

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^{*}

李 聖 傑^{**}

要 目

壹、前 言	(二)判決要旨
貳、實務立場	(三)判決簡評
一、實務判決的呈現方法	參、「二人以上共同犯之」的刑法解釋
(一)簡化與整體分析並列	一、解釋必要性與解釋邏輯
(二)共同正犯的不同應用	二、文義解釋
二、共同正犯的特別規定	(一)對於強制性交罪的「最廣義的參與」
(一)案例事實【神棍欺女】	(二)強制性交罪之廣義參與
(二)判決要旨	(三)強制性交之共同正犯「在場」限縮
(三)判決簡評	
三、共同正犯的限縮應用	
(一)案例事實【隨機劫色】	

^{*} 本文初稿曾發表於2009年11月6日第四屆學術與實務之對話，共同犯罪之法律評析——最高法院97/98年度相關裁判評釋學術研討會，感謝最高法院協助相關判決之檢視，以及會議中之先進與二位匿名審查委員之斧正建議。

^{**} 政治大學法學院助理教授，德國雷根斯堡大學法學博士。

投稿日期：九十九年一月二十六日；接受刊登日期：九十九年三月三十日

責任校對：許俊鴻

(四)二人以上犯強制性交罪之最狹 義限縮	(二)區隔強制性交罪之共同正犯
三、歷史解釋	二、加重要件的審視
四、體系解釋	(一)加重處罰的原因分析
(一)二人以上犯強制性交罪為加重 犯罪類型	(二)二人以上強制性交罪的加重類 型歸屬
(二)二人以上強制性交為獨立犯罪 類型	三、性價值的特殊性
五、目的解釋	(一)從固有輪姦罪思考性價值特殊 性
肆、本文意見	(二)從性價值特殊性跳脫多數參與 之輪姦罪的約束
一、必要共同正犯	(三)「在場」的意涵
(一)複行為人之必要共同正犯罪質	伍、結 論

摘 要

刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」的行為樣態，不論是在實務應用或學說的釋義，都還存在著相當的爭議。相對於學說對於規範適用的不同闡釋主張，就相關實務判決的分析呈現上，最高法院顯然傾向以行為人是否有「二人以上共同參與」的文義認定，作為規範適用的主要判斷標準。從罪質加以觀察，刑法第二二二條第一項第一款之複行為人強制性交罪，為必要共同正犯之聚合犯。然而所謂必要共同正犯的罪質，不能只是來自於刑法的文義規定，更應該有其犯罪型態所必須具備的行為模式。

本文因此在整理近來最高法院的相關判決後，先以經過簡化的案例事實，介紹我國實務對於刑法第二二二條「二人以上共同犯之」的應用立場。其次再利用刑法各種解釋方法，探求該規範合理的應用空間。本文並且考量性自主法益的特殊價值，論述刑法第二二二條第一項第一款之行為類型的罪質，希望能因此釐清我國刑法第二二二條第一項第一款在實務應用的疑義。

關鍵詞：複行為人強制性交罪、共同強制性交、必要共同正犯、性價值、刑法解釋

壹、前言

我國刑法第二二二條在一九九九年妨害性自主罪章增訂前，所規範的犯罪類型為「二人以上犯前條第一項或第二項之罪¹，而共同輪姦」之行為，刑法學者在闡釋該條的適用內涵時，多將之稱為「輪姦罪」²。一九九九年四月二十一日刑法第十次修正時，立法者增訂第十六章——妨害性自主罪章，修法時將原來刑法第二二二條輪姦罪的舊有條文刪除，並依據行為人於實施強制性交時，不同的行為方式與行為情狀，增列「加重強制性交罪」於刑法第二二二條第一項，至於該條第二項，則明訂前項加重強制性交罪之未遂行為的處罰。其中涉及多數行為人參與強制性交的犯罪類型，立法者改以「二人以上共同犯之」的規範方式，規定於刑法第二二二條第一項第一款，成為加重強制性交罪的行為類型之一。

妨害性自主罪章之修法至今已經十年，然而關於刑法第二二二條所謂「二人以上共同犯之」的行為樣態，不論是在實務應用或學說的釋義，卻都還存有相當的爭議³。對於該規範條文的不同解釋的現象形成，主要問題來自於修法後所謂「二人以上共同犯之」的規範用語，究竟是否可以因此被認為是刑法第二二二條強制性交罪的一切共同正犯，甚至是共犯的特別規定。

¹ 1999年妨害性自主罪章增修前，所謂「前條第一項或第二項」的行為類型是指，一般的強制姦淫行為（強姦罪）與得到未滿十四歲之女子之同意，所進行的交合行為（準強姦罪）。

² 韓忠謨，刑法各論，頁259，1982年2月7版；呂有文，刑法各論，頁202，1986年4月修訂版。

³ 有學者於修法之初，已經指出新法的規定，將造成刑事司法的適用困擾，請參閱林山田，性與刑法，台灣本土法學雜誌，2期，頁49，1999年6月；林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，51期，頁31，1999年8月；林東茂，刑法綜覽，頁2-72，2007年修訂5版。

本文認為思考以「二人以上共同犯之」之行為方式，對於性自主法益進行侵害之具體案例的涵攝解釋時，除了考量具體條文文義可能的射程範疇，尤其不能忽略犯罪行為對於性自主之侵害樣態，所顯現的法益侵害的嚴重性（包括被害人的心理創傷），以及社會對於犯罪行為的特別非難性。為了清楚顯現實務與學說對於刑法第二二二條第一項第一款的適用爭議，並進一步探究該規範條文的正確應用，本文擬在整理近來最高法院的相關判決後，先以經過簡化的案例事實，介紹我國實務對於刑法第二二二條「二人以上共同犯之」的應用立場。其次再藉由刑法解釋的各種方法，表現規範涵攝的可能範疇，並且經由檢驗加重處罰的理由，分析不法加重與罪責加重的區隔。最後本文則是以犯罪行為的實行型態，以及複行為強制性交罪之保護法益的特殊性，思考刑法第二二二條第一項第一款之行為類型的罪質，並以之作為歸納各種刑法解釋方法的決定依據，希望能因此釐清我國刑法第二二二條第一項第一款在實務應用的疑義。

貳、實務立場

一、實務判決的呈現方法

(一)簡化與整體分析並列

針對刑法第二二二條的修法，我國最高法院對於強制性交的共同實行的闡釋，在修法前後的見解，有很大的變動⁴。為了完整呈

⁴ 修法前最高法院曾於81年度第2次刑事庭會議(三)中，決議「刑法第222條之輪姦罪，係必要的共同正犯之一種。必二人以上之男子，具有共同輪流姦淫之犯意聯絡，而共同輪流實施姦淫之行爲，始克當之。是輪姦罪之各行爲人相互間，既有犯意聯絡，而共同實施犯罪，自應援引刑法第28條之共犯規定。」同樣認

現我國實務在應用刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」的內涵解釋，本文分別以簡化案例事實並進行分析，以及判決鳥瞰兩種方式，介紹近些年來最高法院相關涉及刑法第二二二條複行為人強制性交罪的判決。首先本文利用二個經過簡化的案例事實，深入介紹最高法院在修法後，對於「二人以上共同」違犯強制性交罪的應用態度。選擇這兩個案例事實，主要是凸顯最高法院使用共同正犯的概念，在解釋行為分擔時，所可能包含的涵攝事實。其次，為了使讀者也能對於實務操作複行為人強制性交罪的事實涵攝，有鳥瞰性的認識，本文並以附錄的方法，將整理、分析之後，相關涉及數複行為人犯強制性交罪的最高法院判決，作為附件⁵。

在附錄的判決中，則先以各該判決涉及實體或程序問題，加以區隔。而在實體爭議的部分，除了呈現相關判決的重要事實以及法院的判決理由之外，並以重點摘要表達各該判決的規範涵攝態度。部分牽涉程序問題的判決，雖然有些事實或證據的引用，涉及下級法院的補充處理，但最高法院相關判決內容的陳述，事實上仍然可以幫助我們知悉，實務應用刑法第二二二條第一項第一款規定的態度。在相關涉及妨害性自主案件不公開的前提條件下，希望藉由這樣的方法，盡可能呈現修法之後，實務運用刑法第二二二條第一項第一款的立場。

為刑法第222條輪姦罪之構成要件，必須存在「二人以上共同輪流實施姦淫之行爲」，亦見80年度台上字第619號判決。

⁵ 感謝最高法院基於學術研究之需要，協助相關判決的資訊的處理。由於本文所處理之實務判決，涉及性侵害事件，大多為不公開資訊，一般讀者無法查閱，為了幫助讀者也理解實務應用刑法第222條的立場，本文將相關判決，經由分析、整理後，以附錄呈現於文章之後。

(二)共同正犯的不同應用

經過相關判決的分析整理後⁶，可以發現，我國判決實務基本上認為，現行刑法第二二二條第一項第一款之規定，是刑法第二二二條第一項強制性交罪之共同正犯的特別適用。只要案例事實中，各行為人對於實行強制性交的行為，具備有共同正犯之犯意聯絡與行為分擔的要件，即可經由共同正犯的概念，認為各行為人皆為犯罪共同體，而適用「二人以上」違犯強制性交罪之規定，成立刑法第二二二條第一項第一款加重強制性交罪。

至於強制性交罪共犯之參與，是否因為「二人以上」的文義規定，而使得強制性交罪沒有共犯類型的存在，也就是所有參與的行為人，都納入刑法第二二二條第一項第一款「二人以上」的規範文義之內，在現有最高法院的判決中，似乎沒有具體的表態。然而依照最高法院九十七年台上字第一三一號判決、九十六年台上字第八八五號判決以及九十四年台上字第六〇九三號判決加以觀察⁷，則至少可以認為，最高法院依然肯認複行為人強制性交罪也存在有共犯的型態；換句話說，實務並沒有因為該「二人以上」的文義規定，而模糊甚至拋棄涉及性自主侵害之正犯與共犯的性質區隔。

相對於一九九九年修法以前，實務對於當時被規範為「輪姦

⁶ 相關最高法院判決之整理，請參照本文附錄之判決分析。

⁷ 97年台上字第1311號判決：甲、乙基於幫助之犯意，在丙、丁、戊於停放路邊之汽車內對被害人強制性交時，在車後十公尺處把風，甲、乙被論以刑法第222條第1項第1款，二人以上強制性交罪之幫助犯；96年台上字第885號判決：甲基於幫助丙、丁、戊共同對被害人強制性交之犯意，將被害人之電話告知丙，並由丙將被害人約出，甲成立刑法第222條第1項第1款，二人以上強制性交罪之幫助犯；94年台上字第6093號判決：甲基於幫助丙、丁、戊共同對被害人強制性交之犯意，將被害人帶入房間並告知丙、丁、戊，丙、丁、戊對被害人共同強制性交得逞，甲論以刑法第222條第1項第1款，二人以上強制性交罪之幫助犯。

罪」之刑法第二二二條的內涵解釋，以及犯罪的成立判斷⁸，目前最高法院顯然因為規範條文文字的改變，而使得規範的事實涵攝也產生有極大範圍的變動。至於多數人參與實行刑法第二二一條強制性交罪，而應用刑法第二二二條第一項第一款的規定，個別最高法院判決在檢視案例事實之「共同參與」的條件，似乎也有些微的不一致思考。本文因此以「共同正犯的特別規定」與「共同正犯的限縮應用」作為區隔，並簡化個別案例事實，以呈現相關最高法院判決在判斷二人以上犯強制性交罪成立時，可能存在的差異。

二、共同正犯的特別規定

所謂共同正犯的特別規定，是指案例事實本來只單純涉及二人以上的多數行為人，共同犯單一強制性交罪（例如數人共同計畫犯罪，而只由其中一行為人單獨為犯罪行為之實行），卻因為加重強制性交罪「二人以上」的文義，而認為必須論以加重強制性交罪，也就是說，將刑法第二二二條第一項第一款二人以上強制性交罪，視為刑法第二二一條強制性交罪共同正犯的特別規定。

（一）案例事實【神棍欺女】

C女因父母身體不佳等因素，經由同事介紹，於二〇〇三年四月十五日晚上十一時三十分第一次前往法師甲處要求協助。男子甲以法師名義向C女佯稱，C女有幫夫運，且兩人前世為夫妻，今世C女不但必需擔任其助理，而且一定要履行夫妻的義務，不然C女的母親在一個星期內就會被嬰靈害死。女子乙在旁慫恿，並對C女

⁸ 早期判決接受一般強姦罪存在有共同正犯的概念，請參閱29年上字第2426號判決，換句話說，以參與之行為人是否進行「輪流姦淫」之構成要件行為，作為輪姦罪之判斷要素，並清楚區隔強姦罪共同正犯與輪姦罪的不同罪質。

說：「妳不要不相信神鬼論，曾經有位鄭小姐，法師說她會發生車禍，要她將車子停在那裡，但那小姐不信，結果真的出車禍。」而在甲提出必須與C女有性行為之話語時，乙又在一旁說：「法師是妳的真命天子，所以妳一定要跟他生一個小孩，這樣才能幫妳媽擋煞，若不與甲生一個小孩，妳母親可能活不過一個禮拜或一個月，嬰靈會取妳媽的性命。」C女因與其母親感情甚篤，恐其母親真如甲、乙所稱遭到不幸，而勉為其難與甲交往，並同至KTV唱歌，至翌日（四月十六日）清晨，始與甲、乙二人一同返回甲之住處。當日（四月十六日）晚上甲仍使C女住宿其住所，夜裡甲睡到C女身旁，開始親吻C女，並撫摸其身體，C女雖然不斷反抗拒絕，但因害怕甲不幫她媽媽作法，母親即會死掉，而不敢大叫求救，亦不敢全力抵抗，之後（四月十七日凌晨）甲以強制之方法，在違反C女意願的情形下，性交既遂⁹。

二審法院（台灣高等法院刑事判決九十六年度上訴字第二一三二號判決）認被告甲、乙二人以怪力亂神之說，使擔憂母親身體健康之C女在無戒心下與甲交往，甲又以不幫忙做法事為要脅，使C女在違反自己意願下，任甲對之為性交行為屬實，依照刑法第二二二條第一項第一款，判決甲、乙二人共同對於女子以違反其意願之方法而為性交。

乙自認對甲與C女性交一事，事前全然不知，且該性交情事進行時，其未到場共同實行或分擔強制性交行為，並無擴大或增加被害人性自主受侵害之危險程度。不服二審判決以其與甲係「二人以上共同犯之」，而論處刑法第二二二條第一項第一款之加重強制性交罪，向最高法院提起上訴。

⁹ 本案例事實簡化改寫自台灣高等法院96年度上訴字第2132號判決，所認定事實之五、(三)。

(二)判決要旨

最高法院（九十八年度台上字第一二〇七號判決）將乙的上訴駁回，對於上訴人乙於上訴時所強調，其於甲與C女性交時，並未有共同實行或分擔強制性交行為之主張，最高法院分別在判決理由一、(五)與判決理由一、(六)詳細的加以駁斥。

首先在判決理由一、(五)最高法院認為，一九九九年妨害性自主罪章的修法對於強制性交之事實情狀，不再拘泥於行為人必須使用使被害人不能抗拒的方式進行強暴、脅迫等行為方式，只要行為人確實有妨害被害人之意思自由的行為，而足以判斷違反被害人的意願，皆可認為是刑法第二二一條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外「其他違反其意願之方法」。而案例事實中，甲與乙利用C女對於信仰的畏懼，使C女不敢抗拒而與甲為刑法所規範性交之行為，適用修正後刑法第二二二條第一項第一款之加重強制性交規定，論處甲與乙二人罪刑，於法尚無不合。在該判決理由一、(六)，最高法院進一步表達其對於刑法第二二二條之加重強制性交罪，所謂「二人以上共同犯之」之共同犯罪行為的意涵判斷。該判決認為，共同實行犯罪行為，「在合同意思範圍以內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每一階段行為均經參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。」而在案例事實中，乙確實利用C女擔憂母親身體健康，而壓制被害人性行為自主決定之意思，足以認為甲與乙二人有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。最高法院因此認為甲與乙沒有合法上訴第三審的理由，而將上訴駁回，維持台灣高等法院以刑法第二二二條，二人以上共同對於女子以違反其意願之方法，而為性交的判決。

(三)判決簡評

刑法第二十八條關於共同正犯的規定，是對於犯罪共同體之處

罰的補充。經由犯罪參與者對於犯罪支配所衍生之行為分工與共同犯罪的決意，直接以條文明白規定，二人以上共同犯罪，皆為正犯。基本上，除了因為行為人之特定身分的存在，影響行為之刑罰有所加重或減輕，而使得沒有該特定身分的行為人不受加重或是減輕的處罰之外，刑法分則所規範的犯罪類型，都有可能因為刑法第二十八條的規定，而成立共同正犯。更確切的說，犯罪之共同正犯的處罰，並沒有重新創設或改變犯罪行為的不法品質，更不是新的犯罪類型的規定，而只是在一般犯罪多為單獨正犯的前提思考下，對於多數人共同犯罪，皆可以正犯處罰的補充性宣示。

如今最高法院僅以刑法第二二二條第一項第一款，「二人以上共同犯之」的文義規定，直接將刑法第二二二條第一項第一款，操作為刑法第二二一條強制性交罪之共同正犯的特別規定，雖然說在文義的形式理解上，確實沒有背離規範文字所可能包含的最後界線。然而當上訴人具體指述，其參與行為的樣態，因為欠缺「在場共同實行或分擔強制性交行為」，而沒有「擴大或增加被害人性自主受侵害之危險程度」，而主張沒有加重處罰的必要，並不成立刑法第二二二條第一項第一款之複行為人強制性交罪。判決只以傳統論述共同正犯的概念，強調二人以上以共同的犯罪決意，相互利用他人之行為，以達其犯罪目的，個別行為人不必須每一階段的犯罪行為都要參與，只需要行為人確實分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果，負全部的責任，做為判決理由之回應，並駁回上訴人的上訴。嚴格來說，判決並沒有真正具體說明，實務對於只要二人以上共同違犯強制性交罪，認為必須適用加重強制性交罪，而加重處罰的理由。

至於判決以行為人利用神鬼之說，干涉被害者的性自主意識的支配，是否可以直接連結他行為人事後之強制性交的行為強制，而認定為強制性交行為之分擔，還涉及實行行為之「強制性」程度，

以及強制性交罪之行為的著手時點判斷。

本案行為人以神鬼之說，動搖被害人的性自主支配意志。然而妨害性自主之行為的「強制性」檢驗，是不是也包括了這一種在一般生活中，以超越經驗法則認識之事項，作為恐嚇之手段，並比擬為強制性交罪之強制行為的實行，不是全然沒有爭議¹⁰。最高法院在此部分的「強制性」連結，似乎稍嫌跳躍。而對於行為是否可以被決定為構成要件實行之著手的認定，儘管學說間有所謂「形式客觀說」、「實質客觀說」、「主觀說」以及「主客觀混合說」等不同的主張¹¹，但是一般通說基本上已經接受「主客觀混合說」，作為檢驗行為人是否開始實行構成要件行為的判準¹²。也就是綜合行

¹⁰ 雖然妨害性自主之強暴、脅迫、恐嚇等強制方法不以舉動、語言或文字為限，但在強制性的判斷上，以預言、算命或神鬼加害作為恐嚇手段，雖被害人心生畏懼，卻因為恐嚇的內容，至今仍然未能為一般社會的客觀經驗認識，證實為人力所確實能夠支配的惡害，實不應將其認為有脅迫或恐嚇的強制本質。早期實務也曾有類似意見的表達，請參閱41年台上字第143號判決。事實上，即使實務認為刑法第221條條文關於「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」之規定，不是強制性交罪之行為進行方式的列舉規定，但無論如何也不能忽視其例示的強制性意涵，否則沒有辦法彰顯被害人之性自主的絕對侵害性。行為人以神鬼之說連結對被害人或其親友之生命與身體的侵害，並不代表可以直接將其理解為，行為人以被害人或他人之生命或身體，加以侵害之具有恐嚇行為品質的惡害通知。至於妨害性自主的行為強制性，我國雖不像德國刑法第177條第1項，以當下生命或身體的侵害危險（mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben）做為強制行為品質的規定，然而既以強制性交罪，表現被害人之性自主支配的不自由程度，自然應該考量行為人所使用的手段是否在一般客觀的認知下，有實現自己或他人之生命或身體侵害可能，或使得被害人因此陷入無助狀態，而有生命或身體的侵害危險；vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., 2007, § 21, Rn. 3.

¹¹ 關於學說不同見解的說明，可參閱張麗卿，刑法總則理論與運用，頁273-276，2005年9月2版；柯耀程，刑法概論，頁315，註2，2007年4月。

¹² 參閱林鈺雄，新刑法總則，頁364，2009年9月2版；林山田，刑法通論

為人主觀的行為計畫，以及行為人的行為對於其所可能侵害的法益的客觀危險性，考量行為人是否已經開始個別犯罪類型之構成要件實現行為。就強制性交罪的著手而言，雖然有學者主張，以行為是否達於刑法第十條所規範之「性交」之接合程度的進行，判斷強制性交行為的著手¹³。但是一般通說仍然是以行為人基於強制性交故意，而進行強制行為，作為著手認定¹⁴。此時，在構成要件行為的涵攝判斷上，仍然應該思考行為人的行為方式，是否在一般人的認知情形下，足以達到使被害人喪失其性自主的程度。

最高法院對於本件案例事實的著手判斷，在判決理由的說明中並不十分明確，然而從相關判決理由的陳述中，似乎是認為只要是行為人主觀上對於被害人之性自主的侵害有認識，而且在客觀上有足以判斷屬於違反被害人的意願，並影響被害人之性自主支配的行為，即可認為是刑法第二二一條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外「其他違反其意願之方法」的實行。實務這樣的認定，不但對於呈現行為所造成法益危險的密接急迫性的判斷標準沒有幫助，甚且可能因為混淆行為預備與行為著手的界線，而造成刑罰權不當的擴大。尤其是行為人使用強制或足以壓制性自主的手段，與事後行為人實行性交行為，不論在時間或空間都有明顯的不連續性時，更應該思考行為人所進行之迫使被害人違反其意願的行為，所呈現之性自主壓制的必要關聯。

（上），頁469，2008年1月10版。事實上近年的實務發展（例如84年度台上字第4341號判決；86年度易上字第1104號判決），也呈現以法益侵害之客觀危險性，考量行為是否著手的判斷，參閱陳子平，刑法總論，頁380-382，2008年9月增修版。

¹³ 參閱黃榮堅，基礎刑法學（下），頁520，2006年9月修訂版。

¹⁴ 參閱林山田，刑法各論 I，頁228，2005年9月5版；盧映潔，刑法分則新論，頁343，2009年8月2版。

事實上對於規範文字的意涵，文義解釋只是刑法解釋的方法之一，如果過於拘泥規範文字之形式上的文義理解，常會忽略了規範目的，反而在規範的應用時未盡適當。

三、共同正犯的限縮應用

以「共同正犯的限縮應用」作為區隔標題，是指判決對於刑法第二二二條第一項第一款的適用，除呈現有個別行為人對被害人進行刑法所規範的性交行為外，至少強調參與之他行為人在場實施相關強制或限制自由的行為，而相對限縮總則共同正犯的適用範疇。

(一) 案例事實【隨機劫色】

甲駕駛乙之自用小客車，與乙經過偏僻之產業道路時，見A女單獨騎腳踏車行經該處，認有機可乘，坐在後座之乙即指示甲駕車靠近A女，並於靠近後，打開後車門，以強暴方式強押A女上車。在車上乙除以A女外套蒙住其眼睛外，又持繩索綑綁A女手腳，剝奪A女之行動自由。乙在車內命A女更換位子，跨越至小客車已經平躺之右前座，乙為了進行強制性交之犯行，持二顆不名藥劑，對A女佯稱為感冒藥，並命A女服用，致A女呈半昏睡狀態，其間乙在後座對躺平在副駕駛座之A女上下其手，刻意撫摸A女胸部及下體。甲將車開至乙租屋處樓下，二人在車內先以床單將A女全身包住，而將A女帶往租屋處房間。乙命甲離開房間，將因藥劑導致身體無法自由控制之A女帶到床上，在違反A女意願的情形下，對A女為性交行為¹⁵。

甲自認其為乙之司機，且沒有對A女實行強制性交行為，不服二審法院關於刑法第二二二條第一項第一款、第四款之加重強制性

¹⁵ 案例改寫自96年台上字第4214號判決之事實(一)。

交罪之判決，而提起上訴。

(二)判決要旨

最高法院（九十六年台上字第四二一四號判決）駁回上訴。

判決認為共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，而相互利用他人之行為，以達其犯罪目的時，必須對於全部結果共同負責。而共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立。最高法院在判決理由(二)表示，甲雖然沒有對A女實施強制性交行為，但是甲與乙共同拘束A女行動自由後，任由乙在其面前對A女強服藥劑，並恣意猥褻A女。其後又與甲共同將A女帶往租屋處，即可認為有共同實施構成強制性交要件之強暴行為。且最後乙強制性交得逞，應可認定為甲在合致的意思範圍內，各自分擔犯罪行為，相互利用，以達其犯罪目的。甲不能以其未親自對被害人A女實施強制性交，而阻卻加重強制性交罪之成立。

(三)判決簡評

最高法院在本判決理由中，雖然沒有受到早期實務決議拘束，而未以「具有共同輪流姦淫之犯意聯絡，共同輪流實施姦淫之行為」作為是否共同行為的判斷。並且利用共同正犯的概念，認為行為人如以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀而由其中一部分人實施犯罪之行為者，也可以成立犯罪，將原來屬於強制性交罪之共同正犯的行為處罰，轉移至加重強制性交罪的適用。然而判決在理由說明中，卻很明白的表示，上訴人儘管沒有性交行為的實行，但是因為參與被害人之行動自由的限制，而具備共同實施構成強制性交行為

的強暴要件。這樣的強調，似乎又利用案例事實，行為人對於被害人「強暴行為」的加強，而限縮了強制性交罪共同正犯適用的類型。

相對於前述「神棍欺女」的案例，判決只以正犯人數的增加，就援引加重強制性交罪的適用，則本件判決至少經由行為人強暴行為參與的凸顯，無論如何在一般強制性交罪（刑法第二二一條）與二人以上共同違犯之加重強制性交罪（刑法第二二二條第一項第一款）之間，提供除了人數差異之外，以強暴行為強度的不同，作為加重處罰之可能想像的論述空間。至於以強暴行為之參與，而增強強暴行為的強度做為加重處罰的理由，是否因此滿足二人以上共同違犯強制性交罪加重處罰的罪質，並完全以該理由做為複行為人強制性交罪的加重要件，則必須依賴相關刑法解釋方法更細緻的探究，而加以論證。

參、「二人以上共同犯之」的刑法解釋

一、解釋必要性與解釋邏輯

法律規範的解釋是一種適用法律的邏輯過程，基本上除了單純的數字以外，抽象的法律規範在具體案例的適用，具備有相當的解釋可能，已經是現代法學發展的共識；也就是說，幾乎所有的法律規範都需要解釋，即使法律規定完全沒有模糊空間之明確的文義規定，也不例外¹⁶。因為就算是一般社會理解所認定之明確的文義規定，仍然有可能在法律適用的意涵上，表現出不一樣的涵攝範疇。經由解釋可以使得法律規範的實際內涵確實落實於實務的應用，而

¹⁶ Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, Band I, 4. Aufl., 2006, § 5, Rn. 27; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 312 ff.

且表現的更為貼切¹⁷。在法律解釋的推演邏輯中，除了形式上要能理解規範文字所可能到達的射程範圍，還必須兼顧立法當時所呈現的規範意義以及規範目的。儘管長期以來，法律解釋的目的和法律解釋的方法像是被定位為兩種不同的命題¹⁸，但是如果考量法律解釋的目的，就是在於還原法律真正意義時，則所謂「解釋目的」與「解釋方法」，其實都只是提供使用法律規定的司法者，適當應用法律規範的具體參考。

司法者在應用法律規範時，固然有解釋的職權，但是解釋法條文字的適用，不是「在於表現法官個人法律見解的權威性」，而是「透過其裁判實踐由法規之立法程序所表達的國民『公共意志』」¹⁹。符合法律規範意涵的解釋，不但顯現規範的共通社會價值，同時也使得法律規範的安定性與公平性得以實現。為了落實法律規範的認識，並表現法律規範之公共意志的理想性質，法律解釋不能只是表現其純粹的描述屬性，更要思考其規範屬性的價值，甚至呈現對於法律適用的詮釋反省²⁰。特別是當我們考量了刑法規範所特有的「痛苦性」與「謙抑性」之後，對於刑法規範的解釋，更是不能忽略在解釋方法運用時，要比其他法律規範的解釋，受到更多的限制。

為了適當表現刑法第二二二條第一項第一款「兩人以上共同犯之」的內涵，以下分別以一般刑法學者所普遍接受的解釋方法（文義解釋、歷史解釋、體系解釋以及目的解釋）²¹，呈現該規範文字

¹⁷ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 151; Winfried Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, S. 98 f.

¹⁸ Vgl. Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl., 2008, S. 29.

¹⁹ 蘇俊雄，刑法總論 I，頁266，1995年10月。

²⁰ 參閱黃建輝，法律闡釋論，頁20，2000年1月。

²¹ Vgl. Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 1974, S. 53 f.

在刑法解釋方法的運用時，可能的涵攝範疇。

二、文義解釋

由於罪刑法定的基本原則，在刑法解釋方法的使用時，文義解釋被認為是刑法解釋的「起點」以及解釋的「界線」²²。所謂的解釋的起點是指，行為的處罰至少要在相關刑法規範中，找到可能依附的犯罪類型。至於解釋的界線，是指在抽象的規範文字中，以一般社會的文字與文法理解，尋求規範字面的所可能到達的外延，作為解釋的最大範疇，只要沒有違背文義的可預測性，基本上都還是在解釋的容許範圍內²³。但是超過這個界線，就是屬於規範適用的類推演繹，就刑法而言，至少對於行為人所造成之不利益的類推，是被禁止的。

就刑法第二二二條第一項第一款的形式規定而言，則二人以上共同犯強制性交罪在一般的文義理解上，至少可以有下列幾種可能：

(一)對於強制性交罪的「最廣義的參與」

這裡所謂的最廣義參與，就犯罪發生或完成的因果關係而言，即使把共犯類型的教唆行為或幫助行為列入考量，事實上也沒有脫離法條文字所形成的字面界線。現行刑法規範中，因為保護法益的特殊性與必要性，我們也看得到共犯正犯化的類型，例如刑法第二〇四條（提供偽變造支付工具罪）、第二三一條（媒介性交猥褻罪）、第二六八條（供給賭場罪），以及第三六二條（製造電腦犯罪程式罪）等，就罪質的屬性來說，其實都只是傳統概念的共犯行

²² 參閱林鈺雄，同註12，48頁。

²³ 參閱李聖傑，我的秘密花園，月旦法學教室，48期，頁21，2006年10月。

為，只是經由法條規範的正犯化，而成為正犯行為被處罰。

(二)強制性交罪之廣義參與

如果排除共犯類型，則「二人以上犯之」的文義，可以包含強制性交罪的所有共同正犯類型。從犯罪支配的角度來看，不論行為人是否只有犯罪聯絡或部分行為分擔，只要是屬於共同正犯的行為，基本上也沒有違反文義的理解。從相關判決的整理分析上，目前我國實務似乎是偏向這樣的態度，來理解刑法第二二二條第一項第一款的規範內涵，至於國內刑法學者亦有主張該犯罪類型為強制性交罪之共同正犯的特殊處罰²⁴。

(三)強制性交之共同正犯「在場」限縮

將所謂「二人以上共同犯之」限縮於行為人皆須在場，這樣的理解事實上也沒有背離文字的理解。實務對於刑法分則關於「結夥二人或三人以上」之規定的闡釋運用，甚至有判例曾經明白的這樣表態²⁵。雖然有學者，質疑以人數增加作為加重處罰的必要性，但是如果立基於目前規範條文的現實存在，並以之作為解釋基礎時，也有學者有同樣的主張²⁶。

²⁴ 參閱林山田，同註14，頁236；鄭逸哲，刑法第二八條例外作為「共同強制性交構成要件」的「實定法解釋源」，台灣本土法學雜誌，95期，頁154以下，2007年6月；盧映潔，同註14，頁349。

²⁵ 76年台上字第7210號判例：「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一〇九號解釋『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二十八條之『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，其樣態並非一致。」

²⁶ 參閱黃榮堅，美麗陷阱，月旦法學雜誌別冊——刑事法學篇，頁134，2002年3

(四)二人以上犯強制性交罪之最狹義限縮

有學者對於修法後「二人以上共同犯之」的說明，仍然持修法前解釋輪姦罪一般，認為這樣所謂二人以上共同為之，必須二人以上之參與者，各行為人皆須有性交行為之實施。如果行為人間只有一人為刑法所規範之性交行為，其餘之人僅為強制行為之實行時，則只能成立普通強制性交罪之共同正犯²⁷。

三、歷史解釋

以法律規定的發展沿革作為法律規範的解釋依據，有助於理解立法時的立法背景與立法時立法者的主觀真意²⁸。這裡所謂的立法者，並不只是憲法所規定的形式上的具備有立法權的立法委員而以，而是包含了實質上有權參與立法的個體²⁹。也因此，歷史解釋的素材可以包含所有立法的相關資料與法事實³⁰，例如立法理由，立法過程中立法委員所提出之各種修正案或發言記錄。歷史解釋的探求，尤其對於法律規範在形成或修訂時之立法目的以及立法政策的明瞭，有直接的幫助。

現行刑法第二二二條加重強制性交罪之規定，是於一九九九年增訂妨害性自主罪章時所修訂。當時增訂妨害性自主罪章主要是以

月；有學者持類似意見，但在說理時，卻又以行為分擔的思考將「把風者」列入人數計算，似乎未堅持把守「行為人皆須在場」之主張，參閱黃仲夫，刑法精義，頁628，2009年9月修訂新版。

²⁷ 參閱蔡墩銘，刑法各論，頁398，2008年1月6版。

²⁸ 為了顧及法律的穩定性，有學者在刑法解釋的立場，主張原則以立法者主觀的標準原意，作為解釋原則，但是當社會或時代精神改變時，例外以當代客觀的價值秩序作為解釋基準，參閱林山田，同註12，頁151。

²⁹ Vgl. Wank, aaO. (Fn. 18), S. 30.

³⁰ Vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 119, 123 ff.

謝啓大等六十位委員，針對保安處分、妨害風化罪與妨害自由罪章的「刑法部分條文修正案」為藍本³¹，法案在一九九八年五月二十五日完成一讀，並在次年（一九九九年）一月八日經朝野協商，提出朝野協商條文後，在一九九九年三月三十日於立院進入二讀逐條討論，最後通過二讀與三讀³²。修正案的提出花了很多篇幅說明性自主保護的必要，尤其在性別平等的思考下，將男性也列入保護對象。其次對於「姦淫」以及「不能抗拒」等犯罪要件的批判，該修正案也多所觸及，並建議將「姦淫」一律修訂為「性交」，將「不能抗拒」修訂為「致使難以抗拒」³³。然而在刑法第二二二條中，「輪姦」修訂為「二人以上共同犯之」的修法理由，卻沒有說明修法緣由，甚且在表列之修正與增刪理由中，以「本條除第一款、第三款係原第二二二條、第二二五條第一項有規定外，均係新增訂」³⁴，顯現修法當時「輪姦」行為與「二人以上共同犯之」的規範一致性。其他涉及本條之「二人以上共同犯之」的討論，則只有為了「對社會及被害人保障更進一步」，輪姦罪之未遂行為必須以明文規定加以處罰的說明³⁵。從刑法第二二二條加重強制性交罪的立法過程來看，基本上可以認為立法者當時並不強調規範文字的變動，可能帶引修法前後處罰行為的不同涵攝。

³¹ 立法院第三屆第五會期第十八次會議議案關係文書，院總第246號，委員提案第2208號。

³² 相關立法的詳細經過，可參閱林山田，評一九九九年的刑法修正，同註3，頁19以下。

³³ 參閱立法院第三屆第五會期第十八次會議議案關係文書，1998年5月16日印發，頁報307以下。

³⁴ 參閱立法院第三屆第五會期第十八次會議議案關係文書，1998年5月16日印發，頁報329以下。

³⁵ 立法院公報，88卷13期，院會紀錄，頁140-141。

至於在相關原刑法第二二二條「輪姦罪」沿革發展的介紹中，倒是有學者指出，暫行新刑律補充條例第三條曾以輪姦罪情節較重，故以既遂者為限，科以較重之刑，規定「二人以上共犯刑律第二八五條之罪（強姦行為），及第二八六條（乘機姦淫、猥褻行為）關於姦淫之罪，而均有姦淫行為者，處死刑或無期徒刑」³⁶。也就是說，當時「二人以上共犯……之罪」的規範文義，其實處罰只限於均有姦淫行為的實行，也就是有輪姦行為的情狀，才加重處罰。

四、體系解釋

體系解釋主要是企圖從法律規範的系統中，探求法律規範的內涵。特別是對於不同法律規範的應用，所可能存在之邏輯關係的衝突，體系解釋提供了檢驗的參考，這同時也是體系解釋的重要功能³⁷。體系的檢驗可以來自罪章與罪章之間的連結關係，思考保護法益。也可以在個別罪章內，比較各個個別條文的行為類型，在同一保護法益的上位概念下，分析條文之間橫向連結的結構關係，一方面確保法律秩序間沒有矛盾衝突，一方面呈現個別條文的具體內涵。例如刑法普通殺人罪（刑法第二七一條）與殺害直系血親尊親屬罪（刑法第二七二條）都是對侵害生命法益之行為的處罰，但是法律效果卻有不一樣的規定，文獻一般以刑法第二七二條殺害直系

³⁶ 參閱俞承修，刑法分則釋義（下冊），頁535，1947年12月2版。暫行新刑律第285條：「對婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處一等或二等有期徒刑。姦十二歲未滿之幼女者，以強姦論」；第286條：「乘人精神喪失或不能抗拒而為猥褻之行為或姦淫者，依第二百八十三條第二項、第二百八十四條及第二百八十五條之例處斷。」

³⁷ Vgl. Zippelius, aaO. (Fn. 21), S. 55.

血親尊親屬罪為第二七一條普通殺人罪之加重構成要件³⁸，呈現此二行為類型的體系關聯。此時在生命等價以及罪刑相當的前提要件下，就必須思考加重的理由，究竟是為犯罪要件中之不法加重或罪責加重。所謂不法加重是指行為之刑事不法的增加，最直接的檢驗方式是考量行為類型是否有除了生命法益之外，其他法益的侵害。又有時也有論者以行為罪質的不同，表現行為之個別獨立的不法內涵³⁹。但是如果是以這樣的關係，看待不同條文的行為類型，那麼行為類型之間則應該解讀為互不關聯的獨立關係⁴⁰。至於罪責加重，則是對於行為之非難性增加的檢驗。由於刑法第五十七條本來就已經規範了司法者在裁量範圍內，可以考量的非難要素，這種類型的罪責加重，一般來說，是立法者對於司法裁量的直接介入，而相對壓縮了司法者的裁量空間。利用這樣的體系關聯，檢驗加重或減輕之不法或罪責要素，有助於個別條文之構成要件要素的內涵理解。

刑法第十六章妨害性自主罪章，其主要保護法益為個人之性自主權，這樣的表述在修法十年後的今天，基本上已經得到社會多數價值的肯定⁴¹。但是在妨害性自主的行為樣態中，究竟基本的構成要件為何，而各個條文所規範的行為類型之間又存在什麼樣的橫向關聯，至今仍存在有爭議。就體系表現上，如果以個人性自主權作

³⁸ 參閱韓忠謨，同註2，頁334；林山田，同註14，頁61。

³⁹ Vgl. Karl Heinz Gössel, Strafrecht, BT, Band I, 1987, § 1, Rn. 10.

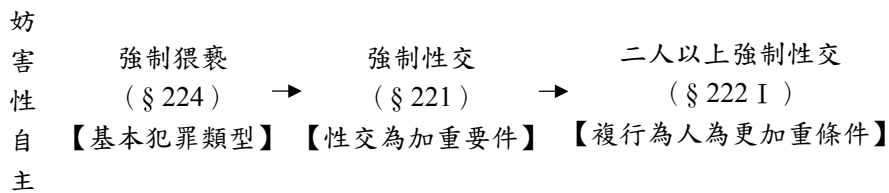
⁴⁰ 例如德國實務對於該國刑法第211條謀殺罪（Mord）與第212條普通殺人罪（Totschlag）之關係，即認為是互不隸屬之不同罪質的二個獨立構成要件（BGHSt 1/368, 371; BGHSt 2/251, 255; BGHSt 24/106, 108），參閱李聖傑，從殺人罪在德國的法制發展思考台灣殺人行為的規範，載：於刑事法學新趨勢——Lothar Philipps教授七秩祝壽論文集，頁33，2004年3月。

⁴¹ 參閱李茂生，論刑法修正草案第十條有關性交的定義，台灣本土法學雜誌，46期，頁148，2003年1月；盧映潔，同註14，頁339。

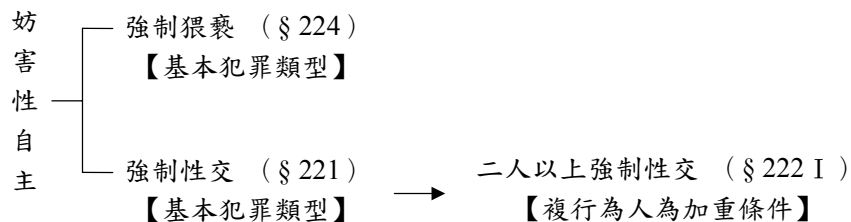
為上位概念，則涉及二人以上強制性交罪的相關行為類型的體系關係，可能呈現有下列的二種情形。

(一)二人以上犯強制性交罪為加重犯罪類型

將二人以上犯強制性交罪定義為加重構成要件時，必須思考一般構成要件是什麼，如果以性自主作為該行為類型所侵害之唯一法益時，則必須解決的是其與刑法第二二一條強制性交罪，以及刑法第二二四條強制猥褻罪的體系關聯。在這樣的體系結構下，個別法律規範的關係，可以有以下的可能。第一、強制猥褻罪為基本犯罪類型，而強制性交罪為加重類型，二人以上強制性交罪則更為強制性交罪的加重類型。此時強制猥褻、強制性交與二人以上強制性交的行為類型，可表現為如下的漸層關聯：



第二、強制猥褻罪與強制性交罪為兩個不同罪質的犯罪類型，各自獨立，而二人以上強制性交罪為強制性交罪的加重類型。此時強制猥褻、強制性交的行為類型，所呈現的體系結構則為互斥的結構。



不論是上述第一種分類或第二種分類，既然思考二人以上強制性交行為為加重的行為類型，都必須解決二人以上強制性交罪與強制性交罪的加重原因，並因此進一步判斷二人以上強制性交罪與強制性交罪之共同正犯類型的差異。在這樣的體系解釋下，所謂二人以上強制性交罪，無論如何都不能將其理解為是屬於強制性交罪之單純的共同正犯類型。

(二)二人以上強制性交為獨立犯罪類型

以二人以上強制性交罪為獨立犯罪類型作為出發點的判斷，不能迴避的是其與刑法第二二一條強制性交罪的罪質比較。這裡可能發生疑義的地方是，當二人以上強制性交罪被認為罪質與強制性交罪必須區隔時，則強制性交罪的共同正犯勢必也與二人以上強制性交罪應該也有罪質的不同，因為經由刑法第二十八條所補充之共同正犯的處罰，並沒有改變共同正犯的罪質，那麼在這裡還是不能將二人以上強制性交罪理解為強制性交罪之單純的共同正犯類型。

五、目的解釋

相對於歷史解釋是以立法者的主觀目的作為規範意涵探求的標準，則目的解釋是以規範的客觀目的呈現法律規範的根本意旨。經由目的解釋有時限縮，也有時擴張了法條文義的內涵⁴²，然而因為都還必須是在文義理解的衍生範疇內，即使是對於刑法規範的目的性擴張，也沒有類推禁止的問題。由於目的解釋在解釋的方法上，標榜以客觀價值探求規範目的，而顯現規範的正確應用，甚至有學者將目的解釋定位為「解釋程序之冠」⁴³。但也正因為高舉著「法

⁴² 參閱林鈺雄，同註12，頁50。

⁴³ 參閱蘇俊雄，同註19，頁279。

的客觀意志」的大旗，加深了目的解釋操作上的困難⁴⁴。

妨害性自主罪之核心保護法益為個人之性自主支配，刑法第二二二條第一項第一款加重處罰「二人以上」強制性交行為，在目的解釋的方法裡，必須思考同樣是對於性自主法益的保護，以「行為人非單獨一人」的理由作為加重處罰的要件，其規範的目的是什麼；也就是說，有什麼理由一定要對非單獨一人實行的行為樣態加重處罰。有論者以為二人以上共同違犯強制性交罪，因為行為人人數較多，犯罪比較容易實現，而加重處罰⁴⁵。類似的思考，有論者則是從被害人法益防禦可能性的降低，來論述行為人人數增加之加重處罰的理由⁴⁶。

以行為人人數的增加，加重犯罪行為處罰，刑法第三二一條第一項第四款（加重竊盜罪）也有類似的規定。部分學者在說明該行為類型加重處罰的原因時，同樣主張，「人數較多，或共同實施，或擔任把風……犯行較易實現」⁴⁷。針對以犯行較易實現，作為加重理由的看法，則另有學者提出其他的想法，認為立法意旨應該是以多數行為人的參與，增加被害人的危險性作為考量。而為了抑阻這樣的危險升高情形，才必須考量行為人人數作為加重處罰的規定⁴⁸。事實上，最高法院對於刑法第三二一條第一項第四款規定的適用，也採取了參與者皆須在場，才有可能增加被害人危險的

⁴⁴ Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke, *Strarecht AT*, 36. Aufl., 2006, Rn. 57.

⁴⁵ 參閱黃仲夫，同註26，頁628。

⁴⁶ Vgl. Lackner-Kühl, in: *Lackner- Kühl, StGB Kommentar*, 26. Aufl., 2007, § 177, Rn. 11; Renzikowski, in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 2/2, 2005, § 177, Rn. 67.

⁴⁷ 參閱甘添貴，*體系刑法各論*，2卷，頁75，2000年4月。

⁴⁸ 參閱林東茂，*加重竊盜——實務相關見解評析*，*月旦法學雜誌*，71期，頁157，2001年4月。

主張⁴⁹。從這樣的規範目的看刑法第二二二條第一項第一款，以「行為人非單獨一人」作為加重處罰的理由，則無論如何都不能把二人以上強制性交罪解讀為強制性交罪之單純的共同正犯，而必須藉由規範目的做文義理解的限縮。

肆、本文意見

法律規範經由解釋，可以使得規範在適用時更具體而明確。如果各種解釋方法所得到的結論，並不全然一致時，則必須思考每一種解釋方法的功能，綜合運用，尋求相互補足的合理結果⁵⁰。尤其必須注意，法條文義只是給予一個形式的解釋範圍，當有多數的解釋可能時，即便是刑法規範，只要不超出社會對於文字的預期範圍，不必然必須於拘泥於法條文字的字句，而自陷法律應用的困窘。為了使刑法規範的適用，合乎法的實質目的以及社會意義，犯罪行為的罪質與侵害法益的社會價值，其實也提供了不能被忽略的參考標準。

一、必要共同正犯

(一)複行為人之必要共同正犯罪質

由於刑法第二二二條第一項第一款以「二人以上」作為行為人數之規定，使得該犯罪型態，「必然」的成為「共同正犯」類型，也就是學理上所稱之「必要共同正犯」。所謂必要共同正犯，是指刑法分則在犯罪的構成要件的規定上，以二個以上行為人之參與為

⁴⁹ 76年台上字第7210號判例，請參看註16說明。

⁵⁰ 參閱楊仁壽，法學方法論，頁120，1986年11月。

必要要素的犯罪類型⁵¹。對於必要共同正犯，學說又以犯罪是否需要參與者之對向關係的協力做為區隔，在性質上分為「聚合犯（Konvergenzdelikte）」與「對向犯（Begegnungsdelikte）」⁵²。聚合犯的參與行為人，朝同一目標共同參與犯罪之實施，其犯罪的本質必然具備有共同正犯之罪質，刑法總則關於共同正犯的相關規定，一併可以適用⁵³，例如公然聚眾妨害公務罪（刑法第一三六條第一項）；至於對向犯則指參與者在犯罪實施的過程中，需有一立於對向關係之他方行為的協力為必要的犯罪類型。例如重婚罪（刑法第二三七條），此類犯罪型態雖然以立於對向關係之他方特定行為的協力，為充足構成要件的前提，但參與的他方不一定必然為共同正犯。舊法之輪姦罪，由於是以複行為人輪流姦淫作為構成要件要素，論者總以其為必要共同正犯之聚合犯類型，所有參與輪姦行為的行為人同時存在有共同正犯的性質⁵⁴。這裡應該強調的是，聚合犯固然為共同正犯，但是反向描述並不成立。嚴格說來，即使把聚合犯與對向犯的類型範疇加起來也不會等於共同正犯的集合範

⁵¹ 有學者以犯罪參與者，在概念上亦有共犯（教唆或幫助之行為本質）可能，故稱此犯罪類型為「必要參與犯」，參閱林鈺雄，同註12，頁485。同樣使用「必要參與犯」之概念，參閱林山田，刑法通論（下），頁152，2008年1月10版。

⁵² 聚合犯與對向犯的區隔，亦為我國實務所接受，請參考91年台上字第6756號判決；93年台上字第2541號判決。有學者以法益侵害的一致性，主張聚合犯與對向犯的區隔為多餘，參閱黃榮堅，同註13，頁794。然而實務認為「『對向犯』係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，無成立共同正犯之餘地」（97年台上字第533號判決），至於聚合犯本質即為共同正犯（81年台非字第233號判決）。

⁵³ Vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, Band II, 2003, § 26, Rn. 41.

⁵⁴ 參閱呂有文，同註2，頁202；甘添貴，必要共同正犯與總則共犯規定之適用，月旦法學雜誌，10期，頁45，1996年2月。

疇。問題的關鍵在於，任意共同正犯與必要共同正犯有其先天犯罪類型的本質差異。當我們理解了任意共同正犯與必要共同正犯間，所存在之先天罪質的區隔，事實上也就掌握了思考二人以上強制性交罪，關於「二人以上」規範適用的解釋空間。

(二)區隔強制性交罪之共同正犯

目前實務對於現行刑法第二二二條第一項第一款二人以上強制性交罪的理解，並不以相關參與之行為人皆實行性交為必要；更確切的說，實務對於二人以上強制性交罪的事實涵攝範疇顯然要比舊法輪姦罪的涵攝範疇大。那麼就應該探究「二人以上強制性交罪」，除了文義顯現其必要共同正犯的不得不然以外，其所擴大出來的事實部分，是不是有必要共同正犯的罪質。本文認為單純之強制性交罪在概念上也有成立共同正犯的可能，也就是學說所稱之任意共同正犯。例如有多數行為人共同商議強制性交罪的實行，並分別就犯罪行為的進行，分擔不一樣的任務。此時就行為人人數的多數參與而言，似乎有刑法第二二二條「二人以上共同犯之」的文義適用，然而如果只是以行為人人數的增加，就表現了一般強制性交罪與二人以上強制性交罪之差異，並因此將刑法第二二二條二人以上強制性交罪解釋為必要共同正犯之罪質，事實上，完全沒有辦法理解所謂必要共同正犯之「必要」性質。因為如果多數行為人之參與，只是參與行為之計畫、把風或參與繪製犯罪現場之地圖等沒有加重法益破壞的分擔行為時，其實經由共同正犯的認定，以及共同正犯的處罰規定，已經足以彰顯刑罰處罰的適當性。另一方面，在這樣的情形下，也找不出多數行為人參與之加重處罰的合理性。也就是說，只有把二人以上強制性交罪也限縮於罪質之必要共同正犯解釋時，才不會不當擴大規範的適用。而限縮的關鍵，其實就在於我們社會對於性價值的特殊認識與保護。

二、加重要件的審視

(一)加重處罰的原因分析

刑法第二二二條在修法後，成為一般強制性交罪的加重處罰規定。加重處罰的要件，共有八款的規定，分別規範了八種不同情狀的強制性交的行為型態。就體系解釋而言，這八種不同情狀的強制性交行為，當然都有被害人之性自主法益的侵害，然而除了性自主法益的侵害之外，在認識加重強制性交罪的規範適用時，也要同時掌握這八種情狀的加重原因，才能對於加重強制性交罪的特殊規範要素，有正確的涵攝應用。這裡所討論的加重犯罪類型，與一般加重結果犯不同，加重犯罪類型是立法者考量了行為人特定行為型態，或特定的行為情狀，而新成立的犯罪型態。加重類型與基本犯罪類型有其保護法益的同一性，但是加重類型或許因為有其他法益的侵害或侵害可能，也或許因為行為的特別非難性，而被加重處罰。從犯罪之「不法」與「罪責」的組成要件來看，這些加重事由大致可以被區分為不法加重與罪責加重二個群組。其中不法加重表現了行為侵害其他法益或法益重大侵害的樣態，至於罪責加重，則因為行為人或行為方式所顯現之行為人的特別非難性，立法者重新給予加重的法律效果。

(二)二人以上強制性交罪的加重類型歸屬

就刑法第二二二條的各款加重規定而言，可以認為是典型的不法加重類型有：凌略強制性交、侵入住宅強制性交與攜帶凶器強制性交等。將凌略強制性交解釋為不法加重，是因為行為人所使用的行為，顯然超越了一般強制性交罪所可以包含的身體法益的侵害；而侵入住宅強制性交則行為除了性自主法益的侵害之外，還破壞了被害人住居支配；而攜帶凶器強制性交，如果比擬攜帶凶器行竊

的加重類型，一般認為以攜帶凶器當成加重條件，是因為行為人所選擇的行為方式，對於生命、身體等法益具備了較高的潛藏危險性⁵⁵。至於罪責加重類型，應該可以以對未滿十四歲之人強制性交罪作為典型代表。

如果攜帶凶器強制性交的行為，可以以行為對於被害人之生命、身體法益的潛在風險，作為不法加重原因，那麼二人以上強制性交罪至少在這裡，可能可以找到加重處罰的理由。因為如果以實務解釋複數行為人在場，會造成被害人受到侵害的風險升高的觀察角度來考量時，無論如何行為人人數所造成的被害人生命、身體法益的潛在風險，都必須被接受為加重處罰的理由。但是是否因為這樣，便以行為人數所造成的潛在風險作為「二人以上」規範解釋的限縮要件，也就是說，以行為人人數增加所表現出來之被害人生命、身體法益的潛在風險，作為加重處罰的唯一要素，本文則是認為尚存在有相當論述補充的空間。其中所涉及的重要因素，還是在於行為所侵害之性自主法益的性質。更確切的說，還必須思考性價值在我們社會的特殊性，來決定該規範要素的解釋適用。

三、性價值的特殊性

(一)從固有輪姦罪思考性價值特殊性

以參與人數的增加做為妨害性自主罪加重處罰的規定，在德國刑法第一七七條第二項也有類似的規定。文獻一般認為行為人的增加會升高被害人的危險，並以此作為檢視多數人為之的適用內涵，排除單純的犯罪同謀，而委由一人實行性強制的行為樣態⁵⁶。也就

⁵⁵ 參閱林東茂，同註48，頁155。

⁵⁶ Vgl. Horn in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. neubearbeitete Aulf., 2001, § 177, Rn. 27; auch Lenckner/Perron/Eisele in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch

是說，當多數行為人參與性自主的侵害，而沒有增加被害人的法益危險時，例如單純參與犯罪的預備，或者在他行為人為犯罪行為時，根本沒有在場，則還是只能成立普通妨害性自主侵害的共同正犯⁵⁷。

事實上行為人數的增加對於被害人風險的增加，在各種犯罪類型皆可能存在。然而在我們的刑法規範體系上，並沒有因此而使得個別犯罪類型都將複行為人當成加重處罰的理由，甚至成為特別的犯罪類型，或成為犯罪的加重要件。侵害性自主的行為樣態，是否成為加重處罰的類型，應該是與個別社會的性價值意識，有直接的緊密關聯。關於我國性價值評價的特殊性，可從修法前輪姦罪的規定，加以思考。在一九九九年妨害性自主罪章修法前，我國已經有「二人以上犯強姦罪或準強姦罪……而共同輪姦」的加重處罰規定。相對於當時強姦罪「五年以上有期徒刑」的法律效果，輪姦罪則是規定「無期徒刑或七年以上有期徒刑」。就罪刑相當而言，在這裡「強姦罪」與「輪姦罪」所被顯現之法律效果的差別，很難讓我們接受，立法者當時純粹只是以行為升高了被害人的生命或身體的風險，作為加重理由的說法。尤其當我們也比較普通竊盜罪與刑法第三二一條第一項第四款結夥三人以上的加重竊盜罪的法律效果的差別（普通竊盜罪的法定刑為，五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，而結夥三人以上加重竊盜罪的法定刑為六個月以上五年以下有期徒刑，二者只有罪低刑度的差異），更可以體會出，單純以升高被害人的危險作為輪姦罪之加重處罰的說理不足。基本上，這個問題的討論終究還是脫離不了，性自主法益保護的特殊價值，以及我們對於行為人所實行之法益侵害的行為評價的考量。從

Kommentar, 27. Aulf., 2006, § 177, Rn. 24.

⁵⁷ Vgl. Lenckner/Perron/Eisele, aaO., § 177, Rn. 15.

法益持有者的面向來看，如果考量了性犯罪之被害人所存在之一般生理與情緒痛苦，則顯然輪姦行為的行為樣態本身，就已經足以獨自顯現，行為人所使用的侵害方式對於性自主法益更為重大的侵害，而無需附帶思考行為對於其他法益的侵害可能。換句話說，只以行為對於法益侵害危險性的升高，其實並沒有能夠完整的表現出，性自主法益本身所具有的特殊價值。當有學者嘗試深入分析從生殖行為所連結、影射出來的性支配，並設計為性犯罪之典型行為樣態⁵⁸，那麼當行為人對於妨害性自主不同行為樣態的實行，也就造成性自主之法益質不同程度的侵害。有學者以實證研究，歸納個案的實際診療經驗，認為性犯罪之受害者，常出現有所謂「強姦創傷症候群」⁵⁹，這些關於受害者的情緒、人際關係以及創傷回復的程度等症狀表現，恰如其份的呈現對立於性犯罪特殊性之性價值的特殊。

(二)從性價值特殊性跳脫多數參與之輪姦罪的約束

在相關人類性價值變動沿革的研究文獻上，對於「性」的討論，如今早已經超越「生殖行為」的必然關聯，而躍升為「意識」的表現，也就是所謂性意識的凸顯⁶⁰。

性意識機制的發展，與性意識的強調，使得性意識在性的價值脫離了社會的聯姻管控以及生殖功能，獨立成為「性」這一行為的最基本內在要素，並且顯現其令人嚮往的特性。這一種令人嚮往的

⁵⁸ 參閱李茂生，同註41，頁151。

⁵⁹ 所謂「強姦創傷症候群」是指性犯罪之受害人在生理、情緒、認知以致於人際關係與行為模式所表現的不良現象，請參閱許福生，性犯罪基本概念之探討（中），法務通訊，1949期3版，1999年9月。

⁶⁰ 參閱Sigmund Freud原著，林克明譯，文明的性道德與現代人的不安，載：性學三論，愛情心理學，頁241，2002年2月。

特性，尤其藉由主體的自主支配，而彰顯人類對性的權力⁶¹。性的自主支配，基本上是由性之「私密性」、「雙義性」與「同意性」的固有所本質所表現。所謂「私密性」指的是，對於外來干涉的排除，「雙義性」則是顯露了性在非公開環境的容許性質，至於「同意性」更直接表達了參與行為的主體自決⁶²。性的固有所本質，使得性成為個人的事情，其所涉及的是個別個體內在性的感覺、私密的想像，是個體性格的核心要素，本身即具有隱密性的特質。性的這種隱密性質，在性價值的社會演進過程中，進一步衍生出性的獨占性，而躍升為性自主支配的核心價值⁶³。

現行條文對於二人以上強制性交罪的規定，在立法過程的討論中，雖然與輪姦罪有直接之歷史發展的密合關聯。但是如果考量性價值保護的特殊性，則「輪姦行為」之輪流姦淫的固有解釋，只是「二人以上犯強制性交罪」一種可能的行為類型。在我們的社會裡，性的侵害除了妨害被害人自主支配外，無可諱言，仍有個人私密的強烈破壞，以及其所引致之恐懼與羞恥感的產生。

為了凸顯性價值保護的特殊性，並且考量刑法謙抑與罪刑相當原則，本文認為二人以上強制性交罪，必須在固有輪姦罪與強制性交罪之單純共同正犯之間，找到一個能夠呼應侵害性自主的特別樣態，作為刑法第二二二條第一項第一款的內涵。如果行為人只有單純參與妨害性自主的謀議，而委由一行為人為強制性交的實行，或

61 參閱Foucault原著，尚衡譯，性意識史（第一卷：導讀），頁133，1996年；Dreyfus/Rabinow原著，錢俊譯，傅柯——超越結構主義與詮釋學，頁220，2005年4月。

62 參閱李茂生，同註41，頁148。

63 參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評台北地院九十一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學雜誌，42期，頁26，2003年1月。

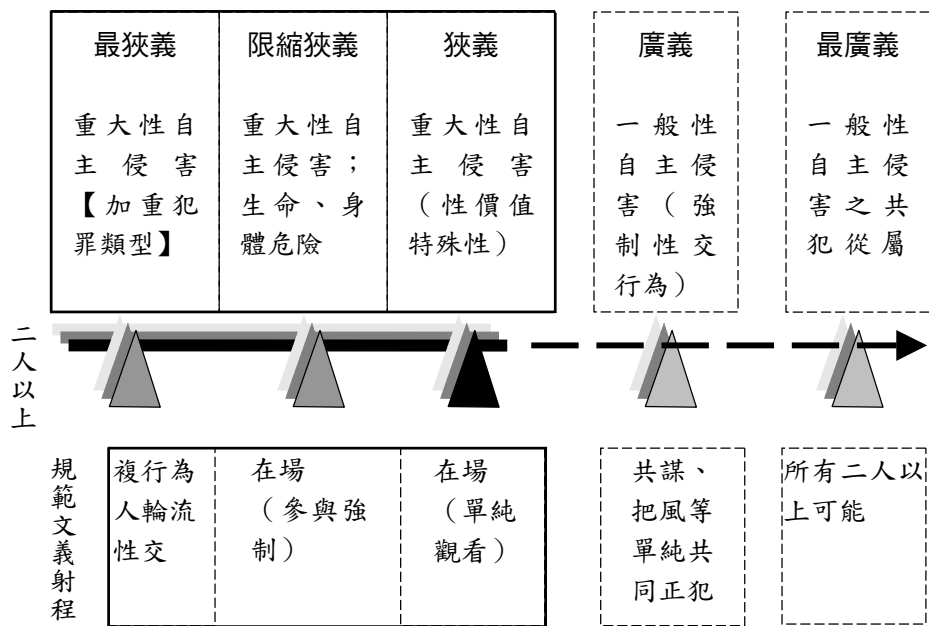
者只是場所外的把風行為，由於複行為人的共同犯罪，相較於刑法第二二二條所規定的個別具體加重要素，沒有任何相類似的不法加重或罪責加重理由，實不應該將其視為二人以上強制性交罪的適用。最高法院七十六年台上字第七二一〇號判決對於刑法分則規定以二人以上之犯罪，認為必須有在場共同實施的主張，值得肯定，對於刑法第二二二條第一項第一款的規定，也應該適用。因為「在場」的強調，至少表現了行為潛藏危險性的增加。在這裡還要補充的是，如果考量性的隱私性，那麼對於「在場」的事實涵攝判斷，其實還可以適度放寬。

(三) 「在場」的意涵

當考量性的獨占性與私密性，而肯認性自主的價值特殊時，此時行為人「在場」所顯現的意義，其實已經超越了實務所表達之「在場」，所內涵之固有意義的行為潛藏危險性的增加。這時應該也被考量的是，複行為人所實行之妨害性自主的行為樣態，對於性自主價值的減損可能。當社會的性價值也成為重要的參考參數時，即使共同正犯中之個別行為人沒有參與強制或性交行為，但是有犯意聯絡而在場觀看，解釋上應該也屬於刑法第二二二條第一項第一款二人以上強制性交罪的適用範疇。這樣的解釋，主要是針對社會對於性的隱密性的價值認識，以及顧及被害人暴露於強制性交之環境而供人觀看，對於被害人所可能產生之身心創傷的特殊性。也就是說，即使行為人提出抗辯，主張其參與的模式只是單純觀看，而沒有任何升高被害人之生命或身體的危險，甚至沒有能夠加強犯罪實現的可能，也不足以因此排除複行為人強制性交罪的構成要件合致判斷。這樣的規範解釋，就刑法第二二二條第一項第一款二人以上強制性交罪的文義規定而言，至少從複行為人間之主觀的犯意聯絡，所顯現的法益破壞的認識而言，也還沒有逾越「二人以上共同

犯之」的文義理解可能包括的界線；換句話說，並沒有違反罪刑法定的精神。

為了更清楚的表現刑法第二二二條，二人以上強制性交罪「二人以上」的合理解釋，以下以「二人以上」的法條規範字義不同廣度做為軸線，而以游標（三角形符號）移動的方式，顯現隨著不一樣的「二人以上」的文義使用，所可能涵攝的不同罪質。希望能夠經由游標游移的想像，呈現規範文義射程的變動，所連帶觸動二人以上強制性交罪的不同罪質的理解。並因此對於刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」的規範適當應用，有一目瞭然的理解。



上述圖表對於「二人以上」規範文義，所呈現之最狹義、限縮狹義以及狹義的文義理解，都以參與之行為人「在場」為前提，並藉由參與之行為人不同行為樣態的實行，呈現了性自主支配的重大

侵害。至於圖中所謂之最狹義、限縮狹義以及狹義的文義涵攝，在理解上應具備有邏輯的包含關係，但是如果個別行為人間沒有主觀犯意之聯絡，只是偶然在行為現場出現，而單純於一旁參看，則因為欠缺共同正犯之主觀要件，並不適合只以客觀上被害人之感受，過度擴大「二人以上」之文義適用。相對於「廣義」與「最廣義」之二人以上的行為人，可能只涉及行為人根本沒有在場之單純共同正犯（例如共謀、把風等行為之參與，此時應將其理解為刑法第二二一條之強制性交罪的共同正犯），甚或純粹共犯樣態的行為人而言，刑法第二二二條第一項第一款之複行為人強制性交罪存在有重大性自主侵害與一般性自主侵害之罪質上的根本不同。而罪質的差異，也給予了複行為人之犯罪類型加重處罰的合理理由。

伍、結 論

刑法第二二二條第一項第一款之複行為人強制性交罪，為必要共同正犯之聚合犯，所謂必要共同正犯的罪質不只是來自於刑法的文義規定，更有其犯罪型態所應該具備有的行為模式。因此，案例事實中，是否能夠成立「二人以上共同」違犯強制性交罪的規範適用，必須通過必要共同正犯的罪質的檢驗。如果單純以強制性交罪之共同正犯，來解釋刑法第二二二條第一項第一款之二人以上強制性交罪的涵攝範疇，不但在規範適用時，沒有辦法合理說明行為加重處罰的原因，而違背了罪刑相當的原則，也會因為刑罰權的不當擴大，發生規範適用的解釋瑕疵。尤其當強制性交罪的共同正犯，其複數行為人之行為的介入，既沒有提高法益侵害的擴大，也沒有造成其他法益侵害危險的不法加重要素，或罪責加重要素時，就以司法對於案例事實之規範適用的方式，呈現為加重犯罪類型，甚且形成各級法院的判決參考，就是規範解釋的不適當運用。

本文認為刑法第二二二條第一項第一款兩人共同犯強制性交罪，既然在體系上是屬於加重犯罪類型，那麼就應該在參與之行為人的行為模式中，找到可以成為加重處罰的理由。行為加重處罰的立法考量，除了思考保護法益的特質，也必須兼顧社會價值的維護，至於就規範應用而言，則是司法機關所被賦予的任務與期待。在法律詮釋的過程中，不但要探究適當的解釋方法，更應該認識到各種解釋方法的使用，都要服膺法律解釋的目的；更確切的說，在法律規範的具體適用時，一定要注意，相關的規範解釋或規範適用的結果，是否提供系爭案例事實一個正確而且合理的法律規範定位。

刑法妨害性自主罪章的修訂，將性自主建構為罪章保護法益的核心，這個現象在刑事立法政策上，是貼近社會發展的重要里程碑。也因此，以「二人以上共同犯之」之行為方式，對於性自主法益侵害之具體案例的涵攝解釋，除了考量條文文義可能的射程範疇，尤其不能忽略犯罪行為對於性自主侵害的嚴重性。在解釋的判斷要素，不論是社會對於行為模式的特別非難性，或是被害人的心理創傷，都應該是重要考量的因素。當然，在案例的涵攝操作時，也不能因此而背離了刑法重要原則的遵守，無論如何，只要是刑法規範，在涵攝解釋時都必須受到刑法特殊性質的約束。綜合考量了這些規範適用所具備的特質與限制後，本文認為所謂二人以上犯強制性交罪的犯罪類型，如果嚴格限制在舊法的輪姦罪的適用，已經不符合社會對於規範所保護之法益的適用期待。然而，卻也不能因此就將「二人以上」，放寬至所有共同正犯的行為類型，而應當顧及罪刑相當，折衷的尋找文義所可能包含的適當範疇。如果從複數行為人的參與，升高了行為的危險性的觀點考量，最高法院七十六年台上字第七二一〇號判決所主張之刑法分則二人以上之犯罪，必須有在場共同實施的見解，值得肯定。「在場」的要素檢驗，一方

面限縮了單純共同正犯成立二人以上共同強制性交罪的可能，一方面也適度突破了傳統輪姦罪自我設限的缺點。至於是否「在場」的判斷，本文認為也應該考慮性自主法益的特殊性，尤其是性自主本身所內涵的私密價值作為解釋要素。當行為人間存在有強制性交的共同犯意，雖然只委由一人進行刑法所規範之「性交」行為，而他行為人單純觀看，也不因為他行為人完全沒有其他法益侵害可能，而因此排除刑法第二二二條第一項第一款的適用。這樣的解釋，主要是為了呈現我們社會對於性自主法益之特殊保護的認同，並且顯現重大性自主法益侵害的類型。最後還必須強調的是，雖然本文以犯罪之被害人的感受，適度在保護法益的規範目的上，擴大了實務對於「在場」的涵攝解釋，但是無論如何條文所謂「二人以上共同」違犯強制性交罪，所表現之共同犯罪之主觀要件，仍然是適用刑法第二二二條第一項第一款之規定的必要條件。

【附錄】

一、實體爭議判決

(一)九十八年台上字第一二〇七號判決	
重要事實	<p>1. 甲向A女佯稱：「妳和前男友繼續交往也沒有好結果，會惹來很多惡運，我是妳命中注定之老公，會好好照顧妳；妳跟我前世有諸多因果，要立即做決定，一輩子只有一次的機會，若離開或不順從，將於一星期內被鬼差抓走而跳樓自殺」等語。乙在旁慫恿，A女身邊常會有鬼魂纏身，只有甲才能為她解厄、消災，並佯稱伊自己是受甲幫助而跳脫困境，鼓吹A女主動表現誠意，要A女主動獻身，才能順利進行法事。</p> <p>2. 甲對B女佯稱：妳就是我這輩子的妻子，要B女在佛祖面前發誓，將對未來老公忠貞不二，如有違背會不得好死，不得超生。乙在場自稱「蔡小姐」，係甲的妹妹跟助理，並在旁慫恿稱：甲不近女色，已等老婆出現五、六年，B女就是甲等待的老婆，要主動獻身，如有不從會遭天譴等語，多次遊說B女要滿足甲之性需求。B女因懼於甲宗教迷惑，在違反自己意願下任甲對之為性交，先後共性交十次。</p> <p>3. 甲向C女佯稱：妳有幫夫運，是我前世老婆，來當我的助理，且一定要履行夫妻的義務，不然妳媽媽這個星期就會被嬰靈害死等語，乙在旁慫恿稱：妳不要不相信神鬼論，曾經有位鄭小姐，法師說她會發生車禍，但那小姐不信，結果真的出車禍等語。當日（十五日）C女借宿於甲之神壇處，至隔日（十六日）早上十一點多，甲叫醒C女要親吻，C女起初不答應，然甲告知：「若妳不與我生一個小孩，就無法幫妳媽媽擋煞，妳媽媽就會死」等語，C女便不再反抗，任由甲親吻並撫摸其身體，但是沒有性交行為。</p> <p>4. C女與甲、乙於該日（十六日）晚上仍睡於「○齋」神壇內，甲於十七日凌晨四時許睡到C女身旁，開始親吻C女的嘴、頸子，撫摸背及胸部。C女雖不斷反抗拒絕，但甲佯稱</p>

	伊已對神明發誓，一定會對C女很好。惟C女仍不願意，但C女因害怕甲不幫她媽媽作法，她媽媽即會死掉未敢大叫求救，亦不敢以全力抵抗，接著甲開始摸C女的下體、強行脫C女的衣物，對C女強制性交既遂一次。
判決理由	<ol style="list-style-type: none"> 1. 共同實行犯罪為，在合同意思範圍以內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每一階段行為均經參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。 2. 乙就甲對A女等三人強制性交之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯等由甚詳。核無上訴意旨所指判決不備理由之違法情形，就此爭執，難認為合法之上訴第三審理由。
重點摘要	<ol style="list-style-type: none"> 1. 偏向以刑法第二十八條共同正犯解釋。 2. 在判決理由一、所摘錄之乙之上訴意旨(四)提及，「乙對甲與被害女子性交一節，事前全然不知，其亦未到場共同實行或分擔強制性交行為，且無擴大、增加被害人性自主受侵害之危險程度。原判決認係『二人以上共同犯之』，論處乙以加重強制性交罪名，其適用法則已有不當」。判決理由回應，行為人原不必每一階段行為均經參與，祇須分擔犯罪行為之一部，似認即使沒有到場共同實行或分擔強制或性交行為，仍可成立本罪。
(二)九十六年台上字第四二一四號判決	
重要事實	<ol style="list-style-type: none"> 1. 甲駕駛乙所有之自用小客車，搭載乙，四處找尋女子下手。行經台南縣農業道路五十公尺處，見放學後身著某國中體育服裝A女（係十四歲以上未滿十六歲之女子），單獨騎腳踏車行經該處，認有機可乘，在後座之乙即指示甲駕車靠近A女，並於靠近後，打開後車門，以施強暴方式強押A女上車。乙以A女外套蒙住其眼睛，又持二人所有白色繩索一條及粉紅色長布條三條細綁A女手腳及蒙住頭部，而以此方式剝奪A女之行動自由；在車內乙又命令A女更換位子，跨越至小客車已躺平之右前座。為遂行強制性交之犯

行，乙持二顆不名藥劑，佯稱感冒藥，命A女服用，致A女呈半昏睡狀態。其間乙在後座對躺平在副駕駛座之A女上下其手，刻意撫摸A女胸部及下體；甲則在A女旁邊駕駛小客車，待抵達台南市乙之租屋處樓下，甲、乙二人在車內先以床單將A女全身包住，以避人耳目之爬樓梯方式，將A女帶往租屋處房間；嗣乙先命甲離去，便將因藥劑導致身體無法自由控制之A女帶到床上，違反A女之意願，將其陰莖插入A女陰道，而以此方式接續對A女為性交二次得逞。

2. 渠等於二週後，行經台南縣縣道附近時，發現B女獨自一人駕駛自用小客車；此時甲先駕車上前擋住B車去路，而乙即下車自稱係便衣警察，要求B女出示證件，惟遭拒。乙擅自開啓B車車門不成，B女因而下車與乙理論；乙見狀，遂叫甲下車，共同將B女拖進B車內後座。乙持B車內之布條及衣物綑綁B女手腳，使B女不能抗拒。其後乙隨即翻找B女皮包，強取現金約新台幣（下同）一千六百元得手，並詢問B女有無提款卡，B女回答提款卡放在家中，B女遭強迫說出住址、提款卡密碼及放置處。嗣乙再命甲駕駛原有之自用小客車，而乙則駕駛B車，於同日下午三時十一分許，前往台南市一汽車旅館。渠等取得B女家中鑰匙後，甲乃駕車前往B女住處拿取提款卡，乙則將遭強暴方式剝奪行動自由之B女，以違反其意願方式，接續對B女為性交三次得逞；至甲於抵達B女住處後，發覺無法進入，乃返回前開汽車旅館，並於同日晚上六時許與乙及B女退房離去。而甲駕駛B車行經台南縣一軍事學校圍牆旁時，為逞其獸慾，乃由乙下車把風，甲遂將手腳被綁、蒙住頭部之B女，以強暴方式違反B女意願，以其陰莖一部插入B女陰道後，再自行手淫射精為性交一次得逞。嗣至同日晚上七時許，甲、乙二人始鬆綁B女之手腳，解除B女行動限制。惟二人為確保前開犯行不被發現，乃基於加害生命及身體之共同犯意，推由乙出言向B女恐嚇稱：「其是從台中下來台南討債的，如果她報案的話，其有朋友在台南，會對她及家人不利」等語，使B女心生畏懼，致生危害於安全，因而不敢立即除下

	<p>頭套。至甲、乙二人離開現場後，B女始將頭套脫下，自行開車前往醫院驗傷。</p>
判決理由	<ol style="list-style-type: none"> 1. 按共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，應對於全部結果共同負責，如以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。 2. 又共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立；刑法第二十八條之共同正犯，非必限於以明示之共謀為犯意聯絡，即以默示之動作表示其意思之合致亦無不可。 3. 本件甲固未對被害人A女實施強制性交行為，惟甲、乙共同拘束A女行動自由後，任由乙先對A女強服藥劑，並恣意猥褻A女，其後又與乙共同將A女帶往乙之租屋處，即係共同實施構成強制性交要件之強暴行為，終使乙強制性交得逞；可見確在合致之意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，且對於乙強制性交之結果有所預見，自應對於全部所發生之結果，共同負責，均為共同正犯。不能以其未親自對被害人A女實施強制性交，而阻卻其之罪責。 4. 就犯罪事實二部分所為，均係犯刑法第三三二條第二項第二款之強盜而強制性交罪、第三〇二第一項剝奪他人行動自由罪及第三〇五條之恐嚇危害安全罪；甲、乙二人就前述所犯各罪間，互有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。
重點摘要	<ol style="list-style-type: none"> 1. 偏向以刑法第二十八條共同正犯解釋。 2. 判決理由認為，被告甲固未對被害人A女實施強制性交行為，然其與乙共同拘束A女行動自由，即係共同實施構成強制性交要件之強暴行為。

二、程序爭議判決

(一)九十八年台上字第二二一三號判決	
重要事實	上訴人甲與乙基於二人以上共同對於女子以強暴而為性交之犯意聯絡，由甲先將房門上鎖，並強行抓住甲女之雙手，然後由乙強行脫下A女之外褲及內褲，將其身體壓在A女之身上，以此強暴方式，違背A女之意願，由乙將其生殖器插入甲女陰道內為性交行為得逞。
判決理由	刑法第二二二條第二項二人以上共同犯加重強制性交罪，須共犯間有已達成性交行為，始構成既遂。倘認定犯罪事實之證據尚欠共犯間有刑法第十條第五項所定性交行為者，遽爾論處二人以上共犯加重強制性交既遂罪，判決即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。
重點摘要	1. 乙之行為是否已達到刑法第十條第五項所定性交程度，證據不夠明確。 2. 判決記載「須共犯間有已達成性交行為」，從前後文觀之，強調行為人中至少要有一人達成性交行為，始構成既遂。
(二)九十七年台上字第五七一號判決	
重要事實	1. 甲命乙至該處門外把風，由甲將告訴人強壓在該處床上，並脫光其褲子，強制以性器插入告訴人之性器得逞。 2. 翌日上午十時許，在甲住處，甲旋叫乙及告訴人至二樓房間內，以事情曝光對大家都不利等語脅迫告訴人再與其性交一次。並命乙至樓梯口處把風。甲強行脫下告訴人衣物，強制性交得逞。隨後再由乙對告訴人為性交得逞。 3. 上訴人二人又於二〇〇二年八月二十一日至同年八月底之某日，在不知情之友人住處房間內，由甲以前揭同一言詞脅迫之方法，對告訴人為性交得逞後，再由乙對告訴人為性交得逞。 4. 甲單獨於二〇〇二年九月間某日，在其住處房間內，以前揭同一言詞脅迫之方法，對告訴人為性交得逞。 5. 甲復單獨於二〇〇二年九月間某日，在其前開住處倉庫內，以前揭同一言詞脅迫之方法，對告訴人為性交得逞等情。

判決理由	1. 原判決就上訴人二人共同或單獨所為前開 3、4、5 之強制性交犯行，其「性交」之具體犯罪態樣如何？自應於事實欄內予以明確認定，詳細記載。原判決事實欄僅籠統記載上訴人二人對告訴人「性交得逞」云云，而對於其究為如何態樣之性交行為，並未詳加認定具體記載，自不足資為論罪科刑之依據。
重點摘要	1. 就二人以上共同強制性交部分，未提出具體意見。 2. 僅認為原判決就「性交行為」之認定，記載不夠明確。
(三)九十七年台上字第五二八六號判決	
重要事實	1. 原判決事實欄第二段記載，上訴人基於強制性交之犯意，先乘甲女騎機車載友返家，與A女獨處房內之際，違背A女意願，命令A女脫去衣服，強拉A女上床，撫摸A女胸部，並要求A女對其口交，遭A女抵抗，因聽聞甲女騎機車返回聲音，始停止而未得逞。 2. 嗣又與甲女承前揭強制性交之犯意聯絡，共同褪去A女之衣服、長褲，由上訴人強將A女推倒床上，強行脫去A女內褲，甲女則撫摸A女胸部之方式，對A女為強制性交得逞等情。
判決理由	1. 對於上訴人如何為性交之行為，此與法律適用攸關之事項，並未於事實欄為明白記載，自欠允洽。 2. 原判決似認上訴人有基於連續犯之概括犯意，先後犯刑法第二二一條第二項、第一項之強制性交未遂，及同法第二二二條第一項第一款之二人以上共同犯強制性交罪。但其理由欄僅載述上訴人係犯刑法第二二二條第一項第一款之二人以上共同犯強制性交罪，對其餘強制性交未遂犯行，究應如何論處，毫未論列說明，顯有理由欠備。 3. 原判決就證人上開兩起證詞，並未說明其憑以取捨認定之理由，遽行判斷，有理由不備之可議。
重點摘要	1. 就二人以上共同強制性交部分，未提出具體意見。 2. 就強制性交未遂部分，理由不明。

(四)九十六年台上字第七五四二號判決	
重要事實	<ol style="list-style-type: none"> 1. 甲覬覦A女姿色，竟於A女在該處過夜之第二天晚上近隔日凌晨零時許起，趁A女在廚房睡覺之際，基於強制性交A女之概括犯意，先用手伸進A女之衣服內，撫摸A女之胸部，A女因驚醒發現而抵抗時，甲立刻用右手摀住A女嘴巴，並出言恫嚇A女不可反抗，否則即將A女從四樓推下去，並毆打A女，令A女因心生畏懼而不能抗拒，只好任由甲強行脫掉其衣褲後，將陰莖插入A女之陰道內而強制性交得逞。 2. 此後，每隔三至四天，甲即以同一強暴、脅迫之方式，對A女強制性交得逞多次。A女並因此得知甲之右腹、肚臍以下處，有一道疤痕。 3. 乙於得知上情後，非但未予阻止，竟與甲基於共同強制性交A女之概括犯意聯絡與行為分擔，於約一個半月後之同年八月初某日凌晨零時許，由乙叫A女至其二人之臥室，A女甫進入，見到甲一絲不掛躺在床上，A女原擬出去，乙竟強拉A女並立即將房門鎖上，強行將A女之衣服脫掉，A女因不從而反抗，乙即摑打A女耳光，甲與乙二人並出言恐嚇A女：「如果不乖乖聽話，就不幫妳寄錢給你在印尼生病的媽媽，妳媽媽就會死掉，還要把妳從四樓陽台推下去」等語，致A女因心生畏懼而不能抗拒。乙在旁協助壓制A女之雙手、雙腳，以利甲對A女進行強制性交，並在旁觀看，共同以強暴、脅迫之方法強制性交A女得逞， 4. 並自斯時起至同年十一月二十五日凌晨二時許止，甲、乙二人，以平均三天一次之頻率，共同以上開方法對A女強制性交得逞多次等情。
判決理由	<ol style="list-style-type: none"> 1. 法律變更，未綜其全部罪刑結果而為比較適用，致將新舊法割裂適用，難謂適法。 2. 就此部分仍維持第一審所宣告之刑，難謂與罪刑相當及不利益變更禁止原則之旨意無違。 3. 攸關A女此部分證言是否有證據能力，原判決未詳予調查說明，遽採為證據，自有未洽。上訴意旨指摘原判決關於此部分不當，非無理由。

重點摘要	<ol style="list-style-type: none"> 1.就二人以上共同強制性交部分，未提出具體意見。 2.就法律變更部分，適用不當。 3.A女證詞部分，未詳盡調查。
(五)九十六年台上字第九七三號判決	
重要事實	<p>本件關於原判決認定上訴人個人著手於強制性交（強姦）而未遂部分，事實欄記載：陳氏兄弟二人輪姦甲女既遂之後，上訴人即再度出現於甲女斜前方，意懷不軌，甲女見狀立即奪門而出，並衝到樓下，致上訴人未能得逞等情。</p>
判決理由	<ol style="list-style-type: none"> 1.「刑法第二二二條（指民國八十八年四月二十一日修正前刑法）之輪姦罪，必須參與行為人均姦淫既遂始能成立。其中如有人姦淫未遂，除姦淫既遂者有二人以上均構成輪姦罪外，其姦淫未遂之人，仍應繩以同法第二二一條第三項之強姦未遂罪，由於同法第二二二條無處罰未遂犯之規定，此為當然之解釋。」 2.上訴人與已定讞之陳A及行為時未滿十八歲之少年陳B三人共同輪姦被害人甲女，上訴人雖屬未遂，但因共同正犯之陳氏兄弟業已既遂，因認上訴人仍祇成立上開修正前刑法第二二二條之共同輪姦一罪，又因刑法第二二二條業經修正，再為新舊法律之比較適用，而從最有利於上訴人之現行刑法第二二二條第一項第一款，論上訴人以二人以上共同對於女子以強暴之方法而為性交一罪，非無判決適用法則不當之違背法令。 3.上訴人個人之部分，已否著手於強制性交罪構成要件之行為，而得論為強制性交未遂？即非無疑。
重點摘要	<ol style="list-style-type: none"> 1.就二人以上共同強制性交部分，未提出具體意見。 2.上訴人於舊法時期，僅成立刑法第二二一條第三項之強姦未遂罪，修法後透過新舊法比較適用，論以新法最有利於上訴人之現行刑法第二二一條第一項第一款，有無判決適用法則不當，不無疑問。 3.事實部分，上述人是否已著手，亦有疑問。

(六)九十三年台上字第二〇五三號判決

重要事實

1. 上訴人謝○與梁○、許○於「A網路咖啡店」上網。許○上網認識取得十四歲以上，未滿十六歲之甲女電話號碼，基於幫助強制性交之犯意，將甲女之電話號碼告知謝○及梁○。梁○即打電話聯絡林○到場，謝○則打電話邀甲女出遊；甲女受邀後又另邀十四歲以上未滿十六歲之乙女相伴。林○旋於翌（十二）日○時三十分許，駕駛其父所有之休旅車，搭載謝○及梁、許等人前往約定地點與甲、乙二女見面。
2. 謝○與梁○、林○遂共同基於對甲、乙二女強制性交之犯意聯絡，由林○將車駛往大○頂山區內。謝○與梁○在車廂內欲強行脫卸甲、乙二女之衣物遭拒，遂由梁○以強暴之手段強行脫去甲女衣褲，上訴人亦出手毆打乙女。林○並脅迫稱：若不配合，要將其賣去屏東當妓女等語，並強行壓制乙女。其後分別由謝○、林○及梁○先後以其等之性器進入乙女之性器；梁○並以其性器進入乙女之口腔，而予以性交。上訴人與梁○在對乙女性侵害過程中，並分別以其等之性器進入甲女性器官；林○則又令甲女對其為口交，而均對甲、乙二女強制性交得逞。
3. 謝○又基於概括之犯意，於同年十二月八日晚上，與梁○、陳○在前揭網路咖啡店外商議，欲對其上網而認識之十四歲以上未滿十六歲之丙女為性侵害。並推由梁○假冒「阿賢」之名義，邀約丙女於同日晚上二十時二十分見面。梁○與丙女見面後，即以機車搭載丙女前往大○公園；謝○、陳○二人則共乘機車前往。到達後，即取出不明藥物欲與丙女共同服用，惟為丙女所拒，乃又將丙女載往更深之山區內某鳳梨田旁小路，由謝○出手毆打丙女左後耳及右嘴角。梁○則脅迫稱：如果不脫衣服的話，就要再毆打，而且不載其返家等語，致丙女心生畏懼，不敢抗拒而脫卸身上衣物。謝○即與陳、梁二人違反丙女之意願，依序先令丙女對其等口交，再先後將渠等之性器官插入丙女之陰道內，而予以性交得逞。
4. 嗣於二〇〇三年一月二十五日二十一時三十分許，謝○與梁○、陳○、劉○計畫欲二度對丙女為性侵害，推由謝○與劉○二人分乘機車前往約定之○高中時，為警查獲等情。

判決理由	<p>1. 上訴人謝○對於十四歲以上未滿十六歲之被害人犯強制性交罪，自應依兒童及少年福利法第七十條第一項前段之規定加重其刑，而無同條項但書規定之適用。惟謝○行為時，兒童及少年福利法尚未頒布實施，依刑法第二條第一項但書比較新舊法結果，兒童及少年福利法第七十條第一項加重其刑之規定，較不利於上訴人，自不適用該條項加重其刑之規定。從而，本件亦無少年事件處理法第六十八條第一款關於少年法院管轄案件規定之適用。</p> <p>2. 原判決謂「被告行為後，兒童及少年福利法於九十二年五月二十八日經政府公布，第七十條第一項規定成年人故意對兒童及少年犯罪者，加重其刑至二分之一，本件被告成年人雖故意對已滿十四歲未滿十六歲之少年犯罪，而刑法第二二二條第一項第二款，對十四歲以下之男女犯罪者，已定有特別處罰之規定，則對未滿十四歲之男女犯罪者即無適用兒童及少年福利法第七十條第一項加重其刑之餘地，衡之社會觀念，對未滿十四歲之人犯罪，其嚴重性顯較對已滿十四歲未滿十六歲之少年犯罪情節嚴重，舉重以明輕，本件應無適用兒童及少年福利法第七十條第一項加重其刑之餘地，亦無比較新舊法之問題」。其見解固有未洽，但不影響原判決法條之適用。</p> <p>3. 原判決未認定上訴人謝○有何精神耗弱之情形，因而未依刑法第十九條之規定減刑，難認有何不當。況該法條僅規定得減輕其刑，並非必須減輕其刑，縱原判決未依該條規定減刑，亦不能指為違法。</p>
重點摘要	<p>1. 就二人以上共同強制性交部分，未提出具體意見。</p> <p>2. 原判決認為無兒童及少年福利法第十七條第一項加重其刑之適用，最高法院認為有適用，只是因新舊法比較結果該法不利於上述人，因而未使用。</p>

參考文獻

一、中文

1. Dreyfus/Rabinow原著，錢俊譯，傅柯——超越結構主義與詮釋學，2005。
2. Foucault原著，尚衡譯，性意識史（第一卷：導讀），1996。
3. Sigmund Freud原著，林克明譯，文明的性道德與現代人的不安，載：性學三論，愛情心理學，頁229-258，2002。
4. 甘添貴，必要共同正犯與總則共犯規定之適用，月旦法學雜誌，10期，頁45-46，1996。
5. 甘添貴，體系刑法各論，2卷，2000。
6. 呂有文，刑法各論，修訂版，1986。
7. 李茂生，論刑法修正草案第十條有關性交的定義，台灣本土法學雜誌，46期，頁144-154，2003。
8. 李聖傑，從殺人罪在德國的法制發展思考台灣殺人行為的規範，載：刑事法學新趨勢——Lothar Philipps教授七秩祝壽論文集，頁27-42，2004。
9. 李聖傑，我的秘密花園，月旦法學教室，48期，頁20-21，2006。
10. 林山田，性與刑法，台灣本土法學雜誌，2期，頁43-52，1999。
11. 林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，51期，頁16-42，1999。
12. 林山田，刑法各論 I，5版，2005。
13. 林山田，刑法通論（上），10版，2008。
14. 林山田，刑法通論（下），10版，2008。
15. 林東茂，加重竊盜——實務相關見解評析，月旦法學雜誌，71期，頁155-162，2001。
16. 林東茂，刑法綜覽，修訂5版，2007。
17. 林鈺雄，新刑法總則，2版，2009。
18. 俞承修，刑法分則釋義（下冊），2版，1947。
19. 柯耀程，刑法概論，2007。
20. 張麗卿，刑法總則理論與運用，2版，2005。

21. 許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評台北地院九十一年訴字第四六二號判決，台灣本土法學雜誌，42期，頁16-36，2003。
22. 許福生，性犯罪基本概念之探討（中），法務通訊，1949期3版，頁3-6，1999。
23. 陳子平，刑法總論，增修版，2008。
24. 黃仲夫，刑法精義，修訂新版，2009。
25. 黃建輝，法律闡釋論，2000。
26. 黃榮堅，美麗陷阱，月旦法學雜誌別冊——刑事法學篇，2002。
27. 黃榮堅，基礎刑法學（下），修訂版，2006。
28. 楊仁壽，法學方法論，1986。
29. 蔡墩銘，刑法各論，6版，2008。
30. 鄭逸哲，刑法第二八條例外作為「共同強制性交構成要件」的「實定法解釋源」，台灣本土法學雜誌，95期，頁154-156，2007。
31. 盧映潔，刑法分則新論，2版，2009。
32. 韓忠謨，刑法各論，7版，1982。
33. 蘇俊雄，刑法總論 I，1995。

二、外 文

1. Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 10. Aulf., 2005.
2. Gössel, Karl Heinz, Strafrecht, BT, Band I, 1987.
3. Hassemer, Winfried, Tatbestand und Typus, 1968.
4. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aulf., 1996.
5. Kindhäuser, Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aulf., 2007.
6. Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aulf., 1991.
7. Lackner- Kühl, StGB Kommentar, 26. Aulf., 2007.
8. MünchKommBZ Strafrecht, Band 2/2, 2005.
9. Roxin, Claus, Strafrecht AT, Band II, 2003.

10. Roxin, Claus, Strafrecht, AT, Band I, 4. Aulf., 2006.
11. Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aulf., 2006.
12. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. neubearbeitete Aulf., 2001.
13. Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aulf., 2008.
14. Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strarecht AT, 36. Aulf., 2006.
15. Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aulf., 1974.

A Study on Violent Sexual Offences Committed by More than Two Perpetrators

Sheng-Chieh Lee*

Abstract

How does one interpret “more than two individual committing a crime” in section 1 of paragraph 1 of Article 222 of the Criminal Law has been hotly debated in theory and practice. The Supreme Court, in contrast to the theoretical interpretations, is obviously in favor of focusing on the literal meaning of the Article to see whether the crime is committed by more than two individuals. However, if we look into the nature of violent sexual offences, group offenders, a type of the necessary joint principles, can better meet the requirements of section 1 of paragraph 1 of Article 222.

This essay will review recent decisions made by the Supreme Court, and based on the interpretive methods of criminal law, analyze how the clause “more than two perpetrators committing a crime” of Article 222 is applied in practice. The value of self-determination involving sexual activities will also be discussed in this essay to clarify

* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. iur., Regensburg University, Germany.

Received: January 26, 2010; accepted: March 30, 2010

meaning of section 1 of paragraph 1 of Article 222. In short, this essay aims to provide a new way examine the aforementioned debate.

Keywords: Violent Sexual Offences, Necessary Joint Principles, Value of Sex, Interpretive Methods of Criminal Law