

裁判字號：最高法院 106 年台上字第 2603 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 08 月 24 日

裁判案由：妨害電腦使用

最高法院刑事判決

106年度台上字第2603號

上訴人 臺灣高等法院檢察署檢察官

上訴人

即被告 PEREGUDOVŠ ANDREJS（拉脫維亞籍）

選任辯護人 李建璋律師

上訴人

即被告 COLIBABA MIHAIL（羅馬尼亞籍）

被告 PENCŌV NICOLAE（摩爾多瓦籍）

上二人共同

選任辯護人 林柏裕律師

上列上訴人等因被告等妨害電腦使用案件，不服臺灣高等法院中華民國106年5月18日第二審判決（106年度上訴字第593號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署105年度偵字第15086、15087、18019、19141號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人即被告Peregudovs Andrejs（拉脫維亞國籍，下稱安德魯）、Colibaba Mihail（羅馬尼亞國籍，下稱米海爾），以及被告Pencov Nicolae（摩爾多瓦國籍，下稱潘可夫）有其事實欄一所載與其附表一、三所示其餘19人，及其他姓名不詳具電腦專長之人合組「跨國駭客盜領集團」，共同意圖為自己不法之所有，利用銀行電腦系統之漏洞，入侵銀行內部電腦網路，製作、存放盜領自動提款機（下稱ATM）款項之惡意電腦程式，無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄，無故以電腦程式干擾他人電腦與相關設備，及非法由自動付款設備取得第一商業銀行股份有限公司（下稱第一銀行）財物之犯行，因而撤銷第一審對於安德魯、米海爾及潘可夫科刑之判決，改判仍依想像競合犯關係，從一重論安德魯、米海爾及潘可夫以共同犯無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪，其中安德魯處有期徒刑4年10月，併科罰金新臺幣（

下同) 50萬元，及諭知罰金如易服勞役，以2,000 元折算1 日，以及於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，暨相關之沒收；米海爾處有期徒刑4 年8 月，併科罰金40萬元，及諭知罰金如易服勞役，以2,000 元折算1 日，以及於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，暨相關之沒收；潘可夫處有期徒刑4 年6 月，併科罰金30萬元，及諭知罰金如易服勞役，以2,000 元折算1 日，以及於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，暨相關之沒收，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於安德魯等3 人（下稱被告3 人）所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

檢察官上訴意旨略以：本件被告3 人與其他盜領犯罪集團成員盜領第一銀行不同分行之ATM 內之款項，係侵害第一銀行各分行實際管領該ATM 之人，所侵害者應為不同財產法益之人，且本件遭盜領款項之地點，不僅分散在臺北市、新北市及臺中市等不同城市（分屬22家分行），即使在同一城市內，亦橫跨數個不同行政區，衡諸社會一般觀念，每組車手在同一分行所設置之ATM 盜領款項完畢後，其盜領行為之目的即已滿足，行為結果亦已完成，各行為間之獨立性甚為明顯，自應分論併罰。原判決認定被告3 人與其他盜領犯罪集團成員各次盜領ATM 款項之行為，均為接續犯之一行為，而均各論以一罪，於法不合云云。

安德魯及米海爾上訴意旨均略以：本件盜領ATM 款項之前，伊等並不知悉整體犯罪計畫，且未參與前階段之盜領行為，僅於盜領完成後始參與後續處理贓款部分行為，應僅構成搬運贓物罪。原判決遽對伊等論以共同犯無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄，及違法由自動付款設備取得他人之物罪，殊有可議云云。

安德魯上訴意旨另略以：伊於警詢時已供稱：伊於民國105年7月16日及17日，以手機SKYPE 之通訊軟體與伊妻子（帳號名稱JASH）聯絡，係拜託伊妻子請家族長輩朋友幫忙等語，顯已否認伊係透過伊妻子與犯罪集團聯絡。原判決罔顧上情，遽認伊有透過伊妻子與犯罪集團聯繫接應事宜，自屬不當云云。

米海爾上訴意旨另略以：(一)、刑法第359 條所規定無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪，依同法第363 條之規定，須告訴乃論。故須經有告訴權人提出合法告訴，檢察官始得提起公訴，法院始可據以論罪科刑。證人即第一銀行數位銀行處經理周美宜於105 年7 月11日至法務部調查局新北市調查處（下稱新北市調查處）製作筆錄時，並未提出第一銀行委任其為告訴代理人之委任狀，且未代理第一銀行就上開無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪提出告訴，遲至105 年7 月18日始向新北市調查處提出第一銀行委任其為告訴代理人之委任狀，則第一銀行是否提出合法告訴，尚有疑義。原審未釐清上開疑點，遽行判決，顯有未洽。

(二)、安德魯、潘可夫與伊具有共同被告之關係，惟原審踐行調查程序時，卻未依人證之調查程序，使安德魯、潘可夫接受伊行使詰問權，其所踐行之訴訟程序即非適法。又安德魯於偵查中之陳

述，對伊而言，係屬於被告以外之人在審判外之陳述，為傳聞證據，應無證據能力，且伊於原審已爭執其證據能力，乃原判決仍採用安德魯於偵查中之陳述，作為伊犯罪之論據，採證自非適法。

(三)、本件犯罪集團之不詳成員於盜領ATM 款項得手後，僅刪除犯罪集團先前自行植入之「cleanup.bat」、「cnginfo.exe」、「cngdisp.exe」與「cngdis p_new.exe」之電腦程式，亦即僅刪除第一銀行電腦原先不存在之電磁紀錄內容，並未改變第一銀行原本電腦電磁紀錄內容之組成，應與刑法第359 條規定「刪除」他人電腦之電磁紀錄之要件不符。原判決逕行認定上開刪除自行植入惡意程式之行為，係無故「刪除」他人電腦之電磁紀錄，但並未說明該行為如何致生損害於第一銀行，於法未合。

(四)、原判決既然認定第一審未審酌伊在犯罪集團中並非居於主導、指揮地位，因而撤銷第一審所處最高刑度有期徒刑5 年之判決，惟改判後卻仍對伊論處有期徒刑4 年8 月，僅減輕有期徒刑4 月，其量刑與第一審判決幾近相同，亦未說明同案被告潘可夫之犯罪情狀與伊有何不同，而量處較低之有期徒刑4 年6 月（即較第一審判決減輕有期徒刑6 月），亦有未洽云云。

惟證據之取捨、事實之認定及刑罰之裁量，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，而所量之刑既未逾越法定刑度範圍，亦無顯然違背比例、公平及罪刑相當原則者，自不得任意指為違法而執為上訴第三審法院之適法理由。(一)、所謂接續犯，係指基於單一之犯意，以數個舉動接續進行而侵害同一法益，在時間及空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，於此情形，即得依接續犯論以包括一罪。原判決已敘明被告3 人與其他盜領犯罪集團成員，共同意圖為自己不法所有，利用銀行電腦系統之漏洞，入侵銀行內部電腦網路，製作、存放盜領ATM 款項之惡意電腦程式，變更、刪除他人電腦之電磁紀錄，遠端操控，以盜領第一銀行ATM 之現鈔，係在密切接近之時間所為，侵害同一被害人即第一銀行之財產法益，依前開說明，其等各行為之獨立性極為薄弱，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理等旨綦詳（見原判決第25頁倒數第4 行至第26頁第8 行），核其論斷，於法尚無不合。檢察官上訴意旨徒憑己見，以被告3 人與其他盜領犯罪集團成員共同盜領第一銀行22家分行ATM 之款項，認應分論併罰云云，無非係就原判決已經適法論斷說明之事項，再事爭執，要非適法之第三審上訴理由。

(二)、以自己犯罪之意思，在合同意思範圍內，各自分擔實行犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責，初不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行均經參與，均應成立共同正犯。安德魯及米海爾在原審雖均否認知悉整體犯罪計畫，均辯稱：伊等並未參與電腦犯罪及擔任車手，僅參與事後收受及搬運贓物之犯行云云。然原

判決認定被告3 人有與其附表一、三所示其餘19人及其他姓名不詳之盜領集團成員，共同基於為自己不法所有之意圖，利用第一銀行電腦系統之漏洞，入侵第一銀行內部電腦網路，製作、存放盜領ATM 款項之惡意電腦程式，變更、刪除他人電腦之電磁紀錄，遠端操控，讓ATM 吐鈔，以盜領ATM 內款項之犯意聯絡，為原判決事實欄一所載之無故利用電腦系統之漏洞入侵他人電腦、製作專供犯妨害電腦使用罪章罪之電腦程式、無故刪除、變更他人電腦之電磁紀錄、無故干擾他人電腦與設備及非法由自動付款設備取財之犯行（見原判決第2 頁第12行至第7 頁倒數第6 行），係以安德魯來臺之功能即在接應處理如原判決附表一第1 組、第5 組所示車手盜領之贓款，另接獲原判決附表三編號7 所示贓款處理成員之接應，取得與盜領犯罪集團聯絡用三星A5手機，復親自將贓款轉換外包裝，藏放隱密處，並發送GPS 座標以利該犯罪集團成員之接應，足徵安德魯與該犯罪集團成員間聯繫緊密，並分擔實行該犯罪集團犯罪計畫內關鍵之轉換、藏放贓款行為。另參酌安德魯負責處理1,723 萬7,100元之鉅額贓款，可見其與該犯罪集團間具有相當信任關係，確屬該盜領犯罪集團之成員。又米海爾與潘可夫分擔處理之贓款金額高達6,024 萬8,000 元，折合美金約200 萬元，且在原判決附表一所示之15名車手尚在臺進行盜領ATM 款項時，米海爾即已在國外預先安排及研擬來臺處理贓款事宜，堪認其屬盜領犯罪集團之成員無誤，被告3 人與集團成員間有犯意之聯絡及行為之分擔甚明等情，已於理由內說明其為上開認定所憑之證據及理由，且對於安德魯及米海爾所為各項辯解如何均不足以採信，亦均逐一詳予指駁及說明（見原判決第21頁第1 行至第25頁倒數第10行）。則原判決以安德魯及米海爾基於本件合同意思範圍內，相互利用其他共同正犯（即盜領犯罪集團其他成員）之行為，以達其等共同犯罪之目的，因認其應對本案全部所發生之結果共同負責；核其論斷於法無違。安德魯及米海爾上訴意旨並非具體指明原判決上揭認定及論斷究有何違背法令之情形，仍執其在原審之相同辯解，對於原判決採證認事職權之合法行使，暨其有無共同無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄，及違法由自動付款設備取得他人之物之單純事實，再事爭執，並非合法之第三審上訴理由。

(三)、原判決已說明依安德魯以手機SKYPE 通訊軟體傳送之內容觀之，其於105 年7 月16日下午12時55分許傳送「你跟他們說我在那個之前說的地方。宜蘭。」等語之訊息予其妻子（帳號名稱「JASH」）；復於同日晚間6 時33分許傳送「你說了嗎？他們說什麼？我正在走向白色圓頂屋的地方，再15- 29分鐘。……去聯絡那個朋友」等語之訊息予其妻子；又於同年月17日下午4時6分許傳送「那個人聯絡的怎麼樣？」等語之訊息予其妻子；其妻子回覆「他們在給我洗腦（情況很糟）」等語之訊息等情，有卷附安德魯HTC手機SKYPE截圖暨翻譯可稽，可見安德魯確有透過其妻子與上開犯罪集團聯繫接應事宜等情甚詳（見原判決第21頁倒數第12 行至倒數第2行），核其所為論斷，並無違背經驗法則或論理

法則等情事。安德魯上訴意旨徒憑己見，漫調上開通訊軟體聯絡內容，並非透過伊妻子與該犯罪集團聯繫接應事宜云云，係對原審採證認事職權之適法行使，任意指摘，並就其有無透過其妻子與該犯罪集團聯繫接應事宜之單純事實，再事爭辯，亦非適法之上訴第三審理由。

(四)、證人周美宜於105 年7 月11日至新北市調查處檢舉第一銀行ATM 遭不明人士盜領現鈔，其於新北市調查處該次詢問時固未就本件第一銀行遭盜領ATM 款項之犯罪事實提出告訴，然其嗣於同年月18日已向新北市調查處提出第一銀行委任周美宜為告訴代理人之委任狀，其後於同年月21日第二次至新北市調查處製作筆錄時，就本件第一銀行之電腦遭入侵，被製作並存放盜領ATM 款項之惡意電腦程式，致其銀行ATM 遭盜領款項之犯罪事實提出告訴等情，有卷附告訴委任狀及新北市調查處筆錄可稽（見臺灣臺北地方法院檢察署105 年度他字第6577號卷第272、274 至275、280 頁）。檢察官因認本件被告3 人所犯妨害電腦使用罪業經第一銀行合法告訴，訴訟要件並無欠缺，其據以起訴被告3 人涉犯刑法第358 條、第359 條、第360 條及第362 條妨害電腦使用之相關4 罪名，於法自無不合。米海爾上訴意旨徒憑己意，謂第一銀行就本件相關妨害電腦使用罪，是否業經合法告訴尚有疑義云云，依上述說明，顯屬誤會，難調係適法之第三審上訴理由。

(五)、刑事被告詰問證人之權利，固係憲法第8 條第1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」所指應依正當法律程序保障之訴訟上防禦權，然詰問權之行使，仍屬被告之自由，倘被告於審判中捨棄詰問權，或得行使而不行使，自無不當剝奪其行使詰問權之可言。原判決已敘明其關於認定本件犯罪所援用之證據資料（含安德魯及潘可夫在偵查中之陳述），米海爾及其在第一審、原審之辯護人已分別於第一審審理時及原審準備程序均表示同意具有證據能力。經審酌上開證據資料作成時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，且均經於原審審理期日提示予檢察官、被告3 人及辯護人等人辨識而為合法調查，依刑事訴訟法第159 條之5 第1 項規定，認均具證據能力等旨綦詳（見原判決第15頁倒數第4 行至第16頁第4 行），核其論斷，於法尚無違誤。米海爾於第一審及原審對於安德魯及潘可夫於偵訊之證詞，既已同意有證據能力，復未請求法院傳訊上述證人供其對質或詰問，且其於原審最後審判期日就審判長所提示共同被告安德魯之陳述，僅供稱：「我沒有辦法去判斷安德魯說的話對不對」云云（見原審卷一第279 頁），並未爭執安德魯於偵查中陳述之證據能力及其憑信性，嗣於上訴至本院始指摘上述證人未經伊行使詰問權，並謂原判決認定安德魯等2 人之偵訊證詞具有證據能力為不當，及主張其已於原審爭執安德魯偵查中陳述之證據能力云云，依上述說明，均非依據卷內資料執為指摘之適法第三審上訴理由。

(六)、刑法第359 條之破壞電磁紀錄罪，係以行為人無故取得、刪除或變更他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人，為其要件。而本罪規範之目的應係重在維持網路電腦使用

之社會安全秩序，以維護電磁紀錄之正確性，並避免對公眾或他人產生具體之損害。不論行為人所使用之破壞方式為何，祇要無故刪除他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，即該當於刪除之構成要件。故所稱刪除「他人電腦之電磁紀錄」，解釋上應非限於刪除「他人電腦原本存在之電磁紀錄」，倘若行為人以惡意程式植入第三人之電腦，該惡意程式即成為第三人（他人）電腦之電磁紀錄，行為人事後刪除該惡意程式，已足以損害該電磁紀錄之正確性，亦符合刪除「他人電腦之電磁紀錄」之構成要件。原判決係依憑證人周美宜於警詢及偵查中之指訴，參酌卷附第一銀行ATM遭盜領案－駭客入侵流程簡圖、法務部調查局新北市調查處105年8月23日新北資字第00000000000號函暨其檢附之第一銀行自動櫃員機監控系統AP硬碟鑑識報告、NCR 主機鑑識報告、第一銀行倫敦分行語音主機受駭硬碟鑑識報告、第一銀行受駭惡意軟體分析報告各1份，以及ATM鑑識報告之光碟片46份等證據資料，據以認定米海爾與其他盜領集團成員於盜領第一銀行ATM 款項得手後，利用第一銀行倫敦分行電話錄音主機系統之漏洞，入侵第一銀行倫敦分行電話錄音主機系統後；復以該主機作為跳板，以不詳方式入侵AP伺服器，派送5 個異常封裝檔至上開遭盜領之ATM 電腦，執行包含先前所植入之「cleanup.bat」、「cnginfo.exe」、「cngdisp.exe」與「cngdisp_new.exe」共4 項之電腦程式徹底刪除，亦無正當理由刪除該等程式所產生如「disp log.txt」之電磁紀錄，另又針對第一銀行倫敦分行電話錄音主機，將該電腦硬碟內電磁紀錄刪除，使該電腦無法連線登入查看其狀態，均生損害於第一銀行等情，已詳述其所憑之證據及理由（見原判決第5頁倒數第2行至第6 頁第10行、第17頁第13至22行），核其所為論斷，並無違背經驗或論理法則等情形。且原判決已明確認定米海爾與其他盜領犯罪集團成員於盜領ATM 款項後，共同將第一銀行遭盜領之ATM電腦中之「displog.txt」，以及該倫敦分行電話錄音主機電腦硬碟內電磁紀錄刪除，而此2 部分之電磁紀錄均非盜領集團原先所植入之「cleanup.bat」等4項電腦程式，亦即米海爾及其盜領犯罪集團不僅刪除其先前植入之惡意程式，並已刪除第一銀行本身之電磁紀錄，此部分已與刑法第359 條規定「刪除他人電腦之電磁紀錄」構成要件相符。何況，本件盜領犯罪集團成員將「cleanup.bat」等4項電腦程式植入第一銀行ATM 電腦中，已屬第一銀行ATM 電腦之電磁紀錄，該集團成員事後再刪除該4項電腦程式，與同法第359條所規定刪除他人電腦電磁紀錄之構成要件亦無不合。米海爾上訴意旨徒憑己見，漫謂本件盜領犯罪集團成員僅刪除第一銀行電腦原先不存在之電磁紀錄內容，應與刑法第359 條規定「刪除他人電腦之電磁紀錄」之構成要件不符云云，依上述說明，顯有誤解，亦非合法之上訴第三審理由。

(七)、量刑輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未濫用其裁量職權，即不得遽指為違法

。原判決以米海爾所犯刑法第359 條無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪，其法定本刑均為5 年以下有期徒刑，得併科20萬元以下罰金（罰金刑部分依刑法施行法第1 條之1 第2 項但書規定「就其所定數額提高為3 倍」），依據前揭規定，就刑法第57條各款所列事項，審酌米海爾在共同盜領第一銀行ATM 款項之角色分工上屬比較主要之角色（原判決附表一所示15名車手尚在臺灣進行盜領時，米海爾已在國外預先安排並研擬來臺處理贓款事宜，潘可夫並依米海爾之指示，前往臺北車站保險櫃領取裝有盜領現款之置物箱），及米海爾與潘可夫犯後僅坦承搬運贓物，但否認其餘犯行等一切犯罪情狀，量處米海爾有期徒刑4 年8 月，併科罰金40萬元，另處潘可夫有期徒刑4 年6 月，併科罰金30萬元，已詳細說明其如何審酌米海爾與潘可夫上述不同之犯罪情節，因而就米海爾為上開科刑之理由綦詳（見原判決第22頁倒數第2 行至第23頁第13行、第24頁第11至20行、第27頁倒數第8 行至第28頁第10行）。此乃事實審法院量刑職權之適法行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用其裁量權限及違反公平、比例原則等情事，自不得任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。米海爾上訴意旨，漫謂原判決就其所犯無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪量刑，相較於潘可夫所處之刑為過重云云，無非係就原審量刑職權之適法行使，任意指摘，依上述說明，亦非適法之第三審上訴理由。至安德魯、米海爾其餘上訴意旨，均非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，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，檢察官與安德魯、米海爾之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。又原判決關於被告3 人前揭共同無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪想像競合所犯刑法第339 條之2 第1 項非法由自動付款設備取財罪部分，係刑事訴訟法第376 條第1 款所列不得上訴於第三審法院之案件，且經第一審及原審審理後均認定為有罪。檢察官與安德魯、米海爾對於得上訴於第三審法院之無故變更、刪除他人電腦之電磁紀錄罪部分之上訴，既屬不合法而應從程序上駁回，則不得上訴於第三審法院之非法由自動付款設備取財罪，即無從適用審判不可分原則併為實體上審判，亦應一併駁回。

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 106 年 8 月 24 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 江 振 義

法官 劉 興 浪

法官 陳 宏 卿

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 106 年 8 月 29 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統