

檢察官在權力分立原則下之地位

指導老師：吳志光

撰寫學員：劉恆嘉

目 錄

壹、前言

貳、檢察權之歸屬

一、行政權與司法權之劃分

二、檢察權之性質

參、各國學說與制度之介紹

一、學說

（一）行政官說

（二）司法官說

二、各國制度

（一）法國-行政優越型之行政監督官

（二）德國-司法協力型之準司法官

（三）日本-司法優越型之公益代表人

（四）美國-司法優越型之行政利益辯護人

肆、我國檢察官之定位

一、我國與各國檢察法制之比較

二、現行法制及學說缺失

三、我國檢察官應有之定位-司法與行政兼具之司法官署

伍、結論

壹、前言

檢察官的法律上定位，在世界各國均為爭論已久的課題。在我國現行法制下，有關檢察官制度散見規定於法院組織法及刑事訴訟法，並無一部專門為檢察官量身打造之法典。而近來在修正法官法之過程中，關於檢察官的部分，究竟應於法官法之末章增訂準用規定，抑或另以檢察官法就檢察官之相關事項獨立予以規定，法務部與司法院之間見解歧異，經過數載仍未能達成共識而獲解決。之所以造成這樣大的爭論，乃肇因於檢察官之身分難予明確定位所致。究竟應該將檢察官定位在司法權或行政權體系之下？蓋檢察官與法官在職務行使上具有相當程度之近似性，檢察權與司法權亦有相當之接近度，然而在檢察一體之下，上級檢察首長之職務承繼權與職務移轉權又具有強烈之行政色彩，檢察官角色定位上的困難可見一斑。

例如在西元 1849 年時，年僅 19 歲的奧匈帝國皇帝 Franz Josef 已下令用最快速度制定檢察官法，但卻在其 84 歲死亡後的第 70 年後，也就是共花了 137 年奧地利才終於有了這部法律¹。由此可知，此一問題實難僅憑一篇文章即能予以妥善解決。本文希冀藉由各種學說及比較法制之介紹，試圖檢討我國現行法制之檢察官制度，並提出建議，以確立我國檢察官應有之角色定位。

貳、檢察權之歸屬

一、司法權與行政權之劃分

欲探討檢察官在憲政上之定位，首應確定檢察權究竟屬於行政權或司法權之範疇。蓋若認檢察權屬行政權之一部分，則檢察官之地位應係行政官，此時檢察官應受行政組織上命下從原理之規範；反之，若謂檢察權為司法權之一環，則檢察官之地位應屬司法官，司法獨立之原則於檢察官自有其適用。因此，有必要先區分司法權與行政權，才能釐清檢察權之定位及檢察官之屬性。

在權力分立之憲政原則下，司法權與行政權之區別，可依下列原則判斷之²：

- (一) 司法權係消極性之權力，因司法權之主要功能在於定紛止爭，紛爭之發生為司法權作用之前提，若無爭執之發生在前，司法權實無用武之地，故司法權乃係一消極之國家權力，並不積極介入社會生活；反之行政權則為積極性之權力，因行政權之主要作用在於政務之推動，而

¹ 林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，頁 65，1999 年 4 月。

² 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁 205，2007 年 9 月。

政務之有效推展實有賴於行政權之積極運作，故行政權乃為隨時介入社會生活之權力。

- (二) 司法權為被動性之權力，蓋司法權之作用雖在定紛止爭，惟兩造若不以訴訟做為解決糾紛之手段，司法權仍無發動之餘地，此即「不告不理」之原則³；而行政權為拓展政務以實現行政目的，則需掌握時機，隨時興利除弊，而無待民眾之請求，屬於積極性之權力。
- (三) 司法權之作用係就當事人之紛爭作成正確之裁判，是職司審判之法官自當立於客觀、超然之立場，以免判斷失衡致損害人民之權益並傷害司法之形象，故司法權之行使重在審理具體案件之單位法官內斂性之個別獨立；反之行政權之行使乃係層層節制而構成有機之一體，俾發揮整體力量，以達成行政目的，從而行政權之行使重在全體人員開展性之有機協力。
- (四) 就人民之自由權利而言，司法權為表彰安定性之權力，蓋司法權既係消極被動以提供公平判斷之權力，在追訴機關未能舉證證明被告犯罪之前，法院仍須本於超然獨立之公平立場，提供「無罪推定」之保障，即人民之其他自由權利之無端受害，其尋求救濟以回復原狀之手段，亦惟司法是賴，因此司法權之存在，無異已成為人民自由權利之避風港，而足以表彰民主生活方式之安定性；反之，行政權所追求者為一定之行政目的，而在此目的之競逐中，行政權之運作往往造成人民自由權利之變動，因此行政權之存在無異以對於人民之自由權利構成潛在之威脅，而具相當程度之危險性⁴。

二、檢察權之性質

顧名思義，檢察機關行使之國家權力即為檢察權，而檢察官為行使檢察權之主體。依法院組織法第 60 條之規定，檢察權之範圍包括⁵：

(一) 實施偵查

刑事訴訟法第二百二十八條規定：「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。」因此，所謂偵查，即是檢察官調查犯罪嫌疑人的程序。至於調查犯罪的方式，則包括訊問、調閱文件、搜索、扣押、勘驗等。由於檢察官是以積極主動的方

³ 如刑事訴訟法第 268 條；民事訴訟法第 388 條。

⁴ 薩孟武，「政治學」，頁 313，1988 年 1 月。

⁵ 網頁：http://www.judicial.gov.tw/ByLaw/law_ch_know6.jsp，查訪日期：2008 年 5 月 24 日。

式發動偵查，與法院採「不告不理」的原則，性質上截然不同。又依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條規定，檢察官得協調、指揮司法警察官及司法警察，以協助犯罪的偵查。

（二）提起公訴

檢察官依偵查所得的證據，足以認為被告有犯罪嫌疑時，即應向管轄的法院提起公訴。提起公訴的目的，是要求法院對於被告的行為判罪處刑，因此，法律明定提起公訴必須提出起訴書，起訴書上並須載明可資識別被告身分的資料、被告犯罪的事實及證據、被告觸犯的法條等事項，以供法院審酌。但如檢察官依偵查所得的證據，認為被告的犯罪嫌疑不足，或被告所犯屬於刑事訴訟法第三百七十六條所規定的微罪案件而檢察官認為以不起訴為適當時，則應制作不起訴處分書，還被告清白或寬宥被告。

（三）實行公訴

檢察官提起公訴的行為，即是代表國家追訴被告犯罪的行為，因此，在法院受理檢察官的起訴後，檢察官的地位即相當於案件的原告，而有義務在法院審理案件時，對該案件的被告進行控訴，請求法院調查證據，並與被告進行辯論，此即為檢察官實行公訴的程序。

（四）協助自訴即擔當自訴

我國目前的刑事制度，是兼採國家訴追及被害人訴追雙軌制，亦即被害人可選擇請求國家的檢察機關代為訴追，亦可選擇以自己名義向法院提出刑事訴訟，而後者，即是所謂的自訴。但考量一般人民並非法律專才，如任其進行訴訟程序，難免有延滯訴訟程序的疑慮，且如自訴人因故無法繼續訴訟，亦應設計其他的解決方式因應，因此，為保障人民訴訟權益，刑事訴訟法第三百三十條、第三百三十二條賦予檢察官協助自訴及擔當自訴的權利。

（五）指揮刑事裁判的執行

法官所制作的刑事判決或裁定，在確定之後，即送交檢察機關，由檢察官指揮執行，並非由法院自行處理。檢察官指揮執行刑罰或保安處分，應發指揮書，詳載執行的相關事項。

（六）其他法令所定職務之執行

檢察官為國家公益的代表，因此，除上述有關刑事案件的權責

外，其他與公益有重大關係的事項，法律也明定賦予檢察官介入的權責，例如民法第三十六條有關解散法人的規定、律師法第四十條將律師移付懲戒的規定等。

由上述說明可知，檢察權乃係一具積極、主動特性之國家權力，而檢察權行使之目的，在於實現國家刑罰權，過程中伴隨強大之強制處分權，對人民之自由權利構成潛在之威脅，另基於「檢察一體」之原則，各層級之檢察官乃以上命下從為手段，以有機協力為目的，所構成之一體化檢察組織。從而檢察權具有行政權之性質，應無疑問。然而，不可諱言檢察權與司法權具有相當之接近度（容後述），則應如何定位檢察權遂生疑問。

參、各國學說與制度之介紹

檢察官乃係法院審理案件之入口，惟由行政權把持此一關口是否妥當，滋生疑問。蓋在行政組織上命下從之原則下，難免產生是否有指導辦案之疑議。從而，應如何將具有行政官性格之檢察官重新定位實有其必要性。以下先就各國之學說及制度現況予以介紹，再試圖尋出適合我國檢察官之角色。

一、學說⁶

（一）行政官說

所謂之行政官說，乃將檢察官視為一般之行政官。其主要之理由在於法院組織法中上命下從之規定。檢察機關內部組織仿效行政機關，採行「階層式建構」，因而有上命下從之規定。亦即，上級檢察首長對於下級檢察官之檢察事務，有指揮監督之指令權，下級則有相應之服從義務。此外，上級檢察首長還有職務承繼權與職務移轉權，得親自處理下屬檢察官原承辦之案件或移轉給其他下屬檢察官承辦之⁷。

行政官說之理由之二，乃自憲法上之權力歸屬推論而來。蓋憲法上之權力分為立法權、行政權與司法權。檢察權非屬立法權並無疑義，而司法權亦僅能由具人身及事務獨立性之「法官」行使之（憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條）；而檢察官並非受憲法獨立性保障之法官，而係受上級指令拘束之公務員，是其所行使者自非司法權，而為

⁶ 林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，頁 79 以下，1999 年 4 月。

⁷ 法院組織法第 63 條、第 64 條參照。

行政權⁸。

另德國學者主張行政官說者，尚有一項我國法所無之論據，即為首長代理制。依德國法院組織法第 144 條規定，各級檢察機關之檢察官對外行使職權時，乃檢察首長之代理人，但無庸特別出示代理之證明⁹。

(二) 司法官說

與行政官說相互對立者乃「司法官說」，在德國稱為「等同法官說」。此說認為在控訴原則之下，檢察官不是法官，而檢察機關也不是法院，然檢察官與法官之職務有相當之等同性，故應將憲法上之司法權機關解釋為包括檢察官與法官二者，並同受憲法人身及事務獨立性的保障¹⁰。

司法官說的主要論據，在於檢察官與法官之近似性以及檢察權與司法權之接近度，蓋徵諸檢察官之法律守護人地位，對檢察官及法官而言，事實之究明與法律之判斷，應依同一目標行事，是此二者之近似性應無庸置疑¹¹。尤其在強制追訴主義（法定主義）之下，檢察官職務嚴格受制於法律的程度，與法官的調查與裁判相同。檢察官偵查終結時的處分，在起訴時，係由檢察官依現存證據資料判斷是否可期待法院為有罪裁判；在不起訴或緩起訴，甚至有終結刑事訴訟程序之效力，是與法官的裁判決定極為相近。在此種近似性下，實不宜以截然二分的方法將檢察權與司法權予以劃分。

而所以不將檢察官單純的定位為行政官，最重要的根本理由在於防範行政不當干預刑事司法。蓋若檢察官為行政官，執行刑事訴訟任務時受上級指揮，上級又受更上級之指揮，在此種科層體系之下，則何異於「內閣司法」（Kabinettsjustiz）¹²？從而自有將檢察權納入憲法上司法權範疇之必要。

⁸ 大法官釋字第 530 號解釋文（節錄）：「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。」

⁹ 此乃因德國之檢察制度係承襲法國而來。在法國個別檢察官非獨任制官廳，僅能以檢察長代理人之名義執行檢察業務（詳後述）。

¹⁰ Görcke, ZStW73, 1961, S.561, 564, 576。援引自林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，頁 86 以下，1999 年 4 月。

¹¹ Roxin, DRiZ, 1969, S.385。轉引自林鈺雄，前揭註 10 書，頁 87。

¹² Wagner, NJW, 1963, S.8。轉引自林鈺雄，前揭註 10 書，頁 88。

惟如此是否與檢察首長之職務承繼權與職務移轉權有所抵觸？司法官說之學者對此採否定見解。其認為職務承繼權與職務移轉權乃為檢察機關內部之「審級制度」，不得據此內部指令權即認檢察權當然屬於行政權¹³。

二、各國制度¹⁴

（一）法國-行政優越型之行政監督官

法國之檢察制度為各國檢察制度之濫觴。法國檢察官，係以司法部長為指揮命令體系之頂點，且其人事任命權限歸屬司法部長，個別檢察官非獨任制官廳，僅能以檢察長代理人之名義執行檢察業務。由是可之，法國之檢察官具有階級的服從關係，而有行政官之特性。

而法國檢察制度之建立，乃係因在共和時期對民選法官之不信任，方創立檢察官，用以監督民選法官之可能濫權，促其審判符合國家利益及社會公益，並將刑事訴訟程序之機關，分離為「追訴者」、「預審者」及「審判者」三者，追訴及發動預審之職權歸屬於檢察官，另將蒐集、調查證據之公判準備工作，及審核准否交付法院審判之預審權限交由預審法官。而檢察官在重罪法院陪審時，應積極蒞庭論告，並監督法院判決結果，使其符合利益及社會公益。另外亦明定判決應在檢察官在場之情況下始得宣告。故檢察官在刑事訴訟中，在法國一直到今日都被視為「國家的訴訟代理人」，有指揮司法警察偵查犯罪，控制預審程序及審判程序之職責，具有行政監督司法之優越性格¹⁵。

（二）德國-司法協力型之準司法官

德國之檢察制度係承襲法國之檢察制度而來，然非一成不變，其特色如下：

1. 檢察官非訴訟當事人：蓋德國之檢察官並非國家利益之保護者，而係「真實與法正義的保護者」。其並非代表政府監督司法審判之行政機關，而是與法院地位平等，與法院分別在偵查及審判階段，擔任發現真實義務之司法官。檢察官既係客觀公正之司法機關，對被告有利之事項亦應一併注意，自與求對造不利益之訴訟當事人有

¹³ Kolhhaas, Die Stellung der Sta, 1963, S.63; Wagner, 前揭註 12 書, S.8, S.10。參見林鈺雄, 前揭註 10 書, 頁 89。

¹⁴ 朱朝亮, 從檢察官天職回首檢改十年, 檢察新論第一期, 頁 53 以下, 2007 年 1 月。

¹⁵ 新昌修, フランスの檢察, 《現代の檢察》, 法學セミナ增刊特集, 1981, 頁 286 以下。轉引自朱朝亮, 前揭註 14 文, 頁 56。

別。

2.起訴法定主義之要求：檢察官除法律有特別規定者外，對一切可罰之犯罪行為，在證據充足時，依法即有訴追之義務。檢察官雖處於上命下從之行政官僚體系中，但藉由起訴法定主義之要求，可限制上級檢察首長之職務指揮權限，從而使個別檢察官得以充分發揮客觀法正義及真實維護者之角色。而只有在起訴便宜主義範圍內之案件，方有職務承繼權及職務移轉權之行使空間。

（三）日本-司法優越型之公益代表人

日本草創檢察官制度時，係採取法國制度；於明治7年時，檢察官之制度修正為德國制；嗣於二次戰敗後，在美國之主導下，其新憲基於保障被告在公平法院受公正裁判之權利，讓檢察官在訴訟上僅具有「公益代表人」性格之原告當事人地位，而與被告之地位對等。而檢察官在公益代表人性格之範圍內，除有「發現真實之義務」外，仍有維護公共利益及被告人權之「客觀公益義務」¹⁶。故雖然日本檢察官非如法國檢察官，具有行政監督立法之行政優越地位，亦非如德國檢察官與法官同為「司法官」之定位，但因日本檢察官在國家追訴主義、公訴獨佔主義、起訴便宜主義及起訴狀一本主義等基本原則下，實際掌握偵查、公訴、審判、執行等刑事程序之全程，可說是刑事司法之總樞紐，且有如同法官之身分保障。故今日日本檢察官之地位，縱導入美國刑事訴訟之制度，但本質上檢察官之性格，仍具強烈之德國法制色彩。

（四）美國-司法優越型之行政利益辯護人

在美國司法優越之憲政傳統下，再加上美國人民對行政權的強大有所排斥，故美國在籌設檢察官職時，將檢察官定位為政府之律師，採行檢察官民選制。美國檢察官其特色如下：

1. 辯護人之地位

美國檢察官應被稱為「聯邦或州的追訴代理人」或「政府機關所雇用之律師」。美國檢察官之地位與民間執行辯護人職務之律師地位並無不同，只不過他們是被選民選任或首長任命執行刑事追訴業務

¹⁶ 高田卓爾、小野慶二，刑事訴訟法の基礎，1975年，頁30。轉引自朱朝亮，前揭註14文，頁62。

之辯護人而已。

2. 執行公訴官業務，非偵察官業務

美國檢察官是政府所雇用之律師，但其職責是法庭之公訴業務，而非偵查之工作。是其與司法警察之關係，並無如大陸法係之直接指揮監督關係。

3. 政治、政黨性格

基於司法民主化原則，美國對於檢察官之任命，採民選制或國會審查制。任何人想擔任檢察官職，均需有政黨或地方派系支持，否則即緣木求魚，故美國檢察官具強烈政治、政黨性格是必然的，其追訴行動往往需考量選民及輿論反應。此與大陸法系檢察官被要求中立、超然、不受外力干涉絕不相同。

4. 由上可知，美國檢察官職務之執行，乃以政府之利益為出發點，並具強烈政治政黨性格，與司法權之公正、超然、獨立完全不同，是美國檢察官自屬行政官無疑。

肆、我國檢察官之定位

一、我國與各國檢察法制之比較

上述介紹了學說及各國之制度現狀，是否得以作為他山之石，適用於我國現有法制之下。

首先，法國之刑事訴訟制度，在追訴者與審判者中間，有「預審法官」之設置，其為準備審判程序，負有蒐集、調查證據之義務，並享有審核准否交付法院審判之預審權限。然在我國蒐集、調查證據之職責乃由檢察官任之，而案件宜否進入審判程序係由本案審理之法官斷之，兩國之刑事訴訟程序並不相同，且我國檢察官亦不具有如同法國之「行政優越地位」，故法國之檢察制度於我國有適用上之困難。

其次就美國之檢察官，如同為國家之律師，乃係專職公訴業務，其職務之執行在使被告受有罪裁判為目的，具強烈之「針對被告性」，而非在從事偵查工作，另檢察官與司法警察之關係，並無如大陸法係之直接指揮監督關係。反觀我國檢察官職司偵查、公訴業務，且在刑事訴訟法第2條第1項客觀性義務之要求下，檢察官對於有利被告之事項亦須注意，並不存在被告針對性，甚至美國之檢察官乃是被選民選任或首長所任命而執行刑事追訴業務，也與我國檢察官產生之方式

亦大相逕庭。因此探討我國檢察官地位，自無法逕援引法國及美國法制而認檢察官為單純行政官。

從上述介紹可知，我國刑事訴訟制度大致上乃以德國制度為藍本，縱近來修法援引不少美國思想，但從檢察官兼有偵查、起訴、公訴之職權，起訴須受法定原則之限制，且負有客觀性義務等面向觀之，我國檢察官制度似未如同美國，而仍與日、德制度較為接近。因此定位我國檢察官之地位，即有借鏡德國之必要。

二、現行法制及學說缺失

觀察我國檢察官現行法律規範及其職權行使，以上所討論之學說於我國檢察官角色之定位上實有其適用上之疑義：

首先就「行政官說」而言，此說雖然自有檢察官制度以來即被提出，然我國得否採取此說，涉及檢察官法定職務本身之探討。蓋我國檢察官在刑事訴訟程序中負有客觀性義務（刑事訴訟法第 2 條），且在法定主義之拘束下，僅在少數之輕微案件有依合目的性為裁量之空間（刑事訴訟法第 253、254 條），而事實上也只有在此一範圍內可與一般行政官員比擬。除此之外，檢察官與一般行政官員，在「法」的關係上有其本質之不同¹⁷。就一般行政官而言，法乃其行事之框架，只要在框架內，得依合目的性或公共安全秩序的觀點裁量如何行政；然就檢察官而言，法乃其工作之目標，而貫徹與實現法之意旨，更是檢察官之根本任務。

此外，檢察官雖不受憲法上審判獨立規定之保障，然相較於一般行政官員，檢察官實具有相當之獨立性，可謂係「事實上」之獨立官署。況一般行政官員簽署書類，係以機關之名義為之；然檢察官做成處分（包括起訴、不起訴、緩起訴之處分），均以自己名義行之，負自己責任，與一般行政官員亦有本質的區別。

又檢察一體原則，也不足作為「行政官說」之堅強理由。上命下從之服從關係乃行政官之特色，固不待言。蓋檢察官負有一定之法定義務，上級檢察首長之職務承繼權與職務移轉權，亦僅得在不妨害下級檢察官法定義務之範圍內為之。此種「不完全」之上命下從關係，得否作為檢察官為行政官之論據，亦非全然無疑問。

次就「司法官說」而言，其雖強調檢察官與法官之近似性，然近似與等同，其間仍有相當之差距。在此種差距之下，憲法明文規定僅法官（或法院）得享有之權利與保障（如我國憲法第 8 條、第 80 條、第 81 條），實無從透過解釋方法

¹⁷ 林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，頁 83 以下，1999 年 4 月。

將之擴張於檢察官。

而檢察官在檢察一體原則下之上命下從關係，固然僅為不完全之上命下從關係，然相較於法官在審判體系中絕無上命上從之關係，更顯現檢察官與法官有根本之不同。簡言之，所謂之近似，事實上即係指「不等同」而言。

而司法官說將檢察機關之職務承繼權與職務移轉權比作為審判機關之審級制度，此一說法亦有本質上之缺失。蓋審級制度中之上級審，只能在當事人提起上訴時方能運作，絕對不可能由上級審法院自行發動程序，將係屬於下級法院之案件收歸自己審理或交由其他下級審法院審理之道理。職務承繼權與職務移轉權，事實上僅能由階層結構加以解釋，並且以上下級關係及其附隨之上級指令權與下級服從義務為前提。然而上下級法院間根本不存在此種關係，蓋如此不但違反法定法官原則，而且也完全悖離法官獨立審判原則，而這兩個憲法基礎原則，正是憲法上司法權之本質與特徵，故若肯認職務承繼權與職務移轉權之合憲性，實難將檢察官之憲法地位與法官等同視之¹⁸。

此外，司法官說認為，檢察官所為之處分，尤其是不起訴處分，就其實質效果而言實與無罪判決無異，故檢察官與法官具有等同性。然就理論而言，本來在憲法權力分立原則及刑事訴訟法控訴原則之下，追訴機關僅能偵查案件並啟動審判程序，絕無使案件終局確定之權能。然我國刑事訴訟法第 260 條竟賦予不起訴處分幾近無罪判決之確定力，此種不當機制，徹底混淆了控訴原則下檢察官與法官之分野，甚且架空了權力分立原則下之分權節制機制。然無論如何，皆不得以下位、低階的規範（刑事訴訟法之規定）解釋上位之法規範（檢察官憲法上地位）¹⁹。

事實上，在司法院大法官第 392 號解釋明白表示憲法上所稱法院，不包括「檢察機關」後，司法官說之基礎已逐漸薄弱。

三、我國檢察官應有之定位-司法與行政兼具之司法官署

由前開說明可知，檢察官實非一般之行政官，然與法官間亦有一定程度之差距，則關於檢察官定位之問題究應如何解決？本文認為，應從設立檢察官制度之目的開始探討。

大陸法系創設檢察官制度時，既未採行政府代言人的一般行政官模式，亦未採納完全獨立自主的雙法官模式，因而自始具有居間的雙重性質；而由創設的目

¹⁸ 林鈺雄，前揭註 17 書，頁 92。

¹⁹ 張升星，「檢察官強制處分權爭議」研討會發言記錄，月旦法學雜誌第 6 期，頁 8。

的以觀，檢察官向來居於法官與警察、行政權與司法權兩者之間的中介樞紐。檢察官作為法律的守護人，既要追訴犯罪，更須保護被告免於法官恣意及警察濫權，擔當國家權力雙重控制的任務；檢察官不是法官，但要監督法官裁判，共同追求客觀正確的裁判結果；檢察官也不是警察，但要以司法之屬性控制警察的偵查活動，確保偵查追訴活動之合法性²⁰。而也因為如此，歐陸法上不論是德、法之立法例，皆將檢察官在組織上隸屬於司法部（相當於我國之法務部）。司法部乃標準的司法行政部門，既是司法，又是行政，在不改變此種隸屬關係之前提下，檢察官當然不是受憲法上人身及事務獨立性保障之法官，檢察機關也不是司法機關。

歐陸法系之司法部雖屬行政部門，然與典型的行政部仍然有別，所以德國雖然一向有將檢察官改隸內政部之提議，如此固然有助於提昇檢警指揮監督之效能，但從未獲得普遍之共識。換言之，檢察官雖然在「組織上」歸屬於行政權，但在「功能上」有朝向司法權之趨勢，與一般行政官員完全不可相提並論。為說明此種雙重特性，德國之學說與實務皆以「司法官署」或「自主的刑事司法機關」來定位檢察官²¹。此等司法官署有其特殊性，既是（廣義之）司法，又是官署，在執行之職務趨近刑事司法範圍時，例如偵查、起訴或公訴蒞庭活動，應依自我負責及自主辦案之司法準則行事；反之，若執行之職務趨近一般行政政策之範疇，例如在便宜主義範圍內之案件究應為何種決定，則依上命下從之行政原理處理。

從我國現行法制來看，採行司法官署說應為當然之結論。蓋檢察官乃位居法官與警察之間，既制衡法官，又監督警察，具有雙重控制之作用。一方面，檢察官主導偵查程序，乃偵查主體，警察及其他輔助機構應聽從檢察官之指揮監督（我國刑事訴訟法第 228 條以下）；另一方面，檢察官控制法官裁判入口，並監督法官之審理活動，自始至終均為法官裁判之把關者。因而檢察官乃係位於警察與法官之中間，而具有雙重之性質。

此外，檢察官與法官固然不同，但仍有相當之近似性。檢察官之工作目標乃發現真實與實體正義，刑事準則則是法定義務及客觀性義務，此觀我國刑事訴訟法第 2 條、第 228 條、第 251 條、第 252 條、第 344 條第 4 項、第 427 條等規定

²⁰ Gössel, *Strafverfahrensrecht*, 1977, S.39。轉引自林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，頁 95，1999 年 4 月。

²¹ Kintzi, in: *Richter und Staatsanwaltschaft für den Bürger*, 1988, S.309；Kramer, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, 1997, Rdnr.97。轉引自林鈺雄，前揭註 20 書，頁 97。

自明。而這些法制上之規定，甚至比德國法制更為徹底²²。例如：我國檢察官之法定主義更強，便宜主義的範圍更窄（刑事訴訟法第 253、第 254 條），甚至我國檢察官還明文準用法官迴避之規定（刑事訴訟法第 26 條），客觀性義務更為嚴格，可謂係徹底的法律守護人，完全契合司法官署說的立論基礎。此種刑事訴訟法司法屬性規定與法院組織法行政屬性規定調和之結果，前者乃成為後者之界限，亦即行政上上命下從之規定，並無架空實體正義目標及合法客觀準則之效力²³。

伍、結論

在檢察一體之原則下，檢察官體系間存有上命下從之關係，與司法權強調全然獨立有所不同，自屬行政權而非司法權無疑。然在刑事訴訟程序中，檢察官負有客觀性義務，非全然立於與被告對立之位置，與司法權有其接近性；且在法定原則之下，檢察體系內之上命下從關係乃「不完全」之上命下從關係，上級檢察首長之職務承繼權或職務移轉權均不得逾越法定原則之範圍，此與一般行政官員又具差異性。故本文認為應將檢察官定位為司法與行政兼具之司法官署。

然則，關於檢察官之身分保障，司法院大法官釋字第 13 號解釋文稱「憲法第 81 條所稱之法官，係指同法第 80 條之法官而言，不包含檢察官在內。但實任檢察官之保障……，除轉調外，與實任推事同」。然如前所述，檢察官與法官畢竟分屬不同之國家權力，檢察權固然具備一定之司法屬性，但在檢察一體原則之下，不得不承認與法官之審判獨立有所差別。此二者間既存有如此之差異，則如法官之特別任命程序（積極資格、遴選委員會等），地區、審級調動之限制，法官會議之職責及無官等、升遷等，因均與檢察一體之原則有所違背，亦不得準用，而對檢察官之評鑑、懲戒亦與法官之評鑑、懲戒方式有所不同，無從直接準用，如此僅法官之消極資格參與政治活動之限制、經營商業、兼職之禁止、財產申報、考察、進修、撫卹及退休、休假、保險等相關規定有準用之可能²⁴。

為解決二者之差異及適用上之困難，本文認為根本的解決之道應係另行針對上開事項為檢察官量身立法，實無強行依附於法官法，或強與法官合併訂定司法

²² 林鈺雄，前揭註 20 書，頁 103。

²³ 當然若法制中係將檢察官設置成以攻擊被告為主、企求被告有罪的「一造當事人式檢察官」（如美國），自然檢察官與法官之近似性則不復存在，而無將檢察官評價為司法官署之空間。

²⁴ 顧立雄、鍾文岳，檢察官法與法官法之關係-法官法專題（下），司法改革雜誌第 15 期，87 年 6 月 20 日，網頁：http://www.jrf.org.tw/mag/mag_02s.asp?SN=286，查訪日期：97 年 7 月 8 日。

官法之必要²⁵。如此方能避免並兼顧檢察官既具備司法屬性，自應賦予其一定之身分保障，及檢察官與法官除考、訓過程相同外，實分屬不同之國家權力之難題，從而本文建議立法者及有關機關應盡速起草擬定專為檢察官打造之「檢察官法」或「檢察署法」，以免檢察官角色定位之混亂。

參考文獻

- 朱朝亮，從檢察官天職回首檢改十年，檢察新論第一期，，2007年1月。
- 林鈺雄，談檢察官之雙重定位-行政官？-(司)法官？-，「檢察官論」，1999年4月。
- 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，2007年9月。
- 薩孟武，「政治學」，頁313，1988年1月。
- 「檢察官強制處分權爭議」研討會，月旦法學雜誌第6期。
- 顧立雄、鍾文岳，檢察官法與法官法之關係-法官法專題(下)-，司法改革雜誌第15期，87年6月20日。

²⁵ 李復甸教授部落格「上會期法官法未過，背後主要原因之一可能便出在檢方的態度。部分檢察官不滿法官法草案中僅將檢察官準用法官之身分保障，主張應與法官並列，甚至連法案名稱也要改變，因此杯葛法官法」，97年4月14日，網頁：http://fuldali.blogspot.com/2008/04/blog-post_14.html，查訪日期：97年7月8日。