

差異的難題：
以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約
的涉入實踐

陳昭如

(國立臺灣大學法律學系教授)

差異的難題：
以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約
的涉入實踐

陳昭如*

目 次

- 一、前言
- 二、從「下載安裝」到「涉入實踐」的憲法與人權公約連結
- 三、性侵害：「同意」或「強制」取徑的差異難題
- 四、習俗傳統：文化與平等的差異難題
- 五、結論

* 國立臺灣大學法律學系教授

一、前言

國際性別人權公約對於臺灣的憲法實踐有何意義？在 20 世紀末的憲改人權運動之後，臺灣的人權運動在 21 世紀之交開始採取了加入國際人權公約並將之內國法化的策略，其中也包括指標性的國際性別人權公約：消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women，以下簡稱 CEDAW）。2007 年立法院通過並由總統頒佈 CEDAW 加入書，立法院於 2011 年通過 CEDAW 施行法，行政院也完成兩次國家報告審查，2015 年的司法院大法官釋字第 728 號解釋更踏出援引 CEDAW 進行違憲審查的第一步。然而，此號解釋公布之後引起嘩然批評，因其以私法自治、結社自由與財產權保障之名，確認了祭祀公業條例第四條第一項前段規定祭祀公業派下資格「有規約時適用規約」並不違反憲法平等，僅針對有進行性別分類的第四條第一項後段、第二項、第三項規定，表示其雖有減緩差別待遇之考量、但差別待遇仍然存在，而基於憲法第七條與增修條文第十條第六項的規定、並參酌 CEDAW 第二條、第五條規定，國家對女性有積極的保護義務以促進兩性地位的實質平等，應就祭祀公業制度之規定予以檢討修正。參考 CEDAW 並未使大法官因此認定祭祀公業條例相關規定違憲，僅要求國家應與時俱進予以檢討修正而已。

釋字 728 號解釋維持祭祀公業排除女性繼承的漢人「傳統」存在的合法性與合憲性，除非立法者做出改變，否則現狀就是合理。這樣的結果，是因為是大法官「不遵守」CEDAW、違背了履行公約的義務與承諾嗎？這至少涉及公約的國內法效力及公約內容的解釋兩個層面的問題。首先，就公約國內法化的方式與效力問題，論者已多有探討¹，雖就公約的國內法效力來源是否為施行法、已加入公約的規範與國內法規範的關係、公約的解釋等問題有所爭論，但已由立法院通過加入、總統頒佈加入書且（或）制定施行法的公約，即便未獲聯合國存放而完成正式加入公約的國際法程序²，已成為臺灣法秩序的一部份，應是可以支持且有共識的結論。又因我國憲法原即有性別平等之規範，釋字第 728 號解釋以憲法第七條及增修條文第十條第六項為審查依據，「參酌」

¹ 相關學理實務（包含德國、日本與英國的比較）的回顧與討論，請參見徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，臺大法學論叢，43 卷特刊，頁 839-909（2014 年）。就性別平等與兩公約的國內法適用問題，請參考張文貞，性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較，臺大法學論叢，43 卷特刊，頁 771-838（2014 年）。

² 2014 年就身心障礙者權利公約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）與兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）略過加入程序而直接以制定施行法的方式將之內國法化，創造了新的人權公約內國法方式，還有待進一步的討論。

CEDAW 以輔助其對此二憲法規範意旨（國家對於女性之積極保護義務）的解釋，以「參酌」之方式使公約具有可司法性（judicialable），此方式並無太大爭議，除非主張公約本身得獨立作為違憲審查之依據³。至於未經國內法化程序的國際人權公約或區域人權公約，可能的角色為何？是否在憲法解釋上無引用或參照之餘地？若暫且將國際人權法是否構成國際習慣法、因而無庸經國內法化之程序即可直接適用的問題⁴置而不論，就解釋方法而言，外國法或國際法原即可為解釋之參考，且我國釋憲實務上即曾在未加入兩公約之前援引參考國際與區域人權公約⁵，因此，未加入之國際或區域人權公約，理論與實務上皆得作為憲法解釋之參考。除了已被國內法化的國際人權公約之外，尚有許多與性別平等相關的人權公約可做為參考。但也必須進一步思考的問題是：要參考哪些公約？如何處理公約彼此之間的差異？

其次，就公約內容的解釋而言，釋字第 728 號解釋雖援引 CEDAW 公約第二、五條，卻對其內涵毫無論證，即便是在不同意見書中也僅略予闡述⁶，再次表現出大法官解釋在性別平等案件上說理溝通的貧弱⁷。一般認為，就已被國內法化的人權公約而言，法院應對國內法的解釋採取與國際法規範一致的方向，且我國之數個公約施行法均規定公約適用應參照其立法意旨及委員會之解釋⁸，論者亦認為公約委員會之解釋應被視為

³ 即便主張已國內法化之公約有自動履行效力、得為國內法院直接適用，仍應視各該法院之權限而定。依據憲法與大法官審理案件法之規定，「違反公約」是否得以獨立作為聲請釋憲以及違憲審查之標的，還有待探討。

⁴ 有關國際人權法可作為國際習慣法直接適用的主張，見張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流—台灣施行兩大人權公約之後，臺灣人權促進會季刊—兩公約專輯，10 期，頁 12-22（2010 年）。

⁵ 例如 1995 年的釋字第 392 號解釋援引歐洲人權及基本自由保障公約（[European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）及歐洲人權及基本自由保障公約（[European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）、2004 年之釋字第 587 號解釋援引兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）

⁶ 本號解釋的不同意見書中，羅昌發大法官參考 CEDAW 第一條歧視定義，而認祭祀公業條例侵害女性子孫之平等權；李震山大法官就 CEDAW 第二、五條之規定，表示國家應採取措施修正或廢除歧視婦女的「習俗和慣例」、消除「基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他作法」。

⁷ 有關大法官解釋在性別平等案件的說理溝通功能之檢討，見李立如，司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例，臺大法學論叢，37 卷 1 期，頁 31-78（2008 年）。

⁸ 兩公約施行法第三條：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋」；CEDAW 施行法第三條：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋」。兒童權利公約施行法第三條：「適用公約規

權威解釋⁹。然而，「應參照」是否有別於「應遵守」，亦即要求法院有「參考」相關公約委員會見解論證之義務，但無「遵守」其見解之義務？相關人權法庭的見解，是否亦屬於應參照的範圍？而且，「一致性解釋」未言明的前提是：公約的解釋（委員會的見解、人權法庭的判決等等）彼此之間具有一致性，但事實上這些解釋彼此之間卻不一定一致。

拋開一致性的預設，公約與其解釋之間的異質性與變動性，是思考人權公約的在地實踐必須面對的課題，也是本文將探討的問題：差異的難題。而此問題也涉及國際人權法上長久爭辯的普遍主義（universalism）與特殊主義（particularism）、多元文化主義（multiculturalism）與女性主義之爭¹⁰。對於人權的普遍性與各國差異性的可能衝突，在制度上的處理機制之一是設置「保留」（reservation）機制，並且在公約的解釋上盡量保留容許各國差異處理的空間，例如歐洲人權法院的國家裁量餘地原則（national margin of appreciation）。迄今為止，我國予以內國法化的公約均未設保留，即便是對於未設保留限制的 CEDAW 公約¹¹，也沒有對任何條款予以保留，在加入過程中甚至連考慮設置保留的意見都幾乎未曾出現。這種對於公約無保留的認可，一方面可被認為是對人權普世性的許諾，另一方面卻也可能是在西方法律霸權影響以及以人權與國際接軌的熱切期盼下，對在地脈絡與差異問題置之不論的結果。然而，考量差異與實踐人權，二者並不必然衝突。我們甚至可以說，考量差異，是實踐人權的前提。

本文所欲討論的問題是：在性別平等議題上，如何建立憲法實踐與國際人權的連結，以面對差異的難題？我將首先討論憲法與人權公約連結的不同模式，主張採取「涉入實踐」（engagement）的模式以回應差異的難題，接著以性侵害與習俗傳統兩個例子討論之。

定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋」；身心障礙者權利公約第三條：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國身心障礙者權利委員會對公約之解釋」

⁹ 張文貞，演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋，臺灣人權學刊，1卷2期，頁25-43（2012年）。

¹⁰ 此難題也可被認為是一種虛構的對立，而論者也試圖從普遍與差異的關係著手來拆解此對立關係，例如主張「差異化的普同主義」（differentiated universalism）。

¹¹ 在立法院加入 CEDAW 的審議過程中，並無提出保留的意見，而民間倡議的過程中也鮮見主張考慮保留的意見。相較之下，兩公約的加入過程則曾出現有關是否對特定條文予以保留的爭議。

二、從「下載安裝」到「涉入實踐」的憲法與人權公約連結

「與國際接軌」已成為臺灣人人朗朗上口之語，而「接軌」經常被理解為是符合國際標準，亦即構築人權內涵「從國際到臺灣」的單向輸送道。Harold Hongju Koh 曾經提出在電腦時代對跨國法（transnational law）的運作想像：（1）下載（downloaded）的法律：將國際法下載，使之內國化；（2）上傳（uploaded）然後下載的法律：某國的內國法的規則或原則「上傳」為國際法，又再被下載為不同的內國法；（3）「平行傳輸」（horizontally transplanted）的法律：某國的法律往外散佈為其他國家所採納繼受¹²。臺灣的人權公約運動，一般依循著「下載」的想像，以國內法化的程序以及後續的實踐將國際人權法下載安裝之。而對於他國法律的繼受，則表現為「平行傳輸」的進口模式。至於「上傳」與「外銷」，則幾乎難以想像¹³。欠缺在公約形成過程的參與、而僅能在已被決定的國際人權公約文本之下決定是否全部或選擇性下載安裝，這樣的狀態一方面由來於不被聯合國與國際社會承認為國家、從而無法參與人權公約形成過程的處境¹⁴，另一方面也顯示 Harold Hongju Koh 的跨國法律流動想像，還必須更進一步考慮不同國家與法律體系之間的不對等權力關係所形成的不對稱對流。

在地行動者（包括人權倡議者、立法部門、行政部門與司法部門）對於國際人權公約選擇採用下載安裝模式，有其行動目的：追求參與國際社會運作的管道、塑造臺灣重視人權的形象與國際地位、作為倡議人權議題的權威資源、以之取代形式門檻與現實障礙都太高的人權入憲途徑等等。暫且不論此些行動目的，下載安裝模式的特徵是：將國際人權法視為普世的標準、應被適用的法律權威。這樣的特徵或許有時能夠符合上述的某個行動目的（例如以人權公約的規定支持特定的倡議主張），也或許有時可以凸顯上述某個行動目的的虛矯性（例如立法院通過加入人權公約卻遲不修改相關國內法），不過這並非本文所欲討論的問題。在此所關注的是，下載安裝模式之下，憲法如何作為全球與在地的中介：如果國際人權公約的規範（特別是已經國內法化程序）體現的是普世的人權、應被不分地域地落實，那麼憲法的解釋就應符合公約的規範以及對公約的有權解釋，而法律的制定或修改也應遵守之。例如，釋字第 549 號解

¹² Harold Hongju Koh, *Why Transnational Law Matters*, 24 PENN ST. INT'L. REV. 744, 745-746(2006).

¹³ 近年來較可想像的「外銷」，或許是對中國法律發展的影響，特別是民法。

¹⁴ 這包括 NGO 的參與也遭受打壓的狀況。因此，即便法人類學家 Sally Merry 所探討的公約形成過程也包括 NGO 參與的曖昧與變動角色，以及南北的不平等（see SALLY ENGLE MERRY, HUMAN RIGHTS AND GENDER VIOLENCE: TRANSLATING INTERNATIONAL LAW INTO LOCAL JUSTICE 50-55 69-71(2006)），臺灣的處境是更為邊緣。

釋要求立法者參酌有關國際勞工公約修法¹⁵，釋字第 719 號解釋審查比例進用制度的合憲性時認其符合聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）第二十一條第二項前段及國際勞工組織原住民和部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989（No. 169））第二十條第一項規定之精神，釋字第 710 號解釋參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十二條、十三條、第十五號一般性意見第六點及歐洲人權公約第七號議定書第一條認定入境臺灣之大陸地區人民受遷徙自由與正當程序之保障等等。這也包括透過憲法解釋承認國際人權公約所保障之人權，大法官李震山便主張以憲法第二十二條作為將國際人權憲法化的媒介¹⁶，而釋字第 587 號解釋便依據兒童權利公約第七條第一項保障子女獲知血統來源的權利，認定此權利為子女人格權之一部分而受憲法第二十二條之保障。

然而，下載安裝模式的運作，往往淪為形式的引用，欠缺對公約規範內容的闡述、說理與論證，因此憲法的中介功能所建立的僅是全球與在地的形式連結。即便如此，在憲法解釋上引用國際或區域人權公約幾乎不曾引起批評，而是獲得讚許，即便是反對該大法官解釋之結論者，似乎也不反對其引用人權公約進行解釋。與此形成鮮明反比的，是美國聯邦最高法院引用國際法與外國法之適當性的爭議¹⁷。雖然近來美國聯邦最高法院參考國際或區域人權法已有增加的趨勢，Steven Breyer 大法官最近更以專書表達對於引用外國或國際法的肯定¹⁸，但反對者則認為憲法是「美國的」，解釋美國憲法不能仰賴外國或國際法，美國法可以自給自足，可自外於國際法秩序，這種態度被稱為是一種美國例外主義（American exceptionalism）¹⁹，最著名的或可說是長年以來高調反對憲法解釋援引國際法與外國法的聯邦最高法院法官 Antonin Scalia。他在 2003 年聯邦最高法院引用歐洲人權公約宣判德州性悖軌法（sodomy laws）違憲的 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) 一案所提出的不同意見書，痛斥多數意見根本就是選擇性

¹⁵ 廖福特便認為此號解釋是一個突破性的見解，只要大法官認為某被保障的憲法權利涉及相關的國際人權公約規範，不論該公約是否被國內法化或成為習慣國際法，大法官都可要求國內機關必須依據其規範修法。見廖福特，憲法與國際人權條約—陌生的互動關係，收於：二十一世紀憲政風雲，頁 239-241（2004 年）。

¹⁶ 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，2 版，頁 62-65（2007 年）。

¹⁷ 關於此爭議的簡要討論，請參考 Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, in *COURTS AND COMPARATIVE LAW*, (Mads Andenas & Duncan Fairgrieve eds., 2015)

¹⁸ STEVEN BREYER, *THE COURT AND THE WORLD: AMERICAN LAW AND THE NEW GLOBAL REALITIES* (2015)

¹⁹ Michael Ignatieff ed., *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* (2005).

地引用外國法，引用外國觀點不過是無意義的旁論（*dicta*），而且把外國觀點強加於美國之上，不只無意義，更是危險。

下載安裝模式與完全排拒模式可說是光譜的兩個極端，前者將國際與區域人權法視為崇高的指導權威，後者則斥之為侵犯司法主權獨立性的無用之物甚或禍害。然而，難道我們對於國際法與外國法的態度，就只能在全有或全無之間二選一嗎？Vicki Jackson 所提出的分析與討論，值得參考²⁰。她將內國憲法與憲法法院對於跨國法律的態度（*postures*）分為三類，各自位在光譜的兩端與中間：

模式	抗拒（ <i>resistance</i> ）	涉入實踐（ <i>engagement</i> ）	匯流（ <i>convergence</i> ）
特色	區分或忽視	開放性與審議	認同與一致化
內國憲法與國際法 / 外國法的關係	國際法或外國法不宜作為解釋自國憲法的權威來源	以開放性的態度決定內國法與國際法之間的關係是和諧或不一致	內國憲法是實現國際法規範的場域，內國憲法解釋應與國際法一致

「抗拒」模式經常與我國中心主義（*nationalist*）、擁戴國家特殊性的態度相連結，重視一國的自主性，其認為一國憲法乃是自我構成（*self-constituting*）且自我表述（*self-expressive*），傾向於採用原意主義（*originalism*）的方法論，支持多數決主義（*majoritarianism*），以排除外國影響來強調國族的特殊性等等，甚至也可能忽視已被批准的條約而刻意排除其適用餘地。此模式的立場也有一些內部差異，例如有些人認為可以考量（*consider*）但不能引用（*refer to*）外國或國際法，有些人認為僅可以裝飾性地（*decoratively*）引用外國法，有些人認為可以援引外國法來支持內國法的有效性，但不能以之認定內國法無效。

在光譜的另一端是「匯流」模式，強調跨國法秩序的和諧一致性。有一些國家憲法的制定具有匯流模式的精神，亦即在制定之時便採納了國際人權公約的規定；也有有的國家憲法以聚合模式規範國際人權法的法律地位，例如哥倫比亞共和國的憲法第 93 條規定憲法權利的解釋必須與該國已批准的公約一致、阿根廷憲法明訂包含 CEDAW 在內的人權公約具有憲法位階（*constitutional hierarchy*）。因此，匯流模式有強弱不同的型態，弱的型態以國際人權法來解釋憲法權利，強的型態則將國際人權法納入憲法之中、或者將之視為憲法規範。支持者認為，這種模式表達對人權普世性的認同，可以使得憲法解釋具有較高的正確性，讓法官的角色更具正當性、且國際法可作為法官決定的擔保（*backstop*），並表達對於國際法秩序的支持，因此將國際或外國法視為可拘束憲法解釋或應被遵守的權威。

²⁰ VICKI JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (2010)

有別於抗拒模式的國家特殊主義以及匯流模式普世主義，「涉入實踐」模式不把國際法或外國法視為應遵守或應排拒的權威，而是強調法官審議思辯憲法規範的能力，致力於司法審議，並以開放性的態度面對自國法律的自我理解（self-understanding）與跨國法的關係有可能是一致、也可能是不一致，其理由包括憲法文本作為實證法的涉入實踐必要性、基於實用主義（pragmatism）或結果主義（consequentialism）的考量、認為法是一種探究（inquiry）的形式、將憲法視為在地與全球的調和介面等等。Jackson 又將此模式分為兩個次模式：審議（deliberative）與關係（relational）模式。審議模式也可稱為是一種「允許」（permissive）的模式，其將國際法或外國法視為進行比較性的探索時可被參考的法源，論證其與本國法的關係是親近或疏離，來獲得對於本國法更好的理解。有別於審議模式的「允許」性，關係模式也可稱為是一種「義務」模式，強調法院「有義務考慮」（obligated to consider）跨國法源，此模式與弱的匯流模式有類似性，但不同的是其強調必須提供支持或反對的理據，以擴大憲法解釋或判決的規範正當性基礎。南非憲法第三十九條要求法院解釋權利憲章時必須考量國際法（must consider international law）、並授權法院考量外國法（may consider foreign laws），就是關係模式的例子。

Jackson 認為美國法院不該採抗拒與匯流模式，而應該用涉入實踐的態度來面對國際法與外國法源。她認為這類法源是有助於適用憲法「正當的解釋工具」（legitimate interpretive tool），可以藉由思考與他人的關係來「測試」（test）對自己傳統的理解，從而扮演「對話者」（interlocutors）的角色²¹，這樣的測試結果是法院可能確認並採納某個外國法院的見解，但也可能是拒絕並與之區別。她為涉入實踐模式提出以三個實質考量為基礎的脈絡性框架：在地議題的性質（有些議題可能相較於其他議題更適合考量跨國法）、跨國法源的性質（其說服性的價值取決於其說理、脈絡的可比較性與機構來源），以及跨國法源與在地議題的可比較性（特別是在進行規範價值的檢驗時）。

如果採用這個分類模型來思考我國憲法解釋與國際或區域人權公約的關係，下載安裝是一種匯流模式，而匯流模式之所以在臺灣民主化之後蔚為主流，並且未如美國一般與抗拒模式形成尖銳的對立，或許與追求國際承認，並欠缺可資認同的臺灣憲政

²¹ 但 Jackson 並不將審議模式稱為「對話」（dialogical）模式，因為她認為，雖然各國法院與國際法院之間確實有進行中的對話，但此模式並不以對化為前提，有些時候，法院可能涉入（engage）其他法院的決定或經驗，但不期待有回應，因此她不採用「對話性」來標示此模式。See JACKSON, *supra* note 20, at 71.

傳統的心態²²有關。然而，這種模式將國際法與外國法視為應被遵守的權威，雖然避免了抗拒模式的自國中心化，卻很容易造成「取消」審議思辯與說理的效果，彷彿只要引用國際或區域人權法為依據，訴諸其權威，就能得出正確的憲法解釋，而無須實質的說理。再者，正如 Jackson 所指出，匯流模式的內在問題是：其運作仍會產生對於相同規範的不同解釋，更遑論國際法與憲法皆具有動態性，匯流的終極狀態是不可能達成的。

涉入實踐不只在理論上是一個較好的模式，也有我國法的規範可作為採用此模式的基礎。憲法第一百四十一條規定「尊重」條約與聯合國憲章，而公約施行法均規定「應參照」公約委員會的解釋，其規範比較類似於審議模式的關係模式，亦即「有義務考慮」，而非「有義務遵守」。從下載安裝的匯流模式到涉入實踐模式的轉向，可以避免人權法的法釋義學化，強化說理與審議的必要性，也正視考察在地脈絡的重要性，從而可以面對、而非迴避差異的難題。由於與性別平等相關的區域與國際人權公約為數眾多，本文不欲一一進行介紹與討論，而選擇以性侵害和習俗傳統的司法審查為例，來討論以憲法解釋涉入實踐性別人權公約模式的運作。

三、性侵害²³：「同意」或「強制」取徑的差異難題

迄今為止，性侵害的實體刑法始終未曾成為釋憲的標的²⁴。然而，性侵害實體法不僅在臺灣長期以來備受爭議，在其他國家也是爭論不休，而這些爭議的關鍵爭點之一是性自主權的保障：性侵害法是保障了性自主權，還是合法化對性自主權的侵害？是保障不足，或過度保障？特別引發熱烈爭辯的問題之一，則是構成性侵害的實體要件²⁵。在刑法於 1999 年修正之前，強姦罪屬於妨害風化罪章，以「以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之」作為強姦罪的要件，也並無對於「姦淫」

²² 這樣的心態可能由來於中華民國憲法對臺灣的薄弱民主正當性（臺灣代表在制憲過程的參與極低）、對自國法律發展為繼受法的理解（認為繼受法的國家欠缺值得在當代繼續維持的自己法律傳統）等因素。

²³ 以下之討論交互使用性侵害（或性暴力）與強暴。二者的關係因不同國家的法律規範而有所不同，在我國法上性侵害包含強暴與猥褻，在美國則不區分強暴與猥褻。本文以強暴為主要討論對象，雖然性侵害的分類也是個重要性別問題。

²⁴ 曾有數個針對性侵害犯罪防治法之聲請案，但皆被決議不受理。見大法官第 1239、1408、1412、1415、1423、1426 次會議。其他有關妨害性自主之聲請案，亦多關於程序爭議，且均不被受理。

²⁵ 其他相關的爭議還包括告訴乃論的程序規範、性經驗之詰問等程序問題，以及法定刑之刑度、是否強制治療、電子監控、社區公告等犯罪處遇問題，在此暫不予討論。

的成文法定義，犯罪客體僅有「婦女」。1999年的修法新增妨害性自主罪章，明確將性侵害視為性自主法益而非道德風化法益的侵害，將犯罪客體中性化改為「男女」，將「姦淫」改為「性交」，在刑法第十條明訂「性交」定義，並將強制性交罪（原強姦罪）的要件改為「以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交」，一般認為這是邁向性自主保障的一大步，同時也是婦運立法遊說運動的一大進展。特別是，將「致使不能抗拒」改為「違反意願之方法」，更被讚許為以「違反意願」來作為認定強暴與否的關鍵，避免「致使不能抗拒」的標準過於嚴苛造成性自主權的保障不足²⁶。

²⁷ 然而，這次修法後續帶來的是更多的爭議。例如，「襲胸案」、高雄甲仙鄉女童性侵等案件屢屢引發「違反意願之方法」的解釋爭議。為此，不只行政院曾於2011年提出修法草案主張刪除「違反意願」的要件²⁸，最高法院也曾做了兩次刑庭決議，包括最高法院97年度第5次刑事庭會議將「違反意願之方法」解釋為「不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要」²⁹，以及最高法院99年度第7次刑事庭會議將七歲作為適用刑法第227條

²⁶ 立法理由即表示：「原條文中的「致使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拚命抵抗」而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為「違反其意願之方法」。但也有批評者認為此修正不當，例如林山田教授認為此將過度增加刑事司法資源（見林山田，性與刑法--以強制性交罪為例，臺灣法學雜誌，2期，頁48-49（1999年））；林東茂認為意願的舉證困難（見林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，51期，頁78（1999年））。

²⁷ 該決議認為「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪」。

²⁸ 法務部的修法理由為：「犯罪構成要件應是客觀描述行為人之犯罪行為或手段，藉以顯示其主觀惡性之所在，現行法規定將『違反意願』列為構成要件，導致法院於適用時，必須以客觀事實探究被害人主觀意願，反生爭議，爰已刪除，苟行為人之強制手段強度，客觀上達到足以使被害人處以難以抗拒之狀態，即成立本罪…」

²⁹ 最高法院97年度第5次刑事庭會議：「…依立法理由說明，係以原條文之「至使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拚命抵抗」而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正為「違反其意願之方法」（即不以「至使不能抗拒」為要件）。則修正後所稱其他「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。」

與刑法第 222 條加重強制性交罪的區分。而最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議更援引兒童權利公約與兩公約，從保護兒童被害人的立場解釋未滿十四歲人之意願認定與法條適用問題³⁰。該決議已遭批評為違反罪刑法定主義，可見援引公約並不必然提供解釋的正確性。因為，最高法院援引公約條文以作為兒童應受保護的國際法依據，但在性侵害的案件如何保護兒童被害人？公約的權威可以支持保護兒童的政府利益，卻不能直接導出應以年齡區分決定所應適用的法條，並以此方式加以保護。這種區分年齡的方式，甚至可能反而不利於性自主的保護：難道十四歲以上的人，就必須要求行為人有實施壓制其意願的方法的行為嗎？

性自主權作為憲法所保障之權利，已經由立法及大法官解釋³¹所確認，但性侵害是否僅涉及「性行為自由權」的保障問題？前述有關「違反意願」或「不能抗拒」的強制性交要件爭議，能夠透過以憲法作為中介而介入實踐人權公約的方式，獲得什麼樣的參照與結論？

已經內國法化程序的兩公約與 CEDAW 的條文本身都未明文言及性侵害。不過，CEDAW 在 1979 年制訂之時未將性侵害納入的缺失，為 CEDAW 委員會的一般性意見所彌補，這包括 1989 年的第 12 號一般性意見將施暴女性納入公約的保障範圍，以及於 1992 年的第 19 號一般性意見將施暴女性定義為基於性別的犯罪、2010 年第 28 號一般性意見重申第 19 號一般性意見的意旨並強調國家的防治、調查與懲處義務。聯合國曾於 1993 年通過「消除施暴女性宣言」（Declaration on the Elimination of

³⁰ 該決議表示：「於被害人未滿十四歲之情形，參照聯合國「兒童權利公約」（西元 1990 年 9 月 2 日生效）第 19 條第 1 項所定：「簽約國應採取一切立法、行政、社會與教育措施，防止兒童（該公約所稱『兒童』係指未滿十八歲之人）…遭受身心脅迫、傷害或虐待、遺棄或疏忽之對待以及包括性強暴之不當待遇或剝削」之意旨，以及「公民與政治權利國際公約」第 24 條第 1 項：「每一兒童應有權享受家庭、社會和國家為其未成年地位給予的必要保護措施…」、「經濟社會文化權利國際公約」第 10 條第 3 項：「應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施…」等規定（按：公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力」），自應由保護該未滿十四歲之被害人角度解釋「違反被害人意願之方法」之意涵，不必拘泥於行為人必須有實行具體之違反被害人意願之方法行為。」

³¹ 在確認通姦罪合憲的釋字第 554 號解釋，大法官明白表示「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」。因此，很遺憾地，藉由憲法第二十二條賦予性自主權的憲法基本權地位，卻是在肯定得對之加以限制的案件中產生。

Violence Against Women))，也曾通過不少有關禁止性別暴力的決議與公約³²，包括將武力衝突中的性暴力視為戰爭犯罪的「羅馬公約」(The Rome Statute of the International Criminal Court)³³。也有一些明文禁止性侵害的區域人權公約，例如 2011 年通過、2014 年生效，簡稱為伊斯坦堡公約(Istanbul Convention)的「防治對抗施暴女性與家暴之歐洲議會公約」(Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence)，1994 年制訂、1995 年生效的「中美洲防治、懲罰並消除施暴女性公約」(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women，簡稱 IA-VAW)等。這些公約與決議的內容，許多涉及國家防治與對抗性侵害的保護義務，而我國憲法增修條文第十條第六項的規定，也明訂了國家的保護義務。國家保護義務涉及許多層面的問題，在此不擬一一討論，而欲著重在前述有關性侵害的性質及其核心構成要件這兩個問題。

首先，除了大法官已以憲法第二十二條承認性行為自由權之外，我國憲法增修條文要求國家「維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。一般認為性侵害是對「人身安全」的侵犯，但是否也構成性別歧視？是否也涉及地位的實質平等？在 1999 年的刑法的修正過程中，將「婦女」改為「男女」的性別中立化，被認為是一種性別平等的實踐，以符合憲法的男女平等原則³⁴。這顯然是一種「形式平等」的思考，認為平等原則上就是要將男人與女人相同對待，彷彿對男人的性侵與對女人的性侵沒什麼不同。然而，現實上，性侵害是一種性別化的犯罪，不成比例的女人受到侵害，加害者則主要為男性³⁵，女人的被侵害往往因為女人的性

³² 相關決議請參見聯合國網站，<http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-work-ga.htm> (最後瀏覽日：2015 年 11 月 22 日)

³³ 雖然戰爭中的性暴力存在已久，但二次大戰的性奴隸制度仍未成為紐倫堡與東京大審所處理的犯罪。聯合國開始注意到武力衝突中的性暴力，可說是從前南斯拉夫的內戰開始。The Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY, 1993) 規定，在武力衝突中針對一個特定族群的強暴可以構成違反人道、酷刑、種族滅絕等犯罪，該法庭並於 2001 年認定強暴構成違反人性的犯罪，奴隸制也包含性奴隸。The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR, 1994) 也認定強暴構成違反人性的犯罪，更於 1998 年認定其也構成種族滅絕。最後，2002 年的羅馬公約將廣泛系統性且針對特定群體的強暴、性奴隸、強迫賣性、強迫懷孕、強迫結紮或其他類似程度的性暴力視為違反人性的犯罪。

³⁴ 除了立法過程的討論之外，立法理由也明白表示「強制性交罪之被害人包括男性，故修改「婦女」為「男女」，以維男女平權之原則」。

³⁵ 歷年來性侵害案件通報被害人八成以上是女性。見《消除對婦女一切形式歧視公約》中華民國第 2 次國家報告專要文件，頁 176 (2013 年)。經法院判決有罪執行者 99% 為男性。見行政院主計總處編，2014 年性別圖像，頁 17 (2014 年)。

之可進用性 (sexually available)，而這又表現了女人的次等性 (subordination)³⁶。因此，性侵害不只是個人的犯罪行為，更是一種系統性的犯罪，既是性別不平等的表現，也阻礙性別平等的實現。將性侵害視為性別歧視，不是要否定男性也可能受侵害的事實，而是要正視性暴力的性別化現象，並不因為將男性也納入保護範圍，就沒有性別歧視。前述的公約與委員會見解，也都認為性暴力是一種性別歧視。例如前述 CEDAW 委員會的第十九號一般性意見便認為，歧視的定義包含「基於性別的暴力」(gender-based violence)，其不成比例地對女性產生影響、或因為女人身為女人針對其施暴³⁷。IA-VAW 也指出，施暴女性不僅是對人權與基本自由、人性尊嚴的侵犯，更表現出男女之間歷史性的不對等權力³⁸。伊斯坦堡公約更認為，施暴女性乃是歷史上男女不平等權力關係的表現，其乃是基於性別的暴力，也是使得女性從屬於男性的關鍵機制，而且女性比男性更加暴露於性別暴力的風險，因此將施暴女性界定為對人權的侵犯，同時也是對女性的歧視³⁹。

將性侵害同時視為性自主與性別平等問題，是國際與區域人權法的共識。反思臺灣的性侵害現實與國際和區域人權法共識之間的關連，我們可以得出「一致性」的結論，從而承認臺灣的性侵害現象是普世性的性別不平等現象的一環，而將之視為侵犯性自主與平等的問題。但是，難題在於，如何處理普世性之下的差異？CEDAW 委員會的一般性意見、IA-VAW 均未處理「強暴」的要件，亦即僅使用了強暴的概

³⁶ 相關討論請參考陳昭如，基進女性主義的強暴論，思想，23 期，頁 207-233 (2013 年)；王曉丹，聆聽「失語」的被害人：從女性主義法學的角度看熟識者強暴司法審判中的性道德，臺灣社會研究季刊，80 期，頁 155-206 (2010 年)。

³⁷ “The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence.”此對基於性別的暴力之定義，亦為聯合國的「消除施暴女性宣言」之內容。

³⁸ “violence against women constitutes a violation of their human rights and fundamental freedoms, and impairs or nullifies the observance, enjoyment and exercise of such rights and freedoms... violence against women is an offense against human dignity and a manifestation of the historically unequal power relations between women and men”

³⁹ “violence against women”is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life”

念、將之視為施暴女性的一部份，但究竟什麼樣的行為構成強暴，則由各國自行決定。不過，伊斯坦堡公約則對於強暴的要件有所規範，CEDAW 委員會基於任擇議定書所賦予的權力也曾做出有關強暴要件的申訴決定：*Karn Tayag Vertido v. Philippines* (CEDAW/C/46/D/18/2008)、*V.P.P. v. Bulgaria* (CEDAW/C/53/D/31/2011) 以及 *R.P.B. v. The Philippines* (CEDAW/C/57/D/34/2011)，歐洲人權法院曾經在 *MC v. Bulgaria* (Eur. Ct. H.R., 39272/98 (2003)) 等案表達過對於強暴要件的意見，盧安達國際刑事法庭 (the International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR) 的 *Prosecutor v. Akayesu* (case no. ICTR-94-4-T, Judgment 2 September 1998) 一案以及前南斯拉夫國際刑事法庭 (the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) 的 *Prosecutor v. Anto Furundžija* (case no. IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998)、*Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* (case no. IT-96-23-T & IT-96-23/a-T, Judgment 22 February 2001) 等案的判決，也都分別涉及對於強暴要件的定義。

這些有關強暴定義的國際人權法規範與見解，呈現的圖像是差異，而此差異圖像可以用 Vanessa E. Munro 所提出的兩種強暴法改革途徑來理解：「以意願為基礎」(consent-based) 和「以強迫為基礎」(coercion-based)⁴⁰。以意願為核心的強暴法改革，認為是否構成強暴的核心是意願的違反，而將改革的重點置於意願的要件：如何在考量性別不平等的條件下，認定當事人是否有為性的自主意願？如果單只規定違反意願會忽略了各種壓抑自主意願的因素，那麼要如何重新定義意願？這種改革取徑，也被稱為「意願及其附隨要件」(consent-plus) 模式，也就是藉由強調意願的脈絡性、積極性，來避免傳統強暴法的缺失。以強迫為中心的強暴法改革，則認為以意願為要件可能過度個人化、去脈絡化，形成對被害人與加害人的不對稱檢驗而造成反控，因此主張摒棄意願的要件，依據是否存在有強制的情境來判斷，以強制作為核心要素。但必須注意的是，這種強暴法改革的主張與傳統強暴法是不同的，傳統的強暴法用物理性的強暴脅迫、或者是否有抵抗來認定強制⁴¹，而以強制為中心的強暴法改革，則是將強制視為一種權力不平等關係的操弄。

伊斯坦堡公約、歐洲人權委員會、部分國際刑事法院判決以及 CEDAW 委員會的見解，是「以意願為基礎」的取徑。伊斯坦堡公約第三十六條規定公約國必須將「未

⁴⁰ Vanessa E. Munro, *From Consent to Coercion: Evaluating International and Domestic Frameworks for the Criminalization of Rape*, in *Rethinking Rape Law: International And Comparative Perspectives* 17, 17-29 (Clare McGlynn & Vanessa E. Munro eds., 2010).

⁴¹ Vanessa E. Munro 區分 coercion-based 與 force-based，傳統強暴法將物理性的強制視為要件，即是 forced-based。

經同意」(non-consensual)的性行為入罪化，而同意乃是指在特定周遭情境脈絡之下實現個人自主意志所給出的自願同意⁴²，而在公約對於該條之官方解釋(explanatory report)中又進一步表示，必須是行為人有意圖(intentional)的行為，至於意圖的解釋則由各國之國內法決定，但不應將物理性的抗拒(physical resistance)視為要件，對於證據則必須採取「敏於脈絡」(context-sensitive)的評價。該解釋也援引並支持歐洲人權法院 *MC v. Bulgaria* 的見解。*MC v. Bulgaria* 的事實是，一個已滿十四歲但有精神障礙的女孩主張被兩個一起夜遊酒吧的男性友人強暴，而法院認定因欠缺抗拒或求助的證據，不構成強暴。由於保加利亞刑法規定同意年齡為十四歲，本案因此同時涉及同意的要件以及同意年齡。歐洲人權法院認定性自主權應受保障，而強暴乃是未經同意的性，不能將之嚴格地解釋為限於使用物理性的暴力或有積極的抗拒。至於同意年齡，歐洲人權法院確認多數國家的同意年齡為十四歲，其未表示不得採取同意年齡的規範模式，而是特別強調未成年人經常可能因各種精神因素影響或恐懼行為人的暴力而未採取抵抗的行為。該歐洲人權法院的判決也參考前南斯拉夫刑事法院在 *Prosecutor v. Anto Furundžija* 對於強暴的定義中「對受害者或第三人之強迫、暴力或暴力威脅的性侵入」(sexual penetration ... by coercion or force or threat of force against the victim or a third person) 不能被太過狹窄的解釋，因為 *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* 一案已表示，強暴乃是被害人非真正自願或同意(not truly voluntary or consensual)的性，何謂同意必須在特定情境中判定，不必然要有暴力或暴力威脅存在。

CEDAW 委員會也採取意願取徑的立場，並且也特別強調不應該以被害人的抗拒作為認定強暴的要件，認為此係性別迷思與刻板印象的結果。在 *Karn Tayag Vertido v. the Philippines* 此一申訴案中，申訴女性被職場上司強暴，而菲律賓法院認定其有很多機會

⁴² 1 Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- a engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
- b engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

2 Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

3 Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

逃跑卻沒逃走，因此不構成強暴⁴³。CEDAW 委員會認定該國法院乃是仰賴性別迷思與刻板印象而為判斷，強調不應在女人沒有肢體抗拒其不想要的性行為時就認定這是合意的性行為，並要求該國法院修改刑法，確保以「欠缺同意」（lack of consent）為要件，刪除所有關於要求以暴力或強制力做為要件之規定，並對執法與司法人員加以訓練。*R.P.B. v. The Philippines* 一案則涉及身心障礙的十九歲女性被鄰居強暴，法院並不遵守 CEDAW 委員會的申訴決定，仍舊依據性別迷思與刻板印象，認定女性應該用每一個可能的機會逃走，如果不逃走就是同意。CEDAW 委員會除了要求對受害者正當程序的保障外，再次要求該國必須排除物理性暴力的要件、性別迷思與刻板印象。*V.P.P. v. Bulgaria* 則是由一位母親為其被成年男性性侵犯的七歲女兒提出的申訴案，保加利亞法院僅判處對未成年人猥褻罪（“sexual molestation of a minor”），委員會認定保加利亞未能滿足以刑法有效制裁並以重罪（a “serious” offence）處罰對未成年性侵犯的公約義務，對該案之調查處置（特別是把抗拒作為強暴的要件）不當地過度重視強暴的直接證據，並強調要求該國必須將該案以強暴或強暴未遂處理。

前述的國際與區域人權法將意願作為強暴的核心要件，並且特別強調考量情境與性別不平等權力關係在認定意願上的重要性。但國際刑事法庭卻也有採取強迫取徑的不同見解，而最具指標性的判決則是盧安達國際刑事法庭的 *Prosecutor v. Akayesu* 一案。在該判決中，法院認為強暴是在強制情境下對人所為的、具有性本質的生理侵害（physical invasion of a sex nature, committed on a person under circumstances which are coercive），強制乃指一種特定的情境，不需要用物理性的暴力作為證據才能證明有強制的存在，而強暴的要件包括生理性的侵犯，但是這個要件不能用對於物體或身體部位、或者特定的行為（例如插入）來做機械性的定義。雖然國際刑事法庭並未一致地適用 *Akayesu* 的標準，*Kunarac* 更轉而採取意願的取徑，但也有結合 *Akayesu* 與 *Kunarac* 兩者的例子，例如在 *Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor*（Case No. ICTR-2001-64-A, Appeals Chamber 7 July 2006）一案，法院雖然採用 *Kunarac* 的意願要件，但認為欠缺意願可用「存在有無法進行有意義的同意之強迫情境」（the existence of coercive circumstances under which meaningful consent is impossible）來證明。強迫取徑的支持者如 Catharine A. MacKinnon 認為，雖然 *Akayesu* 是處理違反人道犯罪的國際刑事法案件，其對於強暴的定義可適用於和平狀態的國內法來處理日常的強暴⁴⁴。正如

⁴³ 必須注意的是，菲律賓最高法院曾有判例表示，未逃跑不等於沒有強暴。但本案的法院拒絕遵守該判例的見解。

⁴⁴ Catharine A. MacKinnon, *Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu* (2006), in *Are Women Human? :And Other International Dialogues* 237, 237-246 (2007).

Kunarac 也是處理武裝衝突中的性暴力，但其所提出的強暴定義為歐洲人權法院在解釋和平狀態下的強暴時所採用。

如上所述，國際與區域人權法的實踐對於強暴要件的見解有所分歧，雖然多數採取意願取徑，但也有採強迫取徑者。前者著重自主的意願，後者強調平等的條件。如果將 CEDAW 施行法規定「應參照」解釋為「應遵守」，並將申訴決定也視為 CEDAW 委員會對公約解釋的一部份，那麼符合公約精神的法律改革選項，就只能是意願取徑。但如果將「應參照」解釋為「有義務參考」，並將各種相關的國際與區域人權法見解都納入得參考的對象，那麼意願取徑與強迫取徑就都是符合性自主與平等保障的選項。但這也不意味著法務部 2011 年的版本就比較符合公約人權保障的精神，該版本根本未考慮女人被視為「說不就是要」、「沒抵抗就是要」的性別迷思與性別刻板印象。因此，應該考量臺灣的制度與社會脈絡下，做出符合兩種取徑共通點的選擇：將強暴視為性別化的犯罪，既是性別歧視的產物、也製造性別歧視，不將物理性的暴力與抵抗當成強暴的要件，而是重視性別不平等權力關係的脈絡與情境。

四、習俗傳統：文化與平等的差異難題

性侵害議題可用以思考如何面對國際與區域人權法的普同性與差異性，做出在地的選擇，不需也不宜將 CEDAW 委員會的意願取徑偏好視為唯一且應被遵守的權威。習俗傳統之例，則凸顯了國際與區域人權法恆久的難題：如何以具有普遍性的人權規範回應不同社會與群體之習俗傳統？如果性別平等是普世性的價值，但習俗傳統則有在地的差異，而且經常承載了父權的壓迫，那麼，是否應該將普世人權轉化為廢除性別歧視習俗傳統的在地實踐，也就是讓性別平等的價值優於保存習俗傳統的價值？或者應該尊重習俗傳統，而命性別平等的價值退讓之？

釋字第 728 號解釋即面臨此問題，而大法官們將祭祀公業的派下資格問題，構框（frame）為「性別平等與習俗傳統對立」的價值衝突問題，並分別以「抗拒」和「匯流」的模式回應之。解釋理由書僅援引 CEDAW 第二、五條表示應該「視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形」而檢討修正，可解釋為採取「社會先行、法律隨後」的鏡像理論⁴⁵，以「抗拒」的模式，認為應該重視性別平等的價值，但也要尊重社會傳統習

⁴⁵ 法律與社會關係的鏡像理論（mirror theory）乃指將法律視為社會的產物、法律反映了社會並且維繫了社會秩序，應由社會變遷引導法律變遷。法社會學/史學家 Lawrence M. Friedman 即為代表學者之一。對於法律與社會關係的鏡像理論的批判，見 Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence Of Law And Society* (2001).

俗，而此尊重更表現在協同意見書中，例如陳新民大法官便表示對於祖先祭祀傳統的高度尊重，並引用薩維尼的歷史法學，主張由歷史悠久的風俗信仰所發展出的習慣法，不能隨便基於某些法理或外國立法例即匆忙移植立法。李震山大法官之不同意見書則採取「匯流」的模式，依據 CEDAW 第二、五條的規定，表明國家應採取措施修正或廢除歧視婦女的「習俗和慣例」、消除「基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他作法」。

可想而知地，國際或區域人權公約的解釋適用，很容易傾向於採取「匯流」模式而主張性別平等的人權優先於各國的習俗傳統，但也很容易面臨各國「抗拒」模式的反對。以 CEDAW 的保留機制為例，CEDAW 僅在第二十八條第二段規定保留不得違反公約的目的，CEDAW 是所有國際人權公約中被提出保留最多的公約⁴⁶。而 CEDAW 委員會的見解是，第二條與第十六條是核心條款，對之予以保留有違反第二十八條第二段規定之虞，但仍有公約國對此二條文提出保留⁴⁷，而 CEDAW 委員會也對於此些保留表示特別關切。

「涉入實踐」模式，可以如何回應性別平等與習俗傳統的差異難題呢？首先需要思考的是，除了以「價值衝突」來理解此差異難題之外，是否還有其他可能的認識框架？有關多元文化主義與女性主義關係的討論，可以提供一些思考上的幫助。多元文化主義與女性主義的關係，不論在政治哲學、法學或性別研究中都是一個長久被爭辯的課題。女性主義政治哲學家 Susan M. Okin 於 1994 年在 *Boston Review* 發表「多元文化主義對女性主義有害嗎？」(Is Multiculturalism Bad for Women?) 一文所激發的論戰，可謂經典⁴⁸。雖然 Okin 後來表示，她的提問並沒有簡單的答案 (no easy answer)，而且她也認為只要多元文化主義的主張能夠保障女性的選擇、不危害女性的話，是可以接受的⁴⁹，但 Okin 的立場仍是傾向於否定多元文化主義的尊重文化主張，她認為

⁴⁶ 見 Jennifer Riddle, *Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW's Reservation Regime Under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process*, 34 *George Wash Law Rev* 605, 605-638 (2002).

⁴⁷ 巴林 (Bahrain)、孟加拉 (Bangladesh)、埃及 (Egypt)、伊拉克 (Iraq)、科威特 (Kuwait)、利比亞 (Libyan Arab Jamahiriya)、馬爾地夫 (Maldives)、敘利亞 (Syrian Arab Republic)、摩洛哥 (Morocco)、沙烏地阿拉伯 (Saudi Arabia)、阿拉伯聯合大公國 (United Arab Emirates) 等國。

⁴⁸ 該文與相關討論已被彙編為專書。見 Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., *Is Multiculturalism Bad for Women?* (1999)。

⁴⁹ Susan M. Okin, *Multiculturalism and Feminism: No simple Questions, No Simple Answers*, in *Minorities Within Minorities: Equality, Rights and Diversity* 67, 67-89 (Avigail I. Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds.).

西方文化相較於非西方文化是較為性別平等的（雖然仍存在有性別歧視），而即便 Kymlicka 主張文化群體的自治與自我尊重不能歧視或侵害群體內部成員的自由，亦必須通過禁止性別歧視的檢測（no sex discrimination test），但那些性別歧視的少數文化可以很容易通過這樣的自我檢測，更何況性別歧視往往是私密且非正式的⁵⁰。

Okin 的看法顯然地是將多元文化主義與女性主義二者對立，並且認為女性主義應該優先於多元文化主義。同樣將二者予以對立，Kymlicka 則認為多元文化主義應該優先於女性主義。這是採取二擇一的互斥 / 選擇 / 普遍主義論（the incompatibility/choice/universalist approach），人們被要求在多元文化主義或女性主義之間選擇何者優先。然而，還有其他界定多元文化主義與女性主義關係的取徑，那就是可相容論（the compatible approach）⁵¹。相較於選擇論，可相容論認為多元文化的尊重文化主張與女性主義的平等主張並非必然互斥，而有相容的可能性。相較於選擇論傾向於對文化採取本質主義的看法 – 或用 Uma Narayan 的話來說，文化的包裹圖像（the package picture of cultures）⁵² –，可相容論認為文化是建構的產物，是流動、多元、可被挑戰且複雜的，因此，不會跟女性主義有必然的對立關係，更何況「沒有什麼文化比其他文化更父權、或者較不父權，只是型態不同而已。我們也必須瞭解，文化的特徵之一，就是對於父權的反抗」⁵³。

可相容論又可分為兩個次取徑：極小化文化論（the minimizing culture approach）

⁵⁰ Susan M. Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* 21-22 (1999).

⁵¹ 我曾分析多元文化主義與女性主義關係的不同論點，並主張「差異化的普同主義」作為「東亞女性主義」的基礎，不過沒有對平衡 / 可相容論做次類型的區分（Chao-ju Chen, *The Difference that Differences Make: Asian Feminism and the Politics of Difference*, 13 *Asian J Women Stud* 7,7 (2007)）。在此所使用的分類，乃是參考 Oonagh Reitman, *Multiculturalism and Feminism: Incompatibility, Compatibility, or Synonymity?*, 5(2) *Ethnicities* 216,216-247 (2005); Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, *From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style*, 64 *Stan. L. Rev.* 589, 589 (2012); Sarah Song, *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality*, 99 *Am. Pol. Sci. Rev.* 473, 473 (2005).

⁵² Uma Narayan 認為，許多有關文化差異的談話，往往建立在一種文化的「包裹式圖像」上，誤以為不同的文化就像一個個不同分裝的包裹，各自獨立存在，每個包裹的內容都是同質一致的、給定的、沒有改變的，因此忽略了其歷史脈絡與變動性。她也認為，文化「分裝」的過程是透過「選擇性貼標籤」（selective labeling）的方式來完成，而這些標籤是在政治、社會等力量交錯之下所形成的，並且經常為社會上的宰制群體所操控。Uma Narayan, *Undoing the "Package Picture" of Cultures*, 25(4) *Feminisms at a Millennium* 1083,1083-1086 (2000).

⁵³ Leti Volpp, *Feminism Versus Multiculturalism*. 101 *Columbia Law Rev* 1181, 1217 (2001).

和轉化文化論 (the transforming culture approach)。極小化文化論與後現代主義較為親近，質疑普遍性的主張並主張解構文化，因此較不傾向於以文化作為平等的可能資源，而希望盡量弱化、取代或極小化文化主張。例如，Anne Phillips 就認為，文化影響、塑造並限制了人們的行為，但並不能夠決定人們的行為，因此主張一種「去文化的多元文化主義」(multiculturalism without culture)，將人們視為行動的主體，而非被文化規則所設定的機器人。她反對將權力或資源分配給「群體」，主張將多元文化主義的主張落實於個人的權利和需求，以達成平等⁵⁴。Ratna Kapur 則強調文化的多元混雜觀點，主張只有在將文化視為流動而非固定的前提之下，才宜策略性地提出文化主張⁵⁵。Madhavi Sunder 也認為，法律原則上應該拒絕文化主張，除非是在文化的異議者用以強調文化其動態與流動性的情況才能考慮之⁵⁶。

轉化文化論同樣採取文化的反本質主義 (anti-essentialism) 觀點，但不願意極小化文化，仍然看重文化的角色，只是更加強調文化的可塑性，主張透過 (特別是由群體內部出發的) 文化的轉化，來協調差異與平等的難題。Leti Volpp 認為，將多元文化主義與女性主義加以對立，就是把少數族裔的女性視為其文化受害者、將特定文化視為本質性歧視女性的論述策略⁵⁷。Volpp 曾經分析兩個亞裔移民的謀殺案：中國移民老公殺死通姦的老婆⁵⁸、不堪家暴而攜子自殺的澳門移民母親⁵⁹，兩位被告 (中國老公、澳門母親) 都以其受到傳統文化中性別歧視觀念的影響做為辯護，亦即提出「文化辯護」(cultural defense)，但前者是以「在中國傳統文化下，丈夫因為妻子通姦而蒙受的奇恥大辱，遠大於在美國社會中妻子外遇的美國丈夫所遭受的羞辱」為理由，而後者則是主張「被告在其外來移民的不利處境與傳統文化的限制下，認為除了殺夫與攜子自殺之外，別無選擇」。Volpp 認為，如果將移民文化視為本質上父權的、而移民都是其

⁵⁴ Anne Phillips, *Multiculturalism without Culture* (2009).

⁵⁵ Ratna Kapur, *Postcolonial Erotic Disruptions: Legal Narratives of Culture, Sex, and Nation in India*. 10 Colum. J. Gender & L. 333,333 (2001).

⁵⁶ Madhavi Sunder, *Intellectual Property and Identity Politics: Playing With Fire*, 4 J. Gender Race & Just. 69, 69-98(2000).

⁵⁷ Leti Volpp, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the 'Cultural Defense'*, 17 Harvard Women's Law Journal 57, 57-101(1994); *Talking 'Culture': Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism*, 96 Columbia Law Review 1573, 1573-1617(1996); *Blaming Culture for Bad Behavior*, 12 Yale J.L. & Human. 89, 89-116(2000); *Feminism Versus Multiculturalism*, 101 Columbia Law Review 1181, 1181-1218(2001).

⁵⁸ *People v. Chen*, No. 87-7774 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 2, 1988).

⁵⁹ *People v. Wu*, 286 Cal. Rptr. 868 (Ct. App. 1991).

父權文化的受害者，那麼就會認為應該用憲法上的平等來否定這些性別歧視的習俗。但她認為這是將女性主義等同於人權、將文化等同於性別壓迫的錯誤對立，將壞行為歸罪於文化（**blaming culture for bad behaviors**），其預設了女性主義不需要考量少數文化的權利，而多元文化主義則不關心女權。因此，Volpp 認為，應以脈絡化的方式來理解文化主張，以反臣屬（**anti-subordination**）為目的，可以策略性地提出文化主張⁶⁰。Maneesha Deckha 則為 Volpp 所提出的反臣屬原則提出操作型的定義，可接受的文化主張必須不強化性別刻板印象、或未侵犯到群體內部易受傷害成員的自主性⁶¹。

除了反臣屬原則之外，還有其他轉化文化論的取徑，追求尊重文化與性別平等的並進。有些研究者強調權利導向的取徑。Sarah Song 主張以保障少數族群的基本權為核心，提倡一種「尊重權利的容納」（**right respecting accommodation**），特別是存在有當下的歧視（**present discrimination**）、歷史不正義（**historical injustice**）和國家的文化創立（**state establishment of culture**）時⁶²。Chuma Himonga 對於南非如何在人權法框架下涉入習慣法的反省，則主張應在文化脈絡下以習慣、傳統、文化來保障女性的權利，但必須以承認女性的人權為目的、而非旨在進行特定的文化保存⁶³。Susan Williams 則強調培力（**empower**）女人的重要性，主張以三種對話性的民主機制來著手：承認（尋求並支持多元代表性，為文化群體中的女性發聲）、重分配（支持並擴大女性的權力使之可以在其社群中發聲挑戰階層制的不平等）、旨在對話的容納（以對話為目的而容納差異）⁶⁴。Sally Engle Merry 則強調以「本土化實踐」（**vernacularization**）的過程，考量在地脈絡的文化框架來實踐跨國法的概念⁶⁵。也有的研究者從管轄的模式著手。例如，Ayelet Shachar 提議一種聯邦主義式的多元取徑，她將之稱為共同治理（**joint-governance**）或「轉化的容納」（**transformative accommodation**）之多元文化管轄模式，依據事務的性質區分管轄，將部分權力交由少數社群的自治來強化其文化價值，部分

⁶⁰ Leti Volpp, *Feminism Versus Multiculturalism*, 101 *Columbia Law Review* 1181, 1181-1218 (2001).

⁶¹ Maneesha Deckha, *Is Culture Taboo? Feminism, Intersectionality, and Culture Talk in Law*, 16 *Can. J. Women & L.* 14, 14-53 (2004).

⁶² Sarah Song, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism* (1st ed. 2007).

⁶³ Chuma Himonga, *Constitutional Rights of Women under Customary Law in Southern Africa: Dominant Interventions and "Old Pathways"*, in *Feminist Constitutionalism: Global perspectives* 317, 317-335 (Beverly Baines, Daphne Barak-Erez & Tsvi Kahana eds., 2012).

⁶⁴ Susan Williams, *Democracy, Gender Equality, and Customary Law: Constitutionalizing Internal Cultural Disruption*, 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 65, 65-85(2011).

⁶⁵ Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence* (2009).

權力交由國家來促進女性主義價值⁶⁶。Catharine A. MacKinnon 也採取一種雙軌的多元取徑，主張一種共通法與社群法雙軌並行的模式，社群可以決議採用共通法之全部或一部，女性可以選擇適用何種準據法，亦即可以選擇退出（opt out）社群法、選擇適用（opt in）共通法⁶⁷。

選擇論將多元文化主義與女性主義對立的主張，既是對文化採取本質主義（essentialism）的僵化看法，也鞏固並強化了法律東方主義（legal Orientalism）不對等的知識與權力關係。可相容論是比較適當的取徑，但極小化文化取徑為了反對文化的本質化、憂慮權力不對等關係而將文化主張視為例外、極小化文化的角色，忽略了文化對於弱勢群體的意義，因此過度矮化了正義的承認面向。轉化文化論較能尋求適當的平衡，兼重承認與重分配，不以文化交換平等，但也不因文化而犧牲平等，承認文化的可塑性，重視的是培力文化中的弱勢，這包括相對於優勢文化的弱勢文化、以及弱勢文化中的弱勢者。正如 Vrinda Narain 在思考以人權法的框架實現印度穆斯林女性的平等時所指出，無反思地將跨國法的概念加諸於在地脈絡的結果，可能會強化再製了「我們＝父權傳統」和「他們＝進步人權」之別，因此必須小心避免新帝國主義的危險，但同時也不放棄將人權轉譯在地化以建立更公平的社會⁶⁸。因此，我們不只需要避免選擇論的多元文化優先所連結的抗拒模式可能合理化性別歧視傳統的壓迫，也要避免選擇論的女性主義優先所連結的匯流模式所可能造成的新帝國主義或新殖民主義。

從轉化文化論的立場，性別平等與習俗傳統的關係，就不是價值衝突的二擇一問題。不過，CEDAW 委員會傾向於以選擇論的立場看待習俗傳統與性別平等的關係，雖然其有時也肯定女性作為主體參與改變的能力與重要性。CEDAW 委員會曾以程序理由而不受理有關習俗傳統的申訴⁶⁹，但曾在 1990 年的第十四號一般性意見中，針對在女性主義研究中具有高爭議性的女性割禮（female circumcision，又稱 Female genital mutilation 或 female genital cutting）以及其他有害習俗，認為這些習俗傷害了女性與孩

⁶⁶ Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights* (2001).

⁶⁷ Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality Under the Constitution of India Problems, Prospects, and "Personal Laws"*, in *Are Women Human? : And Other International Dialogues*, 120, 120-138 (2007).

⁶⁸ Vrinda Narain, *Muslim Women's Equality in India: Applying a human rights framework*, 35 *Hum Rights Quart* 91, 91-115(2013).

⁶⁹ 分別是有關西班牙的貴族頭銜繼承法男性優先（Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña v. Spain 7/2005）、法國法對於子女姓氏的規範賦予父親否決權的規定（CEDAW/C/44/D/12/2007 以及 CEDAW/C/44/D/13/2007）。

童健康，並且有文化、傳統與經濟壓力在維持該習俗的延續，但同時也瞭解有女性與相關團體致力於對抗這些習俗傳統，要求政府致力於消除這些習俗傳統，並支持女性組織、社區與專業領導者的對抗行動。1999 年的第 24 號一般性意見、2014 年 CEDAW 委員會第 31 號與兒童權利委員會第 18 號聯合一般性意見（CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18）也重申此看法。針對婚姻與家庭關係，CEDAW 委員會則在 1994 年的第 21 號一般性意見強調文化與傳統的性別歧視限制了女性的權利行使，依循公約的形式平等規定要求各國致力於讓女性享有和男性「相同」的權利。因此，CEDAW 委員會僅在承認女性主體能動性的層次上，有限度地採納轉化文化論的觀點，但對於文化則傾向於抱持負面的態度，認為習俗傳統是應該被消除的對象。

相較之下，非洲的人權與民族權憲章之女性權利議定書（Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa，簡稱 the Maputo Protocol），則採取轉化文化論的觀點，並且對文化採取較為正面的態度，不將之與性別平等完全對立。該議定書一方面在第 5 條要求各國應該致力於消除有害的習俗，同時也在第 17 條規定了「積極文化脈絡的權利」（right to positive cultural context），女性有權生活於積極的文化脈絡中，在各個層面參與文化政策的決定，要求各國應該採取適當措施讓女性可於各層面參與文化的形成。因此，有害習俗是要被廢除的對象，但讓女人參與定義並形成文化也是重要的。陳金燕以 CEDAW 檢視台灣民俗文化資產的研究，即可說是持此觀點，一方面主張消除文化習俗中的性別歧視，另一方面仍肯定民俗文化的價值，要求讓女性參與文化的決策⁷⁰。更進一步而言，我們也需要拆解「文化包裹」，嘗試解構「被有權者定義的傳統」、「被法律建構的傳統」。釋字第 728 號解釋所處理的祭祀公業傳統，即為一例：大法官與祭祀公業條例的立法者所認定的祭祀公業傳統，其實只是選擇性的歷史建構⁷¹。

轉化文化論的觀點，不僅有助於我們適當面對臺灣社會中的主流族群：漢人的民俗文化，對於台灣被邊緣化與貶抑的少數文化（原住民與新移民）而言，更是重要。藉此，我們可以對憲法第七條、增修條文第十條第六項與十項（國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化）做出整全性的解釋，讓多元文化與平等成為可以並存的價值。例如，司馬庫斯部落的自治公約中有所謂「出嫁條款」：嫁出去的女兒在 Tayal 的傳統律法 GaGa 中已非部落居民，不可帶其夫家到部落經營投資，若因生

⁷⁰ 陳金燕，台灣重要民俗文化資產的性別平等檢視，女學學誌，32 期，頁 135-160（2013 年）

⁷¹ 相關討論請參見陳昭如，女兒還是外人：論大法官釋字第七二八號解釋的雙重排除，月旦裁判時報，41 期，頁 81-88（2015 年）

活困難投靠父母及家人，須經部落共同許可並遵守部落的規範⁷²。「出嫁條款」在臺灣歷史上與其他國家都並不陌生，臺灣曾對原住民的身分取得規範採用出嫁條款⁷³，加拿大的 1951 年的印地安人法（The Indian Act）在 1985 年修法之前也有出嫁條款（marry out rule），⁷⁴ 甚至有規定「雙重母親原則」（double mother rule），一個出生被登記為原住民的人，如果他 / 她的父母是在 1951 年該法通過之後結婚、且其母親和父系的祖母是因婚姻而取得原住民身分，那麼他 / 她在滿二十一歲之後會喪失原住民身分⁷⁵。美國則有著名的 *Santa Clara Pueblo v. Martinez* (436 U.S. 49, 1978) 一案處理部落自治排除原住民女性與非部落成員的男性之子女的部落成員身分問題，但聯邦最高法院認定此係原住民自治事項而不欲干預⁷⁶。如果從選擇論的角度，很容易認為此係原住民排除女性的性別歧視習俗。但從轉化文化論的觀點，除了強調部落女性的參與權利、並思考部落自治與性別平等的關係之外，更要進一步探究此種排除女性的原住民「習俗」，難道不正是在漢人或白人霸權的侵逼之下所採取的「自衛措施」，但很不幸地以女性為代價⁷⁷？因此，在面對少數文化的性別不平等時，我們也必須同時關注跨文化群體之

⁷² Qalang Smangus 公約的內容包含總則、土地、文化生態、部落秩序、附則等。其全文見拉互依·倚畀，是誰在講什麼樣的知識？Smangus 部落主體性建構與地方知識實踐，靜宜大學生態學系碩士論文，頁 131-132。於寫作該論文之時，拉互依·倚畀是頭目倚畀·蘇隆的兒子，也是部落的第一個碩士，他的論文口試在部落的教堂中進行了兩天一夜，接受口試委員與部落族人的提問，創下台灣史的紀錄。倚畀·蘇隆在 2012 年過世，拉互依·倚畀成為部落的頭目。

⁷³ 在 1980 年之前，山胞身分並不因與外人結婚而有所改變。1980 年「台灣省山胞身分認定標準」第 3 條規定，女性「山胞」與非「山胞」結婚，即喪失「山胞」身分，但男性「山胞」除非被招贅，否則不因和非「山胞」結婚而喪失「山胞」身分。1991 年修法廢除出嫁條款。

⁷⁴ 該規定曾經歷憲法訴訟，但加拿大最高法院於 *Canada (AG) v Lavell*, [1974] S.C.R. 1349 一案認定該規定合憲，不違反平等原則。但聯合國人權委員會則於 *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977 認定，該法規定違反公民與政治權利公約。

⁷⁵ 在 1985 年加拿大權利與自由憲章生效之後修正該法（亦即 Bill C-31）廢除嫁出條款與雙重母親條款。但仍殘留事實發生於 1985 年修法前的性別歧視問題，Sharon McIvor 因為孫子無法取得原住民身分而在卑詩省（British Columbia）提起訴訟，在 *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, [2009] B.C.J. No. 669 一案獲得勝訴之後，法律也因此修正。

⁷⁶ 這是美國聯邦最高法院到目前為止唯一一個處理原住民女性身分地位問題的案件。Julia Martinez 跟非其部落的男人生了兩個小孩，依據部落自治的法則，這兩個小孩不能被承認是這個部落的成員。Martinez 在原住民法庭提起訴訟主張她的小孩應被承認為部落成員，敗訴之後轉向聯邦法庭起訴，但最高法院認為它沒有管轄權，以尊重自治之名而不欲干預。

⁷⁷ 針對 *Santa Clara Pueblo v. Martinez* 一案，Catharine A. MacKinnon 便認為，在人們指責部落的規定性別歧視時，除了要質疑部落的女性為何無法參與決策之外，更必須思考，部落從

間的不平等，從而可以使得「積極文化脈絡的權利」同時顧及特定文化群體內部的權力差異與不同文化群體彼此之間的權力差異。

伍、結論

臺灣的性別平等運動從改造國內法到訴諸國際性別人權的長期努力，已獲至許多成果，但平等仍是有待追求的未來，而非已經存在的現實。國際與區域的性別人權公約，能夠在我們邁向未來的路途上，扮演什麼樣的角色？抗拒模式排除了其有任何角色的可能性，而匯流模式則以權威框架我們的想像與行動。本文以性侵害和習俗傳統為例，說明涉入實踐的模式可以讓國際與區域性別人權公約成為我們追求平等的資源，進行在地的反思與跨國的連結，創造紮根的平等。

何時開始以此方式界定其成員身分？那正是從被白人侵略開始。因此，如果部落為了要守護自己的部落不要被白人消滅，而以女人為代價來護衛自己的文化，這種性別不平等更像是「白人的發明」（white idea）。Catharine A. MacKinnon, *Whose Culture? A Case Note on Martinez v Santa Clara*, in *Feminism Unmodified* 63, 63-69(1987).

