審團基於被害人主動配合為性行為以及在能逃跑時而未逃跑為由，採信被告的說詞而使被告獲判無罪。本案也具備了類似的條件，本案告訴人雖然不具有心理學上的專業知識，但是至少是特種行業的從業人員，告訴人依過往經驗判斷被告不至於對她進行性侵害，是以未積極求救或逃跑，以本文來看，應存在值得信任的基礎。

至於法官認為告訴人已默示同意性交，理由有二：認為告訴人應該知道同意「帶出場」就代表同意性交易、認為告訴人並無積極表示反對或進行反抗。首先，



根據起訴狀，告訴人說她被帶出場時是因為被告說要至其他酒店繼續飲酒，法官不採信，判決文說「告訴人係在舞廳上班，當日被告確係帶告訴人出場，雖出場與同意性交易無必然關連，惟在舞廳上班出場而同意為性交易之情形，確屬多見，因之告訴人若未明確以言語或行動表達其內心真意，足使人認其有默示同意性交之意，其理甚明」。法官的意思是，「原則」上帶出場通常就包含性交易，「例外」時，若酒店小姐明確表示反對，才能認為雙方沒有性交易的約定。針對這個問題，酒店小姐同意被帶出場是否通常意味著同意性交易容有疑義，曾有平面新聞報導訪問酒店業者指出：「特種行業消費場所都有將公關小姐算出場的計費方式，一般大型酒店帶出場只是單純與客人離開公司，到其他地點續攤，不代表可以上床，客人若要有進一步的性交易，最好透過幹部或俗稱的媽媽桑詢問小姐意見確認……小姐與客人出場的定義因認知不同迭生糾紛，但出場不代表就是性交易，通常出場都是自買單到酒店打烊的時間為止<sup>288</sup>。」換言之，所謂的「原則」、「例外」似乎也並非定律，怎可以斷然因出場就認定告訴人已為默示之同意？退步言之，就算同意帶出場真的是代表同意性交易，就算是出場時就已談好價錢，難道酒店小姐沒有權力臨時說不嗎？法官以：「當時被告有說要以一般行情一萬元做為性交易的條件等語，顯見被告當時確有對告訴人言及性交易之代價」作為理由，輔佐告訴人已默示同意的論點，在因果關係的論述上似嫌薄弱。

最後，法官認為「經被告好言相求下，亦無以行動表達對性交行為之拒絕或反抗，是告訴人性交時之行為於客觀上足令人認其係於半推半就之情況下勉強同意性交」，相對的，告訴人證稱「我不做性交易，被告聽不進去，後來我沒有反抗也沒有配合，任憑他處置……被告幫我脫衣服，我沒有反抗，也沒有合作，我不動就像個娃娃，任他擺姿勢。」在此，牽涉到幾個問題：同意與不同意的界線何在？全然地消極被動，而只以口頭表示反對，究竟是同意還是不同意？同意或不同意的界線是否會隨著告訴人的身分而改變？我國的性侵害法，雖然是以被害人

<sup>288</sup> 孫義方，〈帶出場不等於可上床〉，自由電子報 2006 年 12 月 11 日  
(<http://www.Libertytimes.com.tw/2006/new/dec/11/today-so5.htm> 最後流覽日：2010 年 5 月 15 日。)

的同應與否作為成罪之判準，但是不論是從歷史發展的角度或是社會一般通念，仍然會將強暴、脅迫等行為態樣當作是「重要參考」，所以同意與不同意的界線在於行為人的行為態樣以及告訴人有無反抗。因此，告訴人單純的消極被動本質上就不符合法律要求的「不同意」。既然不是不同意，那當然就是同意了，再加上父權體制的性關係中，男性本來就是主導的一方，女性本來就是被動的一方，相信很多人會認為女性是採取消極或是積極的態度根本不重要。最後，性工作者在性的議題上，刻板印象會加以推波助瀾，推定反正她們已經沒有什麼好損失的，如果有賺錢的機會，當然原則上會同意，除非有例外才是拒絕。這些因素累積起來，就會促使法院認為告訴人已默示同意了。

此時，我們應該換個角度來想想，什麼是同意的性交？同意的性交會是「沒有合作」、「沒有配合」、「像個娃娃」嗎？酒店小姐在一般的情況下履行所謂的債務責任，會採取「不合作原則」嗎？性自主權的真諦是什麼？是「沒有不同意」還是「同意」？美國知名的學者 Schulhofer 就提出了所謂的“*Yes Model*”，認為所謂的同意原則上應該是指明示的同意 (*Affirmative Consent*)<sup>289</sup>，當然，所謂明示的同意也可以有多形式，Schulhofer 舉例說，如果一個人沒有說「不」，而且有報以熱吻、愛撫、擁抱等行為，當然也可以認為是已經同意了<sup>290</sup>。總而言之，在此理論下，我們所要建立的觀念就是「模擬兩可」不等於「同意」<sup>291</sup>。此外，學者 Lois Pineau 也認為：

“To those more in the know, communication also takes place at the level of sexual responses related to levels of arousal, and people who are good at reading the signs make good lovers .... So that even where things have proceeded in silence, to initiate the usual foreplay is to invite both a positive physiological response and to rule out negative verbal and

<sup>289</sup> Stephen J. Schulhofer, *The Feminist Challenge in Criminal Law*, 143 U. PA. L. REV. 2151, 2181 (1995)

<sup>290</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX, THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 272 (1998).

<sup>291</sup> Schulhofer, *supra* note 23, at 2181.

physical responses. But then, where no physical response is forthcoming, a verbal inquiry is in order, even where initial consent has been obtained. Where a woman does not kiss back, makes no return caress, and shows no signs of physiological arousal, the usual requirements of reciprocal sexual enjoyment are apparently not, from her point of view at least, being met. Where her partner does not care, does not take the trouble to notice, and makes no inquiry as to the motivation for this unusual behavior, this failure is even more evident. It is in this situation where a negative response on her part, or a failure to take positive steps to determine her consent on his part, makes the encounter look like assault.<sup>292</sup>

因此，所謂合意的性行為，應該是一段循序漸進的溝過程，雙方對彼此的行為必然有所回應，否則性自主權中的「自主性」何在？就算在性工作者的例子中，合意的基礎是為了錢，也不至於會在一個「互動」的過程中，毫無反應、任客人予取予求。本案法官將告訴人的行為直接解釋為默示的同意，在兩位學者的眼中顯然有所牽強。

## 【案例二】台北地方法院 93 年訴字 1712 號裁判

### 一、檢察官起訴事實

「被告甲係菲籍女傭 M 女之雇主乙的小叔，其基於強制性交之概括犯意，先於民國（下同）93 年〇月〇日晚間 9 時 30 分，於菲籍女傭 M 女隨雇主乙全家前往甲宜蘭住處做客過年，宿於甲位於〇縣〇市路〇號之住處，趁雇主乙及其配偶不在時，而女傭 M 女獨自一人在一樓浴室刷牙之際，自背後以左手抱住女傭 M 女之腰部，右手摀住其嘴巴，強行脫其褲子，並以陰莖插入女傭 M 女之陰道而強制性交得逞；繼於同年 4 月 8 日下午 4 時 30 分，前往台北探視兄嫂之餘，趁隙尾隨女傭 M 女進入〇市乙之住處，強行將女傭 M 女拉扯至住處房間內，並強壓

<sup>292</sup> Pineau, *supra* note 247, at 97-98.

在床，再度以前開手法而強制性交得逞。因認被告涉犯刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪嫌。」

## 二、被告證詞

「訊之被告甲坦承與告訴人先後二次為性交之事，然堅詞否認有何妨害性自主犯行，辯稱：與菲籍女傭 M 女，分別於 93 年 0 月 0 日下午 2、3 點在 0 縣 0 路 0 段 0 巷 0 號 0 樓；同年 0 月 0 日下午 4、5 點，在 0 市 0 路 0 段 0 巷 0 號 0 樓性交二次，第一次之時間非起訴書所述，且雙方為兩廂情願，女傭頻對伊示好，彼此情投意合，遂在當年農曆大年初一（93 年 1 月 22 日）下午開始調情，並一同進入該處一樓浴室發生性行為。第二次在雇主店門口，女傭又以眼神示意，且刻意未將門上鎖，伊乃跟隨進入雇主家中，再次兩願發生性行為，並非強制性交等語。」



## 三、告訴人證詞

### （一）第一次性侵害事發經過

「告訴人就第一次遭性侵害之情況，指稱甲從背後左手抱腰，右手摀住我的嘴巴，造成我無法動彈，他長得很高大，甲強脫我褲子，未戴保險套，將陰莖伸入我的陰道內。」、「我拿著牙刷要去浴室洗澡，突然間被告就進浴室來，就用手摀著我的嘴巴，然後就把我的褲子拉下來，我想要反抗但是被告身材高大，就拉下我的運動褲，本來我想要叫，但是浴室的門鎖著，然後被告的生殖器就進入我的陰道，我有反抗，被告完事後，上完廁所後就跑掉了。我用手想要推開他，但被告摀住我的嘴巴，把我身體壓在洗臉台上，當時我有呼叫。我用手大力想要推開他，並用腳往後踢他。（我）小腹有瘀青。」、「（辯護人反詰問：當時你被強制性交時，妳為何沒有利用浴室內的一些東西發出聲響求救？）因為被告抓住我的手，也摀住我的嘴巴，讓我無法拿其他東西及呼救。」

## （二）第二次性侵害事發經過

「甲趁雇主不在家將我推入我住的4樓房間，強押我在床上，將我的運動褲強行脫掉，黑色內褲撕破，我有反抗並用腳踢他，他自行將他褲子脫掉，將陰莖伸入我的陰道內」、「那天在他們的餐廳，我坐在店內的椅子，我看到被告來店裡，就很緊張，我認為被告已經告訴他們親戚我和被告發生的事情，因為我看護的人，下午的時間要換尿袋，所以我就回雇主的家中拿尿袋，被告尾隨我回家，我用菲律賓話罵他，當初進一樓大門時，有一個老先生在拿信，被告就跟著進來，我在開4樓住家大門時，被告就從我後面推門進來，我就反抗想把門關上，被告還是強力把門推開後進入屋內，就把我的衣服拉下，抱我到房間，我有用手揮動反抗，也用手打他及用腳踢他，但他還是強拉我進房間。我打他踢他，他還是把我壓在床上，他一隻手壓著我的手，另一隻手拉著我的褲子，反抗間我的內褲就被撕破了，衣服沒有破，後來他就把他的生殖器放入我的陰道內。」



## 四、法官不採信之理由

### （一）第一次性侵害事發經過

「告訴人對被告一手摀嘴，另一手究係一手抱腰、脫褲抑或抓手，前後所述不盡相符，況若被告一手摀嘴、一手脫褲或抓手，以告訴人所述奮力抵抗之情狀，被告一手脫褲之時，該手施力依物理法則勢必不如環抱般強制，其大可以下半身乘被告脫褲空隙向後用力頂開，若遭壓於洗手台邊更有施力點；又其既在刷牙，手持之尖長型牙刷亦足為反擊之武器，為何未見其使用。加之，告訴人雖稱係遭被告強壓在洗手台上性交，卻又在辯護人反詰問時證以係在浴室牆邊遭被告性侵害，告訴人所言益見矛盾。尤其事發當時告訴人之雇主○人在同樓層之一樓客廳，且告訴人亦有呼叫一節，為告訴人所是認，倘被告欲強制性交，應不致大膽於兄長在旁而為，且王博銘何以未能聽聞任何告訴人反抗聲響，告訴人之指述已有疑義。」

## （二）第二次性侵害事發經過

「告訴人究係被推入房內或抱入房中，先後所述顯有齟齬。告訴人又指稱被告係自行褪去己之內褲，又曰被告一手壓其手、一手扯其褲，被告如何能同時以雙手完成三種不同動作，與常理不符。若被告已用一手脫自己內褲，衡以告訴人之身材、體重，焉有不能掙脫之理。」

## （三）告訴人未對外求救

「參諸告訴人亦指承其返回○路雇主住處，經過多道大門，其中並有警衛看守控制出入等語，果遭被告尾隨，又在宜蘭發生曾發生告訴人所謂性侵害事件，告訴人豈有不向警衛求援，遑論其亦自陳被告係乘一老者取信時進入樓梯大門，告訴人為何不向該老人求助，此均在在顯現告訴人之乖離事理。」、「參以證人丙及丁均於本院審理中結證稱告訴人一到台灣即有仲介公司之聯絡方式，並要求若有與雇主發生無法解決之事，要速與其二人聯絡協助，尤其證人丁更於本院證以伊每月均會至雇主家中收取服務費，順便瞭解告訴人工作情形等語。倘告訴人分於 93 年 1 月及同年 4 月為被告強制性交，何以其未立向仲介公司人員陳明，果其已於 93 年 2 月間告陳其雇主遭被告性侵害一事，雇主置之不顧，何以不聯絡仲介公司人員處理，又為何仲介人員於 93 年 2、3、4、5 月間至告訴人雇主家中亦無發現有何異樣，告訴人又焉有拖至 93 年 5 月、6 月間始向證人丙以電話簡訊陳述，尤認告訴人前後指述之漏洞百出，不能取信。」

## 五、評論

首先，就判決整體以觀，法官強調被害人前後論述不盡相同，包括「告訴人對被告一手摀嘴，另一手究係一手抱腰、脫褲抑或抓手，前後所述不盡相符」、「告訴人究係被推入房內或抱入房中，先後所述顯有齟齬」。但是實際上，告訴人之證詞即便有所歧異，卻對於事實的認定影響不大，因為不管是哪一種說詞，告

訴人其實都只是在說明被告強制力的行使，被告一手摀嘴，另一手是抱腰、脫褲抑或抓手真的有這麼重要嗎？就客觀第三人的角度來看，抱腰、脫褲、抓手之間，可能根本不應該是擇一關係，而是一個強制行為的先後順序。最高法院自己也說：「經交互詰問後，於綜核證人歷次陳述之內容時（包括檢察官偵訊時之陳述、法院審理時之陳述，以及於容許警詢陳述做為證據時之警詢內容），自應著重於證人對於待證事實主要內容之先後陳述有無重大歧異，藉此以判斷其證詞之證明力高低，不得僅因證人於警詢或檢察官偵訊時所供述之部分內容不確定；或證人於交互詰問過程中，就同一問題之回答有先後更正不一致之處；或證人於警詢或檢察官偵訊中所證述之內容，與其於交互詰問時所證述之內容未完全一致，即全盤否認證人證詞之真實性。<sup>293</sup>」、「告訴人、證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。<sup>294</sup>」以客觀的第三人角度來看，要求告訴人在當時的情況下清楚記憶被告的行為態樣是否合理，容有疑義。

此外，根據被告所述，被告承認兩人之間的性交行為，認為兩人情投意合，並無性侵害行為之情事。本案告訴人與被告平日並無共同生活，告訴人是隨雇主於過年時而前去被告家中。依照一般的經驗法則，被告抗辯兩人情投意合，應會有證據顯示兩人之間的關係，法官為何沒有加以查證？這其中是否牽涉更多刻板印象影響法官之心證，例如法官是否懷疑告訴人企圖賣淫？雙方是因為嗣後價格談不攏才引起糾紛？我們不得而知，但是若說告訴人與被告無緣無故情投意合，然後冒著被雇主發現的風險在浴室中性交，在常理下是說不通的，法官應於判決中加以解釋。

法官認為在一般的情況下，性侵害被害人在案發過後應該會立即對外求助，因此告訴人有諸多機會對外控訴皆未為之，顯有可疑之處。此經驗法則的前提，依據何在？令人懷疑。眾所皆知，性侵害犯罪是犯罪黑數最高的犯罪之一，不論

<sup>293</sup> 最高法院 96 年台上字第 636 號裁判。

<sup>294</sup> 最高法院 95 年台上字第 3132 號裁判。

是國內外都有相當多的報告顯示出，性侵害犯罪的犯罪黑數可能高達十倍以上。如果這是真的，所謂的犯罪黑數就是指沒有進入司法程序中的案件，也就是代表大多數的被害人都不願意將自己的案件攤在陽光下。回過頭來看本案事實，告訴人指稱在 1、4 月時分別遭受性侵害，至 5 月時對證人丙透露，法官在判決中竟將告訴人內心掙扎是否通報的階段，為不利的認定，殊不知大多數的性侵害被害人一輩子都沒有勇氣將這樣的事情透露給他人知道。法官僅以告訴人未即時對外求救，就認定告訴人「前後指述之漏洞百出，不能取信」，顯然有思慮不周之處。

最後，法官說明告訴人在第一次被性侵時，未能趁被告脫褲之際加以反抗，也沒有利用手中之牙刷攻擊被告，這樣的經驗法則又是從何而來？按照社會通念，性侵害被害人真的有辦法在被攻擊的當下，冷靜地判斷情勢，充分利用手邊的資源加以反擊嗎？就算當時告訴人手中有一把刀，告訴人敢使用嗎？這些當場的反應因人而異，不可一概而論。法官在本案中對告訴人的反擊要求顯然是基於自己的想像，而竟又根據自己的想像苛責被害人的行為。從女性主義的角度，我們不得不懷疑這種經驗法則實是舊法中貞操觀念的復辟，法官雖然沒有使用「至使不能抗拒」的字眼，但是實際上卻是在要求案件達到至使不能抗拒的程度。本案例中法官彷彿在告訴告訴人說：「妳反抗的不夠激烈，貞操道德觀有所瑕疵，所以是同意性交的。」

### 【案例三】高雄地方法院 90 年訴字 889 號裁判

#### 一、檢察官起訴事實

「被告丁，於民國 88 年○月間，經由電話交友認識已滿 14 歲之女子即告訴人 A，於同年○月○日晚間 11 時，被告丁打電話給 A 稱：有友人從台北來，要不要一起出去玩等語，A 不疑有他，遂約定在○市○路「○」前見面。翌日凌晨零時許，被告丁搭乘由被告丙所駕駛墨綠色廂型車至右開地點搭載 A 女，該車途往鳳山市方向行駛，途中，被告丁曾下車至某超商購買 3 瓶玫瑰紅酒、茶葉蛋等飲料、零食。A 在車上即飲用玫瑰紅酒，被告丙見 A 飲酒後神智略有不清，乃將車子自國



道一號高速公路轉下○交流道，並駛至○區○街○號「○汽車旅館」，同日凌晨 1 時許，三人進入該旅館○號房後又共同飲酒玩樂，不久，告訴人A終因酒醉不支躺在床上睡覺，被告丁見告訴人A酒醉沈睡不能抗拒，竟對A為性器進入性器之性交行為，得逞後自行離開旅館。同日凌晨 5 時左右，與A同躺床上睡覺之被告丙醒來，見A仍然因酒睡而陷入沈睡狀態且達不能抗拒之情形，竟將性器插進A性器而為性交之行為，不久，A清醒後，被告丙就以前開車輛將A載回前述「○」騎乘機車，不久，A打電話給男友訴說其遭性侵害一事，男友遂陪同其報警而得悉前情，因認被告 2 人涉有刑法第 225 條第 1 項之乘機性交罪嫌。」

## 二、被告證詞

「我從未與告訴人發生性行為，案發當時我認識告訴人約二個多月，是電話交友認識，共出去玩過 2 次（含本案這次），當天我約告訴人出來時，電話中告訴人說要跳舞給我們看，我說如果有感覺時發生一夜情如何，她說反正大家都是出來玩的，沒有關係，她之前自己有跟我說她是在酒店上班，後來隔天凌晨零時許，我、丙開車至告訴人上班之○市○路○接她，後來去買玫瑰紅、飲料及一些乾糧，但告訴人說玫瑰紅不夠烈，我又再去買一瓶小瓶高粱酒，之後沿路找玩樂地點，在車上告訴人有自己拿酒去喝，當時我提議去汽車旅館，告訴人、丙均同意，最後找到○市○區○街○號的「○汽車旅館」住宿，當時告訴人神智清醒，進入房間後，我們三人開始喝酒、划拳，然後告訴人邀我跳舞，我不會跳，告訴人就自己邊喝酒邊跳，我和丙在一旁看邊喝酒，之後丙累了先躺在床上，後來告訴人也躺在床上另一邊，當時我覺得情形不是我想像中的那樣子，就決定回家，我要走時有先搖一下告訴人，說我要回去了，一開始她沒反應，後來她有嗯一聲，我也有跟丙說，但丙沒反應，我回家後，早上 5 時 15 分左右，告訴人、丙還有打我 BBCALL，我打丙的手機，告訴人便問我為何先回去，後來她說要給我好看，她當時很生氣，之後我便未再與告訴人聯絡等語。被告丙固供承有於右揭時地與告訴人發生性行為之事實，惟亦堅決否認有妨害性自主犯行，就當天邀約告訴人

外出前後之經過情形，與被告丁為相同辯解，並另辯稱：當天去汽車旅館時，我有拿我的證件給旅館人員登記，後來進汽車旅館房間後，丁與告訴人有划拳，我在旁邊看，我們三人第一杯酒，都是玫瑰紅加一點高粱，後來覺得不好喝，就都只喝玫瑰紅，後來我很累了，且覺得情形與我想的不一樣，就先躺到床上，隱約有印象丁要離開，丁離開後，我感覺有人在撫摸、挑逗我，我醒來後，我對告訴人說我沒帶保險套，她說沒關係，還說我是不是嫌她不乾淨，後來我就與她發生性關係，當時我躺著，被害人趴在我身上，發生性關係完畢後，告訴人說丁為何先走，叫我 CALL 丁，我 CALL 後丁回話，告訴人就問丁為何先走，要給他好看等語，後來我載告訴人回 O 騎她自己的機車回家，我對 O 路況不熟，還是經由告訴人指引才抵達，當天下午警察就通知說我涉及性侵害，我到警局後，告訴人與她男友就叫我要賠償二百萬元。」

### 三、告訴人證詞

「我上被告的車約 20 分鐘後，我們有停在便利商店買一些飲料、酒等，之後開往高速公路，途中在車上我有喝酒，到汽車旅館時，我已神智不清了，在房間內我和丁猜拳喝酒，其友人在旁倒酒，我喝了一杯味道怪異的酒後後，神智就更不清了，後來我昏昏沈沈時，感覺丁抱著我撫摸我，那時我感覺我身上已沒穿衣服，之後我就昏沈沒有知覺，大約凌晨 5 時許，我醒來時，當時丁的朋友正在對我性侵害，我感覺很痛，但我頭依然暈暈的，四肢無力，無法反抗，任由其生殖器在我陰道裡抽動，結束後因我神智尚未清醒，不知他是否有戴保險套及有無射精等情；於偵查中則稱：我並未說玫瑰紅不夠烈，當時因為我以為是到 MTV，所以未求救，我確定丁與我有發生性行為，因我有醒來二次，第一次當時我和丁都沒穿衣服，醒來二次時是不同的人與我發生性關係等語；因我在進汽車旅館時已神智不清，所以未向汽車旅館服務生求救等語；丁確有與我發生性行為，當時我第一次醒來張開眼睛時有看到他的臉，他正在和我性交，因為我是因痛而醒過來的等語；雖然我醉了，但我知道是被告二人一齊幫我脫衣服的；丙對我性侵害到一

半時，我就將他推開了；於審理中，告訴人又指稱：進去汽車旅館房間後，印象中是丁脫我的衣服，並用手亂摸，之後我就沒有印象了，後來我第二次醒來，是另一位被告沒有穿衣服壓在我身上，正在對我性侵害，當時沒有看到丁，當時我推開他（指丙），但是我沒有完全清醒，後來清醒後我就叫丙打給丁，丁打來時我說，你為何先走，害我，丁說我無理取鬧，後來他不等我講完就掛掉電話了。」

#### 四、法官不採信之理由<sup>295</sup>

##### (一)告訴人應係自願發生性行為

「一般異性朋友若需談天、喝酒、玩樂，多會尋找人多、熱鬧或雖係獨立空間然仍可隨意進出且鄰近公共場所或公眾得出入場所之地點，而汽車旅館乃首重隱密性、便利性，此即其與一般旅社、飯店之主要差別，衡情告訴人主觀上若無與被告二人發生性關係之意願，何以表示願表演跳舞給被告看，並於深夜搭同被告二位異性車輛前往汽車旅館，又於途中即主動先行飲酒，進入房間內又繼續與被告飲酒、划拳？」

##### (二)告訴人事後反應與一般被害人之反應迥異

「受理告訴人報案之警員，證稱：我受理報案時，從外表看不出告訴人有何異狀，也看不出有惶恐或緊張之表情，當時告訴人之男友在刑事組時，是注重二百萬元賠償的問題，當時外觀上告訴人並無受傷，衣服亦無毀損，告訴人及其男友在刑事組時均表示如被告未賠償二百萬元就免談了，他們二人講這些話的態度很堅定，可知告訴人於案發後之反應，與一般女子於遭受性侵害後多呈惶恐、緊張、羞憤之反應相異。」

#### 五、評論

<sup>295</sup> 判決中尚有其他理由，本文僅討論與性別刻板印象有關之論述。

本案法官對於性侵害被害人的形象是以嚴格的道德標準檢視之。首先，法官認為一個潔身自愛的女子本來就不應該與異性友人前往汽車旅館、飲酒作樂，會有這種行為的女性顯然是有與他人發生性關係之意願。法官的此種認定，顯然又是將自身經驗套用到行為人身上，認為依照社會通念，女性都會認為告訴人的行為不妥適、男性都會誤以為告訴人有意與其發生性關係，藉此質疑被害人的道德標準，責備被害人是「自找的」。實際上，被害人有無同意應該就事發「當時」進行討論，而非由事發「之前」告訴人的行為進行推測，因為不管告訴人事前的行為如何，告訴人都有權隨時喊停，因此，就算退步言之，告訴人原本在飲酒作樂時真的有意與兩人發生性關係，也不應就此推測嗣後發生性行為是合意的。

此外，法官透過被害人事後的情緒反應，推測被害人並無遭受性侵害之論述，也有可議之處。所謂「惶恐、緊張、羞憤」其實是學理上性侵害創傷後症候群的典型症狀，可是每個人受性侵害後的反映本來就不盡相同，怎可期待每個人都展現出「惶恐、緊張、羞憤」之反應？比方說測謊好了，基本上測謊也是企圖透過受測者的情緒反應來推敲事實，實務上也認為：「測謊鑑定之原理，係依一般人在說謊時，會產生遲疑、緊張、恐懼、不安等心理波動現象，乃由鑑定人利用測謊儀器將受測者之上開情緒波動反應情形加以記錄，用以分析判斷受測者之供述是否違反其內心之真意而屬虛偽不實。但一般人於測謊時發生類似遲疑、緊張、恐懼、不安等心理波動現象之原因可能有多種，例如身體疾病、生理不適、情緒激動、精神亢奮、身心疲累等等，未必絕對係出於說謊所致。故測謊效果之正確性以及其證據能力暨證明力如何，在學界及實務上仍存有重大爭議，雖不能完全否定其有供審判心證上參考之價值，但尚不宜遽採為認定犯罪之主要依據。<sup>296</sup>」所以說，測謊與性侵害創傷後症候群同樣是科學上仍有爭議之技術，同樣有可能因人而產生不同之反應，可是法院卻在本案中以性侵害告訴人被害人沒有展現性侵害創傷後症候群之症狀作為判決中的重要依據，這樣的論述實為不妥。

<sup>296</sup> 高雄地方法院 97 年訴字第 1562 號裁判。

## 第五節 小結

本章首先探究我國傳統刑法對與「性」有關之犯罪，其態度與一貫之邏輯為何。結果發現，法條背後的邏輯推論是很一致的，與女性主義理論所批判的父權思想完全吻合。接著在第三節介紹 1999 年所進行之性侵害犯罪實體法之修正，在女性團體的主導下，我國刑法從「妨害風化罪章」中，將有關性自主權的罪名重新設計，制定了「妨害性自主罪章」，以正式揚棄貞操權的概念。此外，法條文字上來看，刪除「至使不能抗拒」之要件，並將文字改為中性化之文字。同時，該章也針對法律之修正提出評析，認為最主要的缺陷有二，首先是修法欠缺討論與社會共識，導致修法背後理論基礎之欠缺，使多數人不知法律進行這些修正之本意何在。第二，也因為學界以及實務界對於修法的討論不夠，自然也就沒有人針對修法之成效進行檢討與批判。本文第四節就是試圖填補這塊缺陷，延續我的指導老師林志潔助理教授的國科會計畫，進行判決的分析。就觀點上，則是採取本文第四章所採取的後現代女性主義，針對審判中的性別刻板印象與性侵害迷思進行批判。基本上，林老師的計畫成果已顯示我國實務在面對性侵害案件時，確實還存在了一些性侵害迷思，本文只是選擇了較為經典的三則案例進行介紹，希望能對該計畫成果提供更多佐證。

## 第六章 結論與建議

### 第一節 研究成果

本論文的研究成果在於，發現我國實務在處理性侵害案件審判中，確實存在著一些性別偏見，而 1999 年以來的實體法修正，其修法精神並沒有真正貫徹到實務運作中。其實，法官在判斷案件事實時，依照其自己的生活經驗所累積出的經驗法則來作為判準，本來是無可厚非的事情，但是若這些判準被性別刻板印象「汙染」時，就無可避免的會產生歧視性的結果。在這裡所謂歧視性的結果，並不當然意味著法官在個案中的認定錯誤，因為就如前所述，有時候基於性別刻板印象所做的認定，可能反而是正確的，因此，我所謂的歧視性，對象不是侷限於個案中的當事人，而是歧視「性別正義」這個價值觀。

什麼是「性別正義」？本文是透過後現代女性主義加以建構之。後現代主義標榜「解構」，鼓勵我們挑戰、懷疑社會上所有既有的定律，應用在性別的議題上，就是告訴我們要容許「變異」，不要再以單純的性別二分法下的價值觀對人做出評斷。後現代女性主義相信，當人們少了對於性別特質的期待，我們的社會才能真正從父權體制中獲得性別的解放，性別的解放就是性別正義。最早的自由女性主義是非常樂觀的，她們相信只要女性擁有與男性相同的機會，就可以獲得與男性相同的地位，可是事實並非如此，在教育普及化後，女性雖然擁有與男性一樣的機會，卻往往在競爭中敗下陣來。少數成功的女性，常常被貼上「跟男人一樣」的標籤，意味著她們成功是因為她們擁有男性特質，因此這種成功不是真正的成功，許多學者都認為這只是父權社會對女性的施捨。既然跟男性一樣不是最理想的情況，過去像是文化女性主義，也有試圖從女性性別特質著手改革，她們認為女性特質長期被低估、忽略，因此她們強調女性特質的讚揚，希望社會重新評價女性特質。但是這種做法被證明是失敗的，因為在父權體制的運作下，女性特質永遠沒有辦法獲得真正的肯定，在父權體制下，女性特質只有應用在私領域時才會獲得較高的評價。諸如照護、溫柔等特質，在多數的公領域的事務上，常被認

為是無關緊要的。這當然不是因為女性特質本來就比較差勁，而是因為女性特質根本不合乎父權社會的遊戲規則。基進女性主義意識到了這一點，不斷強調父權體制的強大，悲觀的認為在父權體制下女性永無翻身之餘地，基進女性主義的觀點固然切中了父權體制這個問題的核心，但卻也犧牲了女性的能動性。

我認為，從某一個層面來講，自由女性主義、文化女性主義以及基進女性主義的「對象」，其實都是女性，她們在教導其他女性同胞應該如何如何，但是實際上，父權社會是由兩性所共同建構起來的，不論男女都是父權劇本中的主角，傳統的女性主義告訴女性要自覺，卻沒有告訴男性應該要怎麼做。從刑法妨害性自主罪章的修法過程中就可以看到這樣的現象，婦女團體應用女性主義理論改革法律，立意雖好，但是卻沒有將修法的整套理想確實傳達給社會知道，導致修法過後，仍有一些「換湯不換藥」的判決出現，更重要的是，修法似乎沒有辦法影響性侵害犯罪中的被告，性侵害犯罪數據的連年增加，不斷地提醒我們修法的失敗。對此，後現代女性主義似乎提供了一個未來可以努力的方向，與傳統女性主義不同的是，後現代女性主義所期待的是一個沒有性別界線的社會，她們的訴求對象不只是女性，而是更擴及男性。她們試圖告訴男性，在某些時候、針對某些事情，一個男性表現得「很娘」，是沒有關係的！同樣的，女性表現得「很 man」也不應受到異樣的眼光看待。如此一來，男女兩性都可以放下沉重的性別負擔。一旦「中性」獲得了認可，性別特質變得沒有標準可言，或許性別歧視的問題就可以獲得某種程度得緩解。

回到性侵害的審判上，我認為性侵害審判使用性別刻板印象作為判斷事實的依據，會產生對性別正義的歧視性結果。原因就在於法院的判決跟法律一樣，具有一定的教示功能，法院使用性別刻板印象為判決，就算結果是對的，也會在過程中傷害並削減社會中性化的成果。個案中的檢察官或律師一旦整理出法官所期待看到的當事人形象時，為求勝訴，勢必會在審判中朝法官的理想情境「形塑」個案，如此一來，擁有性別變異的被害人，必然會遭到二度傷害，而女性主義對女性所做的改變，在法庭上就被打回原形。這也點出了一個很嚴重的問題，那就

是社會在進步，法院卻往往跟不上社會的腳步，以現在社會發展的速度以及多元的程度來看，未來進入法院的當事人只會擁有越來越多的性別特質變異，如果法院無法與時俱進，將對司法威信造成極大的傷害。舉一個簡單的例子好了，同性戀中難道沒有性侵害嗎？為什麼從來沒有看過同性戀的性侵害事件進入司法程序？對於司法的不信任想必是重要的原因之一。

## 第二節 研究建議

學生在報告本篇論文時，引起現場司法官學長姐極大的反應，他們認為如果這些以刻板印象為基礎的標準都不能用，那要怎麼判斷事實？誠如他們所言，性侵害犯罪往往陷入一種各說各話的情況，而且最高法院又說被害人作證時之言論，其證明力較低，不得作為有罪判決之唯一依據。那要怎麼辦？本文建議，有兩種做法：第一，不如先從審判重心的轉移開始著手，如前所述，很多判決從頭到尾都沒有針對被告說詞進行驗證，而都是將重點放在告訴人之說詞。但是實際上，跟所有其他犯罪類型一樣，審判的主角本來就應該是被告，而刑法所要處罰的是「行為人」的「行為」。因此，證人的可信度固然是考量因素之一，但是法官更應從客觀第三人之角度，檢視被告之證詞是否合理，被告證詞的合理性，不僅僅是透過告訴人的證詞加以反推，更應該針對被告所述的「本身」進行檢驗。例如詢問被告是如何得知告訴人已為同意，了解被告對「同意」的理解是否合理，若被告說是告訴人引誘他，所謂「引誘」行為是什麼？一般人皆會認為這是具有性暗示的引誘嗎？若被告說告訴人一開始雖然有少許的抗拒，那法官就應該去深入理解被告的「少許」是不是告訴人的「奮力」。本文相信，一旦審判的重心轉變，法院一定能發現更多案件的細節，就算最後是成立無罪的心證，法官也一定能寫出更具說服力的判決；第二，要以性別刻板印象為基礎的經驗法則，雖不是最好的方法，但是在案情晦暗不明時，仍可有限度地使用，但須提出經驗法則正確信之佐證。像是前述所提到的案例，法官以為「帶出場」必然包括性交易，但是實際上這並非



定律，就算付了高額之「出場費」不代表性工作者沒有在最後一刻拒絕之權利。又或者是法官以為一般人遭到性侵害後都會向他人哭訴、報案，但是實際上多數的被害人都是選擇隱忍不說。為了避免這種情況的發生，應要求法官為自己的經驗法則提出確實的佐證。此外，法官應時時告訴自己，刑法處理的對象是「行為時」的那一剎那，不是行為前，也不是行為後。法官在考量足以證明行為前或行為後的證據時，本來就應格外小心注意這兩者與行為時之間的關聯性。

實際上，我國的性侵害犯罪審判之未來並沒有這麼悲觀，因為我國的事實發現者都是法官，法官接受長期的專業訓練，都是社會上之菁英，跟美國相較，事實發現者是一般民眾組成之陪審團，要對菁英施以性別教育訓練遠比對一般民眾教育來的簡單。但是前提是司法必須要敞開心胸，接受更多元的觀點，我常常說，法律人的通病就是常常會高度武裝自己，司法要求的是公正，當別人質疑司法的公正性時，司法人員就會習慣性地將自己武裝起來，而非試圖理解別人的想法。我國司法威信低落絕對不是偶然，司法人員自豪的是自己的專業性以及工作的努力，但是偶而是否也應該回過頭來，看看所謂的「專業性」是不是建立在不平等的基礎之上？努力是不是在朝對的方向？以避免見樹不見林、為德不卒之憾。

### 第三節 後續研究方向

本文只是在強調並驗證性侵害犯罪中的性別不平等，仍有許多後續研究有待處理，例如：

#### 一、性侵害犯罪之偵查

進入法院的案件實際上只是性侵害犯罪中少數的案件，除了選擇完全不通報的案件以外，還有部分的案件是由檢察官所篩選掉的，檢察官起訴與否的標準何在？起訴率多少？不起訴的理由？這些議題將來都可以做後續的研究。

#### 二、偵查、審判程序的法律規制

除了期待檢察官、法官接受女性主義所提倡的多元觀點以外，美國乾脆以法律限制有哪些證據不得進入審判程序，例如排除被害人過去的性歷史就有助於將審判重心擺在「本案」的「行為人」身上。這種法律通稱為「性侵害被害人保護法」(Rape Shield Laws)，我國雖然也有相關的規定，但是因為法官裁量權過大而流於形式，我國是否有必要且適合這種法律，也是後續可以研究的議題之一。

### 三、其他與性相關之規範

其他與性有關之規範諸如強制猥褻、性騷擾等，在父權體制下，可以合理假設會有與性侵害犯罪相同之問題，實務上的針對這些案件的處理也是一塊急待開發之區域。



## 參考文獻

### 一、中文書籍

中國抗日戰爭史學會，《日軍侵華暴行實錄（一）》，北京：北京出版社，1995年。

艾倫強森著，成令方譯，《性別打結，拆除父權違建》，台北：群學出版，2008年。

林山田，《刑法通論》（上冊），台北：自版，2002年。

林山田，《刑法通論》（下冊），台北：自版，2002年。

徐昌錦，《通姦除罪化》，台北：五南圖書，2005年。

劉亞蘭，《平等與差異》，台北：三民書局，2008年。

趙鳳喈，《中國婦女在法律上之地位》，台北：稻香出版，1993年。

齊力，〈質性研究方法概論〉，《質性研究方法與資料分析》，嘉義：南華大學社會所出版，2005年。

顧燕翎等，《女性主義理論與流派》，台北：女書文化，2000年。



### 二、英文書籍

Allison Julie A. & Wrightsman Lawrence S. *Rape: The Misunderstood Crime*. Sage Publications, 1993.

Arendt, Hannah *The Origins of Totalitarianism*. Books LLC, 2009.

Bourke, Joanna *Rape*. Counterpoint, 2007.

Brownmiller Susan *Against Our Will*. Ballantine Books, 1993.

Butler, Judith *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Routledge, 1990.

Cahill, Ann J. *Rethinking Rape*. Cornell University Press, 2001.

Estrich, Susan *Real Rape*. Harvard University Press, 1988.

Francis, Leslie ed. *Date Rape: Feminism, Philosophy, and the Law*. Pennsylvania

State Univ, 1996.

Gilligan, Carol *In a Different Voice*. Harvard University Press, 1982.

Gross, Rita M. *Buddhism After Patriarchy: A Feminist History, Analysis, and Reconstruction of Buddhism*. State University of New York Press, 1993.

Lerner, Gerda *The Creation of Patriarchy*. Oxford University Press, 1986.

Mackinnon Catherine A., *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, 1989.

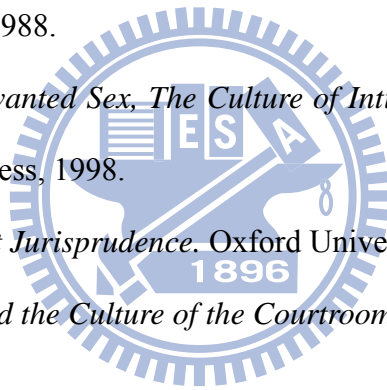
Mackinnon Catherine A., *Women's Lives, Men's Laws*. Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

Mackinnon Catherine A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press, 1988.

Schulhofer, Stephen J. *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard University Press, 1998.

Smith, Patricia ed. *Feminist Jurisprudence*. Oxford University Press, 1993.

Taslitz, Andrew E. *Rape and the Culture of the Courtroom*. NYU Press, 1999.



### 三、中文期刊

王曉丹，〈從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法律學報》，第十九卷一期（2007）。

尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，《律師雜誌》，第三一三期（2005）。

李聖傑，〈從性自主權思考刑法之性行為〉，《中原財經法學》，第10期（2003）。

李聖傑，〈妨害性自主第一講：保護法益〉，《月旦法學教室》，第十九期（2004）。

李佳玟，〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析—從婦運的角度觀察〉，《中原財經法學》，第十四期（2005）。

法思齊，〈論性侵害犯罪之本質與修正〉，《月旦法學雜誌》，第一百四十五期

(2007)。

法思齊，〈美國法與法律制度中對性侵害被害人之偏見與迷思〉，《世新法學》，第四期（2007）。

林東茂，〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，《月旦法學雜誌》，第 51 期（1999）。

林山田，〈評一九九九年的刑法修正〉，《月旦法學雜誌》，第 51 期（1999）。

林志潔，〈刑法修正爭議問題研析（一）／復仇的女王蜂？精神異常的弱女子？—由女性主義法學方法評析〉，《台灣法學雜誌》，第 126 期（2003）。

陳志龍，〈女性解放的法律絆腳石-論刑法第二二六條第二項強姦被害婦女羞憤自殺罪之性質〉，《月旦法學雜誌》，第 59 期（2000）。

陳妙芬，〈當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析〉，《台大法學論叢》，第三十三卷一期（2004）。

陳惠馨，〈女性主義法學與性別主流化〉，《律師雜誌》，第三一三期（2005）。

劉尚志、林三元、宋皇志，〈走出繼受邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，第 3 卷（2006）。

薛文郎，〈配偶強制性交罪應有別於一般強制性交罪〉，《刑事法雜誌》，第四十七卷第一期（2003）。

薛文郎，〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉，《刑事法雜誌》，第四十六卷第四期（2002）。

薛文郎，〈配偶強制性交行為之三階段評價〉，《刑事法雜誌》，第四十四卷第五期，頁（2002）。

#### 四、英文期刊

Anderson, Michelle J. *Marital Immunity, Intimate Relationships, and Improper Inferences: A New Law on Sexual Offences by Intimates*, 54 HASTINGS L.J. 1465 (2003).

Anderson, Michelle J. *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual*

*Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH L. REV. 51 (2002).

Beltz, Amanda *Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim's Rights with the Due Process Rights of the Accused*, 23 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT 167 (2008).

Brown, Kevin *The Social Construction of a Rape Victim: Stories of African-American Males about the Rape of Desiree Washington*, 1992 U. ILL. L. REV. 997, 1000 (1992).

Deckha, Maneesha Pain, *Pleasure and Consenting Women: Exploring Feminist Responses to SM and its legal regulation in Canada Through Jelinek's The Piano Teacher*, 30 HARV. J.L. & GENDER 425 (2007).

Dixon, Rosalind *Feminist Disagreement (Comparatively) Recast*, 31 HARV. J. L. & GENDER (2008).

Dripps, Donald A. *Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent*, 92 COLUM. L. REV. 1780 (1992).

Engle, Karen *Feminism and its (Dis) Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina*, 99 AM. J. INT'L L. 778 (2005).

Frug, Mary Joe *A Postmodern Feminist Manifesto*, 105 HARV. L. REV. 1045 (1992).

Fus, Theresa *Criminalizing Marital Rape: A Comparison of Judicial and Legislative Approaches*, 39 VAND. J. TRANSNAT'L L. 481 (2006).

Giovanni, Adrian Di *The Prospect of ICC Reparations in the Case Concerning Northern Uganda: On a Collision Course with Incoherence?*, 2 J. INT'L L. & INT'L REL. 25 (2006).

Lacy, D. Aaron *The Most Endangered Title VII Plaintiff? Exponential Discrimination Against Black Males*, 86 NEB. L. REV. 552 (2008).

Lyon, M. R., *No Means No: Withdraw of Consent During Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 277 (2004).

Mackinnon, Catharine A. *Rape Genocide and Women's Human Rights*, 17 HARV. WOMEN'S L.J. 5 (1994).

McNeely, Cynthia A. *Lagging Behind the Times: Parenthood, Custody, and Gender Bias in the Family Court*, 25 FLA. ST. U. L. REV. 891 (1998).

Orr, Cara C. *Married to a Myth: How Welfare Reform Violates the Constitutional Rights of Poor Single Mothers*, 34 CAP. U. L. REV. 211 (2005).

Rayburn, Corey *To Catch a Sex Thief: the Burden of Performance in Rape and Sexual Assault Trials*, 15 COLUM. J. GENDER & L. 437 (2006).

Robinson, Leslie D. *It Is What It Is: Legal Recognition of Acquaintance Rape*, 6 AVE MARIA L. REV. 627 (2008).

Rumney, Philip N.S. *In Defence of Gender Neutrality Within Rape*, 6 SEATTLE J. FOR SOC. JUST. 481 (2007).

Schneider, Mary Deutsch *About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice*, 83 N.D. L. REV. 915 (2007).

Schulhofer, Stephen J. *Taking Sexual Autonomy Seriously*, 11 LAW & PHIL. 35 (1992).

Schulhofer, Stephen J. *The Feminist Challenge in Criminal Law*, 143 U. PA. L. REV. 2151 (1995).

Sherry, Suzanna *Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication*, 72 VA.L.REV. 543 (1986).

Stefan, Susan *The Protection Racket, Rape Trauma Syndrome, Psychiatric Labeling, and Law*, 88 NW. U. L. REV. 1271 (1994).

Sylvia, Pieslak *The International Criminal Court's Quest to Protect Rape Victims of Armed Conflict: Anonymity as the Solution*, 2 SANTA CLARA J. INT'L L. 138 (2004).

Vetterhoffer, Dana *No Means No: Weakening Sexism in Rape Law by Legitimizing Post-penetration Rape*, 49 ST. LOUIS U. L.J. 1229 (2005).

Waterworth, Jennifer M. *Parent and Child--Grounds for Award of Custody the North*

*Dakota Supreme Court Recognizes that “Stay-at-Home Dad” was Not Discriminated Against Due to His Non-traditional Role*, 75 N.D. L. REV. 391 (1999).

Walsh, Nicole Burkholder *The Collusion of Consent, Force, and Mens Rea in Withdrawal of Consent Rape Cases: The Failure of in Re John Z.*, 26 WHITTIER L. REV. 225 (2004).

West, Robin *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1 (1988).

## 五、中文碩士論文

李樹中，〈強·輪姦犯罪被害特性之實證研究〉，國立中央警察大學犯罪防治學系碩士論文（1998）。

吳素秋，〈當避風港無法靠岸時：受婚姻暴力婦女離家生活經驗分析〉，高雄師範大學性別教育研究所碩士論文（2007）。

林志鍵，〈性自主？性桎梏？—我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（2005）。

陳俐靜，〈變動中的兩性平等法制：女性主義與父權主義的辯證〉，國立中山大學中山學術研究所碩士論文（2006）。

楊永年，〈警察機關性侵害犯罪案件工作執行之研究—以基隆市警察局為例〉，中國文化大學中山學術研究所碩士論文（2003）。

張淑貞，〈智障性侵害被害人之家屬司法系統求助經驗探討〉，東吳大學社會工作學系碩士論文（2004）。

張晏綾，〈不同性別司法官對於性侵害案件相關態度之探索—嘗試建立選任偵審性侵害案件司法官之量表〉，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文（2004）。

劉泳淇，〈配偶間成立妨害性自主罪之探討〉，國立中正大學犯罪防治所碩士論文（2003）。

## 五、英文判決



Alonso v. State, 821 So.2d 423 (Fla. Ct. App. 2002).

Acevedo v. Williams, 985 So.2d 669 (Fla. Ct. App. 2008).

Bullington v. State, 616 So.2d 1036 (Fla. Ct. App. 1993).

Brown v. State, 106 N.W. 536, 538 (Mich. 1906).

Carlyle v. State, 945 So.2d 540 (Fla. Ct. App. 2006).

Com. V. Joyce, 415 N.E.2d 181 (Mass. 1981).

Fletcher v. State, 698 So.2d 579 (Fla. Ct. App. 1997).

Hogue v. Hogue, 574 N.W.2d 579 (N. Dakota 1998).

Jones v. State, 885 So.2d 466 (Fla. Ct. App. 2004).

People v. Geddes, 3 N.W.2d 266 (Mich. 1942).

People v. Jones, 373 N.W.2d 226 (Mich. Ct. App. 1985).

People v. Waltonen, 728 N.W.2d 881 (Mich. Ct. App. 2006).

People v. Hurst, 400 N.W.2d 685 (Mich. Ct. App. 1986).

People v. Brown, 306 N.W.2d 392 (Mich. Ct. App. 1981).

People v. Brown, 495 N.W.2d 812 (Mich. Ct. App. 1992).

People v. Petrella, 380 N.W.2d 11 (Mich. 1985).

People v. Patterson, 410 N.W.2d 733 (Mich. 1987).

People v. Langworthy, 331 N.W.2d 171 (Mich. 1981).

People v. Liberta, 474 N.E.2d 567 (N.Y. 1984).

People v. Khan, 264 N.W.2d 360 (Mich. Ct. App. 1980).

People v. Stull, 338 N.W.2d 403 (Mich. Ct. App. 1983).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

State in Interest of M.T.S., 609 A.2d 1266 (N.J. 1992).

Soukup v. State, 760 So.2d 1072 (Fla. Ct. App. 2000).

## 六、中文判決

87 年訴字 1885 號裁判

90 年台上字 3439 號裁判

90 年訴字 158 號裁判

90 年訴字 889 號裁判

93 年訴字 1712 號裁判

95 年台上字第 3132 號裁判

96 年台上字第 636 號裁判

97 年訴字第 1562 號裁判

98 年訴字 2949 號裁判

99 年訴字 199 號裁判

## 七、網路資料

Encyclopedia Britannica Online, Marxism, <http://search.eb.com/eb/article-35147> (last visited Nov. 24, 2008).

行政院勞工委員會 97 年之婦女勞動統計。( <http://statdb.cla.gov.tw/html/woman/97/womanmenu.htm> 最後流覽日：2010 年 3 月 10 日。 )

內政部家庭暴力與性侵害防治委員會，統計資訊，94 至 96 年性侵害事件通報兩造關係統計。( <http://dspc.moi.gov.tw/ct.asp?xItem=2336&ctNode=776&mp=1> 最後流覽日：2010 年 3 月 20 日。 )

光緒二十三年刑律草案。( <http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf> 最後流覽日：2010 年 5 月 20 日。 )

孫義方，〈帶出場不等於可上床〉，自由電子報 2006 年 12 月 11 日 ( <http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/dec/11/today-so5.htm> 最後流覽日：2010 年 5 月 15 日。 )



## 八、國科會計畫報告

林志潔，「以女性主義法學重構刑事立法與審判—以性自主權為中心」，國科會研究計畫期末報告。

## 九、其他資料

王昭月、胡宗鳳、林秀美、梁玉芳，〈婚暴受害者 半數伴隨性暴力〉，聯合報 2007 年 6 月 19 日 A3 版。

林偉妃，〈英國採樣 6.33%最多 台灣僅 0.15%〉，中國時報 2008 年 7 月 29 日 A8 版。

朱武智，〈停薪育嬰假 七成職女沒興趣〉，中國時報 2008 年 3 月 6 日 A16 版。

洪秀瑛，〈拚老命接戲 供養大家庭 雷洪 4 老婆 月支出百萬 7 兒 1 女兩個孫 演戲 40 年角逐金鐘影帝〉，中國時報 2008 年 10 月 21 日 D4 版。

曹秀雲，〈王永慶的三個女人 無聲無怨無悔〉，中國時報 2008 年 10 月 19 日 A5 版。

陳慶居，〈虐童母誣告性侵，檢還社工清白〉，中國時報 2009 年 9 月 19 日 C2 版。

郭良傑，〈家暴激增，加害人以無業居多〉，中國時報 2008 年 3 月 8 日 C2 版。

熊迺祺，〈部屬妻控性侵，卻暱稱他老公〉，聯合報 2009 年 10 月 7 日 A10 版。

蕭西君，〈《職場粉領族》婚育＝女性職涯休止符？ 90 萬女性婚後退出職場 台灣女性結婚生育後，退出職場的比例驚人。如何調整工作環境與育嬰假，以鼓勵女性員工婚育後留任，成為企業人資管理的重要課題。〉，工商時報 2007 年 10 月 6 日 D2 版。