

最高檢察署 108 年度台上聲字第 3 號

檢察官追加理由書

檢察官 朱富美

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

法律爭點

爭點一：起訴書記載：被告基於侵入住宅強制性交之犯意，侵入被害人住所強制性交未遂，構成刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪。法院得否變更犯罪事實為：被告基於侵入住宅竊盜之犯意，侵入被害人住處內，著手竊盜之行為未遂，再著手強制性交未遂，構成刑法第 321 條第 2 項、第 1 項第 1 款之侵入住宅竊盜未遂罪及刑法第 221 條第 2 項、第 1 項之強制性交未遂罪？亦即，法院上開判決變更檢察官所引應適用之法條而判處被告侵入住宅竊盜未遂罪部分，是否有同一性？

爭點二：我國刑法第 222 條第 1 項第 7 款規定侵入住宅強制性交罪，該罪之成立是否以侵入住宅之初即基於強制性交之意思，方能構成？若行為人係因他故侵入住宅，臨時起意強制性交，是否應論以侵入住宅強制性交罪責？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	3
一、臺灣高雄地方法院 108 年度侵訴字第 13 號判決：	3
二、臺灣高等法院高雄分院 108 年度侵上訴字第 80 號判決：	3
三、小結	5
參、追加之理由	5
一、爭點一	5
(一)所涉及之法令	5
(二)外國立法例	6
1. 美國法	6
2. 德國法	12
3. 日本法	15
(三)我國學說	17
(四)我國實務關於案件同一性之見解	20
(五)爭點一本署見解	24
1. 同一性標準應兼顧當事人權益保障、正義實現及司法資源有限性	24
2. 本案起訴犯罪事實及系爭判決侵入住宅竊盜未遂罪部分並無同一性	25
二、爭點二	26
(一)所涉及之法令	26
(二)外國立法例	26
1. 美國法	26
2. 德國法	30
(三)我國學說	30

(四)我國實務相關見解	35
1. 肯定說(不以侵入住宅之初，即基於強制性交意思為必要)	35
2. 否定說(以侵入住宅之初，即基於強制性交意思為必要)	37
(五)爭點二本署見解	38
1. 侵入住宅強制性交罪並非意圖犯	38
2. 侵入住宅屬強制性交之加重構成要件要素	40
3. 本案被告構成侵入住宅強制性交未遂罪	40
肆、結論	41

最高檢察署檢察官追加理由書

108 年度台上聲字第 3 號

聲 請 人 最高檢察署檢察官朱富美

被 告 吳銘祥

上列被告因妨害性自主案件，經臺灣高等法院高雄分院於中華民國 108 年 11 月 13 日為第二審判決（[108 年度侵上訴字第 80 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，茲追加上訴理由如後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

本件臺灣高雄地方檢察署 108 年度偵字第 4572 號檢察官起訴書認為：「吳銘祥於民國 108 年 2 月 28 日 1 時前某時，前往其友人梁○程位於高雄市三民區同盟三路之住處（為保護被害人，詳細地址詳卷），並在該處與梁○程一同施用第三級毒品愷他命，其後吳銘祥向梁○程表示欲借用其住處 4 樓房間休憩，經梁○程同意後，吳銘祥即前往上開住處 4 樓房間。詎料，吳銘祥竟基於侵入住宅強制性交之犯意，先自梁○程上開住處 4 樓房間之陽台，攀爬至梁○程之鄰居即 AV000-A108015（真實姓名、年籍資料詳卷，下稱 A 女）、AV000-A108015A（真實姓名、年籍資料詳卷，下稱 B 男）之住處（為保護被害人，詳細地址詳卷）4 樓陽台，再自該陽台侵入 A 女、B 男之上開住處內，吳銘祥侵入上址後，即前往 A 女位於上址 1 樓之房間，適時 A 女正熟睡在該房間內，吳銘祥見狀，旋即以身體壓制 A 女之身體，並欲親吻 A 女，A 女遭吳銘祥肢體碰觸而清醒後，發現吳銘祥並非其配偶即 B 男，旋即將吳銘祥推開而抵抗之，然吳銘祥不顧 A 女之抵抗，仍以手摀住 A 女之嘴巴，向 A 女恫稱：「不要叫，再叫就殺死你，我知道你家沒有人，只有你 1 個」等加害 A 女生命、身體之言詞，A 女聽聞後仍持續反抗，惟吳銘祥亦持續對 A 女施以強制力，並試圖親吻 A 女及將手伸入 A 女之衣服內撫摸 A 女之胸部，而 A 女則趁吳銘

祥欲對其親吻以及以手摀住其嘴巴之際，咬傷吳銘祥之嘴部及手指頭，吳銘祥因而再以手掐住A女之脖子，迄A女幾近窒息時，經A女妥協不再呼救，吳銘祥始鬆手，吳銘祥並向A女表示：「我給你10萬元，你跟我做愛」等語，欲以上開強暴、脅迫之方式強制A女與其為性交行為。其後，因A女向吳銘祥表示其業已60餘歲，吳銘祥始作罷而未遂。嗣經A女、B男報警，經警旋即到場處理，並在梁○程上開住處內以現行犯逮捕吳銘祥，始查悉上情。」因認被告所為，係犯刑法第222條第2項、第1項第7款之侵入住宅強制性交未遂罪嫌。

臺灣高等法院高雄分院 [108年度侵上訴字第80號](#) 判決變更犯罪事實之認定為：「吳銘祥於民國108年2月28日凌晨0時許，前往友人梁○程位在高雄市三民區同盟三路之住處（地址詳卷），並在該處與梁○程一同施用第三級毒品愷他命，其後吳銘祥向梁○程表示欲借用該處4樓房間休憩，經梁○程同意後，吳銘祥即前往4樓房間。詎料，吳銘祥竟於同日凌晨1時許，基於侵入住宅竊盜之犯意，自梁○程住處之4樓房間陽台，攀爬至梁○程之隔壁鄰居即代號AV000-A108015號女子（真實姓名、年籍資料詳卷，下稱A女）之住處（地址詳卷）4樓陽台，自該陽台侵入A女住處內，於往下樓過程中即四處探看有無可竊取之物（已著手竊盜之行為），欲從1樓往上竊取財物後，再至侵入處返回上開借住之處，而其於下樓至A女位在上址1樓之房間，適A女正在房間內熟睡，吳銘祥認有機可乘，即上前以臉部靠近A女之臉部，欲親吻A女，A女因而驚醒，向吳銘祥稱：「你要幹什麼？」，吳銘祥即萌強制性交之犯意，出手摀住A女之嘴巴，要求A女不要叫，並以另一手壓住蓋著棉被之A女肩膀，使A女無法動彈，A女因而掙扎抵抗，吳銘祥則向A女恫稱：「不要叫，再叫就殺死妳，我知道妳家沒有人，只有妳1個」等加害A女生命、身體之言詞，A女聽聞後仍持續反抗，惟吳銘祥亦持續對A女施以強制力，試圖親吻A女，及將手伸入A女之衣服內，撫摸A女之上半部乳

房，A女趁吳銘祥欲對其親吻之際，咬傷吳銘祥之嘴唇，A女與吳銘祥在抵抗掙扎當中，雙雙跌落床下，A女再趁吳銘祥摀住其嘴巴的手稍微鬆開之機會，咬傷吳銘祥之手指，吳銘祥乃掐住A女之脖子，迄A女幾近窒息時，經A女妥協不再呼救，吳銘祥始鬆手，吳銘祥並向A女表示：「我給妳10萬元，妳跟我做愛」等語，然因A女向吳銘祥稱其已60餘歲，吳銘祥始出於己意停止強制性交行為之實行而未遂，並自行開門離去，返回梁○程之住處，亦未得財物。嗣經A女將上情告知在住處3樓睡覺之其夫即代號AV000-A108015A號男子（真實姓名、年籍資料詳卷，下稱B男），並報警處理，由據報到場處理之警員於同日凌晨2時15分許，在梁○程之住處內逮捕吳銘祥而查獲。」

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣高雄地方法院 [108年度侵訴字第13號](#) 判決：

「本案被告於侵入A女住宅前，即具強制性交之犯意，而以侵入住宅為其強制性交之手段乙節，業經論述如上，是核被告所為，係犯刑法第222條第2項、第1項第7款之侵入住宅強制性交未遂罪。被告侵入住宅之行為，已結合於所犯加重強制性交之罪質中，無另論以侵入住宅罪之餘地。又被告為遂行其強制性交之目的，對A女恫稱如事實欄所載之恐嚇話語，且對A女為如事實欄所示之強暴行為，致使A女受有脖子3道瘀痕之傷害等情，均經認定如上，然被告此部分所為之恐嚇及傷害等犯行，均屬強制性交之部分行為，均不另論罪。」

二、臺灣高等法院高雄分院 [108年度侵上訴字第80號](#) 判決：

「(二)按刑法第321條第1項第1款之侵入住竊盜罪，係結合侵入住居罪與一般竊盜罪，而獨立成立之加重竊盜罪，性質上屬於結合犯，應無另成立刑法第306條無故侵入住宅罪之餘地。核被告無故侵入被

害人A女之住宅，基於竊盜之犯意，於侵入住宅後有東看西看找尋品即已著手竊取財物，因驚醒被害人A女致未得財之行為，係犯修正前刑法第321條第1項第1款、第2項之侵入住宅竊盜未遂罪。本件起訴書雖就被告侵入住宅部分已於犯罪事實欄載明，雖未就被告竊盜未遂部分起訴；惟觀諸刑事訴訟法第267條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」，本院審理結果，認為檢察官之起訴書所載者，僅為犯罪事實之一部分，自應就其他效力所及之部分併予審判，本件檢察官祇對於結合犯實質上一罪之部分事實提起公訴，基於訴權不可分及審判不可分之原則，法院當就起訴書所未記載之其他部分即竊盜部分，予以合併審究（否則即有刑事訴訟法第379條第12款所稱已受請求之事項未予判決之違法）。

（三）又刑法第222條第1項第7款之侵入住宅強制性交罪，係將侵入住宅、強制性交二罪結合為獨立之加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。若行為人係因他故侵入住宅，臨時見色起意強制性交者，尚難論以侵入住宅強制性交罪責。查被告侵入被害人A女住宅，係基於竊盜之意圖，被告在著手竊盜過程中，見被害人A女單獨睡在一樓床上，乃另萌強制性交之犯意，對被害人A女以強暴手段著手為性交，因已意中止而未遂（詳如前述），係犯刑法第221條第1項、第2項之強制性交未遂罪。公訴人認被告此部分係犯刑法第222條第2項、第1項加重強制性交未遂罪，惟本院認被告此部分犯行，不妨害基本社會事實同一性，於被告之訴訟防禦權不生妨礙，乃變更檢察官所引應適用之法條而審理之，以符訴訟經濟原則。又被告為遂行其強制性交之目的，對A女恫稱如事實欄所載之恐嚇話語，且對A女為如事實欄所示之強暴行為，致使A女受有脖子3道瘀痕之傷害等情，均經認定如上，然被告此部分所為之恐嚇及傷害等犯行，均屬強制性交之部分行為，均不另論罪。」

三、小結

綜上，本案檢察官認為被告之行為涉犯刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪，提起公訴。臺灣高雄地方法院 [108 年度侵訴字第 13 號](#) 判決依上開起訴之法條及罪名判決被告有罪；臺灣高等法院高雄分院 [108 年度侵上訴字第 80 號](#) 判決變更犯罪事實之認定為：被告吳銘祥意圖竊盜侵入被害人之住所，先著手竊盜未遂，再著手性侵未遂，基於訴權不可分及審判不可分之原則，法院當就起訴書所未記載之竊盜部分予以合併審究；又刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪，係將侵入住宅、強制性交二罪結合為獨立之加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成；若行為人係因他故侵入住宅，臨時見色起意強制性交者，尚難論以侵入住宅強制性交罪責。因而撤銷原判決，判決「吳銘祥犯侵入住宅竊盜未遂罪，處有期徒刑捌月。又犯強制性交未遂罪，處有期徒刑貳年。應執行有期徒刑貳年陸月。」

參、追加之理由

一、爭點一

(一)所涉及之法令

刑事訴訟法第 300 條規定：「前條之判決(按：指科刑或免刑判決)，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」該條條文於民國 24 年 1 月 1 日修正施行，原規定於第 292 條，其條號於 56 年 1 月 28 日修正為第 300 條，條文內容未曾修正。

最高法院 [86 年度台非字第 187 號](#) 判決曾解釋該條立法理由：「我國刑事訴訟之審判，採彈劾主義，犯罪事實須經起訴，始得予以審判，但因起訴之方式不採起訴狀一本主義及訴因主義，而採書面及卷證併送主義，起訴書須記載犯罪事實、證據並所犯法條，使法院以犯罪事實為審判之對象；審判之認定事實適用法律，不採人民陪審及當事人

進行主義，而採法官職權進行主義，故刑事訴訟法第三百條規定有罪之判決得就起訴之犯罪事實變更檢察官所引應適用之法條，以期訴訟之便捷，但為兼顧被告之防禦權以求程序之公平，並符合彈劾主義不告不理之旨意，自須於公訴事實之同一性範圍內，始得自由認事用法。」

(二)外國立法例

1. 美國法

(1) 審判範圍

美國憲法增修條文第六條規定：「被告有受通知被訴罪名之性質及原因的權利。¹」美國檢察官提起公訴有兩種方式：以檢察官起訴書（Information）或以大陪審團（Grand Jury）議決方式起訴（indictment）。因為檢察官起訴與否影響被告甚鉅，為防止檢察官濫行起訴，檢察官需先證明有相當理由（Probable Cause）才可起訴。亦即若以檢察官起訴書起訴，檢察官需先向預審法官證明有相當理由；若以大陪審團方式起訴，則需先說服大陪審團有相當理由。聯邦之刑事訴訟程序，僅適用於聯邦犯罪，美國有 28 州原則上不使用或已廢止大陪審團制度²，而以檢察官起訴書為唯一之起訴方式。

美國為使審判範圍具體、特定，便於被告及辯護人採取防禦措施，及衡量起訴是否已達起訴門檻，因此起訴書除記載可確定被告人別之基本資料外，訴因必需載明被告犯行、所犯罪名及依據之法律條款，而犯行則主要記載犯罪構成要件相關之事實。美國聯邦刑事訴訟程序規則第 7 條規定：「(a)起訴文件之種類：1. 重罪：最重法定刑為死刑或超過一年以上有期徒刑之罪，除刑事藐視法庭罪外，應經大陪審團之起訴。2. 輕罪：最重法定刑為一年以下有期徒刑之罪，可依本規則

1 U.S. Constitution Amendment VI, "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to... and to be informed of the nature and cause of the accusation;"

2 根據 Yale Kamisar et al., *Advanced Criminal Procedure* 962-63 (9th ed. 1999), 美國只有 18 州規定所有重罪（Felonies）需以大陪審團議決方式起訴，另外有 4 州規定得科死刑或無期徒刑之重罪需以大陪審團起訴，其餘之州原則上都已不使用大陪審團議決方式起訴，有兩州並正式廢止有關大陪審團起訴之法規。

58(b)(1)之規定起訴(information)。(b)拋棄大陪審團審查權：最重法定刑為一年以上有期徒刑之罪，被告經公開法庭告知控訴之性質及其權利後，可拋棄由大陪審團審查起訴之權利，而由檢察官以 information 之方式起訴。(c)性質及內容：1. 原則：無論是 indictment 或 information，均應以書面為之，清晰、簡要、明確地敘述符合其所控訴犯行之構成要件之關鍵基本事實；並由檢察官簽名。……訴因(count)可引用其他訴因內記載之指訴內容，訴因可主張被告犯罪之方法不明，或被告犯罪之方法使用一個或多個特定的方法。對於每一訴因，起訴文件應就被告所犯之實定法、規則或其他法律條文，提供官方或慣用之引註方式……³」

美國聯邦刑事訴訟規則第 7 條 (e) 項規定：不經大陪審團之起訴書 (information)，判決前於符合同一犯行及不妨害被告防禦權的前提下，法院得容許檢察官修正或變更起訴書所載之內容⁴。依此規定，判決前在不追加另一犯行或變更為不同犯行及不損及被告實體權利之情況下，法院得允許檢察官修正起訴書 (information)。依美國實務見解⁵，此條同一性之範圍比後述美國法判斷審判範圍之標準

³ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7, “The Indictment and the Information

(a) When Used.

(1) Felony. An offense (other than criminal contempt) must be prosecuted by an indictment if it is punishable:

(A) by death; or

(B) by imprisonment for more than one year.

(2) Misdemeanor. An offense punishable by imprisonment for one year or less may be prosecuted in accordance with Rule 58(b)(1).

(b) Waiving Indictment. An offense punishable by imprisonment for more than one year may be prosecuted by information if the defendant—in open court and after being advised of the nature of the charge and of the defendant's rights—waives prosecution by indictment.

(c) Nature and Contents.

(1) In General. The indictment or information must be a plain, concise, and definite written statement of the essential facts constituting the offense charged and must be signed by an attorney for the government. ... A count may incorporate by reference an allegation made in another count. A count may allege that the means by which the defendant committed the offense are unknown or that the defendant committed it by one or more specified means. For each count, the indictment or information must give the official or customary citation of the statute, rule, regulation, or other provision of law that the defendant is alleged to have violated....”

⁴ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 7(e), “Amendment of Information. The court may permit an information to be amended at any time before verdict or finding if no additional or different offense is charged and if substantial rights of the defendant are not prejudiced.”

⁵ *Virgin Islands v. Bedford*, 671 F.2d 758 (3rd Cir. 1982).” The question of whether a crime is an

(lesser included offense)寬，其判斷重點是起訴書修正是否對被告之防禦權產生侵害，若未產生實質侵害，法院應予容許。

但該條並無大陪審團議決通過起訴書之更正規定，此乃因後者係大陪審團之決定，並非檢察官可單獨為之，惟如果大陪審團議決通過之起訴書有明顯錯誤，例如更正被告姓名之拼字⁶、毒品之級數⁷、所引之法條⁸、犯罪行為之年度⁹等，實務案例上均以該項更正僅就枝節或形式為之，並未損害被告之防禦權，予以准許。若更正將對被告之防禦權有侵害，則不能由檢察官或是法院逕為修正，應再重新組成新的大陪審團審查新的大陪審團起訴書，以更新起訴書(superseding indictment)方式為之。

在案件同一性的前提下，美國法院於對被告防禦權沒有造成不利之情形時，應允許檢察官對其起訴書為變更，變更應以書面為之，犯罪事實與所犯法條及罪名之變更可能連動，也可能無關。不在起訴書所特定範圍內之犯罪事實及罪名，除非經檢察官變更，否則法院無審判權利或義務。

美國法的審判範圍與既判力範圍二者並不相同，審判範圍係考量權力分立、被告防禦權、訴訟經濟等因素，以犯罪事實及罪名是否業經檢察官起訴為判斷基準。如果先後二訴之起訴事實不同，例如被告甲涉嫌同時同地強盜乙、丙二人，檢察官先起訴被告強盜乙，再起訴被告強盜丙，雖然罪名相同，但起訴之事實不同，應屬合法¹⁰。

美國聯邦刑事訴訟規則第 31 條 (c) 規定審判範圍：「法院得就

"additional or different" offense for purposes of amending an information pursuant to Rule 7(e) is not coextensive with the question of whether a crime is a lesser included offense of another. Although the amending of an information to include a lesser included offense will rarely violate the first requirement of Rule 7(e) (that no additional or different offense be charged), it is not necessarily true that the amending of an information to include a crime which is not a lesser included offense will violate the rule."

6 US v. Denny, 165 F. 2d. 668 (1947)(更正被告姓名).

7 US v. Lo Franco, 818 F. 2d. 276 (1987)(更正毒品級數).

8 Masi v. US, 223 F. 2d. 132 (1955)(更正所犯法條).

9 US v. Stapleton, 271 F. Supp. 59 (1967)(更正犯罪日期).

10 王兆鵬，論一事不再理之憲法原則(上)，台灣本土法學雜誌，第 80 期，2006 年 3 月，51 頁，64 頁。

起訴罪名之未遂罪、起訴罪名要件中所包含之罪或該罪之未遂罪判決被告有罪。¹¹」因某些犯罪相互比較，有所謂 lesser included offense 的情形，亦即 A 罪名之構成要件，在 B 罪中全部都有，且 B 罪尚有其他構成要件為 A 罪所無，則 A 罪為 lesser included offense，在實務上，起訴上述 B 罪名，法官可指示陪審團於 B 罪不成立時，得就 A 罪認定成罪。亦即起訴罪名之構成要件包括其他較輕罪名全部之構成要件，則該輕罪為審判範圍所涵括，但法院不得變更輕罪為重罪或非起訴法條構成要件所全部包括之其他罪名。例如起訴殺人罪，法院得變更法條為傷害致死罪或過失致死罪；檢察官起訴強制性交罪，法院得變更為妨害自由罪。檢察官起訴傷害致死罪，法院不得改判殺人罪；起訴妨害自由罪，法院不得改判為強制性交罪或詐欺罪¹²。

美國法並無類似我國想像競合犯從一重處斷的規定，被告一行為構成數罪名，均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 Missouri v. Hunter¹³案表明：禁止雙重危險之射程範圍係以國會立法目的為界限，國會立法明示某一刑罰係外加於其他法定刑罰，則在同一起訴文件中，對被告之一行為以二種不同之法條予以處罰，並不違憲。例如法院准許被告停止羈押之條件為交保期間不得再犯罪，若被告交保期間持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，檢察官得一併起訴該二罪，法院應就該二罪判決。但法院不得就未經起訴之犯罪審判，若檢察官只起訴被告藐視法庭罪¹⁴，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。

美國對同一被告之複數犯罪科刑時，有「同時進行刑」

11 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 31(c), "Conviction of Less Offense. The defendant may be found guilty of an offense necessarily included in the offense charged or of an attempt to commit either the offense charged or an offense necessarily included therein if the attempt is an offense."

12 王兆鵬，論審判之範圍，月旦法學雜誌，147 期，2007 年 8 月，142 頁以下；152 頁。

13 Missouri v. Hunter, 459 U.S. 359 (1983).

14 由於實務經常出現同一行為可能符合多種刑罰條文之情形，檢察官如何選擇起訴之條文，即非常重要。美國聯邦及各州就此點，均給予檢察官高度裁量權，其理由為：就某一犯行選擇處罰依據，必須考量政府執法之立場、資源及各種複雜的因素，法官並不適合作此決定；再者，陪審團審判制度之所以得以運作，是因為超過 90% 之案件以認罪協商方式定罪，而檢察官對起訴條文之絕對裁量權，是認罪協商得以進行之基礎。

(Concurrent sentences)及「接續進行刑」(Consecutive sentences)之分，當一被告多數犯罪被定罪後，其多數徒刑應同時計算執行期間，並於最長期徒刑執行期滿時釋放，稱為「同時進行刑」；當一罪執行完畢後，另一罪之刑度才接續開始執行，稱為「接續進行刑」。因此，美國聯邦法複數犯罪之執行只有「接續」或「吸收」兩個選項，並無類似我國定執行刑之制度。美國聯邦法 18 U. S. Code § 3584(b)規定：法官決定「同時進行刑」或「接續進行刑」時，應考量 18 U. S. Code § 3553(a)所列之量刑因素¹⁵。亦即，除法律另有明文規定外，法官應綜合考量犯罪的性質、情況、被告前科、品性、科刑執行的必要性等等因素¹⁶。因一行為觸犯數罪名之情形，美國法官可能但未必宣告「同時進行刑」，故實際執行刑與我國想像競合犯不同。

(2)既判力

美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：「就同一犯罪，不得置任何人之生命或身體受雙重危險。¹⁷」既判力的範圍是因為被告有「禁止

¹⁵ 18 U.S.C. § 3584, “(a)Imposition of Concurrent or Consecutive Terms.—

.....Multiple terms of imprisonment imposed at the same time run concurrently unless the court orders or the statute mandates that the terms are to run consecutively. Multiple terms of imprisonment imposed at different times run consecutively unless the court orders that the terms are to run concurrently.

(b)Factors To Be Considered in Imposing Concurrent or Consecutive Terms.—

The court, in determining whether the terms imposed are to be ordered to run concurrently or consecutively, shall consider, as to each offense for which a term of imprisonment is being imposed, the factors set forth in section 3553(a).

(c)Treatment of Multiple Sentence as an Aggregate.—

Multiple terms of imprisonment ordered to run consecutively or concurrently shall be treated for administrative purposes as a single, aggregate term of imprisonment.”

¹⁶ 18 U.S.C. § 3553, “(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—

(1)the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2)the need for the sentence imposed—

(A)to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B)to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C)to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D)to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;”

¹⁷ U.S. Constitution Amendment V, “No person shall be... nor shall any person be subject for the same

「雙重危險」的憲法權利，意指就同一犯罪，除非有合憲之正當事由，否則不得為兩次以上之追訴、審判，避免被告重複訴訟之痛苦。因此「一事不再理」與「一事不二罰」略有差異，前者是避免被告重複訴訟之苦；後者是避免被告受不必要的重複處罰。

對於既判力範圍，美國聯邦及大多數州(約有 30 州)採取要件包含法則(same element test)¹⁸，此係聯邦最高法院 Blockburger v. US¹⁹案所提標準，以二個罪名之構成要件相互比較，如果其中一罪名存在一個以上之構成要件為另一罪名所無，且反之亦然，則此二罪名即為不同的罪名，後訴非雙重危險所禁止²⁰。起訴法條之構成要件包括後訴法條全部構成要件，或後訴法條包含起訴法條全部構成要件，則後訴為雙重危險所禁止，不得重覆起訴，但有下列三個例外：²¹ (1) 檢察官起訴時，較嚴重之犯罪結果尚未發生²²；(2) 偵查機關雖謹慎積極調查，仍未發現較嚴重之犯罪事實²³；(3) 被告於前訴以賄賂、威脅、恐嚇或以其他不正當方式影響法官、陪審員、檢察官、證人之執行職務或作證²⁴。

因此，審判範圍與既判力範圍未必相同，例如檢察官起訴妨害自由罪，法院不得改判較重之強制性交罪，但因強制性交罪之要件包括所有妨害自由罪的要件，所以檢察官起訴被告涉嫌妨害自由並判決後，不論是否有罪，既判力範圍包括不得因同一行為再起訴被告涉嫌強制

offense to be twice put in jeopardy of life or limb;”.

18 王兆鵬，論審判之範圍，月旦法學雜誌，147 期，2007 年 8 月，153 頁以下。

19 Blockburger v. US, 284 U.S. 299 (1932),此案所採原則，於 Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 (1990)一案中遭推翻，但後來在 US v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993)一案中，又再度被採用。

20 此外，某些犯行可能同時觸犯聯邦刑法及州刑法，此時亦無禁止重複評價問題，聯邦最高法院在 US v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922)案中宣示「雙重主權」(dual sovereign)之例外，州法院以州刑法起訴被告，經判決後，聯邦法院仍可就同一行為觸犯聯邦刑法之部分予以起訴審判。其後在 Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959)一案中，法院仍重申此原則。

21 王兆鵬，以一事不再理理論再審，月旦法學雜誌，144 期，2007 年 5 月，171 頁，177 頁以下。

22 Diaz v. United States, 223 U.S. 442 (1912).

23 United States v. Stearns, 707 F. 2d 391, 393 (9th Cir. 1983).

24 Aleman v. Honorable Judges of Circuit Court of Cook County, 138 F.3d 302 (1998). See also David S. Rudstein, Double Jeopardy and the Fraudulently-Obtained Acquittal, 60 Mo. L. Rev. 607, 636-637 (1995).

性交。以 United States v. Dixon 案²⁵為例，法院准許被告交保之條件包括交保期間不得再犯罪，結果被告交保期間因持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，被告因藐視法庭罪被判決確定後，又被起訴持有毒品罪。被告主張依「禁止雙重危險」規定，請求駁回持有毒品罪之起訴。聯邦最高法院依前述要件包含法則，認為後訴合法。

對於既判力範圍，美國少數州(約 17 州)採相同事件法則(same transaction test)²⁶，亦即探究先後二訴之起訴事實是否源自相同的社會事實，若社會事實相同，後訴為「禁止雙重危險」所及。但因採相同事件法則者為少數，且對於何謂「相同事件」，不僅各州規定不同，且要件不明確。因此對我國而言，此法則應較無參考價值。

2. 德國法

德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次處罰。」實務見解及學說通說一致認為，訴訟繫屬的審判標的之內容及範圍，與「犯罪事實」的內容及範圍相同，也為德國基本法第 103 條第 3 項意義下的法律效力所及²⁷。

德國刑事訴訟法第 155 條規定：「(第 1 項)法院之調查及裁判，限於起訴所稱之犯罪及所指控之人。(第 2 項)在此範圍內，法院有權且有義務獨立行事；尤其在刑法之適用上，不受所提聲請之拘束。」德國刑事訴訟法第 264 條規定：「(第 1 項)判決對象，係起訴書中所指，如審判結果表明之犯罪。(第 2 項)法院不受開啟審判程序裁定所根據之犯罪評價之拘束。²⁸」德國刑事訴訟法第 264 條規定判決對象，即審判標的，根據德國刑事訴訟法第 155 條第 1 項之控訴原則

²⁵ United States v. Dixon, 509 U.S. 688 (1993).

²⁶ George C. Thomas III, The Prohibition of Successive Prosecutions for the Same Offense: In Search of a Definition, 71 Iowa L. Rev., (January, 1986) 323, 378.

²⁷ Otfried Ranft, Der Tatbegriff des Strafprozessrechts, JuS 2003, 417.

²⁸ 德國刑事訴訟法之中譯，均係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容。

(Anklagegrundsatz)，判決對象僅為經由起訴(或替代起訴的程序)正式送交法院判決的犯罪，並構成法院調查及裁判之對象²⁹。

訴訟法之犯罪事實概念是起訴所界定的歷史生活歷程(geschichtliche Lebensvorgang)，包括被告的全部行為，只要該行為依生活的觀點與起訴所描述的歷史事件表現為一個完整的過程。就算個別與之相關聯或有關係的情況並未明確地在起訴書中提到，亦然。此外，也不考慮實體法意義下，起訴書所描述的犯罪事實，在法律評價上是得出一個或數個可罰行為，也就是不取決於犯罪單數或犯罪複數，而始終取決於個案情況及其關聯。又個別行為在時間上是否同時發生，既非必要條件，也非充分條件。但是，時間、地點以及客觀上的緊密關聯可以指向一個完整的生活歷程。關鍵在於，個別行為或事件是否在考慮其刑法意義下，不僅表面上相互交融地轉變，而且內部也如此互相連結，其中一行為的不法及罪責內涵，在沒有考慮其他行為的情況下，無法正確地評價，而且分別評價及判決這些行為是不自然地分裂一個完整的生活歷程³⁰。檢察官以起訴所描述之被告犯罪事實來確定法院調查及判決的對象，而法院可審理及判決的對象，限於起訴所描述且檢察官追訴意思(Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft)所及之犯罪。起訴的範圍應透過解釋來加以確定。為了這個目的，可超出犯罪事實及所犯法條(Anklagesatz)，考慮偵查的重要結果(wesentliche Ergebnis der Ermittlungen)來作解釋³¹。

德國訴訟法之犯罪事實概念與實體法之行為概念不同，作為訴訟對象的犯罪事實是一個獨立的概念，其概念比實體法意義下的行為概念要廣。訴訟法上的犯罪事實概念與實體法的行為概念追求的目標不同。對於訴訟法來說，主要涉及送交那一個生活事實給法院調查及判

29 KK-StPO/Ott. 8. Aufl. 2019, StPO § 264 Rn. 1.

30 KK-StPO/Ott. 8. Aufl. 2019, StPO § 264 Rn. 5-6.

31 KK-StPO/Ott. 8. Aufl. 2019, StPO § 264 Rn. 23.

決，且沒有人可以因為同一生活事實而多次被處以刑罰，即一罪不二罰。與此相對，實體法規定的是被告的行為是否以及多大程度滿足一個或數個刑事犯罪，以及同時發生觸犯數個法律規定時要如何處理。例如縱火以及由縱火而衍生的保險詐欺，就算起訴沒有提到保險詐欺，通常是一個訴訟法上的犯罪事實³²。

德國刑事訴訟法第 265 條第 1 項規定，法院對被告為有罪判決時，應依據起訴所引用之法條，但被告事先已被特別指示法律見解變更，並給予辯論之機會者，不在此限³³。德國訴訟上的案件事實同一是指，依生活經驗，起訴書所載的「事件歷程」對於法院而言是否同一，考量因素包括行為、時間、地點、行為客體與侵害目的、保護法益等，稱為「自然的歷史進程說」³⁴。是否同一個事件歷程，依德國較新的實務意見，應就事實面與規範面綜合觀察³⁵。所謂的「歷史上的生活歷程」必須將行為人之「侵害目的」列入考量，但並非所有構成不同法律評價的情形，都在訴訟成為不同犯罪事實，只有在新確認的侵害目的與原先所判斷者屬於「全然不同的法律評價」時，才沒有同一性³⁶。

「選擇確定(Wahlfeststellung)」為德國實務見解所創³⁷，指對於具有「多重意義的事實基礎(mehrdeutige Tatsachengrundlage)」之判決，可確定被告有作這一個或是另一個犯罪行為，程序上僅於將兩個可能的犯罪選擇均提起公訴時才可下判決，若起訴書沒有明白提

32 KK-StPO/Ott. 8. Aufl. 2019, StPO § 264 Rn. 9-10.

33 德國刑事訴訟法第 265 條第 1 項規定：「在事先未特別向被告曉示法律見解已經變更，並給予其辯護機會之情況下，不得根據不同於法院准許公訴所引用之刑法規定，對被告為有罪判決。」

34 林鈺雄，新刑法總則與新同一案件—從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件的重構，收錄於「刑法與刑訴之交錯適用」，2008 年，168 頁以下。

35 請參見楊雲驊，刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心，月旦法學雜誌，114 期，2004 年 11 月，48 頁以下；林東茂，被告防禦權，月旦法學雜誌，53 期，1999 年 10 月，183-184 頁。

36 楊雲驊，刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心，月旦法學雜誌，114 期，2004 年 11 月，54 頁。

37 參照德國聯邦最高法院 2019 年 9 月 11 日 5 StR 243/19 裁定，裁定內容中提到：「加重集團竊盜罪(德國刑法第 244a 條第 1 項連結第 243 條第 1 項第 2 句第 3 款)及常業與集團電腦詐欺罪(德國刑法第 263a 條第 2 項，第 263 條第 5 項)之間的選擇確定，無論如何在本案一經由沒有權限地影響程式進程或機械操弄而系統性地把自動提款機的錢領光—沒有法律上的疑慮。」

到這兩個選擇，就取決於依犯罪客體、犯罪地點、犯罪時間等決定性的事實能否將之評價為一個完整的生活歷程。在一個起訴、一個未起訴的犯罪行為之選擇確定是不允許的，如果起訴書只有描述其中一個犯罪行為，另一個犯罪行為必須追加起訴或重新起訴才能作為審判標的³⁸。例如德國刑法第 242 條竊盜罪與第 259 條贓物罪，竊盜罪或贓物罪是時間、空間上可明確區分以及在犯罪圖像上不同的事件，在訴訟法上的意義是獨立的犯罪行為。對於每個選擇都應滿足起訴的訴訟前提要件，這樣法院才有認知義務(Kognitionspflicht)及判決權限(Aburteilungsbefugnis)³⁹。但如果其中一罪相對於另一罪具有較輕的階段關係(Stufenverhältnis)，也就是被重罪所包含，例如未遂與既遂、幫助與共犯、過失與故意、基本構成要件與加重構成要件等。這樣案例就不是選擇確定的情形，要適用罪疑惟輕原則⁴⁰。

3. 日本法

日本刑事制度於第二次世界大戰後仿美國採訴因制度，訴因指檢察官以被告有公訴事實所載之行為，而該行為該當起訴法條所載之罪名。亦即檢察官代表追訴機關，向法院為國家對被告有刑罰權之主張。訴因乃檢察官事實上的主張，日本通說，法院審判之客體為訴因，法院受檢察官起訴訴因所拘束，不得超越訴因而為審判⁴¹。日本刑事訴訟法第 256 條第 3 項規定：「公訴事實之記應，應明示訴因。訴因之明示，應儘可能藉由日時、場所及方法以特定構成犯罪之事實。⁴²」

日本刑事訴訟法第 312 條規定訴因等變更：「(第 1 項)法院於檢察官提出聲請時，於不妨害公訴事實之同一性之限度應准許追加、撤回或變更起訴書記載之訴因或所犯法條。(第 2 項)法院鑑於審理經過，

³⁸ KK-StPO/Ott, 8. Aufl. 2019, StPO § 264 Rd. 47.

³⁹ BeckOK StPO/Eschelbach, 34. Ed. 1.7.2019, StPO § 264 Rn. 14.

⁴⁰ Ali B. Norouzi, Grundfälle zur Wahlfeststellung, Präpendenz und Postpendenz, JuS 2008, 17(19f.).

⁴¹ 劉秉鈞，案件同一性對於訴訟客體安定性之探討，銘傳大學法學論叢，第 7 期，2007 年 6 月，16 頁。

⁴² 日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，法務部編印，2016 年 8 月，55 頁。

認為適當者得命追加或變更訴因或所犯法條。(第3項)法院於訴因或所犯法條有追加、撤回或變更之情形，應盡速將追加、撤回或變更之部分通知被告。(第4項)法院認訴因或所犯法條之追加或變更，致被告之防禦生實質不利益之虞者，依被告或辯護人之聲請，應裁定於被告為充分地防禦準備之必要期間內停止審判程序。⁴³」亦即，檢察官在有案件同一性的前提下，法院應允許檢察官為訴之追加、撤回或變更，追加、撤回或變更並應以書面為之⁴⁴。訴因與所犯法條及罪名之變更可能連動，也可能無關。不在訴因所特定範圍內之犯罪事實，除非檢察官追加或變更，否則法院無審判權利或義務。若訴因追加或變更對被告防禦權有造成不利之虞，依被告聲請，法院應於其準備防禦期間停止審判。

日本刑事訴訟犯罪事實「同一性」的判斷標準，學界眾說紛紜，多認為「同一性」的判斷標準除基本事實相同外，需加上若干程度的法律評量。但日本實務界向採「基本事實同一說」，若基本事實相同，即使枝節有若干差異，仍具有同一性。日本實務為使「基本事實同一說」的判斷基準更明確，通常併採新舊兩者之事實是否具有不能併存之關係。具體言之，關於時日、處所、態樣相近之二訴因，檢討二者之間是否具有當一方之犯罪被認定成立時，他罪即無由成立之關係，有不能併存關係者表示其基本事實同一⁴⁵。

依日本通說，法院審判之客體為訴因，法院受檢察官起訴訴因所拘束，不得超越訴因而為審判。被告的防禦一般涉及訴因的全部內容，依「以大兼小」原則，不經過訴因變更程序，也可以認定縮小的訴因，例如起訴恐嚇取財、殺人未遂、竊盜，法院可以只認定恐嚇取財中的

43 日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，法務部編印，2016年8月，71頁。

44 日本刑事訴訟規則第209條第1項、第5項，引自陳運財，論起訴事實同一性，月旦法學雜誌，62期，2000年7月，151頁。

45 林永謀，實務上關於起訴事實（犯罪事實）同一性判斷之基準—兼評最高法院八十六年度台非字第一八七號判決要旨，法官協會雜誌，創刊號，1999年6月，45頁，48頁以下；陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌，62期，2000年7月，145頁，151頁以下。

恐嚇、殺人未遂中的傷害、竊盜數額中的一部分，對於沒有認定的部分，不必宣告無罪⁴⁶。

日本憲法第 39 條後段規定：「對同一種犯罪不得重複追究刑事上的責任。」日本通說認為：因為被告在公訴事實同一性範圍內處於被追訴審判危險之中，一事不再理效力涉及公訴事實的同一性範圍，受理後訴的法院認為後訴的訴因與前訴的訴因存在公訴事實同一性時，應依刑事訴訟法第 337 條第 1 款為免訴判決⁴⁷。

(三)我國學說

我國刑事訴訟法第 268 條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」依不告不理原則，法院審判的標的，以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限。法院對於未經起訴之犯罪，除認為與已起訴之犯罪有審判不可分之關係外，不得加以審判，否則即構成刑事訴訟法第 379 條第 12 款後段「未受請求之事項予以判決」之當然違背法令事由，不生判決效力，但應可依照通常及非常上訴途徑尋求救濟，以求確定。

法院審判的對象，雖受檢察官起訴之被告及犯罪事實所拘束，但法院需獨立的認定犯罪事實及法律評價。檢察官起訴後，案情可能產生變化（例如檢察官起訴重傷害罪，但審理時被害人傷重死亡）、或法院對犯罪事實與檢察官有不同認定、或對被告所犯罪名有不同見解，為求訴訟經濟並避免訟累，刑事訴訟法第 300 條規定，法院為有罪判決時，「得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。」反之，若事實沒有同一性，則不得變更檢察官所引應適用之法條。

關於案件同一性，我國向以「基本事實同一說」為基準，主張比較前訴或起訴之基本社會事實，與後訴或法院所認定之基本事實，若基本事實相同，雖枝節有所差異，仍具有同一性；法院於不妨害事實同一範圍內，得認定事實、適用法律。但有許多學者認為起訴事實與

46 田口守一，刑事訴訟法，張凌、于秀峰譯，2010 年，334 頁。

47 田口守一，刑事訴訟法，張凌、于秀峰譯，2010 年，350 頁。

法院認定事實是否具有同一性之判斷，應加入法律評價，而非單以基本社會事實同一為已足，否則有害被告防禦權及控訴原則。依法律評價標準之不同，我國有「訴之目的及侵害行為之內容同一說」、「罪質同一說」、「構成要件共通說」等見解。

詳言之，「訴之目的及侵害行為之內容同一說」主張以基本社會事實(侵害行為)相同為準，並加上「訴之目的」相同之要件。陳樸生教授主張：「況起訴，並非單純社會事實之報導，係就具體的事實，為確定具體的刑罰權對象之表示。犯罪，乃具有侵害性行為之表現。……故近今刑事法思想之趨向，專採基本的事實關係同一說者逐漸減少，認案件是否同一，應依訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定。詳言之，即以原告請求確定其具有侵害性之社會的事實關係為準，亦即經原告擇為訴訟客體之社會事實關係是。實例亦有此趨向。⁴⁸」張麗卿教授亦贊同此說，並表示該說與後述林鈺雄、楊雲驊教授主張之「新同一案件學說」實際並無不同⁴⁹。

「罪質同一說」認為起訴事實不單是自然的、社會的事實，而是經過法律評價後的特定事實，應受構成要件之類型(即罪質)的制約，罪質不同時，不具同一性。亦即以社會基本事實相同為基礎，若構成要件類型相通，才有同一性⁵⁰。

「構成要件共通說」亦以案件的基本事實相同作為基礎，若二者之構成要件有相當程度符合，即具有同一性，不以罪質相同為必要。亦即，此說調和「基本事實同一說」與「罪質同一說」二者。陳運財教授主張此說⁵¹並表示：「為防止審判權的糾問化，保障被告防禦之權益，關於有無同一性之判斷，自應適度加入法律之評價，……又因我國刑訴法第三百條之立法意旨既然在於保護被告之妨訴利益，故同一

48 陳樸生，刑事訴訟法實務，1999年6月，102頁。

49 張麗卿，刑法修正與案件同一，月旦法學雜誌，134期，2006年7月，220頁，228頁。

50 陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌，62期，2000年7月，151頁。

51 陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌，62期，2000年7月，151頁以下。

性之判斷，仍應以『事實』是否共通為基準，職是之故，應以『構成要件之事實共通說』較為可採。⁵²」

林鈺雄、楊雲驊教授均本於「自然的歷史進程說」，主張「新同一案件學說」，認為實體法罪數概念注重罪刑相當，訴訟法犯罪事實概念注重一事不再理，二者未必相等。訴訟法犯罪事實是起訴時就必須決定的事項，不可能也不應該取決於判決結果所認定的實體關係，此一範圍也就是禁止再訴之既判力範圍。訴訟法上犯罪事實同一性概念取決於歷史進程的自然觀點，判斷起訴犯罪事實是否為單一歷史進程的生活事件，關鍵在於其間緊密的事理關聯性，尤其是行為時間、行為地點、行為客體、攻擊目的以及保護法益⁵³。

林鈺雄教授並解釋⁵⁴：此問題涉及到兩個層次，第一層次：是否仍為同一訴訟標的(案件同一性)？第二層次：應否踐行變更起訴法條之程序，尤其是告知變更並予辯明機會的程序。法律評價有所不同時直接適用刑事訴訟法第 300 條，事實基礎產生變更時應類推適用刑事訴訟法第 300 條，給予被告瞭解法院可能以轉變的新事實觀點為判決，並有充分辯明之機會。例如犯罪行為的時間，是判斷犯罪同一性的參考指標，因此，檢察官起訴時應盡可能精確地描述行為時間，最低程度要達到「可得特定」犯罪事實同一性的地步。因為縱使是最為善意誠實的證人，其記憶也未必能夠呈現出精確的過去時間，至於不同證人供述不一的情形，更是家常便飯。一旦出庭目擊證人描述的時間和檢察官起訴書所載有所出入，訴訟難道要就此停擺？或重新起訴？在此，是否影響案件同一性及被告防禦權，是個案判斷的重點。審判認定的行為時間與起訴書所載有別，因為時間是判斷自然生活進程的指

52 陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌，62 期，2000 年 7 月，151 頁以下，155 頁。

53 林鈺雄，新刑法總則與新同一案件—從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件的重構，收錄於「刑法與刑訴之交錯適用」，2008 年，131 頁以下；楊雲驊，刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心，月旦法學雜誌，114 期，2004 年 11 月，47 頁以下。

54 林鈺雄，被告防禦權與事實基礎變更/最高院 104 台上 965 判決，台灣法學雜誌，276 期，2015 年 7 月 28 日，147 頁以下。

標之一，重點在於時間記載與其他指標記載合併觀察，若時間記載不夠明確或認定有所出入，但不影響同一性的判斷，縱使影響法律評價，僅屬踐行變更起訴法條、並予被告辯明機會的範疇⁵⁵。

王兆鵬教授認為審判範圍涉及權力分立原則（亦即法院不得逾越檢察機關的起訴範圍）及被告防禦權，但既判力則涉及被告有不受雙重危險的權利（double jeopardy），二者法理基礎並不相同，實務界不應將審判範圍與既判力範圍劃上等號。法院自行「犯罪事實一部擴張」之見解妨礙被告防禦權，違反正當法律程序，應屬違憲，建議仿美國法界定審判範圍⁵⁶。

綜上，上述各說除王兆鵬教授外，皆屬抽象的敘述，各使用一個關鍵詞自成一說，名稱雖有不同，但其判斷有無犯罪事實同一性之要素大同小異。亦即均認為僅以基本社會事實是否同一作為基準，同一性範圍過於寬鬆，因此應加上前後二罪犯罪構成要件相近的制約，但法律評量寬嚴程度各說有些許差異。

（四）我國實務關於案件同一性之見解

關於案件同一性，我國實務曾以「基本事實同一說」為主流⁵⁷，主張比較前訴或起訴與後訴或法院所認定之基本事實，若基本事實相同，雖枝節有所差異，仍具有同一性。「基本社會事實」一詞，是我國法院向來在案件同一性命題下，判斷能否變更起訴法條時使用之概念。因為實務採基本事實同一說，故犯罪行為人多寡⁵⁸、被告是正犯、

55 林鈺雄，犯罪事實同一性與時間要素—兼評數則最高法院相關判決，收錄於「刑法與刑訴之交錯適用」，2008年，231頁以下。

56 王兆鵬，論審判之範圍，月旦法學雜誌，147期，2007年8月，162頁。

57 參見最高法院92年台上字第4031號、91年台上字第1032號、89年台上字第2390號、88年台非字第350號等判決。

58 最高法院29年上字第43號判例：「法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，但法院於不妨害事實同一之範圍內，仍得自由認定事實，適用刑罰，自訴人在第一審狀訴上訴人等串同搶取其所存佃戶家之穀，雖未指明結夥三人以上，然上訴人甲教唆結夥三人以上搶奪，及上訴人乙實施結夥三人以上搶奪之事實，既屬同一犯罪之行為，不過行為人之多寡不同，在刑法上規定之刑罰有異，仍不失為事實同一，原審論上訴人甲教唆三人以上結夥搶奪罪，上訴人乙三人以上結夥搶奪罪，揆之上開說明，並無違誤。」

教唆犯或從犯⁵⁹、犯罪客體⁶⁰、犯罪時間地點⁶¹，法院認定與檢察官不同，仍不妨害事實同一性，得變更檢察官所引應適用之法條。

惟我國實務對同一性見解相當分歧，雖最高法院 27 年滬上字第 54 號刑事判例即表示：「刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立，此在刑法第二十五條第一項規定甚明，同法第三百二十一條之竊盜罪，為第三百二十條之加重條文，自係以竊取他人之物為其犯罪行為之實行，至該條第一項各款所列情形，不過為犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為而未著手搜取財物，仍不能以本條之竊盜未遂論。……」二者基本構成要件既然不同、侵入住宅罪之保護法益為居家安寧、竊盜罪則保護財產法益，二者明顯有別，可推論檢察官起訴被告侵入住宅，法院縱認定被告侵入住宅竊盜未遂，在檢察官追加起訴罪名之前，法院應不得逕依刑事訴訟法第 300 條規定變更檢察官所引應適用之法條。

但竊盜罪、侵占罪與詐欺罪有無同一性？最高法院 [81 年度台非字第 423 號](#) 判決認為：「竊盜、侵占、詐欺取財三罪，其基本社會事實同為意圖為自己或第三人不法之所有，以和平手段取得他人之財物……因之，檢察官如係以上述三種罪名中之任一罪名起訴，法院……如認被告犯罪手段有異於起訴書所認定者，即得變更起訴法條之罪名為其餘兩罪中之另一罪名是。」最高法院 [80 年度台上字第 4035](#)

59 最高法院 30 年上字第 1574 號判例：「刑事訴訟法第二百九十二條所謂得就起訴之犯罪事實變更檢察官所引應適用之法條，係指法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律而言，故同一殺人事實，檢察官以教唆犯起訴，而法院認為正犯或從犯者，仍不妨害事實之同一，即得變更檢察官所引應適用之法條。」

60 最高法院 28 年滬上字第 43 號判例：「自訴人之夫某甲，前以上訴人封鎖伊所住房門，將伊拘禁在內，提起自訴，業經地方法院認為犯罪不能證明，諭知無罪之判決確定在案。茲自訴人復以當時上訴人之封鎖房門，氏夫雖未被拘禁，氏實被鎖閉房中等情提起自訴，按自訴人所指上訴人之犯罪事實，係一個鎖閉房門以拘禁人之行為，其行為既屬一個，雖兩案自訴人所主張被拘禁之人不同，亦不過被害法益前後互異，並不因此一端而失其案件之同一性，自訴人就曾經確定判決之同一案件提起自訴，仍不得謂無刑事訴訟法第二百九十四條第一款之情形，自應諭知免訴。」

61 最高法院 45 年台上字第 287 號判例：「刑事訴訟法第二百四十七條所謂法院不得就未經起訴之犯罪審判，係指犯罪完全未經起訴者而言，如僅起訴事實中敘述被告犯罪之時間、地點略有錯誤，法院於判決時予以校正，或起訴之事實並無瑕疵，而法院判決認定犯罪之時地稍有出入，均係判決實體上是否妥適之問題，要無就未經起訴之犯罪審判之程序違法可言。」

[號](#)判決則認為：「詐欺與業務侵占，仍截然不同之兩事……且兩者之犯罪構成要件及罪名均不相同，要無事實同一之可言，亦不得就未經起訴之業務侵占事實，自行認定，而加以審判，並變更起訴法條。」最高法院 [81 年度台上字第 4469 號](#)判決亦認為：「侵占罪係以行為人先行持有他人之物為前提，詐欺罪係行為人原未持有他人之物，於施用詐術使人陷於錯誤而交付其物，二者具體侵害性之社會事實顯然不同，自難謂其係不妨害事實同一之範圍……」最高法院 [89 年度台非字第 225 號](#)判決卻又認為：「因侵占與詐欺，俱以不法手段占有領得財物，其客觀構成要件之主要事實雷同，二罪復同以為自己或第三人不法之所有意圖為主觀要件，同以他人之財物為客體，同為侵害財產法益之犯罪，罪質尚無差異，其侵害性行為之內容雷同，犯罪構成要件亦具共通性（即共同概念），應認為具有同一性，從而確定判決於基本事實同一之範圍內，將起訴書所引刑法第三百三十六條第二項業務侵占罪法條，變更為同法第三百三十九條第一項，論以詐欺罪，尚難謂有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所定訴外裁判之違法。」

甚至連單純竊盜或侵占遺失物案件，檢察官以竊盜罪起訴，法院得否變更法條為侵占遺失物罪？最高法院也產生分歧見解。最高法院 [73 年度台上字第 6532 號](#)判決認為：檢察官請求確定之侵害性社會事實係乘人不覺而「竊取」，原判決卻將此項事實變更為「拾取」，二者無同一性，持否定見解；但最高法院 [86 年台非字第 187 號](#)判決則認為：「『侵占離本人持有之物罪』之行為人，對該物並未先具有委任管理等持有之關係，此與其他類型之侵占罪不同，而與「竊盜罪」相同，且所謂「侵占」與「竊盜」，俱以不法手段占有領得財物，其客觀構成要件之主要事實雷同，二罪復同以為自己或第三人不法之所有為主觀要件，同以他人之財物為客體，同為侵害財產法益之犯罪，罪質尚無差異，應認為具有同一性，從而原確定判決將起訴書所引刑法第三百二十條第一項竊盜罪法條，變更為同法第三百三十七條，論以侵占

離本人持有之物罪，自難謂有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所定訴外裁判之違法。」

我國實務已有越來越多判決認為起訴事實與法院認定事實是否具有同一性之判斷，除二者之「基本社會事實」相同外，尚應比較二者之法律評價，而有「訴之目的及侵害行為之內容同一說」⁶²、「罪質同一說」⁶³、「構成要件共通說」⁶⁴等見解，其說理似逐漸與我國學界主流靠攏。

例如最高法院 [94 年度台上字第 1783 號](#) 判決表示：「按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第二百零二條第一款定有明文。此係因同一案件，既經法院為實體上之確定判決，其犯罪之起訴權業已消滅，依一事不再理之原則，不許再為訴訟客體，更為其他有罪或無罪之實體上裁判。而案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從「訴之目的及侵害性行為之內容是否同一」為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。而判決理由之說明，縱使涉及其他犯罪事實之認定，因非檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係，自難認具有判決之實質確定力，即非既判力所及，亦不得資為認定是否同一案件之準據。」

最高法院 [89 年度台上字第 6198 號](#) 判決則認為：「另刑事訴訟法第三百條規定有罪之判決得就起訴之犯罪事實變更檢察官所引應適用之法條者，係指法院得在起訴事實同一性之範圍內，亦即必不變更起訴之犯罪事實，始得自由認定事實，適用法律；如擅自變更起訴之犯罪事實為同一性以外之犯罪事實而加以判決，即有違不告不理之原則，而屬訴外裁判之違法；又犯罪事實係屬侵害性之社會事實，即刑

⁶² 最高法院 94 年台上字第 1783 號、84 年台上字第 1378 號判決、81 年台上字第 2039 號判決。

⁶³ 例如最高法院 86 年台非字第 187 號判決之論述有參酌「罪質同一說」理論。

⁶⁴ 例如最高法院 88 年度台上字第 832 號、89 年度台上第 6198 號等判決。

法加以定型化之構成要件事實，故此所謂同一性，應以侵害性行為之內容是否雷同及犯罪構成要件是否具有共通性為判斷之基準。」

然亦有判決因說理不清、無法分辨其理論依據，而迭遭論者批評者⁶⁵，亟待最高法院統一標準。

(五) 爭點一本署見解

1. 同一性標準應兼顧當事人權益保障、正義實現及司法資源有限性

刑事訴訟政策之抉擇應同時考量人權的保障(包括被告防禦權之保障)、正義實現及司法資源有限性。刑事訴訟採何一制度為宜，被告利益非唯一考量，但應儘可能給予合理保障。

案件同一性有 2 個要素，被告同一及犯罪事實同一。犯罪事實同一性遠比被告同一性複雜，例如犯罪行為的時間，是判斷犯罪同一性的參考指標，因此，檢察官起訴時應儘可能精確地描述行為時間，最低程度要達到「可得特定」犯罪事實同一性的地步。但法院雖應以檢察官起訴的同一犯罪事實為審判界限，在審判範圍內仍有查明犯罪事實真相的澄清義務(刑事訴訟法第 163 條第 2 項)。

控訴原則下，法院的審判範圍以檢察官起訴的被告與犯罪事實為限，非起訴所指的被告、犯罪事實，法院不得加以審判。但起訴書所列罪名及法條僅是起訴檢察官對該犯罪事實的評價，法院對起訴犯罪事實之法律評價自然不受檢察官見解之拘束。

就司法政策言，「基本事實同一說」同一性之範圍較寬，被告之同一案件可在一次訴訟程序解決，免於僅因審檢法律見解或事實認定有些許差異，被雙重追訴，較符合一事不再理原理、有利被告妨訴利益；但過度擴大同一性解釋範圍，可能會架空控訴原則，流於審判者

⁶⁵ 請參見林永謀，實務上關於起訴事實(犯罪事實)同一性判斷之基準—兼評最高法院八十六年度台非字第一八七號判決要旨，法官協會雜誌，創刊號，1999 年 6 月，45 頁以下；陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌，62 期，2000 年 7 月，145 頁以下。

專斷，且不利於被告行使防禦權。因此我國學說及實務已逐漸傾向以基本社會事實是否同一作為基準，加上犯罪構成要件相近的制約。

目前我國實務對同一性標準此問題看法仍有紛歧、判決難以預測。本署相信最高法院有能力及義務在人權保障(包括被告防禦權)、正義實現及司法資源有限性中求取平衡，統一見解。

2. 本案起訴犯罪事實及系爭判決侵入住宅竊盜未遂罪部分並無同一性

本案檢察官起訴書認為：被告吳銘祥基於侵入住宅強制性交之犯意，侵入被害人之住所，著手性侵未遂，涉犯刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪。系爭判決變更犯罪事實之認定為：被告吳銘祥意圖竊盜侵入被害人之住所，先著手竊盜未遂，再著手性侵未遂，基於訴權不可分及審判不可分之原則，法院當就起訴書所未記載之竊盜部分予以合併審究。

本件起訴書雖就被告侵入住宅部分於犯罪事實欄載明，但未認定被告意圖竊盜侵入被害人之住所及著手竊盜行為，未起訴被告加重竊盜未遂罪；系爭判決自行認定：「核被告無故侵入被害人A女之住宅，基於竊盜之犯意，於侵入住宅後有東看西看找尋品即已著手已竊取財物，因驚醒被害人A女致未得財之行為，係犯修正前刑法第 321 條第 1 項第 1 款、第 2 項之侵入住宅竊盜未遂罪。」然而，侵入住宅強制性交未遂罪與侵入住宅竊盜未遂罪二罪間之構成要件炯異，除加重構成要件要素外，其餘構成要件要素毫無共通之處；前者保護法益為身體法益，後者為財產法益。乃系爭判決逕認被告犯侵入住宅竊盜未遂罪，不論依「罪質同一說」、「構成要件共通說」或「訴之目的及侵害行為之內容同一說」、「新同一案件學說」，解釋之寬嚴即使略有差異，均應認為不具同一性。

本案若依前述關於美國法、德國法之說明，均屬無犯罪事實同一性。縱參考日本實務，依「基本事實同一說」操作，依前述日本實務

採新舊兩者之事實具有不能併存之關係，顯示其基本事實同一，亦應由檢察官追加訴因，法院始得就加重竊盜未遂罪審判。乃臺灣高等法院高雄分院 [108 年度侵上訴字第 80 號](#) 系爭判決就未經起訴或追加起訴之侵入住宅竊盜未遂罪判決，已違反權力分立、不告不理原則及刑事訴訟法第 300 條之規定，有刑事訴訟法第 379 條第 12 款就「未受請求之事項予以判決」之當然違背法令之事由。

二、爭點二

(一)所涉及之法令

刑法第 221 條第 1 項規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」刑法第 222 條規定：「(第 1 項)犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：……七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。……(第 2 項)前項之未遂犯罰之。」

刑法第 222 條第 1 項第 7 款係於 88 年 4 月 21 日修正公布時增訂，立法理由為：「一 本條除第一款於原條文中有規定外，其餘各款均係增訂。二 本條所列之各種狀況，均係較普通強姦罪之惡性更重大，有加重處罰之必要，爰仿加重竊盜罪、加重強盜罪，加重搶奪罪之例增訂之。」

(二)外國立法例

1. 美國法

美國政府因採聯邦制，聯邦刑法及各州刑法對加重性侵之規定及要件均不同，而強制性交案件主要以州法追訴處罰，涉及聯邦政府(例如在聯邦監獄或海軍基地內犯之)才以聯邦刑法處理。美國聯邦法 18 U.S. Code § 2242 規定基本性侵罪⁶⁶，18 U.S. Code § 2241 規定加重

⁶⁶ 18 U.S. Code § 2242, "Sexual abuse. Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are

性侵罪⁶⁷，加重條件包括使用強暴、脅迫、藥物、或被害人為小孩四類，並不包括侵入住宅。美國各州刑法對加重性侵之規定及要件均不同，其中 Delaware 州刑法對加重性侵規定較仔細，且與我國刑法第 222 條第 1 項第 7 款相同，將侵入住宅列為性侵犯罪的加重構成要件要素，因此本聲請書以 Delaware 州刑法強制性交罪說明，作為美國法之參考比較對象。

Delaware 州刑法強制性交罪共分四級，第一級最重，第四級最輕，Delaware Code Title 11. § 770(a)規定第四級強制性交罪⁶⁸：
「第四級強姦罪屬 C 類重罪，(a)下列行為人構成第四級強姦罪：(1)

held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly—

(1)causes another person to engage in a sexual act by threatening or placing that other person in fear (other than by threatening or placing that other person in fear that any person will be subjected to death, serious bodily injury, or kidnapping); or

(2)engages in a sexual act with another person if that other person is—

(A)incapable of appraising the nature of the conduct; or

(B)physically incapable of declining participation in, or communicating unwillingness to engage in, that sexual act;

or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned for any term of years or for life.”

⁶⁷ 18 U.S. Code § 2241. “Aggravated sexual abuse.

(a)By Force or Threat....

(b)By Other Means.—Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly—

(1)renders another person unconscious and thereby engages in a sexual act with that other person; or

(2)administers to another person by force or threat of force, or without the knowledge or permission of that person, a drug, intoxicant, or other similar substance and thereby—

(A)substantially impairs the ability of that other person to appraise or control conduct; and

(B)engages in a sexual act with that other person;

or attempts to do so, shall be fined under this title, imprisoned for any term of years or life, or both.

(c)With Children....”

⁶⁸ Delaware Code Title 11. § 770, “Rape in the fourth degree; class C felony.

(a) A person is guilty of rape in the fourth degree when the person:

(1) Intentionally engages in sexual intercourse with another person, and the victim has not yet reached that victim’s sixteenth birthday; or

(2) Intentionally engages in sexual intercourse with another person, and the victim has not yet reached that victim’s eighteenth birthday, and the person is 30 years of age or older, except that such intercourse shall not be unlawful if the victim and person are married at the time of such intercourse; or

(3) Intentionally engages in sexual penetration with another person under any of the following circumstances:

a. The sexual penetration occurs without the victim’s consent; or

b. The victim has not reached that victim’s sixteenth birthday....”

故意與人為性交行為(sexual intercourse)⁶⁹，且性交行為之對象未滿 16 歲。(2)行為人已超過 30 歲，故意與人為性交行為，性交行為之對象未滿 18 歲且非行為人之配偶。(3)故意與人為性行為(sexual penetration)⁷⁰且有下列情形之一：a. 未經被害人同意為性行為；b. 被害人未滿 16 歲。……」

Delaware Code Title 11. § 773 規定第一級強制性交罪⁷¹：「第一級強姦罪屬 A 類重罪，(a)行為人故意與人為性交行為，且有下列情形之一構成第一級強姦罪：(1)未經被害人同意故意與之為性交行為，且行為時、犯後離去時、或為防止報案，行為人對被害人施以身體傷害或嚴重的精神或情緒傷害；(2)於從事下列犯行時，未經被害人同意與之為性交行為：a. 任何重罪(felony)(按：指最重法定刑超過有期徒刑 1 年之罪)。 b. 任何下列輕罪(misdemeanor)(按：指最重法定刑不超過有期徒刑 1 年之罪)：……犯第一級侵入住宅罪、第二級侵入住宅罪、第三級侵入住宅罪……」

依美國刑法，除有特別規定外，犯罪動機與犯罪之是否成立無關，

⁶⁹ Delaware Code Title 11. § 761(h), “Sexual intercourse” means:

- (1) Any act of physical union of the genitalia or anus of 1 person with the mouth, anus or genitalia of another person. It occurs upon any penetration, however slight. Ejaculation is not required. This offense encompasses the crimes commonly known as rape and sodomy; or
- (2) Any act of cunnilingus or fellatio regardless of whether penetration occurs. Ejaculation is not required.”

⁷⁰ Delaware Code Title 11. § 761(j), “Sexual penetration” means:

- (1) The unlawful placement of an object, as defined in subsection (d) of this section, inside the anus or vagina of another person; or
- (2) The unlawful placement of the genitalia or any sexual device inside the mouth of another person.”

⁷¹ Delaware Code Title 11. § 773, “Rape in the first degree; class A felony.

(a) A person is guilty of rape in the first degree when the person intentionally engages in sexual intercourse with another person and any of the following circumstances exist:

- (1) The sexual intercourse occurs without the victim’s consent and during the commission of the crime, or during the immediate flight following the commission of the crime, or during an attempt to prevent the reporting of the crime, the person causes physical injury or serious mental or emotional injury to the victim; or
- (2) The sexual intercourse occurs without the victim’s consent and it was facilitated by or occurred during the course of the commission or attempted commission of:
 - a. Any felony; or
 - b. Any of the following misdemeanors: reckless endangering in the second degree; assault in the third degree; terroristic threatening; unlawfully administering drugs; unlawful imprisonment in the second degree; coercion; or criminal trespass in the first, second or third degree; …”

然於特殊之犯罪，若以「意圖」為構成要件要素(英美法稱為“specific intent crimes”)，需有法律明定，意圖犯在主觀上除須具備故意之構成要件要素外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。美國聯邦最高法院在 *Patterson v. New York* 案亦表示：憲法正當法律程序僅要求檢察官對法律明文規定之犯罪構成要件要素負舉證責任，證明至「無合理可疑」程度。被告主張行為時「情緒極度失控」，屬於減輕刑責之「積極抗辯」，憲法不要求檢察官證明減輕事由之不存在，州法為避免刑事程序過度無效率、昂貴及造成結果不正義，要求被告對此負舉證責任，心證門檻為過半程度，與憲法正當法律程序無違⁷²。

因此，依 Delaware Code Title 11. § 773 (a)(2)b 規定，侵入住宅強制性交構成第一級強制性交罪，其中侵入住宅為強制性交罪的加重構成要件要素。Delaware Code Title 11. § 773 (a)(2)b 法條並未規定行為人侵入住宅時需有強制性交之意圖，與我國刑法第 222 條第 1 項第 7 款規定類似，固該罪之成立不以侵入住宅之初，即基於強制性交之意圖，方能構成；若行為人係因他故侵入住宅，臨時起意強制性交者，仍應論以侵入住宅強制性交(第一級強姦罪)罪責。

以 *Smith v. State* 案為例⁷³，被告 Smith 與 2 名共犯於 2001 年 3 月 22 日約凌晨 1 時許侵入被害人公寓欲盜取財物，被告臉部戴著面罩，被害人在臥室內被吵醒，被告乃將被害人摔下床，毆打其頭部並拉下其睡褲及內褲、抓被害人胸部，並試圖以指頭插入被害人之陰道，因被害人奮力抵抗，被告乃將被害人身體翻過來，以指頭插入被

72 *Patterson*, 432 U.S. 197, 209-210. (“To recognize at all a mitigating circumstance does not require the State to prove its nonexistence in each case in which the fact is put in issue, if in its judgment this would be too cumbersome, too expensive, and too inaccurate.... We therefore will not disturb the balance struck in previous cases holding that the Due Process Clause requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt all of the elements included in the definition of the offense of which the defendant is charged. Proof of the non-existence of all affirmative defenses has never been constitutionally required; and we perceive no reason to fashion such a rule in this case and apply it to the statutory defense at issue here.”).

73 *Smith v. State*, 2002 Del. LEXIS 773 (2002).

害人之肛門內，使被害人肛門產生灼熱感覺，被告再翻箱倒櫃後離去。本案第一審判決被告之行為構成第一級強制性交未遂罪、第一級盜取財物罪、穿戴遮掩物從事重罪共三罪，被告上訴，案經 Delaware 州最高法院維持上開事實審判決而確定，有附件該判決可參。

2. 德國法

德國刑法第十三章規定妨害性自主之犯罪，其中包括對於受保護者之性侵害(第 174 條)、對於受刑人、受官方拘禁之人或機構中之病患及有幫助需求者的性侵害(第 174a 條)、利用公務地位的性侵害(第 174b 條)、利用諮詢、診療或照護關係的性侵害(第 174c 條)、對兒童的性侵害(第 176 條、第 176a 條、第 176b 條)、性侵犯、性強制、強制性交(第 177 條、178 條)、對於無抵抗能力之人的性侵害(第 179 條)、對青少年的性侵害(第 182 條) 等。

以第 177 條而言，加重構成要件包括行為人攜帶武器或其他危險工具(第 177 條第 7 項第 1 款)、行為人為了透過強暴或施以強暴之脅迫來防止或制伏他人之抵抗而攜帶其他工具或藥劑(第 177 條第 7 項第 2 款)、行為人使被害人陷入健康嚴重損害之危險(第 177 條第 7 項第 3 款)、於犯罪時使用武器或其他危險工具(第 177 條第 8 項第 1 款)、於犯罪時對被害人之身體施以嚴重虐待(第 177 條第 8 項第 2 款 a)) 或透過犯行使被害人陷入死亡危險(第 177 條第 8 項第 2 款 b))。德國刑法第十三章通篇並無以「侵入住宅」作為加重構成要件之規定。

(三)我國學說

刑法第 222 條第 1 項各款規定性質屬於結合犯或加重條件？若係加重條件，係屬構成要件要素或或刑罰加重條件？學界雖曾就刑法第 321 條第 1 項相同議題發生爭議，但後來已趨一致。

韓忠謨教授主張：刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重竊盜罪，為

同法第 320 條第 1 項竊盜罪與第 306 條妨害自由罪兩罪之結合犯；第 321 條第 1 項第 2 款之毀損門扇、牆垣或其他安全設備竊盜，亦為同法第 320 條第 1 項竊盜罪與第 354 條毀損罪之結合犯，各該條款已將兩罪相結合為實質上之加重竊盜一罪⁷⁴。

陳煥生法官認為刑法第 321 條第 1 項各款規定性質屬於加重條件，該條非結合犯。陳法官解釋：加重條件犯之既遂、未遂之區分標準，係以該基礎犯罪行為之既遂、未遂為準，以加重竊盜為例，其既遂、未遂之區分標準，仍以被竊盜物已否移入自己實力支配之下為準。刑法第 321 條第 1 項所列各款情形，乃犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於加重條件之行為，而未著手於竊盜行為，仍不能論以加重竊盜未遂罪。結合犯既遂與未遂之區別，則應以與之結合之罪既遂或未遂為準，與基礎罪之既遂、未遂無關，基礎罪雖屬未遂，而與之結合之罪既遂者，仍應論以結合犯既遂，最高法院 29 年上字第 1999 號著有判例⁷⁵。若基礎罪既遂，而與之結合之罪未遂者，於結合犯無未遂規定時，應分別論罪或依刑法第 55 條處斷。況刑法上之結合犯中，如有部分依法須告訴乃論者，該部分如未經合法告訴，仍不得追訴處罰，而應僅就他部分予以論科，司法院院字第 1954 號⁷⁶著有解釋。因之，如將刑法第 321 條第 1 項第 1 款解為結合犯，其與基礎犯相結合之刑法第 306 條之罪須告訴乃論，如未經合法告訴，將導致不得處罰其加重竊盜罪之結果⁷⁷。

最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議（二）⁷⁸請柯慶賢法官提出有關加重竊盜未遂罪之研究報告，並決議修正如後：

74 韓忠謨，刑法各論，1968 年 3 月，409-410 頁。

75 最高法院 29 年上字第 1999 號判例要旨：「上訴人槍殺其擬擄以勒贖之某甲，係在實施架擄之時，雖擄人尚屬未遂，仍不失為擄人勒贖而故意殺被害人之罪。」

76 院字第 1954 號解釋：「查刑法雖有變更。但關於強姦殺被害人之結合罪。及犯該罪須告訴乃論各規定。徵諸刑法第二百二十三條、第二百三十六條與舊刑法第二百四十條第六項、第二百五十二條完全相同。則此種犯罪。既經檢察官起訴。雖未據有告訴權者之告訴。仍應參照院字第十七號解釋。專就殺人部分。予以論科。」

77 陳煥生，加重條件犯與結合犯，刑事法雜誌，第 36 卷第 5 期，81 年 12 月，1-7 頁。

78 最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編下冊，(92 年 9 月版)，第 1272 頁。

「一 按刑法第三百二十一條之加重竊盜罪，係以犯竊盜罪為其成立犯罪之前提要件，此觀該條條文規定「犯竊盜罪而有左列情形之一者」而自明。法文稱「左列情形」而不曰「左列行為」，係因各該情形除該條第一項第一款「於夜間侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內」及第二款「毀越門扇、牆垣或其他安全設備」，有可能分別成立刑法第三百零六條妨害自由罪及第三百五十四條毀損罪之「犯罪行為」外，其餘各款情形，未必皆為構成犯罪之行為（例如攜帶非槍砲彈藥刀械管制條例所稱刀械之「兇器」、結夥三人以上、災害、在車站及埠頭等場所）。因之，本院二十三年上字第三八一四號、二十六年滬上字第十八號、二十七年滬上字第五十四號、二十九年上字第四二四號、三十三年上字第一五〇四號、六十二年台上字第三五三九號、六十七年台上字第二八四八號、六十九年台上字第三九四五號判例，均一致認為該條項所列各款情形，僅屬竊盜罪（於刑法第三百三十條則為強盜罪）之加重條件，法律上既已視為單純一罪之加重條件，各該條件自己溶合於加重竊盜之罪質中（參閱本院二十七年上字第一八八七號判例），其本質上仍屬竊盜罪，並非與竊盜罪相結合之另一犯罪行為。該條第一項第一款，非為同法第三百二十條第一項竊盜罪與第三百零六條妨害自由罪兩罪相結合之結合犯，第三百二十一條第一項第二款，亦非第三百二十條竊盜罪與第三百五十四條毀損罪之結合犯或第三百二十條竊盜罪與第三百零六條妨害自由罪之結合犯。故須以已經著手於竊盜犯罪行為之實施而既遂或未遂，且具有刑法第三百二十一條第一項所列各款情形，始符合條文所稱「犯竊盜罪而有左列各款情形之一」而成立加重竊盜既遂或未遂罪名。如僅具該條項所列各款情形而未著手於竊盜行為之實施，加重竊盜罪即無由成立，除該情形符合刑法第三百零六條及第三百五十四條之各該犯罪構成要件，應另依各該罪名追訴處罰外，即難繩以本罪。

二 ……

三 學者固有主張刑法第三百二十一條第一項第一款之加重竊盜罪，為同法第三百二十條第一項竊盜罪與第三百零六條妨害自由罪兩罪之結合犯；第三百二十一條第一項第二款之毀損門扇、牆垣或其他安全設備竊盜，亦為同法第三百二十條第一項竊盜罪與第三百五十四條毀損罪之結合犯，其所持理由無非認為各該條款已將兩罪相結合為實質上之加重竊盜一罪故也（註：韓忠謨教授，刑法各論（民國五十七年三月版）第四〇九頁至第四一〇頁。）。惟查刑法第三百二十一條第一項第一款所列各款情形，並非全部均能單獨成立犯罪，已如前述，在同一法條中，如認部分條款與其基礎犯之竊盜罪得成立結合犯，部分條款與基礎犯之竊盜罪則認非結合犯，理論上既難自圓其說，亦非立法者之本意。且查本條規定之立法型態為「犯竊盜罪而有左列情形之一者，處...」，亦與同法第三百三十二條規定「犯強盜罪而有左列行為之一者，處...」及第三百三十四條規定「犯海盜罪而有左列行為之一者，處...」之結合犯立法型態不同，尤難解為結合犯。抑有進者，刑法上之結合犯中，如有部分依法須告訴乃論者，該部分如未經合法告訴，仍不得追訴處罰，而應僅就他部分予以論科，司法院院字第一九五四號著有解釋。因之，如將刑法第三百二十一條第一項第一款及第二款解為結合犯，其與基礎犯相結合之刑法第三百零六條及第三百五十四條之罪，依同法第三百零八條第一項及第三百五十七條規定，須告訴乃論，如未經合法告訴，即不得處罰其加重竊盜罪，其將加重竊盜罪之成立與否，決定於被害人之是否對各該條款之告訴，不但造成司法審判實務之困擾，且與加重處罰竊盜犯罪型態之立法理由亦相違背，其非確論，理極明確。此說向為司法審判實務所不採，且不為大多數學者所贊成。……」

陳子平教授認為：刑法第 222 條第 1 項各款的加重規定要件，究竟屬於加重的構成要件要素（即「犯罪的加重條件」），或是單純的刑罰加重條件？與加重竊盜罪相同，其區別實益係若採加重構成要件要

素說，則行為人對犯罪加重條件應有所認識，始得成立加重強制性交罪；採刑罰加重條件說，不論行為人對加重條件有無認識，均可成立加重強制性交罪。應將該加重條件理解為「犯罪的加重條件(即加重構成要件要素)」，即行為人若認識自己有加重條件情形，才成立加重性侵(加重竊盜)的故意，對於該加重條件(加重構成要件要素)若無認識，則不成立加重性侵(加重竊盜)的故意⁷⁹。甘添貴、林東茂、林山田等教授均同陳子平教授上開見解⁸⁰，最高法院 [95年度台上5731號](#)、[95年度台上第6667號](#)等判決亦持相同立場，刑法第222條第1項第各款規定之性質，學說及實務見解已大致趨同，本署亦深表贊同。

惜上開學者對於刑法第222條第1項第7款規定侵入住宅強制性交罪，該罪之成立是否以侵入住宅之初，即需基於強制性交之意思，方能構成，除甘添貴、林山田教授外，多未論及。甘添貴教授對此問題認為：「本罪之基本構成要件行為，亦為強制性交行為。其加重構成要件行為，則為侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內。所謂侵入，乃違反居住人或管理人之意思，而擅自進入他人住宅之行為。……至其先前進入他人住宅等之原因為何，有無正當理由，在所不論。⁸¹」林山田教授表示：「行為人在住宅、有人居住的建築物、船艦為強制性交必須有侵入或隱匿行為，始足以構成本罪；否則，行為人係經他人同意而進入住宅、有人居住的建築物或船艦，或並無隱匿其內的情事者，自無由構成本罪。……所謂加重強制性交故意除前罪的強制性交故意之外，尚包括行為人對於本罪各款所描述的行為情狀有所認識，並且進而決意違反被害人的意願而為性交的主觀心態，包括直接故意與間接故意。⁸²」依甘添貴、林山田二位教授上開論述，刑法第222條第1項第7款之侵入住宅強制性交罪，係故意侵入住居

79 陳子平，刑法各論(上)，2019年9月，238-239頁，474頁。

80 甘添貴，刑法各論(下)，2010年2月，242頁；林東茂，刑法分則，2018年9月，79頁；林山田，刑法各罪論(上)，2005年，239頁。

81 甘添貴，刑法各論(下)，2010年2月，250頁。

82 林山田，刑法各罪論(上)，2005年，238-239頁。

所並故意著手強制性交者，即應論以侵入住宅強制性交罪責，不以侵入住宅之初即基於強制性交之意思，方能構成。對此尚未發現學界有不同論述。

綜上，本件系爭判決臺灣高等法院高雄分院 [108 年度侵上訴字第 80 號](#) 判決認為：「刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪，係將侵入住宅、強制性交二罪結合為獨立之加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。」其將侵入住宅強制性交罪視為結合犯，顯與學界及實務主流見解不符。又系爭判決認為本罪「必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。」學理上亦乏依據。

(四)我國實務相關見解

刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪，是否以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成？若行為人係因他故侵入住宅，臨時起意強制性交者，是否應論以侵入住宅強制性交罪責，我國實務判決並不一致，主要有下列 2 種見解，亟待貴院統一。

1. 肯定說(不以侵入住宅之初，即基於強制性交意思為必要)

(1)臺灣高等法院 [102 年度軍上字第 11 號](#) 判決：「上訴人上訴意旨固以：(一)刑法第 222 條第 1 項第 7 款之罪，性質上應係侵入住宅罪與強制性交罪之結合犯，是行為人須於侵入住宅之同時即具有犯強制性交罪之犯意，始足當之，然原判決誤認該條所指「侵入住宅」僅係犯強制性交罪之刑罰加重條件，從而未進一步詳究被告於侵入住宅之初，本無對被害人遂行強制性交罪之意圖，率爾認定被告該當刑法第 222 條 1 項第 7 款之罪名，顯有適用法則不當之違誤。而原判決未敘明被告於侵入住宅時已兼具有遂行犯強制性交罪之事實，亦有判決不備理由之瑕疵。況被告係先與被害人對話近 2 小時後，才以被告將調往東

沙群島為由，向被害人央求表示要性交之意，此有被告及被害人陳述可參，益徵被告於進入被害人住宅之初，並無犯強制性交罪之犯意。……惟查：(一)觀諸刑法第 16 章妨害性自主罪，除第 222 條第 1 項第 7 款規定(犯刑法第 221 條之罪而有侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者)外，另有加重結果犯及結合犯之情形，分別規定在同法第 224 條之 1 (犯前條之罪而有第 222 條第 1 項各款情形之一者)及第 226 條之 1 (犯第 221 條、第 222 條、第 224 條、第 224 條之 1 或第 225 條之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑；使被害人受重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑)，此可知刑法第 222 條第 1 項第 7 款規定，僅係加重條件，是行為人主觀上僅需有遂行強制性交之意圖，且對於加重事由之事實有所認識即可適用該款加重條件，至行為人認識到加重事由當時，是否已具有遂行強制性交之意圖，則在所不論。換言之，亦即行為人只要認知其有侵入住宅之事實，復有犯強制性交之犯行，即為已足，不以其侵入住宅之初即有強制性交之犯意為必要(最高法院 [98 年度台上字第 4937 號](#) 裁判、79 年度台上字第 5253 號判例參照)，因認被告此部分仍執陳詞，要屬無據。」

(2)最高法院 79 年度台上字第 5253 號刑事裁判要旨：「按刑法第三百二十一條第一項第三款之攜帶兇器竊盜罪，係以行為人攜帶兇器竊盜為其加重條件，此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器。」(經審編為判例)。

(3)最高法院 [98 年度台上字第 4937 號](#) 判決：「攜帶兇器強制猥褻罪，

係以行為人攜帶兇器犯強制猥褻罪，為其加重條件。此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之；且祇須犯罪時攜帶兇器為已足，並不以取出兇器犯之為必要，亦不以攜帶之初有持以行兇之意圖為限。原判決事實認定上訴人於九十七年五月二日零時十五分許，騎乘換掛竊得車牌之重型機車，攜帶形狀尖銳、金屬製成、客觀上具危險性可供兇器使用之水果刀一支，行經屏東縣竹田鄉信實路段，見丁女獨自騎車行經該處，即基於加重強制猥褻之犯意，騎乘機車接近丁女，違反丁女意願強行伸手抓丁女左胸，丁女乃停車取出美工刀防身，上訴人見狀亦取出上開水果刀一支，丁女為免受傷棄車逃開等情；其於理由說明上訴人攜帶之水果刀為金屬製成，至為尖銳，客觀上足以對人之身體造成危害，應屬兇器無誤。攜帶兇器猥褻，核係犯刑法第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪之旨，所為論斷，於法並無不合。」

2. 否定說(以侵入住宅之初，即基於強制性交意思為必要)

(1)最高法院 [94 年度台上字第 6834 號](#) 判決：「又刑法第二百二十二條第一項第七款之侵入住宅強制性交罪，係將侵入住宅、強制性交二罪結合為獨立之加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。若行為人係因他故侵入住宅，臨時見色起意強制性交者，尚難論以侵入住宅強制性交罪責。」

(2)最高法院 [102 年度台上字第 234 號](#) 判決：「查刑法第二百二十四條之一係於八十八年四月二十一日增訂，其立法理由謂：「犯強制猥褻而有第二百二十二條第一項各款之情形，均較普通強制猥褻罪惡性重大，故加重處罰。」同日新增之刑法第二百二十二條之立法理由則謂：『……本條所增列之各種狀況，均係較普通強姦之惡性重大，有加重處罰之必要，爰仿加重竊盜、加重強盜罪、加重搶奪罪之例增訂之。』

故所謂侵入住宅強制猥褻罪之成立，必其侵入之初，即基於強制猥褻之意思，倘以他故侵入，在侵入之後，始乘機起意強制猥褻者，自尚難論以侵入住宅強制猥褻罪。」

(五)爭點二本署見解

1. 侵入住宅強制性交罪並非意圖犯

按犯罪構成要件分為主觀構成要件要素(mens reus)及客觀構成要件要素，前者以處罰故意犯為原則，過失犯之處罰以法律有規定者為限；另外部分犯罪尚規定以特別「意圖」作為構成要件要素者，例如刑法第310條第1項普通誹謗罪規定「意圖散布於眾」。客觀構成要件要素則包括行為主體、行為客體、行為(actus reus)、行為時之特別情狀(attendant circumstances)、行為結果及因果關係(causation)。現代法治國家均要求檢察官對法律規定之犯罪構成要件要素負舉證責任，證明至「無合理可疑」程度，但不要求檢察官證明刑責減免事由之不存在或法律未規定之事項⁸³。

刑法之故意，係指行為人著手實施構成要件行為之際，認知所有客觀構成要件情狀之下，進而決定為其犯罪行為之意思。亦即故意指行為當時有實現犯罪構成要件之「知」與「欲」，並不要求行為人在著手實施構成要件之前即存在故意。故意犯決定為其行為，皆有一定之原因，此為故意犯之動機，例如因謀財而害命，或因爭風吃醋而殺人。動機通常與犯罪是否成立無關，只是量刑上應行審酌之情狀。但部分刑法分則條文或特別刑法明文將特定動機以「意圖」之方式規定為構成要件要素(英美法稱為“specific intent crimes”)，意圖犯

⁸³ Patterson, 432 U.S. 197, 209-210. (“To recognize at all a mitigating circumstance does not require the State to prove its nonexistence in each case in which the fact is put in issue, if in its judgment this would be too cumbersome, too expensive, and too inaccurate.... We therefore will not disturb the balance struck in previous cases holding that the Due Process Clause requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt all of the elements included in the definition of the offense of which the defendant is charged. Proof of the non-existence of all affirmative defenses has never been constitutionally required; and we perceive no reason to fashion such a rule in this case and apply it to the statutory defense at issue here.”).

在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。「所謂意圖，乃指行為人出於特定之犯罪目的而努力謀求構成要件之實現，或希求構成要件所預定結果之發生，以達其犯罪目的之主觀心態。⁸⁴」例如刑法第 320 條第 1 項規定「意圖為自己或第三人不法之所有」，因此，行為人即使有竊盜行為之「知」與「欲」，假使無不法所有意圖，仍不構成竊盜罪。

刑法以處罰故意犯為原則，那些犯罪之主觀構成要件要素除了故意以外，還添加「意圖」作為特別的主觀要素，以法律明文規定者為限。刑法第 221 條第 1 項規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」刑法第 222 條規定：「(第 1 項)犯前條之罪而有下列情形之一者，處七年以上有期徒刑：……七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。……(第 2 項)前項之未遂犯罰之。」立法者並未規定「意圖強制性交侵入住宅」，未將不法意圖列為刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪之犯罪構成要件要素，該罪並非意圖犯。

本署尊重法院解釋法律之職權，但法院應區分立法權與司法解釋權，並合理地盡說理義務。最高法院 [101 年度台上字第 5879 號](#) 判決指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪並非意圖犯，此屬立法權決定事項，並無不同司法解釋

⁸⁴ 林山田，刑法通論，1985 年，117 頁。

之空間。

2. 侵入住宅屬強制性交之加重構成要件要素

刑法第 222 條第 1 項第 7 款屬於結合犯或加重條件，上述最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議研究意見頗值參考，依目前學界通說及實務主流見解，侵入住宅屬強制性交之加重構成要件要素，本條款並非結合犯，本署見解相同。系爭判決對此有所誤認，但該誤認與本爭點無關。

刑法第 222 條第 1 項各款究屬結合犯、加重構成要件要素或刑罰加重條件，其區別實益係若採結合犯、加重構成要件要素，則對加重條件應有所認識；若採刑罰加重條件說，則不問行為人對加重條件有無認識，均可成立⁸⁵。本案被告對於加重條件「侵入住宅」一節有所認識並無爭議，易言之，被告並非辯稱自己是該住所之房客或有其他誤認自己有權進入該性侵住所之情形，因此，縱採結合犯理論，亦不妨害本案被告行為成立侵入住宅強制性交罪。

3. 本案被告構成侵入住宅強制性交未遂罪

依刑法第 222 條第 1 項第 7 款規定，行為人主觀上僅需對於加重事由之事實有所認識，且有遂行強制性交之故意，即可適用該款加重條件，至於行為人認識到加重事由當時，是否已具有遂行強制性交之意圖，則在所不論。換言之，亦即行為人只要認知其有侵入住宅之事實，復有犯強制性交之犯行，即為已足，不以其侵入住宅之初即有強制性交之犯意為必要(臺灣高等法院 [102 年度軍上字第 11 號](#) 判決參照)

⁸⁶。

本案被告係於 108 年 2 月 28 日上午 1 時許自朋友梁○程住處四

⁸⁵ 陳子平，刑法各論(上)，2019 年 9 月，474 頁；甘添貴，刑法各論(下)，2010 年 2 月，242 頁；林東茂，刑法分則，2018 年 9 月，79 頁；林山田，刑法各罪論，2005 年，229 頁。

⁸⁶甘添貴，刑法各論(下)，2010 年 2 月，250 頁；林山田，刑法各罪論(上)，2005 年，238-239 頁。

樓侵入隔壁被害人 A 女住處四樓後，隨即一路下樓至一樓 A 女睡覺之臥室欲加以性侵，要求做愛，而於親吻 A 女時遭其咬傷唇部並抓傷其臉部、手部，嗣因 A 女掙扎並告以年已逾 60 歲，被告始作罷而未遂，迅自一樓開門返回到梁 O 程住處，嗣經 A 女叫醒三樓之夫 B 男報警，隨即於 2 時 15 分將被告逮捕等事實，為系爭判決所認定，足證被告確係犯本案起訴書所載之刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪責。

系爭判決認為：「刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪，係將侵入住宅、強制性交二罪結合為獨立之加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。」行為人係因他故侵入住宅，臨時見色起意強制性交，尚難論以侵入住宅強制性交未遂之罪責，因而撤銷第一審所為被告犯侵入住宅強制性交未遂罪之判決，改論以普通強制性交未遂罪。

系爭判決上開論述係討論行為人之主觀構成要件要素，本案行為人於侵入住宅見到被害人後有性侵故意，檢察官與系爭判決並無異見，系爭判決認為「加重強制性交罪，必以侵入住宅之初，即基於強制性交之意思，方能構成。」顯係增加法律所未規定之構成要件要素「意圖強制性交侵入住宅」，逾越司法解釋之界限，系爭判決此部分應有刑事訴訟法第 378 條適用法則不當之違誤。

肆、結論

綜上，本案起訴書記載：被告吳銘祥於民國 108 年 2 月 28 日 1 時前某時，基於侵入住宅強制性交之犯意，侵入被害人之住所強制性交未遂，構成刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪。本署認為：1. 侵入住宅強制性交未遂罪與侵入住宅竊盜未遂罪二罪間之構成要件炯異，除加重構成要件要素外，其餘構成要件要素毫無共通之處；且前者保護法益為身體法益，後者為財產法益，

法院不得變更應適用之法條為刑法第 321 條第 2 項、第 1 項第 1 款之侵入住宅竊盜未遂罪。2. 被告縱因他故侵入住宅，臨時起意強制性交而未遂，亦應構成刑法第 222 條第 2 項、第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交未遂罪。系爭判決違反權力分立、不告不理原則及刑事訴訟法第 300 條之規定，有刑事訴訟法第 379 條第 12 款就「未受請求之事項予以判決」之當然違背法令及同法第 378 條適用法則不當之違背法令事由。爰依刑事訴訟法第 386 條第 1 項提出追加理由書，請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 2 月 11 日

檢察官 朱富美
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒