



王雪梅



何春蕙



李銀河



吳敏倫



許雅斐



黃盈盈



甯應斌



趙文宗



釋昭慧

性/別年齡議題不可能獨立於文化、宗教及法律以外。各地歷史法制相異，故此，不同年代不同專業不同地區對生產性/別年齡的論述機器總有不一樣分析見解。然而，這又是否意指其他地域經驗沒有互相參考價值呢？還是相反，比較研究往往能帶來前所未有的腦震盪，自覺反省之後往往自問：為甚麼人家可以這樣做會有這效果？隨之而來的細心分析各地社會網絡肌理，仔細研視移植改造可能，就往往有令人意外的格局。

以上邏輯看上去既可用又不可用於大中華地區——澳門、香港、台灣及內地都是用漢字以漢族為主可以分享漢族文化傳承的社會，全應屬於同一文化圈；但由於歷史制度語言字體等差異(如殖民地歷史vs. 半殖民地歷史，資本主義自由市場vs. 社會主義市場經濟，普通法vs. 大陸法，粵語vs. 普通話/國語，繁體字vs. 簡體字)，各地區的差異還是巨大的——即使是漢族文化傳承，大家的詮釋仍可大不同。因此，當我們調研分析大中華內其中一地區的性別年齡機器運作時，我們當然要留意擬似共同處，更要小心不應疏忽的是各地區之間的多重差別。

本書作者都是大中華地區內研究性/別年齡議題的精英，她/他們不只在象牙塔內讀書寫文，也有與大眾接觸的實戰經驗。書中涉及的題目多元：性文化發展、女性身體政治、佛教情/慾觀、反歧視法、防治性侵犯法、販賣少女及兒童保護。文章有宏觀文化圈共同，也有微觀地區特點。希望此書能為廿一世紀大中華區內的性/別年齡議題比較研究展開對話。

ISBN 978-988-8122-70-7



9 789888 122707 >

定價港幣100元

上架建議：社會科學 / 法律



愛閱讀，擁未來

紅出版讀書會

入會及投稿：www.red-publish.com

中華性/別年齡機器

趙文宗 編著

中華性/別 年齡機器

Chinese Sex (uality) / Gender-Age Machine



目錄

| | | |
|---------------------------------|-----|-----|
| 序 | 趙文宗 | 2 |
| 導讀 | 趙文宗 | 6 |
| 二十一世紀中華性別圓桌會議 | | |
| 二十一世紀的性文化 | 吳敏倫 | 14 |
| 性道德的變遷 | 李銀河 | 26 |
| 呈現與感受——轉向日常生活中的女性身體 | 黃盈盈 | 36 |
| 從佛法觀點看「情」與「慾」 | 釋昭慧 | 69 |
| 邊緣的和諧反抗混雜——香港性／別公義法律論述 | 趙文宗 | 108 |
| 大中華兒童法論壇 | | |
| 法律家長主義與尊重兒童 | 王雪梅 | 144 |
| 法律的告白——檢視懲治性侵害未成年人的香港法律如何生產「兒童」 | 趙文宗 | 162 |
| 台灣法律中的兒少主體 | 何春蕙 | 189 |
| 兒童保護與法律保留——台灣的法治國危機 | 許雅斐 | 205 |
| 台灣性侵幼兒修法爭議的哲學反思 | 甯應斌 | 242 |
| 作者簡介 | | 260 |

台灣性侵幼兒修法爭議的哲學反思

甯應斌

1. 前言

2010年9月台灣媒體報導法官在審理性侵三歲與六歲幼童案件時，以沒有違反女童意願為由，輕判嫌犯或發回更審，引起輿論大譁。之後還發生一起十六歲智障少女與幾位男女的性接觸案，結果這起性侵疑案的被告，皆被判無罪，也同樣引起媒體報導的嘩然。一時之間「恐龍法官」的污名成了台灣法官的代號。自稱正義聯盟的組織透過網路的串聯，發起「白玫瑰運動」倡議修法。台灣總統馬英九出面承諾改革，法務部也在婦幼團體的民粹壓力下研擬修法。2011年4月馬英九提名上述發回更審的邵燕玲法官為大法官，又引發爭議。在這次爭議中，法律界出現批評女性團體的聲音，認為女性主義者當年的修法堅持「違反意願」為強姦的要件，是當前法律對於性侵幼兒之所以窒礙難判的困境所在，法務部因此準備廢除「違反意願」的要件，然而台灣女性主義者則繼續堅持「違反意願」之說。關於女性主義與法務部的爭議，我將另文處理。本文則分析「（違反）意願」的定義，並深入論證何以「違反意願」不能成為性侵幼兒與智障的理據，並提出「性不會傷害幼兒」的觀點；由此總結性侵法律不但應該分別處理幼兒、兒童、青少年三個不同年齡層，而且各自年齡層有不同面向的考量。

2. 智障與幼兒的「意願」問題

法律的制定會顧慮許多現實的可行性，但是法律本身也必須建立在符合道德或正義的基礎上。所以本文要跳開制定法律條文的思維，從哲學基礎的角度來探討性侵智障與幼兒的法律應該具有的方向。由於幼兒在我們的社會已經被建構了很巨大的情感，難以直接地進行理性思考，故而我將花較大的篇幅先來談（與幼兒在意願方面有共通性的）智障，在釐清一些基本原則後，再來談幼兒。

目前台灣正在進行強姦法律的修訂，法務部希望是用客觀的強制行為來界定。可是如果現在思考的角度不是制定性侵法律的細節條文與可行性問題，而是法律條文時的道德基礎，那麼女性主義向來強調的「違反意願」其實彰顯了現代強姦的道德不義，因為現代人被視為自主平等的個人主體，所以違反其自主意願是一種道德錯誤。此外，「違反意願」也是被普遍接受的簡單直覺之強姦定義，亦即，性侵或強姦就是指著違反當事人意願的性行為。故而，我將從「違反意願」角度來探討本文第一個核心問題：性侵智障者和性侵一般正常人有區別嗎？

3. （性）意願的對稱：說不就是不，說是就是是

首先，對於心智能力較接近正常的智障者，談論嫌犯強制手段與當事人意願或抗拒是有意義的，而且基本上可以把這些智障者像一般正常人一樣看待。在考量與這種智障者相關的性問題時，最重要原則應該是「性意願的對稱」，也就是：說「不」就是「不」，說「是」就是「是」，如果我們堅持某智障者對性要求說「不」是有效的，那我們就不能在她對性說「是」時，否認她的自願有效。

但是即使承認這個「性意願的對稱」還不夠，還應該同時在實踐上盡量趨近「性意願與其他意願的對稱」，才是合理一致的。也就

是說，意願的對稱不是只限於性事，也涉及智障者生活的所有其他意願。例如，如果在打工方面把這個智障者當作有某種程度的自主人，那麼也就應該在性方面也把他當作同樣程度的自主人。換句話說，我們不能在非關性事上對於這個智障者的意願採取尊重或忽視的立場，但是卻在性事上則不採取同一立場，而有雙重標準。雙重標準其實就是一種歧視。我主張性的雙重標準應該被上述的「雙重對稱」所取代。「性的雙重對稱」也就是：（一）性意願的「是」與「否」之對稱；及（二）性意願與非性意願之對稱。

「性的雙重對稱」不僅適用於某些智障者，同時也適用於兒少。但是由於第二重對稱涉及性以外的其他兒少權益，所以本文只談第一重對稱。

第一重對稱，即，性意願的「是」與「否」之對稱，這是個比較容易成立的主張，因為「意願」的構成要素就是在於這個對稱，如果不對稱就不構成意願。例如，什麼叫做一個人不是自願的，就是他只能說「是」而不能說「不」，或者只能說「不」而不能說「是」。他缺乏這種對稱性，就表示他的意願不被承認。換句話說，這是意願本身的定義問題。什麼是意願？就是「是」與「否」都是有效的表達。「性意願的對稱」之所以成立乃是因為「意願的對稱」。

4.（違反）意願的邏輯層次、實行層次、結構層次

很多人把這個意願的定義問題和另一個問題搞混了。他們說很多人（如智障）的自願不是真的自願，他們沒有意願的權力或能力。可是這和意願的定義是無關的。如果你認為甲不是真正自願的，那麼他說「是」，未必就是「是」，他說「不」也未必就是「不」。這一點我們都能同意。但是我們不能假設一個人的意願是不對稱的，除非我們不承認他的意願或自願。

或有人質疑：「智障者不是真的自願，而是被迫同意。」這需要釐清何謂「被迫同意」（違反意願）。我認為被迫同意就是沒有自願的成份，例如你在槍口下、武力強制下或暴力威脅下被迫做某件事。不過有些人還把另一種情況也叫做「被迫同意」，這種「被迫同意」有你不願意或不樂意的成份，但是你的「同意」是經過你考量後的選擇，像你今天本來不想來聽演講，是你同學硬拉你來的。對於後者的「被迫同意」，我還是將之歸類為「自願」。考量是「自願」的標誌，被迫則沒有考量的餘地。你在槍口的暴力脅迫下，沒有考量的餘地。但是經過你的考量或衡量利害的選擇，即使你不是欣然同意，卻仍然是「自願」的。我反對把後面這種「自願」的情況也稱為「被迫」或「違反意願」；但是語言的混亂使用有時是只能釐清而無法糾正的。因為這種語言混亂而引起爭論的最典型例子就是：妓女究竟是「自願」還是「被迫」賣淫？照我上面的說法，如果妓女不是被暴力或生存脅迫，¹而是有考量餘地，那就是自願的。

可是，像妓女賣淫或女人出嫁難道不是因為有更大的結構性因素（例如男權對婚姻愛情與性的支配力量）？或者，大多數人不穿唐朝服裝上街，或者不裸體上街，難道這些是自願的嗎？還是有個結構性因素導致了人們這種自願？的確是有更大的結構性因素在影響我們今日所有人的行為。事實上，我們所有的行為都在各種結構因素影響下形成，故而我們不可能有那種如上帝一樣的自由和自願，但是我們不能因此就說我們都是被迫同意，因為這使得「自願、意願、被迫」這些字眼失去了可分別的意義。在日常生活中，有些人會不精確地說：「我今天來會議發論文演講是被迫同意，因為主辦單位盛情難卻等等。」但是我們如果不是談像上帝一樣的自由和自願，而是要有意義地談論在人間社會中人的意願，我們不能把「自願」等同於沒有任何結構或權力中空環境下的意願。所有的意願或自願都是在權力結構下考量後的產物。但是，這不是說我們對於自願的談論可以不顧結構性

¹ 這裡的詳細論證請參考甯應斌（2009：第五章、第四節）。此處「妓女被生存所脅迫」即使不指涉「赤貧」，也可以是「相對貧窮」，如貧窮線以下；不過大部分職業妓女並非低於貧窮線下。

的因素，相反的，我們也必須關照那些結構性的因素。但是我們要分清事物的層次。這可分成邏輯層次（符合意願的定義）、實行層次（實際行為的證據、有無考量餘地或被強迫）、結構層次（社會結構的基本安排）。

例如，在邏輯層次上，如果要指控某人違反你的意願，那麼首先必須承認你也可能自願同意，因為這是意願的定義問題。如果聲稱「幼兒不可能自願同意，跟幼兒發生性行為，就是違反其意願」，這種聲稱在邏輯層次上站不住腳，因為違反了（性）意願的對稱特質。其次，在實行層次上，如果有人要你在兩害之間選擇其一，你不選就殺了你，那麼你便是被迫在兩害中選擇其一；但是你兩害相權後取其輕，這裡有考量的餘地，你選擇較輕的害乃是自願的、不是被迫的。最後，在結構層次上，我們可以聲稱有結構性的因素使得一些女人最終選擇不是嫁人就是從娼（或者不是打工就是從娼，等等），但是結構層次不能替換實行層次，亦即，如果她們有考量的餘地，可以選擇嫁人或者從娼，那麼她們不論是兩害相權取其輕或兩利相權取其重（相權就是考量），她們都是自願的。²同樣的，結構層次也不能替換邏輯層次，不能推論「男權社會中，女人沒有自願同意嫁人或從娼的可能，嫁人或從娼都是違反其意願」。

2 不過，自願有時是有瑕疵的。晚近的台灣女性主義者不斷強調存在著「違反意願但無強制性交」的狀態，故而她們要求在法律規定強姦時不能刪除「違反意願」的要件，而只以客觀強制行為來判斷。對於這種說法，我的看法如下：首先，如前所述，如果當事人有考量的餘地，經過許多考量後選擇和對方性交，那麼我會認為那是自願而非被迫的。故而我認為真正的「違反意願但無強制性交」的狀態是處於自願與被迫之間的灰色地帶，也就是雖有考量的餘地（自願），但是卻無能或沒有考量（被迫），屬於一種有瑕疵的自願（至於有瑕疵的被迫，就是例如一個性喜強姦的人被暴力脅迫去強姦他人）。有瑕疵的自願像糊裡糊塗的選擇，或對選擇後果或內涵無知，或伴隨選擇的是不適當的情緒（偏離應有的情緒反應），等等。由於「違反意願」有時對當事人來說也不是自明的（亦即，有時當事人搞不清楚自己的意願如何），所以當事人有時也和旁觀者一樣需要靠自己的情緒與身體狀況來佐證；在和他人發生性交前後，如果產生了負面的情緒或身心狀態，那麼當然有可能是「違反意願」的證明，但也可能是其他因素，故而當事人在這類情境中的難以判斷並非不尋常（這種難以判斷還可能加劇負面情緒），對此不宜有女性主義教條式的斷言認定必然就等同於強姦。

總之，在考量智障意願問題時我們要區分事物的不同層次。第一個邏輯層次就是：如果我們承認智障者的意願，那麼我們就不能採取性的雙重標準，而要肯定智障者對性有「是」與「否」的意願。這意味著，不能把與智障者的性交一律視為違反其意願。第二個實行層次是關於智障者有沒有被迫同意：例如他的同意是否被毆打恐嚇下的順從，還是有經過某些考量？第三個結構層次則是智障者與正常人社會的結構性因素問題，這會涉及智障者的性權利問題，也和正常社會的許多建制直接相關。例如智障者在婚姻內的性交很少人聞問，但是和陌生人的性卻引發高度關切。

5. 重度智障無所謂自願或被迫

前面談的智障者是心智能力較接近常人者，所以我們講到他們的意願，並且對意願做了哲學上的論辯澄清。但是不是所有智障者都真的擁有意願。我認為重度智障者是無所謂意願或自願的，也因此談不上其意願表達的對稱性。重度智障者無論說「是」或「不」，或抗拒或順從，都不能當作有效的表達，就和年齡很小的幼兒或動物一樣。重度智障者不論是被暴力強制或被計策誘騙去違抗一件事或去順從一件事，都不能說他們有意願或沒有意願，因為他們根本缺乏自主同意

的能力。³

換句話說，重度智障表現出來的自願與非自願不能和一般人的自願與非自願表現相提並論。亦即：不能把重度智障的「是」就當作「是」，也不能把他的「不」就當作「不」。對於嚴重智障者而言，如果我用糖果來哄她去打針，她的順從不表示她同意或自願，她的反抗也不表示她不同意或不願意。換句話說，不管我是強制的，或哄騙的，都不能去將她的順從與反抗解釋成「自願同意／不同意」。

這也就是說，由於較低或嚴重智障者太缺乏同意的能力，所以不應該將其順從與抗拒當作意願的表達，不能說他們有意願或沒有意願。在這點上，嚴重智障者，和年紀很小的幼兒，以及動物，是處於同一地位的。他們沒有那種同意能力或表意能力，就不應該將他們擬常人化、擬成人化或擬人化。很不幸的，這正是目前主流思考所犯的嚴重錯誤，就是「嚴重智障的擬常人化」、「幼兒的擬成人化」、

3 之前談意願或自願時，我沒有正式使用「自主」或「自律」一詞；雖然自願或自主這些詞在一般使用中沒有什麼差異，不過嚴格說來，所謂自主或自律能力，一般假設是有理性的成人、而且是有相當的教育知識和人生經驗，才能最完整地擁有。按照自律的嚴格定義來講，不是人人都能做得得到自律的。自律和自願不同，我自願做某件事，我這個決定未必是自律的，因為我在考量時，並不是用理性的，而可能讓本身的慾望驅使。真正的自主選擇是任何理性個體都會選擇的，不是只有我才會選擇，自主選擇是理性迫使我不得不遵守的選擇，自主選擇遵守的是我的理性歸結出來的普遍規則，而這個普遍規則適用於在同一情況下任何理性個體的，不會因為人們的喜好或愛戀慾望而有不同的選擇。不過，很多成人在做決定時也是所謂情感或激情的奴隸，那就不是自主或自律了。不過很多時候，在婚姻契約、勞動契約或商業契約中，超過一定年齡的成年人就被當作自主自律的主體了。很明顯的，離開理性成人越遙遠的主體，例如未成年的智障者，就越不具有這種自主能力。青少年被認為並不具備很完整的自主能力，他們離理想的自主自律能力尚有一段距離。其實，這套關於自主或自律的話語是排斥兒童青少年具有公民資格的話語，故而歷史上女人、工人無資產者，或者黑人奴隸，也都不被認為具有自主自律能力。此外，所謂成人就一定具有此處所說的自主自律能力嗎？當然不見得。因此，我認為自主自律之說其實變成一個神主牌位，被供奉在傳說是法律或道德思考的基礎那裡，與實際關係不大，在現實中成為一個排除青少年公民資格的說法而已。不論如何，在我們目前的法律思考中，即使沒有自主能力的人，仍然可以被當作有意願的，在許多事物上可以談得上自願同意的。但是當自主能力降低到或缺乏到如重度智障、幼兒或動物的狀態時，已經無法認為他們擁有意願了。

「動物的擬人化」，以致於賦予主體所不可能具有的屬性範疇或能力。這種比擬和同化也是有權力意含的，其實是正常人中心主義，成人中心主義和人類中心主義的思考，是一種殖民主義的做法。

6. 重度智障者的性利益

如果重度智障者缺乏自主能力，談不上自願同意或者不同意，那麼我們要如何來思考重度智障者的性呢？性如果是必須在兩願的基礎上才有正當性（讓我稱為「性的兩願說」），或甚至在兩個自主的人之間才有正當性（讓我稱為「性的自主說」），那麼重度智障者的性就永遠沒有正當性了。「性的自主說」主要是為了排除青少年參與性愛活動（因為假設只有成人才可能擁有完整自主能力），⁴「性的兩願說」倒是一個在一般情況下比較實際的說法。但是在重度智障這種情況下，我們不能從「自願」方面來思考，因為重度智障談不上「自願」與否，故而我們必須或只能從「快樂福利」這方面來思考。例如，使重智障者快樂，本身是有道德價值的，但是造成重智障者痛苦，則是不對的（除非痛苦是為了她自身具體的福利，而非為了社會觀感）。如果我們把與智障者性交一律當作性侵，這就忽略了智障者的性需要；保護弱者，因而變成剝奪了弱者的快樂福利。目前法律思想已經注意「性別」，但是也應開始考慮「性」，我們需要重新思考法律應如何保護智障的快樂福利。在考慮性的問題時，目前的法律思考只談性自主而不談性滿足。但是性自主是「義務論」傳統的產物，性滿足可說是「樂利論」傳統的產物。性思考不能只偏重前者而非後者。這種偏重可能來自整個社會文化的偏見，也就是輕忽性痛快（舊稱性愉悅）的道德價值，所以關於性的法律思考缺乏了樂利方面之考慮。

已經性成熟的智障者，和幼兒不同的是，智障者有性的利益，這

4 參見註3。

個利益在「保護弱者」之名下被限制實現。有人或許會問，智障者有沒有性的權利的呢？一般傾向於嚴重智障者並沒有性權利，但是至少是有性利益的。嚴重智障者也很難說具有其他種類的人權，但是具有諸如生存下去的利益，趨樂避苦的利益，等等。

我提出性痛快是智障者的利益，不是說在法律上非要去鑑定性行為發生過程中，智障者有無性快樂或痛苦的證據；而是說，必須考慮給智障者發生性行為的法律空間或餘地，不能由於其嚴重智障，而逕自剝奪其發生性關係的所有可能，例如，是否得到監護人的同意即可發生性關係（包含或不包含監護人本身）。不論如何，在考量與嚴重智障者發生性行為的個案時，所謂性快樂，或者智障者是否感到痛苦或高興（未必和性有關），發生性行為的情境等因素，都可以是考量因素之一。

7. 性不會傷害重度智障者

眾所周知，對於非男性成人的性，不論是女人或青少年等，保守派都採取了保護論述或話語，這個保護話語的核心就是假設「性是傷害」，但是這個「性」，當然是婚姻之外的性；而且即使沒有造成肉體傷害或心理驚嚇，「性本身」所造成的傷害仍然存在。不過保護話語的「性是傷害」說法無法適用於重度智障者，這就是為何智障者這樣的邊緣主體在性／別研究中特別重要的緣故。因為嚴重或低智障者是最小程度的涉入社會，而所謂「性的傷害」（指著「性本身」的傷害，⁵如性羞恥、違反性自主等等）乃是社會建構，無法發生在智障者；讓我再重申這個重要的論點：性本身不會傷害嚴重智障者。更有甚者，由於智障者還可能有性快樂的利益，所以武斷地說性必然給

⁵ 這裡的「性本身」更嚴謹的說，應該是「社會性」（Sexuality），有別於「生理性」（Sex）。社會性無法傷害重度智障或低齡幼兒，這是因為重度智障或幼兒不具備理解社會性的能力；正如以侮辱言辭大聲斥責智障或幼兒，可能嚇到智障或幼兒，但是卻無法侮辱到她們的人格。

智障者帶來傷害，是有問題的。「與嚴重智障者性交都是性侵」這種一概而論說法往往是「性是傷害」觀念的作祟。這類案件要視個案而定，例如有無涉及暴力的身體傷害等等，而不是一概而論，以致於在不理解個別案件時就判斷其是非（甚至民粹審判）。因此，我們不能說只要是智障者和他人發生性關係，就一定是有罪的性侵，或者，哪個法官判這種案例無罪就一定恐龍法官。畢竟恐龍法官與白目法官固然存在，但是恐龍群眾與白目群眾也同樣存在。

嚴重智障者可以說是身在社會人間之中，卻又不是真的身在人間社會中。他們不是上帝，但卻是天使。因為在基督教的神話裡天使是沒有自由意志的。在這一點上，我認為要給予嚴重智障者「特權」，也就是認清他們是「非社會的」，與社會的權利義務幾乎沒有交集。故而也不必去考量他們對社會觀瞻的影響。例如人們不認為狗的當街性交破壞了公序良俗，因為動物只在很小程度與範圍內和人類社會的權利義務有所交集。故而對於嚴重智障者的性管制，我認為在法律上應該是最低程度的介入。我們仍有介入，是因為他們在生物種屬上還是人。

8. 低齡幼兒和重度智障一樣缺乏表意能力

幼兒和嚴重智障者的處境是很相似的，唯一不同的是，幼兒還有潛力變成成人與常人，這是很重要的，所以他們有未來被納入人間社會的權利義務的潛力。但是幼兒和嚴重智障者相似的部分也不能因此被忽略。亦即，重度智障與低齡幼兒沒有自主能力，無所謂自願或非自願，也就是沒有性自主，與之性接觸就不是侵害其性自主。例如，低齡幼兒手淫時，父母常禁止，那並不是妨礙其性自主。重度智障者與幼兒的表達要與不要，是無效的。例如他們要危險，我們可以禁止，他們不要福利，我們可以強迫。幼兒要吃大便，我們可以不准，幼兒不要吃營養，我們會讓他吃。如果一直往重度智障與低齡幼兒的「意願表達」去思考，就是走錯方向。他們沒有自主能力，但是卻有

苦樂感覺，後者倒是有道德價值，可納入考量的。

目前法律關注性自主，「性自主」來自「自主」這個概念，而這個概念的核心是「理性」，也預設了「（正常）成人」（甚至在某個歷史階段，也預設了有產階級白人男性）。不論如何，自主是有理性的成人一般具備的能力。⁶那麼任何偏離成人（如兒童與青少年）、偏離理性（如智障或昏迷昏睡酒醉或某些精神狀態）、偏離人（如動物或胎兒），就會不具有完全的自主性，甚至就不具有自主性。因此，如果法律只關注「性自主」，那麼這樣的法律當然無法處理（重度）智障者或低齡幼兒。因此如果法官說「低齡幼兒並非不自願」是白目，那麼群眾說「低齡幼兒不是自願的」，也同樣是白目。

總之，由於重度智障與低齡幼童都缺乏自願同意能力，對性事表現出來的意願是無效力的，在判定案件時，強制或抗拒都不是重點，所以不應該將她們與正常成人相提並論，我認為這才是修法的方向。

有些人討論這些案例時都強調幼兒的「意願」表達，似乎致力維護幼兒的主體性。可是這是沒有分清楚年齡低的幼兒與年長兒童的不同。更有甚者，未成年者的意願和主體性一向被選擇性地理解，例如未成年「自願」與他人發生性關係時，其意願的有效性通常不被承認。也就是我所謂的雙重標準。例如2011年6月台灣有個新聞講到一個女老師和小她十三歲的國中男生發生性關係，被檢察官求刑五年。很顯然地，這個國三男生的意願並沒有被考量。更何況，在這類案例中少男都會吹噓性交給他帶來的男性氣概與給力，而且也是其成年後回憶中最得意與美好的一段，何以反而成了受害者？

6 參見註3。

9. 性並不會傷害幼兒，卻為何有「終生傷害」之說？

理論上越缺乏性自主能力與意識者，在遭受性侵時其性自主越難以被侵害，或者說，就其犯罪性質和後果而言，比較接近偷竊，而非搶劫。雖然這個比喻對於沒有東西可以被偷的幼兒而言，也不恰當。一些團體強調幼兒所受的性侵「傷害」，到底是什麼傷害呢？對於性事懵懂無知的幼兒其實和嚴重智障者一樣，性本身是不會造成他們的傷害的。

有人說，性侵對年幼兒童會造成比成人還大的傷害，然而這不一定成立。身體傷害或因個案實際情況而造成不同程度和性質的傷害（端視其犯罪手段）；心理傷害則可大致分為自主人格尊嚴的創傷，以及驚嚇等類似的情感傷害。這些身心傷害若同時存在便會彼此強化，否則個別傷害就只有單一影響。法律上無行為能力的年幼兒童談不上法律上的自主人格傷害，驚嚇類傷害對於非常年幼的兒童是短暫與淺層的，但是半大不小的兒童因為缺乏理性控制，反而有可能影響較大，可是這類情感傷害在法律考量中並非壓倒性的嚴重。

有人聲稱兒童性侵會造成一生的嚴重心理傷害，這種因果的推測並不嚴謹，相反的，往往是社會的性觀念才使得兒時遭到性侵的成人感覺傷害，而非性侵行為本身的因果。換句話說，社會的性觀念反而會強化兒時的傷害，使兒時傷害復甦。

若考察幼兒的性觀念發展，就更能證明我的論點。幼兒起初完全不知道性或生殖（對他而言是排泄）器官與其他身體部位的不同社會文化意義。幼兒在學習髒／潔之分的過程中，產生對自己尿尿的厭惡感（但過於厭惡的潔癖則不是好事），從而也將厭惡感情轉移到自己的排泄器官。另外還會被教導對排泄器官的羞恥感。但是排泄器官與性觀念的連結總是比較晚的（而且在有的文化中，將排泄視為單純自然功能，排泄始終與性羞恥有距離。例如現在到大陸鄉下或一些小

學，其廁所沒有性（別）意識，有的小學不分男女廁所，許多大人廁所沒有所謂隱私）。總之，如果幼兒早期遭到「性侵」，既然幼兒沒有性意識，就顯然不會形成性觀念的傷害意識。此人如果在長大成人之後，產生了因為幼年性侵而來的心理傷害，必然是在長大後受到社會文化影響而形成的。

我們必須承認同樣程度或手法的傷害（不論是動手術、車禍還是性侵），對例如兩歲和八歲的心理影響是不一樣的。我有理由認為對兩歲比八歲影響較小。有趣的是，一般人認為性侵兩歲比性侵八歲還要可惡（假設同樣的性侵手段），因而要求重判。相對比的，人們卻比較擔心手術對八歲而非兩歲的心理影響。這說明了「當事人受到心理傷害之程度」，不是真正重判的理由。性侵者冒犯了當前的性文化與觀念（也就是旁觀者的義憤）才是要求重判的關鍵。

在我們的社會文化中，還有很多人（包括父母在內）潛在地有貞操意識的殘留，這種殘留意識表現為：性被賦予了一種神祕的玷污與傷害力量，好像不論人大大小小，是有意識還是昏迷或懵懂，只要被性侵，就一定留下終生傷害。其實這就是貞操意識的變形，因為「貞操」的特色就是不論當事人狀況，都是「終生」的污名，是一旦玷污就「終生」失去，無法恢復貞操的。很不幸的，許多父母其實仍以這種殘留的貞操觀，在看待自己的子女。因為他們也執著於「性會造成終生傷害」（對應著：一失足成千古恨，女人失貞毀掉終生幸福等）。

10. 總結一：幼兒、兒童、青少年的性侵法律應分別對待

因此，我們可以把非正常或非成人的性，大致分成三個範疇，第一個範疇是像低齡幼兒、嚴重智障者、失智者、植物人或者昏迷者等

等，這裡面關於昏迷者，我有一些說法在此不提，⁷以免複雜化目前的討論。但是這批人的法律應該擺脫自願或非自願的考量，而是其他的特定法律理由，包括性的痛快。第二個範疇與第三個範疇之分是以當事人的性成熟來作分野，也就是有無進入青春期來區分兒／少。第二個範疇就是還沒進入青春期的兒童，但是已經脫離幼兒階段。對於這個範疇的兒童，也不能認為他們沒有性與性別的意識。事實上，許多這個階段的兒少，也有了性愛感覺，或者性取向與跨性別認同。⁸因此這個範疇或年齡層的許多兒童在性方面有同意或意願可言，但是卻非完全充分的意願（因為他們尚未被賦予完全充分的自主性），屬於有瑕疵的意願；⁹但是意願的對稱性質仍然有效。第三個範疇則是青春期的青少年，對於他們要考慮性別因素，例如男性被性侵與女性不能總是相提並論。由於他們在各方面趨向正常成人的自主，應該對於其性意願予以更大的尊重。他們之中的年齡越接近成人者，性的雙重對稱要完全適用於他們。總之，幼兒、兒童、青少年的性侵法律應秉持上述分析的分別對待。

女性主義的修法意見認為，「權力的不對等」可能使得弱者屈從而沒有積極反抗；從我的觀點來看，需要考慮「權力不對等影響意願」的情況主要是兒童這個年齡層（第二範疇），這屬於有瑕疵的意願或同意。但是我們必須堅持意願的對稱性仍然有效，否則會導致自相矛盾缺乏一致性。例如當權威不准某兒童從娼時，如果認為此兒童的同意有效，不同意卻是無效（即，意願不對稱），那麼當權威要求此兒童從娼時，是否又要認為此兒童的同意無效，但是不同意卻反而有效呢？顯然，如果不堅持意願的對稱性，那麼同一個兒童的意願會被任意或隨意地認定為有效或無效，且自相矛盾。故而，在考慮兒童意願時，應當分析其意願的瑕疵，而非否定其意願的對稱。

7 甯應斌（2007: 47-54）。

8 卡維波（即將發表）。

9 參見註2。

此外，權力不對等在同意或意願中所起的作用必須加以區分，一種是支配脅迫或幾無考量餘地，另一種則是依賴或性吸引等作用；如果不加區分，那麼在當前社會仍屬各類不平等的現實中，幾乎沒有正當的同意關係（這確實是激進女性主義的主張）。這樣的主張反而不能針對濫用不對等權力的情境。其次，從權力不平等來思考性侵與性騷擾，在某些典型想像中似乎是簡單清楚的，例如孔武有力男以暴力對待嬌弱幼童。但是在另些例子中就變得複雜模糊，例如土財主的財富權力就必然大於年輕貌美知識少女的權力嗎？或者，成人似乎比未成年權力要大，但是成人要讓未成年聽話卻未必容易，這是因為權力在實際施為時，其來源與操作十分多樣，個人特質與能動或性資本都可能發揮力量。所以權力不對等不應作為性法律的僵固基礎。關於女性主義的其他思考，我有另文處理，¹⁰此處不再多論。

11. 總結二：「冒犯旁觀者的道德情感」不應成為重刑的主要理由

台灣的白玫瑰運動產生了一波呼籲使用重刑來對付性侵犯，除了因為冒犯旁觀者的道德情感（義憤），是否可能只是想要「嚇阻」犯罪？雖然有此可能，但是在性侵幼兒事件中，我認為主要還是義憤的因素。因為如果只是嚇阻，大概沒有那麼多情緒憤怒，而是較多的理性計算。其關鍵在於，究竟七歲以下幼兒有多少被性侵，是否很普遍，還是很罕見（國外媒體與保守團體經常製造戀童恐慌，但是其實犯罪率很低）。因為如果罕見，而只為了嚇阻卻要把法律的內在一致性打亂，那麼首先就有成本問題；畢竟嚇阻總是要阻止一種風氣或趨勢，因此我們要知道七歲以下的性侵案件是否較多？其次，這類案件的成因與犯罪情境是什麼，會不會因為嚇阻而發生效力？這些好像都沒被討論。雖然主張重刑的造勢者有公佈一些性侵的統計數字，但是卻沒有細節，如報案、起訴與定罪的數字，無罪或不起訴的理由，年

齡的分布，犯罪者與受害人的關係等，這些都是談到嚇阻時需要分析的細節。所以我覺得即使在要求重刑的動機中有嚇阻的因素，那也是起源於被鼓動起來的恐慌造成。

在目前的案例中，由於社會性觀念中的生殖取向認為性只能在某些適當發生的年齡出現，所以讓人覺得最可惡的是性侵非常年幼或非常年老者。此外，由於兒童是純真的代表，性則是玷污的源頭，所以性侵兒童會嚴重地冒犯旁觀成人的情感，引發公憤。所謂要求重刑，其實是為了平息旁觀者的義憤，而不見得符合兒童實質受傷害的程度。但是越是以重刑懲罰性侵幼兒，就反而越會強化那些兒時遭到性侵者的傷害，因為這些加碼的情感更建構了兒時性侵的嚴重性。可是，我們真的要將性侵的嚴重性建構為無限巨大擴張嗎？

這樣說來，社會的性觀念與旁觀者的情感也應該被反省。例如，許多被稱為陰陽人的幼兒就是因為社會截然二元的性別區分觀念和旁觀者的性別焦慮，在未能自主的幼時就被動了手術，往往造成終生性快感的喪失，這樣的傷害卻很少被提及。這種雙重標準提醒我們，不能照單全收目前關於兒童與性的簡單義憤情感話語。

冒犯旁觀者的道德情感，或者說，道德義憤，必須接受公共理性的批判檢討。過去美國黑人強姦白人女子，或者如今回教世界對於同性戀和通姦女子的道德情感，對公眾而言都是極其真實也巨大無比的，對犯罪人可說是「恨之欲其死」的強烈，甚至到了等不到公審就要私刑的地步。由於我們處於不同文化與社會觀念，就能看出他們道德情感主導下的嚴刑峻法之問題。如今我們由於浸潤在自己社會文化中，不一定能反思到我們文化中關於兒童、年齡、性、強姦等等的多種假設，其實也是特定社會歷史文化產物，而且是會造成社會不平等正義的假設，需要被改變。而且我相信在未來也一定會有不同的觀念，因為人類也曾經出現過不同於我們當代社會的其他假設信念。目前的觀念是會變化的，否則法律就會永遠不變了。這個變化如果沒有理性力量的推動，當然會造成各種新的痛苦與不義。

¹⁰ 甯應斌（即將發表）。

台灣在目前民意壓力下產生了準備修法加重刑期的動作，其理由不外乎保護兒童。保護兒童當然不能無限上綱，然而加重刑期是否真能保護兒童？還是加深兒童危險，或者使得重判更難達成？保護兒童不應建立在簡單的報復正義之上，即使為了滿足公眾義憤，刑期修法仍必須建立在合理基礎上。特別是，看似絕對正義的立場，往往容易被政客或媚俗者利用來美化自己的道德光環，錯誤立法遺害更大。當年台灣為嚇阻未成年援交而成立的兒少29條惡法殷鑑不遠啊。¹¹

參考書目／文章

中文部分（筆劃序）

卡維波（即將發表） 「兒童性愛的心理分析觀點——我兒少時期的性與色情經驗」 台灣：台灣同志諮詢熱線。

甯應斌（2007） 「睡眠中的性自主」 性無須道德 中壢：中央大學性／別研究室出版。

甯應斌（2009） 賣淫的倫理學探究 台灣社會研究季刊社，世新大學台灣社會研究國際中心出版。

甯應斌（即將發表） 「評女性主義在性侵修法爭議中的觀點」 月旦法學雜誌。

11 「反對兒少29條糾察隊（官方網站）」，網址：<http://29.antilaw.info/>（2010年10月1日瀏覽）。（編者按：關於《兒少條例》第29條的討論，亦請參見本書許雅斐「兒童保護與法律保留——台灣法治國危機」一文。

中華性／別——年齡機器

Chinese Sex(uality) / Gender-Age Machine

- 編著 趙文宗
校對 黃丹玥
設計 曾淑儀
出版 紅投資有限公司（圓桌文化）
地址：香港灣仔道133號星航資訊中心8樓
電話：(852) 2540 7517
電郵：editor@red-publish.com
網址：http://www.red-publish.com
- 總經銷 春華發行代理有限公司
地址：九龍觀塘海濱道173號申新證券大廈8樓全層
電話：(852) 2775 0388
- 出版日期 2012年1月
印刷查詢電郵 gary@hklabel.com
圖書分類 社會科學
ISBN 978-988-8122-70-7
定價 港幣100圓正

版權所有 不得翻印

