



積極同意，你同意嗎？

文 | 李佳玟 | 國立成功大學法律系教授

今（2021）年1月，最高法院作出110年台上第1781號刑事判決。在這個涉及性侵的案件裡，最高法院肯定了「Only Yes Means Yes」、「她（或他）說願意才是願意」概念，首次表達對於性犯罪立法中之積極同意模式的支持。所謂積極同意模式，最簡易的定義，就是指行為人在進行性行為之前，必須先得到想要進行性行為對象之明確的正面同意。如果不是先得到相對方的正面同意，性行為就侵害了相對方的性自主與身體自主權。

積極同意模式與判決同時肯定之「No Means No」、「說不就是不！」（學說稱之為「違反意願模式」）不同，違反意願模式要求行為人把性之相對方的拒絕當回事，不應自行假定對方

的拒絕只是惺惺作態，嘴巴說不要，心裡其實是要。違反意願模式雖然也把重點放在對於相對方意願的尊重，一改傳統認為，性侵害罪要成立，行為人必須使用強暴脅迫等強制手段。但是當相對方對性邀約保持沈默，並未回應 yes or no 時，採用積極同意模式者，會認為這時相對方沒有正面 say yes to sex，行為人就不能貿然行事，沒有得到相對方正面同意之前就做，就會造成侵害；相對之下，採用違反意願模式者會認為，相對方如果不想進行，會開口 say no，既然相對方沒有表示拒絕，行為人並不是不能進行。爭執點在於當相對方沒表示什麼時，行為人能不能預設對方已經同意？

對照本案一、二審的判決來看¹，

1 一審：屏東地院 108 年侵訴字第 50 號判決；二審：高雄高分院 109 年侵上訴字第 53 號判決。這號最高法院判決於 2021 年 1 月入選最高法院刑事具有價值判決。

本案犯罪事實其實涉及強暴、恐嚇方式實施性交行為，既有的法律規定就可以處理，法院原本用不到「Only Yes Means Yes」，甚至是「No Means No」的概念。或許因為被告以「被害人於事件發生時未立即對外求救」等理由上訴最高法院²，最高法院因此在判決中詳細闡述了積極同意的理念，駁回被告的上訴：

任何性行為都應建立在相互尊重，彼此同意的基礎上，絕對是「No means No」「only Yes means Yes」，即「說不就是不！」、「她（或他）說願意才是願意！」、「沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意！」。申言之，要求性主動的一方有責任確認對方在「完全清醒」的狀態下「同意」（但排除對未

滿16歲、心智障礙、意識不清、權力不對等或以宗教之名行誘騙之實者）之行為，鼓勵「溝通透明化」並「尊重對方」。因此，對方沉默時不是同意，對方不確定或猶豫也不是同意，在對方未同意前之任何單獨與你同行回家或休息，只能視為一般人際互動，不是性暗示，又同意擁抱或接吻，也不表示想要性交，即對方同意後也可反悔拒絕，無所謂「沒有說不行，就等於願意」或有「半推半就」的模糊空間，避免「性同意」成為性侵害事件能否成立的爭議點。猶不得將性侵害的發生歸咎於被害者個人因素或反應（例如不得將被害人穿著曝露或從事與性相關之特殊行業等作為發生性行為的藉口，或指摘被害人何以不當場求救、立即報案、保全證據，或以被害人事後態度自若，仍與加

2 其他的上訴理由包括：被害人事後並未等待友人前來即獨自與其離開，被害人未通知友人被害人的行蹤，以及被害人事後未立即報案及保全證據，相當程度訴諸強暴迷思。



害者保有曖昧、連繫等情狀即推認被害者應已同意而合理化加害者先前未經確認所發生的性行為），卻忽視加害者在性行為發生時是否確保對方是在自願情況下的責任。

從倡議者過去幾年與法律界互動的經驗來看，這號判決對於積極同意倡議者是一個相當大的鼓勵，司法界不僅聽到倡議者的聲音，還進一步地將倡議內容放在判決裡。雖然婦運團體在過去幾年相當程度達成共識，各以不同方式倡議積極同意模式³，積極同意的說法在網路上也頗有聲量⁴，但是在修法倡議過程中，倡議者不僅面對鄉民關於「以

後上床做愛是不是要先簽同意書，或是安裝行房記錄器？」的嘲諷，還面對法律人之「積極同意模式讓舉證責任倒置，將會違反無罪推定原則」、「刑法必須謙抑」等質疑。即便積極同意模式在我國司法體系的前途未卜⁵，法律修正前法院在多大程度可以在個案中引用積極同意模式的概念也有討論空間，這個判決代表著積極同意模式有被司法體系接受的可能，修法成功的可能性不再無法想像。

由於過去幾年的倡議能量相當程度地集中在法律的修正⁶，直接對話的對象多為法律人，使得積極同意模式

- 3 以臺灣幾個重要的婦運團體為例，婦女新知基金會在 2012 年就在倡議手冊中鼓吹積極同意模式。參見：婦女新知基金會，〈做親密愛自主——從無法抗拒到積極同意〉，2012 年 12 月，網址：<https://www.awakening.org.tw/active/3/index.html>；現代婦女基金會則是在 2017 年召開記者會倡議積極同意模式，自此成為臺灣社會倡議積極同意模式的中堅力量，參見：現代婦女基金會，〈only YES means YES 沒有同意，就是性侵〉，2017 年 4 月 14 日，網址：<https://www.38.org.tw/initiative3.asp?pkind2=only%20YES%20means%20YES>；勵馨基金會於 2018 年舉辦國際研討會加入積極同意模式的倡議，參見：勵馨基金會，〈他山之石——瑞典積極同意權在台灣可行嗎？〉，2018 年 5 月 31 日，網址：https://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBLQaB3laBJVaB30aBXVaB38aBPJaB38&Class1=aBJRaB32。此外，臺大曾在 2016 年 4 月時邀請加拿大不列顛哥倫比亞大學教授暨女性主義法學研究中心聯合主任 Janine Benedet 到臺灣。在此訪問行程中，Benedet 教授分別在臺大、婦女新知與勵馨等地方，就加拿大積極同意模式進行介紹，對於臺灣婦團認識此一模式的法律細節有不少的幫助。臺大的演講紀錄，參見：蔡惟安，〈性侵法律改革作為社會變遷的觸媒：不同意、強制與不平等〉，《婦研縱橫》，105：56-64。
- 4 例如：女人迷，〈讓性愛體驗更愉快，五張圖帶你認識「積極同意」〉，2019 年 1 月 4 日，網址：<https://womany.net/read/article/17587>
- 5 110 年台上第 1781 號刑事判決做出之後，後續有兩個判決引用這號判決見解：最高法院 110 年台上第 2496 號刑事判決與高雄高分院 109 年侵上訴字第 100 號刑事判決。前者涉及強制性交，後者涉及利用他人熟睡的乘機性交與強制性交，兩者都與 110 年台上第 1781 號刑事判決一樣，可以用現行法來處理，因此雖然有三個判決闡述積極同意理念，至今尚無判決顯示積極同意模式已對我國司法實務產生實質的影響。
- 6 婦女新知基金會於 2018 年至 2020 年舉辦多場修法諮詢會議與座談會，第一場對外的座談會為「刑法妨害性自主罪章修法計畫——分區座談（臺北場）」，時間：2018 年 9 月 14 日，網址：<https://www.awakening.org.tw/civicrm/event/info?reset=1&id=37>

對臺灣社會的意義是什麼，包括性侵害犯罪不同的立法模式對應著何等性別政治與社會意涵、修法倡議者是否挑戰、翻轉或創造了社會關於親密關係或是性主體的想像、積極同意模式的倡議是否預設了特定的溝通方式、是否預設了特定社群的互動方式而排除其他，一直沒有被討論。需要被追問的，甚至包括積極同意模式的立法前提——保障性自主，是否是性別弱勢者獲得性別正義所應追求的目標？倡議者在挑戰現狀時，對於法律的能力是否有過於美好的想像？在一個變動與逐漸分化的社會中，作為規範所有人之法律可以扮演何等角色？積極同意修法倡議是否指向真正平等的未來，還是無助於改善不平等的現實，反而協助製造平等的假象？面對「積極同意不應入法，應只作為教育或是社會倡議的內容」之主張，提醒了我們，本應最根本地培育平等與尊重概念的性平教育，何以一直沒有扮演其所被期待的角色？在積極同意倡議過程中，又能夠扮演何種角色？種種問題都需要更多的討論，如此，相關辯論中不曾被明說，但卻影響每個人的狀況想像與價值預設，才能在討論過程中被揭露與釐清。本期「積極同意」專題的目的，就是希望開啟與積極同意有關之社會、政治、溝通、教育等議題的討論，邀請撰寫的文章雖然對於前述議題有所論述與主張，但期待

的是不同領域研究者的加入，開啟更多的研究與更深刻的對話。

專題中前兩篇文章，談的就是積極同意模式所代表的社會意涵、文化想像與溝通模式。沈秀華的〈以「積極同意」重構性主體與性政治〉從社會學與性別研究的角度切入，她看到各種立法模式背後的文化預設，以及所代表的性別秩序。她認為，著重尊重拒絕意思的違反意願模式，與傳統以強制手段存在為前提的強制模式一樣，都是建立在「男主動，女被動」、「性為男人天性，為其陽剛氣質的重要部分」的性別文化之上，這兩個模式將會強化女性為性的受體的性別邏輯，不僅貶低女性的主體性，更讓女性必須承擔起讓男人的性不成為社會問題的責任。她對於積極同意模式的支持，來自於這個模式不僅能讓受暴者不再成為司法的檢視對象（你到底抵抗了沒？拒絕了沒？），更重要的意義在於翻轉既有性別與親密關係文化，培力女人的性主體性，提供一個有利於社會「發展尊重彼此性自主的性主體與親密關係的學習框架，讓我們與性的關係，不再是以羞愧（shame）、暴力與隱晦的社會關係與意義作連結。」

不過，沈秀華雖然肯定採用積極同意模式有助於建立性別正義，她注



意到在臺灣社會倡議積極同意模式的困難。她指出，臺灣社會表面上「好像已具有相當的性自由空間，但實質上隱晦、羞恥及禁忌仍主導我們對性的論述、認知及相關政策」。她認為，臺灣社會「需要對於性的慾望與愉悅持有正面肯定的公開語彙與想像，我們才能夠擁有適當的詞彙，不會羞於開口徵詢彼此的性意願。」李佩雯在〈A Body of One's Own：以溝通理論想像性的積極同意實踐〉有類似的觀察。她發現，臺灣社會與其他社會一樣，有恥於談性、不知道自己是什麼樣性主體的問題。如果臺灣不少人「連自己是怎樣的性主體都不清楚，也無法開口談論性，那麼現今法律便不該修訂改採性的積極同意模式，去處罰文化上尚且不懂得如何開口確認性合意的人。」然而，兩人一致地認為，文化並不是阻礙法律變革的藉口。沈秀華認為，既然既有的法律規定鼓勵了有人可以性慾望或以愛之名對他人施暴，臺灣社會就應該不能再容忍這樣的事情一再發生。她犀利地質問，以臺灣社會還沒準備好積極同意反對修法，持續支持現行法律，究竟偏袒了誰的利益與權力？李佩雯則是看到文化的可變動性與非均質性，在她的教學經驗裡，不少女學生表示「開口邀約性並不是一件特別困難的事，所以她們相當支持積極同意修法

倡議，認為現行法律並不足以保護她們的性自主。」除了文化至少在部分人身上已經有所轉變之外，最重要的是，如果抽象層面上同意個人的身體與性自主權有如私有空間應受到高度尊重，法律就不應該給予個人不足的保護，雖然每個人的溝通能力都有提升的餘地。

積極同意模式的運作在於參與者之間可以平等地溝通，李佩雯除了指出溝通是一個傾聽、提問與回應相互穿插循環的意義建構過程，不只是訊息交換這麼簡單之外，她尚且注意到溝通的文化性。她指出臺灣社會的溝通風格與西方社會的直來直往不同，人們傾向於用委婉間接的方式表達意願。不過，她強調，指出這一點，並不是讓人用來主張相對方「不，其實是要」的藉口，而是要求在性的互動過程中，性的發動者必須更為細緻地解讀相對方所傳達的訊息，在意義無法確定的情況下，要以追加問句的方式確認相對方意願。基於對於臺灣溝通文化的體認，李佩雯進一步地主張，「每個不同的社會文化應當視其文化中所傾向的溝通屬性來倡議性的積極同意協商」。這樣的觀點豐富了積極同意的討論，對於倡議者與司法實務工作者都是相當好的啟發。

李佩雯課堂上遇到的年輕女學生，在王儷靜之〈「積極同意模式」的教育作為——情、理、法〉一文中，有更清楚的面貌。大學女性雖然相較於之前更有性的自主意識與性的實踐，但是王儷靜發現「某些基本的困惑或困境還是存在」。由於「情慾甚少成為教育上的課題，協助學生建立對性的觀點、形塑自己的性主體的課程幾乎不可見」，不少學生對於親密關係的想像，還是以偶像劇中浪漫愛為參考對象。因而偶像劇中那些被沈秀華視為性暴力根源之「男主動、女被動」的性別腳本，具體影響了年輕男女在性上的互動，產生出「我聽朋友說過，有時她們不想，但是男友就壓上來，男生力氣比較大，也反抗不了」，以及「有時女生口頭說不要，但不是真的不要，所以沒有拒絕應該就算是同意吧！」的認知落差。王儷靜因此認為，一直以來，學校的性教育與情感教育遠遠無法對應學生的經驗，適當的性教育與情感教育不僅要教導身體自主權、性自主權、情慾探索，還不能自外於性別權力關係，如此才能夠真正解決不知道怎樣表達慾望、也不知道怎樣有效拒絕、性自主意願不受尊重的困境，這些都是實踐積極同意模式所需要的能力。對於如何透過教育培育懂得與人平等互動的性主體，她除了提出「國際性教育指

導綱要」以及「歐洲性教育準則」作為參照之外，她建議，與其以法律恐嚇學生，不如設計情境，幫助學生想像性別權力關係的壓迫，並鼓勵學生提出想法，發展策略。她的建議讓沈秀華與李佩雯所看到之文化與法律的落差，有具體改變的作法。

雖然相較於傳統模式與違反意願模式，積極同意模式被認為是一個較為進步的立法模式，但並不是所有的女性主義者都支持。戴郁芳的〈破除「同意」神話——基進女性主義談積極同意模式〉引用 Catharine A. MacKinnon 的理論，質疑在不平等結構底下，看似出於自由意志的同意，依然可能被不平等污染。即便採用脈絡化的同意，希望參照當時脈絡，更仔細地判斷當事人給出的同意是否出於自由意志，戴郁芳也懷疑此種做法真能每次都能給出適切的判斷，因為「脈絡」到底納入什麼，個案中可能會有很大的變動。戴郁芳同意 MacKinnon 的論點，既然性侵害是基於性別不平等的犯罪，性侵立法就應以「性平等」而非「性自主」為修法的目標。沈秀華與戴郁芳在性侵本質上是不平等的性這件事上應該會有共識，她們不同的地方毋寧在於：「同意」（consent）這個概念是否如基進女性主義者所說，已經客觀化男性經



驗，因此不可能成為改革性侵立法的重點？另一個重點是，法律應該對不平等結構下的性處理到何等程度？基進女性主義者所強調之「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」，或許可以用擴張積極同意模式中之濫用權勢性侵的範圍，調整刑度的方式來處理，這是基進女性主義者對於積極同意模式相當好的啟發。不過，就王儷靜發現之「不能拒絕太多次，對方會覺得妳不愛他了」，積極同意模式無法處理的情況，基進女性主義者是否會以「不受歡迎」（unwelcomeness）作為標準，認定這種情況是性侵？最後可以進一步討論的是，如果說積極同意模式沒有改變讓被害人成為審判中探究的對象，基進女性主義者之性是否「不受歡迎」，能否擺脫這種讓被害人成為審判焦點的困境？

蕭宏祺的〈積極同意：同志與酷兒研究難以面對的痛〉提供對於積極同意模式的另一種挑戰。蕭宏祺認為，婦運團體倡議的積極同意模式並沒有把男同志社群文化包括進去。他指出，一方面，大部分的「男同志空間充滿著積極的性暗示並鼓勵性行為的發生」，有自己一套性倫理學，未

經同意的撫摸與親吻相當常見，要男同志使用積極同意模式並不可行；另一方面，「許多經歷過『性侵害』的男同志會多少認為『自己要負責』（進廚房就不要怕熱，願賭要服輸），或者『不承認』自己被性侵了」。「男同志圈更多性實踐上的困擾不是性騷擾，而是自身缺少性機會，在泛性的文化中，他們努力健身變性感，多數期待擁有更多性機會，即便不好的性，也是性成長的勳章。」蕭宏祺認為，男同志之所以不出聲反對積極同意模式，是因為擔心「怕倡議失焦，並喚起恐同團體對『男同志與酷兒都是性淫亂』的汙名記憶」。

蕭宏祺的觀點頗能激發「積極同意模式是否預設了特定社群的互動方式而排除其他」的後續討論。不過，他的文章也提到「許多學者或意見領袖公開呼籲男同志社群應思索自己把這些掠奪性的侵犯常規化（normalized）」，以及「男同志過度『性化』的生活實踐中，常常加深性騷擾的正當性」，對照沈秀華所說的，「主流性腳本下的男性性暴力受害者，會被視為不是『真男人』，因為真男人只能是性的發動者、不該是性的受體，這也使得男性性受暴者很難談論與承認自己的受害身份」，男同志社群是否均質地支持泛性文化，因此認

為只有在行為人對被害人強暴脅迫或下藥的情況下，才構成性侵害，有待更多討論。

不過蕭宏祺與其他人更根本的差異，或許是文章中酷兒理論部分帶出的性權派（sex positive）觀點，而不是男同志社群與其他社群的差異。這一點不僅表現在他所引用的某個關於同意與性侵之關係的圖表裡，有一個部分是「not consensual but not sexual assault」（不同意但不是性侵），在結論中，蕭宏祺提到，「這麼多年的婦女運動，特別在『後女性主義運動』下希望女性喜歡自己的身體與性別，享受、感覺『性』，而不是恐懼『性』，在此框架下，女性應該從小『培力』自己，而不是成為男性凝視下服務男性性慾的工具；但在『積極同意』框架上，女性被馴化成一個不斷『監控』自己有沒有吃虧，而不是在覺察自己的慾望、滿足自己的需求。」這是很典型的性權派論述。積極同意模式倡議者真的「恐性」嗎？若是，我們怎樣解讀希望透過積極同意模式破除臺灣社會恥於談性的沈秀華、畫出一張性意識心智模擬圖的李佩雯，以及認為該在性教育與學生探討女性情慾的王儷靜？倘若存在「一開始不願意但是後來也不討厭」這種會被積極同意模式是為性侵的情況，法律上是否以

告訴乃論的方式讓當事人自行斟酌是否提告就可以？

最高法院 110 年台上第 1781 號刑事判決給予積極同意模式倡議者不小的鼓舞，不過，從本期收錄的文章來看，積極同意模式需要更廣面向的研究，以及更多的對話。或許共識並不必然在這樣的過程中被達成，但至少我們可以逐漸釐清，那些在相關辯論中不曾被明說，但卻影響每個人的想像與價值預設。