

## 基進女性主義的強暴論

陳昭如

台灣大學法律學系副教授

### 一、 從誰的觀點出發？

自從 2010 年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，特別是希望重懲性侵犯、保護幼女的聲浪日益壯大。對於這個議題，婦運的看法並不一致。有的婦運觀點認為問題在於法院未能將性侵害置於性別不平等的社會現實中來理解，僅以嚴刑峻罰與嚴密監控來對待性侵害犯並非問題的解方；也有的婦運觀點主張司法對於性侵害犯的寬容放縱惡化了女性遭受侵害的處境，必須強化對於性侵害犯的監控與治療。婦運的批評者則主張、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，錯誤地用主觀的「違反意願」要件取代「不能抗拒」的客觀要件。還有一些批評者認為法官以「抗拒」來認定是否「違反意願」並無問題，婦運的批評不過是以保障性自主之名、行壓抑性自主之實的性道德保守主義論調。

值得深思的是在這些討論與主張背後的性侵害想像：性侵害是生物性的犯罪（因此必須以生物性的治療來處理）、權力/性政治的犯罪（因此是權力不平等關係的產物）、或是社會偏差者的犯罪（因此是倒楣受害者遇上偏差行為人的不幸事件）？如何區分「合法的性」與作為犯罪的「性侵犯」？這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，都不能免於「觀點」的影響。換言之，異性戀男性觀點認為的「合意性交」（女人說不就是

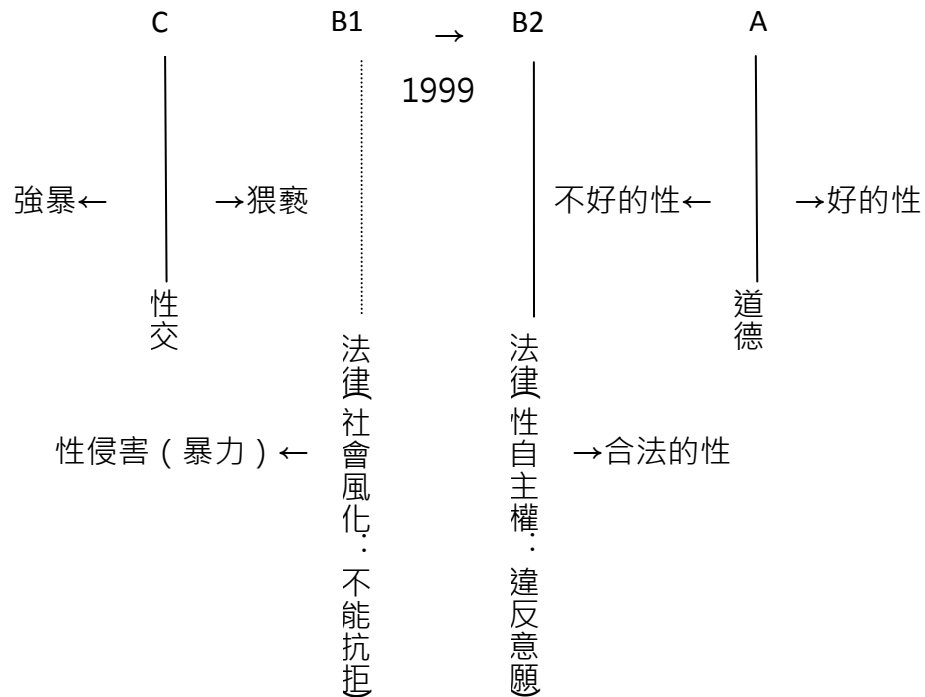
要，沒說不當然也是要)。對女人而言卻有可能是強暴。問題在於，法律用誰的觀點來看世界、並且使該觀點所認識的現實成為正確的事實？當異性戀男性觀點被普遍化為客觀的有權者觀點，而女性對於現實的認識則被特殊化為主觀的陳述，就形成了基進女性主義法學者凱瑟琳·麥金儂所指出的強暴困境：有女人被強暴了，但卻不是強暴犯做的。<sup>1</sup>麥金儂的意思並不是說：我們「知道」且「認為」有女人被強暴了，而且確實有個強暴犯，只是警方找不到罪犯的行蹤、或者欠缺充分有力的證據來在司法上證明他是罪犯。她要說的是：女人被強暴了，但強暴她的人並不認為這是強暴，法律也傾向於採納他的觀點認為這並不是強暴。認識論以及認識論和政治的連結，也就是誰的觀點擁有界定現實的權力，才是這個爭議中最根本的問題。以下，我將從基進女性主義（又稱為宰制論女性主義）觀點來檢視強暴法的基本問題與近來的相關爭議，並且提出改革的幾個基本方向。

## 二、 關於劃界的問題

我們可以用以下的圖示來理解現行法律制度下對於性侵害的管制，以及相關的爭議。在現行法中，法律劃下「合法的性」與「不合法的性」、或者「性」與「暴力」之間的界線。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性慾、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。

---

<sup>1</sup> 'A woman is raped but not by a rapist,' CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 183(1989).



### 1. 從 B1 到 B2 的位移：客觀到主觀？

刑法在 1999 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 這條法律所劃下的線，依據的區分標準不是權利（性的自主與完整性），而是社會的道德風化，法律的界線等於群體的道德界線。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、風化秩序，還是因為侵犯了性的自主與完整性的權利？1999 年刑法的修正是婦運長年為了對抗性暴力推動修法、並性侵害犯罪「正名」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「權

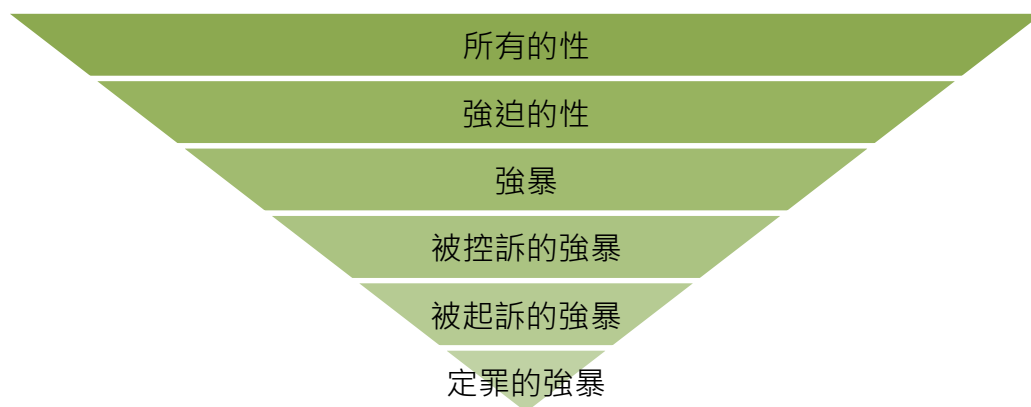
利化」。這次的修法還進行了以下的重要改變：用「性交」來取代「姦淫」這個帶有強烈道德意涵的字眼，並且明文規定性交的定義；將被害人從「婦女」擴大為「男女」；在「強制性交」與「強制猥褻」的規定中刪除「致使不能抗拒」的要件，將強制性交的「強制」界定為「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法」。

1999 年的修法不只是法規文字改變，其重要意義在於從自由主義的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，而女人也可能是性侵害的加害者。<sup>2</sup>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定義下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 ) 這項要件。

---

<sup>2</sup> 從基進女性主義觀點來看，將性侵害的受害者與加害者中性化的法律發展，是一種在法律上刻意忽視性別化現實（強暴主要是一種男性對女性的侵害）的結果，想要藉由「男人也可能受害」來尋求法律承認女人的受害，也藉由「女人也可能加害」來表達犯罪懲罰上的公平性。

曾是強暴受害者的自由女性主義法學家埃斯特麗希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。<sup>3</sup>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。埃斯特麗希更指出，因為法律採取男性觀點而造成強暴認定與定罪的遞減狀態：當事人認為自己經歷了強迫的性 > 當事人認為自己被強暴 > 當事人提出控訴的強暴 > 被起訴的強暴 > 被定罪的強暴。<sup>4</sup>這可稱為一種漏斗狀或倒三角形的強暴圖像。<sup>5</sup>臺灣 1999 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>3</sup> SUSAN ESTRICH, REAL RAPE: HOW THE LEGAL SYSTEM VICTIMIZES WOMEN WHO SAY NO (1987). 埃斯特麗希自己所經歷的是典型的陌生人暴力強暴。

<sup>4</sup> 埃斯特麗希認為，當事人認為自己經歷了被強迫的性、但卻不稱之為「強暴」這樣的現象，表示強暴法與司法實踐建構了人們的自我認知，導致當事人無法將違反典型強暴的、被強迫的性理解為強暴。見 ESTRICH, *supra* note 3, at 13-15.

<sup>5</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」來界定時，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」（欲迎還拒、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？顯然，單僅只將「意願」的要素引入，並不足以解決這些問題。為了避免探求被害者的意願造成譴責被害人（blaming the victim）的效應、將焦點置於被害人的反應而非行為人的行為，埃斯特麗希主張將探求的重點挪移至行為人的意圖（intent），同時也為了避免「認為女人說不就是要」的男性觀點來理解「意圖」可能造成的缺憾（亦即「不是由強暴犯所為的強暴」，因為行為人並不認為這是強暴），她認為「意圖」應該由合理男性的觀點來加以認識。<sup>6</sup>

埃斯特麗希的解決之道，存在著一個根本的問題：我們應該從「行為人觀點」（即便是一個「合理」的行為人）來認識性侵害嗎？基進女性主義並不認為如此。麥金儂質問一個更根本的問題：性意識或性/欲取向（sexuality）是從誰的觀點來被理解並認識？如果以「男性」與「女性」來指涉社會群體的位置處境，<sup>7</sup>而性/欲取向是在一個特定社會中能夠激起性慾者的社會建構，那麼性/性/欲取向是男性觀點被普遍化為一般觀點的產物：作為男人的意義是可以在性事上侵犯並擁有女人（有權力），而作為女人的意義則是可以為男人所侵犯並佔有（無權力）。換言之，「可被幹」（rapable）是女人一詞的社會性意義。色情（pornography）<sup>8</sup>在

---

<sup>6</sup> ESTRICH, *supra* note 2. 埃斯特麗希也同樣批評，性騷擾法中「不受歡迎」（unwelcomeness）的要件使得焦點被置於被害人身上，而非加害者的行為。見 Susan Estrich, *Sex at Work*, 43 STAN. L. REV. 813(1991)。「不受歡迎」乃是美國為了區分刑法中強暴罪的合意/同意（consent）要件之「自願性」（voluntariness）而發展出來的概念。見 *Meritor Savings Bank v. Vinson* (477 U.S. 57, 1986)（男性上司與女性下屬在刑法上的合意性行為仍可構成不受歡迎的性騷擾）。

<sup>7</sup> 麥金儂所指的並非生理意義的男人或女人，而是被社會性地界定的男人或女人的處境。「男人」一詞乃是指「以男性的生理為基礎而賦予給男性的陽剛特質地位，這詞彙本身並非生物性的」（the status of masculinity that is accorded to males on the basis of their biology but is not itself biological）。見 CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSE ON LIFE AND LAW* 170(1987)。

<sup>8</sup> 必須注意的是，麥金儂在使用色情這個概念時，所指的並不是所有的性言論。由於問題不在於色情「表達」了什麼樣的思想或觀點，而是色情「作了什麼」：歧視並傷害女性，因此她（及

此建構過程中扮演了重要、關鍵的角色。男性宰制界定了性/欲取向的意義，而當男性宰制與女性臣服被界定並且體驗為性愉悅，侵犯就變成兩情相悅 ( consensual )；當暴力被認為能夠激發性慾，暴力與性之間的界線就變得模糊不清，以性來施為的暴力本身就是性。麥金儂因此認為，色情讓個人難以區分暴力或強暴、或暴力與性之間的區別。

既然在社會現實中，性與暴力、同意與拒絕的界線如此地模糊不清，法律在合法的性與違法的性侵害之間的劃界也同樣是模糊的，並且更是一種男性宰制的結果，即便引入了意願的要素，也並沒有根本地改變性宰制。自由女性主義認為「意願」區隔了應被國家處罰的強暴與屬於私領域範疇的自願性交，因此強暴罪的重點應該是意願的違反，而非違反性道德或者善良風俗。基進女性主義則認為，在性別不平等的社會中，意願是可疑的概念、自願選擇可能是強迫的結果，因為在男性宰制的條件下，自主的意願雖然不是完全不可能、也至少是困難的，即便成年女性也是如此。<sup>9</sup>而「女人真正想的」、「女人能表達的」與「男人所理解的」之間的差距，正說明了意願經常是在不平等條件下被做成與理解。

從這樣的觀點來看，「小女孩是否有性意願或性自主可言」這個在性侵判決中的核心爭議，<sup>10</sup>以及使用年齡來區分性的保護方式與性自主決定權的立法規範，

---

Andrea Dworkin ) 將色情定義為：「經由影像或言語，使女人處於從屬地位的性露骨素材」，而且這類性露骨素材還必須具備其他要件，例如將女人非人化、將女人客體化並且在性侵害中感到愉悅等。

<sup>9</sup> 也因此，基進女性主義對於性騷擾法中的「不受歡迎」要件，也抱持批評的態度。麥金儂便認為「不受歡迎」被以傳統道德主義的方式來解釋，無法解決女人在男性宰制結構下的意願問題。見 Catharine A. MacKinnon, *Afterword*, in *DIRECTIONS IN SEXUAL HARASSMENT LAW* 672, 682-683 (Catharine A. MacKinnon & Reva Siegel eds., 2004).

<sup>10</sup> 也就是刑法第 221 條 ( 強制性交罪 )、222 條第 2 項第 2 款 ( 對十四歲以下之人犯強制性交之加重強制性交罪 ) 與第二二七條 ( 與未成年人性交罪 ) 的關係。面對這個爭議，最高法院以法律的技術性切割來解決問題，做成最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議，認為「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪」。雖然最高法院刻意引用了兒童權利公約來為這樣的法律解釋套上人權的外衣，但這樣的作法是以保護兒少之名、行誤解

便是有問題的。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立法者與法官的工作。許多國家也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，有些國家採用如我國的「兩小無猜」條款 ( 在美國法則稱之為 Romeo and Juliet laws ) 的設計，也有的立法例是明訂雙方一定的年齡差距來予以不同的對待。然而，我們必須留意的是，將特定年齡以下的性交一律當作準強暴並且一律加重刑度，不僅將限縮了量刑的空間，造成涵蓋過廣與涵蓋過窄的規範缺漏，更可能維繫這樣的迷思：相較於年幼者被認為是無法自主做決定的被保護對象，特定年齡以上的人則被認為在理論上與現實上都具有自主決定的能力與條件，也就是該年齡以上女性的「推定同意」。麥金儂便表示，準強暴的立法造成了「今天她們無法表示同意，明天她們卻被推定同意」的荒謬結果。<sup>11</sup>也就是，在滿法律所規定的性自主決定年齡 ( 我國法為 16 歲 ) 的前一天，女孩不能說要，因為她是被保護的對象、沒有性自主決定權；但是隔天 ( 也就是符合性自主決定年齡的那一天 )，卻變成不能說不，因為女人被推定同意性、說不就是要。這種看似保護未成年女性的作法，實則讓一定年齡以下的女孩成為可欲的性對象，也讓成年女性性自主決定受限的狀態遭到漠視。問題就在於，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，在概念上乃是指前者是真正的強暴 ( 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「不是真正的強制性交」，這並非對強暴傷害的正確命名。基進女性主義因此反對以絕對的年齡劃分來界定準強暴的概念與立法，而女性主義法學者如奧森則進一步指出規範準強暴的難題：「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

---

性侵害之實的便宜作法，甚至有違反罪刑法定主義之嫌。相關討論見李佳玟，違反罪刑法定主義的正義，臺灣法學雜誌，160 期，頁 1-3 (2010 年)。

<sup>11</sup> MACKINNON, *supra* note 1, at 175. MacKinnon, 1989:175



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」。<sup>12</sup>

再者，基進女性主義觀點對於意願概念的質疑，也與其對「強制」( coercion ) 的定義有關。<sup>13</sup>強制的型態不僅只是物理力量，「被迫」絕非只是被刀槍拳頭所脅迫，也包括在不平等的關係之下利用男主動女被動的性意識型態來製造性服從，甚至經濟需求也可以是一種強迫：必須在賣性與生存之間擇一的處境就是強迫的結果。女藝人強迫陪睡的現象，很可以用來說明基進女性主義觀點的「強迫」概念。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 ( quid pro quo sexual harassment )。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。<sup>14</sup>人們或許會說，女藝人可以拒絕甚或誓死抵抗，為何要為了虛榮的星途或混口飯吃而作賤自己呢？更何況，說不定有的女藝人確實就不排除用性來換取利益，既然她們沒說不要，把陪睡當成是一種性工作有什麼不對呢？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失去工作之間選擇其一？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。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？

---

<sup>12</sup> Frances Olsen, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 TEX. L. REV. 387, 412 (1984).

<sup>13</sup> 美國各州刑法都以三個要素來定義強暴：暴力 ( force )、插入 ( penetration ) 與欠缺合意 ( lack of consent )。而麥金儂的批評就是，當法律將暴力與欠缺合意並列為強暴的要件時，這是一個矛盾的並制：如果有暴力，就應無合意可言；如果合意可以存在，其前提是沒有暴力。見 MACKINNON, *supra* note 1, at 172,245。在此也必須說明的是，「暴力」的概念比強制狹隘，因為強制包含了除物理性的暴力之外、其他使自主意志難以形成或表達的權力宰制型態。

<sup>14</sup> 因此，交換條件性騷擾並不以利益的實際獲得或喪失 ( 例如被升遷或解雇、被當掉或獲得高分 ) 為條件。提出要求本身就構成性騷擾。

因此，「法律上的抽象權利客觀化了男性經驗」這個基進女性主義的命題，在性侵害這個議題上可以表述為「法律上的性自主權客觀化了男性經驗」。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擁有接近使用女人之性的權力 (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。我們可以再由司法實務上「不能抗拒」的陰魂不散來理解女人被推定同意的現象。雖然一九九九年的刑法修正已經刪除了「不能抗拒」的要件，而最高法院刑事庭也曾經做出決議表示「違反意願的方法」不限於用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等強制的方法，只要足以妨害被害人的意思表示即可，<sup>15</sup>但是法院在解釋適用法律時，仍然繼續悄悄地用抗拒行為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。於是，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此一要件，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」。<sup>16</sup>

「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。美國的共和黨便曾經在眾議院提案，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「暴力性的強暴」(forcible rape)，以排除非暴力性的強暴 (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。2012 年的美國大選中，共和黨眾議員埃金 (Todd Akin) 公開表示女性不

---

<sup>15</sup> 最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議：「...依立法理由說明，係以原條文之「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」而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正為「違反其意願之方法」（即不以「至使不能抗拒」為要件）。則修正後所稱其他「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>16</sup> 'Ghost element of rape,' 見 Dana Berliner, *Note: Rethinking the Reasonable Belief Defense to Rape*, 100 YALE L.J. 2687, 2691 (1991).

可能因為「正當強暴」( legitimate rape ) 受孕，也是一例。而行政院為了回應社會龐大的批評聲浪，在 2011 年迅速草擬完成送至立法院、標榜保障性自主權的刑法修正案中也刪除刑法第 221 條中「違反意願」的要件，理由是主觀意願的判斷容易產生爭議，應該以客觀的難以抗拒狀態來判斷。<sup>17</sup>

從基進女性主義的觀點來看，在此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。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，也就是男性觀點所認識的世界（認識論問題）成為法律上客觀的世界（政治問題）：由於男人掌有權力，男人認識世界的方式以及他所認識的世界，就成為真實的世界。<sup>18</sup>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。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。

## 2. 誤把 A 當成 B2、C，或誤以男人的爽來定義女人的痛？

基進女性主義有關強暴的論述所經常面臨的重要批評之一是，過度擴張了強暴的範圍。對於基進女性主義最極端的指控就是：把所有的性都當成是強暴或「所有異性戀的性都是強暴」。<sup>19</sup>然而，必須釐清的是，麥金儂從未如此表示，也從

---

<sup>17</sup> 法務部的修法理由為：「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...」。

<sup>18</sup> 見 MACKINNON, *supra* note 1, at 196-197.

<sup>19</sup> 一般認為這樣的指控乃是始自於 1986 年 10 月號的 *Playboy* (花花公子) 雜誌。也有不少女

未如此認為。她認為在男性宰制的社會下，很難區分強暴與性交，因為這兩者之間的界線取決於宰制者的利益、是由加害者的觀點來認定是強暴還是性交。這並不表示強暴與性交是同一件事：

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？』，來改變男女間關係本質的定義。對我而言，強暴並不是由「我們認為什麼叫做被侵犯」來加以定義的，而這就構成了女人不去控訴強暴的性別不平等文化的一部份。<sup>20</sup>

我們從晚近對於性侵判決與修法的討論中，也可以看到對於婦運的類似批評。如果 A 劃下的是個人的道德界線——性互動是否令人愉悅並且合乎良善生活的標準，交由每個個人自己來決定——，而 B2 劃下的是法律的界線——性行為是否違法——，那麼婦運是否誤將特定性道德的分野做為法律的分野，因而壓抑了情慾實踐的空間、也取消了性愉悅（欲迎還拒可以是一種性互動）？婦運抨擊「女人說不就是要」、「有抗拒才構成違反意願」是一種父權觀點，主張積極的同意才是同意、性的合意協商應是一種互動過程，這樣的論點是否誤將「不好的性」當成強暴？這種對婦運的批評輕輕放過了男性異性戀宰制的性道德觀點，更嚴重誤解了女性主義的法律觀點，因為問題不是誤將女性主義的特定性道德觀點當成法律觀點，而在於男性異性戀霸權的性道德觀點是法律觀點。女性主義並不主張將女人的特定性道德觀點變成法律觀點，而是倡議從女性主義的立場來改寫法律觀點，理由很簡單：強暴不是道德問題，而是權力問題。

猥褻與性交的區分，可用來充分說明男性性道德觀點成為法律觀點的問題：

---

性主義者這麼認為，而埃斯特麗希就是其中之一。見 Susan Estrich, *Teaching Rape Law*, 102 YALE L.J. 509, 512(1992). 批判種族女性主義者 Dorothy Roberts 則為之辯護。見 Dorothy Roberts, *Rape, Violence & Autonomy*, 69 CHI. KENT L. REV. 359, 370 (1993).

<sup>20</sup> MACKINNON, *supra* note 6, at 82.

以男人的爽來定義女人的痛，以異性戀男人認為的激發性慾(勃起、插入或射精)來定義女人所遭受的傷害。C 這條線區分了猥褻與性交，而何謂猥褻、何謂性交？在 1999 年修法之前，法律並未明文定義性交，而在學說上針對強姦既遂與未遂有「(性器)接合說」、「插入說」、「性慾滿足/射精說」三種見解。其中，性慾滿足說赤裸裸地展現了加害者/男性觀點：對於受害者是否遭受侵害、侵害是否完成，以加害者的慾望是否被滿足來判斷。插入說與性器接合說，也都以「男性陰莖插入或接觸女性陰道」的典型異性戀性交來定義性，從而使得男性的異性戀性交想像成為法律上的性交想像。1999 年與 2005 年的刑法修正欲解決舊刑法欠缺性交明確定義的問題，而在刑法第 10 條中新增性交的定義，將性交界定為一種滿足下列要件之一、非基於正當目的之性侵入行為：(1)以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為；(2)以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。這種對於性交的重新定義，固然相對明確，也擴大了原本學說的定義，將口交、以棍棒插入等非陰莖插入或接觸陰道的行為納入，但仍然描繪了插入或準插入的性交圖像。男性異性戀觀點的性交——陰莖插入陰道或類似的行為，左右了法律上的性交定義。

在以插入或準插入為核心的性交想像下，受害者可能被侵害的不同樣態，例如受害者身上射精、強迫手淫、玩弄乳房等行為，就不能算是法律上的性交，而要被歸類為另一種類型的性侵害，也就是極具性道德意涵的「猥褻」。刑法沒有猥褻的明文定義，在實務上則以「非屬性交」而足以引發性慾的行為來定義猥褻：

<sup>21</sup>「客觀上足以刺激或滿足性慾且與性之意涵有關，而侵害性自主決定權及身體控制權」、<sup>22</sup>「依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被

---

<sup>21</sup> 必須注意的是，司法院釋字第 407 號解釋與司法院釋字第 617 號解釋固然都提出了猥褻的定義(客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化)，但這兩號解釋的對象是屬於妨害風化罪章的刑法第 235 條散佈猥褻物罪，該罪所保障的法益是社會風化，與妨害性自主罪章所要保障的性自主有所不同，因此二者的猥褻概念並不當然等同，但實務上卻經常混淆二者。

<sup>22</sup> 最高法院 99 年台上字第 3850 號判決。

害人感到嫌惡或恐懼之一切行為」<sup>23</sup>。這種定義看似為猥褻與性交之間的區分劃下了清楚的標準，其實既不符合性自主的保障、也不明確。首先，性交與猥褻的區分是一種男性異性戀觀點的區分，以異性戀男人的性慾與性道德來界定女人所受到的侵犯。如果猥褻的要件之一是該行為足以引發或滿足性慾，那麼，是誰的性慾呢？對誰而言，強迫搓揉乳房可以引發或滿足性慾？所謂的「客觀一般人」，顯然指的不是一般女人，而是一般男人，因此男性標準成為了客觀標準，男人的爽被用以定義女人的痛。而「感到嫌惡」的定義，更是在妨害性自主的犯罪中不當地置入了性道德標準。不符合性交定義的同性性侵害必須適用強制猥褻罪而非強制性交罪，則更說明了性交與猥褻區分的異性戀觀點。

其次，強制性交未遂與強制猥褻二者的區分有其困難之處。強制脫掉內褲內衣並予以撫摸的行為，究竟是強制性交未遂，還是強制猥褻既遂？理論上，要以行為人的犯意（猥褻故意或強制性交故意）來區分：行為人的脫衣撫摸如果是想要進一步插入或做類似插入的行為，就構成強制性交未遂（猥褻只是強制性交的前置行為）；如果只想要脫衣撫摸，就構成強制猥褻罪。然而，犯意不僅難以認定區分，猥褻與性交的行為分類更強化了性 = 插入的男性異性戀中心定義。而備受爭議、為補強刑法強制猥褻罪保護不足而制訂的性騷擾防治法強制觸摸罪，以「乘人不備」為要件，更是不當地在性騷擾法中複製了「推定同意」的思維——女人隨時都同意性、除非特別表示拒絕——，因此才需特別規範「來不及表示拒絕」的狀況。而強制觸摸罪禁止對特定部位為特定行為（親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為），表面上看似達到了法律明確性的目的、避免爭議，但卻犧牲了法律保障性自主與平等的意旨，如同刑法對於性交給予機械性的定義一般，是將男性異性戀中心的性想像轉化為法律上的性定義，更是違反女性主義性騷擾理論的錯誤立法。因此，性騷擾防治法的強制觸摸罪立法，不只沒有解決刑法強制猥褻罪的問題，還進一步複製了男性異性戀觀點的性。<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> 最高法院 100 年台上字第 4745 號判決。

<sup>24</sup> 性騷擾防治法強制觸摸罪與刑法強制猥褻罪之間是否構成法條競合的關係，是一般討論爭議的焦點所在。不過，相較於強制觸摸罪與強制猥褻罪的立法是否正確地表達何謂侵害性自主與平

### 三、重新定義強暴：觀點問題就是權力問題

性侵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：女人所受的性侵害，是不是被國家法律所保障的公民所遭受的侵害？因為 1999 年的修法，我們的刑法朝向性別平等的保障邁進了一步：從「說不就是要」，邁向「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？如何看待在不自由的情境下所為的性？

#### 1. 強制、乘機、利用權勢之三分架構的缺失

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：強制性交及加重強制性交罪（刑法第 221、222 條）、利用特定狀態（對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交）的乘機性交罪（刑法第 225 條）、當事人之間具有特定條件而利用該條件（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）的利用權勢性交罪（刑法第 228 條）。這種區分其實是沿用 1999 年修法前的規範架構，舊刑法將強暴分為「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」的強姦罪、「對於婦女乘其心神喪失或其他相類之情形，不能抗拒而姦淫之」、「對於因親屬、監護、教養、救濟、公務或業務關係服從自己監督之人，利用權勢而姦淫」三種。1999 年的修法，雖然以違反意願來取代強制性交罪中不能抗拒的要件，卻沒有打破此三分架構，並且在乘機性交罪中仍然保留了「不能抗拒」的要件。因此現

---

等，法條競合顯然是次要問題。

行法中乘機性交與利用權勢性交的要件，與修法前並無不同，只是做了不涉及規範架構的改變：將具有負面性道德意涵的「姦淫」改為中性的「性交」、將「婦女」改為「男女」、將「心神喪失或其他相類之情形」予以擴大並明確化、<sup>25</sup>增加「教育」、「訓練」、「醫療」的權勢關係種類。

這樣的三分架構有何問題呢？問題在於，如果強制意味著被迫、性自主的違反，那麼利用無法為性之自主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權力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，而這並不限於刑法第 225 條所定的乘機性交、或刑法第 227 條利用權勢性交的情況。三分架構的區分，反而混淆了強暴的強制意涵，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表達的拒絕行為（有說不、有抗拒、有逃走才是不），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、當事人沒有抵死不從）、不屬於「乘機」（沒被迷昏也不是心智障礙）、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？）。而乘機性交罪仍然保留「不知或不能抗拒」的要件，看似是考量意識不清、心智或身體障礙的人們不知道該抵抗、或者無法進行抵抗而做的特別保護規定，但這保護規定的前提仍舊是「推定同意」：一旦有性發生，除非有積極的拒絕，或者被害人無法、不知道可以採取抗拒的行為，這才構成強暴，否則就是你情我願的性。如果再考量刑法第 222 條加重強制性交罪的規定，對於精神、身體障礙或其他心智缺陷之人強制性交者要被加重處罰，但是如果強制性交罪的重點在於意願的違反，我們要如何區分「對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人強制性交」與「利用精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交」呢？

---

<sup>25</sup> 1999 年的修法改為「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交」，而 2005 則配合刑法總則的修訂，再改為「對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者」。



「違反意願」與「利用不知或不能抗拒的狀態」不都是一種強制嗎？

「利用權勢性交罪」的法定刑(六個月以上五年以下)遠低於強制與乘機性交罪(三年以上十年以下)，則意味著赤裸的強制受到較高的非難評價、而運用幽微的權力關係所進行的侵害受到較低的非難評價。然而，就行為的惡性與被害人所受到的侵害而言，前者真的遠高於後者嗎？運用信任與親密關係而為的強暴不會比陌生人使用武力的強暴更不可惡，而在權勢關係下的被害人，所遭受的不只是性的侵害，還可能包括關係的背叛、信任的毀棄...等等的傷害，這些不也都應該被納入法律的評價中嗎？法官固然可以透過量刑來衡量這些傷害，但是立法者在訂定法定刑時，不也應該將此納入考量嗎？

因此，法律未能適當地認定性侵害，不只是法官適用法律、認定事實時欠缺性別意識的結果，也跟法規範的缺失有關。如果再更進一步觀察妨害性自主的加重結果犯(刑法第226條、226-1條)規定，更可以發現，如果強暴導致被害人重傷或死亡、羞憤自殺或意圖自殺而受重傷要被加重處罰，但是導致被害人懷孕卻不是法定的加重要件。這種加重結果的規定繼續複製了強暴是「侵犯貞操」(因此有羞憤自殺的問題)的道德想像，而女人的性與生育自主可能同時遭受侵害的處境，卻被置諸不問。因強暴而懷孕固然是優生保健法規定的合法終止懷孕事由，但這只是使得終止懷孕成為一個合法的選擇，而不是處罰強迫懷孕的行為。如果強暴造成身體的傷害甚至生命的喪失應該被加重處罰，那麼透過強暴而為的強迫懷孕進一步侵害了女人的生育自主權，為何不是法定的加重事由呢？更不用說，現行刑法中也沒有強迫懷孕的獨立犯罪。<sup>26</sup>因此，立法上忽略強暴可能同時構成強迫懷孕，又再一次證明了刑法如何繼續從性道德的觀點、而不是由被害者的觀

---

<sup>26</sup> 國際刑事法院羅馬規約(Rome Statute of the International Criminal Court)的補充性原則已將系統性的強迫懷孕認定為戰爭犯罪中的違反人道罪(crime against humanity)。將強迫懷孕界定為一種犯罪可能引發的爭議包括(1)強迫懷孕的法益侵害是否已為強暴罪所涵蓋？強暴侵害性自主法益的評價，是否已將生育自主法益的侵害包含在內？生育自主是應被獨立保障的法益嗎？(2)一個女人有無可能同意發生性、但不同意懷孕？如果一個男性透過合意的性來強迫一個女人懷孕，是否應被處罰？(3)如果在刑法上認定強迫懷孕構成一種犯罪，是否等同於承認女人不應被迫處於強迫懷孕的狀態，因此必須將終止懷孕(墮胎)除罪化？

點來理解強暴。不過，在此必須澄清的是，雖然前述有關刑度的討論指出了法定刑的不合理性，但並非要由此導出加重刑罰的主張，因為基進女性主義強暴論的重點是批判男性觀點的強暴定義與評價，而非要求嚴刑峻罰的重刑化。

## 2. 以「意願」或「強制」為中心：重新界定性侵害的兩種取徑

既然現行的妨害性自主立法與司法實踐都不足以保障性的自由與平等，那麼下一個問題是，如何重新在法律上界定強暴？強暴是被迫的性。何謂被迫，各國有不同的規範方式，著重物理性強迫的法國（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），以及多數國家規範必須兼具強迫行為與欠缺同意兩種要件。這三種模式都有缺失。法國模式對於強迫的定義太過狹隘，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為要件而擺脫了物理性強迫的狹隘界定，但是所謂「合理相信」究竟要從那個群體的觀點來認定呢？當男人「合理相信」一般女人都是半推半就欲迎還拒？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，則混淆了強迫的意義：有強迫，就無自主的合意可言；有自主的合意，就不存在有強迫。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，認為欠缺積極合意（affirmative consent）的性、或者是在強制情境下的性侵犯就構成強暴。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，並且拒絕將性視為個別的插入或準插入行為。在這樣的前提下，有兩種在法律上重新界定性侵害的改革取徑：以意願/合意（consent）或強制（coercion）為核心。<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Vanessa E. Munro 即將強暴法的改革模式分類為「以意願為基礎」（consent-based）和「以強制為基礎」（coercion based），並且將傳統強暴法的模式稱為「以暴力為基礎」（force based）。見 Vanessa E. Munro, *From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape*, in *RETHINKING RAPE LAW: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES* 17, (Clare McGlynn & Vanessa E. Munro eds., 2010)

以意願為核心的強暴法改革，認為是否構成強暴的核心是意願的違反，而將改革的重點置於意願的要件：如何在考量性別不平等的條件下，認定當事人是否有為性的自主意願？如果單只規定違反意願會忽略了各種壓抑自主意願的因素，那麼要如何重新定義意願？這種改革取徑，也被稱為「意願及其附隨要件」（consent-plus）模式，也就是藉由強調意願的脈絡性、積極性，來避免傳統強暴法的缺失。<sup>28</sup>在此稱為「修正的意願模式」。前南斯拉夫國際刑事法庭（the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia）曾經表示，強暴是欠缺同意的性，但何謂同意，則必須在特定情境中判定，不必然要有武力或暴力威脅存在。<sup>29</sup>美國的例子則是紐澤西州最高法院曾有判決表示，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。<sup>30</sup>相較於美國，加拿大更是透過一系列的法律改革與訴訟來建立採納「積極同意」的強暴法。現行加拿大刑法明文規定，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。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，<sup>31</sup>更認為，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。<sup>32</sup>2011年，加拿大最高法院更進一步表示，同意必須是意識清醒的人在性過程的每個階段中所為的積極同意，沒有「預先同意（advance consent）」這回事，處於無意識狀態中的人無法同意性行為。<sup>33</sup>換言之，意識不清的女人並不是可隨意使用的性物。因此，無庸另行規範「乘機性交罪」，對無法為同意的人為性行為，就是做了違反意願的性行為。

---

<sup>28</sup> 這是 Vanessa E. Munro 在前註 26 文所提出的主張，她認為這個模式結合了尊重女人主體性與性別不平等現實的雙重考量。

<sup>29</sup> *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* ( case no. IT-96-23-T & IT-96-23/a-T, Judgment 22 February 2001 )

<sup>30</sup> *State in the Interest of M.T.S.* ( 129 N.J. 422, 609 A. 2d 1266, 1992 N.J. 420 )

<sup>31</sup> *R. v. Osolin* ( [1993], 4 S.C.R. 595, Can. )

<sup>32</sup> *R. v. Ewanchuk* ( [1999] 1 S.C. R. 330, Can. )

<sup>33</sup> *R. v. J.A.* ( [2011] 2 S.C.R. 440, Can. )

以強制為中心的強暴法改革，則認為強暴的核心要素是強制，主張摒棄意願的要件，而以是否存在有強制的情境來判斷。但必須注意的是，這種強暴法改革的主張與傳統強暴法是不同的，傳統的強暴法用物理性的強暴脅迫、或者是否有抵抗來認定強制，而以強制為中心的強暴法改革，則是將強制視為一種權力不平等關係的操弄。在此將此種模式稱為「修正的強制模式」。典型例子是盧安達國際刑事法庭（the International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR）的見解。<sup>34</sup>在該判決中，法院認為強暴是在強制情境下對人所為的、具有性本質的生理侵害（physical invasion of a sex nature, committed on a person under circumstances which are coercive）。法院認為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，而強暴的要件包括生理性的侵犯，但是這個要件不能用對於物體或身體部位、或者特定的行為（例如插入）來做機械性的定義。<sup>35</sup>美國的少數州法（例如加州與伊利諾州）則在性侵害的侵權法（也就是性侵害的民事求償）採用了類似的定義，將可構成民事求償訴因的性別暴力定義為「在強制的情境下具有性本質的肢體命令或侵犯」。

基進女性主義觀點所倡議的是以強制為中心的改革。麥金儂主張揚棄同意的概念、捨棄對於特定身體部位的執著，認為前述盧安達國際刑事法庭的取徑不只適用於國際人權法，也可用於個別國家的立法。<sup>36</sup>她提議在刑法上將強暴定義為：在強制條件下具有性本質的生理攻擊，並且，不平等也構成強制。在這樣的立法模式下，「受歡迎」（welcomeness）的標準被用來取代意願標準，暴力則包含了各種權力上的不平等，包括年齡、家庭、種族、權威（醫療、教育、宗教等等）、法律（警察、監獄官等等）、法律所創造的非法地位（如「非法」移民）、同性性（homosexuality）與經濟（貧困、雇用關係）。<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Prosecutor v. Akayesu* ( case no. ICTR-94-4-T, Judgment 2 September 1998 )

<sup>35</sup> 在該判決中，法院認為廣義的性暴力也不一定有身體的生理性侵入或接觸，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。

<sup>36</sup> Catharine A. MacKinnon, *Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu, in ARE WOMEN HUMAN ? :AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES* 237 ( 2006).

<sup>37</sup> Catharine A. MacKinnon, *Unequal Sex : A Sex Equality Approach to Sexual Assault, in WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 240, 247-248 (2005).

究竟是採取修正的意願模式較為適當，還是以修正的強制模式為佳？我認為這必須放在各國不同的制度脈絡之下來衡量，因為二者各有其優缺點。前者著重自主的向度，強調女性的主體能動性，但可能過度個人化、去脈絡化，變成對被害人與加害人的不對稱檢驗( 被害人究竟有無同意？ )，造成譴責被害人的反挫、或者對被害人的二度傷害。後者著重平等的向度，強調強制情境的不對等權力關係，但冒著個人主體能動性的風險，也可能在法院的實務操作之下被狹隘化、讓傳統的強制模式借屍還魂。在我國，1999 年刑法修正開始採取「意願模式」，而強吻襲胸案、女童性侵案等一系列的案件引發的爭議則顯示，傳統狹隘的強制概念與男性異性戀中心觀點的性定義，只是被輕微修正而已。我們究竟應該依循原已採取的意願中心改革路徑，進一步採取修正的意願模式、強調真正自主意願的積極與脈絡性，以避免傳統強制模式的不能抗拒鬼魅借屍還魂，或者應該改採修正的強制模式、將強制的概念理解為不平等權力關係的運作，以避免意願模式的個人化缺點？是否應該取消絕對的年齡區分、改採性自主決定能力的實質判斷標準；或者為了避免法官的恣意認定，而選擇繼續維持絕對的年齡區分？這是不容易回答的問題，我也尚無定見。無論採取何種取徑，可以確定該做的是：強迫懷孕應該被納為強暴罪的加重結果犯；應該重新劃定 B ( 合法與不合法 ) 與 C ( 強制與猥褻 ) 的區隔線，取消「強制性交」、「乘機性交」、「利用權勢性交」的三分架構以避免強制概念的混淆，廢棄充滿性道德意涵的猥褻概念、捨棄性交的男性異性戀中心定義，從被害者觀點重新劃定性侵害的內涵與程度分類。

#### 四、邁向真正的性自主與平等

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被害者的角度出發來界定的。從女性主義觀點而言，這是一個根本的認識論問題、政治問題，同時也是法律體系長久以來輕忽而必須重新正視的問題。對抗性侵害

的法律，必須要對抗法律上的知識權力關係：讓女人能夠對於「何謂性」這個問題發聲，並且使其對於性的定義在法律上具有意義。因此，性侵害不應是由「對一般男人而言怎樣算是享用了女人」、或是「對一般男人而言怎樣算是激發了淫慾」來界定，而應該由「對女人而言怎樣是在性上被侵害了」來重新認識並評價。。我們必須打破環繞插入的性交想像、性交/猥褻的二分，也必須重新界定合法的性與不法的性之間的區分；應該以實質的性決定能力與條件來界定強暴，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結果，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。