

出國報告（出國類別：進修）

各國偵審人員之國家賠償責任及 民事責任法制與實務研究

服務機關：臺灣高雄地方法院檢察署
姓名職稱：李侑姿檢察官
派赴國家：日本
出國期間：104年9月10日至105年9月2日
報告日期：105年11月30日

摘要

本文係整理日本法官及檢察官之國家賠償責任相關學說及實務見解，從國家賠償制度之機能及性質，探討國家賠償之制度目的為何，並考量法官及檢察官在審判及追訴等職務之特性，從日本檢察官提起公訴、接見交通、不起訴處分等不作為、搜索扣押及論告相關之國家賠償案例，檢討在檢察官各種職務行為之違法性及故意過失之認定標準，及法官為有罪判決後改判無罪確定後，對為有罪判決之法院提起國家賠償之案例，分析之前所為之有罪判決是否具有違法性之判斷標準。

目錄

第一章 緒論.....	3
第一節 研究動機.....	3
第二節 研究過程及研究目的.....	4
第二章 日本國家賠償責任相關理論及學說.....	7
第一節 國賠法之機能.....	7
第二節 國賠法第 1 條第 1 項之責任根據及性質.....	7
第一項 責任根據.....	8
第二項 責任性質.....	9
第三節 國賠法之違法性.....	10
第一項 違法性與過失之關係.....	11
第二項 違法性之意義.....	12
第三項 違法性之判斷基準.....	13
第四項 職務行為基準說.....	15
第四節 故意與過失.....	18
第一項 故意過失之內涵.....	18
第二項 注意義務之客觀化.....	19
第三項 組織過失理論.....	19
第四項 故意過失之舉證與推定.....	20
第五項 法令解釋錯誤之過失.....	20
第三章 檢察官國家賠償責任.....	24
第一節 提起公訴.....	24
第一項 違法性與過失.....	24
第二項 松川事件與芦別事件.....	28
第三項 弘前大學教授夫人遭殺害案-檢察官部分.....	33
第四項 高槻猥褻國賠事件.....	36
第五項 名古屋國家賠償訴訟.....	41
第六項 大阪地院平成 27 年 6 月 15 日民事判決.....	46
第二節 接見交通.....	49
第一項 接見交通權之規定及合憲性.....	49
第二項 指定接見之要件.....	51
第三項 案例.....	54

第三節 不起訴等不作為.....	59
第一項 不起訴處分之違法性爭議.....	59
第二項 案例.....	60
第四節 搜索扣押.....	65
第五節 論告.....	68
第四章 法官國家賠償責任.....	71
第一節 未經上訴或再審程序.....	71
第一項 學說.....	71
第二項 實務判決.....	73
第二節 經上訴或再審程序.....	75
第一項 學說.....	75
第二項 案例.....	76
第三項 小結.....	77
第五章 民事責任.....	79
第六章 心得及建議.....	81

第一章 緒論

第一節 研究動機

我國國家賠償法(下簡稱國賠法)第 13 條規定「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定」，亦即限縮法官與檢察官之職務上行為於國賠法之適用，不同於其他公務員係只要於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利，國家即應依國賠法第 2 條第 2 項負國家賠償責任，法官與檢察官則尚需滿足「就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪」及「經判有罪確定」之要件，因法官或檢察官之執行職務而自由或權利受侵害之人民才得依國賠法請求國家賠償。又犯職務上之罪，除貪污治罪條例相關之規定外，尚有刑法分則第 4 章瀆職罪章之枉法裁判罪等與法官及檢察官職務相關之刑罰，然此等罪或因舉證不易，或因認定困難，實務上鮮少相關案例，故我國至目前為止，對法官及檢察官提起之國家賠償訴訟件數極少，且大多均係以「法官或檢察官未因參與審判或追訴之案件犯職務上之罪，並經判決有罪確定」，認原告之訴顯無理由，而予以駁回。

關於國賠法第 13 條之規定是否違憲，大法官會議做成第 228 號解釋認為「該規定係針對審判與追訴職務之特性所為之特別規定，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法並無牴觸」，且關於「審判與追訴職務之特性」，解釋理由書更說明「為維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義，上述難於避免之差誤，在合理範圍內，應予容忍。不宜任由當事人逕行指為不法侵害人民之自由或權利，而請求國家賠償。唯其如此，執行審判或追訴職務之公務員方能無須瞻顧，保持超然立場，使審判及追訴之結果，臻於客觀公正，人民之合法權益，亦賴以確保」。

就該解釋理由書所指之「合理範圍內」，究係為何，並未明確表示，然與國賠法第 13 條之要件綜合觀之，似指只要未達「因參與審判或追訴案件犯職務上之罪，且經判決有罪確定」之程度，即均屬合理範圍而人民應予容忍，果然如此，人民對於「司法的誤差」所應容忍之範圍是否過大？又為達「維護審判獨立及追訴不受外界干擾」之目的，而採取限制對法官及檢察官之國家賠償責任之手段間，是否具有必要性、合理性及相當性，顯非無疑。因之，長年以來對於國賠法第 13 條限縮法官與檢察官之國家賠償責任之立法方式之批評，並未因該號大法官解釋而彌平。

近來因推動司法改革之聲浪不斷，國賠法第 13 條是否應刪除，又再度成為議題，一直以來我國實務因現行法設有限縮要件之故，關於法官與檢察官之國家賠償責任做實質認定之判決寥寥無幾，學說論文亦多是行政法學者從各國比較法出發，討論該條立法是否妥適以及是否應予刪除¹，然果真刪除該條文，在法官與檢察官執行職務之行為侵害人民之自由或權利時，應如何認定系爭行為是否具有不法，亦即違法性，以及法官或檢察官是否有故意或過失，亦即相關構成要件是否該當之判斷標準，恐有參考他國相關學說及判決之必要；且先跳過立法論及違憲與否之探討，直接考察未設有限縮規定的外國立法例及相關實務案例，視其如何認定法官及檢察官於執行職務行為之行為準則，亦即各該職務執行之注意義務究竟為何，或許也有助於討論果真對法官及檢察官之國家賠償責任未設限制，對法官之獨立審判或檢察官之追訴是否會有影響或有何影響。

第二節 研究過程及研究目的

本研究擬脫離我國現行立法是否妥適及應否刪除之討論，直接以未設有如我國國賠法第 13 條之限制規定之日本相關法制及實務見解作為研究標的。又日本

¹ 相關介紹詳見范文清，論法官與檢察官的國家賠償責任，台灣法學雜誌，第 221 期，2013 年 4 月 1 日，第 27 至 53 頁。

自昭和 22 年（1947 年）頒布施行國賠法迄今，已累積相當多學說與判決，本報告之研究方法主要為文獻之蒐集、整理，文獻包括與法官及檢察官之國家賠償責任相關之學說論文及判決，關於判決之蒐集，主要係自 westlaw japan 系統檢索關鍵字，及經常被引用之重要判決。然因日本係雙偵查主體制，檢察官與警察之職責範圍與我國略有不同，刑訴法規定亦不盡相同，例如，日本警察得直接向法院聲請搜索票，無庸透過檢察官審查，檢察官亦無開立逮捕狀之權限，除現行犯等特殊情形外，欲逮捕犯罪嫌疑人時，不論係警察或檢察官都必須向法院聲請逮捕狀等，日本警察官之職務範圍有部分係與我國檢察官之職務範圍重疊，故關於此部分之警察官國賠判決，亦於本報告內一併整理及歸納。又因日本的實務現狀與我國不同，歷年來關於法官及檢察官之注意義務之判斷標準亦有變更，並非目前日本的學說或實務見解之通說即適合應用在我國之情形，故歷來實務見解之演變及非屬學說通說、然亦有值得參考之學說亦一併整理於本報告內。國賠訴訟判決有認定國家賠償責任成立者，亦有認為不成立者，在判決之選擇上，優先選擇肯定國家賠償責任存在之案件，其次係認為有違法性但不認為有故意過失之案件，蓋在確立行為基準時，在作為之情形，相較於「何種行為得為」而言，「何種行為不應為」應更為重要，反之，在不作為之情形，「何種行為應為」亦較「何種行為得不為」重要。另若係不成立國家賠償責任之案例，然於判決中有明確揭示判斷基準者，亦歸納於本報告內。若係重要判決之節錄，採節錄原文並翻譯於後之方式。

如前所述，目前我國實務及學界對於國賠法第 13 條之去留，尚無共識，若將來立法趨勢係採廢除該條規定，希冀本報告整理之學說及實務見解可對於國賠事件之處理能提供一點方向，及檢察官或法官在執行職務時，能明確知悉行為規範之界線為何，而毋庸擔心動輒得咎可能隨時被聲請國賠。又除國賠事件外，近來

國內亦有檢討檢察官起訴、上訴應否負行政責任之討論²，檢察官起訴案件被判無罪，或一審判決無罪上訴二審後仍然無罪，若僅以結果決定檢察官是否應負行政責任，確實有不合理之處，蓋案件之發展係行進式，關鍵證據不必然在起訴時或上訴時呈現，且檢察官及法官係各自依其自由心證判斷，自由心證因人而異，實難逕以結果究責；然對於不合理之起訴或上訴若均不予追究，似亦非全民之福，一定程度的究責，對公務員可生警惕作用，亦能抑止將來再發生相同缺失，故首應確認者為「不合理」之標準為何？何種狀況下會認為起訴或上訴係不合理（除起訴及上訴外，其他搜索、監聽等偵查作為亦同），而應追究檢察官之行政責任？至於應為如何程度之行政究責，則係另一問題。又不僅檢察官如此，法官執行職務亦有相同問題，然因二者之職務性質並不相同，似不應以相同標準認定。目前我國關於檢察官及法官之行政究責單位分別有法官及檢察官職務評鑑委員會，各院檢亦設有職務評定委員會，雖然國家賠償責任及行政責任之成立標準不盡相同，然亦希望本報告對於法官或檢察官之評定或評鑑標準，能提供一點助益。

² <http://www.cna.com.tw/news/aip1/201606170419-1.aspx>，最後閱覽日期 2016 年 8 月 29 日。

第二章 日本國家賠償責任相關理論及學說

第一節 國賠法之機能³

一、 損害填補之機能

國賠法有損害填補之機能，即被害人救濟之機能。國家或公共團體基於國賠法負損害賠償責任，使被害人所受損害得以獲得填補，又賠償責任由國家或公共團體負擔，而非無資力之公務員，亦得保障被害人之求償權能獲得實現。

二、 監視之機能

國家賠償與侵權行為責任相同，基於損害賠償制度之目的，不僅經濟上的救濟賠償，尚有制裁之機能及抑止將來違法行為之發生等機能。日本國賠法第 1 條（以下均指日本國賠法）有訂有違法性之要件，與其說被害人得透過國家賠償訴訟程序對違法之公權力行使行為咎責之機能，不如解釋為監視國家行為避免出現瑕疵之機能更為妥適。關於國賠法第 2 條之規定，並無如第 1 條設有違法性之要件，而係以瑕疵之存在為其要件，則應如何解釋「瑕疵」於學說之見解分歧，但不論如何，依第 2 條之規定追究相關責任，亦得監視公的營造物之管理及設置。

第二節 國賠法第 1 條第 1 項之責任根據及性質

國賠法第 1 條第 1 項「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」（筆者譯：公務員於執

³ 西荳章，國家賠償法コンメンタール，第 34-36 頁，第 2 版，勁草書房，2014 年 3 月。

行職務行使公權力時，因故意或過失違法使他人受有損害時，國家或公共團體應負賠償責任。）關於國賠法第 1 條第 1 項國家或公共團體負損害賠償責任之根據為何，會影響到損害賠償規定之性質及對該條違法性、過失等問題之理解。而關於責任之性質，在學說上向來有代位責任說及自己責任說之爭議，因責任性質之理解不同，對違法性及過失之解釋亦會有不同。

第一項 責任根據⁴

一、 代位責任說

有學者認為該條規定之根據係代為責任，其理由有二，一為擁護被害人之國民個人之基本人權，二為本法係繼受德國法，而德國法中關於職務責任之構成，係國家繼受責任理論，意即國家應繼受公務員行為之責任，繼受之目的係為保護被害人。然該說並無法解釋為何國家或公共團體必須保護被害人，國家或公共團體代位公務員之責任本身，無法作為代位之理由。

二、 危險責任說

在該條之責任性質採自己責任說之學者，以損害賠償責任之性質論解釋該條之責任根據，認為責任根據係危險責任，國家公權力之行使本身即包含社會的危險性，故公務員違法行使公權力之行為，應視為國家或公共團體自己之行為，國家或公共團體應負損害賠償責任。然學者對該說之批評為危險責任有其成立的界線及範圍，過度使用危險責任之用語，會使危險責任之概念薄弱化。

三、 違法責任說

德國在 1981 年為改革備受批評之職務責任制度，企圖將所有補償

⁴ 前註，第 72-74 頁。

制度納入規範而制定之國家責任法，雖該法其後遭憲法法院以欠缺立法權限而被宣告無效，然該法第 1 條第 1 項「公權力違反對他人應負之公法上之義務時，對因此所生之損害，公權力主體應依本法負賠償責任」之規定，其立法理由為國家之不法責任係法治國家之義務，即責任之根據為侵害行為之違法性。然對該說之批評為，日本國賠法第 1 條第 1 項係採過失責任主義，亦即必須公務員之行為需有過失，國家或公共團體方負損害賠償責任，並非單純只要是行為具有違法性即應負責。對此批評，違法責任說之學者主張過失責任主義僅係立法政策之限制，與責任根據為何並無直接關係。違法行使公權力之行為，違反依法行政之原理，即為歸責事由。

第二項 責任性質⁵

國賠法第 1 條第 1 項責任性質向來有數種學說爭議，最主要者係代位責任說及自己責任說，前者之代表學者為古崎教授，後者為今村教授。古崎教授主要主張故意過失係公務員主觀之責任要件，而今村教授則係從客觀的無過失責任出發，然隨著過失的客觀化及過失之推定，違法性及過失之判斷有一同認定之趨勢，故二說間之對立已逐漸消彌。

一、 代位責任說

該條國家或公共團體之損害賠償責任之性質為代替公務員負責，亦即本該是公務員之責任，國家或公共團體僅先代其負責。此自該條規定以公務員之故意或過失為要件，且自國賠法中尚有國家對公務員之求償權之規定自明。學說之通說及實務上判決多採代位責任說。

二、 自己責任說

⁵ 村重慶一，國家賠償研究ノート，第 4 頁，1996 年 4 月 15 日第 1 版，判例タイムズ社。

該說係以本條項責任根據為危險責任說為出發點，認為公權力活動本質上即包含一定的危險性在內，為避免被害人遭受危險實現時，只能哭著入睡，故因公權力活動而獲益之國家或公共團體應負擔公務員違法行使公權力所生之賠償責任。亦即國家或公共團體自係己的責任，而非代替公務員負責，該說之理由為該條規定文字並非「『代』公務員負損害賠償責任」，且公務員之故意過失應客觀解釋為「公務營運之瑕疵」；又關於求償權之規定，認為係因公務員對於其違反職務上義務之行為應負責。

第三節 國賠法之違法性

按國賠法第 1 條第 1 項之規定，國家賠償責任之成立須具備公務員、執行職務、行使公權力、故意或過失、違法性、損害、及因果關係等 7 個要件。而關於本報告所要探討法官與檢察官之國家賠償責任，於公務員之行為主體、執行職務、行使國家公權力、因果關係及損害等要件之認定幾乎不會是責任成立與否之爭點，主要有爭議者為法官及檢察官執行職務之行為是否具有違法性及故意或過失。又在構成要件之層次上，原則上行為要先具備「違法性」，才會進入故意過失之探討，但違法性之概念及判斷標準，甚至是違法性與過失之關係，會因國家賠償之性質係採自己責任說或代位責任說而有不同。

本節係整理與國賠法第 1 條第 1 項「違法性」相關之概念及學說，然多數學者主張公權力行為之態樣有許多，關於違法性之判斷標準，及舉證責任之負擔，應依公務員之職別、職務內容等做類型化整理、檢討，例如統治行為之違法性、立法行為之違法性、行政指導之違法性等。故與本研究題目相關之「司法行為之違法性」及「檢察官行為之違法性」，擬分別於第三章、第四章與相關判決一同檢討。

第一項 違法性與過失之關係⁶

傳統上認為違法性係客觀要件，過失為主觀要件，二者係明確區分之要件，然隨著過失內涵即注意義務的客觀化，且受侵權行為法亦有綜合認定違法性與過失之趨勢之影響，國賠法第 1 條第 1 項關於違法性與過失是否應區分討論、認定，學說上有一元論及二元論之爭議。有認為違法性與過失之內涵均為客觀注意義務之違反，故有主張過失與違法性應視為一體，無庸分別討論，只要證明一方成立，另一方亦隨之成立，此即「一元說」。在實務上亦有將違法性與過失統合判斷之趨勢，其判斷之模式有：從違法性之存在推定過失存在、從過失之存在推定違法性存在，及僅判斷過失之部分而未就是否有違法性判斷之模式。⁷

相對於此，亦有學者主張因法條規定係將二者並列，認為二者仍有區別討論之必要，此說為學說上之有力說，即二元說，且實務上亦非全無採二元論之判決，例如在關於法官羈押之裁定，即有法官關於羈押之決定具有違法性，但無過失，故國家無庸負賠償責任之案例（東京地院昭和 34 年 8 月 13 日判決⁸）；或是檢察官以檢察署內無適當供律師與被告接見之場所為由拒絕律師之接見申請之國賠訴訟，最高法院平成 17 年 4 月 19 日判決⁹亦認為檢察官未盡關於接見交通之注意義務固屬違法，然在當時狀況下，無法否定確實有難為之處，故認為該檢察官並無過失，國家無庸負賠償責任。又最高法院迄今仍見解分歧，故實務上究竟何種類型案件應將違法性及過失區分討論與否，目前尚無定論¹⁰。

⁶ 北村和生，国家賠償における違法と過失，行政法の争点，高木光・宇克賀也編，第 146-149 頁，2014 年 9 月 30 日第 3 版，有斐閣；註 5，第 170-172 頁。

⁷ 遠藤博也，国家補償法，上卷，第 188-190 頁，昭和 56 年 11 月 30 日初版，青林書院新社。

⁸ 東京地方裁判所 昭和 31 年（ワ）第 5663 号 損害賠償請求事件 昭和 34 年 8 月 13 日

⁹ 最高裁判所第 3 小法廷 平成 12 年（受）第 243 号、平成 17 年（才）第 251 号 国家賠償請求上告、同附帶上告事件 平成 17 年 4 月 19 日

¹⁰ 註 3，第 137-142 頁。

第二項 違法性之意義¹¹

關於國賠法上違法性之意義，學說上有區分為狹義說、廣義說及最廣義說。狹義說認為所謂違法係指違反嚴格意義之法律（即成文法）。廣義說認為不應受限於一般成文法之違反，包括法律原則、原理之違反等均係違法，例如尊重人權、權利濫用、誠實信用、公序良俗等原則。而最廣義說認為所謂違法係包含一切公務員欠缺正當性之行為，若自國賠制度具有公平分配損害之目的觀之，似不應將違法性限定在法規違反之範圍，故除欠缺法定要件之行政處分外，不當之裁量行為及違法之事實行為等其他欠缺正當性之行為均應包括在內，與行政訴訟之違法處分之範圍相較，最廣義說界定之違法性範圍更廣。

廣義說與最廣義說二說之分歧在於，不當之裁量行為是否得認定為違法而得依國賠法請求賠償，亦即，裁量有誤之不當處分，因屬裁量範圍內，即便不當亦不能成為行政撤銷訴訟之客體，最廣義說認為此種情形仍應使被害人能依國賠法請求賠償，甚至是裁量權濫用，然濫用程度未達不當之裁量處分，亦應認定為違法，使被害人能行使國家賠償請求權。廣義說則主張，只要是在裁量範圍內，除非是法所不允許之行為，否則裁量是否有當並無違法與否之問題，亦即相對人不得依國賠法請求賠償。

實務及學說通說係採廣義說，著名的檢察官違法起訴之松川事件國賠訴即東京高院 45 年 8 月 1 日判決¹²即為典型，「これらの権力行使は多くの場合法令によつて規制されているが、その違法性の有無を判断するについては、狭義の法規違反のみに限るべきでなく、基本的人権の尊重・権利濫用の禁止・公共の福祉の維持・公序良俗・信義則・条理などの、法運用の一般原則をもとり入れて

¹¹ 註 3，第 150-153 頁。

¹² 東京高等裁判所 昭和 44 年（ネ）第 1004 号 損害賠償請求控訴事件 昭和 45 年 8 月 1 日

判断の基準とすべきことは云うまでもない。」（筆者譯：關於公權力之行使固應受許多法規命令之規範，然於判斷公權力之行使是否有違法性時，其判斷標準不應限於狹義之法規違法，尚應包括基本人權之尊重、權利濫用之禁止、公共福祉之維持、公序良俗、信義原則等其他適用法律之一般原則，此乃當然之理。）

第三項 違法性之判斷基準¹³

學說上關於違法性之判斷基準主要有結果不法說、行為不法說與相關關係說。行為不法說則係指行為本身若違法相關法律規定時，方屬違法。該說係以依法行政之原理為基礎，認為違法性係指行為違反法規之意，若遵循法規之行為，縱使發生法律不允許之結果，該行為亦不應被評價為違法。而關於非違法行為所造成之損害，係應依損失補償法理或公法上之危險責任法理救濟之。學說通說及實務多採此說，然此說亦有學者批評未跟隨侵權行為法關於違法性已改採結果違法說之趨勢。

結果不法說係以被害人之損害填補出發，主張為使被害人之救濟更為容易，只要發生法所不容許之損害結果時，不論原因行為是否違反法令，均屬違法。然若採該說之論點，侵害行為本身是否適法均非所問，如此將可能使國家賠償與損失補償之概念混淆，蓋二者之區別係行為本身是否適法，若行為適法產生之損害，係損失補償之範疇。而對於此批評，結果不法說之學者更進一步主張損失補償及國家賠償二制度應統一合併¹⁴。

二者間折衷之學說為相關關係說，係指除公務員行使公權力之行為本身需違反對第三人之職務義務而違法之外，因國賠制度亦含有填補損害之目的，故須有

¹³ 武田真一郎，国家賠償における違法性と過失について-相關關係說、違法性相對說による理解の試み-，成蹊法學 64 號，2007 年；宇克賀也，国家賠償の課題-違法性論を中心として，ジュリスト 1000 号，60 頁以下，有斐閣。

¹⁴ 原田尚彦，松川国家賠償請求事件，増刊ジュリスト昭和 45 年度重要判例解説，482 号，昭和 46 年 6 月，有斐閣，第 27 頁至 29 頁。

損害之發生為要件，即需有法益被侵害之結果，故國家賠償法所指違法性應就行為違法（即侵害行為之性質、態樣）及結果違法（即被侵害利益之種類、內容）綜合判斷之。然相關關係說之適用，有學者認為應先將行為客體區分係行政行為或事實行為，亦即應區分是否屬於行政處分，若為行政處分，則應適用行為不法說，非屬行政處分者，則適用相關關係說。因多數學者對於結果違法說有諸多批評，認為直接以結果之發生認定具有違法性未盡妥適，然考量國賠制度之填補被害人損害之功能，若被害情節重大，而系爭行為是否違反相關法規範模糊不易認定時，亦即系爭行為是否違法有疑義時，採相關關係說似可在行為違法說之架構下，並納入結果違法說之優點。

實務上亦有國賠訴訟採相關關係說之判決，例如京都地院昭和 47 年 7 月 14 日損害賠償事件判決¹⁵，該判決之爭點係系爭行政指導行為是否具有違法性，而判決指出「加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様との相関関係から判断し、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性がないと解するのが相当である。」（筆者譯：加害行為是否違法，應從被侵害利益之種類、性質及侵害行為態樣之相關關係判斷，若被侵害利益並非重大，則侵害行為之不法性若非重大時，系爭加害應認為不具違法性）。但實務上最常見者，仍為行為不法說，例如松川事件之國賠訴訟東京高院昭和 45 年 8 月 1 日判決即為適例，「捜査権および公訴権の行使は、その性質上当然に相手方たる被疑者又は被告人の基本的な人権を多かれ少なかれ侵害するものであるから、その違法性判断の基準として権利侵害の概念を持ち出すのは相当でないことが明らかで、国家賠償法第一条の規定する「違法に」というのは、右の権利侵害が違法に加えられたこと、

¹⁵ 京都地方裁判所 昭和 43 年（ワ）第 117 号 損害賠償請求事件 昭和 47 年 7 月 14 日

すなわち、国の権力行使が、客觀的に見て、法の許容する限界を越えてされることを指しているものと考えてよいであろう。」（偵査權及公訴權之行使，本質上即或多或少會侵害犯罪嫌疑人或被告之基本人權，故單以權利侵害之概念作為違法性之判斷基準顯然並不妥適，國賠法第 1 條規定所指違法，係指違法侵害權利，亦即，國家權力之行使在客觀上已超越法律容許之界線。）¹⁶

第四項 職務行為基準說

職務行為基準說係實務上為處理檢察官及法官違法行為之判斷基準，修正行為不法說而發展出之理論。職務行為基準說之基本概念為，因國家或公共團體之行為所產生之違法之結果，若公務員已盡其職務上之注意義務，則無國賠法第 1 條第 1 項違法之問題。此說可說是將過失之內涵即注意義務之違反，作為違法性之判斷標準，亦即係違法性與過失一元論之立場，故採職務行為基準說者，鮮少另檢討是否有過失之要件。然該說亦有學者提出批評，認為該說以「職務義務」為其認定標準，故意迴避國賠法第 1 條第 1 項「違法」之要件，且究竟職務義務之內涵為何亦不明確。即便如此，起初係為判斷檢察官及法官之違法行為而定之標準，目前實務上有被擴大化、適用於其他類型之國賠訴訟之趨勢。

松川國賠事件第二審判決即東京高院昭和 45 年 8 月 1 日損害賠償訴訟判決對於檢察官之違法行為之判斷為下列說明：「刑事事件において結果として無罪の判決が確定したというだけで直ちに右の違法を云々することのできないのはいうまでもない。刑事訴訟においては、檢察官が公訴事實の存在を合理的な疑いを容れない程度に証明しない限り無罪の判決がなされる。刑事訴訟法は、裁判官による証拠の評価につき自由心証主義を採用したが、人によつて証拠の証明力の評価の仕方に違いがあるため、一定の証拠によつて形成される心証の態

¹⁶ 註 3，第 142-149 頁。

様・強弱の程度についても、ある程度の個人差が生じることを避けがたい。裁判官と検察官との間においても、その立場を異にする関係からして、証拠の見方や心証の強弱に多少の差異がないとは云い切れない。それであるから、裁判官が審理の結果、犯罪事実につき証明なしと判断して無罪の判決をした場合でも、これによつて直ちに警察官又は検察官のした逮捕・勾留、公訴の提起・維持などの権力行使が違法であると断すべきではない。これらの権力行使が違法であるというためには、警察官又は検察官の判断が、証拠の評価について通常考えられる右の個人差を考慮に入れても、なおかつ行きすぎで、経験則・論理則からして到底その合理性を肯定することができない、という程度に達していることが必要である。無罪の判決が確定しても、検察官の判断が、通常考えられる右の差異の範囲内のものとして是認できる場合には、その権力行使は適法行為として、これによる損害は刑事補償の対象になるだけで、国家賠償法による賠償の対象とはならないのである。」（筆者譯：刑事事件不能僅以無罪判決確定之結果即認為起訴違法。在刑事訴訟程序中，若檢察官對於起訴事實之存在未能證明到無合理懷疑之程度時，則法院必須為無罪判決。然刑訴法對於法官如何評價證據係採自由心證主義，故對於證據證明力之評價方法亦因人而異，即便是相同證據，因之形成之心證之態樣、強弱程度，亦無法避免在某程度上具有個人之差異，再加上法官與檢察官之立場不同，對證據之看法或心證之強弱亦難謂完全沒有差異，因此，即便法官審理之結果認為無法證明犯罪事實之存在而為無罪之判決，亦不能因此遽認警察或檢察官所為之逮捕、羈押、起訴及訴追（筆者註：即維持起訴，未撤回起訴之意）等公權力之行使違法。若要判斷該等公權力行使違法，必須達到即便考量一般可接受之個人對證據評價之差異後，仍認為警察或檢察官之判斷不恰當，及自經驗法則及論理法則觀之，亦無法認為其判斷具

有合理性之程度，才能認為違法。故無罪判決確定時，檢察官之判斷若被認為係屬一般可接受之個人差異之範圍內時，應認其公權力之行使行為適法，因此所造成之損害應屬刑事補償之對象，而非國家賠償法之對象。)此段判決之重點有二，一為檢察官之行為違法與否，不能僅就判決結果觀之，尚需進一步認定系爭行為本身是否合理，二為判斷之標準需考量一般可接受之個人差異，及經驗法則、論理法則，若仍認為系爭判斷太過、不合理時，方得認為違法。後者係採職務行為基準說之前提下(亦即認為應就行為本身是否違法進行判斷，而非端以結果論之)，所採取之判斷方法。另關於檢察官起訴是否違法之判斷方法，本報告將於第三章第一節第一項討論。

自上開松川國賠事件東京高院判決之後，實務上大部份判決多採職務行為基準說，而最高法院初次明確採職務行為基準說者係昭和 53 年 10 月 20 日芦別國賠訴訟判決¹⁷，「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、檢察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における檢察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである。」(筆者譯：刑事事件經無罪判決確定，不能直接認定起訴前之逮捕、羈押、起訴、維持起訴、及起訴後之羈押等行為違法。若於逮捕、羈押時，有相當理由

¹⁷ 最高裁判所第2小法廷 昭和49年(オ)第419号 国家賠償請求事件 昭和53年10月20日

認為有犯罪嫌疑，又有逮捕、羈押之必要性，則應認為適法；而因起訴係檢察官請法院審判犯罪是否成立、是否有刑罰權之意思表示，故檢察官於起訴時或進行追訴時（筆者註：指未撤回起訴，繼續追訴之意）之心證，性質上本與法官判決時之心證不同，故應依合理之判斷過程，就起訴時或繼續為刑事追訴時所存在之各種資料綜合判斷，若已達得認為有罪之嫌疑為已足。）該判決與上開松川事件判決相較，係更進一步指出關於起訴是否違法之判斷標準為「起訴之嫌疑須達得認為有罪之程度」。

第四節 故意與過失

第一項 故意過失之內涵

因國賠法第 1 條第 1 項明定故意或過失之要件，故該條國家賠償責任係採過失責任主義。又故意或過失之概念，一般係借用侵權行為法之概念，故意係指對權利、利益侵害結果之發生或可能性有認識，進而直接為權利或利益侵害之行為；過失則係預見損害結果（即權利利益之侵害）之發生，而違反迴避結果發生之注意義務。而於國賠法中，因公權力行為之特質，容許侵害國民之權利或利益之情形不少，故除對權利、利益侵害有預見外，尚需對違法性能預見或有預見可能性始當之。又因國賠法受侵權行為法之影響，關於注意義務之違反係指客觀的注意義務，且須具備預見可能性及迴避可能性之要件。¹⁸

實務上就是否有故意之點極少發生爭執，通常國賠訴訟之爭點係在是否有過失。又因如前述，國賠法之學說通說及實務對於國家賠償責任之性質係採代位責任說，故於故意、過失之主觀責任要件，係指公務員之故意或過失；相對於此，若採自己責任說者，則認為國家賠償責任之根據係危險責任，與公務員個人責任無涉，故故意或過失之判斷應就公務營運是否有瑕疵客觀認定之。

¹⁸ 註 3，第 495 頁。

第二項 注意義務之客觀化

又過失本係指行為人主觀之心理狀態，然受侵權行為法之影響，為使損害得以公平分擔、保障被害人之救濟及確保法治國原理之實踐，注意義務之內涵已有客觀化、高度化之趨勢，亦即是否有預見可能性及迴避可能性，並非由行為人主觀認定，而係客觀的、一般人均認為應如此之標準，若於民事醫療過失之案件，則係已一般醫療從業人員於相同狀況之注意能力為標準，故於國賠法中，則係指相同職位之公務員於相關公權力行使行為時之注意能力，亦即公務員被要求應有之注意義務程度需達相同職位之公務員之平均程度。

與本研究題目相關之檢察官與法官之注意義務，亦同樣有客觀化之趨勢，例如最高法院第 3 小法庭昭和 37 年 7 月 3 日判決指出，關於同意延長羈押之聲請之法官是否有過失之判斷，須依「通常の檢察官又は裁判官であれば当時の状況下において当該被疑事件又は勾留期間延長請求事件の取調ないし決定判断に当つては何人も当時の勾留延長請求の資料に基づいては勾留延長の請求又はこれを認容する裁判をしなかつたであろうと考えられる場合に限り国家賠償法一条一項にいう過失を認めることができるものと解するのを相当とする。」

（譯：通常之檢察官或法官於當時之狀況訊問調查該案件或收受延長羈押之聲請時，依當時聲請延長羈押之證據資料，對於該延長羈押之聲請均不會認為有理由而不會予以准許時，應認為有國賠法第 1 條第 1 項之過失），亦係以「通常的檢察官或法官於相同狀況」之判斷為其準據。

第三項 組織過失理論

學說通說認為，若已能證明係公務員之過失，則究竟係哪一位公務員之過失，並無特定之必要，國家或公共團體即應負賠償責任，此即組織過失理論，亦即認定是否有過失時，將行政組織視為一體，檢討該組織之運作或制度設計是否有切

缺¹⁹。實務上亦有採取相同見解之判決，例如在警察執行職務違法之國賠案例，東京地院昭和 39 年 6 月 19 日判決²⁰則指出「只要能確定加害之公務員係隸屬於何行政機構已足，若該機構之公務員有數人而不能確定係何人所為時，只要能確認系爭損害係該機構數公務員中之一人所為即可，而無非得特定係其中之何位公務員所為之必要」。福岡地院小倉支部關於在監獄附設醫院服刑之受刑人自殺之案例²¹，法院亦認定本案並非僅是負責之護理人員或下指示之醫師之過失而已，而係包含該監獄首長在內之所有醫師、職員全體應共同改善之組織的過失。

第四項 故意過失之舉證與推定

關於舉證責任，在損害賠償訴訟中被害人原則上須就行為人有故意過失負舉證責任，然對故意過失之舉證困難度甚高，為緩和被害人舉證之困難，學說通說主張應使用「推定過失」(原文：一応の推定)，亦即若得證明公務員行使公權力之行為違法，則原則上先推定有過失，國家或公共團體除非能證明公務員沒有過失，否則原則上應負賠償責任。經判決無罪確定之起訴認定違法性時，實務上多肯定檢察官之過失亦推定存在，然於法官判決違法之情形，則有數件否定「推定過失」之判決。²²

第五項 法令解釋錯誤之過失²³

隨著過失客觀化之趨勢，公務員之注意義務應以平均公務員被期待應有之注意義務為標準，故該平均之標準則有明確界定之必要。關於此平均之注意義務之標準，於公務員執行職務時，對執行職務相關之法令解釋有誤之情形會產生爭議。應分成三種情形觀之，一為判例及學說有不同看法，二為判例學說間無不同看法，

¹⁹ 宇賀克也，國家補償法，第 73-75 頁，1997 年 2 月 20 日初版，有斐閣。

²⁰ 東京地方裁判所 昭和 35 年(ワ)第 7967 号 國家賠償請求事件 昭和 39 年 6 月 19 日

²¹ 福岡地方裁判所小倉支部 平成 19 年(ワ)第 1200 号 國家賠償請求事件 平成 21 年 10 月 6 日

²² ；註 5，第 172-174 頁。

²³ 註 3，第 504 頁已下。

三為判例學說並未就相關問題表示意見。

一、 在判例及學說有不同見解之情形

原則上，若判例與學說見解有分歧時，公務員只要循其中一種見解，即不生過失之問題，亦即公務員只要能找出實務上或是學說之見解作為其依據，就不會認為有過失。學說通說及實務均採相同見解。然學說分歧時，若有多數說及少數說之情形，通常執行職務時應採多數說，然若堅持要採少數說時，則必須能提出有充分的理由。

法官在處理違反關稅法事件時，關於對第三人所有之船舶沒收之裁判，因舊關稅法第 83 條第 1 項一般的解釋、修法經過及修法後之解釋見解不一，上訴審法官對於系爭違法舊關稅法之案件所為之判決，違反其後修正之條文及最高法院之判決，亦不能直接認為法官執行職務之行為有過失（鹿兒島地院昭和 42 年 2 月 20 日²⁴）。檢察官對法律之解釋與最高法院之見解不同時，亦不能直接認為檢察官有過失，若系爭解釋並非在一般檢察官看來均認為不合理而不會為此解釋之情形，則不能認為檢察官有過失。（東京高院昭和 37 年 9 月 24 日²⁵）。另關於記者與偵查中羈押被告之接見是否許可，於實務及學說上本有多種見解，不論是何種見解若均有其相當之根據時，基於其中某一見解而執行職務，不能認為有過失。故看守所所長基於其中一種見解而為不予許可之處分，不能認為有過失。（東京地院平成 4 年 4 月 17 日²⁶）

二、 學說與實務無不同見解之情形

²⁴ 鹿兒島地方裁判所 昭和 38 年（ワ）第 107 号 昭和 42 年 2 月 20 日

²⁵ 東京高等裁判所 昭和 36 年（ネ）第 1124 号 損害賠償請求控訴事件 昭和 37 年 9 月 24 日

²⁶ 東京地方裁判所 昭和 62 年（行ウ）第 78 号、昭和 62 年（ワ）第 13099 号 接見不許可処分取消請求、損害賠償請求事件 平成 4 年 4 月 17 日

在學說與實務對於法律之解釋沒有分歧之情形時，與已確立之法律解釋為不同之解釋時，則認為有故意過失。但亦有學者認為，若未採判例及學說時，若能舉出合理的理由，應有解釋為沒有過失之空間為妥，特別是法官及立法者，蓋法官之職責在解釋、適用法律，立法者則是法律之修正及廢止，若為固定的見解所箝制，則無法期待渠等有創新、進步的法律解釋，故於此情形亦應否認有過失。例如檢察官在為禁止律師接見被告之處分時，在昭和 48 年時，一般的指定處分（即原則上禁止接見通信）在實務上及學說均被認為違法而不被允許，故採與此相反見解而為禁止接見處分之檢察官有過失（富山地院昭和 54 年 9 月 28 日²⁷）。

三、 學說及實務均無表示見解之情形

學說及實務均認為無可依循之學說及實務見解時，若公務員所採之解釋有相當之根據，不能認為有過失。例如，以無接見設備為由駁回律師接見之請求案例，檢察官之駁回固然違法，然「平成 4 年當時，在檢察署廳舍內提出接見之申請，檢察官固同意辯護人於廳舍內，得在無其他人在場之情形接見被告，然當時對於是否得以廳舍內並無可防止被告逃亡或煙滅證據，便於戒護之設備之房間為由，駁回辯護人之聲請，並無相關實務見解及學說，故廣島地檢檢察官以此為由駁回辯護人之聲請，固怠於盡到相關注意義務，然考量當時之情況，亦不能否定其有勉強難為之處，故難認為該檢察官有過失（最高法院平成 17 年 4 月 19 日判決²⁸）。

四、 調查義務

在無可依循之學說及實務見解，而對適用法律有疑義時，公務員有調查研究義務，若公務員對於法律解釋未為充分之調查研究而逕為相關處理

²⁷ 富山地方裁判所 昭和 48 年（ワ）第 173 号 損害賠償請求事件 昭和 54 年 9 月 28 日

²⁸ 同註 8。

決定時，亦應認為有過失。

第三章 檢察官國家賠償責任

第一節 提起公訴

第一項 違法性與過失²⁹

對於判決無罪確定之案件，是否得即認為檢察官之起訴違法，係檢察官違法起訴之國賠責任第一個問題；其次則是若不能直接認為違法，則違法性之標準何在？又若得直接認定違法，則故意過失之標準為何。在第一個問題，即職務行為基準說及結果違法說之爭議。學說通說及實務見解多採職務行為基準說，認為預判斷檢察官之起訴是否違法，須先探究檢察官起訴之性質，蓋犯罪偵查、起訴等檢察官之職務行為，係藉由起訴犯罪行為而獲得有罪判決之過程維持社會秩序之行為，與法官判決係判斷檢察官起訴之事實是否該當法律所定之構成要件，二者於本質上即有不同，且檢察官與法官之立場及職責亦有不同，芻別國賠訴訟最高法院昭和 53 年 10 月 20 日判決就此即明確表示「起訴不過是檢察官就犯罪是否成立、刑罰權是否存在請求法院審判之意思表示而已，檢察官於起訴時或是實行公訴時之心證本與法官之心證不同」，故不能僅就判決結果無罪據以認定檢察官起訴違法。故若起訴之判斷在客觀上具有合理性時，則縱使案件經無罪判決確定，亦應認為該起訴適法，反之，若起訴之判斷欠缺合理性，亦即違反檢察官之職務義務，則不論結果是否有罪，均應認為違法。

相對於此，結果違法說則提出三個主要理由，一係就國賠法第 1 條第 1 項條文觀之，係將「違法性」及「故意過失」二要件並列，故應解釋為違法性係對公務員之加害行為為客觀之評價，故意過失則是公務員主觀之歸責事由，二者應分別認定；二者，刑事補償之性質係違法無過失責任，即發生違法之結果，而公務

²⁹ 註 5，第 183-189 頁；。

員無過失之情形，則循刑事補償之途徑救濟，故國家賠償責任應亦應相同解釋，即發生違法之結果，且公務員有過失時，國家即應負國賠任；三者，對於被冤枉起訴的被告而言，採結果違法說較能保障其救濟之權益。

對於結果違法說之主張，採職務行為基準說之學者回應，若不就行為本身判斷是否違法，而逕以無罪之結果直接認定違法，則不只「違法之要件」本身將失其意義，國賠法抑止之機能亦無法發揮。且對於被害人之救濟而言，於認定違法性存在後，仍需進一步認定是否有故意過失，亦即公務員有無主觀歸責事由，故先以結果論斷違法性亦未能使被害人之救濟更為容易。此外，若循結果違法說之看法反面推論，是否只要判決有罪，起訴即無違法之可能，似無法處理違法起訴但有罪判決之情形。

又採職務行為基準說者，如何判斷起訴之判斷是否有合理性，其判斷方法在學說上有四種學說，一為違法限定說，即檢察官僅於基於違法或不當之目的而起訴時，方認為違法。二為一見明白說，即檢察官對證據資料之評價，須達即便將一般可接受個人間之差異考慮在內，仍認為不妥當，且參照經驗法則及論理法則，亦難認為該判斷具合理性之程度之重大瑕疵，方認為違法。三為合理理由欠如說，即若檢察官欠缺客觀上能期待獲得有罪判決之合理理由而仍為起訴，則為違法。四為違法性擴大說，係指既然無罪判決已獲確定，則起訴可能是某個環節有問題，基於此一立場，依據無罪判決之認定及判斷，回溯檢視當時起訴是否有違法性。

學說之有力說為合理理由欠如說，該說學者認為將違法限定說擴大適用到認定檢察官起訴是否違法之範圍並不適當，蓋該說原係對於認定法官判決是否違法之判斷標準（見第四章），係對於違法性做最嚴格之認定；一見明白說所定之標準幾乎已達重過失之程度，然國賠法第 1 條第 1 項係以「過失」為要件，所指應係民法抽象輕過失之概念，似無理由限縮解釋需在行為人有重過失時方能成立國

家賠償責任；又無罪判決之理由不一而足，並非只要出現無罪判決就當然應有國賠法之賠償。故該說主張，「刑事訴訟程序本為於偵查初始僅有偵查機關單純之主觀的嫌疑（亦即），進展到客觀的嫌疑，經由起訴，最後證明犯罪、透過有罪判決將刑罰法規具體化，係一連串漸次發展之過程，而判斷違法性之基準時點應在『起訴時』，又考量被告因被起訴所受之不利益，應避免欠缺客觀之嫌疑、草率起訴之情形發生，而起訴所要求犯罪嫌疑之程度，並不需到達有罪判決之程度等因素，認為以『若欠缺客觀上能期待獲得有罪判決之合理理由而仍為起訴』作為起訴是否違法之判斷標準為妥」。

目前實務上並未確立何說為主流，除違法性擴大說外，其他三說均有判決採用。對於合理的理由欠如說，雖為目前學說之有力說，然其具體的判斷標準依然不甚明確，即「就於起訴、實行公訴時所存在之各種證據資料綜合判斷是否嫌疑達得被認為有罪」究竟所指為何，實尚待具體的案例累積使其更為具體。³⁰

關於故意過失，採結果違法說之學者主張，若發生無罪判決之結果即認有違法性，需另行認定是否有故意過失，而過失之認定方法與國家賠償責任之性質係採代位責任說或自己責任說而有不同。若採代位責任說者，認為故意或過失係指公務員個人應非難之主觀心理狀態，「檢察官或法官若係基於其識見信念而為之判斷，不論結果如何，均不生故意或過失之問題」（最高法院昭和 28 年 11 月 10 日判決）即為典型之論述，故即便檢察官之起訴或實行公訴之判斷客觀上不當，然係本於其識見信念所為之判斷，亦不認為有過失；然過去過失係指主觀的注意義務違反，已逐漸演變成客觀化之趨勢，注意義務之內涵不再係以行為人主觀之注意能力，而係同職位公務員處理相同事務應注意之平均標準。相對於此，自己

³⁰ 北村和生，檢察官の公訴提起と国家賠償責任，行政判例百選 2，第 6 版，第 482-483 頁，有斐閣；註 16；西埜章，国家補償法概説，2008 年 11 月 15 日第 1 版，第 76-77 頁，勁草書房；註 3，第 353 頁以下；宇克賀也，国家賠償の課題-違法性論を中心として，ジュリスト 1000 号，60 頁以下，有斐閣。

責任說對於故意過失之理解並非公務人個人主觀心理狀態，而係違法之公權力發動在客觀上是否認為有非難可能性，蓋發生違法行使公權力之結果，縱認公務員主觀上係基於其識見信念而為，既然發生侵害人民權益之損害，原則上該行為客觀上應予非難，亦即若發動公權力欠缺正當之事由時，應推定過失存在。

另在無罪判決確定之情形，採職務行為基準說者認為無罪判決確定之結果，不能直接認定起訴具有違法性，對於檢察官是否有故意或過失亦不能逕依無罪之結果認定。該說係將傳統上置於過失要件檢討之注意義務作為違法性判斷標準，且過失注意義務之認定亦客觀化，故被認定有違法性之情形，通常認為亦有過失（怠於認識對於違法事實之發生），即起訴被認定具有違法性時，其過失亦一併被認定存在。亦有學者主張，考量對檢察官起訴是否有故意或過失之舉證不易之情形，檢察官起訴被認為違法時，若國家不能證明檢察官之起訴或實行公訴具有合理性，則推定檢察官之職務行為有故意過失，亦即被認定具有違法性時，過失亦事實上被推定之見解。實務上在判斷檢察官之起訴及實行公訴有無違法採職務行為基準說之判決，雖有另外認定過失之案例，然多是僅簡要交代而已，例如「本件起訴應認為違法，且應認為檢察官亦有過失」（福島地院いわき支部昭和 63 年 12 月 14 日判決），「本件關於具有違法性之部分已承前所述，自應可推定檢察官之行為亦有過失」（松川事件東京高院昭和 45 年 8 月 1 日判決），「自違法之程度或態樣，可推定故意或過失之存在」（札幌高院昭和 48 年 8 月 10 日判決），「認為具有違法性時，自其違法之態樣或程度自可推論該檢察官有過失」（青森地院弘前支部昭和 56 年 4 月 27 日判決）等。

關於違法性的舉證責任，若結果違法說論者認為舉證責任在被告即國家，而採職務行為基準說者對於舉證責任之分配，則未有定論，主張舉證責任在原告者，係認為原告主張國家或公共團體應負賠償責任，本就應對相關之構成要件（包括

違法性)負舉證責任，亦即公權力行使之違法性係國家賠償請求權之權利發生要件事實，公權力行使係系爭起訴時，原告對於違法性之具體事實，應負舉證責任。而認為舉證責任在被告即國家方面者，則係松川事件二審判決及芦別事件二審判決，均認為國家對於起訴及實行公訴有足夠之證據之事較之原告更有舉證可能性，至少對於「考量一般可接受個人對於證據資料判斷之差異，認為有犯罪事實存在之可能性」之部分應負舉證責任（一件明白說之見解）。而在學說上，基於應減輕被害人即原告之舉證負擔、藉由將舉證責任由國家負擔，可促使檢察官將未於刑事訴訟程序中提出之證據，在國家賠償訴訟中全部提出，及若欲判斷檢察官於各個階段之判斷是否有合理性時，必須將檢察官握有之證據一併考量在內，基於以上原因，採職務行為基準說之學者認為，證明對象不論是檢察官起訴或實行公訴之不合理，或係具有合理性而得阻卻違法性，因檢察官起訴或實行公訴之行為本帶有侵害人民權利或利益之性質，故被告即國家自應證明檢察官之行為具有合理性而主張阻卻違法，較為合理。³¹

第二項 松川事件與芦別事件

於日本國賠訴訟關於違法起訴具有指標性意義之重要事件有松川事件、芦別事件及弘前大學教授夫人殺人事件。

一、 松川事件

松川事件係發生於昭和 24 年 8 月 17 日凌晨，列車行經日本鐵道東北本線金谷川車站與松川車站間時，突然脫軌翻覆，導致列車人員 3 人死亡。而案發前甫從日本鐵道公司離職之赤間勝美因於案發前即向他人預告會發生此事故，而遭警方逮補，其後檢察官復基於赤間勝美之自白，認定屬於國家鐵道工會福島支部及東芝公司松川工會之幹部 20 人與赤間

31

勝美為共犯關係，而將渠等 20 人一併起訴。刑事案件一審福島地院判決被告全部有罪，且其中被告 5 人係被判決死刑，二審仙台高等地院判決被告 17 人有罪，其中 4 人死刑，其餘 3 人無罪，案件經上訴最高法院，認為被告等 20 人間是否有共同謀議犯罪尚有疑義，故將原判決廢棄並發回更審，其後仙台高院做出被告全部無罪之判決後，檢察官不服並上訴最高法院於昭和 38 年 9 月 12 日駁回上訴而無罪確定。

被告等 20 人及其家屬認為上開案件係警察及檢察官為打壓工會及共產黨，故意陷人於罪，故請求國家賠償。一審原告全部勝訴，二審（東京高院昭和 45 年 8 月 1 日判決）則係除起訴前之羈押違法部分予以撤銷外，其餘亦全部認為有理由。該二審判決認為若起訴事實在證據上顯有合理之懷疑存在，對有罪判決之期待可能性極其低微，而檢察官仍行起訴，則為違法。而該對證據之評價須考量一般個人間之差異，若仍認為不妥，又於經驗法則及論理法則亦難認為具有合理性時，須達此程度方得認為違法，亦即採一見明白說。另該判決另一重點係對於違法性之舉證責任，認為應由國家負擔。於過失之部分，過失則認為係公務員主觀對職務上注意義務之違反，當公權力之行使認定違法時，推定公務員之過失存在之見解。對於松川事件之判斷，法院指出檢察官對於其起訴及實行公訴所憑之重要證據即被告數人之自白，於卷內有其他證據均足以使人對該自白之信用性產生懷疑，竟未再蒐集其他補強證據，且關於被告數人於案發時之不在場證明，被告自無可能同時間出現在兩個不同地點，檢察官只要有虛心檢視各相關證據不可能沒有發現，故認為檢察官之起訴有違法性，亦認為有過失。關於起訴後之實行公訴，檢察官於被告之不在場證明確定後，即應撤回起訴，然並未即撤回起訴，亦屬有過

失。

二、 芦別事件

發生經過略為：昭和 27 年 7 月 29 日深夜，國家鐵道根室線芦別車站與平岸車站間之鐵軌遭人以炸藥破壞，檢察官經偵查後認為係與日本共產黨相關之人士所為，故起訴共產黨芦別地區委員會之幹部及黨員各 1 人，起訴罪名為（1）違反爆裂物取締罰則、公共危險（使用火藥爆炸之方式破壞鐵軌，致生列車可能脫軌翻覆之危險）、（2）竊盜（竊取作案用之發破器）、（3）火藥類取締法違法（無正當理由持有違禁品之火藥）等罪名。於一審判決，2 名被告對於（3）部分均有罪，（2）部分均無罪，（1）部分一人有罪一人無罪。經上訴二審，於二審審理中被告一人死亡而為公訴不受理之判決，另一人則改判全部無罪，經檢察官上訴最高法院駁回其上訴後確定。被告二人及其家屬認為檢察官對於本案之偵查及起訴有故意或重大過失，向國家請求損害賠償及登報道歉。

該案件之國賠訴訟，一審（札幌地院昭和 46 年 12 月 24 日判決）及二審（札幌高院昭和 48 年 8 月 10 日判決）均與松川事件二審判決相同採職務行為基準說及一見明白說，但做出截然不同之判斷。一審判決認為檢察官知悉（縱不知悉，亦有充足證據認為檢察官能知悉）被告 2 人係冤枉而仍起訴，而實行公訴之檢察官為繼續實行公訴，竟隱匿對被告有利之證據，甚至進而提出經變造之證據，而這些被隱匿或經變造之證據多為對被告 2 人是否有罪無罪之判斷上不可或缺者，此外，檢察官於冒頭陳述、論告、上訴意旨書及上訴補充理由書等書面更為虛偽事實之主張。

二審則以「雖被上訴代理人認為『檢察官提出之物證及本件犯行均與被告完全無直接關係，檢察官全憑相關證人之證述。然搜查官濫用逮捕及羈押，以強迫及誘導之方式使證人做出虛偽內容之證述，而檢察官明知這些供述證據均非基於證人之自由意志所為，且內容不實顯不足採信，而仍以此作為證據起訴』，然證人等關係人被逮捕及羈押有其各自理由，難認為係為偵查本件鐵軌爆炸事件所為，又檢察官主張之關係人之供述，各人均係基於任意性為之，未見有何因搜查官強制誘導或虛偽陳述之情形，且供述內容是否與其他證據相符合，或是否具備供述人所經驗之事實之具體性，經對照偵查之經過，實難認為該等供述內容完全係虛構而之排除，檢察官相信該等證述之判斷亦不能認為有欠合理而認為判斷有誤。從而，檢察官之主張有證人證述及物證可資佐證，檢察官相信該等證人之證述，進而推定該等證述與相關證物有關聯性，而認為被告 2 人有犯罪嫌疑，並無不當，因而難認為有違法。換言之，警察或檢察官所為對被告 2 人之逮捕、羈押、起訴、實行公訴等行使公權力時對於證據評價之判斷，尚難認為已達將一般可接受之個人差異考量在內仍認為該判斷不妥、且自經驗法則及論理法則觀之亦難以肯定其合理性之程度。故檢察官認為被告 2 人犯罪嫌疑充分、有合理根據認為應可獲得有罪判決之判斷並無不當，而不能認為檢察官所為有何違法。

最高法院（昭和 53 年 10 月 20 日判決）則係採用合理的理由欠如說，「起訴時あるいは公訴追行時における檢察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程によ

り有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである。」（筆者譯：檢察官與起訴時或實行公訴時之心證，其性質上本與法官相異，應就起訴時或實行公訴時之各種證據資料綜合判斷，經合理的判斷過程，若達能認為有罪之犯罪嫌疑為已足），駁回原告之上訴。

另在故意過失之判斷上，一審判決指出若明知不能獲得有罪判決仍為起訴，係屬故意之違法行為，若係因不小心而未預見不能獲得有罪之判決，或誤信而為起訴者，則係過失之違法行為。而檢察官對被告二人起訴顯然違法，又明知起訴被告二人不可能獲得有罪判決，又或是對於是否能獲得有罪判決存疑，或漏未考量該可能性而起訴，至少也是重大過失。二審對於過意過失之認定標準則認為在判斷違法性時，亦同時對於故意或過失為判斷。

又關於判斷是否有違法性或故意過失之時間點應係以行為時為判斷，而用以判斷所憑之證據，最高法院亦明確表示，「應就起訴時或實行公訴之各種證據資料綜合判斷」。

三、 沖繩ゼネスト警察官殺害事件

最高法院在芦別事件對於違法起訴之違法性判斷標準，已明確採職務行為基準說及合理的理由欠如說，在判斷所憑證據係「起訴時或實行公訴時之各種證據資料」，其後於沖繩ゼネスト警察官殺害事件平成元年6月29日判決「公訴の提起時において、檢察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。

したがって、公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であつて、通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる証拠資料をもつて公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものというべきである。」(筆者譯：合理的對於檢察官於起訴當時所蒐集到之證據資料及若為通常被要求應為之搜查可能獲得之證據資料綜合判斷，若認為嫌疑到達能被認為有罪之標準，則認為起訴未違法。從而，在起訴後實行公訴時，對於在法院第一次出現之證據資料，若認為係縱使於偵查中依通常之搜查亦無法在起訴前獲得之證據資料，應認為不得作為判斷起訴是否有違法性之判斷資料)，除再次確認對於檢察官起訴之違法性之判斷標準係採職務行為基準說之外，另對判斷資料亦補充應包含為通常之搜查應可獲得之證據資料在內。

最高法院經過芦別事件及沖繩ゼネスト事件判決後，已確定對於處理起訴是否違法之判斷標準及判斷資料之範圍，而為之後的各級法院所援用。

第三項 弘前大學教授夫人遭殺害案-檢察官部分

本件係檢察官起訴後，經有罪判決確定，嗣經提起再審改判無罪確定，而提起國賠訴訟之案例。「經通常程序判決有罪確定後提起再審改判無罪」，與「於通常程序即判決無罪確定」之二種情形，判斷檢察官違法起訴之標準是否不同，乃本案之重要爭點。

(一) 事件經過

1949年8月6日深夜，弘前醫科大學教授松永藤雄之妻於住處遭人殺害，弘前市警察局遂逮捕住在松永教授住處附近無業之X，並由檢察官聲

請羈押獲准。X 始終堅稱自己清白，然因未能提出不在場證明，目擊證人亦證稱 X 為犯人，且 X 於遭逮捕時所著衣服疑似沾有血跡，檢察官將該衣物送鑑定，然鑑定報告未出爐前，即於故檢察官於同年 10 月將之起訴。於刑事案件一審判決時，當時血液學之權威東京大學醫學部法醫學之古畑教授鑑定上述衣服所沾之血跡與被害人完全一致，然辯護人主張鑑定過程有不自然之處，物證係遭人捏造，法院為無罪判決，然經檢察官上訴二審，高院改判有期徒刑 15 年確定，X 並入監服刑 10 年。然於案發 20 年後之 1971 年，X 之友人 A 向警方坦承其犯案，X 提起再審，1977 年仙台高院審理後，認為上揭沾有血跡之衣物係遭人捏造，改判 X 無罪。X 就檢察官之違法起訴及追訴提起國賠訴訟（X 亦對之前為有罪判決之法院提起國賠訴訟，整理於第四章第二節第二項）。

（二）法院認定

一審判決³²引用最高法院芦別事件 53 年 10 月 20 日判決，採職務行為基準說，認為「若無法證明本件白襯衫所沾到者為人之血液時，以通常檢察官之立場，應會認為本件沒有其他能證明 X 係犯人之證據，而不能認為有得以期待能獲得有罪判決之合理根據，因之，在該時點，作為檢察官應負有「判斷該案件尚未達能起訴之程度，暫緩本件殺人罪之起訴，繼續窮盡其他偵查之可能性，在確認該血跡是否為人血之後再為起訴」之職務上義務，然本件檢察官顯然違反此注意義務，在該襯衫已送鑑定，然尚未能確定其上沾附者是否為人之血液時，即將 X 起訴，不能認為本件有充分之犯罪嫌疑而能期待獲得有罪判決之合理根據，應認為本件起訴違法。（一審對於違法性之判斷標準係採合理理由欠如說）。從而，在偵查階段捨棄

³² 青森地方裁判所弘前支部 昭和 52 年（ワ）第 251 号 国家賠償請求事件 昭和 56 年 4 月 27 日

預斷及偏見、站在公平的立場綜合檢討所蒐集到之全部證據，進而決定是否起訴，可謂為檢察官最重要之職務，因之若檢察官提起公訴因違反上開注意義務而違法時，自其違法之態樣或程度觀之，應能推認該檢察官具有過失。

二審法院³³則係完全駁回X之請求，認為「如本件經再審逆轉改判無罪確定之判決，一旦之前經有罪判決確定，當時檢察官起訴或實行公訴時之心證即有罪之嫌疑，已於各個時點經過對方當事人之檢討，且經法院就各種證據資料綜合判斷後肯認該嫌疑存在，故應推定此有罪嫌疑（即檢察官之有罪心證）並非沒有根據。縱因再審無罪判決而認為該有罪嫌疑之認定有誤，檢察官之證據評價或判斷之失誤，本屬於應在審級制度被糾正之事項，然該錯誤係經辯護人之參與亦難以糾正，故只能依國賠途徑救濟。基於此種想法，在國賠法之違法性判斷之質的面而言，不管是檢察官或是法官，並無實質上差異，若要肯定檢察官之行為有國賠責任，需有該檢察官係基於違法或不當之目的而為偵查及起訴、追訴等行為，明顯違背其被賦予之權限而行使職權等特別情事為必要」，而本件尚難認為檢察官係明知上揭襯衫所沾附之血跡係警察於扣押後所為，而仍基於違法或不當之目的為起訴及追訴，故不能認為有上述明顯違背其權限之特殊事由」（即採違法限定說）。

最高法院³⁴引用同院芦別事件 53 年判決，採職務行為基準說，並指出檢察官起訴是否違法之判斷，不因係於通常程序判決無罪確定或於再審程

³³ 仙台高等裁判所 昭和56年（ネ）第202号、昭和56年（ネ）第204号、昭和57年（ネ）第136号 国家賠償請求控訴及び仮執行の原状回復命令申立事件 昭和61年11月28日

³⁴ 最高裁判所第2小法廷 昭和62年（オ）第667号 国家賠償請求、仮執行の原状回復命令申立事件 平成2年7月20日

序改判無罪而有不同。然並未再度就事實為詳細說明，僅簡要表示本件檢察官係認為X有有罪嫌疑而提起公訴及進行刑事訴追，不能認為有國賠法第1條第1項之違法。

第四項 高槻猥褻國賠事件

本件係最高法院至2016年6月30日前關於檢察官違法起訴最新之判決。

(一) 事件經過

平成20年3月16日上午5時15分許，被害人行經大阪府高槻市某道路時，遭人自背後強抱並壓倒在地後，撫摸胸部之方式強制猥褻得逞。被害人因之受有兩膝擦挫傷等傷害。X於3月31日遭警以嫌疑人之身分逮捕，4月1日羈押，5月2日交保獲釋。檢察官於4月18日以X涉犯本件強制猥褻案件將之起訴。大阪地院於平成21年2月27日判決³⁵無罪，因檢察官未上訴，於3月4日確定。大阪地院並於4月2日裁定應補償X41萬2500日圓刑事補償金。X主張檢察官未為必要之查證，而錯誤評價證據，係違法執行職務，基於國賠法請求賠償。

(二) 本件爭點與起訴所憑證據

本件爭點有二，一為檢察官起訴是否違法，二為X損害之範圍為何。而本件檢察官認為X為犯人之證據有二，一為被害人之指認，二為目擊證人之證述。

- 1、被害人之指認：被害人於案發後翌日（17日）至大阪府高槻警察署製作被害人筆錄，並大致描述其推測犯人之年紀、身高、外型特徵等，然對於犯人臉部特徵並未具體陳述。於21日又前往高槻警察署指認，該警察署提供含X駕照照片共9人之面部照片（該9人均戴眼鏡）供被害人指認，被

³⁵ 大阪地方裁判所平成20年（わ）第2012号

害人選出X之照片，但表示犯人應該沒有戴眼鏡等語；接著該警察署又提供另9張全身照片，其中僅有X的照片重複出現，被害人以臉型、體型、髮量、髮型感覺類似，仍選出X之照片，但表示其不記得案發時犯人是否有戴眼鏡。於31日警察稱已發現可疑人物，請被害者於單向指認室確認是否X即為犯人，被害人表示犯人未戴眼鏡，若X將眼鏡取下應該就是犯人。又被害人於案發前一日晚間至當日凌晨與友人一同飲酒，飲用大量酒類，但表示其酒力不錯，故未喪失記憶。右眼視力1.3，左眼0.03，案發時未配戴隱形眼鏡。

- 2、關於目擊者之證述：25日證人前往該檢察署製作證人筆錄，描述其於案發後聽聞被害人呼救，及1名下半身赤裸之男性逃離，經其追趕，該男子後來跑入X住處旁之停車場內，但沒看到犯人臉部特徵等語。4月9日X於警察署製作犯罪嫌疑人筆錄時稱其住處通往停車場的自動感應燈在有人進入停車場時會亮起約1分鐘，到目前為止並未發生過故障等事，且X亦稱其知道自動感應燈之電源在何處，但未曾拔掉插頭過。檢察官又於4月16日勘驗案發地點及X住處旁之停車場，該停車場設有自動感應照明燈，若案發後犯人係朝目擊證人所證述之方向逃逸，則該自動感應照明燈會亮起，但勘驗現場時，亦確認X可先拔除電源插頭，則通過停車場時燈就不會亮。4月18日證人於檢察官訊問時證稱案發後犯人朝停車場逃逸時，該自動感應燈未亮起。
- 3、X於遭逮補起始終否認犯罪，又X視力兩眼均0.08，除洗澡及睡覺時均戴著眼鏡。

(三) 法院認定

1、一審判決³⁶

對於判斷違法性之標準及判斷標的，係引用最高法院 53 年 10 月 20 日及元年 6 月 29 日判決之標準。並就檢察官起訴所憑證據說明如下：不論是被害人於案發前飲用大量酒類及左眼視力不佳，均不至於使被害人於被害時看不見犯人。又被害人多次筆錄均詳細描述被害經過，且均稱因為有近距離且有相當的時間可以看到犯人，而據其所描述之犯人特徵，亦均與 X 特徵相符。另關於指認程序，固經常被批評其具有暗示等固有之危險性，然本件數次指認程序中，對於排除被害人之預斷已盡相當之注意。又雖然被害人稱犯人應該沒有戴眼鏡，以 X 視力僅 0.08 而言，未戴眼鏡為本件犯行實有困難，但若考量到案發現場僅在 X 家附近，X 未著眼鏡為本件犯行非屬毫無可能，且 X 亦可能擔心留下證據而刻意不戴眼鏡為本件犯行，故檢察官之心證尚難謂有不合理之處。又關於目擊證人之信用性，並未發現目擊證人有何無偽證之動機，且在距離本件案發時間地點相當接近之時地目擊與被害人陳述一致之所著服裝及下半身赤裸之男性，目擊證人所目擊之人應係本件犯人無誤之推論應認為合理。又 X 既可先伸手使住宅玄關之感應器停止運轉，再拔掉停車場之自動感應電燈之插頭，使該電燈不會亮起，則檢察官認為知悉有此方法，進而為本件犯行者，僅有住在 X 住處之人，亦屬自然之理。

綜上，承辦檢察官對於被害人之指認等相關指述及目擊證人證述之信用性之評價及其他確認 X 有不在場證明等相關證據，均未達能認為 X 並非犯人之程度，不能認為不合理。承辦檢察官於起訴時，依當時已蒐集到之證據資料及若為通常要求之偵查應可蒐集到之證據資料，經合理的判斷過

³⁶ 大阪地方裁判所平成 22 年 10 月 8 日判決

程，應可認為已達 X 有罪之犯罪嫌疑。

又雖本件刑事案件檢察官主張之犯人於案發後被騎乘腳踏車之日擊證人自後追趕，隨後逃入 X 住處之停車場，犯人之年齡、身高及體格亦與 X 相近等事實均以舉證證明，但檢討被害人指述之可信性、其觀察之正確性、指認之正確性，被害人於案發時對犯人面部特徵之觀察是否有到能區分犯人與其他人之程度並非無疑，故認為 X 為犯人尚有合理之懷疑，而為無罪判決。本件無罪判決僅能說是審判程序之舉證未能使法官有罪之心證，但並非否定檢察官認為之犯罪嫌疑。故一審判決認為檢察官起訴並未違法。

2、二審判決³⁷

關於違法性之判斷標準亦係引用最高法院昭和 53 年 12 月 20 日及平成元年 6 月 29 日判決。並就檢察官起訴所憑證據說明如下：被害人於案發前飲用大量酒類，及其兩眼視力有嚴重視差，且其對犯人外觀之描述亦難謂具體，推認案發時情急下應未能冷靜觀察，故被害人之觀察條件尚難認為良好。又在第一次指認程序中，警察署所提供之九張指認照片均有戴眼鏡，極可能誘導使被害人認為犯人是戴眼鏡之人，且警察官第二次提供指認之九張全身照片，僅有上訴人的照片重複出現，亦可能對被害人有暗示誘導之作用。故被害人關於本件指認實欠缺客觀性。綜上，不論是被害人於案發時之觀察能力並非良好、或指認程序時所受暗示及誘導已足以使其記憶產生變化，故僅憑被害人指述即認為上訴人為本件犯人尚難認為有合理客觀之理由。

承辦檢察官另一項起訴之重要依據係依據目擊證人證述內容所為之推論，然檢察官訊問目擊證人於案發時感應燈是否有亮起，係在案發後 24

³⁷ 大阪高等裁判所平成 23 年 10 月 26 日判決

天才製作關於該感應燈之筆錄，是否有記憶可能性，均有疑問，故證人所述之信憑性並非無疑。又檢察官因信賴證人所述感應燈未亮起，故推測電源插頭應事先被拔除，但並無證據證明 X 究竟有無拔除電源插座之動作。

此外，X 裸眼視力 0.08，雖有避免留下證據故刻意不戴眼鏡出門之可能，然若以被害人所指稱犯人係有尾隨一段距離才動手，且犯後逃跑等一連串行動觀之，難以想像係視力 0.08 且未戴眼鏡之人所為，若考量案發經過及上訴人之視力，上訴人為犯人之判斷顯然未盡合理。

綜上，本件上訴人始終否認犯行，檢察官自應對被害人之指述及目擊證人關於感應燈未亮起之事冷靜且客觀的評價，而這兩項證據有上述不合理之處，承辦檢察官對個別證據及對證據之綜合評價有誤，應認其起訴欠缺客觀及合理之根據。本件檢察官起訴有過失，被上訴人（即國家）應負國家賠償責任。

損害範圍：雖已受領刑事補償金 41 萬 2500 日元，考量在押期間人身自由遭侵害，到無罪確定期間處於刑事被告之精神上損害仍甚大，精神賠償 300 萬日圓及律師費用 30 萬日圓。

3、最高法院³⁸

亦相同引用同院 53 年 10 月 20 日及平成元年 6 月 29 日判決，然關於被害人之指認雖認為二審所述之疑慮並非毫無可能，但被害人案發後即報警，且就其被害過程及犯人之特徵亦詳細且具體之陳述，又對照被害人在多次指認程序所為對犯人容貌之描述與其在案發後距離案發時較近時間之描述，尚難認為檢察官肯認被害人指述具有可信性之判斷欠缺合理性。另關於目擊證人之證述，雖於案發後 24 日製作證人筆錄時方就感應燈之

³⁸ 最高裁第 1 小法廷判決平成 24 年（受）133 号平成 26・3・6 損害賠償事件

事陳述，然因偵查初期並無意識到感應燈之問題，證人亦不知道該處有設置感應燈之事，故第一次製作筆錄時未提及亦無不自然之處。又距離案發時近一個月關於感應燈是否有亮起之記憶尚不至於生變，故檢察官依據目擊證人之證述，進而以案發時感應燈未亮起判斷被上訴人為犯人，並非無合理性。又關於X之視力是否可能未戴眼鏡下犯案之判斷，檢察官之考量亦非毫無可能，檢察官未因眼鏡之事而否認X之犯人性，再加上有被害人之指述及目擊證人之證述，檢察官所為之判斷亦不能認為欠缺合理性。故應認為本件起訴欠缺違法性。

第五項 名古屋國家賠償訴訟

本件係起訴侵入住宅及竊盜罪，經判決無罪確定後，在國賠訴訟中一審及二審判決均認為檢察官起訴違法之案例³⁹。

(一) 事件經過：X係經營電氣行為業，平成 11 年 7 月 26 日上午 10 時許至 27 日上午 8 時許，在名古屋市綠區發生入宅竊盜案，犯人於該住宅一樓臥室內，竊取置於梳妝台旁置物盒內、裝在銀行信封內之現金 45 萬日圓。愛知縣綠警察署於 27 日獲報後，該署 C 警察官即前往案發現場進行鑑識作業，並採得指紋 7 枚及鞋印 3 枚。其中有 1 枚右手食指指紋係於該梳妝台左側上方抽屜表面採得，經比對與 X 指紋相符（下稱本件指紋）。X 於該月 30 日以嫌疑人身分遭警察逮捕，31 日被解送至名古屋地方檢察署，經檢察官聲請羈押獲准。名古屋地檢署 A 檢察官於 8 月 2 日收受本件，X 於偵查中，始終否認本件犯行，並表示其 3 年前曾至上開案發地點安裝冷氣，可能因此留下指紋，並表示在案發時有不在場證明。A 檢察官於 8 月 29 日以侵入住宅及竊盜之罪名起訴在押中之 X 後，名古屋地院於平成 14 年 3

³⁹ 經筆者於 105 年 8 月 31 日查詢判決檢索系統，尚未發現有最高法院判決。

月 12 日以無法認定 X 係本件犯人為由判決 X 無罪，該判決並於同月 26 日確定。X 認為檢察官起訴違法及名古屋地院及法官違法裁判⁴⁰對其造成損害，遂依日本國賠法第 1 條第 1 項規定請求損害賠償。

（二）名古屋地院之認定⁴¹

本判決就「檢察官起訴是否具有違法性」之爭點，對於違法性之判斷標準係採「合理根據欠如說」，亦即若檢察官對於起訴事實能獲得有罪判決之期待在客觀上欠缺合理之根據而仍行起訴者，應認為其起訴具有違法性。

關於 X 辯稱係爭指紋為 3 年前至被害人家中安裝冷氣所留下，而經查證 X 確實曾於平成 8 年（即案發 3 年前）有至被害人家中安裝冷氣，則安裝冷氣工人於作業中手指沾附到機油、黏著劑等物，及安裝過程中可能搬動四周之桌椅等傢俱而留下指紋，均符合常情，故考量被害人擦拭該梳妝台之頻率及方式，沾有油或黏著劑之手指之指紋，是否 3 年後仍有檢出之可能性，實有檢討之必要。

A 檢察官對於法院是否准許 X 交保時所出具之意見書記載「本件指紋於鑑識警察採證時，經多次採集都依然鮮明的被檢出，可證係爭指紋係案發時留下，被告所辯稱係 3 年前工程施作所留下並不合理」，並提出指紋於按捺 30 日後因微細粒狀物減少，所有指紋的隆線均呈現不鮮明化之實驗文獻作為佐證，但該實驗所使用之樣本係先將手指確實的清洗、乾燥後，在持續 30 分鐘的情緒緊繃下，一部分係直接於實驗用玻璃片上按捺指紋，另一部分係先觸摸臉部皮膚一次後再於實驗用玻璃片上按捺指紋，並非 X

⁴⁰ 本件被告於羈押中，其辯護人向名古屋地院提出保全證據及釋放原告之聲請，均經該法院以無保全之必要及有煙滅證據之餘而遭駁回，本件國家賠償訴訟之被告亦包含法院，一審及二審均認為法院及法官之行為不具有違法性而駁回，然因非此處討論範圍，故省略此部分。

⁴¹ 名古屋地院平成 18 年 3 月 16 日平成 14 年（ワ）第 5493 號損害賠償訴訟

所辯稱係拆裝冷氣工程時沾附到油或黏著劑的手指所留下之指紋，故是否得以上開文獻資料推論被告所辯不足採信，實非無疑。

又X表示其在接受檢察官訊問時，檢察官僅向其告知指紋不可能殘留3年，而未給予其辯解之機會等語，經調查X3次偵訊筆錄，檢察官之訊問重點均在是否有不在場證明，與本件指紋相關之訊問極少，可證A檢察官於當時並不認為被告辯稱之指紋是否於3年後仍有檢出之可能性之事應詳加調查。

雖A檢察官於偵查中有向鑑識科員警詢問關於指紋之事，員警亦答稱在案發現場多次採集都被鮮明的檢出之指紋，應係案發時所留下等語，但該員警所依據之經驗及判斷資料都是針對「皮脂、鹽分、水分等」構成之指紋，A檢察官於國賠訴訟亦表示其詢問之鑑識科員警，並無採集沾有油或黏著劑之指紋之經驗，亦無相關之文獻可供參考等語，故僅自該鑑識科員警之意見及系爭指紋多次被鮮明檢出之事，無法判斷系爭指紋並非3年前X施工時所留下，而係案發時所留下。故難認為A檢察官當時認為X辯解不足採信之判斷具有合理之根據。

另關於系爭指紋是否會因被害人擦拭清潔而滅失之可能性，被害人於偵查中證稱，其一年會以沾水的濕抹布擦拭梳妝台檯面及抽屜上方3至4次，不太會擦到抽屜前側等語，但A檢察官並未再就擦拭之具體方法（例如所使用之用具、頻率、擦拭所用力道等）等細節詢問，亦未詢問被害人在警方2次採集指紋間之數日是否有擦拭梳妝台之動作，A檢察官於國賠訴訟證稱，其係依據經驗法則推測若依被害人有依其所述方式打掃，X縱於施工時有留下指紋，亦會因摩擦而滅失，且其亦認為被害人於警方先後2次採集指紋間隔之數日內，應該沒有擦拭梳妝台等語，然A檢察官若再詳實

詢問，關於被害人就擦拭清潔證述之信用性及指紋是否會因被害人之擦拭而消失之可能性即有進一步確認之可能。故可推知A檢察官係僅從被害人所述其有擦拭清潔梳妝台乙節，即輕率推測指紋應該會滅失，然自系爭指紋於該刑事案件之重要性觀之，關於被害人就抽屜的擦拭清潔之態樣實有詳細確認之必要，並應檢討在這樣的擦拭清潔下，因安裝冷氣而沾到油或黏著劑之手指所留下的指紋是否會滅失，而無法自被害人於偵查中之證述得出X縱然於3年前之施工過程中有留下指紋，亦已滅失之結論。綜上所述，A檢察官排除系爭指紋為被告先前施工時所留下之可能性，於客觀上實欠缺合理之根據，而仍為起訴乙節應可認定。法院進一步認為，A檢察官對於本案極具重要性之系爭指紋未詳細調查，關於起訴事實能獲得有罪判決之期待，亦欠缺客觀上合理根據，而仍逕行起訴，本件起訴行為已具國賠法上之違法性。

另關於警方於案發現場所採集之鞋印，經警前往X住處扣押X所有之鞋子10雙，均未發現有與現場採得之鞋印相符合者，然因案發後至員警前往X住處扣押尚間隔4日，若X果係犯人，並非無於警察扣押前將作案所用鞋子丟棄或隱藏之可能，故A檢察官認為未於X住處扣得與案發現場採得之鞋印相符之鞋子即排除X之犯罪嫌疑，並非無據。

此外，應注意者為，本判決於認定A檢察官之起訴具有違法性後，並未再就過失之要件再行判斷，而直接就損害之部分進行認定。關於損害之認定，認為X經營之事業每月收入並不一定，按月核定X於遭逮捕起至被釋放之期間不能工作之經濟上損失，計算上有其困難，故將不能工作之經濟上損失之部分納入精神慰撫金內考量，認為精神慰撫金200萬日圓為適當，另核定律師費用20萬日圓。故被告應支付X220萬日圓。

（三）名古屋高院之認定⁴²

原則上肯定一審的判斷。並補充：本件最大的問題為是否能確認X即為本件犯人，除了上開指紋外，起訴時並無能認定X持有或花用上開現金之證據，亦無法說明X有何犯案動機，採集到之足跡亦與X不相符，X雖辯稱或許是安裝冷氣時，沾到油或黏著劑的手指所留下之指紋，然對於該辯解，除了為何經過3年該指紋尚未消失之推論之外，無其他確實證據可認被告辯解不實在，亦未調查當時安裝冷氣的其他地方是否亦有採集到X指紋，及沾到油或黏著劑留下之指紋要何種程度之擦拭才會消失，而僅調查被害人平常擦拭該抽屜之情形，以上綜合觀之，即便考量檢察官個人對證據評價之差異性，亦難認為A檢察官之判斷過程具有合理性，本件在起訴當時關於起訴之事實，客觀上實欠缺能期待獲得有罪判決之合理根據。因此本件起訴在國賠法上，應認為違法。

二審判決即關於違法性之判斷，除一審所採之「合理根據欠如說」標準外，亦加入「一件明白說」之判斷標準，且與一審判決相同，在確認具有違法性之後，並未再就是否有過失進行判斷，即進入賠償責任範圍之討論。而關於賠償範圍，就遭逮捕及在押期間不能工作之所受損失，係以「案發年度加計前後各1年（即平成11年至13年）共3年間之所得總額（營業額扣除成本）除以扣除被逮捕及在押期間之日數之總日數，算得每日平均所得後，再乘以被逮捕及在押期間之日數」之方式計算。並核定精神慰撫金200萬日圓及律師費用20萬日圓，但應扣除X基於刑事補償法所得之150萬日圓補償金，故被告應給付X196萬1039日圓。

⁴² 名古屋高院平成19年6月27日平成18年（ネ）第304號損害賠償訴訟。

第六項 大阪地院平成 27 年 6 月 15 日民事判決

本件係至 2016 年 6 月 30 日止關於檢察官起訴違法最新國家賠償訴訟判決。

(一) 事實經過

平成 25 年 1 月 12 日下午 10 時許至翌日上午 5 時 50 分許，位於大阪府堺市北區之某投幣停車場，發生停在停車場內之某小客車車窗遭破壞，置於車內 2 張加油卡（下稱本件加油卡）遭竊取之案件。而於 13 日上午 5 時 39 分許，有人持上開加油卡之其中 1 枚利用位於大阪府堺市西區之加油站 1 號加油機竊取汽油 24.8 公升（下稱本件竊取汽油事件）⁴³。X 於 13 日上午 5 時 34 分許，駕車前往該加油站並使用上開 1 號加油機加油，X 係在本件竊取汽油事件犯人之前一位使用 1 號加油機之人。

大阪府北堺警察官同日獲報後於同月 24 日前往該加油站調查，並扣得同月 13 日上午 5 時 39 分使用本件加油卡在 1 號加油機加油之收據。該警察官又確認該加油站之監視錄影器畫面並作成報告書，報告書內有 X 使用之車輛於 1 月 13 日上午 5 時 39 分 34 秒駛進 1 號加油機之車道，並於上午 5 時 42 分 45 秒駛出該車道之監視錄影畫面翻拍照片數張，並註記該監視錄影畫面顯示時間較實際時間快 3 分鐘。然該警察官未確認扣得之收據與監視錄影畫面顯示時間與正確標準時間之誤差，逕認為收據上所載時間應為正確時間，故於報告中註記監視錄影畫面顯示時間較實際時間快 3 分鐘。該警察官又於 26 日依據該加油站之來店記錄管理系統（包括進入各加油車道並停車加油之車牌號碼、第幾號加油機、加油時間等資訊，來店時間係指車輛進入加油車道 5 秒內之時間）作成「來店紀錄管理系統報告書」，根據該報告書，X 來店時間為 1 月 13 日上午 5 時 41 分 34 秒，該記

⁴³ 因日本刑法與我國刑法規定不盡相同，於此案件行為人竊取汽油之行為係成立竊盜罪。

錄管理系統之時間與N T T標準時間相較快 2 分鐘。

X於 4 月 24 日遭警逮捕，26 日經檢察官聲請羈押獲准，直至 5 月 15 日釋放後，同日遭警再逮捕，16 日起至 6 月 4 日被羈押，檢察官於 6 月 4 日以竊盜罪起訴，起訴事實記載「被告於平成 25 年 1 月 13 日上午 5 時 39 分許，使用以不正方法取得之加油卡至上開加油站竊取 24.8 公升之汽油」。X 始終均否認犯罪。X 之辯護人於 7 月 10 日提出申請調查證據狀，表示經調閱高速公路 E T C 扣款記錄，X 使用之車輛於 1 月 13 日上午 5 時 40 分在距離該加油站 6.4 公里處之阪神高速公路 15 號堺線堺入口處被扣款，而該加油站 1 號加油機於案發當日上午 5 時 34 分有 1 輛車係使用 V I P 卡並以現金付款之方式加油，以及其於 7 月 2 日至該加油站確認監視錄影畫面顯示時間與標準時間相較快 12 分鐘。大阪地方檢察署堺分署在 7 月 17 日聲請撤銷 X 之羈押，並釋放 X，且於 7 月 29 日撤回起訴，大阪地院於 30 日裁定本件公訴不受理。

（二）法院判斷

國賠法上所指違法，係指行使公權力之公務員違背對個別國民所負有之職務上之法的義務，關於檢察官起訴等職務行為，應先綜合考量職務行為之時之相關資料，對照職務行為之性質，再行判斷依該職務行為相關之法令是否容許。又檢察官所為起訴，應就起訴時檢察官當下所蒐集之證據資料及若依通常要求之偵查可能蒐集到之證據資料綜合判斷，依合理的判斷過程認為被告能獲得有罪判決之犯罪嫌疑時，應認為檢察官所為之起訴欠缺違法性。（最高法院平成 26 年 3 月 6 日第一小法庭判決）

本件檢察官可說是以收據、監視錄影畫面報告書及來店記錄管理系統報告書等 3 項證據所顯示之時間交叉比對，認為 X 即本件汽油竊盜事件之

犯人。然根據監視錄影畫面報告書所載X車輛進入加油車道之時間，與來店記錄管理系統所載X之來店時間(即進入加油車道後停車5秒內之時間)，加上警察官於監視錄影畫面報告書補充記載之「較實際時間快3分鐘」，二者之時間幾乎一致(若依照時間先後，X車輛進入加油車道時間應較來店時間為早)，但檢察官完全沒有意識此2證據間至少有1項證據所顯示之時間有誤，而未加以比對各證據之時間與標準時間之差異為何。對於收據上顯示之時間是否正確亦未加以確認。此外，檢察官於起訴前，僅憑上述3項證據即確信X即犯人，對於X辯稱其係使用現金付款等節完全未進一步查證，亦未調查X使用車輛之ETC記錄，且若能再進一步查證，能排除X即本件犯人之可能性極高，故綜合考量檢察官於起訴時所蒐集之證據，及通常被要求應偵查之程度可得到之證據資料，依合理之判斷過程，認為未達能認為被告有罪之嫌疑。因此檢察官起訴違反其職務上法之義務，而該當國賠法所指違法行為，國家對於X所受損害應負賠償責任。

又本判決亦未再行認定是否有過失，直接認定損害之範圍及賠償額。又值得注意者，本件被告包括大阪府(警察部分)及國家(檢察官部分)，在大阪府之賠償範圍包括X自4月24日遭警逮捕至7月17日釋放共計85日被剝奪人身自由，及工作被迫休職等所受精神上痛苦，警察官製作筆錄時所為之差辱言語對X造成心理創傷等，慰撫金300萬日圓，刑事辯護費用258萬4300日圓及本訴律師費用等，再扣除依刑事補償法已補償之106萬2500日圓，認為大阪府應賠償X621萬9020日圓。而關於與國家之違法行為具有相當因果關係之損害範圍，認為自本件汽油竊盜事件起訴後。故6月4日起至7月17日共計44日人身自由之侵害、休職所造成之精神痛苦，檢察官禁止X與辯護人以外之人接見，受書信之檢查等，刑事辯護

費用扣除初回接見料外之 250 萬日圓之二分之一，並扣除已領得之刑事補償金 106 萬 2500 日圓，國家應給付 X 294 萬 2623 日圓。大阪府與國家就 294 萬 2623 日圓負共同連帶責任。

第二節 接見交通

第一項 接見交通權之規定及合憲性

日本刑訴法第 39 條係關於被告於被羈押中與辯護人接見之規定，「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者(弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。)の依頼により弁護人となろうとする者と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。(譯：身體受拘束之被告或犯罪嫌疑人與辯護人或受得為其選任辯護人之人之委任而有成為辯護人可能之人(若非律師者，需獲得第 31 條第 2 項之許可)得於無人在場時接見，或收受文件或物品)。前項の接見又は授受については、法令で、被告人又は被疑者の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置を規定することができる。(譯：關於前項之接見或收受，可於法令設有防止被告或犯罪嫌疑人逃亡、湮滅證據或對收受對戒護有障礙之必要的措施之規定)。檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない(譯：檢察官、檢察事務官或司法警察職員於因捜査而認為有必要時，在起訴前關於第一項之接見或授受，得指定其日期、場所及時間。但其指定不得對犯罪嫌疑人之防禦權有不當之限制)。」

該規定第 3 項在學說上向有違反憲法第 34 條(任何人不得未被告知理由及未

給予委任辯護人之權利而被拘留、拘禁。又任何人若無正當理由不得被拘禁，若經請求，應於本人及辯護人出席之公開法庭直接告以理由）、第 37 條第 3 項前段（刑事被告不論何時均得委任辯護人）及第 38 條第 1 項（任何人均不得被迫為對自己不利之陳述）之批評，然學說通說及實務上均認為合憲，認為雖接見交通權係憲法保障之權利，但若認為該接見交通權絲毫不得有任何限制，亦未必妥當，該規定第 3 項設有「對於搜查有必要」之情形得限制之之例外規定，應為憲法所允許。

最高法院大法庭平成 11 年 3 月 24 號判決係最高法院首次對於該規定第 3 項之合憲性表示意見，並採取肯定見解，關於合憲之論述如下：「關於憲法第 34 條前段之規定意旨，並非僅指搜查官不得妨礙犯罪嫌疑人選任辯護人而已，而更包括應確保犯罪嫌疑人在選任辯護人後，能與辯護人討論及接受辯護人之建議及幫助之機會。又雖犯罪嫌疑人與辯護人之交通接見權係憲法所保障，但不能認為一定優先於國家的刑罰權或搜查權。因憲法並未否定得為行使搜查權，於有必要時得限制犯罪嫌疑人之身體自由而對其訊問，故接見交通權之行使及搜查權之行使二者間應合理的調整。在不實質侵害憲法第 34 條所保障之人身自由受拘束之犯罪嫌疑人得接受辯護人之協助之機會之情形，不應否定以法律設有調整的規定。自刑訴法亦定有得拘束犯罪嫌疑人之身體自由進而對其訊問之規定，且對犯罪嫌疑人之身體自由之拘束亦定有嚴格的時間限制，刑訴法第 39 條第 3 項本文之立法目的應認為係為調整訊問犯罪嫌疑人等搜查之必要及交通權之行使。因此（一）刑訴法第 39 條第 3 項本文所指之接見等之限制，並非完全拒絕辯護人等提出之接見等聲請，僅是接見的日期時間究係如辯護人等之聲請或其他日期時間，或縮短原聲請接見等之時間長度而已，對於接見交通權之限制甚低。（二）得在搜查機關內為指定接見者，需限於收受辯護人等接見之聲請當時，犯罪嫌疑人於搜查

機關內正被訊問中，而若准其接見恐使訊問中斷等對搜查有顯著障礙等情形方得為之。(三) 具備上開要件之情形時，搜查機關應儘速與辯護人等協議指定接見之時間日期，使辯護人得與犯罪嫌疑人为防禦之準備之措施。若以此觀之，刑訴法第 39 條第 3 項本文之規定，並未實質侵害憲法第 34 條前段委任辯護人之權利之保障。另關於憲法 37 條第 3 項係指被告經起訴後之情形，犯罪嫌疑人尚無適用之餘地。又關於憲法第 38 條第 1 項為實質確保不得強使他人為不利益之陳述，應為如何之措施，係與搜查的現狀相關之立法政策之問題，禁止強迫為對自己不利益之陳述之規定，不能直接導出對羈押中犯罪嫌疑人與辯護人等之接見交通權之保障。綜上，刑訴法第 39 條第 3 項並未違反憲法第 34 條前段、第 37 條第 3 項及第 38 條第 1 項。

故若所為限制之指定要件或內容逾越合理範圍，或未符合必要性之要件，已侵害辯護人及犯罪嫌疑人之接見交通權，則應認為該指定違法。另日本刑事訴訟制度在偵查主體部分係採雙偵查主體制度，與我國之偵查主體僅檢察官不同，故得指定接見之主體包括檢察官、檢察事務官及司法警察職員。

第二項 指定接見之要件⁴⁴

關於刑訴法第 39 條第 3 項所指「因搜查認為有必要時」之解釋，學說上有二說，廣義說（又稱非限定說或是搜查全體說）係指若有湮滅證據之虞或於搜查全體有必要性時。採該說者認為依據係法條文義解釋，本無任何限定，亦即應包含廣義所有搜查相關之作為，否則法條應為「因詢問或訊問認為有必要時」（取調べのため必要があるとき）；因接見指定係以犯罪嫌疑人羈押中為前提，而羈押本含防止其逃亡或滅證之目的，故檢察官或警察官無需顧慮是否為詢問或訊問中，而應以防止犯罪嫌疑人逃亡或湮滅證據之考量為接見之指定。

⁴⁴ 註 3，第 366-375 頁。

狹義說或稱限定說，則係指此處所指之「因搜查認為有必要」僅限於犯罪嫌疑人於接受詢問或訊問中，及勘驗現場等犯罪嫌疑人必須在場之情形，且檢察官或警察官應儘速為使辯護人得接見犯罪嫌疑人之指定等措施。此說之基礎在於接見交通權係憲法第 34 條保障之基本權利，接見交通權自應優先於訊問或詢問，若有限制亦應限縮在最小範圍，最高法院昭和 53 年 7 月 10 日判決即係採此一立場，於該判決後，實務上大多採狹義說。最高法院第 3 小法庭平成 3 年 5 月 10 日判決亦採狹義說，然並認為「因搜查認為有必要時」，亦包括辯護人聲請接見之時點，接近即將開始之訊問或詢問程序，若允許其聲請，可能會影響預定即將開始之訊問之情形。

接見交通權係憲法保障之權利，依刑訴法上開規定反面解釋，非有必要時，不得加以限制，此外，亦不得當限制影響犯罪嫌疑人之訴訟防禦權。搜查機關在接獲辯護人接見之聲請時，原則上不論何時均應給予接見之機會，除非是犯罪嫌疑人正在詢問或訊問中，或現場指認等需犯罪嫌疑人在場之情形，若准予接見顯然會導致偵查行為中斷之例外情形，方得限制之。搜查機關對於限制所為之指定，亦需儘速與辯護人協議相關接見之指定事項，使辯護人得儘速接見犯罪嫌疑人討論訴訟防禦對策。

然過去在法務大臣頒布之「事件事務規定」（類似我國偵查注意要點）第 28 條係規定關於通信接見之「一般的指定書」之指定方式，亦即檢察官認為有刑訴法第 39 條第 3 項限制之必要時，製作載有「捜査のため必要があるので、右の者と、弁護人又は弁護を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者との接見又は書類若しくは物の授受に関し、その日時、場所及び時間を別に発すべき指定書のとおり指定する。」⁴⁵（因認

45

於搜查有必要，關於上揭犯罪嫌疑人得與辯護人或受得為犯罪嫌疑人選任辯護人之人之委託可能成為辯護人之人接見或文件或物之交付收受之日期、地點及時間應另以其他指定書（即具體的指定書）指定之）之內容之一般的指定書，並將謄本交付犯罪嫌疑人被羈押之看守所所長，而辯護人若直接前往看守所聲請接見時，看守所職員應即聯絡檢察官，依其指定而為接見等相關作業。即原則上禁止接見，例外則以「具體的指定書」規定辯護人得在該指定的時間地點接見犯罪嫌疑人或交付文件等物。

此種「原則禁止例外允許」之限制接見模式，多次被法院認為違法，有認為「一般的指定書」係要求辯護人等須於事前取得具體的指定書，否則不得為接見等行為，違反憲法保障之接見交通自由權，而認為違法（富山地院昭和 54 年 9 月 28 日判決，最高法院昭和 53 年 7 月 10 日判決係警察官以其搜查主任未為具體指示為由，拒絕辯護人接見之聲請，認為）。亦有認為「一般的指定書」僅係內部的事務聯絡文書，對辯護人或犯罪嫌疑人並無任何法律效力，若辯護人直接前往看守所欲接見犯罪嫌疑人，而該犯罪嫌疑人系爭刑事案件經檢察官發一般的指定書時，若看守所之職員接獲辯護人之聲請，旋即與檢察官聯絡，並依其指示使辯護人與犯罪嫌疑人接見，並無違法與否之問題。

指定之方式究竟係應以書面或口頭（例如電話）為之，法律並無特別限制，委由檢察官依不同狀況裁量之，然以書面為之有內容明確、若有不服欲提起抗告時，亦較有明確的審理客體，然需耗費製作書面及傳達之時間，恐有影響接見交通權之虞。故法律未就指定方式為規定，而係賦予檢察官等有依照具體狀況之裁量權。若無害迅速、圓滑之接見交通之範圍內，原則上應以書面為之，然若製作書面需花費較多時間及程序時，則可採先以電話口頭指定，書面候補之方式。

另關於具體的指定書之交付，雖一般均係要求辯護人需將載有指定的時間、地點等內容之具體的指定書持往看守所，然若檢察官不顧辯護人之意願，強制人已在看守所等候接見之辯護人需先至檢察署領取具體的指定書後，再行返回看守所聲請接見，無非係課與辯護人無法律上根據之義務，應認為違法。

然關於具體之指定，則具體認定有無侵害接見交通權。關於具體指定之方式、內容等有無不當，係接見指定方式不當之類型，而僅以未取得具體的指定書為由，直接拒絕辯護人接見之請求者，則屬此處妨害接見之類型。關於「一般的制定書」之事件事務規定，已於 1988 年（昭和 63 年）廢止，故以未取得具體的指定書為由拒絕辯護人接見之聲請所生之爭議，才獲得改善。

第三項 案例

一、 以非職務時間為由⁴⁶

本件係原告即辯護人於昭和 46 年 7 月 26 日下午 4 時許先以電話向警察署表示欲接見犯罪嫌疑人，於同日下午 5 時 5 分抵達警察署後，10 分正式向該警察署課長提出接見之聲請，課長先以已逾警察的執務終了時間即 5 時 15 分為由，拒絕其聲請，該辯護人又再度表示當時時間尚未到 5 時 15 分，課長再以下午 5 時以後係警察職員的交班時間為由再次拒絕。該辯護人復以刑訴法第 39 條第 3 項所定得限制接見之要件並未包括警察執務時間是否終了，該課長遂向承辦檢察官請示。檢察官表示，其見解與辯護人不同，其認為警察職員之執務時間外亦屬得限制接見之原因，並請該辯護人翌日上午執務時間內再來接見。

法院認為：為了羈押目的之實現，在合理的程度內對接見交通權限制，不能認為是違憲。又為實現羈押之目的，將犯罪嫌疑人與社會隔離在收容設

⁴⁶ 神戸地方裁判所 昭和 47 年（ワ）第 759 号 損害賠償請求事件 昭和 50 年 5 月 30 日

施內，必然應受為維持在該收容設施內之集體生活應有之紀律所規範，監獄法即屬此種紀律規範。又在接見的過程及至返回看守所前之期間，為防止逃亡、湮滅證據、物的不當收受、不當聯絡及上開行為之共謀、教唆或幫助等行為發生之可能，實有嚴密戒護之必要，而在警察人員或看守所等執務時間終了後，因值班的職員人數較少，於此時間接見對於相關戒護恐有發生障礙之虞，亦可以理解。然上開「可能」會對戒護發生障礙之理由實不足以作為限制憲法保障之接見交通權之理由，若以警察的執務時間外為理由而一律拒絕辯護人接見之聲請，恐有違憲之虞。應認為須有現實的具體的對戒護會發生障礙之事實存在時，且所為之限制必須是最小範圍內，方為妥適。

本件辯護人聲請接見時，犯罪嫌疑人正在接受詢問中，縱認不能確定訊問會在何時結束，然於訊問結束後准許辯護人與犯罪嫌疑人接見 10 至 20 分鐘，並由訊問時戒護之職員繼續戒護，應不至於有何大礙。檢察官於接獲辯護人接見之聲請時，未盡其應調查警察官詢問之狀況及戒護人員是否充足等事，及應儘速指定適當的接見時間（法院認為檢察官所為「翌日早上再來接見」之表示，未明確訂定接見之時間，非屬具體的指定）等職務上義務，係違法侵害原告即辯護人對犯罪嫌疑人之接見權。

然因當時關於是否得以警察的執務時間外為由拒絕辯護人接見之聲請，實務及學說之見解不一，故難以認為本件檢察官對於相關之違法性有認識，故檢察官所為雖然違法，但無故意或過失，故不成立國家賠償責任。

二、 以辯護人未持有具體的指定書及犯罪嫌疑人在午休之理由⁴⁷

本件係原告即辯護人於犯罪嫌疑人在昭和 60 年 7 月 23 日下午 2 時許因殺人等嫌疑被警察逮捕後之翌日，即受該犯罪嫌疑人之父母委任，並接見犯

⁴⁷ 福岡地方裁判所 昭和 61 年（ワ）第 534 号 損害賠償請求事件 昭和 63 年 4 月 27 日

罪嫌疑人，該犯罪嫌疑人於 26 日經檢察官聲請羈押獲准。而原告陸續聲請接見犯罪嫌疑人共 9 次，其中 6 次均被以各式理由拒絕，包括承辦檢察官不在辦公室或無法聯絡、即將訊問犯罪嫌疑人、未獲得具體的指定書、及犯罪嫌疑人需要用餐及休息之時間等理由。

辯護人於 7 月 31 日聲請接見時，檢察官以即將開始訊問犯罪嫌疑人为由，拒絕其聲請，並表示翌日上午得予其接見，然辯護人需於接見時攜帶具體的指定書，辯護人答以其認為接見並無攜帶具體的指定書之必要，當日亦未至地檢署領取檢察官開立之具體的指定書，檢察官認為辯護人應係欲撤回翌日接見之請求，故聯絡承辦警察告以翌日上午無庸保留時間給辯護人接見。而翌日上午辯護人再度前往看守所聲請接見，檢察官接獲電話通知後，表示其認為不適合於電話中為具體的指定，希望辯護人能前往地檢署領取書面的指定書，辯護人則主張並無特殊事由，拒絕攜帶具體的指定書。法院認為檢察官原已為同意辯護人於 8 月 1 日上午 9 時接見犯罪嫌疑人之具體指定，其後並無其他特別情事發生，且辯護人 8 月 1 日上午抵達看守所時，犯罪嫌疑人亦在所，檢察官應即為准予接見之指定，竟以未攜帶具體的指定書為由拒絕其接見之聲請，實係違反辯護人之意願強制其需攜帶具體的指定書到場，認為違法。

辯護人又於 8 月 8 日中午 12 時許至看守所聲請接見，檢察官則以下午將訊問犯罪嫌疑人，目前犯罪嫌疑人在午休中為由，拒絕其接見之聲請，法院認為當時犯罪嫌疑人亦在所，雖下午有訊問之計畫，然在訊問前應有充裕的時間得接見，且亦無特殊應限制接見之事由，亦即並為符合得限制接見之要件，竟以犯罪嫌疑人午休中為理由，完全不給予辯護人接見之機會，係妨害辯護人得任意接見犯罪嫌疑人之權利，認為違法。（另若係非為一般的指定之

普通事件，辯護人即便在通常午休時間亦得自由接見犯罪嫌疑人，即便是在午休時間接見，如果有注意時間的分配等事項，亦不會不當侵害犯罪嫌疑人之人權，因此，午休並非屬得限制接見之特殊事由）

檢察官執行職務需受上級機關指揮監督，故若檢察官執行職務或法律解釋係依照所屬檢察署之指示或內規為之，縱客觀上認為違法，原則上不認為檢察官個人有故意或過失。然若檢察官無特殊情事竟違反所屬檢察署之指示或內規時而為違法之職務行為時，則不能免除其過失責任。

本件檢察官於以辯護人未攜帶具體的指定書為由，而拒絕辯護人接見之聲請之部分，因當時其所屬福當地檢署之內部規定即規定需有具體的指定書，故此部分認定檢察官並無故意或過失。而以午休之理由拒絕辯護人之聲請部分，並為符合刑訴法第 39 條第 3 項要件之情形，應認為其未誠實遵守福岡地檢署之內規，而有過失。

本件法院所認定之損害，認為原告因此而無法遂行其辯護人最重要之接見之職責，而受有精神上損害，並考量檢察官違法行為之期間、態樣，及準抗告程序等所耗費之手續及次數、接見之聲請及實際上與犯罪嫌疑人接艦隻時間及次數、往返地檢署所需要之費用等情況，認為以 30 萬日元為適當。

又有認為應將精神慰撫金及交通費應區分計算，然以本件被侵害利益係接見交通權，應認為二者應全體一併計算為妥。

三、 檢察官於偵訊中批評辯護人辯護方針有誤之案例⁴⁸

案發經過略為：原告係涉犯違反政府採購案件（競売入札妨害罪）羈押中之犯罪嫌疑人 A 委任之辯護人，檢察官在訊問 A 時，批評原告前對 A 所為之「若偵訊筆錄內容有不明確或不同意的地方可以拒絕簽名捺印」之建議，

⁴⁸ 横浜地方裁判所 平成 19 年（ワ）第 1996 号 損害賠償請求事件 平成 20 年 10 月 24 日，判例タイムズ 1290 号 145 頁

向A稱：「辯護方向錯誤」、「辯護人中也是會有說是在維護人權，但是淨做一些錯誤的、會對犯罪嫌疑人不利的辯護活動的辯護人真是令人困擾」、「你這是被辯護人洗腦了嗎」、「盲目的相信律師，最後律師也不會替你負責」等語，原告認為檢察官之行為係企圖破壞其與犯罪嫌疑人間之信賴關係，其辯護權受侵害，而請求國賠。

法院認為：對生平初次遭逮捕、羈押之A而言，對於辯護人向其建議之對於不理解內容之訊問筆錄得拒絕簽名捺印之建言，確實有提供助益，但檢察官上開言語顯然會使A對於辯護人之建議產生強烈不安及懷疑，檢察官在密室訊問中對A所為上開言語，應認為破壞犯罪嫌疑人與辯護人間之信賴關係，若任由訊問官得於訊問時為此等言論，辯護人與犯罪嫌疑人之信賴關係將無法維繫，從而，辯護人與犯罪嫌疑人之接見交通亦未能獲得實質保障。在訊問犯罪嫌疑人時，質疑其不合理的辯解固有其必要，然本件檢察官所為之言語，應認為已違反相關規定，且對於偵查來說並無法認為有必要性及合理性。因該檢察官本件告知行為已實質侵害原告作為辯護人應擁有固有權利之接見交通權，有國賠法第1條第1項之違法。又該檢察官亦有故意或過失，致原告受有精神上痛苦，被告國家應賠償原告精神慰撫金10萬日圓。

四、 檢察官聽取辯護人與犯罪嫌疑人之接見內容並做成筆錄⁴⁹

本件係鹿兒島地檢署檢察官及警察官於平常15年間在偵辦違反公職人員選舉罷免法案件時，訊問犯罪嫌疑人（下稱X等人）關於其與律師接見之談話內容，並作成筆錄，該犯罪嫌疑人等認為其與辯護人之秘密交通權受侵害，為此提起國賠訴訟。

經法院調查相關偵查中訊問之經過，X等人被問及「辯護人跟你說了什

⁴⁹ 鹿兒島地方裁判所 平成16年(ワ)第294号 損害賠償請求事件 平成20年3月24日

麼」、「你如何跟辯護人說」等與辯護人接見之內容時，多係自發性陳述，然法院認為刑訴法第 39 條第 1 項之立法目的，係為使被告能獲得辯護人提供之有效且適切之協助，被告須能提供必要且充份的資訊給辯護人，辯護人據此提供適切的建議，在此溝通過程中，若內容有被搜查機關知悉之可能時，被告與辯護人於溝通時會有所顧忌，被告則無法接受辯護人實質有效之協助。以此觀之，刑訴法第 39 條第 1 項所指「無他人在場」，不僅止於接見時不得有他人在場，搜查機關事後亦不得知悉接見內容，亦即接見內容之秘密亦應受保障，故原則上於接見後向搜查機關報告接見內容係不被允許。因此，本件並無妨害搜查等特殊情形下，檢察官所為應認為係侵害辯護人的接見交通權。國家方面固主張被告等人之秘密交通權應僅限於接見當下，且於訊問時亦已告知得拒絕陳述之權利，故關於接見內容之訊問應無侵害秘密交通權之抗辯，然法院認為若搜查機關知悉接見之內容，將會使辯護人與被告之資訊傳達及協助產生萎縮的效果，而違反刑訴法第 39 條第 1 項之立法目的，故不予採用。

本件檢察官聽取 X 等人與辯護人之接見內容之次數，少則 2 次，多則 12 次，故得想像檢察官之行為對於辯護人等於該刑事事件之辯護活動造成顯著之困難，對 X 等人造成之損害甚大。故審酌 X 等人所受精神上損害之慰撫金及回復精神損害所支出之律師費等，認為國家應賠償 X 等人每人 50 萬日圓。

第三節 不起訴等不作為

第一項 不起訴處分之違法性爭議

相對於對檢察官所為之起訴提起國賠訴訟之案例，亦有對檢察官所為之不起訴處分提起國賠訴訟之案例（包括對犯罪搜查之不作為、告訴及告發不受理之違法性）。亦即，告訴人對於其提起告訴案件經檢察官為不起訴處分時，告訴人所

受精神上痛苦得否提起國家賠償訴訟。實務上係採否定說，學說則有否定說及肯定說之爭議。否定說認為，刑事事件之被害人因檢察官起訴所受之利益並非法律上保護之利益，而係檢察官為公益所為行為所生之反射利益。肯定說學者則認為檢察官之起訴係法律所定之職務上義務，若有懈怠，亦可能有國賠法之違法及責任要件而應負賠償責任。亦即，檢察官對於起訴與否固有其裁量權，然並非指得恣意行使公訴權，若逾越裁量範圍時，則當然應認為違法，不論是起訴或是不起訴之決定應相同處理，不應僅以反射利益為理由，而全面否定國家賠償責任之成立，而應就各個個案檢視檢察官之判斷是否踰越裁量。另應如何判斷檢察官之裁量是否逾越，應應用關於規制權限不行使之裁量權收縮或裁量權消極的濫用論等法理。亦即，若在滿足一定的要件下而認為無裁量之餘地時，亦即檢察官有起訴之作為義務時，仍不為起訴，或是檢察官為不起訴處分顯然不合理時，應認為違法。

實務上下級法院一直以來均係以反射利益為立論採定說，最高法院在平成 2 年 2 月 20 日判決初次明確採否定說，該判決嗣經最高法院平成 17 年 4 月 21 日判決所引用，自此以後幾乎所有之判決均採相同見解，然實務上並非全無肯定說之判決。⁵⁰

第二項 案例

一、 最高法院平成 2 年 2 月 20 日損害賠償請求事件⁵¹

本件案發經過略為：原告為 A 之長男，因 A 吐血倒臥在椅墊上窒息而死，認為 A 死亡係因 A 之配偶 B 未盡照護責任而有遺棄致死罪嫌，故向警察提起 B 遺棄之告訴，嗣經檢察官以罪嫌不足而為不起訴處分。原告主張承辦該案之警察及檢察官怠為詳盡之偵查，故請求國家賠償，一審及二審

⁵⁰ 註 3，第 375-378 頁。

⁵¹ 最高裁判所第 3 小法廷 平成元年（才）第 8 2 5 号 損害賠償請求事件 平成 2 年 2 月 20 日

均敗訴，上訴第三審。

最高法院認為：「犯罪偵查及檢察官之公訴權行使，係為維持國家及社會之秩序之公益而存在，並非為了回復被害人或告訴人之被害利益或損害而存在。又告訴僅是促使搜查機關啟動犯罪偵查之開端，告訴人或被害人因偵查或起訴所受利益，僅係為了公益所為之偵查及行使公訴權所生之事實上之反射利益，並非法律上保護之利益，因此，被害者或告訴人不得以搜查機關欠缺妥適之偵查或檢察官之不起訴處分違法作為理由依國賠法請求損害賠償」，並引用同院大法庭昭和 27 年 2 月 24 日判決（我國關於刑事追訴，依刑訴法第 247 條之規定原則上係採國家訴追主義，犯罪被害人之告訴或一般私人之告發，僅係促使檢察官發動公訴職權而已。對於檢察官之不起訴處分，亦僅得向上級機關提起抗告或對檢查審查會聲請該不起訴處分是否妥當之審查，並不允許得對之提起民事訴訟或行政訴訟），駁回上訴。

二、最高法院第一小法庭平成 17 年 4 月 21 日判決⁵²

本件案發經過略為：原告於平成 7 年 6 月 13 日上午 1 時 30 分許在其住處遭犯人入侵並對其強制性交得逞，且強取其皮包。經報警到場處理後，原告於數天後將犯人留下之證物（包括美工刀片、貼布及剪刀）及於案發時原告所穿之睡衣、被害時之床單、犯人對其性侵後洗澡所使用之毛巾及擦拭犯人精液之衛生紙等，下稱本案證物）交予警方，並填寫放棄上開物品之所有權之聲明書，然警方並未向原告表示若認為對搜查有必要時，會保管本案證物。警方對本案證物鑑定後，認為已無留存之必要，於該年末將之廢棄處分，廢棄後，警方仍繼續為本案之搜查。原告主張警方所為對

⁵² 判例タイムズ 1182 号 155 頁最高裁 平成 17 年 4 月 21 日平 1 6（受）2 0 3 0 号

本案證物之廢棄處分使其受有精神上痛苦，侵害其人格法益，而對兵庫縣提起國賠訴訟。

一審判決認為：一，被害人因搜查所受利益，僅係為公益所為之搜查之反射的事實上利益，並非法律上保護之利益，又關於搜查活動，基本上賦予搜查機關有裁量的權限，因此關於搜查權限之不行使，若在具體的情形下對照該權限之目的認為尚無顯著的不合理時，應無國賠法第 1 條第 1 項之違法。二，本件原告與西宮署承辦警員間，關於本件證物於搜查上有必要時會予以保管有事實上之合意，依照上開合意處理保管本件證物亦可認為是原告的人格權，係應以法律保護之利益。三，承辦警察官於案發僅半年後即將本案證物廢棄，在搜查的觀點觀之，認為明顯欠缺合理性，故認為原告請求之 20 萬日圓精神慰撫金唯有理由。

二審判決認為，就一部分為相同認定，二部分認為原告與承辦警察官間就系爭政務之保管並無事實上之合意存在，三部分認為承辦警員認為本案證物之鑑定結果已出爐，已無繼續留存之必要，基於搜查活動上的判斷而為廢棄處分。四，縱使本件證物之廢棄處分之判斷未盡妥適，然並未侵害原告法律上被保護之利益，認為原告以本件證物之廢棄處分違法為由請求國賠並無理由。

最高法院認為，承辦警察官在案發後僅 6 個月後，且搜查尚在進行中，僅因已完成鑑定而為廢棄本件證物之處分，難認為該處分妥適。然原告在提出本件證物時，已表示放棄其所有權，縱使對搜查機關有妥善保管及有效活用之事實上期待，其放棄所有權時並未付任何條件乙情甚為明確。犯罪之搜查，係為維持國家及社會之秩序之公益所為，並非以回復犯罪被害人所受損害或被害利益為目的，被害人因搜查所受利益僅係為公益所為之

搜查所生之反射利益，並非法律上保護之利益（引用最高法院平成 2 年 2 月 20 日判決）。故被害人既任意提出證物交予警察，且已為放棄所有權之表示，僅係該證物之廢棄處分未盡妥適，應認為不得依國賠法之規定請求損害賠償。該最高法院判決，泉法官提出反對意見，認為在被害人提出其所有、與犯罪相關之物交予警察做為證物之情形，搜查機關為偵查犯罪，應有效的活用該證物、並於搜查上必要時妥適保管該證物，此有別於被害人因搜查所受之利益，應認為屬其他法律所保護之利益。

三、東京高院昭和 61 年 10 月 28 日判決⁵³

本件案發經過略為：原告於昭和 50 年 5 月因土地買賣遭 A 詐欺 8 千萬日圓（依刑訴法第 250 條規定，追訴時效自行為時起算 7 年），於昭和 54 年 6 月 20 日向警視廳小岩警察署長對 A 提起告訴，然該警察署未為相關調查，將案件放置不管，直至昭和 57 年 5 月 20 日前方將案件移送東京地檢，檢察官以時效完成為由為不起訴處分。原告主張 A 因之無庸受到刑事制裁，向東京都請求 300 萬日圓之精神上損害賠償。

一審判決認為：警察官所為之犯罪搜查，係為維持社會秩序之公益，即便犯罪搜查之結果對於被害人之被害感情有撫慰之作用，亦僅為事實上之利益，故警察官怠為犯罪搜查，因此使加害人得免於刑事制裁，不能認為直接侵害被害人私法上之權利，故未為實質審理，即駁回原告之訴。

二審判決認為：基於警察法第 2 條、第 63 條及警察官職務執行法之立法意旨，犯罪搜查機關對於犯罪搜查之時期、方法、態樣等固有大幅的裁量空間，然於被害人提起告訴之情形，警察官應依告訴事件之犯罪種類、性質、規模、態樣等各種狀況，適切的行使其裁量權，為保護個人法益，

⁵³ 東京高等裁判所昭和 61 年（ネ）第 786 號昭和 61 年 10 月 28 日判決，判例タイムズ 627 號 91 頁

亦有著手對該事件為適切之搜查等必要之作為之義務，故本件承辦警察官無視案件是否有告訴人提起告訴，因警察官之故意或過失，無合理理由怠於為職務上之義務之必要作為，徒使追訴期間經過，致使被告因之或不起訴處分而免除刑事追訴，因之對告訴人造成損害時，該警察官所屬公共團體對告訴人應負損害賠償責任。

四、 第三小法庭昭和 57 年 1 月 19 日判決⁵⁴

A 因酒醉持刀至阪急淡路車站附近飲食店，朝店內客人揮舞，並恫稱「殺死你」，經該飲食店經營人 X 等人將被告帶往警察署後，承辦警察官僅聽信 A 辯稱之其持刀是為了削水果，其確實有將刀拿出，但僅放在飲食店的櫃台上，且未將保護套打開等語，而未對 X 等人詳細詢問案發經過為何，該警察雖認為被告酒醉且深夜攜帶刀具外出非屬尋常，然又認為 A 所為尚不構成犯罪，認為應無暫時留置 A 及命 A 交出刀代為保管之必要，而准許 A 將刀帶回返家。A 離開警察署後，因不滿 X 等人將其帶往警察署，復返回上開飲食店，並持刀揮砍 X，致 X 受有左眼失明及身體多處砍傷等傷害。A 認為該警察官未逮捕或留置 A，准 A 攜帶刀離去，違反其職務義務，向大阪府提起國賠訴訟。

一審法院（大阪地院昭和 53 年 9 月 27 日判決）認為，A 最初若所為涉犯脅迫罪及違反槍砲法，警察官准許其帶刀離開固然違法，然認為 A 係因再返回該飲食店後與 X 發生衝突才持刀傷害 X，而發生開衝突並非警察官事前所得預見，故警察官之違法處置與 X 受傷間無法律上之因果關係，故駁回 A 之訴。

二審法院（大阪高院昭和 55 年 1 月 30 日判決）則認為警察官之上開

⁵⁴ 最高裁判所第 3 小法廷 昭和 55 年（才）第 401 号 損害賠償請求事件 昭和 57 年 1 月 19 日

違法行為與X所受傷害間有法律上因果關係，蓋以A當時之酒醉程度，又隨身攜帶刀子，若在返家途中與他人有任何不愉快，極可能會使用攜帶之刀子對他人造成危害等情，難認警察官不能預見，故認為X主張一部有理由。

最高法院認為，本件A之行為違反槍刀法及涉犯脅迫罪甚明，A於該飲食店之案發經過、飲酒之程度及前科等，均屬警察官容易可調查而得之資訊，若據以合理判斷，應會考量若准許其帶刀離開，在返家途中有相當可能性會再度對他人致生危害，然警察官僅聽信A之辯解，未對X等人詳加詢問，而准許X攜帶刀子離去之作為應認為違法。

第四節 搜索扣押⁵⁵

一、 搜索扣押許可狀請求之違法性判斷基準

依刑訴法第218條第1項、第222條第1項及第99條第1項規定，聲請搜索扣押時，應釋明犯罪事實與應扣押之物間有關聯性，及搜索扣押之必要性。關於該必要性應考量犯罪態樣、輕重、扣押物作為證據之價值及重要性、扣押物有無被滅失或毀損之虞等情形，及因搜索扣押所受之不利益之程度比較衡量，弱認為搜索扣押顯然欠缺必要時，法院應駁回其聲請。

又於起訴後，因公判中心主義及當事人武器平等原則之要求，且已無預斷排除原則之適用，受訴法院得依職權或依聲請為搜索扣押（刑訴法第99條第1項）。原則上，搜查機關不得為起訴後為搜索扣押，但例外在緊急時，若待受訴法院為搜索扣押，恐有失時效性之情形，則例外准許。故在判斷是否符合例外之要件時，除應判斷上述之必要性外，當搜索地點係

⁵⁵ 大阪地方裁判所 平成24年(ワ)第7427号 損害賠償請求事件 平成27年3月16日

羈押中被告之看守所房間時，若有考慮到該處可能會放有被告與其辯護人接見之內容或防禦方法之記載等文件，由搜查機關為搜索扣押之必要性應更為謹慎。

二、 案發經過及法院判斷

本件係原告 X1 因強盜案件經起訴，平成 22 年在一審法院繫屬中，檢察官對於其他共犯部分欲聲請訊問證人即原告 X1，然認為原告 X1 與其他共犯串證之可能性甚高，故向法院聲請搜索扣押許可狀，並指揮檢事官前往原告 X1 當時被羈押之大阪拘置所之房間，並扣得原告 X1 之辯護人即原告 X2 接見時所交付之文件等資料，(X1 在平成 21 年 6 月 26 日起因竊盜案件遭逮捕，同月 28 日被羈押，7 月 17 日起訴，8 月 25 日自白犯本件強盜案件，9 月 9 日因強盜案件遭逮捕，同月 30 日被起訴，與前竊盜案合併審理，至平成 22 年 2 月 3 日第 5 次公判期日時，突然否認強盜犯行，且亦未與他人共犯，26 日第 6 次公判期日時，除繼續否認犯行外，亦提出新的不在場證據，檢察官遂於 29 日向法院聲請搜索票，於 7 月 2 日前往看守所搜索。) 原告 X1 以其秘密交通權受侵害，原告 X2 以其辯護權遭侵害，共同提起國賠訴訟。

法院認為：該檢察官雖有聲請搜索扣押許可狀，然基於違法的搜索扣押許可狀所為之搜索扣押，及被扣押之物經檢視後不交還原告 X1，認為有過失。但檢事官因係單純受檢察官指揮，及法官發搜索扣押許可狀，不認為有違法。又本件雖可認定 X1 有唆使其他共犯為偽證之行為，然 X1 在平成 22 年 2 月 25 日起至同年 8 月 2 日間被禁止接見，故在此期間應無可能與除辯護人之外之人接觸或有信件聯絡，故在此段期間 X1 客觀上應無與他人串證之可能性，因此，又雖檢方提出原告 X2 恐有協助 X1 串證之可能，

雖 X2 有接見其他共犯之事實，但接見地點係在收容所中，若無特別有滅證等可疑行為，應認為客觀上無滅證之可能性。

另依檢察官相關蒐證，於平成 22 年 4 月 26 日時，根據原告 X1 前被羈押於大阪府警本部留置施設期間與其他被告及其妻之書信往來內容，及 X1 於審理中所為之否認及不在場證明等，已能掌握原告 X1 確實有與其他共犯串證之事實，此時雖然認為有為聲請搜索扣押等相同程度之搜查之必要性，然未達得實施搜索扣押之程度。且搜索扣押之聲請係於準備程序結束前後，此時正在去確認關於其強盜案件之爭點及證據整理及確認審理計畫階段，應可預見此時原告 X1 之房間內應有相當攻擊防禦之資料，若於此時進行搜索，原告 X1 之攻擊防禦方法將為搜查機關知悉，對原告 2 人確實會造成不利益，且此不利益性質上亦認為亦難以經由準抗告或損害賠償等事後救濟手段回復，故與搜查之必要性相較，應認為被扣押之人所受不利益更為重大，應認為搜索扣押欠缺必要性，故此時聲請搜索扣押狀應認為違法。從而，基於違法之搜索扣押所為之搜索，亦為違法。

承辦檢察官於聲請搜索扣押許可狀時，並無客觀的證據可證明原告 X1 有湮滅證據之行為，且直接向大阪刑務所等 X1 被羈押之處所調查接見狀況亦非困難之事，竟捨此不為，且於進行準備程序、被告人方準備攻擊防禦方法之際，X1 在押之房間應有防禦方法等相關資料，亦屬容易預見之事，檢察官殊為顧慮 X1 之防禦權及 X2 之辯護權，而以 X1 恐藉由第三人之協助與其他共犯串證為由聲請搜索扣押許可狀，應認為有過失；又基於違法之搜索扣押許可狀執行搜索扣押，經檢視被違法扣押之證物後，未予以歸還，亦認為有過失。法院認為檢察官違法扣押 X1 為防禦訴訟所蒐集之文件，且該等文件於刑事案件審理、訊問證人前被檢察官閱讀、扣押，顯有

礙於 X1 之防禦準備，認為 X1 所受精神上損害，國家應各賠償 X1 及 X2 慰撫金 50 萬日圓及律師費 5 萬日圓。

第五節 論告

檢察官於論告時，是否涉及侵害他人之名譽而認為違法，最高法院第 2 小法庭昭和 60 年 5 月 17 日判決⁵⁶明確揭示對於檢察官論告是否違法之判斷標準。

案發經過：昭和 46 年 10 月 18 日於東京都港區日石本館郵局內，發生包裹爆炸事件，致郵局人員受傷。檢察官起訴 A 後，於審理中表示該裝有炸藥之包裹，先由 B 於某處交予原告 X 之兄持至該郵局後，再轉交 A，原告之兄於偵查中亦坦承有運送該包裹，然於法院審理中否認，並提出不在場證明，辯稱 X 才是收受 B 交付包裹、並轉交 A 之人，然其擔心 X 若遭逮捕，對家裡的事業可能有影響，故才出面頂替等語。檢察官無法推翻 X 之兄所提出之不在場證明，故將第二手之人改為不祥之人，而續行公訴，且對於 A 及原告之兄之筆錄之可信性必須再度檢討。檢察官於論告時就 X 之兄於偵查中供述之憑信性表示，「本件原告之兄之說明完全不自然且不合理，其並無袒護其弟之必要」、「尚難想像 X 之兄有為了袒護 X 而虛偽自白之必要」、「若真認為 X 之兄有袒護 X 之必要，其應對於 X 相關之犯行有一定程度的瞭解」等語，X 因之主張檢察官並無具體證據，竟然於論告時表示 X 才是本件第二運送人，而非 X 之兄等語，且有故意或重大過失，對 X 造成名譽毀損及精神上之痛苦而請求國家賠償。

一審法院認為檢察官所為論告內容，確實有暗示 X 即為第二運送人，故認為原告之訴部分有理由，第二審法院則認為，檢察官所為僅係檢討 X 之兄於偵查中供述之可信性之過程中，為 X 之兄對於 X 參與日石事件之部分應有相當程度之了解之推論，而未提及 X 參與之部分是否達到犯罪行為之程度，認為檢察官所為係

⁵⁶ 最高裁判所第 2 小法庭 昭和 57 年（オ）第 370 号 損害賠償請求事件 昭和 60 年 5 月 17 日，判例タイムズ 559 号 121 頁。

正當的訴訟活動，而阻卻違法。

最高法院則表示，「檢察官は、事件について証拠調が終つた後、論告すなわち事実及び法律の適用についての意見の陳述をしなければならないのであるが、論告をすることは、裁判所の適正な認定判断及び刑の量定に資することを目的として檢察官に与えられた訴訟上の権利であり、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現すべき刑事訴訟手続において、論告が右の目的を達成するためには、檢察官に対し、必要な範囲において、自由に陳述する機会が保障されなければならないものというべきである。もとより、この訴訟上の権利は、誠実に行使されなければならないが、論告において第三者の名誉又は信用を害するような陳述に及ぶことがあつたとしても、その陳述が、もつぱら誹謗を目的としたり、事件と全く関係がなかつたり、あるいは明らかに自己の主観や単なる見込みに基づくものにすぎないなど論告の目的、範囲を著しく逸脱するとき、又は陳述の方法が甚しく不当であるときなど、当該陳述が訴訟上の権利の濫用にあたる特段の事情のない限り、右陳述は、正当な職務行為として違法性を阻却され、公権力の違法な行使ということはできないものと解するのが相当である。」（譯：檢察官於證據調查完畢後，需為論告，亦即就犯罪事實及法律之適用陳述意見。論告係為提供法院正確的認定事實及量刑而賦予檢察官之訴訟上權利，且為使在刑事訴訟程序中維持公共福祉、保障個人基本人權、辨明案件之真相及正確且迅速的適用刑罰法令等目的，應保障檢察官於論告程序中，在必要之範圍內有自自由陳述之機會。更重要者，此訴訟上之權利，應誠實行使之，縱使於論告時所為之陳述有影響到第三人之名譽或信用，只要不是專以誹謗為目的，或與事件完全無關，或明顯僅係基於自己主觀或片面之看法而為等明顯踰越

論告之目的或範圍者，或陳述方法有非常不當之情形，或該陳述顯然係濫用訴訟上權利等特殊之情事，應認為係正當之職務行為而得阻卻違法，而不能謂為違法行使公權力。）⁵⁷

⁵⁷ 門口正人（最高裁判所調査官），論告においてるされた第三者の名誉又は信用を害する陳述と国家賠償法1条1項の違法性の阻却，ジュリスト844号69頁，1985年9月15日

第四章 法官國家賠償責任

司法行為，學說通說認為公權力行使之要件亦包含司法行為，法官既亦為國家公務員，判決行為、訴訟指揮、基於法庭等秩序維持相關法令之處分、法庭警察權之行使、在法庭內筆記之不准許命令、裁定程序等均包含之。惟學說上亦有自比較法之考察及司法制度之本質的觀點，採否定適用說或限制適用說。

關於司法行為之違法性，可分為三部份討論，一為對未經上訴或再審程序之確定判決請求國家賠償，二為對經上訴或再審而被撤銷之判決請求國家賠償，三為包括訴訟指揮、開立逮捕狀等其他類型。首先，對於未經上訴或再審程序之確定判決得否請求國賠，向有爭議，若採肯定說（直接請求可能說），則第一類型及第二類型實無區別之必要，然實務上多採否定說（再審經由說）或折衷說（限制的肯定說或違法性限定說）。對於第二類型的案件，判例及學說上有結果違法說及職務行為基準說之對立。此外，實務上向認為違法性之舉證責任在原告。

第一節 未經上訴或再審程序

第一項 學說⁵⁸

對於未經上訴及再審程序之確定判決，得否請求國賠，持肯定說學者認為，理論上只要是誤判，即有國賠法第 1 條第 1 項之適用。主要理由如下：一、國賠法之立法目的即為填補救濟制度的不足，使不法的公權力行為有完備的救濟管道，故司法不應成為救濟對象的例外。二、憲法第 17 條及國賠法，亦未定有上訴或再審前置之規定，且未針對司法的國賠訴訟設有任何限制或條件。三、前訴判決的既判力及確定力，係為確定當事人間具體事件的權力關係及終局的解決紛爭而存在，然此並非指不可就確定判決的認定判斷本身是否正當為爭執，而係因前訴

⁵⁸ 註 3 第 330-340 頁。

與國賠訴訟二者之當事人不同，在後訴主張前訴的判決違法，並非係要變更於前訴被確定之權利關係，而係以確認損害賠償請求權之存在與否為前提。四、若認為基於法官之獨立性，而不得對司法請求國賠，除憲法及國賠法並未對司法設有除外之規定外，何以實務上對於經過上訴、再審程序獲判無罪之判決肯定有國賠法之適用？二者實有矛盾。於前訴且前訴之敗訴判決與國賠訴訟二者本係獨立各自存在之訴訟，並不會有如折衷說及否定說所指會互相影響之顧慮。再者，任何人均不得對清白的人為有罪判決，此乃當然之理，故若判決有上訴或再審之事由時（不論是事實認定或係法令解釋有誤），客觀上即有違法性，若能證明法官有故意或過失時，即便被害人未經上訴及再審之程序，亦得直接請求國賠。該說學者對否定說之批評為，若法官所犯錯誤非屬得提起再審之事由時，則不能追究法官的不法責任，如此限制法官的不法行為責任，實欠缺合理性。

然採否定說之學者則係從法秩序之統一及確保法之安定性出發，認為訴訟制度本已考量判決有誤判之可能性，故已設有上訴及再審制度，當事人自應循該制度尋求救濟，否則不循上訴制度救濟，而逕提起國賠訴訟，則上訴制度即失其存在之意義。又若確定判決未具備再審或非常上訴之事由時，自不允許其再主張確定判決有誤判或違法而提出再審或非常上訴。

折衷說學者認為確保司法秩序之維持及作為維持司法秩序之前提即法之安定性及法官之威信、獨立性，不允許動輒對法官之判決提起國賠。認為若不服裁判，原則上應依三審制之訴訟制度尋求救濟，若判決僅係事實之認定違反論理法則或經驗法則，原則上不認為會成立國賠法上違法之要件，應尋該事件本身之程序尋求救濟之違法，非屬其他法官得置喙。在法令之解釋適用有錯誤時，因法官對於法令之解釋適用，屬彰顯法官獨立行使職權之重要內涵，若有錯誤亦應循該事件之程序加以更正。除非法官係惡意故意扭曲事實認定或法令解釋，方得以國賠管

道救濟。⁵⁹因此該說主張未經上訴或再審之案件，原則上不得提起國賠，例外在法官因審判案件有刑事上應處罰之事由，或係故意扭曲事實之認定或法令解釋之適用時，亦即若法官之判決或作為在客觀上已明顯違反行為規範、有顯著的不當或欠缺合理性，而構成國賠法所指之違法時（例如基於違法或不當之目的而為裁判，或足認法官裁判時並未依誠實之判斷而為之不合理裁判），若仍限制被害人僅得依上訴或再審程序尋求救濟，似非妥適，故得例外允許其直接提起國賠訴訟尋求救濟。

判例及學說見解屢有分歧，然大致上係採折衷說。然若如違法限定說所言，法官基於違法或不當之目的而為裁判，現實上幾乎不可能發生，故若認為僅有基於違法或不當之目的，方認為有國賠法之違法性，如此限縮違法之範圍，難謂合理，且亦與國賠法第1條第1項規定不符，因該規定國家賠償責任之發生，除故意外，尚有過失之情形。

採肯定說之學者，對於違法性之判斷標準認為應以「通常平均的法官依論理法則及經驗法則，完全不可能為如此之事實認定或為法律解釋時，應認為該法官因故意或過失而有違法」，又於法官在裁判上有裁量權限，若裁量之行使踰越或濫用時，亦應認為該裁判違法。然對於此見解，亦有學者認為若將裁判的本質考量在內的話，關於違法性之判斷標準，似採折衷說為妥。

第二項 實務判決

在最高法院57年3月12日⁶⁰判決前，實務上對於此議題亦散見持肯定說及否定說之判決，自該最高法院判決後，實務上幾乎均採相同見解。

⁵⁹ 西村宏一，裁判官之職務行為與國家賠償，判夕150號84頁。

⁶⁰ 最高裁判所第2小法廷 昭和53年（オ）第69号 損害賠償請求事件 昭和57年3月12日，判例タイムズ505号208頁 1983年11月10日 民事訴訟法〔判決手続〕争訟の裁判と国家賠償責任 最高裁昭和57年3月12日第2小法廷判決 上告棄却 昭和53年（オ）第69号損害賠償請求事件 民集36卷3号329頁、訟月28卷11号2071頁、判時1053号84頁

案發經過：原告前因訴外人公司機械交付債務履行遲延，對訴外人公司提起損害賠償訴訟敗訴，於接獲判決後未於上訴期間內提起上訴，而告確定(甲訴訟)。原告於甲訴訟判決確定後，主張甲訴訟承審法官未採用其主張之抗辯而判其敗訴，係有故意或重大過失之違法，而請求國家賠償。

法院認定：一審法院(大阪地院昭和 51 年 10 月 8 日判決)認為，承辦法官將商事留置權之主張誤認為係民事留置權(民法 295 條 1 項)之主張，而未就被擔保債權是否存在進行判斷，確實有疏漏，然證據上被擔保債權是否存在亦無法確認，故結論而言，甲訴訟之判決未採留置權之抗辯洵屬正當，而駁回原告之請求。

二審判決(大阪高院昭和 52 年 9 月 29 日判決)則表示，前訴確定判決(即甲訴訟判決)未經再審程序被撤銷確定，故對於與前訴判決生既判力之範圍相關之事項，不得主張承審法官之判決行為本身違法，法院亦不得就此為是否違法之判斷。亦即係以程序上駁回上訴人(即一審原告)之上訴。

最高法院則明確表示採違法的限定說。「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である。」(譯：對法官所為有爭議之判決，縱有應依上訴等訴訟法上之救濟途徑治癒之瑕疵存在，亦非當然屬得依國賠法第 1 條第 1 項規定所指違法行為而生國家賠償責任之問題。若要成立國家賠償責任，需該法官有基於違法或不當之目的而為裁判等其他有顯

然悖於法官被賦予之權限之目而為裁判之特殊情形，方得成立）。

該最高法院之判決，係最高法院初次就民事判決誤判是否得得請求國賠表示意見。雖該判決係針對民事確定判決，然於此最高法院判決之後，刑事確定判決亦均採相同見解。且不僅是有爭議之裁判，關於法官其他所為之職務行為若有爭議，亦採相同見解（最高法院平成元年 3 月 8 日）。

第二節 經上訴或再審程序

第一項 學說⁶¹

經上訴或再審程序之確定判決，則無是否得請求國賠之爭議，然如何認定其違法性則係此類型之爭點。就此爭點，學說上亦有結果違法說及職務行為基準說之爭議。採職務行為基準說之學者認為，基於判決之特殊性，應限於法官係基於不當或違法之目的而為裁判時，方認為有違法性。但對於不當或違法之詮釋，亦有不同見解。例如，古崎教授即主張，法官所為之證據取捨，係基於其自由心證所為，對此法官有寬廣之裁量權，須在踰越裁量之情形，即違法經驗法則或論理法則所為不合理之判斷，方生違法性之問題。亦有違法性限定說學者（例如村上敬一教授），即認為不管是違法之裁判或其他作為，若有明顯違反客觀行為規範之情形（即其治癒若僅依上訴或再審認為不適當之程度），則認為違法，具體而言包括對與法律無關之事件為裁判，或基於違法或不當之目的而為裁判，或難認為法官係基於誠實之判斷所為之不合理之裁判等。而結果違法說之學者則認為，若經上訴或再審獲無罪判決確定時，之前所為之逮捕、羈押、起訴及有罪判決，即具有違法性，然被告即國家可證明逮捕等行為（包括為有罪判決）具有合理性，而正當化其行為而阻卻違法。

相對於學說之爭議上，實務上過去亦有採結果違法說之判例。例如，八丈島

⁶¹ 註 3，第 340-343 頁。

老女殺人事件國賠訴訟之第一審判決（東京地判昭和 44 年 3 月 11 日）係明確表示採結果違法說，認為「國賠法上評價法官之裁判是否違法，應由全部訴訟程序事後觀察，視系爭裁判是否欠缺客觀上之正當性，亦即國家沒有權利對清白之人為有罪判決，故若上級審為無罪判決確定時，則在國賠法上，與其相反之判斷之下級審所為之有罪判決即為違法」，然該判決雖認為法官之裁判具有違法性，然認為沒有過失，故仍否定國家賠償責任之成立。二審判決則否定結果違法說之判斷標準，而以職務行為基準說認定沒有違法性。金森事件國賠訴訟第一審判決（大阪地判昭和 48 年 4 月 25 日）亦表示「本件因再審判決無罪確定，故原刑事訴訟第二審及第三審判決，均應認為客觀上具有違法性。」並對於各法官是否有故意過失進行認定，且認為法官怠於注意義務之過失。然第二審判決亦否定結果違法說之判斷標準，而改採職務行為基準說，進而否定國家賠償責任之成立。最高法院在弘前大學教授夫人遭殺害案，關於無罪判決確定後，之前所為之有罪判決是否違法之審查標準，則明確表示採職務行為基準說之違法限定說，自此之後，下級法院幾乎均採此見解。

第二項 案例

一、 弘前大學教授夫人遭殺害案-法官部分⁶²

本件案件經過已如第三章第一節第三項所述。原告主張刑事原審第二審判決法院因對於 X 有偏見及預斷，而踰越自由心證之範圍，在欠缺 X 即為犯人之證據之情形下，仍為有罪判決，最高法院亦因誤認對判決有重大影響之事實，而漏未廢棄原第二審之判決，認為相關審理之法官在執行職務行為有過失。

國賠訴訟第一審判決認為，檢察官起訴及追訴既然構成國賠法上之違

⁶² 西野喜一，再審による無罪判決の確定と裁判の違法性-最高二小平成 2 年 7 月 20 日判決，判例タイムズ 799，1993 年 1 月 15 日

法行為，則即無判斷裁判機關是否有不法之必要，且有疑義之證據在刑事原審第二審並未全部被提出，原第二審依據所調查之證據為有罪之認定，並未明顯逸脫自由心證之範圍，最高法院駁回其上訴亦無過失，而全部駁回國賠之請求。第二審引用最高法院昭和 57 年 3 月 12 日判決，認為不論是刑事訴訟抑或是民事訴訟，在訴訟之本質及法官之職責並無不同，且本件係經再審逆轉改判無罪，裁判所為之事實認定係僅基於當事人在法庭所顯現之證據、經由此等證據而為認定，而與真實之事實有一訂之隔閡，此乃裁判不可避免之結果，是除非法官在關於評價證據力之自由心證有逾越裁量權之情形、或恣意地無視於經驗法則或論理法則而為判決，否則不能僅因案件經再審改判即認為之前所為之判決違法。該案經上訴第三審，上訴理由為二審所引用之最高法院 57 年 3 月 12 日判決係未經上訴程序之案件，與本件性質不同，且對於故意過失及違法性之認定混同，而認為在解釋適用法令有瑕疵。最高法院第二小法庭認為，法官所為有爭議之判決縱使存在經由上訴等訴訟法上之救濟方法應更正之瑕疵，亦不當然認為即有國賠法第 1 條第 1 項所指違法之行為，而生國賠責任之問題，須法官係基於違法或不當之目的而為裁判等明顯背於法官所被賦予之權限之旨趣等特別情事，方得認為有國賠責任之適用，且該判決並引用昭和 57 年最高法院判決，認為該標準在刑事事件，即便係經再審逆轉改判無罪確定之案件亦相同適用，而認為刑事原審第二審及最高法院判決並國賠法所指之違法。

第三項 小結

實務及學說上雖有上述之對立，或係認為不具違法性，或沒有過失，歸根結底係朝否定國家責任之方向。結果違法說，以結果之發生直接認定違法性存在，

似架空違法性之內涵，然若採職務行為基準說之違法性限定說，蓋實務上法官基於違法或不當目的而為裁判之情形甚為罕見，判斷基準過為嚴苛，原則上應以職務行為基準說較為合理，然判斷基準似有檢討空間。

第五章 民事責任

除了國家或公共團體外，公務員本身是否應直接對被害人負賠償責任，亦即被害人得否直接依民法向特定公務員主張侵權行為賠償責任，最高法院向來見解均採否定說，常被引用之最高法院第3小法庭昭和30年4月19日判決「右請求は，被上告人等の職務行為を理由とする国家賠償の請求と解すべきであるから、国または公共団体が賠償の責に任ずるのであつて、公務員が行政機関としての地位において賠償の責任を負うものではなく、また公務員個人もその責任を負うものではない」（筆者譯：前掲請求應認為係以被上訴人等之職務行為為由而請求國家賠償，故國家或公共團體應負賠償責任，而非公務員居於行政機關之地位負賠償責任，公務員個人亦無庸負其責任。）⁶³；及芦別國賠訴訟最高法院昭和53年10月20日判決「公權力の行使に当たる国の公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を与えた場合には、国がその被害者に対して賠償の責に任ずるのであつて、公務員個人はその責を負わないものと解すべきこと」（筆者譯：行使公權力之國家公務員，就其執行職務因故意或過失違法造成他人損害時，國家應對被害人負賠償責任，公務員個人無庸負責），即明確表示否定公務員之個人責任，其下級法院亦多採相同見解。

然近來亦有實務見解採「制限的肯定說」（即若加害公務員係基於故意或重大過失時，應使其負民法侵權行為責任）、「加重制憲的肯定說」（若公務員有故意濫用職權而行使公權力等特殊情形時，應令公務員個人負民事賠償責任），然均未為上級法院所維持。

⁶³ 最高裁第三小法庭昭和28年（オ）第625号 30年4月19日判決

學說上採否定說者，提出下列理由，一為國賠法第1條第1項明文規定國家或公共團體應負賠償責任，二為為使被害人能獲得救濟，應使較有支付能力之國家或公共團體負賠償責任，三為國賠法第1條第2項求償權之設計，即係以否定公務員個人責任為前提。然亦有學者認為，若採自己責任說，國家或公共團體之賠償責任本與公務員個人責任係個別獨立，然若使公務員依民法侵權責任規定負抽象輕過失責任，實屬過苛，故參考求償權之規定，認為公務員在有故意或重大過失之情形時，應負民事責任。此外，亦有學者主張，在公務員有故意時，應使其負個人賠償責任。⁶⁴

本文以為，若以現行法之規定，實無理由在國賠責任外，另使公務員負個人賠償責任，蓋現行制度已設有求償權之規定，不論係公務員有故意或重大過失時，國家或公共團體均得向公務員求償，似已能達到究責之目的。又或實務上行使求償權之案例極少，亦無向法官及檢察官求償之案例⁶⁵，然此或係國家或公眾團體怠於求償之故，實難因求償權鮮少被行使，而要求公務員另負個人賠償責任。此外，若公務員與職務無關之行為侵害他人權利或利益，個人應負侵權責任，自不待言。

⁶⁴ 註3，第717頁以下。

⁶⁵ 經筆者使用 westlaw japan 判決檢索系統輸入「裁判官」、「檢察官」及適用法條「國賠法第1條第2項」等關鍵字搜尋，查無資料。

第六章 心得及建議

關於檢察官及法官之國家賠償責任之探討，我國向來係呈現對立的局面，站在檢察官及法官之立場，極力捍衛現行國賠法限縮司法人員國賠責任之制度，而在另一方的當事人及律師團體，則始終不放棄地挑戰該制度之存廢。法律制度之選擇，本即國家社會在各方意見、價值折衝後之選擇，也並非在他國實施有成之制度，在我國即當然可適用，蓋法律制度之選擇尚須考量國家人民的習慣、價值判斷等多種因素，然而，唯一可以確定的是，世界上不曾存在一個完美無缺的制度，但是我們可以盡力在實務的操作上，填補制度的不完美。

我國目前之國賠法第13條之規定，對於法官及檢察官國賠責任設有限縮之要件，然法官及檢察官同為公務員，何以能有別於其他公務員而在特定要件成立之情形方能成立國賠責任，必須有堅強的理由足以說服社會大眾，而大法官會議第228號解釋未能消彌此爭議，已如前述，是對於亦屬國家公務員之法官及檢察官，若因故意或過失在執行職務時，有損及他人權益時，依我國現行法制，對於該權益受損之人民之保障確實有不足之處。又若廢止國賠法第13條之規定，雖有論者提出對於司法人員之獨立及公正恐生影響之疑慮，然以日本現行法制為例，雖在國賠成立要件尚未設有限縮規定，然於實務操作上，係以各種學說解釋違法性之認定，以限縮國賠責任之成立，例如在檢察官起訴之部分，學說通說及實務採職務行為為基準說，而起訴是否違法之認定標準係採一件明白說或合理理由欠如說，在法官判決部分則係採違法性限定說，實務在審理此方面國賠案件時，依此等學說所界定之違法性認定標準，國賠責任成立比例極低，且觀之經法院判決應負國賠責任之案例，其瑕疵均屬重大；且若司法人員果有重大瑕疵之職務行為，對之提出國賠請求，亦可發揮國賠制度之監視機能，避免將來再發生相同疏失，亦可

使其他執法人員更為謹慎；此外，賠償主體係國家，國家僅於公務員有重大過失或故意之時，方得行使求償權，是司法人員並非站在賠償之第一線等，似應能緩解上述疑慮。

綜上，建請法務部可研議是否廢除我國國賠法第13條之規定，及若廢除相關規定之配套措施，並可分析近年來經判決無罪確定之案例，觀其無罪理由屬於檢察官舉證不足之比例為何，又若仍維持現行法制，應如何填補被告因司法人員有故意或過失之執行職務行為所受之損害，實為我國目前司法改革重要課題。