

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

從偏見出發看性犯罪的本質
—情感與意志

On the Essence of Sexual Offense, from the View of Prejudice

-Emotion and Autonomy

研究生：陳立民

指導教授：林志潔

中華民國九十九年十月

中文摘要

從人類文明出現之際，性犯罪就存在了，並總是能夠吸引社會大眾的目光，引發強烈的集體情緒。儘管在遏止性犯罪這一點上是群體的共識，但是做為一種犯罪型態，性犯罪似乎比其他種犯罪行為更容易在個案中的出現極具爭議性的模糊地帶，引起一波又一波本以為已塵埃落定但看來適正方興未艾的爭論。

從法律規範面或是法律實務操作面看來，我們的社會對於性犯罪的型貌似乎有一定的想像，這種想像並未經過嚴謹的科學證明，因此從某些角度來看或可稱之是為一種對於性犯罪的偏見。但如果這種偏見是一種廣泛存在於社會群體之間的認知，是否代表後面其實有一些構成性犯罪內涵的重要元素是我們在法律的討論上沒有深入發掘的？從訪談當中我們發現，雖然我們總是把性自主當成性犯罪的保護法益，但若要深入探究，恐懼、噁心與羞恥的感受才是真正讓被害人覺得受到傷害的原因，而且引起這些感受的行為必須與「性」有所關聯，否則即便有這些情緒存在，被害人也不會覺得這是一種性犯罪。

然而，只抓到性犯罪對被害人所造成的傷害內涵並無法解決所有的問題，因為情緒的感受是主觀的，我們無法只憑被害人的感受就把這樣的行為當成是一種犯罪，否則人與人之間的親密互動必然染上一層猜忌，所以在評斷個案的時候，我們仍然需要同意的概念，一個有效的同意可以確保雙方的意願並防止將來的紛爭。但是同意有效與否並不是一個如表面上那麼容易處理的問題，因為權力關係不僅無所不在，同時也是流動的，端看我們的意志能否超越或是受制於它，結論上一個簡單的評斷標準就是看同意人在同意的當下是否已經預見到自己在將來會對這個際遇感到否定。以上性犯罪的傷害內涵與同意的判斷是本論文的主軸，應當也是在討論性犯罪時所不能逃避的問題，這些想法實際操作起來或許是另一回事，但期許至少能夠成為一種溝通的基礎。

關鍵字：性犯罪、偏見、本質、情緒、恐懼、噁心、羞恥、同意、權力、意志

英文摘要

Since the civilization began, the sexual offenses came to the world, and have always caught our attention and brought about our emotion. It's for sure that the sexual offenses should be stopped, but the fact is that we always have problems when dealing with specific cases which involve grey areas that make a perfect judgment impossible. Therefore, the scholar discussion has never got down after it rose.

It seems that, from the view of regulation and practice, the society has certain images in mind for sexual offenses, and these images could be considered a sort of prejudice because they do not always have scientific basis. Notwithstanding, could it be possible that the popular images have something as the essence of sexual offenses we've never noticed or recognized? From the interview we discover that the essential harm for the sexual offense victim is the feeling of fear, disgust and shame, which is caused by behaviors connected with "sex", and compared the customary term "sexual autonomy", these feelings tell more about what kind of harm the sexual offenses really impose on the victims.

However, the grey areas are still not clear yet. If we can all accept the fact that the feelings are actually not more than emotions, and the emotions are definitely subjective, how can we convict a crime solely depending on them? If so, the intimacy between people could fall in total uncertainty. To solve this problem, we need the concept of "valid consent" to decide whether the behavior constitute a crime, and the concept of "power" to examine the validity of consent. However, power exists in all the human relationships, and with its dynamic relationship with the strength of autonomy, the validity of consent got more sophisticated. In spite of that, we still give a simple conclusion, that is: the validity of consent depends on whether the victim was aware of that he will regret his decision.

The essential harm of sexual offense and the judgment of the validity of consent mentioned above are not only the issues to be coped with in this thesis, but are also the cores in scholar discussion of sexual offense. How to put these ideas in practice is another question, but at least they could be the foundation of communication.

Keywords: Sexual Offense, Prejudice, Essence, Emotion, Fear, Disgust, Shame, Consent, Power, Autonomy.



誌 謝

隨著年齡增長，每完成一個人生重要階段帶給我的愉悅感是越來越小了，取而代之的似乎只剩下純然的如釋重負，稱不上無所謂，但也絕對不是欣喜若狂值得宣揚慶賀。畢竟人生最重要的莫過於尋找熱情，而非一次又一次地在平淡中完成覺得自己應該完成的事。如果我的論文有生命看到這裡應該會想哭吧，想說主人是不是在說我的誕生對他來說只是一個義務。說實在話，沒有當初的熱情，我是不會選擇這個題目的，只是寫到後面才發現這個題目就跟人生當中許多課題一樣，充滿人類的情緒，到後來我已經不知不覺地強迫自己用自身有限的感知能力去嘗試理解千千萬萬我未曾感受過的情緒經驗，就像突然顛倒重構自己對於世界的認知，到後來的確是有些疲乏了。但跟寶貝山相處的經驗讓我確實體會到，人生不可能在平靜無波的情況下體會到最真摯的快樂，情緒雖然讓人痛苦，卻也讓我們的生活因此變得有意義，我們是無法脫離他人的情緒去造就自己圓滿的人生的。論文別哭，妳有讓主人朝所謂的圓滿人生邁進一大步，哈。

到這一行也應該開始致謝了。感謝父母把我養這麼大，不僅身體健康，腦袋也照顧得夠靈光足以寫出這本論文；感謝志潔老師在我在科法所的這段時間給予的認同與照顧，容認我按照自己的個性去碰撞探索，讓我能夠在沒有後顧之憂的情況下放縱自己的個性；感謝李聖傑與李立如老師擔任我的口試委員，給我許多鼓勵以及有價值的建議，讓我的論文能夠更加完整；還有科法所的其他老師跟助理小姐們，在這段期間給我許多幫忙與照顧；然後，也要感謝我的朋友們：JC 小湯、小琪、孔媽、右萱、卉晴、戎咪、奇琬、欣頤、思涵、秭璇、葉書佑、韶曼、夢迪、賴姐，還有科法所的學長姐，又寧、孟華、嘉琳、懿嫻，跟小捲、堃哲、鈺珺等學弟妹，朋友永遠是我的精神食糧。最後，感謝寶貝山時時幫我備份，在我無法陪伴你的時候也很體諒，為了我學著忍受孤單，這些我都是知道的。我們因偶然跟機緣相遇，因勇氣跟意志在一起，因相惜跟體諒走過第一個四季，以後的人生還要一起成長前進，愛你。

目 錄

中文摘要.....	i
英文摘要.....	ii
誌 謝.....	iv
目 錄.....	v
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與貢獻.....	1
第二節 名詞定義與研究限制.....	7
第三節 研究方法.....	12
第二章 偏見?經驗?.....	13
第一節 試解性侵害的面向.....	13
第二節 一些道德問題.....	21
第一款 傷害(Harm).....	22
第二款 心靈創傷(Distress).....	28
第三節 存在的偏見.....	30
第一款 法律中的偏見.....	31
第二款 美國心理學實驗.....	34
第三款 我國妨害性自主無罪判決.....	38
第四節 如何解讀偏見/經驗.....	41
第三章 訪談實證.....	44
第一節 性意圖的展現—性、暨其從語言到肢體接觸的一貫性.....	45
第一款 性意涵的不可或缺性.....	45
第二款 性意涵傳達方式的任意性與連貫性.....	47
第二節 如此地恐怖—女性感受到何種傷害?.....	49
第一款 對於不穩定因子的恐懼.....	49
第二款 噁心.....	52
第三款 羞辱與恥辱.....	54
第三節 困擾?騷擾?—因權力關係而生的煩悶困境.....	55
第一款 自我的設限?.....	56
第二款 無形而全面的權力關係.....	57
第三款 權力關係的突破.....	59
第四節 想/不想—觀察女性的意願轉化過程.....	60
第一款 認同.....	60
第二款 暫時中止的親密.....	64
第五節 在感情依附下被同化的性自主—性自主與傷害的脫離.....	66
第一款 關係的穩固與否決定性自主的行使.....	66

第二款 以感情為依歸的性自主.....	68
第三款 不同的傷害.....	70
第六節 小結.....	72
第四章 恐懼、噁心與羞辱.....	75
第一節 恐懼.....	75
第一款 恐懼的機制.....	76
第二款 恐懼的心與身.....	78
第三款 性犯罪中的恐懼與傷害.....	81
第二節 噁心.....	85
第一款 噁心的內涵.....	87
第二款 噁心感背後的潛藏意識與擴張.....	90
第三款 噁心與憤慨之區別.....	92
第四款 噁心的投射與從屬.....	95
第三節 羞恥與羞辱.....	97
第一款 淺談羞恥.....	97
第二款 羞恥的發展.....	99
第三款 不願面對的自己.....	102
第四款 客體化(Objectification).....	105
第五款 小結羞恥.....	108
第四節 一個成真的過程?.....	109
第五章 同意(consent)與權力(power).....	111
第一節 同意.....	114
第一款 何謂同意.....	114
第二款 同意的地位與功能.....	116
第三款 同意的有效性.....	119
第四款 特異的人格特質?.....	123
第五款 小結.....	127
第二節 權力.....	127
第一款 權力的構成.....	130
第二款 權力的行使.....	134
第三款 權力的堆疊/無形.....	137
第四款 理智的運作.....	142
第五款 意志的真空.....	147
第三節 意志的凌越.....	150
第六章 結論—性犯罪的容貌.....	154
參考文獻.....	158
附錄 訪談大綱.....	165

第一章 緒論

第一節 研究動機與貢獻

這部分未必與論文的本文直接相關，但終究是我對於這個議題的一個大的想法跟認識，或許有些人看了會有一點靈犀跟共鳴，那這樣也夠了。

性犯罪總是吸引研究者的注意，這跟它的特性以及在事實跟法律上所造成的獨特現象或饒富思考趣味的問題有關。首先，它總是發生在當事人私下之間，很難有其他目擊者；其次，性犯罪的達成往往不需要實際動用到暴力，只要利用脅迫即可，也因此無法留下外傷做為罪證；再者，同時也是最關鍵的，性侵害的客觀行為說穿了就是各種類型的肢體碰觸，如果是出於雙方同意，這類肢體碰觸往往能夠為我們帶來溫暖，那就是美事一件；但如果是強暴脅迫，那就是對被害人人格跟心靈的戕害；到最後，一個難以被稱為出於脅迫，但也不是出於雙方激情而發生的性交，在評價上就很可能會蒙上一層灰色的陰影，讓我們陷入苦思，這算不算是性侵害？

從此發展出來的第一個關注點就是審判程序上證明的問題以及證據的容許程度。由於性侵害的發生具有隱密性，法院很難獲得直接的證據達到被告有罪的心證，基於無罪推定，儘管一旁是聲淚俱下見到被告仍驚恐萬分的被害人，另一旁是散發出一切足以激起社會輿論憤怒特質的被告，法院仍然必須以罪證不足為由無罪開釋，也因此難以逃過「縱放惡人」的批判。但問題不僅只於此。在法庭上呈現的不會只有朝向被告有罪的(薄弱)證據，更多的往往是朝向被告無罪的證據，例如被害人過去性行為的模式等個人隱私，也因此，這些證據的呈現宛如潘朵拉的盒子，掀開一系列學術跟倫理上的論述混戰，形成保護被害人免於二次傷害以及追求被告訴訟權利保障的兩種聲音互相對峙的局面，其中牽涉多少複雜難解的議題從美國自七〇年代以降所採行的Rape Shield Law以及相關的討論可見

一斑。從一開始被告防禦權跟被害人保護的拉扯，再回到被告基本權為重的傳統力道以及對於「被害人的權利」此一觀念的質疑¹，在訴諸憲法保障的刑事訴訟被告權利之前，被害人的聲音似乎勢必要做出某種妥協。

儘管如此，在這過程中被害人的聲音確實被聽見了，也讓人們能夠稍稍窺見這些被害人的親身經驗，給我們一個機會去思考，究竟我們社會是如何塑造出這樣一批處境讓人同情的被害人，一批讓我們即便交出刑事被告的基本權，也想要給與他們一些寬慰的被害人。究其原因，除了因為個別案件中所呈現出的悲慘故事之外，這其中更牽涉到女性在社會結構下長久以來所遭受的壓迫，這壓迫宛如一個傳自千年且千年不化的詛咒，讓女性在世界上大多數的地方都受到比男性更為不平等的對待，她們所扮演的社會角色更為壓抑，限制與期待更為繁重，尤其是在性行為的自我決定容許程度上更是如此。藉由性的掌控，女性的社會生活在父權社會結構下因而受到更為廣泛全面的限制，這也是為什麼女性主義運動裡面一個至為重要的主張就是女性的性解放運動，因為她帶動的不僅僅是女性重拾對自己身體的主控權，而是要削減社會遏制女性自主能力的態度跟力道，以此進一步改變女性整體的社會地位、外在評價以及自我審視的觀點，而那應該是一個美好的世界，只是在它來臨之前，我們可能無法直言那會是怎樣的光景，因為群體的改變必然與大環境的改變是相輔相成，我們所要預測的對象恐怕是一個蝴蝶效應下的莫測颶風，而法律是一個因子。

法律存在於社會脈絡之下，其所反應的是社會價值觀跟運作模式，當我們身邊的女性能在未來的某一天普遍以不同於今日的姿態樣貌從事日常的活動時，我們面臨的是一個很難從現下的觀點所能想像的社會環境，在那社會環境下的法律，也必然會因為背後所代表的社會價值的不同而有截然不同的景緻，性犯罪可

¹ 有認為所謂「被害人的權利」是觀念上的錯誤，因為權利存在的目的是為了防止來自國家不當的侵害，但被害人在訴訟程序上並不是國家權力所欲處置的對象，所以用「被害人的權利」做為訴求口號在觀念上是錯誤的。而且「被害人權利」的內涵簡而言之就是以打擊被告在訴訟程序上的權利為保護被害人的手段，就算被害人真的因為審判的程序而受有「權利」的侵害，也不應當從被告身上奪走憲法賦予的基本訴訟防禦權做為解決的方法，何以一方要為了保全另一方用來對抗國家不當侵害的權利(如果可以稱為權利的話)而犧牲自己同樣的權利呢？See Aya Gruber, *The Feminist War On Crime*, 92 Iowa L. Rev. 741, 763- 83 (2007).

想而知會是其中之一。從文明發展的角度來看，現下的社會是個對於人類的「性」多所壓抑的社會，尤其是女性的性更是受到來自道德、宗教、家庭、社會的層層束縛，這樣的束縛間接地為刑法對於性犯罪的規懲默默提供了養分，也可以說是「性犯罪」之所以被定義創造出來的基礎。在一個女性性行為被群體規範賦予完全的自由甚至鼓勵的社會裡面還有沒有性犯罪存在的空間跟必要，是一個值得探討的問題，²不過在行文的進程到達那個時點之前，不適宜也無法對其展開論述，先姑且在這裡下伏筆留待之後處理。但可以確定的是，社會不應當從各種制度或是性別的角色期待去限制女性在性自主決定權上的發展跟追求應當是個正確的論述，因為即便有些價值是美好的，我們也不應當藉由限制特定人的權利甚至於——在概念上較為模糊的一人格發展空間去維持這些價值，否則這跟剝削第三世界人民的勞動力以支持先進國家的高生活品質幾無二致。

但不爭的事實是，長久以來女性某種程度都被強大的社會力量給潛移「物」化了，有意識或無意識地，在成長的過程中漸漸化為一根根支撐某些社會價值的石柱。她們當中有些人期望從石柱化為能夠以主體身分享受這些社會價值、自由無拘的人身，但也有些人並不排斥自己被安插的地位，頂上沉重的社會價值對其而言更似喜樂的負載，自由的人身不是其所能想像、亦非其所嚮往的，她們所期

² 除了女性的生理構造在性行為中往往扮演「接受者」的角色之外，其實最重要的差別還是在於社會在建構男女兩性社會角色上的差異。只要稍加思考就可以知道，今天性侵害受害者以女性為絕大宗的原因並不是因為女性生殖器官的構造很難強迫男性與之性交，因為強制性交並不以性器官的接合為要件，口交又何嘗不是我國刑法所規範的性交行為？而且性交只是跟性有關的行為的其中一種，猥褻、性騷擾雖然無法被稱為性交，甚至於很難被當成性行為下面的子項目，但其絕對都跟性交位於同一條前後相承的脈絡之上，那為何在這些與性器官的接合沒有關聯的性侵犯行為當中，依舊難見女性犯罪者的蹤影。

問題就在於兩性在這個脈絡之中所吸納的是不同的養分。這個脈絡其實就是群體對兩性的教化，教化不會只限於與性有關(或密切相關)的行為舉止。從性交開始，過了猥褻、性騷擾再往上追溯，我們就會發現兩性的追求行為，或是個體在性探索上的發展等等，繼續深入就會發現，同在這個脈絡上的其實充斥著與一般生活行為近乎重疊與性犯罪議題看似無關的一舉一動，但這些舉動中，無一不是內含著群體規範對於兩性在性行為角色與態度上的教化。順著這個脈絡下來，導致男性成為絕大多數性犯罪事件中的行為人，而女性幾無例外地包攬了被害人角色一職。如果今天這個社會讓兩性都可以在性活動裡面掌握(積極的)主控權，這可能就是一個擁有人類智慧與自然力量的女巫得以復活的世界，屆時我們將找不到性侵害的受害者，因為沒有人會被任何人(包括自己)看做是性侵害的受害者。關於性與文明還有規範的關係，可參照米歇爾·傅柯著，尚衡譯，性意識史第一卷：導論，1990。另我國刑法第十條第五項對於性交的定義是怎樣蘊含傳統上無法擺脫的性別支配關係的論述，參照李茂生，論刑法修正草案第十條有關性交的定義，台灣本土法學，2003年5月。

盼的可能僅止於人們能夠定時擦拭她們身上因餐風飲露所留下的疲憊，肯定其所扮演的角色與貢獻。³但是我們的社會大多數的時候對於這些所謂的「被壓迫者」並不寬厚，就像滑坡效應，一但在一開始走向被物化的地位，緊接而來的恐怕是更多的漠視跟輕蔑，身上的疲憊沒有被他人溫柔地擦拭，反而遭受更加無情的凌遲摧折，這些肩負維持社會共同價值重擔的女性，因無法在這個設定中獲得應許的回饋，上告天聽，一場制裁惡人撫循良民的大秀於焉展開。但問題是，許多問題的開端從存在的出現就已經存在了，就像人的生命始於出生⁴，人類的自我意志並非自小就獲得社會的承認，如果帶有殘缺的生命在倫理上很難判斷是否受有不當的損害，一個被塑造成習於屈承的靈魂是否也有這個權利向這個社會求償？如果可以，是否應該以(刑事)法律為手段，而誰又應該被抓出來作為獻祭，好完成這個自始至終不可能被上天垂目的儀式？如果不行，這是否意味著世間終究要存在某些不幸，而我們能做的就是放眼未來，盡量避免繼續製造出殘缺不堪的瑕疵靈魂？

追求一個更好的環境與秩序是文明努力的方向，但是當我們嘗試跳脫自身所處的環境與自身形成背景去建構這樣的願景時，不可避免會使社群中的個體對於習以為常的慣性感到質疑(或者嘗試捍衛)，這些都是變遷的過程中社會群體必須負擔的成本，因此在手段跟力道的拿捏上都有深度討論的空間，自然引起不同立場之間的辯論，這種辯論不僅僅是出於理智分析上的歧異，某程度而言更是情感直覺上對於所處現狀的容忍依附跟對於另一個未來(the future of otherwise)的不可確定性的擔憂。

女性主義豐富的論述是了解女性的社會處境與壓迫歷史不可忽略的資料，其內容之豐、應用之廣，不僅對於女性議題，對於所有的(性別、性向、種族、階

³ 相夫教子、嫁雞隨雞嫁狗隨狗、以夫為天的核心家庭生活似乎仍舊是多數同齡女性所追求的生活願景，即便擁有高學歷高社經地位以及活絡的社交環境，女性到了這個年齡似乎難免為了身邊沒有一個男性伴侶以完整自身而感到憂慮。但相較之下，才國小尚未受到社會價值型塑的小表妹動輒把男生拖進女廁，童言童語說不想交男朋友想交女朋友，與一般女孩相差之大，更讓人感受到「女性」不是天生而是塑造出來的事實。

⁴ 或是胚胎行成之時，但無論如何在操作上都有個起點。

級)弱勢族群議題都提供了深入的剖析跟實用的建言。⁵強暴既然是長久以來圍繞在女性身上的男性犯行，女性主義就此部分的論述亦是豐富。但女性主義流派之多，即使沒有處於互相對立的狀態，之間也必然會有不認同彼此的地方，例如自由主義女性主義(Liberal Feminism)認為理智與自決能力是人類的共通特性，只要法律規範上賦予女性跟男性一樣的機會，女性自然可以運用自身的能力得到他人的認同並且獲得社會上的地位，免除不平等的命運；但是基進女性主義(Radical Feminism)認為女人所受到的壓迫不在於個人的問題，而是整個社會對女性族群的結構性壓迫，即便女人擁有和男人一樣的能力，她也會因為「女性」的身分受到不平等的對待。⁶隨著後現代女性主義的提出，以往在論述上忽略個體差異直接套用於全體的各式大理論(grand theories)遭受質疑，人們開始思考，女性主義所要處理的主要對象—女性—是否果真都有辦法被「女性」這個已經被賦予眾多內涵的詞彙所指稱，當我們說某個人是女人的時候，會不會發現她根本不具備足夠被稱為「女性」的特質，如果她不是女性，那她又是甚麼，出問題的究竟是這個「女性」還是我們用來描述女性的方式—「女性」—這個詞？⁷如此一來，女性主義應當用怎樣的論述方式去處理與女性議題密不可分的性犯罪，可想而知會是一個不可避免的問題。⁸

不過可以確定的是，不管「女性」是如何在父權制度下受到各種壓抑，在概念上與女性相對的「男性」族群也不是全然的既得利益者，這些人也在父權制度

⁵ 跟許多男性一樣(甚至連大多數的女性也是如此)，在接觸女性主義之前，總覺得女性主義簡而言之就是偏激的反男性主義，不僅立場激烈更是論據空洞，感覺就是一群對現狀充斥不滿情緒又不思長進的女性對於無辜男性的咆哮，但隨著生活經驗與學識上的閱歷漸豐(努力的空間還是非常多)，才漸漸有全然不同的體會。

⁶ 兩者基調上的差異衍申下來的結果之一就是雙方在色情議題上的分歧。

⁷ 顧名思義，後現代女性主義深受後現代主義的影響。後現代主義基本上反對以統一、單一、承繼而來的概念去解讀一個對象，從對於語言的分析批判揭示系統性知識的不可靠，並試圖從外在於系統性整體的邊緣地帶去了解並展示個體的差異性，不論是內容或方法，後現代理論都更為強調多元、關注邊緣且崇尚解構與非統一性。受此影響，後現代女性主義也十分注重多元性與差異性，尤其反對權威性，其立場是反對本質主義(essentialism)的，並且否定被壓迫婦女是一種普遍性的概念範疇，因為後現代女性主義強調對於邊緣群體的重視(例如同性戀)，故其視角跟態度都是更為解放與開闊的。參照沈奕斐，被建構的女性，頁 103 (2005)。

⁸ 關於美國女性主義在性犯罪處理上的應用，可參照林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學，頁 144-61，2010 年 7 月。

下受苦，為了讓自己成為一個合格的「男性」，他們必須承受另一種雖不明顯卻再實在不過的壓抑，例如情感的疏離，以及對於失去權力的恐懼等等，而這些只不過是一個由群體的個別細微動作所構織出來的龐大現象的一部分而已，可說是族繁不及備載。⁹從Nancy Smith的〈只有一個女人〉，我們可以看出父權制度是怎樣啃食著在他陰影下生活的男男女女。

只要有一個女人¹⁰

只要有一個女人厭惡偽裝柔弱
就有一個男人能在脆弱時放棄偽裝堅強
只要有一個女人討厭扮演幼稚無知的小姑娘
就有一個男人想擺脫被認為應該全知全能的期望
只要有一個女人討厭被別人說成是情緒化的
就有一個男人可以自放膽哭泣和表現柔情
當有個女人因為勇於競爭而被說成不像女人
代表有個男人就只能藉由爭權奪勢以展現男子氣概
當有個女人不再甘於當個性客體
代表有個男人要擔心自己是否喪失了掌控能力
當有個女人為照顧子女所累
代表有個男人無法享受為人父的喜悅
若有個女人無法得到有意義的工作和平等的薪資
就有另一個男人必須擔負起照顧某人的全責
若有個女人想要弄懂汽車的構造卻得不到幫助
就有另一個男人無法滿足想要學習烹飪的樂趣
若有個女人能夠向解放自身邁進一步
就有另一個男人發現自己更接近自由之路了

Nancy Smith

除此之外，這首詩也傳達出另一個訊息，就是我們有沒有可能拋棄我們生活在其下的父權制度，迎向一個不同的未來(the future of otherwise)?從這首詩的意境來看，這個未來應該是令人期待的，因為屆時任何人都可以自在地以自

⁹ See generally ALLAN G. JOHNSON, THE GENDER KNOT (1997).

¹⁰ 翻自 *For Every Woman* by Nancy Smith R.，原文來源網址，
<http://www.workplacespirituality.info/ForEveryWoman.html> (最後點閱日 2010 年 3 月 22 日)。

己的喜惡生活在社會上，不用為了符合社會規範而委屈、壓抑自己。但是任何事情都是互相影響的，雖不至於說有一「利」必有一「弊」，但事情的變化很難只往我們所期待的方向進行，一個決定所造成的結果也不會只停留在我們最初所設想的那樣，我們的所作所為宛如帶有生命的有機體，未如何發發展就端賴其上的遺傳因子，而其內涵恐怕無人能預料；就算能夠略為猜出一二，那也是一個充滿未知的世界，因為現下的我們未曾體驗過。這就是方才所提及的，我們如何想像一個對於性有著全然不同的態度跟建構的世界會是甚麼樣子？如果說性在父權制度下被當作一種男性對於女性的掌控，我們有沒有可能假設，如果性不再被視為一種需要控制甚至被保護的對象，是不是代表沒有任何人將會因為性而被制約，也沒有人會因為性而受到傷害？如此一來，在性這一點上我們跟禽獸有又何不同？即便刑事法律的謙抑性是普遍的共識，但我們願不願意把這種謙抑擴展到所有難以察覺的建構性的傷害上呢？尤其當這種建構某種程度確保了我們跟動物之間的界線，並且做為一種文明得以確保的保障，我們可能根本不會意識到這裡其實有些空間容我們做進一步的討論。

對於問題完全沒有意識代表未曾思索過，這固然不是我們所樂見的，但是發現問題之後往往不代表我們可以有更好的解決之道，思索這個過程彷彿只是為了糾纏思索者而存在，從結果論來說，這似乎反而更令人沮喪。但是正如性的建構方式對應著不同的文明進程，思索的過程則是代表我們永遠不會對有爭議的問題視而不見，儘管穿越脈絡跟背景去理解人類的行為就跟用我們的大腦去了解我們的大腦一樣有些「不自然」，但至少透過這番努力，我們可以不要再被我們所處的脈絡給迷惑，只要知道上有個全能的造物在操控一切，我們大概就可以安心地回到這個牢籠裡了。若能如此，這本論文的目的也算達成了。

第二節 名詞定義與研究限制

題目既然是「從偏見出發看性犯罪的本質」，首先有三個名詞要予以定義，

就是「偏見」、「性犯罪」與「本質」。

所謂的「偏見」，其實就是一種沒有經過嚴謹科學證明的信念。至於信念，就是我們對於外在世界的了解跟概念；一個客觀外在的世界是否存在，抑或所有的客觀都只是我們內心的信念所建構出來的想像，而我們只是以這種想像做為地圖去探索我們所處的環境，一直是一個有趣的問題，因為即便我們使用了很多科學的程序去驗證我們的經驗或想法，這種對於科學的「信念」依舊是建立在許多前提之上。¹¹因此，在這裡使用「偏見」一詞其實並沒有任何負面的意思，也沒有限定在特定人的身上，它所表彰的其實是一種經驗跟感受，而這種經驗跟感受某種程度就如同謠言一樣，雖然謠言為真，但其背後依舊反應了一些事實。¹²同樣地，當某個從事性交易的女子控訴自己被嫖客強制性交時，我們可能會覺得這只是價錢談不攏，此時如果沒有其他積極證據證明有犯行的存在，法院很可能就下無罪判決了，而且從理由可見，有性交易存在一事在法院的心證形成上有很大的影響。¹³又或者被害人事後仍與被告有親密的互動，而沒有顯露出厭惡懼怕的情緒，此時也會讓法院覺得沒有犯行的存在。¹⁴這類例子不只出現在法院的判決，更可能存在於普羅大眾的想像之中，顯然，這是一個勢力龐大而廣泛的「偏見」。

但誰說從事性交易的過程就不可能出現強制性交的狀況呢？而情緒本來就會有隨著時間有所變化，一個人被性侵害之後基於各種理由對加害人產生愛慕之情也不是難以想像，斯德哥爾摩症候群不也是類似的狀況嗎？這些道理只要稍微想一下就知道了，但不管是法院或是普羅大眾似乎在此就失去了理智，他們的言語呈現出來的似乎滿是「錯誤」的「偏見」。但是如果深入探究，這些「偏見」的話語重點可能不在於其字面上所陳述事項的真實性的問題，而是其背後所蘊含的，無法從言語本身直接獲得證實的另一個事實，也就是在大眾心目中性犯罪的本質為何。

¹¹ 參照 Andrew Newberg/Mark Robert Waldman 著，饒偉立譯，為什麼你信我不信，頁 73-109(2008)。

¹² 參照 Jean-Noel Kapferer 著，鄭若麟/邊芹譯，謠言(1992)。

¹³ 台中地院 98 訴 482 號判決。

¹⁴ 台北地院 92 訴 1498 號判決。

接下來要定義的第二個名詞就是「性犯罪」。本論文所指稱的性犯罪在概念上並沒有以特定法律或條文的定義為基礎，但在理解上其客觀行為態樣就是性交、猥褻與(強制觸摸)性騷擾¹⁵，並以違反他人意願為犯罪成立的共同前提。雖然這三者本身就是需要加以解釋的詞彙，他們的概念具有高度的脈絡性，但這之所以會成為問題是因為涉及到法律構成要件的涵攝以及明確性的必要所致，一般人在理解上並沒有太大的疑難，因此用這三者指稱相關的概念在溝通效果上尚堪足夠。故在文字的使用上，本論文就直接以此三者囊括性犯罪行為下的所有子概念，其總合起來就是本文所指稱的性犯罪。另，為行文方便，除非涉及法律構成要件的概念，「強制性交」與「強暴」在本文會交替使用；若無特別說明，「性侵害」則泛指遭受強制性交、猥褻或性騷擾。

最後一個就是「本質」。一個事物的本質為何，如果用不同的方向跟程度來

¹⁵ 這裡的性騷擾主要是指性騷擾防治法第二十五條所規定的強制觸摸，至於同法第二條所處理的敵意環境與利益交換性騷擾有許多內涵並不在本文的討論之內，所以本文不敢以自己對於性犯罪的理解套用在此種類型的性騷擾行為。因為不管是敵意環境還是利益交換性騷擾，兩者都是美國女性主義運動下所出現的概念與產物，其生成經過了一番理論的建構跟價值的宣揚，跟強制觸摸這種能夠直接引起法意識情感的行為類型是有一段落差的，因為幾乎所有人都能夠認同「我有權決定讓誰碰觸我的身體」，但反觀敵意環境與利益交換性騷擾，除了被害人幾乎沒有受到有形的傷害之外，另一邊是法律非常重視的行為人的言論自由，在這種情況之下，非強制觸摸的性騷擾在直覺上有沒有這個「分量」成為一個合憲或是合於情理的規範本來就有更多的討論空間，而其許多高度人工化的特性(利益的交換以本論文觀點而言就是一個與性犯罪無干的因素)更是強制觸摸、猥褻與強制性交等性犯罪所沒有的。關於性騷擾防治法的歷史進展與國際趨勢，可參照高鳳仙，性騷擾的法律概念探究，法令月刊，第52卷，第4期，2001年4月；焦興鎧，我國防治性騷擾法制之建構，法令月刊，第57卷，第5期，2006年5月。另外，非強制觸摸的性騷擾所處理的不僅僅是兩個當事人之間，其在精神上更是一種上至政府下至民間對於環境改造的期許，相關討論甚至擴張到更廣泛的歧視層面，可參照高鳳仙，性騷擾防治法之規範精神與施行願景(上)，台灣本土法學，第79期，2006年2月；性騷擾防治法之規範精神與施行願景(下)，台灣本土法學，第80期，2006年3月；焦興鎧，工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎？-美國之經驗-，法令月刊，第五十五卷，第四期，2004年4月。除此之外，「性別」並非本論文所關注的性犯罪元素，本論文的「性」並非「性別」，但國內在討論性騷擾時，即使沒有狹義的「性」存在，光是「性別」就可以符合性騷擾的「性」，參照葉毓蘭，性別主流化與性騷擾防治，軍法專刊，第54卷第3期，2008年6月。

然而這並不意味本文對於性犯罪本質的看法無法套用在此類性騷擾行為當中，例如行為對象的主觀會直接影響著傷害以及權力關係的成立與否，這點在敵意環境性騷擾當中並無任何不同，參照鄭津津，敵意環境性騷擾的認定，月旦法學教室，第54期，頁31，2007年4月。其實非碰觸的性騷擾以本文的觀點來看是可以放在「性犯罪」的光譜上的，這種類型的性騷擾跟其他性犯罪的差別就在於前者是以非碰觸的方式取代碰觸的行為達成性意涵的傳達功能，並且對被害人造成情緒上的傷害與痛苦，只是這種行為是否嚴重到足以變成一種「犯罪」恐怕難以達成共識。國內有學者以類似的觀點看待性犯罪，以「性侵擾」或「性意識」串起性犯行為的架構，參照盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？，月旦法學，頁219-23，2009年8月。

看，會有不同的形貌，也會呈現出各種不同的「本質」，端賴我們要用甚麼角度跟方法去認識這件事，¹⁶本文也秉持同樣的立場，以比較開闊的角度去看待本質的問題，因此此處的本質並非等同於「真理」，而是我認為在討論性犯罪時最容易造成爭議的面向，因此同時也是我認為討論性犯罪時不可避而不談的概念，更是本論文的問題意識所在。八十八年刑法修正後，個人的性自主決定向來被認為是性犯罪的保護法益，¹⁷在法條上則以「意願」兩字為呈現，當一個人無法依照自己的意願從事與性有關的活動時，他的性自主決定就受到了傷害，這是對於性犯罪傷害的基本認知，實務上法院也莫不繞著「意願」兩字為判決的論述核心。然而，意願涉及自由意志，其在概念上是相當廣泛的，脖子被刀架著交出錢財是違反意願，被暴力討債交出錢財也是違反意願，為了免於在受到法律追訴前償還債務而交出錢財要說是違反意願也不為過。然而，生活中充滿各種人與人之間的互動，我們總是在慾望跟現實之間做出妥協，在一切的不如願中找出一個最如自己所願的，要如何在其中畫出一條線，決定每個人應該忍受的上限，似乎是一個難解的習題，本論文會對此進行探討。¹⁸其次，以性自主或是意願的保護作為性犯罪的法益內涵，乍聽之下並無不妥，但細究之下，這種說法有時不免捉襟見肘，假設醫生在對病人為侵入性治療(例如從肛門)之前並未獲得有效的同意(醫療上的同意)，此時是否會成立強制性交、猥褻或是性騷擾？如果病患真的非常在意，我們要如何說他的性自主或是意願沒有被違反呢？當我們把這幾個字奉為圭臬

¹⁶ 倘真如康德所想的，連單義純然客觀的科學知識都難以獲致事務的本質，我們要如何否定本質所可能擁有的流動性？如果一個性質上不夠「本質」的「本質」讓人在概念上無法接受，就把這樣的不確定性歸因於採取不同的「方法」或「角度」或許不失為一個好方法，但是不管是採用甚麼樣的觀點，正確地評價生活事實永遠是這些方法跟角度所沒有辦法脫離的基本要求。關於「本質」這個概念的思考，可參照 Arthur Kaufmann 著，吳從周譯，類推與「事物本質」-兼論類型理論-，頁 103-37，1999 年 11 月。

¹⁷ 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第 44 卷，第 4 期，2000 年 8 月。其他關於妨害性自主罪章修正之討論可參照，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 年 8 月；林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 19-33，1999 年 8 月；刑法上妨害性自主罪章之評析，刑事法雜誌，第 44 卷，第 1 期，2000 年 2 月。

¹⁸ 同樣認知到這個問題，參照薛智仁，強制性交罪(刑法第二二一條第一項)修正之研究，刑事法雜誌，第 44 卷，第 1 期，頁 97-99，2000 年 2 月。

的時候，眼前的問題果真都能迎刃而解嗎？¹⁹到底性犯罪所造成的傷害為何，我們似乎必須做更深入的討論，這就是本論文所要處理的第二個對象。²⁰

最後則是研究限制。性犯罪的被害人可以是任何人，男性、女性、老人、小孩都可以是被害人。然鑒於性犯罪在比例上仍以女性被害人居多，²¹且被害人的類型是討論性犯罪時的重要項目，例如幼童對於性的認知尚未成熟，在討論對於幼童所為的性犯罪時必然無法與一般性犯罪等同處理；同樣的，我們的社會文化在教育男性與教育女性的過程有明顯的不同，「性侵害」對於男性與女性的意義雖未必全然不同，但必然未盡相同，因此輕率地將兩者所面臨的性侵害視為同一件事亦有所不妥。²²另外一個限制則是與未成年人性交的部分，從成年人的角度來看，未成年人對自己行為承擔負責的能力本來就是一個充滿諸多討論跟爭議的

¹⁹ 關於性自主在用語上的問題，可參考薛文郎，刑法上「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌，第48卷，第5期，2004年10月。

²⁰ 性犯罪到底是為了保護何種法益，相關討論可參照李聖傑，妨害性自主：第一講保護法益，月旦法學教室，2004年5月；有認為「貞操」才是我們不敢說出口的幽靈，參照薛文郎，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，102-05，2000年10月。而這種貞操的意義絕對無法跳脫女性所處的環境獨立自存在，關於性在公眾領域的規範，可參照李茂生，論性道德的刑法規制，台灣法學新課題(一)，2003年9月。以一個實然的觀點來看，女性的主體並不是我們保護性的不容許侵犯的主要原因，能夠從女性的性獲取勞動上的撫慰的男性，或者說，確保勞動的生產性以及性的慰撫性跟再生產性才是保護性自主的真正原因。但在現今的觀點下，這種脫離被害人主體之外的理由絕對無法成為規範的合理化基礎，否則無異於否定了被害人的主體性，身為一個主體，她所受到的傷害應當成為法律保護的對象，她就是法律應當保護的對象，而非只是法律發動的一個「契機」。

到這裏我們可以接續著討論一個問題，就是性犯罪行為所引發的以全體女性做為一種潛在的傷害對象的氛圍，可否被視為性犯罪的傷害或是所要保護的法益。關於這個問題，本文認為思考的關鍵點在於，這樣的傷害是否可以成為相關法律存在的基礎。單單一種「氛圍的形成」是否足以正當化性犯罪的刑事規範？恐怕是有問題的，如果我們要把這種情況也當成是犯罪行為所造成的「傷害」來討論，恐怕任何犯罪行為的傷害內涵都可以發展到無所不包的境界，最後我們會說所有的犯罪行為都會產生「造成社會的動亂」這種傷害。因此性犯罪所造成的傷害內涵為何，本文認為在討論上不應當擴張到太大的脈絡，仍然應該以直接的被害人為中心。

²¹ 性侵害被害人性別統計，內政部警政署網站：<http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/public/Attachment/f1271659576024.xls> (最後點閱時間：2010年7月1日)；關於我國的性犯罪概況，可參照，盧映潔，性犯罪之分布狀況及再犯率研究，台大法學論叢，頁49-60，2005年9月。

²² 在討論以男性為被害人的性犯罪時，一個很重要的問題就是我們社會有沒有建構出這樣的性犯罪類型，如果沒有，我們可能可以說男性根本不可能被性侵害。但透過刑法的修正，以男性為被害人的性犯罪似乎已經被社會通念所接受了，也就是說這件事情已經被建構出來了。但這樣的一個建構脈絡跟傳統上以女性為被害人的性犯罪的建構脈絡是否有重大的差別呢？如果沒有，那麼本論文所討論的結論是可以套用在以男性為被害人的性犯罪之上的；反之，我們就必須以不同的一套邏輯來處理男性做為被害人的性犯罪，而這番討論所需要的篇幅跟精力則是本論文力有未逮之處。但就結論上來說，男性既然鮮少成為性犯罪被害人，而我們的文化對於性犯罪的形象構成往往以女性為主角，且我們也樂於用這樣的腳本去看待以男性為被害人的性犯罪事件，或許將本文的結論一體適用到對男性所為的性犯罪亦無不妥，只是在論述上沒有辦法給予完整的呈現。

問題；從未成年人的角度來說，未成年人的心聲往往無法藉由現有的正式管道傳達出來，也時常無法得到法律的認同，這些因素都讓未成年人性行為的討論充滿不確定與歧見，實非本論文所能負荷。故本論文所預設的性犯罪，皆以成年女性為被害人，行文時也是以此為前提進行討論。

第三節 研究方法

本論文主要包含實證與文獻研究，實證的部分共有三部分，一為性犯罪判決無罪分析，二為參酌美國加州大學與南加大心理學實驗室所做的研究成果報告，最後是訪談。前兩樣實證資料反應的是社會大眾對於性犯罪事件相關人事物的認知傾向，也就是本文所說的「偏見」，並簡佐以美國rape shield law的相關討論，是怎樣的偏見時常被引介到法庭上。雖然偏見某種程度只是一種社會成員依照其主觀經驗反映出來的感受，其並未經過嚴謹的科學批判，我們無法以之做為堅固的理論依據，但做為一種實行已久的民間意見(folk opinion)，這種庶民經驗不大可能只是一場錯誤。²³因此本論文打算以這些偏見為出發，再透過訪談探究是哪些因素讓被害人覺得自己受到性侵害，之後再回顧這些因素與偏見之間的關係，並且針對這些因素進行文獻研究，嘗試辨識出性犯罪的要件。

²³ Michael Devitt/Kim Sterelny 著，蔡承志譯，語言與真實，頁 15 (2003)。

第二章 偏見?經驗?

性犯罪在我國刑法被規定在妨害性自主罪章的相關條文，加以從立法理由之說明看來，個人的性自主權似乎是性犯罪條文所欲保護的對象，那麼何謂性自主呢？所謂的性自主，從字面上來看就是掌控自身從事與性相關行為的自主權，要在何時何地與何人要或不要發生與性相關的關係(性交愛撫甚至更為廣義的肢體碰觸等)，都受個人自由意志的掌控，如同個人的身體行動自由一般，每個人有權主張自己的性自主意志受到完整的保護，不容他人侵犯。目前為止，性自主的概念似乎沒有任何模糊不清的地方，但當我們要實際去判斷一件事情有無違背被害人的性自主時，是否能夠如此順利？

第一節 試解性侵害的面向

以下我將會試著說明，性犯罪所涉及的決不只是「性自主」在字面上所可以指涉的一切，而是有更多不同的面向牽涉其中，先看看以下幾個例子：

案例一(陌生人武力強暴)：單身妙齡女子隻身走在無人的街上，一名男子突然從後方將女子口鼻摀住，強力拖往一旁無人的防火巷，儘管女子奮力抵抗，依舊不敵男子的蠻力被性侵/猥褻/性騷擾²⁴得逞。

案例二(擔心陌生人髒髒的強暴)：同樣是在路上遭陌生人拖入暗巷，但該名女子其實一直幻想著被強有力的陌生壯漢拖入巷內強暴的性交情結，內心其實對

²⁴ 以下的例子其實都可以把性交替換成其他性犯罪類型，在此只是為了表達方便皆把案例設定為強制性交，而這涉及到本論文在行文中對於性犯罪類型化問題的處理方式。相信對很多人來說，強制性交跟被性騷擾根本是完全不同的事，這種程度之差幾乎造成了本質上的差別。本論文也不覺得在個案中性騷擾跟強制性交可以等同視之，但兩件事情在本質上是否相同端看我們用哪種角度去分析。其實輕如性騷擾，重如強制性交，一旦排除掉被害人的主觀感受，我們幾乎無法判定這樣的行為究竟是否是一種傷害，這也是為什麼刑事法的規範並不會在殺人、傷害、竊盜特別強調「違反當事人意願」，卻在性犯罪的部分特別明文提及當事人意願被違背的概念的原因。其次，當事人意願的認定，也就是所謂的同意，不管在性騷擾、猥褻還是強制性交，它所呈現出來的爭議點都是一樣的，有無同意存在，或同意是否因為各種原因產生瑕疵，這些一再出現在強制性交案件的熱門爭點也同樣會出現在其他兩者身上，只是我們較少以他們為背景去做這方面的討論罷了。基於這樣的想法，本論文在架構上並沒有對於性犯罪作類型化的處理，因為這些行為類型所共有的性質跟特徵讓本文自動把他們置於同一個類型之中了。

於性交一事是滿懷期待的，但事中才發現對方沒戴保險套，出於衛生考量，女子請求對方住手，但仍被對方的蠻力壓制而發生性行為。

案例三(恐嚇生命安全)：妙齡女子隻身走在無人的街上，突然一名持刀的壯漢擋住其去路，喝令女子隨他進入暗巷與其性交，女子看到亮晃晃的尖刀，想說如果反抗生命恐遭不測，便照其吩咐進入暗巷褪去衣褲，與之性交。

案例四(恐嚇財產安全)：妙齡女子在無人的街道遭持刀壯漢擋去其路，壯漢要求女子把身上的錢財交出來，否則就要強暴她。女子因為收入不豐，視錢如命，想說在劫難逃，不得已只能與之性交。

案例五(恐嚇學業成績)：妙齡女大學生走在無人的街道，突然一名壯漢擋住其去路，定睛一看才發現是本學期所修的女性主義授課教授，教授對女學生說，如果不跟他發生性關係就要把她當掉，女學生雖然心有不甘，但想說人在屋簷下不得不低頭，只好自認倒楣，與女性主義教授到暗巷發生了性行為。

案例六(恐嚇破壞名譽)：妙齡女大學生走在無人街道，突然一名壯漢擋住其去路，定睛一看才發現是女性主義課堂上坐在旁邊的男同學，男同學表示如果女學生不跟他發生性關係，就要把女學生上課時偷挖鼻屎的錄影資料洩漏出去，女學生因為在學校頗負盛名，擔心自己形象受損，權衡之下同意了男同學的要求，進入暗巷與之發生性行為。

案例七(免除債務)：妙齡女子走在無人街道上，突然一名壯漢擋住其去路，定睛一看，才發現是為自己動隆乳手術的醫生，醫生說妳積欠手術費用已久，如果沒錢付也可以用身體償還，女子想說自己實在沒錢，不如用身體免除債務，就與整型醫生進入暗巷發生性行為。

案例一與案例二的差別在於被害人是出於不同的理由不願與行為人發生性關係。案例一的情形，被害人與行為人非親非故，而且行為人有使用強制力，可以說是一般人心目中最典型的強暴案件情節，在這種情形下，十之八九都會認為被害人是被強迫的，也會認為被害人受到強暴的傷害。案例二的情形則比較不一

樣，在案例二，就此時此地想不想要與這個人發生性行為一事來看，被害人的意願確實是被違反的，可是被害人所關注的點其實並不在於被陌生人以蠻力強迫發生性行為，而是沒戴保險套所引發的衛生安全疑慮，跟案例一的情況相較之下，案例二似乎有點偏離了我們對於強暴的想法。

案例三也算是一般人想像中典型的強暴案件，被害人的生命身體安全受到威脅，在恐懼與害怕之中被強制性交。與案例一相同，這種情形之下被害人幾乎都會被認為是被強迫、違反意願的，評價上也都會把被害人當成是強暴案件的受害者。至於案例四跟五則是恐嚇對象的改變所衍伸的變化型案例，案例四所涉及的是通常在評價上比生命身體安全較為邊緣的財產安全，雖然同為法律所明文保障的對象，當財產安全與性自主權並列時，我們往往給與攸關個人人格的性自主權較高的價值衡量，因此財產安全的脅迫，往往無法如同生命身體安全受到脅迫一般，做為被害人的意願確實有被違反的保證。

案例五的學業成績從法律的規範上看則是比財產更為邊緣的價值。但因為權力關係的切入角度使得這種情況在我國可以直接套用法律的構成要件，以法律的文字預設了被害人意願的違反，甚至連傷害的存在也一起預設了，所以財產價值是否高過性自主價值的疑慮，某程度來說就被權力關係的透鏡給過濾了，只要我們承認學業成績跟個人名譽在應受保護的程度上沒有太大的差別，那麼案例六或許可以讓我們對於權力關係這件事情有一些不同的解讀，因為我們實在很難解釋，為什麼跟教授一樣都握有讓女學生不得不屈服的籌碼的男同學跟女大生沒有處於一種讓他成為罪犯的權力關係之中。

案例七的醫生本來就可以依照法律對被害人請求償還債務，因此其某種程度只是提供被害人多一個選擇，在評價上或許會跟與恐嚇有所差異，如果我們承認這種情況並非恐嚇，此時是否可以說被害人的性自主意志受有侵害呢？又，如果我們承認整型醫師並沒有對女子構成恐嚇，有債權債務關係的兩個人，是否算是處於一種權力關係，而利用這種權力關係達成性交的目的應不應該被法律介入？

如果結論是否定的，我們要用怎樣的論述將這種情況與其他權勢性交的情形做出區別？這個處於灰色地帶的問題很難有結論，而且恐怕也不會有結論，但絕對可以逼迫我們進一步思考所謂性自主意願違反的意義。

這七個例子的順序安排也是為了把性犯罪涉及的面向跟程度漸次拉出來。案例一跟案例二所反映的第一個面向就是性犯罪這種行為可能涉及到「性」與「非性」的部分，這關涉到「性」是否是性犯罪的基本內涵，如果「性」的部分在性犯罪中並沒有對被害人造成傷害，例如案例二的情況，這個性犯罪在本質上會不會變成另一種內涵的犯罪，例如傷害或是單純的強制罪？第二個面向藉由案例三到案例七顯現出來，就是被害人面對非強制力性侵害的威脅時所考量到的保全對象，從最重大的生命身體安全到財產以及與個人利益間接相關的事項等。然而以不同個體的觀點來看，這些價值並沒有完全客觀的順序，我們很難要求一個人比較重視某些東西，也很難要求他把這些東西視為生命存在的基本價值，例如生命與財產，並非永遠都是生命勝出，人為財死不僅僅是一種誇大的修辭；此外這件事情的反面所顯現出來的是，一些客觀上被視為珍貴的東西，在特定情況下或是特定人面前，也可能很容易就被捨棄掉。

為什麼這些被我們一般人視為如此重要的事情會這麼容易被妥協掉呢？原因很多，要探討這個問題也有很多的切入點，這當中在性犯罪裡面最關注的則是權力關係，由知識、年齡、地位、財富、資訊等等所形成的權力關係可以幫助我們了解，為什麼性自主在這種情況下會這麼容易成為被剝削的對象。權力關係的問題可以用兩個面向去看：一種是擁有特別強勢者對於一般人的剝削，例如上司跟下屬；另一種是一般人對於特別弱勢者的剝削，例如成年人對未成年人或智能障礙者。或許會有人認為，從權力本來就是相對的概念來看，分成這兩種面相似乎沒有特別的意義，因為不管是特別強勢者跟一般人之間，或一般人跟特別弱勢者之間，都是強勢—弱勢的關係，既然如此，這兩種面相還有甚麼不同之處？話雖如此，不要忘了法律對於很多事情的界定跟基準都是以「一般人」的觀點為出發，

所以特別具權勢者對一般人的「剝削」跟一般人對特別弱勢者的「剝削」，從法律的觀點(或者說從一般人的觀點)來看，兩者所代表的意義是不同的。前者是一種實實在在的剝削，因為被欺壓的是如你我般廣大的一般人，加害者是那些少數特別具權勢者；但後者與其說是剝削，不如說是一種「保護」的想法，為什麼會這樣說呢？

第一點，所謂的弱勢就是擁有的資源較少，跟其他人相較，弱勢者的每一個抉擇背後隱藏的機會成本會比較小，也因此讓他們比較「勇於」放棄某些被一般人視為重要的東西，因為放棄這些東西對一般人來說意味著損失較大的機會成本，但對那些弱勢者來說卻不是這麼一回事。所處的劣勢，讓他們沒有太多更好的選擇(或是根本不知道自己可以去做這些選擇)，因此在前提上，放棄這些東西在所處的現況下對他們來說就不是過於艱困的決定。如此一來，當一般人想要使這些弱勢者屈服時，就不是過於困難的事了，因為彼此背後所代表的資源差距，使壓迫跟強制力化為無形，一般人根本查覺不到它們的存在，即使我們的一舉一動無不蘊含著這些壓迫的活生生的脈動，發展到最極致的情形，會使壓迫者在自身毫無認知的情況下讓被壓迫者交出一切。例如對於智能障礙者，一般人只要稍加恐嚇就可以使之屈服，即便其手段之輕就一般人的觀點來看可能根本稱不上是恐嚇。這種壓迫發展到一個極致就是一種系統性的、出於所有參與者的自願的模式，例如色情，嫖客不覺得自己處於壓迫者的地位，因為娼妓是自願來做娼妓的；娼妓也不覺得自己被壓迫，因為藉由性交易她可以賺取生活所需的金錢。這個結構已經龐大到讓被壓迫的人自願交出某些被一般人視為彌足珍貴的東西，以換取一些平凡的生活所需。

第二點，每個人都很難跳脫自己所處的環境跟背景，去思考自己所處的地位是怎樣形成且怎樣跟別人的生活形成互動，偏偏一個弱勢者往往在知識跟資訊上相對來說較為匱乏，跟一般人比起來，他們恐怕更難體會到自己被剝削的事實，遑論自己是為何且如何被剝削了，既然沒有辦法從其他人的眼中看到自己的不

幸，不幸對他們來說就只是生活中最自然的一部分，是生活本身，而不是缺陷。例如對於智能障礙者來說，他對性的了解可能只侷限在身體的感受上，性在社會上的意義是他所無法理解或感受的，那麼當一個智能障礙者被「性侵害」了，這件事實某種程度只存在於理解到這件事的其他人的身上，那位智能障礙者雖然是事件的主角，但對於性的理解的匱乏卻讓他處在一個沒有「性侵害」的世界。雖然如此，法律並不會因此保持緘默，因為對其他人來說，「性侵害」這件違背社會規範的事情是確確實實發生了，此時法律為了維護社會存在所仰賴的共同秩序，就必須對觸犯眾怒的行為人做出懲處，即便這樣的懲處從被害人所受的傷害來看難逃有無端或是過分之嫌。從一個經驗上更為貼近事實的角度來看，即便被害人無法向別人傳達自己受有「傷害」，旁人也會認為他的確受有傷害，因為他們認為，同樣的事情如果發生在自己身上，自己一定會有受到傷害的感覺，這些弱勢者應當受到法律相同的保護，正義不能因為他們的沉默而被犧牲。

綜上而論，特別弱勢者因為天生具有的資源較為缺乏，這使得他們在與他人的互動上處於較為不利的地位，他們是一般人得以欺壓的對象，而且從一般人的角度來看，弱勢者在遇到外在壓力的時候也更容易屈服，而這些屈服的歷程對一個普通人來說可能是非常難以想像的，也因此，很多時候對特別弱勢者的欺壓與其說帶有不法性，不如說是一種道德問題。所以，到底甚麼時候構成性犯罪，甚麼時候又不是，其實沒有我們所想的那麼容易判斷，光是(案例三到案例七)所呈現出來的性犯罪的過程面——也就是「手段」，或者法條所說的「違反意願」的問題——就隱含很多讓我們難以處理的細微之處。但性犯罪所涉及的問題不只於此，另外一個不可忽略且同樣難以處理的層面是性犯罪的「結果面」，也就是它帶給受害者甚麼樣的「傷害」。

在面臨重大的威脅或是無法抗拒的強制力之下，被害人可能放棄身上的財物，此時他受有財產上的損害；被害人也可能被限制身體活動，此時他的行動自由受到傷害；被害人也可能因此受到肢體上的外傷，此時他的身體完整性受到了

傷害，或者我們也可以說他感受到具體的疼痛等等。那麼性侵害的被害人呢？不管是程度輕如性騷擾或嚴重如強制性交，被害人所受到的傷害是甚麼呢？是財產、行動自由、還是身體完整性(疼痛)呢？在傳統封閉的社會，女性是否貞潔可能影響她能否藉由婚姻否獲取社會資源，這可能可以連接到財產損害；如果是用強制力的方法達成性騷擾猥褻或是性交的目的，此時也可以連接到行動自由；而因性交過程導致的紅腫疼痛或是性病傳染，在概念上也是對身體完整性的破壞。但這些未必是性犯罪所必然涵蓋的結果，從經驗上來看，在很多情形，性犯罪並不會對被害人造成財產、身體自由或是身體完整性的破壞，但這無礙於我們認為發生在他們身上的事情讓他們受有傷害，並且應以刑罰制裁行為人。

從經驗上來看，性犯罪對於被害人所造成的主要是心理層面的傷害。證據顯示，在面臨各種不同的創傷性事件，遭強制性交的被害人出現創傷後壓力症候群 (post-traumatic stress disorders, PTSD) 的機會約莫為 49%，相較之下，遭受嚴重毆打的被害人僅 32% 出現此症狀、遭逢重大意外傷害者為 17%，而面臨親友突然逝世者也只有 14% 的機會出現 PTSD。能夠與性侵害事件相比的只有遭受凌虐、綁架或是被監禁，此時有 54% 的機率出現 PTSD。²⁵ 我們可以發現，性侵害被害人雖然未必受到凌虐，在受到性侵害的過程中人身也未必受到監禁，綁架也未必是性侵害案建的必備場景，但是性侵害被害人出現 PTSD 的比例竟然與之相當，如果說在性侵害的過程中都有出現這些明顯的外在傷害，我們或許可以給予這種狀況一個解釋，但事實並非如此，可見性侵害的過程本身就足以為受害者在心靈上帶來等同的戕害，而且有其他資料來源顯示，性侵害被害人出現 PTSD 的比例遠高於 49%。²⁶

PTSD 直接應用在性犯罪被害人身上的則是我們所熟知的「強暴創傷症候群」(rape trauma syndrome)，其屬於 PTSD 的一種，故又稱 rape related post-traumatic

²⁵ ALAN WERTHEIMER, CONSENT TO SEXUAL RELATIONS 104 (2003).

²⁶ Ron Acierno et al., *Posttraumatic Stress Disorder in Adults Relative to Criminal Victimization: Prevalence, Risk Factors, and Comorbidity*, in POSTTRAUMATIC STRESS DISORDER 44, 53 (Philip A. Saigh & J. Douglas Bremner eds., 1999).

stress disorders (RRPTSD)。其可分三個階段，第一個階段(acute stage)通常會持續兩到三個禮拜，這段期間被害人會有哭泣、抽咽、無力感或是異常冷靜的症狀，其背後的情緒則可能有恐懼、羞辱、憤怒、自責等；第二階段(outward adjustment stage)每個受害者所呈現與經歷的狀況不一定相同，端看個人的心志堅強程度與親友給予的支持跟幫助等等；到了第三個階段(renormalization stage)，儘管很難完全從傷痛之中走出，但受害人會慢慢回復到原有正常的生活。1974年美國的兩位研究員Ann Burgess以及Lynda Holmstrom訪問了約莫一百位性侵害受害者，並且發現這些受害者在生理與心理上都出現了強暴創傷症候群的症狀。²⁷

不管是PTSD或RRPTSD，我們可以確定這些事件帶給當事人很大的影響跟傷害，然而，在具體的性犯罪事件中這種傷害是甚麼，似乎不是一時能夠明確回答的問題，但不乏各種詮釋。Robin West認為性侵害所造成的創傷往往是出於一種被佔有以及被入侵的恐懼感，就像是妳的身體跟生命就像是被另一個人給掌控了，儘管它依舊存在未被消滅，妳的生命也並未因此而逝去，但它就是確確實實地不再屬於妳了。²⁸ Thomas Nagel則認為身體被侵入之所以是如此重大的事情，是因為這種隔絕外來事物進入我們內在的界線是我們得以維持人性的重要特質。²⁹然而，關於身體被侵入的觀點絕對不是唯一的因素，畢竟並非每種性侵害都會使被害人的身體被侵入，除了身體的侵入之外，很多事情都會對心靈的創傷提供影響力，例如有無使用肢體暴力，被害人跟加害人的關係或感情等等。同樣地，身體被侵入的「恐懼」也無法完整描述被害人所感受到的情緒內容，例如在加害人是被害人熟識的朋友時，被背叛的感覺就會被放大許多。³⁰而且資料顯示，女性被害人就自己是否遭受性侵害一事並沒有一個統一的標準，根據一項調查，在那些受有法律上所定義的性侵害的女性當中，只有 27%認為自己被性侵害了；

²⁷ Wertheimer, *supra* note at 25, at 41-42.

²⁸ Robin L. West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chi. L. Rev. 1, 41 (1988).

²⁹ Thomas Nagel, *Concealment and Exposure*, Vol. 27 No.1 Phil. & Pub. Aff. 3, 4 (1998).

³⁰ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 107.

而宣稱自己被使用強制力而被迫性交的女性當中，有一半的人仍愛著那些對自己為強迫性交的男性伴侶；³¹此外資料亦顯示，有 40%的被害人在事後仍與加害人約會。³²這些因素都讓我們不得不在探討性犯罪時把注意力投向被害人的受害的情緒反應，並且將之視為性犯罪所造成的重要結果。那麼情緒這種東西在社會規範的形成上具有甚麼價值，就是接下來所要討論的。

第二節 一些道德問題

社會規範有很多種，最明確且違反效果最嚴重如刑法；此外也有一些社會規範是根深柢固在我們的生活或是文化脈絡之中，我們很難對其視而不見，但是如果真的違反，也不一定會對特定人造成實質的傷害，頂多就是讓自己顯得跟群體格格不入，或是被非議。輕微者如習俗，嚴重者或可稱之為道德，只不過跟前者相較之下，後者在廣泛的群體之間可以保持相同的內涵，但前者往往就因地而異，而且其內涵往往尚未至被稱做道德的層次。³³例如在大庭廣眾之下趴臥在地，如果沒有影響交通，這充其量只是一個引人側目的行為，但應該不至於被視作違反道德規範；但是背叛朋友的行為在道德上是會被譴責的，因為人與人之間強調互信，我們向來被教導朋友之間應該真誠以待。但道德與法律尚有區別，被背叛的人除非受到實質的損害，否則法律不會對他受創的感情給予請求補償的權利。而且跟道德與習俗之別一樣，法律也有程度之分，欠錢不還，造成債權人資金流轉不便，如果沒有詐欺的意圖，債務人在我國法律之下也只有民事責任，但是如果是以詐術騙取財物，則該當刑法的詐欺罪。

不管是在大庭廣眾之下俯臥、背叛朋友、欠錢不還或是詐欺，都可以算是一種脫序的行為，但不是所有的行為都是錯的，即便是錯的也不一定是違法的，而且就算未盡到法律賦予的義務或是違背法律的禁令，其結果也不一定都是以刑法

³¹ EDWARD O. LAUMANN ET AL., THE SOCIAL ORGANIZATION OF SEXUALITY 332-38 (1994).

³² David Bryen & Sona Lengnick, *Rape in the Criminal Justice System*, 87 J. Crim. L. & Criminology 1194, 1223 (1997).

³³ 林火旺著，倫理學，頁 12-13 (2004)。

來制裁。性犯罪其實也是如此，其充斥在法律上的許多灰色地帶，其實也只是上述現象的反應。可能表面上構成要件該當了，但我們在最終的判斷上並不會將之歸類為刑法應該處罰的行為，例如我們要如何解釋父母幫沒有同意能力的嬰兒清洗陰部或肛門不算構成性犯罪；有些則是構成要件雖然不該當，但當事人所受到的傷害卻與性犯罪的被害人無異，例如被感情騙子奪去初夜的保守女孩；或是雖然構成要件僅該當於強制猥褻，但感情上似乎讓人覺得其嚴重程度直逼甚至超越某些強制性交的案件，例如涉及霸凌的強制猥褻所造成的傷害在感情上不會亞於遭酒後丈夫逼迫妻子與之燕好所造成的傷害。³⁴

法律白紙黑字，邏輯的操作是非分明，灰色地帶的出現是因為籠罩了我們對於特定事件的主觀想法或情感，這是一種與邏輯脫逸的感受，雖然無法言傳，卻再真實不過，那是一種讓我們之所以需要秩序跟規則以規範彼此的行為的感受，這種感受導致法律的產生，並讓法律介入我們的生活。這個感受就是「傷害」。

第一款 傷害(Harm)

一個行為如果沒有造成傷害，我們就沒有理由對行為人施與刑罰，但先決問題是：何謂傷害？我們無時無刻都難免做出一些讓別人不開心的行為，也無時無刻不對他人有意或無意的行為感到困擾或憤怒，我們是否對別人造成傷害，又是否被別人傷害了呢？因為自己的某些行為使父母感到蒙羞，是否算是對他們造成了「傷害」？被自己的朋友背叛而感到傷痛，這種傷痛算不算是「傷害」？騙稱以後會把女方取回家而使女方甘於與之發生性行為，事後女方發覺不過騙局一

³⁴ 例如刑法 224 條強制猥褻罪的法定刑度是六個月以上五年以下有期徒刑，而刑法 221 條第 1 項強制性交罪則是三年以上十年以下有期徒刑。按理說強制性交比強制猥褻犯行更為嚴重，但一個犯行嚴重與否、其對被害人或社會大眾造成的觀感強烈程度如何，往往涉及其他因素，而這些因素並未反映在強制猥褻或強制性交的構成要件之中。例如涉及嚴重霸凌或人格羞辱的強制猥褻可能比某些手段較為輕微的強制性交在感受上更令人髮指。不可否認，這些個案中的情形會成為法官在量刑時所考量的因素，如此也可以適恰反映個案中的社會情感，但是如果這種考量的出現頻率已經達到一定的程度，或者是社會情感無法接受法官在個案中不去考量到特定因素，那某種程度或許意味著這些「因素」在本質上不應該是附帶的，而是基本的「犯罪構成要件」，但是我們現行的法律文字並沒有確實地將這些要件勾勒出來，而是使用了「違反其意願」、「不能或不知抗拒」或是「利用權勢或機會」等雖能抓住部分事實卻仍舊疏漏些許關鍵的描述。

場，為自己失去貞操痛不欲生，朋友皆對男方的行為感到不齒撻伐，女方是否有受到「傷害」？未成年的國中女生對性感到好奇，渴求一嘗禁果，上網認識成年男性網友並主動表示願意與之發生性行為，事後被父母發覺遭一頓痛打，因而對自己的行為感到後悔不已，國中女生是否因為與成年男子性交而受有「傷害」？心智障礙的成年女子對於性懵懂無知，心懷不軌者語之：「讓我把小鳥放進去妳會很舒服，好嗎？」答曰：「好。」兩人因而發生性行為，該心智障礙的女性是否因此受有傷害？又如果該心智障礙女子在性行為的過程中感受到的是疼痛而非舒適，其是否因此受有「傷害」？

Joel Feinberg也認為一個行為如果沒有造成傷害(harm)，就不應該用刑法來處置，至於如何界定傷害，有兩個要點：(1)造成傷害的行為必須是一個錯誤(wrongful)的行為；且(2)該行為損害他人的利益。要判斷一個行為有沒有造成傷害上面兩個要點缺一不可。第一個要點可以說是一個先決條件，因為一個行為即便侵害他人的利益，如果它不是個錯誤的行為，就不應該予以處罰，第二個要點則是判斷一個錯誤的行為是否達到需要處罰的程度，因為並不是所有錯誤的行為都會對別人造成傷害，即便這個行為是錯的，也不需要予以處罰，例如講話粗俗無禮。³⁵

但這種標準並無法解決問題，因為我們仍然必須回到一個最根本且很難有客觀標準的關鍵，那就是何謂「錯誤」又何謂利益的「損害」；尤其「錯誤」所涉及的是倫理學(ethics)或是所為道德哲學(moral philosophy)上的討論，絕非一言兩語所能盡數交代，但基本上我們可以確定這都是人類根據自身的生活經驗所建立出來的理性判斷。³⁶至於利益，從我國民法侵權行為的角度來看，正因為「利益」的概念過於主觀而不確定，「權利」的損害某種程度成為法律判斷是否有利益損害的門檻，循此而論，在概念上，有些利益可能被置於權利的範疇之下，有些則否。同樣地，Wertheimer認為利益(interests)可以分為兩種，即生活福祉

³⁵ JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 34-35 (1987).

³⁶ 林火旺，前揭註 33，頁 13。

利益(well-being interests)與權利基礎利益(rights-based interests)。如果A做了某些事(例如串聯同事排擠B)使B的生活狀況變得比較差，那麼A就對B的生活福祉利益造成了損害，即便A沒有明確侵犯了B的特定權利；反之，如果A擅自穿越B的私有土地，雖然沒有對B造成實質傷害，但因為B在權利上對土地有專用權，A仍舊對B的權利基礎利益造成損害。雖然這兩種情況B都受有利益的損害，但Wertheimer認為傷害是另一回事，僅僅是權利基礎利益的損害並不代表權利人就受有傷害。³⁷既然權利基礎利益沒有辦法有效界定傷害存在與否，那麼我們看看生活福祉利益。

生活福祉利益並不像權利基礎利益有一個客觀的標準，他是非常主觀的概念，與個人的經驗感受息息相關，同樣一件事情可能會讓某些人覺得生活福祉利益受到損害，某些人則否，例如感情的欺騙。如果傷害的界定要借助於這樣一個縹緲無形的概念，可想而知在實行上會有很大的困難，但姑且不論操作上的可能性，這種極度主觀的利益類型卻是我們無法避而不談的主題，我們勢必得正面去處理個人的經驗感受(experience)這個以主觀為其內涵的東西。

生活福祉利益的損害與個人的經驗感受，兩者的關係是一個複雜且重要的問題。不可否認，個人經驗感受的好壞與否會影響我們感受到的利益，但是一個負面的感受是否是構成傷害的前提要件呢？從權利基礎利益的角度來說，這答案顯然是否定的，因為只要客觀的權利受有損害，不論當事人感受為何，利益受有損害，傷害因而產生了。那麼生活福祉利益呢，看起來似乎也是否定的，因為一個人的生活福祉也有可能無意識之中受到損害。³⁸這麼說起來，負面的經驗感受似乎可以從一個人的生活福祉之中抽離了，但是，所謂的客觀往往是由我們的主觀所建構，一個擺脫個人主觀經驗感受的客觀生活福祉是否可能存在？

根據Thomas M. Scanlon，要評價一個人生命的品質有三種標準：經驗理論(experiential theories)、願望理論(desire theories)、客觀或實益理論

³⁷ Wertheimer, *supra* note 25, at 93.

³⁸ *Id.* at 94.

(objective list theories, substantive good theories)。經驗理論認為一個人生活幸福與否完全取決於他的主觀感受；願望理論則是主張一個人的生活幸福與否要看他的願望是否被滿足，要注意的是，這種滿足是客觀的，也就是說如果他的願望被滿足了，即便他事實上沒有察覺到也無妨。客觀/實益理論認為每個人的生命中都必須追求某些特定的價值跟目的，不管我們主觀上有沒有這方面的渴望，這些價值跟目的都是幸福與否的客觀指標，例如良好的道德、理智的行為或是知識的獲取等等。舉個例子來說，我的小孩有很好的成就但是我自己並不知情，是否會讓自己的生活比較幸福呢？若是經驗理論答案為否，但依照願望理論跟客觀/實益理論答案則可能會是肯定的。³⁹

另外一組關於傷害的理論是直接傷害理論(direct harm)跟社會間接傷害理論(socially mediated harm)，兩者的差別就在於傷害是否經由第三者的行為或心智狀態所產生，如果是的話就是社會間接傷害，不是的話就是一個直接傷害。例如A對他人散播關於B的不實謠言，B會因為他人對他有錯誤的想法而受到一些不友善的對待，此時這就是一種社會間接傷害，而不是一種直接傷害。此外，直接傷害跟社會間接傷害不一定是互斥的，一個行為有可能同時造成兩種傷害，例如A把B的臉弄傷，B除了受到直接傷害之外，別人也會因為B的外貌變醜而對他比較不友善，這就有可能使B同時受到社會間接傷害。⁴⁰

以上簡略介紹了一些關於傷害的理論，讓我們暫且回到性侵害上面。以強制性交來說，一種比較常見且有力的說法是，違反他人的意願與之性交之所以是錯誤的(不論這個行為有沒有造成對方身體或心靈上的傷害)，是因為這個行為違反了他人對自己身體維持完整性的權利(rights to bodily integrity)或性的自主決定權(sexual autonomy)，這種對於他人權利的違反正是性犯罪應當予以譴責的原因。⁴¹但是這種從某種預設的「權利」為出發點的論述並沒有回答一個根本的問題，那就是為什麼我們要肯認這種權利的存在。Wertheimer認為，不論是對

³⁹ *Id.* at 94-95.

⁴⁰ *Id.* at 95.

⁴¹ *Id.* at 108.

於身體完整性的權利或是拒絕從事性行為的權利，都只是一種結論，而不是結論本身所依憑的前提。⁴²

Wertheimer認為，從維持身體完整性的權利來看，身體的完整之所以重要，是因為我們的身體確保並且落實了我們的自由意志，惟有保護我們的身體不受侵犯，我們才能保護我們依理智行為的能力(rational capacities)。⁴³或者，先拋棄這種學理式的論述，維持身體完整性的權利之所以重要，是因為我們在乎這種有關於身體疆界被穿透的經驗。不管這兩個何者是身體完整性權利所要保護的對象，如果一個侵犯身體的行為(例如性侵害)並沒有危害到我們的自由意志或是有關身體被穿透的重要經驗感受，無可否認，這件事情的嚴重程度就會比較低。⁴⁴如此看來，不論以何種角度去界定「傷害」，如果傷害的「存在」並不會讓我們因此而感受到不快，似乎也沒有由法律加以禁絕的必要，不管我們是用甚麼名字去定義它。

John H. Bogart認為感受這種東西是因人因時因地而異，即便一個當下是基於雙方兩情相悅發生的性行為，當事人事後也可能會覺得這是個糟糕的決定，更何況如果過分看重個別被害人的「感受」，無可避免地會讓我們對於同一種案件事實有不一樣的評價。⁴⁵Bogart並認為這一事實提醒了我們：把個人經驗視為性侵害本質上傷害的對象是很危險的。⁴⁶但Wertheimer並不認同Bogart的說法，他認為傷害這種事情很大一部分本來就是來自於社會對某件事所賦予的意義，如果阿拉伯世界的社會對於遭受性侵害女性的對待方式比西方社會更嚴苛，我們毋需否認，同樣是遭受性侵害，那些處在阿拉伯社會中的被害人所受到的傷害會比較大，而且我們要如何判斷傷害跟法律在實際上應該怎麼操作，這兩者之間是不同一回事，法律也不一定要針對這種傷害的差異做出回應。⁴⁷

⁴² *Id.*

⁴³ ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 128 (1995).

⁴⁴ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 109.

⁴⁵ John J. Bogart, *Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law*, 8 *Can. J.L. & Juris.* 159, 168-170 (1995).

⁴⁶ *Id.* at 169.

⁴⁷ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 109-111.

但Wertheimer也認為，完全用社會建構的角度去解釋女性對於非同意性交的反感恐怕會失之偏頗，因為從生物演化的角度來看，這種反感很有可能是與生俱來的，就跟身體的傷害會讓我們感到痛苦是一樣的，身體如果受到傷害會讓我們在演化繁衍的過程遭到不利，非同意的性交對於女性來說也是如此。⁴⁸首先，強暴不僅可能會造成女性身體的傷害，也使女性失去選擇一個願意付出更多資源的配偶的機會。而且如果女性已經有配偶，其配偶會懷疑這個後代是不是從己所出，抑或強暴者所為，而減少他對女性配偶的保護跟照料。最後，一個被強暴過的女性在生殖市場上往往被視為是有瑕疵的，這使得她繁衍後代的機會大為降低。⁴⁹因此，這種反感(aversion)或是創傷(distress)可以說是造物主為了使女性取得較優勢的演化地位所植入的程式，即便她們自身沒有感受到，但她們對於遭受強暴的反應正是基因所預期的。⁵⁰

或許有些證據或許可以用以佐證心靈創傷在生殖策略上的重要性，例如：正值生育年齡的女性跟處於生育年齡前或生育年齡後的女性相較之下，被強暴後的心靈創傷的程度比要嚴重；⁵¹但如果是強盜案件，反而是生育年齡後的女性所受到的創傷程度卻比較嚴重。⁵²但是這些資訊能夠把我們帶到什麼結論呢？Wertheimer最後提出的結論是，既然女性對於非合意性交的反感跟創傷是一種事實(fact of experience)，而且跟一般人對於同性戀感到反感不同的是，對於遭受性侵害的創傷感受，其在成因上(causes of experience)某種程度是與生俱來的(hard-wired)，這種反應不需要尋找任何理由予以正當化，這兩點正足以說明了何以性侵害是一件錯事(wrong)。此外，同樣是與生俱來的感受，男性被伴侶潛在的不忠行為所引起的焦慮感會讓他們採取一些限制伴侶在婚姻外的交往關係的行為，但女性因為性侵害所產生的反感跟創傷並不會讓她們因此出現一些傷

⁴⁸ *Id.* at 113.

⁴⁹ Nancy Wilmsen Thornhill, *Psychological Adaptation to Sexual Coercion in Victims and Offenders*, in *SEX, POWER, CONFLICT: EVOLUTIONARY AND FEMINIST PERSPECTIVES* 90, 92 (DAVID M. BUSS & NEIL M. MALAMUTH eds., 1996).

⁵⁰ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 114.

⁵¹ Thornhill, *supra* note 49, at 94.

⁵² *Id.* at 97.

害他人舉動。因此，女性因為非合意性行為所產生的創傷應該被賦予完全的正當性才是。⁵³

第二款 心靈創傷(Distress)

將傷害(Harm)與心靈創傷(Distress)分開論述並非代表這兩件事情在存在或因果的層面上是毫無重疊的。從存在上來說，心靈創傷某種程度可能就是傷害的展現，因而可以做為我們判斷傷害是否存在的依據；從因果上來看，即便我們在概念上不以心靈創傷是否存在來判斷傷害成不成立，我們在概念上也可以得出一個結論，就是一個人如果受有傷害，他的內心可能會有某種程度的心靈創傷。那麼接下來的問題是，這種因為傷害而生的心靈創傷，跟因為傷害而產生的其他情緒：例如憤怒跟悲傷，這之間有何區別呢？如果有區別，是怎樣的區別，完全沒有重疊或是部分的重疊？如果彼此可以替代，何以此時又要以一個不同的詞彙—心靈創傷，來表達呢？

如果我們說一個人受有心靈創傷，他可能同時會有很多種不同的情緒因子在裡面，例如憤怒、無助、沮喪、煩躁等等，所以就結論上來說，心靈創傷可以說是一種由各種情緒因子為元素所形成的集合類型，只要符合這種特徵的集合，我們或許都能冠以「心靈創傷」的名字。至於為什麼要把這些不同的情緒元素結合起來成為一個新的東西並且用心靈創傷的名詞稱呼，則是在於使用上的必要。性犯罪的一項特徵在於犯行會給被害人帶來相當程度的心靈創傷，這種心靈創傷的現象不僅僅在數據上是廣泛而確實的存在，某種程度也是用來判定性犯罪是否成立的「實質構成要件」，⁵⁴但偏偏我們現在能夠達到的程度僅止於指出性犯罪被害人所受到的傷害會在情緒上反映出來，若要再進一步細分這些特定情緒的內容與種類，不但技術上不能，在反映現實狀況的層面上來說也沒有實益，因為我們很難主張說，除非被害人出現某種情緒，否則她就不算遭受性侵害。因此，以「心

⁵³ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 117-18.

⁵⁴ 不只是性犯罪，當我們在探討一件事情的發生是否違反了一個人的意願，當事人的情緒反應永遠都是我們判斷的重要依據，最後兩者在結果上幾乎是同義詞。

靈創傷」這一個以各種可能的情緒因子為元素的集合所構成的集合做為鋪陳問題與討論的概念或用語是有必要的。

那麼，心靈創傷與傷害之間的關係為何，要討論的問題其實就是：心靈創傷(distress)是否為一種傷害(harm)，而讓我們得以用刑法制止造成心靈創傷的行為？首先可以確定的是，即便有些心靈創傷可以相當於傷害，也不代表所有的心靈創傷都能達到傷害的程度(例如友情的背叛)，那麼兩者之間究竟要如何分別？

Judith Jarvis Thomson把心靈創傷分為信念所致(belief-mediated distress)以及非信念所致(non-belief-mediated distress)兩種類型，前者例如遭受言語上的羞辱，後者例如聽到指甲在黑板上刮過的聲音。⁵⁵信念所致的創傷有賴於個人認知的過程，如果一個人聽不懂某種英語，對他罵“son of bitch”也沒有辦法使他產生受辱的感覺，或者是即便對方聽的懂英語，如果其所處的次環境或次文化對“son of bitch”的解讀不同於一般英語的情境，他也不會有受辱的感覺。但如果是用指甲刮黑板的聲音，不管任何人，聽到都會覺得刺耳，這是我們無法控制的，人們應當有權拒絕受到這種騷擾，就像是有防止自身身體完整性受到傷害的權利一般。但Thomson認為一個人無法主張自己有免於受到信念所致創傷的權利，像是公然猥褻或是仇恨性言論的情形，其如此主張的理由有三：首先，如果一人的信念是不理智的(irrational)，此時如果遷就他而去限制他人的行為是沒有道理的。再來，不同於非信念所致的創傷就只是單純自然的發生，信念或想法的形成不能沒有受創者自身的參與。最後，如果對於同一件事情某些人並不覺得被冒犯(例如言語性騷擾)，此時只片面承認那些覺得自己受到侵害的人受有創傷，對那些比較無感的人來說並不公平。⁵⁶

Wertheimer 認為 Thomson 上述的理由並不正確，其認為人們應該可以主張自己有免於受到信念所致的創傷的權利，例如每個人都可以主張自己應該有權利受到法律保護免於受到他人對自身的身命身體安全為害的恐嚇。此外，

⁵⁵ JUDITH JARVIS THOMSON, THE REALM OF RIGHTS 250 (1990).

⁵⁶ *Id.* at 253-55.

Wertheimer 認為 Thomson 區別信念所致與非信念所致創傷的理由之一在於兩者可控制性(controllability)的差異，即信念所致者是我們可以控制的，但非信念所致者則否，以 Thomson 論述的脈絡來看，沒有人可以指控由自己的行為所導致的事件，我們可以指控的，必然是那些自己所無法控制的事物。但 Wertheimer 認為這種說法是有問題的，其認為即便是非信念所致者也可以有效防止，例如只要戴上耳罩就可以避免自己被噪音干擾；而有時候信念所致者往往是無法被避免的，例如對於惡犬的恐懼或是種族歧視言論的憤怒。最後，如果承認信念所致的創傷，是否代表法律比較不照顧那些無感的人，Wertheimer 認為這不會是個問題，因為承認有感的人所受的傷害比較大也不代表無感的人沒有做出相同主張的權利，更何況受害者本來就是依照自身受害的狀況主張權利的受損程度及內容，我們沒有必要否定那些受害較嚴重的人有權主張較多的補償或提出較為嚴重的控訴。

至此，即便我們認可心靈創傷是一種傷害，但是哪些情況下這種創傷應該納為刑法保護的對象而哪些又不應該，似乎仍是個無解的疑問。但從前面的討論看來，我們至少可以確定一件事，就是被害人對於特定行為的反應跟感受，絕對是傷害本身所不可或缺的內涵，因為所有的傷害最後都要回溯至行為本身對於它人造成的感受，⁵⁷這種感受固然不是刑罰發動的充分條件，卻是必要條件。

第三節 存在的偏見

這種以被害人感受為出發的想法有沒有在我們的社會規範或法律制度中顯現出來，我們不得而知。但是在這裡面的確出現過不少爭議，而且幾乎是不分地區與年代新陳，只要有性犯罪存在的一天，這類思辨似乎永遠沒有停歇的一天，以下一些資訊或許可以帶我們一窺性犯罪是怎樣在法律的相關場域引出這些饒富趣味的問題。

⁵⁷ JOEL FEINBERG, HARM TO SELF 298 (1989).

第一款 法律中的偏見

以下的文字或多或少傳達出性侵害被害人所承受的是怎樣的傷害：「羞恥是如此深埋在心中，那是一種比罪惡感更模糊渺遠的念頭。在碰觸的那一剎那，髒汙與不潔的感受將我席捲，儘管無法言傳，卻已足夠完整解釋那種失序的感受。」但從歷史來看，即使上述心聲普遍存在於每一個性侵害受害者的心中，性犯罪所關注的焦點不盡然是被害人的感受。⁵⁸在父權社會下思維下，妻子與女兒被視為丈夫或父親的財產，性侵害所侵害者是男性的財產權，而非被侵犯的女性本身。要一直到十八世紀啟蒙運動，強暴才逐漸被認為是對受害者身體自主意願的違反。雖然表面上被害者的主體性提高了，但長久以來對於強暴的直覺觀感仍然潛藏在我們的腦海，也因此成為法律的一部分。

長久以來，強暴在普通法(common law)當中被定義為“sexual intercourse by a man with a woman, not his wife, by force and against her will”，也就是說，在普通法的概念之下，強暴有幾項特點：(1)施暴者與受害者沒有婚姻關係(the marital exclusion)；(2)施用強制力(the force requirement)；(3)違反受害者的意願(the non-consent/against her will requirement)。首先，一個男人永遠無法對他的妻子構成強暴，不論他是否有使用強制力或是違背她的意願。其次，如果一個男人沒有使用強制力或是威脅恐嚇，即便這性交行為違反女性受害者的意願，也無法構成強暴。最後一點要注意的是，因為違背意願本身也是一個必須單獨成立的要件，所以即便強暴者使用威脅恐嚇甚或直接的強制力，如果被害人的意願沒有被違反，也不算是強暴。⁵⁹這種定義不但廣泛地被採用在各州州法之中，連 1962 年由美國法律協會(American Law Institute)所制定的美國模範刑法典(The Model Penal Code, the MPC)也採取類似的規範方式，其關於強暴的規定如下：(1)加害人以男性為限，被害人則以女性為限；(2)丈夫對妻子無法成立強暴；(3)相較於

⁵⁸ GEORGE VIGARELLO, A HISTORY OF RAPE 93(Jean Birrell trans., 1998).

⁵⁹ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 11.

加害人為陌生人的情況，如果被害人是加害人的自願性社交友人(volunteer social companion)且之前有過同意性交者，其犯行較為輕微。⁶⁰採取這種限縮的規定方式的理由為何，有不同的說法。有認為這是厭女情緒的展現，使男人得以較不受拘束地侵害並且忽視女人身體的性完整與性主體性，因為在這種脈絡之下，只要沒有明確使用暴力的情形，即便面臨心理上的威脅跟脅迫，女性被害人也無法主張自己被強暴。⁶¹亦有認為厭女情緒無法完整解釋這種狀況，因為強暴不是法律針對性行為所做的唯一的規範，從未婚通姦(adultery)跟婚後通姦(fornication)的規定來看，法律切入的點其實不是在於女性的性自主(sexual autonomy)，而是為了把性行為控制在婚姻關係之內。⁶²

在欠缺直接證據的前提下，為了證明其與被害人之間的性行為乃是出於被害人的同意，被告方面往往會提出被害人過去與他人的性活動資訊來做為證實合意存在的間接證據，例如被害人先前有較為開放的性行為與多重性伴侶等皆是，理論上來說，這雖然是為了發現真實與保障被告訴訟防禦權所必然的過程，但實際操作的結果，卻往往變成對於(女性)被害人性隱私的公審，對於真正受到侵犯的被害人造成二次傷害。因此，從七〇年代以降，美國國會及各州議會開始著手制定性侵害被害人保護法(The Rape Shield Law；下稱保護法)，其目的在於避免性侵害被害人過往的性生活(sexual history)被曝露在公眾之下，以保護被害人的尊嚴與隱私。

除了美國國會所制定的聯邦證據法(Federal Rule of Evidence)第 412 條之外，美國各州(亞利桑那州除外)與華盛頓特區皆定有自己的保護法，依照該類證據在何種情形可被容許提出於法院，以及容許的程度為何，其大略可分為四種類型：立法明定型(Legislated Exceptions Laws)、援引被告憲法權利保障型(Constitutional Catch-All Laws)、司法個案判斷型(Judicial Discretion Laws)以及視證據目的型

⁶⁰ MODEL PENAL CODE § 213.1(1)(1985).

⁶¹ Anne M. Coughlin, *Sex and Guilt*, 84 Va. L. Rev. 1, 5 (1998).

⁶² *Id.* at 5-6.

(Evidentiary Purpose Laws)。⁶³但有學者認為，這些法律在各州實際的操作結果仍然使許多帶有偏見性質的證據進入法庭，而主張這些法律並未能達到保護法所欲達成的精神與目的，並提出修法的建議方向。⁶⁴

根據美國聯邦證據法第 412 條，被害人於本案外的性行為活動(sexual behavior)與性傾向(sexual predisposition)不得做為證據，但若禁止該證據的提出會違背憲法對於被告的保障，或是該證據的提出是為了證明(1)被害人身上所受的物理性傷害來自於第三人；或(2)本案性行為的發生是出於被害人的同意，則不在此限。⁶⁵但學者Michelle J. Anderson認為這樣的規範內容仍嫌過於寬鬆，其考量強制性交罪的構成要件與被告在憲法上權利，對聯邦及各州現有的保護法提出修改建議，其主張，除非是被告與被害人之間的言談與行為(sexual communication and sexual conduct)，任何在本案發生前或發生後的言談與行為，都不得作為證據，但有下列事由則不在此限：(1)該證據可用來證明遺留在被害人身上的殘跡(如外傷、體液)等是來自被害人以外的第三人；或(2)該證據可用來證明被告與被害人之間有無合意性交或本案性行為的存在與否；(3)該證據可用來證明被害人是否有做出不實指控的動機。⁶⁶

Anderson認為目前聯邦與各州的保護法對於性侵害被害人存有以下偏見：(1)被害人在本案之前與第三人的性行為活動暗示著本案的性行為是出於同意；(2)被害人在本案之前與第三人的性行為活動會讓本案被告合理誤認被告與之性交也是出於同意；(3)被告在本案發生前的縱淫行為(prostitution)暗示本案的性交乃被告同意的；(4)被害人過去有與被告從事合意的性行為即代表本案亦是出於被告同意；(5)被害人過去於性行為中有從事SM的行為可支持本案被告所為本案乃出於合意SM性行為的抗辯⁶⁷；(6)被害人事前在公眾場合與第三人的性挑逗行為

⁶³ Michelle J. Anderson, *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 Geo. Wash. L. Rev. 51, 81-86 (2002).

⁶⁴ *Id.* at 147-153.

⁶⁵ Fed R. Evid. 412(a)-(b)(C).

⁶⁶ Anderson, *supra* note 63, at 147.

⁶⁷ SM 乃施虐(Sadism)與受虐(Masochism)的縮寫，此處原文所使用者為 Sadomasochistic Sex 一詞。此乃因為在 SM 的過程中無法僅從受虐者口頭上的表達探知受虐者的真意，被告便可主張本

暗示其與被告的性行為是出於同意。⁶⁸

除此之外，Anderson並進一步提出“sexual license”的概念，其內容為一個人對於性交的同意範圍僅及於特定時間、特定行為以及特定人。也就是說，被害人上一次同意性交不代表這次也有同意；接吻擁抱甚至熱情的前戲也不代表性交的同意；即使被害人對許多人放情縱慾也不代表對每個人都可以。⁶⁹可以想見何以Anderson對於聯邦以及各州的保護法有這樣的不滿，因為如同Anderson所言，這整個制度的運作結果等同對女性釋放出一個訊息：請保持妳們的貞潔，否則妳的性交同意權將不復存在。

第二款 美國心理學實驗

美國加州大學心理學系(Department of Psychology of University of California)與南加大(University of Southern California)一起進行了一項研究以研究下列問題：(1)性經驗較多的女性與性經驗較少的女性相較之下，是否比較有可能謊稱自己遭受性侵；(2)如果真的遭受性侵，性經驗的多寡是否以及如何影響她們決定要不要報案；以及(3)如果真的遭受性侵，案發之前前戲進行的程度是否以及如何影響她們決定要不要報案。雖然本論文的內容並非在探討性侵害的誣控，但因為本實驗當中有許多非常有意義的數據都是跟本論文相關，故特別於此介紹，並在之後用做論述以及引證的對象。⁷⁰

在實驗進行之前，受試者會被要求回答關於個人過去性經驗活動(sexual history)的問題，包含是否有過性經驗、第一次發生性行為的年齡、跟幾個人有過性行為、嘗試過的性行為種類(type)以及是否曾於第一天約會就發生性關係。根據受試者對這些問題的回答，實驗人員將受試者分為低經驗組(low

案所從事者乃 SM 的性行為，其無從得知被害人的真實意願。

⁶⁸ Anderson, *supra* note 63, 110-142.

⁶⁹ *Id.* at 142.

⁷⁰ Heather D. Flowe, Ebbe B. Ebbesen & Anila Putcha-Bhagavatula, *Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations*, 31 LAW & HUM. BEHAV. 159, 159 (2007).

experience)、常人組(moderate experience)以及高經驗組(high experience)三組。⁷¹

本實驗分成兩個小實驗(下稱實驗 1 與實驗 2)，兩個實驗都會給參與的女性受試者一些劇本(scenario)，要求她們想像自己就是劇本中的女主角，在現實世界中面臨劇本中描繪的劇情時會有甚麼樣的感受，以及會做出甚麼樣的反應。在實驗 1 中會提供四種劇本，且會讓每一位受試者以隨機的順序閱讀這四分劇本。劇本內容大概是描述與一位男性的約會，值得注意的是，劇本中並沒有關於女主角的描述，好讓受試者完全以自己的想像融入並建構劇本中的情境，而不是被劇本的描述所引導。至於劇本內容的呈現方式是採取漸進(line-by-line)以及受試者選擇(participant choice procedure)發展模式，也就是說受試者在看到下面即將發生的事情之前，可以決定要不要讓雙方的互動往更親密的方向行進，如果受試者願意，就會看到下一段(the next line)互動更為親密的描述；但如果受試者不願意，劇本中的甜蜜約會就會嘎然而止，轉為一場強制非同意的性交(forced nonconsensual intercourse)，也就是法律所定義下的強暴。⁷²

由於本實驗的初衷是為了研究性侵害的誣控，所以一半的受試者在實驗 1 當中會另被安排觀看「後續發展」，其內容為：(1)受試者隔天晚上在一場party上看到那名男子，那名男子也看到受試者，但卻假裝沒看見，反而一整晚都跟受試者的一名正妹朋友泡在一起。(2)因為擔心被別人發現他們倆之間的關係，那名男子粗暴地將受試者趕出去。(3)受試者發現那名男子兩年前曾被指控強暴。(4)那名男子跟他與受試者共同認識的朋友大肆宣揚他上了受試者，還說受試者是“another notch on his belt”。在看完這些劇本之後，受試者會被問兩個問題：(1)這件事是否為強暴；以及(2)她們是否會指控那名男子強暴；為了得到受試者最直接的想法，實驗人員並沒有告知她們法律上所定義的強暴為何。⁷³

以上是關於實驗 1 的內容。至於實驗 2 本直上是實驗 1 的補充，其主要功能在於探究受試者個人性經驗的多寡是否會影響其做出誣控的可能性，同樣地，雖

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

然誣控的問題不是本論文所欲直接探討的，但在實驗 2 中仍有許多有趣且深具意義的數據，故仍於此一併介紹討論。在實驗 2 當中，另一組受試者被找來加入實驗，該組受試者由勒戒中心(drug and alcohol rehabilitation center)的戒護人、性工作者(prostitute)以及舞女(exotic dancer)所組成，使受試者的背景更為多元以提升此實驗結果的真實性。⁷⁴

在介紹此實驗的結果之前，有兩組共四個辭彙須先予以定義介紹：首先第一組是「正確認知」與「正確指控」性侵害(Accurate rape perception and accurate rape reporting)，如字面所述，如果劇本發生的事實構成法律上的強暴(rape)，而被害人也正確地將之解讀為強暴，就是「正確認知」，如果受試者進一步表示會報案說自己被該名男子強暴，就是「正確通報」。第二組辭彙是「錯誤認知」與「錯誤指控」性侵害(False rape perception and false rape reporting)，也就是說如果劇本中的狀況是受試者雖然有對性交表示同意(consent)，但卻認為自己的被強暴了，這就是「錯誤認知」，若再進一步表示會指控劇本中的男子強暴了自己，則為「錯誤指控」。⁷⁵

在實驗 1 裡面，三組受試者在「正確認知」這個項目上展現出相當大的差異性。肉慾組的受試者比較容易同意發生性行為，而且也比較不會把劇本中所描述的非同意性交(也就是法律定義的強暴)視為強暴，但是常人組與清純組的受試者之間則沒有明顯的差別，但是在與男主角的進展程度上(consent level)，受試者個人性經驗多寡則有明顯的影響力，尤其肉慾組的受試者明顯比其他兩組更願意與男主角進展到後面的關係。此外在實驗中也發現，對於強暴的認知並不只是受到受試者所屬組別的影響，如果受試者在劇本中與男主角進展的程度(consent level)越後面，受試者越傾向認為自己不是被強暴。至於「正確指控」，個人性經驗、與男主角進展程度以及復仇動機的有無皆有直接相關的影響力，也就是說如果受試者性經驗較少、與男主角進展程度較淺、且具備復仇動機的話，正確指控的比

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

例就會提高。⁷⁶

實驗 1 另一個重要的部分就是「錯誤認知」與「錯誤指控」，但因為在本實驗中，受試者進入最後階段的合意性交後還會選擇做出虛偽指控的比例僅 3%，此比例太低以致於無法在三組受試者之間作出有意義的比較，因此無法斷定「錯誤指控」會受到哪些因素的影響。實驗 2 的目的就是彌補實驗 1 在此部分的不足之處。而根據實驗 2 的結果顯示，清純組的受試者比其他三組的受試者更容易發生「錯誤認知」與「錯誤指控」的情形，但是關於錯誤指控的部分，只有在提供復仇動機的前提下才成立。下表是由本實驗的結果整理而來：

應變項目	自變項目
關係發展程度	性經驗 ↑
正確認知被強暴	性經驗 ↓；復仇動機 ↑
正確認知沒有被強暴	性經驗 ↑；關係發展程度 ↑
錯誤認知被強暴	性經驗 ↓
錯誤認知未被強暴	性經驗 ↑
正確指控	復仇動機 ↑
正確不指控	(本實驗未提及)
錯誤指控	性經驗 ↓(if and only if 復仇動機 ↑)
錯誤不指控	性經驗 ↑；關係發展程度 ↑

右邊各個項目後方的箭頭如果往上就代表(性經驗或是發展程度)程度越高或是(復仇動機)條件存在，往下則是相反。左邊項目代表對應於右邊條件變化所造成的結果。舉「錯誤指控」為例，性經驗越低的人，如果被提供復仇動機的話，會讓她們比較容易做出錯誤的指控。

首先可以發現一點，性經驗越高的人，越容易同意往後面的關係發展下去。

⁷⁶ *Id.*

而且從正確認知被強暴與錯誤認知被強暴來看，我們可以得出一個結論，就是不管正確與否，性經驗越低的受試者越容易將其所遭遇的事件解讀為強暴；相反地，將正確認知沒有被強暴與錯誤認知沒有被強暴一起觀察，性經驗越高的人越不容易認為自己被強暴了。此外，關係發展程度與復仇動機也會影響受試者在認知或指控與否的選擇。

第三款 我國妨害性自主無罪判決

此部分以台北地院及高雄地院判決為研究樣本。首先是關於定罪比率，判決搜索日期範圍為 2000 年 1 月 1 日至 2008 年 12 月 31 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 886 筆判決，高雄地院則有 1844 筆，此為台北與高雄地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，高雄地院共有 221 筆，台北地院共有 120 筆，兩者的無罪比例一為 13.5%，一為 11.9%，相距不大。表一為檢索結果步驟表：

	台北地院	高雄地院
所有判決	案由:妨害性自主 檢索字詞:(無) 案件數: 984 筆 扣除:附帶民事 98 筆 妨害性自主案件數:886 筆	案由:妨害性自主 檢索字詞:(無) 案件數: 2045 筆 扣除:附帶民事 201 筆 妨害性自主案件數:1844 筆
無罪判決	案由:妨害性自主 檢索字詞:無罪 案件數:209 筆 扣除:附帶民事+主文部份妨害	案由:妨害性自主 檢索字詞:無罪 案件數: 403 筆 扣除:附帶民事+主文部份妨害

	性自主有罪共 89 筆 妨害性自主無罪案件數:120 筆	性自主有罪共 182 筆 妨害性自主無罪案件數:221 筆
無罪比率	無罪率=120/886=13.5%	無罪率=221/1844=11.9%

本研究並未對上述所有無罪判決皆做分析，僅抽取部分判決研究，其中台北地院 90 個，高雄地院 109 個，共 199 個判決。經分析，抽揀出以下幾種法官常用的經驗法則：(一)被害人與被告平日即有親密的互動關係⁷⁷；(二)以事發前的情境推測事發當時被害人的意願⁷⁸；(三)事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑⁷⁹；(四)有無外傷顯示遭受強制力⁸⁰；(五)被害人事後的情緒反應⁸¹；(六)被害人沒有在第一時間將事情與以揭露或報警、驗傷⁸²；(七)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⁸³；(八)有其他與犯罪無關的因素促使被害人做出指控⁸⁴；(九)被害人前後供述不一⁸⁵；(十)被告有無顯露出擔心犯行被發現的警覺⁸⁶；(十一)其他不合理情狀。

⁷⁷ 例如高雄地院 93 年訴字 1309 號判決：「……然就被告與女子之間之認識過程，2 人顯有透過按摩之身體肌膚接觸，致心生情悅之情，綜上可知彼等為前開性行為時，應係出於感情自發之相悅行為，而難認係出於被告之強制行為……」

⁷⁸ 例如被害人是酒店小姐與被告一同前往汽車旅館；或是兩人共處一室衣衫不整互動親密言語曖昧即是。

⁷⁹ 也就是說被害人事發當時是否有不顧一切地防止自己被性侵害。值得注意的是，此論述理由在無罪判決中出現的比例相當高，台北地院 90 個樣本判決中有 19 個判決使用此種論述，高雄地院 109 個樣本判決中則有 25 個，比例約在五分之一到四分之一。

⁸⁰ 法院之所以會期待在被害人身上看見外傷無非是出於與上述三相類的想法，就是被害人的意願如果真的被違反，理當會奮力抗拒才是，若果真奮力抗拒，在被壓制的過程應會受有外傷，這就是法院以有無外傷來判斷被害人的意願是否被違反的思考邏輯

⁸¹ 例如被害人事後是否有難過沮喪害怕的情緒，如果被害人被證明事後的態度「神色自若」，法院對其是否有被強制性交即容易存有懷疑。

⁸² 這也是法院在判決中時常引用的論述。

⁸³ 例如台北地院 96 年訴字 658 號判決：「……A 女數日前已與被告發生性交行為，是日於醒後知悉曾遭被告乘機性侵害，應無平和地要求被告載伊回酒店之理……」。依照法院的思考邏輯，如果被害人在犯罪之後仍與被告維持聯繫，法院會認為既然被害人並未對被告產生懼怕、恐懼的防範心理，那就表示當時被害人的意願並未被違反。

⁸⁴ 例如被告另結新歡、受他人影響、性交易而生金錢糾紛、為引起被告對自身的關注、經濟壓力……等。

⁸⁵ 除了事後被告與被害人之間的互動之外，被害人供述前後不一是法院最常用的兩種論述之一。

⁸⁶ 法院的思考邏輯並不難理解，就是被告倘若真有犯罪，應當會擔心其犯行將為自己帶來牢獄之災，若被告顯露出來的態度是無所畏懼，法院就傾向認為被告內心坦蕩，並無違反意願的情事。

在此需要說明的是，這些理由不一定是個別判決中唯一的無罪理由，甚至難以視為關鍵理由，有許多只是出現在法院的論述過程，其究竟占法院心證多少的比重難以一概而論，更無從得知。但無論如何，判決所言即法官所想，也就是法官在個案中具體應用的偏見或經驗。尚且須要說明的是，並不是只要出現類似的文句都會被搜列進來，仍然必須看上下文的文意以及在個案中是否有其他的證據可以支持法院的論點。此處是專注在所依憑者僅法官個人經驗的推理論述，例如同樣是質疑被害人為何身上沒有外傷，法院質疑的原因便可能有所不同：若是被害人證稱與加害人有激烈扭打，法院期待被害人身上有外傷即有理由，如此一來就與所謂的偏見無關；但若被害人僅表示與被告性交並非其意願，或單純陳述「有奮力抵抗」，而法院直接以沒有外傷推論被害人的意願並未被違反，就有可能被歸類為偏見的一環。下表為兩個法院使用各種論述類型的判決數，以及在 199 筆案件中所佔的比例。

	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	十一
台北	4	5	19	2	10	12	23	10	18	17	12
高雄	2	11	25	10	9	14	44	6	47	12	10
總計	6	16	44	12	19	26	67	16	65	29	22
比例	3%	8%	22%	6%	10%	13%	34%	8%	33%	15%	11%

而此表經過整理可以以下面的方式呈現：

細類	大類	百分比
(一)平日有親密互動	被害人事前情緒	11%

(二)事發前的情境		
(三)呼救抗拒逃跑	被害人事中情緒	28%
(四)強制力致外傷		
(五)事後情緒反應	被害人事後情緒	57%
(六)即時揭露報警		
(七)事後與被告互動		
(八)指控原因	整體	8%
(十)被告的警覺度	被告	15%
(九)被害人陳述一貫性	客觀邏輯經驗法則	44%
(十一)其他不合理情狀		

從這張表可以看出，其實上述法院所依憑的事證，除了「陳述一貫性」與「其他不合理情狀」屬於客觀邏輯經驗法則的運用之外，其他九項當中，總共有八項都是在探討被害人的情緒反應，另外一項「被告的警覺度」則是在探討被告的情緒以推論是否有犯行存在，而且關於被害人的情緒反應，案發事後的情緒反應在大多數的無罪判決都成為法院關注的重點，共有 57% 的無罪判決出現這方面的論述，其比例甚至高過客觀邏輯經驗法則在無罪判決中被運用的機率(僅 44%)，而案發事前與事中的情緒反應被法院採為論點的機率也各有 11% 與 28%，亦不可謂不高。

第四節 如何解讀偏見/經驗

一九八〇年義大利帕瑪大學(Parma)生理研究所所長里佐拉蒂(Giacomo Rizzolatti)在猴子身上進行大腦規畫及執行目標行為的研究時，發現某種掌管行為的神經細胞不只在猴子用手抓取托盤上花生時會發出訊號(活化)，其在猴子觀看研究人員身手抓取花生的時候也會有同樣的活化作用，因此意外發現了腦神經細胞的鏡像現象(mirroring)。而其表現在神經生物行為就是所謂的共鳴，也就是

在觀看他人執行動作的同時，觀看者的神經生物程式也會活化，活化的神經生物程式除了將所觀察到的影像在腦海中具體呈現者，也包含腦中執行特定行為程式的神經細胞，而這類產生鏡像現象的細胞被稱為鏡像神經元。⁸⁷

鏡像神經元的作用最直接的表現就是生物的模擬行為。當觀察者觀察到他人的行為時，其腦內的動作機模會立即且不加思索地活化，也就是說觀察者腦部的神經元會複製所觀察到的行為，其效果就有如觀察者親自執行該行為，其不一定會去執行，但他已無法阻止鏡像神經元將他觀察到的內容變成自己實際的想像，並進而將被觀察者的內在觀點進行內化，使其不用細想就可以立即瞭解被觀察者的行為內涵。⁸⁸這可對應到日常生活中某個時常出現的機制，也就是直覺，在此要回到里佐拉蒂團隊的實驗，當時該實驗的目的是要了解神經生物機制是如何讓人預知某種狀況在未來會是怎樣的發展。

先前的實驗發現，讓猴子觀看研究人員抓取花生的行為，猴子掌管行為的神經細胞也會發生活化，現在實驗人員改變了一項要件，就是讓猴子看見花生之後，就把花生和托盤用屏幕遮住，讓猴子看不到花生和托盤，接著研究人員伸手抓取屏幕後的花生，此時猴子只看見人的手臂而沒有真正見到抓取的動作，其鏡像神經元亦同時出現活化的作用，因為其鏡像神經元已經把「抓花生」這一連串的行為儲存為一個程式置於腦海中，只要看到一連串行為當中最初的動作，便足以讓他的行為神經元「知道」發生了甚麼事。這種鏡像神經元共鳴的機制，不但能夠使觀察者不假思索地瞭解其所觀察到的行為，更能夠讓觀察者快速預期未來的發展，將部分的情節予以補充而成為一連串可以預知的行為。這種儲存行為的模式並不是憑空杜撰，其是個人生活經驗的累積，這種累積大體尚符合社會成員的共同經驗，所以會成為一個互為主體性的共同行為空間跟意義空間。⁸⁹

雖然直覺不一定與事實相符，但其某種程度是一種個體甚至群體對於真實經

⁸⁷ 約阿信·鮑爾著，張維娟譯，你的心情不好，我知道-認知科學與人類行為溝通，頁 37-40(2009)。

⁸⁸ 同上註，頁 41-42。

⁸⁹ 同上註，頁 44-46。

驗的反射，因此當我們在面對「偏見」或是「既定印象」之類的概念時，有兩件事要注意：首先就是避免主觀直覺過於專斷，畢竟直覺有其生成的背景跟環境，而那樣的環境不一定能夠套用到每一個具體個案上，尤其我們的世界不像一個以猴子為對象的實驗如此簡單，並非所有的手都只會做出抓取花生的動作，也並非所有的妓女都是因為價錢談不攏才對嫖客做出性侵害的指控。讓我們異於猴子的理智告訴我們，事情有諸多可能，直覺並不完全可靠，但本論文的目的不是在對這些偏見與直覺印象做出指正，也並不想要基此對於現行的法律實務操作是否受到這些既定印象的影響有所評論，而是從這些社會整體偏見探討，性犯罪對於被還人所造成的傷害在社會的脈絡下其本質究竟為何，甚至於，是如何被建構出來的；因此，當我們在面對「偏見」或「既定印象」這類概念時所要注意的第二件事就是，這些偏見跟印象是在怎樣的情境之下被建構出來的，他背後的脈絡與情境為何，就像是為什麼在實驗中所有的手部動作都會被跟抓取花生有所連結，為什麼妓女對嫖客做出指控會普遍被認為是因為價錢談不攏，其背後不是毫無意義，而本論文的目的就是想要探究這些現象背後所代表的事情。

回到一開始對於傷害與心靈創傷的討論，我們或許可以假設，不論是美國的模範刑法典、性犯罪被害人保護法、心理學實驗所呈現出來的結果，或是我國法院性犯罪無罪判決的理由，雖然或多或少帶有一些未經證實的思考邏輯，但是其相似的程度之高背後可能代表著一些共同的原因，尤其當社會中的人們共享著這種想法時，這種偏見可能就不只是代表一種想法的存在，而是後面有個促成這一想法的背景或現象。Wertheimer說到，如果我們是基於經驗去認識到強制性交的惡，當某些具體個案沒有出現典型犯行下所造成的傷害，那麼在這個案中的惡害可能會比較少甚至根本沒有惡害的存在。⁹⁰這些偏見會不會就是如此呢？現在我們看到實驗中的那隻手了，也猜測那隻手將要抓取花生米，接下來的問題就是：是不是真的有花生米的存在。

⁹⁰ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 156.

第三章 訪談實證

為了瞭解各種與性有關的犯罪行為對於女性被害人所造成的傷害為何，本論文採取直接與女性訪談的研究方式。遭受性犯罪侵害的切身之痛，只有曾經經歷過的人才深知其中滋味，若能由這些人親口說出自身的感受，必然更有說服力與代表性，然鑒於資源與管道上難以與此些潛在的受訪者聯繫，加以令其回憶重述不快的往事恐怕造成受訪者的二度傷害，本論文決定以一般的女性為訪談對象，不以是否受過性侵害去篩選受訪者資格。受訪者共有 17 位，年齡介於 22 至 26 歲，職業皆為學生，訪談方式包含當面訪談以及網路即時通訊系統。訪談過程首先會先詢問受訪者是否有被性騷擾過的經驗作為訪談的開啟，再依照受訪者的回應彈性調整詢問的問題，假設受訪者表達未曾被性騷擾過或是反應短淺，可能會轉而詢問是否有聽過友人談論自己受到性騷擾或其他性侵犯的事蹟，或是轉而請受訪者分享一些自己與男性友人在肢體互動上的一些經驗，與受訪者之間的熟識程度也會影響訪談問題的採擇，並未有既定的模式。

或有覺得未受過性侵害的女性要如何說出實際遭受性侵害的滋味，想要藉由訪問這些「不適格」的受訪者去討論性犯罪對於被害人的傷害為何不啻緣木求魚。然，事實可以用很多種方法去尋得，所謂見微知著就是如此，所需者僅為深入的洞悉。一般女性固然未必皆遭遇過深切的性犯罪事件，但同為女性，此性別上的身分讓其等在社會生活與經驗上有較多的共通之處，對於特定事件可以想見也比較容易去體會想像，而且從訪談的經驗中可知，大多數的受訪者皆面臨過程度或大或小的性騷擾事件，可見這些受訪者雖然並未親身經歷過重大的傷害，卻也不是毫無一知半解。其次，假設情緒果真使人偏頗，那麼從未成為被害人的受訪者在證據價值上更非毫無可取之處了。

第一節 性意圖的展現—性、暨其從語言到肢體接觸的一貫性

從受訪者談話的內容來看，我們可以發現受訪者對於侵害行為是否具備「性」的意涵會影響到受訪者是否把該行為視為一種性的侵害，至於行為人甚麼樣的行為會讓受訪者感受到性意涵則不一定，因為性意涵的傳達方式是非常多樣的，一個眼神、一個關鍵詞、一個動作或是情境脈絡，都可能讓受訪者感受到某種程度的性意涵，進一步引發因此而來的不舒適感。

第一款 性意涵的不可或缺性

性意涵的有無一個最直接的影響就是受訪者是否會覺得這是一種性方面的侵犯，如果沒有性的意涵存在，性騷擾就只會是一種單純的騷擾，也不會是一種性的犯罪了。

受訪者 I：「恩，（性騷擾跟干擾）就都是一種干擾，但性騷擾的干擾就更有一種……敵意環境的感覺。例如我剛剛講的，男生在女生面前講一些對其他女生比較敵意的描述，例如說某個女生有甚麼好驕傲的，胸部這麼平……」

問：「敵意，聽起來有點法律。那如果說跟性沒有關係呢？例如說某個女生不知道在邱甚麼很自以為，或是妝這麼濃，但沒有說甚麼三顆頭很欠幹之類的，這種沒有涉及到身體或性的描述？這會好一點嗎？」

受訪者 I：「那這樣子就不會覺得是一種騷擾，那頂多就覺得這個人是憤世嫉俗。」

受訪者 Y：「……性騷擾給我的感覺基本上是要有身體上的觸摸，或是對你講一些黃色笑話，或者直接 connect 到性的東西上去，所以我其實對於他只是評論我的屁股（還不是胸部）一直感到困擾，如果是胸部的話，那我大概就可以說『對，這是性騷擾』。可是正因為只是屁股，雖然讓我很不舒服，可是恐怕有人會說『你會不舒服是因為別人說你屁股大吧』來推翻我的性騷擾之說……這種強度跟頻率並不會讓我想要作什麼特別的動作來反應……」

從受訪者 Y 的訪談內容可以得知，在其心中「性」是構成性騷擾中不可或缺的因素。受訪者 Y 對於自己的屁股被評論一事是否屬於自己心目中所想的性騷擾其實當下並不是非常肯定，而這裡的關鍵問題就在於「屁股」對她來說並沒有非

常明確的性意涵。可能以受訪者 Y 當時的年紀來說(據其所述為國中時發生的事),「胸部」是比較明確的第二性徵,其所象徵的性意涵也比臀部更為明顯,因此當他人在談論她的臀部時,其並沒有立即感受到被性騷擾,只是當下覺得有點不舒服。但不論這種不舒服是因何而起(介意別人說自己臀部大),受訪者 Y 覺得這種不舒服跟直接牽涉性意涵的性騷擾程度是有別的,並不會讓她想要採取特定反應或是做為。

至於受訪者 I, 要先敘明的是, 雖然受訪者 I 沒有明確表示這對她來說是一種性騷擾, 但被問及是否有被性騷擾的經驗時, 其舉了這個例子做為說明, 可見這種言論對她來說某種程度已經構成其主觀上所認知的性騷擾。從受訪者 I 友人的言論來看, 友人以女性的性徵(胸部: 三顆頭)以及女性的性(欠幹)做為言詞攻擊的對象, 這讓受訪者 I 聽起來覺得不舒服, 同時也是一種對於女性敵意的展現。但被問及如果同為具有敵意內涵的言論, 但其中並未含有性意涵時, 是否仍會覺得是性騷擾時, 受訪者 I 表示此時可能連騷擾都不會構成, 僅是對方單純的情緒發洩。

這也解釋了為什麼最高法院 96 年台上字第 699 號判決會強調行為人主觀的「性意識」是適用刑法第 10 條第 5 項第 2 款的前提, 其認為以瓦斯槍噴肛門的行為並不構成強制性交, 其認為這個行為雖然具備了刑法上強制性交以器物進入他人肛門的行為, 卻不具有性的意涵, 因此並不構成強制性交。「……行為人主觀上尚須要有性交之意識, 意即以該侵入行為, 興奮或滿足自己性慾之性意識, 始克當之, 而此行為人主觀之性意識, 並非單以被害人有無羞辱感為依據……」⁹¹ 最高法院甚至明確表達了被害人的感受跟行為人的主觀是兩回事, 無法僅因被害人覺得自己受到羞辱或是性尊嚴受到傷害就認定行為人將器物插入肛門的行為構成強制性交。在這個判決中, 最高法院明確地把「性」這個要件放入行為人的主觀要件當中, 姑且不論被害人能否確切感受到行為人的行為中有沒有性意涵的

⁹¹ 最高法院 96 年台上字第 699 號判決。

存在，至少法院在適用法律跟受訪者在「決定」是否受到傷害的時候，「性意涵」都是性犯罪所不可或缺的要素。

第二款 性意涵傳達方式的任意性與連貫性

除了最直接的肢體碰觸，行為人對於被害人在性意圖方面的展現可以透過任何一種形式傳達，例如語言或是表情等非接觸性的動作，從一個角度來說就是全憑被害人的主觀認定，從另一個角度來說或可稱為傳達方式的任意性。此外，不管是言語或肢體的性騷擾、觸及隱私部位的猥褻行為、甚至是強制性交，這些行為在傳達性意涵的功能上其實只是位於同一光譜上的不同位置，彼此之間的差異只是程度不同而無本質上的差異。

受訪者 Y：「……性騷擾給我的感覺基本上是要有身體上的觸摸，或是對你講一些黃色笑話，或者可以直接 connect 到性的東西上去……」

受訪者 Y：「……可是那兩個人卻是一直在盯著別人看，這個多走幾步離他們比較遠以後又開始盯另外一個人，所以遠遠看的時候就會讓人覺得不舒服……」

受訪者 Y：「……這也不代表我可以接受醫生在進行他的工作的時候（觸診）勃起，因為我會覺得你的性衝動是針對我而來。所以如果他對我有性方面的聯想可是完全不顯露出來，我不會感覺到，無法作推想，當然也就不會覺得不舒服……」

受訪者 B：「只跟我一夜情表示他不夠愛我，也表示我的魅力不足以讓他愛我。這樣的感覺讓我覺得跟人發生一夜情是自我價值的貶低……牽手勾搭也不行，性交更不行……本質上性交有承諾的意味在裡面性交穩確地建立兩人的世界(性交跟其他肢體互動)因為本質都是愛基本上我還是認為他們是程度之別其他肢體動作只是開始的契機而已……」

受訪者 Y 在闡述其對性騷擾的理解時，把別人對自己說黃色笑話當成一個可能會讓自己感受到性騷擾的例子，可見從他人講述黃色笑話的過程當中，受訪者可以察覺到對方所展現出來的性意圖，而感受到不快；眼神表情也是受訪者判斷的依據。受訪者 Y 發現前方的行為人不停地窺探打量路人，等到被窺探的對象遠離之後又繼續窺看另一個經過的人，行為人窺看的眼神跟神情顯然讓受訪者感受到行為人內心有一些「想法」，這些想法究竟為何我們不得而知，但行為人的神

情顯然是導致受訪者這般解讀的依據。再從觸診胸部時醫生勃起的假想狀況來看，行為人靜態的身體反應也會使受訪者「察覺」到行為人的性意圖，不管醫生是否因為觸摸受訪者的胸部才勃起，這樣的狀況顯然會讓受訪者覺得醫生心中對其有了性方面的想像或意識，因而讓她感受到不快，因此接下來的觸診行為在受訪者心中就不是如此單純了。

可見，就性意圖的傳達來說，從語言、神情、肢體反應到肢體碰觸，這些行為一個最主要的共通點就是，他們都扮演了一個傳達的角色-把行為者的性意圖傳達出去的角色-並且讓行為的接受者或閱聽者知悉，進而感受到行為者的性意圖。所以用一個比較寬廣的角度來看，言語性騷擾、非碰觸的肢體性騷擾、碰觸性的肢體性騷擾、強制或趁機猥褻、強制或趁機性交，承襲著最高法院 96 年台上字 699 號判決的精神意旨，他們其中一部分的作用就在於傳達了行為人的性意圖，而正是這種性意圖，讓這樣的行為有了不同的意義，成為法律上所認定的性侵略行為，所以我們也可以說，在這種情況下行為的本質就跟行為產生的作用成為不可分割的概念，他們只是一體的兩面而已，看似不同卻實為同一回事。然而，「傳達」所描述的並不只是一個客觀資訊從資訊傳遞者(行為人)藉由媒介(行為)傳送到資訊接收者(受害者)的感官而已，這裡面還包含一個最後的關鍵階段，也就是資訊接受者的解讀(認知)。⁹²

我們或許可以說，人之所以感覺到自身受到傷害，都是因為特定的認知所造

⁹² 從上述的訪談內容來看，我們大抵可以對「性」做出這樣的定義：所謂的「性」就是人與人之間在型體上為了接觸而接觸的「接觸」，而這種「為了接觸而接觸的『接觸』」不一定是一種實際的接觸，它也有可能以言語或是互動的方式呈現出來。所以性交是「性」、猥褻性的撫觸是「性」、把手伸進別人嘴巴也可能是「性」，這些都是一種「為了接觸而接觸的『接觸』」，但是醫療上的碰觸不是「性」、攙扶別人過馬路不是「性」，表面上有個目的何理化彼此之間的接觸，這個接觸就不是一種為了接觸而接觸的性接觸了。如果我們在意這種為了接觸而接觸的接觸，那麼對於這種接觸的意圖或是可能性，我們也會產生同樣的感覺，所以求愛、追求異性、甚至交朋友等以人際關係發展為目的互動都可以跟「性」扯上邊；至於黃色笑話為什麼也可能跟「性」有關，讓我們試著想想，如果今天笑話是用文字的方式呈現，閱聽的人大概不會有甚麼不舒服的感受，一個讓人不舒服的笑話大抵都是出自一張讓人不舒服的嘴臉，所以一個黃色笑話之所以讓人不舒服，很有可能是因為講笑話的人在講述的過程中展現出他對於某個群體接觸的意圖，而閱聽者身為群體的一分子，便把這種接觸的意圖連結到自己跟講述者之間，因而產生不舒服/性的感覺。

從這個觀點來看，「性別」做為一種個人在社會地位、外貌、舉止、身體經驗感受的展現跟期待，就比較無關本論文所要處理被害人「與特定個人之間的接觸」的「性」感受的問題了。

成，因為先有認知斯有感受，從心理學上的說法來看並無不妥。但有些傷害顯然不只是一種認知，而是無法改變的事實：例如生命的逝去或是外傷所產生的痛楚，不論我們如何在認知上進行調整，都很難把生命或身體的傷害視為無物，所以把一切的傷害都解釋成是認知下的產物顯然並不妥當。麻煩的是(從本論文進行的方向來看，或者該說幸運的是)這樣的結論並沒有否定認知在性犯罪裡面所扮演的角色，而從前述跟受訪者所訪談的結果來看，受訪者是否覺得受到傷害與行為人的言行舉止有無透露出性意圖緊緊相依，而這種性意圖的顯露又不盡然是由特定可以類型化的顯著行為所造成的，這裡面顯然大量介入了被害人的認知感受，所以這個認知內容顯然是我們無法避而不去探究的。以下訪談分析所要處理的正是此一問題，也就是被害人在性犯罪裡面所感受到的不適感內涵為何。

第二節 如此地恐怖—女性感受到何種傷害？

此部分的訪談內容顯示女性在面臨性侵害行為的時候感受到的傷害內涵相當多樣，雖然用詞不一定相同，但約略可以歸納出恐懼、噁心、羞辱的感受。

第一款 對於不穩定因子的恐懼

所有的未知都代表潛在的威脅，對其感到害怕是人類的本能。⁹³似乎早已了解世間對自己有太多不當的期待跟出於覬覦的邪念，面對潛在不穩定的因子，女性似乎會盡可能躲避，以避免被迫與自己無法掌控的狀況正面交鋒，並且盡可能減少可能帶來的傷害。

受訪者I：「恩，像我是那種，比較會注意自己周邊環境，不會在某些安全距離內讓一些奇怪的人存在的。比如說我今天發現那邊有一群人怪怪的，如果說我今天必須經過那邊，那我可能就會繞一條路走，像公車上可能有個位置，但旁邊有個人怪怪的，我就不會去坐。比如說我曾經在公車上發現那種他一上車就有點好動然後問司機說有沒有到哪一站有沒有到哪一站，然後會問乘客說現在是哪一站然

⁹³ RUSH W. DOZIER, JR., FEAR ITSELF, 129 (1998).

後，就是問完一個再問另一個，或是跑到後面來問某個女生說有沒有零錢，然後跟她要電話說我還你錢阿留個電話給我。所以說他一開始在東張西望的時候，可能其他人還沒發現，但我就會注意到，然後避免跟他眼神接觸，因為他可能就會跟他眼神接觸到的人問東問西，我可能就假裝睡著這樣，我只是要解釋這跟安全距離是有關係的……」

受訪者Y：「……就是遠遠看就覺得這兩個人不知道在幹嘛（有點脫序）跟旁邊的人散發出來的氣不一樣……」

跟男性比起來，女性似乎更容易感受到環境中可能的危險因子。以自身的經驗來說，有次偕同女性友人前往舊金山參訪旅遊，一日早上路經住宿飯店附近的路口，該名友人眼看前方有一衣著藍縷疑似乞丐的黑人男子往我們這個方向走來，竟毫不避諱地從當時行走的人行道繞到汽車道上，眼神與肢體絲毫不隱藏對於這位黑人男子的恐懼，嗣後我調侃她也未免對別人太不禮貌了，但對談中也可以察覺其是發自內心地感到驚恐，就跟受訪者Y一樣，她感受到這個陌生人散發出與一般人不同的氣息。回到受訪者的訪談內容上，受訪者I直言自己很注重周遭環境的安全感，會盡可能不要讓奇怪的人事物出現在一定的安全距離內，如果碰到前方有一群讓她感覺奇怪的人，她也會刻意避開那條路。而且，從受訪者I以及受訪者Y的訪談內容來看，可以發現她們對於周邊環境的不定因子的感受是相當敏銳且細緻的，受訪者I在講述他在公車上的經歷時，對於奇怪乘客的言行舉止描述地相當深刻：例如說這個人當時好動地問司機有沒有到哪一站、問乘客現在到哪了（還是一個接著一個地問），不只如此，甚至還跑到公車後面跟其他乘客借錢，並且以日後還錢為理由索要電話……等等。這些細緻的動作描述所代表的不僅僅是受訪者觀察入微，更重要的是這表示她對這種狀況感受敏銳，而且是很關心的，⁹⁴並不是以一個事不關己的態度在觀看發生在公車上的一切，她的關注跟投入其實都是為了幫她思索如何因應接下來可能發生的情況。「然後避免他眼神接觸」，假裝睡著，可以讓她成功地免去被迫跟這個奇怪因子打交道的風險。

⁹⁴ 關於情緒與意識的關聯，參照紐柏格(Andrew Newberg)、華德曼(Mark Robert Waldman)著，饒偉立譯，為什麼你信我不信，頁52(2008)。

陌生人本身在概念上就是一個未知的不穩定因子，從上述的訪談可以知道，不穩定的因子對女性來說就是一種可能帶來威脅的對象，能避則避之，儘管無法確切預測接下來會發生的一切，因未知而帶來的恐懼就足以讓人心神不寧。這或許也解釋了為何一個典型想像中的性犯罪，加害人的身分都是一個不被被害害人知悉的陌生者，儘管許多性犯罪其實是熟人所為，大多女性仍舊以上述電影般的情節提醒自己要謹防來路不明的加害者。此時此刻，恐懼充斥了她們全身上下每一個細胞。

受訪者 B：「覺得非常壓迫，有點擔心被侵害……跟蹤狂來歷不明，感覺很不理性……豬哥感覺沒那麼有攻擊性……(差別)就是知不知道對方的背景吧，至少我知道豬哥一直都是個豬哥……感覺就是有色無膽，而且我都是跟他在學校才會碰到，附近很多人，環境安全，而且我知道豬哥的身分，不太可能突然地犯罪……而跟蹤狂來歷不明，而且他會跟蹤我是因為我在泳池穿很少，很明顯他是看上我的肉體，再說一個正常人搭訕被拒後，應該是立即退散，而非繼續在深夜的小巷中尾隨。他(豬哥)比較光明正大……哪有在深夜尾隨我……跟蹤狂的眼神很變態……會在你身上猶疑……反正就是個變態的臉……」

受訪者 K：「(關於強暴)最恐怖當然是想像到強暴當下的感受，應該是非常恐懼又無助的……然後，覺得自己變的不完整，人生從此有了汙點……而且如果他強暴完了還想把你解決，反正我也不知道如果遇到強暴這件事之後，是繼續活著還是乾脆不要活了比較好，我想親身經歷的那種恐怖應該是我不能體會的……我相信那是非常恐怖……」

受訪者 B 在訪談中分享了自身被游泳池陌生男子跟蹤騷擾的經驗，並且將這名跟蹤狂跟平時在校內會碰到的一位不時會對她伸鹹豬手的豬哥做了一個比較。從她在訪談中所述說內容的可以知道，來路不明的跟蹤狂讓她感到難以掌控，當跟蹤狂在巷內尾隨她的時候，她是非常害怕而恐懼的，與此相較之下，跟蹤狂一開始在游泳池搭訕的行為還不足以讓她困擾，直到被恐懼襲捲，她才感受到自己陷入了一個無法掌控的困境。言談中受訪者 B 提及生活中一位友人，這位友人有時也會對她在言語或肢體上做出一些吃豆腐的行為，但跟自始至終沒有實際做為的跟蹤狂相較之下，受訪者 B 顯然對於跟蹤狂有更多的恐懼跟害怕，但對

於言行不檢的男性友人只以一句豬哥稱之，從她的語氣聽來，言行不檢的豬哥友人對她所造成的傷害或困擾是完全無法跟跟蹤狂相比的，對於跟蹤狂感覺就是非常壓迫而恐懼。雖然沒有被強制性交的經驗，但受訪者 K 在訪談中言及，她會覺得強暴的當下，那種感受一定是非常恐懼無助的，雖然不知道實際的感受會是如何，但她覺得那樣的恐怖應該是超過她所能想像的程度，「非常恐怖」則是她對於這件事唯一能夠說出的感受。

第二款 噁心

除了恐懼，受訪者很常提到自己在面臨性侵略行為的時候會出現噁心或不舒服的感受，這兩種看起來似乎是指同一回事，當不舒服的感受到達一個程度，「噁心」似乎就成了共通的指稱，如果接觸到對象越是陌生越是厭惡，那種「不舒服」-或是「噁心」-會顯得愈發強烈。

受訪者 A：「……就覺得噁心跟不舒服吧……完全覺得很不舒服，不希望再發生……(噁心跟不舒服有何不同之處?) 好像沒有，純粹就是形容一種心裡上不高興的狀態吧，噁心更強烈一點我想……」

受訪者 K：「……就發現大腿上有精液，非常想吐，只好很冷靜拿衛生紙擦掉……當時我很笨，還搞不清楚那是什麼，然後才開始慢慢回想……有猜到那應該是(精液)……然後突然覺得很不舒服，然後就哭了……後來下車就打給我朋友，講出來之後就感覺被侵犯，很髒，而且是被陌生人……覺得自己的身體被侵犯的感覺……(關於強暴)再來就想到事件過後被強暴的人心理留下的陰影吧！想得仔細一點，就是和一個你不熟悉的人身體和身體接觸，已經夠噁心了……自己想一下那種和陌生人有肢體接觸的不舒服，然後又加上有性行為的加入，更是不舒服……」

受訪者 Y：「……你被人家摸了一把胸部，當下的反應會是對方很噁心，你其實是不會願意再跟對方有身體上的接觸的。搶錢的人，目標很明確，就是你的財產嘛。可是，性騷擾你的人，他的目標是什麼呢？是刺激感嗎？你的身體嗎？其實你不大清楚，如果直接跟性作上連結的話，那很可能就是『你的身體』。你都知道他對你的身體可能存有不正確的或者讓你不舒服的想像或者意念了，你怎麼還會把自己的身體奉上去呢？我會覺得對方很噁心，我根本不會想要去碰到他，最好的狀況是，他趕快離開我的身邊，越遠越好……」

首先我們可以發現到，幾乎所有的受訪者在描述的時候都會把不舒服跟噁心並列，並且是頻繁地交替用來描述他們當下的感受，可見這兩個詞彙有相當大的重疊性。問題是，「不舒服」在概念上其實比「噁心」更為模糊(上位)一點，因為「噁心」是一種「不舒服」的感受，「噁心」的東西也會讓我們覺得「不舒服」；但是很多東西也會讓我們覺得「不舒服」，例如感冒頭痛會讓我們「不舒服」，空氣很悶全身濕熱也令人很「不舒服」，但這些事情並不「噁心」。所以從這樣看起來，這些受訪者所提到的「不舒服」很可能就是在指「噁心」，尤其受訪者 A 被問及不舒服跟噁心的差別時，直言兩者沒甚麼差別，「噁心」對她來說就是一種更為強烈的「不舒服」。至此，我們大抵可以做出如下結論：在某種程度的範圍下，基於同一脈絡所傳達出來的「不舒服」跟「噁心」是同一件事。

回到受訪者分享的經歷。第一個是受訪者 K 述說了一次在公車上裙子被沾上了色狼的精液的經歷。受訪者 K 一開始並沒有馬上意會到裙子上的白色不明液體是男性的精液，但是當她意識到這是怎麼一回事的時候，當下便產生一股很不舒服的感覺，覺得噁心非常想吐。對她來說強暴一個重要的意義就在於跟陌生人的肢體接觸，而就本身就是一件令她感到噁心的事，如果加上性行為的話，那就「更是不舒服」了，此刻在她裙襬上來自不明人士的一抹精液，提醒著她剛剛已經跟一個陌生人有了極具性意味的肢體接觸-或許這也算是某種程度的「性交」？而且，感受到噁心之後，受訪者心理上一個值得注意的特點就是想要「遠離」這個人或物，一點都不想再碰觸到這個讓她覺得不舒服的人。受訪者 Y 就說到，如果自己被别人摸了胸部一把，就表示對方對自己產生了性的意念，那種感覺會讓她覺得很噁心，只想要快點離這個人越遠越好，怎麼可能還把自己「奉上去」，對於這個讓她感到噁心的人，她可說是一點辦法也沒有，即便趨前跟他理論或是揭發他的惡行好為自己伸張正義，都只是對她造成另一次的傷害。噁心，讓她寧願選擇默默承受，也不願上前爭一口氣。

第三款 羞辱與恥辱

我們也發現受訪者常會談到自己有羞辱、羞恥與被貶低的感覺，但這種羞辱是出於什麼原因不一而足，有受訪者表示覺得自己成為一個被用來發洩欲望的客體，也有覺得是不是因為自己做了甚麼社會規範的事才會遭受到這樣的對待，甚至因此產生責備自己的想法。

受訪者 O：「……想到他摸到我的時候他腦海中可能閃過的畫面，就覺得很氣人很羞辱，就是他很爽，然後我覺得成為他很爽的標的，很羞恥……」

受訪者 I：「我覺得最主要的會是……被宰制被支配……你覺得自己會是一種比較次等比較低的地位，有點像是自我地位被貶低，就有點像是公然侮辱或誹謗罪，有點像是那種感覺……就是要讓你痛苦讓你知道你也不過就是一個女人，你沒有什麼反抗的能力……他藉由這樣的行動讓他體會到自己是真的沒有力量的，確實是沒有辦法反抗，確實是比較低等、骯髒的感覺……有點像是侮辱誹謗，他是藉由一種身體實際上的行動去讓你體會到這種感覺，法律上說法益是保護自主自由權阿，我倒覺得，如果你把他解釋成一個人自我的人格價值的完整性，我覺得是！但如果說是自由權或甚麼社會法益就有點遠。我覺得對女生的傷害就是一種讓你藉由這件事情感受到自己的無能為力的一種不愉快跟恐懼。」

問：「他對你有性的聯想這件事為什麼讓你不舒服？」

受訪者 Y：「(第一點)如果我們把那個聯想擴及到他當下的性幻想的話，我不知道我在他的性幻想裡面會是用怎樣的姿態出現的，是很淫盪的我嗎？我除了被他捅以外，不會還幫他作了什麼奇怪的性服務吧？就算我實際上沒有真的這樣做，或者我實際上不會這麼做，我還是覺得不舒服呀。我好好的形象跟聲譽，感覺完全被你貶損了，就算你沒有說出來也一樣！(第二點)如果只是單純的性聯想的話，我會覺得被當作一個『物』我會覺得，我不再是獨特的，全世界只有一個的我，我變成一個單純的『女體』他眼中，可能就是『一對乳房』，可能就是『溫暖的陰道』總之，是一塊肉，而且重點是，這塊肉只是供人發洩，我是一個活生生的人，我不是一塊供你發洩的肉，會有一種『你把我當成什麼了』的感覺。」

受訪者 Y：「……我會覺得難以啟齒……雖然一般人會覺得一定是對方有問題才會在公開場所磨蹭女生然後勃起，可是我會忍不住一直想是不是我當天有怎樣的行為舉止或打扮，某個因素導致我遇到這種事情，顯然這個因素是不符合社會一般的情況的，因為這個因素是怪異的，所以我才會遇到一個不符合社會一般情況的事情。懂嗎？就是我身上某個奇特的變因，讓我遇到這樣奇特的結果，所以，如果我的身上的所有變因都符合一般社會的樣態，我可能出門就會像是正常情況，不會遇到任何 out of control 的事情……」

在這些受訪者的言談中，我們發現了羞辱與羞恥。受訪者 O 分享了國中時被隔壁班同學襲胸的事件，她覺得當下令她很不開心的原因是因為想到對方因為碰了她的胸部而很開心，嘻嘻哈哈地跑掉，她自己則成為對方很爽的標的，卻一點辦法也沒有，而這種情形讓她覺得很羞恥，這種感受似乎可以跟受訪者 I 所說的相呼應。針對「妳覺得妨害性自主這種東西對被害人造成的傷害在什麼地方呢？」這個問題，受訪者 I 認為，妨害性自主這件事對於女性造成真正的傷害其實並不完全在於「性」的「自主」與否，而是因為這件事情讓受害的女性以自身的經驗體會到自己的無能為力，進而產生貶低的感覺，某種程度就有點像是誹謗或侮辱罪，儘管犯罪人的行為並不會造成這個事實，卻能讓你感覺到這件事是存在的。

此外，從受訪者的言談中透露出來的另一個概念是我們都很熟悉(卻不一定完全了解透徹)的「物化」。當受訪者 Y 被問到為什麼會因為他人對你有性聯想而生氣時，Y 認為，除了因為覺得自己的形象被貶損之外，另外一點就是覺得自己被對方貶化成一個單純的「物」，這個物不再具有受訪者 Y 本身具備的人格獨特性，而淪為一種發洩欲望的對象，例如一對乳房、甚或一條陰道，她不再是一個活生生的人。但是，儘管聽起來這種事情會讓她感到生氣難平，受訪者 Y 卻說自己對於自己遇到這種事情其實會有點難以啟齒，因為她會覺得這種事情照理講不應該發生，但卻仍然發生了，這或許代表她身上出現了一些不應該出現的、怪異的因子，才會讓這種不應該發生在這個社會裡面的事情發生在她身上，言談之中受訪者 Y 仍會覺得這種事情發生在自己身上是讓她感到有點羞恥的。究竟是否因為羞恥而讓受訪者產生自責的心理我們暫且不得而知，但羞恥感顯然是一個值得關注的狀況。

第三節 困擾?騷擾?—因權力關係而生的煩悶困境

剛剛我們從受訪者的訪談內容裡面抽譯出恐懼、噁心與羞辱三種感受，也理解到這些感受確實給受訪者帶來傷害。但是從訪談的內容來看，除了恐懼噁心跟

羞辱之外，似乎還有一些與此三者略為不同的情緒內涵處在其中，那是一種處於權力關係之下所產生的無能為力、挫敗沮喪的感覺，即便沒有面臨到具體的壓迫，想要突破權力關係在心中設下的障礙似乎不是一件容易的事。

第一款 自我的設限？

有時候受訪者對於一些他人肢體或語言上的行為會感到困擾或不舒服，如果說不這種困擾跟不舒服是我們決定用法律禁止這些行為的主要原因，那麼為了決定法律上應該採取甚麼樣的規範立場，深入探究這些令人不快的感受是為何又從何而來是不可避免的。根據訪談的內容發現，有時候許多令受訪者感受到負面觀感的互動不盡然是一種「騷擾」，甚至於這種負面觀感也不盡然是行為本身所造成的，受訪者本身的態度跟想法也會在後續的發展中產生或多或少的影響，其中一個因素似乎是女性天生傾向消極地配合，造成她們無法在第一時間擺脫惱人的狀況。

受訪者 M：「……很喜歡抱住我、摟我……我不喜歡，但說不出口……推開他很尷尬……感到很煩惱……就是沒有辦法以這面來全盤否定他這個人……並且又覺得他應該不是在侵犯我，可是我卻受不了……我想他並不是以要抱一個女性的角度來做這件事，可是他應該有故意忽略我是女性與他不同的性別，就是他可能並不是因為想抱一個女生才來抱我，而是想抱我，比如說我剛剛不是有說他好像在疼小狗一樣嗎？就是他作這些動作時，似乎會同時散發出『我對妳並非別有用心，也不是在侵犯妳』的表示……(感覺)有點憤怒，可是對自己比較多，覺得為什麼沒辦法直接說不喜歡……厭惡自己的鄉愿，對自己生氣比較多，覺得被這樣對待，自己卻無法說不要……怎麼說，有點丟臉嗎？就是跟自己對話的時候，就是以第三人的觀點來看自己的時候，會覺得既然沒辦法說不就不能怪別人，會有這種鑽牛角尖的心態……我覺得喔，一開始這件事是沒有那麼討厭的，可是因為我說不出口不喜歡，就越來越討厭了。一開始其實只是一件小事，就是生活中出現了一個不喜歡的情境，如果順利排除了根本不會放在心上，可是因為沒有辦法逃開，沒辦法說不喜歡，一再地重複討厭的情景，就會累積許多厭惡的情緒。一方面是針對對方，一方面是針對自己，他的那方面會不斷揣測他的目的，或是氣憤他為什麼不尊重我……為什麼忽略我的感受；自己的這方面會責怪自己鄉愿，既然是自己怕尷尬，怎麼可以責怪別人之類的。總之就是這些情緒一直交雜，伴隨著這些動作的次數越多心情就越低落……」

受訪者 I：「……我覺得女生天生有一種配合別人需求的傾向，就是不太敢拒絕，這可以解釋很多人為什麼要假裝高潮，一直說自己很舒服。他也許會怕甚麼的，但因為男生動作太快，他也不敢說不，那後來可就覺得說，好吧，這男的其實也不錯……」

受訪者 M 表示某位認識的男性友人會對她做出搭肩以及摟抱的動作，雖然不大喜歡(但也不覺得自己被性騷擾)，卻無法對他說出口。從訪談內容中可以發現，受訪者 M 在面對這件事情時，花了很多心力去揣想對方的意圖跟想法，例如覺得對方可能不是在侵害她，只是出於一種照顧小妹妹的舉動，並非想要占她便宜或有意讓她感受到不快，因此儘管事情一再重演而且每次都讓她覺得很困擾，受訪者 M 依舊選擇隱忍。但受訪者 M 又坦言，這件事在一開始發生的時候本來只是一件小事，卻因為不知道要怎樣說出自己的感受，又無法避免地來回去揣測對方的心態，結果讓自己不斷地被這件事情煩惱著，最後讓她覺得很不開心；我們可以發現到，受訪者 M 在真正為這件事感受到困擾之前，已經先做出了「隱忍」的決定，因為她覺得拒絕或是推開對方的話會很尷尬，但是她也不甘於讓這樣的情形一直持續下去，並且在精神上受到各種想法的來回折騰，最後就被這件事弄得很不開心。

受訪者 I 認為女性在這個社會上似乎有一種配合或是隱忍的傾向，即便是自己不喜歡的事物也可能因為各種理由(避免場面尷尬或是讓對方難堪等等)勉強自己去接受或是假裝表現出喜歡的樣子，甚至進一步說服自己用比較正面的態度去面對現在的處境跟狀況。從兩位受訪者述說的內容來看，女性比較不敢將自己的意願跟想法表達出來，如果面臨的是一種權力關係，這種嘗試突破的想法跟勇氣都是比較欠缺的。

第二款 無形而全面的權力關係

權力關係也充斥在各種或大或小的社會結構之中，可能是學校也可能是整個社會中男女互動的模式，從小到大，女性不管身為幼童或是一個女人，都難脫社會弱勢者的角色，在這種成長過程之下，其往往習於壓抑自己的想法跟意願，即

便有意反抗也難免被強大的無力感擊潰。這種權力關係儼然已是社會運作的潛規則，身在其中的我們即使都被這個規則引領著，卻難以察覺，直到未來的某一天才幡然醒悟，一股愠怒之感才油然而生。

受訪者 A：「……我國中老師會性騷擾女學生……國中時只覺得不舒服……那時不知道這是性騷擾，只會覺得老師很怪不舒服，但其實也不敢說些什麼……老師會在你背後彎下身來幾乎貼著你吧，右手放在你手上拉著你的手畫圖之類的……有時候還會有搓揉的動作吧，就是會摸一下這樣……國中時候大家都不敢說，怕大家覺得自己很花痴……是之後開同學會大家聊起來才發現很多人都有幾乎一樣的經驗……就覺得很怪，個人的空間被侵犯了，很彆扭但又沒地方可去(因為就卡在老師身體跟桌子中間)……如果不是老師一定會叫他別這麼做的吧……但因為是老師所以也不敢多說什麼，國中時也沒跟同學提過……我國中的時候雖然覺得不舒服，但整體來說是喜歡那個老師的……數學教得不錯，又很照顧我吧……我還在他那裡補習，所以蠻熟的……就是一個數學教得好又蠻熟的老師……整體是不討厭的，只是會避開單獨相處這樣……畢業後我回去看老師，也都還會特別去看他哩！也不會太複雜，就很駝鳥吧，整體(是)好的，忽略不喜歡那部份，不喜歡的部份仔細避免它發生就好，我就不會有一種很掙扎的心情，不複雜……」

受訪者 S：「……可是女生沒辦法排擠性犯罪者，我覺得這是個很大的差異……男女生處於性犯罪受害者時的立場是很不平等的……純粹是男生被意淫時他除了身體上反擊例如打他，還可以排擠他，用社交方式來攻擊，可是女生被意淫時，女生所採取的身體反擊通常是無效，甚至可能讓犯罪者更爽。而女生也沒辦法用社交方式攻擊，當女生說男生對我毛手毛腳，這時候其他人反應會是什麼呢？犯罪者會採取抹黑的反擊策略，所以女生的社交攻擊是個無效的攻擊，這件事會變成羅生門……」

受訪者 A 談到自己被國中老師摸手的性騷擾經驗，當時雖然不喜歡但是卻不敢反抗，只好盡量避免跟老師有獨處的機會，反應跟受訪者 M 似乎如出一轍——不喜歡卻不敢說，只好默默隱忍。但是值得注意的是，受訪者 A 同時也表明，自己在當時雖然不喜歡老師這種行為，但是除了這件事之外，她對這位老師的感覺還是很不錯的，覺得老師數學教得很好也對她很照顧，畢業之後都還會去看他，一直到後來在同學會中跟朋友討論當時的情形，才越來越覺得自己當時真的是被性騷擾了，此後對於那位老師也漸漸有了完全不同的看法，到最後完全不願再回學

校拜訪老師。從這件事情裡面我們可以發現社會中的權力關係往往是無形的，而所謂的無形不只是我們被這個權力關係用一種穩定而無形的力量牽引著我們在行為上的抉擇(例如不敢反抗、直覺地採取忍受的策略)，真正的無形毋寧是在於身處這個權力關係的我們在面臨傷害的時候竟然連憤怒都感受不到，就像受訪者A當時的心態一樣，整體而言還是喜歡那個老師的。

然而，即便受訪者意識到自己受到了傷害，也勇於做出反擊，但從她們的經驗看來，並非每次的反擊都是有效的，有時候甚至會被反噬一口，給她們帶來更大的無力感，這讓女性在性犯罪的事件上時常處於不利的地位。訪談者S認為男女兩性在面臨性犯罪時候所處的狀態是非常不一樣的，今天並不只是說攻擊者往往都是男性，而被攻擊者往往都是女性的問題而已，假設同樣都是被男性為性攻擊，受訪者S認為女性的反擊往往會流於無效，因為妳氣力比不過人家，提出的指控也會被別人質疑真實性，最後只剩下一陣訕笑，認為妳大驚小怪了，甚至反過來抹黑妳。但是男性受害者不僅可以用身體的力量反擊，也可以動用同儕或是社交的力量去排擠這個男性加害人，相較之下整個社會對於男性侵犯女性的行為是較為寬容的，導致女性在試圖反抗這方面的騷擾或侵害時，不但很難從社會或大眾輿論獲得奧援，更甚者，可能還必須承受不友善的猜疑跟譏諷。

第三款 權力關係的突破

然而，儘管是身處同一個大環境之下，不同的受訪者仍有不同的個性，父權制度下的權力關係亦有其未逮之處，其影響力或濃或淡，仍會受到當事人雙方展現出來的脾性特質所影響。從以下訪談的內容中可以看出某些受訪者擁有比一般印象中的女性更為勇敢、較不容易感到畏懼的個性，而這讓她在面對以及處理這類事件時表現得較為冷靜。

受訪者C：「我被碰的時候也沒有覺得噁心或是不舒服，只是覺得不被尊重……感覺他是那種行動派的，等於是用行動在表白吧。他做的表示就是要讓我知道他喜歡我，所以也沒有很過份，但沒有先問就做下去了。雖然這種事情先問也很奇

怪，但是多少還是有被冒犯的感覺……好險我沒有很在意這件事(指第一次牽手跟擁抱的對象)不然不爽度一定會更高……但是我很在意有人對我做這些事沒有先經過我同意……也沒幹嘛，摸一下小手抱一下而已……我覺得會做這些事(強吻摸胸摸屁股)的人不至於對我的生命安全造成影響，我個人啦，我潛意識裡覺得自己很強悍……我覺得在他對我造成更大的危險前我都有能力可以避開，所以只覺得不舒服，想遠離這個人而已，但不會怕……」

受訪者 C 描述了自己被一位男性友人偷牽手以及從身後熊抱的經驗。對她來說，這整件事給她的感受在於她覺得對方並不尊重她，至於牽手跟擁抱的行為本身並沒有帶給她太大的驚嚇或是影響到她後續的情緒。被問到如果今天發生的事情比牽手跟擁抱更為嚴重(例如強吻摸胸摸屁股)，是否會有不同的反應，受訪者 C 表示雖然被冒犯的感覺會更嚴重，但依舊不大會產生害怕的感覺，從言談之中也表現出自己有辦法應付處理的信心，也覺得自己夠強悍，沒有那麼容易被別人欺負，跟一般的女性相較，受訪者 C 的反應更像是一個男性，父權制度對於女性的性壓迫似乎沒有為受訪者 C 帶來難以抗拒的心理負擔，因為她不覺得自己是體制下受到壓抑的一群，也因此對於這種現象表現得較為不以為意，我們或許可以說她藉由心理上對於壓迫感的突破達到社會權力關係的突破。

第四節 想/不想—觀察女性的意願轉化過程

妨害性自主一個最主要的內涵就是評斷一個人的意願有無被違反，但是意願存在於人心，有時候難以一窺即明；況且，如果意願的內涵跟外在行為失去了必然的對應關係，那麼當事人的意願恐怕無法避免淪為一個無法被證實存在的事實，意願一詞，恐怕比我們所想像的更難去定義跟理解。但是法條如此規定，世事如此紛雜，我們還是必須直接面對這些盤根錯節，因此以下的內容是在探討女性跟他人進行肢體接觸的的意願轉化過程，從開始到結束，究竟發生了甚麼事。

第一款 認同

認同的過程是女性決定是否跟一個人發生進一步肢體碰觸的重要階段，或者

說該肢體碰觸會不會讓對方感到不快—這也可以說是行為構成犯罪的必要條件—端賴她對於行為人的認同程度。從認同的建立到消逝，相同兩人之間的相同行為可以展現完全不同的意涵，也可以讓當事人產生不同的感受。

受訪者 B：「老實說我也不知道算不算性騷擾……當時兩個人距離在一起還差有點遠，我想他可能是想拉近彼此關係吧……當時覺得，ㄟ，好像還沒進展到這吧……感覺是有點尷尬，不過倒還不至於有不舒服感，感覺對方也很緊張，因為手部姿勢很僵硬……我自己是陷入一種該如何告訴他其實還沒到這個地步的問題中……想請他不要搭肩，但怕他被我傷害……陷入兩難，但如果繼續讓他搭肩好像就默認了我們很親密……困擾我的是要如何在不傷害到他的感覺的前提下請他不要搭肩。因為我知道他的動機只是想要追我，但是方法有點呆，會把女生嚇跑。」

問：「那，為什麼會怕傷害他呢？是因為想說之後也是有可能在一起嗎？還是出於其他想法？」

受訪者 B：「不想破壞關係吧，感覺可以透過溝通找到比較好的相處方式……重點應該是搭肩還沒那麼噁心……搭肩不置於讓我想立即斷絕兩人關係可能就是因為覺得他也很緊張，所以心裡沒有很討厭他。」

問：「那這件事後來有讓你對他評價扣分嗎？」

受訪者 B：「有扣分阿，覺得這男的搞不清狀況……覺得蠢和老氣……蠢在錯估男女關係發展的情勢，老氣在搭肩，應該要用勾的比較帥和新潮。」

問：「所以如果今天是用勾的就會好一點嗎？」

受訪者 B：「對，比較令人興奮。如果是用有趣和合我胃口的方式，就比較不會扣分，反而會讓人心動……但是我本來就不排斥跟他更進一步，所以如果他用對方法我是可以接受的，搭肩的錯在於太乾了……」

被問到是否有被熟人性騷擾的經驗時，受訪者 B 舉了上面這個例子：當時受訪者 B 與這位男性友人有些許曖昧，但是尚未到願意跟該名男性有人交往的程度，某次晚上約會將近尾聲，男方就將手搭在受訪者 B 的肩上，B 當下雖然覺得對方有點搞不清楚狀況，不知道彼此還沒有到這個程度而誤判局勢，但是並沒有對這個動作感到厭惡或是噁心，只是對對方的評價稍稍扣了分。而且受訪者 B 認為搭肩這個動作一個很重要的問題在於過於老氣，如果今天是用一種比較自然的方式發生肢體上的碰觸，即便比搭肩更具侵略性，不但不會有反效果，反而會更加讓人心動。

在整件事情裡面，我們要如何解讀受訪者 B 對於搭肩這個動作的「意願」呢？很顯然受訪者 B 在被搭肩的當下對於這個動作的感受是負面的，但是她並不覺得自己受到了侵害，從言談中可以知道她也不排斥發生進一步的肢體接觸，只是當下那個搭肩的動作所帶給她的並不是她喜歡的感覺。因此我們恐怕很難說這個行為違反了她的意願，也很難說這個行為是她所願，聽起來有點矛盾，但這樣的結論並不奇怪，因為這件事情的重點不在於她希不希望對方搭肩，而是她能不能夠接受對方這樣的行為，也就是對於對方的認同度。從訪談的過程當中可以知道受訪者 B 對於對方的感覺不差，雖然還沒有到在一起的程度，但並不排斥以後跟這個人能夠進一步發展，而這也是她不知道要怎麼開口的原因之一，因為她不希望對方因為這件事受到打擊就不敢再約她出去。為了瞭解認同這個過程的重要性，我們再多看一些例子。

問：「如果對方(強暴妳的人)是金城武，地點是半島酒店呢？」

受訪者 K：「無預警的還是很怪吧，除非金城武先跟我約好時間地點，經過心理準備和答應……我覺得強暴就是一種沒有經過我同意就對我做的行為……還是要有感情和感覺的驅使才會讓我同意，所以只要是非經我同意的陌生人我都會覺得恐懼……恐懼的感覺應該一樣，不管(地點)在哪裡都一樣，反正這種事發生的時候一定都是我與加害者單獨兩人，就是會讓人感覺到很無助和恐怖吧……」

受訪者 S：「……女生覺得不舒服很大的原因是自由被剝奪了，選擇對象的自由也是吧……」

儘管當前的是帥氣偶像，事發地點是奢華舒適的高級飯店客房，受訪者 K 仍然無法在第一時間馬上接受跟對方發生性關係，對她來說性侵犯一個重要的因素就是沒有經過她的同意，而且這種同意並不是只要對方條件好就可以發生的，如她所說，這必須經過「感情和感覺的驅使」，如果沒有經過這個認同的階段就進入一段性關係，對她來說仍舊是一場令人感到無助與恐怖的性侵害事件。受訪者 S 則是認為女生被性騷擾的時候會覺得不舒服的一個原因是因為選擇的自由被剝奪了。其實想一想就可以知道，性騷擾本來就是被自己不喜歡(被他對自己做性騷擾的行為)的對象做性騷擾的行為，一旦自己被性騷擾，必然意味著你失

去了選擇的自由或機會，所以受訪者 S 所說的「選擇對象的自由(的剝奪)」並不是指性騷擾的一個傷害或是不舒服的內涵，而是這件事會讓她覺得是性騷擾的原因，因為現在的狀況就是「我並不想要跟你發生(這種)接觸，但是你卻讓我跟你發生(這種)接觸」，當對方的行為已經超過受訪者的認同程度，不舒服的感受也就跟著出現了。

認同感的出現不僅帶動女性跟對方發生進一步的肢體接觸的意願，認同感的消退也會讓女性採取相應的態度跟行為，下面的例子是受訪者 A 談到自己被曾經喜歡過，但當下已經沒啥感覺的男性友人告白並且發生一些肢體接觸的經驗。

受訪者 A：「……那男生其實是我國中很喜歡的人，但上了高中後總之忽然就沒感覺……但我們很熟啦，我跟那男生，總之，有次他就說要來我家跟我拿東西……然後就聊天啊，總之最後就貼超近，然後靠在你耳朵旁邊一直拗我當他女朋友，當下我一點都沒有甜蜜美夢成真的感覺，只覺得渾身雞皮疙瘩……也沒有到覺得很噁心，但就是不太舒服……就我一直躲，他步步進逼這樣……兩個人坐在椅子上，算併排坐吧……講話講一講對方就忽然靠過來，對著耳朵吹氣貼著耳朵說當我女朋友好不好……然後我就拒絕啊，找了理由搪塞然後移開身體這樣，他又靠過來……第三次我好像站起來了吧，又被他拉回椅子上這樣……最後他自己放棄了吧，我想我們可能糾纏了 10 分鐘……口氣滿正常的耶，不過很愛對耳朵吹氣，肢體搭著肩膀吧……當下我真的是很驚恐，一直想我要怎麼搪塞他，也不是怕他對我做什麼，就覺得這場面也太尷尬了吧！到底要怎麼辦啊要怎麼收尾啊……」

我們可以發現，受訪者 A 對於這位朋友其實是相當熟識的，他不是一個不知來路的陌生人，也不是一個讓她覺得不舒服或討厭的對象，她之前對這個男生甚至動過情，只是後來時過境遷，感情慢慢退去，秋水不再為伊人起情波。即便如此，當這位曾經讓她心儀的男孩跟她告白並且搭肩對著耳朵吹氣時，她的感受依舊不舒服，雖然沒有到噁心的程度，卻仍然讓她起了一身雞皮疙瘩。

受訪者 A 雖然不再喜歡著那位跟她告白的男性友人，卻也沒有到嫌惡的程度，但在下面這個例子中，受訪者 E 對於之前的交往對象則是採取否定的看法，甚至有點嫌惡，在她身上已經找不到對於前男友的認同感，因此她在肢體接觸上的抗拒跟排斥比較起來比受訪者 A 更為強烈。

受訪者 E：「分手的時候……總是也會想到他的缺點……因而感到有點厭惡……不會想跟對方過度靠近啊……比如他牽你的手，你會把他甩開……避免單獨跟他相處……想到過去的自己為什麼可以接受不免(對自己)感到有些羞恥……不過如果把這歸諸於對自己的了解……提升尋求同儕的認同也會好些……就是爽快承認自己仍在改變，經由這些過程更了解自己，才可以破除一些幻想……總要有些經驗讓自己嘗試錯誤……」

在分手的前夕，受訪者 E 對於前男友的嫌惡感達到最高點，不只會想要避免跟他相處，就連對方牽她手也會把他的手甩開，而且從受訪者 E 的訪談內容可以得知，她對於前任男友的不認同已經延伸到對於自己的羞恥感，因為這個對象是她所否定的，而她又曾經選擇了對方作為自己的親密伴侶，透過這層關係，她似乎成為了這一個她所否定的人，或者說，對方身上所有她不樂見的缺點都透過這層關係轉移到她身上了，而肢體接觸則是最直接的媒介。

第二款 暫時中止的親密

我們已經看過認同感的消去對於女性進行肢體接觸意願的影響，但有時候女性在交往中也有可能因為吵架等原因而暫時性地拒斥跟伴侶有肢體上的碰觸，例如把對方的手甩開等等，這種情形跟上述認同感完全消失的狀況有無差別呢？接下來這部分會請受訪者分享自身對於親密伴侶的肢體接觸產生拒斥感的經驗，我們可以發現，在這種情況受訪者雖然也會出現拒絕進行肢體碰觸的狀況，但是內心的感受卻是不大一樣的，如果仔細聆聽，應當可以發現話語之中有一股淡淡的憂傷，與恐懼無關，更不似噁心與羞恥。

受訪者 O：「生氣的時候不想碰他是不想親嘴，但是擁抱可以啣。牽手也可以，但是親嘴不想。因為深層接觸覺得侵入私領域，可是表面接觸覺得有安全感。尤其是在心情不好的時候，安全感的確保更是重要……一段關係未穩定前，都不能有性關係等行為，因為這個非常私密，一定要雙方心理狀態對於感情態度都很穩定時，才可以有親密接觸，才能夠有交流的感覺……」

受訪者 I：「在交往的關係之中你對他只剩下碰觸的價值，這種時候雖然不會想要把手甩開，但你被碰觸的時候會有一種不舒服的感覺，有一種被貶低，對，被

物化的感覺。你會覺得他心已經不在你身上，但她還是想碰你，你這時候也許還是會願意讓他碰觸，因為現在還在交往，但會有一種默默的哀傷，難過的感覺。」

受訪者 0 表示自己如果跟男朋友吵架心情不好的話，就會不想跟他親吻，但是比較表面的接觸，例如牽手擁抱等等是可以的，而這其中的理由在於生氣的時候會欠缺安全感，在私領域方面會比較防備，而接吻又是一種深層的接觸，在這種心情狀態之下就會產生拒斥的心理；反之牽手跟擁抱是屬於表層的接觸，並不會有侵入私領域的感覺，不但如此，這種表面的碰觸反而會帶來安全感，是一種讓人愉悅的肢體接觸行為。我們要如何看待受訪者 0 的心態呢？從字面上看起來，我們可以說親吻的行為違反了受訪者 0 的意願，而牽手跟擁抱則否，所以前者有構成強制猥褻罪之嫌而後者則否。先不論要怎麼自圓其說的問題，但我們大概可以確定不論是法律或者受訪者 0 本人，都不打算讓她男朋友在這時候受到法律的制裁。那麼要怎麼解釋法律的規定呢？受訪者 0 很明確地表示自己當下並不願意跟對方親吻，如果對方還是親下去了，這不就是違背意願嗎？我們或許可以說強制猥褻是告訴乃論，但告訴乃論並非構成要件，兩者不應混為一談，是否要藉由告訴啟動追訴程序與犯罪有無成立是不同的問題。

首先，如果我們可以接受在這種情況之下不應該讓受訪者 0 的男朋友受到法律的制裁，那就表示這個行為並沒有對受訪者 0 造成傷害，如果沒有造成傷害，那麼這樣的行為就不足以被稱為一種犯行。再者，如果要固守法律的條文，我們就會被迫做出一個結論：這樣的行為違反了受訪者 0 的意願而構成強制猥褻，但這樣的結論顯然難以被任何人接受。那麼，究竟是法律的問題（「違反意願」根本就是一個錯誤的用詞）還是受訪者的問題（其所說的「不想」須另做他解）呢？或者其實兩者都沒錯，只是有些東西還沒有被發現？先讓我們看看另一位受訪者分享的經驗。

受訪者 1 說到了自己被男朋友碰觸時之所以會覺得不開心的原因。她認為此時此刻已經感受不到感情的存在，而自己對於對方而言也只剩下了碰觸的價值，

之所以繼續忍受對方的碰觸只是因為雙方還沒正式分手，儘管牽著對方的手，她內心只覺得難過哀傷。雖然受訪者 I 提到了自己會有不舒服、被物化以及貶低的感覺，但從這段話中我以感受到，受訪者 I 所在意的其實是對方對於自己漸漸地失去了感情這件事，想不想牽手的問題倒是其次，因為即便對方不牽她的手，她也不會因此比較快樂，牽手這件事所造成的影響毋寧只是讓她更加體悟到感情不如以往。

回到受訪者 O，當時其與男朋友吵架是因為對方即將要離開她身邊一陣子，因此感到有些焦煩沒安全感，所以她仍然願意跟對方牽手擁抱，因為這能夠給她當下最為欠缺的安全感，這或許才是她所在意的事，至於親不親嘴的問題恐怕不是重點，因為就算不親吻，她也不會比較開心，跟受訪者 I 一樣，她們當下所在意的不是自己的意願有無被違反，而是感情關係的穩固與否。即便一個的選擇是避開熱烈的吻，另一個選擇的是繼續牽著沒有感覺的手，她們所想的似無二致。

第五節 在感情依附下被同化的性自主—性自主與傷害的脫離

這一節要處理的是表面上的性自主的違反與傷害之間的關係。在上一節的討論裡面，我們發現了表面上性自主的違反往往只是一個表面發生的事實狀態，與其說它是受訪者對於性自主權的行使結果，不如說它所反映的是行為背後某個情緒的存在一對一段關係或感情的重視，以及持續下去的期待。但另一方面，性自主的行使行為仍是我們必須直接處理的問題，因此接下來我們要繼續分析性自主行為的行使跟感情關係是如何互動的，並且重新檢視性自主被違反所造成的傷害為何。

第一款 關係的穩固與否決定性自主的行使

性自主固然擁有獨自的價值跟地位，但是在一段親密關係之中，性自主往往成為一個附屬的考量，其存在的價值往往在於反應一段關係的穩固與否，當事人

在性自主的決定上是高度隨著主觀感受而變化的。

受訪者 B：「……就覺得建立在肉體關係的感情不會有啥發展阿……譬如可能有一個男的跟你在曖昧期就常常掐你的臉、摸頭之類的但其實感情還沒那麼深，最後可能也沒有要在一起，就會覺得這樣很噁心……想要有親密接觸的前提是對對方有好感阿，沒有好感自然不想要有親密接觸……還有人接觸你，自然會感到不情願，而其中又有性的意涵時，就會感到噁心……如果不愛對方，自己的私秘領域就不會想讓人靠近，就是肉體一定要跟愛連結阿……」

受訪者 I：「……他也許會怕甚麼的，但因為男生動作太快，他也不敢說不，那後來可就覺得說，好吧，這男的其實也不錯，就不以為意繼續在一起……」

受訪者 J：「雖然我是女生，但這種構成要件該當的前提跟女生事後這種態度，我完全無法理解那個女生在想甚麼……(但)我個人覺得，如果真的被強迫，不可能原諒又跟他很好；如果是可以原諒，那就不太可能到達強迫的程度……」

受訪者 B 談到自己無法接受一夜情，因為她覺得建立在肉體關係的感情不會有任何發展可能，也就是說能否發展成一個長遠的關係是發生親密互動的基礎，即便是對對方有好感，例如 O 在曖昧中的對象，但如果最後兩個人並沒有建立起穩固的關係，這些曾經發生的親密互動就會讓她覺得不舒服，一想到其中帶有的性意涵就讓她覺得有些噁心，原因就在於這些行為都欠缺愛做為聯結。接下來受訪者 I 跟受訪者 J 這兩段話是在說，以她們所了解的狀況來看，為什麼有些女生在意願被違反的情況下跟男生發生關係之後還願意跟對方在一起。根據受訪者 I 的觀察，有些女生雖然當下並沒有很願意，但之後對這男的有了認同感(覺得他也不錯)就以後來的意願取代事發當時的意願，重新評斷了這件事情，而願意跟對方在一起。受訪者 J 則對這種狀況感到有些無法理解，她覺得如果真的有被強迫，就不大可能之後又原諒對方跟對方很好，反之，如果之後感情真的很好，就表示之前並沒有到被強迫的程度。

不論是受訪者 B 還是受訪者 I 跟 J，他們所說的都傳達出一個共同的概念，就是性自主的活動往往會隨著當事人對於一段關係穩定程度的感受而變化。像受訪者 B 就覺得如果一段關係無法穩定發展，就無法跟對方有親密的關係；受訪者 I 所說的情況也是如此，如果事後覺得能夠跟對方在一起，就會對先前的事情完

全改觀，以現在的性自主取代了先前的性自主；至於受訪者 J，她雖然覺得這種情況很難以理解，但是她所講的其實正是一種性自主與雙方關係應為互相對應的想法，因為正如她所說的：「如果真的被強迫，不可能原諒又跟他很好；如果是可以原諒，那就不太可能到達強迫的程度」，細看之下可以發現，這句話的內容正是「『性自主』-『雙方關係』；『雙方關係』-『性自主』」的對應關係。可見在受訪者的想法跟個人經驗裡面，女性性自主的活動是跟雙方之間關係的主觀認知密切相關的。

第二款 以感情為依歸的性自主

即便是有法律背景的受訪者，在判斷意願的違反這件事上，也難以避免地被雙方的關係所影響，尤其是案例中的當事人在態度上的一致性，如果沒有從頭到尾都表現出憤怒厭惡的感受，即使已知的設定條件是當下的確是不願意的，這些因素都會影響者受訪者的判斷與評價。

受訪者 J：「……本來你被性侵害事後又跟他很好事後又告他，邏輯上就很難說得通……就會讓人聯想到是報復的手段，所以法官無法判有罪，如果我是法官我應該也判不下去……但我覺得也許是男生想走，女生要挽留結果不成功的手段……不然發生後，還有親密的簡訊或還有很有好的關係後來又告，能解釋得通的好像這樣最合理……如果已經有證據證明是強制性交……這些輔助證據不會影響有罪無罪，但可能可以影響刑度吧……我理性上會認為當下有強制性交就是有，不會因為事後有原諒或是維持關係的舉動而改變……而且女生的態度可能會反反覆覆(又維持關係又事後提告)這我可以體會……但如果我是法官如果能證明當下是強制性交我還是會判……但刑度……在想應該有其他的理由可以酌減，如果她們是男女朋友的話……但我現在想不到有甚麼(感情上的)理由，因為即使是男女朋友也不代表就可以亂來……」

受訪者 J 這些訪談內容是在回答一個問題：如果今天發現告訴人在事發之後還有傳送親密的簡訊給被告，妳身為承審法官會如還評價這件事？受訪者 J 第一個反應是覺得在邏輯上很難想像一個人被性侵害之後又跟性侵害她的人很好，所以她會馬上聯想到是報復手段。但她馬上又想到，從法律的觀點來看，只要一開

始意願被違反就應該成立強制性交，事後兩人的關係如何並無法改變法律的評價才是。但有趣的是，受訪者 J 卻又馬上接著說，這件事情或許會影響她在刑度上的考量，可見告訴人與被告之後的互動關係確確實實影響了她對於這件事情的評價，她所欠缺的只是沒有辦法從法律上找到一個正當的理由去解釋她的直覺。同樣一個問題，再看看受訪者 I 是如何回答。

受訪者 I：「……我覺得一般你不把它分開來看的話，當然會被影響，就有點像是事後補正嘛。但如果你把它切開，我相信當下那個女生是有可能是真的不想的。我覺得兩種做法都說的過去。我覺得兩種認定都可以接受，能不能補正，我覺得都可以接受。沒有說一定要怎麼去認定，但你如果說要扣到構成要件這當然就很死，但一般人要怎麼去評價都可以接受，而且我想一般人會比較偏向可以補正，因為你後來也沒有甚麼不愉快嘛。我覺得這個解釋是基於一種法秩序的穩定，你要維持一個既有的秩序所以這樣去解釋……就變成說兩人鬧不愉快的理由是甚麼反而變得很重要，你今天告他是因為你後來真的覺得自己當時真的吃虧了，還是因為有其他事情讓我變得對這個人很不滿……我覺得法院這個時候會受到其他因素去影響……我剛剛有想到說有比較可以被接受的……就是比如說，他們也許是一直在交往當中，但那個女生就是一直對這件事耿耿於懷，然後提出這個告訴並不是說因為發生甚麼事情(導致)心有不甘或兩個人感情變不好……她對這件事就是一直耿耿於懷，真的受到傷害，那這個東西也許就不是說他們兩個還在交往就可以解決的……」

受訪者 I 在這裡提出一個觀念：就是某個時點的意願能不能夠用另外一個時點的意願去做補正的問題。她覺得在事情的判斷上要不要採用這種補正的概念其實都可以接受，尤其從一個維護現存法秩序的觀點來看，採取補正的觀點似乎更具有正當性。但受訪者 I 也補充道，一旦採用可以補正的想法，兩個人最後反目的理由是甚麼就變得很重要了，如果說這件事情之所以會跑到法院上去處理是因為其他理由，那法院因此受到影響是理所當然的，此時不能夠補正的狀況就只剩下一種，就是被害人其實一直都對這件事感到耿耿於懷，提出告訴並不是因為受到其他事情的影響，而是真的受到了傷害，即便交往也無法解決。

事後情緒的轉換能不能夠取代先前的意願內涵在法律上似乎沒有一個必然的答案，但從受訪者的談話當中可以得知，即便我們無法說當事人嗣後的想法跟

感受可以讓曾經存在的犯罪行為消失，在一般人的心目當中，當事人事後的情緒感受跟變化在評價這件事情上面依舊占有重要的地位，性自主似乎不只是單一時點下的概念，而是一段時間下的綜合評估，而且時間越往後面走，那個評估會越趨近當事人現在的心理狀況，也就是跟對方的感情認同度。如果我們漸漸往「性自主不應以事發當時單一時點的評價為一切」的想法靠攏，我們恐怕會讓「性自主」一詞默默走向消亡，因為屆時性自主會完全跟當事人的感情依附狀況重疊，而我們也不再需要「性自主」三個字去做為一個空洞的意符。我們並不打算在此時此的決定法律應該用甚麼樣的標準跟方式去界定性自主，本論文想做的只是先把現存的問題跟觀點呈現出來，但不可否認，這些問題跟觀點的呈現最終仍然必須為法律的操作提供實質上的建議，在達到這個目的之前，必須先看看性自主的違反在不同關係之下所造成的傷害內涵為何，以剛剛討論的例子來看，為什麼會有人覺得在這種狀況之下可以補正，一個很可能的原因就是傷害不存在或是產生了重大的改變。

第三款 不同的傷害

當被問到如果自己的親密伴侶對自己為強制性行為的話受訪者們會有甚麼反應，除了有些受訪者明確表示不一定會因此跟他分開，其他表示無法繼續在一起的受訪者所關切的重點大多在於覺得伴侶對自己非常不尊重，並表達不知道能否跟這樣的人長久下去的考量。

受訪者 K：「……我想我會(繼續跟他在一起)……如果我還喜歡他的話……應該還是會看他平常的態度吧，如果他只是在這件事上特別堅持，那我可能會考慮分手；如果他對每件事情都一樣的在乎和堅持的話，可能會跟他溝通看看……因為我不希望一個男人對女人只有在生理需要的時候……如果他在別的事情不堅持，我會覺得為什麼只有這件事讓他不能妥協，然後覺得他不尊重我的身體。但我本身在其他意見上就很容易妥協，所以還好，而且如果他每次都硬來，就算我拒絕的話，感覺他就很容易去找別人，會讓我沒有安全感……」

受訪者 E：「……(我覺得)被強制性交不代表就會很厭惡對方，或是說不代表會因為這件事會不想跟對方交往，當然要看整件事的脈絡……你今天不想性交，但

對方強迫你，理論上就是強制性交啦，只覺得就這件事來說很討厭，但或許妳覺得不到厭惡對方的程度……法律上評價為強制性交的事情，一般人很少願意聲張，或是說，如果要上法庭處理這件事，大抵親密關係就會破裂……成年人的年紀大概不會這麼做……如果是成年人，有可能是(因為)不想改變生活型態(而不上法院)……然後上法院的時候已經想跟對方絕裂了，就把舊事翻出來……分手之後生活很多部份都要調整，比如平常跟對方相處的時間，現在空下來了，總不能發呆吧，你要有新的同伴啊！如果很多東西是共用的呢？所以很麻煩啦。跟別人同居的人不就很麻煩？還要找到落角處，還要搬東西……」

受訪者 B：「平日與女友關係良好、偶因酒醉失去自制力、事後深具悔意…很難判斷到底有多違背女生的意志……因為後面是隱藏版的理由，判決裡有點難這樣交代……就是違背其意願的程度沒那麼高，因為畢竟是男女朋關係，如果男友不是酒醉回家，或是就算就最但有道歉之類的，還是很有可能願意發生關係，跟爸爸強暴女兒、跟蹤狂強暴我，是說什麼都不願意相比……」

相較於一般所謂的「正統」性犯罪情節，如果今天行為人是被害人所熟識的親密伴侶，被害人在事後關注的重點(或說傷害)似乎有些許不同。首先第一點，受訪者會先想到對方是不是一個能夠長久相處的人，例如受訪者 K 就覺得，如果今天男朋友對她強制性交，表示他不尊重她的身體，而且會讓她覺得對方很有可能會去找別人發洩性慾，此時會讓她覺得沒有安全感，對這段關係的穩定產生動搖。再來，雖然受訪者咸認為這件事情會帶來傷害，但是否會因此跟對方分手還要考慮其他因素，受訪者 K 就覺得要不要分手還要考慮整件事情的脈絡以及對方平常的處世為人，假設如果對方在每件事情都是如此霸道堅持，個性習於配合的她反而會覺得：反正對方本來就是這種個性，就順著他好了。受訪者 E 則覺得生活型態的改變會是一個阻力，有時候已經習慣於生活中有對方的存在，有時候則是兩人的生活空間跟方式有事實上的重疊，此時要把彼此從共同的生活分開並不是一件容易的事。

上述這些考量如果發生在陌生人之間的性犯罪事件，一定會讓人覺得匪夷所思，想說為什麼被害人會有這些「不相干」的想法，但如果是在情侶或配偶有相當親密程度的兩人之間，這些切入點跟看待事情的角度似乎就變得理所當然了。為什麼受訪者 K 覺得自己可能會因為「還喜歡對方」而跟一個對她強制性交的人

繼續在一起？為什麼受訪者 E 能夠理解因為不想改變生活方式而繼續跟對自己強制性交的人在一起的心態呢？在這裡答案或許不是因為還喜不喜歡對方或是改變生活方式所帶來的不便。

在被要求想像自己被男朋友性交並且試擬一個有罪判決後，受訪者 B 表示自己不會對對方判太重，因為覺得在這種情況之下很難去判斷女生的意願是被違背到甚麼程度，所以只能用一些表面上的理由去隱藏背後真正的想法，在此，我們又發現當事人雙方的關係一再地影響受訪者對於意願違反的判定，儘管一開始設定的前提就是如此亦然。為什麼會這樣，或許答案就在受訪者 B 之後接著說的：「跟爸爸強暴女兒、跟蹤狂強暴我，是說什麼都不願意相比……」，為什麼不願意相比，受訪者 B 沒有給予明確的解答，但很明顯，她覺得兩者的確有差，而且後者的傷害要大的非常多。讓我們回去看看首訪者 E 說的，她覺得「被強制性交不代表就會很厭惡對方」，這句話當然不是指一般的強制性交事件，而是親密伴侶之間的強制性交。至此，我們雖然還無法解釋為什麼親密伴侶所為的強制性交比其他對象所為的強制性交造成的傷害要小(或者說，權衡之下多數人寧可選擇前者)，但是對於這個結論，從訪談的內容來看應該是可以確定的。

第六節 小結

從本章對於受訪者的談話內容分析可以發現，不管是性騷擾、猥褻抑或強制性交，性犯罪是一種以「性」為必要連結跟出發的犯罪類型。所謂的出發，乃指性騷擾、猥褻跟強制性交因為性的特性使他們都位於同一個名為「性犯罪」的光譜上，彼此在本質上並無不同，僅是程度之差異；⁹⁵所謂的必要連結，乃指受害

⁹⁵ 這裡就牽涉到性交、猥褻、性騷擾分界的問題。何以說只是程度的差異，因為同屬於性犯罪的下位概念，我們只是假設不同的碰觸部位代表不同的嚴重性。從最早把強暴界定為陰莖對陰道，猥褻則是其一非陰莖或陰道者，其餘則是性騷擾；到後來性交與性騷擾的範圍擴張，猥褻逐漸失其所依，開啟三者分界定義妥適與否的討論。但從本文的觀點來看，到底肛交應不應當被視為性交，親吻算不算猥褻都不是重點，因為我們做出分類的原因不是為了分類，而是為了在刑度上做出區別，刑度的區別則是對應事件本身的嚴重性。但並不是說乾脆就不要分類了，除非我們把性犯罪的刑度落差控制得很小，否則把性犯罪的類型予以分類還是必要的，至於要如何分類，重點不在於名目，而是刑度，至於依據，本文覺得不妨以接觸行為涉及的部位為分類標準，因為

者心中一旦沒有對於這方面(性)的感受，這個行為就很難在受者心中造成一個一般「性犯罪」會帶來的傷害，那麼此行為也很難被視為一個性犯罪行為。⁹⁶至於一般而言，性犯罪的受害者會受到甚麼樣的傷害，我們大抵可以歸納出三種情緒內涵：恐懼、噁心與羞辱，這三者在被害人情緒上的傷害顯然占有重要的地位，當我們嘗試還原性自主意願被違反的場景，都能見到這三種情緒扮演指導性的角色。⁹⁷

但是我們也發現，並非所有令人不快的感受都是由行為人在第一時間帶給被害者的，很多時候被害者的不快跟煩悶往往是因為本身沒有辦法突破一種人際間的關係所致，我們無法說這種困擾沒有恐懼、噁心或羞辱來的嚴重，也暫且無法說這種困擾本身不足以構成性犯罪，但就成因來看，兩者的確有些分別，而且並不是每個人都會面臨到這種無法突破的困境，個人的個性扮演重要的角色。

民國八十八年刑法修正把過往的強暴罪改為妨害性自主，並且把使用強制力的要件除去，字面上悉以被害人的意願被違反為要件。但是意願的內容不僅主觀不易察覺，也無法以一套固定的標準從外在行為去做對應，看似明確的法律規定可以想見操作起來必然不是那麼回事。從訪談的結果可以發現，女性在決定是否跟一個人發生肢體碰觸時，認同的過程是相當重要的，不論是認同的開始或是結

這是我們唯一可以比較客觀衡量性意涵的方式，恐怕也是多數人對於「性」的認知的最大公約數。例如同樣是肛交，使用陰莖插入法定刑就可以比使用異物插入法定刑為高，但是為了考量個案狀況，法定刑彼此之間可以有某程度的重疊，給予法官個案考量的空間。關於性侵害類型分界的討論，可參照柯耀程，強制猥褻與性騷擾之界限，月旦法學教室，第68期，2008年6月；亦有學者明確指出行為的分類可以只是事實的描述而非價值的判斷，參照李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，頁26，2003年6月。

⁹⁶ 國內在討論上通常都會把焦點放在行為人主觀意圖，參照陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學，頁87-88，2003年1月。本文以為行為人的主觀意圖只是參酌要素之一，重點是法院如何闡述本案性意涵的存在與否。

⁹⁷ 到這個地方可能會有人質疑，難道這三種情緒是性犯罪所獨有的嗎？要加以澄清的是，本論文雖然認為這三者是性犯罪的核心傷害，但並未主張這些核心是性犯罪所獨有的。接下來可能會引起的問題是，如果性犯罪真如本文所說沒有一個屬於自己獨有的保護法益，那我們為何要把性犯罪當成一種獨立的類型並賦予「性犯罪」之名呢？要知道，我們在論述上當然可以把「性道德秩序」、「貞操」、或是看似進步但在意涵上模糊不明的「性自主」當作名義上的保護法益，就好像我們有「生命身體法益」、「自由法益」、「財產法益」，可以依此把各種犯罪類型做出一個區別。問題是，性犯罪所造成的傷害以本文的觀點來看是沒有辦法用一個客觀的對象做為指標的，它不像生命身體、行動自由(這比較有爭議，例如拘禁一個入定的高僧)或是財產，一旦被剝奪了，往往就意味著損害的發生，如果今天性交、肢體碰觸等性犯罪的在客觀上的行為也有這種特性，本文也無須大費周章地去探討被害人主觀上究竟感受到何種傷害了。

束，都會反應到表面上性自主的決定與行使。但是，若要從特定時點、表面上性自主的決定跟行使去做一個內在主觀認同或未來長程的推論，雖不至於是緣木求魚，但恐怕也是鞭長莫及，因為我們在結論上無法把所有看似違反當事人意願的肢體碰觸行為都當成是性犯罪。雖然這樣的結論不會遭受猛力的反擊，但我們仍舊必須為其找到一個足夠正當的理由。

從訪談內容中可知，意願內涵之難以認定，在當事人雙方具有特別的親密關係時最為明顯，因為特定時點的情緒與作為無法斷然跟長期的雙方關係脫鉤，但兩者卻從不同的方向賦予意願意義。當當事人之間處於親密伴侶的關係時，我們發現被害人對於性自主被違反一事的感受跟反應有別於行為人是非親密伴侶的情況，除了主觀上感受到的痛苦之外，另一個相當重要的毋寧是受訪者在評價這件事情上所採取的角度跟切入點是截然不同的，用一個比親密伴侶關係更極端的例子來說，在性交過程中才出現的意願違反是否還能稱作性侵害？⁹⁸我們不知道這是否就是Richard A. Posner所說的狀況：如果一個女性對於跟某個特定男性發生性關係一事並不會感到反感，那麼這男的唯一犯的錯誤就是說了謊，而不是他侵害了這名女性的身體完整性。⁹⁹但我想此時與彼時的差異庶幾就是謊言與身體完整性被破壞之別。

⁹⁸ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 160.

⁹⁹ RICHARD A. POSNER, *SEX AND REASON*, 392 (1992).

第四章 恐懼、噁心與羞辱

語言可能不是在於反應事實，而是在於建構事實。¹⁰⁰情緒呢？跟語言相較之下，情緒存在於內心，而且這種隱晦的特性，即便在我們使用語言去描述有關情緒的一切的時候仍然無法改善，就算是被建構的，它仍然被建構得撲朔迷離，被迫要在這種極端虛無的情況下展開論述與探討，心中的不踏實感其實是非常強大的。但，明知難為而為之，憑藉的是一股確信此道是最接近想像中的真理的信念，所以才會義無反顧地栽進這個情緒的世界。何況，人與人之間既然注定無法心靈相通，利用外在符碼就成為溝通所必須餞行的儀式。即便這是誤會的開始，它仍舊是我們最有力的傳達工具，也是分析，甚至是建構事實本身的基石。

從訪談的內容中，我們發現恐懼噁心與羞恥的情緒在性犯罪被害人的心中占了關鍵的地位，雖然無法說所有的性犯罪都會造成這樣的感受，但如果沒有這些情緒的存在，恐怕也很難認定這是一件性犯罪事件，可見這些情緒雖非充分條件但某種程度仍是必要條件，所以非常具有探討的價值。至於要如何把這樣的情緒理論帶進帶進法律的架構之中，這或許會是一個非常艱困的歷程，因為我們一時還不知道要把情緒放進法律理論的什麼位置，也不知道放進去之後能否照單全收地接納這些情緒的特質，更沒有把握潛在的妥協是否會把情緒的特性實質排除在法律之外；但了解必然是解決的先前步驟，就踩著信心前進吧。

第一節 恐懼

恐懼可以說是人類最為熟悉的感覺，也是我們核心的情緒之一，打從出生開始，我們就開始與恐懼相伴，無需他人指導，本能讓我們對它是再熟悉不過了。對於性犯罪的被害人來說(尤其是女性)，該犯罪行為往往給她們帶來莫大的恐懼，其中又以強制性交為甚，如果沒有恐懼的存在，我們可能無法想像這個行為

¹⁰⁰ KENNETH J. GERGEN, REALITIES AND RELATIONSHIPS: SOUNDINGS IN SOCIAL CONSTRUCTION 188 (1994).

會帶來什麼惡害。許多女性認為跟被強暴這件事本身比起來，感受到生命安全受到重大威脅的當下才是最讓人害怕與不安的。¹⁰¹一位三十五歲的家庭主婦在受訪時說道：「……跟害怕自己的生命安全有可能受到威脅以及事後的精神創傷比起來，被性侵害這件事情本身反而沒有那麼令人感到恐懼。身體上的傷害，那種過程真的很嚇人，這個念頭總是讓我感到害怕。」¹⁰²假設性自主的違反就是性犯罪的唯一核心，何以性自主的違背在結果上總是令這些被害人感到恐懼，這僅是存在上的巧合嗎？如果我們肯認性犯罪所造成的一個最嚴重的後果是被害人日後心理上的創傷，而且這種創傷很大一部分是延續事發當下的恐懼感而來的，我們就必須探討這恐懼感的內容跟來源為何，又要如何將之納入性侵害行為的法律評價。

第一款 恐懼的機制

以演化的觀點來看，恐懼最重要的功能之一在於幫助我們在第一時間集中精神，逃離對生命安全造成威脅的情況。面臨危險時，我們雙眼圓睜，瞳孔放到最大，以盡可能攫取大量的資訊，身體其他的機能暫時停擺，我們不再感受到飢餓與性慾，只專注在眼前的危機注入大腦的化學物質讓我們產生一種強烈的感受，此時此刻時間變得緩慢近乎停滯，這種奇特的經驗可能會讓你沒齒難忘，這就是恐懼，而我們的生存有賴於它，生命的重要性賦予它無可取代的地位。¹⁰³

從生理學的觀點來看，大腦用來處理恐懼的機制有三種，然而這三種機制並非分立，而是彼此緊密相連的。第一種是最原始且古老的原初恐懼系統(primitive fear system)，除了哺乳動物之外，爬蟲類、魚類、鳥類以及大多數其他動物都具備這樣的系統。這個系統根源於大腦一個非常古早的構造，也就是所謂的邊緣系統(limbic system)，它控制著我們最為原始的恐懼情緒跟反應。雖然這個系統還會跟大腦皮質(cerebral cortex)區互動以調整自身的運做，但某種程度而言，其機

¹⁰¹ MARGARET T. GORDON & STEPHANIE RIGER, THE FEMALE FEAR 41 (1989).

¹⁰² *Id.* at 93.

¹⁰³ DOZIER, *supra* note 93, at 5.

制的進行是不受理智思考控制的，它會在我們感受到一件事情的時候產生快速而直覺的喜惡感，如果厭惡的程度夠大，就會引起恐懼的反應。第二種機制為推理恐懼系統(rational fear system)，跟前者相較，其運作就緩慢而精細許多，其主要作用於大腦的前額葉皮質區(prefrontal cortex)，它使我們可以客觀地分析所處的情況以及危險的內涵跟程度，並且去思考各種可能的處理手段，例如以偽裝代替逃跑，以斡旋代替打鬥，原初恐懼系統的運作結果在此成為一個考量評估的對象，而不只是制式化的機械反應而已。最後一種機制，也是三者之中最為關鍵的：知覺(consiousness)。原初恐懼系統讓我們在第一時間產生驚恐的反應，然後推理恐懼系統給我們不同的應變選項，知覺則是最後的決定者，從眾多選項中選擇應變的方式，並且對於我們所處的環境建構出一個整體的圖像，去克服原初恐懼帶來的感受。¹⁰⁴

那麼這三者其實運作起來會是怎樣的狀況呢？舉個例子來說，假設今天我在浴室刷牙，眼角突然瞥見牆上有一團黑色陰影，當下第一個想法可能就是：蟑螂！此時我的原初恐懼系統就會產生懼怕的感覺，讓我馬上從原本站的地方跳開，直奔浴室外面，但這時候我的推理恐懼系統可能會想說：現在是冬天怎麼會有蟑螂？此時我的原初恐懼系統跟推理恐懼系統就會展開一場拉鋸戰，彼此質疑、互相挑戰，此時我如果夠冷靜的話，我的知覺就會讓我做出最後抉擇：回去看個究竟。但儘管如此，要完全克服原初恐懼系統產生的恐懼感是很不容易的，即便我們用各種理由說服自己，這種與生俱來的感受通常會跟理智共存，而非因此消滅。¹⁰⁵因此我們可以發現，雖然此三者處理恐懼的過程中都扮演不可或缺的角色，但恐懼最原始的出發點，仍是原初恐懼系統的成果，其更被懷疑是PTSD的肇因。¹⁰⁶

雖然原初恐懼系統是產生懼怕反應的源頭，但如果沒有外界(腦中的念頭跟想法也算)的觸發，也不會讓我們的大腦產生反應。就源頭來說，恐懼在成因上

¹⁰⁴ *Id.* at 11-13.

¹⁰⁵ *Id.* at 12.

¹⁰⁶ *Id.* at 10.

可以分為先天或後天習得的，這種情況廣泛地出現在各種不同的生物身上，而且各種生物天生會對不同的對象產生恐懼感，例如很多鳥類的雛鳥對於陌生的凝視特別敏感，一旦偵測到有不熟悉的雙眼在盯著牠們，雛鳥會突然全身靜止不動，因為這代表潛在的掠食者，但是人類的嬰孩卻不會有類似的反應，反之，他們對於墜落的感覺特別敏感，當他們感受到自己往下墜時，會自動地伸手抓住東西。¹⁰⁷但是對於成年人來說，生活中的許多恐懼幾乎都是後天習得的。我們擁有其他動物所無的知覺能力，而這種能力賦予我們時間感、空間感以及對於可能性(possibility)的認知，人類就是藉此去探索並在腦海中建構一個世界的模型，這樣的模型可以讓我們對於未來做出預測，如此我們才有辦法應付變化多端的環境。¹⁰⁸但是當我們的大腦在分析並且學習的過程中也產生了恐懼，因為就我們的認知能力來說，未知代表無法預測，也代表著潛在的阻礙跟危險，這也是未來本身就足以帶給我們最基本的恐懼的原因，因為其充滿未知。¹⁰⁹至此我們似乎可以篤定人類永遠脫離不了恐懼了，因為只要我們還沒死亡，存活的每一天都意味著令人恐懼的未來。接下來讓我們離開僵硬的生理機制，從其他角度去認識恐懼。

第二款 恐懼的心與身

身為人類，我們擁有七情六慾，我們無所不愛，無所不欲，而這也讓我們無所不恐懼。¹¹⁰恐懼似乎是所有人共通的反應跟經驗，當我們提到這個詞彙時，大概沒有人會對這兩個字所指涉的概念感到疑惑，但若要細究恐懼的定義為何，亦有它討論的價值跟方向，因為即便恐懼再如何普遍地存在於每個人心中，它也無法完全脫離其所處的文化跟社會脈絡，更無法脫離其用以傳達表現的語言或表徵，畢竟，如果沒有進入公開的領域，這種個人內心的主觀經驗是無法被人知曉的。¹¹¹回到對於恐懼的定義，如果要回答「什麼是恐懼」這個問題，第一步就是

¹⁰⁷ *Id.* at 81.

¹⁰⁸ *Id.* at 92.

¹⁰⁹ *Id.* at 129.

¹¹⁰ *Id.* at 123.

¹¹¹ JOANNA BOURKE, FEAR 7 (2005).

尋找哪一種情緒是恐懼時所共通的。¹¹²除了「恐懼」之外，能用甚麼樣的詞彙去表達我們的恐懼呢？跟恐懼在概念上幾乎等同者，例如「害怕」、「焦躁」、「驚嚇」似乎仍舊無法告訴我們什麼是恐懼，因此要從文字上去界定恐懼有其困難處。¹¹³但是講到恐懼時，我們都記得某些感覺：心跳加快或是似乎要停止、呼吸急促到快要無法呼吸、血壓急遽升高或感受到腎上腺素激增。¹¹⁴可見，做為一種情緒，恐懼所包含的狀況是相當多樣的，從「痛苦」、「飢餓」、「口乾舌燥」到「憤怒」、「忌妒」甚至是「愛」，都構成了恐懼的內涵；恐懼一詞，決不僅僅是一種情緒(emotion)，它更是一種感受(feelings)，情緒跟感受的界線如何劃分，身心二元論在此似乎有些窒礙難行。¹¹⁵這也是為什麼雖然我們無法說恐懼的情緒就是恐懼的生理反應，但是如果沒有這些生理反應的存在，恐懼亦將不復存在，我們的身體不僅僅是傳達情緒的工具，它本身就是情緒的展現，¹¹⁶也因此有認為恐懼在概念上就是指涉某種類型的行為。¹¹⁷

跟所有的動物一樣，當我們在面臨恐懼的時候，最常表現在外的行為之一就是逃跑。¹¹⁸逃跑的目的當然就是要避免危險的事情發生在自己身上，例如一個孩子時常被爸爸打，他可能就會盡可能躲避他，這個行為就是他對於父親感到恐懼的象徵。但是恐懼這種情緒的激發來源不一定是如此僵固的，如果父親打小孩的時候都用掃把；或是打的地點都在鋪著白地磚的廚房，當小孩被打的時候就頭低低地看著眼前的地磚，日後這個孩子可能會出現對於掃把或是白地磚恐懼的情緒，並盡可能迴避。因此恐懼的對象不僅僅限於實際上會對我們造成傷害的事物本身，到最後，我們所恐懼的往往只是那些會激發恐懼的誘發物。¹¹⁹這樣看起來，我們所害怕的不僅只於傷害本身或是會給我們帶來傷害的對象而已，但問題是，

¹¹² LARS SVENDSEN, *A PHILOSOPHY OF FEAR* 21 (John Irons trans., Reaktion Books 2008).

¹¹³ *Id.* at 22.

¹¹⁴ BOURKE, *supra* note 111.

¹¹⁵ SVENDSEN, *supra* note 112, at 21-22.

¹¹⁶ BOURKE, *supra* note 111, at 8.

¹¹⁷ David H. Barlow et al., *Fear, Panic, Anxiety and Disorders Of Emotion*, in *PERSPECTIVES ON ANXIETY, PANIC, & FEAR* 251, 287 (Debra A. Hope ed., 1996).

¹¹⁸ JEFFREY ALAN GRAY, *THE PSYCHOLOGY OF FEAR AND STRESS*, 3 (2d ed. 1987).

¹¹⁹ *See id.* at 211.

我們何以會有如此廣泛的恐懼感？身為人類，我們所懼怕的事物為何？

若真要找出一個對象，死亡無疑是最令人類感到恐懼的¹²⁰，我們幾乎可以很篤定地說，沒有一個人從未在其生命中的某些時刻感受到對於死亡的恐懼。¹²¹但是人類為何會害怕死亡、又是害怕死亡的哪些面向，這恐怕就不是像「死亡令人恐懼」這麼直覺無疑的問題了。人們何以害怕死亡，有認為如果從害怕的「客體」以及「原因」上來思考，人們害怕死亡是因為對於死後的世界感到恐懼(what comes after death)、或是對於邁向死亡這個過程的恐懼(the event of dying)，或者對於自身將不再存在感到恐懼(ceasing to be)；¹²²但對於死亡的恐懼並非只能用這些上位的概念去解釋，其充其量只是一個切入的角度。細部地來看，對於死後世界的恐懼可能是因為擔心自己會在另一個世界受到懲罰；而死亡的過程更意味著痛苦、窒息或是肢解等令人不快的感受，這些都是令人感到恐懼的原因；¹²³繼續分析下去，我們會發現人們對於死亡的恐懼，其內涵(meanings)是相當多樣的：舉凡孤單、跟所愛的人分開、還沒做好心理準備面對死亡、見到上帝、被他人遺忘、活埋、發現自己一生都白活了、家人在自己死後將無依無靠……等等，都構成了對於死亡的恐懼感的一部分，它們一同詮釋了我們對於死亡的恐懼，當其中某些因素達到一個程度時，死亡的恐懼就會漸漸浮現。¹²⁴

所以問題來了。如果人類對於死亡的恐懼是由上述那些因素所共同詮釋出來的，而我們又承認死亡是人類最為恐懼的對象，那麼我們到底在懼怕甚麼呢？我們怕的是死亡，還是讓我們跟死亡產生聯想的一切林林總總？我們說我們害怕死亡，最後卻發現我們對於死亡的害怕還需要這麼多概念去解釋，例如身體的痛苦或是離開自己所心愛的人。但是這些東西的總和，果真就能夠還原成我們講到死亡時心中的那股恐懼感嗎？恐懼擺脫不了其為一種情緒的特質，既然情緒是看不

¹²⁰ DOZIER, *supra* note 93, at 129.

¹²¹ Shulamith Kreitler, *Fear of Death*, in *NEW RESEARCH ON THE PSYCHOLOGY OF FEAR* 59, 70 (Paul L. Gower ed., 2005).

¹²² ROBERT KASTENBAUM & RUTH AISENBERG, *THE PSYCHOLOGY OF DEATH*, 44 (1972).

¹²³ Kreitler, *supra* note 121, at 60.

¹²⁴ *See id.* at 61-63.

見的，恐懼也是如此，更棘手的是，恐懼下面沒有一個獨特的因素是其他情緒所沒有的，沒有一個明確的區別性，我們恐怕連分辨恐懼跟其他情緒的能力都沒有，即使用個人的主觀感受去界定何者為恐懼，每個人的恐懼感覺起來恐怕也不相同。¹²⁵ 恐懼感或許不如我們所想的那樣有個確切的對象，例如對於死亡的恐懼，或是對於身體痛苦的恐懼；更甚者，恐懼某程度來講已經失去描述一個客觀狀況或對象的能力，它所指涉的毋寧僅限於我們自己。¹²⁶ 因此到最後，我們會發現每個人在主觀上都對於恐懼的概念相當熟悉，透過自己的身體，我們可以確確實實感受到恐懼的存在跟力量，當我們以「恐懼」一詞來溝通的時候，接收者皆能夠馬上把這個詞彙轉換成自身的主觀經驗，共鳴亦毫無阻礙地在溝通者之間產生。但這是一種由內而外的演繹過程。但如果我們要從外在的事物去歸納恐懼的存在與否就不是那麼容易的事了，畢竟恐懼並不是對於事實的客觀反射，¹²⁷ 它更有可能是被我們自身的行為所趨使的；¹²⁸ 可想而知，我們更無法正確指出會造成恐懼的客觀情況有哪些，也無法從一個人的語言或肢體反應去說他是否感受到恐懼，因為恐懼只是一個人用來描述他對某種狀況的感覺而已，至此我們可以發現，恐懼的誕生是不折不扣由內而外的單向進程，它讓我們的身心同時爆發出被名為恐懼的能量。

第三款 性犯罪中的恐懼與傷害

以上的觀點能否與現實中的性犯罪結合呢？從經驗上來看，暴力絕對是我們在此處首先需要關注的對象，因為暴力（或者是涉及使用暴力的威脅）絕對不僅僅是取得「性」的手段而已，他本身就是性犯罪行為所帶來的一種傷害，就如同強盜所使用的槍械，這種暴力的威脅在法律的評價上絕不只是單純的犯罪手段而已，它的存在本身就是一種被法律非難的對象。¹²⁹ 這某種程度也解釋了為什麼強

¹²⁵ BOURKE, *supra* note 111, at 73.

¹²⁶ SVENDSEN, *supra* note 112, at 124.

¹²⁷ SVENDSEN, *supra* note 112, at 125.

¹²⁸ SVENDSEN, *supra* note 112, at 31.

¹²⁹ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 108.

暴在法律上的定位漸漸脫離性犯罪(sexual crime)的色彩而帶有暴力犯罪(violent crime)的性質，因為其內涵在界定上為使用強制力(force)而使對方感受到生命身體健康的威脅，進而使對方感到恐懼。¹³⁰一位三十五歲的家庭主婦在受訪時說道：「……跟害怕自己的生命安全有可能受到威脅以及事後的精神創傷比起來，被性侵害這件事情本身反而沒有那麼令人感到恐懼。身體上的傷害，那種過程真的很嚇人，這個念頭總是讓我感到害怕……」¹³¹

雖然性侵害(強暴)之所以特別讓人感到恐懼是因為大眾普遍認為其中往往涉及(無來由的)暴力成分，而且被害人很難避免自己的生命身體受到傷害。但是數據顯示，這種想法跟事實其實有所出入，因為即便是有共犯或是有使用武器的情形，大部分的被害人還是能夠成功脫離險境，¹³²看來我們對於暴力的恐懼跟它實質上所造成的結果的確有些許的落差。至於另外一個可以解釋何以性犯罪如此讓人恐懼的原因，就是性犯罪常常是人們用來評估其所居住的社區治安好壞的指標性犯罪，也因此女性對於性犯罪的擔憂往往反應她們如何評估自身所處環境的安全性，而且這種聯結從真實的數據來看是較為合理的。¹³³

但這不表示生活於同一個環境下的女性會有一樣的恐懼感，看起來越是習慣於惡劣環境的女性，越不容易感受到害怕，即便她在理智上知道自己所處的環境並不是非常的安全，例如一位居住在受聯邦政府補助津貼社區的黑人女性就認為自己被強暴的風險很低，儘管她是這樣描述她所居住的社區：「在這棟大樓的二十五樓，曾有小偷潛入一間空的公寓，在牆壁上鑽了一個洞，進入隔壁人家把一切可以賣錢的東西都偷走了。警衛們毫不關心，這裡的人們總是會被偷上一兩回或是在電梯裡面被搶。」¹³⁴雖然沒有表現出特別的恐懼，但是這些女性仍然知道要採取具體的防衛措施，只是在心態上比較能夠坦然接受這些危險就是生活的一部分。另一種較不容易感受到害怕的族群則是受高等教育、對

¹³⁰ *Id.* at 65.

¹³¹ *Id.* at 93.

¹³² GORDON & RIGER, *supra* note 101, at 120.

¹³³ *Id.* at 121.

¹³⁴ *Id.* at 95.

於女性的社會角色採取較為開明多元見解、擁有全職專業的工作的女性。她們認為犯罪者或是整個社會結構才是性侵害事件當中應該被指責的對象，並且時常對於社會相關機構處理性侵害事件的方法感到憤怒與挫折。¹³⁵可見，環境的險惡與否與恐懼感的生成之間仍然有所落差。

資料顯示，女性又比男性更常表現出對於死亡的恐懼。¹³⁶至於為什麼會如此，有認為是因為我們的社會自女性小時候就教導她們要懂得害怕，而不是像教導男性一樣要女性學習如何反抗以保護自己，並且灌輸她們一個觀念：所有的女性都是潛在的受害者。有學者認為這是造成女性普遍比男性更容易感到害怕的原因，¹³⁷也因為這樣，女性也比男性對於一些社會秩序崩散跡象更為敏感，例如破舊的空屋以及暗巷牆壁上的塗鴉。¹³⁸而且這樣的恐懼與其說跟女性所面臨的危險成正比，不如說是跟女性「認為」自己所面臨的危險成正比。¹³⁹

說到最後，恐懼似乎已經淪為一種單純存在於感受者內心而與反應客觀現實脫鉤的靈魂風暴，但無論如何，我們並不否認它的真切性，也不否認它做為一種事實上的存在，更不否認這種感受有被重視的必要，尤其是在我們所關切的性犯罪事件當中。因為性犯罪總是讓被害人感受到莫大的恐懼，恐懼的感知不只是情緒的附屬品，而是一種確確實實的傷害。¹⁴⁰

雖然恐懼並非無法與愉悅扯上邊，¹⁴¹但是既然選擇在性犯罪課題下把它當做一個探討的對象，它所造成的負面影響依舊才是我們所要關注的。事實上，過多的恐懼確實會對我們造成實質的影響，更甚者還會要的我們的命，因為藉由自律神經系統(autonomic nervous system)，恐懼的情緒也會造成直接的生理反應，嚴重者更可導致身心的破壞。¹⁴²例如焦慮症(anxiety disorder)患者可能會有過度擔憂、肌肉緊張、自主神經系統過度活躍(autonomic hyperactivity)、

¹³⁵ *Id.* at 116.

¹³⁶ KASTENBAUM & AISENBERG *supra* note 122, at 70.

¹³⁷ GORDON & RIGER, *supra* note 101, at 54.

¹³⁸ *Id.* at 55.

¹³⁹ *Id.* at 121.

¹⁴⁰ BOURKE, *supra* note 111, at 8.

¹⁴¹ *See generally* DOZIER, *supra* note 93, at 159-73.

¹⁴² DOZIER, *supra* note 93, at 131.

失眠的症狀，或是不斷回想發生過的負面經驗，這些症狀都會為患者在生活上帶來直接的影響，例如推理能力降低、無法專注等等。¹⁴³恐慌症(panic attack)患者則會出現突如其來的呼吸困難、心跳加劇、胸悶、噁心做嘔、昏眩，甚至會在短時間內達到極度的壓迫感。¹⁴⁴而恐懼症(phobia)的患者一旦接觸到令其恐懼的事物，會在短時間內陷入極度而無法控制的恐懼狀態，這種不理智的瘋狂會把患者的理智完全壓制。¹⁴⁵

除此之外，恐懼在性犯罪被害人身上所造成的傷害最著名者莫過於在第二章提過的創傷後壓力症候群(PTSD)。PTSD在概念上是焦慮症的一種，診斷上會特別關注患者是否會有重現創傷經驗(re-experiencing)、逃避(avoidance)、過度反應(hyperarousal)的症狀，以及這些症狀與過去特定事件的關聯。患者會一再出現事發當時的感受，並且會逃避那些令她回想起該事件的事物，透過這些過程，當時的事件會重複地在患者心中重現，並且對患者的生活造成影響，例如持續的緊繃、心神不寧且易怒。¹⁴⁶就發生的原因來說，不管患者當時是面臨甚麼樣的狀況，一個共通的條件就是患者在當下感受到莫大的壓力(stress)，而這樣的壓力激發一連串複雜的生物心理學上的反應，並進而導致長期的心智失調。但是也有少部分的患者在事發之後並沒有立即出現反應，反而是事後或者事前的其他因素跟事件本身一同促發PTSD的症狀，因此造成PTSD的因素是相當複雜的，¹⁴⁷舉凡性別¹⁴⁸、年齡¹⁴⁹、或是不同事件¹⁵⁰本身，都可以為PTSD的研究呈現多變的樣貌，鑑於此已脫離本論文之重心且篇幅有限，於此不一一贅述。重要的問題是，PTSD

¹⁴³ Erzsebet Marosi et al., *Psychobiology Of Fear*, in *PSYCHOLOGY OF FEAR* 19, 30-31 (Paul L. Gower ed., 2004).

¹⁴⁴ *Id.* at 31-32.

¹⁴⁵ *Id.* at 32.

¹⁴⁶ Arieh Y. Shalev, *Post-traumatic Stress Disorder: Diagnosis, History and Life Course*, in *POST-TRAUMATIC STRESS DISORDER* 1, 1 (David J. Nutt et al eds., 2000).

¹⁴⁷ *Id.* at 2-3.

¹⁴⁸ See generally Jessica M. Pierce et al., *Gender and Psychophysiology of PTSD*, in *GENDER AND PTSD* 177, 177-204 (Rachel Kimerling et al. eds., 2002).

¹⁴⁹ See generally Philip A. Saigh et al., *Child-Adolescent Posttraumatic Stress Disorder: Prevalence, Risk Factors, and Comorbidity*, in *POSTTRAUMATIC STRESS DISORDER* 18, 18-43 (Philip A. Saigh & J. Douglas Bremner eds., 1999).

¹⁵⁰ See generally Rachel M. MacNair, *Killing as Trauma*, in *1 TRAUMA PSYCHOLOGY* 147, 147-62 (Elizabeth K. Carll ed., 2007).

能夠超脫恐懼感的虛無縹緲，給我們在實際操作上一個具體判斷的標準嗎？

根據PTSD的診斷準則，患者是否呈現出恐懼、無助、懼怕的反應是重要的判斷指標；¹⁵¹而「創傷」“trauma”一詞正是源自古希臘文的「傷害」“injury”。¹⁵²可見PTSD不僅是恐懼在性犯罪中最直接具體的化身，也把恐懼(fear)、創傷(trauma)與傷害(injury)三個重要而不盡相同的概念串連在一起，直指出一個事實：被害人確實因恐懼受到了傷害。但是PTSD在我國法院審判實務上的操作並不如這段推論來的理所當然，其實際上所扮演的角色如同其成因一般，仍舊充斥著不定與詭譎迷人的色彩。雖然在審判實務上時常見到以(RR)PTSD做為判斷有無犯罪事實發生的依據，但其對法院心證造成的結果卻沒有一個既定的方向，端看法官如何在個案中斟酌其扮演的角色跟分量。但這也不代表PTSD完全不可靠，一個比較確切的說法是，PTSD是我們人類嘗試去探索一個充滿無盡未知的對象時手邊所能擁有最好的輔助工具。這也是為什麼有認為PTSD對於一個受到創傷的心靈來說，就像是地球之於太陽系，因為我們對於PTSD的知識遠不及於這個創傷的心靈本身。¹⁵³

第二節 噁心

關於噁心此一古老感知的內涵以及其在法律上的運用，Martha C. Nussbaum在其著作 *Hiding From Humanity-Disgust, Shame, and the Law* 有精彩的論述，只可惜 Nussbaum 並沒有探討到性犯罪與噁心是否有關聯，以及其關聯何在，否則應當可以激起廣泛的討論，畢竟在性犯罪當中，撇掉身體上的傷害不說，該犯罪行為為本質上比較像是精神性的傷害，可以說其遺留在被害人身上的僅有情緒，而其一就是噁心。

¹⁵¹ Berthold PR Gersons, *Diagnostic Dilemmas in Assessing Post-traumatic Stress Disorder*, in POST-TRAUMATIC STRESS DISORDER 29, 30 (David J. Nutt et al. eds., 2000).

¹⁵² John P. Wilson, *Introduction and Overview: A Positive Psychology of Trauma and PTSD*, in THE POSTTRAUMATIC SELF 1, 1 (John P. Wilson ed., 2006).

¹⁵³ John P. Wilson, *The Posttraumatic Self*, in THE POSTTRAUMATIC SELF 9, 9 (John P. Wilson ed., 2006).

儘管噁心往往可以在第一時間讓我們避開對自己有害的事物，但Nussbaum明確指出，在法律的領域，噁心所能展現的實際價值是有相當限的，並不適宜作為法律的判準，最好捨棄噁心而去尋找其他更實際的層面，例如損害或傷害。¹⁵⁴這是因為有時候法律雖然明確將某種行為界定為犯罪，但我們卻很難指出這些行為到底侵害了甚麼，我們可以「感受」到某些不悅，卻無法具體指陳究竟發生了甚麼事，因為人們之所以覺得受有傷害，是出於他們對某種行為的特定觀感。¹⁵⁵最後，噁心往往成為將這些行為予以入罪化的唯一理由，只不過再以維護道德的名義與以正當化。¹⁵⁶

Nussbaum認為，以噁心做為法律上規範的依據最主要的問題在於：噁心這種情緒所體現的，是一種對於汙穢事物的逃避，而這一種逃避是出於一種想要擺脫自己身上一切動物性的渴望，例如人的必死性、排泄物、非文明等等，其所造成的結果就是，我們往往把噁心這種情緒跟社會上所謂「陰暗」、「低俗」的一面相連結，當人感受到自己身上的動物性時，就把這種不舒服投射到身處外圍弱勢地位的團體或成員之上。而這種反應從法律的規範意義來說是不理性的，因為這些反應背後所隱藏的是一種普遍存在於人們心中的不切實際的願望，也就是想要成為一個與動物有別，身上不具動物性的人類，但問題是我們自始至終就不是這樣的人，這種渴望說穿了只是一種「想要成為自己所不是者」的熱望。更可怕的是，在追求這個熱望的同時，人們會以自身以外的他人為目標，並施予傷害。¹⁵⁷

僅管就結論來看，噁心不應該成為將特定行為予以入罪化的理由，但不可否認，很多被法律明確肯認應該予以禁絕的行為，其實只是因為它觸動了潛藏在社會群體或特定個人內心深處對該行為無從言明其所由何來的反感。性犯罪是以法律的概念定義出來的，如果噁心果真如本論文所想的，在理論上跟實際上是探討性犯罪的重要面向，那就必須試著用法律的角度去檢驗噁心的概念；想要從法律

¹⁵⁴ MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY, 126 (2004)。

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *See id.* at 151-52.

¹⁵⁷ *Id.* at 74-75.

的角度去檢視噁心，理所當然要先從最原初的角度，探討一般意義下的噁心，究竟其內涵與本質為何。

第一款 噁心的內涵

噁心可說是每個人共通的情緒/生理反應，相關的討論跟定義很早就展開了：Charles Darwin認為噁心是針對令人在味覺上(taste)厭惡的事物的反應¹⁵⁸；Andras Angyal則認為噁心是對於動物或人類身體排泄物的反應¹⁵⁹；Douglas進一步認為噁心是一種社會脈絡下的觀念，其主要內容是對於異常現象(anomaly)的想法，一件事物之所以會被認為是不潔且噁心的原因是在於它在性質上違反了社會規範。¹⁶⁰Nussbaum認為Douglas的理論雖然點出了噁心與社會因素的密切關聯性，但仍有所不足，首先就是不潔與噁心是兩個迥異的概念，一樣東西擁有其中一種特質不代表必然擁有另一項；第二，Douglas傾向把噁心跟危險做相同的解讀¹⁶¹，但顯然巫術這種違反社會規範的事情跟一些噁心的食物和液體是兩回事；第三，有些東西就算不用透過社會的脈絡也會被認為是噁心的，例如排泄物或屍體，顯然Douglas過於強調脈絡性的解釋方法；第四，以異常現象來解釋噁心的論述方式太過薄弱，排泄物跟屍體並不異常，但幾乎沒有人會反對他們令人感到噁心。Nussbaum認為心理學家Paul Rozin所主張的「對於動物性的焦慮」較能掌握到噁心的內涵。¹⁶²

直覺上，噁心應該是一個再平凡明白不過的現象，但Rozin所做的研究顯示，噁心的情緒其實包含複雜的認知內涵，但有一個最重要的概念就是「與污染物有所接觸」的想法。也因此，各種對於噁心的定義幾乎都圍繞在這個核心概念之上：「因為預期到會跟污染物有所連結而對之產生的反感」、「污染物，須與之保持距

¹⁵⁸ CHARLES DARWIN, *THE EXPRESSION OF EMOTIONS IN MAN AND ANIMALS* 254 (1979).

¹⁵⁹ Andras Angyal, *Disgust and Related Aversions*, 36 *J. ABNORMAL & SOC. PSYCHOL.* No.3 393, 395 (1941).

¹⁶⁰ MARY DOUGLAS, *PURITY AND DANGER* 5 (1966).

¹⁶¹ *See id.* at 100.

¹⁶² NUSSBAUM, *supra* note 154, at 91-92.

離」、「污染物如同不可吸收、同化之他者」。¹⁶³

若從達爾文物競天擇的觀點來看，噁心這種感受會留存在我們身上並非全然沒有道理，因為它是一種演化上的防衛行為。¹⁶⁴ Rozin雖然沒有就這部分多加討論，但他其實是肯認達爾文的論證，認為噁心一開始是出於對於不想要的食物所產生的感覺，是一種強烈的負面感官經驗。¹⁶⁵但他也明確表達，噁心跟厭惡 (distaste) 還有對危險的感受是兩碼子事，前者是透過知覺所產生的負面評價，而後者是因為對傷害的結果有所預期而產生拒斥的反應。¹⁶⁶但是噁心不是單純的厭惡，它是有關個人對於特定對象的主觀觀念，而不是對於特定對象的知覺決定個人的反應。例如用兩罐瓶子裝著一樣的腐臭氣體，卻告訴受試者一罐是排泄物，另一罐是乳酪，認為自己在聞乳酪的人並不會像認為自己在聞排泄物的受試者那樣表現出噁心不悅的反應。¹⁶⁷這裡傳達出一個很重要的訊息，也就是說，噁心的感受是出於我們對於特定事物的主觀觀念，它的本質、來源以及社會歷史背景等等。噁心也有異於對於危險的感受，危險的事物是可以被容許存在的，只要我們把危險的因素控制住，例如核電廠，我們在意的是它會不會爆炸，是否會對周遭的生命財產帶來威脅，如果安全無虞，住在核電廠旁就跟住家外頭有一跟電線桿不會相差多遠。但噁心的事物卻不見容於面前，即便把蟑螂消毒並放在無法被消化的膠囊裡面(雙重安全保障)，也很少有人願意把蟑螂給吞下。¹⁶⁸

噁心的另一個特點就是：被認定為噁心的事物是否有進入到我們的身體之中，也就是說身體內外的界線會被標識出來，例如嘴巴就是其一。¹⁶⁹ Nussbaum則是更為認同David Haekwon Kim所主張的：噁心的關鍵念頭就是「從外面的世界穿越界線侵入自我」；並不以嘴巴為唯一的關卡，但主要還是跟傳統上被哲學視為「接觸覺」的三種感覺緊密相連，也就是觸覺、味覺與嗅覺(氣味進入鼻子)，

¹⁶³ Paul Rozin et al., *A Perspective on Disgust*, 94 PSYCHOL. REV. No.1 23, 28 (1987).

¹⁶⁴ WARREN D. TENHOUTEN, *A GENERAL THEORY OF EMOTIONS AND SOCIAL LIFE* 27 (2007).

¹⁶⁵ Rozin et al., *supra* note 163, at 24.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Rozin et al., *supra* note 163, at 24 n.1.

¹⁶⁸ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 87-88. 147-49

¹⁶⁹ See JAMES GEORGE FRAZER, *THE GOLDEN BOUGH: A STUDY IN MAGIC AND RELIGION* 504 (1922).

視覺與聽覺則不包含在內。¹⁷⁰此外要注意到，噁心的事物必須是一種「異物」(alien)再來就是，如果把這種噁心的東西予以食用進入到我們的身體，我們也會因此變得低下或是受到汙染。Rozin所做的實驗指出，噁心所涉及的想法就是：「你就是你所吃的」，低劣噁心的東西會因為進入你的身體而將你一起貶低。¹⁷¹有趣的是，儘管人類身體的產物往往令人感到噁心，例如口水、月經或是排泄物，但只要這些東西還留在身體裡面，他們並不會讓人感到噁心。不過如果一個人把自己的口水吐在杯子裡再喝下去，很可能就會讓人感到噁心了(更不用說月經跟排泄物)，在這些東西離開人體之前，我們似乎完全不會感受到他們的存在。¹⁷²

噁心的對象相當廣泛，但主要還是關於動物以及從動物身上所產生的東西，有認為這其中最具體的就是動物的排泄物，而Rozin的實驗證明我們對於噁心感的在意程度是如此之大，以至於與動物或與動物產出物有所接觸的事物往往也成為噁心感延伸的對象。¹⁷³除了動物的產出物之外，「腐敗」也是另一個噁心的來源，這就指涉到了動物的屍體，但經驗上植物本身及其所產生的東西並不大會讓我們產生噁心的感覺。^{174 175}

儘管仍有些問題沒有辦法獲得一致的解釋，Rozin與其他幾位研究者都認同意：噁心是為了劃清一條界線，以明確標示出我們身為人類這件事情，好把動物性的特質從我們身上移除。¹⁷⁶所以同樣是體液，眼淚並不噁心，因為它被視為人類靈性存在的象徵，沒有靈性的動物一般認為是沒有眼淚的，即便有也跟人類因道德情感所生的淚水有所不同。反之，排泄物、經血、精液等其他動物性的體液就會被視為是人類跟動物所共有的，這些東西無時無刻都提醒著我們與動物的共同之處，也因此被視為汙染的源頭，這個汙染甚至因此延伸到時常與之接觸的

¹⁷⁰ NUSSBAUM, *supra* note 154, at at 92.

¹⁷¹ Paul Rozin & Carol Nemeroff, *The Laws of Sympathetic Magic: A Psychological of Analysis of Similarity and Contagion*, in CULTURAL PSYCHOLOGY: ESSAYS ON COMPARATIVE HUMAN DEVELOPMENT 205, 214 (James W. Stigler et al. eds., 1990).

¹⁷² NUSSBAUM, *supra* note 154, at 88.

¹⁷³ See generally Paul Rozin et al., *Disgust*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 757, 760 (Michael Lewis et al. eds., 3d ed. 2008).

¹⁷⁴ See WILLIAM IAN MILLER, THE ANATOMY OF DISGUST 40 (1997).

¹⁷⁵ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 89.

¹⁷⁶ Rozin et al., *supra* note 163, at 28.

人，在印度通常都是由低下的人從事與此相關的職務，例如廁所的清潔人員，他們也因此成為「不可碰觸者」。¹⁷⁷

第二款 噁心感背後的潛藏意識與擴張

正因為噁心的內涵是，如果我們接觸到動物的分泌物，我們也會因此受到感染，被貶低成跟這些動物產出物一樣的東西，也就是把自己跟動物性與必死性做了連結。¹⁷⁸動物性的部分可以理解，把動物的分泌物跟動物本身做這樣的連結是相當直觀的，因為這兩者之間是如此密切就如同嬰兒與母親的關係一般。但是動物性與必死性的關係為何，就需要一些篇幅來解釋了。

關於處理自己排泄物的能力，麻州布里奇華州立監獄(Bridgewater state prison)曾因為受刑人囚房的馬桶時常滿溢出來，在1995年被麻州地方法院認為州立監獄提供的環境違反憲法增修條文第八條「免於殘忍及異常刑罰」的權利。¹⁷⁹之所以要避免施加此種殘忍異乎尋常的刑罰在公民身上，或許是因為這樣的對待如同宣示這個人乃非我族類，不值得擁有尊嚴，無尊嚴者幾與禽獸無異，可不將之當成人類對待。處理排泄物的能力是人類跟動物一個重要的區別，在所有已知的文化當中，這也是確保尊嚴的基礎，監獄或集中營當中被剝奪清理自身排泄物的人很容易就失去地位，其被對待的方式就如同禽獸，其他人在傷害或殺害他們之際似乎不會面臨心理上的阻礙甚至猶豫。¹⁸⁰從這點來看，如果將動物性與自身做了連結，會讓自己面臨足以威脅生命安全的結構性災難。

從精神分析的角度來看，精神分析學家Ernest Becker更直指人類的噁心反應跟對於死亡和腐朽的意識有所關聯，在對於排泄物的噁心感漸趨成熟的過程中，我們也是在反抗身體必將走向腐朽與死亡的命運。¹⁸¹他曾在討論Jonathan Swift一首描寫噁心的詩的時候說到：「排泄是一種預示了瘋狂的詛咒，因為它顯示了

¹⁷⁷ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 89.

¹⁷⁸ *Id.* at 89-90.

¹⁷⁹ See Masonoff v. DuBois, 899 F. Supp. 782, D. Mass (1995).

¹⁸⁰ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 89-90.

¹⁸¹ See EARNEST BECKER, THE DENIAL OF DEATH 33 (1973).

人類難堪的有限性、身體性、希望與夢想的虛幻可能性。」¹⁸²¹⁸³ 遵循此種想法，Nussbaum認為Rozin的「動物性提醒」理論(animal-reminder)¹⁸⁴還有加以討論的空間，畢竟不是所有有關動物的一切都讓我們感到排斥，動物的與生俱來的力量、敏銳反而是我們想要追求的，這些特性顯然離噁心有很大的距離。所以有一點必須被明確指出：就是我們所擔憂的是我們跟其他動物所共有的脆弱性、腐朽性。¹⁸⁵

不管是動物本身或是動物的排泄物，這些都是噁心向外發展的核心對象，原因就是前面所提及的，他們提醒了我們身上與動物共有的必死性與脆弱性。儘管幾乎所有的文化對這些核心來源都存有噁心感，但不可否認，這種噁心感仍然是受到概念所影響，某種程度來說也就是後天學來，而非與生俱備的，只不過其本質上依舊屬於噁心的核心來源，這種後天連結相當直接。¹⁸⁶但是透過較為複雜的連結，噁心感會擴張到其他對象，如同Rozin所研究的結果，這種擴張最明顯的連結方式之一就是「心理汙染」的觀念：本來是無害可接受的東西一旦跟噁心的東西接觸，就會跟著變得噁心而令人無法接受。這種過程Rozin稱之為「神秘同感」(sympathetic magic)，其運作的內涵就是「接觸傳染」：曾經互相接觸過的東西會繼續有交互作用，¹⁸⁷因此死人穿過的衣服即便消過毒也不大會被人接受。將噁心感予以擴張的第二個方式「相似性」的概念：如果兩件事物彼此相像，對於其中一件所做的事(例如汙染它)會影響我們對另一個的觀感。¹⁸⁸¹⁸⁹

但無論如何，儘管我們無法否認噁心感天生在內在官能上的設定，但跟語言的發展一樣，這種感受噁心以及將之擴張的能力無法擺脫社會的教化方式而獨立發展。研究顯示，跟噁心密切相關的汙染概念在三歲之前都不會出現，¹⁹⁰雖然嬰兒從出生開始就會逃避苦味，並且會出現張嘴的臉部表情(這種表情正是日後所

¹⁸² *Id.* at 31.

¹⁸³ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 90-91.

¹⁸⁴ *See generally* Rozin et al., *supra* note 173, at 767.

¹⁸⁵ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 92.

¹⁸⁶ Rozin et al., *supra* note 163, at 35-37.

¹⁸⁷ Rozin & Nemeroff, *supra* note 171, at 206.

¹⁸⁸ *Id.* at 224-26.

¹⁸⁹ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 93-94.

¹⁹⁰ TENHOUTEN, *supra* note 164, at 28.

發展出來的噁心感的特徵之一)，但是在這個階段，噁心還無法自單純的厭惡感分立出來。嬰幼兒並不會排拒排泄物或嘔吐物，甚至會被其吸引，在經過社會力量的導正之下，這種吸引才被轉成反感，或至少壓抑這種吸引力。從跨文化的研究顯示，大多數社會的父母都會傳達給小孩一個強烈的訊息，就是要對自己的排泄物感到噁心和厭惡。¹⁹¹雖然從小孩成長到擁有成人的噁心感，這整個過程的詳細內容還不是很清楚，但孩童在噁心感的發展上顯然受到後天教導的影響，因為在噁心經驗當中相當重要的間接或心理汙染的想法顯然是到晚期才發生的，¹⁹²而這必須等到孩童發展出思考較為複雜的因果關係的能力(接觸傳染或相似性的思考)，才有辦法建立這種噁心感，而在這發展過程裡面，父母跟社會的教導無時不涉入其中，¹⁹³而且對於噁心感越為敏感的父母越容易使小孩發展出這種感覺。¹⁹⁴

第三款 噁心與憤慨之區別

如Rozin所言，噁心是進行社會教育的有利手段，藉由教導噁心的感受以及噁心的對象，社會對其成員傳達了對於動物性、必死性、性別角色跟性等事物在相關層面的態度。¹⁹⁵而且當我們努力遠離原始對象的汙染時，會讓我們把噁心擴張到其他對象上，小孩從某個時期開始就會從事一種社會從屬活動，意即創造一群擁有噁心特質的人，把他們視為從屬的。例如假裝從自己不喜歡的人身上抓到骯髒臭蟲的「補蟲夾」的遊戲。這群被列為從屬的人，往往成為統治者區隔使他們感到困擾的動物性的緩衝區。¹⁹⁶在進一步處理噁心的社會擴張前，Nussbaum明確指出噁心在文化當中是被用來建構階級制度的有利工具，而且因為噁心的詞彙表達跟其他的情感有諸多重疊之處，為了瞭解噁心是如何被運用並且在道德化

¹⁹¹ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 94.

¹⁹² See Rozin et al., *supra* note 163, at 33-37.

¹⁹³ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 96-97.

¹⁹⁴ TENHOUTEN, *supra* note 164, at 28.

¹⁹⁵ Rozin et al., *supra* note 163, at 33.

¹⁹⁶ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 97.

的脈絡下是如何形成前面所說的緩衝效用，Nussbaum花了相當篇幅在闡述噁心與憤慨/憤怒之間的差異。

不同於噁心是對於自身被污染的核心想法，憤慨針對的對象是錯誤或傷害，兩者在概念上是有所差別的。古羅馬哲學家塞涅卡(Lucius Annaeus Seneca)所提及關於憤怒的定義大抵是：「想報復錯誤行為的欲望」、「想懲罰他人的欲望，因為某人相信他人對他犯了錯」、「想抱負他人的欲望，因為某人相信他人對他做了超出正當範圍的錯事」，¹⁹⁷而這樣的論述是大多數後續的西方哲學所遵循的，即便是在心理學的領域也是如此。¹⁹⁸既然傷害或損害的概念是憤慨在認知上的核心內涵，而傷害是透過表達跟推理所形成的公共概念，那麼憤慨的根據顯然也是可以公開表達跟公共形成的推理，更何況任何公共文化跟法律體系都必然會處理到傷害或損害的問題，因此也會是社會內部進行說服跟辯論的主題對象。¹⁹⁹

憤慨的感覺可以分享傳達給對方知道，但噁心的感覺往往侷限在一開始就覺得噁心的人的身上，這是憤慨跟噁心兩者最重要的差別之一。就像是Adam Smith所說的：「如果我們的朋友受有傷害，我們很容易就難對他的憤怒感同身受……但如果朋友在談戀愛，儘管我們認為他灼烈的愛是如此合理，我們也無法對他所愛人產生一樣的熱情。」²⁰⁰除了親身體驗到愛，不然這種反應是無法從他人之口傳達而被理解的。噁心的感覺更像是情欲之愛，感到噁心的人很難提出足以說服人的理由，讓那些對某些事情並不覺得噁心的人變得感到噁心，即使社會中有相當多數的成員都共享著這種噁心的感覺，這個事實也無法讓他們成功說服他人。²⁰¹另外一個差別就是，憤慨通常是基於日常生活中的因果關係跟評價，意即怎樣的傷害會造成怎樣的結果，而誰又應該為這一切負責(因果)，還有這樣的傷

¹⁹⁷ Lucius Annaeus Seneca, *On Anger*, in ANGER, MERCY, REVENGE 16 (Elizabeth Asmis et al eds., Robert A. Caster & Martha C. Nussbaum trans., 2010).

¹⁹⁸ See generally Elizabeth A. Lemerise & Kenneth A. Dodge, *The Development of Anger and Hostile Interactions*, in HANDBOOK OF EMOTIONS 730, 730-41 (2008).

¹⁹⁹ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 99.

²⁰⁰ ADAM SMITH, THE THEORY OF MORAL SENTIMENT, OR, AN ESSAY TOWARDS AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLES, BY WHICH MEN NATURALLY JUDGE CONCERNING THE CONDUCT AND CHARACTER, FIRST OF THEIR NEIGHBORS, AND AFTERWARDS OF THEMSELVES 43 (1817).

²⁰¹ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 100-01.

害嚴重程度為何(評價)。²⁰²但是噁心常常出於一種直覺，而非基於真正的危險，噁心跟傷害的真正來源並沒有強烈的關聯。而且，憤慨的本質是對應於這樣的想法：我們自己，以及我們所珍愛的人事物都有可能因為某些人的錯誤行為而受到傷害；但是噁心卻是圍繞著一種希望：希望自己成為自己所不是的存在，也就是一種不朽的非動物性存在。前者很少有人會否定它的真實性，但後者明顯只是一種自欺跟不切實際的熱望。²⁰³

而且噁心跟憤慨的界線往往會因為噁心被道德化的方式包裝而變得模糊，正如審判王爾德的法官自認自己是在維護性道德一樣，即便不用訴諸噁心，也能夠以道德做為理由。Rozin等心理學家發現，「噁心」經常用來指涉與道德相關的事情，起初以為只是英語在使用上的意外狀況，但後來發現其他的語言也有類似的擴張。²⁰⁴²⁰⁵Nussbaum認為，即便表面上這些表達出噁心的情緒都是跟道德做了連結，其中仍有差異，有些案例會連結真正的道德判斷，例如過於血腥的謀殺案情節令人感到噁心；但有些則只是將噁心感予以擴張的結果，其與道德並無直接關聯。Nussbaum以馬勒(Mahler)第二號交響曲第三樂章「噁心的吶喊」以及自身對於政治失望的經驗為例，認為噁心的內涵是一種沒有建設性的反社會情緒，這會讓感受到噁心的人逃避與脫離，而不會讓他們想要積極涉入改變現狀，跟憤慨具有指正錯誤的建設性功能比較起來，噁心跟正面的道德提升顯然是有差別的。至於有沒有可能把噁心這種強大的力量用在好的方面？Nussbaum認為這種主張最大的問題在於噁心這種感受並不會針對特定的行為之上。針對做錯事的罪犯，我們會希望他改過遷善，並且同時容許他身為人類的應有尊嚴的存在；但是噁心的基本思想是汙染，其目的是要把對方從身邊驅逐。即使是對於心懷邪惡意圖的罪犯甚至恐怖分子，噁心的情緒不僅沒有助益，更是錯誤的，因為那只會讓人沉溺在不切實際的幻想，而不去思考務實的解決之道。但是我們往往訴諸噁心的情

²⁰² Elana I. Clausen, *Preface to PSYCHOLOGY OF ANGER*, at vii (Elana I. Clausen ed., 2007).

²⁰³ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 102.

²⁰⁴ Rozin et al., *supra* note 184, at 762-63.

²⁰⁵ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 103.

緒，而且將特定群體抓出來做代罪羔羊，例如猶太人、女人或同性戀者。²⁰⁶

第四款 噁心的投射與從屬

區分我群與他者是噁心在作用上的一個核心概念，雖然一個群體在出現排拒外來者的時候不一定會明確地出現噁心的情緒，但一旦群情高漲時，噁心總是其中最為耀眼且最具決定性的情緒。²⁰⁷Nussbaum指出，在歷史上我們常常把一群人特定出來，讓他們成為人類與動物之間的界線，藉由不斷地將黏液、噁心、臭味、腐朽或骯髒這些噁心的特質連結(投射到)到特定人身上，並將其等視為一群立於自己與動物之間的「準動物」(quasi-animal)，好讓我們覺得自己與動物或終有一死的自我又遠了一些，在歷史上，猶太人、女人以及同性戀者都是噁心投射的對象，並且被建構成從屬的團體。²⁰⁸

一直到十九世紀前，猶太人都被型塑成軟弱、噁心且如同女人般脆弱，並且被歸類為次等的種族，到了一次大戰後，這種情緒在德國更為強烈，藉由將猶太人(還有女人與共產主義者)打成虛弱噁心卑劣的人種，日耳曼男人在自己身上「發掘」出剛毅不朽強壯的特質，以達成自我肯定的目的；「看來就像那些長了瘤的猶太女人一樣」，是他們對於猶太男人的說法，²⁰⁹而這種噁心投射與團體從屬的影響力甚至可以改變從屬團體成員對於自己的觀點與評價。Otto Weininger是個憎恨自己的猶太人以及同性戀者，²¹⁰他認為猶太人本身就是女性化的，而且這種女性化特質是大大違反男性的天性特質，結果就是，即便是最有男子氣概的猶太男人也比最沒有男子氣概的亞利安男人還要來的更像女人。²¹¹至此我們可以發現，女性在這整個汙名化與從屬化的過程中儼然成為一個負面形象的載體，即便是針對猶太人所進行的貶抑，「像個女人」卻是他們讓人感到噁心的原因，至

²⁰⁶ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 103-07.

²⁰⁷ SUSAN B. MILLER, DISGUST: THE GATEKEEPER EMOTION 153-54 (2004).

²⁰⁸ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 107.

²⁰⁹ MILLER, *supra* note 207, at 180.

²¹⁰ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 108.

²¹¹ Otto Weininger, *The Jew Must Free Himself from Jewishness*, in *THE JEW IN THE MODERN WORLD: A DOCUMENTARY HISTORY* 269, 269 (Paul Mendes-Flohr & Jehuda Reinharz eds., 2d ed. 1980).

此我們才驚覺，對於女性身體的厭惡，才是一個更為廣泛且深埋在我們心中的文化脈絡。²¹²

女性的身體常被說成是骯髒與汗穢的，儘管誘人卻是不折不扣的污染源，²¹³而且這種情況廣泛地出現在世界上各個社會文化之中。至於為何如此，從經驗上來看或許是因為女性的生育能力緊密聯繫到生命的延續性跟身體的必死性，此外，女人還從男性身上接納令男性感到噁心的精液，女人的身體某種程度淪為一個不折不扣的汗水坑，但是男人卻永遠都脫離不了對於女性身體的欲望，也就是說，他們脫離不了自己對於某個噁心事物的欲望，而這點讓他們感到焦慮萬分，因為一個身為文明與力量代表的男性怎能夠接受自己與噁心的事物如此密切？為了擺脫這種情緒，男性開始貶抑女性的身體，並且把性行為當作貶抑對方的一種方式，以合理化自己對於女性身體的欲望。²¹⁴或許正是因為這樣，William Ian Miller才會主張憎恨女人的現象跟噁心的核心觀念是密切相關的。²¹⁵而異性戀男性對於男同性戀的噁心感也是出於類似的道理，因為他們對於男同性戀性行為的想像暗示著他們：你們的身體也有可能被穿透而成為一個接收他人體液的容器，你將因此變得汗穢不堪，你那充滿排泄物與體液的肉體終有一死。²¹⁶

從上述的例子可以看出，噁心感通常發源於人類內心深層針對身體與其必死性的矛盾心裡，我們對於自身所擁有的生物性感到焦慮，因此就鎖定一群人(從屬團體)，把他們當成噁心的投射對象，並讓自己處於一種自己所想像的優越地位。²¹⁷但是猶太人的例子卻有些不一樣，它顯示出噁心這種情緒的危險性。相較於女性跟男同志的噁心都涉及到我們對於體液的共同焦慮，但是猶太人的例子中卻沒有明顯的身體特性去給我們做這樣的連結，可見噁心有很大部分是純粹的社會建構，要建立針對特定群體的噁心感並不需要有一個被社會成員共享的原始噁

²¹² See generally Miller, *supra* note 174, at 252-53.

²¹³ See generally Miller, *supra* note 174, at 109-42.

²¹⁴ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 111-12.

²¹⁵ Miller, *supra* note 174, 103-05.

²¹⁶ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 113-14.

²¹⁷ *Id.* at 114.

心感存在，只要一套精心設計的社會教化工程就可以了。²¹⁸

第三節 羞恥與羞辱

羞恥跟羞辱有甚麼不同呢？在使用上，我們通常會說「我覺得很『羞恥』」或是「我覺得我被『羞辱』了」，而不會把兩者反過來使用，因此，在概念上羞恥是一種內心的想法，而羞辱則是一個外在的行為，感到羞恥的人不一定都被羞辱，但羞辱此一行為往往造成行為的對象感到羞恥。²¹⁹性犯罪的被害人在事後常會出現羞恥的感覺，情況之普遍似乎不是以「被害人沒有錯」或「該感到羞的應該是那些加害人」之類的精神教導就可以改變的。如果對羞恥有一個比較完整的了解，我們將會明白，在現時的社會脈絡之下，我們不僅很難期待被害人不要有羞恥感，要加害人感到羞恥，更不啻緣木求魚。但這是否意味著被害人中須受到羞恥感的折磨呢？恐怕也未必，只是屆時我們的社會恐怕會是一個完全不同的光景，因為羞恥這種情緒已經伴隨我們太久了，久到我們無法想像一個沒有羞恥感的社會。

第一款 淺談羞恥

跟人類其他的所有情緒一樣，羞恥也被認為具有一些實質的功用(function)，例如當社會規範被破壞的時候，規範破壞者所表現出來的羞恥感可以讓它重新被社會所接納，所以羞恥感具有一種社會復規的功能。²²⁰而在心理學上一個比較廣泛的想法是羞恥感在於壓抑我們在性上面的衝動，而這可以避免我們違反社會規範，這也是為什麼羞恥感時常出現在與性活動相關的事件脈絡中。正因為性活動中的兩人必然產生親密的互動，也因此有人進一步認為羞恥感可以讓我們跟他人保持適當的距離以及適度的親密關係，如此我們才能適度地界定自己(identity)，而不至於被他人完全取代，如此看來羞恥感也可以防止我們在適

²¹⁸ *Id.* at 110.

²¹⁹ *Id.* at 203-04.

²²⁰ STEPHEN PATTISON, SHAME 78 (2000).

當的時候中止跟他人的來往，避免雙方的互動對自己產生不良的後果。²²¹除了在功用上的討論有各種不同的理論，羞恥感在類型上也有各種切入的角度：從正面跟負面兩方面的定義上來看，羞恥在概念上可以有正面的 *respect shame* 或負面的 *disgrace shame* 之別，前者類似於我們說一個人有羞恥心，他的行為跟態度是符合社會規範的跟道德的，而後者則是一個人違反社會規範時會有的感覺；從時間長短來看，可以分成針對特定事件的羞恥感或是長期人格化的羞恥感，兩者在感受上可能同樣令人難堪痛苦，但是前者的正面效益可能大於後者；²²²在概念的範圍上，有許多情感時常跟羞恥並列討論，例如尷尬就被視為與羞恥相近的情緒，只是兩者在程度跟其所發生的環境脈絡上仍有差別。²²³

有很多角度可以供我們做為切入點，也帶出了一個問題，就是到底什麼是羞恥？雖然我們會說羞恥感可能會發生在什麼場合，但並不代表這個場合下所產生的感受就是羞恥，畢竟引發羞恥感的外在因素是如此之多。²²⁴跟所有的情緒一樣，我們似乎只能說自己感受到羞恥，卻無法說甚麼是羞恥，雖然如此，我們仍然能夠從主觀經驗上去找出羞恥的形貌。有認為羞恥雖然很難去界定，但是從經驗上，羞恥是：讓你恐懼(*fearful*)而混亂(*chaotic*)地感覺到自己脆弱(*vulnerability*)的本質(*nature*)被一個無法抵擋(*irresistible*)、令人毛骨悚然(*eerie*)的力量給揭露(*revelation*)了，此時此刻你成了一個有缺陷的人(*moral incompetence*)，不只在大眾(*sacred community*)面前威嚴掃地(*humbled*)，還會被驅逐隔離(*isolated*)。²²⁵以上這些因素或許不盡然就是羞恥的全貌或是本質，但羞恥這種情緒是如此複雜龐大，不妨以這段描述做為一個方向，盡可能構繪出我們心中那股不言可喻的感受。

首先就是暴露(*exposure*)或是揭露(*revelation*)，這兩者是在討論羞恥這種感覺

²²¹ *Id.* at 79.

²²² *Id.* at 84-85.

²²³ NUSSBAUM, *supra* note 154, at 204-06.

²²⁴ See generally ANDREW P. MORRISON, *THE CULTURE OF SHAME* 80-102 (1996).

²²⁵ Jack Katz, *The Elements of Shame*, in *THE WIDENING SCOPE OF SHAME* 231, 232 (Melvin R. Lansky & Andrew P. Morrison eds., 1997).

時最常被提及的概念，²²⁶例如：羞恥的感覺就好像是你覺得失去了所有的防護，一切再也沒有內外之別；全身上下都被窺伺殆盡，你外在的全能形象不復存在，只能暴露在界限消失後的無盡恐慌之中。²²⁷這也是為什麼雖然羞恥的感受在本質上具有暴露在外的意涵，但是羞恥(shame)這個字的字源卻是覆蓋(cover)、遮蔽(veil)、隱藏(hide)的意思，²²⁸我們對於羞恥的反應(躲藏、遮蔽)看來是恰如其分地暗示了羞恥這種感受的滋味；而我們所想要隱藏的東西，看來是自身在本質上的一種不完美跟脆弱，而這種不完美跟脆弱一旦被別人看見，自己就會被視為一個有瑕疵的存在，讓自己在群體中尊嚴盡失，更嚴重的結果就是被驅離，成為一個不被接受的外在者。

羞恥這種感受的外在輪廓至此似乎有點樣子出來了，但若要繼續深究，後面還有許多問題等著我們，因為我們只是點出了結論，卻絲毫未提後面的原因是甚麼。我們沒有解釋為什麼一個具有瑕疵的個體可能會遭受被群體驅逐的命運，而且所謂的驅離究竟是描述一種觀察下的事實或是想像？我們也不知道所謂不完美跟脆弱的本質所指涉的是甚麼更深層的心理，以及如此強調將之隱藏起來的意義跟目的為何；我們甚至不知道人類究竟為什麼會感到羞恥。要回答這些問題，須要對羞恥有更進一步的討論。

第二款 羞恥的發展

有認為羞恥感的原初型態發生在嬰兒時期，當一個小嬰兒把手伸向媽媽(或他所認為的照顧者)，結果發現這個人並沒有給予回應，他會停下來，然後把頭轉開，把臉藏起來開始哭哭泣，這就是羞恥感的原型：一種當我們發現對方並沒有對我們的行為給與正面回應(approving reciprocity)時的反應(reaction)。²²⁹而這樣的互動情形會在幼童的生長過程中不斷出現，在跟照顧者的互動當中，他們會

²²⁶ Katz, *supra* note 225, at 232.

²²⁷ Claire Pajaczkowaska & Ivan Ward, *Introduction to SHAME AND SEXUALITY: PSYCHOANALYSIS AND VISUAL CULTURE* 1, 3 (Claire Pajaczkowaska & Ivan Ward eds., 2008).

²²⁸ PATTISON, *supra* note 220, at 40.

²²⁹ PENTTI IKONEN & EERO RECHARDT, *THANATOS, SHAME, AND OTHER ESSAYS* 112 (2010).

漸漸發現一件事情，就是自己所處的環境並不會無時無刻都滿足自己的欲望。當小孩想要感受到被呵護跟喜愛，但父母卻表現出討厭跟厭煩的反應，這種落差也會帶給小孩很大的羞恥感。²³⁰時間再往後推一些，當父母親發現小孩做錯事的時侯除了口頭上制止他們之外，臉上更可能會出現嫌惡的表情，儘管他們通常沒這個意圖，但一股羞恥感依舊在孩子的心中席捲而上。²³¹

但是這種羞恥跟我們所了解的羞恥似乎有那麼一些不一樣，至少，在成人的生活中，羞恥的經驗跟種類太多了，這段關於幼童羞恥感發展的歷程要如何解釋一個更廣泛、生活中的羞恥感的出現呢？這是一段經過時間發展與轉化的歷程，我們必須從頭說起。首先，在嬰幼兒這段期間我們開始體認到自身並非全能的：當照顧者忽略了我們的需求，我們才發現其實有一個自外於我們的世界，而我們所需要的一切資源跟照顧都要靠這個外在的世界供給。上面這種想法有悖於我們應當是全能的一種原初感覺，當我們發現這件事的時候，才知道自己的虛弱跟無力，也就產生了最原始的羞恥感。²³²如果我們因循這種想法，這也難怪有認為羞恥幾乎在一出生的時候就出現了，²³³因為出生意味著嬰兒要離開母親的子宮，這不僅僅是跟母親的分離，更是嬰兒跟一個讓他感受到自己全能的環境的脫離，他再也無法毫無條件地獲得自己所需的一切，飢餓、困苦、不舒服是他出生後才會開始面對的。²³⁴

但是要發現自己的不足並不是只要感受到痛苦就夠了，這其中一個關鍵的概念就是嬰兒必須發現自己的存在，以及自身所處的無助狀態，²³⁵而這有賴於一個他者(the other)的存在幫助他建立起一個「客觀的自覺」(objective self-awareness)，這就是說，他自己成為一個別人眼中的客體/對象(object)，經由觀察別人看他的眼光，他也看到了自己的樣子。²³⁶在這樣的一個過程中，他會漸

²³⁰ MICHAEL P. NICHOLS, NO PLACE TO HIDE 117 (1991).

²³¹ MICHAEL LEWIS, SHAME: THE EXPOSED SELF 111 (1995).

²³² NUSSBAUM, *supra* note 154, at 183. 282-283

²³³ *Id.* at 183. 283

²³⁴ *Id.* at 178-79.276-77

²³⁵ *Id.* at 184. 283

²³⁶ FRANCIS J. BROUCEK, SHAME AND THE SELF 37 (1991).

漸了解到：「自己」不只是由自身內在經驗感受所認識的那樣，他人眼光中的自己(鏡中的自己)，也是「自己」，²³⁷而這樣的結果就是這個小孩會想要以一個「理想自己」的形象呈現在他人面前。²³⁸至於這種理想自己的形象從何而來，有認為最初是來自於父母對於我們的期待，例如保持乾淨跟自我控制，也因此父母的生活管教方式會讓小孩產生不同的理想自我的形象。²³⁹到這裡我們似乎可以理解羞恥在幼童與成人時期之間的承接性了，所謂的羞恥，不就是我們在他人面前洩漏出自己醜陋的一面時的反應嘛！又之所以醜陋，是因為理想中的自己是一個高貴而全能、堅毅果敢、無所需求、遠離腐朽與死亡的。但問題是，要一直維持信念確信自己的確符合這個理想自己的形象並不是一件容易的事。

這是因為在心理學的論述上，我們透過其他人的眼神看到自己的樣子，因而產生自覺，這個過程在嬰兒時期其實就是藉由母親的凝視而開始，所以到了日後我們長大了，我們就變得很難脫離自己是如何被他人看待這件事，²⁴⁰這也是人類不同於動物的一點，我們能用客觀(外在)的角度去觀察評價自己，而不是單純地依照本能跟情緒去做反應，自身的感受不是我們去認識自己唯一的方法，²⁴¹所以才會有認為一個人在幼兒時期有無受到良好的照顧會影響他日後的人格發展，尤其是對於自己的觀感跟自信，²⁴²因為良好的照顧代表比較可以避免見到自己脆弱無助的一面，也就比較可以在心中維持這種理想自己的形象並且避免受到挑戰跟質疑。

但是這樣的形象並不是一種實際的存在，它是我們對於自身期待的幻影，我們希望自己是無所不能的，但我們不是；我們希望自己是無所畏懼的，但我們不是；我們希望自己是無所需求的；但我們不是；我們希望自己與人性的卑劣陰暗面與肉體的必死性毫無關係；但我們不是。我們脆弱而無助，渺小而卑微，這也

²³⁷ MAURICE MERLEAU-PONTY, *THE PRIMACY OF PERCEPTION* 153 (James M. Edie trans., 1964).

²³⁸ BROUCEK, *supra* note 236, at 38.

²³⁹ NICHOLS, *supra* note 230, at 117.

²⁴⁰ Claire Pajaczkowaska & Ivan Ward, *Introduction to Sexuality and visual culture* 1, 3 (Claire Pajaczkowaska & Ivan Ward eds., 2008).

²⁴¹ LEWIS, *supra* note 231, at 37.

²⁴² MORRISON, *supra* note 224, at 59-60.

就是為什麼人類為什麼會如此在意他人對自己的看法，因為惟有透過他人的眼光，我們才能相信自己是符合這種理想形象的(因為別人就是這麼看我!)。也惟有透過他人的眼光，我們才會覺得自己沒有符合這樣的形象(因為別人就是這麼看我!)。這也是為什麼如果沒有別人在我們身邊，我們將無法存在，如果沒有跟他人相處，我們也無法知道自己是誰，因為我們將會失去自覺(self-conscious)的能力，於是我們必須跟社會上的其他人有所聯結，並且確保這種連結不會中斷，一旦想到自己可能會被他人及社會拒絕，我們必然感到恐懼與擔憂。²⁴³而這種現象可說是身為人類的共同需求，其如此廣泛更是跨越文化與種族之別的。²⁴⁴

讓我們在此稍為歇息一下，回顧一下剛剛論述的脈絡，一開始我們講到了嬰兒時期發展出來的羞恥感，認為這種羞恥感跟嬰兒感覺到自身有所不足與欠缺的感受息息相關，並且帶進了他者(the other)是為何以及如何在這個過程中扮演重要角色，因為惟有透過他人的眼光，我們才能產生自覺(self-consciousness)，技術上的說法就是從自己的眼光透過他人的眼光再看到自己，就像從鏡子看到自己一樣，也因此才能在心中出現自己的形象。正因為我們無法擺脫他人是如何觀看我們的，所以我們在心中有一個「理想自己」的形象，希望自己呈現出來的樣子能夠符合這樣的形象，也就是說，希望別人能夠這樣看待我們，然後從別人的眼光中，我們也可以「看到」自己真的就是這樣的存在。

第三款 不願面對的自己

至此我們可以嘗試更深入地切入羞恥的核心了。我們說羞恥的感受永遠脫離不了別人看待我們的態度，單純客觀的事件本身並無法直接導致羞恥感的發生，他人的反應才是導致我們產生羞恥感的原因，²⁴⁵因為惟有如此我們才能看到自己的樣子。進一步推論下來，其實真正讓我們感到羞恥的對象不是其他事物，而是我們自身(self)，我們之所以會感到羞恥是因為發現自己並不符合理想中的自己

²⁴³ PHILIPPE ROCHAT, *OTHERS IN MIND 2* (2009).

²⁴⁴ *Id.* at 3.

²⁴⁵ LEWIS, *supra* note 241, at 29.

應該有的樣子。²⁴⁶而這也是羞恥跟罪惡感(guilt)最大的不同之處。

羞恥跟罪惡感在使用上時常一同出現，但兩者在概念上仍有所差異。²⁴⁷雖然罪惡感可能比羞恥更讓人難受，但是之所以會覺得有罪惡感通常是因為我們做了某種行為，所以總是有個方法或手段可以讓我們擺脫罪惡感的糾纏，例如告解或是認錯，但是羞恥感卻沒有辦法用這種方式解脫，因為他所指涉的是你這個人(樣子、本質)而不是你的行為。²⁴⁸因此關於羞恥的定義，大多數人都把重點放在對於自我的負面評價，例如「覺得自己很髒、汙穢、不被喜愛」、「整個人好像崩毀了」或是「很糟糕，覺得一切都錯了但不知理由何在」。²⁴⁹他們所感受到的是一個破敗骯髒的自己，而且這是一個沒有前因後果、脫離理智思考的既成事實，除了接受，似乎沒有辦法改變任何事情，唯一能做且想做的似乎就是逃避。²⁵⁰

為何是逃避呢？面對羞恥我們難道沒有更積極的做為可能？羞恥的存在是否意味著某些事情已經底定而無改變，所以也只好逃避這些令人不快的事物？至此有一個概念漸漸成型了，那就是，雖然暴露在他人的注視之下是羞恥的重要因素，但是會因此感到羞恥的前提是，我們對於這些暴露在外的身體特質或內心想法本身就已經感到羞恥了。²⁵¹因為我們對於自己感到羞恥，所以不想讓人看見，當我們發現別人看見了(此時自己也看見了)，我們就想隱藏起來，這也是為什麼有認為最深的羞恥感不在於自己暴露於他人之前而被他人所觀覽，而是透過自己的眼睛看到自己，有時候公眾之下的暴露反而讓我們避免這種更讓人感到痛苦的內視。²⁵²無怪乎沒有任何一種情緒能夠像羞恥那樣直接打擊我們的信心，質疑我們之所以值得身為人的一切特質，²⁵³因為我們本身就是讓我們羞恥的原因了，他人的注視至多只是逼迫我們把目光轉向這個不堪的自身。

雖然最後我們把羞恥導向自我，但不要忘了，他者的存在永遠都是自我賴以

²⁴⁶ NICHOLS, *supra* note 230, at 117.

²⁴⁷ HELEN MERRELL LYND, ON SHAME AND THE SEARCH FOR IDENTITY 21 (1958).

²⁴⁸ See PATTISON, *supra* note 220, at 43-44.

²⁴⁹ *Id.* at 70.

²⁵⁰ See *Id.* at 70.

²⁵¹ LYND, *supra* note 247, at 29.

²⁵² *Id.* at 31.

²⁵³ NICHOLS, *supra* note 230, at 112.

出現與發展的媒介。既然自覺(self-consciousness)在定義上就是我們透過他人的眼睛所看到的自己的樣子，在這種定義之下，它的概念本質上是社會性的，因此所謂的自我(self)並不是一種與他人無涉的個人(individual)或核心(core)，而是我們與外在的他人一起建構的。²⁵⁴所以一個可以透過自覺而被自身審視的客體(讓人感到羞恥的自己)，基本上也是社會建構、從社會經驗中發展出來的。當自我萌芽時，在某種意義上它也提供自己它的社會經驗，如此我們才能感受到自己是一個獨立的自我，若沒有這些社會經驗，我們同樣是無法感受到自我的。²⁵⁵試想，如果就連自殺都可能是我們為了讓別人看到我們確實存在的手段(好讓自己感受到自己不是死亡的)，²⁵⁶不難想像這樣的一個社會建構力量是多麼龐大而不可抗拒，我們都在其中用盡各種可能保護內心最為脆弱的那一絲羞恥感，努力型塑一個對於自己的美好觀感/想像，在名為社會的畫紙上細心描繪一幅最初由他人幫我們畫下第一筆的自畫像，照著因年齡增長而發展的理想藍圖，一筆一筆勾勒，並且滿足/藏匿於眼前畫布中的自己，當想起自己已許久沒有站在鏡前審視自己的模樣時，我們就會開始懼怕他人把眼光投注在自己身上，而非眼前這塊自己手繪的畫布吧。

儘管自我這種東西毋寧是我們對於自己的幻想而非一種實際的存在，²⁵⁷我們仍然無法否認它在概念上的運用對於我們用來了解以及解釋有關自己的一切是多麼重要而關鍵，自我跟個人密切相關的私密性跟代表性，不是我們大力主張「外在環境對於自我的產生具有關鍵性的作用」就可以忽視抹滅的。²⁵⁸人之所以為人，正是因為我們不同於存在於世上的物(object)，存在的本身意味著以人/主體(subject)的身分存在，當我們失去了身為人的身分跟資格，我們也失去了存在的理由，消亡成了必然的宿命。我們不想也拒斥成為客體，但究竟要成為一個

²⁵⁴ ROCHAT, *supra* note 243, at 3.

²⁵⁵ LAURA DESFOR EDLES & SCOTT APPELROUGH, *SOCIOLOGY THEORY IN THE CLASSICAL ERA: TEXT AND READINGS* 393 (2010).

²⁵⁶ ROCHAT, *supra* note 243, at 2.

²⁵⁷ THOMAS METZINGER, *BEING NO ONE: THE SELF-MODEL THEORY OF SUBJECTIVITY* 1 (2003).

²⁵⁸ ROCHAT, *supra* note 243, at 13.

主體或是客體卻不是我們自身所能單獨決定的，如前所述，我們透過他人的眼光看到自己的樣子，因此，我們究竟是以客體或主體的地位出現在他人在眼中決定了我們視自己為一個主體抑或客體的存在。因為個人主觀上尚未也難以體驗以一個客體地位存在於世的感受，所以不敢妄下以下的結論(推論)：我們會因為他人的眼光而死。但是經過這番論述，我們至少可以確定：對於自我的觀感絕對不只是一種藉由他人眼光形塑的虛構想像而已，它確確實實地影響了我們的存在。

第四款 客體化(Objectification)

在此我們要把羞恥跟客體化兩者之間的關係做一個較為明確的連結，就結論來說，我們無法接受也不願自己被別人當成一個非人的物，所以當我們嘗試以一個主體的身分跟他人互動，卻感受到自己被他人客體化的時候，我們就很有可能出現羞恥的感覺。²⁵⁹而之所以會覺得羞恥是因為我們感受到自己成為一個被他人觀察的客體，就像世界上的其他東西一樣，不是一個能夠賦予他人存在意義的主體。²⁶⁰那麼在性活動/犯罪之中這種羞恥與客體化的情形是怎樣運做呢？

首先，在國內的討論有認為所謂性自主傷害就是性權利受到傷害，既然性權利受到傷害就表示其所為的性活動並非在於行使權利而是履行義務，意即淪為性客體而非性主體。²⁶¹但是甚麼叫做性主體甚麼叫做性客體呢，從該篇論著的內容來看，這種主客體之別似乎是由性的互相愉悅為出發，性主體享受著性的愉悅，但性客體只是性主體發洩性慾的對象。²⁶²到這裡我們又有點頭暈目眩了，這裡所談論的客體似乎跟我們上述所說的狀況有點不同，兩者所指究是相同或不同的事呢？在回答這個問題之前，讓我們先看看有無其他與客體相關的論述讓我們去認識這樣的性主體與性客體關係。

德國哲學家康德(Immanuel Kant)的人性判準(formula of humanity, FH)與這似

²⁵⁹ BROUCEK, *supra* note 236, at 47.

²⁶⁰ JEAN -PAUL SATRE, BEING AND NOTHINGNESS 312 (Hazel E. Barnes trans., Routledge 2003).

²⁶¹ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？：兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學，42期，2003年1月，頁22。

²⁶² 同上註。

有異曲同工之妙，其內容是說，我們在跟他人相處時，應該盡可能以滿足其需求為目的，而非只是利用他們。—“Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in any other person, always at the same time as an end, never merely as a means.”²⁶³在解讀這段話時要注意的是，人性判準並不是說我們跟別人相處時絕對不能對他人有任何的利用，或者是必須完全以他人的需求為目的，不然這個世界根本無法運行下去，該判準所要求的門檻僅止於不要完全把他人當作手段，而讓對方的需求完全無法得到滿足。²⁶⁴另外一點，人性判準並不關注我們是用甚麼心情去對待他人，同情、慈悲、憐憫都不是重點，這從康德對於刑罰的看法就可以知道了：他反對功利主義(utilitarianism)把刑罰當成一種手段，即使這個手段所要追求的可能包括對於受罰者自身的利益，而不僅是社會的整體利益。康德認為如果真的要將受罰者當成一個目的來對待，就是要給與他應有的刑罰(lex talionis)；若非如此，假設我們讓罪犯有機會選擇接受藥物實驗(這個實驗會對整體社會帶來益處)以換取減刑(減刑對罪犯有好處)，看似立意良善，反而是把罪犯當成手段了。²⁶⁵

從刑罰轉到康德對於愛情的論述來看，其似乎認為性慾的滿足並沒有辦法符合FH的標準，因為性的欲望是如此強烈，強烈到讓人忽視一切其他的感受(包括自身或對方的)這種性慾的愛因此把被愛的人成為一個欲望的客體，一旦欲望被滿足了，被愛的那個人就會像顆被榨乾的檸檬般被丟棄。²⁶⁶康德認為惟有婚姻可以讓我們正當地以一種無上的姿態擁有一個人(但其並不否認此時本質上仍是一種將他人物化的欲望之愛)，因為想要如此對待一個人，前提是我們對他(她)擁有全權處置的權力，這當然也包含利用對方的性器官滿足自身欲望的權力。問題是我們要如何對於一個人擁有這樣的權力呢，那就是讓對方對於我們也擁有完全相

²⁶³ Immanuel Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, in JUSTICE: A READER 158, 180 (Michael J. Sandel ed., 2007).

²⁶⁴ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 127.

²⁶⁵ *Id.* at 134.

²⁶⁶ Immanuel Kant, *Duties Towards the Body in Respect of Sexual Impulse*, in THE PHILOSOPHY OF SEX 199, 199-20 (ALAN SOBLE ed. 2002).

同的權力，而只有婚姻才能使兩個人建立起這種關係。²⁶⁷

不同於康德對於性愛的悲觀看法，Eva Feder Kittay認為，如果在性接觸的當下，對方並沒有對於性的欲望，這就是把對方當成一個性的客體了，唯有雙方對於彼此存有熱烈的渴望，他們才能一起在一段性關係中互為性的主體。對於「同意」這件事的解讀不應該用一種契約的概念去看，而應該把它視為互相的渴望，且這種渴望應該存在於每一刻。²⁶⁸Lois Pineau以及Martha Chamallas也提出了類似的說法，兩者不約而同地強調一種互相、對等的概念。Pineau提出了「傳達理論」(communicative theory of sex)，其認為每個人在性行為中滿足自己欲望的同時，也負有義務使對方的目的獲得滿足，否則等同於沒有得到對方的同意。為什麼這麼說呢，因為對女性來說，如果她沒有辦法在這段性關係中得到她所要的，她就沒有理由要同意從事這件她不喜歡的性行為；何況對男性來說，他也沒有理由認為他的對象在這種情況之下還會同意發生性行為。²⁶⁹Chamallas 則提出了「平等理論」(egalitarian theory of legitimate sex)，其認為如果女性為了外在因素同意從事性行為，她等於落入了一個被男性霸權所統馭的領域；但如果性行為的目的單純是為了性的愉悅，因為性愉悅跟親密感的享有是男女雙方都有能力去感受的，在這領域內男女雙方則是平等的。²⁷⁰因此她主張，即便獲得形式上的同意，只要性的目的是為了獲取金錢、權力等外在的利益，這個性就是充斥剝削而不道德的。²⁷¹

其實不論是康德還是 Kittay 等人，他們所重視的並無不同，雖然康德似乎認為在性慾的掌控之下，沒有人能夠跳脫自己的感受去為他人設想(此時或許連 self-awareness 都暫時失能了)，因而不可能達到 Kittay 等人所說的互相滿足的狀態，但這種「互相」的概念，都是他們強調的，否則康德也不會認為必須透過婚

²⁶⁷ *Id.* at 202.

²⁶⁸ Eva Feder Kittay, *Ah! My Foolish Heart: A Response to Alan Soble's "Antioch's Sexual Offense Policy: A Philosophical Exploration"*, 28 J. SOC. PHIL. 153, 158 (1997).

²⁶⁹ Lois Pineau, *Date Rape: A Feminist Analysis*, in DATE RAPE: FEMINISM, PHILOSOPHY, AND THE LAW 1, 18-22 (LESLIE FRANCIS ed., 1996).

²⁷⁰ Martha Chamallas, *Consent, Equality, And The Legal Control Of Sexual Conduct*, 61 S. Cal. L. Rev. 777, 839 (1988).

²⁷¹ *Id.* at 784.

姻合理化彼此都把對方當成洩慾的客體，然後達成「互相」（都把對方當客體）的關係以符合人性判準的要求。而這些應該就是支撐所謂性客體與性主體相關論述的脈絡了。既然本章主在處理羞恥，接下來的工作就是把這樣的一個論述連接到羞恥，所幸並不需要太大的篇幅，因為我們之前就說過，羞恥感發生的一個因素就是我們在與他人互動時欠缺“approving reciprocity”，這種互相性的概念與上述的說法如出一轍，而我們也已談論過這種互相性的欠缺會進一步因當事人透過他人的眼光看到自己的不足與缺陷而讓當事人產生羞恥感，羞恥與客體的關係至此大抵趨於明確了。

第五款 小結羞恥

不同於本章前兩節關於恐懼與噁心兩種情緒的處理，本節關於羞恥的論述每每脫離羞恥這種情緒本身，轉而帶到其他附屬的觀念，例如他者與客體，此乃因羞恥是如此一種複雜的情緒，噁心尚可連接到與日常生活相關的舉止，因此相關的理論並不會脫離我們的理解程度太遠，儘管有些東西仍然不是那麼直覺的。但羞恥不但在本質上相當隱晦而難以察覺（羞恥的當下我們只想「隱藏」），其心理學上的理論更是充滿曲折，其中有許多顯然不是我們直覺上所能理解，要了解背後所有相關的說法恐怕要有比產生羞恥感所需要的更多且更為客觀的“self-consciousness”吧。雖然辛苦，但是這樣的努力是有代價的，因為本章的目的就是在於處理性犯罪中被害人的情緒內容，要怎樣把一些時常出現在性犯罪論述中的概念與詞彙納進情緒的範疇中自然是必要的。以下這段話或許正好做為本節內容的總結，如果能夠理解這段話，這些論述的功用大概也達到了吧。

「當女性把他人對自己的觀點與看法內化成為自己對自身的觀點，她們就是把自己當成一個被評價的客體了；也因為他們總是用其他人的眼光取代自己的自覺來看待自己的身體，這使得他們很容易產生羞恥的感覺，因為羞恥感的原理就是以一個特定的標準來評估自己，並且把缺陷歸諸於自己，而非一個特定的行

為。」²⁷²如此一來，Wertheimer對於主體客體概念在法律體系與提供法律評價標準地位上的質疑，²⁷³或許能夠有個初步的解答了。

第四節 一個成真的過程？

先前在討論恐懼、噁心與羞恥的時候雖然是把三者分開討論，但到後來會發現，這三種情緒其實是相互關聯的：先從噁心與羞恥來看，這兩者的牽連是較為明顯的，例如當我們覺得自己違反了某些社會規範時，²⁷⁴而可能會被優勢者批評或是被社會忽略跟排除時，也會對自己產生噁心的感覺，²⁷⁵這種對自己噁心的感覺會跟羞恥感產生類似的反應-覺得自己暴露在外並且想要把自己隱藏起來。²⁷⁶另外，跟羞恥感的發生至關重要的物化概念跟噁心也有所關係，因為這種自我的噁心感其實正是透過他人眼光將自我物化的結果。所以說噁心跟羞恥很明顯地共享了關於噁心的內涵跟理論，他們之間的差別僅在於羞恥感的發生是因為覺得自己就是讓人噁心的事物。那麼恐懼呢？

一開始在討論恐懼時，我們點出有認為恐懼最終的對象是死亡，卻又發現恐懼的對象是如此廣泛因而認為人類似乎無所不恐懼，但經過對於噁心與羞恥的探索之後，我認為恐懼的對象終究還是死亡，只不過這種死亡並不完全就是停止呼吸生命消逝的死亡，這種死亡無寧是一種被排除、否定或是「不存在」的狀態，恰巧正是羞恥核心內涵，否則為何社會的物化會增加女性的焦慮感？²⁷⁷當女性被強大的社會力量逼迫著用男性物化的眼光來看待自己，他們只能看到幾乎沒有生命特性與存在價值的軀體，這種與消亡庶幾無異的狀態如何不讓她們感到恐懼焦慮？這種恐懼的心理層面影響範圍尚不僅於此，因為羞恥感讓我們想要隱藏的不僅只是自己，而是所有讓人羞恥(噁心)的事物，所以當我們覺得自己的行為令人

²⁷² Laura et al., *Objectification Theory and Emotions: A Feminist Psychological Perspective on Gendered Affect*, in *THE SOCIAL LIFE OF EMOTIONS* 203, 208 (Laurissa Z. Tiedens & Colin Wayne Leach eds., 2004).

²⁷³ See WERTHEIMER, *supra* note 25, at 134.

²⁷⁴ Laura et al., *supra* note 272, at 209.

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ *Id.* at 210.

感到羞恥時，我們會想要躲藏；但如果是他人的行為令人感到羞恥，因為無法將他人隱藏，那我們就會選擇把眼神移開，逃避心中油然而生的羞恥感；這種隱藏跟閃避其實都是出於我們對於羞恥感的恐懼，「害怕」就在我們想到或觀望它的那一刻，我們也被「污染」，成為那令人「羞恥」的一員。²⁷⁸

這讓我想到受訪者 Y 曾經說過一個比喻，內容是在敘說為什麼被別人以物化的方式性幻想會她感到不快：

受訪者 Y：「……可是在性幻想這邊，你其實不是自願的（被別人用物化的角度性幻想）……如果我就是個生性保守的人，我根本就不會穿著露出手臂的衣服走在路上，結果你竟然用 photoimpact 去修改製作出一個我只穿著小背心走在路上的圖片，我會感到不悅，因為『我不是這樣的人』，同理，我無法接受我自己是個淫蕩的人，結果竟然在你的腦中為你做出各種不堪入目的撩人姿勢……我們不是常常會說『阿，這很像是 XXX 會做的事情』，就表示，我們其實對於 XXX 的行為舉止或者是處事態度有一定的理解，所以會去『預測』或者是『期待』他作怎樣的事情……所以是個，因為『XXX 平常怎樣怎樣』[A]，所以我們認為『XXX 會怎樣怎樣』[B]的過程……把他代入到性幻想這邊來，他其實是倒過來的，變成 b-->a，雖然不是很符合邏輯在這邊的 B-->A 會變成：性幻想 XXX 幫甲口交-->現實中 XXX 幫甲口交。B 是一個不存在的，我們期待的或者預設的狀況；A 則是一個實際上有發生的狀況。會覺得，你一定是覺得我會幫你口交，所以才去幻想，所以，我才會不舒服，因為我才沒有幫你口交，也不會幫你口交。」

在這段談話中，受訪者 Y 提到一個有趣的觀念，就是「從 B(想像) --> A(事實)」一個連她自己都覺得看似不合邏輯的歷程，但經過對於羞恥以及物化的探討，我們發現受訪者 Y 所說的完全就是上述相關理論的具體事證。受訪者 Y 的這個比喻道出了所有人心中隱而未顯且難以言喻的感受，被他人物化或是性幻想，其實就是把我們自己推向一種較為廣泛的、抽象的「死亡」的境界，因為我們的樣子，我們的質地都是別人賦予我們的，我們可以選擇不在意，是因為還有其他人會以非客體的方式對待我們，透過他們我們可以確定自己的主體性還繼續存在，但如果所有人都選擇用這樣的方式看待我們的身體，抹滅我們具有的主體性，把我們完全當成一個客體，屆時我們將再也沒有存在的空間，而這種狀態是我們最

²⁷⁸ Pattison, *supra* note 228, at 41.

為恐懼與擔憂的。這也是為什麼每當我們發現自己被往這個方向推動的時候，心中難免生起一股自我噁心以及羞恥的感覺，這是警惕我們自己不要讓自己出現這樣的面貌，因為這只會加劇他人把我們當成一個客體的傾向。當然，如果跟我們接觸的對象本身就給人一種負面、噁心、失敗、猥瑣等讓人鄙夷的感受，透過污染概念的作用，我們對於自己的噁心跟羞恥應該會更加劇烈吧，因為這種黑暗力量是更為強大的，可以更快地把我們拖進死亡的深淵。²⁷⁹



第五章 同意(consent)與權力(power)

性犯罪何以會被認為是一種犯罪？如果說第四章所探討的是性犯罪在傷害上的「內涵」，²⁸⁰那麼本章探討的或許就是構成性犯罪所需具備的基本「外觀」，

²⁷⁹ 如果對照本文前揭註 92 對於性的定義，我們可以發現這些情緒如果不是在「性」存在的前提下發生的，他們在程度上或許就不會如此強烈，因為「性」就是「接觸」，「接觸」則與恐懼、噁心、羞恥息息相關。但我不覺得在討論這些情緒內涵的時候要一直回頭檢視「性」是怎樣跟這些情緒產生連結，因為不管這些情緒是從何而來，他們的意義在於感受到這些情緒的人因為這些情緒而痛苦，「性」本身在概念上無法做為一種痛苦的感知對象，所以性犯罪的核心傷害到底是「恐懼、噁心、羞恥」還是「有關『性』的恐懼、噁心、羞恥」，不管是以被害人的角度或是表達方式的明確性來看，前者或許會是較佳的描述方式。

²⁸⁰ 既然性是構成「性」犯罪的第一個必要條件，理論上情緒本身則決定了案件是否為性「犯罪」。情侶牽手、愛撫、纏綿之所以沒有構成犯罪，或許會有認為因為有同意的存在，當然不構成犯罪。但如本文接下來將會談論的，同意與傷害的存在與否是兩回事，當我們在探討性犯罪法益的侵害時，「同意」這個概念只會讓我們捉襟見肘。因此照理來說，我們應當先判斷這個「性」是否有造成傷害，不管被害人是否有提出告訴，也不管是不是告訴乃論，一件事情本身的價值判斷不會因為訴訟程序上的行為而有了不同的意義，性犯罪也是如此。以本文的立場來說，性犯罪的傷害就在於被害人感受到的恐懼、噁心與羞辱感，雖然從訪談中可以知道这三者是性犯罪重要的傷害因素，但我們其實無法判斷要有多少恐懼、多少噁心、多少羞辱所組成的「完美配方」就是足以被刑法挑出來的性犯罪，三者之間也沒有權數的差別，我們只能說，越多恐懼越多噁心越多羞辱，本案越符合性犯罪的實質內涵。

而同意跟權力兩者就是我們要畫分犯罪行為與非犯罪行為的切入點。在一個個案中如果空有內涵而沒有外觀，也無法構成犯罪，我們無法說「這個被害人在跟某人發生過性行為之後就出現恐懼噁心跟羞恥的感受，所以這件事情是一個性犯罪」；「為什麼」會有性行為的發生、行為人「如何」讓對方跟自己發生性行為，或者說，被害人「為何」會跟對方發生性行為是我們所要關切的。除非我們在這個過程發現重大的瑕疵，否則即便被害人事後在主觀上感受到莫大的痛苦，也無法認為這是性犯罪。在實際處理性犯罪的時候，我們第一個要面對的往往是同意的問題，因為性行為的發生前如果有一個有效的同意，性犯罪將無法成立，不論被害人在主觀上感受到的傷害多麼強烈，只要立起「同意」的大纛，我們對於「性犯罪」的定義就會把情緒的力量徹底壓制。²⁸¹雖然在順序上，一個同意的行為往往帶來一段權力關係，但是權力關係的存在與否事實上並不需要一個同意的過程，並不是說把自由等權利放棄拱手交給他人，才會進入這種權力關係，權力關係的本質不需要這個過程才能被彰顯出來。²⁸²所以，在同意出現之前就已經有權力關係的存在，因此雙方之間的權力關係往往被用來判斷同意是否具有「實質內涵」的參考依據，權力也間接決定了我們對於性犯罪的定義，還有對於被害人情緒的評價。因此我們幾乎可以說，同意的問題討論到最後不免會扯到權力的問題，甚至可以說，同意的問題只是權力問題的一角而已，所以如果要說本章主要在探討權力的問題一點都不為過。

那麼，何謂「權力」？權力在概念上其實就是“capacity”或“ability”，²⁸³

問題是，這種概念要如何化為規範？即便身為理論的提出者，本文也不認為我們可以接受這種條文：「性犯罪的法益在於被害人所感受到下列情緒：一、恐懼；二、噁心；三、羞辱」，因為一個最基本的問題就是情緒本身的不明確性，如同本文在前一章所說的，情緒某種程度在本質上更似一種行為，而非純然的內在，這種論理上的層層轉化恐怕早就脫離了我們用來描述情緒的文字在概念上所能掌握的，而這種文字自然而然也無法符合法律明確性的要求。比較可行的做法是，法官可以把這樣的觀念做為判決所依憑的經驗法則的內涵，而這種經驗法則的推論目標跟對象當然不是「法益有無受到侵害」，畢竟這始終不是構成要件，在這裡我想建議的是，不妨把情緒應用在探討有無(有效的)「同意」的經驗法則之中。關於這部分的討論請參照註 394。

²⁸¹ 這裡一個未言及的前題恐怕是這個情緒沒有強烈到可以完全左右同意的成立與否。

²⁸² Michel Foucault, *The Subject and Power*, afterword to HUBERT L. DREYFUS & PAUL RABINOW, MICHEL FOUCAULT: BEYOND STRUCTURALISM AND HERMENEUTICS 208, 220 (2d ed., 1983).

²⁸³ JOHN R. SEARLE, MAKING THE SOCIAL WORLD 146 (2010).

也就是「能力」，有能力意謂著可以達成某件事，所以說有權力就是讓人能夠達成某件事情或是改變的能力；²⁸⁴但是capacity除了能力之外也意指「地位」(position)、「身分」(role)或「特質」(character)，可見我們能夠達成某些事的「能力」不是憑空而來、也不是單純依靠我們內在的精神力量，而是我們身上所具有、或佔有的外在條件—例如地位、身分、特質—所帶來的，這些「能力」的來源可能跟我們自身密切相關，其中最緊密者莫過於肉體的力量，這應該是直覺上最容易跟性犯罪有所關聯的權力概念；再來，可能是一種群體關係，例如校園霸凌往往是多對一的局面，透過這種群體的連結，霸凌者(群體的成員)也因此獲得了某種權力；隨著人類社會結構愈趨複雜，「人」本身的特質不再是人與人之間出現權力關係的主要原因，人所具有的「身分」，甚至於這個體制中的「地位」才是產生權力關係主要工廠。

認識到權力關係此方面的特性，傅柯為權力關係的分析提出五個重要的切入點：首先就是系統性的差異化(the system of difference)，也就是透過這樣一個系統(可能是法律、習俗或是特權地位)，可以讓一個人的行為對他人造成影響，同時，這樣的一個系統也是權力關係形成的條件跟結果；其次，就是行使權力者所要追求的目標(the types of objectives)，這可能是追求利益或是鞏固自己的特權地位；第三，擁有權力者是用甚麼樣的手段實現這種權力關係(the means of bring power relations into being)，是用武力威嚇，還是言語的力量等等；第四，促成這種權力關係的結構型態(forms of institutionalization)，例如像家庭這種混雜社會固有傳統跟法律結構的組織，或是軍隊這種有其自成一格的思維跟運作邏輯規範的階級組成等。第五則是合理化的程度(the degrees of rationalization)也就是說用來實現這種權力關係的手段能否有效地達成目標，或者說其間的成本問題，例如可能遭遇的潛在的反抗等等。²⁸⁵

²⁸⁴ KENNETH E. BOULDING, THREE FACES OF POWER 1 (1990).

²⁸⁵ Foucault, *supra* note 282, at 224.

可惜的是，這樣一個「客觀」的觀察角度與我們不可避免的「主觀」價值取捨之間有多大的關聯性，恐怕不是一個容易回答的問題，畢竟這些觀點的提出本來就不是為了解答「同意何時有效」這個問題，而是在於告訴我們一種人與人之間的互動模式，以及暗示突破這種模式的可能性。一個嘗試解決問題中不可避免的過程卻無法給我們答案，顯示的或許是人類的渺小，還不足以如神一般完滿解決自身所遭遇的困境吧。

第一節 同意

「同意」這兩個字即使不放在性犯罪裡面討論，本身也是一個在意義上有著諸多不明確的字詞，如此一來所影響的不僅只是語義學上的問題，而是實際的法律問題，²⁸⁶畢竟法律的運用就是一個事實跟文字的涵攝過程，當我們無法毫無爭議地把一件事情評價為「同意」，我們自然而然也無法毫無爭議地把一件事情評價為「不同意」，更遑論之後有效無效的問題。²⁸⁷我們在前面說到，權力關係是處理同意議題時不能欠缺的理論基礎，但沒有說到的是，權力還涉及到當事者之間的互動關係，我們需要一個行為、表達、溝通的過程去告訴我們某兩人之間的關係是否已經進展到性的層面，²⁸⁸而同意就是雙方透過這個溝通過程所得到的一致。但何謂一致，這樣的一致又有甚麼附帶的前題，恐怕就不是三言兩語可以盡述的了。

第一款 何謂同意

同意的本質(ontology)為何，有三種解釋的面向：第一種是從主觀的觀點(subjective view)認為同意指的是一種心理狀態，當我們說某人對某件事是「同意」的，意指在他心中存在著同意的心理狀態；第二種是從傳達的觀點(performative

²⁸⁶ Gideon Calder, *The Language of Refusal: Sexual Consent and the Limits of Post-Structuralism*, in *MAKING SENSE OF SEXUAL CONSENT* 57, 57 (Mark Cowling & Paul Reynolds eds., 2004).

²⁸⁷ 這某程度來說也只是文字的陷阱，有效與否何嘗不能跟同意不同意處於同一個層面？

²⁸⁸ Paul Reynolds, *The Quality of Consent: Sexual Consent, Culture, Communication, Knowledge and Ethics*, in *MAKING SENSE OF SEXUAL CONSENT* 93, at 95 (Mark Cowling & Paul Reynolds eds., 2004).

view)來看，同意是一種具體的行為，唯有一個人將心中的同意以適當的方式表達出來才能夠說他是「同意」的。最後一種是從混合的觀點(hybrid view)來看，同意人不只要有同意的心理狀態，也要經由適當的方法表達出來，我們才能說他是「同意」的。這三種說法都有各自的擁護者，例如Heidi Hurd以及Larry Alexander就是主觀說的擁護者，²⁸⁹他們認為同意是我們行使我們意志(will)的結果，因此也是我們自主意志(autonomy)的展現，儘管Hurd跟Alexander在同意的心理狀態的內容上有不同的說法，但兩者都認為同意不需要藉由特別的行動展現出來，所需者只是一種同意的主觀意思(*mens rea* of consent)；A. John Simmons則是主張應該採取傳達說，Simmons承認「同意」意味著一種主觀的心理狀態，但其認為如果沒有一個外在的表示行為，這個同意根本無法發揮法律上的作用，其偏重的是一個外在的具體行為；²⁹⁰Emily Sherwin則是主張混合說，其認為同意除了是一種主觀決定之外，同時也是一種社會行為，但相較之下，後者仍是影響層面較大的。²⁹¹與Sherwin一同主張混合說的尚有Patricia Kazan，Kazan也認為同意必須包含傳達的成份，²⁹²但Kazan也明確肯認主觀的心態的重要性，因為這是我們在判斷同意的有效與否時不可或缺的要素，²⁹³但Kazan認為這裡的主觀是關於同意的行為(the act of consenting)，而與同意的對象行為(the object of consent)無關。²⁹⁴

Wertheimer認為傳達說是較為可採的，其理由略為：(1)同意之所以重要，在於它使行為人的行為(與被害人性交)成為一個被允許的行為，今天如果同意沒有傳達出來，就無法使行為人改變為此行為的背後原因；²⁹⁵(2)同意的表達是一個可靠的指標，讓我們知道一個人的欲望、意圖與選擇意願；²⁹⁶(3)假設今天被害人對行為人表明自己不願意跟有婦之夫發生性關係，而行為人竟隱瞞了自己是有

²⁸⁹ PETER WESTEN, THE LOGIC OF CONSENT: THE DIVERSITY AND DECEPTIVENESS OF CONSENT AS A DEFENSE TO CRIMINAL CONDUCT 164 (2004).

²⁹⁰ A. JOHN SIMMONS, MORAL PRINCIPLES AND POLITICAL OBLIGATIONS 83 (1979).

²⁹¹ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 145-46.

²⁹² Patricia Kazan, *Sexual Assault and the Problem of Consent*, in VIOLENCE AGAINST WOMEN: PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES 27, 29 (Stanley G. French et al eds., 1998)

²⁹³ Kazan, *supra* note 292, at 30.

²⁹⁴ *Id.* at 34.

²⁹⁵ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 146.

²⁹⁶ *Id.* at 147.

婦之夫的事實而與被害人發生性關係。先不談法律的觀點，在道德上(morality)這種情況之下不管哪一說都會說被害人是沒有同意的，但如果完全按照主觀說的理論推衍，應該會得出被害人有同意的結論，因為她當時的確是同意的。就算支持主觀說的人可以說這個同意仍然因為行為人提供了虛假的資訊而無效，但如此一來，主觀說跟傳達說的分別就不是那麼明顯了，因為此時主觀說很明顯地採用了傳達說一個重要觀點：一人的行為應否被准許，要看對方外在的表示或行為內容為何。²⁹⁷(4)如果有一位無法與外界做任何型式溝通的病患內心希望某位醫護人員可以跟他發生性關係，恰巧這位醫護人員也貪圖這位病患的美色而未得其同意(當然也不可能得到其同意)而跟她發生性關係，按照Hurd的說法，雖然這位醫護人員沒有合理理由認為對方是同意的，但從是非對錯上來看(as a moral matter)，我們仍然無法說他強暴了這位病患。但Wertheimer認為Hurd的說法顯而是有問題的，因為如果沒有理由認為對方是同意的還跟他發生性關係都無法做為一個是非判斷的標準，有甚麼東西是呢？²⁹⁸(5)Kazan認為同意不只要有外在的表示行為，也要有想要做出同意行為的主觀真意。但Wertheimer認為重點應該是做出同意行為當下的背景跟脈絡，而非是否真心想要做出同意的行為，一個人如果遭受到生命安全的威脅，他恐怕也會真心表示同意。²⁹⁹

就結論來說，個人較為贊同傳達說的觀點，但是對於 Wertheimer 對主觀說跟混合說的批評有些不同的想法，這部分將留待下一款「同意的地位與功能」另為敘述。在此要注意的問題是，在討論同意成立與否的內外條件之前，應當先思考一個問題，就是為什麼要有同意的存在，同意在法律運用上的地位為何，如此我們才能決定哪一種是最好的觀點。

第二款 同意的地位與功能

直覺上我們大概都可以贊同，「同意」這個動作對於性是很重要的，至於原

²⁹⁷ *Id.* at 149-50.

²⁹⁸ *Id.* at 152.

²⁹⁹ *Id.* at 150.

因為何，有認為可以從三個方面去解釋：第一個就是同意往往是為了獲得性的愉悅，雖然愉悅不是同意唯一的動機，但論者認為在大多數的情況下，之所以同意跟對方為性行為是因為預期到這個性行為是讓人愉悅的。³⁰⁰論者所提的第二點主要是在補充第一點，為什麼愉悅於否如此重要，是因為性行為與我們的自我息息相關。在性行為當中，我們讓自己脫離文明的束裝，赤裸裸地將自己脆弱的一面展現在另外一個人面前，並且拋棄了自己與他人在身體上的界線，這某種程度也是拋棄了自己的身體掌控權，而這一切，莫不關乎我們的自尊、人格、與自我的完整性；那麼我們為何願意讓自己處於這種風險之中(possible harms attached to sexual interaction)呢？就是為了這個過程中的愉悅，所以同意跟愉悅才會如此密切相關。³⁰¹第三點則是承襲著第二點，正是因為性對我們意義是如此重大，所以我們應該擁有決定權。³⁰²

這樣的說法不能說沒有錯，但總讓人覺得有些關鍵點似乎被忽略了，是不是真是這樣，讓我們把類似的說法套用在其他狀況看看：我們可以說一棟房子價格匪淺，一個人一生可能只買一次房子，而這個房子是一個家庭的庇護所，所以房屋的買賣契約很重視買方的同意；或是舉一個更極端例子：死亡是人類生命的終結，沒有生命我們將不復存在，但有時候為了達到精神跟形象上的永恆，死亡是當下最好的選擇，所以不管是加工自殺還是安樂死，本人的同意是很重要的。

這樣的論述跟同意在性裡面之所以重要的說法是否有點類似？看到這裡應該可以嗅到一些癥結點了，不管是死亡還是買房子的例子，**同意的重要性說穿了是為了確保同意人願意接受該行為所造成的「不利益」**。以房屋買賣契約來說，這件事情之所以重大並不是因為我將得到一棟房子，也不是因為我們一家即將落腳在某棟房子裡，而是因為買下這棟房子通常意味著一筆可觀的金錢支出，而這筆金錢支出很有可能對我的生活造成很大的改變跟影響(搞不好還被套牢)。至於死亡更是如此，它不僅是一種不利益，而是一種比金錢的支出更為確定、重大、

³⁰⁰ DAVID ARCHARD, SEXUAL CONSENT 19-20 (1998).

³⁰¹ *Id.* at 20.

³⁰² *Id.* at 21.

深植人心的「嚴重不利益」，以至於我們通常很難想像有甚麼東西會讓我們願意用自己的生命去交換。那麼性呢？

承襲上一段的說法，如果性的同意真是如此重要，代表我們已經預設了性會為我們帶來某些不利益，所以前面第一點所說的性的愉悅、第三點性的意義重大等等，其實都沒有打到重點，唯一比較接近的說法就是第二點：因為性讓我們暴露在潛在的危險當中，所以同意很重要。這樣的說法至少在表達上可以通過形式上的檢驗。再來，為了讓同意在性裡面的重要性繼續獲得肯定(我想結論上也是應該如此)，讓我們假設性的確帶有潛在的危險。姑且不論這樣的危險是甚麼，³⁰³先讓我們把注意力放在「潛在」這一點。「潛在」代表有預見到可能會發生但不一定會實際發生，如果這個危險自始至終沒有實現，那我們大概也不會回頭去檢驗當時到底有沒有同意的問題了(注意！還沒到同意有效與否的問題)，此時同意從事此一性行為的當事人等於得到了純然的好處(可能是性的愉悅，或是新生命的到來)；如果這個潛在的危險發生了，而同意人又不願意承受，我們在流程上就會回頭去看當時有沒有同意的存在。講到這裡，我們可以回頭把上一款未收尾的地方做結了。

上一款談到同意的性質為何，大抵上有主觀說傳達說跟混合說的立場，其實不管是哪一說都沒有錯，但如果硬要從中擇優，我們考慮的點應該是同意在我們的期待中究竟扮演著甚麼樣的角色跟地位。簡單來說，事情的發展往往是事後當事人在心態上不願接受自己當時的決定/作為，我們才要去探討當事人有無同意，至於要如何知道有無同意，唯一的辦法就是從外在的行為，也就是一個客觀的傳達行為去探究，因為一個純粹的主觀心態是無法被查覺的，所以主觀說並無實益，混合說則流於畫蛇添足。但 Wertheimer 對這兩說的批評亦有些不當，關於其所持的理由(1)以及理由(4)，其似乎認為只要當事人沒同意，這件事就不應被允許，但如果這件事後來並未給當事人帶來不利益呢？有無同意可能就不是那

³⁰³ 或許基於各種原因所致的「後悔」就是最大的危險吧。

麼重要了，所以說 Wertheimer 這樣的說法等於是還沒考慮有沒有不利的後果發生就要去探討同意是否存在了，殊不知，性跟買房子還有死亡不同，性所面臨的至多只是潛在的危險，而非買房子或死亡，意謂著金錢的支出跟生命的逝去。

同意可以說是性犯罪問題的核心議題，當我們在討論甚麼時候可以認定一個人同意發生性行為這個問題時，一個看似完整但簡略而空泛的答案不外就是：有同意的表示且這個同意在道德跟法律上都是有效的。但這種說法充其量只是給我們一個思考問題的出發點或是提醒，前者像是一個外在明確表達形式的重要性（這也是為何傳達說會比較可採的），後者則可能是對於同意的實質內涵的看重。然而，若真要實地判斷一個情況究竟是不是道德跟法律上被准許的時候，這種說法永遠不可能給我們一個針對個案而為的答案，我們只能試圖從個案給我們的感受或是經驗反過頭來去建構道德上的論述。正因為要正面去定義同意是如此困難，Wertheimer認為同意這個問題的重點不在於什麼是同意，而是在什麼情況之下，同意可以確保這個性行為在道德判斷上的正當性(morally transformative)。³⁰⁴ 如果要把這個概念轉化為法律的操作跟邏輯的語言，我們要處理的說穿了也就是同意的有效性的問題。³⁰⁵

第三款 同意的有效性

為什麼同意會有有效與否的問題，一個最直接的回答可能會是：因為同意的人當下並不想同意。或者用比較精緻的說法：因為同意的人當下有資訊或能力的欠缺，以致於讓她承擔同意的後果是不公平的。其實不管怎麼說，同意是否有效的切入點跟同意是否存在的切入點是一樣的，就是潛在的傷害發生了，而當事人並不願意承受這樣的後果，只不過同意的有效性是在確認曾經有過同意之後，再進一步檢驗當事人當時做出同意的背景脈絡，以決定同意人是否應當承受這些不利益，也決定犯罪是否成立。

³⁰⁴ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 119.

³⁰⁵ Cf. WERTHEIMER, *supra* note 25, at 122.

至於到底是甚麼樣的背景脈絡讓當事人在當下做出同意的表示，同樣地，可以用很多角度切入，一個最常見的切入點就是感到反悔的當下跟同意的當下兩者情況有何不同，從一個後見的角度來看，也可以說是「原因」，這可能是因為受到脅迫、欺騙，或是意識不清、涉世未深等等。在此我順應先前「同意是為了確保同意人願意承擔潛在不利益」的觀點嘗試提出另外一個切入點，就是**同意人在同意的當下有沒有感知到這種潛在的不利益**，有的話，那她可能是出於某種考量才會在當下出現同意的表示，例如受到脅迫，或是受到誘惑；沒有的話，表示她是因為之後其他原因才改變想法，也是那個時候才發現這潛在的不利益，並同時感到反悔，例如同意的當下處於酒醉或是心智未開。

那這樣的分類有甚麼好處呢？首先，從原因去分類雖然沒有錯，但這種分類也只是一種單純的描述(不用多做解釋就知道同意人受到脅迫或是酒醉)，如此直覺式的分類甚至無法稱為一種切入的角度。再者，這樣的分類方式可以跟我先前對於同意的重要性的看法有所呼應，可以用同樣的角度去看與同意相關的一切。最後，也是在學理上最重要的，就是之後會談到的自由意志的問題，是否有預見到潛在的不利益會決定自由意志是否有運作的空間，相關的討論會在本章第二節權力的部分繼續進行。因此，本款雖然名為同意的有效性，但所提及的僅限於「對於將來的不利益有所預見下」所為的同意，此時我們所面臨的狀況大底就是一般所謂的「脅迫」。

那麼在甚麼樣的情況之下我們才能說同意是出於脅迫的呢？Wertheimer認為如果符合下列的要件，就應當將B的同意視為是出於脅迫而無效：(i)如果B不默許A的行為，A會使B處於一個較為不利的情況，而這個情況是低於適當底線(appropriate baseline)的；且(ia)客觀上對B來說，此時寧可同意跟A性交也不要承受不利的後果是符合理智的；或(iib)客觀上對B來說此時同意性交是不理智的，在B這種不理智的行為之下，A還繼續與B性交是嚴重的錯誤。(i)的目的是在決定A的行為是不是具有脅迫性，如果在判斷上沒有構成脅迫，即使後面的要件符

合，B的同意仍然是有效的；至於(ia)跟(ib)則是用來判斷B在這種壓力下所給的同意是否應該被視為是無效的。³⁰⁶至於何謂適當底線，Wertheimer提出四種可能的說法：(1)A揚言讓B處於比現在或比A先前所提議的更糟的狀況(status-quo baseline)；(2)A揚言讓B處於比事情在一般正常發展下更糟的狀況(statistical baseline)；(3)A揚言讓B處於比B主觀上所預期狀況更糟的狀況；³⁰⁷(4)A揚言讓B處於比B在A之前有權達到的更糟的狀況(moralized baseline)。³⁰⁸Wertheimer本人則主張應該採取第四點，A有無對B造成脅迫應該看A的脅迫內容是否侵害了B的權利或是違背了A應當負的義務。其特別指出，雖然在單一事件裡面可能這四狀況都會符合，但並非每次都是如此，而且，正是因為這四個狀況時常在同一個事件當中同時發生，以至於我們沒有辦法精確指出哪一個標準才是真正的問題所在。³⁰⁹

從以下幾個例子我們就可以了解這些基準線之間的差別何在：

Opportunity Lifeguard. A是B所雇請的保鏢，有次B有了麻煩，A對B說除非B付他一萬美金，否則他不會出手相救，B當下答應了A的要求，但事後A跟B索取時B就反悔了。³¹⁰

BIC. BIC跟Sony本來簽訂了契約，Sony告知BIC如果不接受新的約款Sony就要依法終止契約。³¹¹

Plea Bargaining. A是檢察官，B是被偵訊的犯人。A跟B說如果B不接受認罪協商的話，A就會以較重的罪名起訴B。³¹²

在**Opportunity Lifeguard**的例子就是當中，A對B有按照契約保護B的義務，故即使A的提議可以讓B所處的現況獲得改善，但這種提議事實上仍然劣於如果

³⁰⁶ *Id.* at 165-66.

³⁰⁷ Wertheimer 並沒有給這種基準線一個特定的名字，此外，或許是這種基準線的概念並不複雜，所以他也沒有特別舉例說明。

³⁰⁸ 例如 A 是公務人員，B 有權要求 A 依正當程序辦理 B 的案件。

³⁰⁹ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 167.

³¹⁰ *Id.* at 167.

³¹¹ *Id.* at 168.

³¹² *Id.* at 168.

A按照契約履行義務時B所處的狀況。因此在本案A的提議本質上是具有脅迫性質的，因為他的提議雖然沒有低於status-quo baseline，卻低於moralized baseline。但是在**Plea Bargaining**的案例當中，A身為檢察官本來就有這個權力去跟B去做犯罪協商的談判，B並沒有面臨比他在A之前可能碰到的情形更不利的狀況(沒有低於moralized baseline)，因此雖然B被迫選擇一個比現下不利的結果(認罪，所以低於status-quo baseline)，A依舊沒有對B構成脅迫，因此B的同意也是有效的。至於在**BIC**中，雖然BIC可以合理預期契約會繼續下去，但Sony並沒有如此為之的義務，它事實上是對BIC提出邀約(offer)，雖然低於statistical baseline，卻沒有低於moralized baseline，因此並不構成脅迫。³¹³

因此，Wertheimer認為如果今天同意人面對的是一個多出來的選擇機會(offer)，³¹⁴即便這樣的提議再怎麼誘人而讓人「無法抗拒」，這也不構成一種脅迫。³¹⁵同樣地，如果今天同意人是因為處於一種困境之下而做出同意，David Archard認為，不論今天是A還是第三人C把B至於這種困境之中，只要A利用了B的困境獲取B的同意，這個同意應該是無效的。³¹⁶先看看以下兩個例子：

Rescue. A是一位修車技師，平時沒事就在高速公路上閒晃看看有沒有需要援助的無助駕駛，B的車子在高速公路上拋錨了，A看B頗有姿色，便提議B可以用性服務做為修車的對價。³¹⁷

Sabotage. A把B的汽車油箱裡的油偷偷放掉一大半，並且在B開車出去之後偷偷尾隨，等到B的車子在高速公路上拋錨，A就上前問B需不需要幫忙，代價則是跟A發生性關係。³¹⁸

Wertheimer並沒有直接對Archard的主張表達贊成與否，但其顯然認為上述兩個狀況是有差別的，因為在**Rescue**的案例中，B的狀況因A的存在而變得比較

³¹³ *Id.* at 167-68.

³¹⁴ 例如本文第二章第一節的案例七，整型醫師提議同意人用性交償還債務。

³¹⁵ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 171-72.

³¹⁶ ARCHARD, *supra* note 300, at 29.

³¹⁷ WERTHEIMER, *supra* note 25, at 176.

³¹⁸ *Id.* at 176.

好，但是在Sabotage的案例中，A的存在暨其所作所為卻使B所處的情況變得比較差，所以脅迫只存在於後者而非前者。³¹⁹接下來讓我們繼續探討使B的同意淪於無效的另外一個要件：(iia)客觀上對B來說，此時寧可同意跟A性交也不要承受不利的後果是符合理智的；或(iib)客觀上對B來說此時同意性交是不理智的，在B這種不理智的行為之下，A還繼續與B性交是嚴重的錯誤。

第四款 特異的人格特質？

(iia)的概念比較容易理解，例如為了維護生命安全，此時做出同意免於殺身之禍是符合理智的，所以說，如果A以B的生命安全為威脅逼迫B同意，此時A的行為符合要件(i)以及要件(iia)，因此B的同意無效。至於要件(iib)，如果今天同意人面臨的脅迫是微不足道的，我們可以說此時的同意行為是不理智的，至於甚麼叫做「在B這種不理智的行為之下，A還繼續與B性交是嚴重的錯誤」？Wertheimer並沒有明說，但其似乎認為，如果A對B的主觀感受有所認識的話，此時這個要件就會符合了。³²⁰其實，要件(iia)跟要件(iib)只是同一個問題的兩面，就是甚麼樣的脅迫是重要的，甚麼樣的脅迫是不重要的，在這裡Wertheimer顯然採取了一種客觀的一般人標準，但是為了平衡當事人的主觀感受，所以從道德(moral)上的角度去做一個調整，讓脅迫人為自己主觀上的不道德承擔某種不利的後果，畢竟我們沒有理由容任一個男人操弄另一個女人對他不合理的恐懼而使她跟他發生性關係。³²¹

現在讓我們看看下面的例子：

Goldfish. A跟B第三次約會了。約會完後兩個人到了B的住處，A想要跟B做愛，但被B拒絕了。A看著B的水族箱說，看來妳愛妳的金魚比愛我還要多，然後就把金魚撈出來抓在手中，對B說：「要他還是要我。」B因為很擔心A會對金魚不利，

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ *See Id.* at 185.

³²¹ David P. Bryden, *Redefining Rape*, 3 *Buff. Crim. L. Rev.* 317, 440 (2000).

就自動地把衣服脫掉。³²²

按照剛剛的說法，雖然依照一般人的觀點，同意人實在沒有理由要為了一條金魚就委屈自己同意跟他人發生性關係，但因為A的行為是以傷害B的權利做為B拒絕與A性交的代價(都低於moralizes baseline)，而且(假設)A也知道B對這隻金魚有特殊的情感，所以A仍構成犯罪。但Wertheimer本意似乎是覺得在這個案例當中A的行為並不構成性侵害，因為既然B寧可跟A性交也不願意收不到欠款，或是看到自己的金魚受到傷害，所以對B來說，跟A性交所受到的傷害比失去金魚所受到傷害還要來的小；而金魚的客觀價值無論如何都沒有到需要用刑法來保護的地步，因此也沒有理由用刑法去保護B的性自主。³²³ Wertheimer還認為，雖然A的行為並不符合道德，但很多時候道德是一回事，法律上卻是另一回事，違背道德不盡然違背了法律，或者說，不可能用法律來落實道德。何況，脅迫的概念是如此廣泛，不管我們如何去探究，都無法讓我們在法律上有個明確的標準去判斷哪種情形構成刑法上的犯罪而哪種又不是。Wertheimer用他的觀點為道德與法律之間畫下了一條線，他認為一些較為輕微的性攻擊(sexual offense)不應該由刑法規範，把所有帶有脅迫意味的性交(coercive sex)都當作強暴(rape)看待更不是一個恰當的做法，如果我們把刑事脅迫性交(criminally coercive sex)的範疇不斷放大更會帶來危險，因為這很可能會讓我們忽略了每個刑事犯罪都應該達到最低程度的嚴重性。如果我們都同意B之所以願意臣服於A的脅迫是因為覺得在這個情形之下跟A性交所造成的傷害比較小，那麼當一個脅迫不是那麼嚴重的時候—例如一隻金魚的死—我們恐怕也很難說B的性自主(sexual autonomy)受到嚴重的脅迫或傷害。³²⁴

那麼，Wertheimer瘋了嗎？我想未必，他提出的應該是對於實然面的一種警告，在Goldfish當中，B對於那隻金魚的感情已經到了病態的程度，那種感情就

³²² WERTHEIMER, *supra* note 25, at 184.

³²³ *Id.*

³²⁴ *Id.* at 185-86.

像是一個懼高症的人打從心裡感到害怕一樣真切，³²⁵此時按照公式還是可以處理的。問題是，很多時候我們無法感受到同意人的主觀情緒，假設今天同意人沒有用實際的表現(例如懇求、哭嚎、交涉)讓我們知道她對那隻金魚有多麼在乎(Goldfish案例中B馬上就把衣服脫下來，我們似乎無法從這種情況看出他主觀上對金魚的在乎程度)，我們要怎麼知道同意人是真正感受到被脅迫了？當我們只能用一般常理去理解一個人的行為時，勢必有很多較為輕微或是不典型的案例會讓我們感到懷疑，尤其是同意人在做出同意的過程中沒有明顯的掙扎或是痛苦，難免讓人質疑：妳真的覺得這是一個脅迫嗎？如果其中再參雜其他因素，情況就會變得更複雜了。

假設今天B對金魚的特殊情感是沒有人知悉的，我們會如何看待/猜測B所為的同意呢？如果順著Wertheimer的說法，可能就會覺得B所受到的傷害是微不足道的，至於推論的過程為何，有兩種可能的解釋：(1)B雖然沒有很主動想要跟A發生性關係，但也沒有很不想跟A發生性關係，所以雖然客觀上受到脅迫，但B並沒有受到我們所想像的那種傷害，所以不應當成立犯罪；或是(2)B主觀上是非常厭惡跟A發生性關係的，但心裡面卻又非常在意那隻金魚，但因為金魚有一個客觀的價值可以衡量，所以B主觀上所受到的傷害就被金魚客觀的價值給凌駕過去了，因為法律看不到飼主對於金魚的情感價值。

第一種說法其實就是我在第三章跟第四章提出的問題，就是性犯罪的傷害何在的問題，從純粹的理論上來說，(1)的情況就是沒有法益的侵害，因為性犯罪的法益侵害本來就是一種主觀的存在，不像其他犯罪行為往往存有一個實在的傷口或是經濟減損，我們不會因為被害人提出指控就承認這個傷口或損失的存在，同樣地，我們不能因為被害人提出指控就理所當然覺得她受到傷害了。而且不要忘了，Wertheimer提出的這個判斷公式是為了決定同意的效力，再回到我在前面對於同意的看法，同意是在傷害存在之後回頭看行為人是否應該成罪的討論對象，如果沒有傷害的存在，我們根本就不需要討論同意有效與否的問題，這在概

³²⁵ See *Id.* at 185.

念上必須抓清楚，否則我們很容易就在同一個地方(同意有效無效)被兩個不同層次的問題(同意有效無效&有無傷害存在)給攪亂了。³²⁶所以說(1)的情況頂多只是混淆了我們的視聽，而非給我們帶來一個難以處理的問題，在論述上它並不是那麼無解的。但是第二種說法就會讓我們感到很頭痛了，因為此時我們肯認被害人的傷害是存在的，卻又明白地表達自己視而不見的立場，以法律的地位把當事人的主觀完全予以忽略，「因為我無法體會，所以愛莫能助」其實就是這種說法背後的思考，跟第一種說法比起來，第二種思考方式其實是更為野蠻殘暴的。

但誰說法律不是殘暴的呢？只是我們仍然希望能用更有建設性的觀點去探討眼前的問題。被害人的主觀感受在法律上應該受到多少程度的保障跟認同，這很大一部分其實端賴於我們是怎樣去界定性犯罪的，或者說，端賴社會集體是不是要藉由法律去保障被害人的主觀感受。但如果要用這種角度去看的話，很多問題都變得沒有討論的空間了，所以我們還是盡可能嘗試把這些問題放在能夠提供建設性思考的脈絡下去討論。因此我同意Wertheimer所說的，其實這類例子往往讓我們把注意力從A的行為到底是不是構成脅迫這個問題轉到B對A的行為的反應所顯現出來的人格特質上。³²⁷很多時候問題的根源在於我們無法對於同意人的思考模式產生同理心，我們心中總有個疑問—用我自己對於同意的定義來說就是：為什麼要為了這麼微不足道的小事讓自己去承擔這種不利益。假設今天B其實如Wertheimer所猜測的，她的傷害就跟失去一隻金魚差不了多少，那她主觀上是否真的受到了需要法律保護的傷害可能就有討論的空間。但假設今天這種潛在不利益是被B的主觀所認知的，也就是說她事後的感受跟一個受到性侵害的被害人並無不同，那我們要思考的問題就是，為什麼同意人會做出這樣子的價值衡量，她所身處以及她所感受到的究竟是怎樣一個環境。

³²⁶ 當然，在這裡所說的只是一種概念上的思考，還不是一個能夠實際運用的判斷流程，但我相信這種概念的釐清對於問題的討論是有必要且有益的。

³²⁷ *Id.* at 183.

第五款 小結

當我們在行動或是言語的時候，往往都是遵循著某些脈絡或是情境，我們就像舞台上的演員，除非抬頭仰望，否則不會發現高高在上的舞台燈，除非嘗試碰撞，否則不會發現身後是一層層人造佈景，語言也是如此，我們嘗試用語言描述我們所感受到的世界，但在描述的同時卻被我們所使用的語言束縛了我們對於世界的感受寬度。面對各種不同型態的「脅迫」，不管同意人是出於甚麼樣的心理而決定做出同意的表示，這都是自由意志展現的結果，而自由意志本身就代表著一定的正面價值，因為唯有如此，我們才可以依照意志避開不想要的，以及成就我們所想要的，而這些都必須以個人的偏好跟個性為出發，並且佐以完整的資訊，使個人可以依照理智做出自己所希望的決定。儘管我們依靠意志所做出來的抉擇不一定是好的，但我們不可能為了避免因為自由意志而起的不好的結果而去否認自由意志的價值。Wertheimer認為，從一個加乘的效果來看，我們因為自由意志所做出的好的決定(good choices)的會勝過所做出的不好的決定(bad choices)，這是因為一個不好的決定會因為他是出於自由意志而減少他的不好，遵循個人意志而為的價值就在這裡。³²⁸只是，我們的自由意志卻與另外一個概念息息相關，就是權力，畢竟同意是自由意志下的結果，權力是籠罩自由意志的背景，同意這個詞一開始就注定跟權力脫不了干係了。

第二節 權力

在正式進入權力之前，先看看在美國最高法院所做成的State v. Rusk一案。被告Edward Salvatore Rusk因被控違反了馬里蘭州州法，遭位於巴爾的摩的馬里蘭州地方法院(Criminal Court of Baltimore)判決成立第二級強暴罪，其依據為馬里蘭州法Art. 27, s 463(a)(1)，其規定，如果以暴力或以暴力為內容的威脅，且未獲她人同意而違背她人意願與之為陰道式性交者，成立二級強暴

³²⁸ *Id.* at 125-27.

罪。³²⁹Rusk於地方法院判決後提起上訴，原判決遭馬里蘭州上訴法院(Court of Special Appeals)撤銷，理由為本案沒有足夠的證據使Rusk有可能成立犯罪，還沒到交由陪審團審理的程度，因而將地方法院的有罪判決予以撤銷。嗣後州檢察官上訴最高法院，最高法院認為暴力的脅迫有可能以任何方式傳達，在本案州檢察官提出的證據已達到有可能證明被害人感受到生命身體安全受到威脅的恐懼的程度，故撤銷馬里蘭州上訴法院撤銷有罪判決的決定。³³⁰

雖然本案相關當事人對於事情始末的描述彼此有些出入，但事實情況大抵為：被告Rusk在一個酒吧遇見被害人Pat，在一番閒聊後便要求Pat順道載他回住的公寓。到了公寓樓下，Rusk便邀請Pat上樓，但被Pat拒絕了，結果Rusk就趁其不備把車鑰匙拿走，據Pat在法庭上證稱，她當時所處的位置是個她完全不熟悉的社區。進去Rusk的公寓之後，Pat一直問Rusk她能不能離開，但Rusk都說不行，甚至還把她拉到床邊，開始將她身上的衣物褪去。Pat說她後來開始哭泣，Rusk還輕輕地將她壓制住(choked lightly)。後來Pat覺得很恐懼，擔心自己的生命安全會受到威脅，就問Rusk說，如果她照他的話做，他會不會讓她走，Rusk就說會，然後她就替他口交並且做愛。之後Rusk就說她可以走了，並把車鑰匙還給她，還跟她一起走下去開車。臨去前，Rusk問Pat他之後能不能再見到她，Pat說她當時是回答說可以，但並沒有之後還想跟他見面的意思，然後她就跟警方說她被強暴了。³³¹

上訴法院撤銷原本有罪判決的理由依據來自*Hazel*案，依照該案所設下的標準，強制力是成立強暴罪的關鍵因素，必須有證據證明被害人有反抗行為且該反抗行為被被告的強制力壓制；或是被害人因為受到被告恐嚇脅迫將威脅她的生命身體安全而放棄抗拒行為。若沒有上述情形存在，就難以成立強暴罪。³³²從這個

³²⁹ 其原文為 “A person is guilty of rape in second degree if the person engages in virginal intercourse with another person : (1)By force of threat of force against the will and without the consent of the other person ;”

³³⁰ State v. Rusk, 424 U.S. 720, 728 (1981).

³³¹ *Id.* at 724.

³³² Hazel v. State, 221 Md. 464, at 469.

標準出發，上訴法院認為在被害人沒有採取反抗行為的情形-也就是本案的狀況-被害人的恐懼必須是出於合理的原因(reasonable apprehension of fear)，上訴法院認為，即便將本案所有一切犯罪時的客觀狀況都做最不利於Rusk的認定³³³，也無法在被Pat心中造成一個合理的恐懼(reasonable fear)，使她因此失去採取防衛行為的可能性。³³⁴

但是最高法院認為，*Hazel*案所探討的重點並不是該恐懼是否合理，而是被告是否真切地感受到恐懼，*Hazel*案唯一提到「合理」(reasonableness)的句子是「被告的所作所為是否在被害人心中積累成一種合理的恐懼，使其擔憂自己遭受立即的身體安全的危害」(the acts and threats of the defendant were reasonably calculated to create in the mind of the victim...a real apprehension, due to fear, of imminent bodily harm...)，也就是說，*Hazel*案法院強調的是被害人心中的恐懼的「實在」(genuine)，而非應然。所以探討的點在於法庭之前呈現出來的證據有沒有可能使一般理性的陪審團以超越合理懷疑的程度認定被害人是被強制與被告發生性行為，或是出於生命身體受傷害的恐懼而未為抗拒行為。³³⁵最高法院更直接指出，脅迫並不要求以特定形式展現，當被害人因潛在的暴力威脅感到恐懼，她何以沒有求救或逃跑也就不重要了。³³⁶

性犯罪案件的棘手在這個案子當中嶄露無遺，雖然最高法院最後採取一種實質的觀點，認為只要被害人有實際感受到脅迫就會成立強制性交，但大多數的情況是，我們根本無從知悉被害人是否有感受到脅迫，更甚者，脅迫常常就是我們生活的一部分，因為我們所處的環境無處不是充斥著權力關係，而權力本身就是脅迫最抽象、上位的存在狀態。這個案子說明了下面這個事實，就是權力的核心概念就是擁有權力的權力主體有這個能力(權力)讓權力客體去做某件事，至於權

³³³ 本案從法院的觀點來看最不利於被告的事情是其究竟有無“lightly choked”被害人，雙方在這部分的事實有過爭執。

³³⁴ *State v. Rusk*, 424 U.S. 720, 724-725 (1981).

³³⁵ *Id.* at 726-727.

³³⁶ *Id.* at 727.

力客體本身想不想做這件事則不是判斷有無權力關係所要考量的點。³³⁷Rusk從頭到尾都沒有要Pat做甚麼，也沒有提出任何的脅迫，但是Pat就這樣屈服了，因為在這種情況之下，他們兩個都知道：「只要他(我)想，我(她)是逃不掉的」但有時候，權力關係卻不盡然是這麼絕對的，姑且不論法律上是否應該期待Pat嘗試用更激烈的手段逃跑或是反抗，比較正確的說法應該是「他們兩個都認為：『只要他(我)想，我(她)應該是逃不掉的』」，而這恐怕才是權力關係的完整面貌，雖然權力關係無所不在，脅迫的力量如此真實，但這並不表示我們只能活在脅迫的陰影之下，畢竟脅迫/權力加諸在我們身上的能量大小並不是一種客觀的可量事實，感到脅迫的主體如何與之互動才是決定這種狀況是否會被視為一種脅迫的關鍵。

第一款 權力的構成

毫無疑問，身體本身就是最直接的權力來源，³³⁸而且這種權力的展現無須言語。但是更多時候，權力並不是來自於我們最原始的軀體，而是各種能夠對我們產生影響力的社會組織，例如家庭、學校、宗教、軍隊等等，沒有這些組織，就沒有人可以藉由組織所賦予的力量控制他人。John R. Searle對於社會制度的運作有深刻的闡述，在了解社會制度是怎樣產生權力關係之前，必須先對六個相關的概念有所了解。首先就是地位權能(status function)，人類社會一個特點就是可以把這種地位權能加諸在人(例如總統)或物(例如一張支票)之上，讓他們可以獲得這個地位所擁有的權能，而這樣的權能是沒有辦法脫離這個地位而存在的，任何人或物都沒有辦法只憑自己產生這樣的權能。³³⁹再來就是集體意志(collective intentionality)，人類的一個特點就在於我們可以共享相同的態度與信念，所以說上述的地位權能要運作的先決條件是社會群體接受(acceptance)或認同(recognition)這個人或物具有這樣的一個地位，他才能夠

³³⁷ SEARLE, *supra* note 283, at 151

³³⁸ 周慶華，身體權力學，頁 54 (2005)。

³³⁹ SEARLE, *supra* note 283, at 7.

對群體發生作用，然而要注意的是，這裡所說的接受並非贊同(approval)的意思，厭惡(hatred)、漠視(apathy)、絕望(despair)的情緒是可以跟這裡的接受並存的。³⁴⁰第三則是這個地位權能所擁有的道義屈服力(deontic power)，這種屈服力的化身就是一般所謂的權利(rights)、責任(duties)、義務(obligations)、要求(requirements)等概念。³⁴¹第四個要提到的概念則是在道義屈服力的作用之下，個體所產生的獨立於本能欲望之外的行為思考(desire-independent reasons for action)，假設我知道這些錢是屬於他人的私人財產，即便我在本能的欲望上想要把它據為己用，我也不會如此，因為私有財產制的道義屈服力讓我的行為以本能欲望之外的方式去替行為做思考決策。³⁴²第五點則是所謂構成性的規則(constitutive rules)，與此概念相對的是規範性的規則(regulative rules)，前者例如西洋棋的規則，後者例如開車靠右行駛的規範，兩者的差異在於西洋棋的規則本身構成了西洋棋這個遊戲，但是開車這件事情是獨立於開車要靠右這個規範的。³⁴³第六點也是最後一點，則是制度性事實的概念(institutional facts)，有些事實是屬於自然的，例如太陽到地球的距離是九千三百萬英哩；但有些事實則是制度性的，他們雖然也是一種事實，但其存在卻無法脫離特定的制度，而這裡所說的制度，其實就是前面提到的構成性規則本身。所以像是「歐巴馬是美國總統」、「我是有駕照的駕駛」或是「誰贏了某場西洋棋比賽」都是一種制度性事實。³⁴⁴

以常見的宗教性侵案來說，就涉及到宗教/宗教領袖對於信徒的權力運作關係，我們可以試著把上面這些概念套到一個隨意就可想像的具體案例中。宗教領袖本身就具有相當的地位權能，一個宗教領袖不僅僅是信念的傳達者，他本身更是一個引導者，告訴他的信徒該做甚麼以及不該做甚麼，這個地位(status)自然而然地就賦予他這個功能(function)，而且這種情況是被領域中甚至領域外的人

³⁴⁰ *Id.* at 8.

³⁴¹ *Id.* at 8-9.

³⁴² *Id.* at 9.

³⁴³ *Id.* at 9-10.

³⁴⁴ *Id.* at 10-11.

的集體意志所接受的，服膺這個宗教的信徒本身會表現出積極的支持態度不說，外在的人對於一個宗教領袖對信徒的影響力更不一定會表現出積極的反對，這些都構成了集體意志接受這種地位權能存在的態度。一個具體的結果就是，儘管宗教領袖所下達的指示在許多時候並非對信徒有利，而信徒也不一定真心信服，對於領袖的指示在認知上也存有懷疑或是不悅，例如唐台生案中牧師對信徒所進行的「性輔導」，³⁴⁵但信徒在當下多選擇遵從，可見道義屈服力的力量之強大，但如果信徒完全按照自身欲望的觀點去思考如何行為的話，這些恐怕也很難發生，不要說接受「性輔導」，連捐獻都是一種違背本能慾望的行為。最後則是構成性規則跟制度性概念，其實宗教組織當中成員之間的互動方式，甚至是宗教本身就是一種構成性的規則，他們的存在就是一種既定的規則，可以說這樣的規則構成了它們所有的內涵，因此，「誰是宗教領袖」、「誰是信徒」、「信徒應當服從領袖」等概念也都是一種制度性事實，因為這些事實完全無法脫離制度(宗教)本身而獨自存在。

以上所講的是這樣一個社會制度或是權力關係的內在結構，那麼這樣的一個結構或是制度是怎樣出現的呢？這個問題所要說的並不是人類生活隨著文明進步漸趨複雜之類的演化論調，而是這些東西是「怎樣」被建立起來的，我們可以說是透過法律、規範、默契、組織等等建立的，但這種回答似乎沒有找出一個最大公因數。若要繼續細究，我們會發現人類的文明以及所有關於制度性的事實(institutional reality)都是語言所建構的。³⁴⁶

但是在繼續闡述下去之前我們有必要先了解一下語言會以甚麼樣的形式跟事實產生對應。語言跟事實有可能呈現三種關係，第一種關係就是語言呈現了事實，例如我們說桌上有個杯子，此時他們對應的方式是語言-事實(word-to-world)；另一種就是語言改變事實而讓事實符合語言的內容，例如我說我下禮拜三會來看你，此時我說這句話的目的不是在描述一個事實，而是改變

³⁴⁵ 最高法院 93 年台上字第 940 號判決。

³⁴⁶ *Id.* at 12-13.

事實，這個承諾(這句話)給我一個理由跟動力讓我下禮拜三來看妳而符合我這句話(承諾)的內容，此時語言跟事實的對應關係就變成事實-語言(world-to-word)。還有一種是最為特別，也跟我們的社會制度相關的，就是雙向的對應關係，這種語言不僅創造也描述了這個事實，他們的對應關係不僅是語言-事實，同時也是事實-語言，這種語言被稱為宣告(declarations)或是“performative utterances”，在這種情況之下，我們藉由說「某件事情是如此」而使某件事情就是如此，實際的例子像是我說「我發誓」使我真的做了一個發誓的行為。³⁴⁷那這些跟制度的建立有甚麼關連呢？這就要看語言的出現為人類的社會帶來什麼改變了。

在出現語言的能力之前，人類早就擁有各種心智活動，我們仍然有想法(洞穴外面很冷)、信念(今天可能很難打到獵物)、慾望(很想吃東西)以及意圖(還是想要打隻獵物裹覆)，這些能力並不是語言的出現所賦予的，那麼，語言究竟帶來什麼改變呢？讓我們假設有一隻沒有語言能力的狗，牠聽到有人接近門口的腳步聲，他的想法可能會是「有人正走向門」，但他不會想「門正走向某個人」，不僅如此，牠甚至無法區別「有人正走向門」以及「門正走向某個人」這兩種概念，但是我們可以，而這其中的原因就是因為我們擁有語言的能力。為什麼擁有語言的能力與否會造成這樣的差別，是因為語言的結構由文字以及句法所組成，而這些都有操縱的空間，藉由這種操控，我們可以發展出各種概念，進而提供生成文明所不可或缺的因素。³⁴⁸而這其中最重要的就是剛剛所提到的，語言與事實的第三種對應關係，也就是「宣告」—“declaration”，惟有透過語言的這項功能，我們才能創造出在語言出現之前根本無從存在的概念或是制度，也唯有宣告這種形式是無法跟人類故有的心智活動直接產生對應關係的。³⁴⁹

在對語言的結構跟模式做出一番分析闡述之後，Searle告訴我們，透過語言

³⁴⁷ *Id.* at 12.

³⁴⁸ *Id.* at 68.

³⁴⁹ *Id.* at 69.

我們可以(有意地)建構出事實上不存在或甚至不可能存在的概念，³⁵⁰當我們說「這是我們的領袖」，這意味著我們會把他當成領袖，並且依循著特定的道義屈服力，賦予相關的權力跟義務給不同的人，而且一旦接受了這樣的規則，我們就會脫離自己的慾望本能去做行為的思考，³⁵¹這也是為什麼語言是成就道義屈服力的基本型態，因為如果沒有語言，這種屈服力也就無法存在了。³⁵²

雖然上面這些說法並不是對於權力關係的唯一解讀方式，但從傅柯對權力的探究提出的五個切入點來看，Searle 的理論不僅有好的切入點，其理論內容就個人來看不僅是可理解的，更是可接受的，至此我們對於權力的構成已經有一個自成一格的解釋，接下來則要討論權力如何在我們身上發生作用，也就是權力行使的問題。

第二款 權力的行使

既然這裡所要談的是「權力的行使」，「行使」的概念就是重點了，當我們談論到權力的結構或是機制時，我們所預設的狀況也往往都是某(些)人對某(些)人施展某些權力。³⁵³但是換個角度想，權力的行使或不行使，在討論上差別何在？行使跟不行使對權力會有甚麼實質的影響？一個權力如果永遠都不行使，他還會存在嗎？或是說，我們有辦法認知到一個永遠都沒有被行使的權力嗎？

要回答這些問題，一個好的方法或許是看看一個權力要如何被行使，或者說，當權力被行使的時候是甚麼樣的情況。從一般的經驗來看，權力的行使模式大抵會像下面所說的這樣：(1)權力主體讓權力客體去做權力客體所不想做的事情，而且(2)如果權力主體沒有如此要求權力客體；或是如果權力主體沒有讓權力客體不知道其他選項的存在，權力客體就不會去做這件事。³⁵⁴反面來說，如果沒有這兩個要件的，權力就算存在，他也沒有處於被行使的狀態。這也是為什麼

³⁵⁰ *Id.* at 80.

³⁵¹ *Id.* at 885.

³⁵² *Id.* at 82.

³⁵³ Foucault, *supra* note 282, at 217.

³⁵⁴ SEARLE, *supra* note 283, at 147.

Searle認為在權力的行使上，一個非常重要的概念就是意圖(intentionality)，有很多事情都會影響我們的決策跟觀感，但並非都是權力的行使，因為許多事情的發生並不是為了特定的目的。³⁵⁵Searle並舉例說，假如有一個人身上老是發出惡臭，因此當他走進房間時大家都會起身離開，雖然這件事本身並不是一種權力的行使，但如果他是故意藉由這樣的方式讓其他人離開，這就會是一個權力的行使了。³⁵⁶這種對於主觀意圖在權力行使當中的重要性也被其他人所贊同，其認為權力存在的前提是它被某人行使在他人身上，並且付諸在具體的行為當中，即使既定的結構中就已經內涵著權力的運做，我們仍然無法說這種結構本身是一種權力的行使。³⁵⁷

但這不表示權力的行使在外觀上並沒有任何差異存在，相反地，權力的行使在外顯的程度上往往有所差別，以國家之間來說，從武力的展現到真正使用武力都可以算是權力的使用，³⁵⁸所以軍事演習、國慶閱兵等都是一種國家之間的權力較勁；當然，本論文談論的是人與人之間性犯罪的問題，國家之間的權力展現聽來似乎有點遙遠，但其實兩者之間並無不同，個人之間可以展現權力的方式甚至更為多樣了，個人之間權力的行使方式不一定是具體的懲罰，任何不利的後果都有可能是權力的表現形式，輕微如不認同、輕蔑、驚訝的反應或是重如人身安全的威脅，甚至於謀殺。³⁵⁹乍看之下可能會覺得不認同、輕蔑這些輕微的情緒反應怎麼會是一種權力的行使，但從權力行使的要件來看，所有我們所認知到的不利益都可以是行使權力的手段。

所以說權力的「行使」重點不在於威嚇的內容為何(當然還是要符合先前所說的權力的概念，也就是這種威嚇內容的不利益是被群體所接受的)，而是一種刻意的行為。這也是為什麼會有認為環境或是背景形成我們的偏好這件事不是一個權力行使的結果，畢竟從一個第一人稱的主觀經驗來看，這種情形我們並沒有

³⁵⁵ *Id.* at 150.

³⁵⁶ *Id.* at 148.

³⁵⁷ MARK G. E. KELLY, *THE POLITICAL PHILOSOPHY OF MICHAEL FOUCAULT* 69 (2009).

³⁵⁸ SEARLE, *supra* note 283, at 149.

³⁵⁹ *Id.* at 160.

被外力嚇阻去做自己想要做的事情，我們無法回答，當一個人依照自己被社會型塑的偏好去從事他的行為時，是誰對他施予了權力才讓他這麼做的。³⁶⁰講到這裡讓我們暫且回到性犯罪的同意上，因為這某種程度解釋了下面這種想法，就是有效的同意不以積極的慾望為必要；例如一個對於性愛欠缺熱情的妻子同意了丈夫行房的要求，此時即便她心中想著：「如果可以我寧可不要行房」，她的同意也是有效的。³⁶¹畢竟從權力行使的兩個要件來看，同意人顯然是有其他行為可能性的（拒絕），但她仍然選擇了同意。

不過，即便我們認為此時沒有權力的行使，也不代表沒有權力存在的問題，事實上，權力的存在跟行使往往被當成兩種不同的概念，像Steven Lukes就認為權力的存在跟權力的行使一般而言是有些不同的，權力是一種潛在的概念，而非意指實際的存在，他的效力不需要藉由行使的行為就能展現。³⁶²但有趣的是如我在本節一開始所提出來的，權力的單純存在跟權力的行使，兩者之間果真有實際的區別嗎？一個沒有被行使出來的權力能否被查覺而變得存在？一個能被查覺的權力豈能免於經過讓它被查覺的第一個行使行為？當他被行使之後，往後還能夠在權力尚存的狀況下不行使到這樣的權力嗎？

在這裡先提出個人簡短的想法，其實在探討這些權力問題的時候，最重要的應該是兩個概念：就是權力掌控者有沒有藉由權力的行使控制他人行為的意圖，以及受權力影響的人在做決定的過程中有無感受到自己受到壓迫。關於第一點之前已經說過，Searle 認為唯有存有主觀意圖才能稱為行使權力，而 Lukes 則補充說到此部分不影響權力的存在與否。就這樣的說法我個人不覺得有甚麼錯誤，但不可否認，這種說法的確切性跟真實性可能很大一部分是先前所說“declaration”的結果，所以我們不一定要對這種概念照單全收，但我也覺得有否定這種概念的必要，只是我覺得一個關鍵的切入點是受權力影響的人是如何看待他所處的環境，也就是第二點所涉及的問題。假設某人非待在這個房間

³⁶⁰ *Id.* at 160.

³⁶¹ ARCHARD, *supra* note 300, at 5.

³⁶² STEVEN LUKES, POWER: A RADICAL VIEW 69-70 (2005).

裡面不可的理由，不管體味男是不是故意的，那麼體味男的存在就會帶給他很大的困擾，體味男有沒有要行使這種權力的意圖(故意刁難他人)，所造成的影響大概也只是他們之後能不能和諧地討論出一個解決的辦法而已；但如果他根本沒有必要待在房間，或是剛好要離開了，他大概壓根不會在意體味男是否要進來並待在這個房間，就算我們說體味男仍然對他有某種權力「存在」，意義似乎也不大，更何況，體味男的這種權力是否真的「存在」，也要看他人在不在意他的體味，以及他們有沒有必須待在這間房間的迫切性，可見，即使是「存在」這種看似客觀的概念，也是大量參酌了受權利影響者的主觀感受內涵，那麼權力的行使，又怎麼可能跳過這個與權力存在與否息息相關的層面？

麻煩的是，權力的問題並非只能用處於權力關係中的兩方來做為觀察的切入點，如果用上一章所講到的自我(self)來說，權力關係還可以用第三者的客觀角度來看，假設體味男想要待在這個房間，但又不想用這麼粗暴的方式把他人逼走，所以就用某些方式讓他人自行在這個時間點離開，例如藉由中央空調系統讓自己的體味充斥在這個他覬覦的空間裡面，等其他人悻悻離去之後再堂而皇之地進駐，或是謊稱外面有劇組在拍外景讓他們興沖沖地離去。如果這些詭計沒有被人發現可能沒啥問題，但如果有人發現了呢？那些一開始悻悻然或興沖沖離開房間的人如果之後才赫然發現自己上演了「楚門的世界」，這件事會如何落幕？又，如果今天不是離開房間與否的問題，而是(悻悻然/興沖沖)同意跟他人性交呢？除非我們可以很斬釘截鐵地認為這些都扯太遠了，根本不在權力問題的討論範圍之內，否則我們必然要進入下一階段的討論。

第三款 權力的堆疊/無形

讓我們以同性戀者為例並想想他們在社會中的狀況。一般而言，同性戀者並不願意公開自己的性向並以之做為一種身分在社會中活動，這種自發性的隱藏並不是一個自然而然的結果，而是一種刻意的選擇，如果這種選擇並不會給他們帶

來額外的好處，為什麼還要如此為之？一個顯而易見而且幾乎沒有人會反對的理由就是這個社會對於同性戀者的態度不夠友善。不夠友善是一個門檻很低的說法，很多情形都可以被歸類為不夠友善，冷落、疏遠、嘲諷、污辱、道德勸導、言語攻擊、各種程度的肢體攻擊甚至仇恨態度，這些都可以被歸類為不夠友善，只是很多已經遠遠超過這樣的一個程度。

我們在上一款說過，Searle認為權力行使的方式很多樣，即便只是輕微的不利益都可以是一種權力的展現，³⁶³但社會對於同性戀的態度並不同於某個特定人對於同性戀的態度，這是一種更為廣泛的關係，他呈現出來的是一種背景(background)，而不是確切主體之間的問題，這種時候是否也有權力關係存在？Searle認為，權力的關係也可以融入在個體所身處的環境或是背景之中，假設社會中成員共享著一種集體意志，那麼透過這種社會壓力，任何一個人都可以對另外一個人行使這個權力。³⁶⁴所以說，如果社會中瀰漫一股排斥同性戀的氛圍，那麼各種具體的排拒行為就有能被群體所默許，此時這個權力不僅是存在的，更可以被具體行使。那麼以同性戀者的角度來說，他們有無感受到這樣的權力關係呢？他們是否會力抗社會上對於同性戀者的不公平待遇？是否對於同性戀的不公平地位有所認知？是否會選擇進入異性戀婚姻？或甚至藉由攻擊其他同性戀者或發表歧視同性戀的言論以掩飾自己的性向？他們如何看待這樣一個環境？這看似一連串跳躍的問題，實則是權力與受制者的各種控制關係，而其差別，我認為在於受制者將這些約束內化的深度。

先看看最明顯的權力關係，如果我們要求他人擺出一個代表權力的姿勢，可能很多人都會舉起拳頭，表現出威嚇的樣子，暗示自己有讓他人受到傷害的力量，³⁶⁵這是一種最直接的權力施展，一旦它出現在我們眼前，我們都會深刻確切地感受到一股外來的脅迫力道，這就像是包圍住我們的第一層俄羅斯娃娃，我們只消伸手就可觸及感受到它的存在。但是很多時候權力並不是這樣跟我們產生關

³⁶³ SEARLE, *supra* note 283, at 160.

³⁶⁴ *Id.* at 157.

³⁶⁵ BOULDING, *supra* note 284, at 16.

聯的，以社會上各種組織來說，我們身在其中就會跟這個組織內部的權力關係發生作用，我們可能是發動權力的一方，但更多時候可能是感受到權力壓制的一方，但是，這個組織的權力與其說是由特定人行使在我們身上，不如說這個權力的來源在於分布在組織中的特定機構/地位/角色，例如公司中的董事、經理；天主教的教宗、地區主教；軍隊中的指揮官、將領；大學中的校長、院長、教師甚至於一個宿舍的門房。在這種情況當中，地位是凌駕於個人的，我們不用認識這個人，也不用深入探究他的個性，僅管位居該位的個人可能可以造成一些改變，³⁶⁶但是當我們知道他所位居的地位，我們就會有意無意地表現出「適當」的行為，當他跟我們對談時，我們也會採取「適當」的對應，這就像是包裹我們的第二層俄羅斯娃娃，我們可能一時不會察覺自己何以會有這種反應，但只消思考一下，就會發現這樣的權力關係怎樣讓我們裹足畏怯。

但有些人看的角度更高，讓她們得以繼續向外探索那層遙遠的俄羅斯娃娃，女性主義者向娃娃的中心高喊，提醒女人們看清楚自己所處的環境，以性的壓迫為例，Charlene L. Muehlenhard以及Jennifer L. Schrag認為女性面臨的性壓迫常常是非暴力的，這些性壓迫時常讓女性因為各種原因而被迫進入自己所不渴望的性關係之中，這可能是出於地位的差異(status coercion)、言語所帶來的壓力(verbal coercion)、道德壓力(moral coercion)、心理壓力(psychological compulsion)或是制度性壓力(institutional coercion)，這種性壓迫的概念更包含強迫女性進入異性戀的婚姻關係。³⁶⁷有著類似的想法，Martha Chamallas也主張，如果女性是出於經濟壓力才同意為性行為，這種同意就不是出於自由意志。³⁶⁸這種對於女性自由意志是否真為自由的疑慮繼續衍伸下去，在性犯罪的探討上就是同意的有效性被限縮了，像Catherine A. MacKinnon就認為，法律所說的同意如果要發揮其所規範的效果，前題應該是當人雙方處於平等的地位，因為

³⁶⁶ *Id.* at 43.

³⁶⁷ Charlene L. Muehlenhard & Jennifer L. Schrag, *Nonviolent Sexual Coercion, in ACQUAINTANCE RAPE: THE HIDDEN CRIME* 115, 115 (ANDREA PARROT & LAURIE BECHHOFFER eds., 1991).

³⁶⁸ Chamallas, *supra* note 270, at 814.

如此一來雙方才能自由地決定自己的性意志，但是社會上兩性之間隨處可見的結構性不平等，會將很多合意性交的案例推入非合意性交的範疇。³⁶⁹

不可否認，從歷史上來看，女性的地位始終不如男性，甚至是被刻意貶低、傷害、歧視的對象，男人不僅掌握文明，也掌控權力，還有女人，最明顯的表現就是男人對於女人的「性」的掌控，無怪乎MacKinnon認為女性的性就像是馬克思主義眼中那些工人的工作生產，雖然不能說未曾擁有，但總是流於被他人奪走的命運，³⁷⁰在這種權力關係不對等的情況之下，女性始終無法掌握自己的性。女性失去了對自己「性」的控制恐怕只是女性在男性霸權下的一般對待。女人的性就像人狗之間的那條鎖鏈，並不是說鎖鏈鬆了狗就會跑走，但那條鎖鏈不啻昭告提醒著兩者之間的關係，不可否認，「性」著實是起了強化並維持這種關係的功用。這也是為什麼強暴在某些女性主義者看來不只是一種單一犯罪行為，它反應的其實是女性做為一個從屬的群體是怎樣在大環境之下被對待，³⁷¹就像那條繫在脖子上的鎖鍊，Brownmiller認為強暴其實是一種手段，一種讓女人持續處於恐懼之下的手段。³⁷²在這種情況之下，同意也只是一種處於不對等的溝通，她們真正想要、以及她們所能表達的、還有男人所理解的，永遠都存在著落差。³⁷³在第三層俄羅斯娃娃的籠罩之下，她們不確定哪裡出錯了，只覺得自己心中有一小塊地方總是悶悶的。

然而，男性對女性的掌控不僅在於讓女性被動地同意進入性關係之中，我們的社會還決定了女性的「性」應該以何種面貌呈現，像MacKinnon就認為，在這個社會中，女性(femaleness)等同於女性化(femininity)，女性化就是對於男人具有吸引力-尤其是一種可以被男性所取得的性吸引力。透過這種性別的社會化過程，女性把男性對「性」的想像投射在自己身上，並用這種標準去界定一個女

³⁶⁹ Catharine A. Mackinnon, *Rape: On Coercion and Consent*, in *APPLICATIONS OF FEMINIST LEGAL THEORY TO WOMEN'S LIVES* 471, 474 (D. KELLY WEISBERG ed., 1996).

³⁷⁰ Catharine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: A Agenda for Theory*, in *FEMINISM AND SEXUALITY: A READER* (Stevi Jackson & Sue Scott eds., 1996).

³⁷¹ CATHARINE A. MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE* 172 (1989).

³⁷² SUSAN BROWNMILLER, *AGAINST OUR WILL* 15 (1975).

³⁷³ MACKINNON, *supra* note 371, at 182.

性應該有的樣子，結果就是女性普遍視自己為一種與性(sexuality)息息相關的存在——一個為了讓男性取得「性」的存在。³⁷⁴跟平常的性關係相較之下，雖然強暴可能含有更多的暴力，但這只是男性權力的延伸，不改性對女性剝削本質。³⁷⁵此外，社會對於女性形象的控制一個更為明顯的地方就是色情，女性在色情中往往呈現出一種被束縛、毆打、凌虐、騷擾、強暴甚至於殺害的形象，有時甚至僅只於表現出這些形象而無其他，而之所以會這樣是因為握有權力的人希望女性表現出這種形象，並且從這種形象中獲取他們所要的性愉悅或各種利益，而女性在這種大環境之下並沒有太多的選擇可能。³⁷⁶

上述這種情況都是社會在暗示女性應該怎樣與性做結合，並且表現出怎樣的外在形象，加上我們的社會從女性小時候就引導她們發展出被動、退縮、保守、自卑的人格，³⁷⁷最後的結果就是，女性(不自覺地)被迫以男性的觀點來看待自己，並且把這種觀點內化一個理想的自我形象，為了讓自己符合這種以男性觀點為出發地形象，她們不只「被動地」配合男性的需求做抉擇，還「主動地」呈現出男性希望她們呈現出來的樣子，例如高跟鞋、短裙、絲襪等各種帶有束縛意味的衣飾與裝扮。這讓我們想到傅柯在描述圓形監獄之中犯人的行為是如何被他們自身的認知所規束時，他認為因為這些犯人自動地把應當遵循權力的想法植入自己的心中，所以此時他們不僅僅是被他人監視，而是進一步被自己所監視，把自己置入一種自我從屬的狀態，同時身兼監視者與被監視者的角色。³⁷⁸女性在這個社會中某種程度也落入這種監獄囚犯的自我從屬狀態，因為她們不需他人監控就會不住地檢視自己的身材、外表、儀態，成了致力於自我監控的自我，只不過在

³⁷⁴ MacKinnon, *supra* note 370, at 183.

³⁷⁵ See Allison Moore & Paul Reynolds, *Feminist Approaches to Sexual Consent: A Critical Assessment*, in MAKING SENSE OF SEXUAL CONSENT 29, 29-30 (Mark Cowling & Paul Reynolds eds., 2004).

³⁷⁶ CATHARINE A. MACKINNON, ARE WOMEN HUMAN? 114-15 (2006).

³⁷⁷ See generally Hilary M. Lips, *Female Powerlessness: A Case of 'Cultural Preparedness'?*, in Power/Gender 89, 89-102 (H. Lorraine Radtke & Henderikus J. Stam eds., 1994).

³⁷⁸ MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 202-03 (Alan Sheridan trans., 1977).

這個地方她們所處的權力關係是另一個監獄，一個名為父權的監獄。³⁷⁹這是第四層俄羅斯娃娃，它構成了女性所處外在權力關係結構的邊緣，但同時也構成了她們的內心、她們的自我，如此漆黑而遙不可及，但令人難以察覺的原因卻是因為過於相近。

接下來的問題是，當我們不知道拒斥，或是當我們感受不到權力的壓迫，我們的行為該如何評價？這也是為什麼David Archard會認為MacKinnon的說法顯然跟很多女性的感受有所差別，因為有很多女性仍然認為強暴跟一般的性是不同的，她們的同意對她們而言顯然不如MacKinnon所講的那般不具意義，³⁸⁰我們更難想見有哪個女性會在穿上高跟鞋跟短裙的時候質疑自己為什麼不換上運動鞋跟牛仔褲。回到本款一開始所舉的同性戀的例子，他們對於這個社會環境跟價值觀的抗拒態度會影響這個權力關係以甚麼樣的姿態出現在他們面前，對某些自我意識極為強烈的同性戀者來說，這種權力關係就像是第一層俄羅斯娃娃一樣明顯，讓人感到窒息壓迫，卻也讓人感到憤怒；但對其他同性戀者來說，這種權力關係可能比較像是遙遠的第二層、第三層甚至是第四層俄羅斯娃娃，他們可能自然而然地融入異性戀的生活模式，甚至「共享」著某些排拒同性戀的思維與價值觀，他們把自己的意志換掉了，藉由內化這種權力關係，他們也把權力的壓迫給「消除」了，權力的堆疊，最終竟是邁向無形，要說它存在或不存在似乎也不重要了，差別只在一念之間，而那也是自由意志存在之處。

第四款 理智的運作

我們是怎麼決定自身的行為，理智、慾望、直覺還是情感？當我們面對權力的時候，最直接的慾望跟情感受到壓抑，我們要如何用理智去獲取我們想要的，並且避開我們所不想要的？那些在男性霸權之下被動地同意進入一段性關係的女性、那些自然而然嶄露自己性感軀體的女性、那些力抗社會價值觀的同性戀

³⁷⁹ SANDRA LEE BARTZY, FEMININITY AND DOMINATION: STUDIES IN THE PHENOMENOLOGY OF OPPRESSION 80 (1990).

³⁸⁰ ARCHARD, *supra* note 300, at 93.

者，以及那些接受社會價值觀的同性戀者，他們如何發展出不同的心態，以各自的頻率跟方式去跟權力互動？應該沒有人會否認，我們在做各種決策的時候最重要的依循的就是所謂的「理智」，而理智的意義就在於決策過程選擇適當的方法達到目的。³⁸¹人類在理智運作上有幾個特點，第一個特點就是我們在理智的運作過程中可以跳脫現狀，在時間上做出長遠的考量，我們必須在將來為現在的決定負責，此時也正為過去的決定負責；再來就是我們必須在相衝突的目的之間做出抉擇；第三點，我們許多行為並非直接出於特定的欲望，我們是以跳脫原始欲望的方式去為理智運作的；最後，我們認為我們所做的決定是出於一套放諸四海皆是的原則，也就是說這個原則的邏輯不會因為個人的差異而有所變化。³⁸²

遵循這樣的基本思考，傳統理論上認為理智具有下面這些特性：(1)一個理智行為的背後應是特定的欲念或欲望所造成的；³⁸³(2)這個理智的運用過程則是遵循著一個可以區辨理智與不理智的原則；³⁸⁴(3)理智這種認知能力是獨立於我們所擁有的其他能力的；³⁸⁵(4)如果最後沒有將意志貫徹，必然是因為心理上的動機改變所致。(5)理智處理的是要用怎樣的方法滿足欲念跟欲望，這些欲念跟欲望才是理智運作的出發點，而這些欲望跟目標是無關於理智的；(6)理智的運作有賴內心目標跟欲望保持一貫。³⁸⁶

Searle認為上面這些傳統上對於理智的論述並不完全正確，首先，他認為理智的背後雖然總是存在著某些目的跟慾望，但理智的行為並非欲望所「造成」的，傳統論所說的「造成」是帶有直接因果關係的；但是因為欲望而「造成」的往往是「非理智的行為」而非「理智的行為」，因為如果欲望可以直接促成我們的(理智的)行為，根本沒有理智運作的必要，惟有在欲望跟決定之間出現落差(gap)-

³⁸¹ JOHN R. SEARLE, RATIONALITY IN ACTION 1 (2001).

³⁸² *Id.* at 2.

³⁸³ 例如我想去宜蘭，這是我的欲念，那我反映出來的一個理智的行為可能就是搭上首都客運。

³⁸⁴ 也就是說，我們的思考所遵循的是一個理智的邏輯，例如我很餓，所以就跑去吃東西，這裡所遵循的一個邏輯就是「吃東西會產生飽足感」。

³⁸⁵ 例如我們除了運用理智思考的能力，還有語言、視聽等存在於大腦或心智的活動。

³⁸⁶ SEARLE, *supra* note 381, at 8-12.

也就是自由意志存在的地方-才有辦法出現理智的運作。³⁸⁷再者，所謂理智是依循一套符合理智的規則，Searle舉了阿基里斯與龜的例子說明，這些所謂符合理智的規則，本身無法也不需要訴諸其他理由就能成立，就像邏輯做為一種符合理智的規則，但它的正確性(validity)並非來自於邏輯的規則(rule)，試想，如果我們需要「p」以及「若p則q」兩項規則以得出q，那麼我們照理也需要一個規則讓我們從p得出p才對，但我們並不需要，因為我們就是這樣說的：當我有「p」以及「若p則q」，我就可以得出q。這是一個規則，被我們用語言所建構出來的規則，而非一個所謂符合理智的規則。³⁸⁸因此關於理智的傳統論述第三項，Searle認為理智並非一個獨立於人類其他能力的的能力，我們的想法(thought)、觀念(perception)、意圖(intentionality)以及(尤其是)語言(language)能力在本質上都對理智造成了約束，因為這些能力都影響著我們對於外在世界的認知，而我們的理智是無法脫離自身對於外在世界的認知內涵而獨立運作的。³⁸⁹第四，意志之所以沒有被貫徹是因為在欲望到決定、決定到行動以及行動到行動的徹底貫徹之間都有一段自由意志可以操作的空間(gap)，在這空間裡面我們有太多選擇，才會出現意志中斷的狀況，而非心裡的動機改變了。³⁹⁰第五點，許多行為是出於跟欲望無關的原因，像先前所說的道義屈服力，我們的行為可以是脫離原始慾望思考的。³⁹¹最後，理智的運作無須在內心保持一貫的慾望跟目標，因為理智的作用正是在於處理互相衝突的欲望，它是一個關於我們內心偏好的安排。³⁹²

在此要強調的是，這裡對於理智運作的說法並無法直接告訴我們甚麼時候被害人的同意有效甚麼時候無效，但我認為透過這樣的探討可以產生一些比較寬闊的視角去看待我們在不同情況下所做出的抉擇，如此一來，不管我們最後採取甚麼樣的結論，至少心裡也會比較踏實。讓我們以先前提過的宗教性侵案為例子，

³⁸⁷ *Id.* at 12-13.

³⁸⁸ *See id.* at 17-22.

³⁸⁹ *Id.* at 22.

³⁹⁰ *Id.* at 25.

³⁹¹ *Id.* at 26.

³⁹² *Id.* at 30.

宗教領袖以性輔導的名義使女信徒同意與之發生性關係，女信徒在一種不確定的心態下(覺得有點羞恥、不舒服)遵從了指示參與性輔導，嗣後覺得自己受騙，對宗教領袖提出性侵害告訴。讓我們試著用Searle的理論來分析女信徒的心路歷程。首先，女信徒在這個理智運作過程中涉及的原始欲望可能為何？按照這樣的情節，我們假設此時她原始欲望是獲得宗教領袖所說的，藉由性愛而來的啟發，³⁹³但是她並沒有毫無懷疑地就接受性輔導，我們可以說此時她的理智發生了作用，她並沒有被自己的原始欲望凌駕就這樣一頭栽進去。此時她會怎樣去思考而做出決定呢？她可能會想說「領袖是對的」、「這是獲得啟發的必經路程」，或是其他負面考量，例如「不應該跟丈夫之外的人做這種事」，而這些都是一般所謂符合理智的規則，不只受語言的影響，也含有脫離本能欲望思考的道義屈服力(「是」、「應該」)；然後在幾經思量之下，她最後可能就決定要參加性輔導課程，此時她已通過了從欲望到做出決定的這個過程；但在真正接受性輔導之前，以及日後是否要繼續接受(認同)性輔導，信徒都有可能轉變心意，因而才會在事後對宗教領袖提出指控，認為自己遭受性侵害，這種行為上的不一致都是因為自由意志在這之間產生了作用，在不同的時間點呈現出不同的偏好順序。

在這裡面一個比較吸引我的環節在於同意人的前後不一致，這也是性侵害事件最難處理的一環，為什麼一開始選擇/同意/接受進入這段性關係，之後卻展現出否定的態度，當事人的自由意志產生甚麼樣的作用或許就是關鍵所在。但，跟一般的切入點都放在「會甚麼她會同意」不同，我覺得思考的方向應該是放在「為什麼她後來反悔」這一點之上，因為此時涉及兩個自由意志的運作，而且後面的自由意志否定了前面的自由意志，這是一種自我的否定，也是對一段(性的)關係的否定，兩者之間的落差就是這段(性的)關係轉化為性犯罪事件的契機。但意志的斷裂對於自詡為理性人類的我們卻是一個讓人苦惱的說法，這種不一致恐怕會

³⁹³ 這裡的原始慾望內涵也可能是，或包含「想要與他人性交」，或是相反地，「不想與他人性交」，甚至是更遙遠的「想吃東西」，只不過可能要花費一番想像跟文字才能把這種情節設定跟後面的行為決定連在一起。

讓我們失去面對自己的勇氣，既然如此，我們就用一種比較具有一貫性的角度去想，當我們以後面的意志否定了前面的意志時，可能是因為在後面的時間點出現了在前一個時間點所沒有的條件，才讓我們的意志出現了不一致，例如之後才意識到宗教領袖其實心懷不軌、或是生命身體安全的威脅到後來已經不存在了。到這邊意志的斷裂感似乎比較沒那麼嚴重了，至少不像兩個完全不相干的人格所為的意志活動。但我們並不以此為滿足，我們希望兩個意志之間能夠更一致；如果要讓這一切顯得更加一致，一個可行的方法或許就是下面這種情況：當自由意志在前面的時間點運作的時候，我們就已經可以預期自己在之後條件改變時會否定前面的意志了。從自由意志之所以能夠發揮作用的原因來看，也唯有此時，有關於性自主的自由意志才真正在前面的時間點發揮作用。

我們之前說過，理智的運作因為自由意志的存在而變得可能，這是一個我們抗拒直接以本能欲望為行為依據的過程，假設一個人在前面的時間點未曾想過她之後可能會對這段(性的)關係感到後悔，那麼此時此刻在她的欲望形成具體決定，或是從具體決定到付諸實行之前，都是由本能欲望掌控一切，其間並沒有自由意志存在的空間，也就是說這是一段沒有自由意志參與的歷程。在此我想先提出我心中的簡短結論，我認為所謂的因「脅迫」而使同意淪為無效應該是指下列這種情況：同意人在同意的當下已經預見到自己在事後必然會對這段(性的)關係感到否定、反悔或是不認同。³⁹⁴以這樣的觀點來看，上述宗教性侵的情形，信徒的同意仍然是有效的；在父權制度下的女性對於一段性關係的同意也是有效的；為了免去債務、為了獲取(比應得的更好的)好成績所作的同意也是有效的；甚至，在前一節第三款sabtoge那種讓人陷於困境而獲得同意的例子，我認為這裡

³⁹⁴ 不可否認，這種標準並無法對於問題產生立竿見影之效，但是卻能夠提供法院一個在論理跟闡述上的正道，確定了依循的方向之後，問題只剩下法院要如何運用文字跟篇幅告訴我們他如何產生這樣的認定，而本文認為第四章所提到的情緒或許可以做為法院此處論述的元素。此乃因雖然本文認為恐懼、噁心、羞恥是性犯罪的傷害內涵，但是其並沒有辦法直接化為法律的構成要件加以運作，儘管他們是如此的真切而更符合於真實。然而，如果我們把這些情緒當成是認定同意有效性時得以發揮的元素，或許可以給法官一個在論述上更加合於真實的選擇，而又避免了構成要件明確性不足的問題。這是情緒在被害人意志存在的時候可以在功能上選擇的轉換，但如果是接下來所要討論意志真空的情形，情緒或許就無法躲在意志的後面，必須以真面目示人了。相關的討論請參照註 401。

的同意仍然「有可能」是有效的，為什麼說「有可能」，因為我們不確定同意人的意志是否夠強健，強健到讓她有足夠的能力在當下產生不滿跟不認同，如果套用前面權力的堆疊/無形時所用的概念，就是當事人有無感受到這樣的權力關係的問題，這樣的權力關係是第一層、第二層、第三層還是第四層？如果是第一層，我會覺得這就是不折不扣的脅迫，相反地，如果是第四層，這種權力關係已經內化成在同意者的自由意志當中，也就是說這已經構成他意志活動的一部分，而非他的意志活動所要對抗的對象，此時我們恐怕很難說這是一種脅迫。³⁹⁵

第五款 意志的真空

討論完意志的壓迫之後，接下來先讓我們暫且回到傳統上對於同意有效性的討論觀點，因為我想藉此去探討一個小課題，就是意志的真空。傳統上除了脅迫之外，欺騙、因酒醉或藥物導致精神狀態失常、年齡幼稚等都是討論同意有效性時的切入點。如果按照先前脅迫的標準—同意人在同意的當下已經預見到自己在事後必然會對這段(性的)關係感到否定、反悔或是不認同—欺騙、精神失常、年齡幼稚都不會是脅迫，因為同意人在同意的當下大概都不會預見到自己事後對這段關係會有負面的反應。那麼我們應該如何解讀這種情況下所做的同意？在提出結論之前我們試著同樣用自由意志的方法去分析這些情況。首先還是要注意，性犯罪的發生永遠都是用一種事後觀點回頭去看曾經發生的事，同樣地，引發同意有效性問題的這些狀況也是用一種事後的觀點在觀察的，「因為我當時不知道他放進去的是生殖器」、「因為我當時喝醉了」、「因為我當時年紀小不知道反抗」，這裡都隱含著一個前提，就是說，我現在不是這個樣子了(我已經知道事實了、我酒醒了、我已經長大了)，或是將來十之八九絕對不會是這樣(紙包不住火、我

³⁹⁵ 這樣看來，同意似乎變成一個純粹的主觀問題，但一個人的主觀要如何得知？我們最後仍舊是從客觀的行為情狀去猜測主觀的狀態，所以如果有人要說同意本來就是一個主觀的狀態，我不覺得有甚麼錯，但我也認為同意是非客觀的，因為不管要說同意是主觀還是客觀，我們永遠只有一條路，也就是從「客觀」的描述去論述「主觀」的狀態。只是在實際的操作上，有可能會變成以「客觀」的情狀去猜測「主觀」的情緒，再從「客觀」的情緒去猜測「主觀」的同意與否，再繼續從「客觀」的同意去判定被告「主觀」有無認知到同意的存在或不存在，不過話雖如此，「『客觀』到『主觀』」的規則是永遠不會改變的。

遲早會酒醒的、我遲早會長大)，用我們比較在意的說法就是：過去的自由意志跟現在/將來的自由意志運作的前提/狀況/條件是不一樣的，而且過去的狀況只是暫時、脫逸的，並不是現在或往後所呈現的真正/一貫的我。

再來的問題就是，我們要不要贊同這種「否定過去」的說法？如果可以否定，前提就是我們必須承認在過去的那個時點同意人的自由意志的功能是不完全的（因為沒有出現脅迫的感受，所以不能說自由意志被壓制），也可以說沒有一個有效自由意志的存在，或者說，此時自由意志呈現出來的是一種真空狀態。如果在這時候利用這種真空狀態獲取他人的同意，跟利用壓制他人的自由意志獲取同意是有所不同的，因為被害人在當下並未感受到壓迫的存在，以現行刑法的規定來看比較像是「趁機」，也頂多就是趁機的程度，在概念上應該與脅迫做出區別。至於我們應該容許行為人利用這種真空的意志狀態到甚麼程度，難道所有在真空狀態下獲得的同意都要歸於無效而構成趁機而為的性犯罪嗎？關於這個問題，我們大概可以知道關鍵點大概就在於是誰導致這種真空狀態，以欺騙、精神失常、年齡幼稚三種狀況來說，直覺上可能各自代表不同的情形，分別是由「行為人」、「被害人」以及「沒有任何人」造成被害人自由意志的真空狀態。不過在此我先不打算討論年齡幼稚的情形，因為這個議題複雜的程度遠超過本論文目前為止所能負擔。³⁹⁶

首先關於欺騙，有論者在討論因欺騙而來的同意有效性時以詐欺做為比喻，認為誘騙他人性交一般從法律上的觀點來看只有在 *fraud in the factum*³⁹⁷ 的情形才會構成犯罪，因為受騙的人根本沒有意識或預料到發生的事情為何，也就是對於「性交」的情事並無知悉，其所做的同意(為性交)並非出於充分的資訊，因

³⁹⁶ See generally MATTHEW WAITES, THE AGE OF CONSENT: YOUNG PEOPLE, SEXUALITY AND CITIZENSHIP (2005).

³⁹⁷ 美國法上的詐欺(fraud)可分為兩種，一為 *fraud in the factum*，其結果是當事人根本沒有認識到自己所做的是何種行為；另一為 *fraud in the inducement*，當事人雖然有認識到自己行為的意涵，但其之所以為此行為本是出於另一個動機。舉例來說，因受騙而不知道自己簽名的地方是契約的簽名欄，此屬 *fraud in the factum*；因受騙而以為契約條件有利於己而簽名則屬 *fraud in the inducement*。

此所做的同意應當視為無效。³⁹⁸至於在*fraud in the inducement*的情形，因為同意人對於性交這個行為的本質以及自己即將為性交行為的是時有所認識，其所為的同意應當被視為有效的，雖然她對於性交行為的目的(誤以為性交可以治病)、對方的真實身分(誤以為對方是自己的丈夫)³⁹⁹、對方的特徵(誤以為對方是單身)或是對方對於這段感情的重視程度(誤以為對方是真心想投入這段感情)有所誤認—這的確也有可能對同意人造成一定的傷害—卻無法有損於同意的有效性。⁴⁰⁰

我要說的是，我覺得*fraud in the inducement*並不是我所認為的意志的真空，因為同意人在當下完全知道自己想做甚麼、在做甚麼、要注意甚麼，她選擇相信一個她當下無法證實的事實並不會讓她的自由意志無法運作，而此時也沒有脅迫的情況存在，結論上自然不構成犯罪。至於*fraud in the factum*，我覺得就是意志真空的例子，但跟一般討論的想法有點些微的不同，而這也是一般在討論欺騙下的同意時的盲點。讓我們想想醫生跟病人說等一下要把儀器放進陰道，結果進去的是醫生的生殖器或其他部位的例子，此時我們會說病人有同意，但同意是無效的。但我覺得這種時候根本就沒有同意的存在，因為病人同意的對象是「儀器」而非「生殖器」，意志出現真空的時點不是病人做出同意的那一刻，而是被生殖器進入的那一刻，在這種情況之下，行為人所做的事情就跟在擁擠的電車上偷摸被害人的臀部，而被害人當下毫無知覺的狀況是雷同的，只不過前者意志的真空狀態是因為行為人有*fraud in the factum*的行為，後者則是客觀環境所致。有人可能會覺得把兩者都當成是相同程度的趁機行為在評價上有所不公平，但我認為*fraud in the factum*的行為本身並沒有重大的惡害，它的傷害必然是跟著它所造成的結果一起評價，⁴⁰¹在這裡它本身直接導致的只是一種意志的

³⁹⁸ WERTHEIMER, *supra* note 25. at 196.

³⁹⁹ 雖然我國刑法第 229 條仍將這種行為視作違法行為，但此條文的必要性與正當性飽受批評，認為是舊時父權思想的產物。參照林山田，刑法各論

⁴⁰⁰ WERTHEIMER, *supra* note 25. at 196.

⁴⁰¹ 這裡的傷害也就是恐懼噁心羞恥等情緒，此時我們無法避免要直接以恐懼、噁心、羞辱去做法律上的判斷，因為現在是被害人根本沒有機會表示同意與否的「趁機」情狀。例如夫妻離異之

真空，就好像把人推上擁擠的電車一樣，不需要被過度批判，在這裡應該被批判的行為是性交跟猥褻而不是欺騙或推擠；同樣的思考也可以放在因為酒醉等原因造成的「精神狀態失常」，這種有別於平常的精神狀態在意義跟存在上往往成為被否定的對象。個人覺得，就算我們否定他們仍然有自由意志的運作空間，而把精神狀態失常的人所做的同意當成是無效的，也頂多構成趁機為性行為的概念，而且這種精神狀態是否是因為行為人所引起的也不應該影響性犯罪部分的判斷，頂多視具體情況就這些行為另為評價。

第三節 意志的凌越

在討論完意志的真空以及權力對意志的壓迫之後，我想討論意志與權力之間的另一種關係，也就是意志的凌越。我們說權力只能施展在擁有自由意志的主體身上，⁴⁰²但自由意志並非總是被權力給凌駕的。要知道，意志不僅是一種主觀的存在，他在本質上更是流動的；至於權力，概念上似乎一個客觀的存在，但如果不是我們的主觀上感受到它的存在，權力自始就沒有存在的可能，所以說權力也是主觀的存在，又因為權力約束我們的能量端看我們如何與之互動，所以說權力也是流動的；但意志與權力的密切關係不在於他們都是主觀且流動的，而是因為我們的意志直接決定了我們是否會感受到權力以及被約束的程度。

讓我們以美國模範刑法典關於強暴規定為例，其對強暴(rape)的定義為“compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping”。從其文義來看，如果被害人沒有出現需要用強制力壓制的反抗行為，強暴是很難成立的，她必須用她的肢體捍衛她的性自主權，以

後，妻子狀告法院說丈夫某次在廚房未經她的同意就掐了一下她的屁股，讓我們先假設沒有人會覺得當時丈夫的行為構成性騷擾或是猥褻，此時問題是要如何用理論去說明本案的確未構成犯罪？最直接的想法大概就是看妻子當下的反應是甚麼，但限於法律條文的文字內容，我們最後恐怕也只能回歸「未違反意願」，但我們要如何說這個掐捏屁股的行為並沒有違反一個現下正站上法庭指控被告的「被害人」的意願？被「意願」兩個字綁住的結果恐怕就是一個又一個實質上不附理由的「昨是今非」。一個面對現實的說法應該是，從妻子第一時間的情緒反應看來，這件事對她沒有造成傷害，甚至於從她的反應看來她是喜歡這個行為的，在這種情狀，我們恐怕就會被逼著在判決文字中直接從情緒的觀點去處理性犯罪法益的問題了。

⁴⁰² FOUCAULT, *supra* note 282, at 221.

傷痕和血淚向外人證實她的意志內涵；要不然她就必須讓自己處於一種客觀的急迫危險之中，而這種危險就一般人的觀點來看是每個人都會在意的。有認為這種規定並不適當，因為很多時候被害人處於急迫的危險之下，根本連反抗的能力都沒有，因此有出現改革的聲浪，例如在特定情形下直接假定欠缺同意，被告主觀要件也一併假定存在；或是在特定狀況下推定強制力存在，例如被害人有心智障礙或是其他共犯的存在。⁴⁰³

不可否認，這樣的規定在適用的結果上往往有所不足，我也覺得這確實隱含著性別的偏頗；但我不覺得這「只是」一種性別偏頗的結果，它的核心思想其實是強調對於自由意志的壓迫的必要性，我們頂多說他是以男性的角度去假設被害人的自由意志強度：一般(想像中的)男性的自由意志只會在面臨生命身體重大傷害時才會退縮，如果外在權力的壓迫沒有到達這種程度，例如只是財產上的威脅，一般人(男性)的自由意志是可以突破這種權力壓迫的，所以如果他沒有一個「突破」的動作，並不是說他的自由意志被壓制了，而是此時他的自由意志並不需要運作，也就是說他可能以慾望為出發而接受了這個行為，而這某種程度代表這個權力關係已經被克服了，因為被權力威嚇的人對於威嚇的反應會影響彼此的權力關係。⁴⁰⁴

人與人之間充斥著各種權力關係，例如婚姻當中的夫妻之間，親子之間以及雇用者與受雇者之間，但是其間的權力關係並不總是非常穩定的，這有賴於整個社會文化跟相關組織機構的作用，例如受雇者也能借由辭職展現他的權力。⁴⁰⁵雖然權力的機制以傅柯所說的無形的方式建構我們的身體，讓這個身體不僅是自然而然地做出他人所期待我們做的事，而是如他人所期待的那般運作著，成為一個名副其實的「順從的身體」。⁴⁰⁶但他並非認為權力的運作是如此消極單一，因為它也賦予了身體主體性，使之具有行動的能力，這種權力的運作讓所有的行為變

⁴⁰³ GORDON & RIGER, *supra* note 132, at 63-64.

⁴⁰⁴ BOULDING, *supra* note 284, at 25.

⁴⁰⁵ *Id.* at 39.

⁴⁰⁶ FOUCAULT, *supra* note 378, at 138.

得可能，因此也是人類所有行為跟可能性的起點。⁴⁰⁷

不可否認，在性的領域上，女性長久以來都被視為一個被剝削的對象，表面上擁有自主權，但仍然無法完全順從自己的意願與意志去決定她們的性活動，⁴⁰⁸只因為這個社會對於性的詮釋是從男性的角度出發，性本身就是權力的展現，是一個控制與從屬、壓迫與被壓迫的關係，⁴⁰⁹而這種建構甚至擴及到性慾，權力關係甚至暴力都成了性慾的本質，⁴¹⁰女性恐怕連對性慾的解釋權都沒有，所以才有認為唯有父權被推翻，女性才能夠找到真正的自我。⁴¹¹這也是為何即便切入點不一樣，但女性主義說穿了其實就是在處理權力的問題。⁴¹²但是從女性主義在權力探討上的發展可以發現，雖然我們最終還是很難脫離造就我們的脈絡，但我們本身並非沒有改變這種脈絡的能力。一開始自由主義女性主義展現出來的是一種資源的權力觀，她們把權力問題放在政治參與跟社會制度外在的不對等，認為要把權力落差與以破除應該致力於讓女性有機會取得男性所擁有的一切，⁴¹³到後來基進女性主義把焦點從資源的取得放到男性對女性普遍的掌控與從屬關係，而認為唯有破除這種男性霸權才是解決權力不對等的正道，此論點雖然鏗鏘有力，但把所有人都想成一個大脈絡下的小齒輪，基進女性主義的觀點被認為無法解釋權力關係的流動性。⁴¹⁴因此女性主義者中後來有人把傳統上控制他人、建立階級的權力觀轉化為一種能夠改變自己、他人與周遭環境的能力，而女性無疑地擁有這類特質，例如照顧與鞏固人際關係的能力，這類特質都能夠讓我們的社會更為美好，而且是女性主義重建這個社會的能量來源。不僅如此，透過這樣的實踐，女性能夠把自己以往被視為軟弱無力的特質變成自信的來源，進而不再感到無力、

⁴⁰⁷ Foucault, *supra* note 282, at 220.

⁴⁰⁸ Moore & Reynolds, *supra* note 375, at 31.

⁴⁰⁹ Celia Kitzinger, *Problematizing Pleasure: Radical Feminist Deconstructions of Sexuality and Power*, in *Power/Gender* 194, 204 (H. Lorraine Radtke & Henderikus J. Stam eds., 1994).

⁴¹⁰ Kitzinger, *supra* note 409, at 206.

⁴¹¹ Deborah Kerfoot & David Knights, *Into the Realm of the Fearful: Power, Identity and the Gender Problematic*, in *Power/Gender* 67, 71 (H. Lorraine Radtke & Henderikus J. Stam eds., 1994).

⁴¹² Nickie Charles, *Feminist Practices: Identity, Difference, Power*, in *PRACTICING FEMINISM: IDENTITY, DIFFERENCE AND POWER* 1, 13 (Nickie Charles & Felicia Hughes-Freeland eds., 1996).

⁴¹³ AMY ALLEN, *THE POWER OF FEMINIST THEORY* 8-10 (1999).

⁴¹⁴ *See id.* at 11-18.

被剝削或是隨時處於恐懼跟危險之中。⁴¹⁵

雖然有認為這種觀點忽略了女性這些特質是怎樣在男性霸權之下被鼓勵塑造出來的，⁴¹⁶某種程度就像是被第四層俄羅斯娃娃包覆的權力受迫者，但我認為有這些想法的女性主義者跟處於權力關係下的被壓迫者是有些不同的，被壓迫者在權力關係的包覆之下，行為與意志都受到箝制而不自覺，他們的行為與思考失去了可能性，不會有創新或是嘗試改變的意圖，但是這些女性主義者並非如此，她們嘗試重新定義權力，透過這種動作，她們不僅僅是脫離權力的掌控，還進一步從權力關係之中獲取行動的養分，用這個被權力關係型塑的(自己)身體跟意志去改變自己所處的權力關係。傅柯曾經說過：「現今最重要的問題並不是思考我們是誰，而是我們能不能夠拒絕成為自己現在這個樣子，我們必須有這個能力去想像自己能否成為另外一個樣子以擺脫加諸在我們身上的制約。」⁴¹⁷雖然普遍會認為反抗是打破權力關係的關鍵手段跟過程，⁴¹⁸但這種意志的凌越或許才是背後真正的關鍵，反抗也不過是一種外在的形式而已，等到哪天我們可以拋棄自己現在的樣貌時，也沒有甚麼俄羅斯娃娃了。

⁴¹⁵ See *id.* at 18-19.

⁴¹⁶ See *id.* at 20-24.

⁴¹⁷ Foucault, *supra* note 282, at 216.

⁴¹⁸ Karlene Faith, *Resistance: Lessons from Foucault and Feminism*, in *Power/Gender* 36, 38-39 (H. Lorraine Radtke & Henderikus J. Stam eds., 1994).

第六章 結論－性犯罪的容貌

如果我們能夠像判斷傷害或是竊盜罪一樣，以具體的外在變化去判別性犯罪的存在與否，性犯罪或許就不會在我們的社會引起諸多秋波，更不會引起這麼多的學術關注，也不會在一陣熱烈喧騰之後復留下滿地猜疑，等著在適當的時機激起下一波了無新意卻激情不減的熱潮。情緒所帶來的傷害不會只出現在性犯罪，但是從性犯罪被害人身上我們幾乎只看得到情緒的傷害，這種情緒能量之強大讓刑事規範顯得合理且正當，但也逼著我們在個案中思索：這種對於情緒的依繫是否過嚴或是過寬。無論中外或是法庭內外，庶民或是法界人士，我們對於性犯罪都有自己的想像跟預設，而這個想像跟預設的對象涉及當事人、時間、場合與某個動態的歷史，迷思或偏見是這類想像的別名，但顯然追尋正義的法庭沒能完全阻絕這種想像的進駐。何以如此？因為證據往往至多顯示雙方發生了性關係，其他一概闕如；此時法庭只能依靠偏見與迷思的時光隧道建構事實，窺探脈絡，猜測被害人當下的內心獨白，這獨白我們稱之為「意願」。

意願不僅僅是一個表示，它代表的是被害人對於一段關係的態度跟感受，而這種態度跟感受可以幫我們勾繪出性犯罪的形貌。從訪談內容中我們發現，儘管在傳達跟感受上沒有固定的途徑，性的意涵是一般人在建構性犯罪的概念時不可或缺的要素，不管法律上要用誰的標準去確認這個要素是否存在，也不管概念上

要放到多寬，「性」無疑是成立性犯罪的必要條，否則性騷擾就沒有獨立於騷擾自成一個概念的必要了；此外，因為我們已經假設情緒是性犯罪帶給被害人主要的傷害，所以被害人在經歷性犯罪事件之後的情緒感受必然是我們關注的對象。從訪談中我們發現，被害人在遭遇、或想像自己遭遇(評價上比較沒有灰色地帶的)性犯罪之後，主要會出現恐懼、噁心、羞恥的感受。這三種情緒的內涵都直指我們內心的渴望與矛盾，強烈地讓我們無法擺脫，既然此種情緒的力量是我們共同享有的，以此做為入罪化的背書或許並無不妥。而且，在一些處於模糊地帶⁴¹⁹的「犯罪情狀」裡面，這三種感受就顯得不是那麼明顯了，可見恐懼、噁心、羞恥極有可能就是性犯罪所帶來的核心傷害。那麼接下來的問題是，一個既不令人恐懼、亦不令人感到噁心或羞恥的(性)⁴²⁰接觸行為，光是一個違反意願果真就足以讓我們以性犯罪之名相繩，並且使其承受此般刑責？何況同意的概念是如此模糊不清。

我們在界定性犯罪時相當倚重同意的概念，卻也被同意的概念網綁，使自身限於文字的陷阱而不自知，從訪談中可以發現，人與人之間互動的考量絕對不是同不同意的二分法，很多時候是願不願意接受/忍受而非同不同意的問題，尤其是像性這種未必造成傷害的行為更是如此，在互動之中我們漸漸建立彼此的關係，也漸漸確立彼此的關係，也漸漸終結彼此的關係，同意/不同意只是這個過程中的抉擇，一種當下心態上的抉擇跟偏好，當這個偏好跟抉擇被違反的時候，我們可能會受到傷害，但不盡然都是如此，因為(性犯罪的)傷害與否絕對不是以此決定的。然而這沒有否決了同意在性犯罪討論的地位，因為我們無法因為恐懼、噁心、羞辱的存在就把某個性接觸行為當成一個犯罪事件，我們依憑自身的意志做決定，即便情緒上的痛楚是如此真切，也要一肩承擔起這樣的後果，無法硬是要找個人慰靈，所以，如果行為的當下有個(有效的)同意存在，代表同意人

⁴¹⁹ 例如跟男朋友吵架不想親吻對方卻硬親，表面上雖然也是違反意願，卻從當事人之間的關係來看很難認為是違反性自主。

⁴²⁰ 更何況這個「性」還是一個被建構出來的概念。例如親吻臉頰在性的意涵上就有相當的不確定性，而竹竿戳下體究竟是殺人未遂還是強制性交既遂？

已經準備好接受這個行為並且承擔之後的結果，刑法上就不應該苛責行為人。

麻煩的是，我們身處於這個人與人之間糾結各種有形無形權力關係的社會，我們所有的決定幾乎都無法脫離某種權力關係的掌控，我們總是感到顧忌，懷著夢想心不甘情不願地度過每一天；然而，即便權力關係看起來帶給了我們諸多限制，但權力關係事實上也造就了我們，決定了我們的樣子。我們之所以為我們，甚至行動的力量，某種程度都是權力關係所賦予的，沒有了這種權力關係，我們不僅會失去壓迫，也會失去動力。在判定甚麼樣的權力關係會等同使同意趨於無效的「脅迫」時，我認為要看當事人在同意的當下有沒有預見到自己之後會對這段關係感到反悔、否定，若是，代表他的自由意志仍在對抗這段權力關係，這是一種壓迫，應使同意趨於無效；若否，代表這段權力關係已經構成她生命的一部分，這是她行為的能量而非窒礙，我們無法代替她否定自己。

雖然如此，本文目前並自信將這樣的剖析方式直接化為法律的條文，⁴²¹而將某些狀況排除在性犯罪的概念之外更不代表被害人不應受到法律甚至刑法的保護。⁴²²本文最主要的目的是在概念上提供一個較為清楚的脈絡跟思考分析方式，讓我們在面對性犯罪的時候不會因為自身思路不清而被條文跟情緒搞得團團轉，在意願兩個字上耗費不必要的精力大玩文字遊戲，最後弄出像「……利用權勢性交罪……被害人係處其權勢之下，而隱忍屈從，然被害人屈從其性交，並未至已違背其意願之程度，始克當之……」⁴²³此種將語言完全解構的文字描述，讓我們「驚覺」原來在中文裡面「隱忍屈從」跟「未違背意願」是可以並存的。在實際操作上，違背意願的條文規定仍然可以保留，司法內部只要形成內規，要求

⁴²¹ 畢竟這種描述方式要不就是不符明確性原則，要不就是符合明確性原則但是被另一次的文字建構剝奪了原意，因為這種流動性的概念恐怕無法用一個符合明確性原則的詞彙一次囊括，雖然個人覺得「意願」本身就不符合明確性原則了，但我們無法因為別人錯就說自己錯的行為是對的。

⁴²² 假如情侶吵架時，男方硬是拉著女生的手，或是抱著女生不肯放開，在評價上把這種情形當成性騷擾或是猥褻顯然並不妥當，因為我們很難想見此時女生會有恐懼、噁心、羞辱的情緒，也很難想見這是社會對於性騷擾跟猥褻的認知。但並不表示此時女生只能自認活該倒楣，因為刑法在此仍然有其適用的可能，因為我們還有強制罪，在法條的文字上，強制罪跟強制猥褻或性騷擾的差別只在於強制罪沒有特別強調身體部位的碰觸，但照理來說，鮮少有強制罪不涉及身體的碰觸，難道這些情況都應該進一步被認定為強制猥褻或性騷擾，這也是為什麼情緒是我們在性犯罪裡面無法避而不談的東西。

⁴²³ 最高法院 98 年台上字第 3312 號判決。

法官在判決中對於意願的判定須以本文所提出的標準進行論述，雖然仍然無法完全解決事實晦昧不明的故有問題，但至少跟「違背意願」四個字比起來，本文所提出的標準能夠給予法官在文字論述上更多的實質限制，避免法官漫無邊際地以其自由心證及經驗法則帶出一個個論述過程無法服人的結論。至於本文所提出的三種關鍵情緒要如何落實在法律的操作上，雖然本文認為此三者是性犯罪對於被害人造成的傷害所在，但情緒的流動性不僅不是我們在感受上所能掌控，更非文字敘述所能確切對應，若要用白紙黑字的方式把情緒在審判實務中扮演的角色定下來，恐怕最後也只會失去整個犯罪過程中最真切的那一部分。但如果法庭出於任何理由而對當事人的感受感到些許興趣，恐懼、噁心、羞恥或許能夠在他們心中產生一點點共鳴，這共鳴的聲響越大，當事人的情境就越有機會值得被當作一場性犯罪看待，儘管人的情緒難以察覺，亦無妨想像一下，若哪天這些僅存於被害人內心的風暴席捲了我們的心靈，我們會以怎樣的方式表現出來，抑或嘗試不留痕跡地默默消化？

身為人類，我們的肉身與情感讓我們能夠享受性、感受愛，世上最美好的經驗莫過於此，但我們也無法逃避因此而來的傷害，我們的情緒不僅讓我們浸淫於歡愉，也將我們桎梏在痛苦的囚牢當中，而我們就是看守自己的獄卒；儘管如此，這發自靈魂深處的哭嚎依舊如此真實淒厲，在這種情況下，我們都同意正義不應當噤聲。但是身為人類，我們還擁有理智與意志，讓我們能夠脫離原始欲望本能去分析評估、去處理應對，結果是我們可能因為看見璀璨的未來而滿懷希望，也可能因為只見一片無際黑暗而徹底絕望，但我們無法說一個人選擇走進黑暗就是懷著絕望的心情，因為在他心中可能還有比這更黑的黑暗，這條路在他眼中硬生生就是比在我們眼中還要光亮明麗，誰叫我們的意志強得讓我們忍受不了一點點晦昧不明？正如同一段性關係的好壞取決於參與者的感受，選擇的當下是否存在外力的壓迫也不盡然是一個客觀的事實，所有法庭上的客觀都是為了發現那個絕對的主觀，畢竟這是一場起自於主觀的悲劇，用主觀的角度閉幕作結恐怕也是勢

所必然的潛規則吧。

參考文獻

英文文獻

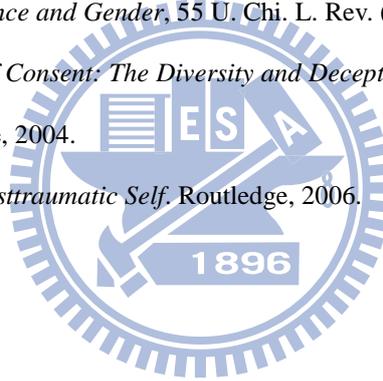
1. Allen, Amy *The Power of Feminist Theory*. Westview Press, 1999.
2. Anderson, Michelle J. *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 *Geo. Wash. L. Rev.* (2002).
3. Angyal, Andras *Disgust and Related Aversions*, 36 *J. Abnormal & Soc. Psychol.* No.3 (1941).
4. Archard, David *Sexual Consent*. Westview Press, 1998.
5. Asmis, Elizabeth et al eds. *Anger, Mercy, Revenge*. The University of Chicago Press, 2010.
6. Bartzy, Sandra Lee *Femininity and Domination: Studies in the Phenomenology of Oppression*. Routledge, 1990.
7. Becker, Earnest *The Denial of Death*. Free Press Paperbacks, 1973.
8. Bogart, John J. *Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law*, 8 *Can. J.L. & Juris.* (1995).
9. Boulding, Kenneth E. *Three Faces of Power*. SAGE, 1990.
10. Bourke, Joanna *Fear*. Virago, 2005.
11. Broucek, Francis J. *Shame and the Self*. Guilford Press, 1991.
12. Brownmiller, Susan *Against Our Will*. Fawcett Columbine, 1975.
13. Bryden, David P. *Redefining Rape*, 3 *Buff. Crim. L. Rev.* (2000).

14. Bryen, David & Lengnick, Sona *Rape in the Criminal Justice System*, 87 J. Crim. L. & Criminology (1997).
15. Buss, David M. & Malamuth, Neil M. eds. *Sex, Power, Conflict: Evolutionary and Feminist Perspectives*. Oxford University Press, 1996.
16. Carll, Elizabeth K. ed. *I Trauma Psychology*. Praeger Publishers, 2007.
17. Chamallas, Martha *Consent, Equality, And The Legal Control Of Sexual Conduct*, 61 S. Cal. L. Rev. (1988).
18. Charles, Nickie & Hughes-Freeland, Felicia eds. *Practicing Feminism: Identity, Difference and Power*. Routledge, 1996.
19. Clausen, Elana I. ed. *Psychology of Anger*. Nova Science Publisher, 2007.
20. Coughlin, Anne M. *Sex and Guilt*, 84 Va. L. Rev. (1998).
21. Cowling, Mark & Reynolds, Paul eds. *Making Sense of Sexual Consent*. Ashgate, 2004.
22. Darwin, Charles *The Expression of Emotions in Man and Animals*. St. Martin's Press, 1979.
23. Douglas, Mary *Purity And Danger*. Ark Paperbacks, 1966.
24. Dozier, Rush W., Jr. *Fear Itself*. St. Martin's Press, 1998.
25. Dreyfus, Hubert L. & Rabinow, Paul *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*. University of Chicago Press, 1983.
26. Edles, Laura Desfor & Appelrough, Scott *Sociology Theory in the Classical Era: Text and Readings*. Pine Forge Press, 2010.
27. Feinberg, Joel *Harm to Others*. Oxford University Press, 1987.
28. Feinberg, Joel *Harm to Self*. Oxford University Press, 1989.
29. Flowe, Heather D. et al. *Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations*, 31 Law & Hum. Behav. (2007).
30. Foucault, Michel *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Pantheon Books, 1977.
31. Francis, Leslie ed. *Date Rape: Feminism, Philosophy, And The Law*. Pennsylvania State University Press, 1996.
32. Frazer, James George *The Golden Bough: A Study in Magic and Religion*. Papermac, 1922.
33. French, Stanley G. et al eds. *Violence Against Women: Philosophical Perspectives*. Cornell University Press, 1998.
34. Gergen, Kenneth J. *Realities and Relationships: Soundings in Social Construction*. Harvard

- University, 1994.
35. Gordon, Margaret T. & Riger, Stephanie *The Female Fear*. The Free Press, 1989.
 36. Gower, Paul L. ed. *Psychology of Fear*. Nova Science Publisher, 2004.
 37. Gower, Paul L. ed. *New Research on the Psychology of Fear*. Nova Science Publisher, 2005.
 38. Gray, Jeffrey Alan *The Psychology of Fear and Stress*. Cambridge University Press, 1987.
 39. Gruber, Aya *The Feminist War On Crime*, 92 Iowa L. Rev. (2007)..
 40. Hope, Debra A. ed. *Perspectives on Anxiety, Panic, & Fear*. University of Nebraska Press, 1996.
 41. Ikonen, Pentti & Rechartt, Eero *Thanatos, Shame, and Other Essays*. Karnac Books , 2010.
 42. Jackson, Stevi & Scott, Sue eds. *Feminism and Sexuality: A Reader*. Columbia University Press, 1996.
 43. Johnson, Allan G. *The Gender Knot*. Temple University Press, 1997.
 44. Kastenbaum, Robert & Aisenberg, Ruth *The Psychology of Death*. Springer Pub. Co., 1972.
 45. Kelly, Mark G. E. *The Political Philosophy of Michael Foucault*. Routledge, 2009.
 46. Kimerling, Rachel et al. eds. *Gender and PTSD*. Guilford Press, 2002.
 47. Kittay, Eva Feder, *Ah! My Foolish Heart: A Response to Alan Soble's "Antioch's Sexual Offense Policy: A Philosophical Exploration"*, 28 J. SOC. PHIL. (1997).
 48. Lansky, Melvin R. & Morrison, Andrew P. eds. *The Widening Scope of Shame*. Analytic Press, 1997.
 49. Laumann, Edward O. et al. *The Social Organization of Sexuality*. University of Chicago Press, 1994.
 50. Lewis, Michael *Shame: The Exposed Self*. Free Press, 1995.
 51. Lewis, Michael et al. eds. *Handbook of Emotions*. The Guilford Press, 2008.
 52. Lukes, Steven *Power: A Radical View*. Macmillan, 2005.
 53. Lynd, Helen Merrell *On Shame and the Search for Identity*. Routledge, 1958.
 54. MacKinnon, Catharine A. *Are Women Human?.* Harvard University Press, 2006.
 55. MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, 1989.
 56. Mendes-Flohr, Paul & Reinharz, Jehuda eds. *The Jew in the Modern World: A Documentary History*. Oxford University Press, 1980.
 57. Merleau-Ponty, Maurice *The Primacy of Perception*. Northwestern University Press, 1964.

58. Metzinger, Thomas *Being No One: The Self-Model Theory of Subjectivity*. MIT Press, 2003.
59. Miller, Susan B. *Disgust: The Gatekeeper Emotion*. Analytic Press, 2004.
60. Miller, William Ian *The Anatomy of Disgust*. Harvard University Press, 1997.
61. Morrison, Andrew P. *The Culture of Shame*. Jason Aronson, 1996.
62. Nagel, Thomas *Concealment and Exposure*, Vol. 27 No.1 *Phil. & Pub. Aff.* (1998).
63. Nichols, Michael P. *No Place to Hide*. Simon & Schuster, 1991.
64. Nussbaum, Martha C. *Hiding from Humanity*. Princeton University Press, 2004.
65. Nutt, David J. et al eds. *Post-traumatic Stress Disorder*, Tylor & Francis, 2000.
66. Pajaczkowaska, Claire & Ward, Ivan eds. *Shame and Sexuality: Psychoanalysis and visual culture*. Routledge, 2008.
67. Parrot, Andrea & Bechhofer, Laurie eds. *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. John Wiley & Sons, 1991.
68. Pattison, Stephen *Shame*. Cambridge University Press, 2000.
69. Posner, Richard A. *Sex and Reason*. Harvard University Press, 1992.
70. Radtke, H. Lorraine & Stam, Henderikus J. eds. *Power/Gender*. SAGE, 1994.
71. RoCHAT, Philippe *Others in Mind*. Cambridge University, 2009.
72. Rozin, Paul et al. *A Perspective on Disgust*, 94 *Psychol. Rev.* No.1 (1987).
73. Saigh, Philip A. & Bremner, J. Douglas eds. *Posttraumatic Stress Disorder*. Allyn and Bacon, 1999.
74. Sandel, Michael J. *Justice: A Reader*. Oxford University Press, 2007.
75. Satre, Jean –Paul *Being and Nothingness*. Routledge, 2003.
76. Searle, John R. *Rationality in Action*. MIT Press, 2001.
77. Searle, John R. *Making the Social World*. Oxford University Press, 2010.
78. Simmons, A. John *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton University Press, 1979.
79. Smith, Adam *The Theory of Moral Sentiment, or, An Essay Towards an Analysis of the Principles, by Which Men Naturally Judge Concerning the Conduct and Character, First of Their Neighbors, and Afterwards of Themselves* (1817).
80. Soble, Alan ed. *The Philosophy of Sex*. Rowman & Littlefield, 2002.
81. Stigler, James W. et al. eds. *Cultural Psychology: Essays on Comparative Human Development*. Cambridge University Press, 1990.

82. Svendsen, Lars *A Philosophy of Fear*. Reaktion Books, 2008.
83. TenHouten, Warren D. *A General Theory of Emotions and Social Life*. Routledge, 2007.
84. Thomson, Judith Jarvis *The Realm of Rights*. Harvard University Press, 1990.
85. Tiedens, Laurissa Z. & Leach, Colin Wayne eds. *The Social Life of Emotions*. Cambridge University Press, 2004.
86. Vigarello, George *A History of Rape*. Polity Press, 1998.
87. Waites, Matthew *The Age of Consent: Young People, Sexuality and Citizenship*. Palgrave Macmillan, 2005.
88. Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Harvard University Press, 1995.
89. Weisberg, D. Kelly ed. *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Lives*. Temple University Press, 1996.
90. Wertheimer, Alan *Consent to Sexual Relations*. Cambridge University Press, 2003.
91. West, Robin L. *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chi. L. Rev. (1988).
92. Westen, Peter *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Ashgate, 2004.
93. Wilson, John P. ed. *The Posttraumatic Self*. Routledge, 2006.



中文文獻

1. Andrew Newberg/Mark Robert Waldman, 饒偉立譯, 為什麼你信我不信, 大塊文化, (2008)。
2. Jean-Noel Kapferer, 鄭若麟/邊芹譯, 謠言, 久大, (1992)。
3. Arthur Kaufmann, 吳從周譯, 類推與「事物本質」-兼論類型理論-, 學林, (1999)。
4. Michael Devitt/Kim Sterelny, 蔡承志譯, 語言與真實, 國立編譯館, (2003)。
5. 米歇爾·傅柯著, 尚衡譯, 性意識史第一卷:導論, 桂冠, (1990)。
6. 沈奕斐, 被建構的女性, 上海人民出版社, (2005)。
7. 李茂生, 論刑法修正草案第十條有關性交的定義, 台灣本土法學, 第 46 期, (2003)。
8. 李茂生, 論性道德的刑法規制, 台灣法學新課題(一), (2003)。
9. 李聖傑, 妨害性自主:第一講保護法益, 月旦法學教室, 第 19 期, (2004)。

10. 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，(2003)。
11. 林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，(1999)。
12. 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)。
13. 林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，第 182 期，(2010)。
14. 周慶華，身體權力學，弘智，(2005)。
15. 林火旺，倫理學，五南，(2004)。
16. 約阿信·鮑爾著，張維娟譯，你的心情不好，我知道-認知科學與人類行為溝通，商周，(2009)。
17. 柯耀程，強制猥褻與性騷擾之界限，月旦法學教室，第 68 期，(2008)。
18. 高鳳仙，性騷擾的法律概念探究，法令月刊，第 52 卷，第 4 期，(2001)。
19. 高鳳仙，性騷防治法之規範精神與施行願景(下)，台灣本土法學，第 80 期，(2006)。
20. 高鳳仙，性騷擾防治法之規範精神與施行願景(上)，台灣本土法學，第 79 期，(2006)。
21. 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？：兼評台北地院九一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學，第 42 期，(2003)。
22. 陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學，(2003)。
23. 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第 44 卷，第 4 期，(2000)。
24. 焦興鎧，工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎？—美國之經驗—，法令月刊，第 55 卷，第 4 期，(2004)。
25. 焦興鎧，我國防治性騷擾法制之建構，法令月刊，第 57 卷，第 5 期，(2006)。
26. 葉毓蘭，性別主流化與性騷擾防治，軍法專刊，第 54 卷第 3 期，(2008)。
27. 鄭津津，敵意環境性騷擾的認定，月旦法學教室，第 54 期，(2007)。
28. 盧映潔，盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？，月旦法學，第 171 期，(2009)。
29. 盧映潔，性犯罪之分布狀況及再犯率研究—以德國及台灣為說明，台大法學論叢，第 34 卷，第 5 期，(2005)。
30. 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，(2000)。
31. 薛文郎，刑法上「性交」與「妨害性自主」兩詞涵意之商榷，刑事法雜誌，第 48 卷，第 5

期，(2004)。

32. 薛智仁，強制性交罪(刑法第二二一條第一項)修正之研究，刑事法雜誌，第44卷，第1期，(2000)。

判決

1. Hazel v. State, 221 Md. 464 (1960).
2. Masonoff v. DuBois, 899 F. Supp. 782, D. Mass (1995).
3. State v. Rusk, 424 U.S. 720, 728 (1981).
4. 台中地院 98 年訴字第 482 號判決。
5. 台北地院 92 年訴字第 1498 號判決。
6. 台北地院 96 年訴字第 658 號判決。
7. 高雄地院 93 年訴字第 1309 號判決。
8. 最高法院 98 年台上字第 3312 號判決。
9. 最高法院 93 年台上字第 940 號判決。
10. 最高法院 96 年台上字第 699 號判決。

網路資料

1. 性侵害被害人性別統計，內政部警政署網站：
<http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/public/Attachment/f1271659576024.xls> (最後點閱時間：2010年7月1日)。
2. *For Every Woman* by Nancy Smith R.，原文來源網址，
<http://www.workplacespirituality.info/ForEveryWoman.html> (最後點閱日 2010年3月22日)。

附錄 訪談大綱

I 性犯罪所造成的傷害內涵

- 1 妳是否有被性騷擾/猥褻的經驗？可否描述一下當時的狀況跟感受？事發背景？對方的動作神情？如何落幕？
- 2 妳是否有聽過同儕分享自己遭受性騷擾的經驗？能否體會？有無一起進行討論？討論重心？
- 3 妳是否與他人有過一些言語或肢體上的不愉快，而這樣的不愉快感受與妳認知中的性騷擾或是猥褻不同？可否描述一下當時的狀況跟感受？脈絡的差異？對象的差異？環境的差異？
- 4 請問妳覺得強暴/強制性交對於被害人的傷害為何？
- 5 假設妳被強暴了，妳會如何看待這件事？

II 是否願意為肢體接觸的考量因素

1. 能否描述一下妳跟男朋友之間是如何開始肢體上的接觸的？是否有因此發生過爭執？如何落幕？是否因此影響對彼此的觀感？
2. 在與男朋友發生進一步的肢體接觸之前，妳會考慮些甚麼？社會因素？情感因素？道德因素？
3. 如果在一段關係之中男方的肢體碰觸行為超過妳預期或能夠接受的程度，妳會如何反應？這樣的行為是否會影響到對於對方的觀感？

III 意願的違反與傷害之間的關係

1. 是否有過客觀上自己其實是被性騷擾但當下或事後仍然不以為意的經驗？後來出現的關鍵因素？人的方面？脈絡？自身的理解改變？

2. 是否有過這種經驗：前一刻覺得某件事情讓你覺得很不舒服或是被冒犯，但是下一刻因為某些原因就改變想法；或是前一刻不以為意但之後因為某些因素而讓你產生產生截然不同的感覺？
3. 請問妳是否有過因某種原因而排拒與男朋友為肢體上的接觸？當時對方的反應？對方的反應造成妳甚麼樣的感覺？日後如果和好對於自己當時的行為有甚麼想法？
4. 妳覺得與他人的肢體接觸對於妳來說有甚麼特別的意義嗎？
5. 對於下面的案例有甚麼想法：指控對方對自己性侵害但之後感情融洽和睦。

