

人身保護法と勾留の違法

勾留の状態から生ずる勾留の違法

久岡康成*

目次

- 1 はじめに
- 2 刑事収容施設に拘束されている者についての人身保護法による救済
- 3 人身保護法における拘束の違法と刑法における勾留の違法
- 4 結びにかえて

1 はじめに

(1) 拘束に対する刑法と人身保護法による救済

憲法に保障されている人身の自由（憲法33, 34条）は、その許容事由がある場合にのみそれを制限することが認められる。逮捕もしくは勾留のような刑事訴訟法による刑事収容施設への拘束も、人身の自由からみれば、その制限の許容理由の1つである。刑事訴訟法では、1方ではいわゆる別件逮捕・勾留など、人身の自由の制限の許容理由の限界が論じられるとともに、他方では許容理由の限界をこえた違法な人身拘束、例えば違法な逮捕・勾留の法的効果（救済）についても、勾留に関する裁判に対する准抗告（刑法429条1項2号）や勾留の取消（刑法87条, 91条¹⁾、さらには違法な逮捕・勾留を理由とする裁判打ち切り論（公訴濫用論）、違法収集証拠排除法則などにおいて、様々に論じられている。

他方、刑事訴訟法以外の法領域でも、違法な人身の拘束に対しては、国

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

家賠償法による公務員が「違法に他人に損害を加えた」場合の国又は公共団体の損害賠償責任（国家賠償法1条1項）、人身保護法による「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者」（人身保護法2条1項）に対する「判決をもって被拘束者を直ちに釈放する」（同法16条3項）ことなど、様々な法的効果（救済）が存している。そして、それぞれの法的効果に要求される違法については法的効果（救済）ごとに相違があり、各場合の法的効果（救済）に相違があるとしても、違法自体が生じているかについては、違法の規範違反性、統一性に鑑みると、それぞれの法的効果、したがって法領域によって異なるものではなく、共通性があると考えられる。

したがって、このような見地からは、刑事訴訟法における人身の拘束の違法を検討するに当たっても、それぞれの法的効果（救済）の発生に相違があるとしても、違法自体が生じているか否かについては、他の法領域での議論が参考となるわけであり、ことに「釈放」という救済がともに想定されている、人身保護法における議論については刑法の側からも参考に出る点が多いのではないかと考えられる²⁾。

(2) 人身保護法による救済

人身保護法（昭和23年法律199号）は、戦後法制改革の中で、憲法の保障する人身の自由を具体的に保護するために、刑事訴訟法（昭和23年法律131号）とならば、いわば人身保護の基本法という位置づけのもとに、制定されたものである³⁾。すなわち人身保護法は、「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者は、この法律の定めるところにより、その救済を請求することができる」（人身保護法2条1項）ものとされ、裁判所は「請求を理由ありとするときは、判決をもって被拘束者を直ちに釈放する」（同法16条3項）ことを定めている。

しかし、人身保護法による救済は、やがて、最高裁により人身保護規則（昭和23・9・21最高裁規則22号）が制定されるにおよび⁴⁾、その要件が厳

格化されて違法の顕著性が要求され、また人身保護法による救済は、他の救済の方法（刑事訴訟法による救済）に対し補充的なものとされるに至った。すなわち人身保護規則は、人身保護法による救済の請求は、「拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合に限り、これを行うことができる」（同規則4条本文）と、手続の違反の顕著性を要求して拘束の違法の顕著性を要件とし、さらに、「他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、その方法によつて相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白でなければ、これを行うことができない」（同規則4条但書）と、人身保護法による救済の他の救済に対する補充性を要求するに至ったのである。

以上の結果、刑事訴訟法の領域では、人身保護法による救済は、人身保護規則4条によるその補充性の要求により、まず刑訴法上の救済が追求されることになってその数を減じ、刑訴法の学説や教科書で論じられることも少なくなってきた⁵⁾。他方、わが国の人身保護法は、その救済の対象を刑事手続における人身拘束や、公権力による人身拘束に限っておらず、また私人による身体の拘束に対しては他に有効な救済方法が見当たらないことから、人身保護法による救済が、私人による違法な身体拘束に対する救済手段として用いられることが多くなった⁶⁾。その中でも、とりわけ子の引き渡しを求める法的手段として、人身保護法による救済の請求が多用されることとなった。このような状況は、東京地方裁判所民事第9部人身保護研究会「東京地裁における人身保護事件の処理状況」（以下、東京地裁人身保護研究会平成4年報告と呼ぶ⁷⁾）において、子の引渡請求事件が、「人身保護事件の大半を占めるに至っていることは周知のとおりである」と指摘されているところである。

しかしながら、他方では、刑事収容施設に収容されている受刑者、死刑判決確定者、被疑者被告人の権利侵害が、刑事訴訟法により十分に救済されているとは、必ずしも言い得ないと言わざるを得ないのである。そこで、

その数は必ずしも多くないが、人身保護法による救済が、刑事収容施設に拘束されている者につき求められることは、人身保護法の制定当時より存在しており、これについての議論も継続して行われている。

このような状況の中で、最近、人身保護法による救済の全般について、多数の裁判例が集積する東京地方裁判所において、東京地方裁判所民事第9部人身保護研究会「東京地裁における最近の人身保護請求事件の処理状況」（以下、東京地裁人身保護研究会平成19年報告と呼ぶ）により⁸⁾、人身保護法による救済全般についての状況の報告も明らかにされている。そこで本稿では、これら裁判例や議論を検討し、刑事収容施設に拘束されている者についての、人身保護法による救済論の状況を確認した後、刑事訴訟法における違法な拘束からの救済の議論について、再度若干の検討をすることにした⁹⁾。

2 刑事収容施設に拘束されている者についての 人身保護法による救済

(1) 人身保護法・人身保護規則制定当時の議論

人身保護法制定当時の議論としては、人身保護法制定に向けての議論の後、まず、人身保護規則が違法の顕著性と手続の補充性の要件を要求したことについて批判が行われた¹⁰⁾。また、人身保護規則を前提にする立場からも、人身保護法の「法律上正当な手続きによらないで、身体の自由を拘束されている」（人身保護法2条）という要件については、「法的手続による拘束である以上は、重要な方式違反であってその手続を無効にする程度のものであるときに、はじめて非合法性を帯びて来るのである¹¹⁾」と解されるのが、一般的であったと解される。すなわち、そこでは、法的手続による拘束でないものものはもちろん、法的手続による拘束であるものも人身保護法による救済の対象と考えられ、ただ後者についてはその手続を無効にする程度の重要な方式違反が要件になると考えられていたのである。

そして具体的には、このような見地から、団藤博士においても人違いで拘束を受けたような場合や、「刑事事件の審理が遷延したため拘禁が不当に長くなったようなばあいには（憲法第37条第1項、第38条2項参照）、被告人は当然に釈放されるべきで（刑訴第98条参照）、それにもかかわらず釈放されないときは、人身保護手続を求めることができるであろう」と論じられていた¹²⁾。当時の、東京地裁主催人身保護法運用協議会速記録にある、今村義広裁判官の、「例えば、刑事の裁判所ではなほだしい長期の勾留をするということがあれば、それは私共の考えるところではやはり人身保護法第2条の法律上正当な手続きによらないということになるのではないかと思います」という発言や、古関敏正裁判官の、「憲法の317条に被告人は迅速な裁判を受ける権利が有するということがありますのでそれに違反すると認められる場合には違法な拘束になり規則第4条に該当するわけであります」という発言に照らすとき¹³⁾、団藤博士においてものような見解は、当時一般に受け入れられていた見解であったと思われるのである。

(2) 人身保護規則4条により拘束の違法の顕著性を要求する判例の確立

しかしながら最高裁は、人身保護規則制定後まもなくの昭和29年という早い段階で、身体拘束の違法を理由に釈放を求める人身保護請求事件において、請求者の主張に判断を加えるためには、人身保護規則4条による拘束の違法の顕著性が要求されると解されることを明らかにした。この事件は、極東軍事裁判所等の連合国戦争犯罪法廷で有罪とされ、平和条約発行後は、平和条約11条により連合国最高司令官から巣鴨刑務所長に引き渡され残刑の執行を受けていた者について、平和条約11条は、憲法に定める裁判官によらない者による裁判を適法な裁判としている等の理由で、法律上正当な手続きによらないで、身体を拘束されていると主張された事件であった。そして、これに対する最高裁は、人身保護規則4条が「このように請求の理由を権限方式手続の違法が著しく且つ顕著である場合に限定したのは、人身保護法が基本的人権を保障する憲法の精神に従い、国民

をして現に不当に奪われている人身の自由を迅速且つ容易に回復せしめることを目的として制定された特殊な救済方法であるからである」と述べ、請求者の違憲の主張を判断するまでもなく、棄却するべきものとした¹⁴⁾。

このような最高裁判例の立場に立てば、他方では「裁判によって行われている拘束は、適法なものと推定する」（人身保護規則29条1項4号）とされているのであるから、拘束者が裁判の執行として拘束しているとする場合については、違法の顕著性ありとされて人身保護請求が認められることは、極めて困難なことになる。しかも、刑訴法上の勾留については、勾留理由開示制度（刑訴法82条以下）や勾留の取消制度（刑訴法87条、91条）があるために、人身保護法の救済に補充性を要求する見地から（人身保護規則4条但書）人身保護法による救済がいっそう困難なものとなる。実際にも、人身保護法による救済の議論の対象としては、刑事手続以外の公権力による不当な拘束（出入国管理手続での拘束など）や私人による拘束（精神病院の入院や子の監護など）の事案に注目が集まり、刑事収容施設における拘禁には関心が集まらないということになった。このような状況のなかでは、人身保護法・人身保護規則制定当時の議論にあった、迅速な裁判を受ける権利に違反すると認められる場合を違法な拘束として人身保護法で救済することや、人身保護法による救済の対象と考えられる、その手続を無効にする程度の重要な方式違反とは何かが、論議されることにはならなかったのである。

かくして、このような、判例による人身保護法と人身保護規則の運用の結果、「わが国の人身保護手続は、公権力による不当な拘禁に対する防波堤として用いられることは稀となり、私的な拘禁に対する救済手続として利用されるようになった」といわれる状況になった¹⁵⁾。なお、ここで挙げられている私的な拘禁に対する救済手続とは、精神病院への強制入院からの救済、宗派に取り込まれた縁者の取り戻し、財産争いのからみでの親の奪い合い、幼児の引き渡し請求であった。

(3) 刑事収容施設に拘束されている者に対する人身保護法による救済

以上のような一般的状況にもかかわらず、刑事収容施設に拘束されている者に対する不当な人身の拘束に対する救済方法として、人身保護法による救済の請求を活用する努力は、実務上は粘り強く続けられてきた。

なお、人身保護法による救済の請求を検討するにあたっては、その請求が認容された場合を評価すべきはもちろんであるが、請求が認容されない場合でも請求の適法性が認められた場合については(判決で棄却された場合はもちろん決定で棄却された場合も)、その意義が認められなければならない。すなわち、請求が適法と認められることは、少なくとも装備調査が行なわれることであり(人身保護法9条)、審問期日が開かれて、請求者も被拘束者も審問期日に出席する(人身保護法14条1項)ことにつながるものであり、人身保護請求をする側からは大きな意義がある。人身保護規則2条も、人身保護法による救済の内容として、「法による救済は、裁判所が、法第12条第2項の規定により、決定で、拘束者に対し、被拘束者の利益のためにする釈放その他適当であると認める処分を受忍し又は実行させるために、被拘束者を一定の日時及び場所に出頭させるとともに、審問期日までに答弁書を提出することを命じ(以下この決定を人身保護命令という。)、且つ、法第16条第3項の規定により、判決で、釈放その他適当であると認める処分をすることによつてこれを実現する。」と広く捉えている。

救済の内容からみると、刑事収容施設に拘束されている者に対する人身保護法による救済の、第1の類型は、請求において釈放を求める請求である。例えば、保釈中の被告人に実刑判決が為され、勾留更新が決定がなされ収監された場合に、勾留状謄本を示すことなくしてなされた収監手続の違法が認められ人身保護請求が認められた裁判例(神戸池判昭和39・9・11判例タイムズ165号129頁)がある。また、再審請求財田川事件において、再審請求者の釈放が人身保護法に基づき請求されたことがある(朝日新聞昭和51年9月21日記事参照)。裁判によって行われている拘束は適

法なものと推定されているとしても（人身保護規則29条4項）、このような場合にはその推定の範囲外であったりゆらいであり、人身保護法による釈放の請求に適法性が認められ得る事案であったということができよう。

決定で棄却されたが、適切な専門医のいない医療刑務所における刑の執行を理由とする、診断を受けるための釈放の人身保護請求（東京高決昭和40・9・1判例タイムズ184号161頁）の事例もある。

救済の内容から見た第2の類型は、近時しばしば見られる、現在の拘束状態からより改善された状態に置くことを、人身保護法により求める請求である。

人身保護法は、「請求を理由ありとするときは、判決をもつて被拘束者を直ちに釈放する」（人身保護法16条3項）ものとしていたが、人身保護規則は、救済の内容として、「法による救済は、裁判所が、法第12条第2項の規定により、決定で、拘束者に対し、被拘束者の利益のためにする釈放その他適当であると認める処分を受忍し又は実行させるために、被拘束者を一定の日時及び場所に出頭させるとともに、審問期日までに答弁書を提出することを命じ（以下この決定を人身保護命令という。）、且つ、法第16条第3項の規定により、判決で、釈放その他適当であると認める処分をすることによつてこれを実現する」と定めることになった（人身保護規則2条）。また、人身保護規則は、請求認容の判決として、「裁判所は、請求を理由があるとすることは、判決で、被拘束者を直ちに釈放し、又は被拘束者が幼児若しくは精神病者であるときその他被拘束者につき特別の事情があると認めるときは、被拘束者の利益のために適当であると認める処分をすることができる」（37条）と定めている。

そこで近時の人身保護法による救済請求では、被拘束者の釈放以外の措置が請求されることが担当数あり、裁判例においても、認容された例はないが、その他適当であると認める処分（人身保護規則2条、37条）の請求としてその適法性を認め、人身保護法による手続を進めることが一般に行われるに至っている。深見敏正「矯正関係を巡る人身保護請求事件」の研

研究¹⁷⁾、前示の東京地裁人身保護研究会平成19年報告が指摘するところである。このような事例の増加は、このような請求が前示の東京地方裁判所人身保護研究会平成19年報告では、「矯正関係を巡る人身保護請求」として類型化されているが、先行する東京地裁人身保護研究会平成4年報告では、未だ類型の1つとして指摘されていないことと比較するとき、明確に見て取れるところである。

そこで、前示の深見敏正判事の研究及び東京地方裁判所人身保護研究会平成19年報告にそって、これらの第2の類型の請求を見てみると、そこにもさらに3つのタイプがあるとされている。

第1のタイプは、被収容者の健康状態を理由とする医療刑務所等への移送等の医療措置の請求である。これらの請求は、完全な身体的自由の回復を求めず、現在の拘束状態からより改善された状態に置くことを求めることも人身保護法に基づく救済の請求として許されるから(東京地決平成5・1・13判例時報1454号119頁、東京高決平成10・6・25判例タイムズ1009号258頁)、人身保護法に基づく救済の請求の対象となりうるとされている¹⁸⁾。これに関する、東京地裁決平成17年11月30日決定の要旨は、東京裁人身保護研究会平成19年報告19頁によれば、次のようである。

人身保護法による救済は、判決で、釈放その他適当であると認める処分ことによってこれを実現されるものであるが(人身保護規則2条)、この処分には身体的自由の拘束からの解放を求めるものだけでなく、被拘束者について現在の拘束状態からより改善された状態におくことも含まれるものであるから、医療施設・精密検査施設のある施設への移動を求める請求も、これに含まれる。

被拘束者について現在の拘束状態からより改善された状態におく処分の根拠となる、「法律上正当な手続によらないで、身体的自由を拘束されている者」(人身保護法2条)の要件について、「監獄の長は、在監者が疾病に罹患したときは、拘禁状態の下で適切かつ合理的な医療的措置をこうすべき義務があり、必要な検査及び医療措置を怠ったまま拘禁を継続し、

監獄における拘禁の目的を逸脱するときは、拘禁の手続きにおいて違法というべきである。」

しかし実際の事件では、違法性の顕著性の要件（人身保護法4条本文）を満たすことが困難であり、結果的には請求が認容された例はないとのことである（東京地方裁判人身保護研究会平成19年報告11頁）。

第2のタイプは、接見等の外部交通を制限する措置に対する救済を求める請求であり、これらの請求は、身体に対する直接かつ継続的な抑制がその者の行動の自由を制約する程度に加えられることによってその者の人身の自由が侵害される場合には、人身保護請求の対象となるとされたとされている（東京高決平成2・5・31判例時報1354号103頁，東京地決平成4・7・31判例時報1435号106頁）。しかし実際の事件では、違法性の顕著性の要件（人身保護法4条本文）を満たすことが困難であると考えられている（東京地方裁判人身保護研究会平成19年報告11頁）。また、接見交通の制限や新聞の閲読不許可の措置については、人身保護法に基づく救済の請求が認められない理由として、それらの措置が継続的な処分性を欠くとされることもある（前示の東京高決平成2・5・31および東京地決平成4・7・31，平成19年報告11頁）。

第3のタイプは、刑の執行停止や処遇の変更を求める請求請求であるが、これらの請求については、違法性の顕著性の要件（人身保護法4条本文）を満たすことができず請求棄却決定がなされることが多いとされる（東京地裁人身保護研究会平成19年報告11頁）。確定した死刑判決により拘置されている被拘束者につき民事の口頭弁論期日に出頭できなかったこと理由とする、勾留のまま民事の口頭弁論期日に出席させることを請求した人身保護請求（大阪地決昭和35・2・4訟務月報6巻6号1321頁）の事例も、この類型である。

(4) 以上のような、刑事収容施設に拘束されている者についての人身保護法による救済を概観するとき、確かにその請求が最終的に認容された事例

は少ないが、1方では、手続に瑕疵ある勾留を違法とする釈放の請求が人身保護法による救済として認められた事例もあり(前示の神戸地判昭39・9・11)、他方では、請求認容の事例が見出されないとはいえ、現在の拘束状態からより改善された状態に置くことを求める人身保護請求の適法性が一般に認められる至っている。刑事施設に拘束されている者に対する、人身保護法による救済を、法制定当時に立ち返り再度検討すべき段階に至っているといえることができるのでなかろうか¹⁹⁾。

3 人身保護法における拘束の違法と 刑訴法における勾留の違法

(1) 勾留(拘束)権限の瑕疵による違法と勾留(拘束)の状態による違法

人身保護法に基づく救済請求の根拠は「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている」(人身保護法2条)こと、すなわち拘束の違法性であるから、疾病に対する必要な医療の懈怠のような事案で、現在の拘束状態より改善された拘束状態に置くことを求める請求が、人身保護法に基づく救済として適法性を認められることは、違法の顕著性の観点からその救済が認められるか否かは別として、疾病に対する必要な医療の懈怠を伴っている具体的な拘束が、「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている」(人身保護法2条)こと、すなわち違法な拘束であることを意味する。前示のように、疾病に対する必要な医療の懈怠を伴っているという拘束の状態を適法な人身保護請求として認めることは、その状態により「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている」(人身保護法2条)こと、すなわち拘束の違法性が生じていることを認めることになるのである。

その効果は別として、拘束の違法性が発生していることは、違法の評価規範違反性、統一性に鑑みるとき²⁰⁾、人身保護法において刑法においても同一と考えられるから、人身保護法において違法性が生じているときは、

刑訴法においても違法性が生じていると考えられなければならない。受刑者が疾病になり必要な医療が行われないことにより刑の執行による拘束が違法になることは、勾留されている被疑者・被告人が疾病になり必要な医療が行われない場合には、その拘束は人身保護法上違法となり、さらに刑訴法においても、その効果や救済は別として、その勾留自体も違法性を帯びて来ることを意味することになる。

そして、勾留（拘束）開始後の勾留（拘束）の状態のなかで、被勾留（拘束）者の権利が侵害される場合は、被勾留（拘束）者が疾病になり必要な医療がおこなわれない場合に限られないのであるから、そのような場合には、その効果や救済は別として、一般に勾留（拘束）開始後の勾留（拘束）の状態により、勾留（拘束）の違法が生じている場合として、その救済がはかられねばならないと考えられる。刑訴法に手段があれば刑訴法で救済され、刑訴法に手段がなければ人身保護法で救済されるべきものと思われる。

そして、このように、勾留（拘束）開始後の勾留（拘束）の状態により、勾留（拘束）の違法が生じるという考え方は、実は、人身保護規則4条が、人身保護法による請求が認められる場合として、「拘束又は拘束の裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式又は手続に」著しく違反することを挙げることに内包されている。拘束の裁判から区分された「拘束」自体が「法令の定める方式又は手続に」違反すると言うことは（人身保護規則4条本文）、その拘束の執行に瑕疵があり、その結果拘束の状態により、拘束自体が「法律上正当な手続によらないで、身体を自由を拘束」（人身保護法2条）になることを意味するのである。

なお、このように、勾留（拘束）開始後の勾留（拘束）の状態により、勾留（拘束）の違法が生じるという考え方は、人身保護法制定当時の前示の²¹⁾ 団藤重光博士の所論や、東京地裁主催人身保護法運用協議会速記録の今村義広裁判官及び古関敏正裁判官の発言に見える、裁判の遷延や長期の勾留により迅速な裁判を受ける権利が侵害され人身保護法による救済の

対象となるという見解においては、裁判の遷延や長期の勾留は、勾留の状態であるから、前提となっていたものと解される。

したがって、勾留は、勾留（拘束）権限の瑕疵により勾留（拘束）が違法になるのはもとより、執行の瑕疵等により勾留（拘束）開始後の権利侵害を伴う勾留（拘束）という勾留（拘束）の状態により、勾留（拘束）は違法となるのである。

勾留（拘束）の違法は、勾留（拘束）者の側から、勾留（拘束）する権限（抽象的な人身の自由の制限の妥当性）の存在からのみ考察されるだけでなく、併せて、被勾留（拘束）者の側からも、勾留（拘束）開始後の権利侵害を伴う勾留（拘束）という勾留（拘束）の状態（具体的な人身の自由の制限の妥当性）からも考察されなければならないのである²²⁾。

(2) 勾留の違法からの救済

勾留（拘束）の状態から生ずる勾留の違法からの救済については、現行の制度からは人身保護規則4条但書（人身保護法による救済の補充性）より、まず刑訴法上の救済が検討されることになる。そこで以下では、刑訴法における身体拘束の問題の中心である被疑者・被告人の勾留の違法の問題にしばって、検討することにする²³⁾。

刑訴法上の被疑者・被告人の勾留の違法からの救済についても、前示の観点から、勾留する権限の瑕疵と勾留の状態からの勾留の違法の問題が、それぞれ独自に検討されねばならない。それらについての救済につき、刑訴法上の救済がまず求められ、それが認められないときには人身保護法上の救済が検討されることになる。また、その救済の内容としては、勾留からの釈放と現在の拘束状態からより改善された状態に置くことを求める救済とが、それぞれに吟味されなければならない。ここでは、如何なる場合どのような救済が可能かを詳しく検討する余裕がないが、その枠組みを検討すれば、以下のようなものになるう。

まず第1に、救済の根拠としての勾留の違法については、勾留する権限

に瑕疵がある場合の違法だけでなく、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じる場合があることが、はっきりと自覚されて議論されなければならない。勾留の裁判の瑕疵（刑訴法429条1項2号の準抗告）や勾留の理由または必要性の消滅による勾留の取消（刑訴法87条）、勾留期間の終了のような場合は、勾留する権限に瑕疵がある場合であるが、勾留が不当に長期になった場合は（刑訴法91条の勾留の取消）、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じた場合と解されるべきことになる。

したがって、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じる場合として、勾留が不当に長期になった場合を参考にしつつ（刑訴法91条）、従来は勾留の違法までは惹起しないと考えられることが多かった、勾留中に被勾留者が暴行を受けた場合、黙秘権、弁護人依頼権が侵害された場合、被疑事実の告知がないまま余罪の取調が行われ被疑事実に対する実効的な防御権の行使が妨げられている場合などについては、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じる場合として²⁴⁾、その救済がはからねばならない。

なお、付言すれば、いわゆる別件逮捕と余罪の取調の問題については、被勾留者を勾留する権限の瑕疵（司法的抑制の欠如等の手続の瑕疵や勾留期間の終了）を惹起する場合が違法な別件逮捕として論じられ、それとは別の勾留する権限の瑕疵に立ち戻るまでもなく、被拘束者の被拘束者もしくは拘束されている被疑者としての防御権の侵害により、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じている場合が、余罪の取調の問題と整理することができる。そしてこのような余罪の取調には弁護人依頼権の実効的な行使が侵害され（被疑事実の正確な理解がなければ依頼すべきか否かの判断ができない）、さらに黙秘権の侵害をも惹起しているものと思われるのである。

第2に、違法な勾留からの救済については、刑訴法による救済から出発しつつ人身保護法による救済との協働（コラボレーション）がはかられね

ばならない。

したがって、勾留権限に瑕疵がある違法な勾留からの釈放についても、刑訴法が適さぬときは、人身保護法による救済が追求されるべきものなる。また従来、釈放の問題とは殆ど無関係と解されてきた勾留中の権利侵害の問題も、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じている場合になり得るのであるから、その釈放の形での救済が検討されなければならない。前示の、勾留中に被勾留者が暴行を受けた場合、黙秘権、弁護人依頼権が侵害された場合、被疑事実の告知がないまま余罪の取調が行われ被疑事実に対する実効的な防御権の行使が妨げられている場合などで、その権利侵害を放置したままその後引き続いて刑事手続（捜査、公訴提起、もしくは公判追行）を行う必要性を公権力に認めることが出来ない場合は釈放が検討され、それらに至らない場合にはその権利侵害の停止と再発防止の措置が検討されねばならないこととなるものと思われる。前者については勾留の取消が（刑訴法87条、91条）、もしくはそれに実効性が認められない場合は人身保護法による釈放が問題となり、後者については人身保護法による、現在の拘束状態からより「改善された状態」に置くことを求める人身保護請求が検討されるべきことになる。

一般に、人身保護法の救済も勾留決定の合法性（嫌疑の存在と勾留の必要性）、手続の合法性に関するものに限定され、勾留中の非人道的取扱いをその理由とすることはできないと考えられている²⁶⁾。しかし、勾留の状態から生ずる違法を認め「改善された状態」を求める人身保護請求を認めることは、勾留中の非人道的取扱いの是正への第一歩となるものであろう。

4 結びにかえて

(1) 以上、最近の人身保護法における違法な拘束からの救済論を参考に、刑訴法における被疑者被告人の勾留の違法について、勾留する権限に瑕疵がある場合だけでなく、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から

勾留の違法が生じる場合があることを論じ、それらに対する救済として、刑訴法による救済から出発しつつ人身保護法による救済との協働（コラボレーション）がはからねばならないことを指摘した。

ところで、現行刑訴法における被疑者被告人の勾留は、裁判官もしくは裁判所による勾留の裁判と、検察官による執行指揮、刑事収容施設収容施設における執行という3つの段階構造をもった制度である。そして、刑事収容施設には、刑訴法に基づくものとは別の、施設の運営や安全管理等からの公権力の行使も授權されているのである。この第3段階の、刑事収容施設における勾留の執行の適正さが、刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律（平成17年法律50号）に確保されるべきことは当然として、刑事収容施設に勾留権限を授權した裁判官もしくは裁判所の、勾留の執行の適正さの確保への関与、すなわち、裁判官もしくは裁判所に被勾留者から救済を申し立てる途が確保されていなければならないのでなかろうか。本稿が、勾留の中での権利侵害により、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じる場合を認め、刑訴法及び人身保護法による救済の可能性を開こうとした理由の1つである。

(2) なお、被疑者被告人の勾留は、その者の行動の自由を拘束する強制処分であるという性格から、必然的に継続的強制処分性を有することになる。また、わが国における被疑者被告人の勾留は、起訴前においては取調を伴いつつ20日間の継続が見込まれ（先行して3日間の逮捕がある）、起訴後の勾留は2ヶ月で、1ヶ月毎の更新が見込まれ、しかも起訴後においても被告事件や余罪の取調が行われるという、実際の姿を呈している。このような長期にわたる被疑者被告人の勾留という実際の姿に鑑みると、この継続する勾留の執行中での権利侵害が行われる危険は、それが継続すればするほど生じるものといわなければならない。

そこで、このような危険を防止するためには、現実の権利侵害が生じた場合の迅速かつ実効的な救済の実現と、危険の現実化を防止する予防的な措置が、被勾留者の権利としても、政策的にも確保されねばならない。本

稿は、このうち前者につき若干の検討を試みたものである。なお、後者については、かつて起訴後の勾留にしぼって「起訴後の勾留の性質 継続的強制処分と処分抗告構造」として検討し、国際人権法上の到達点と対応させて論じて、被勾留者の手続的人権の保護を考えてみた²⁷⁾。

(3) 最後に、勾留の中での権利侵害により、権利侵害を伴う勾留であるという勾留の状態から勾留の違法が生じる場合があることを認めるならば、その効果として、被勾留者の釈放やその権利侵害の停止・予防のみならず、被勾留者が被疑者被告人となっている被疑事件被告人への影響が検討されなければならないことになる。勾留の状態からの勾留の違法の違法が及ぼす、違法な逮捕・勾留を理由とする裁判打ち切り論(公訴濫用論)、違法収集証拠排除法則などの問題である。

1) これにつき参照、久岡「勾留取消請求等における申立人の手続的権利」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(下)』135頁(昭和52年)。

なお人身保護法について参照、久岡「アメリカ合衆国における人身保護令状制度の展開 違法な量刑に基づく刑の執行に対する直接的救済の問題から出発して」立命館法学133・134・135・136合併号228頁(昭和53年)。人身保護法に関する文献一般については、この論文の231頁以下において、当時参照することができた文献を注記しているので参照されたい。

なお、近時、刑事法と関連して人身保護法について論じられている文献としては、大谷正義「人身保護法の40年 外法継受の一事例の素描」法律論叢60巻2・3号207頁(1987年)、大谷正義「日本の人身保護法制 日本の法継受の一事例」大谷正義/編著、松平光央・中原精一・清野幾久子・星野茂著『「人身の自由」の法的保障』(明治大学社会科学研究所叢書)103頁(2000年)、吉利用宣「我が国の人身保護法制定の経緯 勾留理由開示制度序説(2)」九州工業大学研究報告〔人文・社会科学〕48号121頁(2000年)、遠藤誠「人身保護法と平沢問題(特集 死刑)」自由と正義36巻10号4頁(1985年)などがある。

2) 刑法法に関わる人身の拘束としては、受刑者の刑事収容施設への拘禁、死刑判決確定者の拘禁、被疑者被告人の勾留、被疑者の逮捕、証人の勾引、法廷など秩序維持法による監置など、多くのものがある。本稿では、違法自体が生じているか否かについては、刑事収容施設に拘束されている者についての人身保護法による救済論(刑事収容施設に収容されている受刑者、死刑判決確定者、被疑者被告人についての人身保護法の事例)を検討するが、法的効果(救済)については、紙幅の関係上、勾留されている被疑者被告人についての検討に止めることにする。

3) 但しこの位置づけは維持されず、今日ではむしろ非常例外の救済方法と解されている。

人身保護法と勾留の違法（久岡）

人身保護法による救済を正面から検討するときには、この位置づけ自体の検討が必要となろう。

- 4) 人身保護規則制定当時の状況を伝えるものとして、例えば参照、鮫島真男「人身保護規則当時の思い出」自由と正義37巻8号40頁（昭和61年）。
- 5) 但し、例えば、白取祐司『刑事訴訟法（第5版）』197頁（2008年）では、人身保護手続きについて説明され、準抗告や取消制度が定められていない逮捕については、違法な逮捕に対する法的効果（救済）として人身保護法による救済は論じらるべきものとされている。
- 6) 参照、斉藤小百合「人身保護請求」別冊ジュリスト憲法判例百選 第5版261頁（平成19年）。
- 7) 東京地方裁判所民事第9部人身保護研究会「東京地裁における人身保護事件の処理状況」判例時報1431号14頁（平成4年）。
- 8) 東京地方裁判所民事第9部人身保護研究会「東京地裁における最近の人身保護請求事件の処理状況」判例時報1961号3頁（平成19年）。
- 9) 但し、人身保護法の適用範囲が拡大する方向にあるかと問われれば、なお消極に解さざるを得ない。例えば、自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）の関係では以下のような状況である。

自由権規約第40条に基づき日本から提出された第四回政府報告書に対する、自由権規約の規約人権委員会の最終見解（1998年）では、人身保護規則第4条に疑問が表明され、同規則第4条を廃止することが勧告されたのに対し、日本政府はその同第5回政府報告書（2006年）において、「人身保護規則第4条の規定の廃止等の要否について、このような人身保護法の趣旨に従い、また、人身の自由を保護する他の制度との関連を踏まえつつ、今後とも慎重に検討がなされるものと承知している。」と述べるだけであった。そしてこの第5回日本政府報告に関する自由権規約委員会の最終見解（2008年）では、これについての再度の具体的勧告はなかったが、「第4回定期審査後の見解で発出された勧告の多くが履行されていないことを懸念する」と表明されているのである。なお、自由権規約第40条に基づき日本政府から提出された第4回及び第5回政府報告書とそれに対する自由権規約規約人権委員会の最終見解については、<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html> によった。

- 10) たとえば、これらに批判的な見解として、河原俊一郎「人身保護法の範囲とその手続（下）」ジュリスト1956年2月1日号35頁は、人身保護規則4条を請求要件ではなく釈放要件と解すべきであるとした。
- 11) 団藤重光「新憲法関係法令の解説 人身保護法」国家学会雑誌62巻10号53頁（昭和26年）。
- 12) 団藤重光・前掲論文54頁。
- 13) 今村裁判官の発言は、最高裁事務局民事部発行『民事裁判資料11号（東京地裁主権人身保護法運用協議会速記録）』の40頁に、古閑裁判官の発言は同41頁にある。
- 14) 最大決昭和29年4月26日民集8巻4号848頁。なお最高裁は、翌年の外国人の不法入国による退去強制をめぐる人身保護請求事件の最大判昭和30年9月28日（民集9巻10号1453

頁)において、再びこの最大決昭和29年4月26日を確認している

これら2つの最高裁判例については、いずれも少数意見が付されており、今日の時点からもなお検討の必要がある判決と思われる。なお、これらの判例を批判するものとして、河原俊一郎「人身保護法とその判例」公法研究22号22頁(1960年)などがあつた。

- 15) 樋口範雄「人身保護請求」別冊ジュリスト憲法判例百選(第4版)257頁(平成4年)この解説は、前示の最大決昭和29年4月26日についてのものである。
- 16) なお、この場合、改めて勾留更新決定をして勾留することも違法とされた(最決昭40・2・9判例時報405号49頁)。
- 17) 『民事保全法の実務の現状100』判例タイムズ1078号234頁(2002年)。
- 18) 同旨の裁判例(適法だが棄却決定)として、徳島地決平成10・7・21判例時報1674号123頁、東京地決平成11年12月20日訟務月報47巻7号1860頁、東京高決平成10・8・25判例タイムズ1009号255頁、がある。また、起訴状謄本の翻訳文を問題にした、東京地決平成2・9・28判例時報1308号61頁の請求は、このさきがけと言える。
- 19) 但し、人身保護法による救済全体については、必ずしもこれを活用する方向で進んでいるわけではない。東京地裁人身保護研究会平成4年報告で、人身保護請求の大半を占めるといわれた子の引き渡し請求事件についても、最高裁により監護・拘束の違法の顕著性と明白性が要求されることが確認されたり(最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁、最判平成6年4月26日民集48巻3号992頁)、家事審判における審判前の保全処分(家事審判法15条の3)の充実により、人身保護法による救済の場面は縮小に向かっているようである。なお、これについて参照、東京地裁人身保護研究会平成19年報告3頁、9頁等。
- 20) 例えば参照、日高義博『違法性の基礎理論』(イウス出版)2005年10頁。
- 21) 前掲注11)、12)、13)。
- 22) なお参照、久岡「抑留・拘禁の理由告知と別件逮捕 自由権規約9条2項を手がかりに」立命館法学286号207頁(2003年)。
- 23) 違法な勾留からの救済の問題は、別件逮捕勾留の問題のように逮捕の問題と同時に扱われることが多いが、ここでは紙幅の問題もあり、勾留に限って検討する。
- 24) 権利侵害と勾留の違法の関係については、人身保護法において現在の拘束状態からより改善された状態に置くことを求める人身保護請求が認められる場合について、まず検討されることになろう。
- 26) 例えば、日本弁護士連合会『代用監獄の廃止を求めて』(第2次改訂版)1993年11頁も、このような理解と思われる。なお参照、<http://www.toben.or.jp/daikan/q5.html>(東京弁護士会ホームページ)。
- 27) 久岡「起訴後の勾留の性質 継続的強制処分と処分抗告構造」立命館法学256号92頁以下(1998年)