

檢察官定位與指令拘束 ——德國法的視角啟發

許澤天^{*}

摘 要

檢察官扮演介於法官與警察之間的法律守護人，不但必須履行客觀義務與遵守法定原則，更須將法價值的實現作為其存在的根本意義，而與一個把法律當作工作制約的行政官有所區別。

檢察官在憲法的權力分立意義上屬於行政權，而不在憲法第七章有關「司法」的規範範圍內。因此，憲法第 80 條對於從事審判工作的法官，要求須依據法律獨立審判，卻未明文對檢察官做此要求；立法機關更在法院組織法第 63 條與第 64 條分別規定，檢察總長與檢察長對檢察官的指揮監督權以及職務承繼權與移轉權。不過，在刑事程序的任務上，檢察官與刑事法官皆屬廣義的刑事司法機關，透過彼此的分工與制衡，發現真實，並實現保障人權價值在內的司法正義（司法院大法官釋字第 392 號參照）。因此，在追求法律意旨實現的誠命下，司法人員人事條例第 3 條將檢察官與法官合稱為「司法官」，實屬妥適。

DOI：10.3966/181130952018090003001

^{*} 國立成功大學法律學系教授；德國杜賓根大學法學博士。筆者在此感謝兩位審查人的審查意見，以及成功大學法律所學生翁英琇與鄭惟容的校對協助。

投稿日：2017 年 12 月 22 日；採用日：2018 年 1 月 23 日

由於檢察官在刑事程序的任務趨近於法官，自須使檢察官猶如法官般地，得以依其確信認事用法。檢察官不同於一般行政公務員，對於上級指令權的限制，亦不能只求不違背法令即可，而須考量到檢察官的司法屬性。據此，檢察首長不應透過指令權強迫檢察官違反自己確信行事，如欲貫徹自己觀點，亦只能行使職務承繼權、職務移轉權，以維持檢察官的司法屬性。

關鍵詞：法律守護人、法定原則、法價值、檢察官、檢察指令權、司法官、行政官、客觀義務

Cite as: 3 NCTU L. REV., September 2018, at 1.

Discussion on the Position of Prosecutors and the Restriction on Orders Regarding Prosecutorial Matters —From the Perspective of German Law

Tze-Tien Hsu *

Abstract

Prosecutor, as the guardian of law subduing between judiciary and police, may not only comply with objective obligation principle of legality, but especially regard demonstrating the legal value as their essential mission. In contrary, executive official, who regards the law as a bound toward the policies, is fundamentally distinct from prosecution system.

Under the scheme of separation of powers in constitution, prosecutor was assigned to the executive branch, so the Section 7 (Judiciary) did not include prosecution system within; hence, Constitution Article 80 only dictated that judges shall hold trials independently. Besides, Legislative Yuan had separately entitled the right of instruction and supervision and the right to take over or commission official tasks to prosecutor general and chief prosecutor in Article 63 and 64 of Court

* Professor, Department of Law, National Cheng-Kung University; Doctor of Laws, The University of Tübingen, Germany.

Constitution Act. However, within discharging duty in criminal proceedings, prosecutors and judges are both regarded as the generalized judiciary, which counterbalanced and duty-divided with each other to discover the legal fact within cases, and to accomplish the judicial justice and the human right protection (see Interpretation No. 392 of Judicial Yuan). Thus, at the behest of the law, it is accurate to position prosecutor and judge as “judicature” jointly in Article 3 of Jurisdiction Personnel Management Act.

There is an obligation for prosecutors to identify cases within the *opinio juris*, since the role of prosecutor resemble judges under the criminal proceedings. Consequently, the restriction on the right to command between superior and subordinate prosecutor could not only submit to the law, but also ponder the character as judicature, which significantly dissimilar from general executive public official.

Whereupon, prosecutor general could not oblige subordinate prosecutors to alter their *opinio juris* by the right to command. So as to the implementation of the *opinio juris* of prosecutor general himself/herself, in case of discrediting the judicature character of prosecutor, he/she could only exercise the right to retract or transfer.

Keywords: Guardian of Law, Principle of Legality, Legal Value, Prosecutor, Right to Command, the Judicial Officer, the Administrative Officer, Objective Obligation

1. 問題的切入

沿襲自歐陸的改革刑事訴訟制度，刑事訴訟法從立法開始，就明確地把糾問訴訟裡集中在法官的權限，區別為從事審判的法官以及從事偵查與起訴的檢察官，以避免像改革前遭控訴的被告一般，必須面對難以客觀地看待自己偵查與起訴犯罪事實的法官，陷入百口莫辯的困境。若是如此，改革刑事訴訟制度的原意，只是把先前法官的偵查和控訴權交給新創的檢察官，檢察官理應仍具有與法官相同的司法屬性；但是，在檢察官制度創設開始，就安排檢察官內部有所謂的上命下從關係，而有別於法官所擁有的獨立性。憲法第 80 條對於從事審判工作的法官，要求須依據法律獨立審判，卻未明文對檢察官做此要求；立法機關更在法院組織法第 63 條與第 64 條分別規定，檢察總長與檢察長對檢察官的指揮監督權以及職務承繼權與移轉權，致在立場上認為前揭憲法規定應採取反面解釋，對檢察官排除其適用。因此，檢察官雖然承繼過去糾問時代法官的部分職責，卻無法像法官一樣擁有獨立性，以致其在定位上常被人視為行政官，迄今爭論未平。

此處，筆者係以德國文獻對此問題的討論作研究基礎，盡可能地在忠實傳達彼邦文獻觀點的前提下，提出自己的看法。因為，這個爭議在我國受到關注的原因，與我們對德國法與文獻的理解，具有密切關連性。尤其，我國刑事訴訟法與法院組織法對於檢察官職權與組職的設計，大體上與德國法規規定若合符節，憲法與行政法及刑法的學理亦受德國法深厚的影響，選擇德國法作為參考借鏡對象，自是有其合理意義。

2. 檢察官的創立與角色變更

2.1 破除糾問與政治操控

在採行控訴原則前的德國刑事訴訟程序，乃係採行糾問訴訟（Inquisitionsprozess），不區分刑事追訴與裁判，自無設置法院外的檢察官

的意義與空間。反之，在英國當時採行的當事人訴訟（*Parteiprozess*），偵查係由警察實行，審判程序上起先由被害人，其後視不同案情由國王委託的律師代表訴訟，亦不需要具有組織的檢察官。直到在法國大革命的影響下，具有組織的檢察官制在法國誕生，並逐漸傳播及於德意志境內，而與 19 世紀前半期核心的刑事訴訟變革——追訴與裁判機關分立——結合在一起。因此，刑事司法從過去由法院完全掌握的現象，轉變成由兩個機關來行使，並奠定某程度的訴訟上權力分立關係，而成爲所謂的改革式刑事訴訟（*reformierter Strafprozess*）¹。

普魯士法務部長 *v. Savigny* 與 *Uhden* 兩人在 1846 年 3 月 23 日提出的著名備忘錄中指出，作爲法律守護人（*Wächter des Gesetzes*）的檢察官應在針對被告的程序開始，有權促成法律獲得全面實現；*v. Savigny* 與 *Uhden* 據此推出，檢察官負有保護被告與控訴被告的義務，檢察官並非在將被告移送法院時，始發生法律守護人的作用，而是在先前的警察行動中就已介入，檢察官應在警察與法院間發揮法律守護人的作用，建立兩者的中介²。

不過，此一盛行於上世紀 60 年代與 70 年代的法律守護人觀點，並非全然無疑³。近來法律史的研究指出，設置檢察官的實情，並非出於如此的理想熱情，背後實有不少的盤算。首先，依照舊有的法官與控訴者合爲一體的訴

¹ *Hans-Heiner Kühne*, in: *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 1, 26. Aufl., 2006, Einl. Abschn. J, Rn. 39*; *Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 9 Rn. 1*; 林鈺雄，檢察官論，頁 14-15（1999）；林山田，刑事程序法，頁 148-149（2004）。這段法制歷史，相當具有啟發意義，足以作為另外一篇的專文主題處理，更為詳細的介紹，*Ernst S. Carsten/Erardo C. Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl., 2015, S. 37-81*。

² *Eberhard Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 330 f.* 另請參考，林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁 129-131（2017）認為歐陸法系創設檢察官制的目的，主要包括廢除當時的糾問訴訟、控制警察活動的合法性、作爲法律的守護人。

³ *Kühne (Fn. 1), Rn. 40.*

訟模式，法官不能撤銷自己判決，自只能容許受有罪判決的被告為其利益提起上訴，而缺乏為其不利益的上訴可能性，故只能創設檢察官作為上訴人來解決此問題⁴。其次，統治者已經意識到法官獨立屬於既成事實，唯有透過受指令拘束的檢察官，始能在刑事程序中發揮政治影響⁵。文獻更指出，德國選擇法國檢察官模式，更確切地說，選擇拿破崙檢察官模式作為典範的理由，就在於其適合透過行政操控，以壓迫人民的自由；倘若，檢察官可獨立監控傳統上隸屬在行政權底下的警察活動，執政者將必須忍受權力的喪失。就此來說，與其稱檢察官是所謂的「革命之子」（Kind der Revolution），倒不如說檢察官是「革命之拖油瓶」（Stiefkind der Revolution），甚至是一個「特洛伊木馬」（trojanisches Pferd）⁶。

據此，檢察官在德國法制上從一開始的設計，就處於理念與現實利益糾葛之間的窘狀。此在目前德國法院組織法第 147 條依然保留法務部長的外部指令權下，檢察官就很難擺脫行政官的色彩；但刑事訴訟法卻以法定原則和客觀義務，劃定檢察官行事的方針與界限，又使其必須成為法意志的代言人，而非統治當局的傳聲筒。在 2015 年發生的 netzpolitik.org 案中，聯邦檢察總長 Harald Range 執意調查媒體記者所涉嫌的德國刑法第 94 條叛國罪，卻遭到聯邦法務部長 Heiko Maas 阻止其繼續調查，Range 召開記者會抨擊 Maas 出於政治考量影響偵查是對司法獨立的無法容忍的干預，Maas 則使 Range 遭到免職，並宣稱自己並未下達指令，而是與 Range 一同談好不要繼續調查該案件。這裡，不論聯邦法務部長是否依照德國法院組織法第 147 條下達指令，其已介入個案的偵查，又促使理論與實務界認真思考是否應該掃除這個內閣司法的殘餘（Relikt einer Kabinettsjustiz）⁷。

⁴ Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 93.

⁵ Vormbaum (Fn. 4), S. 93.

⁶ Hinrich Rüping, Aufsatz, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, S. 147, 150, 156; Michael Heghmanns, Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft, GA 2003, S. 433, 442.

⁷ Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 9 Rn. 13a; Erardo Cristoforo Rautenberg, Deutscher

2.2 偵查角色吃重

在 19 世紀的改革爭辯中，從來就無人認為檢察官的指令拘束是自由法治國的產物，而其被接受的理由，僅因檢察官在當時扮演的角色無關緊要⁸。此一背景，和過去刑事訴訟的重心始終在審判程序有關。德國在 1877 年頒布刑事訴訟法以來，一直建立在一個假設前提上，即在所有必要參與者到場下，於公開審判期日中，由獨立的法院依照嚴格證明程序發現實體真實。據此，刑事訴訟法對於審判階段的規範密度，如公開、言詞與直接等原則，遠遠超過偵查。相對地，偵查則是由偵查機關依其合義務的裁量決定證據調查，調查的結果，亦僅記載於書面卷宗，其進行方式不僅不公開，甚至還嚴重地限制被告與辯護人在場的權利。亦即，今日德國的偵查程序，仍是採取間接、書面與秘行的糾問程序⁹。無獨有偶，在我國亦不因為近年來所推動的改良式當事人主義，而使偵查的糾問本質有所改變。因為，諸如傳聞法則、交互詰問等制度的引進或修改，都仍只侷限在審判程序的嚴格證明問題。

倘若我們把偵查階段，理解為僅是一個不具獨自意義的資料蒐集準備程序，則在有效追訴犯罪的需求以及事後審判可修正偵查錯誤的考量下，縱使偵查活動缺乏足夠法治國程序擔保，亦不代表整體刑事程序欠缺法治性，因此作為偵查主體的檢察官就算遭到政治干涉辦案，其為禍範圍，仍屬有限。不過，此一假設，業已不再符合實際運作狀況。偵查在今日已儼然成為刑事訴訟的（事實）核心角色，不再只是提供審判參考資料，而是決定被告案件命運的關鍵。實證調查顯示，偵查階段所發生的錯誤或瑕疵，事後很難在審

Widerstand gegen weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft, ZRP 2016, S. 38; *Christian Trentmann*, Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen, ZIS 2/2016, S. 130 f.

⁸ *Hegmanns* (Fn. 6), S. 433, 442.

⁹ *Helmut Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag Bonn 2004, S. 18.

判中獲得彌補與糾正，此在專以偵查卷證為基礎的簡易程序，甚至協商討論中，更是難以挽救¹⁰。況且，隨著便宜原則的擴張，檢察官對於被告課予負擔或指令的類似制裁措施（刑事訴訟法第 253 條之 2），偵查目的在此已不再只是釐清犯罪嫌疑，而是在於做出類似法院科刑判決的處分措施。並且，實務上案件大多在偵查階段即告終結，檢察官的角色，已從立法當時預想的起訴機關逐漸轉變為「不起訴機關」¹¹，以致法院無從在審判中過問案件的偵查是否完備與合乎法治程序。

據此，偵查制度重要性的變更，對於我們理解與掌握檢察官的屬性，究竟是或應該是司法官、行政官抑或折衷兩者的老話題，應具有促進重新思考的意義。因為，若是檢察官的角色偏向上命下從的行政官，將意味著整體刑事訴訟程序的大方向是朝著行政權的控制邁進；若是檢察官的角色偏向客觀中立且獨立的司法官，將意味著整體刑事訴訟程序的大方向仍保有濃厚的司法形塑性格。在此脈絡下，檢察官與警察在偵查領域的「勢力」消長，亦將影響到刑事訴訟的未來走向。因為，警察毫無疑義地屬於行政權，若是警察主導偵查，進而決定案件的終局結果時，無異宣告終結刑事訴訟的司法形塑性，而可能讓政治勢力長驅直入。因此，如何在制度設計上讓檢察官有效發揮其偵查主體的角色，以控制作為偵查輔助機關的警察活動合法性，實屬重要¹²。

3. 現行法制中的檢察官角色與任務

3.1 德國法制概況

德國基本法第 20 條第二項規定：「所有國家權力來自人民，國家權力

¹⁰ Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 39 Rn. 35.

¹¹ Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，頁 168（2008）。

¹² 陳志龍，「法治國檢察官之偵查與檢察制度」，臺大法學論叢，第 27 卷第 3 期，頁 81（1998）。此外，林鈺雄，前揭註 2，頁 152 有關「檢警（調）關係」之改革方向的簡要敘述，值得參考。

由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。」司法權乃是其中的第三權（*dritte Gewalt*）。依照德國基本法第 92 條規定，檢察官並不是具有行使審判權力的法官，無法享有基本法所託付的司法權，以致檢察官在基本法上應屬行政機關。並且，由於檢察官不是德國基本法第 97 條意義下的法官，自不享有憲法所保障的獨立性。因此，作為公務員的檢察官，負有服從上級指令的義務，此亦在德國法院組織法第 146 條與第 147 條中加以明定。據此，檢察首長對於其所轄機關內的檢察官具有所謂的「內部指令權」（*internes Weisungsrecht*）；聯邦法務部長與各邦法務部長各對其所轄聯邦或各邦檢察官，享有所謂的「外部指令權」（*externes Weisungsrecht*），稱為「外部」，係因法務部長並非檢察官的緣故。又，不論是內部的指令權或外部的指令權，均有可能具備個案指示與通案命令的性質，且在標的上均可能是針對法律或事實問題¹³。此處，要注意的是，德國係聯邦體制國家，聯邦法務部長或聯邦檢察總長，並無法藉由指令權的行使，介入各邦的檢察事務。

檢察官係偵查的主體，依照法定原則，其經告發或其他原因知有犯罪嫌疑者，應對案件進行調查，以決定是否提起公訴（德國刑事訴訟法第 160 條第一項）；並且，檢察官在偵查有足夠理由時，應提起公訴（德國刑事訴訟法第 170 條第一項），否則應不起訴（德國刑事訴訟法第 170 條第二項第一句）。依照作為法定原則例外的便宜原則，亦僅授予檢察官有權限對本應提起公訴的案件，予以不起訴（如德國刑事訴訟法第 153 條、第 153 條之 1 等等）。檢察官負有客觀義務，不僅應調查不利被告的情況，亦要調查對其有利的情況（德國刑事訴訟法第 160 條第二項）。檢察官為遂行偵查工作，除指揮警察為調查外，並得向所有公務機關調取資料（德國刑事訴訟法第 161 條第一項第一句）。

檢察官是階層體制的官署，個別檢察官依照德國法院組織法第 144 條是

¹³ *Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017, § 146 GVG Rn. 1.*

所屬官署第一公務員（檢察首長）的代理人，但無庸出示代理的證明。依照德國法院組織法第 145 條第一項，第一公務員有權監督與帶領所轄檢察官，檢察首長除擁有上述的指令權，尚擁有職務移轉權（*Substitutionsrecht*）與職務收取權（*Devolutionsrecht*），即檢察首長可行使移轉權，將特定程序中的檢察官換下，而由其他檢察官履行職務；檢察首長亦可行使收取權，由自己來履行特定程序中的職務。檢察官在審判中必須始終蒞庭的要求（德國刑事訴訟法第 226 條），不是指某一檢察官，而是指其機構（*Institution*），以致檢察首長得以在審判中介入¹⁴。亦即，在法理上有所謂的「法定法官」原則（德國基本法第 101 條第一項），卻無所謂的「法定檢察官」。惟應注意者，只有檢察首長才能行使移轉權與收取權兩者，法務部長並非檢察官，至多只能行使移轉權¹⁵。

3.2 我國法制的類似性

上述德國法有關檢察官的角色與任務，幾乎完全為我國刑事法與相關檢察官法制所複製。亦即，從我國刑事訴訟法第 228 條第一項「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」規定可知，我國係採偵查法定原則，並以檢察官作為偵查主體；再配合我國刑事訴訟法第 229 條至第 231 條以及調度司法警察條例等規定，司法警察在偵查中受檢察官的指揮監督偵查終結。依我國刑事訴訟法第 251 條至第 255 條，不論基於法定原則或便宜原則，只能由檢察官決定。並且，檢察官負有客觀義務，不但依刑事訴訟法第 2 條應注意被告之利益，且得為被告的利益提起上訴、再審或非常上訴。而在組織結構上，依照法院組織法第 63 條與第 64 條，檢察機關採行階層式結構，檢察首長具有指令權，且得行使職務承繼權與移轉權。至於法務部長，則與德國法制不同，依法院組織法第 111 條第一款及法官法第 94 條第一項第一款僅具有檢察行政事務的指令權。並且，與德國以檢

¹⁴ 但此在法理上不無疑義，恐與直接審理原則相衝突，見後述 5.1.3。

¹⁵ *Werner Beulke*, *Strafprozessrecht*, 13. Aufl., 2016, Rn. 83; *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 13), § 145 GVG Rn. 1 f.

察機關為主體，即所有檢察官係檢察首長代理人的制度不同，我國（個別）檢察官具有獨立官署的地位，可對外獨立為意思表示¹⁶；但此差別僅具形式，我國亦承認檢察首長得行使職務承繼權與移轉權，而此正是首長代理人制度的核心¹⁷。此外，不論在我國或德國，檢察指令權僅具內部效力，不影響檢察官對外意思表示（尤其對法院）的效力¹⁸。

與德國檢察官的權限相較，我國檢察官的不起訴處分具有確定力（刑事訴訟法第 260 條），近年來在緩起訴制度之引進後，我國檢察官又不必經法院與被告同意，即可對被告施加制裁措施（刑事訴訟法第 253 條之 2 第一項第一款、同項第二款），其權力之大，已非德國檢察官所能比擬，因而更易滋生檢察首長濫用指令權的可能性¹⁹。因此，如將我國檢察官比照行政官的定位，恐會帶來更大的政治介入可能性。

4. 德國文獻對司法與行政概念的理解

4.1 德國刑事法文獻的觀察

4.1.1 訴訟法說明

檢察官的定位是司法官或行政官，抑或介於兩者，爭議不斷。為澄清此問題，或可從幾位著名德國學者的說法下手，觀察他們如何敘述，以便進行思考。

著名的德國刑事法學者 Claus Roxin 與 Bernd Schünemann 合著的教科書

¹⁶ 林麗瑩，「檢察一體與檢察官獨立性之分際」，月旦法學雜誌，第 124 期，頁 47（2005）。

¹⁷ Volker Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht, Band 1, 2006, Rn. 157.

¹⁸ Beulke (Fn. 15), Rn. 82; Ulrich Franke, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 10, 26. Aufl., 2010, § 146 GVG Rn. 5; 林鈺雄，刑事訴訟法（下），頁 142（2017）。

¹⁹ 楊雲驊，「刑事訴訟法檢察官不起訴處分確定力之檢討」，月旦刑事法評論，第 6 期，頁 58（2017）。

裡，對於檢察官在刑事程序的法律定位一開始就寫著：「檢察官是廣義司法機關（Justizbehörde），其既非屬於行政，亦非屬於第三權，而是介於兩者的獨立廣義司法（Rechtspflege）機關。……檢察官與法官截然不同，此不僅可從基本法第 92 條的明確文義以及檢察官指令拘束得出，更可從檢察官不具備法官特有的創設確定力裁判權說明。但檢察官亦非純粹的行政機關，其在功能分配上與法院共同行使廣義刑事司法（Strafrechtspflege），如同法官，檢察官的工作係朝向在實現法價值，即真相與正義，而非行政的必要性²⁰」。

類似的說法，Klaus Tiedemann 在刑法與刑事法導論一書中寫道：「從檢察官作為廣義司法機關的屬性，其不是從事行政行為，毋寧地，其工作係在實現法律與貫徹法律。與其他機關不同，維護法秩序不是檢察工作的外在限制，而是其目的。儘管如此，檢察機關係以行政體系建構，並因此與法院明顯不同。源自行政層級建構的檢察機關的特別重要結果，即是上級指令權與下級指令拘束性（§ 146 GVG）²¹。」

Werner Beulke 在其暢銷的刑事訴訟法教科書中，指出檢察官是介於行政與廣義司法間，而認為「一方面從層級建構與個別檢官的指令拘束及上級的移轉與承繼權，可說明檢察官是行政機關；另一方面從指令拘束性的限制、法院組織法第 150 條的檢察官獨立於法院、偵查任務實行的客觀性義務（刑事訴訟法第 160 條第二項），以及特別是刑事訴訟法第 153 條以下所賦予的廣泛不起訴可能性，可說明檢察官是廣義司法機關。正確地說，檢察官必須依照可能已成通說的觀點，被認為是具有雙重地位，且偏重在作為廣義司法機關的角色。不過，聯邦檢察總長與少數的邦檢察總長（如 Mecklenburg-Vorpommern），因其依然具有可隨時遭到政府停職的政務公務員地位（Stellung von politischen Beamten），而難符合廣義司法機關角色²²。」

此處，Roxin、Schünemann、Tiedemann 與 Beulke 四位學者對檢察官定

²⁰ Roxin/Schünemann (Fn. 1), § 9 Rn. 1.

²¹ Claus Roxin/Gunther Arzt/Klaus Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2013, S. 122.

²² Beulke (Fn. 15), Rn. 88.

位的說明，係使用 *Justizbehörde*、*Rechtspflege*、*Strafrechtspflege*，而非德國基本法第 92 條以下所規定的司法（*Rechtsprechung*），其理由應當是基本法第 92 條已明確地將司法的權力只託付給法官（*Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut: Art. 92 GG*），檢察官自是無從享有，自只能另闢蹊徑，運用與司法相類似的概念，論述此一定位問題。其實，德國基本法第 92 條以下所規定的司法僅侷限在審判，檢察官與法官所共同行使的廣義刑事司法權，乃是從刑事訴訟任務的分工與制衡角度所共同架構的更為上位概念，涵蓋偵查、起訴、審判、執行。因此，筆者將此 *Strafrechtspflege* 概念配合司法院大法官釋字第 392 號的「廣義司法」用語，譯為「廣義刑事司法」，而使檢察官得以在刑事程序上稱為「廣義司法機關」²³。這裡，讀者應可嗅出檢察官定位的不易說明處，否則這些德國知名學者不會用這些略帶模糊的用語來評價檢察官的定位。若如論者所言司法官必須是根據「不告不理」的被動審判機關，檢察官的定位問題早已預設在其所認為的司法機關定義中，循環論證的結果，檢察官當然是行政官，早無討論價值。誠然，使用廣義司法概念，亦不能純粹只是規避問題的概念技術解套，仍然必須說明何以檢察官類似於法官，或兩者有何類似之處，而得以一同納入廣義司法機關的概念下。

4.1.2 實體法說明

相較於前述刑事訴訟法文獻的說明，不妨看看與我國刑法第 124 條枉法裁判罪非常類似的德國刑法第 339 條枉法罪（*Rechtsbeugung*）。兩者保護的法益，均為前面所提到的廣義司法（*Rechtspflege*），使其免受內部人員的侵犯，以保障人民對法律事件係公正且依法指揮與決定的期待²⁴。

在我國對於該罪的行為主體「有審判職務之公務員」概念是否只限於法官，還是包含檢察官，甚至訴願審議委員會委員，則存在學說爭議，問題在

²³ 文獻採此作法者，林鈺雄，前揭註 1，頁 190。

²⁴ *Jörg Eisele*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 1, 4. Aufl., 2017, Rn. 1665; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 2, 17. Aufl., 2016, § 61 Rn. 1.

於如何理解法條中所謂的「審判」²⁵。相對地，在德國法該罪中，由於立法者已明定「法官、其他公務員或仲裁人」，重點在法官外的公務員是否類似法官般地在指揮或決定一個法律事件，決定案件不起訴或起訴的檢察官，決定是否科處秩序罰鍰的行政機關公務員，實行法官任務的法務官（Rechtspfleger），都是得以成爲本罪的行爲主體。因爲，這些公務員，都是處理一個可能具有相互衝突利益的多人參加的法律事務，且須在一個形式程序中依照法原則進行調查與決定。因此，他們具有類如法官般地对程序進行主導（指揮權限）與終結（決定權限），且該程序的首要事項在落實法律，而非其他行政目的²⁶。

如果從德國文獻對於該罪主體的說明，可得出具有「闡述正確之法」（richtiges Recht zu sprechen）權限與義務的機關²⁷，不是只有法官，亦包含具有類似權限的檢察官與行政機關公務員。至於這些公務員是否具有全然的獨立性或不受指令拘束，則不影響他們因爲曲解法律所成立的枉法罪²⁸。此一思考，極具啓發意義，而有助於我們從職務功能角度認定何謂司法機關，且司法機關的屬性與其是否具有獨立性，未必具有必然關連性。

暫撇我國刑法第 124 條枉法裁判罪的行爲主體解釋爭議，爲擔保檢察官法定義務的履行，當其明知爲無罪之人，而使其受追訴或處罰，或明知爲有罪之人，而無故不使其受追訴或處罰者，將處一年以上七年以下有期徒刑（刑法第 125 條第一項第三款）。此等對檢察官在刑事程序中所要求的嚴格義務，僅有前述的枉法裁判罪，可相提並論。因爲，一般行政官雖然也須「依法行政」，但其縱使出於明知違背職務，除另有賄賂、圖利、偽造文書等等可罰行爲外，尙僅就該違背職務行爲受到行政懲戒，卻不致成立犯罪，

²⁵ 皆予肯定者，林山田，刑法各罪論（下），頁 100（2006）；僅提訴願機關人員，並予肯定者，韓忠謨，刑法各論，頁 77（1970）。皆予否定者，陳子平，刑法各論（下），頁 634（2016）。

²⁶ Eisele (Fn. 24), Rn. 1669 f.; Rengier (Fn. 24), § 61 Rn. 5.

²⁷ Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014, § 339 Rn. 1.

²⁸ Eisele (Fn. 24), Rn. 1669 f.

而與檢察官單就該違背職務行為即受重罰威嚇的情形，有所區別²⁹。申言之，檢察官作為法律守護人，其知法犯法，其惡重於一般僅受法律拘束的公務員。

4.2 德國公法文獻的觀察

檢察官是否是司法官，抑或為行政官，除了觀察前述刑事法學者的論述外，理應從研究國家權力規範的公法進行觀察。然而，在查閱一些德國公法教科書與註釋書後，發現彼邦公法學者對此具體議題顯然並不熱衷³⁰，而只能試著從文獻上對於司法與行政的定義或描述中尋找問題思考方向。

誠如前大法官吳庚在其行政法的教科書中所言，近代民主政治興起後，三權分立之建制已為各國憲法奉為圭臬，在尋求行政的定義時，自然而然將之界定為立法及司法以外的國家活動，是故，自 Otto Mayer 以來，學者多採取此種反面定義的方式，解釋何謂行政³¹。不過，何謂司法？如其本身無法獲得明確的定義，則使用反面定義方式，亦無法掌握行政內涵為何。

德國基本法對於何謂司法（*Rechtsprechung*）並未加以定義，著名的德國公法學者 Hartmut Maurer 在其國家法教科書中對於司法與行政概念的說明，或可提供我們一些啟發。Maurer 認為「暫且不論是否得以根本地取得一個精確且能掌握所有情況的司法概念，如同行政的概念一般，較具意義的作法是指出彰顯司法的典型要素，並以此作為處理個案的根據。據此，司法係透過一個獨立且僅受法律與法拘束的國家機構，於特別保障下所組織的程序

²⁹ 林鈺雄，前揭註 18，頁 100；僅提訴願機關人員，並予肯定者，韓忠謨，前揭註 25，頁 135。

³⁰ 在德國憲法教材的名詞索引中，普遍找不到檢察官這個用語。如 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1999; Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht*, Band 1, 2011; Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 6. Aufl., 2010.

³¹ 吳庚，*行政法之理論與實用*，頁 2（2005）。

中，對法律爭議做出有拘束力的裁判³²。……由此可知，司法的典型要素個別如下：1.法律爭議：司法的標的是法律爭議，而非縱使對法律爭議的裁判取得某程度意義的政治、社會或個人紛爭。作為司法的唯一基準是法。由於爭議係以兩造為前提，司法係在正反意見對陳以及原告、被告對立的對審程序中實現其作為，並在廣義上適用於刑事法院程序，因其亦有施行控訴的檢察官與採取辯護的被告的對立。縱使是抽象的規範控制，仍可涵攝在對審程序概念下，因其雖無聲請的相對人，法院卻須對法律的合憲與否做出決定³³。2.拘束力：終結程序的（最後審級）決定，乃是司法的本質。法院判決產生確定力³⁴……。3.獨立性：對於從事司法的機關有一定要求，其必須中立與獨立，使得以從一個未涉入的第三者做出決定，此在一方面要求法院的組織獨立性，另一方面要求在個案決定的法官具有事務與人身的獨立性。4.程序：法院程序的特別保障，應擔保做出一個合乎事實與法律的正確裁判、促進和平與創造法安定性³⁵。5.反應性的活動：從司法的裁判特徵可知，其機關不是採取主動與形塑性的活動，而是針對既存爭議問題作判斷。司法具有維護法的功能，而非塑造法是如何的功能。誠然，司法可藉由法律的續造，引導新的發展，只是法律的續造，仍受限於現行法。司法不是政治意念形成的程序，而是受法限制的探知程序³⁶。6.聲請必要性：從司法的反應功能可知，其機關不許自行主動，而須待聲請為之。無原告，亦無法官³⁷。」

對於行政的概念，Maurer 有別於上述吳庚陳述的多數見解，乃是正面地

³² Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 5 有關 Rechtsprechung 的特徵敘述德語原文：In dieser Hinsicht ist Rechtsprechung die verbindliche Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch eine unabhängige, allein an Gesetz und Recht gebundene staatliche Instanz in einem mit besonderen Garantien ausgestalteten Verfahren. 文獻上類似的說法，Hesse (Fn. 30), Rn. 548; Kloepfer (Fn. 30), § 23 Rn. 8.

³³ Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 6.

³⁴ Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 7.

³⁵ Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 8.

³⁶ Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 9.

³⁷ Maurer (Fn. 30), § 19 Rn. 10.

對行政概念給予定義或描述，而認為「行政（Exekutive）不是只限於法律的執行，執行在此關連性上，係得以且應理解為是國家與社會生活的直接形塑。因此，執行涵蓋法律所未規定的領域，而得形成與落實自己的理念。最後，行政不只是在實行法律，更要審查現行法是否仍符合實務要求，必要時準備變更與補充，並向國會提出相關建議。據此，行政得總結為實現與落實法律或自己的觀念³⁸。」可資對照參考的是，Maurer 在其名著行政法總論中指出行政的典型特徵，係「1.行政是社會形塑，其標的係社會生活，行政係在處理社會事務與社會中的眾人事務³⁹。2.由此可知，行政必須具有公共利益導向。公共利益無法一次確定，係隨著時間進行而變化，且在其時常有爭議⁴⁰……。3.行政尤其是朝向未來的積極形塑，此在法律執行時，尤為顯然。立法者的一般抽象規定，應透過行政在現實上予以落實。但行政卻非僅限於法律執行，而是有許多法律未規定的任務，而是一般性地來自委託（如道路施工、社會設施的維護、致力文化促進）。就此來說，行政係得以且必須創造性地行事，且自發性地與依其構想行動；但行政在此必須受制於現行法的界限與政府方針⁴¹。4.行政對個別事件做出具體規制措施，並實現特定計畫⁴²」關於行政的法拘束性，Maurer 區分「依附法律行政⁴³，……法律未定行政……此處，理所當然地，行政必須遵守一般法界限與拘束⁴⁴（管轄規定、基本權利、行政法一般原則）」。

此處，值得一提的，乃是 Otto Rudolf Kissel 在其法院組織法註釋書中有關檢察官不是司法權的敘述。其謂「檢察官不屬於基本法第 92 條以下的司法權（RSprGewalt im Sinne der Art. 92 ff. GG），司法權係交託給『法官』，檢

³⁸ Maurer (Fn. 30), § 18 Rn. 4.

³⁹ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 1 Rn. 9.

⁴⁰ Maurer (F. 39), § 1 Rn. 10.

⁴¹ Maurer (F. 39), § 1 Rn. 11.

⁴² Maurer (F. 39), § 1 Rn. 12.

⁴³ Maurer (F. 39), § 1 Rn. 24.

⁴⁴ Maurer (F. 39), § 1 Rn. 25.

察官正好就不是法官（基本法第 92 條、第 97 條）。相對地，聯邦憲法法院亦明白地稱呼檢察官為『公務員』（Beamte）。檢察官的任務在實質上也不屬於基本法第 92 條意義的司法。檢察官的活動，欠缺透過未參與的第三者所產生的具有拘束力決定的功能，其不起訴不具有存續力與效力協助。縱使對法定法官的決定有影響可能性，亦無法將檢察官的活動納入司法，且就算檢察官負有客觀性且完整發現真實的義務，亦無法改變此一結論。檢察官在權力分立的意義上屬於行政權（Exekutive）⁴⁵。……。」「但是，檢察官基於其任務地位，尚非通常意義下的行政機關，而是一個特殊的機構，一個歸類為司法權的廣義司法機關（ein der RSprGewalt zugeordnetes Organ der Rechtspflege）；檢察官與法院共同履行司法協助的任務，其係一個廣義刑事司法的必要機關。然而，尚不能認為在權力分立的體系出現混淆。但在法律設計上，不論是檢察官在程序法上的可能性，以及檢察官的法律地位，均應使檢察官的特殊意義，符合其功能地顯露出來⁴⁶。……。」

Kissel 的敘述，提供給我們一個重要啓發意義，檢察官是否屬於司法官，應視究竟是在權力分立的脈絡，還是檢察官在刑事程序法的任務，而有不同考量。並且，Kissel 指出檢察官負有客觀與發現真實義務，尚還不足以使檢察官的工作評價為司法，實在啓人深思。因為，行政機關就該管行政程序，應依職權調查證據，不受當事人主張的拘束，對當事人有利及不利事項一律注意（行政程序法第 36 條、第 9 條），行政行為應受法律及一般法律原則之拘束（行政程序法第 4 條），檢察官的司法屬性自不能僅從外觀上的客觀義務、發現真實義務、守法義務導出，而應從檢察官的存在目的係在追求法價值與正義的實現角度，始能彰顯其與僅受法律拘束，而以行政為目的之行政機關，有所差異。並且，基於實現法價值而生的檢察官客觀義務，比行政機關要求的更為強烈。因此，文獻上有認為行政機關於行政程序中對當事

⁴⁵ Otto Rudolf Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 3. Aufl., 2001, § 141 Rn. 8. 此處，筆者的翻譯內容，省略原文中許多使用括號方式的引註。

⁴⁶ Kissel (Fn. 45), § 141 Rn. 9. 此處，筆者的翻譯內容，省略原文中許多使用括號方式的引註。

人有利不利事項應一律注意，一旦進入行政訴訟程序，行政機關成爲當事人之一造時，爲求己方的勝訴，即不應再課予客觀義務⁴⁷；相對地，檢察官於起訴後，縱使亦須扮演實行公訴的角色，卻仍然負有客觀義務，必要時必須爲被告請求法院判決無罪⁴⁸。

4.3 行政與司法的角色交錯

4.3.1 檢察官的司法屬性

從上面有關德國刑事法文獻與公法文獻的討論可知，檢察官不是擁有審判權限的法官，此乃至明之理，無須再論。但檢察官在刑事訴訟程序的角色，卻是如同法官般地在指揮與決定屬於刑事法律的事件，而非在處理不具法律爭議的政治、社會或個人紛爭。檢察官不僅受到法律的拘束，而有客觀義務與法定原則的適用，更是以法的實現（真相與正義）爲其任務依歸，而非在從事形塑社會生活的行政⁴⁹。申言之，一般行政官雖亦有注意對人民有利或不利情事的客觀義務，且必須遵守依法行政原則；但檢察官受法的拘束更爲深刻，法與法律係檢察官工作之標的，而非界限，此與行政官在法框架下的（行政）目的導向，截然不同⁵⁰。檢察官並非僅是在單純地執行法律，而是直接參與法的具體形成，法院的審理必須取決於檢察官是否提起公訴，方得以在個案中表達其法律見解；在審理階段，檢察官仍可透過其在法庭的活動促進符合法治程序的審判；裁判後，檢察官可透過上訴方式來監督審判的法治性，以避免法院的裁判背離法律意旨。

如有認爲，檢察官與法官不同，前者主動偵查，後者被動審理，以致前

⁴⁷ 吳庚，前揭註 31，頁 580。

⁴⁸ 這也是德國許多文獻認爲檢察官的司法屬性，與當事人角色地位互相排斥的理由，*Krey* (Fn. 17), Rn. 154; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 9 Rn. 10; 另參閱，林山田，前揭註 1，頁 160-161。

⁴⁹ 楊雲驊，「從釋字五三〇號解釋淺論檢察一體原則及限制」，法學講座，第 1 期，頁 41 (2002)。

⁵⁰ *Kühne* (Fn. 1), Rn. 56; 林山田，前揭註 1，頁 160。

者是行政官，後者才是司法官，則當係對此主動或被動現象的過度解讀。因為，檢察官的主動，只是不需經過有人提出請求而已，卻不表示檢察官可如行政機關般地主動形成與規劃，檢察官必須知有犯罪嫌疑，始能開啓偵查（刑事訴訟法第 228 條第一項），而非自行創造犯罪嫌疑，當與自發性地與依其構想行動的行政有所區別。並且，重點還是在於檢察官的行事準繩與法官並無不同，兩者都是在實現法律與正義，兼顧對被告有利與不利之事項。更何況，法官在刑事案件的審理中也非全然被動，其可在同一案件範圍內主動變更檢察官所引應適用的法條（刑事訴訟法第 300 條），亦可為發見真實，主動調查未經當事人聲請調查的證據（刑事訴訟法第 163 條第二項），並得在包含刑罰在內等各種效果的決定上不受檢察官請求的拘束。至於檢察官在偵查中具有較多的形成空間，其意義在於發揮偵查功能，獲取更多有關犯罪嫌疑的資訊，以決定是否提起公訴，而與法官必須在嚴格證明的限制下，始能決定被告罪責與刑罰不同。但不論是檢察官的公訴提起與否，抑或法官是否作成有罪判決，均是針對被告涉嫌過往犯罪事實的反應活動，均係以維護法的功能為目標，而與行政所具有的國家與社會生活形塑具有本質差異。

德國聯邦憲法法院早在 1959 年 3 月 19 日的一個裁判中就指出，檢察官不僅如其他行政機關般受法與法律拘束，其在廣義刑事司法的特殊任務，使其在「法定原則」的拘束下，一開始就對於法律有一個特別受限的裁量空間。檢察官在組織上隸屬於法務，係與其任務相符，正也是法治國中法務的重要成分。檢察官與法院共同履行「廣義司法協助」（Justizgewährung）的任務⁵¹。依照德國聯邦憲法法院向來的裁判見解，檢察官與刑事法院有義務「調查真實」，「如無真實，實體的罪責原則無法實現⁵²。」於 2015 年 5 月 5 日的一個裁判裡，德國聯邦憲法法院認為檢察官係公務員的一部分，同時也是廣義刑事司法的必要機關……藉由客觀義務（德國刑事訴訟法第 160 條

⁵¹ BVerfG, NJW 1959, 872.

⁵² BVerfG, NJW 2013, 1059 m. w. N.

第二項），檢察官是法治國與法定程序的保護者……作為「法律的守護人」（*Wächterin des Gesetzes*）角色，檢察官有義務維護憲法在刑事訴訟裡的規劃⁵³。

我國司法院大法官釋字第 325 號解釋理由書，已指出：「檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障」，而認為檢察官的職權行使，不應受到檢察體系外的政治力（監察院調查權、立法院調閱文件）干涉。其後，司法院大法官釋字第 729 號認為：「檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。」最具參考價值者，莫過於針對過去刑事訴訟法檢察官羈押權、提審法提審要件等規定的違憲問題，司法院大法官釋字第 392 號開宗明義地闡明，「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其間代表國家從事『偵查』『訴追』『執行』之檢察機關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一。憲法第八條第一項所規定之『司法機關』，自非僅指同法第七十七條規定之司法機關而言，而係包括檢察機關在內之廣義司法機關」，亦睿智地指出檢察官的角色在刑事程序意義與權力分立意義上的差別。如對照前述德國法與文獻所使用的概念 *Rechtsprechung* 是屬於我國憲法第 77 條的司法機關所擁有，而由法官掌理民事、刑事、行政訴訟之審判；*Rechtspflege* 則屬廣義的司法，而由檢察官在刑事追訴程序中與法官所共享與維護⁵⁴。因此，即便檢察官在權力分立上屬於行政權，卻因其在任務上與從事刑事審判的法院緊密相鄰，而

⁵³ BVerfG, NJW 2015, 1944.

⁵⁴ 林鈺雄，前揭註 2，頁 146。

取得一個廣義司法機關的特殊地位。

據此精神，德國立法者在二戰後致力設計出與法官相同的檢察官職業形象，將檢察官納入德國法官法（*Deutsches Richtergesetz*）的規範，並使兩者獲領相同的司法薪餉（*R-Besoldung*），以創造法官與檢察官的互調條件，在在強化檢察官作為法律守護人的觀念⁵⁵。無獨有偶，我國司法院大法官釋字第 13 號認為實任檢察官的身分保障，除轉調外，與實任法官同；立法者亦將法官、檢察官合併納入司法官的概念底下（司法人員人事條例第 3 條），授權司法院會同行政院制定檢察官與法官的互調辦法（司法人員人事條例第 17 條），同樣給予專業加給（司法人員人事條例第 38 條第二項），並在法院組織法第五章規範檢察機關、法官法第十章規範檢察官，其理亦可從此探知。

對於上述見解，我國學者陳運財提出一些質疑，其認為將檢察官定位為法律守護人角色，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，乃是一種相信官僚、重視官權且委由機關相互制衡的思維⁵⁶。據此，為避免被告處於與法官及檢察官兩個國家機關對抗的局面，確立檢察官的當事人性格是不可或缺的，故不得不使檢察官隸屬於行政機關；但又為避免檢察官的追訴權行使受到政治干涉的危險，而有必要建立「檢察官的公訴權本歸屬於人民」的理念，檢察官係代理人民行使追訴權的「公益代理人」，故與通常的行政機關不同，應賦予其一定的身分保障，並應接受國民的監督及一定的制衡⁵⁷。對於陳運財的看法，筆者必須指出，警察、檢察官與法官均為國家公權力機關，如何使其產生制衡的關係，以免其濫權，正是建立在懷疑官僚、官權的基本精神。並且，審檢的分權制衡，以及客觀義務的強調，固屬應堅守且應監督是否落實的理念，卻不等於現實上對被告辯護利益的充分維護⁵⁸。因此，重點應在強化被告辯護

⁵⁵ *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 504.

⁵⁶ 陳運財，「檢警關係定位問題研究——從貫徹檢察官控訴原則的立場」，*月旦法學雜誌*，第 210 期，頁 72（2012）。

⁵⁷ 同前註，頁 72-73。

⁵⁸ *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 19 Rn. 1.

權能，或考慮適當引入傳統司法僚外的人士（如參審員或陪審員或日本的檢察審查會）進入刑事司法體系，而非將檢察官當成行政官。因為，不論檢察官是司法官或行政官，檢察官都是掌握刑事追訴公權力的國家機關，都可能在偵查程序中產生過度侵害被告辯護權益的問題，而強調檢察官的法律守護人性格，應比強調其為當事人或行政官，更適合實現包含維護人權在內的法律正義，且較能避免不當的政治力介入。

法官法第 86 條第一項「檢察官代表國家依法追訴處罰犯罪，為維護社會秩序之公益代表人。檢察官須超出黨派以外，維護憲法及法律保護之公共利益，公正超然、勤慎執行檢察職務。」其中「公益代表人」的涵義，就檢察官在刑事程序的地位來說，必須搭配前述司法院大法官釋字第 392 號「廣義司法機關」的闡釋，以及司法人員人事條例第 3 條「司法官」的用語加以掌握，將檢察官理解為與法官相同的法意志代表人，其任務在代表國家依法追訴處罰犯罪。倘若將此處的「公益」泛指為關乎公眾的利益，則檢察官難以與其他行政機關有所區隔，甚至立法者都可稱為是維護社會秩序的公益代表人。檢察官必須依據立法者所制定的刑事法律追訴處罰犯罪，「公益」已由立法者代表全民在這些法律中清楚界定，檢察官必須追求與實現的，就是已經呈現在法律中的法價值，而不應再就法價值外，服從其他「公益」的引導⁵⁹。

至於我國檢察官的不起訴處分或緩起訴處分具有確定力（刑事訴訟法第 260 條），使得檢察官的不起訴或緩起訴幾近法院判決的確定力，以致有認為這是檢察官具有司法屬性的佐證⁶⁰。然而，「起訴，猶如認定被告為有罪」，「以行為不罰或犯罪嫌疑不足為由的不起訴，猶如認定被告為無罪」，「緩起訴，猶如認定被告有罪，卻可施加緩刑」，只能彰顯檢察官的工作與法官近似，自須使檢察官猶如法官般地，得以依其確信認事用法，卻

⁵⁹ 過去納粹政權即用國家福祉作為限制或要求檢察官活動的理由，林鈺雄，前揭註 1，頁 29。

⁶⁰ 劉邦繡，檢察官職權行使之實務與理論，頁 9（2008）。

不能由此推出檢察官的不起訴或緩起訴應具有確定力。因為，控訴原則下的法官與檢察官，都不應具有單方面使案件確定的權力，而應受到彼此的制衡，故法院的判決須由檢察官起訴與實行公訴始能作成，且在檢察官提起上訴時即阻斷其確定，何以未經法院介入的檢察官不起訴或緩起訴處分具有確定力。據此，筆者認為與其從不起訴或緩起訴處分的確定力觀點，倒不如從檢察官決定不起訴或緩起訴的行事準則猶如法院在作判決，均係朝向實現法律價值，以說明檢察官的司法屬性。

4.3.2 刑事法官的行政色彩

其實，自從刑法在過去一百年間，由單純的罪責報應走向與特別預防的結合後，刑事法官的任務已不再像 Maurer 所說，只在從事反應性的活動，而僅在針對過去事實單純的適用法律，而更有其針對社會生活的形塑。德國法學大師，同時是刑法學背景出身的法哲學學者 Gustav Radbruch，早在其威瑪時期的名著法學導論一書中提到，「刑事法官迄今主要是法律執行者，法律對其裁判規定嚴格限制。未來的刑事法官，將在法律限制的放寬下，履行更多的照顧與保護任務，而非僅限於單純法律適用，其是社會公務員、社會診斷者和社會治療師，類似行政人員（Verwaltungsmann），而別於民事法官。由此必然導致法官關切的重心，會從罪責問題轉向刑罰問題⁶¹。」此處，依附於刑法典中的保安處分，本質上就是出於危險防禦的警察預防思考，德國威瑪時期的刑法大家 Ernst Beling 就強調，保安處分一方面並非是刑法⁶²，另一方面也承繼許多原本屬於行政法的工作⁶³。亦即，刑法典中的保安處分規定，無非是因其與刑事違法行為連結，出於立法方便的技術理由的產物。

如果 Radbruch 所言無誤，連刑事法官都在從事行政工作，而具有行政官的特性，對於特別預防實現負有任務的檢察官，豈無行政性質。但須提醒讀

⁶¹ Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., 1953, S. 147.

⁶² Ernst Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 113 ff.

⁶³ Beling (Fn. 62), S. 51.

者的是，特別預防業已成為刑事法律目的之一，法官與檢察官促其實現，仍可謂在促成法價值的實現，而非只求不牴觸法律或法原則的行政可以相提並論。

5. 指令拘束的正當性與限制

指令權有無，必須從任務角度思考，而非從組織角度，因為現代國家尚有獨立性的行政機關，常屬委員會的組織形態，並不受上級機關指令的拘束；同時縱然在法院中，除審判獨立外，事務性的工作，亦受上級機關指令的拘束⁶⁴。如上所述，文獻常以檢察官的指令拘束性作為其屬行政官或至少不是純粹司法官的理由，但問題思考上亦可反過來看，破壞檢察官司法屬性的指令拘束，反而需要合理的理由。亦即，法院組織法中有關檢察官的組織如何建構，應取決於檢察官在刑事程序的角色為何，司法院大法官釋字第392號已將檢察官定位在廣義司法機關，其對檢察指令權將造成何等影響，自是值得深入思考。至於司法院大法官釋字第530號所謂「檢察官偵查刑事案件之檢察事務，依檢察一體之原則，檢察總長及檢察長有法院組織法第六十三條及第六十四條所定檢察事務指令權，是檢察官依刑事訴訟法執行職務，係受檢察總長或其所屬檢察長之指揮監督，與法官之審判獨立尚屬有間」，僅是對現行體制的重複說明，而未彰顯檢察官雖無審判獨立的保障，但卻因其具有的特殊地位，致使檢察首長指令權必須受到比一般行政權更多限制的意涵⁶⁵。

5.1 外部指令權

5.1.1 德國法制運作現況

鑑於檢察官在個案中應以真相與正義為依歸的司法屬性，目前在德國法院組織法第147條仍被承認的法務部長外部指令權，就顯得與檢察官的司法

⁶⁴ 吳庚，前揭註31，頁4。

⁶⁵ 楊雲驊，前揭註49，頁51。

屬性有所衝突，並可能導致檢察官在個案的行事陷入政黨利益考量，而非以真相與正義為依歸的困境⁶⁶。不過，誠如文獻指出，德國實務自十九世紀以來，法務部長放棄個案指令的實務習慣已經奠立，幾乎已具有習慣法效力，而可稱為「指令權在習慣法上的部分失效⁶⁷」（eine gewohnheitsrechtliche Derogierung des Weisungsrechts），問題只在為何不乾脆廢除，迄今仍在負隅頑抗，而未將前述所稱的「習慣法」成文化。

相較下，歐盟裡許多國家，如義大利、葡萄牙、拉脫維亞、匈牙利、立陶宛、斯洛維克、斯洛維尼亞、羅馬尼亞、塞浦路斯、波蘭，已設計完全脫離政府影響的檢察體制；未來為了更加保護歐盟財政利益所設計的歐洲檢察官，亦同樣的具有獨立性⁶⁸。奧地利在 2008 年 1 月 1 日生效的憲法第 90 條之 1 明定：「檢察官係普通法院審判權的機關。檢察官在法院刑罰制裁的程序中，實行偵查與起訴功能。有關其上級機關對其指令的拘束，係透過聯邦法律進一步規定⁶⁹。」將檢察官入憲，使其作為第三權機關⁷⁰。歐陸檢察官制母國的法國，已於 2013 年 7 月 25 日於刑事訴訟法第 30 條廢除法務部長的個別指令權，而只允許其擁有一般指令權。

作為國際刑事訴追機構的國際刑事法院檢察署，羅馬公約對其組織設計，明顯受到歐陸法系影響，將檢察署設於法院內，並強調其自主獨立性與免於指令地位（羅馬公約第 42 條第一項），以保障其具有司法機關的

⁶⁶ Rautenberg (Fn. 7), S. 38.

⁶⁷ 相關文獻與說明，請參考林鈺雄，前揭註 1，頁 197。聯邦德意志共和國成立後的濫用外部指令權事例分析，Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 509 ff. mwN.

⁶⁸ Rautenberg (Fn. 7), S. 38. 關於歐盟檢察署組織架構，王士帆，「歐盟檢察官——初探與預測」，檢察新論，第 8 期，頁 61-63（2010）。

⁶⁹ Artikel 90a. Staatsanwälte sind Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen nehmen sie Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr. Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen.

⁷⁰ 林鈺雄，「開啟檢察官定位的新紀元——從奧地利刑事訴訟與檢察官制度的變法談起」，檢察新論，第 8 期，頁 3-20（2010）。

性質⁷¹。

5.1.2 存在正當性論辯

著名的德國刑事法學者 Eberhard Schmidt 認為，法務部無疑地是行政機關，但亦非「通常」的部會，法務部不是國家權力意志的代表，而是不受政治考量所左右的國家法意志代表，故歸在法務部底下的檢察官不需擁有「獨立」地位⁷²。不過，縱使在歷史上曾有像 Schmidt 所推崇的 Coccejis、Carmers、Radbruch、Joels 這般作為國家法意志代言人的法務部長，也只能當作法務部長對其職務認知的道德期許，而不符合制度設計的應有考量⁷³。因為，法務部長是內閣的成員，必須受限於內閣紀律，並為其所屬政黨的利益服務，以求選舉繼續獲勝與執政，實與檢察官和法官在刑事程序上必須嚴格以真相和正義為依歸的使命不同⁷⁴。因此，給予法務部長個案指令權的問題在於濫用危險，不能期待透過個人的道德風骨加以避免，尤其法務部長雖在德國罕見對個案進行形式指示（förmliche Weisung），但仍因其所享有的指令權，得以要求承辦檢察官進行報告，使其對具有政治敏感性的案件掌握偵查細節⁷⁵，法務部長將可能以「請求」、「盼望」、「警告」等隱晦影響方式（subtile Einflussnahmen），引導檢察官在個案中究應如何作為，檢察官向上級（含法務部）報告對「社會聞人」（尤其政治人物）的調查情形時，

⁷¹ 楊雲驊，「國際刑事法院羅馬規約下檢察官的地位與職權」，檢察新論，第8期，頁36-38（2010）。

⁷² Schmidt (Fn. 2), S. 331 f.; Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 517.

⁷³ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 538 即明確指出 Schmidt 以先賢的歷史事實作為支持外部指令權理由的不當，且 Schmidt 本人也承認，倘若法務部長不具有真正的法理念，則檢察制度的意義與功能將陷入危險，而從事多年檢察實務工作的 Rautenberg 直言，從未經歷過如此遠離政治的法務部長。

⁷⁴ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 518 f.; 林鈺雄，前揭註1，頁202。

⁷⁵ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 514. 此處，林鈺雄，前揭註1，頁115 已正確指出，我國及德國法院組織法皆未明文規定檢察官對其上級首長負有報告義務，但此等義務當然附屬於指揮監督權的概念之內。

經常可嗅到上級的干預訊息⁷⁶。前述 *netzpolitik.org* 案的聯邦檢察總長是否經聯邦法務部長指令，已屬各執一詞的羅生門，問題就在已確認的檢察總長所實行報告義務事實，創設了法務部長的 political 操作空間。此再搭配檢察官不能任意公開指令內容，否則有面臨德國刑法第 353 條之 2 侵害職務秘密處罰的風險，以致存在高度的政治干預黑數⁷⁷，更讓法務部長在個案出現急迫的政黨利益時，勇於犯忌。亦即，外部指令權的濫用風險，其重點不在法務部長是否行使指令權，而在搭配該權利所產生的檢察官報告義務⁷⁸。如果明瞭此點，就不會對德國法務部長一方面罕見行使指令權，另一方面卻反對廢除指令權的想法，感到奇怪。因為，縱使下達外部指令在政治上必受反彈，難逃公眾輿論、媒體與國會的監督⁷⁹，但必要時還是得鋌而走險，棄車保帥。尤其，重點在於透過外部指令權，仍可要求承辦檢察官履行報告義務，法務部長依然可用各種方式從容應變，以保全更大的政治利益。

文獻上有謂，身為內閣成員的法務部長必須對國會負責，自須擁有外部指令權，始符合憲法的要求⁸⁰。然而，法務部長在德國法上對於行使審判權的法院整體功能，亦須承擔起政治責任，卻無人認為必須對法官的個案審判有介入權限，何以法務部長必須透過對檢察官個案行使指令權，才能對國會負責⁸¹。更為重要的是，如同法院對個案的判決，檢察官對個案的偵查與起訴是否適法或適當，取決於檢察官的法律確信，根本無所謂的政策成敗可言，交給法院審查，絕對會比國會審查妥適，法務部長不應為了檢察個案事務接受國會監督，自無須擁有外部指令權⁸²。因此，改革的重點應擺在如何

⁷⁶ 因偵辦德國前總理 Helmut Kohl 基民黨獻金醜聞而聲名大噪的前檢察官 Winfried Maier 即對實務個案指令的下達方式，做出生動的描述，*Winfried Maier, Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland*, ZRP 2003, S. 387 f.

⁷⁷ *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 520.

⁷⁸ *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 521.

⁷⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 198。

⁸⁰ *Kissel* (Fn. 45), § 146 Rn. 2; *Krey* (Fn. 17), Rn. 161; *Franke* (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 14.

⁸¹ *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 507.

⁸² *Carsten/Rautenberg* (Fn. 1), S. 507; 林鈺雄，前揭註 1，頁 85、133。

設計更完善的法院監督，檢察官的起訴必須受到法院審查，檢察官的不起訴亦應受到法院審查，現行交付審判制度僅賦予已提出再議而遭駁回的告訴人有聲請權利（刑事訴訟法第 258 條之 1），實有補充必要；若是如此，檢察事務不受法務部長指揮，亦不會帶來「無法控制的權力因素」（unkontrollierter Machtfaktor）⁸³。德國法官協會在其所提出的法院組織法草案中，就建議將外部指令權限縮在與個案脫離的一般指令，法務部長仍就此承擔起明確且清楚的責任⁸⁴。此處，屬於聯邦制度的德國，係由聯邦或各邦的法務部統轄法院與檢察行政事務，我國則分由司法院與屬於行政院的法務部處理法院與檢察行政事務。我國過去曾有司法院長賴英照先生，因為高等法院法官的貪瀆風紀案件負起政治責任下台的案例，亦無人因此主張司法院長必須擁有干涉審判的權限。

論者或認為政治敏感案件，法務部長不能置身事外，必須透過指令權擁有個案介入空間，以負起應有的政治責任。不過，讓代表政治力的部長介入刑事程序，其對司法公正性的傷害甚為鉅大，即便個案結果完全符合應有的正義，亦會讓不接受結果的公眾輿論、媒體與政治人物，因政治上的對立，攻擊原本應扮演公正角色的檢察官，反而得不償失。事實上，不論法務部長是否對具有政治敏感性的個案行使外部指令權，單單就該指令權存在的本身，就對檢察官公正執法的形象，以及附帶的整體刑事司法，造成不可彌補的損傷，讓人產生檢察官將在執政黨的願望下行事的懷疑，反對黨及其支持民眾對檢察官在政治敏感案件的處理貼上「政治打手」（verlängerter Arm der politischen Führung）的標籤，就屬必然結果⁸⁵。

論者或認為強調檢察官具有脫離行政權操控的司法屬性，在於使檢察官取得或至少保留更多的強制處分權限。但是，這樣的「爭權」觀點，已忽略創造檢察官制度的意義，就是為了在刑事司法程序上與法官產生制衡的關係，以避免先前糾問訴訟的法官獨斷，而非取得什麼權限。因此，檢察官不

⁸³ Rautenberg (Fn. 7), S. 41.

⁸⁴ Satzger (Fn. 9), S. 132.

⁸⁵ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 503 f.

能獨自宣告被告有罪，必須由法院審查其起訴；法官的有罪宣告，檢察官可透過上訴阻斷其發生確定力。檢察官與法官只是履行不同的訴訟法上任務，但卻都是在朝澄清事實、適用正確法律的方向來行事，並且，沒有任何一方可單獨決定案件的終局結果。循此方向，強制處分所要求的「法官保留原則」亦應在此制衡角度來理解，而非把檢察官套入行政官概念，自無以干預人民自由之權限來理解；法官亦非因其具有司法官地位，就當然具有強制處分權⁸⁶。為避免國家權力的濫用，尤其考量檢警偵查機關在刑事追訴上的可能從寬認定強制處分傾向，刑事訴訟的強制處分，原則上應盡可能地採取雙司法保障措施（*zweiggliedrige justizielle Sicherung*），先由檢察官提出聲請，再由法官作成決定⁸⁷。亦即，就算是法官，亦不能未得檢察官的聲請，即可干預人民基本權利。誠然，若是嚴格落實此一分權制衡觀點，難免妨礙追訴效率，而應視強制處分的性質與干預嚴重性，設計不同的原則與例外模式，如就重大干預的強制處分採取事先法官保留原則，就次要的或性質急迫的強制處分，配合法官事後審查制度下，賦予檢察官逕行發動權限，並限制急迫處分的運用與賦予受干預人救濟管道⁸⁸。凡此思考，乃是避免作為偵查機關的檢察官進行糾問式的強制處分，以保障人民基本權利，卻無礙檢察官在偵查階段所應扮演的廣義司法機關角色，追求真相，實現包含人權保障在內的

⁸⁶ 陳志龍，檢察官之偵查與檢察制度，法務部編印，頁 15（1998）：「在國內的某些法思考概念，認為法官是保障人權的性質，檢察官是當事人的性質，這種理念可以說是基於形式主義的信仰、信念，而毫無刑事訴訟法是為了處理利益衝突、緊張關係情形的基本思維；更乏對於刑事訴訟法檢察官的誕生，乃是為對抗『法官恣意』而來的法社會學背景。……『偵查法官』的介入，只是為了『獨立的審查制度』之設立。而也不是要如同國內某些人士認為要釐清『司法權』與『行政權』的性質」；林鈺雄，前揭註 1，頁 177：「法官保留原則，並非以法官之獨斷代替檢察官之濫權，……是以，權力分立原則在此等模式中仍然以『檢察官—主動發動／法官—被動決定』之方式繼續作用。」

⁸⁷ *Rautenberg* (Fn. 7), S. 41. 另請參考林鈺雄，前揭註 2，頁 312-313 有關採取法官保留原則之目的。

⁸⁸ 陳志龍，前揭註 12，頁 92-94；林鈺雄，前揭註 2，頁 315。

法律正義。

5.1.3 我國法制運作

我國法院組織法，從一開始就不承認法務部長對檢察事務的外部指令權，以避免政治觀點介入檢察官的刑事追訴活動⁸⁹。依照法官法第 94 條第二項但書，立法者更明文規定「法務部長不得就個別檢察案件對檢察總長、檢察長、主任檢察官、檢察官為具體之指揮、命令。」據此，法務部長亦不得要求檢察官向其履行個案偵查情形的報告義務，檢察官亦不應向法務部長透漏偵查機密，否則即有公務員洩漏國防以外之秘密罪（刑法第 132 條）的適用。不過，依照法官法第 94 條第一項第一款以及法院組織法第 111 條第一款，法務部長有監督各級法院及分院檢察署行政的權限。依照司法院大法官釋字第 530 號見解，法務部長就檢察行政監督發布命令，以貫徹刑事政策及迅速有效執行檢察事務，亦非法所不許。值得提醒讀者注意的是，暫且不論法務部長如何藉由行政監督貫徹刑事政策，且該行政監督命令是否即屬對檢察事務的一般命令⁹⁰，釋字中所謂的「刑事政策」不能被理解為是法務部長自己的刑事政策構想，而只是對立法者的抽象決定，進行更為具體化的措施，以促使法的平等適用。依照已達憲法位階的罪刑法定原則基本精神（司法院大法官釋字第 384 號），刑事政策應保留給立法者決定，法務部長如有不同於立法者的刑事政策構想，應透過修法提案的方式促成新的立法，而非透過發布檢察行政監督命令，創設表面上遵從法條文義，實際上卻與立法平行、甚至矛盾的另一政策觀點⁹¹。就此來說，所謂法務部長就刑事政策向國會負責，亦僅指其是否透過行政命令落實既有刑事立法政策，或是否適時提出合適的刑事立法修正案⁹²。並且，依照法定原則，檢察官知有立法者所規

⁸⁹ 極力認同者，林鈺雄，前揭註 1，頁 190。

⁹⁰ 林鈺雄，前揭註 1，頁 205-209，在立法論上外部指令權的規定模式，提出檢察事務與檢察行政事務區別法、一般命令與個案指示區別法、混合立法，可資參考。

⁹¹ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 533.

⁹² 目前由於司法行政割裂為法務部與司法院兩機構，前者掌管刑事實體法的修法提案

定犯罪的嫌疑即應開始偵查（刑事訴訟法第 228 條），而無選擇辦案的空間，起訴與否，應視是否足認被告有犯罪嫌疑者（刑事訴訟法第 251 條）；至於刑事訴訟法第 253 條及同法第 253 條之 1 有關便宜原則的運用，亦係植基於立法者授權下的裁量，檢察官必須審酌個案本於立法價值做出合目的性的決定，而非出於執政者的政治意志觀點。

對檢察事務不具有指令權的我國法務部長，得否運用對於檢察人事的操控而間接影響個案，亦屬重要議題，限於本文主旨與篇幅，只能提供「如何讓檢察人事權的制度設計不致產生政治介入個案的溫床，以及杜絕政治人物對檢察事務的關說與刺探，誠屬改革要點」的初步構想。簡言之，法務部長不享有外部指令權，只是關閉了一個政治介入司法的大門，卻不等於完全避免政治滲透司法的可能性，而仍猶待相關制度設計與司法文化的滋長。歐陸檢察官制創設以來，將檢察官隸屬於法務部，而非內政部的理由，亦在對法務部有特別的法治國期許，蓋其所掌管的司法行政事項與司法權息息相關⁹³，故法務部長雖在屬性上屬於政黨政治下內閣的一員，難脫政治思維，而不應賦予其對檢察事務的外部指令權，但其仍須有作為內閣中的法意志代言人的自我期許，始能孕育尊重司法的法治文化。

5.2 內部指令權

5.2.1 德國法制運作現況

源自法國檢察官制的一體性與不可分割性，仍屬德國法院組織法有關檢察制度的基礎，即採檢察一體原則（Grundsatz der Einheit der Staatsanwalt-

權，後者掌管刑事訴訟法的修法提案權。暫且不論司法院的定位與是否適合提出法律修正案，刑事實體法與程序法對於刑事政策的實踐，具相當程度的有機關連性，實應合為一體，由單一機構主導修法提案，始能有其一致性，且亦能追究其政策責任。

⁹³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 202-203。

schaft)⁹⁴。其中的內涵，主要表現在檢察首長的指令權、職務承繼權、職務移轉權，檢察官雖在事實上具有相當廣泛的獨自性與自我負責地位，仍屬首長的代理人，而須聽從首長指示，且可遭到首長替換⁹⁵。與外部指令權普遍受到德國文獻質疑，並倡導廢除的情形不同，德國目前通說對於檢察體系內的內部指令權，並未加以質疑。Helmut Satzger 甚至認為，內部指令權的本身不在檢討範疇，完全正確⁹⁶。

對於個別檢察官來說，其在執法上所面臨的難題是，上級指令權雖受到法律與法的拘束（德國基本法第 20 條第三項），檢察官和檢察首長間關於指令權的合法性與否仍可能產生不同認知，進而發生衝突，究應如何是好。此時，檢察官若認為指令有合法性問題，必須依公務員法向檢察首長提出異議（Remonstrations）。若是檢察首長確認該指令合法，檢察官有義務遵循該指令；但若該指令的執行是明顯抵觸刑法或構成秩序違反行為，或判定為侵害人性尊嚴，則檢察官必須拒絕遵從，只是在後續檢驗其拒絕是否合理的紀律程序中，檢察官可能會面臨不服從的風險⁹⁷。不過，此一依循公務員法的解決方式，並未充分顧及到具有廣義司法官角色的檢察官與一般公務員的差異，檢察官係以真相與正義之追求為其工作目的，而非在滿足行政上的需求。因此，檢察首長在面臨此衝突時，應採取職務承繼權或移轉權的方式處理此一衝突，而非硬逼檢察官遵守指令，始合乎比例原則⁹⁸。依照 Rautenberg 對德國檢察實務的觀察研究，檢察首長極少使用指令權，以迫使承辦檢察官必須違反其確信行事，如有必要，職務承繼權或職務移轉權乃是上級更好的選項，故與合議審判的法官相比，檢察官更能獨立地表達自己對認事用法的確信⁹⁹。

⁹⁴ Franke (Fn. 18), § 142 GVG Rn. 2.

⁹⁵ Franke (Fn. 18), § 142 GVG Rn. 3 ff.

⁹⁶ Satzger (Fn. 9), S. 131.

⁹⁷ Franke (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 33; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 146 GVG Rn. 7.

⁹⁸ Franke (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 34; Satzger (Fn. 9), S. 134.

⁹⁹ Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 498 f.

5.2.2 存在正當性論辯

5.2.2.1 內部指令權並非想當然耳的合理

作為廣義刑事司法機關，檢察官應依其對正義與真相的認知與確信，決定其事務如何進行，何以必須受到指令拘束，而有可能被迫選擇違反確信的行爲。故從立法論的角度來說，檢察內部指令權是否有其正當性，反倒是令人質疑，而非以既有法院組織法規定，認為檢察官非如法官般地享有事務獨立性。尤其，憲法第 80 條保障法官依據法律獨立審判，只能反面解釋認為本條不保障非法官的依法律獨立審判，卻不等於立法者可恣意地強加指令拘束給類似法官的檢察官。並且，此一內部指令權質疑，亦不會因為檢察指令權行使的書面透明化（法官法第 92 條參照）而有所澄清，其最多只能稱為對指令權的約束。據此，吾人要問的是，檢察一體的目的何在，檢察內部指令權具有什麼實質正當理由，以致於必須壓抑檢察官的（部分）司法屬性。文獻上有認為，體現內部指令權的檢察一體原則，使得檢察官和一般行政權下的行政官有所區別，賦予個別檢察官行使職權的自主性或獨立性¹⁰⁰。然此看法，或許是觀察角度問題，僅在強調受指令拘束的檢察官，在現行法的實然下仍與一般行政官有所差異，自非純粹的行政機關，卻未在應然面說明何以檢察官必須與法官有所差異，故論證上仍應先說明何以必須存在檢察一體，再處理檢察一體是否應限制，而與一般行政機關運作原則有所不同。

我國學者林鈺雄在 1999 年出版的「檢察官論」中，詳盡地從「打擊犯罪」、「防範誤斷濫權」、「國會監督」、「統一追訴法令」等觀點探討檢察一體之目的¹⁰¹，已可作為內部指令權正當性的討論基礎。其中，「國會監督」則已在外部指令權的存在理由討論，「打擊犯罪」則誤將檢察官與警察同視，與檢察官制的創設理由不符¹⁰²。因此，最值得重視的說法，乃是「統一追訴法令」說，我國立法者亦在容許檢察首長行使職務承繼權與移轉權的

¹⁰⁰ 林麗瑩，前揭註 16，頁 43。

¹⁰¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 115-127。

¹⁰² 林鈺雄，前揭註 1，頁 117-121。

事由中，列為首要考量（法官法第 93 條第一項第一款參照）。德國文獻上普遍認為指令權的價值在於統一起訴與不起訴的基準，以維護刑事司法的一致性¹⁰³。其次，「防範誤斷濫權」（法官法第 93 條第一項第二款參照）以及「合理運用檢察人力資源」（法官法第 93 條第一項第四款參照）對於思考內部指令權的問題，亦具有相當思考意義。

5.2.2.2 統一追訴法令

5.2.2.2.1 統一便宜原則的裁量基準

林鈺雄指出檢察一體的積極功效，主要表現於便宜主義案件的「裁量」標準，尤其便宜主義本來以「合乎目的性」（*Zweckmäßigkeit*）出發，因案制宜，惟若完全容任個別檢察官自行判斷，則全國便宜不起訴的實務將會產生重大歧異，危及法的安定性及平等性，故應透過檢察一體以一般性的裁量規則防範個案恣意裁量的填補功能¹⁰⁴。

在指令權受到法定原則的限制下，便宜原則乃是指令權的真正領域¹⁰⁵，固無疑義。不過，檢察官有統一便宜追訴基準的問題，職司審判工作的法院亦有之。如以德國緩起訴制度來說，其不僅可適用在偵查終結，起訴後的審判階段亦有適用，法院也必須考量是否應基於便宜原則停止訴訟程序的進行（德國刑事訴訟法第 153 條之 1 第二項），如對被告宣告緩刑，我國法院得命犯罪行為人的負擔或指令，與檢察官的緩起訴內容相同（刑法第 74 條第二項、刑事訴訟法第 253 條之 2 第一項）；如以我國刑法所賦予給法官的廣泛刑罰裁量空間（典型如數罪併罰之定執行刑，從過去之二十年上限提高到三十年，參照刑法第 51 條第五款），完全可想像各法院甚至各法官在適用標準上不一致，且在考量上亦帶有合目的性的思考在內，但卻不會因此存在所謂「審判一體」之概念。同在刑事程序上扮演廣義司法機關的法官既可不受指令獨立審判，何以檢察官必須遵守上級指示來認事用法，而即便該指令違反

¹⁰³ Franke (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 9, 15.

¹⁰⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 126-127。

¹⁰⁵ Krey (Fn. 17), Rn. 162.

自己的法確信，亦必須服從？不無疑問。

不容諱言的，在刑事立法經常出現許多不確定的法律概念，如微罪不舉的「不起訴為適當」（刑事訴訟法第 253 條）、緩起訴的「公共利益」（刑事訴訟法第 253 條之 1），似有必要提出更明確的界定標準，以求法律的一體適用，並避免公眾產生個案執法偏頗的印象。不過，如何界定更為明確的基準，應屬通案性的檢察事務指令，而非針對個案而來，否則就稱不上所謂的基準。若是如此，此一通案適用的檢察事務指令，在現行法上理應只能由指揮全國各地檢署檢察事務的檢察總長與高等法院檢察署檢察長為之（法院組織法第 63 條第一項、第二項），以避免各地檢署檢察長採取的規制內容不同，而使得適用於全國的刑法與刑事訴訟法產生地域化的分裂現象。進一步地，筆者認為在理論上應由直接向國會負責的內閣法務部長透過公開且書面的行政命令方式為之，更為妥適，而非讓不向國會負責的檢察首長為之¹⁰⁶。因為，將立法者原本在條文中所表現較為抽象的刑事政策，轉化為更為具體落實的刑事政策，法務部長責無旁貸，乃係其具有外部指令權的真正價值所在¹⁰⁷，並可在適當時機藉由立法提案將原本施行的一般性檢察指令，轉化為立法條文。以德國聯邦境內統一適用的「刑事程序及罰鍰程序規則」（Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)）為例，其係由聯邦司法部長與各邦司法部長共同發布，以求刑事程序及罰鍰程序的適用具有全國一致性，性質上屬於行政規則，該規則的前言明白寫道，其主要適用於檢察官，部分亦適用於不具指令拘束性的法官，鑑於生活多樣性，該規則僅具例示作用，檢察官必須在每一個案中獨自且負責地檢驗何種措施係屬適當，而得以在考量個案的特殊性偏離該規則¹⁰⁸。

目前「臺灣高等法院檢察署研議統一酒駕再犯發監標準之原則」，已由法務部准予備查，暫且不論該內容的妥適與否，應由法務部研擬，直接面對公眾輿論與國會質詢，並促成刑法修改的契機，較為妥適。因此，現行法將

¹⁰⁶ Satzger (Fn. 9), S. 132.

¹⁰⁷ Franke (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 24.

¹⁰⁸ Franke (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 25.

法務部長的權限限制在檢察行政監督（法官法第 94 條第一項第一款以及法院組織法第 111 條第一款），未必適宜，只要排除法務部長對於個案介入的權限，即為已足。論者所持法務部長「以一般命令之名行個案指示之實」的質疑¹⁰⁹，確實無法避免，但亦如立法者可能為個案而立法的問題，重點在於命令的公開透明，且命令內容在輿論與國會監督下禁得起檢討。如立法院在 2013 年 5 月 31 日的會計法第 99 條之 1 修正，係針對某立委用公款喝花酒除罪化而來，引發各界嚴厲譴責，導致行政院提出覆議，決議不予維持，足可作為警惕。

要請讀者注意的是，前述內容只是處理由誰發布一般性檢察事務命令的問題，而非認為對檢察官具有拘束性的一般性指令就有十足的正當理由。刑事立法者之所以保留法官或檢察官對部分法律概念詮釋的空間以及效果裁量餘地，無非就是考慮到個案情節千變萬化，只能有賴處理個案的法官或檢察官，依其親自對事實的調查心證來妥善適用法律。因此，基於維護法安定性的考量，制訂統一便宜追訴的一般指令，誠有必要，且當有助於承辦檢察官得以更全面地對系爭問題進行思考與判斷，但卻不應剝奪個案的可能合理適用空間¹¹⁰。否則，縱使一般指令的範圍在形式上仍在法定範圍內，但卻產生限縮法律適用範圍的效力，下指令者無異於使自己僭越為「立法者前的立法者」（Gesetzgeber vor dem Gesetzgeber）¹¹¹。尤其，法律的平等適用前提，乃在於掌握所有個案中具有法律重要意義的因素，方能判斷其是否應與類似的他案相同處理。若下指令者為求適用上的簡化，而在指令中只強調某一因素作為判斷基準，如在財產犯罪的追訴與否問題上只考慮被害金額高低，而不考慮其他與罪責有關的因素，則與其認為是追求法律的平等適用，毋寧應

¹⁰⁹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 206。

¹¹⁰ 林鈺雄，前揭註 1，頁 233 亦指出：「……一來形式上命令本身當然必須合法，二來實質上命令內容也應該適當，尤其應兼顧各種不同的具體案情，不能太過將僵化，否則，統一追訴實務的作用將適得其反。」

¹¹¹ *Silke Hüls, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, Machtzuwuchs und Kontrollverlust*, 2007, S. 169.

認為是法律的機械適用（Schematismus），反而傷害了平等原則¹¹²。

倘若存在統一便宜追訴基準的一般指令，則檢察首長得以透過指令要求檢察官遵行此一基準，除非具有個案的特殊考量，否則檢察官應服從檢察首長的指令要求。若是檢察官拒絕服從，則檢察首長應選擇行使職務承繼權或職務移轉權，以達統一便宜追訴基準的目的，並避免強迫檢察官違反其確信，以維護其司法屬性¹¹³。相對地，若是不存在統一追訴基準的一般指令，檢察首長得否以自己對個案中便宜原則適用的考量，要求原本持不同意見的檢察官遵從其指示，或選擇行使職務承繼權或職務移轉權，不無疑問。或有認為，便宜不起訴的裁量，係以「合目的性」出發，與行政權相當接近，自屬檢察一體的存在目的¹¹⁴。然而，法官的刑罰裁量亦有其出於預防思考的合目的性考量，保安處分更如此，而非只是單純罪責確認與應報，卻無法建構法官受指令拘束的理由，何以檢察官不能按其確信認定個案是否合乎便宜目的。因此，筆者認為在缺乏一般指令下，檢察官應可獨立行事，檢察官與法官的差別，應在於一般指令對檢察官有其拘束性，以維護統一便宜追訴基準；法官則只服膺法律，縱有對其適用的一般指令，亦只是辦案參考。

5.2.2.2.2 統一歧異的法律見解

雖然法定原則對於檢察指令權的行使構成限制，但在學說與實務對於法律的解釋存在分歧看法時，德國文獻上普遍認為，檢察首長得以透過指令權強制承辦檢察官遵循穩固的最高法院裁判見解，以促成法的安定性與平等適用¹¹⁵。

問題在於，檢察官依照法定原則應服從的是「法律」，而非對法律進行解釋的最高法院裁判見解。亦即，不論是最高法院對於同一法律問題已多次採取相同意見，或該院某判決見解依法院組織法第 57 條程序選編成為「判例」，都尚未形成對檢察官有所拘束的法律。配合罪刑法定原則下的法定原

¹¹² Hüls (Fn. 111), S. 168 f.

¹¹³ 林鈺雄，前揭註 1，頁 235 認為檢察首長宜行使職務承繼權或移轉權。

¹¹⁴ 林鈺雄，前揭註 1，頁 127。

¹¹⁵ Kissel (Fn. 45), § 146 Rn. 5; Krey (Fn. 17), Rn. 164; Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 500 f.

則，作為檢察官行事準則的標準，就是已經國會通過正式形諸文字的法律。據此，倘若檢察官認為最高法院裁判的無罪見解係屬錯誤，何以必須遵照該見解給予被告不起訴，又何以檢察首長得據此發動指令權迫使檢察官改變其法律確信。較為妥適的作法，檢察首長不應介入要求承辦檢察官不起訴，而應由檢察官提起公訴後，再由法院自行檢驗最高法院的無罪見解是否有誤，並在最後可能透過上訴促使最高法院再行思考，以促成法律見解的可能改變。此處，因檢察官持不利見解起訴的被告，其利益應可透過起訴審查程序（刑事訴訟法第 161 條第二項至第四項）加以保護¹¹⁶。

但較令人擔憂的，不在檢察官違反最高法院見解提起公訴，而是其認為最高法院的有罪見解係屬錯誤，打算依照自己對法律的確信對被告進行不起訴（刑事訴訟法第 252 條第八款）。因為，如讓檢察官依其見解不起訴被告，將讓法院無從置喙，剝奪法院對刑法的解釋決定權限。因此，德國文獻上有主張檢察官雖自認被告不成立犯罪，但仍有義務依照穩定的終審法院判決先例提起公訴，以尊重法律適用一體性，並透過法庭的公訴實行，從法律觀點表達無罪見解，藉此尋求院方變更既往見解¹¹⁷。不過，此一看法卻使檢察官無從透過不起訴的方式表達對案件事實的法律評價係屬不罰的看法，亦與「檢察官對於法院，獨立行使職權」（法院組織法第 61 條）的立法構想不符，不無檢討餘地¹¹⁸。

5.2.2.3 防範誤斷濫權

檢察機關與法院不同，並未採取合議機制，亦無法透過審級制度糾正錯誤，透過檢察首長指令權、職務承繼權、職務移轉權的行使，或可避免檢察官的誤斷濫權¹¹⁹。據此，法官法第 93 條第一項第二款規定，檢察首長於有

¹¹⁶ *Beulke* (Fn. 15), Rn. 89.

¹¹⁷ *Beulke* (Fn. 15), Rn. 90; *Kühne* (Fn. 1), Rn. 46; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 13), Vor § 141 GVG Rn. 11; 林鈺雄，前揭註 1，頁 125。

¹¹⁸ *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 9 Rn. 14; 許澤天，「最高法院見解對檢察官的拘束力」，月旦法學雜誌，第 210 期，頁 156-157 (2012)。

¹¹⁹ *Franke* (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 15.

事實足認檢察官執行職務違背法令、顯有不當或有偏頗之虞時，得行使職務承繼權、職務移轉權。此在法院必須遵守不告不理的原則下，對於檢察官的不起訴進行監督顯得特別重要，因為除了告訴人請求交付審判的案件（刑事訴訟法第 258 條之 1）外，法院無從發揮外部監督的效力。

不過，誠如文獻指出的，避免誤斷，防範濫權，乃各個法制設計的核心問題，而上級亦有誤斷濫權，如何避免其濫用，更屬重要¹²⁰。但此顧慮，並無礙檢察一體作為避免誤斷濫權的理由，反倒是提醒我們應強化避免上級濫權的設計。目前立法者已考量到檢察首長的可能濫權問題，於法官法第 92 條第二項規定，檢察首長的指揮監督命令涉及強制處分權的行使、犯罪事實的認定或法律的適用者，其命令應以書面附理由為之；檢察官不同意該書面命令時，得以書面敘明理由，以供檢察首長參酌是否需要維持原命令，並依同法第 93 條以書面附理由行使職務承繼權、職務移轉權。

5.2.2.4 合理運用檢察人力資源

法院的審判壓力已屬相當繁重，卻至少已經檢察官的偵查過濾，而只有部分案件提起公訴。偵查則依嚴格的法定原則，檢察官因告訴等原因知有犯罪嫌疑，即應開始調查（刑事訴訟法第 228 條第一項），導致檢察官工作案件數量相當龐大¹²¹，實有必要透過檢察首長的指令權行使，合理運用偵查人力，以發揮刑事司法的效能，並使偵查程序不致過拖延，以維護涉案被告與犯罪被害人的利益¹²²。因此，檢察官從事偵查，並無所謂的「法定法官原則」，依照法官法第 93 條第一項第四款規定，檢察首長因特殊複雜或專業的案件，原檢察官無法勝任，得以書面附理由的命令，將該案件移轉與其他檢察官處理。

¹²⁰ 林鈺雄，前揭註 1，頁 122-123。

¹²¹ 相關分析，林達，「我國檢察機關組織改革之研究」，國立臺灣大學社會科學院政治學系博士論文，頁 365-372（2016）。

¹²² Carsten/Rautenberg (Fn. 1), S. 500 f.

5.2.3 內部指令權的行使限制

內部指令權的存在有其意義，但其行使必須該受到法定原則的拘束。故在法律必須受到嚴格遵守，而無決定空間的情形，顯然與法律偏離的指令係屬違法，而不具有拘束力，檢察官亦不應遵從該違法的指令，否則將可能構成相關濫權追訴的罪名（刑法第 125 條第一項第三款）¹²³。依照法定原則，檢察官在知有犯罪嫌疑時，即應開始偵查（刑事訴訟法第 228 條第一項）；偵查完備，足認被告構成犯罪時，即應提起公訴（刑事訴訟法第 251 條第一項）。因此，只有在檢察官的程序有瑕疵，檢察首長方得行使指令權。如當檢察官以犯罪嫌疑不足而不起訴（刑事訴訟法第 252 條第十款）時，除非可認其偵查不夠完備而有缺陷，否則不應令其續行偵查；若檢察首長並未指出何以要求檢察官續行偵查的根據，檢察官的偵查結果亦不違反論理與經驗法則時，該續行偵查的指令係屬違法¹²⁴。不過，在對法律存在不同解釋的空間時，檢察首長得以指令要求檢察官遵照最高法院的判例或穩固見解提起公訴；但若檢察官對於不起訴的認事用法有所確信，則檢察首長必須透過職務承繼權或職務移轉權的行使方式，促成法律的一體適用，而非透過指令權的行使強迫檢察官違反其法律確信¹²⁵。

內部指令權不但受限於法定原則，亦受限於其他法律與法理。如檢察首長不得在審判前對實行公訴檢察官下達應如何進行結辯的指令，則因法官必須直接審理才能做出判決，檢察官亦須以此方式獲得結辯的確信見解，始屬客觀。因此，一個未在審判中出席的檢察首長，根本無法預測審理的變化，自不能要求實行公訴檢察官應以何等方式評價證據¹²⁶。

¹²³ *Beulke* (Fn. 15), Rn. 85; *Kissel* (Fn. 45), § 146 Rn. 3; *Franke* (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 18; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 9 Rn. 13. 林鈺雄，前揭註 1，頁 127-128。

¹²⁴ *Otfried Ranft*, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., 2005, Rn. 235.

¹²⁵ *Beulke* (Fn. 15), Rn. 85; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 9 Rn. 13. 林鈺雄，前揭註 1，頁 227。

¹²⁶ *Krey* (Fn. 17), Rn. 164; *Ranft* (Fn. 124), Rn. 236; *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 9 Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 13), § 146 GVG Rn. 4; 林鈺雄，前揭註 1，頁 228。

文獻上認為，與法定原則的強制拘束不同，便宜原則對於對指令權的拘束較為寬鬆，因檢察官對起訴與否，擁有判斷空間，檢察首長亦可在此判斷空間內行使其指令權¹²⁷。但若指令權的行使，係出自無關事理的考量，或漠視授權規範的法律或事實前提（界限），則該指令仍屬違法¹²⁸。並且，檢察首長的個案指示，必須先充分掌握個案資訊後，始得為之，承辦檢察官亦有義務提供相關資訊，以利上級判斷¹²⁹。不過，根據筆者上述關於指令權正當性的討論，檢察首長對於便宜原則的統一適用，應以先存在法務部的一般指令為前提（前述 5.2.2.2.1）。

除了法定原則以及相關法律及法理的限制外，檢察首長指令權的行使程序，依法官法第 92 條第二項規定，指揮監督命令涉及強制處分權的行使、犯罪事實的認定或法律的適用者，其命令應以書面附理由為之；檢察官不同意該書面命令時，得以書面敘明理由，以供檢察首長參酌是否需要維持原命令，並依同法第 93 條以書面附理由行使職務承繼權、職務移轉權。由此可見，立法者不但對指令提出書面要求，以對下達指令者產生相當的自我控制功能，促其自我謹慎審查指令的合法性，且能明顯區隔「有拘束力的指令」和「非正式的僅供參考建議」，並在檢察官確信自己所為係屬適當時，得以書面敘明理由，表達異議；檢察首長如欲貫徹自己觀點，亦只能行使職務承繼權、職務移轉權，而不能強迫檢察官違反自己確信行事。立法上值得再行思考設計者，為使檢察首長不致濫用指令權，檢察官對於程序結束後公布指令的行為，可排除相關洩密罪責¹³⁰，或設計事後裁決機構，以判斷檢察指令的合法性¹³¹。

¹²⁷ *Ranft* (Fn. 124), Rn. 237.

¹²⁸ *Krey* (Fn. 17), Rn. 163; *Ranft* (Fn. 124), Rn. 238.

¹²⁹ *Krey* (Fn. 17), Rn. 163; *Franke* (Fn. 18), § 146 GVG Rn. 19; 林鈺雄，前揭註 1，頁 234。

¹³⁰ *Satzger* (Fn. 9), S. 134.

¹³¹ 林鈺雄，前揭註 1，頁 57。

6. 結語

破除過往糾問訴訟所創設的檢察官，承繼過往糾問法官的偵查與起訴職權，並扮演介於法官與警察之間的法律守護人，不但必須履行客觀義務與遵守法定原則，更須將法價值的實現作為其存在的根本意義，而與一個把法律當作工作制約的行政官有所區別，始能與法官相同地享有認事用法的獨立性。雖然檢察官絕對不是在從事法官審判的工作，如其工作已可評價為審判，則檢察官反而成為其在設計上欲避免出現的糾問法官；但檢察官的偵查、起訴、上訴與聲請再審等工作，與法官審判密切相關，檢察官應與法官相同成為國家法意志的代言人，而非奉行統治者的權力意志。檢察官所負有的強烈客觀義務、發現真實義務與法定義務，均是為了實現法價值。

檢察官雖在憲法的權力分立意義上屬於行政權，而不在憲法第七章有關「司法」的規範範圍內；但在刑事程序的任務上，檢察官與刑事法官皆屬廣義的刑事司法機關，透過彼此的分工與制衡，發現真實，並實現保障人權價值在內的司法正義。司法院大法官釋字第 392 號亦睿智地指出檢察官的角色在刑事程序意義與權力分立意義上的差別，而認為憲法第 8 條第一項所規定的「司法機關」，自非僅指同法第 77 條規定的司法機關，而係包括檢察機關在內的廣義司法機關。因此，在追求法律意旨實現的誠命下，司法人員人事條例第 3 條將檢察官與法官合稱為「司法官」，實屬妥適，其在概念上比起法官法第 86 條第一項將檢察官稱為「公益代表人」，更能精準地掌握檢察官的廣義司法機關屬性。

由於檢察官在刑事程序的任務趨近於法官，自須使檢察官猶如法官般地，得以依其確信認事用法。據此，憲法第 77 條雖僅保障法官依據法律獨立審判，卻不等於在立法設計與實務運作上得以恣意地讓檢察官受到指令拘束，檢察官不同於一般行政公務員，對於上級指令權的限制，亦不能只求不違背法令即可，而須考量到檢察官的司法屬性。此處，法務部長不應擁有對檢察事務的個案指令權，而只能制定一般規則，以對國會負起刑事政策責任，現行法將法務部長的權限限制在檢察行政監督（法官法第 94 條第一項第

一款以及法院組織法第 111 條第一款），未必適宜，只要排除法務部長對於個案介入的權限，即為已足。至於檢察一體的主要意義，在於統一追訴標準，並避免檢察官違反法定原則的誤斷濫權，及合理運用檢察人力資源，法官法第 93 條第二項已將這些考量納入。縱使如此，檢察首長仍不應透過指令權強迫檢察官違反自己確信行事，如欲貫徹自己觀點，亦只能行使職務承繼權、職務移轉權，以維持檢察官的司法屬性。

與德國法制相比，我國法已明文將法官迴避規定準用至檢察官（刑事訴訟法第 26 條）、法務部長尚無所謂的外部指令權、檢察官的不起訴有實體確定力（刑事訴訟法第 260 條），檢察官在我國法制設計上更不像行政官，而更趨近於法官。至於在實務操作上，部分含檢察首長在內的檢察官，行事違背法律守護人職責，自貶為替政治服務的行政官員，不足為訓。

參考文獻

中文書籍

- Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁》，元照出版，臺北（2008）。（Kerner [auth.], Tze-Tien Hsu & Chih-Jen Hsueh [trans.], *Criminal Prosecution and Punishment in Germany*, Angle Publishing, Taipei (2008).）
- 吳庚，《行政法之理論與實用》，9 版，三民書局，臺北（2005）。（Wu, Geng, *Theory and Practice of Administrative Law*, 9th ed., San Min Book, Taipei (2005).）
- 林山田，《刑事程序法》，5 版，五南出版，臺北（2004）。（Lin, Shan-Tien, *Criminal Procedure Law*, 5th ed., Wu-Nan Book, Taipei, (2004).）
- 林山田，《刑法各罪論（下）》，5 版，元照出版，臺北（2006）。（Lin, Shan-Tien, *Criminal Law: Specific Provisions*, vol. 2, 5th ed., Angle Publishing, Taipei (2006).）
- 林鈺雄，《檢察官論》，新學林出版，臺北（1999）。（Lin, Yu-Hsiung, *Interpretation of Prosecutors*, Sharing Culture Enterprise, Taipei (1999).）
- 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，8 版，新學林出版，臺北（2017）。（Lin, Yu-Hsiung, *Criminal Procedure Law*, vol. 1, 8th ed., Sharing Culture Enterprise, Taipei (2017).）
- 林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，8 版，新學林出版，臺北（2017）。（Lin, Yu-Hsiung, *Criminal Procedure Law*, vol. 2, 8th ed., Sharing Culture Enterprise, Taipei (2017).）
- 陳子平，《刑法各論（下）》，2 版，元照出版，臺北（2016）。（Chen, Tzu-Ping, *Criminal Law: Specific Provisions*, vol. 2, 2d ed., Angle Publishing, Taipei (2016).）
- 劉邦繡，《檢察官職權行使之實務與理論》，五南出版，臺北（2008）。（Liu, Bang-Xiu, *Theory and Practice of Prosecutors Exercising Authority*, Wu-Nan Book, Taipei (2008).）
- 韓忠謨，《刑法各論》，2 版，作者自版，臺北（1970）。（Han, Zhong-Mo, *Criminal Law: Specific Provisions*, 2d ed., Zhong-Mo Han, Taipei (1970).）

中文期刊

- 王士帆，〈歐盟檢察官——初探與預測〉，《檢察新論》，第8期，頁49-74，2010年7月。（Wang, Shih-Fan, Prosecutors in the European Union: Introduction and Prediction, Taiwan Prosecutor Review, vol. 8, at 49-74, July 2010.）
- 林鈺雄，〈開啓檢察官定位的新紀元——從奧地利刑事訴訟與檢察官制度的變法談起〉，《檢察新論》，第8期，頁3-20，2010年7月。（Lin, Yu-Hsiung, Opening a New Era for the Prosecutor's Position—From the Reform of the System of Criminal Procedure and Procurator in Austria, Taiwan Prosecutor Review, vol. 8, at 3-20, July 2010.）
- 林麗瑩，〈檢察一體與檢察官獨立性之分際〉，《月旦法學雜誌》，第124期，頁38-51，2005年9月。（Lin, Li-Ying, The Line Between Prosecutorial Integration and Prosecutorial Independence, The Taiwan Law Review, vol. 124, at 38-51, Sep. 2005.）
- 許澤天，〈最高法院見解對檢察官的拘束力〉，《月旦法學雜誌》，第210期，頁150-161，2012年11月。（Hsu, Tze-Tien, The Binding Authority of Supreme Court Opinions to Prosecutors, The Taiwan Law Review, vol. 210, at 150-161, Nov. 2012.）
- 陳志龍，〈法治國檢察官之偵查與檢察制度〉，《臺大法學論叢》，第27卷第3期，頁79-124，1998年4月。（Chen, Zhi-Long, Prosecutorial Investigation and the Prosecution System Under the Rule of Law, National Taiwan University Law Journal, vol. 27, no. 3, at 79-124, Apr. 1998.）
- 陳運財，〈檢警關係定位問題研究——從貫徹檢察官控訴原則的立場〉，《月旦法學雜誌》，第210期，頁64-77，2012年11月。（Chen, Yun-Tsai, A Study on the Relationship Between the Police and the Prosecutors: From the Perspective of Implementing the Principle of Accusation, The Taiwan Law Review, vol. 210, at 64-77, Nov. 2012.）
- 楊雲驊，〈從釋字五三〇號解釋淺論檢察一體原則及限制〉，《法學講座》，第1期，頁37-52，2002年1月。（Yang, Yun-Hua, A Discussion on Judicial Yuan Interpretation No. 530 and the Principle and Limitation of Prosecutorial Integration, Law Forum, vol. 1, at 37-52, Jan. 2002.）

楊雲驊，〈國際刑事法院羅馬規約下檢察官的地位與職權〉，《檢察新論》，第8期，頁33-48，2010年7月。（Yang, Yun-Hua, The Position and Authority of Prosecutors under Rome Statute of the International Criminal Court, Taiwan Prosecutor Review, vol. 8, at 33-48, July 2010.）

楊雲驊，〈刑事訴訟法檢察官不起訴處分確定力之檢討〉，《月旦刑事法評論》，第6期，頁42-59，2017年9月。（Yang, Yun-Hua, The Irrevocable Effect of Prosecutor's Non-prosecution Decisions in Criminal Procedure, Angle Criminal Law Review, vol. 6, at 42-59, Sep. 2017.）

中文學位論文

林達，〈我國檢察機關組織改革之研究〉，國立臺灣大學社會科學院政治學系博士論文，2016年7月。（Lin, Ta, A Study of the Organizational Reform of Prosecutors' Office in Taiwan, Ph.D. thesis, National Taiwan University, July 2016.）

其他中文參考文獻

陳志龍，〈檢察官之偵查與檢察制度〉，法務部編印，1998年3月。（Chen, Zhi-Long, Prosecutorial Investigation and the Prosecution System, Editing and Printing by Ministry of Justice, Mar. 1998.）

德文書籍

Beling, Ernst (1922), Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, Berlin: Rothschild.

Beulke, Werner (2016), Strafprozessrecht, 13. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo C. (2015), Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

Eisele, Jörg (2017), Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.

Franke, Ulrich (2010), in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 10, 26. Aufl., Berlin: De Gruyter.

- Hesse, Konrad (1999), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Hüls, Silke (2007), Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, Machtzuwuchs und Kontrollverlust, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kissel, Otto Rudolf (2001), Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kloepfer, Michael (2011), Verfassungsrecht, Band 1, Berlin Heidelberg New York: Springer.
- Krey, Volker (2006), Deutsches Strafverfahrensrecht, Band 1, Stuttgart: Kohlhammer.
- Kühne, Hans-Heiner (2006), in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 1, 26. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian (2014), Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München: C. H. Beck.
- Maurer, Hartmut (2010), Staatsrecht I, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Maurer, Hartmut (2011), Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: C.H. Beck.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram (2017), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., München: C. H. Beck.
- Radbruch, Gustav (1953), Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., Stuttgart: K. F. Koehler.
- Ranft, Otfried (2005), Strafprozessrecht, 3. Aufl., Stuttgart: Boorberg.
- Rengier, Rudolf (2016), Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 17. Aufl., München: C. H. Beck.
- Roxin, Claus/Arzt, Gunther/Tiedemann, Klaus (2013), Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 6. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd (2017), Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München: C. H. Beck.
- Satzger, Helmut (2004), Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag Bonn, München: C. H. Beck.
- Schmidt, Eberhard Eb. (1965), Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Vormbaum, Thomas (2009), Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin Heidelberg New York: Springer.

德文期刊

Heghmanns, Michael (2003), Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft, GA, S. 433-450.

Maier, Winfried (2003), Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland, ZRP, S. 387-391.

Rautenberg, Erardo Cristoforo (2016), Deutscher Widerstand gegen weisungsunabhängige Staatsanwaltschaft, ZRP, S. 38-41.

Rüping, Hinrich (1992), Aufsatz, Die Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA, S. 147-158.

Trentmann, Christian (2016), Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen, ZIS 2, S. 130-137.