

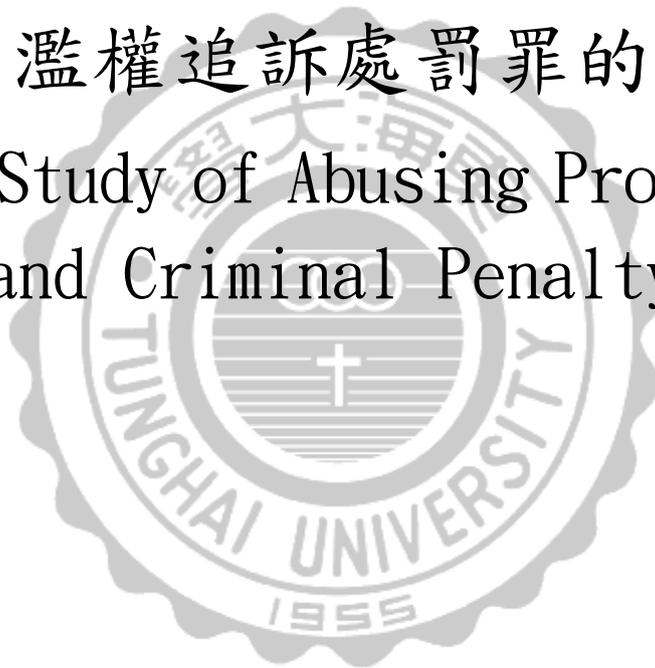
東海大學法律學院研究所

碩士論文

指導教授：高金桂 教授

濫權追訴處罰罪的探討

The Study of Abusing Prosecution
and Criminal Penalty



研究生：廖于禎

中華民國 103 年 1 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 廖子禎 君所提之論文：

濫權追訴處罰罪的探討

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

伍開遠

高金桂

柯耀權

103年 1月 8日

論文摘要

檢察官是刑事訴訟法上全程參予刑事程序者，因此在訴訟法上檢察官負有合法性義務以及客觀性義務加以制衡檢察權，並且立法者欲以刑法第 125 條作為規範檢察官嚴守法定原則的實體法上規範，而檢察一體則作為規範檢察權的內部監督機制。雖然以濫權追訴處罰罪係為防止檢察官濫權，但實務上對於檢察官或法官卻鮮少以本罪相繩，使濫權追訴處罰最的規定形同虛設，因此本文欲從濫權追訴處罰罪的作用、構成要件以及實際在實務運作上所碰到的問題加以分析論述之，並於最後提出未來修法的建議以作為解決方式。

關鍵字：濫權追訴、檢察一體、法定原則

謝 誌

能完成此本論文，首先應感謝指導教授高金桂老師，自大學開始修習老師的刑法分則起，便開啟我對刑法領域的興趣。進入研究所後，心中更是希望老師能擔任我的指導教授，幸運的獲得老師的首肯，從論文题目的訂定、論文架構和內容討論，給予我許多精闢寶貴的建議與指導；復承蒙口試委員柯耀程老師以及伍開遠老師能在百忙之中給予評點並加強論文的完整性，讓我有再深入思考的機會，由衷的感謝這三位老師所給予的指導。此外，感謝石佳立老師對於我論文的英文翻譯給予幫助，讓我的英文題目更臻完整，不致因為翻譯不當而貽笑大方，在此併予感謝老師的熱心協助。

感謝父母的辛勤拼搏，讓我在求學的過程中不致分心，在一步步成長的過程中給予最溫馨踏實的包容與支持，不論是過去或者未來，縱然有任何一點小小成就，也必然是歸屬於你們的。感謝弟弟分擔了許多生活中的瑣碎，年紀相近的我們，能如朋友一般分享最真實想法，能無畏又真誠的一同迎向未來，是我所珍惜的，謝謝你們。

感謝一路陪伴我的好友們，研究所裡頭的曉薈、俞均、鈴育、嘉微、吳政憲、李國仁、廖偉成同學們，謝謝你們陪我走過一個個的研究所報告、恐怖的研討會發表、興大圖書館裡寫論文的每一天、論文口試前的一次次練習，多謝你們的包容與陪伴，因為妳們，使我的研究所生涯增色不少，互相的砥礪與支持，將會使我們走向未來的腳步更加堅定。感謝我的好友阿碩、吳熊以及王 Pinky，在面對人生困境總有鑽牛角尖的時候，感謝你們總是不厭煩的提著燈一路領我走出死胡同。感謝鄭介勛同學，自大學階段起就受之於你太多，感謝你在忙碌自己論文的同時，仍對於我的論文給予許多資料蒐集與幫忙，謝謝你。感謝我的好朋友嘉倍佳，謝謝你之外還是謝謝，謝謝你的支持。

最後感謝系辦公室耀州學長、美蘭學姐、芳瑜學姐在我學習其間所給予的一切協助，併同感謝那些漏未提及之人，謝謝以上的你們，因為妳們，我才得以更好。

于禎 2013/1/14

簡目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法及範圍.....	3
第三節 論文之撰寫架構.....	4
第二章 檢察制度與檢察官之職權	7
第一節 檢察官制度概說.....	8
第一項 檢察官形成史的回顧.....	8
第二項 我國檢察官制度的沿革.....	11
第三項 檢察制度的目的.....	13
第二節 檢察官的職權行使.....	16
第一項 檢察官的職權.....	16
第二項 檢察官在訴訟法上的義務.....	24
第三節 小結.....	38
第三章 檢察權之監督制衡	41
第一節 檢察權之內部監督與制衡.....	41
第一項 檢察一體目的.....	41

第二項 檢察一體的行使及界限.....	46
第二節 檢察權之外部監督與制衡.....	60
第一項 程序法上之監督機制.....	61
第二項 實體法上之制衡機制.....	67
第三節 小結.....	74
第四章 濫權追訴處罰罪之構成要件.....	79
第一節 概說.....	79
第二節 立法沿革.....	80
第三節 客觀不法構成要件.....	87
第一項 行為主體.....	87
第二項 本罪之構成要件行為.....	93
第四節 主觀不法構成要件.....	107
第一項 濫用職權逮捕羈押罪.....	107
第二項 意圖取供而施強暴脅迫罪.....	108
第三項 故出入人罪.....	110
第五節 本罪之加重結果犯.....	112
第六節 小結.....	115
第五章 濫權追訴處罰罪實務上適用問題.....	119

第一節 救濟制度與本罪的關係.....	119
第一項 救濟制度的概說.....	119
第二項 訴訟制度的實務運作.....	121
第三項 實務運作分析及缺失補正.....	124
第二節 行為主體範圍之爭議.....	132
第一項 行為主體的範圍.....	132
第二項 行為主體應否擴及司法警察(官).....	133
第三項 本文見解.....	136
第三節 濫權追訴處罰罪之犯罪結構.....	143
第一項 檢察官範圍的定義.....	143
第二項 特別犯的共犯結構.....	144
第三項 限縮主觀構成要件下的爭議.....	145
第四節 小結.....	148
第六章 結論與建議.....	153
第一節 結論.....	153
一、 檢察一體作為內部制衡濫權效果不彰.....	153
二、 被害人界線不明導致救濟困難.....	154
三、 行為主體範圍過狹.....	155

四、 故出入人罪限於明知導致入罪率低.....	156
第二節 建議.....	156
一、 增強檢察官對於訴訟法上義務的遵守	156
二、 擴大被害人救濟制度.....	157
三、 擴張行為主體適格	157
四、 維持主觀構成要件的立法	158
參考文獻.....	161



詳目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法及範圍.....	3
第三節 論文之撰寫架構.....	4
第二章 檢察制度與檢察官之職權	7
第一節 檢察官制度概說.....	8
第一項 檢察官形成史的回顧.....	8
第二項 我國檢察官制度的沿革.....	11
第三項 檢察制度的目的.....	13
第二節 檢察官的職權行使.....	16
第一項 檢察官的職權.....	16
第一款 我國檢察官之職權.....	16
第一目 刑事訴訟法上之職權.....	16
第二目 刑事訴訟法以外之之職權.....	21
第二款 從聯合國檢察官角色指引看我國檢察官職權.....	21
第二項 檢察官在訴訟法上的義務.....	24

第一款 法定性義務	24
第一目 法定原則之緣起	24
第二目 法定原則之內容	26
第三目 法定原則面臨的困境與修正.....	27
第四目 以該「指引」看法定原則.....	32
第二款 檢察官之客觀性義務	33
第一目 客觀性義務的緣起.....	33
第二目 客觀性義務的規定和內涵.....	34
第三目 客觀性義務所面臨的困境.....	35
第四目 以該「指引」看客觀性義務.....	38
第三節 小結.....	38
第三章 檢察權之監督制衡.....	41
第一節 檢察權之內部監督與制衡	41
第一項 檢察一體目的	41
第二項 檢察一體的行使及界限.....	46
第一款 檢察行政事務指令權的行使及界限.....	48
第二款 檢察事務指令權的行使及界限.....	51
第一目 指揮監督權的行使及界限.....	52

一、偵查階段.....	52
二、起訴階段.....	54
第二目 職務收取權、移轉權的行使界限.....	57
第三目 檢察官違反上級指令的效果.....	59
第二節 檢察權之外部監督與制衡	60
第一項 程序法上之監督機制	61
第一款 發動偵查與強制處分	61
第二款 提起公訴或為不起訴或緩起訴處分	63
第一目 提起公訴	63
第二目 為不起訴或緩起訴之處分	65
第二項 實體法上之制衡機制	67
第一款 法定原則和濫權追訴處罰罪之關係.....	67
第一目 制裁關係	67
一、偵查法定原則.....	67
二、起訴法定原則.....	68
第二目 彰顯檢察官雙重性格.....	69
第二款 客觀性義務和濫權追訴處罰罪之關係.....	71
第一目 不以濫權追訴處罰罪制裁客觀性義務之違反	71
第二目 研議配套措施制衡客觀性義務	73

第三節 小結.....	74
第四章 濫權追訴處罰罪之構成要件.....	79
第一節 概說.....	79
第二節 立法沿革.....	80
第三節 客觀不法構成要件.....	87
第一項 行為主體.....	87
第一款 公務員為行為主體.....	87
第二款 職務犯罪主體的特性.....	89
第三款 具有追訴或處罰犯罪職務之公務員.....	90
第一目 追訴犯罪職務.....	90
第二目 處罰犯罪職務.....	92
第二項 本罪之構成要件行為.....	93
第一款 濫用職權逮捕羈押罪.....	93
第一目 濫用職權.....	93
第二目 逮捕或羈押.....	94
一、逮捕.....	94
二、羈押.....	95
第二款 意圖取供而施強暴脅迫罪.....	96

第一目 取供	97
第二目 強暴或脅迫	97
一、強暴	97
二、脅迫	98
第三款 故出入人罪	104
第一目 使無罪之人受追訴處罰罪	105
第二目 使有罪之人不受追訴處罰罪	105
第四節 主觀不法構成要件	107
第一項 濫用職權逮捕羈押罪	107
第二項 意圖取供而施強暴脅迫罪	108
第三項 故出入人罪	110
第五節 本罪之加重結果犯	112
第六節 小結	115
第五章 濫權追訴處罰罪實務上適用問題	119
第一節 救濟制度與本罪的關係	119
第一項 救濟制度的概說	119
第二項 訴訟制度的實務運作	121
第一款 濫用職權為逮捕羈押罪	121

第二款 意圖取供而施強暴脅迫罪	122
第三款 故出入人罪	123
第三項 實務運作分析及缺失補正.....	124
第一款 犯罪被害人的概念不明.....	124
第二款 本罪保護法益在光譜上的重新定位	126
第一目 濫用職權為逮捕羈押罪	127
第二目 意圖取供而施強暴脅迫罪	127
第三目 故出入人罪	128
第二節 行為主體範圍之爭議	132
第一項 行為主體的範圍	132
第二項 行為主體應否擴及司法警察(官).....	133
第一款 實務運作.....	133
第二款 學說見解.....	135
第三項 本文見解	136
第一款 自立法論觀之	136
第二款 從刑事訴訟法的角度觀之	138
第三款 從實務運作角度.....	139
第四款 行為主體應依不同行為態樣做不同規定	141
第三節 濫權追訴處罰罪之犯罪結構	143

第一項 檢察官範圍的定義.....	143
第二項 特別犯的共犯結構.....	144
第三項 限縮主觀構成要件下的爭議	145
第一款 限縮主觀構成要件之理由	145
第二款 限縮主觀構成要件產生的問題.....	146
第四節 小結.....	148
第六章 結論與建議.....	153
第一節 結論.....	153
一、 檢察一體作為內部制衡濫權效果不彰	153
二、 被害人界線不明導致救濟困難	154
三、 行為主體範圍過狹	155
四、 故出入人罪限於明知導致入罪率低.....	156
第二節 建議.....	156
一、 增強檢察官對於訴訟法上義務的遵守	156
二、 擴大被害人救濟制度.....	157
三、 擴張行為主體適格	157
四、 維持主觀構成要件的立法	158
參考文獻.....	161



第一章 緒論

第一節 研究動機

一切有權力的人都容易濫用權力，這是萬古不易的一條經驗。有權力的人會使用權力一直到遇有界限的地方才休止。

--孟德斯鳩(Montesquieu,1689-1755,法國啟蒙思想家)

宋宗儀，1994 年任職於雲林地檢署時，收受賄絡後，濫權不起訴在雲林虎尾鎮水玲瓏 KTV 殺人的槍擊要犯黃村，隔年在嘉義地檢署被指利用議長蕭登標的議會房間開賭場，1997 年向涉及賄選的王茂雄家屬索賄，收到賄款後，當日宋宗儀偵訊主動到案之王茂雄，隨後即稱全案已調查完畢，沒有串證可能，讓王茂雄以 200 萬元具保，2002 年調回台南地檢署，於收賄後對開槍傷人之入予以不起訴處分；徐維嶽，前雲林地檢署檢察官，自 2000 年起陸續藉辦案機會向當事人勒索金錢，以換取不起訴處分，或者佯稱可以關說其他檢察官，被重判 20 年定讞；陳玉珍，創下司法官最高收賄金額以及首名女檢察官涉貪案的女檢察官，坦承按月向電玩業者收賄 20 至 25 萬元，從板橋地檢署主任檢察官任內直到高檢署檢察官期間，包庇賭博電玩長達 6 年 8 個月，賄款達 2325 萬元；許良虔、洪家儀，分別為前北檢檢察官以及前板橋地檢署主任檢察官，以濫權不起訴以及圖利方式，對周人蔘集團放水，分別被判刑 8 年 4 月、1 年確定；吳傑人，前高雄地檢署檢察官，於承辦性交易案時，覬覦涉案應召女姿色，利用職務要求發生關係作為交換條件，遭判刑 7 年半確定；林冠佑，台北地檢署檢察官，經檢察官評鑑委員會近一年的調查，認定其於 2000 到 2011 年間，有五案開庭問案盛氣凌人、出言怒吼、喝斥被告、恫嚇、怒罵、歧視被告、甚或侮辱、無端笑謔告訴人，甚至要求告訴人勿合解

或撤告、情緒失控、大罵誤闖偵查庭的民眾之不當行為¹。

以上洋洋灑灑均為近年來檢察官瀆職濫權起訴或不起訴的案件，係因為在不告不理原則之下，檢察官控制著法官裁判的入口，法院並不能主動審判未經起訴的案件，也就是法院審理的對象及標的，以檢察官起訴之被告及犯罪事實為限，因此檢察官手上握有是否決定起訴的尚方寶劍，若是檢察官濫權起訴，當事人一生的名譽可能會遭受不可回復的損害。相同的，檢察官也有可能產生濫權不起訴的情形，相較於檢察官濫權追訴，濫權不追訴的情形又更加嚴重，係因為本來在控訴原則之下，追訴者的決定只有暫定的效力，審判者才有使案件的罪刑問題終局確定的權力，而刑事訴訟法第 260 條承認檢察官不起訴處分的確定力，亦即終結偵查處份具有使案件不得再行爭執的確定效力，等於賦予檢察官自行決定偵查結果的權力，有此可知，對於案件的起訴與否，檢察官握有絕對的權力，因此也就容易利用被害人不願興訴，恐名譽掃地的心理，讓看似正常為職務範圍內之行為，但卻行索賄之實，而違反其職務內容。

在賦予檢察官權力的同時，法制上應該有監督制衡的機制以作為抗衡，在訴訟法上，對於檢察官的濫權起訴，則有起訴審查制度作為檢驗，針對檢察官的濫權不起訴則有再議以及交付審判作為制衡。而在實體法上的最後防線，則是以濫權追訴處罰罪作為立法者希望檢察官能依循法定原則作為是否起訴標準的決心，但在實務上濫權追訴處罰罪的定罪率極低，在 2009 年始做出濫權追訴處罰罪的第一個有罪判決，可知以此現行濫權追訴處罰罪的構成要件作為規範檢察官濫權的成效不彰，理由之一係因為對於檢察官構成濫權追訴或不追訴的主觀構成要件必須限於明知，依此將會使檢察官的入罪率很低。中華民國紅十字會總會會長陳長文曾投書，指出拉法葉案前檢察總長盧仁發濫權起

¹ 中國時報/社會新聞/A10 版，【調到哪裡都能貪，司法界最貪檢，宋宗儀重判 12 年】，2013 年 5 月 25 日；中國時報/社會新聞/A8 版，【貪檢徐維嶽判 20 年，入監】，2013 年 7 月 31 日；中國時報/社會新聞/A10 版，【羈押 302 天，女貪檢陳玉珍，700 萬交保境管】，2013 年 9 月 12 日；中國時報/社會新聞/A10 版，【周人蔘案，纏訟 18 年，貪檢許良虔重刑定讞】，2013 年 8 月 30 日；中國時報/社會新聞/A10 版，【前雄檢檢察官，染指涉案女，吳傑人逃亡 3 天投案，立即發監】，2012 年 5 月 7 日；中國時報/社會綜合/A16 版，【憤怒烏檢察官，移送監院議處】，2013 年 5 月 24 日。

訴，而檢察總長黃世銘則指稱檢方當年起訴拉法葉艦案，只能算是不嚴謹，不一定有濫權起訴的故意²，可知要構成濫權追訴處罰罪，檢察官必須限於直接故意之下，但基於對檢察官依犯罪蒐集所形成的心證做出起訴與否的決定，在檢察官心證形成的不確定性到直接故意間的落差，難以界定，這也使得權力之大的檢察官很難以此條相繩。

本文開頭所引用的格言出自於孟德斯鳩的《論法的精神》，孟德斯鳩在此信念之下提出了三權分立。是以，任何權力的主張都需有來自另一權力的制衡和監督，而擁有指揮偵查及起訴權限之檢察官，依循孟德斯鳩的說法，如果濫用權力已經是不可滅除的定律，除藉由立法加以制衡外，諸如司改會此種公益團體、媒體及全民輿論嘗試對司法濫用權力加以監督之外，吾人對於司法權力之積極或消極的濫權為惡，也許只能徒呼負負，莫可奈何，聽任人權與司法正義受到侵蝕。

第二節 研究方法及範圍

本文以刑法分則中的濫權追訴罪為研究重點，濫權追訴罪的探討部份首先以歷史資料、文獻為主，亦即本罪之立法目的與沿革，乃至實務適用上所為之判例或判決一併蒐集。藉由此歷史文獻的蒐集資料及分析，深入了解此條文訂立的歷史背景，並藉由此資料的分析，得以解釋在昔、今現實社會上的適用狀況及困難。次者以國內刑事法學者著作以及與本議題相關之文獻為分析客體，藉此從不同的角度分析本罪在適用上的多元性，試圖從中突破實務界適用上的侷限。最末，則以目前濫權追訴處罰罪在實務適用上所面臨到的問題加以分析，並試圖找出解出的方法，以促進對於我國濫權追訴罪的了解與改進。

² 中國時報/政治新聞/A4版，【拉法葉案，陳長文：盧仁發濫訴，黃世銘：只是不嚴謹】，2011年1月11日。

本文所探討之濫權追訴罪之犯罪主體，係以有追訴或處罰犯罪職務之公務員為限，而所謂有追訴或處罰犯罪職務之公務員係指檢察官或兼檢察職務之縣長、及推事審判官、或其他依法律有追訴或審判犯罪職務之公務員而言³。在刑事偵查或訴訟活動的進行中，不同階段所涉及的偵查主體皆有所不同，在偵查活動的進行中，檢察官是「偵查程序的主人」⁴，或偵查權的主體，而刑事警察只是輔助機關，但卻是最直接接觸被告或嫌疑人之國家機關，為能擺脫警察國家的夢魘，因而，需要一個嚴格受法律訓練及法律控制的法律官來監督控制警察偵查活動的合法性⁵。基於上述之理由，本文將以檢察官為主要說明重點。

第三節 論文之撰寫架構

本文第二章將以檢察官的職權行使原則為開端，以檢察官起訴法定原則及客觀義務為主要的論述主軸。檢察官之成立目的係在於保護被告避免於糾問制度下遭受法官的擅斷審判，以及免於警察機關的恣意偵查。在此目的之下，檢察官到底應該扮演如何的角色，究竟是代表國家進行訴追的公益角色，或者只是訴訟關係三角中的一端？角色究竟應該如何定位，都將影響檢察官依其職權為偵查活動的指揮及決定起訴與否時，所受的監督及制衡程度和方式都將有所不同。

第三章中則以檢察權監督制衡機制談起，區分為內部以及外部的監督制衡，以檢察一體作為內部的制衡機制，而濫權追訴處罰罪則是作為檢察權的外部實體監督制衡手段。在第四章中則以濫權追訴處罰罪的構成要件為主要論述的中心，分別就濫權追訴罪的客觀及主觀構成要件介紹之。在第五章最後將論述濫權追訴處罰罪在實務上遇到窒礙

³ 最高法院 30 年上字第 511 號判例可資參照。

⁴ 林鈺雄，《檢察官論》，台北，學林，1999 年 4 月，頁 20。

⁵ 林鈺雄，前揭註 4，頁 21。

難行的事由，除了參酌之前立法院的修正公聽會之外，亦或藉由和刑法總則間的互動，從依刑法第 31 條的方式，或是可以從參與犯的角度，來看對於行為人需要具備故意，甚至是直接故意的要件是否得當，並試圖對於濫權追訴處罰罪在實務上適用問題，找出解決的方向。最後，在第六章中提出本文的結論以及建議做結。





第二章 檢察制度與檢察官之職權

依我國的法制，檢察官乃刑事訴訟程序中唯一的全程參與者，職務範圍大可分為偵查、審判及執行三大階段¹。而檢察官在訴訟法上的任務又以偵查程序的主導者及法官裁判的把關者為主：前者的目的是在於擺脫警察國家的夢魘，因而需要一個嚴格受法律訓練及法律控制的法律官來監督控制警察偵察活動的合法性²，再者檢察官主導之偵查程序，具有「篩漏」的功能，將不可能為有罪裁判之案件(尤其是無足夠犯罪嫌疑者)先行過濾篩出，省卻審判程序³；後者的功能則是控制法官裁判的入口，在上訴審亦然，檢察官有提起上訴、啟動上訴審之權能，以救濟違法或不當之下級審裁判，阻斷其確定。即便案件確定，檢察官認為有再審或非常上訴事由時，還有提起再審或非常上訴之權限，動搖終局裁判之確定力⁴。故可知其檢察官在刑事訴訟程序中是全程的參與者，從知悉犯罪而開始偵查，在公判庭上控訴被告，以迄於判決確定後指揮刑事執行，均有賴檢察官執行職務⁵。

由於本文係以刑法第 125 條濫權追訴罪為探討主軸，而本罪之行為主體為有追訴或犯罪處罰之公務員，按最高法院 30 年上字第 511 號刑事判例要旨：「刑法第一百二十五條第一項第二款之犯罪主體，以有追訴或處罰犯罪職務之公務員為限，所謂有追訴或處罰犯罪職務之公務員，係指檢察官或兼檢察職務之縣長、及推事審判官、或其他依法律有追訴或審判犯罪職務之公務員而言…」可知檢察官為其規範之主體之一，次者，檢察官之職權範圍貫穿整個刑事訴訟程序，從實施偵查、提起公訴、實行公訴、指揮刑事裁判之執行。全程參與刑事訴訟之始終，扮演核心關鍵角色⁶，亦可能含括刑法第 125 條

¹ 林鈺雄，《檢察官論》，台北，學林，1999 年 4 月，頁 19。

² 林鈺雄，前揭註 1，頁 21。

³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 22。

⁴ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，台北，自版，2013 年 9 月七版，頁 133。亦可參閱氏著，前揭註 1，頁 23。

⁵ 林山田，〈論檢察官〉，《刑法的革新》，台北，學林，2001 年 8 月，頁 450。

⁶ 林輝煌，〈我國檢察官制度之檢視與再造—以比較制度及《聯合國 1990 年檢察官角色指引》為準據〉，《檢察新論》，2008 年 1 月，

濫權追訴罪⁷之犯罪行為態樣，故本章節所探討之犯罪主體將以檢察官為主，為下述檢察官的制度發展、目的及其職權與義務等說明。

第一節 檢察官制度概說

第一項 檢察官形成史的回顧

在探討我國檢察官制度沿革之前，因我國檢察官制度源自日本檢察官制，日本檢察官制是綜合戰前之德國檢察官制及戰後之美國法制而成。而德國檢察官制，則是仿自 18 世紀末法國大革命下之檢察官制⁸。有謂近代檢察官制度發祥於 14 世紀之法國⁹，其發展軌跡又可分為四個階段¹⁰，以下將先就檢察官之濫觴¹¹為介紹：

一、私人追訴制度時期：法國在 13 世紀前，犯罪追訴採私訴制度，所有犯罪悉由被害人或其家屬或家臣自行追訴¹²，但於王公貴族被害時，則僱用“Procureur”代行追訴，是為私人追訴時期¹³。法文“Procureur”字義，即是現代「檢察官」之意，但在當時的實質意義，乃指國王或貴族之私人財產管理人而已。

二、公眾追溯制度時期：私人追訴制度之後改採「公眾追訴」制度，以保護公共利益為理由，由公眾追訴犯罪¹⁴。

第 3 期，頁 1。

⁷ 刑法第 125 條：「有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上七年以下有期徒刑：(第一項)一、濫用職權為逮捕或羈押者。二、意圖取供而施強暴脅迫者。三、明知為無罪之人，而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人，而無故不使其受追訴或處罰者。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。(第二項)」

⁸ 朱朝亮，〈從檢察官天職，回首檢校十年〉，《檢察新論》，2007 年 1 月，第 1 期，頁 53。

⁹ 黃東熊，〈美、德、法檢察制度之比較觀察〉，收錄於氏著《刑事訴訟法研究》，台北，自版，1999 年 10 月一版，頁 481。

¹⁰ 林輝煌，前揭註 6，頁 6~7。亦可參照朱朝亮，前揭註 8，頁 53~54。

¹¹ 我國有學者特別提及：「雖然法國 14 世紀時代的 procureur du roi 可謂檢察制度之濫觴，但是真正具有現代刑事訴訟程序上檢察制度，係規定於 1808 年之法國治罪法(Code d'instruction criminelle)」。參閱林山田，《刑事程序法》，台北，五南，2000 年 5 月增訂三版，頁 141。

¹² 黃東熊，前揭註 9，頁 482。

¹³ 此之“Procureur”並非屬政府官吏，只不過受國公貴族僱用代管財產並兼執行可科罰金或沒收之罪的追訴，作為王公貴族財產收入之主要來源。參閱林輝煌，前揭註 6，頁 6。

¹⁴ 林輝煌，前揭註 6，頁 7。

三、職權追訴制度時期：隨著王權伸張及刑罰觀念進化，國王之 *Procureur* 乃被賦予代表客觀社會公義之追訴任務，進而成為負責執行犯罪追訴之職務者，孕育近代檢察官制之種子。至路易十二(1498-1515 年)建立糾問式審判，路易十四時(1670 年)制定了刑事程序大條例(*La grande ordonnance sur La procédure criminelle*)完成糾問審判程序之立法。在此條例設置負責發動預審之「國王代理人 (*procureur du roi*)」制度。依此條例，「預審法官」得依職權或依國王代理人及被害人請求開始預審程序，無不告不理之原則，故為典型追訴兼審判之糾問制度¹⁵。此時由「法官」以保護公共利益為名，負擔追訴重罪之任務。而此時亦即早期大陸法系刑事訴訟採「糾問制」(*inquisitorial system*)之濫觴¹⁶。

四、公訴制度時期：迄 14 世紀，乃將原代理王公貴族執行私人追訴之“*Procureur*”轉變為國家官吏，改名稱為“*Ministère Public*”，代表國家追訴犯罪，專掌「公訴」職務，建立「公訴制度」，斯為現代檢察官制度之始祖¹⁷。

至 18 世紀法國大革命時，依人權宣言從事刑事訴訟程序改革，於 1791 年之罪刑法中(*Les Lois des 16-29. september 1791*)廢止糾問程序，引進英國彈劾程序。更分離民事審判與刑事審判，採公眾追訴主義、公開主義、辯論主義、確立起訴陪審制。並按重罪、輕罪、違警罪，分別設重罪法院、輕罪法院及違警法院負責審判。同時，廢除預審法官及掌握發動預審權限之國王代理人，改行起訴陪審。僅有之檢察官制，係在重罪法院中，設有二名檢察官，一為公訴官(*Accusateur Public*)，一為國王委員(*La Comissaire du Roi*)，三者關係為：起訴陪審，負責認可起訴及將案件移送法院審判，公訴官負責審判中論告，

¹⁵ 朱朝亮，前揭註 8，頁 54。

¹⁶ 林輝煌，前揭註 6，頁 7。

¹⁷ 同上註。

國王委員則負責求刑¹⁸。

到共和時期，法國進入恐怖時代(1793-1794 年)，由於民選法官枉顧法律正義，屈從民粹及輿論審判之無能；另外起訴陪審制，無法防衛社會秩序與保障治安，反沉醉於政治案件追訴，使人民對司法喪失信任感。因此在 1795 年至 1801 年經數度修法後，於 1791 年之罪刑法典，改成公益主義、實體真實發見主義、職權主義，再走回糾問路線。至 1801 年之罪刑法典中，正式創設相當於今日檢察官之國家公訴官。稱之為「政府代理官(commisnaire du gouvèrment)」制，賦予其得受理告訴、告發、請求開始預審之權利，並有指揮預審法官及地方司法警察蒐集證據之權力¹⁹。

而現代的檢察官制度，正式奠立於 1808 年之拿破崙治罪法典²⁰，隨著拿破崙皇帝鼎盛時期，東征西伐，南征北討，獨霸寰宇，更將此檢察官制擴及歐陸以外之日本²¹，雖然拿破崙終究滑鐵盧，但檢察官制仍如雨後春筍般散播於歐陸各國。而日本檢察官制的發展係在明治維新後，為補救法治落伍，促使刑事司法現代化，乃仿效法、德，於明治 5 年(西元 1873 年)設立檢察官制度，此時的檢察官地位與法國舊時代之檢察官性質同，係行政監督裁判之檢察官制²²。日本於導入檢察官初期，因傳統文化中司法機關地位不高，因此不受重視。在明治 10~20 年間(西元 1878 年~西元 1888 年)，警察才是刑事程序之主宰。其後由於警察違法偵查、侵害個人自由和人權事件不斷發生，遭各界非難，在明治 23 年(西元 1891 年)法院組織法大幅修正擴張檢察官之權限，不但得指揮司法警察，支配預審法官，成為偵查程序之主宰，並獨佔公訴，享有追訴裁量權，加上在

¹⁸ 朱朝亮，前揭註 8，頁 54。

¹⁹ 朱朝亮，前揭註 8，頁 55。

²⁰ 林鈺雄，前揭註 1，頁 14。

²¹ 林輝煌，前揭註 6，頁 7。

²² 明治 5 年制定司法職務定制，其中規定，檢察官之職務為：「看守法憲、保障民權、扶善除惡、監督審判之官職」。故「檢事應於各法院出庭，以監督其審判之當否」。明治 7 年再度修正，檢事職責削權後只剩「檢證犯人、扶善除惡」，檢察官地位轉向德國制，成為與法官協同發見真實之準司法官。參閱朱朝亮，前揭註 8，頁 61。

檢察一體下中央集權的組織型態，形成強而有力之檢察體制²³。在二次敗戰後，占領的美軍強制日本從事司法改革，本諸三權分立精神，分離司法權和行政權²⁴，讓檢察官在訴訟上僅居有「公益代表人」性格之原告當事人地位，與被告地位對等。雖日本檢察官非如法國檢察官，具有行政監督司法之「行政優位」，亦非如德國檢察官與法官同為「司法官」地位，但因日本檢察官在國家追訴主義、公訴獨佔主義、起訴便宜原則及起訴狀一本主義等基本原則下，實際掌控偵查、公訴、審判、執行等刑事程序之全程，可以說是刑事司法之總樞紐，縱使導入美國刑事訴訟制度，但因任用資格與法官相同，且以公益代表人地位完全公正行使檢察權之點與德國檢察官之客觀義務完全相同，故檢察官的性格，戰後尚無太多改變²⁵。

其中，影響我國法制最深遠者，乃德意志帝國繼受改制之檢察官制，底定於 1877 年制定公布之《刑事訴訟法》及《法院組織法》，德意志各邦自 19 世紀初葉漸漸採行法國之檢察官制，歷經 1848 年革命風潮推波助瀾後，幾乎為帝國統一前各邦共行的法制²⁶。此時德國在蓬勃發展之自由主義思潮下，並非一味仿效法國，而其原因正也是歐陸歷史上創設檢察官制的目的，故本文將於後說明之。

第二項 我國檢察官制度的沿革

檢察官制度發祥於 14 世紀的法國，而後隨著拿破崙征戰傳遍歐陸各地，而我國卻對於檢察官制的源起說法各有所見、不一而足。有學者認為我國檢察官制係前清宣統年間透過日本輾轉仿效歐陸法制。日本原先模仿法國法制，德國大敗法國完成統一後，日本轉向德國法制，間接影響我國。前清師法德意志立法例，制定法院編制法，乃引入檢

²³ 朱朝亮，前揭註 8，頁 61。

²⁴ 將司法權完全委諸最高法院及其以下各級法院，檢察官署從法院配屬中分離，改歸屬法務省成為法務省下的行政官廳，各自定有裁判所法與檢察廳法。參閱朱朝亮，前揭註 8，頁 62。

²⁵ 朱朝亮，前揭註 8，頁 62。

²⁶ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 130。

察官制的先聲，但現行制度則因清末民初之政局延宕，遲至 1935 年才隨新制《法院組織法》與《刑事訴訟法》一併實施²⁷；亦有認為我國的檢察官制源自日本檢察官制，日本檢察官制是綜合戰前之德國檢察官制及戰後之美國法制而成²⁸；另有認為從刑事訴訟法第 26 條有關檢察官迴避規定之立法理由稱：「查刑訴律第四十條理由謂，東西各國刑事訴訟法，並無檢察官迴避拒卻引避之規定，其分擔事務，概由長官命令實施之。然吾國訴訟律特增入此規定者，其理由有二：（一）他國法律，以預審事務，屬審判廳預審推事管轄，本律則擬以預審事務歸檢察廳管轄，故擔任預審之檢察官，亦不可無迴避拒卻引避等情形，其理至明。……」云云，所稱預審推事乃法國制度，其內所指之他國當係指法國而言。從此立法說明，可以推知我國檢察官制度係仿自法國而為修改，將法國之預審法官及公訴檢察官合為一個角色²⁹。

依前所述，我國的檢察官制度似乎與法國、德國、日本、均有關係，亦有學者言我國刑事程序制度因仿自德、法、日諸國法制，故亦建立檢察制度³⁰。雖我國係受日本於統治時將檢察制度首度引進台灣³¹，是否有可能因此間接帶有日本法制所染之美國檢察制度的色彩嗎？從歷史沿革觀之，日本刑事司法制度，在明治維新以後，始則模仿法國制度，繼則移植德國制度，因此，受德、法兩國影響³²，並且日本於二次戰敗後始受美國影響，而此時台灣則已由當時的中華民國政府所接收，並自同年(1945年)10月25日起實行「中華民國法制」。故由此可知，我國之檢察制度因此大幅降低與美國檢察制度間的關係，並且應係始承襲於歐陸法系。

²⁷ 同上註。

²⁸ 朱朝亮，前揭註 8，頁 53。

²⁹ 林輝煌，前揭註 6，頁 7~8。而我國學者黃東熊亦稱：「我國等所採行之檢察制度確屬創始於法國。」參閱黃東熊，前揭註 9，頁 482。

³⁰ 林山田，前揭註 11，頁 141。

³¹ 日本於明治 28 年(1895 年)至昭和 20 年(1945 年)間統治台灣近半個世紀，並且於明治 29 年(1896 年)將檢察制度首度引進台灣。

³² 黃東熊，前揭註 9，頁 497。

第三項 檢察制度的目的

探討檢察制度的目的的原因，係在於找尋解決現存許多關於檢察官的問題的線索。諸如檢察官面臨來自於院檢之間的緊張關係³³、律師³⁴及警察的雙面夾擊³⁵及檢察一體間上命下從監督制衡³⁶的問題等，對於檢察制度承襲歐陸法系的我們，特別是解決上述問題之刑事訴訟法，因此了解德國檢察制度的產生原因、亦即檢察制度的目的也就相對重要。

德國檢察官制度是在 19 世紀中葉蓬勃發展之自由主義思潮下，仿法國檢察官制度而設立。但德國仿師法國檢察官制，亦非一成不變。因為德國設立檢察官制的原因有三³⁷：

³³ 檢察官自從失去羈押或搜索的決定權之後，屢屢在個案聲請羈押或搜索時，與法官互生歧見，檢察官與法官對偵查中強制處分的證據尺度詮釋要求不同，也讓院、檢常在媒體公開交鋒。參閱蔡碧玉，〈檢察官與刑事司法的變遷〉，《檢察新論》，2007 年 1 月，第 1 期，頁 50。

³⁴ 在律師的部分，在刑事訴訟制度採行改良當事人進行主義之後，律師團體更積極要求取得與檢察官更平等的訴訟上權力，例如爭取律師調查權與偵查中的閱卷權等。參閱蔡碧玉，前揭註 33，頁 50。

³⁵ 在檢警關係的部分，警察機關因為檢察官失去了偵查中簽發押票及搜索票的權利，導致處理現行犯受限於檢警共用 24 小時的緊迫調查時間，人犯解送問題時與檢方齟齬；又聲請搜索票必須先經由檢察官同意在向法官聲請，受到層層節制，最令警察機關抱怨首推刑事訴訟法第 228 條第 2 項的發交發查制及第 231 條之 1 的退案審查機制，遂造成警政高層要求與檢察官分享偵查主體的地位、取得微罪處分的裁量權等主張。參閱蔡碧玉，前揭註 33，頁 50。就其偵查主體權檢警共享的部分，有學者主張，為達到檢察制度的第二個目的(控制警察活動合法性)，乃在對外關係上確保其偵查主之地位，真正有效指揮監督所有的偵查輔助機關，因為我國的實情是「兵(警調乃偵查之輔助機構)在外，將命有所不受」，甚至於「兵將易位」，檢警關係可說是檢察官改革中最難走、但最後卻是不得不走的一步。此部分參閱林鈺雄，〈體檢檢察官之法律地位-以上命下從及其界線問題之探討為中心〉，《月旦法學雜誌》，1998 年 8 月，第 39 期，頁 95。亦有學者採不同主張，認為應該針對檢警在犯罪偵查工作上現實情況而與法律明文化，放棄所謂「偵查主體」的爭論，而使檢察官與司法警察均成為偵察機關，但因在刑事追訴工作上係由檢察官總其成，故對司法警察仍有其指揮權。易言之，及保持現行檢察官與司法警在組織系統上之隸屬，並重新分配刑事訴訟中之偵查與控訴任務，檢察官以犯罪控訴為重心，司法警察則以犯罪偵查工作為中心。參閱林山田，前揭註 11，頁 173~174。

³⁶ 多年來，檢察一體在實務上的運作屢屢出現問題，諸如 1958 年台中地檢處檢察官黃向堅偵辦南投縣長李國楨等人集體貪汙案，提起公訴後，法院判決李某無罪，其他被告均判罪刑。黃檢察官收到判決書後，對李某無罪判決表示不服，決定提起上訴，因延首席檢察官(現在的檢察長)遲未准其上訴，乃自行以承辦檢察官身分逕向法院聲明上訴，再以簽呈夾上訴理由書送首席檢察官核辦，延首席乃在簽呈上批示：「奉命不上訴」後退回。及至 1989 年新竹地檢署檢察官偵辦司法廳長夫婦司法黃牛案，首席檢察官依據「檢察一體」原則，下紙條命其交出案件，輿論大肆撻伐。此乃表現出嚴重的檢察體系的內部衝突。「檢察一體」就係內控案件品質防範檢察官濫權的機制，抑或使干預辦案的手段之問題反覆被討論。故乃以「陽光法案」避免「上濫命下濫從」作為監督機制。參閱施慶堂，〈檢察獨立或檢察獨霸〉，《檢察新論》，2008 年 1 月，第 3 期，頁 93；林山田，前揭註 11，頁 151；林鈺雄，〈刑事訴訟法(上冊)-總論編〉，前揭註 4，頁 138。

³⁷ 可參閱朱朝亮，前揭註 8，頁 57；林鈺雄，前揭註 1，頁 15、同氏著，〈刑事訴訟法(上冊)-總論編〉，前揭註 4，頁 130~131；林山田，前揭註 11，頁 151。

一、廢除糾問制度，改採控訴新制：糾問制度乃中古時期盛行於歐陸的刑事訴訟程序，由糾問法官一手包辦刑事之追訴與審判工作，一來法官獨攬追訴審判大權，欠缺監督制衡管道；二來法官自行偵查追訴，心理上早已先入為主，根本不可能無偏頗之虞，更遑論公正客觀的裁判。面對強大但卻不公正的糾問法官，被告幾無招架之力。為杜絕流弊，改革的刑事訴訟制度將刑事程序拆解為偵查、審判兩階段。由新創的檢察官主導偵查程序，原來的糾問法官之權力則被削弱為單純之審判官。在偵查、審判兩段分離的結構下，偵查結果僅有暫定的效力，案件罪責問題終局之確定，則為審判階段之任務³⁸。新制並改採「控訴原則」(Akkusationsprinzip)，由檢察官擔任控方，決定是否提起公訴，在控訴原則下之不告不理，檢察官理所當然成為控制法官裁判入口的把關者，自此，法官被侷限在被動消極的角色，但也因而保住其作為裁判官不可或缺的客觀性。因此，創設檢察官制度最重要目的之一，在於透過訴訟分權的方式，以法官與檢察官彼此監督節制的方法，保障刑事司法權限行使的客觀性與正確性³⁹。

二、控制警察活動的合法性：德國為革新昔日警察國家體制，重建法治國家之基礎，思圖以檢察官來做法治主義下控制警察之手段。從德國檢察官制度之始祖 Savigny 及司法部長 Uhden 共同發表之備忘錄中所言：「在從前警察為偵查時，首先浮在我們腦海者必為人權侵害之印象，這種警察形象的形成告訴我們，昔日警察秘密情報員行事作風，侵害了不少人民權利，為了防止這種弊端再發生，以及提供警察執行公權力時，剝奪人民權利之法律依據，應是檢察官之使命」，可見德國檢察官制是因應法治國家之建立而導入⁴⁰。德國當代刑事法大師 Roxin 在其關於檢察官問題之經典專文中評道：當初構想出檢察官之目的，

³⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 16。

³⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 16。

⁴⁰ 朱朝亮，前揭註 8，頁 58。

自始乃責令其作為「法治國之棟樑」及「政治自由的支柱」⁴¹；而戰後有名之聯邦檢察官 Wagner 亦指出：「檢察官制之創設，乃催生法治國並克服警察國之明顯指標。」⁴²由此均可知其創設檢察官制度的另一項功能，在於以一個嚴格法律訓練及法律拘束之公正客觀的官署，控制警察活動的合法性，擺脫警察國家的夢魘⁴³。

三、守護法律：在當時德國自由主義改革者的訴訟理念下所導入的檢察官制，一定要建立起被告與訴訟主體的地位，並採用分離追訴者與審判者的角色，和當時法國檢察官制度有所差異，因此要求檢察官之定位，應是與被告訴訟地位對等之原告當事人，不是優位於被告之追訴官僚。最後立法官署選擇將檢察官定位為「客觀法律看守人」⁴⁴。這可再次從 Savigny 及司法部長 Uhden 共同發表之備忘錄指出：「身為法律看守人之檢察官，有從偵查到上訴，確保刑事程序合法進行之義務」、「檢察官不僅應注意對被告不利證據之蒐集，並且也有保護被告之義務」⁴⁵，簡言之，檢察官不是、也不該是片面追求打擊罪犯的追訴狂，而是依法言法，客觀公正的守護人，有利不利一律注意⁴⁶。

依前述所言，我國檢察官制因為輾轉接收自歐陸法系，自 1906 年前清時期開始有「檢察官」⁴⁷一職以來，檢察制度實施迄今已經超過一個世紀⁴⁸，現今還有許多檢察官

⁴¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 17。

⁴² 同上註。

⁴³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 16-17。

⁴⁴ 朱朝亮，前揭註 8，頁 58。

⁴⁵ 當時法國檢察官制系統是配屬司法部長，依檢察一體組成階層式的官僚組織，以行政優位之地位，擔任政府對司法審判之監督者，不但對被告，連對審判機關皆居於優越之地位。除此之外，對於德國政府而言，檢察官制度亦屬兩面刃，認為檢察官制度的導入會限制行政機能，但仍思利用檢察官制作為行政權力工具。參閱朱朝亮，前揭註 8，頁 58。

⁴⁶ 林鈺雄，前揭註 1，頁 17。

⁴⁷ 清廷將大理寺改為大理院，其下設各級審判廳，並頒行「大理院審判編制法」，其第 12 條規定：「凡大理院以下審判廳局，均須設有檢察官，其檢察局附屬該衙署之內。檢察官於刑事有起訴之責，檢察官可請求用正當之法律，檢察官監視判決後正當施行。」從此產生「檢察官」一職。參閱蔡碧玉，前揭註 33，頁 43。

⁴⁸ 若將日治時期的台灣檢察制度史納入觀察，則 1896 年依據台灣總督府發布之律令第 1 號「台灣總督府法院條例」，據此而設的「台灣總督府法院」，自同年 7 月 15 日開始運作，法院採三級三審制，設有一個高等法院、一個覆審法院、15 個地方法院。除設置判官外更同時設置檢察官，二者均由台灣總督任用。據此，1896 年的台灣條例，首度將檢察制度引進台灣。因此若從那時算起，

的問題⁴⁹議論紛紛，而係因為檢察官角色的多樣化，其在刑事訴訟的偵查過程是扮演司法警察的角色；在行使強制處分權時，他扮演預審法官的角色；在提不起訴的時候，他扮演審判者的角色；而在蒞庭的時候，則要扮演辯護人的角色，甚至在判決確定後交付執行的時候，他還要扮演罪犯矯治師的角色⁵⁰。正是因為如此，檢察官其先天處境上，一直處在與不同角色間的權力緊張關係⁵¹，但從權力制衡的角度下看，也才能回歸到檢察官制度創設時的目的，不使任何一方在法定程序中佔有絕對的優勢地位，而造成權力失衡，並能確保法律意義的客觀實現以及人民權益的保障。

第二節 檢察官的職權行使

第一項 檢察官的職權

第一款 我國檢察官之職權

我國檢察官的職權於法院組織法第 60 條中可知其內容規範外，並可就其檢察官之職權分為刑事程序法上之職權與刑事程序法外之職權兩大類⁵²，而我國檢察官主要的活動，便在刑事訴訟領域，意即指我國檢察官最為基本的任務，乃實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴、及指揮執行等⁵³，而以下將分別說明之⁵⁴：

第一目 刑事訴訟法上之職權

檢察制度在台灣已超過一個世紀的歷史。參閱王泰升，《台灣檢察史-制度變遷史與運作實況》，台北：法務部，2008 年 1 月，頁 15~16。

⁴⁹ 就其問題的面向而言，大略可以區分為檢察官的「對外關係」及「對內關係」兩個層次加以討論。而前者以法官與檢察官的關係(簡稱「院檢關係」)及檢察官和警察之關係(簡稱「檢警關係」)為核心；而後者尤指檢察機關內部上下及之權益關係，在國內通稱為「檢察一體」問題。參閱林鈺雄，前揭註 35，頁 86。就其此問題之具體內容可參前揭註 34、35、36，各自突顯出檢察官「對外關係」及「對內關係」所面臨到的問題。

⁵⁰ 高瑞錚主持，檢察體系改革研討會，1996 年 6 月 13 日。可參閱〈檢察體系改革研討會〉，《月旦法學雜誌》，1998 年 8 月，第 39 期，頁 66。

⁵¹ 蔡碧玉，前揭註 33，頁 50。

⁵² 林山田，前揭註 11，頁 155。

⁵³ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 132。

⁵⁴ 林山田，前揭註 11，頁 155~158。亦可參照林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 132~135。

檢察官在刑事訴訟法上之職權，依我國法院組織法第 60 條之規定有下列幾種：

一、發動偵查與實施偵查：檢察官是「偵查程序的主導者」(Herrin des Ermittlungsverfahrens)，賦予檢察官偵查主導的地位，除了符合歐陸法系當初引入檢察官的目的外⁵⁵，在刑事訴訟程序上分別有控制警察及篩漏法官裁判這兩方面而言。就前者而言，創設檢察官的重要目的之一，係在於需要一個經過嚴格受法律訓練及法律控制的檢察官來監督控制警察偵查活動的合法性，來擺脫警察國家的夢魘，因此檢察官乃偵查主，而刑事警察僅為其輔助機構，是勢所必然的安排設計⁵⁶。按我國法院組織法第 76 條第 1 項規定之檢察官得調度司法警察及刑事訴訟法第 228 條至第 231 條之規定，亦採此基本立場⁵⁷。即便是委由司法警察從事偵查之案件，亦同⁵⁸。

再者，就法官裁判而言，檢察官主導的偵查程序，具有「篩漏」的功能，將不可能為有罪裁判之案件先行過濾篩出，省卻審判程序。如果所有的案件不經偵查階段便逕行進入繁複的審判程序，不但整個刑事訴訟程序會被案件數量拖垮，對於被告也是一大負擔。因而有謂：檢察官乃是刑事程序進展中決定性的過濾器⁵⁹；另一方面，偵查同時是裁判結果之客觀性與正確性的先兆，故有謂：偵查程序預斷後來(審判程序)證據調查⁶⁰。偵查中所犯的錯誤往往有不可彌補性，再好的法官及美好的審判制度，也挽救不了偵查方向偏差所造成的惡果。因此檢察官之職責重點乃在於指揮或參與偵查程序，發覺犯罪之事實真

⁵⁵ 從檢察官的形成歷史來看，大陸法系國家在刑事訴訟程序中引入檢察官的首要目的，即在破除中古時期由法官一手包辦偵查與審判兩項職務的糾問制度，因而，解除法官偵查職務並賦予檢察官偵查權限之當然結果，乃承認檢察官在偵查程序中之主宰地位。參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 20~21。亦可參閱前文檢察制度創設目的。

⁵⁶ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 132。

⁵⁷ 此點，德國之立法例基點亦同，除在制度面上確立檢察官為唯一之偵查主外，並規範其與輔助機關之上下級指揮關係，如刑事訴訟法第 160 條、第 161 條、第 163 條及法院組織法第 152 條之規定。據此，輔助機關(主要指刑事警察)對檢察機關負有遵守其請求或委託之義務、立即通知檢察官案件處理經過之義務、遵守檢察官命令之義務等。

⁵⁸ 林山田，前揭註 11，頁 155。

⁵⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 22。

⁶⁰ 同上註。

相，而整個刑事偵查程序之合法性(Rechtsmässigkeit)、徹底性(Gründlichkeit)、與可靠性(Zuverlässigkeit)等全由檢察官負責⁶¹。

二、提起公訴：在採行控訴原則制度下，檢察官提起公訴的職權功能在於得以控制法官裁判的入口，負責第一線把關的工作，包括終結偵查後提起公訴⁶²與不起訴兩種可能。而法官基於不告不理，必須待檢察官提起公訴後才能進入審判程序，反之亦然。因此有罪裁判本來係以控方(檢察官)起訴且審方(法官)亦確信有罪為前提，須經兩道門檻，求取終局裁判之慎重與正確。因此，檢察官的把關角色相當重要，不當運用時可能架空法官獨立審判的空間，也可以說是與控訴原則相生相隨的危險，也就是採行法定原則，亦即課予檢察官法定性義務的原因所在。關於法定原則之緣起及內容將於後文介紹之。

三、實行公訴：對於所有採行控訴原則的法制，審判期日到庭實行公訴，乃檢察官的基本任務⁶³，與所謂的職權主義或當事人主義無關⁶⁴，檢察官必須蒞庭實施公訴，此乃檢察官最基本任務，由於我國實務上並未貫徹蒞庭的要求，積非成是，因而不解此制者，竟將職權主義當成檢察官不蒞庭的代罪羔羊，可謂失之毫釐，謬以千里⁶⁵。因為檢察官若不到庭，審理程序根本難以進行，違反時可能成判決當然違背法令，構成絕對上訴第三審之事由⁶⁶，如何強制檢察官實質

⁶¹ 林山田，前揭註 11，頁 155。

⁶² 刑事訴訟法第 251 條：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。(第一項)被告所在不明者，亦應提起公訴。(第二項)」

⁶³ 林鈺雄，〈檢察官不蒞庭之法律效果〉，《律師雜誌》，1999 年 2 月，第 233 期，頁 48。

⁶⁴ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 133。惟有採不同意見者，認為我國在 2003 年 9 月修訂《刑事訴訟法》前，其訴訟結構採行「法官職權調查」原則，為符合訴訟本質，實施訴追之檢察官雖有蒞庭，惟其到庭實行公訴，消極被動，徒具形式、聊備一格，任由法官高唱獨角戲，與檢察官應積極訴追，努力將刑事被告訴諸於法之積極角色，顯有落差。自現行《刑事訴訟法》改採英美法制「交互詰問」的「改良式當事人進行」原則之訴訟模式後，檢察官在法庭中以較能積極提出證據，並與被告辯護人行激烈言詞交鋒，作事實與法律之辯論，使法庭活動活潑化。參閱林輝煌，前揭註 6，頁 19。

⁶⁵ 若將蒞庭制度曲解為所謂的當事人主義的專利，更據以推出違反我國明文規定的荒謬結論，誤以為採行職權主義的我國，檢察官無庸蒞庭，可謂徹徹底底誤解控訴原則的基本要求，也正因為我國採行控訴制度，非糾問制度，因此也才有設置檢察官的必要。參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 282。

⁶⁶ 刑事訴訟法第 379 條：「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：…八、除有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判者。…」

蒞庭，才是解決問題的癥結所在⁶⁷。

檢察官對於刑事案件提起公訴之後，即負有在法庭實行公訴之職責，於審判期日在審判長訊問被告之後，應陳述起訴要旨，並就被告之犯罪事實，負有舉證責任，其後繼續出庭，扮演控訴者的角色，就被害人、被告及其他證人之陳述及提出之證據作客觀而公正之判斷，並於審判長調查證據完畢後，就事實及法律而為辯論（參照刑事訴訟法第 286、161、280、289 條）。雖然蒞庭的檢察官不以原偵查檢察官或起訴之檢察官為限，但若能以原檢察官為宜，因為蒞庭參與活動之檢察官對於案情與被告之了解，除更能達成控訴原則之訴訟結構之訴訟目的外，並可以減少檢察官濫行起訴，係因一旦濫行起訴，審判時勢將暴露無遺，故蒞庭為平衡濫訴的機制⁶⁸。而在實務上基於檢察一體的原則，認為檢察署中任何一位檢察官均可蒞庭，甚有專任蒞庭之檢察官，因此蒞庭和偵辦之檢察官大多非屬同一人，為兼顧實務上之困難，德國慣例採折衷作法，重案審理時蒞庭者皆為原偵查檢察官，亦可值得作為我國參考⁶⁹。

四、協助、擔當自訴：在不告不理的控訴原則之下，在立法政策上則有諸多可能的模式。但由於追訴犯罪是現代國家的基本義務，因此，若刑事訴訟的啟動採絕對私人訴追制，殊難想像；另一方面若採絕對的公訴獨佔制，理論上雖然可能，操作上容易造成弊端，是以，許多現代立法例以公訴為主，自訴為輔，而我國的法制亦為如此，但在不否認自訴案件具有公共利益，亦未完全解除檢察官的追訴權義⁷⁰。因而法院應將自訴案件之審判期日通知檢察官。檢察官對於自訴案件，得於審判期日出庭陳述意見。此外，發生特定原因以至於不能進行自訴

⁶⁷ 林鈺雄，前揭註 1，頁 24。

⁶⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 148。

⁶⁹ 林山田，前揭註 11，頁 155~156；林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 133~134。

⁷⁰ 其保留自訴最重要的目的，不在於解除國家之追訴義務，而在於防範檢察官之濫權，更精確的說，在於防範檢察官濫權不起訴。參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 25。

時，由檢察官擔當原來的自訴，以免自訴程序無法進行，於刑事訴訟法第 330、332 條可資參照。

五、提起救濟：有學者⁷¹提出，對於裁判提起法律救濟，也是控訴原則之下檢察官的固有職權，檢察官除了對於進入司法審判的工作進行把關之外，按刑事訴訟法第 344、347、403 條之規定，檢察官對於違法或不當的裁判，還有提起抗告或上訴之權限，以阻斷其確定。即便裁判確定之後，檢察官對於認定事實或適用法律錯誤事由時，可以提起再審或非常上訴，動搖終局裁判之確定力，於同法第 427、428、441 可資參照。

檢察官上述的權限有兩層意義，一來監督法官裁判，此乃創設檢察官制度並採行控訴原則的重要目的，對於法官之裁判提起法律救濟途徑，則是監督的主要手段。其次，藉由此等模式力求控方與審方合致，以昭慎重。是以，雖說控訴原則下案件之終局確定權在於法官，但檢察官的意向如何，殆為案件能否終局確定之關鍵⁷²。

六、指揮刑事裁判之執行：檢察官乃是指揮刑事裁判執行之機關⁷³，故檢察官只是指揮執行刑罰而已，並非自己直接執行刑罰。惟近來，迭有重大經濟要犯，在刑事判決確定後逃亡海外，規避制裁⁷⁴，此究因為法規疏漏，致使其有機可乘，

⁷¹ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 134。

⁷² 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 134；亦可參閱氏著，前揭註 1，頁 23。

⁷³ 關於檢察官指揮刑事裁判之執行，可參閱刑事訴訟法第 456 條至 486 條。

⁷⁴ 諸如：涉及遠東航空公司掏空案的遠航前董事長崔湧，2009 年被檢察官起訴並求刑 18 年，法院裁定 9000 萬元重金交保，但並未將他羈押，崔湧隨即棄保潛逃，檢調研判他以偷渡出境；前彰化縣議長白鴻森因偽造文書及貪汙治罪條例等罪嫌被判 4 年徒刑，但白在 2009 年 12 月發監前夕，花了 60 多萬，一路從台中到北海岸漁港偷渡至大陸福建平潭；前中央銀行副總裁梁成金，因違法放貸被法院依背信罪判刑 2 年，但梁竟在 2010 年 4 月 8 日判決確定的同一天，搭乘長榮航空 BR016 班機赴美，至今未歸。引據中國時報，【境管不設防，要犯海空大逃亡】，2012 年 5 月 14 日。請參閱 <http://news.chinatimes.com/focus/501011147/112012051400410.html>。最後瀏覽日：2013 年 5 月 7 日。

逃之夭夭？亦或因檢察官指揮刑事裁判之執行有失積極所致，宜深入檢討⁷⁵。

第二目 刑事訴訟法以外之職權

檢察官的職權除了刑事訴訟程序上之主要職責外，按法院組織法第 60 條第 2 項之規定，尚有其他法令所定職務之執行。此乃概括規定，亦即除上述規定之職權外，其他法令規定，應執行之職務均包括之⁷⁶：

- 一、執行民事法所定之職務：從民事實體法與民事程序上，檢察官以公益代表人之身分，參與民事訴訟與非訟⁷⁷。
- 二、執行公法所定之職務：對於律師公會的指揮監督⁷⁸及對律師之懲戒⁷⁹。在國家賠償事件中，經應賠償機關之請，提供法律上之意見，或就損害賠償訴訟為訴訟上之必要協助⁸⁰。

第二款 從聯合國檢察官角色指引看我國檢察官職權

聯合國鑑於對司法應具有保障人權，維護治安之功能，並希望以此目標為各會員國

⁷⁵ 林輝煌，前揭註 6，頁 20。

⁷⁶ 褚劍鴻，《刑事訴訟法論(上冊)》，台北，台灣商務，2001 年 9 月五版，頁 39。

⁷⁷ 其所參與之民事事件及非訟事件，包括：《民法》第 8、14、38、58 條等；《兒童福利法》第 15、28 條；《兒童及少年性交易防制條例》第 15、20 條；《非訟事件法》第 41、60、109、154 等規定死亡宣告事件、法人事件、選任遺產管理人事件等。

⁷⁸ 律師法第 17 條：「律師公會舉行會議時，應陳報所在地社會行政主管機關及地方法院檢察署。(第一項) 前項會議，社會行政主管機關及地方法院檢察署得派員列席。(第二項)」；同法第 18 條：「律師公會違反法令或律師公會章程者，社會行政主管機關得分別施以左列之處分：一、警告。二、撤銷其決議。三、整理。四、解散。(第一項) 前項第一款、第二款之處分，所在地地方法院檢察署或其上級法院檢察署亦得為之。(第二項)」

⁷⁹ 律師法第 41 條：「律師懲戒委員會，由高等法院法官三人、高等法院檢察署檢察官一人及律師五人組織之；委員長由委員互選之。」；同法第 43 條：「律師懲戒覆審委員會，由最高法院法官四人、最高法院檢察署檢察官二人、律師五人及學者二人組織之；委員長由委員互選之。」

⁸⁰ 國家賠償法施行細則第 22 條：「賠償義務機關於協議時，得按事件之性質，洽請具有專門知識經驗之人陳述意見，並支給旅費及出席費。(第一項) 請求賠償之金額或回復原狀之費用，在同一事件達一定之金額時，該管地方法院檢察署應賠償義務機關之請，得指派檢察官提供法律上之意見。(第二項) 前項一定之金額由法務部擬定，報請行政院核定之。(第三項)」，第 39 條：「該管法院檢察機關應賠償義務機關之請，得指派檢察官為訴訟上必要之協助。」

建造其本國司法制度之基準。而聯合國於 1948 年 12 月 10 日頒布《世界人權宣言》⁸¹，其中揭櫫了各種原則，諸如「法律之前、人人平等」、「無罪推定」以及「人民有受獨立超然之司法機關公正、公開審判之權利」，垂為各國的司法制度運作之基本原則，並由「犯罪防制委員會」於第 8 屆國會提出「1990 年檢察官角色指引」⁸²。我國雖非聯合國之成員，但繫於人權是普世公認的價值，保障人權是世界的潮流以及國家民主的象徵，並為落實憲法保障人民的基本權利並與國際接軌，遂在 2009 年 3 月 31 日立法通過「公民與政治權利國際公約」⁸³及「經濟、社會與文化權利國際公約」⁸⁴及「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，並於同年世界人權日 12 月 10 日宣布兩公約及其施行法正式生效，使此兩公約所揭示保障人權的規定，具有國內法的效力⁸⁵。

依我國現行法院組織法第 60 條規定，檢察官之職權包括實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及指揮刑事裁判之執行，與其他法令所定職務之執行，其職權採廣義⁸⁶規定之模式，突顯我國檢察官在刑事司法角色的重要性，此恰巧與聯合國

⁸¹ 《世界人權宣言》是聯合國大會於 1948 年 12 月 10 日在法國巴黎夏樂宮通過的一份旨在維護人類基本權利的文獻（聯合國大會第 217 號決議，A/RES/217）。宣言起草的直接原因是對第二次世界大戰的反省，是第一份在全球範圍內表述所有人類都應該享有的權利的文件。世界人權宣言共有 30 條。與經濟、社會及文化權利國際公約、公民權利和政治權利國際公約和其他兩個可選協約一起包含在國際人權法案中。

請參閱：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%96%E7%95%8C%E4%BA%BA%E6%9D%83%E5%AE%A3%E8%A8%80>。最後瀏覽日：2013 年 5 月 3 日。

⁸² 林輝煌，前揭註 6，頁 13~14。聯合國於 1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日，曾假古巴首府哈瓦那舉行第八屆國會（The Eighth United Nations Congress）會議，討論「犯罪防治與犯人處遇」（The Prevention of Crime and the Treatment of offenders）議題，做成決議，頒布「檢察官角色指引」（Guidelines on the Role of Prosecutors），統一步調，供各會員國檢視，調整其本國檢察官制度之國際性指標。該「指引」共列舉「檢察官資格」、「遴任及訓練」、「職務身分及工作環境」、「言論自由及結社權」、「在刑事程序中之角色」、「裁量權之行使」、「訴追之替代」、「與其他政府機關或機構之互動關係」及「懲戒程序」等 8 大指標，內供含 24 項細目，供各國自行檢視期檢察官制度，俾補正缺失或為制度再造之準則。參閱林輝煌，前揭註 6，頁 12~13

⁸³ 公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR），聯合國大會於 1966 年 12 月 16 日通過，1976 年 3 月 23 日正式生效。目前(2010/7)有 165 個締約國。ICCPR 規定締約生效一年內要交出第一次國家報告給委員會，之後每四年定期繳交報告。請參閱：http://covenants-watch.blogspot.tw/p/blog-page_09.html。最後瀏覽日：2013 年 5 月 3 日。

⁸⁴ 經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR），聯合國大會於 1966 年 12 月 16 日通過，1976 年 1 月 3 日正式生效。目前(2010/7)共有 160 個締約國。ICESCR 規定締約生效兩年內要交出第一次國家報告給委員會，之後每五年繳交定期報告。請參閱：http://covenants-watch.blogspot.tw/p/blog-page_09.html。最後瀏覽日：2013 年 5 月 3 日。

⁸⁵ 參閱公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」請參閱：http://covenants-watch.blogspot.tw/p/blog-page_09.html。

<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=1420>。最後瀏覽日：2013 年 5 月 3 日。

⁸⁶ 就其檢察官之職權比較觀察，歸納言之，有以下五種職權範圍不一的類型：一、最廣泛者：涵蓋犯罪之偵查、起訴、審判及執行，並及其他民事、非訟事件之參與，及特定事項之監督，此以法國為代表，我國及與此相類似（參閱我國法院組織法第 60 條）；

所提出的「檢察官角色指引」相吻合。在此「指引」中歸納檢察官在刑事訴訟程序中所扮演的重要角色，做了 6 點指針，而其中與我國檢察官職權的內容最為相近「指引」內容為：「檢察官在刑事程序中應扮演積極角色，職司公訴之提起，並依其本國法制之規定，實施犯罪之偵查、偵查作為合法性之監督，法院判決之執行，及代表公益行使其他法定職權。」⁸⁷從比較法制度觀察，各國的檢察官之職權範圍不一，惟「提起公訴」及「實行公訴」是為其共通職權，至於其他職權之行使，例如，實施偵查、指揮刑事裁判之執行，或其他法令所定職務之執行，則尊重各會員國內國法之規定。而本「指引」即是在突顯檢察官在刑事訴訟中扮演積極角色應有之具體職務事項，而在檢察官其他職權的行使，如協助自訴、擔當自訴，及其他法令所定職務之執行等，現時運作，仍不失消極被動，有待加強，以維護檢察官在刑事程序中積極角色之形象⁸⁸。

雖然台灣非屬聯合國的成員之一，不受此決議的拘束，但此「指引」兼容並蓄不同法系之制度設計，具有跨越國界之國際性指標，堪供紛歧的各國檢察官制度，作為共通的客觀檢視準據⁸⁹。尤其我國的檢察制度承襲於大陸法系，在各國因為其政府及社會體制的各自發展不同，均有其變化，因此仍有其改善之空間。而此「指引」除提供一個超國界、超法系之客觀指引，供各會員國檢視⁹⁰外，而我國也可從其中比較差異，就其制度能再加以改造，並在欠缺國際地位能見度之情況下，亦還能因此與國際接軌，與時並進。

二、次廣泛者：僅以刑事之偵查、起訴、實行公訴及執行為限(參閱歐盟性事法典草案 III、刑事訴訟，第 18 條參照。)，此以歐盟為代表；三、狹窄者：僅限刑事偵查、起訴及實行公訴；四、次窄者：僅限起訴及實行公訴，以美國為代表(參閱黃東熊，前揭註 9，頁 453-457)；五、最窄者：僅限特定犯罪類型之起訴及實行公訴，以英國為代表。參閱林輝煌，前揭註 6，頁 9。

⁸⁷ 此部份的原文為：Prosecutors shall perform an active role in criminal proceedings, including institution of prosecution and, where authorized by law or consistent with local practice, in the investigation of crime, supervision over legality of these investigations, supervision of the execution of court decisions and the exercise of other function as representatives of the public interest.

⁸⁸ 林輝煌，前揭註 6，頁 19。

⁸⁹ 林輝煌，前揭註 6，頁 12-13。

⁹⁰ 林輝煌，前揭註 6，頁 29。

第二項 檢察官在訴訟法上的義務

我國和德國法制，在賦予檢察官權力的同時，課予其嚴格的義務，而此義務的產生亦可呼應檢察制度產生的第三大目的，亦即為守護法律，其用意在於責令檢察官成為忠實的「法律守護人」。而所謂的法律守護人，乃指檢察官在執行職務時，應嚴格遵守合法性及客觀性(Objektivität)⁹¹，合法性及客觀性義務則並列為檢察官應遵守之兩大義務，在我國的刑事訴訟法中也各有其對應之規定，而這些規定不但是探討刑事訴訟程序中檢察首長之指令權及其界限的問題，也是檢察一體性及獨立性問題的基本準則⁹²。

第一款 法定性義務

第一目 法定原則之緣起

檢察官合法性義務之具體展現，乃法定主義(Legalitätsprinzip；或稱法定原則⁹³)之相關規定，因而，也稱為法定性義務⁹⁴(Verpflichtung zur Legalität；又譯為合法性義務)。而在此目之下探討法定性義務之緣起時，將由我國刑事訴訟法之基本構造及訴訟特色為論調，為避免用語不一，惟有在強調檢察官訴訟上的義務時，才使用法定性義務，否則將以法定原則為統一用詞，藉以強調此原則係檢察官於訴訟法上應遵循的準則，以作為其偵查其起訴的發動門檻。

在早期歐陸立法史上，創設法定原則除了受到應報理論的影響外，尚有防範檢察官濫權並避免其受干擾的雙重用意。因為在創設檢察官之初時，其組織隸屬於內閣的司法部長管轄，而司法部長之上司又為行政首長，因此很難完全除去內閣司法的陰霾，因此

⁹¹ 林鈺雄，前揭註1，頁25。

⁹² 林鈺雄，前揭註1，頁20。

⁹³ 國內亦有文獻稱為「追訴法定主義」、「厲行追訴主義」，轉引自林山田，前揭註11，頁59。

⁹⁴ 林鈺雄，前揭註1，頁26。

藉由引進法定原則，一方面是控制檢察官，防範其和糾問法官般濫權追訴或不追訴，另一方面也是避免行政上下其手，將檢察官當作行政干預刑事司法的樞紐⁹⁵。

而法定原則究竟係如何從刑事訴訟法基本原則所推演而出？依學者⁹⁶之見解，從職權原則⁹⁷與控訴原則⁹⁸之邏輯一致性下，自然就可以推演出法定原則，因為刑事追訴既由刑事司法機關本其職權而開啟並進行之，而且控訴與審判分別由檢察官與法院擔當，則檢察官負有犯罪之偵查與而控訴之追訴義務，自為當然之結果。亦有採相同見解⁹⁹者認為，法定原則的基礎與國家追訴原則¹⁰⁰的立場較為一致，比較能表現國家獨占刑罰權之後，同時負擔的追訴「義務」，並且在採行檢察官的控訴原則之下，檢察官不但代表國家承擔追訴義務，並且須依照法定的起訴準則，不僅負有追訴犯罪的正面義務，更負有防範任何無辜者被恣意追訴或定罪的反面義務，以期達到毋枉毋縱的目標，這個部分也對應檢查官是為「法律守護人」一角色的扮演；次者在法定原則的之下，檢察官是否決定發動偵查及是否提起公訴時，須嚴格依照法律之準則行事，而非考慮政治性的觀點或屈服於其他無關事理的考量。據此，檢察官無論被告是叱咤風雲的政客還是無錢無勢的小民，檢察官皆負有相同的追訴義務，此點，可謂憲法「平等原則」在刑事訴訟法

⁹⁵ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註4，頁56。亦可參閱氏著，前揭註1，頁27~28。

⁹⁶ 林山田，前揭註11，頁59。

⁹⁷ 自從刑罰權國有化後，刑事程序自然而然的採行職權原則(Offizialprinzip)，亦有稱國家追訴原則(Grundsatz der Strafverfolgung durch den Staat)。乃謂犯罪之追訴與審判，應由刑事追訴機關與刑事審判機關本其職權而開啟，並繼續進行刑事程序，而非刑事追訴與審判機關可以自由取捨者。Offizialprinzip 若直譯為「職權原則」容易與國內通稱之「職權主義」一詞容易搞混，應該依其內涵，譯為「國家追訴原則」；而國內統稱的「職權主義」，是指「調查原則」(Untersuchungsgrundsatz)而言，乃國內通稱之「當事人主義」的相對概念。而國家追訴原則是大多數現代刑事訴訟法的共通原則，與所謂的「職權主義」或「當事人主義」並無必然關係。刑事程序的「職權原則」則是相對於民事訴訟之處分權原則，刑事程序除採「職權原則」外，亦採「調查原則」，而有別於民事訴訟法之辯論原則，故不宜合併稱之「職權主義」或「職權調查主義」，而與當事人主義對立起來。參閱林山田，前揭註11，頁39~43；同氏著，〈別迷失在主義的叢林中~為職權原則與調查原則申冤〉，前揭註5一書，頁420~423；林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註4，頁59。

⁹⁸ 控訴原則有四個意涵：一、審檢分立與審檢分隸；二、控訴壟斷：係指唯有檢察官才能控訴犯罪；三、無控訴即無審判(不告不理原則)；四、審檢制衡：透過上訴或抗告的法律救濟制度，建立法院與檢察機關之間的制衡機制，有利於刑事程序目的的達成，對於判決確定的案件，尚可透過檢察總長提出非常上訴，而產生審檢制衡與統一法律見解的功能。參閱林山田，前揭註11，頁46~48；同氏著，〈別迷失在主義的叢林中~為職權原則與調查原則申冤〉前揭註5一書，頁424~425。

⁹⁹ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註4，頁55~56。

¹⁰⁰ 國家追訴原則的內涵，是指國家不但對於犯罪有實體刑罰權，更重要的是，實現該實體刑罰權也是國家的任務。國家有「權力」及「義務」追訴犯罪，亦即，對犯罪行為進行的追訴程序(偵查、起訴、審判、執行)，僅國家始能為之(權力)，並且由國家依職權為之(義務)，既不待私人請求，亦不受私人之拘束。參閱林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註4，頁46。

的化身¹⁰¹。故法定原則既能確保法的安定性與公平性，及法的整體一致性，免於檢察官恣意決定，又能確保行事追的公正執行及人民對於刑事追訴機關的信賴¹⁰²。惟司法資源必定是「有限財」，不論犯罪輕重均課予國家機關相同的追訴義務，結果反而不是平等與正義，而是恣意和擅斷。因此，在「憲法優位原則」¹⁰³之下，既為刑事訴訟法下的法定原則就應該做出修正¹⁰⁴，而後始發展出我國以法定原則為原則，而便宜原則(Opportunitätsprinzip)¹⁰⁵為例外之立法例。關於便宜原則，將於後文介紹之。

第二目 法定原則之內容

所謂的法定原則，包括偵查法定原則及起訴法定原則¹⁰⁶，如下說明之：

偵查法定原則係指檢察官與司法警察知有犯罪嫌疑者必須及時展開犯罪偵查工作，在學說上稱為追訴強制(Verfolgungszwang)，由檢察官與司法警察官共同從事犯罪偵查，而其後由檢察官主其事，只要知有犯罪之嫌疑，應即開始偵查。但為了防範檢察官或其上級恣意操縱偵查程序，原則上不承認檢察官有「裁量」的餘地，可見於我國刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」

¹⁰¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 27。

¹⁰² 張麗卿，《刑事訴訟制度與刑事證據》，台北，元照，2003 年 5 月二版，頁 82。

¹⁰³ 憲法乃規範國家與人民權利義務關係的根本大法，在實定規範體系上具有優位性，稱為憲法優位性原則，具有消極方面及積極方面兩項內涵：消極意義在於任何國家行為，包括立法行為在內，皆不得違反憲法的明文規定；積極意義在於憲法之基本價值及基礎原則，成為所有的法律(尤其刑事訴訟法)之上位指導原則。參閱林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 17。

¹⁰⁴ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 57~59。亦可參閱氏著，前揭註 1，頁 27。

¹⁰⁵ 起訴便宜原則即法國所稱謂之 *règle de l'opportunité des poursuites*，及德國法所謂之 *Opportunitätsprinzip*，而「便宜」一詞，乃援用日本之漢字用語，即暫不為根本性之解決，視事物之情形而為合適方法之處理之意，故其僅屬「暫緩」而非「決定性」知錯置，亦非為求方便可得「權宜」處理之意。參閱林永謀，《刑事訴訟法釋論(上冊)》，自版，2010 年 12 月，頁 44~45。亦有學者採用權宜原則一詞，並指出權宜原則的實質內涵並非指刑事追訴機關之裁量權漫無限制，仍須認定符合法律明定要件之刑事案件，始得行使追訴裁量權，而非任意權衡。參閱林山田，〈論刑事程序原則〉，前揭註 5 一書，頁 361~367。同氏著，前揭註 11，頁 62~67。

¹⁰⁶ 雖然偵查法定原則也可列為法定原則的內涵，但從國家追訴原則本就可以導出偵查法定的結果，因此，法定原則主要是指起訴法定原則而言。參閱林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 54~55。

起訴法定原則是指於偵查後發現有足夠之罪嫌後，則檢察官應向法官提出控訴，稱為控訴強制(Anklagezwang)，由檢察官壟斷控訴，係經偵查結果發現有足夠之犯罪嫌疑，不僅僅是對特定人有犯罪之合理懷疑而已，而是就犯罪偵查所得之證據，依檢察事務之專業判斷，而可以預測犯罪嫌疑人有可能經過審判程序而被判有罪。按我國刑事訴訟法第 251 條第 1 項之規定：「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」檢察官負有嚴格依照法律規定而為起訴之義務，亦無裁量的餘地。而此處所稱「足認被告有犯罪嫌疑者」乃檢察官起訴的門檻，並非所謂的「有合理可疑」而已，而是指依偵查所得的事證，被告之犯行很可能獲致有罪判決，亦即在「有罪判決之高度可能」情況下，檢察官即負有提起公訴之義務¹⁰⁷。相同的，依同法第 252 條之規定：「案件有左列情形之一者，應為不起訴之處分：……」因此可知，就不起訴處分也採法定原則，同屬於起訴法定原則的內涵。

依據前述所言之法定原則的內涵，檢察官對於所有發生之犯罪行為在原則上均應對之開始偵查，亦即對於可追訴之刑事案件，負有偵查的義務。偵查後若發現有足夠的犯罪嫌疑，則檢察官負有控訴之義務。並從前述所列法條之規定可知，檢察官並無選擇或裁量的餘地。就此可以防範檢察官恣意擅斷。易言之，在法定原則下認為刑事追訴機關對於所有發生之犯罪行為，不必做符合「目的性」考量，而因負有追訴義務，只有及時開始偵查與控訴的工作，乃在於保證國家機關在行使刑罰權時一致性之法律適用，並進而確保法律之前人人平等，彰顯憲法「平等原則」的精神¹⁰⁸。

第三目 法定原則面臨的困境與修正

在法定原則之下，刑事追訴機關對於犯罪之偵查與控訴工作大多採取嚴格的態度，

¹⁰⁷ 林山田，前揭註 11，頁 60；林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 54。

¹⁰⁸ 林山田，前揭註 11，頁 60-61；林鈺雄，前揭註 1，頁 27。

不論犯罪輕重、或其犯罪後果對社會之影響如何，均應開始偵查，只要確定其具有構成要件該當性與違法性及罪責之行為，即一律起訴，而造成刑事法院之工作負擔大為增加的困境¹⁰⁹。次者，基於犯罪學上的犯罪黑數¹¹⁰研究顯示，發生的犯罪永遠超過被追訴的犯罪，無論如何擴充人力物力，在司法資源屬於「有限財」的性質之下，鑑於超過檢察官能力負荷的犯罪數量，勢必會依照事實上的可能而非法律上的準則來挑選案件¹¹¹，因此，過於嚴苛的法定原則，並無助於平等、正義、明確或安定的要求¹¹²。就此，也就悖離了憲法平等精神在於刑事訴訟法上的體現。

在此種情形下，法定原則的嚴格實施也就必須拿出來重新審視，在於維持法定原則的優點下，也要一併改善其缺失，因此主張一方面維持法定原則的執行，另一方面適度酌採「便宜原則」。而有學者¹¹³從比例原則的觀點來尋求上述修正的憲法基礎：追訴機關只能運用有限的手段來追訴犯罪，並且對於輕微的犯罪不應過度反應。雖然從頭至尾以一折不扣的刑事訴訟程序來追求有罪的判決手段，故可以達到追訴的目的，但若存在比上述手段更輕微的反應方式，也能達到相當的懲罰效果時，乃至於刑罰的預防功能時，國家並無必要強行貫徹整套刑事審判程序，以免追訴強度超過追訴目的¹¹⁴。再者，在「憲法優位性原則」下，此原則支配所有的法律，尤其在刑事訴訟法對於基本權有可能造成嚴厲的侵害的情況下，如何使刑事訴訟法充實憲法的具體內容，並達到與憲法對於基本權保障合致性的同一態度，不論是前述採取手段和目的相當的比例原則，亦或是

¹⁰⁹ 林山田，前揭註 11，頁 61~62。同氏著，〈論刑事程序原則〉，前揭註 5 一書，頁 361~362。

¹¹⁰ 犯罪黑數(Dunkelziffer der Kriminalität, dark figure of crime)或稱犯罪未知數，係指未為眾所週知，或未受刑事司法機關所追訴與審判之隱藏的犯罪，亦即是指所有不在各種犯罪統計上出現之犯罪數。至於已出現在官方的犯罪統計上，而未能緝獲犯罪人的案件數，德國犯罪學者(H. J. Schneider)則稱之為「犯罪灰數」(Graufeld der Kriminalität)，以別於犯罪黑數。參閱林山田，前揭註 11，頁 61；林山田、林東茂、林燦璋，《犯罪學》，台北，三民，2002 年 10 月三版，頁 181。

¹¹¹ 亦即造成選擇性之刑事追訴(selktive Strafverfolgung)的問題。係指違背平等原則，而作出差別待遇式的刑事追訴，使國家刑罰權之行使，形成過強則弱，遇弱則強之現象。為數不少之刑事司法人員，往往在無意識中，輕易地認定屬於較低社會階層者，較易成為罪犯。因此，對於各種不同社會階層之犯罪嫌疑人或被告，存有各種差異程度之刑事追訴，甚至於還作出差別待遇知判決內容，參閱林山田，前揭註 11，頁 61。

¹¹² 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 57。

¹¹³ 刑事追訴在刑事政策上應講求時效性與追訴利益，亦即刑事追訴並非毫無妥協而不計代價的追訴到底，而是由檢察官依據法律明定的要件，透過比例原則或利益權衡原則之考量，做出捨棄偵查或控訴之決定。參閱林山田，前揭註 11，頁 63。

¹¹⁴ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 57。

法定原則設立最初彰顯憲法等者等之不等者不等之的平等原則精神，都應該優先於法定原則的嚴格落實為考量，最後並在考量訴訟經濟及訴訟資源有效性的分配下，做出酌採「便宜原則」的配套措施。

便宜原則，係指檢察官依據法律之授權，透過目的性之考量或利之權衡，對於所有之刑事案件或對其所偵辦而具備起訴要件之刑事案件，選擇捨棄偵查或捨棄控訴，以停止刑事程序¹¹⁵。基於程序經濟原則及刑事訴訟之目的性與有效性的考量，而賦予檢察官某種程度的裁量權(Ermessen)，對於某些具有起訴要件的刑事案件，依其職權加以衡量，毋須嚴守有罪必罰的傳統原則，而決定放棄追訴或者為不起訴之處分。除非逾越裁量權限或明顯基於無關事理的恣意考量，否則檢察官最後的決定只生適不適當的問題，而不生合不合法的問題。

便宜原則就其實質內涵而論，至今已演化成檢察機關之追訴裁量權濫用之禁止原則，而成為法定原則的例外，至於偵查法定原則，則無任何的修正或例外可言¹¹⁶。若在以下情形檢察官在若發現有足夠的罪嫌，仍可依法律的授權，權衡不予追訴而停止程序¹¹⁷：

- 一、不具刑事追訴利益之輕罪：為使追訴機關中全力偵查或控訴較為重大的案件，以收追訴犯罪之成效，故對於罪責輕微，而與公共利益無關之輕罪，宜適用便宜原則，捨棄追訴。我國於 1995 年修正刑事訴訟法第 253 條第 1 項：「第三百七十六條所規定之案件，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分。」之規定，將檢察官得依職權為不起訴處分的

¹¹⁵ 林山田，前揭註 11，頁 62。

¹¹⁶ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 58。亦有學者認為，權宜原則(便宜原則)包括有權宜偵查原則及權宜控訴原則。參閱林山田，前揭註 11，頁 62。

¹¹⁷ 參閱林山田，前揭註 11，頁 62~65。林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 58~59。關於檢察官不提起公訴的情形有三種：一、絕對不起訴，參見刑事訴訟法第 252 條；二、相對不起訴，參見同法第 253、254 條；三、緩起訴，參見同法第 253 之 1 條。惟絕對不起訴處分係指在合於第 252 條之條件下，檢察官必須做成不起訴處分，並無裁量權而言，而本文係討論檢察官得行使裁量權的範圍，而絕對不起訴係無裁量權之情形並非便宜原則(起訴便宜原則)所涵蓋，故不予論之。

案件自原本的刑法第 61 條之輕微案件擴張至同法第 376 條所規定的案件¹¹⁸。

二、無關緊要之附屬行為：行為人犯有重輕不等之數罪時，所犯之輕罪與其所犯之重罪相形之下，顯屬無舉足輕重之附屬行為，並對於執行刑已無實益可言，對此行為，檢察官得權衡予以不起訴處分，實屬基於訴訟經濟之考量。於我國刑事訴訟法第 254 條之規定：「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，得為不起訴之處分。」即屬之。

三、合於緩起訴之要件：有認為此種暫緩起訴之處分，就是一種附條件的便宜不起訴處分¹¹⁹，故將之列為檢察官得行使其裁量權而予以不起訴的情形之一。而所謂為附條件及履行期間暫不提起公訴制度，係指檢察官在為緩起訴處分時，得命被告於一定期間內遵守一定條件，如被告違反條件，檢察官得撤銷緩起訴，繼續偵查或起訴。在我國沒有緩起訴制度前，檢察官沒有太高意願為相對不起訴處分(即我國刑事訴訟法第 253、254 之情形)，因為擔心不起訴處分對於被告沒有嚇阻作用；次者依同法第 260 條之規定，不起訴處分確定後，檢察官原則上不得再行起訴¹²⁰。而緩起訴的制度可使司法資源有效利用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人再社會化及犯罪之特別預防的目的¹²¹，因此我國於 2002 年增訂緩起訴處分制度，參見刑事訴訟法第 253 條之 1 至 253 條之 3 之規定。

¹¹⁸ 1995 年 10 月 5 日修正刑事訴訟法第 253 條時的修正理由為：「第三百七十六條第一項所規定之案件係不得上訴於第三審法院之案件，檢察官依職權得為不起訴處分案件之範圍，與不得上訴於第三審法院之案件範圍相符。茲限制上訴第三審案件範圍已修正擴大，為加強微罪不舉之功能，則檢察官之職權不起訴範圍，自宜比照適度擴大，爰修正第一項」

¹¹⁹ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 58。

¹²⁰ 王兆鵬，《刑事訴訟法講義》，台北，自版，2008 年 9 月三版，頁 518。

¹²¹ 參見刑事訴訟法第 253 條之 1 之修正理由：「為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目的，爰參考日本起訴猶豫制度及德國附條件及履行期間之暫不提起公訴制度，於本條增訂緩起訴處分制度，其適用之範圍以被告所犯為死刑、無期徒刑或最本刑為三年以上有期徒刑以外之罪者，始有適用，其猶豫期間為一年以上三年以下。」

四、少年犯罪案件：少年刑事程序法的基本精神應該與少年刑法一樣，盡量不使少年接受刑事訴訟程序審判的保護思想¹²²，重在教育而非刑罰，並以特別預防目的為導向，故以便宜原則為主¹²³，而以法定原則為例外。惟我國之少年事件處理法第 67 條第 1 項前段：「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，參酌刑法第五十七條有關規定，認以不起訴處分而受保護處分為適當者，得為不起訴處分，……」僅放寬便宜原則的形式條件，而非以便宜原則為偵查與控訴的原則，故與少年刑事程序法之基本精神有違¹²⁴。

起訴法定原則與起訴便宜原則的關係，乃是正義原則與訴訟理智原則的對立¹²⁵。追訴機關為達其正義的理念，對於所有的犯罪行為均予以追訴，可能使司法資源的使用無法達到集中有效的目的，但在起訴便宜原則的配套之下，檢察官亦有可能因為握有裁量權限，而容易造成恣意擅斷，就此裁量權的界線在哪，縱已有法律的明文規定，但面對多樣化的犯罪模式，檢察官受限於人力不足，辦案也因此日趨困難，對於是否需要開啟偵查程序，甚或提起公訴，很難形成統一的標準，而對外形成檢察官選擇辦案、標準不一的形象。對於裁量權是否逾越或有對個案恣意考量的模糊情形，對於當初設立的目的係為嚴格控管法定原則落實的濫權追訴罪，似無用武之地。故後文將從濫權追訴罪與法定性義務間的關係，以及落實法定原則時應如何避免構成濫權追訴罪之下，試圖為我國已脫鉤的濫權追訴罪與法定性義務間的制衡關係找回關連性。

¹²² 張麗卿，前揭註 102，頁 129。

¹²³ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 58。

¹²⁴ 林山田，〈論刑事程序原則〉，前揭註 5 一書，頁 365。

¹²⁵ 林山田，前揭註 11，頁 66。

第四目 以該「指引」看法定原則

按法定原則有關之「指引」內容為檢察官裁量行使的部分，其內容為「法規如明定賦予檢察官裁量權時，該法規對於檢察官是否發動訴追之決定過程，包括起訴或不起訴之決定，應訂定法則，提供檢察官明確指引，以強化其確定方法之公平性及一致性。」。由此窺知和我國法定原則的關係，應單指起訴法定原則而言。蓋因，在偵查法定原則之下，在檢察官知有犯罪嫌疑者之下，應即開始偵查，於刑事訴訟法第 228 條第 1 項可資參照，法規並未賦予檢察官裁量權，故非屬之。而以起訴法定原則而言，基於刑事政策及審判案件實際負荷之考量，皆賦予檢察官對於輕微案件有裁量權¹²⁶，而有便宜原則之提出。按我國刑事訴訟法第 253 條之規定，依同法第 376 條規定之輕微案件，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，就此「以不起訴為適當」裁量權的行使，及緩起訴制度均是如此，緩起訴擴張了檢察官的裁量權，因而解救了檢察官在偵查不完備或面臨偵辦瓶頸時的困境，就此裁量權更應依此「指引」做出公正、公平一致的標準，設立出具體的法則，否則在檢察一體原則之內部控制下，濫權也只是行使者是上級或下級間的問題爾。

針對上述提及的便宜原則之法制，亦同回應了該「指引」中關於起訴之替代之部分，其內容指出「檢察官基於尊重被告及被害人之權益，應依法慎重考量放棄追訴、附條件或無條件暫緩追訴、或將刑事案件轉向，使脫離正式的刑事司法系統。為達此目的，各會員國應竭力評估採行『起訴轉向』的制度可能性……」我國為了使司法資源得以有效利用，故增訂了緩起訴制度，以發揮起訴轉向之旨意，與此「指引」之提示，是為相符¹²⁷。

¹²⁶ 林輝煌，前揭註 6，頁 24。

¹²⁷ 林輝煌，前揭註 6，頁 25。

第二款 檢察官之客觀性義務

第一目 客觀性義務的緣起

客觀性義務的法例，創設奠立於 19 世紀中末葉之德國，隨後散播至歐陸及亞洲其他大陸法系國家¹²⁸。而就檢察官在訴訟法上的義務，向來有一造訴訟當事人派(主觀派)與法律守護人派(客觀派)兩種對立的觀點¹²⁹。德國當年引入法國的檢察制度的時候，兩派也各自有其擁護者，也曾進行一場世紀大論辯，結果由當時身兼普魯士部長的法學大儒 Savigny 所極力主張之法律守護人派大獲全勝，而之後 1877 年通過之帝國刑事訴訟法全面採行 Savigny 的主張，而有其刑事訴訟法第 160 條第 2 項：「檢察官不僅對於不利且對於有利之情況亦應注意發現，並致力於證據之蒐集與保全。」¹³⁰第 296 條第 2 項：「檢察官為被告之利益亦得提起上訴。」第 365 條準用第 296 條第 2 項上訴通則之規定¹³¹，均可看出德國刑事訴訟法中對於檢察官客觀性義務的要求。同時 Savigny 在 1846 年亦主張：「檢察官是做為法律守護人，負有徹頭徹尾實現法律要求的職權¹³²」的基本立場及依此立場所定之法律規定，迄今在德國學界與實務上並未變更¹³³。就此，檢察官係立於一種雙重等階義務的地位，要為被告「有利」及「不利」的事項活動，但這兩者並不互相衝突，因為其上位概念都是實現刑事訴訟追訴處罰犯罪並保護被告權益的目的¹³⁴。

¹²⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 32。

¹²⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 33。

¹³⁰ 此條文的前身即 1877 年普魯士帝國刑事訴訟法第 139 條原本的翻版：「實施刑事訴訟程序之官員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形一律注意。(alle in strafverfahren tätigen Behörden, die für und wider den Beschuldigten sprechen den Umstände mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen.)」(1871 年普魯士帝國統一，德國於 1877 年制定統一的刑事訴訟法典)參閱郭吉助，〈檢察官客觀性義務規定之探討〉，《檢察新論》，2013 年 1 月，第 13 期，頁 127。

¹³¹ 德國刑事訴訟法第 365 條：「關於上訴與抗告之一般規定，於再審之聲請適用之。」

¹³² 此語可謂德國在討論檢察官問題時最常被引用的名言，如 Görcke, ZStW 73 (1961), 561, 565; Kintzi, in: Richter und Staatsanwaltschaft für den Bürger, 1988, S. 309, S. 301; Roxin, DriZ 1969, 385; ders., DriZ 1997, 109, 110 ff.; Rüping, GA 1992, 417, 152; Wagner, JZ 1974, 212, 214.參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 33。

¹³³ 郭吉助，前揭註 130，頁 127~128。

¹³⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 33。

第二目 客觀性義務的規定和內涵

我國法院組織法或者刑事訴訟法上並無「檢察官客觀性義務」的名稱，惟就法制上言，檢察官的客觀性義務，明顯的體現在我國刑事訴訟法第 2 條第 1 項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」；第 344 條第 4 項：「檢察官為被告之利益，亦得上訴。」、第 427 條第 1 款：管轄法院之檢察官，得為受判決人之利益聲請再審、第 336 條第 2 項：「檢察官接受不受理或管轄錯誤之判決書後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查。」第 26 條關於檢察官迴避的規定、法務部所頒定之「檢察官倫理規範」¹³⁵第 8 條：「檢察官辦理刑事案件時，應致力於真實發現，兼顧被告、被害人及其他訴訟關係人參與刑事訴訟之權益，並維護公共利益與個人權益之平衡，以實現正義。」均為檢察官客觀性義務之具體法制的規定與證明。

上述乃我國法制對於檢察官客觀性義務的具體規定。惟，在我國學界對於檢察官是否負有客觀性義務有所爭論，而深究其所論者，係針對檢察官在刑事訴訟法上到底扮演如何的角色。有學者採檢察官負有客觀性義務之肯定見解認為，因為見諸上開之規定，可知我國檢察制度的另一項特色，就是課予其強烈的客觀性義務。依此明文規定，檢察官在刑事訴訟法上「非一造當事人」(nicht Partei)¹³⁶，因為單純之一造當事人(如自訴人)，立場與「他造當事人」對立，並無為對造當事人利益奔命的「權」和「義」，更無聲請對造迴避的道理¹³⁷。長久以來，德國的法學理論並沒有將檢察官視為刑事訴中之一方當事人，僅係訴訟程序的參予者¹³⁸。檢察官在刑事訴訟法上與法官同為客觀法律準則與實體真實正義的公僕，除了毋縱毋冤，除了暴外還要安良，並非也不該是片面攻擊被告的

¹³⁵ 舊有「檢察官守則」，已於 2012 年 1 月 6 日停止適用，關於檢察官客觀性義務的體現可見於舊檢察官守則第 3 點：「檢察官辦理事件應努力發現真實，對被害人及被告之法定權利均應注意維護。對被告有利、不利之證據均應詳細調查，務求認事用法允妥，以昭折服」。而現行之「檢察官倫理規範」係於 2012 年 1 月 4 日發布。

¹³⁶ 林鈺雄，前揭註 1，頁 31。

¹³⁷ 同上註。

¹³⁸ 郭吉助，〈檢察官客觀性義務的危機與實務上體現〉，《刑事法雜誌》，2010 年 12 月，第 54 卷第 6 期，頁 29。

狂熱份子。而如何最能彰顯檢察官客觀性的表徵？乃係在審判程序主張被告無罪也¹³⁹。

亦有學者採不同見解者認為，就刑事訴訟法第 2 條第 1 項之規定而言，實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於有利及不利之情形，一律注意。檢察官為實施刑事訴訟程序之公務員，故自應有此適用。倘刑罰為最嚴厲及基於最後手段性，國家刑罰權之實施自應謹慎為之。刑事訴訟法之相關規定即在達成此一目標，通過法律之嚴格控制，俾使個案中能夠實踐真實發現與人權保障之理念。而實施刑事訴訟法程序之公務員，包括法官、檢察官、司法警察(官)等，自應對被告有利及不利之情形一律注意。惟就檢察官之屬性而言，其代表國家之追訴者，為對造之當事人，與被告處於一種對立之狀態，在偵查中更為明顯。因此，若一直強調客觀性義務，將檢察官神化是有違人性的。而任何國家權力應受節制，方不致濫權，人民之權利始能獲得確保¹⁴⁰。

第三目 客觀性義務所面臨的困境

1908 年德國柏林邦最高法院檢察長 Hugo Isenbei 曾說出一句流行至今的名言：「檢察官是世界上最客觀的機關。」，充滿著對檢察官形象的期許及神聖地位的追求¹⁴¹。惟客觀性義務要求檢察官要積極主動，不允許受表面上證據確鑿的證據資料所影響，必須廣泛的考慮所可能事實的變化¹⁴²。就此通體實現客觀性義務的理想卻因為近年來檢察官案件量不斷增加，在人力物力有限的情況下，壓縮其客觀性義務的空間；次者，在我國刑事訴訟法制度採行改良式當事人進行主義之後，訴訟結構將檢察官當事人化，就此情形之下，檢察官在訴訟程序中檢察官的職務亦有調整，在蒞庭實行公訴，進行交互詰問時，又更為明顯。檢察官既為當事人之一，一方面要負擔檢察官原本之控訴職能，一方

¹³⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 30-31。

¹⁴⁰ 黃朝義，《刑事訴訟法》，台北，一品，2006 年 9 月，頁 71~72。

¹⁴¹ 郭吉助，前揭註 130，頁 143。

¹⁴² 郭吉助，前揭註 138，頁 37。

面要蒐集原本屬於辯護人職能之有利於被告之證據資料，訴訟的勝敗又會影響其工作的績效，就立場上而言，似乎有所矛盾。檢察官作為控訴機關，有監督法院作出判決是否公平的責任，必要時必須透過上訴手段，不論有利或者不利於被告，以達到公平的判決的目的，就此法律賦予檢察官如此複雜的程序與角色¹⁴³，如同前述學者所言，若是一味的強調檢察官客觀性義務的遵守，無疑把檢察官神格化一般的，有著過高的期待。

除此之外，國人在欠缺正確的法治教育的觀念下，認為檢察官是代表國家摘奸發伏，打擊罪犯的正義使者，並非兼顧被告利益的守護者，以及檢察官之職業自主意識太強烈¹⁴⁴，自我認知是打擊犯罪的急先鋒¹⁴⁵，致辦案時對被告有利事項及有利證據少有注意。而致使檢察官在偵查程序中常有令人民譁然或者詬病的決定，而損及人民對於司法的信賴感。諸如檢察官對於沒有定罪把握的案件，枉法草率起訴，甚至惡劣的拖延訴訟、以致長時期纏訟不休、懸而不決¹⁴⁶；檢方偵辦個案時違反程序正義，洩漏偵查秘密；濫行起訴，在法院被判決無罪以後還不罷休，繼續濫行上訴；檢方辦案的對象與時機的選擇隨媒體口味，只注重辦媒體眼中的大案，爭先恐後成為媒體喜好的司法藍波，而對於是否辦對案就不那麼在意等¹⁴⁷。

最後，在制度面上對於客觀性義務最具有威脅者為上命下從的檢察一體¹⁴⁸。因為任何人如果必須服從上級長官的命令，即不可能同時客觀的判斷事實，保持客觀性¹⁴⁹，此時檢察官所必須遵從的係上級所下的「命令」而非其應恪守的「誠命」，除非上開的命

¹⁴³ 郭吉助，前揭註 138，頁 38。同氏著，前揭註 130，頁 144。

¹⁴⁴ 郭吉助，前揭註 138，頁 39。

¹⁴⁵ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 137。

¹⁴⁶ 參閱陳長文於江元慶所著《流浪法庭 30 年-台灣三名老人的真實故事》中推薦序一文，台北，報導文學，2008 年 8 月 1 日，頁 5。亦可參閱 <http://www.report.glob.tw/topics.aspx?id=146>，最後瀏覽日：2013 年 5 月 8 日。

¹⁴⁷ 引據林峰正，【觀念平台－檢察改革 不只是趕走陳總長而已】，中國時報，2010 年 1 月 21 日，A19 版。
<http://www.shadowgov.tw/?p=news.detail.30286&target=is>。最後瀏覽日：2013 年 5 月 7 日。

¹⁴⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 35。

¹⁴⁹ 郭吉助，前揭註 138，頁 42。

令和誠命兩者正巧相符，否則上命下從與客觀性義務二者勢將背反，無法並存¹⁵⁰。

客觀性義務乃是一種對於檢察官辦案時的目標設定，其實只是一種「理想」，一種對於檢察官辦案時的態度的期許，但是在於實務上面的運作，檢察官扮演的角色多變且複雜，在此工作繁重且受檢察一體的拘束的情況下，究竟檢察官能否保有其客觀性義務，我國¹⁵¹與德國的學者都抱持著懷疑態度，認為由於角色扮演的衝突，此種客觀性義務實在是一種會「導致精神分裂的義務」¹⁵²，要求職司犯罪偵查的檢察官，同時要負起對於保障犯罪嫌疑人的權益，期待可能性不高，並且還要對於有利或者不利的事項一併斟酌，恐怕過於理想化。惟，我國刑事訴訟法承擔著有效維護社會倫理秩序的職責¹⁵³，而檢察官係代表國家追訴處罰犯罪，是為公益的代表人，應以維護公共利益為指標，客觀公正的行使其職權¹⁵⁴，並同時守護法律，在真實發現與保障人權間客觀超然辦案，並且合於德國刑事訴訟法大師 Karl Peters 對於檢察官角色的期待：「司法官必須客觀之正義貢獻一切，不能追求其自己之目的」¹⁵⁵並且就算在繁忙例行公事和負荷過高的工作量，均不能阻礙檢察官遵守法律、公正行使職權及努力追求正義與客觀的真實發現的宗旨¹⁵⁶。

¹⁵⁰ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，前揭註 4，頁 137。從檢察一體的目的觀之，亦和客觀性義務背道產生扞格，此部分請參閱謝明智，《檢察官客觀性義務之評析》，東吳大學法律學系碩士論文，2009 年，頁 68-69。

¹⁵¹ 其認為偵查中之證據保全之必要性而言，倘檢察官是最客觀的司法官署，何來證據保全之必要，檢察官理應為犯罪嫌疑人之最佳權益作考量。亦即一旦知道對犯罪嫌疑人有利的證據時，不一定要馬上發動保全措施，亦不需要證據保全之聲請程序。如此「神格化」的思考不應該出現在民主法治的國家。現今社會應該重視的權力制衡，檢察官的客觀性義務不應該被如此誇大。參見黃朝義，前揭註 140，頁 317。

¹⁵² 郭吉助，前揭註 130，頁 144。

¹⁵³ 郭吉助，前揭註 130，頁 145。

¹⁵⁴ 檢察官倫理規範第 2 條：「檢察官為法治國之守護人及公益代表人，應格遵憲法、依據法律，本於良知，公正、客觀、超然、獨立、勤慎執行職務。」；第 3 條：「檢察官應以保障人權、維護社會秩序、實現公平正義、增進公共利益、健全司法制度發展為使命。」

¹⁵⁵ 郭吉助，前揭註 138，頁 55。

¹⁵⁶ 同上註。

第四目 以該「指引」看客觀性義務

該「指引」中對於檢察官於執行職務時提出了具體指針，而關於其客觀性義務的內容為「以保障公益為念，客觀行事，對被告及被害人之地位應注意維護，對被告有利、不利之相關情形，亦應一律注意」依此觀諸我國刑事訴訟法對於該「指引」的回覆，可見於前述對於客觀性義務規定的論述。較為特別的是，除了提示對於客觀性義務的遵守，基於檢察官是為公益的代表，而公平正義又不僅只存在於被告一方，被害人也是關照的對象，因此檢察官不能無視犯罪被害人的處境。因此依便宜原則所生之緩起訴制度，諸如刑事訴訟法第 253 條之 2 規定，為緩起訴處分時，應注意被害人受害情形；同法第 253 條，依職權為不起訴處分時，亦應詳細考慮被害人受害情形；審判中為具體求刑時，應慎重斟酌被害人之情狀；依同法第 344 條第 3 項，被害人對於判決不服，具備理由，得請求檢察官上訴。上述條文內容，除了體現該「指引」提出客觀性義務在我國法制的實現，亦展現出保障人權亦應同時顧及被害人的思想，並彰顯出檢察官具公益性、客觀性的特色。

第三節 小結

撫今追昔，檢察官制度發祥於 14 世紀的法國，從僅代表國王或貴族的財產管理人到漸進引進公益、職權色彩，而後建立公訴制度，是為檢察官的始祖。而檢察官制度正式奠立於拿破崙法典，更隨拿破崙的征戰，擴及歐陸各地。我國透過日本輾轉而承繼的德國法制，在此時漸漸採行了法國的檢察官制度。但德國並未全盤接受，係因當時德國為了控制法官獨攬追訴及審判的權利，故分流了偵查權和審判權，進而廢除糾問制度，改採控訴原則，在不告不理的原則下，檢察官則具有篩漏裁判的功能，作為把關法官裁判的入口，同時並希望藉由檢察官制度的建立，能達到控制警察偵查活動的合法性，擺脫警察國家的夢魘的功能，並期待檢察官能做為一名客觀且公正的法律守護人。

我國對於檢察官制的立法方式將檢察官地位問題一刀剖為兩半，其主要職務，在刑事程序之任務與義務，規定於刑事訴訟法；而其組織及內部上下級關係，統籌於法院組織法第 63 及第 64 條中¹⁵⁷。檢察官的職權，按法院組織法第 60 條之規定，分別包括實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及指揮刑事裁判之執行，可知檢察官除了控制程序的開啟與否外，在程序終結的部分，在不起訴處分具有實質確定力之下，程序的開啟要件又特別嚴格，因此需要藉由訴訟法上的義務來拘束刑事訴訟法上所賦予檢察官的權力。對於控制刑事程序的開啟，決定是否投入國家司法人力物力，實屬重要。因此，檢察官於知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，防範其恣意操縱偵查程序；針對起訴法定原則而言，則對於是否起訴，甚或不起訴、緩起訴都在起訴法定原則的內涵下，就此展現防範檢察官濫權終結偵查或起訴的防線。然因為檢察官是刑事程序唯一全程的參予者，除了以法定原則作為拘束檢察權的第一道防線以外，仍必須以客觀性義務貫穿檢察官在刑事訴訟程序中的訴訟行為，對於被告有利或者不利的事項均需一同注意，但在固守法定原則的同時，也發現有現實上的困難，雖然得防止檢察官濫權並且得以體現憲法平等原則在刑事訴訟法上的落實，但是在犯罪手法日益更新，檢察官人力物力有限的情況下，法定原則也不得不做出讓步，因此發展出便宜原則作為修正，而有相對不起訴、緩起訴制度的設計，賦予檢察官在特定案件下有適度的裁量權，藉此合於比例原則，達到訴訟經濟、司法資源集中使用的目的。

有鑑於我國日前通過兩公約以及兩公約施行法，並於同年宣布此兩公約及其施行法正式生效，因而有內國法之效力。同時，基於人權保障是普世價值以及民主國家的象徵，因此本文參酌同由聯合國通過頒布之「1990 年檢察官角色指引」作為與我檢察官職權及訴訟法上義務的比較。在檢察官職權及客觀性義務的部分，該「指引」與我國的刑事訴訟法規定，相去不遠，誠為可贊同之處。亦指出，因為檢察官帶有客觀性，及在公平

¹⁵⁷ 林鈺雄，前揭註 1，頁 19。

公正的情況下，亦須連同被害人的權益一同關照，就此我國亦有相類似之規定，因此，客觀性義務在該「指引」之下，似乎並非僅只於關於被告有利或者不利的事項，亦可擴張至被害人的利益事項，一同併與注意。而在便宜原則下行使裁量權的部分，對於該「指引」指出，針對法規有明文賦予檢察官裁量權行使的部分應予以明文具體規定，我國在這部分之規定卻付之闕如，與此「指引」尚有不符，而我國欲以檢察一體解決此裁量權的統一，除了實務運作有困難外，易生「上級濫命、下級濫從」之情事。因此，下一章將從檢察權的內部及外部的監督制衡機制加以論述之，觀察我國法制是如何監控制衡檢察權，並且仍有何缺失。目的係在不受此「指引」拘束的狀況下，期許仍能基於自主精神實行於我法治國家，以及基於兩公約的締約國定位下，對於人權保障的落實，改進我國的檢察官制度。



第三章 檢察權之監督制衡

第一節 檢察權之內部監督與制衡

刑事訴訟法制度雖然標舉檢察官的法定性義務和客觀性義務，但是立法機關卻未從訴訟制度上去貫徹此等義務，因而，監督權責轉而落入機關上級的手中，監督形式為內部之上命下從，似未詳究法定、客觀義務與上命下從之內在衝突問題，而成為頭重腳輕的檢察官制¹。而前文已就檢察官的職權內容以及訴訟法上應盡之法定性及客觀性義務，可知檢察官此等義務的遵守若是過份強調，無疑是未加以節制檢察官的權利，對於人民的權力也就容易產生侵害。因此，應從權力分立、制衡的觀點出發，再者檢察制度民主化的精義所在乃分權制衡機制之建立²。故下文欲從檢察一體緣由，亦即創設目的探討檢察一體是以何種方式監督並制衡檢察官在訴訟法上的義務，次者，檢察一體的制衡力量亦非無限上綱，就此也可能侵害檢察官獨立行使職權性，因此在檢察一體的監督制衡下，亦應有其行使的界限，將一同論述之。

第一項 檢察一體目的

我國的檢察機關的組織原理，自前清法院編制以來，即透過日本仿效歐陸法制，採行由上而下的階層式建構，即通稱的「檢察一體原則」(Grundsatz der Einheit der Staatsanwaltschaft)³，整個檢察機關即有如行政機關之上下隸屬與上命下從之一條鞭的組織體系⁴。在此機關組織下，上級的檢察首長對於下級的檢察官有處理的事務有指揮監督權、職務收取權及職務移轉權，下級檢察官則相應有服從的義務，相關規定可見於

¹ 林鈺雄，《檢察官論》，台北，學林，1999年4月，頁139。

² 陳運財，〈論檢察總長的產生方式與特偵組之法制化-由日本檢察制度之觀點〉，《檢察新論》，2007年1月，第1期，頁98。

³ 林鈺雄，前揭註1，頁115。

⁴ 林山田，《刑事程序法》，台北，五南，2000年5月增訂三版，頁144。

我國法院組織法第 63 條、第 64 條。檢察一體在我國運作以來，爭議不斷，弊端重重⁵。或許想要改革檢察一體的弊端可以先從了解檢察一體的創設目的開始。檢察一體的目的如下：⁶

一、打擊犯罪說：檢察一體的目的係在於使檢察體系能上下一體，同心協力，迅速而有效的從事犯罪之偵查與控訴工作⁷，亦有指出檢察一體的目的之一為協同辦案打擊犯罪⁸，而協同辦案⁹的方式，可減輕檢察官負荷，集思廣益，避免疏漏，並且資淺的檢察官可隨同資深檢察官學習、歷練，可規劃培養專業領域之檢察官¹⁰；有學者認為在檢察一體之下，為了發揮檢察官訴追犯罪嫌疑人及偵查犯罪的功能，故承認檢察首長對所屬之檢察官有命令的權限¹¹；亦有謂檢察官為能有效執行偵查犯罪的任務，仍有必要藉由分層的指揮監督及協同配合方式以打擊犯罪，因此檢察一體的制度仍不應輕言廢除¹²，在此看法下認為打擊犯罪為檢察一體的目的，因此有其存在的必要。

此說在我國向來被奉為金科玉律，但就其理論及實證上而言，仍有待商榷。就理論言，歐陸使上創設檢察官的目的，與其說是為了「有效打擊犯罪」，

⁵ 林鈺雄，前揭註 1，頁 218。

⁶ 這部分請參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 116~127。

⁷ 林山田，前揭註 4，頁 144。

⁸ 馬英九，〈「合理的折衷」：從美國最高法院的兩個判例看羈押權問題〉，《羈押權釋憲案相關資料輯要》，台北，法務部，1996 年 6 月，頁 408。

⁹ 所謂的協同辦案係由檢察長針對某些類型之案件，或某一件個案指派若干檢察官，組成偵查小組，由其中一檢察官主辦，其他檢察官協辦，再由主辦者彙整俾決定該案處理之一種偵查方式。參閱法務部加強檢查功能研究委員會研究資料彙編，《題綱五：建立檢察官協同偵查制度》，台北，法務部，1992 年 11 月，頁 103。但有學者指出在偵查等職權的行使上檢察官習於單獨辦案而排斥協同辦案。參閱陳運財，〈檢察獨立與檢察一體之分際〉，《月旦法學雜誌》，2005 年 9 月，第 124 期，頁 16。

¹⁰ 陳文琪，〈檢察一體之實踐〉，《檢察新論》，2007 年 1 月，第 1 期，頁 112。就此有學者認為打擊犯罪說混淆了不同層次的問題，真正與追訴犯罪效能有密切關連者，乃檢、警、調之間是否能形成上下一體、同心協力，而不在於檢察機關內部是否上下策應；次者，檢察官手無縛雞之力，就算槍擊要犯近在眼前，10 個縱橫一體的檢察官也抵不過一個佩刀帶槍的司法警察受用。參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 118~119。就犯罪偵查層次問題的部分，亦有學者指出從檢察制度的目的係在於警察活動的合法性而言，同時還負有監督法律的責任，而就法律監督應該是指對於偵查之法律的、規範的及防制性格。以控訴原則控制警察活動的合法性，檢察官固有必要介入偵查，為其核心應該重於消極面的法律監督，而非積極的主導證據蒐集之事實面的偵查。參閱陳運財，〈檢警關係定位問題之研究-從貫徹檢察官控訴原則的立場〉，《月旦法學雜誌》，2004 年 5 月，第 108 期，頁 70~71。

¹¹ 張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，台北，五南，2010 年 9 月，頁 98。

¹² 蔡德揚，〈對檢察官改革之回應〉，《司法改革雜誌》，1998 年 6 月，第 15 期，頁 21。

不如說是為了「有效保障民權」¹³。廢除糾問制度的原因不在於打擊犯罪的效能不足，而係在於保障被告的功能不足，若只著眼打擊犯罪的觀點，何須引進檢察官制來改造刑事訴訟程序？如果毋庸考慮保障民權的立論，追訴機關由警察全權負責，何須疊床架屋，發明檢察官制？其次，理論上亦很難說明檢察一體能「如何」的有效打擊犯罪，我國及歐陸法制，檢察機關「有頭無手」，「有將無兵」，偵查的人力與設備，主要配置在輔助機構¹⁴，檢察機關無獨立辦案的可能，因此不管多一個同樣受法律訓練的上級檢察官來指揮或多幾個下級檢察官來協辦，問題的癥結還是一樣¹⁵。簡言之，打擊犯罪的效能如何，與其說是繫諸檢察是否一體，毋寧說是繫諸檢察機關及其與輔助機關的配置關係。最後，從實證上而言，證明此一假設的社會科學實證資料，在我國迄今付之闕如，而且，運用檢察一體的案例，絕大多數是以不追訴(不偵查、不起訴、不上訴)收場¹⁶，結果與打擊犯罪說假設相反。

二、防範誤斷濫權說：檢察一體最主要的還是在於發揮內控及監督的功能，使檢察權的行使具有一致性且不致濫用¹⁷。有學者認為，檢察機關欠缺如法院之審級機制，因此檢察一體之上下服從及監督關係，即扮演有如法院審級監督的功能¹⁸。亦有謂檢察權的行使可能伴隨侵害人權之權利濫用的危險，故有必要透過檢察一體之內部監控機制加以制衡¹⁹。防止檢察官濫權，使未受不告不理原則

¹³ 林鈺雄，前揭註1，頁117。

¹⁴ 林鈺雄，前揭註1，頁118。

¹⁵ 就此有學者主張，從檢察制度的目的係在於警察活動的合法性而言，同時還負有監督法律的責任，而就法律監督應該是指對於偵查之法律的、規範的及防制性格。以控訴原則控制警察活動的合法性，檢察官固有必要介入偵查，為其核心應該重於消極面的法律監督，而非積極的主導證據蒐集之事實面的偵查。

¹⁶ 諸如1985年的奉命不上訴案、1989年的第一高爾夫球關說疑雲等。

¹⁷ 林麗瑩，〈檢察一體與檢察官獨立性之分際〉，《月旦法學雜誌》，2005年9月，第124期，頁47。

¹⁸ 林麗瑩，前揭註17，頁47。1975年Bucher曾提出類似的說法，Bucher認為，年輕資淺的檢察官經驗不足，若獨立辦案，不受指令權的拘束，難免有誤斷的危險，年輕資淺的獨任法官，雖然同樣有誤判的可能，但是有審級制度可資救濟。若是經過審級制度仍然無法糾正，為捍衛司法的獨立性，此乃無可奈何的必要之惡，在不告不理原則下，檢察官誤為不起訴情形就特別危險，案件沒有被害告訴人時，法院將無審查本案之機會。參閱林鈺雄，前揭註1，頁121~122。

¹⁹ 陳運財，前揭註9，頁17。

拘束並擁有廣大偵查權力之檢察官不致於恣意獨裁²⁰。因此我國乃設有關於不起訴處分的內部救濟制度，即再議制度。

先從此說避免誤斷的角度觀之，下級會誤斷，上級又何能免除？就上述的誤為不起訴處分的救濟制度，再議制度與審級制度是無法比擬的機制，因為再議仍是依檢察一體原理設計，逃不出行政干預的宿命，而審級制度係各級法官皆依法律及良知獨立審判，不受任何力量干預，獨立審判原則所宣示者，正是上命下從所無保障客觀性與正確性之作用。且各級法院原則上是受審理公開級裁判公開之拘束，而我國再議無論撤銷或維持原議，除當事人外並無得悉上級處分中如何認定事實、解釋法律之機會。就此，我國法於 2002 年 2 月 8 日增設了外部的監督機制，亦即交付審判，目的是為對檢察官的起訴裁量權為監督²¹。惟在採行交付審判的新制後，再議制度內的兩級監督程序，應予精簡，可提出交付審判的聲請，在檢察機關內部只要經過一次性的審查經駁回即可，毋庸在經上級檢察署檢察長的關卡，可釋放相當的高等檢察署人力資源，補足地檢署的人力不足²²。

最後從防範濫權的角度觀之，為防範下級檢察官濫權，何以不擔心上級會濫權？上級權力比下級大，濫權的可能性不會比較小，權力越集中，濫權的問題越嚴重，因此也越需要其他的權力來約束。即便上級真的克盡職責，防濫下級濫權，還是沒有解決上及本身的濫權問題。在目前檢察官組織隸屬下，越是上級，離行政層峰越接近，受行政干預的危險也就越大²³。因此，檢察一體究

²⁰ 法務部，〈法務部對於「檢察機關是司法機關」及「檢察官得行使羈押等強制處分權」綜合意見書〉，《羈押權釋憲案相關資料輯要》，台北，法務部，1996 年 6 月，頁 249。

²¹ 參刑事訴訟法第 258 條之 1 的增訂理由：「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。…」

²² 林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)-各論編》，台北，自版，2013 年 9 月七版，頁 109。

²³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 122。

係內控案件品質防範檢察官濫權的機制，亦或干預辦案的手段之問題，反覆被討論²⁴，因而，借助其他權力制衡上級權力，更屬必要。

三、國會責任說：或稱國會監督說，乃指政府所負的國會責任原則，此說向來乃是德國主張維護檢察機關上命下從者最堅強的論據²⁵。在檢察一體之下，權力有往行政上級集中之危險，因此，須要有外力來加以制衡，而此外力又非立法或司法權莫屬。國會監督說乃主張以立法權來加以制衡，基本論點乃「下級對上級負責，上級對國會負責」，為求與一條鞭式權責相符，檢察機關內部必須上命下從，如此，行政首長才能貫徹權責。此說乃是從外部監督(國會責任)正當化內部監督(上命下從)。

四、統一追訴法令說：基於偵查、追訴即請求法院為法律之正當適用等事務之性質，在偵查方針、裁量基準以及法律見解上，應求一致，故有必要透過檢察一體上命下從的關係予以統合，故規範檢察官全體對公益追求之一致性，避免個別檢察官對公益認定之歧異，令人民無所適從²⁶。此說是從前述的檢察機關欠缺審級制度而來，因為法院之審判獨立，可藉由審級之上訴制度，達成全國統一法律適用之審判公平目的，但獨任制官廳之檢察官，在偵查、追訴、蒞庭論告時，皆無審級救濟，此時如放任個別檢察官獨立行使檢察權，難免有追訴裁量標準及法律適用不一致之情事，造成犯罪追訴處罰之不公平，故在檢察體系內部，建構一個金字塔型指揮體系之必要，此即檢察一體存在的必要²⁷。因此，檢察一體的積極功效，主要表現在便宜原則案件的「裁量」標準，因為便宜原則本來係以合乎目的性出發，因案置宜，若不訂立參考標準，完全容任各個承

²⁴ 陳文琪，前揭註 10，頁 101。

²⁵ 林鈺雄，前揭註 1，頁 124。

²⁶ 法務部，前揭註 20，頁 249。

²⁷ 朱朝亮，〈從檢察官天職，回首檢改十年〉，《檢察新論》，2007 年 1 月，第 1 期，頁 73。

辦檢察官自行判斷，則全國不起訴之實務將會產生重大歧異，危及法之安定性及平等性。此時，檢察一體便有以一般性的裁量規則防範個案恣意裁量之填補功能²⁸。由於便宜不起訴之裁量乃整個檢察權中與行政權最為接近的部分，並非司法權之固有權限，因此統一便宜追訴的基準才是檢察一體存在的基本理由²⁹。

惟此點向來在檢察實務上很難發揮其功能，係因出於獨任辦案的傳統，而裁量的客觀化基準訂立困難，以及判例無法律上拘束力的關係，都影響檢察一體統合機能無法落實³⁰。次者，從權力分立原則之下，有權終局解釋法令的機關乃法院，非行政部門或檢察機關，是以，統一法律解釋之必要性不能證明檢察一體之合理性，且若因法律見解有歧異而影響犯罪是否或如何構成時，檢察官不宜自行或依上命逕為不起訴處分，而應啟動法院以裁判之形式統一解釋法令。

第二項 檢察一體的行使及界限

上命下從、檢察一體行使界限乃最受爭議之部分，在實務的操作上造成外界對於檢察機關淪為政治力的打手亦或行政之手伸入司法體系之印象，而檢察一體的界限問題乃是指令權行使界限的問題，蓋因指令乃指上級長官對於下級屬官針對職務上之事項所為

²⁸ 2007年3月5日，台南市市長許添財首長特別費案件偵結，檢察官在不起訴處分書認定特別費是首長薪資特別補貼，其對首長特別費性質的闡述，顯然與台北地檢署起訴馬英九特別費案件的論點不同，於是有所謂南北不同調的爭議，外界也大力呼籲檢察首長應負起檢察一體的責任，做出一致性共識。2007年5月8日最高檢察署檢察總長召集檢察長會議，專案研討首長特別費的法律性質，惟檢察長們意見分歧，最後作成「應由每個個案具體認定」這種沒有結論的結論。參閱施慶堂，〈檢察獨立或檢察獨霸〉，《檢查新論》，2008年1月，第3期，頁91。就此可以看出檢察一體的功能應該體現在建立統一裁量權的標準之上，以提升人民對司法的信服度，提升法律的安定性及平等性。

²⁹ 惟有主張認為「便宜不起訴」僅屬於檢察官偵結案件之較小部分，檢察一體的功能若僅限於此，過於窄化。以2011年地方法院檢察署檢察官偵查終結案件為例，被告獲不起訴處分比率為35.0%，被告獲不起訴處分人數達17萬7,726人，95.1%被告為「應不起訴處分」。引自法務部統計處，《中華民國100年法務統計年報》，台北，法務部，2012年4月，頁22。

³⁰ 陳運財，前揭註10，頁17。

之一般或個別的指示，得行使上述的權能，稱為指令權(Weisungsrecht)³¹。

而就此指令權的分類，尚分為三種³²，分別為「一般或個案指令權」、「外部或內部指令權」及「檢察事務或檢察行政事務指令權」。第一種係以「內容」為區別標準，兩者區別實益在於界限不同，一般性指示之指令權行使界限較少，具體個案之指示則因直接干預個案之處理，容易引發行政干預刑事司法之疑慮，因而限制較多；第二種則是以發布命令之「主體」為區別標準，由司法部長(Justizminister，即法務部長)下達者稱為外部指令，由檢察首長(檢察總長、檢察長)下達者則稱為內部指令，外部指令權所受之限制遠較內部指令權更為嚴格³³，此種分類為德國之通用標準。第三種則是將執行的職務內容分為檢察事務及檢察行政事務兩大類，前者係指依刑事訴訟程序所執行的偵查、起訴、到庭、上訴等，得以執行此指令權者，也以具有檢察官身分之上級檢察首長為限；後者係指經費(預算編列與分配等)、人事(任命、考績、升遷及懲戒等)及其他行政監督事項³⁴。由於後者的外部監督並不涉及檢察事務之執行，因而，其行使之主體乃檢察行政首長，頂頭上司則為不具備也不須具備檢察官身分的法務部長。

於我國的法院組織法中可以看出和德國通用之內部或外部指令權的頗為類似，第 63 及第 64 條乃指內部指令權之規定，而第 111 條則包含有內、外部指令權。而檢察首長的指令權包含有檢察事務及檢察行政事務兩大類，前者包括下達指揮監督命令及職務收取權、職務移轉權兩種；後者則為司法行政監督，範圍僅限於檢察行政事項，行使之方式包含發布注意命令、施以警告處分或發動懲戒等於法院組織法第 112 及第 113 條可資參照；反之，法務部長之指令權並不及於檢察事務，僅得就檢察行政事務為行政監督，

³¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 42。

³² 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 42~46。

³³ 外部指令權較內部指令權更為嚴格的理由有二：一為法務部長不需也不具備檢察官的身分，刑事訴訟法上賦予檢察官的任務，如偵查、起訴不起訴、蒞庭、上訴等，法務部長皆無親自處理的權限；二來法務部長乃典型的政務官，為政府之政策效勞，與政府同進退，其行事準則與檢察官不同。參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 43。

³⁴ 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，台北，自版，2013 年 9 月七版，頁 144。

可見於在立法上限制外部指令權的用意明顯。

於本文中欲以第三種分類為檢察一體界限的介紹，係因於法院組織法中已可清楚就內部或外部指令權為區分，並且也已就外部指令權僅可就檢察行政事務為監督之清楚的限制；次者，本文所欲探討之主題係刑法第 125 條之濫權追訴罪，並且係以角色扮演多樣化、職務內容執行複雜的檢察官為介紹主體，而此第三種分類的方式，在探討濫權追訴罪之下可清楚區分，下級檢察官行使訴訟上活動是否為檢察事務的範圍，以及指揮監督權所推衍而出的職務收取權及移轉權在事務分配上的效力，而上級檢察長或檢察首長就行政事務的監督則屬間接、消極並且不涉及檢察官事務的執行。最後，濫權追訴罪的犯罪行為態樣分別為濫用職權為逮捕或羈押、意圖取供而施強暴或脅迫以及故出入人罪，針對發動強制處分權及起訴權限，均為刑事訴訟法所賦予檢察官的職權，亦屬於此項分類內的檢察事務³⁵，就此本文欲從此區分標準著手，細分為偵查階段即起訴階段的檢察一體行使界限，探討此界限之依循標準及違反效果，藉此連結檢察一體行使界限及濫權追訴罪之間之關係。

第一款 檢察行政事務指令權的行使及界限

按法院組織法第 111 條可知，關於檢察行政事務指令權的行使主體包括法務部長及檢察首長(檢察總長及檢察長)，分別對於檢察行政事務有行使指揮監督之權限。惟於此乃將重點放在法務部長檢察行政事務監督權限的行使原則及界限，以及法務部長及檢察總長間之關係。而檢察首長則以檢察事務指令權之行使及界限為爭議之重點，在檢察首長之行政事務指令權之部分較無非議，於此不論述之。

³⁵ 雖然究何為檢察行政事務，何為檢察事務的分際並沒有很清楚，但於本文所探討之濫權追訴罪中的犯罪行為態樣，不論係偵查中之取供或羈押逮捕亦或根據偵查結果所為之起訴或不起訴決定，均為明確之檢察事務。

按法務部組織法第 1 條：「行政院為辦理全國檢察行政…特設法務部」可知我國檢察體系隸屬於行政院法務部，次按法院組織法第 111 條第 1 款：「一、法務部部長監督各級法院及分院檢察署。」及司法院大法官釋字 530 號解釋：「…關於各級法院檢察署之行政監督，依法院組織法第一百十一條第一款規定，法務部部長監督各級法院及分院檢察署，從而法務部部長就檢察行政監督發布命令，以貫徹刑事政策及迅速有效執行檢察事務，亦非法所不許。…」可知已將檢察權的檢察事務指揮監督和檢察行政事務監督劃分為不同的體系。而 1988 年由大法官管歐所撰寫的《法院組織法》在討論檢察一體時，表示檢察一體，係自最高法院檢察署檢察長以下，排除了法務部長³⁶。就此我國多數見解認為，法務部長只有行政監督權，雖然固可就檢察事務之一般政策為行政上的指揮監督，惟對於檢察官個案的偵查及追訴等檢察職權的行使，並無具體的指揮權³⁷，故此不得對於個案為指揮監督，亦或對於檢察官之檢察事務為指揮監督，係為法務部長行使指令權時的界限。

限制法務部長僅得就檢察行政事務為監督，係因為法務部長不具備檢察官的身分，因此「外」於檢察系統，固亦有稱此為外部指令權，以檢察行政事務為限，包括人事經費等一般行政事務及發佈注意命令、警告處分及發動懲戒程序等外部職務監督事項³⁸。次者係因為法務部長為典型的政務官，為政府之政策效勞，和政府同進退，對於不當政治力的介入，免疫力較遜於檢察官。因此，限制此外部指令權，具有防範不當政治考量干預刑事司法的作用。

法務部長行使指令權的界限，乃在於僅得對於檢察機關的業務為通案性的提示，避免直接干涉個案偵查，以及對於檢察官辦案有無違誤，應該採事後監督的原則，避免在偵查中介入。在通案性提示的部分，諸如對於檢察機關之行政措施通盤性的提示、對某

³⁶ 王泰升，《台灣檢察史-制度變遷史與運作實況》，台北，法務部，2008 年 1 月，頁 48。

³⁷ 陳運財，前揭註 9，頁 20。

³⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 189。

類案件應該嚴守實體法規定等。但對於某一案件是否發動偵查，檢察官偵查中之個案應否聲請羈押人犯、起訴不起訴，不得作具體指示、亦或檢察官的起訴或者不起訴是否得當，都應該等案件確定後，由最高法院檢察署或高檢署調卷審查，研擬意見報法務部議處³⁹，採事後的監督模式。

就實務運作與立法上而言，目前規劃一般檢察事務之人力編列於法務部內，實務上檢察事務(例如緩起訴實施要點、肅貪政策)仍由法務部規劃監督，就此情形法務部長仍對檢察具體個案沒有指揮、監督權⁴⁰。惟目前的檢察行政事務和檢察事務之間沒有明確的分際，就檢察體系而言，能為檢察行政事務監督者，仍為擁有最高指揮權之檢察總長，法務部難免會有越俎代庖之情形，多數最高法院檢察署檢察業務的命令或意見，係來自法務部而非最高法院檢察署或高等法院檢察署；次者，按法院組織法第 111 條第 2 項規定，最高檢察總長之行政監督僅及於該署，其他行政監督則由高檢署為之。高檢署則同時有行政指揮監督及個案指揮監督，運作上較為完整。就此在實務上，法務部卻又有個別授權最高檢督導的事項，例如提升檢調公信力辦案、偵查不公開及新聞發布要點的訂定等，就此規定，將會使最高檢檢察總長的行政監督權無法及於各級法院檢察署，作為過渡行政權與檢察權中間的第三權角色的檢察總長，於此將無法就一般性的抽象命令之行政事項為完善之指揮監督。除此之外，檢察總長對於來自法務部不當的指示或干預，也應該扮演檢察體系防波堤的角色⁴¹，就此，檢察總長的身分和地位則應得到保障。在未修法前，檢察總長向來是沒有聲音的媳婦或花瓶，被視為政治任命之法務部長的下屬⁴²，按新修正法院組織法第 66 條第 7 項之規定，雖然我國檢察總長任命係由總統提名，經立法院同意後任命⁴³，係採國會監督之方式。惟，就算國會通過係多一道門檻，但也難逃有政治力干預的疑慮，素質不良的國會代表是否會藉由任免權對檢察總長予取與

³⁹ 陳文琪，前揭註 10，頁 108~109。

⁴⁰ 吳巡龍，〈檢察獨立與檢察一體-兼評檢察官未經檢察長核定逕行起訴事件〉，《月旦法學雜誌》，2005 年 9 月，第 124 期，頁 34。

⁴¹ 陳文琪，前揭註 10，頁 109。

⁴² 陳運財，前揭註 2，頁 92。

⁴³ 法院組織法第 66 條第 7 項：「最高法院檢察署檢察總長由總統提名，經立法院同意任命之，任期四年，不得連任。」

求，亦須深思⁴⁴；次者，按法院組織法第 59 條之 1 有關法務部設檢察官人事審議委員會之組織及運作之規定⁴⁵，藉由人事審議委員會的法制化，使檢察官人事調動得以公平、受適當的監督，減少法務部長對檢察長的任命、調動的干預性，維護檢察官的獨立性⁴⁶，使檢察權之人事獨立性與法務部部長之行政權力維持較以往平衡之狀態。限縮法務部長對檢察官人事之決定權，以及讓最高法院檢察署擁有完整的行政監督權，仍是將來努力的方向⁴⁷。

第二款 檢察事務指令權的行使及界限

指令權的界限，簡言之，在於法定原則，此乃檢察官法律地位問題的帝王條款，此點在於德國早已經是共識⁴⁸。而在我國，刑事訴訟法中所定檢察官之客觀性義務與合法性義務，尤其是法定原則之規定，拘束含檢察首長在內的全國檢察官，正是內部指令權界限的明文規定⁴⁹。在此界限下，檢察首長除了對於個案有指揮監督之指令權外，亦得對轄下之檢察官具有職務收取權及移轉權，但就行使之實體要件及程序要件則沒有明文規定。就此，在使用得當下能調節既定事務分配，反之，若遭濫用，則可能完全剝奪檢察官對於個案的承辦權，除應明定其行使界限外，亦認為不得違反法定原則也亦應遵守客觀性義務，此為一般之見解⁵⁰。法定原則為我國對於防止檢察官濫權、擅斷恣意，並

⁴⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 212。

⁴⁵ 法院組織法第 59 條之 1：「法務部設檢察官人事審議委員會，審議高等法院檢察署以下各級法院及其分院檢察署主任檢察官、檢察官之任免、轉任、遷調、考核及獎懲事項。(第一項)前項審議之決議，應報請法務部部長核定後公告之。(第二項)法務部部長遷任檢察長前，檢察官人事審議委員會應提出職缺二倍人選，由法務部部長圈選之。檢察長之遷調應送檢察官人事審議委員會徵詢意見。(第三項)檢察官人事審議委員會置委員十七人，由法務部部長指派代表四人、檢察總長及其指派之代表三人與全體檢察官所選出之代表九人組成之，由法務部部長指派具司法官身分之次長為主任委員。(第四項)前項選任委員之任期，均為一年，連選得連任一次。(第五項)全體檢察官代表，以全國為單一選區，以秘密、無記名及單記直接選舉產生，每一檢察署以一名代表為限。(第六項)檢察官人事審議委員會之組成方式、審議對象、程序、決議方式及相關事項之審議規則，由法務部徵詢檢察官人事審議委員會後定之。(第七項)」

⁴⁶ 陳運財，前揭註 2，頁 89。

⁴⁷ 陳文琪，前揭註 10，頁 110。此篇參考資料於 2007 年 1 月發表於《檢察新論》，惟至今 2013 年，法院組織法第 111 條仍未修正，目前仍為 1989 年 12 月全文修正公布之條文，因此最高法院檢察署仍未擁有完整的行政監督權。

⁴⁸ 林鈺雄，前揭註 1，頁 49。

⁴⁹ 同上註。

⁵⁰ 可參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 53；林麗瑩，前揭註 17，頁 48。

藉此將憲法平等原則體現在刑事訴訟法上，檢察官除了係偵查程序的主人外，亦控制著裁判的入口。因此，以法定主義控制檢察官，成為其訴訟法上的義務，是有其存在的必要。同理，在下級檢察官都有可能濫權的情況下，權力更大並行使指令權的上級檢察官，何以沒有濫權之可能？故本文欲從法定原則下之偵查法定原則以及起訴法定原則，劃分出偵查及起訴階段兩階段，視上級檢察官應如何行使指令權，及其界限如何劃定，若是違反此界限，則將如何與濫權追訴罪連結論述之。

第一目 指揮監督權的行使及界限

一、偵查階段

檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑時，應即開始偵查，於刑事訴訟法第 228 條第 1 項定有明文，為檢察官的偵查法定原則。在此原則之下，檢察官在知有犯罪嫌疑時，則有發動偵查的義務，並沒有裁量權。此偵查法定原則為指令權的第一道防線，拘束一切上下級檢察官。惟檢察官在行使偵查權應受上級指揮監督，這並非否定各檢察官為偵查權行使意思決定機關⁵¹。就此，對於上級檢察官對偵查發動與否之指令，可能為命發動偵查或命不發動偵查。就前者而言，檢察首長可能已經應由其他的管道(諸如政府交託、公務員之告發或線民密報等)，得知有犯罪嫌疑，因此以下指令之方式要求所屬之檢察官立即發動偵查，就受命之檢察官而言，依該指令得知有犯罪嫌疑，依法應開始偵查，並非基於服從義務，乃係基於偵查法定原則之義務而來。

依偵查法定原則之內容可知，偵查之開始，似毋須相當之理由，也毋須具備合理性標準，只要有告訴、告發、自首之事實，即可開始偵查，至於告訴、告發、自首之內容是否合理，皆非所問，就算無上述這些事實，亦得開始偵查。可知，偵查的發動等於完全不涉任何限制，幾乎是授權檢察官為所欲為，得任意開啟偵查行為，因此有主張，應

⁵¹ 陳宏達，〈偵查取證程序之監督〉，《檢察新論》，2010 年 1 月，第 7 期，頁 144。

該要以檢察一體節制檢察官偵查權力啟動的安全瓣，作為指揮、監督個別檢察官在具體偵查時的油門與煞車⁵²。除此之外，檢察官在偵查中另一權限，乃強制處分權。就此強制處分權的內容，諸如搜索、逮捕都具有證據保全以及時效性的效果，影響著檢察官是否發動追訴權；次者，強制處分權多少具有侵害人民身體、自由等基本權的色彩存在，因此，對於人權的保障在羈押方面有刑事訴訟法第 101 條、拘提逮捕有 75 條以下之相關規定之實質與程序要件，作為法律上的限制⁵³，因此，我國一方面賦予檢察官強制處分權、二方面設定其法定程序，並受法律保留及比例原則等憲法原則的拘束，若違反時，則依刑法第 125 條第 1 項第 1 款及第 2 項制裁之⁵⁴。但在我國監督理論基礎未臻成熟、專業理論之實踐存有落差、檢察一體監督關係共識不足、檢警規範監督機制設計不完備、證據排除抑制違法偵查僅具事後功能及律師在場權限未明，使監督偵查取證機制難以發揮監督成效下⁵⁵，加上偵查發動採取低度門檻，如何在避免偵查權被濫用的情況，偵查取證的程序也就必須在法律的規範下正當行使，而此時指令權的行使亦應發揮其指揮監督及統合之功效以收偵查成效，達到協同辦案以打擊犯罪之目的。諸如檢察長就具體偵查方向或行動方針之指示，係針對強制處分之偵查技術或策略或人手調度上得以指令介入⁵⁶，但實質上必須出於合目的性的考量，程序上則應以書面附理由為之，供事後檢證⁵⁷。

除了前述的偵查發動的指令權及強制處分的發動的行使方式及界限外，上級檢察官亦有可能做出命偵查不發動的指令，依偵查法定原則，檢察首長當然不得以指令阻止檢

⁵² 何祖舜，〈論偵查門檻與人權保障〉，《檢察新論》，2010 年 1 月，第 7 期，頁 120~121。因為刑事訴訟法欠缺對於偵查行為的規範，現行實務運作基礎透過法院組織法及其所授權制定之行政規則。藉由「分案」作為限制監督檢察官啟動偵查的重要內控機制。亦即，案件啟動偵查前應先經所屬檢察署依分案程序分案，若未經分案掛號，除有急迫或特殊狀況下，得行必要之處分外，原則上無法進行偵查。此種作法透過行政規則，將檢察一體內部控制的具體化，節制檢察官的偵查發動權限，填補刑事訴訟法所不足。

⁵³ 參閱王兆鵬，〈偵查權之發動與限制〉，《檢察新論》，2010 年 1 月，第 7 期，頁 97。

⁵⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 222。

⁵⁵ 就此部份我國現行監督偵查取證機制運作之缺陷可參閱陳宏達，前揭註 51，頁 134~141。

⁵⁶ 林鈺雄，前揭註 1，頁 223。

⁵⁷ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 223。檢察長和承辦檢察官意見相左，承辦檢察官只有服從一途，若以專案會議進行，不論有無爭議，宜以書面紀錄並另行存檔。對於檢察官結案書類，無論是否表示同意，均可於書類原本核章並載明不同意見。檢察長的決定內容既已成書面，如有必要，自可再由上級檢察機關本於監督權責調閱、檢討，以免論者指摘黑箱作業指揮監督知腐蝕，而成敗則由承辦檢察官承擔，造成上級檢察官置身事外、有權無責之怪異現象。參閱陳宏達，前揭註 51，頁 144。

察官履行其強制義務，否則就破壞偵查法定原則。除此之外，當指令因違反強制規定而當然違法時，就刑法而言則是可罰的指令，可能構成刑法第 125 條第 1 項第 3 款之濫權不追訴罪，因此不具有拘束力⁵⁸。另外，命不發動偵查，亦包括檢察首長以事務分配為由不簽分偵查案件。偵查法定原則，乃檢察官代表國家的絕對義務，不得以其他低位階之理由否定此高位階的法定強制義務，縱使認為檢察首長有事務分配權，首長最多僅能決定案件依事務分配規則由「何」檢察官發動偵查，並無禁止發動偵查之權限⁵⁹。依前述，可推知不論係偵查程序中的指揮監督，亦或強制處分權的發動，僅得就如何行就偵查程序或強制處分的手段及技術等方式提出提示，亦即指令權的範圍應視程序進行的階段如何，程序進行中的訴訟行為，容許指令權行使的空間較大，但進行至偵查終結，決定是否提起公訴時，指令權的行使即受到相當的制約，對於形成訴訟行為的決定，指令權不宜介入⁶⁰，亦即指令權的行使均不得違反偵查法定原則及法律保留的限制，就此作為偵查階段檢察事務指令權的行使界限，而其結論為，指令權的行使範圍非一致性的，就偵查或強制處分權的「發動」與否，須尊重刑事訴訟法所賦予檢察官獨立辦案的空間，因此，檢察首長並不得干預之。

二、起訴階段

(一) 起訴法定原則之下的運作

我國刑事訴訟法的運作基本上係採起訴法定原則為主，便宜原則為輔，亦即檢察官本於對法律的認識及終結偵查時所認定的事實，將具體的刑事案件包攝於法律的構成要件，形成一定的確信，若據此判斷案件乃法定主義的範疇，檢察官則無裁量的餘地，必須對於此案件作出起訴或不起訴之處分⁶¹，此常為直接基於個人心證之事實認定與法律判斷之結論，涉及司法判斷的核心，檢察首長亦不得行使指令權，要求為相反之決定⁶²。

⁵⁸ 亦可參閱林鈺雄，〈檢察首長之指令權與強制處分〉，《月旦法學雜誌》，1999年8月，第51期，頁10~11。

⁵⁹ 林鈺雄，前揭註1，頁221。

⁶⁰ 陳運財，前揭註9，頁17~18。

⁶¹ 林鈺雄，前揭註1，頁226。

⁶² 林麗瑩，前揭註17，頁48。

因此，法定原則之貫徹，在個案中乃經承辦檢察官依法律確信所形成之決定而達成⁶³。但若在檢察首長和承辦檢察官對於是否起訴的意見不一，亦或對於法律見解有爭議時，檢察首長應以其法律見解說服承辦檢察官，只要該等意見有說服力，應該可以期待承辦檢察官會聽從上級檢察首長的意見。一般見解認為，在上級無法說服下級的場合，應該以上級意見為準，上級得以命起訴或命不起訴之方式要求檢察官服從，因為「疑問排除不法」，應依一般之公務員法，由上級決定之⁶⁴，不過上開見解以下級承辦檢察官亦有疑問為必要條件⁶⁵。因此，在法定原則底下，下級檢察官認為應起訴或不應起訴的案件，上級檢察官的指令權原則上沒有行使的空間，存在疑義或解釋空間時，檢察首長才可以以指令權介入⁶⁶，上級在欲貫徹自己的見解下，也只能行使職務收取權或移轉權，但就此職務收取權或移轉權亦有其行使範圍，除不得違背法定原則外，亦不得逾越檢察一體的原則，否則即有構成違法不追訴或濫行追訴之指令權濫用的情形⁶⁷。就此，下級檢察官僅受到合法與符合刑事程序與精神之指令之拘束，對於檢察首長濫用指令權而為之檢察事務指令，則無服從之義務。此外，檢察官對其檢察首長之指令負有義務檢驗指令之合法性⁶⁸。

檢察官在不告不理原則下，扮演著裁判入口的篩漏角色，檢察官在上級檢察官命為起訴或不起訴的情況下，後者向來比前者更值得擔憂⁶⁹，因此檢察官起訴與否就顯得重要。因為前者法官還有在審判中審核起訴是否適當的機會，在後者，基於不告不理的原則，法官將會無案可判，又鑑於不起訴處分有實體確定力的效果，則行政上級將取代獨立法官成為使案件終局確定的機構，敞開行政干預司法的大門⁷⁰。因此，在下級欲起訴

⁶³ 林鈺雄，前揭註1，頁226。

⁶⁴ 林鈺雄，前揭註1，頁227。在涉及不確定法律概念的解釋或判斷，法院的審查空間非常有限，如產生爭議時，應尊重上級最終判斷，但此時應本於客觀性義務，個案被告之有利、不利均應顧及。參閱林麗瑩，前揭註17，頁49。

⁶⁵ 林鈺雄，前揭註1，頁227。

⁶⁶ 林麗瑩，前揭註17，頁49。

⁶⁷ 參閱林麗瑩，前揭註17，頁48；陳運財，前揭註9，頁19。

⁶⁸ 參閱林山田，〈論檢察機關與檢察官〉，《全國律師》，1998年6月，第2卷6期，頁100。

⁶⁹ 林鈺雄，前揭註1，頁228。

⁷⁰ 同上註。

的案件，就算是在有疑問的情況下，檢察首長的指令權除不可違反法定原則外，亦不得命下級為不起訴處分，此時應由法官來擔任統一法律見解的任務；反之在下級欲不起訴時，上級得命起訴，以免案件不當於偵查程序法律上或事實上確定，此等情形，尤其適用於下級檢察官欲違反實務見解自行處分法定原則案件之情形⁷¹，檢察首長即可行使職務收取權或移轉權，起訴此案件，使法院就該等法律問題表達意見，進而統一法律見解⁷²。

至於在證據評價的部分，此乃承辦檢察官個人心證形成的部分，具有與法官審判權行使之同等性，檢察首長自不得為干預⁷³，除此之外，證據應如何評價，必須是直接參與調查證據的承辦檢察官為之，檢察首長未參與證據調查，對於證據調查結果無所認識，當然無所謂心證可言，並不能命承辦檢察官為如何的評價。例如對於強制處分行使的法定要件是否具備、證據力強弱的評斷，均涉及個人認識過程與良知判斷，不在上級可干預的範圍。若違反之，則因僭越檢察官固有之證據評價權而違法。此時，檢察首長最多僅得依情形，以事實偵查不夠完備為由命續行偵查，或以其他正當理由行使職務收取權或移轉權⁷⁴。

(二) 便宜原則之下的運作

依前述檢察一體的存在積極意義，就是統一檢察官裁量權的標準，就便宜案件得否依裁量為不起訴的問題，上級檢察官有命令的權限，下級檢察官則有服從的義務⁷⁵。上級檢察官得以指令權拘束下級裁量權的方式，可能為一般命令，也可能為個案指示。就前者而言，特別指全國性之辦案注意規則而言，具有避免全國追訴實務歧異過大的功能，除了形式上命令本身必需合法，二來實質上命令內容也應該適當，特別是兼顧各種不同的具體案情，不能太過僵化，否則，統一追訴實務的作用將適得其反；就個案而言，

⁷¹ 林鈺雄，前揭註1，頁229。

⁷² 同上註。

⁷³ 林麗瑩，前揭註17，頁48。

⁷⁴ 參閱林鈺雄，前揭註1，頁228；林麗瑩，同上註。

⁷⁵ 林鈺雄，前揭註1，頁233。

上級若欲行使指令權，應受「充分資訊誡命」之拘束，亦即上級必須充分掌握或該個案的資訊後，才可以下令起訴與否⁷⁶。至於上級未取得充分資訊之必要命令，如調閱卷宗或命下級報告案情，除非有違法的情事，否則下級應即遵從。上級以命令貫徹自己裁量權的見解，本身並沒有架空下級檢察官行使裁量權界限的效力，因此，上級命令本身若有逾越裁量範圍、濫用裁量權限或明顯基於不當之事理考量等等，命令仍屬違法⁷⁷，仍有合法性的界限，並受檢察官客觀性義務的拘束，以符合公平原則⁷⁸。接著再回到前述的法定主義核心之下，檢察官仍有依法定原則決定為起訴處分或在符合便宜原則要件下可為不起訴處分的空間，因此，也只有有在檢察官判定符合便宜原則法定要件作成不起訴處分時，上級得以命令方式貫徹自己之裁量的見解。並且便宜原則也並沒有排除檢察官自我負責原則的效力，因為檢察官仍是必須以自己的名義作成不起訴處分。為避免產生上級有權無責，下級有責無權的情形，下級若堅信上級命令違法不當時，上級宜行使職務收取權或移轉權，自行承擔本案責任或移轉責任，以明分際⁷⁹。

第二目 職務收取權、移轉權的行使界限

檢察首長的另一權限，就是職務收取權及移轉權，此職權的優點在於具統一法令解釋、避免檢察官意見歧異及調節既定的事務分配的功能，但缺點係在於可能完全剝奪了檢察官的承辦權，則個案檢察官對於法律確信自主辦案的空間幾乎蕩然無存。如要達到前開所述優點，在檢察官和檢察首長兩者意見不一的時候，檢察首長可以行使其職務收取權或移轉權，下級檢察官「應」服從之、或下級檢察官向上級檢察官要求行使職務收取權或移轉權時，上級檢察官不得拒絕，就此法務部曾研擬法院組織法第 63 條修正草案，增訂第 4 項規定：「第一項及第二項指揮監督長官之命令與檢察官確信之法律見解

⁷⁶ 林鈺雄，前揭註 1，頁 234。

⁷⁷ 同上註。

⁷⁸ 林麗瑩，前揭註 17，頁 49。

⁷⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 234~235。

不同者，檢察官得求指揮監督長官行使第六十四條指揮權。」也係為試圖補充我國法院組織法對於職務收取權、移轉權行使的要件，係因我國法院組織法僅規定了此職權行使的權利人及義務人，就發動的實體要件及程序要件及界限為何，付之闕如。因此，法務部在 1998 年間針對「檢察一體制度透明化」開會檢討，在「檢察官改革協會」成立後，提出「檢察一體陽光法案」之對策，但在相關法令完成修正前，先頒布「檢察一體制度透明化實施方案」(下稱實施方案)⁸⁰，提供依循標準⁸¹。

有鑑於檢察官對於法的確信以及自我負責的原則，檢察長行使職務收取權及移轉權就應該受到較為嚴格的限制，因此，在此「實施方案」中對此職務收取權及移轉權亦規定了得行使的四種情形：一、為求法律適用之妥適或統一追訴標準、認為有必要時。就此有學者認為，行使指令權的實體要件，觀諸檢察一體的目的而言，行使此指令權應該除了不悖離有效打擊犯罪的基本目的外，最重要的目的乃統一追訴標準；二、有事實足認檢察官執行職務違背法令、顯有不當或有偏頗之虞時。就此，在重大違法失職的情況下，我國刑事訴訟法第 26 條已有明文規定檢察官亦適用迴避之規定，根本無須、也不應該跳過這個特別規定，至於其他違法失職情形，檢察首長原則上得本於行政監督權人的身分，以行政監督方法依法院組織法第 111 條至 113 條之規定，「事後」救濟之；三、因案件之特性認為由其他檢察官處理為宜時。有學者認為就此情形和前述之重大違法失職，使原案不宜由原檢察官繼續承辦的情事，檢察首長最合宜的解決之道，乃是事務分配規則⁸²，其實未必要藉助收取權或移轉權。亦有認為在此要件的情形下，依檢察首長之主觀認定，可能造成職務收取權及移轉權的從寬解釋，而不當剝奪檢察官對案件檢察職權的行使，故不應予以列進法定要件中，以避免外力或行政力量藉檢察首長的指令權

⁸⁰ 1998 年 5 月「檢改會」以「檢察一體陽光法案」為訴求，獲得法務部回應而召集研討會，就檢察觀的角色定位及檢察一體運作方式深度討論，「檢改會」亦推派代表與會討論提出建議條文。嗣依會議結論擬就「法院組織法」、「檢察署處務規程」、「地方法院檢察署檢察官協同辦案實施要點」修正條文，是謂「檢察一體陽光法案」。在推動法案完成立法前，依法案內容及會議結論寫成「實施方案」，俾先頒行讓各檢察署有一較明確之遵循原則。

⁸¹ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 53；陳文琪，前揭註 10，頁 113、115。

⁸² 參閱地方法院及級分院地檢署第 24 條；高等法院及其分院檢察署處務規程第 25 條。

進行個案干預⁸³；四、檢察官對指揮監督長官之命令有不同意見而提出請求時。而在於程序上的要件，檢察首長行使收取權或移轉權之命令應該以書面為之並敘明理由，檢察官應服從指揮監督長官之命令，但可提出意見書。該書面應附卷，以利事後檢視指揮監督權之行使是否妥當⁸⁴。亦有主張在確定案件終結偵查後，因在無妨礙偵查不公開原則之顧慮，為求事後檢證，應容許利害關係人得請求交付前述指令權、收取權及移轉權之影本，以受公評⁸⁵。

第三目 檢察官違反上級指令的效果

依前述可知，檢察首長違反各種限制的指令，乃違法的指令，不具有拘束力，下級並不需遵守。若指令違反法定主義或法定程序主義，下級在明知的情況下仍予以遵守，則構成刑法第 125 條之濫權追訴或不追訴罪，該等指令不但違法，尚且可罰，不但不具拘束力⁸⁶，尚且不得遵守，受命者反而有抗命的義務，否則可能與下命者成為刑法上之共犯⁸⁷。檢察官本於對於法律的確信及法定原則，就算是在指令無違法的情事下，仍可不受指令權的拘束，依其確信行事，此時檢察官必須先提出申訴，且應同時向該為命令之上級及更上級提出，以使內部透過層級審查其命令是否適當⁸⁸，且在內部上必須讓檢察首長得行使職務收取權或移轉權。在檢察官仍執意違反上級命令時，無論係違反合法之指令、違法或可罰之指令、均不影響其訴訟行為的效力，係因檢察官有自主性或獨立為意思表示之權限，檢察首長不得限制，只要檢察官對外表示後，即生效力，此乃檢察官抗命的對外效力。就對內效力而言，檢察官具有公務員身分，若抗命，應與其他公務員相同，受機關內部的紀律處分，必須面對行政懲處，當然如果檢察官確信指令違法，

⁸³ 陳運財，前揭註 9，頁 19。

⁸⁴ 依「檢察案件編號計數分案報結實施要點」第 9 點：「檢察官辦理案件，除檢察長指定人員辦理者外，按收案順序輪分或抽籤定之，如檢察長指定人員辦理者，應以書面附理由為之，並附於卷內或另卷保存。」檢察首長行使職務收取權或移轉權，亦屬於指定人員辦理。因此，法院組織法第 64 條應增訂第 2 項：「前項行為應以書面為之。」

⁸⁵ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 56、244~245；陳文琪，前揭註 10，頁 115。

⁸⁶ 林鈺雄，前揭註 1，頁 248。

⁸⁷ 林鈺雄，前揭註 1，頁 248。

⁸⁸ 林麗瑩，前揭註 17，頁 51。

在懲戒程序中，仍應審查命令的合法性，以決定檢察官之不服從是否正當，因為對於違法命令，檢察官本無服從的義務，簡言之，檢察一體的監督效力僅侷限內部關係⁸⁹。

第二節 檢察權之外部監督與制衡

我國的檢察制度係間接承繼德國而來，然而卻未如歐陸的檢察制度在規劃時，除了內部的監督機制外，亦同設計了外部監督機制。而所謂的外部，係指以其他的權力來加以制衡檢察權，雖然亦有節制上級指令權的作用，但是制衡的主要對象仍是整個檢察權，涵蓋所有的上下級檢察官。而就此外部監督的模式亦有國會監督模式及法院監督模式兩種，而應採後者訴訟監督模式較為妥適。係因若採前者見解則直接預設了檢察權就是行政權的一環，且從法院組織法第 63 條及第 64 條中可知針對檢察事務的指令權只有檢察首長得以行使，和一般的行政事務並不相同。再者，個別檢察官對於法律的確信，根本不是國會監督的客體⁹⁰，至多也只是便宜不起訴的基準及刑事執行事項須對國會負責，就案件應如何偵查是否提起公訴，非須對國會負責的項目。在權力監督權力的前提下，也無法直接導出以立法權監督檢察權的結論，再說檢察權也不全然擺脫立法權的控制，只是立法權以立法的方式監督而已，就此依前述檢察一體的存在目的之一的國會監督說，向來非我國的見解，亦可窺知一二，且在台灣國會監督與議員關說難以分解的情況下，更是無法賦予國會議員監督刑事個案的權力。而在訴訟監督模式下，並不會和歐陸德國法系的檢察官制的基本任務和義務有所衝突，為了使檢察官恪守其合法性義務及客觀性義務，必須有其他的監督者，而針對法的適用和解釋，則非以法官莫屬，且法官主導審判權，並不會影響到檢察官決定偵查是否啟動，是否提起公訴的主動權，法院能審查的只限於「合法性」的問題，審查檢察官依其職權所為的強制處分決定、是否起訴

⁸⁹ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 248~249；林麗瑩，前揭註 17，頁 51。

⁹⁰ 林鈺雄，前揭註 1，頁 133。

的決定，藉此防止檢察官因為權力集中而濫權⁹¹。

以德國為例，係以訴訟監督制衡模式來防範檢察官濫權的規定。檢察官濫行起訴時，法官得在「中間程序」(Zwischenverfahren)中程序駁回；檢察官濫行不起訴時，被害告訴人得發動「強制起訴程序」(Klageerzwingungsverfahren)對抗之，請求法官裁定命起訴⁹²；至於檢察官濫為強制處分問題，更有事前事後雙重防範措施，事先乃法官保留原則，處分權人以法官為原則，檢察官僅有聲請權，事後則為審查合法性程序，檢察官違法發動或違法執行強制處分，法官得撤銷處分或確認處分違法⁹³，前述分別是對於起訴、不起訴還有強制處分的監督。依刑法第 125 條之濫權追訴罪，其犯罪型態亦可分為強制處分(濫用職權為逮捕或羈押者、意圖取供而施強暴、脅迫者)、濫權追訴及不追訴(明知為無罪之人而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人而無故不使其受追訴或處罰者)等三大種情形，故下文將從此三大檢察官於執行職務上的處分權的型態，視我國的外部權力如何監督。

第一項 程序法上之監督機制

第一款 發動偵查與強制處分

就國家發動偵查的門檻⁹⁴而言，依學者所見係指「簡單的開始嫌疑」，只要有事實上的根據，依照一般刑事犯罪偵查經驗判斷可能涉及刑事案件者，即為已足。相對於同法第 251 條第 1 項同樣以「有犯罪嫌疑」為提起公訴的門檻，係指依偵查所得的事證，

⁹¹ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 129~139。

⁹² 林鈺雄，前揭註 1，頁 58。

⁹³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 57~58。

⁹⁴ 偵查門檻的意義與目的：門檻乃指篩選的標準，亦即訴訟法學者所稱心證形成的標準。而偵查標準有廣狹二義：狹義乃指案件得以進入刑事訴訟偵查程序之標準；廣義則指除進入偵查之標準外，凡屬偵查程序各階段所為之具體偵查作為、決定之標準者均屬之。偵查門檻的目的在於確保偵查權，甚或是檢察權的適正行使，作為基本權利的防護屏障，更是成為國家行使公權力追求最大公益實踐的基石。參閱何祖舜，前揭註 52，頁 113。

被告之犯行很可能獲致有罪的判決而言，偵查法定義務就檢察官開啟偵查的權限採取相對寬鬆的立法，屬於「低度的法定門檻」，只需要檢察官根據一定的事實，本諸經驗，認為有可能涉及犯罪者，即可啟動偵查⁹⁵，故應有其監督機制。除了後文將提到的，針對檢察官少數強制處分權採取法官保留之事前監督，以及針對偵查決定之起訴或不起訴、緩起訴有採起訴審查制及交付審判等事後審查外，對於檢察官開啟偵查的訴訟上監督機制規定卻聞所未聞，因此依前述見解，僅得依前述之檢察一體的内部分案機制加以控管檢察官的偵查發動，亦或依實體法上以刑法之方式作為制裁的手段，將於後文論述之。

鑑於保全被告或證據之必要性，強制處分乃刑事訴訟上不可或缺的機制，實質上往往影響國家追訴權能否行使，但也難免干預受處分人的身體、自由、財產或名譽等基本權利⁹⁶，因此除了必須謹守法律保留原則及比例原則外，亦須受到訴訟監督機制的制衡。就強制處分的監督，除以事後的證據禁止法則⁹⁷救濟之外，就是從強制處分本身著手，分別以事前及事後審查的方式為之。事前審查機制係指在發動強制處分之前，必須經過國家機關審查的審查程序，而法官保留原則在偵查階段的運用亦屬如此；事後審查機制則是指於強制處分決定後並在執行中或執行後，由國家機關來審查強制處分之決定與執行是否合法、或者容許受處分之關係人對強制處分之合法性問題提起救濟，藉此事後審查制度填補僅少數強制處分(羈押、鑑定留置及搜索)採行法官保留原則的情況下，其他強制處分則欠缺事前審查機制，而使得採行二分模式的強制處分不得不在急迫情形下，擴張了司法警察(官)的權限，則如同規避了事前審查，而架空了二分模式本來具有事前監督的功能。再者，事前審查亦無法有效監督在「執行」上的合法性問題⁹⁸，因此必須同時搭配有事後審查制度，同時制衡檢察官的強制處分權。

⁹⁵ 何祖舜，前揭註 52，頁 116。

⁹⁶ 林鈺雄，前揭註 58，頁 10。

⁹⁷ 我國採取證據排除法則之理論基礎，通說是認為基於人權保障、維護司法正潔性及嚇阻效力或導正紀律。石木欽，〈論違背法定程序取得證據之證據能力〉，《檢察新論》，2008 年 1 月，第 3 期，頁 57。亦可參閱陳宏達，前揭註 51，頁 139。

⁹⁸ 林鈺雄，前揭註 34，頁 326~327。

我國現行的立法制，在事先審查的部分，羈押及鑑定留置處分係採絕對的法官保留原則，僅可由法官決定之；而搜索採相對法官保留原則，亦即原則上須在事先取得法官核發的搜索票始可為之。但在例外情形，承認偵查機關得為無令狀搜索之權限；至於其他的強制處分，則採偵查中由檢察官決定，審判中由法官決定之二分模式，同時亦設有具急迫性質的強制處分，限制前述二分模式，同時擴張司法警察(官)的強制處分權限⁹⁹。在事後審查的部分，我國對於搜索及扣押的部分採「陳報並撤銷制」¹⁰⁰。而事後的救濟制度，被告針對檢察官所作為的處分，在依刑事訴訟法第 416 條的法定範圍內，得向法院提起準抗告救濟之。

第二款 提起公訴或為不起訴或緩起訴處分

刑事訴訟法於 2002 年 2 月 8 日修正了第 161 條第 2 項起訴審查及第 258 條之 1 至之 4 交付審判等條文，其立法之目的在於要分別透過該制度以制衡檢察官濫權起訴與濫權不起訴¹⁰¹。

第一目 提起公訴

針對檢察官起訴處分監督機制的第一個理由，係在於貫徹法定原則的落實，防範檢察官濫權。在刑事訴訟法上作為對起訴法定原則的第一道防線，係防範檢察官在無足夠

⁹⁹ 就此有學者言，我國強制處分的設計，忽略法官保留原則的設計，過度擴張了偵查機關的權限，在實務運作的結果，司法警察(官)經常取代檢察官而成為實質決定強制處分的機構，檢察制度目的中由檢察官控制警察追訴活動的合法性的功能，也就會隨之萎縮，針對未來重大的強制處分，應該採行法官保留原則，次要或急迫的強制處分，雖可考慮賦予偵查官逕行發動的權限，但應受事後審查的制衡，嚴格限制急迫處分之運用。參閱林鈺雄，前揭註 34，頁 309。亦可參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 151。

¹⁰⁰ 刑事訴訟法第 131 條第 3 項：「前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。」；同法第 137 條第 2 項：「第一百三十一條第三項之規定，於前項情形準用之。」

¹⁰¹ 吳冠霆，〈我國起訴審查制度之檢討〉，《刑事法雜誌》，2006 年 12 月，50 卷第 6 期，頁 43-44。

理由下卻提起公訴之情形；另一個理由則為保障被告權益，給予被告另一個對抗檢察官的機會，除了避免被告因此必須耗費大量的時間及金錢，在社會評價上將對其有「烙印」的印象外，更遑論是因遭起訴可能面臨法院一連串強制處分的壓力和輿論的批評，且在案件只要一起訴就容易產生誤判的情形下，就此應加以監督，賦予被告對抗檢察官濫行起訴的機會，避免案件逕入審判程序。慕尼黑之第一地方法院檢察署檢察長 Herr Wick 曾如此說：「當一位檢察官決定起訴時，全德國沒有人能阻止他。」，這是起訴法定原則的最高性¹⁰²。可知檢察官享有極大的權限，在於提起公訴的部分，若是檢察官不當行使公權力的濫行將案件起訴，就保障被告避免受到不當追訴的立場而言，確實有監督檢察官起訴的必要。依我國法制而言，在以訴訟監督機制的部分，在 2002 年 2 月 8 日修正了刑事訴訟法第 161 條第 2 項起訴審查制度¹⁰³，立法理由為：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴，基於保障人權之立場，允宜慎重起訴，以免被告遭受不必要之訟累，並節約司法資源，爰設計一中間審查制度之機制，增訂第二項。」此立法趨勢的過程係因檢察官的起訴門檻不一，常常並未充分其罪證，而致使被告經起訴後，長期審判後獲無罪判決，使社會上對於檢察官與歷審法院有所責難。因此，賦予法院命檢察官補正證明方法及逾期不補正時的駁回權限，以制衡檢察官的濫權起訴。而其法律效果則是援引不起訴處分確定後禁止再訴的規定，違反而再行起訴者，則諭知不受理判決，於同條第 3 項、第 4 項可資參照。

就此起訴審查制度在於實務上的運作，有認為雖然不至於如制定之初學者所指稱，交付審判的缺點可謂是罄竹難書，但因為整體規定不明確和定位上的錯亂，該制度在實務上已經淪為雞肋的角色，發揮不了欲制衡檢察官濫權起訴之作用¹⁰⁴。而起訴審查制度在我國實務上的運作因擴張了法官的權限至檢察官的起訴權，而生違反控訴原則之疑

¹⁰² 林麗瑩，前揭註 17，頁 49。

¹⁰³ 亦可參酌最高法院 92 年台上字第 128 號判例：「…檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。…」

¹⁰⁴ 吳冠霆，前揭註 101，頁 43。

問，且法官心證的形成並非在公判庭前，而係在起訴審查階段，可能有產生預斷和偏見，而在同一個法官職司起訴審查和審判下，亦容易產生預審制度和審判程序的功能、起訴法定門檻和無罪判決的界限混淆的問題，而生違反無罪推定原則等¹⁰⁵。就此，關於起訴審查問題的定位問題及實務上的運作情形¹⁰⁶，礙於篇幅所限，本文討論的重點將在於濫權追訴罪的探討以及與檢察權間監督制衡之關係。

第二目 為不起訴或緩起訴之處分

所有檢察官處分中，對獨立司法最具威脅性者，乃不起訴處分¹⁰⁷。而就不起訴處分的監督，其必要性係因檢察官所為的不起訴處分有架空控訴原則的危險，若在不起訴處分具確定力的情況下，案件的終結權則在追訴官的身上，無疑是回到了糾問制度；次者，亦有可能動搖國家的權力分立的原則，在檢察官組織建構上命下從的情況下，行政首長有終局決定案件不追訴之確定權，權力分立下的獨立司法蕩然無存；最後則是基於保護被告權益的目的，避免因檢察官故意或過失，泯滅國家或被害人追訴的利益¹⁰⁸。

我國的不起訴處分依刑事訴訟法第 260 條，具有實體的確定力；次按同法第 323 條酌採公訴優先之精神，使檢察官在為不起訴處分後，告訴人完全阻絕救濟之路。在 1999 年 7 月召開全國司法改革會議之前，多認為只要妥適善用「再議」制度，即能達到抑制檢察官不當不起訴處分之效果，而此再議制度係為檢察一體內部的節制機制，並無任何外部的權力加以制衡，因此使行政之手直搗刑事司法的核心。在不起訴處分具實質確定力及再議制度的結合下，我國實務上造成原本不應起訴之案件大量湧入審判程序的病象，針對不應起訴的案件提起再議，上級又不敢負責，頻頻發回再議，告訴人只能

¹⁰⁵ 參閱林鈺雄，前揭註 22，頁 129~130。

¹⁰⁶ 針對起訴審查制度在實務上的運作產生的問題及檢討可參閱吳冠霆，前揭註 101，頁 49~69；黃翰義，〈從實證法論我國起訴審查制度之存廢〉，《月旦法學雜誌》，2006 年 8 月，第 135 期，頁 120~125。

¹⁰⁷ 林鈺雄，前揭註 1，頁 149。

¹⁰⁸ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 168~170。

向法務部、監察院陳情，造成監察權、司法權、行政權順理成章介入檢察權¹⁰⁹。之後始在 2002 年增訂「交付審判」制度，對於檢察官之不起訴處分不服，包括絕對不起訴、相對不起訴處分及緩起訴處分，聲請再議遭駁回者，告訴人得依法聲請法院裁定交付審判。

交付審判制度在實務的運作上，在法官審酌決定交付審判案件之際，對於應否介入證據調查，准許交付審判後得否進行起訴審查、檢察官得否撤回公訴、檢察官嗣後若不實質實行公訴及盡其舉證責任，應如何處理的問題上，無法獲得妥善解決。且在准許交付審判後適用公訴程序，應該要如何期待檢察官在訴訟上會忠實扮演其實行公訴的角色？除此，亦應思考交付審判和自訴制度間的關係。在我國採公訴為主，自訴制度為輔的法制下，依前述所提及之交付審判的問題未能解決下，可以考慮以自訴制度作為補充交付審判的規定，亦即在准許交付審判後，轉進自訴制度以取代現行的公訴制度¹¹⁰。而針對此自訴制度，乃係私人追訴制的延伸，在採公訴優先原則的情況下，以自訴作為公訴原則的補充，亦無不可。而自訴制度和其他監控機制互成消長的關係，係因，保留自訴制度最重要之目的，不在於解除國家之追訴義務，而在於防範檢察官之濫權，更精確的說，在於防範檢察官濫權不起訴¹¹¹，因此，自訴制度應同樣具有制衡檢察官濫權的功能。目前我國容許自訴的範圍廣泛，若在其他機制上能夠有效控制或防止檢察官濫權不起訴的情況，自訴制度亦可考慮限縮甚或廢除¹¹²，而以監控機制的制衡來代替自訴制度，被害人的權益也能夠獲得保障。

¹⁰⁹ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 173~174。亦可參閱吳冠霆，陳貞卉，〈我國交付審判制度之檢討〉，《刑事法雜誌》，2004 年 2 月，第 48 期第 1 卷，頁 29~30。

¹¹⁰ 關於交付審判在實務上運作的問題可參閱吳冠霆，陳貞卉，前揭註 109，頁 37~45。亦可同時透過權力分立監督檢察官之不起訴處分，亦可在保障告訴人權利之餘，同時制約告訴人，不使其在檢察官不起訴處分後，可以任意提起自訴。參閱吳冠霆，陳貞卉，前揭註 109，頁 46。

¹¹¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 25；同氏著，前揭註 34，頁 50。

¹¹² 關於自訴制度存廢的問題向來為學界所爭議，自訴經常被濫用為以刑事逼民事的手段，再者，自訴制度直接進入法院，欠缺過濾機制，因此法官經常要扮演檢察官的角色，增加法院的負擔。相關文獻可參閱林國賢，〈自訴制度之存廢問題〉，《法令月刊》，1988 年 9 月，第 39 卷 9 期，頁 9~10；黃朝義，〈訴訟制度：第七講-自訴制度〉，《月旦法學教室》，2006 年 2 月，第 40 期，頁 30~42。

第二項 實體法上之制衡機制

第一款 法定原則和濫權追訴處罰罪之關係

第一目 制裁關係

於此討論之法定原則與濫權追訴罪之關係，其濫權追訴罪僅指刑法第 125 條第 1 項第 3 款。檢察官因具有處罰權限而為本條之規範主體外，係因法定原則下之偵查法定與起訴法定原則，關於發動偵查及提起公訴，均屬具有處罰權限之檢察官所享有之職權。除此之外，構成濫權追訴罪之行為態樣，係在檢察官明知應為偵查、起訴而不為或明知不應為偵查或起訴、而仍為偵查或起訴的情形，二者均僅與此款之行為態樣有關，而無涉於同條項第 1、2 款關於濫權逮捕羈押罪、意圖取供而施暴罪，就此 2 款關於強制處分濫權的犯罪行為態樣，為論文架構上通順，將於第 4 章詳述之，並非指強制處分之濫權，實體法上無制裁機制，特此說明。

一、 偵查法定原則

檢察官於知有犯罪嫌疑時，負有開啟偵查的義務，為偵查法定原則，而濫權追訴罪係立法者對於法定原則貫徹的刑事制裁，屬法定原則下之偵查法定原則，則應同受拘束。由於偵查採取低度的法定門檻，也就代表容易進入偵查程序，就此對於國家以調查犯罪之名侵害的可能性也就會提高。在應然的要求上，自應有加以監督、審核、控制開啟偵查的機制，以防止檢察官擅自枉斷，保護人民不受檢察機關恣意所為，並避免檢察官消極不作為，致生追訴不力，有礙真實發現情事發生。而從前述的檢察一體的脈絡而下可知，偵查法定原則亦為檢察一體的行使界限，因此對於檢察官是否應發動偵查的決定，檢察首長應無介入個案的空間，否則即構成濫權(不)追訴罪，係因不可以較為低階

的指令阻止檢察官在訴訟法上的強制義務，否則無異是破壞偵查法定原則¹¹³。關於檢察首長命為偵查或不偵查是否會構成濫權追訴或濫權不追訴之罪已於前述檢察一體的行使界限的部分論之，不再贅述。而於個案的承辦檢察官，若在知有犯罪嫌疑下，本應開啟偵查卻濫權而不為偵查，亦有可能構成濫權不追訴罪。肇因於偵查的開啟採低度的門檻，意謂著對於偵查的發動是容易的，再者，檢察官亦有可能在已知悉但無法確定有無犯罪嫌疑，甚或是在不到開啟偵查的低度門檻下，以發動偵查義務之名行侵害人權之實，進而開啟偵查。對此，縱有濫權追訴罪的制衡，在檢察官代表國家行使追訴權，必須對於犯罪進行追訴故採取只要於知有犯罪嫌疑，即應開啟偵查的態度下，檢察官除了基於對自我角色的認知係犯罪打擊者，在偵查開啟的合法性和發現真實之間，容易因此喪失其客觀性外，檢察官開啟偵查的合法性就容易被忽視，因而也就難以違反偵查法定原則為由，以濫權追訴罪來制裁承辦檢察官了。

二、起訴法定原則

就起訴法定原則而言，檢察官按刑事訴訟法第 251 條之規定，依其偵查的結果以及對於法律的確信，得依法提起公訴或為不起訴處分，就此檢察首長不得行使指令權，儘管係為了貫徹自己的見解，而行使職務收取權或指令權，亦不得違反法定原則。承辦檢察官在起訴法定原則下，必須依其確信為準則行事，並且同時對於檢察首長的指令權負有檢驗合法性的義務。在行為人確信被告無辜，但卻奉命強行起訴，已屬於刑法上的濫權追訴，且上級命令並無使行為人卸除刑責的效力；由於此時下級明知違法，亦不能援引刑法第 21 條「依法令之行為」為阻卻違法事由。同理，達官顯要涉嫌重大弊案，檢察首長竟指令檢察官推拖敷衍或為不起訴處分，亦或確信被告有罪，卻奉命為不起訴，亦為刑法上濫權不追訴，蓋因是否構成濫權追訴罪，係取決於行為人(承辦檢察官)的知

¹¹³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 221。

與欲¹¹⁴。

第二目 彰顯檢察官雙重性格

向來對於檢察官的角色定位爭論甚大，係因檢察官知有犯罪嫌疑，即具有主動發動偵查之權並主導程序之進行，監督執行偵查任務之警察合乎法律正當要求，在打擊犯罪同時兼顧被告與被害人的人權保障；當偵查結果發現有犯罪嫌疑時，即應提起公訴，開啟司法裁判；在之後審判程序中，又負有協助並監督法院形成正確、妥適判決的責任。檢察官身兼偵查主導、起訴獨占、審判監督之多重任務，雖然一方面做為偵查主體，卻不具有武力；雖然控制司法裁判的開啟及進行，卻不具有最終審判權，檢察官只是制度設計的一個介於警、審間的樞紐，分別對二者發生制衡作用¹¹⁵，擔任國家權力雙重控制的任務¹¹⁶。

且我國檢察官制雖承襲歐陸，但卻不同於前述警察或法官同為極端的定位，處在等谷間的位置而具有雙重性質¹¹⁷。警察在處理犯罪時講究的是迅速、有效打擊犯罪，以免喪失時效，對社會造成危害，且警察權屬於行政權的一環，執法常受政治環境的影響，有選擇性辦案的現象；而法官則是重在法秩序的維持，與檢察官維持社會公義和追求正義有所不同¹¹⁸。次者檢察官係於知有犯罪嫌疑者，即應開始偵查，表現出檢察官的性格有主動積極性，並使具體刑事案件從無到有、形成範圍不受限制，更迥異於法官事後被動的依法審判，且審判範圍受起訴範圍及審判程序的限制，這些主動的性格正是行政的特色¹¹⁹。

¹¹⁴ 參閱林鈺雄，前揭註 1，頁 226；林山田，前揭註 68，頁 100。

¹¹⁵ 林麗瑩，前揭註 17，頁 42。

¹¹⁶ 林鈺雄，前揭註 34，頁 145。

¹¹⁷ 同上註。

¹¹⁸ 參閱吳巡龍，前揭註 40，頁 32。

¹¹⁹ 林麗瑩，前揭註 17，頁 42。

法定性義務，拘束一切之上級下級檢察官，屬於一種特別的合法性義務，因此我國法制以嚴厲的刑罰制裁來擔保法定性義務之貫徹，並且依前述可知，以刑法第 125 條第 1 項第 3 款作為檢察官是否發動偵查、提起公訴之職權的制衡機制，可知立法者想要嚴格的控制檢察官的追訴活動用意相當明顯，係想要表明檢察官與一般行政官地位的差異¹²⁰。一般行政官員雖然也須「依法行政」，但其違背職務時，除另有賄賂、圖利、偽造文書等等可罰行為之外，雖因違法而受行政懲戒，但不致於因而該當刑法之構成要件；反之，檢察官濫權追訴或不追訴時，不論是否另有其他可罰情事，該行為本身已單獨構成犯罪，此等嚴格義務，與行政官員只負一般合法性義務有所不同，點明檢察官與一般行政官員之區別¹²¹。故於此亦可推出檢察官除了司法權性質的色彩之外，亦帶有行政權之性格。

雖說立法者已從刑法之規範對於檢察官的法定性義務做出嚴格的控管，並且在於刑事案件的急遽增加及刑事處遇的彈性需求下，導致便宜原則對於法定原則的修正¹²²，欲使法定原則的運用在理想和實務間取得平衡，但是真正對於法定性義務有最大的殺傷力者，並非施行法定原則所帶來的刑事案件急遽增加，乃是濫用檢察一體干預行政司法。檢察一體、上命下從的具體規範可見於法院組織法第 63 條及第 64 條，雖然前開規定並不具有架空刑法及刑事訴訟法所明定法定原則的效力，但確實誠如學者所言，在法律人的法學教育中，並未曾好好教導我們檢察一體的法定界線的問題，因此又有多少的濫權（自行起訴、或令為起訴或不起訴）的下級、上級檢察官曾因為刑法第 125 條之罪而受到制裁，據此，無疑刑法第 125 條形同被架空、如同虛設？¹²³

¹²⁰ 參閱林鈺雄，前揭註 34，頁 135。

¹²¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 26~27。

¹²² 林鈺雄，前揭註 34，頁 136。

¹²³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 29~30。

第二款 客觀性義務和濫權追訴處罰罪之關係

第一目 不以濫權追訴處罰罪制裁客觀性義務之違反

我國關於檢察官客觀性義務的立法，最明顯的規範乃在於刑事訴訟法第 2 條第 1 項之規定，惟近年來法務部一再以通函各檢察機關呼籲檢察官辦案要兼顧人權，其指示包括：「檢察官要嚴守客觀性義務，注意案件的起訴門檻應達到使法院確信的程度；對於法院所為無罪之判決，是否上訴應審慎研析認事用法有無違誤，不能為上訴而上訴，以防止濫行起訴或上訴，保障人權」¹²⁴此外尚有：「檢察官於偵辦案件時，應審慎綜合研判偵查所得之證據，確信具有可使法院為有罪判決之高度可能性者，始得提起公訴，並負擔舉證責任，保障人權，以建立司法威信」¹²⁵。但對於檢察官若違反該義務之法律效果如何，並沒有相關之配套措施或處罰規定，因此該條規定的性質上僅係訓示性的注意義務，就此，該義務是否可以貫徹，就有賴於檢察官本諸於良心，發揮職業道德方能落實¹²⁶，因此在目前的法制上，並無在實體法上的制衡機制。

因此，或許可從他國的立法體制中研議對於我國檢察官執行其職務時違反客觀性義務，或因違反客觀性義務致濫行起訴或上訴時應如何解套？以我國所承繼之德國法制而言，檢察官在執行職務有偏頗之虞時，雖然不如我國刑事訴訟法第 26 條有檢察官迴避的準用規定，但在有可能影響其客觀的執行職務時，德國通說與實務見解向來認為，檢察官與法官同負有客觀性義務，於執行職務有偏頗之虞時，不應再執行職務，對於檢察官客觀性義務的要求，不可能期待偏頗的檢察官能公正無私的進行訴訟程序，此乃客觀性義務的配套措施¹²⁷。如果檢察官對於犯罪之被告應該提起公訴而不提起公訴、或明知

¹²⁴ 法務部 98 年 9 月 11 日法檢字第 0980802583 號函。

¹²⁵ 法務部 98 年 7 月 1 日法檢字第 0980802583 號函。另外最高法院檢察署 98 年 8 月 6 日台文字第 0980011161 號函，亦同此旨。

¹²⁶ 郭吉助，〈檢察官客觀性義務的危機與實務上體現〉，《刑事法雜誌》，2010 年 12 月，第 54 卷第 6 期，頁 37。

¹²⁷ 林鈺雄，前揭註 1，頁 30。德國法雖然無如同我國刑事訴訟法第 26 條第 1 項有檢察官準用法官迴避之規定，但實際上卻可以藉由其上級檢察官運用職務移轉權與承繼權，使應該有偏頗的檢察官不能執行職務而達到相同的效果。另參閱郭吉助，〈檢察官客觀性義務規定之探討〉，《檢察新論》，2013 年 1 月，第 13 期，頁 128。

他人無罪或依法不應受刑事追訴，而故意進行刑事追訴，則觸犯德國刑法第 258 條 a 利用職務阻擾刑罰罪及第 344 條對無罪之人追訴之罪責¹²⁸。由此可知此乃德國實定法上刑事責任體現對於檢察官客觀性義務的要求¹²⁹。除此之外，德國聯邦最高法院民事裁判見解，檢察官的偵查行為如有嚴重的違反客觀性義務之誠命導致侵犯人權時，檢察官要負擔損害賠償責任¹³⁰。從上述的規定中，可知在德國的法制下，對於檢察官客觀性義務要求並非僅是訓示規定爾，仍訂有違反的具體規定，藉此得以實質化客觀性義務的履行，而能在犯罪真實發現下並同時落實被告權益的保障。

依我國刑事訴訟法第 228 條第 1 項及第 251 條之規定，可以知道檢察官除了客觀性義務外，亦同負有訴訟法上的另一法定性義務，亦稱法定原則，係指檢察官在偵查犯罪時，不能僅憑個人的主觀好惡恣意為之，亦不得有所謂合目的性之考量或受其他無關法律的因素，在個案中，亦不得因為保障一般或較為重要之利益或追求行政效率或符合上級長官的指示，而放棄犯罪的追訴。就此法定性原則的遵守，除了能落實憲法的平等原則外，透過此法定性原則，檢察官的客觀性義務才有堅實的框架可以依循¹³¹，例如刑事訴訟法第 252 條應為不起訴處分之規定，應有檢察官客觀性義務的色彩，此條乃明文規定檢察官應注意利於被告情事之 10 種情形，故為第 2 條第 1 項的具體化，應可稱之為「法定客觀注意事項」¹³²，可看出以不起訴亦採法定原則下，如何藉法定原則具體出形象得以讓客觀性義務遵循。惟，前述縱視為法定的客觀注意事項，仍屬於不起訴法定的

¹²⁸ 德國刑法第 258 條 a：「(1)參與刑事訴訟程序或宣告保安處分(第 11 條第 1 項第 8 款)之公務人員犯第 258 條第 1 項之罪，或參與刑罰或保安處分執行之公務人員犯第 258 條第 2 項之罪者，處六個月以上五年以下自由刑，情節較輕者，處三年以下自由刑或罰金。(2)本罪之未遂犯，處罰之。(3)第 258 條第 3 項、第 6 項不適用。」；同法第 344 條：「(1)公務員參與除命令非剝奪自由之保安處分(第 11 條第 1 項第 8 款)程序以外之其他刑事程序，明知他人無罪或依法不應受刑事追訴，而故意刑事追訴或請求進行刑事追訴者，處一年以上十年以下自由刑；情節較輕者，處三個月以上五年以下自由刑。第一句同樣適用於參與命令為行政監管程序之公務員。(2)公務員參與除命令非剝奪自由之保安處分(第 11 條第 1 項第 8 款)程序以外之其他刑事訴訟程序，明知他人依法不應受刑事追訴，而故意進行刑事追訴或請求進行刑事追訴者，處三個月以上五年以下自由刑。第一句相同適用於參與下列程序之公務員：1.罰款訴訟程序或 2.懲戒訴訟程序或名譽法官或職業法官訴訟程序。」參見蔡墩銘，《德日刑法典》，台北，五南，1993 年 12 月，頁 125~126、161~162。

¹²⁹ 郭吉助，前揭註 127，頁 128。

¹³⁰ 郭吉助，前揭註 127，頁 136。

¹³¹ 郭吉助，前揭註 127，頁 133。

¹³² 謝明智，《檢察官客觀性義務之評析》，東吳大學法律學系，2009 年，頁 63。

情形，仍不可於違反時，將此直接視為屬於客觀性義務的違反，而欲以刑法第 125 條第 1 項第 3 款制裁之；次者，客觀性義務係指對於被告有利與不利的事項均須注意，與本條項所規定之明知有罪不予追訴或明知無罪不予追訴無涉。最後，客觀性義務僅是對於檢察官的誠命規範，是為理性化的要求，並未明文具體化在刑事訴訟法的條文中，僅透過解釋的方式體現出客觀性義務的精神，且對於檢察官是否負有客觀性義務仍未有定論，且若以刑法為最後手段性的目的而言，就此規範制裁客觀性義務的違反，顯有過苛。

第二目 研議配套措施制衡客觀性義務

在此情形下，只能強化檢察官的職能，積極辦理各項講習，再教育訓練¹³³。對於偵辦案件不利、濫權起訴或上訴、或嚴重違反辦案程序規定或職務規定(例如對於人民的請求置之不理、當事人請求應予調查的證據不調查、經常草率結案或起訴證據不足為法院判決無罪確定、或應撤回起訴未撤回、顯無上訴理由而提起上訴等)，違法失職不適任的檢察官，與以行政懲處，情節重大，依《檢察官評鑑實施辦法》送交評鑑，以免外界有官官相護之譏¹³⁴。並且在檢察官對於案件事實上不能或不宜繼續偵辦的情事時，應由檢察首長發動其職務收取權或者是移轉權，避免影響檢察官的客觀性，就此依檢察官事務分配的規則行事為宜，其中已有明定重新分案的詳細規則，未必要藉助收取權或移轉權¹³⁵。

¹³³ 郭吉助，前揭註 126，頁 58。

¹³⁴ 關於台北地方法院檢察署檢察官林冠佑先後於 2010 年 12 月 28 日起至 2011 年 10 月 20 日將近一年期間，在五次案件庭訊中，分別有恫嚇、怒罵、喝叱、譏諷等有損檢察官形象、機關聲譽、當事人權益等情事，檢察官評鑑委員會決定由法務部報請監察院，並建議依其決議為 2 年休職之懲戒處分。就此本件請求人之一的財團法人民間司法改革基金會認為，休職處分和法官法第 89 條第 1 項準用第 50 條之懲戒處分種類不合，而評鑑委員會係因林冠佑檢察官之違法行為在法官法施行之前，依法律不溯及既往及實體法從舊的原則，依法官法施行前之公務員懲戒法及行政懲處(公務人員考績法)等實體法效果規定，建議為休職兩年之處分。請參閱：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/352314183778.pdf>、<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=306884&ctNode=27518&mp=001>、http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=3899、<http://tw.news.yahoo.com/%E6%AA%A2%E5%BA%A7%E6%B6%89%E6%81%AB%E5%9A%87%E8%A2%AB%E5%91%8A-%E6%93%AC%E4%BC%91%E8%81%B7%E9%80%81%E7%9B%A3%E9%99%A2-075430177.html>。最後瀏覽日：2013 年 5 月 24 日。

¹³⁵ 郭吉助，前揭註 126，頁 58~59。

除此之外，或許可以參酌德國最高法院民事裁判見解，檢察官在偵查行為中嚴重的侵害人權時，檢察官須負擔賠償責任。而檢察官在執行職務，因故意或過失而侵害他人權力，造成損害時，應該也構成國家賠償的一環，只是對於司法公權力行為所負的侵權責任，與一般公務員執行職務侵害人民權利有更為嚴格的認定標準，原則上要求該行為(追訴或者審判的行為)須經民事或刑事判決認定違法，才產生國家賠償責任¹³⁶，此一特別的責任要件，目的亦在確保司法任務之獨立性，避免動輒賠償責任的壓力，造成寒蟬效應，而必須瞻前顧後無法本於良知獨立行使職務。由權力侵害的源頭負擔起責任，作為有效防止濫權的最後防線。從檢察官作為國家公益代表人的角色出發，檢察官同時代表國家行使追訴犯罪的角色，同時又要注意被告或犯罪嫌疑人的權益，以防侵害其人權，有利不利均須注意，以彰顯其客觀性。本文以為，任何權力都應該加以制衡以防濫權，始可保障人民的權力，雖然我國對於檢察官違反客觀性義務的規定仍然有待充實，似乎無法以客觀性義務的要求來制衡檢察官的權力，但是過於強調檢察官的客觀性義務，仍然是違反人性的¹³⁷，就如同德國學者¹³⁸所說，這實在是一種會「導致精神分裂的義務」。

第三節 小結

檢察一體為檢察權的內部監督制衡機制，從檢察一體的目的，可以推出檢察官行使職權時的缺失以及失衡之處。依打擊犯罪說，係為達到協同辦案，有效辦案的目的，惟卻忽略檢察官雖然主導偵查程序，但是真正進行犯罪追訴者，乃係輔助機關，應重於檢

¹³⁶ 林麗瑩，〈試論司法官的倫理規範體系-以國際組織研究意見及德國法為中心的探討〉，《檢察新論》，2007年7月，第2期，頁13。

¹³⁷ 有論者認為，就人性及偵查者的角色職業意識而言，檢察官本其追訴者立場，要檢察官盡其客觀性義務實在很難期待，實務操作上大多是一種「釣魚式的蒐證」(即釣到有利事證才去注意)，所以學界多認為僅憑檢察官具有「客觀義務」來蒐集對被告有利之證據以保障被告人權，其實效令人懷疑，反而有導致偵查長期化、侵害「被告不自證己罪之原則」(因為被告有緘默權，何以經常要被傳喚偵訊)的危險，不如加強辯護人實質辯護較有實益。參閱蔡志揚，〈檢察官定位應有的調整與認識：在司法性格與行政性格間擺盪〉，《司法改革雜誌》，2003年4月，第44期，頁35。

¹³⁸ 郭吉助，前揭註127，頁144。

察官對於警察活動合法性的監督以及兩者間的配置關係，而主張以檢察一體達到追訴犯罪者，往往收其反效；次者以防範誤斷濫權說而言，欲以檢察一體類似審級監督的功能制衡擁有廣大偵查權限的檢察官，並以再議制度作為對於檢察一體原則的節制。惟，再議制度畢竟和審級制度有別，因此而後發展出外部監督制衡的交付審判制度，且下級如果會誤斷濫權，何以認為上級就不會發生？無疑有過高的想像與期待；就國會責任說而言，係因我國認檢察官對於個案的法律確信並非國會得以監督的客體，無法以上命下從而導出檢察一體係為了對國會負責受其監督而存在，向來非我國所採；最後之統一追訴法令，雖然認為有其必要，再者，依前述聯合國之「指引」，亦指出在法規有明文賦予檢察官裁量權之下，應具體化統一追訴的標準，惟在實務上客觀化的具體基準訂立有其困難，僅得就檢察首長的行使指令權界限加以規範，以防止行政權之力介入承辦檢察官的獨立辦案空間。

檢察官指令權依職務內容又分為檢察行政事務指令權及檢察事務指令權。前者係針對預算編列及分配、人事任命、考績、升等懲戒等及其他行政監督事項，法務部長及檢察首長均得行使之；而後者，係針對刑事訴訟程序上的偵查、起訴、到庭等訴訟活動而言，僅得由檢察首長行使之。因此，法務部長對於檢察事務在一般政策的行政上雖得為指揮監督，但對於檢察官個案的偵查和追訴等檢察官的職權，則無置喙的餘地，就此，為法務部長行使指令權的界限，於檢察首長行使檢察行政事務指令權時，亦同。

於法院組織法及刑事訴訟法中賦予了檢察官廣泛的職權，並規範了法定性義務及客觀性義務拘束檢察官，但立法上未考慮如何在訴訟上貫徹此等義務，因而，監督權則就轉落入機關上級的手中¹³⁹。視法定性義務與客觀性義務與檢察事務指令權之間的關係，此二種訴訟法上的義務為檢察首長行使指令權的界限。基於檢察官本身對於法律的確信，針對偵查的發起，亦或依偵查的結果決定是否提起公訴、或為不起訴處分均為其獨

¹³⁹ 林鈺雄，前揭註1，頁139。

立辦案的空間，檢察首長的指令權並不得介入。但在不告不理原則下，檢察官所為之不起訴處分具有實質確定力，為避免由行政上級成為最終審判機關，上級得命起訴，交由法院統一法律見解。在檢察首長和承辦檢察官對於法律的見解意見不一致時，應盡其溝通之責，而下級則有服從的義務。檢察首長為貫徹其見解，得行使職務收取權或移轉權，但亦不得違反法定原則，而下級檢察官亦負有檢查指令合法性的義務，違法之指令應不予服從。在便宜原則下，因為具體個案情形不同，應受充分資訊誠命的拘束，亦不得生逾越裁量權範圍、濫用裁量權限或有明顯基於不當事理之情形，並且同時須受客觀性義務的拘束，以符合公平原則。而在職務收取權及移轉權方面，現行則透過「檢察一體制度透明化實施方案」作為其行使的界限，企圖改善並平撫外界對於檢察一體濫用、檢察官起訴標準不一、行政介入司法的傳統印象。

在外部監督制衡的機制方面，刑事訴訟法後來增訂起訴審查制度以制衡檢察官濫行起訴之情形，以及交付審判制度結合原本僅有之檢察一體內控機制的再議制度，制衡檢察官濫權不起訴之情形；針對另一檢察官所擁有之強制處分權，則以事後的證據禁止法則，或針對強制處分之發動，分別為事前或事後的審查機制，惟對於採低度門檻之偵查法定原則卻缺乏訴訟法上的監督機制，仍待立法充實。在實體法上的制裁，立法者以刑法第 125 條第 1 項第 3 款之故出入人罪，欲彰顯徹底落實法定原則的決心，雖以法定原則作為檢察一體的第一道防線，但對於檢察一體界限的問題，誰被曾經清楚的教導界限何在？如果不清楚界限何在，又該如何落實濫權追訴罪對於檢察一體行使的監督作用？除此，此條項亦不得作為客觀性義務違反的制裁規定，除了法律未有明文違反之規定外，此客觀性義務僅係誠命之規定，對於檢察官的理想化的要求，且是在於法定原則的框架下使客觀性義務有遵循的脈絡，不得以此法定原則義務的違反，視為客觀性義務的違反，以此作為制裁手段，須藉由檢察官職能，內部教育，評鑑辦法的落實等督促檢察官履行之。對於以刑法第 125 條作為制衡機制，將於後文論述其規範主體範圍、及行為態樣等主、客觀構成要件，藉此對於檢察權實體法上制衡機制的探討，以助於對於檢察

一體的界限劃定，不再使此條流於虛設，而造成外界對於司法體系產生官官相護、知法因而玩法之負評。





第四章 濫權追訴處罰罪之構成要件

第一節 概說

每個人生存於現今社會中，事事常須仰賴國家政治制度的權力作用，因此應該如何使國家的權力作用能公正的運作，實為保障個人社會生活利益的重要憑藉。刑法為使國家的立法、行政與司法等各種權力作用能圓融而公正的運作，對於侵害此等國家權力作用的行為，乃擇其情節較重者，設有刑法法律以為制裁¹。而濫權追訴處罰罪屬於刑法第四章瀆職罪章之範疇，揆諸瀆職罪之立法理由²可知，國家設置公務員以執行法令，作用在行使國家之統治權，以維護國家之利益，保障民權，奠定社會之安寧秩序，增進人民之福利³。而這些公務員執行公務必須依據法律與命令的規定，忠誠、廉潔而公正的從事其職務工作，若有違反法律或命令的規定而執行職務，或違背其職務上所應盡的義務，或濫用其職權等情事，不但有損國家的利益，影響政府的威信，也侵害人民的合法權益⁴。由此可知，濫權追訴處罰罪所侵害的對象是為國家法益，且亦同作為制衡檢察權之外部實體法的機制，對於本罪之構成要件分析以及如何充實構成要件之內涵，均是對於檢察權監督制衡的具體落實的作為，以防此條流於虛設，因此，本章將從立法沿革論起，以期將來本罪欲為修法時，能在與時並進之際，不忘立法初衷，並就濫權追訴處罰罪之構成要件在學說及實務上之見解分析說明之，而刑法第 125 條為濫用職權追訴處罰罪之規定，簡稱濫用職權罪或濫權罪，為免用語不一，本文中將以濫權追訴處罰罪稱之。

¹ 黃源盛，《刑法各論》，台北，空大，2006年8月第二版，頁33。

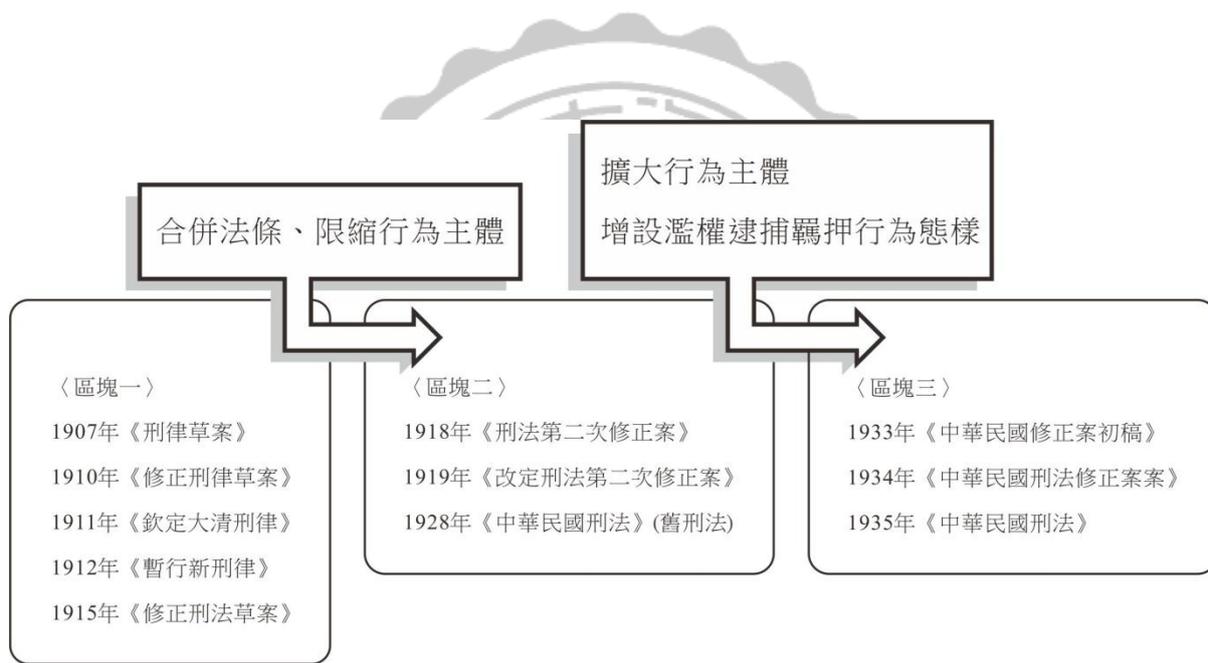
² 瀆職云者，即公務人員瀆辱職守，損害國家政府尊嚴，喪失人民信仰崇敬之非行也。良以國家設官分職之目的，無非再保國衛民，使天下昌，而公務人員既受國家重寄，食政府奉祿，正應忠心其事，恪守官箴，而無負於政府與人民之期望。是而國家對於盡忠職守，精勤貢獻者，既定有獎賞之方與褒揚之道，由積極方面予以激勵鼓舞；而對於官方不正，偏私舞弊，濫用權勢，背職殃民者，自亦不能無懲治之途，俾自消極方面予以清源潔流，涇渭立分，即本章之所由設，立法之所由興也……參閱王振興，《刑法分則實用(增修本第一冊)》，自版，1994年6月再版，頁273。

³ 褚劍鴻，《刑法分則釋論(上冊)》，台北，台灣商務，2002年10月三次增訂版，頁87。

⁴ 林山田，《刑法各罪論(下冊)》，自版，2006年11月五版，頁69。

第二節 立法沿革

濫權追訴處罰罪自 1935 年施行刑法近 80 年以來未曾有過增修，關於其立法沿革僅得自 1935 年往前觀之。按 1928 年之中華民國刑法(亦稱舊刑法)中第 133 條(即刑法第 125 條之前身)的修法理由⁵，係合併 1912 年制定之暫行新刑律第 144 條至第 146 條第 1 項之規定，因此於觀察刑法第 125 條之立法沿革時，併同將暫行新刑律中第 144 條至第 146 條第 1 項之立法沿革一同參照之。



〈圖一〉立法沿革分區特色圖

觀察濫權追訴處罰罪之規定(可併予上圖一同參照)，自 1907 年之刑律草案至 1935 年之中華民國刑法之立法過程，大致可分為三個區塊，各自有其變革的重點或特點。首先，在 1907 年的刑律草案至 1915 年之修正刑法草案為第一個區塊。此區塊內的法條變

⁵ 1928 年制定之《中華民國刑法》(舊刑法)，刑法第 133 條(現今刑法第 125 條)之修正理由係取自 1918 年之《刑法第二次修正案》。又《刑法第二次修正案》之修正理由係合併 1912 年《暫行新刑律》之條文而來，因此應就《暫行新刑律》一併觀之。

化，在大方向上多止於在於文字上的修正，諸如將行裁判者修正為行審判者、暴行修正為強暴等，而在實質內容方面並未做修正。此區塊的特色為規範主體的範圍較大。本文從刑律草案第 143 條所添加的注意欄⁶中推測，其載明因當時的中國仍未廢除拷訊⁷，於其程式規則範圍內為拷訊者則不得適用本條例，因此惟有在故意不守程式而拷訊者，或將來已經廢止之後仍然繼續故意實行者，始有本條之制裁，因此在當時對於人權保障及司法權公正行使的意識尚未明確之下，伴隨容許拷訊制度的存在的背景，亦明文了拷訊的方式及主觀要件限縮於故意的條件，行為主體的適用範圍也就得採擴張的立法，以因應刑訊逼供、職權糾問犯罪的產生。然因濫用職權而為逮捕或羈押罪係之後所增定之犯罪型態，故以當前的意圖取供而施強暴脅迫罪舉例而言，從合併法條前 1915 年的修正刑法草案觀之，其行為主體上至審判官、檢察，下至於警察、監獄其他行政員或佐理人⁸，均為其規範的範圍，而對於上述的主體定義又採廣泛的解釋，相較於現今主體範圍僅限於檢察官、軍事檢察官、法官以及軍法官而言，可謂是相去懸殊。

第二區塊則為 1918 年修正第二次刑法草案至 1928 年中華民國刑法(舊刑法)。此區塊中的法條並未予以修正，然其特點重在於從區塊一過渡至區塊二的變化，特徵是將法條合併並予以修正。原因乃係因為公務員行使職權應以法令為依據，如濫權恣意，即屬瀆職，自應有罰，因此，將主體限縮於具有「追訴」犯罪職務的公務員，且因於暫行新刑律中之規定有欠詳盡，因此於刑法第二次修正案始增訂明文⁹。其修法理由¹⁰將原本強

⁶ 《刑律草案》中有部分條文添加有「注意」欄，係針對法條文義深晦之處進一步闡明、舉例，以免橫生詛誤。

⁷ 古律重視被告之自白，故在一定條件之下，容許刑求。前清現行刑律以罪犯證據已確，不肯供認為求訊之要件，刑具之大小，責打之次數，均有一定；對徒流以下之罪犯及特定之人，則不得施以刑訊。違法刑求者，仍有處罰。周治平，《刑法各論》，台北，自版，1968 年 9 月 16 日，頁 72。

⁸ 審判，指司法審判及行政審判而言，其他不用「審判」字樣者，如特許、如補拿，亦賅括在內。所謂司法審判者，限於民事、刑事，據民律、商律、刑律而行之之審判也。行政審判者，關於行政上之不當命令或不法命令，據各種法令而行之之審判也；「檢察」字樣，於檢察廳以外，如船長、林務官及一切有行檢察事務之權限者，皆在其內；巡警(而後修正為警察)，指保安巡警、行政巡警、私法巡警而言。保安巡警者，以維持國權、保護公共秩序為目的之巡警也，係歸內務部之管轄。行政巡警者，關於特別政務附隨而行之巡警也。有特設機關者，有以保安巡警兼之者，例如礦山巡警、鐵路巡警是。司法巡警者，搜查犯罪事件及證據並逮捕犯人巡警也，或使行政巡警、保安巡警執行之，或使普行政官廳執行之，皆是；佐理人，指身無專責而為有專責者之手足之人，如審判廳之錄事是。關於前述解釋似為北京政府法部所做的箋注。參閱黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注(上)》，台北，元照，2010 年 7 月，頁 363、432。

⁹ 周治平，前揭註 7，頁 69。

¹⁰ 修法理由為：「本案併合原案(《暫行新刑律》)第 144 條至第 146 條第 1 項，又原案第 144 條第 1 項，強暴凌虐之行為句，本案

暴凌虐的行為句，改為意圖取供而施強暴脅迫，其條文形式則已與現今濫權追訴處罰罪相似。

第三區塊則為 1933 年之中華民國刑法修正案初稿至 1935 年之中華民國刑法。現行刑法則對於舊刑法之規定略為增加而成為現在之條文，在中華民國刑法修正案要旨第 54 點中即提出，針對原本僅處罰具「追訴」犯罪職務的公務員，認為範圍太過狹窄，因此連同具有「處罰」犯罪職務的公務員一併加入，並且亦認為濫用職權為逮捕或羈押者，情節亦極重大，不可不加以處罰。最後並針對故出入人罪中明知有罪之人而不使其受追訴或處罰者，增加「無故」之主觀要件。因此具有追訴或處罰犯罪職務的公務員濫用職權為逮捕或羈押、意圖取供而施強暴、脅迫罪或故出入人罪之三大行為態樣及最後的加重結果犯，即構成現今刑法第 125 條之濫權追訴處罰罪的實質內容。關於本罪詳細之立法沿革及條文內容，可參閱〈表一〉：

〈表一〉濫權追訴處罰罪立法沿革一覽表

1907 年	《刑律草案》 ¹¹ （第一次刑律草案）
第 143 條：	「凡行裁判或檢察、警察、監獄、其餘行政之職務、或為補助者 ¹² ，當行其職務時，對於被告人、嫌疑人或關係人為暴行或凌虐之行為者，處三等以下有期徒刑。因而致人於死傷時，比較第三百零一條至第三百零五條，從重處斷。」
第 144 條：	「凡行檢察或警察之職務，或為補助者，經人告有現被侵害權利之犯人而不速為保護之處置者，處四等以下有期徒刑。」

改作意圖取供而強暴脅迫，科以特重之刑，至其他侵害身體及自由之罪，依第 131 條加重常人犯罪三分之一，已足示懲。若虐待之行為，不至犯罪程度者，可援用懲戒法，似不必牽入刑事。又原案佐理人亦得犯此罪，但佐理人雖係輔助公務員執行職務，究無職守之可言，故本案擬刪。」黃源盛，前揭註 8，頁 682。

¹¹ 1902 年(清光緒 28 年)，清廷在內外交迫下，下詔變法修律，參酌德、日等國立法例，進行近代歐陸式的新法典編纂。黃源盛，前揭註 8，頁 35。

¹² 為補助者，指無獨立司法或行政之職權，而有補助法官或行政官之職務者而言，例如書記、廷丁、巡查、看守押丁之類是。凌虐之行為者，屏去飲食衣服或防止睡眠，凡違背律例之一切殘酷行為也。現今中國未廢考訊，故於程式規則範圍之內為考訊者不得適用本條之例，然其故意不守程式而劫訊者，及將來已經廢止之後仍故意實行之者，即不得受本條之制裁。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 106。

第 145 條： 「凡行檢察或警察之職務者，於應受理或不應受理之刑事告訴、告發或自首而不正受理，或不受理，或不為必要之處分者，處四等以下有期徒刑、拘留或三百圓以下罰金。其裁判官不正受理或不受理民事或刑事之訴訟，或不審判者，亦同。」	
1910 年 2 月	《修正刑律草案》 ¹³ （第二次刑律草案）
第 147 條： 「凡行審判或檢察、警察、監獄、其餘行政之職務，或為其佐理者，當行其職務時，對於被告人、嫌疑人、關係人為暴行、凌虐之行為者，處三等至五等有期徒刑。因而致人死傷時，援用傷害人身各條，依第二十三條處斷。」	
第 148 條： 「凡行檢察、警察之職務，或為其佐理者，經人告有現被侵害權利之犯人，而不速為保護之處置者，處四等或五等有期徒刑。」	
第 149 條： 「凡行檢察或警察之職務者，於應受理、不應受理之刑事告訴、告發或自首而不正受理、或不受理或不為必要之處分者，處四等以下有期徒刑、拘留或三百圓以下罰金。其裁判官不正受理、不受理民事、刑事之訴訟，或不審判者，亦同。」	
1911 年 1 月	《欽定大清刑律》 ¹⁴ （第六次刑律草案）
第 144 條： 「審判或檢察、巡警、監獄及其他行政官員或其佐理當執行職務時，對被告人、嫌疑人或關係人有強暴、凌虐之行為者，處三等至五等有期徒刑。因而致人死傷者，援用傷害罪各條，依第二十三條之例處斷。」	
第 145 條： 「檢察、巡警官員或其佐理經人告有現被侵害權利之犯人，而不速為保護之處分者，處四等以下有期徒刑或拘役。」	
第 146 條： 「檢察、巡警官員於刑事告訴、告發、自首，不應受理而受理，應受理而不受理或不為必要之處分者，處四等以下有期徒刑、拘役或三百圓以下罰金。」	

¹³ 因《刑律草案》在體例和內容方面，均全盤仿效德、日，因此基於「因倫制禮、準禮制刑」之立法原則，將中國舊律和新律草案詳慎互較，修改、刪併。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 203。

¹⁴ 將《修正刑律草案》參酌《刑律草案》增損，完成《新刑律草案》（第三次草案），爾後再和第一次提出的《刑律草案》參互鈎稽，提出《大清新刑律草案》（新刑律第四次草案）。資政院於 1910 年（宣統 2 年）12 月 10 日通過〈總則〉編，且與〈分則〉未及議畢而暫從《大清新刑律草案》〈分則〉之草案內容，是為新刑律之第五次修正草案。之後因資政院第一次常年會閉會，惟已排定宣統 2 年（1910 年 2 月 10 日至 1911 年 11 月 29 日）必須公布新刑律，考慮年限已屆，因此將《新刑律草案》〈分則〉編及「暫行章程」略加修改後，得清廷同意，頒布施行之，是為《欽定大清刑律》，為新刑律的第六次草案。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 273~274。

審判官於民事、刑事訴訟不應受理而受理，應受理而不受理或不為審判者，亦同。」	
1912 年	《暫行新刑律》 ¹⁵
<p>第 144 條：</p> <p>「審判、檢察、巡警、監獄及其他行政官員或其佐理，當執行職務時，對被告人、嫌疑人或關係人有強暴凌虐之行為者，處三等至五等有期徒刑。</p> <p>因而致人於死者，援用傷害罪各條，依第二十三條之例處斷。」</p> <p>第 145 條¹⁶：</p> <p>「檢察、巡警官員或其佐理，經人告現有侵害其權利之犯人，而不速為保護之處分者，處四等以下有期徒刑或拘役。」</p> <p>第 146 條¹⁷：</p> <p>「檢察、巡警官員於刑事告訴、告發、自首，不應受理而受理，應受理而不受理或不為必要之處分者，處四等以下有期徒刑、拘役或三百圓以下罰金。</p> <p>審判官於民事、刑事訴訟，不應受理而受理、應受理而不受理或不為審判者，亦同。」</p>	
1915 年	《修正刑法草案》 ¹⁸
<p>第 137 條：</p> <p>「審判官或檢察、警察、監獄其他行政員或佐理人，因執行職務，對於嫌疑人、被告人或其他關係人有強暴、凌虐之行為者，處四等有期徒刑。</p> <p>因而致人死傷者，援用傷害罪各條，依第二十七條處斷。」</p> <p>第 138 條：</p> <p>「檢察、警察之公務員或其佐理人，經人告現有侵害自己或他人權利之犯人，而不速為保護之處分者，處五等有期徒刑，併科或易科一百圓以下罰金。」</p> <p>第 139 條¹⁹：</p>	

¹⁵ 民國肇立，因百事待舉，法典一時不及全面更新，惟有暫行援用舊制以為因應。1912 年 3 月 30 日，北京政府根據前述大總統令，針對《欽定大清刑律》中刑罰輕重未盡允當及與民國國體相抵觸之部分進行刪修，完成《暫行新刑律》，於同年 4 月 3 日刊登在《政府公報》，公布通行。4 月 29 日，臨時參議院在北京開議，復正式通過《暫行新刑律》之決議。本律所採之理由，實沿襲《欽定大清刑律》而來。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 361~363。

¹⁶ 既係檢察及巡警人員，則有保護之責任，既經人告，則無可諉之情形，於此而不為保護之處分，其應制裁無疑，但其制裁屬於懲戒處分，亦屬於刑律，則當視其國情為何如。我國法制現未完備，使不明揭於刑律之中，恐不足保全人民之權利，所以有本條之規定，至於未經人告者，則不在本條範圍內，與以懲戒處分足以。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 433。

¹⁷ 告訴，指受害者自己起訴而言。告發，指第三者起訴而言。應受理而不受理，如勒令私和是也。不應受理而受理，如親告罪僅經第三者之告發而實施搜查處分是也。不為必要知處分者，如應拘役而不拘役，應和解而不和解是也。不為審判，即不為了結案情之謂。犯罪以故意為成立之要素，若不知權限所在，如誤以應受理為不應受理之類，是不知犯罪事實之存在，應屬懲戒處分，不援本條論罪。同上註。

¹⁸ 1914 年（民國 3 年）3 月 2 日，袁世凱政府成立「法律編查會」，以刑法最關緊要，首先提議修正，歷時 8 月，至 1915 年（民國 4 年）4 月 2 日草案告成，是為《修正刑法草案》，開創性的採用了「刑法」的名稱，打破過去刑法典蓋稱「刑律」的傳統。黃源盛，前揭註 8，頁 515。

¹⁹ 本條修正理由為：「原案作『不受理或不為必要之處分』，蓋採用舊律告狀不受理律文，然此類事件從前仍由吏部議處居多，既屬懲戒問題，刑法自無須贅設。惟舊律出入人罪治罪甚嚴，原案泛言不為必要之處分，殊涉含糊，茲擬改為圖害當事人或第三人，

「審判官或檢察、警察之公務員或其佐理人，關於民事或刑事訴訟案件，圖害當事人或他人，故意為不法或不當之處分者，處四等有期徒刑或三百圓以下、三十圓以上罰金。」	
1918 年	《刑法第二次修正案》 ²⁰
第 124 條： 「有追訴犯罪職務之公務員犯左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑： 一、意圖取供而施強暴、脅迫者。 二、明知無罪之人而使其受追訴處罰，或明知有罪之人而不使其受追訴處罰者。 因而致人於死或重傷者，比較故意傷害罪，從重處斷。」	
1919 年	《改定刑法第二次修正案》 ²¹
第 138 條： 「有追訴犯罪職務之公務員，犯左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑： 一、意圖取供而施強暴、脅迫者。 二、明知無罪之人而使其受追訴、處罰，或明知有罪之人而不使其受追訴、處罰者。 因而致人於死或重傷者，比較故意傷害罪，從重處斷。」	
1928 年	《中華民國刑法》(舊刑法) ²²
第 133 條 ²³ ： 「有追訴犯罪職務之公務員犯左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑： 一、意圖取供而施強暴、脅迫者。 二、明知無罪之人而使其受追訴、處罰，或明知有罪之人而不使其受追訴、處罰者。 因而致人於死或重傷者，比較故意傷害罪，從重處斷。」	
1933 年	《中華民國刑法修正案初稿》 ²⁴

故意為不法、不當之處分，以賅舊律之故出故入，定其刑為四等有期徒刑或三百圓以下、三十圓以上罰金；或故入死罪，仍可依第二十四條之規定，從一重依第三百二十六條處斷，比較舊律入罪至死坐以死罪之律，相去不遠。又「故意」係犯罪普通要件，既有第十三條之規定，本條似無須復揭，無此二字又恐有置故意於不顧，但就客觀而論罪者，故申言之。黃源盛，前揭註 8，頁 555。

²⁰ 袁世凱政權結束後，段祺瑞政府以「再造共和」為號，以示與袁氏政權有所區隔，刑事政策自亦有變更之必要。1918 年(民國 7 年)7 月，北京政府設立「修訂法律館」，針對 1915 年年《修正刑法草案》重加釐定，編成《刑法第二次修正案》，雖名為修正案，但實際上立法指導原則多未因襲《暫行新刑律》和《修正刑法草案》。黃源盛，前揭註 8，頁 611。

²¹ 《刑法第二次修正案》完成後，司法當局以茲事體大，審議不厭其煩，乃將該修正案發交各省法院人員簽註意見，於民國 8 年(1919 年)7 月，重加修訂為《改定刑法第二次修正案》。此改定修正案和《刑法第二次修正案》無重大差異，多著力於字句上的修改，另將條文重新排列組合，惟此案雖經交議，終未成為正式法典。參閱黃源盛，前揭註 8，頁 789。

²² 1927 年(民國 16 年)4 月，國民政府奠都南京，同年 12 月，命司法部長王寵惠改定刑律，遂以民國 8 年之《改定刑法第二次修正案》作為藍本，編成《刑法草案》，脫稿後，由政府交伍朝樞、徐元誥、譚延闓、于右任、魏道明、王世杰等審查修訂。該案經中央第 120 次常務委員會通過，函交國民政府於 17 年 3 月 10 日公布，並定 7 月 1 日起施行，名為《中華民國刑法》，即今日習稱之「舊刑法」。黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注(下)》，台北，元照，2010 年 7 月，頁 865-866。

²³ 本案之修正理由同於註解 10，取自《刑法第二次修正案》之修正理由。黃源盛，前揭註 22，頁 866、939。

²⁴ 1928 年(民國 17 年)公布的「舊刑法」體制與內容，相較於民元《暫行新刑律》及先前各次刑法草案，雖已多所折衷，也頗完備，然因立法時程倉促，條文繁複，施行以後，流弊漸滋。基於種種考量，國民政府於 1931 年(民國 20 年)12 月組織「刑法起草委員會」，再度草擬刑法修正案。參閱黃源盛，前揭註 22，頁 1027。

第 117 條：

「有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑：

- 一、濫用職權為逮捕或羈押者。
- 二、意圖取供而施強暴、脅迫者。
- 三、明知無罪之人而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人而無故不使其受追訴或處罰者。

因而致人於死，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」

1934 年

《中華民國刑法修正案》²⁵

第 123 條²⁶：

「有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑：

- 一、濫用職權為逮捕或羈押者。
- 二、意圖取供而施強暴、脅迫者。
- 三、明知為無罪之人而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人而無故不使其受追訴或處罰者。

因而致人死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」

1935 年

《中華民國刑法》²⁷

第 125 條：

「有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑：

- 一、濫用職權為逮捕或羈押者。
- 二、意圖取供而施強暴、脅迫者。
- 三、明知為無罪之人而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人而無故不使其受追訴或處罰者。

²⁵ 1933 年（民國 22 年）《中華民國刑法修正案初稿》出爐後，「刑法起草委員會」隨即刊印千冊，分送各報館、法學雜誌社、大學、律師公會等處，併茲送司法行政部發交各級法院，以徵集各界對於該稿的批評與意見。1934 年（民國 23 年）10 月，「刑法起草委員會」歷經百餘次會議後，完成《刑法修正案》。參閱黃源盛，前揭註 22，頁 1089。

²⁶ 《中華民國刑法修正案》要旨第 54 點：「現行法第一百三十三條僅處罰有追訴犯罪職務之公務員，範圍稍狹，故本案將有處罰犯罪職務之公務員一併加入。至濫用職權為逮捕或羈押者，情節亦極重大，不可不加處罰，故本案並增訂之。（一二三）」

²⁷ 「刑法起草委員會」草成《刑法修正案》後，隨即呈報立法院核提大會公決。11 月間，立法院三讀通過新刑法，本決議於 1935 年（民國 24 年）1 月 1 日公布，同年 3 月，「刑法起草委員會」復擬具《刑法施行法草案》，並建議以同年 7 月 1 日為新刑法施行日期，提交立法院會議後，獲議決通過，此即現行中華民國刑法之最初內容。參閱黃源盛，前揭註 22，頁 1185。

因而致人死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」

第三節 客觀不法構成要件

第一項 行為主體

第一款 公務員為行為主體

2005年修正了刑法第10條第2項關於公務員的概念，修正動機有兩點，第一點係因為舊法對於公務員定義抽象模糊，適用上經常造成不合理現象，隱含將公營事業機構從業人員認定為公務員，是不當擴大處罰公務員的意思；第二點係因公務員有時為犯罪主體，有時為犯罪客體，未區分公務員從事職務的種類即課予刑事責任，有不當擴大刑罰的情形，修法動機來自「舊法似乎有過度擴大處罰公務員」的印象²⁸，因而試圖對於公務員的概念為限縮的規範設計，以釐清公務員的範圍。而界定公務員的意義在於因為公務員的概念規定於刑法總則之中，而刑法總則為刑事實體法之共通基礎；次者，本文所欲探討之濫權追訴處罰罪係規定於第四章之瀆職罪章中，係以公務員為行為主體(與犯罪之主體同義)之類型，而避免因不同的犯罪而須逐一認定之煩，因此在刑法總則中規定其定義，但也因為如此，刑法總則對於公務員的概念定義也必須在能包括刑法上各個條文所指涉的公務員範疇，因此在立法技術上須求取刑法上各個條文所指涉的公務員範疇之最大公約數，所以無可避免的具有高度的抽象性²⁹，因而必須藉由刑法分則的規定將之內涵具體化。

公務員在刑法上扮演犯罪之主體的理論根據有以下三說：一為特別義務侵害論，認

²⁸ 許玉秀，〈公務員概念的立法定義-第16次修正刑法檢討(第10條第2項)〉，《新修正刑法論文集》，台北，司法院，2006年12月，頁90。

²⁹ 吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，《警大法學論集》，中央警察大學法律學系，2006年3月，第11期，頁149。

為法秩序之本質乃在於使個人之意思服從於全體之意思，法只對於其要求服從之人，始認為其違法，而公務員為犯罪主體時，其本質乃係違反法秩序高度要求其服從之特別義務；二為法益侵害限定論，認為公務員犯罪之本質，乃依法益之性質，須因公務員執行公務之關係，始能對於該法益造成侵害或危險，依此見解，公務員犯罪之特殊性，係因該種法益若非公務員無法單獨加以侵害，只有公務員始有加以侵害之可能，範圍狹隘；三為現象形態論，係將公務員之身分視為一種現象形態，而屬於相對之不法要素，因此，將身分犯³⁰認為是現象形態，乃在表示身分犯具有特別構成要件之不法及特殊之可罰性，特殊之可罰性乃由身分犯之特別的不法所產生，而身分犯之不法，乃係由法益侵害與相對之不法構成要件所形成，因特殊之處分權限與特殊之保護任務而有別，因此，身分犯乃因特別構成要件之不法，只有一定之人實行，始具有特殊威嚇之犯罪³¹。

濫權追訴處罰罪之行為主體，係以具有追訴或處罰職務的公務員為限，以公務員身分地位作為其犯罪成立之要件，其公務員之身分係屬於犯罪之構成身分³²，而該犯罪所欲保護之法益為司法權之嚴正性與公平性³³、公務員對國家服務之忠信規律及國家公務執行之公正³⁴，都著重於公務員依法秩序所高度所要求其服從或保護之義務，且此種法益僅有國民中的一部分人，即指以公務員為對象的這個團體能予以侵害，對此公務員構成身分之犯罪，因此得以特別義務侵害論為其理論為其主張之根據。

³⁰ 在我國學理與實務上，對於必須具有一定行為主體資格的犯罪類型，較少見以「特別犯」的概念說明者，反而多以「身分犯」的概念稱之。而特別犯是以行為主體作為犯罪成立條件之類型，而行為主體的特定，因犯罪類型之要求差異而有所不同，對於行為主體資格要求不同又可區分為身分犯(以行為主體的特定身分關係作為犯罪成立基礎的類型)、己手犯(非因特定身分關係作為對行為主體的要求，而是犯罪的本然要求特定主體方得以實現)以及特定犯罪結構所要求之主體類型，例如生母殺嬰罪或是與婦女為重婚罪者，僅限定為男性。參閱柯耀程，〈特別犯〉，《月旦法學教室》，2005年4月，第30期，頁42~43。

³¹ 參閱甘添貴，〈刑法上公務員之定義與涵蓋範圍〉，《月旦法學雜誌》，2003年1月，第92期，頁31~33。

³² 有學者針對公務員為犯罪主體之情形分為構成身分及加重身分，前者乃因公務員執行公務之關係，始能對於特定法益造成侵害或危險，且違反法秩序高度要求其服從之特別義務；後者因具有特別構成要件之不法及特殊之可罰性，縱非公務員亦足以對犯罪所保護之法益造成侵害危險，因此法益侵害限定論非妥適見解，而應以現象型態論為其主張。參見甘添貴，〈刑法上公務員概念之界定與詮釋〉，《刑法修正後之適用問題》，台北，最高法院，2006年8月，頁254~257；同氏著，《刑法各論(上)》，台北，五南，1995年10月四版，頁44；褚劍鴻，前揭註3，頁88。

³³ 參照最高法院91年度台上字第2467號刑事判決、台灣新北地方法院92年度自字第158號刑事判決。

³⁴ 參照最高法院92年度台上字第2254號刑事判決。

第二款 職務犯罪主體的特性

濫權追訴處罰罪係屬於瀆職罪章下濫用職權之瀆職罪類型之一³⁵，而以公務員為行為主體之犯罪，稱為職務犯罪³⁶，因此關於此公務員之犯罪，公務員的概念檢討固然重要，但公務員的概念應該僅是公務員職務犯罪檢視的前提，單純僅從公務員的概念入手，恐有失焦之虞，係因在法定原則的要求下，仍須以犯罪類型作為思考的基礎，以免太過側重公務員概念的分析，導致忽略具體犯罪類型規範成罪要件的要求，以及特定類型化的規範意旨³⁷，且多數的職務犯罪，並非僅因公務員的身分即可成立犯罪，更多的是著重於公務員身分與其職務間之關連，亦即並非僅以人的要素為基礎，通常以與職務有關連之人為要素，此為職務犯罪之特色，也可從身分刑法轉向職務刑法的趨勢中見其端倪³⁸。

此外，從學者³⁹對於刑法第 10 條第 2 項針對公務員概念的修法動機與最後修法結果(現行法)比照後的批評，似乎也可以做為對於此職務犯罪類型應避免側重於對於公務員概念的分析、而應著重於身分與職務上的關連性的理由。其論點針對舊法未區分公務員從事職務種類的批評，對於公務員的處罰範圍寬狹，並非完全取決於公務員的概念，分則構成要件的設計與詮釋，才具有關鍵性的影響，特別是在從事職務的類型，更是分則構成要件如何設計的問題。因此，在檢視個別職務犯罪類型之前，宜先從職務犯罪的類型主體要求切入，雖然都是以公務員作為行為主體之資格規定，但因個別犯罪的屬性，犯罪性質與形態各有特殊性，因此行為主體以公務員為資格者，會對於特定條件的對象範圍為條件限制，除了公務員的資格外，更必須是職務上的行為，否則即使具有公

³⁵ 關於瀆職罪章的犯罪類型，學者分類不一，濫權追訴處罰罪在分類上較無異議，屬於濫用職權之類型。參閱甘添貴，前揭註 32，頁 44；蔡墩銘，《刑法各論》，台北，三民，2009 年 7 月修訂二版，頁 617~619。

³⁶ 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 44。

³⁷ 柯耀程，〈刑法公務員概念初探-廢弛職務罪之認定〉，《軍法專刊》，2010 年 6 月，第 56 卷第 3 期，頁 25。

³⁸ 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 44。

³⁹ 許玉秀，前揭註 28，頁 100。

務員的身分，仍然無以成就職務犯罪。

以瀆職罪類型為例，此種職務犯罪類型的主要特色，乃在於公務員對於職務要求行為的嚴重違反。判斷的關鍵乃在於職務類型的要求，而於濫權追訴處罰罪得以為瀆職者，必然係以違反追訴職務之行為，因此在主體的限制上，限於具有追訴或處罰犯罪職務之公務員，也惟有具此等職務身分之公務員，方合於該罪行為主體之資格⁴⁰。而以下將就此濫權追訴處罰罪之行為主體為構成要件上之分析說明。

第三款 具有追訴或處罰犯罪職務之公務員

第一目 追訴犯罪職務

「追訴犯罪職務之公務員」為濫權追訴處罰罪之行為主體。其「追訴」之涵義，有廣狹二義：狹義的「追訴」，與起訴同義，不包括偵查在內。而偵查係指為提起公訴而調查犯罪之程序，屬於起訴的準備行為，而起訴則為就偵查結果向法院訴求科刑之行為⁴¹。因此在狹義見解下之「追訴」，係指依法提起公訴藉以請求法院科刑之職務，即指有權對嫌疑犯訴請審判機關就其犯罪事實科以刑罰者而言⁴²，或指對於犯罪之人，就偵查結果，認有犯罪嫌疑應向法院提起公訴，請求法院論罪並科處刑罰之意，且具有追訴犯罪職務之公務員應就刑事訴訟法或特別刑事訴訟法之規定而定之，依現行刑事訴訟法之規定，在司法屬於檢察官⁴³。廣義之「追訴」係指對於犯人偵查起訴⁴⁴，即指偵查及起訴之程序，公訴以前之偵查，亦為追訴犯罪之重要程序，從而辦理偵查事務者，無論其為主持辦理或協助辦理，皆莫非有追訴犯罪職務之人⁴⁵。

⁴⁰ 柯耀程，前揭註 37，頁 25。

⁴¹ 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 67。

⁴² 蔡墩銘，前揭註 35，頁 636。

⁴³ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 120。

⁴⁴ 王振興，前揭註 2，頁 320。亦可參閱陳煥生，《刑法分則實用》，自版，1998 年 2 月修訂二版，頁 45。

⁴⁵ 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，台北，三民，2000 年 9 月增補一版，頁 78~79。

我國實務⁴⁶及少數學者⁴⁷就此採狹義的見解，諸如實務認為有追訴犯罪職務，係指對於犯罪嫌疑人，就其受有嫌疑之行為，有向審判機關訴求科刑之職務者而言，再者本罪之犯罪主體僅限於法定具有追訴犯罪職務的公務員，亦即直接職掌偵查以及公訴之人，依法協助或服從檢察官指揮或命令偵查犯罪者，並不包括在內，因此對於實務上真正實際參與犯罪偵查之人排除本罪之適用，如同對於「追訴」要件的限縮於「起訴」，排除偵查程序的解釋。惟學者多採廣義見解，本文亦採相同見解。係因按立法原意，本罪之設在於制裁刑事司法人員之濫權瀆職⁴⁸，實在不必強為主管與協助之分⁴⁹，且將追訴解為偵查及起訴二者，未超越一般國民自法條文義通常可能理解之意義範圍⁵⁰；次者，從刑事訴訟法的編排體例上觀之，第二編第一章「公訴」內之第一節規定為「偵查」，偵查乃追訴的前提，係追訴程序之重要的一環⁵¹；最後從國家賠償法第 13 條言之，有審判或「追訴」職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，在此之情形下，其構成要件中之具有「追訴」職務之公務員，指辦理刑事偵查或公訴業務之檢察官而言⁵²。退萬步言之，縱然採取限縮的解釋，觀諸濫權追訴處罰罪中的三種犯罪型態：濫權為逮捕或羈押罪、意圖取供而施強暴脅迫罪及故出入人罪中，前二者之均屬於偵查程序中容易產生之犯罪型態，在本罪對於犯罪主體極度限縮於僅具有追訴或處罰職務權限的公務員下，則悖於立法意旨以及人權保障的初衷，因此更應採取擴張至偵查程序的解釋，故，本文以為此處之「追訴」應包含偵查犯罪以及提起公訴。

⁴⁶ 參照最高法院 22 年上字第 472 號刑事判例。

⁴⁷ 其認為此處的「追訴」係指起訴而言，對於犯罪之人，就犯罪偵查結果，認為有犯罪嫌疑應向法院提起公訴，請求法院論罪並科處刑罰之意。參閱褚劍鴻，前揭註 3，頁 120。蔡墩銘，前揭註 35，頁 636。

⁴⁸ 亦可參閱甘添貴，前揭著 32 一書，頁 67。

⁴⁹ 韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 45，頁 79。

⁵⁰ 甘添貴，前揭著 32，頁 68。就此亦有不少學者針對此條文之追訴為定義解釋時均認為係指偵查及起訴，可參閱王振興，前揭註 2，頁 320；陳煥生，前揭註 44，頁 45；許澤天，〈總統之刑事豁免權與證人特權-德國法啟示〉，《月旦法學雜誌》，2007 年 3 月，第 142 期，頁 191。

⁵¹ 陳運財，〈偵訊之法律性質及其規範〉，《東海大學法學研究》，1996 年 12 月，第 11 期，頁 168。

⁵² 林錫堯，〈國家賠償法之分析與檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，2005 年 11 月，第 76 期，頁 12。

「起訴」即為提起公訴，按刑事訴訟法第 251 條第 1 項、第 264 條第 1 項，提起公訴專屬於檢察官或軍事檢察官之職權，就此並無適用上疑義；而在偵查的部分，依我國法制，刑事訴訟法第 228 條第 1 項，亦屬於檢察官之職權，司法警察(官)亦有協助檢察官之指揮命令偵查犯罪之職權，於刑事訴訟法第 229 條至第 231 條可資參照。依前所述，在針對「追訴」構成要件，在學說以及實務採取廣狹不同見解的情況之下，針對協助或受檢察官指揮之司法輔助機關是否屬於構成濫權追訴處罰罪之具有追訴犯罪職權之公務員，認定範圍則生歧見，由於本章為濫權追訴處罰罪之構成要件的分析說明，對此爭議部分及本文見解將於第五章說明之。

第二目 處罰犯罪職務

「處罰犯罪職務之公務員」係謂公務員有權對於被告之犯罪事實予以判斷與處罰者⁵³，亦或就特定犯罪之人，就其被訴之犯罪事實，予以證據證明後，科以刑罰之謂⁵⁴。依現行刑事訴訟法之規定，乃指法院之法官而言。本條所指之「處罰」，亦專指刑事犯罪之處罰，其他行政上之處罰不包括在內，例如依社會秩序維護法，警察人員對於違警人所為之裁決，因屬行政罰，非刑事上對犯罪之處罰，故警察人員非本罪之公務員，除應成立其他相當罪名外，不能為本罪之犯罪主體，其他行政人員亦同⁵⁵。

承上可知，濫權追訴處罰罪之行為主體僅以具有「追訴犯罪或處罰犯罪職務的公務員」為限，故若無公務員身分者，或雖有公務員身分，但無追訴犯罪或處罰犯罪的職務者，自不能成為本罪的行為主體⁵⁶。本條所謂的追訴或處罰犯罪，其犯罪行為無論為刑法或其他特別刑法所規定者，均包括之⁵⁷。至於追訴或處罰之程序，亦不論依據刑事訴

⁵³ 蔡墩銘，前揭註 35，頁 636；甘添貴，前揭著 32 一書，頁 68。

⁵⁴ 王振興，前揭註 2，頁 320。

⁵⁵ 王振興，前揭註 2，頁 321；褚劍鴻，前揭註 3，頁 121。

⁵⁶ 林山田，前揭註 4，頁 103。

⁵⁷ 亦可參閱王振興，前揭註 2，頁 321。

訟法或軍事審判法之規定，或其他具有程序法性質之特別法，例如少年事件處理法之規定，只須依據法律執行追訴或處罰職務之公務員，不論其職位係何項名稱，均屬本條所規定之公務員，亦即均得為本罪犯罪之主體⁵⁸。

第二項 本罪之構成要件行為

第一款 濫用職權逮捕羈押罪

第一目 濫用職權

濫用職權罪本質上為舉動犯，故一有職權濫用行為之實施，犯罪即告成立，不必有違法結果發生之必要⁵⁹。而所謂「濫用職權」，乃指明知其不應行使之職權，而故意不法為之⁶⁰。亦有謂不當使用職務上之權限，亦即在形式上假借執行職務之名義，實質上則實施正當權限以外之行為，稱之為濫用職權⁶¹，而將濫權職權為較詳細之分析者，認為公務員行使職權，當然需以一定之法令為根據，其所行使者，依該法令之抽象規定，應屬其職掌之範圍，是即所謂抽象的權限，至於濫用職權，不外以此抽象的權限為前提⁶²，而發生下列各種情事：一、有抽象的權限者，就具體事件，不具備法定條件(無具體的權限)，遽為權力之行使。二、有抽象的權限者，超越權限範圍，假藉行使職權之名，以遂其違法意圖。三、就其權限範圍內之事務，故意為不當之處理⁶³。本罪所謂有追訴或處罰職務之公務員濫用職權，不外乎此三種情形。刑法第 125 條第 1 項雖僅就該項第 1 款之逮捕拘禁行為規定濫用職權之旨，實則其次各款的刑求及枉縱，在犯罪的本質上

⁵⁸ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 121。

⁵⁹ 蔡墩銘，《刑法精義》，台北，自版，2001 年 3 月一版，頁 486。

⁶⁰ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 121。

⁶¹ 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 68。

⁶² 有採相同見解者認為，濫用職權自以有抽象之職務權限存在為前提，若無抽象權限，自無濫用可言，不得以本罪論擬。參閱甘添貴，前揭註 32 一書，頁 68~69。亦可參照最高法院 28 年上字第 3652 號刑事判例：「刑法第一百二十五條第一項第一款之濫權羈押罪，固係就公務員對於國家所賦與之羈押權力不為正當行使所設之處罰規定……」

⁶³ 亦有稱濫用職權即不應行使其職權而行使，或行使其職權而顯有故意不當之情形而言。參閱王振興，前揭註 2，頁 321。

均含有濫用職權之事實，是而無一非濫用職權，惟未一一明示而已⁶⁴，至於是否濫用職權，則應就具體案件，依實際情形以客觀標準資為審定⁶⁵。

第二目 逮捕或羈押

一、 逮捕

「逮捕」即是利用公力直接強制拘束他人身體自由之行為⁶⁶。係指刑事訴訟法上拘束嫌疑人或被告自由的一種強制處分⁶⁷。申言之，不限空間拘束他人身體自由之謂，至其名稱名義如何，則非所問，故拘提亦包括在內⁶⁸。就此，係因拘提和逮捕所實施的手段相同，必須以直接觸及被告或犯罪嫌疑人的身體，暫時拘束其人身自由，始完成逮捕及解送至一定處所等執程序而言。因此，此處逮捕的概念，應擴及至拘提之部分。

其內涵若從法制面上來看則包括有對被告拘提、通緝犯或現行犯的逮捕，以及非現行犯的緊急拘捕(亦即緊急逮捕，亦有稱緊急拘提)。此種強制處分，因為涉及人身自由的剝奪，以強制力拘束人之自由，置於自己的實力支配之下，以備解送指定之處所，使接受訊問⁶⁹。因此執行時應有法律依據，並應依法律所規定的程序執行之。以拘提而言，除按刑事訴訟法第 88 條之 1 的緊急逮捕之外，拘提必須經決定機關簽發拘票，以符合其要式性；而逮捕雖為無令狀的非要式強制處分，仍必須合於法律之規定，始可為之。因此若本罪的適格行為主體無法律的依據，例如未經合法傳喚即拘提之⁷⁰、亦或非通緝犯或非現行犯而擅行逮捕，於刑事訴訟法第 87 條及第 88 條可資參照；或依法未經法定程序，諸如拘提和緊急逮捕，必須具備一定之要件，因此被告未經合法傳喚，無刑事訴

⁶⁴ 蔡墩銘，前揭註 59，頁 487；韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 45，頁 79。

⁶⁵ 王振興，前揭註 2，頁 321。

⁶⁶ 陳煥生，前揭註 44，頁 45。

⁶⁷ 林山田，前揭註 4，頁 104。

⁶⁸ 王振興，前揭註 2，頁 321。有採相同見解，認為不以刑事訴訟法第 87 條及第 88 條所定者為限，一般法律程序上之拘提，亦屬之。參閱韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 45，頁 79。

⁶⁹ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 121。

⁷⁰ 參照雲林地方法院 95 年度訴字第 386 號刑事判決。

訟法第 76 條所定的情形而逕行拘提，或無第 88 條之 1 的情形而為緊急拘捕，即可構成本款所規定的濫權逮捕。

濫用職權逮捕羈押罪需他人因而失去自由，本罪為繼續犯，以他人失去自由達相當之時間為犯罪成立之要件⁷¹，亦即無論逮捕或羈押，均以具有某種程度之繼續性為必要⁷²。本罪之逮捕行為認為並不以親自執行為限，如果檢察官明知依法不應逮捕之人，而故意簽發拘票命司法警察逮捕亦屬之。而適格之行為主體若未依法律所規定的程序而執行，是否構成本款濫權逮捕，須依實際情狀而判定，濫用職權類型的犯罪之成立皆因公務員對於法律賦予之各種職權為不正當之行使，為了尊重法律所賦予其之法定職權，以及使其職權的行使上有斟酌之空間，故限於主觀上必須要有故意始可⁷³，因此若出於本罪的構成要件故意而不依法定程序而為逮捕或羈押被告者，亦可認為構成本款之罪，相反的，於其職權範圍內的酌量行使，或疏忽致未依法定程序而逮捕或羈押被告，則不構成本罪⁷⁴，關於本款的主觀構成要件，則於後說明之。

二、 羈押

羈押係指刑事訴訟法上為確保被告接受裁判或受刑的執行，而暫時剝奪被告自由的強制處分⁷⁵，利用公力強制將人拘置於一定之場所而限制其自由⁷⁶。逮捕與羈押雖同為對人身自由之強制性處分，然其主要區別在逮捕為時較短暫，且無空間限制；而羈押則為時較久，且限於一定處所⁷⁷。羈押必須具有法定要件，否則即屬違法之羈押，如有追訴或處罰職務之公務員，明知被告並無羈押之原因，或根本無犯罪嫌疑之被告，故意違

⁷¹ 蔡墩銘，前揭註 35，頁 637。

⁷² 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 69。

⁷³ 參照最高法院 30 年上字第 2084 號刑事判例。

⁷⁴ 參閱林山田，前揭註 4，頁 105。

⁷⁵ 林山田，前揭註 4，頁 104。

⁷⁶ 陳煥生，前揭註 44，頁 45。亦可參閱蔡墩銘，前揭註 35，頁 636。

⁷⁷ 王振興，前揭註 2，頁 321。

法將其濫與羈押者，即構成本罪⁷⁸。惟濫權羈押並不限於羈押之始，即使先有合法原因而羈押被告，於原因消滅後，復以違法意思而繼續羈押被告者，仍屬濫權羈押⁷⁹。

最後，一般人民或非有追訴或處罰犯罪職務之公務員假借職務上之權力機會或方法犯之，前者因為非追訴犯罪之公務員，僅能處以刑法第 302 條第 1 項之罪，而後者則須並依同法第 134 條加重處罰之，若僅係協助檢察官偵查犯罪之司法警察人員濫用職權而為逮捕者，亦為相同之處理，均非本罪的適用範圍，退步言之，即便有追訴處罰犯罪職務之公務員濫用職權為逮捕或羈押未遂之場合，因為本條並未處罰未遂，同依第 302 條第 1 項、第 3 項及第 134 條處斷⁸⁰，亦非本罪。

第二款 意圖取供而施強暴脅迫罪

刑訊逼供，為古代司法官署依職權糾問犯罪之遺跡，多待被告的招認，始可定讞，而狡頑者，縱有罪證亦多不肯招認，因而刑訊乃生，但亦不無屈打成招等冤獄情事發生⁸¹。而酷刑是對於受公權力控制下之人，故意施加任何使其在身體上或精神上痛苦或恐懼的待遇，目的在於處罰某種不法行為或是以此取得特定的資訊，例如刑求取供⁸²。刑求逼供不僅直接侵害被告本人的基本權益，亦有指刑求是對於人權最嚴重的侵害⁸³，刑求進而造成誤判冤獄，損及司法的公正形象，且就刑事訴訟程序而言，法院為調查被告之刑求抗辯是否屬實所費之時間精神，多少造成訴訟之遲延⁸⁴，因而在現代彈劾式之訴

⁷⁸ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 122。

⁷⁹ 最高法院 25 年上字第 3652 號刑事判例：「刑法第一百二十五條第一項第一款之濫權羈押罪，不僅指羈押之始即具有濫用職權之違法情形，即先以合法原因羈押，而其後原因消滅，復以不法意思繼續羈押者，仍屬濫權羈押，不能解免前項罪責。」

⁸⁰ 院解字第 1922 號：「……該公務員濫用職權而為逮捕或羈押。即係成立刑法第一百二十五條第一項第一款之罪。其逮捕或羈押未遂者。應依刑法第三百零二條第一項、第三項、第一百三十四條處斷。」

⁸¹ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 122。

⁸² 參閱公民與政治權利國際公約初次報告，頁 99。

⁸³ 參見立法院公報第 83 卷第 47 期關於「刑事被告及犯罪嫌疑人之人權保障聽證會」林山田教授發言部分，其指出刑求是一種最嚴重的人權或人性尊嚴的侵害，在整個人權保障的工作中最重要的就是反刑求，頁 238。

⁸⁴ 陳運財，前揭註 51，頁 146。

訟制度下，已無復維持的餘地⁸⁵。惟在舊時代刑事訴訟法的思考，和中國法制幾千年來的思考幾無差異，仍以取供作為刑事偵審的重點⁸⁶。

雖說刑求已無存在的必要性，但應然面和實然面仍有落差，經常在新聞報章上看到有某警局、監獄、某看守所發生犯人可能離奇死亡或者受傷成殘，而單位主管永遠述說著絕無刑求或凌虐的話，案子大多也不了了之，殘害人民的行為未能受到適當的處罰，刑求及凌虐案件根本無法杜絕⁸⁷。呼應前面所說的，我國雖然對於此種犯罪於刑法第 125 條濫權追訴處罰罪中定有處罰規定，但這樣的一種犯罪，因為在整個追訴過程中往往缺乏證據、或是同事間的官官相護，尤其在不重視人權的社會之下，這種追訴的成效，成立犯罪的比例則相當低⁸⁸，除了顯露對於人權的漠視外，亦可認為係刑求的弊害之一。

第一目 取供

「取供」即取受訊問者之供詞或供白。受訊問者不以被告為限，即證人、告訴人、被害人、自訴人等亦包括於內。供詞不以筆錄為限，即自白書、坦白書等凡足資為起訴不起訴或裁判上之資料者皆是⁸⁹。其供述對於受訊問者有利或不利均屬之，且該受訊問人是否因為強暴脅迫而為陳述，並不影響本罪之成立⁹⁰。

第二目 強暴或脅迫

一、 強暴

⁸⁵ 韓忠謨著，吳信芳增補，前揭註 45，頁 80。

⁸⁶ 學者指出依我國刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」係把其他事證當作被告自白的補強證據，更可以看出以自白為主的怪異思想。陳志龍，《檢、辯、審在刑事認知程序之互動關係-檢察官的任務(偵查、公訴、執行)與檢察一體》，台北，法務部，2001 年 11 月，頁 74。

⁸⁷ 台灣人權促進會副會長邱晃泉於「刑事被告及嫌疑人之人權保障」聽證會中之發言。參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 238。

⁸⁸ 參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 239。

⁸⁹ 王振興，前揭註 2，頁 322。

⁹⁰ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 124。

「強暴」一詞在刑法條文中屬常見用語，但其內涵常因適用場合不同而有所不同，而有各式各樣的規範意義，而以強暴作為強制手段的強制行為⁹¹，均有侵害自我決定自由的後果，而就此妨害意思決定或意思活動自由的強暴，尚有程度上的分別，我國學者將強暴的內涵分為以下四類⁹²：一、最廣義之強暴：指不問對人或物一切有形力之不法行使，例如刑法第 149 條聚眾不解散罪及第 150 條聚眾強暴脅迫罪等屬之；二、廣義之強暴：對人為有形力之不法行使，不以直接對人之身體實施為必要，縱係對物施以有形力，以對於人之身體在物理上產生強烈影響者，刑法第 135 條妨害執行職務罪、第 142 條妨害自由投票罪及第 304 條之強制罪等即屬之；三、狹義之強暴：指對人之身體為有形力之不法行使，諸如本文所探討之刑法第 125 條第 1 項第 2 款意圖取供而施強暴脅迫罪及第 281 條之加暴行於直系血親尊親屬罪等屬之；四、最狹義之強暴：係指達於壓抑對方反抗或反抗顯著困難程度之強力有形力之不法行使，例如刑法第 221 條強姦罪、第 224 條強制猥褻罪即第 328 條強盜罪等。

依前所述分類，本款之「強暴」屬於有形之威迫，係對他人身體所施之暴力，不限於腕力，凡以物質的力量直接或間接強行加諸他人，雖未至傷害程度，而已形成嚴重的強制者皆屬之⁹³。如毆打身體、嚴刑拷問、以強力燈光照射、迫使供述等⁹⁴、電擊手指或私處、帶著戒具長期站立、被推壓撞擊牆壁或地板、被灌水或關押在高溫或寒冷的空間⁹⁵。惟是否由行為人親自為之，抑或由他人施之，亦非所問⁹⁶。

二、脅迫

⁹¹ 林山田，《刑法各罪論(上冊)》，自版，2006年10月五版，頁170。

⁹² 甘添貴，前揭註32一書，頁70；陳子平，〈準強盜罪論〉，《刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(二)》，台北，元照，2000年，頁234~235；同氏著，〈妨害公務罪、公共危險罪與妨害自由罪等〉，《月旦法學教室》，2013年2月，第124期，頁69；同氏著，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》，2003年7月，第9期，頁20。日本學界通說採此分類，參閱王乃彥，〈論準強盜罪的強暴概念〉，《月旦法學雜誌》，2008年12月，第163期，頁72。

⁹³ 韓忠謨著，吳信芳增補，前揭註45，頁80。

⁹⁴ 褚劍鴻，前揭註3，頁123。

⁹⁵ 參閱公民與政治權利國際公約初次報告，頁27。

⁹⁶ 甘添貴，前揭註32一書，頁69。

脅迫一般係指「以使人產生畏懼為目的而將惡害之事通知對方者」而言，刑法上依程度之不同，可分為下列幾種類型：一、廣義之脅迫：一切以使人產生畏懼為目的而將惡害之事通知對方之行為，不問惡害之內容、性質以及通知方法如何，以及對方是否因而生恐怖心，均非所問，例如刑法第 125 條第 1 項第 2 款之意圖取供而施強暴脅迫罪、第 135 條妨害職行職務罪等屬之；二、狹義之脅迫：依據情況，對人為攻擊之威脅行為，或使對方生恐怖心而強制其為一定之作為或不作為，例如刑法第 152 條妨害合法集會罪及第 304 條強制罪等屬之；三、最狹義之脅迫：即以使人產生恐懼為目的將加害之事通知對方，而使產生足以被抑制反抗程度之畏懼心，諸如刑法第 221 條強姦罪、第 224 條強制猥褻罪等屬之。

「脅迫」屬於無形之威迫，乃以即將加害之意旨相威脅，以言詞或姿態威脅他人足以使其感覺危險⁹⁷，使被脅迫者意識惡害將臨，從而形成確切之危害，因此脅迫與強暴有別，後者係業已現實之惡害，而前者乃迫在目前之惡害也⁹⁸。如威脅若不供認將加鞭打、或於鄰室毆打他人、使耳聞鞭擊與哀哭聲、促心生恐懼等是⁹⁹、被斷絕飲食、剝奪睡眠、未給予基本的衛生設施、被長期單獨禁閉、被剝奪與其他入或外界聯繫、未提供充分的休閒設施等¹⁰⁰。而行為人所嚇唬的惡害能否成真，或行為人有無使其成真的意思，均與脅迫的成立無關，而就此在實務上則有以收押相脅迫被訊問人，縱在檢察官僅有羈押聲請權的情況下，亦即被訊問人是否會被羈押乃不確定之事實，但在被訊問者足以感受其危害將臨，則無礙於脅迫取供的成立¹⁰¹。至於強暴或脅迫是在訊問中或訊問後所施，則非所問，且強暴、脅迫不以兩者兼具為限，若有其一，則本罪即告成立，如兼

⁹⁷ 蔡墩銘，前揭註 35，頁 637。

⁹⁸ 韓忠謨著，吳信芳增補，前揭註 45，頁 80。

⁹⁹ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 123。

¹⁰⁰ 參閱公民與政治權利國際公約初次報告，頁 27。

¹⁰¹ 參照高等法院台南分院 96 年度年上訴字第 1199 號刑事判決：「……檢察官對於被告雖僅有羈押聲請權，然對於一般未曾研讀法律課程之社會大眾實難期能夠清楚瞭解刑事訴訟程序之規定，丁○○、乙○○高中畢業，丙○○國中畢業，有詢問筆錄影本在卷可稽，其等對於被告已○○羈押之權限能否瞭解，不無疑問。再者，丁○○如非害怕被羈押，實無連繫乙○○、丙○○前來同意虛偽坦承約賄選之必要，是被告已○○依法雖僅有聲請羈押之權限，仍無礙脅迫取供之犯行。……」

而有之者，可予併列齊用¹⁰²。

前述乃關於強暴與脅迫的定義，而強暴和脅迫是刑法法條中使用最為頻繁的構成要件要素，但並未如公務員、公文書或重傷、性交等定義於刑法中，因此若以強暴或脅迫為不法構成要件，在刑法學理上無法抽象的勾劃出一個客觀的判斷標準，刑事司法實務上只能就具體的行為情狀配合不法構成要件的規定而為整體的判斷，以強暴此構成要件而言，應就不法構成要件的目的判斷行為是否具有當作強制手段的資格，但強制作用至何種程度，始可認為是強制行為，自應該依不法構成要件所規定的犯罪特質而定。諸如強暴程度最為輕微的強制罪，其強制行為則不足以該當意圖取供而施強暴脅迫罪下之強暴行為¹⁰³，因此就此則生一問題，若行為人的強暴手段僅達強制罪，亦即廣義的強暴分類程度時，是否無法以濫權追訴處罰罪加以定罪，而落入強制罪的處罰範疇，就此情形，相對以較重之強制手段，達到本罪強暴之程度的司法偵查輔助機關，卻因主體不適格而脫逸於濫權追訴處罰罪之論處，僅得依刑法第 304 條強制罪論之，並且依同法第 134 條加重其刑至二分之一，為相同之處分。弔詭的是，前述二者均對於國家司法權的嚴正性以及公平性侵害，何以因為強制手段未達本款強暴之程度，而和因主體不適格之司法輔助機關在施以較重之強制手段下論以相同之刑度？關於主體適格的爭議本文將留待之後處理，惟就此強制手段的程度應如何使達到本款之強暴，則仍應有討論之空間。本文以為從刑求的定義觀之，係指刑事追訴人員在犯罪偵查過程中，使用暴力或其他非法的方法，來求取犯罪嫌疑人的口供，或逼他坦承犯罪行為的一種公務犯罪，因此在意圖取供而施強暴脅迫的情況之下，將強暴限於對於人的身體為有形力的不法行使，合於其法定刑度以及規範刑求當初的立法目的，以防止刑事追訴人員對於被訊問人不法的身體力上的運用，而對於較低強制手段的行為，若為了防止落入以較低刑度的強制罪或妨害自由罪處罰的情形，或許能以本款中廣義的脅迫概念填補之，因為不論係身體力上的運

¹⁰² 王振興，前揭註 2，頁 322。

¹⁰³ 參閱林山田，前揭註 91，頁 170。

用亦或是精神力上的行使，均同為刑求的手段，而較為低度的強制手段和脅迫兩者在手段運用上常併同行使，諸如白色恐怖受難者楊金海先生曾在獄中經歷 21 種酷刑，其指出最常使用的手段就是疲勞訊問¹⁰⁴，剝奪飲食、睡眠後以行使疲勞轟炸的訊問，其對於身體暴力的強度尚未達強暴的程度，但亦生強制力的作用，且使其對於之後的訊問行為心生恐懼以及危險感，因此亦有認為其屬於脅迫的手段¹⁰⁵，故在採取低度的強制手段下經常帶有脅迫的色彩以試圖彰顯其未對身體施予暴力的面向，掩蓋其以不正方法之手段取供的行為。因此本文認為若是在強制手段尚未達強暴程度的情況下，得視其個案事實內容以脅迫的廣義概念予以填補之。

除了依前述以脅迫的概念填補低度的強制手段，以免落處以刑度較低的強制罪處罰的情況外，有認為意圖取供的手段不應僅限於強暴脅迫的手段，因此有於解釋強暴脅迫時，則認為係指用嚴刑拷問或威嚇利誘之方法¹⁰⁶，直接將利誘列入作擴大解釋，會有如此現象係因刑求僅是警訊過程中不正取供的一端，其他諸如利用威脅利誘、疲勞轟炸等不當方取得自白的情形，更不在話下，表面手段之嚴重性或許稍有不同，但違反程序正義，犧牲被告權益的結果，則實無二致¹⁰⁷。但亦有持相反見解，認為本罪之行為以強暴脅迫為限，係因以強暴或脅迫之方式取供較利誘或詐欺等方法為害更甚，因此定為可罰的行為¹⁰⁸，因此若以利誘、詐欺或其他不正方法取供者，則非本罪。惟，本罪旨在於處罰行為人之濫權瀆職，其意圖取供而施強暴脅迫者，因蔑視人民權益，影響裁判公正，故應有罰；若以利誘、詐欺或其他不正方法取供者，其濫權瀆職之情形，並無以異，且衡之實情，有追訴或處罰犯罪職務之公務員，以其他不正方法取供者，每時有所聞，其影響司法威信，實非淺鮮，因此，本罪之行為，宜將利誘、詐欺或其他不正方法列入，

¹⁰⁴ 參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 245。

¹⁰⁵ 參閱公民與政治權利國際公約初次報告，頁 27。

¹⁰⁶ 蔡墩銘主編，何任清著，〈論刑法上之瀆職罪〉，《刑法分則論文選輯(上)》，台北，五南，1984 年 7 月初版，頁 24。

¹⁰⁷ 陳運財，前揭註 51，頁 146。

¹⁰⁸ 韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 45，頁 80。

藉以保障人民權益，提高司法威信¹⁰⁹。

針對是否應該擴張意圖取供的手段，若欲為現今的立法例解套，從立法背景觀之，意圖取供而施強暴脅迫罪的最初立法規範係因當時尚未廢除拷訊的制度，因此在其拷訊的規則範圍內為拷訊者及並非故意不守者則非本條的適用範圍，而後因為條文合併以及文字上的修正，將強暴凌虐修正為意圖取供而施強暴脅迫，並依此直接成為其犯罪的行為態樣，因而針對意圖取供的手段方法未有增減，如此實施近 80 年來也未曾因社會變遷、人權保障的重視以及偵查型態的改變做過修改，且如同學者所言係因為強暴脅迫的侵害性大於其他基於利誘或詐術等不正方法，因此才有以最後手段性為目的的刑法加以制裁之必要？但以本款所欲保護的法益為國家司法權的嚴正性和公平性而言，何以僅有強暴及脅迫的方式取供才可能侵犯此法益，在修法理由中均未有清楚的交代予說明。

因此，本文以為，此款保障的法益除了國家法益以外，歸根究底，即是在確保國家公權力能正確行使的外衣下並針對被告的意思決定及意思活動併同保護，亦即通稱的自白任意性，就此亦彰顯對於被告人性尊嚴的保障。又，刑訴對於自白任意性的保障就是以不正方法訊問的禁止作為對於自白任意性的保障，係維護被告陳述與否的意思決定與意思活動自由，因此只要是利於人權保障的立場出發，反刑求的手段並不限於對於體力的應用和身體拷打或是精神力的運用，也有可能是非法的欺壓¹¹⁰，在此定義之下，針對人權的保障，何以限縮在強暴脅迫的手段之下而非擴張意圖取供的不正方法？次者，從刑事訴訟法的規定觀之，為了使刑事程序的偵查與審理程序能夠符合法治國原則，並能保障人權，刑求逼供自為法律所禁止¹¹¹，因此依刑事訴訟法規定，有追訴或處罰犯罪職務的公務員訊問被告或其他證人之時，應出於懇切的態度，使被告有辯明犯罪嫌疑的機會，使證人能有客觀公正的自由陳述機會，不得使用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊

¹⁰⁹ 甘添貴，前揭註 32 一書，頁 69。

¹¹⁰ 參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 238。

¹¹¹ 林山田，前揭註 4，頁 106。

問或其他不正方法(參照刑事訴訟法第 96 條、第 98 條及第 192 條)，因此何以刑事訴訟法和刑法對於不論係國家司法權的公正行使亦或是自白的任意性保障不一致？最後從檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 34 點關於不正方法訊問之禁止的規定觀之，其定有「訊問或詢問被告時，應出於懇切和藹之態度，不但不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法聲請羈押及其他不正之方法，即笑謔及怒罵之情形，亦應摒除。……」之明文，由此可知其對於訊問或詢問的方法，除了不得用強暴脅迫外，還擴及利誘、詐欺疲勞訊問等其他不正方法，甚至與學者所認為之違法或不當的收押亦為刑求的手段之一¹¹²，在檢察官僅剩下羈押聲請權下，亦防堵檢察官違法聲請羈押以作為要脅被訊問人的手段之一¹¹³，甚或是笑謔及怒罵的情形亦皆應禁止為之，可知其範圍相當之廣泛，因此針對法律所為的禁止規定須有處罰規定加以具體其內容。

就此而言，除了在刑事訴訟法上自白排除法則的規定，對於非任意性自白，無證據能力外的事後救濟手段，而在實體法上，則必須仰賴刑法第 125 條意圖取供而施強暴脅迫罪，用以作為對於具有追訴或處罰權限職務的公務員規範，惟其得處罰的行為態樣僅限於強暴脅迫，除了造成刑法實體規範和刑事程序上的不對等，也違反當初刑事訴訟法採列舉兼概括的立法方式以求週全的用意，因此對於意圖取供的手段，本文認為應和刑事訴訟法為相同的立法規定，係因雖然其他的不正方法雖然表面上較強暴脅迫的侵害性較小，但係針對國家司法權的公正行使以及對於被訊問人的自白任意性的規定，且觀諸於德國的立法及實務，對於不正方法的認定及範圍遠超過於我國，只要客觀上有影響嫌疑人自由意思之虞，原則上都應禁止，即使在被告同意時亦同，因此就此意圖取供的手段應予擴張立法規定，使其與刑事訴訟法的規範範圍相同，將利誘、詐欺、疲勞訊問等不正之方法並予列入，而關於違法羈押已於濫權為逮捕或羈押罪中予以規範，故於本款中不在並列其中。除了肯認違法羈押係可能作為刑求的手段之一外，檢察官和法官鮮少

¹¹² 參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 238。

¹¹³ 參照高等法院台南分院 96 年度上訴字第 1199 號刑事判決。關於檢察官雖然僅有羈押的聲請權，但無礙於脅迫取供的犯行。

為真正實施強暴以及脅迫者，並且隨著在偵查中辯護人辯護空間的增加，以及羈押決定權回歸法官，刑求逼供的嚴重類型會趨於減少，相對的利誘、詐欺等不正手段是否會因此增加，不無可能也待觀察，因此應併予列入規定之。

第三款 故出入人罪

檢察官的工作只有在於刑事偵查程序，本來應該在刑事審判程序中的公判庭上擔任控訴者的角色，但卻很少見到檢察官的影子，因為檢察官在實務上已經演變成「預審法官」的角色，職務重點不是在公判庭控訴被告，反而是在審判期日前預審司法警察移送的案件，決定為不起訴處分或提起公訴，就像法官寫判決書一樣的寫起訴或不起訴處分書，檢察官寫出來的不起訴處分書還具有相當的確定力，若不是再發現新事實或新證據或是具有法定聲請再審的事由的話，不得對於同一案件再行起訴，碰到違法失職的檢察長加上承辦檢察官聯手濫行不起訴，除非發現新事實或新證據，否則，依法是一點辦法都沒有¹¹⁴，因此，依前章所述，檢察官因全程參與刑事訴訟程序，因而負有客觀性義務，且檢察官並非刑事訴訟之當事人，而是公益代表人，係為了維護法律之威信與伸張法律正義而追訴犯罪之法律專業人，他代表國家專門從事偵查犯罪與控訴犯罪之刑事司法工作，對於所有犯罪之案件，基本上依據法定原則負有偵查與控訴之義務，檢察官若違反真實與正義而對於犯罪行為不加以偵查或控訴，則不像行政官只是違背職務而應受紀律罰之行為，而且是屬於犯罪行為，亦即觸犯濫用職權追訴處罰罪¹¹⁵，除了檢察官之外，對於法官不當行使其職務上的權限，亦同樣對於國家審判權或司法權的侵害，對於國家審判權或司法權的行使，必須絕對的公正，且依法審判，而使人民對於國家的司法權行使能加以信賴，也是民主法治國家對於法官的基本要求，因此亦同規範之。

¹¹⁴ 林山田，〈別迷失在主義的叢林中~為職權原則與調查原則申冤〉，《刑法的革新》，台北，學林，2001年8月，頁411。

¹¹⁵ 林山田，《刑事程序法》，台北，五南，2000年5月增訂三版，頁152~153。

第一目 使無罪之人受追訴處罰罪

刑法第 125 條第 1 項第 3 款前段「明知為無罪之人而使其受追訴或處罰」係指有追訴或處罰犯罪職務的公務員，明知刑事被告並無犯罪情事，而向審判機關訴求科刑；或審判機關明知其為無罪之人，仍逕予科處刑罰者而言。而「無罪」係指不構成刑事法上之犯罪，而刑事法並不以刑法為限，特種刑法亦屬之¹¹⁶，且此處的「無罪」概念包括偵查以及審判階段，因此檢察官及法官皆有本款的適用¹¹⁷。而所謂「追訴或處罰」則指提起公訴或科處罪刑而言¹¹⁸，且行為人無故使無罪的他人遭受刑事追訴或處罰，而他人所遭受者必須為刑事追訴或處罰，方能構成本罪，惟針對此款中未明定之「無故」是否可以比照刑法第 125 條第 1 項第 3 款後段的解釋，將於後文討論之。回歸至本款「追訴或處罰」的構成要件解釋上，在實務上諸如檢察官將不實製作之檢舉筆錄，對於明知無罪之人予以追訴¹¹⁹，而若僅係無端遭受行政上的調查或懲戒處分者，則不構成本罪¹²⁰。

第二目 使有罪之人不受追訴處罰罪

刑法第 125 條第 1 項第 3 款後段之「明知為有罪之人，而無故不使其受追訴處罰」係指有追訴或處罰犯罪職務的公務員，明知刑事被告有犯罪情事，而無正當理由，仍不予科處而言。而「有罪」即依限存證據之顯示，足以證明其犯罪，而應受處罰之謂，至其有罪罪名之性質，為刑法的亦或他法上的，則非所究¹²¹。「不使其受追訴處罰」係指予以不起訴處分即予以無罪判決或免刑判決而言¹²²。

¹¹⁶ 王振興，前揭註 2，頁 323。

¹¹⁷ 參閱立法院公報第 98 卷第 38 期，頁 11。

¹¹⁸ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 124。處罰亦指予以有罪之科刑判決而言，參閱蔡墩銘，前揭註 35，頁 637。

¹¹⁹ 參照雲林地方法院 95 年訴字第 386 號刑事判決。

¹²⁰ 林山田，前揭註 4，頁 107。

¹²¹ 王振興，前揭註 2，頁 323。

¹²² 蔡墩銘，前揭註 35，頁 637。

又，本罪之不使其受追訴處罰，須併以無正當理由為其限制條件，故定有「無故」之明文，係指無法定的正當理由或法律授權而言，而出人於罪之義，若基於刑事訴訟法第 253 條及第 254 條或刑法第 61 條等規定而為適當之裁量者，當然不得謂為無故¹²³。諸如法官以行為不罰或時效完成對於刑法第 61 條之案件，而將有罪之人判決無罪、免訴或免刑¹²⁴、亦或無刑事訴訟法第 252 條至 254 條所定的情形，檢察官竟為不起訴處分，或已能證明被告犯罪，法官竟諭知無罪的判決等。於此有學者謂，若行為人無故使無罪的他人遭受刑事追訴或處罰，亦構成本罪¹²⁵，似有將「無故」之要件擴及至「明知為無罪之人而使其受追訴或處罰」之行為態樣之意。惟本條項卻僅後段有「無故」之規定目的，可參照司法院大法官釋字第 689 號，許玉秀大法官於一部協同一部不同意見書中指出，「無正當理由，在實定法上經常用「無故」表達。觀察刑法中有關的規定，……。其中刑法第一百二十五條第一項第三款規定，使明知無罪之人受追訴或處罰，沒有附加「無故」要件，但在不追訴或處罰明知有罪之人時，則附加「無故」要件。比較前後段規定，對於無罪之人進行追訴或處罰，明顯侵害人民人身自由、名譽或其他權利，並且破壞司法權的公正運作；相對地，對於有罪之人，法律本身即有免除追訴或處罰的規定，如果符合免除追訴或處罰的法律要件，即不會破壞司法權的公正運作。……立法者選擇用無故或無正當理由限縮不法的認定範圍，已經為基本權的衝突，劃定一個合理的容忍界線。」依此本文以為，「無故」在此並非立法者對於刑法第 125 條第 1 項第 3 款的立法疏漏，亦非有意省略，係就立法規範以及司法公正性而言，在依法律規定有給予有罪之人免予追訴或處罰之規定之刑事政策上，而以「無故」作為限縮不法的手段始可和同條項前段之「明知為無罪之人而使其受追訴或處罰」相區別，可知前後段立法者對於具有追訴或處罰職務之公務員的不法認定範圍並不相同，而前後段對於司法公正的侵害程度亦有不同，而應予以不同的構成要件作為篩漏的工具。就此，「無故」的解釋應不宜擴張至前段，而作為構成要件之一同為判斷。

¹²³ 韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 45，頁 81。

¹²⁴ 褚劍鴻，前揭註 3，頁 124。

¹²⁵ 林山田，前揭註 4，頁 107。

第四節 主觀不法構成要件

第一項 濫用職權逮捕羈押罪

濫用職權為逮捕羈押罪中對於主觀不法構成要件並未為特定故意犯加以規範，因此本款之不法構成要件中之「故意」包括直接故意與間接故意。直接故意乃行為人對於構成要件該當結果的發生有所認識或預見，並進而決意以其行為促使其所認識或預見的結果發生；而間接故意係指行為人主觀上對於構成要件的實現有所預見，而聽任其自然發展，終致發生構成要件該當結果，或實現不法構成要件的主觀心態，未如直接故意的明知其行為必將造成構成要件的實現，而前者在認識與意欲這兩個要素的強度上皆較後者為高，因此間接故意的不法內涵和罪責內涵顯較直接故意者為輕¹²⁶。

綜上，犯濫權逮捕或羈押罪之行為人，主觀上必須具備濫權逮捕或羈押故意而為本款之行為，使足構成濫權逮捕或羈押罪，因此於法定職權範圍內酌量為逮捕或羈押，而無故意為不當行使之情形，即不得謂為濫用職權，自不成立該條款之罪¹²⁷。即行為人須對其逮捕或羈押他人並無法律依據或違背法定程序有認識並且進而決意逮捕或羈押他人的主觀心態，即具有濫權逮捕或羈押的故意。若係羈押錯誤，或羈押期間屆滿，因疏失未即時經由法院裁定延長羈押期間，並無故意不法濫押之情事，則僅屬過失問題，因本罪無過失犯之處罰，應由行政監督長官，予以行政上處分以茲糾正，不能成立本罪¹²⁸。

¹²⁶ 參閱林山田，《刑法通論(上冊)》，自版，2006年4月九版，頁279~280、282；徐育安，〈直接與間接故意之區分-最高法院94年台上字第5458號判決之探討〉，《月旦法學雜誌》，2008年11月，第162期，頁219。

¹²⁷ 參照院解字第3325號、最高法院30年上字第2084號刑事判例。

¹²⁸ 褚劍鴻，前揭註3，頁122。

第二項 意圖取供而施強暴脅迫罪

意圖的內涵在國內的刑法學說上，有將意圖視為行為人實現(狹義)故意構成要件，亦即是其形成故意的動機¹²⁹、或心理事實之特別主觀構成要件要素¹³⁰，或是屬於特殊動機之法定之不法意圖¹³¹、特殊的心理願望¹³²、特殊之目的或傾向¹³³、特定之心意傾向¹³⁴、犯罪終極目的之主觀心態與期望¹³⁵、或是一種類型化或法制化之行為人的內在動機、願望、目的或傾向，甚或亦有稱「意圖」即期望，亦即所以犯罪之目的¹³⁶，同時包含有期望及目的的意涵，可知上述這些對於意圖涵義的解釋並無太大的差異。以意圖取供而施強暴脅迫罪之立法例而言，強暴脅迫之實施的目的，須在於取得被告或證人之供述¹³⁷，而此目的係立法者於制定其不法構成要件時，在條文中附加特定的意圖，除了須該當其主觀不法構成要件外，尚須有特定的不法意圖始足構成，因此行為人主觀上必須具備施強暴脅迫的故意與取供之不法意圖，而為本款行為。故，意圖犯係就特定之故意犯構成要件附加意圖，因此意圖犯可以視為是故意犯以外之特殊的主觀構成要件¹³⁸。又本款之罪的構成要件故意亦包括直接故意與間接故意。

國內的學說有將意圖視為故意以外之行為人的主觀目的、獨立於故意以外之主觀不法要素或犯罪事實以外之企求¹³⁹，係因在我國意圖和故意的涵攝範圍常不相同，因此亦有指意圖犯的結構乃行為人主觀的意向，超出了客觀構成要件所規定事實情狀外的一種

¹²⁹ 鄭逸哲，〈欠缺「故意」，即不論「意圖」〉，《台灣法學》，2012年4月15日，第198期，頁94。

¹³⁰ 黃常仁，《刑法總論：邏輯分析與體系論證》，自版，2009年1月最新增訂二版，頁36。

¹³¹ 張麗卿，《刑法總則理論與運用》，台北，五南，2010年9月11版，頁105。

¹³² 林東茂，《刑法綜覽》，台北，一品發行，2012年8月七版，頁1-93。

¹³³ 甘添貴，《刑法案例解評》，台北，自版，1999年，頁19~20。

¹³⁴ 林山田，前揭註126，頁271~272。

¹³⁵ 黃仲夫，《刑法精義》，台北，元照，2008年1月修訂二版，頁74~75。

¹³⁶ 王振興，前揭註2，頁322。

¹³⁷ 蔡墩銘，前揭註35，頁637。

¹³⁸ 高金桂，〈論意圖犯〉，《刑事法雜誌》，2008年4月，第52卷第2期，頁13。

¹³⁹ 黃仲夫，前揭註135，頁74~75。

犯罪類型，意圖係立於故意以外的一個獨立主觀不法要素¹⁴⁰。因為意圖和故意都是主觀構成要件的一部分，但兩者對於認知或知覺所涵攝的對象，又不具備有必然的對應關係，因此有學者將意圖與法益的關係分為「與本罪法益保護有關之意圖」及「逾越(溢出)本罪法益保護之意圖」¹⁴¹，二者之差別在於意圖所包含之侵害目的或方向，與行為人基於故意所犯之罪，法益的範圍是否一致，而前者一致，後者並不一致。而意圖取供而施強暴脅迫罪之意圖為屬於「與本罪法益保護有關之意圖」，係因本罪之法益在於保護國家司法權的公正行使，因此意圖所涵攝的對象必須是與本罪法益保護有關之侵害意向，即公務員對於國家服務之忠信規律及國家公務執行之公正，若行為人欠缺此等侵害意向，則因主觀構成要件不該當，而否定成立本罪之可能性；次者，意圖取供而施強暴脅迫罪之行為人主觀上必須具備施強暴脅迫的故意與取供之不法意圖，行為人若欠缺本罪的構成要件故意，甚或因此非出於取供的不法意圖，而係因被告態度惡劣，出言頂撞，乃施強暴脅迫，則非屬本罪¹⁴²，因此整體構成要件則因此而不該當，但在刑法的判斷上，仍有可能該當其他的構成要件，諸如強制罪、妨礙自由罪或普通傷害罪等，因此可知，意圖取供而施強暴脅迫罪下之意圖犯應屬於與本罪法益保護有關之意圖。

關於意圖犯在刑事立法上的作用包含有三，分別是限縮可罰性、擴張可罰性以及加重可罰性或不法之意圖¹⁴³。從犯罪判斷上，依前述構成要件的分析，取供不限於施強暴、脅迫的前後，亦即只要行為人於行為前或行為終了前具有意圖取供的不法意圖，即足以該當本罪；相反言之，若行為人於行為前或行為終了前不具有意圖取供的不法意圖，即不足以該當本罪，僅得論以強制罪、妨害自由罪或是普通傷害罪而已，而此說也是目前對於意圖取供的概念解釋，因此具有限縮可罰性的作用，且依現行實務對於意圖取供而

¹⁴⁰ 柯耀程，《變動中的刑法思想》，自版，2001年9月修訂二版，頁345。

¹⁴¹ 高金桂，前揭註138，頁17~18。亦有將之意圖犯分類成「法益侵害傾向的額外不法構成要件」及「超出法意侵害外的內在意向」，前者意圖犯類型的意圖係以法益侵害為取向，意圖所針對法益侵害與故意侵害的法益內容一致；後者意圖並非針對法所定之法益侵害本身，而係具有對於法益侵犯之外，行為人特別可責性及危險動機的內在意向，此種類型特別重在意圖內容的不明確性，亦可稱為本然的意圖概念，參見柯耀程，前揭註140，頁344~349。

¹⁴² 林山田，前揭註4，頁106、108。

¹⁴³ 高金桂，前揭註138，頁22~25。

施強暴脅迫罪所保護的法益認定，嚴守本罪保護法益僅限於國家司法權的嚴正公平性，因此僅限於與本罪法益保護有關的意圖，指向此意圖為限縮可罰性的意圖，即未逾越(溢出)本罪法益保護範圍之意圖，也與前段對於本罪意圖犯的分類一致。另外從刑事政策上而言，意圖取供而施強暴脅迫罪的目的係在於規範具有此追訴或處罰權限職務的公務員，在其職務權限範圍內維持國家司法權的公正行使，以維護瀆職罪設立的初衷，亦即公務員於執行職務應為國家或公共團體之全體成員的利益而為之，以保持國家的正常運作，有濫用職權或背於應忠實、廉潔的義務此種褻瀆公務員職務的尊嚴與正當性者¹⁴⁴，應予以處罰，而特立此公務員犯罪型態，由此推知，似為加重不法的意圖，而屬於加重其可罰性或者不法的意圖。而在意圖取供而施強暴脅迫罪中，在認為其意圖所侵害的目的方向除了在於破壞國家司法權的嚴正與公平行使的法益之外，其意圖侵害的目的或方向若亦同具有保護私人身體、自由法益的內含在內，因此屬逾越(溢出)本罪法益保護之意圖，在此前提之下，具有意圖取供之不法意圖，相對於強制罪或是妨礙自由罪、甚或普通傷害罪的作用，似乎是將可罰性加以擴張化，使此罪下的意圖具有擴張可罰性以及更全面化的、強化其法益保護的功能。惟從前述構成要件以及實務的見解，均認為本罪意圖犯係為「與本罪法益保護有關之意圖」下，使本罪意圖犯得刑事立法上作用僅限於限縮可罰性，而本文認為意圖取供而施強暴脅迫罪依其刑事政策上的功能而言，對於公務員犯罪的型態特別立法規定，就此意圖取供的行為，似有加重不法及其可罰性的功能，因此，此意圖犯並不限於限縮不法的作用，而同時具有加重不法的雙重作用。

第三項 故出入人罪

直接故意係指明知故犯的故意，即行為人認識或明確預見，其行為會導致構成要件實現，並進而決意行之¹⁴⁵。刑法第 13 條第 1 項所規定之「行為人對於構成犯罪的事實

¹⁴⁴ 周治平，前揭註 7，頁 62。

¹⁴⁵ 林鈺雄，《新刑法總則》，台北，自版，2011 年 9 月三版，頁 188。

明知並有意使其發生者，為故意。」即為直接故意。在刑事立法上若想要將特定的故意犯僅限於直接故意，若僅具有間接故意者，在不能成罪的情況下，刑法針對這些特定故意犯的主觀不法構成要件則在條文中以「明知」的用語特別加以規定，用以表示有別於無論直接故意或間接故意均能成罪的一般故意犯¹⁴⁶。刑法第 125 條第 1 項第 3 款故出入罪不法構成要件定有「明知」之特別規定，依實務¹⁴⁷見解認為「…所謂明知，係指直接故意而言，若為間接故意或過失，均難繩以該條之罪。」、『刑法第一百五十五條第一項第三款後段之公務員濫權不予追訴罪，以有追訴犯罪職務之公務員，明知為有罪之人，而無故不使其受追訴為要件，其中所謂「明知」，係以具有刑法第十三條第一項之「直接故意」為限…』可知故出入人罪僅限於直接故意始能成立該罪的故意犯罪而言。因此，行為人主觀上必須明知被告並無犯罪之事證，而故意使其受追訴或處罰，抑或明知被告罪證確鑿，且無法定免責事由而故意不使其受追訴或處罰者而言¹⁴⁸。

最後，此款僅限於直接故意的用意亦具有避免本款適用過於廣泛導致於侵犯法官獨立審判的原則¹⁴⁹，除此之外，由於故出入人罪係針對法官犯罪在刑法上的規定，而同屬於法官犯罪的另一犯罪型態-刑法第 124 條枉法裁判罪或仲裁罪，其主觀不法構成要件則必須具備枉法裁判或仲裁故意，但對於此故意是否僅以直接故意為限，在學說上則有肯否兩說，採否定見解者認為，不以直接故意為限，即使是間接故意也能承罪，惟採肯定見解者¹⁵⁰則認為此說的故意應比照故出入人罪限於直接故意，目的不外乎係在於限制此一犯罪的成立，係因枉法裁判屬於不確定法律概念，謂避免從是裁判之法官被認意指為成立枉法裁判罪，而有嚴格規定主觀構成要件要素之必要¹⁵¹。

¹⁴⁶ 林山田，前揭註 126，頁 279。

¹⁴⁷ 分別參照最高法院 46 年台上字第 377 號刑事判例、最高法院 100 年台上字第 1393 號刑事判決。

¹⁴⁸ 蔡墩銘，〈刑法上的法官枉法行為〉，《刑事法雜誌》，1997 年 4 月，第 41 卷第 2 期，頁 173。

¹⁴⁹ 參閱立法院公報第 98 卷第 38 期，頁 9。

¹⁵⁰ 周治平，前揭註 7，頁 68，認為刑法第 124 條之行為為「枉法裁判或仲裁」，指故意不依法律之規定而為裁判，即「明知」其為出入法律，而仍依其主觀為裁判或仲裁，如不具備刑罰加減原因，而故為加減或免除者；蔡墩銘，〈法官犯罪的刑法上之規定〉，《台大法學論叢》，1997 年 1 月，第 26 卷第 2 期，頁 148。

¹⁵¹ 蔡墩銘，前揭註 150，頁 148。

對於檢察官而言，則因證據之取捨、使用，本屬從事偵查、審判職務之人員自由判斷之職權¹⁵²而僅限於直接故意，因此若主觀上僅具有間接故意，則不構成本罪，或僅係因過失行為而追訴或處罰，或因過失行為不追訴或不處罰，例如因為主觀上誤認刑事被告有犯罪嫌疑¹⁵³、法律見解的誤認、調查證據的錯誤¹⁵⁴，懈怠草率所致者¹⁵⁵，則因不具故意而無構成故出入人罪之餘地。蓋檢察官乃國家之司法人員，職司刑事訴追之職，可代表國家請求法院行使具體之刑罰權，所稱「足認有犯罪嫌疑者」，係指檢察官依查證結果，認為被告之行為可能構成犯罪，即得提起公訴，將被告交由法院進行審判。縱嗣後法院經過再查證結果，認為尚未構成犯罪，而諭知無罪判決，除非檢察官有上述明知被告無罪而故意入人於罪之情形，否則，自不得以事後無罪為由，即認檢察官有瀆職之嫌，次者，對於證據的取捨即事實的認定乃檢察官職權的行使，若是和經驗法則及論理法則無違，則不得任意指摘檢察官有任何故意出入於罪或入人於罪之情事¹⁵⁶，最後，檢察官作為偵查的主體，本得基於心證對於證據為取捨，並同決定調查的方式及順序，於此只要檢察官已形成心證，並非在明知他人為無罪或有罪的情況下仍無故予以入罪或出罪，則均會因欠缺故意而不足以構成本罪，於此可作為本罪為何僅限於直接故意的原因。

第五節 本罪之加重結果犯

濫權追訴處罰罪在刑法第 125 條第 2 項訂有：「因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」之加重結果犯(亦有稱結果加重犯)的明文規定。在本質上，結合故意構成要件與過失構成要件，學說上多認為加重結果犯一種特殊型態的結合犯¹⁵⁷，與一般結合犯係結合兩個故意的不法構成要件

¹⁵² 參照台灣高等法院 88 年度上訴字第 3630 號刑事判決。

¹⁵³ 參照最高法院 32 年上字第 2051 號刑事判例。

¹⁵⁴ 林山田，前揭註 4，頁 108。

¹⁵⁵ 王振興，前揭註 2，頁 323。

¹⁵⁶ 參照台灣台中地方法院 91 年度訴字第 156 號刑事判決。

¹⁵⁷ 參閱林山田，〈論加重結果犯〉，《台灣本土法學雜誌》，2007 年 10 月，第 99 期，頁 8~9；林鈺雄，〈刑法總則：第三講-犯罪之

的犯罪行為有所不同。加重結果犯係行為人出於基本構成要件故意而違犯基本構成要件行為，但在實行犯罪行為之時，因過失行為致生加重結果，致其可罰性提高¹⁵⁸，故有加重處罰的必要，因此，在刑法上特設加重結果犯之規定。向來加重結果犯因為涉及過失犯的問題，在實務的運用上又有其實用性，故有探討之必要，惟為扣緊本文係以探討濫權追訴處罰罪之構成要件為分析主軸，因而本文僅從加重結果犯之立法正當性、必要性著手以及在濫權追訴處罰罪未規定未遂犯之情況下，探討基礎犯罪未遂下結果加重犯的可罰性。

針對加重結果犯之立法正當性而言，贊成者認為在刑法分則當中增訂加重結果犯避免刑罰與責任失衡為論據，例如在沒有刑法第 277 條第 2 項傷害致人於死的規定下(處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑)，行為人僅得依同法第 277 條第 1 項故意傷害罪(處 3 年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金)與第 276 條第 1 項過失致人於死罪(處 2 年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金)兩項罪名，然後依想像競合之規定從一重處以最重法定刑 3 年有期徒刑。在此情形之下，惟有法官在重罪(第 277 條第 1 項)的法定刑度內，對於故意傷害和過失致人於死的不法事實均予評價，就此裁量刑罰，否則在過失致人於死的法定刑度較低，以及想像競合的「從一重處斷規則」之下，為了解決評價不足的問題，加重結果犯仍然有其存在之必要性。相同的以前述為例，究竟係基於什麼理由可以原本最重 3 年有期徒刑的行為特別規定變成可以判處無期徒刑，把原本最輕可處以罰金的行為，變成最輕也要判七年的有期徒刑？在此種即使是故意基本行為加上過失加重結果的法律效果，也遠不如加重結果犯的法律效果，難與罪責原則相符，此乃對於加重結果犯罪嚴厲的批評¹⁵⁹，針對這種「選擇性取代想像競合」的做法，有學者批評是恣意的

基本類刑》，《月旦法學教室》，2003 年 02 月，第 4 期，頁 55；高金桂，〈結合犯與加重結果犯之糾葛〉，《月旦法學教室》，2008 年 6 月，第 68 期，頁 21。

¹⁵⁸ 創設加重結果犯來加重處罰主要係著眼於基本行為與加重結果之間存在特別的風險關係，具有特別的不法內涵；亦有認為「加重結果犯之規範目的實乃為平衡刑罰與責任之關係」而來。參閱林鈺雄，前揭註 157，頁 56；黃常仁，前揭註 130，頁 132。

¹⁵⁹ 關於加重結果犯的廢除論，向來最嚴厲的批評為違反罪責原則，相關文獻可參閱柯耀程，前揭註 140，頁 154~155 註 6。

立法且與平等原則有違¹⁶⁰，因此有少數學者認為應全數廢除刑法中之加重結果犯之規定¹⁶¹，但德國及我國學界仍多採保留但予以修正的態度，學說曾經以相當關係、直接關係或獨特危險的實現等作為限制方法¹⁶²，但最值得注意的係把行為人的「輕率過失」列為加重結果犯的構成要件¹⁶³，亦有傾向修正加重結果犯的法律效果者，針對加重結果犯的法律效果加以減輕或將之修正成故意基本犯之加重類型即可¹⁶⁴，或許均可以做為我國的立法參考。最後關於基礎行為是否限於既遂始能構成加重結果犯的問題，通說認為只要加重結果已發生，即便基礎行為未遂，仍可論以加重結果犯¹⁶⁵，德國在此問題上因此而發展出三種學說¹⁶⁶，我國就此問題上多已經透過立法的本身解決了。

刑法第 125 條第 2 項所規定的濫權追訴處罰致人於死罪，其立法項次上緊接在同條第 1 項的濫權追訴處罰罪之後，且本罪並無未遂之處罰規定故不處罰未遂之情形，對於濫權追訴處罰罪基本犯未遂的加重結果犯的可罰性，欠缺實證法的法律基礎¹⁶⁷，因而可知本罪之加重結果犯之成立僅限於基礎行為是既遂之情形；次者基於罪刑法定原則的理由，從加重結果犯的立法文字上觀之：「因而致人……」因此加重結果係因前項濫權追訴處罰罪之既遂基礎行為而導致，若僅構成未遂自然不得依加重結果犯之規定處斷，此時在濫權逮捕或羈押或意圖取供而施強暴脅迫致人於死或重傷的情況下，似僅得論以刑

¹⁶⁰ 參閱黃榮堅，《基礎刑法學(上)》，2012年3月四版，頁400~402；同氏著，〈犯罪的結合與競合〉，《刑法問題與利益思考》，台北，元照，2001年4月初版二刷，頁511以下；鄭逸哲，〈論加重結果犯〉，《法制現代化之回顧與前瞻-楊建華教授七秩誕辰祝壽》，台北，月旦，1997年8月，頁640~647。

¹⁶¹ 若要全面廢除加重結果犯，可在全面向上調整過失犯的法定刑度或是檢討想像競合的量刑規則，例如一行為侵害數生命法益，或有三個以上的罪構成想像競合的情形，可以考慮提高量刑的上限，亦即不再從一種處斷，而是在一定的限度內加重至三分之一或二分之一，可以在一罪與數罪的中間地帶創造一個調整罪責的中間類型，以解決評價不足的問題。關於過失犯法定刑度向上調整可以參閱蔡聖偉，〈從刑總法檢視分則的立法〉，《月旦法學雜誌》，2008年6月，第157期，頁268、284~285；檢討想像競合量刑規則的部分則可參閱許玉秀，〈一罪與數罪的理論與實踐(三)〉，《台灣本土法學雜誌》，2006年3月，第80期，頁124~125。關於針對想像競合的量刑規則改變部分，亦有指出加重結果犯與想像競合並無不同，若依想像競合處理認為處罰太輕，可將想像競合的法律效果，仿照實質競合，依限制加重的原則處理之。參閱柯耀程，前揭註140，頁173~174。

¹⁶² 關於各種限制加重結果犯的理論介紹與評論可見黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，前揭註160，頁499以下。

¹⁶³ 在學者黃榮堅主張在刑法第276條加上「輕率過失致人於死罪」一項，法定刑定為五年以上有期徒刑，第284條加上「輕率過失致重傷罪」法定刑規定在六月以上五年以下有期徒刑，即可全面廢除加重結果犯的規定，在故意犯罪的同時因為輕率過失發生死亡結果或致重傷害的結果，即可直接用想像競合處理。參閱黃榮堅，《基礎刑法學(上)》前揭註160，頁403~405。

¹⁶⁴ 參閱柯耀程，前揭註140，頁174。

¹⁶⁵ 高金桂，前揭註157，頁21；亦可參見最高法院32年上字第1206號判例。

¹⁶⁶ 就此三學說分別是結果危險理論、行為危險理論及區別理論。參閱黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，前揭註160，頁427~428。

¹⁶⁷ 可參閱鄭逸哲，前揭註160，頁638。

法第 302 條第 2 項論處。又，在此前提下，妨礙自由罪之未遂之規定係於第 302 條第 3 項，此加重結果犯之構成要件部分根本不及於基礎行為未遂之情形，因而僅得依妨礙自由罪的可罰未遂犯和致人於死或傷的加重結果(刑法第 276 條或第 284 條)作想像競合之處理，或僅以加重結果犯的過失犯論處¹⁶⁸。

第六節 小結

濫權追訴處罰罪自刑法實施以來已有 80 年未有過增修，因而僅得自 1935 年往前歸諸其關於本罪的修正過程以窺一二，濫權追訴處罰罪推至其最原始所規範的犯罪型態僅有現行的刑法第 125 條第 1 項第 2 款意圖取供而施強暴脅迫罪及同條項第 3 款之使無罪之人受追訴處罰罪或始有罪之人不受追訴處罰罪。因為早期中國并未廢除拷訊制度，因而對於故意不遵守其規範程序者，則應以其意圖取供而施強暴脅迫罪規範之，也因此對於本罪的行為主體的適用範圍採取較為擴張的態度，包括有警察、監獄其他行政員或佐理人等，且對於亦同在主體規範的法官及檢察官，認定的範圍也較大，而後針對公務員行使職權應以法令為準據，若有濫權恣意的情形，則為瀆職，而設有處罰，並擴大行為主體至具有處罰犯罪職務權限的公務員，強化對於本罪法益的保護，並且因濫用職權為逮捕或羈押的行為，是屬情節重大，應特設專文予以規範，而於同條項第一款中增列，是為現今刑法第 125 條濫用職權為追訴處罰罪的立法沿革。

濫權追訴處罰罪屬於瀆職罪章中的濫用職權類型之一，雖然係為公務員犯罪，對於公務員資格的檢討固然重要，但避免忽略對於具體犯罪類型規範的成罪要件，公務員與其職務間的關連也就相形更為重要。濫權追訴處罰罪之行無主體限於具有追訴或處罰犯權職務之公務員，其追訴有廣狹二義，而多數學者與本文見解認為應採廣義見解，亦即

¹⁶⁸ 參閱鄭逸哲，前揭註 160，頁 638~641。

辦理偵查事物，並依其偵查結果提起公訴以請求法院科刑，始合於國民情感且始能充足對於人權之保障；處罰則係指公務員有權對被告之犯罪事實予以判斷後處罰之。依前所述，具有追訴與處罰犯罪職務的公務員，依現行刑事訴訟法，分別指檢察官及法官而言之。須補充說明的是，雖然對於追訴的構成要件概念採取廣義的見解，使檢察官於偵查程序中亦有本條之適用，惟，在偵查程序中針對受檢察官命令或協助檢察官為犯罪偵查之司法警察(官)，在實務上仍排除其具有本罪的主體適格。

濫權追訴處罰罪共有三種犯罪型態，分別為濫用職權為逮捕羈押罪、意圖取供而施強暴脅迫罪及故出入人罪。濫用職權為逮捕羈押罪，係指行為人故意依其職權，就具體事件，在不具法定條件下、或超過其權限範圍，假借行使職權之名、亦或於其權限範圍內故意不當拘束他人身體自由；意圖取供而施強暴脅迫罪為行為人基於取供的意圖對受訊問人施以身體不法之力的侵害或是加以惡害之通知；故出入人罪則是行為人明知為無罪之人，而故意使之受追訴或處罰、或明知為有罪之人，無故不使其受追訴或處罰。本文以為濫用職權為逮捕或羈押罪中之濫用職權雖未一一規範於其他兩款之中，惟本罪係針對公務員就其職務權限的故意不正當行使而言，應均含有濫用職權的意涵，指示並未於後二款中明示爾。次者，針對意圖取供而施強暴脅迫罪的部分，在強制手段未達強暴的情況下，應得是具體個案，得以擴張脅迫的概念加以填補之，並應擴張意圖取供的不正方法手段，以期與刑事訴訟法的規定一致，亦能使國家司法權的嚴正公平行使以及人權受到更周全的保護。最後，關於刑法第 125 條第 1 項第 3 款後段之「無故」要件不應擴張至同條項前段中為解釋，係因立法者用此作為限縮不法認定的範圍，用以與前段作為區別，係因前後段對於司法權的公正運作侵害程度並不相同，故前段並未附加「無故」要件，並非立法疏漏，且不宜將後段之「無故」要件類推適用於前段。

由於兩公約及其施行法已具有內國法效力，觀諸我國對於公民與政治權利國際公約

的初次報告中，針對第 7 條禁止酷刑¹⁶⁹指出：「公務員經依違反刑法第 125 條（濫權追訴處罰罪）起訴者，2005 年至 2008 年分別有 6 人、5 人、3 人、6 人；有罪確定者，2009 年有 1 人。公務員刑求被告或受刑人，遭依刑法第 134 條（不純粹瀆職罪）及第 277 條（傷害罪）起訴及定罪者，2002 年、2003 年分別有 1 人、2 人，近年則無，並指出刑事被告得隨時選任辯護人以免刑求逼供。受酷刑之被害人可向檢察官提出刑事告訴或告發，或提出陳情或向檢察官或法官主張受到酷刑對待。但 2006 年至 2011 年，矯正機關或警政督察單位並無接獲此類申訴案件…。」由此推論，難道是公務員濫權逮捕羈押、意圖取供而施強暴脅迫、甚至是濫權為追訴或不追訴的情形於我國已經不復見之？然本文以為除了可能因為官官相護造成濫權追訴處罰罪的定罪率極低外，在限縮行為主體為具有追訴或處罰犯罪職務權限的公務員，並且針對不同行為態樣有不同的主觀要件的要求下，這都再再的降低了本罪的定罪率。次者，本罪並無未遂的規定，本希冀得得以妨礙自由罪、強制罪、傷害罪等併以同法的 134 條加重其刑至二分之一填補之，但從前述可知，近年來竟然並無以此定罪的情形，如同濫權追訴處罰罪一般似乎不見任何實質的規範效力。再者，台灣人權促進會秘書長蔡季勳表示，2 月底，台灣兩公約國際審查時，前聯合國反酷刑特別報告員 Manfred Nowak，即對台灣國家報告宣稱「酷刑已在台灣絕跡，我們沒有刑求的問題」，感到非常不以為然，指出官員們自我感覺良好¹⁷⁰。關諸國際專家對此初次報告的審查結論與建議：「政府應該在刑法當中加入聯合國反酷刑公約第一條所定義的酷刑罪，作為獨立的犯罪類型及適當的刑罰。此外，所有酷刑的指控或嫌疑，應由具完整刑事偵查權力的獨立客觀機構進行徹底而迅速的調查…。」我國對此的回應則是：「禁止酷刑及其他殘酷不人道或有辱人格的待遇或處罰公約內容之精神，已落實於我國法制，且實務上亦少見是類案例，應無設立禁止酷刑委員會之必要，目前尚無簽署該公約之規劃。」據此，除了可看出我國仍沉浸在無酷刑的表象之下，並且雖

¹⁶⁹ 公民與政治權利國際公約第 7 條：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗。」

¹⁷⁰ 引據台灣立報，【626 國際反酷刑 維護司法正義】，2013 年 6 月 26 日。請參閱 <http://www.lihpao.com/?action-viewnews-itemid-130849>。最後瀏覽日：2013 年 6 月 27 日。

然已有法律作為規範，相比對實務上發生的概率以及最後的定罪率間的差異，即可作為思考其運作上是否有與實務脫節或恐流於虛設的理由。最後，再加上學者認為基於犯罪的存在、社會關係的疏淡及偵察機關破案的壓力¹⁷¹以及偏重自白之刑事訴訟程序以及檢察官無法發揮監督抑制的功能¹⁷²，而認為刑求的存在有其必然性，於此均可看出要徹底根除刑求，在實務的運作上仍然有其困難性，況且已將濫用職權而為逮捕或羈押視為意圖取供的不當方法的手段之一，就更難保犯罪行為人不會藉由以形式合法、實質違法的方式，拘束訊問人的人身自由以取得自白，因此下一章將以擴張主體的適用範圍至司法警察(官)的可能性為其討論方向，並藉此檢討檢察官與司法警察(官)在偵查犯罪上的權力關係，並針對濫權追訴或處罰罪在實務上的適用問題，以及解決方式一併討論之。



¹⁷¹ 參閱立法院公報第 83 卷第 47 期，頁 239~240。

¹⁷² 陳運財，前揭註 51，頁 157~158。

第五章 濫權追訴處罰罪實務上適用問題

濫權追訴處罰罪下所處罰的犯罪型態，多為偵查階段中之行為，因此所規範的是偵查機關以及追訴機關檢察官，因此以檢察官為主要的論述者，次者，檢察官之所以重要，係因為檢察官所扮演的角色是刑事程序中唯一的全程參與者，亦即意味著對於人民權利的侵害也就更加容易，侵害的方式也就更多元，因此濫權追訴處罰罪是人民對於濫用職權之檢察官的唯一救濟手段，特別是針對檢察官濫權不起訴的部分，因此本文先從被害人救濟制度談起，欲彰顯救濟制度在濫權追訴處罰罪上所扮演的特殊關係。回歸到法條的制定面上而言，呈前章對於濫權追訴處罰罪的構成要件的分析，發現本罪在實務上的適用之所以定罪率幾乎為零，除了前述被害人救濟上的困難外，可能係因為主體適格過於狹隘以及主觀構成要件限縮，特別是在故出入人罪上限縮於明知，在實務運作上的證明亦非常困難，此皆為濫權追訴處罰罪目前在實務上遇到之困難。

第一節 救濟制度與本罪的關係

第一項 救濟制度的概說

告訴與告發對於促進偵查的發動而言，並無不同，然區分告訴與告發兩者最大的實益在於告訴權人享有特殊的訴訟地位，例如檢察官所為的不起訴處分或緩起訴處分，僅有告訴權人得表示不服，僅告訴人得聲請再議或交付審判，用以阻斷不起訴處分之確定，由此觀之，告訴人較告發人擁有較廣泛的資訊權及追訴控制權¹。公訴程序始於告訴、告發或自首所發動之偵查，而此偵查程序亦是區分自訴與公訴程序最大的不同所在，係因自訴是透過被害人直接提起，並未經過偵查程序，而直接進入法院進行審判，因此可知，犯罪的被害人除提起告訴之外，亦得提起自訴，而得提起告訴或自訴之人，

¹ 高金桂，〈論被害人在刑事訴訟法上之地位〉，《刑事法系列研討會(一)》，學林，台北，2000年4月，頁252。

限於犯罪直接被害人，本應以犯罪之被害人為限，但為保護被害人的利益而擴大範圍，准許與被害人有一定身分關係之人或其他有告訴權或自訴權之人亦得為之，因此判定是否合法之標準，最重要的係在於是否屬於犯罪之被害人。

犯罪之被害人係指犯罪當時之法益被直接侵害之人，至於何種法益被侵害，實務見解在刑法分則上本於各條的犯罪個別認定，因此有時不免發生評價上的矛盾，例如濫權追訴處罰罪所保護之法益為司法權的嚴正性與公平性，著重在於公務員對於國家之忠信規律及國家公務執行的公正，可看出應該屬對於國家法益的犯罪，而被害者為國家，本應由檢察官代表國家進行犯罪追訴，不適用被害人告訴或自訴之規定，相同的，若同一犯罪行為致個人法益有同時直接被害的情形，個人仍得提起告訴或自訴，因而在實務上有認為同一行為有國家法益與個人法益同時受到傷害時，該被害的個人得提起告訴或自訴。刑法第 125 條之濫權追訴處罰罪下有三款不同之犯罪行為態樣，實務上對於是否同時對於個人法益之侵害有不同之認定，縱使對於個人法益有所侵害，是否屬於直接被害亦或是受到國家法益侵害之影響而受間接侵害，亦有不同見解，因此對於被害人是否得以提起告訴或自訴救濟也就同受影響，對該被害人是否屬於犯罪之直接被害人，本文所引之實務見解為針對自訴所發，除實務上裁判多係針對自訴所為以外，突顯此一問題在濫權追訴處罰罪上更形重要，係因為濫權追訴處罰罪係作為針對檢察官濫權起訴或不起訴在外部的實體法上的最後制裁手段，針對濫權追訴處罰罪的對象為檢察官或法官，卻仍難以避免檢察機關內部官官相護²，若否定被害人能直接向法院提起訴訟的救濟手段，則濫權追訴處罰罪在刑法上有名無實，如同虛設。以下係整理實務對於濫權追訴處罰罪下三種不同行為態樣，是否兼及有對於個人法益侵害的認定分析，並對實務的缺失試圖提出解決的方式。

² 在官官相護的司法界，凡對法官或檢察官告訴或告發者，承辦檢察官及法官必定故意不辦、故意不調查，而草草結案，再相互串通由檢察官對告訴人、告發人以誣告罪起訴，再由隔壁之同黨法官以誣告罪判之，球員兼裁判，司法之清廉形象及司法公信力永不可能存在於今日司法界。謝諒獲，〈現行律師倫理規範、律師懲戒規則、律師法及誣告罪違憲性〉，《全國律師》，1999 年 6 月，第 3 卷 6 期，頁 52。

第二項 訴訟制度的實務運作

第一款 濫用職權為逮捕羈押罪

實務上對於濫用職權為逮捕或羈押罪是否同時保護有私人法益在內，多採肯定見解，因為犯罪同時侵害國家及個人法益，濫用職權為逮捕或羈押罪之被害人，即被逮捕人或被羈押人，因此可以提起自訴³。雖然濫用職權為逮捕或羈押罪係就公務員對於國家所賦予之羈押權力不正當行使所設之處罰規定，但該條對於被羈押人之私人法益，亦同在保護之列，可自濫權追訴處罰罪中第 2 項就其致人死傷時特設有加重處罰之明文觀之⁴，因此應准許被害人就此條項提起自訴。對於是否得提起自訴，按刑事訴訟法第 319 條第 1 項之規定，則須端視對於此法益的侵害有無直接被害人，由於前述實務見解僅論述同有保護私人法益在內，進而有實務見解⁵則針對此私人法益的侵害種類加以界定，認為濫用職權為逮捕羈押罪的部分，被害人因人身自由同時被剝奪，此個人屬於刑事訴訟法第 319 條第 1 項所指之被害人，而此被害人為直接被害人，因此肯認濫用職權為逮捕或羈押罪之被害人得提起自訴。

對於濫用職權為逮捕或羈押罪得否提起自訴，有實務採取否定見解⁶，甚有持與前述肯定見解判例之不同見解⁷，認為此判例僅肯定此款同保護有私人法益，但未認為受濫用職權為羈押之被羈押人為直接被害人，並且既然置於刑法「瀆職章」之下，所保護的仍為公務員對於國家忠誠關係的破壞，因此認為此款係侵害國家法益之犯罪，是對於國家偵查權、審判權⁸甚或逮捕權侵害⁹之犯罪，並非保護私人權益，因此縱使犯罪結果，

³ 參照 26 年院字第 1617 號解釋。

⁴ 最高法院 28 年上字第 3652 刑事判例。

⁵ 台灣高等法院台中分院 92 年上易字第 770 號刑事判決、台灣高等法院 91 年上訴字 3504 號刑事判決、台灣高等法院 90 年上訴字第 849 號刑事判決。

⁶ 最高法院 90 年台上字第 5151 號判決要旨參照、台灣高等法院台南分院 91 年上訴字第 131 號刑事判決。

⁷ 台灣高等法院台南分院 102 年上訴字第 603 號刑事判決。

⁸ 台灣高等法院 92 年上訴字第 3425 號刑事判決。

於私人權益不無影響，亦屬於間接的被害，而非直接的被害，因此不得提起自訴。除此之外，更有實務見解¹⁰引最高法院 54 年台上字第 1785 號判例：「刑法第 124 條、第 125 條第 1 項第 3 款係侵害國家審判權之犯罪，不得提起自訴。」認為刑法第 125 條第 1 項第 1 款之濫用職權為逮捕羈押罪，因此並無許得由犯罪之被害人提起自訴的空間。

第二款 意圖取供而施強暴脅迫罪

關於意圖取供而施強暴脅迫罪在實務上得否允許被害人得提起自訴，則多採否定的見解¹¹，認為刑法第 125 條第 1 項第 2 款係保護刑事司法權之嚴正性與公平性，刑事司法權的發動，關係人權甚鉅，自不容許有此職權的公務員濫權瀆職，以保障人權，若有追訴或處罰犯罪職務之公務員意圖取供濫用職權，或以不法之物理力侵害受訊問人的身體，或以加危害之言詞通知受訊問人，雖然該受訊問人身心受有侵害，但意圖取供而施強暴脅迫罪的犯罪內容，為公務員濫用職權的結果，受訊問人僅因此間接受到保護，性質上仍非侵害個人法益之罪，因此受訊問人並非直接被害人，其並無得提起自訴之權。

雖然多數採否定見解，卻有少數採取肯定見解者，按最高法院 69 年台上字第 1185 號刑事判決指出自訴人既指訴被告為使其招供，曾對之施以強暴，顯已同時侵害自訴人個人之法益，因此可依據司法院 26 年院字第 1620 號及 26 年第 1641 號解釋，犯罪同時侵害國家及個人法益者，其被害之個人可依此事實提起自訴。除此，參前述持否定見解之最高法院 91 年台上字第 2467 號刑事判決¹²：「……上訴人對被告不得提起自訴，其不得提起自訴而提起，原應諭知自訴不受理之判決，乃第一審法院判決(台灣高雄地方法院八十八年度自字第六四四號刑事判決)誤從實體上為被告無罪之判決，原判決(台灣

⁹ 台灣台北地方法院 92 年自字第 250 號刑事判決。

¹⁰ 台灣台北地方法院 92 年自字第 250 號刑事判決。

¹¹ 最高法院 91 年台上字第 2467 號刑事判決。

¹² 括號內之一二審判決字號為本文自行加註。

高等法院高雄分院九十年度上訴字第八三五號刑事判決)未予糾正，遽予維持，均有違誤。上訴意旨，雖未指摘及此，但原判決及第一審就瀆職部分既有違誤，自應由本院將第一、二審判決併予撤銷，另為不受理之判決，以資糾正。」可知同樣的犯罪事實，在第一審及第二審時，均認為犯刑法第 125 條第 1 項第 2 款之罪係同時侵害自訴人的個人法益，自得依其為使其招供，而施以強暴之事實提起自訴，因而法院進而得為實體上的判決。而上至最高法院時，則認為本款之被訊問人僅為間接被害人，嚴守刑事訴訟法第 319 條第 1 項前段所並得提起自訴之人，限於因犯罪而直接被害之人之規定，因此若僅為間接被害人，則仍因非直接被害人，而屬於不得提起自訴之人。由上可知實務對於意圖取供而施強迫脅迫罪是否同有保護私人法益意見不一，就此也影響被訊問人得否提起自訴一事，從自訴制度面而言，若無法統一實務上對此之見解，則會影響直接被害人的訴訟權益。

第三款 故出入人罪

實務上對於故出入人罪之被害人得否提起自訴採取否定的見解，認為刑法第 125 條第 1 項第 3 款係侵害國家審判權的犯罪¹³，亦有認為本款所保護之法益是公務員對於國家服務之忠信規律及國家公務執行之公正¹⁴，不論為何者，可以肯定的是，此款在實務上均認為係侵害國家法益之犯罪¹⁵，並且屬於僅保護單一性的國家法益¹⁶，更有判決¹⁷指出，被告在涉犯刑法第 125 條第 1 項第 1 款、同項第 2 款及同項第 3 款時，私人仍僅是間接被害人，因此實務上在操作此議題時，理由仍多承前判決¹⁸所述，縱然司法權對於人權的影響甚鉅，並且就此犯罪的結果，雖然對於私人權益不無影響，但被害人之被害乃係由於國家審判權誤加所致，且該罪係謂國家司法權的正當行使所設，因此直接被

¹³ 最高法院 54 年台上字第 1785 號判例、最高法院 91 年台上字第 1723 號刑事判決。

¹⁴ 最高法院 92 年台上字第 2254 號刑事判決。

¹⁵ 台灣高等法院台南分院 92 年上訴字第 1377 號刑事判決。

¹⁶ 台灣高等法院台南分院 102 年上訴字第 552 號刑事判決。

¹⁷ 台灣台北地方法院 92 年自字第 48 號刑事判決，台灣高等法院 92 年上訴字第 3425 號刑事判決。

¹⁸ 參照最高法院 91 年台上字第 2467 號刑事判決。

害者仍為國家法益，私人並非直接被害人，故不得提起自訴。

第三項 實務運作分析及缺失補正

第一款 犯罪被害人的概念不明

在公訴程序中，檢察官獨攬結案權，決定起訴或不起訴，若在沒有自訴制度的情況下，檢察官似乎可以擅自結案，但事實上並不能如此，係因告訴人如果對於檢察官的不起訴處分有意見，得聲請再議，而後更可以對於檢察官不起訴的處分依循外部的監督機制，聲請交付審判。惟實務上的見解，對於再議及交付審判，聲請人僅限於告訴人，亦即犯罪的被害人，限於因犯罪而直接受有損害之人。不過依前述對於濫權追訴處罰的實務運作可知，尤其是故出入人罪，屬於侵害國家法益的犯罪，因此沒有直接被害人，無人可以提起自訴或告訴，僅有自認為受有侵害之人能提起告發，但是告發人卻和告訴人有著不同的訴訟地位，因此有學者指出，對於自訴與告訴是否應採行相同的犯罪被害人的概念，有檢討的必要，告訴只是促使國家發動偵查，無論是否涉及訴訟要件，實無必要太過嚴格限制，而在自訴程序上則已設有諸多限制以防止濫用自訴，且從立法論上而言，已採行交付審判制度，似可以此代替自訴制度，以節省訴訟資源¹⁹；有認為在刑事訴訟法上之犯罪被害人的概念不應為不同的認定，但基於自訴程序的功能，若被告所犯之罪與公共利益並無多大關連時，應盡量與被害人自訴的機會，若被告所犯之罪與公共利益息息相關，而認由檢察官以公訴程序追訴較為適宜時，則應限縮被害人的自訴權²⁰。

目前實務上僅以國家法益、社會法益及個人法益三分法來說明誰是被害人或者個人法益是否同受有損害，暫且不論以此三種法益區分是否得當，但實務上對於被害人的認

¹⁹ 林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)-各論編》，台北，自版，2013年9月七版，頁41。

²⁰ 何賴傑，〈自訴之限制、追加起訴與程序瑕疵之治癒〉，《刑事訴訟法實例研習》，學林，台北，2000年6月，頁308。

定，在於直接受有被害，或僅為間接受害兩者之間的區分界線，未有明確的判定基準，因此，在對於直接或間接被害人的判斷標準不明下，因而不當限縮被害人範圍之嫌。諸如刑法第 125 條第 1 項第 3 款之故出入人罪，裁判之結果對於個人的生活領域、財產及名譽等均影響重大，為何國家司法權的公正行使才是直接受保護的標的，而個人法益雖然明顯受有侵害，卻僅以：「雖不無影響，但不得提起自訴」幾字帶過，欠缺論理的說明，這也是我國自訴制度係以法官判斷是否為「直接被害人」，因此也就容易流於擅斷。因此有認為，在國家法益與個人法益同受侵害時，被侵害的個人均得為告訴，若欲提起自訴者，則必須限縮於告訴乃論之罪之折衷見解²¹；亦有學者指出，在此種屬於國家與社會法益的犯罪，以法益保護作為是否可以提起自訴的標準，其實並不合理與明確，在認定涉及整體法益侵害的情形，應從所涉及到的不法構成要件的性質與文義，探討行為人所侵害的客體有無個別獨立的性質加以判斷之²²，法益乃是抽象社會秩序的理想生活價值，是立法者創設不法構成要件的基礎，也是司法者在解釋構成要件是否該當的重要參考因素，但法益本身並非描述不法內涵的事實情狀的構成要件要素，由於構成要件是否該當，以及其該當是否多次的問題，判斷的關鍵乃在於構成犯罪事實，不能以抽象的法益概念，作為判斷標準²³。因此若是承認犯罪構成要件的保護法益具有雙重機能²⁴，在解釋上許多所謂國家或社會法益的犯罪，皆有此種雙重機能，並且解釋為具有多種可能性²⁵，因此可知，法益並不足以作為判斷的標準。

次者，刑法的條文順序是原則性的排列，所謂侵害國家法益或社會法益的犯罪，也只是學理上的稱謂或分類，並不表示侵害國家或社會利益的行為必然沒有直接的被害人²⁶，因此濫權追訴處罰罪不但不得僅以此罪係以保護國家司法權公正行使為由限縮犯罪被害人的範圍，在濫權追訴處罰罪下仍可能有個人法益直接的受有侵害，雖然以法益作

²¹ 林國賢、李春福合著，《刑事訴訟法論(下冊)》，台北，李春福出版，2006年1月，頁34。

²² 林山田，《刑法各罪論(下冊)》，自版，2006年11月五版，頁106。

²³ 林山田，《刑法通論(下冊)》，自版，2006年6月九版，頁277。

²⁴ 亦可參照林山田，前揭註22，頁241，稱之為雙重性格。

²⁵ 黃朝義，〈訴訟制度：第七講-自訴制度〉，《月旦法學教室》，2006年2月，第40期，頁31。

²⁶ 張麗卿，〈憲法解釋與訴訟權之保障-以釋字569號為中心〉，《東海大學法學研究》，2006年6月，第24期，頁21~22。

為區分標準不無疑問，但在肯認侵害國家法益或社會法益的犯罪之法益具有雙重機能下，濫權追訴處罰罪原本目的，是為保護國家司法權的公正行使，故可承認擴大至防止被害人因為檢察官或法官的濫權，而遭受不當的司法決定，侵害到其自身的自由、身體甚至生命。

在討論完告訴與自訴是否應同等適用相同的犯罪被害人的概念，以及被害人的概念是否應該以法益作為區分的標準後，本文以為告訴與自訴若採取不同的犯罪被害人的概念，則將產生實務上運作的紛擾以及見解會更加雜亂，故從直接被害人的解釋上為之，回歸上位從法益作為對犯罪直接被害人的認定上來看，對濫權追訴處罰罪而言，放寬實務上對於被害人的概念認定，承認本罪所保護的國家法益具有雙重性格，除了國家司法權的公正行使之外，亦須防止被害人成為司法官濫權決定下的犧牲者，並且此被害人可能是犯罪的行為人以及同一犯罪行為的被害人，均應許得提起救濟，以作為對於檢察官濫權的雙重監督機制。對於此種非告訴乃論之罪，提出告訴與否並不涉及訴訟要件，實無須太過限縮對於犯罪被害人的認定範圍，而對於自訴被害人的概念認定，則因直接促使國家發動審判，已經有其他特別的限制以防止濫行自訴，況且自訴制度的存在，最重要的目的，即是在防濫檢察官的濫權不追訴，至於自訴制度存廢的問題，則非本文探討之重點，暫不論之。

第二款 本罪保護法益在光譜上的重新定位

濫權追訴處罰罪的被害人，因實務上認定本罪係保護國家司法權嚴正及公平性的行使，而雖然對其不無影響，但因為並非直接被害人而無法為告訴、甚或自訴的情況下，係肇因於實務上對於直接被害人與間接被害人間的區分界線不明，而所謂的直接被害人須對其私人法益有造成影響下始得提起自訴，因此本文試圖在學說見解以及對於法益的重新定位下，對於本罪各款做出解釋，針對其所保護的法益在光譜上的重新定位，來擴

大本罪對於被害人的保障。

第一目 濫用職權為逮捕羈押罪

濫用職權為逮捕或羈押罪雖然規範於瀆職罪章中，因而肯認其係對於國家法益所為的保護規定，但目前實務上的做法多認同保護有私人法益在內，因此准許本罪之被害人提起自訴，於最高法院 28 年上字第 3652 號刑事判例可資參照，其中指出濫用職權為逮捕或羈押罪，係就公務員對於國家所賦予之羈押權力不正當行使所設的處罰規定，但對於被羈押人的私人法益，亦同保護在內，並且從該條第 2 項中致人於死傷特加重處罰之明文亦可觀之。除此之外，實務更進一步指出本罪所侵害之私人法益係為自由法益，因此本文認同實務上目前肯認刑法第 125 條第 1 項第 1 款之濫用職權為逮捕或羈押罪，併同保護有國家及私人法益在內，因此被害人若受檢察官之濫用職權逮捕或羈押時，應許提起自訴。

第二目 意圖取供而施強暴脅迫罪

至於意圖取供而施強暴脅迫罪，雖然就目前實務上的見解，最高法院的判決對於意圖取供而施強暴脅迫罪得否自訴的部份，肯否均有所採，但仍以否定見解居多，並且由於最高法院判決所扮演的功能²⁷是作為審級制度的終審，至此，個案的通常救濟途徑已經窮途末路，到達終點，並且僅於事後審之角度，審查當事人所不服之下級審判，其訴訟程序之踐行及適用法律有無違背法令，最後因為最高法院為了貫徹自己法律見解並撤銷下級審不同見解，因而統一解釋法令，因此可能造成下級審法院新進法官²⁸為打破窠臼的努力，卻因審制度而功虧一簣。

²⁷ 林鈺雄，前揭註 19，頁 363。

²⁸ 於此可參照台灣高等法院高雄分院 90 年上訴字第 835 號刑事判決、台灣高雄地方法院 90 年自字第 334 號刑事判決、台灣高雄地方法院 88 年自字第 644 號刑事判決，指出自訴人指訴被告等人未使其招供，曾對之施以強暴，顯已同時侵害自訴人個人之法益，自得就此部分之事實提起自訴。

意圖取供而施強暴脅迫罪之被害人得否提起自訴的問題，有學者將濫權追訴處罰罪各款性質相比較，刑法第 125 條第 1 項第 3 款係屬於侵害國家審判權之犯罪，被害人之被害乃由於國家審判權誤加所致，故不得提起自訴，與同條項第 1 款及第 2 款之性質迥異²⁹。從這裡以反面推論，除了肯認濫用職權為逮捕或羈押罪得提起自訴外，亦認為意圖取供而施強暴脅迫罪，因為同有保護私人法益在內，因而准予被害人提起自訴。除此之外，從刑法第 125 條第 1 項對於意圖取供而施強暴、脅迫之公務員的加重處罰可以看出，刑事被告的人性尊嚴及不自證己罪特權具有較高的保護必要性³⁰。若從刑事訴訟法規定的角度觀之，用以強化肯定說的理由，是因為刑事訴訟法是為了落實刑事實體法的規定，而刑事實體法的目的又在於保護法益，維護社會秩序³¹，因此從意圖取供而施強暴脅迫罪與刑事訴訟法第 98 條及第 156 條第 1 項互相呼應的關係來看，後者乃係基於對於人性尊嚴的維護，保障陳述自由的核心規定，且因為不正的訊問方法有損國家及司法形象，因此亦同具有保護超個人法益的目的而言，肯定此款不僅保護司法，也保護被訊問者³²，因此不論是犯罪嫌疑人、被告甚或證人的身分，只要被訊問者因為受到強暴脅迫而招供，則其自由法益受到侵害。依前述理由，應將意圖取供而施強暴脅迫罪在法益保護的光譜上，往保護私人法益端拉回(見下〈圖二〉)，並以此作為刑法第 125 條第 1 項第 2 款同有保護私人法益在內的論理依據。

第三目 故出入人罪

故出入人罪在於實務上的見解，大幅偏向於對於國家法益的保護，認為被害人並非直接被害人，因此無提起自訴之權。排除因受裁判或處罰之被害人因此生活所受影響，

²⁹ 王振興，《刑法分則實用(增修本第一冊)》，自版，1994年6月再版，頁324。

³⁰ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎〉，《政大法學評論》，100年6月，第121期，頁93。

³¹ 黃朝義，《刑事訴訟法》，台北，一品，2006年9月，頁8。

³² 參閱黃惠婷，〈不正訊問方法之禁止-最高法院88年度台上字第1456號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，2000年11月，第16期，頁97。

而欲對此進行防衛而提起自訴的空間。在實務上許多自訴人援引以誣告罪之被害個人得提起自訴之實務見解³³，做為支撐得提起自訴的理由，而法院卻以刑法第 125 條第 1 項第 3 款之罪為侵害國家審判權的犯罪，是單一侵害國家法益，並未直接侵害私人法益³⁴，並且與誣告罪的行為態樣、法條體系位置、立法目的及保護法益等難認相同³⁵，因而不符比附援引為由，認為被害人不得提起自訴。然而此部分在於學說上卻認為，誣告罪的保護法益除了國家司法權的行使外，尚及於個人法益，及保護個人不因他人之虛偽申告行為而成為司法判決之被害人³⁶，而濫權追訴處罰罪是為了國家審判決的正確行使外，在此承認刑法條款所保護的法益具有雙重性格下，為何不能認為，故出入人罪除了國家司法權的公正行使之外，尚保護有個人不因為檢察官或者法官的濫權瀆職之行為，而成為司法決定的被害人³⁷，因此，濫權追訴處罰罪和誣告罪的本質應該是相通的。最後，依民國 25 年院字第 1545 號解釋：「誣告罪以有使他人受刑事或懲戒處分之意圖為構成要件，是於侵害國家法益中，同時具有侵害個人法益之故意，被誣告人自可提起自訴。」檢察官濫用職權進行追訴時，主觀的構成要件要求必須明知被告並無犯罪的事證，而故意使其受追訴，並限於直接故意，為何對於人民故意虛偽申告他人時，國家得以對之審判並進行制裁，而我國在以自訴制衡國家追訴強制的制度下，一方面限制了人民對濫權追訴提起自訴的機會，亦同時削弱檢察官構成本罪之可能，難道只有司法官才是值得保護的嗎？因此基於前述的理由，應准許受到檢察官濫用職權為追訴者提起自訴。

次者，從刑法第 124 條的枉法裁判罪與刑法第 125 條第 1 項第 3 款之法官濫權處罰或不處罰罪的關係來看，二者均規定於刑法分則第 4 章的瀆職罪章中，其所侵害者為國家的審判權或司法權，而國家審判權或司法權之行使，必須仰賴法官絕對公正的依法裁判，無論係枉法裁判亦或是濫權為處罰或不處罰，均足以導致不公正的裁判出現，枉法

³³ 最高法院渝上字第 893 號刑事判例、25 年院字第 1542 號解釋、25 年院字第 1545 號解釋。

³⁴ 台灣高等法院台南分院 102 年上訴字第 552 號刑事判決。

³⁵ 台灣高等法院台南分院 102 年上訴字第 603 號刑事判決。

³⁶ 林山田，前揭註 22，頁 241。

³⁷ 關於此部份之見解亦可參閱黃朝義，前揭註 25，頁 31，認為為何偽證罪的被害人非屬犯罪的直接被害，為何不能認為，偽證罪除了國家司法權的行使外，尚保護個人不因他人之虛偽陳述的行為，而成為司法決定之被害人。

裁判係就一般情形而設之廣義規定，而濫權處罰或不處罰係針對處罰關係而設之狹義規定³⁸，依狹義法優於廣義法適用之原則，自應依濫權處罰或不處罰罪，而非依枉法裁判罪予以處罰，亦有認為濫用職權而為追訴處罰者，則為枉法裁判或仲裁罪之特別規定³⁹，枉法裁判或仲裁罪只是針對枉法裁判行為的一般規定，因此濫權追訴處罰罪的規定，此種特別枉法裁判行為規定，屬於個別條款。此外，枉法裁判被認為係法官違背職務之行為，而濫權處罰或不處罰卻被認為法官不當行使其職務上權限，或於行使其職權時為違法行為，亦即前者為純粹違背職務行為，後者卻進一步為權限之濫用行為⁴⁰。因為兩罪均是保護國家公務執行之公正，自應認為是同一行為侵害一法益⁴¹，兩者形成法律單數的特別關係，故只要適用濫權追訴處罰罪，即為已足，刑法第 124 條則因屬於概括條款，被排斥而不適用⁴²；按最高法院 53 年度第 3 次民、刑庭總會會議決議(二)：「個人權益之是否受害，當以裁判之是否枉法為前提，在枉法裁判未經依法確認前，受不利益之個人尚不得稱為直接被害人，其不能提起自訴，更不待論。」就此二種類型的犯罪，雖然其處罰的對象並不完全相同，但濫權處罰或不處罰為枉法裁判之結果，因此倘非先有枉法裁判，則不可能有濫權處罰或不處罰之結果出現。因此濫權處罰或不處罰係受枉法裁判罪的結果，個人權益應已受有侵害，應准許其提起自訴，並且有學者認為，裁判結果雖然於個人之生活領域必將產生重大、密切之不利益，因此實務⁴³向來對於枉法裁判罪不得提起自訴的見解並不正確⁴⁴，由此亦可推知，濫用職權為處罰或不處罰罪既然為枉法裁判罪的必然結果，更是不能避免的將對於被害人名譽、財產等私人法益造成直接影響，因此應准許其得提起自訴。

³⁸ 韓忠謀著，吳景芳增補，《刑法各論》，台北，三民，2000 年 9 月增補一版，頁 80~81；黃源盛，《刑法各論》，台北，空大，2006 年 8 月第二版，頁 41。

³⁹ 蔡墩銘，《刑法各論》，台北，三民，2009 年 7 月修訂二版，頁 636。實務見解參照參照院解字第 1687 號解釋文：「(一)明知為無罪之人而使受處罰。或明知為有罪之人而使不受處罰。刑法第一百二十五條第一項第三款既有特別規定。應不包括於同法前條所謂枉法裁判之內。亦非一行為而觸犯兩罪名。……」

⁴⁰ 蔡墩銘，〈刑法上的法官枉法行為〉，《刑事法雜誌》，第 41 卷第 2 期，1997 年 4 月，頁 173~174。

⁴¹ 盧映潔，《刑法分則新論》，台北，新學林，2010 年 8 月修訂三版，頁 54。

⁴² 林山田，前揭註 22，頁 101。

⁴³ 最高法院 54 年台上字第 246 號刑事判例。

⁴⁴ 黃朝義，前揭註 25，頁 32。

再者，對於檢察官的濫權不追訴而言，則可以從自訴制度的目的出發尋求被害人得以自訴的理由。自訴制度的存在乃緩和檢察官獨占追訴的色彩，在國家獨攬刑罰權之情況下，為免檢察官消極地不行使國家追訴權力，本於制衡檢察官擅權之考慮，例外賦予人民得自行開啟刑事訴訟程序之可能⁴⁵。因此從此觀點而言，更有學者認為，精確的來說，自訴制度存在最大的用途是在於防範檢察官的濫權不起訴，Gneist 更要求擴張自訴制度，主張檢察官一但不偵查或不起訴時，皆應該容許被害人逕行提起自訴⁴⁶，否則被害人因否定為直接被害人，因而不得提起告訴或自訴，雖得為告發，但故出入人罪的設計，係謂作為對於檢察官或法官濫權為追訴處罰或不追訴、處罰的最後制裁手段，因此為何不擴張對於犯罪被害人的認定⁴⁷，再說自訴制度的存在，至少也有宣示對被害人權利重視的意義⁴⁸，雖然有學者⁴⁹認為在國家與社會法益的犯罪，以法益保護作為是否可以提起自訴的標準，並不合理與明確，但故出入人罪所保護的法益，或許可以從國家法益端往私人法益端拉回至平衡的狀態(見下〈圖二〉)，或者擴大承認此處除了保護國家司法權的嚴正公平行使外，亦得承認免於個人受到公務員瀆職濫權的司法決定而受到侵害，況且在人類的歷史上，個人法益的保護已經有悠久的傳統，為何在此處卻弱化了對於個人法益的保護，並不知係以何種標準來決定個人僅是受有間接的被害。再從法益位階的概念來看，此處國家的司法權行使利益並不一定有優越於個人的名譽、自由甚至生命。最後回到刑法的保護體系及刑法的目的中，均係以保護個人為核心的思想，因此是以個人法益為中心⁵⁰，若不擴大此處直接被害人的定義，而使被害人能成為告訴權人，立於與被告同為當事人的地位，可以對於檢察官所為的不起訴處分提起再議甚或交付審判，或使其得提起自訴，直接進入法院，否則在現行僅得提起告發的情況下，對於檢察官為不起訴處分的決定也只能兩手一攤，仰天長嘆，就此也失去刑法當初制定濫權追訴處罰罪，用以作為實體法上外部制衡檢察權的目的。

⁴⁵ 司法院大法官解釋字第 569 號林子儀大法官協同意見書參照、林鈺雄，《檢察官論》，台北，學林，1999 年 4 月，頁 25。

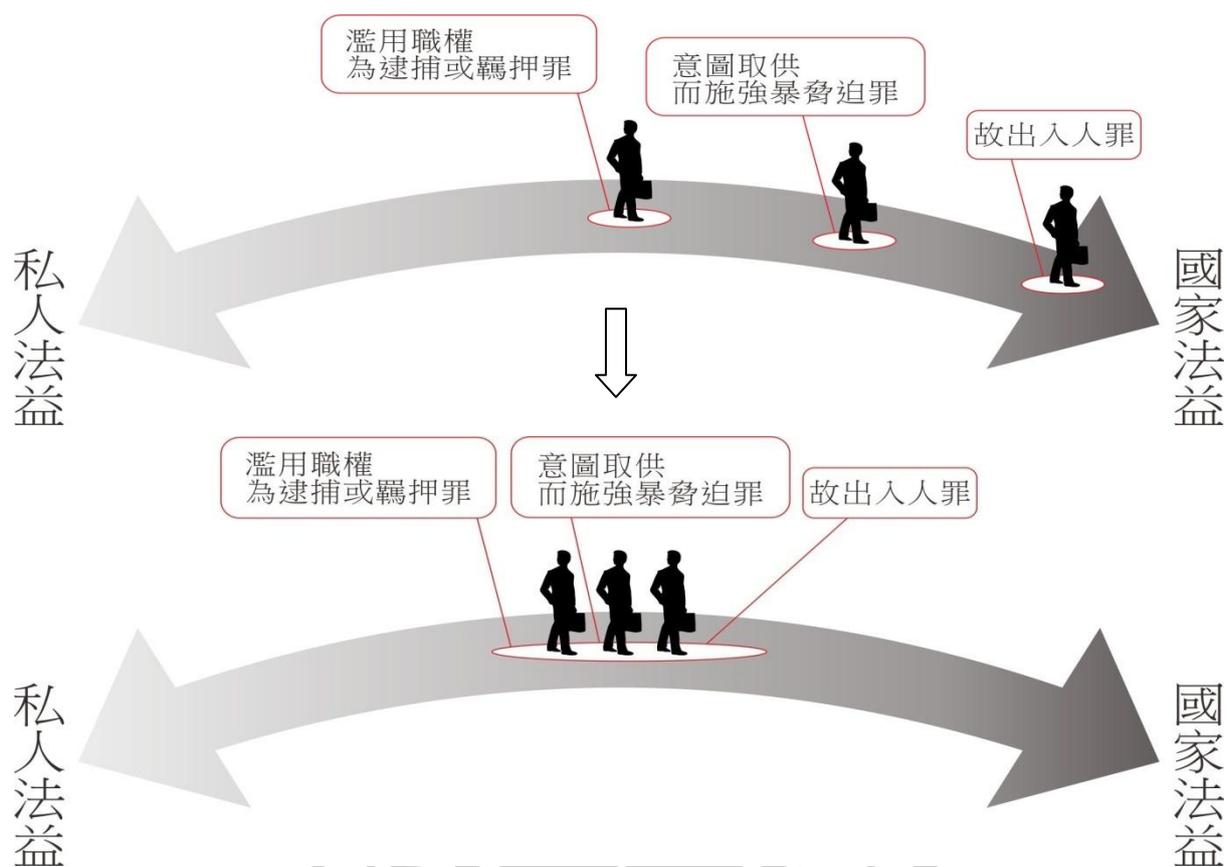
⁴⁶ 林鈺雄，前揭註 19，頁 179。

⁴⁷ 黃朝義，前揭註 25，頁 31。

⁴⁸ 高金桂，前揭註 1，頁 254。

⁴⁹ 黃朝義，前揭註 25，頁 31。

⁵⁰ 參閱陳志龍，《法益與刑事立法》，1997 年三版，頁 154。



〈圖二〉濫權追訴處罰罪保護法益重新定位

第二節 行為主體範圍之爭議

第一項 行為主體的範圍

在實務上將追訴嚴格限縮於追訴犯罪，並不包括有偵查程序，而使具有偵查權的司法警察官排除可能構成本罪濫用職權為逮捕或羈押罪，亦或係意圖取供而施強暴脅迫罪，此二款罪名均是進行犯罪調查之司法警察官最容易觸犯之名，實務和學說上會產生此重大的爭執點係在否定其構成濫權追訴處罰罪之行為主體，針對本罪所欲規範之檢察官與法官，則容易因為並未實際進行犯罪的偵查，而不易構成犯罪行為的態樣，而使本

罪又多一個窒礙難行的理由，因此本文欲從此節中先總結實務之見解，輔以學說的看法，最後再從多方角度去論述濫權追訴處罰罪之行為主體究竟應否擴及司法警察(官)。

第二項 行為主體應否擴及司法警察(官)

第一款 實務運作

現行實務方面的運作則採否定見解，產生此見解的原因係認為刑法第 125 條所言的公務員，在偵查階段僅在於規範檢察官而不包括警察人員，司法警察官與司法警察僅是協助檢察官偵查犯罪之輔助機關，雖有舉發權或偵查權⁵¹，並無追訴或處罰的決定權，且刑法所定有追訴犯罪職務之公務員是指直接職掌偵查及公訴人員，至若刑事訴訟法第 229 條至 231 條之規定，依法只協助或服從檢察官指揮或命令，偵查犯罪，並不包括在內⁵²。以下整理出幾種實務上常判定是否具有追訴犯罪權限的公務員。首先，行政官並非刑法第 125 條第 1 項所指之具有追訴或處罰犯罪職務之公務員，因為並無具有對於犯罪案件有檢察或審判的職權⁵³；對於公安局長有否追訴權限亦採否定見解，參照院字第 814 號解釋文：「公安局長雖有偵查犯罪之權。但非刑法第一百三十三條第一項之公務員。其無追訴犯罪之權。與院字第七三三號解釋所稱之警官同。」因此，關於公安局長僅具有偵查犯罪之權，亦否認有追訴犯罪之權⁵⁴，關於前述關於公安局長之實務見解均於民國 20~22 年(1931~1933 年)間所做成，按當時刑事訴訟法第 227 條之規定，公安局長，於其管轄區域內為司法警察官，有偵查犯罪之職權，與檢察官同。因此公安局長在當時背景雖為司法警察官，有偵查權，但仍否定其具有追訴犯罪之職權。因此無由該當濫權追訴處罰罪之行為主體。

⁵¹ 陳煥生，《刑法分則實用》，自版，1998 年 2 月修訂二版，頁 46。

⁵² 韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註 38，頁 78。

⁵³ 參照 34 年院字第 2966 號解釋。

⁵⁴ 亦同參照最高法院 20 年上字第 1929 號判例、最高法院 22 年上字第 1930 號刑事判例。

關於職稱與司法警察官最為接近亦或在刑事訴訟法上認定為司法警察(官)者，在實務上仍認為並不具有追訴之權，而否定其成為濫權追訴處罰罪的行為主體。司法院 21 年院字 733 號解釋中提及，警官並無追訴犯罪權，若刑訊傷人，依刑法 140 條及傷害罪各本條處斷之，可知縱為警官，亦於刑法制定的早期，於實務上已採取明確的否定見解。至於憲兵官長⁵⁵是否為本條之行為主體，司法院之解釋從一開始的肯定見解，轉而須視案件而定，早期之見解可參照司法院 26 年院字第 1663 號解釋文：「憲兵官長。明知所屬士兵為有罪之人。而無故不使其受追訴。自係犯刑法第一百二十五條第一項第三款之罪。」，而後就憲兵官長是否有追訴犯罪職務之公務員，則依案件種類決定之，按司法院 35 年院字第 3202 號解釋文：「憲兵官長是否為刑法上有追訴犯罪職務之公務員應就下列案件決定之：(一)『普通刑事案件』憲兵官長雖依刑事訴訟法第二百零九條第一項第二款為司法警察官但僅有受檢察官指揮偵查犯罪之職責並無追訴犯罪之職權自非刑法第一百二十五條所稱之有追訴犯罪職務之公務員。(二)「軍人犯刑法或其他法律罪嫌之案件」憲兵官長依陸海空軍審判法第十九條第一項第二款及同法第四條之規定既為軍事檢察官且有起訴權關於此類案件自應認為刑法上有追訴犯罪職務之公務員(三)「特種刑事案件」如該憲兵官長相當於特種刑事案件訴訟條例第三條所稱司法警察官署長官之資格其所移送之案件依同條第二項之規定既以提起公訴論亦應認為刑法上有追訴犯罪職務之公務員。」上述依案件決定之方式，在現行法制下，在普通刑事案件的情況，按刑事訴訟法第 230 條第 1 項第 2 款，憲兵隊官長(修正前為憲兵官長)為司法警察官，依現行實務並不具追訴權限，因此非濫權追訴處罰罪之行為主體；次者，在「軍人犯刑法或其他法律罪嫌之案件」下，按軍事審判法第 59 條第 1 項第 1 款，憲兵官長為軍法警察官，應受軍事檢察官之指揮，偵查犯罪，亦應認為其不具追訴權，而非本罪行為主體，蓋因本條軍法警察官之規定係參酌刑事訴訟法第 230 條之體例修訂而成，在實務否定司法警察官具有本罪行為主體適格的前提下，軍法警察官亦應為相同認定。最後，在

⁵⁵ 刑事訴訟法第 230 條第 1 項第 2 款於 1997 年 12 月 12 日將憲兵官長作文字上之修改，改為憲兵隊官長。按調度司法警察條例第 1 項 2 款之規定，憲兵隊官長係指憲兵隊連長以下之官長。

「特種刑事案件」下，此特種刑事案件訴訟條例已經廢除，是以，無以判斷在特種刑事案件下，憲兵官長是否為濫權追訴處罰罪之行為主體適格，但或許有脈絡可循，一直以來實務針對司法警察(官)是否構成濫權追訴處罰罪之行為主體適格採取嚴格限縮之態度，認為其僅具有偵查權，而不具有追訴犯罪的職權下，連同前述兩種案件決定之方式，縱然有刑事訴訟法以及軍事審判法可資依據，卻也否定其行為主體適格，因此，亦應否定在特種刑事案件下，有行為主體適格之可能。

第二款 學說見解

於刑事訴訟法第 229 條至第 231 條規定下，協助檢察官偵查犯罪職權，或聽從檢察官指揮偵查犯罪的司法警察官，以及受檢察官及司法警察官之命令偵查犯罪的司法警察，究竟是否為本罪的行為主體之疑義，學者多採肯定見解。係因追訴犯罪之職務，原有廣狹二義，從狹義言之，指依法提起公訴藉以請求法院科刑之職務而言，有此職務者，當然以普通法院檢察官、軍事檢察官或其他依法行使檢察官職權之人員為限。惟從廣義言，公訴以前之偵查，亦為追訴犯罪之重要程序，從而辦理偵查事務者，無論其為主持辦理或協助辦理，皆莫非有追訴犯罪職務之人。按立法原意，本罪之設，在於制裁刑事司法人員之濫權瀆職⁵⁶，殊不必強為主管與協助之分，故比較言之，毋寧以採取廣義說為當⁵⁷，且將追訴解為偵查及起訴二者，未超越一般國民自法條文義通常可能理解之意義範圍⁵⁸；次者，司法警察(官)因實際參予偵查工作，而於執行拘提、逮捕、訊問、羈押、搜索、扣押等職務時，最容易發生濫權的情事，在整個偵查階段，司法警察(官)所為之調查或偵查，占最大的比例，因而在過程中，警察人員倘有不當或不法之情事發生時，卻未能將其違法行為列入刑法規範之對象，此將使的刑法規範內容趨於形式化外，

⁵⁶ 亦可參閱甘添貴，《刑法各論(上)》，台北，五南，1995年10月四版，頁67。

⁵⁷ 韓忠謨著，吳景芳增補，前揭註38，頁78~79。

⁵⁸ 甘添貴，前揭註56，頁68。就此亦有不少學者針對此條文之追訴為定義解釋時均認為係指偵查及起訴，可參閱王振興，前揭註29，頁320；陳煥生，前揭註51，頁45。

亦將使得警察人員之違法偵查無法獲得刑法之監督⁵⁹；再者，本罪的立法意旨乃在於制裁刑事司法人員濫權瀆職，若司法警察官和司法警察非屬本罪的行為主體，將無法充分貫徹本罪的規範意旨，因此若以本條加以規範，以防止司法警察(官)濫權，而使本條能發揮其立法上之功能且達到保障人權的目的，應可適用本條加以處罰⁶⁰，也依刑法上「目的解釋」的方法，本罪的行為主體似應包括司法警察官和司法警察為宜⁶¹。揆諸實例，多數之刑事案件由司法警察官或司法警察負責主要偵查工作，偵查完後再移送檢察官為形式偵查而予以起訴或不起訴處分。因此，此等人員執行職務之際，每有濫權為逮捕、羈押或刑求之情事，倘認為其不具有追訴犯罪職務之公務員，則本罪旨在制裁刑事司法人員濫權瀆職之立法精神，勢將大打折扣，且亦無以達到保障人權之目的。職是之故，本罪所稱有追訴犯罪職務之公務員，宜從廣義解釋。

第三項 本文見解

本文採取肯定說的見解，並欲從立法沿革以及刑事訴訟法的觀點找出理由，最後輔以實務上的實際運作。

第一款 自立法論觀之

從前述學者見解中認為從立法原意及目的上來看，應採取肯定行為主體擴大至司法警察官之部分，而就立法原意及目的，可從濫權追訴處罰罪之立法沿革觀之⁶²，在立法之初的行為主體相當廣泛，上至審判官、檢察官，下至警察、監獄其他行政官員或佐理

⁵⁹ 黃朝義，前揭註 31，頁 135。有持相反意見，認為我國檢察官依調度司法警察條例第 1 條規定，因辦理偵查案件，故得指揮司法警察官、命令司法警察之權，並無監督之權限，此乃基於偵查之目的使然。林國賢、李春福合著，《刑事訴訟法論(上冊)》，台北，李春福出版，2006 年 1 月，頁 118。

⁶⁰ 參閱甘添貴，前揭著 56，頁 68；林山田，前揭註 22，頁 104。

⁶¹ 黃仲夫，《刑法精義》，台北，元照，2008 年 1 月修訂二版，頁 371。

⁶² 可參照第四章〈表一〉濫權追訴處罰罪立法沿革一覽表。

人對被告人、嫌疑人或者關係人有強暴凌虐的行為，均有可能構成意圖取供而施強暴脅迫罪，而於合併法條後，將主體限縮於有追訴犯罪職務之公務員，雖然之後認為僅限於追訴犯罪職務的公務員太過於狹窄，便又加入了具有處罰職務權限之公務員，但依其修正理由⁶³：「……原案中佐理人本亦得犯此罪，但因為佐理人雖輔助公務員執行職務，佐理人仍無職守可言，因而予以刪除之。」從反面言，其他行為主體則未被修正理由特予標明，是否明示其一，排除其他，因而其他的行為主體則仍因為具有職守，並規定於具有追訴犯罪職務的公務員的範圍當中，除了可以呼應前章構成要件分析中對於「追訴」兩字應採包括偵查及起訴程序的廣義見解外，亦可以回應學界認為濫權追訴處罰罪的行為主體的見解，特別是針對其中意圖取供而施強暴脅迫罪的行為態樣下，行為主體應採取擴張的看法。

若在主張不擴張濫權追訴處罰罪行為主體的適用範圍下，或以傷害罪或妨害自由罪各罪並依刑法第 134 條加重其刑論處亦不無爭議，係因前述限縮濫權追訴處罰罪的行為主體於(軍事)檢察官及(軍事)法官，因而使不具有此身分之公務員犯濫權追訴處罰罪時，僅得以刑法第 134 條不純粹之瀆職罪處罰之，然而刑法第 134 條之規定係公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯瀆職罪章以外之各罪，加重其刑至二分之一。觀諸本罪之立法理由：「本罪之規定，即學說上所謂非純粹之瀆職罪，蓋常人亦能犯之者，惟官吏則可假借職務上之權力、機會或方法，其情節較常人為重，且有妨害職務上之尊嚴信用，故應加重其刑。」就此，有學者認為，立法理由中的情節較常人為重的部分意思並不清楚，認為因為行為人身為國家公務員而對行為人有較高的可非難性，欠缺說服力，因為公務員僅是各種職業中的一種，何以較其他犯罪的免疫上有較高的期待可能性⁶⁴，因此認為公務員犯罪較常人為重，是過於道德化的說法，關於法益侵害的部分，

⁶³ 1918 年刑法第 2 次修正案第 124 條(現行法第 125 條)之修正理由：「本案併合原案(《暫行新刑律》)第 144 條至第 146 條第 1 項，又原案第 144 條第 1 項，強暴凌虐之行為句，本案改作意圖取供而強暴脅迫，科以特重之刑，至其他侵害身體及自由之罪，依第 131 條加重常人犯罪三分之一，已足示懲。若虐待之行為，不至犯罪程度者，可援用懲戒法，似不必牽入刑事。又原案佐理人亦得犯此罪，但佐理人雖係輔助公務員執行職務，究無職守之可言，故本案擬刪。」

⁶⁴ 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2012 年 3 月四版，頁 773。

即便公務員有特殊的忠誠義務也不應該及於公務正確性以外的範圍⁶⁵，雖然可能除了侵害所保護的法益外，同立法理由所說的，亦有妨害職務上的尊嚴信用，因此公務員的身分在此處也就是一個不法意義的身分，然而這也只是從立法理由而得出的解釋，事實上，公務員假借職務上的權力、機會或方法犯瀆職罪章以外之罪，是否果真有妨害職務上之尊嚴信用，可能還值得考量，因此不純粹獨職罪的立法正當性是有待商榷的⁶⁶。退步言之，縱使刑法仍保留不純粹瀆職罪，能導致公務員尊嚴受到侵害的部分應該是事務內容，而非公務員的身分，因此，係因公務員利用職務機會犯罪因而侵害公務尊嚴，重在於國家執行任務的情形。而就濫權追訴罪的執行任務的內容，偵查程序中調查犯罪的行為多由司法警察官為之，就司法警察官於執行職務上所犯之罪，實應由刑法第 125 條擴張處罰之，而非在不純粹瀆職罪立論基礎仍有疑義下以此論罪。至於刑法第 125 條應如何擴張行為主體的範圍，則依濫權追訴處罰罪的三款行為態樣之不同，輔以司法警察(官)的職務範圍決定應於何處擴張其行為主體至司法警察(官)。

第二款 從刑事訴訟法的角度觀之

有鑑於刑事訴訟法的目的係在於落實刑事實體法，刑事訴訟法很多制度的設計，皆係為了發現真實，像從前的刑求制度，目的就是在於發現真實，清朝以前都為如此，不但可以刑求被告，連證人也可以刑求，但因應時代變遷，某些價值的重要性已被認為凌駕於發現真實之上，例如刑事訴訟法第 156 條的規定，即便為真實的自白，但只要是強暴脅迫的產物，即不得為證據⁶⁷。刑事訴訟法第 98 條及第 156 條具有刑事程序法的性質，而刑事程序法又是針對具有刑罰壟斷權的國家機關而定，也從法條「訊問『被告』」及「『被告』之自白」規定得知，刑事訴訟法的「被告」是針對國家訊問機關(包括警察

⁶⁵ 黃榮堅，〈刑法上個別化公務員概念〉，《台大法學論叢》，2009 年 12 月，第 38 卷第 4 期，頁 305。

⁶⁶ 黃榮堅，前揭註 64，頁 773；同氏著，前揭註 65，頁 305。

⁶⁷ 王兆鵬，《刑事訴訟法講義》，台北，自版，2008 年 9 月三版，頁 3。

機關)而言，而這也是刑法第 125 條第 1 項第 2 款對意圖取供而施強暴、脅迫的公務員特別設有的處罰規定的目的⁶⁸；次者從刑事訴訟法的體例編排上言之，刑事訴訟法的編排體例第二編第一章「公訴」內之第一節規定為「偵查」，偵查為追訴的前提，係追訴程序之重要的一環，且從同法第 229 條以下，規定司法警察機關有協助或受檢察官指揮命令偵查犯罪之職責，並得不待檢察官之指揮命令逕行調查犯罪嫌疑人之犯罪情形及蒐集證據，因此，刑法第 125 條所謂之「追訴」犯罪，應與刑事訴訟法第 1 條之「追訴」作同一之廣義解釋，並不侷限於法院組織法上以具有提起公訴權限之檢察官為限，關於協助偵查犯罪之司法警察人員也包括在內，除了合於一般國民之預測可能的範圍內，與罪刑法定主義的精神並不違背⁶⁹。

第三款 從實務運作角度

討論是否應擴張行為主體的原因之一，係因為實務於構成要件的討論中已採取將追訴犯罪職務的構成要件採取狹義的見解，限於提起公訴的部分，不應同擴及偵查階段。至於討論本罪是否應擴張至司法警察關的同時，一併得與思考的問題則是藉此討論偵查中檢警的關係探討司法警察人員在偵查犯罪中所扮演的角色，或探究目前實務上偵訊的問題及違法偵訊的結構性原因，或許都可以作為濫權追訴處罰罪應該擴及行為主體至司法警察(官)的理由。

在偵查實務的運作上係以取得犯罪嫌疑人的自白為目的，藉由以人找物的方式提高其偵查的效率以及內部的績效考核，然而以為了取得犯罪嫌疑人自白的偵訊活動為目的，往往更會涉及非法的拘提或是逮捕，並且充分的利用拘提或羈押的期間，長時間的連續在偵訊室配合各種偵訊技巧，對於特別是經濟弱勢、欠缺法律知識並且無法有效行

⁶⁸ 黃惠婷，前揭註 32，頁 97。

⁶⁹ 陳運財，〈偵訊之法律性質及其規範〉，《東海大學法學研究》，1996 年 12 月，第 11 期，頁 168~169。

使辯護權之犯罪嫌疑人為刑求，而刑求多於秘密中進行，最後往往因欠缺直接證據，而無法對之追訴處罰。除此之外，雖然刑事訴訟法上將檢察官定位為偵查的主導機關，但檢察官對於司法警察人員應有強制處分權以及指揮調度和獎懲制度，原本期待檢察官應該可以對於司法警察官發揮一定的監督制衡作用(參照〈表二〉)。惟在實際上卻因為檢察官人力不足，多依賴司法警察人員的配合，在此之下，指揮調度和獎懲制度的行使因此受限。在有被告作刑求的抗辯時，檢察官基於和警察同屬偵查機關的立場，顧慮檢警和諧關係，除傾向認定被告確實有犯罪嫌疑的主觀心證外，或在初步訊問後無具體實證，也就未再深究，而刑求多在秘密環境下發生，如果檢察官不立即以公正客觀的態度調查，則進入審判程序，被告試圖抗辯時，翻供的機會也就越渺茫⁷⁰。在陸正案中，陸正案之審理法官問得很明白：「檢察官總不會刑求你，為何你也有承認？」，實則被告早已提前被警察警告：「到檢方也要承認，否則再借提出來打！」⁷¹，因此可以發現，檢察官基於和司法警察人員間的和諧偵查辦案的關係，對於司法警察人員的監督效能不彰，更遑論對於涉嫌刑求亦或非法拘提逮捕羈押犯罪嫌疑人之司法警察主動偵查進而起訴。

意圖取供而施強暴脅迫罪雖然是對於實施強暴或脅迫等違法訊問的公務員的事後制裁手段，但此實體法上的事後救濟措施，似乎難以發揮直接抑制違法偵訊的效果，實際上第一線的偵查活動多由司法警察機關執行，偵訊中所發生刑求的情事也以警察內部居多，而少有聽聞檢察官涉及刑求者，但向來實務見解對於濫權追訴處罰罪下的三款犯罪行為態樣，均排除司法警察人員在濫權追訴處罰罪上有行為主體上的適用，因此有主張應將協助偵查犯罪的司法警察人員一併包括在內，此乃在一般國民的預測可能的範圍之內，也與罪刑法定主義的精神不相違背，亦即不待將來修法增列「調查」職務的公務員，在現行法的解釋之下，對於司法人員涉及強暴脅迫取供的行為，亦應有刑法第 125

⁷⁰ 陳運財，前揭註 69，頁 154~160。

⁷¹ 參閱財團法人民間司法改革基金會網站：http://www.jrf.org.tw/newjrf/rte/myform_detail.asp?id=2092。最後瀏覽日：2013 年 6 月 26 日。

條的適用。除此之外，未了免於檢察官對於司法警察人員刑求逼供的犯罪濫行不起訴，為了保障人民的申訴救濟管道，可修正刑事訴訟法第 323 條，關於此類公務員的犯罪行為，檢察官以不起訴處分終結偵查者，仍可准許被害人直接向法院提起自訴⁷²，這也呼應了前述所說，自訴制度的存在其實是為了抗衡檢察官的濫權不起訴。

〈表二〉檢察官對司法警察為強制處分之監督情形

司法警察得為強制處分		檢察官監督機制	檢察官不予核准強制處分之效果
種類	要件		
拘提	犯罪嫌疑人經合法通知，無正當理由未到(刑事訴訟法第 77 條之 1 第 1 項)	事前報請檢察官簽發拘票	不得拘提
	逕行拘提	緊急拘捕(刑事訴訟法第 88 條之 1 第 1 項)	尚無不及報告檢察官者，事前報請檢察官簽發拘票
		被告經通緝	情事急迫不及報告檢察官者，事後報請檢察官簽發拘票
逮捕	現行犯(刑事訴訟法第 88 條第 1、2 項)	解送檢察官進行訊問	/
	準現行犯(刑事訴訟法第 88 條第 1、3 項)		
	被告經通緝	通緝書於偵查中由檢察官簽名	

資料來源：法務部檢察司

第四款 行為主體應依不同行為態樣做不同規定

至於濫權追訴處罰罪的行為主體應如何配合項下三款不同的行為態樣而作不同之認定，本文以為將濫權追訴處罰罪的行為主體限縮在僅具有追訴或者處罰權限的公務員間，於第一項第三款之故出入人罪是有其道理，因為關於犯罪的追訴以及處罰僅有追訴

⁷² 陳運財，前揭註 69，頁 160、168~169。

權限以及具有處罰權限之檢察官或法官始可為之，但協助或受檢察官指揮偵查活動進行的司法警察(官)實不應排除在本條適用的主體之外，歸究言之，其實重要的並不是在於對於公務員概念的擴張，而是在於公務員的職務內容，依其職務內容判定是否應作為刑法的規範基礎。濫權追訴處罰罪屬於公務員為主體的犯罪行為，就公務員為行為主體而言，德國刑法對於公務員瀆職罪的態度，則是採取擴大保護公眾法益的立場，依是否為達成特定公共行政目的而行為，不是以行為人是否於特定行政機關任職，而決定行為人是否為刑法上的公務員⁷³。由此可知前述(參見第四章)對於具有追訴或處罰犯罪權限的公務員的「追訴」構成要件認為應作擴張解釋至偵查程序的部分，也是因為做了價值判斷之後認為應將之納入刑法予以規範。因此除了第一款的聲請羈押權仍係由檢察官主導外，第一款的逮捕行為在擴張至拘提行為的解釋下，以及第二款意圖取供而強暴、脅迫的行為主體，實不應將濫權追訴處罰罪的行為主體僅限縮於具有追訴或處罰權限的檢察官或審判官。至於意圖取供而施強暴脅迫罪的行為主體若是擴張到司法警察人員，是否直接以刑法第 126 條之凌虐人犯罪規範即可的問題，本文以為應採否定見解，係因刑法第 126 條是以有管收、解送或拘禁人犯職務之公務員對於人犯的凌虐，僅限於其從事管收、解送或拘禁人犯的職務過程中，超越其管束的範圍，對人犯實施強暴脅迫或違背人道之不法苛酷行為⁷⁴，意圖取供而施強暴脅迫罪之主觀構成要件還必須限縮於具有意圖取供的特殊主觀要件，亦即強暴脅迫的實施目的必須在於取得被告或證人的供述，依此特別主觀構成要件要素的要求，二者實不能做相同之認定。

⁷³ 許玉秀，〈公務員概念的立法定義-第 16 次修正刑法檢討(第 10 條第 2 項)〉，《新修正刑法論文集》，台北，司法院，2006 年 12 月，頁 96。

⁷⁴ 陳煥生，前揭註 51，頁 49。

第三節 濫權追訴處罰罪之犯罪結構

第一項 檢察官範圍的定義

濫權追訴處罰罪的行為主體限縮於具有追訴或處罰權限的公務員，而追訴此構成要件依目前實務採限縮之見解，指具有依法提起公訴藉以請求法院科刑之職務之人，依我國的法制，刑事訴訟法第 228 條第 1 項之規定，屬於檢察官的職權，司法警察人員則因有協助檢察官或受其指揮命令偵查犯罪，屬於實務偵查犯罪的第一線人員，因此應擴張刑法第 125 條第 1 項第 1 款及第 2 款的行為主體至司法警察(官)，同受濫權追訴處罰罪之規範始足當之，此乃第一層關於濫權追訴處罰罪有可能產生在檢察官與司法警察(官)間的犯罪結構關係。而在討論檢察官與檢察官或其幕後指使者間的犯罪結構關係時，則必須先釐清檢察官的範圍究指為何，這將會涉及檢察官的辦案自由度，特別是偵查權的發動、作為與終結方式，亦即檢察官權利行使範圍與節制⁷⁵，並且若不具有此處所指之檢察官之身分，但卻居於幕後對於整體犯罪行為具有實質操控的能力者，又應如何論罪，實乃問題之所在。

濫權追訴處罰罪的行為主體限於具有追訴或處罰權限之公務員，此追訴要件實務限縮於提起公訴的階段，然本文已於前述認為應採擴張見解至偵查程序。按刑事訴訟法第 228 條第 1 項有明白規定：「**檢察官**因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」而非「檢察總長」、「檢察長」或「主任檢察官」，檢察總長、檢察長、主任檢察官等職務雖然仍具有檢察官之身分與職能，但非如法院組織法對於法院院長明定由「法官兼任」，因此在解釋上屬於實際職缺，而非檢察官兼任，故其職銜有實際的用意，因此依前述條文的文義觀之，乃指個別檢察官而非其所屬檢察署的解釋⁷⁶。檢察官在犯罪的偵查及公訴權的行使上，雖然在訴訟上可以獨立執行職務，但關於職務的執

⁷⁵ 何祖舜，〈論偵查門檻與人權保障〉，《檢察新論》，2010 年 1 月，第 7 期，頁 119。

⁷⁶ 何祖舜，前揭註 75，頁 119。

行仍有服從上級長官命令之義務，此部分於法院組織法第 61 條及第 63 條可資參照，因此刑事訴訟法第 228 條第 1 項在適用上仍須配合法院組織法對於檢察官及檢察機關特殊性的規範結構，用以作為節制檢察官偵查權利啟動的防火牆，因此雖然濫權追訴處罰罪下具有追訴權限的公務員，雖然係指檢察官而言，但此處的檢察官應該可做同一解釋並擴張之，理解成檢察一體下的檢察官。

第二項 特別犯的共犯結構

檢察一體下的檢察首長對於下級檢察官雖然具有檢察事務指令權，但不論是對於檢察官的偵查亦或提起公訴與否，都有其行使的方式以及界限，並不得違反偵查或起訴法定原則，並且對於下級檢察官是否發動偵查或者起訴，上級檢察官的指令權並沒有行使的空間，只有存在疑義或解釋空間時，檢察首長才可以以指令權介入⁷⁷。除此之外，若是以不具有檢察官身分之人，諸如純粹的政務官法務部長，作為幕後的操作者對於檢察官或對檢察總長要求對下級檢察官，針對特殊個案為檢察指令權的行使，使其作出特定的(不)偵查或(不)起訴的處分，若下級檢察官在明知的情況下，仍依其指令為起訴或不起訴之決定，則有可能與上級長官或者幕後行為人產生濫權追訴處罰罪的共犯關係。

濫權追訴處罰罪是針對行為人須具備特別資格，始構成立法者所創設刑罰的事由者，故為純正特別犯，在單一犯罪行為人的情況下，若不具有特定資格者無法成為正犯。而針對有幕後行為人對於行為人的犯罪行為操控的情形，則會因為欠缺構成要件預定的主體適格，縱使操縱整個犯罪流程，亦無法成為正犯⁷⁸，只有具備特定義務違反者，始屬於核心角色的正犯⁷⁹，因此於多人犯罪的情況下，就必須先行確認行為主體與行為關

⁷⁷ 林麗瑩，〈檢察一體與檢察官獨立性之分際〉，《月旦法學雜誌》，2005 年 9 月，第 124 期，頁 49。

⁷⁸ 林鈺雄，《新刑法總則》，台北，自版，2011 年 9 月三版，頁 108、423。

⁷⁹ 許澤天，〈利用他人錯誤之間接正犯-兼談誤想防衛與防衛必要性〉，《法學講座》，2003 年 9 月，第 21 卷，頁 55。

連性關係之後，方得妥善的界分出各種參予型態⁸⁰。關於不具資格之幕後者利用具有特定資格者實現客觀不法構成要件時，不具有特定資格者，雖然現行法以刑法第 31 條第 1 項有關純正特別犯規定之「仍以共犯論之」來解決，只能說明具有共犯的性質(教唆犯或幫助犯)，但這個部份卻無法將無資格者擬制為正犯，係因若幕後主導者欲和行為人成立共同正犯的關係，則必須在檢察官明知的情況下，並且必須先確認行為主體及其所得以成為共同性之行為適格關係，避免共同正犯的認定流於「人的共同」而非「行為事實的共同」的弊端，因此我國欲透過刑法第 31 條第 1 項法律擬制的關係，使原本不具行為主體資格之人，得以成為正犯的形式，顯得太過一廂情願，不具主體資格的人，不論如何均無法取得正犯之地位⁸¹。

第三項 限縮主觀構成要件下的爭議

第一款 限縮主觀構成要件之理由

濫權追訴處罰罪之主觀構成要件不論是濫權之故意、意圖取供，特別是故出入人罪的主觀構成要件則極度限縮於直接故意，亦即不論係檢察首長對於下級檢察官的指示權的行使，或者是不具檢察官或法官之身分之幕後行為人，使辦案之檢察官或法官作出起訴(處罰)或者不起訴(處罰)之處分，此時構成故出入人罪之行為人，均須對於犯罪之構成要件具有明知才行，但卻因為對於明之要件證明上的困難，而使此罪的檢察官或法官入罪甚難形成。為何限縮於直接故意，肇因立法者在立法之初，已對此罪之主觀構成要件作出價值判斷，除了刑法第 125 條第 1 項第 3 款中，包括有針對法官對於無罪之人濫權予以處罰，或是對於具有足夠犯罪嫌疑的被告，卻不予其有罪的處罰之外，基本上濫權追訴處罰罪主要規範的是犯罪追訴機關及偵查機關，即指檢察官而言。而偵查機關所為之偵查行為，基於法律保留原則，包括對於犯罪行為的嫌疑人所為的拘捕，或是對於

⁸⁰ 柯耀程，《刑法的思與辯》，自版，2003 年 12 月，頁 217。

⁸¹ 柯耀程，前揭註 80，頁 217。

被告所為之羈押，均屬於對於基本人權之人身自由最嚴重的干預，而在法律程序正當性的要求也相當嚴格，但檢察官對於犯罪行為人為有罪、緩起訴或者不起訴，對於犯罪嫌疑人最終被判有罪或者無罪，屬於相對或然率的問題，即便在刑事訴訟法的要求上，對於得起訴的案件，亦非要求必須要有罪，而是以「足認有犯罪嫌疑」為前提即可，因此在立法的構成要件的要求上，則要求必須以直接故意為要求，以及本於偵查或追訴的確信，有悖於此種法律要求的確信，而蓄意使人深陷司法程序的束縛，方得以成罪⁸²。特別的是在於刑法第 125 條第 1 項第 3 款的故出入人罪，不能因為法院的審判結果和檢察官不同或者各審級檢察官心證不同則認為檢察官具有故意，若本條不限於直接故意，不論係過失甚或是未必故意，都將使檢察官容易進入此條的規範內，也容易造成法官或檢察官辦案產生寒蟬效應，不論對於被害人起訴或者不起訴都不是，因而有礙於司法公正行使。

第二款 限縮主觀構成要件產生的問題

若是上級檢察官動用檢察事務指令權，挑選了一個辦案方向和自己較為相近之人，亦或是辦案檢察官的心證恰巧被上級檢察官所知悉，下級檢察官則可能在不具有直接故意的情形，因主觀構成要件不該當而不能成為該罪的正犯，或者因為難以證明具有直接故意而不能成為該罪證犯，此時上級檢察官因為對於操縱犯罪因果流程是決定性的人物，亦或者具有認知或意志優越性的意思之配⁸³，縱然有成立間接正犯之可能，但會因為前述對於故出入人罪主觀要件限縮於直接故意導致證明困難，以及上級檢察官更容易利用其檢察事務指令權對下級檢察官操縱辦案的方向，縱然有法定原則以及客觀性義務作為行使的界限，但這個界限恰好也就是用以證明的主觀構成要件是否具有：「明知」，因此在檢察一體下就更加的難以證明，故甚難以此條將檢察官入罪，這就像是擁有了一

⁸² 立法院第 7 屆第 2 會期司法及法制委員會審查「中華民國刑法部分條文修正草案」公聽會紀錄中，頁 26~27。

⁸³ 林鈺雄，前揭註 78，頁 429。

把絕美但無法上膛的手槍，怎麼也使不上力。而不具有身分的幕後行為者，必須對教唆行為本身必須有喚起他人犯意的故意，並有為特定且既遂犯罪之故意，此時行為人因為主觀構成要件證明上的困難而難以入罪，在沒有正犯的情況下，就不會有共犯，因而亦無法論以教唆犯。因此，可知在主觀構成要件限縮於直接故意之下，在共犯結構下所造成的問題更大。

在前述的共犯結構中，分別為有身分之人以及無身分之人對於下級檢察官間的共犯結構關係的討論，對於主觀構成要件的限縮於明知下，不但對於主行為人的論罪已非常困難下，對於其上級檢察官亦有相同的困難存在，因此，經常出現「上級濫命、下級濫從」的情事，本欲以濫權追訴處罰罪作為外部監督的制衡機制，反而毫無作用。而在不具身分之幕後行為人與下級檢察官間的情形，明顯對於整個客觀不法構成要件實現的過程當中具有支配關係之人，因為不具有身分既不能論以間接正犯，而在要求主行為人必須具備有故意的情況下，亦無法論以教唆犯，因而造成刑法對此有保護不周的情形產生，因而有主張主行為者不須具備有故意的見解產生，係因若誤導他人限於錯誤的幕後者，其行為本身的非價內涵，顯然遠較一般唆使他人故意實施犯罪者為重，若只因為主行為必須具有故意的要求，而使幕後者完全不具可罰性，將會嚴重的破壞事理平衡。然而若是採取捨棄對於主行為須具備故意的立場，將會毀壞對於刑法構成要件明確的界限⁸⁴，而當初立法者設立的可罰界線也將會遭到破壞，諸如在檢察官依他人偽證行為所得之證據客觀判斷提起公訴或者做出不起訴的處分，卻因此成立教唆故出入人罪，但在持主行為須具有故意的見解下，屬於純正特別犯之濫權追訴處罰罪，確實會發生一些違背社會事理的情形，並且也造成法益保護上的漏洞，但為了避免構成要件明確性的刑法保障功能的喪失，或許這也是可以做為目前濫權追訴處罰罪對於行為主觀構成要件限縮於故意的理由之一，並且基於前述對於本罪故意必須存在的必然理由，就此立法上的漏洞，仍有待未來修法填補之。

⁸⁴ 許澤天，〈教唆或幫助欠缺故意之行為〉，《軍法專刊》，1999年4月，第45卷第4期，頁35。

第四節 小結

於本章中討論的關於濫權追訴處罰罪目前在實務上適用的困難，大致上歸類有三，分別為救濟制度上的困難、行為主體資格範圍過於狹窄以及對於主觀構成要件的限縮，這些問題都將使得原本用來作為外部實體上制衡檢察權的濫權追訴處罰罪，難以將檢察官以及法官以之相繩，而形成法益保護上的漏洞。對此本文以為，先屏除本罪的構成要件是否訂立得當，在救濟制度上人民若是無法用以捍衛自身權益，縱然條文的法定構成要件完美無虞，誠屬枉然。因此在救濟制度上，特別著重於得否提起自訴或者告訴的部份，係因告訴人得表示不服阻斷處分的確定力，自訴人則得直接開啟法院審判程序。而人民若欲提起告訴或自訴，則必須限於犯罪的直接被害人，即有個人法益直接受有侵害。惟現行實務的操作上，除了刑法第 125 條第 1 項第 1 款之濫用職權為逮捕羈押罪肯認對於個人的自由法益有所侵害外，在意圖取供而施強暴脅迫罪，甚或故出入人罪如此對於人民名譽財產以及生活重心皆受影響的情況下，皆採取否認對於私人法益的直接侵害，因而否定人民得提起救濟。於此姑且不論以法益區分是否得當，在實務對於告訴或者自訴制度對於直接與間被害人的認定劃分界線之前，或立法採取學者⁸⁵對於此類犯罪應放寬人民提起自訴的情況前，可先予承認此種侵害國家法益之犯罪應該具有雙重性格，除了對於國家司法權的嚴正公平行使之外，亦應承認係為避免人民因為檢察官或法官濫權因而受到不法之司法決定之侵害，進而將此法益從國家法益端往個人法益的保護端拉回，使人民得居於訴訟當事人的地位提起自訴或向檢察官提起告訴。在此之下，因為告訴只是為了促使國家發動偵查，在承認濫權追訴處罰罪所保護的法益具有雙重機能之下，放寬對於得提起告訴的直接被害人的認定，始能真正的制裁檢察官的濫權不起訴，並且交付審判具有代替自訴的功用，可以解省訴訟資源，亦可防止濫行自訴，以刑

⁸⁵ 陳運財，前揭註 69，頁 169。

逼民的陋行，並且合於限縮自訴甚至廢除自訴的走勢。

次者，濫權追訴處罰罪之行為主體僅限縮於具有追訴及處罰權限之公務員，係指檢察官與法官而言，係因實務上嚴格的將追訴的解釋限縮於追訴犯罪，並不包括偵查程序，然而在實務上偵查階段中占大多數者，多為協助檢察官或受檢察官指揮及命令之司法警察人員，也是最直接接觸人民，因而最容易侵害人民權益之人，司法警察人員可能為了內部的績效考核而亟欲破案，過於依賴犯罪嫌疑人的自白以得到更多的犯罪證據，因此以押取供而構成濫用職權為逮捕或羈押罪，進而形成意圖取供而施強暴脅迫罪的部分，產生現行實務上關於刑求的事件層出不窮之情形。原本應該可以期待檢察官對於司法警察人員具有監督制衡的作用，然檢察官多基於和司法人員間同屬偵查機關的關係，為了維持雙方間的和諧，除了對於犯罪嫌疑人提出刑求的抗辯容易形成主觀心態以外，對於在無直接證據的情況下，也就未再加以深究，而縱然可依刑法第 134 條不純粹瀆職罪處罰，但根據本條的立法正當性已然具有爭議，公務員只是各種職業中的一種，何以對於公務員對於犯罪的免疫有較高的期待可能性⁸⁶，公務員的身分在此只不過是一個不法意義的身分，因而其實最重要的並不是在於對於本罪的公務員概念的擴張，而是在於公務員所為的職務內容，因為欲將追訴的概念定義擴張至偵查階段，而認為應將司法警察人員一同納入始為合理，但對於偵查之證據決定是否對於犯罪嫌疑人提起公訴或者依心證作出判決予以科刑處罰，仍然屬於檢察官以及法官的職權範圍所在，因此於刑法第 125 條第 1 項第 3 款故出入人罪的部分則不採擴張行為主體之見解。

接著從濫權追訴處罰罪的共犯結構關係看主觀構成要件的缺失，從多人犯罪的情況下，檢察官以及受其指揮監督之司法警察人員，應從擴大行為主體適用的方式，將司法警察人員一併納為濫權追訴處罰罪的規範對象，至於上級檢察官以及不具有行為適格的幕後主導者，則必須將下級檢察官之主行為人區分為是否有明知的情況，在下級檢察官

⁸⁶ 黃榮堅，前揭註 64，頁 773。

具有直接故意的情況下，上級檢察官則會依是否對於犯罪事實有認知以及有否意志優越性而來的意思支配區分其為間接正犯或者教唆犯，至於不具有追訴或者處罰權限資格之幕後主導者，因為濫權追訴處罰罪為純正特別犯，不具有前述的資格者，最多也只具有共犯的色彩。而濫權追訴處罰罪對於主觀構成要件的限制中，又以故出入人罪的明知最為嚴格，係因檢察官對於犯罪的偵查階段對於犯罪嫌疑人是否具有嫌疑，應否提起公訴，屬於相對或然率的問題，並且容許各審檢察官間，或檢察官與法官間的心證有所不同，因此特設此直接故意的規範，若將此明知的構成要件拿掉，則將使檢察官或者法官容易掉入此條，是屬於立法價值上的判斷，但這也使得實務上要證明具有直接故意上產生困難，縱然上級檢察官有論以間接正犯的可能，最後也都會卡在明知的證明上。相同的，若是在下級檢察官不具有直接故意，而係因檢察一體而受上級檢察官檢察事務指令權的行使，若上級檢察官是刻意挑選心證與其相同者，導致辦案的方向於其相同時，則仍有論以間接正犯的空間，但在不具有身分資格的幕後行為者，特別是在檢察官不起訴的情況下，行政容易介入司法下，針對此惡意之幕後行為者，不但無以間接正犯以之相繩，甚至教唆犯也無以成立，此乃有違事理的衡平，但是究竟可否認為應該屏棄此明知構成要件的要求？有認為對於檢察官應注意能注意而不注意的部分其實也是有其成立的可能，例如應該再加以訊問或者釐清案情的部分，是否是過失的態樣，將故出入人罪擴張到未必故意或者有認識過失在保護人權方面，或許是一個可取的方向⁸⁷，惟本文採否定見解，關於檢察官以及上級檢察官間的共犯結構關係，應該以其自律重於他律的精神為導向，尊重檢察官與法官間獨立辦案的空間，但必須加強落實內部對於檢察官起訴的案件後判無罪的作為考核的內容之一，加強檢察官的淘汰制度的運用，以其對於客觀性義務的遵守，並且嚴格遵守對於檢察一體下檢察事務指令權的界限以及行使方式。

最後，在主觀構成要件的部分，逮捕羈押實務運作上，確實存在有因疏忽而未依程序而逮捕、羈押被告，還有因失誤而未經法院裁定延長羈押者，由於本款之主觀構成要

⁸⁷ 參前揭註 82，頁 48。

件係一般故意，而這些疏失係屬於應注意、能注意而不注意的情形，則有過失存在的可能，但在濫權追訴處罰罪的規定中並不可貿然的加入過失的立法，係因為在主體關係未依分項關係而分別立法時，司法警察人員發生濫權逮捕或刑求的情形時，僅得依刑法強制罪或妨礙自由罪以及不純粹瀆職罪的規範處理之，而前開對於人身自由的規定均未訂有過失的規定，若將濫權追訴處罰罪加入過失的立法，將使濫權追訴處罰罪的主觀構成要件和強制罪或者妨礙自由罪產生不相同的立法規範。在意圖取供而施強暴脅迫罪上，意圖乃特殊的主觀構成要件的要求，除了具有故意之外，仍須具有取供之意圖，因此殊難想像因過失而施強暴脅迫取供，但為加強對於此罪的保護，除了同於前款對於主體適格的擴張之外，應同擴張其不法取證的方法，將利誘、詐欺或其他不正方法列入，以保障人民權益，並與刑事訴訟法一致，提高司法威信。





第六章 結論與建議

第一節 結論

一、 檢察一體作為內部制衡濫權效果不彰

檢察官依我國的法制是刑事訴訟程序中唯一的全程參與者，在訴訟法上的任務就是在偵查上作為主導者，監督並且控制司法警察的偵查活動，以避免侵害到人民權益，並且同時作為法官裁判入口的把關者，作為一個篩漏的功能，判斷案件是否必須起訴，將不須審判的案件先行篩出，以達到國家司法資源的有效利用。而賦予檢察官的這些權力則同時必須課予訴訟上的義務，必須嚴格遵守合法性與客觀性的義務。在合法性義務的遵守上面，本應嚴格遵守法定原則，在考量訴訟經濟以及訴訟資源有效性的分配下，酌採便宜法則，而檢察一體存在的積極目的也就是統一檢察官裁量權的標準，上級檢察官得以命令貫徹自己對於裁量權的見解，檢察官雖然有自主性或獨立為意思表示的權限，基於其本身對於法律的確信以及法定原則，縱然想要抗命，但因為具有公務員身分，只要想到可能受到機關內部的紀律處分，必須面對行政懲處，因此而退守對於法定原則的遵守，在法律守護人的美譽前，可能會先選擇守護自己。在客觀性義務方面，此乃一種對於檢察官辦案的目標設定，而檢察官常因為對於自身職業的自主意識太強，認為就是扮演著代表國家摘奸發伏，打擊犯罪的正義使者，因此常常在辦案時對於被告的有利證據顯少注意，而使實務上經常發生令人民譁然或者詬病的決定，而損及人民對於司法的信賴感，諸如已察官對於沒有定罪把握的案件，枉法草率起訴，或者惡劣的拖延訴訟，以致長期纏訟不休，懸而不決¹。但檢察一體制度下的上命下從，作為檢察官客觀性義務的制衡機制，除非檢察官必須遵從上級命令與其本身應該恪守的義務恰巧相同，否則兩者是背道而馳的，如何要求檢察官在遵從上級的命令下同時又具有及客觀性，因此我國欲以檢察一體的制度來做為內部制衡檢察權的手段，也就是說檢察一體存在最重要的

¹ 參閱陳長文於江原慶所著《流浪法庭 30 年-台灣三名老人的真實故事》中推薦序一文，報導文學，台北，2008 年 8 月 1 日，頁 5。

目標就是要防範下級檢察官的濫權或者誤斷，但對於濫權或誤斷情形，何以只有下級會發生，而上級完全得以免除，並且上級本身濫權的問題並沒有因此而解決，反而上級離行政層峰更接近，也就更容易受到行政干預的侵害，產生檢察一體並非作為防範下級濫權的機制而是直接作為上級干預下級辦案的正當理由，因此對於檢察權的制衡，檢察一體監督制衡的發揮成效不彰。

二、 被害人界線不明導致救濟困難

檢察權的外部監督制衡機制則是透過濫權追訴處罰罪作為實體法上的制裁手段，特別是在刑法第 125 條第 1 項第 3 款的故出入人罪中，更可以看出立法者想要以此規範檢察官遵守法定原則的決心，雖然前面已有檢察一體作為檢察官濫權的第一道防線，但如同前面所述，其成效不彰，因而被害人對於檢察官的濫訴或濫行不起訴的最後制裁手段也就顯得特別的重要，因此故出入人罪得否在實務上運作，被害人的救濟能否確實主張，才是本罪的核心概念。然而實務上對於得於提起告訴或者自訴之人，限於直接被害人，以實務的見解認為，在故出入人罪上均屬於對於國家審判權的犯罪，侵害的是對於公務員服務的忠信規律以及國家公務執行的公正，屬於對於國家法益的侵害，縱然對於私人不無影響，但因為是受國家審判權的誤加所致，仍屬間接被害人，私人並非直接被害。依此見解，法院則會因此作為理由，駁回檢察官所提起之公訴或者是被害人自訴救濟程序。縱然對於檢察官偵查活動的開啟，告訴和告發並無不同，被害人亦得發起告發一路可茲救濟，但和告訴人以及自訴人在訴訟法上的地位相差甚遠，不但不如自訴人一般居於訴訟當事人的地位，亦非如告訴人能針對檢察官所為的不起訴處或緩起訴處分表示不服，聲請再議或交付審判。因為實務上向來認定本罪侵害的是國家法益，本應由檢察官代表國家進行追訴，但又該如何期待檢察官辦檢察官？若是自訴進入到法院進行審判階段，法院又將會以係侵害國家審判權為由，屬於國家法益的侵害而駁回之，因此被害人針對檢察官的濫行起訴或者濫行不起訴在實務上的救濟制度，可謂是徒勞無功，

而針對立法者當初設立的本最主要目的以防指檢察官濫權，則枉費心意，亦即除了以檢察一體控制檢察官濫權成效不彰外，欲以實體法的機制控制檢察官更是難如登天。

三、 行為主體範圍過狹

濫權追訴處罰罪除了在救濟制度上讓被害人無以作為對抗檢察官濫權的手段外，在客觀構成要件中的行為主體適格的部分，本罪將之嚴格限縮於具有追訴以及處罰權限的公務員，亦即檢察官或者法官，在法官的部分除了對於檢察官的聲請羈押有濫權的可能，以及對於刑事犯罪處罰上的濫權外，基本上濫權追訴處罰罪主要規範的是犯罪的偵查機關，而實務上真正進行犯罪偵查的為司法警察人員，司法警察人員則受到檢察官的指揮或協助檢察官偵查犯罪以發現真實，然司法警察人員往往為了辦案績效或者依循長期以來的偵查犯罪手段，容易濫權逮捕人民，或用強暴脅迫的手段逼迫被害人自白，侵害人民的生命、身體以及自由陳述的權益，何以司法警察人員不論其強暴手段的強弱，均以刑法強制罪處理，縱然強暴的程度已達意圖取供而施強暴脅迫罪下的程度時，卻因為主體不適格，而脫逸於濫權追訴處罰罪較重的處罰？然而此時檢察官之所以居於偵查主導的地位，雖然對於司法警察人員的強制處分有事前及事後的監督機制，但是由於檢警之間合協辦案的關係，若是被害人主張遭受到刑求，此時檢察官經常主觀上認為被害人有犯罪嫌疑，並且多在缺少直接證據之下，採取著不直接不積極辦案態度，而無法對於這些司法警察人員加以制裁，雖然目前係以不純粹瀆職罪加以規範，但除了對於不純粹瀆職罪的立法仍有爭議外，重要的並不是在於因為公務員的身分而加重，而是在於因為其身分所從事的職務內容，因此在濫用職權為逮捕或羈押罪以及意圖取供而施強暴脅迫罪下，這些犯罪型態多為司法警察人員的職務範圍內容容易構成，實不應將行為主體僅限縮於具有追訴或處罰權限之檢察官或者法官，因為此二者誠非第一線直接參與的犯罪偵查人員，如此規定下，濫權追訴處罰罪便很難規範到真正犯罪行為人，也偏離其客觀構成要件中犯罪樣態的核心概念。

四、 故出入人罪限於明知導致入罪率低

濫權追訴處罰罪下有三種不同的犯罪行為態樣，為濫用職權為逮捕羈押罪、意圖取供而施強暴脅迫以及故出入罪三種，分別對於主觀構成要件上有不同的要求，分別是濫用職權、意圖取供以及明知，均是屬於故意的行為，並沒有過失的規定，特別是在故出入人罪，將主觀構成要件限制於明知，亦即限於直接故意，係因為檢察官依刑事訴訟法的規定要將犯罪嫌疑人为起訴、緩起所或者不起訴，都是依其所蒐集的證據並依其心證所作出的決定，因此也就帶有主觀的色彩，而是否有罪的判斷，這當中即帶有或然率，也才容許檢察官與法官間能有不同的心證，因此若是沒有明知作為保護牆，對於犯罪嫌疑認是否有罪，只要不是直接故意，只要有未必故意即可，將會使檢察官容易因此而入罪，這個是立法者當時的價值判斷，為了避免寒蟬效應以及檢察官辦案的獨立空間，應值得尊重，但在實務上對於檢察官濫權起訴或者濫權不起訴的案件卻層出不窮，則是因為直接故意證明上有其困難，並且在檢察一體之下，越接近行政層級的上級檢察官就越容易恣意濫權，而全都因為明知此不得不的規範，而安然無事的躲在這保護傘之下。

第二節 建議

一、 增強檢察官對於訴訟法上義務的遵守

檢察官在訴訟法上須遵守法定性義務以及客觀性義務，對於此訴訟法上義務的違背而形成濫權，在檢察一體作為檢察權的監督機制效果不彰之下，除了加強實體法上對於檢察權的監督，也就是濫權追訴處罰罪對於法定原則的落實，在客觀性義務下，除了有賴於檢察官對於自身角色是屬於國家公益代表人，具有公益色彩的認知外，強化檢察官的職能，辦理各項在職的教育訓練，對於偵辦案件不利、濫權起訴或上訴，嚴重違反辦

案程序規定或職務規定等，送交評鑑，形成另一種對於檢察官制約的力量，以落實對於客觀性義務違反的效果，使客觀性義務不再是作為對於檢察官一種目標性的規範。

二、 擴大被害人救濟制度

濫權追訴處罰罪是用以作為檢察權的外部監督機制，然而本罪在實務運作上所碰到的問題，首先是救濟上的問題，針對檢察官的濫權起訴或許還有得進入審判的空間，然而針對檢察官濫權不起訴，在實務上將直接被害人的定義清楚前，可以擴張濫權追訴處罰罪所保護的法益，具有雙重機能，同時保護有私人法益在內，因而可提起自訴或告訴，亦或者依德國強制起訴程序，請求法官裁定命為起訴，係因為若是國家除少數例外情形外，禁止人民對犯罪行為採取防衛及追訴或處罰犯罪人的行動時，國家永遠必須要代替已經成為被害人的人民，依職權發動偵查，並負責追訴與處罰的工作²，然而此種制度的另一種意義，則是避免當事人求助無門，因此我國或許可以考慮放寬告訴犯罪被害人的概念，畢竟告訴是為了發動國家的偵查，不論是不是涉及訴訟要件，都不需要太過嚴格，若能藉由此方式防範檢察官的濫權並同時保護被害人的利益，便可以考慮限制，甚至廢除自訴，除了可以防範濫行自訴之外，亦可合於目前傾向廢除自訴的走勢。

三、 擴張行為主體適格

在構成要件的部分，主體適格的部分，應該配合追訴概念放寬至偵查階段，而將主體擴張到司法警察人員的部分，因此在法條的修正建議上，可將刑法第 125 條第 1 款及第 2 款的行為主體修正為：「具有偵查權的公務人員及職務的輔佐員」。但並非對於濫權追訴處罰罪的最好處置，針對不同的行為態樣，應有不同的行為主體規定，主體關係應

² Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁-成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想》，台北，元照，2008 年 11 月，頁 153。

該是分項結構，而非如濫權追訴處罰罪之規定，將主體限縮在具有追訴或處罰犯罪權限之公務員，使得行為主體和犯罪行為態樣無法合致，因為對於檢察官或法官要犯刑法第125條第1款及第2款的情形，確實較為不可能，在此之下或許可以考慮增訂第2項：「使具有偵查權的公務人員及職務的輔佐員犯前項第1款及第2款之罪，亦同。」使法條規範較為完整，合於人民對於本條的預期。除此之外，應將意圖取供而施強暴脅迫罪中的不法取供的手段，將「利誘、詐欺或其他不正方法」列入，不但能與刑事訴訟法的規定一致，法律規範的範圍較為完整，能藉以充份保障人民的權益，不至於掛一漏萬，而提高人民對於司法的信賴度。

四、維持主觀構成要件的立法

在主觀構成要件的部分，在濫用職權為逮捕或羈押罪，經常出現有疏忽而未依程序逮捕羈押的情形，而存在有過失的可能，但若在目前的濫權追訴處罰罪冒然加入過失的立法，將會導制司法警察人員有上述情形時，因為妨礙自由罪或者強制罪並未規定過失，而導致此種立法有失公允，因此並不建議直接於主觀構成要件中加入過失。至於故出入人罪的明知，為了使檢察官能有嚴正公平的辦案空間，應許尊重，但對於檢察官應注意而不注意的部分，應該也有其成立的可能，或許可以朝著未必故意或者有認識過失的方向來努力，但在立法上是有困難或者矛盾，這部份則可先回歸人民最基本的救濟制度，應許遭受濫權不起訴之被害人得提起告訴加以制裁的權利，以達衡平狀態，並加強檢察官對於客觀性義務的遵守以及違反之效果，或者落實內部檢察官或法官的淘汰機制加以防堵，係因仍然期待國家司法權行使者，能以自律取代他律，畢竟刑罰已是最後手段。

以上為本文對於濫權追訴處罰罪的分析後所提出的看法，然而依學者所言，罪刑法定的另一個意旨，在於具有良知與謹慎小心的立法者，不斷的仔細審酌所有法益保護之

漏洞，然後透過立法處理此一問題。但是若立法者長期的怠於履行此一任務，解釋法律的人將會漸漸的形成僭越立法職權的傾向³，因此濫權追訴處罰罪的未來發展，仍有待立法者多與學界討論修法，以期待將來能透過此罪的修訂，給與人民一個能夠信賴的司法環境。



³ 許澤天，〈教唆或幫助欠缺故意之行為〉，《軍法專刊》，1999年4月，第45卷第4期，頁38。



參考文獻

一、 書籍

1. Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁-成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想》，台北，元照，2008年11月。
2. 何賴傑，〈自訴之限制、追加起訴與程序瑕疵之治癒〉，《刑事訴訟法實例研習》，學林，台北，2000年6月。
3. 周治平，《刑法各論》，台北，自版，1968年9月16日。
4. 張麗卿，《刑事訴訟制度與刑事證據》，台北，元照，2003年5月二版。
5. 張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，台北，五南，2010年9月。
6. 林國賢、李春福合著，《刑事訴訟法論(上冊)》，台北，李春福出版，2006年1月。
7. 林國賢、李春福合著，《刑事訴訟法論(下冊)》，台北，李春福出版，2006年1月。
8. 林山田，〈論檢察官〉，《刑法的革新》，台北，學林，2001年8月。
9. 林山田，《刑事程序法》，台北，五南，2000年5月增訂三版。
10. 林山田，《刑法各罪論(上冊)》，自版，2006年10月五版。
11. 林山田，《刑法各罪論(下冊)》，自版，2006年11月五版。
12. 林山田，《刑法通論(上冊)》，自版，2006年4月九版。
13. 林山田，《刑法通論(下冊)》，自版，2006年6月九版。
14. 林山田、林東茂、林燦璋，《犯罪學》，台北，三民，2002年10月三版。
15. 林東茂，《刑法綜覽》，台北，一品發行，2012年8月七版。
16. 林永謀，《刑事訴訟法釋論(上冊)》，自版，2010年12月。
17. 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)-總論編》，台北，自版，2013年9月七版。
18. 林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)-各論編》，台北，自版，2013年9月七版。
19. 林鈺雄，《新刑法總則》，台北，自版，2011年9月三版。
20. 林鈺雄，《檢察官論》，台北，學林，1999年4月。

21. 柯耀程，《刑法的思與辯》，自版，2003年12月。
22. 柯耀程，《變動中的刑法思想》，自版，2001年9月修訂二版。
23. 江元慶，《流浪法庭30年-台灣三名老人的真實故事》，台北，報導文學，2008年8月1日。
24. 法務部，〈法務部對於「檢察機關是司法機關」及「檢察官得行使羈押等強制處分權」綜合意見書〉，《羈押權釋憲案相關資料輯要》，台北，法務部，1996年6月。
25. 法務部加強檢查功能研究委員會研究資料彙編，《題綱五：建立檢察官協同偵查制度》，台北，法務部，1992年11月。
26. 法務部統計處，《中華民國100年法務統計年報》，台北，法務部，2012年4月。
27. 王兆鵬，《刑事訴訟法講義》，台北，自版，2008年9月三版。
28. 王振興，《刑法分則實用(增修本第一冊)》，自版，1994年6月再版。
29. 王泰升，《台灣檢察史-制度變遷史與運作實況》，台北，法務部，2008年1月。
30. 甘添貴，〈刑法上公務員概念之界定與詮釋〉，《刑法修正後之適用問題》，台北，最高法院，2006年8月。
31. 甘添貴，《刑法各論(上)》，台北，五南，1995年10月四版。
32. 甘添貴，《刑法各論(上)》，台北，五南，1995年10月四版。
33. 甘添貴，《刑法案例解評》，台北，自版，1999年。
34. 盧映潔，《刑法分則新論》，台北，新學林，2010年8月修訂三版。
35. 蔡墩銘，《刑法各論》，台北，三民，2009年7月修訂二版。
36. 蔡墩銘，《刑法精義》，台北，自版，2001年3月一版。
37. 蔡墩銘，《德日刑法典》，台北，五南，1993年12月。
38. 蔡墩銘主編，何任清著，〈論刑法上之瀆職罪〉，《刑法分則論文選輯(上)》，台北，五南，1984年7月初版。
39. 褚劍鴻，《刑事訴訟法論(上冊)》，台北，台灣商務，2001年9月五版。
40. 褚劍鴻，《刑法分則釋論(上冊)》，台北，台灣商務，2002年10月三次增訂版。

41. 許玉秀，〈公務員概念的立法定義-第 16 次修正刑法檢討(第 10 條第 2 項)〉，《新修正刑法論文集》，台北，司法院，2006 年 12 月。
42. 鄭逸哲，〈論加重結果犯〉，《法制現代化之回顧與前瞻-楊建華教授七秩誕辰祝壽》，台北，月旦，1997 年 8 月。
43. 陳子平，〈準強盜罪論〉，《刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(二)》，台北，元照，2000 年。
44. 陳志龍，《檢、辯、審在刑事認知程序之互動關係-檢察官的任務(偵查、公訴、執行)與檢察一體》，台北，法務部，2001 年 11 月。
45. 陳志龍，《法益與刑事立法》，1997 年三版。
46. 陳煥生，《刑法分則實用》，自版，1998 年 2 月修訂二版。
47. 韓忠謨著，吳景芳增補，《刑法各論》，台北，三民，2000 年 9 月增補一版。
48. 馬英九，〈「合理的折衷」：從美國最高法院的兩個判例看羈押權問題〉，《羈押權釋憲案相關資料輯要》，台北，法務部，1996 年 6 月。
49. 高金桂，〈論被害人在刑事訴訟法上之地位〉，《刑事法系列研討會(一)》，學林，台北，2000 年 4 月。
50. 黃仲夫，《刑法精義》，台北，元照，2008 年 1 月修訂二版。
51. 黃常仁，《刑法總論：邏輯分析與體系論證》，自版，2009 年 1 月最新增訂二版。
52. 黃朝義，《刑事訴訟法》，台北，一品，2006 年 9 月。
53. 黃東熊，《刑事訴訟法研究》，台北，自版，1999 年 10 月一版。
54. 黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，台北，元照，2001 年 4 月初版。
55. 黃榮堅，《基礎刑法學(上)》，2012 年 3 月四版。
56. 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，2012 年 3 月四版。
57. 黃源盛，《刑法各論》，台北，空大，2006 年 8 月第二版。
58. 黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注(上)》，台北，元照，2010 年 7 月。
59. 黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注(下)》，台北，元照，2010 年 7 月。

二、 期刊

1. 王乃彥，〈論準強盜罪的強暴概念〉，《月旦法學雜誌》，2008年12月，第163期。
2. 王兆鵬，〈偵查權之發動與限制〉，《檢察新論》，2010年1月，第7期。
3. 甘添貴，〈刑法上公務員之定義與涵蓋範圍〉，《月旦法學雜誌》，2003年1月，第92期。
4. 石木欽，〈論違背法定程序取得證據之證據能力〉，《檢察新論》，2008年1月，第3期。
5. 朱朝亮，〈從檢察官天職，回首檢改十年〉，《檢察新論》，2007年1月，第1期。
6. 何祖舜，〈論偵查門檻與人權保障〉，《檢察新論》，2010年1月，第7期。
7. 吳巡龍，〈檢察獨立與檢察一體-兼評檢察官未經檢察長核定逕行起訴事件〉，《月旦法學雜誌》，2005年9月，第124期。
8. 吳冠霆，〈我國起訴審查制度之檢討〉，《刑事法雜誌》，2006年12月，50卷第6期。
9. 吳冠霆，陳貞卉，〈我國交付審判制度之檢討〉，《刑事法雜誌》，2004年2月，第48期第1卷。
10. 吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，《警大法學論集》，中央警察大學法律學系，2006年3月，第11期。
11. 林山田，〈論加重結果犯〉，《台灣本土法學雜誌》，2007年10月，第99期。
12. 林山田，〈論檢察機關與檢察官〉，《全國律師》，1998年6月，第2卷6期。
13. 林國賢，〈自訴制度之存廢問題〉，《法令月刊》，1988年9月，第39卷9期。
14. 林鈺雄，〈刑法總則：第三講-犯罪之基本類刑〉，《月旦法學教室》，2003年02月，第4期。
15. 林鈺雄，〈檢察官不蒞庭之法律效果〉，《律師雜誌》，1999年2月，第233期。
16. 林鈺雄，〈檢察首長之指令權與強制處分〉，《月旦法學雜誌》，1999年8月，第51期。

17. 林鈺雄，〈體檢檢察官之法律地位-以上命下從及其界線問題之探討為中心〉，《月旦法學雜誌》，1998年8月，第39期。
18. 林輝煌，〈我國檢察官制度之檢視與再造—以比較制度及《聯合國1990年檢察官角色指引》為準據〉，《檢察新論》，2008年1月，第3期。
19. 林錫堯，〈國家賠償法之分析與檢討〉，《台灣本土法學雜誌》，2005年11月，第76期。
20. 林麗瑩，〈試論司法官的倫理規範體系-以國際組織研究意見及德國法為中心的探討〉，《檢察新論》，2007年7月，第2期。
21. 林麗瑩，〈檢察一體與檢察官獨立性之分際〉，《月旦法學雜誌》，2005年9月，第124期。
22. 施慶堂，〈檢察獨立或檢察獨霸〉，《檢察新論》，2008年1月，第3期。
23. 柯耀程，〈刑法公務員概念初探-廢弛職務罪之認定〉，《軍法專刊》，2010年6月，第56卷第3期。
24. 柯耀程，〈特別犯〉，《月旦法學教室》，2005年4月，第30期。
25. 徐育安，〈直接與間接故意之區分-最高法院94年台上字第5458號判決之探討〉，《月旦法學雜誌》，2008年11月，第162期。
26. 高金桂，〈結合犯與加重結果犯之糾葛〉，《月旦法學教室》，2008年6月，第68期。
27. 高金桂，〈論意圖犯〉，《刑事法雜誌》，2008年4月，第52卷第2期。
28. 張麗卿，〈憲法解釋與訴訟權之保障-以釋字569號為中心〉，《東海大學法學研究》，2006年6月，第24期。
29. 許玉秀，〈一罪與數罪的理論與實踐(三)〉，《台灣本土法學雜誌》，2006年3月，第80期。
30. 許澤天，〈利用他人錯誤之間接正犯-兼談誤想防衛與防衛必要性〉，《法學講座》，2003年9月，第21卷。
31. 許澤天，〈教唆或幫助欠缺故意之行為〉，《軍法專刊》，1999年4月，第45卷第4

期。

32. 許澤天，〈總統之刑事豁免權與證人特權-德國法啟示〉，《月旦法學雜誌》，2007年3月，第142期。
33. 郭吉助，〈檢察官客觀性義務的危機與實務上體現〉，《刑事法雜誌》，2010年12月，第54卷第6期。
34. 郭吉助，〈檢察官客觀性義務規定之探討〉，《檢察新論》，2013年1月，第13期。
35. 陳子平，〈妨害公務罪、公共危險罪與妨害自由罪等〉，《月旦法學教室》，2013年2月，第124期。
36. 陳子平，〈準強盜罪之「強暴、脅迫」〉，《月旦法學教室》，2003年7月，第9期。
37. 陳文琪，〈檢察一體之實踐〉，《檢察新論》，2007年1月，第1期。
38. 陳宏達，〈偵查取證程序之監督〉，《檢察新論》，2010年1月，第7期。
39. 陳運財，〈偵訊之法律性質及其規範〉，《東海大學法學研究》，1996年12月，第11期。
40. 陳運財，〈論檢察總長的產生方式與特偵組之法制化-由日本檢察制度之觀點〉，《檢察新論》，2007年1月，第1期。
41. 陳運財，〈檢察獨立與檢察一體之分際〉，《月旦法學雜誌》，2005年9月，第124期。
42. 陳運財，〈檢警關係定位問題之研究-從貫徹檢察官控訴原則的立場〉，《月旦法學雜誌》，2004年5月，第108期。
43. 黃惠婷，〈不正訊問方法之禁止-最高法院88年度台上字第1456號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，2000年11月，第16期。
44. 黃朝義，〈訴訟制度：第七講-自訴制度〉，《月旦法學教室》，2006年2月，第40期。
45. 黃榮堅，〈刑法上個別化公務員概念〉，《台大法學論叢》，2009年12月，第38卷第4期。

46. 黃翰義，〈從實證法論我國起訴審查制度之存廢〉，《月旦法學雜誌》，2006年8月，第135期。
47. 蔡志揚，〈檢察官定位應有的調整與認識：在司法性格與行政性格間擺盪〉，《司法改革雜誌》，2003年4月，第44期。
48. 蔡聖偉，〈從刑總法理檢視分則的立法〉，《月旦法學雜誌》，2008年6月，第157期。
49. 蔡碧玉，〈檢察官與刑事司法的變遷〉，《檢察新論》，2007年1月，第1期。
50. 蔡墩銘，〈刑法上的法官枉法行為〉，《刑事法雜誌》，1997年4月，第41卷第2期。
51. 蔡墩銘，〈法官犯罪的刑法上之規定〉，《台大法學論叢》，1997年1月，第26卷第2期。
52. 蔡德揚，〈對檢察官改革之回應〉，《司法改革雜誌》，1998年6月，第15期。
53. 鄭逸哲，〈欠缺「故意」，即不論「意圖」〉，《台灣法學》，2012年4月15日，第198期。
54. 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎〉，《政大法學評論》，100年6月，第121期。
55. 謝諒獲，〈現行律師倫理規範、律師懲戒規則、律師法及誣告罪違憲性〉，《全國律師》，1999年6月，第3卷6期。

三、 論文

1. 謝明智，《檢察官客觀性義務之評析》，東吳大學法律學系碩士論文，2009年。

四、 研討會

1. 檢察體系改革研討會，1996年6月13日。參閱〈檢察體系改革研討會〉，《月旦法學雜誌》，1998年8月，第39期。