

論 説

人身保護制度における裁判所の役割 —憲法の適正手続の視点から—

阿 部 純 子

目 次

はじめに

- 1 「ヘビアスコーパス」への日本への継受
 - 1.1 英米法でのヘビアスコーパスの発展
 - 1.2 日本は何を継受したのか
- 2 人身保護法による救済とは
 - 2.1 憲法上の根拠をめぐって
 - 2.2 人身保護規則4条の及ぼす影響とその問題
- 3 人身保護法が保障する自由を確保する裁判所の役割
 - 3.1 法の適正手続における二つの視点
 - 3.2 規則制定権に関する裁判所と議会の関係
 - 3.3 検討—違法の顕著性の要件の問題

おわりに

はじめに

「ヘビアスコーパス」(Habeas Corpus)とは、おそらく日本ではあまり聞きなれない用語ではあろうが、すでに「これを範として」1948年に制定された法律が存在する。人身保護法(昭和23年法律第199号¹⁾)である。第2回国会において可決され成立したこの法律は、基本的人権の尊重を基本原理とする日本国憲法の運用にとって極めて重要な役割をなすものとして70年前に制

定されたのである。²⁾

人身保護の法律は、日本国民にとって「未だ経験のない全く新しい法律³⁾」として、また「旧憲法の法体系下では想像もできない法律⁴⁾」でありながらも、制定することの必要性は認識されたのである。⁵⁾なぜこのような、日本にとって未曾有の法律を導入する必要性があったのか。

審議過程での議論を参照するところである。日本国憲法における人身の自由の殊更の重要性から、同憲法は13条、31条、33条及び34条等において、人身の自由に対する侵害の排除とその被害者の救済を目途としており、このような憲法の諸規定を実施し、その趣旨を十分に発揮することを可能にするための法律が必要であること、特に憲法34条後段の趣旨を実現し得る法律を制定する必要性のためであることが述べられた。⁶⁾

人身保護法の特徴の一つは、人身の自由が不当に侵害された場合の救済の仕方にある。その救済として、刑事上の救済として不法監禁に対する告訴、告発や、民事上の救済としての不法行為による損害賠償請求、あるいは公権力の行使による公務員の不法行為に対する国家賠償請求、刑事補償請求などがあるが、これらはいずれも「事後の」救済である。人身保護制度による救済はこのような事後的なものでなく、現に自由を侵害されている者に直ちにその自由を回復させることによって救済を図るのである。⁷⁾

「ヘビアスコープス」とは、そもそも英米に特有の観念として発展してきた。日本では、これを範として制定されながらも、その後の実際の運用をみると英米におけるそれとはかなり異なる点がみられる。

この法律の目的として、「基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判所により、迅速、且つ、容易に回復せしめること」が同1条に規定される。しかし、人身保護法が意図した救済が実際に裁判所により認められてきたかについては疑問がある。⁸⁾日本で、不当な拘束に対する司法的救済が十分に機能している現状があるとは言い難いためである。

実際、人身保護法の実際の運用をみると、その制定意図や文言とはかけ離れたものであることが問題点として指摘されており⁹⁾、人身保護法の意義、その運用の仕方について見直すべき点はあると思われる。

日本はどのような法制度を英米から継受したのか。なぜ日本では、母法である英米のヘビアスコーパスと異なる道を歩むこととなったのか。

確かに、外国で発展してきた法制度を模範にする際、それを「そのまま」日本に導入することが必ずしも最善であるわけではない。日本特有の事情などを考慮した結果、日本では異なる法制度として発展することもあるだろう。しかし、人身保護制度に関しては、日本の人身保護法が制定当初の意図や文言からかけ離れて運用され、それが問題として評価されるならば、このような運用には見直しが必要となる。またこの制度と憲法との密接な関係を考慮すると、人身保護制度の望ましくない運用は日本社会における憲法の意義（実効性）をも減少させる可能性があると考えられる¹⁰⁾。

以上の問題を意識しながら、本稿はまず1章で、英米で生成、発展してきたヘビアスコーパスにつき概観し、英米から日本が何を継受したのかを検討したい。さらに2章では、人身保護法と憲法の関係について考察する。また、人身保護法の実施について同規則の問題を概観する。本稿では特に、人身保護規則4条（違法の顕著性の要件）の問題に注目したい。

3章は、人身保護法が意図する救済が実現されているかが疑わしい現実に対し、人身保護規則が有する問題を指摘した上で、本稿は規則を制定する裁判所の権限に注目する。これにより、法の適正手続におけるその意義を検討する。本稿は、法の適正手続という視点に注目することで、人身保護制度を実効的に機能させるための、法律を執行する過程における自由と法を形成する過程における裁判所の役割について論じることを目的にする。

本稿は、人身保護制度を取り上げることにより、憲法が保障する自由を「実行」という手続的側面、そこにおける裁判所（最高裁）の役割について論じるものである。

1 「ヘビアスコパス」への日本への継受

1.1 英米法でのヘビアスコパスの発展

イギリスにおいて、人身保護に関する法律としては1679年および1816年の人身保護法（Habeas Corpus Act）が有名である。ただし、ヘビアスコパスは法律により制度化されたために存在してきたわけではなく、イギリスではそれより古くから存在し、人身保護令状（Writ of habeas corpus）の起源は中世にまで遡るといえる。それは、国会による法律というより裁判の慣習によって形成されてきた¹¹⁾。

イギリス中世においてこれは、個人の自由を法的に保障するものというより、むしろ、当事者らの身柄を拘束し必要なときに彼らを強制的に国王裁判所に出廷させる「身柄提出令状的」なものであった¹²⁾。

「ヘビアスコパス」というラテン語の邦訳には、人身保護令状などの用語が使用される傾向にある¹³⁾が、ラテン語のヘビアスコパスの意味としては、裁判所に身柄を連れて来い（身柄を提出すべきである）というものであった¹⁴⁾。人身保護の「人身」とは、コーパス、つまり身柄を訳したものであり、人身保護令状（ないし人身保護律）により保護される法益が「身体の安全」というより「動作の自由」であることも法案審議過程で注意が促されていた¹⁵⁾。

ヘビアスコパスは、イギリス法制において展開するにつれ、人民の自由を保障するものとして観念されるに至った。人身の自由の侵害があった場合、「速やかにその侵害から人身の自由を回復する手段として」機能するものとして意味をなすようになり、その近代的ないし現代的意味は、「他人の身柄を拘束している者に対し、その身柄を裁判所または裁判官の面前に、拘禁の理由とともに提出することを命ずる令状」であり、「拘禁の理由が不十分な場合には、裁判所または裁判官は被拘禁者を釈放することができる」ことにある¹⁶⁾。人身保護令状は、つまり、「身柄の拘束が適法か否かを争う手続

として」用いられるようになったのである¹⁷⁾。

このようにイギリスにおいてヘビアスコパスは、身柄を拘束し出廷を確保するという意味から自由を保障するものとして変化を遂げたのであるが、注意点として付言すれば、人身保護法制は国会の法律によって（初めて）誕生したのではなく、裁判所の慣行によって存在してきたものに、国会は過去における具体的経験を参照しながら、その裁判上の欠陥を修正する形で国会が法律を制定することにより定着したきたものであり、つまり、裁判所と国会が協力しながら自由を保障するこの制度を確立していったことがある¹⁸⁾。

ヘビアスコパスの起源を解明することには困難が伴うためいくつかの見解が主張される¹⁹⁾が、この制度が発展するにつれマグナカルタ39条の人身の自由に関する適正手続との結びつきを強めていったことが指摘される²⁰⁾。

法案審議過程ではこの点につき、マグナカルタ39条の「何人も正式な法律手続によらないで拘禁されることはない²¹⁾」との条文に触れ、16世紀テューダー朝の頃に初めて法律家がマグナカルタとヘビアスコパスが結び付けられて考えられるようになったとの説明がなされた²²⁾。これにより、ヘビアスコパスは人身の自由を保障するための令状として認識されるに至った。

スチュワート朝に入ると、刑事での星室裁判所（Court of Star Chamber）などではコモンローの手続が守られず、拷問などもしばしば行われていた。国王と議会の対立が顕在化してくるようになると、このような裁判のやり方が国王の専制に対する不満の的として認識されるようになり、星室裁判所により拘束された者をコモンロー裁判所が人身保護令状により釈放するという意義が受け入れられるようになり、人身保護令状における人権保障の意義が見出されるようになる²³⁾。

コモンロー裁判所が令状を発給することによる人身の自由の確保という慣行は、17世紀スチュワート朝の頃には、議会と国王の対立という政治的状況を背景に、ヘビアスコパスの憲法的な令状という意味を帯びて展開するに至った。人身の自由に対する最高の救済という意味がこの令状に付与される

ようになり、これを実現すべく国会による立法活動が行われていった。²⁴⁾ とりわけ1679年のイギリスの人身保護法 (Habeas Corpus Act) は重要であり、その特徴として刑事的な拘束に対して救済が与えられるための手続の整備、強化という点が指摘されるが、ヘビアスコパスは当初より刑事手続のみに適用されていたわけではない。²⁵⁾

民事におけるエクイティ裁判所と競合した場合に、コモンロー裁判所は人身保護令状をエクイティ裁判所に対する有力な武器として使用したのである。²⁶⁾ 例えば、エクイティ裁判所がその命令に従わなかった者を拘禁した場合、コモンロー裁判所は人身保護令状によりその者を釈放し自らの方に来させるなどした。²⁷⁾

そして、ヘビアスコパスはアメリカへ継受された。アメリカ連邦憲法1編9節2項には「人身保護令状の特権は、反乱または侵略にさいし公共の安全上必要とされる場合でなければ、停止されてはならない」(以下「停止条項」)との規定が置かれている。²⁸⁾

連邦憲法上の停止条項について、まず問題となったのは、南北戦争時のLincoln大統領の下、この令状停止が大統領と連邦議会かいずれの権限であるのかが問題にされた。²⁹⁾ 停止条項には、結果として、この規定の主体に関する文言が削除されたため、連邦議会のみがその主体であるのか、あるいは連邦議会に限定されないのかが問題とされた。³⁰⁾ *Ex parte Milligan* では、連邦議会がその権限を付与しない限り軍律法廷で審理する権限はないとされ、軍により拘束された当該事件の請求者に対する人身保護令状の発布が認められ釈放されるべきとされた。³¹⁾

次のアメリカでのヘビアスコパスの展開は、第二次世界大戦後にその請求範囲が爆発的に拡張したことにより起こった。背景的要因はいくつか指摘されるが、特に、連邦憲法修正14条デュープロセス条項により州に対しても連邦憲法上の保障が及ぶとされたことにより起こったことが指摘される。つまり、このヘビアスコパスの展開は、州と連邦の関係という事情に起因す

るものである。ヘビアスコープスは連邦憲法上に規定されながらも、わずかに、連邦議会の権限を定めた1編の停止条項に規定されるにとどまるため、人権保障にきわめて重大な意義を有することが認識されながらも、その内容を探るのに重要な役割を担ってきたのは制定法といえよう³²⁾。

その後、ヘビアスコープスをめぐる議論は2001年アメリカ同時多発テロ後の緊急事態後に展開をみせ、*Boumediene v. Bush*³³⁾にてヘビアスコープス令状の請求につき、制定法ではなく憲法問題として連邦最高裁により認められたのである。

このように、イギリスにおいて生成、発展を遂げ、その後にアメリカに継受され発展したヘビアスコープスの制度につき、日本の人身保護法制の制定過程では何を問題とし導入するに至ったのか。

アメリカ連邦憲法の停止条項の意味として、法案審議過程では、ヘビアスコープスが当然に発生することが前提であり、これが停止される場合を限定するものとして捉える。アメリカでは独立前からすでに「普通の慣行」としてイギリスの人身保護法は存在しており、ほとんどの州にも連邦憲法と同じような規定が置かれていたことが指摘される³⁴⁾。

連邦制を採用するアメリカでは連邦と州の管轄問題などイギリスと異なる問題が生じ得るが、しかし、英米におけるヘビアスコープスの共通原則は存在し、それはイギリスの憲法史と密接にかかわるものである。それは、イギリス憲法における手続を重要視する伝統である³⁵⁾。イギリス憲法において自由の保障は決して抽象的な原理ではなく、「現に拘禁された場合には直ちに引出して来る手続」を重んずるのであり、この手続によってはじめて自由は効果的に保護されるとの考えである。そこではヘビアスコープスとは、「自由を保護する最も強力な武器」として捉えられるのであり、この点は審議過程でも説明がなされていた³⁶⁾。

また、アメリカでは裁判所による違憲審査制が採用されるが、この場合、拘束の根拠となる法律の合憲性が争われればこれもその身柄の拘束が適法か

否かを争う人身保護手続において審査の対象となるものとして理解できる³⁷⁾。

1.2 日本は何を継受したのか

日本の人身保護法は英米法のヘビアスコープスを母法とするが、日本は何を狙いとしてこの制度を導入したのか。

人身保護法は第2回国会で可決し成立した³⁸⁾。この法律の制定意図は、法律上正当の手続によらずに、不法に身体を自由を奪われている者に対して、このような不法な拘束から現実に関し免れしめて迅速に回復させることにある。

その不法な拘束とは、刑事手続におけるものはもちろん、国家の公権力によるもののみならず私人による自由の拘束も含まれる。例えば、審議過程では、「精神病患者であるとして、法規の手続によらないで監置されたり、或いは政争関係、選挙関係、労働争議の関係等から、反対側の暴力又は強制によって、抑留若しくは拘禁されたりした場合等³⁹⁾」、「未成年者に対する監護権のない者が未成年者を懲戒場に入れておるような場合、あるいは坑夫をいわゆる監獄部屋に収容して、労役に服せしめておるといような場合⁴⁰⁾」が挙げられており、このような不法な拘束を現実に関し排除し、迅速に身体を自由を回復するために適切な法律上の手段方法を設ける意図が述べられた。

人身保護法の目的として審議過程で述べられたのは、同法が「憲法の保障する身体を自由に対する不法侵害を排除して、簡便な方法で被害者を現実に関し、かつ迅速に救済することを目的とする、非常例外的な措置を規定した」ものである点であった⁴¹⁾。同法が適用されるのは、「現に身体を自由を拘束されている者」に対して「その自由拘束が法律上正当の手続によらないで、不法に行われた場合」であり、この自由の拘束とは、身体を自由が侵害されるすべての場合を包含するとされた⁴²⁾。

審議過程における人身保護法案の説明を参照すると、拘束されているか否かは事実問題として決定されるものであるが、「法律上正当な手続によらないで」とは、「身体を拘束が法規に定める手続に従わないこと」であり、「拘

束が実体法上正当であるかどうか⁴³⁾は問われない。法律上正当な手続とは、拘束が形式的に法規の根拠に基づくこと、法律の定める手続、方式に従って拘束が行われていること、権限のある者により拘束されていることなどが要件として挙げられた⁴⁴⁾。不法な拘束から現実⁴⁴⁾に解放し、身体⁴⁴⁾の自由を完全に回復することが救済であり、この救済を求めることが人身保護の請求であり、「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」(人身保護法16条3項) ことで救済される。

身体⁴⁴⁾の自由の侵害に対する事後的な救済は、「自己が自由を回復すれば」という仮定を前提にするものであり、自由を拘束されている限り、この手続をとることは極めて難しい⁴⁵⁾。刑事民事いずれにおいても、事後的な救済は自由を回復した後に可能となるものであり、現に自由を拘束されている者にとっては意味をなすとは考え難い⁴⁶⁾。不法の侵害を排除し、速やかに自由を回復することによっ⁴⁶⁾てはじめて、憲法が保障する自由を実現することが可能となる⁴⁷⁾。

さらに、人身保護の請求について審議過程の議論をみると、「憲法によって与えられ、保障された権利」であり、「特権」と称せられるものとして説明された⁴⁸⁾。この権利の本質につき、「身体⁴⁸⁾の自由、すなわち私権の保護を請求する、私権保護の請求権」の一種として説明される。人身保護法(案)において「その救済を請求することができる」(人身保護法2条)として「請求」の文言が使用されるのはこの権利の性質を考慮してのものであり、また憲法34条後段に「要求があれば」との文言に触れ、この文言が人身保護の請求として現れたものとして説明されている⁴⁹⁾。

人身保護法の解説書⁵⁰⁾をみると、人身保護手続の法的性質についてこれが司法裁判による救済手続であるとして説明される。これは、被拘禁者と拘禁者を当事者とした一種の訴訟であり、当事者により不法合法が争われるのである。人身保護制度の本命的な機能領域は刑事手続にあると考えられるため⁵¹⁾、この訴訟形態は刑事訴訟として捉えられるとも考えられるが、英米ではこれ

を民事訴訟と解するのが最も有力であるとされ、「人身の自由という私法的な権利の保護・実現を求める訴訟」として捉えられる⁵²⁾。日本の人身保護法についても、このような旨の明文規定はないが、この趣旨で解することができる⁵³⁾とされる（人身保護規則46条参照）。すなわち、日本の人身保護法の解釈は、民事訴訟の原則と人身保護手続の歴史的背景とを考慮して決定されることになる⁵⁴⁾。

人身保護法の運用をみると、すでに立法過程において不法な拘束からの身体の自由の迅速な回復は刑事訴訟手続によっては達することができない場合があることが指摘されていた⁵⁵⁾が、捜査の方法が現行憲法と刑事訴訟法により大幅に変更されたこともあり、刑事手続における人身の拘束に対して人身保護手続が用いられることは、当初意図されていたところとは異なり実際にはあまり用いられず、非刑事手続における拘束からの救済が中心に用いられることとなった⁵⁶⁾。

人身保護法の規定自体には、公権力やこれに準じる強大な権力をもった機関等からの救済を念頭にした制度であることがうかがえるような文言となっている⁵⁸⁾が、実際はこれと異なり、男女間の紛争によって起こる子の引渡し請求など、私人による身体の拘束に対する救済手段として多く用いられるようになっていったのである⁵⁹⁾。

2 人身保護法による救済とは

2.1 憲法上の根拠をめぐって

人身保護法は、「憲法附属法規」として画期的な意味を有しており、これが憲法と密接な関係にあることは明白といえよう。にもかかわらず、日本の人身保護法は英米のヘビアスコーパスを母体として制定されたものであり、このように外国法を根拠にした法制度が日本の国内の基本法である憲法といかなる関係にあるかをはっきりと捉えることは容易ではない⁶⁰⁾。

日本国憲法には、アメリカ連邦憲法と異なり、人身保護令状に関する明文

規定は置かれていない。そのため、人身保護に関する法律やその救済が憲法上の要請であるのか否か、またそうだとすると、憲法上のどこにその根拠があるのか等が問題になる。

人身保護制度と憲法との関係をめぐるとこのような問題は、憲法の人権保障自体をどの程度重視するのか、人身保護制度をどの程度実効的なものとして考えるかという点から考察されることになろう⁶¹⁾。

この点、同法案の提案理由の際に触れられたように、人身保護法の制定は現行憲法の人権保障を実効的に確保する上で不可欠であることが認識され、憲法34条は同法の制定と深く関連しているといえよう。憲法34条後段は、「抑留」と「拘禁」のうち、拘禁についてのみ正当な理由が存在し、要求があればその理由が直ちに公開の法廷で開示されなければならないと規定する。

人身保護法は、憲法が保障する人身の自由を具体的に実現するために、刑訴法と並んで、いわば人身保護の基本法として位置づけられ制定された⁶²⁾。違法、不当に身体の自由を拘束されている者に対する救済（法的効果）が与えられるために要求される違法は、刑訴法と人身保護法の両者において同様ではないにせよ、「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」、それぞれの法領域における共通性があることが指摘される⁶³⁾。

そこで刑訴法では、憲法34条の要請として、勾留理由開示の制度を規定する（刑訴法82条～86条）。勾留理由の開示は公開の法廷で行われ、裁判所がその理由を告げることになる。憲法34条後段の規定の趣旨を考慮すれば、開示されるのは、その勾留理由を基礎づける証拠でなければならないはずであるが、ただし、実際には、「相当の嫌疑があることを証明する証拠を示す必要はなく、何罪で勾留されたかを言えばよく、また勾留の必要性を示す証拠を示す必要はない⁶⁵⁾」。

憲法34条後段の趣旨が、「開示された理由を被拘束者が争う機会を与え、

不当な拘禁であることが判明すればその釈放を命ずる趣旨」と解する立場をとるならば、現行の刑訴法上の制度は不十分といわなければならない。⁶⁶⁾ 刑訴法上の勾留理由開示の制度が、勾留の理由を「示す」ことを保障するにとどまり、この理由が法律上認められるものであるか否かを審査するものではないことが問題として指摘される。⁶⁷⁾

この憲法34条の解釈の問題につき、この条文が、被拘禁者が拘禁理由についてこれを争う機会を与えられることまで求めるものか、それとも、拘禁の理由が公開の法廷で告知されることのみを求めるものであるかについては争いがある。

憲法34条後段の解釈の相違として、一方で、これが英米の人身保護手続を保障したものであるとし、他方で、しかしそれは、英米の人身保護手続の制度をそのまま採用するものではなく、人身の自由を保障するため公開法廷にてその拘禁理由を公表すべきことを規定するものと主張されるのである。⁶⁸⁾

日本の人身保護法が憲法34条後段を基礎として制定されたと主張する見解によれば、憲法34条後段が英米のヘビアスコパスを採用したものであると捉える。憲法34条後段につき、「何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず」とは1627年の権利請願からの原則であって、⁶⁹⁾ 「要求があれば…」とは、本人の身柄を法廷に出廷させ、その上で拘束者にその拘禁理由を回答させる規定であると解釈される。⁷⁰⁾

このような、憲法34条後段の規定がイギリス法制を母法にするものであるとの見解をみると、被拘禁者を法廷に出席させること、拘禁理由を示させることは英米法における人身保護令状の命ずるところであり、憲法34条の「要求があれば…」の部分がいギリスの人身保護令状の制度と法律を模範として⁷¹⁾ 制定されたものであることを肯定できることが示される。⁷²⁾

憲法34条後段が英米法の人身保護手続を想像させるものであり、これが「正確に」その手続きそのままの形で要求するものかについては議論の余地があることを認めつつも、その精神に出ていることは疑いがないとし、日本

の人身保護法が憲法34条後段の趣旨に基づいて制定されたものであることは言うまでもない、と主張される⁷³⁾。

憲法34条が英米法のヘビースコーパスに発し、身体の自由に対する拘禁に対する救済として解するならば、同条は、公開の法廷で告知された理由に対し意見を述べることを保障したものと解することになる⁷⁴⁾。

ただし、他方で、ヘビースコーパスは刑事手続での人身保護に限定されるものではないため、その趣旨は憲法34条のみで足りるわけではないことも指摘される⁷⁵⁾。このように、人身保護法が刑事手続上の拘束のみに適用されるものではないなどとして、憲法34条が英米法のヘビースコーパスの考えを背景にしているとしても、人身保護手続そのものを定めるものとするのは妥当ではなく、むしろ憲法18条の人身の自由の保障が人身保護手続を必要としているとして、人身保護法が憲法18条に基づくものとして捉えるべきとの見解も主張される⁷⁶⁾。

人身保護法の制定経緯から憲法との関連をみれば、私人間における不法な拘禁等も含む同法の根拠を憲法34条のみとするのは妥当ではないといえ、そのため憲法34条のみではなく、憲法18条や31条にもその憲法上の根拠を求めべきことが主張される⁷⁷⁾。

この点を考慮すれば、人身保護法が対象とする、その拘束の範囲として私人による場合も含まれるため憲法18条も根拠として挙げられると考えられるが、ただし、人身保護法の特徴はその広範な範囲というより、人身保護法は、人身の自由に対する不当な拘束からの迅速な回復を目的とするものであり、そのために被拘束者を法廷に出頭させ、裁判所の審理を確保することを規定するものであることにその大きな特色が存在する⁷⁸⁾。そうであるなら、憲法との関連については、人身保護法は憲法34条後段に基づくとしてこれを具体的に法制化したと解すべきで、憲法34条後段との強い結びつきを認識することが重要ではないか⁷⁹⁾。

人身保護法の制定過程を参照すると、私人による違法、不当な拘束も議論

されていたが、最も議論がなされたのは国家権力による違法、不当な身体の拘束からの人身の自由の保障であった点は見落とされるべきではない。⁸⁰⁾

憲法が保障する自由が実現されるには、不法な侵害を排除し、速やかに自由を回復する方法がとられなければならない。現行憲法は、身体の自由を保障するために、「何人も、法律の定める手続によらなければ、…自由を奪はれ(ない)」(憲法31条)との原則と、「何人も…令状によらなければ、逮捕されない」(憲法33条)との原則を採用した。⁸¹⁾ 憲法が保障する身体の自由は、これらの原則が守られ維持されてこそ実現が可能となる。⁸²⁾

憲法34条後段を、ある拘束が「憲法31条の法則に適合するか否かを調査して不法なる侵害から自由を速やかに回復する方法を規定したもの」として、身体の自由の保障を実現する方法を規定したものと解した上で、果たして人身保護法はこの憲法の趣旨に反しないかという点こそ議論されるべきなのではないか。⁸³⁾

2.2 人身保護規則4条の及ぼす影響とその問題

人身保護法による救済について議論するには、その規則の規定を参照する必要がある。

人身保護法の制定により、日本国民もまた英米の国民と同じように、「基本的人権として憲法の保障する身体の自由を名実共に確実に享有することができる域に達した」と評されながらも、しかし、人身保護法による救済は、同法2条1項の規定にかかわらず、最高裁による人身保護規則(昭和23年9月21日最高裁規則22号)により厳格な要件が課されることとなった。

人身保護規則4条によると、人身保護法2条の請求は「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」として違法の顕著性が要求されることとなり、また、但書には「他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、その方法によって相当

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」ことが規定され、補充性の原則と明白性の要件が課されることとなった（手続の補充性⁸⁵⁾）。

人身保護法2条1項は「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。」と規定しているが、人身保護規則4条が規定する「…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」（法2条の）請求をすることができる」と明文規定しているわけではない。

もし規則4条のこの違法の顕著性の要件が、人身保護法による救済を限定することを意味するならば、法律と規則の関係が問題として生じることになり、法律優位という通説をとるならば規則4条はそれに反する限りで無効になると考える余地が出てくる。ただし、規則4条が人身保護法で当然内在的に予定している内容を具体化したと考えるならば、法律と規則の関係をめぐるとこの問題は生じないことになろう⁸⁶⁾。

規則4条が法2条の救済（の請求）を制限するものであるならば、それは人身保護法自体の趣旨を損なうおそれがあるため問題となろうが、最高裁はこのようには考えていないようである。

戦争犯罪人として極東国際軍事裁判所並びに連合軍戦争犯罪法廷での裁判により有罪とされ巣鴨プリズンに拘禁されたが、平和条約並びに同条約11条に基づく刑の執行及び赦免等に関する法律に基づき、残刑の執行のため連合軍最高司令官から巣鴨刑務所長に引き渡された被拘束者らにつき、請求者が人身保護法に基づく被拘束者らの釈放を東京高等裁判所（第一審）に求めた事案において⁸⁷⁾、東京高等裁判所は、平和条約並びにこれに基づく法律の規定によりなされる当該拘束は人身保護法2条の法律上正当な手続によらないで身体を拘束されている場合に該当しないとして請求を棄却した⁸⁸⁾。

請求者の抗告に対し、最高裁の多数意見は「（規則4条が）請求の理由を、権限、方式、手続の違反が、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は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別な救済方法であるから」とした上で（人身保護法1条、同規則4条但書参照）、当該拘束者は平和条約並びに法律の定めるところにより刑の執行のため職権により拘束するのであるから、当該拘束を規則4条の「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とはいえない」としたのである⁸⁹⁾。

規則4条の規定のみをみると、請求の形式的要件を規定したものと解釈する余地もあるようにみえる。英米の人身保護法では（救済の請求要件の規定はなく）人身保護令状の請求要件の規定につき、権利請願以来、その要件は不法な拘束が存在すると推定される「相当な理由」が請求者によって示されることが必要であるとされる⁹⁰⁾。日本の人身保護規則4条が令状の請求要件につき、違法の顕著性という厳格な要件を課すものであるならば、これが人身保護令状の伝統的基準に反することが指摘される⁹¹⁾。

また、人身保護規則4条の冒頭には、「法2条の請求は」との文言があるため、規則4条の違法の顕著性の要件は請求の実体的要件を定めた規定と解すべき」と考えられる。しかし、法2条を「(人身保護法)による救済の請求の実体的要件を定めたる根本的な規定であるから、規則第4条を以て本法第2条の規定を解釈し、その意味を本規則の限度に圧縮し、又は本法による請求の要件を加重し、本法適用の範囲を制限する意味を持つものとするれば、本規則はその限度において効力を有しないものといわなくてはならない」と指摘される⁹²⁾。

しかし、この最高裁の多数意見は、規則4条の違法の顕著性の要件を実体的要件としながらも、これを無効ではなく有効であることを前提にしているようである。

にもかかわらず、この最高裁の多数意見は、規則4条の違法の顕著性の要件を救済の請求に理由があるための実体的要件としながらも、これを無効と

は考えず有効であることを前提にしているようである。法律と規則の関係につき、多数意見が「顕著性という限定が法に内在する制約だという立場」を採ったとするならば、そもそも人身保護法の救済がこのように限定されたものであると考えるか、それとも法による救済を規則により「圧縮」すると考えることになるが、この点に関しては検討が必要になる⁹³⁾。

他方、最高裁の少数意見の中には、規則4条の違法の顕著性の要件を形式的要件と解する見解がある⁹⁴⁾。人身保護法2条は、「法律上正当な手続によらないで拘束がなされている場合には直ちにこの法律の定めるところにより救済を与えなければならない」のであり、「人身保護法の規定している人身保護の要件は以上につきるのであって、その拘束が法律上正当な手続によってなされているのか、どうか当該裁判所に顕著でないからといって、この法律による救済を拒否することは許されないのである」。人身保護規則4条について、「請求の要件」に関する規定であることが明記されていることに触れ、「すなわち、これは『請求を適法ならしめる要件』に関する規定であって、請求を理由ならしめる要件に関するものではないことに留意しなければならない」と主張される。

このように解釈すれば規則4条を合憲と考えることができようが、多数意見のように、本案に関する要件と解すれば、違法の顕著性の要件を満たさない場合に裁判所が人身の保護を拒否することができることとなるため、このように解しては規則4条は「不法に法2条を制限することとなるので、かくては、憲法につながる人身保護法の本旨に照し、規則4条は無効と断ぜるを得なくなるであろう」とされた⁹⁵⁾。

もし多数意見のように釈放の要件とした上で、規則4条が有効であるとされるには、規則4条の厳格な要件が人身保護法に内在するものであることが前提になければならない。最高裁自身は、規則4条の制約は「人身保護法の目的とするところが、司法裁判による被拘束者の自由の回復が迅速且つ容易に実現されなければならぬことに存することからして理解できるところであ

る」として、自由の回復の迅速性と容易性に求めて説明する⁹⁶⁾。

しかし規則4条のこの要件をめぐる問題は、最高裁のように、自由の回復の迅速性のみを目的に判断することは妥当とは言いがたく、人身保護法における手続の迅速性の要請と救済の適切性の要請とがどのような関係にあるかという点が考慮されて判断されるべきではないか⁹⁷⁾。

英米ではヘビアスコーパスは憲法が保障する自由への救済という重要な意義をもって発展してきたが、日本ではこのように機能しているわけではない⁹⁸⁾。そして、日本の人身保護法の実際の運用については、この法律の制定当時の意図や文言とは乖離している点が指摘されている。その法律上の文言が改正されてきたわけでもないのに、なぜこのように乖離するのか、その理由の一つとしてこの規則の制定が挙げられる。最高裁によるこの規則の制定により、憲法上の自由の保障としての違法不当な人身の拘束に対する救済という人身保護法の制定意図が損なわれているとの問題が指摘される⁹⁹⁾。

特に規則4条により人身保護法が実質的には変容されたと評価されるほどである。規則4条の違法の顕著性により、救済が与えられる違法な拘束に限定がなされたことである。規則4条によるこの限定がもつインパクトは大きく、あらゆる形態における拘束の合法性あるいは違憲性の審査を請求するための人身保護制度の利用を裁判所が防ぐことができることを意味するのである¹⁰⁰⁾。

日本では人身保護規則により、現実の聴聞や口頭の証言に重点が置かれるプロセス型の人身保護制度ではなく、日本では、書面に基づく手続という形態に変容してしまっており、その拘束に顕著な違法性があることを証明する責任が人身保護法によるものより規則には厳格に規定されているため、自由の剥奪を支える証拠の推定が形成されてしまっているという問題が指摘される¹⁰¹⁾。

そもそも人身保護制度を日本に導入する際、この制度成立過程において、請求要件と救済要件との明確な分離は認識されていたようである。請求要

件、管轄、救済要件、制裁を内容とする基本的人権保護法要綱¹⁰²⁾において、請求要件については「不法又は不当に身体を拘束されたものがあるときは」、救済要件は「法律上適法又は正当の理由がない（拘束）」として対比されているのが確認できる。

「要件の内容はともかく、請求を受理し保護令状を発付すべきか否かの基準と、令状にもとづく審問の結果、釈放すべきか否かの基準とを区別していること、別の言葉でいえば、拘束について司法審査をすべきか否かの判断基準と、審査結果により救済をあたえるべきか否かの判断基準とを別異にする考え方（二重の基準）がとられているように見える」と指摘される¹⁰³⁾。このように考えるなら、両者の区別は裁判所が審査する際の判断基準の違いとして捉え得る。

裁判所の審査方法は人身保護法による実効的な救済にとって重要な位置を占める。人身保護法による救済は、身体的自由の「迅速な」回復が要点の一つであるため、人身保護手続により判断される対象を限定する必要性があることは否めないだろう。いかなる場合にも迅速性のみを重視して判断した結果、適切な救済を図るという目的を達することができないのは当然予想できる。あるいはまた、人身保護令状の請求の濫用を防止することも当然考慮されるべきではあるが、しかしそれは制度の主要目的ではなく、濫用を防止するための人身保護制度の運用は好ましくない。人身の自由の回復という目的の達成を妨げることがないよう、裁判所が争点ごとに適切に判断し調整するしかない¹⁰⁴⁾。

人身保護法による救済を規則により圧縮しない運営をするならば、違法の顕著性を判断する裁判所の審査方法、そして人身保護法による人身の自由の保障の意味を十分に吟味することが必要になる。そしてこの人身保護法による救済については、憲法に違反しないのかという点から考慮されるべきである。日本国憲法が人身保護法に託した救済とは何かについて、法の適正手続を保障する憲法31条を中心にみていきたい。

3 人身保護法が保障する自由を確保する裁判所の役割

3.1 法の適正手続における二つの視点

日本国憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定する。日本国憲法が保障する人身の自由はこの原則が守られ維持されなければ実現は不可能である。

ただし、明治憲法にも「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」(23条)との規定を有しており、法律によらない逮捕等の身体の拘束が禁止される規定が置かれていた。しかし実際には、例えば、反体制的思想の持ち主が理由を告げられることなく突如として逮捕、拘禁される状況はまれではなかつた¹⁰⁶⁾。これに対し警察側があえて答弁する際には、行政執行法(明治33年法律第84号)の関係規定を持ち出して自らの行為の正当性を主張したといふ¹⁰⁷⁾。

明治憲法下での法律の留保を伴う権利保障のあり方を考慮すれば、運用の中で、法律によらなければ権利は制約されないという積極的な側面ではなく法律によれば権利を制約できるという消極的意味で用いられることにより、憲法による保障という意義が蔑ろにされる状況は容易に想像できる。実際、思想統制のためなど、恣意的な身体の拘束を根拠づける多くの法律や命令が実際には定められた。法律があれば恣意的な身体の拘束も問題なく行われるというのであれば、憲法のこの条項の意味、憲法が保障する自由の実現は期待できない。日本国憲法が保障する法の適正手続はこのような明治憲法での不十分な保障のあり方を許容するものではないだろう。

明治憲法から日本国憲法への改正を経て、それに伴い、憲法が保障する自由を実効的に確保するために画期的であるとして制定された人身保護法の意味としてこの点は重要ではないか。人身保護法の意味として、憲法が保障する自由が「実行」される過程という視点、その過程までも保護しようという

点は人身保護法の意味として重要であると思われる。このように考えるならば、憲法が人身保護法に託した自由の実効的保障のあり方として、二つの視点が指摘できるのではないか。それは、法律が執行される際の自由の保障の確保と、法を形成する過程における法の適正手続保障の意味である。

英米で発展してきたヘビースコーパスが、個別具体的人物の人身の自由の現実の保障（回復）という意味として人権問題に関わることはもちろんである。ただし、英米においてコモンローの中で発展してきたヘビースコーパスが専制に対抗する武器として作用するために自由の保障にとって特段の重要性が認識されてきた点を考慮すると、¹⁰⁸⁾人権保障という視点に加え、「ある意味ではそれ以上に重要な」問題として、公権力の行使が司法の統制下におかれることで憲法適合性を担保するという統治問題に関わることも見落とされてはならない。ヘビースコーパスには、「人権保障という直接の具体的な機能と、権力の司法統制（合憲性保障）という間接・一般的な機能とが、いわば二重意味的に包含されている」と言えることになる。¹⁰⁹⁾

ヘビースコーパスによる人身の自由の救済において、適正手続の保障を実現するという、裁判所が有する役割及び権限は非常に重要であり、この救済に対して裁判所が負う期待も大きいといえよう。しかし、日本の状況をみると、最高裁は人身保護規則の制定を通じて、かつ、裁判での判断を通じて人身保護法の機能を限定させてきてしまっているといえよう。¹¹⁰⁾

このように、日本の司法（最高裁）が英米のヘビースコーパスを母法とするこの制度をうまく運営してきたかについては問題がある。文化やそれを構成する人々の価値観が異なる社会から何かを取り入れること自体が容易なことではなく、法の継受もまた難しい問題を抱えている。法の継受が単に法典を継承するというより、法の担い手の変化という視点から捉えると、法の継受における法の担い手としての司法が果たすべき役割の重要性はより一層認識できる。¹¹¹⁾

最高裁による人身保護制度のこのような運用の問題を論じるに当たり、以

下では特に、国会が制定した法律とこれに対する最高裁の規則の関係という点に注意して、最高裁の権限の観点から規則4条の違法の顕著性の要件について検討したい。

3.2 規則制定権に関する裁判所と議会の関係

日本国憲法77条1項は「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する」とし、最高裁が規則制定権を有することが憲法により明記される。¹¹²⁾さらに、人身保護法23条により「最高裁判所は、請求、審問、裁判その他の事項について、必要な規則を定めることができる。」とし、最高裁にその請求等に関して必要な規則を定める権限が付与されることが法律に規定される。

最高裁の規則制定権は、訴訟がどのように運営されるのかにつき重要な意義を有するものである。この規則制定権につき、これを立法権として捉え、憲法41条の例外として位置づけられる理由として以下のように説明される。¹¹³⁾一つは権力分立の観点から裁判所の自律性、自主性を尊重することで司法権の独立を強化する狙いがあること、もう一つは技術的見地から裁判実務に精通する裁判所に規則制定を任せるべきとの配慮があるとされる。¹¹⁴⁾憲法77条の解釈はこの理由のいずれを重視するかにより異なってくるとしながらも、同条が最高裁に規則制定権を委ねたのは同条に規定される事柄がその手続的、技術的、細目的な性質をもつことを考慮した結果であることが指摘される。¹¹⁵⁾最高裁の規則制定は実質的には立法作用であり、裁判所法12条の「司法行政事務」に含まれる。

日本国憲法77条に規定される裁判所の規則制定権の規定は、マッカーサー草案69条の文言と¹¹⁶⁾比較して変更、修正はほぼない。昭和21年帝国憲法改正案特別委員会での議論における高柳賢三教授の見解を参照すると、最高裁の規則制定権について、これが大陸法ではなくイギリスにおいて慣習的に発展し

てきた制度であることが述べられている。「裁判所に対する一種の委任立法、慣習的に成立した委任立法」であり、行政府に対するのと異なり、司法部に対する委任立法には非難がなく、「殊に民事訴訟に関する手続の如き問題は国会が之に干渉すると云うのは宜しくない」との認識から出たものである旨が説明され、これは「一種の司法部に依る立法権の行使」¹¹⁷⁾である。

アメリカでもこのように理解されるべきであるとして、憲法によって最高裁による立法権の行使を保障することの意味は、国会の干渉を排除する点にあり、細かい規則などを規定する権能等を憲法が保障するという解釈は「ナンセンス」であるとされる。「最高法院と云ふものを大いに信頼し、それに事後に関する問題に付て自ら国会の干渉を拜して之を自治的に規律すると云ふことを憲法的に認めた所に此の条項の本当精神があるのだと思ふ」との見解が述べられている。¹¹⁸⁾

アメリカにおける規則制定権の発展が裁判所と他の機関との関係に深く関連し、裁判所が規則制定につきどのような役割を果たすかという問題が裁判所の独立の程度の問題と決定的な関連にあることが指摘される。¹¹⁹⁾

アメリカ連邦憲法を参照すると、¹²⁰⁾ただし、司法部の規定が置かれる3編には、「合衆国の司法権は、一つの最高裁判所および連邦議会が随時制定し設立する下級裁判所に属する…」¹²¹⁾とあり、日本国憲法と異なり、司法権が連邦裁判所に属すると規定されるのみで規則制定に関する権限についての明文規定はない。

アメリカ連邦憲法と異なり、州憲法には裁判所の規則制定権を明文で規定する州もあるが、規則制定の意味や範囲、規則制定権を有するのが裁判所のみであるか否か（最終的な権限者は誰か）等をめぐって議論が続く。¹²²⁾州憲法で裁判所の規則制定権を定めた場合でも、これらの問題をすべて解決するような規定となっているわけではないのである。¹²³⁾また、州において、裁判所はこのように明文で権限が規定されていた場合でも、司法の運営 Administration of Justice を理由として広範にその権限を行使してきたという。¹²⁴⁾

州裁判所が規則制定権を行使する際、その根拠として、裁判所に「固有の」権限である、州憲法により付与された権限である、あるいは、制定法により付与されたなどと主張されるが、このようにその権限の根拠が明示されても問題は残る。例えば、州の上級裁判所や立法府、あるいは両者に対して憲法が明示的に訴訟手続に関する規則制定権を行使するとの規定を置いていても、実際にどの機関がその手続を規制するかを明確に規定していないことがある。¹²⁵⁾

州憲法により規定されていなければ、制定法において規定されることがある。あるいは、意味が明白ではない憲法条項を解釈する判例が根拠にされたり、または州裁判所は権限の根拠を語らない場合もある。この場合、裁判所はこの権限が裁判所に固有の責任であるとの見解を示していると思われる。すなわち、規則制定権の根拠をパターン化することは困難であり、州憲法、制定法、判例、慣習のすべてが規則制定権の根拠として援用され得る。¹²⁶⁾

規則制定権の所在につき対局する二つの見解がある。¹²⁷⁾一つは、裁判所に固有の権限としてこれを認め、それをその訴訟手続すべてをコントロールする権限として捉えるものがある。立法府は裁判所のこの特権に干渉したり変更することは許されない。Poundはその根拠をイギリスおよび植民地での裁判所による訴訟手続の規制という歴史的側面に求める。¹²⁸⁾

同様の見解を示すWigmoreは、連邦憲法1条及び3条の規定の法的論理の帰結から、裁判所の権限を主張する。訴訟手続を規制する権限は司法権に属するものであり、司法府が立法手続について規定すべきでないように、立法府も司法手続について規定する憲法上の権限を有さないことを主張する。¹²⁹⁾

このように裁判所の広範な権限を認める見解は様々な州裁判所の立場と適合する。¹³⁰⁾裁判所の広範な権限につき、例えば、州憲法における州の最高裁の非司法的機能に注目して説明する見解がある。¹³¹⁾この機能の起源は植民地の時期にまで遡り、この時期はまだ執行機関が官僚的な構造を形成していない時期であった。この時期のコモンロー裁判所は、統治機関として任にあたり、

準行政機関として機能していたという。¹³²⁾

州議会により郡の一般訴訟裁判所に管轄が移行された後でも、治安判事が郡の行政に対して重要な権限を保持していたことに変わりはない。郡裁判所は、貧困者の居住や家族の規律、公共の問題に対する監視を含む行政の義務を実行することで社会秩序の維持に寄与していたのであった。¹³³⁾ 今日では、その行政機能は執行機関が担うが、州裁判所は規制の政策を発展させるために共に機能し続けているのである。¹³⁴⁾

今日の州の最高裁は、連邦裁判所と異なり、訴訟手続規則の制定を含め、司法の運営にも直接に関わっているのである。州憲法に裁判所の規則制定権を明示する州や、たとえこの権限が憲法に規定されていない場合でも、制度上の役割に固有するものとしてこの権限をみなす場合がある。¹³⁵⁾

ただし、PoundやWigmoreの見解には疑問が提示される。権力分立原則の観点からみると、規則制定権が実質的に立法権であると考えれば裁判所にこの権限を付与(委任)することは問題であることが指摘される。Poundは裁判所によって訴訟手続や実務に関する規則が制定されてきたという歴史的事実に照らして裁判所の規則制定権を肯定するが、この見解では規則制定は少なくとも立法と同様に司法的であることになる。¹³⁶⁾

この点、Wigmoreは訴訟手続に対する規則制定は司法的機能であるとして、立法府がこの領域に対して踏み込むことは憲法により禁止されていることになり、訴訟手続に関する立法はすべて無効とされる。¹³⁷⁾ この見解自体の妥当性に疑問が提示されるが、もし裁判所の規則制定権を認めるならば、その機能が司法的であることを認めなければならないことが示唆される。¹³⁸⁾

この点は憲法上の権力分立原則の意味をどのように捉えるかに関わるが、¹⁴⁰⁾ 裁判所の広範な権限を支持する見解に対し、他方で、議会の広範な権限を主張する見解がある。連邦憲法3編の「連邦議会が随時制定し設立する下級裁判所」に連邦の司法権が属するという規定、及び連邦議会の権限について定める同1編の必要かつ適切条項を根拠に連邦裁判所に対する広範なコント

ロール権限が連邦議会に存在することが主張される¹⁴¹⁾。

連邦憲法には連邦最高裁及び下級裁判所に司法権が属することが明文で規定されるため、この見解は規則制定権に司法的機能が認められるとするならば妥当性を失うことになる。訴訟手続に対する規則制定権に司法的機能が含まれるならば、連邦憲法3編を根拠に裁判所の規則制定権が根拠づけられることとなり、またこれは、連邦議会が奪い去ることのできないものとして認識されることになろう¹⁴²⁾。

連邦憲法3編には司法権の帰属しか規定がない。裁判所の規則制定権の正当性については、この権限が訴訟手続及び実務を運営するために必要な規則を制定する権限として、「司法権」に内在的あるいは付随して認められ得るかという問題として認識され得る。

連邦裁判所の傾向としては、対立する二つの見解のいずれに立つものではなく、固有の権限¹⁴³⁾という用語を用いることでこの問題を捉えてきたことが指摘される¹⁴⁴⁾。

ただし、裁判所の規則制定権は、連邦憲法との関係だけではなく、制定法によって付与される場合がある。例えば、1789年裁判所法は、連邦裁判所におけるコモンロー上の訴訟に対する州法の適用を大幅に制約していた。ただし、訴訟手続に関するものまで適用が排除されるかについては不明確な規定であったところ、1789年及び1792年プロセス法により令状と執行の形式は各州において同様であるとされた¹⁴⁵⁾。

これにより各州法の一致に変化はなかったが、時が経過するにつれ州の訴訟手続も変化がみられるようになった。Wayman v. Southard¹⁴⁶⁾において裁判所は、ケンタッキー州の連邦裁判所が州法の適用を認めるべきか否かの問題にあたることとなった。ここでは、連邦議会による規則制定権の委任の問題に関して、同事件で法定意見を述べたMarshall首席判事の見解につき少し触れたい。

1789年裁判所法には、合衆国の法律に反しない限り、裁判所に対し、規律

的に事件に取り組むため必要なすべての規則を制定する権限が付与される旨の規定がある。¹⁴⁷⁾ 訴訟手続に関する規則制定の権限につき Marshall 首席判事は、これらの規定を訴訟手続のすべての問題に対する完全な権限を裁判所に付与するものとしながら、1792年プロセス法の意図がこれと全く同様である¹⁴⁸⁾と考えることは合理的ではないとの見解を示し、結論として、その妥当性を認めた。

Marshall 首席判事は連邦憲法 1 編の規定を参照し、¹⁴⁹⁾ 当該条項に列挙された権限および連邦憲法によって連邦政府またその他の部門もしくは官吏に対して付与された他の一切の権限を実行に移すために必要かつ適切なすべての法律を制定する権限が連邦議会に付与されていることを指摘し、司法部は付与された管轄において、特定事件において判決を言い渡す権限を有するのみであることを確認する。¹⁵⁰⁾

Marshall 首席判事は、連邦議会が、本質的に立法権の性質をもつ権限を裁判所や他の機関に対して委任することができる¹⁵¹⁾と考えることは妥当ではないとしながらも、立法府が正当に行使することのできる権限を他機関に委任することはあり得るという。

立法府自身が規制しなければならない事柄と、そうではなく、一般条項を執行する中で細部を満たすために執行者に付与される権限の区別は必ずしも明確ではないが、プロセス法によって裁判所に付与された権限の性質を決定するにはその範囲を決定しなければならないという。¹⁵²⁾

訴訟手続の形式を変える権限は立法権の性質を有するが、制定法により裁判所に付与された権限は立法府による委任の限界を超えるものではないとしたのである。¹⁵³⁾ 裁判所は連邦議会によって付与された権限を超えた、固有の権限を有するものではなく、¹⁵⁴⁾ 連邦裁判所にはその性質および憲法における権限にはすべて制約が伴い、時効やコモンローによって裁判所に固有とされた権限を連邦裁判所が有するものではないとの見解が連邦最高裁において示されている。¹⁵⁵⁾

管轄を有する訴訟事件を解決するために司法の内部手続を規定する規則を制定するためであれば固有の権限を裁判所は有するのか、連邦議会によって裁判所に広範に委任することは許容されるのか、その範囲をめぐる問題については検討の余地があるといえるのではないか。¹⁵⁶⁾

3.3 検討—違法の顕著性の要件の問題

ヘビアスコーパスによる人身の自由を実効的にするために裁判所が負う役割は重要である。戦前の日本法制の問題を踏まえて誕生した戦後の新しい日本の法制において裁判所に期待された役割は何か。

裁判所の規則制定権に積極的な意義を見出し、議会による干渉を排除すべきとの見解によれば、アメリカのいくつかの州のように、訴訟手続が州裁判所により規制されてきたという点や準行政機関として機能していた点が挙げられていたが、歴史的な側面から日本の裁判所をこのように見るのは妥当ではないだろう。

さらに、人身の自由の迅速な回復を図る機関として、日本の法制において、裁判所にその役割を期待できるかは法案審議の過程で疑問が提示されていた。日本の近世史上の人権蹂躪が警察、検事当局により数多く行われたことは周知としながら、「もう一つ行われたのは、予審でほとんど調べをしない。自白をしないでいる者は調べをしない。さようなことによって、二年も三年も予審が拘束されたるままにおいて係属をせられた。つまり裁判所によるところの不当なる拘禁が長く行われておったということも、見逃せない事実」として指摘されたのである。¹⁵⁷⁾人身の自由の迅速な回復を図るための法制度を導入することの必要性は認識されながら、ただし、具体的にどのような制度によってその救済を図るかについては困難な問題があるとの懸念が示されていたのである。¹⁵⁸⁾

このような、裁判所による人権蹂躪の過去が指摘されながらも、人身保護法による救済につき審査する権限が裁判所に付与された意味はどこにあるの

か。人身保護法が適用される中で、この法律が適正に執行されることは守られなければならない。執行過程だけでなく、明治憲法における国家権力による恣意的なルール形成の問題に配慮して、新たに制定された日本国憲法及び人身保護法の下で裁判所に期待された役割について考慮すると、法律の形成過程における民主主義的正統性を保護するという役割が裁判所に期待されていることを想定することができるのではないか。憲法の実行における法律の形成過程の民主的正統性を守るという点からこの裁判所の役割について検討したい。

問題は、規則4条の違法の顕著性の要件の正当性である。最高裁の規則制定権の行使として、国会の干渉を排除するものとして、規則を法律によって修正することが許されないなどという効力まで認めることは妥当ではないだろう。¹⁵⁹⁾ 人身保護規則に関しても、法律に対し規則に積極的な意義を認めるべきとの見解が妥当とは思われない。

それならば、規則によって、規則4条につき規則制定権の行使として正当であると判断するための、救済を顕著な違法性に絞る積極的理由があると認められるのか。

顕著な違法性を請求要件と解する立場は、人身保護法2条の文言や、英米のヘビースコーパスの伝統にそぐわない点や、「法律上正当な手続によらないで」の手続を広く捉え、手続の全過程を含むものとの立場が示されていたことなどから妥当とは思われない。

最高裁の多数意見のように、それを釈放要件と解するならば、請求（審理）の数を減らすという意図は達成されないことになるため、制度の濫用の防止に理由を求めることはできないだろう。あるいは審査する裁判所の能力の限界を理由として、そのように要件を厳格化すると考えることも、疎明資料の取調を人身保護法が規定している点から、妥当ではないだろう。

憲法が保障する自由を実効的に保障するという人身保護法の意義に照らすと、これに制限をかける規定を制定する最高裁の権限の妥当性は疑わしい

が、なお、規則4条のこの要件が人身保護法による委任に範囲にとどまるものか否かは検討されるべきであろう。

通常、国会が制定する法律を執行する役割は内閣（行政機関）にある。議会と政府の関係につき日本国憲法は議院内閣制を採用すると考えられる。¹⁶⁰⁾ 行政府は法律を執行するにあたり命令（施行規則など）を定めることがあるが、与党が議会及び政府をコントロールするという議院内閣制の典型モデルにおいて、大統領制と比較すると法律と命令の違いはそれほど明瞭ではなく、つまり委任立法の限界についても、憲法が厳格に定めない限り、比較的自由に行政府は命令を規定することができる。¹⁶¹⁾

議会及び政府に対しては与党によるコントロールが及ぶため、議会（の多数派）は行政府の命令に対して裁判所の広範な審査権限を与えようという動機は生まれにくくなるだろう。¹⁶²⁾ 議院内閣制における政府と議会の協働関係を考慮しても、裁判所が法律と命令を特に区別せずに一体化して審査アプローチする方法をとったとしても、法律と命令の類似性という点からは問題がないのかもしれない。¹⁶³⁾

しかし、言うまでもなく、裁判所と議会の関係はこれと大きく異なるものである。¹⁶⁴⁾ 行政府と異なり、裁判所に与えられる委任の範囲は狭いと考えられる。憲法上の保護に違反していれば、議会及び政府による法の形成過程（立法行為）に対して審査権を行使することで介入することが正当化されようが、そうでない限り、裁判所は政治的妥協の産物に対する介入を控えるだろう。¹⁶⁵⁾

人身保護法には憲法が保障する人身の自由を迅速に回復するという重要な意義があることは前述したが、規則4条が議会によるこの意図を蔑ろにするものであるとの指摘が多くなされてきたこと、また、人身保護法が意図したところと異なって機能せず、このような運用の事実をみると、最高裁は議会が意図した救済という法の趣旨を圧縮する規定を設けたと考えるべきで、「必要な規則を定めることができる」という委任の範囲を超えた規則を制定

したとして無効とされるべきではないか。

不当な人身の自由の侵害に対する救済を実際に図るためには、国会と裁判所が協働関係もまた重要な問題として議論されるべきと思われる。

おわりに

ヘビアスコーパスによる人身の自由の保障を実効的に確保するために裁判所に課された役割は大きい。英米と異なり、日本には（この法律が導入された当時）、ヘビアスコーパスを受け入れられるような慣行が存在していたわけではない。むしろ逆である。だからこそ、人身保護法の制定は画期的なものとして捉えられたのであろう。

しかし、だからこそ、裁判所は自らに課された役割を果たして実現することができるのか思案したのかもしれない。人身保護制度による自由の保障を実現する能力が裁判所にはないことを自覚して最高裁が規則4条を制定したと仮定するなら、この問題を解決するには何が必要かを考えなければならない。ヘビアスコーパスが英米の法律家によって過大評価され、理想化された制度にすぎないならば、このような仮定も全くの検討外れとはいえないだろう。

イギリスを始め、ヘビアスコーパスは国王の裁判所の他の裁判所に対する優越性を確立するために発展してきたものであり、ヘビアスコーパスとはつまり、裁判所の階層を確立するために運営されてきたという側面を有することが指摘される。¹⁶⁶⁾ヘビアスコーパスによる救済を実現するためのカギとして、強力な裁判所の必要性が指摘されている。またこれは、司法の判断を実行する協働的な関係にある機関を必要としてきたことも指摘される。¹⁶⁸⁾

日本の現在の最高裁がこのような役割を有する機関として認識されていると考えられるかはかなり疑わしい。憲法が規定する裁判所の権限や役割だけでなく、実際にどのように裁判所がその権限を行使しているか、また、他の機関との関係において裁判所が実際にはどのような位置に置かれているか

など、その背景的な事情を考慮しなければヘビアスコープスを実現する仕組みを作り上げていくことは難しいだろう。

憲法が適正手続において保障する「手続」がこのような実践的な観点をも含めた広範な範囲を含むものならば、適正手続の保障という観点から裁判所の憲法上の権限を論じることも必要になるだろう。これは、議会との関係において、(憲法によって保障された) 実体的権利の侵害の有無という視点から考察される裁判所の審査権というより、法の形成過程において、裁判所がどのように国会との協働関係を構築するかという側面から考察される問題である。

- 1) 昭和23年7月30日に公布され、同年9月28日に施行された。
- 2) 伊藤修参議院司法委員長による提案理由を参照、昭和23年2月20日2回参議院司法委員会会議録4号1頁以下。
- 3) 前掲注(2)1頁〔伊藤修参議院司法委員長〕。
- 4) 鮫島真男「人身保護規則制定当時の思い出」自由と正義37巻8号41頁(1986年)。
- 5) ただし、人身保護法の制定過程において必ずしも政府が積極的な姿勢を示していたわけではない。理由としては、憲法の規定における必然性がないこと、人身保護制度に対する研究の不十分さなどが挙げられている。参照、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『「人身の自由」の法的保障』明治大学社会科学研究所叢書(晃洋書房、2000年)108~109頁。
- 6) 伊藤修参議院司法委員長の答弁を参照。前掲注(2)1頁、昭和23年5月27日第2回衆議院司法委員会会議録21号1~2頁。
- 7) 参照、鮫島・前掲注(4)40頁。
- 8) 遠藤誠「人身保護法と平沢問題」自由と正義36巻10号4頁(1985年)など。
- 9) See Colin P.A. Jones, *From Great Writ to Running Fork: How Habeas Corpus Was Tamed in Japan*, 12 U. PA. ASIAN L. REV. 407 (2017). 比較法の観点からみた日本の人身保護法をめぐる今日の日本法制の問題点につき示唆を得た。
- 10) See *Id.* at 410.
- 11) イギリスのヘビアスコープスの展開につき参照、堀部政男「人身の自由の手続法的保障—ヘビアス・コープスの人身保護令状的機能の成立史—」東京大学社会科学研究所編『基本的人権4 各論I』(東京大学出版会、1968年)106~111頁。
- 12) 田中英夫「人身保護手続」同『英米法と日本法(英米法研究3)』(東京大学出版会、1988年)20頁。
- 13) その意味はヘビアスコープスの発展段階に応じて異なるため固定化したものとしてその意味を捉えることには注意が必要であることが指摘される。堀部政男「イギリスに

におけるヘビアス・コーパスの歴史的展開：その人身保護令状的機能の発展期（18世紀）」一橋大学研究年報（人文科学研究）（1968年）100頁脚注2参照。

- 14) 本稿では便宜上、Habeas corpusの英語の読み方を採り「ヘビアスコーパス」と記すこととする。
- 15) 高柳賢三証人による答弁を参照、昭和23年3月23日第2回参議院司法委員会会議録5号1頁。
- 16) 堀部・前掲注（13）98頁。
- 17) 田中・前掲注（12）205頁。
- 18) この点は第2回参議院司法委員会において高柳賢三証人により説明された。参照、前掲注（15）1～7頁。
- 19) 堀部・前掲注（11）106～107頁。
- 20) 大谷・前掲注（5）103頁。
- 21) マグナカルタ39条は「自由人は、その同輩の合法的裁判によるか、または国法（law of the land）によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追放を受けまたはその他の方法によって侵害されることはない…」（邦訳は、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、1957年）45～46頁〔田中英夫執筆〕に依拠）と規定される。国法によるのでなければの部分がデュープロセスの意味として理解されるようになったため、法の適正手続の意味として当該条文を理解されるようになった。
- 22) 高柳賢三証人による答弁。前掲注（15）2頁。
- 23) 高木八尺ほか編・前掲注（21）63～64頁〔田中英夫執筆〕。このようにコモンロー以外の裁判所により国王が拘禁を行った場合にコモンロー裁判所が令状を発給してそこから解放し救済を与えるという慣行はあったが、国王の権力がまだ強大であったテューダー朝の頃には、人身の自由を確保するというヘビアスコーパスの意味は認識されてはいたが、枢密院（カウンシル）の出す令状により拘束された者をコモンロー裁判所が令状を発給し釈放するということは実際にはあまり行われていなかったという。参照、前掲注（15）2頁〔高柳賢三証人〕。
- 24) 1628年の権利請願、1640年の星室裁判所廃止に関する法律などがある。しかしこれらの法律によっても、裁判所が休廷中には人身保護令状の発給が拒否されたり、また、人身保護令状による釈放を避けるために被拘束者を海外に移送するなどされたため人身保護令状の執行が効果的に行われなかったことがあった。1679年の人身保護法は、これらの問題に対処するため制定されたものであり個人の自由の保障をより実効的にする上で大きな意義をもつ。高木八尺ほか編・前掲注（21）64頁〔田中英夫執筆〕。
- 25) 田中・前掲注（12）204～205頁。
- 26) 高木八尺ほか編・前掲注（21）63頁〔田中英夫執筆〕。
- 27) 前掲注（15）2頁〔高柳賢三証人〕。
- 28) 邦訳は、田中英夫編集代表『Basic英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）に依拠した。以下同じ。
- 29) See *Ex parte Merryman*, 17 Fed. Cas. 144 (No. 9487) (C.C.D. Md. 1861).
- 30) アメリカにおけるヘビアスコーパスの展開につき参照、拙稿「デュープロセス理論の手続保障の意義—ヘビアスコーパス請求の上訴審管轄権をめぐる連邦議会と裁判所の関係からの考察—」法学新報118巻1・2号（2011年）2章。Merryman事件の後に、大統領にも停止権限を委任する法律を連邦議会が制定したため、事後的ではあるが大統領の行為に連邦議会の承認が付与されることとなった。
- 31) *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).
- 32) ただしこれは、ヘビアスコーパスの憲法上の意義が少ないことを意味するのではな

- く、両者の意味を混同すべきではないという意味にとどまる。
- 33) Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008).
 - 34) 前掲注 (15) 3 頁 [高柳賢三証人]。
 - 35) 例えば参照として、A.V. ダイシー『憲法序説』伊藤正己・田島裕訳 (学陽書房、1983 年) 198 頁。人身の自由の権利が憲法律の一部であることを知るには、この権利の意味はもちろん、この権利の行使を確保するための法的方法についての考察がより重要であることが記されている。
 - 36) 前掲注 (15) 3 頁 [高柳賢三証人]。
 - 37) 田中・前掲注 (12) 205~206 頁。
 - 38) 人身保護法の制定経緯については以下などを参照。大谷・前掲注 (5) 106~109 頁、鮫島・前掲注 (4) 40~41 頁、吉利用宣「日本国憲法第18条・34条の制定の経緯—勾留理由開示制度序説Ⅱ—」九州工業大学研究報告 (人文・社会科学) 48 卷121 頁 (2000 年)。
 - 39) 前掲注 (2) 1 頁 [伊藤修参議院司法委員長]。解説書も同様に、人身保護手続の対象として刑事手続に限定されるわけではないとの立場を示す。例えば、小林一郎『人身保護法概論』(有斐閣、1949 年) 96~98 頁、関之『人身法釈義』(巖松堂書店、1948 年) 38~41 頁、団藤重光「人身保護法」国家学会雑誌62 卷10 号 (1948 年) 558~559 頁。
 - 40) 泉芳政参議院司法委員会専門調査員による答弁。参照、昭和23年5月27日第2回衆議院司法委員会議録21号2頁。
 - 41) 前掲注 (40) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。
 - 42) 前掲注 (40) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。拘束されているか否かの判断は、事実問題として決定されることになる。
 - 43) 前掲注 (40) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。拘束が犯罪に基づくか否かは問題ではなく、犯罪を構成していなくても勾留が適法な状態であれば人身保護の請求は棄却され、反対に、たとえ犯罪が成立していても勾留状態に形式的な欠点があれば人身保護の請求は認められることになる旨が述べられている。
 - 44) 前掲注 (40) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。また、「法律上正当な手続によらないで」というところの手続そのものの当、不当、令状の執行そのものをも裁判の対象になるのかという質問に対し、泉参議院司法委員会専門調査員は、「この点は難解であって、英語では、プロパー・リーガル・プロセスといい、手続の全過程を含むものであり、一旦正当な令状によってもその後不当な拘束があるならば、それが対象になる」との答弁がなされている。昭和23年6月16日第2回衆議院司法委員会議録第33号1頁参照 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。
 - 45) 小林・前掲注 (39) 11 頁参照。
 - 46) 小林・前掲注 (39) 11 頁。
 - 47) 小林・前掲注 (39) 12 頁。
 - 48) 前掲注 (40) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。
 - 49) 前掲注 (20) 2 頁 [泉芳政参議院司法委員会専門調査員]。
 - 50) 参照、団藤・前掲注 (39) 557 頁以下。
 - 51) 参照、大谷・前掲注 (5) 104 頁以下。
 - 52) 団藤・前掲注 (39) 563 頁。
 - 53) 団藤・前掲注 (39) 563 頁。
 - 54) 参照、団藤・前掲注 (39) 573 頁。
 - 55) 前掲注 (2) 1 頁 [伊藤修参議院司法委員長]。
 - 56) 田中・前掲注 (12) 207 頁。それはまた、人身保護規則4条が補充性の原則を採用す

- るに至り、刑事手続における人身の自由の拘束については、刑訴法による救済が求められるに至ったという事情も関連する。ただし、この事実は、刑事手続における刑訴法の救済が十分であることを示すものではないだろう。
- 57) 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」判時1961号(2007年)3頁以下参照。人身保護法にはこれに独特の規定が置かれているのが散見できる。弁護士強制主義を採用し(3条)、被拘束者、拘束者又は請求者の所在地を管轄する高等裁判所若しくは地方裁判所に管轄権を付与し(4条)、裁判所は請求について速やかに裁判しなければならない(6条)と規定する。さらに、仮釈放等(10条)や人身保護命令(12条)も規定される。証拠に関しては疎明で足りる(5条、15条参照)。ただし、審問期日における取調は公開の法廷において行われ(14条)、請求に理由があるときは判決による(16条3項)。また、請求を受けた裁判所は最高裁に通知し、且つ事件処理の経過並びに結果を報告しなければならない(20条)、下級裁の判決に対しては(地裁判決に対するものであっても)最高裁に上訴できる(21条)。なお、最高裁には自判権が認められる(22条)。
 - 58) 人身保護法の主たる目的が元来は国家権力による違法拘束、特に他の裁判所の裁判による違法拘束からの救済にありながら、このことが「最近忘れ去られたことであるが」と指摘される。遠藤・前掲注(8)4頁。
 - 59) 東京地方裁判所民事第9部人身保護研究会・前掲注(57)4頁以下。ただし、近年は、子の引渡し調停等について人身保護請求というより家事事件手続法によるものへ移行し人身保護請求の子の引き渡し請求は減少している。
 - 60) 日本国憲法自体、明治憲法からの「大きな」改正を経て成立したものであり、これが日本の歴史や伝統(「人権」という観念に対する感覚を含め)といかに調和し発展していくかという点も決して明確ではなかつたであろうことを考慮すると、憲法と人身保護法の関係を捉えることの難しさは一層認識できるのではないだろうか。人身保護法の継受につき外国法の継受の視点から問題を提起するものとして例えば参照、大谷・前掲注(5)131~132頁。
 - 61) この問題につき参照、大谷・前掲注(5)113~114頁。
 - 62) 久岡康成「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—」立命館法学5・6号387頁(2008年)。
 - 63) 久岡・前掲注(62)387頁。
 - 64) 参照、平野龍一『刑事訴訟法概説』(東京大学出版会、1968年)62頁。
 - 65) 平野・前掲注(64)62~63頁。刑訴法60条1項各号のいずれの理由による勾留であるかを告げれば足りるとされる。憲法34条後段の趣旨を考慮すれば、同制度により開示されるのが、勾留理由を基礎づける証拠でなければならないはずであるが、実際にはそうでないことの問題点が指摘されている。なお、憲法34条後段の拘禁には正当な理由がなければならない、これが拘禁しなければならない理由であると解するならば、刑訴法60条1項の各号の列举事由はこれに応じて規定されたものと解する見解がある。佐藤幸治編著『日本国憲法：要説コンメンタール』(三省堂、1991年)202頁〔松井茂記執筆〕。
 - 66) 参照、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)337~339頁。
 - 67) 田中・前掲注(12)206頁。また刑事手続において、勾留の形式によらずに事実上不当な拘禁が行われていた場合や、刑事手続以外の人身の自由の拘束の場合には同制度の適用外とされることも問題として指摘される。
 - 68) 河原峻一郎「勾留理由開示と人身保護法」自由と正義11巻12号19頁(1960年)。
 - 69) 同様の立場から、権利請願3条及び5条を参照し、これらの規定が何人も正当な理由がなければ拘禁されず、ということの意味するものであるとし、憲法34条がまさにこ

- のように規定したのは権利請願の規定を根拠にもつことを示すものであるとの主張がある。小林・前掲注(39) 57~58頁。
- 70) 河原駿一郎「人身保護法の範囲とその手続(下)」ジュリ99号34頁(1956年)。
- 71) 人身保護令状の記載並びに1640年、1679年、1816年の法律の規定を指す。小林・前掲注(39) 59頁。
- 72) 小林・前掲注(39) 59頁。なおこの見解によると、憲法34条前段はアメリカ連邦憲法修正6条を母法にするものであると捉えられるため、三つの異なる規定を母法にするものとして説明される。
- 73) 団藤・前掲注(39) 558頁。
- 74) 佐藤功『憲法』(小野清一郎・末川博責任編集、ポケット註釈全書(4))(有斐閣、1955年) 222頁。
- 75) 佐藤・前掲注(74) 223頁。
- 76) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂著『注釈日本国憲法上巻』(青林書院新社、1984年) 379~381頁。憲法18条の保障する「奴隷的拘束」および「意に反する苦役」からの自由を実効的に保障するには、現実には不当な身体的自由の拘束を受けている者を速やかに解放することを可能にする手続が必要であるとし、このための手続こそ英米法にて発展してきたヘビラスコーパスであると捉える。また、浦田賢治・大須賀明『日本国憲法(2)国民の権利及び義務[2]・国会22条~64条』(新・判例コンメンタール)(三省堂、1994年) 297~298頁。
- 77) 吉利・前掲注(38) 132~133頁。
- 78) 参照、辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(信山社、2018年) 202頁[大林啓吾執筆]、長谷部恭男『憲法(第7版)』(新世社、2018年) 267~268頁。
- 79) これは人身保護法と憲法18条との関係否定する趣旨ではない。人身保護法が憲法のどこに根拠を有するかという問いは、下位法である法律内容に依拠して決定されるわけではない。下位法により上位法である憲法の規範内容が決定されるわけではない。憲法に反する法律が無効であるというルールに照らした上で、果たしてその法律が憲法の趣旨を体现するものとなっているのか(違反していないか)という点を吟味するためにその問いは重要なのである。この点を考慮すると、人身保護法(及び同規則)が憲法34条後段の規範内容を十分に実現するものであるかという点を考察することが必要かつ重要なことなのではないか。
- 80) See Jones, *supra* note 9, at 414-415.
- 81) 小林・前掲注(39) 10頁。
- 82) 小林・前掲注(39) 10頁。
- 83) 憲法18条と憲法31条以下の規定との法的性格の違いについて奥平教授の見解によれば、憲法31条以下は「なにか実体的な内容のある自由」を保障することではなく、「人間に自然的に具わっている自由」が国家権力により剥奪される場合の条件を定めるものとして捉えられる。憲法が保障する「人身の自由」、「身体的自由」は憲法18条により保障される。奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年) 297~298頁。この見解は、憲法18条が保障する人身の自由を実体的な内容をもつ自由として捉えると考えられる。それに対し、憲法31条以下の規定は実体的な自由を保障することが目的にあるわけではなく、従って、実体的自由を保障するとの結果を期待できる場合でない場合ですら、保障される手続があると考えられるものとして理解できよう。この見解によるならば、人身保護法制が手続重視のイギリスの伝統に依拠するならば、日本が継受した人身保護法制の憲法上の根拠として第一に重要なのは憲法34条に求められると考えるのが妥当ではないか。
- 84) 小林・前掲注(39) 13頁。

- 85) 自由権規約人権委員会は、人身保護規則4条により人身保護制度による救済の実効性が弱められている点を指摘し、自由権規約9条に反するとして規則4条の廃止を勧告する。CCPR/C/79/Add.102, para 24, 19 November 1998.
- 86) ただし、規則4条が人身保護法で当然内在的に予定している内容を具体化したと考えるならば、法律と規則の関係をめぐるとの問題は生じないことになる。参照、樋口範男「人身保護請求」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ〔4版〕』（有斐閣、2000年）257頁。
- 87) 東京高決昭和28年2月28日民集8巻4号858頁。請求者は、平和条約11条が、日本が本来国内法上の犯罪でないものを犯罪として憲法の定める裁判官によらないものの裁判を適用な裁判と認めてその刑の執行を引き受けるものであること、あるいは犯罪によらないで刑を執行することになり憲法に違反することなどを主張していた。
- 88) 日本が条約を誠実に遵守することは日本国憲法自らも承認しているというべきであり、平和条約11条が犯罪によらずして身体の自由を拘束する違憲無効の条規であるとしてその適用を拒否することは許されないとした。
- 89) 最大決昭和29年4月26日民集84巻4号848頁。
- 90) 河原・前掲注(70) 34~35頁。
- 91) 河原・前掲注(70) 35頁。
- 92) 小林・前掲注(39) 92~93頁。
- 93) この点につき後述する(3章3節)。
- 94) 最大判昭和30年9月28日民集9巻10号1453頁(藤田八郎裁判官、池田克裁判官の少数意見)。
- 95) このような読み方が妥当であるか否かにつき参照、田中・前掲注(12) 209~211頁。また、このような少数意見の解釈が英米の人身保護令状の伝統的基準と適合するかという問題も生じよう。「人身保護法と人身保護規則は英米法の『ヘイビナス・コーパス』の制度にその範をとっており、人身保護手続についてはこの法と規則とが両々相まって一体を成しているのである。」(鮫島・前掲注(4) 40~41頁)のであるならば、人身保護規則のみ英米での伝統的基準に反する規定を置いたと考えるのは妥当ではないのではないか。
- 96) 最大判昭和33年5月28日民集12巻8号1224頁。
- 97) 田中・前掲注(12) 210頁。
- 98) Jones, *supra* note 9, at 410.
- 99) *Id.* at 422-423.
- 100) *Id.* at 424. 人身保護法1条は司法裁判による「迅速、且つ、容易」な救済を規定するが規則4条の補充性の原則と明白性の要件によりその意義が損なわれていることのインパクトも指摘される。
- 101) *Id.* at 425.
- 102) 昭和21年司法法制審議会に基本的人権保護法要綱案が提案され、基本的人権保護法要綱が昭和21年8月21日内閣臨時法制調査会において可決され、同年最高裁判所規則制定委員会において基本的人権保護法案の検討立案がなされ、多少の修正を経た上で人身保護法案と名称が変更された。経緯につき、小林・前掲注(39) 1~4頁参照。
- 103) ただし、「このようにみるのが正しいかどうか、にわかに判断はできないが」と付言される。大谷・前掲注(5) 107頁。
- 104) 人身保護法6条は「裁判所は、第2条の請求については、速やかに裁判しなければならない。」とし、人身保護規則11条は「法2条の請求に関する審理及び裁判は、事件受理の前後にかかわらず、他の事件に優先して、迅速にこれをしなければならない

- い。」と規定する。
- 105) 田中・前掲注 (12) 208頁。
 - 106) 奥平・前掲注 (83) 319頁。長期拘禁の後に起訴され公式の刑事手続が始まるわけではない例もあり、理由を告げられることなくある日突然に釈放されるという結末であったという。
 - 107) そもそも警察側は、法的根拠や逮捕監禁の理由を公にしなければならない義務を誰かに対して負っているわけではなかったという。奥平・前掲注 (83) 319頁。
 - 108) Jones, *supra* note 9, at 410.
 - 109) このような考えは、英米法に特有の手続的正義を重視する思想が表れており、法の支配を貫徹するための一つの形態であることが指摘される。大谷・前掲注 (5) 105頁。
 - 110) 人身保護請求に関する事例 (最大決昭和29年4月26日民集84巻4号848頁) について、これにより最高裁は人身保護法の機能を限定するという基本的な方向を形成してきたと評される。樋口・前掲注 (86) 257頁。
 - 111) この点の法の継受について参照、大谷・前掲注 (5) 131~132頁。
 - 112) 憲法77条3項は、「最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる。」と規定する。
 - 113) 最高裁の規則制定権の範囲、法律と規則の効力関係などの問題につき参照、名雪健二「最高裁判所の規則制定権—解釈論を中心として—」東洋法学41巻1号 (1997年) 1頁。
 - 114) 名雪・前掲注 (113) 1~2頁。
 - 115) 名雪・前掲注 (113) 2頁。
 - 116) マッカーサー草案の文言は、「The Supreme Court is vested with the rulemaking power under which it determines the rules of practice and of procedure, the admission of attorneys, the internal discipline of the courts, the administration of judicial affairs, and such other matters as may properly affect the free exercise of the judicial power.」である。永井憲一編『資料日本国憲法1』(三省堂、1986年) 101頁。
 - 117) 昭和21年9月23日第90回貴族院帝国憲法改正案特別委員会会議録20号21頁。
 - 118) 前掲注 (117) 21頁。
 - 119) J.B. ワインスタイン『裁判所規則制定過程の改革』小島武司・椎橋邦雄訳 (中央大学出版部、1981年) 32頁以下。
 - 120) 例えば、最大決昭和25年6月24日 (昭和25年 (分) 第1号) では、日本国憲法77条1項に列挙された事項のうち特に、裁判所の内部規律に関する最高裁の規則制定は立法及び行政府により侵犯されるべきではなく、この事柄を規定する法律があれば違憲無効とされるべきとの真野毅裁判官の意見が出されたが、多数意見はこれを定める裁判官分限法2条の合憲性に触れることなく事件を処理した。このような日本の状況をみると、議会と裁判所の規則制定に関する権限の問題につきアメリカでの議論を参照することも有益となるのではないか。
 - 121) U.S. Const. art. III, § 1.
 - 122) 規則制定が州ごとに異なる理由として、「規則制定過程の細部、とりわけ議会と裁判所がそれぞれの程度の統制を及ぼすかは、理論上の権力分立ではなく実務上のそれを反映していることを示唆している」との指摘がある。ワインスタイン・前掲注 (119) 16~17頁。
 - 123) See Allan Ashman, *Measuring the Judicial Rule-Making Power*, 59 JUDICATURE 215-216 (1975).

- 124) *Id.* at 215. 規則制定権の対象として、本稿では特に、訴訟手続に限定して議論を進めたい。
- 125) *Id.* at 216–217. 州憲法により立法府に規則制定権が付与されていても、立法府は法律により上級裁判所にこれを委任する場合があるし、また、裁判所に権限が付与されていても裁判所による規則が議会の廃止や修正に服するなど。
- 126) *Id.* at 217–218.
- 127) Michael Blasié, *A Separation of Powers Defense of Federal Rule Making Power*, 66 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 593, 613–615 (2011).
- 128) Roscoe Pound, *The Rule-Making Power of the Courts*, 12 A.B.A. J. 599, 600–601 (1926); see also Roscoe Pound, *Regulation of Judicial Procedure by Rules of Court*, 10 ILL. L. REV. 163 (1915).
- 129) John H. Wigmore, *All Legislative Rules For Judiciary Procedure are Void Constitutionally*, 23 ILL. L. REV. 276, 277–278 (1928).
- 130) Blasié, *supra* note 127, at 613.
- 131) Helen Hershkoff, *State Courts and the “Passive Virtues”: Rethinking the Judicial Function*, 114 HARV. L. REV. 1833, 1871 (2001).
- 132) *Id.*
- 133) *Id.* at 1872.
- 134) *Id.* 立法府との協働的な作用についても言及されている。
- 135) *Id.* at 1873–1874. この考え方は、連邦憲法3編による司法権につき限定的に解釈する連邦の見解とは異なるものである。例えば、ニュージャージー州最高裁は、「最高裁判所は、当州におけるすべての裁判所の運営に関する規則を制定し、また、これらすべての裁判所における実務および手続に関する規則を法律にしたがい規律する規則を制定するものとする。」と規定する州憲法の規定につき、裁判所の規則制定が議会のコントロールには服さないこと、また、後にそれと反する法律が制定された場合でも規則は効力を失わないことが示された (*Winberry v. Salisbury*, 5 N.J. 240, 74 A.2d. 406 (1950).)。この点について参照、ワインスタイン71~72頁。しかし、ニュージャージー州のこのような立場は特異であり、裁判所が手続に関する規則制定につき何の制約もない権限を有する必要はないとのワインスタインの見解が述べられている。
- 136) Richard Kay, *Rule-Making Authority and Separation of Powers in Connecticut*, 8 CONN. L. REV. 1, 38–39 (1975).
- 137) Wigmore, *All Legislative Rules for Judiciary Procedure Are Void Constitutionally*, 23 ILL. L. REV. 276 (1928).
- 138) 「今日では、この問題を真剣に研究している者であれば、裁判手続を定める権限を議会はもたないというウィグモアの理論を支持はしないであろう」と批判される。ワインスタイン・前掲注 (119) 72頁。
- 139) Kay, *supra* note 136, at 39–40. 裁判手続において利用され適用される点で訴訟手続に関する規則は司法的であるが、特定の人々や状況ではなく一般的に適用される点には立法的な機能の特徴をみることができ、憲法において最終的な立法権者は民主的正統性を有する立法府に配分されるべきことが主張される。裁判所による法の形成は最終的には制定法による修正に服するべきことが主張されている。
- 140) また、この問題が権力分立原則によって理論的にのみ解決されることが可能か（あるいは妥当か）も考慮されるべきであろう。
- 141) Blasié, *supra* note 127, at 613–614.
- 142) *Id.* at 614.

- 143) 固有のという用語の意味には慎重になるべきことが示唆される。連邦議会も裁判所も憲法によって付与された権限しか行使できないのならば固有のという用語はミスリーディングになり得るため、文言の意味については注意が必要になる。See *Id.*
- 144) *Id.*
- 145) 規則制定権を除き、1789年以降に連合に加わった州の連邦裁判所に対してはこれらの規定は適用されていなかった。See RICHARD H. FALLON JR., JOHN F. MANNING, DANIEL J. MELTZER, AND DAVID L. SHAPIRO, HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 537 (6th ed., 2009).
- 146) *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825).
- 147) 1793年裁判所法は当該規定よりさらなる権限が裁判所に付与される。See *Wayman*, 23 U.S., at 42.
- 148) *Id.*
- 149) U.S. const. art. I, § 8, cl. 18.
- 150) *Wayman*, 23 U.S., at 21-22.
- 151) *Id.* at 42-43.
- 152) *Id.* at 43.
- 153) *Id.* at 44-45.
- 154) *Fink v. O'Neil*, 106 U.S. 272, 280 (1882).
- 155) *Id.* at 280 (citing *Cary v. Curtis*, 44 U.S. (3 How.) 236, 245 (1845)).
- 156) See FALLON ET AL, *supra* note 145, at 538. 連邦の訴訟手続の規制が究極的には連邦議会によって行われるとしても、判決を下す過程において裁判所が手続を規制する権限を有すること、コモンローのルールまたは連邦憲法3編において許容される余地があるのではないだろうか。See Amy Coney Barnett, *Procedural Common Law*, 94 VA. L. REV. 813 (2008).
- 157) 泉芳参議院専門調査員に対する石井繁丸委員の質問。参照、昭和23年6月12日第2回衆議院司法委員会議録30号1頁。
- 158) 果たしてこの制度が、現在及び将来に予想される人権抑圧を十分に考慮したものであるかが問われた。前掲注(157)1頁〔石井繁丸委員〕。
- 159) 最高裁判所規則と法律の効力関係について、学説は、規則優位説、同位説、法律優位説に大別でき、このうち通説は法律優位説である。なお、裁判所法10条1号(昭和22年4月16日法律第59号)により小法廷で裁判することができない場合として「当事者の主張に基づいて法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき」と規定されていたにもかかわらず、最高裁は最高裁判所裁判事務処理規則(昭和22年11月1日最高裁判所規則6号)において「裁判所法10条1号に該当する場合において、意見が前にその法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとした大法廷の裁判と同じであるときは、2項及び3項の規定にかかわらず、小法廷で裁判することができる」との規定を追加した(昭和23年4月1日同3号)。後に裁判所法10条1号が同趣旨に改正されたため両者の抵触が解消されたという事例がある。この事例につき参照、名雪・前掲注(113)14~15頁。
- 160) 適正な立法過程とは何かの問題は、憲法の構造や制度に依拠する面が大きく作用することが指摘される。SUSAN ROSE-ACKERMAN, STEFANIE EGIDY, AND JAMES FOWKES, *DUE PROCESS OF LAWMAKING; THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY, AND THE EUROPEAN UNION* 1-2 (paper back ed. 2018). そこで本稿は、統治構造における議院内閣制という点に注目した。
- 161) *Id.* at 15. 議院内閣制においては、政治的正統性において最も重要な地位に置かれるのは議会であり、行政府がこれと独立して政治的権限を有するわけではないため委

任立法に厳格な立場をとるべきことが主張されるが、現代国家における委任立法の必要性等を考慮するとこれは妥当ではないことが指摘される。Id. at 15~16.

162) Id. at 17.

163) See Id. at 22.

164) 法務省と裁判所の関係を考慮すれば、実際には、行政機関との関連も否定されるわけではないが。

165) Id. at 23. 憲法に違反した場合には裁判所が立法行為を審査する正当化根拠があると考えられるが、本稿の問題に照らすと、人身の自由の実体的内容を明らかにする作業が困難であるため、本稿は立法過程における民主主義的正統性という観点から裁判所の権限の正当性について論じる。裁判所には違憲審査権が付与される以上、議会の意思を覆す権限を裁判所は有するし、また違憲の判断を下す場合があるが、その判断を実際に執行するにはやはり、社会の多数派の意思に支えられていることが必要になる。

166) Jones, *supra* note 9, at 454.

167) Id.

168) PAUL D. HALLIDAY, HABEAS CORPUS FROM ENGLAND TO EMPIRE 301 (2010). ヘビラスコーパスをどのように日本に導入するかについて、立法権と司法権に関するイギリス憲法の伝統における特有の事情を考慮しなければならず、またこれは、憲法の原則から個人の権利が演繹されるという形式ではなく、「一定の」個人の権利に関する裁判所の判断に憲法が基礎をもつというイギリス特有の事情も関連していると思われる。イギリスと他の国の憲法との比較について参照、ダイシー・前掲注 (35) 186~189頁。