

(二)乙提供麻醉藥並幫甲看守診間的行為，可能成立刑法第222條與第30條加重強制性交罪之幫助犯。

- 1.按主客觀擇一理論，若行為人非為自己犯罪且並無實行構成要件行為，即為共犯，題中乙非為了自己犯罪且提供藥物與把風之行為亦非構成要件行為，故應為共犯，先以敘明。
- 2.客觀上，乙提供要物與把風的行為明顯有助於甲的犯罪進行，是為幫助行為，且甲亦有正犯行為成立可得從屬之。
- 3.主觀上，乙具有幫助故意與幫助既遂故意。
- 4.乙違法且有責，成立本罪。

Q3 強制行為後的性交

甲男、乙女兩人曾經為鄰居，某日夜間甲侵入乙家偷竊，於翻箱倒櫃之際，驚動了乙，甲遂持螺絲起子攻擊乙，乙被打到頭部而陷入昏迷，甲繼續找尋財物，後來在抽屜中發現10萬元現金，甲在離去前，見乙仍昏迷，竟起意性侵（性交）乙得逞，然後拿走現金離去。乙清醒後，向警察報案。試問，甲之行為如何論罪？（25分）

（109三等書記官第2題）

爭點整理

審題

— 甲侵入乙家偷竊，於翻箱倒櫃之際

— 甲遂持螺絲起子攻擊乙，乙被打到頭部而陷入昏迷，甲繼續找尋財物

爭點

⇒ 加重竊盜罪，搜尋財物
→ 著手

⇒ 犯意升高轉變為強盜罪

- 甲在離去前，見乙仍昏迷，竟起意性侵 ⇨ 另行起意
 （性交）乙得逞 ⇨ 強制性交？乘機性交？
 —強盜後的性交 ⇨ 強盜性交的結合犯？

擬答

【本題共1,074字】

(一)甲侵入乙家翻箱倒櫃的行為，可能成立刑法（下同）第321條第2項加重竊盜未遂。

- 1.主觀上，甲具有竊盜故意與不法所有意圖；客觀上，甲闖入乙家，符合本條第1項第1款之要件，且甲搜索財物的行為，依甲的犯罪計畫，明顯已對乙的財產法益產生了直接危險，故成立著手。
- 2.甲違法且有責，成立本罪。

(二)甲持螺絲起子攻擊乙，使其昏迷並拿走現金10萬元的行為，可能成立第330條加重強盜罪。

- 1.客觀上，甲持螺絲起子攻擊乙，使其昏迷致使不能抗拒，而取走乙之10萬現金，符合強盜罪之客觀構成要件；而甲闖進乙之家中，且甲持之螺絲起子，在客觀上足以對人之生命身體產生威脅，具有危險性而為兇器，符合第321條第1項第1款與第3款之要件³。
- 2.主觀上，甲對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意，且具有不法所有意圖。
- 3.甲違法且有責，成立本罪。
- 4.甲之行為雖成立2個加重要件，仍只成立一罪，僅於判決主文中敘

3 兇器之定義可參考最高法院107年台上字第4860號刑事判決。

明。

(三)甲見乙昏迷起意性交乙的行為，可能成立第221條第1項強制性交罪。

1.客觀上，甲見到昏迷的乙另行起意性交的行為，應論強制性交罪或乘機性交罪容有爭論，以下分述之：

(1)按71年台上字第1562號判例之見解，若被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成，即應成立強姦罪。題中甲雖非為性交之目的將乙打昏，惟乙之不能抗拒為甲故意所造成，因此甲仍應論強制性交罪而非乘機性交罪。

(2)惟有其他學者認為，強制性交罪之強制行為若非為性交之目的，則其中不具有目的關聯性而不成立強制性交罪。亦有其他學者認為，除非強制手段係行為人基於性交之目的所招致，否則論以強制性交罪將會忽視該罪之保護包含了對於被害人具體性交行為的實際意願，從而架空了乘機性交罪的成立。

(3)本文認為，強制性交罪在修法後，重視著個人性自主與性行為的選擇權，故在行為人非為性交之目的而使被害人陷於強制狀態，因被害人並無意願的表達，故難認此時之性交具有強制性交罪的「違反意願」，而應成立乘機性交罪。題中乙之昏迷並非甲基於性交之目的所造成，故之後的性交行為並不屬強制性交罪的違反意願。

2.縱上，甲不成立本罪。

(四)甲見乙昏迷而性交乙的行為，可能成立第225條第1項乘機性交罪。

1.客觀上，甲對於昏迷的乙性交的行為，屬利用乙的不知或不能抗拒而為之性交；主觀上，甲對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意。

2.甲違法且有責，成立本罪。

(五)總結：

甲雖犯加重竊盜未遂與加重強盜，惟其二罪在時空上具有密接性且所侵害之法益實質上具有同質性，為實務上所稱之「犯意升高」，評價為一罪即可，僅論升高之加重強盜罪；而甲所為之乘機性交屬另行起意，與加重強盜罪為數行為侵害數法益，應依第50條數罪併罰之。

實務見解

- △最高法院71年台上字第1562號判例【不能抗拒係犯人所為則為強姦罪】
刑法第221條第1項強姦罪、第224條第1項強制猥褻罪，與第225條第1項乘機姦淫罪、同條第2項乘機猥褻罪，其主要區別在於犯人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判別之標準。如被害人不能抗拒之原因，為犯人所故意造成者，應成立強姦罪或強制猥褻罪。如被害人不能抗拒之原因，非出於犯人所為，且無共犯關係之情形，僅於被害人心神喪失或其他相類之情形不能抗拒時，犯人乘此時機以行姦淫或猥褻行為者，則應依乘機姦淫或乘機猥褻罪論處。
- △最高法院107年台上字第4860號刑事判決【兇器之定義】
刑法第321條第1項第3款之攜帶兇器竊盜罪，係以行為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，且只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。