

刑事法判解

刑法221條之適用

最高法院104年度台上字第1380號判決

【實務選擇題】

甲男與乙女為夫妻關係，甲男實為同性戀者，因此結婚以來並未履行同居義務，拒絕與乙女發生性行為，某日乙女不再忍耐，以強制手段為甲進行口交行為，試問依我國刑法之規定，乙之行為成立何罪？

- (A) 不經甲提出告訴，乙成立強制性交罪。
- (B) 需經甲之提告，乙甫成立強制性交罪。
- (C) 甲提出告訴，乙成立強制猥褻罪。
- (D) 無論甲是否提告，乙不成立犯罪。

答案：A

【裁判要旨】

刑法第二百二十一條第一項所稱其他違反其意願之方法，並不以類似同條項所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，祇要行為人主觀上具備侵害被害人性自主之行使、維護，以足使被害人性自主決定意願受妨害之任何手段，均屬之。

【學說速覽】

強制性交罪的要件

一、其他違反其意願之方法是否需與條文前開「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」具有相當性？

九十七年第五次刑事庭決議針對強制猥褻的「違反意願之方法」，採取乙說，不以具有相當性為必要。依照體系解釋，本案中強制性交的「違反其意願的方法」亦應採取相同的解釋。然而該種解釋忽略了「強制」概念的要求，會導致違反意願的行為概念審查虛無化。從罪刑相當的思考上，一個不具有「強制性」的侵害性自主的行為，實在難認有必要課以三年以上、十年以下的重罪。在本案中，林義芳所為的並非是一個具有與強迫、脅迫等具有相當性的違

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

反意願的行為，難認符合本罪之構成要件行為。對於行為手段的「品質」要求，會影響客觀構成要件的成立，在審查上務必慎重。

二、違反其意願的思考：是否有意願的概念？

過去修法時把「意願」這個標準引入刑法，將強姦罪（貞操權）改成強制性交罪（性自主權），保護法益所謂的性自主，即是指保護「與他人進行性行為的自由意願」。然而該項修法卻忽略了兒童為被害人時會產生適用的問題，因為在強制性交的行為客體下，並不區分成年人與兒童（舊法對於兒童為客體，「視為」強姦，並沒有今日適用上的問題）。

而「違反其意願的方法」是法律明文規定的要件，與六歲女童懂不懂該行為的意思本身並不相同。若幼童根本就不知道性交的意義，那連「意願」都不存在了。所謂意願係指「與他人進行性行為的自由意願」，若連性交的意義為何都不知道，何來意願可言？更遑論表達意願。該要件的審查必須落實，事實不明也會有罪疑唯輕的適用。在「意願」概念的層次，務必多加說明，尤其是強制性交罪的修法過程及產生的問題，在論述上才不會有見樹不見林的問題。

【考題解析】

1. 乙女為甲男之口交行為，該當刑法第10條第5項之性交行為。甲雖為乙女之夫，但其不願與乙發生性行為，係乙女以強制手段為甲男口交，該當刑法第221條第1項之強制性交罪。
2. 至於刑法第229條之「須告訴乃論」，僅為刑事訴訟之要件，欠缺合法的告訴，會構成訴訟障礙，但不影響強制性交罪之犯罪事實。

【相關法條】

刑法第221條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！