

最高檢察署

檢察官言詞辯論意旨書

(114 年度台上字第 3244 號)

檢察官 涂達人

張安箴

樊家妍

林錦鴻

吳梓榕

劉建志

許文琪

邱耀德

林芝郁

林麗瑩

目錄

壹、本案法律爭議問題.....	1
貳、與法律爭點相關之本案事實.....	1
一、起訴事實	1
二、起訴及一、二審論罪引用之法條	1
參、相關實務見解.....	2
一、實施加重條件之初，必須即基於犯基本構成要件之意思，方得依加重處罰規定論罪	2
二、實施加重條件之後，犯意變更不影響加重條件之成立	2
肆、學說見解.....	2
伍、比較法之引介.....	3
一、德國法.....	3
(一)加重條件雖有加重構成要件要素與原則性例示量刑要素之區別，但兩者於主觀要件判斷上並無不同	3
(二) 加重條件實施後，犯意變更不影響加重條件之成立	5
二、日本法.....	5
(一) 目前日本刑法並無類如我國刑法第 222 條之加重強制性交規定	5
(二) 犯不同意性交罪而有侵入住宅之情節，在量刑上視為被害嚴重性的考量因子	6
陸、本署意見.....	7
一、結論：應論以侵入住宅加重強制性交罪	7

二、理由：	7
(一) 我國刑法分則加重處罰規定之加重條件，屬於加重構成要件， 行為人對加重條件至少須有不確定故意	7
(二) 實施加重條件之初有犯罪故意，之後犯意變更，應依較重之犯 意論其加重處罰	9
柒、對本案上訴之結論：原判決有判決理由不備之違法，應撤銷發回更審 之	10

最高檢察署檢察官言詞辯論意旨書

114 年度台上字第 3244 號

壹、本案法律爭議問題

行為人基於乘機性交之犯意侵入住宅，侵入後升高其犯意為強制性交並為強制性交犯行既遂，應論以強制性交罪或侵入住宅強制性交罪？

貳、與法律爭點相關之本案事實

一、起訴事實

被告係白牌計程車司機，因多次叫車及搭乘之故，與 BF000-A111075（下稱 A 女，真實姓名年籍詳卷）及 BF000-A111075A（下稱 B 男）夫妻結為朋友，A 女與 B 男於民國 111 年 7 月 25 日晚上 11 時許，在 000 KTV 喝酒，因不勝酒力，B 男遂聯繫被告並要求搭載 A 女返家。詎被告見 A 女已處於酒醉意識不清之程度，竟基於乘機性交之犯意，將 A 女送返位於 000 之住處後尾隨進入屋內，藉 A 女更衣之便，利用 A 女陷於不知抗拒之狀態，以將其陰莖插入 A 女陰道內之方式，對 A 女為性交行為，嗣於性交過程中，A 女因意識稍有回復遂向被告稱：不要等語，並以雙手推拒被告肩膀，以此表達抗拒之意，被告明知 A 女已清醒，繼而將原先乘機性交之犯意，提升為強制性交之犯意，不顧 A 女向其表達抗拒，仍違反 A 女之意願，繼續對 A 女為性交行為至射精後始離去。

二、起訴及一、二審論罪引用之法條

本案起訴書所引法條以及第一、二審論罪之法條均為刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，檢察官不服原判決提起本件上訴，上訴理由兼主張本案應論以刑法第 222 條第 1 項第 7 款之侵入住宅強制性交罪。

參、相關實務見解

一、實施加重條件之初，必須即基於犯基本構成要件之意思，方得依加重處罰規定論罪

所謂侵入竊盜，必其侵入之初，即基於行竊之意思，倘以他故侵入，在侵入之後，始乘機起意竊盜者，尚難以侵入竊盜論。(最高法院 22 年上字第 1460 號判決)

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。(最高法院 102 年度台上字第 234 號判決)

二、實施加重條件之後，犯意變更不影響加重條件之成立

強盜與竊盜，僅係取得財物之手段不同，而於圖為不法所有，以非法方法取得他人財物之點，兩者並無差異。原審認定上訴人等原有之犯意固在行竊，但於侵入住宅後，尚未竊得財物，因被事主發覺，即起意行強，進而強取鑰匙，並將事主抓傷而劫取財物，其圖為不法所有取得他人財物之犯意，仍相一貫，僅於中途變更其竊取手段為強取而已，其應成立強盜罪已無可疑。至夜間侵入，雖係本於竊盜之犯意而成，但因以後所用之手段，已由竊盜而變為強盜，則竊盜時之行為，即其強盜行為之一部，除在外把風之犯，對於強盜無意思聯絡，不算入結夥外，不能以其前段之行為，為加重竊盜未遂，後段之行為為普通強盜既遂，而從一重處斷。(最高法院 24 年上字第 4673 號判決)

肆、學說見解

學說上有認為加重條件本身並非構成要件性質，而係加重量刑條件，行為人於實施之初對加重條件有認識即可，不必即出於為特定犯罪之故意。是以行為人於實施加重條件之後，變更犯意，

不論變更後之犯罪是否屬於相同罪質，例如原係侵入住宅竊盜，卻變更犯意為強盜，或變更犯意為強制性交，並遂行之，即得依變更犯意後之犯罪加重條件處罰之。¹

伍、比較法之引介

一、德國法

(一) 加重條件雖有加重構成要件要素與原則性例示量刑要素之區別，但兩者於主觀要件判斷上並無不同

德國刑法分則上對於加重處罰之規定，可區分兩種類型，一是所謂加重構成要件(qualifizierter Tatbestand)類型，另一種為依附性的量刑規定(unselbstständige Strafzumessungsregel)類型。後者通常以加重條件為原則性例示(Regelbeispiele)，作為具有所謂特別嚴重情節((besonders schwerer Fall)之表徵，量刑時得加重處罰之規定，而與加重構成要件的加重條件不同，通常法條會有較為寬鬆的定義，如例示之各款條件外加上概括條款，或對所列各款加重條件定義為「原則上」(in der Regel)構成特別嚴重情節等，因此縱使已構成原則性例示的加重條件，法官在個案中仍得基於與犯行及行為人相關所有情節的整體評價，權衡所有量刑事實，決定是否加重量刑²。例如，現行德國刑法第243條情節特別嚴重之竊盜罪(besonders schwerer Fall des Diebstahls)，即屬原則例示加重的量刑規定，或有因其條文內容類似我國刑法第321條，而直接譯為加重竊盜罪³，不過如就條文之性質而言，我國刑法第321條實為加重構成要件規定⁴，畢竟德國刑法第243條第1項後段規定的方式，即行為人有該項所列加重

¹ 王皇玉，「化偷為強盜」與「化偷為性侵」之區別，月旦法學教室，第178期，頁28-30，2017年3月。

² BeckOK StGB/Wittig, 66. Ed. 1.8.2025, StGB § 243 Rn. 2 ; BGHSt 23, 254.

³ 如：何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，《德國刑法典》，頁317，2017年。

⁴ 許澤天，刑法分則，上冊四版，頁64，2022年。

條件之一者，原則上(in der Regel)有特別嚴重情節，顯然與我國刑法第 321 條第 1 項之規定性質上有別；德國法上相當我國加重竊盜罪之規定者，應為德國刑法第 244 條及第 244a 條。

德國刑法之妨害性自主罪章中，雖然也有上述加重構成要件要素與原則性例示量刑要素之加重處罰規定，如德國刑法第 177 條第 4 項、第 5 項、第 7 項及第 8 項屬於層級化加重的構成要件要素規定；同條第 6 項屬原則性例示量刑要素之加重規定，但均無以侵入住宅或建築物為加重處罰之構成要件要素或例示加重規定。由於侵入住宅或建築物作為加重條件，具有與基本罪名行為明顯的先後行為階段區分，因此有關犯意變更的討論，均集中在有以侵入住宅或建築物為加重條件的竊盜罪名中討論，是故以下即以德國刑法竊盜罪之加重規定為說明。

上述德國刑法第 243 條第 1 項第 1 款規定：「犯竊盜罪而情節特別嚴重者，處 3 月以上 10 月以下有期徒刑。如行為人有下列情形之一者，原則上有特別嚴重情節：1. 毀越、爬進或以不實鑰匙或其他非用於正常開啟之工具侵入建築物、辦公或業務處所或其他封閉之空間，或隱匿其內而犯之者，」另外，同法第 244 條第 1 項第 3 款規定：「有下列情形之一者，處六月以上十年以下有期徒刑：3. 毀越、爬進、或以不實鑰匙或其他非用於正常開啟之工具侵入住宅或隱匿其內而犯竊盜罪者。」兩者規定內容均部分類同我國刑法第 321 條第 1 項第 1 款之侵入住宅加重竊盜罪之條文文字，但前者僅為量刑要素而非構成要件要素(Strafzumessungs-, nicht Tatbestandsmerkmale)。惟縱然僅是量刑要素，但一般仍認為原則性例示的加重條件，仍具有構成要件類似性(tatbestandsähnlich)⁵，行為人對於例示的加重條件必須滿足故意之主觀要件，就此而言，與加重構成要件要素並無不同。是以在解釋德國刑法

⁵ BGHSt 29, 359 (368); 33, 370 (374).

第 244 條第 1 項第 3 款侵入住宅加重竊盜罪之主觀要件時，與同法第 243 條第 1 項第 1 款並無二致⁶。一般認為行為人對於侵入住宅或建築物此要素必須在主觀犯意之內，換言之，行為人侵入住宅或建築物之初，即須基於犯竊盜罪之故意而為之⁷。

(二) 加重條件實施後，犯意變更不影響加重條件之成立

惟如行為人於實施加重條件後，有犯意之變更時，通說及實務見解認為並不影響加重條件之成立⁸。例如，上述德國刑法第 243 條第 1 項情節特別嚴重之竊盜罪，依同條第 2 項規定，第 1 項第 1-6 款情形，如所竊之物價值微薄者，不適用之，換言之，所竊之物價值微薄者，仍論同法第 242 條之一般竊盜罪。因此如行為人於侵入建築物時(同條第 1 項第 1 款加重條件)，係基於竊取價值微薄物之故意，但侵入建築物後，見有非價值微薄之物，乃變更犯意，竊取之，則仍構成加重竊盜罪；反之侵入建築物時，係基於竊取非價值微薄之物，侵入建築物後，尋無非價值微薄之物，僅見價值微薄之物，乃變更犯意竊取價值微薄之物，此時亦應論情節特別嚴重之竊盜罪。

不過學說上也有不同意見，認為加重條件的實施既然僅具有不法性的提升，就實現加重條件後方起意竊取價值不菲之物，引用加重處罰的必要性難有正當性⁹，但此為少數的學者見解。

二、日本法

(一) 目前日本刑法並無類如我國刑法第 222 條之加重強制性交規定

2004 年（平成 16 年法律第 156 号）增訂刑法第 178 條之 2

⁶ Vgl. MüKoStGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, StGB § 244 Rn. 77.

⁷ Vgl. MüKoStGB/Schmitz, StGB § 243 Rn. 73; §244 Rn. 77.

⁸ BGHSt 9, 253; Fischer, StGB, 27. Aufl. 2020, § 243 Rn.26a; Gribbohm NJW 1975, 1153 f.; SSW StGB/Kudlich, 5. Aufl. 2020, StGB § 243 Rn. 47; Zipf Dreher-FS, 395 f.; BeckOK StGB/Wittig, 66. Ed. 1.8.2025, StGB § 243 Rn. 29.2; Lackner/Kühl/Heger/Heger, 31. Aufl. 2025, StGB § 243 Rn. 6; Matt/Renzikowski/Schmidt, 2. Aufl. 2020, StGB § 243 Rn. 19; Rengier, BT I, 27. Aufl., 2025, § 3, Rn. 45.

⁹ NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl. 2023, StGB § 243 Rn. 59.

(集團強姦等)¹⁰之規定，以因應當時社會上層出不窮的輪姦事件，鑑於刑法第 177 條強姦罪之法定刑僅為 3 年以上有期徒刑，故特增訂刑法第 178 條之 2，並將法定刑設為 4 年以上有期徒刑，就此類如我國刑法第 222 條第 1 項第 1 款「二人以上共同犯之者」之加重強制性交規定。

2017 年（平成 29 年法律第 72 號）之修正，將刑法第 177 條強姦罪之法定刑提高為 5 年以上有期徒刑，原刑法第 178 條之 2 已失其加重處罰之意，故予刪除。

2023 年（令和 5 年法律第 66 號）之修正，將刑法第 177 條強姦罪與同法第 178 條第 2 項準強姦罪（類如我國刑法第 225 條第 1 項）合併為刑法第 177 條，並將「強姦」改稱「不同意性交」，將保護法益定位在對「性的自由・性的自己決定」的侵害。另刑法第 176 條強制猥褻亦與同法第 178 條第 1 項準強制猥褻（類如我國刑法第 225 條第 2 項）合併為刑法第 176 條，並改稱「不同意猥褻」，原刑法第 178 條即予刪除。¹¹

（二）犯不同意性交罪而有侵入住宅之情節，在量刑上視為被害嚴重性的考量因子

日本刑法雖無類如我國刑法第 222 條之加重強制性交規定，如有侵入住宅而犯不同意性交罪者，因日本刑法仍有牽連犯之規定（日本刑法第 54 條），並有處罰侵入住宅之住居侵入罪（日本刑法第 130 條前段），是以論罪上因住居侵入與不同意性交之間具有手段與結果的關係，屬於一罪，而依較重的不同意性交罪之刑處斷。但量刑時，實務就被害人被害之嚴重性上，認為受害人在本應安心的自宅突遭襲擊，恐懼甚大，對日常生活影響深重¹²，可知在

¹⁰ 第百七十八条の二 二人以上の者が現場において共同して第百七十七条又は前条第二項の罪を犯したときは、四年以上の有期懲役に処する。

¹¹ 此次修正，同時藉由刑法第 177 條關於不同意性交罪的構成要件描述，來擴大日本刑法對於「性交」之內涵，將原本限於以性器接合之性交、肛交及口交之範圍，擴及包含以性器以外之身體部位或物品進入陰道或肛門等行為，自此即與我國刑法之性交定義相同。

¹² 松山地裁令和 6 年(わ)第 79 号 (25620898) 判決、同高裁令和 7 年 1 月 14 日判決・令

日本實務上侵入住宅的犯罪情節會加重犯罪的嚴重性判斷，影響量刑，而犯罪情節作為量刑因子，一般並不要求包含於犯罪構成要件故意之內。

陸、本署意見

一、結論：應論以侵入住宅加重強制性交罪

刑法第 222 條之加重強制性交罪，應屬加重構成要件規定，雖行為人於實施加重條件之初，即必須有為實施特定犯罪之故意，縱該特定犯罪並無加重處罰規定，而實施加重條件後，行為人方變更(提升)犯意，而實施有加重處罰規定之犯罪，則仍應依加重處罰規定之罪處罰。

二、理由：

(一) 我國刑法分則加重處罰規定之加重條件，屬於加重構成要件，行為人對加重條件至少須有不確定故意

我國刑法分則之加重條件的處罰規定，是一種針對特定犯罪行為基本態樣，立法者規定基本構成要件外，再加上某些特別要素，而加重其法律效果¹³，例如刑法第 321 條的加重竊盜罪、第 326 條加重搶奪罪、第 330 條加重強盜罪，或本案有關的第 222 條加重強制性交罪等，且原則上，加重條件的處罰規定，係依附於基本犯罪的構成要件，其是否成立要回溯該基本構成要件而為判斷。學者多數認為此類加重處罰規定的加重條件，屬於加重構成要件 (qualifizierter Tatbestand)，行為人必須對加重情狀有所認知，而納入基本犯罪之故意範圍內，始能該當本罪的主觀構成要件¹⁴，近年實務見解亦採加重構成要件要素說¹⁵。但尚有學說認為如將此類加重處罰規定，視為刑罰的加重條件，將如客觀處罰條件，僅須

¹³ 和 7 年(う)第 96 号 (25622243) [住居侵入、不同意性交等未遂被告事件]。

¹⁴ 林鈺雄，新刑法總則，12 版，頁 138，2024 年 9 月。

¹⁴ 學說介紹，參見許澤天，前揭書(註 4)，頁 64。

¹⁵ 例如最高法院 101 年度台非字第 140 號判決。

客觀出現所列舉的情狀即可，行為人對此不必有故意¹⁶，惟學者認為此看法違反罪責原則，不足採¹⁷。

但即使德國刑法分則上另有量刑的加重條件設計，如上述德國刑法第 243 條情節特別嚴重之竊盜罪，其第 1 項規定之結構，如果其後段：「如行為人有下列情形之一者，原則上具特別嚴重情節」去除「原則上為具特別嚴重情節」等文字，將使該項各款條件不再具有個案裁量認定為特別嚴重情節的彈性，即相當於我國刑法第 321 條第 1 項之列舉加重處罰條件，惟因上開文字賦予法官個案認定之彈性，德國法上將其定位為量刑加重條件，屬於量刑規定，各款加重條件本身，不具構成要件品質，法官適用時得就犯行情狀為整體評價後，裁量是否加重。儘管如此，學說及實務均認為行為人於實施量刑加重條件時須對加重情狀有所認知，並包含於基本犯罪之故意之中，因為加重條件係共同形成(*mitbestimmen*)該犯行的不法內涵¹⁸。惟對於加重條件的故意，僅須有未必故意(*Eventualvorsatz*)即可。亦即德國法上加重條件的定位，不論係屬加重的構成要件要素，或歸類於加重量刑的例示規定，均要求行為人於實施加重條件時，即必須基於犯本罪之構成要件而為之。惟因僅要求未必故意，亦即有實施加重條件犯罪之故意，但究竟犯何加重條件罪名，行為人並不須在實施加重條件之際即已特定。例如攜帶凶器意圖不法所有欲犯財產犯罪，可為加重竊盜亦可為加重強盜，而著手之際，因被害人發現抵抗而實施強暴脅迫手段，即構成刑法第 330 條之加重強盜罪。

在此需特別提出說明的是，對於侵入建築物或其他封閉住宅之加重條件，必須在侵入之初，即有犯罪之故意，亦即如果係

¹⁶ 學者甘添貴、陳子平等雖有介紹此見解，但均為其等不採刑罰的加重條件說之理由。參見：甘添貴，刑法各論(上)，修訂 5 版，頁 234-235，2019 年；陳子平，刑法各論(上)，第 5 版，頁 498-499，2022 年。

¹⁷ 許澤天，前揭書，頁 64。

¹⁸ MüKoStGB/Schmitz, 5. Aufl. 2025, StGB § 243 Rn. 3,72.

基於其他原因侵入建築物或住宅，例如為潛入過夜，事後方起意在建築物內犯罪如竊盜，則不構成加重條件或加重構成要件之處罰。

（二）實施加重條件之初有犯罪故意，之後犯意變更，應依較重之犯意論其加重處罰

不過，實施加重條件時無犯罪故意，實施加重條件後方起意犯罪，與實施加重條件時有犯罪故意，僅之後犯意有所變更，兩者應屬不同情形。如前述，加重條件的處罰規定，係依附於基本犯罪的構成要件，其是否成立，原則上要回溯該基本構成要件而為判斷¹⁹，而加重條件具有共同形成犯罪不法內涵之功能，形成加重處罰之必要性，就此觀點而言，如基本構成要件故意有所變更，應不致影響加重條件對不法內涵之形成。就我國實務對於犯意變更之論罪，認為著手後「若有轉化（或變更）為其他犯意而應被評價為一罪者，自應依吸收之法理，視其究屬犯意升高或降低而定其故意責任，犯意升高者，從新犯意；犯意降低者，從舊犯意」（最高法院 111 年度台上字第 523 號判決意旨參照），亦同此理。而所謂加重條件共同形成該犯行的不法內涵，實際具有提升不法內涵的效果，有學者認為，侵入住宅加重竊盜罪，之所以加重處罰，是因為侵入住宅或現有人所在之建築物，不僅居住自由受到打擾，更可能引發搏鬥而升高危險性²⁰，這就侵入住宅犯相關妨害性自主罪，亦同此理，前述我國實務見解亦認實施加重條件後犯意變更，應論重罪之加重處罰規定²¹。如上述引介日本刑法上，雖未有加重處罰條件之規定，但如有侵入住宅實施該法不同意性交之犯罪（相當我國法上之強制性交罪），量刑上即會影響實務對被害嚴重性之認定，認為被害人在本應安心的自宅突遭襲擊，恐懼甚大，對日常生活

¹⁹ 刑法第 321 條第 1 項各款加重條件，僅有第 1 款可獨立構成侵入住宅罪，但其不法內涵與加重竊盜罪完全不同。

²⁰ 林東茂，加重竊盜罪，月旦法學雜誌，第 71 期，頁 155-162(159)，2001 年 4 月。

²¹ 最高法院 24 年上字第 4673 號判決。

活影響深重等情，即為適例。至於德國法上雖有區分量刑的加重條件規定，與具構成要件性質的加重條件規定，但均要求行為人對於加重條件必須有認識，且至少具備未必故意，而此所謂的故意，係指有以加重條件遂行基本構成要件之想法(Vorstellung)，此前前提下，僅排除侵入住宅之初係因其他原因，侵入住宅後方生犯罪故意，而不能論以加重罪名或加重量刑條件外，若本已有犯罪之故意而實施加重條件，如本法律問題所述基於乘機性交而侵入住宅後，升高其犯意為強制性交，應不影響加重條件對犯罪不法內涵之形成，而應論以加重強制性交罪。

柒、對本案上訴之結論：原判決有判決理由不備之違法，應撤銷發回更審之

原判決認定被告不構成侵入住宅強制性交罪部分，係以「所謂侵入住宅強制性交罪之成立，必其侵入之初，即基於強制性交之意思，倘以他故侵入，在侵入之後，始乘機起意強制性交者，自尚難論以侵入住宅強制性交罪。本案依現存證據資料，無從認定被告將 A 女送返住處並扶 A 女一同進入屋內之際，即有強制性交之意思，依罪疑有利於被告原則，不能遽以侵入住宅強制性交罪相繩。」等語(見原判決第 10 頁第 25-30 行)，則本件如採犯意變更不影響加重條件之成立說者，則原判決即有理由不備之情形，亦即原判決如認被告不構成侵入住宅強制性交罪，其理由應為被告於進入 A 女住處之際，並無何犯罪之故意，而非僅限於無強制性交之犯意。是以原判決對於被告進入 A 女住處，究有無未經被害人同意且無正當事由而侵入住宅？縱當下無強制性交犯意，但是否已有乘機性交之犯意，俱未認定並說明，此瑕疵影響於判決，顯有理由不備之違法，原判決應予撤銷並發回更審之。

此致

最高法院

中華民國一九四一年二月十九日

檢察官 涂達人

張安箴

樊家妍

林錦鴻

吳梓榕

劉建志

許文琪

邱耀德

林芝郁

林麗瑩