

論我國性犯罪「積極同意模式」之立法芻 議-以各國法制為借鏡

申請人：張簡昀翊^{*}
指導老師：蔡聖偉教授

^{*} 本作者就讀國立臺北大學法律學系。非常感謝指導老師細心的斧正與建議，同時感謝吳宗奇學長於本文撰寫過程中提供寶貴的修改意見與批評，惟最終結果仍由筆者負全部責任。

摘要.....	4
壹、前言.....	5
貳、妨害性自主罪章之概述.....	5
一、保護法益：性自主權.....	5
二、強制性交罪.....	7
(一) 概述.....	7
(二) 「其他違反意願之方法」解釋.....	7
1. 學說見解.....	7
(1) 強制手段不必要說.....	7
(2) 強制手段必要說.....	8
2. 實務見解.....	9
(1) 強制手段不必要說？.....	9
(2) 宗教騷色案.....	10
(3) 行為人施用詐術取得相對人同意.....	12
(4) 趁人不知情而性交.....	12
3. 小結.....	13
三、乘機性交罪.....	14
四、與未成年人性交罪.....	16
五、利用權勢性交罪.....	18
六、詐術性交罪.....	19
七、小結.....	20
參、性犯罪立法模式之介紹.....	20
一、修正強制模式.....	21
二、違反意願模式.....	22
(一) 德國修法背景.....	22
(二) 歐洲人權法院之保障標準.....	23
(三) 國內修法爭議.....	24
(四) 德國新法修正.....	25
三、積極同意模式.....	26

(一) 加拿大	26
1. 性犯罪之特色	26
2. 性暴行罪(sexual assault)	26
(二) 日本	28
1. 2017 年修法	28
2. 修法後動向	29
3. 近期新法之修正	30
四、小結	32
肆、本文見解	33
一、性自主的法益實像	33
(一) 狹義性自主與性自由	33
(二) 不同的自由區分架構：消極自由、積極自由	34
(三) 性互動規則的轉變	35
二、性犯罪的構成要件解釋上應「去強制化」	37
伍、未得同意性交罪之提出	38
一、增訂「未得同意性交罪」	38
(一) 同意的形式	38
(二) 同意的存在時點	39
(三) 同意的範圍	40
二、未得同意性交罪的加重、例外類型	41
(一) 加重類型	41
(二) 例外類型	42
三、修正後的妨害性自主罪章	44
陸、結論	49

摘要

我國關於強制性交罪概括條款的適用，學說與實務尚無統一定論。近期，最高法院表達對「積極同意」模式的支持，惟在解釋強制性交罪與理解違反意願模式有所誤解，而有調整的必要。然而，觀察目前最高法院針對性強制罪的詮釋，有意採納「積極同意」模式之趨勢，在遵守罪刑法定原則下，勢必得透過立法修正性侵害罪之構成要件。再者，從比較法的視野下，積極同意模式或許是未來性犯罪的立法模式。因此，本文欲以比較法為借鏡檢視各國關於性強制罪立法模式的擇定，探討「積極同意模式」的立法必要性，進而提出修法建議填補現行性刑法體系對性自主權的保護漏洞，重新建構「妨害性自主」罪章，以保障人權、促進兩性平權。

本文將分為三個部分進行討論，第一部分為研究性侵害犯罪在國內刑法的定位，尤其是強制性交罪概括條款的解釋。第二部分為分析性犯罪不同的立法模式，並檢視各國關於性犯罪的立法歷程，從不同面向探討性犯罪的歸責模式，以此劃定性自主法益的射程範圍。最後，本文借鏡加拿大刑法的規定提出「未得同意性交罪」，並劃定同意的內涵，同時調整原本的犯罪規範體系，使本罪的增設能與其他罪名相容解釋，從而建構完善保障性自主權的全新面貌。

壹、前言

關於性犯罪的立法模式，大致可分成「違反意願模式」(No Model) 與「積極同意模式」(Yes Model)¹，前者重視被害人的反對意願，只要被害人拒絕行為人的邀約，行為人無視此拒絕並持續進行，即構成性自主的侵害。後者強調性行為的進行必須先取得他人的同意，倘若行為人沒有取得對方表達性活動的正面回應，與之性行為則侵害對方的性自主與身體自主權。

然而，我國自 1999 年修法後，將強制性交罪的解釋重心轉而判斷「行為人的侵害手段」是否造成「被害人的意願違反」，似乎在性犯罪的認定上主要以行為人實施的手段為判斷基準。例如，在刑法第 221 條強制性交罪中「以...其他違反意願之方法」的解釋，在不同的個案類型中如【宗教騙色案】、【行為人施用詐術性交】或【趁人不知情而對其性交之類型】，是否有侵害對方性自主的可能。亦即，從法條的文字結構中，構成要件的解釋是否已不足以保護被害人的性自主權。此外，因概括條款的認定將連帶牽動著各罪之間的關聯，故在規範架構上有檢討之必要。且從刑度上觀察，相異的行為手段、侵害客體、甚是不同保護法益等，法定刑的設計居然相同。究竟我國性刑法所要保護的性自主法益為何？倘若從比較法為借鏡時，各國間關於性犯罪規範模式所劃定的性自主範圍又為何？性自主法益的射程範圍係以單純違反被害人性領域事務的決定權為斷，還是以行為人的侵害手段而判定其侵害？因此，本文欲以妨害性自主罪章之歸責基礎與規範結構出發，檢視現行法是否有評價上的漏洞？倘若走向修法一途，立法模式的擇定又將如何破除性犯罪的錯誤「迷思」，以重視性別不平等的權力關係的脈絡與情境。

貳、妨害性自主罪章之概述

一、保護法益：性自主權

我國在 1999 年修法前，將性犯罪置於「妨害風化」罪章中。所謂「妨害風化」，係指侵害國民對性道德與性行為的情感與風俗。在健全全民性道德感的想

¹ 文獻上有更細緻的分類：強制模式、違反意願模式、積極同意模式與修正強制模式，參見李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，臺北大學法學論叢，第 103 期，2017 年 9 月，頁 60-68。

法下，舊法忽略了強制性交罪侵害的是個人的性自主權與身體控制權²。因此，修法後³，從抽象的善良風俗轉為個人法益的保護，新增獨立的「妨害性自主」罪章，斷開傳統「名節、貞操」的枷鎖，以個人的「性自主決定權」作為本罪章的核心。依照多數學說見解，「性自主」係指基於人性尊嚴、個人主體性及人格完整性，每個人享有免於成為他人性客體的自由，可依其意願自主決定「是否」及與「何人」於「何時」「何地」、以「何種方式」為性行為，屬於個人的自主決定權⁴。關於性自主的內涵，包含對於他人的性邀約，無需任何理由均可拒絕之權（拒絕權）、對於他人之性侵害有防衛之權（防衛權）、享有是否進行以及選擇如何進行性互動之權（選擇權）與對於他人提出之性要求，得按照自己意願做出是否同意之權（承諾權）⁵。

在此立法架構下，有學者⁶認為刑法第 221 條、第 224 條強制性交罪乃性自主權的絕對侵害；刑法第 228 條利用權勢性交罪、第 229 條詐術性交罪則是性自主權的相對、當然侵害，而刑法第 225 條乘機性交罪、第 227 條與未成年人性交罪則是性自主權的擬制侵害。另有學者⁷指出強制性交罪乃侵害性行為的「實際」選擇自由、乘機性交罪侵害性行為的「潛在」選擇自由，利用權勢性交則是「不當影響」性行為選擇自由；與未成年人性交罪則是妨害幼童的身心發展。無論何者見解，多數學說及實務皆肯認「性自主權」乃貫穿本罪章的保護法益，而「性自主」的核心究竟所指，須進一步檢視本罪章的規範體系⁸。

² 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交罪為核心，國立臺灣大學法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 391。

³ 修法介紹可參考李聖傑，妨害性自主：第一講 保護法益，月旦法學教室，第 19 期，2004 年，頁 99-100。

⁴ 參照釋字 791 號解釋「按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權。」

⁵ 參照最高法院 107 年台上字 3348 號刑事判決（具有參考價值之裁判）。

⁶ 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，2003 年，頁 12-18。

⁷ 蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範-現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 5-23。

⁸ 本文囿於篇幅暫時將「猥褻」的相關爭議予以排除。僅以「性交」一事為探討的核心，合先敘明。關於猥褻之說明，可參見註腳 139。

二、強制性交罪

(一) 概述

1999 年，由於立法者認為舊法強制性交罪之原條文「致使不能抗拒」要件過於嚴苛，易使被害人「頑命抵抗」造成生命或身體更大的侵害，將此要件修正成「違反意願之方法」。因此，現行刑法第 221 條強制性交罪則是行為人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，與被害人發生性交行為。故本罪須以違反被害人意願之方式為之，在行為人未施壓下取得被害人的同意，則阻卻構成要件同意⁹。

(二) 「其他違反意願之方法」解釋

由於新法刪除「不能抗拒」的要件，增加「其他違反意願之方法」之概括條款，產生解釋上的爭論。究竟強制性交罪之概括條款解釋是否以類似所列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或使被害人達於不能抗拒之程度為必要。亦即其他違反意願之方法是否以強制手段的實施為要件。學理上的討論汗牛充棟，大致可分成「強制手段必要說」與「強制手段不必要說」兩個方向。

1. 學說見解

(1) 強制手段不必要說

有學者認為應依照日常語言的使用習慣，只要被害人「非心甘情願」為性行為，即便沒有行使強制手段，只要違背他人意願，或是壓制對方的意志，皆屬妨害被害人的意思決定自由¹⁰。另有學者本於女性主義的觀點，主張應積極取得被害人有效、明示的同意¹¹，以規範行為人利用被害人半推半就、未置可否情形遂行性交意圖。甚有學者認為應回歸「強制」行為的本質，只要任何無法使他人依照自我利益計算為有利決定時，即不符合被害人當下的意願¹²。

⁹ 蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 72；許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，台北：新學林，第 4 版，2022 年，頁 333。

¹⁰ 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999 年 6 月，頁 117；許玉秀，重新學習性自主：勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2011 年 12 月，頁 313。

¹¹ 林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防治法之改革，月旦法學雜誌，第 182 期，2010 年 7 月，頁 146。

¹² 徐偉群，回歸「強制」概念－利用權勢猥褻性交罪的解釋與立法批判，台灣法律人，第 20 期，2023 年 2 月，頁 15-20。

(2) 強制手段必要說

有學者認為修法後仍應將「致使不能抗拒」作為不成文構成要件。概括條款僅是宣示性立法，提醒法官妨害性自主的事實認定不限於被害人的反抗，而須依照經驗法則設想被害人所面臨的情境¹³。

惟多數學者認為在解釋概括條款時應受例示條款所拘束，限於行為人以強制手段壓迫被害人性自主的情形。因此，**解釋概括條款時宜酌參前導例示概念**，以壓迫被害人的性自主、剝奪其性行為的選擇自由為指引，才能滿足各要素間的等價性¹⁴。在此脈絡下，學者指出解釋上必須具有與「強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等」類似強制性質之方法，以壓制被害人反抗的自主意願，造成被害人無從抵抗，此說為「**高度強制手段說**」。如此解釋，行為的不法內涵與本罪法定刑使得相當，符合罪責原則¹⁵。

惟有學者指出只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗或脫逃的情境時，行為人利用此「優越支配」遂行性侵害目的，足以構成強制性交罪，稱為「**低度強制手段說**」¹⁶。亦即行為人所創造的情境關係，事實上已削弱被害人的反抗意願，或是被害人表達不同意後，行為人施以相當程度的壓迫，使被害人達到心理上的恐懼而無法反抗，皆屬於具有「低度強制效果」的違反被害人意願之方法¹⁷。

近期學者提出本罪的概括條款應理解成行為人「**利用既存的強制狀態**」達到性交目的，剝奪被害人物理上或心理上的選擇可能性。例如行為人利用被害人心理上擔憂自己生命或身體安全之暴力氛圍，在「忍受性交」與「遭受法益侵害後性交」間取捨，喪失主觀性行為的選擇自由。或是行為人利用既存絕對

¹³ 黃榮堅，2010 年刑事法發展回顧（Developments in the Law in 2010: Criminal Law），國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1811-1834。

¹⁴ 蔡聖偉，前揭註 9，頁 86。

¹⁵ 林山田，刑法各罪論（上），台北：自刊，第 5 版，2005 年，頁 225-226；甘添貴，刑法各論（下），台北：三民，2010 年，頁 237；高金桂，強制性交罪的強制力行使：高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號刑事判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 1 月，頁 256。

¹⁶ 李聖傑，妨害性自主：第三講-類型闡述，月旦法學雜誌，第 23 期，2004 年 9 月，頁 103-104；王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，2009 年 12 月，頁 26。

¹⁷ 許恒達，刑法裁判精選 - 評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況，月旦法學雜誌，第 321 期，2022 年 02 月，頁 141。

強暴的狀態下為性交行為，使被害人客觀上失去性選擇自由。¹⁸。

2. 實務見解

(1) 強制手段不必要說？

最高法院 97 年第 5 次刑庭決議指出，其他「違反其意願之方法」係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等列舉規定以外，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，不以類似於列舉之強制手段為必要，只要足以壓制被害人性自主決定權即可¹⁹。故被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾權等性自主權遭受壓制或破壞時，即認「違反其意願」²⁰。

近期，最高法院 110 台上字 1781 號刑事判決²¹進一步強調「性自主決定權」即「性同意權」，性行為的基礎應奠基在性主體的相互尊重、彼此同意之上，鼓勵以「溝通透明化」並「尊重對方」的方式，無所謂「沒有說不行，即代表願意」或「半推半就」的模糊空間。然此種說法，學者認為實務見解不當混淆「No means No」與「only Yes means Yes」兩種立法模式；將「欠缺有效同意」理解成「違反意願」，使得與欠缺性意識之人性行為也會構成本罪；有牴觸罪刑法定原則，架空乘機性交罪與性騷擾防治法突襲性觸摸罪之疑慮²²。

¹⁸ 在此說的脈絡下，本罪係屬單行為犯，並以「乘機性交罪」作為截堵構成要件，與強制性交罪處於不真正競合關係，參見蔡聖偉，前揭註 9，頁 85-96。

¹⁹ 最高法院 97 年第 5 次刑庭決議：「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。」

²⁰ 參照最高法院 107 年台上字 3348 號刑事判決（參考價值）。

²¹ 「以刑法第 16 章妨害性自主罪章而言，所保護法益為個人性自主決定權，即個人享有免於成為他人性客體的自由，可依其意願自主決定『是否』、『何時』、『如何』及與『何人』為性行為，此乃基於維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展的完整，並為保障個人需求獲得滿足所不可或缺的基本權利。強調『性自主決定權』即『性同意權』，意指任何性行為都應建立在相互尊重，彼此同意的基礎上，絕對是『No means No』『only Yes means Yes』，即『說不就是不！』、『她（或他）說願意才是願意！』、『沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意！』。申言之，要求性主動的一方有責任確認對方在『完全清醒』的狀態下『同意』（但排除對未滿 16 歲、心智障礙、意識不清、權力不對等或以宗教之名行誘騙之實者）之行為，鼓勵『溝通透明化』並『尊重對方』（參考價值）。

²² 相關批評參見蔡聖偉，未獲同意 = 違反意願？ - 評最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決，台灣法律人，第 5 期，2021 年 11 月，頁 138-145。類似見解參見許恒達，前揭註

縱使最高法院決議已表明「強制手段不必要說」的立場，認為強制性交罪的成立不以強制力的施加為要件²³。惟本文爬梳近 5 年的實務見解，以 110 台上 1781 號判決為分界，考察此判決作出前、後最高法院的適用脈絡。發現法院在強制性交罪與利用權勢性交之區辨中，採取「利用既存強制狀態說²⁴」的學說見解。可見實務見解並未堅持「強制手段不必要說」的立場，程度上相當緩和強制手段的要求。

接著，本文針對不同的個案類型檢視最高法院對於「其他違反意願之方法」的解釋，例如：宗教騙色案、行為人施用詐術性交、趁人不知情而對其性交之類型。透過檢視不同行為態樣試圖劃定最高法院的適用光譜，以此論證實務透過放寬強制手段的要求，以保障他人關於性意思的形成與決定自由。

(2) 宗教騙色案

倘若行為人假借宗教名義謊騙被害人，以達到斂財、騙色目的，是否該當強制性交罪「其他違反意願之方法」，進而侵害被害人的性自主。例如：行為人

17，頁 138。

²³ 參見最高法院 107 年台上字第 3065 號刑事判決、107 年台上字第 3473 號刑事判決、107 年台上字第 3348 號刑事判決（參考價值）、107 年台上字第 1921 號刑事判決、107 年台上字第 1944 號刑事判決、108 年台上字第 4155 號刑事判決、108 年台上字第 4179 號刑事判決、108 年台上字第 3743 號刑事判決、108 年台上字第 3846 號刑事判決、108 年台上字第 3070 號刑事判決、108 年台上字第 1764 號刑事判決、108 年台上字第 1437 號刑事判決、109 年台上字第 2501 號刑事判決、110 年台上字第 1964 號刑事判決、110 年台上字第 1957 號刑事判決、112 年台上字第 3107 號刑事判決、112 年台上字第 555 號刑事判決等。

²⁴ 參見最高法院 110 年台上字第 5013 號刑事判決：「對被害人施以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，不一定為有形的強制力，祇要是足以證明違反被害人的意願的方法，即構成本罪。」；110 年台上字第 5697 號刑事判決：「若被害人已遭受行為人拘束行動自由，或先前施以暴力、腕力排除抵抗，或使用足以令人心心理上或精神上發生畏怖恐懼之一切行為，而失其抵抗能力，且有具體事證足以證明其所受之強制影響力確已延續至其後性交之時，縱被害人為避免暴力或恐懼相加，致於性交時未能積極抗拒而敷衍應付，該行為人對被害人之性交行為，仍難謂非以違反被害人之意願方法所為，自應依強制性交罪論處。」；110 年台上字第 6090 號刑事判決：「證明有無違反被害人意願，必須行為人有施以強制或限制的具體行為，或至少有利用既存的強制狀態，不論是對被害人形成物理上或心理上的強制狀態均屬之。」相同見解如 111 年台上字第 4783 號刑事判決、111 年台上字第 2100 號刑事判決、111 年台上字第 2098 號刑事判決、111 年台上字第 528 號刑事判決。

對被害人宣稱：「自己是聖靈，如不與之性交，父母便會下地獄」²⁵此時，應如何評價行為人的詐術行為？

有學者指出應先區分詐術的實施是否帶有恐嚇性質。如行為人所使用的詐術內容帶有恐嚇性質，且惡害內容難以檢驗，類似於「恐嚇」之低度強制手段，即行為人先行製造被害人的恐懼感並予以支配，使被害人形成心理上強制狀態，足以影響或壓制其意思形成自由²⁶。倘不具有恐嚇性質之詐術，則援用「法益關聯性理論」為判斷，區分與法益有關或無關之錯誤。倘若行為人對於「是否為性交」一事沒有認知上錯誤，僅就法益侵害的對價、目的受到欺瞞，則非屬法益關聯性的欺瞞，排除強制性交罪之適用²⁷；反之，倘若行為人實施詐術內容與法益侵害有關或被害人對法益侵害的種類、方式、範圍或危險誤認，縱使取得被害人的同意，仍屬「違反被害人之意願」，而有強制性交罪之適用²⁸。

另有學者²⁹指出應區分行為人以超自然力量宣稱是否會連結特定的惡害，以及是否製造可主宰、操控的惡害實現分別討論。倘若行為人之詐術內容涉及特定人的「生命、身體」時，且自身可支配此惡害的實現，應評價為「脅迫」。

對此情形，多數實務見解³⁰認為只要行為人詐術的施用對被害人造成心理的強制狀態，並趁被害人之心理狀態壓制其理性思考空間，使之作成與一般人不為而損己之性交決定，即屬「其他違反意願之方法」。近期，亦有學者提出「理性衡量屏蔽說」，針對行為人利用宗教名義遂行性交目的，乃行為人利用被

²⁵ 案例事實出自於最高法院 103 年台上字第 626 號刑事判決。

²⁶ 王皇玉，前揭註 2，頁 410-412。

²⁷ 王皇玉，前揭註 2，頁 418-423。

²⁸ 王皇玉，前揭註 2，頁 424-425。

²⁹ 蔡聖偉，前揭註 9，頁 62。

³⁰ 最高法院 110 年台上字第 1536 號刑事判決：「若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如假藉命理、神通、法力、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫、徬徨無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之性交決定，而屬一種以違反意願之方法。」相同見解參見最高法院 102 年台上字第 3692 號刑事判決、103 年台上字第 456 號刑事判決、103 年台上字第 626 號刑事判決、103 年台上字第 720 號刑事判決、105 年台上字第 1549 號刑事判決、105 年台上字第 2866 號刑事判決、106 年台上字第 456 號刑事判決、107 年台上字第 3875 號刑事判決、108 年台上字第 3070 號刑事判決、109 年台上字第 3457 號刑事判決。

害人現實上的不幸處遇，且急欲擺脫此狀態的心境，施以脫離不幸惡害為內容的宗教手法，使得被害人的理性利害衡量判斷產生屏蔽效應，作出不利己之性交決定，仍屬「違反意願之方法」³¹。

(3) 行為人施用詐術取得相對人同意

在行為人施用詐術取得相對人同意，例如：行為人對被害人謊騙「給阿伯用，就拿錢給你買衣服」，使被害人陷於錯誤同意其性交³²。此種情形是否因刑法第 229 條詐術性交罪限於「以詐術使男女誤信為自己配偶」之範疇而排除犯罪之成立，抑或是能合致於刑法第 221 條之概括條款的適用？

學者指出此時與宗教騙色案相同，應檢視其詐術之內容是否帶有恐嚇性質，只要行為人製造被害人的心理上恐懼感，形成心裡的強制狀態，屬於類似「恐嚇」之強制手段，具備低度強制手段之性質。倘若不帶有恐嚇性質之詐術，則援用「法益關聯性理論」為判斷。

職是之故，在本案，行為人所施用之詐術不具備恐嚇性質，且被害人對於是否性交一事並無錯誤認知，僅就法益侵害之動機（即是否可取得性交之對價）有所誤認，並無違反其意願，否定本罪適用。且因本罪保護核心是被害人的性行為決定權，即使被害人關於對待給付之信賴落空，此時仍存在有效的同意，阻卻本罪之構成要件該當³³。

實務見解³⁴則認為縱使行為人無強制力的實施，所取得之同意雖有瑕疵，仍出於被害人自由意思、意思形成範圍內，並無違反意願，自不成立強制性交罪。

(4) 趁人不知情而性交

又如行為人趁被害人不知情而與之性行為，例如：醫生在執行業務期間，

³¹ 黃士軒，強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法-以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，收錄於甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集：刑事法學的浪潮與濤聲 刑法學，2021 年 4 月，初版，頁 914、916-919。

³² 案例事實為臺灣高等法院臺南分院 101 年度侵上訴字第 660 號刑事判決。

³³ 蔡聖偉，施行詐術促成性交決意是否亦屬違反意願，收錄於《刑法判解評析》，台北新學林，一版，2019 年 9 月，頁 153-157。

³⁴ 參見最高法院 102 年台上字第 248 號刑事判決。

利用醫療診斷機會，趁被害人不知情以自己手指進入病患性器官及肛門³⁵，是否有成立強制性交罪之可能？

學者認為應參考前述提及的「法益關聯性理論」，在假內診真性交之情形，病患處於不知情之情形，行為人施用詐術製造了被害人不知的危險，應屬「其他違反意願之方法」³⁶。另有學者認為由於醫生「濫用其信賴關係」，以身體接觸作為專業上的理由，因相對人欠缺相關知識，被迫相信專業的權威性，僅得對相對人的接觸行為先行容忍。因此，行為人濫用存在於雙方制度上的依賴性或權力關係，假借醫療機會遂行性交目的。即便取得同意，亦屬不當影響相對人的性自主，應落入利用權勢性交罪之範疇³⁷。對此，實務見解³⁸認為若行為人利用權勢，且使被害人喪失自由意思或其他違反其意願之方法行之，則應依強制性交論罪。

3. 小結

透過檢視近 5 年實務判決關於「其他違反意願之方法」之解釋，可以發現實務見解散落在光譜兩端：從「強制手段必要說」至「強制手段不必要說」不同立場。多數學說認為在解釋概括條款時應受到先前例示條款的拘束，否則將架空本罪所列舉的要件。多數實務雖然維持 97 年第 5 次刑庭決議「強制手段不必要說」的立場，但在解釋強制性交罪與利用權勢性交罪的區辨中，採取「利用既存強制狀態說」。究竟本罪概括條款的解釋是否仍以行為人施加強制力為要件，似乎陷入定位不清的膠著。惟在不同的侵害行為態樣中，最高法院卻又維持了「強制手段不必要說」的立場，如宗教騙色案、施用詐術案與趁人不知情性交之類型等。顯然實務見解意識到：只要行為人逾越了性自主權的範圍，即便單純違反被害人的意願，已破壞他人性意思的形成與決定自由，應落入刑法的制裁。

本文以為在解釋概括條款時，應受到例示條款的拘束，應與法條所列舉之

³⁵ 案例事實為最高法院 102 年度台上字第 248 號刑事判決。

³⁶ 王皇玉，前揭註 2，頁 422-423。

³⁷ 蔡聖偉，濫用診療信賴關係促成性交的刑法評價，收錄於《刑法判解評析》，台北新學林，一版，2019 年 9 月，頁 177-184。

³⁸ 參見最高法院 98 年台上字第 3312 號刑事判決。

性質相當，即具有範式相當性，否則將架空立法者所列舉的要件。有學者觀察近期最高法院傾向適用概括條款，進而取代原有的「強暴」要件³⁹。倘若行為人以身體的有形力壓制於被害人，造成物理上的壓制效果，不應認定為「違反意願方法」，否則「強暴」要件形同虛設⁴⁰。詳言之，從法條的文字結構中，可以發現本罪係處罰行為人「以……其他違反意願之方法而為性交」之行為，違反意願只是手段的所應具備的內涵，故解釋上仍須以行為人施用壓制被害人性自主之強制手段（方法）而違反其意願與之性交，始能維持強制性交罪所要求的雙重不法非難。即便從舊法過渡至今，我國立法者顯然仍堅守強制行為而性交的制裁基準。倘若將概括條款解釋成違反意願而性交，雖能周全地保護被害人的性自主，不無有違反罪刑法定的疑慮⁴¹。此外，若概括條款解釋成無庸強制手段而違反被害人意願時即構成強制性交罪，也無法適切說明為何本罪之中「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等強制手段的實施與「其他違反意願之方法」等非強制手段，同樣給予「3 年以上，10 年以下有期徒刑」之法定刑，不無有違反罪行相當原則之嫌。

惟在實務見解的脈絡下，侵害他人性自主的行為態樣眾多，若要維持強制要件，勢必無法周延法益的保護。對此，本文認為，實務已認知到違反他人意願而為性行為，即是侵害其性自主，若要將保護範圍擴張至此，只有走向修法一途，將本罪的構成要件明確化，才能切合罪刑法定的要求，同時遵守刑法所追求之目的。

三、乘機性交罪

刑法第 225 條乘機性交罪乃行為人利用被害人「不能或不知抗拒」之狀態而為性交行為。關於被害人「不能或不知抗拒」之狀態，係以被害人的身心客觀情狀作為認定標準⁴²。即不以被害人有無意識、辨識能力或依其辨識而為行

³⁹ 本件案例事實為行為人要求被害人為其撫摸性器官，竟基於強制性交之犯意，壓制被害人的身體，不顧其反對強制撫摸被害人的胸部。並強脫褲子後，將自身性器官強行進入對方性器官。參見最高法院 105 年度台上第 654 號刑事判決。詳細介紹，參見許恒達，前揭註 17，頁 139。

⁴⁰ 許恒達，前揭註 17，頁 139。

⁴¹ 相同見解，許恒達，前揭註 17，頁 136-137。

⁴² 參見立法理由「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

為能力有欠缺為必要，而是以被害人自身的身心障礙所導致不能或不知抗拒，無法或難以清楚表達拒絕意願為斷⁴³。

本罪與刑法第 221 條區別在於，行為人是否施用強制力以及被害人不能抗拒的原因是如何造成的⁴⁴。亦即本罪應限於行為人利用被害人「不能或不知抗拒」的固有狀態，包含「精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形」，行為人與之性交則會構成本罪。所謂「不能或不知抗拒」，係趁被害人因上開精神狀態，對於外界失去知覺，或導致其意識辨識能力降低，無法自由決定其意思或瞭解其行為而處於無法抗拒的狀態，並不以被害人陷入全然不知或完全喪失意識者為限⁴⁵。

學者認為本罪為性自主的擬制侵害，性自主權的規範核心不在於性自主權被何種行為破壞或是在何種情形被侵害，而是所有人應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自主意識。在此規範核心的建構下，本罪可就侵害客體的不同拆解為兩部分：當行為客體無法得知或不知危險存在而不能表達其自主意願時，行為人與之性交則擬制侵害被害人的性自主權；當行為客體知道危險存在卻因失去抵抗能力無法逃離時，則行為人的行為屬於明顯違背被害人性自主意識的表達，是性自主權直接、當然的侵害⁴⁶。

另有學者認為本罪與強制性交罪的法定刑皆為「3 年以上，10 年以下有期徒刑」，因此須著眼於強制性交罪乃行為人以「積極方式」壓制被害人的知與能；而乘機性交罪則是利用「消極不作為」侵害被害人的性自主。是以，行為

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。」

⁴³ 參見最高法院 110 年度台上字第 1553 號刑事判決。

⁴⁴ 參見最高法院 71 年台上字第 1562 號判例、106 年台上字第 84 號刑事判決、107 年台上字第 3912 號刑事判決、107 年度台上字第 3628 號刑事判決。學說上相同見解，林山田，前揭註 15，頁 243-244；薛智仁，相續共同正犯概念之商榷，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，頁 119。

⁴⁵ 參見最高法院 107 年度台上字第 2147 號刑事判決。由於本罪保護核心是智能、身心障礙者性自主權的尊重與保障，其客觀身心狀況應具體認定被害人是否有性的認知進而為同意的能力，不以被害人是否領有身心障礙手冊為判斷依據。參見最高法院 103 年度台上字第 4570 號刑事判決；李茂生，2014 年刑事法發展回顧：刑法謙抑性的再檢視，國立台灣大學法學論叢，第 44 卷，2015 年 11 月，頁 1526-1527。

⁴⁶ 李聖傑，前揭註 6，頁 17-22。

人雖未積極壓制被害人的知與能，仍足以構成第 15 條保證人地位，以此建構法定防止義務或危險前行為之事由⁴⁷。

惟有學者主張若將本罪與強制性交罪的理解成排他互斥關係，在事實不明、錯誤以及共犯逾越之情形，可能會產生評價漏洞。應將本罪理解成「截堵構成要件」，其不法核心雖仍是性自主權的侵害，保護面向則是被害人「潛在的性行為選擇自由」，即每個人在性領域中不受「他主」的自由⁴⁸。倘被害人於行為當下仍有意識，也明確表明反對性交意思，應成立強制性交罪，並透過競合規則排除同時成立的乘機性交罪。

綜上所述，本罪之所以不要求行為人的強制手段，在於行為人「利用」被害人囿於本身因素，無論是精神、身體上的障礙或是酒醉、熟睡等狀態，都是描繪出被害人無法表達意願或沒有足夠能力了解性的意涵而為同意的情境。實務更是透過「其他相類之情形」擴大本罪的保護範圍⁴⁹，應是認知到：不論是何種原因造成被害人本身不能或不知抗拒之狀態，行為人逕自侵害予以性交，皆是侵害性自主權的核心。

四、與未成年人性交罪

刑法第 227 條與未成年人性交罪係行為人與身心發育未臻成熟且尚未具備性知識的未成年人性交，由於未成年人欠缺完全性自主的判斷能力，需特別保護之⁵⁰。因此，本罪不以行為人實施強制手段為要件，並且多數學說認為因為未成年人欠缺同意性交的能力，無論雙方是否合意，仍不影響本罪的判斷。詳言之，多數學說認為本罪的保護法益乃未成年人的自我身心健全成長權⁵¹，不以取得其同意為要件。然而，本罪與強制性交罪應如何區分？應視是否違反未成年人的意願。只要違反其意願，與未滿 14 歲以下之男女性交，成立加重強制

⁴⁷ 李茂生，前揭註 45，頁 1528-1532。

⁴⁸ 蔡聖偉，前揭註 9，頁 95-98；許澤天，前揭註 9，頁 346-348。

⁴⁹ 參見最高法院 104 年台上字第 1545 號刑事判決：「所謂相類之情形，係指被害人雖非精神、身體障礙、心智缺陷，但受性交時，因昏暈、酣眠、泥醉等相類似之情形，致無同意性交之理解或無抗拒性交之能力者而言。」

⁵⁰ 林山田，前揭註 15，頁 248。

⁵¹ 參見最高法院 101 年台上字第 2154 號刑事判決；另有實務認為本罪係保護「國民健康之公共利益」，參見最高法院 103 年台上字第 3987 號刑事判決。

性交罪；違反其意願，與 14 歲以上、未滿 16 歲之未成年人者，論以強制性交罪⁵²。惟有疑問的是，倘若未成年人沒有性意願的表達能力或處於無從表達意願的狀態，以本罪客體的意願違反作為加重要件的認定，是否妥當⁵³。

本罪是否單純保護個人的性自主，或純粹保護未成年人的身心健全成長，抑或是未成年人「未來」的性自主，學理上顯無定論。多數學說對本罪保護法益的理解建構在未成年人的身心健全發展，全面禁止未成年人性行為。從而，本罪勢必以抽象危險犯的形式出現⁵⁴，即立法者透過經驗法則推衍出未成年人性行為具有可罰的危險性。惟有論者指出本條以「與未成年人性交」一事作為未成年人心身健全發展的可罰基礎，似乎建立在可疑的宣稱下，同時因行為客體涵蓋過廣無法推論出現實存在的條件而只能歸納於模糊的情境，無法明確化侵害發生的概率、侵害的實現以及對人造成生理或心理上的不良後果⁵⁵，本罪所描繪出的法益實像似乎是社會對兒少形象的善良風俗，即不允許玷污其純潔的形象⁵⁶。

⁵² 參見最高法院 99 年第 7 次刑庭決議：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，而甲與乙係合意而為性交，固應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪；惟若甲與七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，則基於對未滿十四歲男女之保護，應認甲對於乙為性交，所為已妨害乙「性自主決定」之意思自由，均屬「以違反乙意願之方法」而為，應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」

⁵³ 盧映潔，「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刑事判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 10 月，頁 164-173。

⁵⁴ 亦即立法者認為在經驗上與未成年人性行為具備典型的危險，因此透過抽象危險犯的設計保護未成年人的身心健全。。

⁵⁵ 吳宗奇，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，元照，初版，2023 年 1 月，頁 265-267。

⁵⁶ 另有學者指出在性剝削條例的禁止規範中，其可罰性的核心在於行為人提供金錢對價予未成年人，一來不符合社會交往身份安排的性活動，二來使得社會對未成年人沾染性活動的想像破滅，進而損及性活動的合理年歲、感情基礎的道德規制。因此，即便未成年人享有性自主的能力，刑法仍介入處罰。參見許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，頁 54-60；類似見解參見謝煜偉，論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢——誰的青春肉體不可褻瀆？，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 10 月，頁 57-59。本文認為刑法第 227 條與未成年人性交罪，從舊法到新法的變遷、歷史與文化等社會體系的脈絡下觀之，本罪某種層面上似乎是保護社會對未成年人在合理歲數為性互動的道德情感。因此，在法益二元論的區分架構下，本罪的保護法益是否仍為個人的性自主，還是社會大眾對未成年人形象的維護，值得深思。相同見解，吳宗奇，前揭註 55，頁 209-212、223-226。

五、利用權勢性交罪

刑法第 228 條利用權勢性交罪係具有特殊關係之人，因與被害人存在從屬支配或優勢 / 弱勢關係，而利用對「被害人的監督、扶助或照顧的權勢或機會」為性交行為。由於被害人陷入地位不對等的權力結構遂配合行為人的要求，使被害人意願自主程度陷入猶豫不決，只能隱忍並曲意順從。

實務一向認為有本罪身分關係之人，究竟該當強制性交罪，亦或是利用權勢性交罪，端視被害人是否有衡量利害關係為斷⁵⁷。若行為人憑藉著本條所規定的特殊權勢關係，使被害人出於利害衡量，例如唯恐失去某種利益或遭受某種損害，縱使迫於無奈而不得不順從，仍未達到違反意願的程度⁵⁸。

對此，學者指出最高法院的說理一方面強調本罪未違反被害人的意願，另一方面卻強調被害人「隱忍屈從」。從「隱忍屈從」觀之，應是指被害人「忍耐而委屈順從」，殊難想像沒有被害人的意願又隱忍順從的情形⁵⁹。再者，強制性交罪乃「被害人遭受強制力或其他違反意願之方法而壓制之，故不敢反抗或不得不屈從」，則實務見解對於本罪「迫於無奈而不得不順從」的詮釋似乎與最高法院向來所採取的強制手段不必要說，有所扞格。

學者參考德國刑法並指出：我國第 228 條雖然沒有如德國刑法針對不同類型的地位濫用分別處罰，但本罪行為之所以具有可罰性，解釋上應「限縮行為人濫用其特殊地位」之情形⁶⁰。因此，本罪的不法內涵應著眼於存在雙方當事人間的「制度性依賴」或權力關係。只要行為人與被害人存在某種實力和依存性的不對等關係，足以形成一方當事人的權威與信賴地位⁶¹。

惟有學者則回歸「強制」概念，所謂強制行為是指「任何使他人無法依自我利益計算而為有利決定之行為」，利用權勢行為也是強制的行為態樣，論以強制性交罪即可。再者，本罪所定之行為人皆是對於被害人負監督、扶助與照護

⁵⁷ 參見最高法院 108 年台上字第 2780 號刑事判決。

⁵⁸ 相同見解如最高法院 98 年台上第 1804 號刑事判決、103 年台上字第 2228 號刑事判決、105 年台上字第 694 號刑事判決、106 年台上字第 649 號刑事判決、106 年台上字第 688 號刑事判決、107 年台上字第 4347 號刑事判決。

⁵⁹ 蔡聖偉，刑事法類，月旦裁判時報，第 119 期，2022 年 5 月，頁 117。

⁶⁰ 蔡聖偉，前揭註 37，頁 180-183。

⁶¹ 蔡聖偉，濫用權勢關係性交猥褻罪之適用，台灣法律人，第 25 期，2023 年 7 月，頁 33-51。

義務之人，卻違背此義務加以侵害，具有較高的可責性，但刑度上卻低於第 221 條強制性交罪之法定刑，顯得輕重失衡。故建議刪除第 228 條，並且把「利用權勢行為」當作強制行為的一種類型，置於第 221 條與 224 條之中作為解釋「強制行為」的指引規定⁶²。

本文則認為實務見解在體系解釋中，指出本罪與強制性交罪都是被害人性自主的侵害，但在強制性交罪中行為人已達到「恐嚇」的程度而不得不屈從；本罪則有利害衡量的空間，因行為人不當濫用其地位而影響被害人的性自主。職是之故，本罪未要求行為人使用強制手段，不法內涵較低，給予較低的法定刑；侵害程度較嚴重的強制性交罪，則給予較高的刑度。惟有疑問的是若實務見解秉持著過往「強制手段不必要說」的立場，在行為人未施用強制手段時，評價上應與本罪的刑度相符，但強制性交罪之法定刑卻是「3 年以上，10 年以下有期徒刑」，規範上似乎有輕重失衡之處。因此，本文認為此種矛盾在於最高法院認知到：無須強制手段的實施仍會妨害個人的性自主，故只能透過擴大解釋概括條款，以此擴張保護範圍。但此種解釋方向卻在刑度上無法融貫地說明強制性交罪與利用權勢性交罪的關聯⁶³。是以，倘若在強制性交罪的解釋途徑中，手段上仍維持一定的強制性質，或許並無上開相互牴觸之問題。

六、詐術性交罪

第 229 條詐術性交罪，乃行為人施用詐術傳遞不實訊息，使被害人陷於錯誤，相信雙方具有婚姻關係後與之性交。故即使本罪的客體限於誤認，但誤認的內容非誤信行為人為其配偶而聽從性交，自不成立本罪。由於被害人對於性交一事沒有表示反對意思，但行為人不當影響性接觸的關鍵因素（性對象的身分），雖未侵害被害人實際的性選擇自由，仍屬侵害他人潛在性行為選擇的類型⁶⁴。本罪不以行為人施用強制手段為要件，係因行為人施用詐術促使被害人陷於「重大動機錯誤」，被害人雖未對法益關係欠缺錯誤的認識，但對行為人的「同一性」產生重大的誤認。

⁶² 徐偉群，前揭註 12，頁 21-29。

⁶³ 謝沂庭，以未得同意為核心的妨害性自主罪章修訂，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2020 年，頁 20-21。

⁶⁴ 蔡聖偉，前揭註 7，頁 11-12。

七、小結

透過檢視妨害性自主罪章，可以發現第 225 條乘機性交罪、第 228 條利用權勢性交罪、第 229 條詐術性交罪，皆是行為人未施用強制力，單純違反被害人的意願，侵害了被害人的性自主而落入刑法的制裁。雖然多數學說及實務咸認第 227 條的保護法益是未成年人的身心自我健全發展，但或許可說是保護未成年人「未來」的性自主權。再者，從刑度上觀察，強制性交罪、乘機性交罪、與未成年人性交罪與詐術性交罪的法定刑，同為「3 年以上，10 年以下有期徒刑」，似乎可認為不管行為人施用何種的行為態樣侵害被害人的性自主，即以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方式，或利用不能或不知抗拒之狀態，或是施用詐術使被害人誤信等方式，皆是侵害性自主權的核心範圍，不法內涵相同，故給予相同的法定刑。惟此種解釋忽略了性犯罪的類型上因行為手段的差異，應給予相對應的法定刑，以符合罪責原則⁶⁵。此外，從強制性交罪的解釋途徑當中，若要堅持行為人手段應具備一定的強制性質，將無法周延地保護被害人性意識的形成與決定自由，故實務見解只能不斷地放寬對強制力的要求，以此解決保障不周的問題。然而，我國性刑法所要保護的法益圖像設定顯然不局限在性的「消極」自由，而是性的「積極」自由（詳後述）。因此，有重新梳理我國妨害性自主罪章規範體系的必要，同時思考以「性自主」為架構的性犯罪中，其保護範疇到底為何？於是，本文欲透過比較法的視野觀察國際間性犯罪的立法模式，藉此劃定性自主的保護範圍。

參、性犯罪立法模式之介紹

在國際上，關於性犯罪的立法類型，主要可分為「修正強制模式」、「違反意願模式」與「積極同意模式」等⁶⁶。

⁶⁵ 審查委員會指出在性犯罪的刑度設計上，皆為「3 年以上，10 年以下有期徒刑」，似乎是授權法院得透過個案審判，享有一定的裁量空間。惟本文以為基於罪責原則，法定刑之設計應對映該罪的不法內涵，給予相對應的法定刑，否則人民無法預見，將不當限制個人之自由，難謂符合罪刑法定原則。例如在釋字 777 號解釋【駕駛人無過失及情節輕微之肇事逃逸案】，大法官曾指出「法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則」。因此，若性犯罪中強制性交罪具有更高的不法性，宜給予不同法定刑。至於立法技術上，本文認為是有實現可能性的，詳後述。

⁶⁶ 囿於篇幅，本文僅介紹「修正強制模式」、「違反意願模式」與「積極同意模式」等，至於

一、修正強制模式

修正強制模式，則是批評傳統上對於「強暴」理解的狹隘。所謂「強暴」不僅限於物理上的強暴、脅迫，或被害人是否有抵抗來認定，而是以性交當下是否存在「強制的情境」為判斷，以側重行為主體間權力不平等關係的操弄⁶⁷。詳言之，此說認為性犯罪不僅是個人的犯罪，更是一種系統性犯罪。性暴力正是一種性別歧視，有礙於性別平等的實現⁶⁸。依照此說看法，所謂的強暴是「在強制條件下具有性本質的生理攻擊」，而強制條件諸如年齡、家庭、種族、權威（醫療、教育、宗教）、法律（警察、監獄官）、法律所創造的非法地位（如「非法」移民）、同性性（homosexuality）與經濟（貧困、雇用關係）下等權力上不平等關係⁶⁹。

最為代表性的是盧內達國際刑事法庭（ICTR）Prosecutor v. Akayesu⁷⁰在一案中所定義的強暴罪（rape）。法院認為強暴罪之成立，係行為人在強制的特定情境下，對被害人進行性侵害行為。而所謂的「強制」情境，不以對物體、身體部位，或特定行為（例如：插入）等機械性的定義為限。諸如威脅、恫嚇、勒索、造成恐懼，或監禁他人者皆屬之，且在某些特殊情況下如武裝衝突、種族軍事控管等，本質上皆有可能構成強制情狀^{71,72}。

「強制模式」，是我國於1999年修法前所採取之模式，因修法調整之，故本文則不欲討論。

⁶⁷ 陳昭如，基進女性主義的強暴論，思想，第23期，2013年5月，頁227。

⁶⁸ 陳昭如，差異的難題：以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約的涉入實踐，發表於：《人權公約與我國憲法解釋研討會》，司法院大法官主辦，2015年，頁71。

⁶⁹ 陳昭如，前揭註67，頁227。

⁷⁰ Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgment (1998).

⁷¹ 盧言珮，論妨害性自主罪章中之「他人意願」——以強制性交罪為主，東吳大學法律學院法律學系碩士論文，2010年，頁65；林琬珊，重新省思性自主權之保護與性犯罪之歸責基礎與規範結構，科技部補助專題研究計畫報告，2021年，頁12-13；余翔愛，妨害性自主罪與積極同意模式之探討，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，2020年，頁70。

⁷² 審查委員曾指出國際刑事法庭在戰爭中所為強暴罪之認定得否作為內國法、非戰時之犯罪構成要件類比，本文則認為「由於美國少數州法（如加州與伊利諾州）在性侵害的民事侵權行為法採用類似定義，將性別暴力定義為「在強制的情境下具有性本質的肢體命令或侵犯」，因此，有論者認為前述判決不僅能適用於國際人權法，也可適用個別國家的立法。參見陳昭如，前揭註67，頁227。

二、違反意願模式

與強制模式不同的是，違反意願模式不要求行為人必須有強制行為與被害人抗拒，只要被害人拒絕行為人邀約，行為人無視此拒絕仍進行，即構成性侵害。亦即所謂的「only no means no」。最為代表性國家為德國，故本文以德國性刑法的改革為探討核心。

（一）德國修法背景

基於德國基本法第 1 條人性尊嚴與第 2 條 1 款個人自由的保障，肯認性自主權為憲法上的權利。即個人得決定是否、何時與如何從事性行為的自由。故在任何未經他人同意或違反他人意思之性接觸行為，皆受到刑法的制裁⁷³。舊法第 177 條強制性交罪係行為人以「1 強暴、2 對生命或身體之現時危險的脅迫，或 3 利用被害人對行為人之實力處於無助之狀態」，強制他人忍受或第三人之性行為或對行為人或第三人實施性行為⁷⁴，構成性刑法之基本構成要件。通說認為第 1、2 款之成立，必須行為人實施強制行為與其性交目的之達成具有一定關聯性。若欠缺時，則依具體情形適用其他截堵構成要件，如本項第 3 款「利用被害人之無助狀態為性行為」者。倘若行為人有採取一定的強制手段，但未達到「強暴」之程度，或行為人實施強暴手段，但無法證明出於實施性交目的，甚至在被害人明示拒絕或不敢反抗之情況下，或在突襲性觸摸等性侵害類型，將產生保護上的漏洞⁷⁵。

例如，先生要求準備睡覺的妻子進行性交，妻子明確拒絕但擔心反抗會被毆打並害怕會吵醒孩子，先生不顧其意願強行脫下睡褲，將其推至牆邊，使她無法動彈，並對其完成性行為⁷⁶。對此，德國法院認為第 177 條 1 項 3 款「無助之狀態」係客觀上造成被害人恐懼、無法請求他人協助之狀態，故本案不成立強制性交罪。詳言之，由於舊法第 177 條強制性交罪之基本構成要件，雙行為犯罪結構之設計變相地課予被害人抵抗義務，僅在行為人藉由強制力實施而

⁷³ 薛智仁，簡介 2016 年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 68-69。

⁷⁴ 參考自薛智仁，前揭註 73，頁 69。

⁷⁵ 薛智仁，前揭註 73，頁 69-70。

⁷⁶ BGH NStZ 2013, 467. 轉引自薛智仁，前揭註 73，頁 69。

壓制或違反被害人意思時，始具有可罰性，忽略了性犯罪可能會造成「被害人陷入心理上的狀態」⁷⁷。

又如在行為人取得十四歲少女同意，擔任人體模特兒，隨後要求少女雙腳張開、臉面向牆壁。行為人突然從後方靠近並脫下少女衣褲進行性交。對此，德國法院認為，因行為人的突襲令被害人無法抵抗，且無施用「強暴」手段凌駕他人意志。同時，因客觀上不存在使被害人恐懼的無助狀態，不符合強制性交罪要件⁷⁸。

(二) 歐洲人權法院之保障標準

在 M.C. v. Bulgaria⁷⁹一案中，一位年僅十四歲且有精神障礙的女孩遭到酒吧認識的男性強制性交。對此，保加利亞法院認為本案被害人無身體上的抵抗，同時欠缺行為人使其置於無助狀態或使用武力、威脅方式的證據，並不構成強暴罪。歐洲人權法院則認為將強暴要件限縮在物理上的武力使用或被害人抵抗的跡象，有違歐洲人權公約第 3 條（免於人道義務）與第 8 條（私人生活保護）⁸⁰。

詳言之，人權法院指出各國都有義務對強暴行為為有效處罰之立法，並在偵查及起訴程序具體落實之⁸¹。再者，從歐洲或其他國家性犯罪的歷史發展觀察，強暴罪的基本要件是「欠缺同意」（lack of consent），而非武力使用。故強暴罪之成立不以身體上的強制力為解釋取徑，而是以被害人的自願同意來認定其性自主有無受到他人侵犯，如此才能落實社會上的實質平等與健全被害人性自主的保護。此外，基於公約第 3 條與第 8 條所建構的積極義務，「會員國有義務處罰並有效追訴任何欠缺合意的性行為，即使被害人未採取身體反抗亦同

⁸²」。

⁷⁷ 薛智仁，前揭註 73，頁 70。

⁷⁸ 薛智仁，前揭註 73，頁 70。

⁷⁹ M.C. v. Bulgaria, ECHR 651, para.166 (2003).

⁸⁰ European Convention on Human Rights (ECHR) Article 3: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. "; Article 8: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. "

⁸¹ 盧言珮，前揭註 71，頁 70。

⁸² EGMR, (Fn. 7), § 166.轉引自薛智仁，前揭註 73，頁 71。

此判決連帶影響伊斯坦堡公約第 36 條⁸³規定，即簽約國應採取必要之立法或其他措施將所有「未經合意」(non-consensual)之性行為納入刑事訴追的範圍（第 1 項）。且該同意須由被害人自願作成，亦即個人依其自由意志就個別伴隨情狀之判斷結果（第 2 項）。惟欠缺「同意」與「自願性」之認定，各國有立法形成自由⁸⁴。故德國作為人權公約之會員國，對於性自主權的保護亦須符合歐洲人權公約的保障基準。

（三）國內修法爭議

贊成修法學者認為德國舊法強制性交罪雙行為犯之結構，無法具體保護個人的性自主。詳言之，本罪遂要求行為人必須使用強制手段，而後違反被害人意願行性行為，「強制」手段與「性行為」二者為本罪的不法內涵。但此固有構成要件的設計，變相地課予被害人對行為人不法侵害時負有抵抗義務。也就是被害人必須採取反抗行為，行為人透過強制來抑制被害人的反抗意思，才屬於性侵犯行為⁸⁵。此外，因實務對「無助之狀態」的不當解釋，導致在被害人曾經表示拒絕卻不敢反抗，或是在突襲性的性侵犯等情況下，皆無可避免地產生保護上漏洞，勢必得透過修法加以填補⁸⁶。惟該學者傾向以「違反意願模式」作為修法方向，以保留性互動中性主體間的自發性與人際互動的空間⁸⁷。此外，若採取「積極同意模式」，基於性侵害案件的隱密性，是否取得被害人同意將會造成證明上的困境，甚至面臨法律明確性的問題，例如年齡、精神狀態、

⁸³ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Article 36:“I: Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalized:

a engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;

b engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;

c causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

II: Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

III: Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognized by internal law.”

⁸⁴ 薛智仁，前揭註 73，頁 71。

⁸⁵ 廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 49 卷 2 期，2020 年 6 月，頁 640-642。

⁸⁶ 薛智仁，前揭註 73，頁 71。

⁸⁷ 廖宜寧，前揭註 85，640-643；薛智仁，前揭註 73，頁 71-72。

遭遇到的緊急情境與壓力、各種主觀錯誤等⁸⁸。故學者主張應改變舊法第 177 條之法條結構，並以「違反意願」要件作為修法的方向。

反對修法學者則將妨害性自主定位為特殊的強制犯罪，必須以行為人強制手段的實施作為要件。故所謂的強制正是促使他人違反意願實施、忍受或放棄某事。亦即對他人行使強制力以達到其成效。據此，在立法論上，不宜改變本罪之構成要件，進而擴大刑罰的保護範圍。詳言之，學者認為修法不僅無法提供更完善的性自主保護，也因「違反意願」概念本身無法滿足罪刑法定下法安定性的要求。另有論者主張希冀透過目的性解釋，擴大「強制」要件的認定，使舊法能切合伊斯坦堡公約的保障程度，將「被害人出於恐懼而陷入無助處境」、「被害人決定放棄抵抗」，或是「被害人因驚嚇或行為人採用突襲式手法實施性侵犯，導致被害人失去抵抗機會」等情形一併納入「無助處境」的保護範圍內⁸⁹。在此說脈絡下，可透過擴張解釋強制概念，將上述提及到的立法漏洞涵括在強制要件所能涵括的最大範圍內，同時反對將強制要素移出妨害性自主罪的構成要件，避免刑罰權的擴大。此外，維持強制手段有助於被害人意思之證明，若調整本罪要件將重心轉往到被害人的意願違反，將大幅提升證明的困難⁹⁰。

（四）德國新法修正

2016 年德國性刑法修正，將第 177 條⁹¹將「他人可得辨識之行為」作為構成要件，改採「違反意願（思）」模式，同時刪除第 179 條。據此，法院須依照客觀情狀與雙方關係或其他因素等綜合判斷，即客觀上是否存在足以辨識被害人反對之意思，不再要求被害人激烈的抵抗或言語表達等反對舉動，而是將行為人以一切違反被害人意願之行為入罪化。此外，新法增訂第 184 條 i 之性騷擾罪與第 184 條 j 之群體性犯罪，擴大對性自主權的保護。

從德國通盤修正性犯罪的歷程中，可以反映出德國社會對整體性秩序的價

⁸⁸ 廖宜寧，前揭註 85，頁 643。

⁸⁹ 廖宜寧，前揭註 85，頁 644-647；薛智仁，前揭註 73，頁 72。

⁹⁰ 薛智仁，前揭註 73，頁 72。

⁹¹ 德國刑法第 177 條第 1 項：「違反他人可得辨識之意願，對其實施性行為或使其為之，或使其決定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。」

值理解與要求產生變化⁹²。在舊有的性道德或性觀念下，社會對被害人的想像是在受性侵犯的過程中至少有抵抗的情形或言語表示反對，課予被害人極高的行為要求，即變相地賦予其積極抵抗義務。且因強制要件的嚴格解釋下，產生性自主法益的評價性漏洞⁹³。職是，德國新法甫修正後，改變過往性犯罪的規範基礎，轉而重視被害人的意願表達，將「個人的意願（思）」作為解釋性自主的核心。

三、積極同意模式

積極同意模式則認為性行為進行的前提，須事先取得性邀約對象的「積極同意」(affirmative consent)。若被害人沒有明確表示進行性行為之意思，只是沈默或默認，行為人無視仍加以進行即構成性侵害。主要代表國家為加拿大、日本，故本文則介紹加拿大與近期日本關於性犯罪之歸責模式。

(一) 加拿大

1. 性犯罪之特色

加拿大自 1990 年後，透過刑法修正將「積極同意」成文化，並透過法院判決將其認定為普通法之必要要件與定義所謂的性同意(sexual consent)⁹⁴。關於加拿大性犯罪之立法模式，係以被害人明確同意作為犯罪構成要件的認定。即以行為人施用性的暴行接觸被害人的身體，並不以性器的進入作為犯罪要件。詳言之，加拿大刑法刪除關於性交定義，將性犯罪的評價重心轉移到被害人所處的權力或暴力性的不對等關係，不再強調性慾的滿足，以去除「受有性侵害犯罪被害人」之污名化標籤。因此，加拿大之規範模式更重視性主體間的對等，確保「性」本身未受到他人之侵犯或違反⁹⁵。

2. 性暴行罪(sexual assault)

加拿大刑法第 273.1 條(1)項規定「同意」係指他人自願同意從事有關性活動 (the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question)。故同條(1.1)項規定，行為人欲發生性活動前，必須取得其同意。且

⁹² 廖宜寧，前揭註 85，頁 660。

⁹³ 廖宜寧，前揭註 85，頁 660-661。

⁹⁴ 謝沂庭，前揭註 63，頁 52。

⁹⁵ 林琬珊，前揭註 71，頁 8。

同條(2)項、(3)項規定，以下情況下未獲得其同意：(a) 同意是由被告以外的人的言語或行為表達的；(a.1) 被害人處於無意識狀態；(b) 被害人因任何其他原因而無法同意進行該活動，但不包括(a.1)所指的原因；(c) 被告濫用信任、權力或權威來誘使被害人參與該活動；(d) 被告以言語或行為表達不同意進行該活動；或(e) 被害人已同意參與性活動，但以言語或行為表達不同意繼續進行該活動⁹⁶。惟判斷同意的標準，法院必須透過不同的個案事實來認定「同意」的具體內涵。

首先，在 R. v. M. (M.L.)⁹⁷一案中，最高法院指出「上訴法院錯誤地認為被害人至少要有反對言論或抵抗行為，否則在欠缺抵抗下即取得被害人同意」。即最高法院不採上訴法院「欠缺抵抗」與「取得同意」的劃分。接著，在 R. v. Park⁹⁸一案中，主筆大法官指出過往強暴法(rape laws)最初是為了保護男性對女性的支配所發展而來的。故傳統強暴(rape)的定義，是未經同意並以強制、恐懼或詐欺所為的性交(sexual intercourse)。其規範目的在於保護女性免於身體上的侵害。然而，強制要件的要求已式微，被更廣泛的性攻擊罪所取代，故實際的性交(actual intercourse)已不再是先決條件，而是轉而處罰未經同意的性觸摸行為(sexual touching)⁹⁹。」因此，**性暴行罪所關注的焦點在於確保雙方當事人皆能自由地參與性互動的過程**。若被告誤以為取得被害人的同意，宜從客觀情狀綜合判斷被告確實有取得被害人同意的外觀，否則無法佐證被告於性暴行之際已取得其真摯的同意。

隨後，最高法院更在 R. v. Ewanchuk¹⁰⁰一案更確立「only Yes means Yes」積極同意之標準：**同意必須明確表示，且未經同意之性接觸皆構成性侵害**，而同意存在與否，則以被害人的主觀立場判斷之。此外，法院採取了**特定的同意標準 (specific consent standard)**：行為人是否已採取積極的步驟來確認同意或重建同意之存在。在被害人對前性邀約已表示拒絕，而後欲行性行為時，則必須取得明確清楚的同意表示。若當事人出於沈默或有模稜兩可的空間時，即否認

⁹⁶ Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-38, s. 273.1.

⁹⁷ 2 SCR 3(1994).

⁹⁸ 2 S.C.R. 836 (1995).

⁹⁹ 謝沂庭，前揭註 63，頁 56-58。

¹⁰⁰ 1 S.C.R. 330 (1997).

默示同意(implied consent)之存在。縱使在行為人真誠誤信取得其同意時，仍不得作為錯誤抗辯¹⁰¹（第 273.2 條規定¹⁰²）。

綜上，加拿大刑法係以被害人同意之存在作為性犯罪的評價重心。此項同意不僅須在性互動過程中明確表達（consent must be present at the time the sexual activity in question takes place），並排除被害人無法自由表達性同意之類型，同時限制行為人提出誤信抗辯之情況。從而，加拿大刑法顯然重視性主體間的尊重，使個人都能受到對等的性，同時保護被害人免於暴行的性互動。

（二）日本

1. 2017 年修法

2017 年，日本第一次修法將舊法強姦罪更名為強制性交罪，並將本罪之行為客體與行為本身性別中立化，不在將侵害客體限為女性，並納入肛交、口交等性交行為¹⁰³。同時將系爭性犯罪行為改為非告訴乃論之罪，以減輕被害人心理上的負擔與減少犯罪的形成。然而，修法後針對強制性交等罪所要求「強暴或脅迫」之強制性質的要求得否刪除或放寬，成為未待解決的課題。

首先，實務及通說皆認為「強暴或脅迫」只要「使相對人達到顯著困難之抗拒程度」即可，且必須針對具體情勢判斷之¹⁰⁴。即使未達於顯難抵抗之程度，只要相對人的「年齡、性別、品行、經歷」與「時間、空間」之具體情事足以使相對人不能抗拒，或使其顯難抵抗即可¹⁰⁵。但在配偶、伴侶或父母與 18 歲以上子女間的家庭暴力，在沒有明確定義強暴、脅迫之情況下，受到行為人支配的性交行為，將不構成犯罪。此外，強暴、脅迫要件之認定建立在被害人

¹⁰¹ 盧言珮，前揭註 71，頁 78-79。

¹⁰² 「被告不能以相信已取得被害人同意為構成要件錯誤之抗辯，若(a)被告之相信源於(i) 自行引致的醉酒狀態時；或(ii) 被告輕率或故意忽視；或(iii) 根據第 265(3)款或第 273.1(2)或(3)款中提到的任何情況而未獲得同意；(b) 被告在當時認知的情況下，未採取合理步驟確認控訴人是否同意；或(c) 沒有證據顯示被害人自願同意該活動是通過言語明確表達或行為積極表達的。」參見 Criminal Code, R.S.C. 2018, c. C-29, s. 273(2)。

¹⁰³ 深町晉也著，黃士軒譯，日本性刑法的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，第 303 期，2020 年 8 月，頁 248-251。

¹⁰⁴ 謝煜偉，淺談日本性刑法及近期修法動向，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 39。

¹⁰⁵ 深町晉也，前揭註 103，頁 255-256。

應強烈抵抗之「強暴迷思」之上，課予被害人抵抗義務，故有論者主張宜刪除或緩和強暴、脅迫要件，以「違反被害人意思」作為認定標準¹⁰⁶。

對此，法制審議會刑事法（性犯罪關係）部會¹⁰⁷之多數意見指出：由於「強制力」（強暴、脅迫）性質的要求可以間接作為訴訟法上認定被害人意願之客觀證據，以避免過度仰賴被害人的供述證據，進而造成事實上的誤認。故除非符合強暴、脅迫要件，或利用心理上難以抗拒之狀態，即便行為人利用或創設優勢地位、關係迫使被害人為「合意」性行為，仍不具有可罰性¹⁰⁸。此外，本次修法未調整性犯罪的體系定位，仍然保有傳統社會維護善良風俗的觀點。如此，在日本舊刑法的規範下，檢察官不僅需舉證被害人因受到強暴或脅迫而喪失行為能力，進而要求被害者抵抗之，難以符合實際的犯罪情境。

2. 修法後動向

2017 年修法後，審查委員會指出性犯罪之被害者通報率低¹⁰⁹，且未考慮到個人面對強烈恐懼或驚嚇時的反應，以及受虐待被害人在權力支配下的心理和精神上反應¹¹⁰，而有檢討性犯罪歸責基礎的必要。

首先，性犯罪保護法益的爭論，有論者認為性侵害是侵犯身心界限的行為，破壞了「身體的統合性」，並且因不承認對方為平等的存在、踐踏「性的尊

¹⁰⁶ 深町晉也，前揭註 103，頁 256。

¹⁰⁷ 「性犯罪に関する刑事法検討会」係日本法務省的立法幕僚組織-法制審議會所組成，負責針對性犯罪議題進行調查與審議，並向法務大臣提出關於性犯罪的修正綱要。關於日本法制審議會，<https://www.moj.go.jp/shingi/shingi03500004.html>（最後瀏覽日：2024 年 7 月 27 日）。

¹⁰⁸ 謝煜偉，前揭註 104，頁 45-46。

¹⁰⁹ 日本法務省委託民間機構進行訪問調查。參與訪談調查的回答者數為 3,709 人，其中過去五年有遭受性犯罪被害的人數為 35 人（1.0%）。其中女性佔 30 人（佔全體女性的 1.7%），男性 5 人（佔全體男性的 0.3%）。在上述被害人中，沒有向調查機關報案的人數為 28 人；有向調查機關報案的人數為 5 人；未回答的人數為 2 人。參考自第 5 回犯罪被害実態（暗数）調査のうち「性的な被害」に係る調査結果（概要），性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ，法務省，2021 年 3 月。

¹¹⁰ 關於性犯罪被害者的心理與行為等實證研究指出，性犯罪被害者的反應與行為多樣，並不一定會表現出強烈的抵抗，大多以「以言語抵抗多於身體抵抗」或出於恐懼、震驚或無力感等「完全沒有抵抗」；此外，被害者在受害期間或受害後，會出現解離、擬制死亡狀態或依附、迎合等反應。參考自平成 30 年度法務研究「性犯罪被害者の心理に関する心理学的・精神医学的知見と捜査・公判におけるその活用について」（概要），性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ，法務省，2021 年 3 月。

嚴」，甚至侵害個人「自律」等「性的統合性」。或有認為依照通說及判例，應將保護法益定性為「性的自由和性的自主決定權」¹¹¹。

再者，關於性犯罪的規範核心在於「未經被害者同意進行的性行為」，在此基礎上，針對性行為同意之認定，提出了以下意見：有認為性行為應是建立在雙方達成共識的情況下共同參與的。因此未經對方明確同意的性行為應受到處罰。即應採取「Only yes means Yes」模式，未自願參與的人的性行為成為處罰對象。惟有論者指出鑑於「性同意」概念的缺乏，社會上對性行為的同意認識模糊，無法認知到「未明確拒絕並不代表同意」¹¹²。因此，有必要展開關於性行為同意形式之討論，且同時注意國際上的評價以及社會上對性同意意識的變化¹¹³。

此外，審議會提出未來的檢討方向應著重以下幾點，並據此完善相關規定：一、明確規範「違反意願之性行為」，應在構成要件中識別出有處罰必要性與不受處罰之行為；二、列舉行為人的行為手段與被害人的狀態；三、明確界定處罰範圍四、考量現行法中關於強暴、脅迫及心智喪失、無法抵抗等要件的解釋；五、需注意認定上的困難及對實務的影響¹¹⁴。

3. 近期新法之修正

日本參議院最終通過有關性犯罪規定的修正案，將合意性交的年齡提高至16歲，並將「強制性交罪」與「準強制性交罪」整合更名為「不同意性交罪」，不再區分受害者當下是否受到強暴、脅迫或難以抵抗，在沒有取得對方同意所為之性行為（同意のない性行為）就是犯罪，同時也擴大了性交的範圍。且將本罪章的保護法益定性為「性自由和性自主決定權」，保護個人是否進行性

¹¹¹ 性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書，性犯罪に関する刑事法検討会，2022年5月，頁3-4。

¹¹² 學者指出「日本社會依然存在不願明言性行為的文化氛圍。若國家突然通過「進行性交前必須明確確認對方的同意，未取得明確同意進行性交屬於犯罪」的規定，可能會對社會個人的自由性活動產生重大影響。如果社會對於構成犯罪的歸責模式欠缺共識，即使進行懲罰，也難以理解何謂錯誤。這樣一來，可能導致社會缺乏遵守這一規則的規範意識，從而無法實現預防性侵害的目標」。參見嘉門優，性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—，立命館法学，第387・388号，2019年，頁69-71。

¹¹³ 同前註112，頁4。

¹¹⁴ 同前註112，頁10。

行為，以及與誰進行的意思決定¹¹⁵。

所謂的「不同意」並不是單一的概念。蓋性行為意願的形成、表達與實現難以用「不同意」概括涵蓋之。亦即，只有在新法所具體列舉 8 種構成「不同意」的行為態樣下，加以處罰。包括：舊法所要求的強暴或脅迫（1 款）外，使其造成精神或身體上的傷害（2 款）、使其服用酒精或藥物（3 款）、使其處於睡眠等意識不清之狀態（4 款）、不給被害人拒絕之機會（5 款）、使其陷入恐懼或驚慌（6 款）、因虐待而產生心理上反應（7 款）或利用經濟或社會地位之優勢，使其受有不利益（8 款）等¹¹⁶。故如果行為人利用上述行為導致被害人「難以形成、表達或實現其同意」時，將追究其刑事責任。

綜上，觀察日本性犯罪的規範模式，可以發現條文不僅更名為不同意性交罪，並立法將過往法院抽象之判斷標準具體化，增設了行為人利用被害人難以形成其意願之態樣，擴大了性犯罪的處罰範圍。惟不同意性交罪構成要件之設計上，主要仍以「被害人的反對意思」作為犯罪認定，為修正式「未經同意」

¹¹⁵ 高橋則夫，2023 年性犯罪規定改正による追補，「刑法各論」，第 4 版，2024 年，頁 128。

¹¹⁶ 日本刑法第 176 條 1 項、177 條 1 項：「次に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、わいせつな行為をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、六月以上十年以下の拘禁刑に処する。

一 暴行若しくは脅迫を用いること又はそれらを受けたこと。

二 心身の障害を生じさせること又はそれがあること。

三 アルコール若しくは薬物を摂取させること又はそれらの影響があること。

四 睡眠その他の意識が明瞭でない状態にさせること又はその状態にあること。

五 同意しない意思を形成し、表明し又は全うするいとまがないこと。

六 予想と異なる事態に直面させて恐怖させ、若しくは驚愕がくさせること又はその事態に直面して恐怖し、若しくは驚愕していること。

七 虐待に起因する心理的反応を生じさせること又はそれがあること。

八 経済的又は社会的関係上の地位に基づく影響力によって受ける不利益を憂慮させること又はそれを憂慮していること。」；「前条第一項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて、性交、肛こう門性交、口腔こう性交又は膣ちつ若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若しくは物を挿入する行為であつてわいせつなもの（以下この条及び第百七十九条第二項において「性交等」という。）をした者は、婚姻関係の有無にかかわらず、五年以上の有期拘禁刑に処する。」

規範模式。

四、小結

在比較法的視野下，觀察性犯罪的立法模式進展，發現多數國家早期皆強調強制力的使用與被害人意願的違背或要求其積極抵抗。不僅深陷於性侵害本質的錯誤迷思¹¹⁷，同時也不利於被害人在刑事犯罪的地位。詳言之，以「強暴」取徑作為性犯罪的歸責基礎係以加害人的觀點出發，著重判斷強制情境的存在，進而忽略了被害人的意願。因此，有學者著重強制情境的不對等權力關係而提出「修正的強制模式」。但多數國家轉而重視被害人的意願，分別採取了不同程度的規範模式。「違反意願模式」(only no means no) 係只有在被害人拒絕行為人性邀約時，始成立犯罪；「積極同意模式」(only yes means yes) 則在沒有取得被害人的積極同意時，即構成犯罪。

然而，在性犯罪的保護法益設定上部分國家早期係以善良風俗 (如日本、我國舊法)，即性風俗、性道德法益作為解釋的方向，而後多數國家皆承認個人的性自主為性侵害犯罪的規範核心。而所謂的性自主法益實質上為自由法益的特殊類型，都是保護利益歸屬主體的自主權免於他人侵害或剝奪，只是性自由法益在刑事法的評價上具有更高的保護價值，故以「被害人的意願」作為妨害性自主的不法界線，不如其他保護法益僅從客觀結果的發生而認定法益侵害的結果。因此，多數國家皆肯認個人在性事務的範疇內享有一定的支配權，保有性互動的意思形成與意思活動自由，若他人不當侵入個人的性領域，而有刑法非難的必要。

【性犯罪立法模式比較】

性犯罪之立法模式	修正強制模式	違反意願模式	積極同意模式
具體條文內涵	「在強制條件下對他人進行性本質的生理攻擊」	「違反他人可得辨識之意願，對其實施性行為或使其為之，或使	「『同意』係他人自願同意從事有關性活動」；「行為人欲發生性活

¹¹⁷ 法思齊，論性侵害犯罪之本質與修正，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年，頁 96-106。

		其決定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」(德國刑法第 177 條第 1 項)	動前，必須取得其同意。」(加拿大刑法第 273.1 條(1)、(1.1)項)
--	--	---	--

肆、本文見解

一、性自主的法益實像

(一) 狹義性自主與性自由¹¹⁸

國家發動刑罰權的基礎，係以「法益」保護作為其正當性。因此，刑事立法注重法益保護的必要性。所謂的法益概念，係指人類社會生活的利益型態，作為人與事實的評價關係¹¹⁹。然而，在性刑法保護法益的設定上，立法者從傳統的「性道德」脫鉤、轉向性自主利益的保護，以符合現代刑事法追求「個人自由極大化」之目的。性自主，是個人在性領域中享有自主的決定。由於個人所作成的性決定都是中立、無色彩的，本身沒有絕對的對錯，刑事法不得過度的評價，以保有個人享有性事務的差異與獨立性¹²⁰。

而性自主，又可細緻的劃分成「狹義的性自主」與「性自由」。前者，係行為人在被害人意識清楚的情況下，對其意思決定與意思活動的形成加以干擾或侵害。後者，則基於對人性尊嚴的維護，不容他人干擾個人性的決定自由。由於性本身的特殊性¹²¹，與強制罪之一般自由法益相較下有更高的保護利益，其可罰性基礎建立在他人對個人性領域利益取捨間所造成的不自由¹²²。故我國性

¹¹⁸ 由於日本法修正後，將保護法益定性成「性自由與性自主法益」，因此，本文擬先探討國內學者對法益的理解並以此為基礎，再提出本文對性自主法益的解釋。

¹¹⁹ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012年3月，頁20-22。

¹²⁰ 參見黃榮堅，刑法上性自主概念之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2004年，頁21-22。

¹²¹ 學者指出性本身是一種相互取悅的過程，藉以取得認同感和歸屬感，用以彰顯性個體的存在價值。參見黃榮堅，前揭註120，頁22。

¹²² 黃榮堅，前揭註120，頁23。

犯罪的歸責基礎係以行為人違反被害人的意志決定，同時侵害被害人的特殊利益型態。而此種利益在實證的評價上包括被害人的心理傷害、社會評價的創傷，以及性資源分配的弱勢地位¹²³。

（二）不同的自由區分架構：消極自由、積極自由

接著，本文則借用 Isaiah Berlin 的「消極(negative)自由」和「積極(positive)自由」的區分，詳細說明性自主的實質內涵。消極自由強調個人免於國家、他人或社會等任何形式的外在干涉；積極自由著重個人的主體地位，而非成為他人的工具。前者是一種既存的狀態，人無須採取任何行動，就享有（消極）自由；後者，則在個人有清楚的自主意識後，瞭解個人的所作、所為。個人所追求的事物乃一己決定，是一種自我意志(will)的展現。最後，積極自由涉及「理想自我」的想像、改變現有的自我的過程¹²⁴。

在性犯罪中，強制性交罪不僅因使用強制力而干擾被害人與其進行性行為的「消極自由」¹²⁵。同時，個人自我意志的形成因強制狀態而無法展現，即侵害「積極自由」。在沒有使用強制手段而為性行為的情況中，因行為人沒有阻止或妨礙他人作出特定舉止的自由，相對人仍有表示或回應的空間，故行為人未干擾他人本可自由行動的範圍，消極自由並未受到侵害¹²⁶。

而在乘機性交罪中，行為人「利用」被害人「無法表達或不知表達意願」的固有狀態，在被害人未能做出反應之際，逕自取代其為性行為的決定，則在對方的性自主範圍內，成為決定進行性行為的決定人，而侵害了積極自由。接著，利用權勢性交罪因行為人利用優勢地位、機會而強烈干擾被害人自我意志的形成，同樣侵害了積極自由。詐術性交罪也是行為人施用詐術使其對行為人的身分產生重大瑕疵，因此種自主事實建立在對身分的誤認上，並不是真正的自我意志。至於與未成年人性交罪，則可能是刑法預設了未成年人不具有自主的同意能力。若現實上，未成年人出於自由意志且明白性的意義而做出同意

¹²³ 黃榮堅，前揭註 120，頁 29。

¹²⁴ 謝沂庭，前揭註 63，頁 38-42。

¹²⁵ 此處的消極自由是積極自由的一種途徑，限縮在「強暴、脅迫」等強制狀態下。

¹²⁶ 謝沂庭，前揭註 63，頁 42。

時，不容剝奪其積極自由¹²⁷。

故積極自由是個人對於自己性的想像或性的圖像設定，而消極自由則是限縮在「強暴、脅迫」等狹義的自由侵害。對照前述的說法，積極自由正是被害人現時決定是否為性行為的意志自由（＝性自由），消極自由則是個人決定與自己有關性方面的事務權能（＝狹義的性自主）。我國刑法所承認的性自主法益不僅保護他人得自行決定是否為性行為的積極自由（性自由），同時保障個人因強制手段而淪為他人性客體的消極自由（狹義的性自主）¹²⁸。在此理解下，性自主法益的保護顯然以「性的積極自由」為架構，而以強制手段侵害消極自由時，只是積極自由的一種侵害途徑。故強調性自主保護時不必然需要強制手段，僅需側重單純違反性積極自由的面向即可。即以「違反意願」或「未得同意」為主¹²⁹。

（三）性互動規則的轉變

由於「性」活動本身並非從自然或身體的觀點來評斷，而是透過社會規範加以詮釋。因此，什麼樣的利益為刑法性自主的侵害，「性關連」（sex relevant）

¹²⁷ 謝沂庭，前揭註 63，頁 43-46。

¹²⁸ 謝沂庭，前揭註 63，頁 38-41。

¹²⁹ 多數學者在認定性自主法益侵害時，即以行為人及行為本身來理解行為客體的法益侵害狀態，著重於客觀層面與主觀層面的描述（客觀法益的危險、實害；主觀犯罪傾向）。本文則採取學者周漾沂所提出的「現實化的法益概念」，所謂的法益指涉的是**具有值得保護的現實或具體狀態**。同時，將法的違反與法益本身結合，作為刑法規範的違反。所謂規範的違反，係指當行為人認識到另一法主體時，必須先透過限縮自己的外在自由使其不僭越他人的外在自由，以此承認他人作為法主體的現實存在，建立所謂的「**對他人的具體承認誠命**」。故在性犯罪中，倘若行為人沒有先「承認」他人的性主體地位而加以侵害時，即是「否認」他人的性自主權，侵害了性自主法益。從而，本文所建構的性自主法益，係以「法主體」為出發以此劃定他人應遵守的具體承認誠命。詳言之，本文認為基於對法主體的尊重、為提升女性處境以及根除男女間歷史性的不對等關係為由，承認性主體現時決定是否為性行為的意志自由（性的積極自由）**具有值得保護的現實、具體狀態**，以此作為保護法益的實質內涵，並重新檢視我國性犯罪的規範體系。故本文所詮釋的性自主法益不是如過往學說透過行為人實施手段、因果聯繫與被害人真實受損（性意願的違反）所理解的消極法益侵害（即個人得免於成為他人性客體的消極自由）。而是只要當行為人欲實施性行為時依照其意念、理性計算後侵入了被害人性意識形成的空間，即已實現該意志所確立的錯誤準則而**違反對他人的具體承認誠命**，實現了性自主法益侵害。相關論述參見周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 1025-1029。

本身則成為討論的核心。故回到性侵害的規制基礎，首先牽涉到問題是妨害性自主的保護是否保有半推半就、模糊地帶的性活動自由？此種性關聯活動的決定自由是否為刑法所肯認之利益？

或有認為積極同意模式在未得被害人同意所為的性行為，皆納入刑事法的制裁不符合現代「性」作為人類追求慾望的價值。詳言之，要求性參與者時常保持理性、自制，賦予其持續確認、關切對方意願的義務，顯然不符合現實的行為準則。故違反意願模式確保個人得在性互動中試探的行動自由¹³⁰。職是，在社會實踐上，人際互動已發展出所謂「心照不宣」的性互動規則，允許他人藉由肢體接觸探尋性互動，用以彰顯社會溝通行動的「隱晦性」。由於性關係經常交織著不同權力關係、條件或互動情境等複雜的社會、文化因素，難以規範化為「合宜的性」，應保留人際關係摸索、試探的彈性，令相對人在一定範圍內承擔自決主體的責任¹³¹。

惟前述所提及的社會規則模式，似乎受到莫大的衝擊與質疑。例如國際間發起的 MeToo 運動，正是要翻轉過往心照不宣的性互動規則，打破那些圍繞在不當性行為的沉默與恥辱，強調個人在性領域的掌握與自由，不宜遺留既有的社會實踐框架上。且此種社會運動的影響力也實質改變個人在整體社會秩序的地位與關聯性¹³²。誠然，在國際間如加拿大、日本越來越重視個人的實質平等，不再以第三人的觀點越權評斷被害人狹義的性自主是否受限之。而是以「個人性意識的形成」為保護對象，即對於自身性領域事務的存在或變動享有絕對的支配與利害衡量的空間，刑罰不宜僭越性互動的主體以他人的觀點評價

¹³⁰ 郭文傑，論性強制罪概括條款之應用，國立臺北大學法律學系碩士論文，2021 年，頁 38-39。

¹³¹ 廖宜寧，前揭註 85，頁 691-695。

¹³² 廖宜寧，前揭註 85，頁 692-693。

那些所謂性互動過程中的沉默或模糊地帶¹³³134。本文認為性自主的保護係以「性的積極自由」為實質內涵，承認性開展、自我意識形成的利益皆有保護的必要，如此才是性自主所要彰顯的法益實像。

二、性犯罪的構成要件解釋上應「去強制化」

鑑於我國的刑法典性犯罪的規範結構，仍保有強制要件作為妨害性自主構成要件的設定。在證據法上，從客觀情狀綜合判斷行為人是否使用強制力進而壓制被害人的抵抗，確實能如日本學者所述減少事實上誤認、避免仰賴被害人的供述。但此舉反映的問題是強制要件成為判定強制性交罪成立的充分條件時，若個案中不存在強制狀態時，因無從認定被害人意願是否違反，而無法成立本罪，似乎隱然要求被害人應盡力抵抗，否則等同於「欲拒還迎」。此種立法模式保護的是對性侵害犯罪的想像與偏見，以社會大眾對性秩序的維護或對女性貞（節）操的追求作為目的解釋，難以彰顯人性尊嚴、個人隱私與身體完整性獨特的價值內涵¹³⁵。

此外，然若要求性主體間於性互動過程中應建立相對應的「強制與抵抗」的規則模式，進而要求被害人在行為人施用（強制）行為遂行性互動時，應給予特定的回應（抵抗），否則被害人即是自行放棄抵抗。在評價上，不僅壓縮了個人自主的決定空間、弱化被害人在性互動的主體地位，變相課與其抵抗的義

¹³³ 惟有學者則認為社會運動得作為社會對話、既有體制反動的契機，但從整體評價上可能會對舊有的性價值觀再次反動，進而陷入推動個人自主與性別平等的困境。參見廖宜寧，前揭註 85，頁 693 之註 202。惟有疑問的是若從我國性犯罪的修法歷程觀察，保護法益的修正不正是對舊有的性風俗、性道德法益的反撲或批判？故刑罰的界線也不宜停留在過往的對性本身的想像或偏見。若僅是擔心新的規範內容可能會引起舊有性價值觀的反彈，而排除刑罰的介入，本文認為這才是對個人的自主與性別平權二者議題最大的不利。

¹³⁴ 採取「違反意願模式」論者對積極同意模式最大的批判在於僵化人際互動的相處模式，剝奪了個人在性互動相互試探的權利。不可否認的是若刑事法保護的利益範圍不斷地擴張，對個人自由所享有的最大空間也會不斷地壓縮。然而，本文正是認為積極同意模式更能適切地保護個人意思形成與意思活動的自由，不保護那些遊走在法秩序邊際上的行為自由（亦即半推半就、模稜兩可的空間）。詳言之，在利益衡量下，個人性意識的形成與決定宜受到刑事法全面的保障，雖然不可避免地限縮過往性互動的規則，但個人自我實現慾望的決定形式上有更優越的利益保護必要，以作為「全新」他人應遵循的具體承認誠命，貫徹法主體間個人意志相互承認的關係（即法益的交互主體性）。關於法主體性之論述，參見周滢沂，前揭註 129，頁 981-1053。

¹³⁵ 李佳玟，前揭註 1，頁 68-69。

務，同時也加深了傳統性風俗、性道德法益的殘影，全然悖離現代社會中人際互動的樣貌¹³⁶。若我國刑事法繼續沿用強制模式作為性侵害的歸責基礎，將忽略被害人在社會上的弱勢結構地位，同時僵化了人際互動模式所遵循的行為決定。因此，本文以為應改變過往強制性交罪雙行為犯的制裁基準，以「去強制化」作為取徑的方向¹³⁷。同時，基於對性積極自由的保護，採納「積極同意」模式的論罪基礎¹³⁸，以全面保護個人的性自主，同時消除被害人的心理、社會評價的創傷，以及弭平性資源分配的弱勢結構地位。

伍、未得同意性交罪之提出

確立「積極同意」模式為我國性刑法修正的方向後，本文將探討應如何修改舊有的規範並劃定同意的範圍，重新建構性犯罪的基本類型與加重類型，以保護個人的性自主權，同時將未得同意罪與一般強制罪脫離，破除舊有性犯罪的錯誤「迷思」，消除男女間歷史性不對等的權力，採取性主體的自主意願，以重視性別不平等權力關係的脈絡與情境。

一、增訂「未得同意性交罪」¹³⁹

(一) 同意的形式

「積極同意模式」之目的在於處罰行為人未取得他人同意所為的性行為，故應制定「未得同意罪」作為性犯罪的基本構成要件，將所有「未經詢問取得同意所為之性行為」納入刑罰的範圍¹⁴⁰。

¹³⁶ 廖宜寧，前揭註 85，頁 690-691。

¹³⁷ 相同見解參見廖宜寧，前揭註 85，頁 690-691。

¹³⁸ 或有認為基於刑法的謙抑性，採取積極同意模式將過度侵害個人的行動自由，扼殺人類情慾試探的空間。惟本文則認為性暴力的本質是一種性別歧視，在情境誤判下，採取違反意願模式恐只保護男性情慾試探的空間。故本文為消除男女間歷史性不對等的權力，應採取性主體的自主意願為保護對象，以重視性別不平等權力關係的脈絡與情境。相同見解參見李佳玟，前揭註 1，頁 73-76。

¹³⁹ 至於猥褻的部分所要討論的內容眾多，例如未得同意猥褻罪與性騷擾防治法第 25 條突襲觸摸罪的區分為何，「猥褻」定義之適用範圍等問題。本文囿於篇幅而不處理「猥褻」的部分，但初步的想法是若將「猥褻」定義成「性交以外之性接觸行為」，同樣屬於性活動的同意範圍。此時，突襲觸摸罪應予以刪除，以未得同意猥褻罪處理即可。

¹⁴⁰ 本處限於行為人先以詢問為之，但相對人仍得以明示、默示同意（行為試探）或包裹式同意加以回應。此處若允許行為人先以行為試探而取得相對人的默示同意，則會將積極同意模式轉變成違反意願模式。亦即，積極同意模式預設了絕對的性自主權，非如違反意願模式允許行為

本文參考美國威斯康辛州與加拿大 R. v. Park 案所提出同意之內涵，所謂「同意」係指在客觀外觀上存在「言語或肢體」等形式¹⁴¹。亦即，同意必須彰顯出對方有欲進行性行為的可能，若當事人僅單純沈默、順從對方等情形，沒有透過言語或明顯的動作展露之，行為人即未取得對方出於自由意志的同意，該當「未得同意」之客觀構成要件。詳言之，本罪的不法內涵在於行為人未經他人同意而為性行為，侵害了被害人的性積極自由。

至於當被害人沈默或是默認時，並不代表行為人已取得其同意。詳言之，若將沈默視為同意，將無法適切保護行為人在性互動過程中思考、做出反應的能力，剝奪個人能清楚表達意願的機會。且沈默本身可能牽涉到諸多因素，例如困惑、驚訝、害怕、迷失或酒醉等，同意無法被當作只要欠缺明確的反對即可，而是需要清楚明確的表示¹⁴²。

惟如何判斷單純的沈默與同意本身，加拿大法院曾在 R. v. Ewanchuk¹⁴³ 與 R. v. J.A.¹⁴⁴案中，採取被害人表達同意的主觀上認知，須判斷行為人行為時被害人的主觀內在心態，當對方內心沒有表示同意，即構成性暴行罪的犯罪心態¹⁴⁵。本文則認為單純以被害人主觀認知作為取得同意與否來認定「同意」的表現形式顯有困難，容易導致雙方對於同意認知的不同，進而過度擴張刑罰的範圍。因此，本人認為宜從客觀表示行為判斷當事人是否已將想要從事性互動的意思表示彰顯出來，即從客觀事實判斷法益侵害的狀態，避免因被害人主觀狀態的不可臆測性，使得行為人承擔錯誤猜測的風險¹⁴⁶。

（二）同意的存在時點

至於同意存在的時點，本人認為基於個人對性事務領域享有一定程度的自主決定權，只要當事人出於自由意志所為的同意，事前同意仍屬於同意的一種方式。但當事人於性行為當下撤回同意時，行為人需再次取得其同意，否則將

人先行試探，僅在違反被害人意願時而加以處罰時，故本文認為「詢問」是此立法模式之核心要素。

¹⁴¹ 李佳玟，前揭註 1，頁 84；謝沂庭，前揭註 63，頁 96。

¹⁴² 謝沂庭，前揭註 63，頁 97-98。

¹⁴³ R. v. Ewanchuk, 1 SCR 330(1999).

¹⁴⁴ R. v. J.A., 2 SCR 440, (2011).

¹⁴⁵ 謝沂庭，前揭註 63，頁 98。

¹⁴⁶ 謝沂庭，前揭註 63，頁 98-99。

侵害被害人的性自主。

或有認為性互動的過程不是單一的舉止，而是多階段且具連續性的，同時摻雜著人的情緒、自發性情境等多重因素。若要求行為人取得對方同意，毋寧課予行為人保持理性、持續檢視對方是否同意的行為指導規則，無法在現實生活具體落實¹⁴⁷。不可否認的是，性互動的過程本身具有形式的不固定性，但是否必須在性接觸的每一秒皆需要持續確認對方的意願，對此，本文認為重點在於是否已經取得對方「**關鍵性的特定同意**」，且不以口頭表示為限、主動參與亦可¹⁴⁸。

此外，事前同意的範圍不宜過大，不可一概適用事前同意而架空被害人在性互動時的同意，在性的過程中，若當事人的言語、行為表示有反覆、模糊兩可的空間時，宜檢視行為當下時的同意¹⁴⁹。

（三）同意的範圍

何種情形因被害人的同意有瑕疵（錯誤、受詐欺、強制）而導致無效，此時將涉及同意本身在犯罪構成要件的定位。本文則認為「未得同意性交罪」之同意係客觀構成要件，而非阻卻違法事由的承諾。

再者，必須劃定同意的範圍，以釐清保護法益的範圍，且此部分也同時影響行為人故意的認知內容。在 R. v. Hutchinson 一案¹⁵⁰，雙方同意在帶有保險套的前提下進行性行為，行為人卻秘密在保險套戳洞使其射精。上訴法院認為被害人對不安全性行為此事沒有同意，認為安全參與性活動屬於同意的必要部分 (essential feature)，被告即構成性暴行罪。

最高法院指出在判斷性同意的範圍時，先確立被害人是否「性活動」的「同意」。接著，若取得其同意，或有合理懷疑欠缺同意時，再判斷是否有同意無效之情況。例如：受到脅迫、詐欺、濫用權勢或地位等情狀¹⁵¹。針對性活動的範圍，法院認為當事人必須對行為時「**特定的身體性行為**(basic physical act)」(例如：接吻、撫摸、口交、性交或使用性玩具等)、「**行為的性本質**

¹⁴⁷ 蔡聖偉，前揭註 9，頁 74-75；郭文傑，前揭註 130，頁 37。

¹⁴⁸ 參考自謝沂庭，前揭註 63，頁 101。

¹⁴⁹ 謝沂庭，前揭註 63，頁 101-102。

¹⁵⁰ R. v. Hutchinson, 1 SCR 346 (2014).

¹⁵¹ 謝沂庭，前揭註 63，頁 120。

(sexual nature)」(即排除醫療檢查),與「對方的特定身分」,皆有所認知。若將「性活動」的同意擴張解釋成:對所有性活動的條件與品質,以及由此而生的風險與結果等潛在的附帶條件有所認知,不符合同意的文義範圍。本件,被害人已同意與被告進行性活動,但對於破壞保險套一事,法院認為使用保險套並不是「性活動」同意的範圍。針對行為人使用詐術騙取同意之事,法院認為只要行為人「不揭露重要事實」,使被害人「因不誠實導致重大的身體傷害」時,即屬於詐欺。因告訴人使用毀損的保險套使被害人承擔懷孕的風險,足以構成詐欺而使同意無效,成立性暴行罪¹⁵²。

本文認為「性活動」的同意範圍,如加拿大最高法院所見,不包括性活動所有的條件與品質,否則有過度限縮個人自由活動領域之虞、無法具象化「同意」的界線。且同意本身取決於相對人的客觀言語或行為表達,而非主觀的心理狀態,只要當事人對特定性本質的行為方式、接觸部位有所認知,即已取得有效的同意¹⁵³。至於同意是否無效的情形,則可藉「法益關聯性理論」進行判斷。如【醫師內診案】,在被害人對性交一事無認知錯誤,僅是對法益侵害的對價、目的受到欺瞞時,因行為人的性交行為逾越同意範圍而無效¹⁵⁴。

二、未得同意性交罪的加重、例外類型

(一) 加重類型

未得同意性交罪之提出後,刑法第 221 條 1 項強制性交罪應如何解釋?強制性交罪係行為人使用「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等手段,即便行為人有

¹⁵² 謝沂庭,前揭註 63,頁 120-123。

¹⁵³ 謝沂庭,前揭註 63,頁 124。

¹⁵⁴ 李佳玟教授指出「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。」故在秘密拔套案中,因行為人騙取被害人同意而侵害性自主使其承受身體的重大傷害,將「戴保險套」一是納入同意的範圍內。參見李佳玟,前揭註 1,頁 94-95。對此,本文認為因詐欺而使其婦女懷孕一事,非性積極自由法益所建構的同意核心範圍,否則在其他可能使婦女懷孕之其他類型中,皆落入性自主的保護,將刑罰的範圍不斷外延而壓縮個人的活動自由領域。此外,日本法甫修正後,針對秘密拔套行為可認為係行為人利用被害人「無暇形成、表明或堅持不同意之意思」為性交之行為,成立不同意性交罪。但由於此種處罰方向因界限不明確,難以認定同意的有效性,仍需進一步討論。參見深町晉也著,黃士軒譯,關於日本的性犯罪修正——以不同意性交、猥褻罪為中心,月旦法學雜誌,第 349 期,2024 年 6 月,頁 165-166。

取得被害人的同意，仍因侵害被害人性自主的程度較高而有加重處罰的必要性。同時，應刪除「其他違反意願之方法」，以避免疊床架屋。

關於第 222 條 1 項加重強制性交罪要件中，「對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者」(第 3 款)已可藉第 225 條乘機性交罪規範之，無再加重的正當性，應予以刪除。至於其他加重要件，如「對未滿十四歲之男女犯之者」(第 2 款)、「以藥劑犯之者」(第 4 款)、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」(第 6 款)與「侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者」(第 7 款)之要件是否會加劇侵害被害人的性自主權而有可罰的基礎，本文則採取保留見解。

(二) 例外類型

由於現行法已針對被害人「不能或不知抗拒」的狀態，如被害人因「酒醉、精神或心智缺陷之情形」而無法表示同意時，成立乘機性交罪。固然「未得同意性交罪」增訂後，在被害人無能力同意或無法理解當時狀況而作出同意時，可藉由未得同意性交罪處理。惟本文認為第 225 條乘機性交罪的不法內涵在於被害人無法表達意願時，基於立法政策的考量，立法者「擬制」被害人在性互動的過程中是不願為性行為¹⁵⁵，行為人利用此狀態而加以侵害被害人的性自主，惡性較大予以加重。但應將「不能或不知抗拒而為性交」要件修正為「不能同意而為性交」，成為例外類型¹⁵⁶。

接著，第 227 條與未成年人性交罪，雖然多數學說、實務咸認保護法益係保障幼童健全的自我成長而非性自主權，但本文仍認為不應將性自主權保護排除於思考/論述之外，應有限度地承認未成年人仍享有性的形成自由。即便肯定未成年人的性自主空間，仍可透過年齡劃分以判定個人性的自主決定能力。亦即，如幼童或未滿 14 歲的未成年人，不太可能理解性的意義，欠缺做出性自主決定的能力，此時行為人與之性交雖無性自主權的侵害，但已實質妨害未成年人的身心健全發展，仍有本罪的適用；惟在 14 歲以上，16 歲以下之人，只要個人已萌發關於性的意識，刑法就該肯定其具有一定程度的性自主，以個人明

¹⁵⁵ 學者指出「為了對性的自主權有圓滿的保護，在行為客體無法被確實知道時，立法政策將擅自與其發生性行為的狀態擬制為性自主權的違背」參見李聖傑，前揭註 6，頁 19。

¹⁵⁶ 李佳玟，前揭註 1，頁 85-87。

確、清楚的自主意願表示，取代國家家長式的保護¹⁵⁷。故未得同意性交罪增訂後，因法律已推定 14 歲以下之人沒有做出性同意的能力，縱使有同意仍無效之，此時本罪保障的是未成年人的身心健全發展。但若行為人已取得未成年人明確、無瑕疵且已充分理解意願時，因未成年人對性的瞭解、認知以資成熟，此時應優先保障未成年人的性自主權，則未成年人心身健全發展之保護須有所退讓。因此，倘若有相關的證據證明未成年人對性自主已萌發性的意識，此時，應認為基於未成年人性自主所為的性行為，無侵害未成年人的性自主，仍不成立本罪¹⁵⁸。

至於在行為人利用權勢關係或優勢地位而取得其同意，因被害人沒有出於真誠的意志所為同意，因欠缺有效的同意，仍有未得同意性交罪的適用。但考量本罪係行為人利用權勢地位、機會而取得被害人的同意，因雙方存在某種實力支配和依存性的不對等關係，第 228 條利用權勢性交罪的重點毋寧在於是否有「濫用特殊的優勢地位」而取得其同意，仍具有獨特的不法內涵，屬於例外類型的一種，以保護被害人深陷不平等的結構壓迫所為性行為¹⁵⁹。

最後，刑法第 229 條詐術性交罪，因行為人施用詐術而使發生人別錯誤時，依照 R. v. Hutchinson 一案見解，此種錯誤屬於性自主法益的「同意」範圍內（即特定身分），已構成未得同意性交罪，故本條應予以刪除。

¹⁵⁷ 本文以為若將本罪的保護法益僅定性為「未成年人的身心健全發展」，基於立法政策的考量，以年齡劃分，洵屬有據。但不等於「保護身心健全發展」能凌駕於「未成年人的性自主」。且若立法者所假設的行為本身不具有典型危險性（欠缺行為非價）時，或是難以證明過早的性接觸對未成年人發展有阻礙時，令行為人負責，恐有違罪責原則。詳言之，立法者所假設的抽象危險是否絕對沒有推翻之可能？有學者從行為人的主觀不法觀之，認為故意是對實害的認知，若是基於具體經驗上的認知來論斷行為人的犯罪故意，邏輯上不具有必然性的推理過程。因此，以行為認知論斷實害認知的危險故意，並非不具有被特定經驗推翻的可能，如此才能保留推翻危險故意的事實上可能性，以避免形成危險故意與一般故意論理上的矛盾。參見黃榮堅，前揭註 119，頁 448-449。

¹⁵⁸ 在本文的理解下，第 227 條與未成年人性交罪之保護法益雖可定性為「保護未成年人心身健全發展」，但在解釋本條的保護範圍時，仍需一併思考未成年人的性自主，即採取「多重法益」保護。縱使行為人有侵害未成年人心身健全發展的利益，但未成年人有真摯的承諾時，此時並未侵害未成年人的性自主權，仍不該當客觀構成要件，不成立本罪。

¹⁵⁹ 李佳玟，前揭註 1，頁 87。

三、修正後的妨害性自主罪章

本文提出刑法修正部分條文如下：

現行條文	修正條文	修法理由
第 221 條【強制性交罪】 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。	第 221 條【未得同意性交罪之基本、加重類型】 未得他人性同意而為性交者，處六個月以上，三年以下有期徒刑。 對於他人以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術而為性交者，處三年以上七年以下有期徒刑。 第二項、第三項之未遂犯罰之。	【修正理由】 一、為強化被害人性自主權之保障，明定第一項未經他人性同意而為性交之行為，並以「積極同意模式」作為本罪章的規範核心。 二、所謂未得他人性同意，係指「未經詢問而取得他人同意」。此處之「詢問」限於行為人以「明示」為之，但相對人仍得以明示、默示或包裹式同意加以回應。若允許行為人以默示行為加以試探，則與積極同意規範模式意旨不符。 三、原強制性交罪則以係行為人實施強制手段，縱使取得被害人性同意，仍屬侵害被害人性自主的加重類型。同時，刪除「其他違反意願之方法」，避免與未得同意性交罪之處罰範圍重疊。 四、原條文第二項移列至

		第三項。 五、參考日本、德國性刑法之設計，將本罪法定刑下限設定為「六個月以上」，同時維持原強制性交罪法定刑之下限，作為未得同意性交罪的法定刑之上限。至於其餘罪名則針對行為人不同的手段實施而賦予相對應的法定刑，以維持罪刑相當原則。故原強制性交罪之法定刑宜將加重強制性交罪之法定刑下限調整成上限，即更正為「七年以下」。
第 222 條【加重強制性交罪】 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	第 222 條【未得同意性交罪之加重類型】 犯前條第二項之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑： 一、二人以上共同犯之者。 二、對未滿十四歲之男女犯之者。 三、對被害人施以凌虐者。 四、以藥劑犯之者。 五、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工	【修正理由】 一、原條文第 222 條 1 項加重強制性交罪要件中，「對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者」已可藉原條文第 225 條規範之，無再加重的正當性，予以刪除。 二、原條文第一項各款調整之。

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。 前項之未遂犯罰之。	具之機會犯之者。 六、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。 七、攜帶兇器犯之者。 前項之未遂犯罰之。	
第 225 條【乘機性交罪】 對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。	第 225 條【乘機性交罪】 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，而不能同意為性交者，處三年以上七年以下有期徒刑。	【修正理由】 一、原條文第 225 條乘機性交罪之不法內涵在於被害人無法表達意願時，基於立法政策的考量，「擬制」被害人在性互動的過程中是不願為性行為，行為人利用此狀態而加以侵害被害人的性自主，惡性較大予以加重。 二、將「不能或不知抗拒而為性交」要件修正為「不能同意而為性交」，乃未得同意性交罪之例外類型。 三、本罪係立法者擬制被害人性同意的欠缺，具有獨立的不法內涵，與行為人施加強制力而為性交之惡性相當，故修正本罪之

		法定刑調降為「七年以下」，即與「強制性交罪」法定刑相同。同時，不致逾越加重強制性交罪之法定刑下限。
第 227 條【與未成人性交罪】 對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。(1 項) 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。(3 項)	第 227 條【與未成人性交罪】 對於未滿十四歲之人為性交者，處三年以上七年以下¹⁶⁰有期徒刑。(1 項) 對於十四歲以上未滿十六歲之人為性交者，處七年以下有期徒刑。(3 項)	【修正理由】 本罪係保護未成人之身心健全發展，但考量未成人人性自主權的保護，調降本罪之法定刑為「七年以下」，即與強制性交罪之法定刑相同。
第 228 條【利用權勢性交罪】 對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、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。	第 228 條【利用權勢性交罪】 對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、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。	
第 229 條【詐術性交罪】	(本條刪除)	【刪除理由】 原條文第 229 條詐術性交

¹⁶⁰ 至於本罪之法定刑，基於同等理由，修正為「七年以下」有期徒刑。

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。		罪，係處罰行為人施用詐術而使之發生人別錯誤之情形。參考加拿大 R. v. Hutchinson 一案，由於此種錯誤屬於「性同意」的範圍，即特定身分，可透過未得同意性交罪處罰，故予以刪除。
	第 10 條 9 項【同意範圍】 性同意，係性交時，以言語或行為表達的自主意願。	【修正理由】 一、為明確規範性同意之定義，爰增訂第九項規定，說明如下： （一）參考美國威斯康辛州與加拿大 R. v. Park 案，本處所稱「同意」係指客觀外觀上存在「言語或行為表達」之形式。 （二）至於同意的範圍，參考加拿大 R. v. Hutchinson 一案最高法院見解，必須先確定被害人「性活動」的同意。針對性活動的範圍，當事人必須對行為時「特定的身體性行為(basic physical act)」、「行為的性本質(sexual nature)」，與「對方的特定身分」，皆有所認知。

		(三) 接著，取得同意後，則需進一步判斷是否有同意無效之情況。此時可藉由「法益關聯性理論」進行判斷，若被害人對於是否性交一事並無錯誤認知，僅就法益侵害之動機有所誤認，此處同意並無瑕疵仍屬有效。 二、第一項至第八項未修正。
--	--	--

陸、結論

回顧我國妨害性自主罪章可以發現第 225 條乘機性交罪、第 228 條利用權勢性交罪、第 229 條詐術性交罪，皆是行為人未施用強制力而違反被害人的意願、侵害被害人的性自主。至於第 227 條與未成年人性交罪，多數學說及實務則認為係保護未成年人的身心自我健全發展。至於第 221 條強制性交罪中「其他違反意願之方法」之解釋，本文認為不論是**從刑度觀察**，抑或是透過**體系解釋**，皆認為概括條款必須具備一定的強制性質，且在**文義解釋**之下，本罪係處罰行為人「以……**其他違反意願之方法**」而為性交行為，以行為人施用壓制被害人性自主之強制手段（方法）而違反其意願與之性交，**具有雙重不法非難**，故採取「**低度強制手段說**」。惟侵害他人性自主的行為態樣眾多，若要堅守強制力的要求，無法周延保護性自主法益。尚若要將性自主的保護範圍擴張，只有走向修法一途。

在比較法的視野下，可以發現性犯罪的立法模式進展早期皆強調強制力的使用與被害人意願的違背或要求積極抵抗。不僅深陷於性侵害本質的錯誤迷思，同時也不利於被害人在刑事犯罪的地位。因此，有提出著重強制情境的不對等權力關係「修正的強制模式」，或是轉而重視被害人意願的「違反意願模式」(only no means no) 在被害人拒絕行為人性邀約時，成立犯罪；以及「積極

同意模式」(only yes means yes) 則在沒有取得被害人的積極同意時，即構成犯罪。對此，本文認為若要修改我國的性刑法，「積極同意模式」最能適切保護被害人的性自主。雖有擴大國家刑罰的權力範圍、限縮個人的活動自由等批評，但若看見性暴力本身是一種性別歧視¹⁶¹時，以及為提升女性的處境以及根除男女間歷史性的不對等關係，性主體的自主意願有更高的保護需求性。

最後，本文借鏡加拿大性刑法的規定提出「未得同意性交罪」，劃定同意的內涵，同時調整原本的犯罪規範體系，使本罪的增設能與其他罪名相容解釋。正如同 110 台上字 1781 號判決所述，性行為的基礎應建立在性主體的相互尊重、彼此同意之上，鼓勵以「溝通透明化」並「尊重對方」的方式，沒有所謂「沒有說不行，即代表願意」或「半推半就」的模糊空間。期許透過建構「積極同意模式」，宣示性自主法益的合法與不法界線，藉此改變過往對性犯罪的偏見、提升被害人（女性）的地位。

¹⁶¹ 聯合國消除對婦女歧視（CEDAW）委員會第十九號一般性意見：“The definition of **discrimination** includes **gender-based violence**, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that **inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty**. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence.”；中美洲防治、懲罰並消除施暴女性公約（Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, IACVAW）：“Violence against women constitutes a violation of their human rights and fundamental freedoms, and impairs or nullifies the observance, enjoyment and exercise of such rights and freedoms... violence against women is an offense against human dignity and a manifestation of the **historically unequal power relations between women and men.**”

參考資料

一、中文文獻

(一) 書籍

甘添貴，刑法各論（下），台北三民，修訂第 5 版，2022 年。

吳宗奇，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，元照，2023 年 1 月。

林山田，刑法各罪論（上），台北自刊，第 5 版，2005 年。

林書楷，刑法總則，五南，第 6 版，2022 年 9 月。

許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，新學林，第 4 版，2022 年。

黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，第 4 版，2012 年 3 月。

黃士軒，強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法-以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，收錄於：刑事法學的浪潮與濤聲：刑法學-甘添貴教授八秩祝壽論文集，2021 年 4 月。

蔡聖偉，刑法判解評析，新學林，2019 年 9 月。

盧映潔，刑法分則新論，新學林，第 19 版，2023 年。

(二) 期刊

王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為核心，國立臺灣大學法學論叢，第 42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 381-432。

王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，2010 年 1 月，頁 26-27。

李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，第 10 期，2003 年 6 月，頁 1-40。

李聖傑，保護法益，月旦法學教室，第 19 期，2004 年 5 月，頁 97-104。

李聖傑，性行為與性的行為，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月，頁 90-97。

李聖傑，妨害性自主：第三講 類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 99-106。

李茂生，論刑法修正草案有關性交的定義，台灣本土法學雜誌，第 46 期，2003 年 5 月，頁 144-154。

李茂生，2014 年刑事法發展回顧：刑法謙抑性的再檢視，國立台灣大學法學論

叢，第 44 卷，2015 年 11 月，頁 1507-1533。

李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，臺北大學法學論叢，第 103 期，2017 年 9 月，頁 53-118。

周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷 第 3 期，2012 年 9 月，頁 981-1053。

法思齊，論性侵害犯罪之本質與修正，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年，頁 96-112。

徐偉群，回歸「強制」概念 - 利用權勢猥褻性交罪的解釋與立法批判，台灣法律人，第 20 期，2023 年 2 月，頁 1-29。

高金桂，強制性交罪的強制力行使：高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 251-262。

陳昭如，差異的難題：以性侵害和習俗傳統為例論性別人權公約的涉入實踐，「人權公約與我國憲法解釋研討會」，司法院大法官主辦，2015 年，頁 72-75。

陳昭如，基進女性主義的強暴論，思想，第 23 期，2013 年 5 月，頁 207-233。

許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999 年 6 月，頁 115-122。

許玉秀，重新學習性自主：勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2011 年 12 月，頁 302-323。

許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，頁 47-69 頁。

許恒達，評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況，月旦法學雜誌，第 321 期，2022 年 2 月，頁 134-146。

深町晉也著，黃士軒譯，日本性刑法的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，第 303 期，2020 年 8 月，頁 247-258。

深町晉也著，黃士軒譯，關於日本的性犯罪修正——以不同意性交、猥褻罪為中心，月旦法學雜誌，第 349 期，2024 年 6 月，頁 160-168。

黃榮堅，2010 年刑事法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷 特刊，2011 年 10 月，頁 1795-1841。

廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺

灣大學法學論叢，第 49 卷 2 期，2020 年 6 月，頁 635-710。

蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範-現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 5-23。

蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 41-99。

蔡聖偉，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，第 276 期，2018 年 4 月，頁 5-21。

蔡聖偉，未獲同意=違反意願?-評最高法院 110 年度台上字第 1781 號刑事判決，台灣法律人，第 5 期，2021 年 11 月，頁 138-145。

蔡聖偉，實務法學：刑法類，月旦裁判時報，第 117 期，2022 年，頁 96-108。

蔡聖偉，濫用權勢關係性交猥褻罪之適用，台灣法律人，第 25 期，2023 年 7 月，頁 33-51 頁。

薛智仁，相續共同正犯概念之商榷，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，頁 100-122。

薛智仁，簡介 2016 年德國性刑法之修正，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 67-80。

謝煜偉，論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢 - 誰的青春肉體不可褻瀆？，月旦法學雜誌，第 186 期，2010 年 10 月，頁 38-59。

謝煜偉，淺談日本性刑法及近期修法動向，月旦刑事法評論，第 3 期，2016 年 12 月，頁 34-53。

盧映潔，「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，第 186 期，2010 年 10 月，頁 164-173。

(三) 學位論文

余翔愛，妨害性自主罪與積極同意模式之探討，國立政治大學法律系整合研究所碩士論文，2020 年

安真慧，從女性主義的觀點看妨害性自主-再論違背意願，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2018 年 12 月。

郭文傑，論性強制罪概括條款之應用，國立臺北大學法律學系碩士論文，2021

年 7 月。

盧言珮，論妨害性自主罪章中之「他人意願」-以強制性交罪為主，東吳大學法律學院法律學系碩士論文，2010 年 1 月。

謝沂庭，以未得同意為核心的妨害性自主罪章修訂，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2020 年 1 月。

(四) 其他資料

林琬珊，重新省思性自主權之保護與性犯罪之歸責基礎與規範結構，科技部補助專題研究計畫報告，2021 年。

黃榮堅，刑法上性自主概念之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2004 年。

二、外文文獻

(一) 日文

高橋則夫，2023 年性犯罪規定改正による追補，「刑法各論」，2024 年，第 4 版。

嘉門優，性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—，立命館法学，第 387・388 号，2019 年，頁 52-72。

第 5 回犯罪被害実態（暗数）調査のうち「性的な被害」に係る調査結果（概要），性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ，法務省，2021 年 3 月。

平成 30 年度法務研究「性犯罪被害者の心理に関する心理学的・精神医学的知見と捜査・公判におけるその活用について」（概要），性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ，法務省，2021 年 3 月。

性犯罪に関する刑事法検討会取りまとめ報告書，性犯罪に関する刑事法検討会，法務省，2022 年 5 月。

性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ，法務省，2022 年 3 月。

(二) 英文

Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgment (1998).

R. v. M. (M.L.), 2 SCR 3(1994).

R. v. Park, 2 SCR 836 (1995).

R. v. Ewanchuk, 1 S.C.R. 330 (1997).

R. v. Ewanchuk, 1 SCR 330 (1999).

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

R. v. J.A., 2 SCR 440, (2011).

R. v. Hutchinson, 1 SCR 346, (2014).