

強制性交罪的強制力行使 —高雄地方法院 99 年度訴字第 422 號判決評析



編目：刑法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：強制性交罪的強制力行使
—高雄地方法院 99 年度訴字第 422 號判決評析
- 二、作者：高金桂老師
- 三、出處：月旦法學雜誌第 189 期，頁 251-262

<目次>

- 壹、事實摘要與法院見解
- 貳、法律爭點與分析
- 參、強制性交罪之強制行為
 - 一、強暴脅迫之意涵
 - 二、強暴脅迫對被害人之強制程度
 - 三、其他違反其意願方法
 - 四、本案甲之行為已屬強制力(強暴)之行使
 - 五、甲對乙之性交違背被害人之意思
- 肆、被害人是否須有抗拒行為
 - 一、被害人是否有抗拒行為與強制性交罪之成立無關
 - 二、本案之被害人已無抗拒能力
- 伍、本罪強制力之程度應明文規定
- 陸、強制性交罪與乘機性交罪之關係
 - 一、乘機性交罪構成要件之意涵
 - 二、乘機性交罪為強制性交罪之補充條款
 - 三、本罪至少應得成立乘機性交罪
- 柒、結論
- 捌、延伸閱讀

<摘要>

強制性交罪之強暴行為，係基於非正當目的之一種對人之肢體力量的不當行使，且因立法上對幼年人之特別保護，若體能強大之成年人對於體能相對弱勢之青年人，加以環抱並性侵，即屬強暴之強制力行使，且已達被害人不能或難以抗拒之程度，應論以加重強制性交罪。至於被害人是否有抗拒之事實，與本罪成立與否無必然之關係。

關鍵詞：強制性交罪、強暴脅迫、強制力之行使、乘機性交罪



壹、事實摘要與法院見解

甲於某圖書館樓梯處，見年僅 6 歲之乙女獨自玩耍，乃基於對乙實施性交之犯意，將乙抱坐於其大腿上，左手環抱，右手伸入其褲內以手指插入乙之陰道，性交 1 次得逞。業經檢察官以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪起訴，一、二審均認為案發時乙女並無反抗或哭叫情事，甲並未實施強暴、脅迫或其他違反乙意願之方法而為性交，因而變更起訴法條，依刑法第 227 條第 1 項對幼年人性交罪作成有罪判決。

上開判決引發社會軒然大波，最高法院乃作出 **99 年第 7 次刑庭會議決議**：倘乙係 7 歲以上未滿 14 歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲之男女為性交罪。如甲對 7 歲以上未滿 14 歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿 7 歲者，甲均應論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重違反意願性交罪。

貳、法律爭點與分析

法院於此決議中提出 3 項重要主張：

- 一、未滿 14 歲之男女由於無民法上之行為能力，或刑法上之意思能力，應就個案審查以判定其行為(同意)是否有效，始符實際。
- 二、未滿 7 歲者，民法上既無行為能力，則將之概括地視為欠缺與行為人合意性交之意思能力。
- 三、未滿 7 歲者，因其無從表達不同意之意思，行為人已妨害乙「性自主決定」之意思自由，應論以刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪。

本文認為前述主張值得斟酌之處如下：

- 一、被害人之同意能力既應採個案判斷之原則，則應如同具體危險犯，依個案之身心發展成熟度，其同意犧牲之法益的重要性，及其是否理解法益放棄的意義及結果，作綜合判斷，否則於適用特殊個案時，可能造成偏誤而對被害人保障不周。
- 二、但法院見解復以被害人是否滿七歲為有無同意能力之絕對標準，與個案判斷原則似有矛盾。
- 三、被害人有無同意能力涉及主觀的身心發展程度、認識能力及生活經驗，而「以違反其意願之方法」實施強制性交，屬客觀構成要件行為，由被害人之主觀來推論行為之構成要件該當性，似有疑義。

參、強制性交罪之強制行為

一、強制行為之意涵

依晚近實務見解，所謂強暴，係指以有形之暴力行為強加諸被害人之身體，以抑制其行動自由而言；所謂脅迫，係指以言詞或舉動威嚇要脅，以逼迫被害人就範而任其擺佈之謂(註 1)。

二、強暴脅迫對被害人之強制程度

強制性交罪於修法前，其強暴脅迫行為須對被害人達到不能抗拒之程度，始足當之。然修法時認為此要件過於嚴苛，使本罪難以成立，故修法將之排除，導致構成要件陷入不明確之情況，造成實務適用之困擾。

三、其他違反其意願方法

由於修法後之強制性交罪已無強制力程度之要件，因而「其他違反其意願方法」在解釋及適用上亦界線不明，本文認為，應經由目的性限縮解釋，將其限於與強暴及脅迫具有相同之心理強制作用或剝奪身體行動自由效果之行為。此外，「其他違反其意願方法」於文義上亦可能被理解為「性交之方法違反被害人意願」，則構成要件之不明確性更加強烈。因此，應參酌原強制性交罪及強盜罪之規定，將其他違反其意願方法修正為「或他法」或「或其他非法之方法」。



四、本案甲之行爲已屬強制力(強暴)之行使

判決認爲本案甲對乙並未實施強暴、脅迫或其他違反乙意願之方法，不成立強制性交罪。然本文認爲基於行爲目的與手段關連性之權衡，甲以手臂環抱被害人之行爲，意在對乙爲性交，其目的既有重大不正當性，則手段已經具備重大之規範違反性，當屬強暴無疑。

另本判決未將甲之行爲認定爲強暴之強制力行使，而係屬於其他違反其意願之方法，似有捨近求遠之疑慮。蓋法條中若有列舉及概括之構成要件行爲，則應優先適用列舉之要件。

五、甲對乙之性交違背被害人之意思

按前述最高法院決議之邏輯，倘被害人爲 7 歲以上未滿 14 歲者，因其已表達不同意性交之意，行爲人不得不實行違反其意願之方法行爲，須負第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪責；倘被害人未滿 7 歲者，因其無從表達不同意之意思，竟令行爲人僅需負刑法第 227 條第 1 項之對於未滿 14 歲男女爲性交罪責，顯然失衡。

本文認爲可參酌「推定同意」或「推定承諾」之方式，依經驗法則爲依據，推定未滿 7 歲之幼年人或具有代行同意權之法定代理人，如其知悉行爲人之意圖時，必會強烈拒絕之，基於此種「推定的不同意」，足認甲對乙所實施之性交顯然違背其同意，而爲「違背其意願之性交」，論以加重強制性交罪。

肆、被害人是否須有抗拒行爲

一、被害人是否有抗拒行爲與強制性交罪之成立無關

實務上於適用強制性交罪時，常詳查被害人於被侵害前或侵害中有無抗拒行爲，無疑造成被害人之不當負擔，甚至造成譴責被害人之結果，間接縱容行爲人。

二、本案之被害人已無抗拒能力

強制性交罪之強暴或脅迫行爲，是否已達被害人不能抗拒之程度，應參酌下列事項就個案作綜合判斷：

(一)行爲人之性別、年齡、體能、強暴或脅迫之程度、使用之工具或兇器等。

(二)被害人之性別、年齡、體能、身體之健康狀態等。

(三)其他客觀之事實情狀，如場所、時間、災害或意外事故、行爲人對被害人之支配或監督關係、被害人於生計上對行爲人之依賴關係等。

本案乙爲稚齡兒童，體能上顯然欠缺抵抗能力，甲對其實施之強制力(以手臂環抱)顯然已達不能抗拒或顯難抗拒之程度。

伍、本罪強制力之程度應明文規定

本罪於修法後已排除強制力行使之要件，致構成要件不明確已如前述，本文認爲應採用修法草案之「致使難以抗拒」，或兩者兼容「致使不能抗拒或難以抗拒」將之修正。於修法前，宜參酌大法官釋字第 630 號解釋意旨，將強制力「致使難以抗拒」之要件適用於實務，與目的性限縮解釋同其效果。

陸、強制性交罪與乘機性交罪之關係

一、乘機性交罪構成要件之意涵

實務認爲強制性交罪(刑法第 221 條)與乘機性交罪(刑法第 225 條)之主要區別標準在於行爲人是否施用強制力，亦即被害人不能抗拒之原因係如何造成。如不能抗拒之原因非出於行爲人所爲且無共犯關係，例如：被害人自己行爲或無共犯關係之第三人行爲所致、被害人面臨不可抗力原因等，則應論以乘機性交或乘機猥褻罪(註 2)。

此外，強制性交罪乃複行爲犯，構成要件同時包含強制行爲及性交，且因同時侵害「身體行動



自由權」及「性自主決定權」雙重法益，亦為雙結果犯。而乘機性交罪只是一種趁人之危、利用偶然機會的性交，且侵害法益只有性自主決定權，故為單行為犯及單結果犯。其犯罪之能量與不法內涵均較輕微，法定刑卻與強制性交罪一樣，明顯違背罪刑均衡原則。

二、乘機性交罪為強制性交罪之補充條款

當強制性交罪之客觀構成要件證明困難時(註 3)，重罪之故意難以成立，只能用乘機性交罪論處，因而強制性交罪是基本條款，乘機性交罪則為補充條款。

三、本罪至少應得成立乘機性交罪

本案甲對乙之行為，即便認難成立加重強制性交罪，至少也可以因為乙年幼無知、體力不足，處於不能或不知抗拒之狀態，甲對其性交至少應論以乘機性交罪。

柒、結論

甲基於非法侵害之目的，以手臂環抱乙，基於甲與乙間體能之重大落差，致其無法掙脫或至少難以掙脫，當然係具有強制力之強暴行為，成立加重強制性交罪。

捌、延伸閱讀

- 一、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 99 年第 7 次刑事庭決議〉，《月旦裁判時報》，第 8 期，頁 65-69。
- 二、盧映潔(2010)，〈「意不意願」很重要嗎？—評高雄地方法院 99 年訴字第 422 號判決暨最高法院 99 年第 7 次刑庭決議〉，《月旦法學雜誌》，第 186 期，頁 164-173。
- 三、黃惠婷(2010)，〈證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件—簡評 99 年度台上字第 4894 號判決與 99 年刑事庭第 7 次會議決議〉，《台灣法學雜誌》，第 161 期，頁 194-204。

【注釋】

註 1：最高法院 92 年度台上字第 6138 號判決。

註 2：最高法院 71 年度台上字第 1562 號判決。

註 3：例如：被害人之所以處於不能或不知抗拒狀態，無法證明係由行為人所致、雖係由第三人之行為造成，但無法證明該第三人與行為人有共同正犯關係、強制性交罪之主觀構成要件判斷困難等。

