

Staatsanwaltschaft

检察官论

林钰雄 著

Lin Yuxiong

创设检察官制之根本构想，本来在于防范滥权，
更具体而言，乃在刑事司法的范围内，援引“以权力约束权力”之原理，
透过追诉、审判权力分立之方式防范法官恣意，
其后兼有节制检察滥权的功能。

欧陆史上，为防范检察官成为不受节制的滥权巨灵，设立重重关卡，
向来为其检察官制的核心问题。

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Staatsanwaltschaft

检察官论

林钰雄 著

Lin Yuxiong

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察官论 / 林钰雄著. —北京:法律出版社,2008.8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8679 - 5

I. 检… II. 林… III. 检察官—工作—研究 IV. D916.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 110416 号

© 法律出版社·中国

检察官论

林钰雄 著

责任编辑 高山

卫蓓蓓

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 231 千

印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8679 - 5

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

检 察 官 论
林钰雄 著

本书简体字版由新学林出版股份有限公司授权法律出版社出版发行。
不得翻印，违者必究。

著作权合同登记号
图字：01-2008-4567

自序

人一生中不断地面对选择,其中,多数是船过水无痕,只有极其稀少的抉择构筑生命中的转折点。虽然我通过“政府考试”之后执意不走检察官这条志业,但和检察官却有不解之缘。台湾解严不过几年之后,正值我就读法研所硕士班期间,连续爆发喧腾一时的吴苏案和第一高尔夫球场关说疑案,这诱发我进一步探究检察官与刑事诉讼制度的动机,并选择检察官之法律地位为论文题目。当时我似懂非懂地阅读相关德文文献,诸如“法律的守护人”、“世界上最客观的官署”及“检察官乃国家法意志的执行者,而非政府的传声筒”等名家名言,一直萦绕在我脑际。其中,Roxin 在 1969 年发表的一篇专文,对我的影响最为直接而深远,在参阅 Roxin 另外一些专书专文之后,我决定到慕尼黑追随 Roxin 攻读刑事法,这也是我生命中的一大转折。

留德期间,虽然我的博士论文并未直接处理检察官问题,但是还是一边搜集并阅读相关文献,期盼能够逐步厘清我在写作硕士论文期间许多悬而

未决的疑点。攻读博士学位之际,我也透过中国时报的国际网络,持续注意台湾陆续曝光的检察弊案,令人讶异的是,在短短数年之内爆发的检察一体争议案件,高达两位数字,似乎有愈演愈烈的趋势。

1998年4月,我取得博士学位后归来,本来专心致志于方兴未艾的证据禁止问题,但同年5月起,检察官改革运动风起云涌,时机稍纵即逝,令人难以置身事外。我仅能以一己之见尽绵薄之力,因而有这本专论的构想。半年之内,我几乎放下手头上所有的其他工作,一方面重新反刍这六七年来消化的文献,另一方面则密集地和基层检察官接触,其中有数字是上述争议案件中身历其境的主角,他们痛定思痛的反省与转出,为我原先溯寂滞静的构想注入一股活水源泉。

越是深入挖掘,越能体会检察官那种兵临城下的围城困境。这种困境,是由错综复杂的原因所致,制度缺陷(如往上集权的结构及付诸阙如的监督机制)、思维不深(如误以为职权主义下检察官无庸到庭论辩)、践履太少(如检察官作为法律守护人的客观性义务)等等,不过是其中较为明显的事例而已。在本部检察官专论中,我将思辨所得的基础想法,切成五大部分共九篇循序渐进的文章,其中有六篇陆续发表于各大法学杂志,另外有三篇则因出书之时效考量,未曾发表于任何刊物。这种安排构想,如同一本分区的台北市地图,先前有综览全市的轮廓地图(第一部分:导论),以求体系明了;紧接着是每一个市区的分区放大地图(第二部分以下),以求详尽深入;最后则将研究所得,用来检视两大相关的立法草案(第五部分)。为使每篇文章像分区地图一样可以单独阅览,处于区与区之间接壤地带的共通部分,可能会显现在两个以上的分区地图上,务求方便定位及查阅,书末则附有中外文文献及重要的关键词词索引。

这本专论的完成,得之于人者太多,但我最该感谢的是一些优秀检察官所提供的深刻反省。他们虽然为数不多,却能在穷山恶水的环境中回转出台湾检察制度的改革契机。另外,在出版事宜方面,我要由衷感激学林文化事业戚继华小姐的全力配合及政大法律系池美佳同学细心

的校对与建议。

最后,但愿这本书只是绪端。对己对人,我期待未来能加强研究的能力和资源,结合更多的方法与观点,更深入地分析台湾层出不穷的检察争议个案,一则为检察历史作深度见证,二则为未来的检察走向画精密蓝图。无论出之于己或出之于人,期待这个心愿有完成的一天!平心而论,检察官制乃人类司法史上的伟大构想,但欲在台湾实现其创设理想,则还有一段漫漫长路要走。在此仅以一段欧陆 19 世纪刑事诉讼改革先锋 Mittermaier 的名言,与全体检察官共勉:

检察官应仅力求真实与正义,因为他知晓,显露他(片面打击被告)的狂热将减损他的效用和威信,他也知晓,只有公正合宜的刑罚才符合国家的利益。

1999 年 4 月于纱帽山麓

目 录

自序 /1

第一部分 导论

检察官在诉讼法上之任务与义务 /3

壹、前言 /4

贰、检察官形成史之回顾 /5

叁、检察官在诉讼法上之任务 /10

肆、检察官在诉讼法上之义务 /16

伍、一则“客观”的故事——代结语 /25

检察官在组织法上之上命与下从 /27

壹、前言 /28

贰、指令权概说 /29

叁、外部指令权之行使及其界限 /32

肆、内部指令权之行使及其界限 /35

伍、职务收取权、移转权之行使及其界限 /39

陆、立法刍议 /40

柒、检察官之对外关系——代结语 /43

第二部分 双重定位

谈检察官之双重定位——行政官？（司）法官？ /49

壹、前言——我是谁？ /50

贰、两种极端之立法模式 /52

叁、学说之争论焦点 /60

肆、双重定位——中介之司法官署 /77

伍、结语——我在哪儿？ /86

第三部分 监督制衡

谈检察官之监督与制衡——兼论检察一体之目的 /93

壹、前言 /94

贰、内部监督之立法模式：检察一体 /96

叁、外部制衡之立法模式 /110

肆、立法刍议 /119

伍、结语 /130

浅介德国法制检察官的诉讼监督模式 /132

壹、前言 /133

贰、诉讼监督模式之基本构想 /135

叁、终结侦查处分之诉讼监督 /137

肆、侵害基本权处分之诉讼监督 /149

伍、结语 /155

第四部分 上命下从

“法务部长”之指令权及其界限 / 159

壹、前言与案例 / 160

贰、台湾法制之出发点 / 161

叁、德国法制之经验谈 / 164

肆、外部指令权之立法论 / 172

伍、结语 / 183

检察首长之指令权及其界限 / 185

壹、前言 / 186

贰、指挥监督权之行使及其界限 / 188

叁、职务收取权、移转权之行使及其界限 / 210

肆、违法与抗命行为之效力——代结语 / 215

第五部分 法案评介

评检改会检察一体阳光草案 / 219

壹、前言 / 220

贰、现行法规及改革方案 / 221

叁、外部指令权之改革刍议 / 223

肆、内部指令权之改革刍议 / 225

伍、职务收取权、移转权之改革刍议 / 231

陆、事务分配办法之改革刍议 / 235

柒、目标还有多远？——代结语 / 238

评民间司改会检察署法草案 / 240

壹、前言：大卫王的弹弓 / 241

贰、诉讼权限之分配：检察官科员化？ / 242

叁、检察一体之出路：加强上命下从？ /249

肆、监督制衡之设计：引进“国会”势力？ /253

伍、结语：失去弹弓的大卫 /262

中外参考文献 /265

跋 /275

第一部分

导 论

检察官在诉讼法上之任务与义务

目 次

壹、前言

貳、检察官形成史之回顾

叁、检察官在诉讼法上之任务

一、概说

二、侦查程序之主导者

三、法官裁判之把关者

肆、检察官在诉讼法上之义务

一、合法性义务：法定主义

1. 法定主义之规定

2. 法定主义之缘由

3. 法定主义之理想与现实

二、客观性义务

1. 客观性义务之规定

2. 客观性义务之缘由

3. 客观性义务之理想与现实

伍、一则“客观”的故事——代结语

* 本文原载《法令月刊》第 49 卷第 10 期, 1998 年 10 月出刊

壹、前言

检察官制,创始于欧陆,其后成为现代法治国家不可或缺的一环,但各国因其法制特色,就检察官角色定位有或多或少的差异。中国立法史上,前清宣统年间透过日本,辗转仿效德意志立法例,制定法院编制法,乃引入检察官制的先声,但现行制度则因清末民初之政局延宕,迟至1935年才随新制法院组织法与刑事诉讼法一并实施^{〔1〕}。然而,检察官制自运作以来,定位不明,弊端丛生,因而有全面体检检察官制的訾议。

检察官向来最重要的职务范围,为刑事诉讼程序,因而,不知检察官在刑事诉讼法上之任务与义务,殆无全面体检检察官制的可能。例如,欲知检察官侦查、起诉、莅庭、上诉时,上级得否下达指令,下级应否服从,其界限何在,则必先了解刑事诉讼法的基本出发点为何。在立法政策上,检察官应如何执行刑事诉讼职务,可能有几种不同的对立观点,而从刑事诉讼史亦可知,此等观点之辩证,自始与检察官制相生相随,要之如下:

1. 检察官应依“法定主义”或“便宜主义”之准则行事?
2. 检察官应为“诉讼一造当事人”抑或“法律的守护者”?
3. 诉讼之发动应采检察官“公诉独占”制抑或“私人诉追”制?
4. 检察官应为“独立自主”之官署抑或“受指令拘束”之机关? 此乃

〔1〕 关此,请参阅拙著《中国检察官之法律地位——以指令权及其限制之探讨为中心》,1991年台湾大学硕士论文,第10页。其他关于检察官问题之中文专论,如俞叔平:《检察制度新论》,1952;梁宇贤:《检察制度之比较研究》,1968年中兴大学硕士论文;黄东熊:《中外检察制度之比较》,1986;林永义:《检察制度研究》,1991年度新竹地检署研究发展报告,1991;陈志龙:《检察官之侦查与检察制度》(国科会计画),“法务部”编印,1998;陈思成:《论检察官在国家权力体系与刑事诉讼程序上之地位》,1998年中兴大学硕士论文。

自检察官制在欧陆创立以来,最具爆炸性之对极观点,百余年后战火绵延至台湾战线,延伸为目前各界针锋相对的“检察一体”(行政官说)——“检察独立”(司法官说)问题。

本文中,笔者将交代台湾法制就上开问题之基本出发点,作为整体检讨检察官法律地位问题之论据。首先,笔者拟先追本溯源,简短回顾欧陆检察官制发达史,探究创设检察官制之根本目的,以寻找解决台湾当今法制问题的线索(下文贰)。随后,笔者拟叙明台湾法中“刑事诉讼法”中检察官之任务(下文叁)与义务(下文肆),分别就相关法规之基本精神、来龙去脉及现实困境等层面加以分析,期能逐步厘清台湾法制中检察官之角色定位问题,使未来的改革毕竟全功。

贰、检察官形成史之回顾

现代的检察官制度,乃“革命之子”(Kind der Revolution)及“启蒙的遗产”(Erbe der Aufklärung),诞生于法国 1789 年之大革命,正式奠立于 1808 年之拿破仑治罪法典,随后拿破仑东征西讨,顺势传播新创之检察官制。虽然拿破仑终究滑铁卢,但检察官制仍如雨后春笋般散播于欧陆各国和地区,其中,影响其他含台湾地区在内之法制最深远者,乃德意志帝国接收改制之检察官制,底定于 1877 年制定公布之刑事诉讼法及法院组织法。德意志各邦自 19 世纪初叶渐渐采行法国之检察官制,经 1848 年革命风潮推波助澜后,几为帝国统一前各邦共行的法制,然而,关于检察官之职务及定位问题,整整历经半世纪论辩,及至帝国统一后公

布上开两法时,才算大势底定^[2]。举凡台湾现今还争论不休的诸多检察官问题,如法检关系、检警关系、行政官司法官问题,上命下从问题及监督制衡问题等等,德国当时几已彻底探讨,可惜,台湾关于检察官制最重要之规定(如“法院组织法”第63条、第64条,“刑事诉讼法”第2条、第228条、第251条、第252条、第344条、第427条及“刑法”第125条等等*),虽然皆系间接仿造德国法制而来(此点,下文将会再予说明),但迄今对于当初德国法制之争论重心及设计原理,几近完全陌生。下文中将追本溯源,简略交代台湾上开法规之缘由,但说明之前,笔者拟先交代欧陆历史上创设检察官制的目的何在,以便找寻目前争论问题的线索^[3]。

1. 创设检察官制度的主要目的,乃废除当时的纠问制度,确立诉讼上的权力分立原则。本来,纠问制度乃中古时期盛行于欧陆的刑事诉讼程序,由纠问法官一手包办刑事之追诉与审判工作,足堪比拟我国古代的包公办案方式。纠问制度,深受诟病,因为一来法官独揽追诉审判大权,欠缺监督制衡管道;二来法官自行侦查追诉,心理上早已先入为主,

[2] 关于欧陆检察官制之形成史,德文近年来之专文专论可参照 Rüping, Der Geburt der Staatsanwaltschaft in Deutschland, GA 1992, 147 ff.; Wolfgang Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, 1994;又,德文文献探讨检察官问题时,多会交代检察官之形成史,作为论据,如 Dünnebier, Die Grenzen der Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft, JZ 1958, 417 ff.; Görcke, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz. Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts, ZStW 73 (1961), 561 ff.; Schaffer, Erfahrungen mit dem Wechsel zwischen richterlicher und staatsanwaltlicher Tätigkeit, DRiZ 1977, 130 ff.; Eb. Schmidt, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip, MDR 1961, 269 ff.; ders., Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, MDR 1964, 629 ff. und 713 ff.; Wagner, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963, 8 ff.; ders., Der objektive Staatsanwalt-Idee und Wirklichkeit, JZ 1974, 212 ff.

* 以下“法院组织法”指中国台湾“法院组织法”;“刑事诉讼法”指中国台湾“刑事诉讼法”;“刑法”指中国台湾“刑法”。——编者注

[3] Vgl. dazu Roxin, Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft (Vortrag anlässlich einer Feier zum 100jährigen Bestehen der Hamburger Staatsanwaltschaft), DRiZ 1969, 385, 386; ders., Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ 1997, 109 ff.