

私立東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：陳運財 博士

從被害人追訴權之本質論自訴
制度之修正

The logo of the National Central Library is a circular emblem. It features the text "NATIONAL CENTRAL LIBRARY" around the top inner edge and "ROC" at the bottom. In the center, there are Chinese characters "國立中央圖書館" (National Central Library) and a stylized graphic of a book or a traditional Chinese architectural element.

研究生：楊唯宏

中華民國九十四年五月

從被害人追訴權之本質論自訴制度之修正

簡 目

第一章 緒論	1
第一節 研究之動機與目的	2
第二節 研究方法	5
第三節 研究之範圍與架構	5
第二章 追訴權本質內涵之探求	9
第一節 訴權之源起	9
第二節 訴權理論及訴訟目的	15
第三節 刑事追訴權與憲法間之架橋	33
第三章 刑事追訴制度之理論基礎	43
第一節 國家追訴主義之理解	43
第二節 私人追訴主義之理解	55
第三節 追訴主義間之分析比較	69
第四章 刑事追訴制度之立法例	75
第一節 日本之刑事追訴制度	75
第二節 德國之刑事追訴制度	81
第三節 美國之刑事追訴制度	86
第四節 英國之刑事追訴制度	89
第五節 各國立法例之分析比較	97
第五章 現行自訴制度之檢討	103
第一節 我國刑事追訴之概觀	104
第二節 我國自訴制度之檢討	108

第六章 結論156

參考文獻.....162

從被害人追訴權之本質論自訴制度之修正

詳 目

第一章 緒論	1
第一節 研究之動機與目的	2
第二節 研究方法	5
第三節 研究之範圍與架構	5
第二章 追訴權本質內涵之探求	9
第一節 訴權之源起	9
第一項 民事裁判之歷史	10
第二項 刑事裁判之歷史	12
第二節 訴權理論及訴訟目的	15
第一項 訴權理論	15
第二項 訴訟目的	20
第一款 民事訴訟目的論之變遷	21
第二款 刑事訴訟目的論之衝突	22
第三款 訴訟目的論之權衡	25
第三項 刑事訴權理論間之差異及區別實益	26
第四項 追訴權之本質內涵	29
第三節 刑事追訴權與憲法間之架橋	33
第一項 憲法第十六條訴訟權內涵之概觀	34
第二項 訴訟權之核心領域 - 正當法律程序？	37
第三項 小結	40
第三章 刑事追訴制度之理論基礎	43
第一節 國家追訴主義之理解	43
第一項 國家追訴主義之意義	44
第二項 國家追訴主義之理論基礎	45

第二款	十九世紀之變遷 - 私人追訴主義之變容	93
第三款	二十世紀之變動 - 法律家之參與及檢察廳之 創設	94
第二項	小結 - 私人追訴主義理念、權利之堅持	96
第五節	各國立法例之分析比較	97
第五章	現行自訴制度之檢討	103
第一節	我國刑事追訴之概觀	104
第二節	我國自訴制度之檢討	108
第一項	犯罪被害人之權限	108
第一款	自訴之範圍	110
第二款	被害人之告訴權	113
第二項	公訴優先原則之檢討	115
第三項	交付審判制度與被害人追訴主義	118
第一款	交付審判之構造及其性質	119
第二款	交付審判與自訴制度	126
第三款	小結	132
第四項	自訴人之權限 - 公判前之證據保全？	133
第一款	偵查構造論	134
第二款	刑事追訴主義與起訴前之程序構造	137
第三款	證據保全制度之概觀	140
第四款	自訴人於公判前之證據保全	1422
第五項	自訴制度之附隨問題	144
第一款	強制律師代理	1455
第二款	自訴案件不可分原則	1488
第三款	法院之審查程序	151
第六章	結論	156
參考文獻	162

第一章 緒論

刑事訴訟法在過去短短的三年間，經過了數次的增訂、修正，例如：第一，刑事訴訟法第一六一條、第一六三條的修正，確立了我國關於證據調查的主體、方式、順序，改採所謂的「改良式當事人進行原則」。其二，增訂了檢察官有裁量不起訴的權限外，基於特別預防的觀點，賦予檢察官針對個案情形，對於犯罪嫌疑人實施緩起訴處分、第三，在證據章方面，更加明確區分嚴格證明法則的三層次：在證據能力方面，引進了傳聞法則，原則上被告以外之人於審判外所為之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據使用、另外在違法證據排除法則，原則上採取所謂的權衡原則，由法院根據具體事項作出利益權衡；在證據調查程序方面，針對共同被告於審判中之陳述，引進了分離審判的制度；在證據證明力方面，刑事訴訟法第一百五十五條第一項明文規定自由心證的限制、第四，除了在簡易程序中固有認罪協商的雛型外，另外在刑事訴訟法第四五五條之二以下之規定，增訂了整套於審判中之認罪協商程序等多方面的刑事程序制度的改革。上開修法之增修條文中，與犯罪追訴有關者，首推增訂第二五三條之一緩起訴制度，以及針對檢察官消極的追訴權不作為所設之制衡機制 - 交付審判制度，對於積極行使追訴權之起訴審查制度。

至於在自訴程序方面，以自訴人常未具備法律之專業知識為修正理由，於九十二年增訂了自訴程序的提起必須委任律師行之，以律師為訴訟代理人進行整個訴訟程序，然而在上述各種訴訟制度的大變革後，僅在制度上修正將自訴程序的進行委由律師為之，是否足以充分反映出現行自訴制度在實務運作上的窘境及學理上的法理基礎，不無疑問。

觀察我國公訴制度與自訴制度間之修正比較，檢察官公訴權之行使不論於裁量權之擴張、消極不起訴之制衡、起訴審查

之制定等相關制度之健全，與同為追訴權行使之自訴程序有著明顯的消長關係。

第一節 研究之動機與目的

國家對於「同一被告」及「同一犯罪事實」之同一案件，僅有單一刑罰權，為避免對同一案件之重複追訴，致生一案數判之危險，於我國刑事訴訟法第三三條第二款、第七款，設有禁止雙重起訴之規定，以及在舊刑事訴訟法第三二三條確立了「公訴、自訴不併行之原則」¹。亦即，同一案件經檢察官終結其偵查程序，提起公訴後，如准許被害人再行自訴，則生重複起訴之情形，有違一事不再理之原則；反之，檢察官決定不起訴處分時，如被害人再行自訴，法院亦應依刑事訴訟法第三三四條之規定，諭知不受理之判決，故修正前之刑事訴訟法第三二三條第一項乃規定：「同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴」；反之，於檢察官終結偵查前，則得自訴，此際，為避免重複追訴，同條第二項乃規定：「在偵查終結前檢察官知有自訴者，應即停止偵查，將案件移送法院。」由此可知，當時之公訴制度與自訴制度立於相對等之地位。

此種相對等地位直到民國八十九年修正公布刑事訴訟法第三二三條強調所謂的公訴優先原則之時被打破，而其修正理由大約有三：

- 一、進年來法務部已漸次規劃檢察官專組辦案制度，並且加強檢察官功能之發揮，公訴制度已趨健全，自不必保留自訴地位與公訴地位相對等之地位，而宜採公訴優先主義。
- 二、為避免利用自訴程序干擾檢察官之偵查犯罪〈例如喧騰一

¹ 參照林俊益，評民國八十九年刑事訴訟法之修正，台灣本土法學雜誌第9期，2000年4月，頁197。

時的華隆炒股案，及華夏租賃售子公司引發之訴訟案>，或利用告訴，再改提自訴（例如，民事債務不履行引發之糾紛，而以刑事詐欺為案由提起自訴；或對於非承辦之公務主管人員，僅因公文書上具名，及被濫行自訴為貪污等案件之被告）以恫嚇或制肘、困擾被告，同一案件既經檢察官依法開始偵查，告訴人或被害人之權益當可獲致保障，理論上由檢察官依法處理為已足，要無使用自訴制度之必要。至於何時得謂「開始偵查」，悉依刑事訴訟法第二二八條之規定。

三、惟告訴乃論之罪，本質上其追訴與否尊重當事人之意見表示。因此告訴乃論之被害人，若再擇自訴程序，追究被告犯行，其追訴之意思應受尊重，雖同一案件已經檢察官開始偵查，乃例外地許其提起自訴，爰於第一項設有但書規定，以資適用。

由上述修正理由得知，導致刑事訴訟法第三二三條之修正，是由於自訴制度被濫用之結果，然而自訴制度實施迄今已八十餘年，在八十九年修正前，鮮有調整，是否會因時代的變遷、修正後刑事訴訟程序的各項規定，而不合時宜，容有檢討之空間；然當同一案件被害人未行使告訴權，而檢察官主動偵查、或因他人之告發而開始偵查程序，是否能再次片面強調公訴優先原則，不無疑問。

再者，即使被害人有提出告訴，檢察官於偵查階段，除犯罪被害人成為重要證人之一，為偵訊之對象，而須接受偵查機關或法院之訊問外，至於案件之起訴與否由於屬於檢察官之裁量權限，犯罪被害人很難有干涉之餘地，換言之，當檢察官為不起訴、緩起訴處分之決定，除非少數屬於較為不重要或爭議較小之案件類型，被害人之意見可能得以被提出外<參照刑事訴訟法第二五五第一項但書、第二五六條第一項但書>，整體而言，無法完全反映犯罪被害人之追訴意思，因而為抑制檢察官不當不起訴或緩起訴，方由犯罪被害人透過事後監督、救濟

機制，反映不服之意見〈例如：再議制度、交付審判機制〉²；然告訴人對於檢察官消極之不起訴，除可循檢察體系內部之再議程序外，亦可向法院聲請交付審判制度，但由於告訴人仍必須委任律師提出理由狀方能為之，於某種程度上對於無資力之被害人亦造成阻礙；相對地，如法院裁定交付審判後，由於現行法規規定視為檢察官提起公訴，仍維持由檢察官實行公訴，對於其自願性及舉證之積極性，可能性不高之情況下，亦可能間接地忽視被害人之追訴利益。

另外，有論者主張「只要其他機制能夠防範檢察官之濫權並保護被害人利益，便可考慮予已限縮，乃至於完全廢除自訴制度」³等論點，然觀察現行刑事司法規定，當因一犯罪行為而受損害之直接被害人，被害人未提起告訴表達其追訴意思前，檢察官主動開始偵查、或因他人告發而實行偵查程序，由於被害人未被賦予參與偵查之權限，且對於檢察官之起訴裁量權並無置喙之餘地，於消極不起訴後，並無告訴人之存在，無法提出再議、交付審判之制衡機制下，使不起訴處分趨於確定，依刑事訴訟法第二六 條規定，具有實質確定力，不但檢察官無但書之情形，不能再行起訴外，直接被害人亦應刑事訴訟法第三二三條之公訴優先原則之拘束下，不能再行自訴，對於實為受損害之被害人之追訴利益，將可能造成莫大之危害，在此認知下，是否仍須持上述論者之論點，不無疑義。

至於現行自訴制度之設計，雖賦予被害人能提起自訴，但似乎僅形式上被害人有開啟訴訟程序之權能，與檢察官不論於偵查階段、實行公訴程序都有相關強大之法權限，例如：強制處分權，能為發現真實或公判準備，強力進行蒐集證據之活動相較下，有明顯之實力差異性，對此，雖同為刑事追訴權行使之公訴、自訴程序，除法律專業能力之差距、地位之不同外，

² 參照黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第 27 期，2005 年 1 月，頁 95 以下。

³ 參照林鈺雄，刑事訴訟法〈下冊 - 各論編〉，2000 年 9 月，頁 613。

公訴程序與自訴程序之消長，是否符合原先刑事追訴制度之期待，將是本論文研討之重心。

職是，雖學者間都形式上論述及「自訴兼具行使告訴權之作用」，然此被害人之兩大追訴權利於刑事追訴制度下是處於何地位，本論文認為首先必須回歸追訴權之本質內涵，探討告訴權與自訴權之關聯性，釐清其刑事追訴權之本質、來源、目的及其監督制衡機制將如何設計；進而歸納刑事追訴權歸屬主體之刑事追訴制度，其行使主體、權限範圍、制約機制如何設計，藉此釐清其與現代法制之差異性，以供將來我國公訴制度及自訴制度改革之根據點。

第二節 研究方法

由於我國現有之文獻中，多直接針對於現行自訴制度之改革，少見有追本溯源地著墨於整體刑事追訴制度之探討，不論是國家追訴主義或私人追訴主義僅為形式上之區分，而遲未對兩大追訴主義之理論基礎，作深入之檢討，因之，本論文除蒐集、參酌、整理現有之國內文獻外，主要仍將著力於外國立法例及文獻中有針對兩大刑事追訴主義之研討資料，予以分析與歸納，並藉此釐清刑事追訴制度之原有面貌。

第三節 研究之範圍與架構

本論文將試圖以找尋出刑事追訴權之本質內涵為起點，對照民事訴權之發展性，由私法訴權說、公法訴權說、乃至所謂的權利保護請求說、本案判決請求權說等訴權理論及其內容，刑事追訴權是否亦有相同之進程，且於此訴權理論中能否釐清刑事追訴權之本質內涵、性質，且如由不同主體間行使時，是否會呈現差異性，均是本論文之研究範疇。

除此之外，刑事追訴制度，於不同之追訴主義之體系下，所呈現出不同之態樣，本論文會整體性之呈現與研討，除了形式上區分國家追訴主義、私人追訴主義外，背後所隱藏之理論基礎及其整體制度設計上之規模形式，方為本論文研究之重心所在。

再者，除釐清於歷史上或學理上都極具參考價值之兩大訴追理念外，於現代刑事司法中，各國立法例於刑事追訴制度方面，是否仍秉持兩大訴追理念之法理基礎，賦予具現代意義之刑事司法制度，亦是本論文於參酌外國立法例時，必須觀察之要點。

最後，當然必須回歸我國公訴制度、自訴制度、告訴制度間之研討，藉由回溯歷史，探討國家追訴制度及私人追訴制度所得出的架構，並呈現各國刑事訴訟程序中現行所實行追訴犯罪制度間的優缺點，以作為建構我國健全自訴制度的借鏡。基此，本論文之架構如下：

第一、首先，針對學理上民事訴權之發展歷程作一簡單之介紹，以此對照刑事追訴權之進程，並藉由刑事裁判、刑事訴訟目的之研討，希冀能整體性地歸納出刑事追訴權之本質內涵，並以此為基礎，根據歷次之大法官會議針對訴訟權解釋的意旨，探討刑事追訴權是否即為憲法第十六條訴訟權之保障範圍、甚至核心領域。

第二、其次，直接以刑事追訴制度之核心領域為中心，區分兩大追訴主義之差異性，分別以形式上意義、理論基礎、抑制機制等論點，明顯地劃分出兩者間之相異處，除此之外，當被害人於不同追訴主義下，是否會有不同之訴訟地位、權限，或者不論於實務界或學界雖針對檢察官之地位多有著墨，然似乎僅單純地停留於字義上或與司法警察、法院間之關聯性，作出微調性之論戰，未見真正連結思考其與刑事追訴制度間之關聯性等問題點，都會逐一討論。

第三、在架構出兩大追訴主義下之刑事追訴制度所應有之原貌後，仍必須依照比較法之觀點，觀察各國立法例中之刑事追訴制度，其中又以英國之私人追訴主義之立法例為研究主軸，是否仍維持相同之制度，或者已經過歷史之淬鍊、政治背景之折衝，會呈現出不同之樣貌，經過分析、歸納後，將作為我國改革刑事追訴制度之範本。

第四、經過上述三章研討後所得出之結論，可作為我國公訴制度與自訴制度間改革之借鏡，除針對我國現有自訴制度之缺失予以忠實性之呈現外，本論文將直接探討提升被害人於偵查程序、公訴程序地位之可能性、於自訴程序之權限為前提條件，非認為囿於法規範形式上僅賦予告訴權、自訴權，而未有其他相關制度之配合，且非單方面地認為公訴程序具有優先效力，調整現行公訴制度及自訴制度間之配合度，對於被害人之範圍、交付審判制度之構造及性質、自訴人之權限、法院審查程序之重要性等論點，提出本論文之觀點及修法芻議，期能建構適於我國現行刑事訴訟程序之追訴制度。

第二章 追訴權本質內涵之探求

追訴權究為何物，實為本章甚至本論文之精髓，惟檢索國內各種法律條文時，有提及追訴權此文字者，僅有刑法第八十條至第八十三條、刑事訴訟法第二百五十三條之一、毒品危害防治條例第二十四條之一、以及赦免法第二條等四項。此均是追訴權時效之相關規定，然為何追訴權在行使上有時效上的限制呢？本問題如要有所突破，似乎就必須直接從追訴權本身的概念著手，方得有所遵循，否則將束手無策；再者，在現今刑事政策上，強調人權保障與合法適用法律等正當法律程序理念之同時，有關犯罪與刑罰規範部分，事關國家統治權及被告權益，乃認為唯有國家公權力的介入，方得正確的認定事實及適用法律。職是，規範刑事程序的刑事訴訟法，即以國家與被告之間的處罰關係為主，相對地，因犯罪而遭受損害的被害人，則立於較次要及不利的地位¹。然在討論被害人是否在訴訟程序上應賦予更多的參與機會與權利，或者甚至肯認其有提起訴訟的權利，或許「受害者論」是一種思考的方向，但本論文認為在探討「受害者論」前，似乎仍必須先釐清追訴權本質內涵，追本溯源的檢討追訴權的目的及理論基礎，始得精確地掌握問題之所在，以及各種延伸性制度設計上的優劣點，方可提出可行性的辦法，以供立法者是否思考改變現狀的樣本。

第一節 訴權之源起

既曰追訴權，必有權利之性質，然在何歷史背景下，賦予其行使權利之權能，本論文將逐一敘明關於羅馬法中民刑事訴

¹ 參照黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第 27 期，2005 年 1 月，頁 93。

訟制度之源起過程及理由，及在此訴訟制度下之追訴權扮演何角色，希冀能釐清原本追訴權之本質內涵。

第一項 民事裁判之歷史

訴訟制度係源起於自然民族時代，由於起初人們間如有紛爭時，都倚仗自力救濟之方式解決，然於個別民族建立之時代時，受到團體思想的影響下，為了全體族群之利益及與其他民族間維持和平關係之任務下，應盡量避免使用自力救濟之方式解決紛爭，於是為了斷絕紛爭及磨擦的根源，將紛爭之解決方式由原先的自力救濟轉為以訴訟形式為之，此一制度象徵著重要文化的進展；雖然訴訟係為強制實現法規範所建立之制度，但此法規範卻是此強制組織結合社會規範所形成之規範，亦即，當初所遵行的法規範無非是由一般的社會規範轉化而來，例如當他人的生命、身體、財產受到侵害，社會上一般人都肯認被害人本身可以基於應報的復仇心態，依自己的實力回復已受損之權利時，訴訟就是實現此項權利之場所，而此亦是訴訟制度最初的運作方式及根據。

當初於原始各民族間，由於處於文化發展較低的時代，訴訟制度並不發達、刑事訴訟與民事訴訟未區別，再者，由於法律與宗律間亦未個別獨立存在，因而所謂的訴訟程序，無非是宗教制度中的祭祀儀式、訴訟上的證據是宗教上的證據，正不正當、或雙方當事人何者勝出是由神祉決定²。

至於訴訟制度有比較完整發展體系、步驟就屬古代羅馬的訴訟制度，羅馬在西元前七百五十三年起即以羅馬城為中心，逐步擴展版圖、建立龐大的帝國，在此帝國下為統治各轄區內

² 參照？藤秀夫，民事訴訟理論？生成？展開，1985年11月，頁2以下。

的各民族，即以國家的地位頒布各類法律，以便各民族遵守，其中的民事訴訟制度，因成為近代民事訴訟制度要素的根源，即現行大陸法系的民事訴訟制度，主要源自羅馬法，而其發展的歷史過程則可分成三階段³：

- 一、第一期 - 法律訴訟時代：此一時代是由十二木表法製作的前後開始，其中以「嚴格的程序為基礎、形式上的意思表示及象徵性的動作」為實施的準則，申言之，民事訴訟程序主要分成兩個階段：首先，在法務官 < praetor > 面前之法庭程序，法務官必須調查當事人的資格是否具適格性、訴權之有無等與現代民事訴訟制度相似的訴訟要件，最後並在當事人間決定爭點之存否；其次，在法務官確認前述之程序後，即由仲裁人 < 即審判人 > 憑藉自由心證辨別證據之真實性，作出判決，雖然第二階段通常是由私人為事件審理的審判人，但是這並不完全表示審判程序就是私人的仲裁程序，其仍應受到法務官的監督，是以，由法庭程序與審判程序二階段所構成的通常訴訟程序，是具有公私性質的權利救濟程序。
- 二、第二期 - 方式書 < formula > 訴訟時代：此一時代是由西元前二世紀以後開始，由於前一以嚴格形式主義下之訴訟時代，無法適應與腓尼基人的戰爭 < poeni 戰爭 > 之後所產生急劇的社會變動，於是前一時代的仲裁程序，逐漸地強化公權力的介入程度，詳言之，由於法務官擴大對於訴訟進行之介入範圍，當事人必須以法務官的承認之下依法定方式於書面中記載爭點，而此書面即指示著審判人應於何項要點下，作出判決。
- 三、第三期 - 特別訴訟程序時代：此一時代對於特別的事件，

³ 羅馬帝國之法制歷史進程，大約是從西元前四百五十年的十二木表法開始，直到西元五百六十五年?????? < Iustinianus > 帝王法典，經過了一千多年的歷史流程，參照藤秀夫，前揭書，頁 8 以下。

不按照通常民事訴訟程序來審判，亦即，不但不區分法庭程序、審判程序二階段，也不使用方式書，僅法務官本身親自為事實的審理及判決，此一特別訴訟程序當時與通常審判程序並列為二種不同的訴訟程序，直到日後伴隨著統治權的增大，於西元二八四年以來，特別訴訟程序就成為唯一的訴訟程序。

觀察此三階段的發展歷程，其中可以發現部分與近代民事訴訟要素相似與否之處，於第一期法律訴訟及第二期方式書訴訟時代，順應法律或法務官制定的訴訟程序、方式書而成立的實體權，即延伸出訴權觀念，直到第三期的特別訴訟程序開始，因有與近代訴權有共通意義的訴權概念出現，所以當時所謂訴權即是一般人民基於其實體權而請求國家救濟的權利，並顯現出具有公法性質。然此訴權內容仍與現代法概念仍有些許的差異，其中羅馬法制的特色即以 *Actio* 制度為中心，當代的訴或訴權，不是作為權利被侵害時之救濟手段，而是請求權 *< Anspruch >* 獨自表現出的權能，換言之，當時羅馬的法秩序不是由實體權利所構成的秩序，而是隨者裁判程序的進行，最終能成立之請求權所建構的法秩序，反言之，此法秩序即是能於裁判上進行訴訟之權利；職是，羅馬的 *Actio* 制度，如以現代的法觀念觀察之，當時的訴權並不僅是公法上的權利，而是包含者私法上請求權之內容，即訴訟上的訴權與私法上的請求權兩者並未有明顯的區別⁴。

第二項 刑事裁判之歷史

關於刑事訴訟程序之構造，一般而言都先以職權主義及當事人主義兩大問題作為開場白，然此一問題的大前提必須在彈劾主義之訴訟架構下，方能以此分類探討是由何人於法庭中主

⁴ 參照？藤秀夫，前揭書，頁 11 以下。

導訴訟活動之進行。在現行彈劾主義之刑事訴訟構造下，訴訟必須經由法院以外之人請求方能開啟，而能開啟訴訟之主體即是擁有刑事追訴權之權限，因之，如要精確地掌握追訴權之本質內涵，似乎不能完全忽略最原始刑事訴訟構造從糾問主義擺盪至彈劾主義之歷史發展背景：

一、羅馬共和制時代 - 彈劾主義

羅馬共和制時代之刑事司法，乃採由公眾發動追訴之彈劾主義，並由類似於今日陪審制度，並由民眾所選舉出之民會〈民眾法院〉作為裁判機關，以人民多數決之裁判方式評議事實及法律，換言之，當時由於西元前五百零九年羅馬廢除王政，實行共和制度，以分權制衡與司法獨立之精神，突顯民主政治之根本，是以，將司法權歸屬於民眾直接掌握，行政權並不介入，實具有現代民主制度之雛型⁵。

二、羅馬帝國時代 - 糾問主義

羅馬於西元前二十七年進入帝政時代後，依據民會的人民裁判制度，完全消失，隨者帝政時代政治權力機構的實權擴張、歷代皇帝將刑事司法權作為發揚其權力之媒介，司法權與行政權間之界限已不復見⁶，裁判權由皇帝及元老院獨攬一切，除由類似於近代警察之官員，負責揭發犯罪外，並由屬於皇帝之常設法院負責審理刑事案件，為期發現事實，常以拷問之類的強制手段，取得被告自白、證人之供述，換言之，刑事司法制度隨者政治情勢的改變，原先的彈劾主義變遷至糾問主

⁵ 參照林朝榮，檢察制度民主化之歷史，收錄於刑事訴訟之運作〈黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集〉，1997年，頁155以下；高田卓爾，刑事訴訟法〈二訂版〉，1984年2月，頁7。

⁶ 雖然此時司法權與行政權已無分別，然於司法程序上，隨著國家社會的中心權力確立後，人民的民事責任與刑事責任已展開分化，強制組織亦分為民事訴訟形態及刑事訴訟型態，分別作為審理損害賠償及科予刑罰之制度，參照高田卓爾，前揭書，頁7；藤秀夫，前揭書，頁3。

義，訴訟程序由國家機關職權開啟，其中法官之權力膨脹，常遵照皇帝之意旨，以一己之私專權擅斷，司法獨立之精神已消滅⁷。

三、中古前期 - 古日耳曼民族之彈劾主義

羅馬帝國於西元三三一年之後，分裂於東西兩部，其中西羅馬帝國於西元四七六年經日耳曼民族入侵而滅亡，羅馬政治制度亦遭摧毀，刑事司法制度因受到日耳曼民族傳統習慣：「無控訴人，即無審判官」的影響下，訴訟構造再次由糾問主義轉變為彈劾主義，在彈劾主義之刑事司法制度下，係由被害人或其家屬開啟訴訟，並由自由人集團所成立之民會 < thing > 處理並強制斡旋雙方當事人間關於向被害人賠償及行為人是否犯罪之任務，換言之，在日耳曼民族之刑事司法制度，係由被害人擔任追訴者之角色，並由民眾法院進行兩造爭訟的審理程序⁸。

觀察這三個歷史階段的發展，其實當時刑事司法制度的構造，都隨者政治情勢的背景而相互擺盪，即共和民主政治 帝制專政 自由無強大的政府組織 = 彈劾主義 糾問主義 彈劾主義 = 公眾追訴主義 職權追訴 被害人追訴主義，雖然當時被害人或公眾可以提起訴訟，但由於並無國民主權之概念，刑事追訴權觀念之有無，仍有疑問，直到西元一七八九年法國大革命及基於啟蒙的人道主義之自由民權思想萌芽後，近代的彈劾主義之訴訟構造始告確立，除近代國家建立後，由國家統一發動刑事追訴權外，被害人訴追或公眾訴追亦有個別開啟訴訟之權限，職是，要深入瞭解追訴權之本質，除了考量由各類訴追主義之內容外，當代的政治制度及訴追目的似乎亦不能完全排除於考量點之外，基此，於現代強調國民主權之民主法治國家中，解釋刑事追訴權之本質內涵或歸屬者時，國民主權之

⁷ 參照林朝榮，前揭文，頁 158 以下；高田卓爾，前揭書，頁 7。

⁸ 參照林朝榮，前揭文，頁 160 以下；高田卓爾，前揭書，頁 7。

立基點，必須納入考量，不能回到君主主權之時代，以當時國王利益之觀點來評價現代刑事追訴權之性質及歸屬者。

第二節 訴權理論及訴訟目的

經過上述回溯訴權於歷史上之源起後，接續於近代追訴權意涵主要是從十九世紀展開；追訴⁹權，單純地從其字義上言之，應該可理解為得以提起訴訟的權利，然在現行多元的訴訟制度下，追訴權的概念在不同的訴訟制度下，應是相異並呈現出多層次的內涵，職是，本論文將先以民事訴訟程序及刑事訴訟程序兩者訴權理論、訴訟目的之並列，觀察其發展軌跡，試圖歸納出追訴權的本質內涵，並提出適當的定義，以求作為本論文論證的基石。

第一項 訴權理論

訴權論係指個人具有提起訴訟並接受裁判的權能，而其核心內容或要件為何，不論在刑事訴訟程序或民事程序中，都有長久且複雜的學說演進，此雖屬兩種不同的訴訟程序，但卻有相似發展歷程。

一、以十九世紀前半段德國普通法時代的訴訟觀為出發點，展開一系列的理論上論爭。最初，於民事程序方面所盛行的「私法訴權說」，認為民事訴權乃私法上權利 < 權利既存的

⁹ 「追訴」之概念，有多重意義，以狹義而言係指，提起訴訟請求法院裁判犯罪行為是否成立之訴追程序，相對地，以廣義而言，尚且包含犯罪被害人或公眾知悉有犯罪行為時，向警察機關或檢察官等訴追機關為告訴、告發之意思表示，而本論文則如無特別指明，則將「追訴」界定為狹義範圍，參照鯨越溢弘，「訴追」，收錄於刑事法？典 < 三井誠等編 >，2003年3月，頁519。

觀念 > 在裁判上行使之權能，而民事訴訟則係私法上之權利者在遭受侵害時，對於義務者在裁判上行使救濟之過程或手段，換言之，訴權為私法上權利 < 特別是請求權 > 受到侵害時所派生的變形物¹⁰。

刑事訴權論¹¹則亦有相對應的學說發展，也以實體法上的觀點所論證的訴權論，亦即，刑事訴權即是刑罰請求權所內含的觀念，係指因犯罪而產生的刑罰權，在裁判上請求國家確認其刑罰權效果的權利¹²。但此一學說的主張，似乎未理解實體法與訴訟法界限，即訴權係對於國家機關所主張的權利，與國家在實體法上對行為人之不法行為所產生之刑罰權有所區隔。

二、以十九世紀後半葉由市民國家所倡導的法治國思想，將公權的觀念與訴權相結合，並且訴權從私權中獨立出來，換言之，訴權是對國家之公權，與私法上所具有的權利有所區別。因之，民事訴權論的發展，實質上係從「公法訴權說」開始，並依其請求何種類的判決作為訴權內容的觀點不同，而有

¹⁰ 參照新堂幸司，新民事訴訟法，1998年，頁210以下。

¹¹ 有關於刑事訴訟訴權之發展，多數學者稱此為公訴權之訴權理論，「公訴權」之概念，係指檢察官向法院提起公訴 < 公訴之概念，如回顧法國法之歷史可知，起初是由於貧困者、寡婦、老人等欠缺進行訴追之能力者，為代替其提起訴訟，而由公眾代理人行使追訴之權限 > 之權能，此源自於法國法「action publique」，與所謂的「私訴權」 < action civile > 相對之用語，基此，德國學者繼受此觀念後，由於受到該國民事訴訟法學中關於訴權理論的發展之影響，亦將此訴權之概念援用於刑事訴訟法內，藉此探究公訴權之本質，然本文認為公訴權僅是刑事追訴權之一部、下位概念，非能概括全貌，再者，於德國學界多稱此為刑事訴權論，故本文依循原意，稱此為刑事訴權論，參照藤永幸治等編，大？？？？？？？ 刑事訴訟法第四卷，1995年1月，頁5；？登佳人，？？？？ 刑事訴訟法？？ 察官？私訴原告人？？ 協同？？ ？公？訴追主義？採？，法政理論16卷1號，1983年10月，頁105以下。

¹² 參照田宮裕，日本？刑事訴追，1998年，頁126以下；陳樸生，刑事訴訟實務 < 再訂版 >，1999年，頁355以下。

下列各學說的主張¹³：

1、抽象的訴權說

此說認為訴權僅係請求開始或判決之權能，而無請求為具體內容裁判之權利，則其所謂訴權不外乎是起訴的自由或可能而已，只須具備一定方式之訴狀即可提起，且即因起訴程序不合法被駁回者，亦認為滿足其訴權；但此訴權並無任何內容及賦予之條件，又其並非伴隨著特別權利為目的，似乎沒必要成為權利之名。在此民事訴權論影響之下，刑事訴權亦從實體法中獨立而出，相同地，「抽象的公訴權說」成為最初的有力學說，申言之，所謂公訴權僅是原告對於刑事事件的發生，有提起公訴、使之成立訴訟關係並接受任何審判之權能，但起訴者在法律上的地位也僅止於此，而無任何請求具體判決內容之權限¹⁴。

2、具體的訴權說

此說認為訴權係請求勝訴判決內容之權利，申言之，國民之權利受侵害時，自有請求國家保護其權利之權能，故亦可稱為「權利保護請求權」，此權利即為訴權的具體內容；惟此說，係將原告主觀勝訴之希望，作為權利本身之內容，然在原告敗訴時，卻難以解釋。在刑事訴權方面，「具體的公訴權說」亦是主張訴權係於具體事件中請求法院對被告為有罪判決之權利¹⁵，然此訴權內容，卻被批判為過於受到民事訴訟當事人主義影響之下所主張的內容¹⁶，亦即，在刑事訴訟程序，與其是追求被告終局的有罪判決，不如說是在正當法律程序之保障

¹³ 以下關於民事公法訴權論中各學說之具體內容，參照新堂幸司，前揭書，頁 210 以下；楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，1999 年 9 月，頁 195 以下；呂太郎，民事訴訟講義，2000 年，頁 11 以下。

¹⁴ 參照田宮裕，前揭書，頁 126；藤永幸治等編，前揭書，頁 5~6。

¹⁵ 參照朱朝亮，從公訴權之本質論公訴權濫用，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997 年，頁 290。

¹⁶ 參照田宮裕，前揭書，頁 127。

下，釐清實體真實；但也有論者從刑法與刑事訴訟之間具有功能不可分性之觀點出發，其認為刑事訴權之行使，應該被解釋有最小限度之刑罰權實現可能性為前提，才為妥當¹⁷。

3、本案判決請求權說

由於抽象的訴權說其內容太過空泛，而具體的訴權說其內容又太過誇張，主張有此訴權者，即可獲得勝訴判決，兩者均有未當處；是以，介於兩者之間之訴權理論主張，從因本案判決而達到紛爭實質解決之觀點出發，所謂訴權即在確定當事人間之紛爭，就本案請求為有無理由均予以裁判之權利，此時即便原告之訴為無理由，原告請求以判決為紛爭實體解決之目的均獲滿足，然此將客觀制度目的直接作為本來應具有私人主觀利益性質之訴權內容，仍有可議，再者，即便是原告受無理由敗訴判決，其訴權仍獲滿足，亦有瑕疵。在刑事訴權方面，相對的也以「實體判決請求權說」為多數說，申言之，刑事訴權即是請求法院為有罪或無罪之實體判決為內容之權利，亦即，此項權利內容不問判決之結果為有罪與否，只要經過法院實體之審理和判決，即獲滿足¹⁸。

三、訴權否定說：此說主張訴權論，不但僅是十九世紀所遺留下來權利意識下的產物，且係在誇大權利意識下所創造出的幻想；故此說認為國民與訴訟制度間既非基於嚴格意義下的權利義務關係，且非處於恩惠的關係，祇係國家出於關心而創設訴訟制度，以解決當事人間之紛爭，至於國民應服從國家審判權，國民有請求國家裁判之法律上之地位而已，換言之，訴權只不過僅是訴訟制度目的之主觀上的反射，而非具有獨立性的權利內容。

刑事訴權論方面，亦有論者主張「訴權否定說」，亦即，

¹⁷ 參照高田卓爾，前揭書，頁 104。

¹⁸ 參照田宮裕，前揭書，頁 127。

如將刑事訴權理解為請求法院為實體審判之權利時，其實就與所謂的「訴訟條件論」有表裏一體及不可分的關係，亦即，當訴訟條件具備當時，公訴權就存在，此時法院就具有為實體審判之權利及義務，職是，刑事訴權理論只不過是從當事人方面所觀察到訴訟條件論之內容及範圍¹⁹；然仍有論者對此理論持反對意見，其理由為在現行當事人主義之訴訟制度下，必須從當事人進行訴訟過程之主動及互動情形來理解此問題之重要性，亦即，應該強調當事人權利性質之政策論取向，而非僅從法院本身來觀察刑事訴權之性質²⁰。

進一步言之，其實刑事訴權論與訴訟條件論即有以下之差異性，其中界定為訴訟條件論之訴權否認說是根源於職權主義之訴訟構造，將為犯罪事實之蒐證者與真實認定者，集中於檢察官一身，故不僅於檢察官於偵查中，有發現實體真實及保護被告之客觀義務，而應公正客觀的為犯罪事實蒐證及真實認定，至於法官於公判中亦須執行相同義務，兩者間本質上並無不同，故其分職，只不過是經過二階段之過濾審核而已，是以，當檢察官足認被告有犯罪嫌疑而提起公訴後，復應將其認定犯罪嫌疑之事實及證據一併移交於管轄法院，由法官承接其心證，再次依職權調查證據，進一步過濾審查被告之犯罪嫌疑，是否有達有罪確信之心證度。基此，檢審雙方皆以「被告罪嫌」為中心，對於此種嫌疑之心證發展過程，即屬於刑事訴訟之「實體面」，其他附屬於實體之各種訴訟行為及其相關連性行為，即可稱為訴訟之「程序面」，檢審雙方在訴訟之實體面，共同發現實體真實，當檢察官行使公訴權所應具備之條件，自然與法官為實體判決之訴訟條件一致，實為一體之兩面，自無特別將公訴權獨立討論之必要性；相反的，於當事人主義之訴訟構造下，於發現真實方面其實更強調「檢審分立」、「預斷排除」

¹⁹ 參照藤重光，「公訴？理論？？？批判」刑法？刑事訴訟法？？交錯，1950年，頁102以下，轉引自田宮裕，前揭書，頁127以下。

²⁰ 參照松岡正章，「公訴？論」，收錄於鴨良弼編，刑事訴訟法，1971年，頁222，轉引自田宮裕，前揭書，頁129。

「當事人進行」，法官徹底退出犯罪事實蒐證之職務，僅立於公正第三者之地位，從事真實判定之角色，而檢察官不移送犯罪證據於法院，即並非將被告犯罪嫌疑重大之「有罪心證」移交予法院，僅能於公判庭之進行中，與被告立於對等之當事人，主要針對訴因之有罪與否，提出證據，使法院能達有罪心證為止，此實體形成之過程，相較於職權主義之訴訟「實體面」兼及檢察官在偵查中之心證形成過程為狹，僅止於公判庭中審判者針對雙方當事人所提證據之心證形成過程。因之，傳統「訴訟條件論」在當事人主義下僅能解釋法院於訴訟實體形成過程中，應為何種形式判決或實體判決之理由，並不能對於訴訟進行之過程中，當事人主導訴訟進行之主動特性加以凸顯，為表現檢察官及被告等當事人雙方在當事人主義下，進行訴訟過程中之主動或互動特性，乃有將「公訴權論」獨立於「訴訟條件論」外，個別研討之必要性²¹。

四、司法行為請求權說：此說認為所謂訴權係指能請求司法機關按照日常生活中具體狀況、階段，依法律為一定司法裁判之權利，至於要發揮訴權理論上、實際上之效用，則必須將訴訟法與憲法之概念相結合，亦即，訴權之內容必須加進憲法中所保障之積極受益權〈訴訟權〉之性質²²。然在此說之理論基礎下，似乎係抽象訴權說的再現，僅係強調其權利之性質，仍並未進一步闡釋訴權之具體內容。

第二項 訴訟目的

大抵一社會規範、機制的建立，必有其目的、功能，必先正確地掌握其目的並以之為出發點，方能對此制度之各項設計原理為徹底的理解。

²¹ 參照朱朝亮，前揭文，頁 292 以下。

²² 參照？藤秀夫，前揭書，頁 67 以下。

第一款 民事訴訟目的論之變遷

民事訴訟之目的論，與實體法相較之下，同樣具有相當之抽象性，於整體訴訟制度方面實有討論及具體化之實益。然此訴訟法上之最終目的是否與實體法上之規範具有相牽連關係，以下將分述各類學說之精要內容²³：

- 一、權利保護說：此說認為國家因禁止一方當事人以自力救濟來作為賠償損失之方式，故對私人權利受侵害時，設有民事訴訟制度以擔任保護其權利²⁴。
- 二、私法秩序維持說：此說認為國家為了調整私人間之利害關係而制定了私法規範，雖然要求每個人都要依據此法律行事，然既要此法規維持私法秩序，又要貫徹於現實的生活環境中，似乎私法上的規定未必完整，是以，仍有賴於民事訴訟制度之建立，以充實與形成實體法所預設的法秩序，因此，此制度之目的乃在於保障私法法規之實效性。
- 三、紛爭解決說：此說認為於私法未成立的時代，即有民事裁判，累積具體的裁判後，始成為私法。因此，民事裁判之必要性乃超越私法而存在，私法法規僅是為了將民事裁判對於紛爭解決之標準能統一、合理化才發達起來，基此，此種先於法律之紛爭解決之必要性，才是民事訴訟之

²³ 以下各學說之整理，主要參照山田文，訴訟之目的機能<????????? 訴訟法 - 民訴????>，法???? - 第 559 期，2001 年 7 月，頁 30~31；新堂幸司，前揭書，頁 1 以下；楊建華，前揭書，頁 1；呂太郎，前揭書，頁 6 以下。

²⁴ 針對此說有另一相類似的學說主張，稱之為「新權利保護說」或「權利保障說」，強調與憲法間之關係，其認為權利保護說的「權利」應區分為「實質權」與「請求權」，前者為每個人在實體法上具有保護之利益、價值，後者則為當實質權受到侵害之時有請求救濟之功能，而民事訴訟制度，則提供此救濟功能之必要程序，職是，訴訟之目的即是提供具有實效性的救濟途徑，參照竹下守夫，民事訴訟之目的？司法？役割，民事訴訟法？誌第 40 號，1994 年，頁 1 以下。

真正目的；至於前述私法秩序維持說所主張的論點，民事訴訟之目的係為了續造私法所預設之法秩序，似乎有將手段與目的錯置之疑慮²⁵。

四、綜合目的說：此說亦稱為「多元說」，認為民事訴訟之目的，不僅在於保護私法上之權利，於當事人間私法上權利有爭執時，得請求國家司法機關確定其私法上權利之存否，以達維持私法秩序及紛爭解決之作用。

五、程序保障說：此說認為訴訟的目的在於產生紛爭的當事人，既能夠立於實質上平等的地位參加訴訟程序，又盡其所能地充分討論爭點，以達到紛爭解決之目的²⁶。

六、目的論擱置說：由於民事訴訟目的論，雖探求其理論根據及架構、先後一貫性的驗證方式，具有創造出新興學說催化劑之效用，然其本身內容太過抽象，對於具體的訴訟制度之設計並不具顯著影響力，是以，民事訴訟目的論僅是學說上之論爭，並無實益。然觀察昔日民事訴訟法學之發展、民事訴訟制度之功能效用、或者是如何建構符合憲法精神之民事訴訟制度等相關課題，似乎並不能完全忽視目的論所扮演之關鍵角色。

第二款 刑事訴訟目的論之衝突

刑事訴訟之目的，向來不論是學說論證或實務運作，主要以「真實發現」、「人權保障」作為爭論之要點，然此兩者目的

²⁵ 針對此說亦有另一相類似的學說者主張，稱之為「法的紛爭解決說」，此說主要係補充紛爭解決說之不足，其認為基於近代法治國之思想，法院必須依據法律而作出裁判，並非能恣意為之，參照伊東乾，異說訴訟物論，民商法？誌 55 卷 6 號，1967 年，頁 1 以下，轉引自新堂幸司，前揭書，頁 3。

²⁶ 參照井上正二，訴訟內？？？紛？？事人？役割分？，民事訴訟法？誌第 27 號，1981 年，頁 185 以下。

是否無法併存或調和，以下將詳為說明：

一、真實發現：刑事訴訟程序，在於確定國家刑罰權之存否及其範圍，實重於事件的真相探究，此與民事訴訟程序受到私法自治原則之支配，而因當事人二造間互為事實妥協，即可判斷孰是孰非之形式的真實主義有所不同²⁷。換言之，雖然歷史的結果必然地無法完全重現，但仍可依循其留下的痕跡，找尋最接近事實之結果，亦即，發動刑事訴訟之最終目的即是，本於證據之蒐集及判斷，並適當、迅速地適用刑法以求發現實體真實之精確裁判²⁸；然此實體真實的發現是否會因訴訟構造上之不同而有所差異，從刑事訴訟的發展進程觀察，其實不論是大陸法系國家或英美法系國家之刑事訴訟制度，其歷史發展背景是一致的，都強調真實之發現，僅是對於採行何種訴訟制度較能追求此一目的，各國法制有不同之認知。雖然所謂的「實體的真實發現」，或許不能單方面的理解為有罪必罰之意涵²⁹，然是否可為了發現真實之目的即可不擇手段的恣意為之，在十六、十七世紀以前，因受到專政擅權的絕對主義及強烈團體主義理論的影響，或許在考量整體利益及採取糾問模式之訴訟制度下，犯罪嫌疑者僅是訴訟客體，對於事實的認定，亦傾向主權者主觀上的認定標準，並無所謂客觀公正之程序可言；但待至啟蒙時期，人權意識之高漲，受到自由主義、個人主義思潮之鼓動，強調人權保障及法治程序，舊有的訴訟模式漸次蛻變，犯罪嫌疑人不再淪為訴訟客體，在人權保障之光環下，國家對於犯罪行為，不能為發現真實計，得以濫用及專擅各種國家權力，威脅涉嫌者

²⁷ 參照梅田豐，訴訟之目的機能<????????訴訟法 - 刑訴? ? >，法???? - 第 559 期，2001 年 7 月，頁 32；渡? 直行，論? 刑事訴訟講義，2003 年 7 月，頁 6。

²⁸ 此裁判上所確認之事實，應可稱為「訴訟的真實」，與自然科學上所發現之「絕對的真實」，在程度、內容上都有所差別。

²⁹ 參照林鈺雄，刑事訴訟法<上冊 - 總論篇>，2000 年 9 月，頁 7。

30。

二、人權保障：待至啟蒙時期的反動，人權意識的高漲，國家已不能將人民僅視為統治客體，此思想反映至刑事訴訟程序中，則對於為了積極實體真實發現之目的而產生犯人必罰的集權思想，已發出質疑之聲，從而自由思潮的興起，帶動了刑事訴訟程序本質上的丕變，不再一味地為發現真實而忽略了維護基本人權，因而間接地破壞人民對於司法之信賴感，職是，刑事訴訟程序之進行，必須以基本人權之保障及適當訴訟程序作為上位概念，亦即，在追求實體真實之同時，必須受到人權保障與適當訴訟程序之制約，方能符合法治國思想³¹。

三、法和平性：犯罪行為破壞了法秩序之平衡，經由法院踐行刑事追訴程序與終局判決，來處罰犯罪嫌疑人或釋放無辜者，藉此回復原先因犯罪行為受損之法和平性。或許一犯罪嫌疑人被起訴後，經由傳播媒體的大肆報導，一般人都有先入為主之觀念，認為法院必須為有罪之判決，方能滿足社會大眾之應報觀感，及回復原法秩序之和平，然其實在訴訟進行中，只要法院踐行合乎法治規定之程序，兼顧一般預防及特別預防之需求，確實地發現實體真實，本於毋枉毋縱之精神，就能相對地回復應有的法秩序³²。

³⁰ 參照陳樸生，前揭書，頁 3；柯耀程，刑事訴訟目的與「無罪推定原則」- 歷史觀的評價 -，收錄於刑事訴訟之運作〈黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集〉，1997 年，頁 420 以下。

³¹ 在此意義下之實體真實發現，有論者稱之為「消極的實體真實發現主義」與「積極的實體真實發現主義」有所區別，參照梅田豐，前揭文，頁 32；渡？直行，前揭書，頁 4 以下。

³² 參照劉秉鈞，刑事訴訟法之基本概念，收錄於刑事訴訟之運作〈黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集〉，1997 年，頁 266 以下；林鈺雄，前揭書，頁 10。

第三款 訴訟目的論之權衡

以民事訴訟目的論言，民事訴訟係解決對等私人間關於身分上或經濟上所產生的私權爭端，重於平均的正義、和平地解決紛爭，其私權之確定，即私權具體的表現，而國家對於私人間的生活關係，原則上並無直接的利害關係³³，基此，雖有如上述有各種目的論之學說，然本論文認為民事訴訟之目的主要還是在於提供發生紛爭的當事人能在以法定程序所搭建的舞台上，盡情地主張自身的權利，而由公正客觀第三人來裁決兩造當事人之利害關係，最終解決彼此間之歧見，職是民事訴訟目的主要仍是以解決紛爭為其宗旨，附帶地於訴訟過程中確定當事人私權之存否、終局維護私法秩序、並取信於人民對於司法之信賴感等延伸性的目的。

就刑事訴訟目的論言³⁴，刑事訴訟係確定國家刑罰權之存否及其範圍，由刑法所建構之刑罰權體系，是靜態的法規範，必須藉由刑事訴訟動態程序方能確認國家對行為人之關係，基此，刑事訴訟之主要、最終目的固在發現實體之真實，使刑法得以正確適用，然於刑罰權之行使時，國家與行為人之間係處於權力服從關係，國家時常加諸於行為人強大的壓制力，為發現真實而不擇手段，將刑事訴訟程序，沾染上無謂的污漬，職是，本論文認為刑事訴訟之目的應界定為以人權保障為精神所設計的訴訟框架中，踐行法定程序以發現實體真實，謀求雙贏的局面，藉此重建已受損之法秩序。

³³ 參照陳樸生，前揭書，頁 2；新堂幸司，前揭書，頁 9。

³⁴ 日本刑事訴訟法第一條明文規定，刑事訴訟之目的有：公共福祉之維持、基本人權之保障、實體真實之發現以及適當、迅速地適用刑罰法令等，有論者指出，事件真相之究明及適當地適用刑罰法令兩者是屬於訴訟之實體面；相對地，刑罰法令的迅速適用、實現則是關於訴訟之程序面，於是必須兼顧實體面及程序面，方能達到公共福祉之維持及基本人權之保障之目的要求，參照渡？直行，前揭書，頁 2。

第三項 刑事訴權理論間之差異及區別實益

對於上述各種刑事追訴權本質之見解，除了針對刑事追訴權論之存否有相異性之見解外，於刑事追訴權之內涵方面，論者間大體皆認為理論上，彼此間並非完全排斥，而有重疊之面向，一般皆稱：檢察官有提起公訴，進行追訴之權能為「抽象公訴權」，即可以提起訴訟之權能，而非附屬於特定事件中所呈現出具體化之意涵、如於具體案件中，有提起公訴進行追訴權限之「具體公訴權」、再又對「具體公訴權」中，受實體審判之權利者，為「形式公訴權」、稱受有罪判決之權利者，為「實體公訴權」，因而將「具體公訴權」之發生要件區分為「實體條件」、「單純之程序條件」、「實體關係之程序條件」等三者，如喪失後兩者，因已無形式公訴權能，追訴者自不能再行追訴，法院應分別為不受理判決或免訴判決，以宣示該次之公訴行為為無效，但該案之公訴權仍未消滅，僅該次公訴行為無效，等至日後障礙消滅後，仍得再次追訴³⁵，故通說皆認刑事追訴權即為實體判決請求權。

本諸罪刑法定主義，當犯罪行為時有刑法之處罰規範，使有國家刑罰權之形成，為實現此刑罰權，在現代彈劾主義下，犯罪非依法定訴訟程序，方得追訴、處罰〈參照我國刑事訴訟法第一條〉，故當檢察官為實現國家刑罰權時，必依刑事訴訟法之追訴程序方能實現，再者，刑事追訴權與純粹訴訟法上的權利不同〈如代理權、防禦權、聲請調查證據之權利〉，因此刑事追訴權可以說係介於實體法與訴訟法間之特殊權利³⁶；為實現國家刑罰權，檢察官明知某人所為顯然不該當犯罪成立要件時，不應發動刑事追訴權，反之，如確信被告之犯罪行為，

³⁵ 參照朱朝亮，前揭文，頁 291。

³⁶ 參照平野龍一，刑事訴訟法？基礎理論，1964 年，頁 71，轉引自田宮裕，前揭書，頁 129。

已該當國家刑罰權發生之成立要件時，除有免訴事由或因不受理、無管轄權等追訴程序欠缺之訴訟障礙事由存在外，檢察官理應發動刑事追訴權，以實現國家刑罰權，故有論者認為刑事追訴權之行使，本質上即有符合實體法之犯罪成立要件，及訴訟法之訴訟條件等雙重「合法性」要求在內³⁷；然對照檢察官之法定位，由於我國刑事訴訟法第一六一條、第一六三條修正後，朝向當事人主義化的趨勢，檢察官之地位除於公判庭中處於當事人地位，於偵查階段，檢察官應儘可能的退出主導偵查的工作，申言之，第一六一條第一項確立檢察官實質的舉證責任，並負第一次先行提出證據調查的形式舉證責任，且修正第一六三條之規定，強調公平審判及公判為中心以發現真實的理念，證據調查由當事人主導，審判階段檢察官之當事人地位已告確立，檢察官之任務重心應置於法庭活動，而非再為偵查主體之法定位，且亦應不宜付出過多之勞費在判斷有無再犯之虞的緩起訴問題上，故檢察官之法地位不論處於刑事司法之任一階段，都應朝「當事人化」理解，然此當事人地位之理解，並非僅站立於國家立場或單純代表被害之私人追究犯罪行為，而實質上係受民眾之付託，行使刑事追訴權，為公眾代理人〈或稱公益代表人〉，應不受政治或政黨派別勢力等利害之左右，致力於刑事司法之運作，以維護法和平性³⁸。

在此檢察官之法定位理解下，檢察官為實現國家刑罰權而發動刑事追訴權時，除上開「合法性」之考量外，本於「公益保護者」之起訴裁量權限，尚有「合目的性」³⁹〈公益需求〉之考量在內，故刑事追訴權限之行使，除客觀之法定要件外，尚有追訴者主觀追訴必要性之政策考量，換言之，在當事人主

³⁷ 參照朱朝亮，前揭文，頁 296。

³⁸ 參照陳運財，緩起訴制度之研究，台灣本土法學雜誌第 35 期，2002 年 6 月，頁 85 以下。

³⁹ 此目的性之考量，亦可從刑罰必要性之觀點出發，於相當輕微之犯罪行為〈例如可罰違法性之理論、刑法中之客觀處罰條件〉，於刑罰必要性之有無仍須認定下，於發動追訴程序之必要性，其實亦無須為之。

義之訴訟構造下，本諸被告防禦權之人權保障，檢察官發動刑事追訴權之內涵，自不能復從昔日職權主義採起訴法定主義之合法性要求，更應符合公益需求之「合目的性」之裁量作為，故如有嫌疑不充分之追訴、應緩起訴之追訴、偵查程序瑕疵之追訴等事由時，應解為此發動刑事追訴權之程序已有瑕疵，而質疑追訴之效力性，對此日本立法例，以所謂的「公訴權濫用」為理論基礎，認定檢察官濫用刑事追訴權，而以法院形式判決終結其訴訟程序⁴⁰。

其中關於檢察官缺乏客觀上足以提起公訴之犯罪嫌疑下提起公訴之情形，我國刑事訴訟法第一六一條第二項設計有起訴審查制度，此制度有論者認為，於我國改採部分當事人進行原則下，已可預期相當程度收到防止檢察官嫌疑不足之濫行起訴的效果，如果為再強化防止濫訴的效果，是否須另定「起訴前」的監控機制，不無疑問，基於排除預斷及公平審判的觀點，實不宜再增設第一六一條第二項起訴後之法院審查機制，如今，增定此條項之結果，無異於通往當事人進行的大道上，放置絆腳石；然考量為使檢察官慎重起訴，避免使被告受到不合理、不公平之長期訟累，固有思考是否採行起訴審查制度之必要性，但由於對於當事人進行原則及公平法院之理念有所違礙，是以，解釋上自不應完全依德國中間程序模式處理，而應循我國刑事訴訟構造，作合目的性的解釋⁴¹。基此，由刑事訴訟法第一六一條第二項以下規定觀察，起訴審查之主要目的乃在篩選不足有成立犯罪可能之案件，使其無法進入公判程序，且駁回起訴之裁定確定者，更具有實體確定力，由此可見此項起訴審查制度乃專就起訴案件是否具備實體處罰條件 - 足以開啟審判程序之犯罪嫌疑，所設之起訴後審查機制；而所謂的起訴門檻之高低程度，雖法文中規定：「顯不足認定被告有成

⁴⁰ 參照朱朝亮，前揭文，頁 297。

⁴¹ 參照陳運財，起訴審查制度之研究，月旦法學雜誌第 88 期，2002 年 9 月，頁 34 以下。

立犯罪之可能」，作為開啟審判程序之門檻，然由於此一用語存有相當程度之模糊性，基本上有三種不同之解讀：第一，顯無嫌疑說⁴²、第二，法定嫌疑說⁴³、第三，形式有罪說⁴⁴等三種不同程度之起訴門檻，然由於起訴審查制度是涉及到由法院審查檢察官之刑事追訴權有無濫用之問題，故原則上起訴門檻之設定似乎仍應求諸於刑事追訴權之本質內涵為何，方為恰當，是以，當刑事追訴權解為「具體之請求權」〈或稱有罪判決請求權〉時，起訴門檻必須達至相當於「形式有罪」、或「法定嫌疑」之程度，由檢察官對被告之犯罪事實，提出證據證明具相當程度之犯罪嫌疑，若否，則此刑事追訴權之行使即有濫用之嫌疑；反之，如界定刑事追訴權為「實體判決請求權」時，由於此項權利內容不問判決之結果為有罪與否，只要經過法院實體之審理和判決，即獲滿足，起訴門檻則可能設定為「顯無嫌疑」之程度，只要被告並非顯無嫌疑即可開啟審判程序，如此低之起訴門檻設計，檢察官應無刑事追訴權濫用之情形，基此，刑事追訴權論除理論層面上之探討實益外，其實當刑事追訴權界定為不同內涵時，濫用之程度、可能性應連帶受到牽引，於制度設計上會呈現不同之結果。

第四項 追訴權之本質內涵

由於法學並無一標準答案，如透過合乎邏輯的思考方式，進行歸納，並予以合理的推論，即是解釋方法之一。是以，所謂的追訴權，在現今之訴訟制度下，似乎不能僅以單一的解釋方法探尋之，而必須以多角度的思考模式加以融合，方能更接

⁴² 參照蔡清遊，刑事訴訟法第一六一條、一六三條修正後之新思維、新作為，司法週刊第 1067 期，2002 年 1 月，頁 2。

⁴³ 參照林鈺雄，鳥瞰 2002 年 1 月刑事訴訟法之修正，台灣本土法學第 33 期，2002 年 4 月，頁 228。

⁴⁴ 參照王兆鵬，起訴審查 - 與美國相關制度之研究，收錄於刑事訴訟之最新增修與實踐，2002 年 9 月，頁 24。

近核心價值，故追訴權之本質內涵，綜合上述所言，本論文將分成四層次予以分析之：

一、從文義解釋出發

既曰追訴權，形式上具有權利之名義，然是否有權利之實質，必須續接檢討，所謂「權利」係權利者可以享受特定利益之法律上之力也⁴⁵，即法律賦予某人可行使特定利益之權限，如以此為標準，以我國刑事訴訟法為例，第二五一條規定：「檢察官……提起公訴」、第三一九條規定：「犯罪被害人得提起自訴……」等兩條法律賦予檢察官、被害人有開啟訴訟之權限，即係賦予其行使追訴「權利」之實；至於民事訴訟法上並無此相類明確的規定，然是否民事訴訟即無追訴權之概念？其實不然，或許追訴權之觀念於民事案件中並不突顯，係因立法者在考量民事紛爭時，僅係私人間之糾紛，可經由私下自行尋求解決之道，因此追訴權在民事事件中，僅是處於配套的角色，於當事人無法平息紛爭時，給予另一救濟管道。再者，此追訴權係屬於何種權能，是「請求權」或者是「形成權」？不能一概而論，所謂的「請求權」係權利者要求他人為特定行為〈作為或不作為〉之權利，即使他方當事人受請求時，法律關係並不因此確定，必須經為一定作為與否後方能確立；相反的，「形成權」係權利者依自己之行為，使自己或與他人之共同法律關係立即發生變動⁴⁶。基此，如追訴權僅係著重於訴訟繫屬之瞬間狀態時，追訴權具「形成權」性質，反之，追訴權如界定為能於訴訟程序中繼續為一定權利主張之地位時，追訴權則傾向為「請求權」。然而本論文認為，由於現代社會經濟發達，人與人間接觸頻繁，時常產生糾紛，但由於互信基礎不佳，通常無法自行解決，而必須提起訴訟，此種現象造成無限的訟累⁴⁷，因此現在訴訟制度都立於司法資源有限性之基礎

⁴⁵ 參照鄭玉波，民法總則，1995年8月，頁46。

⁴⁶ 參照鄭玉波，前揭書，頁49以下。

⁴⁷ 其中尤以所謂的「假性財產犯罪」為最，本來純粹是私人間民事上的

上，設置一定程度的篩選機制，以杜絕濫行起訴之弊病，職是，將追訴權界定為一「請求權」的性質，是較為妥當的看法。

二、從體系解釋出發

刑法、民法是實體法，刑罰權、財產權、非財產權則是實體權，在刑罰權方面，基於罪刑法定主義，無刑法規定，就無犯罪，亦無刑罰權之發生，而國家刑罰權，依不告不理彈劾主義之訴訟構造下，必須經由追訴程序方能有效實現，又追訴權與純粹訴訟法上的權利不同〈如代理權、防禦權、聲請調查證據之權利〉，因此刑事追訴權可以說係介於實體法與訴訟法間之特殊權利⁴⁸；在民事法權利方面，雖然權利之主張並無強制提起訴訟方能實踐，然基於訴訟具有形成力、既判力、執行力等判決效力下，較有實效性，同樣地民事訴權與單純訴訟法上的權利有所區別〈如責問權、異議權〉，故民事追訴權亦是聯結實體法與訴訟法間之橋樑。總之，歸納起來，刑事追訴權應可解為「刑罰請求權」、而民事追訴權則為「權利請求權」。

三、從訴訟目的及其內容出發

誠如上述，追訴權具請求權性質，然請求之內容為何，仍須援引訴訟目的及訴權論以之具體化，詳言之，於刑事訴權方面，由於我國能開啟刑事訴訟程序之權利者或行使者不同，其地位及其訴訟目的都有所差異，因之，刑事訴權之內涵亦隨者主體之不同而有相異的內涵，本於檢察官在現行刑事訴訟改良式當事人進行主義之制度下，檢察官不論係以公眾、被害人、代理人之立場代理人民行使刑事訴追權之機關⁴⁹，或於國家追

糾紛〈例如借錢後久不歸還〉，卻以刑事案件處理，當事人通常都以詐欺罪控告之，達到以刑逼民的效果，迫使債務人歸還借款，此種異象不但造成司法資源的浪費，亦係投機取巧的方式。

⁴⁸ 參照平野龍一，刑事訴訟法？基礎理論，1964年，頁71，轉引自田宮裕，前揭書，頁129。

⁴⁹ 參照陳運財，檢警關係定位之研究－從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌第108期，2004年5月，頁72以下。

訴主義下係一法律之守護者並負有一定程度的客觀義務，檢察官都必須在以人權保障為前提所設計的訴訟框架中，踐行法定程序以協助法院發現實體真實，故在此訴訟目的下，並基於保障被告防訴利益之觀點上，其行使刑事追訴權之內容應可具體化為檢察官請求法院為有罪判決之權利，當其起訴前，必須通過具高度有罪判決可能性之起訴門檻；相反地，如是被害人之自行行使刑事追訴權⁵⁰，因被害人會提起刑事訴訟程序，其背後訴訟目的不外乎是基於滿足自身的復仇心，並藉此以刑事之確定判決影響民事裁判走向而獲取損害賠償，再者，由於其本身不具法律專業知識，且亦無如同檢察官具有強大之處分權，無法蒐集充足之證據，基此，此時之刑事追訴權則應可理解為被害人有請求法院為實體判決之權利⁵¹。

另外於民事追訴權方面，由於被害人基於自身權利之保障、請求損害賠償之訴訟目的下，雖然民事裁判目的主要是以解決紛爭為其宗旨，然如單純的以被害人的角度來觀察民事追訴權之內涵時，而非以法院裁判權行使後所呈現之最終結果來剖析之的話，其實被害人之民事追訴權與刑事追訴權都有相同之本質，即係請求法院為對自己有利判決之權利。

四、將民刑事追訴權綜合觀之

誠如上述，追訴權概念在不同的訴訟制度下，確實呈現出

⁵⁰ 於法國的刑事訴訟法第四條〈簡稱：CPP〉中稱此被害人之刑事追訴權為私訴權，與檢察官所行使之公訴權相對立，而此私訴權不單是指可提起民事訴訟之權利，亦是包含可提起刑事訴訟之權利，參照白取祐司，私訴?? 被害者，收錄於激動期? 刑事法? 〈能勢弘之先生追悼論集 - 寺崎嘉博.白取祐司編〉，2003年8月，頁76。

⁵¹ 根據九十四年一月七日通過之刑法修正案第八十條關於追訴權時效之規定，其修正理由中提及所謂的「追訴權」為：係檢察官或犯罪被害人，對於犯罪，向法院提及確認國家刑罰權之有無及其範圍之權利；然此解釋方法不區分檢察官、犯罪被害人而為一致性的解釋追訴權之性質，似乎除未理解請求權之本質外，亦未針對不同制度設計上之關聯性，而作出不同之理解內容。

多層次的內涵，然如將民刑事追訴權的概念歸納之，其實可以發現，追訴權，一般而言單純是關於民刑事案件中檢察官或被害人可以提起訴訟之權能，而非附屬於特定事件中所呈現出具體化之意涵，換言之，此追訴權係在歷史發展中，於注重人權保障之洪流中，所發展出彈劾主義下，從實體權中延伸出之獨立的權利概念。

第三節 刑事追訴權與憲法間之架橋

此獨立刑事追訴權之概念，在現今法規範之體系中，將立於何地位，除了法律明文授權下，是否有再將此追訴權之保障範圍，提升至憲法層次之必要性，亦即，此權利是否屬於憲法上第十六條保障人民有訴訟權之射程範圍內，是另一值得探討之論點，以日本為例，其憲法第三十二條規定「無論何人，於法院受裁判的權利不得被剝奪。」多數論者都將此依憲法規定解為，僅是民事事件、行政事件之訴權保障，而不包含刑事追訴權在內，於該條在刑事案件方面僅是規範刑事被告之權利，即須經法院公開、對審之裁判程序使得科處刑罰，而非賦予人民刑事追訴權之基礎⁵²；然有論者則基於歷史解釋〈公訴意涵〉、體系解釋、憲法之國民主權原理下，導出憲法第三十二條之規定即是賦予人民刑事追訴權之依據，因之，於刑事訴訟法之訴追制度亦應本於私人追訴主義之精神，解釋關於檢察官提起公訴及其監督機制之意涵⁵³。相對地，於我國刑事訴訟法中，不同於日本係採取國家追訴主義、起訴獨占主義之訴追制度，必須試圖藉由私人追訴制度之理念來解釋現行刑事訴訟法之相關規定，而係直接規定被害人開啟訴訟之權限，值得注意的是此一訴追權限是否屬於憲法第十六條訴訟權所保障之範

⁵² 參照藤永幸治等編，前揭書，頁30。

⁵³ 參照鯨越溢弘，公訴?? 運用??? 規制，法律時報第61卷10號，1989年9月，頁30以下。

疇，茲分析如下：

第一項 憲法第十六條訴訟權內涵之概觀

由於至今討論憲法第十六條之訴訟權之文獻中，多半都是集中於行政事件、民事事件⁵⁴，直接針對刑事追訴權概念者，相較之下仍屬少數，直到大法官會議第五一七號解釋中提及：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利之保障範圍包括人民權益遭受不法侵害有權訴請司法機關予以救濟在內，惟訴訟權如何行使，應由法律予以規定。法律為防止濫行興訟致妨害他人自由，或為避免虛耗國家有限之司法資源，對於告訴或自訴自得為合理之限制，惟此種限制仍應符合憲法第二十三條之比例原則……」方漸成為國內學者所重視，又於大法官會議第五六九號解釋針對自訴權之行使是否為訴訟權所保障之範疇作出進一步之闡釋，其中又以大法官會議第五六九號解釋中由林子儀大法官所提出之協同意見書中說明被害人自訴權是否當然為憲法第十六條訴訟權保障之範疇最為經典，其要點如下：

一、林大法官認為憲法第十六條之訴訟權必須仰賴立法者自行考量訴訟目的、事件需要而對組織、審級、訴訟要件及進行方式等為妥適設計〈參照釋字第三九六號解釋 - 賦予訴訟權保障具有制度性保障之意涵〉，惟立法者的形成自由並非毫無限制，至少不能低於憲法保障訴訟權之核心領域所要求之基本內容。換言之，就核心領域內的訴訟制度而言，國家即負有作為之義務積極建立合理的訴訟制度以達成憲法上訴訟權保障之底限。

⁵⁴ 例如：大法官會議第 243、368、396、416、442、533、574、591 等號解釋。

- 二、而所謂的訴訟權之核心領域為何，其認為「形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護」〈釋字第四一八號解釋理由書參照〉，是以，如人民接近使用憲法上法院的管道受到重大阻礙，以致無法獲得具備身分保障並獨立審判之法官依法審判之救濟，或訴訟制度僅為形式上聊備一格之程序設置，實質上並不具備有效權利保護功能，則可認為並不具備訴訟權必備之基本內容。
- 三、然關於自訴權之設計，如考量刑事訴訟目的為確認國家刑罰權有無所進行之程序，非單純人民權利的救濟或回復，反而是自訴制度之設計係基於制衡檢察官擅權消極地不行使國家追訴權力之考量下，帶有權力分立及國家權力行使之色彩。基此，自訴權並不屬於刑事訴訟制度保障之核心，自訴權並不當然為憲法第十六條訴訟權所保障。

針對此一協同意見書，其認為憲法第十六條訴訟權之核心內容包含：無漏洞之法院保障 + 有效權利保障兩大內涵，換言之，立法者雖可斟酌各種權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況⁵⁵，於訴訟制度之設計有裁量之空間，然如參酌「核心內容禁止侵犯」理論，立法者於立法裁量之餘，必須保障訴訟權之核心領域所要求，積極建立合理的訴訟制度以達成憲法上訴訟權保障之底限，此一見解誠屬贊同，然是否不屬於基本人權保障之核心領域，就可推知此權利即非屬於憲法基本人權之系譜呢？本論文認為此一判斷似乎稍嫌速斷，所謂的基本權之核心內容，僅係立法者不能以法律之手段加以全部剝奪，僅能合理之限制，但絕非指不屬於一基本權之核心領域，即不受到基本人權規定之保障，換言之，基本人權之保護範圍與核心領域間並無絕對的等號關係⁵⁶。

⁵⁵ 參照吳庚大法官於大法官會議第 368 號解釋之協同意見書。

⁵⁶ 參照李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實

關於人民之自訴權是否屬於憲法第十六條所保障之範疇，甚至是核心領域，仍必須求諸於刑事追訴權之本質內涵，申言之，如前所述，刑事追訴權為一權利，具請求權性質，並可以說是介於實體法與訴訟法間之特殊權利，於彈劾主義之訴訟構造下，為開啟訴訟大門之權利，故亦可解為一刑罰請求權，已非刑罰權之一環，如再進一步具體化的話，就被害人而言，刑事追訴權即為：「請求法院對於被告為實體判決之權利」，而由法院針對此請求權之真偽為審判，如本於此一本質內涵下，及刑事訴訟目的、功能，再對照大法官歷次的解釋，憲法第十六條訴訟權係指：「人民權利遭受不法侵害時，有權訴請司法機關予以救濟」可知，似乎有論者即認定刑事訴訟目的及功能，是確認國家對於被告所為犯罪行為之刑罰權有無及其範圍，而非確保被害人之權利獲得救濟，因之，賦予被害人之追訴權，僅係立法自由形成之裁量權〈立法政策問題〉，絕非憲法第十六條訴訟權之範疇⁵⁷。此論者之見解似乎將大法官歷次針對訴訟權所為之闡釋中，關於「權利〈益〉」及「救濟」作出限縮解釋，僅認定當私人間之民事糾紛或者是因國家機關所為之行政行為侵害其權益時，方能提起民事訴訟、行政訴訟程序加以請求損害賠償、回復未受侵害狀態之救濟，是以，賦予受害人民事訴權、行政訴權方為訴訟權所保障之範疇；然本論文認為一犯罪行為之發生，除少數極端是對國家法益之侵害外，絕大多數仍是一般人民之個人法益受到危害，再者，於刑事法上所稱之法益觀念，其實就是權利之抽象化概念，除此之外，雖刑事訴訟之目的在於發現實體之真實、確認刑罰權有無之程序，但如賦予被害人追訴權，除了確認國家對於被告犯罪行為之刑罰權之有無及其範圍之主要目的外，亦有去除、防止被害人之法益被繼續侵害之實益，對於被害人而言，何嘗不是一種救濟途徑。基此，於思考訴訟權之保障範圍時，除了積極

踐〈一〉，2003年2月，頁51以下。

⁵⁷ 參照蔡宗珍，憲法解釋與訴訟權之保障 - 以行政訴訟為中心，收錄於司法院大法官九十三年學術研討會〈下冊〉，2004年12月，頁58。

擴大對於權利、救濟概念的解釋外，仍應注重憲法第十六保障人民具訴訟權之目的 - 課與立法者建構無漏洞的法院保障法網之法定義務，當人民之權益受損時，可為自身之利益要求國家動作，屬一種法律所保護之能力；相對地，自國家立場觀之，國家之主要目的，在於維護國家社會秩序，此種秩序如遭不法破壞，國家應負有恢復秩序之職責，此種職責，對於人民而言，即為一司法上受益權⁵⁸，屬憲法第十六條訴訟權之保障範圍，職是，刑事訴訟之主要目的雖是確認刑罰權有無及其範圍之程序，然對於人民權益之保障、國家社會秩序之維護亦不失為其功能所在，是以，於思索如何規範刑事訴訟程序之追訴程序時，應積極地著重於公訴程序、被害人追訴程序間如何調和、建構成一無漏洞之法院保障法網，甚至將自訴程序作為補充公訴程序之不足之地位，或是制衡檢察官不起訴處分之最大利器，在未完備建構公訴制度及其監督機制時，不能將被害人之刑事追訴權僅以簡單地論理過程，或似將此追訴權視為刑罰權之一部，就輕率地將其刑事追訴權摒除於憲法第十六條訴訟權之保障範圍外，完全委由立法者之立法自由，任其限制或刪除，無一最低限度，此絕非為法學界所樂見之情況。

第二項 訴訟權之核心領域 - 正當法律程序？

憲法第十六條之訴訟權之核心領域，如前所述，為「形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護」，其中又以有效之權利保障尤為重

⁵⁸ 參照劉秉鈞，自訴制度之研究，司法研究年報第十輯〈中冊〉，1990年，頁1244；亦有論者以創設自訴制度 - 滿足被害人之復仇心理、防止檢察官濫用起訴裁量權、提升被害人於追訴過程中之參與地位等理由，認定自訴權實為司法上之受益權，應屬於憲法所保障之權利，參照張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障 - 以釋字五六九號為中心，收錄於司法院大法官九十三年學術研討會〈上冊〉，2004年12月，頁131。

要，然其真正內涵為何，如觀察歷次大法官會議解釋可知，以「受法院公平審判之權利」作為訴訟權保障的內涵之一〈釋字第三九六、四四二、四六六、五三〇、五七四號〉，顯見大法官似乎有意將正當程序之保障納入訴訟權之內涵中，釋字五八二號解釋中更明確指出訴訟權之保障，刑事被告在刑事訴訟程序上應享有充分之防禦權包括對證人之詰問權、以及受公平審判之保障；如再以釋字四一八號解釋之理由書為例：「...交通違規事項已給予當事人申辯及提出證據之機會，並由憲法第八十條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判，顯已符合正當法律程序...與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」大法官似乎有將正當法律程序之保障作為訴訟權有效權利保障具體內涵之意向⁵⁹。然亦有論者認為，對於犯罪嫌疑人或刑事被告而言，藉由刑事審判程序而欲發動的國家刑罰權行使，已構成包括人身自由在內的相關基本權之限制或侵害，除必須合於憲法第八條所要求之正當法律程序外，尚須符合憲法第二十三條所定之對一般基本權干預之合憲性要件。此具體化於刑事訴訟之程序，應包括對於犯罪嫌疑人與刑事被告等程序參與及防禦權等用以保護其免於國家刑罰權不當行使之程序保

⁵⁹ 釋字五八二號解釋中關於刑事被告訴訟權保障之部分，許玉秀大法官於協同意見書提及：「...憲法第十六條保障人民之訴訟權，乃在於保障人民受公平審判之權利，就刑事訴訟法而言，所保障者即刑事被告受公平審判之權利，因此刑事被告之防禦權，即為憲法保障訴訟權之核心內涵。據此以論，就刑事被告訴訟上之防禦人權而言，憲法第八條及第十六條互相競合，而得同時為本號解釋之憲法依據。」；亦有論者將基本人權之主觀功能中之程序性給付功能〈亦稱為基本權程序與組織保障功能〉區分為積極面、消極面兩者，除了課與國家必須主動規劃法制，設計一定的組織並履行特定的程序外，於消極面上，當侵害、限制或剝奪基本權之決定前，必須踐行衡量基本權的種類、基本權侵害之強弱、侵害範圍之大小後所制定之程序〈此即相當於正當法律程序〉，方能落實具組織與程序設計配合之基本權利，而訴訟權即是此種組織及程序依賴傾向之基本權，參照許宗力，基本權的功能，月旦法學教室第2期，2000年12月，頁76以下。

障，是以，理論上此並非司法制度形成之本體性要求⁶⁰。

上述正反見解都有其理論基礎，然似乎僅是以被告、犯罪嫌疑人作為論理之中心，其一係基於基本權利之功能、被告應受公平審判之權利之前提下，援引正當法律程序之概念，建構一有效之訴訟權保障制度；另一則以國家刑罰權之行使並非屬人民所得主張為前提認為，嚴格來說，憲法法治國之要求並未課與國家有提供刑事審判制度之義務，而是對國家所設置之刑事審判制度，嚴格要求其應包括正當法律程序等對基本權限制之合憲性要件，因之，對於刑事審判制度而言，應無所謂的「制度性保障」之要求⁶¹。對此，針對被告應受法院公平審判之權利，是否有其必要性以正當法律程序之概念，作為填充訴訟權之有效條件，仍有議論之空間；相對地，於另一方面，如肯認人民之自訴權為憲法第十六條訴訟權所保障範疇時，有效之權利保障應如何建構，是否有須藉助正當法律程序之內涵，作為底限，仍須進一步具體化釐清之必要。

依照林子儀大法官所言，一訴訟制度之設計如僅為形式上聊備一格之程序設置，實質上並不具備有效權利保護功能，則可認為並不具備訴訟權必備之基本內容，以此對照被害人刑事追訴權之行使，由於被害人通常不具法律之專業素養，於精密的司法程序進行，時常無法精確地對於被告之犯行為具體化主張，再者，由於一般人民不具任何法權限，得以違背相關人之意願，強制取得犯罪之相關事證，以致於無法於審判程序中作出充分之攻擊防禦，如訴訟構造同時採取所謂的當事人進行主義時，法院原則上立於公正之第三人，不積極地負有澄清事實之義務，訴訟程序之進行、調查證據之範圍都必須委由當事人為主導，此時如無充分之事證相輔佐，勢必將陷入訴訟程序之停滯，最終落得濫訴之後果。基此，於刑事司法制度上，如要

⁶⁰ 參照孫森焱大法官於釋字第四一八號解釋中之協同意見書；蔡宗珍，前揭文，頁 59。

⁶¹ 參照蔡宗珍，前揭文，頁 60。

符合有效保障私人刑事追訴權之最低要求時，除了簡化開啟訴訟之程序外，仍必須以強化私人行使刑事追訴權之能力為建構基盤，方能確實地符合憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨。

相對地，正當法律程序，此項具憲法層次之原理原則，係源自於美國憲法第五條增修條文、第十四條增修條文之正當程序條款要求 < due process >，其定位實屬制約國家刑罰權發動之程序面，即為避免對人權之不當侵害，除課與立法者必須以法律之形式規範限制人權之程序，更須令其制定正當合理之程序，以防止不當侵害人權之情事發生⁶²，然正當法律程序之要求，不僅僅只著重於正當程序，以之為前提之實體要件 - 就是刑罰權發動之根據亦是必須要求具正當之實體要件，因若實體內容不正當，則光是程序法之內容正當，人權之保障將流於形式⁶³。依此，具憲法層次之正當法律程序之內涵應解釋為正當程序及正當實體之條款；然此法理論於現今憲法上之地位，與訴訟權具積極課與國家建制保障之要求相較之下，似乎僅是針對於國家已建立之審判制度中，當國家行為有侵害憲法基本人權之虞時，所課與踐行一定法定程序之原理原則，再者，其保障之範圍及界限，似乎仍至今未明確，亦即，何謂「正當」之程序及實體，仍屬一不確定法律概念；站在法律明確性原則之立基點上，與其使用仍須具體化之憲法原則，毋寧直接求諸於個別法律規定之許可性，換言之，例如探求偵查構造型質，如賦予私人行使是否有違令狀原則、武器對等原則之要求，或者有無保全證據之適用等，較具實效性。

第三項 小結

大法官雖承認被害人之刑事追訴權屬憲法第十六條訴訟

⁶² 參照浦部法穗，憲法？教室，2001年5月，頁278。

⁶³ 參照陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，1998年9月，頁34以下。

權之保障範圍，且此項權利之行使國家亦應提供制度性保障，然為防止濫訴可對於人民之訴訟權之實施自得以合理之限制，但當此刑事追訴權之行使遭受到重大阻礙、或有保護不足之情形時，似乎就等同於將此刑事追訴權之行使摒除於憲法基本人權之保障範圍外，違反制度性保障之基本權客觀價值，申言之，於現行自訴制度中，立法者雖有立法之形成自由，然如對於被害人行使刑事追訴權之制度設計方面，訴訟進行之過程中如可能遭受重大阻礙或甚至無法實行時，例如：在無相關權限之配合，蒐集到充分之證據資料，就有違憲法保障基本人權之意旨。另一方面，就如同多數論者所言，自訴制度既然亦作為制衡檢察官不起訴處分之最大利器，如無健全自訴制度本身之功能，此自訴制度就等同於喪失其制衡檢察官不起訴處分之附帶功能。

第三章 刑事追訴制度之理論基礎

在前章節中大略描繪出刑事追訴權之輪廓後，接次地討論此追訴權由何人擁有或行使下之訴訟制度將呈現如何之態樣，申言之，於彈劾主義之大前提下，由法院以外之任何人所提起的訴訟，即形式地著眼於由誰擔任起訴主體，可將各國的訴追制度可分成「國家追訴主義」、「私人追訴主義」〈此包含「公眾追訴主義」及「被害人追訴主義」〉兩大類，然為更深入地理解兩大主義間的性質，除了表面上的分類外，實質上背後所隱藏的理念才是法學家所應注目之焦點，是以，本論文在本章將以訴追制度的理念作為出發點，既曰「主義」必有其背後相稱的要素相輔佐，具體而言：第一，追訴權歸屬之主體，是國家或私人；第二，追訴權實際上由何人行使；第三，此實際行使追訴權之人，其權限的範圍；第四，關於追訴權限之行使，有無課與外在的制約制度等評價各要點後，歸納一國之訴追制度，其屬於何種訴追主義，並思索採取此訴追主義之理由，進而秉持此理念下整體觀察實際上所設計的各種法制度後，方能確切地掌握整體刑事追訴制度之理論基礎；且我國自訴制度，既乃是私人追訴制度之延伸，是否符合原先私人追訴主義之整體追訴制度之設計，亦是本章節須釐清之要點。

第一節 國家追訴主義之理解

從何人開啟訴訟之觀點出發，在彈劾主義之訴訟構造下，訴追主體由誰擔任，於訴追制度上大致可劃分成「國家追訴主義」、「公眾追訴主義」、「被害人追訴主義」等三類，然而，在各個概念下，文義上雖不難理解，但於三者之中尤其是國家追訴主義仍有些許於語意或概念上之微妙變化，以下將細說分明：

第一項 國家追訴主義之意義

基於禁止私人行使刑罰權，僅有國家方能行使刑罰權之原則下，刑事訴訟是為實現國家刑罰權所法制化之訴訟程序，與為解決私法上權利義務關係之民事訴訟程序迥異，具有極度鮮明的公益性質¹，然在此訴訟體系下，各家學說解釋所謂的國家追訴主義，其本身之意義或特徵為何，見解不一²：

- 一、刑事追訴權是屬於國家所擁有：此說認為於彈劾主義之訴訟構造下，訴追之權利係屬於國家，然此說僅明示刑事追訴權係屬於國家所有，卻未直接對國家追訴主義本身作更深入之說明、定義。
- 二、追訴係由為國家機關之檢察官實行：此說認為所謂的國家追訴主義係指關於刑事事件，是由為國家機關之檢察官擔任提起公訴、進行訴追而言。
- 三、不允許國家機關以外之私人進行訴追：此說更進一步闡釋國家追訴主義，認為只有國家機關方能提起刑事訴訟，而私人則無進行訴追之權能³。

上述三說中其中以第二說為多數見解，然有一要點必須釐清的是，國家追訴主義，形式上主要係指由國家機關而擔任原告，由其提起公訴、於公判庭中為訴追之程序，但在此原則上，並不能意謂者所有具備國家追訴主義特色之國家在刑事追訴權上即具有排他性、獨占性，例如於德國之刑事訴追亦以國家追訴主義為主，然仍規定受害者於一定範圍內之犯罪型態，可

¹ 參照藤永幸治等編，大？？？？？？？ 刑事訴訟法第 4 卷，1995 年 1 月，頁 29 以下。

² 參照小山雅？，？？？？？ 訴追制度 - ？ 察？？ 創設？ 私人訴追主義，1995 年 3 月，頁 170 以下。

³ 參照高田卓爾，刑事訴訟法〈二訂版〉，1984 年 2 月，頁 11。

提起私人追訴及訴訟參加，或者，於刑事程序進行中，被害者亦可對被告提起附帶訴訟〈附帶民事訴訟〉，請求被告賠償因犯罪所造成之損害，基此，國家追訴主義與所謂的「起訴獨占主義」之間並不能劃上等號⁴、屬不同層次之問題；以日本刑事訴訟法第二四七條為例，其訴追制度是採用國家追訴主義，而其公訴提起之權限又顯然係屬於檢察官專權，基此，在此立法例下可以說日本刑事訴訟之啟動程式不僅是係國家追訴主義，亦是起訴獨占主義。

第二項 國家追訴主義之理論基礎

於採用檢察官制度之國家，國家追訴主義下之追訴程序，自然地是由為國家機關之檢察官擔任訴追機關，然此只不過僅止於形式上、表面上的議論空間，既曰國家追訴「主義」，於更深層之意涵中，必含有相當程度「訴追理念」之理論基礎。

國家追訴主義，是始於君主王權、絕對主義之時代中，所形成之訴追理念，其刑事司法之目的，並不是為了保護其臣民個人之權利，而是超越臣民間個人之利害關係，為守護以君主為中心所建構之國家體制，所進行之追訴制度。因而，當時以國家追訴主義為根據之訴追制度，作為所謂的「股肱之臣」之警察官、檢察官、裁判官，為維護國家體制，因必須盡可能地全部被設計成一體性的活動〈同心協力維護國家體制〉，故被授與超越一般臣民權利之權限，其中檢察官即是行使歸屬於君主所有之刑事追訴權之官吏，基此，刑事追訴權是為君主統治權之體現⁵。

⁴ 參照寺崎嘉博，「國家追訴主義 起訴便宜主義」，〈刑事訴訟法？基本原理〉，法學教室第 268 號，2003 年 1 月，頁 21。

⁵ 參照鯨越溢弘，「刑事司法？被害者？法的地位--修復的刑事司法？理念的前提？」，法政理論第 35 卷 4 號，2003 年 3 月，頁 13。

然此國家追訴主義，經過民主法制化過程後，刑事追訴已非僅為君主一人所服務，而是基於：第一，犯罪行為是對國家秩序的侵害，國家有其權力及義務性對於此犯罪行為加以追訴處罰，換言之，犯罪與處罰，並不同於個人間之權利義務關係，是國家必須責無旁貸關切、注目之事，是以，刑事追訴權必須超越被害人或一般公眾之訴追意思，而「歸屬於國家所有」；第二，作為國家機關之檢察官，行使刑事追訴權時，不單是立於訴訟當事人，更是要以法之守護者、國家正義體現者、社會秩序之維護者之姿，不受受害者報復感情、政治情勢之左右，而以國家秩序、利益之保護為優先之考量下，綜合判斷犯罪行為對社會之影響、受害者之處罰感情、犯人本身之情事等因素，公正地行使訴追權限。第三，為了以公正之立場行使訴追權，檢察官被賦予超越受害者或一般市民之權限，例如：強制處分權⁶。

然此「應然面」之期許，是否符合於現今訴訟制度下為貫徹國家意志，行使國家追訴權之檢察官之「實然面」，不無疑問，以我國刑事訴訟法第二條規定為例，法規範課與檢察官所謂的「客觀義務」，期許其對被告有利、不利之一切事項都應注意，然受到檢察官之地位未定論、及整體訴訟構造由原先之「職權主義」變遷為「改良式當事人進行主義」之影響下，客觀義務之範圍更加渾沌不明，如不予以釐清，將使得「檢察民主化」之美意，急速崩解，檢察官將以一脫疆野馬，成為國家

⁶ 參照鯨越溢弘，「國家訴追主義」，收錄於刑事法？典〈三井誠等編〉，2003年3月，頁288；然亦有論者補充說明，當歐洲近代國家成立之後，確立了國家獨占刑罰權之國家追訴模式，原則上不是繫於被害人有無追訴意願，而是由國家機關依職權開啟刑事訴程序，此運作模式，主要之理論基礎禁止私人復讎，確定法規範之維持由國家掌握，亦即，由國家透過法律來確保和平狀態，而非藉由私人復讎之形式來恢復法秩序之和平，因此，國家在剝奪了被害人私自復讎權利之同時，亦有義務去追訴犯罪，參照王皇玉，刑事追訴理念之轉變與緩起訴 - 從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌第119期，2005年4月，頁57。

機關不當整肅異己之利器。

第三項 國家追訴主義之規制

任何權利者，都不能權利濫用，此一精神為整體法規範之準則，即使是國家機關亦應遵守，是以，當檢察官行使刑事追訴權時，其刑事司法之操作上，雖具有統一性、高效率等優點，理論上檢察官亦應以公正之立場為追訴之程序，然現實上常忽略被害人之報復感情、及一般人民之敵對心理，實質上卻政治性地不當運用追訴權，造成權利濫用、偏離人民法意識之追訴後果，再者，檢察官亦被賦予強大之強制處分權，容易為追訴之準備，而濫用其權限，形成糾問式之檢察官刑事司法，對人民造成寒蟬效應，基此，各國無不致力於修改法制度，試圖節制此一法規範下之「利器」，期能回歸「檢察官民主化」之原意。

然如上所述，法制度設計下之約束機制，除了少數直接針對國家追訴主義之限制，似乎更多數是轉向設下柵欄，限制於彈劾主義下實際行使追訴權之檢察官，歸咎原因，實為檢察官地位之未定論，及其權限、義務範圍何在所致，是以，本論文將回歸原點，先行檢討國家追訴主義下檢察官應有的法定位，藉此建構出國家追訴主義下之訴追制度應有之特徵。

第一款 國家追訴主義下之檢察官地位

現代檢察官制度之雛形，起源於法國大革命時期，於一七九一年的制憲議會將原來僅屬於為保護國王財產利益之「國王代理人」分為兩種：其一仍由國王任命之「國王委員」，專向法院請求法令之適用與判決之執行；另一為由人民選舉之

「公訴官」，專掌於刑事法院為訴追辯論，並延續至拿破崙治罪法典定型之⁷，當時歐陸創設檢察官制度之目的，固然是為了廢除當時糾問主義下之訴訟構造，而確立控訴原則、分權制衡之產物，惟關於如何定位檢察官的角色，賦予檢察官何種具體的權限？以及如何來監督制衡此一新創的法規範下之角色，亦是成為現今法制度下重要的課題。基本上於國家追訴主義下應有以下基本的認識：

檢察官之地位，至今都擺盪於行政官、司法官之間，然如以國家追訴主義之理論基礎觀之，由於國家對於國家秩序之維護具有責無旁貸之義務，於一犯罪行為發生時，國家有其義務性必須加以處罰，又犯罪與刑罰並非等同於一般私人間之權利義務關係，因之，刑事追訴權必須超越被害人及一般市民之意思，歸屬於國家所有，而為國家機關之檢察官仍必須秉持此一信念，行使刑事追訴權時，必須以「法律之守護者」之姿，公正地行使追訴權，使客觀的法意旨貫通整個刑事訴訟程序，以發揮檢察官制衡審判及監督司法警察的雙重控制功能，其並不同於獨立法官、及一般行政官，而是居於中介的「司法官署」、「自主之司法機關」⁸。

職是，在此檢察官之定位下，由檢察官行使國家追訴權之國家訴追制度，可謂是檢察官「自我期許」，於理念上期許檢察官能公正的行使國家追訴權，然此僅為理論上之界定檢察官行使國家追訴權時，所應秉持的態度、立場，但實際上時常事與願違，尤其於法制度上又賦予檢察官對於訴之提起與否、審判對象、範圍之設定、訴之終結有處分權時，應如何建構其法理上具有制約力之外部機制，才是實行國家追訴主義下之訴追制度成敗之關鍵。

⁷ 參照黃東熊，中外檢察制度之比較，1986年4月，頁8以下。

⁸ 參照林鈺雄，刑事訴訟法〈上冊 - 總論編〉，2000年9月，頁112以下。

第二款 檢察官之制衡 - 民主化過程

觀察檢察官之緣起及變遷過程，於一二一五年以後隨者法國專制體制之建立而同步浮現，於十四世紀以國王代理人之身分為國王之統治利益而為告發犯罪之動作，至一五三九年法蘭西斯敕令頒布後，國王代理人正式成為刑事程序之參與者，該敕令內容規定，於預審階段，其程序由國王代理人及預審法官配合進行，前者負責追訴，後者負責審訊，審訊中以秘密行之，由預審法官主宰一切審訊之進行，可說是集偵查與訴追功能為一身之預審法官⁹，為鎮壓犯罪之利器之一，直到一七八九年法國大革命後，法國進行刑事程序改革，除了將一切程序公開、承認辯護制度外，於一七九一年九月，更下令全盤程序徹底師學英國法制，但由於社會秩序日益混亂，英國式之刑事制度顯然無法鎮壓犯罪，於是於一八〇八年之犯罪審理法，恢復公訴官之制度，僅負責訴追程序，無審問權及強制處分權，就所知之犯罪行為，請求預審法官發動預審，由預審法官本於不告不理原則下，負責審問及發動強制處分權限蒐集證據；然由於此預審法官仍維持既有之權限，使市民之權利及自由，全掌握於預審法官手中，因之，為確保預審法官之獨立性，使免受政府及公訴官之干預，即「公訴官請求」及「預審法官審理」間之權力分立原則，則成為法國進入二十世紀後，對於檢察制度民主化之重要理念¹⁰。

職是，觀察法國「檢察官民主化」之過程中，實為於民主法治國家之刑事司法制度，似乎是設置「分權制衡」機制之漸

⁹ 故有論者主張，於一六七〇年路易十四敕令中之預審法官，方為檢察官之濫觴，至於國王代理人於糾問程序之訴訟構造下，雖有告發犯罪之權力，但只不過為促使預審法官發動預審之一項原因而已，因之，國王代理人勉為「如檢察官」而已，參照林朝榮，檢察制度民主化之歷史，收錄於刑事訴訟之運作〈黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集〉，1997年，頁182以下。

¹⁰ 參照林朝榮，前揭文，頁185以下

進史，換言之，於大陸法系之法國，本於糾問主義之傳統，為國家機關之檢察官，於國家追訴主義下之追訴制度，負責預審之發動權，後者則以不告不理之立場職司預審，並將致命性之強制處分權劃歸於後者，俾使兩者在「分權制衡」之機制下，協力進行犯罪之偵查與訴追，以擔保檢察制度之民主化，是以，法國於一八八八年之犯罪審理法，遂成為大陸法系國家無不以奉為圭臬，以此法建構檢察制度，故民主時代實行以來之檢察制度，乃以「分權制衡」機制之建立，為其民主化之關鍵¹¹。

故檢察官行使國家追訴權除了上述自我要求之期許外，尚有相對應地監督制衡機制，期能發揮功能，以符合權力分立原則，然由於國家追訴主義之訴追制度下強調追訴犯罪是國家專屬之任務，一般私人無法置喙，基此，相對地設計制衡機制時，似乎仍以權力制衡觀點為前提，主要以國家機關相互制衡之制度為主。

一、檢察一體

檢察官雖界定為一具有中介性質之「公正客觀的官屬」，然取決於檢察官之組織與架構，其上命下從之相關設計，如上級檢察官基於指揮監督之權限，於案件偵查時，可行使職務收取權、移轉權，即對於下級檢察官偵辦之案件得親自處理或移轉於其指揮監督之其他檢察官，此種檢察官同一體原則，雖提高追訴犯罪之成效、統一訴追基準或對於檢察官之濫權或許有所抑制效果，然此原則似乎與檢察官之獨立性有所矛盾，因之，上級檢察官之指揮監督權必須與檢察官之獨立性有所調和、並以此為界限，否則將造成戕害檢察官公正行使追訴權之最大因素¹²。

¹¹ 參照林朝榮，前揭文，頁 260

¹² 參照藤永幸治等編，前揭書，頁 39 以下。

二、審查制度

檢察官理論上作為法律之守護者，監督審判、控制警察活動，但如何在內部監督之外，另設外部制衡機制，是所有採行檢察官制與控訴原則之訴訟制度下，無法規避之話題；由於檢察官負有法定性義務及客觀性義務，由法院依法負責審查檢察官訴追處分之監督模式，似乎才是防範檢察官濫權之利器，例如：設立起訴審查程序，審查檢察官起訴是否遵守起訴法定之要件，或制定強制起訴程序，由法院針對檢察官之不起訴審查是否妥當¹³。

三、公訴權濫用論

除上述制度面上所延伸出之制衡機制外，理論上於日本法界中亦發展出一套對於檢察官濫行起訴之理論，即對於檢察官無犯罪嫌疑之起訴、逾越裁量之起訴、基於違法偵查結果所為之起訴，應認為檢察官違法運用公訴權，而由法院以形式判決終結其追訴程序之理論。其中缺乏客觀足以提起公訴之犯罪嫌疑下所為之公訴，由於不具備起訴之合法要件，對此應否定其效力而將此公訴駁回；另外基於違法偵查之結果所為之起訴，由於對於國民之權益侵害甚大，亦不應容許其提起公訴¹⁴。

至於第二種類型，檢察官逾越裁量之起訴，基於其一，檢察官的訴追裁量權，並不是完全的自由裁量，其本質上實為「羈束裁量」的一種，檢察官必須依照法的意旨、目的，負有適正公平地行使訴追裁量權之義務，是以，於法治國家中，檢察官之訴追裁量必須受到法院之審查；其二，雖關於公訴之提起與否之權力是委由檢察官裁量，然仍須本於完成公共福祉之維持與人權保障之立場，為其行使裁量權之基準，如有明顯濫用或

¹³ 參照林鈺雄，前揭書，頁 131。

¹⁴ 參照陳運財，日本檢察官之起訴裁量及其制衡，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997 年 11 月，頁 338 以下。

錯誤時，應不認為其公訴具有本來之效力；其三，公訴權之行使原基於檢察官同一體原則下，雖期待有全體統一性之處理基準，然如果檢察官之起訴處分，明顯違反起訴便宜主義之法意旨時，則必須作為司法審查之對象，於由公訴提起之訴訟程序中，試圖矯正此一違法之訴追程序¹⁵等理論基礎上，於現行司法制度下由於無法制衡檢察官不當起訴，故學者間提出此「公訴權濫用論」，供法院對於檢察官濫用起訴裁量而提起公訴時，以公訴權濫用之理由，作出判決不受理或免訴判決之形式判決，以抑制檢察官不當起訴，而達到保障被告權益之目的。

四、令狀原則

所謂的「令狀原則」其背後基礎理論不外乎是：預防無實質原因〈相當理由〉的強制處分、避免事後判斷的偏頗、書面紀錄的建立、以聲請程序刪減無必要的強制處分等，所以為了實現前述等多種理念，因而建立一個事前審查之制度，並由中立及超然之第三人，擔任各個要件之審核角色，如有符合要件者，即發予令狀，以使司法人員有權實施執法行為¹⁶，此原則又稱為「法官保留原則」，係基於權力制衡、工作方式及制度保障之觀點，也就是並不在於孰較能做出正確判斷，而在建立一「事先審查」的程序與達成「防範濫權、保障民權」之目的要求下¹⁷，此因檢察官於國家追訴主義下是被賦予超越一般人之法權限，為偵查之主體，目的在有效打擊犯罪，就人權保障與打擊犯罪之衡量判斷而言，檢察官已非超然、中立。

¹⁵ 參照藤永幸治等編，前揭書，頁 66 以下。

¹⁶ 參照王兆鵬，自令狀原則論我國相關規定之缺失，刑事法雜誌第 44 卷第 4 期，2000 年，頁 32 以下。

¹⁷ 參照林鈺雄，論偵查法官 - 兼論法官保留與直接審理原則，收錄於法治國家之刑事立法與司法 - 洪福增律師八五壽辰祝賀論文集，1999 年 8 月，頁 181 以下。

第三款 國家追訴主義之限制

如前所述，國家追訴主義之理論基礎，乃一犯罪行為是對國家秩序之侵害，國家有權力、義務追訴犯罪，換言之，國家作為國家秩序之維護者，必須責無旁貸地去追訴犯罪、處罰犯罪行為人，以此期能回復已遭破壞之社會秩序、及法和平性，基此，在此理念下，國家不能因被害人無意願發動追訴，而放棄追訴犯罪¹⁸；然是否有任何之犯罪行為發生，國家即有發動刑事追訴權之必要性呢？其實不然，例如某些特定犯罪，例如侵入住宅、公然侮辱等犯罪行為時，仍然必須考量到被害人追訴之意思。

一、告訴乃論之罪

由於國家追訴主義下，課予國家追訴犯罪之權力及義務，難免同時於擴張國家追訴權力時，會有不當行使權力之疑慮，因此，在平衡追訴犯罪之公共利益與尊重被害人之私人利益的立基點上，立法者劃定某些國家追訴權任意行使之禁地，換言之，於告訴乃論之罪，例如：侵入住宅罪，由於其為輕微法益侵害之犯罪行為，且對於國家法秩序之妨害亦有限¹⁹，基此，國家追訴犯罪與否，不單僅是取決於公共利益，更是在考量被害人之真意後，尋求兩者利益間之最大公約數。

二、私人追訴

於國家追訴主義之訴追制度下，如另外承認被害人有自行提起訴訟之權利時，甚至一般市民亦有追訴犯罪之權限時，此將成為國家追訴主義之最大限制利器，換言之，當一犯罪行為發生時，不論是國家或私人都有刑事追訴權之前提下，即使國家未能盡其職責行使追訴權，以遏止國家秩序之持續惡化時，

¹⁸ 參照林鈺雄，前揭書，頁 44。

¹⁹ 參照林鈺雄，前揭書，頁 46。

一般民眾或被害人亦有權限發動訴訟，以維護自身權益及間接地回復國家應有之法秩序；然承認私人有追訴權限之餘，由於私人多未有充足之法律知識及權限，如在無相關配套規範下，將淪為私人間報復之手段而已，因此，於私人追訴制度下，由何人擁有追訴權限、實際由何人行使、其權限範圍、制約之機制等要點，仍是法學者須持續注目之重點。

第四款 小結

綜合上述，國家追訴主義下之訴追制度，除了形式上是由國家機關擔任訴追原告之觀點外，實質上仍必須判斷數項特徵後，方能正確地掌握國家追訴「主義」之精髓、理念：第一，由於國家對於國家秩序之維護，有其義務性職責，對於犯罪行為必須加以追訴處罰，此異於個人間之私法上權利義務關係，是國家必須責無旁貸關切之事，是以，刑事追訴權必須超越被害人或一般公眾之訴追意思，而歸屬於國家所有；第二，於實行檢察官制度之國家中，由為國家機關之檢察官，期能以法之守護者、國家正義體現者、「司法官 - 非當事人」之地位，於客觀義務之要求下，公正行使國家之刑事追訴權；第三，為了適正、實效性之考量下，賦予檢察官相當之法律權限〈如強制處分權〉，期能於有充分之資訊下，行使追訴權，並協助法院發現實體真實；第四，為制約國家濫用刑事追訴權之考量下，立法者在綜合維護公益與追求私益之觀點後，於法規範中制定了某些告訴乃論之輕微犯罪，以被害人之訴追意思作為牽引國家追訴權行使之走向，除此之外，如承認私人追訴制度之前提下，私人追訴犯罪與否，同樣地將會是國家追訴主義之限制利器。

第二節 私人追訴主義之理解

私人追訴主義，同樣於在彈劾主義之訴訟構造下，所發展出之訴追形式，然相較於國家追訴主義之討論略嫌稀少，除了形式區分「被害人追訴主義」、「公眾追訴主義」外，未見有較深入之研討，此種法理論不足之現象，於此人權日益高漲之時代，實為法學界之疏忽，因之，本論文將以拓荒者之精神，有體系探索私人追訴主義之理論基礎，期能為私人於訴追制度上，尋求與國家機關立於相對等之地位與權限。

第一項 私人追訴主義之意義

雖禁止私人自力救濟，僅有國家方能行使刑罰權之原則下，然一犯罪行為之發生，不但對於國家秩序有所危害，同時亦可能造成被害人法益之侵害，針對此損害性之犯罪行為，被害人除了尋求民事訴訟程序請求回復原狀或損害賠償外，是否於刑事訴訟體系下亦被賦予提起刑事訴追、或訴訟參加等權益，於現代民主法治國家中，必須加以釐清，依照國家追訴主義之同樣分類，私人追訴主義之意義仍有不同的見解²⁰：

- 一、刑事追訴權是屬於私人所有：於彈劾主義之訴訟架構下，訴追之權利除了歸屬於國家所有外，私人亦享有行使訴追之權利。
- 二、追訴權是由私人所行使：此說認為，針對刑事事件，私人可行使刑事訴追權，追訴犯罪。
- 三、允許國家機關以外之私人行使追訴權：此說則進一步說明私人追訴主義，是由國家機關以外之私人，成為刑事訴追

²⁰ 參照小山雅?，前揭書，頁 172 以下。

主體而行使刑事追訴權而言²¹。

以上三說以第三說為多數見解，如以此見解為基礎的話，私人追訴主義於通常之情形下大多學者將此於形式上又區分為由犯罪被害人行使追訴權之「受害者追訴主義」及可由一般大眾行使追訴權之「公眾追訴主義」兩大類，其中所謂的「受害者追訴主義」係指於因犯罪之直接受害之被害人及其特定家屬，可行使刑事追訴權，而成為刑事訴訟程序中當事者而言，另外「公眾追訴主義」則是因犯罪所引起社會秩序之侵害，而一般市民得以行使刑事追訴權，而成為訴訟程序中當事人而言，是處於國家追訴主義與被害人追訴主義之中間地帶，此僅立於形式面觀察，是由何人是訴追主體為區別標準，然如從公眾追訴「主義」實質面探求，此追訴主義主要應將刑事追訴權歸屬於體現公共利益之個人 < public person > 而非被害人追訴主義僅將刑事追訴權限歸屬於利己、為本身利益之個人 < 被害人 >，至於公眾追訴主義並不必然是由個人擁有刑事追訴權，亦有可能將刑事追訴權歸屬於某一組織化之市民，例如：大陪審，此制度即是公眾追訴主義之具體化體現，另外，以比較法觀點出發，於法國之刑事訴訟法，檢察官由於是作為公眾代理人之公訴官，而私人亦同時被賦予刑事追訴權，故有論者亦稱此為公眾追訴主義之追訴制度，此源於法國革命時期，仿倣英國之法制度，引進私人追訴制度，當私人無進行追訴之能力時，為援助私人而由公訴官進行訴訟，此訴訟性質於法規範上即為「公訴」概念，因之，法國法之「公訴」並非於國家獨占之意，反而是公眾都能享有之意，基此，統合上述概念正是「公眾追訴主義」之追訴制度²²。

然此僅集中於形式意義上之觀察，如進一步理解，可發現

²¹ 參照鯨越溢弘，「私人訴追主義」，收錄於刑事法？典 < 三井誠等編 >，2003年3月，頁345。

²² 參照鯨越溢弘，「公？訴追主義」，收錄於刑事法？典 < 三井誠等編 >，2003年3月，頁238。

私人追訴主義其實又可以歸納為數種不同之解釋方法：第一，形式及實質上意義之私人訴追：於形式面，是由私人作為訴追主體，且實質上以私人之資格進行追訴程序、同時亦未有特別之法權限；第二，著重訴追理念之私人訴追〈此即為私人追訴主義之理論基礎〉：此種內涵亦以實質上觀察認為刑事追訴權應歸屬於私人，認為為犯罪之處罰所進行刑事追訴之權利與義務必須委由私人行使；第三，權利性質之私人追訴主義：刑事追訴權實際上是由私人所有，換言之，不管任何人都能親自提起、進行刑事追訴程序；第四，實態上之私人追訴主義：現實上是由私人進行刑事訴追²³。然如一國刑事追訴制度涵括上述四種內涵時，當然無庸置疑此國之刑事追訴制度可以說是純粹之私人追訴主義，但由於現今國家組織之建立，國家對於社會秩序之維護責無旁貸，再加上人民追訴能力不足之緣故，多於刑事追訴制度以國家機關行使為主，因之，此種完全委由私人行使追訴犯罪之純粹私人追訴程序已不復見，舉而代之的是其他蘊含私人追訴主義理念之刑事制度，用於補充國家追訴之不足或監督國家機關之不當追訴。

第二項 私人追訴主義之理論基礎

廣義的私人追訴主義，形式上觀察當然是除國家機關以外之被害人、一般大眾亦能行使刑事訴追權，然既曰私人追訴「主義」，背後必有其「訴追理念」之理論基礎，可分成以下幾點說明：

- 一、近代私人追訴主義，是源自於市民革命時期，為了實現國民主權、反映自由主義、民主主義之政治、社會思想所形成之訴追理念，申言之，犯罪與刑罰除了是國家關心的事，亦是一般市民所注目之事，社會之利益、正義之維持，

²³ 參照小山雅?，前揭書，頁184以下。

是社會中每一份子之權利及義務，是以，刑事司法之目的，主要是為了維持「公眾之福祉」，即具有保護一般市民之自由、財產、生命、名譽之功能，因此，基於私人追訴主義之訴追制度，為處罰犯罪所進行之刑事訴追，於制度設計上必須將刑事追訴權歸屬於國民所有²⁴。

二、如回顧法國法之歷史可知，起初檢察官所提起之公訴程序是由於當時貧困者、寡婦、老人等欠缺提起私訴之能力者，為代替其提起訴訟，而由公眾代理人之檢察官行使追訴之權限，換言之，所謂的「公訴」之「公」與其說是國家，不如說是公眾均可利用、享受之意義，亦即「公訴」即代表公眾追訴之意思²⁵。

三、僅為私人地位之國民，由於通常不具充分之法律知識，並且為順應現代社會高度化、複雜化之分工下，始選擇將自己本身之刑事追訴權付託與市民同等權限之「公僕」 < public servant > 檢察官代理行使²⁶。

四、犯罪被害人，作為訴訟當事人之時，重要的是，訴追程序不能僅集中觀察產生訴訟繫屬之「起訴」一點，而必須從由「搜查 - 訴追 - 公判程序」三階段整體性地考察，再者，所謂的追訴權，如前所述，係指被害人請求法院對於被告為實體判決之權利，而由法院針對此請求權之真偽為審判。基此，當個人因犯罪行為而受害，又親自以被害人之地位主張權利時，必須要有足夠之證據資料以之證明受害之實據，此時就必須藉由偵查程序，然而被害人是否即有

²⁴ 參照鯨越溢弘，同註 5，頁 13 以下。

²⁵ 參照登佳人，???? 刑事訴訟法?? 察官? 私訴原告人?? 協同?? 公? 訴追主義? 採?，法政理論 16 卷 1 號，1983 年 10 月，頁 105 以下；鯨越溢弘，公訴?? 運用?? 規制，法律時報第 61 卷 10 號，1989 年 9 月，頁 31。

²⁶ 參照高田昭正，刑事訴追，刑法? 誌第 36 卷 3 號，1997 年 4 月，頁 488；鯨越溢弘，同註 5，頁 14。

偵查之權限呢？如基於國家追訴主義之訴追制度，當然於存有犯罪嫌疑之時，為公判之準備，是由偵查機關實行犯罪嫌疑人之人身拘束、證據蒐集等偵查手段，此時私人除了現行犯之逮捕權限外，並無其他刑事偵查權；但如基於「國民主權 = 民主主義」之理念下，除了刑事追訴權必須歸屬於國民所有外，為實行追訴權之必要手段 - 偵查權，亦必須歸屬於國民所有，僅是由於現代社會之分工所致，付託予司法警察〈官〉、檢察官而實施²⁷。

五、關於犯罪被害人與其告訴權間之關係：當然如立足於國家追訴主義下之訴追制度，由於刑事追訴權歸屬於國家、國家必須以超越被害人、一般大眾之意思之立場行使追訴權，是以，告訴、告發僅只不過是偵查之開端，而於告訴乃論之罪時，告訴意思之存在為實體判決之必要訴訟條件；但是如是基於私人追訴主義之角度觀察時，告訴實為犯罪直接被害人為訴追意思的明確表示，是驅動刑事程序走向之權利，申言之，於中古世紀前，只有犯罪被害人成為訴追主體之「被害者追訴主義」，其目的僅是以和平解決之方式，為滿足被害人復仇之心理、回復因犯罪所造成之損害所發達之訴追制度，而告訴，則是近代受到社會精緻化分工之影響下，將被害人傳達訴追意思作一方式上之轉變，雖告訴權之行使不能直接產生訴訟繫屬、開啟公判程序，然如直接被害人為告訴時，司法警察〈官〉、檢察官則必須尊重被害人訴追之意思而代理人民為偵查及訴追之任務²⁸。

觀察上述五點之說明，主要是針對英國私人追訴主義之確立過程、德國及法國國家追訴主義之確立、私人追訴主義之衰退過程之歷史角度出發，認為檢察官所提之公訴，起初其實是

²⁷ 參照鯨越溢弘，同註 5，頁 17。

²⁸ 參照鯨越溢弘，同註 5，頁 20 以下。

以公眾代理人之地位，所提起之訴訟，意含者公眾追訴之意思，如秉持這歷史之痕跡、及「國民主權 = 民主主義」之認知下，私人追訴制度是有其理論基礎，僅是演化至今，由於社會複雜化分工後，將被害人表達訴追意思之方式轉為告訴權之行使，可選擇付託於司法警察〈官〉、檢察官為偵查、訴追之行使。然如換一個角度觀察，從實質面出發，其實可以發現被害人如有刑事訴追之權利時，或許其最終目的僅在於請求損害賠償，但仍有以下幾項對於刑事司法裁判有著不可輕忽之優點²⁹：

- 一、從犯罪被害人之地位：實質上，被害人因犯罪行為所受之損害，如直接能於刑事訴訟程序能夠獲得解決，比起經由民事裁判程序有著費用上、時效上、訴訟能力上〈可利用檢察官、司法警察所蒐集之證據資料〉更加顯著的實效性。
- 二、從秩序維護之效率性：犯罪行為是在加害者與被害者間發生，被害人是犯罪行為直接侵害之人，如由其決定是否訴追，比起並非親身體驗之檢察官更加適合，又於刑事程序中被害人如能以當事人地位出庭與被告之間直接相互攻防，實較僅以證人之地位所為之證言，而受到當事人之詰問有著更佳之證據價值；再者，如不允許被害人提起刑事訴訟，一犯罪行為可能導致二個裁判產生，基於司法資源有限性之立場上，似乎有違訴訟經濟之理念。
- 三、從司法的利益觀察：一犯罪行為對於被害人所產生之損害，如不允許被害人提起刑事訴訟之前提下，可能導致二個裁判產生，有互相矛盾之虞，如能於提起刑事訴追時，一併審判損害賠償與否，即可解決此一可能性；又被害人之刑事追訴權，至今仍是制衡檢察官怠慢之方法，即防止

²⁹ 參照白取祐司，私訴？？被害者，收錄於激動期？刑事法？〈能勢弘之先生追悼論集 - 寺崎嘉博 白取祐司編〉，2003年8月，頁82以下。

檢察官濫行不起訴處分之重要工具。

綜上所述，不論從理論上、實質面上，被害人甚至是一般大眾都應有刑事追訴權之實益性及理論基礎，然為何現今法制度上對於私人追訴主義之訴追制度，存在者不少之質疑聲浪，例如：私人由於不具法律專業素養，如其有刑事追訴權將有濫權之虞，以施加刑罰之手段，求得民事損害賠償之目的，此將造成法院淪為私人討債之工具，再者，法庭上程序之進行，具有高度的訴訟技巧，即使是受過豐富法律知識薰陶之律師，如無充足之實務經驗，都可能受到挫敗，更何況是一個毫無法律常識之市民，於訴訟進行中根本無法清楚地聲明，最終不但將造成兩方當事人，甚至是法院無限之訟累。然本論文認為任何世界上之訴訟制度都有其缺點所在，就連私人追訴制度亦非例外，但不能其有缺失，就完全否定其存在之價值，由於此為立法制度設計上之問題，如何在承認被害人有刑事追訴權之餘，加強其進行追訴之能力、杜絕可能濫訴之情形，才是正視問題所應有之態度。

第三項 私人追訴主義之規制

誠如上述，一般私人具有刑事訴追權，不論是告訴權或者是狹義的訴追權利，都有其立論基礎，但與國家追訴主義同質，任何權利都不能濫用，更何況現今社會上強調專業能力領導一切之思維下，私人如無任何法律扶助之情況下，除了實無進行訴追之能力，更可能造成濫行訴追之情勢，因之，思考未來如何建構適合私人進行訴追之訴訟制度，雖是立法者之當務之急，然在之前，思索在現行法制度下，如何於訴訟程序中相關連之制度尋求最佳、合理之解釋，仍不失為一良策。

第一款 私人追訴主義之檢察官地位

當然檢察官於國家追訴主義之訴追制度下之法地位，解釋上其是以法之守護者之姿，公正地行使刑事追訴權，使客觀的法意旨貫通整個刑事訴訟程序，以發揮檢察官制衡審判及監督司法警察的雙重控制功能，自居於中介的「司法官署」、「自主之司法機關」，然此種想法為一種相信官僚、重視官權且委由司法機關間相互制衡的崇高思維³⁰。

然如立於純粹私人追訴主義之訴追理念下，由於刑事追訴權是由公眾主導追訴與否或與公眾同一資格活動之警察機關，關於檢察官之法地位，僅是當如人民選擇以告訴之方式表達其訴追意思，而將自己本身之刑事追訴權付託予檢察官代理行使時，對於其起訴提案以法觀點作出判斷起訴當否之角色、亦即是私人濫訴之抑制者，至於起訴後則是追訴者之訴訟代理人，與被告之訴訟辯護人具相同之權限、地位³¹。

對此，亦有論者以類似私人追訴主義中「公眾追訴權」之理念，於內部抑制檢察官追訴之觀點，而將檢察官之定位理解為：其一，檢察官係代理人民行使追訴權之機關，所謂之「公眾代理人」是指檢察官係一般人民之獨立代理機關、法之代理人，而非政府之代理機關、官署；其二，既然是代理民眾行使追訴權，故與通常之行政機關不同，為確保其行使職權之公正及獨立，應賦予其一定之身分保障，並採獨任制之組織原理³²。

上述兩見解，不論從歷史、理論角度或直接以私人追訴主義為立基點，雖都認為公眾方為刑事追訴權之歸屬主體，檢察

³⁰ 參照陳運財，檢警關係定位之研究 - 從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌第 108 期，2004 年 5 月，頁 72 以下。

³¹ 參照鯨越溢弘，私人訴追主義？家訴追主義，法政研究第 48 卷 1 號，1981 年 9 月，頁 114 以下。

³² 參照川崎英明，現代？察官論，1997 年 9 月，頁 269 以下；陳運財，檢察官之起訴裁量，台灣本土法學雜誌第 10 期，2000 年 5 月，頁 139。

官僅是受託於公眾之現實追訴機關，然於界定檢察官於刑事司法之法地位卻有著截然不同之想法，前者認為檢察官是「起訴提案之法判斷者」、「人民濫訴之抑制者」，即被賦予對於人民行使刑事追訴權之管制者；後者則認為檢察官雖仍是代理人民行使追訴權之機關，但並非處於私人濫訴之抑制者，而是當檢察官本身不起訴時，則可能事後成為私人抑制之對象，換言之，檢察官不是扮演抑制私人濫訴之主動者，而是被動地成為被私人追究其不當不起訴之追訴者³³。

在此檢察官兩種不同想法之法定位下，如與國家追訴主義之檢察官地位相比較，前者認為刑事追訴權係歸屬於公眾所有³⁴，除由公眾親自為訴追程序外，如公眾選擇將其刑事追訴權付託於檢察官代理行使時，檢察官除可依其法律專業判斷有無訴追之必要性外，其法地位則為公眾代理人；反之，後者由於認定刑事追訴權歸屬於國家此一公法人所有，而必須由為國家機關之檢察官代為行使此刑事追訴權〈行為主體〉，此時雖檢察官之地位雖有論者界定為「司法官 - 非當事人」之法地位，但此觀念下之檢察官僅是課予其公正行使追訴權之期許，然如反面思考，其實檢察官此時亦是代理國家為行使追訴權之行為機關，於某種程度上為國家代表人之角色，與前者之公眾代理人之地位，有著異曲同工之處。

當然檢察官行使民眾追訴權之訴追制度，同樣地都必須以公正立場達成民眾之付託，正當行使檢察職權為任務，然於檢察官違反民眾之訴追真意，而作出不起訴處分時，相對地，基於檢察官僅是行使公眾刑事追訴權之概念下，亦必須設計由國民親自實行監督檢察官之外部機制，即讓民眾有獨自進行訴追之機會。

³³ 參照川崎英明，前揭書，頁 214。

³⁴ 此種想法似乎認定刑罰權劃歸為國家統一行使後，由刑罰權分化而出刑事追訴權概念，並未隨同地歸屬於國家機關獨自行使，而仍保留於公眾所有，有著「國民主權」之具體化體現。

第二款 檢察官之監督機制 - 「公眾追訴權」之概念

針對上述回顧法國歷史中檢察官之源起過程，所得出「分權制衡」精神之貫徹，實為進入民主法治時代時，追求檢察制度民主化之首要因素之認知下，有論者以另一角度觀察檢察官於德國法中生成及確立之過程，重新定義檢察官民主化之概念：

首先於德國檢察制度之生成及確立之過程中，於理論、社會、政治層面係處於相互對抗態勢，對於可能成為現實侵害他人權利之檢察官，幾乎所有討論之課題都圍繞於到底是抑制或加強其追訴功能之上，然在此其改革之進程中，排除了對其追訴之抑制功能，而於實體真實主義及職權主義之訴追理念、訴訟構造之考量下，以強化其追訴功能之目標上，將檢察制度定位為「司法官 - 非當事人論」，與法院協同究明實體上之真實，因之，檢察官於訴訟上之法地位非僅為一方當事人，而是受到客觀義務規制之司法機關〈準司法官論〉，此種法定位下之檢察官論，僅是處於自律性為公正、客觀之理論；對此檢察官論，日後由於受到以強化被告、犯罪嫌疑人之防禦權、辯護權為主軸之當事人主義理論之影響下，漸成為所謂的「當事人主義之檢察官論」，換言之，由於犯罪嫌疑人、被告訴訟主體性之確立，為保障、強化其防禦權之前提下，轉向抑制檢察官之訴追功能，並於訴訟上之地位更僅是一方當事人，因之，檢察官就漸移置「行政官 - 當事人論」之法定位³⁵。

此由於強調犯罪嫌疑人、被告之防禦權而抑制檢察官之訴追理論，可說僅是外在的訴追抑制理論，至於何謂內在之訴追抑制理論，具體化而言，即是「公眾追訴權」理念，申言之，此理念係發源於德國檢察制度生成及確立之過程中，於改革檢察制度之論爭中，針對為控制起訴獨占所導出並實踐之理念及

³⁵ 參照川崎英明，前揭書，頁 266 以下。

手段，於解釋論上，將刑事追訴權之歸屬者認定為一般公眾所有，檢察官是被付託代理人民行使刑事追訴權之公眾代理人，於訴訟程序上，與同為公民社會構成員之犯罪嫌疑人、被告及其辯護人間，是立於對等當事人而非與法官同等之司法官地位，其不論是地位或權限上並無差異性，是以，依據此公眾追訴權之理念所創設之追訴抑制理論，當檢察官行使刑事追訴權不符合公眾所付託時，即可事後依據公眾之意思針對檢察官之起訴、不起訴再斟酌，此正是「檢察官民主化」之具體化體現³⁶。

基此，由於檢察官行使的是公眾所屬之刑事追訴權，解釋上當以國民主權之理念，作為檢察官民主化之反映，此亦牽動監督機制之設計方向，換言之，基於「代理」、「公眾追訴權」之法理基礎，原則上代理人之行為，效力及於本人，然如本人於代理人逾越代理範圍或者違背本人之賦予代理意思時，除了有可歸責於本人之表見代理外，本人於代理行為後仍保留決定之權責。是以，檢察官如違背國民訴追真意時，國民仍保留事後監督此公眾代理人之權利：

一、檢察官審查會

於日本刑事司法制度上，由於延續戰前君主主權之觀念下，刑事訴追制度仍是採取國家追訴主義、起訴獨占主義，即由檢察官獨占行使國家刑事追訴權之權限，然此訴追制度易淪為「糾問主義下之檢察官司法」，常為發現真實，而以不當手段強迫取供，造成人權迫害之現象，因之，於戰後除為「檢察官民主化」之外，亦導入「國民主權」之概念，為實現國民訴追意思之考量下，以英美大陪審制度為範例，針對檢察官之不起訴處分，於事後可由告訴人、告發人之聲請向檢察審查會針對此不起訴處分審議是否妥當，但此制度卻有一大缺點，即使檢察審查會認定起訴相當、不起訴不相當時，亦不具任何法之

³⁶ 參照川崎英明，前揭書，頁 270。

拘束力，究其原因，仍立於國家追訴主義，且此制度並非起訴獨占主義之例外，而是為行使刑事追訴權時，僅適時地反應民意，而非即認同公眾追訴權之概念，以之收抑制檢察官不當之不起訴之目的，而賦予由國民抑制檢察官不當不起訴之理念，雖此理念有從國家追訴主義向私人追訴主義傾斜之趨勢，然似乎仍無法完全擺脫國家追訴主義之束縛³⁷

二、準起訴程序〈付審判制度〉

此制度亦是對於檢察官行使刑事追訴權時，常有濫用職權而造成侵害人權之情形，導致人民對於檢察官行使追訴權時，產生質問，因之，為具體化尊重人權、拷問禁止之憲法理念，對於檢察官之不起訴處分，可聲請法院審查此不起訴處分是否妥當，此一制度雖通說仍稱非國家追訴主義之例外，僅是基於由人民監視檢察官是否於行使追訴權時，有侵害人權之情事之理念下，所延伸出之法制度，然另有論者認為，如從立法原委觀之，可明顯地看出此為檢察官民主化之一環，亦是訴追主義逐漸傾向私人追訴主義之過程³⁸。

三、大陪審制度

除了上述兩事後監督機制外，亦有法制度是事前由一般民眾所組成之大陪審團，針對特定重罪，判斷檢察官之起訴是否妥當之監督機制，此乃基於「公眾訴追」概念下之審核制度，由人民主動檢視檢察官是否適當地行使刑事追訴權，雖此制度立意雖佳，然大陪審之組成份子常未有充足之法律常識，無法

³⁷ 此制度有論者指出，有關一般市民之犯罪行為，對於要求處罰之追訴意思，可能會連帶造成強制受無罪推定保護之犯罪嫌疑人有應訴之義務，為免除此疑慮，當檢察審查會作成追訴決定之決議時，必須加強保障被追訴犯罪嫌疑人之防禦權，換言之，如要賦予檢察審查會關於起訴相當之決議有拘束力之同時，仍必須同樣地加強保障犯罪嫌疑人防禦權限，使「權利保障」、「追訴決定」間處於相互平衡之狀態，參照川崎英明，前揭書，頁 273 以下。

³⁸ 參照鯨越溢弘，同註 5，頁 24。

判斷檢察官之起訴是否妥當，常為檢察官所操控，無法適時發揮其功用³⁹。

四、自訴制度

上述各種監督機制，都是被害人以告訴方式，表示其訴追意思後，委由公眾代理人之檢察官代理其行使刑事追訴權，當檢察官不當行使追訴權時，所延伸之審查制度，然如被害人有直接開啟訴訟之權限時，而非藉助檢察官之手，親自行使所有之刑事追訴權時，亦可能當初是防止檢察官濫權之方式。

第三款 私人追訴主義之限制

基於國民主權之理念下，人民具有刑事追訴權，不論是立法例上告訴權或自訴權之行使，均是人民訴追意思之體現，然現今各國立法例中仍是對此仍立下諸多之限制，究其原因，實為顧慮私人不具法律知識而濫用訴訟資源、及違背刑事訴訟目的所進行之追訴程序，以報復目的提起刑事訴訟，終為損害賠償之目的：其一，案件範圍、種類限制：原則上本於私人追訴主義之追訴理念下，對於任何犯罪行為，國民都有追訴之權利及義務，然由於現今法治國家中，已未有將對於犯罪行為之追訴與處罰任務，全部交由私人行使，都於案件範圍及種類上作某種程度之限縮解釋；其二，僅能告訴：「追訴」之概念，如前所述，有廣義及狹義之分，廣義範圍除了私人能親自直接開啟訴訟外，告訴權之行使，驅使檢察官或司法警察官為訴追之行使或準備，亦是私人追訴意思之表達，因之，如採告訴權之行使亦是私人追訴主義之一環時，即與一般學界認知之「被害人追訴主義」、「公眾追訴主義」有所差異，再者，如某一立法例僅限制私人僅能以行使告訴權之方式表示其訴追意思時，亦是對私人追訴制度之一種限制；其三，檢察官、法院之審查：

³⁹ 參照王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年9月，頁10。

如本於上述將檢察官理解為「起訴提案之法判斷者」、「人民濫訴之抑制者」時，當人民表達其訴追意思時，如檢察官審酌後決定提起公訴，原則上檢察官本身並無發生不當起訴之問題，僅於檢察官不為起訴時，方有人民事後抑制不當不起訴之機制，在此檢察官審酌之過程中，不失為對私人追訴之限制；另外，如設有類似於預審制度之中間程序，由法院針對私人自行追訴或檢察官代理人民為追訴時，審查是否已達起訴門檻，此一過濾機制於現實上亦有限制私人追訴之功能。

第四款 小結

綜合上述，私人追訴主義下之訴追制度，除了形式上是由私人擔任訴追原告之觀點外，實質上仍必須判斷數項特徵後，方能正確地掌握私人追訴「主義」之精髓、理念：第一，犯罪與刑罰除了是國家關心的事，亦是一般市民所注目之事，並基於「國民主權 = 民主主義」之理念下，刑事追訴權本屬於人民所有；第二，雖刑事訴追權本屬於人民所有，然由於現今社會精緻化、專業化分工後，方選擇付託於公眾代理人之檢察官代理人民行使刑事追訴權；第三，訴追程序不能僅集中觀察產生訴訟繫屬之「起訴」一點，而必須從由「搜查 - 訴追 - 公判程序」三階段整體性地考察，基於「國民主權 = 民主主義」之理念下，除了刑事追訴權必須歸屬於國民所有外，為實行追訴權之必要手段 - 偵查權，亦必須歸屬於國民所有，僅是由於現代社會之分工所致，可選擇付託予司法警察〈官〉、檢察官實施；第四，為制約檢察官違背付託人之真意而行使刑事追權時，不論其是私人濫訴之管控者，或是本身即有濫訴或不當不起訴之可能，立法者亦是基於公眾追訴權之訴追理念下、及代理人之立論基礎上，由一般人民事後審酌檢察官之處分是否妥當，例如檢察審查會、交付審判等外部制衡制度。

第三節 刑事追訴主義間之分析比較

經過深入探討兩大追訴主義之特徵後，可以發現於不同追訴主義下，由於刑事追訴權之歸屬者有不同認定，亦導致整體制度上設計方向之分道：

特徵	國家追訴主義	被害人追訴主義	公眾追訴主義
追訴權歸屬	此追訴主義認定國家有權力及義務維護國家秩序，一犯罪行為並非一般私人間之權利義務，要處罰犯罪行為，國家必須被賦予超越被害人及公眾追訴意思之刑事追訴權。	此追訴主義因認定一犯罪行為對於直接被害人損害最深，直接賦予其刑事追訴權以回復犯罪行為所造成之受損狀態。	此追訴主義由於認定一犯罪行為之發生並非只有被害人或國家受損害，其他一般市民亦可能因此犯罪行為而受影響，且刑事司法在維護公眾福祉，故制度設計上將刑事追訴權歸屬於任何人。
行使主體	由於刑事追訴權認定歸屬國家，自然地是由為國家機關之檢察官行使之。	雖認定刑事追訴權歸屬於被害人，然由於被害人通常不具法律追訴知識，故於現代制度設計上除被害人仍可能保留直接開啟訴訟外，亦可以選擇付	傳統上由於認定任何人都都是刑事追訴權之歸屬者，故原則上任何人都能開啟訴訟程序，然由於一般人欠缺法律專業能力，故現代

		託於檢察官 < 告訴 > 行使之。	刑事司法中，都於制度設計上都以「告發」形式上賦予一般人亦有表達訴追之意念。
行使權限	為了公正地行使追訴權，檢察官被賦予超越一般人之法權限 < 強制處分權 >，僅是基於權力制衡之觀點，由法院事前審酌之。	在此訴追理念下，除刑事追訴權歸屬於被害人外，任意偵查權限亦應歸屬於被害人，然由於僅是現代社會之專業分工所致，付託予司法警察、檢察官而實施，但如有實施強制處分權時，必須向法院聲請令狀後方能為之。	同樣地，在此追訴理念下，除一般人具有刑事追訴權外，任意偵查權限亦應歸屬於公眾，然由於僅是現代社會之專業分工所致，付託予司法警察、檢察官而實施，但如有實施強制處分權時，必須向法院聲請令狀後方能為之。
制約機制	由於認定刑事追訴權為國家所有，故當檢察官行使國家追訴權時，亦基於權力分立之精神，制定由其他國家機關加以制衡之；至於國家	當刑事追訴權歸屬於被害人時，原則上只要是犯罪被害人就能直接開啟訴訟程序，然由於現代司法資源有限性之考量下，不論是案件範圍之限制，或是只能以告訴之方式	當刑事追訴權歸屬於公眾時，原則上任何人對於一犯罪行為，不管有無利害關係，都能開啟訴訟程序，然由於司法資源有限性之考量下，於現代

	<p>追訴主義本身之限制，於特定犯罪對於國家秩序侵害甚輕之告訴乃論之罪，尊重被害人之訴追意思。</p>	<p>表達其訴追意思付託與檢察官行使，當檢察官不為起訴，有違被害人意思時，則由其於事後設計監督制度，使被害人能再有獨自訴追之機會。</p>	<p>刑事司法制度都以「告發」取代直接開啟訴訟程序之權限，換言之，告發方式是現代刑事司法中隱喻者有公眾追訴主義之制度，亦即當公眾以告發表達其訴追意念時，檢察官違反訴追意思時，於制度設計上亦由公眾於事後監督間檢察官之追訴行為。</p>
--	---	---	--

經過比較後所呈現之各項特徵後可知，具現代私人追訴主義似乎已與傳統所謂的被害人追訴主義、公眾追訴主義等能直接成為追訴主體之追訴制度有著明顯的差異，轉而以告訴、告發之方式，表達被害人或公眾之追訴意思，或許此為司法資源有限性、或是社會專業分工、起訴基準統一性之考量下，而有如此之變革；在此認知下，觀察我國之大法官會議解釋第五七、第五六九號解釋，除將被害人之自訴權列入憲法第十六條訴訟權之保障範圍外，亦將被害人之告訴權亦列入保障之光譜，申言之，於釋字第五七號解釋之理由書中提及，憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利自亦包括人民尋求刑事司法救濟在內，是故人民因權利遭受非法侵害時，加害之行為

人因而應負刑事責任者，被害人有請求司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性保障，此基本人權之客觀價值係指，國家必須建立某些「法制度」，並確保其存在，該制度之內涵仍需立法者予以具體化，但其「本質核心」或「基本規範」則不得更動或剝奪，換言之，國家必須提供「適當」制度，以促成基本權利實現義務，至於國家所提供之制度是否適當，應視「各個權利之性質」以及「社會生活之現實及國家整體發展之狀況」而定〈參照釋字第三六八號解釋〉。

如以此意旨，觀察我國現行法中告訴、自訴制度，僅有限度之直接被害人方可行使告訴權，除告訴乃論之罪可成為訴訟條件外，告訴僅是檢察官開啟偵查之開端，當偵查程序中，由檢察官主導程序之進行，除可自決行使部分之強制處分權限蒐集證據，又可未經被害人之同意下，為不起訴處分、或緩起訴處分，雖有事後聲請再議、交付審判制度之權限，然多數論者仍認為是本於權力分立精神所設計之制衡機制，而非被害人事後監督之制度，亦非視為被害人有再次獨自訴追之機會；再者，犯罪被害人於現行刑事訴訟法中，仍可提起自訴，與告訴人於公訴程序中僅處於證人地位不同，除可未經偵查程序而直接開啟訴訟程序外，亦立於訴訟主體之地位，主導證據調查之順序、範圍、進行方式等權限，然由於刑事訴訟法第三二三條強調優先公訴優先原則下，被害人可直接開啟訴訟程序之權限亦可能再次受到限縮，另外被害人如直接開啟訴訟程序時，在改良式當事人主義之訴訟構造下，因未被賦予相當之偵查權限，僅於審判中有聲請調查證據權限、或者於起訴後方有證據保全之聲請權，對於被害人自訴權限不但造成某種程度之限制，亦可能間接地流於濫訴之假象。

因之，被害人於不管於公訴程序、自訴程序，雖形式上賦予告訴權、自訴權限，然由於現行刑事訴訟法之諸多限制，使被害人之追訴權限徒具形式，似乎有違反訴訟權之制度性保障

之意旨，故如何使被害人提升參與偵查階段、訴訟程序之地位，有論者即提出「被害者學」、「修復式司法」⁴⁰之觀點，試圖提升被害人之地位。

申言之，一國刑事追訴制度，或許涉及各國歷史、文化、政治背景、法學接續發展等因素下，有不同之設計藍圖，然如回顧歷史可知，自有人類社會以來，即存在著人類間之衝突犯罪，當時之解決方式，完全委由被害人為犯罪之偵查、追訴程序，以「以牙還牙、以眼還眼」之復仇制度為償還之標準，直到近世社會結構日趨複雜、國家組織之發達，為公平實現法制裁效果之考量下，將犯罪之偵查、追訴權限，當作國家之職責，並於檢察制度之整備後，主要由檢察官進行刑事之追訴程序，於此歷史之軌跡下，被害人已非訴訟之主體，僅於偵查程序為取證之關係人、於公判程序又僅立於證人之地位，只不過在為釐清犯罪事實之必要限度內，作為被詰問之對象，逐漸淪為刑事追訴程序中之邊緣人、被遺忘之人 < forgotten man > ；直到一九七〇年代，由於此種輕視被害人之刑事程序，損及到人民

⁴⁰ 亦有論者以「修復式司法」之論點作為提升被害人地位之著力點，申言之，認為刑事司法除有處以刑罰之應報功能外，亦具有回復式之司法功能，其內涵主要是指透過加害人、被害人、區域代表等之直接對話，使加害人向被害人為道歉、賠償，以達到被害人之損害回復及確保地區、社會之安全，此種思考模式，對於認為紛爭解決是國家獨占之權限、義務之訴訟制度下，是一大挑戰，必須先克服民、刑二元論之界限，將紛爭解決之任務轉換給雙方當事人，又亦須承認被害人之權利與被告、犯罪嫌疑人之權利有共存之可能性，且刑罰之目的並非以嚴罰化為志向，反而應重視被害人損害之治癒及使加害人重新回歸社會為主要目的，基此，為使被害人與加害人於刑事訴訟程序有直接對話之機會，於必要範圍內賦予被害人參與訴訟程序之地位，然此是否足以使被害人為訴訟主體地位，仍有疑義，以被害人為訴訟主體與加害人於訴訟程序中直接對立，是否有違無罪推定原則，仍必須加以釐清，再者，如何以最小之限度介入刑事司法，使被害人得以滿足，仍法學者必須斟酌之處，參照梅田豐，訴訟？目的？機能<????????? ? ? ? ? 訴訟法 - 刑訴? ? >，法? ? ? ? - 第 559 期，2001 年 7 月，頁 33；前野育三，修復的司法? ? ? ?，刑法? 誌第 40 卷第 2 號，2001 年，頁 222 以下。

對於司法制度之信賴感，自覺地發展出重視與犯罪直接相關之被害人，強化被害人於刑事訴訟程序之參與程度之「被害者學」，其理念主要是：第一，如未將被害者作為刑事訴訟程序之主要參與者，將造成被害者有第二次被害之後果；第二，由於司法結構之高度精緻化、複雜化之時，對於被害人顯屬是遙不可及之制度，自然對於此刑事司法遂產生不信任之消極態度，為此，應使被害人有參與訴訟程序之機會；第三，為使犯罪行為人得順利、迅速地回歸社會之目的考量下，提升被害人於訴訟程序中之地位，使其直接與行為人有接觸、溝通之機會，更易於整體刑事司法之運作效率⁴¹。

然此以保護被害人為前提之理論基礎，雖有其功能存在，然似乎界限上仍有疑問，因之，與其以不確定法律概念作為論證依據，毋寧直接於現行個別之法制度間尋求合理解釋，或者正視不只是自訴權之行使屬被害人追訴制度之原型，對於被害人告訴權之行使亦具有現代意涵之被害人追訴主義，以被害人追訴主義之訴追制度，具體規範被害人於告訴程序、檢察官之偵查階段〈例如：當檢察官具有起訴與否之廣大裁量權時，尤應得到被害人 - 付託人之同意〉之參與地位，分別從認定刑事追訴權之歸屬者、行使主體、行使權限、制約機制等方面，逐一地設計制度、解釋現行制衡機制，以內實憲法第十六條所揭示訴訟權之制度性保障之意旨。

⁴¹ 參照田口守一，被害者？刑事手？，收錄於刑事法？典〈三井誠等編〉，2003年3月，頁645；黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第27期，2005年1月，頁93。

第四章 刑事追訴制度之立法例

於本論文前兩章已對於追訴權、刑事追訴制度之立論基礎、整體性之制度設計有著基本認識之後，刑事追訴方式，雖可大致分為三大類，但現今立法例上，各國基於本國的歷史、政治背景、文化、立法技術等因素影響下，卻呈現不同體制的追訴方式，本章節將本於此認知下，接續地剖析各國立法例於刑事追訴制度上，係本於何種訴追制度下追訴犯罪，於制度設計上是否具延續性、妥當性，並於分別介紹各國立法例之特徵後，將逐一比較、分析，整理出各國訴追制度上之相異點，取其精華，與我國之刑事追訴制度相對應，基此，以下將分別就日本、德國、美國、英國之立法例加以分析說明。

第一節 日本之刑事追訴制度

日本刑事訴訟法第二章、第二四七條以下規定關於主體、程序、時效等相關之刑事追訴程序，其中又以第二四七條為主：「公訴，由檢察官進行之。」明定其公訴概由為國家機關之檢察官行之，此條文之規定似乎亦顯現出日本之刑事追訴制度係採取國家追訴主義，然除了此條款之規定外，是否亦有其他相應之制度設計配合，以符合國家追訴「主義」之內涵，本論文仍將以第三章之體系架構加以分析檢討，以求瞭解日本現行刑事訴追之真正意涵。

第一項 日本刑事追訴之概觀

日本刑事訴訟法第二四七條規定：「公訴，由檢察官進行之」，公訴提起之權限明顯為檢察官之專權，因此，日本之刑

事追訴制度，不僅是採用國家追訴主義，亦是起訴獨占主義；於第二四八條亦規定檢察官可於任何案件，在考量犯人之性格、年齡及境遇、犯罪之輕重及情狀、犯罪後之情況等因素後，如無起訴之必要時，可自行決定不提起公訴，此是全面性地賦予檢察官有起訴裁量之權限，採取起訴便宜原則，基此，檢察官對於刑事追訴程序，可說是享有極大之權限。

依多數論者之想法，所謂「公訴」，是與私訴相對立之觀念，係以公益之立場來進行刑事訴追程序，於日本刑事訴訟程序，由為國家機關之檢察官獨自裁量是否提起公訴，而一般私人則不被允許提起刑事訴訟，然於舊日本刑訴法中〈大正刑訴第五六七條至六一三條〉有所謂附隨於公訴程序之「附帶私訴」制度，即於檢察官提起公訴之程序中，被害人或其繼承人對於被告可附帶請求損害賠償，此乃是將民事訴訟鑲入刑事訴訟程序架構中之制度，雖給予犯罪被害人簡便、迅速的救濟管道、並可避免兩大裁判系統針對同一事件，作出矛盾的判決結果之可能性，然此一制度由於會使公訴制度複雜化而予以廢止，因之，現行刑事訴追程序，即是全盤以檢察官所提起之公訴為準，而不准許私人有直接起訴之權限¹，僅於刑事訴訟法第二三條以下規範，允許犯罪被害人或及其特定家族提起告訴。

於此國家追訴主義、起訴獨占主義之刑事追訴制度下，藉由全國一體性之檢察機關作為訴追機關，將不受到犯罪被害人報復感情、地方性之特殊情事所影響、左右，而以全國統一性、均質化的高度精密性之訴追基準，實現刑事司法之公正、公平之目的。再者，檢察官不僅是訴追之主體，於日本刑事訴訟法第一八九條以下之搜查規定，檢察官亦為搜查之主體，不但於必要時可親自蒐集證據，亦可指揮檢察事務官、司法警察〈官

¹ 參照藤永幸治等編，大？？？？？？？刑事訴訟法第4卷，1995年1月，頁4。

> 為相關搜查程序之協助，並於綜合判斷相關證據後，即使對於犯罪嫌疑人已具有罪之高度嫌疑之心證時，亦可能無訴追之必要性，而為不起訴處分，因此，歸納起來，檢察官對於刑事追訴程序實具數項特徵：起訴基準統一化、有罪之高度嫌疑之起訴門檻、起訴猶豫制度之積極活用、檢察官親自為證據之蒐集、心證之形成等具密切關聯性之特色，於日本刑事司法之訴追階段，可說是完全由檢察官掌握關鍵要點，因之，論者間則稱此一訴追階段為「檢察官司法」，實不過當²。

然此一檢察官專權之訴追制度，不但易伴隨者官僚主義之弊害、又同時可能漸遠離一般市民之正義感，因此，於國家追訴主義方面，制度上針對疏離一般市民之感情此點，本於國民主權之原理、國民參與司法之意識下，設計檢察審查會³由一般人民所組成，負責審查檢察官之不起訴處分是否妥當；另於起訴獨占主義方面，創設了此一主義之例外規定，由法院審查檢察官是否於起訴裁量時有無侵害人權或逾越裁量範圍之交付審判制度，如法院作出必須交付審判之決定時，即視為檢察官提起公訴，而由法院指定律師擔任公訴之維持，執行檢察官之職責⁴。此兩項規定都是立於現行訴追制度下，以國民主權

² 參照三井誠，公訴?? 運用，法? 教室第 159 期，1993 年 12 月，頁 87 以下。

³ 「檢察審查會」是由十一位被抽籤選中之公民所組成，負責審查由告訴人、告發人或犯罪被害人等對於檢察官之不起訴處分表達不服之聲請案，於審查之過程中，得要求檢察官提出審查之必要資料及出席陳述意見，並得要求聲請人及證人到場實施詢問，必要時，亦得知會公務機關或其他團體，就相關聯事項提出報告；審查之結果，應作成決議書，並附述理由，通知聲請人、該檢察官之指揮監督長官，然如其決議為不起訴不相當或者起訴相當時，由於此決議並不具法律之拘束力，僅對於檢察官產生心理上之無形影響，致使此一制度之實效性大打折扣，參照陳運財，日本檢察官之起訴裁量及其制衡，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997 年 11 月，頁 329 以下。

⁴ 「付審判制度」是規定於日本刑事訴訟法第二六二條，關於刑法第一九三至一九六條之公務員濫用職權罪或破壞活動防止法第四十五條之罪，告訴人或告發人對於檢察官不起訴處分不服時，得向該檢察官

原理，一切國政均係出於國民之委託之大前提下，為適時反應民意，於衡量私人追訴制度、起訴陪審等優缺點後，折衷地採行於外部設置監督檢察官不起訴處分之機制；雖此一想法是現今日本多數學說及實務界之共同通念，然亦有論者以私人追訴主義之訴追理念，試圖於現行訴追制度下，尋找更符合國民主權之制度設計。

第二項 國家追訴主義之反思

於戰前日本之刑事司法，基本上受德國刑事法學之影響下，基於國家追訴主義之訴追理念為範本，改革刑事訴訟程序，然此一基本構造下之刑事司法，卻產生了「糾問主義之檢察官司法」，對於人權之侵害事件，屢見不鮮，基於此緣故，於戰後受到英美法構造之影響下，本於民主主義之理念，進行刑事司法之改革，申言之，刑事司法要從「糾問式之檢察官司法」之思考模式跳脫、轉換，必須先克服兩項課題：第一，刑事訴訟之目的必須於維護人權之前提下，消極地實體真實的發現，而非本於必罰主義之觀念下，積極地發現實體真實；第二，訴追理念之轉換，從戰前、戰後已從天皇主權之明治憲法轉變為以人民主權為主之現行憲法，訴追理念亦應隨之轉換，於此問題意識下，憲法第三十二條所規定之人民有受裁判之權利，通說認為此一規定僅侷限於民事、行政訴訟之訴權，及刑事被告之權利，而非承認刑事訴權之存在，但觀察此一學說，係以刑事訴訟法採取國家追訴主義、起訴獨占主義之訴追制度，而解釋憲法第三十二條並不包含刑事訴權之概念，但是此一解釋方法是援引下位的刑事訴訟法為解釋根據，進行憲法內容之闡

所屬檢察廳所在地管轄之地方裁判所請求交付審判，參照寺崎嘉博，『國家追訴主義 起訴便宜主義』，〈刑事訴訟法？基本原理〉，法學教室第 268 期，2003 年 1 月，頁 21 以下；陳運財，前揭文，頁 334 以下。

釋，可謂是憲法學上之「敗北」。再者，從體系解釋而言，憲法第三十一條是刑事司法之整體理念 - 正當法律程序之保障規定、第三十三條至第三十五條是於偵查程序中犯罪嫌疑人、被告之權利規定、第三十七條則是被告於公判程序中所享有之權利規定，是以，憲法第三十一條至第四十條關於刑事訴訟程序之相關權利規定，如僅勉強將憲法第三十二條解釋為刑事被告權利之規定，而不包含人民刑事訴權之意涵，似乎不但與憲法第三十七條有所重疊，亦不符合體系解釋。

另從歷史解釋而言，「公訴」之概念，是始於明治十三年所公布之治罪法，此係繼承法國治罪法之「*action publique*」概念，如依尋其歷史沿革，可發現所謂的公訴，起初是由於貧困者、寡婦、老人等欠缺進行訴追之能力者、或者是於被害人不存在及被害人不訴追之時，為代替其提起訴訟，而由公眾代理人 - 檢察官行使其追訴之權限，因之，所謂的「公」訴未必是國家，毋寧是公眾均得以享受之義，實具有公眾追訴之意味，基此，刑事訴訟法第二四七條規定：「公訴，由檢察官進行之」，並非賦予國家追訴主義之根據，而是刑事追訴權全部歸屬於人民，僅係經過社會複雜化、專業化之分工後，被害人、一般市民則以告訴權、告發權行使之方式，表達其訴追意思，將其刑事訴追之權限付託於檢察官行使，而檢察官則成為與市民同等權限之公僕、為被害者、一般市民之法之代理人。

職是，於戰後憲法與刑事訴訟法同時被修正，相較於戰前之舊法，對於告訴人、告發人之權利增設多項權利，如不起訴處分理由之告知、付審判制度之創設、檢察審查會之設置等，在在顯示出尊重私人追訴之意念，是以，將憲法第三十二條解釋為「私人刑事追訴權」之規定，實不過當，並本於私人追訴權之精神，於私人告訴、告發之情形時，除有得為緩起訴處分外，原則上檢察官除負有訴追之義務，亦有協助搜查證據之職責，如檢察官違反告訴人、告發人之訴追意思時，其可聲請檢察審查會審查是否妥當、或針對特定案件聲請法院審查是否妥

適⁵。

然亦有論者主張國民主權概念雖是日本憲法修正時所根據之重要精神，然若直接立刻導出私人具有刑事追訴權，在論理推演的過程上似乎稍嫌速斷，再者，從憲法第三十二條之立法過程及位置〈關於刑事司法人身自由保障之一環〉視之，依憲法解釋，尚不能將私人之刑事追訴權納入憲法上基本人權保障之範疇。此外，如又觀察刑事訴訟法第二四七條之制定過程，並參酌關於訴追之其他條文可知，亦不得不解釋為檢察官對於刑事訴追具獨占性⁶。且如將刑事追訴權賦予其憲法上基本人權之地位，勢必將與被告、犯罪嫌疑人間之防禦權則具有同質、對等之權利性質，而否定防禦權限之優位性，此與當事人主義論 - 藉由擴充、強化被告、犯罪嫌疑人之防禦權限來抑制檢察官追訴之目的，似乎有其不相容之處⁷。

第三項 小結

上開論者試圖以私人追訴主義之訴追理念，於現行憲法、刑事訴追制度下，尋求更合理之解釋，以導正糾問式之檢察官司法，然實際的問題是，在尚未經過修法採取私人追訴制度之過程前，不可否認的是現行日本刑事訴訟法既明定僅有檢察官獨占追訴程序，其他私人或機關並無直接開啟刑事追訴程序之權利；然如為「檢察官民主化」之考量下，可於國家追訴主義之架構下，於合理之範圍內，針對刑事追訴權之歸屬、檢察官

⁵ 參照鯉越溢弘，刑事司法???? 被害者? 法的地位--修復的刑事司法? 理念的前提? 件，法政理論第 35 卷 4 號，2003 年 3 月，頁 13 以下；公訴?? 運用??? 規制，法律時報第 61 卷 10 號，1989 年 9 月，頁 30 以下。

⁶ 參照三井誠，前揭文，頁 88；此種見解仍是現行日本法學界之通念，故方有日本自民黨提案將被害人之相關權限納入憲法明文規範之憲法修正案，引至自民黨之網站中之憲法調查會，<http://www.jimin.jp/>。

⁷ 參照川崎英明，現代? 察官論，1997 年 9 月，頁 213。

之地位 < 否定其具官僚之傾向，而將視為代理人民行使其刑事追訴權之公眾代理人 >、增訂外部、事後監督檢察官之機制 < 例如：以國民參與司法、公眾追訴權之理念下，健全檢察審查會、交付審判制度之運作模式 > 等國家追訴主義之特徵下，融入私人追訴主義之訴追理念，以期尋求更符合國民主權精神之訴追制度。

第二節 德國之刑事追訴制度

德國刑事訴訟法第一五二條第一項規定：「公訴之提起，由檢察官為之」、第二項規定：「除法律另有規定外，檢察官對於一切依法得訴追之犯罪，如有足夠之事實根據，負有起訴之義務。」此外於第五編規定被害人參與訴訟之刑事訴訟程序，其中第一章規定自訴程序、第二章規定從屬訴訟程序、第三章則規定被害人之賠償 < 附帶民事訴訟 >。此規範可顯見於德國之追訴制度係於國家追訴主義外，兼容私人追訴主義，然此些規範應如何配合、具體之條款為何，是否亦有其他相應之制度設計配合以符合私人追訴「主義」之內涵，本論文將予以分析說明。

第一項 德國刑事追訴之概觀 - 國家追訴制度

德國在刑事追訴方面，原則上採國家追訴主義，國家不只擁有實質之刑事司法權，其亦有權力及義務展開犯罪偵查，國家機關於此可不顧及被害人之意願下實現刑事司法權，換言之，如對於已有充分事實、證據之犯罪行為，可直接對所有之犯罪行為主動追訴；反之，依刑事訴訟法第一七 條規定，如檢察官認為如有訴訟程序之原因 < 例如：訴訟障礙 - 追訴權時效消滅 >、實體法上之原因 < 例如：該行為並不違法 >、事實

上之原因〈例如：犯罪嫌疑不足〉、基於便宜原則之原因〈例如：微罪不舉之案件〉等因素下，可為不起訴處分，其中於刑事訴訟法第一五三條第一項及第一五三條 a，雖賦予檢察官針對特定之輕微案件，在得到法院及被告之同意、及考量合於公共利益下，可為微罪不舉或緩起訴處分，然原則上仍維持起訴法定原則⁸。

於德國檢察機關是一階級組織的司法單位，並無類似於法官之獨立自主權，依照其法院組織法第一四六條規定：「檢察機關的公務員需依其上級長官之職務上指示行事」，個別的檢察官僅是檢察機關首長之代理人，並無自行決定事項之權力，依法院組織法第一四五條規定，上級之檢察首長可依檢察一體之效果，隨時對於授其指揮之檢察官所偵辦之案件，為職務移轉或職務承繼之指示；至於檢察官於內部受檢察一體之限制下，其於刑事訴訟程序中之法地位為何，於德國多數學者認為，檢察機關由於依刑事訴訟法第一六 條之規定，必須對被告有利之事項加以調查、依刑事訴訟法第二九六條第二項、三六五條、三 一條之規定，可為被告之利益提起上訴、再審程序，因之，檢察官並非「純粹之一方當事人」，而是「法律之守護者」，其不同於獨立法官、及一般行政官，而是居於中介的「司法官署」、「自主之司法機關」⁹。基此，針對檢察官法

⁸ 參照 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，1998年11月，頁105以下；陳運財，起訴審查制度之研究，台灣本土法學雜誌第35期，2002年6月，頁80；對此亦有論者認為起訴法定原則之確立，一方面固然在於避免政治力影響檢察官追訴犯罪義務之實現，另一方面亦反映出歐洲古典時期以來的應報與絕對正義之想法，即是「有罪必罰」之應報觀點，此思想也由於起訴權限掌握於檢察官手中，有罪必罰之實踐，只能仰賴檢察官，因此當檢察官如果有足夠證據可證明犯罪嫌疑人犯罪，就必須起訴，使被告接受審判與處罰，不容檢察官有迴旋之空間，此乃採國家獨占刑罰權之必然結果，參照王皇玉，刑事追訴理念之轉變與緩起訴 - 從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌第119期，2005年4月，頁57。

⁹ 參照林鈺雄，刑事訴訟法〈上冊 - 總論編〉，2000年9月，頁112以下；Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁73以下。

地位，其所為之不起訴處分，告訴人¹⁰除了依刑事訴訟法第一七一條、一七二條第一項規定向其上級檢察官聲請再議外，於再議被駁回二個月內，得依刑事訴訟法第一七二條第二項規定，向法院聲請強制起訴程序，審查檢察官於法定主義下之不起訴處分是否妥當，如裁定應提起公訴時，由檢察官執行之，亦由其提出起訴書，形式上雖維持了公訴原則，然此一規定，是否會導致檢察官無心於審判程序，亦值得觀察。

第二項 德國之自訴制度

德國刑事追訴制度除了以國家追訴主義為主外，亦兼採取私人追訴制度，惟私人得直接開啟訴訟之犯罪類型，僅限於特定輕微之不法行為，依其刑事訴訟法第三七四條第一項規定，其範圍涵括下列八種犯罪類型：侵入住宅罪、侮辱罪、妨害書信秘密罪、傷害罪、恐嚇罪、毀損罪、及其他不當競爭罪、有關於專利法、著作權法、商標法等輕微犯罪。其中除了刑法第二二三條 a 之傷害罪及二四一條之恐嚇罪之外，其餘均是屬於告訴乃論之罪；又如果得以自訴之犯罪類型與公訴有發生想像競合或法條競合關係時〈例如：侵入住宅罪與加重竊盜罪〉，則此時被害人不許提起自訴，只能由檢察官依職權一併提起公訴，可見於德國被害人得為提起自訴之犯罪類型，實屬有限。然另依刑事訴訟法第三七六條規定：「第三七四條所列各罪，僅於與公共利益有關時，檢察官始得提起公訴」觀之，除非檢

¹⁰ 此強制起訴程序之聲請人為提起告訴之被害人，而「被害人」之概念，在德國亦有廣狹之分，早期見解採狹義說，認定僅有刑法構成要件保護法益之主體方為被害人，後來因考量於某些案件中，例如殺人既遂，無被害人之可提起強制起訴程序，而於學說判例逐漸傾向廣義解釋，以可罰行為是否嚴重影響關係人之「合理之利益」為斷，換言之，即以利害關係人要求國家進行刑事追訴之主張，與其合理之應報需求相當，即可聲請強制起訴程序，參照林鈺雄，檢察官論，2000年5月，頁171。

察官依其裁量權認定該項刑事追訴案件涉及公共利益，自始提起公訴或於自訴程序中擔當訴訟，而使其原來之自訴程序轉變為公訴程序外，德國刑事訴訟法對於得為自訴之犯罪類型，原則上係採取不干涉之態度，且其與公訴間之關係既無排他性、亦非處於補充關係¹¹。

至於得提起自訴程序之人，除了第三七四條所列犯罪類型之直接被害人之外，依附於被害人或依其地位得提起告訴之人〈例如：業務上之長官、被害人死亡時之家屬〉、被害人之法定代理人〈例如：被害人於民事訴訟程序上並無訴訟能力時，由其法定代理人代理被害人提起自訴〉、另外如有多數被害人時，為避免因一行為而有多數訴訟程序之產生，於已由其中一被害人提起自訴之後，即不得再另起訴訟，僅得參加訴訟，而一切於案件中對被告有利之裁判，不管其餘被害人有無參加訴訟，其效力均及於所有被害人〈參照德國刑事訴訟法第三七五條規定〉¹²。

除此之外，於德國之刑事訴訟法對於自訴程序尚有些許之特別規範：第一，關於侵入住宅罪、妨害書信秘密罪、傷害罪〈刑法第二二三、第二三 條〉、恐嚇罪、毀損罪等犯罪類型，為維護法秩序和平、避免訴累，刑事訴訟法第三八 條規定應經由司法行政機關指定之調解機關先行調解，如無效果後，方得以調解無效之證明書提起自訴，然因調解並非是真正訴訟要件，僅是一自訴之要件，如法院不察而開啟審判程序時，該項自訴程序仍應繼續進行，不因此而違法；第二，依刑事訴訟法第三八三條第二項規定，當行為人所犯之罪責輕微時，法院得隨時停止自訴程序，且依第四七一條第三項第二款規定，因微罪而停止之自訴程序者，得令自訴人負擔訴訟費用；第三，依訴訟費用法第六十七條規定，自訴人有義務預付訴訟費用，甚

¹¹ 參照 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 661。

¹² 參照劉秉鈞，自訴制度之研究，司法研究年報第十輯〈中冊〉，1990年，頁 1231。

至對於被告預期所生之費用，提出保證；第四，被害人並非必須委任律師方能提起訴訟，然於審判程序中，由於其不具法律專業能力，仍應仰賴法院之協助，由法院負起澄清義務，自行蒐集證據以釐清犯罪事實之真偽〈參照刑事訴訟法第三八四第三項規定〉，另外，雖自訴人於審判程序中得行使檢察官之職權，然對於閱卷權仍應委任律師後，方能有閱覽卷宗之權利¹³。

第三項 小結

綜上所述，德國之刑事訴追制度，原則上是折衷式立法，除得由檢察官行使國家追訴權進行刑事訴追外，亦容許於特定案件範圍內私人亦有刑事追訴權，得就輕微案件自行提起自訴，或參加訴訟，雖德國刑事訴訟法規定私人得為自訴，然由於亦擔憂私人之專業能力不足、有濫訴之可能性，於是設下諸多限制，例如：為維護法秩序和平、避免訴累，規定必須先行調解，如調解無效果後，方能開啟訴訟；進入審判程序時，由於未賦予被害人超越私人資格之權能，以致於公判庭中，仍須藉由法院之澄清義務，負責釐清犯罪事實之存否及其範圍，再者，法院於審判程序中，如認定行為人所犯之罪責輕微時，法院得隨時停止自訴程序，且可要求自訴人負擔訴訟費用等限制，由此觀之，德國之刑事追訴制度，仍以國家追訴主義為主軸，雖號稱兼採私人追訴制度，然由於與純粹私人追訴主義之各項特徵比較後，仍有較大之差異，可以說僅有形式意義上私人追訴主義之影子，而並無實質上之主義內涵。

¹³ 參照 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 663 以下。

第三節 美國之刑事追訴制度

美國於十七世紀原是英國的殖民地，當處於殖民地時代時，由於當時正屬英國之刑事訴訟制度之發展時期，於是於刑事追訴方面採用英國私人追訴主義之刑事追訴制度，直到一七七六年美國獨立後，刑事司法制度於一七八九年制定司法法〈Judiciary Act〉，仿照法國法例，建立了公訴制度，然美國為聯邦國家，並無類似於我國統一之刑事訴訟法法典，聯邦與各州均各自有獨立的刑事訴訟法規範，嚴格來說，具有五十一套司法制度，但其中仍有其共通點，將介紹說明如下。

第一項 美國刑事追訴之概觀

美國刑事訴訟制度雖繼承了英國之立法例，但關於追訴之實行卻不採私人追訴主義之追訴制度，反而仿照大陸法系之法國法創設了公訴制度，由檢察官〈public prosecutor = 亦可稱為公訴官〉獨占犯罪之追訴，並於公判庭中擔任實行公訴之責任。而各州地方檢察官之產生，從十九世紀初，由於民主主義思潮高漲，多出自於民眾之選舉，相較於聯邦派遣於各州之檢察官，係由總統根據各州參議員所建議之人選，提名至參議院經其同意後任命之，並有一定之任期，有著相當大的差異性¹⁴。檢察官之職權雖涵蓋實施偵查、提起公訴、實行公訴三部分，但關於偵查方面，雖檢察官可不受任何拘束或限制，自行決定是否親自為偵查之工作，但其中卻不包括擁有強制處分權，並無自行決定實施強制偵查之權力，如有利用強制處分之必要性時，必須向治安法官敘明理由，聲請簽發令狀而實行之、或藉

¹⁴ 參照林朝榮，檢察制度民主化之歷史，收錄於刑事訴訟之運作〈黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集〉，1997年，頁230以下。

助大陪審之強制處分權，實施蒐集、保全證據¹⁵。

關於提起公訴方面，美國建立了公訴制度，由檢察官獨占起訴之權力，且由於其刑事訴訟制度採徹底之當事人主義，當事人對訴訟標的有自由處分權，對於任何犯罪，關於起訴與否，檢察官有完全的自由裁量權¹⁶，但只要一旦決定起訴，由於仍繼受了英國立法例，訴追前須經治安法官預審程序之考驗。申言之，犯罪嫌疑人被逮捕、或經傳喚而主動到庭後，須迅速將其帶至治安法官面前預備訊問 < preliminary examination >，此預審制度係犯罪嫌疑人於審判前之實體審查程序，檢察官必須證明其具形式上的起訴原因 < A Prima facie case = 表面上看似正確 >，及具有相當之證據 < probable cause > 相信犯罪嫌疑人確為實施犯罪者，否則治安法官就必須駁回檢察官的控訴而釋放嫌疑犯，至於此預審制度並非決定嫌疑人有罪與否之程序，其目的僅是決定是否應接受正式審判之過渡程序而已¹⁷。

於審查之程序中，輕重案件有不同之審查流程：其一，如是輕罪案件時，治安法官應朗讀並解釋訴狀之內容，詢問被告是否瞭解箇中意義，並要求其答辯，如自行答辯有罪時，治安法官於調查相關情狀後，即可判罪科刑，反之，則進入審判程序；另一，如為重罪時，如治安法官認定犯罪嫌疑人之犯罪事實具有相當之證據時，則由治安法官裁定得為進一步程序之實施，此時治安法官應循公訴官之請求，出具業經預審程序判斷有相當證據之紀錄文書，檢察官則根據此紀錄副本，製作大陪

¹⁵ 參照黃東熊，中外檢察制度之比較，1986年，頁176；美國刑事訴訟制度，收錄於刑事訴訟法研究 < 第二冊 >，1999年4月，頁403。

¹⁶ 參照黃東熊，中外檢察制度之比較，1986年，頁176。

¹⁷ 在預審程序前，亦有所謂的第一次出庭程序 < Initial Appearance >，此一程序主要是由治安法官告知犯罪嫌疑人其相關之權利，例如有權保持緘默、選任律師等權利，另外最重要的事為決定犯罪嫌疑人應否被交保，參照王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年9月，頁9以下。

審起訴書 < bill of indictment > ¹⁸。

美國聯邦憲法增修條文第五條規定，任何人非經大陪審起訴，不受死刑案件或不名譽犯罪之審判，此雖以憲法保障被告接受大陪審程序之權利，但由於現今由於大陪審制度之手續繁瑣、耗費大量財政，並均聽從檢察官之意見而流於形式，因之，今則僅餘不到半數之州，仍維持大陪審制度，不使用大陪審制度之州，其案件之起訴，則由檢察官於預審程序後，逕向法院提出起訴書 < information > 為之，是以，事實上在不使用大陪審制度之州，以預審程序取代了大陪審之功能。

大陪審團之成員通常具有二十三人所組成，其中以十六位以上之陪審員出席即可開庭，評議係採二十三人之半數，亦即至少要有十二位陪審員認為以起訴為適宜時，被告即被正式起訴 < indictment > ；而於大陪審之審查程序中，係以秘密之審理方式，並帶有糾問主義之色彩，僅檢察官、警察人員及證人出席，被告、辯護人不得在場，由於被告及辯護人不得出席，並無針對證人之陳述提出異議或反對詰問之機會，所以，大陪審之功能僅是確認是否具有相當證據可信被告已觸犯重罪、及保障被告免於被無謂之訴追，而非判斷被告有無罪之制度¹⁹。

基此，於採用大陪審制度之州，檢察官提起公訴前須經大陪審為起訴之認可決議，由於大陪審成員之產生大多係由納稅人或選舉人名冊中抽籤選出，並有一定任期，據此，起訴實含有公眾訴追之色彩²⁰。

¹⁸ 參照林朝榮，前揭文，頁 232 以下；劉秉鈞，前揭文，頁 1227。

¹⁹ 參照林朝榮，前揭文，頁 235 以下。

²⁰ 參照劉秉鈞，前揭文，頁 1228。

第二項 小結

美國曾是英國之殖民地，於刑事訴訟制度上亦深受其影響，但於刑事追訴制度上卻仿照法國法之公訴制度，由檢察官獨占起訴之權限，並於公判庭中實行公訴，但由於其不具自行決定強制處分之權限，與一般國家追訴主義之檢察官及其權限範圍大相逕庭，在性質上，美國之檢察官雖屬於法國式，但由於大多數州之檢察官係由當地民眾選舉而出，帶有政務官之色彩，再加上檢察官對於重罪之起訴必須經過大陪審之審酌同意後方能正式起訴，此意味者美國於刑事追訴制度雖仿照法國立法例，創造公訴制度，由檢察官獨占公訴，然仍有治安法官左右其追訴裁量權，甚或更有由民眾組成之大陪審把關於後，帶有私人追訴主義理念之監督機制。

第四節 英國之刑事追訴制度

於英國發展出不同於其他歐陸之刑事追訴制度，原因在於，一六六六年諾曼第公爵威廉征服以前，於不列顛群島是安格魯 - 薩克遜之定居地，其社會形態即與日耳曼民族社會相同，以彼此間之氏族血緣關係為基礎，作為均等分配耕地之基準，由於階級觀念未分化，與其他古代社會有著相同的發展歷程，申言之，如侵害一氏族之構成員時，就等同對於氏族全體榮譽之侵害，因之，必須對於攻擊者以復仇之觀念加以還擊，但由於並無制約性，依然會造成氏族彼此間之互相殺伐，於是古代裁判制度之產生目的即是，為了平息紛爭以回復全體氏族之平和與秩序。當時的刑事程序，依然沿用日耳曼之傳統，以被害人訴追之形式，於裁判程序中，遵行形式上之儀式、使用宣誓、神判、決鬥等形式上之證據方法，並委由自由人集團所成立之民會裁決，並以締結訴訟契約支付贖罪金、犯人之交付

作為裁判之結果，基此，此種訴追方式，由於搜查、裁判機關之未發達，又訴追之目的僅是以獲得贖金或是犯人之交付，以之回復氏族之榮譽為裁判之目的，與現今所謂的私人追訴制度有著相當大之差異，但不可否認的是，此種基於被害人追訴之訴追原理，具有後世形成私人追訴主義之重要的歷史意義²¹。

於一六六六年諾曼第公爵威廉渡海征服不列顛群島後，將歐陸的封建國家制度引進，並以征服戰爭及由上至下分封土地之方式作為媒介，逐漸建立部族國家，於此過程中，氏族間之聯繫已呈現弛緩狀態，一切的土地分封都以身分、戰功為基準，因之，大土地之所有人都是國王、諸侯、騎士之封建領主，相對地，自由民也隨之沒落，只能從屬於封建領主之麾下，此種社會情況之急速變更，造就了被害人追訴及民眾裁判之形骸化。取來代之的是，因各領主為王權之延伸，便於統治旗下之領地，各自設置法庭，從中獲取財務利益，然英國國王為統一法律制度及秩序、結合地方權力〈中央集權〉，遂於各地成立屬於國王之巡迴法庭，並派出巡迴法官，於各地處理民、刑事案件，但由於巡迴法官對於地方並無充分之警察力量，以致欠缺一套有效之法制度將地方之犯罪提報巡迴法官審理，遂為解決此項困難，於英國引進了告發陪審制度，即是由各地之教士、信徒，經宣誓後，將其所知之犯罪行為，向各地之巡迴法庭告發犯罪，此種職權糾問主義下之義務告發制度，即是所謂的告發陪審。西元一一六六年，亨利二世〈在位一一五四年至一一八九年〉，依此模式建立了大陪審制度，此制度係由代表各地連保單位之十二位陪審員所組成，其功能主要是於宣誓下，基於本身之信念、知識就所知之犯罪，逮捕犯罪嫌疑人，交於皇家巡迴法庭審判，然此種職權訴追之模式，主要是雖為了中央集權目的，及適當正確地處罰犯罪行為以維持王國內之治安，但其背後之意義卻仍隱藏國王財務利益之慾望，並非在

²¹ 參照鯨越溢弘，私人訴追主義？？家訴追主義，法政研究第 48 卷 1 號，1981 年 9 月，頁 43 以下。

於保護之被告利益²²。

此大陪審之制度，由於完全係依照國王之意思所組成〈告發陪審之公訴官化〉、或者是巡迴法官完全掌握追訴權及裁判權〈裁判官之糾問官化〉、陪審員只不過僅是提供關於犯罪情報之人員等因素影響下〈陪審員之證人化〉，此時即與歐洲大陸所進行之糾問主義有著相同之發展背景²³。

於一二一五年後英國國王簽署「大憲章」，確認自由人有受同儕裁判之權利之影響下，至十四世紀，大陪審制度在性質上有大轉變，除了仍維持原有調查犯罪之權限外，其重要的功能就是對於一般私人訴追之提起，審查是否具有不當訴追之理由，以保護被告免於不當之訴追〈此稱之為起訴陪審制度〉。是以，大陪審除對於本身所知之犯罪，本於職權所進行之訴追外，其他大眾對於犯罪之訴追，均須將訴追狀提交大陪審，由其審查是否具訴追之充分理由；此時英國雖選擇以起訴陪審之制度代替一般私人追訴之訴追模式，或許有其某種理由存在，然可以確定是仍維持者不管何人都有追訴犯罪權利之觀念，之後大陪審制度嗣後之發展，由於由民眾擔任之治安法官從事預審程序，於一九三三年宣告廢止之²⁴。

第一項 英國刑事訴追之概觀

就刑事訴追而言，於英國之傳統觀念上，犯罪不單只是國家關心之事，起初是個人之問題，且刑事追訴權是一神聖之權利，從人民之諸權利中所產生，在無任何爭論下，人民當可行使此權利。此一私人追訴主義之訴追理念，一直深植於英國之刑事追訴程序中，即使訴追是以國王之名義提起，仍不代表僅

²² 參照林朝榮，前揭文，頁 215 以下。

²³ 參照鯨越溢弘，同註 20，頁 49 以下。

²⁴ 參照林朝榮，前揭文，頁 216；鯨越溢弘，同註 20，頁 53。

有公務員方能提起追訴犯罪之行為人，反而是社會大眾之任何人，不管有無利害關係，均得發動刑事追訴程序，基此，因警察亦是社會大眾之一成員，如其提起訴追之時，刑事訴追之性質亦未變化，是以，於訴追理念及權利上，刑事追訴權都應歸屬於人民所有，有問題的是，於英國代表國王或中央政府實際上進行刑事追訴程序之訴追機關所顯現之法意義為何，換言之，此種國家訴追機關，例如創設法務總長、公訴局長等機關，究竟有無因而改變英國之刑事追訴制度之性質，才是重點。

第一款 十九世紀前之刑事追訴制度 - 法務總長之源起

英國之法務總長 < Attorney General > 之直接起源雖眾說紛紜，但至少於一二四三年以來，此國王之官吏就已經在實行一定犯罪之訴追程序；於英國之憲法，國王是被委任對於破壞社會平和、秩序之犯罪行為進行追訴之角色，國王為保護社會全體人民利益之目的下，必須處罰、責備一切侵害性之犯罪行為，因之，於刑事、民事訴訟程序中，都以國王之名義提起訴訟。不論是依據皇家巡迴法庭所認可重罪之正式起訴 < indictment > 或者是由法務總長提起之輕罪起訴 < information >，都是國王統治下之訴訟。

此憲法上之規定，顯然是刑事追訴權委任予國王，而法務總長僅是代其行使，換言之，是基於國王個人之委任進行訴追，其法地位為國王之法代理人，與一般私人追訴者之法代理人並無不同，因之，法務總長亦能進行私人之辯護活動；除此之外，直到十九世紀末廢止前，法務總長除了擔任國王之法代理人為職權訴追外，亦對於內閣有給予法律上建議之業務。

於法務總長作為國王之法代理人為職權訴追之同時，亦被賦予撤回訴訟之權限 < nolle prosequi >，雖此種權限之起源並不明確，但從殘存之歷史紀錄中可得知，於一五五五年之時，平民院議會中有三九名議員無視於國王之禁令，自行出發旅

行，法務總長對此提起訴訟，然事後卻行使此權限而撤回訴訟。於此之後，法務總長之權限，根據議會制定法之規定，被另賦予關於訴追實行同意之權限，是以，法務總長當時於刑事司法之任務即包括，擔任訴追者之角色、給予政府法律上之建議、以及基於政治之觀點強化作為訴追抑制者之角色²⁵。

第二款 十九世紀之變遷 - 私人追訴主義之變容

至十八、十九世紀，除了法務總長續作為國王或政府之法代理人外，由於並無其他特別公訴官之存在，大體上於英國仍完全維持私人追訴主義，任何人都有開啟、進行刑事程序之權利，但由於十八世紀以來社會經濟急速的發展，造就了犯罪數之增加，且私人欠缺進行訴追時必要成本之負擔能力及法學素養等問題，而產生相對弱化之訴追程序，另一方面亦發生，針對被訴者出於惡意或者希望從被訴者取得不當金錢之不適當訴追之問題，基此，於英國遂於民間成立一非正式、任意性之團體「犯罪訴追協會」²⁶協助一般私人進行訴追，然從一八二九年到一八五六年間以倫敦為開端逐漸擴展至各地創設了有給職之近代警察組織，主要負責擔任搜查及訴追之任務，對於此一新設之組織，由於初接觸或存在著政府似乎以公訴制度壓迫私人追訴之疑慮，因而有強烈之反抗意識，是故，起初警察仍以遵循先前犯罪訴追協會之作法，主要以接辦之方式，形式上協助一般私人進行訴追程序²⁷。但由於警察對於複雜案件，

²⁵ 參照鯨越溢弘，訴追理念？？？？私人訴追主義，收錄於市民社？？刑事法？交錯＜？山晃一郎先生追悼論文集＞，1997年11月，頁250以下；直到現代，法務總長、副總長之任務主要為：針對重大犯罪擔任訴追之工作、基於正式起訴之案件有撤回訴訟之權限。

²⁶ 近代於英國所創設之「犯罪訴追協會」之具體內容可參照鯨越溢弘，近代私人訴追主義？源流 - ？？？？犯罪訴追協？ - ，收錄於光藤景皎先生古稀祝賀論文集＜上？＞，2001年1月，頁327以下。

²⁷ 之後隨著一般民眾之疑慮消去，於英國實際上進行犯罪之訴追者大部分為警察官，由於其進行訴追之法權限、效果都與一般市民並無不同，因之，當時之警察官於是被稱之為「穿著制服之市民」，參照鯨

訴追能力顯屬不足時則請求內政部將案件移由財政部法務官訴追，然財政部之法務官亦非屬刑事追訴之專職人員，對於刑事追訴亦難免呈現不得心應手之情事發生，故從一八五四年後，呼籲設置檢察官制度之議又迭起，但均因英國人對於檢察官制度之價值存有疑慮，而被擱置²⁸。

直到一八七九年，國會通過「犯罪訴追法」< the Prosecution of Offences Act >，僅於倫敦以小規模組織之方式創設公訴局長< Director of Public Prosecution = DPP >為公訴官組織之長官，負責接辦特定案件之訴追、一般私人未訴追或是拒絕訴追之案件、以及重要或難以進行之訴追案件，因之，此雖稱為公訴局長，但其實行之任務卻名不符實，除了提供警察官於刑事訴追上之法律意見外，不但無權干涉任何人之刑事追訴權，且於實務運作上，亦不能指揮任何人，於此，基於通常之語意，亦無存在「公訴」程序²⁹。

第三款 二十世紀之變動 - 法律家之參與及檢察廳之創設

進入二十世紀，實際上擔任追訴工作之警察，由於處理複雜案件，於訴追能力上仍顯屬不足，因常與民間獨立開業之事務律師< solicitor >商量及取得相關建議，甚至有時完全委託予他代為訴追，但基於不能每次案件都委託民間之事務律師之考量上，於警察組織內部就自行設置「訴追事務律師部」，根據警察之指示、委託代為執行追訴工作³⁰。

越溢弘，準起訴手？私人訴追主義--職？濫用？有？？統制？？？
？一試論<付審判制度？問題？？改善策-特集>，自由？正義 43
卷 7 號，1992 年 7 月，頁 13。

²⁸ 參照黃東熊，同註 14<中外檢察制度之比較>，頁 25。

²⁹ 參照鯨越溢弘，同註 24，頁 253。

³⁰ 參照小山雅？，？？？？？刑事訴追制度？動向--？？？？？察？？
？？？近年？動？？中心？，西南？院大？法？論集 35 卷 3.4 號，
2003 年 3 月，頁 132。

直到一九七十年又有爭議再起，因各區域之警察訴追標準不一，且認為追訴方面必須關心注目的是有一公正之過程而非著重勝敗之結果，因之，必須於警察組織外另設一具全國性、個別獨立之訴追機關，統一從事判斷搜查及訴追之必要性。基此於一九八五年之犯罪訴追法，創設具全國性規模之追訴機關 - 檢察廳 < 或稱為公訴官制度 - Crown Prosecution Service - 簡稱 CPS >³¹，此機關與原本屬於警察組織中之訴追事務律師部門完全區隔，而是本於既存公訴局長 < DPP > 之組織上，重新整編成一全國性之追訴機關，其主要之任務為除了在法務總長之監督下，繼續接辦警察之追訴案件，並以法律專業角度，獨立進行判斷搜查及追訴活動之必要性後，給予警察建議外，並無本質上之改變，亦即原則上不只是警察以外之公務員及其他機關，一般市民仍保有進行追訴之權利³²。於英國雖仍維持私人追訴主義之理念、權利，但除了成本及訴追能力之現實障

³¹ 此組織仍與大陸法系國家之檢察官組織之地位、權限有所不同，除了沒有自行搜查、追訴之權限外，於刑事法院亦無辯論權 < CPS 及其所雇用之事務律師只有在治安法官法院方有辯論權，於刑事法院並無辯論權，即使 DPP 或 CP 本身具有法庭律師資格亦無此辯論權，而必須委託民間執業之法庭律師 < barrister > 依照本身之獨立判斷，出庭辯論，此一想法主要是為了杜絕政府所雇用的法庭律師可能只為了司法上之利益，欠缺獨立判斷之精神；但此一情形卻於一九九〇年起有所異動，因訴訟代理權及辯論權之認可團體規則有所改變，於一九九二年起，依據此規則，事務律師可於符合一定要件下，取得包括刑事法院以上之法院之辯論權，另外，被 CPS 所雇用之事務律師或有同資格之公訴官 < CP > 亦於一九九七年起，通過特定認可團體所要求之條件下，被許可有完全之辯論權 >，另外於警察之追訴案件，亦並不必然會被 CPS 接辦，於治安法官法庭進行追訴程序時，亦能委託於民間開業之事務律師進行，再者，亦有論者認為即使賦予 CPS 有追訴之權限，亦不足以認為英國之刑事追訴制度是遷移向國家追訴主義，因國家追訴主義之理論基礎必須國家機關為行使刑事追訴權時，係基於為保護國家利益、超越一般國民之利益下為追訴之程序，如非於此，即無法判定為一國家追訴主義之追訴制度，參照鯨越溢弘，同註 24，頁 254 以下；小山雅？，前揭文，頁 138 以下。

³² 於一九八五年之犯罪訴追法第六條第一項仍明文一般私人有刑事追訴權，參照小山雅？，前揭文，頁 133 以下。

礙、且諸多法規之限制下³³，純粹性的私人進行追訴工作，相較於警察追訴，顯屬少數。因之，於 CPS 創設後，英國現在主要的訴追機關有警察機關〈占有全體訴追工作之百分之七十至七十五〉、法務總長・副總長〈負責針對重大犯罪擔任訴追之工作、基於正式起訴之案件有撤回訴訟之權限〉、公訴長官〈接受政府之付託，針對重大犯罪案件親自進行追訴工作〉、公訴官〈在公訴長官之指揮下，與長官有同一權限〉、地方公共團體等公家機關〈約占全體訴追之百分之二十〉、重大詐欺局〈Serious Fraud Office = SFO：於一九八七年依據刑事司法法由律師及會計師所組合而成，針對重大經濟犯罪進行搜查與追訴工作〉³⁴。

第二項 小結 - 私人追訴主義理念、權利之堅持

根據上述歷史過程所成立之檢察廳，於既定之刑事追訴程序中，重新置入新的元素，此組織主要是為了解決警察追訴所產生之問題，申言之，雖警察有最先判斷是否須進行搜查及追訴之權限，但由於警察法律專業能力不足，於是創設 CPS 以獨立地位負責接辦並審查警察所追訴之案件，以被動、書面的方式獨立審查追訴之正當性與否，再者，於一九九七年以前，公訴官於包括刑事法院以上之法院亦無辯論權，由此觀之，起初 CPS 之創設僅是以一獨立之機構，作為增加追訴程序中有

³³ 對於私人進行追訴之限制有：第一，特定範圍之犯罪類型，必須得到法務總長及公訴長官之同意下方能追訴；第二，於接辦私人開始之追訴案件時，公訴長官〈或者是公訴官 - 簡稱 CP〉以法代理人之地位下，在衡量公訴實務規範內所規定之證據基準〈Code for Crown Prosecution〉及公眾利益後，有停止追訴之權限，但此時不但是私人仍有繼續追訴之權利，就連被告亦有請求繼續進行訴訟程序之權利；第三，法務總長於任何階段都有停止追訴之權限，參照小山雅？，前揭文，頁 135 以下。

³⁴ 參照小山雅？，前揭文，頁 134。

法律專家之擔保功能而已。

另一方面，雖然大部分之追訴工作都是由警察及其他公家機關為之、於特定範圍之犯罪類型，必須得到法務總長及公訴長官之同意下方能追訴、且於進行訴追程序時，隨時被接辦、撤回之可能性等因素影響下，私人追訴主義之基本原則有些許之變遷，但由於仍維持私人追訴主義之權利性質、理念之概念，不管任何人都有刑事追訴權，能親自提起、進行刑事追訴程序，是以，評價英國之刑事追訴制度，如認為已放棄私人追訴主義的話，顯然尚嫌過急³⁵。

第五節 各國立法例之分析比較

於概觀扼要介紹日、德、美、英等四國之刑事追訴制度後，大致可發現各國之刑事追訴制度，已無如羅馬帝國共和時代中單純之私人追訴主義，除英國仍維持私人追訴主義之權利性質、訴追理念外，原則上各國均在為樹立、維持國家追訴主義之前提下，以檢察制度為軸心，逐漸建立適合該國之追訴制度。

然而，各國雖都以國家追訴主義為中心，但因各國之國情或社會客觀因素、歷史背景與政治上之需要，於追訴制度之設計上仍不免有或多或少之差異：

³⁵ 私人追訴主義此一觀念，依照本論文於第三章所述，具有多重意義，如以之評價英國刑事追訴制度時，雖然形式上、實質上〈多數論者都僅以警察訴追是以私人之資格且並無超越私人之法權限為理由來評價英國刑事追訴制度〉、實態上之刑事追訴制度多由國家機關為之，但由於英國之刑事追訴制度並未放棄私人追訴主義之權利性質及理念之前提下，可以說英國僅是將純粹之私人追訴制度中強化其法律專業之能力，以法律專業人員幫助私人進行訴追之意謂，參照小山雅？，？？？？？訴追制度 - ？察？？創設？私人訴追主義，1995年3月，頁191以下。

特徵	日本	德國	美國	英國
追訴權歸屬	多數說認為刑事追訴權係國家所有，私人並不具有直接開啟訴訟之權限；但漸次地有認為公眾方為追訴權之歸屬者。	除了國家有刑事追訴權外，被害人於刑事訴訟法第三七四條所列舉之輕微案件範圍內亦有直接提起追訴之權利。	雖然有大陪審之制度，但似乎僅是於檢察官提起公訴前之監督機制，非一般民眾有直接提起訴訟之權限。	雖然有警察組織、CPS之創設，但仍未改變任何人都具有刑事追訴權之法事實。
行使主體	由檢察官掌控刑事追訴權之起訴獨占主義，一般私人僅有告訴、告發之權限。	除檢察官行使國家之刑事追訴權外，被害人亦有親自訴追之權限，另一方面，其餘被害人亦有參與訴訟之權限。	由檢察官獨占起訴之權限。	一般人或警察雖有追訴之權限，但都必須委由律師進行追訴程序。
行使權限	檢察官為行使刑事追訴權，得實施任意偵查，親自蒐集證據或指揮警察為之；並賦予完全之	檢察官及其輔助機關為行使刑事追訴權，得實施偵查，親自蒐集證據；另外原則上維持起	檢察官為行使刑事追訴權，得實施任意偵查，親自蒐集證據；另外純為當事人一	於英國警察可於追訴前為實施任意偵查之權限。

	起訴裁量權。	訴法定主義，僅於微罪時可為不起訴處分。	對於起訴與否具有完全的自由裁量權。	
制約機制	內部受檢察一體之指揮、外部受檢察審查會、交付審判制度之等具國民參與司法、或公眾追訴權理念、精神之制度監督。	內部受檢察一體之指揮、及再議制度之審查、於外部受到法院強制起訴制度之制約；另外自訴程序，除了案件範圍之限制、事前必須經過調解程序、於法院裁定停止之自訴程序必須由自訴人負擔訴訟費用外，亦受到公訴優先原則之束縛。	檢察官決定起訴後，原則上必須受到治安法官及大陪審之審查。	不論是私人或警察追訴，除了都須經過治安法官之審查，另外私人追訴時，因不具專業能力之考量下，有眾多之限制。

經過上述表格之比較後可發現，各國之刑事追訴制度中都有私人、被害人參與刑事司法之跡象，不論於德國之被害人、英國之公眾具有直接提起刑事追訴程序之權利，或者是在日本、美國成為事前、事後之監督制衡機制，都顯示出一國之刑

事追訴制度都無法由國家機關完全主導，其主因不論是歷史演進過程中所遺留之制度，或是政治折衝下之產物，似乎不可否認的是國民主權之概念，國家所有之權力都來自國民之授權，或許此民主主義之觀念無法直接導出人民適合為刑事追訴權之歸屬者，然從實際面觀之，將權力集中於一國家機關之手中，似乎無法符合民主法治國家中所強調之權力分立原則。

再從追訴主義角度出發，於各國之立法例中已無純粹國家追訴主義或私人追訴主義整體、一貫性之制度設計，不論是刑事追訴權歸屬者之理論基礎、事後監督機制都有兩大追訴主義混同之跡象，以日本為例，原本戰前在天皇君權下之日本刑事追訴制度，以國家追訴主義、起訴獨占主義為主之追訴制度，戰後受到英美法構造之影響下，以自由、民主主義之思潮重新制定憲法，於刑事追訴制度雖仍維持與第二次世界大戰前之相差無幾之訴訟制度，未對國家追訴主義、起訴獨占主義有大幅度之撼動，但於學說上卻有本於國民主權之想法，針對刑事追訴權之真正歸屬者、檢察官之法地位、事後制定監督檢察官行使追訴權之機制，納入私人追訴主義之理念，以民意監督、促使檢察官民主化之進程。

另外，於被害人、公眾具有直接開啟訴訟權利之立法例中，德國、英國都無法維持由被害人或一般大眾主導一切刑事訴訟之進行，為補足私人法律專業能力之缺乏、及解決濫訴之窘境，於制度面上，不論是由法院基於澄清義務協助私人調查證據、或是由律師代為進行追訴程序，甚至於案件範圍、事前調解程序設下限制，都顯示出國家介入之痕跡。

基此，明顯區別國家追訴主義、私人追訴主義兩立之理論基礎、體系，除可針對一國之刑事追訴制度作出評價、歸類外，於學說、立法論上仍有作為解釋個別法制度之參考價值，例如：以國家追訴主義為追訴理念時，由於國家方為刑事追訴權之歸屬者，此時不論是行使主體、法地位、事後之制衡機制，甚至被害人僅被視為「保護之對象」，以「被害者學」、「修復

式司法」之法概念作為修正之立論基礎，適當地賦予被害人直接參與刑事司法之機會等都有一貫性之解釋方式；相對地，如以私人追訴主義之角度出發，本於國民主權、追訴理念下，被害人或一般大眾方為刑事追訴權之歸屬者，是刑事追訴程序之追訴主體，而非僅被保護之客體，僅係基於現代社會之專業化分工後，私人可選擇親自、或付託於國家機關代為進行追訴程序，基此，如國家機關違反付託人之意思為不起訴處分時，付託人當然有事後監督之制度；反之，私人選擇親自進行追訴程序時，由於欠缺法律專業能力及特別法權限之緣故下，國家機關則負有支援之義務。

但如從刑事追訴權之本質內涵之角度分析，一犯罪行為之發生，不論對於國家秩序或者個人之生活利益都造成危害，在此認知下，由國家機關行使刑事追訴權，以確認被告刑罰權之有無及其範圍，雖具有統一起訴基準、不受被害人應報感情之影響等優點，但不可忽視的是由被害人親自進行追訴之訴訟價值，因之，如何在兩大追訴主義之夾縫中，尋求更合理之追訴制度及其監督制衡機制，同時適度地賦予直接被害人或一般民眾表達訴追之意思，使國家與人民成為「夥伴關係」，併行思考如何回復犯罪行為所引起之損害。於此理念下，觀察各國之立法例，不論是實行國家追訴主義、起訴獨占主義最徹底之日本、或者是仍堅持私人追訴主義之英國追訴制度，分別以人民所組成之外部機制，負責監督檢察官濫權問題、及以國家機關之法權限、法律專業人員之知識協助一般私人進行追訴程序，都有向新中間路線靠攏之跡象，基此，國家追訴主義與私人追訴主義下之追訴制度，並非完全無法相容，僅是於相融合之過程中，能否思索出符合現代各國之民情、政治背景、歷史沿革及與其他法規範體系之容許性之刑事追訴制度。

第五章 現行自訴制度之檢討

經過前三章分別針對追訴權之本質內涵、刑事追訴主義之理論基礎及觀察比較各國立法例之後，國家追訴制度、私人追訴制度分別都已呈現出大致的輪廓，以此體系粗估對照我國現行刑事訴訟法第二三二條：「犯罪被害人，得提起告訴」、第二五一條規定：「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。」、從第二編第二章第三一九條規定：「犯罪之被害人得提起自訴。」為首以下之有關於被害人提起自訴之各類規定，規範者被害人關於提起自訴之範圍、程式、法院審查基準、終結等程序性之規定外，如從本於被害人追訴主義之角度，我國之自訴制度除了形式上符合被害人得作為訴追主體外，於實質上是否符合被害人追訴理念之內涵，不無疑問，再者，另依於第三四三條規定：「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第二百四十六條、第二百四十九條及前章第二節、第三節關於公訴之規定。」及第三二三條所標示之公訴優先原則等規定觀之，我國之自訴制度又似乎僅置於公訴制度後之補充地位，雖學說上多有論者稱我國之刑事追訴制度，似乎是採取國家追訴主義及私人追訴主義中之被害人追訴制度之併行、折衷式立法¹，但是否名副其實，即是本論文於本章節必須加以檢討及釐清之要點。

¹ 參照林國賢，自訴制度〈修訂本〉，1995年9月，頁3以下；尹章華，自訴制度之比較與辨正－再論刑事訴訟之偵查程序，收錄於比較刑事法論文集，1993年8月，頁93以下；林鈺雄，刑事訴訟法〈上冊－總則編〉，2000年9月，頁42以下；劉邦繡，告訴乃論之告訴與刑事訴訟法上告訴、自訴之探討－及刑事訴訟法第三百二十三條之問題，全國律師第5卷9期，2001年9月，頁56。

第一節 我國刑事追訴之概觀

我國刑事訴訟法第二五一條規定：「檢察官²依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪之嫌疑者而開始偵查程序所蒐集及保全之證據，如判斷為有罪判決之高度可能性、及具備訴訟要件時，原則上檢察官應提起公訴，採行起訴法定原則；惟如合乎便宜原則之例外情形時，檢察官在無須告訴人之同意下，得自行決定為不起訴處分之起訴裁量權，或檢察官雖足認犯罪嫌疑人具犯罪事實之明確性時，但衡量罪責輕微之特別預防及案件輕重之一般預防觀點後，如認以緩起訴為適當時，得課與被告為一定之義務履行後，定一至三年之緩起訴期間，為緩起訴處分³。

如檢察官為不起訴或緩起訴處分時，告訴人依刑事訴訟法第二五六條之規定，得於七日內以書狀敘述理由，循檢察一體之內部，向上級檢察署檢察長或檢察總長聲明不服處分之再議程序，經再議程序被駁回後，告訴人亦得依刑事訴訟法第二五八條之一之規定，於接受處分書後之十日內，委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，由第一審法院以合議庭之方式針對律師於檢閱偵查卷宗及證物後所提出之理由狀為審酌⁴，如法院裁定為交付審判時，視為案件提起公訴，必

² 我國檢察制度之發展，有論者認為由於我國長期處於帝制時代，抱有文化大國之思想，而不肯師學於他國制度，遲至光緒三十三年所公布的「高等以下各級審判廳試辦章程」中，試圖仿效日本之檢察制度，而設置各級檢察廳，此似可謂為我國近代檢察制度之濫觴，參照黃東熊，中外檢察制度之比較，1986年，頁18。

³ 參照陳運財，緩起訴制度之研究，台灣本土法學雜誌第35期，2002年6月，頁89以下。

⁴ 此交付審判之程序性質為何，有偵查說、訴訟說、中間程序等三說，其中又以中間程序說為日本實務界之通念，然此三種說法於國家追訴主義、私人追訴主義間有何差異性，本論文將於後敘明之。

須由檢察官於公判庭中實行公訴⁵。

另一方面，檢察官為提起公訴之必要，於偵查中得依其職權為特定之偵查手段，例如：刑事訴訟法第七十一條之傳喚犯罪嫌疑人到庭接受訊問、第七十五條以下之拘提犯罪嫌疑人之相關規定、通訊保障及監察法第五條於特定範圍之犯罪類型內，檢察官得依職權或司法警察機關聲請，核發通訊監察書，用於監聽犯罪嫌疑人之通訊紀錄；然如有實施強制處分時，除有刑事訴訟法第一三〇、第一三一、第一三一條之一等不要式搜索外，本於令狀原則，必須向該管法院聲請搜索票、或於逮捕、拘提後之二十四小時內向法院聲請羈押。

相對於我國公訴制度之現況，自訴制度於我國之發展，由於政治制度經過大變遷、刑事司法制度隨時代之不同，自訴程序於發展史上亦呈現出迥異的態樣。起初於周代雖已可窺視出有刑事司法發展之端倪，並由周禮六官中之秋官掌刑罰，但由於較偏向實體法方面，程序法部分殊為鮮見，居於較附從之地位，並無具獨立特色之法規範。

於戰國初期，魏李悝集列邦及歷代之制，著法經六篇，為我國刑法列為專篇之祖，亦為我國最古之法典，其中囚、捕兩篇即屬程序法性質；相傳商鞅曾得之以相秦君，極著成效，漢高祖時蕭何以此為基礎，加入戶律、興律、廩律等合稱為九章律；其後歷代雖都稍有變革，然曹魏仍依循漢制律法之本基下，新增劫、殺、詐偽及斷獄等四篇新律法，其中的斷獄篇，即是刑事審判之程序；此審判程序於晉武帝泰始四年（268年），頒行天下之「泰始律」或稱「晉律」，由於本質上仍依襲

⁵ 此與日本之付審判制度之不同，日本立法例經法院裁定必須交付審判時，雖仍視為提起公訴，但必須由法院指定一律師代告訴人、告發人實行追訴；相較於我國仍由檢察官進行追訴程序，似乎將影響此類案件於公判庭之進行中，檢察官無法自願性、積極性地負起其舉證責任，因之有學者則建議可否視為提起自訴或由法院指定律師代行訴追程序，為較妥當之作法，參照陳運財，前揭文，頁95。

漢魏之體制，未曾改變；至唐朝之唐太宗即位後，採納了魏徵的建議，確立了寬仁、慎刑的宗旨，並命長孫無忌、房玄齡等修訂法律，於貞觀十年，即公元 637 年正式公布「唐律」五百條，此為集前朝大成之律法，基本內容有名例、衛禁、職制、戶婚、廩庫、擅興、賊盜、鬥訟、雜律、捕亡、斷獄等；明清時則又解為鬥毆及訴訟。基此，我國之刑事程序法雖漸具雛型，但不甚完備，除了民刑不分外，於古代之告訴，為訴訟繫屬之原因，類似於現代之自訴制度，且大都出至於被害人之訴追，故亦可稱之為「私的追訴」⁶。

此私的追訴制度，直到清末受到列強之侵略後，為師學於外國發展經驗、立志圖強，於清光緒三十三年由沈家本編訂的「刑事民事訴訟法草案」中，初步規定五章，其中被害人得為原告而對於被告進行追訴程序；時至宣統二年，又修訂完成「刑事訴訟律草案」，內容共計六篇、五百十四條，為我國刑事訴訟法之根本，但隨著清朝下野，未及頒布。民國建立後，於民國十年北京政府頒行「刑事訴訟條例」於檢察官公訴之外，併採被害人「私訴」之制度，規定告訴乃論之罪〈然而當時得提起訴訟之罪則限於未經告訴前之告訴乃論之罪，且以屬列舉範圍內者為限〉，得由被害人提起訴訟，以加強保障被害人之權益〈參照刑事訴訟條例第三百五十八條〉；民國十七年國民政府頒行「刑事訴訟法」，將私訴改訂為自訴，並於刑事訴訟法第三三七條規定，自訴範圍擴及初級法院管轄之直接侵害個人法益之犯罪及告訴乃論之罪；民國二十四年更擴及所有侵害個人法益之犯罪、至民國五十六年刑事訴訟法全盤修訂後，復將「得提起自訴之人」的範圍再予以擴大至被害人無行為能力或限制行為能力或死亡者時，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之⁷。

⁶ 參照林國賢，前揭書，頁 4 以下。

⁷ 參照劉秉鈞，自訴制度之研究，司法研究年報第十輯〈中冊〉，1990 年，頁 1234 以下；林國賢，前揭書，頁 8 以下。

以此時代之變遷為背景，觀察我國自訴制度之演進，由於我國古代係採取帝制朝代，於刑事司法方面雖甚為發達，但仍將刑罰權視為帝王權力之一種，又起訴權僅為刑罰權之分化作用，當被害人為告訴時，雖為訴訟繫屬之原因、亦是偵查之開始，換言之，由於當時之縣官兼偵查、起訴、審判、執行為一身，以糾問主義為訴訟構造，所有之訴訟僅有公訴，而不具現代意義下之自訴程序，直至民國十年北京政府頒行「刑事訴訟條例」於檢察官公訴之外，併採被害人「私訴」之制度，得由被害人直接提起訴訟，以加強保障被害人之權益⁸，終自民國十七年國民政府所頒行「刑事訴訟法」，將私訴正名為自訴，實具近代意義之被害人追訴制度。

一般私人或被害人於我國現行之刑事司法程序中，雖任何人均有告發權、被害人可行使告訴權、或親自提起自訴，然相較於檢察官之強大偵查權限及公訴程序，顯屬弱勢，尤其犯罪被害人於提起自訴時，設有多項限制，例如：必須委任律師方能提起自訴程序、公訴優先原則、法院之審查程序等規定，其中又以刑事訴訟法第三二三條所揭示之公訴優先原則為最，此項原則確立於八十九年之修正案，其修正理由除為避免利用自訴程序干擾檢察官之偵查犯罪、避免被害人以刑事訴訟程序恫嚇或制肘、困擾被告外，更強調公訴制度已趨健全，同一案件既經檢察官依法開始偵查，告訴人或被害人之權益當可獲致保障，理論上由檢察官依法處理為已足，要無使用自訴制度之必要。然此修正理由似乎仍有斟酌之處，被害人僅為告訴權之行使時，由檢察官開始偵查程序，是否足以使被害人之權益即可受到保障，除了牽涉到公訴制度是否健全外，被害人之告訴權及自訴權間於國家追訴主義、被害人追訴主義下，有何差異性，能否僅以告訴權之行使即足以滿足被害人之訴追意思，不無疑問；又近年來不論是立法者、學者間都以被害人之自訴程序容易濫權為理由，逐漸地限縮被害人之自訴權限，甚至主張

⁸ 參照尹章華，前揭文，頁 95。

於制度設計上如有機制能夠防範檢察官之濫權並保護被害人之利益下，便可以考慮廢除，此項見解是否妥當，都將是本論文以兩大追訴主義之訴追理念為前提下，所須釐清之爭點，甚至本於被害人追訴主義之體系，試圖提出自訴程序於今後之刑事司法程序中所應扮演之角色及修正之方向。

第二節 我國自訴制度之檢討

自訴者，乃被害人或其特定範圍之親屬直接向法院請求，對於被告請求法院為有罪判決及其範圍之訴訟，此訴訟程序不須經檢察官之偵查階段而直接繫屬至法院，於審判程序中，依刑事訴訟法第三二九條規定，由自訴代理人執行檢察官於公判庭中所得為之訴訟行為，換言之，由自訴代理人取代檢察官之地位，由其負起刑事訴訟法第一六一條第一項之實質、客觀舉證責任，然由於不論是自訴人、自訴代理人並無被賦予超越私人資格之法權限，在無法取得足夠證據資料，於改良式當事人進行主義下之訴訟構造下，如何主導證據調查之範圍、順序、方式，進而使法官之心證達有罪之確信，實屬困難，再者，刑事訴訟法第三四三條雖規定，自訴程序除本章節有特別規定外，準用公訴程序之相關規定，但自訴程序與公訴程序間，於強調公訴優先原則下，是否有相容之處，甚至當被害人選擇以告訴方式表達其訴追意思，而檢察官為不起訴處分時，向法院所提起交付審判，與本身直接提起自訴間有何關聯性，都是本章節亟欲逐一檢討之課題。

第一項 犯罪被害人之權限

依現行刑事訴訟法第二二八條規定，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，同法第

二三二條規定，犯罪被害人得為告訴，屬於發動偵查之一種手段，當司法警察受理告訴後，應製作筆錄，並將調查結果移送該管檢察官，於此偵查階段，犯罪被害人成為重要證人之一，為偵訊之對象，而須接受偵查機關或法院之訊問〈刑事訴訟法第一七五條〉；至於案件之起訴與否由於屬於檢察官之裁量權限，犯罪被害人很難有干涉之餘地，換言之，當檢察官為不起訴、緩起訴處分之決定，除非少數屬於較為不重要或爭議較小之案件類型，被害人之意見可能得以被提出外〈參照刑事訴訟法第二五五第一項但書、第二五六條第一項但書〉，整體而言，無法完全反映犯罪被害人之追訴意思，因而為抑制檢察官不當不起訴或緩起訴，方由犯罪被害人透過事後監督、救濟機制，反映不服之意見〈例如：再議制度、交付審判機制〉；相反地，如檢察官提起公訴時，基本上或許與被害人之報復情感較為契合，因而被害人自始未參與整個偵查程序，亦無問題。但觀察犯罪被害人於不管是偵查階段、公訴程序中，除得以提出告訴外，對於檢察官所為之不起訴、緩起訴處分似乎無法有參與之機會，檢察官決定起訴與否時自然會有反映出漠視或忽略被害人情感之現象，此舉亦造成被害人對於檢察官起訴裁量時，提出不服之情形將增多，因此，如何強化被害人於偵查中之參與程度與意見之陳述〈例如：當檢察官為緩起訴處分前，應得被害人之同意〉，除可提升被害人之訴訟地位外，亦能降低不服裁量之提出比例⁹。

至於犯罪被害人依刑事訴訟法第三一九條第一項規定：「犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力人或死亡，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」得提起自訴之主體有二：其一，犯罪之被害人；其二，被害人之法定代理人、直系血親或配偶。當然解釋上所謂被害人當然包含自然人及法人在內，其中如被害人為自然人時，當其無行為能力

⁹ 參照黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第 27 期，2005 年 1 月，頁 95 以下。

或限制行為能力、死亡者，則得由被害人之特定範圍親屬提起自訴程序。此自訴程序雖不須經偵查程序即可直接開啟訴訟程序，且自訴人係立於訴訟主體之地位，非僅為證人之地位，由其主導證據調查之範圍、順序等訴訟進行，然由於自訴人相對地必須自行負起實質舉證責任，使法官得有罪確信之心證度，對此要求，現行法中並未賦予自訴人偵查之權限，無法強制蒐集所須證據，亦因如此，造成無法充分舉證，流於濫訴之後果，是以，現行法中雖賦予犯罪被害人有限度可直接提起訴訟，然由於無相關配套制度之配合下，勢必如同被害人於偵查階段無法充分表達其訴追意思，而流於形式，基此，本論文將以此為鑑，試圖援引被害人追訴主義之訴追體系，檢視現行告訴、自訴程序之缺失，建構出符合被害人追訴制度之原意，藉此提升、確保被害人能充分表達其追訴意思之地位，以符合制度性保障之內涵。

第一款 自訴之範圍

原先所謂被害人之定義，可分成幾方面敘明之：第一，廣義被害人除了因法律明文規定之犯罪類型下之被害人外，於被害者學理論下之被害人，尚包含因社會上之脫軌行為〈例如因遭受戰爭、災害等事故〉而受損之被害人，然此廣義被害人概念之解釋，於我國刑法所強調之罪刑法定主義下，直接將被害人概念限於因法律明文下之犯罪類型之狹義被害人概念；第二，犯罪被害人仍必須區別已發生的犯罪被害人及將來可能的犯罪被害人，當然於現今法制度之認知下，所謂的犯罪被害人強調的是已發生之犯罪被害人，對於將來可能發生之犯罪被害人，僅係作為預防犯罪之課題，即從對於被害人之援助轉向為對於犯罪者處以重罰；第三，犯罪型態除了注重犯罪與被害，或者是加害人與被害人此種嚴密之對應關係外，其餘缺乏被害人之犯罪行為或者是加害人不明時，如何議處，或者，於不特定多數人、社會及國家成為被害人時，亦須被注視之焦點；第

四，除了直接的犯罪被害人外，被害人之家屬或者是被扶養者等間接被害人，亦是現今刑事司法上所不可忽略之對象¹⁰。

在此犯罪被害人之定義下，除了犯罪之直接被害人及其家屬外，因犯罪行為所造起國家、社會秩序之破壞，而感受到侵害狀態之一般市民，亦屬為廣義犯罪被害人之範疇。相對的，我國刑事訴訟法第三一九條中得提起自訴程序之犯罪被害人，以最高法院二十六年渝上字八九三號判例為例¹¹：「刑事訴訟法第三百十一條所定得提起自訴之人，係限於因犯罪而直接被害之人，必其人之法益由於犯罪行為直接所加害，若須待乎他人之另一行為而其人始受損害者，即非因犯罪直接所受之損害，不得提起自訴。至個人與國家或社會，因犯罪而同時被害者，該被害之個人，固亦得提起自訴，但所謂同時被害，自須個人之被害與國家或社會之被害由於同一之犯罪行為所致，若犯罪行為雖足加國家或社會以損害，而個人之受害與否，尚須視他人之行為而定者，即不能謂係同時被害，仍難認其有提起自訴之權...」似乎實務採取更狹義之解釋方法，除了因犯罪行為與被害法益有直接因果關係外，並不包括間接受害或附帶受害之情形，或個人之受害與否，尚須是他人之行為而定者，亦不能屬於直接、同時被害，仍難有自訴之權，例如：誣告罪及偽證罪，刑法上之誣告罪，因誣告行為一經實施，國家之審判程序或偵查程序妄為開啟，被誣告者即受名譽之損害；至於偽證罪，由於他人是否受害，尚須視執行審判或偵查職務之公務員是否採信其陳述與否而定，並非因偽證行為直接或同時受害，自屬非得提起自訴之犯罪受害人¹²。

¹⁰ 參照土井政和，「被害者」，收錄於刑事法？典〈三井誠等編〉，2003年3月，頁643。

¹¹ 最高法院75台上字742號、70年台上字1799號、54年台上字246號等判例採同樣見解，甚至大法官會議第二九七號解釋亦認為「犯罪被害人」法律並未明確界定其範圍，自得由審判法院依具體個別犯罪事實認定之。

¹² 此種實務見解，有論者仍有不同的看法認為，此種解釋方式置行為之

此將刑事訴訟法第三一九條第一項之「犯罪被害人」，如以單純公眾追訴主義之訴追理念為考量點¹³，最高法院之判例顯屬相當狹隘的見解，除了直接因犯罪行為而受害之被害人外，其餘因國家法益、社會法益而間接受牽連之個人法益，都無法提起自訴；然此見解是否妥當，如觀察自訴制度於我國法制史上之發展，民國十年於北京政府公布之刑事訴訟條例第二編第二章之立法理由謂：「刑事訴訟，採用國家追訴主義者，起訴之權，專屬於代表國家之檢察官；然如德、奧等國，則於一定範圍內，亦予私人以追訴之權，謂之私訴，是為例外。本條例仿其例，於公訴外特設私訴一章，於第三百五十八條列舉之罪，許被害人及其法定代理人等，逕向法院起訴，蓋此等犯罪與公益無甚關係，故無國家機關參與之必要也¹⁴。」係採列舉規定，限制自訴罪之範圍，雖之後隨著政治背景、社會型態之變遷，而逐漸擴張得提起自訴之範圍，直至現今法文上則無範圍之限制，但由於實務運作上除了單純性個人法益、關聯性、重疊性法益而直接受害之人能提起自訴外，其他公眾則無置喙之餘地，此種想法或許是本於杜絕濫訴之考量，所作出限制被害人追訴主義實質變成公眾追訴之解釋。

對此亦有論者認為檢察官認為犯罪成立之情形，基於刑事政策上之考量，參酌比例原則，裁量對被告實施刑罰權之利弊，無論提起公訴與否，均設置制衡之措施，例如：為避免公

因果關係於不顧，則難令人首肯，蓋犯罪行為人如必然引起另一他人之行為，而該他人之行為造成損害之結果，其間祇須有因果關係存在，即無法否定被害人之損害，係行為人之犯罪行為所直接造成之結果，參照林山田，刑事程序法〈增訂四版〉，2001年，頁569；劉秉鈞，前揭文，頁1263。

¹³ 於公眾追訴主義之追訴制度下，得於刑事訴訟為當事人者，除犯罪之直接受害人及其親屬外，因犯罪行為侵害社會秩序，而受害之一般市民亦屬之，為廣義概念之犯罪被害人，參照鯨越溢弘，刑事司法?? 受害者? 法的地位--修復的刑事司法? 理念的前提? 件，法政理論第35卷4號，2003年3月，頁14。

¹⁴ 參照劉秉鈞，前揭文，頁1263。

訴權濫用，設起訴審查制度、為避免濫行不起訴、緩起訴處分，則有再議、交付審判等制衡機制，以補漏、確保刑罰權實施之公正性、公平性、適當性，以求制度本身之完善；故如容許被害人以自訴之方式，實施追訴，自不宜使其與公訴產生歧異的結果，否則刑罰權本質之公益性即發生動搖，而節制自訴權之濫用，限制其自訴範圍，乃根本之道，以告訴乃論之罪為限，為最恰當¹⁵。

此種論點有其理論基礎，為避免濫訴之後果，將原先之被害人追訴主義之追訴制度，於案件範圍上再次限縮，以其為輕微法益侵害之犯罪行為，且對於國家法秩序之妨害亦有限之告訴乃論之罪為自訴範圍，對此限縮本論文認為雖有其道理存在，然僅以公訴權之行使有確保刑罰權之實施之公正性、公平性等情形、且避免與公訴程序間產生歧異之結果為理由，似乎過度忽略被害人之訴追意思，且完全未覺現行自訴濫訴問題並非完全出自自訴案件範圍，而是忽視被害人於檢察官實施偵查階段之參與程度、或於自訴程序之審查程序、及自訴人之權限。

第二款 被害人之告訴權

依刑事訴訟法第二三二條規定：「犯罪之被害人，得為告訴。」通說認為此處之犯罪被害人解釋範圍，與刑事訴訟法第三一九條之犯罪被害人有著相同之解釋，指因犯罪而直接受有損害之人，而非間接或附帶受害之人，雖在民法上有損害賠償請求權，但仍非刑事訴訟法第二三二條所稱被害人，換言之，必須是法益因他人之犯罪而直接被其侵害者而言，如被竊物品之所有權人、負傷之人，不問其是否為告訴乃論之罪，亦與刑法分則所定章次無關，只須犯罪當時法益直接受到侵害而言¹⁶。

¹⁵ 參照劉秉鈞，論自訴程序規定之缺失，法官協會雜誌第 5 卷 2 期，2003 年 12 月，頁 220。

¹⁶ 參照陳樸生，刑事訴訟法實務〈再訂版〉，1999 年，頁 294；林鈺雄，

再者，被害人告訴權行使之意涵，於國家追訴主義下之追訴制度，一般而言只不過是檢察官開啟偵查之開端，而於告訴乃論之罪時，告訴意思之存在為實體判決之必要訴訟條件，且承認告訴制度不外是基於欠缺追訴之公共利益、或是被害人之利益應優先保護而言，基於刑罰最後手段性，並非任何侵害法益之犯罪，皆應以刑罰為反應手段，於某些犯罪類型，只有當犯罪被害人願意申告犯罪時，方有追訴犯罪之公共利益¹⁷；反之，如以被害人追訴主義之訴追理念為基礎，告訴實為犯罪被害人為訴追意思的明確表示，是驅動刑事程序走向之權利，申言之，於中古世紀前，只有犯罪被害人成為訴追主體之「被害者追訴主義」，其目的僅是以和平解決之方式，為滿足被害人復仇之心理、回復因犯罪所造成之損害所發達之訴追制度，而告訴，則是近代受到社會精緻化專業分工之影響下，將被害人傳達訴追意思作一方式上之轉變，雖告訴權之行使不能直接產生訴訟繫屬、開啟公判程序，然如直接被害人為告訴時，司法警察〈官〉、檢察官則必須尊重被害人訴追之意思而代理人民為偵查及訴追之任務，因之，近代之私人追訴主義已與傳統所謂的被害人追訴主義、公眾追訴主義等直接成為追訴主體之追訴制度有著明顯的差異¹⁸。

基此，犯罪被害人告訴權之行使，亦屬於被害人追訴主義之一環，理應亦循者相同之追訴制度設計，即犯罪被害人是刑事追訴權之歸屬者，當其選擇付託予檢察官代為行使時，此檢察官應處於代理人之法地位，當檢察官依其法律專業判斷後，

刑事訴訟法〈下冊 - 各論編〉，2000年9月，頁518；司法院院字第1324號解釋：「刑事訴訟法第二百一十一條所謂被害人〈按：刑事訴訟法第二三二條〉，指因犯罪直接受有損害者而言，如係被害人，對於非告訴乃論之罪，均得具狀告訴，或聲請再議，或陳述不服，與刑法分則所定章次無關。」

¹⁷ 參照何賴傑，論刑事告訴之法律性質與適用，收錄於當代刑事法學之理論與發展 - 刑事程序法篇〈蔡墩銘教授榮退感念專輯〉，2002年9月，頁335。

¹⁸ 參照鯨越溢弘，前揭文，頁20。

決定不為起訴或緩起訴前，基於代理之法理基礎，違反本人之追訴意思時，必須確認本人之同意與否，如衍生至現代刑事司法中，當檢察官為不起訴處分或緩起訴前，依刑事訴訟法之規定除有少數特例外，原則上無須得到被害人同意之規定，有所不妥當之處；再者，被害人如有不服時〈未得其同意〉，應可直接聲請交付審判制度，聲請法院對於請求權人之聲請有無理由為審酌，似乎無須再經過具國家追訴主義色彩之檢察體系中再議制度之判斷後，方能監督檢察官之不起訴處分¹⁹。

第二項 公訴優先原則之檢討

由於我國刑事訴訟制度，採取國家追訴主義外，兼採被害人追訴主義之關係，因此同一案件中，被害人可以告訴、亦能自訴情形下，基於國家對於犯罪審判權及刑罰權行使僅有單一之前提下，自應在刑事訴訟法制中對告訴、自訴作一合理之規範，以避免同一案件發生重複追訴、繫屬的情況，故我國刑事訴訟法上規定告訴與自訴之關聯性除有刑事訴訟法第三二二

¹⁹ 另外有論者針對檢察官之不起訴處分具實質確定力，提出質疑認為，本法賦予不起訴處分實體確定力之立法例，有顛覆控訴原則，使檢察官不但得以主控發動偵查，甚至有使案件終局確定之權，此與集權一身之糾問法官有何異，再者，實務上早期亦將同一案件之範圍擴張至法律上之同一案件〈九十二年一月七日第一次刑事庭會議決議已改變 25 年上字第一一六號判例之見解認為，不包括裁判上一罪之情形〉，視同開啟司法、架空審判之大門，實屬不當之立法，應予廢除〈參照林鈺雄，同註 16，頁 560；另外有論者卻持相反看法，其以檢察官之地位出發，檢察官為公益代表人，在當事人進行之訴訟構造下，檢察官乃代理人民行使追訴權之公益機關，當檢察官與被告「公益對立」關係消失時，即應為裁量不起訴或撤回公訴，至於刑事訴訟法第二六 條賦予檢察官所為之不起訴處分確定或緩起訴期間屆滿未經撤銷者，具有再行禁止起訴效果之理由，不應著眼於檢察官之司法官色彩，而是應論據求諸於被告人權之保障，使受不起訴處分或緩起訴之被告，不致因同一案件再承受偵查及可能蒙受追訴之負擔，參照陳運財，前揭文，頁 87。

條規定，當告訴乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴、刑事訴訟法第三二四條自訴限制告訴之行使、同法第三二五條第一項自訴撤回後之關聯性外；另外公訴、告訴與自訴關係則採公訴優先原則²⁰：

刑事訴訟法第三二三條第一項之規定：「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」；「於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或前項但書之情形者，應即停止偵查，將案件移送法院。但遇有急迫情形，檢察官仍應為必要之處分。」新法採用所謂的「公訴優先原則」²¹，與舊法採取「自訴優先於偵查原則」不同，其立法理由謂：「...未避免利用自訴程序干擾檢察官之偵查犯罪，或利用告訴，再改提自訴，以恫嚇被告，同一案件既經檢察官依法開始偵查，告訴人或被害人之權益當可獲保障，由檢察官依法處理已足，要無使用自訴制度之必要...」此原則主要為處理偵查與自訴程序競合之刑事程序問題，由檢察官開始偵查後，除了告訴乃論之罪外，原則上被害人即無法再行提起自訴程序，逐漸限制被害人之自訴權；雖此一規定對於杜絕濫行自訴程序之目的性或許有其效果，但除了認定開始偵查²²之時點不明、檢察官就該告訴乃論之罪已提起公訴或為不起訴處分，被害人依該但書規定，

²⁰ 參照劉邦繡，前揭文，頁 56 以下。

²¹ 有論者更直接主張此為錯誤立法，一經開始偵查，即限制自訴之提起，無異是以偵查限制審判的規定，有違法院方為權利最終救濟的機關，是以，基本上並無所謂偵查優先觀念，應該僅有法院繫屬優先觀念，參照柯耀程，刑事訴訟法「交付審判」制度問題研議，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」學術研討會，2002 年 6 月，頁 296。

²² 有論者認為所謂的「開始偵查」係採客觀說，認定檢察官除已依職權發動偵查、蒐集證據外〈所謂的偵字案、他字案、相字案僅為檢察體系內部之事務分配方式，並無礙於開始偵查之效力〉，司法警察〈官〉已依二三、二三一條逕行調查犯罪嫌疑人並蒐集證據時，法理上，已足可斷定偵查以為開始，參照何賴傑，自訴之限制、追加起訴與程序瑕疵之治癒，收錄於刑事訴訟法實例演習〈何賴傑等四人合著〉，2000 年 6 月，頁 310。

是否仍可提起自訴等問題，已非無疑外，於法文上之「同一案件」於實務見解亦擴張解釋包括事實上一罪及法律上一罪，只要檢察官開始主動偵查，不論有無作出不起訴處分，依現行刑事訴訟法第二六條、第三二三條之規定，由於並無告訴人之存在²³，此時案件之確定與否完全操控在檢察官手中，不但有顛覆控訴原則，亦對於被害人之自訴權似乎有過度之限制²⁴。

對此，本論文認為，如本於被害人追訴主義之追訴理念下，當被害人選擇告訴程序表達其訴追意思時，原則上即應循者檢察官之偵查程序、公訴程序一貫性之程序進行其追訴程序，理應不能再提起自訴；相反的，如於同一案件被害人未提起告訴，而檢察官因他人之告發或其他情事而開始偵查時，似乎應較尊重直接被害人之追訴意思，提起自訴而親自進行訴訟之權限，此時不應僅限於告訴乃論之罪，方能提起自訴，只要是直接被害人都能提起自訴程序，申言之，由於現行刑事訴訟法規定對於檢察官消極之不起訴之監督制衡機制，如無告訴人存在，不但無再議程序之適用，更無交付審判制度之法院審查程序，又由於刑事訴訟法第三二三條公訴優先原則之規制，實為犯罪行為之直接被害人將無法自訴之機會，基此，為尊重被害人之追訴利益，於立法層次方面，在維持部分之現行制度下，其實可分成幾方面設計：

- 一、當檢察官作出不起訴或緩起訴前，必須徵求未實行告訴之直接被害人同意。
- 二、或者，於檢察官自行決定作出不起訴、緩起訴處分後，在未得被害人同意下，賦予未實行告訴之直接被害人聲請交

²³ 有論者建議認為在無告訴人之案件中，應由其他檢察官以公益代理人之身分，聲請交付審判，參照林鈺雄，檢察官論，2000年5月，頁150。

²⁴ 故有論者建議，依該條項之解釋，似肯定告訴乃論之罪之被害人，如不服該不起訴處分，得以透過法院自訴程序以對抗檢察官之不起訴處分，參照何賴傑，同註22，頁319。

付審判之權限。

三、另一方面，於刑事訴訟法第三二三條所強調之公訴優先原則之前提下，解釋上對於未經直接被害人之告訴而檢察官開始偵查之情形，賦予被害人亦能直接提起自訴，親自進行訴追之權限，而非拘泥於現行法概括、片面地強調公訴優先原則，而忽視被害人之追訴利益。

第三項 交付審判制度與被害人追訴主義

於九十一年刑事訴訟法修正增訂第二五八條之一以下之交付審判制度，針對檢察官起訴裁量權，除貫徹檢察機關內部監督機制外，參考外國立法例設計檢察機關以外之監督機制，以告訴人聲請法院審查監督檢察官不當或違法之不起訴或緩起訴處分，其用意似乎主要在於誡命檢察官遵守法定性義務並貫徹起訴法定原則。依第二五八條之一規定，告訴人不服上級檢察機關駁回聲請再議之處分者，得於接受處分書後十日內委任律師於檢閱相關偵查卷宗及證物後提出理由狀，由該管第一審法院聲請交付審判；對此聲請案，第一審法院應以合議庭方式審理之，如認此交付審判之聲請為有理由時，應為交付審判之裁定，此裁定視為案件提起公訴，原則上適用第二編第一章第三節關於公訴程序於公判庭中之規定。對此制度，雖有其監督制衡之用意所在，然如依照我國現行法規定或如同德國權力制衡考量下之強制起訴程序，法院裁定交付審判後，視為檢察官提起公訴，並由其實行追訴程序，似乎在其自願性、積極性不足之可能性下，反而有違原先之立法意旨²⁵，除破壞監督制

²⁵ 因之，於日本立法例之準起訴程序，可能亦考量到此點因素或避免官官相護之情形發生，故當法院裁定應交付審判後，雖仍視為提起公訴，但卻由法院指定一律師代為執行檢察官之追訴程序，是以，相較之下，我國與德國立法例就顯得相當信任檢察官之自主能力，能夠盡其全力實行追訴程序，而未有自願性不足之情形發生；基此，如立法

衡之用意外，亦可能忽略被害人之追訴利益，因之，本論文將試圖以被害人追訴權之角度，除理解交付審判制度之構造及性質，期能提出立法上之芻議外，亦針對法院裁定交付審判後如能轉為自訴程序後之容許性等問題點，逐一研討。

第一款 交付審判之構造及其性質

現行立法規範似乎都僅立於國家追訴主義下，從分權制衡之觀點²⁶，認為檢察官行使刑事追訴權時，常有濫用職權而造成侵害人權之情形，導致人民對於檢察官行使追訴權時，產生質問，因之，為具體化尊重人權、拷問禁止之憲法理念，對於檢察官之不起訴處分，以一般市民可監視國家機關行為之理念下，可聲請法院審查此處分是否妥當²⁷，此一想法亦影響交付審判制度關於其基本訴訟構造及性質之解析，茲分析如下：

一、偵查說

此說認為由於交付審判程序是起訴前之程序，實質上，必須按照偵查程序之構造為審理基準，換言之，由法院續行、接辦檢察官之偵查程序而為調查，當告訴人聲請交付審判時，等同於再對法院為告訴之性質，因之，受聲請之機關仍應調查事實，定犯罪嫌疑之有無及起訴之相當性，且因偵查密行原則，於審理之過程中，聲請人或委任律師自不宜參與²⁸；然此一想法除僅以時間點認為由於交付審判制度為起訴前之程序，而必

例上法院裁定交付審判後轉為公訴時，基於上述理由，理論上亦應由法院指定一律師代為實行公訴程序或移轉予另一管轄法院之檢察官實行，而非維持現狀仍由原先裁定不起訴處分之檢察官續為公訴之進行。

²⁶ 參照吳冠霆、陳貞卉，我國交付審判制度之檢討，刑事法雜誌第 48 卷 1 期，2004 年 2 月，頁 44。

²⁷ 參照新屋達之，「交付審判制度」，收錄於刑事法？典〈三井誠等編〉，2003 年 3 月，頁 680。

²⁸ 參照陳運財，前揭文，頁 96。

須按照偵查程序審理之思考模式有太過跳躍性之疑慮外，於實質理由面上，似乎為強調保護犯罪嫌疑人名譽，而犧牲聲請人之權益，亦有所不妥²⁹。

二、訴訟說

此說主要著眼於交付審判制度是針對檢察官不起訴處分之抑制手段認為，聲請交付審判之程序，係一種訴訟程序或類似於行政事件中所為之抗告訴訟性質，由受聲請之法院負責審查檢察官不起訴處分之當否，在此意義下，應使具原告性質之告訴人或受委任律師享有充分詰問證人或檢閱證據之機會³⁰；然此一理解方式由於認為交付審判之對象為「檢察官之不起訴處分」，此時訴訟程序之進行勢必成為法院、聲請人、檢察官之三面構造，與此說論者認為此程序中檢察官不能參與審查程序之主張欠缺連貫性，再者，於交付審判程序中審查之對象，並不是檢察官之不起訴處分，而應是告訴人之交付審判請求是否為有理由，此與上述的偵查說有著相同之見解，或許都是受到德國強制起訴程序中，審查對象為檢察官之不起訴處分之影響³¹。

三、中間程序說

此說認為聲請交付審判之程序，本於合目的性解釋，既不完全屬於偵查，亦不屬於審判，乃是介於二者之中間程序，就起訴前之調查而言，具有相似於偵查之性質，而以法院之判斷為審理內容所為之活動，亦具有近似於審判之特質³²；然此想法似乎並非直接論述交付審判之構造，而是僅針對法院審理之

²⁹ 參照鯨越溢弘，準起訴手??私人訴追主義--職?濫用?有??統制????一試論<付審判制度?問題??改善策-特集>，自由?正義 43 卷 7 號，1992 年 7 月，頁 15。

³⁰ 參照藤永幸治等編，大??????刑事訴訟法第 4 卷，1995 年 1 月，頁 280；陳運財，前揭文，頁 96。

³¹ 參照鯨越溢弘，同註 29，頁 16。

³² 參照陳運財，前揭文，頁 96。

方式所為之闡釋，不但此一解釋方式並無明文化，且訴訟構造與審理之方式間並不具直接性之關係，實無法根據此一制度之審理方式論理出程序之基本構造³³。

上述三說主要之根據似乎都是源自於國家追訴主義下所為之推論方式，方有於交付審判中，法院得否調查證據、告訴人可否閱卷、於裁定交付審判後應由何人實行訴訟程序等延伸性問題；然如以被害人追訴主義為論理基礎時，交付審判制度其實是被害人追訴型態之一，申言之，傳統上被害人追訴主義之理解都是被害人可直接開啟訴訟程序，但經過現代社會專業分工後，被害人可選擇付託於檢察官代理行使其刑事追訴權，如為不起訴處分時，被害人基於監督之角度，亦能有獨自訴追之機會，此一契機即明文化為交付審判制度，基此，交付審判制度之審理對象實為「交付審判之請求」，於審理之過程中實際上是法院、聲請人、犯罪嫌疑人三面構造，此一程序即類似於英美法中之預審制度，於公判程序開始前，由告訴人聲請法院審理其是否有充足之理由開啟訴訟³⁴。基此，交付審判之審理方式，茲分述如下：

- 一、交付審判程序是以聲請人、犯罪嫌疑人、法院三面構造為基本之審理方式，於程序進行中，聲請人及其代理人除非聲請之程序不備，否則參與程序為其當然之權利及義務。
- 二、為有效防止交付審判制度之濫用，聲請人除其本身親自出庭外，亦必須委任律師於公判庭中代為行使其權限，如聲請人缺席時，法院則必須作出駁回裁定。
- 三、除非法院認為不合適，否則審理原則上必須以公開方式為之。
- 四、交付審判時，證據調查方式原則上與通常審判程序之進行

³³ 參照鯨越溢弘，同註 29，頁 16。

³⁴ 參照鯨越溢弘，同註 29，頁 16。

方式相同，犯罪嫌疑人除能積極地主張反證外，亦能保留其反證至公判庭階段方行主張。

五、於審理終了時，由於並非認定犯罪嫌疑人之有罪與否，僅是進入公判庭前之過渡階段，是以，法官之心證僅須依據表面上證據為判斷基準，而無須達至毫無懷疑之有罪確信³⁵。

詳言之，如將交付審判制度分別解讀為對於檢察官監督制衡之機制與被害人追訴形態之一，會有程度上之差異性：第一，審查對象：前者為「檢察官之不起訴處分」³⁶、後者則是：「交付審判之請求」³⁷；第二，法院調查證據之範圍〈即牽涉到刑事訴訟法第二五八條之三第三項所謂「得為必要之調查」如何解釋之問題〉：前者認為交付審判法院之功能，僅在於就檢察官所為之不起訴處分或緩起訴處分是否正確之審查，因之，法院自應以偵查中所顯現之證據為限，即以書面審查之方式，而不另蒐集偵查卷以外之證據³⁸、後者由於認為交付審判類似於英美法之預審制度，告訴人必須證明其有形式上開啟訴訟之原因，即有相當之證據相信嫌疑人为犯罪實施者，否則法院即應駁回告訴人之聲請，因之，法院不應自行決定另為調查證據³⁹；第三，閱卷權限與否：關於此問題於刑事訴訟法第二

³⁵ 參照鯨越溢弘，同註 29，頁 17。

³⁶ 參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 47。

³⁷ 亦有論者主張交付審判之審查對象並非以不起訴處分是否違法或不當，而是以個案是否存在應起訴之犯罪事實及理由為判斷標準，此說似乎雖可解為介於上述二說中之近似於後者之中間地帶，將除了糾正檢察官之不起訴處分外，法院亦應調查此案件是否存在應起訴之事由，以實現告訴人之程序利益能獲得更多保障之制度目的，參照何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討 - 交付審判制度，台灣本土法學雜誌第 37 期，2002 年 8 月，頁 309。

³⁸ 參照九十一年四月二十五日台灣高等法院之刑事庭庭長法律問題研究第一次決議；林俊益，刑事訴訟法概論〈下〉，2003 年 7 月，頁 117；吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 47。

³⁹ 亦有論者主張法院不應只在偵查卷宗中為書面審查，而必須蒐集及調查證據，除了檢視檢察官之不起訴或緩起訴處分違法與否外，仍應以

五八條之一修正前，方有爭論之實益，即交付審判之基本構造為何，會直接影響至聲請人之閱卷權限，本於中間程序說之想法，委由法院依個案裁量，以決定是否賦予告訴人或委任律師檢閱卷證⁴⁰、後者由於是針對告訴人開啟訴訟之理由是否充足為審酌對象，聲請人必須自行而非檢閱偵查中之卷證提出證據⁴¹，以說服法官〈提出證據責任〉，相信告訴人有相當理由⁴²足以開啟刑事訴訟程序；第四，交付審判之法律效果：前者由於認定交付審判制度之目的、對象，係為防止檢察官誤用或濫用不起訴之職權，而於外部設置一制衡機制予以防範，是以，當法院裁定應交付審判時，其法律效果仍維持公訴之實行⁴³、後者基於被害人追訴權之概念，被害人係檢察官行使追訴權的監督者，當檢察官不為起訴時，人民可另有獨自訴追之機會，基此，當法院裁定交付審判時，應視為聲請人提起自訴程序，由

其當時的事實及法律狀態，代替檢察官判斷案件是否應起訴，以發揮起訴之功能，然此一主張是否過度違反控訴原則，不無疑問，參照楊雲驊，交付審判程序時法院的調查範圍與裁定的起訴效力，法學講座第10期，2002年10月，頁26；何賴傑，同註37，頁309。

⁴⁰ 參照陳運財，前揭文，頁96。

⁴¹ 當然如法院裁定交付審判後，自訴代理人可依刑事訴訟法第三十八條準用第三十三條之規定，可於審判中檢閱卷宗及證物。

⁴² 一般認為所謂的「相當理由〈probably cause〉」，解釋上應較搜索扣押令狀審查時之相當理由所要求之嫌疑程度更高、更嚴格，參照王兆鵬，起訴審查－與美國相關制度之比較研究，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」學術研討會，2002年6月，頁22。

⁴³ 我國刑事訴訟法第二五八條之三第四項之規定：「...視為案件已提起公訴」，雖然形式上維持公訴程序，但此於刑事程序上仍有些許之疑義，換言之，當法院裁定應交付審判時，此裁定書可否等同於檢察官之起訴書，仍有不同意見，有論者以為維持控訴原則此一程序原理，或者援引行政訴訟法第五條之課予義務之訴之法理基礎認為，實不能承認以法院裁定書可完成取代起訴書之見解，仍須由檢察官依起訴書之格式，製作起訴書向法院提出，參照何賴傑，同註37，頁312、楊雲驊，前揭文，頁24；然亦有論者認為藉由此種「迂迴」之方式，只是「形式上」維持了控訴原則，或多或少還是為了維護起訴法定原則而犧牲一部分之控訴原則，參照林鈺雄，「檢察官不起訴職權修法之總檢討－交付審判制度」研討會中之發言，台灣本土法學雜誌第37期，2002年8月，頁118。

聲請人委任或指定律師代行原告之追訴程序⁴⁴；第五，法院審查範圍之界限：前者之審查對象為廣義「檢察官之不起訴處分」，除了針對合法性事項〈例如：非告訴人之聲請、十日之聲請時限〉進行審查外，對於合目性要求之緩起訴處分，不能以法官之合目的性取代檢察官之考量點，此時檢察官對於此類案件具有裁量空間，法院不能以其本身價值觀另行認定，而實質上破壞檢察官之裁量權，是以，應基於權力分立而作「目的性限縮」，允許法院只能針對檢察官為該些裁量時，有裁量濫用、逾越的情形時，法院方能裁定交付審判⁴⁵、後者由於認為審查的對象為「交付審判之請求」，聲請人必須提出證據以說服法官，認定有相當理由之起訴門檻足以開啟訴訟程序，基此，法院除了合法性之審酌外，對於合目的性之事項亦應注意；第六，交付審判後可否撤回訴訟：前者認定法院裁定交付審判後之法律效果，為視為提起公訴，並由檢察官實行公訴程序，此時除了依刑事訴訟法第二五八條之四規定不準用第二六九條之規定外⁴⁶，依目的性擴張之法律適用方法，認定法院既已裁定交付審判，即不應使檢察官以撤回公訴之方式抵制法官之裁定，且依刑事訴訟法第二七 條之規定，撤回起訴具有不起訴處分之相關效力，對於撤回起訴又得聲請交付審判，將造成程序循環，浪費司法資源⁴⁷、後者由於裁定交付審判後為自

⁴⁴ 有論者亦持相同之結論，其理由是由於如再由檢察官實行公訴程序，其自願性及舉證之積極性，可能性不高，將影響於此類案件於公判庭調查證據之進行，因之，必須將法院交付審判有理由之裁定轉向自訴程序，然此一推論過程似乎無視於先前人民具有刑事追訴權之原理，僅以檢察官不適任為由、以自訴作為補充交付審判機制，認定必須由告訴人擔任實行訴訟程序之原告地位，似乎於立論基礎稍嫌不足，參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 49。

⁴⁵ 參照楊雲驊，前揭文，頁 25；何賴傑，同註 37，頁 306。

⁴⁶ 參照陳運財，前揭文，頁 95。

⁴⁷ 參照林鈺雄，交付審判之起訴審查與撤回公訴，台灣本土法學雜誌第 34 期，2002 年 5 月，頁 144、林俊益，前揭書，頁 120；然亦有論者認為如交付審判之聲請人表明不願續為纏訟時，則得請求檢察官撤回起訴〈參照刑事訴訟法第二五八條之二〉，且不得再行聲請交付審判，參照何賴傑，同註 37，頁 314。

訴程序，於訴之撤回部分，當然除應注意刑事訴訟法第三二五條第一項及第三二六條第一項之限制外，理應自訴人應有撤回訴訟之權限⁴⁸；第七，起訴審查制度適用與否：前者認定裁定交付審判案件視為業已提起公訴，由於對此起訴，法院已對檢察官之處分為實質上之審查，而無須疊床架屋，再行起訴審查程序，如起訴審查法官與交付審判法官意見相左時，將可能產生矛盾之現象⁴⁹、後者由於視交付審判是被害人追訴形態之一，是一類似於預審制度之機制，是以，審查的對象為「交付審判之請求」，於審酌之過程中，聲請人必須提出相關證據，使法院認為已達相當理由之起訴門檻，而裁定進入審判程序，藉此，於此程序中已進行類似於起訴審查程序之認定過程，自然無須再踐行刑事訴訟法第一六一條之起訴審查程序；第八，證據調查之證明法則：前者認為交付審判與本案審理不同，法官是代替檢察官決定案件是否已達起訴門檻，法院並不在於認定犯罪事實，故證據調查並不適用嚴格證明法則，僅以自由證明即已足⁵⁰、後者認定交付審判制度是類似於預審制度，是以，本於預審程序中亦無須與審判程序中適用相同嚴格之證明法則，其中關於傳聞陳述於預審程序即可被作為審酌之對象，而無須於預審程序中再傳喚證人作證之必要⁵¹。

經過兩種針對交付審判制度之不同立場，所延伸性之問題解析後，於現行之立法例下，關於後者之見解，雖似乎僅適用

⁴⁸ 關於刑事訴訟法第二五八條之二第一項後段規定：「...於裁定交付審判後第一審辯論終結前，亦同〈意指聲請之撤回〉。」由於裁定進入審判程序後，根本無法再為「聲請之撤回」，此屬嚴重之立法錯誤，如聲請人誤依新法欲撤回聲請時，應由法院基於訴訟照料義務，分別於告訴乃論與否之案件中，以闡明之方法探求當事人之真意，參照何賴傑，同註 37，頁 312；吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 50。

⁴⁹ 參照林鈺雄，同註 42，頁 143 以下；然亦有論者認為兩種程序具有不同之程序功能要求，透過併存關係之兩套不同程序之交互適用，不但可兼顧被告及被害人之雙方利益，亦可避免個別法官之恣意，參照何賴傑，同註 37，頁 313。

⁵⁰ 參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 47。

⁵¹ 參照王兆鵬，前揭文，頁 27。

於立法論上之討論實益，然交付審判制度如與自訴程序間之相較後，如能於合理之範圍內，尋找出兩者間之平衡點，或許上述後者之想法，絕非流於空談。

第二款 交付審判與自訴制度

本於被害人追訴主義之訴追體系下，告訴權與自訴權之行使均是被害人表達追訴意思之方式，被害人可自行選擇其一為追訴之形式，兩者間主要形式上之差異性在於自訴權之行使可直接開啟訴訟程序，而告訴權則必須付託於檢察官代為行使追訴權，僅於檢察官不為起訴時，被害人仍有再行獨自追訴之機會，基此，交付審判制度即是規範被害人針對檢察官不為起訴後，可獨立追訴之重要配套規定；反觀，如基於國家追訴主義之論調下，自訴程序是例外地允為被害人直接表達訴追意思之途徑，而告訴之性質處於非告訴乃論之罪，僅是向偵查、追訴機關陳述犯罪事實，促使其發動偵查之原因之一，且非為一般追訴條件，檢察官對於案件起訴與否具有裁量權限，並不受被害人或有告訴權人之意思相左⁵²，是以，儘管檢察官不為起訴時，告訴人雖仍得聲請再議程序、甚至交付審判程序，然交付審判程序則僅視為權力分立中分權制衡精神下，由法院負責審查檢察官之不起訴處分違法與否之外部制衡機制，或許有兼顧被害人能再次追訴之利益，但卻非其主要立論目的，此與自訴程序中由被害人主導訴追進行且由其真正表達其訴追意念之制度，有著大相逕庭之立法目的；從而，本論文將進一步以立法層次，如法院裁定交付審判後轉向自訴程序與現行之自訴制度作一本質上之比較，並試圖提出交付審判制度可能發生之問題點及將來之立法芻議，茲分析如下：

⁵² 參照黃朝義，偵查開始 - 告訴，月旦法學教室第 16 期，2004 年 2 月，頁 64。

一、行使主體

依刑事訴訟法第二五八條之一規定，告訴人不服再議之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，此告訴人之範圍限於告訴權人且實行告訴者，至於告發人、其他未經提出告訴之告訴權人或被害人均無聲請權⁵³，由此對照刑事訴訟法第二三二條被害人告訴權之規定，雖現行法律中並無明確定義犯罪被害人之範圍，然委諸學說及實務之論證下，除將犯罪被害人之範圍極度限縮至因犯罪當時之直接被害人外，對於同樣侵害國家司法權之誣告罪、偽證罪之差別性，卻以國家機關是否採信該虛偽陳述為認定該他人是否直接受害之荒謬標準；至於刑事訴訟法第三一九條之犯罪被害人，實務上見解亦係指犯罪直接被害人而言⁵⁴，與告訴權之行使者似乎並無不同，然亦有論者認為雖基於體系解釋，兩者程序之犯罪被害人之概念應屬相同，然仍須依自訴程序之功能及目的加以限縮或補充解釋，若被告所犯之罪與公共利益並無多大關連性時，應盡量賦予被害人自訴之機會，反之，如牽涉公共利益時，則應由檢察官以公訴程序追訴較為適宜⁵⁵。上述不論實務見解或學者之論證都有其理論基礎，然本論文認為似乎都未觸及核心領域，申言之，與其以不明確法律概念之公共利益作為區別是否得自訴之標準，毋寧承認告訴權、自訴權都是被害人追訴形態之一，誠實地對待正視二套制度間之調和關係。

二、法院審查範圍之界限

依現行多數論者之見解，交付審判之對象為檢察官廣義之不起訴處分，於審查之過程中，其中由於除了合法性要件外，針對合目的性之事項，除非有裁量濫用或逾越之情形外，不能以法院之標準取代檢察官之裁量權，如裁定交付審判後，即無

⁵³ 參照林俊益，前揭書，頁 116。

⁵⁴ 參照 56 台上字 2361 號判例。

⁵⁵ 參照何賴傑，同註 22，頁 308。

須再進行刑事訴訟法第一六一條之起訴審查程序，亦須無依刑事訴訟法第三二六條第四項之審查⁵⁶，是以，裁定交付審判後如轉向自訴程序時，法院於交付審查程序中可說是完全取代自訴程序中法院之審查程序；反觀，被害人如直接提起自訴，自訴程序中之第一次審判程序前之訊問與調查，主要目的在替代檢察官之偵查程序，賦予法官行使類似偵查法官之職權，以發揮如同檢察官實施偵查程序之功能，過濾不適合進入審判程序之案件並保護被告之權益⁵⁷，是以，於制度設計上均仿照偵查程序，例如：調查程序不公開、不得先行傳喚被告、賦予實質確定力等類似機制，其中如法院認定被害人利用自訴程序恫嚇被告或者無起訴之必要性時，得曉諭自訴人撤回自訴、或裁定駁回自訴，此意涵著法院針對自訴案件除可針對合法性事項為審酌外，有無合目的性亦是審查範圍。

三、制度地位、功能迥異

雖如法院裁定交付審判後可轉向自訴程序，但現行多數論者仍認為交付審判之對象為檢察官之不起訴處分，係本於權力分立之精神，由法院以外部制衡機制審查檢察官之不起訴處分之當否，與自訴制度雖些許亦有牽制檢察官處分內容之意涵，然主要目的在於保障被害人之刑事追訴權，可直接開啟訴訟程序之權限，由其主導訴訟程序之進行大相逕庭。

四、強制委任律師

雖立法論上有論者認為當法院裁定交付審判時，必須轉向自訴程序，但於自訴程序中是否亦必須與直接提起自訴相同，強制被害人委任律師代為實行訴訟程序，不無疑問，然如參照刑事訴訟法第三一九條第二項強制委任律師之修正理由可

⁵⁶ 參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 48。

⁵⁷ 參照林俊益，論自訴程序審判期日前之訊問與調查，月旦法學教室第 28 期，2005 年 2 月，頁 101；亦有論者直接稱此為「法官之偵查權」，參照林國賢，前揭書，頁 111、劉秉鈞，同註 7，頁 1329。

知，係為配合刑事訴訟構造改採改良式當事人進行主義，強調原告之實質舉證責任，若任由無相當法律知識之被害人提起、實行自訴程序，恐將造成訴訟程序之遲滯，是以，如裁定交付審判後，似乎仍應由被害人委任律師實行自訴程序，較為妥當。

五、閱卷權限與否

依刑事訴訟法第二五八條之一第二項規定，除涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項外，原則上均允許律師得檢閱偵查卷宗及證物，其目的在於能賦予律師詳閱卷證並瞭解案情後，足以提出聲請交付審判之理由狀，然此相關卷證資料應如何處理，以比較法觀點，日本刑事訴訟法第一七五條之規定，關於案件之資料及證物須送交實行公訴之律師，此與交付審判應轉為自訴程序之情形不同，如將卷證資料交付自訴人保管，因有保管責任問題，似非可行之作法，因之，有論者主張採取折衷方式，應由檢察官循者刑事訴訟法第三二三條第二項之模式，將相關偵查卷證移送法院，再由自訴人透過檢閱卷宗及證物等方式，在自訴程序上提出主張⁵⁸；至於被害人委任律師直接提起自訴時，於審判中可依刑事訴訟法第三十八條準用第三十三條之規定，當可於審判中聲請檢閱相關卷證。

六、法院職權調查證據之範圍

經過九十一年二月八日修正公布之刑事訴訟法第一六一條與第一六三條之規定，我國之刑事訴訟構造改採改良式當事人進行主義，於審判程序中關於證據調查之範圍、順序、方法原則上委由當事人主導，且由檢察官負實質舉證責任，除基於發現真實之目的，審判者必須基於澄清事實之義務，為補充當事人調查證據之不足，負第二次、附屬性質，對於公平正義之維護、或對被告利益有重大關係之事項，始例外負有調查義務

⁵⁸ 參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 52。

⁵⁹。基此，於自訴程序，自應由自訴代理人負起實質舉證責任〈參照刑事訴訟法第三二九條〉；至於裁定交付審判後轉向自訴程序，理應仍本於公平法院之理念，於訴訟程序上法院原則上不能主動介入證據調查之程序，立於公正第三人之角色以聽訟為其主要任務⁶⁰；此處有疑問之要點為，如原裁定交付審判之合議庭法院是否可續為進行本案之審理，有論者主張基於公平法院及排除預斷之觀點，應分由不同法官行之，迴避本案審判期日之審理⁶¹，此與直接提起自訴程序，雖經刑事訴訟法第三二六條之審查程序，法院亦無須迴避有所不同。

七、自訴之限制 - 刑事訴訟法第三二一條及第三二三條

如裁定交付審判後轉為自訴程序，同樣會面對關於告訴與自訴間制度之相異點，其中刑事訴訟法第三二一條被害人不得對自身之直系血親尊親屬或配偶提起自訴之規定，由於告訴程序中並無相關限制規範，因此如轉向自訴程序時，亦會與直接提起自訴時，出現相同於論理上之困境，然如參酌此條文之立法理由，主要在於避免與直系血親或配偶對簿公堂，不特有傷固有道德，於社會善良風俗，亦非所宜⁶²。然此處應該思考的

⁵⁹ 參照陳運財，論「改良式」當事人進行原則，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」學術研討會，2002年6月，頁66以下。

⁶⁰ 有論者主張此時應確認於審判程序中司法協助之實質意義，即修正刑事訴訟法第一六三條之定位，將取證裁量之規定真正劃分為取證協助之角色，同時落實檢察官對於自訴程序實質協助之構想，將其偵查所得之證據資料，併案移交法院審理，如此一來，方不至於使被害人於裁定交付審判轉為自訴後，於訴訟地位處於更不利的狀態，參照柯耀程，前揭文，頁295。

⁶¹ 參照陳運財，同註59，頁55；對此，亦有論者認為如果交付審判之目的僅在於監督制衡檢察官不起訴處分，其實裁定交付審判案件，不過僅是表示被告有犯罪嫌疑，但檢察官竟不予以起訴而已，至於被告是否應為有罪判決，取決於於自訴程序中自訴人有無善盡其實質舉證責任，使法院達致有罪確信之心證度，因之，裁定交付審判與被告犯罪間決無等號關係，是以，若如不另分案接辦時，更無刑事訴訟法第三二六條第四項之適用，參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁49。

⁶² 參照陳樸生，前揭書，頁393。

是，為何告訴程序中並無相關之制度設計，難道僅是於公判庭中以不同之雙方當事人，作為絕對的區別標準，如此項邏輯並無錯誤時，其實現今於自訴程序中是由自訴代理人直接面對被告，實行自訴訟程序，傷害固有道德之可能性已降低，與公訴程序中檢察官與被告之模式相似，是以，除現行刑事訴訟法第三二一條必須加以檢討外，為保護告訴人對於檢察官不起訴處分之救濟權利，當法院裁定交付審判而轉向自訴程序時，應無刑事訴訟法第三二一條之適用⁶³；再者，關於公訴優先原則之適用，當某一非告訴乃論之案件，被害人對於檢察官之不起訴處分，向法院聲請交付審判，如裁定後轉向自訴程序，此時對於刑事訴訟法第三二三條之原則性規範，即產生無法處理之問題，換言之，當同一案件經檢察官開始偵查，被害人即無法提起自訴，但如法院裁定交付審判而轉為自訴程序時，似乎有牴觸公訴優先原則之疑慮，因之，除必須思考公訴優先原則之可行性、實益性外，其實如承認告訴、自訴權之行使同為現代被害人追訴形態之一，當被害人選擇告訴程序時，必須依循者此一追訴之制度實行，亦即，當檢察官為不起訴處分時，告訴人可有再行獨自訴追之機會，聲請法院審酌被害人交付審判之請求有無理由，如達至起訴門檻時，即可裁定交付審判而轉向自訴程序⁶⁴。

八、違法證據排除與否

被害人直接提起自訴時，如有私人違法蒐集證據時，此證據是否應排除，且可否援引具憲法層次之保護義務作為論證基礎，仍有疑義⁶⁵，相對地，如法院裁定交付審判轉向自訴程序

⁶³ 有論者亦採類似意見，參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 51。

⁶⁴ 或許解釋上另有針對刑事訴訟法第三二三條之不同想法，亦即，刑事訴訟法第三二三條主要在限制被害人自行提起自訴，干擾檢察官之偵查活動，而非限制法院裁定交付審判後，擬制為自訴程序。

⁶⁵ 相關問題之詳細解析，可參照楊雲驊，賠了夫人又折兵？ - 私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，台灣本土法學雜誌第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下。

後，被告主張檢警機關於偵查時有違法蒐集證據、或以不正方法取得被告自白時，自訴人是否須承擔此一違法情事，負起舉證責任，有論者主張如檢察官提起公訴時，對於被告之抗辯本須負起舉證責任，此時不能因裁定交付審判後轉向自訴程序而有所差別性，毋庸令自訴人承擔此一責任⁶⁶；然如考量違法證據排除之目的除著重於人權保障、司法正潔性等理論上之想法外，於政策面對於抑制將來偵查機關的違法偵查⁶⁷更是重點所在，基此，在權衡人權保障與抑制違法偵查之折衝下，如由自訴人獨自承擔檢警機關違法偵查之責任，似乎當檢察官不為起訴時，自訴人因而會處於更不利之地位，是以，本論文認為此時應該由法院依刑事訴訟法第一六三條第二項之規定，依職權發動調查，基於澄清義務釐清此一證據之證據能力。

第三款 小結

上述各項論點，本論文已針對交付審判之相關問題逐一釐清，除了對於交付審判制度本身之構造及其性質，分別以現行多數論者之體系及被害人追訴主義之追訴理念，於各項問題點作一區別性之解析外，亦於立法層次上，本於法院裁定交付審判後，轉為自訴程序時，所可能面臨與現行自訴程序之差異點及其解決之道；然本論文欲再次強調本於被害人追訴主義之理念下，告訴、自訴都是被害人表達訴追意思之型態，其中當檢察官不為起訴時，交付審判制度即是被害人再次獨自訴追之機會，基此，交付審判制度於構造及性質上理應本於被害人追訴之理念，法院針對告訴人交付審判之請求為有無理由之裁定，當裁定交付審判時，自然地於訴訟之性質當然應轉為自訴程序，而非公訴程序，由檢察官續為追訴程序，雖然法院於交付審判程序之審理中，不可避免對於檢察官之不起訴處分仍會

⁶⁶ 參照吳冠霆、陳貞卉，前揭文，頁 51。

⁶⁷ 參照陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌第 113 期，2004 年 10 月，頁 37 以下

有著墨之處，然卻非其主要之目的；相對地，於國家追訴主義體系下，交付審判之審查對象為檢察官之不起訴處分，雖亦帶有兼顧告訴人之追訴利益，但似乎僅是附屬性質，如本於此想法下，將交付審判後之訴訟程序轉為自訴程序，似乎有點格格不入之處，因之，未來思索如何再次完善建構交付審判制度時，除了汲汲於相關訴訟制度之配合性外，於訴追理念方面才是學界、實務上必須先行確立之前置點。

第四項 自訴人之權限 - 公判前之證據保全？

犯罪被害人於刑事訴訟法上除了形式上可提出告訴及開啟自訴程序、再議權、聲請交付審判、聲請法院調查證據、上訴權、撤回告訴、自訴權、異議權、詰問權、在場權、閱卷權、甚至於自訴人於審判中亦可聲請法院保全證據等權限外，於刑事訴訟程序進行中，本於改良式當事人進行主義之訴訟構造下，更由被害人所委任之自訴代理人主導證據調查之順序、範圍、方法，綜觀此林林總總的各項權利中，卻獨缺能充分行使眾權利之前提條件 - 自行取得證據之方法，換言之，為自訴程序之提起及進行，被害人必須於審判前準備足夠之證據資料，方能於審判中負起實質上之舉證責任，使法院能得確信被告有罪判決之心證度，對此，於現行法中，除被害人能於審判中依刑事訴訟法第一六三條第一項聲請法院調查證據外，似乎僅能依刑事訴訟法第三十八條準用第三十三條之規定，由自訴代理人於審判中行使閱卷之權限，然此閱卷權如於檢察官未實施偵查之案件，似乎處於無用武之地；相較於自訴人蒐集證據之能力、權限之貧乏，於審判程序中同為當事人地位之檢察官卻擁有強大之強制處分權，能為準備提起、進行公訴程序之目的，於偵查程序中行使偵查權限，此種差別待遇，或許是源自於近代國家組織之發達，為統一、公平性的實現刑罰目的，將犯罪

之搜查權從被害人方面劃歸為國家機關行使⁶⁸，然此種搜查權限之差異性，於九十二年修正公布之刑事訴訟法部分條文中，第十二章第五節增訂有關「證據保全」之制度，似乎露出一道變革曙光。

第一款 偵查構造論

一般所謂的「偵查」係指當偵查機關認定有犯罪行為存在時，為提起或實行公訴與否之決定，而調查犯人及證據之程序，故偵查程序，以在提起公訴前實施為原則，但提起公訴後，為實行公訴，乃得為必要之調查⁶⁹；於此定義下，其實可再從偵查機關實際之偵查活動觀察，偵查本身仍內含兩層意義：其一，發動偵查之始點，主要繫於偵查機關基於發現實體真實之目的，所為之蒐集、保全各類證據之活動；其二，偵查機關為日後得以作為判斷可否提起、或充分實行公訴程序之根據，亦即，為公判之準備所為蒐集、保全證據之動作⁷⁰，有論者更將此兩層意義之區別性，涵攝至檢察官與司法警察間地位之差異性，換言之，司法警察機關本於偵查之事實與合目的性之考量，為確認何者為犯人、犯罪嫌疑存在與否，進行證據之發現及蒐集；相對地，檢察官則處於偵查之法規範地位，為公判之準備、更於公判庭中能負起實質舉證責任，針對司法警察機關所發現、蒐集之證據，於法律層面上監督司法警察之偵查行為，並且進行證據篩選之作為⁷¹。對此形式上之觀念，於學界中更進一步掀起一陣波瀾，針對此偵查之概念，連結整體刑事訴訟程序構造 - 當事人主義與職權主義，換言之，於當事人主義之立法例中，偵查程序所採行之訴訟構造即是彈劾模式、至

⁶⁸ 參照田口守一，「被害人？刑事手？」收錄於刑事法？典 <三井誠等編>，2003年3月，頁645。

⁶⁹ 參照陳樸生，前揭書，頁285。

⁷⁰ 參照黃朝義，犯罪偵查論，2004年3月，頁5。

⁷¹ 參照黃朝義，同註70，頁6。

於職權主義之立法例中，偵查程序是否必然是糾問模式，再者，此種分類方式是否亦與刑事追訴主義間有著不容切割之接合性，均是本論文於探討私人對於偵查概念之相容性時，所極須釐清之前提條件。

一、糾問式偵查觀

此種偵查構造強調，偵查權限本屬於偵查機關為審問、調查犯罪嫌疑人之程序，因之，偵查機關即得以強制處分之手段實行偵查，但是，為防止偵查機關濫用其職權，而須由法院或審判官來予以抑制；是以，於偵查程序之型態，偵查機關與受偵訊之犯罪嫌疑人，是處於主體與客體之二面關係，行偵查之目的僅在於為發現實體真實，而非單純為公判之準備，基此，在此偵查構造下，具有下述二項主要特徵：其一，犯罪嫌疑人對於為偵訊目的所為之逮捕、羈押有忍受之義務⁷²；其二，強制處分權本屬於偵查機關之權限，法院或審判官對於偵查機關之逮捕令狀、搜索令狀之聲請，屬許可狀性質，且於核發令狀時，審查基準僅能立於防止偵查機關濫用之目的，審酌犯罪嫌疑程度之有無，至於強制處分之必要性、合目的性，則委由偵查機關自行判斷⁷³。

二、彈劾式偵查觀

此種偵查觀強調，偵查權限只不過是偵查機關為公判之準備而單獨所實行之活動，非其專屬權限，犯罪嫌疑人亦能獨立為訴訟準備之目的實行偵查作為，因之，強制處分乃是為將來舉行審判之準備，而由法院或審判官進行蒐集、保全證據，當事人僅能利用此強制處分之結果而已；是以，於偵查程序之型態，偵查機關與犯罪嫌疑人，分別是處於相互對抗之獨立個

⁷² 犯罪嫌疑人對此人身自由之拘束雖有忍受義務，但並不表示於犯罪事實有供述義務，因於偵查階段犯罪嫌疑人仍享有緘默權之保障。

⁷³ 參照川崎英明，「？問的？？」，收錄於刑事法？典〈三井誠等編〉，2003年3月，頁125以下。

體，行偵查之目的並不是偵查機關為究明犯罪事實之程序，而是以公判庭為中心之原則下，為公判之準備所為之方法，基此，於此偵查構造下，具有下列二項主要特徵：其一，因對犯罪嫌疑人所為之逮捕、羈押等強制處分，係為將來確保犯罪嫌疑人出庭，而非為取證之目的，且受到緘默權之保障，犯罪嫌疑人並無忍受偵訊之義務；其二，強制處分權本歸屬於法院，法院或審判官對於令狀之核發，除對於合法性與否可加以審酌外，強制處分之必要性、合目的性，固然有置喙之空間⁷⁴。

上述兩種截然不同之偵查構造，除對於偵查階段中，涉及「人權保障」、與「真實發現」兩大基本理念，具有微調之功能外⁷⁵，於不同之刑事訴訟構造下，亦產生不可忽視之影響力，申言之，職權主義與當事人主義，多數論者似乎僅著重於訴訟層面之探討，而忽略了起訴前之程序構造，其實，從限制國家權力以保障人權之實質面觀之，在偵查程序之職權主義與當事人主義之對立，尤屬重要，是以，於職權主義下，因不承認雙方當事人具對等地位，在與糾問主義相結合之情形下，犯罪嫌疑人僅屬國家之偵查對象、客體；相對地，在當事人主義下，既受到當事人對等原則之支配，檢察官並無強制處分之決定權限，蒐集證據亦不是檢察官之專利，雙方當事人如有強制蒐證之必要時，均有相同機會可請求法院發動強制處分權⁷⁶。

由此進一步推敲起訴前之程序構造，「糾問式偵查觀與彈劾式偵查觀之對立」及「職權主義偵查程序與當事人主義偵查程序之相較」，亦反映出大陸法系、英美法系兩大法體系關於偵查中強制處分權之「歸屬問題」、「存在目的」之歧異點，換言之，英美法系本於彈劾主義之傳統，注重公平法院及當事人

⁷⁴ 參照川崎英明，「? 劾的?? ?」，收錄於刑事法? 典 <三井誠等編>，2003年3月，頁541。

⁷⁵ 參照黃朝義，同註70，頁19。

⁷⁶ 參照黃東熊，刑事訴訟法論 <二版>，1999年，頁8以下；陳樸生，前揭書，頁285。

對等之理念，而將法院塑造成超然之公正第三人，法院對於兩造當事人為訴訟準備所從事之蒐證活動，本無自行決定而積極介入一方之理由，是以，英美法系係基於公平法院、當事人對等原則之理由下，將偵查中之強制處分權劃歸於法院，不為國家偵查機關而存在；相對地，於大陸法系之法國，則本於糾問主義之歷史觀，並無當事人對等之問題，雖預審程序，係由公訴官請求開啟，然實質上為偵查性質之預審程序，由公訴官與預審法官協力進行，使預審法官成為偵查程序之要角，並非立於公正第三人，且於預審終結後，更與公訴官享有起訴裁量之最後決定權，從而在此協力實行之預審程序中，實為糾問制度之翻版，僅是基於民主化中分權制衡之精神下，使強制處分權歸屬於不告不理之預審法官而已⁷⁷；本此認知基礎上，如再推向刑事追訴主義之追訴體系時，是否仍有「國家追訴主義 - 糾問主義」、「私人追訴主義 - 彈劾主義」之必然性、一貫化之思考邏輯，實具有深究之必要性。

第二款 刑事追訴主義與起訴前之程序構造

如本論文第三章所述，私人追訴主義之理論基礎，由於認定犯罪之追訴是市民之權利、義務，將刑事司法構築於市民自治之基礎上，適時反映出自由主義、民主主義等政治、社會思想之訴追理念，對此，基於私人追訴主義之訴追理念，由於刑事追訴權是由公眾主導追訴與否，關於檢察官之法地位，僅是對於起訴提案以法觀點作判斷之角色、亦是私人濫訴之抑制者，至於起訴後則是私人之訴訟代理人⁷⁸；相對地，國家追訴主義之理論基礎，由於認為犯罪行為是對國家秩序之侵害，國家有其權力及義務性對於此犯罪行為加以追訴處罰，換言之，

⁷⁷ 參照林朝榮，主義變遷中之我國刑事訴訟法〈上〉，台灣本土法學雜誌第49期，2003年8月，頁9。

⁷⁸ 參照鯨越溢弘，私人訴追主義？家訴追主義，法政研究第48卷1號，1981年9月，頁110以下。

犯罪與處罰，並不同於個人間之權利義務關係，無法委由私人間自行解決，此不但是國家必須責無旁貸關切、注目之事，且基於本身職權於國家直接利益之考量下，必須主動為追訴之行為，對此，基於國家追訴主義之訴追理念，檢察官由於是國家正義之體現者、社會秩序之維護者，即應被賦予超越犯罪嫌疑人、被告之法權限，是以，有論者即以追溯、檢討法國私人追訴主義之衰退階段、德國國家追訴主義之確立過程中，認定糾問主義 - 國家追訴主義、彈劾主義 - 私人追訴主義於歷史上之對應關係，並確認國家追訴主義之訴訟構造為糾問式之公判前程序構造、彈劾式之公判庭模式；相對地，於私人追訴主義，由於強調、並確立當事人作為訴訟主體、及貫徹武器對等之原則，且警察、檢察官等國家機關之偵查權限，並非其先天性之特權，如有實行強制處分之必要時，雙方當事人都必須向法院或審判官聲請令狀，故在此認知下，於公判前程序構造之彈劾化，正是擔保此一追訴理念之基礎⁷⁹。

然亦有論者認為此一判斷稍嫌速斷，除「私人追訴主義 - 彈劾主義」此項論點是否即是必然性之推論結果外，有無可能發生兩者是正相反之結論，不無疑問，再者，如檢視德國檢察制度歷史之發展過程，彈劾主義是不相容於發展中之檢察官論，申言之，由於實體真實主義是基於職權主義之訴訟構造下所醞釀出之理論，於德國檢察制度此時亦定位為「司法官 - 非當事人論」，與法院協同究明實體上之真實，因之，檢察官於訴訟上之法地位非僅為一方當事人，而是受到客觀義務規制之司法機關〈準司法官論〉，直至受到彈劾主義、當事人主義論之潮流影響下，檢察制度即漸游移至「行政官 - 當事人論」之法定位，是以，如貫徹當事人主義論之觀點時，藉由犯罪嫌疑人、被告人防禦權之擴充及強化，而逐漸管制檢察官權限之行

⁷⁹ 參照鯨越溢弘，私人訴追主義？起訴前手？？構造，法政理論第 17 卷 4 號，1985 年 3 月，頁 106、訴追理念？？？？私人訴追主義，收錄於市民社？？刑事法？交錯〈？山晃一郎先生追悼論文集〉1997 年 11 月，頁 260 以下。

使，於訴訟上之地位更僅是一方當事人，此絕非單純廢棄國家追訴主義所能解釋，基此，與其說是由於追訴理念之轉變而克服糾問主義之檢察官司法，毋寧是於當事人主義論之架構下，除針對檢察官地位、性格如何定位外，相對地其追訴功能如何抑制之問題⁸⁰。

對此，我國於九十一年刑事訴訟法的修正，針對檢察官的地位作出實質性的調整，主要有二：其一，關於偵查終結的處分，增訂第二五三之一至同條之三緩起訴制度，強化了檢察官裁量者的角色，致使起訴法定原則大幅退讓；其二，就審判階段之證據調查而言，修正第一六一條第一項規定，確立檢察官實質的舉證責任，同時修正第一六三條第一項之規定使證據調查之範圍、順序及程序由當事人主導，確立了審判階段檢察官的當事人地位。此地位的調整，雖從偵查的發動及終結、與犯罪嫌疑人的關係，似乎亦未立即對偵查階段中檢察官續為偵查主體，產生重大之化學變化，但另從緩起訴處分、增設證據保全制度、違法證據排除法則之觀點出發時，如再將檢察官當作偵查主宰者之地位，似乎無法與近年刑事訴訟法修正之動向相融，是以，檢察官之角色扮演應以公判庭為中心，落實追訴者角色，儘可能的退出主導偵查的工作⁸¹。在此認知下，由於審判階段當事人主義之牽引下，於偵查階段檢察官亦應隨同改變立場，朝向當事人地位前進，無須積極地介入偵查階段，如站定此立場，於自訴程序中被害人同為訴訟當事人、擔任刑事追訴者之角色，於審判階段負起實質舉證責任，使法官對被告達有罪確信之心證度，且基於「當事人主義 - 彈劾式偵查觀」之角度觀察，由於偵查權限並非偵查機關之專屬權，似乎自訴人除能任意性之蒐集證據外，亦能於公判前之階段，如同犯罪嫌疑人相同，能向法院聲請強制處分令狀；但此「應然面」之期

⁸⁰ 參照川崎英明，現代？察官論，1997年9月，頁212以下。

⁸¹ 參照陳運財，檢警關係定位之研究 - 從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌第108期，2004年5月，頁67以下。

待，似乎在現行法中檢察官仍保有若干強制處分權之「實然面」，於偵查結構上仍存有「糾問式之偵查觀」之影子，且由於短期內無法完全將偵查中強制處分之決定全面改由法院行司法審查之前提下，可否於證據保全之制度下，於偵查中賦予自訴人亦有證據保全之聲請權，作為彈劾式偵查觀之過渡機制，茲分析如下：

第三款 證據保全制度之概觀

九十二年刑事訴訟法第二一九條之一以下增訂證據保全制度，其立法主要理由為：「...預定提出供調查之證據有湮滅、偽造、變造、藏匿或礙難使用之虞時，基於發現真實與保障被告防禦及答辯權之目的，按訴訟程序進行之階段，由告訴人、犯罪嫌疑人、被告或辯護人向檢察官，或由當事人、辯護人向法院提出聲請，使檢察官或法院為一定之保全處分，此為防止證據滅失或發生礙難使用情形之預防措施，與調查證據之概念有別⁸²。」此項制度之增訂，由於賦予偵查中被告、告訴人等於發現證據有湮滅、偽造、隱匿之虞時，可在偵查中有利用證據保全之機會，使偵查程序之進行及其結果，不再只繫於檢察官為唯一之決定主體，就改善被告於偵查中之地位，避免再次淪為「程序客體」之可能性，具有正面積極之意義；然如進一步觀察新法規定，於法規範中「保全處分」之內容及其範圍，其實包含甚廣，除有屬於獲取證據或保全被告前置之搜索、扣押手段、對於既存之證據資料以鑑定、勘驗等法定證據方法將

⁸² 然有論者針對此一證據保全之概念提出質疑，認為此一制度有點名不正，證據保全顧名思義僅是對於已取得之證據，為防止其散失，所為之留存措施，其概念與取證及證據調查有異，為此次刑事訴訟法關於證據保全之規定，似乎誤解證據保全之意義，從其增訂之條文內容觀之，幾乎都不是證據保全的法律規範，反而是「以證據保全之名，行證據取得聲請之實」，參照柯耀程，「證據保全」立法之檢討 - 評刑事訴訟法新增證據保全之規定，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 152。

其具體化外，對於訊問證人之證據調查方面亦被允許⁸³，可謂是包山包海之立法模式。因之，有論者認為因檢察官於偵查階段，除發動強制處分權外，就個案如何發動偵查、蒐集證據等進行順序、時間、內容，有廣泛之形成空間，〈謂之「偵查形成自由原則」〉，故以原則對照現行法規定，除聲請人中之告訴人資格認定、聲請時點有其爭議之處外，由於未賦予聲請人於偵查中閱卷之權限，在未有充分之資訊支援下，如何釋明調查證據之關聯性、必要性，且要求檢察官受理聲請之五日內必須作出准駁之處分，似乎於認定基準上會出現解釋上之困難點，再者，如檢察官作出駁回決定時，聲請人可逕向法院聲請保全證據，此時如法院未嚴守分際，適度尊重檢察官之判斷餘地，將可能過度介入偵查活動，成為雙偵查主體之法理危機⁸⁴。然此見解似乎仍堅持檢察官為偵查主體之底限，而無視於檢察官地位當事人化之趨勢，因之，有論者認為增訂第二一九條之一設偵查中證據保全制度，偵查中犯罪嫌疑人、被告或辯護人認有保全證據之必要者，應先向檢察官提出聲請，此項規定的論據，無疑的是出於檢察官負客觀義務的思維，不免多少與審判程序檢察官當事人化的趨向有所偏離，且依刑事訴訟法第二條之規定檢察官既負客觀義務，對被告有利或不利事項應一律注意蒐集保全，實則第二一九條之一並無特別增訂的必要⁸⁵。

如再從證據保全之增訂理由觀之，其中認為此制度是為了保障被告之防禦及答辯權，於偵查中被告亦能聲請證據保全，雖此思想與彈劾式偵查觀之觀念，相覷不遠，然由於必須先向檢察官聲請後，如被駁回方能再向法院聲請保全證據之舉，且於立法理由中亦強調為發現真實而設，似乎又與將當事人主義論置於公判前程序為彈劾式之偵查構造，漸行漸遠，係屬一相當奇特之立法方式。是以，如要導正此一觀念，將證據保全制

⁸³ 參照楊雲驊，證據保全的規定與實務 - 以偵查階段為中心，月旦法學雜誌第 114 期，2004 年 11 月，頁 94。

⁸⁴ 參照楊雲驊，同註 83，頁 95 以下。

⁸⁵ 參照陳運財，同註 81，頁 69。

度作為我國公判前程序邁向彈劾式偵查構造之前置性機制時，除正視檢察官當事人化之趨向外，實則第二一九條之一並無增訂必須先向檢察官聲請之必要性，被告可直接向法院聲請證據保全之權限。

第四款 自訴人於公判前之證據保全

除上述偵查中證據保全制度外，於審判中此次亦增訂刑事訴訟法第二一九條之四規定，被告、檢察官或自訴人等於案件起訴後，第一審法院審判期日前，如認有保全證據之必要者，可聲請法院為之；其中於第二項關於自訴人於審判中可聲請保全證據之修訂理由為，檢察官與自訴人同為當事人，檢察官於起訴後就本案無逕行決定實施強制處分之權力，自訴人亦同，於有保全證據之必要時，於第一次審判期日前，自應容許其等向法院聲請之，然此項權限對於自訴人而言，由於本無強制處分權、且於公判前亦無證據保全之聲請權，似乎於實效上即無法發揮其功能性，尤其於國家機關未任何發動偵查行動時，更加可能於證據易散逸、湮滅之特性下，無法即時取得所須之證據資料，同時亦可能造成濫訴之附隨效果，此種缺失於被害人與加害人間實力懸殊下⁸⁶，有更加惡化之情形，是以，如何在兼顧被告防禦權之限度內，允許自訴人於公判前有保全證據、蒐集證據之聲請權限，是攸關自訴制度成敗之關鍵。

從比較法角度觀察，日本刑事訴訟法第一編總則第十四章亦設有「證據保全」之專章，於第一七九條第一項規定：「被

⁸⁶ 比如於近代社會上醫療糾紛頻傳，當被害人決定自行控告醫院本身時，除於資力、醫學知識上之差距外，於法律權限上被告不論於公判前、審判中亦受到相關防禦權制度之充分保障，相對地，自訴人卻僅有於審判中聲請調查證據、保全證據之權限，於公判前階段卻付諸闕如，與被告防禦權相較之下，顯屬弱勢，易流於造成濫訴之後果，此間接地將此因實力懸殊下所造成敗訴之印象，深深地烙印在一般大眾心中，除對司法制度產生不信賴外，於純淨之白色巨塔亦蒙上一層厚重之塵埃。

告、犯罪嫌疑人或辯護人如不預先保全證據就會於使用該證據上有其困難性時，以在第一審判期日前，得聲請法官為扣押、搜索、勘驗、訊問證人或者鑑定等處分。」同條第二項：「接受前項聲請之法官，關於該處分，與法院或審判長有同一權限。」第一八 條第一項規定：「檢察官及辯護人得在法院閱覽和抄寫關於前條第一項處分之文書及證物。但辯護人抄寫證物時，必須取得法官之許可。」同條第二項：「被告或犯罪嫌疑人，於取得法官許可後，得在法院閱覽前項文書及證物，但被告或犯罪嫌疑人有辯護人時，不在此限。」此證據保全主要是因應將來可能提出公判庭之證物或書證有滅失、散逸，或預定聲請傳喚之證人有死亡、長期居留於海外之虞，而創設可預先保全結果之制度，如再進一步回溯其發展歷史，從保護被告或犯罪嫌疑人利益之觀點出發，除於公判庭中確認當事人主義之訴訟構造，於偵查階段亦逐漸當事人主義化、訴訟化，換言之，於偵查階段未全面性當事人主義化前，採行有限度之當事人主義，其中證據保全制度可以說是中繼點，作為補充偵查機關證據收集之機制，然由於日本之檢察官地位為公益代表人，除為發現真實外，亦會同時針對犯罪事實本身、犯罪情狀兩方面充分蒐集有利於犯罪嫌疑人之證物，作為不起訴處分之重要參考資料，且由於日本刑事司法經起訴之案件中，有罪確信之比率達百分之九十九以上，故一般國民對於檢察官寄予深厚之信賴感，亦肇使證據保全聲請件數極為稀少之結果⁸⁷。

以此立法例對照我國之證據保全制度，由於檢察官仍保有部分可自行決定之強制處分權，雖號稱參酌德、日制度，但似乎仍有些距離感，或許可以理解立法者對於偵查階段中當事人主義化、彈劾式偵查觀之腳步，無法在短時間內要求快速邁進，就如同於審判階段中仍留存刑事訴訟法第一六三條第二項法院之職權調查義務有著同樣之考量點。

⁸⁷ 參照藤永幸治等編，大?????? 刑事訴訟法第 2 卷，1994 年 10 月，頁 792 以下。

在肯定此項立法精神之餘，對於證據保全制度所蘊含之精神 - 彈劾式偵查觀之理念，雖主要是在衡平於偵查階段犯罪嫌疑人與偵查機關之實力差距，界定偵查權限並非偵查機關之專屬權限、強制處分權為法院所有，犯罪嫌疑人亦能針對自身有利證據有滅失之虞時，可向法院聲請保全證據，然對此偵查觀念之改變，如能投射至被害人與犯罪嫌疑人間之關係，由於此等當事人間並無此偵查權限之實力差距且深究證據保全之性質、本於雙方當事人武器對等原則之考量下，如純粹僅因證據有湮滅、偽造、變造或將來礙難使用之虞，為證據保全之聲請，其實未對犯罪嫌疑人之權益有造成重大之侵害，再者，此被保全之證據，如將來須提出於公判庭中使用前，仍必須通過如傳聞法則等證據法則之檢驗，故如於公判庭前再直接透過法院合目的性之審查、自訴人必須釋明必要之法律利益等配套機制下，除可降低自訴程序濫訴之可能性外，更能貫徹當事人主義論所強調實力對等之精神⁸⁸。

第五項 自訴制度之附隨問題

隨者本論文重點式的針對現行自訴程序及其相關制度於理論層面之檢討後，不免俗地亦應回歸現實面，依循立法者、實務界或其他論者間對於自訴制度之修正案及建議方向，逐一提出本論文之想法，期能供他人日後之指教與參考。

⁸⁸ 此時尚有發生一問題，即當如有強制處分之必要時，被害人向法院聲請令狀後應由何者執行之，由於一般私人欠缺法律專業知識，且對於加害人常有仇視心態，因之，如由被害人直接執行之，會有對加害人防禦權限造成重大危害之虞，是以，於立法層次方面，可以本於檢察官對於自訴程序可協助之原則下〈參照刑事訴訟法第三三條〉，能考慮由檢察官代為執行證據保全程序，並賦予自訴人或自訴代理人在場權，適時陳述該證據與案件關聯性之意見。

第一款 強制律師代理

於九十二年二月六日針對刑事訴訟法第三一九條以下之自訴程序修正案，增訂犯罪被害人提起自訴時，必須強制委任律師代為行之，且於訴訟程序中亦應由自訴代理人代為進行自訴程序，其增訂理由為：「司法資源有限，如何使用，予宜合理分配。有鑑於自訴人常未具備法律之專業知識，每因誤解法律...，而提起自訴，亦有利用自訴程序恫嚇被告或以作為解決民事爭議之手段等情事，不僅增加法院工作負擔，影響裁判品質，尤足令被告深受不必要之訟累...，就自改採強制委任律師為代理人制度.....採用強制委任律師為代理人之自訴制度，主要目的亦係保護被害人權益，因本法第一六一條、第一六三條等條文修正施行後，刑事訴訟法改以改良式當事人進行主義為原則，在強調自訴人舉證責任之同時，若任由無相當法律知識之被害人自行提起自訴，無法為適當陳述，極易敗訴，是立於平等及保障人權之出發點，自訴採強制律師代理，自有其意義。」對此強制性措施，雖對被害人之訴追能力有提升之功效，然從實質面觀察，如被害人無相當資力委任律師時，是否就如同被剝奪自訴之權限，不無疑問，故有論者就認為如同交付審判程序般，此法規範無形中限制、阻礙犯罪被害人參與訴訟之機會，或在法律扶助制度尚未普遍、健全之現況下，實質上亦導致犯罪被害人增加訴訟費用之疑慮⁸⁹。

另一方面，由於被害人通常無具備相當之法律專業知識，方有立法強制委任律師為代理人之必要性，然如自訴人本身有律師資格時，其提起自訴是否適法，而無須再委任另一律師，有所爭議：

一、肯定說：此說主要從立法理由出發，認為強制律師代理之原因在於防止不瞭解法律之被害人，常利用自訴程序恫嚇

⁸⁹ 參照黃朝義，同註9，頁99。

被告，或者任意將相關的官員並列為被告，浪費司法資源，且於改良式當事人進行主義下之訴訟構造，亦難以行交互詰問、負起實質上舉證責任之緣故；因之，只要自訴人並非不通曉法律之一般大眾，從立法精神的角度來說，並不至於會發生類似於上述之浪費與困擾，其所提起之自訴程序，即使沒有委任律師為代理人，亦無法阻擋其開啟訴訟程序。

二、否定說：此說主要是從形式面觀察，認為刑事訴訟法第三一九條第二項之字義上，並無就自訴人本身具有律師資格時，另設排除規定，故無論自訴人本人是否具律師資格，其提起自訴均應委任律師⁹⁰。

然本論文認為以刑事訴訟法第三一九條第二項為依據，似乎論理基礎上稍嫌薄弱，該項規定針對自訴人本身具律師資格未設有除外規定，是否為立法者有意闕漏，還是無故疏漏，仍有疑問時，至此則應援引立法理由作合理性之補充解釋，而非僅拘泥於法條字面上之形式意義，認定仍必須委任律師方能提起自訴之不恰當結論。

再者，於九十二年二月六日公布之刑事訴訟法修正施行前，已繫屬於法院之自訴案件，自訴人未委任律師為代理人，待新法於九十二年九月一日施行後，法院應否依新法第三二九條第二項規定，以裁定限定期間命自訴人委任代理人，如自訴人逾期未委任時，法院得否諭知不受理判決，此一程序問題，仍有爭議⁹¹：

一、全部從新：此說從刑事訴訟施行法第七條之三前段規定出發，認為新法施行前，已繫屬於法院之自訴案件，其以後

⁹⁰ 參照蔡清遊，談自訴之修正〈上〉，司法周刊第 1156 期，2003 年 10 月，頁 2。

⁹¹ 參照臺灣高等法院暨所屬法院九十三年法律座談會提案 - 刑事類，2004 年 11 月，頁 363 以下。

之訴訟程序，應依刑事訴訟法終結之；故依新法第三一九條第二項規定自訴人應委任律師為代理人，故新法施行前已繫屬於法院之自訴案件，在新法施行後，法院仍應依新法第三二九條第二項命自訴人委任律師為代理人，如自訴人逾期未委任，法院即應諭知不受理判決。

二、全部從舊：此說則從既存權之觀點出發，認為自訴權屬於憲法上之訴訟權，人民已經依法取得之訴訟權，即屬其合法正當之信賴利益，自不得因嗣後法律之修正而予剝奪，自訴行為是否合法，係以提起時之法律規定為準，提起時為法所准許者，既屬合法之自訴，自不因嗣後法律修正對自訴權之行使更有所限制而受影響，法院無須依新法第三二九條第二項命自訴人委任代理人；且法律之適用仍應有統一性與整體性，自訴人在新法施行之後，自訴行為仍依舊法可由自訴人為之，則舊法之相關規定對自訴人仍有其適用，不容割裂。

對此本論文基本上認為，依刑事訴訟施行法第七條之三規定，九十二年刑訴法新修正前，本自訴案件已合法繫屬於法院，基於保障人民訴訟權之意旨，已進行之訴訟程序，其效力將不受影響，因此，自訴人未委任律師為訴訟代理人，自屬合法；如再進一步討論如自訴人經合法傳喚，無正當理由不到庭時，由於法律未強制自訴人必須委任律師，此時應如何終結訴訟，將是一難題，然而，本論文認為由於刑事訴訟施行法第七條之三規定之意旨，係為了保障人民進行訴訟之信賴利益，合法進行訴訟的權利，不應法律之修正而陷於更不利之地位，即使自訴人經合法傳喚，無正當理由未到庭，亦不能剝奪其在舊法所享有之訴訟權利，亦不能以其有無到庭，作為其是否應強制委任律師之標準，職是，此時法院仍應依舊刑訴法第三三一條之規定，通知檢察官訴訟擔當。

第二款 自訴案件不可分原則

首先依刑事訴訟法第三一九條第三項看起：「犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴亦得以提起自訴論。但不得提起自訴部分係較重之罪，或其第一審屬於高等法院管轄，或第三百二十一條之情形者，不在此限。」此條項主要是指單一性案件的問題，於單一性案件⁹²中，一部可以提起自訴，一部不得，原則上自訴權人全部都可以提起自訴，除有較重之罪⁹³、第一審屬於高等法院管轄、或第三二一條之情形時，自訴案件方全部不可自訴；其中關於刑事訴訟法第三二一條之限制自訴規定，除涉及被害人對本身直系尊親屬、配偶不得自訴之合宜性與否外⁹⁴，由於受到早期實務見解之影響下⁹⁵，認為此時案件如為告訴乃論之罪亦有「告訴不可分效力」之擴張適用，例如：甲之妻乙與丙通姦，經甲發現後，向管轄法院對並提起自訴時，此時自訴程序是否合法？由於並無明文規定，實務向來皆以「告訴不可分」為由，亦不許甲對相姦人丙提起自訴。對此，大法官會議第五六九號解釋則採相反之意見，解釋文指

⁹² 此單一案件之範圍，於我國實務上都以實體法上之罪數概念來填充，由於實體上為一刑罰權，於訴訟法上則為一訴訟客體，無從分割，因之，實體法中之單純上一罪、實質上一罪、裁判上一罪都是訴訟法上之單一案件，然此範圍於九十四年一月七日修正之刑法條文中，廢除牽連犯、連續犯等裁判上一罪之計算罪數基準後，相對地亦應隨之受到調整。

⁹³ 所謂較重之罪，係依法定刑之高低作為比較標準，如法定刑相同者，則再輔以犯罪情節、罪質高低為比較，參照林俊益，刑事訴訟法概論〈下〉，2003年7月，頁181。

⁹⁴ 有論者主張禁止對於配偶自訴，是否有如同直系尊親屬有著倫理上之考量，不無疑問，且配偶關係如果不是惡化至極點時，就不會興起訴訟，此限制規定似乎只是農業社會的顧慮，於現代社會中恐將已失去原有意義，如再比較民事上之訴請離婚亦無異於自訴制度，於刑事訴訟上不許對配偶自訴，似乎已無實益，參照張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障 - 以釋字五六九號為中心，收錄於司法院大法官九十三年學術研討會〈上冊〉，2004年12月，頁136。

⁹⁵ 參照29年上字2333號判例、29年非字15號判例、司法院院字第364、1844號解釋。

出：「...刑事訴訟法第三百二十一條規定固限制人民對其配偶之自訴權，惟對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人，並非不得依法提起自訴。本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋相關部分，使人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」對此號解釋，有下述數項問題點：

一、禁止對配偶自訴是否合憲

本號解釋以「為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍」為由，認為並未侵害憲法第十六條揭示保障人民訴訟權之合憲性；有論者認為大法官迴避訴訟權之核心領域與保護範圍兩者間區別之前提問題，逕以第三二一條中具歷史性之立法理由來支撐該條文所蘊含維護人倫之合憲性基礎，是否合乎因果法則及忽視維護人倫關係之真正目的，不無疑問，且除於釋字第五七四號解釋文提及「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容」，即以所謂的「正當法律程序」之抽象化概念，界定為訴訟權之核心領域，亦尚未進一步具體說明哪些權利視為訴訟權，如大法官仍續以立法理由為論述基礎，恐將陷於循環論證之漩渦中⁹⁶。

二、自訴與告訴是否相同甚或取代

本號解釋以「且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無牴觸。」亦即，大法官以

⁹⁶ 參照張麗卿，前揭文，頁 144 以下。

被害配偶尚有告訴權來論斷限制其自訴權並未侵害訴訟權之意旨；有論者認為告訴為偵查機關發動偵查原因之一，如在告訴乃論之罪，告訴並為合法訴訟條件，於刑事審判上，告訴人以證人之法地位，不負責論告，僅是提供法院調查事實之證據方法之一，此與自訴程序中自訴人是訴訟主體，負責主導證據調查之範圍、順序與方法之主動原告地位顯有不同，因之，告訴不可能完全取代自訴功能。再者，告訴並不能化解通姦配偶與告訴配偶於公堂互見之衝突，被害配偶一旦對於通姦配偶提出告訴，釋字第五六九解釋正當化自訴限制的理由 - 維護人倫、家庭和諧，難道在公訴程序中就不用維護嗎？若限制自訴係基於維護人倫關係，何不亦限制告訴呢？釋字第五六九號解釋顯然出現矛盾⁹⁷。

三、允許對相姦人自訴是否符合立法理由

本號解釋以早期實務見解對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用；有論者認為不許對於相姦人提出自訴，方能避免「對配偶不得提起自訴」的規定成為具文，早期實務運作模式並無不妥，問題是以「告訴不可分原則」之法理運用。實務限制對相姦人提起自訴，雖有其維繫家庭和諧之功能上意義，但依據理由不應是「告訴不可分」之原則運用，除無公訴章節之準用外，在無明文規定下，應禁止類推此項原則之適用，換言之，自訴之限制不應於無法律保留之明文情形下，及於通姦罪之相姦人⁹⁸。但亦應強調配偶雖彼此間不得自訴，但仍可提出告訴之情形下，仍不免對簿公堂，是以，本號解釋與

⁹⁷ 參照張麗卿，前揭文，頁 146；然本論文認為如剝奪自訴權行使之餘，再限制其對配偶告訴權之行使，似乎更是侵犯憲法保障人民之訴訟權。

⁹⁸ 告訴，非對特定人而係針對犯罪事實請求訴追，且告訴乃論之罪雖係實體法上之問題，與告訴權之行使屬程序上問題有所不同，然基於刑罰權平等實施之考量，故有「告訴不可分原則之適用」，但自訴則是針對特定人及犯罪事實，故原則上不應有此原理之適用，參照張麗卿，前揭文，頁 148；參照劉秉鈞，同註 15，頁 211 以下。

立法目的完全背道而馳，而無法維持家庭和諧，且比起相姦人而言，似乎通姦配偶更應受到譴責，因此以刑罰追訴第三人，是否足以形成以防禦婚姻之名，卻行自訴人報復之實⁹⁹。

針對上述數點意見，有其論理基礎、真知灼見之處，但本論文認為仍須補充的是，基於被害人追訴主義之訴追理念下，告訴、自訴都是被害人表達訴追意思之方式，雖於現行刑事法中規範告訴人與自訴人間於法地位上之差異性，然如以被害人訴追理念之架構下，如被害人選擇以告訴為訴追方法時，就應依循者告訴權之行使 檢察官之偵查程序 偵查終結 < 起訴或不起訴處分 > 再議程序 < 立法論上有斟酌之處 > 交付審判程序等具一貫性之流程進行追訴程序，當然此一管道中，檢察官所扮演之角色顯屬重要，除以外部監督機制賦予檢察官為不當不起訴時，被害人亦能有獨自訴追機會外，於內部追訴抑制方面，以被害人追訴權之概念，界定檢察官之定位，即檢察官係代理被害人行使其追訴權之機關，應公正地行使刑事追訴權，在此認知下，告訴、自訴權之行使間，本於刑事追訴權本質內涵、被害人之界定下應如何行使、其權限之授與，且於外部制衡、監督制度整體性建構、理解方式上，方為憲法第十六條保障人民訴訟權之核心領域。

第三款 法院之審查程序

刑事訴訟法第三二六條規定：「法院或受命法官，得於第一次審判期日前，訊問自訴人、被告及調查證據，於發見案件係民事或利用自訴程序恫嚇被告者，得曉諭自訴人撤回自訴。」「前項訊問不公開之；非有必要，不得先行傳訊被告。」「第一項訊問及調查結果，如認為案件有第二百五十二條、第二百五十三條、第二百五十四條之情形者，得以裁定駁回自訴，並準用第二百五十三條之二第一項第一款至第四款、第二項及第

⁹⁹ 參照張麗卿，前揭文，頁 148。

三項之規定。」「駁回自訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行自訴。」上開關於自訴程序中第一審判期日前之訊問及調查證據程序，有論者指出，主要目的在替代檢察官之偵查程序，賦予法官行使類似偵查法官之職權，以發揮如同檢察官偵查程序之功能，過濾不適合進入審判程序並保護被告之權益¹⁰⁰，故亦可稱此為「法官之偵查權」；對此，關於案件起訴後進入審判程序前，是否有中間程序，由於各國之訴訟構造不同，亦有相異之審查機制，於美國聯邦刑事訴訟規則第五之一則所定之預審制度，僅就重罪案件，檢察官於提起公訴前，程序上先由預審法官審酌檢察官是否具備續行追訴被告之相當理由，屬起訴前之監控機制、於德國刑事訴訟法上之中間程序則是由法院於檢察官起訴後，職權針對檢察官所起訴之案件，是否具起訴門檻，以防止檢察官嫌疑不足之追訴權行使、我國刑事訴訟法第一六一條第二項之法院起訴審查機制，在形式上顯異於美國刑事程序起訴前之預審機制，而較類似於德國之中間程序¹⁰¹；相較之下，於我國之自訴程序則無起訴審查程序之適用，依據最高法院九十一年四月三十日第四次刑事庭會議決議：「...除其中第一六一條第二項之起訴審查機制、同條第三項、四項以裁定駁回起訴之效力，自訴程序已分別有第三二六條第三、四項及第三三四條之特別規定足資優先適用...惟第一六一條第二項裁定定期通知檢察官補正逾期未補正者，得以裁定駁回起訴之規定，在自訴程序中，法院如認案件有同法第二五二條至第二五四條之情形者，自得逕依同法第三二六條第三項之規定，裁定駁回自訴，無須先以裁定定期通知自訴人補正。」從起訴適法性原則審查，檢察官基於犯罪嫌疑不足所提起之訴訟，可依刑事訴訟法第一六一條第二項之起訴審查制度而獲得節制，至於被害人直接所提起之自訴程序，雖於制度上亦有第三二六條之所謂「準

¹⁰⁰ 參照林俊益，同註 57，頁 101；林國賢，前揭書，頁 111。

¹⁰¹ 參照陳運財，起訴審查制度之研究，月旦法學雜誌第 88 期，2002 年 9 月，頁 28 以下。

偵查程序」予以控管，然實務上卻以裁定駁回自訴之情形，在比例上占極少數，對於被告之保護，不但未生節制之績效，亦因可能經上級法院之撤銷發回，造成訴訟費用上之勞費，是以，有論者即建議採行自訴之起訴審查制度，對於自訴程序，配合刑事訴訟法採起訴審查制度，法院除應審查起訴之合法性外，對於起訴之必要性、合目的性，亦應設審查之明文，使被告不至於因被害人採行告訴或自訴程序之不同，而在刑事程序中遭受不同結果之差別待遇¹⁰²。

針對上述意見誠屬的論，有其理論基礎，然本論文認為仍須補充的是，由於司法資源有限性之考量，各國之立法例多設計如起訴審查制度、中間程序或預審程序等濾網，其制度背後目的都是為杜絕犯罪嫌疑不足之案件進入公判庭，在此認知下，其實刑事訴訟法第三二六條、第一六一條第二項、第二五八條之一都有相同的功能，至於如本於被害人追訴主義下之訴追理念，當被害人選擇告訴申明其追訴意思，而檢察官起訴後、或不起訴而由被害人聲請交付審判時，都須經過法院之審查程序，其中如被害人逕行提起自訴時，刑事訴訟法第三二六條法院之審查程序，亦具有相同之意味，僅是法院針對不同之程序、對象，或本於刑事追訴權之本質內涵有不同之解釋下，有著相異之審查界限、門檻、範圍¹⁰³，換言之，雖然刑事追訴

¹⁰² 參照劉秉鈞，同註 15，頁 222。

¹⁰³ 現行實務上常有濫訴之情形，除公訴程序於起訴審查制度制定前，無預審制度之分權制衡外 < 由於民國十七年刑事訴訟法雖襲自日本大正十一年刑事訴訟法 - 以法、德刑事訴訟法為母法，然卻造次民主憲政之根本原理，擅廢於偵查構造之預審制度，參照林朝榮，前揭文，頁 6。 > 即使制定後，法院積極使用該審查機制之比例似乎占檢察官所有起訴案件中仍屬少數，另於自訴程序，法院使用該制度裁定駁回自訴之情形，在比例上亦占其少數，因之，就可能造成濫訴之假象，換言之，因法院不認真地使用該過濾制度而使大量犯罪嫌疑不足之案件易於進入法院後，卻反而回過頭怪罪被害人無法律專業知識，而限制其提起案件之範圍，似乎有倒果為因之嫌疑，並間接地可能造成人民對司法之不信賴，是以，雖掌握公判庭入口之審查制度仍不完備，然如法院慎重地使用，應能適度地調節大量案

權都僅是單一概念，均是被害人之追訴權，然由於被害人告訴權行使時，檢察官為法律專業者，並有強大之偵查權限，其決定起訴時，起訴門檻自應設定為必須具有較高之犯罪嫌疑程度，相對地，如被害人選擇自訴權之行使時，於現行制度下，由於自訴人於起訴前並無強制蒐集證據之權限，在未有充分之證據資料相輔佐下，如再將起訴門檻提高至形式有罪或具法定嫌疑之程度，似乎如同過度阻礙被害人自訴權之行使。

件湧入法院之現況。

第六章 結論

對於刑事司法引擎而言，刑事追訴制度其實可謂是如同「火星塞」之地位，雖對終局判決之結果並無決定性之權限，然如缺少此觸媒之角色，不但整部引擎必然無法啟動，亦對國家刑罰權之實行、社會秩序之回復、被害人應報感情之舒展，均造成某種程度之阻礙，是以，於檢討現行刑事訴訟程序適正性之餘，除著重公判庭中雙方當事人，攻擊防禦方法之對等性、法院之公正聽訟及判決外，於進入公判庭之前，深究刑事追訴權之本質、內涵、歸屬者，及實際擔任追訴者之檢察官的地位、權限、外在制約方式等刑事追訴制度，亦有助於對整體刑事司法之權威性、專業性、切合性等評價印象，塑造成公平正義之最後一道防線，使人民能對司法之信賴性日益增高，而非仍停留於與政治掛勾之舊有思維。

首先，本論文先釐清刑事追訴權之本質內涵可發現，由於其具請求權性質，由不同主體行使時，會呈現出不同之結論，再者，如搭配探討刑事訴訟之最終目的，雖然交由國家機關行使，較有統一性之基準，但當一犯罪行為之發生，不論對於國家秩序或者個人之生活利益都造成危害，在此認知下，由國家機關行使刑事追訴權，以確認被告刑罰權之有無及其範圍，雖具有統一之起訴基準、不受被害人應報感情之影響等優點，但不可忽視的是由被害人親自進行追訴之訴訟價值，且依照大法官會議第五七號解釋之意旨，被害人之告訴權、自訴權均是憲法第十六條訴訟權保障之範圍，立法者必須本於立法形成自由之限度內，建構維護被害人追訴權之制度性保障，因之，如何在以公訴程序為主之刑事追訴制度中，尋求自訴程序之立足點，或於偵查階段提升被害人之參與程度，將是尋求整合追訴權、審判權間之著力處。

其次，再深入探討刑事追訴制度之理論基礎時發現，其實

檢察官於兩大追訴主義下之法地位有著截然不同之想法，於國家追訴主義下，由於認定刑事追訴權之歸屬者為國家，作為國家機關之檢察官，行使刑事追訴權時，不單是立於訴訟當事人，更是要以法之守護者、國家正義體現者、社會秩序之維護者之姿，不受受害者報復感情、政治情勢之左右，而以國家秩序、利益之保護為優先之考量下，綜合判斷犯罪行為對社會之影響、受害者之處罰感情、犯人本身之情事等因素，公正地行使追訴權，因之將其為「司法官 - 非當事人」之法定位，並受到客觀義務之拘束；相反地，於被害人追訴主義之理論基礎下，由於被害人方為刑事追訴權之歸屬者，於現代刑事程序上具不同法意義之告訴、自訴程序，於此法理論下，都是被害人表達其訴追意思之方式，兩者僅係付託與親自實行間之差距而已，當被害人選擇付託於檢察官行使時，檢察官即是立於代理人之地位，原則上必須尊重被害人之追訴意念；在此不同追訴理念下，亦同時牽動循著不同方向設計監督、制衡機制，前者，由於檢察官行使國家追訴權，於檢察官民主化之過程中，僅基於國家機關相互分立制衡之精神，由法院審酌檢察官起訴與否之妥當性；後者，由於檢察官是被害人追訴權之代理人，當檢察官不為起訴時，於制度設計上亦由被害人監督之機制、賦予被害人有再次親自訴追之機會，因之，針對交付審判制度，於解析其性質時，亦必須根據被害人之追訴主義之基礎上，一貫地理解、界定其構造，雖其中仍有法院之介入痕跡，然僅是基於司法資源有限性、及保護被告遭受不必要之訟累考量下，援引類似於英美法預審制度之架構，審查是否已達起訴門檻，而足以開啟刑事訴訟程序。

我國刑事追訴制度既可稱之為公訴制度與自訴制度〈被害人追訴主義〉之折衷式立法，則如何健全並改革自訴制度、或直接加強被害人於公訴程序之參與地位，其實攸關整體刑事追訴制度改革成敗之所在。在此認知下，思考被害人於刑事司法中應有之權限，不應僅侷限於將之認定為保護對象之觀點，本論文之論述主軸，採取提升被害人在整體刑事司法程序中地

位出發，認定其為刑事追訴權之歸屬者，以發現被害人於告訴、自訴程序間應有之權限範圍，藉此再釐清其與公訴程序應如何配合，其理在此。故本論文整體歸納後，建議如下：

一、被害人之監督機制：我國刑事訴訟法第二三二條、第三一九條雖形式上規定被害人有提起告訴、自訴之權限，然由於實質上被害人於告訴權行使後，於檢察官之偵查階段，不但對於檢察官起訴與否之裁量權限，無法參與，更於事後監督制度，除必須先循檢察一體內部之再議程序，聲明不服而被駁回後，方能提出交付審判，再者，於聲請法院交付審判前，仍必須強制委任律師提出理由狀，對於告訴人亦造成某種程度之阻礙；但如基於被害人追訴主義下，告訴、自訴其實都是賦予現代意義之被害人追訴制度，為被害人表明追訴意思之方法，被害人原則上能選擇其一，當被害人決定付託予檢察官行使刑事追訴權時，檢察官是立於代理人之地位，對於被害人之起訴提案時，檢察官即是第一道防線，必須本於法律專業知識審酌是否有足以起訴之門檻，如決定不為起訴前，基於代理之法理基礎，原則上違背本人之追訴意思時，必須徵求本人之同意，因之，檢察官為消極不起訴前必須得到被害人之同意，反之，如未得其同意時，被害人仍有向法院聲請交付審判之權利，有再次親自追訴之機會，亦即，當法院裁定交付審判後應轉為自訴程序，能由被害人實行追訴程序；相對地，如為提起公訴時，檢察官即是立於訴訟之代理人地位行使追訴權，此時仍須由法院審酌是否已達起訴門檻，杜絕濫訴之可能，是以，其實觀察刑事訴訟法第一六一條第二項、第二五八條之一甚至第三二六條都具有相同之機能，由法院負責控管進入公判庭之訴訟案件，三者間之差距僅於認知相異刑事追訴權之內涵時，有不同的起訴門檻，例如，當檢察官行使刑事追訴權時，由於現行法中其具有強制偵查權限，能蒐集充分之證據資料，因之，將此追訴權之內涵界定為「有罪判決請求權說」，為防止公訴權濫用之考量下，使其負起較高之起訴門檻，實為妥當。

二、公訴優先原則之修正解釋：現行刑事訴訟法第三二三條實有修正之必要性，並不能執著公訴具有片面優先於自訴程序之效力，反而須斟酌告訴、自訴間之關聯性，當被害人選擇告訴時，必須循者告訴權之行使 檢察官之偵查程序 偵查終結 < 起訴或不起訴處分 > 再議程序 < 立法論上有議論之處 > 交付審判程序等具一貫性之流程進行追訴程序，自不能於檢察官開始偵查時有再行提起自訴之權限；反之，如檢察官之開始偵查並非源於被害人之告訴，而是主動偵查或是非利害關係人之告發時，似乎公訴優先原則有檢討之處，亦即，於立法層次方面，除檢察官消極不起訴前，必須徵求直接被害人之同意外，於交付審判制度亦應思考賦予未為告訴權行使之被害人聲請權限；或者，於部分維持刑事訴訟法第三二三條所強調之公訴優先原則之前提下，對於未經直接被害人之告訴而檢察官開始偵查之情形，賦予被害人於檢察官偵查期間可直接提起自訴，親自進行訴追之權限，而非拘泥於現行法概括片面強調公訴優先原則，而忽視被害人之追訴利益。

三、自訴人之法權限：另外，如被害人選擇直接開啟訴訟時，雖肯定立法者增訂自訴程序必須強制委任律師為訴訟代理人實行追訴程序，以加強追訴能力之用意，然除了法律扶助之制度尚未健全、檢察官之協助自訴之義務不明外，對於自訴人蒐集證據之權限仍未受到重視，雖於現行中增訂賦予自訴人於起訴後有保全證據之聲請權，但實效上似乎已趨緩慢，因之，在審酌證據保全之性質、偵查階段之構造後，其實賦予自訴人於公判前有直接向法院聲請證據保全之權限，除此保全後之證據資料提出公判前亦須通過傳聞法則等證據法則之審核外，其實並未對犯罪嫌疑人有任何權益上之重大侵害，且能適時地防止證據有滅失之虞，進而降低濫訴之可能性，實現刑事訴訟之最終目的。

最後，套用論者間所常言之一句話：「被害人自訴之行使，兼具有告訴之性質」，雖國內學者已有意識到告訴、自訴權行

使之同質性，原則上均是傳統被害人追訴主義、或已賦予現代新瓶之追訴方式，但卻仍囿於國家追訴主義下之追訴理念，僅認定告訴、自訴權於現行刑事司法上處於不同之法地位，而未正視、深究告訴、自訴權間均是被害人表達追訴意思之方式，再者，亦有論者認定：「只要其他機制能夠防範檢察官之濫權並保護被害人利益，便可考慮可以予已限縮，乃至於完全廢除自訴制度」，這段論證雖有其論理基礎，然如未於偵查階段提升被害人之參與地位或正視被害人方為刑事追訴權之歸屬者等觀點前，似乎有關自訴程序廢除或改革之論戰將永無止境之一天。

參考文獻

壹、中文部分

一、書籍

1. Claus Roxin 著、吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，1998 年 11 月。
2. 王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004 年 9 月。
3. 呂太郎，民事訴訟講義，2000 年。
4. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，憲法理論與實踐〈一〉，2003 年 2 月。
5. 林山田，刑事程序法〈增訂四版〉，2001 年。
6. 林俊益，刑事訴訟法概論〈下〉，2003 年 7 月。
7. 林國賢，自訴制度〈修訂本〉，1995 年 9 月。
8. 林鈺雄，刑事訴訟法〈上冊 - 總論篇〉，2000 年 9 月。
9. 林鈺雄，刑事訴訟法〈下冊 - 各論篇〉，2000 年 9 月。
10. 林鈺雄，檢察官論，2000 年 5 月。
11. 陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，1998 年 9 月。
12. 陳樸生，刑事訴訟實務〈再訂版〉，1999 年。
13. 黃東熊，中外檢察制度之比較，1986 年 4 月。
14. 黃東熊，刑事訴訟法研究〈第二冊〉，1999 年 4 月。
15. 黃東熊，刑事訴訟法論〈二版〉，1999 年。
16. 黃朝義，犯罪偵查論，2004 年 3 月。
17. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，1999 年 9 月。
18. 鄭玉波，民法總則，1995 年 8 月。

二、期刊論文

1. 尹章華，自訴制度之比較與辨正 - 再論刑事訴訟之偵查程

- 序，收錄於比較刑事法論文集，1993年8月。
2. 王兆鵬，自令狀原則論我國相關規定之缺失，刑事法雜誌第44卷第4期，2000年。
 3. 王兆鵬，起訴審查 - 與美國相關制度之研究，收錄於刑事訴訟之最新增修與實踐，2002年9月。
 4. 王皇玉，刑事追訴理念之轉變與緩起訴 - 從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌第119期，2005年4月。
 5. 朱朝亮，從公訴權之本質論公訴權濫用，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997年。
 6. 何賴傑，自訴之限制、追加起訴與程序瑕疵之治癒，收錄於刑事訴訟法實例演習 < 何賴傑等四人合著 >，2000年6月。
 7. 何賴傑，論刑事告訴之法律性質與適用，收錄於當代刑事法學之理論與發展 - 刑事程序法篇 < 蔡墩銘教授榮退感念專輯 >，2002年9月。
 8. 何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討 - 交付審判制度，台灣本土法學雜誌第37期，2002年8月。
 9. 吳冠霆、陳貞卉，我國交付審判制度之檢討，刑事法雜誌第48卷1期，2004年2月。
 10. 林俊益，評民國八十九年刑事訴訟法之修正，台灣本土法學雜誌第九期，2000年4月。
 11. 林俊益，論自訴程序審判期日前之訊問與調查，月旦法學教室第28期，2005年2月。
 12. 林朝榮，主義變遷中之我國刑事訴訟法 < 上 >，台灣本土法學雜誌第49期，2003年8月。
 13. 林朝榮，檢察制度民主化之歷史，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997年。
 14. 林鈺雄，交付審判之起訴審查與撤回公訴，台灣本土法學雜誌第34期，2002年5月。
 15. 林鈺雄，鳥瞰2002年1月刑事訴訟法之修正，台灣本土法學第33期，2002年4月。

16. 林鈺雄，論偵查法官 - 兼論法官保留與直接審理原則，收錄於法治國家之刑事立法與司法 - 洪福增律師八五壽辰祝賀論文集，1999年8月。
17. 柯耀程，「證據保全」立法之檢討 - 評刑事訴訟法新增證據保全之規定，月旦法學雜誌第97期，2003年6月。
18. 柯耀程，刑事訴訟目的與「無罪推定原則」 - 歷史觀的評價 - ，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 > ，1997年。
19. 柯耀程，刑事訴訟法「交付審判」制度問題研議，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」學術研討會，2002年6月。
20. 張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障 - 以釋字五六九號為中心，收錄於司法院大法官九十三年學術研討會 < 上冊 > ，2004年12月。
21. 許宗力，基本權的功能，月旦法學教室第2期，2000年12月。
22. 陳運財，日本檢察官之起訴裁量及其制衡，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 > ，1997年11月。
23. 陳運財，起訴審查制度之研究，月旦法學雜誌第88期，2002年9月。
24. 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌第113期，2004年10月。
25. 陳運財，緩起訴制度之研究，台灣本土法學雜誌第35期，2002年6月。
26. 陳運財，論「改良式」當事人進行原則，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」學術研討會，2002年6月。
27. 陳運財，檢察官之起訴裁量，台灣本土法學雜誌第10期，2000年5月。
28. 陳運財，檢警關係定位之研究 - 從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌第108期，2004年5月。

29. 黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第二十七期，2005年1月。
30. 黃朝義，偵查開始 - 告訴，月旦法學教室第16期，2004年2月。
31. 楊雲驊，交付審判程序時法院的調查範圍與裁定的起訴效力，法學講座第10期，2002年10月。
32. 楊雲驊，賠了夫人又折兵？ - 私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，台灣本土法學雜誌第41期，2002年12月。
33. 楊雲驊，證據保全的規定與實務 - 以偵查階段為中心，月旦法學雜誌第114期，2004年11月。
34. 劉邦繡，告訴乃論之告訴與刑事訴訟法上告訴、自訴之探討 - 及刑事訴訟法第三百二十三條之問題，全國律師第5卷9期，2001年9月。
35. 劉秉鈞，刑事訴訟法之基本概念，收錄於刑事訴訟之運作 < 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集 >，1997年。
36. 劉秉鈞，自訴制度之研究，司法研究年報第十輯 < 中冊 >，1990年。
37. 劉秉鈞，論自訴程序規定之缺失，法官協會雜誌第5卷2期，2003年12月。
38. 蔡宗珍，憲法解釋與訴訟權之保障 - 以行政訴訟為中心，收錄於司法院大法官九十三年學術研討會 < 下冊 >，2004年12月。
39. 蔡清遊，刑事訴訟法第一六一條、一六三條修正後之新思維、新作為，司法週刊第1067期，2002年1月。
40. 蔡清遊，談自訴之修正 < 上 >，司法周刊第1156期，2003年10月。

貳、日文部分

一、書籍

1. 三井誠等編，刑事法？典，2003年3月。
2. 小山雅？，？？？？？訴追制度 - ？察？？創設？私人訴追主義，1995年3月。
3. 川崎英明，現代？察官論，1997年9月。
4. 平野龍一，刑事訴訟法？基礎理論，1964年。
5. 田宮裕，日本？刑事訴追，1998年。
6. 浦部法穂，憲法？教室，2001年5月。
7. 高田卓爾，刑事訴訟法 <二訂版>，1984年2月。
8. 渡？直行，論？刑事訴訟講義，2003年7月。
9. 新堂幸司，新民事訴訟法，1998年。
10. 藤永幸治等編，大？？？？？？？刑事訴訟法第二卷，1994年10月。
11. 藤永幸治等編，大？？？？？？？刑事訴訟法第四卷，1995年1月。
12. ？藤重光，「公訴？理論？？？批判」刑法？刑事訴訟法？？交錯，1950年。
13. ？藤秀夫，民事訴訟理論？生成？展開，1985年11月。

二、期刊論文

1. 三井誠，公訴？？運用，法？教室第159期，1993年12月。
2. 小山雅？，？？？？？刑事訴追制度？動向--？？？？？察？？？？？近年？動？？中心？，西南？院大？法？論集35卷3.4號，2003年3月。
3. 山田文，訴訟？目的？機能 <？？？？？？？？？訴訟法 - 民訴？？>，法？？？？ - 第559期，2001年7月。
4. 井上正二，訴訟內？？？？紛？？事人？役割分？，民事

1997 年 11 月。

19. 鯨越溢弘，準起訴手?? 私人訴追主義--職? 濫用? 有?
? 統制???? 一試論<付審判制度? 問題?? 改善策 -
特集>，自由? 正義 43 卷 7 號，1992 年 7 月。
20. ? 登佳人，???? 刑事訴訟法?? 察官? 私訴原告人?
? 協同??? 公? 訴追主義? 採?，法政理論 16 卷 1 號，
1983 年 10 月。

私立東海大學
法律學研究所

碩士論文

從被害人追訴權之本質論自訴制度之修正

研究生：楊唯宏 撰