

兒少保護與再生產
性少數的「最後解決方案」？*
許雅斐**

Reproducing Child-protection
Final Solution for Sexual Minorities?
by Ya-Fei HSU

* 本文許多關於邵燕玲法官事件的資料皆來自匿名的網路文章，所以無法標明頁數。

** 服務單位：南華大學國際暨大陸事務學系
通訊地址：嘉義縣大林鎮南華路一段55號
E-mail: yfhsu@mail.nhu.edu.tw

最後解決方案(英文 Final Solution, 德文 Die Endlösung)是第二次大戰期間德國納粹所執行的猶太種族滅絕計畫。在1930年代開始的一連串逮捕、囚禁行動後,1942年1月20日,一群納粹軍官在柏林舉行的王湖會議(英文 Wannsee Conference, 德文 Wannseekonferenz)中討論了如何處理「猶太問題的最後解決方案」並做成了決議。從種族差異到集體迫害,「最後解決方案」代表的是最殘暴、最具毀滅性的政治屠殺。本文則試圖運用此概念探討台灣主流兒少保護運動如何「再生產」(reproduce)出一種(類似維護神聖亞利安血統的)「種族狂熱」與性少數懲處計畫。

第二屆台社學會年會曾以「批判知識份子的再生產機制」作為閉幕式。其中朱元鴻的部分(以下簡稱朱文)已刊登在第87期的《台社季刊》左翼聲響。朱文回溯了「再生產」一詞在馬克斯理論中的基本意涵,其後布爾迪厄(Pierre Bourdieu)也套用在國家菁英的延續,而台灣本地則經常將此名詞理解為「某種觀念、理念、價值或者是文化的傳承」。(朱元鴻,2012:348)但朱文所要強調的是,再生產本身其實也是一套結構性的、限制的機制,代表著不只是某類人的再造,同時,某些特定差異(包括階級或其他的)也同時被生產出來。(朱元鴻,2012:349)換句話說,「再生產」意味著一股持續建造的力量,具有催化特定群體與作為的社會動能,但也可能潛藏著未被探知的隔離作用,從而導致極端排他的、將自身理念神聖化的盲目狂熱。

就概念應用的層次而言,朱文提出的是對台社學會成員的警示與期許,而本文則企圖藉其再生產概念分析台灣晚近(1995-2012)性少數罪罰化的問題;朱文的特點在於以思考層次的批判挑明「神聖使命」的險惡之處,本文則藉此闡述2010-2011年間的邵燕玲法官事件,如何被兒少保護團體以「群眾運動壓迫修法」的方式,發展成「解決」性少數的刑事政策。因此,本文特別著重於「再」生產所額外夾帶的道德箝制作用。尤其是白玫瑰運動的抗爭及最高法院決議所引發的違憲爭議,不

但蓄意擴充性道德立法的政治地盤，也凸顯刑法(第227條)所要保護的並非未成年少女，而是一夫一妻異性戀家庭。

從「受害雛妓」到「受害兒少」

1995年《兒童及少年性交易防制條例》(以下簡稱《兒少條例》)開始施行時，僅僅是個適用於「例外情況」的特別法，針對的是那些被迫進行性交易的未成年少女，其原型為1980年代後期被迫從事性工作的雛妓：一群需要透過國家法律保護的受害者，其他性犯罪則由刑法加以規範。在解除戒嚴、追求自由與開放的政治氛圍中，1995年底發佈的釋字392反映出當時社會對「人權」的高度期許：

憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。

這是大法官會議針對「檢察官的羈押權是否侵害人身自由」的問題做出的人權宣言，表明憲法並非一成不變的老舊樣版，而是隨著時代更新的、應和社會民情調整的典章制度，作為一種公民規範與人權保障的再生產機制，必須考量的是不同時代的價值判斷及法律的價值秩序。釋字392的這段話，代表著當時大法官會議的高度自覺，也某種

程度地提醒司法體系從業人員，法治國家必須謹守權力份際，因為國家法律的執行，經常會牽動社會整體價值秩序的整編、調控與維繫，直接透過被賦予獨立審判權的法官，彰顯不同時代要求的社會規範與價值。但1997年的白曉燕命案，¹卻促使兒少保護團體展開了1999年兒童性侵害相關罰則的修正。

關於性犯罪的懲處載明於刑法「妨害性自主」(原名妨害風化)章則。在1999年修法時，由於部分兒少保護團體的堅持，性侵的定義由「必須至使不能抗拒」而遭性侵，放寬為只要該行為屬「其他違反其意願之方法」，則性侵害罪即成立，但何謂「其他違反意願之方法」卻從來沒說清楚過。(支持邵燕玲法官，2012a)所以1999年刑法修正後，與兒少性交可能觸及的相關法條如下：

第221條第1項：對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。(強制性交)

第222條第1項第2款：犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：二、對未滿十四歲之男女犯之者。(加重強制性交)

第227條第1項：對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑；第3項：對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以上有期徒刑。(合意性交)

如果以年齡為界限來看，刑法第221條以下相關法條的適用情況可簡述如下(支持邵燕玲法官，2012b)：

1 白曉燕為知名藝人白冰冰的獨生女，1997年時16歲，經陳進興等綁架後遭到殺害。

被害人為 14 歲以上，強制性交：第 221 條。

被害人為 14 歲以下，強制性交：第 222 條第 1 項第 2 款。

被害人為 14 歲以下，未強制性交：第 227 條(第 1 項)。²

被害人為 14 歲以上 16 歲以下，未強制性交：第 227 條(第 3 項)。

從法條的分類來看，與未成年者的性交可分為「強制」與「合意」，而與 14 歲以上 16 歲以下者合意性交，也明顯地屬於受罰的範圍(第 227 條)。刑法為何必須就未成年者的部分進行(性)管制？為何必須區隔出「合意」與「強制」性交？許多人都認為這是體現法律對未成年人的保護，但是，如果把刑法條文放回到它所制訂的時代來看，在 1920、30 年代制訂時，特別是在當時的鄉村地區，許多 14 到 16 歲的少男少女可能已奉父母之命成婚，那麼此條款到底要保護誰？

當時的中國政治動盪，烽火漫天，許多窮人家的子女在年紀很小的時後就必須工作貼補家計，或者甚至被賣給富有人家作為婢女或沒有名份的妾。特別是在香港及中國的華南地區，在傳出一些婢女被性虐待的個案後，許多教會人士、工會與知識份子因此積極投入「反蓄婢運動」，³以維護兒童人權之名，要求政府透過法律禁止成年男性與家庭內的未成年婢女(大多為 14、15 歲)發生性關係，為的是保護一夫一妻異性戀家庭制度，亦即，以新興的文明社會性愛關係，彰顯出新時代所反對的舊時代封建社會人權壓迫，因此，無論是「強制」或「合意」皆被視為犯罪。1949 年國府遷台後，刑法持續沿用。而 1990 年代婦女運動在台灣蓬勃發展，其中一些團體以維護女性性自主之名，主導 1999

2 刑法第 227 條在現代常被稱為「兩小無猜」條款，主要是指那些 16 歲以下的男女，即使是在出於自身意願的情況下發生性關係，也必須受到法律懲處。但可以想見的是，在現代中國的早期，這個年齡層結婚生子在農業社會的鄉村地區仍是常態，所以，第 227 條第三項「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑」，到底是要保護誰？這必然是一個值得探究的問題。

3 在香港也被稱為「禁婢運動」或「妹仔解放運動」，於 1923 年正式立法通過禁止蓄婢。

年刑法修正案，使得過去專為保障新興性道德所制訂的法律，被(加油添醋地)轉化為兒少保護條款，並強加了「其他違反意願之方法」。

同時，這個再生產過程是極端強調兒少保護的，夾帶著額外的「無受害者的犯罪」(詳見下節)，注入具差異性的道德價值(兒少的性都是純淨的、不能有任何性接觸的)，認定16歲以下者的性交必然「違反意願的」的假設，構成了日後法條適用性的內在限制(法官無權做出價值判斷?)。而以兒少保護的概念主導整個性犯罪刑事政策的保守策略，也埋下2010年白玫瑰運動的伏筆。

白玫瑰運動與邵燕玲法官事件

台灣刑法第16章涵蓋的範圍從第221條到236條，相關的罪則包括強制性交、(與16歲以下者)合意性交、散播色情、仲介賣淫等，除了強制性交與暴力脅迫賣淫外，大多屬於「受害者的犯罪」(victimless crime)。此概念所指涉的是那些經常涉及兩人(以上)的、實際上並未妨害他人權利的行為，例如賣淫、賭博、非法用藥等。在此，「受害者」的定義有其內在的爭議性，因為據稱可用來保護特定人的法律，是起因於某種「犯罪行為」被宣稱將對他人造成傷害——**雖然此種傷害極其抽象**。這使得20世紀後期各國紛紛廢除這類型的法令，特別是關於同性戀與肛交的部分，所秉持的原則就是「無受害者即無罪」(no victim, no crime)。(wiki, 2012)在台灣，被宣稱為有害兒少身心健康的色情言論也常成為針對特定性少數的刑事案件，例如2003年的人獸交事件及晶晶書庫案，皆以維護受害者之名，藉妨害風化罪起訴或懲處。因此，如何透過兒少保護概念的再生產，以「違反意願」的「事實」，擴充、加重受害者的「被迫被害」，或藉著特定案例夾帶、增添各種不利於嫌疑犯的罪罰，逐漸成為法律適用上的爭議。

繼1997年因白曉燕命案所引發的大規模群眾遊行後，2010年9月

25日，以維護兒童人權為訴求的925白玫瑰運動，針對數宗兒童性侵案發起連署抗議。其中之一為2010年8月5日，最高法院合議庭審判長邵燕玲(以下簡稱邵)等5名法官做出的99年台上字第4894號判決。在此案中，高雄市吳姓男子被控在2007年性侵3歲女童，一、二審分別判處4年6個月、7年2個月徒刑。吳男上訴，最高法院庭長邵發回更審，之後由高等法院高雄分院做出逆轉判決，吳男獲判無罪。邵將此案發回更審的理由是：高等法院須依照〈刑事訴訟法〉第308條後段及第310條第1款等規定，刑事判決書必須記載犯罪事實，並在判決理由中說明憑藉何種證據認定犯罪事實及認定理由，才能確實論罪科刑。判決書主要內容如下：

又刑法第222條第1項第2款固規定，對於未滿14歲之人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，成立加重強制性交罪，惟行為人之手段是否違反被害人意願之強制手段，須以見諸客觀事實者為限，如僅利用未滿14歲之人智識不足之機會而與其性交，實際上並未有任何違反被害人意願之行為者，則僅構成刑法第227條第1項規定之對未滿14歲之人為性交罪。(〈邵燕玲〉，2012)(粗體字為作者所加)

此外，判決書內也載明發回更審的理由：「**原判決就此構成犯罪之重要事實，並未詳加認定，亦未載明其所憑之證據及論斷之理由，遽以加重強制性交罪論處，即有調查未盡及理由不備之違法**」。此判決其實是針對高院「事實的認定」與「所適用的法條」不相符，才發回請高院重新查證之後適用正確法條，並不是判決「無罪」，但卻被婦女團體、媒體等曲解為「以不違反意願為由，判決無罪」，邵為此被封為「恐龍法官」。司法院則建議法務部修法，加重性侵7歲以下幼童罪犯的刑期。2011年3月31日，邵被提名為大法官候選人，卻遭渲染曾以不違

反女童意願為由，將性侵女童案件發回更審，導致輿論譁然。馬英九總統遂公開表示事前不知邵為承辦上述案件的審判長。最後當事人聲明放棄大法官一職，馬總統旋即撤回提名，司法院長也跟著向人民道歉。（〈邵燕玲〉，2012）

為回應婦女團體的質疑，邵於是在2011年4月6日發出聲明稿，說明審理此案所依據的(抽象)法理原則、依法論罪所做的價值判斷及與最高法院之間法律見解的差異。她認為此案判決的關鍵考量在於與14歲以下者「性交」及對14歲以下者「強制性交」的法律界限。即使刑法認定與14歲以下者性交者都屬性犯罪，但根據最高法院94年的判決，仍須視違犯者所採用的手段論刑課罰，而不是一概認定該行為違反當事人意願。所以，縱然最高法院在99年9月7日因輿論壓力倉促做成〈99年第7次民刑事庭決議〉(對未滿七歲之人性交，均論以加重強制性交罪)，但邵仍在聲明書內明確表達基於「罪刑法定主義」原則，認定與14歲以下性交者，必須視所採用的手段才能確定適用的法條及相關刑責。邵所堅持的不只是清楚明確的、依據罪刑法定主義的法律界限，也是為了避免審判者的獨斷獨行導致嫌疑人被任意入罪。事實上，高院的決議不但違反罪刑法定主義，也有違憲疑慮(詳見本文第三節)。

白玫瑰運動聲稱其訴求為淘汰不適任法官，維護兒童人權，然而，藉著幾個案例的刑度爭議，受害兒少的意像卻被再生產為對法律條文及司法體系的管理。不但釋字392正面的、持續更新的人權理念被「兒童人權」限縮，藉此運動而成立的「白玫瑰運動社會關懷協會」也與多個兒少保護團體合流，以阻斷優秀資深法官的晉升之路，造就兒少保護狂潮。甯應斌曾觀察並解釋此種極端保護觀所隱含的假設：

兒少的保護是最高價值，是整個社會的最高原則，因此可以無限上綱，不計一切代價。這個非常危險的假設破壞了整個多元社

會、多元價值的存在基礎，人權法治民主自由平等都淪為次要價值。(2011：279)

當一些具爭議性的司法案件因媒體的報導進入大眾視野時，這些團體即利用群眾的道德狂熱強迫司法體系更動既定的性價值秩序。這也就是為什麼兒少保護團體單一的價值決斷，可以取代法官依照法條與案情所做的判決——兒少作為法律主體的再生產機制，已然被絕對化與神聖化了。

違憲的兒少保護決議

在現代法治國家中，司法體系的運作是由各個不同的機制組合而成的。以台灣的制度而言，憲法將抽象的法理原則條文化，畫出民主法治的基本座標。刑法規範的是公民的犯罪行為，任一法案的承審法官必須依照刑法條文，與該法案的明確事實、具體證據相對照後，才能進行判決。實際的審判則採三級三審制，上層對下層的判決可進行管制與監督。一、二審(分別由地方法院及高等法院)執行「事實審」，負責探查案件狀況，並決定適用哪些法條後做出判決，第三審則是「法律審」，必須透過書面資料審核高等法院認定的事實與所引用的法條是否完備。在此種制度設計中，審判權是分散的，各級法官擁有國家所賦予的獨立審判權，各級法官皆可獨立進行法條的判讀與法案的審查，惟上層可推翻下層的審判結果。

因此，依照刑法第222條的規定，法院在審理可能涉及兒少的強制性交案件中，除了調查被告是否有發生性交的行為外，也必須確認是否帶有「違反被害人意願之方法」。若檢察官以被告涉嫌強制性交罪起訴，那麼一審、二審法院就必須調查被害人的意願；若二審法院判決被告犯了強制性交罪，第三審法官就得確認二審法院的調查是否詳

盡確實。就邵所審查的法案而言，若是強制性交，則適用222條第1項第3款；非強制性交，則適用第227條。由於高等法院認定的事實是「非強制性交」，所以該案的「事實」應該適用刑法第227條，必須發回更審。(支持邵燕玲法官，2012a)最高法院要求的是，事實的認定、證據和理由之間必須有必然關係，**有沒有違反被害人的意願，是事實審(一、二審)必須查證的，最高法院不能僭越權責份際。**

然而，在遭受群眾壓力之後，最高法院卻做出〈99年第7次民刑事庭決議〉：

倘被害人係七歲以上未滿十四歲者，行為人與被害人合意而為性交，行為人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。如行為人對七歲以上未滿十四歲之被害人非合意而為性交，或被害人係未滿七歲者，行為人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」。

此決議為性侵幼童的法律適用情況所重新訂出的界限如下(支持邵燕玲法官，2012b)：

與7歲01天-14歲者合意性交：第227條。

與7歲01天-14歲者非合意性交：第222條第1項第2款。

與7歲以下者性交，不論使用何種手段：第222條第1項第2款。

此決議顯然違反了「罪刑法定主義」，因為台灣屬成文法國家，罪刑法定主義是刑法罪罰成立的基準，也是國家實施刑罰權的最重要原則，刑法第1條明訂：**「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」**。任何人是否有罪，都必須依照當時法律的規範來認定。而刑法第

221 條關於強制性交罪明文規定如下：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑」，除了有性交的行為之外，過程中也必須要有強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反被害人意願之方法，才算是違法。依此規定，要構成第 222 條第 1 項第 2 款，除了被害人必須是 14 歲以下者，強制手段也是必須要件。但最高法院的決議已自行創設了法律之外的要件，只要被害人是 7 歲以下都依第 222 條強制性交最懲處；7 歲 01 天到 14 歲者若未明確表達同意亦然。（支持邵燕玲法官，2012b）

最高法院的決議不僅自行擴充刑法的罪罰要件，也違反憲法第 23 條的規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。釋字 573 曾說明：「關於人民自由權利之限制，應以法律加以規範，此所謂法律，以憲法第一百七十條規定，系指經立法院通過，總統公布者而言」。釋字 443 也強調：「諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之」。罪刑法定主義之所以被明訂為刑法的首要法則，就是為了避免擁有審判權的法官濫權或者屈服於民意壓力導致冤獄，這也是憲法第 23 條保障人民基本權利在刑法制度上的體現。若司法機關解釋法律，超出了罪刑法定主義的界限，是屬於嚴重的違憲問題。所以憲法第 23 條不但列舉了人權的限制要件，也同時要求制訂法律者，無論是剝奪人民生命或限制人民身體自由，都必須遵守罪刑法定主義。就此點而言，1995 年釋字 392「憲法保障人權，理念持續更新」的願景，在此輕易地被最高法院否定了。

如果一場社會運動就能迫使司法機構做出違憲決議，那麼它所標舉的概念詞彙與思考方式是值得省思的。白玫瑰運動如何動搖了法律的價值秩序？如果承審法官依據法條做出的價值判斷可以輕易地被一場社會運動否定的話，那麼擁有制訂法律與裁決案件的唯一權力者，

他們的權力是從哪裡來的？朱元鴻曾提醒：

生產出來一個類別或者是身份，他到底相對於什麼？在什麼樣的情況下，你能算是或者算不上，配或者不配這樣子的一個身份？而且到底是由誰來判讀？誰來 sanction？有沒有一個結構或者一個傳統，或是代表這個結構或者傳統的某些派別、流派獨佔著這個判讀與 sanction？（朱元鴻，2012：349）（粗體字為作者所加）

朱文在論證再生產的概念時，提出了再生產過程必然涉及特定權力關係—包括特定身份如何持續被界定、被決定，以及決定者的相對位置、價值取向及論述方式—的批判。對照台灣兒少保護團體以道德情感推升無受害者的犯罪密度，從立法到司法判決全包式的裁決各項涉及性犯罪的法規，這種將性／別決斷權集中在少數兒少保護團體的政治模式，已嚴重侵犯了台灣的：1. 未成年者的性實踐權利；2. 法官的獨立審判權；3. 憲法（第23條）所賦予每個公民受法律保護的權利。而用法律「解決不適者」的納粹作風，也正向著性少數一步步逼近。

「恐龍」法官：法治國家的守門人

許多在2010年至2011年間應和白玫瑰運動、推動刑法兒少性侵修正案之團體，包括：勵馨社會福利事業基金會、台北市女性權益促進會、台北市晚晴婦女協會、台灣女人連線、台灣婦女團體全國聯合會、台灣少年權益與福利促進聯盟、婦女救援基金會、婦女新知基金會、性別平等教育協會、現代婦女基金會等，同時也是1999年參與刑法修正案的團體，例如現代婦女基金會、婦女救援基金會、婦女新知基金會，他們曾在當時主導修法而導致如今的法律適用問題，現在則與「白玫瑰社會關懷協會」合流，宣稱要實踐司法公平正義的理念，但

依照他們修改的法律進行司法判決，結果卻是「**法官有罪，罪名恐龍**」。

在邵燕玲法官事件發生後，她只能在聲明書最後寫下：「祈審判環境日臻健全」，而許多現職法官則選擇噤聲或在臉書上匿名發文支持。審判環境何以出問題？操持著政策的再生產、坐擁塑造法規兼獨佔司法審查判讀的巨大權力，這些自稱為兒少保護團體者原先是透過保護受害婦女的名義要求修法，然而，之後因為社會環境改變，便轉而以兒少保護進行政策倡議：

今天整個台灣的主流兒少話語和兒少政策法律就是走向極端保護觀，這個極端保護觀可以回溯到保護婦女的性／別立法，後來因為台灣女性情慾解放運動的出現，保守團體不再能將女人的性操作為絕對無力全然受害，於是便轉進以兒少的「性」為泉源據點，打出的旗號是要在性方面絕對地保護兒少，實質上則是禁止未成年性交，杜絕援交；從以性為核心的這些議題展開其保守性／別立法的進程。（甯應斌，2011：281）

從「受害婦女」到「受害兒少」，這些團體不斷利用法律的權威來榮耀、成就現有的兒少保護作為。從政策執行的觀點來看，所謂的兒少保護其實只不過是政策目的（**禁止未成年性交**）與政策產出（**保守性／別立法**）之間的遮蔽物，而「多數」如何決定「少數」的選擇自由與行動自由，則是其中的關鍵。察覺到了此種具肅殺氣息的的政治效應，王兆鵬因此試圖顛覆「恐龍」法官的負面意涵：

在西方，人民普遍相信司法是最後的一道防線，因為在各個關鍵時代，都不斷有「恐龍」法官無懼於政治或群眾之壓力，勇於作出捍衛人權之判決。……當正義的最後一道防線潰裂時，受害的是全體民眾，政治或宗教的異議分子、少數的族群最容易受害。過

去的白色恐怖時代、美麗島事件、政治案件、言論自由案件等，何不是法官甘於淪為政治打手，畏於群眾壓力，而背書了這些人的罪名。(王兆鵬，2011)

王兆鵬所要指出的是，現代社會中多數／少數間權力關係的不對等，必須藉著司法體系中勇於對抗各種不平等關係的法官，運用法律的公平正義才能抗衡。民主的運作並非依靠數人頭式的多數決法則；法治的成敗也並非仰賴群眾的集體取向來決定。相反地，唯有那些勇於對抗極權政治的「恐龍」法官，才能真正地發揮捍衛人權的力量，也才能保障社會中的少數不致受到多數的壓迫。從這個角度來看，當「恐龍」法官無法遏阻種種違反性/別人權的政治迫害時，憑藉著對純淨兒少夢幻般的狂熱與激情，兒少保護團體的訴求經由法律的再生產運作後，實際的效應不只是禁止兒少性交，也同時限制了成年人的性。在此處，**再生產所喻示的並非結構性的循環或重複，而是公共權力失衡的危機**。在兒少性管制無限上綱的情況下，法律不斷地再生產未成年受害者，逐步限縮個人自由，並藉著各種理由將性少數入罪化。用法律「解決」性少數的趨勢愈演愈烈：

1. 即使法務部強調，是否構成成罪，必須視客觀證據而定(即法官判案時必須審視DNA、醫事報告等相關事證，並非單以被害人陳述為依據，若以被害人意願為審查要件，反而必須依靠客觀證據加以證明)，但兒少保護團體卻將被害人供述證據無限上綱，要求以後只要遇

到性侵案件：(1)一律舉證責任倒置，⁴(2)不適用無罪推定原則。⁵這無異是直接剝奪可能涉案者的基本權利。

2. 即使是刑事案件的處理，警察權與檢察官的偵察權都必須受到限制，但只要碰到性少數，這些限制都自動失效。在2012年的台鐵公共性事件中，不但擔任火車性派對的女主角小雨(17歲)未經審判即被認為從事性交易而被依《兒少條例》送往收容安置機構，在缺乏相關法條作為審判依據的情況下，一群人的合意性交往被硬凹成「圖利婦女為性交罪」，並依刑法第231條⁶妨害風化罪起訴。

一個近百年前制訂的、防止舊時代婢、妾侵犯一夫一妻異性戀婚姻家庭的法律條款，如今卻被轉化為對各種「性」的嚴密監控。基於對特定性道德的保護，不單單未成年者的合意性交被限制，就連那些一夫一妻異性戀婚姻家庭之外的性交易、性愛派對等，都是刑法懲處的對象。而如果連最高法院法官的獨立審判權都可以輕易地被否決，那麼性少數的人權也許已到了生死存亡的階段——他們的法律處境可以被

4 「舉證責任倒置」是指「將一般情形下本應由提出主張的一方當事人(通常是原告)負擔的舉證責任，由於某種事由，而由他方當事人(一般是被告)就某種事實存在或不存在來承擔舉證責任，如果該方當事人不能就此舉證證明，則推定原告的事實主張成立的一種舉證責任分配制度」。(Wiki, 2012)從晚近兒少保護團體的策略來看，這無異是將無受害者的犯罪極大化：受害者無須任何理由即可被認為受害，加害者必須有明確理由證明自己無罪，否則即屬犯罪。

5 許多現職法官顯然是怕以真名發文會招致兒少保護團體的惡意攻擊，所以大多選擇在「支持照邵燕玲法官」的臉書匿名發表意見，此項訊息來自其中一位發文者，原文如下：「我聽之前去法務部參加內部修法會議的人講說，婦團代表居然提出草案後表示，以後只要遇到性侵案件：1、一律舉證責任倒置！由加害人舉證(因為被害人會勇敢站出來指證，就代表性侵機率非常大)。2、不適用無罪推定原則！」，詳見支持邵燕玲法官，2012c。另外，「無罪推定原則」(presumption of innocence)意指「未經審判證明有罪之前，須先推定被告無罪」。

6 第231條主要內容為：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同」。在1920年代制訂時，其實是為了懲處(拐騙流離失所的婦女及幼童)從事人口販賣、逼良為娼的盜匪，如今卻是懲罰性產業第三方的法律依據，參見許雅斐，2012。

任意地決定與更改。國家動用刑罰權不需要正當理由，那還能稱為是一個法治國家嗎？1995年底，釋字392說明了憲法所涵蓋的人權理念，然而，10多年後，邵燕玲法官事件與台鐵公共性事件卻證明，針對性少數的「最後解決方案」已經上場了。

結論：用法律「解決」性少數？

2003年的人獸交事件中，司法判決部分是經由法官審理後宣布被告無罪。即使晶晶書庫案依刑法第235條定罪，但此案的審理仍打開了一定的討論空間，特別是當時許玉秀、林子儀兩位大法官在不同意見書所提出的開創性觀點，足以為後世樹立典範。但從近10年的數宗性／別司法事件看來，任何案件只要觸及兒少的性，就很容易演變成「情感動員，道德懲處」。在過去的立法思維中，16歲以下男女被認為不具有法定的性自主權利，必須由國家透過刑罰權保護他們的身心健康，但是當保護兒少的道德狂熱演變為對法治原則及國家權力份際的破壞時，保護的必要性、社運的意義及人權的價值都是必須被質疑的：

如果這個再生產機制是個生產差異結構的限定，那麼很可能有一個非常重要的任務，就是回過頭來看看，能不能突破這個機制傳統某些思考的概念範疇？或者使用這些概念範疇的方向能不能有一些不同的對待和看法？甚至於揚棄？（朱元鴻，2012：350）

各種支持兒少保護的多數暴力，該不該回頭思考成人／兒少之間的性差異，加害／被害二分的法律論斷，造成多少人無故被起訴、被監禁、權利被侵害？如果不斷要求保護兒少的社會運動走到只能「靠兒少侵犯憲法，用奧步霸凌法官」擴大群眾支持基礎，那麼揚棄此種概念已經勢在必行了。尤其是刑法代表著司法機構運用國家權力針對個別

公民的生命、自由、財產所施行的強制處分，無論是立法或執法過程額外「夾帶」的意義擴增、行政與司法機構的各項決議或法條文字對憲法的不當侵害，都可能破壞憲政體制的運作。而當法律動輒將性少數數入罪化，當法律所賦予個別公民的保障可以輕易被剝奪時，兒少保護團體的作為，到底解決了什麼？

參考書目

中文部分

〈final solution〉，2012，http://en.wikipedia.org/wiki/Final_Solution。(2012年7月20日瀏覽)

〈victimless crime〉，2012，http://en.wikipedia.org/wiki/Victimless_crime。(2012年8月20日瀏覽)

〈925白玫瑰運動集會〉，2011，<http://zh.wikipedia.org/wiki/925%E7%99%BD%E7%8E%AB%E7%91%B0%E9%81%8B%E5%8B%95%E9%9B%86%E6%9C%83>。(2011年12月18日瀏覽)

丁乃非，2003，〈位移與游動：菁英女性「家園」裡的蒼蠅貓狗〉，《性工作研究》，中壢：國立中央大學性／別研究室，397-419。

王兆鵬，2011，〈政策媚俗化政治化 司法最大危機〉，《中國時報》，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=3252。(2011年7月25日瀏覽)

尤美女，2001，〈女性意識之興起與婦女權益之保障：台灣婦女團體之角色〉，「國家人權委員會與人權的促進與保障」國際學術研討會，<http://hre.pro.edu.tw/download/essays-ch-9-1161865950/you.pdf>。(2011年4月3日瀏覽)

支持邵燕玲法官(匿名)，2012a，〈99年第7次刑庭會議邵法官發言白話文版〉，<http://www.facebook.com/notes/%E6%94%AF%E6%8C%81%E9%82%B5%E7%87%95%E7%8E%B2%E6%B3%95%E5%AE%98/99%E5%B9%B4%E7%AC%AC7%E6%AC%A1%E5%88%91%E5%BA%AD%E6%9C%83%E8%AD%B0%E9%82%B5%E6%B3%95%E5%AE%98%E7%99%BC%E8%A8%80%E7%99%BD%E8%A9%B1%E6%96%87%E7%89%88/180431318671735>。(2012年2月2日瀏覽)

——，2012b，〈評最高法院99年度第7次刑事庭會議決議〉，<http://zh-tw.facebook.com/notes/%E6%94%AF%E6%8C%81%E9%82%B5%E7%87%95%E7%8E%B2%E6%B3%95%E5%AE%98/%E8%A9%95%E6%9C%80%E9%AB%98%E6%B3%95%E9%99%A299%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E7%AC%AC7%E6%AC%A1%E5%88%91%E4%BA%8B%E5%BA%AD%E6%9C%83%E8%AD%B0%E6%B1%BA%E8%AD>

- %B0/183017401746460。(2012年2月2日瀏覽)
- , 2012c, <http://www.facebook.com/Justitia11/posts/182589318455935>。(2012年2月2日瀏覽)
- 支持邵燕玲法官臉書, 2012, <http://zh-tw.facebook.com/Justitia11>。(2012年2月2日瀏覽)
- 白玫瑰運動臉書, 2012, <http://www.facebook.com/pages/%E7%99%BD%E7%8E%AB%E7%91%B0%E7%A4%BE%E6%9C%83%E9%97%9C%E6%87%B7%E5%8D%94%E6%9C%83/155990071109339?sk=info>。(2012年2月2日瀏覽)
- 司法院, 2010,〈最高法院民刑事庭會議決議〉, <http://tps.judicial.gov.tw/mem/99s07.htm>。(2010年10月18日瀏覽)
- 司法院大法官會議, (釋字第392號解釋)。
- , (釋字第443號解釋)。
- , (釋字第573號解釋)。
- 朱元鴻, 2012,〈批判「批判知識份子的再生產機制」〉,《台灣社會研究季刊》, 87: 347-350。
- 〈邵燕玲〉, 2011, <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%82%B5%E7%87%95%E7%8E%B2>。(2011年7月20日瀏覽)
- 許雅斐, 2012,〈台鐵公共性事件(上)專題引言〉,《台灣社會研究季刊》, 88: 249-257。
- 〈聯合會聯合聲明稿〉, 2012, <http://www.cooloud.org.tw/node/59105>。(2012年8月28日瀏覽)
- 甯應斌, 2011,〈極端保護觀: 透過兒少保護的新管制國家與階級治理〉,《台灣社會研究季刊》, 83: 277-291。
- 〈舉證責任倒置〉, 2012, <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%BE%E8%AF%81%E8%B4%A3%E4%BB%BB%E5%80%92%E7%BD%AE>。(2012年2月2日瀏覽)