



破除「同意」神話——基進女性主義談積極同意模式

文 | 戴郁芳 | 國立臺灣大學法律學研究所基礎法學組碩士生

一、前言：四種規範模式

在性侵議題中，有四種規範模式經常被討論，分別是強制模式、修正強制模式、違反意願模式，以及積極同意模式。李佳玟（2017）對於這四種不同立法模式進行內涵與各國立法例之詳盡介紹。在傳統性侵立法採取「強制模式」、預設被害人須積極抗拒始能成立犯罪之觀點下，開始有「說不就是不」（no means no）的倡議主張，亦即，若被害人已經明確表達拒絕時，行為人堅持繼續進行即構成性侵，此模式又被稱為「違反意願模式」。

但「說不就是不」無法解決「沒

有說不，但也沒有表示同意」之情形。倡議「積極同意」（affirmative consent）模式的陣營認為「只有說是才是同意」（only yes means yes）更能保護被害人——若當事人沒有積極地透過言語或行為表示同意與行為人發生性關係，那麼該行為該當性侵。自2010年引發白玫瑰運動的6歲女童性侵案以降¹，積極同意模式在臺灣開始受到討論（陳昭如，2013），而李佳玟（2017：110）主張積極同意模式可考慮以增訂「未經同意性交罪」之方式安置於我國刑法體系中。相較於部分婦運團體如婦女新知基金會、現代婦女基金會，以及勵馨基金會等，以此作為運動的倡議目標²，許多反

1 高雄地方法院99年訴字第422號刑事判決。該判決以6歲女童「並無反抗」為由，認為被告並無違反女童意願。

2 婦運團體相關的新聞稿與聲明等，可參考：林秀怡（2019年12月30日）；現代倡議（2017年4月14日）；紀惠容（2018年6月10日）。

對者流傳著「舉證責任倒置」，因此「破壞法秩序」、「性交前都要簽契約保護自己」等言語揶揄積極同意模式。但積極同意模式的舉證責任仍由控方負責，並不會因此轉移到被告身上，上述質疑係對於積極同意模式之誤解。

然我們也應留意，反對積極同意模式者也可能是基於女性主義的立場。例如基進女性主義法學者 Catharine A. MacKinnon 即抱持反對立場，認為「修正強制模式」較為可採。以下第二節先說明基進女性主義理論的核心，在於性侵法應促進「性平等」而非「性自主」，並批評以「意願」為中心的「違反意願模式」與「積極同意模式」。MacKinnon 認為積極同意模式有以下三個問題：第一，同意可能受到不平等「污染」（polluted）；其次，積極同意的理想在司法實踐中是不切實際的；第三，即便是「脈絡化同意」（contextual consent）概念，亦無法有效解決既有的不平等問題。第三節說明基進女性主義主張之「修正強制模式」的內涵及其在國際法上的應用、對於我國法的啟發，並嘗試回應既有的批評。於結論部分，重申基進女性主義力圖破除「同意」的神話，其主張「修正強制

模式」比起「積極同意模式」是更為理想的性侵立法模式。

二、同意不等於欲求：意願取徑的隱憂

（一）前提：性侵作為「性別不平等」的犯罪

MacKinnon（1987：85）較早期的文章關注焦點在於法律的「觀點」問題。她舉性侵（rape）、性騷擾（sexual harassment）、色情（pornography）以及暴力行為（battery）為例，批評當時將「性」（sex）與「暴力」（violence）分開觀察的觀點。她反問，這些被形塑為暴力問題而不是性的問題，是誰的法律？誰的觀點？這些問題是基於性別不平等而生，並非如同「暴力」這個看似非系統性的、偶然發生的「意外」。陳昭如（2013：218）即精確地指出了基進女性主義的根本命題運用到性侵議題時的表述：

「法律上的抽象權利客觀化了男性經驗」這個基進女性主義的命題，在性侵這個議題上可以表述為「法律上的**性自主權**客觀化了男性經驗」。³（粗體為本文所強調）

3 須留意 MacKinnon 所稱的「男性」或「女性」並非指涉生理意義，而是社會處境。詳見陳昭如（2013）一文註腳 7 的說明。



當男性的主觀經驗被客觀化為法律規定時，就產生 MacKinnon 所謂的「性侵困境」——有女人被性侵了，但法律不承認該行為是性侵⁴。此時，法律體制所保障的「性自主權」是「男性觀點的性自主權」。性侵是基於「性別不平等」的犯罪（MacKinnon, 2016: 431），因此，法律應往「促進性平等」的方向努力，而非強化（由男性觀點出發的）性自主概念。但目前無論是從「強制模式」到「違反意願模式」修法的討論，或是「積極同意模式」的主張，皆以「性侵立法係為了保障性自主權」作為前提預設。

（二）從「強制模式」到「違反意願模式」

我國舊刑法規定，性侵之行為人須達成「強制」與「性交」之要件，且前者的強制須達到「不能抗拒」的程度。強制模式最主要被批評的是被害人的抵抗義務，「未盡全力抵抗」之被害人（例如因抵抗會有生命危險而屈從等）遭遇的不是法律上承認的性侵。但「被害者須盡最大努力抵抗」反映了父權刻板印象，課予被害者過重的抵抗義務（李佳玟，2017：68）。

部分原先採用「強制模式」的國家已修正為「違反意願模式」——若行為人不顧當事人已表達「不」而從事後續的性行為時，即成立性侵。此模式探求當事人的意願是否有被違反，也就是當事人是否有「同意」性行為的發生。MacKinnon（2016：443-53）對於法律探求當事人的「同意」，有以下三點批評。首先，若性發生在性別不平等的情況中，「同意」在法律上經常被視為有效，例如：婚姻內性侵不被認為是犯罪；強迫性的屈服（例如因為害怕性病而妥協於「若有保險套才『同意』性交」）是有效的同意；買賣性則因其為有償而被認為是自願的。法律在這裡忽視了權力不對等的情形。其次，在被告主張被害人有同意、但被害人主張為性侵的「誤信同意」（mistaken belief）類型的案件中，法院往往相信被告之主張。此論點要批評的是：為何總是「被告（通常為男性）之所信」而不是「被告之所為」決定其罪責⁵？第三，同意要件也使得案件轉而調查被害人當時的想法、行為或其他表達方式，而忽略了加害人本身的行為，性侵法反而是在審判被害人。

我國 1999 年修法時，將刑法第

4 在陳昭如（2013）一文譯為「強暴困境」，詳見頁 208 以下。

5 此處存在關於性侵的「主觀構成要件」問題：是否要處罰「過失犯」？對此，李佳玟主張的積極同意模式中，有增訂「過失未得同意性交罪」的討論。詳見李佳玟（2017），頁 99 以下。

221 條至 229 條之 1 規定，從「妨害風化罪章」中獨立成「妨害性自主罪章」，且刪除「不能抗拒」之法條文字。這樣的修法方向，看似從「強制模式」修正為「違反意願模式」，但陳昭如（2010）批評，法官仍以當事人的抵抗程度衡量其意願，「不能抗拒」成為一種存在於我國司法體系中的「幽靈構成要件」；李佳玟（2017：69）亦認同陳昭如的批評，認為本次修法僅降低被害人之抗拒程度，實際上仍維持強制模式，被害人的抵抗義務仍存。即便在立法與司法上得以實際貫徹違反意願模式，其仍無法處理「單純沈默」的問題，這也是積極同意模式與違反意願模式的最主要差別：若當事人不同意性交，但未表達反對時，違反意願模式不承認這是性侵，而積極同意模式則認為該行為即為性侵。

（三）「同意」的神話：積極同意模式的死胡同

有論者主張以加拿大為代表的「積極同意模式」可解決上述性侵法的「同意」要件所存在的問題。積極同意意謂著「只有說是才算同意」，女性出於自由意願表示的同意不是性侵。支持者認

為，若積極同意成為法律上的標準，那麼女人的言說就會決定該行為是性侵與否。

不同於意願取徑主張性侵是源於「不想要的性」（unwanted sex），MacKinnon 認為性侵本質上是「不平等的性」（unequal sex）。雖然積極同意模式相較於違反意願模式是一種進展，但同意的存在並不會使當事人之間的互動變得平等，甚至同意本身也可能會受到不平等「污染」——當不平等的現狀仍存在時，「同意」仍然可能是被強制的（MacKinnon, 2005: 246），亦即，在不平等的境況下，「同意」很難是有效的。個人意願固然重要，但意願無法弭平不平等。「對於性的同意並非欲求它」⁶，只要性侵相關立法繼續以「意願」作為主軸，那麼被害人「不想要的性」，在不平等的條件下可能就會看起來像是「同意」。

除了規範層面的問題外，MacKinnon 認為在充滿多種不平等與敗壞的犯罪司法體系中，「女人的證詞會被相信」這個理想是不切實際的。積極同意模式無法解決發生於不平等境況下的默示同意（acquiescence）

6 原文為「Consent to sex is not the same as wanting it.」。請參見 MacKinnon（2005：244）。



(MacKinnon, 2016: 453-56)。美國法律協會 (American Law Institute) 發展出「脈絡化的同意」概念，作為積極同意模式之補充，主張須觀察整個脈絡，才能從行為 (behaviors)、言語 (words) 或行動 (conduct) 推論出同意，這個同意也必須是當下 (present)、明示的 (apparently) 同意。MacKinnon (2016: 455) 認為，「脈絡」的範圍與內容可能會有很大變動——它可以是原子式地 (atomistically)，也可以是留意到當事人關係的討論。「意願」 (willingness) 所能帶來的改變，並沒有平等標準來得有效。

簡言之，MacKinnon 認為性侵相關立法中的「同意」要件是不適切的。以「意願」為中心開展的積極同意模式，無法處理不平等現狀下被包裝為「同意」的「強制」情境。即使立法者採用積極同意模式，司法機關也未必能貫徹該立法目的，而走向以「被害人抵抗與否、程度如何」來檢視其意願的老路。

三、修正強制模式的提議：以促進「性平等」為目標

(一) 修正強制模式之內涵與應用

MacKinnon (2016: 474) 提議，於美國法上重新將性侵定義為「在恐嚇情況下，或使用武力、詐欺、脅迫、誘拐手段，或濫用權力、信任，依賴性或脆弱性地位，實行具有性本質的身體侵犯」⁷。在「具有性本質的身體侵犯」定義下，包含但不限於性器或其他身體部位的插入行為⁸，因此不再以異性戀男性的「有插入才算性交」的觀點定義性侵。而「在恐嚇情況下，或使用武力、詐欺、脅迫、誘拐手段，或濫用權力、信任，依賴性或脆弱性地位」則是強制情境的列舉規定。不同於積極同意模式強調「意願」，修正強制模式係以「強制」為中心，以行為人被控的行為是否「不受歡迎」 (unwelcomeness) 來判斷是否成立性侵，而不是以被害人實際參與性交是否為「自願」、「同意」

7 本句翻譯自原文：「...to redefine rape domestically as: a physical invasion of a sexual nature under circumstances of threat or use of force, fraud, coercion, abduction, or of the abuse of power, trust, or a position of dependency or vulnerability.」。請參見 MacKinnon (2016: 474)。

8 詳見陳昭如 (2013) 第二節第 2 部分關於性侵與猥褻二分的討論。此二分的缺失有二：第一，以異性戀男人的性道德觀點定義女性所受到的傷害；其次，「強制性交未遂」與「強制猥褻」的區分實際上並不明確。因此作者主張應「廢除充滿性道德意涵的猥褻概念、捨棄性交的男性異性戀中心定義」，始能保障性自主與平等。

判斷之。「受歡迎與否」比起「同意與否」更適合成為判斷性行為是否違反法律的標準，原因在於「同意」與平等概念並不切合。以工資為例，難道我們會認為，任何人只要接受不平等薪資（unequal pay）就等於「同意」了該薪資，因此使得原本存在的不平等就不復存在了嗎（MacKinnon, 2016: 451）？「受歡迎」標準在判斷一個行為是否為性侵時，更能發揮功效，MacKinnon 並舉美國法上數個實際判決作為佐證⁹。

這樣的提議在現行法制度中是否可行呢？目前使用修正強制模式最廣為人知的例子，便是盧安達國際刑事法庭（International Criminal Tribunal for Rwanda）在 *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* 一案中，承認性侵是一種種族滅絕（genocide）的手段¹⁰。性侵不一定要使用強制力，而是被定義為「在強制情境下實施之具有性本質的生理侵害」¹¹，呼應 MacKinnon 的主張。然李佳玟（2017：78）認為，修正強制模式僅能在國際法庭上處理大規模的性侵行為，無法與現行刑法

體系相容。本文認為，即使這個批評是正確的，修正強制模式對於國內法的修法方向仍有一定的啟發，如陳昭如（2013：226-27）所提出我國刑法的「強制、乘機與利用權勢之三分架構」缺失之觀察：乘機、利用權勢都是一種強制的性，但以法定刑來說，利用權勢性交罪（228 條）的法定刑為「六月以上，五年以下有期徒刑」，低於強制性交罪（221 條）法定刑為「三年以上，十年以下有期徒刑」。在基進女性主義的觀點下，「利用權勢」應該是「基於性別不平等情況」的其中一種方式，不需另訂條文即可處理；且「利用權勢性交」與「強制性交」同樣都是不平等的性，法定刑的極大落差亦造成前者在規範評價上是較可被法律所容忍的行為，此種立法無法促進性平等。

（二）既有的批評與可能的回應

李佳玟（2017：77）認為修正強制模式可能會抹煞了想以性換取利益（例如：藝人的演出機會）的弱勢群體的自主，這些群體不見得希望這

9 請參見 MacKinnon（2016：451）。MacKinnon 在註腳 74 以數個判決說明「不受歡迎」標準在具體個案中的判斷方式與結果。

10 關於「種族滅絕」概念包含「女性滅絕」（gynocide）以及性侵作為酷刑之一的簡介，見陳昭如（2009：226）。

11 此翻譯參考自李佳玟（2017：67）。



樣的行為該當性侵。但本文認為，上述「以性交換利益為何會成立性侵」的主張，更可能來自於被告立場的辯詞。若當事人認為，自己以性去交換各種利益（包括工作機會等）並不成立性侵時，一開始就不會選擇進入司法程序。且基進女性主義更傾向於問另一種問題：「為何工作機會或利益需要以性交換？」在這個情境下即為性別不平等的反映。以藝人用性換取工作機會為例，若受害者主張性侵，違反意願模式會認為，當事人沒有說「不」，因此不成立性侵；積極同意模式則可能有正反雙方見解的歧異——此情形並非有效的同意，或是為了要承認當事人以性換取利益的能動性而判定該同意為有效；修正強制模式則會認為，當事人處於「需要以性來換取工作機會」的不平等處境，被告之行為該當「濫用脆弱性地位」，應成立性侵。

另一批評是「不平等結構」是不清楚的構成要件，由此延伸出的「系爭行為是否受歡迎」的「不受歡迎」標準亦欠缺明確性（李佳玟，2017：79）。本文認為，MacKinnon 將「不平等」情況的強制性由高到低列舉出來，符合明確性。但「不受歡迎」作為判斷一個行為是否為性侵的標準時，MacKinnon 係以實際判決來進行論證，亦即，該標準係在普通法的脈

絡下透過判決的方式具體化。若要在我國法體系中置入 MacKinnon 式的修正強制模式，可能需要以更確切的文字定義何謂「不受歡迎」，始能符合明確性的要求。

四、結語：破除「同意」神話

MacKinnon 並不認為「所有」的性都是性別不平等情境下的產物，也非如同批評者所論的「反性、恐性」，而是提醒論者切勿過度誇大「同意」的功效，因為「強制」很有可能在性別不平等的情況下被包裝成「同意」的樣貌，以意願為中心的積極同意模式有可能繼續鞏固這樣的現狀。

那麼性侵立法下一步該何去何從呢？既有見解如陳昭如（2013：233）所指出，雖然應採何種立法模式尚無定論，但確定需要處理因將性交與猥褻二分而有的「強制、乘機、利用權勢」三分架構的缺失；李佳玟（2017）則從加拿大「積極同意」模式出發，討論增訂刑法「未得同意性交罪」與相關配套規定之可能性。若要改善現行刑法的缺失，本文認為除「積極同意模式」以外，或可參考 MacKinnon 以促進「性平等」而非「性自主」為出發的「修正強制模式」。先落實平等，才有可能產生真正自主的「積極同意」。

參考文獻

- 李佳玟（2017）。〈說是才算同意（Only Yes Means Yes）——增訂刑法「未經同意性交罪」之芻議〉。《臺北大學法學論叢》，103：53-118。
- 林秀怡（2019年12月30日）。〈要保障也要解放～實踐積極同意模式的性自主，如何可能？〉。取自 <https://www.awakening.org.tw/news/5352>
- 紀惠容（2018年6月10日）。〈性，只有說願意才是願意〉。取自 https://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBHYaB31aBOMaB30aBMRaB39aBNYaB34&Class1=aBXLaB33
- 現代倡議（2017年4月14日）。〈only YES means YES 沒有同意，就是性侵〉。取自 https://www.38.org.tw/initiative3.asp?p_kind2=only%20YES%20means%20YES
- 陳昭如（2009）。〈讓「女人」成為人的名稱〉。《臺灣民主季刊》，6（3）：223-228。
- 陳昭如（2010）。〈「不能抗拒的幽靈」〉。《司法改革雜誌》，80：22-23。
- 陳昭如（2013）。〈基進女性主義的強暴論〉。《思想》，23：207-233。
- MacKinnon, C. A. (1987). Sex and violence: A perspective (1981). In *Feminism unmodified* (pp. 85-92). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (2005). Unequal sex: A sex equality approach to sexual assault. In *Women's lives, men's law* (pp. 240-48). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (2016). Rape redefined. *Harv. L. & Pol'y Rev*, 10(2): 431-77.