

最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、110 年度台上字第 5687 號.....	1
二、110 年度台非字第 161 號.....	2
三、110 年度台非字第 172 號.....	4

裁判全文

110 年度台上字第 5687 號.....	7
110 年度台非字第 161 號.....	13
110 年度台非字第 172 號.....	21

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

110 年 12 月

一、110 年度台上字第 5687 號（裁判書全文）

(一)刑法第 222 條的加重強制性交罪，既以犯同法第 221 條之罪為基本構成要件，自仍須以「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者」為前提。立法者在「違反其意願」之前，例示「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等方法，也就是對被害人施以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，不一定為有形的強制力，祇要是足以證明違反被害人意願的方法，即構成本罪。本罪的重點在違反意願的「方法」，而所以要證明有違反意願的方法，其實正是要保護人民不會因為無端的指控而入罪。蓋性侵案件實務，不乏別有動機的被害者，例如：因為以為找到如意郎君，但發現竟然被當作一夜情對象而怒告者；也有因為逃家與網友同居，怕家人責罵而反控男友性侵者；還有為順利取得監護權唆使孩童指證爸爸性侵者；更有兩小無猜，但女孩或男孩迫於家長的壓力，而指控對方違反其意願性侵者。而證明有無違反被害人意願而為性交，必須行為人有施以如何強制或限制的具體行為，或至少有利用既存的強制狀態，不論是對被害人形成物理上或心理上的強制狀態均屬之。另自法益保護角度而言，刑法妨害性自主罪章除了保護「性自主決定權」外，另保護「兒少身心健康發展權」，亦即對於特定年齡的兒少，不論其有無意願的決定權，一律加以保護，此所以刑法第 227 條僅以「年齡」作為構成要件的原因所在，未必得一概以合意性交視之。從而，刑法第 222 條第 1 項第 2

款「對未滿 14 歲之男女犯之者」的加重條件，於判斷行為人是否對之施以上述違反其意願之方法，更應該兼顧此等年齡之被害人，因其尚無行為或屬限制行為能力人，對於行為人所施以或營造的強制狀態忍受力，勢較一般具完全行為能力之成年人為低，始符常情。

(二)上訴人自陳在堤防停車撫摸及以口舌吸吮 B 男陰莖，均未詢問其意見等情，自有違反 B 男之意願。以 C 男、A 男、B 男均為未滿 14 歲之人，上訴人利用其等心智未成熟，對於上訴人在車內或刻意均將之載往夜晚的堤防，僅能與上訴人獨處，難以向外求援之情狀，對於上訴人突如其來的撫摸性器、口交，C 男、A 男有以言詞或舉動表示拒絕，或 B 男因而驚嚇過度、不知所措及畏懼如抗拒恐遭毆打等不利之情，已對其等造成心理上的強制狀態，只能屈從上訴人之要求，足認上訴人確有施以違反其等意願之方法而為性交。原判決既已認定上訴人有如前違反被害人意願之方法而為性交，即與原判決所贅引之本院 97 年度第 5 次及 99 年度第 7 次刑事庭會議決議意旨無涉。

參考法條：刑法第 222 條第 1 項第 2 款。

二、110 年度台非字第 161 號（裁判書全文）

(一)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三條之罪者，加重其刑至二分之一」。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。

- (二)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二分之一為其法定本刑，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。

參考法條：刑法第 361 條。

〈本案經徵詢程序各庭法律見解一致〉

三、110 年度台非字第 172 號（裁判書全文）

（一）刑事實體法所稱之物、財物、動產或賄賂（例如刑法第 38 條第 1 項及第 2 項之違禁物及犯罪物、第 121 條之公務員收受賄賂、第 175 條之放火或失火燒燬物、第 266 條第 1 項之賭博財物、第 320 條第 1 項之竊取動產、第 325 條第 1 項之搶奪動產、第 328 條第 1 項之強盜取物、第 333 條第 2 項之準海盜掠奪財物、第 339 條第 1 項之詐欺使人將物交付、第 346 條第 1 項之恐嚇使人將物交付、第 349 條之收受贓物等），其概念相類或內涵重疊，然均有別於刑法（指廣義刑法）上所稱之不正或不法利益（例如刑法第 121 條之公務員收受不正利益、第 328 條第 2 項之強盜得

財產上不法利益、第 339 條第 2 項之詐欺得財產上不法利益、第 346 條第 2 項之恐嚇得財產上不法利益等)。再貪污治罪條例之收受賄賂或不正利益罪，分別係以賄賂或不正利益為公務員所收受之客體，兩者互異，且係平行分立之構成要件要素。所謂「賄賂」，指金錢或可以金錢計算其價值之有形財物；所謂「不正利益」，則指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望之一切有形或無形利益。而犯同條例第 4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，且如有所得，同條例第 8 條第 2 項前段既僅明文規定「並自動繳交全部所得『財物』者，減輕其刑」，而不及於「不正利益」，則行為人犯同條例第 4 條第 1 項第 5 款對於違背職務行為收受賄賂及不正利益罪，在偵查中自白，並自動將其收受之全部所得賄賂（即財物）繳交扣案者，不論其所得之不法利益已否繳交，均應依上開規定減輕其刑。此外，刑罰及沒收均屬刑事法律對於犯罪或不法行為之反應，在沒收之脈絡下，犯罪所得包括違法行為所得、其變得之（財）物（均含動產與不動產）、財產上（有形與無形或積極與消極）利益及其孳息，皆應澈底剝奪而予以宣告沒收，此與上揭自動繳交全部所得財物之減刑規定，彼此之規範目的及效果互殊，本即併行不悖。

(二)原確定判決既認定被告就本件被訴對於違背職務行為收受上揭賄賂及不正利益之犯行，業於偵查中自白不諱，並將其所收受之財物即賄賂 6 萬 2,000 元全數繳交扣案，則被告前揭所為已符合貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段關於「在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物，減輕其刑」之要件，而應依上開規定減輕其刑。乃原確定判決卻

謂被告並未一併將其所收受價值 5,000 元餐飲招待不正利益繳回，不符上開減刑規定關於「自動繳交全部所得財物」之要件，而無從適用該規定減輕其刑云云，核係就該等有利於被告之減刑規定，增加法律所無之限制要件，其理由矛盾致適用法條錯誤，而影響於判決之結果，依上述說明，自屬判決違背法令。

參考法條：貪污治罪條例第 8 條第 2 項。

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5687 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 12 月 23 日

裁判案由：妨害性自主等罪

最高法院刑事判決

110年度台上字第5687號

上訴人 曾國慶

上列上訴人因妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國110年8月19日第二審更審判決（110 年度原侵上更一字第1號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108 年度偵字第10319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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人曾國慶有其事實欄所載，分別對告訴人 C 男（代號00000-0000000，民國00年0月生，真實姓名年籍詳卷）、A 男（代號00000-0000000，00年00月生，真實姓名年籍詳卷）、B 男（代號00000-0000000，00年00月生，真實姓名年籍詳卷）為強制性交，共計3 次犯行，因而維持第一審關於此部分論處上訴人犯刑法第222 條第1項第2款之對未滿14歲男子強制性交合計3 罪刑部分之判決，駁回上訴人就此部分在第二審之上訴，並就所處有期徒刑，另定應執行有期徒刑10年。核其所為之論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。
- 三、上訴人上訴意旨略以：
 - （一）原判決係以C 男之單一指述，以及非屬適格補強證據之證人甲男（代號00000-0000000000，真實姓名年籍詳卷）之證述；以A男之指述、A男與甲男間之臉書Messenger 對話紀錄截圖及證人甲男之證述；以B 男之指訴，並無其他補

強證據足以佐證B男所述與事實相符，逕認上訴人分別對C男、A男及B男為強制性交犯行，有適用證據法則不當之違法。

- (二) 原判決參酌最高法院97年度第5次及99年度第7次刑事庭會議決議意旨，認為被害人如為7歲以上未滿14歲者，倘被告未徵得被害人之同意而對其為猥褻或性交行為，自屬刑法第221條所稱「其他違反其意願之方法」而為，並進而認定上訴人對未滿14歲之A男、B男、C男為性交行為時，既未徵得其等同意，應成立刑法第222條第1項第2款之對未滿14歲男子為強制性交罪，有違反罪刑法定原則之違誤。
- (三) A男於警詢、偵訊及第一審審理時均證稱：其有向上訴人提議去「麥當勞」用餐，上訴人事後有與其同去「麥當勞」吃薯條，以及其應上訴人之要求用手撫摸上訴人性器官。上訴人未有強制行為，其當時係愣住不知如何反抗，而未以口頭或動作拒絕上訴人；B男於第一審審理時證述：其對上訴人口交、吸吮生殖器的過程中心裡害怕、但未對上訴人表示不願意；C男於第一審審理時證述：其吸吮上訴人乳頭、未以言詞向上訴人表示不願意、委婉答應上訴人對其口交各等語，均足證上訴人未對A男、B男、C男以違反其等意願之方法而為性交行為。原判決不採上述有利於上訴人之證據，並未說明理由，有理由不備之違法。

四、本院按：

- (一) 證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，係屬事實審法官得裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，亦無明顯濫用裁量權之情事，即無違法可言。又事實審法院認定事實，非悉以直接證據為限，其綜合調查所得之各項直接證據及間接證據，本於合理之推論而為判斷，仍係適法之職權行使。
- (二) 刑法第222條的加重強制性交罪，既以犯同法第221條之罪為基本構成要件，自仍須以「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者」為前提。立法者在「違反其意願」之前，例示「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術」等方法，也就是對被害人施以不論「物理上」或「心理上」的強制或限制意願之行為，不一定為有形

的強制力，祇要是足以證明違反被害人的意願的方法，即構成本罪。本罪的重點在違反意願的「方法」，而所以要證明有違反意願的方法，其實正是要保護人民不會因為無端的指控而入罪。蓋性侵案件實務，不乏別有動機的被害人，例如：因為以為找到如意郎君，但發現竟然被當作一夜情對象而怒告者；也有因為逃家與網友同居，怕家人責罵而反控男友性侵者；還有為順利取得監護權唆使孩童指證爸爸性侵者；更有兩小無猜，但女孩或男孩迫於家長的壓力，而指控對方違反其意願性侵者。而證明有無違反被害人意願而為性交，必須行為人有施以如何強制或限制的具體行為，或至少有利用既存的強制狀態，不論是對被害人形成物理上或心理上的強制狀態均屬之。另自法益保護角度而言，刑法妨害性自主罪章除了保護「性自主決定權」外，另保護「兒少身心健康發展權」，亦即對於特定年齡的兒少，不論其有無意願的決定權，一律加以保護，此所以刑法第227條僅以「年齡」作為構成要件的原因所在，未必得一概以合意性交視之。從而，刑法第222條第1項第2款「對未滿14歲之男女犯之者」的加重條件，於判斷行為人是否對之施以上述違反其意願之方法，更應該兼顧此等年齡之被害人，因其尚無行為或屬限制行為能力人，對於行為人所施以或營造的強制狀態忍受力，勢較一般具完全行為能力之成年人為低，始符常情。

- (三) 原判決已說明：依據上訴人自承，以及證人C男、A男、B男之指證，足認上訴人確有與其等為性交犯行，以及知悉其等均為未滿14歲之人。另參酌C男於偵訊時證稱：上訴人在堤防將其褲子脫掉，手摸其生殖器，也要求舔生殖器，在其表示拒絕之下，上訴人仍舔其生殖器，上訴人並有用嘴巴含其生殖器，其有手推上訴人以表達拒絕；於第一審審理時證稱：我當時不太願意跟上訴人做撫摸陰莖、口舌吸吮陰莖等事，我沒有講，但我有反抗、有推他，當時心裡感到害怕等語。又證人A男於偵訊時證稱：上訴人做這些事之前沒有問過其意願就直接摸上來，其有說不要，但上訴人仍然繼續，其當時沒有把他推開是因為嚇到了，站著不知所措，雖在想要怎麼逃跑，但上訴人那麼壯不敢推他；於第一審審理時證稱：上訴人在車上先在褲子外面

摸其性器官，又把手伸進去隔著內褲摸其性器官，沒有先詢問其意見或是徵求同意，下車後其等往堤防走，上訴人未經其同意就直接脫其內、外褲，其當時傻住，上訴人蹲下來對其口交並自己打手槍及射精，口交到一半時，其有說會痛，不要弄等語。再證人B 男於偵訊時證稱：其搭上訴人車之後，上訴人用手摸其下體，其有說不要，上訴人仍繼續摸，晚上載到河堤旁邊停車，在堤防上面，上訴人脫其及自己內褲，上訴人沒有問意見，其雖未言語或其他動作表示拒絕，但其心裡是不同意；於第一審審理時證稱：上訴人摸其生殖器，其會害怕，但我不敢跟上訴人說，從下車後到堤防那邊對其所做的事，都沒有徵詢其意見，其會害怕，心裡不願意，但當時怕遭上訴人毆打，所以沒有說不願意等語。並佐以甲男於警詢、偵訊中證稱：A 男回來後，我感覺他怪怪的，臉色是驚恐的，和他平時說話的樣子有點不一樣等語。且原判決載敘：甲男就A 男轉述時，其異於尋常之驚恐反應，屬甲男親自見聞被害人A 男之心理狀態，並非單純轉述A 男遭上訴人性侵害過程，性質上並非累積證據，而屬情況證據（間接證據），且A 男在車上遭上訴人撫摸其生殖器時，即當場以手機傳送訊息給甲男，有其臉書Messenger 對話紀錄截圖，其上記載：「（11月3 日下午7：25）A 男：『幹』、『他媽的一直摸我的小雞雞』、『欸欸欸欸欸』」等情可證，足以據為 A 男上述指證屬實的補強證據等旨，並非甲男臆測之詞。至C男雖係於案發2年後始轉知甲男，原判決亦敘明係因甲男主動向C男提及A男遭上訴人性侵，C 男始透露此情，而此種不願主動自揭瘡疤之心理狀態，在性侵被害人的心態與常情相符，而認C 男證言可信為真；上訴人自陳在堤防停車撫摸及以口舌吸吮B 男陰莖，均未詢問其意見等情，自有違反B男之意願。以C男、A男、B男均為未滿14歲之人，上訴人利用其等心智未成熟，對於上訴人在車內或刻意均將之載往夜晚的堤防，僅能與上訴人獨處，難以向外求援之情狀，對於上訴人突如其來的撫摸性器、口交，C男、A 男有以言詞或舉動表示拒絕，或B 男因而驚嚇過度、不知所措及畏懼如抗拒恐遭毆打等不利之情，已對其等造成心理上的強制狀態，只能屈從上訴人之要求，足認上訴人確

有施以違反其等意願之方法而為性交。原判決既已認定上訴人有如前違反被害人意願之方法而為性交，即與原判決所贅引之本院97年度第5次及99年度第7次刑事庭會議決議意旨無涉。原判決所為論斷，尚與經驗、論理法則無違，自不得任意指為違法。

- (四) 至上訴意旨另指A 男於事後有與上訴人一起前往速食店用餐；且A 男、C 男、B 男均不知反抗、未以言詞向上訴人表示不願意等節。惟查A 男於第一審審理時證稱：「因為事前已講好，當時不知道該怎麼辦，想說去麥當勞，趁機出來打個電話求救一下」、「在麥當勞有出來接朋友電話，有偷偷跟朋友講，我朋友以為我在開玩笑，沒當一回事。朋友說他不能來載我」、「因為我家有點遠，其他人也不能來載我，所以我只能讓他（指上訴人）載我回去」等語（參見第一審卷第156、157頁），足認A 男係出於無奈，更為自身安全，而勉強配合上訴人；C男、A男及B 男於過程中不為反抗或有時未以言詞拒絕等情，係其等年紀尚輕，對上訴人突如其來之行為，因驚恐、緊張而不知如何應變，或應變能力有所不足所致，尚難據為有利上訴人之認定，原判決就此未贅為說明，與判決結果不生影響，難謂有理由不備之違法。

- 五、綜上所述，本件上訴意旨，係徒憑己見，或就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決明確論斷說明之事項，漫事爭論，或就顯然無影響於判決結果之枝節事項為指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，依首述說明，應認本件上訴均為違背法律上之程式，予以駁回。又本件既以上訴不合法予以駁回，上訴意旨另請求從輕量刑及酌定應執行刑，本院無從審酌，附此敘明。

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 110 年 12 月 23 日
刑事第七庭審判長法官 李 錦 樑
法官 蔡 彩 貞
法官 林 孟 宜
法官 吳 淑 惠
法官 錢 建 榮

本件正本證明與原本無異

書記官
中華民國 110 年 12 月 27 日

裁判字號：最高法院 110 年度台非字第 161 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 12 月 02 日

裁判案由：妨害電腦使用

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：

- (一)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）。
- (二)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：

(一)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。

(二)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。

(三)臺灣高等法院高雄分院108年度軍上訴字第1號判決：「李昫綦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。

(四)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：

(一)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。

(二)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

裁判字號：最高法院 110 年度台非字第 172 號刑事判決

裁判日期：民國 110 年 12 月 02 日

裁判案由：貪污

最高法院刑事判決

110年度台非字第172號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 胡英明

上列上訴人因被告貪污案件，對於臺灣高等法院花蓮分院中華民國109年4月15日刑事確定判決（108年度原重上更一字第1號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署102年度偵字第229、421、930、3596號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於胡英明罪刑部分（不含沒收）撤銷。

胡英明犯貪污治罪條例之違背職務收受賄賂及不正利益罪，處有期徒刑肆年拾月，褫奪公權肆年。

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，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又按犯貪污治罪條例第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑，該條例第8條第2項前段亦有明文。依最高法院 21年上字第369號判例所示：『受賄罪之客體，一為賄賂，二為不正利益，所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物而言，所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益而言。』之意旨，足見所謂『財物』係指可以金錢計算之物品。『不正利益』則為賄賂以外，足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益，且不以經濟上之利益為限（參照最高法院 27年9月19日決議）。是『財物』與『不正利益』係全然不同之概念，不可混為一談。此觀之該條例第12條條文將『財物』與『不正利益』分列，自可明瞭。最高法院74年台上字第1355號判例雖因法律已修正，不再援用，惟其意旨：『戡亂時期貪污治罪條例第10條規定應予追繳沒收者，係以被告貪污所得之財物為限，而“不正利益”既無明文規定，自不能包括在內。』，亦可作為『財物』與『不正利益』係不同概念之佐證。迨105年6月22日，為配合刑法沒收新制，該條例修正第10條、第20條相關規定，但未修正第8條第2項前段之規定，足見該

條例有關犯罪所得沒收之範圍，與該項前段得以減輕其刑之繳交所得財物範圍，並不相同。該項前段所謂：『自動繳交全部所得財物』，當然不包括不正利益。立法者或因供人需要或滿人慾望之不正利益，不論有形、無形，均無客觀之價值；或其不限於經濟上之利益，難以計算其價值；或其價值需經法院為最終之認定，被告不易於判決確定前繳交，因此立法者故意將『不正利益』排除。是被告如犯該條例第 4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，並自動繳交全部所得財物，即應依該規定減輕其刑。法院如以被告尚有其他『不正利益』未繳交為由，而認不符合該規定，不予減輕其刑，即有判決不適用法則之違背法令。二、經查被告胡英明於102年1月23日、在臺灣花蓮地方檢察署（下稱原署）檢察官訊問時供稱：『（卓溪鄉公所於101 年11月初下單予晶亮公司採購LED路燈40盞……，你在這個40盞 LED路燈採購案中，有無收到林錦坤給付之賄賂？）有。……。我拿到之後我先跟蘇正清說，有廠商送錢到我這裡來，蘇正清說他拿一半就好，我就在蘇正清的辦公室轉交其中6萬5,000元給蘇正清。我自己拿到了 6萬2,000元』、『（綜上，對於你所涉嫌之貪污治罪條例第 5 條第1項第3款之職務上行為收受賄賂罪，你是否認罪？）我認罪』等語（見原署102年度偵字第229號卷四第41頁至第43頁）。至102年1月25日原署檢察官再次訊問時，被告再度自白犯罪，並繳交全部所得財物新臺幣6萬2,000元，有該訊問筆錄、原署扣押物清單及原署贓證物款收據足稽（見原署102年度偵字第229號卷四第132頁至第136頁）。是被告犯該條例第 4 條第1項第5款對於違背職務上行為收受賄賂、不正利益罪，在偵查中自白，並自動繳交全部所得財物，自應依該條例第8條第2項前段減輕其刑。而原判決竟以被告尚有接受林錦坤招待餐飲價值約 5,000元之不正利益未繳交，不符合該規定，而不予減輕其刑，參照前開說明，自有判決不適用法則之違背法令。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

貳、本院按判決所載理由矛盾致適用法條錯誤者，當然為刑事訴訟法第 447 條第1項第1款之判決違背法令，如不利於被告，即應將其撤銷，並就該案件另行判決。又刑事實體法所稱之

物、財物、動產或賄賂（例如刑法第38條第1項及第2項之違禁物及犯罪物、第121條之公務員收受賄賂、第175條之放火或失火燒燬物、第266條第1項之賭博財物、第320條第1項之竊取動產、第325條第1項之搶奪動產、第328條第1項之強盜取物、第333條第2項之準海盜掠奪財物、第339條第1項之詐欺使人將物交付、第346條第1項之恐嚇使人將物交付、第349條之收受贓物等），其概念相類或內涵重疊，然均有別於刑法（指廣義刑法）上所稱之不正或不法利益（例如刑法第121條之公務員收受不正利益、第328條第2項之強盜得財產上不法利益、第339條第2項之詐欺得財產上不法利益、第346條第2項之恐嚇得財產上不法利益等）。再貪污治罪條例之收受賄賂或不正利益罪，分別係以賄賂或不正利益為公務員所收受之客體，兩者互異，且係平行分立之構成要件要素。所謂「賄賂」，指金錢或可以金錢計算其價值之有形財物；所謂「不正利益」，則指賄賂以外足以供人需要或滿人慾望之一切有形或無形利益。而犯同條例第4條至第6條之罪，在偵查中自白，且如有所得，同條例第8條第2項前段既僅明文規定「並自動繳交全部所得『財物』者，減輕其刑」，而不及於「不正利益」，則行為人犯同條例第4條第1項第5款對於違背職務行為收受賄賂及不正利益罪，在偵查中自白，並自動將其收受之全部所得賄賂（即財物）繳交扣案者，不論其所得之不法利益已否繳交，均應依上開規定減輕其刑。此外，刑罰及沒收均屬刑事法律對於犯罪或不法行為之反應，在沒收之脈絡下，犯罪所得包括違法行為所得、其變得之（財）物（均含動產與不動產）、財產上（有形與無形或積極與消極）利益及其孳息，皆應澈底剝奪而予以宣告沒收，此與上揭自動繳交全部所得財物之減刑規定，彼此之規範目的及效果互殊，本即併行不悖。本件被告貪污案件，原確定判決於其事實內認定被告對於違背職務之行為，有收受現金賄賂新臺幣（下同）6萬2,000元，以及價值5,000元餐飲招待不正利益之犯行（見原判決第9頁倒數第4行至第10頁第3行及第11頁倒數第9至4行），並於理由內論敘：所謂賄賂，係指金錢或可以金錢計算之財物，而所謂不正利益，則指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望之一切有形或無形利益等旨，復謂被告所得「財物」不僅6萬2,000元，尚包括接受廠商

招待價值5,000元餐飲之不正利益云云（見原判決第47頁第5至7行及第52頁第7至9行）。原確定判決既認為賄賂（財物）與不正利益有別，卻就被告所接受價值5,000元之餐飲招待，一方面於事實內認定係被告所收受之不正利益，另一方面卻於理由內說明被告所得之財物（賄賂），尚包括該等價值5,000元之餐飲招待云云，兩相齟齬，理由顯然矛盾。茲原確定判決既認定被告就本件被訴對於違背職務行為收受上揭賄賂及不正利益之犯行，業於偵查中自白不諱，並將其所收受之財物即賄賂6萬2,000元全數繳交扣案，則被告前揭所為已符合貪污治罪條例第8條第2項前段關於「在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物，減輕其刑」之要件，而應依上開規定減輕其刑。乃原確定判決卻謂被告並未一併將其所收受價值5,000元餐飲招待不正利益繳回，不符上開減刑規定關於「自動繳交全部所得財物」之要件，而無從適用該規定減輕其刑云云（見原判決第52頁第7至13行），核係就該等有利於被告之減刑規定，增加法律所無之限制要件，其理由矛盾致適用法條錯誤，而影響於判決之結果，依上述說明，自屬判決違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告罪刑（沒收部分除外）部分撤銷，並以原判決所確認之事實（含犯罪情狀顯可憫恕而得酌量減輕其刑等量刑事由）為基礎，依貪污治罪條例第8條第2項前段及刑法第59條減刑之規定遞予減輕其刑後，另行判決如主文第2項所示，以資糾正及救濟。至原判決適用民國105年7月1日施行生效之修正後刑法第38條之1第1項及第3項之規定，宣告被告相關犯罪所得沒收暨追徵部分，係具有獨立性之法律效果，已非從刑，且非常上訴意旨亦未指摘原判決關於沒收部分有何違法，而原判決關於沒收部分，就本件非常上訴而言，與其本案罪刑部分尚無不可分關係，並無合一審判之必要，該部分自不在本院審判範圍，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，貪污治罪條例第4條第1項第5款、第8條第2項前段、第17條、第19條，刑法第11條、第37條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 12 月 2 日
刑事第一庭審判長法官 郭 毓 洲

法官 林 英 志
法官 林 靜 芬
法官 周 盈 文
法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 12 月 2 日

附錄論罪科刑法條

貪污治罪條例第4條第1項第5款

有下列行為之一者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1億元以下罰金：

（本項第一至四款略）

五、對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。