

檢析相對不起訴處分

李維宗*

目 次

壹、前言	肆、再議之提起
貳、刑事訴訟法第 253 條	伍、相對不起訴處分之效果
參、刑事訴訟法第 254 條	陸、不起訴之實體確定力—代結語

中文關鍵詞：相對不起訴處分、微罪不舉、相對不起訴處分之效果、再議、不起訴之實體確定力

Key Words : relative nonprosecution (die relative Einstellungsverfügung; Opportunitätsprinzip), nonprosecution of misdemeanor (Einstellung wegen Geringfügigkeit); effects of relative nonprosecution (die Wirkung der relativen Einstellungsverfügung); appeal against nonprosecution (Einstellungsbeschwerde); material finality of nonprosecution (die materielle Rechtskraft der Einstellungsverfügung)

* 僑光技術學院財經法律系副教授；德國慕尼黑大學法學博士。衷心感謝匿名審稿委員提供諸多寶貴意見，對本文之補充助益不少。
投稿日期：96年7月17日，審查通過日期：96年9月27日。

中文摘要

本文主要是針對我國刑事訴訟法第 253、254 條所規定之相對不起訴處分，檢視分析其要件，並對實務與學說見解上的歧異，提出本文的看法，以供作日後修法之參考建議。其次，本文對提起再議，尤其是對再議權人所衍生的問題，也一一分析，並主張修法時，增列被告及移案之司法警察（官）之再議權。再者，本文對現行刑事訴訟法所規定之相對不起訴效果，諸如：第 253、253-2、256、259、259-1 等條文，也做了深入檢討分析。最後，本文以不起訴處分是否應有實體確定力，來做總結，以期學說與實務再次思考此一關於不起訴處分之重大議題。

Abstract

The primary purpose of this study is to evaluate and analyze essentials of “relative nonprosecution” regulated by Articles 253 and 254 in criminal procedure law of the Republic of China and then provide viewpoints on discrepancies between the practice and the academia. Hopefully, these viewpoints can aid future amendment. The secondary aim is to explore problems resulting from “appeal against nonprosecution” and propose adding rights of “appeal against nonprosecution” respectively for the accused and the judicial police to whom a case is transferred when relevant articles are amended. Also, this study examines and discusses

in depth effects of “relative nonprosecution” in the current ROC criminal procedure law, such as Articles 253, 253-2, 256, 259, and 259-1. Lastly, the study probes and poses questions on “material finality of nonprosecution.” Hopefully, they can inspire both the practice and the academia to re-ponder over the significant issues related to nonprosecution.

壹、前言

依我國現行刑事訴訟法之規定，檢察官偵查終結，除有移轉偵查（刑事訴訟法 250 條）、停止偵查（刑事訴訟法 261 條）之情形外，應為起訴（刑事訴訟法 251 條）、不起訴（刑事訴訟法 252、253、254、255 I 條）或緩起訴（刑事訴訟法 253-1 條）之處分，起訴又可分依通常程序提起公诉（刑事訴訟法 264 條）及聲請簡易判決處刑（刑事訴訟法 451 條），而不起訴則分為絕對不起訴以及相對不起訴兩者，後者一般指的是（1）微罪不舉：亦即檢察官對於本法第 376 條所規定之案件，並參酌刑法第 57 條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分（刑事訴訟法 253 條）。此外，現行證人保護法第 14 條第 2 項規定¹，亦屬法

¹ 對於證人保護法第 2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，固得減輕或免除其刑（證人保護法第 14 條第 1 項）。然其「被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之共犯。但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第 2 條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危

律有特別規定得為不起訴處分之事由，因而「得準用刑事訴訟法（即本法）第 253 條第 2 項、第 3 項、第 255 條至第 260 條之規定」²（證人保護法 14 條 4 項）；另依少年事件處理法第 67 條第 1 項規定，檢察官依偵查之結果，對於少年犯最重本刑五年以下有期徒刑之罪，參酌刑法第 57 條有關規定，認以不起訴處分而受保護處分為適當者，得為不起訴處分，移送少年法院依少年保護事件審理…。以及（2）於執行刑無實益之不起訴：亦即被告犯數罪時，其一罪已受重刑之確定判決，檢察官認為他罪雖行起訴，於應執行之刑無重大關係者，得為不起訴處分（刑事訴訟法 254 條）。

就法務部統計近五年來之資料分析，檢察機關為簡化訴訟程序及減輕訟累，有減少依通常程序偵結起訴，而增加聲請簡易判決及緩起訴處分及不起訴之趨勢，其中由於 2002 年緩起訴之實施，職權不起訴部分則逐年下滑中³。雖然如此，卻未見有人倡議廢相對（職權）不起訴，僅保留絕對不起訴及緩起訴，可見相對不起訴有其存留價值。雖就刑事訴訟法第 253 條相對不起訴處分與緩起訴之要件相較，多有重疊之處。然而，前者對被告而言，仍有期間利益，卻是不爭

害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分」（證人保護法第 14 條第 2 項）

² 刑事訴訟法第 253 條於 2002 年修法已刪除第 2 項與第 3 項。證人保護法第 14 條第 4 項未同時修正。

³ 以偵結件數有犯罪嫌疑者為分母，依職權不起訴處分為分子算出百分比，2002 年占 6.8%；2003 年占 5.6%；2004 年占 4.8%；2005 年占 3.3%；2006 年占 3.2%。請參考法務部下列網址：
<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/t06.pdf>

事實。

從德國刑事訴訟制度演進的歷程來看⁴，1877年制定帝國刑事訴訟法（ReichsStPO），反映歐洲古典時期以來之應報與絕對正義的理念，以檢察官代表國家追訴犯罪，為免檢察官擅權，因而確立了法定的起訴與不起訴原則。1924年修訂刑事訴訟法時，也深受封·李斯特（Franz von List）特別預防理論的影響，加入微罪不起訴（§ 153 StPO）及對刑罰無關輕重之不起訴（§ 154; 154a StPO）。1975年又擴大起訴便宜原則的適用，參考刑法緩刑制度，增訂暫緩起訴規定（§ 153a StPO）。我國刑事訴訟法修法也是隨著此一潮流次第而行。

本文主要是針對前述（1）及（2）之刑事訴訟法所規定之相對不起訴（不含緩起訴部分）做檢視分析，內容包含其要件、再議之提起、及不起訴確定之效力。

貳、刑事訴訟法第 253 條

亦即微罪不舉⁵之案件，依現行刑事訴訟法第 253 條規定：「第 376 條所規定之案件，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項認為以不起訴為適當者，得為不起訴處分。」⁶，依本

⁴ 參王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴－從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月，頁 55-69。

⁵ 論者有謂本條於 84 年 10 月前，僅以刑法第 61 條所列各罪之案件為適用範圍，經修正放寬後，仍以「微罪」相稱，並不恰當。參朱石炎，刑事訴訟法（上），三民書局，2006 年 11 月修訂四版，頁 291。

⁶ 何為微罪？係屬刑事立法政策問題。1995 年 10 月 20 日修正前係以刑法第 61 條所列各罪之案件為微罪案件。

條所列要件檢析如下：

一、屬刑事訴訟法第 376 條之案件：如不屬第 376 條所規定之案件，檢察官即無斟酌之權。但是否為第 376 條之案件，當然由檢察官認定。雖然不起訴處分確定是否應有實體確定力，或有爭論，此部分容後敘述。但是由於刑事訴訟法第 260 條之規定，吾人卻不得不採肯定見解，這也是解釋檢察官處分相對不起訴的關鍵。就此，衍生下列問題：

(一)、此必係檢察官偵查終結，依所得證據自由心證的結果。所憑之證據是否有證據能力應由檢察官依刑事訴訟證據罪章及證據法則認定，除遵守偵查不公開之原則（刑事訴訟法 245 條參照）外，仍應依嚴格證明之⁷。

(二)、依學理說明，國家機關發動特定訴訟行為有不同的嫌疑門檻要求⁸，而確定之相對不起訴處分因為有實體確定力，本文認為應與免刑之有罪判決相仿，蓋其具備訴訟要件，而因刑罰預防目的觀，賦予檢察官裁量權限，此與有罪

⁷ 或以為檢察官追訴權消極的不行使，非屬依訴訟程序確認刑罰權之有無，不應將證據裁判主義的核心——嚴格證明的規範適用及於此。然而本文認為刑事訴訟法 § 154 II 規定「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實。」之證據裁判主義在適用上，當然應包括與裁判有相同效果之實體確定力之相對不起訴處分，否則，檢察官憑何認定犯罪事實？又其核心之嚴格證明係指犯罪事實之證明，必須具有證據能力且經過合法調查程序，方得採為證據。而偵查程序不公開（§ 245 I），檢察官如何適用嚴格證明的程序以認定犯罪事實，進而裁量不起訴，是值得研究的議題。

⁸ 例如對 § 228 I 係簡單的開始嫌疑；對如 § § 122 I、205 之 2 強制處分之通常要求；§ 251 I 之足夠犯罪嫌疑＝有罪判決之高度可能；§ 299 I 有罪判決之確信＝毫無合理的懷疑。以上引用自林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），元照出版有限公司經銷，2004 年 9 月 4 版，頁 10，圖表 14-3。

判決但具備相對免除其刑事事由⁹，取決於法官之裁量相似，因此本文認為檢察官依證據應達到毫無懷疑的心證，始可認定其屬於第 376 條之案件，也才能進行其他要件之審查，否則，如無足夠的犯罪嫌疑則應為絕對不起訴；如有足夠的犯罪嫌疑但未達確信時，本文主張應為起訴之處分，由法院視其是否符合刑法第 61 條要件，而為免除其刑之判決，似較妥適¹⁰。換言之，微罪不舉首應具備訴訟要件並經認定確屬第 376 條之案件，檢察官才有審酌是否為不起訴處分之餘地。

(三)、第 376 條所規定之微罪，係不得上訴第三審之案件，其第 2 款係以罪名為區隔，較無疑義¹¹。第 1 款以「刑」為區隔，規定「最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。」，通說與實務對此皆認為行為人苟犯有加重其刑之規定，應視其為「刑法分則之加重」或「刑法總則之加重」而異其處理：在刑法分則之加重，無異為法定刑之延長，必須列入最重本刑之計算，例如刑法第 134 條、第 280 條等規定即為加重本刑，而延長其法定本刑；至於刑法總則之加重，屬法官裁量刑之加重，並非法定本刑之延伸，不必列入

⁹ 例如：刑 § § 16 後、23 但、24 I 但、27、61、102、122 III 但、154 II、166、167、172、275 III、324 I、338、343、35。

¹⁰ 緩起訴處分要件「死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」之認定，本文亦同此主張。亦即，本文認為檢察官依證據應達到毫無懷疑的心證，始可認定為所符合之罪，才能審酌是否緩起訴。

¹¹ 此以罪名為標準，縱或有法定原因之加重，亦不受影響。但是否為此處 2-7 款之罪名非無爭議，其中如第 2 款所列刑法第 320 條之“竊盜罪”是否排除該條第 2 項之“竊佔罪”？本文採肯定見解，蓋此處係以罪名而非純以所列法條為準。

本款最重本刑之計算。然而，細查刑法總則與分則條文加重其刑之規定用語：刑法總則僅有累犯之加重，其用語為「加重“本刑”至二分之一」，屬必加之規定；而刑法分則除刑法第 116 條之「加重“刑”至三分之一」，屬得加之規定¹²外，其餘均為「加重“刑”至二分之一」¹³，屬必加之規定，在法條用語上無法導出通說見解，而實務見解¹⁴以「…罪名之重輕，係以所犯法條規定之本刑為其標準…刑法分則之加重減輕，因屬法定本刑之規定…刑法總則之加重，則屬科刑之範圍，於法定本刑之輕重不生影響…」，並不分必加、必減¹⁵與得加、得減，只以總則加重減輕或分則加重減輕為區分，似有商榷餘地。事實上，通說及實務見解影響最大者在於附屬刑法及特別刑法的適用解釋問題，例如原兒童福利法第 43 條第 1 項前段所為：「利用或對於兒童犯罪者，加重其刑至二分之一」之規定，實務曾認係屬刑法分則加重之性質，非僅單純之刑度加重，其構成要件亦與常態犯罪之罪型不同¹⁶，亦有認為此係概括性之加重規定，所有罪名均一體

¹² 按純依本條加重，不至產生原罪最重法定刑為三年以下有期徒刑，而加重後最重法定刑超過三年有期徒刑之罪。

¹³ 按有刑 § § 134、264、270、280、318-2、361 以及刑 § § 170、204 II、231 II、231-1 III、232、250、296-1 III、296-1 V、295、303。惟僅有前者（刑 § § 134、264、270、280、318-2、361）才有可能產生原罪最重法定刑為三年以下有期徒刑，而加重後最重法定刑超過三年有期徒刑之罪。

¹⁴ 94 年台上 67 判例，此轉引自林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2006 年 9 月，頁 579，註 64。

¹⁵ 如以本文見解不分總則與分則，而以必加與必減後是否為最重本刑為三年以下有期徒刑為刑事訴訟法第 376 條第 1 款之罪，總則必減情形只有中止犯（刑 § 27）才有可能發生原係最重法定刑超過三年有期徒刑，而減輕後最重法定刑為三年以下有期徒刑之罪。

¹⁶ 91 年台上 47 判例轉引自林國賢、李春福合著，刑事訴訟法論，三

適用，並非僅限於特定之罪名。舉凡得「對兒童」犯之罪（例如對兒童犯傷害、竊盜、妨害自由……等罪），理論上亦得「利用兒童」為之，亦即前者重疊於後者，均應依上開規定加重其刑，兩者並無不同（僅同條項但書「但各該罪就被害人係兒童已設有特別處罰規定者，不在此限」部分，予以排除而已），應認為相當於刑法總則加重之性質，不宜將「利用兒童」犯罪、「對兒童」犯罪，予以分割為「總則加重」、「分則加重」¹⁷。最終實務採：刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童福利法第 43 條第 1 項前段，其中利用兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至對兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質¹⁸。是故 92 年 5 月 28 日公布之兒童及少年福利法第 70 條第 1 項規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。」解釋上，前段教唆、幫助或利用兒童犯罪，是屬於刑法總則之加重；後段「故意對其犯罪者」，為刑法分則的加重。另少年事件處理法第 85 條及組織犯罪條例第 5 條之規定，實務見解認係刑法總則之加重¹⁹。本文認為此處區分總則與分則之加重

民書局，2006 年 1 月初版，頁 94。

¹⁷ 最高法院 92 年 1 月 7 日刑庭總會之甲說。

¹⁸ 最高法院 92 年 1 月 7 日刑庭總會決議乙說。

¹⁹ 69 台上 3254 判例「按刑法總則加重與分則加重之區別，在於分則加重係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重處罰，而成立另

減輕，而異其處理，並無法律根據，而不論總則與分則，遇必加必減之規定時，就應該為加重或減輕後比較適用刑事訴訟法第 376 條第 1 款，遇得加、得減之規定，則毋庸理會，似較合理。也不至發生如上附屬刑法或特別刑法，遇有加重事由的解釋問題。縱使維持通說及實務現今之見解，原法定最重本刑係三年以下之罪，但遇有總則之加重事由，最重本刑超過三年，雖仍係刑事訴訟法 376 條第 1 款之罪，但仍不宜予微罪不舉，蓋其不應通過其他要件之審核。

二、參酌刑法第 57 條事項裁量之：為符合訴訟之目的、適應刑事政策之要求，外國法例亦多肯定檢察官對於犯罪需否追訴具有裁量權²⁰，這是國家機關對於犯罪人「哀矜勿喜」的態度²¹。雖係本法第 376 條所規定之案件，其應否為不起訴處分，尚應參酌刑法第 57 條『所列事項』，綜合衡量之。惟與第 253 之 1 規定相比，緩起訴處分除參酌刑法第 57 條所列事項外，還要審酌是否涉及公共利益之維護。依新修正刑法第 57 條規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審

一獨立之罪。少年事件處理法第 85 條所定加重處罰，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，該條所定『成年人』係年齡狀態，而非身分條件，與刑法第 134 條有別。因此，應認其為相當於總則之加重。」；94 台上 67 判例「……組織犯罪防制條例第五條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第五十五條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重，乃屬科刑之範圍……」。

²⁰ 參朱石炎，檢察官裁量不起訴之研究，法令月刊 42 卷 5 期，1991 年 5 月，頁 16 以下；林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版公司，2007 年 2 月，頁 28。

²¹ 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南圖書公司，2007 年 1 月，頁 495。

酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」，微罪不舉審酌所列一至十款，所側重者乃特別預防目的；而緩起訴則需並重審酌特別預防目的與一般預防目的。此或許在檢察實務上將微罪不舉與緩起訴處分均依『一切情狀』加以審酌，但從條文規定觀之，不得不做如上解釋。再從前述德國刑事訴訟制度演進的歷程來看，1924年修訂刑事訴訟法時，加入微罪不起訴（§ 153 StPO）及對刑罰無關輕重之不起訴（§§ 154、154a StPO），也是深受封·李斯特（Franz von List）特別預防理論的影響。復參照台灣高等法院檢察署暨所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點第四點規定：「檢察官偵辦得依職權為不起訴處分案件，有左列情形之一者，宜依職權為不起訴處分：（1）年齡未滿 18 歲或已滿 70 歲者。（2）身患痼疾或重病或殘障之人不適用於執行刑罰者。（3）精神耗弱者²²。（4）婦女懷胎五月以上或生產未滿二月者。（5）告訴人或被害人免罰者。（6）依法得減輕或免除其刑者。（7）基於義憤而犯罪者。（8）因過失犯罪，認為不執行刑罰，已足收矯治之效者。（9）間接幫助犯罪者²³。（10）自首或自白犯

²² 依刑法第 19 條第 2 項修正前後規定對照，「精神耗弱」已修正為「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者」而言，係總則得減事由。

²³ 此處間接幫助，是否指幫助幫助犯？不得而知。

罪，且態度誠懇或因而查獲其他共犯或重要物證者。(11) 非告訴乃論之罪經與被害人和解；或告訴乃論之罪，已賠償損害，而告訴人未表示撤回告訴者。(12) 現在就學中而犯罪情節輕微者。(13) 5年以內未曾受刑事處分而偶觸刑章，情節輕微，無再犯之虞者。(14) 外國人或居住國外之華僑旅行過境或因特定目的暫時拘留而犯罪。(15) 直系血親、配偶、同財共居之親屬或其他5親等內血親或3親等內姻親之間犯罪，情節輕微者。(16) 依其他情況認以不起訴處分為適當者。」第5點規定：「案件具有左列情形之一者，不宜依職權為不起訴處分：(1) 扣押物無法為妥適之處理者。(2) 告訴乃論之案件，未成立和解者。(3) 侵害智慧財產權者。(4) 犯罪行為嚴重侵害個人法益，影響社會治安或國家利益者。(5) 斟酌被告性格、品行、生活經歷，犯罪情狀及犯罪後之態度，認被告有再犯之虞或非受刑之執行不足收矯治之效者。」，應行注意要點第四點考慮的幾乎都是特別預防目的；第五點則考慮到一般預防目的。然應行注意要點畢竟是行政命令²⁴，不得牴觸刑法與刑事訴訟法之規定（中央法規標準法第11條之規定參照）。參照通說綜合刑罰理論的見解，刑罰應兼具報應、威嚇與教化等目的²⁵。因此，檢察官為裁量不起訴時審酌的事項並不止於刑法第57條「所列事項」，而應審酌「一切情狀」，考慮特別預防與一般預防之目的。此未來修正刑事訴訟法第253條時，宜明定考慮特

²⁴ 按中央法規標準法第3條之規定，並無「要點」之名稱，則「台灣高等法院檢察署暨所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點」應依規定正名，以符法制。

²⁵ 參林山田，刑法通論（下冊），臺大法學院圖書部，2005年9月版，頁41-417；480-484。

別與一般預防之法意。此觀之德國刑事訴訟法第 153 條第 1 項前段規定，對於輕罪（Vergehen），在行為人罪責輕微且無追訴之公共利益條件下，檢察官可以取得法院之同意，裁量不起訴。以罪責輕微性及公益為綜合考量，亦為達成特別預防與一般預防之目的²⁶，可供參考。

參、刑事訴訟法第 254 條

一、本條所謂於「應執行之刑」無重大關係，所指為何？與刑法第 51 條數罪併罰之「定其應執行者」²⁷、第 53 條之「定其應執行之刑」是否同義？換言之，刑事訴訟法第 254 條所要處理的是不是「狹義數罪併罰」²⁸，即「裁判確定前犯數罪者」，其中一罪已受重刑之確定判決，檢察官得就他罪裁量不起訴的問題？至於不符合刑法第 50 條之情形者，既不生定執行刑之問題，即無此處裁量不起訴之適用²⁹？抑或如論者所主張，於重刑裁判確定後犯他罪者，本應合併執行其宣告之刑，但就刑事訴訟法第 254 條所規定之要件，只須認他罪起訴，於應執行之刑無重大之關係，亦得適用之³⁰？就法條用語之一致性，似乎以前說為當，但就刑事訴訟

²⁶ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, neubearb. Aufl. 45, § 153, Rn. 7, S. 579.

²⁷ 至於裁判確定後發覺餘罪，究屬定執行刑或合併執行刑，也有爭議，請參林山田，同前註 25，頁 298-299。惟非本文討論之重點，故略而不論。

²⁸ 廣、狹義數罪並罰的名稱爭議請參甘添貴，罪數理論之研究，元照出版公司，2006 年 4 月，頁 281-283。

²⁹ 參朱石炎，同前註 5，頁 290。

³⁰ 參褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），台灣商務印書館，2001 年 9

法第 254 條立法目的，係從刑事政策及訴訟經濟立場予以衡酌，故本文贊同後說。嗣後似可考慮修正刑事訴訟法第 254 條為「……於原確定判決之應執行刑無重大關係者，……」，以杜爭議。

二、至於何謂「無重大關係」？教科書所舉之例大底上是以其一罪已受死刑、無期徒刑或三十年有期徒刑之確定判決，而他罪係有期徒刑之罪，依刑法第 51 條數罪併罰之規定，他罪得認定為無起訴實益，而裁量不起訴，此乃屬重刑依法不能再加重者³¹，另有論者以其一罪已受十年以上徒刑之判決確定，而他罪法定刑為一年以下，亦屬無起訴之必要，此屬於他罪起訴，與應執行之刑，無甚出入者³²。本文認為檢察官依刑事訴訟法第 254 條裁量不起訴時，除應為訴訟經濟之考量外，仍應依刑事政策，對犯罪惡害之公正報應、一般預防以及特別預防目的併合審酌他罪之不起訴是否「於應執行刑無重大關係」。具體而言，除訴訟經濟為主要之考量外，他罪之不起訴是否衡平被害人之心理、對社會大眾有無影響、前重刑之確定判決對被告是否足以達到教育效果…等等綜合判斷「於應執行刑」有無重大關係，尤其在重刑裁判確定後犯他罪之情形，更應如此審酌，以決定是否不起訴。

三、至於他罪是否有刑事訴訟法第 254 條不起訴之情形，當以偵查終結時審慎認定，此在他罪經不起訴處分確

月版，頁 433。

³¹ 褚劍鴻，同前註，頁 432；另參張麗卿，同前註 21，頁 495；黃朝義著，刑事訴訟法，一品文化出版社，2006 年 9 月版，頁 290-291。

³² 褚劍鴻，同前註 30，頁 432-433。

定，而重罪確定判決受赦免者，則被告就此脫免刑責，究非衡平之理。雖然此種情形鮮少發生，但非不可能發生，論者謂解決之道，係將赦免視為發現新事實，得依刑事訴訟法第 260 條第 1 款，再行起訴，但有反對見解³³。

肆、再議之提起

依刑事訴訟法之規定，得提起再議之情形有三：一為告訴人對不起訴或緩起訴，除事先同意外，得提起再議（刑事訴訟法 256 條 1 項）；二為無告訴人時，重大案件因罪嫌不足或緩起訴之案件，原檢察官依職權再議（刑事訴訟法 256 條 3 項）；三為被告對撤銷緩起訴處分之聲請再議（刑事訴訟法 256-1 條 1 項）。本文係針對相對不起訴做探討，即前述一之部分，並比較二、三部分，檢視分析現行刑事訴訟法之規定。按檢察官為相對不起訴處分，只有告訴人得提起再議，因此可能產生以下問題：

一、稱「告訴人」實務上是指有告訴權且實行告訴者而言（25 年院字 1576），文獻上則指已實行告訴之人，不以有告訴權人為限，爭論之實益在於檢察官以無告訴權處分不起訴，該告訴之人得否提起再議³⁴。為保障告訴人權益，當以後說為當，何況問題的癥結正是有無告訴權。

二、依刑事訴訟法之規定，告訴權人除刑事訴訟法第

³³ 褚劍鴻，同前註 30，頁 434。書中另列消極說，謂事後之赦免係法律之變更，不能因判決後法律行為不罰，而視為新事實再行起訴。

³⁴ 參林鈺雄，同前註 14，頁 79。

234 條專屬告訴權外，是以被害人以及與被害人有特定關係之人為限（刑事訴訟法 232、233、235 條參照），因此對「被害人」的解釋至為重要，通說及實務見解，是指因犯罪而直接受有損害之人，而不包括間接或附帶受害者³⁵，至於直接與間接被害，實務係以個人、國家、社會法益為區別標準，大致而言，排除單純以國家與社會法益受侵害之罪，單以個人法益或兼以個人法益或個人法益同時受侵害者，該被害人得為直接被害人，但是實務運作對「直接被害人」的解釋上仍不明確，以致遭受「籠統而恣意」之批評³⁶，本文對此不加詳論，但也認為實務應該放寬對被害人的解釋，甚至應包括間接被害人，此不僅符合其他相關條文之文義³⁷，讓因犯罪而受侵害者有請求追訴之機會，同時對檢察官為不起訴處分也有表達不服的權利，如此也能提高人民對司法之信賴。

三、另外，本文亦主張立法上可以考慮給予被告及移送案件之司法警察（官）提起再議之權，或許論者將質疑，受緩起訴或職權不起訴之被告，並無受到任何不利益，何以給予再議之權？然而，是否受到不利益，被告知之最稔，有權斟酌並表達意見，當非他人所可左右決定，若依本文前述觀點，職權不起訴以及緩起訴係以確認被告之犯行為前提條件，除非被告自白或為緩起訴及職權不起訴前已得到被告同意，否則，被告最希望者，應屬還其清白，以避免其名譽受損之絕對不起訴。而且讓被告有權再議，無形中也促使檢察

³⁵ 參院字 1324 號解釋及 20 年上字 55 號判例。

³⁶ 參林鈺雄，同前註 14，頁 37。

³⁷ 此觀之刑事訴訟法 §323I 但書：「但告訴乃論之罪，經『犯罪之直接被害人』提起自訴者，不在此限。而第 232 條只稱犯罪之『被害人』，解釋上包括間接被害人，符合條文文義。」

官更謹慎認事用法，減少因為模稜兩可而緩起訴或為職權不起訴的可能性。又因類此案件，被告提起再議之情形應不多見，不至於增加檢察官之負荷，此在我國檢察官為職權不起訴以及緩起訴之處分並未如德國以得到法院同意為條件，因此，給予被告、告訴人以及移案之司法警察（官）均有再議之權，隱意偵查階段應形成單方公權力之不真正三面關係，此在我國不起訴與緩起訴有實質確定力之制度設計上，尤具意義。再者，本文主張移送案件之司法警察（官）也應該給予提起再議之權，除希望在偵查階段形成上述單方公權力之不真正三面關係，以便對檢察官消極不行使訴權稍有節制（此在無告訴人之案件更應如此）外，在我國實際犯罪案件之調查，往往以司法警察（官）為第一線，雖然依刑事訴訟法之規定，偵查階段以檢察官為主體，司法警察（官）則定位為偵查輔助機關（參刑事訴訟法 § § 229~231），但其對案情瞭解不見得少於檢察官，再加上檢察官有退案審查權（參刑事訴訟法 § 231-1），是故，當案件偵查終結，檢察官為不起訴（此處包括絕對不起訴與相對不起訴）與緩起訴處分，移案之司法警察（官）應有提起再議，以列述理由表示不服之實益。或以為司法警察（官）為偵查之輔助機關，理應受檢察官偵查之命令、指揮或協助其偵查，因此，將檢警關係以上下服從之行政關係視之，對於檢察官不起訴處分不服，可循行政申訴管道進行，不應予以提起再議之權³⁸。然而本

³⁸ 此意見承蒙法學先進於本文在 96 年 04 月 28 日由台灣刑事法學會、台灣法學會刑事法委員會、東海大學法律系、台灣台中地方法院檢察署主辦之「刑事訴訟起訴裁量制度之探討」學術研討會，假東海大學發表時所提出，藉此特表感謝之意。

文以為，第一，“申訴”並無法定效力，不足顯示司法警察（官）實際參與偵查並對不起訴處分結果有異議之權。第二，實際參與偵查之司法警察（官），雖係偵查輔助機關，但與檢察官同屬刑事訴訟法第二條之實施刑事訴訟之公務員，其就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。第三，再議提起之主要目的，在於經由原檢察官及上級法院檢察署檢察長再次檢視不起訴處分有無不當之處，其共同目標都在發現真實，實現正義。因此，讓司法警察（官）有再議權之主張，不應遭破壞行政倫理的批評。又或以訴訟法的法理之一——有權利即有救濟，而司法警察官依刑事訴訟法第 229 條規定將調查結果移送該管檢察官，乃其法定義務，在法理上對檢察官追訴權之行使應無聲明不服之權利，更何況如因警察人員蒐證不足，致檢察官為不起訴者，竟又容許警察有再議之權，將陷權責於不分，且實際上將使受不起訴之被告處於更不利之地位…，固非無見。然本文以為有權利即有救濟，在邏輯上並不能因此導出救濟者必為有權利者，此觀之如刑事訴訟法第 345 條之規定賦予被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益而獨立上訴之權，亦可窺知得由立法決定孰得為救濟者，其考量端在達成刑事訴訟之目的。再者，如因司法警察官（官）蒐證不足，檢察官尚得依刑事訴訟法第 231 之 1 條命司法警察官（官）補足或再調查，倘窮盡調查能事，而無法起訴或為職權不起訴，移案之司法警察（官），如何能詳備理由而提起再議？此外，本文認為如案經檢察官主動偵查而為不起訴處分時，應無許司法警察（官）有置喙餘地，是本文以移案之司法警察（官）始有提起再議之權，為立法建議。附帶一提，有再議權不見得同時給予交

付審判之聲請權，本文即認為，移案之司法警察（官）雖應有再議權，卻不必賦予其聲請交付審判權，畢竟經過原檢察官及上級法院檢察署檢察長再次檢視不起訴處分有無不當之處後，移案之司法警察（官）再聲請交付審判，似有違行政倫理。附此說明，本文對再議權人的立法建議也可提振司法警察（官）打擊犯罪的士氣，更可以提高其研究刑事法學，尤其是刑事程序上法定的注意義務；而檢察官方面因為多了實際上參與辦案者再議的可能性，理論上，對是否做出不起訴或緩起訴，應該更能通盤考量，而做出符合特別預防與一般預防的目的的處分。

四、依現行刑事訴訟法之規定，檢察官在不起訴、緩起訴或撤銷緩起訴處分書上，除處分前經告訴人或告發人同意，得僅記載處分之主旨外，理應詳載其理由（參照刑事訴訟法 255 條 1 項），有權提起再議者才可以據此敘述不服之理由聲請再議，此處所謂不服之理由，並無限制，例如：不起訴或緩起訴處分認事用法有誤、處分書不載理由或所載理由矛盾；就微罪不舉而言，是否屬刑事訴訟法第 376 條之案件、檢察官審酌之情狀及裁量當否；就刑事訴訟法第 254 條而言，他罪之認定、於應執行之刑是否無重大實益？均可為提起不服之理由。

伍、相對不起訴處分之效果

於此，檢析下列各點：

一、修正前之刑事訴訟法第 253 條第 2 項至第 4 項規定：「檢察官為前項不起訴處分前，並得斟酌情形，經告訴

人同意，命被告為左列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之慰撫金。前項情形，應附記於不起訴處分書內。第 2 項第 3 款並得為民事強制執行名義。」；其立於刑事政策觀點，除因被告所犯輕微……等情，對被害人如已道歉賠償，應報感情可獲紓解，為避免短期自由刑之弊，得對被告裁量不起訴。然而於 92 年 2 月 8 日修正刑事訴訟法時，為彰顯「微罪不舉」與「緩起訴」之區別，在為緩起訴處分時，得同時宣告諸如道歉、立悔過書、賠償、治療等各種條件（刑事訴訟法 253-2 條），而刪除微罪不舉所附加條件，使得其背後所蘊含的刑事政策意義，受到藐視³⁹。本文也同意論者主張，要區別「微罪不舉」與「緩起訴」二者，應從二者之適用要件及目的來區別，而並非一定要刪除原來之附加條件不可⁴⁰。又觀之刑事訴訟法第 256 條第 1 項但書規定，「微罪不舉」與「緩起訴」如曾經告訴人同意，不得聲請再議。此處之「同意」，在對「緩起訴」固然可解為告訴人接受刑事訴訟法第 253 之 2 條所列條件後之同意，而「微罪不舉」之「同意」所指為何？係指告訴人只能無條件同意？或誇張點講，是指同意處分書得僅記載要旨（刑事訴訟法 255 條 1 項但書），就不得聲請再議嗎？條文文義不明，顯而易見。

二、依刑事訴訟法第 259 條之規定，不起訴或緩起訴後，對羈押之被告，視為撤銷羈押，檢察官應將被告釋放，並應即時通知法院。而對扣押物應即發還，但法律另有規

³⁹ 黃東雄、吳景芳合著，刑事訴訟法論（上），三民書局，2006 年 9 月修訂六版，頁 232。

⁴⁰ 黃東雄、吳景芳，同前註，頁 233。林俊益，同前註 20，頁 84。

定、再議期間內、聲請再議中或聲請法院交付審判中遇有必要情形，或應沒收或為偵查他罪或他被告之用應留存者，得不發還。其中「法律另有規定」，乃指刑事訴訟法第 259 之 1 條之規定：「檢察官依第 253 條或第 253-1 條為不起訴或緩起訴之處分者，對供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，得單獨聲請法院宣告沒收。」，蓋此時案件並未起訴，法院無從依刑法之規定宣告沒收（刑法 38 條 1 項⁴¹），又非違禁物，亦不得單獨宣告沒收（刑法 40 條 2 項），故 92 年 2 月 8 日修正刑事訴訟法時，增列此得單獨聲請法院宣告沒收之規定。然而同是裁量不起訴的刑事訴訟法第 254 條如遇同樣情形，則不得聲請單獨宣告沒收，應為法律漏洞，如果又無法依據刑事訴訟法第 259 條但書之其他情形沒收或留存時，勢必依前述台灣高等法院檢察署暨所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點第五點之（1）「扣押物無法為妥適之處理者」，不宜依職權為不起訴處分。果真如此當非刑事訴訟法第 254 條為達訴訟經濟之立法本意。

陸、不起訴之實體確定力—代結語

不起訴處分之確定應否具有實體確定力，毋寧是解釋不起訴處分諸多問題的關鍵。本文亦贊同學者檢討不起訴處分時，對其實體確定力所提出之質疑，包括顛覆控訴原則、違背權力分立關係、我國立法上甚至超越無罪判決之實體確定

⁴¹ 該條項第 3 款已增列「因犯罪所生之物」亦得沒收，刑事訴訟法第 259-1 條未配合修正。

力之不當、造成許多檢察官不敢放手為不起訴等等⁴²，同時筆者也建議立法上宜考慮取銷不起訴處分確定力之規定，若此，則上文許多解釋，也必須變更，例如是否認定為刑事訴訟法第 376 條之案件，不須要達「確信」之程度，而只要與起訴一樣之心證（足夠犯罪嫌疑＝有罪判決之高度可能）即可；「被害人」之解釋，即便如我國實務上所採，限於直接被害人，也不至發生太大影響，因為不起訴處分確定，並無禁止再訴之效力。但就我國現行刑事訴訟法第 260 條之規定：「不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對同一案件再行起訴：一、發現新事實或新證據。二、有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形。」觀之，不起訴處分具實體確定力，確為不爭事實，但解釋上此僅限於與實體事項有關之不起訴且僅以「事實上」經實體不起訴之犯罪事實為限⁴³。本文前揭也以此為基礎檢析相對不起訴等相關問題。

縱使立法上維持不起訴處分之實體確定力，本文認為亦應重新檢討擴大再行起訴之事由，將上訴第三審之理由、聲請再審之理由、提起非常上訴之理由與偵查之性質相符者，均納入得再行起訴之事由，以減低甚至消除不起訴處分確定效力凌駕有罪判決確定效力之感。再者，即使解釋現行法第 260 條第 1 款之「新事實或新證據」，也無須與刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款與第 422 條第 3 款所謂「確實之新證據」做同樣解釋，本文對再審事由不加探討，而認為不起訴

⁴² 詳見林鈺雄，同前註 14，頁 86-87。

⁴³ 詳見林鈺雄，同前註 14，頁 83-85。

處分確定後再行起訴事由之「新事實或新證據」，係指舉凡足以動搖原處分之事實或證據，均屬之。即使是不起訴處分前，已經提出之證據，經檢察官調查斟酌者，亦得為再行起訴之理由（與 69 年台上第 1139 號判例見解相反），亦應包括原處分認定事實錯誤或援用法律違背規定等情形（與院解字第 3889 號【4】解釋部分見解不同），本文所持主要理由有二：一來刑事訴訟法並未如再審與非常上訴的啟動有一定程序，是否再行起訴，繫於檢察官之手，如果原處分憑以認事用法之事實有誤，當不能使檢察官視而不見。二來偵查與審判究有不同，不起訴確定與判決確定也不能等視。後者，法安定性（Rechtssicherheit）的考量至為重要，偵查階段則較重視真實發現與法定程序，是故，不起訴處分確定後如有足以動搖其確定力者，為真實發現，在檢察官重啟偵查後，仍應有再訴之可能才是。本文如此主張，已經偏向不起訴不應有實體確定力，亦為筆者所承認。

參考文獻

一、中文部分

1. 王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴－從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月，頁 55-69。
2. 甘添貴，罪數理論之研究，元照出版公司，2006 年 4 月。
3. 朱石炎，檢察官裁量不起訴之研究，法令月刊 42 卷 5 期，1991 年 5 月，頁 16-18。
4. 朱石炎，刑事訴訟法（上），三民書局，2006 年 11 月。
5. 林山田，刑法通論（下冊），臺大法學院圖書部，2005 年 9 月。
6. 林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版公司，2007 年 2 月。
7. 林國賢、李春福合著，刑事訴訟法論，三民書局，2006 年 1 月。
8. 林鈺雄，刑事訴訟法下冊，元照出版有限公司經銷，2004 年 9 月。
9. 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2006 年 9 月。
10. 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南圖書公司，2007 年 1 月。
11. 黃東雄、吳景芳合著，刑事訴訟法論（上），三民書

- 局，2006年9月。
12. 黃朝義，刑事訴訟法，一品文化出版社，2006年9月。
 13. 褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），台灣商務印書館，2001年9月。

二、外文部分

1. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, Neubearb. Aufl. 45.