

“可以向你溫柔地說不嗎？” ——後現代／後殖民／女性主義的 性慾對話：從“婚內強姦豁免權” 論爭審視香港強姦法律

趙文宗

澳洲達爾文大學法學院

摘要 香港立法會於二〇〇二年無聲無息地取消了“婚內強姦豁免權”。然而，那是否就代表香港現行的強姦法不再歧視受害婦女？香港本土文化又會否成為落實“婚內強姦”罪行的障礙呢？本文會以取消“婚內強姦豁免權”引起的爭論作為介入點，由批判社會法律研讀的角度審視香港強姦法：先指出其中不公義的地方及探討改革方向；再強調法律改革均須與本土文化相融合，否則不單任何修訂只會淪為虛幌，且會令法律殖民再現。

一 序言

二〇〇二年七月四日，香港立法會通過《成文法（雜項規定）條例草案》，正式取消了“婚內強姦豁免權”。“婚內強姦豁免權”修訂引起的討論不但關係法律條文的改動或案例的詮釋等法律技巧問題，更牽動了法律論述、性別研究及後／殖民暴力之間的交涉角力。細心分析，下列問題便紛紛出現：“‘婚內強姦豁免權’取消後，法律如何（避免）成為父權建構‘強姦’和



取消女性主體的共謀？”“‘女性主義’和後現代主義在修訂強姦法律的理論又有甚麼異同？”“在參考外地理論和改革例子時，如何尊重本地文化，避免重蹈後殖民的覆轍？”本文希望由批判社會法律研讀 (Critical Socio-Legal Studies) 的角度解剖上述種種問題之間的瓜葛迷思。先讓筆者由“婚內強姦豁免權”的法律論述說起。

二 結婚 = 同意？：“婚內強姦豁免權”的律法論述

一九九一年以前，香港的強姦法律和英格蘭的大致相若。按《香港刑事罪行條例》¹ 第118(3)條，強姦罪意解：

任何男子——

- (a)與一名女子非法性交，而性交時女子對此並不同意；及
 - (b)當時他知道該女方並不同意性交；或罔顧該女子是否對此同意；
- 即屬強姦。

“婚內強姦豁免權”的問題出於“非法性交”一詞：許多法律學家認為“非法性交”就是指“婚姻以外的性關係”。²一七六三年，英格蘭著名法學家馬太哈尼 (Matthew Hale) 爵士開宗明義說明：“丈夫不會因強姦妻子而被定罪，因為根據她 / 他們的婚姻合約，妻子已奉獻其身給丈夫。這項同意是不可被撤消的。”³這就是著名的“婚內性交的同意”。這個觀點在皇室訴 Clarence⁴ 中正式確認成為法律。自此以後，英格蘭法官大都同意這個觀點。除非丈夫已和妻子分居，⁵ 或法庭頒令丈夫不可騷擾妻子，⁶ 或丈夫承諾法庭不騷擾妻子，否則丈夫可以合法強姦妻子。



一九九一年十月二十三日，英格蘭最高法院上議院 (House of Lord) 在審理皇室訴R⁷ 一案時作出一項歷史性裁決：認為妻子不須透過法律程序，而只要表達離開丈夫的企圖（如搬離婚姻居所），便可以控告丈夫強姦。一九九二年一月十三日，英格蘭法律委員會 (Law Commission) 發表報告，同意進一步落實皇室訴R的判決，建議修訂明文法取消 “婚內強姦豁免權”。一九九四年《性罪行 (修訂) 法例》(Sexual Offences [Amendment] Act) 劃去 “非法性交” 一詞，亦即徹底刪除 “婚內強姦豁免權”。但，香港卻沒有同步即時修改法律。

二〇〇〇年十月十八日，香港政府發出取消 “婚內強姦豁免權”的諮詢文件。由此看來，政府已經決心消除該項男性特權。文件提出的三種落實該項措施的方案：

建議（一）維持現狀，並援引皇室 訴R及 香港特別行政區 訴陳永鴻⁸ 的判決，作為丈夫可被定以強姦妻子罪的法律證據；

建議（二）在第118條中訂明強姦配偶是一項罪行；

建議（三）釐清所有條文中有關 “非法” 一詞的涵義

三項建議引起甚多爭議。首先，皇室 訴R雖然清楚指出 “婚內強姦豁免權” 不應存在；但是由於該案涉及的夫婦已經分居，因此，所謂 “‘婚內強姦豁免權’ 不應存在” 會否只是在類似該案的獨特情況下才適用呢？而且該案並沒有明顯質疑或取消 “婚內性交的同意”。香港特別行政區訴陳永鴻一案涉及的則是勒索。案中被告以他與女受害人的親密照片，威迫她與他發生性行為。被告和受害人沒有夫妻關係。因此，雖然法官在判詞中建議取消 “婚內強姦豁免權”，那只是他的 “意見” (obiter dictum)，對其他法庭根本沒有約束力(binding force)。易言之，政府實是誤



讀了香港特別行政區 訴陳永鴻，錯以為該案已取消“婚內強姦豁免權”。

由於“婚內強姦豁免權”依靠的是《刑事罪行條例》第118(3)條內“非法性交”一詞，因此建議(二)原本是一了百了的簡單法門；但是律政司卻鍾情建議(三)，指出若只是修改第118(3)條，可能混淆了以下條文的含意：《刑事罪行條例》第119(1)條（以威脅促致他人作非法的性行為）、第120條（以虛假藉口促致他人作非法的性行為）、第121條（施用藥物以獲得或便利作非法的性行為）、第123條（與年齡在13歲以下的女童性交）、第124條（與年齡在16歲以下的女童性交）、第125條（與精神上無行為能力的人性交）和第128條（拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為）。例如，《刑事罪行條例》第119(1)條訂明：

任何人以威脅或恐嚇手段，促致另一人在香港或外地作非法的性行為，即屬犯罪，一經循公訴程序定罪，可處監禁十四年。

律政司認為，假如按建議(二)修改第118(3)條，則有人會認為第119(1)條中“非法的性行為”一詞仍只是指“婚外性行為”，“這可令法庭不能裁定確實把恐嚇一名已婚女子與自己的丈夫性交列為罪行。”（諮詢文件第26段）於是，律政司建議在其他條文中“不以詳細無遺的形式界定非法一詞的涵義，以加入未經妻子同意而與她性交的行為。”（諮詢文件第33段）

正如洗偉文在其回應⁹中指出：建議(三)可能會更改其他性罪行的性質；大律師公會亦指建議(三)只會製造更多問題。¹⁰律政司後來妥協，在交給立法會的文件中，建議加入第118(3A)條，明文指出：“非法性交”一詞中的“性交”包括“婚內性交”。¹¹最後立法會決定在《刑事罪行條例》中加入第117(1B)條：



為免生疑問，現宣佈就第118、119、120及121條而言，並在不影響本部其他條文的一般性的原則下，任何男子與其妻子性交並非在“非法性交”、“非法的性交”(unlawful sexual intercourse)的涵蓋範圍以外。

“婚內強姦豁免權”消失了，但這是否代表“婚內強姦”的問題已解決呢？“婚內性交的同意”是否依然存在？丈夫可否假設妻子總是同意與他性交呢？妻子又如何做才可清晰地拒絕丈夫呢？

三 男子比女子更平等？法律的男權本位世界觀

“婚內強姦”的問題橫跨“婚姻”及“性侵犯”兩個範疇，“婚內強姦”受害人同是“婚姻暴力”和“性罪行”的苦主。¹²因此，要討論“婚內強姦”，就必先瞭解法律如何解釋／建構“婚姻”及“性侵犯”論述。

法律強調自由主義，重視個人權利，把“婚姻”看作一女一男之間平等公平的“合約”(Contract)。¹³基於“私人／公眾”二元對立原則，法律不會貿然干涉任何私人合同的建立及內容，當中自然包括“婚姻合約”(Marital Contract)。故此，“家庭法”(Family Law)從不會直接指令教導夫妻如何相親相愛相敬如賓。¹⁴可是，法律對“婚姻”仍是有高度管限及期望。首先，結婚對象是有限制的——同性伴侶不可結婚，¹⁵近親者無法結緣。¹⁶還有，婚後其中一方無力或拒絕“圓房”(Consummate)，¹⁷另一方可向法院申請宣告婚姻無效(Void)。¹⁸若丈夫在結婚時並不知道妻子已懷有他人骨肉，丈夫亦可申請“婚姻無效判令”(Decree of Nullity)。¹⁹“通姦”是證明婚姻破裂的事實之一，²⁰它單指陽具插入陰道的行為，其他



行為（諸如口交、肛交）等統統不算；²¹ 原因很簡單：只有陰道交可引致懷孕。²² 上述的每一款法規，目的只有一個：儘量保證丈夫家族後繼有人和血統純正。²³ 由於人工生殖尚未流行，夫妻性行為成為繼後香燈的惟一／最方便辦法，丈夫自然有權和妻子交合。“妻子須與丈夫性交”彷彿天經地義，²⁴ 是“婚姻合約”自然又重要的條件。既然“婚姻合約”是經男女同意成立，而合約又訂明妻子要和丈夫進行性行為，而夫妻間的交合也是雙方早已同意的；因此在法制眼中，“丈夫強姦妻子”因而（在二〇〇二年七月四日前）根本不可能發生。²⁵

問題是：在這種夫權當道的氛圍下，“婚姻合約”的內容經過男女雙方公平公正公開商量斟酌嗎？²⁶ 女子有足夠力量和男方／家族討價還價嗎？於男性本位的“婚姻合約”中，肯定女性主體得到尊重嗎？在《英格蘭法律集注》一書中，著名法學家威廉·柏斯頓（William Blackstone）說得非常清楚：

婚後，丈夫及妻子成為一個人；這亦是指，在婚姻中，女子的存在或其法律地位悉數取消，或者已和丈夫結合：她在他的羽翼、保護、護蔭下生活。²⁷

換言之，傳統普通法下，女子在婚後獨立主體盡失，淪為丈夫的私人附屬物品、男權生育機器組件。²⁸ 妻子獨立的性慾不再存在，她對性行為的看法不被尊重。民事侵害法容許丈夫有權向“誘姦”（Entice）他妻子的男子索取民事賠償，但妻子卻沒有同等權利：她不可向“誘姦”她丈夫的女子索償。其中理由顯淺易明：丈夫享受妻子（性）服務的利益受損，當然可要求賠償；他卻沒有服侍妻子的義務。²⁹ 過去亦有案例指出：妻子若害怕懷孕拒絕和丈夫敦倫，她就是虐待丈夫；³⁰ 相反，丈夫不願行房，卻不是虐妻。³¹



(家庭)法律要保障的只是夫權家族，對女性獨立主體完全不屑一顧。因此我們不難明白為甚麼男權本位法律系統在處理女性獨持性慾時總是不瞅不睬：在處理婚內夫妻性衝突時，法律把妻子性慾置之不顧；強姦法與家庭法一樣，也對女性獨持性慾視若無睹。強姦法只會以男性角度為依歸，把異性愛霸權男性夢想的女子形象投射在女受害人身上。

誠如珍·艾沙 (Jane Ussher) 所言：(強姦)法律承習了達爾文理論，認為女性接近自然(Nature)，像洪水猛獸般難以推測預計。所以“女性不單神經質，更是本質的壞。不論如何，她的說話不可相信。”³² 女性與大自然性相近，所以對性總會渴求渴望的。她們亦和大自然一般難以估計：故此女子雖然嘴巴講“不肯”，其實大有可能心底是說“願意”的。(香港)強姦法這種傾向並不因取消了婚內強姦豁免權而改變。

所以，法律總是假定女子 / 受害人不可信，強姦女受害人案發時的行為便成為法庭推測她是否同意和被告進行性行為的依據。在皇室訴Hodgson³³一案中，受害人只是因和情人吵架，醉了酒，對被告說：“您好，親愛的。你穿紅衣，我仰慕你。”——她即成了“人渣”(“Slag”)，人盡可夫。受害人過往性行為歷史(Past Sexual History)更往往成為審訊的重點。根據DPP訴Morgan³⁴的判詞，強姦案的嫌疑犯只要證明他真正相信受害人同意發生性行為的話，即使那是如何不合理也好，他亦是無罪的。³⁵ 因此，假如受害人過去性生活頻繁，又或者受害人曾和嫌疑人發生性關係，法庭也極可能認為被告在事發時“真正相信受害人同意發生性行為”。³⁶ 雖然“英格蘭強姦法律諮詢委員會”(簡稱Heilborn委員會)早於一九七五年便指出受害人以往的性行為和同意並沒聯繫，香港亦於一九七八年改例收窄被告使用該理由的範圍；³⁷ 研究還是發現法官總會千方百計把受害人過往性生活歷史放上法庭。³⁸ 受害人的性態度性行為性歷史隨時公開遭鉅細靡遺的檢



驗，所以女性主義者稱強姦審訊是對受害人的“二度強姦”。³⁹“關注婦女性暴力協會”協調主任吳惠貞說：

審理這類案件 [即強姦案] 時辯方律師往往針對受害人過往的性經驗及個人操守提出尖銳質詢，這樣的司法程序令受害人被強姦後還要遭受心理傷害，她們往往因太難受而放棄指控，另外亦有部分受害人情緒被刺激而在庭上表現不穩定，最終在訴訟上失利。⁴⁰

強姦法（過去）也不會盡信女受害人的供詞，而只會接納有“佐證”（Corroboration）支持的口供。⁴¹當“佐證”的要求在二〇〇〇年六月取消時，本地法律學者一方面表示歡迎，一方面卻建議法庭以更嚴格的態度審理性罪行受害人的口供。⁴²法官更常認為“約會強姦”（Date Rape）的受害人，穿著性感暴露的女性或本身是性工作者的苦主就更加咎由自取——“誰叫她們先採取主動誘惑男子？她們都是那時想要而事後又充矜持否認罷了。”“在法庭看來，這些受害人的行徑已表示了她們同意發生性行為，所以，她們的經歷只是性行為，而非強姦。”⁴³

強姦法不相信女性，所以它總像指控女受害人：“妳會說‘不’？就讓我看看妳案發時的表現，查查妳過去的所為，是否我（男性宰制）可信的‘好女人’？”雖然女子不同意，是判定強姦的要件；但法律卻彷彿預設了她沒理由說“不”，她一定是在法庭口是心非——結果就是受害人受公審，不是被告。

“好女人”在遭性侵犯時，強烈反抗，因而受傷，所以她的口供可足信。男權本位認為奮力保護自己貞操的女子才是“合理的好女人”⁴⁴，因為她要保護的不是自身的身體（別忘記：她受了傷），而是（將來）丈夫家族的純潔血統、和作為（將來）丈夫附庸組件的名譽。在這個模型以外的女子都是“壞女人”，不能信任但卻秀色可餐。⁴⁵



當強姦也難以證明時，婚內強姦就更困難了：現在“婚內強姦豁免權”沒有了，丈夫可被控強姦妻子，但後者如何證明她案發時不同意發生性行為呢？若果強姦受害人過去願意和被告做愛就等於以後也同意的話，那麼妻子既有“婚姻合約”在身，且曾和丈夫在強姦前性交超過百次，她怎會(能)不同意和丈夫做愛？假如強姦最大的傷害是懷孕，那麼婚內強姦根本不是問題——婚姻的目的不就是為夫家繼後嗎？⁴⁶ 最不堪的是，竟有法官贊成丈夫使用“輕微暴力”強迫妻子性交。⁴⁷

綜觀而言，法律（家庭法／強姦法）進一步強化男性宰制性別原型：法律若以保障女子身體為出發點，又怎會只限強姦為“陽具插入陰道”——難道被棍、棒、樽插入的痛苦會輕微點？背後原意不外是：只有(將來)丈夫才可用陽具插入女性陰道——“陽具插入”竟是男子為女性烙印的動作。女性主體邊緣化(Marginalized)，女性身體遭剝削，還原為男性生育／慾望機器。尼古拉・里西(Nicola Lacey)說得好：

[強姦罪]的本質在於破壞了男性對處子或貞操操有的擁有權，而非女性性自由。換言之，物權於（男）人的價值才是該罪行[要保護]的目標，而非（女）人的性自主。⁴⁸

四 可以顛覆主流父權法律系統嗎？權力反抗雙生兒

法律權威藉著它獨特的語言、規律、程序生產並鞏固既有的父權異性愛本位社會秩序，為“家庭／婚姻”、“(不)正常性行為”及“女性”落下恆常真理般的定義；⁴⁹ 父權社會秩序又反過來為法律機制加強力度，提供指導思想和為法庭判決加持。⁵⁰ 在法庭上，涉及“家庭／婚姻”、“性行為”及“女性”的爭辯討論



甚多，但這些論述不單沒有顛覆這些概念背後的男權思想，反而令既有理論以外的敘述加上“病態化”“不正常”的標籤：⁵¹“女性(慾)自主‘是’壞”⁵²、“婚外性行為‘是’下流”、“非一妻一夫‘是’墮落”。⁵³“性慾”於是落入法律論述的嚴密監控的再現程序裡。⁵⁴巴特勒(Judith Butler)套用這套分析視點，特別指出：在父權道德的論述中，不符合及符合標準的性行為／角色早就創造成形，因此“強姦罪”並不是法律的製品。法制只是用自己的語言和力量，再一次複製父權的道德判斷。⁵⁵通過不停的審訊，被告和受害者的答辯／表達／懺悔、律師／法官的盤問和主流社會(如傳媒)的覆述，父權性道德儼然成為神聖惟一“真理”人生劇本。⁵⁶巴特勒認為當身體依據這“真理”人生劇本描繪的(邊緣／正面)角色演出時，一個(不)合乎父權性道德標準的主體自當面世；而這個(不)符合標準的主體的一舉一動，卻又強化“真理”人生劇本的神聖地位。

看來，父權法律體制互相串連堅固無比固若金湯，難以推倒。面對這局面，福柯(Michel Foucault)提醒我們：不論是“家庭／婚姻”、“(婚內)強姦”、“女性”、甚至“法律”都和其他知識論述一樣，都只是各式各樣權力互相交涉的產品，不但不是純粹男性霸權的附件，更不是自有永有的銅牆鐵壁。福柯更提出“反抗”(Resistance)的說法：他認為權力不會由一方獨佔，任何一個權力只有藉(打壓)反抗力量才能確認認清自我。⁵⁷故此，只要有權力，反抗就會存在，⁵⁸且往往在大家以為霸權牢不可破之際，大眾便會努力分頭尋找震動現存系統的反抗隙縫。⁵⁹反抗因而是局部的、分散的及凌亂的。反抗不一定能組織部署起來，和現有霸權形成一個簡單二元，卻為改變鬆動既有宰制發掘多重空間及多元向度。最重要一點是：在反抗和宰制糾纏當中，新論述結構出現，新的主體／身分也隨之產生⁶⁰——就正如女性主義興起，帶來新的“女性”主體；“婚內強姦豁免權”取消後，一個新的“妻子”主體就會在法律論述出現。



五 建構新語言：女性主義法律改革

反抗可以出現，既有父權法律體系也可推翻；但如何才可成功挑戰父權呢？女性法律主義對此作出了貢獻。（強姦）法律語言及論述既然是複製剝削女性主體情慾的主要機件，它也成為女性法律主義者解構／整合的目標場景。⁶¹ 對於強姦法，女性法學主義希望法律能（一）重新制定“同意”和性侵犯的關係；和（二）保障女受害人的權利。簡言之，女性主義希望藉變更法律機制，創造一套新的強姦（法律）語言。正如莎倫·馬庫斯（Sharon Marcus）說：

一種與強姦作鬥爭的女權主義政治，如果不建立一種關於強姦的語言，如果不把強姦理解為一種語言，自身是無法生存的。⁶²

香港強姦法除了取消佐證規定（Corroboration）及婚內強姦豁免權外，進一步的修改付之闕如。反觀其它主要普通法地區的改革卻已翻天覆地。各地強姦法律的改革辦法及日程，則各有不同。作者揀選了四個實施普通法（Common Law）的司法區，把它們的法改簡單歸納如下：

英國：按《一九七六年性罪行（修訂）法例》，除非法官容許，否則，受害人的性行為歷史不得成為呈堂證據；但正如上述，這項修訂實際意義不大。英國政府在一九九四年便取消佐證規定。英國除了在一九九四年立法取消“婚內強姦豁免權”外，也把“強行肛交”列作強姦一種。

《一九九七年性罪犯法例》指令性罪犯須向警方登記。根據《一九九七年罪行（刑期）法例》，任何再次觸犯嚴重性罪行的犯人將終身監禁。一九九九年，英國政府著手研究



設立“約會強姦罪”及為“同意”重新定義：“案中男子需證明他曾諮詢案中女子的同意，而該名女子亦曾以言語或行為表示同意。”⁶³二〇〇二年十月二十七日，英國政府為了打擊約會強姦及提高入罪率，建議收窄DPP訴Morgan的影響：被告必須證明自己已盡力去確認另一方同意，才可以“自己真正相信受害人同意發生性行為”為辯護理由。二〇〇二年十一月十九日，《保護公眾》(Protecting the Public)白皮書發表，建議對性罪行法律作出重大改革：(一)若控方可以證明受害人是在武力或脅迫下被迫性交，被告就需證實自己已採“合理行動”(Reasonable Action)去確定受害人同意發生性行為，以示清白；(二)假如受害人是在不清醒、遭禁錮、因殘疾不能和人溝通、或由第三者代她／他同意的情況下性交，陪審團需假定受害人不同意性交。白皮書又建議限制被告盤問受害人過去性行為歷史的權利，及使用“真正相信受害人同意發生性行為”為辯護理由的範圍。正如內政大臣大衛賓格(David Blunkett)整個改革的目的是：取代現時“過時、無條理和具歧視”的性罪行法律。⁶⁴

二〇〇二年十一月二日，蘇格蘭的《性罪行(程序和證據)(蘇格蘭)法例》生效，禁止性罪行審訊中，被告直接盤問受害人；因為以往就曾有受害人(Lindsay Armstrong)抵受不住被告盤問的壓力，自殺身亡。⁶⁵該法例亦進一步限制受害人的性行為歷史的運用：只有當被告的判罪記錄呈堂時，受害人的性行為歷史才可成為證供。此舉無疑平衡了被告和受害人的權益。

美國：美國司法界深受女性主義影響，早在一九七〇年代，便已(一)取消“婚內強姦豁免權”及佐證要求；及(二)規定受害人的性行為歷史不得成為呈堂證據。美國法院甚至否決被告可以拿“真正相信受害人同意發生性行為”為



辯護理由。⁶⁶ 把強姦審判的焦點由受害人轉至被告的行為上：只要被告曾使用“武力強迫”(Forcible Compulsion)，受害人就被視為“不同意”發生性行為。但甚麼是“武力強迫”呢？一個人做了甚麼才代表同意呢？在State ex rel. M. T. S.,⁶⁷ 新澤西最高法院這樣闡釋“武力強迫”：

不合法的插入並不需要以比插入所需更多的體力來證實。⁶⁸

新澤西州議會依這判決的邏輯來修改性侵犯法律，表明：除非女子表明同意發生性行為，否則可視為她“不同意”。⁶⁹

澳洲：澳洲全國都已取消“婚內強姦豁免權”。一九八一年，新南威爾斯《一九〇〇年罪行法例》以“性侵犯罪”(Sexual Assault)取代“強姦罪”，並以不同的暴力程度來劃分罪行的嚴重程度(第61I條、第61J條和第61K條)。性行為亦不單指“陽具插入陰道”，還包括：口交、以其他物件插入陰道／肛門(第61H條)，甚至拍打臀部也可以。此外，男女均可成為被告或受害者。同樣，維多利亞《一九五七年罪行法例》第38條也指明，男女均可成為強姦的主犯或受害者。按維多利亞《一九九一年罪行(強姦)法例》，“沒有同意的性交是沒有自由協議(Free Agreement)的性交。”⁷⁰ 法例第36條更列出在甚麼環境下，一個人不能視作同意性交，當中包括：脅迫、禁錮、不明性交性質及誤認另一方身分。《一九五七年罪行法例》第37條又說：“法官雖在指引陪審團時指出：一個人沉默、不舉動、不抵抗、或不受傷表示她／他同意性交。”

加拿大：跟澳洲新南威爾斯一樣，加拿大在一九八三年也以“性侵犯罪”(Sexual Assault)取代“強姦罪”。《加拿大刑事法典》同是以不同的暴力程度來劃分罪行的嚴重性



(第246.1條、第246.2條及第246.3條)。是次修訂直接捨棄了“婚內強姦豁免權”和佐證規定，也擴大了非法性行為的定義，拍打臀部也可以是“非法性行為”。⁷¹法律亦限制了使用受害人性行為歷史作證據。然而在Seaboyer⁷²一案，加拿大最高法院卻判定這限制違反了《加拿大基本權利和自由憲章》。於是加拿大政府在一九九二年推出著名的《C-49草案》。這草案使《加拿大刑事法典》像澳洲維多利亞般，為“同意”落下定義，亦列出在甚麼環境下，一個人不能視作同意性交；當中包括：濫用雙方之間的信任、濫用威信、第三者為另一方作出的同意等等(第273.1(1)條)。第273.1 (2) 條也指明：被告必須證明自己已盡力去確認另一方同意可以“自己真正相信受害人同意發生性行為”為辯護理由；從而重新限制了以受害人性行為歷史作證據的途徑。

分析以上四個司法區的強姦法律改革內容，我們可看到幾個方向：(一)取消婚內“強姦豁免權”是大勢所趨；(二)傾向限制運用“自己真正相信受害人同意發生性行為”和受害人性行為歷史；及(三)重新為“同意”定位。各家女性主義者對第一、二點的爭議不大，惟獨“同意”定義的問題最大。雖然英國、澳洲和加拿大法律都紛紛為“同意”落下正解，和表列“同意”在那些情景下變無效，企圖藉此避免父權社會對女性受害人的偏見；但即使法律給“同意”明文定義，在父權當道的法律脈絡中，誰又可說法官不會給“同意”一個性別歧視的詮釋？伊莉沙伯·斯希(Elizabeth Sheehy)就曾問：法律會如何處理父權體制下受害人因性別權力差異而被迫作出的“同意”呢？⁷³譬如：女子若因男子的情人／丈夫身分背後承載的默示威勢威望而屈服交合，法律會否承認這些“隱藏脅迫”下產生的“同意”呢？法律如何處理



兩性權力差異？如把強姦約化為侵犯罪，希望藉此衝淡“同意”的重要性，如美國、澳洲新南威爾斯及加拿大的修訂，嘉璐·史密 (Carol Smart) 則提醒大家：“同意”仍會是侵犯罪(如襲擊)的要件，她說：“如果你上了一架擠滿人的巴士，另一人踏痛了你的腳，他 / 她仍可以‘你在那環境應預備了被踏的風險’為辯解”⁷⁴。這就是“隱示同意”(Implied Consent)。似乎，“同意”的迷思就像強姦 / 性侵犯的影子般，走不掉離不開。

六 全面反省法律：法律“非性慾化”(Desexualization)

福柯提出的(法律)“非性慾化”⁷⁵ 可能會為“同意”引起的爭論提供另一條出路。

福柯在《性慾史》中指出：自十九世紀心理分析興起始，性慾雖由過去禁止壓制走向公開研討，性慾卻不但沒有得到解放，反而被置於更嚴厲更具滲透力的醫學 / 法律監視。由那時起，身體以性慾為標準被割裂——性器官特別重要；而一切違反基督教天主教男權本位“異性愛婚姻→異性愛性交→異性愛生育”序列的性(別)行為都成為醫學的治療對象或法律的控制目標。⁷⁶

自由主義法律觀號稱中立，嚴守私人 / 公眾二元對立。只有當一個範疇的事務干擾另一範疇時，法律才會插手，是為“傷害原則”(Harm Principle)。可是，從如何劃分私 / 公兩個世界，我們可以察見(異性愛婚姻)性慾論述霸權的強大滲透力。法律眼中婚內陰道交從不是問題，非生殖的婚內肛交則到一九九一年才非刑事化；法律也不會批判蘊含“婚內強姦”的異性婚姻，卻封殺真心相愛彼此尊重的同性婚姻。男女公開猥褻親熱正常，男男輕輕碰嘴卻可能犯法。⁷⁷ 男權異性愛性慾論述的威力在法律脈絡中的威力顯露：順者正常，違者變態。同性愛、戀物、SM、手淫、



易服和易性等宗教道德所指摘的性(別)行為等統統貼上“不正常”“病態”的標貼。相反，所有按照以生殖為本的性(別)行為就“去問題化”。

福柯“非性慾化”的目的就是希望人類主體身分建築的過程，不再由(任何)主流性慾霸權(如男性宰制)把持。⁷⁸“非性慾化”不是一個非類型化的過程：不是簡單的否認“女子應如何如何”或“男子不應這樣那樣”，更不是輕鬆的說：“不應以性傾向判斷人‘或’生育結婚不是人生必經路”。“非性慾化”旨在取消性慾本位社會控制身分建構模式。法律作為建構主體重要論述之一，在這個過程中固然亦需“非性慾化”，成為反抗性慾論述霸權的場景。法律的“非性慾化”是指：“性在任何情況下都不應該受一種立法制約”。⁷⁹性慾因而不再受法律規管，變得多元變異；而法律也由獨尊男權異性愛性慾宰制，轉為接納多重性慾表現。由“非性慾化”的角度去審視現有法律，我們會問：為甚麼婚姻和性行為(圓房)有關？為甚麼婚姻和性別有關？為甚麼只有夫妻才可申請人工生殖？為甚麼法律要管制參與者都同意的SM活動？為甚麼法律要管制色情？為甚麼法律要控制未成年性行為？在性法律的論述中，為甚麼成年的定義會有分歧——16歲⁸⁰或21歲？⁸¹性行為有甚麼特別，為甚麼成年同意年齡和一般立約年齡(即18歲)⁸²不同？至於強姦，福柯則這樣說：

如果我們懲罰強姦，我們只是在懲罰身體的暴力，而不是其他。這只不過是身體侵犯的一種：用拳頭擊打某人的臉和把陰莖插到他人的……⁸³
……兩者之間沒有甚麼原則性的差別。⁸⁴

簡言之，福柯鼓吹將強姦約化為“襲擊”(Assault)(不是“性侵犯”)——亦即是：女／男性均可為(性)侵犯者／被害者；在



審訊(涉及性器官的)襲擊罪時，法庭不再抬舉某些器官，不再特別處理涉及(性)器官的罪行，不需再理會受害人不同的同意年齡、過往性行為記錄、受害人與被告的關係、案發時受害人的衣著及那個性別喜歡說謊等問題。“非性慾化”早已把主體建構從(父權)性慾論述抽離，將婚姻(戀愛)和性(別/行為)割裂；那麼，女/男性還會再被假設在性慾論述中不/說謊嗎？妻子/丈夫性義務/權利的預設還會存在嗎？強姦不再特別，沒有人再可說它會令受害人受沉重壓力。“同意”的詮釋/成立不再受性慾(權力)政治論述影響。試想：甲在長街暗角毆打乙；在法庭審訊時，甲可辯稱乙的容貌行徑衣著使她/他誤會乙“同意”讓自己打嗎？即使乙過往多麼喜歡讓人打，給人打過多少次，但那代表乙已“同意”給甲打嗎？事件於長街暗角發生，沒人看見，乙的證供需要佐證嗎？即使甲是乙的情人，所以乙案發時給甲噤若寒蟬，法庭會因此讓甲無罪釋放嗎？只要把上述例子中的“毆打”轉為“強姦”，“非性慾化”如何使性暴力充滿不公義的因素消失，就會一目瞭然。

以香港取消佐證的論爭為例。反對取消佐證的法律界人士認為：女性有可能會因幻想、恐懼或嫉妒等因素答應別人的性要求或同意與別人發生性行為；又或是，女性有可能會同意做愛，但事後又由於感到羞於承認，因此便“說出一整個虛構的故事，而編造此等謊言，實在是輕而易舉的，但要駁斥它就極為困難”。⁸⁵在佐證消失以後，法蘭西·貝克(Francis Burkett)和東尼·歐凡(Tony Upham)又認為法官要“倍加審慎地行事”，因為“受害人的指稱本身仍會帶有危險，而這種危險並非源於受害人的性別，而是源於罪行的性質。”⁸⁶若法律“非性慾化”的話，法律論述視“性侵犯”為一種普通簡單的“襲擊”，以上的論點全然失效。

但“非性慾化”也不是沒問題：當福柯研究“性慾”時，他有否留意男女在父權宰制中權力不均的事實呢？⁸⁷所以，我們不



禁會問：當父權異性愛霸權仍然強大時，貿貿然把法律“非性慾化”，會否令法律對性別權力失衡更不敏感，反而強化了父權異性愛霸權？在性慾論述還是強大的主流，性別權力不均時，將強姦“非性慾化”又會否令人感覺涉及性器官的侵犯不嚴重？

有學者指“非性慾化”的目的在於解放人類、增加個人自由。⁸⁸ 然而，這不是說“非性慾化”可使主體脫離所有論述的束縛；福柯認為所有主體均是論述產品，主體又怎能獨立於論述外呢？此外，福柯“非性慾化”的理論是指“性慾選擇”的多元開放，不受禁控；而非“性行為”的絕對自由。所以，“非性慾化”不會導致“性侵犯”的合法合理化。⁸⁹

福柯和女性主義（法律）學者一樣，以推翻男權本位真理劇本為目標。但兩者使用的方法不一樣：女性主義者面對性慾論述，企圖改變論述中男女權力不平的“本質”，建立一套性別公義的語言秩序；福柯則置力取消（男權）性慾論述在主體建構過程中的力量。雖然有論者以為女性主義和後現代思想在強姦論爭上不能並存，⁹⁰ 但筆者卻認為兩者可以兼容。女性主義促使後現代思潮對性別權力差異更敏感；後現代思潮也令女性主義對（性別）身分非本質化有深切的反省——是否所有男性都是父權的得益者？女性之間有沒有權力地位分野？慾望是凝固不動還是流轉不息？慾望和身體身分之間又是甚麼關係？其中一個重要的啟示就是：性別公義運動必須對獨特（本土）文化脈絡相當敏感，否則只會帶來後殖民政治霸權暴力。

七 本土發聲：反抗法律／文化殖民暴力

史碧娃克（Gayatri C. Spivak）運用福柯“權力製造真理”的理論，指出在殖民地，殖民者借著文化霸權取代原居民本土文明，



化身“天經地義的支配性話語，帝國主義國家的法律條文理所當然地成為被殖民國家人民的思想和行動準則，本土的一切符號和話語系統因此而受到顛覆性的打擊甚至解體。”⁹¹ 冼偉文及朱耀偉認為這恰好是香港法制運作的模式：英格蘭普通法制遭神聖普世化，成為進步捍衛自由民主經濟繁榮的工具；中華漢族“情理法”的公義觀卻被邊緣化。⁹² 這種暴力現象並不少見，鍾嘉璐(Carol Jones)撰的〈英格蘭和後殖民香港的法律、父權制及國家形成〉一文就是一例，在該文章中，作者利用勞倫斯·史東(Lawrence Stone)對英格蘭家庭／婚姻和國家建築的分析理論，指出香港在一九九七年回歸北京政府後，放棄回歸前追求性別平權的積極態度，在政府／人民的關係上採取了儒家保守立場；⁹³ 她說：

回歸儒家價值觀完全符合史東的理論……⁹⁴

而本地法庭在香港特別行政區訴陳永鴻⁹⁵ 中拒絕引入皇室訴訟的判決，就是政權態度改變的證據。⁹⁶ 作者說：

英格蘭法官取消“非法”一詞引發憲制風暴。一九九七年，香港法官在陳永鴻案選擇了避免它[即憲制風暴]。⁹⁷

作者同時認為：雖然香港一九八〇年代中興起的核心家庭也是父權本位，卻已較中國傳統家庭結構平等。⁹⁸ 文章完全忽略英格蘭和中國各自獨特文化政治歷史發展脈絡，亦假設了(傳統)英格蘭／中國國情為永恆不變的理念，強行把兩個背景不同的流動體比較，硬將植根英格蘭土壤的社會理論移植到中華漢族社會作分析，根本就是馮京馬涼、張冠李戴。同理，以一九八〇年代殖民時代香港家庭為標準，評估中華漢族傳統家族又有何意義？雖



知前者乃英美中產個人主義殖民產品，後者是強調和諧人倫網絡的結晶——將兩者比較，猶如將兩種方言比拼，孰優孰劣，全無意義。強說儒家保守頑固，忽略儒家本身的進化變遷、活潑多變。最可惜的是：正如作者對香港特別行政區訴陳永鴻的分析，那是一個男子勒索女友的案件；這樣該案又怎能引入皇室訴R關於“婚內強姦豁免權”的判決呢？鍾嘉璐正正就是強化了愛德華·薩依德 (Edward E. Said) 所言的“東方主義” (Orientalism) ——以西方角度為普世不變標準，製造西方理想的東方。〈英格蘭和後殖民香港的法律、父權制及國家形成〉出產的就是“英美 – 進步 vs. 中國 / 香港 – 保守”二元對立，及前者的霸權地位。

法律殖民並不是單一獨立事件，它只不過是整個文化帝國主義企劃的一部分。關於文化帝國主義，周華山有以下生動的描述：

白人來港，卻可把英美世界的文化習慣價值觀全套照搬，壓在我們頭上。聽不懂英語，是閣下不夠文明；套不入白人世界觀，請你靠邊站。明明是廣東話世界，百分之九十八是中國人，在自己的家鄉，看到白人，我們卻要放棄自己的母語，吃力地說白人的語言，認同他們的價值觀，甚至以此為榮。⁹⁹

在研究香港強姦法律改革和外地有關法律的修改是否適用於香港等課題上，我們必須照顧本土和外地文化歷史上的差異；否則結果只會水土不服，欲速不達，事倍功半，再現文化殖民的暴力。¹⁰⁰

面對這種後殖民暴力，史碧娃克鼓勵被邊緣化的原居民 / 本土文化積極發聲反抗。¹⁰¹ 這亦即是指：當我們討論香港應否或如何取消婚內強姦豁免權、怎樣改革本土強姦法時，香港漢族華人



的法律觀性文化便不能投閒置散不顧不問；而只把外地理論和法改模式／內容搬字過紙照單全收。上面討論的理論及法律，全是海外文化脈絡的勞作手工，能否移植香港土壤，還是需要仔細驗證考察。

無容否認，儒家思想在中華漢族的法律文化發展中扮演了一個重要的角色。張晉藩這樣寫：

儒家綱常學說不僅是指導法制建設的理論基礎，也是封建法典的主要內容，從而形成了中國特有的法律與道德密切結合的倫理法。¹⁰²

儒家思想以“仁”為本。“仁”，從二人，表示人是活在人與人的關係中，顯示儒家強調和諧人倫網絡：“樊遲問仁、子曰、愛人”。¹⁰³ “仁”以“孝”為先，“孝”又要在“家”才得以體現落實，此正所謂：“孝弟也者，其為仁之本歟！”、“弟子，入則孝，出則弟，謹而信，凡愛眾，而親仁。”¹⁰⁴ “家”成為整個人際網絡的中心。¹⁰⁵ “禮”就是確保這個網絡順滑運行的規矩。“禮”的基礎是“三綱五常”：“君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱”；“君臣有義、父子有親、夫婦有別、長幼有序、朋友有信”。 “禮”重視每人在整個人倫關係網絡的位置及由位置產生的責任義務：所以你可以是君、父、子或夫，卻不會是抽離人際網絡的“男人”；妳可以是母、女（兒）、妻或妾，卻不會是獨立的“女人”個體。每個人都要肩負每個崗位的責任。“禮”不強調公平。事實上，在“禮”的範疇，權利和義務絕不相等。最明顯的例子莫如“夫妻”。《禮記今注今釋》這樣寫：

男先女後，剛柔之義也。……乎大門而先，男帥女，女從男，夫婦之義由此始之。



因此我們不難明白為甚麼夫在家除妻之外，還可有其他性伴侶（如妾、婢）；為甚麼夫可主動用“七出之條”休妻，妻卻沒有相同主動離婚規矩。

在儒家思想裡，婚姻從不是兩個人愛的故事，¹⁰⁶而是解決子嗣問題的方法。“子嗣”是一夫多性伴侶的依據：“天子諸侯一娶九女者何？重國廣繼嗣也。”¹⁰⁷“子嗣”也是使“無後”成為“七出”的原因。“子嗣”的重要可見一斑，江曉原這樣解釋這個現象：

這絕非現代人所容易想到的諸如個人財產繼承權之類的原因……而是對於家族的神聖義務——每個男子都有義務使本族瓜瓞綿綿，枝葉茂盛……萬一無後，祖宗之鬼就要不得“血食”，無人祭祀了。¹⁰⁸

所以，生產“子嗣”就是儒家和諧人倫家族網絡的重大責任。在這種文化脈絡之下，“夫妻”之間的性行為是一種家族責任。易中天認為，為了完成這責任，可以不擇手段；新娘被新郎家人綑綁起來給丈夫強姦的事件，並不罕有。¹⁰⁹女性個人“同意”或“性滿足”等概念不存在，更何況“婚內強姦”？

儒家的律法能不能為遭丈夫“強姦”的妻子鳴不平呢？儒家視“情理法”為一體。¹¹⁰“情”泛指“情感”、“人性”、“正當性”；“理”則是“理性原則”；“法”則與西方法律的意義差不多。“情理法”是一個序列：人之間有衝突時，會先訴諸於情，若不能解決則轉向理，最後才是法。¹¹¹為甚麼儒家“法”的地位不似英美法律那麼高呢？原因是：任何訴訟都必會破壞儒家歌頌的和諧人倫。孔子因此說：“聽訟，吾猶人也、必也使無訟乎。”¹¹²若妻子狀告丈夫強姦，家族和諧必蕩然無存。妻子能負上這責任／罪名嗎？這解釋了為何本地華人社會至今仍



未有“婚內強姦”的訴訟，亦使我們明白為甚麼中國內地在二十世紀只有大概二十宗“婚內強姦”案件：¹¹³

倘若一個妻子跨越整個家庭宗族人倫網絡，跑上法院控告丈夫強姦罪，主流社會大抵不會嘉許她對女性主體的堅持。相反，她置身偌大姻親人倫關係網絡中的父母、弟兄姊妹、親戚、鄰里以至“外家”的親朋戚友，很可能群起批評責難，令她成為流言蜚語的訕笑對象。¹¹⁴

此外，既然“法”是儒家的產品，又被置於“情”之下，它的“男尊女卑”的色彩自然甚濃。以《唐律》為例，“夫毆傷妻者，減凡人二等處罰”，但“夫毆傷妻者徒一年；傷重者，加凡傷二等處罰。”而且，儒家的律法亦從未有“婚內強姦”的規定。即使有，妻子又可得到甚麼補償？她可以離開丈夫嗎？答案簡單——不：“夫有惡行，妻不得去。”¹¹⁵此種重夫輕妻、貶視女性獨立主體的態度叫受害妻子怎可向律法求援？

看來，活在儒家思想下的婦女，真的不見天日。可是，在“和諧”的牌匾下，漢族華人又怎會完全容忍家庭宗族裡的暴力？李循在《性與法》中指出：

古代中國的人際關係無不表現為一種親緣關係，在這種親緣關係和擬親緣關係中，人與人之間不可能有絕對的剝奪、役使及虐殺。¹¹⁶

在中國，建構性(別)觀念的除儒家外，還有道家的陰陽學說。陰陽相生相剋，相輔相成，協調平衡；孤陰不生，獨陽不長。陰陽中一方太強太弱，都會天怒人怨。在道家的陰陽學說裡，男女，就像地天、月日一般，雖有尊卑高下之分，一方卻不



能完全權威，另一方也不可絕對卑賤。這亦是“和諧”人倫的基礎，也是“和諧”最適當狀態——“中庸”和“過猶不及”——的意念意思。¹¹⁷

所以，縱使丈夫在家可有超過一個性伴侶，卻只可有一妻。王后多過一位，國家會動亂，大王則是昏君：此所謂“并后匹敵（嫡），兩政禍國，亂之本也。”¹¹⁸中國傳統亦視和諧夫妻為理想標準。夫妻相處質素不僅影響兩者的關係，更牽涉兩者家族的和諧人際政治。況且，妻子負有生產後代而敬拜祖先的神聖責任。瞿同祖這樣說：

孔子說得很明白，敬妻的根據是親之主也，敢不敬與？所敬的並不是妻本人而是她所代表的親，她既負有上事宗廟下繼後世的神聖責任，為了宗廟，自不得不重之……¹¹⁹

在這尊重人際和諧祖先血食的傳統下，丈夫為所欲為，妻子備受摧殘，是不對的，給人垢病；只有夫妻節義，和衷共濟，才是受尊重的中庸協調之道。妻子在夫唱婦隨之餘，亦要輔助規勸丈夫，不能盲從附和，這才是“義婦”所為。只有夫妻和諧，兩人才可成就儒家的君子“君子之道，造端乎夫婦。”¹²⁰唐代《女論語》也強調妻子不應盲目遵從丈夫：

今世婚姻……居家相待，敬重如賓……夫有惡事，勸諫諄諄。

為了讓妻子做到規勸丈夫，儒家亦希望女子可有理想人格。漢代《女誠》便呼籲男女一起接受基礎教育；明仁孝文皇后的《內訓》也希望女子能擁有仁義禮智信等君子的素質。



在這脈絡中，中國早期，夫妻關係大致平等。《白虎通·嫁娶》也寫：“妻，齊也，與夫齊體。”《左傳》中夫為妻、妻為夫也是服喪三年。¹²¹回看“婚內強姦”的問題，在儒家夫權思想中，男子當然可以強暴妻子，但卻絕不欣賞鼓勵。儒家尊崇和諧中庸、家庭和睦；婚姻暴力正正就破壞了這協奏曲，和儒家思想相違背。因此儒家也要求男子／丈夫需持家以智慧，以智慧來使家庭和諧中庸。儒家“和諧”並不單是借犧牲妻子便可成就，男子也是有責任條件的。¹²²

無疑，中華漢族儒家文化深受父權思想影響；即使妻子有發聲的空間，也只可以輔助丈夫為目的；女子即使可以經修養得到理想人格，此種理想人格仍是男子本位的“君子”。女子不可喧賓奪主，更須恪守父權定下的行為思想規訓；女性獨立主體芳蹤杳然。然而，“儒家傳統的婦女觀……不能簡單地歸納為壓迫或歧視婦女幾個字。”¹²³在陰陽和洽、中庸平衡的儒家世界觀內，女子地位不會遭抹殺，也不能被強力打壓；相反，為了達致及保持和諧，女子須受尊重和體諒，“婚內強姦”絕不贊同。李循說得非常清楚：

否定女性作為人的資格和其人身和生命權的觀點，在古代

中國從來不被認可，因為它從根本上違背陰、陽、仁、

禮、中庸之說。¹²⁴

八 尋找出路：跨專業合作

必須在此說明：中華漢族（儒／道家）文化並非當代本土文化的全部——事實上，“本土（文化）”及“原居（住）民”等詞都是脈絡的產品，並沒有永恆不變的定義。正如阿里夫·德里克（Arif



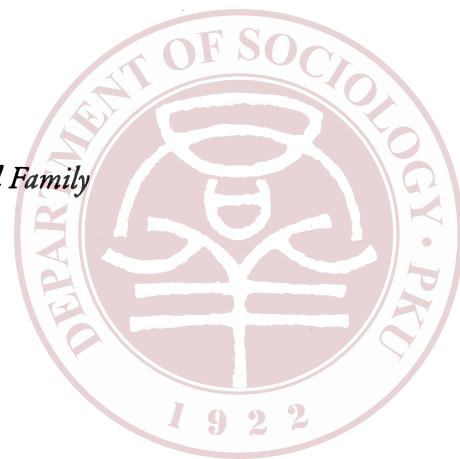
Dirlik) 在《後殖民的氛圍》中所言，重現歷史文化是抵抗殖民暴力的策略。¹²⁵ 筆者以上的分析只希望在質疑全部接收外地學說是否適當之外，強調“本土文化”裡對抗父權的空間確實存在，“本土文化”亦有空隙讓妻子規勸丈夫、向丈夫(在性事上)說“不”。這空間為引入外地性別研究學說和強姦法律改革提供了適合的氛圍。但是，如何在這引進的過程內，避免本土再次受殖民，則是下一個需要深入探勘的題目。一方面，英美性別研究理論卻可擴大中華漢族(儒 / 道家)文化內反對父權的聲音空間；另一方面，英美學說築基於個人主義上，卻和中華漢族注重家庭婚姻和諧人倫的世界觀未必可以一拍即合。故此，我們在研究任何涉及“婚內強姦”的法律修訂時，都須要考慮以下問題：“‘婚內強姦豁免權’取消後，妻子如何在拒絕丈夫性要求之餘，保持兩者和諧關係？”“若果當法律表明：只有當女性 / 妻子清楚表示同意時，男子才算得到其‘同意’的話，這種改變會給香港婚姻的性關係張力帶來甚麼影響？”“當雙方濃情密意時，男方未必得到妻子清晰的‘同意’；在二人反目時，這會否引致麻煩？法律如何面對這矛盾？”“當女子決定報警，控告丈夫強姦時，我們如何減低她面對親戚好友鄰里竊竊私語的壓力？”“倘若丈夫是家庭經濟支柱，我們如何幫助妻子面對將來丈夫萬一入獄時引起的財政問題？”“倘若丈夫入獄，我們可以怎樣協助家中小孩面對沒爸爸的日子、面對把爸爸送入牢的媽媽？”“倘若丈夫有悔意，妻子又願意重修舊好，法律又可以如何協助？”“丈夫初犯情況不嚴重的，和丈夫重犯，法律是否需要有不同處理方法？”為了跨越其中矛盾尷尬，筆者曾提出在處理“婚內強姦”與“婚姻暴力”時，法律和社工 / 心理學專業合作，採用“調解”¹²⁶ 和“強制輔導”¹²⁷ 兩個辦法，企圖在宣揚性別公義的同時，可修補轉化人倫關係。但如何在“調解”和“強制輔導”時，避免重新強化傳統父權，並把非性慾化建議和顛覆現有性別權力不平衡的女性主義法律改造在人倫和諧社會中再現，則是另一難題。



這篇文章展映了“婚內強姦豁免權”只是香港強姦法律問題的冰山一角：性行為的範圍和“同意”的定義等問題仍需要不斷檢驗反省。筆者希望在檢討取消“婚內強姦豁免權”的過程中，法律專業不再沉迷法律條文的修改變飾，而忽略了：法律父權色彩、性慾論述位置和本地文化三者的政治糾纏。否則，改革不但不能帶來公義之餘，只會掩飾強化更多的性別殖民暴力。

注釋

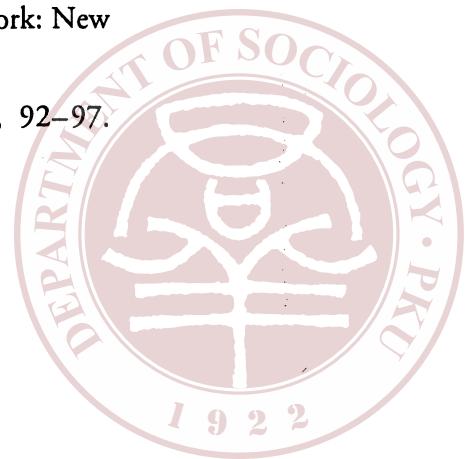
- 1 香港法律第200章。
- 2 皇室訴 Chapman [1959] 1 QB 100; 皇室訴 Jones [1973] Crim LR 710.
- 3 *The History of the Pleas of the Crown, vol. 1*, 629.
- 4 (1889) 2 QBD 23.
- 5 皇室訴 Clarke [1949] 2 All ER 448.
- 6 皇室訴 O'Brien [1974] 3 All ER 663.
- 7 [1991] 3 WLR 767.
- 8 [1997] 3 HKC 472.
- 9 律政司文件L/M(2) to LP 5014/19/1/1C。
- 10 律政司文件L/M(2) to LP 5014/19/1/1C。
- 11 律政司文件CB2/BC/24/10。
- 12 Jane M. Ussher, *Fantasies of Femininity: Reframing the Boundaries of Sex* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1997), 321.
- 13 Katherine O'Donovan, *Family Law Matters* (London: Pluto Press, 1993).
- 14 周華山、趙文宗，〈妻子可被強姦的強姦法〉，載於《異性戀霸權》，周華山編著（香港：三聯，1993），77–99。
- 15 Corbett訴Corbett [1970] 2 All ER 33.
- 16 《婚姻條例》（香港法律第181章）第27條。
- 17 “圓房”意解婚後的陰道交，男方陽具須在女方陰道內停留並保持興奮一段時間，有否射精並不重要。見W訴W [1967] 1 WLR 1554。
- 18 《婚姻訴訟條例》（香港法律第179章）第20(2)條。
- 19 《婚姻訴訟條例》（香港法律第179章）第20(5)條。
- 20 《婚姻訴訟條例》（香港法律第179章）第11A(2)條。
- 21 Joseph Jackson, ed., *Rayden and Jackson's Law and Practice in Divorce and Family Matters* (London: Butterworths, 1998), 228.



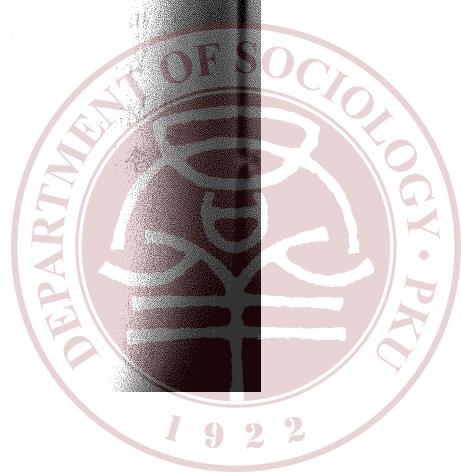
- 22 “通姦”從來不單用來保障夫妻間的性忠貞——不然的話，為甚麼同性性交、口交、手淫及肛交不算“通姦”？
- 23 Hilaire Barnett, ed., *Sourcebook on Feminist Jurisprudence* (London: Cavendish Publishing Limited, 1997), 378.
- 24 付立慶 (2000)〈在秩序與公正之間——“婚內強姦”問題的另類解讀〉《北大法律信息網》[Online] Available: wysiwyg://601/http://www.chinalawinfo.com/xin/disxwpl.asp?code1=129&mark=1406 [20 Dec 2000].
- 25 Caroline Forell and Donna Matthews, *A Law of Her Own* (New York: New York University Press, 2000), 231.
- 26 徐國俊 (2000)〈“婚內強姦”別論〉《北大法律信息網》[Online] Available: wysiwyg://601/http://www.chinalawinfo.com/xin/disxwpl.asp?code1=129&mark=1410 [20 Dec 2000].
- 27 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, vol. 1* (New York: Garland, 1978), 442.
- 28 Ussher, *Fantasies of Femininity*, 315.
- 29 Ng Man-Kin, “Damages for Harbouring and Enticement,” *Hong Kong Lawyers* 17 (1995), 17.
- 30 Kwok Lai King Wah 訴 Kwok Che Kin Supreme Court, Divorce Jurisdiction, Action No. 106 of 1969.
- 31 B(L) 訴 B(R) [1965] 3 All ER 263 (CA).
- 32 Ussher, *Fantasies of Femininity*, 311.
- 33 [1811-2] ER 168.
- 34 (1975) 2 All ER 347.
- 35 Sue Lees, *Carnal Knowledge: Rape on Trial* (England: Penguin, 1996), xviii.
- 36 同上注, 151。
- 37 《刑事罪行條例》(香港法律第200章) 第118(4)條。
- 38 Jennifer Temkin, “Sexual History Evidence: The Ravishment of Section 2,” *Criminal Law Review* 1 (1993), 3–20.
- 39 “Stop rape trial ordeals” BBC News [Online] Available: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/scotland/788639.stm> [1 November 2002].
- 40 〈親屬佔性侵犯求助個案14%〉《明報》2002年11月2日。
- 41 Henry & Manning (1969) 53 Cr App R 150.
- 42 Francis Burkett 及 Tony Upham, 〈公平對待性罪行案件被告人〉，《香港律師》5月 (2002), 47。
- 43 Forell and Matthews, *A Law of Her Own*, 48.
- 44 同上注, 230。



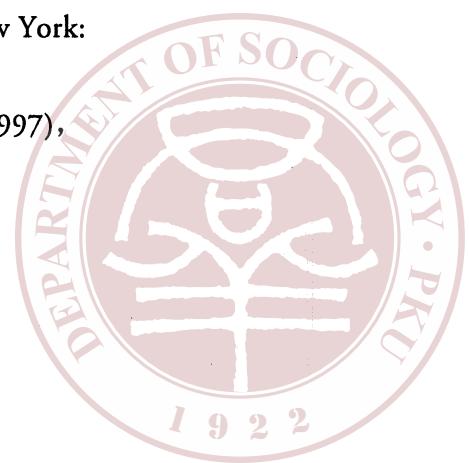
- 45 Linda Burns, "Fantasy, Memory and Reality: Psychoanalytic and Legal Perspectives on Rape" *Feminism and Psychology* 8, no. 1 (1998), 7–24.
- 46 Susan Atkins and Brenda Hoggett, *Women and the Law* (London: Basil Blackwell, 1984).
- 47 G 訴 G [1924] AC 349, per Lord Dunedin.
- 48 Nicola Lacey, "Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law" *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 11 (1998), 54.
- 49 Carol Smart, *Feminism and the Power of Law* (London: Routledge, 1989).
- 50 Lees 在 *Carnal Knowledge* 一書中詳細闡釋英國傳媒如何強化強姦審訊的性別壓迫。
- 51 Nicola Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminism Essays in Legal and Social Theory* (Oxford: Hart, 1998), 10.
- 52 〈其實我只想壞壞〉，《壹週刊》660 (2002), 78。
- 53 蘇格蘭婦女雜誌 *Top Sante* 調查顯示：超過 60% 的受訪已婚婦女認為婚內性行為是最好的性行為，70% 的人覺得長期男伴依然吸引。雜誌編輯認為調查已推翻了“偷情美麗”這說法，見 *Streats November* 13 (2002), 14。香港基督教團體大衛城文化中心的調查亦發現：香港有接近一成的已婚人士有婚外性 / 情。所以該組織在十一月十一日舉辦“夫妻節”，取其“一夫一妻，一生一世”的意思，見：《明報》2002 年 11 月 4 日。以上兩事都是主流社會把一妻一夫制正常化、非一妻一夫問題化的例子。
- 54 Michel Foucault, *Foucault Live: Collected Interviews, 1961–1984*, trans. Lysa Hochroth and John Johnston, ed. Sylvère Lotringer (New York: Semiotext[e], 1996), 270.
- 55 Judith Butler, "Contingent Foundations," in *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, ed. Linda Nicholson (London: Routledge, 1995), 52.
- 56 Judith Butler, "Ruled Out: Vocabularies of the Censor" in *Censorship and Silencing: Issues and Debates*, ed. Robert Post (Los Angeles: The Getty Research Institute for the History of Art and the Humanities, 1998), 247–260; Lacey, *Unspeakable Subjects*, 10.
- 57 Michel Foucault, "The Ethics of the Concern for the Self as a Practice of Freedom" in *The Essential Works of Foucault, vol. 1*, ed. Paul Rabinow (New York: New York Press, 1994), 292.
- 58 Michel Foucault, *History of Sexuality, vol. 1* (London: Penguin, 1979), 92–97.
- 59 李銀河，《福柯與性》(濟南：山東人民出版社，2001），138。



- 60 Michel Foucault, "The Subject and Power," in *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, ed. H. L. Dreyfus and Paul Rabinow (Brighton: Harvester Press, 1982), 212.
- 61 Catherine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
- 62 Sharon Marcus, "Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory and Politics of Rape Prevention," in *Feminists Theorize the Political*, ed. Judith Butler and Joan W. Scott (New York: Routledge, 1992) 385–403.
- 63 *The Times*, 2 July 1999.
- 64 Burrell, Ian (2002) "Blunkett plans major change to 'archaic' sex laws" ([Independent.co.uk](http://www.independent.co.uk)) Available: wysiwyg://9/http://news.independent.co.uk/uk/legal/story.jsp?story=3539. [21 November 2002].
- 65 "New rape law will protect women" BBC News [Online] Available: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/scotland/2384143.stm [1 November 2002].
- 66 Commonwealth訴Williams 294 a Super 93, 99-1000, 439 A 2d 765 (1982).
- 67 609 A.2d 1266 (N.J. 1992).
- 68 引自Susan Ehrlich, *Representing Rape: Language and Sexual Consent* (New York: Routledge, 2001), 24。
- 69 Forell and Matthews, *A Law of Her Own*, 238.
- 70 Simon Bronitt, (1995) 'The Direction of Rape Law in Australia: Toward A Positive Consent Standard' [Online] Available: <http://law.anu.edu.au/criminet/tartrapel2.html> [5 November 2002].
- 71 皇室訴Taylor [1985] 19 CCC (3d) 156.
- 72 66 CCC (3d) 321.
- 73 Elizabeth Sheehy, "Legalising Justice for All Women: Canadian Women's Struggle for Democratic Rape Law Reforms," *The Australian Feminist Law Journal* 6 (1996), 87–113.
- 74 Carol Smart, *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism* (London: Routledge, 1995), 111.
- 75 Foucault, *History of Sexuality*, vol. 1.
- 76 Vikki Bell, *Interrogating Incest: Feminism, Foucault, and the Law* (London: Routledge, 1993).
- 77 《刑事罪行條例》(香港法律第200章) 第118H條。
- 78 Bell, *Interrogating Incest*, 272.
- 79 李銀河, 《福柯與性》, 131。



- 80 陰道交的合法同意年齡是21歲，見《刑事罪行條例》(香港法律第200章)第119(1)條。
- 81 肛交的合法同意年齡是21歲，見《刑事罪行條例》(香港法律第200章)第118C條。
- 82 《釋義及通則條例》(香港法律第1章)第3條。
- 83 福柯(Michel Foucault)，《權力的眼睛——福柯訪問錄》，嚴鋒譯(上海：上海人民出版社，1997)，75。
- 84 同上注，77。
- 85 Henry & Manning (1969) 53 Cr App R 150 at 153.
- 86 Burkett 及 Upham，〈公平對待性罪行案件被告人〉，48。
- 87 Caroline Ramazanoglu and Janet Holland, "Women's Sexuality and Men's Appropriation of Desire," in *Up Against Foucault: Exploration of Some Tensions Between Foucault and Feminism*, ed. Caroline Ramazangolu (New York: Routledge, 1993), 5239–5264.
- 88 李銀河，《福柯與性》，132。
- 89 Foucault, *Foucault Live: Collected Interviews, 1961- 1984*, 324.
- 90 Marcus, "Fighting Bodies, Fighting Words", 385– 403.
- 91 曹莉，《史碧娃克》(台北：生智文化，1999)，165。
- 92 冼偉文、朱耀偉，《以法之名：後殖民香港法律文化研究》(台灣：學生書局，2000)，13。
- 93 Carol Jones, "Law, Patriarchies, and State Formation in England and Post-Colonial Hong Kong," *Journal of Law and Society* 28, no. 2 (2001), 265–289.
- 94 同上注，287。
- 95 Carol Jones在文章第287頁把Chan Wing Hung錯寫Chan Wing Hang。讀者請留意。
- 96 同上注，267, 287。
- 97 同上注，287。
- 98 同上注，265–266。
- 99 周華山，《後殖民同志》(香港：香港同志研究社，1997)，14。
- 100 周華山、趙文宗，〈整合女性主義與後殖民論述——重新閱讀中國婚內強姦法〉，《法學前沿》第三期(1999)，52。
- 101 Gayatri Spivak and Ranajit Suha, eds., *Selected Subaltern Studies* (New York: Oxford University Press, 1988).
- 102 張晉藩，《中國法律的傳統與近代轉型》(北京：法律出版社，1997)，114。



- 103 《論語·顏淵篇》。
- 104 《論語·學而篇》。
- 105 周華山, 《後殖民同志》, 319。
- 106 易中天, 《中國的男人和女人》(北京: 中國文聯, 1998), 145。
- 107 《白虎通·嫁娶》。
- 108 江曉原, 《性張力下的中國人》(上海: 上海人民出版社, 1995), 146。
- 109 易中天, 《中國的男人和女人》, 156–157。
- 110 范忠信、鄭定、詹學農, 《情理法與中國人: 中國傳統法律文化探微》(北京: 中國人民大學出版社, 1992)。
- 111 洗偉文、朱耀偉, 《以法之名》, 17。
- 112 《論語·顏淵篇》。
- 113 付立慶, 〈在秩序與公正之間——“婚內強姦”問題的另類解讀〉。
- 114 周華山、趙文宗, 〈整合女性主義與後殖民論述〉, 61。
- 115 《白虎通·嫁娶》。
- 116 李循, 《性與法》(濟南: 河南人民出版社, 1993), 59。
- 117 同上注, 60。
- 118 《春秋左氏桓十八年傳》。
- 119 瞿同祖, 《瞿同祖法學論著集》(北京: 中國政法大學出版社, 1998), 113。
- 120 《中庸》。
- 121 李循, 《性與法》, 61–62。
- 122 熊賢關, 〈儒家傳統中的婦女觀〉, 《哲學雜誌》第二十四卷100期(1998), 104。
- 123 同上注, 114。
- 124 李循, 《性與法》, 71。
- 125 Arif Dirlik, *The Postcolonial Aura: Third World Criticism in the Age of Global Capitalism* (United States: Westview, 1997), 97.
- 126 周華山、趙文宗, 〈整合女性主義與後殖民論述〉, 52–74。
- 127 Chiu Man Chung, “*Politicizing Han-Chinese Masculinities: A Plea for Court-Mandated Counseling for Wife Abusers in Hong Kong*,” *Feminist Legal Studies* 9, no. 3 (2001), 1–25.

