

交大法學叢書

性別正義的刑法觀點

Reconstructing Gender Justice in Criminal Law

林志潔 著

性別正義的刑法觀點

Reconstructing Gender Justice in Criminal Law

林志潔 著

元照出版公司

性別正義的刑法觀點／林志潔著．-- 初版．--

臺北市：元照，2015.04

面；公分

ISBN 978-986-255-568-2（平裝）

1.刑法 2.文集

585.07

103028021

性別正義的刑法觀點

5D342RA

2015年4月 初版第1刷

作者 林志潔

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 380 元

海外定價 美金 17 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-568-2

謹以本書獻給
我所敬愛的三位女性

美國杜克大學法學院 Professor Sara Beale

交通大學 吳妍華校長

我親愛的母親 林淑麗女士

推薦序一

志潔副教授即將出版《性別正義的刑法觀點》一書邀請我為這本書寫序，我非常樂意為之。這是一本從性別角度思考刑法各種重要議題，在思維上具有創意且讓人閱讀時覺得流暢愉快的學術書籍。在這本書所收的十篇論文主題環繞著臺灣過去多年來重要的刑法議題，這些重要的刑法議題過去固然有刑法學者加以論述，但很少學者能夠從性別正義的角度論述並同時將外國理論，尤其是美國理論加以融入並對於臺灣案例深入分析與討論。

本書主要收錄志潔多年來完成的十篇跟刑法與性別有關的文章，其中有三篇論文是志潔與其指導的學生共同完成。我們這本書中不僅看到學術也看到志潔在教學及攜帶後進走向學術研究的努力。這本書將十篇論文分為五個重點，分別是「性自主權與性侵害犯罪」、「創傷症候群與心智缺陷抗辯」、「性交易管制」、「情色與猥褻物品管制」及「母體與胎兒權之衝突」等；讀者可以在各個論文中看到志潔清晰敏銳的將性別正義的觀點結合刑法學的重要核心概念加以討論。

下面跟讀者分享這本書中幾個有關女性主義法學與刑法觀點的精采論述：在志潔教授與金孟華博士生合作的〈「合理」的懷疑？——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見〉一文中，除了分析傳統女性主義法學理論及後現代女性主義法學

理論有關性別的論述，尤其針對有關性別刻板印象批判與挑戰的論述並說明這些理論如何解構「性侵害」的內涵，打破這種犯罪類型所造成的刻板印象外；論文更針對性侵害犯罪迷思（rape myths）以及如何可以破除這些刻板印象，避免法院在審判過程中將性侵害案件中的行為人與被害人套用到刻板印象所塑造的特定形象有深入論述。在這篇論文中，作者更用具有創意的法社會學分析方法與分析角度，對於其所蒐集到的臺灣性侵害犯罪的判決加以分析。讀者可以在這篇論文中，瞭解臺灣有關性侵害犯罪法律修法歷程，並從作者的分析中，瞭解從2000年1月1日至2010年2月28日在臺北地院、高雄地院以及臺中地院，有關妨害性自主罪的判決中各種常見的無罪判決理由。論文中從將這些無罪判決理由透過幾個情境加以分析，包括被害人與被告平日的互動關係，事發前的情境推測，事發當時被害人的意願，事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑，有無外傷顯示遭受強制力，被害人事後的情緒反應等角度。論文最後，作者提到目前臺灣有關性侵害犯罪審判過程確實充斥著許多性別刻板印象，但作者臚列上述法院審判的理由，並非想要全盤否認法院的努力，而是希望臺灣的法院透過這樣的分析，未來在相關審判中能體察被害人的身心狀況，以戒慎恐懼、精益求精的心態自我要求，提升法官整體之性別意識。透過這篇論文，讀者可以更深入的理解女性主義法學理論用以分析性侵害相關判決，對於性侵害犯罪的審判現場，有提醒審判者不要陷入性侵害各種迷思的困境的意義。

另外在〈無菌空間的想像與堅持？——評釋字第623號解釋及兒少性交易防治條例第29條〉一文中，志潔對於臺灣的兒童暨少性交易防制條例和刑法第227條間的交互運用所產生的

可能落差，也就是成年人與16歲到18歲之青少年可以發生「無價」之性關係，但不能發生「有價」之性交易的規範結果有深入討論，作者提出如果法律的目的是在於保護兒童及少年免於過早的性行為有害身心健全，法律為何對於「有價」與「無價」發生的性行為有差別規範？另外，作者在本文中，對於兒童暨少性交易防制條例第29條規定提出質疑，作者從立法的目的，質疑這個規定並非針對兒童少年性自主或身心健康等法益受到侵害加以規範，而僅是針對兒童少年有可能接觸到色情訊息的行為加以防範；作者提出這樣的立法邏輯似乎想要給兒童及少年一個「無色情的無菌室」。

而在〈復仇的女王蜂？精神異常的弱女子？——由女性主義法學方法評析最高法院相關裁判〉一文中，作者分析最高法院85年台上字第434號刑事判決、最高法院87年台上字第3783號刑事判決、最高法院89年台上字第388號刑事判決以及最高法院96年台上字7489號判決，並從正當防衛是否成立，精神障礙、心智缺陷抗辯之主張，正當防衛與精神障礙的交錯問題以及是否構成義憤殺人等角度分析判決的相關內容，從女性主義法學理論，論述家暴作為父權社會的結構性壓迫，並指出目前臺灣審判實務對於正當防衛所謂的「客觀上現在不法侵害正在進行」的要件、所認定的「客觀」以及在判斷是否構成現在不法之侵害，都有必要重新思考，有必要從受暴行為人、尤其是女性的經驗和外在環境的奧援機制是否充足完備加以考量。

閱讀志潔的學術論文是一個愉快的經驗，他在論文中呈現的創造性思維與運用女性主義理論的論述模式，讓讀者可以將抽象與理論的思維跟生命經驗作連結。2006年我在臺灣法學教育改革現場，認識當時剛回國的志潔教授。當時臺灣法學教育

正面臨教育部想要透過政策指導，將日本與韓國正在進行的美國式學士後法學教育模式引入臺灣。當時臺灣各大學法律系所主管機關，面對來自教育部所強烈主導希望臺灣走向日本與韓國法學教育改革之路的操作，聯合發表聲明表示反對，在那個過程中志潔教授剛從美國回來，以一個年輕的法學者加入關於法學教育改革的論述中。我在那個過程看到志潔邏輯緊密且精闢的論述能力，深感佩服。現在志潔出版結合女性主義法學與刑法學的論著，請我為他作序，我因此比讀者更早全面閱讀他的精闢論著，僅在此跟讀者分享我的閱讀的感想並極力向讀者推薦。

陳惠馨



推薦序二

在去年12月的一個跨國研究案成果發表會，志潔私下要我給她的新書寫個序，我不假思索、欣然接受！但當志潔在會議上公開說：Prof. Amy Shee is my mentor...，我的心情忽然沉重起來——倒不是因為「mentor」象徵著我與志潔在世代上的差距，而是眼看著這位頭腦清楚、言之有物、在研究教學與行政上都占有一席之地的年輕學者，我除了感受莫名的驕傲與殷殷的期待之外，完全不知道自己曾經教給她什麼。因此，在打開電腦開始給這本書寫序之前，我調整好自己的心情——林志潔，是我在比較法學及法律社會學研究教學上多年的夥伴，讀她的東西也讓我持續學習女性主義法學的新知與創見；在生活上我們是可以談心的朋友，有挫折的時候也會互相打氣；在處事上，我們的頻率相合，都急性子、快人快語、好為人師。不過寫起東西來，我很隨興，相對而言志潔就嚴謹許多，這除了來自她不斷的自我要求外，也多少拜提攜她的劉尚志院長之賜吧！

志潔的研究領域，是以女性主義法學為焦點而向外堆疊拓展的同心圓。讀這本書可以窺見多采多姿的各個持續發展且彼此輝映的圓。志潔在跨域研究上交替選用了女性主義理論、美國法制與裁判、我國大法官釋字與各級法院見解，針對性侵害、性交易及性剝削相關的刑法議題，從事立法、司法、歷

史、社會、哲學、心理等層面的分析與論證，從比較法、法社會及法哲學的觀點，挑戰性別刻板印象並破除法律萬能的迷思，進而建立性別正義的論述脈絡與研究體系。

當代的法學研究取向，已經從20世紀中葉以降的「國際化（internationalisation）」到冷戰時代結束後的「全球化（globalisation）」，發展到21世紀的「全球在地化（glocalisation）」。臺灣在1980年代自美國引進女性主義（feminism）論述，從男女平等到兩性平等、再到性別平等，臺灣的女性主義法學論者，從註釋研究導向的比較法，趨向多元理論的探悉與在地應用，並提倡重視個人經驗的敘事方法。在法律移植的演進過程中，臺灣的性別正義論述從消極的防制性侵害、性交易或性剝削，轉化為維護性自主與性別正義。志潔的這一本書，將這些性別法制與社會文明的交互發展作了一步一腳印的紀錄，不論是帶回家細細閱讀，或是坐在書局隨意看看，都會給你知性與感性的雙重收穫！

我在帛琉的沙灘上寫這一篇序文，邊寫邊思索：人生要活得如何精彩才足夠？！一本書又要寫得如何精彩才足夠？！面對一望無際的大海，我輕鬆愉悅地讀著這本將要出版的書，心中默默期盼：志潔的教研究生涯如大海般無邊無際地拓展，也不斷地激起美麗的浪花，引領後進繼續加入這股學術清流！

希望志潔可以繼續這樣精彩地寫下去！

施慧玲

收筆於帛琉老爺酒店的沙灘上



推薦序三

臺灣近年來出現了不少關於女性主義法學的研究，這對向來在研究議題及方法取向上相對比較保守的法學界來說，是頗令人欣喜的發展。比較可惜的是，這些具有性別意識的研究，多數還是集中在與性別平等、性別人權相關的憲法領域、或是與婚姻、家庭相關的親屬法或家事法領域，而未能進一步擴展到其他法律領域，尤其是一些容易被誤解為與女性或性別議題無關的傳統法律領域，例如契約法、侵權行為法、商事法、刑事法、行政法或訴訟法等。不過，本書的出版，正式宣告了女性主義法學研究的擴展，清楚說明了性別取向的研究，不僅適用於憲法、親屬法或家事法，也適用於國家以公權力來剝奪人民身體自由、甚至是生命的刑事法。

本書各章的寫作，主要是以女性主義法學的觀點，對臺灣目前刑事司法的理論與實務，進行深入且系統性的剖析，揭開了其中根深蒂固的性別刻板印象，也暴露了其中對於女性所處結構性弱勢地位的忽略。本書涵蓋了五大議題面向：性自主權與性侵害犯罪、創傷症候群與心智缺陷抗辯、性交易管制、情色與猥褻物品管制、母體與胎兒權之衝突，而每一個議題面向則有二篇或三篇的論文，內容豐富，論述完整。

在〈性自主權與性侵害犯罪〉的面向，作者以女性主義法學觀點，深入檢視了二百多件的性侵害判決，發現其中確實隱

藏了許多性別偏見，進而提出改革呼籲，要求審判中參與者性別意識的提高。在〈創傷症候群與心智缺陷抗辯〉部分的討論，則是從性別觀點來重新剖析最高法院有關家庭暴力案件的判決，發現我國目前的審判文化，對於女性及受暴者的經驗並不重視，而所謂「傳統客觀」的法解釋方法，實際上卻呈現出相當偏頗的結果。不過，本書也看到有司法工作者努力尋求突破，企圖在舊有的理論及判例框架下，作成更有性別意識的判決。而在〈性交易管制〉的議題上，本書從女性主義理論來看臺灣性產業的立法與規範，主張基於性產業的高風險特質，政府確實有積極介入管理的必要。本書認為，性交易合法化只是提升性工作者社會地位的第一步，更重要的是能制定出具有性別意識的完整配套措施，在確保性工作者權益的同時，也要避免性工作者受到社會刻板印象的歧視、或落入結構性的弱勢地位。

在〈情色與猥褻物品管制〉的面向上，本書透過對於司法院釋字第617號及第623號解釋的評析，來反省政府對於情色及猥褻物品的管制。作者認為，由於性資訊的主觀性太強，對於所謂「情色」或「猥褻」，很難形成「一般人」或「社群」的共通標準。本書深入分析相關司法裁判也發現，司法實務所持「引起一般人羞恥厭惡」的標準，其實是「引起司法羞恥厭惡」、甚至是「引起該審判法官羞恥厭惡」的標準，其客觀性大有問題。最後，在〈母體與胎兒權之衝突〉的討論上，本書從美國以刑事處罰孕婦濫用藥物、並對孕婦進行強制檢測的爭議出發，從女性主義的理論觀點來探討孕婦與胎兒的權利衝突。本書認為，國家以保護胎兒為由處罰孕婦，徒然製造母體與胎兒的緊張關係，並不會使胎兒得到更好的照顧，也漠視婦

女的身體自主性。相反地，政府應該透過其他政策措施，提供孕婦足夠的經濟、社會與心理支持，才是保護孕婦與胎兒的根本之道。

本書除了具有性別意識的研究取向外，還非常重視我國的判決實務。許多章節均以實證分析方法，具體而細緻地檢視了司法判決中所呈現的性別刻板印象、以及審判人員對於女性結構弱勢處境的「眼盲」與忽略。這對向來比較不重視實證研究的臺灣法學界來說，是一個令人眼睛為之一亮的研究焦點。雖然本書有些章節是過去作者已經出版的作品，不過，作者將這一系列的文稿結集成書，才讓我們更清楚地看到作者在這一段時間，透過具有性別意識的實證研究，已經在刑事司法領域經耕耘出相當豐碩的研究成果。我除了對於本書的出版，表達由衷的祝賀與推薦之外，也期待作者接下來更為精彩的學術開展。

臺大法律學院教授

張文貞

於臺大法律學院



序 文

性別是一生的功課

一本法律專書的序言，是整本書裡讀者最貼近作者的篇章。正因如此，寫「性別正義的刑法觀點」這本書的序言，遠比我當時寫「財經正義的刑法觀點」的序言，要難得多。

對於財經正義，我的想法再單純不過，任何社會都很難達到形式與實質完全平等（即便該社會願意肯認與落實這樣的目標）。但是，一個民主法制的社會至少要能透過立法、司法與執法，來確保人民機會的均等。Law serves every group, not privileged groups. 如果社會創造與分配財富的機制，為少數人所把持，則法律學者的工作之一，就是以法律來打破壟斷和惡性循環。我最痛恨者，便是能力很大、但只想著以優勢能力來剝削或打壓他人的人。

但是，對於性別，因為too personal, too private, and too individualized，且又是我選擇讀法律的初衷之一，與我的成長糾結，身為一個亞洲、異性戀、學院菁英、具備母職經驗、學術行政的經營管理人女性，我要說：每一天、每一個場合，我都在經驗著「性別」。

我有極強烈的性別意識，時時自我反省也不忘教育周遭。日常生活中，當間數永遠不夠的臺灣女廁大排長龍之際，我總毫不猶豫地轉進空蕩蕩的男廁，有禮問候但堅持立刻進行解

放，女性沒有義務忍受社會因對性別無知而造成的壓迫。為了推動性平教育，我義務教授交大通識課「愛情的法律學分」長達八年，無條件將課程網路化，放在開放式教學網站與youtube上。我長期擔任各種政府機構的性別委員會、學校的性平會、法務部人權委員會的委員，只因希望為性別平權發聲。在還沒生病前，我力所能及，一定接受司法官學院、法官學院、國家教育研究院關於性別主流化的演講邀約，因為這些聽眾，有改變性別權力結構的能力。

妹妹在看過我寫信去寶寶的學校，反映學校教材充滿性別刻板印象之後（讓幼兒園的小孩念極其強調男性特質與女性特質的童話書叫《小不點長大了》，小不點是一隻小雞，故事簡單來說就是小不點很享受母雞媽媽的照顧，但希望長大了要成為像爸爸一樣的雄赳赳氣昂昂的大公雞之類的……，這難道不需要寫信去抗議嗎？），忍不住問我：姐，你不覺得這樣生活很累嗎？

當然，很累。

我的性別研究啟蒙老師，是曾任美國杜克大學法學院院長八年（Duke University School of Law），也是美國女性主義法學經典教科書的作者Katharine Bartlett教授。她在Feminist Legal Methods這一篇巨著中曾指出，女性主義法學有兩個關鍵的方法：asking the women question和feminist consciousness raising。Bartlett老師講的這兩者，看似容易，但其實要耗費極大的心力，若要落實於生活裡，艱辛有增無減。

知行難以合一，是人類的通病，對術業有專攻的學者，更是個挑戰。我曾說過自己是實踐型的女性主義者，在常吾日三省吾身後，確認我並沒有辜負自己對這個名稱的期待。

你問我如何做得到？我想原因之一是：我看過很多典範。

這本書的推薦序言，是由幾位我極為尊敬的學界典範所寫。陳惠馨老師、施慧玲老師、張文貞老師，都是學養俱佳，在法學教育的場域裡，以臺灣為念，實踐理念的女性法學教育工作者。典範激勵我，也讓我知道自己不孤單。

我在杜克大學的指導恩師，也是美國刑法與白領犯罪研究的學術巨擘Professor Sara Beale，她帶領著我，把我從一個自以為是卻十分無知的女孩，一步一腳印，從基礎到進階，從理論到實證，帶成一個有能力做獨立研究的學者。我在交大能如此栽培和照顧學生，主要來自對她的認同與感念。我永遠不會忘記通過博士資格考的那一刻，Sara站起來，一改口試時的嚴肅，開心地告訴我和另兩位指導老師，她已經訂好了全鎮最好的餐廳，Let's celebrate! 一向堅強的我，忍不住感動到淚流滿面。

交通大學的吳妍華校長，是我國高教界與生醫界之瑰寶，作為極少見的女校長，也是交大創校以來第一位女校長，她的領導力、前瞻力和執行力，都令人讚佩。吳校長對交大科法學院之建立，有關鍵且重大的貢獻，她肯認我們的教育理念，願意全力支持，無時無刻不鼓勵我，在我生病時親自到醫院看我，關心我的健康和治療。士為知己者死，交大科法與我，能有知音如吳校長，實為大幸。

我的母親林淑麗女士，是我最堅強的後盾。她最常對我說的有兩句話，一是「不要太累」，說完自知無效，就接著說「你儘管去做好了，其他事情我來處理」。每一次，都讓我熱淚盈眶。沒有我的母親，就沒有今天的我。這三位，都是我生命中的女性典範，我將本書之研究，獻給她們。

許多學生發現我這幾年來性別的文章少了。這是自然。每個人都只有二十四小時，即使是說過「時間如擰毛巾，用力就可出水」的我，在必須分出心力做財經刑法的研究時，研究性別議題的時間也不得不減少。但好在歷年來，我一直有很棒的研究和教學助理，使我的性別研究不因財經刑法而中斷，他們是：高慕嘉、謝其達、李怡萱、金孟華、陳又寧、莊宇真、邱于柔、劉庭好、簡儀婷、黃婉婷、蘇芳儀、蕭郁滄、葉慶媛、陳瑀、楊子瑩、周好軒、呂馥伊和江欣曄。其中庭好和于柔陪伴我連續教了兩年的愛情法律學分，還一起錄製線上課程，謝謝你們對性別教育的付出與貢獻。

我感謝我的家人們，作為這樣一個實踐型女性主義者——一個不傳統、不典型、也不願接受作為女兒該如何、作為妻子該如何、或作為母親該如何的人——的家人，不論父親、母親、幫我照顧寶寶四年的小阿姨、我妹妹和願意認同女性主義的陳鈺雄老師，每一位，辛苦你們了。鈺雄老師曾說，婚姻並不在強化對方對自己的依賴，而在使自己和對方具備更獨立的人格。我想我一直以來，未曾懈怠地在實踐著他所主張且支持的「女性必須上進」的期待。

我還要感謝交大科法學院的劉尚志院長、所有的老師與行政同仁。院長創立這個學院，使我們來自四面八方的老師，有機會落實教育理念。院長與同事們對我的賞識與器重，疼惜與支持，讓我有機會在交大這個男女比例懸殊的機構中，擔任學術行政工作，鍛鍊自己的領導能力。能有這樣亦師亦友亦親如家人、胸襟氣度寬廣、尋才惜才不遺餘力的院長，真是科法學院之福。