

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

以未得同意為核心的妨害性自主罪章修訂

The Amendment of Sexual Offenses Chapter in the  
Criminal Code with Focus on Consent

謝沂庭

I-Ting Hsieh

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor: Yu-Wei Hsieh, Ph.D.

中華民國 109 年 1 月

January 2020

國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

以未得同意為核心的妨害性自主罪章修訂

The Amendment of Sexual Offenses Chapter in the  
Criminal Code with Focus on Consent

本論文係 謝沂庭 君（學號:R05A21055）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國109年1月16日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

謝煜偉

口試委員：

謝煜偉

李任瑛

薛智仁

## 中文摘要

刑法中的性自主與一般自由有何不同？1999年修法後，刑法第221條、第224條中增加了「其他違反其意願之方法」，最高法院於97年度第5次刑庭決議後，明白地採取強制手段不要說。這些改變彰顯了性自主的侵害重心在於意願的違反，不必然需要強制手段的實施。事實上，透過檢視我國妨害性自主罪章的各罪以及性騷擾防治法第25條的性騷擾罪，本文指出刑法中本就存在了不使用強制手段、性自主也會遭受侵害的情況。既然現行法中存在這些不需要強制手段，仍侵害了被害人性自主的犯罪類型，其實就暗示了性自主之保護確實不同於需要強暴、脅迫等不法手段侵害才處罰的一般自由。

本文接著說明性的自由與一般自由的不同之處，在於性在文化與道德中的特殊意義。確認性自由不同於一般自由後，本文引用了Isaiah Berlin「消極自由」和「積極自由」的區分，說明性自主的侵害其實包括對性的「消極自由」和「積極自由」的侵害，未使用強制手段的犯罪類型，侵害的就是性的積極自由一個人為性領域中唯一有權決定者。刑法不應只在特定狀況下，處罰對性積極自由之侵害，應該設立一般性的、對性積極自由侵害的處罰，因此本文認為必須修法。

本文在第四章正式介紹加拿大的未得同意模式—本文認為採取「未得同意模式」(yes means yes)比「違反意願模式」(no means no)更貼近對性自主侵害的型態。本文參考了加拿大的模式、研究者提出的同意形式、以及我國判決對於違反意願的判斷後，提出了我國應採取的同意標準：客觀的言語或行為的表達。在第五章，本文以未得同意做為性自主侵害的核心，重新檢視及修正現行刑法第16章的相關規定。

關鍵詞：性自主、強制性交罪、違反意願模式、未得同意模式、加拿大刑法

## Abstract

What's the difference between sexual autonomy and liberty in the Criminal Code? After the amendment of Criminal Code in 1999, Article 221 and 224 added the element "other means that against the will", in 2008, Taiwan Supreme Court concluded that sexual assault no longer established by the proof of using force during 2008 5<sup>th</sup> Criminal Divisions Conference of the Supreme Court of Taiwan. These changes show that the core of sexual assault is unwillingness, which is not necessarily connected to the use of force. In fact, through examine Sexual Offenses Chapter in the Criminal Code and Article 25 of Sexual Harassment Prevention Act, this article points out that there are certain types of sexual offences that don't need the proof of using force to establish. Since this kind of offenses exists in current Criminal Code, it implies that the protection of sexual autonomy under Criminal Code is indeed different from the protection of liberty, which requires the proof of using force to establish.

This article then elaborates the difference between sexual liberty and general liberty, which is the special meaning of sex that lies in our culture and sense of morality. After that, this article quotes "negative liberty" and "positive liberty" established by Isaiah Berlin to elaborate that the concept of sexual autonomy includes sexual "negative liberty" and "positive liberty", and those sexual offences that don't require the proof of using force are the crimes that violate sexual positive liberty—the individual is his or her own master in the field of sexual contacts. Criminal law should not only punish violations of sexual positive liberty in certain circumstances, but also establish general punishments for violations of positive sexual freedom. Therefore, this article considers that the law must be amended.

This article formally introduces the Canadian model of affirmative consent in

Chapter 4, and suggests that adopting the "yes means yes" approach is more closely related to violation of sexual autonomy than the "no means no" approach. This article refers to the Canadian model of affirmative consent, the various forms of consent proposed by other scholars, and the judgment of "against the will" in Taiwanese courts, and then proposes the standard of consent that should be adopted: objective expression by words or behaviors. In the fifth chapter, this article takes the consent as the core of violation of sexual autonomy, and re-examines and revises the relevant provisions of Chapter 16 of the current Criminal Code.

Keywords: sexual autonomy, sexual assault, against the will model, affirmative consent model, Canadian criminal law

## 目錄

第一章 導論.....	1
第一節 研究動機-----	1
第二節 研究方法與範圍-----	2
第二章 妨害性自主罪章之介紹.....	4
第一節 1999 年的重要修法-----	4
第二節 對違反意願要素之學說、實務見解-----	8
第一項 1999 年修法後的學說看法.....	8
第一款 強制手段不要說.....	8
第二款 強制手段需要說.....	8
第二項 1999 年修法後的實務看法.....	11
第三節 與強制手段無關的妨害性自主諸罪-----	13
第一項 乘機性交猥褻罪.....	13
第二項 與未成年人猥褻性交罪.....	16
第三項 利用權勢性交猥褻罪.....	18
第四項 詐術性交罪.....	21
第五項 性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪.....	22
第一款 立法分析.....	22
第二款 與強制猥褻罪之區分.....	24
第三章 妨害性自主罪章之分析.....	27
第一節 性自由與一般自由-----	27
第一項 刑法上的一般自由法益.....	28
第二項 性自由法益與一般自由法益之區別—從傷害的觀點而論.....	31
第三項 文化中的性.....	34
第二節 性自由與性自主之區分-----	37
第一項 消極自由的概念.....	38
第二項 積極自由的概念.....	40
第三項 小結.....	41
第三節 現行法之不足-----	46
第四章 未得同意性交猥褻罪的提出.....	48

第一節 修法模式的選擇	48
第二節 加拿大的未得同意模式	52
第一項 <i>R. v. M. (M.L.)</i> 案	54
第二項 <i>R. v. Park</i> 案	55
第三項 <i>R. v. Esau</i> 案	58
第四項 <i>R. v. Ewanchuk</i> 案	64
第五項 <i>R. v. J.A.</i> 案與 2018 年的刑法修正案	68
第三節 未得同意之判斷	73
第一項 未得同意的外在表現?	73
第二項 我國判決對違反意願的認定	78
第一款 文獻回顧	78
第二款 實際案例分析—【淡江大學夜景案】	82
第三款 小結	92
第四節 我國應採取之標準	96
第一項 同意的形式	96
第二項 事前同意?	100
第三項 同意於訴訟程序中之證明	102
第五章 未得同意性交猥褻罪的引入	104
第一節 性行為之具體範圍：性交、猥褻與性騷擾	104
第一項 性交行為	104
第二項 猥褻行為	109
第三項 性騷擾行為	113
第二節 同意之瑕疵	116
第一項 受詐欺之同意	118
第一款 <i>R. v. Hutchinson</i> 案	120
第二款 同意範圍、詐欺與傷害之關係	123
第二項 利用權勢取得之同意	127
第三項 未成年人之同意	131
第四項 精神障礙者之同意	133
第五項 條文修改建議	135
第三節 未得同意的加重類型	137
第一項 強暴與脅迫	138
第二項 恐嚇	142
第三項 其他違反其意願之方法	144
第四項 條文修改建議	145

第四節 刑法第 222 條之各款加重事由-----	146
第一項 二人以上共同犯之者.....	147
第二項 對未滿十四歲之男女犯之者.....	150
第三項 對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者.....	152
第四項 以藥劑犯之者.....	153
第五項 對被害人施以凌虐者.....	154
第六項 利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者.....	155
第七項 侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者.....	156
第八項 攜帶兇器犯之者.....	157
第九項 其他加重規定以及條文修改建議.....	158
第五節 過失犯-----	159
第六章 結論.....	164
參考文獻.....	172

# 第一章 導論

## 第一節 研究動機

在 1999 年以前，強姦罪與強制猥褻罪，皆訂定在妨害風化章節之中。1999 年修法時，刑法第 16 章被一分為二，將第 230 條之前的規定改稱為「妨害性自主罪章」（第 16 章），第 230 條至第 236 條則移至新闢的 16 章之 1，並維持妨害風化罪章的名稱。<sup>1</sup>參照立法院的修正說明：原刑法第 221 條至第 229 條等相關條文所侵害之法益，實乃個人性自主決定權與身體控制權，原刑法將強姦、強制猥褻罪等相關罪名置於第 16 章「妨害風化罪」之下，不僅將使受害人身心飽受傷害，更難以超脫名節之桎梏，致人誤解性犯罪之行為本質與侵害法益，從而將現行法妨害風化罪章依其性質區分為「妨害性自主罪章」與「妨害風化罪章」<sup>2</sup>。透過罪章名稱的修改，我們可以發現立法者已將強姦與強制猥褻罪正視為對個人性自主的侵害，而不再是對社會上善良風俗、性道德的侵害。也就是說，對於個人性方面的侵害已經從社會法益轉為個人法益的侵害。

自此，學說與實務將對於性的侵害定位為對於性自主的侵害，學說上多認為強制性交罪之保護法益為個人之性自主權。而所謂的性自主權，指個人對每一次性行為的進行，具有接受與否的自由支配權利<sup>3</sup>。然而，在刑法第 26 章的妨害自由罪章中，也針對侵害個人意思決定自由的類型，訂定了妨害自由罪的規定（刑法第 304 條）。在構成要件的結構上，可以觀察到，強制性交猥褻罪與強制罪的相似之處。刑法第 304 條的強制罪，係以強暴脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利為要件，在強制性交猥褻罪的情況，如果被害人並無意願，而行為人卻以強暴脅迫等方法與其性交或者猥褻，正是使其行無義務之事，另外一方面，也是

<sup>1</sup> 蔡聖偉（2016），〈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》，3 期，頁 5-23。

<sup>2</sup> 立法院公報處（1999），《立法院公報》，88 卷第 1 期（上），頁 224-233。臺北：立法院。

<sup>3</sup> 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第一講保護法益〉，《月旦法學教室》，19 期，頁 97-104。

妨害被害人決定是否為性行為的權利，所以這兩個不法類型都是保護同一個自由法益。<sup>4</sup>

這使得本文好奇，既然侵害的都是個人法益，何以要從「一般自由法益」中區分出「性自由」？從刑度觀察，可以發現，刑法第 304 條妨害自由罪為 3 年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金，而刑法第 221 條強制性交罪為 3 年以上 10 年以下有期徒刑，後者的處罰遠較前者重。為何刑罰認定人在性方面的選擇遭到強暴脅迫，會比其他意思決定自由受到侵害來得更嚴重？或是說，性自由比起一般自由，有何更高的保護價值？

近年來，對於「性自由」或「性自主」之保障，從 1999 年修法前要求「至使不能抗拒」才構成強姦，到目前刑法第 221 條列舉了「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」，重心成為意願的違反，再到最近李佳玟教授主張應採取「未得同意模式」，除了尊重個人之性自主決定權之外，更可讓不同狀況的被害人都能夠受到保護<sup>5</sup>。至此，在構成要件的結構上，由於逐漸放寬行為人使用不法手段此要件，使得妨害性自主之罪與妨害自由之罪越來越不相同。如果我們能夠說明，單純的意願違反，就能夠表彰性自主受侵害的態樣，那麼現行刑法的設計是否符合這樣的設定？是否能透過對刑法第 221 條「其他違反其意願之方法」的解釋，來涵蓋所有性自主法益受侵害的犯罪類型？如果現行法已經無法透過解釋的方式來涵蓋，那站在立法的考量上，又應該採取怎麼樣的立法模式？

## 第二節 研究方法與範圍

為了探討我國刑法中「性自主」以及「一般自由」的概念，進一步區分其相

---

<sup>4</sup> 黃榮堅(2004)，〈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 1-142。

<sup>5</sup> 李佳玟(2017)，〈說是才算同意 (Only Yes Means Yes) — 增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，103 期，頁 53-118。

同及相異之處，以及妨害性自主是否需要強制手段為之的問題，本文將蒐集我國既有的法學文獻，針對現行法中的侵害性自主法益之罪與強制手段之間的關係做出分析，再輔以實證研究的資料、文化中的性、政治哲學對自由的討論，說明「性方面的自由」的確有其不同於一般自由法益之內涵。而研究範圍的部分，本文所探討的刑法上「性自主」概念之範圍，限於刑法第 16 章的妨害性自主罪（刑法第 221 條到第 229 之 1 條）以及性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪。

確認了「性自主」有不同於自由法益之內涵後，本文將試著說明，性自主的核心內涵在於性意願的範圍內，有無受到他人的侵害，因此不應該、也不必要將行為人有無使用強制手段，納入侵害性自主罪的構成要件中。為了在刑法上更完善的保障性自主，本文將探討加拿大刑法的「未得同意模式」，從加拿大立法、實務上對於「未得同意」之判斷，國外文獻提出的各種同意形式，輔以我國實務上對於違反意願之認定，做為立法上之參考。最後，以未得同意做為刑法上性自主侵害的核心，提出我國妨害性自主罪章的修正條文。

## 第二章 妨害性自主罪章之介紹

為了理解我國法如何保護性自主，特別是性自主的侵害與強制手段之間的關聯，本文將在本章，對我國刑法之妨害性自主罪章做一個回顧。欲探討我國刑法現行妨害性自主罪章，不可不提 1999 年刑法的大幅度增修，其中最關鍵的修法在於將原本的強制性交等罪名，從妨害風化罪章移至現在的妨害性自主罪章，可以說是性犯罪整體定性的意義上，最具有重要性的一次增修，構成了現行有關性犯罪刑法的大致風貌，但同時也留下了爭議，有待釐清。

除了強制性交猥褻罪以外，我國刑法在妨害性自主罪章，也規定了若干非使用強制手段的性犯罪，包括乘機性交猥褻罪、與未成年人猥褻性交罪、權勢性交猥褻罪、詐術性交罪。另外，與性自主相關的性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪，也設有刑事處罰的規定，因此將一併介紹及討論。而由於本章之問題意識是探討現行法中，性自主與強制手段之間的關聯，因此在以下論及各罪之學說、實務見解時並不會針對犯罪構成要件的爭點逐一介紹，而是會著重在何以該罪之構成要件要求或者不要求強制手段之原因。

### 第一節 1999 年的重要修法

在 1999 年修法之前，我國刑法第 16 章為妨害風化罪，條文為第 221 條至第 236 條，其中第 221 條至第 229 條分別規定了強制性交罪、加重強制性交罪、強姦殺人罪、強制猥褻罪、乘機性交猥褻罪、強制性交猥褻罪之加重結果犯、對未成年人之性交猥褻罪、利用權勢性交或猥褻罪以及詐術性交罪。這些犯罪，以現在的通說見解為保護個人性自主之犯罪，惟在 1999 年修法之前，立法者不僅將這些條文列於妨害風化罪章之下，多數學說上也認為這些犯罪的保護法益，是同

時包括了善良風俗以及個人自由。

甘添貴教授認為舊刑法之妨害風化罪，乃為有害於健全性風俗之犯罪，而以性秩序或健全之性風俗為其保護法益。性生活係社會存續之一重要條件，保護健全之性生活秩序，實有其必要。惟在本章各罪中，如強姦罪、強制猥褻罪等，除妨害性秩序或性風俗外，亦兼侵及個人之性自由。<sup>6</sup>韓忠謨教授認為，刑法之於善良風俗，雖無倡導培植之積極效能，而於既有之優美傳統，則力予保持，亦即對傷風敗俗之行為，明定犯罪類型，加以制裁。其中人類節制性慾生活之善良風俗，通常以社會風化稱之。其有妨害之者，刑法特規定妨害風化罪，以資制裁（刑法第十六章）。<sup>7</sup>而刑法所定妨害風化之罪，雖以背德之性慾行為為其共同因素，然各罪於妨害善良風俗之外，往往侵害他種法益，其犯罪之構成，亦頗多變異。其中背德性慾行為妨及被害人之自由等重大法益者，屬於此類之罪，有強姦罪、準強姦罪、輪姦罪、強姦而故意殺被害人罪，強制猥褻罪，準強制猥褻罪，乘機姦淫罪，乘機猥褻罪，詐術姦淫罪，姦淫未滿十六歲女子罪，對未滿十六歲男女為猥褻行為罪，強姦致死或致重傷罪，強制猥褻致死或致重傷罪，乘機姦淫致死或致重傷罪，乘機猥褻致死或致重傷罪。<sup>8</sup>蔡墩銘教授認為，姦淫罪乃以強暴脅迫或其他不法之方法侵害被害人之性的自由而成立犯罪。刑法雖將姦淫罪規定為妨害風化罪，即以其為對社會法益之犯罪，惟仍重視人格自由之一之性的自由，要非認其為純粹對於社會法益之犯罪，此關強姦罪等罪皆屬親告罪，可見一斑。準上可知，姦淫罪之立法在於保護社會風化及個人之性的自由。<sup>9</sup>

1999 年修法後，就舊刑法所規定妨害風化罪章的部分，新修正的刑法分為妨害性自主罪以及妨害風化罪兩個罪章。妨害性自主罪章是刑法第 221 條至第 229 條的規定，規範強制性交以及強制猥褻類型的犯罪。名之為妨害性自主，用以表明此類行為所侵害之法益的基本性質。妨害性自主罪章中，強制性交罪的構

<sup>6</sup> 甘添貴（1984），《刑法各論（上）》，頁 362，臺北：五南。

<sup>7</sup> 韓忠謨（1980），《刑法各論》，頁 256，臺北：自刊。

<sup>8</sup> 韓忠謨，前揭註 7，頁 256。

<sup>9</sup> 蔡墩銘（1969），《刑法各論》，頁 350，臺北：三民。

成要件以及告訴乃論的修正，可以說是此次刑法修正中一個主要的重點。<sup>10</sup>

在強制性交罪方面，1999年修法前之舊法規定為：「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者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論。前二項之未遂犯罰之。」1999年修法後，新法規定為「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。前項之未遂犯罰之。」而1999年修法時，也在刑法第10條第5項新增了性交的定義：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。」

就強制性交罪的新舊法差別而言，黃榮堅教授整理出以下幾點：<sup>11</sup>

1. 擴大保護對象及於男性（對於男女），易言之，男性也可以是被害人。
2. 本罪的構成要件不再以行為人的行為使被害人「無法抗拒」為要件，而是只要行為人以違反相對人意願之方法為而為性交，即可構成強制性交罪。
3. 新修正刑法第10條增加第5項對於「性交」一詞的定義，表明「性交」不僅止於以往所理解的男女性器官的接合，而是也包括其他部位或利用工具之接合。經過此一定義，可能構成強制性交罪的範圍就大於舊有強姦罪的範圍。
4. 對於普通強制性交罪降低法定刑，而比較嚴重的情形，則併入第222條處理。

整體而言，立法者藉由本次的修法，包括罪章的修改以及立法院的修正說明，欲達成對性自主的保障。這樣的修法受到部分學者的贊同，如黃榮堅教授認為，本次修正以落實性自主之自由法益的保護，其基本方向值得肯定。長久以來強暴事件不斷危害國內婦女人身安全，然而在告訴乃論的規定，一方面在制度上使得潛在的行為人有恃無恐，另一方面在觀念上助長一般人對於此類事件價值判斷上的倒置，亦即以被害人為可恥，而行為人反不以為恥的心態。如此惡性循環的結

<sup>10</sup> 黃榮堅（1999），〈刑法增修概說〉，《臺灣法學雜誌》，2期，頁205-212。

<sup>11</sup> 黃榮堅，前揭註10，頁205。

果，使得強暴事件層出不窮，而婦女人人自危。因此，告訴乃論的修正應該有助於使社會往健康面發展。<sup>12</sup>但亦有學者對修法提出質疑，如林山田教授就認為，性刑法草案將舊法規定「至使不能抗拒」的強制程度，視為「違反性自主」的精神，此誠屬思考上的謬誤。事實上，為了體現性自主的精神，才要求被害人對於行為人的強制行為嚴肅而努力地加以反抗。草案的說法正符合目前社會的主流思考模式，例如面對外敵的入侵可能性，不會有不惜一戰或誓死反抗到底的主張，反而強調導致投降的「和平」，這是喪失自主權與主體性的失敗主義，正是違反自主的精神，而非體現自主的精神。<sup>13</sup>

在自由主義與個人主義的觀點下，刑法應該處罰的是造成實際侵害的行為，而非社會上多數人認同的善良風俗或道德，否則在行為人沒有造成實際侵害的情況下，則會過度侵害到個人的自由（例如處罰男男性行為）；又因為社會中的每個人都具有獨特性與差異性，刑法不應只因為少數人的行為舉止冒犯了多數人的道德態度，就制裁不符合社會上主流價值之行為。<sup>14</sup>因此對於 1999 年性刑法的修正案，將侵害社會風化的強姦罪改為侵害個人性自主的強制性交罪，確實是走在正確的方向上。惟仍留下不少解釋學上的疑問，與本文欲探討之性自主與強制手段關聯的最重要部分為：

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。」則「其他違反其意願之方法」此一概括條款，是否仍要求有前面例示之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之手段相當性，抑或是僅需判斷有無違反意願已足？若採取後者的判斷，則在解釋上便會取代了前面不法手段的要求，使本罪喪失「強制被害人」之本質。

以下，將分別整理學說與實務對上述問題之探討。

---

<sup>12</sup> 黃榮堅，前揭註 10，頁 206。

<sup>13</sup> 林山田（1999），〈性與刑法—以強制性交罪為例〉，《台灣法學雜誌》，2 期，頁 43-52。

<sup>14</sup> 黃榮堅，前揭註 4，頁 15-21。

## 第二節 對違反意願要素之學說、實務見解

### 第一項 1999 年修法後的學說看法

關於強制性交罪以及強制猥褻罪中，條文所指「其他違反其意願之方法」是否需要強制手段？而這個概括條款和其他不法手段之關係為何？關於此議題，以下將粗略分成「強制手段不要說」以及「強制手段需要說」：

#### 第一款 強制手段不要說

許玉秀教授認為，所謂「違反被害人意願」，在這裡顯然比「被害人意思自由受到壓抑」涵蓋更廣，而接近於日常用語「非心甘情願」的意思。一般人平常皆可能基於各種因素心不甘情不願地做成任何決定，都符合這裡所謂「違反意願」之情形。<sup>15</sup>柯耀程教授認為，在刑法第 221 條中，違反他人意願的認定，是為於他人具有自由意思狀態下，而為違背他人性意願之性交行為者，此不論使被害人不能抗拒或是不及抗拒，均屬之。<sup>16</sup>鄭逸哲教授認為，刑法第 221 條和第 224 條，其所謂的「違反其意願」，其實是指「欠缺有效的同意」而言。<sup>17</sup>

#### 第二款 強制手段需要說

此說為學界大多數學者所採。盧映潔教授認為，法條之所以規定「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等」在於這些手段具有使被害人不得不屈從的「明顯功效」，

<sup>15</sup> 許玉秀（1999），〈妨害性自主罪與打擊錯誤〉，《台灣法學雜誌》，2 期，頁 115-122。

<sup>16</sup> 柯耀程（2010），〈情人看招（糟）！〉，《月旦法學教室》，66 期，頁 18-19。

<sup>17</sup> 鄭逸哲（2010），〈與未滿 16 歲人進行性接觸之刑法適用——評析最高法院 99 年度台上字第 4894 號刑事判決和最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議〉，《法令月刊》，61 卷 12 期，頁 35-48。

從而被害人在這樣一個不願意的狀態下遭受行為人的侵犯。因此，強制性交猥褻罪的基本結構應該理解為：行為人採取可以使被害人不得不屈從的強制手段→使被害人自主意願遭到壓抑→在違反被害人意願情形下→對被害人為性交或猥褻行為。<sup>18</sup>黃榮堅教授認為，舊法的「至使不能抗拒」意義在於對本罪作為侵害自由法益犯罪類型的基本定位，問題出在於過去實務上的判決，對於個案中被害人是否已經受到強制，在事實認定上出了問題。這樣的問題可以透過正確的解釋方法來解決，亦即現有的強制性交罪的規定，仍以「至使不能抗拒」為要件，只不過也出現相同的問題，亦即，法官適用法律時，是否能夠有如此的正確認知。<sup>19</sup>

李茂生教授則針對強制性交罪以及乘機性交罪做出比較，認為強制性交罪所規範的是行為人對被害人的「知與能」進行壓制，進而為性交的行為；其含有行動自由法益以及性自主權的侵害。反之，在乘機性交罪的情形，因被害人已不能或不知抗拒，所以行為人未對被害人「知與能」進行壓制，而逕為性交的行為，其僅侵害性自主的法益，而未對被害人為行動自由法益的侵害。但兩者之刑度相同，唯一能妥善解釋此一詭異的刑度問題的方法，是著眼於強制性交罪雖然對於強制手段的要求弱化，但仍必須為一定手段違反被害人的意願。而此一手段，因解釋上僅能是作為，所以與其相對應，可利用第 15 條不作為犯的規定，將乘機性交罪解釋為以不作為的方式侵害人身或行動自由，進而妨礙性自主之規定。如此一來，強制性交罪是以積極行為違反他人意願並妨礙性自主；反之乘機性交罪則是利用消極的不作為（不為救護），在被害人陷於特定情事的情形下，與之性交。在這種理解下，始能合理地解釋兩罪為何法定刑相同。<sup>20</sup>

許恒達教授從分析強制猥褻罪與性騷擾罪之脈絡中，認為舊法要求被害人需達到「至使不能抗拒」的標準過度嚴格，但不代表本罪的構成要件可以自外於被

<sup>18</sup> 盧映潔（2003），〈「猥褻」二部曲：論公然猥褻罪兼評台灣高等法院八十六年上易字第一一九號判決、台東地院八十七年易字第五三六號判決、板橋地院八十八年度訴字第一五五六號判決、宜蘭地院八十八年度訴字第二九號判決〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 233-245。

<sup>19</sup> 黃榮堅（2011），〈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》，40 卷特刊，頁 1795-1841。

<sup>20</sup> 李茂生（2015），〈2014 年刑事法發展回顧：刑法謙抑性的再檢視〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷特刊，頁 1507-1533。

害人自主性自主意思的壓抑或削減，相反地，正因為修法放棄了嚴格的「至使不能抗拒」要件，解釋上更應該把握住本罪的立法宗旨，此即行為人排除、壓抑或削減被害人反抗能力。<sup>21</sup>

王皇玉教授認為，修正後的強制性交或猥褻罪，仍必須以存在強制手段為必要，但此強制手段只需達「低度強制」的程度即可。亦即不以行為人施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術為必要，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，即屬行使強制手段。例如行為人在牆邊或捷運上以身體阻擋被害人逃脫而性侵；將被害人載到自己家中、汽車旅館或荒郊野外性侵。前述行為均是行為人先行製造一個使被害人無助或難以逃脫的外在不自由環境，儘管沒用到強暴、脅迫等侵害生命身體健康的強制手段，也應認為構成強制性交或猥褻罪。

22

蔡聖偉教授認為，我國立法者透過前導例示概念，業已窮舉了強制罪構成要件中所列出的全部強制手段（強暴與脅迫），因此在解釋「其他方法」時，就只能著眼於這些強制行為態樣以外的方式。但在另一方面，概括條款與前導例示概念均屬引發同一法律效果的構成要件選擇要素（Tatbestandsalternativen），立法者透過形式同等位階（gleichrangig）的方式串連，藉此也同時宣示了各個選擇要素在不法內涵上的等價性。因此，法律適用者在解釋概括條款時，必須參酌前導例示概念在大方向上的指引（性自主受到壓抑、性行為的選擇自由被剝奪），才能維持選擇要素之間的等價性。一個能夠同時滿足這些要求的解釋，就是將概括條款的適用限於「行為人利用行為時業已存在的強制狀態」。所謂的強制狀態（Zwangslage），與前導例示概念相對應，包括了物理和心理兩方面。而此處所稱的「利用」（Ausnutzung），則係指性接觸正是透過該種特殊強制狀態所促成（或是至少變得更容易）。由於這些影響意思自由的因素在行為前便已存在，行為人

<sup>21</sup> 許恒達（2013），〈乘機襲胸案刑責再考——評台灣高等法院台中分院 102 年度侵上訴字第 47 號判決〉，《台灣法學雜誌》，233 期，頁 150-162。

<sup>22</sup> 王皇玉（2010），〈引狼入室〉，《月旦法學教室》，87 期，頁 26-27。

自然沒有再為任何強制行為的必要。<sup>23</sup>

## 第二項 1999 年修法後的實務看法

在 1999 年修法後，最高法院在解釋強制性交罪的違反意願要素時，同時可以看到支持與反對強制手段需要說的判決。

支持違反意願之方法仍需要強制手段的判決，例如最高法院 96 年度台上字第 6736 號刑事判決認為：

「在解釋第二百二十四條強制猥褻罪中所謂『其他違反其意願之方法』時，自不得僅以為著重於保護被害人之意願，不論行為者施用何種手段，只要係以違反被害人意願之方式而為之猥褻行為，即成立本罪。是本條所謂「其他違反其意願之方法」，似應指行為人仍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，足以壓制被害人性自主決定權，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，均構成之刑法妨害性自主罪章之強制猥褻罪。」

反對違反意願之方法須要強制手段的判決，例如最高法院 96 年度台上字第 5773 號刑事判決認為：

「所謂『違反意願之方法』而為性交，不以與「強暴、脅迫、恐嚇」之強制手段相當為必要。易言之，凡足以造成被害人性決定自主意願受妨害之任何手段均與之相當。因此，性交行為，祇須行為人施用上開手段而於違反被害人性意願之情況下為之，即與本罪所定之要件相當，至行為人所用之方法是否以使被害人處於不能抗拒、難以抗拒或無從抗拒之狀態，俱與本罪之成立無關。」

最高法院在 2008 年 9 月 9 日做出了關鍵的 97 年度第 5 次刑庭決議，表示：「民國八十八年四月二十一日修正前刑法第二百二十四條第一項，原規定『對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為者，

<sup>23</sup> 蔡聖偉 (2016)，〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 41-109。

處……。」所謂『他法』，依當時規定固指類似於強暴、脅迫、藥劑、催眠術或與之相當之方法。惟該條文於八十八年四月二十一日修正時，已修正為「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，而為猥褻之行為者，處……（修正後僅有一項）。」依立法理由說明，係以原條文之『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要『拼命抵抗』而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正為『違反其意願之方法』（即不以「至使不能抗拒」為要件）。則修正後所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，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、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，始符立法本旨。」

最高法院此決議明白採取了「強制手段不要說」，往後的實務見解也大致上遵循此決議的方向。<sup>24</sup>此決議的做出，最大的導火線是彰化地院 97 年度訴字第 712 號判決，也就是媒體上所稱的「強行舌吻五秒案」<sup>25</sup>，該案引起社會大眾的不滿，婦女團體更開記者會痛批「法官大人需要進行性別課程訓練，以符合新時代法律的人權精神。否則，這樣違背人心的判決，司法體系無法保護人民權益，倒成了負面的法律反教材，誤導民眾、引誘犯罪！」<sup>26</sup>對於此決議做成背後的理由，學者分析，「強行舌吻五秒案」激起輿論的強烈批判，行政院應婦女權益促進會之要求成立專案小組。就在該專案小組派員前往司法院晤談的前一天，最高法院作成本決議。由此可合理推測，最高法院當初恐怕只是為了平息輿論砲火，才在倉促之下做成該決議。<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> 如最高法院刑事判決 97 年度台上字第 6117 號、最高法院刑事判決 102 年度台上字第 3692 號、最高法院刑事判決 105 年度台上字第 2115 號。

<sup>25</sup> 自由時報網站，<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/222818>（最後瀏覽日：30/12/2019）

<sup>26</sup> 婦女新知網站，<https://www.awakening.org.tw/topic/2058>，（最後瀏覽日：30/12/2019）

<sup>27</sup> 蔡聖偉（2018），〈最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向〉，《月旦法學雜誌》，276 期，頁 5-21。

### 第三節 與強制手段無關的妨害性自主諸罪

以上所討論的，是行為人使用強制手段（雖然在實務在 97 年度第 5 次刑庭決議後已經認為不需要），違反被害人意願，進而與之為性交或猥褻行為的侵害性自主的犯罪類型。但是翻開我國刑法的妨害性自主罪章，可以發現除了是類犯罪類型以外，尚有其餘未使用強制手段、並且非明確違背被害人之性行為決定意思的類型，分別為：刑法第 225 條之乘機性交猥褻罪、第 227 條之與未成年人猥褻性交罪、第 228 條之權勢性交猥褻罪、以及第 229 條之詐術性交罪。除了刑法內的罪名以外，性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪，也設有刑事處罰之規定，因此將在本節探討各項罪名。

#### 第一項 乘機性交猥褻罪

刑法第 225 條第 1 項規定：「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。」本罪與刑法第 221 條之區別在於，行為人並非運用「強制手段」，而是「利用」行為客體之固有狀態，包含「精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形」，而行為客體因為自身的固有狀態而「不能或不知抗拒」。

許玉秀教授分析，本條之行為客體，或者是失去知覺、意識的人，或者是昏迷或睡眠中的人，或者是完全偏離社會一般人認知常軌的人，例如有幻聽、幻覺的人或正在使用毒品的人；或者行為控制能力較一般人弱的人，例如：酒醉的人或躁鬱症患者；或者是知覺能力較低的人，例如弱智的人，或是肢體殘障的人。以上這些人都處於不知危險存在或知道危險但沒有能力逃離危險的狀態。不知危險的原因可能因為失去知覺或知覺能力較低，知道危險而無力逃離是因為肢體殘障。而綜合這些例示情況的概括情況，只能從不知危險或知道危險但沒有能力逃

離這個內涵上去演繹。而被害人的不知危險，必須不是行為人造成的才可以<sup>28</sup>，如果是行為人導致被害人不知危險，應該屬於第 221 條的其他違反其意願之方法。第 225 條與第 221 條的根本差別在實施方法，但本質上二者都是明顯違反被害人意思。<sup>29</sup>

李聖傑教授則將第 225 條定位為性自主的擬制侵害，指出性自主權的保障，就其根本的思考，不在於性自主的權利被什麼樣的行為破壞或是在什麼情況下被侵害，真正的規範核心應該是，所有的人都應該正視並且絕對尊重每一個人在每一個時刻所表達出來的性的自主意識。也因為這個規範核心的建立，刑法第 225 條可以就客體不同拆解為兩部分，當客體不能知道或不知道危險存在而無法表達其自主意願時，則行為人的行為可以被認為是擬制地侵害了性自主權的存在，而如果當客體知道危險的存在卻因失去抵抗能力無法逃離時，則行為人的行為是屬於明顯違背了被害人之性自主意識的表達，是性自主意識的直接而當然的侵害，此時從妨害性自主罪的保護法益而言，其不法內涵的認定並不必要與擬制的侵害性自主權的行為作相同要件的理解。<sup>30</sup>

值得注意的是，近年來蔡聖偉教授主張，第 221 條的概括條款包含了「行為人利用既存的強制狀態遂行性交的目的」的情形，從侵害法益的面向來說明，乘機性交罪的不法核心雖然也在於性自主決定權，也就是在性的範疇不受他人決定的自由，但強制性交罪還更進一步地保護被害人對於具體性交行為的實際意願（行為時的具體自由意思）。利用肢體障礙人士無法反抗而遂行性交目的，依照前述通說的區分判準，由於被害人係屬不能抗拒，而此種欠缺抵抗能力的狀態並非行為人所製造，所以也只成立乘機性交罪。然而，被害人於行為當下若仍具有

---

<sup>28</sup> 實務上同此見解者，最高法院 71 台上 1562 判例：刑法第二百二十一條第一項強姦罪、第二百二十四條第一項強制猥褻罪，與第二百五條第一項乘機姦淫罪、同條第二項乘機猥褻罪，其主要區別在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判別之標準。如被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成者，應成立強姦罪或強制猥褻罪。如被害人不能抗拒之原因，非出於犯人所為，且無共犯關係之情形，僅於被害人心神喪失或其他相類之情形不能抗拒時，犯人乘此時機以行姦淫或猥褻行為者，則應依乘機姦淫或乘機猥褻罪論處。

<sup>29</sup> 許玉秀（2003），〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢何謂性自主？兼評臺北地院九一年訴字第四六二號判決〉，《台灣法學雜誌》，42 期，頁 16-36。

<sup>30</sup> 李聖傑（2003），〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，10 期，頁 1-40。

意識，並且也表明了反對性交的意思，就應該成立強制性交罪，如此才能充分評價整體犯行的不法內涵。<sup>31</sup>

在實務上，針對「不能或不知抗拒」，最高法院亦有詳盡的解釋<sup>32</sup>。其強調本條的重點在於對智能障礙等狀況者性自主權的尊重與保障，而其客觀身心狀況應以被害人是否有性的認知進而據此為同意的能力為判斷標準。<sup>33</sup>

另外，在現行法中，應如何區分刑法第 222 條第一項第三款之「對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者」以及乘機性交罪？在大部分學說都要求第 221 條之強制性交罪需要有一定程度的強制手段之情況下，第 222 條之加重強制性交罪自然也需要強制手段，因而與不需強制手段的乘機性交罪，並不會有區分上的困難。但若是如現行主流實務見解的觀點，第 221 條的強制性交罪不再需要強制手段、僅需違反意願的話，就會產生如何區分第 222 條及第 225 條的困難。

綜合上述，乘機性交猥褻罪之所以不要求行為人之強制手段，理由在於行為人「利用」被害人之固有狀態，無論是精神上、身體上的障礙、抑或是酒醉或熟睡<sup>34</sup>，都描述了一個被害人無法表達意願（或者沒有足夠能力了解並表達性的意願）的情境。誠然，在解釋上，「其他相類之情形」應相當於「精神、身體障礙、心智缺陷」此種固有的生理障礙，導致其不知或不能抗拒。因此，酒醉或熟睡的

<sup>31</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 95-98。

<sup>32</sup> 最高法院 103 年度台上字第 4570 號判決：「……又刑法第二百五條第一項之乘機性交罪，除以行為人之性交行為係利用被害人精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形外，尚須被害人『不能或不知抗拒而為性交』始足當之。此因刑法妨害性自主罪章保護之法益，為被害人之性自主決定權，倘被害人因上開精神障礙等情形，而無性自主決定之能力，而行為人利用此狀態與之性交，即無合意可言。又成年智能障礙者雖心智功能與適應行為落後同儕，但其性之發展與同儕一致，生理上擁有成熟的生殖系統、生育能力，心理上亦有建立親密關係之社會需要，其性慾需求與常人無異。是以，國際人權之發展，對智能障礙者之性關係，已從嚴禁、忽略，進展至關懷、接受階段，即應承認身心障礙者擁有自由、自主、統合與身體安全、性平等、性健康之權益，同時亦應促進對身心障礙者尊嚴之尊重，避免其等因心智缺陷而淪為他人性慾之客體，是依立法理由『被害人狀態之認定，不以被害人是否領有身心障礙手冊為判斷之依據，而係以被害人身心之客觀狀態作為認定之標準，以與保護被害人之意旨相呼應。』關於『被害人身心客觀狀態』，則應具體認定被害人是否有性之認知進而為同意之能力……。」

<sup>33</sup> 李茂生，前揭註 20，頁 1526-1527。

<sup>34</sup> 實務見解認為熟睡亦屬「其他相類之情形」。詳見 48 年台上字 910 判例。有學者採取反對見解，認為單純熟睡，不足以評價成心神喪失相類的情形，也非屬不能抗拒，因為熟睡中的婦女，一旦有人欲對其為性交或猥褻行為，則必驚醒而抗拒。若不予抗拒而行為人也無強制行為，則非刑法要制裁的行為。詳見林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，頁 244，台北：元照。

狀態，應不屬於立法者所預想的「其他相類之情形」。本文認為，實務之所以會擴大其他相類情形之解釋，應是認知到，不管因何種理由而不知或不能抗拒，行為人逕自（欠缺強制手段）予以性交猥褻之行為，都已侵害了被害人自我決定要不要為性行為的性自主法益。如果刑法第 221 條不需要強制手段的話，在此處只能解釋為，第 222 條第 1 項第 3 款的行為客體，尚未達到如 225 條的不知或不能的狀態，尚能夠表達一定程度的意願，而行為人針對這樣的意願予以壓制，故論以第 222 條的加重強制性交罪。<sup>35</sup>

正如李聖傑教授指出，就法益本質而言，身體自由的利益就不當然是性自主權保障的必要部分<sup>36</sup>，乘機性交猥褻罪的存在，彰顯了不需強制手段也侵害性自主的狀態，在被害人無法表達意願時，刑法是擬制行為人的行為是被害人不想要的。如此的立法預設，促使本文去思考性自主權保障的真正意涵。

## 第二項 與未成年人猥褻性交罪

刑法第 227 條為與未成年人為性交猥褻罪。本罪之構成要件，並未規定強暴、脅迫等行為方式。林東茂教授認為，依照體系性的解釋，行為人如果運用強制手段，成立強制性交或猥褻罪；如果沒有強制手段，則屬於合意性交或猥褻罪。<sup>37</sup>甘添貴教授認為，本罪之設，乃因被害人年齡稚幼，發育未臻完全，且無同意性交之能力，遂以法律特予保護，故事實上縱曾獲其本人同意，自仍成立本罪。<sup>38</sup>顯然，本罪不要求行為人使用強制手段，原因在於行為人是未違反未成年人意願的。盧映潔教授認為，本罪乃依客體年齡因素，以保障身心健全為規範目的，故客體

---

<sup>35</sup> 李茂生教授指出，「乘機性交罪的『不能或不知抗拒』，若與第 222 條相對比，將使得行為人在被害人精神障礙、欠缺比較嚴重的情況下實行性交時，得適用乘機性交罪；反過來，若被害人尚具有微弱的精神意識時，因被害人可能會有非常微弱的抵抗或拒絕，此時行為人將構成第 222 條第 3 款的加重強制性交罪。前者刑期是 3 年以上 10 年以下，而後者則是 7 年以上有期徒刑，如此將產生輕重失衡的現象。」參見李茂生，前揭註 20，頁 1524-1532。

<sup>36</sup> 李聖傑，前揭註 30，頁 21。

<sup>37</sup> 林東茂（2018），《刑法分則》，頁 82，臺北：新保成。

<sup>38</sup> 甘添貴（2015），《刑法各論(下)(修訂四版)》，頁 269，臺北：三民。

的同意亦無刑法上評價的重要性，因而本罪與強制性交罪的區別應在本罪係在無壓制的情況下所為。<sup>39</sup>類似見解，如蔡聖偉教授認為，本罪之保護法益為幼童自主決定能力的發展可能，適用不以雙方合意為要件，無論雙方對性行為是否有合意，都不會影響構成要件的該當與否。<sup>40</sup>

值得思考的是，按照現行實務見解，刑法第 221 條、第 224 條的強制性交罪、強制猥褻罪不再需要強制手段的壓制、僅需違反意願即可，則在行為人未運用強制手段，對未成年人為性交或猥褻的情形，應如何與本罪區分？比較合理的解釋，為視未成年人意願的違反與否，論刑法第 221 條、第 222 條或第 227 條。若已違反意願，且未成年人之年齡為 14 歲以下，則論以刑法第 222 條之加重強制性交罪或第 224 之 1 條之加重強制猥褻罪<sup>41</sup>；若已違反意願，且未成年人之年齡為 14 歲以上 16 歲以下，論以刑法第 221 條或第 224 條之強制性交猥褻罪；若無違反意願，則論以刑法第 227 條之與未成年人猥褻性交罪。但這會產生一個問題：如果未成年人的性意願不夠完整、對性的認知不夠成熟，去判斷其意願有沒有違反是沒有意義的，因為他本來就因為年紀幼小而沒有同意性交的能力。那麼，為何要因為違反本罪之客體的意願，而設計加重強制性交的規定？<sup>42</sup>

如果本罪的保護法益並非性自主，而如部分實務判決所言，保護法益為幼年人之自我身心健全成長權利<sup>43</sup>、國民健康的公共利益<sup>44</sup>；或如學說所言，保護法益為自我身心健全成長權利<sup>45</sup>、幼童自主決定能力的發展可能性<sup>46</sup>，則有無違反未成

<sup>39</sup> 盧映潔（2018），《刑法分則新論（十三版）》，頁 411，臺北：新學林。

<sup>40</sup> 蔡聖偉（2011），〈論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院九十九年第七次刑事庭決議〉，《月旦裁判時報》，8 期，頁 65-69。

<sup>41</sup> 最高法院 99 年度第 7 次刑事庭決議：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對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，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」則未滿七歲之幼童，無論有無違反意願都適用二二二條之加重。有學者即批評，最高法院是選擇性的擴張刑法的適用，違背了罪刑法定主義。詳見：李佳玟（2010），〈違反罪刑法定的正義〉，《台灣法學雜誌》，160 期，頁 1-3。

<sup>42</sup> 因此有學者認為，第 222 條第 1 項第 2 款應刪除。詳見：盧映潔（2010），〈「意不意願」很重要嗎？——評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 164-173。

<sup>43</sup> 最高法院 101 年度台上字第 2154 號判決。

<sup>44</sup> 最高法院 103 年度台上字第 3987 號判決。

<sup>45</sup> 盧映潔，前揭註 39，頁 411。林東茂，前揭註 37，頁 83。

年人的意願，確實不重要，因為幼童不懂什麼對自己好、什麼對自己不好，即便是「符合意願的性」，刑法第 227 條仍帶有濃厚家父長色彩的判斷，告訴未成年人不得發生性交或猥褻行為。在這樣的理解之下，本條所保障的就不是少數學者主張的個人性決定自由<sup>47</sup>。但本文認為，既然刑法第 221 條、第 222 條都以「違反意願」作為要件，也能夠適用於被害人為未成年人的情況，未成年人的意願在刑法上應該還是有判斷的空間。

最後，與未滿 16 歲之人為性交或猥褻行為，而未使用強制手段也未違反其意願者，是否可以解釋成第 225 條的「不知或不能抗拒」？在最高法院 99 年度第 7 次刑庭會議中的丁說就認為：「論以乘機性交罪，符合被害人『年幼無知，不知抗拒』之事實，建議將第 225 條第 1 項之『其他相類情形』，解釋包括年幼無知而不知抗拒之情形。」學說上亦有贊同此見解者。<sup>48</sup>本文認為，未滿 16 歲之人的範圍，解釋上是從襁褓中的嬰兒到 15 歲的青少年都算在內。若是對於性完全沒有意識，完全不懂性交或猥褻行為在社會上的意義或認知，而行為人利用了這種狀態，進而為性交或猥褻行為，在現行法中確實有解釋為「不知抗拒」的空間。但如果未滿 16 歲之人已經有一定程度對於性的了解，也知道性交及猥褻的社會意義，就不能論以本罪，應該要正面判斷其意願，再論以強制性交猥褻罪或本罪。

綜合上述，刑法第 227 條是否為單純保障性自主之條文，又或是純粹保障未成年人的身心健全成長，是有爭議的。而本罪之所以不要求強制手段，則是因為本條之適用情形為，行為人沒有違反未成年人的意願，故不需要使用強制手段。

### 第三項 利用權勢性交猥褻罪

刑法第 228 條第 1 項規定：「對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、

---

<sup>46</sup> 蔡聖偉，前揭註 40，頁 65-66。

<sup>47</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 270。

<sup>48</sup> 黃榮堅，前揭註 19，頁 1837-1838。鄭逸哲，前揭註 17，頁 38。

醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、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。」吳耀宗教授認為，本罪之重心在於行為人利用其相對優越的社會地位關係而與行為客體發生性交，行為客體往往儼於對方的權勢地位，經過利害權衡之後而曲意順從。此等利害權衡可能是想要獲得好處或者免除損害。<sup>49</sup>蔡聖偉教授分析，立法者之所以會認為利用權勢機會促成性接觸的行為具有惡性，就是著眼於雙方當事人在制度上的依賴性或權力關係。這類關係會形成一方當事人的權威與信賴地位，倘若行為人有意利用這樣的機會促成性接觸，即使得有同意，亦屬不當影響相對人的性自主。依此，本條的適用就應當限縮在行為人濫用其特殊優勢地位的情形。<sup>50</sup>

至於本罪與強制性交猥褻罪之區分，實務上認為，「被害人要處其權勢之下，而隱忍屈從，然被害人屈從其性交，並未至已違背其意願之程度，始克當之，此與同法第 221 條第 1 項之強制性交罪，以違反被害人意願之方法而為性交行為仍屬有間，若利用權勢，且以使被害人喪失自己之意思之方法而行之，則仍應依強制性交論罪。」<sup>51</sup>這樣的實務見解認為，本罪被害人是沒有違反意願的。

亦有實務見解認為：「本條與強制性交猥褻罪，均係以描述違反被害人意願之情境為要件之妨害性自主類型，有別者，僅止於程度上之差異而已。亦即，前者之被害人被定位為遭以強制力或其他違反意願之方法壓制，因此不敢反抗或不得不屈從；後者之被害人則被界定在陷入一定的利害關係所形成之精神壓力之下，因而隱忍並曲意順從。具有刑法第 228 條身分關係之行為人，因與被害人之間存有上下從屬支配或優勢弱勢之關係而產生對於被害人之監督、扶助或照顧之權限或機會，往往使被害人意願之自主程度陷入猶豫難抉，不得不在特殊關係所帶來的壓力下而配合行為人之要求。從而，有此身分關係之行為人對於被害人為性交或猥褻之行為，究竟該當於強制性交猥褻罪名，抑或是利用權勢或機會性交猥褻

<sup>49</sup> 吳耀宗（2008），〈強制性交罪與利用權勢性交罪〉，《月旦法學教室》，63 期，頁 16-17。

<sup>50</sup> 蔡聖偉（2017），〈濫用診療信賴關係促成性交的刑法評價——評臺灣高等法院臺南分院 105 年度侵上訴字第 232 號判決〉，《月旦刑事法評論》，7 期，頁 142-146。

<sup>51</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1804 號判決、最高法院 107 年度台上字第 4347 號判決。

罪名，端視被害人是否尚能有衡量利害之空間為斷。行為人所施用之方法，已足以壓抑被害人之性自主決定權者，固應逕依刑法第 221 條或第 224 條之規定處斷，惟若行為人係憑藉上開特殊權勢關係，而被害人則出於其利害權衡之結果，例如唯恐失去某種利益或遭受某種損害，迫於無奈而不得不順從之情形，則應成立刑法第 228 條之罪名。」<sup>52</sup>

本件實務判決認為，本罪是以「違反被害人意願之情境為要件」，跟強制性交猥褻罪只有程度上的差別，但後段又說，「當於強制性交猥褻罪名，抑或是利用權勢或機會性交猥褻罪名，端視被害人是否尚能有衡量利害之空間為斷」，蔡聖偉教授對此提出質疑，認為有權衡利害之空間，如何又能算是違反意願之情境？<sup>53</sup>另外，蔡聖偉教授也提出，強制性交猥褻罪是「被害人被定位為遭以強制力或其他違反意願之方法壓制，因此不敢反抗或不得不屈從」，這和最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議採取的強制手段不要說，似乎也有扞格之處。<sup>54</sup>

本文認為此則實務見解在體系解釋上，是正確的說明到，本罪和強制性交猥褻罪都是對於被害人性自主的侵害，但在強制性交猥褻罪，是已經到達了恐嚇所導致的不得不屈從，而本罪還有利害權衡的空間，只是因為對方濫用優勢地位獲取合意，這樣的不當影響仍然被評價為妨害性自主。刑法第 228 條的條文中，並未如強制性交猥褻罪，要求行為人使用強制手段，在刑度的比較上，也比強制性交猥褻罪來得輕，因此最高法院在本件判決才會說，兩者都是違反意願，但程度有差，而程度比較嚴重的自然是刑度較高、要求強制手段的強制性交猥褻罪。然而，僅只在違反意願的程度上輕重有別，在同樣欠缺強制手段的情況下，刑度方面（以性交為例）卻從 6 月以上 5 年以下有期徒刑增加至 3 年以上 10 年以下有期徒刑，似乎有欠妥當。

如果最高法院能秉持強制性交猥褻罪必須要強制手段的立場，那麼就不會有

---

<sup>52</sup> 最高法院 108 年度台上字第 688 號判決、最高法院 103 年度台上字第 2228 號判決。

<sup>53</sup> 蔡聖偉(2017)〈利用權勢性交猥褻罪的區辨——評最高法院 103 年度台上字第 2228 號判決〉，《月旦裁判時報》，56 期，頁 55-61。

<sup>54</sup> 蔡聖偉，前揭註 53，頁 61。

違反意願「程度較重」，刑度即暴增的情形產生，問題在於，最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議已經採取強制手段不要說，縱然可能是因為社會輿論壓力做成的決議，但卻是正確的認知到，違反意願不必然需要行為人運用強制手段，第 225 條的乘機性交猥褻罪如此、第 228 條的權勢性交猥褻罪也是如此。這種矛盾更深一層的內涵來自於，不需要強制手段就能對性自主造成妨害的這個概念，與本罪之設計既相符合、卻又無法在刑度上融貫解釋第 221 條與第 228 條之間的關係。

#### 第四項 詐術性交罪

刑法第 229 條規定：「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。」由於受欺瞞的當事人對於所從事的性接觸並沒有反對的意思，故此種行為並未侵害被害人實際的性行為選擇自由。但因行為人不當影響了性接觸決定的關鍵因素（對象的人別身分），故亦可歸入侵害他人潛在之行為選擇自由的類型。<sup>55</sup>

林東茂教授認為，本罪是舊時代的產物，在現代社會並無適用可能。在舊時代，除極少數的大都市外，基本上是保守閉塞的社會。男女交往機會很少，指腹為婚的情形還存在，媒妁之言更是普遍，婚前性行為則難以想像。許多夫妻在婚前無緣謀面，縱有照面機會但未敢端詳，所以才會有新婚夜「揭起頭蓋」的悸動。這樣的社會背景，若有身形相仿之人假冒遠別的夫婿，就可能趁黑淫猥了伊人。在那個年代，詐術姦淫罪有適用的餘地。在現代社會有什麼機會，以何種方法去假冒他人配偶，親纏身體不被發覺有異，進而成就那一番事？<sup>56</sup>蔡聖偉教授認為，雖然現今的時空背景已與立法當時有很大的不同，但有鑑於人別確實是影響性接觸決定的重要事實，趁黑冒充性伴侶的新聞亦時有所聞，固可考慮將本罪構成要

<sup>55</sup> 蔡聖偉，前揭註 1，頁 17。

<sup>56</sup> 林東茂，前揭註 37，頁 86-87。

件之「配偶」改成「性伴侶」以符社會現實之需。<sup>57</sup>

本罪不要求行為人使用強制手段，而是施以詐術，使對方對於行為人的同一性產生重大的誤認，是性交的重大動機錯誤的類型。如果行為人施以詐術使被害人誤信為同居伴侶或交往對象，都不是刑法要制裁的行為，這樣「獨厚」假冒婚姻中配偶身分為性交的行為人制裁，在現代是否還有必要，值得深思。既然本罪選擇性的保護「誤信為配偶」的情況，則保護法益似乎不只有性自主，而還包含了只能和婚姻中的配偶性交的善良風俗。

### **第五項 性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪**

性騷擾防治法第 25 條規定：「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，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。前項之罪，須告訴乃論。」至於性騷擾之定義，則規定在性騷擾防治法第 2 條：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」

本罪之爭議有二，其一是未能涵蓋所有性騷擾型態的立法上錯誤。其二是與刑法第 224 條之強制猥褻罪之區分，以下分別論述之。

### **第一款 立法分析**

---

<sup>57</sup> 蔡聖偉，前揭註 1，頁 18。

此法共有 6 章 28 條條文，首先在總則章中，除第 12 條、第 24 條及第 25 條外，特別排除兩性工作平等法及性別平等教育法相關條文之適用，藉以與工作場所及校園性騷擾事件之處理加以區隔。至於對性騷擾之定義方面，則也與前述二法略有不同，除排除性侵害犯罪以外，主要仍大體區分為所謂「交換」及「敵意環境」性騷擾兩大類型。<sup>58</sup>而這兩大類型分別為第 2 條第 1 款及第 2 款。在此法第 5 章罰則中，共對 4 種情形科處罰鍰，並對情節特別嚴重之肢體性騷擾科以刑罰。<sup>59</sup>申言之，當初立法者制定性騷擾防治法的用意是認為當時既有的兩性工作平等法<sup>60</sup>以及性別平等教育法<sup>61</sup>，雖皆有性騷擾的相關規範，但前者只適用在工作領域，後者屬於校園事件範疇，故認為保障不夠周全，而必須制定一部適合任何場域的法律。<sup>62</sup>

盧映潔教授認為，性騷擾防治法中性騷擾的要件過度強調「性騷擾行為是一種交換利益的手段」或「性騷擾行為是一種影響工作、教育或訓練的事」。試想，這樣的定義要件是否適合於經常發生在公共場所之性騷擾行為？是否能將這類性騷擾行為的特徵涵攝在內呢？其實發生在公共場所之性騷擾的類型特徵，多半在於來自身分未明者的性方面之言詞、視覺侵擾或偷襲式的身體侵擾，因此騷擾者與被騷擾者往往相互間並不熟識，也不是隸屬於同一環境空間下，更沒有一方對另一方提供工作、教育、訓練或服務之情形，亦無權利義務關係或支配關係存在。根據性騷擾防治法中性騷擾的定義要件，不但無法將公共場所的性騷擾涵攝

<sup>58</sup> 焦興鎧 (2006),〈我國防治性騷擾法制之建構〉,《法令月刊》,57 卷 5 期,頁 4-27。

<sup>59</sup> 焦興鎧,前揭註 58,頁 18。

<sup>60</sup> 兩性工作平等法已在 2007 年改為性別工作平等法,其有關性騷擾之規範在該法第十二條:本法所稱性騷擾,謂下列二款情形之一:一、受僱者於執行職務時,任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為,對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境,致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為,作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。前項性騷擾之認定,應就個案審酌事件發生之背景、工作環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等具體事實為之。

<sup>61</sup> 性別平等教育法有關性騷擾之規範在該法第二條第四款:

性騷擾:指符合下列情形之一,且未達性侵害之程度者:(一)以明示或暗示之方式,從事不受欢迎且具有性意味或性別歧視之言詞或行為,致影響他人之人格尊嚴、學習、或工作之機會或表現者。(二)以性或性別有關之行為,作為自己或他人獲得、喪失或減損其學習或工作有關權益之條件者。

<sup>62</sup> 高鳳仙(2005),〈性騷擾防治法之規範內容與評論〉,《台灣本土法學雜誌》,67 期,頁 248-251。

在內，反而會因為公共場所性騷擾行為的特徵而造成完全排除的效果。<sup>63</sup>

本文認同盧映潔教授的看法，性騷擾確實不只發生在利益交換時或影響工作時而已。因此性騷擾罪不應限縮在性騷擾防治法第 2 條之情形，而應適用於全部的偷襲觸摸的狀況。

## 第二款 與強制猥褻罪之區分

光從性騷擾罪的條文觀察，立法者並未要求行為人運用強制手段，這其實很好理解，因為行為人是「乘人不及抗拒」，在瞬間就完成了「親吻、擁抱或觸摸臀部、胸部或其他身體隱私處」，所以根本不用透過強制手段去壓制被害人。本罪與強制猥褻罪之所以在區分上產生疑義，是因為最高法院在 97 年度第 5 次刑庭決議表示：「刑法第 224 條所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，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、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，始符立法本旨。」盧映潔教授指出，依上開決議，往後有關瞬間襲胸之偷襲手段，就會符合「違反被害人意願之方法」<sup>64</sup>。因為所有乘人不及抗拒的行為人，都利用了不及抗拒的時間優勢而妨害被害人的自由決定，如此一來，本罪幾乎無從與強制猥褻罪相互區隔。

65

在最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議之後，實務上有從行為人主觀的想法是否為滿足性慾而區分的，例如最高法院 100 年度台上字第 4745 號判決：「刑法所處罰之違反意願猥褻罪、乘機猥褻罪，係指姦淫以外，基於滿足性慾之主觀犯意，以違反被害人意願、乘被害人不能或不知抗拒之方法所為，揆其外觀，依一般社

<sup>63</sup> 盧映潔(2009)，〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？—評最高法院九十七年度第五次決議〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 215-228。

<sup>64</sup> 盧映潔，前揭註 63，頁 216。

<sup>65</sup> 許恒達，前揭註 21，頁 155。

會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言；性騷擾防治法第二十五條第一項所處罰之性騷擾罪，則指性侵害犯罪以外，基於同法第二條第一、二款所列之性騷擾意圖，以乘被害人不及抗拒之違反意願方法，對其為與性或性別有關之親吻、擁抱或觸摸臀部、胸部或其他身體隱私處之行為。考其犯罪之目的，前者乃以其他性主體為洩慾之工具，俾求得行為人自我性慾之滿足，後者則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要；究其侵害之法益，前者乃侵害被害人之性自主權，即妨害被害人性意思形成、決定之自由，後者則尚未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態；觀其犯罪之手段，乘機猥褻罪乃利用被害人原已身陷無性意思能力而不能或不知抗拒之狀態，違反意願猥褻罪與性騷擾罪雖均出於違反被害人意願之方法，但前者非僅短暫之干擾，而需已影響被害人性意思形成與決定之自由，且不以身體接觸為必要，例如強拍被害人裸照等足以誘起、滿足、發洩性慾之行為亦屬之，而後者則係於被害人不及抗拒之際，出其不意乘隙為短暫之觸摸。各異其旨，不容混淆。行為人基於滿足性慾之目的，對被害人所為之侵害行為，苟於客觀上不足認係為發洩情慾，或尚未至妨害被害人性意思自由，刑法上雖無處罰猥褻性侵害犯罪未遂之明文，然其對被害人有關性之平和狀態，不能謂無干擾，得論以性騷擾罪，固不待言。」

關於實務上的區分，許恒達教授認為，強制猥褻罪保護被害人的性自主，重點是被害人的性自主權有無被侵害，行為人對於性的想像有沒有被滿足，其實一點都不重要。<sup>66</sup>如果從被害人所感受到的不舒服、不尊重、被侵犯的厭惡感來看，不管是性騷擾、強制猥褻、強制性交應該都造成了同類型的性方面的侵害，只是程度之區別而已。更何況，乘人不及抗拒觸摸隱私部位，是否就沒有侵害到被害人的性自主？在乘機性交猥褻罪，立法者已經揭示了，不使用強制手段也侵害性自主的犯罪類型，則本罪應該也能夠解釋成「利用被害人不及抗拒」的反應時間差，造成性自主侵害的犯罪類型。主觀上，也可能被解釋為「以其他性主體為洩

---

<sup>66</sup> 許恒達，前揭註 21，頁 152。

慾之工具」。因此，本文並不贊同實務上從行為人的主觀去區分性騷擾罪及強制猥褻罪。

但如此一來，若行為人在主觀上都是以對方為洩慾的工具、客觀上都侵害了被害人的性自主，則強制猥褻在最高法院採取強制手段不要說之後，應如何與性騷擾罪區分？本文認為，最清楚、簡單的方式即為多數學者所主張的，堅持將刑法第224條之「其他違反其意願之方法」解釋為要有壓制被害人意願的強制行為。不過，就如本文在本節第三項所提到的，最高法院是正確的認知到違反意願不必然需要行為人運用強制手段，但如此解釋卻在體系上無法完整的兼顧各罪之間的解釋，如利用權勢性交猥褻罪與強制性交猥褻罪的關係，以及本罪與強制猥褻罪之間的關係。

### 第三章 妨害性自主罪章之分析

在前一章，本文針對現行刑法的妨害性自主罪章做了大略的整理與介紹，特別在於性自主與強制手段之間的關聯，本文已經點出，在刑法第 16 章的妨害性自主罪中，第 225 條的乘機性交猥褻罪、第 227 條的與未成年人性交猥褻罪、第 228 條的利用權勢性交猥褻罪、第 229 條的詐術性交罪，以及性騷擾防治法第 25 條的性騷擾罪，都不需要強制手段，但是刑法都有處罰的規定。在這之中，除了較有爭議的第 227 條，已有不少學說、實務見解認為本罪並非保護兒少的性自主權，而是自我身心健全成長權利之外，其餘不需要強制手段的諸罪，保障的核心仍然是性自主。然而，性自主的概念到底是什麼？是否等於性自由？性自由跟普通的自由有什麼差別？

本文將在本章確立性自主的概念，最後指出現刑法之不足，而這樣的不足已經無法透過解釋學達到對性自主的保障以及兼顧各條文之間的體系解釋，因此，勢必需要採取新的立法。

#### 第一節 性自由與一般自由

在 1999 年修法後，大多學者肯認刑法第 16 章所保護的法益為性自主法益<sup>67</sup>，然而多數學者也肯認，性自主法益其實也是自由法益的一種，只是性自由似乎比普通自由「多了一些」特別的品質。點出如此問題意識的學者，例如許玉秀教授指出，由於每個人都有性自主權，每個人都是性權利主體，因此被害人意願是妨害性自主罪的類型要素。雖然被害人意願能夠解釋妨害性自主的不法界線，但是

---

<sup>67</sup> 陳子平（2017），《刑法各論（上）》，頁 201，臺北：元照；許澤天（2018），《刑法各論（二）：人格法益篇》，頁 228，臺北：新學林；林東茂，前揭註 37，頁 71；許玉秀，前揭註 29，頁 17-22；李聖傑，前揭註 3，頁 99-100；黃惠婷（2011），〈從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議〉，《司法新聲》，97 期，頁 62-77。

卻不能解釋性自由的重要性，也就是性自由作為刑法所保護法益的意義。<sup>68</sup>黃榮堅教授指出，刑法既然承認自由是一個值得保護的法益，而且也有了強制罪的規定來保護人的一般自由，那為何又要從一般自由領域中區分出性的自由，而特別立法保護？邏輯上可能的理由有兩個，一是性自由在刑法評價上具有比一般自由還高的保護價值，另外一個是強制性交或猥褻罪保護的除了性自由之外，還有其他值得保護的利益。<sup>69</sup>李聖傑教授指出，基本上妨害性自主行為在性質認定時，將其歸納為妨害自由之性質範疇的刑事政策，在修法過程中並沒有遭到質疑，但是在比較我國既有社會價值的刑法規範存在後，所謂妨害性自主與妨害自由的行為其實還是可以找到不一樣的刑法非難評價，也因此妨害性自主罪章不因為刑法分則已經存在有相關妨害自由行為的制裁，而失去其獨立以罪章規範的必要性，因為妨害性自主罪章所要強調的性自主權，可以有比個人自由權更深層的價值。

70

如果要探究，刑法上的性自由到底比個人自由多了什麼品質或價值，那勢必要先釐清自由法益的內涵，以及刑法是如何處罰妨害自由的行為。

### 第一項 刑法上的一般自由法益

刑法對於所要保護的個人法益中，包括了生命、身體、自由、名譽、財產等不同類型的法益，在保護自由的部分，一般認為是第 26 章的妨害自由罪，其中的犯罪類型包含了第 296 條的「使人為奴隸罪」；第 296 之 1 條的「買賣質押人口罪」；第 297 條的「營利詐使出國罪」；第 298 條的「略誘婦女罪」；第 299 條的「移送被誘婦女出國罪」；第 300 條的「加工略誘婦女罪」；第 302 條的「剝奪行動自由罪」；第 304 條的「強制罪」；第 305 條的「恐嚇個人安全罪」；第 306 條的「妨害住居自由罪」以及第 307 條的「違法搜索罪」。在這些罪名的構成要

<sup>68</sup> 許玉秀，前揭註 29，頁 17-19。

<sup>69</sup> 黃榮堅，前揭註 4，頁 22-23。

<sup>70</sup> 李聖傑，前揭註 3，頁 101。

件中，最常與性自主相關類型之犯罪比較的即為第 304 條的強制罪。

刑法第 304 條規定：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」與性犯罪最典型的態樣－刑法第 221 條－的構成要件相比較，可以發現，兩罪都要求行為人運用強制手段，在結果上，刑法第 221 條是「為性交」，刑法第 304 條是「行無義務之事或妨害人行使權利者」。解釋上，由於與行為人性交也會該當「行無義務之事」，陳子平教授認為，刑法第 304 條為妨害自由罪之基本犯罪類型，凡是與妨害自由有關的犯罪，皆依法條競合的特別關係處理，即屬於基本法的強制罪被屬於特別法的其他帶有妨害自由性質的犯罪所排斥，而優先適用特別法。<sup>71</sup>特別的是，實務見解在最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議後，已經不認為強制性交罪或強制猥褻罪需要強制手段，因此與強制罪的關係顯得曖昧不明，但至少強制性交罪或強制猥褻罪還有侵害個人意思決定自由的性質，並無疑問，因此本罪與強制罪的關係，屬於吸收關係。<sup>72</sup>

強制罪的保護法益為何，甘添貴教授認為是個人之意思決定自由以及身體活動自由<sup>73</sup>，林東茂教授、盧映潔教授認為是意思決定自由<sup>74</sup>，陳子平教授認為是基於意思決定的行動自由<sup>75</sup>，王皇玉教授認為是個人的意思決定、形成與實現的自由<sup>76</sup>，吳耀宗教授認為是個人之意志決定及意志活動自由<sup>77</sup>。從以上學者對於保護法益的認定，至少可以看出強制罪對於意思決定的自由是有保護的，可以再更仔細區分的是，強制罪是否也一併保障了行動自由？實務上有認為，刑法第 302 條第 1 項之剝奪行動自由罪，條文既云「拘禁」、「剝奪」，性質上自須其行為持續相當之時間，始能成立。故行為人倘係以使人行無義務之事，或妨害他人行使權利之目的，對於被害人為瞬間之拘束，仍祇成立刑法第 304 條之強制罪。

<sup>71</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 165。

<sup>72</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 243。

<sup>73</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 134。

<sup>74</sup> 林東茂（2016），《刑法綜覽》，頁 57，臺北：一品。盧映潔，前揭註 39，頁 590。

<sup>75</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 160。

<sup>76</sup> 王皇玉（2012），〈強制罪的比較研究〉，《軍法專刊》，59 卷 5 期，頁 1-12。

<sup>77</sup> 吳耀宗（2010），〈強制行為之可非難性判斷〉，《月旦法學教室》，92 卷，頁 22-23。

<sup>78</sup>這樣的見解似乎是把強制罪也肯定是對行動自由的拘束，差別只在於時間上只有一瞬間，但如此見解卻忽略了使人行無義務之事，或妨害他人行使權利，都不必然與行動自由相同。本文認為，強制罪的保護法益是意思活動的自由，而行為人透過強暴、脅迫的方式，使被害人行無義務之事，或妨害其行使權利，這中間不必然牽涉到現實上的身體壓制。例如，行為人要求被害人與自己交往，否則就公布被害人的裸照，此時被害人的行動自由沒有受到干擾，但是在意思自由上卻因為行為人的脅迫，而被迫要行無義務之事（與之交往）。

確立了強制罪的保護法益是意思活動自由之後，事實上可以從構成要件看出，刑法不處罰所有妨害意思自由的行為，只有對自由嚴重的干擾（行為人用強暴、脅迫）才發動刑罰權。在結果上，也限制在使人行無義務之事，或妨害他人行使權利，而不是處罰所有違背被害人意思決定的行為。為何刑法會在自由的保護上做出如此的限縮？吳耀宗教授指出，在現實生活中，人本來就在各種壓力與利害權衡之下作決定、選擇；而且在社會共同生活裡頭，為了維持社會之正常有效運作，沒有任何人可以隨心所欲地為所欲為，強制罪所保護的自由僅是相對性的<sup>79</sup>；換句話說，人並不是完全自由的，造成人不自由狀態的原因，也不必然是刑法要去處罰的；而刑法所要處罰的妨害自由的範圍為何，我們也無法從刑法第 304 條的構成要件中正面得知，只可從反面推知，自由是免於受到他人以強暴、脅迫之不法手段，使人行無義務之事或妨害其行使權利。並且，由於刑法也處罰許多構成強制罪這類侵害意思自由的犯罪，如強盜、恐嚇取財、擄人勒贖、強制性交罪等罪，因此要單獨成立強制罪的前提必然是沒有涉及這些更重大的犯罪。

綜合上述，刑法 304 條所保障的一般自由是廣泛的，並且是建立在沒有構成更嚴重的自由侵害的前提之上。因此，侵害性的自由何以比侵害一般自由來得更嚴重？這就是以下必須討論的焦點。

---

<sup>78</sup> 最高法院 75 年台上字 6857 號判例、最高法院 99 年度台上字第 6558 號。

<sup>79</sup> 吳耀宗，前揭註 77，頁 22。

## 第二項 性自由法益與一般自由法益之區別—從傷害的觀點而論

為什麼同樣是自由，牽涉到了性的自由，就要處罰得比一般自由來得更嚴厲？從妨害一個人的意思自由的角度來看，所謂性的自由同樣也是意思自由的一種，只是牽涉到有關「性」的意思自由而已，為什麼刑法要「獨厚」關於是否從事性事務的意思決定？要回答這個問題，有學者從性本身有比一般自由來得更高的價值來說明，如許玉秀教授認為，相對於其他一般的行動自由，性自由的重要性就存在於相互取悅所形成的價值和延續人類生命的價值上面<sup>80</sup>。李佳玟教授認為，對絕大部分的人而言，性的意義遠遠超過於一般自由法益，其價值甚至高於一般身體法益。此一立場所根據的是，人類歷史中對於性所附加的各種意義。在社會越來越開放之後，性的重要性並沒有因此降低，反而在個人塑造自我認同過程中扮演越來越重要的角色。<sup>81</sup>黃榮堅教授則反對這樣的觀點，認為如要主張某一種法益的價值比另一種法益來的高，在刑法上只能從被害人，也就是法益持有者受傷害的程度來看。我們說性自由在刑法裡較一般自由價值為高，也一定是看大多數人在受到性自由侵害的時候痛苦的感受是否比一般自由受到侵害來的強烈，如果肯定，則在不法類型上將其區分開來，並賦予不同的法律效果。至於所謂性可以傳宗接代延續生命，或者可以相互取悅創造價值等等，都是指「性」本身在形成人類情緒的意義與功能，在利益比較的描述上並沒有直接的意義，所以和上述區別並無關係。<sup>82</sup>

如果要從法益持有者受傷害的程度來觀察，在經驗上，性自由受到侵害的狀況，確實與一般自由有極大的不同。根據實證研究，性侵害受害者<sup>83</sup>的創傷可分為三方面的症狀：一是生理創傷；二是心理創傷；三是行為創傷。<sup>84</sup>在生理創傷

<sup>80</sup> 許玉秀，前揭註 29，頁 21。

<sup>81</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 108。

<sup>82</sup> 黃榮堅，前揭註 4，頁 23。

<sup>83</sup> 此處指的性侵害，在英文中指的是 **rape**，對應到我國法，應是刑法第二二一條的強制性交行為。而下文所指的「強姦」，指的是我國舊刑法第 221 條之罪。

<sup>84</sup> 王燦槐（2006），《台灣性侵害受害者之創傷：理論、內涵與服務》，頁 8-9，臺北：學富文化。

方面，大多是源於行為人的暴力攻擊行為，最常見的生理創傷部位是頭部、臉部、頸部和陰部。許多強姦被害人對突然其來的強暴行為會有驚慌失措的反應，強姦犯的暴力攻擊行為，除了造成被害人身體多處的傷痕外，也經常使被害人陰道發生挫傷、發炎的情形。有時候也會造成被害人頭暈、噁心、小便困難和肌肉緊張的現象。<sup>85</sup>在心理創傷方面，則是從 1970 年代陸續由學者提出，以 A. W. Burgess & L. L. Holmstrom 在 1974 年提出的性侵害創傷症（Rape Trauma Syndrome）為首，她們透過對 146 位性侵被害人的研究，認為創傷症狀分為兩階段。第一階段為急性階段：失序（The Acute Phase:Disorganization），發生在性侵後的前幾週，在這個階段會遭受到身體攻擊後的疼痛、骨骼肌肉的緊繃、胃痛、泌尿系統的擾亂、情緒上感受到恐懼、難堪、羞恥、憤怒與自責。第二階段是長期階段：重整（The Long Term Progress: Reorganization），被害人要恢復、重建生活，通常會換電話、搬家、求助不常見面的家人等等，也會做惡夢，害怕獨處，害怕性接觸等等。<sup>86</sup>行為創傷方面，是指被害人於事件發生後，經常會改變他們的生活習慣，包括睡眠、飲食、性冷感、酗酒等。<sup>87</sup>另外，性侵害的創傷也可分為兩大類型：一是屬於性侵害特有的一般創傷稱為性侵害創傷症（Rape Trauma Syndrome, RTS）；另一種是接近創傷後壓力疾患（Post-Traumatic Stress Disorder, PTSD）的反應。<sup>88</sup>另外也有研究指出，有 94% 的女性在經歷性侵後的兩週會出現 PTSD 的症狀。<sup>89</sup>

以上的研究多半是針對女性被害人之經驗，在性侵害的男性被害人方面的研究相對較少。有關於男性性侵被害人的創傷研究方面，Lisak 訪談了二十六位曾遭受性侵害的成年男性，發現他們呈現的症狀有：憤怒、感到背叛、恐懼、無助、孤獨與疏離感、失落。Lisak 在結論上認為，性侵對被害人和自己以及和他人之

---

<sup>85</sup> 范國勇（2000），〈強姦犯罪問題與被害人創傷症之探討〉，《警學叢刊》，31 卷 3 期，頁 69-95。

<sup>86</sup> Ann Wolbert Burgess & Lynda Lytle Holmstrom, *Rape Trauma Syndrome*, 131 AM. J. PSYCHIATRY 981, 982(1974).

<sup>87</sup> 范國勇，前揭註 85，頁 84-85。

<sup>88</sup> 王燦槐，前揭註 84，頁 9。

<sup>89</sup> Kaitlin A. Chivers-Wilson, *Sexual assault and posttraumatic stress disorder: A review of the biological, psychological and sociological factors and treatments*, 9 MCGILL J MED. 111, 112(2006).

間的關係，造成了根本上的損害，在研究中的男性展現了深深的空洞感與自卑感，認為自己是醜陋的、不如人的。這些感覺雖然源於他們的性侵經歷，但通常會伴隨著忍受而隨時間的推移而惡化，深深烙印在自己的身分中。他們覺得自己的男性氣概不足夠，不確定自己的性傾向，深感羞恥，責備自己，經常充滿了無法解釋的恐懼，這些性侵的倖存者維持正面的自我感覺的能力，不斷地受到挑戰和衝擊。<sup>90</sup>

以上的生理創傷、心理創傷與行為創傷，並非必然會出現在每個性自由受侵害之人身上。若只從受傷害的程度來觀察，則未出現創傷的被害人似乎直接適用刑法第 304 條的妨害自由罪即可。若「只」將實證研究上的生理創傷、心理創傷、行為創傷，甚至是 PTSD，作為區分性自由與一般自由的基礎的話，那麼，那些沒有出現創傷—也就是性犯罪的構成要件結果—的被害人，是不是會變成強制性交或強制猥褻的未遂？如果要透過這種證立方式，會變成每一個個案都要判斷有無創傷，去影響既未遂的結果，而且也無法說明，未出現創傷的被害人為什麼要用處罰得比較重的強制性交／猥褻的未遂，而不能用比較輕的妨害自由罪？

另外，在出現創傷的情況中，如果有造成身體機能損害的生理創傷，則能夠該當刑法第 277 條第 1 項「傷害人之身體者」，行為人之行為為一行為侵害了性自由法益以及身體法益，應論想像競合。如果造成了心理創傷與行為創傷，此兩種創傷是否為刑法上所肯定的傷害，則有疑義。若認為心理創傷並非刑法上傷害罪所要處罰的傷害，只是被害人之性自由遭受侵害後的負面情緒，則實證研究所提出的創傷內涵，充其量作為量刑的考慮即可；若認為心理傷害有獨立的不法內涵，可以成立刑法上的傷害罪，則行為人之行為與造成生理創傷相同，一行為觸犯數法益，論想像競合即可。不管怎麼說，從傷害的角度來觀察，性自由的傷害脫離不出刑法上的自由與身體法益之範疇。再者，若心理創傷或 PTSD 是因為社會上他人的眼光、汙名與對受性侵之人的歧視所加劇，在因果關係上，創傷的產

---

<sup>90</sup> David Lisak, *The psychological impact of sexual abuse: Content analysis of interviews with male survivors*, 7 J TRAUMA STRESS 525, 544(1994).

生有多種原因時，要如何將此結果歸責給行為人，也是在經驗上難以認定的難題。

綜上所述，本文認為單從法益持有者受傷害的程度，去說明性自由有不同於一般自由的內涵，是不夠的。性自由之所以特別、之所以有不同於一般自由的價值，是因為在社會中，性與個人的身分認同緊緊交織，性在文化與道德中也佔有特殊的意義，而刑法作為對社會中侵害事件的回應，必然要考量在共同的社會秩序中對性的觀點。

### 第三項 文化中的性

在歷史上，性行為之所以有特別的地位，在於生理男女陰莖與陰道接合時的生殖可能性。很久以來，人類必須靠著生殖行為生產人類，或許就是因為生物上的生殖功能，人類被分為男性或女性，據此為基礎，人們在其擁有的過去、文化、經驗的框架內，建立並詮釋這些生物性的差異。相對於這樣的生物性別 (biological sex)，社會性別 (gender) 關乎的是，文化在具有生物性別的個體的一生中，將意義移到其身上的方式。而文化最初是如何、何以分派不同的行為、角色和意義給生物性別？有一部分在於文化如何作用。<sup>91</sup>這種區分當然可以再解構，解剖學上被給定的男性或女性的身體，這個明確具有性徵的身體，本身也可以成為解構的對象：身體如何在文化中被「生產」，以及在主體的生產、控制和規訓中所扮演的角色。<sup>92</sup>無論如何，在我們當今的文化中，都已經賦予了性行為以及沿著性行為雙方區分出來的生理性別，超乎生殖的重要性。在我們的生活中，性別做為生命的核心、個人認同的支柱，以及社會與社交生活的堅實基礎。<sup>93</sup>例如：在日

---

<sup>91</sup> Luke Eric Lassiter (著)，郭禎麟、吳意琳、黃宛瑜、金家琦、呂環廷、方儀潔、黃恩霖 (譯) (2010)，《歡迎光臨人類學》，頁 156-157，臺北：群學。

<sup>92</sup> Jennifer Harding (著)，林秀麗、黃麗珍 (譯) (2008)，《性的扮演：陰／陽特質的實踐》，頁 71，臺北：韋伯文化。

<sup>93</sup> Allen G. Johnson (著)，成令方、王秀雲、游美惠、邱大昕、吳嘉苓 (譯) (2008)，《性別打結：拆除父權違建》，頁 101，臺北：群學。

常生活中不乏所謂的「兩性專家」，灌輸大眾男人來自火星、女人來自金星，這種男女大不同，由專家來解惑另一個性別在想什麼的「兩性」文化，就是性別做為人們區分彼此、形成自我身分認同的例證。

另外，在父權體制／文化中，性別將一套陰柔／陽剛的性別氣質分配給了生物上的女與男。在這一組對立的文化概念中，男性是有攻擊性、勇敢、理性、情感深藏不露、強壯、冷靜、自制力強、獨立、積極、客觀、具支配力且有決斷力、有自信但不擅養育。女性則以相反的詞語描繪而成，例如不具攻擊性、害羞、直覺、善於表達情感、柔弱、歇斯底里、反覆無常並且缺乏自制力（特別是在月經來潮時）、依賴、被動、主觀、順服、沒有決斷力、缺乏自信、以及擅於養育。這兩組概念，持續展現在異性戀女性與其男性伴侶的性關係上，女性的陰柔「被動」，在性交關係中就是「接納」其男伴的「插入」、「性攻擊」以及其他「主動」特質。<sup>94</sup>回過頭來，男性與女性之間的性文化，包括著性的感覺、性行為及性關係，也都是父權體制下的核心，從而產生出「真正的」女人和男人－異性戀者，甚至也從異性戀男性的觀點來定義性，「有性行為」意味著男人有高潮的性交。在這樣的性文化中，是有系統地將男同性戀者、女同性戀者和雙性戀者排除在外。此種由社會建構的人類的性感覺、性經驗以及性行為的潛能，與權力和性別特權是分不開的。不只異性戀男女在這套性別文化中有著被分配到的性別氣質，形成了社會中男女的人格「特質」，並在各方面都影響了我們的思考與行為，那些被排除的他者－同性戀者－也因為共有的「局外」感受，變成一種從自己權利出發的認同，「為自己說話」，要求自己的正當性獲得承認。<sup>95</sup>

當然，身分認同是複雜的、也是動態的。而不同的社會、政治，與經濟力的交互作用也會導致公民身分認同與國家身分認同的斷裂。<sup>96</sup>個人會有多元的文化身分認同，但性以及性別做為其中一種認同，本文認為在現在的社會中仍具有重

---

<sup>94</sup> Allen G. Johnson，前揭註 93，頁 109-111。

<sup>95</sup> Jennifer Harding，前揭註 92，頁 79。

<sup>96</sup> 王穎、邱大昕、胡郁盈、孫小玉、徐珊惠、張恒豪、陳麗君、陳福仁、游素玲、楊芳枝（2017），《邊緣主體：性別與身分認同政治》，頁 3-4，臺南：成功大學人文社會科學中心。

要的地位。異性戀男女在父權體制中，被賦予了一組陰與陽的特質，在社會中的許多方面皆依循著這樣的性別腳本——一條阻力最小的路——互動；而非異性戀族群在這十幾年來，爭取在法律上、教育上的性別平等與婚姻家庭平權等運動中，也以被異性戀或父權體制壓迫的少數族群身分作為主體，要求主流的承認與資源的分配。因此，以性關係的對象、經驗作為自我人格形成的一部分，是顯而易見的。縱然性行為因為人工生殖技術與避孕技術的發達，早已與生殖行為脫鉤，但性行為的選擇自由，已隨著社會性別與身分認同，長期在我們與他人的互動中作用，深入了個人的人格與尊嚴。這就是為什麼在經歷一個不想要的性活動時，人所感受到的很可能不會只有意思自由的短暫干擾以及身體上的疼痛，也是這個社會未曾把性自由看做一般自由來看待的原因。

性是如此深植於我們的文化之中，從法律和道德的角度觀察，也很容易看得出性選擇自由的特殊性。在 1999 年修法前，刑法是以保護「善良風俗」的態度來處罰強姦罪。在修法前，一個女人被強姦了，是社會上的背德性慾行為。如果從 1999 年修法前，通說認為配偶之間的強制性交不該當姦淫<sup>97</sup>來合併觀察，至少可以知道在婚姻之外、男對女的強姦是違背性道德的行為。婚姻作為「人類維持夫妻倫常關係之善良風俗」<sup>98</sup>，預設了男女之間在婚姻內的性才是合乎道德的。1999 年修法後，刑法第 239 條通姦罪的持續存在，顯示了社會上對規範性自由的道德態度並未改變；另外，在刑法第 229 條，只限定在冒充為他人配偶的情況，才予以處罰，也彰顯了刑法對婚姻內的性的鞏固與看重。

另一個性與道德緊密連結的例子，是刑法第 226 條第 2 項之規定：「因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑。」姑且不論該結果加重犯之規定已經違反了罪責原則（被害人出於自我意思決定的自殺，為何要加害人負責？），該規定呈現了立法當時的思考，即認為婦女都應該「純潔」，一

---

<sup>97</sup> 韓忠謨，前揭註 7，頁 254；甘添貴，前揭註 6，頁 364；蔡墩銘，前揭註 9，頁 350。

<sup>98</sup> 韓忠謨，前揭註 7，頁 254。

且遭到玷汙之後，就變得「不乾淨」，即失去所謂的「貞節」。<sup>99</sup>貞操觀念的產生，與私有制有密切關聯，妻子是丈夫的財產，當然不允許別人來染指，更重要的是，丈夫為了把自己的私有財產傳給確是出於自己血統的子女，所以絕對不允許自己的妻妾再和別的男子發生性交關係。貞操的起源和本質是居於統治地位的男子對居於附庸地位的女子的要求，而女子不可能反過來要求男子。<sup>100</sup>這種父權封建社會中的觀念，縱然在自由主義與個人主義觀念下已逐漸褪去影響力，但如前所述，現在的性別秩序與性別期待，仍身受父權體制／文化的影響。特別是在性關係中，男性對處女嗜好的偏執<sup>101</sup>，仍看得出把女性當作男性財產享受的隱喻未曾完全消失。

本文反對將貞操或女性的純潔當成是刑法上保護的目標，但從法律和道德的角度，可以看出在社會文化中，性自由從來就不是屬於一般自由的軌跡。本文認為，在現代社會中，是性／性別在我們身分認同所佔據的重要地位，使得性自由的侵害是一種不同於一般自由侵害的特殊類型，刑法也應該對兩者做出不一樣的回應。

## 第二節 性自由與性自主之區分

以上從文化上的角度，說明了性自由與一般自由在刑法上區分規範的理由。然而，自由的侵害，在刑法規範上是以強暴、脅迫的不法手段為之，那麼未使用強制手段的第 225 條之乘機性交猥褻罪、第 227 條之與未成年人猥褻性交罪、第

---

<sup>99</sup> 陳志龍（2000），〈女性解放的法律絆腳石論刑法第二二六條第二項強姦被害婦女羞忿自殺罪之性質〉，《月旦法學雜誌》，59 期，頁 32-50。

<sup>100</sup> 劉達臨（2001），《性的歷史》，頁 198-199，臺北：臺灣商務。

<sup>101</sup> 有學者在文章中自承：「筆者與英、美男人為伍，問及他們對女人的貞操觀念及生男育女的想法。他們的回答相當一致，在可以選擇的情況下，他們一致希望自己的妻子生兒子，至於女人的貞操問題，在可以選擇的情況下，他們沒有一個不要選擇娶處女的。至於，台灣的情形也是一樣。一般男人都希望娶個處女為妻，如果他們娶的妻子不是處女，他們絕不敢對人說。可見，貞操是人類社會文明的產物，在每一個男人心目中都有珍視其價值的意識形態。」參見薛文郎（2002），〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉，《刑事法雜誌》，48 期，頁 96-110。

228 條的權勢性交猥褻罪、以及第 229 條之詐術性交罪，性騷擾防治法第 25 條的性騷擾罪，所侵害的也是性的自由嗎？性自主是否有不同於性自由的意義？

對此，黃榮堅教授提出，強制性交猥褻罪可以區分出不受強制行為干擾的「性自由」以及不受猥褻性交行為侵害的（狹義的）「性自主」。性自由是指，對於從事具體性交猥褻行為與否的意思決定和意思活動的自由。而性自主是指，對於和己身相關的「性」的事務的支配權能，這個權能所關涉到的事務領域就是性自主領域，而這些事務的存在或者變動會對於己身發生具有性的意義的利害關係。<sup>102</sup> 強制性交以及猥褻罪所保護的並不只是被害人的自由，還包括自主。因為強制性交猥褻罪是強制罪的限定類型，意思自由受到壓制之後所發生的事件，侷限於性交和猥褻行為，而性交和猥褻行為正是對於被害人性領域的侵入。被害人所受到的傷害，不只是因為自由意志受到強制所受到的傷害，也包括了性自主領域被侵入之後所受到的傷害。<sup>103</sup>

本文認為，強制手段本來就與性自主侵害沒有必然的關聯，因此區分「強制手段」與後續的「未得同意的性交或猥褻行為」是可以理解的。問題在於，這兩者是否分別對應到對「性自由」與「狹義性自主」的侵害？而不需強制手段的第 225 條之乘機性交猥褻罪、第 227 條之與未成年人猥褻性交罪、第 228 條的權勢性交猥褻罪、以及第 229 條之詐術性交罪，性騷擾防治法第 25 條的性騷擾罪，是否都侵害了「狹義性自主」而非「性自由」？要回答這個問題，必須更仔細探討自由和自主的區分。以下，本文將借用英國政治思想家 Isaiah Berlin 在政治層面上，提出「自由」在兩個層面上的意義—也就是「消極自由」和「積極自由」的面向，試圖提出自由與自主的區分。

### 第一項 消極自由的概念

---

<sup>102</sup> 黃榮堅，前揭註 4，頁 41。

<sup>103</sup> 黃榮堅，前揭註 4，頁 42。

Isaiah Berlin 將自由區分為「消極的 (negative) 自由」和「積極 (positive) 自由」。他所要探討之消極自由，和以下這個問題所提出的解答有關，亦即「在什麼樣的限度以內，某一個主體（一個人或一群人），可以、或應當被容許，做他所能做的事，或成為他所能成為的角色，而不受別人的干涉？」<sup>104</sup>Berlin 用了門戶的比喻，說明人們得到多少消極自由，端視有哪些門戶對他開放、多少門戶對他開放、這些門戶所帶來的是什麼願景，以及其開放的程度如何而定。<sup>105</sup>這一類的自由，並不決定於我是否想要去行走、或是走多遠，而是在於，有多少途徑是開放的？開放的程度如何？我的社會自由和政治自由的程度，不僅取決於我的實際選擇不受阻礙的程度，而且也取決於我的可能選擇 (potential choices)，即取決於如果我選擇如此做的話，我在從事這一行為時，不受阻礙的程度。<sup>106</sup>

Berlin 透過分析整理政治學家們的主張，發現對人性抱持樂觀態度的洛克 (Locke)、亞當斯密 (Adam Smith)、以及在某種心情下的穆勒 (Mill)，相信社會的和諧與進步，與為個人保留一個不容國家、或其他權威任加干涉的廣大私生活範圍，是可以相容的。而霍布士 (Hobbes)，以及其他一些和他持相同看法的人，特別是一些保守、反動的思想家，則主張：為了避免人類互相殘殺，因而使社會變成一處叢林或荒野，我們必須建立一個更高一等的安全防衛，使人類能夠各安其位；基於這個緣故，霍布士主張加強中央控制的範圍，減少個人自由的範圍。但是，以上這二派，都一致認為：人類生活的某些部份必須獨立，不受社會控制。若是侵犯到那個保留區，則不管該保留區多麼褊小，都將構成專制。<sup>107</sup>而保留區的範圍或者界線要畫在哪裡？最低限度的個人自由應該是什麼呢？Berlin 認為，拋棄最低自由就是違逆了我們的人性本質。然而，人性本質隱含了什麼標準？這將會是永遠爭論不休的問題。不管是根據什麼原則來劃定，無論是自然法、自然權利、或功利原則、或社會契約的神聖不可侵犯性、或人類用來釐清並支持

---

<sup>104</sup> Isaiah Berlin (著)，陳曉林 (譯) (1986)，《自由四論》，頁 229，臺北：聯經。

<sup>105</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 52。

<sup>106</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 40-41。

<sup>107</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 235。

他們的信念的其他任何觀念，在這種意義之下，自由都是「免於…的自由」(liberty from...); 也就是，在變動不居的、但永遠可以辨認出來的界線以內，不受任何干擾。<sup>108</sup>總而言之，消極自由的重心在於免於干涉，這類的干涉可能來自於國家、社會或是個人。精確來說，個人的消極自由之範圍端視其與他人、社會、政府三個層次之間的實際關係而定。<sup>109</sup>

從另一方面來看，自由也不能漫無限制，因為如果這樣的話，人們就可以漫無界限地干涉彼此的行為；這種「自然的」(natural)自由，也會導致社會的混亂，在這種混亂中，要不是人類最低限度之需求無法獲得滿足，就是弱者的自由會被強者所剝奪。<sup>110</sup>代表消極自由主張的「不干涉」(non-interference)主義，也曾被用來支持具有破壞力性的政治與社會政策，而這些政策，都曾經助長了強者、殘酷者、及狂妄者的氣勢，而使具有人道精神、但力量薄弱的人受到屈辱；同時，也被精幹而無情的人物用來對付稟賦較差、較為不幸的人們。狼群的自由，往往就代表著綿羊的死亡。<sup>111</sup>

## 第二項 積極自由的概念

Isaiah Berlin 要探討的第二種自由，為「積極的」(positive)自由。積極自由和以下這個問題的答案有關：「什麼東西、或什麼人，有權控制、或干涉，從而決定某人應該去做這件事、成為這種人，而不應該去做另一件事、成為另一種人？」<sup>112</sup>如果我們要了解「積極」自由的意義，則我們要問的是：「誰統治我？」、「誰有權決定我是什麼人？不是什麼人？應該怎麼樣？做什麼事？」<sup>113</sup>自由這個字的積極意義，是源自於個人想要成為自己的主人的期望。我希望我的生活與選擇，

---

<sup>108</sup> Isaiah Berlin, 前揭註 104, 頁 236。

<sup>109</sup> 葉浩 (2018), 《以撒·柏林》, 頁 36, 臺北：聯經。

<sup>110</sup> Isaiah Berlin, 前揭註 104, 頁 232。

<sup>111</sup> Isaiah Berlin, 前揭註 104, 頁 48。

<sup>112</sup> Isaiah Berlin, 前揭註 104, 頁 230。

<sup>113</sup> Isaiah Berlin, 前揭註 104, 頁 240。

不是別人意志的工具。<sup>114</sup>

Berlin 認為，以做自己主人為要旨的自由，和不讓別人防阻我的選擇為要旨的自由，表面上看來，雖然只是同一件事的「消極」與「積極」描述方式而已，但在歷史上，這兩種不同的自由觀卻朝著不同方向發展，最終演變成衝突。要了解這個現象，其中一個方法，就是去了解自主（self-mastery）這個比喻，本身造成的影響力。最初，這也許是無害處的影響力。「我是自己的主人」、「我不是任何人的奴隸」，這種想法並沒有害處可言。但是，如柏拉圖學派、黑格爾學派所想探討的：我會不會是自然的奴隸？我會不會是我自己那種「不受拘束」的激情的奴隸？進而言之，有些人是政治上的、或法律上的奴隸，有些人則是道德或精神上的奴隸？人類不是曾經有從精神的奴役得到解放，或者從自然的奴役中，得到解放的經驗嗎？同時，在這個解放過程中，人類不是曾經一面知覺到那個在主宰事物的自我（self），另一面，又知覺到在他們內心裡，有某些東西也被馴服了嗎？這個「真實的」、「理想的」、「自主的」、「表現得比較好的」自我，還可以被看成某種比個人更廣泛的東西，它可以看成一個部落、種族、國家。這個「整體」於是被看成「真正的」（true）自我，它將集體的、「有機的」（organic）、獨一無二的意志，強加在頑抗的「成員」身上，從而獲得它自己的「更高層次」的自由。<sup>115</sup>一旦採取這種觀點，就可能使我忽視人類或社會的實際願望，借人們的「真實自我」為名，並且代表那個自我，去欺凌、壓迫、折磨他們。<sup>116</sup>

### 第三項 小結

葉浩教授認為，Isaiah Berlin 的提出的消極自由指的是一種存在的狀態，人們在此狀態之中可以不採取任何行動，亦即只要門是對著他開放，一個人無須做出選擇，也不用費力起身走向特定的一道門，他就算是享有自由。相反，積極自

---

<sup>114</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 241。

<sup>115</sup> 葉浩，前揭註 109，頁 44-45。

<sup>116</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 244。

由包括底下三個條件。首先，追求者本身須有清楚的自主意識，明白自己在做什麼，在追求什麼。再者，他所追求的事物，乃一己之決定，因此也是一種自我意志（will）的展現。最後，積極自由涉及讓現有的自我改變的過程，必然涉及一個「理想自我」的想像。<sup>117</sup>這兩種自由概念，應用在刑法概念下行為人與被害人的關係中，以強制性交罪為例，是行為人用強制手段干預被害人與其性交的消極自由—被害人在決定是否要性交的這個限度內，拒絕的選項已然受到行為人的強制力而關閉，同時也因為強制，被害人無法自己做主決定要與何人性交，這種自我意志的無法展現，是積極自由受到侵害。但如果行為人未使用強制手段，是否就僅僅侵害了性的積極自由—也就是「性的自主決定」，而未侵害到性的消極自由？

本文認為，在不受行為人強制手段的施加的情況之下，在性交與猥褻行為的範疇中，要不要對他人提起、答應、或者不做任何表示，一般來說是能夠出於自由意志而選擇的。即使行為人逕自為性交或猥褻這類涉及對方性自主範圍之行為，在一般情況下，個人也能夠拒絕與排除之，然而，若在個人拒絕與排除以前，行為人的行為已然在對方的性自主範圍內，為對方做了要不要為性交或猥褻行為的決定—因為只要一方做了這類行為，例如：觸摸隱私部位，則另一人就已經遭受猥褻或是性交了，就是在這個被影響的層次上，個人不再是性自主範圍內的唯一有權決定者，發生在他／她身上的性交或猥褻行為，不是他／她一己之決定，反而是那個對他／她為性交或猥褻之人的意志展現，性的積極自由就受到侵害。

本文認為，行為人在此時並未侵害相對人的消極自由，因為行為人並不是阻止或妨礙相對人做特定行為舉止的自由—事實上相對人可以在此刻選擇要拒絕、或是接受、或是做一切他／她想做出的回應。行為人既然未在對方本可以自由行動的範圍內橫加干涉，消極自由就並未被侵害。當然，如果行為人遭拒絕後便以強制力壓制對方的意願而續行性交行為，那就侵害到了消極自由。

既然肯認了未使用強制手段下的性交或猥褻行為，確實侵害了個人的積極自

---

<sup>117</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 277。

由，那麼下一個問題是，刑法第 225 條之乘機性交猥褻罪、227 條之與未成年人猥褻性交罪、228 條之權勢性交猥褻罪、以及 229 條之詐術性交罪，性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪的這些犯罪類型，是如何侵害積極自由的？

刑法第 225 條之乘機性交猥褻罪，描繪了行為人「利用」被害人之固有狀態（精神障礙、心智缺陷）而侵害性自主的類型。本文認為這是行為人在被害人無法表達、或不知表達意願時，逕自代替了不能或不知抗拒的被害人，做了要性交或猥褻與否的決定。與此類似的，是性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪—行為代替了來不及對觸碰做出即時反應的被害人，做出要被觸摸與否的決定。這兩種類型，都是在對方未能反應時，就做了性交、猥褻或性騷擾的行為，而在對方的性自主範圍內，成了決定要不要進行該行為的決定人，而侵害了對方的積極自由。

刑法第 228 條之權勢猥褻性交罪，處罰的是行為人濫用優勢地位，使對方陷入基於一定的利害關係所形成之精神壓力之下，因而隱忍屈從。縱然在被害人利害權衡後是沒有違反意願的，仍被評價為不當影響了被害人的性自主權。本文認為這代表自我意志的展現受到強烈的不當干擾，例如：被害人與行為人有利害關係，因而不敢不答應的情況。因此在行為人濫用優勢地位干擾被害人的自主的情況，依然要受到處罰。

刑法第 229 條之詐術性交罪，是行為人施以詐術，使對方對於行為人的同一性產生重大誤認的類型，也正是被害人因動機的重大瑕疵的而同意性交的情況，表面上是被害人自主同意性交，但事實上這個自主的條件是建立在重大的身分誤認上，所以這樣的自我決定也不是真正的自主。惟「獨厚」假冒婚姻中配偶身分為性交的行為人制裁，是否在現代社會還有處罰的必要，抑或是要考量其他與性交有關之詐欺事項，例如：有無性病帶原、有無使用避孕措施等，一併修法，仍值得思考。無論如何，本罪仍顯示了立法者有意考慮性的積極自由的形成條件，若這個條件是建立在行為人詐欺自己是配偶，則同意無效，仍構成對性自主的侵害，予以處罰。

本文認為最困難的是刑法第 227 條之與未成年人猥褻性交罪。由於本罪處罰

的是與未成年人合意性交猥褻的行為人，則如果被害人是同意的、是擁有性積極自由的主人的話，又為何以「自我身心健全成長權利」為由，處罰所有的性交猥褻行為？以 Berlin 對於「自主」這個比喻的憂心來看，「自我健全」概念，確實助長了未成年人在性自主方面的剖分為二：其一是社會的、法律的、成熟的支配者，另一是需要加以管束的、不成熟的未成年人。真正的自主需要年齡上的成熟，所以未成年人還不是那個「真實的」、「理想的」、「自主的」、「表現得比較好的」自我，所以代表成熟的自我的法律與社會，可以透過處罰相對人來忽視未成年人的真正願望：出於合意的性交或猥褻，其理由就隱含了社會認為這是「為了你好，你不懂什麼對自己好」。年幼作為不成熟的典型，也就代表了未成年人欠缺自主的必要條件。

早在 John Stuart Mill 的〈論自由〉一書中，開宗明義即表示，自由原理—在僅關涉到他自己的那一部分，他的獨立性照理來說是絕對的，對於他自己，對於其身體和心靈，個人就是最高主權者—僅是為各項能力已成熟的人們而設的，並不適用於孩子。<sup>118</sup>然而，如果我們持續追問「怎麼樣的人算是成熟的人？」，必然會衍生出許多標準，可以預見的是，成年人也不見得是成熟的人，相對的，未成年人也未必就一律不成熟。有了一定程度的性意識，並且明確表達出主動參與性活動慾望的未成年人，真的會妨害他們的身心健全成長嗎？或者說，會阻礙他們身心健全成長的，其實是這個帶著家父長色彩的社會，對於未成年即發生性交、猥褻的人，會投以異樣眼光看待，認為他們是不潔的、失去「童貞」的，致使這些人在往後的成長過程中，屢受歧視與汙名的傷害。果真如此，那麼在當下與未成年人合意發生性交猥褻行為的成年人，就應該要負起責任，受到刑法的處罰嗎？這些困難的問題，已然超出了性自主的範疇，進入了身心健全發展法益的討論領域，以及社會上認為未成年人要保持著純潔、與性隔絕的善良風俗。基於本文研究範圍的限制，在這個問題上先不再深究。

在以性自主作為保護法益的角度之下，刑法第 227 條，處罰的原因可能是因

---

<sup>118</sup> John Stuart Mill (著)，孟凡禮 (譯) (2013)，《論自由》，頁 30，臺北：五南。

為個人的年幼，使其同意在刑法上是沒有效力的。行為人對其進行性交、猥褻行為，等於是在缺乏同意的情況下逕行為之。那麼，在定位上則與乘機性交猥褻罪及性騷擾罪相同，都是行為人在欠缺被害人有效同意的狀況下，侵害了對方的性的積極自由。然而，法律上雖針對年齡做出此無同意能力的預設，在現實中，未成年人可能是出於自由意志，也明白性的意義，而做出同意的。正如 Berlin 所說，家父長主義之所以專制，是因為對下述概念構成了侮辱：我作為一個人，有權利決心依照我自己的目的去生活，這目的未必是合理的、或有益的，但畢竟是我自己的目的，尤其重要的是，別人也應該承認我有如此生活的權利。<sup>119</sup>未成年人在刑法第 227 條之下，的確不被刑法承認有「出於自主決定與他人性交猥褻的權利」。當然，如果在自我身心健全成長權利法益的考量下，本條處罰的理由，與性的積極自由之侵害就較無關聯了。

綜合上述，本節透過 Isaiah Berlin 的概念，對刑法第 16 章的「性自主」概念做出更仔細的區分－性自主法益，包括了性消極自由與性積極自由。如此區分的實益在於，同時侵害性積極自由與性消極自由的刑法第 221 條、第 224 條的不法內涵較高、相應的法定刑也應該設計成較重的處罰；單純侵害性積極自由的刑法第 225 條、第 227 條、第 228 條以及第 229 條之不法內涵較低，因此現行刑法第 225 條之刑度與第 221 條相同，就有檢討的空間－至少就侵害性自主程度的角度觀察，欠缺強制手段的刑法第 225 條不應該處與第 221 條相同之刑度。至於在刑法第 304 條強制罪，與刑法第 221 條、第 224 條一樣，同時侵害了消極自由（使用強暴、脅迫）與積極自由（違反他人意願使人行無義務之事或妨害人行使權利），由於刑法對一般自由只有在嚴重的干擾，也就是行為人使用強暴、脅迫時才發動刑罰權，而不處罰單純違反他人意願的使人行無義務之事或妨害人行使權利的行為，可以說僅侵害積極意思自由的行為，是較為輕微的行為，是刑法所不處罰的。

而在妨害自由罪章下的其他罪，雖然也是侵害自由法益，但並未如性自主諸罪般有「使用強制手段型」與「非使用強制手段型」兩種皆為侵害性自主的犯罪

---

<sup>119</sup> Isaiah Berlin，前揭註 104，頁 275。

類型，因此較無以積極自由與消極自由區分出不法內涵高低之實益，故本文不另外討論之。

### 第三節 現行法之不足

由於性自主在一般的概念中，是個人決定要不要從事與性相關的行為之自由，加上在構成要件的設計上，以最典型侵害性自主的強制性交罪而言，與妨害自由的強制罪雷同，都是行為人透過強制手段，使被害人為一定的行為，因此就產生了性自由與一般自由有何不同的疑問。本章先透過學說上對刑法第 304 條強制罪的討論，去了解一般自由法益的內涵，進而從文化中的性的特殊之處，說明侵害性自由確實有不同於一般自由的品質。接下來，本文引用了 Isaiah Berlin 的消極自由與積極自由的概念，說明處罰未使用強制手段的侵害性自主行為，侵害的是性的積極自由，也就是唯有個人才有權力能決定自身性自主範圍內的事務。只要行為人代替對方做了決定、或者是相對人未成年，或者是透過權力的濫用、配偶身分的欺騙，去影響對方的自主決定，都是刑法要處罰的行為。

本文在第二章第二節已經探討了實務、學說對於違反意願此要素的整理，可以發現，即使在構成要件中明文規定要有強制手段的刑法第 221 條、第 224 條中，實務也不斷的放寬對於強制手段的要求，這就是因為正確認識到，在一般的侵害性自主行為，不必然需要強制手段。然而現行刑法第 221 條以及第 224 條既然已列舉了強暴、脅迫、恐嚇、催眠術這幾種手段，後面的「其他違反其意願之方法」應該也要與前面的強制手段，有不法內涵上的等價性。若不做如此解釋，等同於架空了前面列舉的強制手段，喪失作為構成要件要素的意義，也會造成過度擴張處罰的結果。並且，強制性交罪的刑度是 3 年以上到 10 年以下的有期徒刑，在如此重的刑度下，立法者原先應是考量了行為人運用強制手段，造成被害人身體上受傷的可能性以及壓制意志的成功率，如果行為人自始至終沒有使用強制手段

而違反對方意願，就處以這麼重的刑度，實在不妥。但是，這不代表單純違反意願或是未得同意的性交猥褻行為，就沒有侵害到性自主。

對現行法的分析至此，本文想提出的是，既然刑法對單純侵害性的積極自由的行為是有處罰的，那是基於何種理由，將侵害性積極自由的類型限縮在刑法第 225 條、第 227 條、第 228 條、第 229 條以及性騷擾防治法第 25 條的這幾類情況？我們站在什麼樣的角度，認為一般狀況下，不會產生單純對性積極自由的侵害？事實上，實務採取強制手段不要說，就是因為現行法對強制手段的要求，是無法顧及一般狀況下的違反意願的性交或猥褻行為。但是如此一來，不僅有過度過張處罰的疑慮，也無法融貫解釋各罪之間的罪質、刑度輕重之間的關係。唯一解決方法，只有正式向強制手段告別，關注在單純違反性積極自由—也就是違反意願或者未得同意的面向，走向修法一途。

## 第四章 未得同意性交猥褻罪的提出

前兩章已經對於本國的妨害性自主罪章進行了爬梳與分析，本文認為解釋學無法解決現行法對於單純侵害性積極自由的立法不足的疑慮。問題是，擺脫強制手段後，該如何設計以意願為核心的性犯罪法律？本章會先簡單介紹主要的兩種修法模式，並說明本文認為應採取「未得同意模式」而非「違反意願模式」的原因，再透過簡介採取未得同意模式已久的加拿大刑法，做為我國修法的借鏡。介紹完加拿大的立法模式，本文在本章第三節、第四節探討未得同意的判斷標準，包括怎樣才算同意、我國又應該採取哪一種同意作為刑法的判斷標準。除了學理上的談論，本文也試圖從我國累積的許多妨害性自主罪的判決中，觀察法院對於系爭案件中，性交或猥褻行為有無同意或違反意願之判斷，以推論出採取未得同意模式下，同意會如何認定，進而給予立法上更周延的思考。最後再綜合提出修法應採取的標準。

### 第一節 修法模式的選擇

當性自主的侵害不再需要行為人實施強制手段後，修法要如何修，才能貼近對性自主—特別是性積極自由的保護？在國際社會的討論，約有兩種大方向可供參考，第一種是「違反意願模式」(no means no)，第二種是「未得同意模式」(yes means yes)。這兩種模式都不需要行為人使用強制手段 (force) 去造成被害人性意願的壓制，但兩者在認定是否構成刑事犯罪上的要件卻不相同。「違反意願模式」代表了對性活動同意的缺乏或者意願的違反 (against the will)<sup>120</sup>。例如德國在2016年的刑法修正，新法第177條第1項就規定：「違反他人可得辨識之意思，

<sup>120</sup> Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 Harv. L. & Pol'y Rev. 431, 445 (2016).

對其實施性行為或使其為之，或使其決意實施或忍受對第三人之性行為或第三人對其實施性行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」<sup>121</sup>「未得同意模式」注重的是個人對該次性活動的同意（consent），指的是在溝通中明確表達了對該次性接觸的自願性同意（voluntary agreement）。當同意被定義為在溝通中表達的自願同意，不管是被動（passivity）、屈從、沉默，或是拒絕，都不構成對於客觀犯罪行為（actus reus）的同意<sup>122</sup>。兩種模式最大的差異即在於，當一個人沒有表示要或不要進行性交或猥褻行為時，「違反意願模式」認為不構成犯罪，而「未得同意模式」認為構成犯罪。

本文認為，如果從性積極自由的角度來看，在一個人身上發生的性交或猥褻行為，應該是那個人自己的決定、自我意志的展現，如果是別人的意志、別人的決定讓現有的自我改變，這就不是自主。本文在第三章第二節第三項就分析，現行法對於片面影響、改變他人的性範圍內事務是有處罰的，當一個人對於這樣的改變，沒有在當下表示不要的時候，不代表在他／她身上發生的事情就變成他／她自己的決定，違反意願模式卻忽略這種情況對自主的侵害，將抗拒或反對的責任，放在擁有性自主的個人身上。如果刑法的保障及於性的積極自由，沒有道理在個人沉默和被動時，就覺得發生在他／她身上的性交或猥褻行為，是來自於自我決定。

本文相信，大多數人都會同意，應該尊重每個人的性自主，但是，在一般人的想像中，一個人如果不同意與他人性交或猥褻，通常會表達拒絕，這時候對方繼續進行性交或猥褻行為，才會構成犯罪－這正是「違反意願模式」勾勒出來的性自主侵害。如果一個人沒有表達拒絕，那可能是他／她被行為人以強制力壓制，或是陷入「不知或不能抗拒」的固有障礙，或者他／她年紀太小，或者他／她畏懼於對方的優勢地位可能對己不利，又或者對方施以詐術使誤認成配偶，除此之外，我們似乎想像不到為什麼一個人心裡是不願意的，卻沒有在客觀上予以拒

<sup>121</sup> 薛智仁（2016），〈簡介 2016 年德國性刑法之修正〉，《月旦刑事法評論》，3 期，頁 67-80。

<sup>122</sup> Lucinda Vandervort, *Affirmative Sexual Consent in Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory*, *Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory*, 23 COLUM. J. GENDER & L. 395, 402(2012).

絕。

實證研究可以補足我們在這方面的想像貧乏。有研究指出，暴露在極端危險的人類，與動物相似，會產生不由自主的暫時性活動抑制，被稱為緊張性麻痺（tonic immobility）。研究者透過量表，調查瑞典斯德哥爾摩的受性侵婦女緊急門診（在斯德哥爾摩，所有的性侵被害人照顧服務都集中在這個單位）中的成年女性，有 317 位受性侵或性侵未遂的女性同意參與研究，其中有 298 位完成了與麻痺相關的評估，研究結果顯示，有 69.8% 的受試者在性侵發生的過程中有嚴重的麻痺情形，有 47.7% 的受試者有極度的麻痺情形，有 81.1% 的受試者經歷了嚴重的恐懼。研究者認為，研究的主要成果就是，在性侵發生時所產生的緊張性麻痺是非常常見的反應，卻往往被忽視。法院可能因為受害者沒有表現出反抗，而傾向於否定性侵的成立。但是此種被解釋為被動同意的反應，很可能是人在面對壓倒性的威脅時，所呈現的正常和可預期的生物反應。<sup>123</sup>另有研究指出，在兒時受性侵的人有 88% 在性侵當下遭遇了中度或重度的麻痺（paralysis），在成年時受性侵的人則有 75% 的比例會有此狀況。<sup>124</sup>這些相似的研究成果至少能讓我們知道，並非所有人在遇到性侵時都能在口頭或肢體上表達拒絕，透露出自己的意願，相反地，有許多人會有這樣的緊張性麻痺的症狀，而這樣的人在當下可能是說不出「不要」的。

支持未得同意模式的李佳玟教授認為，如果法律採取違反意願模式，會讓一個女性被害人的性自主不如她身上的錢包。依據刑法規定，只要未得他人同意取走他人財產就會構成犯罪（竊盜罪），倘若對方使用暴力或其他手段，還會成立其他犯罪類型。採取違反意願模式也讓人的身體不如自己的住家，因為刑法第

---

<sup>123</sup> Anna Möller, Hans Peter Söndergaard & Lotti Helström, *Tonic immobility during sexual assault—a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, 96 ACTA OBSTET GYNECOL SCAND 932, 936(2017). 在其他研究中，發現恐懼程度的提高，也會造成緊張性麻痺程度的提升，參見 Brian P. Marx, John P. Forsyth, Gordon G. Gallup, Tiffany Fusé & Jennifer M. Lexington, *Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors*, 15(1) CLIN. PSYCHOL. SCI. 74,81(2008).

<sup>124</sup> Robert Finn, *Paralysis common among victims of sexual assault: 'Tonic immobility' during rape is thought to have evolved as a survival mechanism. (Involuntary Response)*, 31(1) CLINICAL PSYCHIATRY NEWS 44,44(2003).

306 條入侵住宅罪也以欠缺法益擁有者積極同意為要件，採取違反意願模式會讓女性的陰道比她的住家容易進入。<sup>125</sup>本文認同，沒有同意就構成侵害，但恐怕在一般人心中的疑慮是：錢包被偷走時，是因為自己沒發現才沒有抵抗小偷，一旦發現，就必定會反抗；但是在性交過程時，如果沒有特殊原因（被恐嚇、或是睡著等等），就難以想像為什麼不表示「不同意」。本文引用了實證研究的結果，就是要解釋在性侵發生當下「說不出不要」的原因。

支持違反意願模式的論者或許會認為，在立法模式的選擇上，仍然能以違反意願才處罰為標準，例外處罰那些因緊張性麻痺而未表示抗拒的狀況。但是，就算那些沒出現緊張性麻痺症狀的人，在性交或猥褻當下沒有拒絕或抗拒，其性積極自由也受到了行為人侵害。這個侵害就已經是刑法必須發動制裁的門檻。刑法長期以來認為，直到被害人抗拒或違反其意願之前，都不算性侵害；遇到性侵害都會抗拒，不抗拒一定有可類型化的理由（例如：權勢關係下的屈從、身心障礙而不知道抗拒）。這些社會上的刻板印象，不只沒有尊重被害人的自我意志，更影響了性自主侵害的判斷，持續在法律上允許行為人對沒有抗拒的人進行性行為。本文支持未得同意模式，並非要用刑法去積極矯治這種不公平的現況，而是透過性積極自由去解釋性自主法益，正確地把那些「沒有抗拒也沒有同意」之人的性自主權利「還」給他們而已。

另外，在配偶或情侶的親密關係中，在日常生活中或許較不會先取得同意再進行性接觸，若堅持未得同意進行性接觸就處罰，是否會造成過度處罰的結果？本文認為，未得同意的性接觸，本來就包括了那些只是「稍微」不尊重對方的情節輕微的行為，而這可以透過刑度的設計（例如：無法定刑下限）去緩和刑事制裁的效果，但無法反過來挑戰性積極自由受到侵害的標準，並認為未得同意是「過度」的處罰。況且，若在親密關係中的試探，還包括把對方的「不要當作是要」，那是否連違反意願模式，都一併受到挑戰？因此，在親密互動中的情況，不構成本文不支持未得同意模式的理由。

---

<sup>125</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 21。

綜上所述，本文認為未得同意模式才是正確貼合性自主－特別是性積極自由的部分－侵害而設計的立法模式。

## 第二節 加拿大的未得同意模式

在性侵法律的改革上，其中一個採取「未得同意模式」(yes means yes)的國家便是加拿大。在美國，有學者指出，跟據估計有 1,400 所高等教育機構採用了積極同意的紀律標準，然而在校外的狀況卻有著截然不同的景觀－大多數司法仍然反映了關於武力、甚至抵抗的必要性等傳統強暴觀念<sup>126</sup>。相對於美國而言，加拿大早在 1990 年代就開始了一系列的性侵法律的改革。積極同意 (affirmative consent) 在 1986 年，已在加拿大的法律文獻中明確提出，在 1992 年的刑法修正案中成文化，自 1994 年起，加拿大最高法院透過一系列的判決，將積極同意認定為普通法 (common law) 的必要要件和性方面同意 (sexual consent) 的法定定義。<sup>127</sup>由於加拿大對於未得同意模式的討論與論述較為完整，應可提供我國不少借鏡，因此本文以下將以加拿大刑法所採的未得同意模式為主來作介紹。

加拿大在 1992 年的刑法修正案中，將對於性攻擊罪 (sexual assault)<sup>128</sup>的同意明文規定於刑法第 273.1 條的第 (1) 項：限於第 (2) 項及第 265 條第 (3) 項的範圍內，同意係指，為了 271、272、273 條的目的，告訴人自願同意參與系爭性活動 (voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.)；在同條第 (2) 項，規定：為了 271、272、273 條的目的，未獲得同

<sup>126</sup> Deborah Tuerkheimer, *Affirmative Consent*, 13 Ohio St. J. Crim. L. 441, 441(2016).

<sup>127</sup> Vandervort, *supra* note 122, at 395-398.

<sup>128</sup> 在加拿大的刑法條文中，並未予以 sexual assault 明確的定義，但在加拿大最高法院的 *R. v. Ewanchuk* 案的理由書中，寫道 sexual assault 的客觀構成要件包含了三部分：觸摸 (touching)，有性本質的接觸 (the sexual nature of the contact) 以及缺乏同意 (absence of consent)。因此，sexual assault 文義範圍顯然不只包含我國刑法的性交，也包含了猥褻的部分，因此，若翻譯為「性侵罪」將使人誤解 sexual assault 只包含性交行為，加上在加拿大刑法中，sexual assault 罪位在第八章的「對個人及名譽犯罪」底下的攻擊罪 (Assaults)，因此本文將 sexual assault 翻譯為「性攻擊罪」。*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 SCR 330.

意的五款情形，包括：(a) 該同意是以告訴人以外之人的言語或行為為之；(b) 告訴人無能力對活動同意；(c) 被告濫用信賴、權力或權威地位而誘使告訴人參與該活動；(d) 告訴人透過言語或行為表達缺乏參與活動的同意；或者 (e) 告訴人曾同意參與性活動，透過言語或行為表示缺乏繼續參與活動的同意。同條第 (3) 項規定，在第 (2) 項中沒有任何一款會被解釋為限制未獲得同意的情況。<sup>129</sup>第 273.1 條中的「同意」定義，是基於加拿大判例法中發展和闡明的普通法同意概念。該部分的結構是正面定義同意，以及反面列舉一系列在法律上未獲得同意的情況——也就是指，只要有證據顯示存在這些情況，則同意不存在。重要的是，第 273.1 條第 (3) 項，提供未來司法承認未獲得同意的其他情況，確保第 273.1 條第 2 項不能被解讀為詳盡無遺。<sup>130</sup>

在加拿大刑法第 273.1 條第 1 項之中，提到了另外 4 個條文，分別為第 271、272、273 條以及 265 條第 (3) 項。第 271 條規定了普通性攻擊罪<sup>131</sup>，第 272 條為以武器、威脅第三人或造成身體傷害的性攻擊罪<sup>132</sup>，第 273 條為性侵時傷害、重傷害、毀壞或危及告訴人生命的加重性攻擊罪<sup>133</sup>。至於加拿大刑法第 265 條第 (3) 項，規定了 4 款當告訴人屈服 (submit) 或未反抗時，同意不成立的理由。理由分別為：(a) 對告訴人或第三人使用強制 (force)；(b) 受到威脅 (threats) 或害怕 (fear) 對告訴人或第三人使用強制；(c) 詐欺 (fraud)；或者 (d) 行使權力。<sup>134</sup>

在以上有關於性攻擊罪同意的法條明文規定外，究竟怎樣的行為構成同意，在英美法體系中，實有待法院在具體個案中對於事實的判斷建立起同意的輪廓。研究者指出，加拿大最高法院在 1992 到 1997 年中，在 *R. v. M. (M.L.)* 案、*R. v. Park* 案以及 *R. v. Esau* 案，對積極同意的發展作出了重大貢獻。<sup>135</sup>在 1999 年的 *R. v.*

<sup>129</sup> Criminal Code, R.S.C. 1992, c. C-38, s. 273.1.

<sup>130</sup> Vandervort, *supra* note 122, at 413.

<sup>131</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 271.

<sup>132</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 272.

<sup>133</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.

<sup>134</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 265(3).

<sup>135</sup> Vandervort, *supra* note 122, at 415.

*Ewanchuk* 案，則確立了在 *R. v. Park* 案以及 *R. v. Esau* 案中的法理。

### 第一項 *R. v. M. (M.L.)* 案

在 1994 年加拿大最高法院的 *R. v. M. (M.L.)* 案中，被告因性侵其 16 歲的繼女而依第 271 條的性攻擊罪被起訴。由於案件事實發生在 1992 年的刑法修正案之前，對於同意的定義不適用第 273.1 條，而是適用普通法的法理。<sup>136</sup>在性侵發生當下，告訴人作證，她的沉默與不抵抗，是源自於對於繼父的害怕。然而，上訴法院的多數意見認為，告訴人究竟是害怕繼父，抑或是害怕繼父可能會做的事情，是不明確的。並且，沒有證據顯示出被告會有進一步的強制或威脅，也沒有證據顯示告訴人會害怕到不敢說「不」或是「請停止」。她可以移到旁邊、將他的手移開或哭喊，她也可以跑下樓，但她卻什麼也沒做。她沒有做任何事去指引上訴人，他的進一步動作是不受歡迎的。<sup>137</sup>而刑法第 265 條第（3）項明確列舉了告訴人屈服或未反抗時，同意不成立的四個理由：強制、受威脅或害怕對告訴人使用強制、詐欺或行使權力。在本案中，告訴人的確表示她很害怕，但沒有證據顯示她的害怕與這些理由有關。在這些理由中，只有行使權力是有可能的。<sup>138</sup>最後，上訴法院判決上訴人無罪。

加拿大最高法院允許皇家檢察官的上訴，撤銷了上訴法院的判決並恢復（restore）有罪判決。理由為：「上訴法院錯誤地認為，被害人必須提出一些最低限度的言論，或舉止表達反對，並且缺乏反抗就等同於同意。」<sup>139</sup>加拿大最高法院透過拒絕上訴法院，將「同意」與「屈服、不抵抗的行為」區分，也暗示加拿

---

<sup>136</sup> *Id.*

<sup>137</sup> *R. v. M.L.M.* (1992), 117 N.S.R.2d 74.

<sup>138</sup> *Id.* 上訴法院在隨後的段落中認為，上訴人是告訴人母親的丈夫，對她沒有實際上的法律權力。刑法第 265 條（3）項（d）款，使得以屈服或未反抗表達出的同意無效的行使權力，不能只說明當事人之間的關係，一定要有證據證明權力的「行使」。由於缺乏證據顯示告訴人的屈服是出自於上訴人行使權力，因此不能說告訴人的同意是無效的。

<sup>139</sup> *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 SCR 3.

大刑法第 265 條第 (3) 項沒有詳盡列舉了同意不存在的情況。<sup>140</sup>

## 第二項 *R. v. Park* 案

在 1995 年的 *R. v. Park* 案中，案件事實發生在 1992 年的刑法修正案之前，因此與 *R. v. M. (M.L.)* 案相同，都適用普通法的同意法理。本案被告以性攻擊罪被起訴。本案事實為：在事情發生前兩週，告訴人和被告第一次約會，被告作證，約會當天他們到她的公寓裡，變得非常親密，撫摸著彼此的私密部位，談論有關性和節育的話題，並且她幫他手交到他射精。然而告訴人堅持，他們只有親吻和談論節育，並且她作為一個基督徒，是不相信婚前性行為的。事發當天，被告一大早就打電話給告訴人，她同意他可以過來。不久後，他來到門口，她在門口歡迎他、身上只穿著浴袍並親吻他的臉頰。告訴人聲稱，幾分鐘後，他把她拉到他身邊，並將她推到床上。她積極抵抗，但他的身體更強壯。當她感覺到對方的重量壓在自己身上時，她回憶起以前的創傷經歷，在當下進入震驚的狀態。她記得的下一件事是，他把陰莖從她體內抽出，在她的肚子上射精。相反的，被告作證說她積極參與了性活動 (sexual activity)，當事情開始變得「火熱」，他很快的射精了，他們並沒有發生過陰道性交 (intercourse)。告訴人的醫療報告顯示，告訴人的內陰唇出現紅腫，這表示可能有發生過同意或未同意的性行為。被告在審判中主張告訴人有同意性活動，以及作為替代聲明 (in the alternative)，主張他真誠誤信 (honest but mistaken belief) 告訴人有同意。由於承審法官認為誤信抗辯沒有現實外觀 (air of reality)，因此拒絕將該抗辯提出於陪審團，並認為爭點單純只是「有無同意」，被告因此被定罪。上訴法院撤銷了有罪判決，並且命重新審判，認為承審法官未將誤信抗辯呈現於陪審團是錯誤的。加拿大最高法院准許上訴，並認為誤信抗辯並不可採，恢復了定罪。<sup>141</sup>

<sup>140</sup> Vandervort, *supra* note 122, at 415-416.

<sup>141</sup> *R. v. Park*, [1995] 2 SCR 836.

要探討誤信同意是否可採，必須先釐清普通法中同意的定義。主筆多數意見的大法官 L'Heureux-Dubé 在理由書中，詳細探討了普通法的同意定義。她認為，在性攻擊罪的客觀犯罪行為（*actus reus*）中，檢察官要證明被告有意以帶有性本質方式去觸摸（*touching of a sexual nature*）告訴人，且該觸摸是缺乏同意的。性攻擊罪的主觀犯罪心態（*mens rea*），則建立在被告有意以帶有性意味的方式去觸摸告訴人，並且明知（*knew of*）、或有重大過失（*reckless*）、或有意無視（*wilfully blind to*）告訴人不同意觸摸的這一事實。一般而言，法律會認為，這代表被告明知、或有重大過失、或有意無視告訴人表達不同意（*non-consent was communicated*）的事實，但是，性攻擊罪的主觀犯罪心態，也同樣建立在被告明知、或有重大過失、或有意無視，告訴人沒有表達同意（*consent was not communicated*）的事實。換句話說，性攻擊罪的主觀犯罪心態，不只在被告知道告訴人說「不」時被滿足，也會在被告知道告訴人沒有說「是」的時候被滿足。<sup>142</sup>

同意和性攻擊是相互的概念。其一的極限最終會定義了另一個概念。性攻擊罪法律中的同意的作用，很大程度上取決於我們在當代社會中歸咎該犯罪的目的。強暴法（*rape laws*）最初是為了保護男性—父親和丈夫—在女性身上的所有權而發展的。加拿大法律一直到 1983 年，才將這種不恰當概念的最後遺跡—強暴罪不適用於丈夫和妻子之間—廢除。然而，長久以來，由普通法所演變而來的強暴（*rape*）定義，是未經同意並由強制、恐懼或詐欺引起的性交（*sexual intercourse*）。以往強暴罪的主要目的，是保護婦女免受身體傷害。然而，現在使用強制的重要性已經減弱，強暴罪已被更廣泛的性攻擊罪所取代，實際性交（*actual intercourse*）已經不是性攻擊罪的先決條件。更甚者，女性不再需要遭受實際的身體傷害，才能說自己受到性攻擊。現在，性攻擊罪是未經同意的性觸摸（*sexual touching*）。在這方面的刑法目的再次發生了變化，主要關注的焦點，不再僅僅是女性的人身安全，而是女性有固有的權利，行使對自己的身體的完全控制，並且只參與她們

---

<sup>142</sup> *Id.* at para. 39.

希望參與的性活動。<sup>143</sup>

L'Heureux-Dubé 在理由書中，接著引用了學者 L. Vandervort 的文章，說明同意應該從表達(communication)的角度來考慮，而非私人的精神狀態(private mental state)。L'Heureux-Dubé 引用道：「同意作為一種社會行為，是透過口頭和非口頭的方式，向另一個人傳達，允許某人做一個或多個行為，否則那個人將有法律或非法律的義務不去做該行為…同意是放棄權利、並減輕另一個人的相關義務…依賴此類放棄權利而進行的行為，不違反任何的法律義務，也不構成犯罪。因此很清楚的，任何對於同意的分析，必須考慮實際上表達出什麼，以及這個表達是否為自願的。」<sup>144</sup>L'Heureux-Dubé 寫道，由於同意本身就是一種私人精神狀態，我們會以與推斷主觀犯罪心態相同的方式來推斷之。也就是說，我們透過語言和非語言提示(cues)，再根據整體情況評估個人的行為，得出特定心理狀態的推論。法院會使用這些技術，來認定告訴人實際上有沒有同意性接觸。就性攻擊罪的客觀犯罪行為而言，調查至此即已足夠。然而，若欲認定性攻擊罪的主觀犯罪心態，需要證明被告對欠缺同意一事，是有意識(awareness of)、或有重大過失、或有意無視。因此，為了建立犯罪的主觀犯意，必須更進一步深入調查被告對缺乏同意一事的看法。由於事實錯誤會影響主觀犯罪心態，因此被告對事實的真誠誤認(honest mistake of fact)，即顯示了他在主觀上是無罪的。<sup>145</sup>

L'Heureux-Dubé 進一步說明，被告若欲主張真誠誤信的抗辯，不能僅憑他認為告訴人有同意，卻無法提出任何佐證這種信念的依據。實際上，此抗辯的主要考慮因素是：(1) 告訴人的實際表達行為(communicative behaviour)，以及(2) 解釋被告如何認為該行為是表達同意的全部可採納(admissible)且相關的證據。其他一切因素都是輔助性的。<sup>146</sup>犯罪的主觀犯罪心態，與告訴人的心態並沒有太大關係，而是與告訴人表達出心態，以及被告對該表達的看法有關。此外，雖然

---

<sup>143</sup> *Id.* at para. 42.

<sup>144</sup> Lucinda Vandervort, *Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea*, 2 C.J.W.L. 233, 267(1986).

<sup>145</sup> *R. v. Park*, [1995] 2 SCR 836, at para. 43.

<sup>146</sup> *Id.* at para. 44.

在沒有以任何形式表達同意的情況下，女性的心中也可能存在同意，但如果被告未先確認那些導致被告誤解的行為，身為一個合理的法官無法接受被告是真誠認為他得到了同意。如果被告無法指出，可證明告訴人的同意已被表達的證據，那麼他就是冒著讓陪審團得出他知道（aware of）、或有重大過失、或有意無視告訴人是缺乏同意的結論的風險。<sup>147</sup>

L'Heureux-Dubé 得出結論，認為被告的誤信同意抗辯，欠缺任何現實外觀。上訴法院所列的因素－告訴人打電話給被告、告訴人與被告討論節育、十三天前的性活動、以及當天穿著浴袍親吻被告的事實－都只能支持被告相信告訴人可能有同意（would consent），而不能支持被告相信她確實有同意（she did in fact consent）。這些因素中，沒有任何一個實際上與涉嫌性攻擊罪的事件有關。因此，這些因素無法支持對同意的真誠誤信抗辯。<sup>148</sup>有可能與真誠誤信相關的抗辯是，在臥室中發生的事情，以及其他可以解釋被告何以真誠地將這些事情理解為同意的資訊。在某些案件中，雙方之前性活動的證據，可能與此相關。然而，在本案中，遭指控的性侵與十三天前的接觸之間是如此不同，只能得出一個結論，那就是十三天前接觸的證據，既不相關、也無法支持被告真誠相信告訴人在性攻擊當下是有同意的。<sup>149</sup>

加拿大最高法院的五名大法官皆贊同 L'Heureux-Dubé 在 *R. v. Park* 案的判決理由，但認為，就上訴而言，沒有必要評論性侵案件中同意與事實錯誤之間的相互作用。<sup>150</sup>L'Heureux-Dubé 的理由書中，將「內心的同意」與「表達同意的行為」做出區分，並詳細討論了性攻擊罪的客觀犯罪行為與主觀犯罪心態如何判斷，以及被告要如何主張其相信告訴人有同意系爭性活動。

### 第三項 *R. v. Esau* 案

---

<sup>147</sup> *Id.* at para. 45.

<sup>148</sup> *Id.* at para. 52.

<sup>149</sup> *Id.* at para. 53.

<sup>150</sup> *Id.* at para. 1-2.

本案事實發生在 1994 年 3 月 13 日，因此適用於加拿大刑法 1992 年的修正案內容。被告是告訴人的堂兄弟，在告訴人家中的派對結束後，與告訴人發生性行為。被告以性攻擊罪被起訴。在審判中，被告作證，他認為告訴人是在「能夠控制她在做什麼」的情境下發生性交。他說他們互相親吻，然後告訴人邀請他來到臥室，進行雙方同意的性交。告訴人作證道，她當時喝醉了，並否認有親吻被告並邀請他到臥室。她說從她去她的臥室，直到第二天早晨醒來並意識到她曾經進行過性交的這段期間，她完全沒有記憶。雖然她不記得發生了什麼事，但她不會同意與被告發生性關係，因為他們是有血緣關係的。<sup>151</sup>

加拿大最高法院多數意見認為，從雙方證詞中，已能夠作為支持被告提出真誠誤信（*honest but mistaken belief*）抗辯的現實外觀（*air of reality*），因此，承審法官認為本案是關乎同意與否的案件，並未將此抗辯呈現於陪審團前，是錯誤的——承審法官有義務要將此抗辯呈現於陪審團。被告提起上訴後，上訴法院命重新審理（*ordering a new trial*），而皇家檢察官向加拿大最高法院提起上訴。加拿大最高法院支持上訴法院的處理，並駁回了皇家檢察官的上訴。<sup>152</sup>

值得注意的是，L'Heureux-Dubé 和 McLachlin 兩位大法官皆在不同意見書中，討論了在普通法以及刑法中的同意的定義。以下將分別介紹這兩位大法官的不同意見。

L'Heureux-Dubé 再次強調她在 *R. v. Park* 案中的觀點，也就是性攻擊罪的主觀犯罪心態，不只在被告知道告訴人表達不同意時成立，也同樣的在被告知道告訴人沒有表達同意時成立。<sup>153</sup> L'Heureux-Dubé 認為，在本上訴中採用此觀點，則告訴人若非同意，就是如她所作證的，拒絕或無法向系爭活動表達同意。本案沒有證據去證明，在告訴人方面或外部情況方面，存在有可能影響被告認知的，模糊傳達同意的情形。若將這種抗辯呈現於陪審團，就需要假設嚴重酒醉女性的行為，

---

<sup>151</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777.

<sup>152</sup> *Id.* at 777-785.

<sup>153</sup> *Id.* at para. 34.

但這樣的假設實際上欠缺可證明的基礎，而且可能帶有偏見或刻板印象，我們必須謹慎對待提交此抗辯於陪審團的嚴重危險。本案中，本院多數意見允許事實審在可能有偏見的假設基礎上進行，這種做法可能會使性別間的不平等永久化，這是本院應避免的結果。<sup>154</sup>

McLachlin 首先認為，本案應有加拿大刑法第 273.2 條之適用，該條 (b) 款規定，當被告在當下已認知到的情境中，未採取合理措施 (take reasonable steps) 去確認告訴人正在同意 (was consenting)，則以第 271、272、273 條起訴之被告，不得抗辯其相信告訴人有對系爭活動的同意。<sup>155</sup>在本案中，證據顯示告訴人非常醉，那麼期望被告採取合理措施去確定對方有無實際同意，似乎是合理的，也能避免錯誤。縱使不使用第 273.2 條，根據真誠誤信有同意的普通法原則，也會得到相同的結論。<sup>156</sup>接著，McLachlin 介紹了普通法的同意。在性攻擊罪的脈絡下，同意 (consent) 是一個法律概念，有自願協議 (voluntary agreement) 的意義，包含了同意的法律和生理能力 (legal and physical capacity to consent) 概念，由系爭案件中的自願協議或行為一致性作為補充。<sup>157</sup>

延續 L'Heureux-Dubé 在 *R. v. Park* 案中的判斷，McLachlin 認為告訴人心中的實際想法，不能成為性攻擊罪審判調查的焦點；直接觀察告訴人的想法是不可能的，性侵審判中的同意，是關於告訴人的口頭和非口頭行為，以及從這種行為中可以得出的、關於她心理狀態的推論。在許多案件中，作為社會行為的表達 (communication) 是清楚的，然而在一些案件中，表達是偏離本意的 (awry)，從而引起真誠的錯誤 (honest mistake)。在這些案件中，表達變得偏離本意，是有原因的，原因就在於模稜兩可的情境 (situation of ambiguity)，真誠誤信同意的抗辯必然由此情境而生。<sup>158</sup>

在加拿大普通法中，錯誤的相信對方有同意，不能包括有意無視 (wilful

---

<sup>154</sup> *Id.* at para. 40-41.

<sup>155</sup> Criminal Code, R.S.C. 1992, c. C-38, s. 273.2.

<sup>156</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777, at para. 48-51.

<sup>157</sup> *Id.* at para. 64.

<sup>158</sup> *Id.* at para. 67.

blindness) 的情況。有意無視的意義是，對事實和情境的故意避免，在法律上等同於視而不見 (turning a blind eye)，不看也不聽本應看到或聽到的。這就是不管事實上告訴人有沒有同意，都假設告訴人有同意。由於需要取得同意是法律上的要求，被告被推定要知道這個要求，因此無視需要取得同意一事，永遠不能被拿來當作被告的抗辯。加拿大普通法也要求，被告的信念必須是真誠的 (honest)。欺騙自己、精明地利用對方消極或模糊的回應，都是不被允許的。被告必須真誠地相信告訴人有同意。<sup>159</sup>

McLachlin 接著列出了 8 種同意可能成為爭點的事實，包括：

- (a) 明確同意，該自願同意已透過口頭或肢體語言被清楚表達；
- (b) 明確拒絕，該明確拒絕已透過口頭或肢體語言被清楚表達；
- (c) 由於意識不清或語無倫次，告訴人缺乏同意或拒絕的能力；
- (d) 告訴人缺乏法律上的同意能力，例如兒童；
- (e) 同意因強制或脅迫而無效；
- (f) 被動 (passivity)，沒有提供支持也沒有反抗；
- (g) 模稜兩可的行為，可以用不同的方式解讀；
- (h) 外部情況 (external circumstance) 引起的模稜兩可。<sup>160</sup>

McLachlin 分析，第一和第二種情況，都不會引起真誠誤認同意的可能性，因為雙方當事人都能理解明確表達的言語或行為。第三種情況也一樣，由於無意識或無法表達的人無法表達明確同意，在缺乏溝通能力的情況下，被告沒有權利去推定對方有同意。此類告訴人缺乏表達自願同意的能力，除非是有意無視，否則缺乏這種能力的人對所有看到的人來說，都是很明顯的，這使真誠誤信同意的抗辯根本不可能成立。即使告訴人在失去意識之前，事先同意性接觸，也不構成例外，因為同意是可以隨時撤回的。第四和第五種情況，不會引起普通法中真誠

---

<sup>159</sup> *Id.* at para. 70.

<sup>160</sup> *Id.* at para. 71.

誤信的抗辯，因為它們受到刑法特別規定的拘束。刑法第 150.1 條<sup>161</sup>規定了缺乏同意能力的未成年人的情況，刑法第 265 條第（3）項<sup>162</sup>規定了強制或脅迫所造成的同意。第六種類是有意識但被動的告訴人，由於同意是需要表達的，未表達要或不要，就不能被認定為有同意。在欠缺額外條件的情況下，預設一個真誠且非有意無視的人，能夠只透過被動就推論出同意，是不切實際的。將屈服

（*submission*）視為同意，就忽視同意作為一種社會行為的本質：一個人賦予他人做某事的權利。因此，單憑被動不足以為真誠誤信的抗辯提供基礎。需要額外有關於情境或行為的證據，以建立構成抗辯基礎的模稜兩可情況（*situation of ambiguity*）。只有存在這樣的證據時，被動才會變成最後兩種類型之一：（g）或（h）。<sup>163</sup>

McLachlin 強調，從欠缺掙扎或暴力，就推論出同意，是錯誤的觀念。事實上，缺乏暴力或掙扎是中立的。被告在缺乏額外的行為或情境，就將被動推論為有同意，是不誠實也不負責任的。只有當其他情況將被動提升到模稜兩可情況（也就是 g 和 h）時，才會出現真誠地推論出同意的可能性。否則，被動對真誠抗辯的影響是，創造了在繼續之前，必須獲得積極表示同意的情況。McLachlin 認為，唯二可能出現真誠誤信同意的，就是由告訴人引起的模稜兩可，以及外部情況引起的模稜兩可。<sup>164</sup>

第一種情況針對的是告訴人的模稜兩可行為。當有能夠支持被告並非有意無視，而是真誠誤解模稜兩可行為的證據時，法官必須將真誠誤信的抗辯呈現於陪審團前。由於刑法第 273.2 條（a）款（ii）的規定<sup>165</sup>，因為有意無視或有重大過

---

<sup>161</sup> 加拿大刑法第 150.1 條第 4 項規定，以第 271,272 或 273 被起訴的被告不得抗辯其相信告訴人在犯罪時年滿 16 歲或以上，除非被告採取了所有確定投告訴人年齡的合理措施。Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 150.1.

<sup>162</sup> 加拿大刑法第 265 條第 3 項，規定了 4 款當告訴人屈服（*submit*）或未反抗時，同意不成立的理由。理由分別為：（a）對告訴人或第三人使用強制（*force*）；（b）受到威脅（*threats*）或害怕（*fear*）對告訴人或第三人使用強制；（c）詐欺（*fraud*）；或者（d）行使權力。Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 265(3).

<sup>163</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777, at para. 72-76.

<sup>164</sup> *Id.* at para. 77-78.

<sup>165</sup> 加拿大刑法第 273.2 條（a）（ii）規定規定：以 271、272 或 273 起訴之被告，因重大過失或有意無視，不得主張相信告訴人有對系爭活動的同意抗辯。Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s.

失，而認為告訴人有能力並且事實上同意性活動的被告，被排除不得使用真誠誤信同意的抗辯。這一類型的重點，和其他地方一樣，必須放在告訴人所說或所做的事情，以及這些事情是如何對真誠且非有意無視的被告產生影響。承審法官需要有充分的證據得出結論，認為陪審團可以實際上（即，不是推測性地）接受，告訴人拒絕同意或無法同意，但是告訴人所說和所做的事情，卻導致被告真誠地得出相反的結論。因此，不僅必須存在矛盾或模稜兩可的行為或言語，而且矛盾或模稜兩可的結果必須是這樣的：被告真誠的行事，並非有意無視或有重大過失，得出了告訴人有能力並同意的結論。一個人無權將模稜兩可視為同意。如果一個人真誠行事且非有意無視，認為其同伴的行為是模稜兩可或不清楚的，他的責任是避免繼續下去，或是釐清同意存在與否。這是普通法的規則。國會在制定刑法第 273.2 條時，肯定了這個常識。加拿大刑法第 273.2 條規定「被告在當下已認知到的情境中，未採取合理措施（take reasonable steps）去確認告訴人正在同意，不得抗辯其相信告訴人有對系爭活動的同意」。<sup>166</sup>

第二種情況，是由外部狀況而非告訴人的行為，使得告訴人的拒絕或被動／缺乏同意，顯得模稜兩可。McLachlin 引用了 *R. v. Plummer and Brown*<sup>167</sup> 的案例事實：告訴人去了 Plummer 的公寓而被 Plummer 強暴。在 Plummer 走後，Brown 進入了強暴發生的房間。證據顯示，由於他和 Plummer 是分別進入公寓，Brown 不知道 Plummer 曾威脅告訴人，並恐嚇她導致她屈服。Brown 與告訴人性交，告訴人表示，由於持續受到 Plummer 威脅的恐懼，她在沒有抗議的情況下屈服。這樣的事實能夠清楚建立 Brown 抗辯的現實外觀。因此上訴法院命重新審判 Brown 的部分。McLachlin 總結到，真誠誤信同意的要求是：（1）被告認為告訴人有同意的證據；（2）告訴人實際上拒絕同意或沒有同意，或無同意能力的證據；（3）模稜兩可情況的證據，能夠解釋被告真誠地將缺乏同意理解為同意，其需足以推論被告對告訴人是否正在同意一事，並非有意無視或有重大過失，也就是

---

273.2.

<sup>166</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777, at para. 79-81.

<sup>167</sup> *R. v. Plummer and Brown* (1976), 24 C.C.C. (2d) 497.

說，需足以推論被告對於告訴人有無同意、需要取得同意都給予了適當的注意（paid appropriate attention）。<sup>168</sup>

回到本案的分析，McLachlin 認為，沒有任何證據顯示，被告為了確定同意而有採取措施，在刑法第 273.2 條之下，這就排除了真誠誤信同意的抗辯，在上述普通法原則也會導致同樣的結果。<sup>169</sup>根據證據，本案只有兩種可能的情況。第一種由皇家檢察官提出，即告訴人不同意性活動，這得到告訴人嚴重酒醉的證據支持，並且，如果她有同意能力，她也會因為與被告的血緣關係而拒絕。第二種由被告提出，即告訴人有能力並且有同意。被告的證據顯示，告訴人能夠控制自己的行為，並積極、自願地參與。然而，被告如此主張，是基於被告相信告訴人有同意，則關鍵仍在於有無真誠誤信的證據。不管是告訴人的證據、或被告的證據，都無法支持本案確實存在一種模稜兩可的狀況，導致被告對告訴人是否有能力、告訴人是否有同意的重要問題，產生真誠誤信。McLachlin 總結，承審法官沒有將真誠誤信的抗辯呈現於陪審團前是正確的，因為沒有現實的證據能夠支持。本案應該要允許上訴並確認定罪。<sup>170</sup>

#### 第四項 *R. v. Ewanchuk* 案

*R. v. Ewanchuk* 案的事實發生於 1994 年。告訴人是一名 17 歲的女性，在被告的貨車上面試工作。對於要在貨車中討論工作機會，告訴人感到有點猶豫，因此她讓車門保持敞開。面試以禮貌，商業化的方式進行。面試結束後，被告邀請告訴人去看他拖車中的一些工作材料。告訴人有意將拖車門保持敞開，但被告以一種讓告訴人認為他鎖上車門的方式關上了車門。沒有證據顯示，車門是否被鎖上了。告訴人聲稱，此時她非常害怕，被告開始撫摸她，儘管告訴人每次都明確地說「不」，被告仍持續、並且每次動作都比之前更加親密。當告訴人說「不」

---

<sup>168</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777, at para. 83-85.

<sup>169</sup> *Id.* at para. 90.

<sup>170</sup> *Id.* at para. 92-98.

時，被告每次都停止動作，但不久後又持續更進一步的動作（摩擦告訴人的骨盆、把手伸進告訴人大腿內側、掏出陰莖等等）。告訴人最後說了「不」之後，告訴被告她必須離開了，被告便打開車門，讓告訴人離開。告訴人的任何服從都是出自於恐懼，他們之間發生的交談清楚地表明，被告知道告訴人害怕而且不是自願的參與。承審法官依據默示同意（*implied consent*）的抗辯而無罪釋放被告，上訴法院維持了無罪的判決。加拿大最高法院允許了上訴，最終判決被告有罪。<sup>171</sup>

主筆多數意見的大法官 Major，首先探討了性攻擊罪的客觀犯罪行為（*actus reus*），包含：觸摸（*touching*），有性本質的接觸（*the sexual nature of the contact*）以及缺乏同意。前兩個要件是客觀的。皇家檢察官只需要證明被告的行為是出於自願即可。性本質的判斷是客觀的，皇家檢察官不需要證明被告對其性本質行為有主觀犯罪心態（*mens rea*）。然而，缺乏同意，是決定於告訴人在當下觸摸發生時的主觀內在心態。該主觀心態的唯一證據就是告訴人的證詞，其可信度

（*credibility*）必然被承審法官或陪審團以所有證據做出評價。被告可以主張，由於告訴人的言語或行為，在事件發生時，他對告訴人聲稱自己不需要性的觸摸引起合理懷疑。然而，若承審法官相信告訴人在主觀上確實不同意，則皇家檢察官就履行了證明缺乏同意此要件的義務。<sup>172</sup>

Major 接著討論默示同意（*implied consent*）。被告律師提出，事實審或許相信告訴人說她並未同意，但仍因為她的行為引起合理懷疑，從而認為被告無罪。被告律師和承審法官都將此稱為「默示同意」。然而，從前面的論述可以看出，事實審只能得出兩個結論：告訴人有同意，或是沒有同意。沒有第三種選擇。如果事實審接受了告訴人的證詞，也就是她並不同意，那麼無論她的行為有多麼強烈地與此主張相抵觸，都依然確立未經同意，並證明了性攻擊罪客觀犯罪行為的第三部分。默示同意的原則，在加拿大普通法判例中的各種情況下得到承認，但性攻擊罪不是其中之一。在本案中，既然承審法官接受了告訴人的證詞，也就是

---

<sup>171</sup> *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 SCR 330.

<sup>172</sup> *Id.* at para. 24-30.

她不同意，那麼當他在決定有無同意時，又去考慮告訴人的行為，而不是其主觀心理狀態，他就誤導了自己。結果，承審法官無視他之前的發現：所有與被告的性接觸都是不受歡迎的。相反地，他把他認為模稜兩可的行為，視為皇家檢察官未能證明缺乏同意。既然承審法官已接受了告訴人有關其心態的證詞，在這裡的問題就結束了。<sup>173</sup>

Major 接著討論恐懼對同意的影響。在法律上的有效同意，必須是自由地給出 (*freely given*)。當告訴人相信，她只能在允許自己被觸摸和冒險被行使強制之間做出選擇時，法律上的同意是不成立的。問題不在於告訴人是否願意參與性活動，而是她是否認為，自己只有兩種選擇：遵守或受到傷害。告訴人的恐懼不必是理性的 (*reasonable*)，也不必然要對被告表達，才能使同意無效。承審法官只需要在那些告訴人實際上選擇參與性活動的案件中，或是告訴人模稜兩可的行為或屈服，引起了缺乏同意的合理懷疑的案件中，去考慮第 265 條第 (3) 項。如果像本案中，告訴人的證詞已經建立了缺乏同意並排除合理懷疑，客觀犯罪行為的分析就完成了，承審法官應該將關注點移到被告對性接觸的看法，並調查被告是否有主觀犯罪的心態。<sup>174</sup>

Major 肯定在 *R. v. Park* 案中，L'Heureux-Dubé 對性攻擊罪主觀犯罪心態的分析：主觀犯罪心態不只在被告知道告訴人說「不」時被滿足，也會在被告知道告訴人沒有說「是」的時候被滿足。Major 也沿用了 L'Heureux-Dubé 對於同意是告訴人實際言語或行為的表達的觀點，據此，被告相信告訴人內心深處希望被觸摸，卻沒有把慾望表達出來，這種信念就不會是抗辯。被告去猜測告訴人的行為，並不構成抗辯。性攻擊罪的主觀犯罪心態，取決於被告是否相信告訴人有效地透過言語或行動同意。Major 區分了同意的概念，他認為，在有關於告訴人心態上的客觀犯罪行為，以及有關被告心態的主觀犯罪心態，是不一樣的。在分析客觀犯罪行為時，同意表示告訴人在心中想要性接觸發生。在主觀犯罪心態的脈絡下，

---

<sup>173</sup> *Id.* at para. 31-34.

<sup>174</sup> *Id.* at para. 36-40.

特別是在分析真誠誤信時，同意指的是告訴人透過言語或行為積極表達了她願意參與與被告之間的系爭性活動。<sup>175</sup>

Major 接下來討論了誤信同意的限制，分別規定在加拿大刑法第 273.1 條第 (2) 項以及 273.2 條中。Major 以 *R. v. M. (M.L.)* 案為例，說明沉默或消極不可作為相信有同意的抗辯。同樣地，被告不能仰賴他所謂的信念，也就是當告訴人表示對性接觸缺乏同意，可以構成持續或積極接觸的邀請。常識告訴我們，一旦告訴人表示不願意參與性接觸，被告就應該確保，在繼續進一步親密接觸之前，她確實改變了想法。被告不能只靠時間的流逝，或告訴人的沉默，或模稜兩可的行為，就認為她現在的想法變了，同意現在已經存在，他也不能用進行進一步的性接觸去「試水溫」。在有人說「不」之後繼續發生性接觸，至少構成了一種不可原諒的重大過失行為 (reckless conduct)。Major 引用了 *R. v. Esau* 案中 McLachlin 所說的：由於刑法第 273.2 條 (a) 款 (ii) 的規定，因為有意無視或有重大過失，而認為告訴人有能力並且事實上同意性活動的被告，被排除不得使用真誠誤信同意的抗辯。<sup>176</sup>

在本案中，被告不認為告訴人明確表達的「不」有任何模糊之處。事實上，被告非常依賴他在每次告訴人說「不」時立即停止，以表示他無意強迫她。因此，他知道告訴人在他們相處期間的四次觸摸，並非同意。承審法官應該考慮的問題是，在未經同意的表達，和隨後的性接觸之間，是否發生了任何事情，而使被告相信告訴人有同意。承審法官明確選擇不考慮被告是否有真誠誤信，並認為除非被告提出，否則不可用此抗辯。但這個結論忽略了被告的權利。承審法官對這項辯護只展現了短暫的興趣，這無疑是因為他得出默示同意抗辯的結論，並以此判決被告無罪。<sup>177</sup>然而 Major 認為，沒有任何證據支持被告相信告訴人會同意，或者被告在身體接觸之前重新建立了同意。被告沒有提出，也沒有證據顯示，存在著真誠誤信同意的現實外觀。總結來說，在庭審記錄中被告持續的、越來越嚴重

---

<sup>175</sup> *Id.* at para. 45-49.

<sup>176</sup> *Id.* at para. 50-52.

<sup>177</sup> *Id.* at para. 53-56.

的追求（advances）行為就構成了性攻擊罪。<sup>178</sup>

## 第五項 *R. v. J.A.* 案與 2018 年的刑法修正案

### （一）

2011 年的 *R. v. J.A.* 案的判決，影響了加拿大刑法在 2018 年的修正。案件事實為：在性交過程中，被告 J.A 將雙手放在他的長期伴侶，也就是告訴人 K.D. 的喉嚨上，並且將她勒到失去知覺。在審判中，K.D 作證道，她同意 J.A. 將她勒昏至窒息，並明白她可能會失去意識。當 K.D. 恢復意識時，她的雙手被綁在背後，J.A 正在將一個人造陰莖插入她的肛門。J.A. 在她恢復意識後十秒鐘後取出人造陰莖，然後兩人進行了陰道性交。性交結束後，J.A 鬆開了綁縛 K.D. 雙手的繩索。K.D. 兩個月後向警方報案，表示雖然她同意被勒昏，但她並未同意所發生的性活動。加拿大最高法院允許皇家檢察官上訴，並恢復對 J.A. 的定罪。<sup>179</sup>

主筆多數意見的首席大法官 McLachlin 認為，本案的關鍵問題是，如果一個人在失去意識（unconscious）之前，已同意了某些性的行為（sexual acts），則他人是否可以對該無意識之人做那些行為。<sup>180</sup> McLachlin 檢視了刑法第 273.1 條的架構，沿用 *R. v. Ewanchuk* 案的說理，區分客觀犯罪行為（*actus reus*）的同意，與主觀犯罪心態（*mens rea*）的同意，並說明在客觀犯罪行為的同意，是完全的來自告訴人當下的主觀心態，檢察官必須證明告訴人當下沒有同意。接著，McLachlin 分析，要圓融的解釋立法者對同意的定義，必然得出告訴人必須在系爭性活動過程中保持有意識。一個失去意識的人，是否能做出國會所定義的同意？刑法第 273.1 條第（1）項規定，告訴人自願同意參與「系爭性活動」，這代表國會否認了廣泛的事前同意，告訴人的同意，必須特定針對每一個性動作（sexual act），在 *R. v. Ewanchuk* 案中，最高法院也將此條文解釋為，需要告訴人在性活

<sup>178</sup> *Id.* at para. 58-59.

<sup>179</sup> *R. v. J.A.*, [2011] 2 SCR 440.

<sup>180</sup> *Id.* at para. 1.

動「發生當下」的同意。刑法第 273.1 條第 (2) 項 (b) 款則規定，若告訴人無能力同意該活動，被告未獲得同意。國會擔心的是，性行為在那些欠缺心智能力以給予有意義同意的人身上發生。心智能力的欠缺，可能是因為精神損傷，也可能來自於失去意識。因此，國會有意要讓同意的意義在於，運作中心智 (operating mind) 的有意識同意。<sup>181</sup>

McLachlin 接著分析主觀犯罪心態。刑法第 273.1 條 (2) 項 (d) 款規定，告訴人透過言語或行為表達缺乏參與活動的同意，則同意不存在。由於該規定涉及同意的表達，因此很明顯只應用於被告的主觀犯意。此處重點是，連結到缺乏對任何「單一活動」(activity) 的同意，這代表同意是現在進行的概念，而非事先對一組活動 (a suite of activities) 的同意。刑法第 273.1 (2) 項 (e) 款規定，告訴人表達缺乏繼續參與活動的同意，則同意不存在。該規定也涉及同意的表達，因此也同樣只適用於被告的主觀犯意。這表示國會希望人們能夠在性活動期間隨時撤回其同意。反過來，也支持國會認為同意是有意識的心智產物的觀點，因為一個無意識的人，是無法撤回同意的。<sup>182</sup>

McLachlin 指出，書寫不同意見書的 Fish 大法官，對第 273.1 條第 (2) 項 (e) 款規定的解釋是錯誤的。Fish 大法官認為，該款表示告訴人可以事先提出同意，該同意在被撤銷之前繼續有效。McLachlin 強調，該款規定的意思是，一旦告訴人表達她不再同意，被告必須停止所有性接觸，但這並不表示，告訴人若未能告訴被告要停止，就必然仍在同意中。正如本院於 *R. v. Ewanchuk* 案以及 *R. v. M. (M.L.)* 案一再提出的，告訴人不需要表達在客觀犯罪行為的缺乏同意。相反的，重點是在告訴人心中，是否主觀地同意。刑法第 273.2 條 (b) 款更進一步闡明了同意的概念，規定一個希望利用主觀犯罪心態抗辯的人，不僅要相信告訴人表達了同意，還必須採取合理措施，以確定對方是否「正在同意」參與當下的系爭性活動。如果一個人失去意識，要如何採取合理措施來確定他或她是否正在

---

<sup>181</sup> *Id.*, para. 31-36.

<sup>182</sup> *Id.*, para. 38-40.

同意性活動？這再次說明，本條是基於告訴人必須有意識地同意每一個性行為的假設。此外，國會透過要求被告採取合理措施以確保告訴人「正在同意」指出，告訴人的同意必須是一種持續的心態。<sup>183</sup>

本案的問題是，國會是否將同意的定義延伸至，當告訴人無意識時，可以事前同意性行為？McLachlin 認為並非如此。J.A.的論點，也就是在無意識期間發生的性行為可以事先同意，與刑法及其潛在的政策是不和諧的。刑法這些規定說明，國會將同意視為需要「有能力」或運作中的心智，進而能夠評估每一項性行為。若不如此解讀，將違反國會的明確意圖，即人有權同意特定行為，並隨時撤回同意。將這些規定一起考量，McLachlin 無法接受被告的論點。<sup>184</sup>J.A.認為「如果一個人事前對一個預期會在失去意識時發生的性活動同意，而且沒有改變心意，那麼皇家檢察官無法證明缺乏同意，告訴人所經歷的唯一心態就是同意」。然而，這一論點與 *R. v. Ewanchuk* 的結論相反，即確定告訴人是否同意的時機，是在性接觸當下發生時。當告訴人失去意識時，她就喪失了反對或同意的能力。將失去意識的人，當作是正在同意的話，將有效地否定告訴人可以在性接觸的任何時候改變主意的權利。<sup>185</sup>

McLachlin 總結到，性攻擊罪同意的定義，是要求告訴人在性活動的每個階段，提供實際的同意。即使事前表示同意，一個失去意識的人也不可能滿足這一要求。<sup>186</sup>

## (二)

加拿大刑法中有關性同意定義的部分，在 2018 年做了若干修正，反映了加拿大最高法院在 2011 年的 *R. v. J.A.* 案中的判決。由司法部在 2017 年 6 月 6 日提出的 Bill C-51 修正案，旨在根據政府承諾，確保給予性侵罪和性別暴力的被害人最大的同情和尊重，並澄清和加強刑法中的性攻擊罪規定。其中一些修正條文

---

<sup>183</sup> *Id.*, para. 38-42.

<sup>184</sup> *Id.*, para. 43.

<sup>185</sup> *Id.*, para. 51-52.

<sup>186</sup> *Id.*, para. 66.

反映了加拿大最高法院的決定，並解決現行法律的一些誤用。<sup>187</sup>該法案最終在 2018 年 12 月 13 日由皇室批准生效。<sup>188</sup>

*R. v. J.A.* 案的判決，展現在新法第 273.1 新增了第 1.1 項，規定：同意必須在系爭性活動發生時表達（**consent must be present at the time the sexual activity in question takes place.**）。第 273.1 條也新增了第（1.2）項，規定：同意是否在第 265 條 3 項或本條 2 項或 3 項下取得，為法律問題。同條第 2 項新增了（a.1）款，規定：告訴人無意識（**unconscious**）。另外也修正了 b 款，規定：告訴人因為任何除了（a.1）款以外的原因而無法對活動同意（**incapable of consenting**）。另外，在第 273.2 條（a）款，也就是被告主張誤信同意抗辯的限制，新增了（iii）目：任何在第 265 條（3）項或 273.1 條（2）項或（3）項的未獲同意的情況。

另外，國會採納了 *R. v. Ewanchuk* 案中，主筆多數意見的大法官 Major 的理由，也就是當沒有證據顯示告訴人透過言語或行為自願且積極表達同意時，被告不得主張誤信同意。因此，在 273.2 條新增了第（3）項，規定無法主張誤信同意的狀況：沒有證據顯示，告訴人積極透過言語或行為表達自願同意系爭活動。

189

現在的加拿大刑法關於性同意最重要的兩個條文，即 273.1 以及 273.2 規定如下：

刑法第 273.1 條<sup>190</sup>

（1）限於第 2 項及第 265 條第 3 項的範圍內，同意係指，為了 271、272、273 條的目的，告訴人自願同意參與系爭性活動。

（1.1）同意必須存在於系爭性活動發生時。

<sup>187</sup> 加拿大司法部網站，<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/cuol-mgnl/c51.html>，（最後瀏覽日：30/12/2019）。

<sup>188</sup> 加拿大司法部網站，<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/cuol-mgnl/c51.html>，（最後瀏覽日：30/12/2019）。

<sup>189</sup> 加拿大國會網站，[https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/421/C51E#ftn40](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/421/C51E#ftn40)，（最後瀏覽日：30/12/2019）。

<sup>190</sup> Criminal Code, R.S.C. 2018, c. C-29, s. 273.1.

(1.2) 同意是否在第 265 條 3 項或本條 2 項或 3 項下取得，為法律問題。

(2) 規定為了第 (1) 項的目的，有以下情況則未獲得同意：

- (a) 該同意是以告訴人以外之人的言語或行為為之；
  - (a.1) 告訴人無意識；
- (b) 告訴人因為任何除了 (a.1 款) 以外的原因而無法對活動同意；
- (c) 被告濫用信賴、權力或權威地位而誘使告訴人參與該活動；
- (d) 告訴人透過言語或行為表達缺乏參與活動的同意；或者
- (e) 告訴人曾同意參與性活動，透過言語或行為表示缺乏繼續參與活動的同意。

(3) 在第 (2) 項中沒有任何一款會被解釋為限制未獲得同意的情況。

#### 刑法第 273.2 條<sup>191</sup>

以 271、272 或 273 起訴之被告，有以下情況時，不得主張相信告訴人有對系爭活動的同意抗辯

- (a) 被告的信賴是來自於
  - (i) 被告自我引起的酒醉，
  - (ii) 被告的重大過失或有意無視，或者
  - (iii) 任何在第 265 條第 3 項或 273.1 條 2 項或 3 項的未獲同意的  
情況；
- (b) 被告在當下已認知到的情境中，未採取合理措施去確認告訴人正在  
同意；或者
- (c) 沒有證據顯示，告訴人積極透過言語或行為表達自願同意系爭活  
動。

---

<sup>191</sup> Criminal Code, R.S.C. 2018, c. C-29, s. 273.2.

### 第三節 未得同意之判斷

本文在本章第一節雖然簡單介紹了「違反意願模式」與「未得同意模式」的區別，但這兩者並非全然的互斥，而可以從尊重一個人性意願的角度來觀察：既然「違反意願模式」模式可以理解，必須尊重他人「說不要就是不要」(no means no)的權利，那麼也許能更進一步去尊重，他人「說要才是要」的權利。<sup>192</sup>這兩種模式之間，與其說是兩個完全不同的大方向，不如說是在判斷意願的光譜上的不同位置—「違反意願模式」傾向認為在違反意願之前都是「得到同意的」；反之「未得同意模式」認為，在行為人「未取得同意」之前，對相對人都造成了性自主的侵害。然而，怎樣才算同意？舉例來說，如果沉默算是一種默許的同意，那麼違反意願與未得同意的標準，就是非常模糊的。本節將先介紹學者對同意外在表現的分類，再觀察我國法院在判決中如何認定意願，最後提出修法應採取的標準。

#### 第一項 未得同意的外在表現？

研究者指出，性同意的交流會涉及三個步驟，一、一個人內心中同意／不同意進行性行為；二、將同意與否展現於外；三、相對人相信對方內心是同意或不同意。而真正有爭議的是第二步驟，也就是說，只有特定的外部表現才算是同意。<sup>193</sup>研究者進一步從刑法、教育政策、學術研究、媒體評論和關於積極同意的網路討論中，挑選出有關積極同意的公式，從最狹義的同意到最廣義的同意之間，分出六種類型：A、簽署合約的同意，B、充滿熱情的同意，C、口頭同意，D、停下來詢問(stop and ask)，E、清楚並於當下存在的同意(clear and contemporaneous

---

<sup>192</sup> Lani Guinier, *Acquaintance Rape and Degrees of Consent: "No" Means "No," But What Does "Yes" Mean?.* 117 Harv. L. Rev. 2341, 2364(2004).

<sup>193</sup> Aya Gruber, *Consent Confusion*, 38 CARDOZO L. REV. 415, 429(2016).

consent), F、脈絡中的同意和違反意願 (contextual consent and no means no)。<sup>194</sup>

本文認為，前兩種類型，都不會是刑法上同意的要件。簽署合約的同意，作為比言語或行為更嚴格的形式，卻無法說明為什麼同意一定要寫下來而不能用口頭講或肢體語言表達，目的可能只是在訴訟上方便證明而已。然而訴訟法上的證明難易度，不該直接倒推回實體法上同意的有效與否。充滿熱情的同意只是對同意心態的理想期許，只要不是被強制、詐欺、或相對人濫用權勢這種嚴重影響同意周邊條件的方法取得同意，就算同意是心不甘情不願地給出，刑法也不該認為這樣的同意不算數。

第三種類型為「口頭同意」，相較於前兩種，較值得討論。有鑑於親密互動的複雜性，堅持用特定用語去合法化性，是不切實際的。因此，雖然「說是才算同意」(only yes means yes) 是讓人朗朗上口的標語，但對於許多積極同意的支持者來說，同意的腳本可能有更多形式。<sup>195</sup>然而，在強暴法改革上主張協商模式 (negotiation model) 的學者認為，兩個人之間對於性的協商基本上要透過口頭進行。主張協商模式的學者認為，只有同意是不夠的，因為同意表示「她讓他做某事」。在違反意願模型 (no model) 中，「她讓他做某事」代表「她讓他做任何她沒有口頭或肢體反對的事」，在未得同意模型 (yes model) 中，代表「她讓他做任何他認為她給予他口頭或非口頭許可的事情」。因此，兩種模式中的法律問題都變成「她讓他做了什麼」。協商模式則不然，它要求希望性交的人 (無論性別) 在性交發生之前，讓其伴侶積極參與決策過程。協商涉及人與人之間的思想交流過程，並不假設男性會提出要求，女性會默許或反對男性要求的事情。與傳統的同同意概念不同，無論伴侶的性別和性傾向如何，協商承擔了伴侶互相之間的責任，以及指導性交流的平等權力。由此，兩個人之間對於性的協商基本上要透過口頭進行。就男性提出的異性交往而言，我們已經看到了仰賴男性解釋女性肢體語言的能力的風險。仰賴肢體語言會產生太多錯誤的可能性，因此在道德上是

---

<sup>194</sup> Gruber, *supra* note 193, at 431-440.

<sup>195</sup> Gruber, *supra* note 193, at 433.

不合適的。然而，兩個人之間以某種方式參與互相期望的行為的既定習慣本身，可以構成協商。透過重複相互期望的活動，伴侶之間可以建立一種性行為模式，而不必進行明確的討論。<sup>196</sup>

協商模式的憂慮是，未得同意模式會將最廣義的同意納入，甚至包含默認以及出於恐懼的臣服。<sup>197</sup>但這並非事實，至少從本文在本章第二節所介紹的加拿大刑法與最高法院判決來看，沉默或屈從不等於同意，出於恐懼的同意會因為加拿大刑法第 265 條第（3）項的規定而未得同意。因此，具有溝通性質的同意，不見得會有協商模式批評的缺點，並且同意本來就是不分性別、性傾向的性交都需要具備的，早就不再限於男生主動要求、女生被動同意／不同意這種既定劇本。再者，協商不保證雙方地位的平等，口頭溝通也不代表一方不會對另一方施加壓力。以肢體語言引起的誤解確實有之，但因此全面否定肢體表達同意的可能，而以刑事制裁為後盾，要求性接觸前必須得到口頭同意才合法，也欠妥當。真正困難的是，刑法要如何面對、處理潛藏在誤解肢體語言背後的刻板印象。無論如何，要求同意必須是口頭同意，本文認為並無必要。

第四種類型為「停下來詢問」(stop and ask)，是立於性提出者(sex proponent)的角度，要求法律要賦予從性接受者(sex acceptor)得到同意的義務，即必須明確尋求特定行為的許可。例如，加州在 2014 年通過的 Senate Bill No. 967 法案，該教育法案中規定，若學生遭受性侵，必須採用積極同意標準。該法案中，規定了被告不得主張其相信告訴人有積極同意的情况，包含：被告在當下已認知到的情境中，沒有採取合理措施去確認告訴人積極同意。<sup>198</sup>本文認為，精確來說，這不是同意外部形式的某一類型，而是在課予性提出者法律上的注意義務。觀察條文，可以發現幾乎與加拿大刑法第 273.2 條（b）項一樣<sup>199</sup>。以加拿大最高法院

---

<sup>196</sup> Michelle J. Anderson, *Negotiating Sex*, 78 S. CAL. L. REV. 1401, 1421 (2005).

<sup>197</sup> Anderson, *supra* note 196, at 1422.

<sup>198</sup> Gruber, *supra* note 193, at 433-434.

<sup>199</sup> 加拿大刑法第 273.2 條（b）款規定：the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting；加州 Senate Bill No. 967 第 1 條第（2）項（B）款規定：The accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain whether the complainant affirmatively

於 *R. v. Esau* 案和 *R. v. Ewanchuk* 案中對該條文的解釋，注意義務不會存在於每個性接觸的同意，而是存在於告訴人缺乏同意，而被告要主張真誠誤信同意存在的情況。

第五類型為「清楚並於當下存在的同意」(clear and contemporaneous consent)，這裡的問題是，「前戲」算不算對於後續性交的同意？在 1995 年加拿大最高法院的 *R. v. Park* 案中，主筆多數意見的大法官 L'Heureux-Dubé 就認為，告訴人穿著浴袍親吻並迎接在門口的被告的行為，不算是同意；若被告要主張真誠誤信，那麼應提出對臥室內發生事件的描述，以及解釋為什麼被告真誠地將這些事件認定為同意的其他資訊。因此，哪些在臥室中發生的事情，可以被認為是有同意的表現？如果告訴人持續親吻、愛撫對方，對方是否就可以在告訴人表示拒絕之前，合理推論告訴人同意發生性交？研究者指出，由於 HIV 和其他透過性行為傳染疾病的威脅，許多人選擇陰道性交以外性行為—特別在他們享受隨機、短暫的親密關係時。例如，年輕人用更多的愛撫和口交以替代陰道性交，因為他們認為這些做法是安全的性行為，也能保持技術上的貞操，以及避免懷孕。人們的性經歷越多樣化—這些經歷是刻意不包括陰道交或肛交—就越少對陰道交或肛交的同意。<sup>200</sup>由此，存在於性的親密行為「當下」的同意是有必要的。如果接吻並不等於表達對摸胸部的同意，摸胸部不等於表達摸生殖器的同意，摸生殖器不等於表達口交的同意，口交也不表達對陰道性交的同意，那麼同意確實必須要是針對「每個關鍵行為的特定同意」<sup>201</sup>。

第六類型為「脈絡中的同意或違反意願」(contextual consent and no means no)，該類型允許將沉默與被動，視為同意，或者在情境中解讀出同意。不過，除非之後有表達同意的言語或行為來抵消，否則當一個人表達口頭拒絕時，無論整體情況如何，都必須假定該人不同意。<sup>202</sup>這種類型，等於在當事人明確拒絕之前，都

---

consented.

<sup>200</sup> Anderson, *supra* note 196, at 1420.

<sup>201</sup> Gruber, *supra* note 193, at 437-438.

<sup>202</sup> Gruber, *supra* note 193, at 439.

可以推斷同意的存在，已經與「積極同意」相差甚遠，幾乎要變成「違反意願」。本文既然採取了未得同意模式而非違反意願模式，對於此種同意類型當然也並不贊成。

除了以上六種性同意的類型，事實上還有一種類型，就是不要求任何外在表現的同意，而這正是加拿大的未得同意模式。加拿大刑法第 271.1 條第（1）項規定：同意係指，告訴人自願同意參與系爭性活動。依據本條規定，似乎是偏向「清楚並於當下存在的同意」此類型。但在 *R. v. Ewanchuk* 案以及 *R. v. J.A.* 案中，加拿大最高法院都區分了客觀犯罪行為的同意與主觀犯罪心態的同意，前者著重於告訴人的內在心態，而唯一探詢的方法就是告訴人的證詞，並且，不以告訴人向被告表達自己不同意才構成缺乏同意；後者著重於被告對於同意的表達的認知，只要被告認知到告訴人沒有說「是」，即成立了性攻擊罪的主觀犯罪心態。因此，本文認為加拿大刑法所認定的同意是最廣泛的，只要告訴人心中不願意，在客觀上就構成缺乏同意。

本章已介紹了加拿大的未得同意模式，以及研究者提出之六種同意形式，然而，本國刑法應採取何種同意標準？這個標準又要如何劃定？要探討這個規範上的要求，或許能從實證研究上去理解，在我國社會中，人們如何在性接觸中互動，進一步去設計適合的標準。實證研究雖不能直接導出應然規範上的要求，但能夠幫助我們釐清台灣妨害性自主案件的現況，進而作為未得同意模式立法上參考的基礎之一。很可惜的，本國似乎較少直接探討國人對於性行為同意看法的社會科學的實證研究<sup>203</sup>。但是，我國已經累積了許多妨害性自主罪的判決，也有學者做過判決分析，故本文應能觀察法院在妨害性自主案件中，對於同意或違反意願之

---

<sup>203</sup> 現代婦女基金會曾與台北市家庭暴力暨性侵害防治中心合作，透過線上問卷「大學生與研究生約會性侵害現況調查」，瞭解大學生與研究生在校園中聽聞或遭遇約會性侵害的情況，調查期間為 106 年 6 月 6 日至 27 日，共回收 532 份問卷。該調查顯示，三成一（31%）的學生認為，約會對象沒有表示意見就等於同意性行為；其中，男性有四成（41.6%）、女生為二成七（27.1%）皆抱持此態度，可能因此造成性侵害的狀況。參見：現代婦女基金會網站，[https://www.38.org.tw/news\\_detail.asp?mem\\_auto=258&p\\_kind=%E7%8F%BE%E4%BB%A3%E6%B6%88%E6%81%AF&p\\_kind2=%E5%AA%92%E9%AB%94%E5%A0%B1%E5%B0%8E&p\\_kind3=%E7%84%A1](https://www.38.org.tw/news_detail.asp?mem_auto=258&p_kind=%E7%8F%BE%E4%BB%A3%E6%B6%88%E6%81%AF&p_kind2=%E5%AA%92%E9%AB%94%E5%A0%B1%E5%B0%8E&p_kind3=%E7%84%A1)，（最後瀏覽日：30/12/2019）。

判斷，推論出採取未得同意模式下，同意會如何認定，進而給予立法上更周延的思考。因此，本文接下來將分析我國的判決，期望能對同意標準－無論是客觀構成要件的分析，或是行為人主觀上對於有無同意的認知－提供一些指引。

## **第二項 我國判決對違反意願的認定**

本文先回顧我國既有的妨害性自主判決之實證研究，了解法院是如何認定意願的違反（或者對同意與否的判斷）。由於有罪判決必然是違反被害人意願，在邏輯上也會是欠缺被害人的同意，就沒有討論同意標準的必要，因為被害人的意願都被違反了，不管採哪種標準都會是不同意。只有無罪判決中，才可能出現「未違反意願也未得同意」的狀況，而這種狀況中才能觀察，若適用不同的同意標準，在個案中可能會得出不同的結論。因此，本文將著重於文獻上對無罪判決原因之分析。接著，本文將分析具有代表意義的案件，最後提出看法。

### **第一款 文獻回顧**

本文在第二章曾探討，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。」其中之「其他違反其意願之方法」此一概括條款，是否仍要求有前面例示之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術之手段相當性，抑或是僅需判斷有無違反意願已足？學說大多認為，違反意願仍需要強制手段，而實務在最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議則認為不需要強制手段。因此，在實務上有關侵害性自主的判決中，應可看到有關於違反意願與否的認定。然而，依照性侵害犯罪防治法第 18 條之規定，性侵害犯罪之案件，審判不得公開。故本文僅能從既有的政府委託報告，以及（隱匿當事人身分資料後）已公開之判決中探討之。

我國探討侵害性自主的判決分析的研究中，周儵嫻教授於 2003 年的內政部委託計畫〈影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究〉中，蒐集了自民國 88 年 4 月 21 日修訂刑法妨害性自主罪章後至民國 89 年 4 月 31 日止一年內發生、且在研究期間結束前（民國 92 年 6 月）終審判決確定的妨害性自主案件判決書共 667 件，分析這些案件的審理結果，並針對其中的 68 件無罪判決進行分析，將無罪理由歸納為兩大類：一、鑑定或勘驗證據可證明範圍的侷限：妨害性自主案件的關鍵在於必須證明性行為的發生係違反當事人意願，因此鑑定或勘驗證據雖屬於強而有力的科學證據，但即使被害人陰道內檢出被告 DNA，對於被告是否以違反當事人意願之方法強制性交仍須有進一步之證明；二、依據情況證據做事實上推定：法官經常以被害人或證人在警訊、偵查、審判筆錄中供述內容之差異，而對該供述證據之真實性加以質疑，且以初供筆錄及鑑驗結果為要，經由論理與經驗法則的運用，藉諸多情況證據做事實上推定，而排除對被告不利之犯罪事實認定。此類包括了被害人之供述違反常情—通常法官認定違反常情的現象有被告與被害人體力不相當、被害人能逃卻未逃、被害人能求救卻未求救、被害人未立即報警，以及勘驗或鑑定結果無法證明被告有違反被害人意願—無傷痕、未抗拒、未排斥、已有親密行為在先。<sup>204</sup>

林志潔教授與金孟華教授在〈「合理」的懷疑？——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見〉一文中，以臺灣臺北地方法院、臺灣高雄地方法院以及臺灣臺中地方法院從 2000 年 1 月 1 日至 2010 年 2 月 28 日之妨害性自主無罪判決為樣本，分析了臺灣臺北地方法院共有 139 筆，臺灣高雄地方法院共有 253 筆，臺灣臺中地方法院則為 173 筆的無罪判決，抽揀出幾種與性別刻板印象有關之經驗法則，包含：以事發前的情境推測事發當時被害人的意願；事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑。<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> 周儵嫻（2003），〈影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究〉，《內政部研究計畫成果報告》，頁 1-231。

<sup>205</sup> 林志潔、金孟華（2012），〈「合理」的懷疑？——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見

以事發前的情境推測事發當時被害人的意願，例如被害人是酒店小姐與被告一同前往汽車旅館；或是兩人共處一室衣衫不整互動親密言語曖昧之情況。以臺灣臺中地方法院 91 年度訴字第 274 號判決為例：「衡諸一般情理，被害人既未與被告深交，何以單身一人仍願與被告回其住處共處一室，況依被害人之年齡、知識程度及精神狀態等情狀以觀，其豈有不知當可能置身於險境中之理，是被害人於警訊及偵查中徒以片面之詞指訴被告係違反其意願對其強制猥褻及強制性交，顯有可疑。」<sup>206</sup>

事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑，係指被害人事發當時是否有不顧一切地防止自己被性侵害。例如，臺灣高雄地方法院 89 年度訴字第 2984 號判決：「……倘被告果真持刀脅被害人甲 1、甲 2，焉有與被告躺在床上聊天之理？且於看見證人庚時，未予以求救之理？」臺灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1843 號判決：「……A 女稱被告歷次對其性侵害及猥褻之地點既均是在超商二樓發生，A 女均有機會呼喊求援，竟捨此而不為，實屬費解……在被告未持兇器或為其他激烈暴力、脅迫手段以壓制其意思自由而為強制性交之行為，A 女卻僅對被告稍微掙扎而無積極抵抗防衛自己身體之舉動，即與被告發生性行為，實無從使本院確信 A 女之證詞與事實相符……。」以及，臺灣高雄地方法院 95 年度訴字第 3019 號判決：「……A 女僅因害怕家人知悉被告在家中，而捨棄預防傷害結果發生之舉動，干冒受被告性侵之實害，A 女此部分之證述實難做為對被告不利之認定……。」

207

林志潔教授在 2017 年的法務部委託研究報告〈性侵害案件無罪原因分析之研究——以強制性交案件為中心〉中，分析經由法務部篩選後提供判決範圍包括全國各級法院（即地方法院、高等法院及其分院、最高法院和軍事法院），時間限制為 101 年至 103 年間的定讞判決（包括有罪定讞和無罪定讞），所涉法條則是以刑法第 221 條、第 222 條、第 225 條第 1 項為主，判決總數為 904 筆判決，

---

運用為例之考察》，《政大法學評論》，127 期，頁 117-166。

<sup>206</sup> 林志潔、金孟華，前揭註 205，頁 147-148。

<sup>207</sup> 林志潔、金孟華，前揭註 205，頁 148-149。

案件數為 328 件。其中，刑法第 221 條共有 242 件無罪判決，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；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」。而不管是刑法第 221 條、第 222 條、第 225 條，研究結果發現，被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾為所有犯罪類型中最主要的無罪原因。<sup>208</sup>

需要注意的是，這些理由不一定是個別判決中唯一的無罪理由，甚至難以視為關鍵理由。有許多只是出現在法院的論述過程，其究竟占法院心證多少的比重難以一概而論。性侵害犯罪是一種隱匿性極高的犯罪，基於人證、物證的缺乏，檢察官與法官在起訴與定罪上勢必會遭遇到許多困難。<sup>209</sup>周愷嫻教授於內政部委託計畫〈影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究〉中，除了對判決進行分析，也訪談了三位法官，其中一位法官就認為，「妨害性自主案件中，如果被告承認，且與被害人指述相符，將會是容易的案件；但如果相關證據不明確，或者雙方有親戚關係，因為互動模式不容易釐清，證據容易消失，所以都是屬於困難的案件。」另一位法官則說：「一般而言妨害性自主案件都不會有其他人證，如果其他物證又不足的話，我會仔細問當事人發生的過程，一層一層的，慢慢的問，這時候我會將被害人跟被告分開來問，細細發現其中一方供詞前後矛盾的地方，以及雙方說詞不一致的地方，依照經驗法則下判斷，只有在雙方陳述都模糊不清的時候，才會讓雙方進行對質。」<sup>210</sup>

本文認為，由這些法官的訪談內容可以得知，由於妨害性自主案件在認定上的困難，以及證據蒐集之不易，因此，運用已知的證據去推斷當下行為人有無違反相對人之意願，是無可避免的事。但這不代表這些推定是不能被挑戰的。舉例

---

<sup>208</sup> 法務部網站，[https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList2.aspx?menu=GEN\\_AR\\_REPORT](https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList2.aspx?menu=GEN_AR_REPORT)，(最後瀏覽日：30/12/2019)

<sup>209</sup> 林志潔、金孟華，前揭註 205，頁 146。

<sup>210</sup> 衛生福利部保護司網站，<https://dep.mohw.gov.tw/DOPS/cp-1186-6513-105.html>，(最後瀏覽日：30/12/2019)。

來說，在性侵發生當下的緊張性麻痺會讓受害者沒有表現出反抗，連沒有表現反抗都可能是不同意了，法院卻仍將「稍微掙扎而無積極抵抗防衛自己身體，即與被告發生性行為」當作未違反意願的證據。而酒店小姐與被告一同前往汽車旅館，或是兩人共處一室衣衫不整互動親密言語曖昧情況，當然也可能解讀只願意與被告發生「性行為以外」的所有曖昧與親密的行為，而不願與被告發生性行為。

由以上的無罪判決研究結果的分析，可以看出在我國目前的「違反意願」模式下，重點並非被害人對當下性行為的同意，而是被害人有無反對，甚至即便當下有表示反對仍不足夠，事前與事後的行為，也可能會變成推論當下有沒有確實違反意願的證據。此外，判決著重於客觀上有無違反意願的判斷，較少對於被告主觀心態上的討論。

## **第二款 實際案例分析－【淡江大學夜景案】**

臺灣宜蘭地方法院 104 年度侵訴字第 29 號判決，歷經三審判決，上訴至最高法院後被駁回上訴，被告無罪定讞。此案為近年來少數爭點聚焦於妨害性自主意願之認定，並且在客觀上及被告主觀部分，都進行討論的已公開判決，且被害人在部分性接觸時，確實是「未違反意願」，卻也「未得同意」。以下本文將該案件稱為【淡江大學夜景案】，並先大略整理出案件事實、判決內容，最後進行判決的分析。

【淡江大學夜景案】之案件事實為：被告甲於 103 年 6 月 19 日晚間，在台中開往台北之高鐵上，結識告訴人 A 女，甲於翌日凌晨 0 時至 1 時許，駕車至 A 女住處搭載告訴人前往宜蘭，於同日凌晨 2 時許，至淡江大學蘭陽校區校門口。二人在車外，甲即自 A 女後方抱住 A 女，又親吻 A 女之嘴，並用手撫摸 A 女臀部，繼而二人上車後，A 女應甲要求為其口交，甲復以其性器插入 A 女性器而

為性交。<sup>211</sup>

一審法院（臺灣宜蘭地方法院 104 年度侵訴字第 29 號判決）認為，刑法第 221 條之「其他違反被害人意願之方法」，必以客觀事實者為限，**若實際上並未實行上揭任何違反被害人意願之方法者**（以下粗體皆為筆者所加），則與強制性交罪之構成要件不合。又固然強制性交罪之成立僅以違反被害人意願為要件，然被害人之意願係其內心主觀之意思，**被害人仍需以客觀行為表示其主觀上之意願**，否則被告若無從自外觀判斷被害人不願與之為性交行為，自難以認定**被告有何違反被害人意願與之性交之故意**而課予強制性交之罪責。

一審法院將本案事實分為「車外行為」以及「車內行為」兩部分分別討論。首先，被告在車外對告訴人所為親吻、摟抱及撫摸之行為部分，告訴人於偵查中證稱：在車外時，他問我想要男朋友對我做什麼，是抱我？親我？還是做那一件事？我跟他說抱我，後來他就從後面抱住我，我就說這樣很奇怪，並且用**後肘推他**，但他還是抱著，我跟他說會有人，這樣很奇怪，他說這麼晚怎麼會有人，後來把我轉過來親我嘴巴，我就覺得噁心把他**推開**，他跟我說沒關係，他正面抱住我，用雙手摸我屁股，當時我是穿裙子，但是他是在裙子外側摸我屁股，我用手要把他的手**推開**，有推開，但是對方還是一直抱著我，並且要我抱他，他還用右手拉我的左手，讓我的左手先後放在他的肩膀跟腰，我有跟他說很奇怪，他還是跟我說沒關係等語。依告訴人之證述，在車外被告對其為擁抱、親吻、撫臀之行為時，告訴人雖有對被告表示「這樣很奇怪」，並為推拒、閃避之行為。惟觀諸被告對於告訴人舉止之回應，僅係向告訴人表示「沒有關係」等語，並繼續抱著告訴人，用右手拉告訴人左手，讓告訴人左手先後放在被告肩膀跟腰部，**並未有以何言語威嚇或肢體強制之行為欲使告訴人就範**，且依被告此等之反應及後續其與告訴人之互動情形以觀，被告主觀上有可能誤認告訴人僅係對於與其初次肢體親密接觸時之矜持表現而已，並繼續對告訴人為親密行為之試探。況依告訴人於本院證述：（問：你於警詢時稱在山上的時候被告有抱你還有摸你胸部，但你都

<sup>211</sup> 臺灣宜蘭地方法院 104 年度侵訴字第 29 號判決。

把他擋掉，後來還有把手伸入你的裙子裡面摸，你有把他推掉，跟他說這樣不好，是否屬實？）是，我只是把他手拿開，讓他不要碰到我，因為我不敢用力，他是男生等語，可見告訴人當下並無明確抗拒被告之外在表現。準此，告訴人對於被告之前揭行為既無明確之拒絕表現於外，被告亦無以何言語威嚇或肢體強制以使告訴人就範之行為，則被告辯稱伊當下並未察覺告訴人不願與其有肢體碰觸等語，尚非無可能。

至於被告於車內對告訴人之性交行為部分：告訴人於警詢中固指稱：我就跟他說我要回家了，我們一起上車後，我坐在副駕駛座，他坐在駕駛座，轉過來強吻我的嘴巴，手並伸入我的內褲裡摸我的下體，且手指有伸入我的下體接著把我的內褲脫掉，我一直說不要，並推開他，但怕會激怒他所以沒有很激烈的拒絕，後來他就坐直回他的駕駛座，有點強迫我用我的嘴巴舔他的下體，我不知道他何時脫下他的褲子，我就照做側身幫他口交，後來因為我很累，所以我就坐正回副駕駛座，當時我已經不清楚自己在幹嘛，他問我要不要做，我說不知道，他就直接跨坐在我身上，用他的生殖器進入我的下體，大約 20 分鐘，我因為害怕加上緊張當時不知道怎麼拒絕所以沒有抵抗，因為我知道拒絕也沒有用，後來他停止動作後，他自己將生殖器取出，我當時已經癱軟無力，不知該如何處理，我又發現他射精在體內，我很生氣的跟他說你怎麼會射在裡面；被告性侵過程中，我只有用手推開他，但被告還是持續性侵我；我是害怕被告會將我載往更偏僻的地方，殺害我所以我才沒有做出更大的反抗舉動。告訴人雖指稱在車上被告對其親吻及以手指插入其下體時，有向被告表示不要並推開被告之行為，然此部分僅有告訴人片面之指述，並無其他證據可為補強或佐證。況依告訴人前揭指述，被告以手指進入告訴人性器時，告訴人雖想將被告推開，但不敢太激烈，故究竟告訴人是否有將其不欲被告對其為性交之意願顯現於外以使被告知悉，非無疑義。又關於告訴人指稱被告強迫其為口交行為部分，依告訴人於本院固證述：（問：被告當時有無強迫你為他口交？如果有，如何強迫？）有，可是我忘記怎麼強迫；（問：當時被告如何開口要你幫他口交？）我記得我幫他的時候，他的手壓在我的頭上，

我不記得他開口時，我們在做什麼，我印象中就是當時很暗，我很害怕，很想回家等語。惟稽之前揭證述內容，告訴人雖稱被告有點強迫要求伊幫其口交等語，惟關於被告究係如何為強迫之具體行為，告訴人則始終未能具體說明，則依告訴人之證述，實無從認定被告要求告訴人對其口交時，有以何違反其意願之方式為之。

末觀諸告訴人指述最後被告以陰莖進入告訴人下體之行為過程，被告係先詢問告訴人要不要做（按：即性交），經告訴人答稱「不知道」後，被告遂跨坐至告訴人身上，以陰莖插入告訴人下體而為性交行為。據此，堪認告訴人並無將其主觀之意願表示出來讓被告明確知悉性交乃違反其意願，且對於被告如何違反其意願而與之性交亦未有所交待，是尚難依告訴人之指述即遽予認定被告係明知違反告訴人意願而仍對告訴人為強制性交行為之事實。此外，觀諸被告與告訴人於此性交後之互動情形，據告訴人於警詢證述：當天下午 6 時，我聯絡他幫我買避孕藥，因為我覺得這是他要負責的，但我越想覺得越噁心，我就跟他說我可以自己買避孕藥，他還想約我去海邊，我拒絕他等語；及被告與告訴人於 103 年 6 月 20 日之 LINE 對話，可知被告要送避孕藥給告訴人，2 人並約好時間、地點，尚未見告訴人對被告有何責難之言語或表示，此與一般被害人遭受性侵後，對加害人之可能產生之憤恨、厭惡、不願多加接觸之情緒反應尚有不同；且觀諸事後被告並未有何唯恐告訴人究責而閃避推辭或避不見面之情形，甚至想再約告訴人再次見面吃飯之後續互動情形，則被告辯稱於案發當時主觀上並無察覺告訴人並無意願與其為性交行為等語，應非空言。

據上，告訴人對於被告違反其意願而為前揭親吻、摟抱、撫摸及性交行為之指述，僅有告訴人單一之指述，尚查無其他證據以為補強或佐證；而被告辯稱當下並未察覺告訴人並無意願與其為該等行為等情，因據前揭事證尚難認定告訴人已將其內在主觀上不願與被告為該等行為之意願表現於外，使被告知悉，其所辯尚非無可能，此外，亦無證據證明被告有對告訴人為強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之行為……是以，本案縱是被告因一時失慮不週，當下誤判告

訴人有意與其為前揭性交等行為，而未能設身處地為年紀尚輕、社會資歷尚淺之告訴人著想並克制自己一時之情欲，造成告訴人身心有所傷害，誠屬遺憾，然強制性交罪既係以**故意犯**為構成要件，而本案尚無法排除前述合理的懷疑，而使本院對於被告有強制性交之主觀犯意達到有罪之確信，此外，復查無其他積極證據足認被告有檢察官所訴之強制性交犯行，是檢察官起訴被告強制性交之犯行，當屬不能證明，揆諸前揭說明意旨，自應為被告無罪之諭知。

二審法院（臺灣高等法院刑事判決 105 年度侵上訴字第 109 號）駁回檢察官之上訴。高等法院認為，本件所應審究者，即**被告是否知悉告訴人並無意願**與之為上開親吻、摟抱、撫摸及性交行為，**卻仍以前揭例示之強制手段或其他違反告訴人意願之方法，迫使告訴人為之**。在事實方面，關於被告在車外對告訴人所為親吻、摟抱及撫摸之行為，與一審之判斷相同，認為告訴人當下並無明確抗拒被告之外在表現，復無證據足以證明被告有以何言語威嚇、肢體強制或施以其他違反告訴人意願之手段，迫使告訴人就範，是被告辯稱未察覺告訴人不願與其有肢體碰觸等語，應屬可採。關於被告於車內對告訴人之性交行為，由於告訴人始終未能具體說明，被告如何為強迫口交之具體行為；抑且，告訴人於性交過程中，並未明白為拒絕或抗拒之舉（被告先詢問伊要不要做，伊答稱「不知道」），可徵告訴人於被告要求口交、以生殖器進入之行為時，縱使告訴人內心感覺不適或無意願，**然告訴人未明確表達拒絕，致被告主觀上誤認其有同意之意思**。另外，告訴人於本院審理時稱：伊與被告出遊時有攜帶手機，當時被告有點半強迫跟伊說手機要放在儀表板上，不記得到達淡江大學蘭陽校區時有無將手機拿下車，後來有取回手機等語，可見於被告偕同告訴人駕車前往宜蘭時，告訴人已取出手機，則於被告停車，人均下車之際，**告訴人非無機會撥打手機求援；且嗣後告訴人已取回手機，何以其未立即將指述遭被告強制性交之情通報警方或親友，顯有違常情**；進者，告訴人於案發後仍與被告聯繫，被告要送避孕藥給告訴人，2 人並約好時間、地點，告訴人並未對被告有何責難之言語或表示，此與一般被害人遭受性侵後，對加害人可能產生之憤恨、厭惡、不願多加接觸之情緒反應尚有不

同；且觀諸被告並未有何唯恐告訴人究責而閃避推辭或避不見面之情形，甚至想再約告訴人再次見面吃飯之後續互動情形，益證被告辯稱於案發當時主觀上並無察覺告訴人無意願與其為性交行為等語，應屬可採。<sup>212</sup>

最高法院（106 年度台上字第 4126 號）駁回高檢署的上訴，本案被告無罪定讞。最高法院認為，刑法上強制性交及強制猥褻罪之規範目的在於保護性自主決定權，該等罪名中所稱「其他違反其意願之方法」，係指條文中所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，而妨害被害人之意思自由者而言。雖不以使被害人達於不能抗拒之程度為必要，仍須其行為已妨害被害人之自由意志，或違反被害人之意願而仍執意為之，始屬相當。倘若被害人之意思隱晦不明，或有所謂「半推半就」之情形，致使行為人主觀上誤認被害人有含蓄同意之意思，且在客觀上亦未施以違反其意願之方法者，基於罪刑法定、證據裁判主義及無罪推定原則，自難遽為被告有罪之認定。本件原判決以刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，其中「違反被害人之意願」係強制性交罪之重要構成要件之一，認應依明確性原則加以認定。經綜合被告於警詢、偵訊及第一審之供述、A 女於偵訊及第一審之證詞，暨卷內其他證據資料，認為 A 女對於被告猥褻及性交行為之要求及舉動，雖略有推拖之表現，但從客觀上觀察，其態度尚屬隱晦不明，並未明確表達拒絕之意思，致使被告在主觀上誤認 A 女有同意之意思，且被告亦未施以違反 A 女意願之方法而對 A 女為猥褻及性交行為，因認尚不能證明被告有如起訴意旨所指之上述犯行，乃維持第一審諭知被告無罪之判決，而駁回檢察官在第二審之上訴，已詳述其取捨證據及論斷之理由，核其論斷，尚無違背強制性交罪關於「違反其意願」要件之解釋；且此為原審基於審判職權所為之適法論斷，而其據此判決被告無罪，亦符合罪刑法定、證據裁判主義及無罪推定原則，自難遽指為違法。<sup>213</sup>

以上為本案的三審判決整理。本文認為，此案之分析可從兩部分著手，分為

---

<sup>212</sup> 臺灣高等法院刑事判決 105 年度侵上訴字第 109 號判決。

<sup>213</sup> 最高法院 106 年度台上字第 4126 號判決。

客觀構成要件與主觀構成要件部分。

首先，在客觀構成要件上，一審與二審都認為「無證據足以證明被告有以何言語威嚇、肢體強制或施以其他違反告訴人意願之手段」。一審法院認為，刑法第 221 條之「其他違反被害人意願之方法」，必以客觀事實者為限，若實際上並未實行上揭任何違反被害人意願之方法者，則與強制性交罪之構成要件不合。這樣的判斷，表示法院認為刑法第 221 條仍必須有某個客觀上的手段，去違反對方意願，事實上是類似於強制手段必要說的判斷，只是強制程度不見得要如強暴、脅迫般的高度強制。本文認為，強制手段必要說也正是符合我國刑法第 221 條的規定。於本案，被告確實沒有用什麼特定的方法去強迫被害人，充其量就是把她的頭壓下去口交，硬要執著於「某個客觀上的手段」，在本案中是找不到的。因此，本案在刑法第 221 條的正確解釋適用下，在客觀構成要件上即不該當。

然而，本案被告未使用強制手段，卻顯然是違反意願 A 女意願的。在車外時，A 女屢次表達「這樣很奇怪」、並且用後肘推被告，這不管在口頭上或肢體上的表現，都已經顯示 A 女並不願意。在車內，一開始被告先強吻 A 女的嘴巴，手並伸入告訴人下體，並將告訴人的內褲脫掉，A 女即表示不要，並推開被告，但由於害怕而不敢太激烈。至此，不管是違反意願模式，或是未得同意模式，都應該會認定告訴人是不願意的。然而，本案不管在一審或二審，都認為 A 女並無「明確」抗拒被告之外在表現，甚至認為，A 女是否有將其不欲被告對其為性交之意願顯現於外以使被告知悉，也有疑義。如此的判斷，不只忽略了 A 女已多次表達不願意的口頭與肢體語言，更有暗示「不夠激烈的抗拒就不算違反意願」之意味。

違反意願模式與未得同意模式，可能會出現分歧的部分，應於在車內進行口交與性交時出現。口交行為部分，A 女「忘記怎麼強迫，我記得我幫他的時候，他的手壓在我的頭上，我不記得他開口時，我們在做什麼，我印象中就是當時很暗，我很害怕，很想回家」，因此一審法院認為被告「未以違反其意願之方式為之」。性交行為（以陰莖進入告訴人下體）部分，被告有先詢問告訴人要不要做，

告訴人回答「不知道」後，被告遂以陰莖進入告訴人下體。一、二審法院認為，告訴人並無將其主觀之意願表示出來讓被告明確知悉性交乃違反其意願。最高法院認為，A 女雖略有推拖之表現，但從客觀上觀察，其態度尚屬隱晦不明，並未明確表達拒絕之意思，且被告亦未施以違反 A 女意願之方法而對 A 女為猥褻及性交行為。

A 女順從被告為口交行為、並在性交之前說「不知道」，這些舉動確實都不算有抗拒或拒絕。採取違反意願模式的判斷，如果聚焦於口交與性交的部分，容易得出被害人意願沒有被違反的結論。但是，如果將時間拉長來看，被害人從車外開始，就不斷地表示「這很奇怪」、並推開被告，但是被告從未停止他繼續「試探」的動作，到了車內，也直接將手插入 A 女下體，一直到 A 女害怕而為口交，最後性交時「因為害怕加上緊張當時不知道怎麼拒絕所以沒有抵抗，因為我知道拒絕也沒有用」並且「害怕被告會將我載往更偏僻的地方，殺害我所以我才沒有做出更大的反抗舉動」。在整個過程當中，A 女從來沒有從不要變成願意的表示，並且，單獨與開著車的被告在半夜 2 點的偏僻山上，會害怕從不停止「試探」的被告，這在經驗法則上也並非難以想像，是以，A 女在違反意願模式之下，也有可能是能認定成違反意願的。在未得同意模式之下，A 女從車外到車內從未表達過同意，即便是最後的「不知道」，也不是表達同意的意思。本案的事實，其實類似於加拿大最高法院在 1999 年的 *R. v. Ewanchuk* 案，在這兩案中，告訴人都對被告的行為表達了拒絕，被告也都持續地對告訴人「試水溫」。在未得同意模式底下，如果法院認定 A 女從頭到尾都是不同意的，則就如 *R. v. Ewanchuk* 案的 Major 大法官所分析的，根本不必再去討論恐懼對於同意的影響。本案中的一審、二審及三審，確實也都不認為 A 女在客觀上有「同意」性接觸。

在主觀構成要件上，本文一樣從車外與車內的行為探討之。一審、二審都認為，在車外時，被告一直向 A 女表示「沒有關係」，並未有以何言語威嚇或肢體強制之行為欲使 A 女就範，可知被告主觀上有可能誤認 A 女僅係對於與其初次肢體親密接觸時之矜持表現而已，並繼續對 A 女為親密行為之試探。但是本

文認為，被告有沒有用強制行為，與被告知不知道他違反 A 女意願，是兩回事，不應該認為未使用強制手段就等同於察覺 A 女不願意。另外，一審法院認為「告訴人雖想將被告推開，但不敢太激烈，故究竟告訴人是否有將其不欲被告對其為性交之意願顯現於外以使被告知悉」，二、三審法院皆認為「告訴人未明確表達拒絕，致被告主觀上誤認其有同意之意思」，可見法院一致認為，被告知不知道違反意願，是取決於告訴人的反抗夠不夠明確，但事實果真如此？還是法院未仔細探求被告心態的想當然爾？

本文認為，調查告訴人當下的表達是一回事，但對於主觀心態的調查不應該僅止在此，應該仔細認定被告對於告訴人表達意願的認知。像是被告說「沒有關係」的意思為何，對於 A 女說「這很奇怪」並推開被告時所理解的意思為何，都應詳加調查。如果被告的心態是「我知道妳現在不願意與我接吻、讓我撫摸，但沒有關係，等等妳就會願意了」的話，那麼被告已經知道 A 女不願意，只是仍然期待在下一次試探時，A 女會順從自己。抱著這種期待而說「沒有關係」的話，就代表被告了解 A 女的意思，只是期待 A 女等一下會改變心意而已。況且，被告每一次說完「沒有關係」，A 女還是把被告推開，那麼被告在下次摟抱、親吻、撫摸時，內心是認為 A 女可能會不願意、還是不知道 A 女願不願意但是先試試再說、或是相信 A 女會願意？這都會影響被告有無明知違反 A 女意願卻仍為之的判斷。而如果被告的心態是「妳的稍微推託其實是內心想要，但舉止害羞」則才會是如一、二審所認定的，被告「誤認、未察覺」A 女的不願意。

在車內，一審、二審一樣認為，A 女未明確表達拒絕，致被告主觀上誤認其有同意之意思。本文依然認為，未明確表達拒絕，不會直接導致被告誤認有同意，而且「未拒絕」與「同意」，也是不同的概念。被告在車內主動對 A 女進行指交、口交與性交時，對於「A 女未明確表達拒絕」的心態為何，仍有仔細探究的空間。例如，一開始被告將手指插入 A 女內褲中與下體時，A 女說不要並推開。被告此時就坐直回駕駛座，開始將 A 女的頭壓過來口交。則，被告在放棄指交轉為嘗試要 A 女口交時，心態是什麼？是否已經知道 A 女不願意指交，所以停

下繼續指交的動作？那麼，改成口交的話，被告認為就沒有違反 A 女意願嗎？口交結束後，被告開口詢問 A 女要不要做，A 女回答不知道，也未反抗，被告進而為性交。由於性交前被告有先詢問，這部分被告對於 A 女當下的意願的理解，才比較可能是「未明確表達拒絕，致被告主觀上誤認其有同意之意思」。最高法院認為，A 女在整個與被告親密接觸的過程中態度尚屬隱晦不明，並未明確表達拒絕之意思，致使被告在主觀上誤認 A 女有同意之意思，本文認為這樣的判斷忽略了 A 女每一次說不要、推開被告後，被告接下來的行為與心態。此心態與被告是否知悉違反被害人意願有關，既然與待證事實有關聯性、有調查可能性、亦為認定事實適用法律之基礎，法院應有調查的必要。<sup>214</sup>無事實上足認不能或不易調查之情事，卻未盡法定職能設法調查者，有應調查而未予調查之違法。

215

以違反意願模式來看，被告或許真的不覺得有違反 A 女的意願，將 A 女「不夠明確」的推託拒絕，都認為是未違反意願，從而缺乏故意；然而，以未得同意模式來看，被告在本案中可能知道「A 女從頭到尾都沒有同意」的，也可能將「不夠明確」的推託拒絕，當作是 A 女害羞靦腆的同意表現。不管被告的心態為何，本文認為都將是妨害性自主從違反意願模式走向未得同意模式，法院調查的一大重心。

最後，本案中的一審與二審，都使用了除了被害人陳述以外的補強證據。一審時，地方法院觀察被告與 A 女於此性交後之互動情形，認為 A 女既然在事發後與被告約好要拿避孕藥，雖然最後 A 女「越想覺得越噁心，就跟他說我可以自己買避孕藥」，但 A 女沒有罵被告也沒有「不願多加接觸」，與一般遭受性侵之被害人反應不同。二審亦採取同樣的認定。然而，每一個性侵害受害者都具有個別差異，不同的加害者，不同的受害情境、與不同的倖存者，其在事件發生當下所採取的反應方式、事後的因應模式、置身的環境脈絡、與其復原的心理歷程、

---

<sup>214</sup> 朱朝亮（2014），〈應於審判期日調查之證據未予調查之內涵〉，《月旦法學教室》，146 期，頁 30-32。

<sup>215</sup> 朱朝亮，前揭註 214，頁 31。

發展階段都不同。<sup>216</sup>地方法院直接認為，沒有憤恨加害人是與一般人遭性侵後反應不同，這是否預設了某個「完美被害人」的想像？更何況，A 女在警詢時證述，自己越想越噁心，可以自己買避孕藥，豈不就是「不願多加接觸」的情緒反應？法院何以厚此薄彼，只考量有聯絡買避孕藥的事實，卻未考量 A 女越想越噁心，可以自己買避孕藥的事實？在二審中，法院認為，被告偕同 A 女駕車前往宜蘭時，A 女已取出手機，則於被告停車，兩人均下車之際，A 女非無機會撥打手機求援；且嗣後 A 女已取回手機，何以其未立即將指述遭被告強制性交之情通報警方或親友，顯有違常情。同樣的，性侵被害人的「常情」為何？一定要在可以聯絡外界時「立即」報警或告訴親友嗎？A 女在下車之後，可能尚未反應過來剛剛發生了什麼事，或者因為害怕而尚未決定該怎麼做。被性侵在社會中是一件難以啟齒，並常常讓被害人深感自責的一件事，或許在當下沒有「立即」打電話，才是性侵被害人的「常情」。

關於被告的主觀心態，一、二審法院都透過於此性交後之被告與 A 女的互動情形，認為既然被告並未有何唯恐 A 女究責而閃避推辭或避不見面之情形，甚至想再約 A 女再次見面吃飯之情形，則被告辯稱於案發當時主觀上並無察覺 A 女並無意願與其為性交行為等語，應非空言。本文認為，如果被告心裡知道 A 女當時並無意願與其為性交，也有可能想透過幫忙買避孕藥、約出來見面吃飯等方式，緩和與 A 女之間的關係，或者只是單純喜歡 A 女、想繼續與 A 女認識交流，不管被告是出於什麼原因與 A 女聯絡，從被告不閃躲就認為被告當下沒發現 A 女無意願，似乎稍嫌速斷。

### 第三款 小結

觀察法院的判決，我國實務上對於刑法第 221 條強制性交罪的適用，其實是介在「強制模式」與「違反意願模式」之間，也就是還是會認定行為人有無使用

---

<sup>216</sup> 林秋燕（2007），〈性侵害受害者之復原〉，《諮商與輔導》，264 期，頁 18-22。

「某種違對方意願的強制手段」，因此並非完全關注在意願的違反與否上。而這也是刑法第 221 條在構成要件上有要求強制手段下的當然結果。

再者，法院在認定意願有無違反時，除了關鍵的被害人（告訴人）陳述外，還會調查並認定間接證據（情況證據）。例如，在【淡江大學夜景案】中，法院認定「告訴人雖指稱在車上被告對其親吻及以手指插入其下體時，有向被告表示不要並推開被告之行為，然此部分僅有告訴人片面之指述，並無其他證據可為補強或佐證。」之後又從被告與告訴人於事後之對話內容，認定「被告要送避孕藥給告訴人，2 人並約好時間、地點，尚未見告訴人對被告有何責難之言語或表示，此與一般被害人遭受性侵後，對加害人之可能產生之憤恨、厭惡、不願多加接觸之情緒反應尚有不同。」從本件判決中觀察，法院得出未違反意願結論之原因包括：一、欠缺被害人陳述以外之證據。二、間接證據之影響。

要求被害人陳述以外之證據，來自於最高法院長期以來發展出的「超法規補強法則」—對於特定類型的供述證據，包括「被害人之陳述」、「告訴人之告訴」及「幼童之證言」等證言，要求應有補強證據。<sup>217</sup>最高法院在最近一則判決中作出總結，「在對立性之證人（如被害人、告訴人）、目的性之證人（如刑法或特別刑法規定得邀減免刑責優惠者）、脆弱性之證人（如易受誘導之幼童）或特殊性之證人（如秘密證人）等，因其等之陳述虛偽危險性較大，為避免嫁禍他人，除施以具結、交互詰問、對質等預防方法外，尤應認為有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據」。<sup>218</sup>

然而，最高法院類型性的降低這些證言的價值，要求有補強證據，仍有待商榷。薛智仁教授指出，最高法院所指出的危險因素，並不一定會在個案中真正導致證言虛偽。例如，被害人與被告利害相反，並不代表被害人就會說謊嫁禍被告，因為並非每個被害人都希望被告承受不應得的制裁，或者希望透過判決被告有罪而獲得損害賠償，也不是每個有此種動機的被害人，都有勇氣作出虛偽證言，法

<sup>217</sup> 薛智仁（2016），〈促成性交易罪及補強法則之適用範圍—評臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1553 號判決〉，《中原財經法學》，37 期，頁 105-169。

<sup>218</sup> 薛智仁，前揭註 217，頁 131-132。

官不得僅憑被害人的地位，就概括地低估被害人證言的可信性。<sup>219</sup>。基於訴訟經濟而生成的超法規補強法則，對於個案的真實發現也是兩面刃：被歸類為可疑證言類型的證言，如果在個案中確實是不可信，適用超法規補強法則的結果就有防止誤判的作用；如果該證言在個案中其實具有可信性，適用超法規補強法則的結果就是對於有罪判決設定過高的門檻。<sup>220</sup>本文對於超法規補強法則應否存在，尚未形成定見，因此以下僅討論，在實務上存在超法規補強法則的現況下，認定「違反意願」時產生的相關問題。

如果實務上維持超法規補強法則，僅憑單一被害人證詞，不可能得出有罪判決。那麼，在只存在單一被害人證詞的無罪判決中，間接證據能夠發揮影響力之處，到底是藉著單純彈劾被害人陳述的可信性，或是進一步推導出當下未違反意願；間接證據是補強可信性即足、或者必須補強到待證事實之一部<sup>221</sup>，似乎必須在每個具體的判決中判斷才能知道。以臺灣臺中地方法院 91 年度訴字第 274 號判決為例，從法院認為「衡諸一般情理，被害人既未與被告深交，何以單身一人仍願與被告回其住處共處一室，況依被害人之年齡、知識程度及精神狀態等情狀以觀，其豈有不知當可能置身於險境中之理，是被害人於警訊及偵查中徒以片面之詞指訴被告係**違反其意願**對其強制猥褻及強制性交，顯有可疑。」來觀察，法院似乎是從告訴人與被告**事前的互動**違反一般情理，因此對告訴人意願是否有違反，產生懷疑。又以【淡江大學夜景案】為例，法院認為被害人**事後與被告之互動**違反一般性侵被害人之常情，但是「違反常情」在法院判決文字中，對心證上產生效果並不明確，似乎透過對於被害人陳述可信度的挑戰（既然被性侵，怎麼會聯絡被告買避孕藥），使法院對於意願違反與否產生了懷疑。臺灣高雄地方法院 95 年度訴字第 1843 號判決認為，「被告雖在廚房內又撫摸及強吻 A 女，此

<sup>219</sup> 薛智仁，前揭註 217，頁 150-151。

<sup>220</sup> 薛智仁，前揭註 217，頁 153-154。

<sup>221</sup> 性侵害案件中，補強範圍與程度之檢討，最高法院有不同之見解，對於補強範圍究應為「被害人陳述之憑信性」，抑或是「與被害人指述具有相當關聯性」、「與犯罪構成要件事實具有關聯性，非僅在增強被害人指述內容之憑信性」，實務上有不同說法。詳見：張至柔（2018），《性侵害常見有罪認定證據構造之檢討—以被害人指述、驗傷診斷書與 PTSD 為中心》，頁 69，國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文。

時 A 女與被告所相處之廚房並非完全封閉空間，被告之行為如違反 A 女意願，A 女大可轉身離開及縱聲呼救，即有人聽聞異聲而上樓察看，被告絕無可能不顧他人聽聞異聲，甚至出面阻止之情形下，猶敢大膽不顧 A 女之反抗而對 A 女施以暴力而為性侵害。況 A 女稱被告歷次對其性侵害及猥褻之地點既均是在超商 2 樓發生，A 女均有機會呼喊求援，竟捨此而不為，實屬費解。A 女雖指稱被告將其強拉進房間內時並無呼救，是因被告強吻，叫其不要出聲等語，惟被告既未掩住 A 女之口鼻，A 女至少會呼喊求救，不至於只有以雙手反擊之舉動，是 A 女於被告拉其至冷氣房或辦公室為性行為時，仍得以用力推開被告或呼聲求救阻擋被告之侵犯，則在被告未持兇器或為其他激烈暴力、脅迫手段以壓制其意思自由而為強制性交之行為，A 女卻僅對被告稍微掙扎而無積極抵抗防衛自己身體之舉動，即與被告發生性行為，實無從使本院確信 A 女之證詞與事實相符。」則法院是單純認為 A 女證詞不可信，還是認為 A 女實際上未違反意願，是不明確的。

不管間接證據是單純挑戰了被害人陳述的可信性，或是影響了法院對意願違反與否的心證，其實大多倚靠著法官的經驗法則以及對性親密接觸的理解。不管是事前單獨去被告家中、事發當下未呼救、事發後未立刻報警等等，在我國法院的無罪判決中，常常暗示著告訴人當下是沒有違反意願的，但這些經驗法則也可能是來自於對性侵被害人的一貫偏見。這些經驗法則是否符合系爭案件中的情況？需要法院在個案中更仔細的調查。即便不依照個案去細細審究判斷，依照實證上對於性侵害創傷的相關研究，也能對一些判決上出現過的推論做出反駁。例如，被害人無論性別，多數在受到性侵後有羞恥、自責、憂鬱等反應，期待這些人在事發後馬上告訴親友、報警處理是合理的嗎？還是這些人需要一些時間平復、理解、消化在自己身上發生的事，並且經過思考後再決定要不要踏上冗長並影響身心甚鉅的司法行動？或者，緊張性麻痺的實證研究也告訴我們，期待人們在事發當下就「積極抵抗」（比較沒那麼激烈的推開）是不切實際的，在當下整個人呆住、無法做出拒絕反應的人，並非罕見。

## 第四節 我國應採取之標準

經過加拿大同意模式的介紹、爬梳學者列舉的數種同意標準，以及我國法院實務判斷意願的分析，本文以下將探討我國應適用何種同意標準。

### 第一項 同意的形式

本文採取了加拿大最高法院在 1995 年的 *R. v. Park* 案中的觀點，認為同意必須有一個外在、客觀的形式（言語或肢體上的同意），亦即，同意應該從表達的角度來考慮，而非私人的精神狀態。因此，縱然告訴人心中存在著同意，但完全沒有透過言語或行為顯露出來（不管是單純沉默、屈從對方、或是表達抗拒），在此情況下，被告就對告訴人為性行為，仍然會該當「未得同意」的客觀構成要件。該行為的不法內涵在於，在個人沒有表達同意、允許他人在性自主範圍內為性交或猥褻行為，行為人即逕自為之，就侵害了個人的性的積極自由—取代了個人是唯一有權主宰自己性領域之人的地位。

同意必須有一個客觀的形式，來自於「禁止把沉默與被動當作同意」的這條底線。前述有關緊張性麻痺的實證研究成果，不只告訴我們「為什麼說不出不要」，更告訴我們，把沉默當作是同意，很可能是不符合實際狀況的。美國研究未得同意的學者 Stephen J. Schulhofer 也在著作中反對，在性犯罪的脈絡下，將沉默與被動視為同意的法律標準。<sup>222</sup>Schulhofer 認為，在某些情況下，將沉默等同於同意的這個推論是有道理的。在政治習慣中，主席會宣布「除非我聽到反對，否則我推定一致同意休會。」在此，有兩個不同的想法牽涉於其中：我們可能會推論保持沉默的與會者確實同意了—他很高興可以休會；或者，如果他有疑慮但卻選擇不表達，則把他當作是同意，是很公平的。他的同意可能代表真正的同意，也

---

<sup>222</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 271(1st ed. 1998).

可能是正當的虛構，不管屬於哪一種情形，結果都一樣：沉默都意味著同意。<sup>223</sup>然而，性犯罪的許多情境中，被害人是否有公平的機會去表達他或她的反對，是完全不清楚的。

舉例而言，有一發生在美國伊利諾州的案例：一名 188 公分，84 公斤的男性，將一名女性抬起來，走進樹林，把她的褲子脫掉並與她進行性交。伊利諾州的法院，推翻了該名男性的性侵定罪，認為該女性「未能在她有能力抗議時抗議的行為，就傳達了同意」。這名女性的沉默可能表示著熱情的願意，但是—至少同樣可能—代表她非常害怕、且因為恐懼而癱瘓，在一個孤立的、沒人在旁的情況下被一個陌生男性嚇到了。又或者是，在吵鬧的派對和持續飲酒跳舞的夜晚後，一名女性—即使在法律上還未達喪失能力—可能因為太累和頭暈而無法解讀對方傳達的訊息、也無法預料到她的約會伴侶或其他男性即將要做的事。或者，她喝得太醉，以至於無法清楚表達自己的意願。在這些情境中，「未能抗議」可能意味著有意願，但也可能意味著迷失或恐懼。假定沉默等於真實意願很明顯是站不住腳的推論。如果認為，把沉默當作同意是公平的推論，更是直接忽略了所有可能使她無法在關鍵時刻清楚思考、快速做出反應、或者強而有力表達的情境因素。<sup>224</sup>

有論者認為這個標準「太保護」女性，Schulhofer 對此做出回應。舉例來說，當醫生詢問病患是否允許探測儀器進入直腸時，我們不會假設病患的沉默指向同意。病患的願意，必須非常明確。更甚者，因為醫生有特別的揭露義務，在病患考量過風險並給出「告知後同意」之前，他的允許都是不充分的。當沒有揭露的義務，也不需要告知後同意時，許多情況仍然需要確實的允許，而不是沉默而已。假設一個不動產仲介打電話告知你：「除非你現在拒絕，或是在五分鐘內回電給我，否則我就假設你同意把你的房子以 60000 美金賣給我。」我們可能會馬上拒絕，但我們也可能會猶豫；我們可能會因為上百種原因而錯過截止日期或忽略這

---

<sup>223</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 268.

<sup>224</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 269.

件事。如果我們喝得太多，我們甚至可能不知道發生了什麼事。在性接觸脈絡之外，當風險很高、或沉默可能有許多種解釋，當當事人任一方都可能搞不清楚確定狀況時，我們都不會毫無疑問的將沉默等同於同意，即使受影響的人可以照意願輕易地拒絕。然而，在性接觸的脈絡中，法律卻樂於從沉默中推論同意，即便沉默可能代表著困惑、驚訝、害怕、迷失、或酒醉，這些情境都跟性渴望一樣是可能的解釋。<sup>225</sup>Schulhofer 認為，親密的性，牽涉了深遠的、對個人身體和情緒上完整性的侵擾 (intrusion)。對這類的侵擾而言，同意不可以單純只是缺乏情楚明確的表達反對。實際的允許—清楚表達的積極意願—才能被看作是同意。<sup>226</sup>要得到允許的這個要求是很基本的，不需要用書面契約、特定刻意的語言公式或任何其他不切實際的行為儀式來理解—對一般公民來說，他們本來就知道「得到允許」的意義是什麼，無論透過明示或暗示，他們都知道未經許可，不得侵犯他人的財產，這就是同意的意義。<sup>227</sup>

本文同意 Schulhofer 教授的見解，認為沉默不得作為同意。但本文的判斷與加拿大也不盡相同。本文與加拿大最高法院的不同之處在於，加拿大最高法院在 1999 年的 *R. v. Ewanchuk* 案、2012 年的 *R. v. J.A.* 案中，認為缺乏同意，是決定於告訴人在當下的主觀內在心態。本文卻認為，**缺乏同意作為客觀構成要件，是取決於被害人當下的客觀表達行為**。也就是說，人必須把內心意思做出外部表示，這類似於民法上意思表示的意義，只是當事人並非企圖發生一定私法上效果<sup>228</sup>，而是針對當下的性活動表達刑法上的同意。客觀表達行為的欠缺，就表彰了性自主法益受侵害的狀態。透過同意的客觀化，一方面能夠保障參與性交或猥褻行為的相對人能夠透過客觀事實去認知法益侵害的狀態，而不會陷入猜測對方心理狀態並承擔猜測錯誤的窘境；二方面能夠防止被害人主觀心態的難以探知去影響了

---

<sup>225</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 270.

<sup>226</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 271.

<sup>227</sup> Stephen J. Schulhofer, *Consent: What It Means and Why It's Time to Require It*, 47 U. Pac. L. Rev. 665, 681 (2017).

<sup>228</sup> 意思表示，指將企圖發生一定私法上效果的意思，表示於外部的行為。參見：王澤鑑(2011)，，《民法總則》，頁 360，臺北：自刊。

司法的可預測性。

人的心理狀態是很複雜的，面對眼前的性邀約，或許不單單只有同意與不同意這兩種涇渭分明的心理狀態，而往往受社會環境所影響、並且可能是變動的。有研究者針對性行為的「同意」，提出區分，認為可以分成主觀上的同意以及表現的同意（*performative consent*）；其中有兩種不同的主觀上同意，分別是肯定的同意（*positive consent*）與受拘束的同意（*constrained consent*）。<sup>229</sup>肯定的同意指的是，一個人肯定而明確地想要某件事而同意的內部心態；而受約束的同意則是，一個人認為某件事比現實的選擇更好而同意的內部心態。舉例來說，在兄弟會的派對上，出於拒絕對方會很尷尬、以及不想違背年輕女性在社交場合應有的社交慣例，因而與對方進行了口交，此時這位女性給予的就是受拘束的同意而非肯定同意。<sup>230</sup>研究者認為，若要求同意須到達主觀同意的地步的話，就太過頭了，而即使將標準設為表現的同意，都有過度處罰的疑慮：有些人在性行為當下，內心雖然熱切渴望，但沒有表達出來，刑法卻要處罰與這些人進行性行為的伴侶。<sup>231</sup>

本文認為，要求主觀上的同意確實強人所難—對於相對人來說，他／她沒有讀心術、無從探知告訴人內心的掙扎與思慮的過程，除非告訴人表達出來。所以，重點必須在於同意的表達，而不可以是同意的主觀心態。至於過度處罰的疑慮，本文認為，一個在外觀上欠缺同意的狀況，也就是告訴人是沉默的、被動的、沒有做出任何想要參與性活動表示的，這正是整個以未得同意為性自主核心的重點：此時進行的性活動，就是在個人表達出拒絕與排除—或是表達出積極意願與渴望—之前，為對方做了性的決定，而這就侵害到性的積極自由。

同意既然為外部的表示行為，接下來的問題是，哪一種客觀表現才算同意？在所有的同意形式中，本文認為較可採的是「清楚並於當下存在的同意」。原因在於，比起更嚴格的同意形式，於當下存在的同意並不要求相對人必然要得到「口頭」的同意，而是更彈性的認為，可以在親密關係的互動當下，用任何方式表達

<sup>229</sup> Janet Halley, *The Move to Affirmative Consent*, 42 SIGNS J WOMEN CULTUR 257, 266 (2016).

<sup>230</sup> Janet Halley, *supra* note 229, at 267-268.

<sup>231</sup> Janet Halley, *supra* note 229, at 277.

同意—但絕不包含單純的沉默與被動。實證研究顯示，在性侵發生時，有緊張性麻痺是常見的狀況，而這是人在面對壓倒性的威脅時，所呈現的正常和可預期的生物反應。作為制度設計者，本文既然理解到，在未經同意的性接觸當下，有許多人會有這樣的緊張性麻痺的症狀，在當下是說不出「不要」的，那麼這個實然層面的經驗事實，應可作為支持未得同意模式、以及不得將單純沉默與被動視為同意的規範主張。<sup>232</sup>況且，在【淡江大學夜景案】，法院也確實將沉默或被動，也就是 A 女在性交前回答「我不知道」，當作是「未違反意願」的狀況，但綜合法院調查的證據來看，A 女從頭到尾都不曾表現出她願意與被告有這些親密接觸，最後則出於害怕—這個害怕不是來自於被告的強暴、脅迫、恐嚇或任何不法手段—而不敢反抗。從實際案例的分析可知，未得同意的標準，確實比起違反意願，更能夠貼合性自主法益的侵害態樣。

## 第二項 事前同意？

至於事前同意是否也能算同意？本文認為，出於個人有權在自己性自主法益範圍內做出安排的尊重，事前同意仍可作為同意。但這個前提在於，告訴人於性交或猥褻行為當下是意識清楚，並且能隨時撤回同意。

此外，事前同意的認定不得過度擴張，例如：衣衫不整、單獨共處一室，都不宜直接等同於對性交或猥褻的同意，而需要進一步在個案中判斷，事前同意的範圍有多廣、包含到哪些親密行為。或許會有批評者認為，本文將未得同意的標準設立得太高，一般人難以達成。有學者指出，性活動往往不僅只是單一的舉動，倘若每個階段都必須重新獲得明示的允許，現實生活中的可行性恐怕不高。性接觸的互動過程先天上就是沒有固定的形式，而且摻雜了大量情緒性、自發性的情境變因。上述這種冷靜且高度自制的行止要求，賦予性接觸的參與者必須持續確

---

<sup>232</sup> 王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 205-294。

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，是否適於作為性活動領域的行為指導規範，仍有待進一步思考斟酌。<sup>233</sup>本文認為，性接觸的互動確實沒有固定的形式，主張以同意作為性侵標準的 Schulhofer 也承認，在情慾交流中若沒有任何不確定性，可能會是一個無聊的世界，但他也同樣認為，不確定性是危險的，特別是對那些正當的想要自由探索親密與性，卻又不會失去她們在性交之前喊卡的權利的女性。<sup>234</sup>因此，持續確認對方是否同意，絕非意指在性接觸的每一秒，都必須確認對方的意願，而是針對「**關鍵行為的特定同意**」，並且該同意不限於口頭表示，行為的主動參與也包含在內。

Schulhofer 將同意解釋為「言語或行為」的表達，必然會有其固有的模糊性。他認為，要求口頭同意才算同意，固然可以減少誤解，但代價是在人類互動中施加了拘泥的形式和不自然—而考慮到人類互動是同樣重要的。<sup>235</sup>有學者就批評 Schulhofer，「要求口頭同意才算同意」有這樣的缺陷，但是從興高采烈地與他人走入房間、脫光衣服來判斷同意的存在也有缺點。<sup>236</sup>本文認為，性交之前的脫衣服走入房間，是否就滿足了「同意」的要求，牽涉到的是同意的當下性以及同意可否隨時撤回的問題。確實有學者認為，當一位女性被提議要進行性行為，那麼只要她走進對方房間然後脫下衣服，即使沒有口頭允許，也算「積極的」表達其意圖，而足以構成同意。<sup>237</sup>如果該名女性沒有在後續性交時表達不想要，那本文贊成 Schulhofer 所說的一參與了密集的前戲的女性，應該總是有權利說「不」；如果她沒有說「不」，她的沉默與她熱情的親吻、擁抱和撫摸結合起來，推論她有實際意願通常是合理的。<sup>238</sup>

正是因為性接觸的互動沒有固定的形式，同意接吻，並不一定等於同意摸胸部；同意摸胸部，不一定等於同意摸生殖器；同意摸生殖器，不一定等於同意口

<sup>233</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 74-75。

<sup>234</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 271-272.

<sup>235</sup> *Id.*

<sup>236</sup> Alan Wertheimer, *What Is Consent? And Is It Important?*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 557, 574(2000).

<sup>237</sup> David P. Bryden, *Redefining Rape*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 317, 398 (2000).

<sup>238</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 222, at 272.

交；同意口交也不一定代表同意陰道性交。在個案中，法院才更應該細緻的認定，告訴人走入房間後，是否還發生了任何事情，可能與「走入房間、脫光衣服」的行為相互矛盾，透露出告訴人心中的意願可能已發生改變，導致在性交當下的同意是欠缺的；或是告訴人「走入房間、脫光衣服」的行為只代表想與被告互相親吻撫摸，而非想要進行性交行為的表達。無論如何，不應一概透過事前同意的概念，直接推定在性接觸當下的同意。在整個性接觸過程中，告訴人的言語或行為有反覆、含糊不明的時候，更應該將焦點放在當下、而非事前的同意。

### 第三項 同意於訴訟程序中之證明

在刑事追訴的程序上，本文所支持之未得同意模式，並無法改變最高法院對於超法規補強法則的適用，也就是說，如果對於未經同意的事實，證據只有被害人的單一陳述，則依然無法據此論定被告有罪，並且，其他的間接證據依然可以彈劾該陳述的可信性。如薛智仁教授所說，證言之可信性判斷，首先必須根據證言本身的細節性、邏輯性與前後一致性等因素認定其品質，如果證言具備充分的品質，則應根據證人的智識能力及其對於供述對象的應有能力，認定他有無能力作成如此的證言。<sup>239</sup>因此，法院仍然能夠、也應該實際去調查被害人有無說謊、誣陷被告的動機，或其他有關被害人陳述性交或猥褻行為是未得同意的證詞的可信性的相關證據。

然而，未得同意的判斷，與目前法院判斷意願最大的不同在於，當法院已經根據被害人陳述或被告之自白或任何證據，去認定告訴人或被害人在當下是沒有表達同意時，在客觀上就已經該當了「未得同意」的構成要件要素，不得再透過其他的間接證據推論被害人在當下的意願是同意或不同意。我國刑法第 221 條之「其他違反其意願之方法」並未限制法院要如何得出違反意願之心證，因此可以發現，法院確實會透過間接證據去推論意願之違反與否。但是，本文採取的未得

<sup>239</sup> 薛智仁，前揭註 217，頁 148。

同意模式，是將「同意」限縮在**表達積極意願的行為**，因此欠缺該表達就是欠缺同意，間接證據只能做為彈劾被害人陳述可信度的證明，不可在認定個案已具備欠缺表達的事實後，又反過來用間接證據推論當下有同意存在。當然，如果被害人先前有主動參與親密行為，法院可以綜合個案中的一切情況考量事前同意的範圍到哪，但不管如何，將同意客觀化為同意的表達行為之後，審判的重心是，客觀上有無表達同意行為的存在，而非被害人主觀上同意與否。

如研究者指出，如果同意要求的是主觀同意，那麼告訴人的證詞是世界上單一的、最權威的聲音，縱使被告聲稱告訴人已經傳達了同意，只要告訴人否認自己內心確實有同意，就會深切地破壞被告方證據的價值；反之，如果表現同意——也就是客觀同意——才是重點，那麼被告就可以相應地針對客觀事實作證，如果客觀同意就足夠的話，被告的證詞也會有一定的分量。<sup>240</sup>因此，本文認為，不管在實體法或程序法上，將同意建立在客觀表達行為都有好處。不僅更能貼近性自主侵害（特別是性積極自由方面的侵害）的態樣，在訴訟上被告也更有防禦空間，不會完全陷入告訴人證詞與其可信度爭論之中，而能就當下所發生的事實與同意的細節進行探究。

確立了我國修法應採取的同意標準，也就是以欠缺客觀表達行為作為妨害性自主罪的基本犯罪類型，接下來本文要處理的是，未得同意在性自主範圍中具體適用的行為類型與範圍、以及未得同意如何引入我國現行的妨害性自主罪章——包括未得同意性交猥褻罪與現行刑法第 221 條、第 222 條、第 225 條、第 227 條、第 228 條、第 229 條之間的解釋適用關係。

---

<sup>240</sup> Janet Halley, *supra* note 229, at 272.

## 第五章 未得同意性交猥褻罪的引入

本文在前一章對加拿大刑法的未得同意模式做了介紹，之後透過國外學者的分析，檢視了數種同意的形式，最後透過分析我國判決對違反意願的認定，提出同意應以客觀上的言語或肢體動作作為標準，意即同意是客觀上的表達行為，是將內心意思表現於外的外部行為。在本章中，本文將會具體討論未得同意的適用範圍、與其他罪的關係，以及是否要立法處罰未得同意性交猥褻罪的過失犯。

### 第一節 性行為之具體範圍：性交、猥褻與性騷擾

本文在第三、四章，已經論述了未經同意而侵害性自主的行為，是侵害性的積極自由之行為，應該作為刑法妨害性自主罪的基本犯罪類型。接下來必須確認的是，性自主範圍具體而言為何？哪些行為是對這個範圍的侵害？綜觀刑法與性騷擾防治法，有三類關於性的行為，能夠構築出現行法下的個人性自主範圍，那就是刑法第 10 條第 2 項第 4 款的性交行為、第 224 條的猥褻行為，以及性騷擾防治法第 2 條與第 25 條之性騷擾行為。然而，這三類行為，在學說、實務上都多有討論，也多有爭議。以下將分別討論這三類行為，最後試圖釐清性自主的範圍。

#### 第一項 性交行為

在 1999 年刑法修正之前，刑法並沒有定義「性交」，刑法條文中也沒有「性交」二字。舊刑法第 221 條強姦罪之原文為「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者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑」，可見條文是使用「姦淫」二字。1999 年刑法修正時，將舊刑法第 221 條有關「姦

淫」二字改為「性交」二字，其修正理由為：「原條文中『姦淫』一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為『性交』」。因此，可以看出從「姦淫」改為「性交」，是要褪去姦淫一詞的道德負面評價色彩。在內容上，舊法的「姦淫」，指的是男女生殖器之間的接合。<sup>241</sup>而新法的「性交」則以新增刑法第 10 條第 5 項，明文定義之。

刑法第 10 條第 5 項，在 1999 年新增，其規定如下：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。」與舊法的「姦淫」相比，顯然擴大了概念的範疇。然而在此定義下，女性對男性性器的強迫接合，強迫手交以及對性器的手交都排除在外。<sup>242</sup>2005 年，性交的定義再次修正，其規定如下：

「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」立法理由則謂：「另為顧及女對男之「性交」，難以涵括於「性侵入」之概念，併修正第五項第一款為『以性器進入他人之性器、肛門或口腔或使之接合之行為』，以資涵括。」<sup>243</sup>

本文應先說明的是，在性自主侵害概念下的性交，應該扣緊著規範目的一也就是性自主法益來做解釋。因此，在其他規範目的下的性交，包含刑法妨害風化罪章中之性交，或是其他法律，例如：人口販運防制法、人工生殖法、兒童及少年性剝削防制條例等等中的性交，皆有各自的考量，因此不在本文以下的探討範圍中。

提到日常生活用語中的性交，在多數人腦中所浮現的最典型行為，應仍是男女之間的陰道交（也就是舊法所稱的姦淫），也就是所謂以傳宗接代為目的之生

<sup>241</sup> 韓忠謨，前揭註 7，頁 256；最高法院 58 年台上 51 號判例；最高法院 62 年台上 2090 號判例。

<sup>242</sup> 許玉秀，前揭註 29，頁 25。

<sup>243</sup> 至於「非基於正當目的所為」之修正文字，立法理由指出，是為了避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被解為係本法之「性交」行為，遂增訂之。然而，醫療行為應可透過告知後同意而阻卻違法，實在不必要在性交定義上增加「正當目的」，徒增解釋困擾。例如，與配偶以外之人為性器接合之行為，算不算非基於正當目的？反過來說，若與配偶為性器接合之行為為正當目的，反而不算性交行為？因此，本文認為應該除「非基於正當目的所為」之修正文字。

殖行為。修法後的性交顯然已不僅止於生殖行為。對於性交的定義，陳昭如教授認為，這種對於性交的重新定義，固然相對明確，也擴大了原本學說的定義，將口交、以棍棒插入等非陰莖插入或接觸陰道的行為納入，但仍然描繪了插入或準插入的性交圖像。男性異性戀觀點的性交——陰莖插入陰道或類似的行為，左右了法律上的性交定義。<sup>244</sup>李茂生教授指出，立法者擴張的性行為內容仍舊未超脫具體與隱喻的生殖行為範疇。<sup>245</sup>口腔、肛門等是影射女性的生殖器官，身體其他部位與器物則是影射男性生殖器官，亦即，刑法中對於身體器官的新的切割，仍舊是在傳統性別差異範疇內所進行的文字遊戲。結果，在性的差別對待方面，按照這種生物學器官的切割而訂定的「新」性交定義，亦僅是生殖行為的擴張版而已，而非取代舊有生殖行為定義的行為概念。當法條中使用侵入或進入等詞語一事，反應到性別差異的生物學身體器官分類時，自然會不自覺地複製了「男人＝生殖支配＝性的支配」的社會一般觀念（社會價值觀）。傳統的生殖行為內所意涵的「支配／從屬地位」，已經透過「將女性生殖器官（或類似的器官）視為受體，而只有陽具（或類似陽具的身體其他器官、器物）才有主動、積極、作為性質的侵入行為動能」的性的差別對待隱喻，而深深地潛藏起來。<sup>246</sup>本文贊同學者的分析。雖然 2005 年的性交定義修正補上了一點「漏洞」（女對男之性交），但大致仍沿用了 1999 年新增的性交定義，也就是生殖行為的隱喻，並且將性交侷限在凹對凸的想像之中，說穿了就是在異性戀男、女之間的插入與接合打轉。

在現代社會中，性交等同生殖行為的等式逐漸被推翻，這是因為社會風氣的開放，人們了解到性、生殖、愛不是緊密不可分離的，性交僅存於男性與女性之間，本就是擁抱傳統性風俗人士的一廂情願的想像，事實上，人與人之間的性活動複雜多樣，不管是出於生殖的目的、純粹享受歡愉、又或是想表達親密、或安撫對方，其動機有千萬種，進行的方式從陰道與陰莖的接合、陰莖與口腔的接合、

<sup>244</sup> 陳昭如（2013），〈基進女性主義的強暴論〉，《思想》，23 期，頁 207-233。

<sup>245</sup> 李茂生（2003），〈論性道德的刑法規制〉，李茂生（等著），《台灣法學新課題（一）》，頁 291-330，臺北：元照。

<sup>246</sup> 李茂生（2003），〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣法學雜誌》，46 期，頁 144-154。

陰莖與肛門的接合、互相摩擦陰部、以玩具進入口腔陰部肛門……等等，有無數種進行方式，遠遠超出了傳統生殖行為所能想像，也必然超過本文現在所能想像的。性行為的多樣化是社會上的現實，在刑法的定義中，除了對這樣的現實要有所認知，同時也應該從保護法益的觀點出發，將性交定義為對性自主最嚴重的侵害行為。行為人透過陰莖或其他物品插入他人之陰道、肛門，或以生殖器進入口腔，在社會上的認知中都是對性自主的嚴重傷害，縱使這幾種行為，在社會意義上可能叫做肛交、口交而不叫做性交。再者，性交活動的當事人們，除了典型的異性戀男女，還有女女之間、男男之間，以及在染色體、性腺、性激素與生殖器方面不符合傳統生物學將全人類一分為二（男和女）的雙性人（intersex）之間，刑法要如何顧及這些不同性別、性傾向的人們的「性交」，絕非易事，例如：「口交」對異性戀男女之間可能屬於前戲，但對許多男同志而言，互相自慰或為對方口交就屬於「性交」；舔對方陰部的行為，在異性戀之間可能是前戲，在目前刑法上可能算「猥褻」，但對許多女同志而言這就是「性交」。總結來說，性交既然已不等於男女之間的生殖行為，則必然如學者所說的，1999年新增的性交定義，使得傳統性交和猥褻之間的界線變得模糊<sup>247</sup>。

雖然認知到性行為的多樣化，但在社會中卻還是潛藏著一種男性支配、女性服從的二元對立邏輯。生理男性與女性之間性交活動的發生，社會上多數人的觀念仍隱約會覺得，女性是吃虧的，男性是賺到的。在性交關係中，男性是陽剛的、具攻擊性的、主動的、支配的，女性則是陰柔的、缺乏攻擊性的、被動的、順從的；在性交活動中展現出來的意象，就是比喻了插入方（男方）才是有能力宰制、壓迫、攻擊被插入方（女）的角色。不管女性主義者多麼努力的推動性別平等，以及批判這樣的刻板印象<sup>248</sup>，這樣的集體意識還未曾從社會上消失。刑法必須要參照這樣的社會現實，但同時，單憑這樣的現實，還不足以說明具有規範意義的

<sup>247</sup> 林東茂（1999），〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，《月旦法學雜誌》，51期，頁70-80。

<sup>248</sup> 只要發揮一些想像力我們就可以知道，性交涉及主動的兩造，「陰道包納陰莖」和「陰莖插入陰道」一樣都是主動的。事實上，在性交過程中，陰道壁的肌肉是相當活躍的，所以才能包納或排擠陰莖。所以，女人真的不是「被動的」，只有在父權的想像之中女人才是被動的。參見：Allen G. Johnson，前揭註93，頁25。

性交定義該如何設計。如研究者指出，規範是一種建構、是立法者的意志行動，規範當然可以考量現實因素，進而表達對現實的看法（亦即：為現實提供一套區分「合法」與「非法」的判斷標準），但規範不能因此而宣稱它在因果法則上的必然性，也就是不能以「參照現實」、「反映現實」為理由，宣稱它完全「來自」現實、是「從現實導出」，並且因此掩蓋了它實際上必然挾帶的意志要素。<sup>249</sup>因此，本文一方面理解這樣的社會現實，另一方面，也考慮到我國憲法價值中所包含的性別平等——性交的定義不只有男性的「插入」行為，應該包括對於任何人的未得同意的、最隱私的與性有關聯之行為。不能因為社會上多數人有「性的發生就是男賺女賠」、「男生不會被性侵」的想法，就一概認為男性的性自主應與女性區分對待。性交行為是雙向的、甚至是多向的人與人之間的私密身體互動。在未得同意的情況下，不管是哪一方，都可能是行為人，也可能是被害人。基於此，本文試擬出性交的兩種態樣：

第一種類，是以性器或口腔觸碰他人之性器或肛門的行為。例如：男女的陰莖與陰道的觸碰、女女之間的外陰部的觸碰、男男之間的陰莖的觸碰。本文認為，性交是人與人之間最隱私並且充滿性意味的活動，牽涉到最不可能隨意使人接觸的身體部位。在社會認知中，人體最隱私的部位應該是性器，包含生理男性的陰莖與生理女性的外陰部。此外，以口腔觸碰性器、肛門的行為，或者以性器觸碰口腔的行為，也是社會認知上極度私密並且充滿性意味的行為，因此也算入性交行為。本文認為，最隱私、親密的觸碰就算是性交，不必拘泥於必須「插入」與「接合」。對比於無從插入的非男女的性交方式就可以得知，一定要性器的插入與接合其實是基於生殖行為可能性的考量，或是傳統異性戀觀點下的性交想像。但如前所述，性交不等於生殖行為，也無須扣緊生殖行為的方式去定義。

第二種類，是因為在父權社會中對於主動、陽剛、支配的崇拜，與對陰柔、被動的排斥，插入化為一種性攻擊的特質，對於性關係中的被插入者造成了傷害。

---

<sup>249</sup> 黃舒玓（2016），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？—以司法院釋字第 728 號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56 期，頁 163-211。

當然，本文不認為「非插入型」的未得同意性交，就不會對對方造成嚴重的傷害，但無可避免的是，當一個人「被插入了」，所受到的身體上、心理上的恥辱與痛苦，在現在的社會認知中，或許還是不容小覷。因此，第二種類的性交，規定了「插入」的方式，以及「被插入」的部位。前者，包含用性器或其他身體部位（例如：手指）或是器物插入；後者，包含性器、鄰近性器的肛門以及口腔。惟用其他身體部位（常常是手指）及器物插入口腔之行為，在生活中所在多有，例如用餐具將食物放入對方嘴巴、或是父母以牙線替小孩潔牙等行為，如果都算入性交行為，不僅會讓性交定義過度擴張、並且在適用上會造成許多日常舉動也成為性交行為，難免令人感到匪夷所思。因此，排除用其他身體部位及器物插入口腔之行為。

從以上兩種類型可以看出，本文盡可能在考慮社會現實的同時，注意到性別、性傾向平等的憲法價值，所設計出的性交行為，比起目前刑法第 10 條第 5 項之規定，更有意識的去除了生殖行為內所意涵的支配／從屬地位，從每個人都具有的性自主法益的角度出發，認定對個人私密的性領域中侵害最嚴重的行為。

綜合以上，本文試擬性交的定義，條文如下：

刑法第 10 條第 5 項：

稱性交者，謂下列行為：

- 一、以性器或口腔觸碰他人之性器或肛門，或以性器觸碰他人口腔之行為。
- 二、以性器或其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或以性器進入他人口腔之行為。

## **第二項 猥褻行為**

現行刑法條文中並未如定義性交般，明文定義猥褻。因此，什麼是妨害性自主罪章中的猥褻行為，此一不確定法律概念，就成為學說和實務判斷上的一大難

題。

首先可以注意到的是，司法院釋字第 407 號以及第 617 號，曾針對刑法第 235 條之猥褻物品做出解釋。大法官認為，猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。<sup>250</sup>然而針對猥褻物品的解釋，並不適合直接移植到對於妨害性自主罪章中的猥褻行為的解釋。畢竟兩罪的保護法益不同，應該予以個別理解。在實務上，針對刑法的強制猥褻罪，早期有最高法院 17 年刑庭決議認為：「猥褻云者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」而後有判例認為，猥褻係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言。<sup>251</sup>近年來較多判決認為：「按所謂猥褻行為，係指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾，侵犯他人性自由之權利，使有被侵犯之被害感覺，係屬於性侵害之概念。」<sup>252</sup>學說上，對於猥褻的看法大略分為兩類。一類是與實務相近，注重行為人或其他人的性慾有無滿足，例如：林東茂教授認為，強制的滿足性慾之行為就可能成立強制猥褻罪<sup>253</sup>；林山田教授認為，如其行為客觀上不能遽認為係基於色慾之一種動作，而且又不致逗引他人之性慾，在行為人主觀上亦不能滿足其本人之性慾，及非猥褻行為。<sup>254</sup>許玉秀教授認為，猥褻是性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行為。<sup>255</sup>

學說上另一類對猥褻的定義，則是不看行為人或一般人的性慾，試圖將此不確定概念予以客觀化。陳子平教授認為，猥褻是以一般人皆會明顯感到性的厭惡

---

<sup>250</sup> 司法院釋字第 407 號。

<sup>251</sup> 27 年渝上字第 558 號判例、最高法院 45 年度台上字第 563 號判例。

<sup>252</sup> 最高法院 99 年度台上字第 2516 號判決、最高法院 100 年度台上字第 393 號判決、台灣高等法院 103 年度侵上訴字第 188 號判決、臺灣高等法院高雄分院 106 年度侵上訴字第 89 號判決。

<sup>253</sup> 林東茂，前揭註 37，頁 75。

<sup>254</sup> 林山田，前揭註 34，頁 241。

<sup>255</sup> 許玉秀（2002），〈強吻非強制猥褻？—評釋八十九年度偵字第五〇九二號起訴、八十九年上字第三八四號上訴、九十一年度非字第一一八號非常上訴、八十九年度易字第一二六六號判決、八十九年度上訴字第三五六一號判決暨九十一年度台非字第一六八號判決〉，《月旦法學雜誌》，90 期，頁 305-313。

感、羞恥心之方法侵害被害人性自由之行為而言，至於是否得以滿足或刺激自己或他人之性慾，則非所問。<sup>256</sup>盧映潔教授認為，建議將「足以引起或滿足性慾的行為」之說法廢除，改以「客觀上涉及性之關聯的行為」或「客觀上涉及性別慾念的行為」。<sup>257</sup>蔡聖偉教授認為，在性自主決定權的保護方向下，不法非難的重點應該要和（行為人或第三人）主觀上的性慾脫鉤，轉向至相對人性自主決定權受到的戕害。<sup>258</sup>許恒達教授認為，既然強制猥褻罪保護被害人的性自主，重點當然是被害人的性自主是否被侵害，行為人對於性的想像有沒有被滿足，其實一點都不重要，也不應該屬於成罪與否的判斷命題。<sup>259</sup>陳昭如教授認為，如果猥褻的要件之一是該行為足以引發或滿足性慾，那麼，是誰的性慾呢？對誰而言，強迫搓揉乳房可以引發或滿足性慾？所謂的「客觀一般人」，顯然指的不是一般女人，而是一般男人，因此男性標準成為了客觀標準，男人的爽被用以定義女人的痛。而「感到嫌惡」的定義，更是在妨害性自主的犯罪中不當地置入了性道德標準。

260

本文認為，一般人或行為人的性慾有沒有被引起或滿足，完全不應該是猥褻的判斷標準。原因在於，猥褻行為作為對性自主侵害的一種行為，其行為的意義在於傷害他人的性自主，而無關乎性慾的引起與滿足。其實所有侵害性自主的行為皆如是，法律上傾向於去判斷性慾之滿足，是長期以來習慣以行為人視角去理解性犯罪所導致。所應考量的重點，是在社會的共同認知下，哪些對性自主的侵害行為，尚未達到如性交行為的嚴重程度，卻又讓被害人的性自主權受到傷害，因此猥褻應該是性交以外的有關性的行為。更何況，如果我們正視社會中性行為與性文化的多樣化，就不該認為我們能夠指出，足以引起「一般人性慾」的是哪些行為。最多只能特定，在現今社會共識中，客觀上與性相關的身體部位，例如：

<sup>256</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 233。

<sup>257</sup> 盧映潔（2004），〈由強吻案談起——論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定〉，《台灣法學雜誌》，42 期，頁 94-100。

<sup>258</sup> 蔡聖偉（2015），〈親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決〉，《月旦裁判時報》，41 期，頁 40-48。

<sup>259</sup> 許恒達，前揭註 21，頁 152。

<sup>260</sup> 陳昭如，前揭註 244，頁 221。

性器、臀部、胸部、口腔。除了這些部位之外，人身體的任何一個部位，搭配撫摸、揉捏等動作，也都可能會引起特定人的性慾，法院又該如何判斷所謂的「一般人性慾」標準？至於行為人的性慾有無被滿足，表面上比較好認定，實際上則會造成兩種矛盾狀況。第一種，是行為人基於傷害、羞辱對方的意思，而做出違反對方意願的與性相關聯的行為（例如：撫摸對方生殖器官），此時被害人的性自主權一樣受到侵害，但行為人的性慾並未被滿足，因此就不該當猥褻行為；第二種，是行為人做出違反對方意願的與性無關聯的行為（例如：與對方擊掌），其性慾卻被滿足，此時被害人的性自主權並未受到侵害，行為人的行為卻該當猥褻行為而應受處罰。綜上所述，行為人的性慾有無被引起或滿足，不僅無法特定與客觀化猥褻行為，還會因為行為人的主觀想法而不當的擴張或縮減處罰範圍，更與保護法益－性自主之保障－完全脫節，因此本文反對用行為人主觀上有沒有滿足或刺激性慾的動機或目的來認定猥褻行為。

本文贊同學說提出的，不用性慾去劃分何謂猥褻行為，而是用客觀上具有性的關聯去判斷。<sup>261</sup> 惟即便如此，還是難以劃定出明確的範圍。較無疑義的，是行為人碰觸、親吻與性有關聯的身體隱私部位，依目前社會上的認知，應該包含碰觸性器、胸部、臀部。另外，擁抱和親吻對方的行為通常也會被認為是與性有關聯的。較有爭議的，是客觀上與性有關聯，但是行為人沒有碰到被害人的行為，例如在被害人面前自慰<sup>262</sup>、以精液潑灑於他人小腿<sup>263</sup>、強迫拍攝裸照<sup>264</sup>之行為。本文認為，如果不將猥褻行為限定在行為人碰觸到被害人的行為，則猥褻的行為概念將變得難以定性，任何與性有關聯、讓相對人感覺到不太舒服、被冒犯的行為，都可能會是猥褻行為，這將導致猥褻概念的範圍過廣、並且與性騷擾行為混

<sup>261</sup> 盧映潔，前揭註 257，頁 98；許恒達，前揭註 21，頁 152-154；蔡聖偉，前揭註 258，頁 46。

<sup>262</sup> 實務上，曾有臺灣高等法院臺南分院 82 年 2 月法律座談會探討此種案例，司法院以（82）廳刑一字第 7626 號函復。法律問題為：甲男持美工刀脅迫乙女不許動，然後露出自己之生殖器實施手淫之行為，使乙女目睹其情景，直至射精後始許乙女離去，問甲男犯何罪？研討結果以及司法院刑事廳之研究意見，皆認為甲男未對乙女加以猥褻之積極行為，僅成立強制罪。

<sup>263</sup> 臺灣臺北地方法院刑事簡易判決 103 年度審簡字第 197 號判決，本案討論的是行為人成立公然猥褻罪。

<sup>264</sup> 臺灣高等法院臺中分院刑事判決 103 年度侵上訴字第 83 號判決、臺灣高等法院刑事判決 103 年度侵上訴字第 246 號判決，針對強拍裸照部分，均成立強制罪。

淆。將侵害性自主範圍比較嚴重的猥褻行為，限定在身體的接觸，可以將這一不確定法律概念做出一定程度的客觀化，並與侵害性自主程度較高的性交、以及侵害性自主程度較低的性騷擾，做出區分。需要注意的是，與性有關聯的碰觸行為，不以直接接觸為必要，間接接觸亦可，例如：戴上手套、保險套、指險套。因此，強迫拍攝裸照與在被害人面前自慰，都不算是猥褻行為。而以精液潑灑於他人小腿，本文認為並非身體之接觸，而已經是身體分泌物之接觸，若將之算入猥褻行為之範圍，則以掉落的頭髮、鼻涕等接觸，豈非都算在身體接觸之範圍？如此解釋，實為不妥。

既然本文支持將猥褻行為認定為具有性的關聯，直接或間接觸碰他人身體之行為，則「猥褻」此一從行為人或一般人觀點出發、描繪出具負面道德意涵的性行為的用語，也應予以修正。盧映潔教授建議，可揚棄猥褻此一用語及概念，而以「性侵擾行為」作為基礎概念，再依是否有對於身體的侵犯之不同情況，分為「性器官接觸之性侵擾行為」、「身體接觸之性侵擾行為」、「其他之性侵擾行為」三種態樣。<sup>265</sup>推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，也在目前暫定的修法草案版本中，將猥褻罪改為意涵較為中性的性接觸罪。<sup>266</sup>本文認同這樣的見解，故贊同猥褻行為應改為性接觸行為，較為妥適。

綜合上述，本文認為猥褻此一用語應改為**性接觸**，該行為是客觀上具有性的關聯，直接或間接觸碰他人身體之行為。至於摸小腿、用手搭上腰部或肩膀，在目前的社會共識中，與性的關聯較為微弱，即便有性自主的干預，也較為輕微，因此不算是刑法要處罰的性接觸行為。

### 第三項 性騷擾行為

性騷擾的定義與處罰，皆於性騷擾防治法中明文規定。該法第 25 條規定：「意

<sup>265</sup> 盧映潔，前揭註 63，頁 224。

<sup>266</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 9。該草案仍未最終確定。

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，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。前項之罪，須告訴乃論。」至於性騷擾之定義，則規定在第 2 條：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」

在本文第二章第三節第五項中，已經討論了性騷擾定義在立法上的缺漏，第 2 條的要件過度強調「性騷擾行為是一種交換利益的手段」或「性騷擾行為是一種影響工作、教育或訓練的事」，忽略了在一般狀況下，任何人都可能透過言詞、肢體舉止對他人造成性方面的騷擾。罰則方面，第 20 條到第 24 條都設有行政罰鍰，而唯一有刑事處罰的、最嚴重的性騷擾行為，是第 25 條的偷襲觸摸罪。從該條條文的「親吻、擁抱或或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處」，可以看出這種「最嚴重」的性騷擾，就是行為人碰觸到對方身體的行為，事實上也就是本文定義的猥褻行為。**也就是說，從現行法中，真正要動用刑事法處罰的性自主範圍，就是本文定義的性交、性接觸行為。**其餘按照性騷擾防治法第 2 條定義的性騷擾，目前也只透過行政罰鍰的方式處罰而已。

本文一再強調，性自主的侵害，與強制手段的實施與否，沒有必然的關係。因此刑法應該分開討論，行為人有無使用強制手段、以及行為定性上究屬性騷擾或猥褻。在現行法中，由於強制猥褻罪必須同時符合「強制」與「猥褻」的要件，性騷擾罪必須同時符合「乘人不及抗拒」與「意圖性騷擾的觸摸」的要件，因此，無法處理「乘人不及抗拒」的「猥褻」。例如，在最高法院 107 年度台上字第 1627 號判決中，提到：「上訴人係自後面環抱住 A 女腰部，以左手、右手前後伸到 A 女下體，並以手指摳挖其陰部，且往後拉，因認上訴人之行為係以強暴方式違反

A 女之意願，侵害其性自主決定權，雖上訴人係以偷襲方式且時間短暫，惟上訴人以摳挖下體之方式，顯已超出性騷擾之範圍，而該當強制猥褻之程度。」這種突襲式的猥褻行為，就是趁著被害人來不及反應，觸摸到身體的隱私部位(陰部)，可是最高法院又覺得摳抓陰部之行為已經超出了性騷擾的程度，便認定本罪屬於強制猥褻。但是，依照本案高等法院認定事實的結果，被告並沒有使用強制手段，反而是被害人嚇到尖叫之後，被告就跑掉了。<sup>267</sup>在這種狀況，強制猥褻罪和性騷擾罪的邊界是模糊的，連帶使「猥褻」行為與「性騷擾」行為的區分也變得曖昧不清。事實上，下體當然是身體隱私部位，本案被告應該完全符合性騷擾罪的構成要件才是。

另外，除了行為人在手段使用上有所不同，最高法院還說明了性騷擾罪與性自由的關係：「性騷擾罪與刑法強制猥褻罪之主要區別，在於行為人係以『乘人不及抗拒』即偷襲式、短暫性之方法為侵害，被害人未及反應，侵害行為即已完成，所為尚未達於妨害被害人性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態。」<sup>268</sup>一方面可以看出，法院未能明確區分猥褻與性騷擾的行為，只能從行為人使用的手段去判斷屬於強制猥褻罪或性騷擾罪；另一方面，實務認為性騷擾「尚未達到妨害被害人性意思之自由」，這完全是用自由法益的概念去理解性自主<sup>269</sup>，認為只有用強制手段去壓制意思自由才是「妨害(性)意思自由」，而未能了解到性自主內涵，其實是包含了性的消

---

<sup>267</sup> 臺灣高等法院 105 年度侵上訴字第 64 號判決中，認定被害人之證述與事實相符。被害人於偵查中證稱：「103 年 8 月 13 日晚上 8 時許我與朋友在捷運板橋站吃完晚餐後，就搭捷運回家，到捷運新埔站下車走路回家，我從新北市板橋區中山公園旁的巷子走到一個交叉口後，往左邊人行道走，我走沒幾步後面突然有個人從背後撞過來，環抱住我的腰，左手從前面小腹伸到我下體，手指隔著我的衣服、長裙往我下體挖，右手從我的後面屁股往下伸到我的下體，也往我的下體挖，我覺得下體很痛就立刻尖叫，他就放開背對著我往回跑……。」可見被告沒有使用強制力，而是偷襲觸摸之後就逃跑。

<sup>268</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4745 號判決、最高法院 108 年度台上字第 1437 號判決。

<sup>269</sup> 臺灣高等法院 106 年度侵上訴字第 162 號判決的以下這段話，將性自主等同於性的自由寫得更清楚：「『強制猥褻』與『性騷擾』雖均屬與性意涵有關之犯罪，然二者於行為人之主觀犯意及客觀上對被害人性自主及身體控制權之侵害程度殊有差異，且所侵害之法益，前者係侵害被害人之性自主權，即被害人之性意思形成、決定之自由及身體控制權，後者則尚未達侵害性意思之自由(因被害人於遭突襲之瞬間根本不及形成其性自主意識)，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態。」

極自由與積極自由，特別是後者強調的是，只有個人才是自己性自主範圍內的唯一決定者，沒有經過同意就觸摸他人身體隱私部位之行為，其實是代替了來不及對觸摸做出即時反應的被害人，做出要被觸摸與否的決定，也就侵害了性的自主權。

本文認為，性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪，其實要處罰的行為，**就是本文所定義的性接觸行為**。至於本文定義的性接觸行為以外之性騷擾行為，建議可以在性騷擾防治法第 2 條的定義中，參考性別平等教育法第 2 條第 1 項第 4 款的定義，增列「以明示或暗示之方式，從事不受歡迎且具有性意味或性別歧視之言詞或行為」，如此可以不受限於交換利益、影響工作、教育或訓練的性騷擾態樣，更全面的涵蓋所有的性騷擾行為。由於是類性騷擾行為，是沒有碰到身體與性關聯部位的行為，對性自主領域的干擾尚屬輕微，依照現行的性騷擾防治法的罰則處以行政罰鍰即可，並不需要用到刑事處罰。最後，由於性騷擾罪的內涵，其實就等同於乘人不及抗拒猥褻罪，因此本文建議刪除性騷擾防治法第 25 條之規定，回歸到刑法的妨害性自主罪章中，一併處理這種不要求強制手段的**未得同意的侵害性自主類型**。推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，也認為未得同意性接觸罪可取代性騷擾防治法第 25 條的性觸摸罪，為避免使用上的困擾，應將性騷擾防治法第 25 條刪除。<sup>270</sup>

## 第二節 同意之瑕疵

本文以未得同意做為妨害性自主罪的核心，並於第四章第四節將同意設定為客觀的表達行為，在本章第一節則透過對性交及猥褻行為的重新定義，確立了未得同意侵害性自主之範圍。下一個問題是，未得同意要如何在現行妨害性自主體系中設計、以及如何與現行條文之間融貫的解釋適用。

---

<sup>270</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 9。該草案仍未最終確定。

本文在第二章將現行刑法第 16 章分為有使用強制手段的犯罪類型，以及缺乏強制手段之犯罪類型，在本節，本文欲先探討**未使用強制手段、而且得到同意，卻可能還是會構成犯罪的類型**，包括刑法第 227 條的與未成年人性交猥褻罪、第 228 條的權勢性交猥褻罪、第 229 條的詐術性交罪以及刑法第 225 條的乘機性交猥褻罪。下一節，本文將繼續討論，使用強制手段的類型。

本文在第三章第二節第三項中，曾站在解釋論的角度，認為立法者要處罰的不只是侵害性自主（特別是性的積極自由）的行為，更包含了對性自主周邊條件形成嚴重的不當干擾的行為（利用權勢）、同意有動機上的重大瑕疵的行為（冒充配偶）以及除了自主以外，更混雜了自我身心健全成長權利的相對人未成年的情況。現在，站在立法論的角度，本文將探討的是，在哪些情況下的同意，是有重大的瑕疵，其效果等於未得同意，而刑法仍然要予以制裁？

要回答這個問題，可以先思考「被害人同意」在刑法理論中的效果。在我國刑法中，被害人之同意或承諾，在刑法判斷上的效果可以略分：阻卻構成要件該當性之同意，以及阻卻其違法性之承諾。有些構成要件本質上係以「被害人不同意」為構成要件要素者，如強制性交、強制猥褻罪、略誘婦女罪、私行拘禁罪、強制罪、侵入住宅罪等；這些構成要件行為，一旦已經得到被害人之同意，即無該當性可言。<sup>271</sup>此類犯罪行為之不法構成要件中，已明示或性質上是以違反被害人意思為前提要件而制定，倘行為人的行為是在得到被害人同意之下所為，則此一同意在刑法解釋學上的作用，應該是排除構成要件該當性。<sup>272</sup>對於阻卻構成要件的同意的性質，學說上認為，同意為事實上的屬性，取決於同意人自然的意思能力<sup>273</sup>；同意與承諾不同，僅以被害人具有內在的意思即可，不以向外界表達為必要；被害人的意思有所瑕疵（錯誤、受詐欺、被強制），對同意而言，並不重要。<sup>274</sup>

<sup>271</sup> 林鈺雄（2019），《新刑法總則》，6 版，頁 283，臺北：元照。

<sup>272</sup> 王皇玉（2016），《刑法總則》，2 版，頁 298-299，臺北：新學林。

<sup>273</sup> 林鈺雄，前揭註 271，頁 284。

<sup>274</sup> 王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《臺大法學

本文所討論妨害性自主犯罪中的未得「同意」，應屬阻卻構成要件之同意，只要得到同意，性交與性接觸行為自始就沒有任何法益侵害，因此也就不該當構成要件。但是，同意是否如學說上所說的，只要自然的意思能力即可，有瑕疵（錯誤、受詐欺、被強制）也不影響，也不以向外界表達為必要？本文認為針對不同的犯罪類型，阻卻構成要件的同意，也應該可以隨著保護法益的不同，予以個別化的理解。事實上，在刑法各罪章中，本就有針對不同的犯罪類型，設計不同的規定。例如，在財產法益，所有權人受行為人欺騙或受行為人的強制，而同意物品被取走時，行為人不會該當於刑法第 320 條的竊盜罪，但是會該當於第 339 條的詐欺罪和第 328 條的強盜罪；在住居自由法益，就沒有規定住居權人受到詐欺或受脅迫而同意行為人進入其住居時，會構成任何其他犯罪，欺騙住居權人而人進入其住居，不構成侵入住居罪<sup>275</sup>；威脅住居權人拒絕進入就告發犯罪，而住居權人因恐懼而同意的情况，也不構成侵入住居罪<sup>276</sup>。所以，在性自主法益脈絡下的同意，不必然要參照學說上對阻卻構成要件的同意與阻卻違法的承諾的區分，而應該根據保護法益有不同的考量。

以下，本文將同意的重大瑕疵分為四大類，分別進行討論。

### 第一項 受詐欺之同意

刑法第 229 條規定：「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。」此為刑法明文規定有關詐欺的類型。然而，正如本文已經談論的，立法者僅將詐欺限定在誤認相對人為配偶，這樣「獨厚」假冒婚姻中配偶身分為性交的行為人制裁，在現代是否還有必要，值得深思。從性自主法益持有人的同意能夠阻卻構成要件的角度出發，學者認為，性行為的同意要能產生阻卻構成要件的效果，必須同意者對於促成同意的

---

論叢》，42 卷 2 期，頁 381-432。

<sup>275</sup> 黃惠婷（2005），〈阻卻構成要件的同意〉，《月旦法學教室》，33 期，頁 24-25。

<sup>276</sup> 王皇玉，前揭註 274，頁 421。但此時行為人會構成強制罪。

相關基礎事實、利益損失的範圍及後果均有所瞭解，並且也知悉在接受侵害之外的其他選項等重要事實，在如此前提下所做成的決定，才可能被評價成自主的決定<sup>277</sup>。由此，當被害人發生「與法益相關的錯誤類型」，也就是對受法益侵害種類、侵害方式或侵害範圍欠缺正確且完整的認知<sup>278</sup>，是否會影響到同意的效力，需要進行討論。有學者認為，如果被害人就法益侵害的種類、方式、範圍或危險性沒有錯誤，該同意就是有效的。即使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，該同意即屬有效而生阻卻犯罪構成要件之效果。但如果行為人詐騙的內容是與法益侵害有關，或是與法益侵害的種類或手段有關，則應認為會影響被害人同意的效力，並進而應認為該同意是無效的同意。<sup>279</sup>

性自主法益在設計上，如果貫徹上述的「與法益相關的錯誤類型」來說明，就不應該處罰人別的錯誤，因為給出同意的人對於性交行為(法益侵害)的發生、方式、範圍都沒有錯誤，只是心中所欲進行性交的對象受到欺騙。有學者就認為，鑒於人別確實是影響性接觸決定的重要事實，可將刑法第 229 條的配偶改為性伴侶以符合社會現實所需。<sup>280</sup>既然人別是社會上認為性交行為同意的重要資訊，所以即便跟法益侵害的種類、方式、範圍無關，也可以開設此種「重大動機錯誤」的例外，則問題就變成是，還有哪一些同意的瑕疵，是與法益侵害無關，卻是同意的重要資訊，因此也可以另外處罰？

本文在第四章介紹了加拿大刑法的同意模式，其中曾提及加拿大刑法第 265 條第 (3) 項，規定了 4 款當告訴人屈服 (submit) 或未反抗時，同意不成立的理由。理由分別為：(a) 對告訴人或第三人使用強制 (force)；(b) 受到威脅 (threats) 或害怕 (fear) 對告訴人或第三人使用強制；(c) 詐欺 (fraud)；或者 (d) 行使權力。其中關於詐欺的適用與同意之間的關係，或許可以做為我國立法上的借鏡。2014 年的 *R. v. Hutchinson* 案，就針對加拿大刑法第 265 條第 (3) 項 (c) 款的

<sup>277</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 76。

<sup>278</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 76。

<sup>279</sup> 王皇玉，前揭註 274，頁 422。

<sup>280</sup> 蔡聖偉，前揭註 1，頁 18。

詐欺，與 273.1 條的同意，做出討論。

### 第一款 *R. v. Hutchinson* 案

在 *R. v. Hutchinson* 案中，告訴人同意了使用保險套以免懷孕的性活動。在當時她並不知道她的伴侶，Mr. Hutchinson，在保險套上戳洞，因而導致告訴人懷孕。告訴人表示，她不同意無保護的性行為。承審法官認為，告訴人對於不安全性行為是欠缺同意的，因此判 Hutchinson 成立性攻擊罪。上訴法院維持了定罪，理由為避孕措施是性活動中的必要部分(essential feature)，因此告訴人沒有對「系爭性活動」的同意。<sup>281</sup>加拿大最高法院則駁回了被告的上訴。

加拿大最高法院的多數意見認為，本案的爭點是法條的解釋，但背後更廣的問題是一當同意是欺騙(deception)而來的結果，犯罪與非犯罪的界線要如何劃定。<sup>282</sup>刑法在分析性活動同意時設立了兩個階段。第一階段要決定的是，是否有證據顯示，欠缺刑法第 273.1 條第(1)項之「告訴人自願同意參與系爭性活動」。如果告訴人有同意，或者她的行為引起對欠缺同意的合理懷疑，那麼第二階段要考慮的是，是否有任何情況使她的明顯同意無效。刑法第 265 條第(3)項定義了一系列條件，在這些條件下，即使告訴人表面上表示同意或參與，法律仍認為沒有同意。刑法第 273.1 條第(2)項也列出了其他未獲得同意的條件。例如，在受到脅迫(第 265 條 3 項 a 款及 b 款)、詐欺(第 265 條 3 項 c 款)或濫用信賴或權力(第 265 條 3 項 d 款及第 273.1 條第 2 項 c 款)時，即等於未獲得同意。

283

加拿大最高法院首先針對刑法第 273.1 條第(1)項規定之「告訴人自願同意參與系爭性活動」的「系爭性活動」做出解釋。最高法院採取了狹義的解釋，認為同意的是當下的基本身體行為(basic physical act)，該行為的性本質(sexual

<sup>281</sup> *R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346.

<sup>282</sup> *Id.* at para. 3.

<sup>283</sup> *Id.* at para. 4.

nature)，以及性伴侶的身份。如果告訴人在主觀上同意了性伴侶的碰觸，則根據刑法第 273.1 條第（1）項，就建立了同意。<sup>284</sup>最高法院認為，將「系爭性活動」從寬解釋為，包括性活動的「必要部分」—也就是告訴人當時認為她所同意的**性活動的條件和品質**，以及由此而生的風險和結果<sup>285</sup>，是不適當的。如此解釋，不僅不符合刑法第 273.1 條第（1）項的文義（該條規定的是系爭性活動，而不包含條件或品質<sup>286</sup>），也不符合當時國會在修正本條時，是基於要完整保障受性暴力的女性與兒童的立法目的。因此，國會從來不會將「性活動」的解釋擴張到其他也需要同意的性動作（**sexual act**），或是擴張到其他潛在的無限的附帶條件，像是保險套的狀態。<sup>287</sup>並且，上訴法院多數意見所採取的「必要部分」的解釋，具有固有的不確定性，以及傾向於過度處罰。<sup>288</sup>上訴法院將性活動的「必要部分」取決於告訴人的主觀同意狀態，而不需要性伴侶的欺騙或不誠實，這會導致所謂的性活動「必要部分」因人而異，幾乎不可能去預測。<sup>289</sup>

正確地解釋刑法第 273.1 條第（1）項的「系爭性活動」，是僅指涉身體的性的行為本身（例如，接吻、撫摸、口交、性交或使用性玩具）。告訴人必須同意特定身體的性行為（**specific physical sex act**）。例如，對某一種方式的性交的同意，並不意味著對任何、或所有形式的性交的同意，而對身體某一部位的性接觸的同意，並不代表對所有性接觸的同意。<sup>290</sup>對「系爭性活動的自願同意」也強調了活動的性本質（也就是說，該行為有性的本質，不是基於其他目的，像是醫療檢查），以及性伴侶的身分（狹義定義為告訴人所知的特定身分）。當告訴人在伴侶的身分或行為的性本質上面產生錯誤—無論這個錯誤是不是欺騙的結果—都會導致欠缺刑法第 273.1 條第（1）項的同意。<sup>291</sup>行為的性本質被明確涵蓋在第 273.1 條第（1）項的「系爭性活動」中。如果一個人自願同意一個非關於性的活

---

<sup>284</sup> *Id.* at para. 22.

<sup>285</sup> *Id.* at para. 21.

<sup>286</sup> *Id.* at para. 24.

<sup>287</sup> *Id.* at para. 27.

<sup>288</sup> *Id.* at para. 43.

<sup>289</sup> *Id.* at para. 44.

<sup>290</sup> *Id.* at para. 54.

<sup>291</sup> *Id.* at para. 57.

動（例如體檢），就並非自願同意性活動。同樣的，從狹義上講，伴侶的身份應包括在「系爭性活動」中；如果告訴人同意與 A 之間的性活動，而 A 是一個告訴人認識的特定人，那告訴人就不是同意與 B 之間的性活動。<sup>292</sup>

在本案中，第一個問題是，告訴人是否有對「系爭性活動」的同意。依照最高法院對性活動採用的解釋方法，「系爭性活動」就是在本案中發生的性交行為。使用有效的保險套是避孕和預防性傳染疾病的一種方法，而不是性行為。<sup>293</sup>告訴人當下在主觀上有同意與 Hutchinson 性交，這是沒有爭議的。<sup>294</sup>下一個問題是，是否存在任何情況，使同意無效。本案的重點就是第 265 條（3）項 c 款的詐欺。騙取同意的詐欺有兩個要素：(1)不誠實，包括不揭露重要事實；(2)不誠實所導致的重大身體傷害，或者承受重大身體傷害的風險。在本案中，第一個要素是明顯的：Hutchinson 不揭露重要事實—也就是他破壞了保險套。剩下的問題是，這樣的欺騙，是否足以構成詐欺。<sup>295</sup>

加拿大最高法院認為，「傷害」的概念不只有傳統意義上的身體傷害；傷害的概念，也包括女性身體因懷孕而發生的深刻變化—這個變化，可能是受到歡迎的，也可能是不被女性所接受的。剝奪女性選擇要懷孕、或增加懷孕風險的選擇權，都與「重大身體傷害的風險」同等嚴重，因此足以建立詐欺行為，而使同意無效。告訴人選擇不要懷孕，被告透過欺騙，剝奪了她選擇懷孕與否的利益，或是透過移除有效的避孕措施，將她暴露在增加懷孕可能性的風險之中，就構成足夠嚴重的情況，形成第 265 條（3）項 c 款的詐欺。要注意的是，並非每個欺騙行為都要被犯罪化。例如，經濟上的剝奪或單純因謊言承受的難過或壓力，就不足以構成詐欺。<sup>296</sup>在本案中，雖然檢察官未能證明告訴人的懷孕是破損的保險套所導致，但 Hutchinson 透過使用缺損的保險套，將告訴人暴露於增加懷孕可能性的風險之中，這就構成了詐欺，而使同意無效。因此 Hutchinson 成立性攻擊

---

<sup>292</sup> *Id.* at para. 58.

<sup>293</sup> *Id.* at para. 64.

<sup>294</sup> *Id.* at para. 65.

<sup>295</sup> *Id.* at para. 66-69.

<sup>296</sup> *Id.* at para. 70-72.

## 第二款 同意範圍、詐欺與傷害之關係

在 *R. v. Hutchinson* 案中，加拿大最高法院針對同意，有兩個重要的判斷：一、對於性同意的範圍，採取較為嚴格的解釋，包括行為的性本質以及對象的人別，但不包括性活動的條件和品質；二、將使同意無效的「詐欺」限縮在造成重大身體傷害，或者承受重大身體傷害的風險。以下將討論這兩個判斷對同意之瑕疵的影響。

首先，加拿大最高法院針對性的「同意」做出嚴格解釋，明確說出對某一種方式的性交的同意，並不意味著對任何、或所有形式的性交的同意；而對身體某一部位的性接觸的同意，並不代表對所有性接觸的同意。這與本文在第四章第四節第二項探討事前同意的想法是相似的：同意的範圍不得過度擴張。不得過度擴張的意義在於，並非所有的身體親密接觸都是同意的，在進行**其他種類方式或其他特定身體部位**的接觸時，就會超出同意的範圍。例如，A 女與 B 男雙方同意以手指進入陰道性交，B 男卻於性交中，趁 A 女不注意，偷偷以陰莖進入陰道。此時，A 女已同意的範圍是「以手指進入陰道的性交」此類特定身體接觸的類型，那麼以陰莖進入陰道的方式，已經超出了 A 女所同意的範圍，應該認為欠缺 A 女的同意。

加拿大最高法院認為，針對性活動的同意不包括對於**性活動的條件和品質**，本文贊同此見解，畢竟條件與品質的涵蓋範圍過廣，無法特定出處罰的界線。例如：告訴人同意的是有洗澡過後的性交，結果行為人欺騙告訴人自己有洗澡但事實上沒有洗，這算不算超過同意範圍？又或是行為人欺騙告訴人自己有剪指甲的情況呢？洗澡或剪指甲，聽起來或許是枝微末節的事情，但在文義解釋下，確實會影響性接觸的品質（肌膚觸感）或條件（行為人要先做好個人清潔被害人才願

---

<sup>297</sup> *Id.* at para. 73-74.

意發生性交)。加拿大最高法院指出，性活動的條件和品質，取決於告訴人的主觀同意狀態，這會導致標準因人而異，幾乎不可能去預測。但本文採取的「同意」是言語或行為表現的客觀表達行為，並非加拿大最高法院所採取的告訴人內心的主觀同意，因此，被害人有可能在性交前與行為人表達「你先洗好澡我才同意」，而行為人仍然欺騙被害人有洗澡。此時，問題不在於無法預測的刑事處罰，而在於我們是否能夠接受，刑事制裁作為滿足告訴人對性接觸期待的工具？對本文來說，答案是否定的。刑法只能對最嚴重的社會侵害事件做出回應與懲罰，不應該讓與人互動時的不如意，破壞了性同意的有效性。像是性交的對價、對方的財產狀態、感情狀態等等，即便在給出同意前有事先約定，也不能因為發現受騙或不符合約定的狀態，而認為同意是無效的，行為人要受到刑事處罰。只要告訴人對特定方式與特定部位的性接觸有同意，有效的同意就存在了。

至於同意的對象必須是針對具有性本質接觸的行為，還有特定的人別對象，本文也認同，因為侵害性自主範圍的行為，包含了性交行為及猥褻行為，因此當然都是**與性有關**的行為。需要特別說明的是，學說上在討論詐欺取得性同意，而該錯誤是與法益相關之錯誤時，常舉的例子為，醫師表示其會以手指或擴陰器對病人進行內診，卻在內診檯上以生殖器插入病人陰道的案例<sup>298</sup>。基於性同意的對象是具有性本質接觸的行為，這個例子中，病人從來都沒同意醫師對其實施性的行為；病人同意的是「醫療行為」，因此超出內診的行為，自始欠缺同意<sup>299</sup>。特定人別對象之部分，我國刑法在第 229 條規定，關於人別的詐欺必須是「誤信為自己配偶」，因此假設誤信男友的雙胞胎為男友本人<sup>300</sup>，根據第 229 條的反面解釋，似乎無法處罰。本文認為，在性自主範圍內—包含性交與猥褻行為—內涵在於自我決定是否**與他人進行親密身體接觸**，由於性行為牽涉到了人的隱私，願意與誰在雙（多）方同意的情況下發生性關係，對象確實是重要的、且常常在做出

<sup>298</sup> 王皇玉，前揭註 274，頁 422-423；蔡聖偉，前揭註 23，頁 76-77。

<sup>299</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 77；*R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346, at para. 59.

<sup>300</sup> *R. v. Hutchinson*, [2014] 1 SCR 346, at para. 63.加拿大的安大略省上訴法院曾認定，告訴人相信她的性伴侶是男友，但事實上卻是男友的雙胞胎的情況，此時欠缺對「系爭性活動」的同意。

性決定時是不可替代的。因此，只要告訴人認知到自己要進行親密行為的人是 A，B 卻施以詐術使告訴人誤以為自己是 A，由於告訴人表達的是「與 A 進行性交／猥褻行為的同意」那麼告訴人自始就欠缺「與 B 進行性交／猥褻行為的同意」。因此，有關於進行其他種類方式或其他特定身體部位的接觸、同意醫師進行醫療行為或人別錯誤的情況，都是超出被害人同意範圍的問題，而不是對同意的詐欺。

以上，本文對於同意範圍的想法，與加拿大最高法院相同。接下來，本文要討論的是，使同意無效的詐欺。

加拿大最高法院的討論脈絡是：使同意無效的「詐欺」，是否應限縮在造成重大身體傷害，或者承受重大身體傷害的風險？加拿大最高法院將詐欺限定在造成重大身體傷害或具有重大身體傷害的風險，固然是所有詐欺種類中，畫出了刑法要處罰與否的清楚界線，但本文認為，造成重大身體傷害或具有重大身體傷害的風險，應該適用傷害罪或其他法律規定。例如，以性交傳染 HIV 病毒為例<sup>301</sup>，在《人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例》第 21 條第 1 項規定：「明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑。」既然我國已有傷害罪及相關特別法規定，規範了透過危險性行為導致身體傷害的行為，實在不必要在妨害性自主概念下的同意的瑕疵中，放入性交對身體造成傷害或傷害風險的考量<sup>302</sup>。兩者規範目的不同，不宜混為一談。在本文性自主概念下的同意，著重的是與特定人發生親密身體接觸動作的同意，與傷害相關的風險並非同意要處

---

<sup>301</sup> 加拿大最高法院在 2012 年的 *R. v. Mabior* 案中，認為在沒有證據顯示性行為有導致 HIV 傳染的「現實可能性」的情況下，HIV 陽性狀態不算「詐欺」取得同意。學者認為，該判決向不想揭露自己健康狀況的 HIV 陽性者傳達以下訊息：只要（1）採用嚴格的反轉病毒療程（2）密切監測病毒量（3）使用品質良好的保險套，就可以免於被起訴。詳見：Lucinda Vandervort, *HIV, Fraud, Non-Disclosure, Consent and a Stark Choice: Mabior or Sexual Autonomy*, 60 *Crim. L.Q.* 301, 301-302(2013).

<sup>302</sup> 並且精確來說，刑法的「性交」與《人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例》第 21 條第 1 項規定的「危險性行為」，概念不應一致，乃因兩者的規範目的並不相同；後者著重在以具有類型上的傳染可能性為其劃定概念界限的前提。參見：謝煜偉（2016），〈愛滋病毒蓄意傳染條款的法律問題－危險性行為的行為危險性－〉，《愛之關懷季刊》，97 期，頁 15-24。

理的問題。

加拿大最高法院進一步認為，「傷害」的概念不僅僅包括傳統意義上的身體傷害，也包括女性身體因懷孕而發生的深刻變化。本文並不贊同這樣的解釋方式，因為把懷孕等同於傷害，已經超過了日常用語以及法律概念中對「傷害」的文義理解。懷孕確實是女性身體的重大變化，而且生理男女之間的陰道交也確實有懷孕的機會與風險。所以，本文認為，在保險套上戳洞之所以特殊，並且比起沒有洗澡、剪指甲、在指險套上戳洞或偷偷拔掉指險套等行為來得更具有道德上的可非難行，就是因為造成不想要的懷孕、或懷孕可能性的提升，以及性病傳染的風險，而不只是對於性活動的條件或品質的不滿意而已。既然性病可以用傷害罪相關規範處理，那麼懷孕呢？本文在第三章第一節第三項討論文化中的性、以及本章第一節第一項定義性交行為時，都認為性／性交行為的意義應與生殖行為區分，才更貼近性交行為的意涵。性／性交行為在現代應該解釋為人與人最隱私、親密的身體接觸，而不是生殖與繁衍的可能性。因此，如果未得同意造成懷孕或懷孕風險，是一個要處罰的行為，立法者應著重在各種避孕措施的欺瞞、甚至要考量到技術協助而非經由性的生殖所造成的懷孕，進而設計要處罰的行為。可想而知，受規範的行為類型，絕對不只在保險套上動手腳的行為。

與本文的理解不同，李佳玟教授認為，詐術性交罪所保護的法益與傷害罪不同，依然是被害人的性自主，性自主決定的核心事項，包括被害人是否會因為性行為導致生育結果，進一步被剝奪生育自主，以及是否會因為性行為導致身體承受重大傷害。<sup>303</sup>首先，就傷害部分已有其他法律規定，而不需要在詐術性交罪中處理的質疑，李佳玟教授的回應是「只有《人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例》第 21 條第 2 項有未遂犯的規定，傷害罪與傳染花柳病罪都只有針對既遂加以處罰，因此當結果（懷孕或感染性病）未出現時，傷害罪與傳染花柳病罪就不會被適用。因此，倘若沒有這個詐術性交罪，行為人說謊或是刻意隱匿資訊讓被害人同意性交，使被害人承受嚴重身體傷害之重大風險的行為就完全

---

<sup>303</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 43。

不會被處罰。」<sup>304</sup>本文認為，如果傷害罪與傳染花柳病罪<sup>305</sup>在立法時就不處罰未遂，以實害犯而非危險犯的方式立法，就代表立法者已經判斷，未造成傷害結果時不處罰，則為什麼以性交方式造成有傷害的「風險」而非「結果」，就應該被處罰？性自主的決定核心，何以要涵蓋到傷害，甚至進一步到傷害的風險，似乎仍欠缺理據。再者，就懷孕的部分，如果「因為性行為導致生育結果，進一步被剝奪生育自主」也算進性自主的決定核心，那麼不只有保險套戳洞，包括行為人欺騙告訴人自己有結紮因此不必使用保險套，實際上沒有結紮的情況，這也可能導致告訴人懷孕，這樣的狀況，是否要一併處罰？如前述，本文認為，如果未得同意造成懷孕或懷孕風險，是一個要處罰的行為，就應該針對各種可能造成懷孕的行為加以規範，不只是保險套的使用而已。

綜合上述，本文認為一般同意的範圍，為相對人的人別以及特定身體部位的性接觸，不及於與特定人的特定性接觸方式以外的條件或品質。至於，對同意的詐欺，如李佳玟教授指出，如果認為有處罰的必要，必須另立條文來處理，以免違反罪刑法定主義。<sup>306</sup>對本文來說，詐欺導致懷孕或傷害並非性自主的核心範圍，不必另外立法規定處罰之。

## 第二項 利用權勢取得之同意

刑法第 228 條第 1 項規定：「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。」同條第 2 項規定：「因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。」本文在第二章第三節第三項曾介紹過，實務上對於本罪是否「違反被害人意願」有不同之見解。有認為，被害人係

<sup>304</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 43。

<sup>305</sup> 刑法第 285 條之傳染花柳病罪，已於 2019 年 5 月 10 日修正刪除，理由為：「本罪之行為人主觀上明知自己罹患花柳病，仍刻意隱瞞與他人為猥褻或姦淫等行為，而造成傳染花柳病予他人之結果，已構成修正條文第二百七十七條傷害罪，為避免法律適用之爭議，爰刪除本條規定。」

<sup>306</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 42。

處其權勢之下，而隱忍屈從，然被害人屈從其性交，並未至已違背其意願之程度，始克當之<sup>307</sup>；也有認為本條與強制性交猥褻罪，均係以描述違反被害人意願之情境為要件之妨害性自主類型，有別者，僅止於程度上之差異而已。<sup>308</sup>以未得同意的角度來看，不管行為人有無利用權勢，只要被害人未以言語或行為表達同意，就是欠缺同意。所以在此處，本文要探討的是，**行為人透過權勢（未使用強制手段）取得被害人同意的情形**—不管被害人內心有多麼不願意，只要他／她在言語或行為上表達了同意，在本文的定義下就構成了同意。

在性接觸、性互動的領域中，其實和其他自由的領域一樣，法律無法也不應該去保證絕對的自由，也不保證人做出決定時，能夠不受情境以及其他人的合法行為的影響。特別是在性自主決定未受威脅或恐嚇的情況下，權力關係不對等，是否就一定會嚴重干預到性決定自願性？刑法第 228 條規定的這些關係其實是非常廣泛的，而且顯然不是每個醫生與病人的醫療關係、雇主與員工的業務關係、老師與學生之間的教育關係，其不對等之程度均強烈到足以影響性的同意。否則，日常生活中許多情投意合下的性關係，都可能成立刑事犯罪。有學者認為，本條的適用應當限縮在行為人濫用其特殊優勢地位的情形。<sup>309</sup>本文贊同這樣的看法，並認為應該**綜合判斷行為人與被害人的所處之監督支配關係之權力不對等程度、以及如何利用權勢、機會取得同意**。舉例來說，每一種醫病關係中，醫師與病患的權力地位可能都不盡然相同，如果行為人是腫瘤科醫師，與長期照顧、診斷的癌症病人發生關係，利用病人對他長期的依賴與信任提出性邀約；或是心理治療師與長期治療的病患提出性邀約，就比較可能認為，病人即便給予同意，但處於這種不管是隱私資訊、醫療福祉、情感上都極度依賴醫師的權力關係中，較容易發生不得不屈從的狀況。但如果行為人是一般耳鼻喉科醫師，病人只是因為感冒而就醫，其權力不對等關係遠遠不如腫瘤科醫師以及癌症病人。耳鼻喉科醫師的權力是否有辦法對病人自主性造成嚴重的干預，可能就要進一步看行為人如何利

<sup>307</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1804 號判決。

<sup>308</sup> 最高法院 103 年度台上字第 2228 號判決。

<sup>309</sup> 蔡聖偉，前揭註 50，頁 144。

用權勢，使得被害人隱忍屈從，而值得使用刑法處罰。

此外，刑法第 228 條還規定了「相類關係」，在解釋上應如何適用？最高法院在一個印尼籍看護遭受雇主弟弟性侵懷孕的案件中，就認為「倘行為人利用被害人身處受其監督之不對稱關係中之劣勢地位，縱形式上未違背被害人意願，甚而未經被害人明示反對，對被害人實行性交行為，被害人亦因居於劣勢地位，迫於行為人之權勢而不得不從，則被害人未反對性交之意思形成與決定仍受到壓抑，存有瑕疵，仍屬刑法第 228 條第 1 項規定所獨立列為性侵害犯罪類型明文處罰之行為；又該條項對於因業務關係受自己監督之人，利用權勢而為性交之罪，並不以行為人與被害人間有形式上之業務關係為限，尚包括利用相類關係而對實質上受其監督之人之權勢所犯者在內，此觀該規定構成要件至明……以甲女受僱看護上訴人之母親，即使形式上的雇主為上訴人之弟劉志洋，上訴人與劉志洋均未與母親同住，平日分別返回其母住處探視，既明知甲女隻身來台，語言不通，無依無靠，在臺灣之生活及未來，因其為雇主之兄弟且為探視其母親而生之監督關係所支配，對其不得不服從；甲女因需要該工作，希冀繼續受僱，唯恐不配合上訴人，可能引致不滿而遭資遣，無力維生，出於無奈不得不順從，因而與上訴人發生本件性行為……上訴人所辯基於合意而為性交等語，為不足採」<sup>310</sup>可見最高法院乃著重於具權勢之人的實質影響，作為「相類關係」之解釋依據。本文肯定最高法院的論述。在外籍看護與雇主這類權力地位極不對等的狀態下，行為人「於回家探視母親之時，對甲女為性交行為」<sup>311</sup>，對於知道行為人身分的被害人來說，性自主決定顯然受到巨大的影響。

最後，如果是在權勢關係中，居於劣勢的一方主動提出性的邀約，或主動以性向有權勢者換取利益，可否以本罪處罰？首先，即使是有權勢者「答應」被監督支配的一方的性邀約，進而與之進行性交行為，也有解釋為「利用權勢或機會為性交者」的空間，因為重點在於以監督支配關係得到同意，不管是主動的詢問、

<sup>310</sup> 最高法院 107 年度台上字第 1331 號判決。

<sup>311</sup> 最高法院 107 年度台上字第 1331 號判決。

或是被動的接受，都來自於這個權勢地位的影響。我們可以想像一種最極端的狀況：綁匪帶著肉票逃亡，肉票希望以性換取綁匪的不殺，因此主動向綁匪提議進行性交。此時，應該沒有人會認為，綁匪沒有「利用權勢或機會」，因為在這種綁架的關係之下，行為人相較於被害人的權力已經大到很難有自主決定的空間了。是綁匪向肉票提出性邀約，或是肉票主動向綁匪提出性邀約，真的有差別嗎？<sup>312</sup>

既然利用權勢性交猥褻罪，最終要保障的還是個人的性自主，那麼對本文來說，唯一可以不處罰的理由，便是被監督支配者的**真摯同意**。由於權勢關係是立法者所**推定**會不當影響個人性自主決定的設計，如果個人的同意符合阻卻違法的被害人承諾之要件，包括：具備承諾能力、出於自由意思（在綁匪和肉票的例子中，肉票處於人身自由受到強制狀態的情況下所做出的同意，就不可能是出於自由意思）、於性交或猥褻行為前表示，則刑法實在沒有處罰的必要。如果在個人真摯同意下，還必須處罰相對人，反而是國家去限制了個人的性自由。

最後，在刑法上應如何與「未得同意」做出區分與評價？李佳玟教授指出，「從積極同意模式講究自願之真誠性的角度來看，陷於不平等結構之告訴人並未真的出於自由意志同意性交，未得同意性交罪的構成要件應該也可以處理利用權勢性交的情況。但是由於我國傳統刑法釋義學區分「阻卻構成要件的同意」與「阻卻違法性的承諾」，只要有同意就可以阻卻構成要件，倘若立法者想要處理行為人濫用權勢性交的情況，以完整地保障個別主體的性自主權，立法者最好針對那些影響同意有效性的情況特別規定，避免解釋適用上的爭議。」<sup>313</sup>本文雖然認為，「阻卻構成要件的同意」可以隨著保護法益的不同，予以個別化的理解，但基於

---

<sup>312</sup> 陳昭如教授從基進女性主義的觀點出發，雖然與本文由個人的自由意願出發去形塑性自主的取徑不同，但也同樣認為「被迫」絕非只是被刀槍拳頭所脅迫，也包括在不平等的關係之下利用男主動女被動的性意識型態來製造性服從，甚至經濟需求也可以是一種強迫：必須在賣性與生存之間擇一的處境就是強迫的結果。女藝人強迫陪睡的現象，很可以用來說明基進女性主義觀點的「強迫」概念。在不平等的關係下用性來交換利益，是典型的交換條件性騷擾（*quid pro quo sexual harassment*）。經紀公司要求旗下的藝人用性服務來換取工作利益，這是一種將女人視為性物、使女人處於從屬地位的性別歧視行為，不會因為女藝人「選擇」服從或拒絕而有所不同。參見：陳昭如，前揭註 244，頁 216。本文認同權力關係不對等，是影響自主意願的重要因素，但難道在權力關係中，相對弱勢的一方就完全沒有選擇的自由嗎？

<sup>313</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 34。

罪刑法定主義，哪一些瑕疵會影響性自主地同意，而必須要處罰，仍應明文規定。因此，本文贊同李佳玟教授的結論，也就是在以未得同意為基本類型的情況下，刑法的 228 條應該被保留。

最後，是受權勢關係影響的同意的法律效果。本文認為，在最嚴厲的權勢關係下，有瑕疵的同意可能程度逼近於無效的同意；在其餘的權勢關係中，監督支配關係、權力不對等程度有別，因此在刑度的設計上，應可相同於未得同意性交性接觸罪的刑度，以顧及最嚴重的情況。推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在目前暫定的修法草案版本中，認為「濫用權勢性交或性接觸，往往讓權勢結構下的被害人身心煎熬。此類行為並有反覆長期的特徵，其惡行大於一般的性侵害犯罪，因此修正為一年以上七年以下有期徒刑」。<sup>314</sup>本文並不認同利用權勢性交應提升刑度的修法，原因在於被害人畢竟有給出同意，在行為人並無進一步的強暴、脅迫等行為的情況下，刑度不應該比單純未得同意更重。若認為有長期反覆的特徵，應該先判斷行為數，再以數罪併罰處理，而不是調高本罪之刑度。

### 第三項 未成人之同意

刑法第 227 條，為與未成人為性交猥褻罪。需注意的是，刑法第 227 條對照刑法第 222 條第 1 項第 2 款之「對未滿十四歲之男女犯之者」之加重強制性交罪（以及第 224 之 1 條的加重強制猥褻罪），要解釋為何有加重之規定，可能有以下兩種解釋：一、刑法第 222 條之加重原因，為行為人使用強制手段，因此具有更大的惡性<sup>315</sup>。二、刑法第 222 條之加重原因，為違反未成人之意願，因此具有更大的惡性。

按照最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議以來，認為第 221 條的強制性交罪不再要求強制手段、僅需以一切違反意願之方法為之的實務通說見解來看，刑法第

<sup>314</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 11。該草案仍未最終確定。

<sup>315</sup> 蔡聖偉，前揭註 40，頁 68-69。

221 條、第 222 條都不需要強制手段，所以第一種解釋就不夠精確。本文認為，區分的重點應在於未成年人意願之違反。

但是，若如部分實務、學說見解，認為刑法第 227 條之保護法益並非性自主，而是幼年人之自我身心健全成長權利<sup>316</sup>，其實難以解釋，為什麼對於未成年人實施性交猥褻行為，還必須有刑法第 222 條之加重處罰規定——如果未成年人的性自主不需要判斷，未成年人的同意一律是無效的同意，那麼根本不會有「違反意願」的問題，也不應該在行為人未使用強制手段的情況下，去適用刑法第 222 條之加重處罰規定。換句話說，如果保護法益是自我身心健全成長權利，那麼應該朝著對於自我身心健全成長權利法益的侵害，設計相應的加重處罰理由。

本文認為，自我身心健全成長權利法益雖然多受學說與實務肯認，但刑法第 227 條的最終保障仍以性自主為核心。否則，國家或社會就能透過設定「健全成長」的內涵，以此吞噬未成年人性自主的空間。本文肯定未成年人的性自主，但也認為在一定年齡以下，刑法劃分出「沒有做出性自主決定」能力的界線是可以被接受的，而這條界線依現行法而言，就是 16 歲。我們應該都可以理解，襁褓中的嬰兒或是三歲兒童這種年紀太小的未成年人，不太可能會理解性的意義，因此欠缺做出同意的能力。然而，到了 14、15 歲，有一定程度的性意識，並且明確表達出主動參與性活動慾望——也就是表達出同意——的未成年人，法律就應該尊重他們作為一個人實踐自我意志的表現，不應該完全讓國家藉由「自我身心健全成長權利」而全面否定未成年人的性自主。

「自我身心健全成長權利」也被研究者批評，指出若將法益設定為身心健全發展，則刑法第 227 條即屬於抽象危險犯的類型，並且以「與未成年人發生性行為」一事作為擬制出身心健全發展危險性的基礎，發生的概率、侵害何時實現以及對人複雜的心理系統會產生何種後果無法被明確化。建立在這種過於薄弱的因果關聯上，與其說是性行為在現存條件下可能破壞未成年人身心健全發展，毋寧

---

<sup>316</sup> 採此看法者：最高法院 101 年度台上字第 2154 號判決；盧映潔，前揭註 39，頁 411；林東茂，前揭註 37，頁 83。

是透過善良風俗所建立起來的——亦即社會所建構的——純潔童年形象之破壞，進而導致由此而生的特定方向之身心發展的偏離，由善良風俗來認定這是一種法益侵害的危險。<sup>317</sup>

本文認為，即便「自我身心健全成長權利」有法益的適格性，也不宜以此為由，禁止已有一定性意識的未成年人的性自主，除非有任何研究或理論可以說明，具有一定性意識、也了解性是什麼、後果可能有什麼的未成年人，會因為這個自我決定而受到傷害。就算有這種研究，本文也要反問：為什麼同樣做出會讓自己受到傷害的性決定的成年人，刑法就不會以「自我身心健全成長權利」來保護（或是阻止）成年人的性自主？

處罰與 16 歲以下的未成年人性交、性接觸的行為，應該解釋為，法律推定 16 歲以下的未成年人沒有做出性自主同意的能力，因此即使有同意，也是無效的同意，僅就此考量的話，效果應相當於未得同意性交猥褻罪，另行考慮到「自我身心健全成長權利」法益，則刑度可略較未得同意性交性接觸罪為重。但是，如果未成年人已經具備性的意識與對性行為的真摯同意，與上述的利用權勢一樣，如果該同意也符合阻卻違法的被害人承諾之要件，包括：具備承諾能力、出於自由意思、於性交或性接觸行為前表示，則刑法實在沒有處罰的必要，也難以說明在這種強大的自願同意之下，會有何對身心健全發展的侵害。在個人真摯同意下，還必須處罰相對人，反而是國家限制了個人的性自主。

#### **第四項 精神障礙者之同意**

刑法第 225 條第 1 項規定：「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。」本條描繪了行為人「利用」被害人之固有狀態（精神障礙、心智缺陷）而侵害性

---

<sup>317</sup> 吳宗奇(2019),《白玫瑰刺傷了誰?——以刑法第 227 條為中心反省純潔童年形象之建構》，頁 172，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

自主的類型。本文認為這是行為人在被害人無法表達、或不知表達意願時，逕自代替了不能或不知抗拒的被害人，做了要性交或猥褻與否的決定。然而，就被害人類型來看，有一部分被害人是暫時性無法表達意願，例如：熟睡、酒醉；或是沒有表達過同意的被害人本身存在精神、身體障礙、心智缺陷。在這兩種情況，根本沒有同意的存在，以一般的未得同意處理即可。比較困難的是，在個案中若有一個同意的表達出現，然而被害人本身存在精神、身體障礙、心智缺陷——也就是有生理上的固有障礙，又該如何處理？

研究者指出，精神、身體障礙、心智缺陷之人，也有跟其他人一樣，享有性自主的權利。進入青春期後的智能障礙者就像其他成長中的青少年一樣，會開始對自己的身體變化感興趣，隨著第二性徵的成熟，性需求即自然產生，也因此可以觀察到他們在日常生活中會出現自慰行為。雖然在心智年齡發展上較為遲滯，但正如同其他身心障礙者一般，智能不足者在其生理發育上是同於「正常人」的，而其身為人類的感受與心情亦與健全者無異。智能障礙者並非無欲的「中性人」，他們會想要外出、想要喝酒、想要發生性行為。<sup>318</sup>法院應該透過鑑定的專業，去了解被害人對於性的意義是否有足夠的認知。性的意義，以本文的對性自主內涵的解釋來看，重點在於人對特定身體隱私部位接觸的性意義是否具有認知，以及基於這個認知，以言語或行為表達了對該次性接觸的同意。由於被害人固有的生理障礙，有些被害人無法如一般人清楚的「表達」對性接觸的同意，法院必然要更細膩的判斷，從被害人的語言或肢體行為中，是不是表現出對性的渴望與願意。

本文的立場為，精神、身體障礙、心智缺陷之人，對於性的接觸，不會是一律的欠缺同意能力，法院應該在每一個案件中具體判斷被害人的狀況。特別在於，當法院發現當事人有表達出同意，但是對當事人是否對性的意義缺乏認知有所懷疑時，應該更仔細的認定當事人對於特定身體隱私部位的接觸是否具有認知。因

---

<sup>318</sup> 廖宜寧（2012），《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》頁 128，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

此，重點在於被害人有沒有做出同意的能力、以及是否透過言語或行為表達出這個同意，而不在於「不能或不知抗拒」。「不能或不知抗拒」此要件，凸顯的是一個人面對不想要的性的時候，必然會抗拒的迷思。本文已經論述過，即使是沉默也不該當作同意，因此，不能抗拒或不知道要抗拒，不該是構成犯罪的要素。

如李佳玟教授所指出，如果立法者想要處罰告訴人因為酒醉、精神障礙或心智缺陷不能理解當時的狀況，不能作出有意義之同意，他人卻依然對其進行性交的情況，立法者有必要特別立法，並建議修正刑法第 225 條為「不能同意而為性交」。<sup>319</sup>推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在目前暫定的修法草案版本中，也將原刑法第 225 條的「不能或不知抗拒」，修正為「不能同意」；並將「或其他相類之情形」刪除，原因為可以用未得同意性交處理。<sup>320</sup>本文亦認為刑法第 225 條確實有保留的必要，以明示處罰被害人無同意能力卻表達同意的情况，但「或其他相類之情形」不應刪除，因為即便是喝醉酒之人，在客觀上也可能表達出同意的樣子甚至是用言語表達意願，但實際上已經喪失分辨事理的理解能力，這種狀況仍屬於無同意能力。

### 第五項 條文修改建議

本文建議在刑法第 221 條第 1 項，新增未得同意性交罪，規定「未得他人同意而為性交者，處三年以下有期徒刑。」原條文稱「對於男女…」，但行為客體應該是所有人，因此應該改為「他人」較無爭議。另外新增第 229-2 條，規定「本章之同意，係指性交或性接觸時，以言語或行為表達之肯定意願。」在刑法第 224 條第 1 項，新增未得同意性接觸罪，規定「未得他人同意而為性接觸之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。」未得同意性交罪的刑度設於三年以下，是為了與不法程度更高的強制性交罪做出區隔；而

<sup>319</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 51。

<sup>320</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 10。該草案仍未最終確定。

未得同意性接觸罪，在本文將性接觸解釋為性交以外的觸碰身體隱私部位的行為之後，就等同於性騷擾防治法第 25 條的性騷擾罪，因此本文認為刑度應與該罪相同。推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在日前暫定的修法草案版本中，刑度設計上亦同於性騷擾罪。<sup>321</sup>

同意之瑕疵的部分，包括刑法第 225 條，在被害人因熟睡、酒醉或身心障礙而未表達同意的情況，直接適用刑法第 221 條第 1 項之未得同意性交罪以及刑法第 224 條第 1 項的未得同意性接觸罪；在有固有障礙（精神、身體障礙、心智缺陷）或暫時失去辨識事理的理解能力（如：酒醉）之人有表達同意的情況，則由於該人是欠缺給出同意的能力，因此等同於缺乏有效的、能夠阻卻構成要件之同意。本文建議將刑法第 225 條第 1 項修正為：「對於他人利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，無同意能力而為性交者，處三年以下有期徒刑。」本文在第三章第二節第三項即認為，現行法將侵害性積極自由的第 225 條，與同時侵害性積極與消極自由的、使用強制手段的刑法第 221 條刑度一致，有檢討之必要，因此本文在刑度方面建議與新增之未得同意性交性接觸罪一致，推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在目前暫定的修法草案版本中，將刑法第 225 條之刑度維持在三年以上十年以下有期徒刑<sup>322</sup>，似有不妥。

刑法第 227 條之規定，亦應將「未滿十四歲之男女」、「對於未滿十六歲之男女」一律改為「對於未滿十四歲／十六歲之人」，並且考量到性自主以及自我身心健全成長權利法益，刑度雖可比未得同意性交性接觸罪較高，但現行刑法第 227 條第 1 項刑度為「三年以上十年以下有期徒刑」，已經與強制性交罪相同，以如此重的刑度適用在得到未成年人同意的情況，實屬不妥，本文建議可將刑度下修為「七年以下有期徒刑」，同條第 2 項下修為「五年以下有期徒刑」，同條第 3 項下修為「五年以下有期徒刑」，同條第 4 項則維持現行法的「三年以下有期

---

<sup>321</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 9。該草案仍未最終確定。

<sup>322</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 10。該草案仍未最終確定。

徒刑」，原因在於，對於 14 歲以上未滿 16 歲之人為性接觸之行為，其行為之不法性仍考量了行為客體之自我身心健全成長權利法益，因此現行規定的三年以下比未得同意猥褻罪的刑度為二年以下略為提高，應無不妥。另外，未滿 16 歲之人亦為欠缺同意能力之人，因此也會同時成立刑法第 225 條之罪，此時應優先適用刑法第 227 條，始能最適當且充分評價對未滿 16 歲之人進行性交或性接觸之行為。

刑法第 228 條第 1 項與第 2 項，由於受權勢影響的同意，最嚴重的情況可能會相當接近於對方根本不同意，卻受限於權勢而只好表達同意的情況，因此本文建議，刑度應參考未得同意性交性接觸罪，分別修正為三年以下有期徒刑及二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。刑法第 229 條之詐術性交罪，應該直接刪除，針對人別的錯誤或刑為欠缺性本質的接觸，本來就不在被害人同意的範圍內，直接適用本文建議修正的刑法第 221 條第 1 項之未得同意性交罪即可。

### 第三節 未得同意的加重類型

在本章第二節，討論了幾種同意有瑕疵的類型，包含受詐欺的同意、在權勢關係底下的同意、未成年人的同意以及精神障礙者之同意。這些類型，都是在行為人未使用強制手段的情況下，被害人有表達同意的情況。下一個問題是：如果行為人使用強制手段，又該如何論罪？

本文認為，在欠缺強制手段的情況下，同意都會因為權勢關係或許欺而產生瑕疵，舉輕以明重，當行為人使用強制手段，就是更具體直接的壓制被害人的意思決定，在意思決定受到壓制的情況之下，被害人順從行為人而表達同意的情況，顯然不是一個有效的同意。黃榮堅教授在談論舊刑法第 221 條的「至使不能抗拒」時，就生動的比喻：「當我們面對拿著尖刀頂住我們脖子的強盜，我們除了乖乖

把手上的金錶拔下來交給強盜以外，曾經說過『不』或有什麼抗拒的動作嗎？因此，被害人面對強暴、脅迫，客觀上卻未出現抗拒的動作，最可能的原因就是因為被害人心理上的意志癱瘓，亦即利害關係上不得不放棄抗拒的動作（以免進一步遭受生命的危害）。」<sup>323</sup>本文認為，在強制力底下不只是「未抗拒」，連「表達同意」都是可能的。如果拿尖刀頂住我們脖子的強盜，要求的不是手上的金錶，而是與我們性交呢？我們除了點頭同意，似乎也沒有其他可以期待的選擇。這是在經驗上很容易理解的事實：在強制之下的同意，並非有效的同意。對於採取未得同意模式的研究者來說，始終縈繞著問題核心的是：什麼時候，即便有一個明確的同意，我們也認為該同意是無效的？什麼時候說「是」不代表「同意」（yes not mean yes）？<sup>324</sup>

接下來，本文會先討論刑法第 221 條例示的幾種強制手段，以及後段的「其他違反其意願之方法」，應如何在未得同意的概念下解釋或修正。確立了刑法第 221 條的解釋或修正方向後，本文將討論刑法第 222 條的各款加重事由。

### 第一項 強暴與脅迫

強暴與脅迫，為兩個不同的強制手段，但事實上也常有概念近似之處，例如對物強暴有可能會體現成為一種脅迫<sup>325</sup>。因此，本文在此將一起討論這兩種強制手段。

學說上對刑法第 221 條的「強暴」與「脅迫」，有豐富的討論與解釋。首先，在強暴的部分，甘添貴教授認為，強暴乃對男女為有形不法腕力之行使。<sup>326</sup>陳子平教授認為，強暴係指對於行為客體為不法腕力的行使而言，其程度不需達於修法前的「至使不能抗拒」或「難以抗拒」，只須行為人以強暴手段使被害人受壓

<sup>323</sup> 黃榮堅，前揭註 19，頁 1832-1833。

<sup>324</sup> STEPHEN J. SCHULHOFER, *Reforming the Law of Rape*, 35 *Law & Ineq.* 335, 345(2017).

<sup>325</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 52。

<sup>326</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 236。

迫因而違反其意願的程度即可。<sup>327</sup>許玉秀教授認為，強暴是施加物理力的強制，必須對被害人直接為之，如果係對被害人以外的人或物實施現實物理力的壓制，則屬於脅迫。<sup>328</sup>蔡聖偉教授認為，刑法上的強暴，是指用來排除他人（實際上或預期將會發生）之抵抗所施展的物理（身體）力量，迫使相對人從事（或忍受）特定行為，是一種物理上的強制，接近（但不等同）日常用語中的暴力。最典型的情形，是直接對相對人的身體施加作用（像是將被害人壓倒在地，或是加以綑綁），這就是所謂的「對人強暴」。不過強暴並不限於直接對人施加，亦可透過對物的作用，進而使得相對人無法驅動特定意志，也就是所謂的「對物強暴」；然而，對物施暴只是達到妨害一般自由的程度，如果相對人不願從事性交，行為人勢必還要再另外施行壓制對方意願的手段（透過身體力量壓制對方反抗的對人強暴，或是另行施加脅迫、恐嚇），才有接觸到被害人的可能<sup>329</sup>，因此解釋上不包括對物強暴。<sup>330</sup>許澤天教授認為，強暴應僅指對人的強暴，包含如綑綁被害人的直接強暴，與毆打被害人使其放棄抵抗的間接強暴。<sup>331</sup>

在脅迫的部分，多數學者皆認為這是一種惡害告知<sup>332</sup>，包括明示和默示。行為人可以透過強暴行為來實現默示的脅迫，亦即，透過先前施行的強暴行為，表達出「若不順從將會繼續施暴」的意思。<sup>333</sup>然而，惡害的內容是否需要作一定程度的限縮？蔡聖偉教授就認為，如果行為人是以身體的現時危險作為惡害內容，那麼與「忍受性行為」並列的選項，就不會是單純地「忍受惡害實現」，而是在接受惡害實現（被毆打制服）之餘，還是可能必須要接受性行為。與此相對，行為人如果是生命或身體以外的其他利益相脅，像是用名譽或財產上的不利後果作為惡害內容，那麼被害人對於是否接受性行為這一點就還是有選擇的空間；儘

<sup>327</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 206。

<sup>328</sup> 許玉秀，前揭註 29，頁 29。

<sup>329</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 50-51。

<sup>330</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 97。

<sup>331</sup> 許澤天，前揭註 67，頁 234。

<sup>332</sup> 許澤天，前揭註 67，頁 235；蔡聖偉，前揭註 23，頁 53；陳子平，前揭註 67，頁 206；甘添貴，前揭註 38，頁 236。

<sup>333</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 54。

管心理上受到壓迫，但終究還是在「不為性交＋忍受惡害實現」與「為性交＋惡害不實現」這兩個選項中做出決定。若是自主做出放棄或交換法益的決定，便無違反其意願可言。<sup>334</sup>

本文認為，使用強制手段之所以會比起單純的未得同意有更高的不法性，在於行為人不只是侵害了他人的性方面的積極自由，而是進一步的去扭曲、壓制他人的性意願，使被害人在強制之下無法自己做主決定要與何人性交，使其消極自由與積極自由都受侵害。由此，強暴此一強制手段，應著重在使用物理力去壓制被害人的性意願。因此，如果像刑法第 304 條的強制罪採取較廣泛的強制定義的話，會連不到壓制意願程度的對物強暴都包括在內。實務上有判例認為，「刑法第三百零四條所謂之強暴、脅迫，祇以所用之強脅手段足以妨害他人行使權利，或足令他人行無義務之事為已足，並非以被害人之自由完全受其壓制為必要條件。如果上訴人雇工挑取積沙，其所使用之工具確為該被告等所取走，縱令雙方並無爭吵，而其攜走工具，如係施用一種脅迫以妨害他人工作之進行，要亦不得謂非強脅行為。<sup>335</sup>」。這樣的解釋已經將「強暴」擴張至取走他人之工作用具的這種對物強暴，此外，亦有實務見解認為，「被害人藍文政駕駛之機車，確為被告巫志文強行騎走，縱令雙方並無爭吵，而其騎走之機車，既足以妨害藍文政駕駛機車行駛之權利，要亦不得謂非該條之強暴脅迫行為。」<sup>336</sup>可見實務上在判斷是否構成強制罪的「強暴」以及「脅迫」行為時，會非常廣泛地將妨害他人行使權利的對物強暴也包括在內。

然而，強制性交或猥褻的不法程度不應該只有妨害權利，而是透過物理上或心理上的強制，使被害人的性意願受到最嚴重的干擾。因此，本文贊同將「強暴」限縮在對被害人施加的物理強制，也就是用暴力的方式，達成性交或猥褻行為。如果是對物的強暴，或對第三人的強制，由於並非直接施加在被害人身上，應該考慮是否構成脅迫。

---

<sup>334</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 55-56。

<sup>335</sup> 最高法院 28 年度上字第 3650 號判例。

<sup>336</sup> 最高法院 85 年度台非字第 75 號判決。

由於學說將脅迫解釋為惡害的告知，則單就文義上來看，範圍可以說是非常廣。蔡聖偉教授提出，脅迫只限於對生命或身體的現時危險<sup>337</sup>，固然是將廣泛的惡害告知做了限縮，但本文並不認同以生命或身體以外的其他利益相脅—包括名譽或財產上的不利後果—作為惡害內容，被害人的性意願就未受壓制；事實上，當我們面對非常重大的財產上不利益，或是被威脅要散布裸照，以造成難以挽回的名譽或隱私的重大侵害時，很有可能認為，這比被對方飽打一頓還更慘，更重要的是，行為人透過脅迫要造成這種名譽或財產上的不利後果，對於他人性選擇的扭曲與壓制程度，不會輸給對生命或身體的現時危險。本文認為，脅迫的意義在於：被害人面臨一個難以抗拒的重大威脅。

許澤天教授認為，當惡害告知的內容為合法，例如：行為人要求被害人必須與自己發生性關係，否則將舉發被害人之犯罪，也會該當脅迫，因為惡害告知是否為法律所許可，與脅迫概念是否成立無關。<sup>338</sup>不能認為行為人在提供被害人一個趨利避害的要約，就不該當脅迫。因為，縱然被害人面臨告訴風險，卻不該蒙受與此風險欠缺合理關聯的「落井下石」的不利益。在行為人逼迫後，被害人不但要繼續面臨該風險，還要面臨性方面的干預，所擁有的自由仍是遭到壓縮。<sup>339</sup>然而，學者也提出，被害人畢竟還是在一番斟酌下，決定屈從行為人的意志，跟一般典型的強制性交（使用暴力脫除被害人衣物，或要被害人自動脫除，否則立刻採取傷害甚至殺害的措施）相比，不法程度應有差異。<sup>340</sup>本文認為，惡害告知不管是合法的—例如：威脅要告發被害人過往的犯罪事實，或是非法的—例如：威脅殺死被害人，皆可構成脅迫，因為重點在於壓制被害人意願的程度。如果受威脅的被害人，還有斟酌餘地，未達難以抗拒的程度，應該討論的是「恐嚇」—這將於下一項討論之。

綜上述，強暴和脅迫，都必須使被害人的性意願受到壓制，並達到難以抗拒

---

<sup>337</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 97。

<sup>338</sup> 許澤天（2011），〈面臨合法惡害威脅下的性自主〉，《台灣法學雜誌》，181 期，頁 120-125。

<sup>339</sup> 許澤天，前揭註 338，頁 121。

<sup>340</sup> 許澤天，前揭註 338，頁 122-123。

的程度。但是，這不代表被害人在客觀上要表現出抗拒，始構成強暴或脅迫。重點是行為人的強暴、脅迫行為造成被害人心理上癱瘓，在做出性決定時受到最直接、迫切的外力干預。

## 第二項 恐嚇

刑法第 221 條中的「恐嚇」應如何解釋？陳子平教授認為，恐嚇乃指以強暴、脅迫的手段要脅行為客體的行為而言，因此本句屬於本罪的贅文，實屬多餘。<sup>341</sup> 早期實務上，則透過刑法第 328 條強盜罪以及刑法第 346 條恐嚇取財罪的比較，去定義恐嚇，認為「恐嚇行為，係指以將來惡害之通知恫嚇他人而言，受恐嚇人尚有自由意志，不過因此而懷有恐懼之心，故與強盜罪以目前之危害脅迫他人，致喪失自由意志不能抗拒者不同。<sup>342</sup>」後來實務見解變更，認為「恐嚇行為不以將來之惡害通知為限，即以強暴脅迫為手段，而被害人未達於不能抗拒程度者，亦屬之」。<sup>343</sup> 學說上如陳子平教授亦贊同此見解。<sup>344</sup> 確實，區分「現在」與「將來」其實不夠明確，無法判斷兩者之間的時間差距。從刑度觀察，刑法第 328 條強盜罪的刑度為 5 年以上有期徒刑，刑法第 346 條恐嚇取財罪刑度為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，可合理推知立法者認為恐嚇的不法程度小於脅迫，而強盜罪的脅迫又必須「至使不能抗拒」，因此將恐嚇解釋為未達不能抗拒，為合乎體系與立法目的之解釋。

未達不能抗拒或難以抗拒的恐嚇，亦屬於行為人實施的強制手段。如果比照強盜罪與恐嚇取財罪，就可以理解，當行為人的強制手段並未完全壓制被害人的意願時，仍不失其作為一種影響他人自主的惡害告知。因此，介在未得同意性交猥褻罪以及強制性交猥褻罪之間，應有新增恐嚇性交猥褻罪的空間。下一個問題

<sup>341</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 206；吳耀宗，前揭註 49，頁 17。

<sup>342</sup> 最高法院 67 年台上字第 542 號判例要旨。

<sup>343</sup> 最高法院 80 年度第 4 次刑事庭決議（08/06/1991）。

<sup>344</sup> 陳子平（2015），〈強盜罪與恐嚇取財罪之界線——一〇一一年度台上字第五四七二號判決的評釋〉，《月旦裁判時報》，31 期，頁 31-39。

是，不能抗拒或難以抗拒的標準，應如何判斷？

最高法院在判斷強盜罪與恐嚇取財罪之間的區別時，有認為：「被害人是否因加害行為而達於不能抗拒之程度，應審酌當時客觀時、地、人、物等情狀及被害人主觀上之意識為斷。<sup>345</sup>」亦有認為：「強盜罪所謂『不能抗拒』，係指行為人所為之強暴、脅迫等不法行為，就當時之具體事實，予以客觀之判斷，足使被害人身體上或精神上達於不能或顯難抗拒之程度而言，亦即應依一般人在同一情況下，其意思自由是否因此受壓制為斷，不以被害人之主觀意思為準。」<sup>346</sup>本文認為，在判斷是否成立強制性交性接觸罪時，可以參考最高法院在財產犯罪的認定，雖然保護法益不同，但判斷行為人的行為是「恐嚇」還是「脅迫」時，重點都在於意願的壓制程度。至於，不能抗拒或難以抗拒的標準應該採取客觀標準或主觀標準為妥？本文認為，應採取一般人標準（客觀），來辨識行為人的行為是否使被害人不能抗拒或難以抗拒。原因在於，如果以被害人主觀來認定，假設被害人的性自主只受到輕微的影響，例如：行為人表示，若不答應性交，就決定與被害人分手。被害人認為這是難以抗拒的惡害告知，刑法因而將行為人的行為，評價為脅迫，那麼刑法會以難以預測的方式過度擴張處罰，行為人也無法預測，哪一些「討價還價」的行為已經超越了刑法所容許的界線。

刑法第 221 條最後一個例示的強制手段為「催眠術」，蔡聖偉教授認為，催眠術可以直接排除相對人意思形成的可能，應該和使用麻醉方法做相同的理解，屬於強暴的一種態樣<sup>347</sup>。陳子平教授認為，「催眠術」係指使行為客體喪失知覺而陷入昏迷狀態的行為而言。<sup>348</sup>本文認為，催眠術既然為行為人所實施的一種完全癱瘓被害人知覺的強制手段，自然也達到了壓制被害人意願而使被害人無法抗拒的程度，因此與強暴、脅迫作為例示之強制手段並無疑義。

<sup>345</sup> 最高法院 98 年度台上字第 4757 號判決；最高法院 101 年度台上字第 5472 號判決；最高法院 102 年度台上字第 405 號判決；最高法院 104 年度台上字第 1045 號判決。

<sup>346</sup> 最高法院 107 年度台上字第 586 號判決。

<sup>347</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 53。

<sup>348</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 206；甘添貴，前揭註 38，頁 236。

### 第三項 其他違反其意願之方法

本文在第二章第二節曾探討實務與學說上，對於違反意願此一構成要件要素的不同見解，學說上多採取強制手段必要說，最高法院則在 97 年度第 5 次刑庭決議明確採取強制手段不要說。本文則認為，「其他違反意願之方法」應該也要與前面的強制手段，有不法內涵上的等價性。若不做如此解釋，等同於架空了前面列舉的強制手段，也會造成過度擴張處罰的結果。

蔡聖偉教授認為，現行刑法第 221 條之「其他方法」，應理解成行為人「利用既存之強制狀態遂行其性交目的」的情形，行為人利用此種狀態來遂行性交目的，本質上與透過強制行為迫使被害人接受性交要求的不法內涵相當，均屬違反被害人意願。<sup>349</sup>推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在目前暫定的修法草案版本中，也將強制性交罪的「其他違反其意願之方法」修改為「利用既存之強制狀態」。<sup>350</sup>本文認為，在已有未得同意性交性接觸罪的前提下，並不會產生被害人受既有強制狀態影響，不敢反抗，而不成立任何犯罪的處罰漏洞—只要被害人沒有表達同意，最少就成立了未得同意性交性接觸罪。而若將「其他違反其意願之方法」修改為「他法」，搭配「至使難以抗拒」之要件，應更能掌握行為人使用任何方法壓制被害人性意願的類型，亦能兼顧與前面的列舉之強暴、脅迫等強制手段，有不法內涵上的等價性。

最後，「單純違反意願」性交、性接觸之行為，是否需要另外規定獨立的處罰類型？本文認為，不管是未得同意或違反意願，描述重點都在於被害人的性積極自由受侵害的情形，也就是行為人在不顧被害人意願的情況下，對被害人做了性交與性接觸行為。由於違反意願在邏輯上必然是未得到同意，因此違反意願可以完全被未得同意的概念包含。在有未得同意性交性接觸罪的情況下，實在沒有必要另立一個違反意願性交性接觸罪。並且，另外規定違反意願性交性接觸罪，

<sup>349</sup> 蔡聖偉，前揭註 23，頁 85。

<sup>350</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 8。該草案仍未最終確定。

會增加解釋上的困擾。舉例來說，當行為人在對方沉默的情況下為性交行為，是僅成立未得同意性交罪，抑或是也構成了違反意願性交罪？違反意願又是否和同意一樣，需要一個客觀標準？這些都是另外單獨處罰違反意願性交性接觸罪會遇到的困難，因此，本文不建議單獨處罰違反意願性交性接觸罪。

#### **第四項 條文修改建議**

本文建議在刑法第 221 條第 1 項，新增未得同意性交罪，現行強制性交罪可移至刑法第 221 條第 3 項，規定「對於他人以強暴、脅迫、催眠術、藥劑<sup>351</sup>或他法，至使難以抗拒，而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」同條第 2 項則新增恐嚇性交罪，規定「對於他人以恐嚇為性交者，處三年以上七年以下有期徒刑。」本文將「至使難以抗拒」放入強制性交罪的構成要件，目的為與未達難以抗拒的「恐嚇」做出區隔。另外，「難以抗拒」與「不能抗拒」事實上都表彰了對意願壓制要達到最嚴厲的程度，但是「不能抗拒」較易使人誤解為被害人需要拼命抵抗、抗拒到無法再抗拒，才算構成強制性交罪；「難以抗拒」較可被正確理解為，行為人的行為使被害人在心理上癱瘓，根本就喪失了抗拒的勇氣，在客觀上不需要有實際的抗拒。

性接觸的部分，本文建議在刑法第 224 條第 1 項，新增未得同意性接觸罪，現行強制猥褻罪移至刑法第 224 條第 3 項，規定「對於他人以強暴、脅迫、催眠術、藥劑或他法，至使難以抗拒，而為性接觸之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」刑法第 224 條第 2 項新增恐嚇性接觸罪，規定「對於他人以恐嚇而為性接觸之行為者，處六月以上三年以下有期徒刑。」

---

<sup>351</sup> 本文認為藥劑應從刑法第 222 條之加重事由刪除，放入一般的強制性交罪的列舉手段中，詳見本章第四節第四項。

#### 第四節 刑法第 222 條之各款加重事由

在本章第三節，本文討論了刑法第 221 條在以未得同意為核心的架構下，應如何解釋以及修正。本文認為，應刪除條文中的「其他違反意願之方法」，並將強制手段限定於「強暴、脅迫、催眠術」以及其他使被害人難以抗拒之方法而為性交者。本文認為，刑法第 221 條為未得同意性交的加重類型，其不法程度的提高，源自於行為人用了壓制被害人性意願的手段，因此相較於單純未得同意更嚴重。而刑法第 222 條則針對 8 種不同情形，有加重之規定。刑法第 222 條第 1 項規定：「犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：一、二人以上共同犯之者。二、對未滿十四歲之男女犯之者。三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。四、以藥劑犯之者。五、對被害人施以凌虐者。六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。八、攜帶兇器犯之者。」

學說上在討論刑法第 222 條時，多先就本罪的性質做出探討。與刑法第 321 條加重竊盜罪的討論方向相同，刑法第 222 條各款加重規定，究竟屬於加重的構成要件要素？或是屬於單純的加重條件？若認為該 8 款加重規定屬於刑罰加重條件而非構成要件要素，則行為人對此 8 款加重條件的事實有否認識並不影響本罪故意的成立。反之，若認為該 8 款加重規定屬於構成要件要素而非單純的刑罰加重條件，則關係到強制性交罪的成立，及行為人對於此 8 款屬於構成要件要素的加重事實，必須有所認識，本罪故意始得成立。<sup>352</sup>學說上多認為，此 8 款事由屬於加重構成要件要素。<sup>353</sup>本文則認為，應該具體針對 8 款事由進行分析，並非一概認為 8 款事由「皆」為加重構成要件或加重條件（或謂加重量刑事由<sup>354</sup>）。

<sup>352</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 216。

<sup>353</sup> 採此看法者，陳子平，前揭註 67，頁 216；林東茂，前揭註 37，頁 79；甘添貴，前揭註 38，頁 243。

<sup>354</sup> 有學者認為，倘認這 8 款加重事由之性質為單純加重條件，亦即單純加重條件或刑罰之條件，則必強制性交行為已具備犯罪之成立要件後，在量刑上始予加重處罰之條件，實際上與加重量刑事由，並無差別。參見：甘添貴，前揭註 38，頁 242。

在以未得同意為核心的架構下，應如何解釋或修正刑法第 222 條的 8 款加重要件？  
以下將分別討論之。

### **第一項 二人以上共同犯之者**

在學說和實務上，對於何謂「二人以上共同犯之」、本款與刑法第 221 條強制性交罪共同正犯之間的關係、本款與舊刑法第 222 條「二人以上共同輪姦者」之輪姦罪之間的關係，存在許多爭議。在討論應如何解釋之前，可先思考：為什麼兩個人一起犯下強制性交罪，就必須加重處罰？

使用強制手段去壓制性意願，其侵害性自主的程度遠比未得同意或單純違反意願更嚴重。當兩人共同為強制性交行為時，對被害人來說等於有更強大的威脅、更徹底的剝奪與壓制性的意願；並且，由於性的同意是針對特定人以及特定身體部位親密接觸的同意，當兩人共同強制性交時，自主—只有自己能決定關於性交、猥褻行為要如何進行、與誰進行的性自由—被剝奪的程度，也比起單一行為人實施強制性交來得更嚴重。因此，對本文來說，加重的理由不是對被害人生命、身體造成的更高風險，當然，如果兩個人都使用肢體暴力的意願壓制手段，確實會對被害人會造成更高的受傷風險，但如果行為人使用的是非關生命、身體傷害的脅迫，被害人生命、身體就不會有更高的風險。以造成生命、身體的更高風險作為加重的理由，是不夠充分的，真正要加重的理由，來自於二人共同性交對被害人自主造成了程度更大的傷害，對性的意願造成更徹底的剝奪與壓制。如此解釋，則本款屬於構成要件之加重，行為人對此款加重條件的事實必須有認識。

確立了本款加重處罰的原因之後，應該根據這個規範目的來解釋何謂「二人以上共同犯之」。學者列出了本款在一般的文義理解上，至少可以有下列幾種可能：從最廣義的參與—把共犯類型的教唆行為或幫助行為列入考量，事實上也沒有脫離法條文字所形成的字面界線—到最狹義的，持修法前解釋輪姦罪一般，必

須各行為人皆須有性交行為之實施。<sup>355</sup>然而，若將教唆犯或幫助犯算入，會造成根本沒出現在性交地點、甚至被害人完全不知道其存在的行為人，也成立加重強制性交罪，這種過度擴張的解釋無法恰當的反映加重的原因。

部分最高法院將「二人以上共同犯之」理解為強制性交罪共同正犯之特別規定，例如最高法院刑事裁定 103 年度台抗字第 627 號：「按共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而本於共同之犯意，各自分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。故共同正犯，其各自分擔實行之行為應視為一，整體合併觀察，予以同一非難評價，對於因此所發生之全部結果，自應同負其責。刑法第 222 條第 1 項第 1 款之二人以上共同犯強制性交罪，**本質上屬刑法第 28 條之共同正犯，自有上開法理之適用。**」<sup>356</sup>學說上亦有認為，本款應依照刑法第 28 條共同正犯的規定以及共同正犯的原理、原則加以處理。<sup>357</sup>

然而，本文並不贊成將本款理解為強制性交罪的共同正犯。原因在於，這沒有說明為什麼要針對多數行為人的情況加重處罰，而不能以刑法第 221 條強制性交罪共同正犯來處理即可，更會因為實務對共同正犯採取的解釋，擴張到只有參與事前謀劃、或是在性交地點之外把風的行為人，也會成立比較重的刑法第 222 條的加重強制性交罪。有學者認為，為了凸顯性價值保護的特殊性，並且考量刑法謙抑與罪刑相當原則，二人以上強制性交罪，必須在輪姦罪與強制性交罪之單純共同正犯之間，找到一個能夠呼應侵害性自主的特別樣態，作為刑法第 222 條第 1 項第 1 款的內涵。最高法院 76 年台上字第 7210 號判決對於刑法分則規定以二人以上之犯罪，認為必須有在場共同實施的主張，值得肯定，對於刑法第 222 條第 1 項第 1 款的規定，也應該適用。因為「在場」的強調，至少表現了行為潛藏危險性的增加。如果考量性的隱私性，那麼對於「在場」的事實涵攝判斷，

---

<sup>355</sup> 李聖傑（2010），〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉，《政大法學評論》，115 期，頁 1-54。

<sup>356</sup> 最高法院 103 年度台抗字第 627 號裁定。

<sup>357</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 218。

其實還可以適度放寬。<sup>358</sup>

如前所述，本文認為本款加重的原因在於，兩人共同為強制性交行為時對被害人造成更徹底的剝奪與壓制性的意願；並且，由於性的同意是重要的自主決定，當兩人互相有意思聯絡而共同對被害人進行強制性交時，等於是在個人性自主權範圍內被雙重的攻擊與踐踏。因此，如果在場的人只有在旁觀看，並未參與強制性交行為，即便對被害人的性隱私造成侵害，但該在場之人未實施性交就會成立比強制性交罪更重的加重強制性交罪，未免過苛。因此，本文認為，既然未參與對被害人性意願的壓制與剝奪，就不應該成立加重強制性交罪，應檢驗是否合於強制性交罪的共同正犯要件。

如果客觀上，二人中一人實施性交行為，一人實施強制行為而未有性交行為，應探究二人的犯罪意思，而分成兩種狀況。第一種狀況是，僅實施強制行為的行為人，亦有實施性交的行為決意，但行為未達性交既遂，應論以加重強制性交罪的未遂罪；實施性交行為之人，若自己也有實施強制行為，則成立加重強制性交罪並無疑義，但若未實施強制行為，而是透過利用另一人實施強制行為達到壓制被害人意願的結果，可視為使用等同於強暴、脅迫強度的使被害人難以抗拒的其他方法，一樣成立加重強制性交罪。第二種情況是，僅實施強制行為的行為人，欠缺實施性交的行為決意，就不用討論加重強制性交罪，應判斷該二人是否成立刑法第 221 條強制性交的共同正犯。

若二人之中有其中一人為無責任能力者，是否算入「二人以上共同犯之」？本文認為，責任能力的欠缺屬於行為人本身的罪責因素，不會影響到其行為的不法性，對於被害人性自主侵害的嚴重性而言，也不會因為複數實施強制性交的行為人中有其中一個或全部是無責任能力人，受到的侵害就比較小。因此在本款加重事由中，沒有排除無責任能力人的必要。

綜上述，本文將「二人以上共同犯之者」依規範目的進行限縮，只適用於該二人皆有實施強制行為與性交行為，若其中實施強制行為之人有性交決意但未達

---

<sup>358</sup> 李聖傑，前揭註 355，頁 34-35。

性交既遂，則應以刑法第 222 條第 2 項的未遂罪罰之。因此，本款應可修正為「二人以上共同實施性交者」。

## 第二項 對未滿十四歲之男女犯之者

本文在本章第二節第三項討論了未成年人的同意，並認為現行法第 227 條的最終的保護法益仍為性自主，不能以「健全成長」的理由，完全剝奪未成年人性自主的空間。刑法第 222 條第 1 項第 2 款的「對未滿十四歲之男女犯之者」，與第 227 條的差別在於，前者是行為人以強制手段壓制被害人的性意願，後者是法律推定未成年人欠缺做成性自主同意的能力，除非具備性的意識與對性行為的真摯同意，可以阻卻違法，否則仍為未得同意。

最高法院於 99 年度第 7 次刑事庭決議，就針對本款與刑法第 227 條之區分，認為：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對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，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」<sup>359</sup>依照解釋，未滿 7 歲之幼童，無論有無違反意願都適用本款之加重。至於為什麼要創造出一個 7 歲的年齡分界，最高法院在該決議的理由中說明：「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，既須行為人與未滿十四歲之男女有性交之『合意』，則必須該未滿十四歲之男女有意思能力，且經其同意與行為人為性交者，始足當之。至意思能力之有無，本應就個案審查以判定其行為是否有效，始符實際。未滿七歲之幼童，雖不得調為全無意思能力，然確有意思能力與否，實際上頗不易證明，故民法第十三條第一項規定「未滿七歲之未成年人，無行為能力」，以防無益之爭論；此觀諸該條之立法理由自明。未滿七歲之男女，依民法第十三條第一項之規定，既無行為能力，即將之概作無意思能力處理，則應認未滿七歲之男女並無與行為

<sup>359</sup> 最高法院於 99 年度第 7 次刑事庭決議。

人為性交合意之意思能力。」<sup>360</sup>可見最高法院認為未滿 7 歲之人的同意不容易判斷，不如直接用民法意思能力的規定。

本文認為，若已有未得同意性交猥褻罪的存在，現行法第 221 條就必須是「強制」性交罪而不是「違反意願」性交罪（單純違反意願性交，適用未得同意性交罪即可）。所以，如果行為人沒有使用強制手段去壓制被害人的意願，就不應該適用強制性交罪，更不可能成立加重強制性交罪。就算未滿 7 歲之人的同意不容易判斷，法院還是要去認定行為人有用強制力去壓制未成年人的意願。直接拿民法規定來適用，似乎只是訴訟上認定的方便。最高法院不顧民法對於意思能力的設計與刑法性自主的同意，概念上根本不是同一件事，而直接說被害人未滿 7 歲一律成立加重性交罪，本文並不贊同。

本款的加重原因，有學者認為是因為被害人年齡幼稚，發育未臻完全，且尚無抵抗能力或抵抗能力甚為薄弱，行為人竟予摧殘，實有特加嚴懲之必要。<sup>361</sup>有學者則指出，對 14 歲以下之男女以及心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人為強制性侵害行為，具有較高的社會倫理非難，更明白的說，是一種特別可惡的行為，因為行為人無視甚至利用行為客體「無助」的特性，實行強制行為，所以理解上應該將其認定為罪責要件的加重。<sup>362</sup>本文認為，對未成年人強制性交，侵害的法益除了主要的性自主之外，也包含了身心健全發展—在行為人已經使用強制手段去壓制未成年人性意願的情況下，對於被害人身心造成的傷害以及未來的發展，在程度上明顯比得到未成年人同意（不管在法律上承不承認）之刑法第 227 條更嚴重。行為人對一個 14 歲以下的人強制性交，既然比起對一般人強制性交，多出了侵害身心健全發展法益的部分，這就是不法要件的加重。至於學說上認為，行為人利用被害人的無助（年齡幼小）而特別可惡，實在無法令人信服。事實上，行為人做違法的事情都很可惡，沒有道理對小孩子做違法的事就更可惡。

綜上述，本文不認為本款為罪責要件的加重，而應該是不法要件的加重。既

<sup>360</sup> 最高法院於 99 年度第 7 次刑事庭決議。

<sup>361</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 245。

<sup>362</sup> 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第三講—類型闡述〉，《月旦法學教室》，23 期，頁 99-106。

然是不法的加重，則本款自然也屬於加重構成要件事由。作為構成要件的被害者年齡，必須為行為人所認識。

### 第三項 對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者

首先應探討的是，本款與刑法第 225 條之間的解釋適用關係，本文認為要分成兩個部分討論。在以未得同意為核心的架構下，現行刑法第 225 條所適用的部分情形—被害人本身並非有精神、身體障礙、心智缺陷之人，而是因酒醉、熟睡等暫時性原因不能或不知抗拒時，並不會成立加重強制性交罪。只有在被害人是具有精神、身體障礙、心智缺陷之人，才會有成立本款加重事由的可能。

確認了本款與刑法第 225 條之間的解釋適用關係後，仍應討論本款的加重理由為何。有學者認為，這些被害人抵抗能力柔弱、身心狀況不如一般人，遭摧殘後復健更加困難。<sup>363</sup>另有學者則提出反駁認為，有身、心障礙之人在遭受性侵害後，在生理、心理的復原方面，是否較一般人更為不易，係事實問題，必須視個案情形而定；且正因犯罪受創的復原難易程度，實隨個案情節不同而有別，是故，不能以身、心障礙者於性犯罪受創後，在復原方面普遍有困難為立論基礎，而定出作為加重刑罰要件的犯罪被害人類型。<sup>364</sup>本款與「對未滿十四歲之男女犯之者」，都是針對特殊類型的被害人加重處罰。在未成年人方面，是因為多出「身心健全發展」法益受侵害，有不法內涵上的加重，那麼，被害人為有精神、身體障礙、心智缺陷之人，加重原因為何？若認為此類被害人因為固有的身心障礙，使其性自主受侵害程度更大，這樣的立論似乎仍欠缺實證研究說明；若認為加重原因是行為人無視、甚至利用行為客體「無助」的特性，惡性特別重大，那麼為什麼只有利用身心障礙者的「無助」才要加重處罰，利用人在工作、課業、感情乃至各種人生重大挫折時刻強制性交，就不必加重處罰？

<sup>363</sup> 林東茂，前揭註 37，頁 75；甘添貴，前揭註 38，頁 247。

<sup>364</sup> 王乃彥（2004），〈加重強制性交罪之存廢的檢討〉，《法令月刊》，59 卷 8 期，頁 19-34。

本文贊同學說所提出的，犯罪受創的復原難易程度，實隨個案情節不同而有別，行為人對有精神、身體障礙、心智缺陷之人為強制性交，實與對一般人強制性交的不法程度相當，如果在個案中確實有被害人身心受創更嚴重的情形，應於量刑階段予以考慮即可。本文認為，本款應予以刪除。

#### 第四項 以藥劑犯之者

以藥劑犯之，在 1999 年修法之前，是屬於舊刑法第 221 條的強姦罪的構成要件。舊刑法第 221 條規定：「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，處五年以上有期徒刑。」可見使用藥劑原本是一般的強制手段。在 1999 年的刑法第 222 條修法理由中，並未特別提及將此藥劑放入加重理由之原因，僅概括表示「本條所列之各種狀況，均係較普通強姦罪之惡性更重大，有加重處罰之必要，爰仿加重竊盜罪、加重強盜罪、加重搶奪罪之例增訂之」。針對本款加重，學說上多有批評，有認為使人喪失抵抗能力之方法甚夥，除藥劑外，催眠術或強勸人喝酒之情形，亦莫不皆然；甚至以強暴、脅迫之手段，亦均如此。特別以藥劑犯強制性交罪作為加重之理由，理甚牽強。<sup>365</sup>有學者認為，如果以藥劑的使用有害健康的觀點，探討加重要件的性質，那麼在考量其所升高的身體傷害性後，或許可以將其歸納為不法要件的加重，但是這樣的結論是有問題的，因為現行法並沒有以使用具有傷害性之藥劑作為規定，而且從行為方式對身體造成傷害的危險性來思考，顯然強暴行為要比藥劑使用更容易也更直接造成身體的傷害，但是強暴行為不但不是加重要件，反而是強制性的例示規定。<sup>366</sup>

本文認為，如果行為人使用的藥劑，會造成重大身體傷害，就應該以刑法第 226 第 1 項後段的加重結果犯加以評價。如果只是一般的傷害，無法融貫解釋一

<sup>365</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 248。

<sup>366</sup> 李聖傑，前揭註 362，頁 105。

樣可能會造成身體傷害的強暴，只被歸類在刑法第 221 條的普通強制性交罪的不法手段，而不需要加重處罰。如果立法者著眼於藥劑的使用會使人完全喪失抵抗意識，那麼與刑法第 221 條的催眠術也有一樣的效果，亦無法說明何以使用催眠術為一般強制性交，使用藥劑為加重強制性交。因此本文認為，本款的「以藥劑犯之」實在沒有加重的必要，應該移至刑法第 221 條列舉的強制手段中，以普通強制罪就足以評價使用藥劑的不法性，無需特別加重。

### 第五項 對被害人施以凌虐者

學說上認為，所謂凌虐，乃凌辱虐待之意，亦即以強暴或其他方法，使被害人之精神或肉體感受相當痛苦之行為。不問其為有形或無形，積極或消極行為，均足當之。例如，施加鞭笞，濫施繩具、迫令下跪、不給飲食或不給睡眠等是。<sup>367</sup>實務上則有判決認為，「刑法第二百二十二條第一項第五款所稱『施以凌虐』，意指通常社會觀念上之凌辱虐待等違背人道、損害人格之待遇，且不以強制性交之時凌虐為限，祇要二者有所關聯，即足當之。」<sup>368</sup>本文認為本款加重原因為，行為人在強制性交過程中—包括使用強制手段時，使用超越了一般壓制被害人人性意願的方法，對被害人的身體、精神上加以羞辱折磨，單獨來看不見得會成立刑法上的傷害罪，但綜合強制性交行為，在整體上對被害人造成更大程度的傷害，不只是性自主，還包括了身體、心理或人格的傷害，因此比普通強制性交罪有更高度的不法內涵，予以加重。既然對被害人凌虐為不法內涵的提升，本款本質上為構成要件之加重。

<sup>367</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 249；盧映潔，前揭註 39，頁 392。

<sup>368</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2160 號判決。關於本款的判決寫道：原判決已明確記載乙○○、甲○○基於攜帶兇器犯強制性交而凌虐之犯意聯絡，由乙○○先以鋼管毆打甲女頭部及身體，續命甲女站立在房間一格地磚內，並持打火機做勢燃燒，再命甲女於「裸奔」、「吃 BB 彈」、「繼續被打」三項擇一懲罰，待甲女不得已吞下 BB 彈後，復強迫甲女自慰供渠等觀賞，甲○○與乙○○並先後以塑膠袋套手指、短鋼管侵入甲女陰道內等事實，因認其等係以強暴方法為性交，且施加之殘暴行為，使甲女飽受折辱及痛苦，達於凌虐強制性交之程度等情，已據原判決依據卷內資料論述明白。

值得注意的是，刑法在 2019 年 5 月 10 日針對「凌虐」做出定義，規定於刑法第 10 條第 7 項：「稱凌虐者，謂以強暴、脅迫或其他違反人道之方法，對他人施以凌辱虐待行為。」立法理由謂：「一、刑法第一百二十六條第一項、第二百二十二條第一項第五款及第二百八十六條均有以凌虐作構成要件之規範，依社會通念，凌虐係指凌辱虐待等非人道待遇，不論積極性之行為，如時予毆打，食不使飽；或消極性之行為，如病不使醫、傷不使療等行為均包括在內。二、參酌德國刑法有關凌虐之相類立法例第 225 條凌虐受照顧之人罪、第 343 條強脅取供罪、第 177 條之加重強制性交，有關凌虐之文字包括有：quälen 即長期持續或重複地施加身體上或精神上苦痛，以及 mißhandeln 即不計時間長短或持續，對他人施以身體或精神上的虐待。三、是以，倘行為人對被害人施以強暴、脅迫，或以強暴、脅迫以外，其他違反人道之積極作為或消極不作為，不論採肢體或語言等方式、次數、頻率，不計時間之長短或持續，對他人施加身體或精神上之凌辱虐待行為，造成被害人身體上或精神上苦痛之程度，即屬凌虐行為。前述所謂其他違反人道之方法，係獨立之行為態樣。爰增訂第七項。」<sup>369</sup>

#### **第六項 利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者**

本款的加重理由，有學者認為是因為行為人利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之，不但使被害人猶如待宰羔羊，受性侵害之危機倍增，且使社會大眾無免於恐懼之自由，乃特予嚴懲。<sup>370</sup>或有認為，利用駕駛這類交通工具的機會而強制性交，可能使被害人逃脫不易或恐懼感無限延宕，所以成了加重的處罰條件。<sup>371</sup>實務上則認為，「刑法第二百二十四條之一規定犯強制猥褻罪而有同法第二百二十二條第一項第六款之『利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會』情形者，應加重處罰，考其立法旨趣，乃因藉駕駛供公眾或不特定

<sup>369</sup> 立法院公報處（2018），《立法院公報》，108 卷 48 期，頁 177-179，臺北：立法院。

<sup>370</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 249。

<sup>371</sup> 林東茂，前揭註 37，頁 247-248。

人運輸之交通工具之機會，便利其侵害他人性自主權，既陷被害人於孤立無援，難以求救之處境，致受侵害之危險倍增，且因此增加社會大眾對交通安全之疑懼，故有必要提高其法定刑，用資維護社會大眾行之自由。」<sup>372</sup>

本文認為，如果本款的加重理由是，使被害人危機倍增、逃脫不易，那麼為何只將行為設定在利用「駕駛供公眾運輸」的交通工具的行為？如果行為人是將被害人帶回自己家中，或「利用駕駛供私人運輸」的交通工具的機會，豈不是比起公眾或不特定多數人搭乘的交通工具，被害人更「逃脫不易、危機倍增」？因此，真正的加重理由是考慮到公眾的安全感。然而，搭乘大眾交通運輸工具的安全感，不應該直接成為加重的理由，公眾對於安全感的需求若能成為加重的基礎，那麼行為人只要在公共場合犯罪，是否就一律可以加重處罰？將處罰的基礎建立在公眾的安全感之上，很可能造成處罰的恣意與浮濫。因此，本文認為本款欠缺加重處罰的正當性，應予以刪除。

#### **第七項 侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者**

本款的加重理由，學說上有認為行為人除侵害他人之性自由外，復因侵入他人之住居自由，乃特予嚴懲。<sup>373</sup>學說上並主張，本款基本上應與刑法第 306 條之罪為相同理解—只差在本款之建築物限於有人居住者。<sup>374</sup>然而，如果行為人的行為同時構成刑法第 306 條的侵入住居罪以及刑法第 221 條的強制性交罪，應該用競合法則解決，而不是用結合犯的立法方式。<sup>375</sup>本文贊同應用競合法則處理，因為侵入住居的不法性，可以完全被刑法第 306 條所評價，強制性交加上侵入住居，似乎沒有立法理由所說的「惡性更重大」。黃榮堅教授對結合犯之規定就提出批評，認為：「即使以惡性之深淺作為論罪輕重之標準，首先，任何犯罪類型所表

<sup>372</sup> 最高法院 98 年度台上字第 7061 號判決。

<sup>373</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 250。

<sup>374</sup> 盧映潔，前揭註 39，頁 393。

<sup>375</sup> 黃榮堅，前揭註 10，頁 208。

達出來的惡性都已經在各該犯罪的法定刑當中做過評價。其次，兩個犯罪結合之後的惡性評量問題，事實上就是刑法競合概念所要處理的問題。」<sup>376</sup>因此，如果要結合侵入住居以及強制性交，作為獨立一款加重事由，並且把刑度提高，似乎無法只用「惡性更重大」來正當化這種有違罪責原則的結合犯立法設計。本文認為，本款應予以刪除。

### 第八項 攜帶兇器犯之者

本款的加重原因，在於攜帶兇器，有侵害他人生命與身體安全之虞。<sup>377</sup>本款規定與刑法第 321 條第 1 項第 3 款之規定相同，最高法院對於「兇器」的解釋，為：「此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器。」<sup>378</sup>學說上即對此提出批評，認為實務如此擴張解釋「兇器」的定義，實有違反罪刑法定主義的禁止類推適用之嫌。凡是「客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之」，則幾乎行為人所攜帶的任何物品皆對人的生命、身體安全構成威脅，而成為兇器，如此的解釋，對於通常一般人而言，實難以想像。<sup>379</sup>

本文認為，若本款的加重原因，在於行為人使用兇器強制性交，對被害人可能產生額外的生命、身體之危險，那麼本款應該解釋為不法內涵的加重。對於兇器解釋過廣的問題，本文認為從實際上看，即使行為人拿著一支筆，威脅被害人若不性交就戳瞎被害人的眼睛或刺穿被害人的喉嚨，也會對被害人的生命或身體產生危險，所以真正造成危險的重點，應該是在於行為人對於兇器的「使用」。

<sup>376</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，頁 892，台北：元照。

<sup>377</sup> 甘添貴，前揭註 38，頁 251。

<sup>378</sup> 最高法院 79 年度台上字第 5253 號判例。

<sup>379</sup> 陳子平，前揭註 67，頁 226。

如果行為人使用兇器，就算是一支原子筆或一塊磚頭都可以造成危險；如果行為人只有攜帶，那麼即便是放在包包裡面的菜刀也不會造成危險。因此，本文認為比較好的方式是將本款修正為「使用兇器犯之者」。

### 第九項 其他加重規定以及條文修改建議

刑法第 16 章還有部分條文有加重之規定，分別為第 226 條以及第 226-1 條。第 226 條為加重結果犯之規定，同條第 2 項規定「因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑」則有問題：被害人出於自我意思決定的自殺卻要求行為人負責，已經違反了罪責原則，故本文認為應刪除。推動妨害性自主罪章修法的婦女新知基金會，在目前暫定的修法草案版本中，將新增第 226 條第 1 項後段的導致被害人懷孕的加重結果犯，理由為：「被害人若因性侵害而懷孕，這個不受被害人期待的懷孕（unwanted pregnancy），逼迫被害人面對生產或是墮胎所伴隨的健康風險與心理壓力，因此增加此一結果的加重結果犯。」<sup>380</sup>將不想要的懷孕作為妨害性自主行為的加重結果，本文並不贊同。如果不想要的懷孕是一個刑法要處罰的侵害法益（生育自主？）的行為，應該要說明這個法益的內涵，然後針對各種行為態樣（不只是有生殖可能性的陰道性交行為）加以規範，而非直接將未得同意性交或強制性交的加重結果設計為「致懷孕」。

刑法第 226-1 條則是結合犯的規定，將強制性交猥褻與殺人、重傷行為結合，處以更重的刑度，但是如學說上對結合犯的批評，兩個犯罪結合之後的惡性評量問題，是競合概念要處理的問題，並且競合概念從罪責原則的基本立場所訴求的是對於多數犯罪之刑罰的減輕，而不是刑罰的加重，因此結合犯的加重原則即有悖於罪責原則<sup>381</sup>。故本文認為，第 226-1 條亦應刪除之。

在刑度的部分，本文認為刑法第 222 條為七年以上，如此的法定刑下限實在

<sup>380</sup> 婦女新知基金會於 2019 年 10 月 19 日提出之刑法妨害性自主罪章修法計畫分區座談高雄場，頁 10-17。該草案仍未最終確定。

<sup>381</sup> 黃榮堅，前揭註 376，頁 893。

過重，在本文建議修正的刑法第 221 條第 3 項的強制性交為 3 年到 10 年有期徒刑，則加重強制性交罪可設計為 5 年以上有期徒刑，不至於直接跳躍到 7 年以上，可給予法官較大的量刑空間。

綜合以上，本文建議修正刑法第 222 條第 1 項規定如下：「犯前條第三項之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：一、二人以上共同實施性交者。二、對未滿十四歲之男女犯之者。三、對被害人施以凌虐者。四、使用兇器犯之者。」刑法第 226 條第 2 項以及第 226-1 條刪除。

## 第五節 過失犯

本文從第四章採取未得同意做為性自主侵害的核心，到第五章以此重新解釋、修正刑法第 16 章中關於妨害性自主的處罰規定。至此，本文還想討論一個問題，那就是：性侵害犯罪應否處罰過失犯？一直以來，刑法第 221 條強制性交罪，都要求行為人必須使用強制手段，然而，在最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議之後，刑法第 221 條已經不要求強制手段，只要違反意願即可。此時，必然會出現的問題是，若行為人誤認了對方的意願，將對方的「不要」，或是「沉默」當作同意，是否需要處罰？

本文在第四章介紹加拿大刑法時，就曾介紹了加拿大刑法第 273.2 條之規定，該法條規定了在特定情況下，被告不得主張相信告訴人有同意的抗辯。這些情況包含：被告的信賴來自於自我引起的酒醉、被告的重大過失或有意無視，被告未採取合理措施去確認告訴人正在同意。該法的規定是否類似於我國刑法中的過失概念？就此，李佳玟教授認為：「加拿大刑法第 273.2 條相當程度是從訴訟法的角度維護積極同意模式的適用，從我國傳統刑法釋義學的角度來看，上述所謂誤認被害人同意，相當於實體法之構成要件錯誤；對於被告抗辯的限制，等同於限制被告在何等情況下不能主張構成要件錯誤。只是如果仔細分析，加拿大刑法第

273.2 條所涉及的其實有過失、有故意的情況，因為喝醉酒而不知被害人未同意可能是一種過失，自身態度輕忽漠視不知被害人未同意屬於一種重大過失，而故意無視被害人未同意本身其實已經算是故意了。至於該條(b)項雖然看起來像是要求行為人履行一定的確認義務，但其描述方式相當於傳統刑法解釋學中對於預見可能性與注意義務的討論。倘若被告在當時情境對於被害人並未同意性交有預見可能性，就負有主動採取合理步驟確認被害人是否有意願參與性交的義務（我國刑法第 14 條第 1 項：『行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。』），相當程度接近我國一般過失的規定。」<sup>382</sup>顯然，加拿大刑法的規定，處罰的範圍不僅止於行為人明知未得同意的情况。

本文認為，加拿大刑法第 273.2 條無論看作是程序法上的還是實體法上的規定，確實是著墨於被告的主觀心態，以 *R. v. Esau* 案中大法官 McLachlin 對加拿大刑法第 273.2 條之分析，被告在當下情境一告訴人喝醉酒、意識不清的狀況一中，未採取合理措施（take reasonable steps）去確認告訴人正在同意（was consenting），就不得抗辯其相信告訴人有對系爭活動的同意。真誠誤信同意之抗辯，只有外部情況引起的模稜兩可，或是告訴人自己行為引起的模稜兩可，才可能主張。若一個人真誠行事且非有意無視，繼而認為對方行為是模稜兩可或不清楚的，他的責任是避免繼續下去，或去釐清告訴人是否有同意。<sup>383</sup>因此，當被告對於被害人是否缺乏同意一事不確定時，依照加拿大刑法第 273.2 條之規定，在特定狀況下還必須確認、釐清對方的意願，以我國法的角度來說，的確類似於過失犯的注意義務概念。

然而，刑法以處罰故意犯為原則，哪些過失侵害法益之行為需要處罰，是刑事政策上的考量<sup>384</sup>，在目前的刑法個人法益中，處罰過失犯的僅有刑法第 276 條第 1 項的過失致死罪、刑法第 284 條的過失致傷和過失致重傷罪。也就是說，目前在個人法益中，只有生命、身體法益有處罰過失犯之規定。性自主法益是否

<sup>382</sup> 李佳玟，前揭註 5，頁 47-48。

<sup>383</sup> *R. v. Esau*, [1997] 2 SCR. 777.

<sup>384</sup> 王皇玉，前揭註 272，頁 473。

需要處罰過失犯？本文傾向認為目前還不需要，理由有二：一、現行的未得同意性交猥褻罪已擴張出一定的處罰範圍；二、注意義務難以界定。

首先，本文建議新增的刑法第 221 條第 1 項，規定「未得他人同意而為性交者，處三年以下有期徒刑。」則行為人在主觀上，只要認識到他人未同意，就會該當故意。這與現行刑法第 221 條的「強制性交罪」或「違反意願罪」，要求的是行為人主觀認識到對方「不願意」，有很大的差距。如加拿大最高法院在 *R. v. Park* 案、*R. v. Esau* 案一直到 *R. v. Ewanchuk* 案所強調的，性攻擊罪的主觀犯罪心態，不只在被告知道告訴人說「不」時被滿足，也會在被告知道告訴人沒有說「是」的時候被滿足—這對於現行法已經是一個很大的變革，如【淡江大學夜景案】中的被告甲，從在車外親 A 女嘴巴、摸 A 女屁股，車內用手指插入 A 女陰道、使 A 女口交、與 A 女性交等行為，在客觀上全部都未得到告訴人 A 女的同意，主觀上，若甲知道 A 女對這些性接觸沒有表達同意，則甲就會該當未得同意猥褻罪及未得同意性交罪。這跟甲有沒有察覺 A 女的「不願意」無關，更與 A 女所謂的「半推半就」（事實上 A 女都有拒絕、反抗的客觀表現，最高法院所認定的半推半就，只是不夠用力反抗而已）無關。本文認為光是這一點，未得同意性交猥褻罪就會在一定程度上增加處罰的範圍，並且能正確的對那些不在意、容任或聽任欠缺同意的情況，甚至是明明知道對方沒有同意卻仍為性的行為之人做出制裁，要更進一步，透過過失犯的立法再度擴張刑罰，本文認為似乎還不必要。

再者，學說上認為，過失犯在規範上的意義，在於要求行為人必須盡到某些社會交往中所必須遵守的注意義務，刑法經過處罰過失犯而提出一個規範上的命令，要求行為人在具體情況下，善盡注意義務，以避免危險結果的發生。<sup>385</sup>問題在於，在性的親密互動中的注意義務的標準要如何判斷？在 *R. v. Esau* 案中，大法官 McLachlin 就認為，在告訴人喝醉酒、意識不清的狀況，或其他模稜兩可的情況，被告必須採取合理措施確認告訴人正在同意。但何謂模稜兩可、意願不清

---

<sup>385</sup> 王皇玉，前揭註 272，頁 484。或有學者認為，構成過失的標準是行為人對於犯罪事實的預見可能性，注意義務的違反僅作為判斷行為人預見可能性的參考。參見：黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁 391，台北：元照。

的情況，內涵似乎也不夠明確。在告訴人喝醉的情況中，本文認為，如果被告認識到告訴人醉到神智不清，也就等同於認知到告訴人根本沒有給出同意的能力，或是對於缺乏有效同意的事實有預見，此時就構成故意。

在大部分情況，當雙方都是清醒的狀態，行為人有哪些「應注意」的義務存在？舉例而言，A 將 B 主動脫下衣物、擁抱親吻的行為，當作是對於性交的同意，進而與 B 發生性交行為，B 卻認為自己沒有同意性交，只是想與 A 互相撫摸親吻而已。客觀上，B 對於性交是缺乏同意的，A 則信賴 B 那些主動脫下衣物、擁抱親吻的行為就代表了同意，因此 A 相信對於性交的同意是存在的。此時，我們要怎麼界定 A 有無違反注意義務？有的話，注意義務的內涵又是什麼？如果說 A 必須在性交的前一秒確認對方意願，才有盡到注意義務，在如此嚴格的標準之下，很可能會將非常大量的親密互動刑事犯罪化。如果真的要處罰這些人，直接在同意的形式中以「當下口頭同意」作為同意的標準，比起處罰注意義務內涵不明的過失犯，更容易達成目的，但是本文在第四章第三節第一項就認為，基於親密互動的複雜性，要求口頭同意是刻意且不切實際的。如果不採取如此嚴格的標準，而將注意義務放得更寬鬆，那麼在目前似乎也找不到一個妥適的標準，來建立性接觸中的注意義務。

或許就是因為性互動中有一定的模糊性與複雜性，每個人對於性互動中，對方是否欠缺同意（造成法益侵害）的預見可能性，又跟社會中的性別刻板印象息息相關。有些人認為不要就是要、有些人覺得根據社會上交往互動的潛規則，同意單獨共處一室就代表同意性交—甚至這個社會中大多數人都還是這樣覺得；這些不注意、不小心、不夠尊重對方性自主（或是對於已取得同意一事非常有自信）的行為人，固然在道德上有可非難性，只要不是故意為之，本文基於刑法謙抑的思想，實難認為用刑法來對這些人施加痛苦，是符合最後手段性的作法，反而像是要以刑法作為後盾，去積極導正與禁止不夠尊重他人—在我們的社會中往往就是女性—的性文化。對於設立過失性交罪是否能達成矯治、改變性文化的這個目的，本文實在是抱持著悲觀的態度。基於上述的理由，本文並不贊同新增過失犯

之規定。

## 第六章 結論

本文的問題意識為：性自主的侵害與一般自由的侵害有何不同？1999年修法後在刑法第 221 條、第 224 條中放入「其他違反其意願之方法」，一直到最高法院 97 年度第 5 次刑庭決議後，實務上明白地採取強制手段不要說。至此，性自主的侵害類型，已經不需要透過強制手段，接下來的問題是，單純的意願違反，就能夠表彰性自主受侵害的態樣，那麼現行刑法的設計是否貼合這樣的設定？

為了回答這些問題，本文在第二章檢視了我國妨害性自主罪章的各罪以及性騷擾防治法第 25 條的性騷擾罪，分析各罪的構成要件中，要求行為人使用或不使用強制手段的原因。在刑法第 225 條的乘機性交猥褻罪，是因為行為人「利用」被害人之固有狀態－被害人處在無法表達意願、或者沒有足夠能力了解並表達性的意願的情境中，所以不需要強制手段，就侵害了被害人的性自主。刑法第 227 條的保護法益為性自主，或身心健全成長，在實務、學說上是有爭議的；不要求強制手段，則是因為本條之適用情形為：行為人沒有違反未滿 16 歲之人的意願，故不需要使用強制手段。刑法第 228 條的利用權勢猥褻性交罪，則是行為人利用權勢不當影響被害人的意願，使其隱忍屈從。刑法第 229 條則是施以詐術欺騙被害人，自然也不需要強制手段。最後，性騷擾罪的構成要件為「乘人不及抗拒」，行為人利用的是來不及反應的時間差，自然不需要透過強制手段去壓制意願。

既然現行法中存在這些不需要強制手段、仍侵害了被害人性自主的犯罪類型，就暗示了刑法上的性自主，確實不同於一般自由。畢竟刑法第 304 條的強制罪，必須要行為人以強暴、脅迫為之，刑法才介入處罰。所以，性自主到底是什麼？本文在第三章先說明，性的自由與一般自由的不同之處，從法益持有者受到傷害的觀點來看，許多性侵害受害者會產生創傷，然而，若「只」將實證研究上的創傷，作為區分性自由與一般自由的基礎的話，未出現創傷－也就是性犯罪的構成要件結果－的被害人，是不是會變成強制性交或強制猥褻的未遂？如果要透過這

種證立方式，會變成每一個個案都要判斷有無創傷，有無創傷會影響既未遂的結果，並且也無法說明，未出現創傷的被害人，為什麼要用處罰得比較重的強制性交／猥褻的未遂，而不能用比較輕的妨害自由罪？因此，單從法益持有者受傷害的程度，去說明性自由有不同於一般自由的內涵，是不夠的。本文進而從性在文化與道德中的特殊意義，說明性以及性別做為多元身分認同的一種，性關係的對象、經驗都是自我人格形成中重要的一部分；性行為的選擇自由，隨著社會性別與身分認同長期在我們與他人互動中的作用，深入了個人的人格與尊嚴。由此，性自由的侵害確實不同於一般自由的侵害。

然而，自由的侵害，在刑法規範上是以強暴、脅迫的不法手段為之，那麼未使用強制手段的各罪，所侵害的也是性的自由嗎？本文認為，性自主的意義，不只有性的自由。本文引用了 Isaiah Berlin 「消極自由」和「積極自由」的區分，說明性自主的內涵。使用強制手段壓制性意願的刑法第 221 條，同時干預了性的積極自由和消極自由，而其餘未使用強制手段的犯罪類型，則侵害了性的積極自由—當行為人缺乏對方同意，就逕自為性交或猥褻這類涉及對方性自主範圍之行為時，個人就不是性自主範圍內的唯一有權決定者，性的積極自由就受到侵害。刑法第 225 條之乘機性交猥褻罪和性騷擾防治法第 25 條之性騷擾罪，描繪了行為人逕自代替了不能或不知或來不及抗拒的被害人，做了要性交或猥褻與否的決定；刑法第 228 條的權勢性交猥褻罪，則是行為人濫用優勢地位干擾被害人的自主決定的情況，使被害人的決定受到不當的影響；刑法第 229 條之詐術性交罪，考量的是建立在重大動機錯誤上的同意為無效，在評價上並非被害人自主同意性交。刑法第 227 條，處罰的原因應為被害人的年幼，使其同意在刑法上是沒有效力的，行為人對其進行性交、猥褻行為，等於是在缺乏同意的情況下逕行為之。

綜合以上，本文認為刑法所要處罰的侵害性自主的概念範圍，包含了性的消極自由以及性的積極自由。既然刑法對單純侵害性積極自由的行為是有處罰的，應該要有一個一般性的、對性積極自由侵害的處罰，而沒有道理只將侵害性積極自由的犯罪類型限縮在刑法第 225 條、第 227 條、第 228 條、第 229 條以及性騷

擾防治法第 25 條。實務採取強制手段不要說，固然正確理解到，對性自主的侵害，不必然需要強制手段，只要單純違反意願即可，然而現行刑法第 221 條以及第 224 條既然已列舉了強暴、脅迫、恐嚇、催眠術這幾種手段，後面的「其他違反其意願之方法」應該也要與前面的強制手段，有不法內涵上的等價性。若不做如此解釋，等同於架空了前面列舉的強制手段，喪失作為構成要件要素的意義，也會造成過度擴張處罰的結果。唯一解決方法，只有正式向強制手段告別，關注在單純違反性積極自由—也就是違反意願或者未得同意的面向，走向修法一途。

本文在第四章正式介紹了加拿大的未得同意模式—本文認為採取「未得同意模式」(yes means yes) 比「違反意願模式」(no means no) 更貼近對性自主侵害的型態—從性自主的內涵，蘊含著在個人身上發生的性交或猥褻行為，應該是個人自己的決定、自我意志的展現，而不是讓別人來讓現有的自我狀態改變的這層意義上來說，「未得同意」模式就是毫無疑問的選擇。本文更輔以緊張性麻痺的實證研究，補充說明被害人「為什麼不反抗」的原因。在參考加拿大模式方面，從加拿大最高法院在 1990 年代的判決中，可以發現從沉默不等於同意的 *R. v. M. (M.L.)* 案，一直到確認性攻擊罪的客觀犯罪行為中的缺乏同意，是決定於告訴人在當下觸摸發生時的主觀內在心態的 *R. v. Ewanchuk* 案，以及 2010 年後重申同意必須發生在性接觸「當下」的 *R. v. J.A.* 案，以及 2018 年的修法，都累積形成了加拿大刑法對於未得同意的判斷。在第四章後半段，本文則參考了加拿大的模式，學者提出的同意形式，再參考了我國判決對於違反意願的判斷，以及實際案例的分析，提出了我國應採取的同意標準：客觀的言語或行為的表達。

在第五章，本文以未得同意做為性自主侵害的核心，重新檢視現行刑法第 16 章的相關規定。首先，本文將未得同意侵害性自主的範圍做出劃定，包含了本文重新定義的性交行為以及性接觸行為。在具體的犯罪類型上，本文仍然延續了行為人使用強制手段與否的區分，在未使用強制手段的犯罪中，包括在同意範圍之外的人別錯誤以及同意非性本質的接觸（例如：醫療行為），則自始欠缺同意，以未得同意性交性接觸罪處理；利用權勢取得之同意，為有瑕疵之同意；16

歲以下之人以及（對性的意義缺乏認知的）精神障礙者，由於欠缺給出同意的能力，因此即便有表達同意，也缺乏有效、能夠阻卻構成要件的同意。在行為人使用強制手段的犯罪中，本文認為現行法刑法第 221 條的強制手段中，恐嚇尚未達到如強暴、脅迫般的高度不法，故將恐嚇獨立出來，新增為恐嚇性交性接觸罪。在現行刑法第 222 條第 1 項各款加重事由中，本文認為「以藥劑犯之」應放入普通強制性交罪的強制手段中，而其餘各款包括對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者；利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者；侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者，皆無加重的正當性，應予以刪除。

根據以上，本文欲提出刑法部分條文修正如下：

修正條文	現行條文
<p>第 10 條第 5 項</p> <p>稱性交者，謂下列行為：</p> <p>一、以性器或口腔觸碰他人之性器或肛門，或以性器觸碰他人口腔之行為。</p> <p>二、以性器或其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或以性器進入他人口腔之行為。</p>	<p>第 10 條第 5 項</p> <p>稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：</p> <p>一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。</p> <p>二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。</p>
<p>第 221 條</p> <p>未得他人同意而為性交者，處三年以下有期徒刑。</p> <p>對於他人以恐嚇而為性交者，處三年以上七年以下有期徒刑。</p> <p>對於他人以強暴、脅迫、催眠術、藥劑</p>	<p>第 221 條</p> <p>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。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>

<p>或他法，至使難以抗拒，而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>第二項、第三項之未遂犯罰之。</p>	
<p>第 222 條</p> <p>犯前條第三項之罪而有下列情形之一者，處五年以上有期徒刑：</p> <p>一、二人以上共同實施性交者。</p> <p>二、對未滿十四歲之男女犯之者。</p> <p>三、對被害人施以凌虐者。</p> <p>四、使用兇器犯之者。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>	<p>第 222 條</p> <p>犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：</p> <p>一、二人以上共同犯之者。</p> <p>二、對未滿十四歲之男女犯之者。</p> <p>三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。</p> <p>四、以藥劑犯之者。</p> <p>五、對被害人施以凌虐者。</p> <p>六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。</p> <p>七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。</p> <p>八、攜帶兇器犯之者。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>
<p>第 224 條</p> <p>未得他人同意而為性接觸之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。</p> <p>對於他人以恐嚇而為性接觸之行者，處六月以上三年以下有期徒刑。</p> <p>對於他人以強暴、脅迫、催眠術、藥劑</p>	<p>第 224 條</p> <p>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，而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。</p>

<p>或他法，至使難以抗拒，而為性接觸之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。</p>	
<p>第 224-1 條 犯前條第三項之罪而有第二百二十二條第一項各款情形之一者，處三年以上十年以下有期徒刑。</p>	<p>第 224-1 條 犯前條之罪而有第二百二十二條第一項各款情形之一者，處三年以上十年以下有期徒刑。</p>
<p>第 225 條 對於他人利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，無同意能力而為性交者，處三年以下有期徒刑。 對於他人利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，無同意能力而為性接觸之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。 第一項之未遂犯罰之。</p>	<p>第 225 條 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。 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猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。 第一項之未遂犯罰之。</p>
<p>第 226 條 犯第二百二十一條第三項、第二百二十二條、第二百二十四條第三項、第二百二十四條之一之罪，因而致被害人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處十年以上有期徒刑。</p>	<p>第 226 條 犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪，因而致被害人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處十年以上有期徒刑。因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑。</p>

<p>第 226-1 條</p> <p>(本條刪除)</p>	<p>第 226-1 條</p> <p>犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑；使被害人受重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。</p>
<p>第 227 條</p> <p>對於未滿十四歲之人為性交者，處七年以上有期徒刑。</p> <p>對於未滿十四歲之人為性接觸之行為者，處五年以下有期徒刑。</p> <p>對於十四歲以上未滿十六歲之人為性交者，處五年以下有期徒刑。</p> <p>對於十四歲以上未滿十六歲之人為性接觸之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。</p>	<p>第 227 條</p> <p>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。</p> <p>對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。</p> <p>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。</p> <p>對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。</p>
<p>第 228 條</p> <p>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受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會為性交者，處三年以下有期徒刑。</p> <p>因前項情形而為性接觸之行為者，處二年以上有期徒刑、拘役或科或併科新臺</p>	<p>第 228 條</p> <p>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。</p> <p>因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以上有期徒刑。</p>

<p>幣十萬元以下罰金。</p> <p>第一項之未遂犯罰之。</p>	<p>第一項之未遂犯罰之。</p>
<p>第 229 條</p> <p>(本條刪除)</p>	<p>第 229 條</p> <p>以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>
<p>第 229-2 條</p> <p>(本條新增)</p> <p>本章之同意，係指性交或性接觸時，以言語或行為表達之肯定意願。</p>	

## 參考文獻

### 一、中文文獻

Allen G. Johnson (著), 成令方、王秀雲、游美惠、邱大昕、吳嘉苓 (譯) (2008), 《性別打結：拆除父權違建》，臺北：群學。

Isaiah Berlin (著), 陳曉林 (譯) (1986), 《自由四論》，臺北：聯經。

Jennifer Harding (著), 林秀麗、黃麗珍 (譯) (2008), 《性的扮演：陰／陽特質的實踐》，臺北：韋伯文化。

John Stuart Mill (著), 孟凡禮 (譯) (2013), 《論自由》，臺北：五南。

Luke Eric Lassiter (著), 郭禎麟、吳意琳、黃宛瑜、金家琦、呂環廷、方儀潔、黃恩霖 (譯) (2010), 《歡迎光臨人類學》，臺北：群學。

王乃彥 (2004), 〈加重強制性交罪之存廢的檢討〉, 《法令月刊》, 59 卷 8 期, 頁 19-34。

王穎、邱大昕、胡郁盈、孫小玉、徐珊惠、張恒豪、陳麗君、陳福仁、游素玲、楊芳枝 (2017), 《邊緣主體：性別與身分認同政治》，臺南：成功大學人文社會科學中心。

王皇玉 (2010), 〈引狼入室〉, 《月旦法學教室》, 87 期, 頁 26-27。

王皇玉 (2012), 〈強制罪的比較研究〉, 《軍法專刊》, 59 卷 5 期, 頁 1-12。

王皇玉 (2013), 〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉, 《臺大法學論叢》, 42 卷 2 期, 頁 381-432。

王皇玉 (2016), 《刑法總則》, 2 版, 臺北：新學林。

王燦槐 (2006), 《台灣性侵害受害者之創傷：理論、內涵與服務》，臺北：學富文化。

王澤鑑 (2011), 《民法總則》，臺北：自刊。

王鵬翔、張永健 (2015), 〈經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色〉, 《中研院法學期刊》, 17 期, 頁 205-294。

- 甘添貴（1984），《刑法各論（上）》，臺北：五南。
- 甘添貴（2015），《刑法各論(下)(修訂四版)》，臺北：三民。
- 朱朝亮（2014），〈應於審判期日調查之證據未予調查之內涵〉，《月旦法學教室》，146期，頁30-32。
- 吳宗奇（2019），《白玫瑰刺傷了誰？——以刑法第227條為中心反省純潔童年形象之建構》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 吳耀宗（2008），〈強制性交罪與利用權勢性交罪〉，《月旦法學教室》，63期，頁16-17。
- 吳耀宗（2010），〈強制行為之可非難性判斷〉，《月旦法學教室》，92卷，頁22-23。
- 李佳玟（2010），〈違反罪刑法定的正義〉，《台灣法學雜誌》，160期，頁1-3。
- 李佳玟（2017），〈說是才算同意（Only Yes Means Yes）—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，103期，頁53-118。
- 李茂生（2003），〈論性道德的刑法規制〉，收於：社團法人台灣法學會編，《台灣法學新課題（一）》，頁291-331，臺北：元照。
- 李茂生（2003），〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣法學雜誌》，46期，頁144-154。
- 李茂生（2015），〈2014年刑事法發展回顧：刑法謙抑性的再檢視〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷特刊，頁1507-1533。
- 李聖傑（2003），〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，10期，頁1-40。
- 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第一講保護法益〉，《月旦法學教室》，19期，頁97-104。
- 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第三講一類型闡述〉，《月旦法學教室》，23期，頁99-106。
- 李聖傑（2010），〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉，《政大法學評論》，115期，頁1-54。

- 周愷嫻 (2003),〈影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究〉,《內政部研究計畫成果報告》,頁 1-231。
- 林山田 (1999),〈性與刑法—以強制性交罪為例〉,《台灣法學雜誌》,2 期,頁 43-52。
- 林山田 (2006),《刑法各罪論(上)》,台北:元照。
- 林志潔、金孟華 (2012),〈「合理」的懷疑?——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見運用為例之考察〉,《政大法學評論》,127 期,頁 117-166。
- 林東茂 (1999),〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉,《月旦法學雜誌》,51 期,頁 70-80。
- 林東茂 (2016),《刑法綜覽》,臺北:一品。
- 林東茂 (2018),《刑法分則》,臺北:新保成。
- 林秋燕 (2007),〈性侵害受害者之復原〉,《諮商與輔導》,264 期,頁 18-22。
- 林鈺雄 (2019),《新刑法總則》,6 版,臺北:元照。
- 柯耀程 (2010),〈情人看招(糟)!〉,《月旦法學教室》,66 期,頁 18-19。
- 范國勇 (2000),〈強姦犯罪問題與被害人創傷症之探討〉,《警學叢刊》,31 卷 3 期,頁 69-95。
- 高鳳仙 (2005),〈性騷擾防治法之規範內容與評論〉,《台灣本土法學雜誌》,67 期,頁 248-251。
- 張至柔 (2018),《性侵害常見有罪認定證據構造之檢討—以被害人指述、驗傷診斷書與 PTSD 為中心》,國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文。
- 許玉秀 (1999),〈妨害性自主罪與打擊錯誤〉,《台灣法學雜誌》,2 期,頁 115-122。
- 許玉秀 (2002),〈強吻非強制猥褻?—評釋八十九年度偵字第五〇九二號起訴、八十九年上字第三八四號上訴、九十一年度非字第一一八號非常上訴、八十九年度易字第一二六六號判決、八十九年度上訴字第三五六一號判決暨九十

- 一年度台非字第一六八號判決》，《月旦法學雜誌》，90 期，頁 305-313。
- 許玉秀（2003），〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢何謂性自主？兼評臺北地  
院九一年訴字第四六二號判決〉，《台灣法學雜誌》，42 期，頁 16-36。
- 許恒達（2013），〈乘機襲胸案刑責再考——評台灣高等法院台中分院 102 年度侵  
上訴字第 47 號判決〉，《台灣法學雜誌》，233 期，頁 150-162。
- 許澤天（2011），〈面臨合法惡害威脅下的性自主〉，《台灣法學雜誌》，181 期，  
頁 120-125。
- 許澤天（2018），《刑法各論（二）：人格法益篇》，臺北：新學林。
- 陳子平（2015），〈強盜罪與恐嚇取財罪之界線——一〇一年度台上字第五四七二  
號判決的評釋〉，《月旦裁判時報》，31 期，頁 31-39。
- 陳子平（2017），《刑法各論（上）》，臺北：元照。
- 陳志龍（2000），〈女性解放的法律絆腳石論刑法第二二六條第二項強姦被害婦女  
羞忿自殺罪之性質〉，《月旦法學雜誌》，59 期，頁 32-50。
- 陳昭如（2013），〈基進女性主義的強暴論〉，《思想》，23 期，頁 207-233。
- 黃舒芃（2016），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？——以司法院釋字第 728  
號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56 期，頁 163-211。
- 黃榮堅（1999），〈刑法增修概說〉，《臺灣法學雜誌》，2 期，頁 205-212。
- 黃榮堅（2004），〈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 1-142。
- 黃榮堅（2011），〈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》，40 卷特刊，頁 1795-1841。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，台北：元照。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，台北：元照。
- 黃惠婷（2005），〈阻卻構成要件之同意〉，《月旦法學教室》，33 期，頁 24-25。
- 黃惠婷（2011），〈從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議〉，《司  
法新聲》，97 期，頁 62-77。

- 焦興鎧(2006),〈我國防治性騷擾法制之建構〉,《法令月刊》,57卷5期,頁4-27。
- 葉浩(2018),《以撒·柏林》,臺北:聯經。
- 廖宜寧(2012),《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。
- 劉達臨(2001),《性的歷史》,臺北:臺灣商務。
- 蔡聖偉(2011),〈論「對幼童性交罪」與「強制性交罪」的關係——評最高法院九十九年第七次刑事庭決議〉,《月旦裁判時報》,8期,頁65-69。
- 蔡聖偉(2015),〈親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決〉,《月旦裁判時報》,41期,頁40-48。
- 蔡聖偉(2016),〈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》,3期,頁5-23。
- 蔡聖偉(2016),〈論強制性交罪違反意願之方法〉,《中研院法學期刊》,18期,頁41-109。
- 蔡聖偉(2017),〈濫用診療信賴關係促成性交的刑法評價——評臺灣高等法院臺南分院105年度侵上訴字第232號判決〉,《月旦刑事法評論》,7期,頁142-146。
- 蔡聖偉(2017),〈利用權勢性交猥褻罪的區辨——評最高法院103年度台上字第2228號判決〉,《月旦裁判時報》,56期,頁55-61。
- 蔡聖偉(2018),〈最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向〉,《月旦法學雜誌》,276期,頁5-21。
- 蔡墩銘(1969),《刑法各論》,臺北:三民。
- 鄭逸哲(2010),〈與未滿16歲人進行性接觸之刑法適用——評析最高法院99年度台上字第4894號刑事判決和最高法院99年度第7次刑事庭會議決議〉,《法令月刊》,61卷12期,頁35-48。
- 盧映潔(2003),〈「猥褻」二部曲:論公然猥褻罪兼評台灣高等法院八十六年上易字第一一九號判決、台東地院八十七年易字第五三六號判決、板橋地院八十

- 八年度訴字第一五五六號判決、宜蘭地院八十八年度訴字第二九號判決〉，  
《月旦法學雜誌》，102 期，頁 233-245。
- 盧映潔 (2004)，〈由強吻案談起論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的  
界定〉，《台灣法學雜誌》，42 期，頁 94-100。
- 盧映潔 (2009)，〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？--評最高法院九十七年度  
第五次決議〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 215-228。
- 盧映潔 (2010)，〈「意不意願」很重要嗎？——評高雄地方法院九十九年訴字第  
四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議〉，《月旦法學雜誌》，186  
期，頁 164-173。
- 盧映潔 (2018)，《刑法分則新論 (十三版)》，臺北：新學林。
- 薛文郎 (2002)，〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉，《刑事法雜誌》，48  
期，頁 96-110。
- 薛智仁 (2016)，〈簡介 2016 年德國性刑法之修正〉，《月旦刑事法評論》，3 期，  
頁 67-80。
- 薛智仁 (2016)，〈促成性交易罪及補強法則之適用範圍—評臺灣高等法院 104  
年度上訴字第 1553 號判決〉，《中原財經法學》，37 期，頁 105-169。
- 謝煜偉 (2016)，〈愛滋病毒蓄意傳染條款的法律問題—危險性行為的行為危險性  
—〉，《愛之關懷季刊》，97 期，頁 15-24。
- 韓忠謨 (1980)，《刑法各論》，臺北：自刊。

## 二、英文文獻

- Anderson, M. J. (2004). Negotiating sex. *S. Cal. L. Rev.*, 78, 1401-1438.
- Burgess, A. W., & Holmstrom, L. L. (1974). Rape trauma syndrome. *American  
journal of Psychiatry*, 131(9), 981-986.
- Chivers-Wilson, K. A. (2006). Sexual assault and posttraumatic stress disorder: A  
review of the biological, psychological and sociological factors and

- treatments. *McGill Journal of Medicine: MJM*, 9(2), 111-118.
- Finn, R. (2003). Paralysis common among victims of sexual assault: 'Tonic immobility' during rape is thought to have evolved as a survival mechanism. (Involuntary Response). *Clinical Psychiatry News*, 31(1), 1.
- Gruber, A. (2016). Consent confusion. *Cardozo L. Rev.*, 38, 415-458.
- Guinier, L. (2004). Acquaintance Rape and Degrees of Consent: "No" Means "No," But What Does "Yes" Mean?. *Harv. L. Rev.*, 117, 2341-2364.
- Halley, J. (2016). The move to affirmative consent. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 42(1), 257-279.
- Lisak, D. (1994). The psychological impact of sexual abuse: Content analysis of interviews with male survivors. *Journal of traumatic stress*, 7(4), 525-548.
- MacKinnon, C. A. (2016). Rape redefined. *Harv. L. & Pol'y Rev.*, 10, 431-477.
- Marx, B. P., Forsyth, J. P., Gallup, G. G., Fusé, T., & Lexington, J. M. (2008). Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors. *Clinical Psychology: Science and Practice*, 15(1), 74-90.
- Möller, A., Söndergaard, H. P., & Helström, L. (2017). Tonic immobility during sexual assault—a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. *Acta obstetricia et gynecologica Scandinavica*, 96(8), 932-938.
- Schulhofer, S. J. (1998). *Unwanted sex: The culture of intimidation and the failure of law* (Vol. 99). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schulhofer, S. J. (2015). Consent: What It Means and Why It's Time to Require It. *The U. of Pac. L. Rev.*, 47, 665-681.
- Schulhofer, S. J. (2017). Reforming the Law of Rape. *Law & Ineq.*, 35, 335-352.
- Tuerkheimer, D. (2015). Affirmative Consent. *Ohio St. J. Crim. L.*, 13, 441-468.
- Vandervort, L. (1986). Mistake of law and sexual assault: consent and Mens Rea. *Can.*

*J. Women & L.*, 2, 233-309.

Vandervort, L. (2012). Affirmative sexual consent in Canadian law, jurisprudence, and legal theory. *Colum. J. Gender & L.*, 23, 395-442.

Vandervort, L. (2013). HIV, Fraud, Non-Disclosure, Consent and a Stark Choice: Mabiior or Sexual Autonomy. *Crim. LQ*, 60, 301-320.

Wertheimer, A. (2000). What Is Consent? And Is It Important? *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), 557-583.