

# 讓「說要才算同意」

## 成為校園性侵害的 新判定標準

成功大學法律系教授 / 李佳玟

## 從輔心事件談起

2016年5月的時候，一名輔仁大學心理系的男學生在臉書上發表8000多字的文章，控訴該校社科院院長夏林清在處理其女友（同樣也是輔大心理系的學生）遭到該系某位男學生性侵的事件時，企圖大事化小，輔導過程使用的語言和態度造成被害者的二次傷害。此一指控隨即在網路發酵，引起各方的論戰與媒體報導，後續調查陸續揭露輔大心理系對此事的處理存在違反輔導倫理與《性別平等教育法》等各種問題。由於輔大心理系以夏林清為首提倡受害者培力理論，有意取代主流對於性侵害事件的處理方式，輔大心理系性侵害事件因此也引發校園該如何處理性侵害事件的爭論。

## 美國大學校園性侵害防制政策的改革

在太平洋另一端，美國近年來也掀起大學校園性侵害處理方式的爭議。校園性侵害的問題固然因為某些爭議事件受到矚目，譬如一名哥倫比亞大學女學生Emma Sulkowicz為了抗議哥倫比亞校方包庇性侵害她的男學生，從2014年開始帶著床墊在校園行走，2015年她甚至帶著床墊參與畢業典禮<sup>1</sup>。2010年與2014年先後發生大學兄弟會的男學生公開在校園喊出「說不就是要！」（No Means Yes!）、「說要就可肛交！」（Yes Means Anal!）口號的事件<sup>2</sup>，2015年

甚至有兄弟會男學生在派對上呼喊「強暴！強暴！強暴！」（"Rape, rape, rape!" "Let's rape some sluts!"<sup>3</sup>）。論者認為上述性侵害案件與口號只是冰山一角，反映了美國大學校園內普遍存在的強暴文化<sup>4</sup>，研究顯示每四名美國女大學生裡就有一名曾經遭遇性侵害或是性侵未遂就是最好的佐證<sup>5</sup>。

1. 經過此一行動抗議，Sulkowicz 相當程度地成為美國大學校園性侵害倖存者運動之代表人物，她在2015年時甚至受到參議員 Kirsten Gillibrand 的邀請參與2015年國務院演說。

2. 2010年10月的某個夜晚，耶魯大學 Delta Kappa Epsilon 兄弟會的學生跑到女性新生宿舍附近，高喊著「說不就是要！」（No Means Yes!）、「說要就可肛交！」（Yes Means Anal!）的口號。該事件因為16名耶魯學生與校友聯名檢舉，聯邦教育部人權辦公室（the Office of Civil Rights）介入調查。為避免耶魯大學被人權辦公室裁定無能抑制校園內的敵意環境，剝奪耶魯女學生平等接受教育的權利，違反高等教育法案（Higher Education Act）在1972年的第九章修正案（Title IX of the Educational Amendments of 1972），因此被聯邦政府撤銷經費上的補助，耶魯主動將該兄弟會分會停權五年。然而，這樣的處罰並沒有阻止類似的事件再度發生。2014德州理工大學（Texas Tech University）Phi Delta Theta 兄弟會的學生在一場派對中展示上面寫著「說不就是要！」、「說要就可肛交！」標語的布條，甚至將照片上傳推特，旁邊還放了一張女性私處的照片。引發軒然大波之後，Phi Delta Theta 兄弟會國際總部主動解散該校分會。

3. 2015年，中佛州大學（University of Central Florida）Sigma Nu 兄弟會在某個派對上叫喊著「強暴！強暴！強暴！」（"Rape, rape, rape!"）「讓我們強暴一些婊子吧！」（"Let's rape some sluts!"），當天影片流傳出來，校方調查之後將該兄弟會停權。

4. 所謂「說不就是要」，呼應不少男性對於女人的看法：女人說不一定是，說不之外還得奮力抵抗才是真的不想要。如果女人只說了不，其實只是欲拒還迎，惺惺作態而已，因此女人「說不就是要」。一旦女性同意性交，代表這個女性也連帶同意其他方式的性交行為。因此一旦女人同意性交之後，除了一般常見的性交方式之外，連帶連肛交、器物等其他方式的性交也可以進行，這是為什麼女人「說要就可肛交」。至於「讓我們強暴一些婊子吧」，其實呼應了「只有好女人才會被強暴」的邏輯。這個邏輯一方面讓所有控訴自己被強暴的女人被檢察法官與辯護律師進行嚴格的品行檢查，確認這個女人並不是一個人人可上的婊子，確認這個女人並不是濫交之後，又後悔提告誣陷男人。另一方面，一旦確認了這個女人是婊子，婊子既然人盡可夫，就沒有被強暴的問題。上述口號的思維邏輯，其實呼應著女性主義者一直批評的強暴文化。

5. 2016年的時候，美國聯邦統計局（the Bureau of Justice Statistics）發表一份校園統計，針對兩萬三千名學生進行調查，發現女性大學生自入學受性侵害的比例為21%，男性大學生則為7%。

為了解決美國大學校園頗為普遍與嚴重的性侵害問題，美國聯邦與地方政府、國會與美國大學行政部門紛紛提出相關的策略<sup>6</sup>，其中受到相當多討論/爭論的，是性侵害在何等情況下成立。在美國歐巴馬總統所成立之白宮性侵害工作小組（The White House Task Force on Sexual Assault）的建議下，至今已經有1400所公私立大學在性侵害案件的處理上採用「積極同意」的標準來判定性侵害是否成立。意即，在「合法之性行為都必須基於參與者的同意」的前提下，所有參與性行為的人必須是在意識清醒的情況下，於性交前，以言語或行動表示其有意願參與性行為，而這個同意必須在性行為進行過程中持續存在，倘若參與者改變其心意，可以隨時喊停結束。採取積極同意模式（說要才算同意（only yes means yes））與先前被推廣之「說不就是不」（no means no）模式最大的差別在於，參與者對性交行為沈默或不加抵抗都不算是同意。性交如果不是在參與者在性交之前已先清楚表達自願參與的情況下進行，就會構成性侵害。

6. 例如：美國聯邦教育部之人權辦公室善用高等教育法案（Higher Education Act）第九條（Title IX）之任何人不應於教育場域中遭受歧視的規定，調查各大學是否沒有善盡處理性侵害案件之責任，因為事涉聯邦補助，給了大學改善性侵害或性騷擾案件的處理程序的極大壓力。另一個影響美國大學在性侵害案上的處理是美國國會於1990年制定的《犯罪意識與校園安全法案》（the Crime Awareness and Campus Security Act，簡稱 the Clery Act），這個法案要求大學必須揭露與校園有關的犯罪資訊。美國國會於1992年與1998年修正該法案之規定，強化大學對於性侵害被害者的保障。在教育部的監督下，倘若大學並未履行該法案所要求的通報與保護義務，每次將會面臨三萬五千美元的罰款，聯邦補助也會被中止。於2013年時，美國總統歐巴馬簽署一個針對婦女暴力問題的法案，這個法案不僅要求大學教育性侵害被害人其權利、可用的資源與所必須經歷的程序，更必須盡力提升所有的教職員工生

預防性侵害的意識，包括告知：（1）該大學禁止任何性侵害行為；（2）該州性侵害的定義；（3）該州關於性侵害之同意的定義；（4）個別旁觀者可採取何種安全與正面的方式，預防並介入可能具有性侵害風險的情境；（5）辨認施虐行為的徵兆，並避免潛在的攻擊；以及（6）對於教職員工生進行持續的預防與意識提升的教育。歐巴馬總統在2014年發起《It's On Us》的倡議活動，鼓勵每個學生認識到非同意的性乃是性侵害，有能力與勇氣介入那些並沒有得到同意的性交情況，並要大學創造一個非同意性交乃是不能被接受，而受害者會受到支持協助的環境。

事實上，這個積極同意模式並不是近幾年才被發明或提出。1991年時，美國俄亥俄州的安蒂奧克學院（Antioch College）就在其性侵害防制政策中採取此一標準，加拿大則在1992年將此一模式放入適用於校園內外的國家刑法。至今除了加拿大之外，官方刑事法律中採取積極同意模式的還有英國、美國華盛頓州、威斯康辛州與紐約州。美國聯邦政府雖然沒有成功地以法律要求全美各州公私立大學採取此一標準，但加州與紐約州已經分別在2014年與2015年修改相關教育法規，要求該州所有公私立大學採取「積極同意」做為性侵害犯罪之同意的認定標準。美國其他的州雖還沒有同樣的立法，但州議會都有類似的修法提案，譬如亞利桑納州、康乃狄克州、夏威夷州、愛荷華州、堪薩斯州、馬里蘭州、明尼蘇達州、密蘇里州、紐澤西州、北卡羅來納州與西維吉尼亞州。「積極同意運動」（affirmative consent movement）正在全美大學校園如火如荼地展開。

### 積極同意模式的爭議

本文支持這個相當程度「橫掃」美國大學校園，甚至逐漸為各個國家於刑法裡採用的積極同意模式，作為判斷性侵害案件是否成立

的標準。只是這個模式雖然在受到廣泛的支持，攻擊這個模式的人卻一直沒有少過。當年美國安蒂奧克學院採取此一模式時，美國著名的脫口秀節目《週末夜現場》（Saturday Night Live!）批評安蒂奧克學院將一般正常的約會親密行為變成約會強暴，還用機器人講話的方式模擬/譏笑該校學生約會的方式。雖然至今積極同意模式已成為主流，一樣面臨不少攻擊。

對於積極同意模式的批評大致分為兩種：

（1）此一模式對於性的認識脫離現實，（2）採取此一模式將會侵害被告的正當法律程序的權利。批評者認為，性行為往往包括一連串的活動：擁抱、親吻、愛撫、最後性交，性交不可能只有一次性的動作，中間也可能變換姿勢。在這一連串的活動中，不可能要求參與者進行某一項動作時，都停下來詢問對方的同意，姑且不問性行為在熱烈進行時，誰還有心停下來問，以及真的問了，恐怕會破壞氣氛，「被害人」也不會想要，要求詢問得到同意因此並不符合現實。批評者認為，此一模式將會讓百分之九十五的性交成為性侵害。要是有一方事後反悔，本來好好的性行為，就會變成性侵害，尤其當兩個都一樣喝醉時。批評者認為一旦採取這個程序，讓被指控的被告證明當時已獲得同意，勢必侵害被告正當法律程序的權利。

針對上述批評，本文首先想要問的是，所謂的「一般正常的性行為模式」，是否給予每個人的性自主權足夠的尊重？在不先確認對方意願的情況下就逕自進行各種與性有關的親密舉動，是否冒著對方其實並不同意，因此其性

自主權事實上已經在試探中被侵害的風險？此外，所謂「破壞氣氛」的說法，到底是從誰的觀點來判斷？鑑於現實上發起性行為的通常是男性，而男性經常對自己過度自信，自認他所約會的對象必然會在「被撲倒」或「壁咚」之後，會臣服在他的魅力之下而癱軟無力，無視於對方可能根本不願意，甚至是受到過度驚嚇而無法抵抗。為了避免性行為的參與者存在認知的差距，最好的方式就是要求人在性交之前詢問、確認對方的意願，畢竟氣氛的維護沒有比性自主權的保護重要。事實上，一旦詢問成為習慣，詢問對方意願就像愛滋病流行年代為對方戴保險套一樣，會有各式各樣羅曼蒂克的方式來進行～開口問不一定會扼殺浪漫！！

本文想要澄清的是，積極同意模式沒有要求參與性交的當事人只能以言語表達意願，如果受性邀約的人以具體行動積極回應對方，譬如主動回吻、愛撫，甚至幫助對方脫衣服，從法律的角度來說都可以當作是同意。採取積極同意模式的人所排斥的，其實是性侵害案件中常見的「推斷同意」，一種由被害者的衣著（「她穿得這麼辣」）、先前行為（「她跟我喝酒了」、「她答應來我家」，甚至「她來我家之前就知道回家就是要上床」），或是被害者的個人情況（「她之前跟我上過床了」、「她是我女朋友」）就推斷受害者這一次必然同意與行為人進行性交。必須釐清的是，即便發起性邀約的是女性，也不代表女性可以不顧對方意願地進行。不是某件事情女性也會做，就代表這樣做沒有問題。

至於採取積極同意模式是不是每次親吻或每隔幾分鐘都得停下來確認對方是否同意？本文認為，當人同意做某種親密接觸時，解釋上可認為他（她）對同一類型的重複性接觸做包裹式同意，譬如：當雙方同意親吻，代表著願意持續親吻，除非有一方喊停。或者被害人同意與對方進行陰道性交，行為人原則上就不用在那次性行為中對每次陰道抽插的性交動作詢問同意，除非被害人中途叫停，這時候行為人就必須再度獲得同意。但是，如果行為人想要改用其他方式進行性交（譬如：使用按摩器或是口交），仍有詢問的必要。原因是，被害人同意某種性接觸，不代表他（她）同意其它形式的性接觸；被害人同意某種方式的性交，不代表他（她）同意其他方式的性交。事實上，對於反對者指稱積極同意說不切實際的說法，本文懷疑，反對者心中對於性行為的想像非常單一，腦中只想著兩個已經同意的主體，熱情如火地從擁抱親吻脫衣開始，進行各種性的接觸互動，無暇開口詢問對方意願，只管動作，儼然只要性行為開始了，接下來什麼都可以做。反對者顯然沒有考慮到其他可能性，很有可能其中一方完全不想進行，所有的推拒都被忽視，或是只想親親摟摟抱抱，不想有下一步的可能性。行為人不問清楚很容易誤判情境，高估對方的意願，誤認對方同意的範圍。簡單地說，性的互動方式不只是一種。有的真的是

兩方都熱情如火，有的只是以為對方跟自己一樣熱情如火，是哪一種，問了才知道。

至於批評者所說的，現實生活中的確有人不介意對方先主動先親先摸先抱先上，有自信如果不願意拒絕就好，並不介意先被試探。此外，現實生活中的確有人願意接受自己性伴侶的驚喜，當局在性侵害犯罪上採取積極模式是過於介入私人生活，保護了沒有期待被保護的人，甚至給了這些人當關係變差時後悔提告的機會。本文同意，現實上的確存在反對者所講的情況，有人願意被試探，有人願意接受伴侶給的意外驚喜。只是，並不是所有人都願意被試探，甚至有能力在不願意的時候拒絕，研究顯示，有些性侵害被害人在面臨性侵犯行為時，被嚇傻而無法反應，倘若要拒絕才能成立性侵害，這些人就沒有辦法被保護。至於伴侶間的驚喜，鑑於進入伴侶關係不代表其放棄性自主的保護、有伴侶關係不代表兩人關係良好，即便兩人關係良好，不代表被害人在行為人想要的時候就得奉陪。最尊重人性自主權的方式還是開口詢問對方的意願，等待對方有正面回應才進行。否則，行為人在被害人意思不明的情況下卻依然進行性交，行為人在行為那一刻對於被害人性自主權採取賭賭看/試試看的態度。至於那些不介意的人，可以透過不舉報的方式處理。如果有人擔心事後關係變糟而被人反悔提告，最好的預防錯失就是自始就開口詢問。

至於採取積極同意模式是否會將舉證責任倒置，動搖無罪推定原則，以至於侵害被告正當法律程序的權利。本文想要先指出，早有許多研究發現性侵害案件的程序要求高一般案件，譬如要求被害人必須及時通報提告，或是要求被害人必須證明自己言行舉止無瑕，不會讓人誤會等，這些多出來的要求其實對於被害人相當不公平。這個模式的人只是想要去除這些對於被害人並不合理的程序負擔，就舉證責任還是依照一般的案件，由控方負責，並不會因為採取積極同意模式，就將「得到被害人同意」的舉證責任移轉至被告身上。

爭議比較大的或許是美國教育部的人權辦公室建議校園在處理此類案件時採取優勢證據標準（preponderance of the evidence standard）（只要發生性侵害的可能性高於50%，就可成立），而不是採取清楚與可信的證據標準（a clear and convincing evidence standard）（約指發生性侵害的可能性必須到70%以上，但證據的門檻仍低於超越合理懷疑），理由是從高等教育法第九條學校應確保每個人不會遭受歧視的觀點來看，採取清楚與可信的證據標準將會對被害人造成程序的不公平。有鑒於學校當局的調查權遠不如刑事司法機關，教育處分的嚴厲性也低於刑事處罰，一個低於刑事程序的證據標準應是合理的。只是這個比較低的證據標準是要優勢證據標準（preponderance of the evidence

standard）或是清楚與可信的證據標準（a clear and convincing evidence standard）有討論餘地。本文認為，性侵害案件之舉證，困難點並不是在成立的證據標準，困難的地方在於做決定的人是否能夠排除強暴迷思的影響，如果現實上難以排除強暴迷思的影響，採取優勢證據標準，或許才能合理地給予被害人公平。

### 結論

本文雖然從2016年在臺灣社會吵得沸沸揚揚的輔大心理系性侵事件談起，但主要的目的在於介紹美國近年來針對大學校園性侵害所採取的積極同意模式。針對這個臺灣社會並不熟悉的判斷模式，本文除了介紹此一模式的內容之外，著重於回應此一模式可能遭遇的批評，希望能夠減少未來引進此一模式的阻力。

本文「推銷」積極同意模式，並不是因為臺灣應該亦步亦趨地跟隨美國，而是認為積極同意模式除了最能夠保障每個人的性自主權之外，更能鼓勵每個人正面地表達自己的性需求，讓個別主體不只是會說不，還有說要的能力。這個模式讓人在尊重他人性主權的前提下，表達自己的性自主權。臺灣社會需要透過這個模式重新建構性文化，重新想像一種尊重對方意願的性互動方式。