

國立政治大學法律科際整合研究所

碩士學位論文

妨害性自主罪與積極同意模式之探討

A Probe into the Crime of Against Sexual Autonomy and the
Model of Affirmative Consent

指導教授：許恒達 博士

Advisor : Hsu, Heng-Da, Dr. iur.

研究生：余翔愛

Graduate : Yu, Hsiang-Ai

中華民國 一〇九年六月

June, 2020

謝 詞

「生命不討喜的地方是沒辦法重來，但可愛的地方也是它不需要重來。」對我來說，唸碩士最初的目的無非是讓自己有轉換跑道的機會，直到開始在學校上課期間和撰寫這本論文的過程中，我找到學習法律的初心，發現自己所受到的改變，是開始學習透過自己的雙眼與頭腦來認識這個世界，試著根據自己的觀點來詮釋這個世界的現象，再輔以作為法律解釋的基礎，而非只是像在大學一樣仍懵懂的吸收而已，就像海綿開始擠出的泡泡水一般，在那如幻似影的泡沫中體認到生命的可愛。

這本論文得以產生，首先應該感謝的人是我的父母，你們不僅在物質上供給我生活所必須，更在我低潮時體現了所謂家是強大後盾的實質意義，包容我在這些學習與撰寫過程中的一切情緒。而舍妹對我更是提供了陪伴的深刻意義，那些與妳討論、辨明的時光，我想也許是我人生中難以忘懷的時光，妳是我踏入新領域的信心，使我能試著跨出原本專業的教育體系而觸及法律專業，也實有賴妳的法律專業知識與不厭其煩地與我討論的情誼。

當然，最應該要感謝的人是我的指導教授許恒達老師，一直以深厚的法學知識為我指出論點、觀念的不足，以及從多方視角向我提出有關這篇論文的發展方向，讓這篇論文能有更廣闊的發展可能性。至今始終記得向老師講述那粗略研究計畫時的忐忑不安，直到老師為我提供更明確路徑作研究時，那仿若吃下安神劑的而平靜下的焦躁心情，以及談話結束後收到老師傳來的相關資料，乃至後來修改論文的過程中老師不厭其煩地與我討論、檢查，為我安排進度並關心我的人生規劃，我真心感受到所謂指導老師像一座燈塔的意義，在這論文汪洋大海中，始終一路相伴，並始終在那個位置為我指明方向。

也感謝最終在論文發表口試中，為這本論文提出不少建議的審查委員們。王皇玉老師為我帶來許多在書寫過程中疏忽的觀點，讓我在自己的胡同中找到出口，並以其作為生理女性視角以及法學素養的結合，充分點出有關本論文的偏倚，並帶著讓這篇論文能更完整的敬業心態，為我指出後續修改的脈絡；李聖傑老師則以他多年關注妨害性自主罪章的深厚法學知識，縝密不失親切的為我指出論文的瑕疵以及修改方向，其中老師更帶來許多參考資源，並不吝給予稱讚使我對自己所寫出的文字添加信心。這篇論文最終的誕生，一定要感謝三位老師的箴言，一字一句都讓我收穫良多，不只對於這篇論文，我想對我以後在法律這條道路上也帶來許多思考的方向。

在就讀碩士學位過程中，曾有信心滿滿的時候亦有跌入低谷的時候，感謝在這段時間中，因念碩士而結緣的朋友與同學，以及那些就讀教育專業成為老師的朋友們，你們都是我在這旅程中難以忘懷的記憶，為我帶來無數歡笑與鼓

勵，要感謝的人太多，我想我就不一一列舉指明了，畢竟那些真誠感謝的話語，我們還有漫漫人生能把盞對談，這些話就留待他日，親自向各位表達我的感激。

還有，我想對那些我在撰寫這篇論文的過程中，所閱讀的案件與資料中的每一位當事人，表達我的敬意。許多受害或可能受害的人們，他們的經歷與生活促使我寫下這篇論文，在這些文字中我感受了許多情緒，我想我會一直記著他們的聲音以及故事，繼續努力。

最後，我想跟自己說，期望妳永遠不失去年少時身上的羞澀與理想主義，在這法律的路途上，能一直堅持初心的走下去。

碩士生涯下台一鞠躬，謝謝大家！



摘要

蓋性侵害犯罪較其他刑法中之犯罪而言，具有受害者多為女性以及被害人承受社會非難之壓力的特徵性，本論文係由將性侵害犯罪視為父權體制存在象徵之女性主義角度所提出的「積極同意模式」，探討妨害性自主罪章中之他人意願，出於筆者能力與篇幅的限制，乃以強制性交罪中他人意願的探討與分析作為論述問題之中心、以女性為研究對象、以實體法為主、並以性交行為之問題為主要論述，思考我國刑法第 221 條違背意願性交罪之立法是否妥適，是否有適用積極同意模式之可能。隨著女性主義浪潮興起、婦女運動蓬勃，深受美國女性主義影響之我國女性主義法學對現行法律中造成性別不平等的現象提出了批評和改革方向。從而，本文將聚焦於女性主義對於性侵害議題的論述，包括從性的角度如何看待權力關係，以及女性主義興起的運動所帶來的性侵害法律改革。

然而即使妨害性自主罪章歷經 1999 年修正成違背意願模式，現實上仍因為強姦迷思的存在，造成約會強姦、熟識者強姦等激起民憤與論案例無法被刑法所處理，故而各國紛紛開始有是否要修正性自主罪章的聲音。女性主義對於妨害性自主之立法模式提出了強制模式、消極同意模式、積極同意模式、修正強制模式四種立法模式，比較法上，美國、加拿大、瑞典三國以及國際法庭對於積極同意模式的回應與修法歷程值得我們作為參考借鏡。

本文之論述，乃先就我國、美國、加拿大以及瑞典各國中性侵害法制之個人意願發展歷程與現況與簡介，並參照各國之立法模式，引述國際法庭等相關案例作為議題探討之基礎。而後就當事人意願之定位而為探究，以性自主權為出發點，其次以積極同意模式提倡之理由與所遇批判、衝突中，確立該罪之成立乃建諸於性自主權之侵犯而非暴力。並在確立妨害性自主罪章之中心，應為當事人為該性行為意願之欠缺之後，試圖尋求該意願認定之標準。

最後，本文嘗試從刑法謙抑性此一至高原則探討與積極同意模式的衝突，而在立法論上則是希望以壓迫性自主的程度區別強制性交罪與違背意願性交罪，而非採取「積極同意模式」之立法，以期在社會與論撻伐的價值觀中為女性找到掙脫可能，並在維持刑法謙抑性原則中達到平衡。

關鍵詞：積極同意模式、意願、女性主義、謙抑性原則、截堵構成要件

Abstract

Compared with crimes in other criminal laws, the crime of sexual assault has the characteristics that the victims are mostly women and the victims bear the pressure of social condemnation. This thesis is based on the feminist perspective that regards the crime of sexual assault as a symbol of the existence of the patriarchal system. The proposed "active consent model" explores the wishes of others in the crime of disruptive autonomy. Due to the limitation of the author's ability and space, the discussion and analysis of the wishes of others in the crime of compulsory intercourse is the center of the discussion, and women are the research. The object, mainly based on the substantive law, and the issue of sexual intercourse as the main discussion, consider whether the legislation of the crime of sexual intercourse against will in Article 221 of the Criminal Law is appropriate and whether it is possible to apply the positive consent model. With the rise of the feminist wave and the vigorous women's movement, my country's feminist jurisprudence, which is deeply influenced by American feminism, has criticized and reformed the phenomenon of gender inequality in current laws. Therefore, this article will focus on feminist discourse on sexual assault, including how to treat power relations from a sexual perspective, and the reform of sexual assault laws brought about by the rise of feminism.

However, even if the crime of obstructing sexual autonomy was revised into a pattern against will in 1999, in reality, because of the existence of rape myths, the fact that date rape, acquaintance rape and other cases that arouse public outrage cannot be dealt with by the criminal law, so many countries have started. There is a voice of whether to amend the crime of sexual autonomy. Feminism proposes four legislative models for the legislative model of obstructive autonomy: the mandatory model, the passive consent model, the active consent model, and the revised compulsory model. In comparative law, the United States, Canada, Sweden and the international courts respond to the positive consent model. The course of practice is worthy of our reference.

The discussion in this article is based on the development process and current situation and brief introduction of the personal will of sexual violation of the legal system in my country, the United States, Canada, and Sweden. With reference to the legislative models of various countries, the International Court of Justice and other relevant cases are cited as the basis for discussion of the topic. Afterwards, we explored the orientation of the parties' will, starting with sexual autonomy, and

secondly, based on the reasons for the positive consent model and the criticisms and conflicts encountered. The establishment of the crime is based on the violation of sexual autonomy rather than violence. . And the center of establishing the crime of obstructing sexual autonomy should be the lack of the willingness of the person involved in the sexual act, and then trying to find the standard for the determination of the willingness.

Finally, this article attempts to explore the conflict with the positive consent model from the supreme principle of the modest and restrained nature of the criminal law. In terms of legislation, it hopes to distinguish between the crime of compulsory intercourse and the crime of unwilling sexual intercourse with the degree of oppressive autonomy, rather than adopting "active" The legislation of the "consent model" aims to find the possibility for women to break free from the values of society and criticism, and to achieve a balance in maintaining the principle of modest criminal law.

Keywords: Affirmative Consent, Consent, Feminist, Restraining Criminal Law Principle, Auffangtatbestand

目 錄

第一章 緒論	11
第一節 研究動機與目的.....	11
第二節 問題之提出	14
第三節 研究方法、範圍與限制.....	17
第四節 論文架構.....	18
第二章 我國性侵害法制之沿革與修法方向.....	20
第一節 歷史沿革.....	20
第二節 立法現況.....	23
第一項 修法歷程.....	23
第二項 強制性交罪之構成要件.....	25
第一款 客觀構成要件.....	25
第二款 主觀構成要件.....	29
第三項 其他性侵害罪架構.....	31
第四項 小結	33
第三節 修法倡議.....	33
第一項 增訂「未得同意性交罪」（刑法第 221 之 1 條第 1 項）.....	34
第二項 增訂「過失未得同意性交罪」（刑法第 221 之 1 條第 2 項）.....	35
第三項 修正加重強制性交罪（刑法第 222 條第 1 項）.....	35
第四項 其他例外類型法條之修正與刪除.....	35
第四節 立法模式比較與探討.....	36
第一項 強制模式	36
第二項 修正強制模式	37
第三項 違反意願模式	38
第四項 積極同意模式	39
第五節 小結	42
第三章 性侵害犯罪之比較法制	43
第一節 概說	43
第二節 美國	45
第一項 歷史沿革.....	45
第一款 1640~1950 年	45
第二款 1950~1970 年	45

第一目 模範刑法典 (Model Penal Code)	45
第二目 女性主義運動	46
第三款 1980~2010 年	47
第四款 2010 年至今	47
第五款 小結	49
第二項 紐約州法、華盛頓州法、威斯康辛州法.....	49
第一款 紐約州法	51
第二款 華盛頓州法	54
第三款 威斯康辛州法.....	56
第四款 學說與實務	58
第五款 Osburn v. Hagel	60
第一目 案件事實	60
第二目 法院見解與評析	61
第三節 加拿大	62
第一項 歷史沿革	62
第一款 1982~1992 年	62
第二款 1992 年以後	63
第二項 加拿大刑法現行規範 (Canada Criminal Code)	64
第三項 實務現況	66
第一款 R. v. Ewanchuk	66
第一目 案例事實	66
第二目 法院見解與評析	66
第二款 R. v. JA	67
第一目 案例事實	67
第二目 法院見解與評析	68
第四節 瑞典	69
第五節 國際組織	70
第一項 國際刑事法庭	70
第二項 歐洲人權法院	71
第一款 M.C. v. Bulgarin	71
第二款 法院見解	71
第六節 小結	72
第四章 積極同意模式在性犯罪規範上之定義與提倡.....	74
第一節 提倡積極同意模式之理由	74

第一項 積極同意之內涵	74
第二項 女性主義法學之影響.....	75
第三項 性自主權保障	77
第四項 對於社會態度與價值觀之影響.....	78
第五項 小結	79
第二節 意願之定位.....	80
第一項 何謂性自主權	80
第一款 性自主權內涵.....	80
第二款 性自主權作為刑法保護法益.....	81
第三款 我國性自主概念的歷史脈絡.....	82
第四款 性犯罪的保護核心	84
第五款 小結.....	85
第二項 意願明文化之探討.....	85
第一款 對於被害人的保護.....	85
第二款 性別關係下的真正同意.....	86
第三款 小結.....	87
第三節 意願之認定	88
第一項 未經同意與違反意願.....	88
第二項 同意的認定標準	89
第一款 拒絕之判斷標準.....	89
第二款 確定同意之判斷標準	90
第一目 相互模式（Mutuality Model）	91
第二目 溝通模式（Communicative Model）	92
第三目 談判模式（Negotiation Model）	93
第三項 具有效性之同意	95
第四項 小結	96
第四節 對其他立法模式之批判.....	96
第一項 對強制模式之批判.....	96
第二項 對修正強制模式之批判.....	97
第三項 對違反意願模式之批判	98
第五節 對構成要件與舉證責任之回應.....	99
第一項 構成要件有無影響舉證責任	99
第一款 舉證責任之內涵及範圍.....	99
第二款 構成要件之影響	101
第二項 無罪推定原則	102

第一款 無罪推定原則之內涵	102
第二款 積極同意模式對無罪推定原則之影響.....	103
第三款 小結.....	104
第六節 小結	104
第五章 我國刑法適用積極同意模式可能之探討.....	106
第一節 積極同意模式之引入與論點	106
第二節 刑法謙抑性原則	108
第一項 補充性、片斷性、寬容性	110
第二項 刑法謙抑性與刑罰最後手段性.....	111
第三項 世俗主義（Secularism）的影響.....	113
第四項 修法草案之截堵構成要件與刑法謙抑性原則.....	114
第一款 截堵構成要件之內涵	114
第二款 修法草案之截堵構成要件與刑法謙抑性原則	116
第五項 積極同意模式與刑法謙抑性原則.....	117
第六項 小結	119
第三節 對於積極同意模式之批判	120
第一項 刑事法學說見解	120
第二項 女性主義見解	121
第三項 小結	122
第四節 採取消極同意模式為截堵構成要件之立法建議	122
第五節 小結	123
第六章 結論	126
第一節 刑事政策的選擇	126
第二節 女性主義立法行動之困境	128
第三節 積極同意模式不適用於我國刑法妨害性自主罪章	128
第四節 結語	129
參考文獻	134
附表：修正說明	148

第一章 緒論

近年來隨著性別平等、人權意識的興起，加上聯合國兒童權利公約、公民與政治權利國際公約以及經濟社會文化權利國際公約明揭保護婦女與兒童之意旨，我國社會與相關團體針對婦女與兒童的性侵害案件也逐漸重視與關注，對於判決結果是否適當並符合公平正義，亦掀起廣泛的關注與激辯。從民國 80 年代的「女權火照夜路」至民國 99 年的「白玫瑰運動」，訴求女性與孩童應免於性侵害的侵犯，皆是在此一社會脈絡下所誕生，而這些聲浪也讓我國刑法對於性侵害案件的規範是否合乎普遍民眾對於司法與社會正義的期待，留下了疑問與反省的空間。

第一節 研究動機與目的

2019 年 9 月在 Netflix 出了美國的網路迷你劇，劇名《Unbelievable》，是一部改編自真實事件的劇集¹，令人難以置信的強制性交事件其內容涉及 2008 年發生在華盛頓州和科羅拉多州的一系列女性被強制性交案。於美國多數性侵案受害者是被男友、舊情人，或酒吧中遇見的人騷擾和傷害，就陌生人強制性交在美國只有不到 13%，屬於比例較少的強制性交案。而對於性侵案的這些調查最後往往受困於受害人是否願意的問題上。這些女性在事情發生過程中有說過「好」嗎？

之所以稱之「令人難以置信」是因為在這一系列案件中，被害人描述發生的過程，皆為在半夜陌生人闖入，一個戴著黑色面罩、手中有槍的男人跳上了她的床，在她的背後將她綁在了床上。男人告訴她：「不要尖叫，不要求救，否則我就一槍斃了你。」他小心地將她的手鬆鬆的綁在背後，然後從一個黑色的大袋子裡拿出潤滑劑、小濕巾和瓶裝水。在接下來的夜晚多次強制性交她。他用數位相機把過程記錄了下來，並威脅她說如果敢報警，就把錄下來的內容發到網上。事後他命令她去刷牙和洗澡，當她從洗手間出來的時候，他已經走了，並拿走了她的床單和被褥。

這些描述中行為人都只有恐嚇言語、絲帶綁束，因為行為人太有經驗，使得被害人陰道並無挫傷、房間並無打鬥，加上被害人洗澡，造成證據的難以搜集。於此時，警察、司法部門對於這樣一個案件產生懷疑，對於被害人的證詞懷疑，她說的是真話嗎？或者只是捏造了一個騙局來掩蓋不符女方初衷的一夜

¹ 改編自兩位記者 Ken Armstrong、T. Christian Miller 在 2015 年 12 月的新聞「一個難以置信的強暴故事」（An Unbelievable Story of Rape）。此報導在 2016 年普立茲獎中獲得最佳「解釋性報導」（Explanatory Reporting）。

情？還是為了裝可憐博取注意力？被害人證詞的可信度往往同被告人一樣受到質疑。而世界各國對於性侵案的調查亦同美國，我國更因傳統、儒家的影響，社會對於性侵的避諱、偏見觀念，更加深長期下性侵案件對於司法部門的不信任，成為閉嘴的受害者。

從上述的事件中，可發現對於性侵案，刑事偵查中總是期待被害人有符合大眾的反應，諸如泣不成聲、恐懼顫抖、夜不成眠、幾近崩潰，或是身體有傷痕、案發場地有打鬥痕跡，這些無不在強調性侵案的強制力。

以美國為例，大部分性侵犯最後都不會受到任何懲罰。強制性交案件的數字根據調查方式的不同大相逕庭：司法統計局下屬的「全國犯罪被害調查（The National Crime Victimization Survey）」統計，2014 年有百分之三十四的性侵案被提起訴訟²；而根據更嚴謹的學術調查「中止針對婦女暴行國際組織（End Violence Against Women International）」估計，樣本中僅有百分之五至百分之二十的案件被報告³；「肯塔基大學暴力侵害婦女研究中心（University of Kentucky Center for Research on Violence Against Women）」2011 年的報告則指，僅百分之十四至百分之十八的性侵案最終被提起訴訟，如何定義「真正的強制性交」為性侵調查及起訴設置了巨大障礙。報告中呈現出偵查員、檢察官、法官，甚至受害者自己都清楚，所謂「強制性交」是由陌生男性使用武器威脅受害者，並造成傷害的行為。然而，在被報告的百分之七十五案件中，這些行為都是由被害者的熟人施行的，且僅有百分之十一使用了武器，大部分情況下並沒有造成嚴重傷害⁴，而研究指出，檢察官更願意提交那些「被害人受到明顯傷害，犯罪嫌疑人使用槍枝、刀械，或者有物理證據」以及「受害者及時報案」，或者「在犯罪行為發生時被害人清醒並且沒有道德污點」的起訴⁵。

而臺灣亦有此等類同的統計，據統計民國 101 年至 103 年所有各級刑事法院之定讞判決，刑法第 221 條共有 242 件無罪判決，無罪判決因子共計 970 項。其中，無罪判決因子數量數量次多者為「被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷」；再其次為「事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑」⁶。由此觀之，對於性侵害案件，法律仍有諸多刻板迷思存在。

隨性觀念的逐漸廣泛及開放角度的審視，於西元 1999 年，我國終於將刑法第 221 條至第 229 條之 1 的規定，從原來的妨害風化罪章中獨立出來，並設置「妨害性自主罪章」。於修法後，性犯罪從原本道德思想的脈絡下脫離而出，

² 參考網址：<https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=dcdetail&id=245>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

³ 參考網址：<https://www.evawintl.org/>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁴ 參考網址：<https://www.uky.edu/crvaw/>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁵ 參考網址：<https://kknews.cc/zh-tw/news/om8pgpm.html>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁶ 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆（台灣科技法學會），性侵害案件無罪原因分析之研究--以強制性交案件為中心，頁 70，2017 年 1 月。

不再屬於道德犯的概念。而性自主乃屬於個人自由的一種展現，屬於自由權利的一環，因此性犯罪屬於侵害個人的自由法益，屬於妨害自由的一種類型。

雖隨著觀念開放，但社會大眾對於妨害性自主的認知，仍是除傷害生命以外，對個人價值最徹底的傷害，相較於財產或名譽只不過是附屬於個體，妨害性自主卻是直接侵入個人身體，對於被害人而言是最直接和令其記憶最深的犯罪行為，被害人所受到的驚嚇和傷害難以用言語來形容。由於性侵害案件特殊性，牽涉社會倫理基本價值，易使社會大眾高度聚焦於法院判決結果，此外，在過去的二十年中，對執法人員面對性暴力行為反應不足的擔憂，導致施加更大和更嚴厲的刑事司法反應的壓力，進而影響人民對司法的信賴及觀感。刑法妨害性自主罪章之案件大多欠缺直接證據，多採用被害人指述作為主要之判決基礎，以典型強制性交罪為例，在程序法上因檢察官負有舉證責任，須舉證被告以強制力等方法「違反被害人意願」而為性交，惟被害人的意願為主觀認知，難以存在客觀證據以資證明，故檢方往往承擔較多之敗訴風險。

一切盡在不言中就像是「性」的廣告標語，在傳統的觀念裡，是不容將其掛在嘴邊的，也就是說，這是可做卻是不能說的事。在筆者的印象中，對於「性」的啟蒙應該是源自於「國中健康教育」的課程（國小只談保健，連認識自己的身體都是太過難以啟齒的），而且我們只談與異性相處的界線，以及什麼是愛滋病，又或者是爸媽支支吾吾地說道衣服分為上下衣，所謂的「下衣絕對不能脫的理論」。不過，在時下的社會觀念，已經開放了許多，在某些氛圍已進到可以充分、理性的討論，在臺灣，也許「性」仍是羞澀、欲言又止的，但性侵議題可能是除了死刑存廢之外，最被重視的法律議題之一；甚至也有不少的社會運動是針對此議題而來，並促成相關法律（與法院判決）的改變，其重要性可見一斑。而在性侵議題中，積極以社會運動來促成產官學重視與改變的，首當其衝當屬婦女團體的行動力。從臺灣就刑事法上關於性侵害罪的修法歷史可觀之，婦運團體的努力，使性侵害犯罪問題從眾多社會問題中脫穎而出重刑化之思維，協助某些自由派或司法改革人士反對的措施，能夠在爭議中通過。

是以在這些刑事法、女性主義的爭論中，筆者對於所爭執之性自主權之內涵、自主意願的提倡以及「積極同意立法模式」等議題，發現有許多值得申論之處。

過去的性別教育與性侵防範教育，常常可見教導女性避免落入危險情境以及自我保護策略，這些並非錯誤，但卻是嚴重不足，因為比起自保策略我們更該教導什麼是自願、積極、肯定的同意。過去的指導策略往往陷被害人於守門員的角色，讓被害人承擔事情發生的責任，若要翻轉這樣的觀念，應從校園教導學生「沒有同意，就是性侵」，加強「性同意權」的教育，認清同意與不同

意的意涵。2015 年美國校園廣泛使用「一杯茶」（Cup of Tea）作為教導性同意權的教材。其中形容性邀約就像邀請對方喝杯茶，對方有權決定要喝與不喝，即使一開始她／他同意喝，但後來都沒喝，你也不能強迫她／他喝完。如果對方無意識更是不能問她／他或強迫喝茶，而該要確保她／他的安全。加拿大維多利亞性暴力防治中心（VSAC）自 1997 年開始在校園中推展「尊重計畫」（Project Respect），協助成立學生自發性的社會行動團隊，針對性暴力防範建立溝通訊息內容，推動「熱情積極同意」（enthusiastic consent）的概念，幫助學生建立性同意權的觀念⁷。加拿大西岸女性法律教育與行動基金（West Coast LEAF）自 2017 年起進行 Only Yes Means Yes 的方案推動，進入大專校園以工作坊形式討論同意權的概念⁸。

在美國，不僅「性同意權」的教育如火如荼，校園採用「積極同意」為判定性侵害的標準亦成為政策主流。2014 年加州州長布朗簽署 SB967 法案⁹，要求加州公私立大學清楚界定性行為必須是在清醒雙方同意的情況下發生，也成為全美第一個要求校園採用「積極同意」為標準判定性侵害的州，這表示沉默不代表同意、猶豫不代表同意、精神不佳或醉酒也不代表同意。目前全美各州議會積極展開「積極同意」的校園改革提案，不僅維護當事人雙方的性自主權，主動方也可以免於陷入模稜兩可的性行為狀態，並尊重受邀方清楚明白的表意權，確保彼此安全健康的性關係。臺灣也可參採這樣的經驗，從校園政策與宣導教育著手，幫助學生建立尊重「性同意權」態度，應該可以有預防發生之效，甚至有助於減少指責被害人的言論與文化發酵¹⁰。

社會價值觀對於性自主權的建立、校園性教育的宣傳以「積極同意」為宗旨，筆者相當認可，惟對於「積極同意」是否適合刑法採為立法模式，實有疑義，故乃本文所想要探究的。

第二節 問題之提出

強姦文化是一種社會固有觀念，它鼓勵特別是男性進行性侵略並支持針對婦女的暴力行為¹¹。強姦神話的信仰被廣泛認為是關於受害者和強姦犯的事實

⁷ 參見 <https://www.yesmeansyes.com/consent>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁸ 參見 <http://www.westcoastleaf.org/our-work/yes-means-yes/>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁹ 參見 <https://www.theguardian.com/world/2014/sep/29/yes-means-yes-california-sexual-consent>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹⁰ 林美代、吳姿瑩，沒有同意就是性侵（only YES means YES）——全球女權運動「積極同意」的倡議、教育與立法推動，婦研縱橫，第 108 期，頁 25-26，2018 年 4 月。

¹¹ EMILIE BUCHWALD, PAMELA R. FLETCHER, MARTHA ROTH, TRANSFORMING A RAPE CULTURE (1993) (opining that rape is an epidemic perpetuated by our society, which encourages male aggression and implicitly supports violence against women).

¹²，因而構成強姦文化。例如，一個神話規定，沒有反擊的受害者想被強制性交，人們普遍相信這種強姦神話，但是現實是，許多受害者在遭受性侵犯時會經歷「凍結反應（freeze response）」，在此期間他們無法身體活動或說話¹³。同樣，社會上普遍在性侵案發生之後，會指出婦女的衣著選擇、所喝的酒量以及性關係的頻率，作為婦女是自願性行為的指標。在當今社會中，有很多父權體制下的性別控制與性侵害迷思所造就的強姦神話，其中大多數是基於對犯人或受害者的文化成見¹⁴，其中關於受害者的一些最突出的神話包括：受害者常常謊稱被強制性交、受害人的行為舉止導致被強制性交以及受害人有責任保護自己免受性侵，相比行為人，受害者往往要承受更大的社會壓力。對強姦事件，人們會習慣性地偏向施暴者，反而對受害婦女的道德意識、著裝打扮等吹毛求疵，「為什麼要露出身體部位？」、「你為什麼不穿多一點？」。另一方面，性暴力受害者也會反問自己「如果我這樣穿、我不要那麼做，一切是不是就不會發生了？」。在性侵發生後，受害人在刑事司法系統的無助，在我們的社會中，太多的人，尤其是婦女，經歷著同樣的感受，他們受到侵犯、虐待，然後受到審查，問他們做了什麼會發生這種事情，他們受到關於自己的性生活的質疑，因自己受害而受到審判。他們一生中最糟糕的時刻變成了一個故事，在故事中，他們既是受害者又是被質疑的人。

自由女性主義法學家 Susan Estrich 對於性侵害法的分析，認為因為法律採取男性觀點而造成強制性交認定與定罪的遞減狀態，當事人認為「自己經歷了強迫的性」，其認定範圍大於「當事人認為自己被強姦」，又大於「當事人提出控訴的強姦」，又大於「被起訴的強姦」，又大於「被定罪的強姦」，呈現出漏斗狀的強姦圖像¹⁵。

女性主義者本能地將自己的作用視為與國家及其父權制所表現的強姦文化作鬥爭，這使女性主義在公共和政治上與性別犯罪控制緊密相連。隨著強姦改革運動開始並獲得政治權力並實現法律變革，自我反省的女性主義者開始注意

¹² Martha R. Burt, *Cultural Myths and Supports for Rape*, 38 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 217, 229 (1980) (concluding that rape myths are widely believed by Americans and that subscription to rape myths is predicated by a person's beliefs about sex-role stereotypes, interpersonal violence, and the opposite sex).

¹³ Kimberly Peterson, *Victim or Villain?: The Effects of Rape Culture and Rape Myths on Justice for Rape Victims*, 53 Val. U. L. Rev. 467 (2019). (indicating that many women experience a freeze response, during which they are unable to move). This myth—that if a woman does not fight back, she wanted it—is most commonly seen in the form of jokes such as “you can't rape the willing” or statements such as “she liked it” or “she wanted it.”

¹⁴ 「移動的針孔不能穿線」、「狗嫌無搖尾，狗牯毋敢來」、「一個巴掌拍不響」透過這些俗諺，可以發現社會的刻板印象如何奪走性侵受害者的話語權，「男人是不會對月經中的女人有興趣」、「有奮力抵抗嗎？」、「為什麼不選擇逃跑？」諸如此類的問題，塑造父權體制下的性侵害腳本，必須有大聲呼救、抵抗、淚不成聲，方為想像中的「性侵害被害人」。

¹⁵ 陳昭如，基進女性主義的強暴論，思想，第 23 期，頁 211，2013 年 5 月。

到，在定罪策略與女性主義的總體目標之間存在著許多緊張關係，這些目標旨在結束婦女的從屬地位，解散等級制度並尋求分配公平¹⁶。然而，反對性別暴力的女性主義團結並未導致對刑事性侵法的同質支持。相反，在女性主義學術界對性侵法規的批判性評估多種多樣，說明了女性主義理論的豐富性。在過去的幾年中，越來越多的女性主義理論家開始譴責「女性主義已被確定為國家對性的監管權」¹⁷。女性主義學者 Janet Halley 對這種她稱之為「治理女性主義」的現象的發展採取了批判性的態度¹⁸。治理女性主義通常是指「在實際的法律制度權力中相當明顯地存在著女性主義者」，這通常表現為一個實質性項目，即強調刑事執法¹⁹。

儘管有這樣的批評，但女性主義對於性侵改革的軌跡依然繼續朝著增加懲罰性的方向發展。關於性侵法規，女性主義支持者希望該法律能夠通過傳達訊息，使婦女擁有過去非常活躍的性生活，並且仍然保留拒絕性行為的能力，並有針對強制性交的法律補救措施，從而進一步提高女性的性主觀性²⁰。是以在性侵害法上的逐步變革之今日，基進女性主義論者提出在妨害性自主罪的構成要件採取「積極同意（Only yes means yes）的立法模式」。

然而此一主張受到女性主義學界與刑事法學界的許多批判。在女性主義學界之內部，即因各種不同派別而對於性侵罪有所不同認知與主張，首先就「積極同意」之立法模式產生的負面影響，性權派認為其有可能壓縮女性情慾解放，會扼殺掉情慾試探的空間²¹，反倒造成女性在性活動空間的倒退發展。就法律在形成規範方面的有效性可能取決於法律與當前社會實踐的偏離程度，亦即若現行社會對於性活動之觀念並未扭轉，當法律超前為立法時，二者偏離差距擴大，僅造成公權力不當侵入日常生活的狀態，而無助於改變社會文化。就刑事法是否應由女性主義過度介入之觀點，Elizabeth Schneider 所稱的「陰暗中間地帶」之間，即婦女迫切渴望擺脫性別暴力束縛的渴望與參與強制性國家刑

¹⁶ Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. Chi. L. Rev. 1, 13 (1988) (hereinafter *Jurisprudence and Gender*).

¹⁷ Judith Butler, *Against Proper Objects*, in *FEMINISM MEETS QUEER THEORY*, 14 (Weed & Schor, eds. 1997).

¹⁸ 像我這樣的一些人譴責「將女權運動納入了國家管理不良事件的目標中」。

¹⁹ Janet Halley et. al., *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 Harv. J.L. & Gender 335, 340-42 (2006) (hereinafter *International Responses to Rape*).

²⁰ Cristina Carmody Tilley, *A Feminist Repudiation of the Rape Shield Laws*, 51 Drake L. Rev. 45, 57 (2002) (observing that rape shield “proponents hoped that Congress could influence public opinion about gender equality by permitting women to be as sexually active as men without forfeiting legal protections when victimized”).

²¹ 何春蕤，豪爽女人——女性主義與性解放，皇冠，1994 年 9 月。

事的問題之間²²，因為女性在法律和社會中從屬性的先天不足和普遍存在創造了一個世界，在這個世界中，婦女受制於個別男性虐待者或父權制國家。然而，儘管放棄刑法和持續參與都不是理想的選擇，但在這個特定時刻，女性主義者應該一致批評我們的刑事司法系統其存在缺陷的前提，將注意力放至社會價值觀與教育之上²³。婦女不應在刑事司法系統中「走上權力殿堂」²⁴，而應從無法產生社會正義的、等級制度強化的犯罪系統中開始解脫女性主義及其重要的反性脅迫立場的過程²⁵。

就刑法的威嚇力部分，有學者認為刑法確實而且應該僅反映現行規範²⁶。對於主張「積極同意」模式論者，堅持通過消除或修改現有法律或頒布新法律以通過消極激勵手段改變價值的方式來改變文化的刑法潛力，其想法是，如果有足夠多的人因為害怕刑罰的權力而拒絕從事某種行為，那麼隨著時間的流逝，這種行為將成為一種禁忌，而避免這樣做將成為社會文化的一部分，刑法具有通過積極地宣布某種做法不可接受而具有形成社會觀點的表達潛力²⁷。反對者認為此一概念僅突顯刑法的威嚇力，卻忽略刑法的最後手段性以及謙抑性原則，此點不僅女性主義論內部有所批判外，於刑事法學界更是爭議喧囂。是以，在眾多文獻資料的閱覽下，積極同意模式是否適用於我國刑法妨害性自主罪章，仍有許多值得探究之部分。

第三節 研究方法、範圍與限制

本文採用「文獻資料蒐集與整理」與「比較法條文研析」等研究方法進行分析，然而各項研究方法皆有其限制與困難，下文將併同研究方法與研究範圍及限制說明之：

一、文獻資料蒐集與整理

²² ELIZABETH SCHNEIDER, BATTERED WOMEN and FEMINIST LAW 75, 196 (2000).

²³ Aya Gruber, *The Feminist War on Crime*, 92 Iowa L. Rev. 741, 824 (2007), (“Feminists should not be channeling their efforts into helping the government find new, better, and easier ways to incarcerate people.”)

²⁴ JANET HALLEY, SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A BREAK FROM FEMINISM 20-21 (2006), (criticizing “governance” feminists who “walk the halls of [mainstream] power”).

²⁵ Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harv. L. Rev. 829, 848 (1990) (contending that feminists should engage in a “deeper inquiry into the consequences of overlapping forms of oppression”).

²⁶ Elaine M. Chiu, *Culture in Our Midst*, 17 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 231, 232 (2006), (rejecting claim that the “law merely serves as enforcement of the common decency, propriety and morality of that culture”).

²⁷ JOEL FEINBERG, DOING AND DESERVING: ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY 100 (1970) (discussing “symbolic significance” of punishment).

本文搜集「比較法（以美國、加拿大、瑞典、國際組織為主）」與「我國法」的相關文獻，包括專書、文章、研討會資料、判決、立法理由和時事新聞等，探討彼等國家有關妨害性自主罪章的實體法規範，並於其中提出外國立法例的特色制度與相關實務、學說探討，以期作為我國修法之借鏡。

文獻資料蒐集與整理的優點，在於可以降低針對同一議題進行重複研究的時間、成本浪費，並從既有資料所提供的內容，更進一步地深入探討該項議題，如同站在巨人的肩膀般，藉由不斷地累積、挖深，可以向所欲研究之目標或重點不斷前行。然而，此一研究方法亦有其侷限，包括文獻的蒐集不易和主題偏在性等問題。例如德國在跨年夜性侵案後或者丹麥開展 FAATA 遊行後，出現許多修正相關法規的聲浪與批評，然而此等討論過於新穎且未臻完善，尚在爭論階段，以致在文獻的蒐集上出現相當困難。又例如各國文獻在探討特殊被害人的制度保障時，多偏以兒童作為論述主體，或有關智能障礙者的討論及特殊保護。

本文的分析資料的判決範圍則包括全國各級法院（即地方法院、高等法院及其分院、最高法院），所涉法條則是以刑法第十六章妨礙性自主罪章中之強制性交罪為主。

二、 比較法條文分析

主要以美國、加拿大為主，瑞典與其他國際組織為輔，其中於美國部分，僅以採取「積極同意」模式立法之州其刑法為條文分析，其他州刑法輔以參考。

第四節 論文架構

本篇論文先於第一章就問題意識與範圍予以說明，並提出研究方法、範圍與限制，闡明本篇論文問題背景。

在第二章中，主要在於論述被害人意願在本國法律之歷史沿革與立法現狀上的地位與認定模式，並從而展現性侵害罪之被害人曾有的困境與現有的問題。在本章中，先從本國之強姦法規之歷史沿革著手，從中得以看出在我國以往強姦規範中，個人之意願是否受重視以及如何認定的沿革脈絡。其次就我國現行立法狀態與實務當中個人意願之定位與認定，以及相關修法倡議，展現當前性侵害犯罪被害人所面對之法律規範與實務操作。

第三章則鑒於美國法律乃為女性主義法學之發源中心，以及目前明確採取「積極同意模式」為立法之美國部分州、加拿大與瑞典，故借鑒美國（紐約州、華盛頓州、威斯康辛州）、加拿大、瑞典性侵害犯罪法律之沿革與現況，探究個人意願在性犯罪規範中之規範與認定，曾如何因而惡化被害人之地位與境況，而針對該困境又曾作出何種法律改革，而目前的法律規範又是如何處理

相關案例，以及相關學說與實務之討論，而供本文於討論本國現行法時相互參照印證。此外，並綜觀國際組織與各國現行法規對於個人意願之規範與探討，就當前個人意願於國際法規當中之地位與認定作一介紹。

第四章中，則專注於提倡「積極同意模式」之理由、內涵，討論個人意願所應有之定位，以及操作上之認定標準。從性犯罪之特殊性、性犯罪保護法益之沿革、直至性自主權之介紹先予探究，先確認性犯罪中所欲保護的重心乃為個人之性自主權。其次，即使確定性犯罪乃欲保護個人之性自主權，個人意願是否應明文規定於法律規範中亦有爭議，故從其沿革觀察，探討個人意願於法律規範中明文化的必要性。故簡介相關論述看法，論及強制模式、修正強制模式、違反意願模式與積極同意模式等四種立法模式差異，深入探討積極同意模式主張者對於各界批判的解惑，以及相較其他模式應採取為立法之意義。

於第五章中，討論在如此論述之下，積極同意模式在我國妨害性自主罪章是否有適用可能。先就刑法謙抑性原則為討論，從積極同意模式之客觀構成要件與截堵構成要件方面為著手，解釋謙抑性原則與積極同意模式之衝突。其次，就我國實務運作中所產生之問題，討論在本文主張不採取「積極同意模式」之下應如何操作，始可改善當前個人意願認定之瑕疵以及被害人因而面臨之困境。

最後於第六章中，就本文論述作一回顧與總結，並點出除了法律之外，在社會、文化、性別當中所期望之推進。

第二章 我國性侵害法制之沿革與修法方向

在討論「積極同意模式」於我國防害性自主罪章之適用前，首要探討「意願」在我國性侵害法制的歷史上，經歷過之沿革與修法方向，探究目前之立法現況，以及就現況所提出的修法倡議，對比妨害性自主罪章之不同的立法模式的為比較。

關於性侵害法制在歷史上之沿革與修法方向，以 Munro 所提出的「以意願為基礎（consent-based）」和「以強迫為基礎（coercion-based）」作區分，即為用兩種性侵害法來解釋改革途徑²⁸。前者以意願為核心的性侵害法改革，認為是否構成強制性交的核心是意願的違反，而將改革的重點置於意願的要件，亦即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，這種改革取徑，又被稱為「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，來避免傳統性侵害法的缺失²⁹。而後者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挫，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，這種性侵害法改革的主張與傳統性侵害法不同，傳統的性侵害法用物理性的強暴、脅迫或者是否有抵抗來認定強制³⁰，而以強制為中心的性侵害法改革，則是將強制視為一種權力不平等關係的操弄³¹。

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聯合國消除對婦女歧視委員會（CEDAW）的見解，皆是「以意願為基礎」的取徑。是以本文即從有關「意願」於我國性侵害法制的歷史沿革脈絡為開展探討，找尋「以意願為基礎」的性侵害法制改革的可能性。

第一節 歷史沿革

我國姦罪最早見於西周，強姦處刑隨著朝代演進逐漸加重³²，在先秦時期，人們對犯強姦罪的人，處罰就非常嚴重，諸侯犯「淫罪」殺頭、官宦是流

²⁸ 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).

²⁹ 陳昭如，同註 15，頁 225。

³⁰ 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 force-based。陳昭如，同註 15，頁 225。

³¹ 陳昭如，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，司法院大法官一〇四年度學術研討會-人權公約與我國憲法解釋，頁 72，2015 年 12 月。

³² 姦罪是中國最古老的罪名之一，古代最早有關因「姦（淫亂之行）」判罪並處以刑罰的記載始於西周《路史》。戰國時期《法經》在雜律篇中對違反婚姻義務的奸淫行為開始有了明確規定：「夫有一妻二妾，其刑讞；夫有二妻則誅；妻有外夫則宮，曰淫禁。」此後各朝代刑法典

放，普通人則就是閹割³³，從隋朝開始，性犯罪就被列入「十惡」³⁴，屬於不能赦免的罪行，唐朝有了「強姦罪」這個名詞，並且規定犯此罪的「輕則杖責，重則流放和絞刑³⁵」，宋朝律法則規定如果有夫之婦被強姦，強姦者按律當斬³⁶，元朝基本是繼承宋朝的刑法，除去對「強姦者」依舊嚴懲以外，額外增加了強姦幼女和輪姦的罪，規定「諸強姦人幼女者處死」和「三男強姦一婦者」皆處死的記載³⁷，明清律法中，強姦者絞刑，強姦一定身分之親屬者斬刑³⁸。

從律法明文可見，傳統性犯罪所要保護的是倫理綱常，任何有違倫理之性行為亦即所有非具合法婚姻關係之男女性交情形，皆處以極刑死刑，是否有涉及暴力非所問，例如《唐律》對於姦罪的規定，主要依犯姦雙方之關係與身分，以良人、親屬、良賤、以及特殊身分等四種情況來論罪³⁹。又，當時強姦認定的強制型態，僅限於暴力強迫等有明確武力施行行為，並不包括脅迫恐嚇等非武力只使用話語的情形。中心思想維護綱常倫理的《唐律》認為即使是受恫嚇等非武力的強制，女子若未能充分抵抗，即未盡其保護自身貞節的義務則自然同罪⁴⁰。從《唐律》強化了尊卑觀念得以窺見家父長地位的確立，使得女性更為弱勢，也正因為強調家父長的權威，使包括姦罪在內的眾多法條，均不

也效仿《法經》的立法模式，將姦罪列入法典的雜律篇中。詳參見，黃源盛，晚清外國法繼受中「無夫姦」存廢的世紀之爭，高明士編，東亞傳統家禮、教育與國法(一)——家族、家禮與教育，國立臺灣大學出版中心，頁 245，2005 年 9 月；蕭宏重，古今姦罪立法的對比分析，法制博覽，中國政法大學民商經濟法學院，2019 年 11 月。

³³ 《烈女傳》中記載當時秦楚兩國對「強姦罪」的處理方式是：「若諸侯外淫者絕，卿大夫外淫者放，士庶人外淫者宮割。」

³⁴ 《開皇律》在《北齊律》「重罪十條」基礎上，改為「十惡之條」，即：「一、謀反，二、謀大逆，三、謀叛，四、惡逆，五、不道，六、大不敬，七、不孝，八、不睦，九、不義，十、內亂。」強姦犯被定為「內亂」之一。

³⁵ 《唐律疏議》規定：「奸他人部曲妻、雜戶、官戶婦女者，杖一百。強者，各加一等，折傷者，各加斗折傷罪一等。」

³⁶ 《宋刑統雜律》：「應有夫婦人被強姦者，男子決殺，女人不坐罪」。《慶元條法事類》：「諸強姦者，女十歲以下雖和也同，流三千里，配遠惡州。未成，配五百里。折傷者，絞。」

³⁷ 按古代女性多為十三、四歲就成為母親，所以判定十歲以前的女性不能發現性關係，其實比現在的法規還嚴厲。《元史》卷一百四《刑法志三·姦非》：「諸三男強姦一婦者，皆處死，夫人不坐。」

³⁸ 以《大明律》為例：「犯奸：強姦者、絞。未成者、杖一百、流三千里。奸幼女十二歲以下者、雖和、同強論。以唐律疏議第二十六卷雜律為例，其規定普通相和姦，徒一年半；奴與良人和姦，徒二年半；和姦親屬，自徒三年直至絞刑；強姦徒二年，但奴強姦良人或姦父祖妾、伯父母、姑、姐妹、子孫婦、兄弟之女者，皆處絞。」詳參照：

https://zh.wikisource.org/wiki/%E5%94%90%E5%BE%8B%E7%96%8F%E8%AD%B0/%E5%8D%B7%E7%AC%AC%E4%BA%8C%E5%8D%81%E5%85%AD#410_%E5%87%A1%E5%A7%A6，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

³⁹ 翁育瑄，唐代的姦罪——以唐律為中心的探討，法制史研究，中國法制史學會會刊，第 22 期，頁 53-104，2012 年 12 月。

⁴⁰ 古時律法強調女性有無以死抵抗，而不是追究男性惡行的責任，若女性沒有所謂的以死抵抗，就會被扣上通姦帽子，男女同罪並罰。詳參見，趙鳳喈、鮑家麟，中國婦女在法律上之地位(附補篇)，稻香，頁 131，1993 年 5 月。

利於女性，此外古代尚有女子三從四德的從屬性，無一不在凸顯女性的身體物化狀態，此具身軀是屬未嫁父、既嫁夫所有，更甚者亦屬寡居宗族所有，女性者守護真操的義務並無自主權力。

顯而易見，在傳統姦罪被害人的意願並非受保護或成罪的重點，強姦罪中所要維護的乃是社會風氣、倫理綱常等當時社會認定並尊崇的價值，即傳統禮教禁止婚前、婚外之性行為，古代社會以婚姻關係作為禮法，而將破壞婚姻禮法的行為視為犯姦行為，縱為自願的性行為亦被認為是道德上不可饒恕之罪過、不可抹滅之瑕疵，其惡性達到應受刑罰懲戒，是以該性行為是否在社會所認可的婚姻狀態下發生才是成罪之關鍵⁴¹。

《大清律例》中規定在刑律犯姦門，區分通（和）姦及強姦，該門首條是犯姦，是以和姦作為基本規定，強姦僅為加重處罰。「凡問強姦，須有強暴之狀婦人不能掙脫之情，亦須有人知聞及損傷膚體毀裂衣服之屬，方坐絞罪；若以強合，以和成，猶非強也；如一人強捉一人姦之行姦人，問絞；強捉問未成，流罪；又如見婦人與人通姦，見者因而用強姦之，已係犯姦之婦難以強論，依刁姦律。⁴²」在此律文中對於所謂強姦行為，其必須要有強暴以致婦女不得抗拒之情狀，再者必須此行為為他人所知曉，且還要有損傷膚體毀裂衣服之結果，對於強姦仍著重於貞操、風化之上，對於意願之要件則是雖起始為強，但若後續女性配合則不論強姦。其次，清律以客觀之年齡要件作為特別保護之區分界線，對於被害人為十二歲以下之幼女為特別保護，縱為你情我願之合同行為，也必須論以強姦罪⁴³。

《大清新刑律草案》第二十三章「姦非及重婚之罪」共計十三條，刪除原刑法當中和姦及近親相姦為罪之規定⁴⁴，僅限於強制而為的強姦罪。暫行新刑律、民國 17 年舊刑法、民國 24 年刑法僅在刑度及條文分佈上有所異動；又，民國 17 年舊刑法因範圍包含之內容過廣，而將章節名稱從「姦非及重婚罪」改為「妨礙風化罪」⁴⁵。

《大清新刑律草案》、暫行新刑律、民國 17 年舊刑法、民國 24 年刑法就強姦罪的客觀構成要件採雙重行為，包括強制行為與行姦行為。以強制手段為

⁴¹ 盧言珮，論妨害性自主罪章中之他人意願，東吳大學法學院法律學系碩士論文，頁 25，2010 年 1 月。

⁴² 薛允升撰，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本(五)，成文，頁 1079，2010 年 1 月。

⁴³ 「姦幼女十二歲以下者，雖和，同強論。」同前註，頁 1079。

⁴⁴ 立法理由：「竊思姦非雖能引起社會國家之害，然逕以社會國家之故，科以重刑，於刑法之理論未諧，例如現時並無限制泥飲及惰眠之法，原以是等行為非刑罰所能為力也，姦非之性質亦然。惟禮教與輿論足以防閉之，即無刑罰之制裁，此種非行亦未必因是增加，此本案刪舊律姦罪各條，而僅留單純之姦非罪也。」

⁴⁵ 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第 44 卷第 4 期，頁 66，2000 年 8 月；盧言珮，同註 41，頁 26。

主，進而推論被害人之意願，且該推斷被害人「並未同意」之標準只有在該強制手段達到使被害人不能抗拒之程度時，才會認為此時被害人並未同意該性活動，任何尚未達到不能抗拒的手段，或被害人對於行為人出於恐懼的假意屈從或伺機而逃的暫時配合，或是慌亂、身體不受控而無法抵抗，只要被害人在此類尚未達到不能抗拒之情形即屈服於行為人，都會被認為對於與行為人性行為之進行是屬同意。而行為人若已著手強暴、脅迫之行為，雖姦淫行為完成既遂，但若該強制行為在客觀上未能達到使被害人不能抗拒之程度，則強制行為即未達既遂階段，而只能夠成本罪之未遂犯⁴⁶。

實務在持續到 1999 年之期間就「致使不能抗拒」的程度認定逐漸採取較為寬泛的標準，如宗教術術欺騙算命女子用迷信等各類藉口（行為人自稱齊天大聖、以解運為由等），而藉之所為之性侵入行為，可成立強姦罪⁴⁷。「強姦罪及強盜罪，雖俱以至使不能抗拒為犯罪構成要件之一，但二者所稱之不能抗拒，其程度應有所差異。……是否足使婦女顯難抗拒，應綜合行為人及被害婦女之年齡、知識程度、精神狀態、健康情形、時間、地點及其他因素等情狀，依社會觀念判斷之。」實務明確指出⁴⁸。但同時在實務運作上開始出現新的爭議問題，如並無較輕之罪名來處罰所謂「強制行為若未達到不能抗拒的地步」⁴⁹。

1980 年代末期，在察覺到性侵害被害人長期在我國司法體制下，所感受的絕望、無助與各種對於被害人言行衣著逼問的受辱狀況，臺灣婦運人士開始對性侵問題關注，著手相繼成立相關團體，主動提供性侵害被害者各種心理或實質行動援助。歷經幾起重大矚目社會事件，因造成社會討論日益激烈，民間輿論的壓力下，1999 年，婦運人士與立法委員共同提案修正刑法中妨害風化罪章，催生相關法律⁵⁰。

第二節 立法現況

第一項 修法歷程

1999 年 4 月刑法妨害性自主罪章修法公佈實施，增列妨害性自主罪之罪章，將原屬妨害風化罪之性侵害各罪如強制性交、強制猥褻及利用權勢姦淫等罪（刑法第 221 條至 229 條之 1）仍留置於第十六章，但章名變更為「妨害性

⁴⁶ 林山田，論強姦罪與輪姦罪，刑事法雜誌，第 23 卷第 1 期，頁 9，1979 年 2 月。

⁴⁷ 最高法院 52 年度台上字第 1024 號刑事判決、最高法院 56 年度台上字第 2210 號刑事判決。

⁴⁸ 最高法院 87 年度台上字第 406 號刑事判決。

⁴⁹ 王如玄，性侵害案件法律規範之修訂與過程，律師雜誌，第 212 期，頁 23，1997 年 5 月。

⁵⁰ 盧言珮，同註 41，頁 29；林山田，論刑事制裁法體系的改革，法令月刊，第 51 卷第 10 期，頁 259、263，1990 年 10 月。

自主罪」，從「強姦罪」到「強制性交罪」的變遷，這次修法將強姦與猥褻罪從「妨害風化罪章」中獨立出來，另成一個獨立的「妨害性自主罪章」，強調性侵害犯罪係指侵犯被害人之性自主權，揚棄傳統之「貞操、名節」觀念，回歸被害人之主體性也就是將性的保障「權利化」。而將血親性交罪、性媒介罪、公然猥褻罪、散佈猥褻物罪等典型侵害公法益之犯罪，移置於所增列之第十六章之一，仍名為「妨害風化罪章」。

該次修法首要論者即針對保護法益另立新罪章，認為處罰刑法性犯罪規定之保護法益乃為個人性自主權及身體控制權，從妨害風化脫離，故為彰顯其對自由權、身體不可侵犯權及性自尊的侵害，並避免使用傳統道德評價之風俗犯罪用語，法規範文字的改變意義在於從自由主義的女性主義的觀點重新界定性侵害，第十六章章名修正為「妨害性自主罪」，強調被侵犯的是「性」，而不是作為社會風化的性道德感情與秩序，其次，對於性自主權的保障，不因性別而有所不同⁵¹。

1999 年刑法中關於強制性交的規定，修法前條文：「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。」立法文字使用「至使不能抗拒」的文字，意味著被害人必須在物理上實施積極對抗才有可能使被告構成強制性交。當時司法實務見解認為強制性交罪所施用之強暴、脅迫手段，只要有壓抑被害人的抗拒使被害人喪失意思自由即可，縱使被害人實際上沒有抗拒行為，還是構成強制性交罪⁵²。對於強制性交罪之構成要件規定，立法者認為強制性交罪之原條文要件過於嚴苛，故而提案從原來的「致使不能抗拒」改為「致使難以抗拒」。但後續經逐字不斷討論，該強制標準另加入「違反其意願之方法」，調整強制性交罪之構成要件，將使用藥劑之行為移置於加重構成要件，行為客體不再限於婦女，男性亦得為被害人，並增列「恐嚇」之情形於強制手段的例示之中。

至於針對妨害性自主各罪架構，於總則中增列「性交」之立法解釋（第 10 條第 5 項），以替代刑法分則中相關條文（不以妨害性自主罪為限）所使用之「姦淫」的概念，故刑法及特別刑法中有涉及姦淫概念者，也一併變更。

此外，性騷擾被區分於性交以外，立法院於 2006 年 2 月 4 日開始施行性騷擾防治法，強吻或突襲觸摸等行為規定於第 25 條之性觸摸罪。

⁵¹ 陳昭如，同註 15，頁 210。

⁵² 最高法院 76 年台上字第 7699 號判決、最高法院 85 年度台上字第 5090 號判決。

第二項 強制性交罪之構成要件

第一款 客觀構成要件

就現行刑法第 221 條強制性交罪之構成要件而言，多數學說認為，須具備強制行為與性交行為，亦即對他人使用強制手段，而在違反其意願之情形下，對其為性交行為者，始足以構成本罪，採雙重行為（雙行為犯），前階段之強制行為（保護生命、身體、自由法益）與後階段之性交行為。而就強制行為方面，因原本「致使不能抗拒」之標準過於嚴格，違反人性的可期待性使被害人必須冒著生命危險為抗拒的程度，故修正草案從「致使難以抗拒」之要件修正到現行的「違反意願之方法」，而使強制行為包括以「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反被害人意願之方法」。但對於何謂「其他違反其意願之方法」，解釋上學說與實務相異甚巨，分為以下三種論述。

1. 高度強制手段說

修正後的強制性交罪或強制猥褻罪，雖然增加「其他違反意願之方法」，但其程度仍應類似於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等強制手段，該強制手段有升高被害人生命、身體之侵害危險，才處以極重之刑，亦即在判斷行為人的行為是否違反意願之方法，須結合前述列舉式的強制手段為綜合判斷，否則有不法內涵及刑度不相當之問題⁵³。

有學者對此認為，從強制性交罪之本質來看，該「致使不能抗拒」之規定，並未違背所謂性自主的精神，反之，刑法需要求被害人對於行為人之強制行為嚴肅而極盡努力去加以反抗，方能體現性自主之精神⁵⁴。修正之新法以「其他違反他人意願之方法」取代「至難以抗拒」，使強制行為的本質喪失，且新法無強制程度的描述語，又以「或其他違反其意願的方法」詞語使用，依文義解釋該手段並不要求暴力要素亦毋須帶有危險，將令所有足以違反被害人意願之行為皆該當本罪的強制行為，使強制性交罪經由構成要件行為及結果的雙重擴張，成罪可能性大幅提升，然而同時舉證有違反被害人之意願卻變得更加困難，不當擴大刑事司法的工作負擔，提高司法資源的成本⁵⁵。採相同論者為符合立法上強制性交、強制猥褻罪之立法「強要性」，基於強制手段要件的

⁵³ 甘添貴，刑法各論（下），頁 237，2019 年 9 月修訂五版；高金桂，強制性交罪的強致力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第 422 號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，頁 256，2011 年 2 月。

⁵⁴ 林山田，刑法各罪論（上），頁 235，2005 年 9 月增訂五版。

⁵⁵ 林東茂，刑法綜覽，頁 26-28，2019 年 11 月七版。

必須，亦認同行為人所用的手段須如例示般，具強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等類似強制性質之方法始可⁵⁶。

是以，採取本說之學者認為其他違反其意願之方法乃為本罪強制行為的概括規定，不可單就「其他違反其意願之方法」而作文義解釋，而認為凡是任何違反被害人意願之方法，均屬之。亦即被害人必須是違反其意願而與行為人為性交行為，行為人始能構成本罪，但被害人是否違反意願而為性交，須結合前述的強暴、脅迫等例式的強制行為而為綜合客觀判斷，並非被害人主觀上主張為斷，而是在客觀上以行為人在與被害人為性交行為之前，必須有著手如強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他相類似的不法方法，足以違反被害人意願的強制行為，蓋這些手段須具有使被害人不得不屈從的「明顯功效」⁵⁷，始足以認定被害人違反其意願而為性交行為⁵⁸。

亦有從立法方式而論者，基於刑法內部之系統性的考量，原本的強制性交罪與強盜罪在構成要件的結構相似，強制性交包含實施強制與性行為，強盜包含實施強制與奪取財物，均為雙行為犯亦為雙結果犯，其中強制性交含妨害自由即侵害身體（性侵入），強盜含妨害自由與侵害財產法益，兩罪可謂調和的立法結構。強制性交罪修法刪除強制力行使程度之限制，破壞刑法內部構成要件之系統性，在犯罪判斷上與利用權勢性交罪容易混淆，實易添增實務上之困擾⁵⁹。

又，在「性騷擾防治法」施行生效後，有學者及實務從性騷擾防治法逆向推論所謂「違反他人意願之其他方法」，須與前述例示之強制手段具相當性始可，按性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處……」，足以論證刑法第 221 條所謂「其他違反其意願之方法」，應係指與條文規定強制行為之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術相類之其他不法方法而言⁶⁰。

2. 低度強制手段說

⁵⁶ 劉邦繡，性侵害犯罪防制法之性侵害犯罪新解--以一九九九年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第 267 期，頁 91-92，2001 年 12 月。

⁵⁷ 盧映潔，刑法分則新論，頁 377，2018 年 9 月修訂十三版。

⁵⁸ 林山田，同註 54，頁 235。

⁵⁹ 高金桂，從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，刑事政策與犯罪研究論文集，卷 3，頁 48，2000 年 11 月。

⁶⁰ 臺灣高等法院臺中分院 96 年度上易字第 529 號刑事判決。

此說認為，只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗或難以逃脫的狀態並利用之，即屬強制手段，不以行為人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等高度強制手段為必要⁶¹。

有學者特別提出「受詐術欺瞞是否為低度強制手段所涵蓋？」，進而論述認為，該詐術如具有恐嚇性質，像是假宗教之名製造心靈恐懼，有影響被害人同意的效力，應視為無效同意，則該詐術欺瞞即為低度強制手段所包含；反之，若該詐術不具恐嚇性質，則區分為二種類型，一為該欺詐具法益關聯性，亦即詐騙內容與法益侵害有關或與法益侵害的種類、手段有關，例如佯稱為推拿按摩療程而為性交行為、婦產科醫師以醫治之名本應以醫療器械卻以生殖器放入患者性器，則該詐術為低度強制手段，另一則為該欺詐不具法益關聯性，像是被害人對於性交的對價、目的受到欺瞞，但對於性交一事沒有誤認，談好付費性交卻事後不予給付、以結婚為前提的性交目的未履行，則此種情形並非低度強制手段所涵蓋，故不成立強制性交⁶²。

綜上所述，可發現低度強制手段具有兩層意義，層次一：手段方式僅須達低度強制「手段」，不以類似於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等手段為必要；層次二：低度強制「程度」亦即強制手段施加之後的強制作用力，毋須如舊法「不能抗拒」程度，只要行為人行為已達到使被害人「難以抗拒」，甚或因害怕而「沒有抗拒」，亦可成立強制性交或猥褻罪。

3. 強制手段不要說

此說認為，其他違反被害人意願之方法，不僅不需以類似所例示的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等手段為必要，即便沒有行使任何強制手段，也可成立，只要違反被害人意願之方法妨害其意思自由，均可符合，故又稱「違反意願說」。所謂違反被害人之意願，比被害人的意思受到壓抑涵蓋更廣，接近日常用語「非心甘情願」之涵義，一般平常人皆可能基於各種因素而心不甘情不願地做任何決定，凡此均屬違反意願⁶³。

實務指出性自主權之內容，至少包含拒絕權（指對於他人無論善意或惡意的性要求，均可拒絕，無須任何理由）、自衛權（指任何人對於指向自己之性侵害皆有防衛之權利）、選擇權（指任何人均享有是否進行以及選擇如何進行性行為之權利）、承諾權（指任何有承諾能力之人對於他人提出之性要求，有

⁶¹ 王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，頁 26，2010 年 1 月；陳子平，刑法各論（上），頁 207，2013 年 10 月四版。

⁶² 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意--以強制性交罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，頁 407-412，2013 年 6 月。

⁶³ 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第 2 期，頁 117，1999 年 6 月。

不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意之意思表示) 等內涵⁶⁴。如以科學上無法即為印證之手段為誘使(例如法力、神怪、宗教或迷信等)，由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交或猥褻決定，此行為即屬一種違反意願之方法⁶⁵。

總結，對於「其他違反其意願之方法」之理解及詮釋，多數學者認為是指一切與例示手段強度、性質相當的其他手段⁶⁶；亦有少數部分學者依文義解釋，認為應指例示以外之使人不能抗拒之一切手段或方法⁶⁷。

而實務上，有鑑於各刑事法庭對於「違反其意願之方法」的適用不一，故在最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議決議當中對該條文之適用標準進行討論。討論中提出甲、乙二說見解：

甲說：刑法第二百二十四條所謂「違反其意願之方法」，是指行為人應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人自主決定權，始足當之，而非祇要行為人以任何違反被害人意願之方法而為猥褻行為者，即構成刑法妨害性自主罪章之強制猥褻罪。

乙說：刑法第二百二十四條所謂其他「違反其意願之方法」，是指除該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外之其他一切違反被害人意願之方法而言，且不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法為必要。

該刑庭決議最終採取乙說，認為在民國 88 年以前原條文之「致使不能抗拒」要件，是否成立罪行關鍵容易造成要求被害人因需要拼命盡力抵抗而致生命或身體受更大之傷害，違反人性的要件過於嚴格，因而修正為「違反其意願之方法」，故為符立法考量人性與保護被害人之本旨，所謂「違反其意願之方法」應是指該條所例示之手段以外的其他一切違反被害人意願之方法，足以妨害被害人之意思自由，不需以所例示之手段等強度相當之其他強制方法。

綜上，在我國立法現況下，可發現「被害人之意願」等文字雖明文規定於法律條文中，但其應用在實務及學術上仍有諸多不同之見解，實務與學術亦對於「何時」以及「如何」構成違反被害人意願之標準，仍爭論不休而未有確切界定。

⁶⁴ 最高法院 107 年度台上字第 3348 號刑事判決。

⁶⁵ 最高法院 103 年度台上字第 2730 號刑事判決。

⁶⁶ 盧映潔，強制性交罪與乘機性交罪之區別，月旦法學教室，第 20 期，頁 244，2004 年 6 月；林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 30-31，1999 年 7 月。

⁶⁷ 蔡墩銘，刑法各論，頁 394，2013 年 8 月修訂十版。

第二款 主觀構成要件

行為人主觀上對其施用強制行為足以壓制被害人意願之事實有所認識，並且進而決意在違反被害人意願之下與其為性交行為的心態。有學者指出，該心態應有所限縮⁶⁸，亦即如行為人其心態係純以傷害之意思為之，主觀上並無認知到其行為與性有所關聯，應論以傷害罪或重傷罪，需有性交意識，始能論以本罪⁶⁹；惟實務上有認為性交行為之評價不應考慮行為人有無滿足性慾之意識，只要行為人非基於醫療或其他正當目的而為性侵入行為，即屬之⁷⁰。

本罪之構成要件「故意」不以直接故意為限，間接故意亦該當。行為人若在客觀事實綜合下可推知被害人對於為性交行為並非完全出於自願，明知卻不違反其本意甘冒實現強制性交之危險而為之者，如此即為對本罪的間接故意。然而，行為人若誤以為被害人的虛張聲勢，是對其強制行為的反應的矯揉造作、半推半就而已，則這種構成要件錯誤，可能排除強制性交故意⁷¹，而此涉及是否應將「過失」納入構成要件中之討論。從下列兩項實務案例中得見行為人對其壓制被害人意思而為性交之情事未能有正確認識，而致發生構成要件錯誤之情形⁷²。

1. 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 1027 號刑事判決⁷³

「案件事實為當事人與被告及其六歲兒子駕車至荒僻山區討論分手事宜。由於討論衝突，被告以武力恐嚇要求當事人穿脫衣物，並恐嚇其子脫衣，甚至要其與當事人從事性行為。當事人見狀極力安撫被告，並同意與被告發生性行為。」⁷⁴

法院判決認為，當事人指陳其二人於交往過程中，常有吵架之後經由被告主動安撫，而後發生性交的情形發生，被告與當事人當時既是交往四年多的情侶，交往期間吵架完後，被告會主動安撫，雙方和好後接著發生性交。則事發當天亦是雙方吵完架，和好後在當事人口頭上同意之情形下發生性交行為，被告有先詢問當事人並取得當事人同意後，才與當事人為性交，期間當事人亦無反抗，當事人固證稱當時她安撫被告的目的是希望被告不要再打罵她兒子，且

⁶⁸ 甘添貴，同註 53，頁 335。

⁶⁹ 最高法院 106 年度台上字第 742 號刑事判決。

⁷⁰ 最高法院 107 年度台上字第 1614 號刑事判決。

⁷¹ 林山田，同註 54，頁 228。

⁷² 其他實務見解尚可參考臺灣花蓮地方法院 103 年度侵訴字第 22 號刑事判決。

⁷³ 本案二審，臺灣高等法院 97 年度上訴字第 2651 號刑事判決，目前繫屬法院未上傳。

⁷⁴ 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 1027 號刑事判決案件事實節錄。

害怕被告傷及自身，所以順從被告要求等語，上皆情況縱使屬實，然此為當事人主觀上之心理狀態，既未表現於外之客觀，難認被告對當事人此時之主觀心理狀態在經驗與客觀環境綜合判斷下得有所認識，進而違反當事人意願與之為性交，亦即被告並無強制性交之主觀要件上的故意，其所為應僅論以通姦行為，而非強制性交⁷⁵。

2. 臺灣士林地方法院 92 年度少連訴字第 43 號刑事判決⁷⁶

「案件事實為當事人與被告原為情侶，在民國 91 年間 2 月協議分手之後，仍陸續有發生性關係。當事人證稱被告於 3 月上旬以其所持之性愛光碟，以公布於眾而威脅當事人為性交，4 月又以出國要拿手機為藉口，而將當事人載往山區，並在車上恐嚇要將當事人埋在山上，且無人知曉，又拿出水果刀劃傷當事人胸口，後因警車經過而停手，並將當事人載回住處為性交。」⁷⁷

法院判決認為，被告與當事人於協議分手之後，仍然牽扯不清，若當事人有受到威脅之情形，應會主動與被告劃清界線，不應仍然接受被告為其繳交電話費用等幫助，故認為以此作為威脅強制性交之指控並不足採信。另外，審理日時當事人指陳其隨同被告返回被告住處後，遭受被告性交侵害，指出被告不可能誤認她有同意，因為她已經講要回家，惟查當事人在本院該次審理時另說：「我有明確表示不願意和被告發生性行為，我有說要回家，更何況他拿刀刺我，我害怕都來不及，怎麼敢說出讓被告抓狂的事情，我表示害怕，是我不想脫衣服，只是沒有說出來」等語。按當事人固然曾經歷被告恐嚇與傷害之情，惟當事人與被告過去係有性關係的情侶，且縱協議分手後至今仍陸續發生性關係並未中斷，當事人對期間之性關係既無任何反抗，法院質疑被告能否於案件發生當時區辨當事人願意或不願意與之發生性行為⁷⁸。

從上述兩個實務判決可以發現，實務在操作上相當重視兩人過往歷史經驗，並以此作為案件發生時的佐證依據，忽略在歷史經驗中雙方的互動惡性。只要行為人與被害人雙方曾有交往關係，且曾發生與案件當時類似模式之性行為的情形下，即使行為人以武器為強制，而被害人已經口頭明確表達其不願為性交行為，只要被害人沒有足夠激烈的肢體反抗，亦會認為行為人無法從客觀

⁷⁵ 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 1027 號刑事判決節錄。

⁷⁶ 本案二審，臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1732 號刑事判決改判有罪，但不公開；三審最高法院 96 年度台上字第 6340 號刑事判決，維持有罪，後歷經更審亦維持有罪；最終在最高法院以上訴駁回，有罪判決確定。

⁷⁷ 臺灣士林地方法院 92 年度少連訴字第 43 號刑事判決案事實節錄。

⁷⁸ 臺灣士林地方法院 92 年度少連訴字第 43 號刑事判決節錄。

環境為綜合判斷，以認知當事人對於性交行為的不願意，故不構成強制性交罪之故意。如被害人有曾經在受行為人毆打後同意為性行為的經驗，法院認為即使被害人的確在係爭案件受到脅迫而為性行為，但在被害人沒有明確的極力反抗的情形下，因受害人事觀上之心理狀態非被告所能認知，亦會由於行為人主觀上認知缺乏故意而判決其不構成強制性交罪。

第三項 其他性侵害罪架構

妨害性自主罪章中尚就性自主之侵害定有其他規定，當中雖未明文提及，但皆與個人之意願有所關聯。

1. 第 225 條乘機性交罪

「對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

本罪利用因條文規定等心神喪失或難以自主之情形，而在被害人不能或不知抗拒以的情形下，對其為性交或猥褻行為。所要保護面向為性自主決定權下，「潛在的」性行為選擇自由⁷⁹。行為人之故意行為並非被害人之無抗拒能力或不知抗拒之原因，又，所謂被害人不能或不知抗拒的情形，被害人須處於因精神疾病、因病陷入昏迷、因飲酒而大醉（如撿屍行為）、意外事故而昏迷不醒、服用藥劑而熟睡不醒等狀態下，亦即被害人處於行為控制能力顯著低下或知覺能力較低的「無法或難以擷取意願」之情形下，若被害人係因行為人而陷入被壓制狀態，則非乘機應論強制，至於單純熟睡，學者認為被害人對於性交或猥褻此等動作較大的活動，必驚醒而為抗拒，故而不足以評價為精神障礙⁸⁰，惟實務上有認為亦該當本罪⁸¹。有認為應將本罪的適用限縮於行為人把被害人當成滿足自己性需求的純粹工具的情形，而非將有一方當事人為身心障礙者之情形悉數入罪⁸²。

2. 第 227 條與幼年男女為性交罪

「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。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。」

⁷⁹ 有認為將此分類為擬制侵害，詳參李聖傑，妨害性自主第三講：類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，頁 100-102，2004 年 9 月。

⁸⁰ 林山田，同註 54，頁 244。

⁸¹ 最高法院 49 年台上字第 910 號刑事判例。

⁸² 蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 12，2016 年 12 月。

本罪乃鑒於未滿十四歲之兒童與未滿十六歲青少年，知慮淺薄，心智發育尚未健全，而對於為性交行為欠缺足夠的判斷能力，即使行為人非出於強制而對其為性交行為，仍應以犯罪化，法定代理人之同意無法阻卻本罪該當⁸³。基於幼年人自我身心健全成長的權利，本罪之考量乃發展心理學上的認知基礎，認為一個人在性方面之決定能力屬於整體人格的一部分，是以必需隨同發展，過早於性方面透過外在他人意志涉入，將使其日後之整體發展有所干擾，著重於國民健康之公共利益，而非對幼年男女的性自主權保護。亦有從避免幼童與成人間存在實力落差而淪為性客體之角度，是以國家有義務排除此影響⁸⁴。

3. 第 228 條利用權勢機會為性交罪

「對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

本罪在侵害被害人性自主意識的情境下，設定為被害人因為一定利害關係所形成的精神壓力下而不敢反抗，但被害人對於是否接受性交的要求仍有衡量厲害之空間。本罪之所謂的監督服從關係，必須出於親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係的原因，行為主體對客體具有支配、僱用、照護等監督權，行為主體利用權勢或機會，使被害人處於其權勢壓力之下，有「不得不服從」之情狀，而非出於自願為性交行為，在行為主體與客體之間造成壓迫情狀。若行為人過去雖與被害人曾有上述特別關係，或現在雖具有監督服從關係，但於行為時被害人已不屬於其監督、扶助或照護者，或者行為人與被害人發生性行為當下並未利用監督關係的權勢，即非可成立本罪。在此行為人並未施以強制手段，只是對被害人施加壓力，透過存在雙方之間特定之制度性依賴關係，使被害人在尚未喪失自由意志之程度下，隱忍而聽從其性交、猥褻⁸⁵。

4. 第 229 條詐欺性交罪

「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從為性交者，處三年上十年以下有期徒刑。」

本罪為在侵害被害人性自主意識的情境下，設定為被害人因為受行為人之詐術影響而陷於錯誤，對其性行為不知反抗。被害人必須因行為人之詐術使用

⁸³ 同前註，頁 17。

⁸⁴ 同前註，頁 17。

⁸⁵ 盧映潔，同註 57，頁 418。

而陷於誤信行為人為其配偶的錯誤，而後與之為性交，始該當本罪。本罪受欺瞞的被害人對於所從事的性接觸並無反對之意，此種所要處罰者乃侵害相對人潛在選擇自由⁸⁶。此乃過往戰事頻仍而夫妻相隔兩地音訊全無，具有歷史背景之因素，於現時今日已屬罕見。

第四項 小結

從我國的性侵害法制的歷史發展脈絡可見，被害人之意願亦即女性的意願，從初始並非保護的重點。隨著性別平權之追求與人權意識的提高，傳統之性侵害罪規定，從只著眼於其是否為婚姻界內中所為之性行為，亦被稱為合法性行為，而忽視被害人意願之情形，逐漸開始轉變。過去性侵害罪對於被害人意願之認定，只有在受到武力強迫時，方認可該性行為違反被害人之意願，被害人意願仍舊受禮教、倫理綱常所限。且在傳統非姦即和的規範之下，具有對傳統女性應該拼命保衛貞潔的期許，女性的性行為意願只有在符合貞潔要求的情況下才會被承認。女性沒有對於性的自主權，而僅是男性、父權的財產客體。

早先討論最多為各罪之間之適用關係，一般而言最常在實務與通說上得見的乃為強制性交猥褻罪與乘機性交猥褻罪的區別，強制性交猥褻罪與乘機性交罪的被害人之所以失去反抗能力或沒有反抗機會，前者是由行為人所造成的而後者則不是行為人造成的，乘機性交罪的行為人只是利用被害人原先即已陷在不能反抗或不知反抗的無知狀況；強制性交罪與利用權勢性交罪之區別則為，利用權勢性交罪之行為人如果實施脅迫或恐嚇的手段，即應成立強制性交罪⁸⁷。

然而，在修法之後，雖將被害人意願之違反納入條文中，但從許多實務操作可見，仍然並未單純從違反被害人意願與否來判斷性侵害等罪之成立。傳統刻板迷思依舊對法院判決的影響力巨大，經由報章雜誌渲染使社會大眾觀感更加強形塑此等迷思。

第三節 修法倡議

由於社會對於性侵案件抱持刻板迷思，以及對於法規範與判決實務的經驗加深此一固有觀念之疑慮，本國學者就現行刑法妨害性自主罪章開始所有討論，針對幾年來所生之案件，展現現行法的不足，以及與國際不同之性侵要件，始有學者主張以「積極同意」為立法模式，修改刑法第十六章。

⁸⁶ 蔡聖偉，同註 82，頁 12。

⁸⁷ 蔡聖偉，同註 82，頁 29。

就積極同意模式安置入刑法，國內目前僅有婦女新知團體於 2017 年提出一修法草案之版本，該版本曾經由三次研討會為討論，該草案力求將我國妨害自主罪章原有的強制模式或所謂的違反意願模式改為積極同意模式，希望重新定義性侵害犯罪的性質，界定與其他妨害自由罪的關係，目的是將性侵害犯罪與強制罪脫鉤，去除刑法學界對於強制模式的執迷。惟該草案版本並未公開發表，是以本文將以曾參與草案提出且力主採取積極同意模式之學者李佳玟老師於其論文中之修法倡議為以下之論述基礎，以探討是否我國刑法適用積極同意模式之可能與否⁸⁸。

第一項 增訂「未得同意性交罪」（刑法第 221 之 1 條第 1 項）

「未獲他人明示或默示之同意而為性交者，處……有期徒刑。」

將此作為性侵害犯罪的基本類型，並作為妨害性自主罪章的核心，並在刑法第 10 條第 6 項增訂同意（原本的第 6 項搬移至第 7 項）的立法解釋。基於我國現行刑法對於性侵害犯罪的基本類型採取強制模式，即便刑法第 227 條第 1 項與第 3 項與未成年人性交罪、第 228 條第 1 項權勢性交罪，與第 229 條第 1 項詐術性交罪在解釋上存在積極同意模式的空間，但是鑑於即便採取此種解釋方式，法律還是沒有全面承認欠缺有效同意就足以構成性侵害犯罪，立法者若要將積極同意模式當作我國刑法中之性行為合法與不合法的基準，首先必須增訂「未得同意性交罪」，讓所有「對於男女未經詢問獲得同意而為性交」的行為成為刑法處罰的對象。為了避免讓本條之「積極同意模式」與「違反意願模式」混淆，有必要透過法律規定同意的定義。但跟其他國家另外以獨立條文解釋何為同意的立法方式，本條直接規範何為未得同意性交罪的同意，只要被害人於性行為之前並未給予明示或默示之同意，就會構成性侵害犯罪。

條文中之所以強調行為人應先詢問，是因為倘若准許行為人不先詢問，用性接觸之行動取代詢問，將會使得積極同意模式轉為違反意願模式，違反本條的立法目的。至於詢問是否要明確講出「你願意跟我做愛嗎？」等直白詢問對方性交意願的話，草案認為取決於行為人與相對人之關係，兩人越熟，內容之正式性就可以降低，只要詢問的內容足以讓相對方理解其性交之意圖，並在此理解下做出同意與否的表示即可⁸⁹。而「默示同意」與「不做任何反應」之區別，在於所謂的默示同意是指「告訴人雖無言語，但有積極的行為對外顯示其同意」，並非不做任何反應。

⁸⁸ 李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yes）--增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，第 103 期，頁 104，2017 年 9 月。

⁸⁹ 同前註，頁 83。

本罪將被害人的同意之有無作為劃分性行為合法與非法的依據，為本次修法的核心。原強制性交罪（移至刑法第 221 條第 3 項）與加重強制性交罪（刑法第 222 條），成為本罪的加重類型。

第二項 增訂「過失未得同意性交罪」（刑法第 221 之 1 條第 2 項）

「因輕率而未注意被害人並未同意參與性交，而為性交者，處……有期徒刑。」

鑑於性自主對於個人的重要性，不下於人的身體健康。因此當行為人以主觀對他人性自主抱持著輕率的態度，在性交之前，並未採取合理的方式確認是否已經獲得被害人的同意，這種輕率的行為也具有可罰性。惟就刑法原則處罰故意犯罪，例外才處罰過失犯罪，本條相對於故意未得同意性交罪而言也算是個例外類型。

第三項 修正加重強制性交罪（刑法第 222 條第 1 項）

刑法第 222 條第 1 項依據手段為第 221 條第 1 項「強制性交罪」與第 222 條第 1 項「加重強制性交罪」，並參考被害人狀態，一併修改第 225 條第 1 項「乘機性交罪」之內容定義。

第四項 其他例外類型法條之修正與刪除

一、依據被害人狀態

1. 修正第 225 條第 1 項「乘機性交罪」之內容定義。刪除乘機性交猥褻罪中之「不能或不知抗拒」用詞，當被害人具有精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形與行為人性交，此種同意應該不能算是有效的同意。但為了避免實務適用時的爭議，因而保留原條文。
2. 修正採以積極同意模式之第 227 條第 1 項、第 3 項「與未年人性交罪」，並修正與幼童性交罪之年齡標準。刑法第 227 條的立法目的是在保護性生理尚未成熟的幼童，在此目的下，將幼童區分為 14 歲與 16 歲應有重新衡量之意義。再考量到智識及生理成熟度足以同意性行為，因而將處罰的界線重新設定。
3. 修正第 228 條第 1 項「利用權勢性交罪」。

學者指出刑法第 227 條第 1 項與第 3 項被害人因為年紀過小，所以雖然並未對性交行為抗拒、拒絕，甚至是同意，依然必須處罰。同樣的邏輯存在於刑法第 228 條第 1 項與刑法第 229 條第 1 項，雖然被害人於性交當時並未抗拒、拒絕，甚至是同意，但被害人之所以如此是因為權勢所迫或是受到詐欺。在現行刑法體系內，此三條文無論採取強制模式、未

得積極同意模式或是積極同意模式，都以一種例外處罰的方式存在於我國刑法體系裡，應考量被害人狀態為重新修正內涵。

二、依據犯罪手段與被害者狀態

修正第 229 條第 1 項「詐術性交罪」。亦如前所述，此條係屬例外類型，在積極同意模式下，性交必須事先得到當事人的同意才不算是性侵害。而被害人的同意，其內容當然包括認知並同意自己性交的對象。倘若行為人使用詐術，使被害人誤信自己性交對象的實際身份，自然不算得到同意，這種情況適用刑法第 221 條第 1 項即足，原法條主要規範因而刪除，是以修改其內涵。

三、廢除羞憤自殺罪或意圖自殺而致重傷罪

現行法第 226 條第 2 項性侵害被害人因性侵害行為羞忿自殺或意圖自殺而致重傷，是建立在傳統貞操文化，對於性侵害被害人的想像之上，與刑法妨害性自主罪章所要保護的是個人性自主的思維邏輯並不相符，因而刪除。

第四節 立法模式比較與探討

另論及各國對於妨害性自主罪之立法類型，主要可歸類為「強制模式」、「違反意願模式」、「修正強制模式」與「積極同意模式」，下就四種模式為論述，以作比較與探討。

第一項 強制模式

我國在 1999 年修法前所採取立法模式即是強制模式，從文義解釋即是以「強制力的有無施行」作為強制性交的構成要件，罪行是否該當所採之證據通常是以被害人有無盡力抵抗或身體有無傷痕來作為認定是否成立之要件，且修法前規定強制力必須要達到「至使不能抗拒」的程度。

強制性交的成立以雙重行為，前階段之強制行為（保護生命、身體、自由法益）及後階段之違反被害人意願的性交行為為要件，是為雙行為犯。於前階段強制力部分，可區分為物理性的強制力，以及放寬承認非物理性的強制如脅迫手；而在被害人違反意願部分，有三種認定，有的要求被害者盡全力抵抗，有的則是只要求合理抵抗，還有的認可在某些例外狀態下，假使強制力已然達到壓制被害人，縱被害人無肢體抵抗之行為亦可成立，但仍須有強制力的壓制為情況想像⁹⁰。

⁹⁰ 王皇玉，同註 62，頁 410。

蓋英美普通法即採取強制模式，且在被害人違反意願部分，以要求被害者盡全力抵抗為認定⁹¹。我國於 1999 年修法前之刑法第 221 條第 1 項亦是採強制模式⁹²，雖學說及部分實務有認為「致使不能抗拒」包括基於恐懼喪失抵抗力之情形⁹³，有論者批評我國修正前立法並非錯誤，之所以會發生要證明「拼命抵抗」的結果，是因為強姦多為密室犯罪，時常落入雙方各執一詞的境地，使得最終只能依據有無抗拒作為認定，基於證據表現，此條之應用多呈現強制模式，倘被害人非以最大力量為推阻、抵抗，則可能被認為只是欲拒還迎的推拉、調情行為，而非真正表達其拒絕性行為⁹⁴。故，基於「要件過於嚴格，容易造成受侵害者因為需要拼命抵抗而造成生命或身體方面更大的傷害」，故刪除「致使不能抗拒」，修正為「違反其意願之方法」。亦有論者直接批評法官適用錯誤，忽略了最極致的壓迫正是無法抗拒的情形⁹⁵；有論者認為將「至使不能抗拒」修改為「違背意願」是錯誤修正，只須改成「足使難以抗拒」即可包含被害人因為不敢抗拒而未為抗拒行為的案例⁹⁶。

而在《2017 年立即平等報告》中，特別聲明：「法律絕不能解釋女性缺乏對性暴力無身體上的抵抗是默認。⁹⁷」闡明缺乏抵抗不應為不利判斷。

第二項 修正強制模式

「修正強制模式」乃基進女性主義者對傳統上就強制的過於狹隘理解之批評，此一模式認為不只來自個案中行為人使用武力、脅迫等物理力量才構成強制，結構的不平等也會讓弱勢之被害人陷入只能被動服從的強制情境中，故而稱之為修正的強制模式。基進女性主義者認為不平等的權力結構在社會根深柢固，是以懷疑弱勢一方對於性交的同意只是權力結構下被強迫服從的結果⁹⁸。

⁹¹ Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*, 78 S. Cal. L. Rev. 1401,1403 (2005).

⁹² 對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。

⁹³ 最高法院 76 年台上字第 7699 號刑事判決。

⁹⁴ 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第 18 期，頁 44-46，2016 年 3 月。

⁹⁵ 黃榮堅，2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷特刊，頁 1833，2011 年 10 月。

⁹⁶ 甘添貴，性侵幼童案之解析與平議，中華法學，第 14 期，頁 53，2011 年 11 月。

⁹⁷ “law should never interpret a woman’s lack of physical resistance to sexual violence as acquiescence in that violence.”, *The World's Shame. The Global Rape Epidemic. How Laws around the World are Failing to Protect Women and "Girls from Sexual Violence, Equality Now*, https://www.equalitynow.org/the_world_s_shame_the_global_rape_epidemic_how_laws_around_the_world_are_failing_to_protect_women_and_girls_from_sexual_violence (2017), p 13.最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁹⁸ 陳昭如，同註 15，頁 214-217。

目前採取此模式的為盧安達國際刑事法庭（International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR）。法庭認為於 *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* 一案中所發生的性侵害，僅發生在女性身上，可證明這些性侵害行為是一種系統性摧毀特定種族的故意行為，應視為種族滅絕之一部分（人道罪），故認為違反個別被害者意願與強制力之實施是為不必要的⁹⁹。且法院認為性侵害不能被機械定義為身體的生理性侵入或接觸，如命令學生在公眾前把衣服脫光裸體做體操亦構成性暴力，符合基進女性主義者對於特定身體部位之執著的主張¹⁰⁰。

則臺灣雖處罰修正強制模式所著重之濫用權勢的性交行為，但其處罰範圍有限制，與修正強制模式仍有差異¹⁰¹。

第三項 違反意願模式

又稱消極同意模式（No means no），採用「推定同意」作為立法模式，意即「當我沒有表示不要的時候，即推定是合於意願」，同時立法明定「無法表示不同意」之情形作為例外規定。與強制模式的差異，在於強制模式要求性行為之前必須先有行為人的強制行為與被害人的抵抗，而違反意願模式只需行為人無視被害人拒絕其性邀約，依然持續進行性行為，即構成性侵害，亦即所謂「說不就是不」，在許多文獻上被簡稱「不模式（No Model）」¹⁰²。

「說『不』就是『不』（No means No）」模式，由美國學者 Estrich 教授在 1987 年提出，Estrich 教授認為否定模式比肯定模式更清楚，因為肯定的表達很可能是在違心狀態下作出的，法律更應當鼓勵女性在不願意的時候勇敢地說「不」；因此有必要呼籲將「合意」定義為「說不行就是不行」，一個有理性的人應當知曉否定的含義，不合理地無視被害人的話語應被視為故意而承擔責任¹⁰³。

臺灣於 1999 年修法後之刑法第 221 條第 1 項加入「違反其意願之方法」，但同時亦保留著「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」，是以出現是否限制了違反意願之方法的爭議。最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議決議認為，「修正後所稱其他「違反其意願之方法」，應係指該條所例示之方法以外，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、

⁹⁹ ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Chamber 1, 2 September 1998.

¹⁰⁰ 陳昭如，同註 15，頁 231。

¹⁰¹ 如經紀公司要求藝人以性服務換取角色、通告等工作機會此一例，臺灣與德國將之歸類於職場性騷擾。陳昭如，同註 15，頁 231。

¹⁰² WIDDOWS, HEATHER, MARWAY, HERJEET (EDS.), WOMEN AND VIOLENCE: THE AGENCY OF VICTIMS AND PERPETRATORS, at 1401 (2015).

¹⁰³ Susan Estrich, *Real Rape: How The Legal System Victimizes Women Who Say No*, Harv. U. Press, 94 (1987).

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」。有認為該決議降低強制手段的門檻，似接近違反意願模式，但該決議仍然要求檢察官證明行為人採用某種壓抑被害人性自主決定權的手段為性交行為，與「只要性交行為違反被害人意願，不問行為人是否採取壓制被害者意願的手段」的違反意願模式有差異，決議應更為接近彈性的強制模式¹⁰⁴。

第四項 積極同意模式

與違反意願模式一樣聚焦於被害人意願，由於社會性別不平等的現實存在、「女人說不要就是要」的刻板印象，單純消除法條中的強制力要素在某些案例中仍然難以保障被害人的性自主，故而我國有學者認為應該從原有的違背意願模式，改採用《伊斯坦堡協定》的積極同意模式¹⁰⁵。

「說『是』才是『是』（Only yes means yes）」，非合意性行為即為強姦，主動方只要沒有取得對方的同意就成立犯罪，此種立法模式強調性行為參與者「必須表達參與意願」，行為人與對方性交之前，如果沒有取得相對人明確以言詞或積極行動表達參與性行為的意願，而只是沉默或默認，那麼行為人的性行為就構成性侵害¹⁰⁶。

目前有國家幾乎採用此一模式但在內容上有所差異而不符合，如在 2017 年的《奧地利評估》中，當討論「侵犯性完整」的罪行時，涉及「違反個人意願」的性交但不歸類為強制性交此議題，反對對婦女的暴力行為和家庭暴力問題專家小組（GREVIO），負責監測《伊斯坦堡協定》的執行情況，並指出違反受害人意願的性行為（奧地利法律）與非自願性行為（協定）的差異，在於意味著前者不允許如果受害者不同意但仍然是被動的情況而提起訴訟應予懲處，而根據奧地利法律，受害人必須以口頭或其他方式表達其反對意願，不符合協定的積極同意模式¹⁰⁷。

《伊斯坦堡協定》第 36 條：

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;

¹⁰⁴ 李佳玟，同註 88，頁 62-64。

¹⁰⁵ 李佳玟，同註 88，頁 65。

¹⁰⁶ 李佳玟，同註 88，頁 65。

¹⁰⁷ Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO), *Baseline Evaluation Report Austria*, 141，參考網址：www.rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619 (2017).，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

- 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.

《伊斯坦堡協定》第 36 條規定協定國將「未經同意（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，且在協定對於該條之說明中又進一步表示，必須是行為人有同意意圖的行為，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視為要件，對於證據則必須採取「敏於脈絡（context-sensitive）」即上下文相關的評價。該解釋也援引並支持歐洲人權法院對於 MC v. Bulgaria 一案的見解，歐洲人權法院認定性自主權應受保障，而強制性交乃是未經同意的性，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。該歐洲人權法院的判決也參考前南斯拉夫刑事法院在 Furundžija 一案對於強制性交的定義中「對被害者或第三人之強迫、暴力或暴力威脅的性侵入」不能被太過狹窄的解釋，因為 Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic 一案已表示，強制性交乃是被害人非真正自願或同意的性，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。至於同意年齡，歐洲人權法院確認歐洲多數國家的同意年齡為 14 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¹⁰⁸。

此外，並沒有國際或地區的文書或標準提供同意之準則，《伊斯坦堡協定》的解釋性報告在第 193 段中規定，「……留給締約方決定法律的具體措辭以及他們認為要排除的因素」。《協定》第 36 條第 2 款僅規定必須同意是因人的自由意志而自願給予的，並根據周圍環境進行評估情況¹⁰⁹。則各國可以在《國際刑事法院程序和證據規則》規則 70（證據原理）¹¹⁰中找到有關如何推斷同意或不同意的一些指導。其規定：

¹⁰⁸ 陳昭如，同註 31，頁 72-73。

¹⁰⁹ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 193，參考網址：<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (2011)，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁰ International Criminal Court Rules of Procedure and Evidence, The Hague，參考網址：www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf.(Second edition 2013). 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

- 不得以武力、威脅或威脅的行為來推斷受害人的同意，脅迫或利用脅迫環境破壞受害者的自願和真正的同意；
- 不得以受害人的任何言語或行為來推斷同意之有效性；
- 不能由於受害人沉默或缺乏抵抗而推斷出同意。
- 受害人或證人的信譽、性格或性能力，不能根據受害人或證人先前或隨後行為的經驗為推斷。

2010 年消除對婦女歧視委員會（CEDAW）在 *Karen Tayag Vertido v. The Philippines* 一案中的裁決也提供了一些有關評估是否給予同意的指導：

- 要求存在「明確且自願的協議」，並要求採取步驟以確定申訴人／倖存者是否同意；
- 該行為發生在「脅迫情況」下，並且包括脅迫情況。

而在愛爾蘭共和國，自 1981 年以來，法律已將強制性交定義為「未經同意的性交」，則同意的定義於 2017 年 2 月引入法律。《刑法》第 48 (9) 條規定：(1) 一個人同意自由進行性行為，並且自願同意參與該行為，並提供了不完整的情況清單，可以確定未給予同意；(4) 同意性行為可以在行為開始之前的任何時候或在行為持續發生的任何時候撤回地方；而(5) 任何人未能對某行為提供抗拒或不作為，均不會本身構成對該行為的同意¹¹¹。

至於英格蘭和威爾士，自 2003 年以來法律已在其中定義同意，新的指南於 2015 年 1 月針對檢察官和警察的情況，澄清法律並提醒被告律師，要求他們解釋他們如何獲得同意。此外還強調有必要質疑受害人在特定情況下的同意能力，例如如果受害人睡著、失去知覺、可能是精神健康問題或因酗酒或吸毒而喪失工作能力，或者在家庭暴力或其他權力關係情況下存在財務或其他依賴性。英國的公訴主任 Wales Alison Saunders 曾說：「我們希望警察和檢察官在遇到同意的所有情況下，都確保詢問犯罪嫌疑人如何知道原告有表達「是」並且是自由而有意願這樣做。」¹¹²。

至於國內提倡此一模式的學者認為在積極同意的概念下，積極同意是指受性邀約者以語言或是主動脫衣、點頭等身體動作，表達願意進行性行為。而語

¹¹¹ Section 48(9) of the Criminal Law (Sexual Offences) Act 2017 (Ireland)，參考網址：www.irishstatutebook.ie/eli/2017/act/2/enacted/en/print.html，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹² Crown Prosecution Service, *What is consent?*, 參考網址：www.cps.gov.uk/publications/equality/vaw/what_is_consent_v2.pdf; *Rape and Sexual Offences Legal Guidance*, www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/. 相關媒體報導：www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11375667/Men-must-prove-a-woman-said-Yes-under-tough-new-rape-rules.html?_sm_au_=iVVPDZjVnnHQfH66; www.independent.co.uk/news/uk/crime/the-ddps-tough-new-rape-guidelines-what-are-they-and-why-are-they-so-important-10011603.html?_sm_au_=iVVPDZjVnnHQfH66，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

言或動作有無顯示自由意志的判斷，在行為當時，應由行為人以其主觀判斷客觀情況。如果一個人在性交時帶有猶豫，或者行為人不確定對方是否真的願意性交，但卻不釐清而繼續進行，依照行為人的主觀情形可成立未得同意性交罪。一個尊重他人的人應當以言語再次向對方確認意願，如果行為人帶著「問清楚就沒砲可打」的僥倖心態，仍然可以成立未得同意性交罪，得以充分保障性自主權利¹¹³。

第五節 小結

從上述我國性侵害法制歷史沿革到立法現況，乃至因應國際聲浪的討論，國內開始有學者提出積極同意模式的立法可能，其中可見對於性侵害罪，社會觀念的變革，然雖有所改變，但在法律的適用上仍有許多爭議。

婦女新知基金會及學者所提出的將積極同意模式安置入刑法妨害性自主罪章的修法倡議，提供一種對於性自主權的認知角度，也使得社會大眾在看待此類犯罪時，將目光放在被害人的意願上，亦讓性教育多年來的認知有所新的衝擊，然而雖然此一模式提供了新的機會改變社會的刻板迷思，但也同時使刑法的基本原則受到衝擊，此乃本文後續為論述，是以下一章節將探討各國採行積極同意模式的立法沿革，透過比較法來探究積極同意模式的適用與各國實務、學說上的爭議，以供我國刑法是否適用此一模式之參考。■

¹¹³ 李佳玟，同註 88，頁 64-67。

第三章 性侵害犯罪之比較法制

第一節 概說

聯合國消除對婦女歧視委員會（The United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, CEDAW）發布在過去的幾年中，歐盟敦促幾個歐洲國家將其關於性侵害罪的立法採取「未經同意」與國際標準如《伊斯坦堡協定》，例如羅馬尼亞¹¹⁴、瑞典¹¹⁵、葡萄牙¹¹⁶、克羅地亞¹¹⁷、芬蘭¹¹⁸、匈牙利¹¹⁹和挪威¹²⁰。迄今為止，歐盟中的二十三個國家¹²¹已經批准了《伊斯坦堡協定》，和八個國家¹²²簽署但尚未批准¹²³。然雖有二十三個國家均批准了《協定》，但有六個國家¹²⁴的法律定義基於同意的標準與《協定》的定義不符。例如，丹麥於 2014 年批准了該《協定》，但議會拒絕了紅綠聯盟（Red-Green Alliance）在 2017 年 4 月提議對該法案進行相應修改，理由是缺乏

¹¹⁴ United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee), Concluding Observations, Romania, July 2017, CEDAW/C/ROU/CO/7-8, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fROU%2fCO%2f7-8&Lang=en, para 19(b) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁵ CEDAW Committee, Concluding Observations, Sweden, March 2016, CEDAW/C/SWE/CO/8-9, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fSWE%2fCO%2f8-9&Lang=en, para 15 , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁶ CEDAW Committee, Concluding Observations, Portugal, November 2015, CEDAW/C/PRT/CO/8-9, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fPRT%2fCO%2f8-9&Lang=en, para 25(a) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁷ CEDAW Committee, Concluding Observations, Croatia, July 2015, CEDAW/C/HRV/CO/4-5, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fHRV%2fCO%2f4-5&Lang=en, para 19(h) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁸ CEDAW Committee, Concluding Observations, Finland, March 2014, CEDAW/C/FIN/CO/7, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fFIN%2fCO%2f7&Lang=en, para 19(e) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹¹⁹ CEDAW Committee, Concluding Observations, Hungary, March 2013, CEDAW/C/HUN/CO/7-8, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fHUN%2fCO%2f7-8&Lang=en, para 20(g) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²⁰ CEDAW Committee, Concluding Observations, Norway, March 2012, CEDAW/C/NOR/CO/8, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fNOR%2fCO%2f8&Lang=en, para 24(b) , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²¹ 奧地利、比利時、克羅地亞、塞浦路斯、丹麥、愛沙尼亞、芬蘭、法國、德國、希臘、冰島、意大利、盧森堡、馬爾地夫、荷蘭、挪威、波蘭、葡萄牙、羅馬尼亞、斯洛文尼亞、西班牙、瑞典和瑞士。

¹²² 保加利亞、捷克共和國、匈牙利、愛爾蘭、拉脫維亞、立陶宛、斯洛伐克、英國（已於 2020 年 2 月 1 日正式脫離歐盟）。

¹²³ 有關簽名和批准狀態的最新資訊，於歐洲委員會網站：www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures., 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²⁴ 比利時（自 1989 年以來就具有基於同意的定義）、塞浦路斯、德國、冰島、盧森堡和瑞典

證據表明需要基於同意的定義，儘管它是國際人權標準公認的事實。包括國際特赦組織（Amnesty International）在內的幾個非政府組織目前都在倡導這項法律進行相應的更改。最終於 2018 年，冰島 3 月對性侵害罪的定義進行了修正，瑞典經由婦女權利團體運動而在 5 月改革¹²⁵。而在芬蘭，非政府組織聯盟則持續收集連署，以支持公民的修改性侵害定義的提案，提交議會¹²⁶。至於西班牙和葡萄牙，分別在西班牙發生有五名被指控強制性交的男子被判犯有輕微的性虐待罪，在葡萄牙法院以「性虐待無能力的人」的罪名判處兩名男子緩刑之後，且兩案法官、檢察官皆以消極的態度對待訴訟¹²⁷，為了回應司法系統未能使受害者受害的大規模幫派性侵害案的後果，而於立法上積極討論採取此一模式。2019 年，希臘政府於 6 月 6 日緊急修訂刑法，在法律中認定缺乏同意之性行為即為強制性交。

至於克羅埃西亞於 2013 年雖對其刑法進行修正，但將「未經同意進行性交」規定於另一種罪行，不是強制性交罪，而是其他性犯罪之輕罪，最高處五年以下的刑罰（該國強制性交罪為十年刑罰）¹²⁸。此外，愛爾蘭和英國所有普通法司法管轄區都具有基於同意的定義，儘管迄今僅簽署但尚未批准《伊斯坦堡協定》。歐盟的三十一個國家¹²⁹中，只有七個國家將強制性交定義「未取得同意」為他們的立法¹³⁰。

相較於歐洲雖有歐盟作為督促立法，為英美法系之國家如美國、加拿大，自 1990 年起，即已開始陸續透過修正法規與判決，改採行「積極同意模式」為性侵害罪之構成要件，而在國際組織上亦有就性侵害罪中「意願」要件做出重大變革，是以本文以美國、加拿大與瑞典之法規與國際刑事法庭、歐洲人權法院之判決為主作「意願」的歷史沿革為比較，以及觀察現行法規的適用狀態。

¹²⁵ Criminal Code (Sweden) Brotsbalk (1962: 700) as amended in 2018, chapter 6, www.lagen.nu/1962:700#K6; International, “Sweden: New rape law is historic victory for #MeToo campaigners,” 2018, www.amnesty.org/en/latest/news/2018/05/sweden-new-rape-law-is-historic-victory-for-metoo-campaigners/. (Iceland), art 194, www.althingi.is/lagas/nuna/1940019.html.，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²⁶ www.suostumus2018.fi/，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²⁷ www.elpais.com/politica/2018/07/10/actualidad/1531217547_930023.html; Amnesty International Portugal, Amnesty International Portugal concerned about gender stereotypes in the ruling of Porto Court of Appeal” 2018, www.amnistia.pt/amnistia-internacional-portugal-preocupada-com-acordao-que-contem-estereotipos-de-genero-com-mensagem-prejudicial-as-vitimas-de-violencia-sexual/; www.publico.pt/2018/10/04/sociedade/noticia/governo-quer-alterar-leis-sobre-crimes-sexuais-1846186.，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

¹²⁸ Criminal Code (Croatia) as amended in 2012, Kazneni zakon, art 152(1).

¹²⁹ 英國已於 2020 年 2 月 1 日正式脫離歐盟。

¹³⁰ 英國（北愛爾蘭、英格蘭、蘇格蘭和威爾士）、愛爾蘭、比利時、塞浦路斯、冰島、盧森堡和瑞典。

第二節 美國

第一項 歷史沿革

第一款 1640~1950 年

從歷史上看，強姦在美國文化和法律中都處於矛盾的位置。一方面，強姦通常被理解為令人討厭的罪行，但另一方面，即使沒有合法地縱容，也可以容忍許多其他形式的性暴力。在美國，性侵害法長期以來一直傾向於對性同意表示寬泛的觀點，這種觀點傾向於將許多性暴力行為定義為自願，而不是強姦。關於性侵害罪之法律規定，美國最早見於 1642 年麻薩諸塞州的立法，在當時法院對此種女性之指控通常表達出「傳統懷疑主義」，亦即需考量申訴人會常可望幻想或有製造動機。基於此，法院會以「肢體有無抗拒」作為違反意願之判斷基準，亦即要求主動、激烈、竭盡全力之抵抗行為¹³¹。

在 1880 年的 *Whittaker v. State* 一案中，即使行為人使用武力壓制被害人，並以槍械威脅被害人，在最高法院的判決仍然不能成立強制性交罪¹³²。爾後法院更主張，被害人應盡其所能以其肢體及身體所能表現最激烈的程度來抵抗行為人的強制力，並援引專家證據認為，女性身體當中任何具有攻擊或掙脫功能之部位，皆是在其真的不願意與他人從事性行為時的最佳抵抗工具，未用肢體表現掙扎抵抗者皆不能認其有反對性行為之意思¹³³。是以最終法院基於罪刑相當的基礎認為，由於強制性交罪乃規定最高可處以死刑的重罪，是以被害人所採取的抵抗也應該是最激烈的，罪刑始為相當¹³⁴。

第二款 1950~1970 年

第一目 模範刑法典（Model Penal Code）

持續到 1950 年代開始了改革，在對該法律現狀予以檢討之後，其認為現存的問題主要有三：對於被害人的同意預設立場錯誤，對於被害人需有抵抗要求的法律規定不當，在單一重罪規定當中包含過多的犯罪類型。是以模範刑法典

¹³¹ Stephen J. Schulhofer, Unwanted sex: the culture of intimidation and failure of law, 18-19 (1998).

¹³² 盧言珮，同註 41，頁 50。

¹³³ *Brown v. States*, 127 Wis. 193, 199-200 (1906).

¹³⁴ *Moss v. State*, 45 So.2d 125, 126 (Miss. 1950).

的修改芻議中即提出三個修正：改變原本聚焦於被害人未同意的規定，廢除被害人需要對行為人抵抗的要求，並建立基於不同侵害狀況的更細法規分類¹³⁵。

在 1960 年代，美國各州的刑事法受到模範刑法典的影響，皆開始修正強制性交罪及其相關的規定。但在各州修法中，因忽略法條廢除抵抗的要求，故而加強了強制性交罪與武力的綑綁，造成完全忽視被害人真實意願的立法結果¹³⁶。

隨時代改變，女性主義學者開始注意到女性在強姦法規方面受到不完善的訴訟權待遇，開始就如協同證據的要求、審判庭上對於被害人的反覆重申案件經過的折辱、執法者與社會大眾對於性行為固有的偏見，以及出於對虛報的恐懼或社會風俗的偏見而遭受比其他犯罪更加嚴苛的證明規定，對此類現況批評檢討並著手立法修正之改革，試圖扭轉令女性在法規中處於弱勢的情況¹³⁷。

第二目 女性主義運動

從 1970 年代開始，女權運動採用了性侵害法所規定的許多關於性別和權力的假設。女性主義者通過提高意識，開展學術工作和開展公共活動，力求提高對強制性交的認識，不僅指出其普遍性，而且還提醒社會注意性暴力行為是否被矛盾定義。女性主義者試圖將性暴力置於更廣泛的性別歧視和性別壓迫之範圍內¹³⁸。

自 1971 年起，女性主義者從過去著重於被告權益、被害人性經驗、歷史的討論中逐漸脫離，開始將目光轉向放在被害人的性自主權利上，認為強制性交罪的重點應該在立法上使用性別中立的詞語、廢除例外的配偶強制性交規定、刪除默示同意與要求抵抗等等，是現今規範之強制性交初見型態的開始¹³⁹。

1970 年代大部分的女性主義論者，仍與 1950 年代的模範刑法典在被害人意願方面採取同樣的想法。雖承認該罪的核心本質乃是行為人未取得被害人真正的同意而為性行為，但依然擔憂若將被害人的同意列入強制性交罪的要件之一，將會令審判轉移焦點於被害人的外在形象以及過往性經驗等背景證據，再次陷被害人於某種屈辱情境¹⁴⁰。

¹³⁵ 盧言珮，同註 41，頁 53。

¹³⁶ SANFORD H. KADISH, STEPHEN J. SCHILHOFER, RACHEL E. BARKOW, LAW AND ITS PROCESSES: CASES AND MATERIALS, 340 (10th ed. 2016).

¹³⁷ Schulhofer, *supra* note 131, at 21-22.

¹³⁸ RAQUEL KENNEDY BERGEN, JEFFREY L. EDLESON, & CLAIRE M. RENZETTI EDS., VIOLENCE AGAINST WOMEN: CLASSIC PAPERS XI-XIII, 1-4 (2005).

¹³⁹ 盧言珮，同註 41，頁 56。

¹⁴⁰ 盧言珮，同註 41，頁 56。

各州的法改革皆受這樣的立法芻議影響，在法律條文中，以武力或威脅的要件取代被害人的意願¹⁴¹。而有些州法雖以未經被害人同意而為性行為的定義來規範強制性交罪的構成要件，然而就被害人之同意如何認定的問題，州法多仍要求以武力證據來證明未經同意¹⁴²。

第三款 1980~2010 年

美國法學會所發表之模範刑法典之性犯罪條款於 1980 年修訂條文註釋後，迄今為止皆未曾修改。

據當時文獻資料統計各州州法，一共有二十四個州維持「Rape」用語，而二十六個州與哥倫比亞特區則廢除該詞而以其他性接觸「Sexual contact」、性侵犯「Sexual assault、Sexual penetration」、性攻擊「Sexual battery」等罪名代之。至於強制性交罪規定之內容，四十三個州與特區在強制性交罪中皆要求行為人對被害人使用武力始可成立該罪。然而，即使在這四十三州當中有八州的法律單以規定「未經同意」而為性交來定義強制性交犯罪，但在定義同意卻仍是以有無武力使用、無法同意的證據來判斷是否為「未經同意」之情形¹⁴³。

此時，學說與實務對於「同意」的認定仍見解歧異甚多，故少有州法法院於判決中做出明確、精準的定義，多以武力佐證¹⁴⁴。

第四款 2010 年至今

至今，美國各州現行之性犯罪法皆為 1980 年代女性主義思潮下後修改之產物，修改的內容最重要的就是試圖改變過去以性侵害被害人為中心的法律。多數州與哥倫比亞特區之基本性侵害犯罪仍然維持普通法的立法模式，以強制力為要件，僅對於被害人要求程度降低，不再追求所謂盡全力抵抗，只需有合理之抗拒，且同時也擴大對強制力的解釋¹⁴⁵。

從 1990 年起，刑法學說上就妨害性自主有了新一波的討論展開，開始討論個人意願從消極違反轉變為積極取得同意的模式，實務上亦開始有法院判決參考此一積極同意模式為心證。

2017 年起，對於性自主權利的討論度飆升，因應國際社會發起的 #Me Too 活動，以譴責性騷擾與性侵害，刑法就性犯罪的修改提議在世界各國開展。而

¹⁴¹ Mich. Comp. Laws §750.520b(f), §750.520d(b).

¹⁴² Mont. Code Ann. § 45-5-503.

¹⁴³ 盧言珮，同註 43，頁 61。

¹⁴⁴ 盧言珮，同註 43，頁 62-63。

¹⁴⁵ 哥倫比亞特區、加州、康乃狄克州此三州的刑法對性侵害的規定與臺灣程度類似，即以強制性交為基本的性侵害犯罪類型，例外處罰被害人精神失常、發展或身體障礙，因為酒醉或睡眠喪失意識而未抵抗之情形。D.C. Law § 22-3002, § 22-3003, § 22-3004, § 22-3005。

美國各州法案亦有所從新立法，例如紐約州、華盛頓州、威斯康辛州、路易斯安那州、密蘇里州、蒙大拿州以及德克薩斯州等皆立法修正其強制性交罪以

「未取得同意」為構成要件，至於加州則僅在校園防治性侵案件提倡「未取得同意」即強制性交的性教育，但於刑法規範「同意」之定義¹⁴⁶，蓋所述幾州之法律條文其立法模式及學說論述於第四章有詳細討論。至於，其他如阿拉巴馬州、阿拉斯加州、亞利桑那州等雖有提及「未得同意」之用詞，但在定義之描述上，仍以武力、強迫、精神失能、身體上無助為判斷，非真正以「未得同意」為構成要件。

據 2018 年統計，美國五十州加上哥倫比亞特區、關島和北馬里亞納群島與維爾京群島兩地區，通過從 1980 年代開始的改革努力，強制性交被重新定義為沒有武力，但有行為上不同意的罪行。就結論而言，現有三十六個司法管轄區包括了不同意的內容，通常以不同意作為對違反法條以武力強制性交的定義之替代手段。這裡的法律定義被稱為「未經同意強制性交」，但仍未能將大量不受歡迎的性行為定義為犯罪行為。只有八個司法管轄區¹⁴⁷專門將強制性交定義用詞為未經該人同意與其性行為，惟其中有些州是以未經同意為構成要件，仍有部分州在其他法條以武力、強迫等定義「未經同意」或需要其他要素才能成立。反之，在這三十六個司法管轄區中，有二十八個管轄區¹⁴⁸對不同情況（例如當事方的年齡、就業狀況或醉酒狀態）表示異議並規定了條件¹⁴⁹。另有部分

¹⁴⁶ West's Ann.Cal.Penal Code § 261.6：「同意」的定義是指根據行使自由意志在行為或態度上的積極合作。該人必須自由、自願地行事，並且了解所涉行為或交易的性質。

¹⁴⁷ 將強姦定義為未經同意的性行為的州是蒙大拿州 MCA 45-5-503(1)(2019)（任何人在未經同意的情況下明知而與他人進行性交，或與無能力的另一人進行性交，即屬未經同意而進行性交）；阿拉斯加州 ALASKA STAT. § 11.41.410(a)(1) (2019)（定義為在「犯罪者未經他人同意而與他人進行性侵犯」時發生的一級性侵犯）；亞利桑那州 ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-1406(A) (2020)（將性侵犯定義為「在未經他人同意的情況下有意或有意與任何人進行性交或口頭性接觸」）；內布拉斯加州 NEB. REV. STAT. § 28-319(1)(a)(2019)（將一級性侵犯定義為「未經受害者同意的性侵犯」）；田納西州 TENN. CODE ANN. § 39-13-503(a)(2) (2017)（將強姦定義為「在未經受害者同意的情況下完成性侵，而被告在受害者侵害時知道或有理由知道受害者不同意的情況下發生」）；德克薩斯州 TEX. PENAL CODE ANN. §22.021(a)(1)(A)(i) (2019)（將嚴重的性侵犯定義為「未經他人同意而以任何方式導致他人的肛門或性器官穿透」）；猶他州 UTAH CODE ANN. §76-5-402(1) (2017)（將強姦定義為「在未經受害人同意的情況下，行為人與他人發生性行為」）；佛蒙特州 VT. STAT. ANN. tit.13, §3252(a)(1z)(6) (2017)（將性侵犯定義為「強迫他人未經他人同意參加性行為」）。其他州可能將不受歡迎的性行為定為犯罪，但這並不是強姦或性侵犯的定義，如果確實定罪則屬於不太嚴重的犯罪，例如性侵犯或不必要的接觸。

¹⁴⁸ 限制不同意情況的司法管轄區為阿拉斯加州、阿肯色州、加利福尼亞州、科羅拉多州、康乃狄克州、德拉瓦州、哥倫比亞特區、夏威夷州、愛達荷州、伊利諾伊州、印第安納州、堪薩斯州、肯塔基州、密西根州、明尼蘇達州、密蘇里州、內布拉斯加州、內華達州、新罕布什爾州、紐澤西州、紐約州、俄克拉荷馬州、奧勒岡州、賓夕法尼亞州、南卡羅來納州、田納西州、弗吉尼亞州和懷俄明州。

¹⁴⁹ Kari Hong, *A New Mens Rea for Rape: More Convictions and Less Punishment*, 55 Am. Crim. L. Rev. 259 (2018).

州特別於法律規範被害人過去性經驗、與行為人婚姻、同居史不得作為抗辯¹⁵⁰。

其中，在《Missoula》一書中，Jon Krakauer 採訪了一名陪審員，討論她根據蒙大拿州對強制性交的定義而判處無罪的理由，此次採訪中的重要見解，在於即使對強制性交作了廣義定義，但對於行為人的認知仍需要證明被告實際上知道他未經性伴侶同意而發生性行為。如果以這種方式進行訴訟，陪審團有可能會都相信一名婦女被強制性交的證詞，但沒有證據表明被告知道受害者不同意¹⁵¹。

第五款 小結

從模範刑法典修法開始，雖歷經女性反強暴運動，但個人意願並沒有受到重視，甚至是受到有意之忽略，在後續的修法過程中，更有實務及學者支持不應在性犯罪的構成要件中規定個人意願之違反，而應以強制手段的描述來制定法條構成要件的理論出現，相當長的時間中「意願」被徹底忽視。

然縱為如此，1990 年起直至今日，歷經女性主義的崛起，社會文化氛圍的變遷，世界各國開始對於性自主權力所保護的內涵與範圍更為深度探討，對於自我意願亦更加重視，而開始有所為違反意願、積極同意等立法模式的倡議，使所謂的「意願」成為性自主法益中最重要的要件之現象。

第二項 紐約州法、華盛頓州法、威斯康辛州法

於 1990 年代初，對口頭明確同意這一模式的呼籲與貫徹首先出現在個別校園之中，自此美國社會開始由對動物本能與非語言暗示的關注轉變為對語言的關注¹⁵²。1972 年，美國聯邦政府透過教育部下的民權辦公室，提出「高等教育修正案（Higher Education Act）」，促使各大學積極處理性侵害或性騷擾之問題，要求大學採行「積極同意標準」處理性侵害等案件¹⁵³。

美國學者 Sanday 在 1996 年提出，性交中的合意不應包含肢體語言，而必須達到口頭同意的標準，即明確表達「是」¹⁵⁴。隨後加拿大法院在 1999 年通過

¹⁵⁰ 如印第安納州、加利福尼亞州、紐約州、佛蒙特州和緬因州。

¹⁵¹ JON KRAKAUER, MISSOULA: RAPE AND THE JUSTICE SYSTEM IN A COLLEGE TOWN 302-05, at 454 (2015).

¹⁵² PEGGY REEVES SANDAY, A WOMAN SCORNED: ACQUAINTANCE RAPE ON TRIAL 277, at 283(Doubleday 1996).

¹⁵³ 高子淵，被害人意願在性犯罪中之理論與實務，國立高雄大學財經法律學系碩士論文，頁 110，2018 年 6 月。

¹⁵⁴ Sandy, *supra* note 152, at 284.

判決正式確立了此一模式，在美國國內法律學界、女性主義學界激發了廣泛的迴響與發酵。

2014 年，美國加州始率先簽署《SB967 法案》（又稱為《Yes-Mean-Yes》法案），要求州內所有公私立大學採取「積極同意標準」來處理校園性侵害個案¹⁵⁵，處理手段僅限於教育體系內之行政處置，而非刑罰效果。至今全美已有超過 1400 所公私立大學明確採行「積極同意標準」來處理校園性侵擾事件¹⁵⁶。

為了遏止校園性侵害的問題，紐約州在 2015 年在教育法中通過「積極同意」的規範，要求各公立學校必須以積極同意作為學生的「行為守則（code of conduct）」。法條中提到，積極同意指的是所有性活動之參與者的共同決意，同意可透過語言或是行為表達，但是該語言或是行為必須要「明確」表達同意為性活動之意思。法條甚至明確規定沈默或是不抗拒本身都不代表同意¹⁵⁷。

2016 年，美國法律協會之成員曾有討論就性犯罪採取「積極同意標準」，但並未通過¹⁵⁸，主要原因在於採行「積極同意標準」不符合現實生活性關係中之真實互動，一旦採行此一標準，即代表凡在進行任何性活動以前均需取得參與者之「同意」，然而此似乎並不合於社會實際正常性交活動之情形¹⁵⁹，此外，也有論者認為積極同意有可能會將性侵害犯罪的核心構成要件課與被告舉證，違反不自證己罪原則¹⁶⁰，故該提案遭美國法律學會予以否決。惟支持者卻認為「積極同意」在絕大多數的情形中，可以透過行為獲得確認，並不是機械式地一定要取得口頭上的同意或是訂立所謂愛的契約。此外，積極同意模式亦強調沒有改變訴訟中的舉證責任，控方依然必須要證明被告沒有取得明示或暗示之同意，唯一改變的只是要求一方在為性活動前必須主動徵求他方的同意¹⁶¹。

在這樣兩方意見爭論不下的狀態，模範刑法典維持不變，目前美國各州皆自己判斷是否修州刑法，有部分州亦使用「未經同意」的用語，但仍於他法條

¹⁵⁵ California Education Code §67386.

¹⁵⁶ 高子淵，同註 153，頁 110。

¹⁵⁷ N.Y. Educ. Law §6441(1): "Every institution shall adopt the following definition of affirmative consent as part of its code of conduct: "Affirmative consent is a knowing, voluntary, and mutual decision among all participants to engage in sexual activity. Consent can be given by words or actions, as long as those words or actions create clear permission regarding willingness to engage in the sexual activity. Silence or lack of resistance, in and of itself, does not demonstrate consent. The definition of consent does not vary based upon a participant's sex, sexual orientation, gender identity, or gender expression."

¹⁵⁸ 高子淵，同註 153，頁 110。

¹⁵⁹ 金孟華，美國性侵害相關犯罪之介紹-以紐約州法為例，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 65，2016 年 12 月。

¹⁶⁰ 同前註，頁 65。

¹⁶¹ Chandler Delamater, *What "Yes Means Yes" Means for New York School: The Positive Effects of New York's Efforts to Combat Campus Sexual Assault through Affirmative Consent*, 79 Alb. L. Rev. 591, 611 (2016).

定義以武力、脅迫或其他情況等方式限制。儘管以必須同意作為確定性行為的犯罪性，但只有七個州明確定義了「同意」，只有十四個州概述了未經受害者同意而行事的要求。十二個州描述了提供同意的心理能力的要求，精神上無能力同意性行為的人通常包括認知障礙者，例如智能障礙人士或尚未達到成年年齡的人。此外，在二十四個州中定義了與大學生更為相關的精神狀態，即因飲酒或吸毒暫時無法同意而發生性行為，但只有十一個州將其包括在這種喪失能力的定義中，醉酒狀態甚至更少，七個州包括該定義中的自願性中毒。有二十三個州明確要求被告了解受害者的無行為能力，但其中只有兩個州明確假定被告知道這種無能力，直到被告可以證明自己沒有認知能力為止¹⁶²。

目前僅有紐約州、華盛頓州、威斯康辛州、路易斯安那州、密蘇里州、蒙大拿州、德州等幾州明確於刑事法中採行「積極同意標準」作為性犯罪之判斷，下就最早一批適用此一立法模式之紐約州、華盛頓州、威斯康辛州此三州法律為分別介紹。

第一款 紐約州法

紐約州法有關性侵害相關犯罪之條文係規定於該州州法第 130.00 條以下至第 130.96 條¹⁶³，其主要行為態樣可以大致可以區分「性的不當行為罪（Sexual Misconduct）」、「強制性交罪（Rape）」、「不法性行為罪（Criminal Sexual Act）」、「強制觸摸罪（Forcible Touching）」、「性霸凌罪（Sexual Abuse）」、「加重性霸凌罪（Aggravated Sexual Abuse）」、「對兒童性行為罪（Course of Sexual Conduct against a Child）」、「掠奪性攻擊罪（Predatory Sexual Assault）」、「對兒童掠奪性攻擊罪（Predatory Sexual Assault against a Child）」¹⁶⁴。

所有的性侵害相關犯罪原則上皆以「缺乏同意（lack of consent）」作為要件，所謂「缺乏同意」，第 130.05 條¹⁶⁵有非常詳細的規範，主要包括「強迫」以及「不具有同意能力（incapacity to consent）」兩種情形。前者依第 130.00 條¹⁶⁶係指，「使用強制力（physical force）」或是「以明示或暗示之威脅，使人對自己或他人之生命身體立即之安全產生恐懼，或是恐懼自己或是他人會立即被綁架」。所謂「不具有同意能力」之情形則是包括未滿十七歲之人、心智

¹⁶² David De Matteo, Meghann Galloway, Shelby Arnold, Unnati Patel, Drexel University, *Sexual assault on college campuses: A 50-state survey of criminal sexual assault statutes and their relevance to campus sexual assault*, 21 Psychol. Pub. Pol'y & L. 227, 173 (2015).

¹⁶³ McKinney's Penal Law Article 130—Sex Offenses.

¹⁶⁴ 金孟華，美國性侵害相關犯罪之介紹-以紐約州法為例，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 56-57，2016 年 12 月。

¹⁶⁵ McKinney's Penal Law § 130.05 Sex offenses; lack of consent.

¹⁶⁶ McKinney's Penal Law § 130.00 Sex offenses; definitions of terms.

障礙之人、心智陷於不能之情形、身體上無助狀態、或是被害人係被收容進入矯正機構、社區監控機構、醫院、社福機構之人、精神療養院、遲緩障礙之收容機構或是成癮戒治機構等，而行為人是該等機構之僱員且知悉或合理知悉被害人之身分之情形。如果被害人不同意之情形是因為「不具有同意能力」，因為未滿十七歲、心智障礙或是被害人係被收容進入矯正機構、社區監控機構、醫院、社福機構之人，行為人得以其與相對人間之婚姻關係作為抗辯¹⁶⁷。

所謂心智障礙係指因疾病或是其他缺陷使人無法認識其行為之本質之情形¹⁶⁸；所謂心智陷於不能係指在他人不同意的情況下，對其以麻醉劑或其他有毒物質使其暫時地無法理解或是控制自身行為¹⁶⁹；所謂身體上的無助狀態係指沒有意識或是因為任何原因而身體無法傳達不同意之情形¹⁷⁰。針對此三種情形，行為人可以其行為時不知被害人處於上述情形作為積極抗辯¹⁷¹。

就強制性交罪而言，規範的行為為性交行為，此所謂「性交（sexual intercourse）」，依照第 130.00 條之規定則係指「文義上一般通常性之意義，且不論插入行為係如何輕微皆成立¹⁷²」，解釋上係指男女性器官相結合之行為。可分為三個等級，第一級性侵害罪「B 級暴力重罪」，行為人以強迫、相對人處於身體上的無助狀態而不具有同意能力、相對人未滿 11 歲或相對人未滿 13 歲而行為人為 18 歲以上之人，得處 5 年以上 25 年以下有期徒刑；第二級性侵害罪「D 級暴力重罪」，行為人為 18 歲以上之人，而與未滿 15 歲之人為性交行為或行為人與相對人係在相對人因為心智障礙、心智陷於不能，而不具有同意能力之情形而為性交行為，得處 2 年以上 7 年以下有期徒刑；第三級性侵害罪「E 級暴力重罪」，行為人與不能行使同意權之他人為性交行為，且該不能行使同意權之原因並非係因未滿 17 歲、年滿 21 歲之行為人與未滿 17 歲之人為性交行為或行為人在他人不同意的情況下與他人為性交行為，且沒有取得同意的原因並非該他人不具有同意能力，得處 1.5 年以上 4 年以下有期徒刑¹⁷³。

第三級強制性交罪規範的行為態樣以「缺乏同意」擴展犯罪，就「不同意」的定義源於紐約州在 2001 年通過「性侵害改革法案（Sexual Assault Reform Act）」之新法，並設立「不同意」的特殊定義，新條文規定在第 130.05(2)(d) 條，該條文規定如果是在解釋第 130.25 條以及第 130.40 條之罪時，「不同意」

¹⁶⁷ McKinney's Penal Law § 130.10 Sex offenses; limitation; defenses.

¹⁶⁸ McKinney's Penal Law § 130.00(5).

¹⁶⁹ McKinney's Penal Law § 130.00(6).

¹⁷⁰ McKinney's Penal Law § 130.00(7).

¹⁷¹ McKinney's Penal Law § 130.10.

¹⁷² McKinney's Penal Law § 130.00(1).

¹⁷³ McKinney's Penal Law § 70.02. McKinney's Penal Law § 130.35. McKinney's Penal Law § 130.30. McKinney's Penal Law § 130.25.

係指「除了強迫以外，在為性交、口交、肛交行為的當下，被害人明確地表達不同意為該行為，且理性之人在行為人的狀況中，考量整體情事，應會了解被害人之語言及行為是在表達不同意¹⁷⁴。」從參考立法過程可知本條文的目的在於規範俗稱的所謂「約會性侵害」或「熟識者性侵害」的犯罪類型¹⁷⁵。條文中強調行使同意權的時間點為「性交、口交、肛交行為的『當下』」，所以就算是該等行為之前的所有行為都是合意的，被害人仍保有隨時表達不同意之權利。此外，在條文中也明確加入了客觀性的要素，一方面被害人是否明確地表達不同意，應以客觀的第三人角度判斷¹⁷⁶，在判斷行為人最終是否成罪時，也應該要以客觀第三人的角度進行判斷，而不論行為人主觀心理狀態¹⁷⁷。根據該定義，雖然不需要使用武力證明未得到同意，但使用武力的證明可以構成有關主體是否「明確表示」他或她不同意性行為的相關證據。

第三級強制性交罪法條提到所謂「且沒有取得同意的原因並非該他人不具有同意能力」，比照前述「不同意」的定義可知，「不同意」可能係指「強迫」或是「不具有同意能力」兩種情形，由於後者的情況被排除，如果是以前者「強迫」的要件來看，基本上規範的內容完全與「第一級」所規範的行為態樣相同。是以在一般的情況下，第三級罪在特定情況下是第一級罪相同行為的「較輕微犯罪（lesser included crime）」，根據紐約州法規定，法院得依職權或依聲請改以較輕微之罪處理該案件，針對這個問題，「性侵害改革法案」特別提到原則上第三級強制性交罪並不得取代第一級，除非證據顯示如此替代是合理的，且兩造皆同意以輕罪替代之。

而在「第三級性虐待¹⁷⁸」和「強迫接觸¹⁷⁹」犯罪，在任何情況下，除了強制或無能力同意，受害人未明示或默示默許行為人的行為，為缺乏默認之相關規範¹⁸⁰。

至於所謂「沒有取得同意」之情況，學者曾有指出從法律上講，有足夠的證據支持關於受害人不同意性交的結論，並且按照陪審團的公信力裁定，判定強制性交被告三級罪名的判決並不違背證據的顯示¹⁸¹；如被告在一天當中虐待了受害者，將她勒暈在昏迷中，將她拘禁起來，並對她構成了死亡威脅，在此期

¹⁷⁴ McKinney's Penal Law § 130.05(2)(d).

¹⁷⁵ William C. Donnino, Defense of Justification: Practice Commentary, in *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated: Penal Law*, Thomson West, 195(2004).

¹⁷⁶ People v. Goetz, 68 N.Y.2d 96, 506 N.Y.2d 18, 497 N.Y.2d 41 (1986).

¹⁷⁷ People v. Newton, 8 N.Y.3d 460, 835 N.Y.2d 546, 867 N.Y.2d 397 (2007).

¹⁷⁸ McKinney's Penal Law § 130.55.

¹⁷⁹ McKinney's Penal Law § 130.52.

¹⁸⁰ McKinney's Penal Law § 130.05(2)(c).

¹⁸¹ New York Jurisprudence, Second Edition (February 2020 Update), Criminal Law: Substantive Principles and Offenses.

間，受害者向他口頭傳達了她不想與他發生關係的訊息，並試圖逃離他的存在，這種逃逸僅因被告剝奪了她的車鑰匙而受到阻礙，並且她沒有主動參加被告隨後發起的性交行為¹⁸²。

而證據在法律上是否足以支持對被告的第三級強制性交定罪，People v. Powell 一案認為儘管受害人證詞的模糊曖昧，但從其他證據得以佐證，當詢問受害人對性交是否違背了她的意願，可看出受害人是一個勉強的證人，希望維持與被告的關係。她解釋說當雙方口頭或身體上發生爭執後，通常進行性交。當法院詢問性交是否違背她的意願時，她回答「不一定」。儘管受害人是模棱兩可的，但記錄顯示，她在性交之前遭到毆打和傷害，因此要求被告在行為期間停止。此外，受害人的孩子作證說她目睹了受害人有身體上的反抗，並聽到受害者「尖叫」，與受害人的證詞相反，孩子還作證說在自己被放到臥室之前，她觀察到被告脫去了受害人的褲子，陪審團就此可以合理地得出結論，與被告有 12 年關係的受害人不同意與被告發生性關係，因為在性交之前她被毆打受傷，並要求被告在性行為過程中停止。該其他證據足以認定性行為當時，受害人係「缺乏同意」，構成第三級強制性交罪¹⁸³。

第二款 華盛頓州法

華盛頓州刑法規範性犯罪於標題 9A 第 44.010 條到第 44.904 條，其主要行為態樣可以大致可以區分、「強制性交罪（Rape）」「未成年人性不當行為罪（Sexual Misconduct with a Minor）」、「對兒童性騷擾罪（Child Molestation）」、「對兒童強制性交罪（Rape of Child）」、「猥褻罪（Indecent liberties）」。該州立法規定同意需要顯示出被害人出於自由意願同意為性行為的實際的口頭言語表示或者行為存在¹⁸⁴。

就強制性交罪而言，規範的行為為性交行為，此所謂「性交（sexual intercourse）」，依照第 44.010 條之規定則係指「文義上一般通常性之意義，且不論插入行為係如何輕微皆成立、除醫學公認治療或診療行為以外以物體進入同性或異性之性器官，以及無論同性或異性之性器官相接觸¹⁸⁵」。可分為三個等級，第一級強制性交罪為「A 級重罪」，行為人以使用或威脅使用致命武器或看似致命武器的武器、綁架相對人、造成相對人嚴重的身體傷害，包括但不限於使受害者失去知覺的身體傷害、重罪犯進入相對人所在建築或車輛，得處無期徒刑、定額罰金五萬美元或同時處罰二者；第二級強制性交罪「A 級重

¹⁸² People v. Manigault, 150 AD3d 1331, 2017 WL 1713083 (3d Dep't 2017).

¹⁸³ People v. Powell, 128 A.D.3d 1174, (Appellant. May 14, 2015).

¹⁸⁴ West's RCWA 9A.44.010(7).

¹⁸⁵ West's RCWA 9A.44.010(1).

罪」，行為人在不構成第一級的情況下與另一人進行性交，以強制強迫方式、趁受害者由於身體上無助或精神上無行為能力而無法同意時、趁受害人是有發展性殘疾的人而犯罪者是未與受害人結婚的人並且對受害人具有監督權或在犯罪時正在向受害人提供運輸服務、受害者是犯罪者醫療保健提供之服務對像或患者並且性交發生在治療、諮詢、受害人是精神障礙或行為人是為有化學依賴性者提供設施¹⁸⁶，而犯罪者是未與受害人結婚並對該受害人具有監督權的人、當受害者是年老體弱或易受傷害的成年人而犯罪者是未與受害者結婚的人，並且與受害人有重要關係或在受害時正在向受害人提供運輸服務，得處無期徒刑、定額罰金五萬美元或同時處罰二者；第三級強制性交罪為「C 級重罪」，行為人在不構成第一級或第二級強奸的情況下，如果受害人不同意第 44.010(7) 條定義與犯罪者進行性交或受害者的財產權受到重大非法損害的威脅，得處 10 年以下有期徒刑、定額罰金兩萬美元或同時處罰二者¹⁸⁷。

其中第一級強制性交罪，除非出於對住院治療設施的承諾，否則不得將被定為一級強奸的人判處緩刑，每個被第一級強制性交定罪的人至少應被監禁 3 年；進一步規定，監禁和假釋委員會有權設定大於 3 年的監禁期，但絕不得少於最短的 3 年監禁期；委員會也不應因任何形式的良好時間計算而在監禁的前三年釋放被定罪的人；在禁閉的前三年中，懲戒部門也不得允許被定罪的人參加任何工作釋放計劃或休假計劃。

另外第三級強制性交罪規範的行為態樣以「缺乏同意」擴展犯罪，是以被害人不符合第 44.010(7) 條定義之「同意」是指在進行性交或性接觸時有實際的言語或行為表明自由同意進行性交或性接觸，亦即以言論或行為明確表達不同意或者缺乏同意性交的言語或行為明確表示。惟此一犯罪被定義為較前兩條的輕罪。

就第三級強制性交罪曾有案例爭執同意的時點問題。在 State v. Mares 一案中，行為人 Mares 認為受害人所謂的強制性交是合意性行為，因為受害人在整個性交過程中，並無持續表達同意不代表其不同意性交，第三級強制性交罪並未具體說明「何時」必須明確表達受害人的同意，是以該條法律有憲法上的模糊不清問題，有使法律被任意執行之疑慮¹⁸⁸。在此案中，法院就所謂刑法第 44.060 條有憲法模糊不清之抗辯認為，所謂「模糊原則」，是指為確保公民就所禁止的行為獲得公正、清楚的通知與宣告，並防止法律被任意執行，如同我

¹⁸⁶ 如酒精中毒、吸毒成癮，為此類依賴精神活性化物質的人提供護理或治療的設施。

¹⁸⁷ West's RCWA 9A.20.021. West's RCWA 9A.44.040. West's RCWA 9A.44.050. West's RCWA 9A.44.060.

¹⁸⁸ State v. Mares, 190 Wash. App. 343 (2015). Respondent, v. Gustavo Duarte Mares, Appellant. No. 32145-2-III. (Sept. 24, 2015).

國的「罪刑法定原則」，法律無法使人民可以理解和為禁止的行為，或該法規未提供確定的有罪標準以防止任意執法。最高法院認為由於某種程度的模糊性是語言使用所固有的，法院不需要絕對同意或不可能的專門性標準，是以行為人的抗辯無用。

此外，最高法院認為從法條上來看，第 44.060 條僅與第 44.010(7)條中的定義「同意」聯繫，而不與「缺乏同意」聯繫。根據法條規定，法規確實沒有規定何時必須明確表示缺乏同意，然而當明確表示缺乏同意的法定要求的根本目的是避免將合理的誤解定為刑事犯罪時，很顯然，表達的實質比其時機更為重要。缺乏同意的一些表達方式是持續且長久的，例如「永遠不要再碰我」、「如果你把手放在我身上，我會叫警察」、「如果你是地球上的最後一個人，我不會和你發生性關係」還有受害人在犯罪發生三週前的說過「我們是親屬，你在做什麼？這樣是錯的、不好」。

最終法院以有充分的證據支持被告定罪為第三級強制性交罪，儘管被告聲稱受害者在事發當晚沒有以言語或行為表示對事發之夜的性行為表示不同意，直到被告停止行動為止；但陪審團可以清楚地認知到受害人對性交的不同意，因為受害人一直在對被告人的整個相識過程中做出反對的回應，通過躲開擁抱、推開他的手，告訴他自己正在做錯，威脅並告訴她的姨媽和叔叔他的行動舉止，叫他離開房間，並對他大喊大叫。透過這些「實質」的表達，論證行為當時受害人的「缺乏同意」，成立第三級強制性交。

第三款 威斯康辛州法

威斯康辛州刑法規範一般性犯罪於第 940.225 條，以「性侵犯罪（Sexual assault）」為命名，規範於「危害生命和身體安全罪章」，其餘對於兒童的性侵害規範在「對兒童犯罪罪章」第 948.01 條至第 948.14 條，大致可以區分為「對兒童性侵犯（Sexual assault of a Child）」、「對兒童性剝削（Sexual Exploitation of a Child）」、「與兒童亂倫（Incest with a child）」、「誘惑兒童（Child enticement）」、「使用電腦計算器促使兒童性犯罪（Use of a computer to facilitate a child sex crime）」、「未成年性行為罪（Underage sexual activity）」、「誘使兒童賣淫罪（Soliciting a child for prostitution）」等罪。

就一般性侵害罪而言，規範的行為為性交與性接觸行為，此所謂「性交（sexual intercourse）」，依照第 939.22(36) 條與第 940.225(5)(c) 條之規定則係指「文義上一般通常性之意義，包括外陰部的插入而不需射精以及人與人之間的舔陰、口交或肛門性交，或被告人或根據被告人的指示，對人體的任何部位以任何物體進行的任何其他侵入，無論有多麼輕微，都對生殖器或肛門口

進行了侵入。不需要排出精液。¹⁸⁹」可分為四個等級，第一級性侵害罪為「B 級重罪」，行為人（a）未經他人同意而與他人發生性接觸或性交並對該人造成懷孕或重大身體傷害、（b）未經他人同意而通過使用或威脅使用危險武器或以使受害者合理地認為其為危險武器的方式使用或製造的任何物品與他人發生性接觸或性交、或者（c）受到一個或多個其他人的協助或教唆並且未經他人使用或威脅使用武力或暴力與他人發生性接觸或性交，得處最高有期徒刑 60 年以下；第二級性侵害罪為「C 級重罪」，（a）未經他人同意而威脅使用暴力或暴力與他人發生性接觸或性交、（b）未經他人同意而與他人發生性接觸或性交並導致性器官、生殖器官的傷害、疾病、損害或精神痛苦達到需要為受害者提供精神病治療、（c）與患有精神疾病或精神病的人發生性接觸或性交使該人暫時或永久無法評估其行為，而被告人知道這種情況、（cm）與某人發生性接觸或性交而該人在某種麻醉劑的影響下達到某種程度，使其無法無法同意，且被告實際知道該人無能力給予同意，被告人有與該人進行性接觸或性交的目的而該人無能力給予同意、（d）與被告認識無意識的人發生性接觸或性交、（f）由一個或多個其他人協助或教唆，未經該人同意而與另一人發生性接觸或性交、（g）是根據第 940.295(2)(b)、(c)、(h)、(k)條¹⁹⁰的設施或計劃的僱員並且與該設施或計劃的患者、居民的人發生性接觸或性交、（h）如果行為人是教養人員與被關押在教養所中的個人發生性接觸或性交、（i）與處於緩刑、假釋或長期監督中的個人發生性接觸或性交，如果該行為者是直接或通過下屬對其個人進行監督的緩刑、假釋或長期監督人員作為緩刑、假釋或擴展監督代理人 ability，或曾經影響或試圖影響另一緩刑、假釋或擴展監督代理人對個人的監督的能力、（j）是第 48.685(1)(b)條¹⁹¹、第 50.065(1)(c)條¹⁹²所定義的實體的被許可人，僱員或非客戶居民，並且與該實體的客戶發生性接觸或性行為，得處以不超過十萬美元的罰款或不超過 40 年的有期徒刑，或兩者併罰；第三級性侵害罪

¹⁸⁹ W.S.A 939.22(36). W.S.A 940.225(5)(c).

¹⁹⁰ W.S.A 940.295(2)(b)成年家庭住宅、(c)以社區為基礎的住宅設施、(h)住院醫療機構、(k)國家治療設施。

¹⁹¹ W.S.A 48.685(1)(b)「實體」是指根據條款獲得許可的兒童福利機構。為兒童提供照料和撫養，安置兒童收養或為寄養家庭提供許可證；根據獲許可的寄養家庭；根據支付補貼監護費的臨時看守人；根據監護協議建議在某人中被指定為繼承人的人補貼的；根據獲許可的團體房屋；根據許可的庇護所；一個促進代表團照顧下兒童的組織或向另一個實體提供照顧者的臨時職業介紹所。

¹⁹² W.S.A 50.065(1)(c) 「實體」是指經部門許可或認證或向部門註冊以向客戶提供直接護理或治療服務的設施，組織或服務；或僱用或與個人簽約以提供個人護理服務的代理商。「實體」包括醫院，根據規定獲得許可的家庭健康機構，這是一家臨時職業介紹所，向另一個實體提供照顧者，以及老年和長期照護委員會。「實體」不包括以下任何內容：1.根據本章獲得許可或認證的托兒服務。2.根據親屬關係護理。3.根據規定，被證明是醫療救助提供者的人，但未批准，由部門許可或認證或在部門註冊。4.第 48.685(1)(b)條所定義的實體。6.根據規定設立的公共衛生機構。

為「G級重罪」，未經該人同意而與該人進行性交的任何人、（b）未經該人的同意而與該人以本條(5)(b)2、3中描述的方式發生性接觸的人，得處以不超過兩萬五千美元的罰款或不超過10年的有期徒刑，或兩者併罰；第四級性侵害罪為「A級輕罪」，除第三級規定以外，未經該人同意而與該人發生性接觸，得處以不超過一萬美元的罰款或不超過9個月的有期徒刑，或兩者併罰¹⁹³。

威斯康辛州的強制性交罪法律規定同意乃是指有能力給予知情同意的人的言語或公開行動，表明已自由同意進行性交或性接觸，經由被害人的口頭表示或明顯行為而予認定，該州立法規定同意需要顯示出被害人出於自由意願同意為性行為的實際的口頭言語表示或者行為存在¹⁹⁴。「未經同意」是指實際上沒有同意或出於以下原因之一而為同意：（a）因與受害人在場的人或受害人直系親屬的使用或迫在眉睫的暴力行為使受害人感到恐懼、（b）因為該行為者聲稱是在法律授權下行為的、（c）因為受害人不了解其所同意的事物的性質，原因是由於無知或事實的錯誤或刑法以外的其他法律的原因，或由於是青少年或精神狀況不佳的人的永久或暫時性不佳之情形¹⁹⁵。

就「衣服沒有被撕裂，且沒有受到任何身體上廝打、傷害」遠遠不能代表受害人同意性交此一論點，State v. Schmear一案已證實¹⁹⁶，在性侵犯的情況下，「事實上同意」要求對意願表示肯定，而不說不或拒絕則不構成事實同意¹⁹⁷。如果沒有通過言語或行為自由表示同意，兩方不得建立同意的性關係¹⁹⁸。被害人可能既無法如性侵犯法規中所規定的那樣給予同意，也可能根本無法在法規下實際上不給予同意，在這種情況下同意的定義，為當所謂的性侵犯受害人沒有給出同意的跡象時，無論受害人是否有能力同意，都沒有「同意」，證明合格的受害者不同意，只是國家可以證明未經同意發生性行為的一種方式¹⁹⁹。

第四款 學說與實務

有學者認為「only yes means yes」此口號嚴重簡化了該概念，並且實際上對於肯定同意所要求的法律標準的定義是不準確的，一般而言，肯定同意不需

¹⁹³ W.S.A 939.50. W.S.A 939.51. W.S.A 940.225.

¹⁹⁴ W.S.A 940.225(4).

¹⁹⁵ W.S.A 939.22(48).

¹⁹⁶ State v. Schmear, 135 NW2d 842, 28 Wis.2d 126 (1965).

¹⁹⁷ State v. Prineas, 809 N.W.2d 68, 338 Wis.2d 362 (App. 2011).

¹⁹⁸ State v. Lederer, 299 N.W.2d 457, 99 Wis.2d 430 (App. 1980).

¹⁹⁹ State v. Jama, 877 N.W.2d 650, 367 Wis.2d 748, 2016 WL 731932 (App. 2016).

要明確的口頭許可，表示除「是」以外，還有很多行為或方式可以表示「是」

²⁰⁰

大多數美國司法管轄區不使用肯定同意來描述法律之同意要件，但紐約州、紐澤西州、伊利諾伊州、華盛頓州和威斯康辛州均採用要求「自由同意」進行性接觸的語言。紐澤西州最高法院指出，被告必須相信「受害者自由給予了肯定的許可」，並且「這種許可可以通過言語或採取行動來表明，而這種行動或行動應從周圍的所有環境來看。在這種情況下，將向理性的人證明對性侵害的特定行為具有肯定和自由的授權。」儘管法院使用了「肯定許可」一詞，並且可以通過言語或行動明確表達許可，但法院並未進一步定義或澄清標準²⁰¹。

此外，有學者指出根據對明確的肯定同意標準的最嚴格解釋，未經允許就在嘴唇上親吻其他同伴，即使受害人一年來每天都做過，並且即使受害人事觀上希望與行為人進行性接觸，她也被視為非自願的性接觸。即使假設這些事件的各方先前已經同意，在嚴格的明確肯定同意下，這是不夠的同意，因為事先同意並不表示將來會同意²⁰²。

部分學者指出肯定同意不是法律理論的根本轉變，而是試圖使有關強制性交的法律與其他法律制度保持一致。肯定同意的最有力論據之一是，它將對所有人的行為產生影響，尤其是在約會的情況下。例如一個男性在黑暗的小巷裡等著一個過去的女性，以便他能以暴力逼迫她進行性交，這不太可能受到法律構成要件的影響，該構成要件要求他首先徵得允許，並尊重給出的答案。是以，在約會方案中，採用肯定同意標準將是最有益的。肯定同意標準將通過確定和尊重性伴侶的意願來鼓勵男性從事理性行為。此外，肯定同意標準將通過鼓勵女性直接表明其參與性交的意願來促進女性的理性行為。因此，採支持論者認為肯定同意可以激勵男性和女性以更理性的方式行事²⁰³。

而在密蘇里州訂定未經同意性交罪時，在其草案中，列舉九個案例以作為所謂積極同意在個案例情況中，法院應注意、判斷的細節，有些事實不足以被判斷為「未經同意」。其中如儘管投訴人最初拒絕了性交，但被告持續撫摸等親密行為，但不追求插入行為，投訴人的後來行為（在沒有暗示武力或脅迫的情況下微笑、脫衣服並擁抱被告的身體）構成了同意，即使投訴人此前曾拒絕

²⁰⁰ Janet Napolitano, “Only Yes Means Yes”: An Essay on University Policies Regarding Sexual Violence and Sexual Assault, 33 Yale L. & Pol'y Rev.387, 66 (2015).

²⁰¹ C. Ashley Saferight, *Clear As Mud: Constitutional Concerns With Clear Affirmative Consent*, 67 Clev. St. L. Rev. 431 (2019).

²⁰² Evan Gerstmann, The Constitutional Right to Sexual Autonomy and Affirmative Consent, Address at 2018 Western Political Science Association Annual Conference 7 (Loyola Marymount Univ., 2018).

²⁰³ Nicholas J. Little, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, 58 Vand. L. Rev. 1322, 23 (2005).

過，即使隨後的意願是通過行為而不是言語傳達的。這些事實不支持認定被告有罪即使投訴人以前曾拒絕過，即使投訴人隨後的意願是通過行為而不是言語傳達的。又如在明確同意的案例和明顯沒有同意的案例之間，存在著一系列中間情況，無論是否涉及陶醉狀態，當一方是消極的，既不鼓勵也不抵制另一方的性行為時，這種消極的含義需要解釋，最重要的標準是在所有情況下，當事方的行為是否傳達了意願²⁰⁴。

實務上則出現相關判決，證立受害者並非出於「生理上無助」，受害者證明自己是「清醒的」，但處於「完全放鬆的狀態」、「夢境中」，即被告開始按摩她的乳房和乳頭時，她雖驚醒但身心針對這種行為而僵住，受害者害怕做任何事情來阻止被告，並且為了避免與被告面對和可能的進一步襲擊，當被告開始性交時，受害者最初沒有做出反應，此一類型成立「未經同意」性交罪²⁰⁵。

第五款 Osburn v. Hagel

在此案中，女員工 Osburn 對雇主國防部長 Hagel 提起第七章訴訟，指控性別歧視和報復。本案案件背景為 Osburn 說當她在國防資訊系統局（DISA）工作時，她的一線主管 Tim Tarver 對她進行了一系列的性騷擾，包括五次強制性交，而在她求助部門其他主管的過程中，沒有得到應有的幫助，反而導致她的被開除²⁰⁶。

第一目 案件事實²⁰⁷

Osburn 於 2005 年開始擔任 DISA 的員工，於 2007 年 2 月被該機構正式聘為資訊技術專家。Tarver 對 Osburn 的騷擾始於她被 DISA 僱用幾個月後。他會對她發表性評論，經常拜訪她的書桌，並叫她進入他的辦公室。同事們觀察到了這種行為，並對 Osburn 表示關注。到 2007 年年底，Tarver 開始觸摸 Osburn，拍打她的臀部、觸摸她的乳房。他告訴她他會幫助她的事業，他還告訴她，如果她說任何話，都會毀了她的事業。

有一次，當 Osburn 加班到很晚時，Tarver 也留在辦公室裡並把她困在辦公室，最後她說服了他讓她離開。另一晚，他再次留下，顯然是想騷擾她，但應 Osburn 的要求，另一位同事也留下來加班了。當她獨自一人在家時，Tarver 會

²⁰⁴ V.A.M.S. Model Penal Code - Sex. Assault & Related Offenses § 213.2 TD No 2 (2016).

²⁰⁵ State v. Stevens, 53 P.3d 356, 311 Mont. 52 (2002).

²⁰⁶ Osburn v. Hagel, 46 F.Supp.3d 1235, M.D. Alabama (2014).

²⁰⁷ *Id.* at 1-3.

開車經過 Osburn 的房子，有一天晚上，他不請自來地來到她家。此外，他還繼續觸摸她並在工作中發表性評論。

在 2008 年 1 月，Tarver 強制性交 Osburn，他叫她進入辦公室，鎖上門強行對她進行口交，然後與她性交，之後他道歉並承諾不再做。但是，在接下來的幾個月中，他又在辦公室強制性交了她三次。2009 年 7 月，他在工作旅行中第五次也是最後一次對她強制性交。

而就此性騷擾與強制性交之事實，國防部長首先辯稱，Osburn 的騷擾指控失敗，因為她沒有確定 Tarver 的行為是「不受歡迎的」。他認為 Osburn 和 Tarver 之間的性接觸是完全自願的。他指出 Osburn 沒有提供任何證據來證明她對 Tarver 的舉止不受歡迎，並辯稱僅憑她的「事後」陳述是無法成立的。

第二目 法院見解與評析

其中就是否有性侵犯的事實，國防部長的辯稱阿拉巴馬州地區法院認為實際上，Osburn 提供的證據遠不止是證實她的事件形式。Osburn 除了宣誓作證外，還提交了證據，證明她在所謂的騷擾過程中向其他人抱怨。例如同事描述了他自己的觀察和 Osburn 對 Tarver 所作的陳述，一位同事在一份宣誓聲明中指出，他觀察到 Tarver 對 Osburn 的外貌發表了「不合適」的評論，這些評論顯然「使她感到難過」，並使她看上去「在他訪問之後非常不自在」，此外同事說，Osburn 也一再告訴他，Tarver 對她的外表和身體發表了評論，並不適當地觸摸了她，同事發現 Osburn 「情緒低落、沮喪、情緒緊張並且總體上陷入困境」，並且「在進去 Tarver 的辦公室後，她似乎並沒有感到高興，高興或釋然」這些證據是對 Osburn 最有利的，並表示出不歡迎雙方同意的性關係²⁰⁸。

此外 Tarver 本人說，所有性行為都是自願的，儘管他承認至少有一次她說「不」，但 Osburn 的「不」是什麼意思，是真誠還是好玩，由陪審團決定。而且，她也沒有說「是」，這是陪審團在確定是否受到強迫時要考慮的事實，亦即主張強制性交法除非得到肯定，否則不應推論得其同意²⁰⁹。

部長引用了其他證詞和證據，這些證據使 Osburn 的說法受到懷疑，包括 Osburn 公開與 Tarver 調情的證詞。但是，作為無可爭辯的事實，存在矛盾的證據並不能證明性行為是「受歡迎的」。反之，部長似乎正在要求法院對 Osburn 的事件版本予以打折扣，這是基於對她的可信度的負面建議，然而 Osburn 的版本至少部分得到其他證人的證實，是以最終法院認為，從對 Osburn 最有利的角

²⁰⁸ *Id.* at 10-12.

²⁰⁹ *Id.* at 12-13.

度考慮，她已經建立了不受歡迎的性騷擾行為此一事實，是以 Tarver 成立強制性交罪²¹⁰。

本案在對於是否構成性騷擾、強制性交罪中，衡量雙方證詞、證據下，依照所謂「積極同意」的要求模式，認為行為人並沒有獲得受害人口頭或非口頭肯定性的同意，也再次重申其他之受害人言行證據並無法證明受害人對於性交行為是出於自主意願同意的，即便存在矛盾的證據並不能證明性行為是「受歡迎的」，出於對被害人最有利之衡量，依「積極同意」的要求模式，認為行為人構成強制性交罪。

第三節 加拿大

第一項 歷史沿革

加拿大關於性犯罪規定之改革，大致上可以分成四個時期，分別為 1892 年以前、1892 至 1982 年、1982 年至 1992 年、1992 年以後²¹¹。1892 年為加拿大刑法典初制定的時期，不同於美國有所謂模範刑法典與各州刑法典，加拿大僅有一部全國適用之刑法典，並無州法與聯邦法之分別。1982 年的刑法典將強制力行使的要件排除於強制性交的定義。本文將著重於後兩個時期為介紹。

第一款 1982~1992 年

1982 年至 1992 年為開展之性暴力規範，由於舊法時期這樣的定義使得強制性交僅適用於女性。為因應 1985 年加拿大憲章施行在即，性侵害的法律必須符合憲章中性別平等的要求，是以 1982 年的性強制罪第三時期開始進行刑法修正，1983 年通過。

修正要點為將有關「性」的罪移至強制罪章，變成性侵害罪（sexual assault）；並使法規成為性別中立將男性也納入保護；承認夫妻之間亦有強制性交的適用，扭轉過往在婚姻關係中女性被視為男性的所有物、產權的觀念，當女性同意進入婚姻時便被認為同時讓渡自己的性處分權予男性此一觀念；此外，嚴格限制訴訟法上關於被害者性經驗的證據使用，舊法時期允許詢問關於被害人歷史（包括是否處女、是否使用避孕措施、是否墮過胎、是否當過娼妓以及他人對於被害人是否性開放的評價），而允許作為與本案相關之證據，影響陪審團對被害人的印象，法條也容許法官衡量證據價值與證據造成偏見效

²¹⁰ *Id.* at 23.

²¹¹ Kwong-leung Tang, *Rape Law Reform in Canada: The Success and Limits of Legislation*, 42 International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 3, 258-270 (1998).

果的可能性，作出有證據能力的例外判斷，使得女性因此不願意通報性侵害；最後則是對於刑事補強證據之要求²¹²。

本次修正是期待透過罪刑本質改變，扭轉社會認知偏見，進而提高報案率，讓大眾不再以受害者自己不檢點的視角關注。

第二款 1992 年以後

過去在舊法時期，因為女性被期待對於性侵害會有言語上或行動上的抵抗，抵抗因此被認作是不同意的同義，必須由控訴方舉證被害人在性侵害過程中有奮力的抵抗，「不同意」未被正確、清楚定義。法官指導陪審團，判斷案件除了被害人供述之外必須要有補強證據，因此被害人的抵抗被用作補強證據。而傳統客觀構成要件由控訴方證明的模式，而以被害人的言詞或行動抵抗來證明「不同意」²¹³。

第一次修法之後，雖然當時的刑法第 265(3)條已有例示規定強暴、脅迫、詐欺與濫用權勢下被害人的服從不是同意，但不同意仍然沒有清楚的定義。在 1991 年 *R. v. Letendre* 一案展現對於一個沒有掙扎、躺在地上的被害人的明確認定，案件中被害人放棄掙扎並且只希望「趕快結束」，判決認為不同意必須由被害人清楚而不模糊的口語表達，更有甚者，法院判決還認為有時候女性所稱的「不願意」可能代表「也許可以」（no means maybe）²¹⁴。這令女權團體意識到 1983 年修法的不足，在司法實務上裁判者終究還是受限於強姦迷思，因此除了許多主張「說不就是不同意」（no means no）的抗議活動開始進行，並在學說開啟了「積極同意」或是「沈默就是不（silence means no）」的倡議²¹⁵。

1991 年加拿大最高法院認定在性強制罪的「被害人與被告以外之人的性經驗」訴訟證據排除（舊刑事訴訟法第 276 條）法則是違憲而無效的，隔年最高法院宣示該條侵害被告的防禦權而有違權利憲章第 7 條、第 11 條而無效，國會重新訂「保護傘條款」，該條款的訂立明確表達出必須要減少使用性經驗此類證據的方向²¹⁶。

1992 年加拿大刑法第 273.1 條規定「同意」的積極定義，以第 273.2 條限制用誤認來抗辯，自此法規範正式進入所謂的積極同意²¹⁷。

²¹² *Id.* at 264.

²¹³ *Id.* at 266-268.

²¹⁴ *R. v. Letendre* (1991) 5 C.R. (4th) 159 (B.C.S.C.).

²¹⁵ Kwong-leung Tang, *supra* note 211, at 268.

²¹⁶ Lise Gotell, *Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Woman*, 41 Akron L. Rev. 865, 867 (2008).

²¹⁷ *Id.* at 868.

第二項 加拿大刑法現行規範（Canada Criminal Code）

從 1990 年代起，開始積極透過修正刑法與法院判決，改革性侵害法律，逐漸確立採取「積極同意模式」為立法模式。

現今，加拿大關於強制性交罪之相關立法方面，規定只有明確的同意存在才算同意（only yes means yes）²¹⁸，以確定同意標準作為其認定同意之方式。該等立法變革乃於近年開始，1992 年其刑法典（The Criminal Code of Canada）中明文規定性犯罪中對於個人意願的要求。在該立法中，其以「Sexual Assault」取代「Rape」一詞之運用，並依武力使用的程度而分為不同等級罪名。其並於第 273.1 條規定，所謂「同意」係指當事人出於完全自願對本案之性行為表示同意²¹⁹。該條二項並進一步的規定當事人之同意將被認為不存在的情形，例如「對該性行為之同意乃是由他人代為表達」、「當事人意識不清楚」、「濫用其權威而使被害人同意為該性行為」、「雖同意過但後以言語或行為表現出對於該性行為的反對」，是為例示非列舉。「無能力同意」的狀況應視為「不同意」（不能推斷為「沒拒絕」），這樣的立法可以降低加害人趁被害人酩酊狀態為藉口脫罪的狀況²²⁰。

另外就行為人主觀上錯誤相信被害人以為同意的抗辯方面，加拿大刑法亦於第 273.2 條明文規定，限制該等構成要件錯誤之抗辯，在這些特定情形下，行為人皆不得以主觀上誤認行為人已為同意而抗辯該罪不應成立，亦即非為有效抗辯。而此規定在加拿大實務判決的適用情形方面，曾判決對於酒醉、受藥物影響、意識不清的當事人而為性行為，構成輕率或有意的盲目；而就行為人應就其所認知的情行採取合理步驟確認同意存在，法院判決表示單純取得肢體的回應不足以認為已滿足合理的確認步驟，降低對行為人主觀故意構成該當的門檻²²¹。

綜上而言，加拿大刑法中指明五種「不算得到當事人同意」的狀況：

(a) 同意是由告訴人以外之人以言語或行動代為表示、(b) 告訴人無能力同意性交、(c) 同意是行為人透過濫用信賴、權力與權威地位、(d) 告訴人透過言詞或行為表達欠缺性交之意願，以及(e) 已同意性交之告訴人透過言語或行動表示無意繼續進行²²²。第一款表明不是法益持有人的同意屬於無權同意，充分保障性自主屬於高度個人性法益，第二、三款則是表彰保護地位差異、不

²¹⁸ *Id.* at 869.

²¹⁹ Canada Criminal Code §273.1(1)：「原告自願同意從事系爭性活動（the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question）」。

²²⁰ Gotell, *supra* note 216, at 869.

²²¹ Gotell, *supra* note 216, at 869.

²²² Canada Criminal Code § 273.1 (2).

同地位水平的同意，第四款告訴人透過言詞或行為明確表達拒絕性交的意思，解釋上當然也是未獲同意，本條規定讓違反意願模式的情況為積極同意模式所包括²²³。

刑法第 273.2 條為基礎在加拿大法院的司法實踐中確立了肯定模式，確認合意應從兩方面確認，在行為方面是被害人對性行為的慾望，在意願方面是被害人通過言語或舉止肯定式地表達實施性行為的協議；若前提是建立在若女性不反抗就被視為同意的假定基礎之上，默示的合意不被承認，加拿大法律不認可這種在許多文化中存在的刻板假設²²⁴。

法條亦規範確保同意的責任在於發起或進行性行為的人。當某人拒絕性行為時，另一人就不能依靠已經過去的事實或對方沒有再說不同意這一事實來假設現在存在同意。加拿大最高法院曾表示，「同意」不應基於陳規定型觀念。因此，法官和陪審團不能依靠一個人過去曾經同意與某人進行性行為這一事實來表示他們下次同意了這一事實，這也意味著不應使用某人的性史、性經驗來表明他們自動同意²²⁵。

2005 年，加拿大最高法院 *R. v. Stender* 一案強調同意必須是在完全自由下作出才具有法律上的效力，確認了「因為壓力而生的表示」並非同意。法院認為當客觀環境產生一個「男性會想進一步」的合理情境時，必須有主動積極的步驟去確認同意之存在，且必須實際上取得口頭上的同意，不能僅依賴肢體的反應就認為是同意²²⁶。

至於對於「意願」認定部份，2011 年加拿大上訴法院就 *R. v. Hutchinson* 一案，指出當事人同意發生性行為的內容所包括之範圍。該案件事實是一名男子因怕女友分手，故意戳破保險套誘騙女友懷孕而被認定構成性侵害罪。法院認為被告出於欺騙動機獲得同意發生性行為構成性侵害，是所謂「意願」仍須在雙方認知相同下作成，資訊不對等的情況，縱受害人有為積極同意，亦非出於完全自願²²⁷。

²²³ 李佳玟，同註 88，頁 84-85。

²²⁴ 李佳玟，同註 88，頁 84-85。

²²⁵ Gotell, *supra* note 216, at 869.

²²⁶ 王如玄，刑法妨害性自主罪修法後司法實踐之我見，社區發展季刊 149 期，頁 96，2015 年 3 月。

²²⁷ 同前註，頁 96。

第三項 實務現況

第一款 R. v. Ewanchuk

第一目 案例事實²²⁸

Steve Ewanchuk 帶一個 17 歲的女孩到他的麵包車裡進行工作面試，面試結束後，Ewanchuk 邀請這個女孩到後面的拖車中，並開始一連串的行為。而每次女孩對 Ewanchuk 的意圖性行為說「不」的時候，他都會停下來，但每經過一段時間之後，Ewanchuk 會意圖恢復性行為。申訴人在庭審中作證說，待在拖車內的期間，她非常害怕，這就是為什麼她沒有採取進一步行動來阻止性行為，例如離開或試圖以身體抵抗 Ewanchuk。在她離開之前，Ewanchuk 支付了她 100 美元，以便她可以幫助支付托兒費用。

在審判中，Ewanchuk 辭稱，儘管女孩最初對他的性接觸說「不」，但因為他的繼續，並且她沒有進一步反對這構成「默示同意」，而這個辯證成功了，且上訴時亦維持無罪釋放。在上訴法院審理中，John McClung 大法官評論：「必須指出，申訴人沒有向 Ewanchuk 展示自己的身分，也沒有在進入他的拖車時戴著軟泥童帽和穿著襯裙（it must be pointed out that the complainant did not present herself to Ewanchuk or enter his trailer in a bonnet and crinolines）」，而且行為人的行為「犯罪程度較賀爾蒙遠低於刑法的適用（less criminal than hormonal）」。

於此案，最高法院面臨的問題是「主審法官是否理解對性侵犯行為的同意以及其他關於加拿大法律中存在『默示同意』的抗辯的結論是否正確」²²⁹。

第二目 法院見解與評析

1999 年加拿大最高法院 711 判決 R.v. Ewanchuk 引用新修的條文規定，在認定同意與否採用了「only yes means yes」。法院以加拿大法律中沒有「默視同意（implied consent）」抗辯，強調在出於草率或故意忽視的情形下，被告並不能主張誤信的抗辯，且要求被告必須採用「合理步驟」，法院在調查事實時必須考慮到被告是否有採用積極的步驟去確立同意。如果一方說了不，在繼續性接觸前必須有清楚的承諾來確認同意或重建同意之存在，時間的流逝或是當事人的沉默、模糊的舉止表現皆不得認為有獲得同意，亦即被告不能因原告

²²⁸ R. v. Ewanchuk, 1 S.C.R. 330 (Can.) (1990).

²²⁹ *Id.* at 17..

沈默或模稜兩可的行為就認為同意存在²³⁰。於 R. v. Ewanchuk 一案中，一、二審法院見解將被害人保持冷靜、不向行為人展現害怕的舉動認為是默示同意，並且引用被害人懷孕、生產的歷史、穿著習慣與言行舉止來推論其有同意。惟上訴到加拿大最高法院確立了確定同意標準，法院認為沒有所謂的暗示同意存在，同意必須明確表示，法院不再依雙方關係推定默示的同意，讓熟人性侵害鮮少被法院重視的陋習被翻轉²³¹。

且定義強制性交一罪，乃是未經同意之性行為，而同意存在與否，則須由被害人的主觀立場判斷之，若行為人有輕率的態度或盲目而誤認該性行為已經被害人同意，仍具有主觀之故意，則不得以該主觀構成要件錯誤抗辯之。亦即行為人無權利用步步試探的方式，探觸被害人之意願，僅因被害人的保持沈默或默認曖昧反應而認定其有同意²³²。

是故，加拿大高等法院經由 R. v. Ewanchuk 一案，將強制性交罪的重點確立為受害人的同意意願，任何單純沉默或是曖昧模糊的舉止，皆不構成對於性行為之同意，該罪調查重心轉向行為人所有為了得到同意所為之行為。最高法院強調同意必須是正面的，沈默或曖昧的行為都不能構成同意。效果上，讓原本女人都處於一種同意狀態的假設，轉而成為須有一些正面的關於承諾的證據才能說有同意存在²³³。而刑法中的不同意，是根據被害人中心是否想要發生性行為來判斷，被害人的言詞或行為可能被當作肯認或反駁其心理狀態的證據但沒有推定同意，也沒有默示同意這回事，不同意作為心理要素是根據言詞或行為中是否表達「同意」來判斷²³⁴。

第二款 R. v. JA

第一目 案例事實²³⁵

2007 年 5 月 27 日，被告 J.A.和他的長期伴侶 K.D.開始進行自願的性行為。在性行為期間，K.D.同意讓 J.A.掐住她使她停止呼吸作為性活動的一部分。K.D.失去知覺大約三分鐘，而她亦知道當她同意被掐住時可能會發生這種情況。然而當 K.D.昏迷時，J.A.捆綁了 K.D.並對其進行了其他性行為。在作證

²³⁰ 王如玄，同註 226，頁 96。

²³¹ R. v. Ewanchuk, 1 S.C.R. 330 (Can.) (1990).

²³² 安真慧，從女性主義的觀點看妨害性自主—再論違背意願，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁 141，107 年 12 月。

²³³ 王如玄，同註 226，頁 96。

²³⁴ 王如玄，同註 226，頁 96。

²³⁵ R. v. J.A., [2011] S.C.R. 440 (Can.).

時，K.D.說不清楚在昏迷時她是否知道或同意 J.A.對她進行的性行為，但在她恢復意識後，她和 J.A.繼續進行了自願的性活動。

7月11日，K.D.向警察投訴，說 J.A.捆綁了她並對其進行了其他性活動（於陰道中放入假陰莖），而該活動未經她同意，儘管後來她撤回了聲明。而後 J.A.被控以嚴重的攻擊，試圖使一個人失去知覺以對其進行性攻擊以及違反緩刑令。

在作證過程中，K.D.基於兒子對父親的親情需求，而對自己是否同意該性交活動說辭反覆不一，被害人 K.D.於警詢時陳述遭丈夫 J.A.以掐住喉嚨的方式使其陷入昏迷，並在其無意識時以假陰莖插入，K.D.在法庭作證時卻改稱這並非丈夫第一次掐昏她後為性行為，雙方對於此種進行方式都是合意的²³⁶。

第二目 法院見解與評析

有學者認為本案無論是上訴法院還是最高法院，最終爭論焦點都落在「預先同意」上，這樣的爭論忽略兩人之間長期主被動關係的性行為方式²³⁷。學者 Benedet 認為，最高法院雖然認為無意識狀態下不可能為同意，但多數意見的論述仍都是從個人自主的角度出發，而完全忽視性別平等的討論，沒有人認識到性侵害是性別化的犯罪，在本案中法院也沒有討論到諸如此類掐脖子的性行為通常都是在家庭暴力的脈絡之下，以致於沒有探討可被接受的性行為也許存在一定界限，男性利用無反抗可能的無意識狀態對女性為性行為其實是對男性霸權的強化，女性同意在無意識狀態下成為男性的性玩物弱化女性地位，應屬於性別不平等的展現²³⁸。

從本案可以發現在具有長期親密關係的前提下，即便是「積極同意」也有不足之處。加拿大已廢除婚內強制性交例外規定多年，但實務上法官在處理此類婚內強制性交時，仍會因二人具有婚姻或是長期穩定伴侶的關係中，就認為有取得持續性的性關係、性活動的同意，接受預先同意的存在²³⁹。

最終，本案凸顯出對於積極同意的迷思，忘卻積極同意形成的前提在於性暴力的去除以及性別平等的積極要件下，時代背景下的女性是否已有完全掌控自身的自主能力，在本案的事實認定下，仍待存疑。

²³⁶ R. v. J.A., [2011] S.C.R. 440 (Can.).

²³⁷ Janine Benedet, *Marital Rape, Polygamy and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?*, Rev. Const. Stud. 161, 174 (2013).

²³⁸ 蔡惟安，Janine Benedet 教授訪臺演講專輯，性侵法律改革作為社會變遷的觸媒：不同意、強制與不平等，婦研縱衡，第 105 期，頁 61，2016 年 10 月 1 日。

²³⁹ Gotell, *supra* note 216, at 373.

第四節 瑞典

瑞典刑法典將性犯罪規範於第六章，犯罪類型可概分為「性交（sexual intercourse）」與「其他性行為（other sexual act）」。第 1 條明文聲明「任何人與不自願的人進行性交或其他性行為，且犯罪的嚴重性可與性交相提並論」應被判處強制性交罪至少 2 年和最長 6 年之有期徒刑，並於同條第 2 項根據犯罪情況認為該罪行較輕，則判處強制性交罪入獄最多 4 年，第 3 項若罪行嚴重則應判處嚴重強制性交罪至少 5 年最長 10 年的有期徒刑，而在評估犯罪是否嚴重時，應特別考慮具有嚴重性質的暴力或威脅的行為，或者是否有多個人共同實施或以其他方式參與了虐待，或者犯罪者是否考慮了過程或受害人的年齡是否低下，或是否表現出特別的殘酷或殘酷；於第 2 條則規定「任何與未自願參加的人一起進行第 1 條所述行為以外的性行為的人」，均應因性侵犯而被判處最長 2 年的有期徒刑，並於同條第 2 項規定若犯罪被認為是嚴重的，則應判處嚴重性侵害至少 6 個月最長 6 年之有期徒刑，而在評估犯罪是否嚴重時，同第 1 條第 3 項之規範。並於第 4 條對兒童的法定強制性交罪、第 5 條對兒童的性剝削罪、第 6 條對兒童的性虐待最、第 7 條與直系血親卑親屬、兄弟姊妹之性行為罪²⁴⁰。

其中，就評估「是否自願」，第 1 條規定應特別考慮是否通過言語或行動或其他方式表達了自願表達，並列舉出「不能被視為自願」之類型，包括以虐待、其他暴力行為或犯罪行為的威脅，對他人的起訴或起訴的威脅，或向他人留下惡意訊息的威脅的結果；行為人不當地利用該人由於意識喪失、睡眠、嚴重恐懼、中毒或其他藥物作用、疾病、人身傷害、精神障礙或其他原因而處於特別脆弱的境地；行為人有能力通過嚴重虐待處於依賴行為人地位的人。並於第 1a 條規定犯第 1 條之罪的行為人「嚴重疏忽」有關他人非自願參與的事實，應被判過失未得同意性交罪，有期徒刑最高 4 年，於同條第 2 項規範如果「在這種情況下犯罪不太嚴重，則不承擔責任」。第 3 條以犯第 2 條罪，其構成要件與罪行、免責事由，與第 1a 條相同。

從上述關於「自願」的規範，可見瑞典所採取之積極同意僅在行為人「嚴重疏忽」下始有處罰，在「一般疏忽」情況下則不處罰，且以若行為人「嚴重疏忽」受害人的意願但犯罪不太嚴重，則不承擔責任。

²⁴⁰ Sweden Penal Code. Brotsbalk (1962:700) 6 kap. Om sexualbrott.英譯版參見：
https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=53916 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

第五節 國際組織

在國際組織中，國際刑事法庭與歐洲人權法院均曾對於強制性交罪中強制、意願等要件有所變革。

第一項 國際刑事法庭

1998 年盧安達國際刑事法庭審理之 Akayesu 一案，係為國際法領域初次定義強制性交罪，當時法院認為強制性交罪乃於行為人在強制情況下對被害人進行性侵行為時成立²⁴¹。強迫行為不拘以武力之使用為限，舉凡威脅、恫嚇、勒索或造成絕望、害怕的監禁皆屬之，而例如在武裝衝突、種族軍事控管等情況下可能本質上即構成強迫的情狀。而後於 Furundzija 一案當中，當時南斯拉夫刑事法庭認為性侵罪係在強制情境下對人所為之具有性本質的生理侵害，應於對被害人或第三人施行強制壓迫、武力或威脅使用武力而為性行為時成立強制性交罪²⁴²。雖兩案之重點在於以性侵害行為作為種族滅絕之手段，強制性交罪成為反人道罪，強調軍事武裝下強迫情狀之構成，兩個案件對於強制性交罪的定義近乎相同，法院在 *Prosecutor v. Anto Furundžija* 一案明確表示，在國際法下對於強制性交的禁止，包含所有藉由貶低或侮辱被害人尊嚴之強迫、武力威脅等方式，而有損於個人身心尊嚴的性侵害，強調的是「對名譽的損害」以及對於「失去貞潔」的嚴格檢視²⁴³。

2001 年，於 *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* 一案中法庭認為 *Furundzija* 一案對於強制性交的認定，有忽略其他致使被害人不同意進行性行為的因素，不應僅限於對於受害人或第三人施加強迫、武力或威脅等要件。是以前南斯拉夫刑法法庭檢視歐洲各國的法律規定，認為在強制性交罪中其基本原則在於當被害人並非真的自願或同意時所為之性行為，任何非自願或未經過同意的性行為即侵害性自主接應受處罰。而「同意」必須出於被害人之自由意志，該認定應以相關客觀情形為綜合判斷，當時國際刑事法庭並不承認主觀「過失」²⁴⁴。

²⁴¹ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (1998), Trial Judgment, at 688.

²⁴² Wolfgang Schomburg & Ines Peterson, *Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law*, 101 Am. J. Int'l L. 121, 246 (2007).

²⁴³ 盧言珮，同註 41，頁 65。

²⁴⁴ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* (2001), Trial Judgment, at 438.

第二項 歐洲人權法院

第一款 M.C. v. Bulgarin²⁴⁵

本案件之事實，兩次強制性交事件，第一次為已滿 14 歲之申訴人 M.C.與 P、A、V.A 三人一同前往酒吧，在開車回程時，三人逕自將申訴人 M.C.載至偏僻蓄水池游泳，申訴人 M.C.未去游泳留在車上，P 獨自折返車上，向 M.C.提議成為朋友，且開始親吻她，在 M.C.反對後將其座椅放平，抓住其雙手壓制，M.C.因極度恐懼而無力掙扎反抗或大叫，P 強制性交完畢。第二次則是在車內事件結束後，四人前往 V.A. 的親戚家，P 開車離去 A 留下，M.C.認為 A 是其同學的哥哥，應會保護她，故而隨之與 V.A. 進入房間，V.A. 離去後 A 將她壓倒在床為強制性交。

於案件發生當時，保加利亞刑法第 151 條第 1 項規定，與未滿 14 歲以下之人為性交行為為法定強制性交。第 2 項規定與已滿 14 歲但不理解發生事件之本質與意義者為性交行為亦同。同法第 152 條第二款規定，強制性交是被害人是否因武力或威脅而被迫為性交。

申訴人在保加利亞本國未得到檢察官之起訴，提出再議亦皆被駁回，故而《人權公約》第 3 條和第 8 條向歐洲人權法院提出申訴²⁴⁶。

第二款 法院見解

會員國得隨其文化、社會狀態、傳統等層面對於對強制性交案件提供保護之義務方式做彈性的考量，但必須在公約規定範圍之內做成，而該條款之詮釋，基於其為歐洲人權首要的保護機制，法院必須考量到會員國狀態的改變，以及保護標準的發展。故歐洲人權法院指出：「會員國必須將《人權公約》第 3 條和第 8 條所規定的積極義務視為要求對任何未經同意的性行為進行懲罰和有效起訴，包括在受害者沒有身體抵抗的情況下。」²⁴⁷。

而在本案，歐洲人權法院指出保加利亞的法律條文，在字詞使用上並沒有太大的瑕疵，問題是在其實際適用上出現差異。從本案可知，基於歐洲歷史發展與各國文化情勢，立法考量將強制性交罪之主要構成要件設計為違反意願的

²⁴⁵ M.C. v. Bulgaria, ECHR 651, para. 166 (2003).

²⁴⁶ European Convention on Human Rights (ECHR) Article3: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. "; Article 8 1.: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence"; Article13: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

²⁴⁷ M.C. v. Bulgaria, ECHR 651, para. 166 (2003). 盧言珮，同註 41，頁 70。

要件。然而，實務上卻單以武力使用與否或有無抵抗掙扎痕跡等情形作為證據，來認定強制性交罪之該當與否，使強制性交在實質認定上，僅建立在武力有無使用而著重於強致力要求，因而違反人權公約的保護規定²⁴⁸。

第六節 小結

性犯罪規範更著重於該等性犯罪中武力強暴使用的強度多寡，個人意願在歷史的沿革中，缺乏重視。更多時候，反而強調在案件中，被害人的意願是不是受到違反或忽視，應是在於是否抵抗的證據，以當事人的表現、外觀破碎的衣服、受到性侵而馬上情緒激動的正常反應，仿若在抓另一種「現行犯」概念。然而時至今日，因為上揚的個人意識，被害人的意願逐漸成為性犯罪的焦點，但在法律雖有所規定卻不認同所有違反個人意願之行為皆可能成罪，有的使用強制手段判斷或描述意願，或者是乾脆消除個人意願的規定，回歸以各種強迫手段規範性侵行為。

總結上述各國立法與判決可知，各國經由逐步建立出積極同意的標準，所有刑法典中的皆定義了表達模型，亦即「同意」是指某人通過言語或行為傳達的積極同意。此定義之理由在於考慮到建立主觀意願的困難，以及鼓勵性慾的坦率交流和與他人交流時尊重該訊息的重要性，同意被定義為一種行為，而不是一種心理狀態。根據定義，它不需要明確的口頭同意，但確實需要某種通過言語或行動表達積極同意的暗示；而抗辯必須是出於相信同意是被害人自願且積極地以言語或行為表達出來的。認為消極或是沒有反對就是同意，是法律錯誤（mistake of law），不是能成為構成抗辯的事實錯誤（mistake of fact），並且沒有所謂「預先同意」，同意是以性行為發生時作為判斷時點，被害人無法預先同意會發生在其睡眠中或無意識狀態時的性行為，被害人必須能夠撤回同意，且必須在性行為的整個過程中保持有意識的狀態²⁴⁹。對於所謂真誠相信（Honest Belief）與誤信（Mistaken Belief）同意存在，否定性侵害中的故意要素亦即對不同意的認知，來作為「真誠相信」或是「誤信」的辯護²⁵⁰，此外，被告必須以給予其抗辯一種「現實的氛圍」，而檢察官必須證明抗辯不成立²⁵¹。至於對抗辯的限制，同意中的信念不能建立在酩酊狀態、有意無視或輕率之上，若被告「並未在當時其所知的情境中採取謹慎的步驟，以確定控訴人是同意的」，則抗辯不成立²⁵²。

²⁴⁸ 盧言珮，同註 41，頁 71。

²⁴⁹ R. v. J.A., 2 S.C.R. 440 (2011).

²⁵⁰ Pappajohn v. The Queen, 2 S.C.R. 120 (1980).

²⁵¹ R. v. Osolin, 4 S.C.R. 595 (1993).

²⁵² Sansregret v. The Queen, 1 S.C.R. 570 (1985).

並在判決中確立詐欺下的無效同意，對於行為之本質和品質的詐欺，例如主張性接觸是醫療行為的一部分，置對方於嚴重身體傷害之顯著危險的詐欺（如破壞保險套）²⁵³；至於行為人未揭露罹患人類免疫缺乏病毒（愛滋病毒 HIV+），若有「真實的傳染可能性」，則未能透露自己處於 HIV+ 狀態可能相當於否定同意的詐欺，除非被告的病毒量無法被檢測出來，且有使用保險套，或者被害人可能也已經是個 HIV+，才有可能不構成強制性交罪²⁵⁴。

從上述美國紐約州、華盛頓州、威斯康辛州、加拿大、瑞典就「積極同意」的立法觀之，主要係以分級處罰區分重罪、輕罪，除在犯罪類型、用詞、量刑的部分差異，大致上仍是以主要考量自主意願的性犯罪規範，並皆明文規定何謂「同意」，以及列舉何謂「不同意」之類型。惟積極同意的立法是否終結強制性交罪對保護性自主不足的缺陷，亦或是增加了新的爭議，以及採此立法的操作實務上其利弊，皆為本文接下來所要討論的重點。



²⁵³ R. v. Hutchinson, 1 S.C.R. 346 (2014).

²⁵⁴ R. v. Mabior, 2 S.C.R. 584 (2012).

第四章 積極同意模式在性犯罪規範上之定義與提倡

如前所述，在性侵害法改革途徑上，Munro 區分為「以意願為基礎」和「以強迫為基礎」兩種改革途徑來理解，有關強制性交定義的國際人權法規範與見解，是「以意願為基礎」為取徑。下就「以意願為基礎」之積極同意模式，其提倡之內容與定義，對於意願之定位與明文化，如何認定意願，以及對於其他立法模式之批判為探討。

第一節 提倡積極同意模式之理由

第一項 積極同意之內容

「Only yes means yes 說『是』才是『是』」，所謂積極同意即非合意性行為即為強制性交，主動方只要沒有取得對方的同意就成立犯罪，此種立法模式強調性行為參與者「必須表達參與意願」，行為人與對方性交之前，如果沒有取得相對人明確以言詞或積極行動表達參與性行為的意願，而只是沉默，那麼行為人的性行為就構成性侵害。強調尊重他人，避免僥倖心態²⁵⁵。美國紐澤西州的 M.T.S 一案最先關注「確定同意之標準」²⁵⁶。

國內主張此一立法模式之學者提出，在積極同意的概念下，積極同意不一定僅得以語言表達願意進行性行為，其認為，積極同意不代表一定要開口說話，或是簽訂契約，如果受邀約的行為人有積極的具體行為（例如回吻、愛撫、主動替對方脫衣服），也可以算是同意。積極同意模式排斥的其實是「推斷同意」，意即用受邀約者的衣著（她穿得這麼辣）、行為（她願意跟我單獨喝酒、她答應來我家），或是個人情況（「她是我女朋友」、「她之前跟我上過床了」）就推斷受邀約人同意性交²⁵⁷。如同主張「積極同意模式」的女性主義論者以短片《Tea Consent》²⁵⁸用問對方願不願意喝茶來解釋性邀約，我們不會在對方婉拒喝茶時過度解讀，或是硬逼對方喝，又或者對方客氣的謝謝你但茶上桌後又不喝了時應抱以尊重，同樣的邏輯來思考，確認雙方都有意願之後再進行性行為。

²⁵⁵ 李佳玟，同註 88，頁 73。

²⁵⁶ 609 A.2d 1266, 1280 (N.J. 1992).

²⁵⁷ 李佳玟，同註 88，頁 74。

²⁵⁸ 美國的 Blue Seat Studio 在 2015 年製作了一部小短片「Tea Consent」，以「詢問要不要喝茶」這件事情來說明積極同意，參考網址：

<https://www.youtube.com/watch?v=oQbei5JGiT8&list=PL4iM7lUkCr2jiqR193aVh18mURoiLDG9b&index=2&t=57s>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

舉一例說明同樣著重意願的積極同意與違反意願二者模式之差異：「依蒐證影片中，只見被害人無反抗亦無叫嚷的反應，而行為人亦無強制行為而與被害人為性交。²⁵⁹」於此情形，此一衝突情境如就違反意願模式，因被害人無反抗亦無叫嚷的反應，無法證明其意願有所違反，更遑論如採強制手段模式，則行為人並無強制行為亦無妨害性自主，然如採積極同意模式，此案例則會成立強制性交罪，蓋被害人有無反抗或行為人有無強制行為皆非所論，而係被害人並無積極之同意該性行為，亦無得表彰其同意之行為，是以本案例行為人侵害被害人之性自主權，構成強制性交罪。

第二項 女性主義法學之影響

女性主義法學為女權運動第二波的產物，從 1970 年代女權運動嘗試在法律中尋求定位時開始積極創造改變的途徑²⁶⁰。1970 年代平等時期的女性主義法學由自由主義女性主義為主力學派。1980 年代差異時代則是由基進女性主義和文化女性主義進入了法律論述，強調爭取權利²⁶¹。1981 年，女性主義法學（Feminist Jurisprudence）一詞正式被提出²⁶²。女性主義法學受到自由主義、存在主義、馬克思主義、社會主義和後現代主義等多元影響，故女性主義法學的諸流派也可以對應到女性主義的諸流派²⁶³。

我國自民國 80 年代中期以後，女性主義者開始致力於介入法律的修正，紛紛提出自己的修正版本或者法案。90 年代中期以後，女性主義實踐進而影響臺灣法學教學與研究的內涵，並且開啟關於何謂法律之新的認識，近二十五年來，女性主義的立法行動促使立法院通過許多與性別相關的法案，女性主義立法行動乃一個集結女性經驗，發現法律規定忽視女性經驗之過程，藉由此過程的溝通與討論，進而主張法律概念的形成與內涵帶有父權思想，並藉此提出修法主張²⁶⁴。

²⁵⁹ 2018 年西班牙發生之「狼群案（Wolf Pack）」，
<https://edition.cnn.com/2018/12/05/europe/spain-wolfpack-conviction-scli-intl/index.html>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

²⁶⁰ 陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，第 6 期，頁 216，1998 年 8 月。

²⁶¹ Martha Chamallas, *Past as Prologue: Old and New Feminisms*, 17 MICH. J. GENDER & L. 157, 157 (2010).

²⁶² 女性主義法學這一名詞，是在 1981 年 Ann Scales 發表了名為〈邁向女性主義法學〉〈Toward a Feminist Jurisprudence〉的一篇文章時才正式出現。陳昭如，同註 258，頁 216。

²⁶³ 陳昭如，同註 258，頁 216。

²⁶⁴ 王曉丹，從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，第 19 卷第 1 期，頁 54-56，2007 年 7 月。

大多數女性主義法學論者認為，性別平等不能等同於相同，而是要求承認和適應性別現實，例如生育功能和婦女相對於男人的經濟劣勢²⁶⁵。女性主義的認識論敘述對於認知上的不公正和知識的社會本質對法律和法律範圍內的許多問題尤為重要²⁶⁶，畢竟審判取決於證詞。同時考慮了證言不公和釋義學的不公，當人們由於刻板印象而被人們認為不可信時，就會發生見證不公²⁶⁷。

而「積極同意模式」即是受到女性主義法學的影響，由差異的女性主義中以基進女性主義（Radical Feminism）為主的提倡。基進女性主義理論家 MacKinnon，其宰制理論認為「性」是女人被壓迫、男人擁有權力的核心關鍵，在異性戀霸權的機制下，強制性交是男女權力差異的表現，亦是維持權力的工具。用 Susan Brownmiller 的話說：「強制性交無非是有意識的恐嚇過程，所有男人都通過這種威脅使所有婦女處於恐懼狀態。」²⁶⁸因此，根據基進的女性主義者的觀點，強制性交是整個性別性從屬制度的一部分，並且與其他各種形式的暴力侵害婦女行為（從街頭騷擾到色情製品）並存²⁶⁹。他們認為性強迫是性別角色普遍存在和被接受的方面。MacKinnon 認為在傳統的性別角色中，男性性行為體現了侵略者的角色，女性性行為體現了受害者的角色，某種程度的武力被浪漫化為可以接受的²⁷⁰。

學者 Elizabeth Schneider 認為，女性主義應該拒絕過於簡單的敘述來解釋女性生活的真正複雜性，即使這些敘述可能很方便：「我們必須設法理解婦女被壓迫的社會環境，它塑造了婦女的選擇並限制了婦女的抵抗力，而且還應以更加細微的方式認識到婦女的抵抗力。這意味著我們拒絕簡單的二分法—放棄或選擇，學會接受女性生活中的矛盾、歧義和模棱兩可，並在我們對女性經驗的觀念中探索更多的『灰色』，而不是只看到『黑』和『白』。」女性主義法學者運用了大量的經驗資料嘗試矯正法律迷思與根深蒂固的性別假設。此外，女性主義論者認為強制性交在現實層面上是一個被害人多為女性的犯罪，對於強制性交有認為應該要去性化、除罪化，應該藉由法律來翻轉女性的不利地位²⁷¹。

相較於自由主義女性主義主張的形式平等，基進女性主義的平等觀是實質平等，其關注的是社會群體的位置和權力配置關係，不平等是因為權力的階

²⁶⁵ 同前註，頁 57。

²⁶⁶ 同前註，頁 57。

²⁶⁷ 同前註，頁 58。

²⁶⁸ SUSAN BROWN MILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE 153-70 (1975).

²⁶⁹ Rosalind Dixon, *Feminist Disagreement (Comparatively) Recast*, 31 Harv. J.L. & Gender 277, 282 (2008).

²⁷⁰ 王曉丹，同註 264，頁 58。

²⁷¹ Schneider, *supra* note 22, at 196.

級，即群體與群體之間因為宰制從屬關係而造成的權力位置差異²⁷²，拒絕僅以「受害者／犯罪者框架」之二分法為論述。實質平等理論主張審查的標準在於脈絡性地檢驗該差別對待是否塑造或再製了某些社會群體的弱勢處境，並且強調國家消除歧視促進平等的積極義務。是以主張我國刑法妨害性自主罪章應採積極同意模式，以達到國家彌補對於性自主權保障的缺陷，同時盡其對於社會就性侵害的觀點為消除歧視之義務²⁷³。

第三項 性自主權保障

對於性自主權的保障，雖然違背意願模式與積極同意模式的支持者在哪種模式比較能表彰與保護女性的性自主權有所爭論，但兩種模式其實都著重於個人自主性與選擇之自由主義，亦即「當我們沒有得到別人的具體同意時，不可以將他人的身體作為滿足性慾的對象」²⁷⁴。在現代刑法體系的思維下，基進女性主義主張所謂的性自主權是專指人類基於性的自主決定，可以在任何時間、情狀拒絕他人性行為或性的行為之實行加諸於自己的權利，亦即「行為人有尊重他人對性說不的權利」²⁷⁵。

此外，採取「積極同意」模式，亦可解決「過失性侵」之爭議問題²⁷⁶。如臺灣花蓮地方法院 103 年度侵訴字第 22 號判決，案例事實為被告與被害人為同棟住戶，被告於某日凌晨一點以其左手強行伸進被害人衣服內撫摸其胸部，並用右手中指強行插入被害人下體，對之為強制性交。後於同日上午七點，被告再次對被害人為強制性交行為，被害人表示她有以拉扯方式表達不意願，當下後頸部亦遭被告抓傷。本件承審法院最後為無罪判決之諭知，並在其論理中採用某學院性別平等教育委員會的調查結果：「被告因誤解被害人原意及肢體反應，進一步對被害人做出符合法律規定要件的性侵害行為，以整體結果而言，被告之行為宜以『過失』而非『故意』論定。」進而引發何謂「過失性侵」的討論。承審法院雖未直接引用「過失性侵」的用詞，惟其認為：「根據該項報告所調查之事實，被告於當日凌晨一點之行為，主觀上應無故意違背被害人之意願而為性交行為。」在過失部分，我國刑法第 14 條區分「有認識過失」與「無認識過失」，在「有認識過失性侵」的情形，指被告應能預見該性交行為的發生會違反被害人的意願，但在性交行為的當下，被告仍確信上開情形不會

²⁷² 陳昭如，從義務到權利——新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷特刊，頁 1107，2016 年 11 月。

²⁷³ 同前註，頁 1107。

²⁷⁴ Chamallas, *supra* note 261, at 19.

²⁷⁵ Chamallas, *supra* note 261, at 19.

²⁷⁶ 誤會他人對於發生性行為之意願這種過失樣態，在強制模式、違反意願模式中，並不會成立犯罪，但在積極同意模式中，即可以成立，因行為人並未取得對方之同意。

發生；在「無認識過失性侵」的情形，指被告應有取得被害人同意的注意義務，且在為性交行為的當下，被告亦能注意其負有上開義務，卻疏忽向被害人詢問其意願狀態²⁷⁷。

參諸我國刑法第 221 條第 1 項之規定及同法第 12 條第 2 項規定，是故在我國現行法下，並未處罰「過失性侵」的行為，本件法院雖擬認為被告主觀有過失，但據罪刑法定原則，該過失性侵行為並不具有可罰違法性。反之，以「積極同意」為立法模式，則此案件就不會有所謂「主觀上應無故意違背甲女之意願而為性交行為」。

第四項 對於社會態度與價值觀之影響

學者 Benedet 認為常見的強姦迷思形塑社會對於性侵案件的觀感，更決定立法與法院裁判方向，諸如：

1. 將一個具侵略性的男性性形象，以及被動的、臣服的女性性形象正常化。
2. 性侵害可區分為暴力與非暴力的（而不是把所有的性侵害都看作是本質上暴力的侵犯性自主的行為）。
3. 遭受陌生人性侵害比起遭受熟人性侵害在非難評價上更糟；熟人性侵害或約會強制性交比較沒有那麼嚴重，也許只是當事人間的誤會（而無視於熟人性侵害也是性侵害案件的常態，且對於被害人來說，遭熟人性侵害隨之而來的信賴關係破壞是最嚴重的傷害）。
4. 被害人會呼喊求助，或者應該會有可見的身體傷害。
5. 女性時常對於懷有恨意的男性對象編造性侵害的故事（被害女性的指述被認為極有可能是假的，因此設計了諸多訴訟的程序為了要破解這些謊言）。
6. 女性被社會教育為如果遭受性侵害，最好就不要掙扎抵抗，讓加害人儘快結束²⁷⁸。

是以 Benedet 認為我們因著上述這些迷思而生活於一個強姦文化中，這些強姦文化即為社會態度與價值觀的結合。

婦女運動在臺灣是從 1980 年代末開始發展，從草根到組織、動員，就關乎兩性、性別平權的法律案為積極努力立法，透過遊說、聲請釋憲來糾正社會態度與價值觀，為婦女爭取權利²⁷⁹。而就性自主權保障，是從 1990 年代對於反對性騷擾與性暴力之抗議為開展，就性解放議題，性權派與婦權派的各自表述女

²⁷⁷ 陳昭如，同註 270，頁 1105。

²⁷⁸ 蔡惟安，同註 238，頁 57。

²⁷⁹ 陳美華，社會運動團體與立法院的互動——婦女運動團體推動男女平權立法的經驗，新國會新情勢研討會，國策研究院主辦，頁 4，1999 年 3 月 8 日。

性情慾，從中亦可窺探對於強制性交的本質，社會態度與價值觀的影響舉足輕重²⁸⁰。

「法律是我們社會認為對與錯的象徵。法律應該反映我們認為是錯誤的和我們認為是正確的。因此，即使我們不知道是否會有更多人會被定罪……重要的是，我們已經說過，我們認為每次您未經同意就發生性行為都是強制性交，我認為這將反映在我們的文化中，而且我認為這實際上是最重要的。」一位於丹麥參與刑法性侵罪修法的女性受訪時所說，意味著在部分的社會價值觀中，有認為法律表彰社會之態度²⁸¹。

主張積極同意此一立法模式者即認為，如果性自主就是讓一個人可自由決定是否進行性行為以及以何種方式進行性行為，拒絕就不該是被害人的義務，想性交的人必須獲得性交對象積極同意的義務。就違反意願模式加上例外規定的立法模式是否存在「可被想像出的」保護漏洞，此種立法方式給予被害人不正當、不必要的負擔，不管是行為進行時得先忍受先被碰觸的負擔與壓力，或是在訴訟中證明自己符合例外規定的負擔。以積極同意建構一個更加完善被害人權的社會環境，塑造對於性自主權尊重的正確認知，建立社會態度與價值觀²⁸²。

第五項 小結

從陸續許多國家或多個地區採用積極同意為立法模式，譬如瑞典 2018 年 5 月將性侵罪修改以積極同意為構成要件，及加拿大、美國部分州皆是採取該種立法模式來看，總結上述可知，在社會觀感上，漸漸有國家開始認可積極同意之內涵，以及其帶來主張者所提倡的更加保護被害人，以及帶來的社會態度與價值觀之轉變，是以討論完積極同意模式的背景後，下面我們更著重在論述所謂個人意願的定位，以及其明文化之意義，去了解是否社會與刑法對於性自主的價值認定有無斷裂，亦或者當法律做出了修法，社會是否會一同更新對於性侵的理解。

²⁸⁰ 同前註，頁 4。1994 年 5 月 22 日，婦女新知基金會、女學會、全女聯進行一場「反對性騷擾與性暴力」之抗議。

²⁸¹ Criminal Code (Sweden) Brotsbalk (1962: 700) as amended in 2018, Chapter 6; Amnesty International, “Sweden: New rape law is historic victory for campaigners” (News story, 23 May 2018). www.politiken.dk/udland/art6611602/Ny-lov-tr%C3%A6der-i-kraft-i-Sverige，最後閱覽日：2021 年 7 月 5 日。

²⁸² 李佳玟，同註 88，頁 73。

第二節 意願之定位

第一項 何謂性自主權

第一款 性自主權內涵

性自主權在我國立法上的提出，只有相當短暫的歷史，對於其概念是每個人幾乎都能對於其基本內涵有一定的直觀認知，大致總結即性自主權是保障我們可以自由選擇發生性關係的對象、活動進行方式與情境的權利。性自主權的定義看似簡單明確，但刑法在實務與學說上仍然產生許多立法與釋義上的困難與衝突。

類似「性自主權」的概念是直到 1965 年 *Griswold v. Connecticut* 一案才出現在美國判決關於隱私權的論述中²⁸³。而強制性交、猥褻罪的概念真正發展成為我們今天所理解的以保護「與性有關的意願」，則又經過長達大約三十年的性法革命，美國在 1992 年做出著名的 M.T.S. 判決²⁸⁴，臺灣則是在 1999 年進行修法。

而德國在 1973 年後也以「性自主權」作為性犯罪之保護法益，並在 1997 年針對性強制罪增加「利用被害人處於對於行為人的影響力無法受到保護而聽任擺佈的狀況」的行為態樣，惟與美國法及我國法的發展不同，其並未就被害人意思受到干擾的程度另設獨立要素²⁸⁵。直至 2017 年德國刑法第 177 條修正，「性侵犯、性強制、強制性交」除保留「強暴」、「對於身體或生命現時的危險的脅迫」或「利用被害人處於對於行為人的影響力無法受到保護而聽任擺佈的狀況」等強制力為構成要件要素外，尚增加「違反他人可得認知之意願，對其實施或任其實施行行為，或促使其對第三人實施性行為或忍受第三人對之實施性行為」、對他人其實施或任其實施行行為，或促使其對第三人實施性行為或忍受第三人對之實施性行為，包含「行為人利用他人無法形成或表達反對意思」、「行為人利用他人因其身體或心理狀態於行程或表達意思顯著受限，除非行為人確定得有他人之同意」、「行為人利用措手不及的時刻」、「行為人利用被害人若抵抗將會遭受可感受之惡害的情境」、「行為人以脅迫

²⁸³ Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 Y.J.L 1372, 1392 (2013).

²⁸⁴ *Id.* at 1393.

²⁸⁵ 黃榮堅，刑法上性自主概念之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 33，2004 年 10 月。

施以重大惡害之方式，強制他人從事或容忍性行為」²⁸⁶。此一修正更偏向「違反意願模式」加上列舉型態為立法。

近二十來年，性自主權在強制性交、猥褻罪的立法脈絡中，逐漸演變成當下完全以個人意願為核心的樣貌。在今日社會的認知下，性犯罪保護的是「選擇性行為對象與環境的意願」已經成為當代立法與社會大眾的共識，而理想的性行為模式也是圍繞著意願取得的過程及意願是否有效來進行²⁸⁷。

從性自主權概念發展歷史觀之，其出現的契機在不同類型的性犯罪中略有不同。在強制性交、猥褻罪以外的性犯罪，性自主的概念是為了對抗傳統性道德的枷鎖，其使個人從社會、國家給予的性壓迫中獲得解放，取得對於性的自主與自由；而就強制性交、猥褻罪而言，性自主權的目的則是為取代傳統性道德來作為處罰基礎²⁸⁸。

第二款 性自主權作為刑法保護法益

性自主權具有多義性，但只有其中幾項內涵得成為刑法所主要保護之法益。有論者認為從歷史脈絡為觀察，基於基督教性道德觀作為根基之前提下，立法者為避免社會價值觀有所失落，而從其他社會性論述找尋所謂「性自主」概念納入法律中²⁸⁹。有更甚者有認為以性自主權作為刑法保護法益，將造成加強社會對於性別不平等之不良後果²⁹⁰。

有學者認為應從強制性交、猥褻行為所造成表面的傷害觀察，被害人除了可能遭受的身體傷害外，另外還有高度的心理創傷風險，是以應以「身心完整權」作為保護法益，而不談「性自主權」。另有與身心完整權相類似的見解，是「個人身體控制權」，其源於憲法上保障身體不受傷害及人身安全的身體權，就強制性交行為而言，其譴責的是違反意願下所為之強制行為²⁹¹。與「個人身體控制權」相較，相同處在於對侵害的詮釋著眼於物質層面而非意願層面，因此犯罪是否成立同樣要求以「強制」作為構成要件之核心²⁹²。

然而亦有認為，所謂性自主權，其真正內涵在於「自由」、「自我決定」、「人性尊嚴」等多義性下之集合，在「傷害法則」下，一個人的自主權

²⁸⁶ 何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等譯，德國刑法典，2019年7月。

²⁸⁷ 許玉秀，重新學習性自主—勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第200期，頁317，2012年1月。

²⁸⁸ 趙若傑，性／自主－重新思考妨害性自主罪的保護法益，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，頁2，2015年11月。

²⁸⁹ 同前註，頁129。

²⁹⁰ 林志鍵，性自主？性桎梏？-我國刑法性自主犯罪之分析與批判，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁99，2006年7月。

²⁹¹ 趙若傑，同註288，頁68。

²⁹² 趙若傑，同註288，頁69。

並不授與其傷害他人的權利。所謂的性自主概念有雙重的限縮，其一是將範圍限制為「性交行為以及猥褻行為的自己決定權」，其二則是將自己決定權理解為一種「拒絕的權利」。是以將「性自主權」作為「對性交猥褻行為說不的權利」，是更為重視「意願」之核心²⁹³。

而實務解釋上，性自主權的內涵至少包括「拒絕權」（對於他人無論善意或惡意的性要求，無須任何理由都可以拒絕）、「自衛權」（任何人對於針對自己之性侵害，皆有防衛的權利）、「選擇權」（任何人均享有選擇是否進行、如何進行性行為的權利）、「承諾權」（對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意的意思表示）這四個面向²⁹⁴。

總結而言，就性自主權之內涵有認為基於身心自我之完整性內涵，應以「強制行為」作為強制性交罪可罰性論述的核心，然亦有基於自我決定權之內涵而主張以「意願」為核心，於此，本文以為應再探討「強制行為」、「違反意願」與「積極同意」等下位之內涵要件，從各要件的影響與刑法原則之衝突為判斷，方得以更為全面保障刑法所應保護的法益。

第三款 我國性自主概念的歷史脈絡

我國性自主的開展，源於我國於 1980 年代開始的婦女運動，引入外國女性主義學說，歷經解嚴後開始社會運動的蓬勃發展，而真正對於「性自主」概念有更深入、多元的討論，則是在 1990 年代開始。我國關於性犯罪之規定，與世界各國的發展歷程相似，同樣是在近年才確立了性犯罪中所要保護之法益，亦即個人之性自主權，而非過去將女子作為財產之利益、或者要求女子潔白無暇之貞操、風化²⁹⁵。1990 年代初期情慾政治萌芽，對於女性身體與情慾自主的書寫首度在婦女新知中名為「歪角度」的討論小組內部，爾後幾經轉載，最終黃毓秀在《臺灣人權促進會》發表的〈1992 年臺灣人權報告〉一文，引發了婦運圈的討論²⁹⁶。

歷經清大小紅帽運動、華航案、女秘書被強姦案，到師大案、臺大案、中正案、東吳案、中原案等層出不窮的性騷擾事件，以及社會上的各種歧視反應與輿論，1994 年 5 月，婦女新知基金會、女學會、全女聯和大專院校的女性主義研究社為首進行了一場「反對性騷擾與性暴力」的抗議，引爆全國性的「女人連線反性騷擾大遊行」。在這場遊行中，性解放議題使得女性的情慾自主議題成為爭議的中心，女性主義性權派的何春蕤喊出「我要性高潮，不要性騷

²⁹³ 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，頁 33，2003 年 6 月。

²⁹⁴ 高金桂，同註 59，頁 48。

²⁹⁵ 安真慧，同註 232，頁 39-40。

²⁹⁶ 陳昭如，同註 15，頁 218。

擾」的情慾自主口號受到部分女性主義學者的批判，而有了所謂「性權派」、「婦權派」的路線分歧²⁹⁷。

性權派與婦權派最大之差異，在於性權派致力性的解放運動，主張「玩」性，而不將女性視為純然被動者或純粹的被害者。而婦權派則期待在性別政治的角力中獲得更多的資本，在承認女性情慾有所謂男性慾望強迫的潛在危險下創造合理、安全的社會環境來保護²⁹⁸。

在 1999 年修法以前，舊刑法 221 條 1 項規定「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪」，並規定在「妨害風化罪章」當中，此時，立法者將性犯罪定位成違反道德的犯罪。修法之後，我國選擇性自主框架之草案，將刑法第 221 條至 229 條之 1 的規定，從原來的妨害風化罪章中獨立出來，並設置「妨害性自主罪章」，將性犯罪從保護善良風俗法益轉移到保護個人的性自主。性自主權在強制性交、猥褻罪的脈絡中演變成當下完全以個人意願為核心的樣貌，性犯罪保護的是「選擇性行為對象與環境的意願」已經成為當代立法與社會的共識²⁹⁹。

我國多數學者認為妨害性自主罪章中每個罪名的保護法益都可包含在「性自主」此概念之下。有學者以被害人人性自主支配被侵害的程度來架構我國性犯罪之規範體系，以性自主權所受壓制程度之不同，區分為「絕對侵害（第 221 條至第 224 條之 1）」、「相對侵害（第 228 條、第 229 條）」與「擬制侵害（第 225 條、第 227 條）」。被害人在絕對侵害部分，處於無法拒絕加害者行為的情況；而在相對侵害時，儘管其自主決定並不完全自由，但仍存有拒絕加害者行為進行之可能性；至於在擬制侵害的部分，則是當事人並未表示同意與否，或當事人雖已表示同意但有瑕疵，而由刑法擬制之性自主權受到侵害³⁰⁰。

亦有學者以「侵害性行為選擇自由的類型」與「影響幼童身心發展的類型（第 227 條）」作為區分我國刑法妨害性自主罪章的兩大分類。認為性自主決定權並非積極自由意義下的性自主，而係保障個人對於性生活的消極防禦權，免於他主干涉，保障每個人得以自行決定是否、何種方式，在特定時間、地點加入性活動與否。其中「侵害性行為選擇自由的類型」又細分成「侵害實際選

²⁹⁷ 此名稱係由筆名卡維波的甯應斌於 2001 年提出。性權派主張女性情慾自主，並批評婦權派係繼續加諸父權枷鎖在女人身上，然而婦權派的人則認為「婦權派」是性權派混淆了「維護女人性自主」與「良家婦女派」所加諸上的不當標籤。陳昭如，同註 15，頁 219。

²⁹⁸ 卡維波，「婦權派」與「性權派」的兩條女性主義路線在台灣——為「亞洲連結會議」介紹性／別研究室而寫。參考網站：<http://intermargins.net/repression/theory/difference.htm>，最後閱覽日：2021 年 6 月 20 日。

²⁹⁹ 許玉秀，同註 287，頁 317。

³⁰⁰ 李聖傑，同註 79，頁 100-103。

擇自由的類型（第 221 條至第 224 條之 1）」、「侵害潛在選擇自由的類型（第 225 條、第 229 條）」、「不當影響實際選擇自由的類型（第 228 條）」此三者³⁰¹。

第四款 性犯罪的保護核心

性犯罪在社會中隨文明發展其定位亦有所變革，早期社會中被視為一種「財產犯罪」，即奪去被害人父親、丈夫或未婚夫的財產，英文「Rape」源自拉丁文「偷竊」。而後發展成對於婦女之貞節操守的維護與監督，係屬社會倫理秩序問題，是以男性不可能成為性犯罪之被害人。直至中世紀以後犯罪保護之客體從對被害女性擁有所有權之男性，移轉到被害人本身，此後隨文明進步，女性主義、女權意識發展，性犯罪欲保護之核心本質及意義，方演變至今日的性自主權保障³⁰²。

再單就性的認識，在發展歷史中，性觀念至少呈現四個階段之轉變：（1）性的盲目崇拜與嚴厲的性禁忌，如對生殖器官的崇拜以及亂倫禁忌（2）壓制其他滿足性慾的方式，純粹將生殖作為性的唯一目的，但凡違背生育目的之性皆為不道德；（3）以生育為合法的性的目標，宣揚宗教式禁慾主義；（4）1968 年 5 月風暴後性解放時期，主張男女平等與性自主權力，以性愛的愉悅強化性行為進行之正當性³⁰³。

從發展歷史與上述四階段可見，對於性的觀念影響了性犯罪的保護法益之變遷，在臺灣深受儒家傳統文化影響，一個以父權體制為孕育文化的背景，對於性犯罪保護的核心概念，亦經歷過流動。譬如過往曾有案件，丈夫長期違反妻子意願強迫發生性行為，妻子向法院提告，最後只有其中一次性行為中的肛交被法官認定違法，原因是肛交「含有侮辱女性人格之故意、有違男女生理、影響種族之繁衍」該判決在當時社會中被認為十分先進，等於司法體制正式承認親密關係中的性侵確實可能存在。但以現在來看，這個判決可以說是當時社會恐同、恐性的一種展現³⁰⁴。

這些過往判決皆呈現對於性犯罪的保護，從財產到風化再到性自主的轉變，1999 年修法防害性自主罪章之前，第 221 條強姦罪被規範於第十六章「妨害風化罪」之中，當時第 221 條強姦罪係在保護善良風俗法益。爾後刑法修正，增加第十六章「妨害性自主罪章」，宣示臺灣正式進入性解放時期，就性

³⁰¹ 蔡聖偉，同註 82，頁 7-18。

³⁰² 法思齊，論性侵害犯罪之本質與修正，月旦法學雜誌，第 145 期，頁 96-97，2007 年 6 月。

³⁰³ 李聖傑，同註 293，頁 30-31。

³⁰⁴ 林念澄，性侵迷思：定義中的字字珠璣，#MeToo 不僅是性醜聞-請視為一種文化變遷，婦女新知基金會通訊，第 326 期，頁 53，2018 年 1-6 月。

自主的保護，有學者認為以相互取悅的認同與歸屬感的獲得，來創造、彰顯性的價值，意味著我國對於性犯罪之保護核心，已屏除過去所謂的財產、風化秩序等觀念，確立性自主的法益³⁰⁵。

第五款 小結

從性自主權內涵至法益的保護中，可發現其內涵概念歷經時間是處於一種流動的情形，爭論隨著時代的演變，性別性解放的潮流興起，今時今日，對於性慾的渴望已是萬千日常生活中的一種，女性有權利也有能力判斷自己何時真正想要為性行為或想要何種性行為，過去傳統偏見、歧視等刻板迷思應徹底揚棄。

承上述，從我國妨害性自主罪章的立法體系導出性自主權的內涵有所謂的「身心自主決定自由」，在一個保護範圍廣泛的權利、法益底下，積極同意是否是最好的立法模式，是下文要從所謂「意願」之明文化與如何認定的概念著手，探討積極同意模式是否適用。

第二項 意願明文化之探討

從第二章我國與第三章比較法對於性侵害法制之沿革，可發現個人的意願曾因為各種理由而被旁至法條之外，而所進行的修法是否有達到其所預期保護性自主權之程度，還是反而凸顯出新的實務爭議，亦或是仍停留在原地並無改變。下文將更深入探討個人意願在法律明文化下所帶來變化、發展與可能性。

第一款 對於被害人的保護

學者舉例 Adrienne 案，其案件事實：「年僅 13 歲的 Adrienne 深夜去 Mike 家找他。當她因為單獨進入 Mike 房子，又被叮囑說不能發出聲響感到恐懼，而出現身心解離的情況時，她被 Mike 褪去衣物與性交。在性交過程中，Adrienne 數度失去意識，無法反應、抗拒或是逃跑。事後 Adrienne 出現心理創傷，並有自殺傾向，有著性侵害被害人容易有的反應³⁰⁶。此一案例若採取違反意願模式的法律不會構成性侵害，因為 Adrienne 當時並沒有開口拒絕，且 Mike 也沒有使用強制力。但在積極同意模式裡會承認 Mike 性侵了 Adrienne，Adrienne 沒有同意 Mike 對她進行性交行為，即構成強制性交³⁰⁷。」

³⁰⁵ 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？—兼評台北地院九一年度訴字第462號判決，台灣本土法學雜誌，第 42 期，頁 21，2003 年 1 月。

³⁰⁶ 李佳玟，同註 88，頁 70。

³⁰⁷ 李佳玟，同註 88，頁 70。

這種被害人在性侵害發生當時僵住、身心解離，無法反應與離開的情況也可能出現在成年人身上，Adrienne 一案的重點在於凸顯違反意願模式與積極同意模式兩種立法模式的差距，積極同意相較違反意願之下，更為注重被害者的意願，當被害人不管基於任何理由不願意為性交行為，但卻未對性交行為有任何表意時，違反意願模式認為這是合法的性交，但積極同意模式會認為這是性侵害³⁰⁸。

雖皆採以意願為規範基礎，惟違反意願模式預設每個人是性開放的，除非被試探的人拒絕，意即法律推定被試探者同意，除非被試探者反對，換言之，違反意願模式允許對方可以先觸摸、先親吻；反之，積極同意模式預設較為絕對的性自主權，只有當一個人先被詢問是否要性交而表達同意，否則他人不可以貿然進行所謂的觸摸、親吻等等性接觸行為³⁰⁹。於此，積極同意模式較其他立法模式，其意願之明文化似更得充分保護被害人。

第二款 性別關係下的真正同意

同樣，基進女性主義者試圖對性關係中的同意概念提出質疑³¹⁰，其認為從屬角色的女人永遠不可能真正拒絕性行為。正如 Alison Jaggar 所說：「即使男人決定不利用其男性特權，因此也盡了最大的努力來與女人建立平等關係，但男女之間的社會不平等不可避免地反映在異性戀關係中。³¹¹」基進女性主義者指出，異性戀霸權下的男女之間所有互動中存在一種常見動態，尤其在性別彰顯的情況下，性互動中缺乏粗暴的肢體行為並不能確定自由選擇或缺乏強迫。相反，父權、男性力量仍可在不使用明示性暴力的情況下要求和實現違反女性意願的性行為³¹²。

1970 年代，西方女性主義從「同意」與「性／欲行為」分析「同意」概念的心理、歷史與社會結構，對自由主義式的主體觀提出有力批判。學者 Pateman 從性別差異的角度認為，從事實角度觀之，女性在歷史上本就臣屬於男性，而所謂的同意只是正當化男性對女性的權力，在當代父權基礎下，女性的同意其實是依賴、臣屬男性的必然結果³¹³。是以學者主張女性的同意，並非

³⁰⁸ 李佳玟，同註 88，頁 70-71。

³⁰⁹ 李佳玟，同註 88，頁 72。

³¹⁰ ANDREA DWORAKIN, INTERCOURSE 129 (1987) (“Consent in this world of fear is so passive that the woman consenting could be dead and sometimes is.”).

³¹¹ ALISON M. JAGGAR, FEMINIST POLITICS AND HUMAN NATURE 266 (1988).

³¹² Lois Pineau, *Date Rape: A Feminist Analysis*, 8 L. & Philosophy 217, 238-40 (1989).

³¹³ 王曉丹，破解二元對立，改寫能動主體：性暴力受害者脆弱性的正面意義，女學學誌：婦女與性別研究，第 44 期，頁 84，2019 年 6 月。

一個獨立主體有意識的理性行為，而是在歷史情境下缺乏自由而必須依賴的困窘情況³¹⁴。

基進論女性主義則認為自由主義式的「同意」概念忽略性別差異，強化既有的男強女弱、男主動女被動、男詢問女回應的基本性欲特質結構。過於形式化的「同意」概念，無法區分此種同意是來自習慣上的默認、內心的贊同、沉默的不同意、純粹臣服或受迫下的屈服，在性行為過程中即無法表現出其意義。學者 MacKinnon 對於性欲特質結構中女人的弱勢處境提出基進的強姦認定標準，以女性主觀角度判定怎樣是在性上被侵害為判斷強姦的主要標準³¹⁵。強制性交是「不平等的性（unequal sex）」，此種觀點強調「性」的不平等結構，形式化的同意概念不但無法充分反映，甚至合理化了此種不平等結構。自由主義式的主體觀「同意」忽略強姦文化不斷複製受到制約的能動主體³¹⁶。

又，行為人與被害人之間如存在任何具有權力不平等之關係，或有上下階級差異，該不平等關係對弱勢一方會構成強制情境³¹⁷。是以基進女性主義主張女性無法真正同意亦無法真正拒絕，惟其雖認為該不平等結構普遍存在於社會中，但非所有權力不對等之性交行為皆構成性侵害，例如具有權力之一方可舉證證明性交是弱勢方積極且出於自由意願想要的³¹⁸。

故在違反意願模式中，女性的「不」違反意願並非真正同意，而主張在積極同意模式下的意願明文化，方能真正確知女性真正同意之意願。

第三款 小結

女性主義指出在重視受害者創傷、看見受害者的情感依附及其生存之道時，亦必須正面描繪受害者主體，並討論受害者主體受制於何種性別結構，且不可責備受害者。若無法正確發展對受害者主體的適當認識，對受害者的想像，就很容易從可憐無助的完全弱化，轉換到只要不是全然無助被動，就可能被認為不是受害人³¹⁹。

以上就保護被害人為出發點，論及女性無法真正同意，而女性主義者以主體能動性以及性自主法益內涵為論，主張「積極同意模式」是在意願明文化下，最得充分保障性自主權，且表彰「性」是建立在選擇、相互性與慾望之上，使最佳主體模式得以建立，希望經由刑法之修法改變婦女被歧視的地位，追求兩性平等的實現。

³¹⁴ 同前註，頁 84-85。

³¹⁵ 同前註，頁 85。

³¹⁶ 同前註，頁 85。

³¹⁷ 陳昭如，同註 15，頁 230-232。

³¹⁸ 同前註，頁 232。

³¹⁹ 王曉丹，同註 313，頁 81。

舉例如香港《刑事罪行條例》訂立強姦罪定義，就涉及性的行為訂立「同意」的法定定義，反映有關行為必需對方「自由和自願地同意」。第 118 條第 3 項：「任何男子——(a)與一名女子非法性交，而性交時該女子對此並不同意；及(b)當時他知道該女子並不同意性交，或罔顧該女子是否對此同意，即屬強姦。³²⁰」；又第 4 項：「現予聲明，在強姦罪行的審訊中，陪審團如須考慮一名男子是否相信一名女子同意性交，則在考慮此事時，除須顧及其他有關事項，亦須顧及該名男子是否有合理理由相信該名女子同意性交。³²¹」主張採取積極同意立法模式者，認為此條例將「意願」明文化的同时，使女性的自我意願成為重點，呈現出受害人的主體能動性。

第三節 意願之認定

社會討論性侵害成立與否，經常取決於當事者之意願，即是否「同意」或「合意」，女性主義者認為這牽涉到自由主義將性暴力視為性別中立的暴力，討論時聚焦在對個體自由主體的侵害³²²。

基於自由主義認為的自由意志決定性行為，對於社會文化的影響並未論及，然真實的自由意志是否皆為不受影響的仍待質疑，是以本節將討論意願之認定，是否受有影響，包括何謂同意、拒絕以及其有效性。

第一項 未經同意與違反意願

未經同意是否等同於違反意願？是否可從「未取得有效之同意」導出「違反被害人意願」的結論，學者指出現行刑法將被害人的對立意志加入本罪的構成要件中當作一個形式要件，本罪即成為一種所謂形式上破壞意志的犯罪。在這種類型的犯罪中，法益持有者的處分自由共同成為構成要件要素，是以行為人若得有法益持有者的有效同意，自然排除構成要件的該當，亦即所謂「阻卻構成要件的同意」。當行為人得到被害人有效的性交同意時，便阻卻「違反其意願」要素的該當³²³。

學者認為將未獲同意等同違反意願的解釋立場，這樣的法律適用結果有逸脫法條文義範圍之疑，就被害人未注意到或不及反應的性侵入行為、或是被害人未置可否、半推半就等情形來說，依此論述，只要未獲相對人的正面同意，行為人便會構成本罪，而有牴觸罪刑法定原則之疑慮。關於意願在性強制犯罪的立法模式，可概分成「只有可以才行」與「只有不可以才不行」，而我國現

³²⁰ 由 1978 年第 25 號第 3 條增補，比照 1976 c. 82 s. 1(1) U.K.。

³²¹ 由 1978 年第 25 號第 3 條增補，比照 1976 c. 82 s. 1(2) U.K.。

³²² 王曉丹，同註 313，頁 83。

³²³ 蔡聖偉，同註 94，頁 72。

行法選擇後者，側重於被害人的反對意思被壓制。按語意解釋，「違反意願」應以行為人罔顧相對人已經表示了不接受的意思，但「未獲同意」尚包含相對人未及反應或未置可否的情形。是以學者指出從「欠缺有效同意」應該只能推導出「不會基於同意排除構成要件該當性」的結論，但無法再進一步得出「違反意願」要素的該當³²⁴。

是以綜上所述，違反意願與未經同意是二者不相同之解釋立場，無法互相推導而論，是以下文以未得同意之「同意」為核心，論述其認定標準與有效性。

第二項 同意的認定標準

我國傳統釋義學對於告訴人之同意，區分為「阻卻構成要件的同意」、「阻卻違法性的承諾」。同意與承諾之差別在於前者只要被害人有意識能力，即便年紀過小，即便受到行為人的欺騙或壓迫，同意依然可以阻卻該罪之成立；後者則會從被害人是否有權承諾、承諾是否真摯、被害人是否有承諾能力等角度追問承諾的有效性³²⁵。

鑑於性行為活動的多樣性，法律即使規定性行為應經當事人的同意，但若沒有明確定義何謂同意、如何認定其經同意。那麼，在沒有可判斷的標準來決定何時係屬同意的情況下，將會令性自主之保護流於空談。是以下就「阻卻構成要件的同意」之「同意」為主軸來論述。

本文對於同意與否之認定標準可分為從「拒絕」、「確定同意」為區分判斷標準，再以「同意之有效性」為前提為論述合法同意之成立，以找出在「積極同意模式」下，所能操作的判斷標準。

第一款 拒絕之判斷標準

在電影、小說等情節中，經常反映現實生活中對於雙方進行性活動時的基本劇本，呈現出大眾普遍對於性行為是自願或被強迫的標準，有既定且難以打破的刻板印象，被動者的沈默或不太激烈的掙扎都被主動方以「不要就是要」的觀念，以更為強烈的活動進行性行為，最終以這是雙方皆為認可且自願的美好活動為結束。由此，我們可發現曾經出現性侵行為的存在，卻沒有性侵犯之情形。然而在「積極同意模式」下的認知，任何一方「沉默」、「沒有反抗」或「沒有拒絕」都不代表同意性行為，則是否即意味著「拒絕」，涉及拒絕之判斷標準³²⁶。

³²⁴ 蔡聖偉，同註 94，頁 73。

³²⁵ 李佳玟，同註 88，頁 86。

³²⁶ 蔡聖偉，同註 94，頁 73。

在父權思維的運作下，過往對於「拒絕」表現之認定標準相當單一，且論證簡單粗暴，諸如女性啼哭不止、與男性激烈廝打，亦或是有大聲呼救、聲嘶力竭，亦即要做到極盡所能的抗拒且不被懷疑係欲拒還迎、半推半就的程度，如此，在偵查、判決上，方認可其有「拒絕」，此乃過往的拒絕之判斷標準³²⁷。

而在「積極同意模式」下，「拒絕」的判斷標準變得直觀，亦即無法被認定有所以言語明確同意，或是其行為無主動積極之配合意思，則可論斷為「拒絕」。

第二款 確定同意之判斷標準

在案件事實中，最為困難的即是判斷同意的標準，當性行為之一方並未獲得相對人表示同意，直接試探性觸摸對方，而對方未有抗拒卻也沒有迎合的意思，是否即為同意，如果當事人對性活動表現的輕挑、冷漠，是否並不違反其意願，對於確定同意的判斷標準，學說有許多爭論³²⁸。

學者 Peter Westen 對於「同意」有不同的概念，認為存在一種內在主觀的心理狀態，Westen 將其稱為「事實態度同意」，亦即「自願默認」；而存在外在狀態的表達，亦即說出「是」表示同意，要求在足夠的自由（沒有被槍指著的頭）和資訊（不要誤認為被許可人是丈夫）的條件下擁有或表達該狀態的權利³²⁹。

有學者亦指出同意是「道德魔術」，它將一種不允許的行為轉化為一種允許且合法的行為。而行為人在與對方展開性活動前，必須確保雙方在意識清醒的情況下，同意性行為的發生，應該排除任何一方喝醉、服用藥劑、身體狀況、心理障礙等，所造成意識不清、不能無法拒絕之情形，有認為對方如無以言語或積極行動為明確表達同意參與性活動，只是沈默或無反應，則該性行為即「不合法的性」，亦即是為構成性侵害；但亦有認為性活動的過程多樣，應承認默示同意³³⁰。

而有學者提出嚴格責任理論（Strict Liability），針對行為人誤認同意存在的解決方式，無論行為人有任何主張其得為相信被害人同意之理由，縱然理由

³²⁷ 蔡聖偉，同註 94，頁 74。

³²⁸ 蔡聖偉，同註 94，頁 74。

³²⁹ PETER WESTEN, THE LOGIC OF CONSENT: THE DIVERSITY AND DECEPTIVENESS OF CONSENT AS A DEFENSE TO CRIMINAL CONDUCT 4 (2004).

³³⁰ 陳昭如，同註 15，頁 208-220。

符合客觀的邏輯理性判斷，只要實際上缺少對方的同意，即構成強制性交。採取嚴格責任，只審查同意的客觀存在與否³³¹。

是以如何界定何謂「確定同意」，在「積極同意模式」成為非常重要的課題。有學者指出，在積極同意模式下可進一步發展其他下位類型³³²，下面分述而論。

第一目 相互模式（Mutuality Model）

相互的價值在於對性伴侶的需要和脆弱性的尊重與關心，意指在雙方施加相互責任，以確認性伴侶彼此從事的行為是相互同意的。相互不僅意味著同意，還因為相互模式是對他人的尊重和關心，而這都不是只是簡單的「同意」所必需的³³³。

「同意」一詞的詞源是指「有（feeling with）」或「在一起（feeling together）」。雖然在性愛中反覆詢問同意確實暗示著像是鬧劇，但主要的要求是為確保性活動可以涉及這種主體間的互動，在這種互動中，每個人都保持與對方的情感狀態和經歷相協調。實際上，這種主體間的調和並不難實現，特別是在親密相遇中，所有感官都可以被激活。了解伴侶的狀態並不一定需要口頭上的保證，儘管在缺乏口頭交流的情況下，需要學習對他人情緒狀況的感知調適，可能會有弄錯、誤會的機會³³⁴，但「同意」旨在實現「感覺」的想法，跟同意與契約的聯繫有著不同的含義，Martha Chamallas 認為更好的「相互」概念，規範性行為的方法要比契約約定的方法更多³³⁵。

有學者認為在性問題上唯一相關的問題是同意，因此，如果我們要求相互關係，則我們明確表示為性行為者必須為他人的福祉承擔最低程度的道德責任；如果行為人不能滿足他人的需要和關心，那麼性行為將缺乏必要的相互關係³³⁶。

對相互關係的關注還要求將對方視為一個勇敢的人。從本質上講，性親密關係需要互相信任，降低自我保護機制，所有這些都會使當事方變得脆弱和不

³³¹ Richard Klein, *An Analysis of Thirty-Five Years of Rape Reform: A Frustrating Search for Fundamental Fairness*, 41 Akron L. Rev. 981, 766 (2008).

³³² MARTHA CHAMALLAS, INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY 292-293 (2012).

³³³ Kimberlé W. Crenshaw, *Close Encounters of Three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality*, 46 Tulsa L. Rev. 151 (2013).

³³⁴ *Id.* at 762.

³³⁵ Martha Chamallas, *Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct*, 61 S. Cal. L. Rev. 777 835-43 (1988).

³³⁶ PETER FITZPATRICK, FOUCAULT AND LAW 616 (2010).

安全。但是，通過互相尊重和體貼對方，在相互關係中發生的性行為會幫助對方將最初的脆弱和不安全感轉變為自我保證和自尊³³⁷。

相互性通常存在於親密關係中，這種親密關係是愛與忠誠關係的一部分，也可以存在於雙方之間沒有情感聯繫的性接觸中。學者特別強調要求尊重和關心性伴侶的相互規範可以更好地考慮到雙方之間的不平等³³⁸。只有「同意」的問題在於，它不能解決性伴侶之間不平等的討價還價能力³³⁹。

在確定性接觸的相互性時，至關重要的是評估在每種特定情況下進行性行為的誘因的性質。如果認為當事方的目標是性快感或情感親密，那麼相互間不太可能被視為具有明顯剝削性，以至於需要法律禁止。即使一方以性遵從為條件來建立關係，從而以情感上的親密為條件，這種誘因也有可能被視為合法。因此，例如仍然普遍同意的是如果另一方拒絕發生性行為，則該一方應能夠離婚³⁴⁰。雖然在婚姻內用武力強制性交在法律上已不再可以接受，但配偶單方面以婚姻本身為條件是合法的³⁴¹。

第二目 溝通模式（Communicative Model）

女性主義法學者 Lois Pineau 以溝通模式的性行為來改變對於強制性交的認同迷思，破除以往男性為彰顯力量或是衝動無法控制，以及女性係為追求刺激的觀念³⁴²。一般而言，經過社會化的普通人在相處時，任何交往活動皆有一定的尊重要求，對於一件事的共識必須充分了解彼此的認知並對結果達成合意，此乃最低限度的要求。是以在進行性活動自當有一定的共識，未有充份合意的性行為，或者在發展中漸變亦未事前取得同意的性行為，都缺乏對彼此的認知與基本的尊重³⁴³。

其認為當性行為的進行是非經雙方溝通，則男性不應認為此性行為是經過對方的同意，如若男性在未經溝通的情況下，仍然進行性行為或在進行中擅自改變方式繼續進行，即是出於過失或者故意的忽略女性的意願，亦或是否定女

³³⁷ Chamallas, *supra* note 336, at 433.

³³⁸ Chamallas, *supra* note 336, at 433.

³³⁹ RAYMOND A. BELLOTTI, GOOD SEX: PERSPECTIVES ON SEXUAL ETHICS, at 86-96 (1993).

³⁴⁰ 因丈夫拒絕與妻子發生性關係而與丈夫離婚的案件，參見 Culver v. Culver, 383 So. 2d 817 (Miss. 1980) ; Pfeil v. Pfeil, 100 A.D.2d 725, 473 N.Y.S.2d 629 (1984)。妻子抱怨丈夫拒絕與她發生性行為的案例，參見 Barr v. Barr, 58 Md. App. 569, 473 A.2d 1300 (1984)。在路易斯安那州，配偶拒絕做愛也可能成為拒絕永久贍養的理由。參見 Broussard v. Broussard, 462 So. 2d 1386 (La. App. 1985) ; Derbes v. Derbes, 462 So. 2d 302 (La. App. 1985)。

³⁴¹ Chamallas, *supra* note 336, at 433.

³⁴² Pineau, *supra* note 313, at 1-2. 盧言珮，同註 41，頁 145。

³⁴³ 同前註，頁 145。

性表達意願的權利。是故只要該性行為的進行是未經溝通取得同意的即屬強制性交³⁴⁴。

惟就性行為採溝通模式的看法並沒有受到學說主流的支持，有認為每個人對於性活動的想像及偏好都不同，被突襲壓制、暴力侵略亦是一種選擇，任何人或任何性別皆有選擇如何進行性活動的自由與權利，溝通模式的性行為並不是唯一一種無論性別都想要的方式。又，以此溝通式的性交作為法律規範的基礎並不符合社會大眾的一般交流模式。惟學者亦指出非經溝通的性行為在女性角度而言並非一定是不同意的，只要男性已盡力確定對方的想法，並與之達成共識，在充分尊重對方的意願下，且女性曾表示進行性活動不需要溝通，此時亦屬一種溝通方式³⁴⁵。

第三目 談判模式（Negotiation Model）

談判模式要求在人開始進行性活動之前進行諮詢，相互交流和交換意見。除非伴侶之間建立了可以準確評估對方非言語行為的環境，否則它需要口頭交流。口頭交流必須使理性的人知道性自由已得到自由明確的同意³⁴⁶。

所謂談判過程，牛津英語詞典將「談判」定義為「為了彼此協商安排某些事情而進行的交流或會議」。因此，「談判」的一般定義不是建議允許他人採取行動（就像「同意」那樣），而是建議與他人進行積極磋商以達成共同協議。讓女性來表達自己的性主張，與相對人進行溝通或協商，以便達成事項的解決。除了獲得「默認」或「遵從」外，還必須「與性伴侶通過某種形式的討論達到」是否應該進行性行為。在性交發生之前，伴侶應該互相溝通以辨別彼此的慾望和局限³⁴⁷。

與允許女性對男性採取行動的同意相反，談判要求想要發起性行為的（任何性別）人在性行為發生之前，主動讓其伴侶參與決策過程。談判模型要求合作夥伴僅協商性行為主要內容，而不協商每一個潛在的浪漫行為。程序上，談判需要在開始之前進行協商，而無需徵得同意。儘管同意可能包括有意義的協商和協議，但從法律上講，它已經足夠廣泛，可以包括默認同意。簡言之，談判達成的協議是通過相互考慮和相互關心而達成的意願³⁴⁸。

同意表示當事人允許對方對其進行性行為。本質上，同意意味著「她（他）讓他（她）」。例如，在「No Model」下，「她（他）讓他（她）」做

³⁴⁴ 同前註，頁 145。

³⁴⁵ 同前註，頁 145。

³⁴⁶ Anderson, *supra* note 91, at 1410.

³⁴⁷ *Id.* at 1419.

³⁴⁸ *Id.* at 1419.

其沒有言語或肢體反對的任何事情。在「Yes Model」下，「她（他）讓他（她）」做任何他認為她以口頭或非語言方式允許他做的事情。因此，兩種模式下的法律問題都變成：「她讓他做什麼？」。學者主張與其問：「她讓他做什麼？」，談判模型力主以「發起性活動的人是否與他或她的伴侶進行談判，從而達成了應發生性行為的協議？」作為一種模式，力求最大程度地增加性伴侶分享意圖、慾望和界限的機會。談判表現為相互協商和偏好表達。理想情況下，它涉及對雙方偏好的討論以及達成雙方共同期望的行為的協議³⁴⁹。

當一個人想要進行性行為時，談判將最低限度地要求提供有關另一人的慾望和界限的訊息，或者表達自己的慾望並邀請他人回應。向伴侶詢問自己的喜好使他們有機會打開或設定性交的界限。這種交流表達了對他人觀點的興趣。它要求交流，思想交流。這是一個對話開始，表達了考慮他人的意願和人性的意願，代表其他人很重要。因此，談判是一個過程，涉及人與人之間的思想交流。它不假定男性會主動發起，而女性會默認或反對他想要的東西。談判模型不分性別，不假設異性戀。在這種模式下，任何性別都可能犯有強制性交其伴侶的罪行³⁵⁰。

學者甚至指出有時候人們在進行性交時對自己想做的事情有明確的偏好，其他時候他們沒有固定偏好，但可以進行探索。在兩種情況下，談判過程都是合適的。侵害行為的最低限度談判需要具體，但不必是正式的³⁵¹。並且沉默永遠不足以構成談判，眨眼之間也不會構成，在聚會上飲酒和打暗號不構成性活動的談判³⁵²。

談判模式需要的不僅僅是性交之前的溝通溝通過程。它還需要達成協議。但是，協議不需要單獨的溝通過程。雙方就他們想在一起做的事情進行談判之後，每個人都可以假設對方同意參與他們彼此親切討論的性行為，無需背誦口號般的「我同意與你進行口交」³⁵³。

此外，雙方之間的協議是動態而積極的。協議會隨著時間而變化，並且必須對上下文和變化的環境敏感。人們可以而且確實會改變主意。例如，如果兩個人最初同意彼此進行性行為，然後其中一個改變了主意並表達了口頭或肉體上的「不」，那麼他們之間就不再達成協議，對方必須立即停止。此處，談判

³⁴⁹ *Id.* at 1420.

³⁵⁰ *Id.* at 1424.

³⁵¹ *Id.* at 1424. 例如人們很少說：「I agree to have vaginal sex with you. Let us now proceed.」取而代之的是說：「Kissing you is making me so hot. I want you to be inside me. Do you want that, too?」。

³⁵² *Id.* at 1425.

³⁵³ *Id.* at 1425.

模型納入了否定模型的重要部分，即口頭拒絕的重要性，但僅在雙方同意進行性行為本身之後³⁵⁴。

第三項 具有效性之同意

女性有自主選擇各式的性關係、性活動，有些女性喜歡純粹享受性的快感，不在乎對象亦無涉情感與責任，此種性活動更像是選擇一種生活方式；有些女性則基於金錢的取得、機會的獲取等利益而為性行為；有些女性選擇有錢人進行性交易；有些女性喜歡男性以粗暴對待的方式進行性行為³⁵⁵。在刻板印象下，或許許多人會認為這樣的性行為不理性並非良好的模式且會相對惡化女性的弱勢處境。但基於每個人的性自主權，其皆有權利自由選擇自己所偏好的性行為或生活方式，在未侵害他人權利的前提下，不應將無辜的行為犯罪化，過度干擾「性」的行為之自由，「理想化」的性交情形作為唯一合法性交模板的想法不應支持³⁵⁶。

是以就同意之有效性，應將重點放在保護性自主權，亦即只要係在充分自主意識下的性行為意願，可視為有效的同意。同意之有效前提，我國通說以年齡為最主要劃分，輔以智識、精神、自主為判斷，亦即必須為有權同意、出於真摯且有同意能力，該同意方得談及是否有效，符合前提後，就實際現場判斷，仍須有更為詳盡之規範。部分女性主義論者則認為同意之有效性可參考美國俄亥俄州安帝奧克學院的「性犯罪預防政策（SOPP）」守則，旨在終止校園性暴力和性騷擾，同時營造積極的、自願的性行為校園文化。從守則可總結出，被害人不具有同意能力或處於被強迫、意識不清、反應不及、猶豫不明、漠不關心、半推半就、說不出口、沉默或不溝通都不可以被解釋為有效的同意³⁵⁷。

然而縱使有上述守則提供同意之判斷標準，有些情況下依然會出現雙方對於同意的認知不同，如誤解等現象，像是男性常會以為女性的不斷表示拒絕、推開自己的手、擋住衣物、試圖起身離開等行為，是在鼓勵他以更加強勢的方式進行性行為或是希望男性繼續動作以幫助女性確認心意，但女性會認為其已明確表達了她的不願意，此時行為人對於被害人同意與否的錯誤認知，能否作為有效抗辯的事由，美國傳統學說見解認為，不論行為人的錯誤解讀是否合理，訴訟中行為人不容許以錯誤解讀作為抗辯；有的法院則容許行為人可以以

³⁵⁴ *Id.* at 1426-1427.

³⁵⁵ Schulhofer, *supra* note 131, at 87.

³⁵⁶ Schulhofer, *supra* note 131, at 88.

³⁵⁷ The Antioch College Sexual Offences Prevention Policy 1 (June 8, 1996)。參考網站：<https://antiochcollege.edu/campus-life/sexual-offense-prevention-policy-title-ix/>，最後閱覽日：2020年8月10日。

「合理的」錯誤解讀作為抗辯，此時，因為審判中裁判者必須判斷被告在解讀被害人行為上是否屬「過失（negligent）」，如果是基於過失的錯誤解讀，依然可以處罰，此時審判在實質上會將性侵害犯罪轉化為過失犯罪；還有一說則是區分過失與輕率，認為原則上可以以錯誤解讀作為抗辯，但錯誤解讀是基於「輕率（reckless）」時，不在此限。而過失與輕率差別在於前者比較偏向客觀判斷行為人的認知是否合理，後者則是偏向從行為人主觀上認定其是否莽撞地忽略被害人是否有同意³⁵⁸。

第四項 小結

性行為中的「同意」應為「無瑕疵的有效同意」或者稱「真摯同意」方可阻卻構成要件，意即當事人必須對於所為之同意後，所發生的事情、利益損失的範圍以及所可能產生的後果都要有所了解，意即對於同意的內容與範圍沒有任何一絲誤解疑惑。無論是在相互模式、溝通模式或者談判模式下，被害人因為陷於錯誤的環境下，基於「動機錯誤」所為之「同意」不應將其認定為「阻卻構成要件的同意」，這種形式上的「同意」有瑕疵應不具有效性³⁵⁹。

而所謂同意人「無瑕疵的有效同意」的有效性，在行為人與被害人對意願的認知不同時，若行為人要以其主觀認知作抗辯，基於同意之有效性的要件，本文以為參考美國實務上區別過失與輕率的方式，原則上可以以「過失」錯誤解讀作為抗辯，但「輕率」錯誤解讀時，則不得作為抗辯。

第四節 對其他立法模式之批判

第一項 對強制模式之批判

論者認為隨著性犯罪保護法益改變，應該要將強制力改以意願作為要件，蓋以強致力為判斷時，亦要求受害人的反抗作為對於性行為是否受到同意為判斷。強制模式認為是否成立性侵害，需被害人有盡全力抵抗，以有無抗拒行為作為犯罪與否的認定³⁶⁰。

即使在強制力部分，有的放寬承認非物理性的手段（例如脅迫）；在被害人意願違反部分，有的只要求合理抵抗，有的承認例外狀況，例如倘若強制力已經到達壓制被害者反抗的可能性，被害人即便沒有肢體抵抗的舉動依然能夠

³⁵⁸ Anderson, *supra* note 91, at 1426.

³⁵⁹ 劉宛婷，強制性交罪中有關性自主權之探討-以刑法第 221 條第 1 項為中心，國防大學管理學院法律學系碩士論文，頁 64，2018 年 12 月。

³⁶⁰ 陳昭如，同註 15，頁 214。

成立性侵害，不過即便採取這樣的解釋，依然是建立在行為人使用強制力壓制被害者意願的想像上³⁶¹。

對於性自主之態度，強制模式強調的無論是物理性或非物理性的強制力，使得保護法益偏離自主意識，只著重於是否受有強制而忽略意願的重要性。強制模式建立在父權文化對於性侵害之狹隘的想像與偏見之上，認為「真正」的性侵害被害者會為了保護自己的貞操寧死不屈，凡是沒有盡最大力量，冒生命危險抵抗行為人的女人，都是欲拒還迎³⁶²。

女性主義者認為強制模式固化強姦迷思，並有使女性淪為客體化的現象。其認為性犯罪在具有特殊關係時是非常難以釐清的，在遭受親人、熟識者反覆侵害的狀況，對他們而言只有與之為性行為才不會遭受虐待，若反抗就會遭到嚴厲的對待，他們從被害之初就沒有理解發生了什麼事，所以直到最後也都不會抵抗³⁶³。

第二項 對修正強制模式之批判

基於基進女性主義者認為性別、經濟、種族等不平等結構既然普遍存在，弱勢一方對於強勢者性交的要求不可能有真摯的同意。以去脈絡化與個人化來檢視被害者的同意，反而會讓弱勢的被害者面臨被譴責的壓力。從此觀之，關注到不平等結構的修正強制模式似乎更能貼近弱勢者經常面臨的兩難處境，譬如「經紀公司要求旗下藝人用性服務來換取工作機會」，即便藝人同意提供性服務，但此同意並非真的出於自願，而是受不平等結構的強制³⁶⁴。

學者指出修正強制模式雖然有上述優點，卻會產生諸如「弱勢者為何不能出賣性來換取自己所需之位置、資源」、「性的出賣相較於勞動力的出賣究竟有何不同」等類似於性工作是否應合法化的爭論，在此基礎上衍生如果性交易合法，為了工作機會用性去交換為何構成性侵害的質疑³⁶⁵。

學者認為修正強制模式至今只被國際法庭用來處理大規模衝突與戕害人道情境下的性侵害行為，無法確知不平等結構是否為足夠清楚的刑法構成要件，以及在無法避免的不平等結構下，是否所有發生權力不對等的性交都是性侵害的疑問。基進女性主義者 MacKinnon 認為並不是所有權力地位不對等的性交都會構成性侵害，是以提出「系爭性行為是否受歡迎」之標準，以凸顯「性是建立在選擇、相互性與慾望」。雖然修正強制模式與積極同意模式的差異看似

³⁶¹ 王皇玉，同註 62，頁 414。

³⁶² 李佳玟，同註 88，頁 68。

³⁶³ 陳昭如，同註 31，頁 76。

³⁶⁴ 陳昭如，同註 15，頁 222-224；同註 31，頁 76。

³⁶⁵ 李佳玟，同註 88，頁 77。

降低，但修正強制模式卻採用「系爭行為是否受歡迎」一個解釋上較不明確的標準，造成有適用爭議之可能³⁶⁶。

第三項 對違反意願模式之批判

關於意願模式的批評，基進女性主義者認為，當我們以意願為中心建構性犯罪時，必須著重「要從誰的觀點來認定是否違反意願」的爭議，在不同文化背景下，性別權力的不等，使女性意願趨於弱勢依附於父權之下，使雙方對於意願有不同認知，法律亦無從決斷³⁶⁷，且此一模式尚忽略「非自願性癱瘓（involuntary paralysis）」或「動彈不得（freezing）」為遭遇性侵的生理及心理反應，專家認為此現象在遭受性侵時非常普遍³⁶⁸。

而在歷年法律實證下，有關妨害性自主之裁判，經常會出現法院以客觀環境判斷之理由，呈現出刻板且僵直的思想，諸如被害人的反應並無驚懼表現正常，亦或者是被害女性之職業，以及行為人被害人雙方交往關係，無不凸顯父權下的性別弱勢偏差³⁶⁹。

譬如 Commonwealth v. Berkowitz³⁷⁰ 一案中，儘管受害者一再口頭表示「不」，被告仍進行了性交行為，被告沒有使用武力或威脅受害人。賓夕法尼亞州最高法院裁定，被告沒有強制性交受害者，理由在於「關於申訴人想離開房間的想法，證據記錄清楚表明其可以從內部輕鬆打開門，受害人知道這一事實，但是她從未嘗試過去門邊或開門。」³⁷¹，當受害人發現她的「不」被忽略，又遭受了驚嚇，是否已經構成強制性。

性別文化下的僵固想像，使強性交的被害人需不斷吶喊自己的不願意，也讓所謂「違背意願」的要件在應用上，不斷複製父權文化的性別思想，讓強姦迷思再製並更加固化，在實務操作上，檢察官、警察對於性別文化的認知成為整個罪行是否成立的不穩定因素³⁷²。

³⁶⁶ 李佳玟，同註 88，頁 78-79。

³⁶⁷ 安真慧，同註 232，頁 102。

³⁶⁸ Commonwealth v. Berkowitz, 537 Pa. 143, 641 A.2d 1161 (1994).

³⁶⁹ 安真慧，同註 232，頁 102。

³⁷⁰ 案例事實：申訴人是一名大學生，在她所在大學的宿舍裡尋找她的朋友。在敲門並且沒有得到答復後，她注意到門沒有鎖，決定進入房間，發現她朋友的室友（行為人）在房間裡。行為人讓她留下一段時間，申訴人接受了，之後行為人開始做出幾個性進展直到她反應過來，以言語表達明確不想要發生，儘管受害人口頭上拒絕，但行為人還是堅持摸索她，脫下衣服並性侵她。

³⁷¹ Commonwealth v. Berkowitz, 537 Pa. 143, 641 A.2d 1161 (1994).

³⁷² 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，第 80 期，頁 197，2010 年 12 月。

而在社會現實下，被害人的「是否違反意願」成為司法實務的著重要件，因程序的操作使被害人成為被檢驗、逼問的對象，遭受大眾懷疑的矚目造成二度傷害，被害人的「被譴責」成為難以改變的潛在歧視³⁷³。

第五節 對構成要件與舉證責任之回應

對於「積極同意模式」最多之批評，在於一但更改入罪的構成要件，舉證責任似乎亦同時受其影響，基於性犯罪多為密室犯罪，難以證明是否合意性交或是非心甘情願的性交，是以性侵案件的舉證困難，將不利於被告，有違反無罪推定原則之虞而最多被討論之，下文以構成要件對舉證責任是否造成影響，以及對於無罪推定原則有無違反，為論述「積極同意」立法模式對於訴訟上的影響狀況。

第一項 構成要件有無影響舉證責任

第一款 舉證責任之內涵及範圍

舉證責任為證據法上的重要概念之一，其功能在決定訴訟之何方，對何事項，有提出證據之義務，及應舉證之程度，首要論者即舉證責任之內涵及其範圍。

關於舉證責任之內涵及範圍，我國學說及實務見解向來各有不同解讀。我國現行刑事訴訟法第 161 條第 1 項之立法理由指出：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴……檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質責任。」此外，最高法院 91 年第 4 次刑事庭會議決議亦對本法第 161 條提出說明：「為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第一百六十一條第一項規定『檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法』，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡『提出證據』之形式舉證責任（參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由謂『如認檢察官有舉證責任， 但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡…，』）外，尚應『指出其證明之方法』，用以說服法院，使法官『確信』被告犯罪構成事實之存在。」有認為此乃將提出證據負擔與形式（主觀）舉證責任並列，將實質（客觀）舉證責任與說服負擔相提並論³⁷⁴。

³⁷³ 安真慧，同註 232，頁 98。

³⁷⁴ 吳巡龍，刑事證據法入門-第一講：刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，第 54 期，頁 83-85，2007 年 4 月。

有主張舉證責任係一解決「待證事實最後不明時法律效果如何分配」之理論，而刑事訴訟既受無罪推定原則及有疑為利被告原則之支配，審理結果法院若未能形成確信無疑之有罪判決心證，即應為被告無罪之判決，是以，待證事實至審理最後仍無法確定時即應判決負舉證責任者敗訴之客觀舉證責任，及由此衍生當事人為避免敗訴而積極為舉證活動證明系爭事實之主觀舉證責任概念，並不能直接套用於刑事訴訟；檢察官就起訴已達足夠犯罪嫌疑法定門檻部分負有獨立之證明義務，至於是是否達有罪判決之確信程度則係盡證明義務以協助法院發現真實，並無舉證責任敗訴結果負擔之問題³⁷⁵。

另參照美國法，所謂說服責任乃當事人一造使裁判者於證據調查後採信其主張之責任。因無罪推定原則，且被告無自證己罪之義務，是應由檢察官證明被告為構成要件行為、負起被告有罪之整體證明義務即說服責任，檢察官若未盡說服責任，被告將受無罪判決。又檢察官所負舉證責任之範圍，涵括客觀及主觀構成要件之積極事實，在某些特定犯罪型態，尚需證明法定消極事實部分，如性交行為未經被害人同意，惟消極事項僅以構成法律明文之犯罪成立要件為限，對於被告所提抗辯事實之不存在或不成立，除其已提出相當之證據，證明抗辯得以成立，檢察官不負舉證責任。檢察官舉證完畢後，被告若主張有阻卻違法、阻卻責任或減免罪責事由，因為該等事由對被告有利，且被告對該事由有特殊知識，比較了解何處取得證據證明該事由，若使檢察官對此等事由負舉證責任，被告可能胡亂抗辯或故意隱匿證據以混淆真相，故由被告負說服責任³⁷⁶。

至於提出證據責任係指當事人一方主張某特定事實，為使該主張得以成為有效爭點，負有向法院提出足以支持其主張的相當證據之責任，若未履行提出證據責任該主張即不能成為有效爭點，法院得逕為對其不利之認定，故通常主張有某項積極事實之一方，應先負「提出證據責任」，舉證之前對方並無舉證反駁義務。具體而言，檢察官對對構成要件之所有要素均負有提出證據責任，包含法律明定之消極犯罪構成要素，即所謂實質（客觀）舉證責任。檢察官舉證完畢後，被告若提出阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由之「積極抗辯」，如正當防衛及心神喪失，因其擁有特別知識應先提出該抗辯為合理可能之證據，以證實其主張或解釋之事實存在，否則便不構成爭點，檢察官無須為任何反駁；若被告提出對於構成要件不該當之抗辯事項，如案發時被告在犯罪現場以外之處所、基於善意持有贓物等，性質上若為專屬於個人所知或被告個人較易取得者，提出證據證明該抗辯事項為真之義務，即應由被告負擔，換言之，

³⁷⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，頁421-424，2019年9月九版。

³⁷⁶ 吳巡龍，同註374，頁79-81。

在訴訟程序進行的過程中，有受不利益判斷之虞的當事人，為免承擔該不利益之判斷，所為舉證行為之負擔，而於程序中提出證據之責任，亦即所謂形式（主觀）舉證責任³⁷⁷。

我國刑事舉證責任除依刑訴法第 161 條、第 163 條條文及立法說明外，舉證責任分配尚無絕對標準，但基本上有下列三原則，即主張待證事實者，應負舉證責任；對於積極主張之事實有特別知識者，應負舉證責任；主張常態事實者不負舉證責任，主張變態事實者負舉證責任。檢察官對於構成要件該當性、犯罪加重要件、處罰條件存在之事實負舉證責任；刑事被告得保持緘默，不負自證己罪之義務，此部分並無疑義。又構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，可推定違法性、有責性存在，檢察官無庸再舉證；被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，因該事由有利於被告，且何處可發現該阻卻責任事由之證據，被告應較為清楚，為防止其隱匿毀滅證據，應由被告負舉證責任³⁷⁸。

第二款 構成要件之影響

「舉證之所在，敗訴之所在」由於事實證明之困難，舉證責任之分配，決定了訴訟的勝敗關鍵，受分配之一造，往往難以滿足舉證責任之要求，因而受到法院為不利於其之判決。從而，當事人莫不重視舉證責任之分配，確認自己於訴訟上之優劣地位。

如前所述，舉證責任上，以檢察官就主、客構成要件該當性、犯罪加重要件、處罰條件存在之事實負舉證責任，而由被告就主張有阻卻違法、阻卻責任事由或構成要件不該當之抗辯事項負舉證責任。至此，可見構成要件對於舉證責任似有影響。是以下文討論「意願」要件之定位，即是否同意性交行為的舉證責任在哪一方。

性交對象的意願究為積極要件或消極要件，在現行刑法所為違反意願之用詞，如認為「違反意願」是不法構成要件的不法建構要素，則控訴方應舉證行為人性交行為違反性交對象之意願，而性交行為以「取得同意」為必要，而認為已得同意為阻卻構成要件，則被告為主張有構成要件不該當之事由，該得到對象同意的舉證責任即在被告一方；而假設在積極同意模式下，唯有性行為之參與者對於性行為均表達明確有效之同意，性行為始合法，是以當性行為一方提出其未表示積極同意時，他方即有證明已取得他方積極同意之義務，換言之，假設改採積極同意標準，檢察官僅需指出被害人並未有積極同意之事實是

³⁷⁷ 吳巡龍，同註 374，頁 76-79。

³⁷⁸ 吳巡龍，同註 374，頁 84-85。

以被告並無取得同意，被告為主張有構成要件不該當之事由，即有證明已取得他方積極同意之義務。故若性犯罪改採積極同意標準，似代表在被害人意願之舉證責任上，並無產生舉證責任轉換之效果³⁷⁹。

是以有認為在「積極同意模式」下，所謂的舉證責任轉換之意，本文以為實乃誤解，應是說，在審判中或社會視角的重心有所轉移。在現行法運作下，先預設當事人乃是同意為性行為的，除非其有所反對或異議，否則此時所為之性行為即為合法。因此，被害人需要證明自己並不願意為該性行為，且亦已清楚的讓行為人認知到自己並不願意的情況。從而審判的問題中心也隨之集中在被害人身上，被害人當時的言行受到探究評價。但在確定同意標準之下，法律乃是預設除非被害人被探詢其意願並表示同意，否則在其明確同意之前，皆不得認為當事人乃願意為該性行為，在此之下所為之性行為即構成強制性交。則此時，當女性被害人表示其並未作出同意時，則行為人即須做出說明，證明其確實已取得同意。法院審理的焦點轉而在行為人身上，所要檢驗或甚而進行交互詰問的，會是針對行為人所述之當晚情形，查知究竟行為人是如何取得同意，如何確知當事人之意願，而不是著重於檢驗被害人做了哪些拒絕的表示或行動³⁸⁰。雖然證明被告有罪的舉證責任仍然在檢察官身上，但其所檢驗的對象不再是被害人，而是檢驗行為人究竟取得同意與否的行為。但焦點之轉移並非代表舉證責任之轉移³⁸¹。

第二項 無罪推定原則

積極同意模式最常遭遇到的批評是認其違反「無罪推定原則」，亦即有擴張刑法處罰對象之嫌，下就其內涵與積極同意模式是否對其有所影響為討論。

第一款 無罪推定原則之內涵

聯合國大會於西元 1948 年 12 月 10 日通過世界人權宣言，其中，該宣言第 11 條第 1 項：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。」此乃對於「無罪推定原則」之宣示³⁸²。美國聯邦最高法院在 *In re Winship* 案中明確指出，「無罪推定原則」乃藉由無庸置疑法則對於檢察官必須證明所有犯罪成立要件至無庸置疑程度之要求，於刑事訴訟中更加的具體化³⁸³。

³⁷⁹ 高子淵，同註 153，頁 109。

³⁸⁰ 李佳玟，同註 88，頁 109。

³⁸¹ 李佳玟，同註 88，頁 109-110。

³⁸² 林鈺雄，同註 375，頁 165-166。

³⁸³ *In re Winship*, 397 U.S. 358, 363(1970). 林俊宏，刑事舉證責任論－以美國法為借鏡，私立天主教輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 49，2004 年 6 月。

我國刑事訴訟法第 154 條規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」第 161 條第 1 項則規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」由此原則得出禁止有罪推定，蓋實務認為「按犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現確實之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；又犯罪事實所憑之證據，無論係直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有合理之懷疑而得確信為真實之程度，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達此程度而尚有合理之懷疑時，本諸無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知，又被告否認犯罪事實所持辯解縱使不能成立，除非有確實證據足以證明對於被告犯罪已無合理之懷疑外，不能遽為有罪之認定，刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪³⁸⁴。審判中無罪的推定和對有罪證明要達到高標準的要求，是為了在不當定罪和不當無罪之間取得適當的平衡。法律原則上願意接受大量不當無罪的作為避免一次不當定罪的代價的意願，是基於個人與國家公權力之間明顯的權力失衡³⁸⁵。

無罪推定原則與被告享有主張公平程序權與防禦權密切相關，然就犯罪事實而言，無論為何等寬嚴之解釋，均難以將犯罪構成要件排除之。構成要件可再區別為各種不同的構成要件要素，其包含主、客觀構成要件要素、加重、減輕構成要件要素與成文、不成文之構成要件要素等，然不論各該構成要件要素於構成要件上，扮演何種地位，均不脫構成要件之本質，乃應由代表國家之檢察官負擔各該構成要件要素存在之舉證責任。另一方面，無論被告以任何之名義、方式或用語，來主張構成要件不存在，均不會造成任何舉證責任之變動，檢察官無論如何均應負擔證明所有構成要件存在至無庸置疑之舉證責任³⁸⁶。

「無罪推定原則」藉由要求檢察官負擔犯罪成立要件至無庸置疑之舉證責任，使其對於公平審判之理念具體化。此一概念支配刑事訴訟上主要之舉證責任分配，乃將所有犯罪成立要件之舉證責任分配予檢察官負擔，為最根本且不可動搖之舉證責任分配原則。

第二款 積極同意模式對無罪推定原則之影響

所謂「無罪推定原則」，是由法官檢視雙方證詞，如果雙方各執一詞又缺乏其他證據支持，而檢察官對於控訴被告犯罪事實的證明責任無法達到使法院

³⁸⁴ 同前註，頁 73。

³⁸⁵ 林鈺雄，同註 375，頁 166-167。

³⁸⁶ 林俊宏，同註 383，頁 92-97。

作成無庸置疑之確信程度的心證，法院即無法建立超越合理懷疑，故依無罪推定原則須對被告為有利的推定，判其無罪。亦即控方之證據必須達到超出合理懷疑的程度，如果不能證明或者不能以充份有力的證據證明其控訴和主張，尚有疑義，即表示不能推翻被告無罪的直接推定，法院只能判決被告無罪³⁸⁷。

而要求行為人確認當事人意願的程序是訂在實體法，藉法律規定什麼樣的「同意」才算同意，並不涉及程序法有降低證據的要求，或是減損無罪推定的利益，且如前所述，證明被告有罪的舉證責任仍然在檢察官身上，並無減損無罪推定原則之保障³⁸⁸。

學者 Benedet 認為「無罪推定」和「推定同意」經常被混為一談，被告在證明有罪前，法律上都會認為他無罪，即程序法的「無罪推定」，而「推定同意」是實體法上之規範。所以「積極同意」將「推定你是要的，除非證明你不要」轉變為「推定你是不要的，除非證明你是要的」，這是實體法要件的改變，與程序上被告的無罪推定權益並無衝突，不會因採取積極同意的標準，而犧牲程序上無罪推定的保障³⁸⁹。

第三款 小結

從舉證責任之內涵可觀之，構成要件之影響，是有所必然，但於採取「積極同意模式」的立法與過去不論為強制手段或違反意願模式而言，並無所謂轉換責任問題，其所轉移的僅是大眾焦點、社會態度，以及在現行不夠完善的對於性犯罪調查流程下，更加保護受害人立場，使「閉嘴的受害人」可以在司法體系中尋求正義的意願提升。而就無罪推定原則而言，亦如學者所說，此乃程序法與實體法的兩層面問題，並無影響。

是以在安置「積極同意」立法模式所遭遇最大的爭議點，本文認為並非其缺點，亦非足以否定之理由，但不代表其適用於刑法，此乃下一章節所要論述。

第六節 小結

長期在社會文化的刻板印象累積下，認為男性在性方面認為應積極主動，而女性應被動矜持的刻板行為模式，任何性別都多少受到影響。主張「積極同意模式」者認為在法律適用上，法規範除反映社會觀點，其甚至更容易藉由法規使此等性行為模式合法化，而更令偏見、迷思的影響擴大形成社會氛圍。故

³⁸⁷ 林秀怡、秦季芳，加拿大性自主法律「積極同意模式」實務運作借鏡：Janine Benedet 教授到訪婦女新知座談紀實，婦研縱橫，第 105 期，頁 81，2016 年。

³⁸⁸ 同前註，頁 81。

³⁸⁹ 同前註，頁 81-82。

而，基於真正尊重女性之自主權的標準運用，採取積極同意之標準將能有助於社會大眾形成對於「性」文化的新共識³⁹⁰。

又從社會大眾共識角度所形成的客觀理性而言，受到社會長久累積的迷思、既定印象所限，隨時間在文化上儘管對於「性」活動有關的觀點與態度有逐漸進步，但相較於經濟的文化發展往往過於緩慢，而錯誤的法律標準不但致女性於危險之中，亦會成為社會文化改革、進步的障礙，此外，依前述有關舉證責任與無罪推定原則之內涵，可見採「積極同意模式」似乎並無學說所已發爭議之疑慮是以似應改採「積極同意模式」來建構充分保護被害人意願的法律標準³⁹¹。

總結來說，本文以為在法律判斷上，的確不應該採取像是把拒絕當作邀請，認為行為人只是在半推半就的觀點，而是應該以真正尊重女性，重視其意志表達與性自主權的觀點判斷。但同時，也應考慮所謂刑法具有懲戒、污名化之巨大力量，以及刑法有謙抑性的至高原則，而審慎判斷是否立法採取「積極同意模式」在法律適用上是充分保護性自主權的，就此刑法之特性將在第五章有所詳述。

³⁹⁰ 盧言珮，同註 41，頁 122-123。

³⁹¹ 盧言珮，同註 41，頁 122；李佳玟，同註 88，頁 72。

第五章 我國刑法適用積極同意模式可能之探討

第一節 積極同意模式之引入與論點

性侵害法規不僅在我國長期以來備受爭議，在其他國家也是始終爭論不休，而這些爭議的關鍵爭點之一是性自主權的保障內涵為何，其中特別引發強力辯論的問題之一，則是構成強制性交的實體要件³⁹²。

已經內國法化程序的兩公約與消除對婦女一切形式歧視公約的條文本身都未明文言及性侵害。不過，CEDAW 委員會在 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 Violence Against Women）」，也曾通過不少有關禁止性別暴力的決議與公約³⁹³，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）³⁹⁴」。也有一些明文禁止性侵害的區域人權公約，例如 2014 年生效，簡稱為伊斯坦堡協定的「防治對抗施暴女性與家暴之歐洲議會協定（Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence）」，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³⁹⁵。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 10 條第 6 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，因篇幅及筆者能力有限，僅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。

國內歷經 1999 年大幅修正妨害性自主罪章，此後幾無所改變強制性交罪之構成要件，時至今日國際上有所聲浪討論，諸如伊斯坦堡協定對於強制性交的

³⁹² 其他相關的爭議還包括有性經驗之詰問等程序問題，以及是否強制治療、電子監控、社區公告等犯罪處遇問題，本文在此不著墨。

³⁹³ 請參見聯合國網站：<http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-work-ga.htm>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

³⁹⁴ 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。

³⁹⁵ 陳昭如，同註 31，頁 69-70。

要件有所規範，CEDAW 委員會基於議定書所賦予的權力也曾做出有關強制性交要件的申訴決定：Karn Tayag Vertido v. Philippines³⁹⁶、V.P.P. v. Bulgaria³⁹⁷以及 R.P.B. v. The Philippines³⁹⁸，歐洲人權法院曾經在 MC v. Bulgaria³⁹⁹等案表達過對於強制性交要件的意見，盧安達國際刑事法庭（ICTR）的 Prosecutor v. Akayesu⁴⁰⁰一案以及前南斯拉夫國際刑事法庭的 Prosecutor v. Anto Furundžija⁴⁰¹、Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic⁴⁰²等案的判決，也都分別涉及對於強制性交要件的定義⁴⁰³。而本國學者亦就現行刑法妨害性自主罪章開始有所討論，就積極同意模式安置入刑法，國內目前僅有婦女新知團體於2017年提出一修法草案之版本，然該草案並未公開，是以本文將以力主積極同意模式立法之學者的修法版本為以下之論述基礎，以探討我國刑法是否適用積極同意模式。

總結前章，積極同意模式提出幾項論點，首先，主張非合意性行為即為強制性交，主動方只要沒有取得對方的同意就成立犯罪，此種立法模式強調性行為參與者「必須表達參與意願」，行為人與對方性交之前，如果沒有取得相對人明確以言詞或積極行動表達參與性行為的意願，而只是沉默或默認，那麼行為人的性行為就構成性侵害。在積極同意的概念下，語言或動作有無顯示自由意志的判斷，在行為當時，應由行為人以其主觀判斷客觀情況。一個尊重他人的人應當以言語再次向對方確認意願，以杜絕誤會、過失與僥倖心態。

其次，更充分保護被害人。在強制模式或違反意願模式下，人們預期「理想」的強制性交受害者會反擊加害者，但「動彈不得」已被專家認可為在性侵害中非常常見的生理和心理反應，此外還有「非自願癱瘓」、「身心解離」的狀態。性行為需要「雙方」都同意才能發生，任何一方「沉默」、「沒有反抗」或「沒有拒絕」都不代表同意性行為，在這些反應下，積極同意模式更能保護在固有強姦迷思的觀念中的被害人。為避免被害人在法庭上被問更多私密的問題，曝露在更多令人不堪的情境中，受到更多羞辱，以及司法系統對於性侵被害人常流露出不友善、不信任的態度，採取積極同意模式不一定會造成更高的定罪率，但立法的主要目的在於改變大眾對性侵的心態與看法，希望能透過這些規範，告訴受害者「社會是站在你這邊的」。

³⁹⁶ CEDAW/C/46/D/18/2008.

³⁹⁷ CEDAW/C/53/D/31/2011.

³⁹⁸ CEDAW/C/57/D/34/2011.

³⁹⁹ Eur. Ct. H.R., 39272/98 (2003).

⁴⁰⁰ Case no. ICTR-94-4-T, Judgment 2 September 1998.

⁴⁰¹ Case no. IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998.

⁴⁰² Case no. IT-96-23-T & IT-96-23/a-T, Judgment 22 February 2001.

⁴⁰³ 陳昭如，同註31，頁72。

第三，使性別正義與性教育環境再造。相較於「違反意願」，主張「積極同意」者認為，重點都在於如何得知其意願，只是一個從否定態度得知，一個從肯定態度得知；差別在於，在普世皆不鼓勵女性做出性表達的父權社會中，從否定態度得知比較容易，但從肯定態度立法卻可能可以改變社會對「性」的看法，亦即以積極、正面、光明來談論「性」，表達出我們想要或同意與否的性態度。積極同意模式入法，鼓勵「溝通透明化」，也可以促使我們的情感教育不再僅限於談論拒絕侵害的自我保護，能進一步更全面的促進正向、積極談論追求、親密關係溝通等技巧，包含被拒絕後的心理建設與因應策略，建立社會態度與價值觀。

就此三項主要論點，下文將以刑法的謙抑原則、截堵構成要件的設定以及其他從女性主義角度或是刑事程序上證據提出角度，對於「積極同意模式」於我國刑法適用之可能。

第二節 刑法謙抑性原則

刑罰目的為何？刑事法應如何立法？從比例原則所預設的手段與目的之審查觀點來說，一個不追求目的之純粹報應，或實現抽象正義價值之刑罰，是無法在憲法上取得立論的正當性，國家必須追求對社會具體且可掌握的正面影響之社會目的，始足以正當化干預人民基本權的行為，亦即刑法具有兩面的性質，一方面干預人民基本權，另方面也在履行國家保護基本權在內之公益義務，而此便是刑法謙抑思想與法益概念的爭論⁴⁰⁴。

近代刑法理論中「謙抑主義」最初由戰前刑法學者宮本英岱以基督教義出發之「愛的刑法觀」，進而有佐伯千仞提出具道義色彩的「寬仁傳統」的恩惠觀，亦即恤刑思想、體恤天下蒼生的觀念，所形塑而成。隨戰後「道義的刑法觀」沒落，以及刑法任務、目的的合理化，謙抑思想轉化為最後手段性的同義語。合理化後的謙抑主義，目標置於在社會控制與法益保護的任務目標下，如何極大化刑罰的犯罪抑止效果，同時極小化刑罰手段對人權的負面影響⁴⁰⁵。

簡言之，刑法須本於謙讓抑制之本旨，在必要及合理之最小範圍內，始予以適用之法思想，又稱為刑罰經濟思想。確定是否有充分理由將特定行為定為犯罪時，應考慮定罪的成本和風險，以及應避免的危害，特別是應避免有任何

⁴⁰⁴ 王皇玉，刑法總則，頁 37-38，2017 年 9 月修訂三版。

⁴⁰⁵ 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，第 24 期，頁 50，1997 年 5 月；謝煜偉，論刑法謙抑之生成、演變及其當代意義，2014 臺灣法理學會年會「法律哲學與刑法」，2014 年 3 月 22 日。

可能的、無根據的或者應不受國家干預的破壞個人安全的情況，且只有在限制性程度最低的適當應對措施中才應訴諸刑事定罪⁴⁰⁶。

學說就刑法謙抑的適用分為三層面，第一階段為立法層面，立法者必須展現出並非所有行為皆由刑罰為處置手段，應優先採取其他手段，一般而言，下列情況沒有設定刑事立法的必要，第一，刑罰無效果，亦即假如某種行為設定為犯罪行為後，仍然不能達到預防與控制該項犯罪行為的效果，則該項立法無可行性，其二，可以他法替代，如果某項刑法規範的禁止性內容，可以用民法或其他行政處分手段來有效控制和防範，則該項刑事立法可謂無必要性；第二階段為個案適用，包含刑法當中所謂實質判斷的理論，例如阻卻違法事由中的超法規阻卻違法事由、有責性中狹義的期待可能性理論、可罰違法性等等，涉及在個案上因利益衡量與衝突的考量，而使一行為作出沒有違法或者欠缺有責性的結論；第三階段則為刑事程序上整體的謙抑性適用，包含從沒有犯罪嫌疑到犯罪偵查，再到審判過程中有無必要若無則轉介出去等一系列程序上的考量，以及審判後有罪判決是否採取典型核心的刑罰手段如自由刑、死刑，或是採取替代方案如易科罰金、易服勞役、緩刑等，乃甚者選擇自由刑後進到監獄亦有假釋等方案的選擇，達到謙抑性的考量⁴⁰⁷。

刑法之法律效果是將一不法行為成立犯罪，而處以一定之刑罰制裁，動輒剝奪犯人之嚴厲與苛酷。犯人本身除被剝奪生命、自由或財產，而遭受極大之惡害，並被烙上罪犯或前科之標籤外，其名譽之破壞、自尊之喪失等，更難以回復，且於坐監服刑期間，夫婦關係、家庭關係等生活傷害，縱於服刑期滿後，就業或從政等，亦往往受到極大之限制或不便，甚而其家屬因與之關聯而遭受波及，可謂影響廣大。縱言之，刑罰法規所規定的法律效果係所有法律規範中最為嚴厲，且具痛苦性、強制性、殺傷性的法律手段⁴⁰⁸。

易言之，倘依民法或行政法之規定予以處理，即足以遏止該不法行為或維持社會之公平正義時，自不應將之定性為犯罪而用刑罰加以制裁，刑法謙抑原則，應是最底限的處罰，而非將國家的手伸得太遠，相較於憲法優惠性待遇，為導正長時期以來父權思想主導、性別不平等現象的教育意義和宗旨，二者有其不同目標⁴⁰⁹。另言之，若一事在社會之公平正義的維持是有必要，惟該事藉由刑罰來維持卻非必要，此時，刑法之謙抑性就有其介入之意義。

⁴⁰⁶ Andrew Ashworth, Lucia Zedner, *Prevention and criminalization: justifications and limits*, New Criminal Law Review 15 New Crim. L. Rev. 542 (2012).

⁴⁰⁷ 謝煜偉，同註 405。

⁴⁰⁸ 謝煜偉，同註 405。

⁴⁰⁹ 吳秦雯，「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化—以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較為中心，憲法解釋之理論與實務第九講，頁 319，2017 年 4 月。

而刑法因具有前述之謙抑性，故而導出以下三個內涵，下就補充性、片斷性、寬容性分別為探討。再論述修法草案之截堵構成要件、積極同意模式二者分別與刑法謙抑性原則的衝突、摩擦以及調和。

第一項 補充性、片斷性、寬容性

法律係社會規範之一，刑罰僅係多種社會控制手段之一而已，並非唯一手段，且係輔助手段，屬於治標而已。因此，刑罰具有輔助性，是為刑罰之「謙抑原則」。欲收預防犯罪之效果，必須廣為運用刑罰以外之制度，即教育、道德、宗教、緩刑、假釋、保護管束或其他各種保安處分。若其他社會控制手段不施，未能防範犯罪於未然，反而藉由擴張刑罰之立法，欲求遏止犯罪，使得原本針對犯罪「後」始加以處罰之刑罰手段，由於誇大其預防功能，而將之前移至本次犯罪「前」即加以處罰，使得被告一有行為之危險時，即要受罰，實與行為刑法原則相違⁴¹⁰。簡言之，所謂補充性，係指刑罰本身亦屬一種惡害，且在預防犯罪、遏止犯罪上，刑法亦非萬能，仍有賴教育或道德、宗教、習俗等社會規範之積極發揮功能。就社會統治手段而言，刑法所扮演之角色應視為最好備而不用之備胎，為最後手段的性質，此即刑法之補充性⁴¹¹。

而片斷性，則謂刑法雖以保護人類之生活利益為其主要之任務，惟人類生活之利益種類繁多，無法盡受刑法之保護，是以能成為刑法處罰對象之行為，僅限於侵害人類之重大生活利益之行為。刑法規制之範圍並非及於人類全部之生活領域，僅於維持社會秩序之必要及最小範圍內，始成為刑法規範之對象，亦即僅於維護社會秩序之必要以及最小的限制範圍之內，故刑法所保護之人類生活利益，僅具有部分性質，此即刑法之片斷性⁴¹²。

則寬容性係指刑法對於違法有責之行為，並非全部加以處罰。刑法所處罰之對象，不僅須違法有責之虞，且須限於刑法所特別規定應予以處罰之行為。為保護法益之安全，倘介入刑法之手段，顯非適當者，如使用刑罰所生之惡害反較由犯罪所生之惡害為大時，刑法即無發動之必要。因此，刑法以外之社會統治手段，縱對於法益仍無法加以充分保護，刑法亦非即可全面介入。對於部分不法行為，刑法亦須「睜一隻眼、閉一隻眼」，而放任其存在，此即刑法之寬容性⁴¹³。

⁴¹⁰ 大法官釋字第 476 號解釋。

⁴¹¹ 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，第 24 期，頁 50，1997 年 5 月。

⁴¹² 同前註，頁 50。

⁴¹³ 同前註，頁 51。

從上述所論及刑法謙抑性原則下之三個內涵，可見謙抑思想為貫通整個刑法領域之基本理念，屬於刑法立法及解釋之原理，不僅在刑法之解釋及適用上，應受此思想之支配，且在立法上亦應依此思想而為妥適斟酌。

則在刑法應如何本於謙讓抑制原則之本旨，在必要及最小限度範圍內為適用，因時代與環境之變動，見解自有差異。例如於二次世界大戰前，各國皆以國家全體主義或國家父權主義思想所籠罩，以維護國家利益或社會秩序作為至高鐵律，刑法的謙抑思想遭受打壓與忽視。至戰後人類社會之價值觀急劇轉變為由國家主義改為個人主義之價值觀念，而認知刑法應優先保護為屬於個人尊嚴基礎之生命、身體、自由、名譽、秘密及財產等個人法益，刑法之謙抑思想遂成為刑法立法及解釋之基本原理⁴¹⁴。

至此，我們得以認知刑法的任務，「主要在保護法益之安全，惟刑法作為最小限度之道德，在維持社會秩序之必要範圍內，使刑法對於社會倫理之維持，運營相當程度之機能，亦有其必要。是以，對於一個不法行為，可否發動刑法加以處罰，應首先視其對於法益有否侵害或危險。如已對法益造成侵害或危險，再視其侵害該法益之行為樣態有否違反社會倫理秩序，倘亦違反社會倫理秩序，該不法行為始具有處罰之必要性，此為作為發動刑罰之最外圍與最大界線。惟雖具有處罰之必要，並非即可當然發動刑法加以處罰，亦如上述，倘處罰該不法行為，無助於防止惡害或反較由犯罪所生之惡害為大，或無法公平及無差別的執行或顯然將造成形式手續之質或量之過度負擔，或為防止該不法行為，尚有其他之社會統治手段存在者，則仍無發動刑法之必要」⁴¹⁵。

然而，此種「手段」與「目的」式的思考模式，容易重現以預防機能為主軸的刑罰積極主義傾向，亦即從強化刑法的預防機能出發，認為刑法的目的在於有效預防法益侵害，當傳統之事後歸責體系無法有效發揮預防功效時，便須以事前的行為管控為重心，而愈加重視刑法的法益保護效果，愈會凸顯刑事立法前置化的面向⁴¹⁶。

第二項 刑法謙抑性與刑罰最後手段性

德國學者 Roxin 認為，刑法不是追求適當保護合法價值和利益的唯一適當手段，相反，必須使用整個法律秩序中的任何可能之工具，而刑法實際上是要考慮的最後一種保護手段。懲罰是國家對人身權利的最嚴重侵犯，它只能在其他方式如私法訴訟、行政訴訟、非刑事制裁等失敗的情況下使用。這就是為什麼懲罰被稱為「社會政策的終極比例」，以及為什麼其任務被定義為合法權益

⁴¹⁴ 謝煜偉，同註 405。

⁴¹⁵ 甘添貴，同註 405，頁 51；謝煜偉，同註 405。

⁴¹⁶ 謝煜偉，同註 405。

的「輔助」保護。刑法僅保護某些法益，其保護有時是選擇性的，而不是一般性的。因此，刑法有其「零碎」特徵⁴¹⁷。

我國大法官解釋亦多次就刑法謙抑性、刑罰之最後手段性之關係為論述，如釋字第 617 號即有詳細解釋：「刑法規範體系的機能，在於健全地確認、創造、解釋保護法益的理論與正當程序，以貫徹罪刑法定主義的理念，並實現正義。而確認刑法所加以保護的生活利益，便是在選擇對於公共生活而言不可欠缺，必須藉由以國家強制力為後盾之刑罰實施始能加以保護的法益。刑罰既以國家強制力為後盾，故在運用上應本於節制的思想，在必要與合理的最小限度內為之，僅於採取其他較寬之手段（如民法或行政法規範）無法做有效法益保護之際，在不得已的情形下，始納入以刑罰作為保障手段之對象。而這種「刑法謙抑」的思想亦為貫穿整體刑事法領域的基本理念，尤其在價值多元、開放的現代社會，刑法謙抑的思想更須予強調。在此原則下，吾人不能期待藉由刑法規定來提高道德或倫理水準，而將某一行為「犯罪化」，否則即屬刑法之濫用，反足以危害刑法之本質與其規範功能。」⁴¹⁸。

刑罰需要性與應刑罰性從人類歷史發展觀之，「幾乎沒有任何特定之人類行為係初始即被認定為必須加以懲罰之社會偏差行為或犯罪行為。偏差行為與犯罪行為存在或成立之前提，必定有一個國家或社會認可需要維繫之社會規範、或需要保護之利益存在，始有可能將特定之人類行為偏差化或入罪化。因此，偏差行為或犯罪行為皆非先驗之存在，而係人類社會道德或法律發展之結果，何種行為會被認定為犯罪行為，並無絕對之必然性，而須視當代社會對於特定行為之價值與態度而定」⁴¹⁹。

原則上，「犯罪行為具備「不法」與「罪責」之行為，然而並非所有具備「不法」與「罪責」之行為皆是刑法所欲處罰之對象，法律規範體系亦會運用刑罰以外之手段維護法秩序。從刑罰學之觀點而言，構成犯罪之不法行為，除了具備「不法」與「罪責」之要件外，尚須具有對該有責之不法行為「刑罰需要性」（即「需罰性」），而刑罰需要性乃為滿足社會之保護需要而以對該有責不法行為之「應刑罰性」（即「應罰性」）先決條件⁴²⁰。至於決定「應刑罰性」之判斷標準，則有以下：

1. 不法行為所破壞法益之價值與程度：此乃對於不法行為所造成之破壞法益結果給予之非價判斷或負面評價。

⁴¹⁷ Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 521 (2005).

⁴¹⁸ 大法官釋字第 617 號解釋。

⁴¹⁹ 林山田，刑罰學，頁 22-27，2005 年。

⁴²⁰ 同前註，頁 22-27；大法官釋字第 617 號解釋。

2. 不法行為對於行為客體之侵害危險性：此乃對於不法行為本身給予之非價判斷或負面評價。不法行為所侵害之客體種類與侵害程度必須唯有以出於社會最嚴厲之「非價判斷」之刑罰，始足以表徵此等行為係社會安寧所無法忍受之侵害，而對該行為有加以制止之必要性。換言之，即對於特定行為若不科處刑罰，則該行為所侵害之法益將有繼續被侵害之危險，進而危及整個法社會秩序。
3. 行為人在良知上之可責性：此乃對於不法行為人之良知非價，行為人由其主觀上之惡性及其客觀上之惡害，表露其良知上具有特別程度之可責性，致其所為之不法行為具有應罰性，經由刑罰而對行為人之良知做道德上嚴重之貶抑與責難。
4. 刑罰之無可避免性：不法行為之嚴重性，非以國家之刑罰手段不能有效地遏阻，唯有加刑罰制裁方能維護社會共同生活之安寧秩序。

由此可知，「法律規範欲將某特定行為入罪化，須判斷該行為所破壞法益之價值與程度、對行為客體之侵害危險性、行為人在良知上之可責性與刑罰之無可避免性等判準，而非所有國家所不能容忍之行為皆須應以刑罰加以懲罰與預防，亦非社會觀念的批判而必須立法」⁴²¹。

刑法對犯罪行為之回應，「是動用刑罰，刑法動用刑罰之前，必須確定該特定行為具備與刑法目的互相牴觸之性質（行為的應罰性），確定應罰性之後，也確定有動用刑罰的必要時（需罰性），該特定行為就會被刑法描述為犯罪。至於辨識應罰性之方法，則必須視行為是否侵害其他人社會生活所需要之利益（法益），行為如果具備法益侵害性，即具有應罰性。至於是否因此就應該將這種具備法益侵害性之行為入罪，則應該進一步考慮行為之需罰性，及考慮動用刑罰之有效性與妥當性⁴²²。簡言之，所謂行為構成犯罪，就是行為逾越刑法所能容忍的限度，當特定行為逾越刑法所能容忍的限度時，刑法必須有所回應，否則刑法就無法自保，亦無法達成其保護法益之目的」。

第三項 世俗主義（Secularism）的影響

英美法系之學術研究就法律之限制（界線）提出了所謂的世俗主義（Secularism）觀點，關於刑法與公民自由之間的關係，強調了捍衛以道德或價值為基礎的觀點和觀念的刑法的不可取性，儘管道德觀念也可以通過刑法的保護而得到保護⁴²³。

⁴²¹ 同前註，頁 22-27；大法官釋字第 617 號解釋。

⁴²² 大法官釋字第 617 號解釋。

⁴²³ Cristina de Maglie, *Punishing Mere Immorality? Skeptical Thoughts from a Comparative Perspective*, 23 Berkeley J. Crim. L. 323, at 8 (2018).

在多元或世俗社會中，社會契約和法律規則的主流解釋正是基於基本考慮，即在「權利」的範圍內，對於「善」可能存在不同的觀念。換句話說，社會和法律的前提是「不同的善意觀念在意見市場中競爭，不受國家的影響；國家必須限制自身，以保證該市場可以在其中運作的條件框架」⁴²⁴。

刑法的世俗主義必須理解為是立法機關尋求報復一種或多種相互競爭的生活方式或世界觀的道德行為的絕對和不可逾越的障礙。任何違反世俗主義基本原則的刑法規定均應予廢除，這是為了建立民主和多元化的國家，「不是為了提倡道德」⁴²⁵。立法機關只有在確定其他可用的非刑事社會控製手段不足以保護某種社會價值或利益之後，才得啟用刑法。

但該原則僅具有外觀的框架，儘管歐洲憲法法院就世俗主義原則的至高重要性發表了各種聲明⁴²⁶，但否認刑法在保護價值中不應發揮任何作用的觀點，「至少是模棱兩可」的⁴²⁷。然而，應要注意「道德」其實是一個固有的模棱兩可的概念，近來在大陸和英美法系之學術界都意識到了這一點。德國學者 Thomas Weigend 指出當代刑法的發展方向在「道德違規」領域的有擴張趨勢，背離適當的期望行為符合實際狀況的「客觀」標準⁴²⁸。

而所謂世俗主義，本文以為在謙抑性原則中有涵蓋這樣的觀點，亦即強調了補充性、片斷性、寬容性，對於日常生活中，有些人與人之間之互動，包括性活動，應有不受無限上綱的最基本保護，正視法律懲罰的意義不僅應考慮所遭受的痛苦或艱苦待遇，而且還應考慮到這種待遇的道德譴責和譴責象徵之意義。刑法政策的制訂應發展實質的「輔助文化」，從其他法律體系或學科中尋求幫助，具體展現刑罰的比例原則與最後手段性，審慎評估立法選擇對現實生活的影響。

第四項 修法草案之截堵構成要件與刑法謙抑性原則

第一款 截堵構成要件之內涵

所謂截堵構成要件，或稱網羅構成要件，係指就規範目的而論，於實際上面臨可罰性認定障礙，但該些行為應該受到處罰，為求貫徹規範處罰目的，得攔截圍堵該行為於可罰性範圍內，以免漏於法網之行為人，立法者特別以一較

⁴²⁴ *Id.* at 7.

⁴²⁵ *Id.* at 7.

⁴²⁶ Italian Constitutional Court, Judgment No. 329/1997.

⁴²⁷ Maglie, *supra* note 423, at 8.

⁴²⁸ Maglie, *supra* note 423, at 10.

為概括性的條文，來涵蓋些本不受處罰的行為⁴²⁹。簡言之，透過「重大過失」截堵故意、「由實害構成要件轉為危險構成要件之立法」去截堵實害，以期得攔截防堵行為人脫法，為求法益更完備之保障。

絕大多數截堵構成要件用於解決因果關係認定，例如刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪，直接將駕駛動力交通工具的行為列為犯罪。此外亦有應用在經濟刑法或者環境刑法領域上，以期解決具有法益侵害卻難以認定故意，而無法入罪之困擾。是以，截堵構成要件必須從「保護必要性」與「訴訟證明困難」等要素，具體認定該等構成要件有截堵網羅之必要性⁴³⁰。

有學者認為現行刑法第 228 條之規定，是為要警告社會關係不對等之優勢者，不能利用他的優勢而與劣勢者發生性的行為，包括性交與性接觸，干涉者為劣勢者在心理壓力下合意與上屬發生性行為之型態。若上下屬間本為情投意合下之性行為，而於事後上屬的移情別戀或口角爭吵，則可能被控曾經利用權勢，蓋下屬舉證自己受有心理壓力乃較為容易，如此第 228 條即成為強制性交與強制猥褻的「截堵構成要件」，亦即本條傳達「誰優勢即不可輕舉妄動」的警訊⁴³¹。

截堵構成要件常被用於「過失」上。一個行為只有逾越可受容許之危險，才有過失問題。社會上充斥各種危險，但生活上許多方便、愉悅與驚喜也是這些危險所換來，這些危險是被容許的。何種危險是可受容許的，必須參照生活上之規範，各種生活領域有其相應的容許風險的規範，如醫療上標準作業準則、產品生產規則等，只有在違反這些規則，才會逾越可受容許之風險，而因此具有過失。除此之外，尚須依照社會通念去判斷可受容許之危險範圍，尤以利益與危險的衡量。簡言之，容許危險之界線，應考量被害法益的重要性、迫切危險之重大性、行為目的之正當性等要素，如行為人的行為對社會生活具有價值及有益性者，其容許之危險相對提高，惟被害法益亦相當重大，所以行為人的所負的注意義務亦隨之相對提高，是以行為人為此危險行為，應盡一切必要之注意、管制、監視、查詢等措施，排除可能發生的危險或將危險侷限在一定範圍內⁴³²。

⁴²⁹ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第 82 期，頁 175，2012 年 6 月。

⁴³⁰ 同前註，頁 192。

⁴³¹ 林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 79，1999 年 8 月。

⁴³² 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌，第 157 期，頁 83，2008 年 6 月。

第二款 修法草案之截堵構成要件與刑法謙抑性原則

蓋截堵構成要件與刑法謙抑性原則，應有著平衡的考量。在刑法和刑罰理論的道德界限之內，刑事制裁的適當範圍和適用本身只是社會控制問題的一小部分。刑事制裁是其中的一種工具，社會控制問題的方法可區分正式和非正式地控制和塑造人們的方式，可肯定的是刑罰對個人的毀滅性潛力是獨一無二的，就此意義上來說，替代制裁和其他形式的社會控制應該是優先考慮的。在考慮刑事制裁的範圍時，更重要的是在社會控制框架內使懲罰有所限制，從刑事處罰與其他法律機制以及其他社會機構（學校、家庭、工作場所）相比的相對優勢，以確認該妨害性自主罪有必要設立截堵構成要件之理由⁴³³。

依學者所提出之修正版本觀之，增訂之第 221 條第 2 項「過失未得同意性交罪」：「因輕率而未注意被害人並未同意參與性交，而為性交者」，將被害人不表意、沉默的態樣以概括性的方式為立法，即為設定一個很寬泛的條文，讓犯罪變的很容易成立，例如被告聲稱：「以為被害人的掙扎是一種情趣，其認為被害人是願意與之發生性行為的。」此類話語，即表現出被告自己承認有「過失」，在這個意義下就是刑法透過一個概括型條文的方法，解決訴訟上證明的問題，對於構成要件的適用範圍劃定了最外圍的界線，即為截堵構成要件。此種截堵構成要件，確實可以解決無法有效證明的困擾，然而卻有過度擴張截堵構成要件的適用之嫌，會把整個刑法的條文解釋空間無限增廣。

譬如在性活動中一個人需要等待並辨別對方的無反應是寬容還是害怕的恐懼，這種折衷的取捨方式可以比喻為在霧霾時被紅燈困住，能見度數英里，看不到另一輛汽車，在綠燈時，駕駛員可能會意識到雖沒有理由但他應該等待，但是，我們要求他吸收稍等的不便。關於其肯定同意標準，甚至超越了清晰的「綠色意味前進」和「紅色代表停止」之規則。這種思維前提非常重要，這些規定的全部目的是創造一種新的共有含義。行為人看到的「紅燈」是等待，看看是否紅燈變成綠色之一，行為人可能認為黃色指示燈表示「重試」，如此容易理解的交通信號燈甚至會引起誤解，即便交通信號燈依賴於已經確定的含義⁴³⁴。肯定表達模型試圖改變遊戲規則，但這些規則與實際情況有時是太相徑庭，紅色和綠色的燈並不意味著在性活動中停下來或前進，這項法律改革並未使事情變得更清晰，我們不僅要求被告依靠自己對正確事物的道德直覺，而且要求被告知道法律所規定的標準。

⁴³³ 王皇玉，同註 62，頁 420。

⁴³⁴ Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offenses 47 (Am. Law. Inst., Discussion Draft No. 2, 2015) (characterizing the trade off as “an unwanted sexual intrusion” as compared to postponement “pending clarification”).

此外，「積極同意」之截堵構成要件引發的具體風險在於有可能性交行為發生的當下是同意的，多年以後被害人基於各式的動機而主張自己當時並不同意，如此會創造一個危險的狀況是行為人為了不要讓自己成立犯罪，必須時時刻刻要小心，要留下每一次性交的證據，否則不知道是否會遇到被控訴未得同意性交罪。肯定的表達標準壓制了潛在的道德問題，轉而採用了立法者希望民眾遵循的新規則。這種過渡意味著被告必須清楚，默許的被害人仍有可能是遭受性侵犯，所有被告將被爭論的是受害人的行為是否構成了要求的表達。這可能導致嚴格的責任，因為它允許譴責沒有任何在道德上應受譴責的人。蓋截堵構成要件很寬，極易創造一個不穩定及驚恐性的機制，這一概念侵犯了人們的私生活，從而決定了人們在性接觸中的行為舉止，造成私人生活的障礙、法庭以外的個人生活困擾，這樣的情形不應被濫用，在刑法適用上要避免的⁴³⁵。

是以，本文以為修法草案所採「積極同意」之截堵構成要件與刑法謙抑性原則並未取得平衡，蓋在出於妨害性自主的核心法益下，採取此一截堵構成要件並無其必要，不應濫用。

第五項 積極同意模式與刑法謙抑性原則

就積極同意模式的法益保護之主張，刑法謙抑性原則中之比例原則在刑事立法上，可以導出法益原則，應該說二者是雙向的，我國大法官在其釋憲實務中，明確在刑法規範的違憲審查中採取比例原則作為判斷基準，如大法官釋字第 476 號解釋⁴³⁶。蓋任何行為要加以犯罪化，必有其「法益」考量，亦即成立犯罪之前提中，現代刑法學特別強調行為人必須「侵害法益」。法益係法律所保護之利益，亦為刑法存在之正當根據。刑事立法之核心，在於其所保護之法益；刑法之任務，在於法益之保護。無法益保護，無刑法可言，亦即無法益受到破壞或危險，則無刑罰之必要⁴³⁷。行為如未造成「法益侵害」或「法益危險」，則無將之犯罪化之必要，毫無保留地促進威懾和預防可能會導致無限制的國家干預，如果沒有指定的限制，可能會導致刑法過於廣泛和侵擾性。申言之，對於法益造成侵害或危險之行為，始具有應刑罰性，而得立法加以犯罪化，是為法益刑法之基本原則，是為法益原則⁴³⁸。

⁴³⁵ 許恒達，同註 429，頁 175。

⁴³⁶ 大法官釋字第 476 號解釋：「國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」。

⁴³⁷ 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 983，2012 年 9 月。

⁴³⁸ 大法官釋字第 476 號解釋。

法益之功能，在刑法上有二，一為決定刑罰必要性，二為使得處刑合理性，扮演中介之角色。前者，需有法益保護之必要性，始得加以犯罪化，是為法益權衡原則，亦即立法必要原則，證立作為刑法之建構基礎；後者，其法定刑之刑罰種類及其刑度輕重，必須與其所保護之法益具有相當性，是為法益相當原則，亦即立法相當原則。換言之，在有「入刑化」之必要時，始得立法設計該刑罰；具有相當性時，始得為該級刑度之訂定。依前者，可以導出「無法益損害，即無刑罰」刑事立法原則，否則，立法者任意行使其刑罰立法權之結果，將使得刑事法充斥「無法益之犯罪」，有違刑法原則⁴³⁹。此外，法益概念具有兩面效果，一方面限縮刑罰，一方面為刑罰擴張的正當關鍵，應避免利用法益作為媒介在實質上擴張刑罰企圖實現的行為調控與社會規訓效果之管制力道⁴⁴⁰。

再進一步論述我國刑法適用「積極同意模式」之可能前，就法益保護與不法本質的內涵為何的問題，本文反對「行為規範論」將不法的核心建構在「行為人的舉止是否違反行為規範的期待而非結果歸責」，及其「貫徹法益保護的有效方式乃事前禁止行為人實施可能危害法益的行為」的主張⁴⁴¹。本文認同學者關於刑事責任發動的前提為「發生於過去、明確而可以具體察知的法益」的立場⁴⁴²，並同意為了確認行為規範的內涵，必須考量行為所蘊含的「可能後續因果發展」，而所謂的行為規範，僅是「為了防止法益受到侵害，進而類型化的禁止或誡命之行為態樣」⁴⁴³。

是以論及前述所討論妨害性自主罪章所保護之性自主權，其所包含之法益內容可見，在比例上，其就法益之保護而言，並無將積極同意模式納入立法之必要性，蓋性自主權之法益內容已充分涵蓋，所謂被遺漏的情形乃實務偵查操作即得以解決，非謂藉由積極同意模式始得充分保護，在法益與其附屬的社會利益關係上是否有保護必要之疑慮，而在刑事立法上有擴張刑罰管制社會的影響，有違刑法謙抑性原則。

此外，尚有所謂積極同意模式矯正司法的主張，是否得以突破刑法謙抑原則。蓋所謂矯正司法正義，為思考刑事責任提供了一種可行的方式，其基本直覺是對另一人造成不法傷害的人應予以糾正，為了正確理解這種直覺，需要證明不法傷害的相關概念在某種意義上是可以糾正的，即它可以落入一種將一項

⁴³⁹ 大法官釋字第 476 號解釋。

⁴⁴⁰ 許恒達，刑法法益概念的滋生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 139-140，2011 年 10 月。

⁴⁴¹ 許恒達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，第 114 期，頁 247，2010 年 4 月。

⁴⁴² 同前註，頁 251。

⁴⁴³ 同前註，頁 247。

(或一組行動)理解為一種行為的描述中⁴⁴⁴。有學者認為任何刑法原則都無法解釋某些犯罪或可刑事定罪的行為具有規範性(如某些監管犯罪或無受害者犯罪)，如果像矯正司法所提供的那樣的一元論理論能夠解釋主要的刑事案件，那麼不能將其擴展到更簡單的事實此一事實也不應算作足以拒絕該理論的缺陷，況其延伸的邊界，可以更好地解釋什麼為合理限度的刑事法律，而主張積極同意認為此一立法模式充分達到矯正司法的意義。然究刑法的本質而言，是一個由國家公權力介入處罰的手段，不論是為維護秩序、保護法益、主張正義等目的，都是在一個至高原則下設立的，即刑法謙抑原則，是以其他原理原則皆不得突破此一底線，縱肯定積極同意模式達到矯正司法正義，然若違反刑法謙抑原則，亦不應採取之，刑法有其道德極限，應避免國家在創造過占主導地位的度刑事懲罰方面的作用⁴⁴⁵。

第六項 小結

英國哲學家邊沁有一句名言，稱「溫和的法律能使一個民族的生活方式具有人性，政府的精神會在公民中間得到尊重」，這句話可謂刑法所以要奉行「謙抑原則」的法哲學基本理論。

刑罰之威嚇力終有時而窮，在實際社會生活中，存有許多侵害公共生活秩序之行為，其不法程度之強弱輕重不同，但並非皆可作為刑法處罰之對象。刑法雖常常對人施加嚴厲的懲罰，但現代刑法對大多數人的實際適用範圍已比一個世紀前要狹窄，近代國家刑法之目的，並非賦予國家創設使用刑罰之權力，而在於限制國家行使刑罰權的條件⁴⁴⁶。

不可否認，有時刑法會適當擴大，就像當馬具有很高的價值時，我們會更嚴厲地對待盜竊馬匹⁴⁴⁷，然刑法規範體系的機能，在於健全地確認、創造、解釋保護法益的理論與正當程序，以貫徹罪刑法定主義的理念，並實現正義。而確認刑法所加以保護的生活利益，便是在選擇對於公共生活而言不可缺少，必須藉由以國家強制力為後盾之刑罰實施始能加以保護的法益。刑罰既以國家強制力為後盾，故在運用上應本於節制的思想，在必要與合理的最小限度內為之，僅於採取其他較寬之手段(如民法或行政法規範)無法做有效法益保護之

⁴⁴⁴ G. Mitchell, P.E. Tetlock, *An Empirical Inquiry into the Relation of Corrective Justice to Distributive Justice*, Journal of Empirical Legal Studies, University of Pennsylvania ScholarlyCommons 3(3), 421-426 (2006).

⁴⁴⁵ Bernard E. Harcourt, *Corrective Justice as A Principle of Criminal Law: A Prolegomenon*, 12 Crim. L. & Phil. 605, 346-347 (2017).

⁴⁴⁶ 黃榮堅，同註 285，頁 10-18。

⁴⁴⁷ LAWRENCE M. FRIEDMAN, CRIME AND PUNISHMENT IN AMERICAN HISTORY 110-11 (1993) (identifying late-nineteenth-century Texas theft statutes that mandated harsher penalties for horse theft than for cattle or livestock theft).

際，在不得已的情形下，始納入以刑罰作為保障手段之對象。而這種「刑法謙抑」的思想亦為貫穿整體刑事法領域的基本理念，尤其在價值多元、開放的現代社會，刑法謙抑的思想更須予強調。在此原則下，不能期待藉由刑法規定來提高道德或倫理水準，而將某一行為「犯罪化」，例如氾濫使用截堵構成要件，否則即屬刑法之濫用，反足以危害刑法之本質與其規範功能⁴⁴⁸。在罪刑法定主義的觀點下，法益的具體內涵必須是可以透過理性來加以檢驗的，設若法益的內涵無法具體落實到某個必須透過法律體系來加以保障的價值，那麼規範目的將會有無限膨脹的可能，如此，國家的刑罰權將會變得十分危險。

第三節 對於積極同意模式之批判

第一項 刑事法學說見解

有學者指出，從實定法的角度來看，積極同意模式與違反意願模式兩者的差別沒有想像地大，因為在採取違反意願模式的國家，立法者往往在刑法典裡另外規定乘機性交罪與對幼童性交罪等，處罰被害人不能抗拒與不懂抗拒的情形。至於利用他人不及抗拒的類型，立法者也在性騷擾防治法設有刑罰制裁規範。剩下的落差只存在行為人利用被害人不知性接觸以及對於性接觸未置可否的情形。而此二種情形，又得依對條文之解釋適用，而為解決，而無改採積極同意模式之必要⁴⁴⁹。

其他學者對積極同意模式的批評大抵類似，正因為性接觸的互動過程先天上沒有固定的形式，且摻進大量情緒性、自發性的情緒變因，如果性交前每一個親密行為都要問是否同意會破壞氣氛，有些人以「行房記錄器」、「聞動令」、「性交契約」等字詞批評之。另有認為此一模式等於要求任何人在進行性行為時，必須時刻保持高度專注與自制，注意相對人是否撤回其同意，賦予性接觸的參與者必須持續確認對方是否同意（而非注意對方是否有反對、拒絕的表示）的義務，作為性活動的行為指導規範是否合適，仍有待進一步斟酌。且現在既存的大部分性接觸行為在開始前，參與者都沒有先取得對方的明示同意，也不會有任何一方性自主決定受到侵害的問題，若採用積極同意模式反而會得出違反意願的結論，會造成處罰範圍不當擴張⁴⁵⁰。

而在訴訟上也因很難重構行為時的事實細節，如何確認相對人曾經透過特定手勢或姿態表達其同意意思，如若被告抗辯其誤會對方之意思，該抗辯係基

⁴⁴⁸ 林山田，刑法通論（上），頁 53-54，2008 年 1 月增訂十版。

⁴⁴⁹ 李佳玟，同註 88，頁 72；蔡聖偉，同註 82，頁 18-21。

⁴⁵⁰ 蔡聖偉，同註 94，頁 74-75。

於細微的互動中常發生的誤會，易被法官所採信，因而產生阻卻故意的效果⁴⁵¹。

此外在體系上，此種解釋立場也會引發與其他條文的相容性問題。譬如架空刑法第 225 條第 1 項的乘機性交罪，第 225 條本來就是在違背意願模式底下，用來填補不知或不能抗拒情形的立法，一旦將 221 條改為積極同意模式，225 條根本上欠缺有效的積極同意而無存在必要。如果將積極同意模式套用到第 224 條的強制猥褻罪，意即以「未得同意猥褻罪」訂之，則會讓該罪的適用範圍涵蓋到趁人不知或不及防備的突襲式觸摸行為，進而架空性騷擾防治法第 25 條第 1 項的突襲觸摸罪⁴⁵²。

亦有學者從證據法層次為反對，其認為維持現行刑法所採無論是「強制手段模式」抑或是「違反意願模式但以強制手段為佐證」，較可以提升性行為違反被害人意思之證明可能性，若將其改為「未經同意」之性行為，證據調查之重心將著眼於確認被害人之意思，將大幅提升證明之困難，因性犯罪多數處於密室犯罪，通常無其他人證或事證得推論被害人意思，證言對抗證言之程度將愈趨激烈，並可能出現歸咎於被害人的辯護策略，反而係對被害人更為不利之情形⁴⁵³。對於強制行為的承諾與對於性行為的同意相比也比較不容易產生雙方主觀上的錯誤，一個人對於性是否有欲或同意很可能產生誤解，但一個人是否同意被綑綁、割傷、鞭打等等卻很難有搞錯或誤會的空間。在證明上，一個人是否能合理的確信對方同意被施以強制行為也比證明其能合理的確信對方同意性行為來的容易⁴⁵⁴。

第二項 女性主義見解

從現實上存在的情慾模式而言，批評者認為相較於違反意願模式，積極同意模式過度保護那些「不介意對方先主動先親、先摸、先抱、先上，如果不願意就拒絕」的人，有些人想要積極探索情慾，不介意被試探，有些則是接受固定親密關係中的驚喜，積極同意模式會扼殺這類的情慾探索與親密關係⁴⁵⁵。

性權派認為積極同意模式侵害女性對性慾的試探，並無充分保護女性，而主張違反意願模式相較於積極同意模式更有助於女性的情慾解放⁴⁵⁶。性權派對

⁴⁵¹ 薛智仁，簡介 2016 年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 73，2016 年 12 月。

⁴⁵² 蔡聖偉，同註 94，頁 74。

⁴⁵³ 蔡聖偉，同註 94，頁 45-46、89。

⁴⁵⁴ 趙若傑，同註 288，頁 126-127。

⁴⁵⁵ 李佳玟，同註 88，頁 72；Anderson, *supra* note 91, at 1409.

⁴⁵⁶ 黃羽飛，擴張強姦定義，真能保護女人嗎？，端傳媒，2016 年 7 月 5 日，<https://theinitium.com/article/20160705-opinion-huangyufei-sexualharassment/>，最後閱覽日：2021 年 6 月 1 日。

於近年來性侵害法律的發展抱持著質疑的態度，認為降低性侵害的成立標準，將會減弱女性在複雜的人情世故面前的勇氣和能動性，「放棄了她們本可以有的，在從勾搭到上床的各個階段，跟男人斡旋談判的力量。」其認為，隨著性侵定義的擴大，那些模糊的生活情境如禮貌砲、同情砲、安慰砲等等很容易被貼上性侵害的標籤⁴⁵⁷。性權派也不認為性該被「特殊化」與「道德化」，性器官比其他器官更神聖不可侵犯，性自主權非但不若其倡議者所言有促成兩性平等的功能，其實際運作的結果反而可能深化男性對女性的支配⁴⁵⁸。

就社會性別平等層面而言，有女性主義學者指出積極同意雖源自宰制論的基進真知灼見，但是積極同意的實務操作，卻可能會走到完全相反的方向，更趨近右派保守，甚至強化既有性別意識形態。其強調積極同意的任意性與危險性，在性行為曖昧、模糊的特性下，讓任一方可能因各種理由，例如對方是弱勢族群或階級、對方社會觀感不佳、自己或對方已有固定性伴侶、不想進入性關係、貞操觀念等等，事後決定改變自我敘事，而提起性侵害告訴⁴⁵⁹。

第三項 小結

總結上述刑事法學者與女性主義學者從各方面的批判，可觀之，對於所謂可更加保護被害人或所謂對性自主權保障更全面的「積極同意」的立法模式，並非獲得滿場一致的贊成，更多的是對於其的疑問。「積極同意模式」雖擁有出發點良善的巨大意義，但在現實社會層面中，對於刑事法、社會、性別都有非常大的衝擊，且從不同角度觀之，亦可見其不夠完善之處，更甚者有助長某些不被樂見的情形出現，例如性別隔閡。

第四節 採取消極同意模式為截堵構成要件之立法建議

相較於所提出以「積極同意模式」為妨害性自主罪章修定之版本，涉及截堵構成要件與刑法謙抑性原則的牴觸，以及對於性自主權是否是保護亦或是更為限縮的爭議，本文提出以採取「消極同意模式」作為截堵構成要件修正我國現行妨害性自主罪章之立法建議。

蓋現行刑法第 221 條第 1 項規定：「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。」不僅產生對於「其他違反其意願之方法」的爭論，涉及強制模式與違反意願模式的爭執，為避免此模糊不清的要件爭議，又為符合最高法院決議的意旨，以及滿足批評現行法對於性自主保護不夠完善之論者，本文以為可將現行刑法第

⁴⁵⁷ 李佳玟，同註 88，頁 80。

⁴⁵⁸ 李佳玟，同註 88，頁 80。

⁴⁵⁹ 王曉丹，同註 372，頁 87。

221 條第 1 項規定修改為：「對於他人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或相類之強制方法而為性交者」並增訂第 2 項：「對於他人以違反其意願之方法而為性交者」，則刑度較第一項為輕以區分之，而將原本的第 2 項之未遂罪挪移為第 3 項。

其中修訂之第 1 項「相類之強制手段」，其程度應類似於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等強制手段，該強制手段有升高被害人生命、身體之侵害危險，如此方得區分與第 2 項之差距。本文以為妨害性自主罪仍應具有「強制」行為，是以於第 1 項作為基本條文，再於第 2 項訂一寬鬆要件作為截堵。

如前所述，本文認為「積極同意模式」不適用於我國刑法妨害性自主罪章，雖性別存在的不正義，不可否認有部分是法律所造就、影響，但在刑法謙抑性原則下，積極同意突破原則的立法模式，使刑法過度干涉人民的生活，以「法律」與「教育」制度並行的方式，期待刑法的規定來塑造社會之觀念，卻忽略我國法律制度與教育制度兩者之間存在的裂縫，以及刑法的高度強制力，以深具痛苦性的刑罰作為其強制手段，若以刑罰的強制手段來追求一切目的，顯然是過於沉重的負擔。本文以為教育與法律應是各有其目標，且乃具有先後順序，應是教育者，應非法律得以制裁。

蓋達到社會的性教育環境對於性別正義的呈現，不必然需要「積極同意模式」，以採取「消極同意模式」作為截堵構成要件修正我國現行妨害性自主罪章之立法，亦得以兼顧之。

採取「消極同意模式」作為截堵構成要件，處罰足以壓抑被害人之性自主決定權即已充分保障前述性自主權之內涵，且達到與刑法謙抑原則之衡平，是以本文提出採取「消極同意模式」作為截堵構成要件修正我國現行妨害性自主罪章之立法建議。

第五節 小結

本文以為，在論述保護法益及行為實施後造成損害的內涵時，除了探問是否完整保障性自主權的權利基礎外，在構成要件的詮釋上亦應著重於思考「積極同意」之構成要件在現象面所引發的具體風險、實害為何，是否突破了刑法謙抑原則之極限。

如有學者提出其實所有問題都源自於一個衝突，就是俗稱「喬不攏」，如果刑法的目的就是在解決喬不攏的問題上面，將會使國家權力無止盡的貫穿到每一個人的生活周邊，例如夫妻性交後，妻子得知丈夫失業，而認為被一個失業的人強制性交，然而這顯然不是刑法要解決的問題，學者認為雙方出現的衝突絕對是法律會產生的機制跟功能之爭論點，可是這個爭論點不應擴張到所有的層面都要介入。應有一個標準去掌握刑法在什麼情況之下可以介入去控制這

些衝突，在控制之後才能讓被害人的性自主權得到伸張，因為刑法是國家權力，這可能會導致人的生活會被國家所宰制，對於刑罰擴張應更謹慎小心。

比例原則具有雙重方面。除了使用刑法作為最後手段來保護某些社會價值（所謂的外部輔助）的想法外，亦即立法機關只有在確定其他可用的非刑事社會控制手段不足以保護某種社會價值或利益之後，才頒布刑法；還有一個內部輔助性的面向，這意味著與其他同樣可用的非刑事制裁相比，剝奪某人的個人自由構成了一種極端的補救措施。因此，刑事政策制定者必須採取更廣闊的視野，超越刑法領域，並能夠確定任何可能的手段來保護其他社會控制手段所提供的價值或利益。通過刑法企圖灌輸（某種）道德的之意圖（如性教育環境再造、性別正義），不應違反謙抑原則。若我們不能從懲罰中推斷出懲罰制度的目的是什麼，或者可以合理地懲治何種行為。對於其中一些原則，例如矯正性自主觀念，可能代表我們希望折衷的其他價值觀念，而我們與這些原則的妥協可能會限制我們追求證明懲罰合理的主要價值觀的程度。

正如德國法學家耶林（R.von Jhering）所謂：「刑罰如兩刃之劍，用之不得其當，則國家與個人兩受其害。」應避免用「刑罰萬能觀」，以為刑罰足以治癒所有犯罪，動輒以刑罰為手段，以求對抗任何犯罪，卻不思由其他治本方法著手，以求防止犯罪在先。因此，在立法上，對於何種行為應予犯罪化，應依後述之法益觀點而慎重考量⁴⁶⁰。否則，輕易動用刑罰，破壞其最後手段性，使刑罰不再謙抑，而變成工具，人民動輒得咎，「刑罰不中，則民無所措手足」⁴⁶¹。

至於所謂法律與教育之關係，本文以為應有所謂的先後順序，教育及法律的相結合，應建立在對於性觀念的教育提升之前提下，而非在整體社會氛圍為轉變前，貿然將觀念加諸於刑法上，而行為人只有在被審判時才知曉自己的性觀念不同於法規範的窘境，遭到突襲。

總結而言，與其動搖實體法規，不如基於「謙抑原則」確定刑事定罪的適當限度，將適當的程序附加到應被合法定罪的行為上，而不是將行為定為犯罪，以確保適當的保護提供。即使在基於預防性理由的情況下確實有很強的刑事犯罪依據的情況下，任何刑事定罪決定都必須結合適當的限制作出，不僅限制性最低的適當替代原則，定罪的成本以及削弱個人安全的風險，而且還涉及與程度性相關的原則，以及法治原則，即所有違法行為，包括基於預防性理由制定的違法行為，都應遵守法治價值，例如定義的確定性，合理的警告和合理

⁴⁶⁰ 大法官釋字第 476 號解釋。

⁴⁶¹ 林山田，同註 448，頁 126-127。

的標籤。這些原則是在某種程度上確保了刑法的核心價值觀可以得到維護，甚至在追求防範的範圍最廣的時候尤其重要，不得輕易突破。



第六章 結論

第一節 刑事政策的選擇

社會建構論者贊成國家和社會應該提供更多社會上的支援，在妨害性自主權上，以重刑化來宣示對於女性受壓迫地位的重視，並期待透過重刑化翻轉女性不受保障的不利地位⁴⁶²，然而本文認為事實證明其對於社會環境是否翻轉對於性侵害、性自主的迷思，效果欠佳，實際上法律與社會觀念仍有所脫節，就性自主權，從兒童的性教育現場無論是學校或家庭就可觀察到，時至今日多數的用詞仍然是「不可以讓別人摸你泳衣遮起來的地方⁴⁶³」。

而女性權利或利益的相關立法是否能夠落實在司法實務，也有待進一步的觀察。這些法案的通過與施行，雖然提供女性以權利，使其得以在訴訟上為各種主張，然而有時候法律規範落實面的問題常常導致權利的賦予無法真正產生社會效果。這方面的問題包括事實認定（事實認定有利於男性）、舉證責任（無法因為女性弱勢地位而有所轉換）、法律解釋（無法全面考量到社會現實面）、人際糾葛重於女性權益（事件爆發之後是否行政調查以及如何調查，會受許多其他因素的影響）、忽視女性經驗（女性利益無法有效轉換成權利或者法律上的利益/法益）等問題⁴⁶⁴。

有認為從刑事立法政策觀點，刑法的立法或修法應屬於一種反應社會需要的常典，其不僅是一種立法政策的實現，更是具有創造及重整法益類型與社會價值觀念的作用⁴⁶⁵。但刑事政策亦有其必須達到之平衡，其兼具社會需要的即時正義，卻也必須嚴肅面對刑法的底線原則，應注意是否正在用一類受害者代替另一類受害者。即使如 Trine Baumbach 教授認為，基於同意的強制性交法律定義將「使法院能夠在給定的情況下審問被告是否有理由相信另一方已經同意，而起訴仍然是舉證責任，以證明犯罪無可置疑。基於同意的定義不會損害被告的公平審判權。⁴⁶⁶」又，縱使在此立法相關操作後的統計下，可知亦不會使更多人入罪，但刑事政策的底線即所謂謙抑原則，應是必須去取捨的，而不可廢的。

⁴⁶² 安真慧，同註 232，頁 72。

⁴⁶³ 教孩子「重要部位不可以被別人摸」，結果卻被摸了，這個「責任」是在孩子身上，因為他應該要阻止對方卻沒有阻止對方。

⁴⁶⁴ 王曉丹，同註 264，頁 61-62。

⁴⁶⁵ 洪銘憲，同註 291，頁 32-33。

⁴⁶⁶ Overcoming barriers to justice for women rape survivors in Denmark, Amnesty International 19 (2019).

情感確實會影響人們對犯罪的態度，並且情感態度會發生重大變化，端看社會輿論可知，從特定事件開始發酵的短期道德恐慌，與對於相關法規的敏感性提高，並導致強烈的情緒反應，會促使採取相關的立法行動，推出符合民意的刑事政策。然而，一個審慎的刑事立法者，應切忌迷信刑罰萬能，必須衡量相關利弊，過度擴張刑法的適用範圍，反而會適得其反的削弱刑法的功能。因為，在有限的刑事司法資源下，浮濫的刑事立法，只會導致實務工作者為求避免超量的工作負荷，更加採取選擇性辦案的態度，以致降低整體犯罪追訴的能力，進而減低刑法的威嚇效果，而使法益無法獲得有效之保全，甚至讓人民產生是非價值判斷上的遲鈍與無所謂的態度⁴⁶⁷。過於嚴厲的處罰，除了侵害人民的基本權利外，亦無法贏得一般人民對法律公正的信賴，反倒使人民可能會憐憫那些原本該受懲罰的罪犯，甚至協助罪犯逃避法律制裁；執掌審判追訴工作的法官、檢察官與警察，也可能因此基於「良知」，曲解法律與事實真相，以避免對人民執行過度嚴苛的刑罰⁴⁶⁸。

而此前所論及之法律與教育之結合，本文亦認為，法律與教育或許具有相得益彰之功能，但不代表所有法律規範皆適用於這樣的模式，利用法律作為教育的一部分，過往之所以將法律與教育結合，且倍受推崇，在於其歷史背景強調儒家、倫理，三綱五常為至上的社會價值觀，造就法律得踩在道德的界線上處罰，然而，隨世代變化，從哲學、社會學、法學去深度討論人權，對於權利的保護走到平衡與協調的道路上，就刑事政策之規劃而言，教育的宗旨不應凌駕在其必須守住的底線原則之上。

總結來說，一個法治國家下的理性刑事立法者，要追求的不僅是「非顯不相當」的刑事政策，而是合乎憲法價值的理性刑事政策。把比例原則的分析，從司法院大法官的違憲審查標準，搬移到成為立法者在刑事政策制定上的核心，過度禁止的利益衡量問題，便表現在政策制定過程中的理性，立法者必須藉由所謂的「越如何，則越如何」的關係來履行說理義務⁴⁶⁹。前面所提到的刑法「最後手段性」、「補充性」或「謙抑性」等概念，雖在違憲審查上，無法脫離比例原則，而成為一個具有獨立拘束力意義的憲法原則，卻不妨礙其作為一個對立法者的刑事政策訴求。亦即，縱使其他法律無法發揮有效的保護法益功能，且縱使刑法制裁與保護法益之間非為顯不相當，仍然要審慎地評估是否

⁴⁶⁷ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，頁 577，2007 年四版。

⁴⁶⁸ 林山田，同註 448，頁 126-127。

⁴⁶⁹ 計畫主持人：許澤天，最後手段性原則研究成果報告（精簡版），行政院國家科學委員會專題研究計畫，頁 50，100 年 10 月 23 日。

採取刑事制裁的干預措施，因為刑法所帶來的負面影響，不僅是干預犯罪人的基本權，還會影響其家庭與周遭社會⁴⁷⁰。

第二節 女性主義立法行動之困境

女性主義立法行動有其面臨兩個層次的困境。按整個法律體系而言，第一層面除了立法外，尚有司法以及行政政策等其他系統，相較於立法目的與價值之實現，法律文化的議題應屬於更加重要的部分。且縱然立法規範層次已在法理的層次釐清性別平等，亦具體對各案件事實類型有清晰的定義與法律解釋，但基於難以撼動的訴訟被動性與對立性，常常使處於社會輿論弱勢的女性維護權力的成本過高而不願出面主張法律的保護，阻礙女性使用法律主張正義的可能⁴⁷¹。縱使法規範已符合性別平等的理念，得以藉由法律扭轉現實上不公平的處境，但是女性還是可能會選擇不採用訴訟的方式為之⁴⁷²。其次則係有關法律與社會變遷的議題，事實上按法社會觀點，法律本身乃是社會結構或性別結構的一環，因此任何在法律體系內的行動，經常無法觸及改變性別結構的核心議題⁴⁷³。

即便法律能夠改變人們的行為或者甚至促進社會變遷，但仍應盡可能避免法律成為改革本身的目的。女性主義立法行動所對抗的不只是法律條文本身的不足或不完美，而是警醒各種不合理的權力關係，找出在法律之外能引發人們具體行動協商，尋求其他性別正義的方式與和平互動，不應只期待透過法律促成社會變遷，而應找尋改變性別結構的可能行動⁴⁷⁴。

第三節 積極同意模式不適用於我國刑法妨害性自主罪章

自由與平等是我們在討論對於強性交就應採取何種立法模式時，難以抉擇的兩難。無論採取何種立法模式，似乎都會有所偏重而不得不失去部分，保護其一卻無法保護全面，更甚者造成得一種危險局面。例如採取積極同意模式保障了受害人的自主性，卻也忽略情慾表達之自由，違反意願模式則會讓實務落入強制手段的要求弊端，苛求受害人的行為表現。

本文肯認積極同意模式的重要核心思想「每一個人都必須充分尊重另一個人」，然筆者認為透過刑法這種法律形式的修改，來改變現實狀況的不平等並不合理，法律之意義在於法律所應解決的應該是社會問題，而並非僅解決犯罪

⁴⁷⁰ 同前註，頁 51。

⁴⁷¹ 王曉丹，同註 264，頁 66；林雅容，家庭暴力防治工作與婦女離婚問題：家庭暴力防治法理念與現況之兩難，台灣社會福利學刊，第 4 期，頁 30-33，2003 年 11 月。

⁴⁷² 王曉丹，同註 264，頁 66。

⁴⁷³ 王曉丹，同註 264，頁 67。

⁴⁷⁴ 王曉丹，同註 264，頁 67-68。

的「人」。妨害性自主罪章的未來發展，應該兼顧被害人、加害人、兒童以及多元性別的概念⁴⁷⁵。這種相互平衡的概念也許會被批評為是浪漫、盡善盡美的想法，因此也被認為難以實現。但，完善制度改革會帶動正確觀念的進步，若改革現行制度後所伴隨產生的新問題無法解決，那麼制度的改革成效似乎也難以完全實現社會所期待的公平。不否認本文主張的「平衡」概念於現行時空下可能難以實現，制度的改革或多或少會與完美的平衡點有所差異，但應該盡力減到最小程度。

此外，積極同意模式利用「行為人是否取得相對人同意」作為標準，免除「是否違反相對人意願」的爭議，然而在現行法上，本文以為我們只需要回歸客觀要素去判斷是否該性交行為的意願是否被壓制即可，亦即採取所謂低度手段強制即可，因為其實不管採取何種立法模式，社會大眾如若不徹底從小教育起，終究在事實上都無法避免落入強姦迷思，如從刑法妨害性自主罪章可見，刑法妨害性自主罪章固然成功地使「個人對自己身體之控制權與性自主權」成為刑法規範體系的重要原則，並使得犯罪的認定從「致使不能抗拒」轉移到「違反意願」，但是這並不代表我國的規範體系對「性」的態度的轉換。

在立法模式所帶來的環境性別正義之教育功能與刑法謙抑性的界線兩相權衡下，本文認為，刑法真正應該處理的，是被害人在強制性交當下被當做是客體，而非嗣後因為社會大眾施加的壓力所帶來的噁心、痛苦和羞恥感，這是刑法之界限所在，亦是刑法不應作為教育課本之理由，是以積極同意模式不適用於我國刑法妨害性自主罪章。

第四節 結語

性侵案件固然令人髮指，然而激憤的背後，如果該為苦難負責的不只是具體的個人，而是其身後的某種社會的結構或制度呢？

不可否認女性主義的立法行動所帶來的貢獻，即探測以及挑戰性別「權力」的問題。女性主義立法行動以修正草案的提出，提醒我國社會對於某一個具體問題的法律命題並不一定只有一個「正確」的答案，而修正草案在某方面來說可能更加照顧到女性的利益或者整體的利益；女性主義立法行動推動法之實現本身可能就是一個認知上的突破，意識到除了國家法律之外還有許多規範會影響法律的決定以及人們的行為；最終女性主義立法行動藉由法律邁向社會正義，在法之推展的過程中開啟對相關議題的法意識以及理性討論的空間，各種不同的規範意義得以在此空間之內施展其論述力量。女性主義立法行動藉由

⁴⁷⁵ 古德凱，妨害性自主罪章修法歷程的反思—以白玫瑰運動為轉捩點，參考網址：<https://www.jrf.org.tw/articles/1688>，最後閱覽日：2021年7月5日。

立法的提出，希望透過刑法的修改，重整過去的父權法律，對進一步重新反思規範整體制度與架構的需求帶來深遠意義⁴⁷⁶。

然而，本文認為所謂以法律塑造社會環境對於性與性別、性自主權的教育意義，終究不得突破所謂刑法謙抑性，蓋刑法具有補充性、片斷性、寬容性之特徵，是以採取「積極同意」的立法模式，會與之有所衝突。雖不可否認的是刑法具有譴責功能，譴責類似於社會責難，但是社會責難並不同於刑事定罪，若它堅信一個人犯罪，儘管被無罪釋放，依然會被社會譴責。此外，僅反映一個基本原則的刑法將是非常糟糕的，社會目的決不能是單一或簡單的，或不能無條件地排除所有其他社會目的，否則會導致其他重要價值的犧牲。

採用肯定表達模式的法規可能有助於保護女性，但是，我們目前沒有相關性行為、性活動之教育輔助，任何性別皆可能會相信或甚至有理由相信，儘管表達了不同意，但對方是同意的，出現此種認知上的差異。如果對這些潛在的被告進行懲罰以通過創造預防規則來引起社會變革或保護婦女，那麼我們將以嚴刑懲罰那些無罪的個人，以實現修法的目標宗旨。如學者 Robin Charlow 所說：「我們是否要以強制性交重罪而監禁一代年輕人，直到他們當中足夠多的人得到資訊為止？」⁴⁷⁷基於刑法的特殊高權及強制性，修法時必須認真考慮，要以刑法給行為人打上烙印，就是要給他以污名化，使其受到極為艱困的對待。

對於社會預先設定之強制性交模板，關於那些加深女性身為無力被害人或譴責被害人的想法，筆者相當支持我們改變論述的必要性，但不是從刑法條文來建構社會的性別正義，而應該透過加強社會破除性侵的刻板偏見與迷思，將性與性別的教育深入教育環境，從根本糾正性自主的本質。我們不能將性暴力認為是少數惡狼的個人問題，而忽略在社會大眾流行文化所影響的性別樣板單一且對於性別賦予不同刻板印象的「追求」想像。若我們在學校教育時沒有提供足夠的性與情感教育，但卻希望他們一開始面對愛與面對性時能夠足夠成熟，能夠好好尊重他人的拒絕、聆聽意願並且能夠面對、處理自己的情緒等，期待彼此在一次次的失敗與受傷中，慢慢學到那些東西，但卻不是每個人都有能力去承擔這些後果。「不教而殺謂之虐」要改變性暴力的問題，只想借助於法律，或是期待國家可以重刑嚴懲，卻不教育他們擁有這個能力，這就是「虐」⁴⁷⁸。性侵害防治不能永遠只借助於受害者的勇敢與對行為人的刑罰，更

⁴⁷⁶ 王曉丹，同註 264，頁 70-71。

⁴⁷⁷ Robin Charlow, *Negotiating Sex: Would It Work?*, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 310, 311 (Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey & Kimberly Kessler Ferzan, eds. 2009).

⁴⁷⁸ 王曉丹，，同註 313，頁 79-81；蔡宜文，#MeToo 不僅是性醜聞-請視為一種文化變遷，婦女新知基金會通訊，第 326 期，頁 14，2018 年 1-6 月。

重要的這個社會的文化是否能夠轉變成另一個模樣，所有人都能夠放心自在地討論自己的愛與性，也能夠表達自己的意願與慾望⁴⁷⁹。

積極同意超前立法的主張，或許可以帶領社會提升性別意識，宣導性行為的雙向試探、溝通與協商，也可能使司法實務對於妨害性自主案件的程序提高注意更為嚴謹，大幅改善受害者在司法實務中的處境。然而，就社會論述對受害者的誤解恐怕幫助有限，依舊採取同意或不同意的二元框架可能會再次複製某種針對受害者的特定形象。在強制性交發生之後，社會聲浪產生一種將強制性交規範化、合理化的文化，成為司法失敗的最大的後盾。積極同意模式之立法無法徹底處理此種強弱勢、主被動的敘事結構⁴⁸⁰。

法律敘事改寫人們父權的想像，凸顯了性別意識型態下女人生命的難處與所受傷害，但也以保護之名，讓女人不斷訴說著既定的故事。以保護女性為立法目的無法有效宣示法規範對於女性性自主權的重視，本文認為，女性要的，從來都不是以「保護為名」的限制自由。女性要的是社會給予同等的尊重，我們也許都是結構下的受害者或共犯，應避免期待透過法律的修改來導正性別關係，以「保護女性」之名去鞏固性裡頭「男賺女賠」的邏輯，而是要更向前一步看見既有性別教育的疏漏，我們所需要的是一套完善的性別教育彌補目前社會與性別結構的缺口⁴⁸¹。

我國的性權派指出我們忽略了要處理性侵害之所以嚴重，是因為傷害了對身體的自主權，而不是哪個部位被摸了就彷彿是世界上最嚴重的事情。於此，對於媒體，在性侵害的新聞事件上做報導描述時，應有再教育之必要，諸如杜絕對於被害人當時的著裝描述，以及就性侵行為過程的鉅細靡遺描述，此種報導亦有固化父權社會對於性侵之迷思，造成廣大受害人或潛在受害人的痛苦、恐懼⁴⁸²。

此外，在努力改變性活動認知方面，應進行大量的教育工作以向公民通報新的要求，就性侵害認知的社會推廣，本文建議實際上操作得參考美國加州的模式，即以「積極同意」的教育觀點放入校園防治性侵，即置於教育體系下。預防和應對性侵犯的主要問題之一是，犯罪者通常直到被指控之後，或者可能在受到紀律處分或刑事訴訟之後，才充分理解其行為構成了性侵犯，更甚者即使那樣，罪犯也可能無法完全理解為什麼他或她的行為可能被認為是錯誤的或犯罪的。正如學者 Ayres 和 Baker 指出的「對於參與者和整個社會而言，性與

⁴⁷⁹ 同前註，頁 14。

⁴⁸⁰ 王曉丹，同註 313，頁 87-88。

⁴⁸¹ 王曉丹，「拆解」防治性別暴力的法律：文件格式化、敘事失語以及文本性現實，性別平等教育季刊，第 71 期，頁 42，2015 年 6 月。

⁴⁸² 李元貞，眾女成城——臺灣婦運回憶錄(上)，頁 252，2014 年；李佳玟，同註 88，頁 83。

強姦之間的界線還很模糊⁴⁸³」這句話指出性侵犯的一個關鍵問題：自願的性行為與強制性交，它們存在於光譜的完全相反的兩端，中間卻有巨大的灰色裂縫⁴⁸⁴。換句話說，缺乏教育去認知合法的性行為是雙方都同意並確切同意將要執行的性活動，並在灰色區域內，當事一方或雙方對於是否已給予同意以及同意的行為適用感到困惑的情況。而大學的核心責任在於在學術課程以及社會活動中對學生進行教育，大學作為一個「家外之家」在青少年發展中發揮著更大的作用，在教給學生正確的行為方面具有重要的影響⁴⁸⁵，亦在定義社會規範和可接受的性行為方面以及樹立塑造學生性格的文化中起著重要的教育作用⁴⁸⁶；而法律仍以「低度強制手段」與「違反意願」為立法模式，或如前所述以「消極同意」作為截堵構成要件之立法建議，充分達到社會對於性別正義的呈現，且仍保持刑法的謙抑原則，在二者間取得平衡。

從世界經濟論壇（World Economic Forum）發表的「2020 全球性別差距報告（The Global Gender Gap Report）」預測，要真正使全球國家達到兩性平等，需再花約一百年的時間⁴⁸⁷。在這個性別歧視的時代，女性主義者似乎應該放棄刑事法權力的爭奪，而轉向團結和分配平等的原則。當然，所有在刑法範圍內為性侵害犯罪改革做出不懈努力的鼓舞性改革者都是真正的女性主義英雄。但是，女性主義者已經達到了這種努力的極限，而現行的刑法不再為社會文化之變革提供有意義的途徑。我們的社會應該要平衡聆聽，不只女性賦權的寂寥聲音，還有犯罪系統中其他人的聲音和憤怒⁴⁸⁸。女性主義不該以為所有女性都是受害者，例如將從娼女人視作「性剝削受害者」，而男性消費者與仲介則是「性剝削加害者」，女性也可能會位居高職、壓迫其他貧窮女性、弱勢性別。真正的改革應從改變刻板印象文化、政治構建種族和社會經濟，以及透過教育從社會正義的問題中消除犯罪。筆者最終期待更好的性教育可能，那是一

⁴⁸³ Ayres and Baker, As Military Combats Rape, the Accused Become Collateral Damage, in REAL CLEAR INVESTIGATIONS, 參考網址：

https://www.realclearinvestigations.com/articles/2017/04/22/as_military_combats_rape_some_accused_are_collateral_damage_.html, 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁴⁸⁴ Dominic S. Angiollo, J.D., *Risky Sexual Behavior -- The "Broken Windows" of Sexual Assault: A Proposal for Universities to Incorporate Targeted Intervention to Bridge the Gap Between Sexual Assault Prevention and Response*, 26 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 881 (2018).

⁴⁸⁵ Athena Katsampes, *A Rape by Any Other Name: The Problem of Defining Acts of Protection Deception and the University as a Solution*, 24 Va. J. Soc. Pol'y & L. 157 (2017).

⁴⁸⁶ Jacob Gersen & Jeannie Suk, *The Sex Bureaucracy*, 104 Calif. L. Rev. 881, 890 (2016).

⁴⁸⁷ 「全球性別差距報告」是一份展示男女間在經濟地位、學習機會、政治參與、及衛生福利四個範疇中的差距的報告。詳細資料：行政院性別平等會。參考網址：

<https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality>, 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

⁴⁸⁸ 王曉丹，同註 313，頁 87-88。

條積極進程，裡頭有性別各異的現身，對太習以為常的性別結構與暴力提出反動，奪回自身的詮釋權，替自己的情慾表態。

最後，比歧視更嚴重的是，完全沒意識到歧視的存在，而生活中的每一個環節可能都有社會正義的意涵，都是我們落實法治社會以及增進法意識的最佳場域⁴⁸⁹，避免基本的公平成為性別的戰爭，希望性別平等能夠在世界的每一個角落實現。



⁴⁸⁹ 王曉丹，同註 264，頁 74。

參考文獻

一、中文部分

(一) 專書

1. 王皇玉，刑法總則，修訂三版，2017年9月。
2. 林山田，刑法各罪論（上），增訂五版，2005年9月。
3. 林山田，刑法通論（上冊），增訂十版，2008年1月。
4. 林山田，刑罰學，2005年。
5. 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，四版，2007年。
6. 林東茂，刑法綜覽，七版，2019年11月。
7. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，九版，2019年9月。
8. 甘添貴，刑法各論（上），修訂五版，2019年9月。
9. 何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等譯，德國刑法典，2019年7月。
10. 黃榮堅，基礎刑法學（上），四版，2012年3月。
11. 陳子平，刑法各論（上），四版，2019年。
12. 蔡墩銘，刑法各論，修訂十版，2013年8月。
13. 盧映潔，刑法分則新論，修訂十三版，2018年9月。

(二) 論著

1. 何春蕤，豪爽女人——女性主義與性解放，皇冠，1994年9月。
2. 李元貞，眾女成城——臺灣婦運回憶錄(上)，女書文化，2014年。
3. 李佳玟，違反罪刑法定的正義-程序正義的鋼索，元照，2014年。
4. 薛允升撰，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本(五)，收錄於：艾文博主編，中文研究資料中心研究資料叢書，成文，2010年1月。
5. 趙鳳喈、鮑家麟，中國婦女在法律上之地位(附補篇)，稻香，1993年5月。
6. 黃源盛，晚清外國法繼受中「無夫姦」存廢的世紀之爭，高明士編，東亞傳統家禮、教育與國法(一)——家族、家禮與教育，國立臺灣大學出版中心，2005年9月。

(三) 期刊與專書論文

1. 王如玄，刑法妨害性自主罪修法後司法實踐之我見，社區發展季刊149期，頁91-101，2015年3月。

2. 王如玄，性侵害案件法律規範之修訂與過程，律師雜誌，第 212 期，頁 19-26，1997 年 5 月。
3. 王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，頁 26-27，2010 年 1 月。
4. 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意--以強制性交罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，頁 381-432，2013 年 6 月。
5. 王曉丹，「拆解」防治性別暴力的法律：文件格式化、敘事失語以及文本性現實，性別平等教育季刊，第 71 期，頁 34-43，2015 年 6 月。
6. 王曉丹，從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，第 19 卷第 1 期，頁 51-78，2007 年 7 月。
7. 王曉丹，破解二元對立，改寫能動主體：性暴力受害者脆弱性的正面意義，女學學誌：婦女與性別研究，第 44 期，頁 77-108，2019 年 6 月。
8. 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，第 80 期，頁 155-206，2010 年 12 月。
9. 甘添貴，性侵幼童案之解析與平議，中華法學，第 14 期，頁 35-60，2011 年 11 月。
10. 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，第 24 期，頁 50-52，1997 年 5 月。
11. 李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yes）--增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，第 103 期，頁 53-118，2017 年 9 月。
12. 李聖傑，妨害性自主第三講：類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，頁 99-106，2004 年 9 月。
13. 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，頁 1-40，2003 年 6 月。
14. 林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 16-42，1999 年 7 月。
15. 林山田，論刑事制裁法體系的改革，法令月刊，第 51 卷第 10 期，頁 252-274，1990 年 10 月。
16. 林山田，論強姦罪與輪姦罪，刑事法雜誌，第 23 卷第 1 期，頁 7-13，1979 年 2 月。

17. 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆，性侵害案件無罪原因分析之研究—以強制性交案件為中心，台灣科技法學會，2017年1月。
18. 林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學雜誌，第51期，頁70-80，1999年8月。
19. 林念澄，性侵迷思：定義中的字字珠璣，婦女新知基金會通訊，第326期，頁51-55，2018年1-6月。
20. 林美代、吳姿瑩，沒有同意就是性侵 (only YES means YES)——全球女權運動「積極同意」的倡議、教育與立法推動，婦研縱橫，第108期，頁20-29，2018年4月。
21. 林秀怡、秦季芳，加拿大性自主法律「積極同意模式」實務運作借鏡：Janine Benedet 教授到訪婦女新知座談紀實，婦研縱橫，第105期，頁78-83，2016年10月。
22. 林雅容，家庭暴力防治工作與婦女離婚問題：家庭暴力防治法理念與現況之兩難，台灣社會福利學刊，第4期，頁19-52，2003年11月。
23. 金孟華，美國性侵害相關犯罪之介紹-以紐約州法為例，月旦刑事法評論，第3期，頁54-66，2016年12月。
24. 法思齊，論性侵害犯罪之本質與修正，月旦法學雜誌，第145期，頁96-112，2007年6月。
25. 周愫嫻，影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究，內政部委託研究報告，2003年6月。
26. 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第41卷第3期，頁981-1053，2012年9月。
27. 高金桂，從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，刑事政策與犯罪研究論文集，卷3，頁43-61，2000年11月。
28. 高金桂，強制性交罪的強致力行使—高雄地方法院九十九年度訴字第422號判決評析，月旦法學雜誌，第189期，頁251-262，2011年2月。
29. 吳巡龍，刑事證據法入門-第一講：刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，第54期，頁76-87，2007年4月。
30. 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，第133期，頁24-41，2006年5月。
31. 吳秦雯，「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化—以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較為中心，憲法解釋之理論與實務第九講，頁313-383，2017年4月。

32. 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主?—兼評台北地院九一年度訴字第462號判決，台灣本土法學雜誌，第42期，頁16-36，2003年1月。
33. 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第2期，頁115-122，1999年6月。
34. 許玉秀，重新學習性自主——勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第200期，頁302-323，2012年1月。
35. 許恒達，「行為非價」與「結果非價」—論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，第114期，頁215-300，2010年4月。
36. 許恒達，刑法法益概念的產生與流變，月旦法學雜誌，第197期，頁134-151，2011年10月。
37. 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第82期，頁141-204，2012年6月。
38. 許福生，刑法妨害性自主罪章修正之評論，刑事法雜誌，第44卷第4期，頁62-96，2000年8月。
39. 許澤天（計畫主持人），最後手段性原則研究成果報告（精簡版），行政院國家科學委員會專題研究計畫，100年10月。
40. 陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，第6期，頁213-236，1998年8月。
41. 陳昭如，從義務到權利—新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構，國立臺灣大學法學論叢，第45卷特刊，頁1095-1162，2016年11月。
42. 陳昭如，基進女性主義的強暴論，思想，第23期，頁207-233，2013年5月。
43. 陳美華，社會運動團體與立法院的互動—婦女運動團體推動男女平權立法的經驗，新國會新情勢研討會，國策研究院主辦，1999年3月。
44. 黃榮堅，2010年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？，國立臺灣大學法學論叢，第40卷特刊，頁1795-1841，2011年10月。
45. 黃榮堅，刑法上性自主概念之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2004年10月。
46. 翁育瑄，唐代的姦罪——以唐律為中心的探討，法制史研究，中國法制史學會會刊，第22期，頁15-22，2012年12月。
47. 蔡惟安，Janine Benedet 教授訪臺演講專輯，性侵法律改革作為社會變遷的觸媒：不同意、強制與不平等，婦研縱衡，第105期，頁56-65，2016年10月。

48. 蔡宜文，#MeToo 不僅是性醜聞-請視為一種文化變遷，婦女新知基金會通訊，第 326 期，頁 13-14，2018 年 1-6 月。
49. 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第 18 期，頁 41-109，2016 年 3 月。
50. 蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 5-23，2016 年 12 月。
51. 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌，第 157 期，頁 71-101，2008 年 6 月。
52. 薛智仁，簡介 2016 年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第 3 期，頁 67-80，2016 年 12 月。
53. 劉邦繡，性侵害犯罪防制法之性侵害犯罪新解—以一九九九年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述，律師雜誌，第 267 期，頁 86-118，2001 年 12 月。
54. 盧映潔，強制性交罪與乘機性交罪之區別，月旦法學教室，第 20 期，頁 16-17，2004 年 6 月。
55. 蕭宏重，古今姦罪立法的對比分析，法制博覽，第 30 期，2019 年 11 月。

(四) 研討會論文

1. 陳昭如，差異的難題：以性侵害和習俗傳統為例論性別平等公約的涉入實踐，司法院大法官一〇四年度學術研討會-人權公約與我國憲法解釋，2015 年 12 月。
2. 謝煜偉，論刑法謙抑之生成、演變及其當代意義，2014 臺灣法理學會年會「法律哲學與刑法」，2014 年 3 月 22 日。

(五) 學位論文

1. 林志鍵，性自主？性桎梏？-我國刑法性自主犯罪之分析與批判，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2006 年 7 月。
2. 安真慧，從女性主義的觀點看妨害性自主—再論違背意願，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2018 年 12 月。
3. 洪銘憲，論我國刑法強制性交罪之發展，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，2006 年 6 月。
4. 高子淵，被害人意願在性犯罪中之理論與實務，國立高雄大學財經法律學系碩士論文，2018 年 6 月。

5. 張峪嘉，性犯罪的刑事立法規範-以性自主權的保障為核心，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2005 年 6 月。
6. 盧言珮，論妨害性自主罪章中之他人意願，東吳大學法學院法律學系碩士論文，2010 年 1 月。
7. 趙若傑，性／自主-重新思考妨害性自主罪的保護法益，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2015 年 11 月。
8. 廖宜寧，乘機性交猥褻罪的規範適用問題—以精神障礙者之性自主權利為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2012 年 3 月。
9. 劉宛婷，強制性交罪中有關性自主權之探討-以刑法第 221 條第 1 項為中心，國防大學管理學院法律學系碩士論文，2018 年 12 月。

(六) 法院判決（按時間與年度之先後排序）

1. 最高法院 52 年度台上字第 1024 號刑事判決。
2. 最高法院 56 年度台上字第 2210 號刑事判決。
3. 最高法院 87 年度台上字第 406 號刑事判決。
4. 最高法院 92 年度台上字第 1457 號刑事判決。
5. 最高法院 103 年度台上字第 2730 號刑事判決。
6. 最高法院 106 年度台上字第 742 號刑事判決。
7. 最高法院 107 年度台上字第 1614 號刑事判決。
8. 最高法院 107 年度台上字第 3348 號刑事判決。
9. 臺灣士林地方法院 92 年度少連訴字第 43 號刑事判決。
10. 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 1027 號刑事判決。
11. 臺灣花蓮地方法院 103 年度侵訴字第 22 號刑事判決。
12. 臺灣高等法院臺中分院 96 年度上易字第 529 號刑事判決。

二、外文部分

(一) 專書

1. Alison M. Jaggar, Feminist Politics and Human Nature (1988).
2. Andrea Dworkin, Intercourse (1987).
3. Caroline Forell, Donna Matthews, A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man (2000).
4. Elizabeth Schneider, Battered Women and Feminist Lawmaking, Yale University Press (2000).
5. Emilie Buchwald, Pamela R. Fletcher, Martha Roth, Transforming a Rape Culture (1993).

6. Janet Halley, Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism (2006).
7. Joel Feinberg, Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility (1970).
8. Jon Krakauer, Missoula: Rape and the Justice System in a College Town (2015).
9. Judith Butler, Against Proper Objects, in Feminism Meets Queer Theory (Weed & Schor, eds. 1997).
10. Lawrence M. Friedman, Crime and Punishment in American History (1993).
11. Martha Chamallas, Introduction to Feminist Legal Theory (2012).
12. Peggy Reeves Sanday, A Woman Scorned: Acquaintance Rape on Trial (Doubleday 1996).
13. Peter Fitzpatrick, Foucault and Law (2010).
14. Peter Westen, The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct (2004).
15. Raymond A. Belliotti, Good Sex: Perspectives On Sexual Ethics (1993).
16. Stephen J. Schulhofer, Unwanted sex: the culture of intimidation and failure of law (1998).
17. Susan Brownmiller, Against Our Will: Men, Women and Rape (1975).
18. Susan Estrich, Real Rape: How The Legal System Victimizes Women Who Say No, Harv. U. Press (1987).
19. Widdows, Heather, Marway, Herjeet (Eds.) , Women and Violence: The Agency of Victims and Perpetrators (2015).

(二) 期刊與專書論文

1. Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Prevention and criminalization: justifications and limits, 15 New Crim. L. Rev. 542 (2012).
2. Athena Katsampes, A Rape by Any Other Name: The Problem of Defining Acts of Protection Deception and the University as a Solution, 24 Va. J. Soc. Pol'y & L. 157 (2017).
3. Aya Gruber, The Feminist War on Crime, 92 Iowa L. Rev. 741 (2007).
4. Aya Gruber, Rape, Feminism, and the War on Crime, 84 WASH. L. REV. 581 (2009).
5. Bernard E. Harcourt, Corrective Justice as A Principle of Criminal Law: A Prolegomenon, 12 Crim. L. & Phil. 605 (2017).

6. C. Ashley Saeright, Clear As Mud: Constitutional Concerns With Clear Affirmative Consent, 67 Clev. St. L. Rev. 431 (2019).
7. Catherine A. MacKinnon, Rape Redefined, 10 Harv. L. & Pol'y Rev. 431 (2016).
8. Chandler Delamater, What "Yes Means Yes" Means for New York School: The Positive Effects of New York's Efforts to Combat Campus Sexual Assault through Affirmative Consent, 79 Alb. L. Rev. 591 (2016).
9. Cristina Carmody Tilley, A Feminist Repudiation of the Rape Shield Laws, 51 Drake L. Rev. 45 (2002).
10. Cristina de Maglie, Punishing Mere Immorality? Skeptical Thoughts from a Comparative Perspective, Berkeley Journal of Criminal Law, 23 Berkeley J. Crim. L. 323 (2018).
11. David De Matteo, Meghann Galloway, Shelby Arnold, Unnati Patel , Drexel University, Sexual assault on college campuses: A 50-state survey of criminal sexual assault statutes and their relevance to campus sexual assault, 21 Psychol. Pub. Pol'y & L. 227 (2015).
12. Dominic S. Angiollo, J.D., Risky Sexual Behavior -- The "Broken Windows" of Sexual Assault: A Proposal for Universities to Incorporate Targeted Intervention to Bridge the Gap Between Sexual Assault Prevention and Response, 26 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 881 (2018).
13. Elaine M. Chiu, Culture in Our Midst, 17 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 231 (2006).
14. Evan Gerstmann, The Constitutional Right to Sexual Autonomy and Affirmative Consent, 2018 Western Political Science Association Annual Conference 7 (Loyola Marymount Univ., 2018).
15. G. Mitchell, P.E. Tetlock, "An Empirical Inquiry into the Relation of Corrective Justice to Distributive Justice" 3(3) Journal of Empirical Legal Studies (2006).
16. Jacob Gersen and Jeannie Suk, The Sex Bureaucracy, 104 Calif. L. Rev. 881 (2016).
17. Janine Benedet, Marital Rape, Polygamy and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice, Rev. Const. Stud.161 (2013).
18. Janet Halley et. al., From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four

- Studies in Contemporary Governance Feminism, 29 Harv. J.L. & Gender 335 (2006).
19. Janet Napolitano, “Only Yes Means Yes”: An Essay on University Policies Regarding Sexual Violence and Sexual Assault, 33 Yale L. & Pol’y Rev. 387 (2015).
 20. Jed Rubenfeld, The Riddle of Rape-by-deception and the Myth of Sexual Autonomy, 122 Yale L. J. 1372 (2013).
 21. Kari Hong, A New Mens Rea for Rape: More Convictions and Less Punishment, 55 Am. Crim. L. Rev. 259 (2018).
 22. Katharine T. Bartlett, Feminist Legal Methods, 103 Harv. L. Rev. 829 (1990).
 23. Kimberlé W. Crenshaw, Close Encounters of Three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality, 46 Tulsa L. Rev. 151 (2013).
 24. Kimberly Peterson, Victim or Villain?: The Effects of Rape Culture and Rape Myths on Justice for Rape Victims, 53 Val. U. L. Rev. 467 (2019).
 25. Lise Gotell, Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Women, 41 Akron L. Rev. 865 (2008).
 26. Lois Pineau, Date Rape: A Feminist Analysis, 8 L. & Philosophy 217 (1989).
 27. Martha Chamallas, Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct, 61 S. Cal. L. Rev. 777 (1988).
 28. Martha Chamallas, Past as Prologue: Old and New Feminisms, 17 Mich. J. GENDER & L. 157 (2010).
 29. Martha R. Burt, Cultural Myths and Supports for Rape, 38 J. Personality & Soc. Psychol. (1980).
 30. Michelle J. Anderson, Negotiating Sex, 78 S. Cal. L. Rev. 1401 (2005).
 31. Nicholas J. Little, From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law, 58 Vand. L. Rev. 1322, (2005).
 32. Raquel Kennedy Bergen, Jeffrey L. Edleson, & Claire M. Renzetti eds., Violence Against Women: Classic Papers xi-xiii (2005).
 33. Richard Klein, An Analysis of Thirty-Five Years of Rape Reform: A Frustrating Search for Fundamental Fairness, 41 Akron L. Rev. 981 (2008).

34. Robin Charlow, Negotiating Sex: Would It Work?, in Criminal Law Conversations (Paul H. Robinson, Stephen P. Garvey & Kimberly Kessler Ferzan, eds. 2009).
35. Robin West, Jurisprudence and Gender, 55 U. Chi. L. Rev. 1 (1988).
36. Rosalind Dixon, Feminist Disagreement (Comparatively) Recast, 31 Harv. J.L. & Gender 277 (2008).
37. Sanford H. Kadish & Stephen J. Schulhofer, Criminal law and its processes: cases and materials (10th ed. 2016).
38. 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 (Clare McGlynn & Vanessa E. Munro eds., 2010).
39. William C. Donnino, Defense of Justification: Practice Commentary, in McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated: Penal Law, Thomson West (2004).
40. Wolfgang Schomburg & Ines Peterson, Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law, 101 Am. J. Int'l L. 121 (2007).

(三) 各國法院判決

1. Barr v. Barr, 58 Md. App. 569, 473 A.2d 1300 (1984).
2. Broussard v. Broussard, 462 So. 2d 1386 (La. App. 1985).
3. Brown v. States, 127 Wis. 193, 199-200 (1906).
4. Commonwealth v. Berkowitz, 537 Pa. 143, 641 A.2d 1161 (1994).
5. Culver v. Culver, 383 So. 2d 817 Miss. (1980).
6. Derbes v. Derbes, 462 So. 2d 302 (La. App. 1985).
7. In re Winship, 397 U.S. 358, 363(1970).
8. M.C. v. Bulgaria, ECHR 651 (2003).
9. Moss v. State, 45 So.2d 125, 126 (Miss. 1950).
10. Osburn v. Hagel, 46 F.Supp.3d 1235, M.D. Alabama (2014).
11. Pappajohn v. The Queen, 2 S.C.R. 120 (Can.) (1980).
12. People v. Goetz, 68 N.Y.2d 96, 506 N.Y.2d 18, 497 N.Y.2d 41 (1986).
13. People v. Manigault, 150 AD3d 1331, 2017 WL 1713083 (3d Dep't 2017).
14. People v. Newton, 8 N.Y.3d 460, 835 N.Y.2d 546, 867 N.Y.2d 397 (2007).
15. People v. Powell, 128 A.D.3d 1174 (Appellant. May 14, 2015).
16. Pfeil v. Pfeil, 100 A.D.2d 725, 473 N.Y.S.2d 629 (1984).
17. Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic (2001).

18. R. v. Ewanchuk, 1 S.C.R. 330 (Can.) (1990).
19. R. v. Hutchinson, 1 S.C.R. 346 (Can.) (2014).
20. R. v. J.A., 2 S.C.R. 440 (Can.) (2011).
21. R. v. Letendre, 5 C.R. (4th) 159 (B.C.S.C.) (1991).
22. R. v. Mabior, 2 S.C.R. 584 (Can.) (2012).
23. R. v. Osolin, 4 S.C.R. 595 (Can.) (1993).
24. Respondent v. Gustavo Duarte Mares, Appellant. No. 32145–2–III. (Sept. 24, 2015).
25. Sansregret v. The Queen, 1 S.C.R. 570 (Can.) (1985).
26. State v. Jama, 877 N.W.2d 650, 367 Wis.2d 748, 2016 WL 731932 (App. 2016).
27. State v. Lederer, 299 N.W.2d 457, 99 Wis.2d 430 (App. 1980).
28. State v. Mares, 190 Wash. App. 343 (2015).
29. State v. Prineas, 809 N.W.2d 68, 338 Wis.2d 362 (App. 2011).
30. State v. Schmear, 135 NW2d 842 , 28 Wis.2d 126 (1965).
31. State v. Stevens, 53 P.3d 356, 311 Mont. 52 (2002).
32. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Trial Chamber 1, 2 September 1998.

三、 其他資源

1. Consent , <https://www.yesmeansyes.com/consent> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
2. Criminal Code (Sweden) Brottsbalk (1962: 700) as amended in 2018, Chapter 6; Amnesty International, “Sweden: New rape law is historic victory for campaigners” (News story, 23 May 2018) , www.politiken.dk/udland/art6611602/Ny-lov-tr%C3%A6der-i-kraft-i-Sverige , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
3. ONLY YES MEANS YES , <https://www.westcoastleaf.org/our-work/yes-means-yes/> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
4. California adopts historic 'yes means yes' rule on sexual consent , <https://www.theguardian.com/world/2014/sep/29/yes-means-yes-california-sexual-consent> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
5. Sexual Violence Myths and Facts , <https://www.ourresilience.org/what-you-need-to-know/myths-and-facts/> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

6. 唐律疏議/卷第二十六，
https://zh.wikisource.org/wiki/%E5%94%90%E5%BE%8B%E7%96%8F%E8%AD%B0/%E5%8D%B7%E7%AC%AC%E4%BA%8C%E5%8D%81%E5%85%AD#410_%E5%87%A1%E5%A7%A6，最後閱覽日：2020年8月10日。
7. Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO)，www.rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619，最後閱覽日：2020年8月10日。
8. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Istanbul, 2011.
9. International Criminal Court Rules of Procedure and Evidence，www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf，最後閱覽日：2020年8月10日。
10. Section 48(9) of the Criminal Law (Sexual Offences) Act 2017 (Ireland)，www.irishstatutebook.ie/eli/2017/act/2/enacted/en/print.html，最後閱覽日：2020年8月10日。
11. Crown Prosecution Service, "What is consent?"
www.cps.gov.uk/publications/equality/vaw/what_is_consent_v2.pdf，，最後閱覽日：2020年8月10日。
12. Rape and Sexual Offences Legal Guidance，
www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/，最後閱覽日：2020年8月10日。
13. Men must prove a woman said 'Yes' under tough new rape rules，
www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11375667/Men-must-prove-a-woman-said-Yes-under-tough-new-rape-rules.html?_sm_au_=iVVPDZjVnnHQfH66;
www.independent.co.uk/news/uk/crime/the-ddps-tough-new-rape-guidelines-what-are-they-and-why-are-they-so-important-10011603.html?_sm_au_=iVVPDZjVnnHQfH66.，最後閱覽日：2020年8月10日。
14. United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee), Concluding Observations, Romania, July 2017, CEDAW/C/ROU/CO/7-8，
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?sym

bolno=CEDAW%2fC%2fROU%2fCO%2f7-8&Lang=en, para 19(b). , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

15. CEDAW Committee, Concluding Observations, Sweden, March 2016, CEDAW/C/SWE/CO/8-9 ,
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fSWE%2fCO%2f8-9&Lang=en, 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
16. 歐洲委員會網站：www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures. , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
17. Criminal Code (Sweden) Brotsbalk (1962: 700) as amended in 2018, chapter 6 , www.lagen.nu/1962:700#K6 , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
18. International, “Sweden: New rape law is historic victory for #MeToo campaigners,” 2018, www.amnesty.org/en/latest/news/2018/05/sweden-new-rape-law-is-historic-victory-for-metoo-campaigners/. (Iceland), art 194 , www.althingi.is/lagas/nuna/1940019.html. , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
19. Amnesty International Portugal, Amnesty International Portugal concerned about gender stereotypes in the ruling of Porto Court of Appeal” 2018 , www.amnistia.pt/amnistia-internacional-portugal-preocupada-com-acordao-que-contem-estereotipos-de-genero-com-mensagem-prejudicial-as-vitimas-de-violencia-sexual/;
www.publico.pt/2018/10/04/sociedade/noticia/governo-quer-alterar-leis-sobre-crimes-sexuais-1846186. , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
20. The Archived Information announced by U.S. Department of Education’s Office for Civil Rights: “Know Your Rights: Title IX Prohibits Sexual Harassment1 and Sexual Violence Where You Go to School” ,
<https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/title-ix-rights-201104.html> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
21. Tea Consent ,
<https://www.youtube.com/watch?v=oQbei5JGiT8&list=PL4iM7lUkCr2jiqR193aVh18mURoiLDG9b&index=2&t=57s> , 最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。

22. The Antioch College Sexual Offences Prevention Policy 1 (June 8, 1996) , <https://antiochcollege.edu/campus-life/sexual-offense-prevention-policy-title-ix/> , 2020 年 8 月 10 日。
23. 古德凱，妨害性自主罪章修法歷程的反思—以白玫瑰運動為轉捩點，參考網址：<https://www.jrf.org.tw/articles/1688>，最後閱覽日：2021 年 7 月 5 日。
24. 聯合國網站，<http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-work-ga.htm>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
25. 黃羽飛，擴張強姦定義，真能保護女人嗎？，端傳媒，2016 年 7 月 5 日，<https://theinitium.com/article/20160705-opinion-huangyufei-sexualharassment/>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
26. Ayres and Baker, As Military Combats Rape, the Accused Become Collateral Damage, REAL CLEAR INVESTIGATIONS, https://www.realclearinvestigations.com/articles/2017/04/22/as_military_combats_rape_some_accused_are_collateral_damage_.html，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
27. 行政院性別平等會，<https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality>，最後閱覽日：2020 年 8 月 10 日。
28. 卡維波，「婦權派」與「性權派」的兩條女性主義路線在台灣——為「亞洲連結會議」介紹性／別研究室而寫。參考網站：<http://intermargins.net/repression/theory/difference.htm>，最後閱覽日：2021 年 6 月 20 日。

附表：修正說明

【妨害性自主罪與積極同意模式之探討】論文修正對照表

法律科際整合研究所 余翔愛

1. 內文修正（本表為瑕疵部分之修正）

原 頁 數	原文	修正	新 頁 數
42	<p>與積極同意模式相似的是以當事人受到的外部影響來修正認定當事人自主意願，這種改革取徑被稱之為「修正的意願模式」，也被稱為「意願及其附隨要件」(consent-plus)模式，亦即嘗試在欠缺強迫或脅迫的案例中藉由兩人關係的脈絡檢討，來檢驗當事人的意願是否有變得脆弱的可能，來避免傳統強姦法的缺失。</p>	<p>刪除本段，並於下一段文字加入： 「修正強制模式」乃基進女性主義者對傳統上就強制的過於狹隘理解之批評，此一模式認為不只來自個案中行為人使用武力、脅迫等物理力量才構成強制，</p>	37
76	<p>亦即被告不可僅依照被害人持續的沉默或是曖昧的動作就主張同意是存在的，也不可以據此就為進一步的性接觸來「試水溫」。 <i>Ewanchuk</i> 案建立的規則是相對人的同意必須是在知道這些性接觸意圖以及其結果之下自由給予的，即所謂的「告知後同意(informed consent)，曼尼托巴上級審法院(Manitoba Court of Appeal)認為必須要在週遭環境能夠使「理性人進一步詢問」時才可以主動徵詢相對人的同意，將積極同意判準移到所謂的「主觀判斷」。且亞伯達上訴法院否定預先同意(prior consent)，只有性行為當下的同意才是同意。</p>	<p>1. 修正為： 亦即行為人無權利用步步試探的方式，探觸被害人之意願，僅因被害人的保持沈默或默認曖昧反應而認定其有同意。 2. <i>Ewanchuk</i> 案本段刪除。</p>	67
77- 78	<p>有學者對於 <i>Ewanchuk</i> 一案標準建立的積極同意模式將性交視為一種市場交易，從從法律經濟分析的觀點肯認，本案之標</p>	<p>1. 第三目評析刪除 2. 合併並加入新內容至第二目，改為法律見解與評析，修正</p>	66- 67

<p>準可能會更容易去判定究竟此交易是否出於雙方真摯的同意，使用積極同意模式就可以減少曖昧模糊地帶的存在，該標準對同意和誤認同意的限制，成為人們表示自己偏好以及對於他人偏好給予尊重的誘因，嚴格的主觀要件代表著行為人須考量性行為帶來的個人外部負面成本，因此會減少異性戀框架下的不利益。</p> <p>學者 Wendy Brown 認為依照經濟分析，積極同意標準的規範設定符合新自由主義的經濟學思維，相較於凱因斯的國家管理政策，新自由主義的政策設定每一個個人都是理性的個體，是一種建構式的理論，新自由主義形塑出能夠理性計算的個體，有能力照顧自己並承擔自己所做決定的全部結果。</p> <p>學者 Lise Gotell 認為法律雖然肯認了性的自主性，但法律對待性自主的態度仍如同對待其他個別犯罪一樣，將規範上的性互動視為經濟上的交易，理想上可為性行為的主體是一個理性自由的行動者，可以為自己的行動負責亦可以承擔隨之而來的風險，賦予確定意願的責任給開啟性接觸的一方，亦即好的受害人的形象是貞操的侵蝕。</p> <p>其批評法律所建構積極同意模式，認為法院將焦點轉向離散的性互動、尋求同意的動作、同意的時點，但未將性的表現和結果結合在一起觀察，也沒有將其放置在「性暴力是一個承載性別權力關係的機制」的脈絡下檢視。</p>	<p>為：</p> <p>1999 年加拿大最高法院 711 判決 R.v. Ewanchuk 引用新修的條文規定，在認定同意與否採用了「only yes means yes」。法院認加拿大法律中沒有「默視同意（implied consent）」抗辯，強調在出於草率或故意忽視的情形下，被告並不能主張誤信，且要求被告必須採用「合理步驟」，法院在調查事實時必須考慮到被告是否有採用積極的步驟去確立同意。如果一方說了不，在繼續性接觸前必須有清楚的承諾，亦即被告不能因原告沈默或模棱兩可的行為就認為同意存在。於 R. v. Ewanchuk 一案中，一、二審法院見解將被害人保持冷靜、不向行為人展現害怕的舉動認為是默示同意，並且引用被害人懷孕、生產的歷史、穿著習慣與言行舉止來推論其有同意。惟上訴到加拿大最高法院確立了確定同意標準，法院認為沒有所謂的暗示同意存在，同意必須明確表示，法院不再依雙方關係推定默示的同意，讓熟人性侵害鮮少被法院重視的陋習被翻轉。且定義強制性交一罪，乃是未經同意之性行為，而同意存在與否，則須由被害人的主觀立場判斷之，若行為人有輕率的</p>
---	---

態度或盲目而誤認該性行為已經被害人同意，仍具有主觀之故意，則不得以該主觀構成要件錯誤抗辯之。亦即行為人無權利用部不是探知方式，探觸被害人之意願，僅因被害人的保持沈默或默認曖昧反應而認定其有同意。

甚而法院基於「合理步驟」之要求，認為在該罪成立與否之檢視時，尚須注意行為人是否已採取積極的步驟來確認同意或重建同意之存在。其並支持特定的同意標準，認為在被害人對該性行為已表示拒絕時，則其後之性行為，須有明確清楚的同意表示存在，始可為之。光是時間的流逝或是當事人的沉默、模糊的舉止表現，皆不足以認定行為人已經同意。

是故，加拿大高等法院經由 R. v. Ewanchuk 一案，將強制性交罪的重點確立為受害人的同意意願，任何單純沉默或是曖昧模糊的舉止，皆不構成對於性行為之同意，該罪調查重心轉向行為人所有為了得到同意所為之行為。最高法院強調同意必須是正面的，沈默或曖昧的行為都不能構成同意。效果上，讓原本女人都處於一種同意狀態的假設，轉而成為須有一些正面的關於承諾的證據才

		<p>能說有同意存在。而刑法中的不同意，是根據被害人心中是否想要發生性行為來判斷，被害人的言詞或行為可能被當作肯認或反駁其心理狀態的證據但沒有推定同意，也沒有默示同意這回事，不同意作為心理要素是根據言詞或行為中是否表達「同意」來判斷。</p> <p>除在刑法中明確定義何為同意外，法院亦注意何種情況下不能構成同意，以及在何種情況下行為人不得主張自己不知道告訴人於當時的情況下沒有同意，其中包括告訴人無能力同意性交，與同意是行為人透過濫用信賴、權力與權威地位從告訴人處獲得。</p>	
78	<p>從兩人的故事背景來看，J.A.是一位有前科的男人，他在 1982 年至 2007 年之間因 26 個事件被起訴，一共起訴 43 個罪名，包括非法持有武器和暴力傷害等等，J.A.並沒有任何可供餬口的工作，他倚靠販毒以及其他非法方式維生，一共有三次家暴的前科，其中兩次和本件的原告 K.D.有關。J.A.對 K.D.家暴長達七年，在家暴中對 K.D.扔酒瓶最後砸中了牆壁，他罵她「婊子、蕩婦」，警察發現她左眼的紅印，K.D.卻告訴他們沒發生任何事，K.D.之所以不報案是因為她認為不會再發生了。且她希望 J.A.與他們的兒子維持關係，認為 J.A.在兒子的同年中扮演著重要角色，然而到了上訴法院（Ontario Court</p>	<p>將第一目之案例事實刪除本段，修正為：</p> <p>在作證過程中，K.D.基於兒子對父親的親情需求，而對自己是否同意該性交活動說辭反覆不一，</p>	68

	of Appeal) 時，K.D.和 J.A.的關係已經完全消失於問題意識之中了。		
79	<p>在上訴法院法官的多數派只聚焦在爭論一般性原則，即一個人無法在法律上預先同意，睡著或失去意識後之性活動的發生。而到了最高法院，法官主要在辯論是否肯認「預先同意(advance consent)」，並無論及兩人關係中的虐待式性愛，其中 LeBel、Charron、Fish 三位法官擔心否認預先同意會造成許多不利的效應，例如夫妻之間的情趣表現都會被認為是傷害，其認為加拿大刑法第 273.2(b)並未排除預先同意，只有排除無法同意或無意識同意的情形，若強引宣示預先同意無效，將與女性的個體能動性精神背道而馳。其中，法官 Fish 強調女性具有自主決定的自由，女性有從事可能會有傷害的性冒險的自由，基於避免使女性自主決定的自由喪失的立場下，應肯認預先同意的有效性。其他不同意見也肯認預先同意，尤以兩人具有長期親密關係時，即建立了他們之間有持續同意性行為的假設。</p> <p>但最終多數見解認為，按法條已要求採取合理步驟來確認相對人的意願，就可得出必須是「持續性地有意識的意願(ongoing conscious consent)」，雖然運用這樣的結果可能會導致夫妻情趣也納入處罰範圍，但刑法不應該因為兩人之間的關係而建立不一樣的標準，而使律法產生偏頗。有學者認為本案無論是上訴法院還是最高法院，最終爭論焦點都落在「預先同意」</p>	<p>1. 第二目法院見解刪除 2. 合併剩餘內容與第三目，改為法律見解與評析，修正為：有學者認為本案無論是上訴法院還是最高法院，最終爭論焦點都落在「預先同意」上⁴⁹⁰。學者 Benedet 認為，最高法院雖然認為無意識狀態下不可能為同意，但多數意見的論述仍都是從個人自主的角度出發，而完全忽視性別平等的討論，沒有人認識到性侵害是性別化(gendered)的犯罪，在本案中法院也沒有人討論到牽涉掐脖子的性行為通常都是在家庭暴力的脈絡之下，以致於沒有探討可被接受的性行為也許存在一定界限，男性利用無反抗可能的無意識狀態對女性為性行為其實是對男性霸權的強化，女性同意在無意識狀態下成為男性的性玩物，絕對是性別不平等的展現⁴⁹¹。</p> <p>從本案可以發現在具有長期親密關係的前提下，即便是「積極同意」也有不足之處。加拿大已廢除婚內強制性交例外規定多年，但實務上法官在處理此類婚內強制性交時，仍會因</p>	68

⁴⁹⁰ Janine Benedet, *Marital Rape, Polygamy and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?*, Rev. Const. Stud. 161, 174 (2013).

⁴⁹¹ 蔡惟安, Janine Benedet 教授訪臺演講專輯, 性侵法律改革作為社會變遷的觸媒: 不同意、強制與不平等, 婦研縱衡, 第 105 期, 頁 61, 2016 年 10 月 1 日。

	上，這樣的爭論過於侷限在強調個體的自主性和責任，卻忽略了兩人之間長期的受虐關係和殘暴的性行為方式	二人具有婚姻或是長期穩定伴侶的關係中，就認為有取得持續性的性關係、性活動的同意 ⁴⁹² 。 最終，本案凸顯出對於積極同意的迷思，忘卻積極同意形成的前提在於性暴力的去除以及性別平等的積極要件下，時代背景下的女性是否已有完全掌控自身的自主能力，在本案的事實認定下，仍待存疑。	
80	本案最終肯認的「同意」是符合新自由主義和後女性主義的觀點，但女性卻被預設為能夠對自己的生活狀態全然掌控、負責而展現自主性，表現出「負責的性」(responsible sex)。J.A.案顯示出來的卻是後女性主義過度擁抱個體概念的性自主，卻忽略了性自主概念一體兩面的是與性暴力、性別不平等。法院反覆討論個案中的積極同意的同時，亦證明了過於迷戀能動性的框架限制以及將同意去脈絡化的不完善結果。	修正為： 最終，本案凸顯出對於積極同意的迷思，忘卻積極同意形成的前提在於性暴力的去除以及性別平等的積極要件下，時代背景下的女性是否已有完全掌控自身的自主能力，在本案的事實認定下，仍待存疑。	68
83	主張由於保加利亞的立法與執行並未就強制性交之對抗提出有效的保護，只有具備身體抵抗證據的案件才會被起訴，且該檢察機關亦未對她所發生之事實為有效偵查，故違反了歐洲人權公約第3條、第8條第1項、第13條之規定。	本段刪除	71
89	當代法學的女性主義運動鎖定了「平等與差異」、「理論和實踐」此兩組主題象徵。整個運動的主軸從女性主義的性/性別意識對哲學知識論的反思，延伸到政治	本段刪除	72

⁴⁹² Lise Gotell, Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Woman, 41 Akron L. Rev. 865, 373 (2008).

	和權力的後結構主義批判，集中於法律系統內在的性/性別化論述的開展，然後在性/性別化論述的基礎上，並進一步省思、批判法律現象的社會結構		
90	<p>女性主義在法學中注入了性／性別意識，挑戰法律的中立性與客觀性，大量地修正、推翻原先以男性為主的法學思維方法，加入「真正女性標準」而非「與男性不同的論述標準」豐富了法律內部觀點，同時也加強了法律外部觀點。認為當初法律在制訂時多以男性和異性戀的觀點為中心，很少考慮女性和同性戀的感受，認為法律一直都是性別化且主觀的，例如男性觀點主宰了對於性騷擾和強暴的定義與處罰。女性主義認為性別是社會生活的中心組成原則，而社會生活存在的偏見來自於父權，父權是一個系統，一個男人控制女人的手段，並塑造男性特質優於女性特質的系統，而展現這樣父權結構最重要的場域就是「性」，也是女性主義最為關注的場域之一。</p> <p>從女性主義對法律的批判觀點而言，以「法律是否中立」分成自由的女性主義與差異的女性主義。自由主義的女性主義強調法律之前的平等與法律規範的性別中立，女性不能受到不利影響，但也不能受到寵愛，差異女性主義則是指出法律內在的性別差異，不只是一種差異，更是一種歧視、宰制或是壓迫，</p>	本段刪除	76
90-91	從權力認識論而言，認為誰掌握了權力，誰就掌握了認識論，基進女性主義者認為在男性對女性的宰制權力關係之下，法律上的性交建構了女性的性，以及一個性化的身體，且此身體是開放給男性慾望的，	本段刪除	76

	性發生於私密領域的、被預設同意的、在每一天的親密之中，我們生活中所形塑出來的性，都是由父權所宰制的。		
99	<p>婦權派主張認為儘管女性的性慾可以有多重的、流動的身份，但女性的性別身份只有一個，且不論女性如何營造慾望主體性、如何享受和構造情慾，都無法避免成為男性慾望受害者的共同潛在危險，亦即情慾主體的主觀認知並無法取代受害客體的社會處境，因此其主張唯有在性別政治上集體開創更大的成果，取得更多社會資源和權力之後，才可能創造更安全、合理、可以提供多重情慾選擇的空間。</p> <p>而性權派的主張係提倡女性主要的性解放運動，何春蕤運用佛洛依德的性壓抑理論，說明兩性情慾流動的現象是「男爽女虧」、「男賺女賠」，說明婚姻只是女人的一種交易制度，於是女性被動地等待一個值得獻身的對象，要打破女性的性處境，便是擺脫資本市場下的交易模式，認真開發自己的身體，大膽地「玩性」，而對於在親密關係強暴中受害而對於在親密關係強暴中受害的女人，何春蕤認為女性至少要負一半的責任，「因為你不肯把自己搞得既騷且浪以便在過程中投入情慾」，她認為女性在這個社會下受害太深，「你只知道愛他就給他，嫁他就讓他用」</p>	<p>修正為：</p> <p>性權派與婦權派最大之差異，在於性權派致力性的解放運動，主張「玩」性，而不將女性視為純然被動者或純粹的被害者。而婦權派則期待在性別政治的角力中獲得更多的資本，在承認女性情慾有所謂男性慾望強迫的潛在危險下創造合理、安全的社會環境來保護⁴⁹³。</p>	83
102-104	修法之前，將強姦罪分為「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之」、「對於婦女乘其心神喪失或其他相類之情形，不能抗拒而姦淫	<ol style="list-style-type: none"> 刪除第五款 性自主法益 並於第二款 性自主權作為刑法保護法益中修正並加入（原頁數 97）： 	81

⁴⁹³ 卡維波，「婦權派」與「性權派」的兩條女性主義路線在台灣——為「亞洲連結會議」介紹性／別研究室而寫。參考網站：<http://intermargins.net/repression/theory/difference.htm>，最後閱覽日：2021 年 6 月 20 日。

<p>之」、「對於因親屬、監護、教養、救濟、公務或業務關係服從自己監督之人，利用權勢而姦淫」三種，修法之後，基本上還是維持刑法第 221 條強制性交罪、第 225 條乘機性交罪、第 228 條利用權勢性交罪的三分架構，只是將「姦淫」修正為「性交」，並將「心神喪失、精神耗弱」配合刑法 19 條修正為「精神、身體障礙」，並將 228 條的利用權勢性交罪擴大至「親屬、監護、教養、教育、訓練、醫療、公務、業務」與相類關係基本類型第 221 條為運用強制而違反被害人意願的性交行為，相較第 221 條，第 225 條規定的是「對於男女利用精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者」，因此我們可以推論第 221 條是規定「知且能抗拒」的情況，而將「不知」或「不能」抗拒的狀況以第 225 條加以填補而對比第 228 條，第 221 條規定的是違背意願的強制性交，第 228 條規定的是「已經同意，但因為兩人之間具有特殊關係，所以法律仍將其視為違背意願」的法定情況。</p> <p>在以意願為中心的三分架構下，可以得知 1999 年修法過後，「意願」變成妨害性自主罪章的中心，以「知或能表達意願與否」為標準區分第 221 條和第 225 條，又在「知或能表達意願」的分類之下，以「該意願存在背景是否有特殊關係而該意願可被視為被強制的」為標準區分第 221 條和第 228 條</p> <p>新修正的妨害性自主罪章的立法是以意願為中心，那麼保護法益或許就可以解釋成</p>	<p>性自主權具有多義性，但只有其中幾項內涵得成為刑法所主要保護之法益。有論者認為從歷史脈絡為觀察，基於基督教性道德觀作為根基之前提下，立法者為避免社會價值觀有所失落，而從其他社會性論述找尋所謂「性自主」概念納入法律中。有更甚者有認為以性自主權作為刑法保護法益，將造成加強社會對於性別不平等之不良後果。</p> <p>有學者認為應從強制性交、猥亵行為所造成表面的傷害觀察，被害人除了可能遭受的身體傷害外，另外還有高度的心理創傷風險，是以應以「身心完整權」作為保護法益，而不談「性自主權」。另有與身心完整權相類似的見解，是「個人身體控制權」，其源是憲法上保障身體不受傷害及人身安全的身體權，就強制性交行為而言，其譴責的是違反意願下所為之強制行為。與「個人身體控制權」相較，身心完整權與其相同處，係就侵害的詮釋著眼於物質層面而非意願層面，因此就犯罪的構成要件而言也同樣要求以「強制」要件為核心。</p> <p>而實務解釋上，性自主權的內涵至少包括「拒絕權」（對於他人無論善意或惡意的性要</p>
---	---

	<p>為「為性行為或相關連行為的意願」，也就是「性的自我決定權」。</p> <p>從我國立法架構來分析性自主罪章的保護法益，刑法第 221 條、第 222 條、第 224 條、第 224 條之 1 表現出性自主權的絕對侵害，刑法第 228 條利用從屬依賴關係和第 229 條詐術侵害則是性自主權的相對侵害，這是屬於性自主權的當然侵害範疇。</p> <p>這樣的分類解釋是以「基於有無具有性自主意識」來作為分類，在具有明確性自主意識的情況下，由於行為人能夠自己做決定、表示意願，所以區分成為「完全違背意願」的絕對侵害型和「其實是違背意願但礙於壓力順從」的相對侵害型。</p> <p>所謂擬制侵害型，第 227 條所規範者為行為人雖是合意的，但法律將其擬制為不同意，而第 225 條的狀況是因為被害人已經不知或不能抗拒了，所以法律也直接擬制為不同意，因此可以推斷這樣的立法架構保護核心是「每個人每個時刻表達出的性自主意識」，亦即所謂的潛在表達性自主權利，是無論「利用他人創造出的不能抗拒狀態而性交」或「利用被害人陷入無意識狀態而性交」，都會該當第 225 條</p> <p>若「性的自我決定權」一定要以「性意識的存在」作為前提，則必然一定要認識到性的社會意義，才能夠表達對性的決定。通說認為自由法益係在保護意思決定自由和意思實現自由，意思決定自由是形成意思的自由，即我們要「決定做什麼」的自</p> <p>求，無須任何理由都可以拒絕）、「自衛權」（任何人對於針對自己之性侵害，皆有防衛的權利）、「選擇權」（任一人均享有選擇是否進行、如何進行性行為的權利）、「承諾權」（對於他人提出之性要求，有不受干涉而得完全按自己意願作出是否同意的意思表示）這四個面向⁴⁹⁴。</p> <p>3. 原第六款 小結 改為第五款，其中刪除「有所謂的「身心自主決定自由」，性自主法益亦是在保護「性意識的存在」、「性的意思決定自由」、「性的意思實現自由」，」</p>
--	--

⁴⁹⁴ 高金桂，刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，刑事政策與犯罪研究論文集，頁 48，2000 年 11 月。

<p>由，意思決定自由以自由意識存在為前提，所以自由罪章並不保護完全沒有自由意識的人，因其無法為意思決定，自然也不會有妨害他人意思決定的行為。至於意思實現自由是實際上從事該項行為的自由，包括現實的意思實現自由和潛在意思實現自由。</p> <p>簡言之，性的自我決定權下所要保護的是「性意識的存在」、「性的意思決定自由」及「性的意思實現自由」</p> <p>而對於因為精神障礙而不具有性意識的人為性交行為，則會因為其「不知抗拒」而成立第 225 條乘機性交罪，由此可知，對於毫無性意識存在的人，即使沒有侵害他們基於性意識而作出的性的決定自由，仍然會觸犯妨害性自主罪章</p> <p>是以第 227 條的保護法益可以解釋為在保護幼年人自我身心健全成長權利，並非在保護「性的自主決定權」，學說有認為毋須真正發生生理、心理之傷害結果即可成立，將多出來的保護法益解釋為「對於未來性意識發展之侵害可能性」，而肯認第 227 條為抽象危險犯立法</p> <p>另外，第 225 條的法條明白地把「不知抗拒」者劃入保護範圍，明顯地將這樣對於一時性地喪失性意識而欠缺意思決定能力的對象，例如酗酒、藥物、某些精神障礙也納入處罰範圍，涵括無法認知到性意涵的人因而沒有表達意願的對象，可以擴大解釋第 225 條的保護法益，使第 225 條更廣泛地保護「性意識發展之可能」。</p> <p>則按照第 225 條的法條文義，以保障「潛在的性的意思實現自由」為核心，在與自由法益一同的解釋方向下並無誤解。</p>	
---	--

107	<p>另一種對強姦迷思聚焦於同意定義下的脆弱性要求，法院必須嚴格審查此明顯的同意是否係出於其脆弱性而給予的，如此一來，一個並不想要該性活動發生的女人因為相信她自己沒有拒絕的選擇而參與，這也不會構成自願性的同意，無法拒絕和不同意性行為發生的意思是一樣的</p> <p>基進女性主義亦認為，行為人與被害人之間如存在年齡、種族、權威（醫療、教育、宗教）、法律（警察、監獄官）、法律所創造的非法地位（非法移民）、同性性（homosexuality）與經濟上的貧窮或僱傭關係等具有權力不平等之關係，或有上下階級差異，該不平等關係對弱勢一方會構成強制情境。</p>	<p>1. 第一段並同期註腳刪除 2. 第二段修正為： 又，行為人與被害人之間如存在任何具有權力不平等之關係，或有上下階級差異，該不平等關係對弱勢一方會構成強制情境。是以其主張女性無法真正同意亦無法真正拒絕。惟其雖認為該不平等結構普遍存在於社會中，但非所有權力不對等之性交行為皆構成性侵害，例如具有權力之一方可舉證證明性交是弱勢方積極且出於自由意願想要的。</p>	87
107-108	<p>女性主義論者認為強姦迷思的存在會使得男性錯誤解讀女性的意願，尤其在現實當中「男主動、女被動」的性試探文化中，更會造成「一個女人被強暴了，但卻不被認為這是強暴」的情況，法律採取男性觀點而造成強暴認定與定罪的遞減狀態，當事人認為自己所經歷「強迫的性」和實際上被定罪的「強迫」是有所差距的。</p> <p>而在性試探的研究中，錯誤溝通假設（Miscommunication Hypothesis）就指出，性的壓迫會存在於錯誤溝通之中，性的壓迫會存在於錯誤溝通之中，例如「女性的拒絕並未表現得明顯，而男性卻肯定地認為女性想要為性行為」或「女性認為她必須要同意為性行為，否則這個男性再也不會想看見她了，而男性並未理解到她是這樣想的」，時常被激辯的是，若是男性並未理解到女性的不願意，是否為真的強制性交。女性拒絕性行為的時候，大多</p>	<p>第三款 女性意願之解讀 刪除</p>	87

<p>數的男性都可以了解到這是一個拒絕，男性傾向將不抵抗解釋為同意，而女性傾向將不抵抗解釋為「介於同意和拒絕中間的某個東西」(something between consent and refusal)，因此此研究結果顯示：</p> <p>「男人並非故意地脅迫女人來為性行為」，對於女性而言這卻是被脅迫的性行為。</p> <p>尤其是在單純強制性交的案件中，被害人的意願尤其容易受到誤解，例如約會強制性交，在審判實務上，約會強制性交或熟識者強制性交佔所有性侵害案件之 60% 至 70%，由於加害人和被害人間存在著某種形式的社會關係（如同學、朋友），在過程中加害人通常將被害人之抗議或反對解釋為意味不明的鼓勵，或者自我主觀地認為被害人說「NO」，其實是「YES」，且一般社會大眾亦容易誤解他們之間的關係或僅注意他們之間存在的社會正常關係，一旦上述之人間發生約會強制性交或熟識者強制性交事件，許多人均難以置信，被害人在此等案件中亦容易遭受誤解</p> <p>故女性主義學者 Susan Estrich 便認為基於這樣的強暴迷思，「同意」應該要被定義為「說不要就是不要」，條文中的「強制」和「強迫」應該要被定義為包含嚴重的脅迫以及對於事實的不實陳述，Estrich 的修正指出了真正構成法律上的不同意的應該是女性的「說不」，而非男性的「解读為不」，如此一來，單純強暴就是真正的強暴(Simple rape is a real rape)。其主要的目的係法律不能僅聚焦在是否同意的</p>	
---	--

	法律爭點，而是應該拓展視野至相關事實的範疇。		
117-	該政策序言中強調基本原則為「所有在安蒂奧克社區內，即使外於安蒂奧克校園外，所發生的性行為，都必須是合意的」，該政策將同意定義為「有意願且口頭同意為某特定性行為的動作」，且列舉了八點同意的「守則」：	本段刪除 修正為： 從守則可總結出，被害人不具有同意能力或處於被強迫、意識不清、反應不及、猶豫不明、漠不關心、半推半就、說不出口、沉默或不溝通都不可以被解釋為有效的同意。	95
118	<p>1. 同意之定義，考慮誤會情境的潛在危險，每一個性活動都必須充分溝通：(1)同意要求(2)當給予同意的時候，有拒絕或撤回之權利；</p> <p>2. 當性行為並非雙向的或是同時開始，該開啟性行為之人負有向另一人要求同意之責任</p> <p>3. 必須口頭上表示意願或同意，或是藉由話語、動作、手勢或其他先前在溝通之上的同意來表現自己的非意願，沉默或不溝通都不可以被解釋為同意</p> <p>4. 當性行為雙向或同時開始的時候，雙方都負有用話語、動作、手勢或其他先前在溝通之上的同意來給予或否定同意之責任</p> <p>5. 取得同意是一個在性互動中持續性的程序，不管到底是誰開始的，在每一個更進一步肉體、性作為的時候都應該要取得口頭同意，僅僅只問「你是否想要跟我做愛」是不夠的</p> <p>6. 如果一開始同意但後來在性互動中停止同意，他應該要口頭表達出同意的撤回(例如說不要或是喊停)或是透過物理上的抗拒(例如推開)，另一人就必須要立刻停止</p> <p>7. 為了確保該同意是有效也有意義的，必須遵守幾項規定：(a)非主動開始性行為的</p>		

	<p>那個人必須是有判斷和健全的控制能力，其沒有被藥物、酒精等物給支配，或者不能因強制力、脅迫或詐欺給暗中支配；(b)非主動開始性行為之人必須沒有有判斷和健全的控制能力，其非因心智障礙受到損傷，且此為主動開始性行為之人所明知；(c)非主動開始性行為之人必須不是睡著中或是無意識的；(d)主動開始性行為之人必須沒有強制、脅迫、迫使或威嚇他方進行性行為；</p> <p>8. 明知而利用受到藥物、酒精、處方或非處方藥物的行為是安帝奧克社區不容許的行為</p>		
118	<p>在決定是否同意，以及在適用「武力」、「恐懼」、「合理」等抽象模糊之法律概念的時候，法律無法單純採取一個中立的解決之道。在每個案件的適用中，法律都無可避免的選擇了某個立場。認為中立、客觀的標準，卻由於該混亂的情形、缺乏共識的認定、模糊的標準，使得法律實際運作不良，亟需明確的規定規制。</p>	<p>1. 本段刪除 2. 於末尾加入： 而所謂同意人「無瑕疵的有效同意」的有效性，在行為人與被害人對意願的認知不同時，若行為人要以其主觀認知作抗辯，基於同意之有效性的要件，本文以為參考美國實務上區別過失與輕率的方式，原則上可以以「過失」錯誤解讀作為抗辯，但「輕率」錯誤解讀時，則不得作為抗辯。</p>	96
119	<p>強制模式中，要求被害人必須盡全力抵抗，否則不能成立性侵犯罪，因而遭受女性主義者批評，認為這讓女性受害人陷入「抵抗就會遭來生命身體的危險」、「不抵抗就會被認為是合意性交」的兩難困境，且強制性交多為密室犯罪，時常落入雙方各執一詞的境地，使得最終只能依據有無抗拒作為認定</p>	<p>修正為： 強制模式認為是否成立性侵害，需被害人有盡全力抵抗，以有無抗拒行為作為犯罪與否的認定。</p>	96

120	<p>MacKinnon 認為法律上強暴的定義是一個男性的觀點(<i>male perspective</i>)，此定義無法充分考量女性被害者的經驗，法律上認為「合意」的性行為，除了女性想要的「性」以外，也包括女性不想要的「性」或者在不平等狀況下被強迫的「性」。</p>	本段刪除	96
121-122	<p>關於意願模式的批評，基進女性主義者認為，當我們以意願為中心建構性犯罪時，必須著重「要從誰的觀點來認定是否違反意願」的爭議，基進女性主義者認為意願是一個可疑的概念，因為也是由男性來定義何謂「合意」的，在我們的文化裡，擁有定義的權力即代表經驗、知識與實力。在男性觀點判定是否合意的情況下，真的有辦法知道女性是否願意嗎？更根本的質疑是，女性的意願本來就是在異性戀父權霸權的環境下生成，這樣的意願真的可以說是意願嗎？當對於現實的理解是性別化的，女性的「委婉拒絕」、「不想傷了和氣的拒絕」可能會被男性認定是「女人說不要就是要」、「欲迎還拒」、「故作矜持」，此時法律該採納誰的觀點呢？誰對於現實的理解才是正確的呢？依我國性犯罪的實證研究，分析妨害性自主的無罪判決，發現法院認定無罪的理由顯現出了我們對於被害人的僵固想像，例如經常以被害人沒有立刻脫逃或立刻報警；被害人受侵害後仍正常上下班、上下學；被害人為特種行業婦女或與被告為男女朋友等等作為無罪的理由。判決書本身</p>	<p>修正為：</p> <p>在不同文化背景下，性別權力的不等，使女性意願趨於弱勢依附於父權之下，使雙方對於意願有不同認知，法律亦無從決斷⁴⁹⁵，且此一模式尚忽略「非自願性癱瘓（involuntary paralysis）」或「動彈不得（freezing）」為遭遇性侵的生理及心理反應，專家認為此現象在遭受性侵時非常普遍⁴⁹⁶。</p> <p>而在歷年法律實證下，有關妨害性自主之裁判，經常會出現法院以客觀環境判斷之理由，呈現出刻板且僵直的思想，諸如被害人的反應並無驚懼表現正常，亦或者是被害女性之職業，以及行為人被害人雙方交往關係，無不凸顯父權下的性別弱勢偏差⁴⁹⁷。</p> <p>性別文化下的僵固想像，使強性交的被害人需不斷吶喊自己的不願意，也讓所謂「違背意願」的要件在應用上，不斷複製父權文化的性別思想，讓強姦迷思再製並更加固化，在實務操作上，檢察官、警察</p>	98

⁴⁹⁵ 安真慧，同註 232，頁 102。

⁴⁹⁶ Commonwealth v. Berkowitz, 537 Pa. 143, 641 A.2d 1161 (1994).

⁴⁹⁷ 安真慧，同註 232，頁 102。

	<p>顯示出司法人員對於性侵害案件中性與權力的理解與想像。</p> <p>因「性」與「權力」的不敏感以及僵化的文化想像，可能性侵害被害人往往根本還沒進入「同意」與否的情境，便已經被害了；或是被害人的陳述無法突破既有的性別文化，來說服檢警人員自己表示被害的、不願意的，而使得在強暴刑事審判中，只有拿出合理完整故事的一方才值得相信，如果在操作「違背意願」要件時欠缺性別文化與法律建構的認知與知識，強暴迷思和父權思想容易透過該標準滲入，而形成一種不正義的判斷</p> <p>此外尚有一現實上的問題是在刑事司法的實務操作下過於著重於被害人的「意願」而非加害人的「行為」的後果，會造成過度個人化、去脈絡化，變相為被害人與加害人的不對稱檢驗（被害人究竟有無同意？），造成譴責被害人的反挫，或是對於被害人的二度傷害。</p>	<p>對於性別文化的認知成為整個罪行是否成立的不穩定因素⁴⁹⁸。</p> <p>而在社會現實下，被害人的「是否違反意願」成為司法實務的著重要件，因程序的操作使被害人成為被檢驗、逼問的對象，遭受大眾懷疑的矚目造成二度傷害，被害人的「被譴責」成為難以改變的潛在歧視⁴⁹⁹。</p>	
128	<p>在女性主義浪潮興起之後，翻轉性侵害現實上的不平等是諸多女性主義者關切的焦點，積極同意模式可以說是符合女性主義以「女性的意願來定義意願」的想法，而在積極同意模式底下又有更多細緻化的論述，包括學者 Nicola Lacey 主張應該以性整全(integrity)的概念來反思性自主的內涵，學者 Elaine Craig 亦認為，Yes means yes 的積極同意模式使得法律的道德非難重點從性的處分權(sexual propriety)轉向性的整全性(sexual integrity)</p>	本段刪除	104

⁴⁹⁸ 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，第 80 期，頁 197，2010 年 12 月。

⁴⁹⁹ 安真慧，同註 232，頁 98。

144	<p>過往的消極同意模式允許行為人先以行動試探對方意願，故有女性主義者之性權派（sex positive）認為這種模式有助於女性情慾解放，讓女性可以和男性一樣進行更多的性試探，法律也給予不願意為性行動的人以言語拒絕試探的權利。但若是採取積極同意模式，反而侵害女性的情慾空間，反而無法達到充分保護女性，會扼殺掉情慾試探的空間，違反意願模式更有助於女性情慾解放。</p>	<p>修正為：</p> <p>性權派認為積極同意模式侵害女性對性慾的試探，並無充分保護女性，而主張違反意願模式相較於積極同意模式更有助於女性的情慾解放⁵⁰⁰。性權派對於近年來性侵害法律的發展抱持著質疑的態度，認為降低性侵害的成立標準，將會減弱女性在複雜的人情世故面前的勇氣和能動性，「放棄了她們本可以有的，在從勾搭到上床的各個階段，跟男人斡旋談判的力量。」其認為，隨著性侵定義的擴大，那些模糊的生活情境如禮貌砲、同情砲、安慰砲等等很容易被貼上性侵害的標籤⁵⁰¹。</p>	121-122
145	<p>亦有認為對於性別間對於「性」與「侵犯」的理解差異加以重視的論述，無法培力（empower）女性，反而是讓女性成為被害者，加深女性柔弱不堪、過度敏感或者認為女性處理問題的能力不如男性的看法。部分女性主義論者認為，確定同意標準，認為只有在明確表達同意時才能同意為該性行為，讓女性被當成是個小孩一樣，無法表達自己真正想要的，而呈現嬰兒化狀態。</p>	<p>本段刪除</p>	122
152	<p>在討論究竟應該採用何種立法模式來認定強暴之時，面臨到的便是自由與平等的難題。自由女性主義浪潮之興起，使我們肯認了女性的能動性、自主性，假定女性擁有完全的選擇自由，然而卻可能因此而複</p>	<p>修正為：</p> <p>自由與平等是我們在討論對於強性交就應採取何種立法模式時，難以抉擇的兩難。無論採取何種立法模式，似乎都會有所偏重而不得不失</p>	128-129

⁵⁰⁰ 黃羽飛，擴張強姦定義，真能保護女人嗎？，端傳媒，2016 年 7 月 5 日，<https://theinitium.com/article/20160705-opinion-huangyufei-sexualharassment/>，最後閱覽日：2021 年 6 月 1 日。

⁵⁰¹ 李佳玟，同註 88，頁 80。

	<p>製不平等的現實，使得擁有男性特權、實際造成性別不平等與傷害的加害男性，遁逃於性暴力的責任之外。當我們採用意願模式作為判定妨害性自主罪的基礎時，可能因為在刑事法律構成要件中強調當事人的自願同意，而忽略在社會關係中，信任、權力、權勢關係的脈絡下，可能不一定有符合其真意的同意，而無法真正地保護其平等地位。</p> <p>以對精神障礙者之性行為舉例，若我們過度聚焦在同意能力，可能會模糊掉其他不同意的證據，例如年齡的差異、體格的差異、僱傭地位的差異、家庭權勢的差異或是其他因素；若我們肯認其具有同意能力，普遍上可能發生的情況是：當法院認定被害人具有同意能力時，其他像是酒醉等等的因素就都被認為不再相關了，若我們否定其同意能力，反而可能造成有監護人的被害人，完全不能夠脫離家父長制的保護，而有實踐性自主的空間。</p> <p>採取同意模式會因為過度聚焦在被害人意願，造成去脈絡化的危險，然而採取強制情境模式同樣會面臨到相同難題，尤其是從脈絡化的關係來反思兩人之間的關係是否有權力不對等時，可能會使行為刑法轉向為行為人刑法；再者，我們仍要回答一個更根本的問題是，是否應該透過刑法這種法律形式的修改，來改變現實狀況的不平等？</p>	<p>去部分，保護其一卻無法保護全面，更甚者造成得一種危險局面。例如採取積極同意模式保障了受害人的自主性，卻也忽略情慾表達之自由，違反意願模式則會讓實務落入強制手段的要求弊端，苛求受害人的行為表現。</p> <p>本文肯認積極同意模式的重要核心思想「每一個人都必須充分尊重另一個人」，然筆者認為透過刑法這種法律形式的修改，來改變現實狀況的不平等並不合理，法律之意義在於法律所應解決的應該是社會問題，而並非僅解決犯罪的「人」。</p>	
155- 156	<p>至於如何對抗現在的強姦迷思現狀，基進女性主義者認為應該要「以女性意願重新建立強暴觀點」，然而本文認為另一派女性主義所主張的「認識到強暴造成恐</p>	<p>修正為：</p> <p>我國的性權派指出我們忽略了要處理性侵害之所以嚴重，是因為傷害了對身體的自主權，而不是哪個部位被摸了就彷彿是世界上最嚴重的</p>	131

	<p>懼」，是「強暴往往是因為女人恐懼才得以成功」，更為重要。</p> <p>Sharon Marcus 所聲稱的「強暴書寫性別 (rape scripts gender)」建議大家不要把強制性交當做是對女性內部空間的侵犯，而是要看作是女性性／欲取向的被迫創造成一個被侵犯的內部空間。強制性交的恐怖之處不在於我們被奪取了什麼，而是它使我們成為可被奪取的東西。我們不需要捍衛身體防止入侵，而是應該要重組我們身體的建構。想要撼動根深蒂固的強姦文化，就是徹底改變將女性身體視為財產、內部空間的想法。</p> <p>我國的性權派代表何春蕤即認為強姦可怕的並非強姦本身，而是「我們認為強姦很可怕」這件事，當我們敘述強暴的時候，往往帶有恐怖害怕的情緒，對於「強姦」的特殊對待，其實正是反映出父權對於女人身體的貞節想像，以及強化女性「被強姦了之後我該如何活下去」的恐懼。</p>	<p>事情。於此，對於媒體，在性侵害的新聞事件上做報導描述時，應有再教育之必要，諸如杜絕對於被害人當時的著裝描述，以及就性侵行為過程的鉅細靡遺描述，此種報導亦有固化父權社會對於性侵之迷思，造成廣大受害人或潛在受害人的痛苦、恐懼。</p>	
--	---	--	--

2. 註腳修正，同時更動參考資料

原 頁 數	原資料	修正	新 頁 數
42	Vanessa E. Munro, Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy, 41 Akron L. Rev. 923, 948-949 (2008).	刪除	37
76- 77	Gotell, <i>supra</i> note 234 (Lise Gotell, Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual	刪除 新增：王如玄，刑法妨害性自主罪修法後司法實踐之我見，社區發展	67

	<p>Subjects and Risky Woman, 41 Akron L. Rev. 865 (2008).), at 869.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 869.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 871.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 874.</p> <p>Wendy Brown, Neoliberalism And The End Of Liberal Democracy, 7(1) THEORY & EVENT 36, 40 (2003).</p> <p><i>Id.</i> at 364.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 365. Gotell, <i>supra</i> note 234, at 875.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 898.</p>	季刊 149 期，頁 96，2015 年 3 月。	
78	Gotell, <i>supra</i> note 234, at 169.	刪除	66- 67
79- 80	<p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 170. "a person cannot legally consent in advance to sexual expected to occur while the person is unconscious or asleep."</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 373.</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 376.</p> <p>Ibid. [A]ccording to Fish J, the refusal to recognize advance consent would impair women's "freedom to determine autonomously when and with whom they will engage in sexual relations of their choice," including in "sexual adventures that involve no proven harm to them or to others," thereby undermining "respect for the privacy and sexual autonomy of consenting adults".</p> <p>Gotell, <i>supra</i> note 234, at 384.</p> <p>Janine Benedet, Marital Rape, Polygamy and Prostitution: Trading Sex Equality for</p>	<p>刪除 修正： Janine Benedet, Marital Rape, Polygamy and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?, Rev. Const. Stud.161, 174 (2013). 蔡惟安，Janine Benedet 教授訪臺演講專輯，性侵法律改革作為社會變遷的觸媒：不同意、強制與不平等，婦研縱衡，第 105 期，頁 61，2016 年 10 月 1 日。 Gotell, <i>supra</i> note 216, at 373.</p>	68

	Agency and Choice?, Rev. Const. Stud. 161, 174 (2013). Gotell, <i>supra</i> note 234, at 373. Gotell, <i>supra</i> note 234, at 388.		
89	陳妙芬，當代法學的女性主義運動：一個法哲學史的分析，臺灣大學法學論叢，第33卷第1期，頁16，2004年1月。	刪除	75
90-91	MacKinnon 提出因為男性優勢(male dominance)也許是歷史上滲透最廣、最普遍和最強固的權力系統，而且還因為在形上學上它幾乎是完美無缺的。男性優勢的觀點成為『無觀點的觀點』(point-of-viewlessness)的標準，它的特殊性變成『普遍性』的意義。它的力量展現於共識/同意(consent)，它的權威是參與(participation)，它的無上權力是秩序的典範(paradigm of order)，而它的控制就是正當性的定義。 王曉丹，法律敘事的女性主義法學分析——最高法院二十三年上字第四五五四號判例之司法實務，政大法學評論，第106期，頁20，2008年12月。	刪除 修正： 王曉丹，從法社會的觀點論女性主義立法行動-女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌，東吳法律學報，第19卷第1期，頁54-56，2007年7月。 同前註，頁57。 同前註，頁57。 同前註，頁58。	75-76
99	何春蕤，同註21(豪爽女人)，頁11-27。 何春蕤，防暴三招，性別研究《性侵害、性騷擾》專號，第5、6期合刊，頁298，1999年6月。	刪除 修正： 卡維波，「婦權派」與「性權派」的兩條女性主義路線在台灣——為「亞洲連結會議」介紹性／別研究室而寫。參考網站： http://intermargins.net/repression/theory/difference.htm ，最後閱覽日： 2021年6月20日。	83
102-104	陳昭如，同註15(基進女性主義的強暴論)，頁218。	刪除 修正：	81

	<p>李聖傑，同註 327(從性自主權思考刑法的性行為)，頁 12-18。</p> <p>李聖傑，同註 327(從性自主權思考刑法的性行為)，頁 19。</p> <p>最高法院 99 年度第 7 次刑事庭決議內說：「……縱或如甲說之意見，亦祇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。但如此一來，倘被害人係七歲以上未滿十四歲之男女，尚得因其已表達『不同意』與行為人為性交之意，行為人不得不實行違反其意願之方法行為，而須負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責；而被害人未滿七歲者，因其無從表達『不同意』之意思，竟令行為人僅須負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責，法律之適用顯然失衡。</p> <p>四、綜上，倘乙係七歲以上未滿十四歲者，而甲與乙係合意而為性交，固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；惟若甲與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，則基於對未滿十四歲男女之保護，應認甲對於乙為性交，所為已妨害乙「性自主決定」之意思自由，均屬『以違反乙意願之方法』而為，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」。</p> <p>許澤天，刑法各論(二)人格法益篇，頁 245，2017 年。</p> <p>黃榮堅，2012 年刑事法發展回顧：法律問題之事實與表述，國立臺灣大學法學論叢，第 42 卷特刊，頁 1060，2013 年 11 月。</p>	<p>趙若傑，性／自主 - 重新思考妨害性自主罪的保護法益，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，頁 129，2015 年 11 月。</p> <p>同前註，頁 129。</p> <p>趙若傑，同註 288，頁 68。</p> <p>趙若傑，同註 288，頁 69。</p> <p>李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，頁 33，2003 年 6 月。</p> <p>高金桂，同註 59，頁 48。</p>	
--	---	---	--

	何春蕤，同註 331(防暴三招，性/別研究《性侵害、性騷擾》專號)，頁 62。		
107	<p>參考加拿大刑法。 Canada Criminal Code, RSC 1985, c. C-46. 273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), consent means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.</p> <p>加拿大的 Stender 案，雖然被害人與被告曾經在一起過，然分手之後被告以他們的性行為照片威脅被害人與之進行性行為，否則就公開照片予朋友和認識的人。而最高法院在該案中認為同意是理性告知的選擇且係自由地運作的(reasonably informed choice, freely exercised)，如果是詐欺、強迫、恐懼、暴力所得來的不是選擇，如果因為他/她的心智狀態導致其中一人是無法理解到該活動的性自然，或理解到其實是可以拒絕參與的，那這樣也不能滿足同意要求。因此同意的意義性質被拆解而被適用在屈服、不抵抗、不拒絕，甚至是明確同意但卻是出於欺詐、無意識或壓抑的意願。</p> <p>陳昭如，同註 15(基進女性主義的強暴論)，頁 230-232。</p>	刪除	87
107-108	<p>CATHERINE A. MACKINNON, SEX EQUALITY 802 (2nd ed. 2007).</p> <p><i>Id.</i> at 802.</p> <p>蘇素娥，審判約會強暴及熟識者強暴，全國律師，第 10 卷第 5 期，頁 35-43，2016 年 5 月。</p> <p>Estrich, <i>supra</i> note 111, at 1115.</p>	<p>刪除 修正： 王曉丹，同註 313，頁 81。</p>	87

117-	原文為 All sexual behavior occurring between Antioch community members on or off the Antioch College campus must be consensual. 原文為 The act of willingly and verbally agreeing to engage in specific sexual behavior.	刪除	95
118			
119	蔡聖偉，同註 101(論強制性交罪違反意願之方法)，頁 45。	刪除	96
120	CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 172-173 (1989).	刪除 修正： 陳昭如，同註 31(基進女性主義的強暴論)，頁 76。	97
121-			98-
122	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，第 80 期，頁 166，2010 年。 週愫嫻，影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究，內政部委託研究報告，頁 1- 219，2003 年；林志潔、金孟華，「合理」的懷疑？—以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見，政大法學評論，第 127 期，頁 155，2012 年。	修正： 安真慧，同註 232，頁 102。 Commonwealth v. Berkowitz, 537 Pa. 143, 641 A.2d 1161 (1994). 安真慧，同註 232，頁 102。 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，第 80 期，頁 197，2010 年 12 月。 安真慧，同註 232，頁 98。	99
128	Lise Gotell, Governing Heterosexuality through Specific Consent Interrogating the Governmental Effects of J.A., 24 CAN. J. WOMEN & L. 359, 359 (2012).	刪除	108
144	性權派是 1990 年代發展出來女性主義理論。此派認為，由基進女性主義者所推動之性暴力 的討論，讓性對女性而言是危險的，意義只有是負面的。性權派希望強	刪除 修正： 黃羽飛，擴張強姦定義，真能保護女人嗎？，端傳媒，2016 年 7 月 5 日，	121- 122

	調性對女人是歡愉的、享受的，希望提升女性在性事上的主體能動性。	https://theinitium.com/article/20160705-opinion-huangyufei-sexualharassment/ ，最後閱覽日：2021年6月1日。 李佳玟，同註88，頁80。	
145	Little, supra note 225 (Nicholas J. Little, From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law), at 11.	刪除	122
152	Janine Benedet & Isabel Grant, The Sexual Assault of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity and Mistaken Belief, 52 McGill L.J. 243, 269 (2007). Janine Benedet, The Sexual Assault of Intoxicated Women, 22 Can. J. WOMEN & L. 435, 459 (2010).	刪除	128
155-156	Sharon Marcus, Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory and Politics of Rape Prevention, Gender struggles: Practical approaches to contemporary feminism, 166-185 (2002). 韓忠謨，同註 338（刑法各論），頁 392。	刪除	131