

# 關於檢察官以「不能證明被告犯罪」 求為無罪判決之商榷 ——合併「法定性義務」與「公平審判」之觀點

傅文民\*

## 壹、問題之提出

「調查證據完畢後」，法院命檢察官先「就事實及法律分別辯論之」時（參見刑事訴訟法第289條第1項第1款），檢察官得否以「不能證明被告犯罪」為由，逕自請求法院判決「被告無罪」？現行刑事訴訟法並未明定，但檢察實務上曾有原則上肯定「檢察官對被告有利與不利之情形一併加以注意，自可就被告有利部分請求判決無罪」之函釋<sup>1</sup>，而學者似受德國學說見解影響，亦有基於「檢察官做為司法機構之一個主要成員，應為法律正義服務，不可單方面地只以追訴犯罪為唯一目的，他必須客觀公正地發掘事實真相，對於有利於被告之事實，亦必須加以發掘，而與法院共同找到公正之判決」，而主張檢察官「縱然對於犯罪嫌疑人已經提起

公訴，而在審判期日之法庭活動中發現罪證不足時，也應使其獲判無罪，而非固守務必使被告獲判有罪立場」<sup>2</sup>，甚且有明確表達「依照客觀性義務，檢察官必要時甚而應該在審判庭上主張被告應受『無罪開釋』」<sup>3</sup>，或者未敘明理由直接主張「檢察官於審理時，發見調查證據之結果，認為公訴不能維持時，得請求諭知無罪」<sup>4</sup>、「檢察官之辯論，雖多偏重不利於被告，而為攻擊之詞，但如於審判中，發現有利被告之證據，確足以證明被告犯罪嫌疑不足，或其行為不罰者，如未撤回起訴，亦當於辯論時，變更前陳述起訴之意旨，而請求諭知被告無罪」<sup>5</sup>。此外筆者本人於執業過程中，也曾親身經歷檢察官早於審判程序中調查證據前，即直接表明因「不能證明被告犯罪」，法院應判決「被告無罪」之案例<sup>6</sup>。

\* 本文作者係執業律師

註1：參見法務部（82）檢（二）字第0182號函。

註2：參見林山田（2004），《刑事程序法》，5版，第160頁，五南。

註3：參見林鈺雄（2020），《刑事訴訟法上冊》，10版，第137頁，自刊。

註4：參見李秉才（1976），《刑事訴訟法論》，再版，第248頁，自刊。

註5：參見褚劍鴻（2001），《刑事訴訟法論下冊》，4次修訂版，第509頁，臺灣商務印書館。

註6：此指臺灣新竹地方法院94年度訴字第124號誣告案件。事實上，該案檢察官於審判程序中調查證據前，即直接表明因「不能證明被告犯罪」，法院應判決「被告無罪」云云，根本沒有「貫徹毋枉毋

問題是，刑事訴訟法第269條第1項既明定「檢察官於第一審辯論終結前，發見有應不起訴或以不起訴為適當之情形者，得撤回起訴」，則檢察官經調查證據完畢後，認「不能證明被告犯罪」時，果得不依法撤回起訴，反而逕自請求法院判決「被告無罪」，本非無疑<sup>7</sup>。換言之，關於檢察官提起公訴後得否「撤回起訴」，立法例上有所謂「變更原則（或稱變更主義）」與「不變更原則（或稱不變更主義）」之別，我國刑事訴訟法立法既採「變更原則」<sup>8</sup>，則可否率然採取與依據立法採「不變更原則」之德國刑事訴訟法<sup>9</sup>之學說見解相同立場，尚難謂無加以探

討之必要。

況且我國刑事訴訟法乃建基於「控訴原則」<sup>10</sup>（或稱「彈劾主義」<sup>11</sup>），而「採行控訴（彈劾）制度」<sup>12</sup>），本期「在審檢分立與審檢制衡之控訴原則下，刑事審判程序必須使法庭活動，顯現出雙方攻防之訴訟本質，亦即檢察官應盡其控訴犯罪之職責，而盡力攻擊；相對地，被告與其辯護人則盡防禦之能事；法官則只是扮演客觀中立之訴訟裁判者的角色」。<sup>13</sup>因此在「三面訴訟關係」下，法院必須立於超然地位，在追訴者與被告之間，公正行使其審判權，可謂「控訴原則」之本質上要求。<sup>14</sup>如果檢察官於審

縱，追求實體真實與實體正義，顯已違反「檢察官執行職務時，應嚴格遵守之合法性及客觀性義務」，亦不合法所要求之「法律守護人」（參見林鈺雄（1999），〈檢察官在訴訟法上之任務與義務〉，氏著，《檢察官論》，第25-26頁，自刊），恐有失職之嫌。

註7：例如檢察實務上，亦有認「起訴後，如檢察官發現有應不起訴或以不起訴為適當之情形者，原得依刑事訴訟法第269條規定撤回起訴，如未撤回起訴，僅得對被告有利之情形如以陳述以供審判之參考，蒞庭檢察官尚不得請求判決無罪」之意見（參見前揭註1）。

註8：參見林鈺雄（2020），《刑事訴訟法下冊》，10版，第218頁，自刊；張麗卿（2020），《刑事訴訟法理論與運用》，15版，第510頁，五南。但學者更有精確指出我國刑事訴訟法係於採取起訴便宜主義之情形下，兼採變更主義。（參見陳樸生（1998），《刑事訴訟法實務》，再訂版，第383頁，自刊；蔡墩銘（1999），《刑事訴訟法論》，3版，第333-334頁，五南；黃東熊、吳景芳（2010），《刑事訴訟法論（上）》，7版，第280頁，三民）

註9：德國刑事訴訟法第156條明定：「審判程序開啟後，公訴不得撤回」（參見連孟琦（譯）（2016），《德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯》，第210頁，元照），德國學者指出此規定即係採「不變更原則」之立法（參見Claus Roxin（著），吳麗琪（譯）（1998），《德國刑事訴訟法》，第125頁，三民）。

註10：參見林山田，前揭註2，第48頁以下；林鈺雄，前揭註3，第50頁以下；張麗卿著，前揭註8，第29頁以下。

註11：參見李春福（2017），《刑事訴訟法論》，第25頁，新學林；褚劍鴻（2000），《刑事訴訟法論上冊》，4次修訂版，第5-6頁，臺灣商務印書館；李秉才，前揭註4，第9頁；蔡墩銘，前揭註8，第18-19頁；程元藩、曹偉修（1984），《修正刑事訴訟法釋義》，增修版，第6-7頁，自刊；翁玉榮（2002），《實用刑事訴訟法（上）》，第23-24頁，元照；黃朝義（2017），《刑事訴訟法》，5版，第10-11頁，新學林。

註12：參見林俊益（2020），《刑事訴訟法概論（上冊）》，20版，第20頁，新學林。

註13：引自林山田，前揭註2，第53頁。

註14：參見褚劍鴻，前揭註11，第5頁；李秉才，前揭註4，第9頁；李春福，前揭註11，第25頁；程元

判中認「不能證明被告犯罪」，不撤回起訴而向法院求為無罪判決，勢必造成檢察官與被告立於同側，如此一來不僅難以期待檢察官盡其控訴犯罪之職責，更導致「三面訴訟關係」名存實亡，吾人又如何能期待法院「公正行使其審判權」？

總之，檢察官能否因其於審判中認「不能證明被告犯罪」，遂捨「撤回起訴」而向法院求為無罪判決，並非自明之理，實需三思！

## 貳、檢察官於第一審審判中「發見有應不起訴之情形者」，負有「撤回起訴」之「法定性義務」

依實務學說見解，刑事訴訟法第269條第1項所定「應不起訴之情形」，指案件有同法第252條所定「曾經判決確定者」、「時效已完成者」、「曾經大赦者」、「犯罪後之法律已廢止其刑罰者」、「告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間

者」、「被告死亡者」、「法院對於被告無審判權者」、「行為不罰者」、「法律應免除其刑者」、「犯罪嫌疑不足者」等其中之一情形，或同法第255條第1項所定「檢察官…因其他法定理由為不起訴處分者」<sup>15</sup>而言。因此檢察官於第一審審判中如發見案件有「犯罪嫌疑不足者」，按照「不起訴法定主義」要求，應即主動撤回起訴，以免造成濫訴結果<sup>16</sup>，毫無裁量餘地。詳言之，「由於檢察官在刑事訴訟程序的特殊地位，本法承襲歐陸德國法制，賦予檢察官執行職務時兩種嚴格的義務：法定性義務與客觀性義務。法定性義務即指因法定原則所課予檢察官之義務，據此檢察官無論發動偵查與否或提起公訴與否，原則上須嚴格依照法律的規定，並無裁量的餘地」<sup>17</sup>，故檢察官於第一審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，亦即「發見有應不起訴之情形」，自應「撤回起訴」，以善盡其所負「法定性義務」，尚無轉而向法院求為無罪判決之裁量餘地。

雖有認為刑事訴訟法第269條第1項既規定

潘、曹偉修，前揭註11，第6-7頁；翁玉榮，前揭註11，第23頁；胡開誠（1983），《刑事訴訟法論》，修訂初版，第6頁，三民。

註15：刑事訴訟法第269條第1項所定「應不起訴之情形」，指案件有刑事訴訟法第252條第1-10款所定情形之一而言，於實務、學說上似無異議，但另有少數實務、學說見解指出，刑事訴訟法第269條第1項所定「應不起訴之情形」，兼指同法第255條第1項所定「檢察官…因其他法定理由為不起訴處分者」而言（參見法務部（83）檢（二）字第0643號函；胡開誠，前揭註14，第254頁），其理由當在於「所謂『其他法定理由』，乃不外乎與（刑事訴訟法）第二五二條所規定之事由同性質之理由，亦即，屬應為不起訴之事由…。只不過，檢察官以該法第二五二條所列舉之事由以外之事由為不起訴之處分時，則應引用該法第二五二條第一項」（引自黃東熊、吳景芳，前揭註8，第232頁；同旨另見褚劍鴻，前揭註11，第438頁），值得贊同。

註16：參見黃朝義，前揭註11，第381頁。另林鈺雄教授亦指出刑事訴訟法第252條規定屬「不起訴法定主義」，「因此案件一旦合乎第二五二條各款時，檢察官『應』即依本條為法定不起訴處分」（參見氏著，前揭註6，第231頁），併此敘明。

註17：參見林鈺雄著，前揭註3，第135頁。

「『得』撤回起訴」，則檢察官本可裁量是否撤回起訴<sup>18</sup>，況且「撤回起訴與不起訴處分雖具同一之效力，但與無罪判決相比較，無罪判決顯對被告更有利」<sup>19</sup>，故檢察官於「發見有應不起訴之情形」時，捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」，尚無不可<sup>20</sup>。但此等見解於我國法制恐非確論，理由如下：

一、按刑事訴訟法第251條第1項規定：

「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」。此法條其中「足認被告有犯罪嫌疑」，係指檢察官「依偵查所得的事證，被告之犯行很可能獲致有罪判決而言」。

「換言之，檢察官偵查事證後，只當本案超過『起訴法定門檻』，即有『受有罪判決之高度可能』時，才能提起公訴。」<sup>21</sup>據此刑事訴訟法第252條第10款所定案件有「犯罪嫌疑不足者」之情形，「應為不起訴之處分」，當係指檢察官依偵查所得之事證，不足以認定被告有受有罪判決之高度可能

時，即應為不起訴之處分。另按刑事訴訟法第299條第1項規定：「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決」，此法條其中「被告犯罪已經證明者」，係指「對於被告有罪一事之確信已無任何合理之懷疑而言」，亦即足為有罪判決之嫌疑門檻，乃「毫無合理懷疑之有罪確信」<sup>22</sup>。據此刑事訴訟法第301條第1項所定「不能證明被告犯罪…者應諭知無罪之判決」，當指法院就被告有罪之確信尚存有合理懷疑時，即應作成無罪判決。由此可見，僅需被告犯罪嫌疑未達「起訴法定門檻」，亦即被告無受有罪判決之高度可能，作為檢察官「撤回起訴」理由之「犯罪嫌疑不足」即可該當。但檢察官若要以「不能證明被告犯罪」為由求為無罪判決，則必須其認被告犯罪嫌疑未達其有罪之確信毫無合理懷疑之最高門檻。換言之，「由於檢察官起訴與否的基準與法官為有罪裁判與否的證據

註18：參見蔡墩銘、朱石炎（1981），《刑事訴訟法》，第212頁，五南；胡開誠，前揭註14，第254頁；朱石炎（2020），《刑事訴訟法論》，9版，第436頁，三民。

註19：參見黃朝義，前揭註11，第438頁。

註20：按日本刑事訴訟法亦採「變更原則」，該國學者青柳文雄認為於案件有證據不足情形時，考量被告就刑事補償有受無罪判決之利益，檢察官不撤回起訴而為無罪諭告，不能說不當（參見氏著（1976），《五訂刑事訴訟法通論上卷》，5訂版，第438頁，立花書房），足資參酌。另其他日本學者有主張以證據不足為理由撤回公訴，被告仍可能面臨「再行起訴」（參見日本刑事訴訟法第340條，類似我國刑事訴訟法第260條第1款），「無異於暫時的釋放，如果檢察官認為是無罪，那麼就應當提出無罪請求，判決無罪並終結程序」（參見田口守一（著）；張凌，于秀峰（譯）（2010），《刑事訴訟法》，5版，第125頁，中國政法大學），也可供參考。

註21：參見林鈺雄（2002），〈檢察官之「舉證責任」——兼論刑事訴訟之修法方向〉，氏著，《嚴格證明與刑事證據》，第186-187頁，學林。

註22：參見林鈺雄，前揭註21，第188、185頁。

基準並不完全相當」，「從有罪判決的『高度可能』到有罪判決的『確信無疑』之間，還有一段『差額』，案件起訴後，審判階段的主要任務，乃確定此段『差額』存不存在，答案肯定才能為有罪判決」<sup>23</sup>，所以檢察官於審判中經調查證據完畢後，縱對於被告有罪之確信尚有合理懷疑，而認「不能證明被告犯罪」，也未必完全排除被告受有罪判決之高度可能，在此情況下並無不該當「足認被告有犯罪嫌疑者」，從而檢察官依法所負提起公訴之義務依然存續，自不容檢察官轉而遽認「有應不起訴」之情形而撤回起訴，更不容檢察官逕自請求法院判決「被告無罪」而放棄追訴，否則檢察官即有違反「法定性義務」之嫌。但是檢察官於審判中經調查證據完畢後，如根本是認定被告已無受有罪判決之高度可能，則在此情況下案件既該當作為應不起訴理由之「犯罪嫌疑不足者」，同時也符合作成無罪判決理由之「不能證明被告犯罪」，惟檢察官仍不應捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」。蓋案件有「犯罪嫌疑不足者」之情形，檢察官依法本不應提起公訴，若經誤為起訴者，亦應由檢察官依法撤回之，以儘速回復「予以不起訴處分」之合

法狀態（參照刑事訴訟法第270條第1項規定），始得謂無違反其所負「法定性義務」，豈可任由檢察官轉而請求法院判決「被告無罪」，造成被告繼續無端承受審判程序所生莫大壓力與困擾？

二、另應加以辨明者，依刑事訴訟法第269條第1項所定，檢察官「發見有應不起訴之情形」，或認「以不起訴為適當之情形」，均有撤回起訴之權利，由此可知作為檢察官撤回起訴之理由，立法者無非基於便宜考量，將分屬「絕對不起訴之原因」與「相對不起訴之原因」<sup>24</sup>加以合併規定。檢察官就案件有「以不起訴為適當之情形」，本有裁量予以不起訴處分之權利，故學者主張審判中檢察官縱認有「以不起訴為適當之情形」，然其是否撤回起訴仍保有裁量權之見解，尚可贊同。不過於「發見有應不起訴之情形者」時，檢察官本無裁量予以不起訴處分之權利，以其所負「法定性義務」而言，檢察官應無裁量不撤回起訴之餘地。總之，刑事訴訟法第269條第1項所定「得撤回起訴」，似主要用以表明我國立法兼採「變更原則」，特別明文賦予檢察官於第一審撤回起訴之權利，以與採「不變更原則」立法之否決檢察官有權撤回起訴者不同<sup>25</sup>，而非不分檢察

註23：參見何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義（2000），《刑事訴訟法實例研習》，第274、275頁，學林。

註24：此不起訴原因分類名稱依據林鈺雄教授之著作（參見前揭註8，第144頁以下）。

註25：例如有德國學者指出「當法院裁定開啟審判程序後，檢察官不得撤回其已提起之公訴（刑訴法第

官「發見有應不起訴之情形」，或認「以不起訴為適當之情形」，一概賦予檢察官於第一審撤回起訴之裁量權，否則豈非容許檢察官明知案件有「犯罪嫌疑不足者」之情形，預期被告終將無法定罪，卻仍可依其裁量迫使法院繼續進行不符「訴訟經濟原則」<sup>26</sup>之審判？

三、進言之，檢察官於「發見有應不起訴之情形」時，捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」，也未必對被告更有利。誠如論者指出：「撤回起訴，對被告人權之保障與受法院無罪判決有相同之利益，因為撤回起訴具有實體之確定力，不得任意再行起訴，況且撤回起訴後，法院對該案訴訟繫屬關係消滅，具有免除被告受不合理的刑事程序負擔。因為撤回起訴後，即無法院的審判程序，被告可早日脫離整個刑事司法程序。而撤回起訴，在現行我國刑訴法上，其效力是與不起訴處分相同，具有實體確定力，因此就程序上與實體上之利益而

言，撤回起訴與無罪判決，對被告之保護應無所問；但撤回起訴則更具有司法經濟上之效益」，「檢察官可以在審判程序中主張被告無罪，請求法院判決無罪，何不依法為撤回起訴，使被告盡早脫離整個刑事訴訟程序呢？因此檢察官實行公訴時，依審理期日所得之心證，認為被告無罪或罪嫌不足，是否更應以撤回起訴之方式，使案件繫屬終結，盡早讓被告脫離整個刑事訴訟程序；此檢察官為撤回起訴之訴訟行為，應是更表徵檢察官客觀性與司法官屬性檢察官作為一個公正客觀的公益代表人，國家法律的守護者，彰顯檢察官公正客觀執行司法追訴之司法性格，並非僅是刑事訴訟上的當事人而已。」<sup>27</sup>事實上，實務見解一再表明檢察官未依刑事訴訟法第269條規定撤回起訴者，「法院仍應依法審判，不得僅就公訴檢察官論告時所陳述或主張之事實為裁判，而置原起訴事實於不顧」之旨趣<sup>28</sup>，據此檢察官於第一審審判中認案件有

156條）」（參見Claus Roxin（著），吳麗琪（譯），前揭註9，第125頁），或者指出「一旦提起指控，並且法院已經受理，檢察（官）就不能撤回起訴（刑事訴訟法第156條）」。（參見托馬斯·魏根特（著），岳禮玲、溫小洁（譯）（2004），《德國刑事訴訟程序》，第131頁，中國政法大學）。

註26：所謂「訴訟經濟原則」，係指於達成訴訟目的之前提下，要求迅速裁判，講究程序之簡化、合併與維持，避免程序浪費或重複之程序法上之共通原則。（參見林俊益（2000），〈訴訟經濟原則在刑事訴訟法之運用〉，氏著，《程序正義與訴訟經濟》，第91頁，元照）。

註27：引自劉邦繡（2008），〈論撤回起訴〉，氏著，《檢察官職權行使之實務與理論》，第194、193頁，五南。

註28：參見最高法院95年度台上字第2633號、95年度台上字第4671號、98年度台上字第1842號、101年度台上字第2759號等判決要旨。

「犯罪嫌疑不足者」，亦即「發見有應不起訴之情形」，若捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」，法院也可能不理會檢察官所為無罪論告，結果反而令被告陷於受有罪判決之危險中<sup>29</sup>，由此可見檢察官捨具有不起訴處分確定力之「撤回起訴」，而逕自請求法院判決「被告無罪」，對於被告結果未必更有利。

### 參、檢察官於第一審審判中「發見有應不起訴之情形者」，並不負有逕自請求法院判決「被告無罪」之「客觀性義務」

按德國之立法係採「不變更原則」，故其刑事訴訟法第156條規定檢察官提起公訴並經法院受理後，即不能撤回起訴，所以「如果出席審判的檢察官認為證據不足以定罪，他可以——而且必須——要求法院宣告被告人無罪」，亦即「因為在案件被受理之後，檢察官不能撤回或者減少指控，這樣他只能選擇要求作出無罪判決。」<sup>30</sup>由此或可推論德國

之學說見解係因檢察官於審判中認為證據不足以定罪時無法「撤回起訴」，遂不得不主張檢察官應基於「客觀性義務」求為無罪判決。<sup>31</sup>

惟如前所述，檢察官固負有「客觀性義務」，然更重要的是檢察官同時負有「法定性義務」，我國刑事訴訟法立法既採「變更原則」，賦予檢察官於第一審審判中「發見有應不起訴之情形者」，即有「撤回起訴」之權利，則檢察官於第一審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，亦即「發見有應不起訴之情形」，本應「撤回起訴」，以善盡其所負「法定性義務」，尚難率然援引德國之學說見解，遽謂檢察官得基於「客觀性義務」求為無罪判決，而置檢察官所負「法定性義務」於不顧。

進而言之，所謂檢察官負有「客觀性義務」，無非基於刑事訴訟法第2條第1項所定「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」。但如前述，檢察官於第一審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，若捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」，有

註29：例如德國學者於肯定檢察官得逕向法院求為無罪判決之同時，尚強調法院仍然可以對被告定罪。

（參見托馬斯·魏根特（著），岳禮玲、溫小洁（譯），前揭註25，第131頁）

註30：引自托馬斯·魏根特（著），岳禮玲、溫小洁（譯），前揭註25，第40頁。

註31：按法國刑事訴訟法並無關於檢察官得撤回起訴之規定，其立法當亦採「不變更原則」，而該國學者也同樣指明：「檢察院，僅僅是負責提起公訴，始終沒有放棄公訴的權力」、「在公訴已經發動之後，檢察院既不能撤回訴訟，也不能停止刑事法院的管轄。如果檢察院認為錯誤地提起了追訴以及放棄控告，刑事法院仍不會因此就停止管轄。刑事法院仍應當對案件進行審理，作出裁判」、「由于檢察院負責保護總體利益的任務，所以在其認為符合總體利益的情況下，可以要求宣告被告人無罪而不是要求對其作出有罪判決」（參見貝爾納·布洛克（著），羅結珍（譯）（2009），《法國刑事訴訟法》，第86、96、98頁，中國政法大學），似亦以檢察官於審判中無權「撤回起訴」為由，主張檢察官得基於公共利益求為被告無罪之判決，可供參考。

令被告陷於受有罪判決之危險中之虞，檢察官對此「於被告不利之情形」，本應注意始符合其所負「客觀性義務」，故檢察官若捨「撤回起訴」而逕自請求法院判決「被告無罪」，實已違反其所負「客觀性義務」。況且刑事訴訟法第269、270條既明定檢察官於發見有應不起訴之情形時，即得敘明理由以書面撤回起訴，同時賦予告訴人聲請再議，甚至聲請交付審判之權利，則以檢察官所負「法定性義務」而言，豈不能推定檢察官於第一審審判中發見有應不起訴之情形，必須採行「撤回起訴」，以免剝奪不同意無罪論告之告訴人依法尋求救濟之機會？<sup>32</sup>據此可知，片面主張檢察官得基於「客觀性義務」，捨「撤回起訴」而逕向法院求為無罪判決之見解，恐非確論。

#### 肆、檢察官於第二審審判中「發見有應不起訴之情形者」，或許負有逕自請求法院判決「被告無罪」之「客觀性義務」

##### 一、如第一審為被告有罪之判決，檢察官或被告不服提起上訴

###### (一) 檢察官於第二審審判中經調查證據完

畢後，雖對於被告有罪之確信尚有合理懷疑，而認「不能證明被告犯罪」，但也未完全排除被告受有罪判決之高度可能時，在此情況下案件仍屬「足認被告有犯罪嫌疑者」，檢察官依法所負提起公訴之義務依然存續，當不容檢察官逕自請求法院判決「被告無罪」以放棄追訴，否則檢察官即有違反「法定性義務」之嫌。

(二) 檢察官於第二審審判中經調查證據完畢後，如根本是認定被告已無受有罪判決之高度可能，自亦屬「不能證明被告犯罪」，此時因案件已不屬「足認被告有犯罪嫌疑者」，檢察官也不負有提起公訴之「法定性義務」，同時因檢察官於第二審審判中已無「撤回起訴」之權利，亦不負有回復「予以不起訴處分」合法狀態之「法定性義務」，在此情形下或許檢察官唯有逕自請求法院判決「被告無罪」，以善盡其所負「於被告有利及不利之情形，一律注意」之「客觀性義務」。<sup>33</sup>

(三) 應予說明者，如檢察官係為被告之利益提起上訴時（參見刑事訴訟法第344條第4項），是否結論與上述有所不同？按檢察官為被告之利益提起上訴

註32：日本學者有指出檢察官作為公益代表人，且獨占公訴權，有清楚地理解被害人之想法，並於執行職務時加以反應之責任與義務。（參見宗像紀夫（2002），〈檢察官の責務〉，松尾浩也・井上正仁（編），《刑事訴訟法の争点〔第3版〕》，第27頁，有斐閣）

註33：誠如學者指出「最能顯現檢察官客觀性的表徵為何？審判程序主張被告無罪也。我國檢察官之任務乃協助法官形成客觀正確之裁判，因而，法律雖未言明，但檢察官仍應依審理過程中形成之直接印象，具體求刑，以資法官參考。在與客觀性義務並列觀察之下，如果檢察官依審理期日所得之心證，認為被告無罪，則檢察官應請求法院為無罪判決，不受起訴見解之拘束，這才是一個客觀法律守護人應有之作為。」（參見林鈺雄，前揭註6，第31頁）



之理由，未必係「不能證明被告犯罪」，也有「被告受有罪判決之高度可能」仍存在，只是求為較輕定罪科刑之判決而已，所以不能一概認為檢察官為被告之利益提起上訴時，即可請求法院判決「被告無罪」。況且檢察官必經第二審調查證據完畢後，才能形成「不能證明被告犯罪」之認定，同時也才能認定案件究否有「犯罪嫌疑不足」之情形，所以即使檢察官本為被告之利益提起上訴，仍應依上述結論分別判斷其得否請求法院判決「被告無罪」。

## 二、如第一審為被告無罪之判決，檢察官不服提起上訴

- (一) 檢察官於第二審審判中經調查證據完畢後，雖對於被告有罪之確信尚有合理懷疑，而認「不能證明被告犯罪」，但也未完全排除被告受有罪判決之高度可能時，在此情況下案件仍屬「足認被告有犯罪嫌疑者」，檢察官依法所負提起公訴之義務依然存續，當不容檢察官逕自請求法院判決「被告無罪」以放棄追訴，否則檢察官即有違反「法定性義務」之嫌。
- (二) 檢察官於第二審審判中經調查證據完畢後，如根本是認定被告已無受有罪判決之高度可能，自亦屬「不能證明被告犯罪」，此時因案件已不屬「足認被告有犯罪嫌疑者」，檢察官也不負有提起公訴之「法定性義務」，但因檢察官於第二審審判中有「撤回上

訴」之權利（參見刑事訴訟法第357條第2項前段），仍負有回復第一審所為「被告無罪」判決確定之「法定性義務」，檢察官自應撤回上訴，以立即避免被告無端承受審判程序所生莫大壓力與困擾，而不應轉而逕自請求法院判決「被告無罪」。

## 伍、檢察官於開始再審後之審判中「發見有應不起訴之情形者」，或許負有逕自請求法院判決「被告無罪」之「客觀性義務」

按「刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所謂發見確實之新證據，須顯然足為受判決人有利之判決，不須經過調查程序，固經本院著有判例，惟所謂顯然足為受判決人有利之判決，不須經過調查者，係指就證據本身之形式上觀察，無顯然之瑕疵，可以認為足以動搖原確定判決者而言，至該證據究竟是否確實，能否准為再審開始之裁定，仍應予以相當之調查，而其實質之證據力如何，能否為受判決人有利之判決，則有待於再審開始後之調查判斷，徵諸同法第四百三十六條，法院於開始再審之裁定確定後，應依其審級之通常程序更為審判之規定，亦可瞭然無疑，否則縱有新證據之提出，亦絕無開始再審之機會，而再審一經開始，受判決人必可受有利之判決，尤與再審程序係為救濟事實錯誤之旨，大相背謬」；「開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序更為審判，刑事訴訟法第四百二十九條定有明

文。上訴人等被訴搶奪案，原審於裁定開始再審後，既已依第二審之通常程序進行審判，則再審前之二、三兩審判決，已於開始再審之裁定確定後，失其效力，自應就上訴人等不服第一審判決所為之上訴有無理由，加以裁判，乃原判決竟諭知再審之訴駁回，自有未當」，迭為最高法院81年度台抗字第493號裁定、33年上字第1742號判例所明示。據此不論受判決人或檢察官以「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪判決」為由聲請再審，均必待開始再審後，依第一審或第二審之通常程序更為審判，並經調查證據完畢，檢察官才能斷定是否「不能證明被告犯罪」，同時確認定案件究否有「犯罪嫌疑不足」之情形，故仍應分別情形判斷檢察官得否請求法院判決「被告無罪」。茲略分述如下：

一、案件經開始再審後，依第一審或第二審之通常程序更為審判，經調查證據完畢後，檢察官如認定案件有「犯罪嫌疑不足」之情形，且亦屬「不能證明被告犯罪」時，因已無「撤回起

訴」之權利<sup>34</sup>，檢察官唯有逕自請求法院判決「被告無罪」，以善盡其所負「客觀性義務」。

二、案件經開始再審後，依第一審或第二審之通常程序更為審判，經調查證據完畢後，檢察官雖認「不能證明被告犯罪」，但案件並無「犯罪嫌疑不足」之情形，則檢察官仍負有實行公訴之「法定性義務」，不應逕自請求判決「被告無罪」，而應交由法院作成最後判斷。

## 陸、檢察官於審判中逕自請求法院判決「被告無罪」，有違反「公平審判」之虞，應予節制

按憲法第16條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有受法院公平審判之權利，迭據司法院大法官會議以釋字第418號、442號、512號、591號解釋一再闡明在案，而「所謂受公平審判之權利，並非僅止於不受偏頗、不公平之虞之組織與構成之法院裁判之意，亦即並非僅止於法院之組織、構成上必要之

註34：司法院院字801號解釋謂：「撤回自訴應於第一審辯論終結前為之。既經第一審判決呈送覆判。於發回覆審後。自不得撤回自訴」，據此學者多主張經發回第一審法院更審中，不許撤回起訴（參見朱石炎，前揭註18，第436頁；李春福，前揭註11，第545頁；林俊益（2020），《刑事訴訟法概論（下冊）》，16版，第157頁，新學林）。筆者考量開始再審後依第一審之通常程序更為審判，與經發回第一審法院更審相似，認應可援用上開學者見解。惟日本學者雖有持同上見解者（參見渡辺直行（2011），《刑事訴訟法》，補訂版，第202頁，成文堂；高田卓爾（1978），《刑事訴訟法》，改訂版，第351頁，青林書院新社），也有不同意見主張在例如被告所在不明之情形，基於「訴訟經濟」案件經發回第一審更審中，檢察官應仍可撤回起訴（參見三井誠·河原俊也·上野友慈·岡慎一（編）（2017），《新基本コンメンタ—ル刑事訴訟法》，2版追補版，第308頁，日本評論社；藤永幸治、河上和雄、中山善房（編）（1997），《大コンメンタ—ル刑事訴訟法第4卷》，第255-256頁，青林書院），或也值得參考。

公平性保障，尚應及於程序上必要之公平性保障」。<sup>35</sup>論者雖有據此主張「檢察官在確信被告行為不構成犯罪之場合，仍對被告強行為有罪論告（當然也經過冗長之舉證程序），容屬不當之強制讓被告應訴，實已不符合『公平、適時追訴』之訴訟權保障理念。」<sup>36</sup>然憲法第16條本文明規定「人民」有「訴訟權」，依文義解釋自難遽認在刑事訴訟程序中僅「被告」享有「受公平審判之權利」。況且參酌已成為我國法之「公民與政治權利國際公約」第14條第1項所定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」，學者亦有特別指出：（「公民與政治權利國際公約」）的規定，享有公正審判權的主體為“受到刑事指控的人”和“在訴訟案中其權利和義務有待被確定的人”，即公正審判權的享有者不僅包括刑事訴訟中的被指控人，而且包括民事、行政訴訟中的當事人以及刑事訴訟中的被害人。從（「公民與政治權利國際公約」）的規定看，公正審判權的原則和標準更多地涉及刑事訴訟中被指控人的權利。這是因為，在刑事訴訟中，被指控人面臨著被剝奪財產、自由乃至生命等刑事處罰，而國家作為追訴者又占有壓倒性的優勢，為了防止被指控人受到不公正的對待，國際社會試圖通過確立刑事司法中公正審判的最低限度標準來保障被

指控人的公正審判權。」<sup>37</sup>因此被害人（或告訴人）亦應享有「受公平審判之權利」，關於刑事訴訟程序之進行是否合乎憲法所要求之「公平審判」，顯不能僅從「被告」之立場為判斷，而應同時從「被害人（或告訴人）」之立場合併判斷，始能獲得正確結論。

如前所述，我國學說幾乎一致主張刑事訴訟法乃建基於「控訴原則」（或稱「彈劾主義」），嗣最高法院亦以108年度台上字第1728號判決宣示：「我國刑事訴訟，採彈劾主義，對犯罪之追訴與審判，分由不同之機關職掌，非經檢察官提起公訴或聲請以簡易判決處刑，或由自訴人提起自訴，法院無從逕予審判，依此法則運作，在審判程序，乃由法院、自訴人（或檢察官）及被告形成訴訟結構之三面關係，以居於中立第三者之法院，基於自訴人（或檢察官）、被告雙方所為之攻擊、防禦，就自訴人（或檢察官）所追訴之案件，判斷國家具體刑罰權之存否及其範圍」等語，重申同旨。依人情之常而言，吾人本難率然期望檢察官於審判中單憑其所負「客觀性義務」，主動聲請調查有利於被告之證據，恰如德國學者Tomas Weigend指出：「在歐洲大陸，檢察機關是超然的“法律衛士”的神話——或者用德國人的話說，是“世界上最客觀的機構”——掩飾了並不那麼令人樂觀的現實。檢察官最初確實以

註35：參見林永謀（1998），〈憲法關於訴訟權利保障之公平審判內涵暨其在刑事訴訟法上之意義〉，司法院大法官書記處（編），《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》，第134頁，司法院。

註36：參見邱忠義（2004），〈「無罪論告」應然觀（上）〉，《司法周刊》，第1209期第2版。

註37：參見陳澤究（編）（2008），《《公民權利與政治權利國際公約》的批准與實施》，第273頁，中國社會科學。

一種客觀的方式評估證據，因為為了避免自討沒趣，他不想提起一個在法庭上無法獲得支持的指控。檢察官會在提起一項指控前，審慎地評估獲得定罪的可能性。但是他一旦做了起訴決定，檢察官就扮演了指控者的角色，進而試圖說服法官給被告定罪，而不會以一種超然的方式中立地出示證據。」<sup>38</sup>同理吾人亦可推定一旦檢察官有意於審判中請求法院判決「被告無罪」，其必不再「盡其控訴犯罪之職責，而盡力攻擊」，同時被告與其辯護人也將因檢察官與其等立於追求無罪判決之同側，必不再「盡防禦之能事」，導致「法庭活動不會顯現出雙方攻防之訴訟本質」，作為「控訴原則」本質要求之「三面訴訟關係」實際消失，呈現與檢察官不到庭實行公訴類似之狀況，亦即「訴訟被迫回復糾問制度的雙面關係」<sup>39</sup>。法官在此情形下已被迫喪失「扮演客觀中立之訴訟裁判者的角色」之可能，遑論如何履行憲法所要求之「公平審判」義務！

其次如上所述，若檢察官捨撤回起訴，轉而於論告時以言詞或書面請求法院判決「被告無罪」，雖「法院仍應依法審判，不得僅就

公訴檢察官論告時所陳述或主張之事實為裁判，而置原起訴事實於不顧」，然最高法院自作成101年度第2次刑事庭會議決議前後，其判決見解即一貫宣示：證明被告有罪屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院並無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務；至於刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限之旨趣。<sup>40</sup>因此即使法院認為檢察官請求判決「被告無罪」尚不足採，也不能依職權主動調查不利於被告之證據，結果法院恐除作成無罪判決外別無他法<sup>41</sup>，豈有「立於超然地位，在追訴者與被告之間，公正行使其審判權」之可能？

再者，「審判期日係以檢察官代表國家為控方當事人，有到庭實行公訴、聲請並參與調查證據之權責；告訴人委任代理人或其本人親自到場陳述意見（包括應為如何調查證據之意見），究止於公訴之輔助，僅為引發法院為其有利注意之參考資料。告訴人或其代理人於陳述意見時，如認有為如何調查證據之必要者，自應經由檢察官依刑事訴訟法

註38：參見托馬斯·魏根特（2016），〈換了名字的法官？：比較視野下的檢察官角色〉，艾瑞克·盧拉·瑪麗安·L·韋德（編），楊先德（譯），《跨國視角下的檢察官》，第362頁，法律出版社。

註39：參見何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義，前揭註23，第270頁。

註40：參見最高法院99年度台上字第1593號、100年度台上字第452號、100年度台上字第6259號、101年度台上字第2966號、101年度台上字第3859號、101年度台上字第6061號、101年度台上字第6259號、102年度台上字第4633號、105年度台上字第423號、107年度台上字第2588號等判決要旨。

註41：如林鈺雄教授舉例：德國檢察官就1996年1月18日發生在該國呂北克之難民樓房縱火案，原對黎巴嫩難民Safwan Eid提起公訴，結辯時檢察官坦承依審理程序中論辯所得之心證，雖無法排除被告涉嫌，但亦無法確信被告縱火，因而與辯護人一致請求無罪判決，判決結果一如訴訟觀察家所料：被告無罪。（參見氏著，前揭註6，第31頁）另筆者親自參與之前開臺灣新竹地方法院94年度訴字第124號誣告案件審判結果，法院亦果如檢察官與被告期望作成被告無罪之判決。

第一百六十三條之一之規定，以書狀提出於法院，方符法制。」（參見最高法院98年度台上字第5662號判決意旨）「倘檢察官未協助被害人為聲請，或被害人、告訴代理人所陳調查證據之意見，依卷內資料判斷，尚無足以啟動法院得依職權調查證據之情事，即使法院未予調查或說明，當亦無所謂應於審判期日調查之證據而未予調查或判決理由不備之違背法令可言。」（參見最高法院101年度台上字第3163號判決要旨）檢察官若於審判中請求法院判決「被告無罪」，吾人當可推定其必不會協助被害人（或告訴人）聲請調查證據（參見刑事訴訟法第163條第4項）<sup>42</sup>，以盡說服法院確信被告犯罪之舉證責任，而可能置被害人（或告訴人）所受委屈於不顧，致與最近為「提昇被害人在刑事

訴訟程序相對弱化的地位」，而修法「保障被害人（或告訴人）權利」之意旨有違<sup>43</sup>。同時因檢察官不撤回起訴，告訴人即使不同意檢察官所為被告無罪之論告，也無從依法聲請再議甚至聲請交付審判，終將陷入求助無門之困境。<sup>44</sup>在此情況下，從「被害人（或告訴人）」之立場判斷，刑事訴訟程序之進行絕不可能合乎憲法所要求之「公平審判」！

總之，審酌「『公平審判』」理念，在刑事裁判係最高之指導理念。刑事裁判有其種種之『法原則』，對於此等『法原則』，此一理念當具有最高之指導性，並亦顯示其優位性，是以其他『法原則』對『公平審判』理念自非予讓步不可。實體真實發現之法原則，係訴訟基本理念之一，倘其與『公平審

註42：刑事訴訟法第163條第4項固定曰：「告訴人得就證據調查事項向檢察官陳述意見，並請求檢察官向法院聲請調查證據」，然立法理由特別表明：「我國以國家追訴主義為原則，依第三條之規定，犯罪之被害人（告訴人）並非刑事訴訟程序中之『當事人』，惟告訴人係向偵查機關申告犯罪事實，請求追訴犯人之人，原則上亦係最接近犯罪事實之人，予以必要之參與程序，亦有助於刑事訴訟目的之達成，故應賦予告訴人得以輔助檢察官使之適正達成追訴目的之機會，爰增列本條第四項，規定告訴人得就證據調查事項向檢察官陳述意見，並請求檢察官向法院聲請調查證據。檢察官受告訴人之請求後，非當然受其拘束，仍應本於職權，斟酌具體個案之相關情事，始得向法院提出聲請，以免延宕訴訟或耗費司法資源，附此敘明。」

註43：最高法院109年度台上字第2446號判決所示：「於民國108年12月10日修正，109年1月8日公布…增訂第七編之三關於『被害人訴訟參與』制度（本法第455條之38-46），使被害人得以參與訴訟，讓被害人觀點可以適時反映給法官，減少隔離感，藉由被害人參與程序，瞭解訴訟之經過情形及維護其人性尊嚴，期能彌補其痛苦與不安。又於108年12月17日修正，109年1月15日公布增訂本法第163條第4項關於告訴人得就證據調查事項向檢察官陳述意見，並請求檢察官向法院聲請調查證據之規定，使最接近犯罪事實之被害人，得以告訴人身分參與必要調查證據程序之機會，使檢察官適正達成追訴犯罪的目的，及修正本法第289條第2項規定，賦予審判期日到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人（下稱被害人等），於科刑辯論前就科刑範圍表示意見之機會。在在顯示對於被害人等之保護已刻不容緩，俾提昇被害人在刑事訴訟程序相對弱化的地位。惟上開各該規定原則上均保障被害人等權利而設，與被告訴訟權之行使無涉」等語，足資參考。

註44：事實上，筆者親自參與之前開臺灣新竹地方法院94年度訴字第124號誣告案件審判，經法院作成被告無罪之判決後，告訴人曾具狀詳述理由請求檢察官提起上訴（參照刑事訴訟法第344條第3項），卻遭檢察官完全置之不理，終至無罪判決確定，令告訴人憤憤不平。

判』相衝突，則『公平審判』理念之地位對之仍不稍讓。」<sup>45</sup>檢察官於審判中依其所負「客觀性義務」，逕自請求法院判決「被告無罪」，縱或可顧及被告之訴訟權利，然既不免有違反憲法所要求「公平審判」之虞，則自不應容許檢察官恣意為之，否則恐有正義天平過度傾斜之譏。誠如學者所言，「就檢察官之工作屬性而言，其代表國家之追訴者，為另一造之當事人，與被告處於一對立之狀態，在偵查中更為明顯。因此若一直強調所謂『客觀性義務』，將檢察官『神化』是有違人性的，任何國家權力應受制約，方不至濫權，人民之權利始能獲得確保，因此，與其強調『客觀性義務』，不如從權力分立、制衡的觀點來詮釋檢察官之地位」<sup>46</sup>，是單憑「客觀性義務」，尚不足以論證檢察官必可請求法院判決「被告無罪」之結論。<sup>47</sup>

## 柒、結語

檢察官於審判中認「不能證明被告犯罪」時，能否迴避撤回起訴，轉而逕向法院求為被告無罪之判決？經考量檢察官同時負有「法定性義務」與「客觀性義務」，且檢察官向法院求為被告無罪之判決，有違反憲法所要求「公平審判」之虞，筆者不能貿然支

持論者所謂：「肯認檢察官可為無罪論告之看法在國內已成為通說」<sup>48</sup>，而主張應依檢察官各於第一、二審及再審審判中其所認定被告之犯罪嫌疑達何程度而定，亦即：

- 一、檢察官於第一審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，應依其所負「法定性義務」立即撤回起訴，尚無轉向法院求為被告無罪判決之裁量餘地。
- 二、檢察官於第一審審判中雖認「不能證明被告犯罪」，惟亦不排除「足認被告有犯罪嫌疑」之認定時，仍應依其所負「法定性義務」繼續實行公訴，尚無轉向法院求為被告無罪判決之裁量餘地。
- 三、檢察官於第二審審判中雖認「不能證明被告犯罪」，惟亦不排除「足認被告有犯罪嫌疑」之認定時，應依其所負「法定性義務」繼續實行公訴，尚無轉向法院求為被告無罪判決之裁量餘地。
- 四、檢察官於第二審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，如第一審本為被告有罪之判決，應依其所負「客觀性義務」，逕向法院求為被告無罪判決。如第一審本為被告無罪之判決，應依其所負「法定性義務」，撤回上訴，

註45：參見林永謀，前揭註35，第135-136頁。

註46：引自黃朝義，前揭註11，第88-89頁。

註47：關於檢察官是否負有「客觀性義務」，在日本有贊成與反對論者，該國學者有認為不能全面否定檢察官之公益性，或許應在個案努力符合當事人主義、公判中心主義時，才能肯定檢察官負有「客觀性義務」（以上參見庭山英雄、岡部泰昌（編）（2007），《刑事訴訟法》，3版，第14頁，青林書院），足供參考。

註48：參見邱忠義（2004），〈「無罪論告」應然觀（下）〉，《司法周刊》，第1210期，第2-3頁。

以回復第一審判決確定之合法狀態，而不應逕向法院求為被告無罪判決。

五、檢察官於再審審判中雖認「不能證明被告犯罪」，惟亦不排除「足認被告有犯罪嫌疑」之認定時，不論係第一審或第二審審判，應依其所負「法定性義務」繼續實行公訴，尚無轉向法院求為被告無罪判決之裁量餘地。

六、檢察官於再審審判中認案件有「犯罪嫌疑不足者」，不論係第一審或第二審審判，應依其所負「客觀性義務」，

逕向法院求為被告無罪判決。

由於檢察官於審判中請求法院判決「被告無罪」，將造成「三面訴訟關係」消失，訴訟進行被迫回復糾問制度下之雙面關係，顯致法院難以履行「公平審判」之義務，也會損及「被害人（或告訴人）」依憲法享有之受公平審判權利，筆者認為僅於不違反檢察官所負「法定性義務」情況下，為免被告誤受有罪判決時，檢察官始有依其所負「客觀性義務」求為被告無罪判決之必要。

（投稿日期：2021年8月2日）