

## 刑事法判解

## 二人以上共犯強制性交之加重事由

## 最高法院103年度台上字第2070判決

## 【實務選擇題】

甲、乙二人見A女姿色頗豐，一時色心四起，乃由乙抓住被害人A女之雙腳，由甲將酒瓶及手指塞入A女下體。問：依最新實務見解，甲、乙二人之刑事責任如何？

- (A) 甲、乙二人構成強制性交罪。
- (B) 甲、乙二人構成加重強制性交罪。
- (C) 甲、乙二人構成強制猥褻罪。
- (D) 甲、乙二人構成加重強制猥褻罪。

答案：B

## 【裁判要旨】

## 【103台上2070決】

刑法第222條第1項第1款二人以上共同犯強制性交罪，固不以相關參與之行為人皆實行性交或事前有所謀議為必要，然在場之人主觀上仍須基於強制性交之意思聯絡，客觀上並應有共同實行或參與分擔實行強制性交行為，始足相當。

## 【裁判分析】

針對刑法第222條第1項第1款「二人以上共同犯強制性交罪」之加重事由，多數實務見解將「二人以上共同犯之」與刑法共同正犯之規定相結合，因而認為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，自有一部行為全部責任法理之適用。而少數實務見解則認為，「二人以上共同犯強制性交罪」性質上與強制性交行為共同正犯有別。

以上開理論為基礎，對於「客觀上二人是否以共同為強制行為必要？」意即，一人犯強制性交行為，而一人在外把風或者壓住被害人雙腳的情況，是否基於共同正犯一部行為全部責任之法理，該未為強制性交行為之人，仍應論以本款「二人以上共同犯之」之加重強制性交事由？分述如下：

## 一、「二人以上共同犯強制性交罪」與共同正犯

### (一)多數實務見解：本質上屬共同正犯

多數實務見解認為，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。亦有學者認為，本款加重事由性質上屬於普通強制性交共同正犯的特別規定，應依照第28條共同正犯相關規定、原理、原則加以處理<sup>1</sup>。

#### 【103台抗627裁】

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。

#### 【因為很重要所以說三次】

既然此說認為「二人以上共同犯強制性交」之加重事由，本質上為普通強制性交共同正犯的特別規定，因此讀者仍必須回歸共同正犯相關規定討論。例如，刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。

另外，特別提醒讀者，如果該二人其中有一人為「無責任能力」時，依實務見解將無責任能力人從共同正犯人數排除的見解觀之，當二人中有一人為無責任能力人，仍不該當本款之加重事由。

對此，有學者持相反見解：「有責任能力人利用無責任能力人之加入實施強制性交行為，既已使強制性交之犯行較易實現，該無責任能力人自應算入二人以上之行為人數，除該無責任能力人因欠缺責任能力而不成立犯罪外，其餘之行為人，倘合於本款之要件，仍應予以加重處罰為是<sup>2</sup>。」

#### 【76台上7210例】

刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在

<sup>1</sup> 陳子平，《刑法各論（上）》，元照，2013年，頁218。

<sup>2</sup> 甘添貴，《刑法各論（下）》，三民，2013年，頁244-245。

場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。司法院大法官會議釋字第109號解釋「以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分之人實施犯罪之行為者，均為共同正犯」之意旨，雖明示將「同謀共同正犯」與「實施共同正犯」併包括於刑法總則第28條之「正犯」之中，但此與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致。

#### 【28上3242例】

共同正犯之要件，不僅以有共同行為為已足，尚須有共同犯意之聯絡。刑法對於無責任能力者之行為，既定為不罰，則其加功於他人之犯罪行為，亦應以其欠缺意思要件，認為無犯意之聯絡，而不算入於共同正犯之數。

#### (二) 少數實務見解：本質非屬共同正犯

刑法第222條第1項第1款加重強制性交罪之「二人以上共同犯之」之規定，從規範目的來看，應以二人均實行強制性交犯行之核心即性交行為，為其不法內涵，而與非必然形成不法內涵的升高之強制性交行為的共同正犯有間。

#### 二、二人以上共同實行者是否皆須為性交行為？

##### (一) 否定說：

首先必須解釋的是，實務見解對於正犯與共犯的區分採取「主客觀擇一說」，因此只要行為人主觀上有共同強制性交的意思，或客觀上有共同實行強制性交的行為，即可構成本款共同強制性交的加重事由。亦有學者認為，共同實施強制性交之行為，不以共同實施強制性交行為為必要，縱實施強制性交以外之行為，例如：在場把風，亦得成立本款之加重事由<sup>3</sup>。

因此，在甲為強制性交，乙抓住被害人雙腳或在場把風俾利甲為強制性交，雖然乙未為性交行為，然其客觀上有共同實行或參與分擔實行強制性交行為，因此甲、乙二人屬於加重強制性交罪的共同正犯，皆該當本款加重強制性交事由。

#### 【99台上1997決】

刑法第222二條第1項第1款所稱之二人以上共同犯前條之罪者，係指在場共同實行或在場參與分擔實行強制性交犯罪之人，有二人以上而言。上訴人係由王○蘋、沈○君抓住A女雙腳，而由上訴人將高粱酒瓶插入A女生殖器內，王○蘋、沈○君自係參與強制性交犯行之施強暴之行為，原判

<sup>3</sup> 甘添貴，《刑法各論（上）》，三民，2013年，頁244。

決論上訴人以刑法第222條第1項第1款之罪責，於法並無不合<sup>4</sup>。

(二) 肯定說：

有實務見解認為，加重強制性交罪之「二人以上共同犯之」之規定，從規範目的來看，與非必然形成不法內涵的升高之強制性交行為的共同正犯有間，因此不適用共同正犯法理闡述，必須是二人以上皆實行強制性交犯行核心的性交行為，方該當本款之加重事由。

亦有學者認為：「加重強制性交罪的規定，惡化了行為人的法律地位，應該嚴格的解釋。此外，如果不嚴格解釋，加重強制性交罪的未遂就幾乎沒有適用餘地，將會形同具文。所以，參與強制性交的數人都必須有性交的舉動，才能論以加重強制性交罪<sup>5</sup>。」

例如，於甲男強制性交乙女時，B女在外把風，因有一人未為強制性交行為，不計入本款人數計算，因此甲男僅能力刑法第221條普通強制性交罪，而B女亦僅成立普通強制性交罪之共同正犯（刑法第28條）。

【102台上922決】

刑法第222條第1項第1款加重強制性交罪之「二人以上共同犯之」之規定，從規範目的來看，應以二人均實行強制性交犯行之核心即性交行為，為其不法內涵，而與非必然形成不法內涵的升高之強制性交行為的共同正犯有間。是縱甲○○確有為強制性交之犯行，因B女所為並不該當於強制性交之要件，甲○○亦不該當二人以上共犯之要件，原判決適用法律容有違誤。

三、考題分析

依新近實務見解，二人以上共同犯強制性交罪，固不以相關參與之行為人皆實行性交或事前有所謀議為必要，然在場之人主觀上仍須基於強制性交之意思聯絡，客觀上並應有共同實行或參與分擔實行強制性交行為。因此，雖客觀上僅有甲為刑法第10條第5項之性交行為，惟在場之乙主觀上係基於強制性交意思，強押A女雙腳，與甲強制性交行為已有行為分擔及犯意聯絡。準此，甲、乙二人構成加重強制性交罪，選項(B)正確。

【關鍵字】

加重強制性交、二人以上共同犯之、共同正犯。

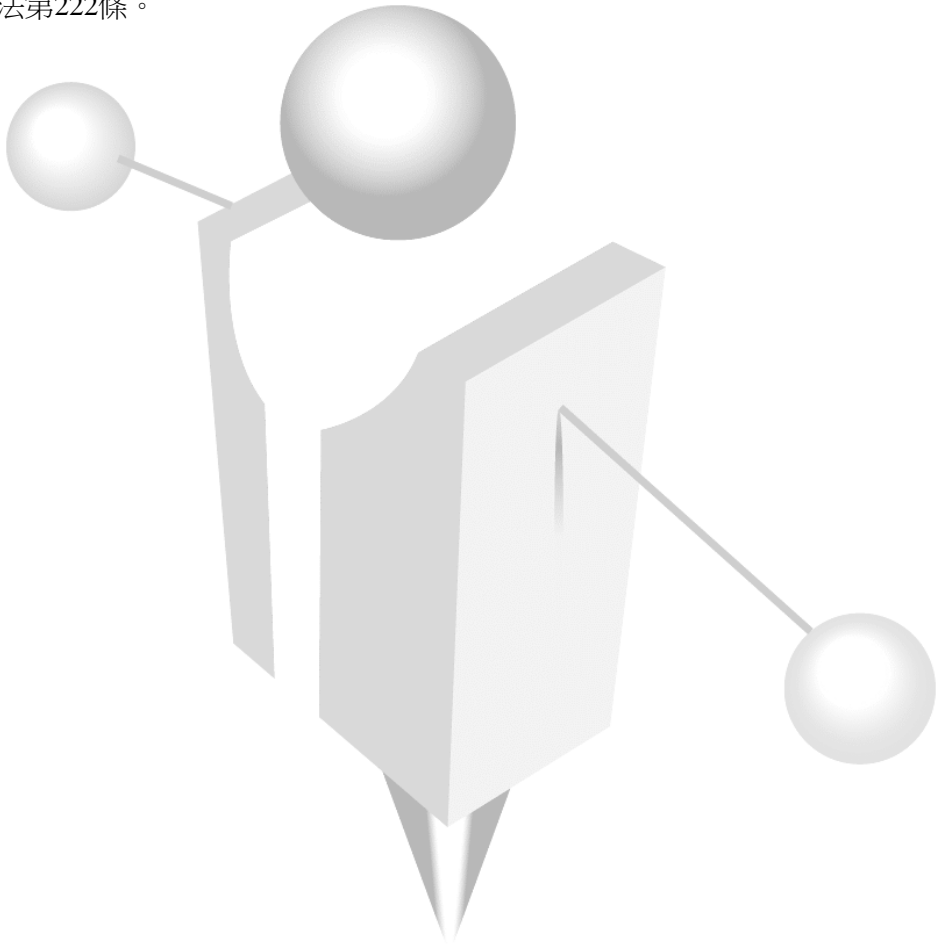
【高點法律專班】  
版權所有，重製必究！

<sup>4</sup> 相關評釋可見：李聖傑，〈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，2010年6月，頁1-54。

<sup>5</sup> 林東茂，〈刑法綜覽〉，一品，2012年，頁2-75。

【相關法條】

刑法第222條。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！