

最高檢察署

檢察官言詞辯論意旨書
(115 年度台上字第 2919 號)

檢察官	蔡瑞宗
	林麗瑩
	張安箴
	樊家妍
	林錦鴻
	林芝郁
	吳梓榕
	劉建志
	許文琪
	邱耀德

目錄

壹、本案法律爭議問題.....	1
貳、與本法律爭點相關之本案事實.....	1
參、實務見解.....	1
一、甲說（以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限）	1
二、乙說（不需以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限）	2
肆、比較法參考	3
一、日本法	3
（一） 條文規定	3
（二） 將「刑事被告案件」修正為「刑事案件」	3
（三） 偵查開始前之湮滅證據仍屬刑事被告案件	4
二、德國法	4
（一） 條文規定	4
（二） 妨害行為（Vereitlung）	5
(1) 作為犯	5
(2) 不作為犯	5
（三） 行為時	6
伍、本署見解.....	6
一、採乙說（不需以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限），除前開實務、學者理由及原審法院判決理由及檢察官論告外，另補充如下：	6
（一） 立論依據	6
1.文義解釋.....	6

2.體系解釋.....	7
3.目的解釋.....	7
4.概念澄清.....	8
5.小結：將來的「刑事被告案件」亦屬之	8
（二） 肯定日本、德國、美國之作法	8
（三） 避免採甲說之不合理結果	9
二、小結：	10
陸、結論：被告上訴無理由，應予駁回.....	10

最高檢察署檢察官言詞辯論意旨書

115 年度台上蒞字第 3 號

被 告 盧○○

選任辯護人 連思藩律師

王繹捷律師

上列被告因湮滅證據等案件，經智慧財產及商業法院於中華民國 115 年 4 月 27 日為第一審判決（114 年度刑國營訴字第 1 號、第 2 號、115 年度刑國營訴字第 1 號），經被告提起上訴，茲將言詞辯論意旨分述如下：

壹、本案法律爭議問題

就刑法第 165 條前段規定：「偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據」，該所稱「刑事被告案件」，是否需以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限？

貳、與本法律爭點相關之本案事實

被告盧○○，於被害人台○○公司未提出告訴與檢警開始偵查前，知悉其雲端硬碟內存有被告陳○○涉犯國家安全法之關鍵證據圖檔後，刪除之。

參、實務見解

一、 甲說（以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限）

（一）刑法第 165 條所謂「刑事被告案件」，指因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件而言（最高法院 99 年度台上字第 6857 號、104 年度台上字第 3606 號判決意旨參照）。

（二）條文既為「湮滅關係他人刑事被告案件之證據」，必係於湮滅證據時，已為刑事案件之被告（最高法院 98 年度台上字第 1042 號判決意旨參照）。

（三）故在偵查開始以前，即無所謂刑事被告，自亦無刑事被告案

件之可言（最高法院 24 年度總會決議（36）、79 年 3 月 23 日司法院（79）廳刑一字第 309 號函、最高法院 104 年度台上字第 3606 號判決意旨參照）¹。

二、 乙說（不需以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限）

（一）刑法第 165 條就湮滅刑事證據於偵查開始前、後，其行為對於司法作用、就國家司法權正確行使之侵害並無差異，若僅限於偵查開始後始成立本罪，恐立法目的不達。

（二）刑事實務上，刑事被告地位之確立以為案件偵查開始之認定實為模糊。即便開啟偵查，犯罪事實與犯罪人均會產生浮動，認定不易，故就刑法第 165 條之「刑事案件」構成要件拘泥於「開始偵查」等偶然事實之認定，實務上亦有難處。

（三）故是否屬「刑事被告案件」不應拘泥於司法偵查機關之開始偵查與否，刑法第 165 條之「刑事被告案件」之構成要件，依立法目的解釋為「實質上業已發生之刑事案件事實，將來可得為刑事被告之案件」，而不以業已開啟刑事偵查程序為限（臺灣高等法院 111 年度上訴字第 2634 號判決意旨參照，上訴最高法院 112 年度台上字第 1369 號刑事判決駁回被告上訴而告確定）²。

¹ 採此說之學者：如呂有文，刑法各論，1987 年，103 頁；陳樸生，實用刑法，1993 年，496 頁；蔡墩銘，刑法精義，2005 年，499 頁；同作者，刑法各論，2006 年，730 頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2006 年，127 頁；靳宗立，刑法各論 I，2011 年，267 頁。（轉引自蔡聖偉，湮滅刑事證據-最高法院九十四年度台非字第五三號刑事判決，月旦裁判時報第 20 期，2013 年 4 月，第 110 頁-第 111 頁）。

² 採此說之學者，如周治平，刑法各論，1972 年，220-221 頁；韓忠謨，刑法各論，1982 年，147 頁；梁恆昌，刑法各論，1986 年，120 頁；甘添貴，刑法各論（下），2010 年，500 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2004 年，307 頁；林山田，刑法各罪論（下），2005 年，236-237 頁；林東茂，刑法綜覽，2018 年 9 月，331 頁；盧映潔，刑法分則釋論，2011 年，164 頁；黃惠婷，刑法案例實習（二），2008 年，180 頁以下。（轉引自蔡聖偉，湮滅刑事證據-最高法院九十四年度台非字第五三號刑事判決，月旦裁判時報第 20 期，2013 年 4 月，第 110 頁-第 111 頁），如許恒達，臺灣高等法院法律座談會刑事類 112 年第 5 則，資料六。

肆、比較法參考

一、日本法

(一) 條文規定

現行日本刑法第 104 條規定：「隱滅³、偽造、變造他人刑事案件之證據，或使用偽造、變造之證據者，處三年以下拘禁刑或三十萬日圓以下罰金。」⁴，惟其於 1907 年制定公布當時⁵，該第 104 條之原始文義為：「關於他人刑事被告案件之證憑而煙滅之，或偽造、變造之，抑或使用偽造、變造之證憑者，處二年以下懲役或二百圓以下罰金」⁶，其後鑒於整部刑法使用片假名與文言文體、且包含諸多艱深用字遣詞，為求條文表述的平易化（如全面改為平假名書寫等），乃於 1995 年（平成 7 年）4 月通過《刑法部分修正法案》⁷，並於同年 6 月施行。經此修正，刑法第 104 條始呈現今日之文義。

(二) 將「刑事被告案件」修正為「刑事案件」

刑法修正前之「刑事被告案件」在判例上被認為包含「偵查案件（被疑事件）」（大審院明治 45 年 1 月 15 日判決，刑錄第 18 輯第 1 頁），學理上多數見解亦採此說。其理由在於，現行日本刑法制定時即明治 40 年間之《明治刑事訴訟法》，將包含偵查案件在內的情況皆規定為「被告案件」，且無論偵查案件或審判案件，其就妨害司法作用而言，並無二致。此外，偵查案件過去也被認為包含「搜查（偵查）開始前」的案件（大審院大正 2 年 2 月 7 日判決，刑錄第 19 輯第 194 頁）。是以，1995 年（平成 7 年）修法時改採「刑事案件」一詞，即係循此脈絡而

³ 日本舊刑法第 152 條僅處罰「隱蔽」，後來 1907 年修法成「湮滅」、偽造、變造，使用偽造、變造證據，產生「隱蔽」行為是否已不處罰之爭議，1995 年修法以「隱滅」替換「湮滅」，以重申「隱蔽」仍要處罰，故本署譯為「隱滅」，特此說明。另請參考國內學者亦有翻譯為「隱滅」，參甘添貴主編，日本刑法翻譯與解析，2018 年，95 頁，有學者則翻譯為「湮滅」，參陳子平編譯，日本刑法典，2018 年，75 頁，亦請參考。

⁴ （日文：他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、偽造し、若しくは変造し、又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、三年以下の拘禁刑又は三十万円以下の罰金に処する。）

⁵ 明治 40 年（1907 年）法律第 45 号。

⁶ （日文：他人ノ刑事被告事件ニ関スル證憑ヲ煙滅シ又ハ偽造、変造シ若クハ偽造、変造ノ證憑ヲ使用シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ処ス）

⁷ 刑法の一部を改正する法律，平成 7 年（1995 年）法律第 91 号。

來，並非係為解決無法處罰偵查開始前之湮滅證據行為。

（三）偵查開始前之湮滅證據仍屬刑事被告案件

如尚屬司法機關未知悉之時，辯護人即常會為被告主張此際因「尚未達到屬於刑事被告案件之狀態」，應不屬於適用刑法第 104 條之情形。就此，前揭大審院大正 2 年 2 月 7 日之判決即表達不同立場，謂：刑法第 104 條所謂「刑事被告案件」，其立法本意應解為：不僅包含如同上述論點所稱「已經處於刑事被告案件狀態」者；即使是「尚未處於該狀態」者，只要將來有可能成為刑事被告案件，亦應包含在內。且大審院過往判例之趣旨亦在於此。自此判決作成以降，即確立此一主流見解之地位。而學理固有持如同前揭辯護意旨之採取嚴格解釋之立場，惟僅屬少數說，尤至 1995 年（平成 7 年）修法後，既將「刑事被告案件」修正為「刑事案件」，藉以貫徹主流見解之主張後，少數說已失其論據。

綜上，不論修法前後，湮滅證據在日本司法實務，均認為不僅「現在是刑事被告案件狀態」屬之，而且「將來有可能成為刑事被告案件」者，亦屬之，日本修法前實務上即有統一作法，只是透過修法肯定主流見解⁸，附帶的少數說之立論依據即失所附麗⁹。

二、 德國法

（一）條文規定

德國刑法第 258 條 妨害國家刑罰權罪

（1）意圖或明知使他人免於因違犯不法行為而受刑法規定之刑罰全部或一部之科處或處分（第 11 條第 1 項第 8 款）之全部或一部之宣告而為妨害行為者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

⁸ 另有學者於翻譯日本刑法第 104 條時解析，認「惟是否包括尚未開始偵查之案件，則有疑問」，似指修法前之爭議，容有誤會，惟無論如何其亦肯認判例以將來有可能成為刑事案件為標準，而認為包括開始偵查前之案件，參甘添貴主編，日本刑法翻譯與解析，2018 年，95 頁。

⁹ 對此，國內有學者認為，僅能透過修法解決此爭議之見解，並可參考日本修法經驗，容有未洽，參蔡聖偉，湮滅刑事證據-最高法院九十四年度台非字第五三號刑事判決，月旦裁判時報第 20 期，2013 年 4 月，第 112 頁-第 113 頁。另有學者於翻譯日本刑法第 104 條時解析，認「是否包括尚未開始偵查之案件，則有疑問」，似指修法前之爭議，容有誤會，惟無論如何其亦肯認判例以將來有可能成為刑事案件為標準，而認為包括開始偵查前之案件，參甘添貴主編，日本刑法翻譯與解析，2018 年，95 頁。

(2) 意圖或明知使他人免受法院宣告之刑罰或處分（第 11 條第 1 項第 8 款）之全部或一部之執行而為妨害行為者，亦同。

(3) 刑罰不應重於其所妨害之他人前犯罪所應受之刑罰。

(4) 未遂犯罰之。

(5) 違犯妨害刑罰罪，而有意同時藉該行為以避免自己受刑罰或處分之全部或一部之科處，或所受刑罰或處分之宣告之全部或一部之執行者，免除其刑。

(6) 為親屬之利益而犯本條之罪者，免除其刑¹⁰。

（二）妨害行為（Vereitlung）

（1）作為犯

如消滅凶器、毀損卷宗、提供逃亡資金或偽造證件、對證人進行不當施壓引導、或向警方提供虛假的誤導性陳述等¹¹。

（2）不作為犯

具有保證人地位者，如專職負責刑事追訴之公務員（如檢察官、警察、稅務法警、專職調查官），可能透過不作為的方式構成本罪¹²。此外，依法被傳喚到庭之證人與鑑定人，在司法程序中對發現真實具有法定的保證人地位，若無故拒絕陳述或保持沉默，可構成不作為的追訴妨害¹³。

¹⁰ Strafgesetzbuch (StGB)

§ 258 Strafvereitelung

(1) Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) unterworfen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer absichtlich oder wissentlich die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt.

(3) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) Wegen Strafvereitelung wird nicht bestraft, wer durch die Tat zugleich ganz oder zum Teil vereiteln will, daß er selbst bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird oder daß eine gegen ihn verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt wird.

(6) Wer die Tat zugunsten eines Angehörigen begeht, ist straffrei.

¹¹ Graf/Jäger/Wittig/Bülte StGB § 258 Rn. 6; LK-StGB/Walter § 258 Rn. 56;

¹² 可能會與刑法第 258a 條產生競合。s. MK-StGB/Cramer § 258 Rn. 18

¹³ LK-StGB/Walter § 258 Rn. 104; TK-StGB/Hecker StGB § 258 Rn. 17

（三）行為時

德國聯邦最高法院明確指出，妨害國家刑罰權罪的構成要件行為並非必須等到前置犯罪行為（Vortat）成為正式調查程序的對象時才成立；相反地，只要基於該前置犯罪行為，國家已具備可追訴的實質刑事請求權，即已足夠¹⁴。蓋本罪的處罰基礎（Strafgrund）在於防止國家刑罰權（或制裁權）的具體實現受到妨害，而非僅僅在於防止偵查活動受到干擾。只要作為前提的前置犯罪行為（Vortat）已經發生，國家對該前罪的制裁權便已存在，此時行為人湮滅證據以防止國家刑罰權實現的行為，即可構成妨害國家刑罰權罪，偵查機關當時是否已著手偵查在所不問¹⁵。學說上也因此認為，即便是在前置犯罪行為發生之前所實施的阻撓行為（預先阻撓犯罪），亦構成本罪¹⁶。

綜上，德國法認為湮滅證據、藏匿人犯等妨害國家刑罰權罪，只要存在前置犯罪行為即可，不問偵查程序是否開始。

伍、本署見解

一、採乙說（不需以經告訴、告發、自首等情形而開始偵查以後之案件證據為限），除前開實務、學者理由及原審法院判決理由及檢察官論告外，另補充如下：

（一）立論依據

1. 文義解釋

按刑法第 165 條前段之湮滅刑事證據罪所謂「刑事被告案件」，依

¹⁴ BGHSt 45, 97 (103) 本案案例事實為：1994 年初，德國房地產商人 Dr. S 詐貸後資金周轉不靈，聯絡本案外國籍之共同被告（二人為夫妻關係）請求潛逃之協助，雙方於 1994 年 3 月底至 4 月 1 日多次見面，Dr. S. 陸續交付共 52 萬元馬克與被告夫妻。1994 年 4 月 6 日，共同被告之夫陪同 S 夫婦飛往美國華盛頓（機票由共同被告之妻預訂，並由共同被告之夫支付回程票款），並在抵達後多次協助 S 夫婦以假名入住不同旅館或租房供 S. 夫婦居住。1994 年 4 月 13 日德意志銀行向法蘭克福檢察署報案，檢察署正式對 Dr. S 開啟偵查程序，並於 4 月底取得逮捕令。

本案德國聯邦最高法院將案件發回，要求事實審也要審查被告是否早在起訴書所涵蓋的 1994 年 4 月 6 日起至 1994 年 4 月 13 日（啟動調查程序之日）即已具備妨礙司法罪的內在構成要件（故意或明知）。

¹⁵ MK-StGB/Cramer § 258 Rn. 9; LK-StGB/Walter § 258 Rn. 21; NK-StGB/Altenhain § 258 Rn. 20; TK-StGB/Hecker StGB § 258 Rn. 14;

¹⁶ SK-StGB/Hoyer, § 258 Rn. 33; T. Walter, NStZ 2008 548

文義可能性，不限於偵查開始後之「被告」。

被告湮滅「本人」之證據，通說與實務認為不成立此罪，主要是因為無期待可能性，可知，本條規範重點在於「他人」之刑事被告案件，至於被告部分，文義上亦不排除「潛在」被告之可能，另外憲法法庭亦有使用「潛在犯罪嫌疑人」概念之例¹⁷。

不論是犯罪發「生」後，或是發「現」後，刑法第 165 條並無相關時間上之限制，日本大審院之作法足資參考，反觀過去最高法院之見解，增加條文所無之限制。

2. 體系解釋

就體系解釋而言，刑法第 165 條並無如刑法第 171 條第 2 項明文規定：「…偽造、變造犯罪證據…」，『致開始刑事訴訟程序者』亦同。」等文字，由此可知，當立法者認為犯罪行為須以「偵查開始後」作為構成要件的重要時點時，會明文規定之；第 165 條既未使用此一限定語，至少不能輕率將「開始偵查」解讀為當然存在於第 165 條的構成要件。另外，同屬第 9 章之第 166 條亦有「…『裁判確定前』自白者，減輕或免除其刑。」，第 166 條的「裁判確定前」明顯是一個明確的程序時點；如果立法者對 165 條要同樣採「程序時點」限制，為何第 165 條不直接寫出？

綜上，體系解釋與適用法律時立法者客觀意圖之客觀解釋，第 165 條，根本沒有意圖提及須限於「偵查開始後」這個時點。

3. 目的解釋

次從刑法第 165 條前段之立法目的，旨在確保國家司法權之正確運作觀之，尚未開始偵查之案件，亦有保護國家司法作用之必要，並非僅

¹⁷ 參 112 憲判 9 號主文一：「…一、刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：『對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。』同法第 133 條第 1 項規定：『可為證據或得沒收之物，得扣押之。』及其他相關規定整體觀察，未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與憲法第 15 條保障律師之工作權及憲法第 16 條保障被告之訴訟權之意旨不符，…」。

以開始偵查後之案件才有保護必要，倘若上開「刑事被告案件」之概念，僅限於現在開始偵查之案件，難認達到立法目的。

4. 概念澄清

「刑事被告案件」僅係刑事司法所欲處理之案件，而非單純以偵查機關形式上是否開始偵查作為決定是否存在之唯一標準；「偵查開始」只是個事實，不當然等同「刑事被告案件」之概念。

「偵查開始」與「刑事被告案件」是不同層次的概念，不能將二者直接畫上等號。

第一，開始偵查，不當然有被告。

實務上偵查可以先以他字案進行，最初甚至可能只是針對犯罪事實進行調查，尚無特定犯罪嫌疑人。因此，「開始偵查」本身並不等於「已經存在特定被告」。

第二，有刑事案件或將來可能成為被告之人，也不當然以偵查開始為前提。

犯罪事實可能在偵查機關知悉、啟動偵查以前即已經發生，而且相關人員也可能已因客觀事實而具有日後成為被告之可能。不能僅因國家尚未形式上啟動偵查，就反向否定該刑事案件的客觀存在。

5. 小結：將來的「刑事被告案件」亦屬之

刑事被告案件再加上時間的考量，在可能的文義範圍解釋，可以推論出包含現在、將來，現在的刑事被告案件，則屬當然，將來的刑事被告案件，從文義、立法目的、體系解釋與立法者客觀意圖解釋及結果取向解釋上，均不應被排除。

（二）肯定日本、德國、美國之作法

參以日本法在過去條文與我國相同文字之下，經過大審院的解釋，認為不限於「現在的」刑事被告案件，「將來的」刑事被告案件亦屬之，從日本大審院及其後學說、立法沿革觀察，至少可見此種將偵查開始前之湮滅證據行為納入『刑事被告案件』之解釋，並非當然被認為逾越罪

刑法定原則¹⁸。

另德國刑法類似我國湮滅證據之條文中，並無偵查開始後等字樣，聯邦最高法院及刑法註釋書亦明確表示，湮滅證據與是否開始偵查無涉。

美國則已在妨害司法或官方程序罪當中明定，任何人為湮滅證據等妨害司法行為者，行為發生時，官方程序無須已經繫屬或即將開始，亦足供參考¹⁹。

（三）避免採甲說之不合理結果

若是採取甲說之見解，會出現偵查開始前之「空窗期」，此例一開，無異鼓勵大眾，在檢警知情前，可以肆無忌憚的滅證？發現到漏網之魚

¹⁸ 儘管有論者認為，傳統見解之解釋是囿於罪刑法定原則而不得不然，參蔡聖偉，湮滅刑事證據-最高法院九十四年度台非字第五三號刑事判決，月旦裁判時報第 20 期，2013 年 4 月，第 112 頁-第 113 頁，惟原審已就此說明，採乙說，並未違反罪刑法定原則。

¹⁹ 美國《法典》(U.S. Code) 第 18 編第 1512 條(c) (妨害司法或官方程序)：

(c) 任何人如出於不法意圖 (corruptly) 而有下列行為者：

(1) 變造、毀損、損壞、隱匿任何紀錄、文件或其他物件，或企圖為之，且其目的在於損害該物件於官方程序中使用之完整性或可利用性；或

(2) 以其他方式妨礙、影響或阻撓任何官方程序，或企圖為之，應依本編規定科處罰金，或處二十年以下有期徒刑，或併科二者。

TITLE 18—CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE

§ 1512. Tampering with a witness, victim, or an informant

(c) Whoever corruptly—

(1) alters, destroys, mutilates, or conceals a record, document, or other object, or attempts to do so, with the intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding; or

(2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so,

shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.

美國《法典》(18 U.S.C. §1512(f))：

(f) 就本條而言：

(1) 行為發生時，官方程序無須已經繫屬或即將開始。

(2) 證詞、紀錄、文件或其他物件，無須具有證據能力，亦無須不受任何特權主張 (claim of privilege) 之拘束。

(f) For the purposes of this section—

(1) an official proceeding need not be pending or about to be instituted at the time of the offense; and

(2) the testimony, or the record, document, or other object need not be admissible in evidence or free of a claim of privilege.

時，如同本件，檢警都拿被告沒辦法？對於公平正義是一大戕害。

故本件不必堅守過去最高法院之見解，僅需透過解釋無需修法，即可避免上開不合理之結果，一般受規範民眾可得理解，亦可預見，即符合明確性原則²⁰，亦嚴守罪刑法定原則。

二、 小結：

綜上，甲說見解過於侷限且造成以上問題，故應採取乙說。

陸、結論：被告上訴無理由，應予駁回

原審已完整說明被告構成刑法第 165 條之理由，被告上訴應無理由。

此致

最高法院

中 華 民 國 1 1 5 年 8 月 2 5 日

檢察官 蔡瑞宗

林麗瑩

張安箴

樊家妍

林錦鴻

林芝郁

吳梓榕

劉建志

許文琪

邱耀德

²⁰ 按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性（司法院釋字第 602 號、792 解釋參照）。