

# 有女人被強暴了，但強暴她的人卻不是強暴犯： 從基進女性主義觀點論性侵修法

陳昭如

## 一、 從誰的觀點出發？

自從去年的女童性侵判決爭議引發了白玫瑰運動以來，法律與司法是否有效防治性侵、保護被害者的討論便未曾停歇，而最近總統提名性侵爭議判決為大法官候選人的風波，更再次激起了廣泛的社會討論，特別是希望「重懲」、「嚴密監控」性侵犯以保護幼女的強大聲浪，同時也有不少人主張倡議應該修法強化法律的客觀性、避免法官主觀恣意認斷的風險，並且批評一九九九年的刑法修正訂定妨害性自主罪章，是婦運的胡亂修法，錯誤地把主觀的「違反意願」要件。值得深思的是這些討論與主張背後的性侵害想像：什麼是性侵害？

「合法的性」與作為犯罪的「性侵犯」，二者之間的區分並不容易，因為我們對於現實的理解、乃至於法律的制訂與解釋適用，都不豁免於「觀點」的影響。換言之，男性觀點認為的「性」(女人說不就是要，沒說不當然也是要)，對女人而言卻有可能是強暴。問題在於，法律用誰的觀點來看世界、並且使該觀點所認識的現實成為正確的事實？當男性觀點被普遍化為客觀的有權者觀點，而女性對於現實的認識則被特殊化為主觀的陳述，就形成了基進女性主義法學者 Catharine A. MacKinnon 所指出的強暴困境：有女人被強暴了，但卻不是強暴犯做的 ( a woman is raped but not by a rapist )。MacKinnon 並不是說：我們「知道」且「認為」有女人被強暴了，而且有強暴犯存在，只是警方找不到罪犯的行蹤、或者司法體系欠缺充分有力的證據來證明他是罪犯。她要說的是：女人認為自己被強暴了，但強暴她的人並不認為這是強暴，法律也傾向於採納他的觀點認為這並不是強暴。這才是當下性侵害爭議的關鍵所在。

## 二、 對錯症下錯藥的修法

### 1. 刑度與年齡區分問題

目前立委們所提出的修法版本主要均是針對「刑度」與「年齡區分」來重新規範。這樣的修法方向看似呼應了「社會」對於「重懲性侵」與「保護幼女」的期待，但卻是欠缺反思的回應。首先，針對刑度的問題，一個在此爭議中少被提起的問題是：法官是否充分審慎地衡量刑法第 57 條的科刑審酌事由來量刑、其衡量是否適當，又是否基於審判公開的原理將其審酌的心證公開於裁判書中？刑法第 221 條（強制性交罪）與第 227 條第 1 項（與未滿 14 歲男女性交罪）所規定的法定刑刑度相同，皆為三年以上七年以下的有期徒刑，而第 222 條加重強制性交罪的刑度為七年以上有期徒刑，都已給予法官處以較重徒刑的量刑空間。

再者，「重懲」或者「嚴密監控與矯正」或許有助於回應特定的情感要求，但是否能夠有效遏止包括性侵在內的犯罪、乃至於有效地矯正犯罪者，本就是一個具有高度爭議性的問題，不只在理論爭議上沒有定論，在經驗研究上也沒有明確的證據支持重懲的效果。更需要思考的問題是，性侵害是「少數偏差的變態男人+無辜倒楣女性」，還是「父權社會中常態現象」？如果各種有關強暴的經驗研究都顯示，絕大多數的強暴是「正常男性」對熟識女性所犯下的侵害，那麼，如果，我們將強暴界定為一種「權力」的犯罪（藉由強暴來施展權力、宰制她人）而非單純「生理慾望」的犯罪，那麼，有關於強暴的

而幼童性侵案的刑度爭議還涉及到一個法條適用問題，亦即性侵小女童應該適用刑法第 227 條第 1 項，或第 222 條第 1 項第 2 款的加重強制性交罪？這就牽涉到最低法定刑是三年或七年的問題。為了解決這個法條適用問題，有些立委的版本試圖透過修法來明確化刑法第 227 條第 1 項與第 222 條第 1 項第 2 款的適用範圍與年齡劃分，將第 222 條第 1 項第 2 款界定為具有「強制」的情況，而第 227 條則為有「合意」的情況；或者是刪除第 222 條的年齡加重要件，一律改由第 227 條規範。這種區分其實仍無助於解決法條適用的爭議，或者無助於釐

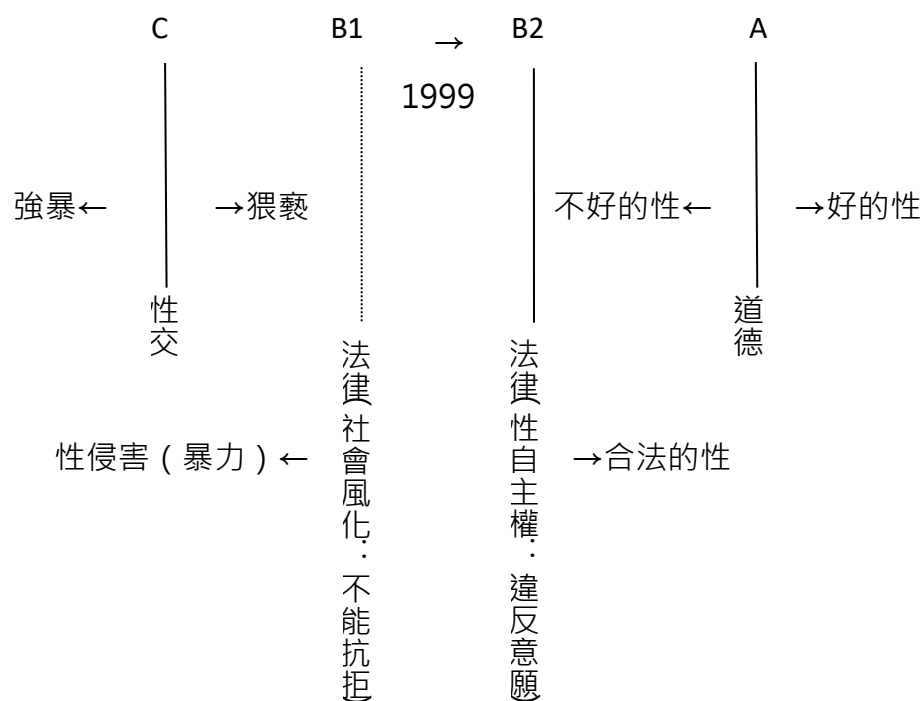
清性自主保障的核心內涵。

首先，只要我們仍須區分一定年齡以下的孩子「是被強制的」還是「有同意」，那麼我們的法官就仍將被困於「究竟孩子有沒有同意？」的區分難題，當然也就沒辦法真正釐清以下所將進一步討論的、性侵害中的核心要素「強制」的意涵。以形式年齡來區分性自主保障的要件、或者區分性自主保障與兒少保障，這種立法規範方式的確簡化了法官的工作，然而，如果「性」是被保障的人權核心領域之一，為什麼該保障的方式應該被以特定的年齡來加以區分保障的形式呢？確實，許多國家都採用特定年齡區分的方式來界定所謂的準強暴罪（statutory rape），並且在這樣的犯罪中，不以是否具有合意來作為犯罪的構成要件，並且有些採用如我國的「兩小無猜」條款（在美國法則稱之為 Romeo and Juliet laws）的設計。然而，我們必須留意的是，將特定年齡以下的性交一律當做準強暴並且一律加重刑度，不僅將限縮了量刑的空間，造成涵蓋過廣（over-inclusive）與涵蓋過窄（under-inclusive）的規範缺漏，更可能維繫前述的這樣的迷思：相較於年幼者，特定年齡以上的人被認為具有自主決定的能力與條件，同時也就便成對該年齡以上女性的「推定同意」。然而，特定年齡以上的女性，就必然有自主決定的能力與條件嗎？如果女性作為一個群體乃是系統性地處於從屬的位置，那麼年齡的形式區分真正有意義嗎？

再者，區分強暴與準強暴（statutory rape），在概念上乃是指前者才是強暴（亦即強制性交）、後者是「被當成強暴」來看待（準強暴），當我們進行這樣的區分時，無異於說對於特定年齡以下孩子的侵害「不是強制性交」。這樣的修法看似擴大了對於幼女的保護，卻混淆了強暴的概念，也未能挑戰性別不平等社會中的「推定同意」。雖然各國幾乎都有訂有年齡界限，而倡議取消年齡分界的女性主義聲音尚未成為共識，但我們至少要留意女性主義者 Frances Olsen 在剖析準強暴時所指出的難題：「所有保障年輕女性對抗個別男人私侵害的努力，都冒著使女性受到國家壓迫的風險，而所有要保障女性免於國家壓迫的努力，卻也都可能減損了她們對抗個別壓迫的力量」。

## 2. 刪除「違反意願」絕非解方：主觀性不足以構成修法理由

這波爭議也涉及一九九九年的刑法修正訂定妨害性自主罪章，引入「違反意願」的要件，是不是婦運的胡亂修法？要回答這個問題，首先必須瞭解現行法律制度下對於性侵害的管制，以及一九九九年修法所造成的改變。



在現行法下，法律劃下「合法的性」與「不合法的性」、或者「性」與「暴力」之間的界限。合法的性可能是不好的、不愉快的性 ( bad sex )，也可能是好的性 ( good sex )，至於什麼是好的、什麼是不好的性，則由道德 – 個人對於良善生活的看法與行為準則 – 來決定，法律並不加以干涉。性侵害又被區分為足以激發一般人的色慾、但尚未達到性交程度的猥褻，以及涉及性交的強暴 ( 強制性交 )，前者被認為是較輕的侵害，後者則是較嚴重的侵害。

刑法在一九九九年修正之前並沒有「妨害性自主」罪章，有關強暴與猥褻的犯罪，都被認為是一種「妨害風化」的犯罪，換言之，是一種侵犯社會性道德秩序的犯罪，而不是侵犯性自主與完整性的犯罪。B1 這條法律的線所依據的區分標準不是權利（性自主與完整性否被侵犯），而是社會的道德風化，法律的界限等於群體的道德界限。而問題就在於，從誰的觀點來界定群體的道德風化標準？性侵害之所以成罪，是因為違逆了社會集體的道德感情，還是因為侵犯了性的自主與完整性的權利？一九九九年刑法的修正是婦運推動修法的成果。首先，這次修法將強暴與猥褻罪從妨害風化罪章中獨立出來，另成一個獨立的妨害性自主罪章，也就是將性的保障加以「權利化」。這次的修法還進行了以下的重要改變：用「性交」來取代「姦淫」這個帶有強烈道德意涵的字眼，並且明文規定性交的定義；將被害人從「婦女」擴大為「男女」；在「強制性交」與「強制猥褻」的規定中刪除「致使不能抗拒」的要件，將強制性交的強制界定為「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法」。

這次修法不只是法規文字改變，其重要意義在於從自由女性主義的觀點重新界定性侵害。首先，被侵犯的是性，而不是作為社會風化的性道德感情與秩序：強暴之所以構成傷害，不是因為玷污了女人的貞操、一個男人妨害了另一個男人的性權利（也就是違反了父權社會中的性道德秩序），而是侵犯了這個女人的性。其次，對於性自主權的保障，不因男女而有所不同，男人也可能是性侵害的受害者。最後，強暴的意義被重新界定為「違反意願」的性交，這是一個很關鍵的轉變。修法前的立法將「強姦」定義為「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」，這表達了一種強暴的迷思，好像只有陌生人拿刀架在脖子上而被害人抵死不從，這才構成強暴。因此，性侵害的重點是物理性的強制與抗拒，被害人被科以誓死抵抗的義務，其他不符合這種強暴的女性所受到的性侵害，就被當成是你情我願的合意性交。這是一種男性觀點的強暴想像，在這種想下之下，女人被「推定同意性交」：只要沒有被物理力量脅迫並且盡力抵抗，那麼強暴犯與法律都不認為這是強暴。法律將他的觀點變成客觀的

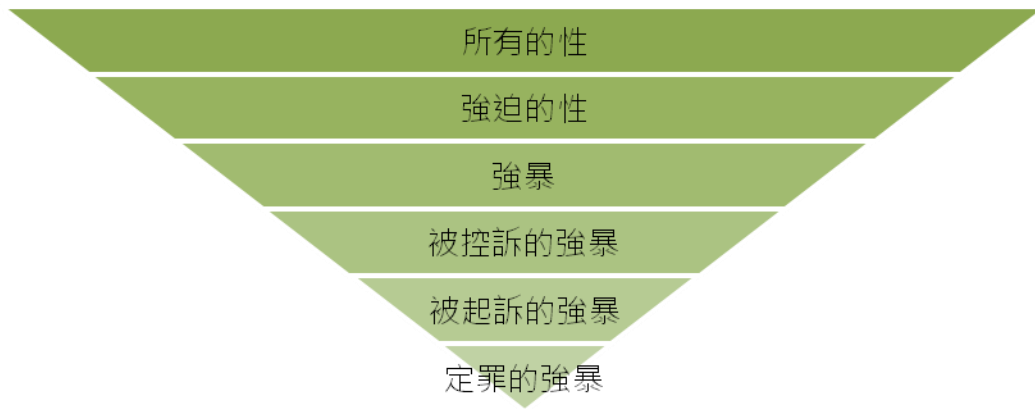
觀點。而「不能抗拒」的刪除與「違反意願」的納入是性侵害法的重要轉向：被害者的意願才是關鍵。B1 這條線因此向右移動變成 B2，擴大了性侵害的範圍，有一些在以往被認為僅是「不好的性」變成了違法的「性侵害」。這跟美國近幾十年來性侵害法的改革很類似，美國全數五十個州都在這樣的改革下刪除了「抗拒」( resistance ) 的要件。

曾是強暴受害者的美國女性主義法學家 Susan Estrich 對於性侵害法的分析，可以用來說明上述修法擴大強暴範圍的意義。她區分兩種強暴的型態，一種是「暴力或陌生人強暴」( aggravated rape )：行為人使用暴力威脅加諸傷害、或陌生人所為的強暴；另一種是「單純強暴」( simple rape )：行為人經常是與被害人之間具有熟識關係，不使用一般的暴力脅迫，而「和平」地使被害人處於必須服從的狀態下所進行的強暴。然而，在美國傳統的性侵害法下，只有暴力或陌生人強暴才被法律當成是真實的強暴 ( real rape )，而單純強暴則不被認為是強暴，但單純強暴卻是強暴中的多數。Estrich 更指出，因為法律採取男性觀點而造成強暴的遞減狀態：當事人認為自己經歷了強迫的性 > 當事人認為自己被強暴 > <sup>1</sup>當事人提出控訴的強暴 > 被起訴的強暴 > 被定罪的強暴。我把這稱為漏斗狀、或倒三角形的強暴圖像。<sup>2</sup>一九九九年的修法讓「單純強暴」可以從 B1 的右方移動到 B2 的左方，理論上也將有助於改善上述的強暴圖像，讓強迫的性被正名為強暴，讓當事人所經歷的強暴成為被法律所認定的強暴。

---

<sup>1</sup> 這裡的差異是，當事人認為自己所經歷的性是被迫的，但卻不稱之為「強暴」。

<sup>2</sup> 漏斗型或倒三角形的差異，主要取決於強暴的定罪率：如果定罪率很高就是漏斗型；如果定罪率很低，則是倒三角形。



然而，問題在於，當 B2 這條界線是以「意願」來界定时，要從誰的觀點來認定是否違反了意願呢？當對於現實的理解是性別化的 -- 她認為是「不」(違反意願、欠缺合意)，他卻認為是「要」(欲拒還迎、兩情相悅) -- 法律該採納誰的觀點？誰對於現實的理解才是正確的？由於法院仍採納男性觀點來理解現實，因此從 B1 到 B2 的挪移只是限縮了男人的性權利，但是並沒有取消男人對於女人的性擁有接近使用的權利 (men's access to women's sex)，也就是女人被推定同意性交的情況並沒有被根本地改變。我們可以發現，法院在解釋適用法律時，仍然悄悄地用「不能抗拒」來認定是否存在有意願的違反，著重於當事人是否有機會抵抗而不抵抗、有抵抗為何不夠盡力，因此使得「不能抗拒」實質上成為認定是否具有強暴脅迫、或者是否違反意願的認定標準。不能抗拒的文字雖然從法條文字中刪除了，卻仍存活在人們乃至於法律人的思維中。這種情況在美國也同樣發生。美國所有州的強暴刑法都刪除了抗拒 (resistance) 的要件，但是研究者也指出，法院在認定強暴時仍然將抗拒當做是一種「幽靈構成要件」(ghost element of rape)。

「不能抗拒」的鬼魅不僅繼續徘徊，甚至可能復活成為公然在白晝行走的父權怪獸。今年年初，美國的共和黨曾經在眾議院提案，要在名為「稅金不補助墮胎法」(No Taxpayer Funding for Abortion Act, HR3) 的反墮胎法案中將因強暴懷孕而須墮胎的聯邦補助，限制為「暴力的強暴」(forcible rape)，以排除非暴力的強暴 (coerced rape) 與準強暴 (statutory rape)，最後在婦運的抗

議之下才取消了這個限制。而行政院為了回應社會龐大的批評聲浪，迅速草擬完成送至立法院的刑法修正案中，雖然標榜性自主權的保障，也刪除刑法第 221 條中「違反意願」的要件，改為「相類之方法」，理由是「犯罪構成要件應是客觀描述行為人之犯罪行為或手段，藉以顯示其主觀惡性之所在，現行法規定將『違反意願』列為構成要件，導致法院於適用時，必須以客觀事實探究被害人主觀意願，反生爭議，爰已刪除，苟行為人之強制手段強度，客觀上達到足以使被害人處以難以抗拒之狀態，即成立本罪...」。

從基進女性主義的觀點來看，這裡的主觀與客觀之爭正是一個認識論的問題：客觀與主觀之間根本無法如此二分。因此，上述修法理由的論證存在一個重大的問題：所謂的客觀事實總是從特定主觀的觀點來被認識的，法律的客觀性其實是主觀的男性觀點被客觀化的結果。換言之，客觀其實是一種特定的主觀：「是否達到足以是被害人處於難以抗拒之狀態」是一種主觀的認定，以「是否達到足以是被害人處於難以抗拒的狀態」作為判斷是否構成侵害的要件，則是把主觀的男性經驗 -- 把被害人置於難以抗拒的狀態加以侵害，這才叫做強暴 -- 變成客觀的法律要件。是否存在有性合意的意願是一個事實問題，可以被當作是一種「客觀事實」，但卻被認為是純粹的主觀。再者，主觀性要件本來就是犯罪的構成要件之一，例如把別人的摩托車騎走了，究竟只是「借用一下」（使用竊盜）還是想要「據為己有」（竊盜罪）？就是以主觀性的意圖來加以區分。而所有的法律概念也都存在有某種的不確定性，例如加重竊盜罪中的「夜間」行竊，究竟幾點才算是夜間（六點？八點？），當然並不明確，而必須從法益侵害的危險性來具體判斷。

因此，主客觀之爭是個假議題，真正的問題在於：從誰的觀點出發的主觀，成為法律上的客觀？B1 的「不能抗拒」標準並不比 B2 的「違反意願」更客觀，而 B2 也並未創造平等的性自主權。

### 三、 重新定義強暴



政治上來說，我認為只要一個女人有性關係、而她認為她被侵犯了，這就叫做強暴。你也許會認為這樣的定義太廣了。但我並不是在說，要把所有的男人都當成強暴犯送進監獄。我的意思是，我們必須藉由讓女人自問『我是不是被侵犯了？』，來改變男人與女人間關係本質的定義。對我而言，使得女人不去控訴強暴的性別不平等文化的一部份，就是強暴的定義並非奠基於我們對於何謂被侵犯的定義。

Catharine A. MacKinnon

修法不是狹義的刑法法釋義學問題，而是女性的平等公民身份問題：女人所受的侵害，是不是被國家法律所保障的公民所遭受的侵害？因為一九九九年的修法，我們的刑法朝向性別平等的保障邁進了一步：從「女人說不就是要」，邁向「女人說不就是不」。懸而未決的問題是，當沒說不時，究竟是要還是不？當有說要時，真的是要嗎？

### 1. 強制、乘機、利用權勢三分架構的缺失

現行刑法性自主章最大的問題，不是因為錯誤地使用了主觀性的構成要件，而是因為沒有根本地釐清強暴的本質並加以規範。現行法使用三分的架構：強制性交罪（第 221、222 條）、乘機性交罪（第 225 條）、利用權勢性交罪（第 228 條）。這種區分其實是沿用 1999 年修法前的規範架構，將強暴分為強暴脅迫的性交、利用特定不能或不知抗拒的狀態的性交、當事人之間具有特定條件而利用該條件的性交。1999 年的修法，雖然取消了不能抗拒的要件，卻沒有打破此三分架構。然而，如果強制意味著被迫、性自主的違反，那麼利用特定無法為性之同意的狀態所為的性交，當然也是一種強制的性；利用雙方之間的不對等關係而取得同意的性，也是一種強制的性。換言之，強暴脅迫是最赤裸的強制，但強制卻也可以（並且經常）以其他更幽微的型態出現：造成或利用一種無法自主決定的

狀態，但這並不限於乘機性交或利用權勢性交的情況。三分架構的區分，反而混淆了強暴（rape）的強制意涵，造成法律解釋與法條適用上的紛擾，導致強制要件解釋的狹隘化，使得法官傾向於將刑法第 221 條的違反意願之要件解釋為積極意願的違反，而單純強暴即有可能因為不符合傳統的強暴脅迫模式（沒人拿刀槍或拳頭威脅）、也不屬於「乘機」（沒有身體障礙也不是心智障礙）、也不屬於法定的權勢關係，而落於法律的保護範圍之外，同時當然也影響了強暴被害人的自我認知框架（我真的被強暴了嗎？）。其結果就是「推定同意」，只要沒說不（抗拒），所有發生的性就是合意的性。

以前陣子引發社會矚目的女藝人強迫陪睡現象為例。在不平等的關係下用性來交換利益，是典型的交換條件性騷擾。經紀公司要求旗下的藝人用性服務來換取工作利益，這是一種將女人視為性物、使女人處於從屬地位的性別歧視行為，不會因為女藝人「選擇」服從或拒絕而有所不同。人們或許會說，女藝人可以拒絕甚或誓死抵抗啊，幹嘛為了虛榮的星途或混口飯吃而作賤自己呢？問題就在於，我們的社會應該容許人們被置於「不陪睡就沒前途」的處境之下嗎？人們為何必須在陪睡與工作之間選擇其一？造就這種處境的人，不該為此負責嗎？因此，強迫陪睡就是一種性騷擾。然而，強迫陪睡是強暴嗎？人們普遍譴責強迫陪睡的現象，但卻不稱之為強暴，為什麼？因為她雖然百般不情願還是答應跟他們上床嗎？因為這些男人不一定有用強暴脅迫威嚇她就範嗎？被迫陪睡的女藝人所面臨的不見得是物理的威嚇，而是經紀公司與陪睡對象共謀的權力關係操作。在欠缺積極自主的合意之下，女藝人和被迫陪睡對象之間所發生的不是魚水之歡，而是強暴。「強迫陪睡」之所以被責難，不正因為存在有強迫嗎？

## 2. 值得參考的國際判決與立法

因此，現行法的問題，並不只是法官欠缺性別意識的結果，也跟法規範的缺失有關，只是並非諸多修法版本所規範的缺失。強暴是被迫的性。何謂被迫，各國有不同的規範方式，從著重強迫的法國（以暴力、強迫、脅迫、襲擊的方式所

為的性侵入)、強調欠缺同意的英國(未經同意、且行為人並未合理相信被害人同意的性侵入)、以及多數規範必須兼具強迫行為與欠缺同意都有。這三種模式都有缺失。法國模式以太過狹隘的方式界定強迫,正是將強暴等同於陌生人強暴的結果。英國模式雖然以欠缺同意(lack of consent)為要件而擺脫了物理性強制的狹隘界定,但是所謂「合理相信」究竟要從那個群體的觀點來認定(男人合理相信女人半推半就欲拒還迎?),而被迫的同意、沈默算是欠缺同意嗎?至於同時要求強迫與欠缺意願的模式,則混淆了強制的意義:有強制,就無自主的合意可言;有自主的合意,就不存在有強制。要求兩者兼具等同於要求女人必須在強迫的情境下表達拒絕,也等同於認為沒表達拒絕就是同意(推定同意)。

值得注意的是,國際上已經有一些例子拒絕只用狹義的物理性強暴脅迫來定義強暴,並且認為欠缺積極合意(affirmative consent)的性就構成強暴。美國紐澤西州最高法院在 State in the Interest of M.T.S. (609 A. 2d 1266, N.J. 1992)中表示,性的合意必須是積極(affirmative)且自主的(freely given),這不一定要以明白的言行來表達,而是由情境來進行合理的判定。盧安達國際刑事法庭(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)在 Prosecutor v. Akayesu( Case No. ICTR 94 4 T, 1998)中明確地表示,強暴是在強制情境下所發生的性侵害,不能用對於物體或身體部位的方式來做機械性的定義,強制是一種特定的情境,不需要用物理性的暴力作為證據才能證明有強制的存在,也不一定有身體的物理性侵入或接觸,因此在強制的情境下命令一個學生把衣服脫光、並在公眾之下裸體做體操也構成一種性暴力。加拿大最高法院不僅曾經表示強暴乃是基於性別的犯罪,否定了女人的平等([1993] R. v. Osolin, 4 S.C.R. 595, Can.),更在 R. v. Ewanchuk ([1999] 169 D.L.R. 4<sup>th</sup> 193, Can.)一案中表示,主觀的同意是在現實的氛圍(air of reality)下依據證據來認定,既沒有「默示的同意」這回事,出於恐懼的同意也不算是同意。現行加拿大刑法更明文規定,性的同意不能由其他人代為表達、也不能是利用權勢地位的結果,而且在同意開始性行為之後,還是可以在過程中拒絕繼續進行。

這些例子的共同特色是拒絕承認「推定同意」的女人性從屬狀態，並且將性視為一種互動的過程，而不是個別的插入或準插入的行為。為何「有女人被強暴了，但強暴她的人卻不是強暴犯」？那是因為對女人而言的強暴，不被法律承認為強暴；法律所承認的侵犯，並非從絕大多數性侵害受害者（也就是法益的被侵害者）的角度出發來界定的。我們應該以實質的性決定能力與條件來重新界定強暴，不再將「沒說不」等同於要，也不能將所有的「要」都當成是自主同意的表達，因為「要」也可能是被迫的結果。合法的性是在自主且平等的條件下積極合意的性，而非一方的強制與地方的臣服。

另推薦閱讀：

1. 《女性主義經典》中的「強暴是男權社會的正常現象」（毓秀）、人類學家的強暴自述（Cathy Winkler），以及《女性主義理論與流派》中的「基進女性主義」（王瑞香）