

# 最高法院刑事判決

109年度台上字第290號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官葉麗琦  
上訴人  
即被告 吳銘祥

上列上訴人等因被告妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108年11月13日第二審判決（108年度侵上訴字第80號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署108年度偵字第4572號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

## 理 由

一、按案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載之事實為準，並應視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。如檢察官在第二審言詞辯論終結前曾提出非屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各款罪名之主張，第二審法院最後雖仍以刑事訴訟法第376條第1項所列之罪判決，因檢察官已於審理時爭執該適用法條，自得對第二審法院之判決提起第三審之上訴。本件起訴書起訴之事實及所記載應適用之法條均為刑法第222條第2項、第1項第7款之侵入住宅強制性交未遂罪，第一審法院亦以相同罪名論罪，上訴人即被告甲○○（下稱被告）提起第二審上訴後主張其侵入住宅之目的在行竊，意不在強制性交；原審審理時亦告知被告所犯罪名包含刑法第321條第2項、第1項第1款之侵入住宅竊盜未遂，審理後並變更起訴法條，論被告以刑法第222條第2項、第1項之強制性交未遂，及侵入住宅竊盜未遂罪2罪，且應併合處罰。然檢察官於原審準備程序時已表示：無變更所引用法條情形，其後於審判期日辯論時亦主張被告所

01 稱侵入住宅目的在竊盜係狡辯之詞，應維持第一審判決各等  
02 語（見原審卷第114、150、151頁）。亦即檢察官於原審仍  
03 主張被告係犯侵入住宅強制性交未遂罪，而非屬於刑事訴訟  
04 法第376條第1項第2款之罪，其除就強制性交未遂部分上訴  
05 外，就侵入住宅竊盜未遂部分自得併提起本件第三審之上訴  
06 ，合先敘明。

07 二、本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判論被告以犯侵入住  
08 宅竊盜未遂及強制性交未遂2罪，各判處有期徒刑8月及2年  
09 ，並定其應執行刑，固非無見。

10 三、惟按，科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即  
11 屬證據上之理由矛盾。本件原判決認被告侵入告訴人（被害  
12 人）住宅意在行竊，且其於侵入住宅後已著手於四處探看有  
13 無可竊取之財物等情，係以被告於第一審及原審坦承上情，  
14 核與A女（告訴人）、B男（告訴人之夫）及梁智程於警詢  
15 或偵審中之陳述之情節大致相符，為其論據（見原判決第5  
16 頁）。然觀諸A女、B男及梁智程於警詢或偵、審中之各次  
17 陳述，不僅無被告侵入住宅之目的在行竊，或被告侵入住宅  
18 後有四處探看、搜尋財物之相關指訴，A女於第一審並始終  
19 證稱被告意不在竊取財物等語（見第一審卷第299至303頁）  
20 。原判決援引A女、B男及梁智程於警詢或偵、審中之陳述  
21 ，作為被告係基於侵入住宅竊盜之犯意，且已著手於竊盜行  
22 為之佐證，自係以不適合之證據認定事實，而有證據上理由  
23 矛盾之違法情形。

24 四、次按，刑法第27條第1項規定，已著手於犯罪行為之實行，  
25 而因己意中止或防止其結果之發生者，為中止犯。所謂因己  
26 意中止，係指出於行為人之自由意思而任意停止而言，若其  
27 中止與行為人之意思無關，或因客觀上發生、存在行為人意  
28 思以外之事實，或因外界之障礙而依一般人之觀點均可能影  
29 響行為人之意思，致未發生結果，即非中止犯。本件原判決  
30 事實欄記載：「適A女正在房間內熟睡，甲○○（被告）認  
31 有機可乘，即上前……，欲親吻A女，A女因而驚醒，向

01 甲○○稱：『你要幹什麼？』，甲○○即萌強制性交之犯意  
02 ，出手搗住A女之嘴巴，要求A女不要叫，並以另一手壓住  
03 蓋著棉被之A女肩膀，使A女無法動彈，A女因而掙扎抵抗  
04 ，甲○○則向A女恫稱：『不要叫，再叫就殺死妳，我知道  
05 妳家沒有人，只有妳1個』等加害A女生命、身體之言詞，  
06 A女聽聞後仍持續反抗，惟甲○○亦持續對A女施以強制力  
07 ，試圖親吻A女，及將手伸入A女之衣服內，撫摸A女之上  
08 半部乳房，A女趁甲○○欲對其親吻之際，咬傷甲○○之嘴  
09 唇，A女與甲○○在抵抗掙扎當中，雙雙跌落床下，A女再  
10 趁甲○○搗住其嘴巴的手稍微鬆開之機會，咬傷甲○○之手  
11 指，甲○○乃掐住A女之脖子，迄A女幾近窒息時，經A女  
12 妥協不再呼救，甲○○始鬆手，甲○○並向A女表示：『我  
13 給妳10萬元，妳跟我做愛』等語，然因A女向甲○○稱其已  
14 60餘歲，甲○○始出於己意停止強制性交行為之實行而未遂  
15 ，並自行開門離去」（見原判決第2頁）。可見被告著手強  
16 制性交行為，遭A女激烈反抗並被A女咬傷後，進而掐住A  
17 女頸部，嗣在A女妥協不再呼救後始鬆手。亦即被告強制性  
18 交之未能得逞，似係因A女之上開反抗，其時強制性交之實  
19 行行為，是否即屬未遂？至於被告旋即提出「我給妳10萬元  
20 ，妳跟我做愛」之要求，並於A女告以：「我60幾歲了捏」  
21 後（見第一審卷第303頁A女之陳述）離開現場，其是否因  
22 A女之年齡而影響其繼續強制性交之犯意？依一般人之觀點  
23 ，於存在該等情形時是否通常不會繼續其行為？此關乎被告  
24 所為係屬刑法第25條第1項之普通未遂，抑同法第27條第1項  
25 之中止未遂，自有究明之必要，原審未予釐清，逕認被告係  
26 中止未遂，即嫌率斷。

27 五、以上或為檢察官上訴指摘所及，或為本院得依職權所調查之  
28 事項；且因第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決  
29 基礎，原判決上述違背法令，既影響事實之確定，有事實尚  
30 欠明確之處，本院無從據以為裁判，或為法律適用當否之判  
31 斷。檢察官之上訴，尚非全無理由，應認原判決有撤銷發回

01 更審之原因。至於被告上訴意旨質疑原判決認強制性交部分  
02 係中止未遂，卻未審酌是否免除其刑為不當云云，固無可取  
03 有理由，併予敘明。

04 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

05 中華民國 109 年 2 月 6 日

06 最高法院刑事第八庭

07 審判長法官 林 立 華

08 法官 謝 靜 恒

09 法官 楊 真 明

10 法官 李 麗 珠

11 法官 林 瑞 斌

12 本件正本證明與原本無異

13 書記官

14 中華民國 109 年 2 月 11 日