最高法院刑事判決

110年度台非字第161號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　廖嘉雯

上列上訴人因被告妨害電腦使用案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國110年3月9日第二審確定判決（109年度上訴字第1186號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理　由

壹、非常上訴理由稱：

一、按判決不適用法則或適用不當者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第378 條定有明文。又非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。雖必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴旨在糾正違法判決，使臻合法妥適之個案救濟者有別。又刑事訴訟法第441 條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，為考量之依據。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，但涉及統一適用法令，即有提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。本案原判決尚非不利於被告，但涉及如下所述之統一適用法令重要性。

二、本件被告廖嘉雯因妨害電腦使用案件，經臺灣嘉義地方法院以109年度訴字第213號判決「廖嘉雯共同犯無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪，處有期徒刑6 月」，嗣被告上

訴後，經臺灣高等法院臺南分院以109 年度上訴字第1186號刑事判決（下稱原確定判決）改判「原判決撤銷，本件公訴不受理」，其理由為「曾茂恩之入出境資料，並未依國家機密保護法之法定程序核定為機密等級，非屬國家機密，被告透過陳賜高利用不知情之移民署嘉義縣專勤隊汪哲宇專員，使用移民署嘉義縣專勤隊之公務電腦設備，查詢曾茂恩之入出境資料之事實，尚與刑法第361 條之規定不符，無從依刑法第361 條規定論處，至多僅成立刑法第359條之無故取得他人電腦電磁紀錄罪，依同法第363條之規定，須告訴乃論。茲因本件被害機關移民署嘉義縣專勤隊並未提出告訴，本件既未經合法告訴，應依刑事訴訟法第303條第3款規定，逕為公訴不受理之諭知」。然查：

㈠按刑法第361 條規定：「對於公務機關之電腦或其相關設備犯前3條之罪者，加重其刑至2分之1 。」屬於借罪借刑雙層式簡略立法之一種，係以借犯刑法第358條至第360條各條之原罪，再加上對於公務機關之電腦或其相關設備為行為客體犯罪之構成條件而成，並借原罪之基準刑以加重其刑至2分之1為其法定本刑。此與單層式借刑之立法例，如刑法第320條第2項、第339條第2項等規定，均屬於獨立之犯罪類型。故於借罪後，因其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，並為刑法分則加重之獨立罪名（最高法院97年度台非字第285 號、99年度台上字第6306號判決意旨參照）。

㈡民國92年6月25日增訂刑法第361條之立法理由敘明：「由於公務機關之電腦系統如被入侵，往往造成國家機密外洩，有危及國家安全之虞，因此對入侵公務機關電腦或其相關設備之犯行，加重刑度，以適當保護公務機關之資訊安全，並與國際立法接軌。本條所稱公務機關，係指『電腦處理個人資料保護法』第3條所定之公務機關」。而84年8月11日修正公布之「電腦處理個人資料保護法」第3條第6款規定：「公務機關：指依法行使公權力之中央或地方機

關」；嗣於99年5月26日修正公布，法規名稱修訂為「個人資料保護法」，並於第2條第7款規定：「公務機關：指依法行使公權力之中央或地方機關或行政法人」。故刑法第361條之立法理由雖有闡述「由於公務機關之電腦系統如被入侵，往往造成國家機密外洩，有危及國家安全之虞」，然並不當然反論「未造成國家機密外洩，即不該當此法條之構成要件」。倘立法者真有從嚴規範限縮本條適用僅限於國家機密外洩情形，則刑法第361條自應訂為「對於公務機關之電腦或其相關設備，犯前3條之罪，『致國家機密外洩』者，加重其刑至2分之1」，將「致國家機密外洩」之構成要件匡入，以明該罪之構成要件。今立法者未為此設計，可知立法理由所提及「國家機密之外洩」，僅係闡述倘妨害電腦使用罪之客體如為「公務機關之電腦」，將危及公務機關對於資訊管控之機密安全性，所生危害較非公務電腦嚴重，而有加重處罰之必要，非謂須涉及「依國家機密保護法之法定程序核定為機密等級之國家機密」外洩，方有此條之適用。又前開條文之立法理由已清楚定義「公務機關」即為依法行使公權力之中央或地方機關或行政法人，本案被告所利用之電腦設備係屬行使公權力之中央機關即移民署嘉義縣專勤隊所有，原（確定）判決以所取得之入出境資料非屬國家機密，增加法無明文之構成要件，據以排除本條之適用，顯已悖離該條立法理由「公務機關」之定義，原（確定）判決顯有判決適用法則不當之違法。

三、原確定判決與臺灣嘉義地方法院108年度軍訴字第2號刑事判決（下稱軍訴2號判決）相互矛盾：按軍訴2號判決係認「任職於憲兵指揮部嘉義憲兵隊之被告陳賜高就取得曾茂恩入出國資料，並向廖嘉雯洩漏曾茂恩之入出國資料、刑案資料，所為係犯刑法第132條第1項之洩漏國防以外秘密罪及刑法第361條、第359條無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪。被告陳賜高先後委由不知情之汪哲宇專員登入內

政部入出國及移民署資訊系統，及利用不知情之不詳員警透過內政部警政署刑案資訊系統查詢曾茂恩之入出國資料、個人戶籍資料、刑案資料等資料之行為，為間接正犯。被告陳賜高與廖嘉雯就取得曾茂恩入出國資料行為，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯」，即軍訴2 號判決認其被告陳賜高與原確定判決之被告廖嘉雯係共同正犯；惟軍訴2號判決認共同正犯陳賜高，係犯刑法第361條、第 359條無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪，而原確定判決卻認被告（共同正犯）廖嘉雯「至多係成立刑法第359 條之無故取得他人電腦電磁紀錄罪」，兩確定判決顯相互矛盾。

四、原確定判決與其他確定判決見解迥異，實有統一適用法律之必要，謹擇以下數則供參：

㈠臺灣高等法院109 年度上訴字第2785號判決：「被告案發當時為替代役男，明知應依法據實申請加班時數，竟為貪圖己便，輸入蕭竹君差勤系統帳號、密碼而入侵公務機關電腦，利用蕭竹君管理權限以『變更加班時數之電磁紀錄』」；「被告所犯刑法第359 條無故變更公務機關電腦之電磁紀錄罪之法定刑度為5 年以下有期徒刑，且依刑法第361條須加重其刑至2分之1 」。本件判決就被告所為與國家機密無涉之「變更加班時數之電磁紀錄」，認有刑法第361條之適用。

㈡臺灣高等法院臺南分院109年度上訴字第499號判決：「周亭汝未得蕭逸騏、勞動部勞工保險局之同意或授權，先拔取蕭逸騏之自然人憑證IC卡，插在自己之電腦讀卡機上，再透過網際網路連結至勞保局之Ｅ化服務系統專區，以蕭逸騏自然人憑證帳號，輸入因工作上得知之蕭逸騏自然人憑證IC卡之預設pin 碼，無故侵入勞保局之公務電腦資料庫後，取得蕭逸騏之歷年投保資料並列印」；「核被告所為，係犯刑法第361條、第358條無故輸入他人帳號密碼侵入公務機關電腦罪，及刑法第361條、第359條無故取得公

務機關電腦之電磁紀錄罪」。本件判決就被告所為非屬國家機密之「取得蕭逸騏歷年投保資料」，認有刑法第 361 條之適用。

㈢臺灣高等法院高雄分院108年度軍上訴字第1號判決：「李昀蓁為查知其他同仁約談內容，擅自從郭耀仁所保管使用之公務電腦開啟並檢視郭耀仁所製作「陸軍南區專長訓練中心本部連人員約談狀況表」此項輔考資料之電磁紀錄後，另行存檔而取得該電磁紀錄」；「被告係犯刑法第 134 條、第361 條之公務員假借職務上之機會，故意犯無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪」。本件判決就被告取得非屬國家機密之「陸軍南區專長訓練中心本部連人員約談狀況表」，認有刑法第361條之適用。

㈣臺灣屏東地方法院109年度訴字第399號：「查被告於密接之時、地，無故輸入告訴人之帳號、密碼而侵入公務機關電腦，並取得告訴人之電子兵資電磁紀錄，致生損害於告訴人及公務機關對於資訊管控之機密安全性」；「被告犯無故輸入他人帳號、密碼侵入公務機關電腦罪，公務員假借職務上機會，故意犯無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪」。本件判決就被告取得非屬國家機密之「告訴人之電子兵資電磁紀錄」，認有刑法第361條之適用。

五、綜上說明，原確定判決顯有判決適用法則不當之違法，且就關於適用刑法第361 條之見解與其他確定判決之見解發生歧異，涉及法律見解具有原則上之重要性。爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。

貳、本院查：

一、被告廖嘉雯（下稱被告）被訴與陳賜高，共同利用任職於內政部移民署嘉義縣專勤隊（下稱被害機關）之不知情之汪哲宇，經汪哲宇利用其公務電腦設備，查得曾茂恩之入出境資料後，將之複製並輾轉傳送予被告，而認被告涉犯刑法第361條、第359條無故取得公務機關電腦之電磁紀錄罪嫌。原確定判決援引本院108 年度台上字第3633號判決

意旨：「刑法第361條，對於公務機關電腦，犯同法第358條至第360條之罪者，加重其刑至2分之1；其立法理由敘明：『由於公務機關之電腦系統如被入侵，往往造成〈國家機密〉外洩，有危及〈國家安全〉之虞，因此對入侵公務機關電腦或其相關設備之犯行，加重刑度，以適當保護公務機關之資訊安全，並與國際立法接軌。本條所稱公務機關，係指〈電腦處理個人資料保護法〉（按：已修正更名為個人資料保護法）第3條所定之公務機關』。是應依該條規定予以加重處罰之對象，僅限於符合電腦處理個人資料保護法第3條所定之公務機關；且因係對於公務機關電腦中與『國家機密』有關之電磁紀錄，予以入侵，致危及該公務機關之資訊安全，才有加重處罰之適用」，以曾茂恩之入出境資料，並未依國家機密保護法之規定核定為機密等級，非屬國家機密為由，認被告被訴事實與刑法第361條之要件不符，無從依刑法第361條規定論處，至多僅成立屬告訴乃論之刑法第359條之無故取得他人電腦電磁紀錄罪；惟因被害機關並未提出告訴，故認本件未經合法告訴，而撤銷第一審論處被告罪刑之判決，改判諭知公訴不受理。

二、有關犯刑法第361條、第359條之無故取得公務機關電腦或其相關設備（下稱公務機關電腦）之電磁紀錄罪，此電磁紀錄是否以與「國家機密」有關者為限，因本合議庭擬採之否定說見解，與前述之本院先前裁判歧異，乃提出以下說明，於110年11月4日，以110年度台非徵字第161號徵詢書徵詢本院其他刑事庭是否支持：

㈠法律之解釋，始於文義解釋，終亦不能超過其可能之文義，若法文之文意明確，無複數解釋可能性時，即僅能為文義解釋。刑法第361條規定：「對於公務機關之電腦或其相關設備犯前3條之罪者，加重其刑至2分之1」。依其文義，行為客體為公務機關電腦，或其內之電磁紀錄。並無文意不明確情形，應無另尋求立法解釋之必要。以刑法第

359 條之無故取得他人電腦之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人為例，其侵害之對象如為公務機關電腦，並因而取得該電腦內之電磁紀錄，即應成立刑法第361 條之罪，不以電磁紀錄之內容與「國家機密」有關者為限。本院前述裁判援用刑法第361 條之立法說明，認為取得之電磁紀錄須與「國家機密」有關，已逾越法文文意，限縮法律所未規定之範疇。況所稱「國家機密」倘指經依國家機密保護法核定之國家機密，則非屬國家機密但屬「一般公務機密」之電磁紀錄被侵害時，即不能適用刑法第361 條，而僅能以刑法第358條至第360條論罪，甚或不能論罪，於法律規範本旨，應屬有違。

㈡依法律體系，刑法第2 編第36章「妨害電腦使用罪」，係依其保護（侵害）對象之不同，分為個人（他人）之電腦（刑法第358條至第360條，下稱個人電腦）與公務機關電腦（刑法第361 條）二類，其餘規範之要件並無不同。亦即，刑法第361條係以借犯第358條至第360 條之罪，但以公務機關電腦取代個人電腦，作為其犯罪之構成要件，並以所借之罪之基準刑加重其刑至2分之1為其法定本刑，而屬於借罪又借刑之雙層式立法方式。換言之，公務機關電腦或個人電腦內之電磁紀錄，其公私屬性、重要與否，或有無保護必要等，容或不同，但於刑法第361 條，除要求須係公務機關電腦外，並無作不同解釋之餘地。此由行政院、司法院會銜提案增訂刑法第361 條之立法說明謂：「二、由於公務機關之電腦系統如被入侵往往造成國家機密外洩，有危及國家安全之虞，最近駭客入侵我國政府機關之網站即為一例。故建議參採美國聯邦法典……規定，區別入侵政府之電腦系統與一般個人使用之電腦系統之處罰，對入侵公務機關電腦或其相關設備之犯行加重刑度，以適當保護公務機關之資訊安全，並與國際立法接軌。至於入侵金融機構電腦之行為，現行刑法第339條之3……已有規範，毋庸於本章重複規範」等語（見立法院公報第92卷

第29期第145、146頁），亦可印證刑法第361條與第358條至第360 條規定，所不同者，僅在公務機關電腦與個人電腦之區別，無關其等電磁紀錄之內容是否與國家機密有關。至於刑法第361 條之加重規定，或在突顯公務機關電腦系統應受保護之重要性，或如前述立法說明所載，係因適有我國政府機關電腦被駭之背景，與電磁紀錄內含國家機密與否無關。

三、徵詢程序結束後，受徵詢之各刑事庭，與本合議庭擬採否定說之見解，均無不同，已達統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。

四、原確定判決以被告利用不知情之汪哲宇，自公務電腦設備取得之上開入出境資料，並非依法核定之國家機密為由，認與刑法第361 條規定之構成要件不合，依前述說明，自有判決適用法則不當之違法，且因涉及之法律見解有闡釋必要而與統一適用法令有關，非常上訴意旨執以指摘原確定判決違背法令，為有理由；惟因不受理判決尚非不利於被告，僅由本院將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1 款前段，判決如主文。

中　華　民　國　110　年　12　月　2　日

刑事第四庭審判長法　官　林　立　華

法　官　謝　靜　恒

法　官　王　敏　慧

法　官　李　麗　珠

法　官　林　瑞　斌

本件正本證明與原本無異

書記官

中　華　民　國　110　年　12　月　6　日