最高法院刑事判決

113年度台上字第1709號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官謝名冠

被　　告　林忠豪

上列上訴人因被告違反陸海空軍刑法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年12月28日第一審判決（112年度軍訴字第1號，起訴案號：臺灣高等檢察署臺中檢察分署112年度偵字第1號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決以公訴意旨略稱：被告林忠豪（民國107年9月26日入伍，110年10月15日退役）於110年9月27日擔任○○○○○○○○○部第793旅（下稱第793旅）第501營營部連車輛駕駛兵期間，為籌款償還債務，經軍中同事介紹，以其所有iPhone7手機，使用LINE通訊軟體自稱「小不點點」，與真實姓名年籍不詳之「安信 何經理」對話，希望代為解決新臺幣（下同）14萬元債務，「安信 何經理」要求其有所付出，傳送「是否能提供愛國者技術手冊或裝備參數類的」、「愛國者分布圖」等軍事機密之訊息。被告乃於翌日（28日）利用至旅部參謀辦公室等待參加懲處人事評議會之機會，基於收集軍事機密之犯意，著手拍攝擺放於辦公桌上之「600浬內中共空軍、海軍航空兵及火箭軍主戰兵力部署判斷圖」、「○○○○○○○○第793旅美軍愛國者技代議題研討會議紀錄」、「○○○○○○○○○○部美軍愛國者野戰技協小組議題研討與會人員名冊」（下稱本案文書）等未達機密等級之軍事訊息照片，傳送予「安信 何經理」，俟「安信 何經理」收受後，被告隨即收回訊息，並告知「只

有一份」、「這個是機密」，「安信 何經理」旋於同日（28日）轉帳4,000元至被告申設之中華郵政股份有限公司帳戶（下稱郵局帳戶）。嗣民眾拾獲上開手機，送交苗栗縣警察局苗栗分局處理，該局警員為查明失主身分而查閱手機資料，發現涉有收集軍事機密之情事，乃協請憲兵指揮部臺中憲兵隊（下稱臺中憲兵隊）調查，臺中憲兵隊於111年12月21日通知被告前來詢問後，查知上情，並扣得上開手機。因認被告所為係犯陸海空軍刑法第22條第3項、第1項之收集軍事機密未遂罪嫌。惟經審理結果，認為被告所為係不能未遂，應屬不罰，因而諭知被告無罪，固非無見。

二、惟按刑法第26條關於不能未遂之規定，依修法理由所載，係採取客觀未遂論，以行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，為成立要件，且因處罰效果，由舊法之「減輕或免除其刑」，改為「不罰」，自應嚴加認定，必須著手之行為客觀上完全欠缺侵害法益之危險，始為刑法所不罰。至於判斷標準，應自客觀理性之普通第三人觀點出發，回溯至行為著手當下，於認知行為人之行為及目的時，是否有具體實現犯罪之可能性而定，勢必在行為當時望而即知行為人因誤認通常之自然法則，毫無犯罪既遂之可能，而非僅偶然錯認事實情狀而已，始足該當，不能從事後之角度以為評斷。否則，未發生犯罪結果之未遂犯，於其後細究，行為最終既無結果，豈非得以反推並無危險（例如入室行竊卻空無一物），顯不合理，因此過度擴張不能未遂之不罰範圍，實非立法之原意，應予辨明。

三、原判決援引被告自白，及被告扣案手機採證結果之數位採證報告、被告手機內通訊軟體與「安信 何經理」之對話紀錄、被告郵局帳戶交易清單等相關證據，已說明：被告於擔任第793旅第501營營部連車輛駕駛兵期間，經由軍中同事介紹，使用通訊軟體暱稱「小不點點」與「安信 何經理」取得聯繫，表示希望代為協助解決14萬元債務，「安信 何經理」要求被告「提供愛國者技術手冊或裝備參數類的」、

「愛國者分布圖」等軍事機密，被告於110年9月28日至旅部參謀辦公室等待參加懲處人事評議會期間，見辦公桌上擺放本案文書，即以扣案之iPhone7手機拍攝本案文書照片傳送予「安信 何經理」，及告知「只有一份」、「這個是機密」，「安信 何經理」旋於同日（28日）轉帳4,000元至被告申設之郵局帳戶等情，論斷被告因其拍攝本案文書之軍事訊息照片，已著手於收集軍事機密行為（見原判決第3、4頁）。上情如果屬實，則客觀理性之普通第三人倘事中知悉被告具有收集軍事機密之犯意，並在旅部參謀辦公室空間內，拍攝上開軍事訊息傳送予他人，是否顯而易見其毫無取得任何軍事機密之既遂危險？其誤為收集非屬軍事機密之本案文書，是否僅屬偶然之事實情狀誤認？實仍有詳加探求之必要，尚待調查釐清。乃原審竟徒以證人杜○○、吳○○（分任第793旅代理情報官、本部連射控組組長）之證詞，及本案文書嗣經國防部政治作戰局鑑定非屬軍事機密，遽認被告係出於重大無知，而誤認本案文書屬軍事機密，其行為全然不致發生侵害法益之危險，依刑法第26條不能犯規定，應屬不罰之行為云云（見原判決第6、7頁），似係純以事後未發生犯罪結果作為憑斷，於法已有未合。何況原審既由相關證人證述及鑑定意見始得知本案文書非屬軍事機密，其不知當為通常，如何能稱被告之誤認係出於「重大無知」？其理由前後說明亦非一致。則原判決未詳加查證，並為充分之論述，逕認本件屬不能未遂，而諭知被告無罪，尚有證據調查職責未盡及理由矛盾、欠備之違誤可指。

四、檢察官上訴意旨指摘原判決不當，為有理由，而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　18　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

法　官　朱瑞娟

法　官　蔡廣昇

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　22　　日