

專家諮詢意見書ⁱ

案號：111 年度 會台 字第 13187 號

專家學者、機關或團體 姓名或名稱：劉芳伶

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項ⁱⁱ

3 一、 相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或
4 其代理人有分工或合作關係。

5 答：否。

6 二、 相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或
7 其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

8 答：否。

9 三、 其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

10 答：無。

11 專業意見或資料

12 （專業意見）目次

13	一、辯護人之定位與辯護權之憲法性格	4
14	* 題綱爭點一：	4
15	* 回覆意見一：	4
16	(一) 日本之問題狀況	5
17	1. 日本最高法院 2005 年裁定與辯護人定位	6
18	(1) 事實概要	6
19	(2) 法庭意見（要旨）	7
20	(3) 協同意見（全文）	7
21	(4) 評釋	8
22	2. 辯護人之固有權與被告之基本權的雙重性格	9
23	(1) 學說狀況	9
24	(2) 實務與學說之比較	12
25	(二) 我國之相關議論	13
26	1. 憲法第 16 條之訴訟權保障說	13
27	2. 憲法第 16 條之訴訟權與正當法律程序保障說	13
28	3. 憲法第 8 條正當法律程序保障說（排斥第 16 條）	14
29	4. 憲法第 8 條正當法律程序與第 16 條訴訟權雙重保障說	14
30	(三) 分析	14

1	1. 辯護人與本人之關係	15
2	(1)實質否定說	15
3	(2)形式否定說	15
4	(3)消極的真實義務說	16
5	(4)本人基準說	16
6	(5)保護者自主判斷說	16
7	(6)橢圓理論	17
8	(7)正圓理論	17
9	2. 以上諸說之利弊評析	18
10	(四) 結論	22
11	(五) 補論：關於律師職業自由（我國憲法第 15 條）	22
12	二、辯護人偵訊在場權之法性質與保障射程	23
13	* 題綱爭點二：	23
14	* 回覆意見二：	23
15	(一) 日本相關議論之借鏡價值	23
16	(二) 日本型偵訊手法之思維與在場權否定論	24
17	1. 制憲當時	24
18	2. 精密司法	25
19	3. 核心司法與可視化	25
20	4. 實施日本型偵訊手法之必要性	27
21	(三) 基本權保障觀念下之肯否兩論	27
22	1. 偵訊受忍義務否定說	28
23	(1) 偵訊任意處分說	28
24	(2) 偵查階段辯解權說（純粹任意處分說）	28
25	2. 偵訊受忍義務肯定說（偵訊強制處分說）	29
26	3. 輪值辯護律師制度實施後的肯定說大躍進	29
27	(1) 最大公約數：受有效辯護之權利與緘默權	29
28	(2) 緘默權、受有效辯護之權利暨包括防禦權之綜合說	30
29	(3) 基本權保障與制度適法性條件雙重性質說	30
30	(四) 從與緘默權之關係看我國的憲法解釋論	30
31	1. 三難困境說	31
32	2. 彈劾主義說	31
33	3. 隱私權說	31
34	4. 人性尊嚴說	32
35	5. 小結：我國憲法上根據	32

1	(五) 偵訊在場權的保障射程.....	33
2	1. 陳述意見之可否.....	33
3	(1)狹義說.....	33
4	(2)廣義說.....	33
5	(3)最廣義說.....	33
6	2. 筆記之可否.....	33
7	(1)東京高院 2015 年判決.....	34
8	(2)大阪高院 2017 年判決.....	34
9	3. 小結：受有效辯護之權利、接見交通權與筆記權.....	35
10	(五) 結論.....	36
11	三、限制或禁止辯護人偵訊在場權之救濟依據.....	37
12	*爭點題綱三：.....	37
13	*回覆意見三：.....	37
14	(一) 問題之所在.....	37
15	(二) 何謂「偵查秘密不公開」.....	37
16	(三) 偵查必要性.....	39
17	1. 日本有關接見限制之借鏡.....	39
18	2. 非限定說.....	40
19	3. 限定說.....	40
20	(四) 分析.....	41
21	(五) 結論.....	42
22	四、限制或禁止辯護人偵訊在場權之救濟機制與實益.....	43
23	*爭點題綱四：.....	43
24	*回覆意見四：.....	43
25		
26	針對爭點題綱提出以下專業意見	
27	一、辯護人之定位與辯護權之憲法性格	
28	*題綱爭點一：	
29	辯護人之辯護權是依附於被告之訴訟權？或獨立受憲法保障之基本	
30	權（例如律師職業自由或其他相關之基本權）？	
31	*回覆意見一：	
32	以結論而言，本意見書認為，辯護人之辯護權並非係依附於被告	
33	（含犯罪嫌疑人 ¹ ，以下同）之訴訟權，而係獨立受憲法保障之基本	

¹ 犯罪嫌疑人，以下簡稱嫌疑人（即日文的「被疑者」）。若稱嫌疑人，亦含被告。日本起訴前稱嫌疑人（被疑者），起訴後稱被告，而日本型偵訊手法多在嫌疑人階段實施。就我國情

1 權；其依據應併同求諸於我國憲法第 16 條與第 8 條所定。之所以得
2 此結論，其論據謹詳述如下：

3 (一) 日本之問題狀況

4 在日本，辯護人之辯護權，其依據，可求諸於彼邦憲法第 34 條
5 與同法第 37 條第 3 項所定之「辯護人依賴權」（弁護人依賴權/弁護人
6 に依頼する権利），或稱「受辯護人實質援助之權利」（弁護人の實質的
7 な援助を受ける権利），亦有稱「受有效辯護之權利」（有効な弁護を受
8 ける権利）²。故有必要就彼邦憲法所保障之受有效辯護之權利之相關
9 議論，鳥瞰日本之問題狀況，以為我國借鏡。又為行文之便，以下一
10 律稱「受有效辯護之權利」³，此點合先敘明。

11 按日本國憲法第 34 條規定：「不論何人，若未被即時告知理
12 由，且未被賦予即時選任辯護人之權利者，不得予以拘捕留置或拘禁
13 ⁴。又不論何人，若無正當理由，不得拘禁，若有要求，應將該理
14 由，即時於本人以及其之辯護人出席之公開法庭中加以開示。」。同
15 法第 37 條第 3 項規定：「刑事被告，不論何時，皆得委任有資格的
16 辯護人。被告無法自為委任時，國家應為其提供國選辯護人。」由此
17 可知，日本憲法保障犯罪嫌疑人與被告皆享有受有效辯護之權利，但
18 僅對被告賦予國選辯護人之較高保障。不過，時至今日，學說上有力
19 主張認為，即便是犯罪嫌疑人也應賦予同等程度之保障⁵。又通說認
20 為，憲法之所以明文保障受有效辯護之權利，並非僅在單純地保障得

況而言，在用語上，犯罪嫌疑人與被告則有混用的情形，並未截然區分。惟話雖如此，日本通說也指出，其實嫌疑人與被告，除因應階段性之用語不同外，在本質上並無差異。白取祐司，刑事訴訟法，10 版，日本評論社，2021 年，頁 39。在本意見書引用日本意見書獻中，原則上尊重原典用語稱嫌疑人或被告，但要注意的是，即便原典單稱嫌疑人，並非排斥被告之適用，反之，亦然。

² 平野龍一，刑事訴訟法，有斐閣，1958 年，頁 73；佐藤幸治，憲法，新版，青林書院，1990 年，頁 520 頁；田宮裕，捜査の構造，有斐閣，1971 年，頁 401；宮原守男，弁護人の權利及び義務，熊谷弘ほか編，公判法大系Ⅱ，日本評論社，1975 年，頁 171；村岡啓一，弁護の質の保証，第 1 卷：弁護人の役割，頁 366；田鎖麻衣子，弁護人の効果的な援助を受ける権利，一橋法学 16(2)，2017，頁 336。

³ 在我國，有將之稱為受律師援助（協助）之權利（機會）。所謂行文之便，係指即便原典用語係辯護依賴權或受辯護人實質援助之權利等，在本意見書之翻譯上仍統一使用「受有效辯護之權利」此一用語。

⁴ 原文「抑留」係指拘捕後的短期人身拘束；類似於我國的逮捕概念。原文「拘禁」係指拘捕後的長期人身拘束；類似於我國的羈押概念。事實上，我國亦有論者翻譯成「逮捕」、「羈押」。林裕順，論偵訊中辯護人之在場權，法學新論 2 期，2008 年，頁 6。不過，事實上日本憲法第 34 條並非限於刑事程序上的人身拘束，而係包括對所有不法的人身拘束之保護。小林一郎，憲法第 34 条と人身保護法--勾留理由開示手続を速かに廃止すべし，自由と正義 11 卷 12 号，1960 年，頁 10 以下。有鑑於此，故本意見書翻譯為「拘捕留置」或「拘禁」。

⁵ 初宿正典，憲法 2 基本權，3 版，成文堂，2011 年，頁 397。

1 選任辯護人之權利，而係給予自由被拘束之人，在防禦個人自由上最
2 必要之時，能即時獲得法律專家給予適當幫助的權利⁶。此乃係因拘
3 捕留置乃至於拘禁係對於人身自由之重大侵害，因此特以憲法明文保
4 障以確保程序之公正⁷。

5 關於前揭日本憲法所保障受有效辯護之權利之本質的內容，日本
6 有學者指出，此乃係指被告不論於刑事訴訟程序之任何階段，如有必
7 要，即得請求辯護人提供「充分辯護」（full defense）與「實質辯
8 護」（effective defense）⁸。還有論者認為，辯護人之地位，乃係作為
9 法的保護者，乃係為了脆弱的嫌疑人、被告之利益，而擔負起應確保
10 渠等受有「實質」且「充分」之「有效辯護」之權利的職責⁹。一言
11 以蔽之，彼邦憲法所保障之受有效辯護之權利，其核心即在於確保
12 「嫌疑人與被告受（實質且充分之）有效辯護之權利」。對於此點，
13 在日本學界幾無反論，可說已被視為乃係理之當然¹⁰。不過，何謂
14 「有效辯護」，其具體之理解則未必一致，會因對「辯護人之定位」
15 之不同而有異。作為此點之觀察，日本最高法院 2005 年 11 月 29 日
16 第三小法庭裁定（下稱日本最高法院 2005 年裁定¹¹。）¹²具有指標性
17 地位，其詳分析如下：

18 1. 日本最高法院 2005 年裁定與辯護人定位

19 (1) 事實概要

20 檢方以被告涉嫌逮捕監禁、盈利略取、殺人、棄屍等罪提起公
21 訴，第一審最終辯論時，被告就殺人、棄屍部分之公訴事實予以全面
22 否認，但是辯護人仍以第五回審判期日前的被告有罪供述為前提進行
23 最終辯論，法院也未命辯護人以被告否認後之事實為前提更為辯論，
24 便逕行審結，被告以第一審判決有侵害其防禦權以及選任辯護人之權

⁶ 佐藤幸治，憲法，新版，青林書院，1990 年，頁 520；関正晴，秘密交通權と被疑者の取調べ，政経研究 49 卷 3 号，2013 年，頁 1138。

⁷ 初宿正典，憲法 2 基本權第 3 版，成文堂，2011 年，頁 396。

⁸ 鴨良弼，国選弁護人の法的性格，ジュリスト 487 号，1971 年，頁 98 以下。

⁹ 石川才顕，捜査における弁護の機能，日本評論社，1993 年，頁 41。

¹⁰ 岡田悦典，英米刑事手続における弁護人のエラーについて，一橋研究 21 卷 2 号，1996 年，頁 27；古江頼隆，接見交通—檢察の立場から，三井誠ほか，刑事手続，上，筑摩書房，1988 年，頁 324。

¹¹ 原文「決定」翻譯為「裁定」，「裁定」毋庸開庭，「判決」則必須開庭。若被最高法院認為係屬於不得上訴三審之案件，就不會開庭（本件裁定在理由內即載明「弁護人和智薰の上告趣意は，違憲をいう点を含め，實質は単なる法令違反，事実誤認，量刑不当の主張であり，被告人本人の上告趣意は，事実誤認の主張であつて，いずれも刑訴法 405 条の上告理由に当たらない。」），而以職權裁定，直接將載明裁定結論之文書由送給當事人，通常也不會有詳細的理由說明，不過，例外地，如有重大法律爭議的案件，也會詳細說明理由，甚至有個別法官付具意見，本件即屬於例外。

¹² 最高裁平成 17 年 11 月 29 日第三小法廷決定刑集 59 卷 9 号 1847 頁（附件一：LEX/DB 文獻番号 28115019 參照）。

1 利之訴訟程序違法，而提出上訴二審，二審判決維持原判駁回其上
2 訴，遂又提起上訴三審。不過，事實上，辯護人，在被告翻供後也隨
3 即表示，對於其翻供之內容中也含有高度可信之部分，希望能就此部
4 分進行充分的檢討，而且，在最終辯論之後，接著由被告進行最終意
5 見陳述之時，被告並未明確否認殺人、棄屍部分之公訴事實，反而是
6 陳述：「想跟被害人說的是，因為就是自己幹下的事情，不論怎麼
7 做，都必須背負著這個一生的重擔直至帶進墳墓裡。一直覺得自己
8 做了非常糟糕的事情。」，而且被告也並未對辯護人之最終辯論表示不
9 服，由此諸點以觀，實難認定第一審之訴訟程序有何違背法令之處。

10 (2) 法庭意見（要旨）

11 殺人、棄屍部分之公訴事實，被告雖然全面翻供，辯護人仍然依
12 據被告翻供前的有罪供述作為基礎，進行最終辯論，第一審法院也逕
13 行審結，不過，在本件最終辯論中，可以認為，辯護人已經做出綜合
14 本件的證據關係、審理的經過以謀求被告的最大限度的利益的主張
15 了，有鑑於此，應認本件並無違背法令。

16 (3) 協同意見（全文）

17 「本席（上田豐三法官）贊成法庭意見，不過，本件涉及辯護人
18 之訴訟活動之應然，此乃關乎刑事訴訟之根幹問題，故擬付具協同意
19 見如下。

20 就刑事訴訟法規定辯護人之個別的訴訟行為之內容，或自各該規
21 定所導出之訴訟上的角色、立場而言，辯護人被解為負有應為被告之
22 利益而進行訴訟活動之誠實義務。從而，辯護人，在最終辯論中，若
23 反於被告所為無罪之主張，而作有罪之主張，抑或作出比被告所主張
24 更重之刑事責任的方向之主張，此時，便違反前述義務，侵害了被告
25 的防禦權乃至於實質性意義上的辯護人選任權，若此，則難以否定，
26 此舉本身即屬違法，抑或其行為本身即便不評價為違法，無視此等與
27 被告立場背反之主張而逕行審結之法院的訴訟程序亦可能被評價為違
28 法。

29 不過，辯護人，在另一方面，作為法律專家（第 31 條第 1 項¹³）
30 乃至於受法院許可之人（同條第 2 項），即係處於擔負起以真實發現
31 為使命的刑事審判制度的一翼之立場之人。又關於以何為據來判斷係
32 屬被告之利益，也有灰色地帶，關於此點，應解為第一次的判斷係交
33 由辯護人行之，方屬相當。更有甚者，最終辯論，乃係辯護人的意見
34 表明之程序，其主張，就實體判斷而言，對法院並無拘束力。

¹³ 此為日本刑事訴訟法之條項，於本意見書中之引用皆簡稱為日刑訴法。

1 有鑒於以上諸點，若要肯認本件有上訴人所稱諸般違法者，應解
2 為僅限於唯有在可認為辯護人之該當主張，係以專為彈劾被告為目的
3 而為之者等情時，方屬相當。因為，此時會與在當事人主義之訴訟構
4 造下應與檢察官對峙以防禦被告之辯護人之基本立場發生衝突。

5 本件之最終辯論，自證據關係、審理經過、辯論內容之全體等觀
6 之，應可認為其意圖係在實質上謀求被告之利益，並未與前述之辯護
7 人之基本立場相衝突，故可謂為本件顯然並無上訴人所稱諸般違
8 法。」¹⁴。

9 (4)評釋

10 如上所示，最高法院 2005 年裁定之重點，在於肯認辯護人得反
11 於被告之無罪主張而進行有罪辯護。協同意見贊成此點，更進一步闡
12 明日本實務之所以如此理解的根由之所在，其論點有三，其一，關於
13 辯護人之定位問題：認為辯護人係同時負有為被告利益之誠實義務¹⁵
14 與身為協助真實發現輔助機關之在野法曹的雙重立場。其二，關於為
15 被告之利益之判斷：由辯護人以客觀角度進行第一次的判斷，而非從
16 被告之主觀。其三，關於對被告之不利益主張之容許性：即便「個
17 別」觀之，或「形式上」來看，乃至於「客觀」而言，對「被告之主
18 觀來說」係屬「不利益」；然只要「自證據關係、審理經過、辯論內
19 容之『全體』等觀之，應可認為辯護人其『意圖』係在『實質上』謀
20 求被告之利益」即具有容許性。事實上，最高法院調查官芦澤在對本
21 件之解說中也提及，若貫徹誠實義務而一律禁止辯護人為不利被告之
22 主張，此點從其身為協助真實發現之在野法曹的法律專家立場而言，
23 也難謂為相當¹⁶。不過，與此同時，芦澤亦指出，雖通說認為辯護人

¹⁴ 引用本決定補足意見認為辯護人之行為違反誠實義務，而侵害被告防禦權與實質性意義上的辯護人選任權之案件：東京高決平成 23 年 4 月 12 日東高刑判時 62 卷 1-12 号 33 頁。

¹⁵ 要特別注意者係，我國所稱「真實義務」又別名為「誠實義務」或稱「忠實義務」，要之，「真實義務」、「誠實義務」、「忠實義務」三者，在我國，根本係「同義詞」；相對於此，日本所稱「誠實義務純化論」卻係否定真實義務，換言之，「真實義務」與「誠實義務」此兩者乃係「反義詞」。日本所謂誠實義務論，係專指律師身為辯護人與被告身為受辯護之人的執行辯護職務關係而言者，日本之律師法（弁護士法）第一條第一項規定「律師以擁護基本人權，實現社會正義為使命」，同條第二項規定「律師基於前項使命，必須誠實行使其職務……」，彼邦通說將本條解為，在刑事訴訟之文脈下，係要求律師，基於憲法與刑事訴訟法所定辯護人之地位，有效協助被告落實防禦權，為此，必須誠實地行使職務，換言之，透過律師誠實地處理每個案件以行使其職務而得以擁護基本人權與實現社會正義，因此律師負有誠實義務之對象，係指被告與犯罪嫌疑人。浦功，弁護人の義務論，第 1 卷：弁護人の役割，第一法規，2013 年，頁 16；並參照劉芳伶，論文互詰問制度下之弱勢證人與律師適正辯護之界線——以正圓理論為核心，全國律師 22 卷 10 期，2018 年，頁 93。

¹⁶ 芦澤政治，殺人、死体遺棄の公訴事実について被告人が第 1 審公判の終盤において従前の供述を翻し全面的に否認する供述をするようになったが弁護人が被告人の従前の供述を前提にした有罪を基調とする最終弁論をして裁判所がそのまま審理を終結した第 1 審の訴

1 之最終辯論乃係辯護人之固有權，不受被告意見之拘束，但這卻並非
2 意味著，辯護人可任意進行對被告不利內容之辯論¹⁷。

3 由此可知，以上三點，可將其核心，歸結於第一點，亦即，辯護
4 人之定位具有雙重立場此點之上。第一重立場係「為被告利益之誠實
5 義務」，此時，辯護人為被告之代理人、保護者；第二重立場係「為
6 真實發現之在野法曹」，此時，辯護人具有公的性格，乃係法院真實
7 發現的輔助者，立於一種準司法機關之地位。此種協助法院發現真實
8 之輔助機關（在野法曹）的定位，實乃日本實務界一貫的思維¹⁸。而
9 辯護人之辯護權之固有權，又往往會與第二重立場相連結。由此也就
10 不難理解，為何法庭意見肯認辯護人得反於被告之無罪主張而依自主
11 的判斷來進行有罪辯護。

12 2. 辯護人之固有權與被告之基本權的雙重性格

13 接著，要聚焦在上述「辯護人之定位」此點之上，續行鳥瞰日本
14 之學說狀況。就辯護人之定位具有雙重性格，此點，原則上，學說多
15 數亦同此立場，惟其雙重性格之具體內涵，則因論者而理解有異。以
16 下詳述之。

17 (1) 學說狀況

18 按日本通說認為，源自憲法第 34 條所保障之接見交通權（日刑
19 訴法第 39 條¹⁹），同時具有辯護人之固有權與被告之基本權的雙重性
20 格²⁰。於此意義上，辯護人之辯護權，自亦具有雙重性格。蓋彼邦憲
21 法所保障之受有效辯護之權利，對辯護人而言即係「行使辯護權」，
22 對被告而言即係「享有受辯護權」。前者為辯護人之固有權，後者為
23 被告之基本權。事實上，日本亦有論者將彼邦憲法第 34 條稱之為

訟手續に法令違反は存しないとされた事例，最高裁判所判例解説刑事篇（平成 17 年度），
法曹会，2008 年，頁 662。

¹⁷ 芦澤政治，註 16，頁 655。

¹⁸ 田鎖麻衣子，弁護人の効果的な援助を受ける権利，一橋法学 16 卷 2 号，2017 年，頁
404-407。並參見最高判一小昭和 36 年 3 月 30 日刑集 15 卷 3 号 688 頁（大西克己事件）。

¹⁹（日刑訴法）第 39 条 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の依頼により弁護人となろうとする者（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。）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。② 前項の接見又は授受については、法令（裁
判所の規則を含む。以下同じ。）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。③ 検察官、検察事務
官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡查をいう。以下同じ。）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。

²⁰ 村岡啟一，接見国賠訴訟大法廷判決の評価と今後の課題，自由與正義 50 卷 7 号，1999
年，頁 137。

1 「人身受拘束之嫌疑人、被告之辯護權」（身柄を拘束されている被疑
2 者・被告人の弁護權），將第 37 條稱之為「被告於公判之辯護權」
3 （被告人の公判での弁護權）²¹。由其用語觀之，「辯護權」雖作為辯護
4 人之固有權，然辯護之目的乃係在於捍衛被告之基本權，故稱為「被
5 告之辯護權」，此處除了展現出辯護權之雙重性格外，也揭示出以辯
6 護權乃係以被告權利保障為目的之憲法保護趣旨。

7 此外，辯護人之辯護權具有代理性與獨立性之雙重性格此點，於
8 彼邦刑訴法之相關規定中，亦明白可見。即同法規定，辯護人除有包
9 括的代理權外，依法，還擁有獨立代理權與固有權²²。本來，辯護人
10 為被告之利益擁有「包括代理權」（毋庸一一個別授權），既係「代
11 理權」，原則上，本應受本人即嫌疑人或被告之意思拘束，但有時若
12 受其拘束，反而無法保障本人之利益，故法律特別明定，在某些情況
13 下，辯護人享有獨立代理權²³。不過，雖說係獨立代理權，其獨立之
14 程度亦有所不同，一類係可以違反本人之明示之意思表示，像是羈押
15 理由開示請求（日刑訴法第 82 條第 2 項），以及撤銷羈押（同法第
16 87 條第 1 項），保釋請求（同法第 91 條第 1 項，第 88 條），證據保
17 全請求（同法第 179 條），證據調查請求（同法第 298 條），以及異
18 議（同法第 309 條）；另一類則係可違反默示之意思表示，但不得違
19 反明示之意思表示，像是迴避聲請（同法第 21 條第 2 項）以及上訴
20 聲請（同法第 355 條，第 356 條）屬之²⁴。

21 「固有權」則係指法律明定作為辯護人本即擁有之權限（而非本
22 人之代理）²⁵。還可進一步區分為，犯罪嫌疑人乃至於被告本人亦同
23 有之權限，以及只有辯護人所獨有之權限；前者，例如各類的在場權
24 （日刑訴法第 113 條第 1 項，第 142 條，第 157 條第 1 項等），證人
25 詰問權（同法第 157 條第 3 項，第 304 條第 2 項），辯論（同法第
26 293 條第 2 項）²⁶，乃至於接見交通權²⁷。後者，像是訴訟記錄、證據
27 物之閱覽謄寫權（同法第 40 條），鑑定的在場權（同法第 170

²¹ 柳川重規，被告人の弁護權侵害と排除法則の適用，刑法雜誌 50 卷 2 号，2011 年，頁 182。

²² 此兩者合稱為「獨立行為權」。日本刑事訴訟法第 41 條規定「辯護人於本法有特別規定者為限，得獨立為訴訟行為。」

²³ 岡慎一，三井誠ほか編，新基本法こんメンタル刑事訴訟法，3 版，日本評論社，2018 年，頁 71。

²⁴ 同前註。

²⁵ 同前註。

²⁶ 同前註。

²⁷ 椎橋隆幸，接見交通，刑事訴訟法の理論と実務—施行 30 年の総検討，別冊判例タイムズ 7 号，判例タイムズ社，1980 年，頁 256。

1 條)，上訴審的辯論權（同法第 388 條與第 414 條）²⁸。此外，還有
2 所謂的必要辯護案件（又稱強制辯護案件），依照日刑訴法第 289 條
3 規定²⁹，不論被告之意願如何，都必須以「辯護人在庭」作為擔保審
4 理的合法性之必要條件³⁰。

5 毫無疑問地，不論係獨立代理權抑或係固有權，皆係為了被告之
6 利益所設；而之所以讓辯護人有獨立行使辯護權之地位，乃係考量到
7 辯護人身為法律專家，若係一味受法律門外漢的被告本人之意思拘
8 束，有時，反而無法適切地保障被告本人之利益之所由³¹。但要特別
9 注意的是，學說多數認為，因為辯護人對被告負有誠實義務，因此，
10 即便是固有權，也不允許辯護人無視本人之意思而任意自為主張³²。
11 若按多數理解，則前揭日本最高法院 2005 年裁定就顯非妥適。

12 惟話雖如此，日本學說上，亦有近同於實務之主張，而認為刑事
13 辯護人之訴訟代理權與民事的訴訟代理人並不相同，前者具有公的性
14 格，亦即，其並非單純的代理人，更是被告的保護者；甚至指出，為
15 了擔保刑事程序的公正與適正，應類推適用法官的迴避規定，以便將
16 不適格的辯護人自刑事程序中加以排除³³。此一觀點，與實務上將辯
17 護人定位為協助發現真實之法院輔助機關，具有準司法機關之定位，
18 在立場上係合於一軌。而所謂辯護人之公的性格，主要有四，即(1)落

²⁸ 岡慎一，註 23，頁 71。

²⁹（日刑訴法）第 289 條 死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない。② 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないとき若しくは在廷しなくなったとき、又は弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならない。③ 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないおそれがあるときは、裁判所は、職権で弁護人を付することができる。

³⁰ 過去曾有辯護人欠席裁判法案的提出，其正式名稱為「刑事事件の公判の開廷についての暫定的特例を定める法律案」，通稱為「過激派裁判正常化法」；此法案之提出背景係，1970 年代連合赤軍事件、連續企業爆破事件等新左翼過激派活動頻發，而導致此類刑案大增，當時辯方所採取的法庭戰術是，利用強制辯護的刑事訴訟法第 289 條規定，故意缺席或是故意被解任，導致依法無法開庭，而讓案件持續空轉，審判長期化，因此才有此一修正案提出，不過當時日本辯護士連合會強烈反對，認為此修正案根本侵害憲法第 34 條所保障的受有效辯護之權利，並對國會議員進行遊說，最後，在日辯連與法務省、法院三方就刑事訴訟法第 289 條之惡用防止的倫理規定與懲戒制度達成合意後，同修正案終至廢止。

³¹ 岡慎一，註 23，頁 71。

³² 芦澤政治，註 16，655 頁；田宮裕，国選弁護人の弁護拒否について，ジュリスト 291 号，1964 年，頁 31；佐藤博史，弁護人の任務とは何か，竹澤哲夫ほか編，刑事弁護の技術，上，第一法規，1994 年，頁 5，後藤昭，刑事弁護における依頼者と弁護士，庭山英雄ほか編，日本の刑事裁判 21 世紀への展望，大塚喜一弁護士在職 30 周年祝賀記念論文集，現代人文社，1998 年，頁 119。

³³ 丹治初彦，弁護人の違法な訴訟行為とその救済，神戸学院法学 38 卷 3/4 号，2009 年，頁 349。並參照，辻本典央，弁護活動における瑕疵の被疑者・被告人への帰属，立命館法学 5・6 号，2009 年，頁 556。

1 實無罪推定防止冤案³⁴；(2)確保刑事司法之運作品質³⁵；(3)最低限度的
 2 自由權保障³⁶；(4)具有刑事政策促進更生之果效³⁷。(1)(3)係屬於身為被
 3 告之保護者的立場而言具有公的性格，(2)(4)則是屬於身為在野法曹應
 4 協助法院發現實體真實與反省更生之準司法機關的公的性格。

5 (2)實務與學說之比較

6 總結上述可得兩點啟示，其一，受有效辯護之權利與辯護人之定
 7 位皆具有雙重性格，其二，受有效辯護之權利，其核心即在於「有效
 8 辯護」之保障，此一保障之具體內涵，則會因對辯護人之定位有所不
 9 同而有異。整理上述實務與學說對此兩點之理解，可得表如下：

	實務	學說
辯護人之定位	為被告利益之誠實義務 =被告的代理人、保護者	少數（與實務同）
	為真實發現之在野法曹 =法的保護者（準司法機關）	
		多數： 以「為被告利益之誠實義務」為前提： 代理權=被告的代理人 （強調被委任者的角色：受本人意思拘束） 固有權=被告的保護者

³⁴ 僅憑有利原則，無法落實無罪推定防止冤案。因為孤立的個人要對抗龐大國家機器已經處於劣勢，又加上與檢察官在法律專業能力上與事實掌握能力上的武器不對等，所以必須有法律專家擔任辯護人，以調整劣勢並維持對等，方能落實無罪推定。後藤昭，弁護人の存在意義，第一卷：弁護人の役割，第一法規，2013年，頁4-5。

³⁵ 由法律專家出任辯護人，方能落實刑事司法上各種人權保障規定，與此同時也可以檢視在偵查、起訴、審判過程中有無不正與違法，如此才能提升刑事司法之選別機能，也就是無辜者早日脫離程序，讓有罪者能在適正程序保障之前提下獲得公正的審判；於此意義上，辯護人之核心任務即在於擁護被告之正當權益。後藤昭，註34，頁6-8。

³⁶ 一但變為犯罪嫌疑人或被告，就會處於社會的對立面，孤立無援，甚至可能被羈押，此時可以說是淪於社會上最為弱勢的立場，因此必須賦予受有效辯護之權利，讓其在孤立中，至少有一位永遠擁護自己正當利益的支柱；再者，其實，任何人都有機會變成犯罪嫌疑人或被告，於此意義上，受律師援助的權利之保障對於社會大眾而言可以定位為係一種保險制度。後藤昭，註34，頁10。

³⁷ 透過辯護人積極熱心的辯護活動，堅決捍衛被告之正當權益，與此同時，也傳遞了一個正向的訊息，亦即，法律正在保護渠等之權利，如此一來，渠等之法敵對意識，就理論上而言，應會有慢慢弱化之趨向，當然，就現實上而言，不可能期待，渠等立刻受到辯護人積極熱心地投身於辯護活動之感召，並因此就願意遵法守紀，但是，即便是根本未受感召而仍然違法亂紀之人，就國家仍然公平地以辯護人制度來守護其之權利此點本身，就已經確立了法在道德上的正統性，如此也就確立了重法守紀乃係正道之社會氛圍。後藤昭，刑事弁護充実の方策，宮澤節生ほか編，21世紀司法への提言，日本評論社，1998年，頁199；田口守一，刑事弁護の現代的課題，現代刑事法1卷1号，1999年，頁47。

		(強調法律專家的角色：受律師職業倫理拘束)
受有效辯護之權利	法的保護者模式	被告的保護者模式
	辯護人之固有權＝法的保護者(準司法機關)	辯護人之固有權＝被告的保護者(強調法律專家的角色)
	被告之基本權＝被告的自我防禦權	被告之基本權＝被告的自我防禦權

1 (二) 我國之相關議論

2 承上所述，日本，對於其憲法所明文保障的受有效辯護之權利，
3 係採具有「辯護人之固有權」與「被告之基本權」之雙重性格之理
4 解，於此理解下，就辯護人之固有權之部分，又區分為「法的保護者
5 模式」與「被告的保護者模式」兩種類型。

6 相對於此，我國刑事訴訟法雖亦有刑事辯護人之獨立代理權與固
7 有權乃至於強制辯護案件之相關規定，然而，在憲法位階上，並無日
8 本國憲法第 34 條與第 37 條第 3 項之明文。憲法上的依據，乃係作為
9 模式選擇的前提問題，故自有檢討的必要。有關此點，雖我國學界與
10 實務界，多肯認受有效辯護之權利乃係我國憲法所保障之基本權，然
11 其於憲法上之具體依據條文為何乃至於其法性質若何，則容有爭議，
12 舉其犖犖大者，約莫有以下四說：

13 1. 憲法第 16 條之訴訟權保障說

14 我國有論者援引司法院大法官會議解釋第 396 號為據，認為可以
15 自我國憲法第 16 條之訴訟權推演出刑事被告享有受有效辯護之權利
16 之保障³⁸。

17 2. 憲法第 16 條之訴訟權與正當法律程序保障說

18 也有論者同時援引司法院大法官會議第 396 號以及第 654 號解釋
19 為據，認為自正當法律程序要求乃至於憲法第 16 條保障訴訟權之意
20 旨，皆可肯認受有效辯護之權利係屬刑事被告之基本權；同論者特別
21 指出第 654 號理由書有謂依據憲法第 16 條保障人權訴訟權及正當法
22 律程序，刑事被告享有選任辯護人的權利；並表示，此一權利，得於
23 合乎憲法第 23 條之比例原則乃至於具體明確等要求之前提下，以法

³⁸ 王兆鵬，受有效律師協助的權利——以美國法為參考，月旦法學雜誌 123 期，2005 年，頁 148-149。另有援引大法官會議解釋第 654 號解釋為據，同樣肯認可自憲法第 16 條導出選任辯護憲法權利。林裕順，陪偵辯護，並非門神，月旦法學教室 142 期，2014 年，頁 34-35。

1 律限制之³⁹。要之，此說認為第 16 條同時含有訴訟權與正當法律程序
2 保障之趣旨。

3 3. 憲法第 8 條正當法律程序保障說（排斥第 16 條）

4 我國有論者指出，受有效辯護之權利乃係憲法第 8 條正當法律程
5 序保障之具體內容，係一項積極性的基本權，不必也不宜再援引憲法
6 第 16 條具受益權性質的訴訟權作為依據，否則難免因國家政策或所
7 謂立法自由形成為由而不當限制此項辯護權保障之內容；同論者更進
8 一步指出，辯護權的保障並非僅止於形式上賦予選任律師為辯護人的
9 機會，還包括接見交通權以及偵訊時在場權，此亦屬於憲法正當法律
10 程序之保障範圍⁴⁰。

11 4. 憲法第 8 條正當法律程序與第 16 條訴訟權雙重保障說

12 此說認為，律師作為一種專門職業，乃係為了保障被告或犯罪嫌
13 疑人之合法權利而存在，其所欲確保者，主要係憲法第 16 條所保障
14 之訴訟權下派生的防禦權與同法第 8 條之正當法律程序保障⁴¹。要
15 之，此說認為除憲法 16 條之訴訟權保障外，還有必要同時援引第 8
16 條之正當法律程序保障為論據。

17 （三）分析

18 有關受有效辯護之權利於我國憲法之定位，有以上四說，究竟以
19 何說為優，其決定之關鍵在於，應如何看待辯護人之辯護權與被告之
20 訴訟權此二者的關係。此點觀憲法第 8 條正當法律程序保障說之論理
21 即可明瞭，按其說之所以排斥第 16 條的理由係在於，可藉此避免經
22 由憲法第 16 條為槓桿，而可能導致借國家政策或立法自由之名來不
23 當限制辯護權保障之問題。此說雖值得傾聽，然而，第 16 條作為保
24 障被告訴訟主體權之根據，在被告自我辯護權與辯護人辯護權相衝突
25 之時，具有關鍵性的調和作用；再者，辯護權之定性既然具有雙重性
26 格，即同時有第 8 條所保障的正當法律程序之自由權性格⁴²，自己非
27 單純的受益權，於此意義而言，自可避免作為一種受益權可能遭受國

³⁹ 李榮耕，受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權，月旦法學雜誌 192 期，2011 年，頁 45-48。

⁴⁰ 陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌 137 期，2006 年，頁 123；以及同氏，釋字第 654 號解釋與自由溝通權，月旦法學雜誌 192 期，2011 年，頁 8-9。

⁴¹ 劉芳伶，註 15，頁 93。

⁴² 正當法律程序保障（due process of law），明文規定於日本國憲法第 31 條（不論何人，若非經法定程序，即不得剝奪其生命或自由抑或科以其他刑罰）。本條之沿革與意義，通說認為乃係保障人身自由之基本原則之規定，乃源自於美國憲法修正案第 14 條（雖文字上有兩點出入，其一，日本第 31 條省略美國第 14 條中「property」的文字，其二，美國第 14 條的原文是「due process of law」，到了日本第 31 條則改為「procedure established by law」）。芦部信喜（高橋和之補訂），憲法，3 版，岩波書店，2002 年，頁 222；田中英夫，英米法研究 2 デュー・プロセス，東京大学出版会，1987 年，頁 296。

1 家政策或立法裁量左右之問題⁴³。反之，認為從憲法 16 條亦可導出正
2 當法律程序保障之見解，本意見書不採之原因，係在於若從 16 條為
3 根據，即無法正確地反應出辯護人之辯護權與人身自由保障之關係，
4 此點觀日本國憲法第 34 條係歸屬於人身自由保護項下即可知之。從
5 而，就辯護人之辯護權而言，自應同時援引我國憲法第 8 條以彰顯其
6 具有人身自由權保障之本質。

7 而在討論辯護人之辯護權與被告之訴訟權此二者的關係之關係
8 上，最具啟發性的議題，莫過於刑事辯護人之真實義務論，故以下擬
9 以此為切入口，來進行更深入的檢討。

10 1. 辯護人與本人之關係

11 辯護人是否負有真實義務，此一議題，學說上，舉其大者，有以
12 下七說：

13 (1)實質否定說

14 此說又被稱為「誠實義務純化論」⁴⁴（也稱為「打手(hired gun)
15 論」）⁴⁵，其認為，被告（或犯罪嫌疑人）本人才是防禦的主體，因
16 此能決定辯護基本方針的也只有被告本人，律師不過是被告所雇用的
17 「打手」，自不應背離被告或犯罪嫌疑人之意志來從事辯護活動，易
18 言之，律師僅能在被告本人所決定的方針中，從法律的專業觀點選擇
19 最適切的戰術而已；此說主張，律師身為辯護人只有遵守「一般禁止
20 規範」的義務，除此之外，別無任何外在制約，自無所謂真實義務
21 ⁴⁶。具體以言，此說舉替人頂罪為例，如果被告自願替罪，律師卻反
22 於被告的意志而進行無罪辯護，其認為，此種辯護係屬於違反律師倫
23 理的不當辯護，因為對被告而言，何謂利益，只有被告有決定權，從
24 被告之觀點來看，無罪並非總是屬於一種「客觀的利益」⁴⁷。

25 (2)形式否定說

26 此說又稱為「內在行為規範論」，其認為，律師身為辯護人，也
27 是一般市民，當然不能違反刑法，因此，如果律師竟為湮滅證據或教

⁴³ 受益權係指國民立於積極之地位，對國家請求提供一定的利益的個人之積極基本權，又稱為國務請求權，國家則負有提供利益之責務，不過，受益權之實現，必須有要相應的法律制度，從而會有受國家政策或立法裁量左右之問題。

⁴⁴ 日本所謂的誠實義務論係指，律師身為辯護人對被告或犯罪嫌疑人，負有誠實履行職務之義務，其核心為守密義務。村岡啓一，被疑者・被告人と弁護人の關係[1]，刑事弁護 22 号，2000 年，頁 23-24；相對於此，我國所稱的誠實義務，多指律師對法院負有真實義務。並參見劉芳伶，註 15，頁 89。

⁴⁵ 村岡啓一，弁護人の役割，法学セミナー 563 号，2001 年，頁 88。並參見劉芳伶，註 15，頁 89。

⁴⁶ 村岡啓一，弁護人の誠實義務と真實義務，現代法律実務の諸問題（平成 8 年版），第一法規，1997 年，頁 713。並參見劉芳伶，註 15，頁 89。

⁴⁷ 村岡啓一，同註 44，頁 26。

1 唆偽證等情，自屬犯罪行為，實不待言；又（日本之律師）職務基本
2 規程第 75 條有規定：「律師不得教唆偽證或虛偽陳述，又如明知為
3 虛偽之證據，亦不得提出。」，律師當然也不得違反；所謂真實義務
4 論必然係指此等規範以外之問題才有意義，當然，律師從事辯護活
5 動，必須遵從當事人主義的公正規則，且不得積極地歪曲事實，然而
6 這只不過是律師職業倫理的內在性的行為規範制約，根本沒有必要將
7 之獨立出來，另以真實義務論為名，專作討論⁴⁸。

8 (3)消極的真實義務說

9 此說認為，刑事辯護乃係律師身為辯護人的一種特權，故此必須
10 由高度的律師倫理要求為其正當化基礎，譬喻來說，就如高速超跑必
11 須配備有超高性能的剎車系統一樣，在當事人主義之下，基於律師職
12 業倫理的要求，律師身為辯護人不得積極地歪曲真實，於此意義上，
13 應肯認律師負有消極的真實義務⁴⁹。

14 (4)本人基準說

15 律師身為辯護人並非單純地代理被告或犯罪嫌疑人，而係渠等之
16 幫助者，應適時地的給予被告等必要的建議，但最終決定權仍在身為
17 被告的本人，而非身為幫助者的律師；所以，若本人(被告或犯罪嫌
18 疑人)行之，並不違法，律師基於幫助者的地位行之，亦不違法；反
19 之，若本人行之即觸法，律師自亦不得行之⁵⁰。

20 (5)保護者自主判斷說

21 此說又稱為監督司法過程責務說，其認為，律師身為辯護人，不
22 僅僅是作為代理人而受雇於被告或犯罪嫌疑人，其身為渠等的保護
23 者，並同時具有監督司法過程之責務，因此，不論是基於保護者的地
24 位或監督司法過程的責務，身為辯護人的律師應該自主判斷，是否有
25 利於被告或犯罪嫌疑人，如果認為有利（客觀利益），亦可容許在某
26 程度下違反被告或犯罪嫌疑人的意思（主觀利益）而為自主的辯護活
27 動⁵¹。例如，被告要求律師作緩刑辯護，但律師認為主張違法證據排
28 除更為有利，可以違反被告的意思，而逕自為證據排除的無罪辯護
29 ⁵²。

⁴⁸ 浦功，註 15，頁 24；同氏，弁護人に真實義務はあるか，刑事弁護の技術，上，第一法規，1994 年，頁 15。並參見劉芳伶，註 15，頁 89。

⁴⁹ 佐藤博史，弁護人の真實義務，刑事訴訟法の争点，新版，ジュリスト増刊，有斐閣，1991 年，頁 33，同氏，刑事弁護の技術と倫理-- 刑事弁護の心・技・体，有斐閣，2007 年，頁 32。並參見劉芳伶，註 15，頁 88。

⁵⁰ 後藤昭，註 32，頁 129；同氏，刑事弁護人の役割，現代法律実務の諸問題（平成 11 年版），2000 年，頁 649，655。劉芳伶，註 15，頁 88。

⁵¹ 森下弘，刑事弁護ガイドラインへの一私案，特集 刑事弁護の論理と倫理，刑事弁護 22 号，2000 年，頁 40。劉芳伶，註 15，頁 88-89。

⁵² 劉芳伶，註 15，頁 89。

1 (6) 橢圓理論

2 此說又稱為公益義務說，其認為，律師作為辯護人，在維護被告
3 或犯罪嫌疑人之利益與權利的同時，也同時是擔任刑事司法程序順利
4 運作之重要的一環，因而有在野法曹之稱，於此意義上，自有基於其
5 公益的地位所生之公益的義務，而此以公益為中心的在野法曹義務，
6 與以被告等之保護為中心的辯護人義務，成為身為辯護人之律師的義
7 務論的兩個中心點，故此又稱為橢圓理論，而所謂真實義務論，乃立
8 基於橢圓的其中一中心點，即在野法曹身分所具有之公益義務⁵³。

9 (7) 正圓理論

10 此說認為，刑事辯護制度之根幹係在於被告或犯罪嫌疑人之「防
11 禦權保障」，易言之，刑事辯護乃係為了被告或犯罪嫌疑人之「合法
12 權利」（含利益）所存立的制度；既然刑事辯護制度係為了保障被告
13 或犯罪嫌疑人之合法權利而設，那麼，制度的設計，就不應係有兩個
14 中心點的橢圓，而應為只有一個中心點的正圓，這唯一的中心點就是
15 「依法捍衛被告或犯罪嫌疑人的權利」，故此，相對於橢圓理論，稱
16 之為正圓理論⁵⁴。

17 在正圓理論的架構下，又可區分為內圓規範與外圓規範，內圓規
18 範為狹義的倫理規範，或稱之為核心的倫理規範，即指「律師對被告
19 （採廣義，含犯罪嫌疑人）之誠實義務」，其根據可求諸於我國律師
20 法第1條第2項所定「律師應基於前項⁵⁵使命，本於自律自治之精
21 神，誠實執行職務，維護社會秩序及改善法律制度。」而所謂「誠實
22 執行職務」之文言，亦即律師應「誠實地」處理每個案件，「誠實
23 地」行使其職務而借此來擁護「被告的」基本人權並實現社會所要求
24 之「個案的」正義⁵⁶；而關於同條項所定其他部分，此說將之定義為
25 外圓規範，此係指「以『他者視點』檢視『律師對被告之誠實義務』
26 之妥適性」，所謂「他者視點」，含括了，被害人、檢察官、法院以

⁵³ 松尾浩也ほか，刑事裁判の諸問題（研究会），法曹時報 24 卷 6 号，1972 年，頁 146（大野正男の発言）；大野正男，楯円の論理--弁護士と依頼者の間，判例タイムズ 35 卷 19 号 = 528 号，1984 年，頁 9。並參見劉芳伶，註 15，頁 88。

⁵⁴ 劉芳伶，註 15，頁 94。

⁵⁵ 第 1 條（律師之使命）第 1 項「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」。並參見劉芳伶，註 15，頁 94。

⁵⁶ 惟應注意者係，此處之理解與我國多數的理解不同，我國多數認為，所謂「誠實執行職務」之文言係指律師對法院之真實義務或稱為誠實義務。而此處的理解，乃係借鏡日本之議論，如前所述，日本之律師法(弁護士法)第 1 條第 1 項規定「律師以擁護基本人權，實現社會正義為使命」，同條第 2 項規定「律師基於前項使命，必須誠實行使其職務……」，此與我國律師法第 1 條規定異曲同工，只不過日本之議論與我國作不同解，彼邦多數認為本條係要求律師誠實地處理每個案件以行使其職務而得以擁護基本人權與實現社會正義，因此律師負有誠實義務之對象，係指被告與犯罪嫌疑人，故此規定並非是律師真實義務的根據(浦功，註 15，頁 16)。劉芳伶，註 15，頁 94。

1 及公眾的視點，屬於廣義的、外圍的倫理規範。要之，正圓理論雖亦
2 肯認律師執業出任辯護人具有公益性，然此係屬於外圓規範之部分，
3 並非與其核心之內圓處於對等之橢圓地位⁵⁷。

4 2. 以上諸說之利弊評析

5 若採實質否定說或本人基準說，則辯護人之辯護權顯然係依附於
6 被告之訴訟權，而非獨立受憲法保障之基本權。不過，實質否定說根
7 本完全無視律師之公益性質，竟將律師定位為受雇於被告或犯罪嫌疑
8 人之打手，實乃將律師訟棍化，礙難苟同⁵⁸。而本人基準說也有同樣
9 無視律師之公益性質的問題，此外，本說還把律師看作是本人的分
10 身，而以本人作為規範分身的基準，此舉根本係將嫌疑人、被告本人
11 與律師的角色相混淆，實非可採⁵⁹。再者，如若將辯護人解為係依附
12 於本人之打手，抑或者將之解為係本人之分身，與我國刑事訴訟法上
13 獨立代理權、固有權乃至於強制辯護等相關規定，也有解釋論上難以
14 整合的問題。

15 而若採形式否定說或消極的真實義務說，辯護人之辯護權之法定
16 性，一方面可以解為係依附於被告之訴訟權，另一方面也有解為係獨
17 立受憲法保障之餘地⁶⁰。於此意義上，這兩說，顯然無助於對題綱爭
18 點一之提問做出決斷，故無採用之價值。

19 而若採保護者自主判斷說，橢圓理論乃至於正圓理論此三說，皆
20 應將辯護人之辯護權之法定性解為，雖係為了被告之利益，然並非係
21 依附於被告之訴訟權，而係具有公的性格之獨立受憲法保障之基本
22 權。而此三說之差異係在於，辯護人為被告利益之性格與其公的性格
23 兩者在比重、排序上，有所不同。首先，保護者自主判斷說，將辯護
24 人定位為被告的保護者乃至於司法過程的監督者，而認為身為辯護人
25 的律師應該自主判斷，是否客觀有利於本人，若是則可容許在某程度
26 下違反本人主觀的意思而為自主的辯護活動。此說可能引起被告之自
27 我辯護與受辯護人援助權利之間的緊張關係，其具體體現的結果，即
28 可能產生前引日本最高法院 2005 年裁定允許辯護人反於被告之無罪

⁵⁷ 劉芳伶，註 15，頁 94-95。

⁵⁸ 劉芳伶，註 15，頁 93。

⁵⁹ 蓋律師作為一種專門職業，乃係為了保障被告或犯罪嫌疑人的合法權利而存在，其所欲確保者，主要係憲法第 16 條所保障之訴訟權所派生的防禦權暨同法第 8 條之正當法律程序保障，於此前提下所進行之辯護活動，自受其職業倫理之規範；相對於此，被告或犯罪嫌疑人並非一種專門職業，無職業倫理規範之問題，以被告或犯罪嫌疑人作為律師執行業務之基準，實非妥當。並參照劉芳伶，註 15，頁 93。

⁶⁰ 蓋同說認為律師從事辯護活動，必須服膺於當事人主義，且不得積極地歪曲事實，此乃係屬於律師職業倫理的內在性制約，就此點而言，仍肯認刑事辯護具有一定的公的性格。而消極的真實義務說，其實與形式否定說，差異不大，皆認為律師基於職業倫理，不得積極歪曲事實，

1 主張而為有罪辯護之情形。本意見書認為，此種結果侵害了被告作為
2 訴訟主體權之自我防禦權，與此同時也侵害了受有效辯護之權利所保
3 障受有效辯護之基本權。

4 要之，保護者自主判斷說之思想，蘊含著家父長式的保護觀念，
5 認為辯護人基於專業判斷的客觀利益應優先於本人主觀所欲追求之利
6 益，惟此與被告之訴訟主體地位實難以調和。事實上，我國亦有論者
7 指出，應將辯護人定位被告之權利擁護者，乃係被告之代理人、輔助
8 者，及保護者，而不宜將之定位為所謂自主性的司法單位或獨立的準
9 司法機關⁶¹。惟此說雖同樣將辯護人定位為保護者，但明白否定辯護
10 人並非準司法機關，若此，即非屬前述法的保護者說，而應歸類為近
11 似於被告的保護者說⁶²。

12 而橢圓理論，則係將律師基於其在野法曹的地位所生之公益的義
13 務，與其以被告等之保護為中心的辯護人義務，等量齊觀，此舉看似
14 兼顧律師職業的公益性質與被告之受辯護權利之保障，實則有侵蝕憲
15 法上所保障被告防禦權之虞，按辯護人制度之設，本係為了補強被告
16 在法律知識上以及證據收集等能力上之不足，使其能立於與檢察官對
17 等之地位有效地行使防禦權，並確保其正當法律程序之保障不受侵
18 蝕，若如橢圓理論一般，同等地強調律師之公益義務與辯護義務，其
19 結果，可能使律師們在無法兩全之時，只好解除委任，抑或者根本不
20 接受委任，甚至，竟選擇了所謂的公益那一邊，若果係如此，豈非等
21 於，在事實上，剝奪了被告所享有的受有效辯護之權利之憲法保障，
22 置被告於完全孤立無援的窘境，與此同時，也會致令憲法上所保障被
23 告作為訴訟主體所享有的防禦權遭到完全架空，因此，橢圓理論並非
24 可採⁶³。按橢圓理論，看似兼顧公平正義（實體真實）與被告防禦，
25 實際上，根本係假公平正義之名而有侵害被告防禦權之實，因為在公
26 平正義這邊，已經有法院，檢察體系，警察體系，甚至包括整個國家
27 力量以及大眾輿論或媒體，若要被告以一己之力抗之，顯然螳臂擋
28 車、螻蟻撼樹，為了讓雙方能勢均力敵地公平對抗，才有了辯護制度
29 之設，結果，又要求律師雖身為辯護人亦要同等重視公平正義，那
30 麼，這樣的辯護制度，又能助益被告幾何呢？比喻以言，要求辯護人
31 同等重視公平正義，等於是要求律師身在曹營（被告防禦）心在漢（實
32 體真實的公平正義），那麼對被告而言，所謂辯護制度，美其名是強

⁶¹ 陳運財，註 40（第一文），頁 123。

⁶² 但日本學說所謂的被告的保護者說，係不允許辯護人無視被告之意思而為自主判斷，此說不承認作為準司法機關之自主性，但是否允許為了被告的客觀利益而無視被告之主觀意思而自主判斷，則不明瞭，故稱「近似」。

⁶³ 劉芳伶，註 15，頁 93-94。

1 化防禦權以對抗國家追訴權力，實際上卻是，讓國家可以堂而皇之地
2 藉由律師以公平正義之名來探知被告的“底牌”，如此一來，實質上
3 反而更加弱化被告的防禦權保障⁶⁴。

4 而前述日本實務所採之法的保護者模式，認為律師係準司法機
5 關，應輔助法院發現真實，其本質理解，其實就是橢圓理論。相對於
6 此，正圓理論則接近於日本學說所採的被告的保護者模式，但與之不
7 同者係，對於辯護人之辯護權的固有權所具有的公的性格之理解。被
8 告的保護者模式，其所理解的固有權之公的性格，係指辯護人身為律
9 師應守的職業倫理與捍衛正當法律程序而言。就此點來說，正圓理論
10 當然也將之包括在內⁶⁵，惟有異者係，正圓理論係將重點放置在辯護
11 人應如何「依法捍衛正圓」之上，並主張，所謂「依法捍衛正圓」中
12 的「法」，係指「公正規則」，重點是，正圓理論主張，「公正規
13 則」之「核心」，乃係「能讓被告與國家立於對等地位之法則」，而
14 職業倫理乃至正當法律程序之要求，則為「公正規則」之「外圍」。
15 要之，正圓理論將辯護人定位之「公的性格」理解為，辯護人作為
16 「法律專門職業人員」有義務遵守並捍衛「能讓被告與國家立於對等
17 地位之法則」（公正規則）以維護被告之權利。

18 據上以析，本意見書認為以正圓理論為可採。此論之根本論據，
19 乃係求諸於當事人對等之原理。按若被告乃係跨國企業等組織體，身
20 為社會強者，事實上握有對抗國家的相當實力，甚至，有些跨國企業
21 根本富可敵國，政商關係深厚，此時，國家實力與之相較，或許還屈
22 居下風，在當事人對等此一論據上，為求公平，拉高此等強者的客觀
23 注意義務或將舉證責任倒置（例如，由企業舉證免責），認為在法理
24 上確有其論據；同樣地，在律師倫理之評價上，正圓理論的基本立場
25 是，不應讓律師陷入身在曹營（被告）心在漢（實體真實發現的公平
26 正義）的窘境，以免國家假公平正義之名而行侵害被告防禦權之實，
27 故此而主張律師的責務僅在「依法捍衛正圓」，而所謂的「法」，係
28 指「公正規則」，又所謂「公正規則」之核心意義係指「能讓被告與
29 國家立於對等地位之法則」，因此，正圓理論所謂的被告之合法利
30 益，並非指涉以合於法律或不違反法律為前提被告所得享有的一切利
31 益，而係指涉「在現行法之框架下，被告享有與國家立於對等地位進
32 行防禦之權利」，易言之，律師的天職係，依據能讓被告與國家立於
33 對等地位之法則來協助被告行使防禦權，這點，不論是一般個人被告

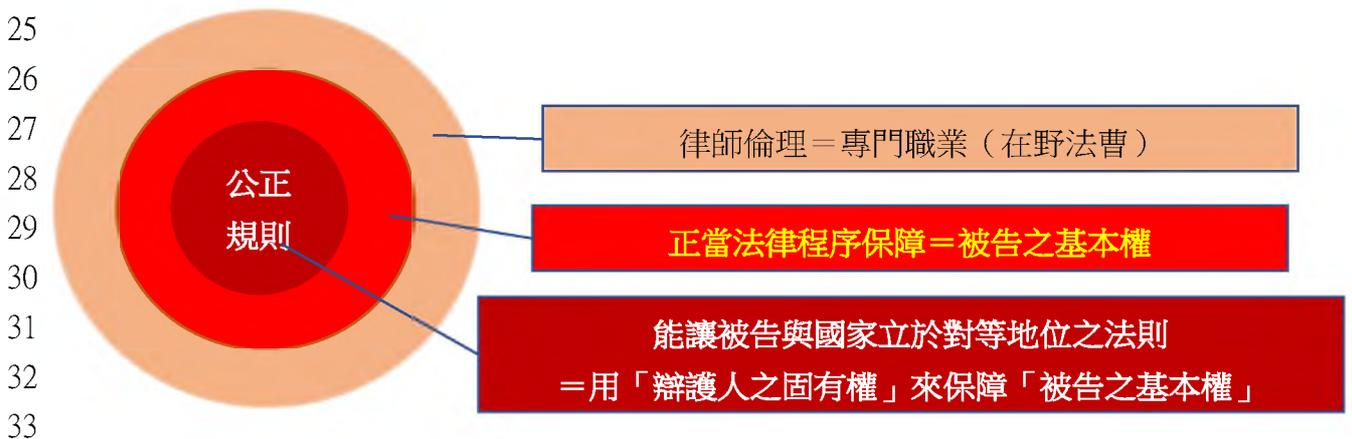
⁶⁴ 劉芳伶，註 15，頁 95。

⁶⁵ 正圓理論乃以日本之真實義務否定論中的形式否定說(內在行為規範論)為骨幹，因此，在正圓理論之下，只有捍衛當事人合法利益之問題，而無所謂當事人合法利益與公共利益相衝突應以何者為優先的問題。劉芳伶，註 15，頁 96。

1 或身為社會強者的組織體被告，都是一體適用的，於此意義上，正圓
2 理論自係一體適用於所有被告，不管個人或組織體；但「能讓被告與
3 國家立於對等地位之法則」之具體內涵以及「是否侵害被告防禦權」
4 之判斷，卻是可以按照「不同的社會生活關係」加以調整的，具體以
5 言，如律師所捍衛的當事人是法人被告，此時，由於被告是社會強者
6 的企業組織體，即便立法課予企業律師負有某程度的揭露資訊義務或
7 通報義務，也不會違背正圓理論，因為，此時，反而需要有此種立
8 法，才能讓強大的被告與弱勢的檢察官（國家）雙方公平對抗。而所
9 謂「不同的社會生活關係」其內涵是複雜、多義且隨時代而變遷，此
10 種概念要運用在實定法中，確實有概念不明確、難以捉摸而導致運作
11 困難之問題；但是若從律師倫理規範的觀點出發，則有可能克服此種
12 困難，因為律師倫理規範，並非實定法，而是一種高於實定法，趨近
13 於道德，但又與無強制性之道德不同，實係帶有強制性之軟性法⁶⁶。

14 要之，在正圓理論之下，若是作為自然人的單一個人的被告或犯
15 罪嫌疑人，一般而言，不論是在法律上之知識或事實上的證據收集能
16 力等，皆遠遜於有國家權力作為後盾的檢察官，為了使被告等能與之
17 立於相對等的地位，就必須保障被告等能有效行使防禦權，而刑事辯
18 護制度就是為此而生，易言之，刑事辯護制度之目的，即在於保障被
19 告享有受有效辯護之權利，藉此令其在接受法律專家的辯護人之實質
20 有效的援助後，就能讓被告與國家立於對等地位，有效行使防禦權。
21 於此意義上，正圓理論於我國之改良式當事人主義刑事訴訟法架構而
22 言，也具有相當的契合性，故本意見書採之。

23 基上所述，按照正圓理論，辯護人之辯護權之雙重性格，亦即被
24 告之基本權與辯護人之固有權的關係可圖示如下：



⁶⁶ 劉芳伶，註 15，頁 97-98。

1 (四) 結論

2 依照正圓理論，應認為，辯護人之辯護權，自非依附於被告之訴
3 訟權，而係獨立受憲法保障之基本權。按辯護人行使辯護權，其之責
4 務即在於「遵守公正規則（能讓被告與國家立於對等地位之法則）以
5 捍衛當事人合法利益」，於此意義上，辯護權即具有辯護人之固有權
6 以及被告之基本權的雙重性質，而具有獨立性。要之，辯護人之辯護
7 權，作為一種固有權，即構成受有效辯護之權利之核心內涵之一柱，
8 被告享有受辯護人辯護之權，則為另一柱。在日本，辯護人之辯護
9 權，有彼邦憲法第 34 條與同法第 37 條第 3 項所定為據；相對於此，
10 在我國，並無類似條項可憑，惟考慮到辯護權之雙重性質，本意見書
11 認為，應求諸於我國憲法第 16 條（訴訟權）暨第 8 條（正當法律程
12 序保障）為據，藉此，一方面以訴訟權彰顯被告之程序主體地位，以
13 明其乃係辯護權的受益主體，而就辯護人之固有權性質，則應求諸於
14 第 8 條，以彰顯辯護人雖非受益主體，卻係行使主體，而其固有權之
15 行使，乃係植基於正當法律程序保障之要求，以專門職業之法律專家
16 資格，擔任被告的保護者之角色，以確保被告能與國家立於對等地位
17 應訴臨訟。

18 (五) 補論：關於律師職業自由（我國憲法第 15 條）

19 作為補論，爭點一中所提及律師職業自由，亦即憲法所保障工作
20 權（我國憲法第 15 條），在日本就受有效辯護之權利的文脈下討論
21 辯護人之辯護權的相關議論中，並未見有著墨者。其理由無他，乃係
22 因職業選擇之自由（日本國憲法第 22 條第 1 項參照），在基本權之
23 屬性上，被定位為係屬於經濟的自由權，而彼邦實務、通說認為，相
24 較於精神的自由，經濟的自由可以受到較高強度的公權力的規制⁶⁷。
25 而彼邦實務、通說認為，日本國憲法第 34 條與同法第 37 條第 3 項，
26 乃係正當法律程序之一環以圖人身自由之保障，係屬於與精神的自由
27 權並列匹敵之人身自由權⁶⁸。要之，兩者性質顯不相同，本難以相
28 容，故而未有言及以律師職業自由為據者⁶⁹。

⁶⁷ 請參照著名的藥事法違憲判決（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁）。初宿正典，憲法 2 基本權，第 3 版，成文堂，2011 年，頁 270，335 以下。

⁶⁸ 自古以來，思想自由、宗教自由或言論自由等精神自由多係以不當拘束人身作為其迫害之態樣，故近代憲法將人身自由與精神自由予以並列，特重其保障；蓋人身自由可以說係人性尊嚴立基之所在。初宿正典，憲法 2 基本權，第 3 版，成文堂，2011 年，頁 376-377。

⁶⁹ 事實上辯護人以其辯護權行使受到侵害提起國賠訴訟之主張，也非要求經濟損害之賠償，而是因此造成精神苦痛之賠償。例如著名的杉山事件中，原告是大阪律師公會所屬律師，其即主張：「原告が弁護人として職務上有する 接見交通権を四時間余に亘り不法に侵害した。そのため原告は多大の精神的損害を被ったが、その額は、原告が弁護士であること、弁護士というものの社会的地位ならびに弁護人の接見交通権の重要性等にてらしこれを金

1 二、辯護人偵訊在場權之法性質與保障射程

2 *題綱爭點二：

3 偵查中辯護人於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時之在場見聞、筆
4 記及陳述意見，是否為被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之權利？其憲法
5 上依據為何？或僅屬法律上權利？（可分別就在場、筆記及陳述說明
6 之）

7 *回覆意見二：

8 以結論而言，本意見書認為，「辯護人之偵訊（含警詢，以下
9 同）⁷⁰在場權」（弁護人の取調立会権）乃係被告（含犯罪嫌疑人，以
10 下同）受憲法保障之基本權，其保障射程，不限於在場見聞，包括在
11 場筆記與陳述。又其依據應併同求諸於我國憲法第 16 條與第 8 條所
12 定。之所以得此結論，其論據謹詳述如下：

13 （一）日本相關議論之借鏡價值

14 我國刑訴法第 245 條第 2 項前段，明定辯護人之偵訊在場權，即
15 「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察
16 官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。」相
17 對於此，日本現行法對於辯護人是否有於偵訊時在場之權限，則法無
18 明文⁷¹。對此，彼邦檢警實務，一貫地以恐有礙偵查而持否定見解；
19 而就一般論來說，雖皆肯認在場權就理論上而言有其必要性，然礙於
20 法無明文，多半認為應以立法的方式解決⁷²。不過，雖說日本現行法
21 並無在場權的明文，然也正因如此，肯否兩論相爭不下，相關議論活
22 潑噴發，而諸議論之檢討核心，則可歸結於「辯護人之偵訊在場權是
23 否為憲法所保障之被告基本權」之上。此點，正好對應於題綱爭點
24 二，可堪借鏡。為此，以下有必要先行回顧，日本之所以未有明文規
25 定辯護人之偵訊在場權，有其歷史經緯與背景原因，藉此以明彼邦檢

錢に見積れば金二〇万円を下るものではない。」（杉山事件之一審，LEX/DB 文献番号：27200467）。

⁷⁰ 我國採偵查單主體制（只有檢察官是偵查主體，警察僅係偵查輔助機關）。相對於此，日本則採偵查雙主體制，檢察官與警察皆為偵查主體，檢察官為第二次的偵查機關，司法警察則為第一次的偵查機關（日刑訴法第 189 條第 2 項，第 191 條第 1 項參照），兩者並非上下關係，而係平行之對等關係（同法第 192 條參照）；惟與此同時，日本刑訴法仍賦予檢察官對於司法警察職員有指示、指揮權（同法第 193 條參照）。故此處所謂偵訊，自係包括檢察官與警察之訊問。

⁷¹ 大久保正人，弁護人の取調立会権について（寺田友子教授退任記念号），桃山法学 23 号，2014 年，頁 119。

⁷² 石川才顯，刑事訴訟法講義，日本評論社，1974 年，頁 117；同氏，捜査における弁護の機能，日本評論社，1993 年，頁 118，123（與井戸田侃類似見解，但認為要用立法論解決）。並參照三島聡，小坂井久，弁護人立会権の理論と実践の系譜，法律時報 92 卷 10 号，2020 年，頁 62。

1 警實務對偵訊在場權堅定持否定見解之緣由與論據，與此同時亦能檢
2 驗肯定論對之所為反論是否具有說服力。

3 (二) 日本型偵訊手法之思維與在場權否定論

4 日本偵查實務一貫認為，辯護人建議嫌疑人保持緘默就是妨害偵
5 查，尤其，對於辯護人於偵訊時在場，更是一貫認為一旦允其在場，
6 辯護人就會不顧及案件的性質，而一味地建議被告保持緘默，將偵訊
7 的場合轉化為「訴訟戰術」場，如此一來，正常的偵查活動就會遭到
8 妨礙⁷³。此種偵訊在場權否定論之立場，其根源係來自於所謂日本型
9 偵訊手法之思維。此種手法，係指對嫌疑人進行偵訊，其目的，並非
10 僅止於釐清案情真相而已，更進一步要求嫌疑人承認自己所犯下的罪
11 行，將一切的原委（不限於犯罪構成要件事實，包括動機、背景等相
12 關因素）、詳細的經過，全部一一吐實，還得表明悔悟反省之情，最
13 後會將這一切完整地呈現在偵訊筆錄中；對此，有將之稱為「筆錄審
14 判」，並指出，日本刑事程序中這樣的作法，至少在 18 世紀中期以
15 降，就開始了，換言之，所謂「筆錄審判」是從江戶時代的「口書」
16 傳統延續發展而來的，而這樣的偵訊手法被認為，至少已經持續沿用
17 了兩百五十年以上了⁷⁴。

18 1. 制憲當時

19 事實上，日本憲法制定過程中，其實，曾有草擬相關條項規定：
20 「自白，若非於被告之辯護人面前所為者，無效。」⁷⁵。不過，之
21 後，本條就被刪除了。原因無他，仍係基於日本型偵訊手法之思維之
22 所致。在日刑訴法的制定過程裡，於 1948 年 6 月 21 日眾議院司法委
23 員會中，當時，雖曾有與會者，對於為何沒有明定辯護人陪同被告偵
24 訊在場權之規定，提出質疑；時任法務廳事務官的野木新一的答辯
25 是，因為有明定緘默權，這已經可以充分保障嫌疑人的權利，若是明
26 定辯護人的偵訊在場權，就日本現在的狀況來說，會妨礙偵查的效率
27 與運用，所以沒有提出這樣的案子，而且就辯護人來說，可以跟嫌疑
28 人秘密接見，如此就可以獲知偵查的內容，也就能進行公判的準備

⁷³ 後藤昭，刑事弁護人の役割と存在意義（特集 刑事弁護の論理と倫理），刑事弁護 22 号，2000 年，頁 17；村岡啓一，黙秘権を勧めることは「不適切」弁護か，刑事弁護 38 号，2004 年，頁 22；；村井敏邦，密室の中での取調と被疑者弁護の意義，法学セミナー 488 号，1995 年，6 頁；上田國廣，刑事弁護の理念と実践，自由と正義 50 卷 7 号，1999 年，頁 108；大久保正人，註 71，頁 117。

⁷⁴ 參見平松義郎，近世刑事訴訟法の研究，創文社，1960 年，頁 689 以下。

⁷⁵ 民政局長のための覚え書き（人權の章についての小委員会案），高柳賢三ほか，日本国憲法制定の過程 I（原文と翻訳），有斐閣，1972 年，頁 230。

1 ⁷⁶。這裡所謂的妨害偵查的效率與運用，就是指會對於日本型偵訊手
2 法之實施造成妨礙。

3 2. 精密司法

4 日本刑事司法最大的特色係在於，彼邦檢察官根本只起訴事證充
5 分且已達有罪確信之案件，故定罪率年年高達 99% 以上⁷⁷。日本著名
6 的刑事法學者松尾浩也將此現象，稱之為「精密司法」⁷⁸，松尾指出
7 「精密司法有好有壞，其年年高達 99% 以上之定罪率，令國外研究
8 者為之咋舌，但另一方面也確實顯示出司法的精度。而精密司法之所
9 以可能，或可謂為係立基於所有參與者對真實追求之熱意上，甚或被
10 告亦常毫無隱晦其對精密司法之偏好（被告表示「受綿密的審理（偵
11 訊）然後服了」，或以「真相只有一個」為由要求統一公判等）」
12 ⁷⁹。這裡所謂「綿密的審理（偵訊）」就是指前述日本型偵訊手法。
13 而精密司法在制度運作上的特徵是，係由檢方主宰整個程序的開始與
14 進行，事實上，日本的被告通常皆同意檢方之起訴內容及所提證據資
15 料，公判庭中幾不見攻防，審判轉向書證化、形式化⁸⁰。故有不少論
16 者以「檢察官司法」稱之⁸¹。

17 據上可知，從江戶時代的「口書」乃至於「筆錄審判」直至近代
18 的「精密司法」，在日本刑事司法實務上，都一直援用，對嫌疑人進
19 行「綿密」（不限於犯罪構成要件事實，包括犯案動機、人物背景等
20 量刑、更生事實都詳細調查）的「偵訊」並製作成「書面」為偵查主
21 軸的日本型偵訊手法。

22 3. 核心司法與可視化

23 相對於此，日本著名的刑事法學者平野龍一，則早對精密司法提
24 出相當沈痛的批判，平野認為此種超高定罪率，根本就是一種「異
25 常」，乃至於一種「病態」，甚至表明對日本刑事司法的這種現狀，
26 感到「非常絕望的」（かなり絶望的）⁸²；持同論者亦非少數⁸³。按若

⁷⁶ 第 2 回国会衆議院司法委員會議録第 37 号，1948 年 6 月 21 日，頁 2-3。並參見，三島
聡，小坂井久，註 72，62 頁

⁷⁷ 松尾浩也，刑事訴訟法，上，初版，弘文堂，1979 年，頁 15-16；川出敏裕著，劉芳伶
譯，日本檢察官之監控機制，月旦法學雜誌 162 號，2008 年，頁 107-108；甚至有學者直接
稱「有罪率幾乎百分百」。三井誠，刑事訴訟法施行三〇年と「檢察官司法」，刑事訴訟法の
理論と実務—施行 30 年の総検討，別冊判例タイムズ 7 号，判例タイムズ社，1980 年，頁
40。

⁷⁸ 松尾浩也，註 77，頁 16，並請參照同氏，刑事訴訟法，上，新版，弘文堂，1999 年，頁
16。就此命名有提出疑問者，請參照田宮裕，日本の刑事訴追，有斐閣，1998 年，頁 21。

⁷⁹ 松尾浩也，註 78，頁 16。

⁸⁰ 松尾浩也，註 78，頁 15-16。

⁸¹ 三井誠，註 77，頁 37；平野龍一，現行刑事訴訟の診断，平場安治ほか編，団藤重光博
士古希祝賀論文集，第四卷，有斐閣，1985 年，頁 409。

⁸² 平野龍一，註 81，頁 407，423。

1 年年定罪率高達 99% 以上，豈非意謂著無罪推定名存實亡，公判中
2 心徒為空言，蓋於偵查終了（起訴、不起訴）時，即定有罪、無罪時
3 ⁸⁴。也正因為此種反省，故有以「核心司法」取代「精密司法」之倡
4 議⁸⁵。而日本在 2009 年正式實施的裁判員制度⁸⁶，可以說係此一倡議
5 的具體實踐。

6 惟話雖如此，導入裁判員制度後，超高定罪率之精密司法特色，
7 其實並沒有大的改變（還是維持在 99% 左右）⁸⁷，而日本型偵訊手法
8 也繼續沿用。真正與日本型偵訊手法發生直接激烈碰撞的是，所謂偵
9 查可視化（偵訊全程錄音錄影）制度之導入。對於可視化，日本檢警
10 可以說是抱持著相當的抵抗感，事實上，在修法當時，日本法務省便
11 高舉信賴關係構築論、反省悔悟論、精密司法論、供述人保護論等作
12 為反對的依據⁸⁸。不過，無論偵查實務家們的抵抗感如何強烈，在
13 2016 年 5 月 24 日，可視化刑訴法修正案依然通過，並於同年 6 月 3
14 日公布⁸⁹。只不過，日本型偵查手法終究有其長久的歷史源流，又加
15 諸日本國民乃至於被告本人，對以同手法為基盤所建構之精密司法，
16 似乎具有相當的“偏好”⁹⁰；因此，雖說法制審議會在審議一開始曾
17 經出現的全面可視化的提案，最後還是胎死腹中；不過，檢警實務所
18 主張的裁量可視化也沒有通過；取而代之的是，可視化的範圍，僅以

⁸³ 例如，石松竹雄，わが国の刑事被告人は、裁判官による裁判を本当に受けているのか，
法学セミナー423号，1990年，頁62以下，日本弁護士連合会，刑事裁判の現状と問題点
—刑訴法40年・弁護活動の充実をめざして，自由と正義40巻7号，1989年，頁175以下。

⁸⁴ 參見渡辺咲子，現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度，廣瀬健二
ほか編，田宮裕博士追悼論集，上卷，信山社，2001年，頁57；横山晃一郎，誤判の構造
—日本型刑事裁判の光と影，日本評論社，1985年，頁11-22。

⁸⁵ 平野龍一，參審制の採用による「核心司法」を一刑事司法改革の動きと方向，ジュリス
ト1148号，1999年，頁2以下參照。之後隨著裁判員制度之導入，「核心司法」之擁護者
更增。立松彰，司法改革への私の直言(10)「核心司法」による裁判員制度のもとで公正な
裁判は可能か，法と民主主義433号，2008年，頁48以下，田口守一，刑事法フォーラム
争点整理と核心司法—広島女兒殺害事件を素材として，刑事法ジャーナル18号，2009年，
頁44以下參照。

⁸⁶ 「有關裁判員參加刑事裁判之法律（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（簡稱為
「裁判員法」）在2004年5月21日通過，於同月28日公布，制度於2009年5月21日正式
施行。

⁸⁷ 「99・9%と言われる有罪率は、裁判員裁判でわずかに下がった。最高裁の司法統計で
は、09～17年の一審の平均有罪率は99・8%で、裁判員裁判に限れば99・2%だった。16
年（98・8%）と17年（97・8%）は99%を割った。」西日本新聞，【裁判員制度10年
(2)】「痛烈なメッセージ」求刑上回る判決も 量刑相場に市民感覚、判決に幅（4ペー
ジ目），2019/6/27 10:00，<https://www.nishinippon.co.jp/item/n/521812/?page=4>，最後閱覽日：
2022/04/09。

⁸⁸ 日本弁護士連合会接見交通権確立実行委員会編，交通接見権マニュアル（19版），日本
辯護士連合會，2018年，頁255。

⁸⁹ 日刑訴法第301條之2參照。

⁹⁰ 對於此種“偏好”，確實令外國研究者覺得相當難以理解。

1 裁判員審判之案件以及檢察官獨自偵查之案件為對象，而且像是機械
2 故障乃至於若錄音錄影便有難以取得供述之虞等情形設有廣泛的可視
3 化例外規定，其結果便是，可視化的適用範圍約莫占全體案件之百分
4 之三左右而已⁹¹。可視化制度的導入，之所以如此結局，其根本，還
5 是源自於對日本型偵訊手法之實施必要的執著。

6 4. 實施日本型偵訊手法之必要性

7 彼邦實務之所以認為，刑事司法有實施日本型偵訊手法之必要，
8 其理由有五，其一，僅光有物證或是科學鑑定等，往往不足以特定犯
9 人，因此有必要取得被告之供述；其二，收賄或受賄案件中，難以期
10 待有客觀的物證，若是沒有取得被告的供述根本無法定罪；其三，在
11 組織性或計畫性犯罪之情形，也必須依靠被告的供述，才能釐清組織
12 乃至於成員的地位以及角色；其四，供述證據乃係真相解明所不可欠
13 缺者，因為被告有高度的蓋然性就是真兇，反而更有必要聽取被告的
14 辯解才有可能儘早還其清白；其五，透過偵訊可以促使被告反省，此
15 點，對於將來決定起訴或不起訴乃至於審判之進行中，對於自己行為
16 之反省以及將來的更生，具有重要性⁹²。

17 上述所提及，不論是要促使其反省，抑或是儘早其清白，或說是
18 要釐清組織成員角色關係等，都必須恩威併施，如此就得要跟被告
19 “搏感情”，而且既然是“搏感情”，自具有相當的“私密性”（才
20 有感染力），這也就是法務省所謂信賴關係構築論，反省悔悟論、供
21 述人保護論之主軸所在。於此，我們也不難想像，確實，若在攝像頭
22 前，是會對此種具有“私密性”的“搏感情”的恩威併施的偵訊行
23 動，而造成相當程度的妨害。同樣地，辯護人在場，也是另一種“人
24 肉監視攝像頭”，同理，自然也會造成妨害。更讓偵查機關感到焦慮
25 的事，若辯護人不甘於當個“安靜”的“人肉監視攝像頭”，更進而
26 發聲（像是建議被告保持緘默），那就不是單純地妨害而已，而是根
27 本性地摧毀日本型偵訊手法實施之可能性了。因為被告一旦保持緘
28 默，那麼偵查機關就不可能自被告口中取得任何供述，以上揭示五點
29 所圖，當然只能以盡數落空作結。如此，我們就很容易理解，為何日
30 本偵查實務一貫認為，辯護人建議被告保持緘默就是妨害偵查，而堅
31 決採取辯護人之偵訊在場權否定論了。

32 （三）基本權保障觀念下之肯否兩論

33 相對於偵查實務界之否定論，日本學界則多半持肯定見解，惟論
34 據各有不同，以下舉分項述之。

⁹¹ 村井邦敏，海渡雄一，可視化・盜聽・司法取引を問う，日本評論社，2017年，頁12。

⁹² 原田明夫，被疑者の取調べ——檢察の立場から，三井誠ほか編，刑事手続，上，初版，筑摩書房，1988年，頁177-181。

1 1. 偵訊受忍義務否定說

2 (1)偵訊任意處分說

3 日本著名的法學者平野龍一，針對偵查的構造，提出所謂彈劾的
4 偵查觀，與糾問的偵查觀相對立，平野認為應採前者，並以此為據，
5 否定被告有偵訊受忍義務⁹³。雖說平野在其論說中，並未提及辯護人
6 的偵訊在場權問題，但學說上有認為，若從平野的偵訊受忍義務否定
7 說出發，應可推演出辯護人有偵訊在場權，因為，若被告採取的是沒
8 有律師在場就不接受偵訊的態度，既然其並無忍受偵訊之義務，那麼
9 偵查機關如果想要進行偵訊，也就只能同意讓辯護人在場，於此意義
10 上，自可認為係有「權」在場⁹⁴。

11 另有論者認為，日本刑訴法之所以沒有明文規定，並非否認辯護
12 人的偵訊在場權，而是因為即便身體遭到拘捕等合法拘束之嫌疑人也
13 沒有義務接受偵訊之故（採偵訊受忍否定說），既然如此，辯護人根
14 本也沒有在場的機會，所以當然毋庸規定⁹⁵；不過，本來，從受有效
15 辯護之權利就可以推演出辯護人當然擁有在場權，此點與被告是否受
16 到身體拘束根本無關，不論是否被拘束，只要被告願意接受偵訊，就
17 有保障其辯護人之偵訊在場權的必要⁹⁶。

18 (2)偵查階段辯解權說（純粹任意處分說）

19 日本學者井戶田侃則認為偵查階段所進行的偵訊，只不過是給偵
20 查機關有機會聽取嫌疑人的辯解與主張，故乃係完全的純粹的意味上
21 的任意處分，既然偵訊本身是任意處分，那麼若嫌疑人或辯護人有要
22 求者，辯護人當然有權在場⁹⁷。此說，在理論的基本線上仍係承襲前
23 揭平野所提倡的彈劾的偵查觀，但與平野不同的是，井戶田將偵查機
24 關對被告取得供述之單方取證行為，轉換為被告有權讓偵查機關聽取
25 其辯解與主張之權利保障，藉此，一方面可以更加保障被告的主體
26 性，另一方面也大幅緩和偵訊中的檢辯雙方之非對等性⁹⁸。也因此，
27 在日本，一般認為，最早正式提倡辯護人在場權論的代表性學者，首
28 推井戶田⁹⁹。

⁹³ 平野龍一，註2，頁83-85，106。

⁹⁴ 三島聡，小坂井久，註72，62頁。

⁹⁵ 不過，此說與實際的立法經緯並不相符。

⁹⁶ 沢登佳人，逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない，新潟大学法政理論12卷2号，1979年，頁12-15。並參照横山晃一郎，被疑者の取調，法政研究49卷，1983年，頁394-398頁。

⁹⁷ 井戶田侃，取調の法的規制，熊谷弘ほか編，捜査法大系I，日本評論社，1972年，頁245-246。

⁹⁸ 同前註。

⁹⁹ 三島聡，小坂井久，註72，頁62。

1 2. 偵訊受忍義務肯定說（偵訊強制處分說）

2 日本在 1970 年代至 1980 年代前半，平野的彈劾的偵查構造觀，
3 還處於少數說，而後則慢慢成為學界主流，但有趣的是，同樣是立基
4 於彈劾的偵查構造觀，彼邦著名的刑事法學者田宮裕，卻係採否定辯
5 護人的偵訊在場權之立場。田宮認為日刑訴法第 198 條所謂偵訊，乃
6 係排斥辯護人在場而由偵查機關自為進行的強制處分，於此意義上，
7 同氏認為，受有效辯護之權利中並不包含辯護人的偵訊在場權¹⁰⁰。

8 爾後，同氏在有關接見交通權的論稿中，又再度提及偵訊在場權
9 問題，其主張，憲法 34 條所定受有效辯護之權利，以理想而言，當
10 然係解為包括辯護人偵訊在場權更符眾望，不過就日本刑事辯護之現
11 狀¹⁰¹以及偵查現狀（日本的偵訊並非單純訊問犯罪構成要件事實，還
12 包括更生悔悟等刑事政策的意涵）而言，現實上不可能¹⁰²，若強行採
13 用，反而會有反效果，也就是活用任意到場（應訊）之方式來進行脫
14 法偵訊，所以就現階段而言，還是先解為暫止於接見交通之保障為宜
15 ¹⁰³。

16 不過，事實上，辯護人在場權與偵訊受忍義務肯定說也未必掛
17 鉤，雖前引偵訊在場權肯定論者均採偵訊受忍義務否定說為其前提，
18 但也有採受忍義務肯定說者亦肯定偵訊在場權¹⁰⁴。

19 3. 輪值辯護律師制度實施後的肯定說大躍進

20 1980 年代，日辯連〔筆者註：日本律師公會〕人權擁護大會在
21 松江召開，提出所謂刑事訴訟法四十週年宣言，其中宣示日本的律師
22 公會應該在刑事辯護上組織性繼續性地扮演積極的角色；爾後在
23 1990 年，於大分與福岡兩地，正式開啟了「輪值辯護律師制度」；
24 學界作為呼應，也紛紛主張辯護人偵訊在場權乃係被告受憲法所保障
25 的權利，而這些展開辯護人偵訊在場權論之論稿要點可整理成如下三
26 點：

27 (1)最大公約數：受有效辯護之權利與緘默權

28 雖說偵訊在場權之憲法上的根據因論者而異，就其最大公約數而
29 言，就是從日本國憲法所保障之受有效辯護之權利（同法第 34 條、
30 第 37 條第 3 項）乃至於緘默權（同法第 38 條：不自證己罪特權）尋

¹⁰⁰ 田宮裕，註 2，頁 300-301。

¹⁰¹ 筆者註：日本本來就沒有在偵查階段提供國選辯護，在田宮撰文當時，則是輪值辯護律師制度（当番弁護士制度）都還沒有開始，換言之，大部分偵查中的案子都沒有律師。

¹⁰² 主要因為沒有足夠的律師可以支援。

¹⁰³ 田宮裕，接見交通の指定をめぐって，判例タイムズ 210 号，1967 年，頁 5。

¹⁰⁴ 渡辺修，被疑者取調べの法的規制，三省堂，1992 年，頁 180-181；川島健治，身柄拘束下での取調べに対する弁護権，青山法學論集 36 卷 2・3 号，1995 年，頁 350-352。

1 求根據。其中，有單以憲法第 34 條為根據者¹⁰⁵，有單以同法第 38 條
2 第 1 項為根據者¹⁰⁶，亦有兼採兩者為根據¹⁰⁷，又有除這兩條外復又加
3 上憲法第 37 條第 3 項為根據者¹⁰⁸。

4 (2)緘默權、受有效辯護之權利暨包括防禦權之綜合說

5 由於近年來，日本也開始進行偵訊可視化（全程錄音錄影制
6 度），作為相關議論的一環，有論者以美國的米蘭達案為中心作為比
7 較法借鏡素材，認為在日本現行法的解釋論（憲法論）下，亦有承認
8 辯護人在場權之可能性，同論者認為，以承認「偵訊受忍義務」之實
9 務現狀為前提，為了保障緘默權，不僅應對偵訊過程進行錄音錄影，
10 更應該保障犯罪嫌疑人有權要求辯護人於偵訊時陪同在場之權利；辯
11 護人若是在場，其之援助與建議，不僅是用以防止不當的偵訊而已，
12 更是在被告決定究竟要保持緘默抑或是進行供述之適切判斷上所必要
13 不可欠；具體上，係以日本國憲法第 38 條所保障緘默權，與同法第
14 34 條所保障受有效辯護之權利，乃至於犯罪嫌疑人所享有的包括的
15 防禦權為基盤之諸權利等為據，應肯認辯護人偵訊中在場乃係憲法上
16 所保障之權利¹⁰⁹。

17 (3)基本權保障與制度適法性條件雙重性質說

18 還有認為，辯護人偵訊在場權的根據，並非僅限於憲法所保障的
19 緘默權或是受有效辯護之權利等實質上的人權保障根據，從日本引進
20 司法交易〔筆者註：相當於我國所謂的認罪協商〕此種新的證據收集
21 方式來看，作為制度運作的前提條件，辯護人的援助與建議乃係必要
22 不可欠，此論認為，沒有辯護人參與的司法交易即屬違法¹¹⁰。

23 (四)從與緘默權之關係看我國的憲法解釋論

24 在日本，有論者指出，全程錄音錄影雖有助於事後判斷自白的任
25 意性，但是從犯罪嫌疑人的緘默權實質保障之觀點而言，與其在之後
26 的審判庭爭執自白是否具有任意性，毋寧是在「要不要保持緘默之選
27 擇與決定上，是否係基於正確的認識與判斷之下所為」這個問題上，
28 具有更高的重要性；而為了確保嫌疑人係基於「自己決定」而決定保

¹⁰⁵ 吉村弘，身柄拘束中の被疑者の取調，北九州大学法政論集14 卷3号，1986年，頁245-246；大出良知，刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論，自由と正義，40 卷7号，1989年，129；川島健治，註103，頁350-352。

¹⁰⁶ 村井敏邦，「ミランダ」への道，法学セミナ436号，1991年，頁107。

¹⁰⁷ 渡辺修，註103，頁180-181頁；多田辰也，刑事訴訟における被疑者取調べの地位，刑法雑誌35 卷1号，1995年，頁23-24；葛野尋之，被疑者取調べにおける黙秘権と弁護権，人権の刑事法学，村井敏邦先生古稀記念論文集，日本評論社，2011年，頁292-297；安部祥太，被疑者取調べへの憲法的規制，日本評論社，2019年，頁388-391。

¹⁰⁸ 小早川義則，ミランダと被疑者取調べ，成文堂，1995年，頁357-362。

¹⁰⁹ 上口裕ほか，刑事訴訟法，5版，有斐閣，2013年，頁79。

¹¹⁰ 大久保正人，註71，頁120-121。

1 持緘默，在偵訊時有辯護人在場，給予適當的「援助與建議」被認為
2 係最具有效果的手段；從而，在緘默權保障之文脈下，「辯護人的偵
3 訊在場權」是否具有基本權性，即成為重要的問題¹¹¹。

4 在日本，所謂緘默權，係來自彼邦憲法第 38 條第 1 項（何人も、
5 自己に不利益な供述を強要されない。）不自證己罪特權之保障。即於被
6 告係屬緘默權，而於證人則為拒絕證言權。而有關不自證己罪在憲法
7 上的理論根據，主要有以下四說：

8 1. 三難困境說

9 關於日本憲法第 38 條第 1 項之理解，彼邦多數學者認為，同條
10 項係脫胎自美國聯邦憲法第 5 修正案，那麼，既然作為母法之第 5 修
11 正案所定不自證己罪特權之實質根據，一般係求諸於「三難困境」理
12 論，則此一根據於第 38 條第 1 項之解釋論上亦應屬妥當¹¹²。所謂
13 「三難困境」係指，憲法之所以保障個人享有不自證己罪特權乃係為
14 了避免其人陷入，究竟要「就可能證明自己有罪的事項為誠實證
15 言」，抑或「拒絕證言而遭到處罰」，還是「為虛偽之證言而被控偽
16 證罪」此三難之中進退維谷¹¹³。

17 2. 彈劾主義說

18 有從「彈劾主義」為立論，此論認為，不自證己罪特權之正當化
19 論據應該求諸於「國家與國民之間的公正的平衡」¹¹⁴，詳言之，在彈
20 劾主義之下，欲將個人定罪之國家，應負有獨立收集不利於個人證據
21 提出於法院之義務，因此禁止國家從被告口中取證之不自證己罪特權
22 乃係用以維持國家與國民間的公正的平衡，藉此達成彈劾主義之目
23 的，具有手段之性格¹¹⁵。

24 3. 隱私權說

25 還有以「隱私權」作為緘默權立論之實質根據。此論指出，在人
26 之固有生活領域之中，個人必須享有自我實現之自由，否則，其人將
27 無從享有個人之人格尊嚴、自由，而最有可能妨害個人生活中之自我
28 實現的自由者，乃係藉由必要性之名所行之公權力的干涉，因而必須
29 保障個人享有對於公權力之不當干涉得加以防衛、排斥、拒否之自

¹¹¹ 大久保正人，註 71，頁 114-115

¹¹² 酒卷匡，憲法 38 條 1 項と行政上の供述義務，芝原邦爾ほか編，松尾浩也先生古希祝賀
論文集，下，1998 年，頁 95-96；並參照同文頁 113 註 44 所列諸多文獻。並參照劉芳伶，事
故調查之供述義務與不自證己罪特權——以系統性觀點分析視角，月旦法學雜誌 290 期，
2019 年，頁 193-194。

¹¹³ Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52, 55, 1964. 並參照劉芳伶，註 111，頁 193-194。

¹¹⁴ 安井哲章，自己負罪拒否權の性質と機能（1），比較法雜誌 46 卷 2 号，2012 年，頁 13。
並參照劉芳伶，註 111，頁 194。

¹¹⁵ 同前註，頁 27。並參照劉芳伶，註 111，頁 194。

1 由，此一保障正是緘默權之所由¹¹⁶。其認為，以人格尊嚴為前提的刑
2 事訴訟程序中，所謂被告或犯罪嫌疑人的自由保障係以保護被告以及
3 犯罪嫌疑人的隱私的利益為其原點¹¹⁷。

4 4.人性尊嚴說

5 此外，另有論者從人性尊嚴出發，認為緘默權之理論根據係為了
6 維護個人尊嚴，有論者指出，緘默權之本質是為了維護個人的人格尊
7 嚴而在刑事訴訟程序所作出的讓步，人格以自律為生命，克服自我防
8 衛的本能，自發性地接受刑罰的制裁乃係崇高的善，人有如此行之道
9 德上義務，然此乃極為崇高的道德上義務，但也正因為如此，故不允
10 許他律性地強制而行，僅能待其自發而行，故此，法律不強制個人積
11 極地自揭己罪，終究國家僅係為了擁護個人而存在的，作為其目的達
12 成之手段而侵害個人之人格乃係自我矛盾，緘默權乃是對於此種人格
13 之尊嚴而為之讓步的證據禁止，並非一種為了防止誤判或因為供述欠
14 缺信憑性而定之證據法則¹¹⁸。

15 5.小結：我國憲法上根據

16 若採三難困境說，由於我國並不若日本有憲法上之明文規定（日
17 憲法第 38 條第 1 項），故就我國憲法論而言，僅能求諸憲法第 8 條
18 （正當法律程序）以及憲法第 16 條（訴訟權所派生之訴訟主體
19 權）。若採彈劾主義說，其核心在於維持國家與國民之間的公正的平
20 衡，與本意見書前述之公正規則若合符節，因此其論據亦本當併同求
21 諸於我國憲法第 16 條與第 8 條。若採隱私權說或人性尊嚴說，則其
22 根據應求諸於我國憲法第 22 條為憑¹¹⁹。

23 按本意見書一貫之立場，自應採取彈劾主義說，以貫徹辯護人行
24 使辯護權之核心責務，乃係在於確保被告能與國家立於對等地位應訴
25 臨訟（也就是維持國家與國民之間的公正的平衡）之中心意旨¹²⁰。

¹¹⁶ 鴨良弼，刑事訴訟法の基本理念，九州大学出版会，1985 年，頁 85。並參照劉芳伶，註 111，頁 194

¹¹⁷ 同前註，頁 218。同頁並指出，其中，不自證己罪以及緘默權之保護，便是用以保障被告及犯罪嫌疑人有關其隱私之供述自由。並參照劉芳伶，註 111，頁 194

¹¹⁸ 平野龍一，捜査と人権，有斐閣，1981 年，頁 95。並參見下山重幸，医師法第 21 条と医師の黙秘権，環境創造 10 号，2007 年，頁 26-27。

¹¹⁹ 司法院大法官會議解釋第 603 號：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障(本院釋字第五八五號解釋參照)。」

¹²⁰ 至於採此說之實質論據乃至於其實益與必要性，可以參見劉芳伶，註 111，頁 195 以下之說明。

1 (五) 偵訊在場權的保障射程

2 以上確認了辯護人偵訊在場權之基本權性與憲法上依據，接著要
3 處理者的是，爭點二所詢及，除在場見聞外，是否包括在場筆記及陳
4 述意見保障射程問題。

5 1. 陳述意見之可否

6 在場權論據，在日本，如前所述，因論者而異，同樣地，其內
7 涵，也未必統一。主要有以下三說：

8 (1) 狹義說

9 有認為，因為偵查機關有偵訊權，所以在場只能以不干涉偵訊的
10 態樣行之，而在場的目的係用以阻止偵查機關施以不當的壓力，並在
11 公判中就該不當偵訊進行證言，以提高偵訊的可視性，換言之，在場
12 的辯護人乃係擔任監視的角色¹²¹。

13 若從此說，辯護人之偵訊在場權之保障射程就僅限於在場見聞，
14 而不及於筆記與陳述。

15 (2) 廣義說

16 一般而言，學說多認為在場權之保護內涵有三，即(1)適當地與嫌
17 疑人商討並給予建議，協助其正確地傳達供述的內容而不至於招致誤
18 解，(2)就是否保持緘默給予建議，(3)對於違法、不當的偵訊方法提出
19 異議¹²²。

20 若從此說，辯護人之偵訊在場權之保障射程，不限於在場見聞，
21 包括陳述，但是否可以筆記，則不明瞭。

22 (3) 最廣義說

23 另有認為，除前述廣義說所揭示之(1)、(2)、(3)外，還包括(4)若偵
24 訊方之提問有曖昧模糊不清之處，可反質問，以臻明確，(5)代替嫌疑
25 人回答偵訊方的提問¹²³。

26 若從此說，辯護人之偵訊在場權之保障射程，不限於在場見聞，
27 包括陳述，但是否可以筆記，依然不明瞭。

28 2. 筆記之可否

29 如上所述，在日本，有關在場權之保障射程是否包括筆記，雖不
30 明瞭；但有關受有效辯護之權利之內涵之一即接見交通權，是否包括
31 筆記（含以紙筆乃至於電腦、平板等電子設備進行文字記錄之行為，
32 不含照相攝影。），則有以下代表性實務見解可資參照：

¹²¹ 渥美東洋，被疑者の取調，法学セミナー372号，1985年，頁108。

¹²² 渡辺修，註103，223頁。

¹²³ 葛野尋之，註106，頁298-300。

1 (1)東京高院 2015 年判決

2 日本東京高等法院 2015 年 7 月 9 日判決（簡稱東京高院 2015 年
3 判決）¹²⁴ 指出：「刑訴法第 39 條第 1 項規定…，被告與辯護人之接
4 見交通權，即係遵循憲法第 34 條〔保障有效辯護〕之趣旨…而設，
5 於此意義上，可謂係由憲法之保障而來的權利（平成 11 年最高裁判決參
6 照）。…一審原告主張，照相攝影既然與筆記（メモ）一樣，皆係為
7 了將情報予以記錄化之行為，因而自應包含在刑訴法第 39 條第 1 項
8 所定『接見』之範圍內。但同條無法解為，只要是為了將情報予以記
9 錄化之行為，皆當然包含於『接見』之範圍內。本來，辯護人為了將
10 其與嫌疑人、被告進行接見（律見）時之接見內容作記錄以資備忘，
11 通常就之後順利地進行辯護活動而言係屬必要，因此，像是筆記之類
12 的方式，可謂為係在辯護人之接見交通權的保障之範圍內所應允許
13 者。然而，如前所述，並非只要是為了將情報予以記錄化之行為，皆
14 當然包含於『接見』之範圍內，筆記以外之將情報予以記錄化之行為
15 是否應允許，應考慮到記錄化之目的以及必要性，其之態樣的相當
16 性，律見現場並無其他第三人在場之情形，若行該記錄化行為是否會
17 招致危險性等諸般情事後來加以檢討。」

18 (2)大阪高院 2017 年判決

19 日本大阪高等法院 2017 年 12 月 1 日判決（簡稱大阪高院 2017
20 年判決）¹²⁵：「（接著要）檢討秘密接見時依據本件使用電腦之情
21 形，是否係屬秘密交通權之範圍內所保障之行為。…刑訴法第 39 條
22 第 1 項所定秘密交通權，乃係屬於為了身體受拘束之嫌疑人、被告得
23 以受到辯護人援助之刑事程序上最為重要的基本權，與此同時，對辯
24 護人而言也是其固有權中最重要的一環（最高裁昭和 49 年（才）第 1088
25 号同 53 年 7 月 10 日第一小法廷判決民集 32 卷 5 号 820 頁參照），辯護人與
26 本件嫌疑人、被告（被羈押），就一邊閱讀記載有關該當刑事案件之
27 證據資料等情報之文書資料等並一邊討論之際，予以筆記，乃係辯護
28 人為了充分遂行辯護活動所必要不可欠之部分，因此，有鑒於刑訴法
29 第 39 條第 1 項保障秘密交通權之趣旨而論，秘密交通權應解為，並
30 不僅止於口頭的討論，還包括一邊閱覽前述文書資料等一邊與被羈押

¹²⁴ 東京高判平成 27 年 7 月 9 日判時 2280 号 16 頁（附件二：LEX/DB 文献番号 25540787）。本件的第一審為東京地方裁判所平成 26 年 11 月 7 日判決（平成 24 年（ワ）第 28903 号；LEX/DB 文献番号 25505290）。本件的第三審為最高裁判所第二小法廷平成 28 年 6 月 15 日決定（平成 27 年（才）第 1628 号；LEX/DB 文献番号 25543533）：棄却、不受理。

¹²⁵ 大阪高判平成 29 年 12 月 1 日判例時報 2370 号 36 頁（附件三：LEX/DB 文献番号 25548250）。

1 者討論並記錄筆記等行為。而且，若有關該當刑事案件之證據資料等
2 情報係以電子數位資料之態樣保存在電腦之情形，辯護人為充分遂行
3 辯護活動之故，在其與被羈押者接見之際，將儲存在電腦的電子數位
4 資料轉化為文字顯示於電腦螢幕，好一邊閱覽一邊討論，對辯護人而
5 言乃係必要不可欠之事…（故）應可解為，將證據文書資料以電腦螢
6 幕表示（轉化為文字等）以便閱覽，以及記錄筆記之行為，乃係包含
7 於秘密交通權所保障之射程範圍內。」

8 3. 小結：受有效辯護之權利、接見交通權與筆記權

9 由上述可知，日本實務見解認為，秘密交通權（接見交通權）乃
10 係源自於憲法所保障之受有效辯護之權利，乃係辯護人之固有權，被
11 告之基本權。

12 而大阪高院 2017 年判決所引「最高裁昭和 49 年（才）第 1088 号同 53
13 年 7 月 10 日第一小法廷判決民集 32 卷 5 号 820 頁」，此即著名的杉山事件
14 （附件四：LEX/DB 文献番号 27000237）。日本最高法院在杉山事件中指
15 出：「憲法第 34 條前段規定，不論何人，若未被賦予即時選任辯護
16 人之權利者，不得予以拘捕留置或拘禁，刑訴法第 39 條第 1 項遵從
17 此一趣旨而規定…辯護人得在沒有其他第三人在場之情況下進行接
18 見、文書資料或物件之授受。此與辯護人等之接見交通權，乃係屬於
19 為了身體受拘束之嫌疑人、被告得以受到辯護人援助之刑事程序上最
20 為重要的基本權，與此同時，對辯護人而言也是其固有權中最重要
21 的一環，實乃無待贅言。」

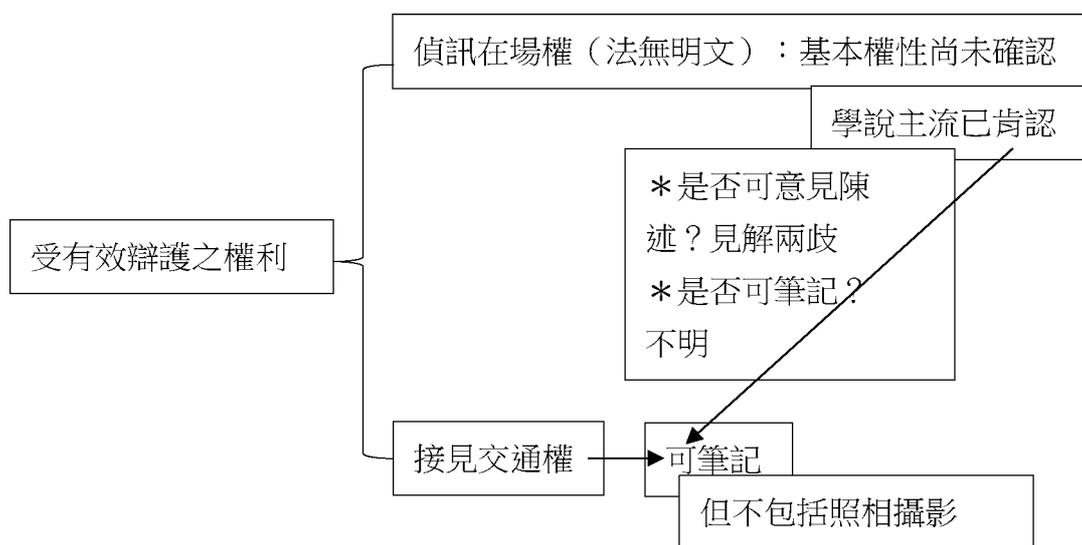
22 又東京高院 2015 年判決所引平成 11 年最高裁判決，此即著名的
23 安藤・齊藤事件（最高裁平成 11 年 3 月 24 日大法廷判決民集 53 卷 3 号 514
24 頁；附件五：LEX/DB 文献番号 28040615）。日本最高法院在安藤・齊藤
25 事件中指出：「憲法第 34 條前段規定，『不論何人，若未被即時告
26 知理由，且未被賦予即時選任辯護人之權利者，不得予以拘捕留置或
27 拘禁。』。此一依賴辯護人之權利，其目的，乃係在於身體受拘束之
28 嫌疑人，為了洗清成為受拘束原因之嫌疑，採取回復人身的自由之手
29 段等守護自己的自由與權利，而接受來自辯護人的援助。從而前段規
30 定，並非僅係單純地禁止國家機關妨害其選任辯護人，而應解為係實
31 質地保障嫌疑人，在選任辯護人之後，可以有機會接受到與之商談，
32 接受其之建議等來自辯護人之援助。刑訴法第 39 條第 1 項規定…嫌
33 疑人與辯護人等之接見交通權，乃係遵循憲法第 34 條的趣旨，乃係
34 為了確保身體受拘束之嫌疑人，有機會接受來自辯護人等之援助，像
35 是與辯護人等商量，或接受其建議等而設，於此意義上，刑訴法同規

1 定，可謂係源自憲法之保障而來者。（最高裁昭和四九年(才)第一〇八八
2 号同五三年七月一〇日第一小法廷判決・民集三 二卷五号八二〇頁、最高裁昭
3 和五八年(才)第三七九号、第三八一号平成三年五月一〇日第三小法廷判決・民
4 集四五卷五号九一九頁、最高裁昭和六一年(才)第八五一号平成三年五月三十一日
5 第二小法廷判決・裁判集民事一六三号四七頁參照）。」

6 基上可知，憲法所保障之受有效辯護之權利，乃在於保障受實質
7 有效辯護，其內涵包括保障辯護人之固有權之一的接見交通權，而在
8 接見交通之際，記錄筆記，乃係為了讓辯護人可以充分遂行辯護活動
9 以達成憲法保障實質有效辯護所必要不可欠者。

10 (五) 結論

11 基上所陳，日本議論狀況可具體化如下：



12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22 就在場權，本意見書採學說主流見解，即肯認辯護人之偵訊在場
23 權乃係被告受憲法保障之權利。其在我國憲法上依據為緘默權（憲法
24 第 8 條與同法第 16 條）、受有效辯護之權利（憲法第 8 條與同法第
25 16 條）暨包括的防禦權（憲法第 8 條與同法第 16 條）。

26 又作為基本權之偵訊在場權之保障射程，本意見書採最廣義說，
27 即並不限於在場見聞，包括在場進行意見陳述。至於筆記之部分，本
28 意見書認為，在肯認在場權之基本權性並採廣義說之前提下，記錄筆
29 記乃係辯護人於偵訊在場之際，遂行辯護活動以達成憲法保障實質有
30 效辯護所必要不可欠者，故自應肯認於偵訊在場權之保障射程範圍
31 內。

32 按如前述，最廣義之在場權內涵有五，即(1)適當地與嫌疑人商討
33 並給予建議，協助其正確地傳達供述的內容而不至於招致誤解，(2)就

1 是否保持緘默給予建議，(3)對於違法、不當的偵訊方法提出異議(4)若
2 偵訊方之提問有曖昧模糊不清之處，可反質問，以臻明確，乃至於(5)
3 代替嫌疑人回答偵訊方的提問。要遂行此五點，記錄筆記乃係必要不
4 可欠，其理，與前引日本實務肯認，辯護人接見時，其與嫌疑人進行
5 商討、建議之時，以紙筆或電腦所為之隨時記錄筆記之行為，就其後
6 的辯護遂行而言，乃係必要不可欠，其理係屬相同。唯一不同者係，
7 偵訊在場權之情形，在其與偵查秘密不公開之衝突的問題上，對偵查
8 機關而言，似乎會遠高過於接見交通的情形。先不論這樣的看法是否
9 正確，即便假設正確，此一衝突本身，其實並無法作為否定偵訊在場
10 權之基本權性乃至於其保護內涵包括陳述及筆記等之論據。此處之關
11 鍵，應係在於兩者發生衝突時，應如何予以調和之問題。

12 三、限制或禁止辯護人偵訊在場權之救濟依據

13 *爭點題綱三：

14 檢察官於訊問被告或犯罪嫌疑人時，限制或禁止其辯護人在場、
15 筆錄及陳述意見之處分，是否應賦予辯護人向法院請求救濟之機會？
16 抑或應於本案終局判決時認定是否違法，並作為證據評價之依據？如
17 未賦予單獨救濟之機會，是否構成違憲？其憲法上依據為何？（可分
18 別就在場、筆記及陳述說明之）

19 *回覆意見三：

20 以結論而言，本意見書認為，對於檢察官違法限制或禁止辯護人
21 偵訊在場權之處分，雖亦當然應於本案終局判決時，判斷是否應予證
22 據排除；然除此救濟方式外，於制度上，也應同時賦予辯護人有得
23 「即時」向法院請求救濟之機會。如未賦予單獨「即時」救濟之機
24 會，即會構成對受有效辯護之權利、緘默權乃至於包括的防禦權之侵
25 害，而致違憲。又其於憲法上之依據，同樣係應併同求諸於憲法第 8
26 條與同法第 16 條所定。之所以得此結論，其論據謹詳述如下：

27 (一) 問題之所在

28 按檢察官之所以於訊問被告或犯罪嫌疑人時，限制或禁止其辯護
29 人在場、筆錄及陳述意見，多係基於偵查秘密不公開之考量。此處問
30 題之關鍵，即在於偵訊在場權與偵查秘密不公開原則相衝突時，應如
31 何予以調和。而在救濟的問題上，也同樣地必須從兩者之衝突與調和
32 之角度加以考量。

33 (二) 何謂「偵查秘密不公開」

34 我國所稱「偵查秘密不公開」，在日本，稱之為「搜查密行主
35 義」或「搜查密行の原則」，一般認為其根據係日刑訴法第 196 條¹²⁶以

¹²⁶ (日刑訴法) 第 196 條 檢察官、檢察事務官及び司法警察職員並びに弁護人その他職務

1 及偵查效率之確保¹²⁷。問題是，如彼邦論者所指摘，其實，同條並未
2 如大正刑訴法第 253 條一般，明白指出偵查密行主義，故難以作同
3 解，而且事實上，該條也僅係訓示規定而已¹²⁸。確實，同條明文規定
4 者係，「應注意不得有害嫌疑人或他人之名譽」以及「應注意不得妨
5 礙偵查」。就「注意」此一用語而言，解為訓示規定自有其親自性。
6 再者，「不得妨害名譽」之部分，係置於「不得妨礙偵查」之前，於
7 此意義上，本意見書認為，與其說本條是偵查秘密不公開之規定，毋
8 寧宜解為，乃係禁止審前資訊不當公開之原則¹²⁹，似乎更為貼近文
9 義。

10 而事實上，我國刑訴法第 245 條規定，與日刑訴法 196 條也有異
11 曲同工之妙。亦即，雖國內有論者指出，偵查方式分為公開偵查與秘
12 密偵查，而我國刑訴法第 245 條所定偵查不公開即係採秘密偵查，偵
13 查不公開即係指，偵查僅公開於訴訟參與人或訴訟關係人而不公開於
14 眾；而至於為何採取密行主義之理由，同論者先舉避免洩漏消息而使
15 嫌疑人聞風逃亡等由，後舉避免無辜涉嫌之人名譽受損等情¹³⁰。相對
16 於此，另有學者指摘，有關我國刑訴法第 245 條第 1 項有關偵查不公
17 開之規定，從修法相關資料來看，其立法意旨，主要應係在確保無罪
18 推定，維護公平的審判，並保障關係人的名譽或隱私權益，至於所謂
19 偵查效率之維護或偵查程序之遂行，反而不是立法者所欲強調的規範
20 目的；於此意義上，將稱之為「名譽保護原則」，反而較為妥適¹³¹。

21 本意見書認為，所謂偵查秘密不公開，有兩層意義，第一層係禁
22 止審前資訊不當公開（以貫徹無罪推定原則，公平審判原則，並保障
23 相關人等之名譽權或隱私權），第二層係次偵查必要性之考量。

24 禁止審前資訊不當公開乃係基於人權保障觀點所為限制，於此意
25 義上，其與辯護人偵訊在場權並無本質上的衝突。故此，爭點三之討
26 論關鍵，應在於辯護人之辯護權行使（偵訊時在場）與第二層意義亦
27 即偵查必要性之間的衝突與調和之問題。於前，已然釐清了偵訊在場
28 權之基本權性與保障內涵，故以下應接著檢討何謂偵查必要性。

上捜査に關係のある者は、被疑者その他の者の名譽を害しないように注意し、且つ、捜査の妨げとならないように注意しなければならない。

¹²⁷ 小坂井久，弁護人立会権の歴史的経緯と現状，刑事弁護 104 号，2020 年，頁 10。

¹²⁸ 同前註，頁 10-11。並參照松尾浩也，註 78，頁 64。

¹²⁹ 自台灣以兩公約施行法將兩公約內國法化後，就我國解釋論而言，若於審前不當地公開資訊，應認為係違反無罪推定。並參照林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，新學林，2019 年，頁 167-168。民國 89 年修正刑訴法第 245 條第 3 項之理由說明也明確指出，基於無罪推定之落實，應禁止偵查程序有關資訊之不當公開。立法院公報，第 89 卷第 39 期院會紀錄，2000 年，頁 447 以下。

¹³⁰ 蔡墩銘，刑事訴訟法論，增訂 5 版，五南，2002 年，頁 330-331。

¹³¹ 陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師 13 卷 9 期，2009 年，頁 26。

1 (三) 偵查必要性

2 所謂偵查必要性，承前所析，係泛指為確保或提升偵查之效率乃
3 至於使偵查程序順利進行之所必要而言。

4 雖說就偵訊在場權的問題上，我國有學者指出，偵查不公開原則
5 只要能達到不妨礙偵查之順利進行及不侵害犯罪嫌疑人等之名譽為已
6 足，故刑訴法第 245 條第 2 項明定辯護人之偵訊在場權，與偵查不公
7 開原則並無抵觸；按偵查活動並非絕對限於偵查機關與犯罪嫌疑人之
8 間秘密進行為必要，對於訴訟法上得合法參與偵查程序之辯護人或關
9 係人，並不在禁止公開之範圍¹³²。而且，事實上，就前引論者所稱，
10 「偵查不公開即係指，偵查僅公開於訴訟參與人或訴訟關係人而不公
11 開於眾」此點以言，辯護人乃係訴訟關係人，本應不在不公開之對象
12 範圍內。惟話雖如此，然因同條項後段有但書明定：「但有事實足認
13 其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人
14 或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或
15 禁止之。」從而，還是必須得直面偵訊在場權與偵查必要性之間的衝
16 突與調和問題。

17 又按前揭但書所定「有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據
18 或勾串共犯或證人」以及「或其行為不當足以影響偵查秩序」之情
19 形，即該當於所謂「偵查必要性」。有疑問者係，此處所謂「或其行
20 為不當足以影響偵查秩序」應作何解？又所謂「其行為不當足以影響
21 偵查秩序者，得限制或禁止之」，就文義而言，並未指明有權限制或
22 禁止之主體究竟係檢察官抑或法院，從而是否當然可認為此處的主體
23 係指檢察官¹³³，應仍有進一步推敲之餘地。有關此點，可借鏡日本之
24 接見限制的相關議論。

25 1. 日本有關接見限制之借鏡

26 如前所述，日本雖無偵訊在場權之明文，惟彼邦學說主流，已經
27 肯認偵訊在場權乃係辯護人之固有權，且具有基本權性。惟其憲法上
28 之論據，則見解各異。對此，如前所析，本意見書認為，辯護人偵訊
29 在場權，非僅源自於受有效辯護之權利，還兼及於來自緘默權以及包
30 括的防衛權之保障。

31 又日本實務與學說通說，皆已確認接見交通權係源自於憲法所保
32 障之受有效辯護之權利，亦屬於辯護人之固有權之一種，也係被告之

¹³² 陳運財，註 130，頁 27。

¹³³ 即檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點（辯護人之在場權及限制）規定：檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第二百四十五條第二項規定，准許辯護人在場、陳述意見並札記訊問要點。但有事實足認有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官報請檢察官同意後，得限制或禁止之。

1 基本權。不過，對此一固有權，日刑訴法有指定接見制度之限制明
2 文。指定接見制度之問題核心，同樣係在於辯護人之辯護權行使與偵
3 查必要性之間的衝突與調和之問題。若此，本意見書認為，既同樣係
4 屬辯護人之固有權，於此意義上，就接見交通權文脈下有關辯護權與
5 偵查必要性之衝突調和原理，其於偵訊在場權之文脈下，理論上，亦
6 有可以借鏡之處。故以下先行介紹日本有關指定制度中所稱「偵查的
7 必要」（捜査のため必要があるとき）¹³⁴，究係何所指。

8 2. 非限定說

9 此說又稱為「偵查全般說」，為學說之少數，檢察實務家之多
10 數，若按此說，接見交通權與指定權皆同為法律位階之規定（換言
11 之，此說否定接見交通權之基本權性），而所謂「偵查的必要」係
12 指，包括罪證煙滅之虞在內（不以此為限）之「偵查全體」的必要性
13 而言，應由偵查機關判斷¹³⁵。

14 若按此說，我國刑訴法第 245 條第 2 項所謂「或其行為不當足以
15 影響偵查秩序」應解為「偵查全體的必要性」，故並「不以可匹敵」
16 於「有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」
17 之情形為限。且有權限制或禁止者，即為偵查主體之檢察官。

18 3. 限定說

19 此說又稱為「物理的限定說」，還可進一步區分為廣義限定與狹
20 義限定，通說採廣義說¹³⁶。即通說認為，接見交通權是憲法上的權
21 利，而偵查權只是刑事訴訟法上的權利，又偵查機關並非居於公正第
22 三人立場，而只是一方當事人，故由其進行判斷，並非妥當，且亦有
23 其困難；再者，現行法基於辯護人之接見交通可能會有罪證煙滅等動
24 搖司法基盤之理由而肯認得限制接見的規定，也僅限於基於在偵查
25 中、勘驗以及犯罪現場實地勘查（実況見分）要進行接見之情形（因
26 為被告就只有一個身體，不可能同時被偵訊又同時接見，這會分身乏
27 術）¹³⁷。而這也是多數判例之立場¹³⁸。而狹義限定說，則從「接見交

¹³⁴（日刑訴法）39 條 3 項 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）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。

¹³⁵ 出射義夫，捜査の方法，団藤重光編，法律実務講座 刑事編第 3 卷 捜査及び公訴 1，有斐閣，1954 年，頁 620；福岡地裁決昭和 30 年 7 月 27 日判時 60 号 26 頁；白取祐司，註 1，頁 210。並參照椎橋隆幸，接見交通，刑事訴訟法の理論と実務—施行 30 年の総検討，別冊判例タイムズ 7 号，判例タイムズ社，1980 年，頁 258；福井厚，接見交通權に関する大法廷判決，刑事弁護 20 号，1999 年，頁 12-13。

¹³⁶ 事實上，廣義限定說之中，又有細分不同立場，詳可參見白取祐司，註 1，頁 210-211。

¹³⁷ 田宮裕，註 2，頁 400 以下；平野龍一，註 2，頁 105。

1 通權是憲法上的權利，而偵查權只是刑事訴訟法上的權利」此點出
2 發，以偵訊受忍義務否定說為據，進一步主張接見交通權應優先於偵
3 查必要，屬於一種絕對的權利¹³⁹。

4 若按此說，我國刑訴法第 245 條第 2 項所謂「或其行為不當足以
5 影響偵查秩序」，應解為僅限於「以可匹敵」於「有妨害國家機密或
6 有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」之情形。且有權限制或
7 禁止者，並非立於一造當事人地位之偵查主體的檢察官，而應係立於
8 公正第三人地位的法院。

9 (四) 分析

10 有關以上兩說，雖一般認為，前引杉山事件是作為對非限定說發
11 出批判檢討之契機的指標性判決¹⁴⁰。不過，在杉山事件中，日本最高
12 法院究竟是採何一立場，其實學說上容有爭議，有認為其立場並不明
13 瞭¹⁴¹，相對於此，也有學說認為，本件最高法院已經明白地否定前揭
14 少數說（非限定說）之立場¹⁴²。除了杉山事件外，之後的淺井事件
15 （最三小判平 3 年 5 月 10 日民集 45 卷 5 号 919 頁；LEX/DB 文献番号
16 27808497）以及若松事件（最二小判平 3 年 5 月 31 日裁判集民事 163 号 47
17 頁；LEX/DB 文献番号 27811167）中，最高法院都不斷重申，接見交通
18 權乃係源自於憲法上的（受有效辯護之權利）保障¹⁴³。

19 然而實際上，即便在杉山事件後，日本檢察實務家們仍然非常堅
20 持地否定接見交通權之基本權性，其論據係主張「憲法第 34 條前
21 段，所謂委任辯護人之權利保障，只不過是單純地規定國家不得禁止
22 辯護人的選任罷了」，並以之作為「前提」，而據以認為，所謂接見
23 交通權並非憲法上的權利，而係因為刑訴法上有明文才得以享有的權
24 利，故而主張接見交通權與指定權皆同為法律位階之規定，也就是否
25 定接見交通權之基本權性，以堅持非限定說¹⁴⁴。當然，其所立以為據
26 的「前提」，係與前述日本最高法院之定見暨學說通說（幾乎沒有異

¹³⁸ 椎橋隆幸，註 134，頁 258。事實上，我國亦有論者指出，日本法院關於所謂偵查必要性之解釋，基本上已傾向於限定說發展。陳運財，註 40（第二文），頁 20。

¹³⁹ 白取祐司，註 1，頁 211（白取同頁，對此說評價指出，事實是，偵訊中才是最有必要接受辯護人援助的時候，這時候根本可以說是防禦利益具有優越性的場合，故此說應係值得支持之見解。）。附帶一提，我國論者有引用白取同書之 2007 版之四分類，即非限定說，準限定說，限定說以及接見通信優越說。陳運財，註 40（第二文），頁 18-19。

¹⁴⁰ 福井厚，註 134，頁 13。

¹⁴¹ 人見信男，弁護人等との接見交通，警察学論集 33 卷 7 号，1980 年，頁 37。

¹⁴² 佐藤博史，弁護人と被疑者との接見交通權(最判昭和 53.7.10)，警察研究 50 卷 9 号，1979 年，頁 103。

¹⁴³ 原文為「…と被疑者との接見交通權が憲法上の保障に由来するものである…」

¹⁴⁴ 古江頼隆，註 10，頁 324。並參見稻田伸夫，接見交—檢察の立場から，三井誠ほか編，新刑事手続Ⅱ，悠々社，2002 年，頁 65。

1 論)，完全背反。事實上，也有論者對偵查實務家們之所以堅持非限
2 定說之根由，做出兩點評論，其一，偵查實務家對於法的基本態度在
3 認識上有所不足〔筆者註：此係指前述偵查實務家的「前提」，根本
4 就與最高法院之定見與學說通說完全背反。但筆者認為這應該不是
5 “認識不足”，而只是“不想接受”。〕，其二，對於防禦活動可能
6 對偵查造成阻礙有過大的妄想〔筆者註：其根本的原因，仍係在於偵
7 查實務家一直溫存於前述日本型偵查手法之思維。〕¹⁴⁵。

8 之後，偵查實務家中有以前引安藤·齊藤事件為據，認為接見交
9 通權並非是憲法所直接保障者¹⁴⁶。在安藤·齊藤事件中，最高法院雖
10 係肯認指定制度的合憲性，但作為基本立場，也同樣地一貫重申，接
11 見交通權乃係源自於憲法上的（受有效辯護之權利）保障。有趣的
12 是，同樣的一句話，非限定說的支持者以此為據，認為接見交通權並
13 非憲法上的權利（否定其基本權性），反之，限定說，則以此為據，
14 認為最高法院已經明白肯認了接見交通權之基本權性。

15 若從以上限定說之立場，不論廣義說（通說）或狹義說，皆認為
16 接見原則應屬自由，限制乃係例外，從而應採辯護權優位主義（蓋辯
17 護權有基本權性，偵查權並無基本權性只有法律位階。）為前提。所
18 差異者僅係，通說（廣義說）認為應以此前提來進行辯護權與偵查權
19 之間的衝突調整；而狹義說，則更進一步認為，應以辯護權為優先，
20 故應採取接見交通權優越主義，於此意義上，根本無所謂衝突調整之
21 問題，而是認為接見交通權乃係絕對優越於偵查必要之憲法權利。反
22 之，若從少數說，則辯護權與偵查權同屬於法律位階，理論面上並無
23 優位主義適用之問題，但由於少數說認為應由偵查機關判斷是否有必
24 要，所以實際的運作面上，必然演變為偵查優位主義之適用。對此，
25 本意見書從通說。

26 （五）結論

27 基上所陳，有鑒於辯護權具有基本權性，屬於憲法位階，而偵查
28 權僅係法律上的位階，故本意見書採用辯護權優位主義之理解。而所
29 謂辯護權優位主義，係指其法位階優位，而非謂其乃絕對權利，故而
30 仍有憲法第 23 條依據比例原則予以限制之適用。所謂偵查必要性必
31 須在符合憲法第 23 條之情形（為防止妨礙他人自由、避免緊急危
32 難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要）方能對辯護權進行限
33 制。據此，我國刑訴法第 245 條第 2 項所謂「或其行為不當足以影響
34 偵查秩序」應解為，係指「以可匹敵」於「有妨害國家機密或有湮

¹⁴⁵ 田宮裕，被疑者段階の弁護，現代の裁判，その狀況と課題(判タ 201 号臨増)臨時増刊，判例タイムズ社，1967 年，頁 244。

¹⁴⁶ 稻田伸夫，註 141，頁 65。

1 滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」之情形為限。且有權限制或
2 禁止者，並非檢察官，而係立於公正第三人地位的法院。

3 按基於辯護權優位主義，既然只有法院有權限制或禁止辯護人偵
4 訊在場權，檢察官根本無此權限，若檢察官違法做此處分，即屬於無
5 權處分，顯有重大之違法¹⁴⁷，而構成對受有效辯護之權利、緘默權乃
6 至於包括的防禦權之侵害，於此意義上，自可於本案終局判決時作為
7 是否為證據排除之考量依據。然僅此救濟而已，自仍有不足，對於此
8 種遭致無權機關之違法限制或禁止處分，基於辯護權優位主義之思
9 維，於制度上，也應同時賦予辯護人有得「即時」向法院（有權機
10 關）請求救濟之機會。按本應處於基本權優位地位之辯護權遭到下位
11 階之法律位階之偵查權的違法壓制，若未給予「即時」救濟之管道，
12 即會導致基本權保障上無可回復之損害（詳見以下四之說明）。為
13 此，在制度上即應給予單獨「即時」的救濟機會，乃係法治國原則根
14 本之要求。於此意義上，如制度上未賦予此種單獨「即時」救濟之機
15 會，而使被告「長時間」與國家立於「不對等地位」應訴臨訟，即係
16 侵害受有效辯護之權利、緘默權乃至於包括的防禦權，而構成違憲。

17 至於受有效辯護之權利、緘默權乃至於包括的防禦權之憲法上依
18 據，應併同求諸於我國憲法第 8 條與同法第 16 條所定，其詳如前所
19 析，於此不贅。

20 **四、限制或禁止辯護人偵訊在場權之救濟機制與實益**

21 ***爭點題綱四：**

22 （承上）如應賦予辯護人向法院請求救濟之機會，其具體可能之權利
23 救濟機制為何？其救濟之實益何在？

24 ***回覆意見四：**

25 若按爭點三之分析，基於辯護權優位主義，法院為限制或禁止辯
26 護人偵訊在場權之主體，以立法論而言，較妥適之作法，係在刑訴法
27 第 245 條第 2 項限制偵訊在場權之情形，亦與我國刑訴法第 34 條限
28 制接見通信權（即日本所稱接見交通權）之情形一般，應改為不得禁
29 止¹⁴⁸，只能限制¹⁴⁹；且其限制，也應設有如第 34 條之 1 所示限制書一
30 般的令狀制約¹⁵⁰。且作為對應之救濟，也應與限制接見通信權之情形
31 一樣，可依據我國刑訴法第 404 條以及第 416 條提起抗告或準抗告。

¹⁴⁷ 係屬無效處分，但仍有予以救濟之必要。

¹⁴⁸ 與我國刑訴法第 105 條所定外人接見之情形（可禁止）不同。

¹⁴⁹ 所謂辯護權優位主義，係指其法位階優位，而非謂其乃絕對權利，故而仍有憲法第 23 條依據比例原則予以限制之適用。所謂偵查必要性必須在符合憲法第 23 條之情形（為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要）方能對辯護權進行限制。

¹⁵⁰ 司法院大法官會議第 654 號解釋，指明對於羈押被告與其辯護人之接見通信權的限制，亦

1 事實上，我國亦有論者指出，對於接見交通權或在場權之侵害，
2 除透過證據排除救濟外，更重要的是，要如何迅速回復已受到侵害的
3 辯護權，由於現行刑事訴訟法第 404 條第 2 款以及第 416 條第 1 項第
4 1 款並未明定偵查機關違法侵害接見交通權或偵訊在場權時，被告或
5 辯護人得提出抗告或聲明不服，故難以期待實務上以解釋論加以解
6 決；此乃立法上的缺失，有必要儘速修法將之納入抗告與準抗告之適
7 用對象範圍內¹⁵¹。

8 惟本意見書以為，雖就實務一般而言，確實是礙難期待其尋求解
9 釋論之途徑予以解決，不過，就憲法法庭而言，似乎還是有某程度可
10 能期待¹⁵²。故建議應將第 245 條第 2 項之「禁止」部分宣告違憲，並
11 將同條項之主體，解為係屬法院，而非檢察官，與此同時自應宣告檢
12 察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點係屬違憲無效（因同
13 點規定經檢察官同意後得限制或禁止之）。在此基礎上，便可類推適
14 用第 34 條之 1 予以事前制約，並類推適用第 404 條以及第 416 條予
15 以事後救濟。

16 蓋就本意見書前所分析而言，不論係接見通信權抑或係偵訊在場
17 權，就其為辯護人之固有權的面向而言，皆係源自於受有效辯護之權
18 利的憲法保障，而就其也同時為被告之基本權之面向而言，除受有效
19 辯護之權利之外，在偵訊在場權之部分，還包括緘默權與包括的防禦

應採取令狀原則。與本意見書立場一致。相對於此，我國有論者採取與本意見書截然相反之見解，即其認為現行法承第 654 號解釋之意旨，以令狀原則規制接見通信權並非妥適，並認為此種規制與刑事訴訟法第 245 條第 2 項容許司法警察人員及檢察官得依但書規定不待向法院聲請限制書之設計欠缺整合性。陳運財，註 40（第二文），頁 12-14。

¹⁵¹ 陳運財，註 40（第一文），頁 126。

¹⁵² 例如，司法院大法官會議第 665 號解釋理由書中，便明白指出係運用類推適用之解釋手法，「訴訟案件分配特定法官後，因承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免。按刑事訴訟法第七條規定：「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」第六條規定：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。（第一項）前項情形，如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。（第二項）不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判。但第七條第三款之情形，不在此限。（第三項）」上開第六條規定相牽連刑事案件分別繫屬於有管轄權之不同法院時，得合併由其中一法院管轄，旨在避免重複調查事證之勞費及裁判之歧異，符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。且合併之後，仍須適用相同之法律規範審理，如有迴避之事由者，並得依法聲請法官迴避，自不妨礙當事人訴訟權之行使。惟相牽連之數刑事案件分別繫屬於同一法院之不同法官時，是否以及如何進行合併審理，相關法令對此雖未設明文規定，因屬法院內部事務之分配，且與刑事訴訟法第六條所定者，均同屬相牽連案件之處理，而有合併審理之必要，故如類推適用上開規定之意旨，以事先一般抽象之規範，將不同法官承辦之相牽連刑事案件改分由其中之一法官合併審理，自與首開憲法意旨無違。」

1 權之保障。於此意義上，自應認為，接見通信權與偵訊在場權，兩者
2 在法定性上係屬相同，若此，自應適用相同的法理予以規範，如法有
3 不備，則屬立法缺漏，自應採類推適用之手法予以補漏¹⁵³。

4 最後應說明者係，有關給予單獨即時救濟（抗告、準抗告）之實
5 益為何。按如前述，本應處於基本權優位之辯護權，卻遭到法律位階
6 之偵查權的違法壓制，若未給予「即時」救濟之管道，可能導致基本
7 權保障上無可回復之損害。申言之，例如，像是辯護人一旦被禁止其
8 在場，就會導致被告身陷孤立無援的窘境，一般人，在偵查機關軟磨
9 硬泡下，往往「只好放棄緘默」。若此種「只好放棄緘默」的違法侵
10 害狀態（此時被告與國家的地位已經失衡不對等），若無法獲得即時
11 的救濟，等到案件終局判決時，才論斷其「只好放棄緘默」下的「自
12 白」是否具有證據能力，此種非即時的救濟雖說聊勝於無，但對於被
13 告之防禦權行使而言，無疑是一種為時已晚的救濟。蓋從辯護權優位
14 主義而言，自應「即時」給予救濟，以圖儘早終結此種「只好放棄緘
15 默」之受侵害狀態（此時被告與國家的地位已經失衡不對等）¹⁵⁴，使
16 被告與國家的地位回復成對等的狀態。如此才能落實本意見書一貫之
17 主張，即辯護人雖非受益主體（受益主體乃係被告，此即被告之基本
18 權面向），卻係行使主體（此乃固有權之面向），而其固有權之行
19 使，乃係植基於正當法律程序保障之要求，即以律師此一專門職業之
20 法律專家資格，擔任被告的保護者之角色（而非法的保護者），以確
21 保被告能與國家立於對等地位應訴臨訟。要之，就制度而言，必須確
22 保被告「能時時」與國家立於對等地位應訴臨訟，而非，放任被告
23 「無法時時」與國家立於對等地位應訴臨訟，爾後，才在終局判決
24 時，從證據評價上予以補償。此種在制度上給予單獨「即時」的救濟
25 機會，乃係法治國原則根本之要求。於此意義上，如制度上未賦予此
26 種單獨「即時」救濟之機會，而使被告「無法時時」與國家立於對等
27 地位應訴臨訟，其本身即已侵害受有效辯護之權利、緘默權乃至於包
28 括的防禦權，而構成違憲。

29

30

31

32

¹⁵³ 同前註參照。但有反對說，陳運財，註40（第二文），頁12-14。

¹⁵⁴ 以立法論而言，應進一步將抗告制度區分為「即時抗告」與「一般抗告」，在偵訊在場權受侵害之情形，應設計成「即時抗告」，如此方才更有助於儘早終結被告與國家的地位已經失衡不對等之違法狀態。

1

2

3

4 **附屬文件之名稱及其件數ⁱⁱⁱ**

文件編號	文件名稱或內容	備註
附件一	LEX/DB 文献番号 28115019	
附件二	LEX/DB 文献番号 25540787	
附件三	LEX/DB 文献番号 25548250	
附件四	LEX/DB 文献番号 27000237 (杉山事件)	
附件五	LEX/DB 文献番号 28040615 (安藤・齊藤事件)	

5

6

7 **此致**

8 **憲法法庭 公鑒**

9

10 中華民國 111 年 4 月 11 日

11

12 具狀人 即 撰狀人

13

14

ⁱ 憲法訴訟法（以下簡稱本法）第 19 條第 1 項規定，憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，通知當事人或關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。本法第 6 條第 1 項、第 2 項以外之機關受憲法法庭通知依本條第 1 項規定提出專業意見或資料意見時，使用本意見書。

ⁱⁱ 本法第 19 條第 3 項規定，當事人、關係人以外之人民或團體，依第一項指定提出專業意見或資料時，應揭露以下資訊：

一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。

二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

ⁱⁱⁱ 本法第 14 條第 1 項第 7 款規定，書狀應記載附屬文件之名稱及其件數。

【文献番号】28115019

逮捕監禁，営利略取，殺人，死体遺棄被告事件
最高裁判所第三小法廷平成16年（あ）第2172号
平成17年11月29日決定

主 文

本件上告を棄却する。
当審における未決勾留日数中320日を本刑に算入する。

理 由

弁護人和智薫の上告趣意は，違憲をいう点を含め，実質は単なる法令違反，事実誤認，量刑不当の主張であり，被告人本人の上告趣意は，事実誤認の主張であって，いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない。

なお，所論にかんがみ職権で判断する。

1 記録によれば，第1審の審理経過等について，次の事実が認められる。

(1) 本件公訴事実は，要旨，被告人は，A，Bらと共謀の上，〔1〕営利の目的で，帰宅途中の被害者を車両内に無理矢理押し込み，群馬県内の山中まで連行し（営利略取・逮捕・監禁），〔2〕殺意をもって，ロープで被害者の頸部を絞め付け，けん銃で弾丸1発を発射してその身体に命中させ，同人を殺害し（殺人），〔3〕その死体を断がいから投棄して遺棄した（死体遺棄）というものである。

(2) 被告人は，第1回公判期日から第5回公判期日までの間，上記公訴事実〔2〕に対し，被告人が自ら被害者の頸部に巻かれたロープの一端を引っ張った事実はあるが，その際殺意はなく，共犯者らと殺害について共謀もしていなかった旨の主張，供述をしていたが，論告，弁論が予定されていた第6回公判期日の冒頭において，前記各公訴事実の犯行場所に関する訴因変更手続がなされた際，従前の供述を翻し，公訴事実〔1〕の犯行態様の一部を否認するとともに，同〔2〕，〔3〕については全面的に否認する旨主張した。そこで，弁護人（国選）は，裁判所に次回期日に被告人質問を行いたい旨を申し出て，これが入れられ，第7回公判期日に被告人質問が実施された。同被告人質問の中で，被告人は，公訴事実〔1〕について前記否認の主張に沿う供述をするとともに，同〔2〕，〔3〕については，「共犯者2名と共に現場に赴いたが，自分も共犯者も被害者にロープを使った事実はない。自分は共犯者の1人が被害者にけん銃を向けて撃ち，被害者ががけ下に落ちていったのを見ただけである。」旨供述した。

(3) 第8回公判期日に，論告が行われ，これに引き続き弁護人による最終弁論が行われた。同弁論は，罪体に関する主張と情状に関する主張から成るが，前者の要旨は次のとおりである。「（被告人の全面否認について）被告人は，殺人と死体遺棄について，捜査段階において，Aが被害者の頸部に巻いたロープの一端を被告人が力一杯引っ張ったこと，Aに言われて遺体をBと2人でがけ下に落としたことを認める供述をしている。この供述の任意性については，明らかに問題がない。供述内容も，生々しく，かつ，具体的，詳細に供述されており，不自然と思われる事実もなく，十分信用できる。公判においても，被告人は，殺意は否認し，殺害の前に「殺害を薄々察知していた。」旨の検察官の冒頭陳述に強く反発したが，ロープを引っ張った行為自体は否認せず，自らの殺害行為加担について，検察官や裁判長に対して，他に方法があったら教えてもらいたいとまで供述している。そこで，弁護人は，殺人及び死体遺棄について，被告人がAにだまされ，ら致の意思で殺害現場まで行ったもので，ロープを引っ張る直前まで殺意はな

く、かつ、殺害行為はけん銃を所持しているAに強要されたものであることを強調し、被告人が償いとして犯行全部をありのまま詳述し、自ら供述の場所で遺体発見を切望している事実の強調を弁護方針とした。しかし、被告人は、第6回公判期日において、突然、殺人と死体遺棄を全面否認し、第7回公判期日の被告人質問において、その旨供述した。立場上詳述は避けるが、被告人がBをかばって自らなしていない殺害行為等を認めていたとの被告人の供述には明らかに無理がある。多弁な被告人に、無実を訴える言葉の一つもなかった。殺人、死体遺棄の重大犯罪であるから、弁護人としては、一般的には被告人に同調して全面否認の弁護をすべきである。しかし、公判の最終段階で初めて否認した本件の場合、被告人に同調して上記力説すべき弁護方針を主張せず、撤回することは、弁護人の任務放棄であると思われる。ところで、被告人は、上記最終段階の公判において、殺害現場においてAがけん銃を1発発砲したとの捜査段階からの供述を否定し、発砲したのはBであるかのような供述をしている。B自身は、ロープでの首絞めを多少手伝ったと述べているだけであるが、他方で、犯行後、ノイローゼとなり、警察署に出頭するなどし、公判でも被害者の妻に土下座して謝罪をするなどしており、その落差が不自然であった。Bが発砲者なら、Bの言動は殺人者の苦悩として十分理解でき、不自然なことはない。Aから殺人行為に加担するように陥れられたうらみがある被告人が、Aに不満のあったBに持ちかけて、捜査段階では発砲者をAとする虚偽の供述をはかったものと思われる。被告人の第7回公判期日における供述を十分ご検討願いたい。

(被告人の殺意の有無について) 被告人はロープを引っ張ったことは認めつつ、殺意を否認しており、殺意を認める弁護人との主張の違いは確かに大きい。しかし、被告人は、捜査段階ですべてありのままに供述したことを強調しており、被害者殺害時の供述は生々しいものである。以上の被告人が認め、供述しているようなロープを力一杯引っ張った事実について、弁護人が法的評価、裁判所の認定として被告人に殺意なしとは到底言えない。他方、被告人は、上記事実は事実として、ロープを引く瞬間まで殺意は全くなく、後記のとおりロープを引いたのは極めて不本意なことであって、どうしようもなかったことから、自ら明確な殺意は終始持たなかったことを、心情として「殺意なし」と強調しているものである。被告人が、法的に、裁判所の評価として殺意ありと認定されることを強く否定しているとまで弁護人は思っておらず、殺意について、これを否定する被告人と認める弁護人との間に、乱暴な主張のようであるが、実質的には差異がないと思っている。

(被告人の殺意発生時期について) 被告人には、ロープを引っ張った瞬間まで全く殺意はなかった。被告人に、ら致当時殺意がなかったことは証拠上明らかである。被告人は、殺害現場に至る車中において、前部座席にいたAとB間のひそひそ話し等でBが殺意を抱くに至ったことについては後部座席にいて全く知らず、かつ、Aがけん銃を準備、持参していたことも全く知らなかった。また、殺害現場においても、被告人の捜査段階の供述から、被告人に殺意がなかったことは明らかである。Bの供述調書には、被告人が事前に殺害を知り、容認していたとみられるような供述があるが、同供述は、被告人の供述と対比すると、一部、不正確ないしいい加減と思われる部分がある。また、検察官の冒頭陳述は、被害者をら致した後、「被告人らはロープ1本を準備した」としているが、被告人がロープの準備に関与した証拠はない。

(殺人および死体遺棄の場所) 訴因変更後の「群馬県高崎市若しくはその周辺の山中又は同県群馬郡榛名町周辺の山中」については、警察が相当徹底的に捜索しても、被害者の遺体はおろか殺人等現場も発見、特定できていないのであるから、上記場所で証明が十分とは到底言えない。

(その他) 遺体が発見されておらず、殺害現場も特定されていないが、被害者の死亡について、弁護人には証拠上疑問がない。しかし、死因については、遺体が発見されておらず、被告人も引っ張ったロープにより絞殺されたのか、ロープの引っ張りではいまだ仮死状態ではなかったのかとの疑問はある。さらに、Bが発射したけん銃により白ワイシャツ姿の被害者が血染めになった、出血したとの供述がないことにも、疑問がある。仮に、ロープもけん銃も直接の死因ではなかったとしても、直後に仮死状態の被害者を山中のがけ下に放置したのであるから、被告人らの行為と被害者の死亡には疑問の余地のない因果関係がある。」

(4) 上記最終弁論に引き続き、被告人の最終意見陳述がなされたが、その中で、被告人は、殺人、死体遺棄の公訴事実を否認する点については明確には述べず、むしろ、「被害者には、自分でやっちゃったことですから、どんなことをしても一生重荷を背負って墓の中まで持っていかなきゃならないものだという

ふうになっています。誠に悪いことをしたと思っております。」などと述べ、弁護人の最終弁論に対する不服は述べていない。

(5) 第1審判決は、最終弁論の内容には、被告人の第6回公判期日以降の供述に関し裁判所に慎重な検討を求めるとする部分があり、これが第一次的な主張であると解されるとし、また、第7回公判期日の被告人質問で弁護人が被告人の言い分を引き出す質問を粘り強く行っている旨を指摘した上、弁護人の一連の訴訟活動、審理経過、被告人の第6回公判期日以降の供述に信用性がないことなどを総合考慮すれば、本件訴訟手続において、被告人の防御権あるいは弁護人選任権が侵害されたとまで評価できる事情はない旨を判示した。

2 所論は、本件最終弁論は、被告人の第6回公判期日以降の供述を前提とせず、第5回公判期日までの供述を前提として有罪の主張をするものであるのに、裁判所は、弁護人に更に弁論を尽くさせるなどせず、この主張を放置して結審しているから、第1審の訴訟手続は、被告人の防御権ないし弁護人選任権を侵害する違法なものである旨主張する。

そこで検討すると、なるほど、殺人、死体遺棄の公訴事実について全面的に否認する被告人の第6回公判期日以降の主張、供述と本件最終弁論の基調となる主張には大きな隔たりがみられる。しかし、弁護人は、被告人が捜査段階から被害者の頸部に巻かれたロープの一端を引っ張った旨を具体的、詳細に述べ、第1審公判の終盤に至るまでその供述を維持していたことなどの証拠関係、審理経過を踏まえた上で、その中で被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した主張をしたものとみることができると述べている。また、弁護人は、被告人が供述を翻した後の第7回公判期日の供述も信用性の高い部分を含むものであって、十分検討してもらいたい旨を述べたり、被害者の死体が発見されていないという本件の証拠関係に由来する事実認定上の問題点を指摘するなどしている。なお、被告人本人も、最終意見陳述の段階では、殺人、死体遺棄の公訴事実を否認する点について明確に述べないという態度を取っている上、本件最終弁論に対する不服を述べていない。

以上によれば、第1審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない。

よって、刑訴法414条、386条1項3号、181条1項ただし書、刑法21条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官上田豊三の補足意見がある。

裁判官上田豊三の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に賛成するものであるが、本件が、弁護人の訴訟活動の在り方という刑事訴訟の根幹に関わる問題を含むものであることなどにかんがみ、次のとおり意見を付加しておきたい。

刑事訴訟法が規定する弁護人の個々の訴訟行為の内容や、そこから導かれる訴訟上の役割、立場等からすれば、弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負うと解される。したがって、弁護人が、最終弁論において、被告人が無罪を主張するのに対して有罪の主張をしたり、被告人の主張に比してその刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、前記義務に違反し、被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するものとして、それ自体が違法とされ、あるいは、それ自体は違法とされなくともそのような主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得ることは否定し難いと思われる。

しかし、弁護人は、他方で、法律専門家（刑訴法31条1項）ないし裁判所の許可を受けた者（同条2項）として、真実発見を使命とする刑事裁判制度の一翼を担う立場をも有しているものである。また、何をもって被告人の利益とみなすかについては微妙な点もあり、この点についての判断は、第一次的に弁護人にゆだねられると解するのが相当である。さらに、最終弁論は、弁護人の意見表明の手続であって、その主張が、実体判断において裁判所を拘束する性質を有するものではない。

このような点を考慮すると、前記のような違法があるとされるのは、当該主張が、専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど、当事者主義の訴訟構造の下において検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合に限られると解するのが相当である。

本件最終弁論は、証拠関係、審理経過、弁論内容の全体等からみて、被告人の利益を実質的に図る意図があるものと認められ、弁護人の前記基本的立場と相いれないようなものではなく、前記のような違法がないことは明らかというべきである。

(裁判長裁判官 上田豊三 裁判官 濱田邦夫 裁判官 藤田宙靖 裁判官 堀籠幸男)



Copyright (C) 1999 TKC Corporation All Rights Reserved.

LEX / DBインターネットに関する知的所有権その他一切の権利は株式会社TKCおよび情報提供者に帰属します。

《全文》

【文献番号】 25540787

附件二

国家賠償請求控訴事件

(原審・東京地方裁判所平成24年(ワ)第28903号)
東京高等裁判所平成26年(ネ)第6249号
平成27年7月9日第2民事部判決
口頭弁論終結日 平成27年5月26日

判 決

当事者の表示 別紙当事者目録記載のとおり

主 文

- 1 一審被告の本件控訴に基づき、原判決のうち、一審被告敗訴部分を取り消す。
- 2 前項の取消部分に係る一審原告の請求を棄却する。
- 3 一審原告の本件控訴を棄却する。
- 4 訴訟費用は、第1, 2審とも一審原告の負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

1 一審原告

原判決を次のとおり変更する。

一審被告は、一審原告に対し、1000万円及びこれに対する平成24年3月30日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

2 一審被告

主文1項, 2項と同旨

第2 事案の概要

1 本件は、一審原告が、弁護士として東京拘置所に勾留中の被告人Aとの接見(本件接見)中、Aをデジタルカメラ(本件カメラ)で写真撮影した(本件撮影行為)ところ、東京拘置所職員から、写真撮影・録画(写真撮影等)を禁止され、Aとの接見を終了させられたことについて、これは、一審原告の接見交通権や弁護活動の自由を侵害するもので違法である、また、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(収容法)に違反し違法であると主張して、一審原告が、一審被告に対し、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料1000万円及びこれに対する違法行為の日である平成24年3月30日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

原審は、東京拘置所職員が一審原告とAとの接見を終了させた措置(本件措置)について、収容法117条が準用する113条1項及び2項の各要件をいずれも欠き、違法であるとして、一審原告の慰謝料請求について、10万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余を棄却した。

これに対し、一審原告及び一審被告の双方が控訴し、一審原告は、請求全額の認容を求め、一審被告は、原審で認容された部分の取消しと同取消部分に係る請求の棄却を求めた。

2 争いのない事実、争点及び争点に対する当事者の主張は、次の点を改め、当審における一審原告の主

張を後記3に付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要」の1及び2に記載のとおりであるから、これを引用する。

(原判決の補正)

(1) 原判決2頁25行目の「写真」を「写真の電磁的記録(以下「本件画像データ」という。)」に改める。

(2) 原判決2頁26行目から3頁1行目にかけての「東京拘置所職員はAを面会室から退室させ、接見は終了した」までを「東京拘置所職員は、写真撮影等を禁止するとともに、Aを面会室から退室させて、接見を終了させた(以下「本件措置」という。)」に改める。

(3) 原判決3頁3行目の「(定義は後述)」及び7行目の「(以下「本件措置」という。)」をいずれも削る。

(4) 原判決9頁15行目の「「接見」」の次に「に」を加える。

(5) 原判決13頁8行目の末尾に改行して、以下を加える。

「P1が、面会室に入り、一審原告との間で、カメラの持込みや写真撮影等の是非をめぐってしばらくやり取りをした行為も、制止行為ではなく、一審原告とAとの意思疎通を一時的に中断させたのであるから、面会の一時停止の措置を執ったものと認められる。」

3 当審における一審原告の主張

(1) 接見の概念について

刑訴法39条1項が接見交通権を規定しているのは、憲法34条の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている未決拘禁者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものである(最高裁平成11年3月24日大法廷判決・民集53巻3号514頁。以下「平成11年最高裁判決」という。)

面会室内で被疑者・被告人から取得する情報を記録化し、その記録を様々な不服申立ての資料にしたり、公判での証拠としたりすることも、弁護人の重要な任務である。弁護人の提供する援助とは、単なる助言にとどまらない様々な活動を包含する。弁護人が、面会室内での被疑者・被告人に対する助言や記録化といった様々な活動をする機会が保障されなければ、弁護人依頼権が実質的に保障されたとはいえない。したがって、接見とは、単なる意思疎通にとどまらない、意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションと定義することがふさわしい。平成11年最高裁判決が弁護人等と相談し、その助言を受ける「など」としているのも、弁護人が提供する援助には単なる助言にとどまらない様々な活動が包含されていることを示唆している。

ところが、原判決は、弁護人の援助を受ける機会の確保を意思疎通の確保であると限定的に解釈しており、根本的な誤りがある。

(2) 証拠保全として行われた写真撮影等も接見に含まれること

原判決は、専ら証拠保全として行われた本件撮影行為は、「接見」に含まれると解することはできないとする。

しかし、「接見」に際して弁護人が提供する「援助」には、必要な情報を証拠として保全することも含まれる。そして、証拠保全とは、将来証拠とするために情報を正確に記録化する行為であって、メモなどと同じく、情報の正確な記録化である点に変わりはない。備忘のためなのか証拠保全のためなのかという目的の違いがあるにすぎない。その目的は多くの場合併存しており、弁護活動を行う上で、備忘目的の行為と証拠保全目的の行為を区別することは不可能なのである。同じ情報の記録化という行為が、備忘目的であるうちは許されるが、証拠保全目的であると許されないとする理屈になり得るはずがない。専ら証拠保全目的で作成するメモも許されないということになってしまう。

写真撮影等は、情報の記録化のための行為である以上、証拠保全の目的で行われたとしても、「接見」に含まれる。

第3 当裁判所の判断

1 当裁判所は、原判決と異なり、一審原告の請求は理由がないから、これを棄却すべきであると判断する。その理由は、以下のとおりである。

2 認定事実（前記争いのない事実，後掲各証拠及び弁論の全趣旨により認められる事実）は，次のとおり改めるほかは，原判決の「事実及び理由」欄の「第3 争点に対する判断」の1に記載のとおりであるから，これを引用する。

（1）原判決17頁9行目から11行目にかけての「（以下「本件写真」といい，その電磁的記録である画像データを「本件画像データ」という。）」までを削る。

（2）原判決18頁4行目の「原告が」から5行目の「報告したところ」までを「一審原告が本件画像データを消去しなかったり，更に写真撮影等を行う意向を示したりした場合には，面会を終了させる必要がある旨報告したところ」に改める。

（3）原判決18頁25行目の「P1は」から19頁1行目の「消去しなかった」までを「その後も，数回にわたり，P1が一審原告に本件画像データの消去を求めたが，一審原告はこれを拒否し続けた。P1は，本件画像データを消去しないのであれば接見を終了させる旨述べたが，一審原告は，本件画像データの消去を拒否し，接見妨害である旨答えた。また，P1が，一審原告に対し，写真撮影等を行う意思があるのか否かを確認したところ，一審原告は，必要に応じて写真撮影等を行う旨答えた」に改める。

（4）原判決19頁18行目の「本件写真」を「本件撮影行為による写真」に改める。

3 争点1（本件措置の違法性）

（1）写真撮影等の禁止と接見交通権の侵害の有無について

一審原告は，写真撮影等が刑訴法39条1項の「接見」に含まれることを前提として，接見の際の写真撮影等を禁止することは，接見交通権を侵害し違法である旨主張するので，これについて検討する。

ア 憲法34条前段の規定は，単に形式的に被告人が弁護人を選任することができること，あるいは弁護人の選任を捜査機関が実質的に妨げてはならないというにとどまるものではなく，被告人に対し，弁護人を選任した上で，弁護人と面会して相談し，その助言を受けるなど弁護人からの十分な援助を受ける機会を持つことを保障しているものと解すべきである。刑訴法39条1項が，「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の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては，31条2項の許可があった後に限る。）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。」として，被告人と弁護人又は弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）との接見交通権を規定しているのは，憲法34条の上記の趣旨にのっとり，被告人が弁護人等と相談し，その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり，その意味で，憲法の保障に由来するものであるといえることができる（平成11年最高裁判決参照。）。

しかしながら，刑訴法39条1項の「接見」という文言は一般的には「面会」と同義に解されること，「接見」と「書類若しくは物の授受」が区別されていること，同規定が制定された昭和23年7月10日当時，カメラやビデオ等の撮影機器は普及しておらず，弁護人等が被告人を写真撮影したり，動画撮影したりすることは想定されていなかったことなどからすれば，同項の「接見」とは，被告人が弁護人等と面会して，相談し，その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り，援助を受けることをいうものであって，被告人が弁護人等により写真撮影やビデオ撮影されたり，弁護人が面会時の様子や結果を音声や画像等に記録化することは本来には含まれないものと解される。

これに対し，一審原告は，写真撮影等が刑訴法39条1項の「接見」に含まれる根拠として，弁護人が，面会室内での被疑者・被告人に対する助言や記録化といった様々な活動をする機会が保障されなければ，弁護人依頼権が実質的に保障されたとはいえないから，刑訴法39条1項の「接見」とは，単なる意思疎通にとどまらない，意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションであると解すべきであり，平成11年最高裁判決が弁護人等と相談し，その助言を受ける「など」と判示していることとも適合する旨主張する。

しかし，平成11年最高裁判決は，刑訴法39条1項の被告人と弁護人等の接見交通権について，憲法34条の趣旨にのっとり，被告人が弁護人等と相談し，その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり，その意味で，憲法の保障に由来するものであるといえることができると説示するものの，それ以上に「接見」の定義を明らかにしたのではなく，その判示自体から

しても、「接見」の意義を一審原告が主張する「意思疎通及び情報発信・取得してのコミュニケーションをいう」と解しているということとはできない。また、刑訴法39条1項が、接見交通権の方法としては、「接見」、「文書若しくは物の授受」と区別して規定するところ、一審原告の主張するように「接見」の意義を解するとした場合には、「文書若しくは物の授受」自体も「接見」に含まれ得ることになるから、同条項の規定の仕方とそぐわない。

したがって、一審原告の上記主張は採用することができない。

イ また、一審原告は、写真撮影等が、メモと同じく、情報の記録化のための行為である以上、刑訴法39条1項の「接見」に含まれる旨主張する。

しかし、情報の記録化のための行為であれば、当然に「接見」に含まれると解することはできない。

もっとも、弁護人が被疑者・被告人との接見（面会）の接見内容を備忘のために残すことは、その後の円滑な弁護活動のために必要なことが多いから、メモのように弁護人の接見交通権の保障の範囲内として認められるべきものもあるといえる。しかしながら、上記のとおり、情報の記録化のための行為であれば、当然には接見の内容に含まれるものではないから、メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かは、記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮して検討されるべきものである。

本件において、一審原告は、本件撮影行為の意義として、「Aの心身の状態を理由とする勾留執行停止の申請、責任能力の主張立証、情状事実の主張立証等の弁護活動に向けて」接見室内でAの容貌姿態の撮影を行っている、本件撮影行為は、接見室内における弁護人と「被疑者・被告人」との間の「意思疎通及び情報発信・取得」としてのコミュニケーションであり、憲法で保障された弁護活動の自由が及ぶ弁護活動そのものであると主張するものであるが、写真撮影等が弁護活動に必要なコミュニケーションとして保障されるものではないことは前説示のとおりである。また、本件撮影行為がAとの面会の内容を備忘するために行われたのでもなく、証拠保全として行われたのもであると認めることができるところ、上記のような接見交通権が規定された趣旨に鑑みれば、将来公判等において使用すべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全の目的は、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえず、この様に解したとしても、一審原告としては、刑訴法179条に定める証拠保全を行えば足りるのであり、弁護活動を不当に制約することにはならない。

したがって、一審原告の上記主張は採用することができない。

ウ よって、写真撮影等が刑訴法39条1項の「接見」に含まれることを前提とする一審原告の上記主張は採用することができない。

そうすると、東京拘置所において、面会室内に許可なくカメラを持ち込むことや使用することを禁止し、面会室の壁面等にその旨掲示していること（前記認定事実（1）イ）、当該掲示の内容を認識しながら（前記認定事実（5）ア）、東京拘置所の許可を得ることなく本件カメラを面会室内に持ち込んだ上で本件撮影行為に及んだ一審原告に対し、これは東京拘置所において定められた遵守事項に違反する行為であるとして、写真撮影等の続行を禁止するとともに、その違反状態の回復（本件画像データの消去）を求めた行為が、接見交通権を侵害するとの一審原告の主張は採用することができない。

（2）本件措置と弁護活動の侵害の有無について

ア 一審原告は、刑訴法39条1項で絶対的に保障された接見交通権を制限し得るのは、同条2項の「法令」による場合に限られるところ、面会室内における写真撮影等を制約する法令はない、本件措置は、法律上の根拠なく一審原告の弁護活動の自由を侵害するものであり違法である旨主張する。

しかし、写真撮影等が、刑訴法39条1項の「接見」に含まれず、同項の接見交通権により保障されるものではないことは、上記（1）のとおりである。そして、収容法117条、113条は、被告人と弁護人等の接見について、被告人と弁護人等の接見交通権を踏まえ、同条1項2号の不適切な内容の発言がされる場合等を除外し、同項1号口の刑事施設の規律及び秩序を害する行為（規律等侵害行為）をする場合に限定して、その行為を制止し、又は面会を一時停止させ、次いで、面会の終了の措置を執ることができる旨規定していること（同法117条、113条1項及び2項）から、被告人又は弁護人等が規律等侵害行為をする場合に、面会の一時停止や終了の措置を執ることは、法令に基づく措置であって、違法に接見

交通権や弁護活動を侵害するものということとはできない。なお、同法117条、113条1項及び2項は、未決拘禁者の逃亡のおそれ、罪証隠滅のおそれ、その他の刑事施設の設置目的に反するおそれといった要件を規定することなく、規律等侵害行為があれば、その行為の制止、面会の一時停止、面会の終了の措置を執ることができる旨規定しているところ、これは、規律等侵害行為が認められる場合には、刑事施設の規律秩序を維持するための措置を執る必要があるため、規律等侵害行為の他には、上記のような逃亡のおそれ等の要件を要求しないとしたことに基づくものと解される。

ところで、国有財産法5条は、各省各庁の長は、その所管に属する行政財産を管理しなければならないと規定し、同法9条1項は、各省各庁の長は、その所管に属する国有財産に関する事務の一部を、部局等の長に分掌させることができると規定するが、これは、庁舎の管理者が庁舎をその本来の目的が達成できるようにするための庁舎管理権を認めたものである。そして、庁舎内において自由に写真撮影等が行われる場合には、庁舎内の秩序が乱れ、警備保安上の支障をもたらすおそれがあるから、庁舎内の秩序を維持し、安全を確保するため、庁舎管理権に基づき、庁舎内における写真撮影等を禁止することができるものと解される。

そして、東京拘置所長は、庁舎管理権に基づき、面会室内へのカメラの持込みや面会室内での写真撮影等を禁止し、これを掲示していたことが認められる（前記認定事実（1）、弁論の全趣旨）。しかるに、一審原告は、上記掲示の内容を認識しながら、あえて本件カメラを面会室内に持込み、本件撮影行為に及び、東京拘置所職員から、数回にわたり、本件画像データを消去するように求められたのに、これを拒否し続け、更に写真撮影等を行う意向がある旨を表明したというのであるから、このような一審原告の行為は、収容法113条1項1号口の規律等侵害行為に該当するものと認められる。

そうすると、本件措置は、一審原告の規律等侵害行為が認められたために執られたものであるから、一審原告の弁護活動を侵害し違法であるということとはできない。

イ これに対し、一審原告は、原審における尋問及び陳述書（甲16）において、P1から、写真撮影等をする意向があるかを確認されたことはない旨供述する。

しかし、一審原告の上記供述は、一審原告が、東京拘置所職員により、本件画像データの消去を求められたことだけではなく、当日の写真撮影等を「中止」させられたと主張していること（訴状11頁）と符合しない。一審原告の対応姿勢からすればAとの面会を再開すれば写真撮影等を再び行う可能性があったものというべきであり、P1が写真撮影等を再び行う意向があるかを尋ねることは自然であって、原審における証人P1の尋問の結果及び陳述書（乙15）並びに一審原告の上記主張によれば、一審原告の上記供述は採用することができないから、上記2（3）のとおり、P1が、一審原告に対し、写真撮影等を行う意思があるのか否か確認したところ、一審原告は、必要に応じて写真撮影等を行う旨答えたものと認められる。

また、一審原告は、接見交通権を制限できるのは、法令の根拠がある場合に限られ、庁舎管理権という一般的権限は法令とはいえないと主張する。

しかし、上記のとおり、一審原告の規律等侵害行為が認められたため、収容法117条、113条に基づき、本件措置が執られたものである。

したがって、一審原告の上記主張は採用することができない。

4 争点2（手続違反の有無）について

（1）一時停止措置の不存在について

ア 収容法は、面会の一時停止の措置が執られた場合において、面会を継続させることが相当でないと認めるときに面会の終了の措置を執ることができる旨規定するところ（収容法117条、113条2項）、一審原告は、面会の一時停止の措置が執られることなく面会を終了させられたから、本件措置は、同法117条、113条2項に違反する旨主張する。

イ 収容法は、未決拘禁者又は弁護人が、規律等侵害行為を行っている場合、その行為の制止、面会の一時停止の措置を執ることができる旨規定しているところ（同法117条、113条1項）、制止とは、当該行為を行わないよう求める行為をいい、一時停止とは未決拘禁者と弁護人との面会を暫定的に中断させる行為をいうものと解される。なお、同法113条1項において、面会の一時停止のため、面会の場所か

らの退出を命じ、その他必要な措置を執ることができると規定されているのは、面会の一時停止の方法を例示したものにすぎず、面会の一時停止を面会の当事者が自由に面会を再開することができない状態にする行為をいうものとは解されない。

前記認定事実によれば、Aと一審原告との本件接見中、東京拘置所職員のP2が、面会室に入り、一審原告に対し、カメラを持ち込んでいるか否か、Aを撮影したか否かを確認し、本件画像データを消去するよう求め、一審原告は、カメラの持込みを禁止する旨の掲示があるのは知っているが、同意していないとして、本件画像データの消去には応じないと回答し、その後、P2から連絡を受けた同職員のP1が、面会室に入り、一審原告に対し、カメラを持ち込んでいるか否か、Aを撮影したか否かを確認し、本件画像データの消去を求め、一審原告がこれを拒否するやり取りが数回にわたり行われるなどしたこと（前記認定事実（5）ア、ウ）が認められるから、このようなP2及びP1と一審原告とのやり取りの間、Aと一審原告との面会が暫定的に中断されたものであることは明らかである。そうすると、P2及びP1が面会室に入って一審原告に本件画像データの消去を求めるなどした行為は、制止の範囲を超え、同法113条1項所定の面会の一時停止に当たるといふべきである。

ウ したがって、面会の一時停止措置が執られることなく面会を終了させられたという一審原告の上記主張は採用することができない。

（2）刑事施設の長による判断の不存在について

ア 収容法117条、113条2項は、刑事施設の長は、前項の規定により面会の一時停止の措置が執られた場合において、面会を継続させることが相当でないとき、面会の終了の措置を執ることができる旨規定するところ、刑事施設の長が不在あるいは連絡がつかない場合にも、規律等侵害行為等について適切に対処する必要があり、上記規定の文言上も事前の包括的な指示は禁止されていないことから、刑事施設の長が、事前に、当該施設の職員に対し、規律等侵害行為がされた場合、面会の終了の措置を執るよう指示することも許容されていると解される。

イ 前記認定事実及び後掲各証拠によれば、平成19年通達は、カメラ、ビデオカメラ等の使用を禁止する旨を定め、これを受けて、東京拘置所は、面会に係る待合室の壁面に、面会室内へのカメラ等の持込み及び使用を禁止する、持込み等を発見した場合、面会を一時停止することも旨を掲示し、東京拘置所長が、平成24年3月21日付けで、面会室内において写真撮影した弁護士につき、弁護士会に対し、懲戒請求を行い（乙24の1・2）、職員に対し、面会室内にカメラを持ち込んだり、写真撮影等を行ったりする行為を認識した場合には、同所長が不在の際には、幹部職員に報告の上、当該行為の制止に応じないなど面会を継続させることが相当ではないときには、面会を終了させる措置を執る旨の方針を伝えていたこと（乙27、乙28）が認められる。

そして、P1は、直属の上司である首席矯正処遇官に対し、一審原告が本件画像データを消去しなかったり、更に写真撮影等をする意向を示したりした場合には面会を終了させる必要がある旨報告して了承を得た後、東京拘置所長が不在であり連絡を直ちに取ることができなかつたため、面会室に向かい、Aと一審原告との面会を一時停止させた後、一審原告が本件画像データの消去を拒否し、写真撮影等を行う意向がある旨を表明したことから、本件接見を終了させる本件措置を執り、その後、東京拘置所長に報告し、了承を得たこと（前記認定事実（5）イ、ウ、（6））が認められる。

このような本件措置に至る経緯によれば、東京拘置所長は、職員に対し、カメラの持込み、写真撮影等の行為について、制止に応じないなど面会を継続させることが相当ではないときには、面会の終了の措置を執るよう指示していたものであり、P1は、上記指示の下、本件画像データの消去を求め、一審原告がこれに応じず、更に写真撮影等を行う意向を表明し、写真撮影等を行わないで面会を行うことはうかがわれなかつたため、本件接見を終了させざるを得ないとして本件措置を執つたのであるから、本件措置は、収容法117条、113条2項の刑事施設の長の判断に基づくものといふべきである。

ウ したがって、刑事施設の長の判断の不存在により、本件措置が違法である旨の一審原告の主張は採用することができない。

5 以上によれば、一審原告の請求は理由がないからこれを棄却すべきである。

よって、一審被告の本件控訴に基づき、原判決のうち、一審被告敗訴部分を取消し、同取消部分に係る

一審原告の請求を棄却し、一審原告の本件控訴を棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第2民事部

裁判長裁判官 柴田寛之 裁判官 古閑裕二 裁判官 矢作泰幸

別紙 当事者目録

控訴人兼被控訴人（一審原告） P 3

同訴訟代理人弁護士 前田裕司

同 高橋俊彦

同 山本彰宏

同 布川佳正

同 賛田健二郎

同 児玉晃一

同 山本衛

同 小川弘義

控訴人兼被控訴人（一審被告） 国

同代表者法務大臣 P 4

同指定代理人 P 5 外5名

以上

《全文》

【文献番号】 25548250

附件三

損害賠償請求控訴事件

大阪高等裁判所平成28年（ネ）第477号

平成29年12月1日第1民事部判決

（原審・大阪地方裁判所平成25年（ワ）第12789号）

口頭弁論終結日 平成29年5月26日

判 決

控訴人 P1（以下「控訴人P1」という。）

同訴訟代理人弁護士 安田好弘

同 大堀晃生

控訴人 P2（以下「控訴人P2」という。）

控訴人 P3（以下「控訴人P3」という。）

控訴人 P4（以下「控訴人P4」という。）

控訴人 P5（以下「控訴人P5」という。）

上記4名訴訟代理人弁護士 植田豊

同 荒木晋之介

同 大堀晃生

被控訴人 国

同代表者法務大臣 P6

同指定代理人 P7 外18名

主 文

1 原判決を次のとおり変更する。

（1）被控訴人は、控訴人P2に対し、31万7540円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

（2）被控訴人は、控訴人P1、控訴人P3、控訴人P4及び控訴人P5に対し、それぞれ18万円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

（3）控訴人らのその余の請求をいずれも棄却する。

2 訴訟費用は、第1、2審を通じ、控訴人P2に生じた費用と被控訴人に生じた費用の5分の1を6分し、その5を控訴人P2の、その余を被控訴人の負担とし、控訴人P1に生じた費用と被控訴人に生じた費用の5分の1を10分し、その9を控訴人P1の、その余を被控訴人の負担とし、控訴人P3に生じた費用と被控訴人に生じた費用の5分の1を10分し、その9を控訴人P3の、その余を被控訴人の負担とし、控訴人P4に生じた費用と被控訴人に生じた費用の5分の1を10分し、その9を控訴人P4の、その余を被控訴人の負担とし、控訴人P5に生じた費用と被控訴人に生じた費用の5分の1を10分し、その9を控訴人P5の負担とし、その余を被控訴人の負担とする。

事実及び理由

第1 控訴の趣旨

1 原判決を次のとおり変更する。

被控訴人は、控訴人らに対し、それぞれ200万円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

2 訴訟費用は、第1、2審とも、被控訴人の負担とする。

3 仮執行宣言

第2 事案の概要

1 事案の要旨

本件は、いわゆる和歌山カレー毒物混入事件において死刑判決を言い渡され、死刑確定者として大阪拘置所に収容されている控訴人P1並びにその再審請求のために選任された弁護人（以下「再審請求弁護人」という。）である控訴人P2、同P3、同P4及び同P5（上記控訴人4名を、以下「控訴人P2ら」という。）が、大阪拘置所長に対し、控訴人P2らが大阪拘置所において控訴人P1と面会する際に、120分の面会を認めること、同拘置所職員（以下「職員」ということがある。）の立会いのない面会を認めること、パソコンの使用を認めることを要請したにもかかわらず、同拘置所長が面会時間を60分に制限したこと、職員の立会いのない面会を許さなかったこと、パソコンの使用を認めなかったことが違法であると主張し、被控訴人に対し、国家賠償法1条1項に基づき、それぞれ損害賠償金200万円及びこれに対する違法行為の日である平成24年8月29日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案である。

原審は、職員の立会いのない面会を許さなかった点についてのみ違法と認め、控訴人P1の請求について、損害賠償金11万円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で、控訴人P2らの各請求について、各損害賠償金5万5000円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度でそれぞれ認容し、その余の請求をいずれも棄却した。

控訴人らは、原判決中、それぞれその敗訴部分を不服として控訴した。

2 前提事実

次の事実は、当事者間に争いがなく、又は証拠（後掲のもの）及び弁論の全趣旨により認めることができる。

（1）ア 控訴人P1は、平成14年12月11日、和歌山地方裁判所において、殺人、殺人未遂及び詐欺事件の被告人として、死刑判決の言渡しを受けた。

控訴人P1は、これを不服として控訴し、同月26日、丸の内拘置支所から大阪拘置所に移送され、平成17年6月28日、大阪高等裁判所において、控訴棄却の判決言渡しを受けた。

控訴人P1は、これを不服として上告したが、平成21年4月21日、上告棄却の判決を受け、同年5月19日に上記死刑判決は確定した。控訴人P1は、同年6月3日以降、死刑確定者として大阪拘置所に収容されている。

控訴人P1は、同年7月22日、和歌山地方裁判所に再審請求をした（以下「本件再審請求事件」という。）。

イ 控訴人P2らは、いずれも弁護士であり、平成21年5月20日、控訴人P1から、上記再審請求の弁護人に選任された。（乙4）

（2）控訴人P2らは、平成24年8月28日、「要請書」と題する書面（甲1。以下「本件要請書」という。）をもって、大阪拘置所長に対し、同月29日午前10時から控訴人P1との面会をする予定であり、面会については、〔1〕120分の面会を認めること、〔2〕拘置所職員の立会いのない面会（以下「秘密面会」という。）を認めること、及び〔3〕面会時にパソコンの使用を認めることを要請した。

（3）控訴人P2らは、同月29日午前10時前、大阪拘置所において控訴人P1との面会を申し入れた。その際、控訴人P2らは、大阪拘置所職員に対し、PDF形式のファイルに変換した証拠をパソコン画面に表示し、その利用方法を説明するとともに、面会終了後に上記パソコンを確認してもらっても構わないこと、上記パソコン内の訴訟記録、事件記録等を書類で持ち込むことはおよそ不可能であること、パソコ

ンの録音機能や通信機能はいずれも使用しないことを説明した。また、当日の面会の目的は、真犯人は誰かという重要かつ秘密を要する事項であること、真犯人が控訴人P1の関係者や身内であることも否定できないことを説明し、秘密面会を求めた。

(4) 大阪拘置所長は、職員を通じて、控訴人P2らの前記要請に対し、〔1〕面会時間は60分に制限する(以下「本件措置1」という。)、〔2〕拘置所職員の立会いのない面会(秘密面会)は許さない(以下「本件措置2」という。)、〔3〕面会時のパソコンの使用は認めない(以下「本件措置3」という。)旨回答した。

控訴人P2らは、上記回答の内容では、本来の面会目的を達することはできないとして、同日に控訴人P1と面会することを取りやめた。(甲4, 乙10, 11)

3 関係法令の定めは、原判決5頁9行目の「刑事収容法」を「刑事収容施設法」に、6頁15行目の「処遇規則」を「規則」にそれぞれ改めるほか(以下、原判決の「刑事収容法」を「刑事収容施設法」に、「処遇規則」を「規則」にそれぞれ改める。)、5頁9行目から6頁21行目までのとおりであるから、これを引用する。

4 争点及び争点に関する当事者の主張

(1) 大阪拘置所長が秘密面会を許さないとした本件措置2は国家賠償法上違法であるか
(控訴人らの主張)

ア 後記イのとおり補正するほか、原判決8頁13行目から9頁12行目までのとおりであるから、これを引用する。

イ 原判決の補正

(ア) 原判決9頁5行目の次に、改行の上、次のとおり加える。

「最高裁平成24年(受)第1311号同25年12月10日第三小法廷判決・民集67巻9号1761頁(以下「平成25年最高裁判決」という。)は、「死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に向けた打合せをするために秘密面会の申出をした場合に、これを許さない刑事施設の長の措置は、秘密面会により刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認められ、又は死刑確定者の面会についての意向を踏まえその心情の安定を把握する必要性が高いと認められるなど特段の事情がない限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して死刑確定者の秘密面会をする利益を侵害するだけでなく、再審請求弁護人の固有の秘密面会をする利益も侵害するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となる」と判示した。」

(イ) 原判決9頁9行目末尾の次に「そもそも、死刑確定者と再審請求弁護人との面会により心情の安定が害されるということは考えられない。したがって、控訴人P1の心情の安定を把握する必要性が高いと認められる特段の事情があったとはいえない。」を加える。

(被控訴人の主張)

ア 死刑確定者は、確定した有罪判決の効力により拘禁され、死刑の執行のために必然的に付随する手続として一般社会とは嚴重に隔絶してその身柄を確保されるべき者として収容されているから、被告人又は被疑者とは全く異なる地位にあり、再審請求をする死刑確定者に刑訴法39条1項は適用されないし、その類推適用又は準用がされることもない。

イ 大阪拘置所長は、平成23年3月24日の面接調査による分析並びに同年7月12日及び平成24年3月22日に実施した職権面接での控訴人P1の言動等から、本件面会時において控訴人P1の精神状態は不安定であり、面会の場における面会人との会話の状況など控訴人P1の動静やそれが死刑確定者である控訴人P1の心情に及ぼす影響を把握する必要性が高いと考え、本件措置2を講じたものである。

上記のとおり、当時、控訴人P1の心情の安定を把握する必要性が高いと認められる特段の事情があったといえるから、大阪拘置所長が秘密面会を許さないとした本件措置2について、裁量権の逸脱又は濫用はない。

(2) 大阪拘置所長が面会時間を60分に制限した本件措置1は国家賠償法上違法であるか
(控訴人らの主張)

ア 後記イのとおり補正し、後記ウのとおり当審における控訴人らの補充主張を付加するほか、原判決6

頁26行目から7頁19行目までのとおりであるから、これを引用する。

イ 原判決の補正

原判決7頁19行目の次に、改行の上、次のとおり加える。

「ウ 死刑確定者と再審請求弁護人との面会に職員を立ち合わせるから時間制限が必要になるのであって、そもそも、面会に職員を立ち合わせなければ、時間制限をする必要はなかった。したがって、本件措置1は、不必要かつ不合理な時間制限である。」

ウ 当審における控訴人らの補充主張

(ア) 現在、大阪拘置所において行われている面会実務では、未決拘禁者（刑事施設において身体の拘束を受けている被疑者・被告人。以下同じ。）と弁護人との接見については、業務時間中であれば、接見時間について制限はない。

現在、大阪拘置所には、19名の死刑確定者が拘置されている。これは、全収容者の1%程度である。上記死刑確定者が、全て再審請求をして再審請求弁護人との秘密面会を希望したとしても、未決拘禁者と同様の時間制限のない秘密面会を認めることによって面会業務に支障を生ずるとは、到底考えられない。

(イ) 120分の秘密面会を認めることについて、平成25年最高裁判決にいう「刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれ」があるとはいえない。

問題となるのは、120分の秘密面会を認めることにつき、大阪拘置所の規律及び秩序を害する具体的危険性があったかどうかであるが、被控訴人は、上記具体的危険性があったことについて、主張立証をしていない。

したがって、上記具体的危険性があったとはいえないから、控訴人P2らと控訴人P1との面会時間を60分に制限した本件措置1は、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものであり、国家賠償法1条1項の適用上違法である。

(被控訴人の主張)

ア 死刑確定者は、前記のとおり、未決拘禁者とは全く異なる地位にあり、再審請求をする死刑確定者に刑法39条1項は適用されないし、その類推適用又は準用がされることもない。

イ (ア) 刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関し、法務省令で定めるところにより、面会の時間その他面会の態様等について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をすることができる（刑事収容施設法114条1項を準用する同法122条）。

そして、規則73条は、刑事施設の長は、死刑確定者の面会の時間について制限をするときは、その時間は、原則として30分を下回ってはならないとしつつ、多数の未決拘禁者を収容している刑事施設では、未決拘禁者との面会の申出が一般的に多数に及ぶために、面会の時間を相当制限せざるを得ない場合があるから、被収容者との面会の申出が極めて多数に及ぶなど、やむを得ないと認められるときには、面会の時間を5分を下回らない範囲内で、30分未満に制限することができるものとしている（同条ただし書）。

このように、面会の時間の制限が許されているのは、面会を行わせるためには、面会室などの整備や、被収容者の連行などに従事する拘置所職員の配置が必要であるところ、刑事施設の人的物的能力には限界があることに基づく、管理運営上の理由によるものである。

そして、刑事施設の長は、面会を希望する全ての被収容者に対し、面会の機会を公平かつ平等に確保することも要請されている。

そうすると、刑事施設の長は、刑事施設の管理運営上必要があれば、面会の時間を制限する裁量が付与されているといえるから、その裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合にはじめて職務上の法的義務に違反したというべきである。

(イ) 本件措置1につき裁量権の範囲の逸脱又は濫用は認められないこと

a 死刑確定者処遇規程（大阪拘置所長が平成22年2月22日付け達示第3号「『死刑確定者処遇規程』の制定について」（乙3）により定めたもの）21条3項は、死刑確定者と再審請求弁護人が面会する場合の時間をおおむね30分以内とすることを定めている。

大阪拘置所における一般面会（拘置所職員の立会いのある面会）用の面会室は12室であるが、立会職

員の態勢を確保するため、同時に最大で8室を使用することとしている。また、面会の時間は午前8時30分から午後零時まで及び午後1時から午後4時までの合計6時間30分である。そして、大阪拘置所は、平成24年当時、1日平均で約1388名の被収容者を収容しており、1日当たりの一般面会の申出件数は平均約183件であった。

そうすると、大阪拘置所における一般面会1件当たりに割り当てられる時間は、平均約17分となる。仮に面会時間を無制限とした場合、面会時間が17分以上となることも想定されるところであり、面会時間の制限をしなければ、大阪拘置所の全ての被収容者に対し、面会の機会を公平かつ平等に付与することが困難となる。(乙12)

したがって、大阪拘置所長が、このような事態を防止するとともに、死刑確定者が再審請求弁護人からの援助を受ける機会を実質的に保障するために、上記21条3項において、死刑確定者と再審請求弁護人が面会する場合の時間をおおむね30分以内とすることを定めていることは、必要かつ合理的なものである。

b そして、大阪拘置所長は、事前に本件要請書(甲1)が提出されていたことによつて、控訴人P2らが控訴人P1と面会する目的が再審請求に関する打合せであることが明らかにされていたことや、従前から、再審請求弁護人との面会時間は60分程度まで伸長する配慮を行っていた経緯も踏まえ、控訴人P1に対し再審請求弁護人からの援助を受ける機会を実質的に保障するとともに、他の被収容者の面会の機会を公平かつ平等に保障する観点から、60分程度まで面会時間を認めることとした。(乙10)

そうすると、大阪拘置所長が、控訴人P2らと控訴人P1との面会の時間を60分に制限することは、刑事施設の管理運営上、必要かつ合理的な制限というべきである。

c これに対し、控訴人らは、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に職員を立ち合わせるから時間制限が必要になるのであつて、そもそも、面会に職員を立ち合わせなければ、時間制限をする必要がなかったとして、本件措置1が無用な時間制限を付したものである旨主張する。

しかし、大阪拘置所では、平成25年最高裁判決を受けて大阪拘置所首席矯正処遇官が発出した平成26年2月21日付け指示第18号「死刑確定者と再審請求弁護人との面会の実施要領について」(乙16)に基づき、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に職員を立ち合わせない場合でも、不測の事態に即応できるよう、面会の実施中、PHSを携帯させた職員1名を、当該死刑確定者が面会を実施している面会室前の廊下に待機させ、当該死刑確定者が大声を発するなどすれば、直ちにPHSで面会主任にその旨報告させ、面会主任とともに、当該死刑確定者を一時退室させ、面会を停止することができるようにしている。

このような本件措置1の後に言い渡された平成25年最高裁判決を踏まえた対応からも明らかなおろ、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に職員を立ち合わせない場合であっても、不測の事態に備えて面会室の外に職員を配置する必要があることは当然である上、その面会の間、面会室の一室が使用され続けるのであるから、人的物的能力の限界に基づく時間制限をする必要性及び合理性があることに変わりはない。(乙17)

よつて、控訴人らの上記主張は失当である。

d したがつて、大阪拘置所長が面会時間を60分に制限した本件措置1について、裁量権の範囲の逸脱又は濫用は認められず、職務上の法的義務に違反するとはいえないから、本件措置1は、国家賠償法1条1項の適用上違法とはいえない。

(3) 大阪拘置所長が面会時のパソコンの使用を認めないとした本件措置3は国家賠償法上違法であるか(控訴人らの主張)

ア (ア) 刑訴法39条1項が適用、類推適用又は準用されること

未決拘禁者と弁護人との接見交通権を保障する刑訴法39条1項は、死刑確定者と再審請求弁護人との再審請求に関する打合せをするための面会に、適用、類推適用又は準用される。

(イ) 仮に、刑訴法39条1項は死刑確定者と再審請求弁護人との再審請求に関する打合せをするための面会に適用、類推適用又は準用されるものではないとする見解(以下「刑訴法39条1項の準用を否定する見解」という。)に立つとしても、「〔1〕死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護人か

ら援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、刑事収容施設法121条ただし書にいう「正当な利益」として、再審請求弁護人と秘密面会をする利益を有する。〔2〕上記の秘密面会の利益が保護されることは、面会の相手方である再審請求弁護人にとってもその十分な活動を保障するために不可欠なものであって、死刑確定者の弁護人による弁護権の行使においても重要なものである。秘密面会の利益は、再審請求弁護人からいえばその固有の利益である。〔3〕秘密面会の利益が、死刑確定者だけではなく、再審請求弁護人にとっても重要なものであることからすれば、刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関する許否の権限を行使するに当たり、その規律及び秩序の維持等の観点からその権限を適切に行使するとともに、死刑確定者と再審請求弁護人との秘密面会の利益をも十分に尊重しなければならない。」というべきである（平成25年最高裁判決）。

そうすると、死刑確定者及び再審請求弁護人が、その秘密面会において、刑訴法39条1項の秘密交通権として保障される行為をすることにより得る利益は、上記の平成25年最高裁判決の趣旨に沿って保護されるべきである。

イ パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることは、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれること

（ア）刑訴法39条1項により保障される秘密交通権には、接見そのものと密接不可分な行為が含まれると解される。

そして、憲法34条及び刑訴法39条1項の趣旨から、弁護人と未決拘禁者が、接見時に、書類、写真その他の物（以下「書類等」という。）を閲覧しながら打合せをすることは、当然、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれると解されている。

現在、弁護人が、未決拘禁者との接見時に、パソコンに保存された電子データを文字、符号又は図形（これらを、以下「文字等」という。）としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをする必要のある刑事事件が存在する。秘密交通権により保障されている打合せを行う方法として、弁護人が、未決拘禁者との接見時に、パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せ（以下「パソコン画面を閲覧しながらの打合せ」ということがある。）をすることは、上記の書類等を閲覧しながら打合せをすることと何ら変わりはないのであり、秘密交通権として、当然、保障されると解すべきである。

仮に、拘置所長が、弁護人と未決拘禁者との接見を認めるに当たって、弁護人が証拠書類等を接見室に持ち込むことを禁止し弁護人において未決拘禁者と証拠書類等を閲覧しながら打合せをすることができなくなった場合、それが秘密交通権を侵害し違法であることは明らかである。紙媒体にコピーされた証拠書類等と、証拠資料等が電子データとしてコピーされ保存されたパソコン（ないし電子データを文字等として表示したパソコン画面）とで、何の違いがあるのか。いずれも接見に必要な証拠資料等であって、保存の形態が異なるだけである。

また、接見の際にパソコン等の使用を認めないとして接見室へのパソコン等の持込みを禁止すると、紙以外の状態で存在する証拠資料等（画像データ、音声データなどパソコン等の電子機器を使用しないと閲覧できない証拠資料等）については、未決拘禁者は閲覧できないことになるが、それが秘密交通権を侵害することは明らかである。

（イ）大阪地裁平成16年3月9日判決（同14年（ワ）第12008号。以下「平成16年大阪地裁判決」という。）及びその控訴審判決（大阪高裁平成17年1月25日判決（同16年（ネ）第1170号、同第1917号。以下「平成17年大阪高裁判決」という。）は、〔1〕刑訴法39条1項の「接見」は、口頭での打合せに付随する証拠書類等の提示をも含む打合せと解すべきである、〔2〕弁護人がビデオテープを再生しながら被告人と接見する行為も上記「接見」に含まれ、拘置所職員が、ビデオテープの内容を事前に検査しない限り、ビデオテープを再生しながらの弁護人と被告人との接見は認められないとしてこれを拒否したことは、違憲、違法であり、国家賠償法上も違法である旨判示した。

上記高裁判決に対し、国が上告受理の申立てをしたが、平成19年4月13日、最高裁は上告審として受理しない旨の決定をし、上記高裁判決はそのまま確定した。このことからすれば、最高裁も同解釈をとっていると解される。

(ウ) 名古屋地裁平成28年2月16日判決(乙20)

a 平成13年11月30日付け矯保第4001号矯正局保安課長通知「弁護人が被告人との接見時に携帯型パソコン等の使用を願った場合の取扱いについて」(以下「本件通知」という。)は、上記場合の取扱いに関するものであり、その記1において「接見室にパソコン等を持ち込む場合には、あらかじめ、拘置所職員に申し出るよう周知すること。」、その記3において「パソコン等の使用は、訴訟上の必要に基づく記録用等の使用目的に限るものとし、パソコン等の録音・再生機能、録画・再生機能、電話等の通信機能は、いずれも使用できない旨を周知すること。」などと定めている(乙2)。

平成19年4月17日付け矯成第2501号矯正局成人矯正課長通知「弁護人等が刑事被告人との接見時にビデオテープ等の再生を求めた際の対応について(通知)」(なお、「弁護人等」とは「弁護人又は刑訴法39条1項に規定する弁護人となろうとする者」をいう。以下同じ。)は、最高裁において前記(イ)の決定があったのを受けて、要旨次のように取り扱うべきものとした(乙2)。

《1》弁護人接見の申込みの際、弁護人等からビデオテープ等を再生しながら接見したい旨の申出があった場合、「接見時に再生するビデオテープ等の内容に関する申告書」を記載させるとともに、必要に応じ、記載内容の確認を口頭で行うこと。

《2》弁護事件の証拠物又は証拠物として提出を検討しているものであれば、許可するものとし、それ以外の場合については、弁護事件についての弁護人との打合せに必要不可欠か否かという観点から個別に判断すること。

《3》原則として、再生機能のみを有する機種を持ち込みを許すことになるが、録画機能付きの機種を弁護人等が持参した場合には、接見内容の録画をしないと申告した場合に限り、持ち込みを許可すること。

b 名古屋拘置所においては、本件通知等に基づき、未決拘禁者との接見の際にパソコン等を持ち込もうとする弁護人に対し、申告書への記載又は口頭により、接見の際に持ち込もうとする電磁的記録媒体の内容を申告させる措置を講じていた。そして、その申告の態様ないし方法として、当該記録媒体の内容が証拠物等である場合にはその旨を告げれば足りるが、それ以外の場合には、弁護事件についての弁護人との打合せに必要不可欠か否かという観点から個別に持ち込みの可否の判断が可能な程度にその内容を具体的に(例えば「犯行現場の映像」などと)明らかにするように求めていた。

前記名古屋地裁判決(以下「平成28年名古屋地裁判決」という。)は、弁護人である原告が、名古屋拘置所職員により未決拘禁者との接見を妨害されたとして、国家賠償を請求した事件において、名古屋拘置所長等が、弁護人と未決拘禁者との接見時のパソコン持ち込みに関し、上記申告措置を講じ、上記原告である弁護人がこれに違反したことを理由に、同拘置所職員が、上記弁護人がパソコンで再生した映像を未決拘禁者に視聴させながら接見していた面会室に無断で立ち入ったことは、国家賠償法上違法である旨判示し、15万円の損害賠償金を支払うよう命じ、上記申告措置について、「記録媒体の内容申告は、弁護人が接見の際に持ち込もうとする電磁的記録の有無等にとどまらず、その内容をも覚知しようとするものであるから、秘密交通権を侵害するといわざるを得ない。」、「弁護人が面会室に持ち込もうとする電磁的記録の内容を直接検査する行為に限らず、その内容を覚知しようとする行為は、弁護人の秘密交通権を侵害するというべきところ、記録媒体の内容申告は、弁護人に持ち込もうとする電磁的記録の具体的な内容についての申告を求めるものであるから、秘密交通権の侵害に当たる」と判示した(乙20-37・38頁)。

(エ) 大阪拘置所における未決拘禁者と弁護人との面会実務

現在、大阪拘置所においては、未決拘禁者に接見する弁護人は、届出をすることで、接見室へのパソコンの持ち込み及び接見室内での使用が認められている。これは、大阪拘置所において、前記(ア)の方法によるパソコン使用が、弁護人と未決拘禁者との秘密交通権に含まれていると解されていることを示す事実である。

(オ) したがって、弁護人が、未決拘禁者との接見時に、パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることは、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれると解すべきである。

ウ 刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるとはいえないこと

(ア) 前記イ(オ)のとおり、弁護人が、未決拘禁者との接見時に、パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せ(パソコン画面を閲覧しながらの打合せ)をすることは、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれる。

そうすると、仮に刑訴法39条1項の準用を否定する見解に立つとしても、前記ア(イ)のとおり解されることからすれば、再審請求弁護人が、死刑確定者との秘密面会時に、パソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることは、死刑確定者及び再審請求弁護人にとって重要な利益であり十分に尊重されなければならない「秘密面会をする利益」として保護されるということが出来る。

したがって、平成25年最高裁判決の趣旨に照らせば、再審請求弁護人と死刑確定者との秘密面会時に、パソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるなど特段の事情がない限り、上記打合せを許さないとするのは、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものというべきである。

(イ) 秘密面会時にパソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるとはいえないこと

a (a) 控訴人P2らは、平成24年8月28日、本件要請書(甲1)をもって、大阪拘置所長に対し、同月29日午前10時から予定している控訴人P1との面会について、前記前提事実(2)のとおりのを要請をした。

控訴人P2らは、同月29日午前10時前、大阪拘置所において控訴人P1との面会を申し入れたところ、その際、大阪拘置所職員に対し、前記前提事実(3)のとおりの説明をし、秘密面会を求めた。

(b) 前記(a)によれば、〔1〕控訴人P2らは、面会時にパソコンを持ち込むことを本件要請書をもって、あらかじめ拘置所職員に申し出ている(本件通知の記1に関し)。また、〔2〕控訴人P2らは、パソコンの使用目的は、訴訟上の必要に基づく記録、及び、PDF形式のファイルに変換した証拠資料等(パソコンに保存されているもの)を文字等としてパソコン画面に表示したものの閲覧に限ること、さらに、パソコンの録音・再生機能、録画・再生機能、通信機能は、いずれも使用しないことを明言しているといえる(本件通知の記3に関し)。

b 現在、実務では、弁護人と未決拘禁者との接見については、一般にパソコンの持込みは禁止されていない。弁護人は、未決拘禁者との接見において、接見室にパソコンを持ち込んで接見を行っている。これによって、刑事施設の規律秩序の維持に弊害が生じたとの指摘はない。

c 被控訴人は、控訴人P2らが秘密面会時にパソコンを面会室に持ち込むことにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあることについて、何一つ具体的な可能性を示す事情を主張していない。要するに、具体的な可能性に欠ける抽象的なおそれしか主張しえないものである。被控訴人は、パソコンに通信機能があれば外部交通の制限を超えた使用がなされる可能性がある旨主張するが、抽象的な可能性を主張するにすぎないものである。

d 前記aないしcによれば、控訴人P2らが控訴人P1との秘密面会時にパソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるとはいえない。

e 被控訴人は、刑事施設の長が再審請求弁護人と死刑確定者との面会時に再審請求弁護人にパソコン使用を認める措置を講ずべきことを定めた法令の規定は存在しない旨主張する。

しかし、仮に刑訴法39条1項の準用を否定する見解に立つとしても、大阪拘置所長がとった本件措置3は、少なくとも控訴人らが有する「秘密面会をする利益」を制限するのであるから、秘密面会時のパソコンの持込みや使用を禁止する法令等が存しない以上、パソコンの持込み・使用を制限する法的根拠に欠けると解すべきである。

したがって、被控訴人の上記主張は失当である。

f (a) 被控訴人は、再審請求弁護人が面会に必要な証拠を印刷して持参すれば面会の目的は達成されると考えられるから、刑事施設の長が再審請求弁護人にパソコン使用を認めなかったとしても再審請求に関し打合せを行うに当たり重大な不利益を受けるとはいえない旨主張する。しかし、次のとおり上記主張は失当である。

(b) 現在、未決段階の被疑者・被告人の弁護活動において、多くの弁護人は、検察官からの証拠開示に

際し、パソコンを持ち込み、開示証拠を写真撮影によって謄写し、これをパソコンに保存し管理するという方法を用いている。本件においても、多くの開示証拠が控訴人P 2らのパソコンに電子データとして保管されていた。

とりわけ、控訴人P 1の本件再審請求事件では、膨大な証拠資料等がパソコンに整理保管されている（確定審の訴訟記録自体が膨大であるほか、開示を受けた証拠、弁護人が調査し入手した独自の資料など、地裁、高裁、最高裁、再審の全てにおける証拠等の量は膨大である。）。上記のとおり、本件再審請求事件の証拠等は膨大な量であり、これを全て印刷し、紙媒体で面会室内に持ち込むということは、現実的、物理的に不可能である。

そして、本件再審請求事件は、証拠構造が極めて複雑であり、証拠資料等は複雑に絡み合っている。

このような刑事事件において、充実した実質的な弁護活動を行うため、控訴人P 2らは、証拠資料等の全てを電子データ化してパソコンに保存し、その見出しや付箋やしおり機能を利用して、いつでも検索できるようにしている。パソコンの検索機能を使用すると、ある事実に関して、どの証拠等に記載があるのかを即時に確認できる。

秘密面会時に、控訴人P 2らと控訴人P 1との間で、認定された事実と証拠等との関係性を吟味するため、証拠等と照らし合わせる必要がある。本件再審請求事件の膨大な証拠等の中から、秘密面会における限られた時間において、上記の証拠等の探索、確認をし、効率的かつ充実した打合せをするためには、パソコンの検索機能を使用して、パソコンに電子データとして保管している証拠資料等を即時に探し出し、パソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることが必要不可欠である。

以上のとおり、再審請求弁護人である控訴人P 2らが、拘置所における秘密面会という限られた時間と空間、同人らの限られた能力（記憶、検索能力）の範囲内において、再審開始決定に向けた実質的な弁護活動をするためには、パソコンを持ち込み上記の方法で使用することが必要不可欠である。

（ウ）前記（ア）及び（イ）によれば、控訴人P 2らと控訴人P 1との秘密面会時にパソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるとはいえないのであるから、控訴人P 2らと控訴人P 1との面会について、パソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることを認めないとした大阪拘置所長の措置（本件措置3）は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものというべきであり、国家賠償法1条1項の適用上違法である。

（被控訴人の主張）

ア 控訴人らの主張ア（ア）（刑訴法39条1項が適用、類推適用又は準用されること）に対し

前記のとおり、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に、刑訴法39条1項は適用、類推適用又は準用されるものではないから、控訴人らの上記主張は失当である。

イ 控訴人らの主張イ（パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることは、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれること）に対し

前記のとおり、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に、刑訴法39条1項は適用、類推適用又は準用されるものではない。

したがって、仮に、弁護人と未決拘禁者との接見について、弁護人が接見時にパソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せをすることが、刑訴法39条1項により保障される秘密交通権に含まれるとしても、そのことは、死刑確定者である控訴人P 1と再審請求弁護人である控訴人P 2らとの面会時にパソコンの使用を認めないとした本件措置3につき国家賠償法上違法であるとする根拠となるものではない。

また、平成16年大阪地裁判決及びその控訴審判決（平成17年大阪高裁判決）並びに平成28年名古屋地裁判決は、いずれも、刑訴法39条1項に基づき、接見交通権（秘密交通権）が認められている未決拘禁者と弁護人との接見に関する事案であるのに対し、本件は、死刑確定者と再審請求弁護人との面会に関する事案であるから、上記各判決は、控訴人らの主張を裏付けるものではない。

ウ 控訴人らの主張ウ（刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあるとはいえないこと）に対し

仮に、弁護人が、未決拘禁者との接見時に、パソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン

画面に表示しこれを閲覧しながら打合せ（パソコン画面を閲覧しながらの打合せ）をすることが、刑訴法 39 条 1 項により保障される秘密交通権に含まれるとしても、大阪拘置所長が、死刑確定者である控訴人 P 1 と再審請求弁護人である控訴人 P 2 らとの面会について、上記打合せをすることを含めパソコンの使用を認めないとしたこと（本件措置 3）は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であるとはいえない。その根拠は次の（ア）及び（イ）のとおりである。

（ア）刑事施設の長が、再審請求弁護人と死刑確定者との面会時に、再審請求弁護人にパソコン使用を認める措置を講ずべきことを定めた法令の規定は存在しない。したがって、再審請求弁護人が死刑確定者との面会時にパソコンを使用するという利益は、法律上保護された利益とはいえない。

（イ） a（a）刑事施設の長が、再審請求弁護人と死刑確定者との面会時にパソコン画面を閲覧しながらの打合せをすることを禁止することが許されるためには、上記打合せにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認められることが必要であると解すべきものではない。

（b）刑事収容施設法 122 条、114 条 1 項は、刑事施設の長が死刑確定者の面会について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をすることができる旨を規定する。

死刑確定者の死刑の執行に至るまでの拘置は、外部交通の遮断を含む社会からの隔離を本質としており、死刑確定者は、外部交通に関する厳しい制限がされている。

そして、刑事施設の長は、死刑確定者の面会について刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をするに当たり、死刑確定者が再審請求に関する打合せをするために再審請求弁護人との秘密面会をする場合であるからといって、それ以外の面会をする場合と、面会の態様についての制限の程度につき異なる配慮をすべきものではない。なぜなら、死刑確定者と再審請求弁護人との上記の秘密面会の利益は、その秘密面会をする場合につきそれ以外の面会をする場合と異なる配慮をする必要のあるような重要な利益とはいえないからである。

b（a）前記 a からすれば、後記（b）の各点に照らすと、大阪拘置所長が面会時のパソコンの使用を認めないとした本件措置 3 は、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上、必要かつ合理的なものであり、裁量権の範囲の逸脱又は濫用は認められないというべきである。

（b）刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上、必要かつ合理的なものであること

《1》死刑確定者は前記のとおり外部交通に関する厳しい制限がされているのであるから、刑事施設の職員は、仮に、再審請求弁護人にパソコンの使用を許した場合、そのパソコン内に不適切な情報が保存されていないか逐一確認する必要があるが、その性質上、確認には相当の時間と労力が必要である。刑事施設においては、限られた人的・物的資源の中で被収容者を適正に管理する必要があるところ、パソコン内に不適切な情報が保存されていないか全て確認することとなると、本来の業務を適正に遂行することが困難な事態に陥ることが懸念され、刑事施設の管理運営上支障を生ずることが明らかである。

《2》パソコンに通信機能が備わっていれば、外部交通の制限を超えた使用がなされる可能性もあるから（なお、このような通信機能は、未決拘禁者の弁護人接見時にも使用が認められていないものである（乙 2）。）、パソコンの通信機能を使用させないようにする必要がある。

《3》死刑確定者と再審請求弁護人との面会の時間は制限されているから、1 回の面会で使用する証拠の数には限度があるところ、再審請求弁護人は、面会に必要な証拠を印刷して持参すれば、死刑確定者との面会の目的は達成されると考えられる。したがって、刑事施設の長が再審請求弁護人と死刑確定者との面会時にパソコンの使用を認めなかったとしても、再審請求弁護人及び死刑確定者が再審請求に関し打合せをするに当たり、重大な不利益を受けるとはいえない。

（4）控訴人らに生じた損害

（控訴人らの主張）

ア 後記イのとおり、当審における控訴人らの補充主張を付加するほか、原判決 11 頁 4 行目から 15 行目までのとおりであるから、これを引用する。

イ 当審における控訴人らの補充主張

控訴人 P 2 は、本件措置 1 ないし 3（以下「本件各措置」という。）によって、財産的損害として、次のとおり 22 万 7 5 4 0 円の損害を被った。

(ア) 交通宿泊費 6万7540円

控訴人P2は、次のとおり交通宿泊費が無駄になり、同額の損害を被った。

- a 航空運賃（羽田・伊丹間，往復） 5万7740円
- b 宿泊費（大阪市内，1泊） 3000円
- c 東京モノレール運賃（往復） 940円
- d タクシー料金（ α ・ β 間，往復） 2320円
- e リムジンバス運賃（伊丹空港・大阪駅前間，往復） 1280円
- f タクシー料金（大阪市内・大阪拘置所間，往復） 2260円
- g 前記aないしfの合計 6万7540円

(イ) 時間給相当額 16万円

控訴人P2の時間給は、1時間当たり2万円を下らない。

控訴人P2は、面会当日、丸一日無駄に過ごすこととなった。したがって、本件各措置によって、控訴人P2に、時間給相当額の損害として、16万円（2万円×1日8時間）の損害が生じた。

(ウ) 前記(ア)及び(イ)の合計 22万7540円

(被控訴人の主張)

控訴人らの上記主張は否認し又は争う。

第3 当裁判所の判断

1 前記前提事実及び証拠（後掲のもの）並びに弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

(1) 控訴人P1は、平成21年6月12日から平成24年7月3日までの間、再審請求に関する打合せを目的として、大阪拘置所において、次のとおり控訴人P2らとの面会をした（乙9）。

ア 控訴人P2

平成21年6月25日及び同年12月17日の2回

イ 控訴人P3

平成21年6月12日から平成24年7月3日までに12回

ウ 控訴人P4

平成22年8月20日の1回

エ 控訴人P5

平成22年9月29日の1回

(2) ア 控訴人P2らは、平成24年8月28日、本件要請書（甲1）をもって、大阪拘置所長に対し、同月29日午前10時から控訴人P1との面会をする予定であり、面会については、〔1〕120分の面会を認めること、〔2〕拘置所職員の立会いのない面会（秘密面会）を認めること、及び〔3〕面会時にパソコンの使用を認めることを要請した。

本件要請書には、上記〔1〕ないし〔3〕につきそれぞれ要請の理由が記載されていたところ、そのうち上記〔1〕、〔3〕については、要旨、次のとおりの理由が記載されていた。

〔1〕について

「本件は、控訴人P1が犯人であることの直接証拠がなく、間接証拠により犯人と認定された事件であり、検討すべき論点、証拠も多岐にわたる。弁護人が個別に接見するよりもまとめて接見しその場で意見を交わし討論することも必要である。さらに、控訴人P2は東京に事務所があるため頻繁に面会することは困難である。」

〔3〕について

「本件再審請求事件の確定審の証拠は約2000点に上り、約100回の証人調べが行われている。これらの証拠は互いに複雑に絡み合っている上、図面・写真等のビジュアル的なものが多く、これらの証拠抜きには打合せや議論ができない状態にある。しかし、その量と重さからして、これらを拘置所に持参するのは物理的に不可能である。したがって、パソコンの使用の許可を要請する。」

ところで、控訴人P2らは、これらの全ての証拠をPDFファイルに変換し、パソコン（モバイル）のハードディスクに納めている。未決の段階では、このパソコンを持参し、控訴人P1と打合せをしてきた

が、施設の管理等において何ら支障はなかった。もちろん、控訴人P2らにおいて証拠の閲覧、メモ以外にパソコンを使用しないことを誓約する。」

本件要請書に記載された上記「証拠の閲覧」とは、パソコン画面に文字等として表示した証拠の閲覧を意味するものであった。

イ 控訴人P1は、当時、控訴人P2らから再審請求に関する打合せをするための面会の申出があれば、面会を望む意向を有していた。

(3) 控訴人P2らは、同月29日午前10時前、大阪拘置所において控訴人P1との前記要請を含む面会の申出(以下「本件申出」という。)をするともに、大阪拘置所職員に対し、前記前提事実(3)のとおり説明をし、秘密面会を求めた。

(4) 大阪拘置所長は、控訴人P2らの本件申出に対し、〔1〕面会時間は60分に制限する(本件措置1)、〔2〕拘置所職員の立会いのない面会(秘密面会)は許さない(本件措置2)、〔3〕面会時のパソコンの使用は認めない(本件措置3)旨の措置をとり、同日、控訴人P2らに対し、その旨回答した。本件各措置を決定するに当たり統括矯正処遇官から大阪拘置所長宛での「要請書」と題する書面の対応について(伺い)」と題する文書には、再審請求の段階では刑事訴訟法39条1項の秘密交通権はなく、弁護人との面会は刑事収容施設法の規定により判断すべきところ、再審請求事件の弁護人との面会は、一般的には同法121条の「立会い等をさせないことを適当とする事情」があるが、控訴人P1については日頃の動静から現時点では立会い等を行わないことが相当とは認められず、本件措置2をとるべき旨、面会時間については、規則73条ただし書で制限できることが規定されているところ、従前再審請求段階の弁護人については60分程度まで伸長する配慮をしていたことから今回も同様に本件措置1をとるべき旨、パソコン使用については、本件通知に該当しないことからこれを認めない本件措置3をとるべき旨が記載されている。(乙10)

控訴人P2らは、上記回答の内容では、本来の面会目的を達することはできないとして、同日に控訴人P1と面会することを取りやめた。

2 争点(1) (大阪拘置所長が秘密面会を許さないとした本件措置2は国家賠償法上違法であるか)について

(1) 死刑確定者は、刑の執行を確保するための措置として、その執行に至るまで一般社会とは嚴重に隔絶して刑事施設において拘留される。そして、再審請求手続では当事者主義の構造がとられていないから、再審請求をする死刑確定者は、被告人や被疑者など検察官と対立する当事者とは異なる地位にある。このような死刑確定者の立場・地位や、再審請求手続の構造に鑑みれば、再審請求をする死刑確定者には刑事訴訟法39条1項の適用はなく、その類推適用又は準用もないと解するのが相当であり、憲法32条、34条、37条3項、国際準則等を根拠に刑事訴訟法39条1項が適用されると解することもできない。

(2) もっとも、刑事施設の長は、被收容者と外部の者との面会に関する許否の権限を有しているところ、当該施設の規律及び秩序の維持、被收容者の矯正処遇の適切な実施等の観点からその権限を適切に行使するよう職務上義務付けられている(刑事収容施設法第2編第2章第11節第2款)。そして、死刑確定者については、同法121条本文において、その指名する職員が面会に立ち会うか、又はその面会の状況の録音若しくは録画をすることを原則として、同条ただし書は、死刑確定者の訴訟の準備その他の正当な利益の保護のため秘密面会を許すか否かの措置を刑事施設の長の裁量に委ね、当該正当な利益を一定の範囲で尊重するよう刑事施設の長に職務上義務付けている。

ところで、刑事訴訟法440条1項は、検察官以外の者が再審請求をする場合には、弁護人を選任することができる旨規定しているところ、死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、再審請求に関する打合せをするため、刑事収容施設法121条ただし書にいう「正当な利益」として、再審請求弁護人と秘密面会をする利益を有する。

また、上記の秘密面会の利益が保護されることは、面会の相手方である再審請求弁護人にとっても十分な活動を保障するために不可欠なものであって、死刑確定者の弁護人による弁護権の行使においても重要なものである。のみならず、刑事訴訟法39条1項によって被告人又は被疑者に保障される秘密交通権

が、弁護人にとってはその固有権の重要なものの一つであるとされていることに鑑みれば、秘密面会の利益も、上記のような刑訴法440条1項の趣旨に照らし、再審請求弁護人からいえばその固有の利益であると解するのが相当である。

上記のとおり、秘密面会の利益は、死刑確定者だけではなく、再審請求弁護人にとっても重要なものであることからすれば、刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関する許否の権限を行使するに当たり、その規律及び秩序の維持等の観点からその権限を適切に行使するとともに、死刑確定者と再審請求弁護人との秘密面会の利益をも十分に尊重しなければならないというべきである。

したがって、死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために秘密面会の申出をした場合に、これを許さない刑事施設の長の措置は、秘密面会により刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあると認められ、又は死刑確定者の面会についての意向を踏まえその心情の安定を把握する必要性が高いと認められるなど特段の事情がない限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して死刑確定者の秘密面会をする利益を侵害するだけではなく、再審請求弁護人の固有の秘密面会をする利益も侵害するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となると解するのが相当である（平成25年最高裁判決参照）。

(3) 被控訴人は、控訴人P2らが本件申出により秘密面会の申出をした当時、控訴人P1の心情の安定を把握する必要性が高いと認められる特段の事情があった旨主張する。

しかしながら、前記1の事実によれば、〔1〕控訴人P1は、既に再審請求をし、本件申出がされた時までに再審請求弁護人である控訴人P2らと十数回にわたって再審請求に関する打合せをするための面会をしていたこと、〔2〕控訴人P1は、本件申出がされた当時、控訴人P2らから再審請求に関する打合せをするための面会の申出があれば、面会を望む意向を有していたことが認められるのであり、このような控訴人P1の控訴人P2らとの面会についての意向を踏まえれば、当時、控訴人P1の心情の安定を把握する必要性が高いと認められる特段の事情があったとはいえない。

被控訴人は、控訴人P1の心情の安定を把握する必要性が高かったと主張するところ、証拠（乙5ないし8）によれば、控訴人P1は、平成21年12月8日の職権面接の際、自殺、自傷を疑わせる発言をしたこと、平成23年3月24日の面接の結果、軽い躁傾向が認められ、狭義の精神病と人格の偏りの中間に位置するような心性を有し、当面行動が安定する可能性は低いなどと分析されていること、同年7月12日の面接の際、50歳の節目にきちんと整理したいとの理由で、遺体等の取引先を申告したことなどから、今後も将来を悲観して人生の終結を決意し、計画的又は突発的に自殺、自傷行為に及ぶおそれがあると判断されたこと、平成24年3月22日の面接の際、処遇に強い不満を内在させ、職員に暴行等の直接的な攻撃行動に出る危険があり、職員を困惑させるために自傷、自殺企図に及ぶおそれも多分にあると思われると判断されたことが認められる。しかしながら、上記の事実をもってしても、本件措置2の当時において、控訴人P1が自ら望んでいる再審請求のための打合せの面会という場面の、しかも本件申出によっても120分という限られた時間について、なお、職員がその場に立ち会ってその心情の安定を把握する必要性が高かったとまで認めることはできず、上記判断を左右するものではない。したがって、被控訴人の上記主張は採用することができない。

そして、本件措置2の当時、秘密面会により大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずるおそれがあったなどの特段の事情があったとも認められない。

そうすると、控訴人P2らが控訴人P1と再審請求に関する打合せをするために本件申出により秘密面会の申出をしたのに対し、秘密面会を許さないとした大阪拘置所長の措置（本件措置2）は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して控訴人らの各秘密面会をする利益を侵害したのものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となるというべきである。

3 争点(2)（大阪拘置所長が面会時間を60分に制限した本件措置1は国家賠償法上違法であるか）について

(1) ア 刑事収容施設法122条、114条1項は、「刑事施設の長は、死刑確定者の面会に関し、法務省令で定めるところにより、面会の相手方の人数、面会の場所、日及び時間帯、面会の時間及び回数その他面会の態様について、刑事施設の規律及び秩序の維持その他管理運営上必要な制限をすることができ

る。」と規定している。

そして、規則72条本文は、上記規定により被收容者の面会の時間帯について制限をするときは、その時間は1日につき6時間を下回ってはならない旨、規則73条本文は、上記規定により被收容者の面会の時間帯について制限をするときは、その時間は30分を下回ってはならない旨それぞれ定めている。

このように、面会の時間帯や面会の時間の制限が許されているのは、面会を行わせるためには、面会室などの整備や、被收容者の連行などに従事する拘置所職員の配置が必要であるところ、刑事施設の人的物的能力には限界があることに基づく、管理運営上の理由によるものである。

イ これに対し、未決拘禁者と弁護人との面会については、面会の時間帯の制限に関し、刑事收容施設法118条1項により、刑事施設の執務時間内とする旨定められており（なお、「執務時間」とは「午前8時30分から午後5時まで」である。）、刑事施設の長の判断により面会の時間帯を制限することができるものとはされていない。これは、刑訴法39条1項により秘密交通権として保障される未決拘禁者と弁護人との接見が、弁護人依頼権を実質的に保障し、防御権の行使のために重要なものであることによるものと解される。

また、未決拘禁者と弁護人との面会に関する制限を定めた刑事收容施設法118条には、面会の時間を制限することができる旨の定めがなく、同条は、上記面会については、面会の時間を制限することは許されないとするものと解される。これは、未決拘禁者と弁護人との面会は、上記のとおり、防御権の行使のために重要なものであるところ、面会の時間を制限すると、未決拘禁者が弁護人と十分に打合せをすることができなくなり、その防御権を実質的に侵害することとなると考えられることによるものである。

ウ 刑事收容施設法は、未決拘禁者と弁護人との面会については、刑訴法39条1項の秘密交通権を実質的に保障する見地から前記イのような規定を設けているが、死刑確定者と再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために面会をすることについてはそのような規定を設けていない。

しかしながら、前判示のとおり、死刑確定者と再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために秘密面会をする利益は、死刑確定者及び再審請求弁護人のいずれにとっても重要な利益であり、十分に尊重されなければならないものである。上記によれば、刑事施設の長は、死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために刑事施設の執務時間内における一定の時間の秘密面会の申出をした場合、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、申出に係る秘密面会の時間を制限することにより十分な打合せができなくなることがないよう配慮すべきである。

そうすると、前判示のとおり平成25年最高裁判決の趣旨に鑑みれば、死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために刑事施設の執務時間内における一定の時間の秘密面会の申出をした場合に、刑事施設の長が、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、面会の時間を制限することが許されるためには、申出に係る時間の面会を許すことにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあると認められることが必要であると解するのが相当である。

(2) 前記(1)ウの見地から本件についてみると、前記1の事実によれば、大阪拘置所長は、控訴人P2らからそれまでの面会よりも長時間を必要とする理由が具体的に付された本件申出により大阪拘置所の執務時間内における120分の秘密面会の申出があったのに対し、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、上記申出に係る120分の面会を許すことにより、大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあるかどうかについての事情を考慮することなく、漫然と従前の例を踏襲して面会時間を60分に制限する本件措置1をとったものといえることができる。そして、本件措置1の当時、上記申出に係る120分の面会を許すことにより大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあったことを認めるに足りる証拠はない。

そうすると、控訴人P2らが控訴人P1と再審請求に関する打合せをするために本件申出により120分の秘密面会の申出をしたのに対し、面会時間を60分に制限した大阪拘置所長の措置（本件措置1）は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して控訴人らの各秘密面会をする利益を侵害したものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となるというべきである。

これに対し、被控訴人は、大阪拘置所長が面会時間を60分に制限した本件措置1について裁量権の範囲の逸脱又は濫用は認められない旨主張するけれども、上記に説示したところに照らし、採用することが

できない。

4 争点(3) (大阪拘置所長が面会時のパソコンの使用を認めないとした本件措置3は国家賠償法上違法であるか)について

(1) 前判示のとおり、未決拘禁者と弁護人等との秘密交通権を保障する刑訴法39条1項は、死刑確定者と再審請求弁護人との再審請求に関する打合せをするための面会に、適用、類推適用又は準用することはできないものと解すべきである。

しかしながら、前判示のとおり、死刑確定者と再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために秘密面会をする利益は、死刑確定者及び再審請求弁護人のいずれにとっても重要な利益であり、刑事収容施設法121条ただし書の解釈に当たっても十分に尊重されなければならないものである。したがって、死刑確定者及び再審請求弁護人が、秘密面会時に刑訴法39条1項により弁護人等と未決拘禁者との秘密交通権として保障される行為(以下「秘密交通権として保障される行為」という。)をする利益についても、死刑確定者及び再審請求弁護人にとって重要な利益であり、秘密面会をする利益の一部として十分に尊重され保護されるべきものである。

そうすると、前判示のとおり、平成25年最高裁判決の趣旨に鑑みれば、死刑確定者又は再審請求弁護人が再審請求に関する打合せをするために秘密面会の申出をした場合に、刑事施設の長が、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、面会時における秘密交通権として保障される行為を制限することが許されるためには、面会時の上記行為を許すことにより刑事施設の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあると認められることが必要であると解するのが相当である。

(2) ア 前記1の事実によれば、控訴人P2らは、本件申出において、パソコン画面に文字等として表示した証拠を閲覧すること、及びメモを取ることのみをパソコンの使用方法とし、秘密面会時に上記方法によりパソコンを使用することの許可を求めたのに対し、大阪拘置所長は、上記方法によりパソコンを使用することも含めパソコンの使用を認めないとする本件措置3をとったものといえることができる。

そこで、秘密面会時に上記方法によりパソコンを使用することが、秘密交通権として保障される行為に含まれるか否かについて検討する。

イ 刑訴法39条1項の規定する秘密交通権は、身体を拘束された被疑者・被告人が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであるところ(最高裁昭和49年(オ)第1088号同53年7月10日第一小法廷判決・民集32巻5号820頁参照)、弁護人が上記被疑者・被告人(未決拘禁者)と当該刑事事件に関する証拠資料等の情報が記載された書類等を閲覧しながら打合せをし、その際にメモを取することは、弁護人が十分な弁護活動を行うために必要不可欠なことであるから、刑訴法39条1項が秘密交通権を保障する趣旨に鑑みれば、秘密交通権には、口頭での打合せのみならず、弁護人が、上記の書類等を閲覧しながら未決拘禁者との打合せをし、メモを取ることにも含まれるものと解すべきである。そして、当該刑事事件に関する証拠資料等の情報がパソコンに電子データとして保存されている場合、弁護人が十分な弁護活動を行うためには、弁護人が、未決拘禁者との接見時にパソコンに保存された電子データを文字等としてパソコン画面に表示しこれを閲覧しながら打合せ(パソコン画面を閲覧しながらの打合せ)をすることが必要不可欠であるから、この打合せを上記の書類等を閲覧しながらの打合せと区別すべき理由はなく、上記のパソコン画面を閲覧しながらの打合せは、秘密交通権として保障される行為に含まれるというべきである。

ウ 前記ア及びイによれば、控訴人P2らが本件申出において秘密面会時に行うことの許可を求めたパソコンの使用方法(パソコン画面に文字等として表示した証拠を閲覧すること、及びメモを取ること)は、秘密交通権として保障される行為に含まれるといえることができる。

そうすると、控訴人P2らは、本件申出において、秘密交通権として保障される行為であるパソコン使用を秘密面会時に行うことの許可を求めたのであるから、前記(1)で説示したところによれば、大阪拘置所長が、控訴人P2らの上記申出に対し、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、上記申出に係るパソコン使用を制限することが許されるためには、面会時の上記パソコン使用を認めることにより大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあると認められることが必要であるという

べきである。

エ 上記ウの見地から本件についてみると、前記1の事実によれば、大阪拘置所長は、控訴人P2らから本件申出により面会時に上記ウの方法によるパソコン使用を行うことを含む秘密面会の申出があったのに対し、面会に関する許否の権限を行使するに当たり、上記申出に係るパソコン使用を許すことにより、大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあるかどうかについて考慮することなく、単に本件通知に該当しないというだけの理由で、上記申出に係るパソコン使用を含めパソコンの使用を認めないとする本件措置3をとったものということができる。そして、本件措置3の当時、上記申出に係るパソコン使用を許すことにより大阪拘置所の規律及び秩序を害する結果を生ずる具体的なおそれがあったことを認めるに足りる証拠はない。

そうすると、控訴人P2らが控訴人P1と再審請求に関する打合せをするために本件申出により面会時に上記方法によるパソコン使用を行うことを含む秘密面会の申出をしたのに対し、上記方法によるものを含めパソコンの使用を認めないとした大阪拘置所長の措置（本件措置3）は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して控訴人らの各秘密面会をする利益を侵害したものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となるというべきである。

オ 被控訴人は、前記第2の4（3）（被控訴人の主張）ウのとおり主張するけれども、前記で説示したところに照らし、いずれも採用することができない。

5 前記2ないし4によれば、大阪拘置所長が本件各措置をとったことは、国家賠償法1条1項の適用上違法であり、大阪拘置所長に過失があったことも明らかであるから、被控訴人には、本件各措置によって控訴人らが被った損害を賠償すべき責任があるというべきである。

6 争点（4）（控訴人らに生じた損害）について

前記1の事実及び証拠（後掲のもの）並びに弁論の全趣旨によれば、次のとおり認定判断することができる。

（1）控訴人P2の損害

ア 財産的損害 6万7540円

（ア）交通宿泊費 6万7540円

控訴人P2は、次のとおり交通宿泊費が無駄になり、同額の損害を被った。

- a 航空運賃（羽田・伊丹間、往復） 5万7740円（甲B5）
- b 宿泊費（大阪市内、1泊） 3000円（甲B6）
- c 東京モノレール運賃（往復） 940円（甲B7）
- d タクシー料金（ α ・ β 間、往復） 2320円（甲B8）
- e リムジンバス運賃（伊丹空港・大阪駅前間、往復） 1280円（甲B9）
- f タクシー料金（大阪市内・大阪拘置所間、往復） 2260円（甲B8）
- g 前記aないしfの合計 6万7540円

（イ）時間給相当額

控訴人P2は、その時間給が1時間当たり2万円を下らないことを前提に1日分相当額として16万円の損害を主張するが、同控訴人の時間給相当額が2万円であることを認めるに足りる証拠はない。もっとも、控訴人P2が控訴人P1との秘密面会をするため大阪拘置所に赴いたにもかかわらず、本件各措置により控訴人P1と面会することができず、一日無駄に過ごすこととなったことは明らかであるから、この点は後記慰謝料の算定において考慮するのが相当である。

イ 慰謝料 20万円

本件各措置により侵害された被侵害利益の内容等に鑑みれば、控訴人P2が本件各措置により受けた精神的苦痛（一日無駄に過ごしたことを含む。）について、慰謝料として、20万円を認めるのが相当である。

ウ 前記ア及びイの合計 26万7540円

エ 弁護士費用 5万円

本件事案の内容、本件訴訟の経過及び認容額等に鑑みれば、本件各措置の違法行為と相当因果関係のあ

る弁護士費用は、5万円と認めるのが相当である。

オ 前記ウ及びエの合計 31万7540円

(2) 控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5の損害

ア 財産的損害 0円

本件各措置によって控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5に財産的損害が生じたことは、これを認めるに足りる証拠がない。

イ 慰謝料 各15万円

本件各措置により侵害された被侵害利益の内容等に鑑みれば、控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5が本件各措置により受けた精神的苦痛について、慰謝料として、各15万円を認めるのが相当である。

ウ 弁護士費用 各3万円

本件事案の内容、本件訴訟の経過及び認容額等に鑑みれば、本件各措置の違法行為と相当因果関係のある弁護士費用は、控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5について、各3万円と認めるのが相当である。

エ 前記アないしウの合計 各18万円

7 小括

したがって、被控訴人は、国家賠償法1条1項に基づき、〔1〕控訴人P2に対し、損害賠償金31万7540円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金を支払う義務を負い、〔2〕控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5に対し、それぞれ18万円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金を支払う義務を負うというべきである。

第4 結論

以上によれば、〔1〕控訴人P2の請求は、損害賠償金31万7540円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないからこれを棄却し、〔2〕控訴人P1, 同P3, 同P4及び同P5の各請求は、各18万円及びこれに対する平成24年8月29日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないからこれをいずれも棄却すべきである。したがって、これと異なる原判決を主文第1項のとおり変更することとし、仮執行宣言の申立てについてはその必要がないものと認めこれを付さないこととして、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第1民事部

裁判長裁判官 佐村浩之 裁判官 大野正男 裁判官 井田宏

【文献番号】27000237

国家賠償請求事件

昭和四九年（オ）第一〇八八号

同五三年七月一〇日最高裁第一小法廷判決

【上告人】 控訴人 被告 大阪府 代理人 道工隆三 外三名

【被上告人】 被控訴人 原告 杉山彬 代理人 柏木博 外八一名

主 文

原判決中上告人敗訴部分を破棄する。

前項の部分につき本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人道工隆三、同井上隆晴、同田原陸夫、同柳谷晏秀の上告理由について

一 原審が適法に確定した事実関係は、次のとおりである。

（１） 被上告人は大阪弁護士会所属の弁護士であり、訴外友田但馬は大阪府警察本部警備部警備課（以下「警備課」という。）に所属する警察官である。

（２） 警備課及び枚岡警察署は、昭和四〇年四月二五日午前一〇時すぎころ、枚岡市し尿処理場設置反対運動に伴う威力業務妨害、水利妨害、暴力行為等処罰ニ関スル法律違反事件の被疑者として、地元住民である訴外浜口嘉男、同竹中愛和、同山口重太郎を逮捕し、それぞれ布施警察署、寝屋川警察署、河内警察署に分散留置した。

（３） 警備課に所属する警察官訴外宮里長喜は、捜査主任官訴外高井岩太郎を補佐して右事件の捜査を指揮し（右事件の捜査本部は枚岡署に置かれた。）、内部的に弁護士又は弁護士となろうとする者と被疑者との接見の日時等を指定する権限を有していたのであるが、竹中が被上告人を弁護士に選任する旨申し出たので、接見の指定について被上告人と協議する意図のもとに、被上告人の執務する弁護士加藤充法律事務所に電話をかけたが通じなかつたため、更に同弁護士の自宅に電話し、同弁護士の妻に逮捕された竹中が被上告人を弁護士に選任すると申し出ている旨及び枚岡署にいる宮里に電話してもらいたい旨を被上告人に伝えてもらうことを依頼した。

（４） 被上告人は、加藤弁護士宅に電話をかけ、同弁護士の妻から逮捕された地元住民三名の氏名、留置先の警察署及び枚岡署の宮里に電話して欲しい旨の前記の伝言を聞いた。

（５） 被上告人は、同日午後三時三〇分ごろ宮里に電話をかけ、被逮捕者三名の氏名、留置先、罪名を確認し、宮里が「どこからまわられますか。」と尋ねたので、「とにかく布施署からまわらせていただきます。これから行かしてもらいますからよろしく御連絡願いたい。」と言つたところ、同人は「先生接見は結構ですが、指定書がないとあきまへんで。」と言つたことから、弁護士の被疑者接見について指定書持参要求の可否をめぐる、論争となつた。被上告人が「ぼくはきみの許可を得て接見するのではないんですよ。」と述べたところ、宮里は「きみとはなんだ。お前いつからそんなえらそうな口をきくようになったか。」と繰り返すので、被上告人はこれから布施署に赴く旨を再度述べて電話を切つた。

（６） 被上告人は、宮里との右論争から布施署における浜口との接見が妨げられるとの危惧を感じ、接見をめぐる紛争を予想して六法全書を携帯し、布施署に向つた。

（７） 一方、宮里は、浜口の捜査官である友田をはじめ各留置先の捜査員に対し、電話で、被上告人が

来署したら、被疑者に再度弁護人選任の意思をただし（浜口はこれより先、捜査員に対し弁護人選任の意思のないことを表明していた。）、選任の意思を表明すれば、被上告人に対し捜査主任官が接見の指定をする旨説明するよう指示した。

（８） 被上告人は、午後四時三〇分ごろ布施署を訪れ、弁護人となろうとする者の資格において、友田に対し浜口との接見を求めたところ、友田は、「浜口は弁護人はいらないと答えている。」と答えたので、被上告人は、名刺の裏に簡単な文章を書き込んで友田に交付し、それを示してもう一度弁護人選任の意思を確かめてほしい旨依頼した。友田は、二階取調室に引き返し、浜口に被上告人を弁護人に選任するか否かを尋ねたところ選任の意思を表明したので、直ちにそのことを電話で宮里に報告するとともに、その旨被上告人に伝えた。

（９） そこで被上告人は、あらためて浜口との接見を申し入れたところ、友田は、浜口については接見指定になつていないことを告げると共に、「指定書を持っていますか。」と尋ね、被上告人が「ぼくは持っていません。」と答えると、友田は、「そしたら指定書がなければ面会できませんよ。」と述べた。被上告人は、六法全書の刑訴法三九条の規定を示しながら、接見につき弁護人が指定書の持参を要求される筋合はなく、弁護人が指定書を捜査本部まで取りに行つてそれを持参しなければ面会できないという運用は、あきらかに刑訴法三九条に違反すると述べて、直ちに接見させるよう強く求めた。しかし、友田は、「捜査主任官の指定を受けてもらうか、あるいは指定書を持ってきて欲しい。」旨述べて、あくまで接見を拒否した。

（１０） そこで被上告人は、あくまで浜口との接見を果たすため、二階取調室のある奥の方へ向つて歩き始めたところ、友田は、浜口を取調中のことでもありあわてて「おい、どこへ行くんだ、行つたらいかん。」と叫び、被上告人のあとを追いかけ、その行く手に両手を八の字にあげて立ちふさがり、更に被上告人が前進しようとするのを、両手を被上告人の胸にあてて、押すような態度をとつた。被上告人は、「弁護人選任書をとるだけであるから、五分間でいいから面会させてほしい。」と頼んだが、友田は、「捜査主任官の指定を受けてもらうか、あるいは指定書を持ってこなければ会わせない。」との趣旨を述べながら、両手で被上告人の胸を突いたので、被上告人は「きみはぼくの接見交通権を妨害するのか。面会をさせる。きみは暴力をふるうのか。」と大声で抗議したが、友田は「弁護士がなんじや、弁護士だといつて大きな顔をするな。」と叫びながら、被上告人の胸部付近を反復突きをやつた。右紛争の過程において、被上告人は治療四日を要する左手背挫創の傷害を負つた。

（１１） 友田は、二階に引き返し、防犯係室で、捜査本部の宮里に右の状況を電話報告し、取調室に戻つた。

（１２） 一方、被上告人は、友田の立ち去つた後、しばらく庁舎内の公廨にいたが、やがて二階の取調室の前まで行き、引き戸越しに、「弁護士の杉山だ。浜口さんいるか。」と浜口に声をかけ、友田に対し、引き戸をたたきながら接見させるよう求めたところ、友田は引き戸をあけて出るなり、被上告人に対し強く階下への退去を求め、被上告人が容易に応じそうにないのを見ると、被上告人の身体を押したり、あるいは階段の手すりにしがみついている被上告人を引っぱつて階下に降ろし、公廨に連れていつた。その際被上告人の腕時計の鎖がはずれて落ちた。

（１３） 友田は、それから二階に引き返し、防犯係室から捜査本部の宮里に電話をかけ、右状況を報告した。

（１４） 友田は、取調室に戻つたところ、当直責任者が呼びにきたので公廨におり、被上告人と椅子に腰をおろして再び接見について話し合つた。被上告人は、「五分でもいい、三分でもいい、選任書をとるだけだから会わせてくれ。」と申し入れたが、友田は、「とにかく会うことについては私一存ではいかないんだから、捜査本部の方に接見の指定を受けてくれませんか。」と述べ、結着がつかなくつた。

（１５） そこで友田は、自ら捜査本部の宮里を電話に呼び出したうえ受話器を被上告人に差し出した。

（１６） 被上告人は宮里に対して「指定書がなければ面会させないのか、これから枚岡署まで指定書を取りに来いというつもりか。君は接見を禁止する気か。」と繰り返して尋ねたが、宮里は、「接見を禁止するとは一言もわたしはいつておりませんし、事実接見禁止できるものでもありませんよ。先程わたしがその時間を指定させていただくべくしておるときどうしてじや切られたんですか。」と繰り返すばかりなの

で、被上告人は電話を切った。

(17) 被上告人は、いつたん布施署を出たが、同日午後六時すぎごろ地元住民三名を伴って再び布施署を訪れ、公廨受付の警察官に友田との面会を求めたところ、同警察官は友田主任が指定書を持ってこない以上会っても意味がないと言っている旨伝えた。そこで被上告人ら四名は、二階取調室に赴こうとしたが、被上告人を除く三名は、階段踊り場で隈元巡査に制止され、被上告人一人取調室の前に行き、「浜口さんいるか、がんばれよ。」と大声をあげたところ、友田は廊下に出て、「接見させないとは言っていないんだからそんなに強引に入ってきてもらったら困ります。」と述べ、被上告人は「すぐ会う権利がある。とにかく会わせる。」と言い、しばらく応酬していたが、友田は、やにわに被上告人の後ろから被上告人の両脇に自己の両腕を差し込み、完全にかかえあげて廊下を走り出し、階段中途の踊り場まで被上告人を連れ降ろすなり、そこにいた布施署員に向かって「こいつを上にあげるな。」と命令して取調室に引きあげ、捜査本部の宮里に電話で状況を報告し、かつ、宮里自身来署するよう要請したところ、宮里からできるだけ早く行く旨の返事を得た。

(18) 一方、被上告人は布施署員に腕をつかまれたまま階下に降りたところへ宮里から電話があり、同人が「あんた捜査を妨害するつもりか。」と言うので、被上告人が「いや妨害するつもりはない。いつたい指定書がなければ会わさんというふうにあくまで言うのか。」と述べると、宮里は「さつきなんで、電話切つたりしよつたんだ。」とくり返し言うので、被上告人の方から再び電話を切った。

(19) 宮里は、午後七時三〇分ごろ布施署に到着し、関係警察官から事情聴取し、友田に対し被上告人が接見できるよう準備するよう命じた後、被上告人を署長室に招じたが、被上告人は論争が長びいて接見が遅らされるのではないかと危惧し、署長室に入ることを躊躇していた折から仲重弁護士が来署したので、同弁護士とともに署長室へ入り、被上告人らから「指定書がなければ接見できないのか。」と問いただしたのに対し、宮里は「指定書がなければ面会できないということはない。枚岡署まで指定書を取りに来いと言ったことは一度もない。普通の場合は弁護士と電話で連絡して指定し、別に指定書を持参しなくてもさしつかえない。ただ弁護士がたまたま捜査本部に来たときに指定書を渡すこともある。」旨答え、しばらく論争が続いたが、そのころ友田から接見の準備ができた旨報告があつたので、被上告人及びその場で選任手続をした仲重弁護士は、午後八時二五分から三五分までの一〇分間浜口と接見した。

原判決は、右のような事実を前提として、警察官友田には接見の日時を指定する権限はなかつたが、接見要求を捜査主任官に取り次ぎ、速やかに接見の日時の指定を受けてこれを被上告人に告知すべきであつたのに、友田には接見指定の手続をとる意思が全くなかつたものというほかはないから、接見を拒んだ同人の態度は違法であるとし、被上告人の弁護人としての接見交通権を侵害されたことによる上告人に対する慰藉料請求につき、金一〇万円の限度でこれを認容した（なお、被上告人の請求のうち、友田の名誉毀損、暴行を理由とする損害賠償請求について、原判決は、これを条件付訴であるから不適法であるとし、却下したが、被上告人はこれに対し不服を申し立てていないから当審における審判の対象とならない。）。

二 ところで、憲法三四条前段は、何人も直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留・拘禁されることがないことを規定し、刑訴法三九条一項は、この趣旨にのつとり、身体の拘束を受けている被疑者・被告人は、弁護人又は弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）と立会人なしに接見し、書類や物の授受をすることができるものと規定する。この弁護人等との接見交通権は、身体を拘束された被疑者が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであることはいうまでもない。身体を拘束された被疑者の取調べについては時間的制約があることからして、弁護人等と被疑者との接見交通権と捜査の必要との調整を図るため、刑訴法三九条三項は、捜査のため必要があるときは、右の接見等に関してその日時・場所・時間を指定することができるものと規定するが、弁護人等の接見交通権が前記のように憲法の保障に由来するものであることにかんがみれば、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は、あくまで必要やむをえない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されるべきではない。（同項但書）。捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見の申出があつたときは、原則として何時でも接見の機会を与えなければならないのであり、現に被疑者を取調中であるとか、実況見

分、検証等に立ち会わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合には、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時等を指定し、被疑者が防禦のため弁護人等と打ち合わせるような措置をとるべきである。

三 これを本件についてみると、原審の確定した前記事実関係によれば、被上告人が午後四時三〇分ごろ布施署を訪れ、警察官友田に対し被疑者浜口との接見を申し入れた際には、友田は現に同人を取調中であり、また、当該被疑事件は、枚岡署に置かれた捜査本部が統一的に捜査を指揮し、内部的には、捜査本部の捜査主任官高井及びこれを補佐する宮里が接見の日時等についての指定権を与えられていて、布施署において浜口の取調べを担当していた友田にはこれが制限されていたというのであるから、かような場合における接見の日時等の指定は、それが前記の見地から見ても合理的なものである限り、捜査主任官高井又は補佐官宮里の権限に委ねられていたものであって、友田が被上告人に対し直接捜査主任官又は補佐官の指定を受けるよう求めたことは、被上告人にとつても権限ある宮里と直接協議して接見の日時等の打合せをすることができる便宜があり、また、これに伴う被上告人の負担は電話連絡の機会もあつたことであるから一挙手一投足の労ですんだものといわなければならない。そして前記の経過からすれば、友田は、被上告人に対し自分には指定の権限がなく自分の一存では決しかねると告げ、当初は指定書ということをしたが、すぐに捜査主任官の指定を受けてもらうか又は指定書を持つてきてもらいたいと言ひ直し、再度その旨を繰り返して説明したのに、被上告人は終始指定書のことには拘泥して友田の言に耳を傾けず、宮里と被上告人との間でも両名が直接電話による対話の機会が二度もあつたにもかかわらず、両者間の感情が対立して無用の問答に終始し、宮里も被上告人が浜口との接見を要求していることを知りながら、被上告人と具体的な日時の協議をするにいたらなかつた。そして、被上告人は、友田に対しあくまで直ちに接見させるよう要求し、強引な実力行使の行動に出たものであって、被上告人の右行為も紛争を深刻ならしめ、相当の時間を空費することとなつたことの一因であるといわなければならない（なお、被上告人は、浜口との接見まで約四時間を要したが、右時間のうちには、被上告人がいつたん布施署を退出して午後六時すぎごろ再び布施署に立ち戻るまでの時間も含まれている。）。また、当時、被疑者と弁護人等との接見をあらかじめ一般的に禁止して許可にかからしめ、しかも被上告人の接見要求に対して速やかに日時等の指定をしなかつた捜査本部の宮里の措置は違法といわざるをえないが、友田は原判決のいうとおり指定権の行使が制限されていたのであり、同人が再三再四宮里に電話で連絡したこと（前記一の（８）、（１１）、（１３）、（１５）、（１７）参照）は、まさに、被上告人の接見を求める強い要請を宮里に伝達したことにもなるのであって、友田に接見指定の手続をとる意思が全くなかつた旨の原審の判断は相当でない。そうすると、友田が捜査主任官の指定のないことを理由に接見を拒んだとしても、この友田の行為を違法と評価することは相当でなく、友田の行為の違法を前提として、上告人に対して金一〇万円の支払を命じた原判決には法令の解釈適用を誤り、ひいては審理不尽の違法があるものといわざるをえず、右違法は原判決中右部分の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、その余の点についてふれるまでもなく論旨は理由があり、原判決中上告人敗訴部分は破棄を免れない。そして更に審理を尽くさせる必要があるから、右部分につき本件を原審に差し戻すのが相当である。

よつて、民法四〇七条に従ひ、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 岸盛一 裁判官 岸上康夫 裁判官 団藤重光 裁判官 藤崎万里 裁判官 本山亨）

上告代理人道工隆三、同井上隆晴、同田原睦夫、同柳谷晏秀の上告理由

一、原判決には憲法の解釈に誤りないし違背があり破棄されるべきである。

（一） 憲法第一二条は国民はこの憲法が国民に保障する自由及び権利を濫用してはならない、と規定している。これは権利にはそれに内在する社会的倫理的制約があること、したがつて権利は絶対無制限なものではなく、自己の権利を尊重すると共に他の権利をも尊重すべき道義的責任が内在するのであって、ことに権利と権利とが相剋する場合においては、そこに良識あるいは信義誠実の原則が働き両者の調整がはかられ、双方の権利は公平に保障されるべきことを規定しているのである。

そしてこの憲法第一二条が、憲法第三四条に基礎を置く刑法第三九条の弁護人の接見交通権にも適用あることはいふまでもないところであり、ことに接見交通権と捜査権との接点においてはその調整機能とし

て信義誠実の原則は十分に尊重せられ考慮されなくてはならない。

ところで本件について原判決は左の事実を認定している。

(1) 被疑者竹中愛和(註、同人に被上告人は同日接見した。註は上告人の記載したものである、以下同じ。)が原告(註、被上告人である、以下同じ。)を弁護人に選任する旨出し出たので、宮里……は、接見の指定について原告と協議する意図のもとに原告の執務する弁護士加藤充法律事務所に電話をかけたが通じなかつたため、さらに同弁護士の自宅に電話し、同弁護士の妻に逮捕された竹中が原告を弁護人に選任すると申し出ている旨および枚岡署にいる宮里に電話してもらいたい旨を原告に伝えてもらうことを依頼した。(一審判決理由二の(二))

(2) 原告は……加藤弁護士宅に電話をかけ、同弁護士の妻から逮捕された地元住民三名の氏名、留置先の警察署それに枚岡署の宮里に電話してほしい旨の前記の伝言を聞いた。

(ㄥ二の(三))

(3) 原告は同日午後三時三〇分ごろ宮里に電話をかけ、被逮捕者三名の氏名、留置先、罪名を確認し、宮里が「どこからまわられますか。」と尋ねたので、「とにかく布施署からまわらしていただきます。これから行かしてもらいますからよろしく御連絡願いたい。」と言つたところ、同人は「先生接見は結構ですが指定書がないとあきまへんで。」と言つたことから、弁護人の被疑者接見について指定書持参要求の可否をめぐる、論争となつた。……中略……原告はこれから布施署に赴く旨を再度述べて電話を切つた(ㄥ二の(四))。

(4) 原告は宮里との論争から布施署における浜口との接見が妨げられるとの危惧を感じ、状況によっては大阪地方裁判所の裁判官から接見勧告をしてもらおうと考え、令状部に電話をかけ、裁判官の在庁時刻を問い合わせたところ、午後四時三〇分までしかいないとのことだつたので、その時刻まであまり時間もないところから、やむを得ず電話を切り、接見をめぐる紛争を予想して基本六法を携帯し、布施署に向つた。(ㄥ二の(五))

(5) 一方、宮里は、浜口嘉男の取調官である友田をはじめ各留置先の捜査員に対し、電話で原告が来署したら、被疑者に再度弁護人選任の意思を質し、(浜口はこれより先捜査員に対し弁護人選任の意思のないことを表明していた。)(註、上の括弧内は二審判決理由一項により挿入)選任の意思を表明すれば、原告に対し捜査主任官が接見の指定をする旨説明するよう指示した。(ㄥ二の(五))

(6) ……しかし、友田は「捜査主任官の指定を受けてもらうか、あるいは指定書を持つてきてほしい」旨述べて、あくまで接見を拒否した。(ㄥ二の(六))

(7) そこで原告はあくまで浜口との接見を果すため、二階取調室のある奥の方へ向かつて歩き始めたところ、友田は浜口を取調べ中のことでもありあわてて「おい、どこへ行くんだ。行つたらいかん。」と叫び、原告のあとを追いかけ、その行く手に両手を八の字にあげて立ちふさがり、さらに原告が前進しようとするのを、両手を原告の胸にあてて、押すような態度をとつた。原告は「弁護人選任書をとるだけであるから、五分間だけでいいから面会させてほしい。」と頼んだが、友田は「捜査主任官の指定を受けてもらうか、あるいは指定書を持つてこなければ会わせない。」との趣旨を述べながら、(同上)

(8) 友田は二階に引き返し、防犯係室で、捜査本部の宮里に右の状況を電話報告し、取調室に戻つた。(ㄥ二の(七))

(9) 一方原告は友田の立ち去つた後、しばらく庁舎内の公廨にいたが、やがて二階の取調室の前まで行き、引き戸越しに、「弁護士の杉山だ。浜口さんいるか。」と浜口に声をかけ、……(同上)

(10) 友田はそれから二階に引き返し、防犯係室から捜査本部の宮里に電話をかけて、右状況を報告し、(ㄥ二の(八))

(11) 取調室に戻つたところ、当直責任者が呼びにきたので公廨におり、原告と椅子に腰をおろして再び接見について話し合つた……が、友田は「とにかく会うことについては私一存ではいけないんだから、捜査本部の方に接見の指定を受けてくれまへんか。」と述べ、結着がつかなかつた。(同上)

(12) そこで友田は、自ら捜査本部の宮里を電話に呼び出したうえ受話器を原告に差し出した。(同上)

(13) 原告は宮里に対して「指定書がなければ面会をさせないのか、これから枚岡署まで指定書を取

りに来いというつもりか。君は接見を禁止する気か、」と繰り返す尋ねたが、宮里は「接見を禁止するとは一言もわたしはいつておりませんし、事実接見禁止できるものでもありませんよ。先程わたしがその時間を指定させていただくべくしておるときどうしてじや切られたんですか」と繰り返すばかりなので、原告は電話を切った。(同上)

(14) そこで原告ら四名は、二階取調室に赴こうとしたが、原告を除く三名は階段踊り場で隈元巡査に制止され、原告一人取調室の前に行き、「浜口さんいるか、がんばれよ。」と大声をあげたところ、友田は廊下に出て、「接見させないとは言っていないんだからそんな強引に入ってきてもらったら困ります。」等と述べ、原告は「すぐ会う権利がある。とにかく会わせる。」と言い、しばらく応酬していたが……取調室へ引きあげ捜査本部の宮里に電話で状況を報告し、且つ宮里自身来署するよう要請したところ宮里からできるだけ早く行く旨の返事をえた。(〃二の(九))

(15) 一方原告は布施署員に腕をつかまれたまま階下に降りたところ、宮里から電話があり、同人が「あんた捜査を妨害するつもりか。」と言うので、原告が「いや妨害するつもりはない。いつたい指定書がなければ会わさんというふうにあくまでも言うのか。」と述べると、宮里は「きつきなんで、電話切つたりしよつたんだ。」とくり返し言うので、原告の方から再び電話を切った。(同上)

(16) 宮里は午後七時三〇分ごろ布施署に到着し、関係警察官から事情聴取し(友田に対し被控訴人が接見できるよう準備することを命じ)(註、上の括弧内は二審判決理由一項により挿入)た後、原告を署長室に招じたが、原告は論争が長びいて接見が遅らされるのではないかと危惧し、署長室へ入ることを躊躇していた折から仲重弁護士が来署したので、同弁護士とともに署長室へ入り、原告らから「指定書がなければ接見できないのか。」と問い質したのに対し宮里は「指定書がなければ面会できないということはない。枚岡署まで指定書を取りに来いと言ったことは一度もない。普通の場合は弁護士と電話で連絡して指定し、別に指定書を持参しなくてもさしつかえない。ただ弁護士がたまたま捜査本部に来たときに指定書を渡すこともある」旨答え、しばらく論争が続いたが、その頃友田から、接見の準備ができた旨報告があつたので原告およびその場で選任手続をした仲重弁護士は午後八時二五分から三五分までの一〇分間浜口嘉男と接見した(〃二の(一〇))

即ち右(1)(2)(5)(6)(8)(10)(11)(12)(13)(14)(15)(16)によつて原判決が認定した事実によつても明らかなように、組織捜査をしている捜査本部の宮里と布施署において被疑者浜口の取調べを現に行っている友田とが一体となつて、被上告人に対して誠実に接見指定をなすべく状況を密に連絡をとりつつ、一方被上告人に対しても指定せんための話し合いをなすべく、(被疑者竹中関係の指定をも含めて)宮里は直接被上告人の勤務先である加藤充弁護士事務所、同弁護士の自宅に、または布施署における被上告人に対して電話し、終には容易に対話に応じない被上告人に直接会つて話し合いを遂行するために、他の拘束中の被疑者との関係もあつて組織捜査の必要上容易に離れ難い捜査本部を一時離れて布施署に出向き指定書などに関するしばらくの論争の後、折柄友田の取調べの都合ともかみ合つて、被上告人をして被疑者浜口と接見せしめる運びとなり、また友田は一捜査員に過ぎない自分が指定することはできないことと、指定書は必要でないことを繰り返す説明しながら捜査本部にいる捜査主任官から指定を受けてくれと伝え、容易に応じないため自ら本部の宮里を電話に呼び出して、その受話器を被上告人に手渡し終には宮里の来署を要請して話し合いの結着をつけようとまでしているのに、その間に被上告人のなしたことは、前記(3)(4)(7)(9)(13)(14)(15)に明らかなように、宮里との電話は殆んど話し合いをなさずして全部一方的にこれを切り、友田が繰り返す勸めている本部からの指定を受けようとせず、只管に捜査員の制止をも排除しつつ、何回も自力で面接を遂行しようと試み、取調べの妨害をしたことが明らかなのである。凡そ逮捕拘束中の被疑者との接見について捜査官が接見指定の意思を表明し、そのための協議を求めている場合には、指定書の必要であるか否かとか、捜査主任官でない友田も指定権を有するか否かとかは暫く措き、捜査官との指定前の協議に応ずる義務は、弁護権と捜査権との接点において求められる信義則上からして、当然認められるべきである。

若しその話し合いで不当な点があれば準抗告等自ら執るべき法律的手段があるのであつて、弁護権を尊重するにしてもそこに内在する社会的道義的制約ないしは相手方たる捜査官憲に対する信義則から言つても、自力をもつて接見を遂げることに狂奔することは許されない。若しこれを敢行するにおいては法律家とし

ての品位もさることながら、法律上も権利の公平なる調整をはかることを狙いとした憲法第一二条の規定に違背するものであつて、公共の福祉のために利用するものではなく、明らかに弁護権の濫用である。況んや後述する如く原判決の認定した宮里や友田と被上告人との前記応答に際しても、大阪府警の接見の実際には指定書を必要としないことは極めて明確に誠実に伝えられているのであり、本件の場合友田が指定すべきでなく、捜査主任官が指定すべき法令上の根拠があり、このことは弁護人もまた拘束を受くべきものであることも後述する通りであるが、これらのことを詮索するまでもなく、原判決認定の通り、宮里と友田とは接見指定をなすべくその話合をしようと、しかもその方法としては宮里を通じて指定しようとするものの、被上告人に対して時間、労力の両面は勿論その他の面でも殊更の負担をかけないで、電話で数分の話合いに応ずれば足りるという方法で繰り返し努力したに拘らず、（註、被上告人が話合の相手に友田を選び、宮里を相手とすることを拒否する法律上何等の理由もないのである。）被上告人においてはこれを一方的に回避して、反つて自力をもつて被疑者との接見を遂げることのみ狂奔したものであるから、被上告人の右所為が、憲法第一二条の権利の濫用に当ることは多言を要しないのであり、公共の福祉に添うたものでもないのである。

果して斯く解するならば、本件トラブルの原因はあげて右被上告人の所為に帰するものと断ぜざるを得ないのに原判決はこの点についての配慮をなさず、また何が故に接見の指定が遅れたかの理由についても右の如き検討をもなさず、唯接見指定のなかつたことのみを捉えて友田の違法と判示しているが、これは憲法第一二条を無視した憲法の誤れる解釈であり、又は同条に違背した判示である。

（二） 憲法第一三条は国民の権利については、公共の福祉に反しない限り立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする、と規定している。この規定は、立法の際成文法もこの規定に従い特定の個人の権利を尊重すると共に、他の多くの権利をも同様尊重して立法しなくてはならないことを意味するものであつて、このことは、その配慮をもつて成立した法律であるから、その解釈適用する際にも、当然の帰結として、特定の個人の権利は尊重しなくてはならないが、そこには同時に社会的倫理的な制約があつて、多くの他の権利に対し、或は相手方の権利に対しても良識と信義誠実の原則が働いて公平にその間の調整を遂げる如くに解釈適用しなくてはならないものと解すべきものとする。

ところで原判決は「友田には接見指定の手續をとる意思が全くなかつた」として「指定のための合理的時間につき考慮するまでもなく、接見を拒んだ友田の態度が違法である」と判示し、上告人がつとに主張する事前協議の慣行とその必要性、及び本件における接見指定遅延の原因は、被上告人のこの協議の回避と自力により接見を遂げようとしたことにあるとの点について「本件の場合が……事前協議を必要としない場合であることは明らかである。」と判示しているのであるが、これは刑訴法第三九条を解釈適用するに当り憲法第一三条を無視しているものであつて憲法同条の解釈を誤り、又は同条に違背した判示である。即ち、

前記（一）に列挙の原判決認定の各事実によれば、友田は現に浜田を取調べ中であつて捜査本部の宮里に対して度々その状況を被上告人の前記妨害の事実と共に電話報告しているのであり、捜査本部に対しては他の被疑者を分担取調べている捜査員からもその状況を逐一報告されているのであつて、他の取調べの進行状況によつては一方的に指定することによつて被上告人に布施署において長時間待つてもらうよりも、他の分置署に先に行つて接見してもらう必要があるかも知れず、協議の必要性は決して薄れておらず、それにもまして大阪府警において一般に行つている話合の方法を実行すれば、友田はその取調べを妨害されることなく、また多年大阪府警が実践して殆んど定着しているこの話合の方法を被上告人を含む大阪府警関係において接見をなす全弁護人に納得理解して貫うことは、すべての接見において弁護人側にも捜査官憲側にも色々の障害故障を未然に防ぎ、面接を円滑に進捗させるものであつて、それこそ将来永久に多数の弁護権と共に捜査権をも尊重することとなるものである。

凡そ刑訴法第三九条の如く弁護権と捜査権とが相対立する場合においては、色々の具体的な場合を悉く予想してこれに適合する如き法令を成文化することは技術的に不可能と考えられるだけに、その相対立する法条の間隙は双方当事者の道義的な良識によつて、その都度話合つてこれを処理するの他に方策はないのであつて、その実績を積み重ねてその間隙を埋めることこそ最も望ましいことであり、これに当る法曹当事者はその熱意をもつて等しく対処すべきものと考えられる。

斯く考えるとき、原判決の前記判示は特定の弁護権を尊重するやに見えて、その実は特定弁護人の恣意専断に発した弁護権の濫用を将来を含めて多数の弁護権と捜査権との犠牲において尊重することを逡巡するものであつて憲法第一三条の解釈を誤り又は同条に違背するものである。

二、原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違背があり破棄されるべきである。

(一) 原判決は刑訴法三九条について「捜査員が弁護人から接見を求められた場合……捜査員としては接見要求を捜査主任官に取次ぎ速かに接見日時の指定を受けてこれを弁護人に告知すべきであり、この手続をとらない以上接見を拒み得ない」と判示する。この点について一審判決は捜査員が自ら右の指定権を行使すべきであるとしており、原判決が一審判決の判断を引用しながら前記のごとく判示することにいささかの矛盾を認めざるを得ないが、原判決の右判示はその限りにおいて一審判決の判断を訂正したものとみても、なお右判示は刑訴法三九条の解釈を誤つたものである。すなわち右の原判決の解釈は、捜査官の一方的な接見指定のみを認め、捜査官が接見指定に際し事前に弁護人と協議し弁護人の都合をも考慮するとの長年大阪府警において培われてきている慣行、弁護人にとつても望ましい慣行を全く無視し、これの考慮を欠くものであつて不当な解釈である。捜査官が原判決判示のごとく弁護人の都合等を無視して一方的な指定をすることはむしろ捜査官にとつてはたやすいことであるが、しかしそのような接見指定を常時行えば弁護人の権利を損うことが多く、これをめぐる紛争も多くなることはみやすいところである。それだからこそ、大阪府警においては可能な限り事前に弁護人と連絡をとり打合せを行つて接見指定をしているのであり、そのこと自体望ましい処置であつて、これを接見指定の解釈上考慮しないことは許されないものというべきである。

本件においても、宮里は「接見指定について被上告人と協議する意図のもとに」電話をかけ、その協議をなそうとしており（前記一、(一)(1)）、又友田も最初に被上告人と問答した際、捜査主任官の指定を受けてもらいたい旨を被上告人に告げ（同(6)）、さらに宮里に電話をかけてこれを被上告人に手渡す（同(11)(12)）など従前からの扱いに則り協議の上弁護人の納得のもとに指定する努力を重ねてきたのに対し、被上告人は指定をうけまいとして協議に応じようとしなかつたのである。これら捜査官の一連の努力とそれに対応する被上告人の態度を全く考慮せずに「指定をしなければ接見を拒み得ない」との単純な解釈にて本件を評価した原判決は刑訴法三九条の解釈を誤つたものといわざるを得ず、この違背が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

(二) 原判決は、接見指定権を捜査主任官に専属せしめることを定めた被疑者留置規則二九条は捜査官憲内部の規律にとどまり弁護人を拘束するものではない、と判示する。

しかしこの規則は警察法七九条、同法施行令一三条の規則制定権に基き国家公安委員会が制定したものであり、仮りにこれが内部規律としても、その拘束力は弁護人に対しても認められるべきであつて、捜査主任官の方で直接接見指定するとの意思が表明された限り弁護人はこれに応ずべきである。このことは下級裁判所事務処理規則の定める事務分配に第三者が拘束されることと対比すれば明らかである。それを内部規律にとどまり弁護人を拘束するものではないとした原判決の解釈は誤まれるものであり、この違背が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

三、原判決には次のごとき理由の不備ないし齟齬があり、破棄されるべきである。

(一) 原判決は、友田が「とにかく会うことについては私一存ではいかなないから、捜査本部の方に接見の指定を受けてくれませんか、と述べ」、「自ら捜査本部の宮里を電話に呼び出したうえ受話器を被上告人に差し出した」との事実を認めながら（前記一、(一)(11)(12)）、「友田には接見指定の手続をとる意思が全くなかつた」と認定している。しかし国家公安委員会規則により接見指定の権限の認められていない友田が接見を求める弁護人に対し、原判決の判示のごとく捜査主任官に取次ぎ指定をうけてこれを告知することも一つの方法であろうが（但しこの場合事前協議の慣行を無視するものであることは前記のとおり）、原判決認定事実の如く弁護人に協議の上捜査主任官より直接指定してもらうべく電話を取次いだ所為等も又接見指定のための手続と評価しうるものであり、友田がこれの処置をとつている本件にあつて「接見指定の手続をとる意思が全くなかつた」とは到底いいえないとみるべきである。したがつて原判決の右認定には明らかに理由の齟齬がある。

(二) 原判決は、本件の場合「事前協議を必要としない場合であることは明らかである」と判示し、上

告人の事前協議に関する主張に対する判断を避けているが、なにゆえに本件について事前協議の必要がない場合なのか決して明らかではなく、むしろ当時友田は被疑者を取調べ中であつたのであるから即刻の接見指定はなしえなかつたことはみやすいところであり、したがつて弁護人に出直してきてもらうか他を先にまわつてもらふ必要があり、弁護人の都合を聞くことの必要は決して失われていなかつたのであるから、協議の必要としない場合とはなしえず、この点に関する原判決の理由に不備ないし齟齬があるといわねばならない。

以上いずれの理由によつても原判決は破棄さるべきである。

【文献番号】28040615

損害賠償請求事件

最高裁判所大法廷平成五年（オ）第一一八九号

平成十一年三月二四日判決

主 文

本件上告理由第二点の論旨は理由がない。

理 由

上告代理人大堀有介の上告理由第二点について

一 刑訴法三九条三項本文の規定と憲法三四条前段

所論は、要するに、身体の拘束を受けている被疑者と弁護人又は弁護人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（以下「弁護人等」という。）との接見等を検察官、検察事務官又は司法警察職員（以下「捜査機関」という。）が一方的に制限することを認める刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三四条前段に違反するというのである。

1 憲法三四条前段は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」と定める。この弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。

刑訴法三九条一項が、「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の依頼により弁護人となろうとする者（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。）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。」として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る（最高裁昭和四九年（オ）第一〇八八号同五三年七月一〇日第一小法廷判決・民集三二巻五号八二〇頁、最高裁昭和五八年（オ）第三七九号、第三八一号平成三年五月一〇日第三小法廷判決・民集四五巻五号九一九頁、最高裁昭和六一年（オ）第八五一号平成三年五月三十一日第二小法廷判決・裁判集民事一六三号四七頁参照）。

2 もっとも、憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法三四条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設ける

ことを否定するものではないというべきである。

3 ところで、刑訴法三九条は、前記のように一項において接見交通権を規定する一方、三項本文において、「検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）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。」と規定し、接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。この規定は、刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることに認められていること（一九八条一項）、被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも二三日間（内乱罪等に当たる事件については二八日間）という厳格な時間的制約があること（二〇三条から二〇五条まで、二〇八条、二〇八条の二参照）などにかんがみ、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたものである。そして、刑訴法三九条三項ただし書は、「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。」と規定し、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている。

このような刑訴法三九条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護士等から被疑者との接見等の申出があったときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条三項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護士等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである（前掲昭和五三年七月一〇日第一小法廷判決、前掲平成三年五月一〇日第三小法廷判決、前掲平成三年五月三十一日第二小法廷判決参照）。

なお、所論は、憲法三八条一項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕、勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法一九八条一項ただし書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であつて、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならないという。しかし、身体の拘束を受けている被疑者にとり取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかであるから、この点についての所論は、前提を欠き、採用することができない。

4 以上のとおり、刑訴法は、身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることを認めているが、被疑者の身体の拘束を最大でも二三日間（又は二八日間）に制限しているのであり、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る必要があるところ、（一）刑訴法三九条三項本文の予定している接見等の制限は、弁護士等からされた接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく、単に接見等の日時を弁護士等の申出とは別の日時とするか、接見等の時間を申出より短縮させることができるものにすぎず、同項が接見交通権を制約する程度は低いというべきである。また、前記のとおり、（二）捜査機関において接見等の指定ができるのは、弁護士等から接見等の申出を受けた時に現に捜査機関において被疑者を取調べ中である場合などのように、接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、しかも、（三）右要件を具備する場合には、捜査機関は、弁護士等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護士等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないのである。このような点からみれば、刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三四条前段の弁護士依頼権の保障の趣旨を実質的に損なうものではないというべきである。

なお、刑訴法三九条三項本文が被疑者側と対立する関係にある捜査機関に接見等の指定の権限を付与し

ている点も、刑訴法四三〇条一項及び二項が、捜査機関のした三九条三項の処分に不服がある者は、裁判所にその処分の取消し又は変更を請求することができる旨を定め、捜査機関のする接見等の制限に対し、簡易迅速な司法審査の道を開いていることを考慮すると、そのことによって三九条三項本文が違憲であるということとはできない。

5 以上のとおりであるから、刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三四条前段に違反するものではない。論旨は採用することができない。

二 刑訴法三九条三項本文の規定と憲法三七条三項

所論は、要するに、憲法三七条三項の規定は、公訴提起後の被告人のみならず、公訴提起前の被疑者も対象に含めているとし、それを前提に、刑訴法三九条三項本文の規定は憲法三七条三項に違反するというのである。

しかし、憲法三七条三項は「刑事被告人」という言葉を用いていること、同条一項及び二項は公訴提起後の被告人の権利について定めていることが明らかであり、憲法三七条は全体として公訴提起後の被告人の権利について規定していると解されることなどからみて、同条三項も公訴提起後の被告人に関する規定であって、これが公訴提起前の被疑者についても適用されるものと解する余地はない。論旨は、独自の見解を前提として違憲をいうものであって、採用することができない。

三 刑訴法三九条三項本文の規定と憲法三八条一項

所論は、要するに、憲法三八条一項は、不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するため、身体の拘束を受けている被疑者と弁護士等との接見交通権をも保障していると解されるとし、それを前提に、刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三八条一項に違反するというのである。

しかし、憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためどのような措置が採られるべきかは、基本的には捜査の実状等を踏まえた上での立法政策の問題に帰するものというべきであり、憲法三八条一項の不利益供述の強要の禁止の定めから身体の拘束を受けている被疑者と弁護士等との接見交通権の保障が当然に導き出されるとはいえない。論旨は、独自の見解を前提として違憲をいうものであって、採用することができない。

四 以上のとおりであるから、刑訴法三九条三項本文の規定は、憲法三四条前段、三七条三項、三八条一項に違反するものではないとした原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法はなく、本件上告理由第二点の論旨はいずれも理由がない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 山口繁 裁判官 園部逸夫 裁判官 小野幹雄 裁判官 千種秀夫 裁判官 尾崎行信 裁判官 河合伸一 裁判官 遠藤光男 裁判官 井嶋一友 裁判官 福田博 裁判官 藤井正雄 裁判官 元原利文 裁判官 大出峻郎 裁判官 金谷利廣 裁判官 北川弘治 裁判官 亀山継夫)