最高法院刑事判決

115年度台上字第239號

上　訴　人　吳振彰

選任辯護人　康皓智律師
　　黃上國律師

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年10月21日第二審判決（114年度侵上訴字第261號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第25616號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、原判決以：(一)公訴意旨略以：上訴人吳振彰與告訴人即代號AE000-A112238未成年少女(民國00年0月生，真實姓名詳卷，下稱Ａ女)透過網路認識，進而於107至108年間交往；詎上訴人得預見Ａ女為未滿16歲之人，基於對14歲以上未滿16歲女子為性交之犯意，分別於108年間某2日，趁駕車載送Ａ女自學校返回Ａ女住處之際，將車輛停放於○○市○○區台三線往三峽方向之路旁，在車內，未違反Ａ女之意願，以陰莖插入Ａ女陰道之方式，對Ａ女性交得逞2次，因認上訴人涉犯刑法第227條第3項之對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪2罪嫌等情。(二)經審理結果，本件第一審以本案檢

察官起訴意旨所載、基本社會事實同一之犯罪事實，前經臺灣桃園地方檢察署（下稱桃園地檢署）檢察官以112年度偵字第31433號為不起訴處分（下稱原不起訴處分）確定在案，而認本件起訴違背刑事訴訟法第260條第1項第1款得再行起訴之規定諭知公訴不受理之判決，尚有不當，因而撤銷第一審諭知公訴不受理之判決，發回第一審即臺灣桃園地方法院更為審理。已敘明其論斷所憑之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：Ａ父(Ａ女之父)於113年4月8日之偵訊中陳述：「(問：有無攜帶再議狀證物二簡訊手機到庭？)答：有。(庭呈手機，閱後發還)。檢察官勘驗發文時間為112年6月5日(內容與證物二截圖相符)。」顯見Ａ父於偵查中僅提供手機簡訊畫面給檢察官勘驗，並未作任何陳述，則Ａ父於偵查中之陳述是否屬於刑事訴訟法第260條第1項第1款得再行起訴之新證據，並足認上訴人有犯罪嫌疑，恐非無疑。況Ａ父既無任何實質論述，檢察官如何調查斟酌？縱使對無實質內容之論述檢察官無調查斟酌，亦不影響或動搖檢察官最終偵查結果不起訴處分之判定。再查，檢察官從上開偵訊過程中勘驗Ａ父手機簡訊截圖畫面(該簡訊被Ａ女複製貼上到LINE對話紀錄)，內容係上訴人於112年6月5日傳送給Ａ父的手機簡訊截圖畫面文字，而依112年9月28日之偵訊筆錄，上訴人陳述：「(問：補充？)答：……，所以我只有他(Ａ女)父親的聯絡方式，只能傳訊給他爸，我不是承認犯罪也不是致歉，我只想表達我有意思挽回感情。」可見檢察官就該手機簡訊截圖文字內容已調查並審酌過，才會在原不起訴處分書中論述：「3.末就被告於案發後傳送之文字訊息以觀(參Ａ女提供之通訊軟體LINE對話紀錄，該簡訊被Ａ女複製貼上到LINE對話紀錄)，被告除傾訴對Ａ女之情愫、希望與Ａ女重修舊好外，未曾表意承認犯罪，即難遽以被告陳情之文句，即認被告曾為不利於己之陳述。」顯見上訴人112年6月5日傳給Ａ父之手機簡訊內容(下稱系爭截圖)，早在檢察官

作成不起訴處分前已屬卷內事證，而且經檢察官調查審酌過，是該系爭截圖自非刑事訴訟法260條第1項第1款所謂發見之新證據等語。

四、

(一)按同一案件經不起訴處分確定後，固不得再行起訴，但如發現新事實或新證據，依刑事訴訟法第260條第1項第1款之規定，自得再行起訴。而所謂新事實或新證據，依同條第2項規定，係指檢察官偵查中已存在或成立而未及調查斟酌，及其後始存在或成立之事實、證據。祇須於不起訴處分時，所未知悉之事實或未曾發現之證據或未曾斟酌調查，即足當之，不以於處分確定後新發生之事實或證據為限。且該項新事實或新證據就不起訴處分而言，僅須足認被告有犯罪嫌疑為已足，並不以確能證明其犯罪為必要。

(二)上訴人涉嫌於108年3、4月起至同年8、9月間止，在○○市○○區○○○路旁、桃園市大溪區中正公園停車場等處車內，基於對14歲以上未滿16歲女子為性交之犯意，未違反A女意願，以陰莖插入A女陰道之方式，對A女性交得逞(各次性交日期、次數及頻率均不詳)部分之事實(下稱前案事實或前案)，前經桃園地檢署檢察官於112年9月28日以112年度偵字第31433號為不起訴處分(經A女聲請再議及檢察官職權送再議後，臺灣高等檢察署以A女再議不合法、原不起訴處分尚無不合而駁回再議確定)，有該不起訴處分書、臺灣高等檢察署函文及法院前案紀錄表等件在卷可參。原判決認第一審諭知不受理為不當，已敘明其理由，略以：⑴檢察官就前案事實不起訴處分之理由略謂：「㈠就報告意旨欄㈠(本院按：指合意性交)部分：……2.A女固指述曾面告被告其14歲，並曾著校服與被告會面等節，然俱為被告所否認。再者，A女已將雙方聊天紀錄刪除，復經送手機數位勘察取證無果（參桃園市政府警察局婦幼警察隊112年9月14日桃警婦偵字第0000000000號函所附數位勘察取證報告），尚無事證得以補強A女之指述。參以每個人對於年紀感知敏銳程度本

即有別，被告能否在與Ａ女接觸過程中，自外表、身形、言談而精準判別Ａ女係未滿16歲之人，實有疑慮。又被告係透過交友軟體CHEERS結識Ａ女，而CHEERS之使用最低年齡為17歲，有CHEERS之軟體說明網頁截圖附卷可佐。是以，在無其他可得推測Ａ女未滿16歲之資訊之情況下，難認被告能預見Ａ女係未滿16歲之人，自無從逕以刑法第227條第3項罪責相繩」等語。亦即，檢察官就合意性交之不起訴處分之評價基礎，係以Ａ女之指述、無法採證數位證據、上訴人與Ａ女接觸、相識之其他情況證據，認上訴人無犯罪故意，而就上訴人所涉對於14歲以上未滿16歲之女子為性交罪嫌為不起訴處分；其理由中關於Ａ父於(113年4月8日)偵查中之陳述、系爭截圖等證據，則無相關描述或調查、斟酌之情形。⑵關於上訴人涉嫌對於Ａ女強制性交部分，不起訴處分之理由略以：上訴人否認犯罪，且經送手機數位勘察取證無果、Ａ女自陳因憂鬱症、創傷後壓力症狀就醫亦無法判斷該創傷事件，且斟酌「被告於案發後傳送之文字訊息以觀（參Ａ女提供之通訊軟體LINE對話紀錄），被告除傾訴對Ａ女之情愫、希望與Ａ女重修舊好外，未曾表意承認犯罪，即難遽以被告陳情之文句，即認被告曾為不利於己之陳述」等語。從而，第一審判決所持：「被告傳送予Ａ父之訊息截圖」係前案不起訴處分前已經提出之證據等語，似係指上開Ａ女於前案提供之通訊軟體LINE對話紀錄；然該證據既然僅係檢察官於前案判斷上訴人有無另外構成其他犯罪嫌疑（強制性交）之基礎，未成為前案合意性交部分之調查或斟酌依據，論理上亦不當然可推論檢察官就前案合意性交部分，同已調查或斟酌該等證據，即無從逕予阻斷其為本案（合意性交）新事證之可能性。⑶檢察官於前案關於上訴人涉嫌強制性交為不起訴處分之理由，均未曾敘述或斟酌Ａ父於偵查中之陳述，亦即，就前案事實而言，未見檢察官有調查、斟酌前開Ａ父於偵查中之陳述、系爭截圖等證據之情形。第一審判決逕謂該等證據均係前案檢察官為不起訴處分前已經提出之證據，且

經前案檢察官調查斟酌、非本案新事證為由，逕為不受理諭知，尚有研求、斟酌之餘地。⑷檢察官於前案不起訴處分之其他理由(前案不起訴處分書理由二、㈢及㈣部分)就前案事實，檢察官對Ａ父於偵查中之陳述、系爭截圖等證據，仍無其他描述或相關評價，同未能據此認定檢察官就該嫌疑事實業已調查、斟酌該等證據，第一審判決逕認其非本案新事證，亦屬有疑。⑸Ａ女於113年4月8日偵查中之陳述，本屬前案不起訴處分確定後之新證據，第一審判決就該證據何以不能為刑事訴訟法第260條第1項第1款、第2項規定之新證據，亦未敘明其理由。⑹綜上，第一審判決逕以Ａ父於偵查中之陳述、系爭截圖，已於前案偵查中業經提出，而非屬前案事實不起訴處分確定後之新事證，而為不受理之諭知，於法尚有未合；為維護上訴人審級利益，爰將本案發回第一審法院等語。

(三)系爭截圖以及Ａ女、Ａ父於(113年4月8日)本案偵查中之陳述(下稱新事實、新證據)，均係檢察官於本案起訴書證據清單所列證據名稱之一部，或屬前案偵查時已存在而未予調查斟酌，或前案不起訴處分後始存在或成立之證據，然此等新事實、新證據僅須足認有犯罪嫌疑為已足，並不以確能證明犯罪為必要；且該等新事實、新證據縱認形式上尚難認已達證明上訴人明知或可得而知Ａ女未滿16歲之確信程度，然檢察官就Ａ父之113年4月8日偵查中之陳述及系爭截圖，於待證事實欄明載：「被告有傳送下述訊息予A父之事實」、「2.被告傳訊稱『我比妳歲數大了許多，妳善解人意的接納我，說著等妳成年會把我們關係讓父母知道』等語，足見被告已然知曉告訴人年齡及告訴人未成年等情，故被告明知或至少得預見其與告訴人發生性行為時，告訴人未成年之事實。3.被告傳訊稱『有空的時候會去載妳下課回家』等語，核與告訴人上開證述被告係趁接送告訴人下課回家時與告訴人發生性行為等情相符，則被告既曾至告訴人就讀學校接送過告訴人，又豈會不知告訴人為未滿16歲之學生，……。」

等語，並據此主張「依被告於112年6月5日以其所使用之行動電話門號0000000000號傳送予Ａ父之訊息內容，可知被告自己亦知曉與告訴人年紀相差甚大，且與告訴人交往期間常接送告訴人上下學，是被告不可能不知道告訴人與其交往期間，僅為國中、高中一年級之學生，故被告有與14歲以上未滿16歲女子為性交之犯意甚明，足認有新事實、新證據足以推翻原不起訴處分」等理由。則該等新事實、新證據能否據以證明上訴人犯罪，尚須於起訴後之審理中，經由調查、辯論之程序予以釐清，自難逕認全非屬前案未知悉之事實或未曾發現之證據或未曾斟酌調查之新事實、新證據。上訴意旨之指摘，並非上訴第三審之適法理由。

五、上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採之同一辯解，再事爭論，要非合法之第三審上訴理由，應認上訴人之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　18　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　23　　日