檢察官在刑事訴訟之定位

朱朝亮*

目　次

前　言
壹、訴訟構造論
一、兩基本模式之構造理念
㈠法治觀
㈡刑事訴訟觀
二、兩基本模式之構造原理
貳、檢察官在訴訟上定位之類型
一、司法官型
二、行政官型
三、積極性準司法官
四、消極性準司法官型
五、公益辯護人型
參、各訴訟構造論之問題
一、職權主義訴訟構造之問題
二、技術的當事人主義訴訟構造之問題
三、修正的職權主義訴訟構造
四、修正的當事人主義訴訟構造
五、實質的當事人主義訴訟構造
肆、檢察官在刑事訴訟之定位
一、我國目前刑事訴訟法制問題
二、檢察官在刑事訴訟之定位
㈠在民主憲政體制上，法院與檢察官應如何定位
㈡在訴訟構造上，法院與訴訟當事人應如何定位？即應採行何訴訟構造？
㈢在訴訟程序上，兩造當事人間即檢察官與被告應如何定位？
結　論

前　言

按刑事訴訟程序可分四個階段，即偵查、起訴、審判（包括上訴審程序），最後是執行。在此四個刑事訴訟程序中，檢察官在偵查程序中有司法警察之職能，在起訴裁量程序中有審判官之職能，在審判程序中有辯護人之職能，在執行程序中有罪犯矯治師之職能（註一）。由於檢察官自始至終全程參與刑事訴訟程序，故檢察官可謂刑事司法正義之執行者。那麼檢察官應以何種地位在刑事訴訟程序中實現司

* 台灣高等法院台中分院檢察署檢察官。
（註　一）平野龍一，刑事訴訟法概說，有斐閣，（1968），頁30。

法正義？此問題的解答，雖與檢察官在國法上的地位（註二）有關，但主要則繫於該國刑事訴訟體制採行何種訴訟構造論。

本論文稱檢察官訴訟之定位者，指「檢察官與法院」及「檢察官與被告」係處於何種相對關係？此依日本學者之分類，認檢察官依訴訟構造之不同，其訴訟定位可分為：「司法官型」，「行政官型」、「積極性準司法官型」、「消極性準司法官型」及「公益辯護人型」五種。而上開五種檢察官定位，可以看出各檢察官類型之定位背後，各代表一種相對的訴訟構造原理，即司法官型：「職權主義訴訟構造」；行政官型：「技術的當事人主義訴訟構造」；積極性準司法官型：「修正的職權主義訴訟構造」；消極性準司法官型：「修正的當事人主義訴訟構造」；公益辯護人型：「實質的當事人主義訴訟構造」。由於目前我國正面臨司法改革的轉型時刻，面對我國特有的司法問題，偵查構造如何改革，檢察官之日後之訴訟定位如何？相信是值得探討的問題。

對此問題，本文擬採「模式論」研究方式，先介紹刑事訴訟構造之理念，次介紹五種檢察官之訴訟定位，併分析各類型所代表的訴訟構造問題，繼分析我國現行刑事訴訟之問題點，最後針對我國刑事訴訟問題之解決，提出適當之訴訟構造類型及檢察官之訴訟定位。

（註　二）關於檢察官在國法上之定位，即在憲政上檢察官與法官相互間，如何定位，可分為：德國之法律看守人型（即協助裁判者型）、法國、日本之公益代表人型（即監督裁判者型），及英國、美國之行政機關律師型（即訴訟當事人型）三者。有關德國檢察官制可詳參：俞叔平，德國刑事司法制度，53 年，齋藤誠二，「西ドイツ」，檢察官特集，比較法研究 38 期，頁 97-126。川崎英明，「ドイツ檢察制度の史的考察」，刑法雜誌 25 卷 1 期，頁 14-15。有關法國檢察官制可詳參；尺登俊雄，「フランス」，比較法研究 38 期，檢察官特集，頁 87。新倉修，「フランスの檢察」，現代の檢察，法學セミナ—增刊特集，頁 286-291。日本檢察官法制，可詳參青柳文雄，「日本の檢察」，現代の檢察，法學セミナ—增刊特集，頁 34 以下，美國檢察官法制，可詳參三井誠，「アメリカ」比較法研究 38 期，檢察官特集，頁 64-77。市川敏雄，「アメリカの檢察」，現代の檢察，法學セミナ—增刊特集，頁 274-279。英國檢察官法制，可詳參「イキリス」，比較法研究 38 期，檢察官特集，頁 12 以下。另有綜合比較文獻有：黃東熊，「美德法檢察制度之比較研究」，著者自版，刑事訴訟法研究，（70 年），頁 440-462；梁宇賢，「檢察制度的比較研究」，中興法研所碩士論文（民國 57 年）。

壹、訴訟構造論

民主法治世界的法制，可分為英美法系與大陸法系，此兩大法系一向有其壁壘分明的法制度，以刑事訴訟法制為例，前者採當事人主義，後者採職權主義。無論訴訟構造採何主義，皆旨在正確的發現真實以適用法律，並適正的進行程序以人權保障，俾在刑事程序中實現刑事司法正義，惟因各國法治理念、傳統刑事訴訟觀的不同，表現在刑事訴訟法制構造上，或偏於實體真實發現，或偏於程序進行適正。以下將試著從法治理念、刑事訴訟觀，分析何以會有當事人主義與職權主義二種不同的訴訟構造理念，繼分析其訴訟構造原理。

一、兩基本模式之構造理念

㈠法治觀

當事人主義與採職權主義對立之原因，其一即在於兩大法系基本上對於「法治主義」的理念不同所致（註三）。

在英美法系，其法治理念為「rule of law 法之支配或法至上主義」的理念，這是一種在個人主義、自由主義影響下擴大私法自治後所形成的法治理念。其認為本諸民主主義民有、民治、民享之「國民主權」理念，不但主張「政治民主化」，亦主張「司法民主化（包括法官民選，民眾陪審等，皆源自司法民主化理念）」。憲法即人民（國會）與行政機關依社會契約說所簽訂之民權保證書。本諸有權利必有救濟及三權分立制衡原理，當人民對統治者之統治方式發生侵害民權之爭執時，法院即以超然於行政機關及人民之公正第三人立場審判，以維護憲法保障人權之尊嚴，故稱法院為憲法看守人，或民權保護者。從而法院不是牧民治民之統治機關。因全部統治官僚及人民，皆應受法院審判之支配，形成「司法優位」的國家權力型態（註四）。筆者因認此種法治理念，姑可稱為「民主國」之法治理念。在此法治理念下之法院，可稱為正當程序之「公平法院」（或可稱為解決紛爭之「仲裁法院」）。

（註　三）內田力藏，「自由主義諸國の總括」，比較法研究 38 期，檢察官特集，頁 127-136。
（註　四）早川武夫，「美美法」，外國法常識，日本評論社，（1980），頁 1-150。

反觀大陸法系，其法治理念是「rule by law 以法統治主義」的理念，這是一種由警察國家轉變成法制國家的法治理念，這是在傳統集體主義、干涉主義經民主主義、自由主義衝擊後，統治者不得已與人民妥協後產生之法治理念。其認為法律制定之主要目的，旨在規範國家統治者之統治權力，俾不致任意侵害民權。在「依法統治」理念下，有「依法行政」、「依法審判」等理念及其下位之「法律優位原則」，「法律保留原則」及「法律裁量原則」等指導原則，直接限制統治者統治行為並間接達成保障民權之目的。故憲法及法律皆不外是統治者統治人民之依據（或工具）。藉由層級化的組織節制，嚴密的實體法令體系、精緻的程序法定規定，受有專業訓練之統治者，即不致發生侵害民權之情事。故其認為只要統治者之統治行為係「依法統治」，人民即應接受其統治及支配。所以不但行政機關是牧民治民的統治機關，法院也是牧民治民的統治機關，只不過前者為主動的統治機關，後者為被動的統治機關。因而形成「行政優位」的國家權力型態。（註五）筆者因認此種法治理念，姑可稱為「法治國」之法治理念。在此法治理念下之法院可稱為發現真實之「正義法院」，（或可稱：依法審判之「法治法院」）。

本諸上開二種不同的法治理念，前者認為在法治之下，統治權與民權平等，但有爭執時，始由司法權加以仲裁，故司法權不是統治權而是仲裁權。後者則只要統治者有法可據，即得充分統治人民，故行政機關之「依法行政」原則，與司法機關之「依法審判」原則，皆在規範統治者之統治行為。此種法治理念之對立，反映到刑事訴訟法制，即英美法採行當事人主義之基本模式，大陸法系從原來的糾問主義，改行今日之職權主義基本模式。（註六）

㈡刑事訴訟觀

除了上述法治理念的對立外，刑事訴訟目的觀不同，亦是造成二基本訴訟模式對立的原因之一。

職權主義的刑事訴訟觀是建立在如下的價值觀下：「犯罪控制」乃國家刑事程序最主要的機能（註七）。蓋一國刑事程序如無法有效的控制犯罪，犯罪的泛濫將使社會體制及公共秩序崩潰。除非「有罪必罰」，否則將使人民輕視刑罰規範，導

（註　五）村上淳一，「ドイツ法」，稻本洋之助「フランス法」，同載外國法之常識，日本評論社（1980），頁 151-236，及頁 237-336。

（註　六）沢登俊雄，「フランス」，比較法研究 38 期，檢察官特集，頁 94-95。

（註　七）see, Herbert U , Packer, "The Limit of the criminal sanction" CH, 8, at 158 et seg（1968）。

致社會解體，因此「有罪必罰」即其刑事訴訟觀。（註八）本此刑事訴訟觀，其刑事程序之運作取向，即遵循犯罪控制之軌跡前進，而其行動唯一意識，即「追求績效」（註九）。換言之，凡能以有限人力迅速處理龐大案件，並能有效製造出有罪判決以控制犯罪之刑事程序，即符合此種犯罪控制模式的最佳刑事程序。因此刑案之處理，必須注意處理之速度與有罪必罰之判決終局性。為達此目的，乃充分信賴司法機關職權行使的公正客觀性（註一〇）。認凡參與刑事程序之司法機關，包括檢察官、法官，皆同時身兼「真實發現者」及「民權保護者」雙重職務（註一一），犯罪者經偵查機關及審判機關逐次層層過濾，反覆發現真實的運作下，終必使有罪者無所遁形。另提起公訴採卷證併案移送制度，審判接續偵查之有罪心證，如此續行審理更提高發現真實之效率。故職權主義可說是在此種追求有罪必罰之績效，控制犯罪維護社會治安之理念下，產生的刑事訴訟法制設計。（註一二）

與此相對，當事人主義的刑事訴訟觀，是建立在個人之人權保障與社會之犯罪控制併重的價值觀上（註一三）。其認為控制犯罪固然重要，但控制犯罪並不構成得侵害民權之正當理由，否則濫權罰及無辜，將使憲法基本人權之保障條文，變成為具文。故刑事訴訟之機能，不僅在發現真實以控制犯罪，且須以符合社會正義及不違背國民感情之方式去發現真實控制犯罪，換言之，實體正義與程序正義同等重要，為貫徹憲法保障基本人權之精神，絕不允許為實現實體正義而犧牲程序正義，蓋較之無辜者受罰之嚴重侵害人權，有罪之人免於受罰之怠忽執法，應可被接受，故「無罪不可罰」即其刑事訴訟觀（註一四）。故本諸「我們不僅需要規範與秩序，更需要正義」之民主國法治（註一五）真諦，為兼顧程序正義，縱發生有罪之人免於受罰情事，在基本人權無價之衡平上，亦屬不得已之情事。故英美法對正當法律程序（due process of law）之堅持，即在於程序正義乃使個人之基本人權，能取得與公共秩序價值衡平之唯一方法。故絕不認同司法機關得違反正當法律程序之

（註　八）黃東熊，「韓國檢察制度」，刑事訴訟法研究，著者出版，（70 年 4 月初版），頁 432-436。
（註　九）Parcker, super. Note (9.)
（註一〇）Id, at 160 et seg.
（註一一）Id, at 161 et seg.
（註一二）井戶田侃，「當事人主義と實體真實主義」，鴨良弼編，刑事訴訟法—重要問題と解說，法學書院，法學演習講座（11），（1977），頁 27-34。
（註一三）Parcker, super. Note (9)，at. 164 et seg.
（註一四）黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局，（74 年初版），頁 20。
（註一五）此乃美國總統詹森於一九六五年寄給總統司法諮議委員會之諮文中所引言，其中「秩序」與「正義」熟重，更是民主體制與專制體制之分野。見黃東熊，「論當事人主義」，刑事訴訟法研究，頁 175。

手法來控制犯罪，否則制憲保障個人基本人權之「民主」精神，即不復存在。

本諸上述法治理念之「公平法院」概念，及無罪不可罰之刑事訴訟觀，當事人主義之訴訟理念即「正當法律程序」（註一六），換言之，當事人主義不強調司法機關之公正、超然、客觀性，而強調程序進行正當性與實体真實發現之正確性同等重要，為使程序進行符合正當性，乃嚴格區別追訴者與審判者，以免球員兼裁判。另為免法院未審即對被告形成有罪預斷，而採起訴狀一本主義，以徹底隔絕有罪心證之移交。以構建「公平法院」，另一方面鑑於一般刑事被告訴訟防禦能力之簿弱，無法在刑事訴訟與國家機關取得平等地位，以公平進行訴訟，故予被告訴訟當事人之地位及緘默權、辯護依賴權，受告知及聽聞的權利等程序基本權，以使被告在訴訟地位、能力上能與追訴機關取得實質對等地位，俾能兼顧人權保障與發現真實之目的，當事人主義之訴訟構造即本此等理念而為訴訟法制之設計。（註一七）

二、兩基本模式之構造原理

稱訴訟構造原理者，指法院、檢察官及被告在刑事訴訟程序之職務，實際上如何配置之謂。對於訴訟構造原理，由於就當事人主義與職權主義的概念，常與糾問主義與彈劾主義的概念相混淆，故於討論各訴訟構造理念及修正的原因之先，應先就此兩組對立之概念內涵加以分析：

按區別糾問主義與彈劾主義的標準有三：（註一八）

其一為，依發動審判程序之主體為誰而為區別，若審判程序係由審判者自行發動者為糾問主義，倘只能待審判以外之人請求始能發動程序者，則屬彈劾主義，在此意義上，彈劾主義也可以稱為訴訟主義。彈劾主義依追訴權屬誰，可再分為被害人追訴主義，公眾追訴主義，及國家追訴主義三者。

其二為，依參與訴訟之主體人數而為區別，若僅有審判者與被告二方，即得進行審判程序者為糾問主義。如倘須有審判者、追訴者及被告三方，始得進行審判程序者則屬彈劾主義。此乃就訴訟的形式所為之觀察，因此又可稱為訴訟的「形式原理」。通常在第一基準上採糾問主義或彈劾主義之法制，亦會在第二基準上採糾問

（註一六） 平野龍一，刑事訴訟法の基礎理論，日本評論社，（1964），頁 4-12。
（註一七） 福井原，「いわゆるモデル論の意義」，刑事訴訟法の爭點，有斐閣，1980。
（註一八） 平野龍一，刑事訴訟法，法律學全集，有斐閣，（1958），頁 2-3，黃東熊，同前註一四，頁 6-8。

主義及彈劾主義。（註一九）

其三為，就訴訟的形式原理採彈劾主義的場合，再依誰為審判程序之支配者而為區別。若由審判者為審判程序之支配者為糾問主義，若由當事人為審判程序支配者，則為彈劾主義。由於這是基於訴訟的「實質原理」所為之觀察，與在第二基準所為依訴訟之「形式原理」而為之觀察，宜加以區別，通常此時係使用職權主義與當事人主義之名稱。從而所謂糾問主義與彈劾主義係指「訴訟形式」的對立概念，至於所謂職權主義與當事人主義，則再深及「訴訟實質」層次的對立概念。（註二〇）

所謂深及「訴訟實質」層次的對立，包括審判程序中：①被告有無實質應訴權能？②誰決定審判之對象及範圍？③誰主導調查證據程序？等三者之對立。其中被告有無應訴權能之對立，可稱為：「正當法律程序主義」及「實體真實發現主義」之對立；誰決定審判對象及範圍之對立，可稱為「處分權主義」及「干涉主義」之對立；誰主導調查證據程序之對立，可稱為「當事人進行主義」與「法院職權調查主義」之對立。（註二一）

綜上分析，職權主義之訴訟構造原理為：審判者為審判程序之支配者，賦有打擊犯罪之發現真實義務及保護被告之客觀義務，故其主宰一切審判程序之權力，有權決定審判對象及範圍，並主導調查證據程序，審判程序中被告為刑事訴訟之客體，檢察官不過是立於協助法院發現真實之地位。惟在偵查程序，檢察官則為偵查主體，被告則為偵查客體。

反之，當事人主義之訴訟構造原理則賦予檢察官及被告對等之當事人地位，一切公判中之追訴活動，包括審判對象及範圍，調查證據之主導權，皆由對立之當事人即檢察官及被告，以主動積極的地位進行，法院反僅居於消極被動之地位，就雙方之訴訟爭點，認定事實，適用法律及量處適當刑罰。此種當事人主義之訴訟構造，更可再分為「技術層次」的對立與「理念層次」的對立。前者，指由當事人全權主導訴訟進行，法院僅居於完全消極仲裁地位，故整個訴訟進行，如同當事人之「競技」。後者，認當事人固為訴訟程序主導者，惟當事人之訴訟能力不可能實質平等，尤其被告面對檢察官之專業及強大蒐證資源，放任當事人「競技」，審判即

（註一九） 不過在加諾利那法典例外，其於第一基準採糾問，第二基準採訴訟方式，見平野龍一，同前註。

（註二〇） 黃東熊，同前註一五，頁 143。

（註二一） 松尾浩也，「當事人主義について」，中野次雄判事還暦祝賀，刑事裁判の課題，（1972），頁 40，森井璋，「當事人主義について」，刑事訴訟の爭點，頁 22-23。

難期公平公正，是故為維護當事人訴訟地位之實質對等，法院基於憲法看守人之保障基本人權及維持正當法律程序之職責，自有權藉由「訴訟指揮權」及「訴訟關係闡明權」之行使，適度介入當事人之競技，以維護程序進行之公正及審判結果之正義，故法院之審判職權即不再只是單純的訴訟仲裁者，更兼有正當法律程序與基本人權維護者之使命，以維護當事人主義之進行，能達成實質的公平及公正。（註二二）

貳、檢察官在訴訟上定位之類型

一、司法官型

此乃因檢察官在國法上被賦予如同法官之「法律看守人」定位（註二三），受有最客觀、公正、忠勤執法者之信賴，並受於被告有利、不利事證，皆會一併注意斟酌之期待，且賦予被告請求檢察官收集對其有利事證之權利。學者乃稱檢察官此等為被告蒐集有利證据之義務，為檢察官之「客觀義務」（註二四）。復因其刑事訴訟構造採職權主義，檢察官如同法官皆為發現真實之機關，皆擔任事實發現者與真實判斷者雙重職務，故檢察官與法官乃立於前後事務接力關係之同質官署（註二五）。從而檢審之分工，僅屬偵查與審判程序之階段性分工。不是追訴者與審判者角色之職務分工。因檢察官同時賦有「事實發現者與真實判斷者」雙重職務，故檢察官是偵查中之司法官，被告只是偵查客體，不承認被告與檢察官之地位平等，偵查活動是追訴機關之蒐集證據及保全犯人之活動，即使在審判中，檢察官蒞庭實行公訴之目的，亦在於協助或監督法院發現真實，不是與被告對等之當事人。故檢察官之蒞庭實行公訴，如發現法院所發現之真實與事實有誤，檢察官即應提起上訴，以資糾正。反之。如發現被告有利之事證，亦應為被告利益提起上訴，以資保護被

（註二二） 松尾浩也，同前註，平野龍一，同前註一六，頁 9。
（註二三） 此為西德聯邦最高法院之見解，BGHST, 24, 171, NTW, 1971, S.2082，引自林山田，刑事訴訟法，（1981），頁 72。
（註二四） 齋藤誠二，「西ドイツ」，檢察官特集，比較法研究 38 期，頁 97-126。
（註二五） 松本一郎，「檢察官の客觀義務」，刑事訴訟の爭點，頁 34-35，岡部泰昌，「刑事手續における檢察官の客觀義務（一），金沢法學 1 卷 2 號，頁 227 以下」。

告之權益。

二、行政官型

此乃因檢察官在國法上被賦予「行政機關訴訟代理人」之定位（註二六），檢察官與法官不同，不是法律看守人，而是代理行政機關追訴犯罪之訴訟代理人，或者是維護社會秩序之行政官。檢察官基於追訴犯罪之職務，與刑事被告根本處於對立之地位，故不能期待其能扮演最客觀、公正、忠勤執法者之角色，亦不能信賴其能對被告有利、不利事證併會注意斟酌，故被告只能請求法院為其保全對其有利之事證，檢察官則無為被告蒐集有利證據之「客觀義務」。檢察官在刑事訴訟地位與民事訴訟之原告當事人地位相同，只是主張被告有犯罪嫌疑之追訴者，非發現真實，判斷真實為何之審判者。故本諸當事人地位對等原則，檢察官在偵查程序中，並無優於被告之地位，檢察官為維護社會秩序，打擊犯罪而蒐集被告不利證據之行為，與被告為保護自己權利而蒐集證據之行為，係處於「競賽」之對抗地位。基於競賽公平原則，當事人除得以任意方式蒐證外，凡有強制處分之必要，只能請求法院為之。（註二七）

三、積極性準司法官

主張此說者為日本井戶田侃教授（註二八），其認為：身為國家行政機關之檢察官，由於擁有龐大的組織、豐富學養的人力及精良的設備，故不論從其為公務員之身分或偵查能力來說，檢察官應有「保護市民的義務」，本此保護義務，反映在刑事訴訟程序上，則為達成實質當事人地位及能力對等，檢察官應定位為「公益代表人」。本此公益代表人之定位，檢察官不只有追查被告不利證據之權利，同時亦應有為被告追查有利證據之義務。（註二九）由於在當事人主義下採行起訴狀一本主義，訴訟構造業徹底分離公判與偵查程序，故檢察官在偵查中有於被告有利、不

（註二六） 三井誠，「諸外國における起訴の方法」，公判法大系第 1 集，頁 90-101。
（註二七） 黃東熊，「美、德、法檢察制度之比較觀察」，刑事訴訟研究，頁 479。
（註二八） 井戶田侃，「偵查の構造序說」，立命館法學，39、40 號（1961），頁 144。其他尚有石川才顯，「公訴權の差別運用と平等保護原則の展開」，刑法雜誌 16 卷 2、3、4 號。岡部泰昌亦採此說（同前註二五）。
（註二九） 井戶田侃，「檢察官の當事者だる地位の濫用」，末川古稀紀念，權利の濫用上，頁 275，（1952）。

利證據應一併注意，以發現真實之義務，其結果，檢察官偵查作為之目的，即成為是否提起公訴之審判活動，不是一方當事人準備公判之單純蒐集證據活動。在此種定位下，偵查程序即成為一種「準審判」之程序。換言之，在偵查中，檢察官即成為決定應否起訴之審判者，而由被告與司法警察、告訴人或告發人擔任程序對立之當事人。檢察官為發現真實決定是否起訴，應同時聽取被告與司法警察、告訴人或告發人等各別所為蒐集證據結果之報告，必要時檢察官並得自行補充偵查或命令司法警察續行偵查，直至確認被告罪嫌充分時，始為「起訴」之裁判（註三〇），於確認被告罪嫌不足或訴訟條件不備時，則應為「不起訴」之裁判。故在此種偵查構造下，被告也是偵查主體，得選任辯護人在偵查中為其蒐證、辯護，而檢察官對於被告之調查，基本上是基於告知被告罪名，給予被告聽取其辯解之機會，非在藉偵訊取得被告之供述證據，因此偵訊乃被告之權利，不是義務。

四、消極性準司法官型

主張此說者為日本松尾浩也教授（註三一），其認為：因檢察一體原則使檢察官成為強大官僚機關之同時，若再強調技術性之當事人主義構造，則檢察官反有可能成為侵害正當法律程序之人，因此在檢討現行刑事司法之際，檢察官所應被期待的任務，毋寧是「司法官」而不是「純粹的訴訟當事人」。易言之，檢察官所應被期待的任務，應是司法警察偵查活動的監督或糾正者，俾使偵查程序符合正當法律程序理念。因此，其所謂檢察官所被期待的「司法官」任務，不是指職權主義的積極發現真實的任務，而是消極的維持偵查程序符合正當法律程序理念的任務。本此，檢察官在被告已實質具備抗拒不法偵訊能力時，如有辯護人在場，或在已明白告知其有緘默權及其所為不利之供述，得作為其有罪判決之依據後，檢察官即得對被告為偵訊，不過檢察官對被告之偵訊，基本上仍是基於告知被告罪名，給予被告聽取其辯解之機會，非在藉偵訊取得被告之供述證據（註三二）。且與前述積極性準司法官說不同者，前說偵查目的在於決定起訴與否，本說則認為偵查目的仍只是當事人準備公判之單純蒐證活動。

（註三〇） 井戸田侃，同前註二八，頁 144-145。
（註三一） 松尾浩也，刑事訴訟の原理，（1974），東大社會科學研究叢書四六，東大出版會，頁 261-263。同文載，刑法雜誌，15 卷 3、4 號，頁 325。
（註三二） 同前註。

五、公益辯護人型

主張此說者為日本平野龍一（註三三）及田宮裕（註三四）兩位教授。其認為：擔任國家刑事訴追訴職務的檢察官，其定位應是「公益辯護人」。檢察官與私人所選任之辯護人不同者，為其責任範圍及應守之職業倫理有別。蓋私人之選任辯護人，係為其選任者之利益而辯護，而檢察官則是為社會公眾之利益而辯護。故一般選任辯護人之責任範圍：為就個案之情狀及其應適用之法律給予注意即可。然檢察官之責任範圍，則除該個案之具體情狀外，並應就國家社會的全般情狀，及該個案予公眾及將來犯罪者之影響，一併予以注意後，據以為追訴裁量之因素。因此，相對於一般選任辯護人所應遵守之倫理，不外是對選任者忠實，對法院正直，對他造當事人公正的活動，檢察官則除上述三種基本職業倫理外，更被要求應有追求公益實現，而積極追訴犯罪之職業倫理。惟此處所指之「公益」辯護人，不是指「行政機關」之辯護人，也不是「輿論或公意」的辯護人，而是除國家利益外，尚須綜合：當代國民普遍的刑事司法正義需求，人民客觀的道義感情，國際人權及刑事政策趨向，甚至司法成本、訴訟經濟等，考量如何使有限司法資源，能實現符合最多數國民最大利益之司法正義（註三五）。故檢察官之追訴作為，除應具備實體法及程序法之法定要件，而為合法性要求外，並有裁量如何實現公益之合目的性要求。因此檢察官裁量追訴與否時，不該被公眾或輿論所左右，也不該完全考量行政機關之意見，而應探求最大多數人最大利益之公益所在，並應為實現此公益所在，而積極的偵查犯罪證據，並在審判程序中積極的為公益實現而辯護。檢察官除了上開責任範圍及職業論理與一般辯護人不同者外，其以公職身分從事追訴活動時，並不該擁有較一般辯護人更優越的地位。檢察官對於刑事被告，不是司法官對當事人之地位，而是與被告選任辯護人地位對等之「公益辯護人」。在此定位下，檢察官與刑事被告之對立，與民事訴訟之原告當事人不同，檢察官不是以「公眾」或「行政機關」代理人立場，與被告敵對，而是因「被告與公益對立」，而與被告在程序中對立，故一旦被告與「公益對立」關係消失時，例如發現被告無罪事證，或在公益上無追訴必要時，檢察官為回復被告之利益，亦應積極的為撤回公訴或提起上訴之救

（註三三） 平野龍一，「刑事訴訟における實體判決請求權說」，兼子博士還曆祝賀，裁判法の諸問題（下），頁 153。
（註三四） 田宮裕，「偵查の彈劾化とその方策」，刑法雜誌，15 卷 3、4 號，頁 426-432。
（註三五） 黃東熊，東大博士論文影本，頁 1799 以下，未出版。

濟行動。故若謂檢察官有客觀義務，則其所負之客觀義務，亦僅止於此而已（註三六）。（嚴格地說，此說之客觀義務，僅係一種害人之心不可有之做人基本倫理道德，非真正的訴訟程序上客觀義務。）

由於此說反對強調檢察官客觀義務，認為若為達成刑事訴訟中，檢察官與刑事被告地位的實質對等，與其賦予檢察官客觀義務，以達成訴訟程序當事人地位之實質對等，反而使被告之訴訟權益保障，全賴檢察官能否忠誠履行保護被告之客觀義務。此核與檢察官應盡心為公益實現而積極追訴之性格不符，不如採行賦予被告實質的訴訟防禦權能之方式，使被告有充分之防禦能力及公平之機會，俾能在審判中與國家機關之檢察官實質對等的進行公平的審判。至於其所謂「實質的訴訟防禦權能」，即被告之應訴權能，具體而言，包括：免於自證無罪權、辯護人依賴權、緘默權、受告知與聽取權、拒絕不當逮捕、搜索及扣押權（即令狀保護權）、面見證人及對之為反對詢問權，受迅速審判權，及拒絕雙重危險權等訴訟防禦權能。（註三七）

參、各訴訟構造論之問題

按各國法制在訴訟構造對檢察官地位的期待，本源自不同的歷史傳統及立法者之現實顧慮，甚或是一種對現實國家機制的思惑，原本即很難以東非西，以南論北。惟時值我國面對司法改革的關鍵時刻，不得不針對我國需求，提出能解決我國司法問題的之訴訟構造，因此，即有必要先行了解上開五種訴訟構造之問題點，俾於重構訴訟法制時，能取長補短，知所取捨。以下即依上開五種檢察官定位，背後所各自代表的五種相對訴訟構造問題，分析如下：

一、職權主義訴訟構造之問題

職權主義之偵查構造採檢察官糾問式，審判構造採法院職權調查式，認檢察官與法院皆有實現司法正義發現真實之義務，及為保障人權而為被告發現有利證據之客觀義務，故檢察官成為偵查中之審判官，檢察官依偵查所得之證據，認被告有犯

（註三六） 平野龍一，同前註三三：頁 153。
（註三七） 黃東熊，同前註十五。

罪嫌疑時，即應提起公訴。法院則為審判中之檢察官，應依職權發現真實，非迨已盡全力後，不得為被告無罪之判決。惟如此偵查構造，會有下列問題：

（一）偵查不徹底：按檢察官本其維護社會秩序之使命，必然一發現犯罪嫌疑即主動積極收集有罪證據，否則如何有效打擊犯罪，維護社會治安。故「無罪推定原則」，於偵查者之職業意識及行動倫理，實無法期待（註三八）。又檢察官為儘速有效追訴有罪被告罪行，達成偵查犯罪之成效，通常偵查活動之重點，必在蒐集被告犯罪證據，至於對被告有利證據之蒐集，大抵只是一種釣魚式之蒐證（註三九）。其結果，即難期檢察官會徹底偵查對被告有利之事證，故單憑檢察官之客觀義務，來蒐集被告有利證據，其實效即值得懷疑（註四〇）。

（二）審判不超然：提起公訴後，法院審判時應依職權繼續蒐集證據，以發現真實，並為保障被告人權而有客觀義務，故法院亦應為被告調查有利之事證，其結果審判中被告之利益全賴法院保障下，被告即成為審判之客體，公判程序成為法院與被告之對審程序，非檢察官與被告對審程序，球員兼裁判，法院之審判，自然難期超然。（註四一）

（三）辯護無功效：認辯護人與檢察官、法院皆同樣有發現真實，以實現社會正義之使命，故被告之辯護人係立於「公益」立場，協助法院發現真實之人，其應依良知而為被告辯護，與法院應依良知而發現真實，兩者間在發現真實，實踐司法正義，均係立於國家全體公益之立場，本質並無不同。故稱法院應依職權調查被告有利之事實，為「實質辯護」，稱辯護人應本諸公益而為被告辯護為「形式辯護」。此對照當事人主義下之辯護人職責，則係立於「被告利益」立場，參與證據開示、認罪協商、調查證據等程序，以訴訟主體之當事人地位，主導發現真實之過程，而與檢察官處對審之地位，可見職權主義下之辯護人功效，實相當有限。（註四二）

（四）被告偵查中無地位；在傳統依法統治思想、有罪必罰之刑事訴訟觀及官權高於民權的國家型態下，因對官權行使之客觀性給予高度之期待與信賴，故有檢

（註三八） 黃東熊，「美國檢察官的職業意識」，刑事訴訟法研究，頁 104 以下。
（註三九） 光藤景皎，「英美法における預備審問の手續について」，刑事訴訟行為論，有斐閣，頁 53-97。
（註四〇） 黃東熊，同前註三五，頁 1763。
（註四一） 潮見俊隆，「戰後の日本社會と法律家」，現代の法律家，岩波講座，現代法（6），（1967），頁 117 以下。
（註四二） 平野龍一，同前註一六，頁 9。

察官是「世界上最客觀、公正官署」之雅號（註四三）。從而基於犯罪控制，在維護社會秩序方式上，檢察官成為偵查主體，被告僅是偵查客體，有承受偵查機關偵訊之義務。此與當事人主義下，被告在未起訴前只是證人，非偵查客體有別。

（五）被告須自證無罪；在卷證併案移送，法院審前即因接觸檢察官起訴移送之被告有罪卷證，必對被告心存有罪預斷，其結果，被告若不努力自證自己無罪，即很有可能因遇到一位不努力發現真實之法官，單憑現成罪證，不再繼續查證逕為被告有罪判決。卒使無罪推定原則，成為空言。（註四四）

二、技術的當事人主義訴訟構造之問題

傳統當事人主義理念上，認與發現真實最有利害關係者，為被告及檢察官二位當事人，故將發現真實之責任加諸當事人，依賴兩造當事人熱切而全力以赴的訴訟準備及辯論，最能發現真實。且本諸審判者之公正性來自於超然地位，故審判者不宜再從事蒐集證據及主導證據調查工作，故放任當事人主導訴訟之進行，最符合公平法院之理念，故認偵查程序不是發現真實之程序，而是兩造當事人各自準備公判程序之蒐集證據程序。而審判程序，則為對等兩造之「競技」場，在雙方真心投入競技下，必能發現真實。惟技術性當事人主義訴訟構造仍有其問題：

（一）被告之訴訟地位，在辯護能力，蒐證能力，主導訴訟能力，絕不可能與檢察官對等。此種現實之訴訟現象，即會使當事人主義訴訟構造之設計合理性，從根本動搖。（註四五）

（二）就當事人言，勝訴比發現真實重要，故理念上原意圖借當事人盡力準備進行之訴訟，以發現真實，但實際上，當事人熱切準備的訴訟資料，其目的常在於擾亂法院發現真實（註四六）。在故意擾亂訴訟及拖延訴訟下，反使證據喪失，訴訟遲延，形成當事人為勝訴，不擇手段，漠視社會正義實現之訴訟心態。（註四七）

（註四三） 齋藤誠二，「西ドイツ」，檢察官特集，比較法研究 38 期，川崎英明，「ドイツ檢察制度の史的考察」，刑法雜誌 25 卷 1 期，頁 1-74。松尾浩也，「西ドイツ刑事司法における檢察官の地位」，法學協會雜誌，84 卷 10 期，頁 1-32。

（註四四） 松尾浩也，「刑事訴訟における舉證責任」，上智法學論集二三六，頁 281-295，（1951）。

（註四五） Morgan, "Some Problem of Proof Under The Andlo-American System of Litigateon", at 34. (1956) 引自黃東熊，同前註一五，頁 150。

（註四六） Frank, "The Fight Theory Versus The Truth Theory" 引自黃東熊，同前註，頁 151。

（註四七） 黃東熊，同前註二七，頁 458-462。

三、修正的職權主義訴訟構造

此種訴訟構造，原論者之本意，乃鑑於技術性當事人主義，被告常有被濫權追訴之情事，為使無辜或應緩起訴之被告，早日從刑事程序解放出來，乃意圖藉由檢察官在偵查程序中之「準司法官」功能，一面斟酌雙方當事人即「被告」與「司法警察」所提出證據外，檢察官更應積極主動蒐集被告無罪證據，及緩起訴證據，以補救技術性當事人主義下，被告地位無法與檢察官實質平等及干擾訴訟諸缺失（註四八）。惟依此訴訟構造，首先成問題者，檢察官負有積極客觀性義務後，檢察官在偵查中之司法官性格，即變成糾問官，而使其偵查中之「當事人訴訟」構造崩潰（註四九）。

其次為使無罪及應緩起訴之被告，及早從刑事程序解放，檢察官之偵查活動，即必須完備、精緻，惟如此必致偵查長期化。在偵查長期化、緻精化後，故解決了絕大部分之刑事案件，惟偵查成為刑事程序中心，審判即形成空洞化（註五〇）。審思大部分案件係在秘密偵查程序中，由檢察官依職權裁量解決，少部分經提起公訴者，亦係檢察官精挑細選後始提出公訴，且檢察官在偵查中既已全部取得被告有利不利事證，則公判程序全在檢察官主導中，法院不過是檢察官之橡皮章，如此充分信賴檢察官客觀義務之訴訟構造，審判中被告與檢察官地位顯然不平等，不是當事人地位平等之對審構造，故非真正的當事人主義主義。可稱其為「修正的職權主義」之訴訟構造（註五一）。其與職權主義有別者，僅於審判程序中，後者由法院依職權發現真實，此制則由檢察官依職權發現真實。至於審判中法院之超然角色與技術性當事人主義同。

四、修正的當事人主義訴訟構造

此說論者認為，基本上，偵查乃僅是雙方當事人各自準備訴訟資料之程序，不是發現真實之準審判程序。惟此說鑑於技術性當事人主義太重視當事人主義之競賽原則，至兩造極端對立，甚至無所不用其極，甚至擾亂訴訟，乃主張檢察官身為國

（註四八） 井戸田侃，「刑事手續構造の序說」（1971），高田卓爾，「公訴權理論の反省」，木村還曆祝賀，刑事法學の基本問題（下），頁 902。
（註四九） 松尾浩也，同前註三一，頁 332。
（註五〇） 田宮裕，同前註三四，頁 426-432。
（註五一） 吉村弘，「起訴便宜主義の評價」，刑事訴訟法の爭點，頁 96-99。

家機關本有保護公益之義務，故宜將對法官之信仰給予具有獨立性格之檢察官，於此雖毋庸令檢察官有應蒐集被告有利證據之積極客觀義務，但為維護偵查程序之適正，保障被告免受司法警察侵害，應使檢察官在偵查程序中扮演消極的正當法律程序維護者角色（註五二）。此說復見及美國當事人主義下，正當法律程序維護者為法院，不是檢察官，導致偵查中檢察官因權限之軟弱，造成對社會犯罪之無能力。乃主張，檢察官既為消極的正當法律程序維護者，理當會對刑事被告之正當法律程序予尊重，故在此範圍內，允許檢察官在正當法律程序規範下，得對被告為偵訊，以增強檢察官打擊犯罪維護公益之機能。（註五三）

惟依此說，檢察官得在正當法律程序指導下對被告偵訊，被告訴訟地位將可能亦被弱化成訴訟客體之性格，其次正當法律程序之違反，不只是訴訟程序之違法問題，更涉及證據排除之效力，故由檢察官擔任正當法律程序維護者，在檢察官有權解釋何謂正當法律程序，且得在正當法律程序下偵訊被告取得被告有罪事證下，當事人主義之地位、舉證機會公平理念，勢將破產。

五、實質的當事人主義訴訟構造

此說認為：偵查乃雙方當事人各自準備公判證據之活動，雖檢察官為公益代表人，然基本上對令檢察官負客觀義務持戒慎態度，故理論上不令檢察官負保護被告之客觀義務，檢察官固不必有為被告蒐集有利證據之積極客觀義務，亦無在偵查中維護正當法律程序之消極性客觀義務，縱有客觀義務，僅止於要求其釣到被告無罪證據，不可有害人之倫理性客觀義務。且除非被告放棄緘默權，否則被告非偵查客體，從而偵查活動僅係檢察官蒐集被告不利證據之活動，如此審判才能成為刑事訴訟發現真實之中心，藉由公開程序及超然之公平法院，刑事程序中之當事人地位，才是真正實質對等。（註五四）

此說雖有起訴不精緻，導致審判長期化，造成人權侵害之責難（註五五）。但對此批評，說者認為：為取得被告有罪確信致偵查長期化，較之審判長期化更不道德。況偵查精緻化，反導致被告需自證無罪，審判空洞化，不是得補償失。再思及高度有罪判決來自於糾問式秘密偵查，非來自公開審判程序，則此種訴訟程序是否

（註五二） 松尾浩也，同前註三一。
（註五三） 松尾浩也，「刑事司法と人權」，法律時報，41 卷 8 號，頁 4-9。
（註五四） 黃東熊，同前註三五，頁 1794 以下。
（註五五） 井戶田侃，同前註二八，頁 144。

更合乎司法民主化？故此說認為與其強調檢察官之客觀義務，毋寧加強被告之訴訟防禦權，使被告有能力在公開法庭活動中，自己保障自己權利，如此更實際。至於其所謂應保障之被告訴訟防禦權諸如；緘默權，免於自證無罪，辯護人依賴權，交互詰問證人權，證據開示制度，證據排除法則等規定。

肆、檢察官在刑事訴訟之定位

一、我國目前刑事訴訟法制問題

為確立我國檢察官在刑事訴訟上之定位，需先了解我國目前刑事訴訟法制之問題。對此，按刑事審判制度可分為：「專業法官」審判制與「人民參與」審判制，後者尚可分為「陪審制」與「參審制」。又按訴訟制度可分為「當事人主義」制及「職權主義」制。二者相互結合後，刑事司法制度可分為：①專業法官、職權主義審判制。②專業法官、當事人主義審判制，③人民參與、職權主義審判制。④人民參與、當事人主義審判制。以此，觀之各國司法制度，我國之司法審判制度屬於①；日本屬於②；德屬於③之參審制；法國屬於③（法國重罪採陪審制、輕罪採參審，僅違警罪採專業法審判制）；美國、英國屬於④之陪審制。由於司法制度係由審判制度與訴訟制度二者結合而成，故欲了解吾國司法問題，不能單從當事人主義、職權主義孰優孰劣來比較，而應綜合審判制度及訴訟制度而作比較，始得以發現問題真象：

我國司法制度，因採專業法官、職權主義審判制，運作上可發現下列問題：

（一）審判不超然：我國現行刑事訴訟採行專業法官、職權主義審判制，重在發現真實以實現正義，故賦予法院應依職權發現真實義務與保護被告客觀義務，因未採行起訴狀一本主義，起訴卷證併案移送後，法院事先接觸卷證，未審即早有心證，致對被告常形成有罪偏見。由於審判係從被告有罪之心證出發，不但得積極蒐集被告不利證據，復基於審判不可分，得擴張檢察官公訴事實之範圍，在公訴事實同一性範圍內，變更檢察官起訴所引應適用之法條，審判中反而形成被告與法官之對決。如此不告亦理，審判者兼追訴者，復預存有罪心證之審判，被告若無不積極自證無罪，可能被輕率的即被判有罪，如此審判方式，顯已偏離憲法及刑事訴訟追

求公平審判之理念。（註五六）

（二）追訴不盡職：檢察官在沈重積案負擔下，因可期待縱未自行到場實施公訴，法院於審判程序自會依職發現真實，故常未迨罪證偵查明確即輕率起訴。即便提起公訴後，亦自信縱未蒞庭實施公訴，法院為發現真實之必要，會依職權調查證據，而怠於蒞庭論告，導致雙方當事人無從在言詞辯論時，當場確立爭點或為徹底辯論證據證明力，迨法院判決後，檢察官始在上訴書中大作文章，極力指摘原審判決有何未盡調查能事或違法失當之處，造成訴訟長期化。（註五七）

（三）自由心證浮濫：在職權調查主義下，法院審判前一旦形成心證，為及早尋獲其主觀心證之佐證，及基於訴訟效率之考量，便常僅從事與心證相關事實之調查，然後在自由心證的美名下，將未被採信之辯解或應予調查之證據，或以無調查必要，或以與待證事實無關一語帶過，甚至故意略而不在判決理由中交代，此從吾國上訴第三審以：應於審判期日調查之證據未予調查，及判決不載理由或所載理由矛盾等理由被發回更審之比例，占絕大多數，可見長期在職權主義下，由於法院在審判中未能公開其心證（指訴訟爭點不明，證據調查方向不明，甚至如（一）所述不告亦理），及當事人無法充分辯論證據的結果，法院極易流於獨斷，造成自由心證之浮濫及頹廢。更由司法機關發現真實，夙習於迷信被告自白之證明力，故從偵查機關之偵查及審判之證据審理，絕大部分時間，皆著重在關係人等之偵訊，一旦取得被告自白，通常即不再用心從事其他證據之全面蒐集，甚至僅將片斷之證據，本諸自由心證，輕率認與被告自白相符，此即所以會造成誤判之重大原因。（註五八）

（四）辯護無功效：職權主義基於對國家機關之信任，偵查中，不許被告自行蒐集證據，否則極可能被認有勾串共犯、證人、或偽造、變造、湮滅罪證之虞，而有被羈押之危險，加上偵查中，辯護人於偵訊時僅能在場，無從陳述意見或參與辯論，復因未採傳聞法則，一旦起訴，審判前之供述證據，不但不被排除，反而因案重初供而被深信，如此，雖職權主義者稱法院應依職權調查被告有利之事證為「實質辯護」，惟由於法院就證據調查範圍、方式、順序有決定權，故其所謂發現真實之方式，皆按法院之主觀心證及認知，來決定如何調查證據，復由職權主義者將辯

（註五六） 柯慶賢，「訴與訴因制度」，載刑事訴訟可否採行訴因制度研究討論會，收最高法院學術研究會叢書四，頁 256-260。

（註五七） 此為八十八年全國司改會議之共識，故有檢察官應加強公蒞庭活動之決議。

（註五八） 陳運財，最高法院，「起訴狀一本主義及其配套制度」法條化研究報告（上），收最高法院學術研究會叢書（六），頁 9。

護人定位為基於「公益」立場協助法院發現真實之人，認辯護人應依良知為被告辯護以發現真實，與法院應依良心審判以發現真實，皆旨在實踐司法正義，本質上並無不同，故稱辯護人應本諸公益為被告辯護為：「形式辯護」。由於辯護人只能從公益角度，配合或協助法院之職權調查，無從按自己主觀訴訟爭點，決定調查證據之範圍、方式、順序，審判中辯護人之功能，便無法有積極作為，刑事辯護便只剩下當庭請求原審法院依良心審判，或者嗣上訴時，再陳述自己主觀訴訟爭點之重要性，及原審有何應於審判期日調查之證據未予調查之違法。（註五九）

（五）審理書面化：卷證併案移送，法院接續檢察官有罪心證，依職權續行調查後，由於證據之調查採直接審理主義，未採傳聞證據法則，是故偵查筆錄只要經法院直接審酌即得採為證據，從而審判外之警訊筆錄、偵訊筆錄皆有證據能力，得作為認定被告有罪之證據，不必排除，而通常法院囿於案重初供之迷思，對被告及證人偵查中最初筆錄，均極為重視其證據證明力，縱即被告以刑求為抗辯，在偵查秘密舉證困難下，一般皆以卸責飾詞駁回，無法推翻偵查筆錄，如此審判程序過度重視審判外筆錄的結果，即易對公開法庭之言詞審理產生行禮如儀之心態，造成法庭辯論的輕率及審理之書面化，而此顯已違背直接言詞審理之證據法則。更由於法院審判對自白之迷信，引導整体偵查活動的重心，旨在取得被告自白筆錄，一旦被告在偵查中自白，偵查活動便大抵結束。故為儘速取得被告自白，在秘行之偵查程序中，便易生刑求或違法偵訊情事。（註六〇）

（六）案件負擔龐大：由於職權主義重在發現真實以實現正義，必然強調上級審之監督功能，結果審級構造即形成弱勢的一審，重覆的二審，龐大的第三審。如此頭重腳輕的審級制度，必然引致被告對弱勢下級法院的不信任而不斷上訴，致在上級審累積龐大案件。以最高法院擁有近百位法官，竟有高達一萬餘件刑事積案，通常第三審上訴之審理期間即需耗時一年多。而一般刑事案件，從檢察官偵查、起訴至三審定讞，耗時長達三、四年者，並不乏見，如此長期的訟累及遲來的正義，如何讓人民對司法正義滿意。況案件負擔如此沈重，可預見的必然是裁判品質之低落，趕案的結果，必見其忽視被告防禦權之行使，危害真實之發現，終迫使當事人不得不一再以上訴謀求救濟，如此惡性循環的結果，即便法官鞠躬盡瘁，死而後已，仍是治絲益棼，終無法挽回司法威信的低落。（註六一）

（七）公信力低落：審判制度採專業法官審判制，人民未能參與審判，致使人

（註五九） 陳運財，同前註，頁 10。
（註六〇） 陳運財，同前註，頁 9。
（註六一） 陳運財，同前註，頁 11。

民對法律規範及審判程序，無從在參與審判活動中，學習法律規範及審判實務，養成尊重法庭之習性，致使國人對法庭沒有「人民的法院」感覺，反而認為法院是「找麻煩的機關」，避之惟恐不及，加上專業法官無人民在旁參與、監督審判過程，致使司法審判成為少數法律專業人士專擅之舞台，法庭成為民眾避忌的場所，在一般百姓在不知法律，不懂審判，誤解法庭功能下，一旦有人不服審判，一犬吠影，百犬吠聲，司法公信力何能彰顯？

二、檢察官在刑事訴訟之定位

為解決上述我國刑事訴訟問題，檢察官在刑事訴訟上應如何定位？此解答此問題，涉及：(1)、在憲政體制上，身為國家司法機關之法院與檢察官應如何定位？(2)、在訴訟構造上，法院與訴訟當事人應如何定位？(3)、在訴訟程序上，兩造當事人間即檢察官與被告應如何定位？

㈠在民主憲政體制上，法院與檢察官應如何定位

按法院之定位，因法治理念之不同，而有「公平法院」及「正義法院」之區別。依「公平法院」之訴訟構造，採嚴格區別審判者、追訴者及被告三者之分權制衡設計（註六二）。即檢察官居於原告之攻擊者立場，被告及其辯護人居於防禦者

（註六二） 何謂「公平法院」，此依聯合國一九六六年通過之「公民及政治權利之國際公約中」第十四條明定：「人民有在獨立、無偏頗之公平法院，受公開、公正審判之權利。」所謂在公平法院受審判之權利，其理念非但在法院之組織結構上須是公正的，不得偏頗的，且進行之訴訟程序也必是公平公正的。究其實質內容，應包括五要素：①、法院是獨立的：即法院地位應能維持審判之獨立，不受立法、行政、及輿論不當干涉及支配，並應提升司法權地位足與立法權及行政權鼎足，俾堪任「法憲看守人」角色，且裁判結果不受任何不當追究；②、法院是超然的：即法院之審判功能僅應定位在消極被動的「民權與官權糾紛的公平仲裁者」，不是積極主動的「發現真實有罪必罰的最終正義實踐者」。換言之，法院不是牧民的統治者，僅是超然的「法憲看守人」。至於「法憲正義實踐者」，此乃「公益代表人」即檢察官之職責。從而訴訟參與者，應能充分表彰檢察官、辯護人、及裁判官三者職能各有不同，不得混淆審判者、追訴者、辯護者之角色與職能。③、法院是無偏頗的：即法院於審判前，對被告無「有罪偏見」，能本無罪推定原則，以白紙般心證對被告超然進行審判，不致形成法院與被告對立，否則，被告面對有偏見的審判，為排除法院有罪預斷，反而必須自證無罪。④、法院是公正的，即法院在訴訟程序進行中，為保障審判程序之公正，應維持雙方當事人之地位、機會、能力對等，以保障雙方之應有訴訟權益。換言之，當被告明顯辯護能力不足以對抗檢察官之不當追訴時，法院應本諸於訴訟指揮權，及訴訟闡明義務予以輔助，又如雙方當事人有故意擾亂、遲滯訴訟時，法院應予制止。以維持訴訟程序之適正。⑤、法院是公開的：即本諸國民主權原理之司法民主化理念，應公開司

立場，審判者則居於超然第三者立場，就雙方當事人之攻擊防禦爭點為仲裁。反之「正義法院」之訴訟構造，則基於對專業司法官必依法偵查及依法審判之信賴，僅區別程序主體與程序客體（註六三），以檢察官為偵查主體、法院為審判主體，二者為各該訴訟程序之主宰者，至於被告則淪為偵查及審判之客體。

按民主憲政體制，依社會契約論，憲法為示保障民權之決心，乃明文揭示民權條款，復本諸「分權制衡」及「有權利必有救濟」理念，賦予法院審判及違憲審查權，俾讓政治力量微簿之法院，有能力為保障民權而對抗政治資源龐大的行政機關及立法機關，此即「公平法院」理念及「法官終身職保障」制度之由來。是故民主憲政体制下的法院，應是防止官權侵害民權之「公平審判機關」，不是牧民治民、發現真實、有罪必罰、維護正義的「統治機關」，否則試問，如果法院也成為牧民的統治機關，由誰來保障民權？法院怎堪自稱：「憲法看守人」。可見，當事人主義之「公平法院」理念，應較職權主義之「正義法院」理念，更符合民主憲政體制之精神。

本諸「公平法院」理念，就法院言，因其居於超然公正審判者之地位，故就訴訟標的之爭執及證據調查之進行，皆應採消極被動態度，不但不主動參與審判對象及範圍之決定，且不事先接觸起訴卷證（採卷證不併送制度）（註六四），以免未審即對被告形成有罪偏見，更退由當事人自行決定訴訟標的（即採訴因制度）（註六五），由當事人自行決定訴訟爭點，自行主導調查證據之範圍、方法、順序，法院不再積極扮演牧民統治機關之角色，僅扮官權與民權發生爭執時之公平審判機關。從而就檢察官言，因其有國家刑罰權政策決定者及執行者之公益代表人立場，

法審判程序，俾人民得以檢視監督，甚至開放審判程序讓人民得以直接參與審判程序，以抑制裁判權之濫用。

本此，就公平法院應是獨立的，公開的言，職權主義與當事人主義二者並無差異，但就法院應是超然、無偏頗、公正的言，職權主義之法院，為發現真實現正義，審判中審判者兼追訴者，較之當事人主義之法院，嚴格區別審判者、追訴者及辯護者之現象，當事人主義之訴訟構造，應較符合公平法院理念。田中輝和，「公平の裁判所は何か」，ジュリスト增刊，刑事訴訟法の爭點 6，有斐閣，1979，頁 164。

（註六三） 陳志龍，「法治國刑事訴訟與法官」，收刑事訴訟之運作，黃東熊六秩晉五華誕祝壽論文集，頁 351-367。

（註六四） 林勤剛，刑事審判強化排除預斷原則之研究，以起訴狀一本主義為中心。載「起訴狀一本主義及其配套制度」法條化研究報告（上），收最高法院學術研究會叢書（六），頁 23-121。

（註六五） 柯慶賢，「訴與訴因制度」，黃東熊，「採訴因制度之可行性」，皆同載載刑事訴訟可否採行訴因制度研究討論會，收最高法院學術研究會叢書四，另有朱朝亮，「訴因制度」，載「起訴狀一本主義及其配套制度」法條化研究報告（上），收最高法院學術研究會叢書（六），頁 139-373。

故其在憲政之定位，即不再是如「正義法院」理念下之檢察官，定位為一超然於被害人及被告立場，依法公正發現真實併保障人權之「準司法官」。而是基於維護公益之立場，為維護及實現公益而積極打擊犯罪之公益代表人。換言之，檢察官與法院之分工，不再是偵查程序與審判程序之「接力賽式分工」，而是審判者與追訴者之「分權制衡分工」。可知法院於刑事程序中，始終為公平審判者。至於檢察官，當其發現有違反公益之犯罪情事時，即應在偵查中扮演司法警察角色，主動積極蒐集被告有罪證據，迨決定提起公訴後，復應在公判程序中扮演公益辯護人角色，為公益之實現而積極辯護，以獲致有罪判決，最後判決確定後，檢察官應積極扮演罪犯矯治師的角色，為使罪犯歸復社會，而決定刑罰處遇方式。如此，刑事程序從偵查、起訴、審判至執行，檢察官皆始終立於「公益」立場，為實現公益而扮演積極主動打擊犯罪者之角色。

㈡在訴訟構造上，法院與訴訟當事人應如何定位？即應採行何訴訟構造？

按追求案件審判之「正確性」及「公平性」二者，仍訴訟制度設計之最終目的。就審判之「正確性」言，職權主義與當事人主義何者較能發現真實，實現正義，是難以遽下斷言的，故應無所謂當事人進行要比職權調查更正確之評價結果。惟就審判之「公平性」言，讓法院能基於公平第三者立場，超然的、消極的「聽訟」，應比法院依職權積極的、主動的，調查証据來的公平超然，這種說法依上述分析，應是無人爭議的。因此，既然在正確性上熟優熟劣難分高下，則在決擇刑事訴訟之基本架構時，訴訟公平性之選擇，就應更列為關鍵因素。（註六六）

次就法制比較言，德國因審判程序採職權調查主義，審判對象及範圍，調查證據之範圍、順序及方法，連同案件之認事、用法、量刑，皆由法院全權決定，致檢察官之公判活動目的，僅在協助法院發現真實，形成檢察官之職場活動重心，在偵查程序不在公判程序。反之美國因審判程序採當事人進行主義，因審判對象及範圍，調查證據之範圍、順序及方法皆由當事人決定，檢察官之法庭活動極為繁重，無瑕兼顧偵查活動，檢察官職場重心，在公判程序不在偵查程序。偵查活動則掌控在負責社會治安之司法警察手中，檢察官甚少主動偵查，絕大部分案件之案件，皆由司法警察偵查終結後，認應提起公訴者，始交由檢察官提起，檢察官只能控制司法警察要求提起公訴之案件，至於司法警察偵查結果，認無提起公訴必要而自行終結偵查之案件，檢察官即無從控制。至於日本，審判程序因採卷證不移送及訴因制

（註六六） 陳運財，同前註五八，頁 11-12。

度，檢察官成為公判程序之主導者，更因採公訴獨占及緩起訴制度，檢察官成為國家刑罰政策執行者及決定者，故僅檢察官有偵查終結權及終結偵查方式決定權。從而檢察官雖非唯一偵查主體，仍得控制司法警察偵查之成果。綜上分析，可歸納各國刑事訴訟構造為：德國檢察官：「只能支配偵查，不能支配審判」；美國檢察官：「只能支配審判，不能支配偵查」；日本檢察官，則「既支配偵查，復支配審判」。日本刑事訴訟程序，在卷證不移送檢察官必須到庭實行公訴設計下，基於公判舉證實效之考量，導致檢察官偵查精緻化之自律。而偵查精緻之自律，更導致被告及其辯護人之高認罪率及提起公訴之高定罪率，致使刑事程序全程，從偵查、公訴、審判至執行，皆在檢察官掌控中，故有「檢察官王國」之稱。（註六七）

按日本之當事人主義與德國法制不同者，即日本採「起訴狀一本主義」及「訴因制度」。按起訴狀一本主義，表面上觀之似僅為「卷證不移送主義」，惟實際上整個刑事訴訟程序，即會因卷證不移送之設計而產生重大變動。蓋就法院言：提起公訴不移送卷證，法官沒有卷證可預知案情，便全賴當庭認真的聽訟否則無從形成心證，法官才會真正本諸直接言詞審理精神，認真「聽訟」。其次法官未接觸卷證，不致對被告形成有罪預斷，在法院之審判從推定被告無罪之基點出發，除非檢察官當庭積極舉證，致使法院深信被告有罪已無任何合理可疑事由存在之程度，否則縱被告未曾為自己為任何無罪之舉證、辯護，法院仍應為被告無罪之判決，如此被告無須自證無罪，無罪推定原則始算落實。三者，卷證既在檢察官持有中，法院手中無卷證即無從依職權調查證據，不致形成法院與被告之對立，乃見公平法院之落實。四者，如採卷證併案移送，法院於審判前得以看到不應看到之證據，則證據法則中之違法證據排除法則及傳聞證據法則規定，皆無意義。反之採卷證不併送，凡提出之於公判程序之證據，需雙方當事人對其證據能力皆無爭執者，始得提出於公判庭，證據法則中之違法證據排除法則及傳聞證据法則規定，仍有實益。

次就檢察官言，起訴時卷證不移送，審判程序最重要的「證據調查主導權」，才會真正由法官手中移轉至檢察官手中。因卷證不在法院手中，除非檢察官始終出庭，積極舉證論告，否則法院隨時得於審判中間程序逕為被告無罪之判決，是故檢察官必會「認真蒞庭」，否則必遭敗訴判決，如此審判程序在雙方皆有備而來，彼此爭點明確，復得自行決定調查證據之範圍、方式及順序，展開積極攻擊防禦情事，由於追訴者之盡職慎重，被訴者亦能充分防禦，審判結果即少有所謂：應於審

（註六七） 平場安治，「現代の法律家の職能と問題點」，現代の法律家，岩波講座，現代法（六），（1967）頁 241。

判期日調查之證據未予調查，已受請求事項未予審判或未受請求事項予以審判等應發回更審之情事，終可避免審判之長期化及案件積累之惡性循環。其次，由於審判中蒞庭論告舉證煩重費事及辯論程序之公開激烈引人注意，檢察官體認公判中必須對外公布其追訴之證據以受公評，復需與同為法律專家之辯護人展開公開激烈辯論，基於維護其檢察官職務尊嚴，公訴提起必然審慎化。三者，因有效之公判來自於有效之偵查，必然引致偵查活動之精緻化，避免訴訟勞費，進而提高審判之效率最後因採行訴因制度，檢察官提起公訴需載明訴因，法院審判對象僅限訴因，被告在雙方當事人地位對等之情事下，僅需針對檢察官指定之訴因及攻擊之證據進行防禦，故刑事被告之訴訟防禦權觀念，始得真正確立，此外在刑事訴訟之配套上，因採傳聞證據法則，雙方當事人於審判期日必需出庭親自為攻擊防禦，審理即不致於書面化，法院之自由心證亦不致因獨斷而致頹廢，如此縱即被告不服有罪判決，國人必不致有司法不公之議者。四者，卷證不移送，審判期日前雙方當事人藉由證據開示、當事人之證據處分、及事前證據之交換，被告在辯護人指引下，容易與檢察官達成有罪協商，如此可節約訴訟勞費。

再者日本因採「訴因制度」，檢察官對於被告所犯罪名、應處之刑罰及犯罪證據，皆有處分權，故偵查終結後，是否提起公訴檢察官有完全之「起訴裁量權」，一旦決定提起公訴時，復有「訴因形成權」，檢察官得變更、撤回、追加訴因，至於法院僅能曉諭檢察官變更訴因，不得自行認定審判對象及範圍，逕行變更檢察官起訴所指定之訴因。因檢察官有訴訟標的處分權，其訴因主張得以拘束法院之審判範圍，是被告在偵查中對檢察官之自白，不致在審判中變成對渠不利之證據，從而被告斟酌審判程序公開之懲罰作用，及當事人進行主義之長期訟累後，多數罪證相當之案件，被告大抵皆願在偵查之私密程序中，向與檢察官認罪，如此檢察官得以大量篩減應提起公訴之案件量，法院之有限司法資源，即得以專注於有爭議之重大案件審理。兼顧訴訟經濟及審判之精緻化。

或問，德國、法國皆採職權主義並未見有司法不公之聲？反而在我國法院採行職權主義卻有司法不公之議？

此乃因德國係採參審制，法國則重罪採陪審制，輕罪採參審制，由於參審員及陪審員皆為無法律專業之平民，基於發現真實之效率、維護程序進行之適正與保護被告訴訟權益之期待（即法院之實質辯護精神），故專業法官之審理乃需採職權調查主義。由於此等國家本諸司法民主化之理念，參審員、陪審員即代表全體國民決定司法正義並監督審判程序之人，故不論是法院之職權調查，或者檢察官蒞庭實施公訴，皆旨在「說服」代表全體國民之「參審員」及「陪審員」，故雖法院基於發

現真實之必要應依職權調查證據，惟因判決程序及罪證認定，在人民參與及監督下，自無人懷疑法院之審判會不公，反而職權主義之效率，適可修正參審、陪審制訴訟資源耗費，及訴訟程序遲滯諸問題。反觀我國，在沒有人民得參與或監督審判之制度，審判在法官得依職權調查證據以發現真實，得擴充起訴之罪行範圍，得變更起訴法條，得依自由心證自行認定事實，審判實際上是不告亦理之法官糾問制度。故吾國法制上如再強調法院之職權調查功能，反而是益形認同糾問制度之審判合理性。故筆者認為，除非我國審判制度決定改採參審或陪審制，則基於訴訟促進、經濟及被告實質辯護之需要，當然可以採職權主義。否則如果仍繼續維持現行專業法官職權調查之審判制度，在無人民參與及監督下，除非每位法官都是神，否則何能期待糾問式審判制度，會是符合公平法院理念之審判制度。故有人稱：「職權主義的司法制度設計，本質上是神來作審判的，但問題是法官並不因從事審判而變成神（註六八）」，其已真正道出職權主義的問題所在。

或謂：是否應採職權主義為主，當事人主義為輔之修正式主義?

按職權主義與當事人主義之特點，在於訴訟標的處分權及證據調查權在何者，採職權主義時，基於有罪必罰理念，法院應依職權發現真實實現正義，故檢察官無訴訟標的處分權，而採起訴法定主義，且法院得擴充公訴事實，變更檢察官所引應適用之法條，審判程序中法院因發現真實必要應依職權調查證據，反之，當事人主義本諸無罪推定、及公平法院理念，認為當事人始為審判程序之主体，法院僅為公正審判程序維護者，故檢察官有訴訟標的處分權，而採緩起訴制度、訴因制度及認罪協商制度，並由當事人自行決定訴訟爭點，自行向法院舉證，以說服法院採信對之為有利判決。故審判程序之證據蒐集、證據調查皆由當事人為之，法院縱有職權介入，僅基於訴訟關係闡明權行使之理念而為，既不介入雙方爭點，即不再從事發現真實之職權調查，因而維持公平法院之理念。二者理念、權責十分清楚，制度設計亦與理念一致。

反觀在專業法官審判制下，主張「修正式職權主義」者，認為只要加重檢察官之舉證責任，並將法院因發現真實之必要，「應」依職權調查證據，改為「得」得調查證據，並認為如此即可增加法院發現真實之能力，減少職權主義法院之糾問色彩（註六九）。殊不知，當檢察官無訴訟標的處分權，不採行起訴裁量權、訴因制度、認罪協商制度時，即使被告向檢察官認罪，仍不足以拘束法院之審判對象及範

（註六八） 林勤剛，同前註六四，頁 43。
（註六九） 此乃司法院刑事訴訟修正委員會八十八年度修正草案之意見。

圍，在法院仍得擴張公訴事實，變更起訴法條，復得以依職權調查證據以發現真實，由於審判中被告與法院對立的態勢不變，結果是：認罪者更陷自己於不利，堅持否認到底者，一再上訴或可僥倖獲判無罪。至於檢察官在審判中之地位，依然無足輕重，況因不採起訴狀一本主義，狀證併移送法院的結果，檢察官手中無卷證，檢察官如何蒞庭，縱使影印卷證蒞庭，在法院早已接觸卷證，心有定見，如法院已認被告有罪，檢察官之蒞庭只是聯合法院一起攻擊被告，法院有何公平可言。如認被告無罪，法院逕依自己心證，決定蒐集證據及調查證據之範圍、方法及順序，再依自由心證為無罪判決，檢察官蒞庭又如何？更何況將法院「應」依職權調查證據，改成「得」依職權調查證據，則不但職權主義所標榜的「有罪必罰」精神不見了，對偷懶不肯依職權調查證據以發現真實之法官，由於「應」，改成「得」，從此「應於審判期日調查之證據未予調查」即不再為判決當然違法之事項，此時縱檢察官蒞庭，對如斯法官又無可奈何，只是更降低檢察官在審判中之地位，反而不如原職權主義下，檢察官尚得監督法院，主張其有未依職權盡其調查能事之違法，而促使法院不得不依檢察官之指示為調查。故採此說時，職權主義上開缺點，一點也沒有除去，當事人主義之檢察官全權掌控訴審判對象及調查證據主導權，進而掌控刑事訴訟全程優點，亦絲毫無所得。

主張刑事訴訟應發現真實有罪必罰之職權主義者，或許以為：因此可以多保留點檢察官的司法屬性，提高法庭的座位高度，但檢察官在法庭中地位的高低，不在於座位的高低，而在其法庭活動對法院有無拘束力，苟法院之審判對象及範圍皆受檢察官拘束，訴訟爭點的建立及證明爭點之調查證據範圍、方式、順序，皆由檢察官全權決定，則檢察官之法庭活動，不是比現在只能拜託法院調查，審判對象及範圍皆由法官主導，更有尊嚴。再就案件負擔言，採職權主義，法院決定審判之對象及範圍，復主導證據調查之範圍、方法及順序，在法院不受被告與檢察官所為認罪協議拘束，得自行認定起訴事實，及變更起訴法條，則被告向檢察官認罪只是有害無利，試問有何被告願意認罪。既被告認爭訟尚有利可期，認罪意願勢必然低落，起訴案件即無法有效疏減，益加重檢察官之蒞庭負擔，如此惡性循環，必引致訴訟全面長期化，何來有效打擊犯罪，故此說，一點也不足取。

雖然對於當事人主義之公平法院理念，有指責：當法院不再積極扮演真實發現者之角色時，訴訟程序易被當事人擾亂，刑事正義成為當事人交易的標的，無資力的被告在無辯護人協助下，勢必被迫認罪，如此人民將無法接受云云（註七〇）。

（註七〇）此乃法務部於全國司改會議堅拒採行起訴狀一本主義之主要理由。

惟在當事人主義之公平法院理念，亦非放任當事人得隨意進行訴訟。蓋法院基於法憲看守人天職及維護訴訟程序適正進行之訴訟指揮權責，有防止當事人故意延滯訴訟、擾亂法院發現事實之職務，以防免審判結果致生危害於法憲秩序，故當事人主義之法院，雖不再有發現真實之義務，惟仍有闡明訴訟關係之義務及維持訴訟程序正當進行義務，即法院在當事人主張之「訴因範圍內」仍「應」依職權介入調查，非僅「得」職權介入調查。如法院怠忽闡明義務或維持程序之正當，致使審判結果發生違背正義情事，即構成判決違背法令之上訴理由。故在當事人主義下，法院仍有應依職權調查之情項，只不過是在當事人主義下，法院所為之職權調查，不在「發現真實」實踐有罪必罰之目的，而在於闡明雙方調查證據之爭點及證據調查不完備之處，以維護審判程序之適正，防止審判發生違背公義之結果。故稱「應於審判期日調查之證據未予調查」之違法，係指「闡明義務」之行使未盡職，非「發現真實」未盡職。從而在當事人主義下，法院基於訴訟闡明權之行使，得曉諭雙方當事人為訴因追加、變更、或撤回；於雙方當事人調查證據時，亦得就案情仍不明白且有違司法正義部分，令當事人補充說明，進而依職權介入調查或為補充調查。在如斯運作下，法院之審判既不致偏坦任何一方，復不致在當事人干擾訴訟下，影響真實發現及實現社會公義的目的。至於當事人是否遵照法院闡明權意旨進行追訴活動，雖仍屬當事人之裁量權，不過在法院看守法憲秩序之職責已盡後，苟有正義未獲實現情事，則此責任即歸當事人，尤其是檢察官，此時檢察官即應負追訴未盡能事之責任。可知當事人主義與憲政分權制衡原理相符。

綜上分析，可知唯有採行起訴狀一本主義及訴因制度的實質當事人主義刑事訴訟制度，才能使法院之審判職能，符合公平法院理念。就檢察官言，擁有審判對象及範圍決定權及調查證據主導權後，若非檢察官能在法庭中積極舉證，直至對被告之有罪認定達不容合理懷疑之程度，否則依無罪推定原則，法院必為被告無罪之判決。如此檢察官為有效實施公判活動，勢必審慎提起公訴，偵查活動會日益精緻，而精緻的偵查成果，更易促成審判之迅速化，如此良性循環，乃得見司法改革成效。

㈢在訴訟程序上，兩造當事人間即檢察官與被告應如何定位？

如上所述，檢察官在訴訟上之定位可分五種，分析其各說之岐見原因，不外應否賦予檢察官保護被告之客觀義務。詳言之，採「司法官」說者，認為檢察官在偵查中不但有發現真實之義務，併有保護被告之客觀義務。故檢察官為偵查主體，被告則為偵查客體，並為使檢察官能有效達成發現真實及保護被告人權之目的，檢察

官擁有近乎審判者同等之強制處分權。採「行政官」說者，認檢察官在刑事程序中，係立於維護社會序秩，打擊犯罪為職志之行政機關代理人，即原告之訴訟代理人，非司法官，無優於被告之地位，偵查非發現真實之中心，只是雙方當事人各自準備公判之蒐集證據活動，檢察官偵查活動之目的，僅在於發現被告不利之證據，以充實公判程序之訴訟資料，至於對被告有利證據之蒐集，因檢察官無保護被告之客觀義務，即不在檢察官應蒐集之列。採「準司法官」型說者，在當事人主義之訴訟構造下，就檢察官在刑事程序中之職能，基本上與行政官說者同，惟就檢察官偵查活動之目的，其認為偵查固然主要在發現被告不利之證據，以充實公判程序之訴訟資料，惟基於檢察官為國家公務員，具有保護人民權益之職責，故主張「積極性準司法官」說者即認為：偵查中檢察官應賦予其為被告積極蒐集有利證據之義務，俾使無辜被告早日從刑事程序中解放。主張「消極性準司法官」說者即認為：偵查中檢察官應賦予其消極維護司法警察證據蒐集活動，及保障被告人權之正當法律程序維護義務，俾免被告警察為維護社會治安而侵犯被告人權。不論何者，皆主張檢察官有保護被告之客觀義務。反之，主張「公益辯護人」說者則認為，檢察官非行政官，非司法官，而是「公益辯護人」，其在程序中之地位與被告所選任之辯護人並無不同，就檢察官言，其與被告之對立，來自於「公益違反」之對立，非「行政違反」之對立。此乃其與行政官說者不同之處，故當被告有違反公益之情事時，檢察官即與被告存在者「對立關係」，惟一旦被告之違反公益情事變更時，如因故發現被告無罪證據、或有利被告之事證、或法律變動對被告有利時，應本其「公益辯護人」之地位，為維護公益而積極保護被告之利益，此時檢察官即應積極為不起訴、或撤回起訴、或撤回上訴，甚至在公判程序中為其作有利辯護等措施。因此，若謂檢察官有保護被告之客觀義務，僅止於此而已。從而依此說，檢察官保護被告之客觀義務，係始於「因故發現」被告違反公益之對立關係消滅時起，非如準司法官說者，從「偵查開始」，即賦予檢察官發現真實之義務及保護被告之客觀義務。

按對檢察官賦予其有保護被告之客觀義務本身，並無不妥，甚至在人類倫理感情上是值得鼓勵的事，可是問題在於，要求檢察官有效打擊犯罪，以維護社會秩序之同時，復要求渠應保障被告人人權，首先就人性而言，宛如對以打獵為生之獵人，要求其於打獵之餘，不得濫殺野生動物一般，不是不可能，而是實難期檢察官會有良好成效，通常會流於偽善的釣魚式查証，當然檢察官也就無法如無辜被告所期待的，成為一位熱切忠實的人權辯護者。其次，在訴訟程序中主張或強調檢察官有保護被告之客觀義務，其結果，被告反須付出比受檢察官保護所得利益更高的代價，蓋檢察官為早日發現真實，必需對被告有利、不利證據一併徹底偵查，俾使無

辜被告早日從刑事程序中解放，如此便會造成偵查長期化、侵害被告隱私權、於審判中舉證責任加重（在職權調查主義下，一旦起訴被告常需自證無罪）諸不合理情事。是故，為保障被告人權，及維護正當法律程序原則，實不宜採行賦予檢察官保護被告之客觀義務方式，應改採賦予刑事被告訴訟防禦權之方式，諸如賦予被告緘默權、免於自證無罪權、辯護人依賴權、交互詰問證人權、證據開示權、證據排除請求權等。如此偵查程序即成為雙方當事人各自準備公判資料之蒐證活動程序，藉由雙方當事人各自熱切全力蒐集自己證據，及雙方當事人「開示證據」後檢察官與被告及其辯護人皆能充分了解他造所持有之有利、不利證據（註七一），如此對檢察官言，即得依證據開示結果，據以迅速裁量該案件是否應為緩起訴處分、或提起公訴、或撤回公訴或上訴等。對被告其及辯護人言，亦得據以決定是否於認罪協商程序中，為認罪或為不認罪之決定。如此因不強調檢察官有保護被告之客觀義務，反藉由賦予刑事被告充實之訴訟防禦權方式，使其在刑事訴訟程序中有能力、地位及機會，為保障自己之正當法律權利，與檢察官在刑事程序中，充分的從事協商或爭辯，如此即不致因強調檢察官有保護被告之客觀義務，反而造成上述被告人權保障之弱化，及訴訟程序長期化等問題。

結　論

美國總統詹森曾說：「法治要的不僅是法律和秩序，更在於正義。」此實道出民主國家的法治真諦。蓋民主國家的可貴，在於法治的天平上，一個無辜的刑事被告的重量，與全國國民公益等重。正義重於秩序的結果，即使基於公共利益之理由，致一個無辜的卑微人民被犧牲，亦屬不可原諒的錯誤。蓋對罪犯之有罪判決率即使高達 99%，然對 1%受誤判的無辜刑事被告言，乃其人生的徹底毀滅。因此好的刑事訴訟，不在於其具有使 99%的有罪被告受制裁之積效，而在於其具有能使 1%的無辜被告免於受罰的機能。此正如同，雖然農委會已然公告：「本國蔬菜 90%未檢出殘餘農藥，人民可以放心食用一樣」，相信人民並不會因此而放心食用蔬菜，蓋社會大眾所重視的不是 90%的蔬菜是安全的，反而是我會不會吃到那 10%的殘毒蔬菜。

因此，基於民主憲政體制之三權分立及分權制衡原理，法院與檢察官間之定

（註七一） 陳運財，同前註五八，頁 15。

位，不應再是偵查程序與審判程序之司法接力賽分工，應是被動消極的公平審判者、主動積極的犯罪追訴者之分權制衡分工。法院與訴訟當事人之定位，應不再如職權調查主義之依法統治，以發現真實實現之「正義法院」定位，而應是超然仲裁官權與民權爭執者之「公平法院」定位。至於檢察官與被告間之定位，應採行讓被告擁有緘默權、免於自證無罪權、辯護人依賴權、交互詰問證人權、證據開示權、證據排除請求權等訴訟防禦權能，讓其得以在訴訟程序具有與檢察官地位平等、機會、能力對等的實質性當事人地位，在公平法院中，依正當法律程序，接受公開公平的審判（註七二）。而不應一味強調檢察官之客觀義務，致使被告人權保障反陷於更不利之情況。

（註七二） 田宮裕，同前註三四。