

判例研究

「判例人身保護法」

山本浩三

一 人身保護法の救済手続

1 救済手続の目的

人身保護法第一条は、この法律の目的は、「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、司法裁判により、迅速、且つ容易に回復せしめること」であるとしている。そこで被拘束者がすでに身体の自由を回復しているときは、本法による救済を求める必要はもはや消滅し、権利保護の利益を欠くから、この法律による救済の請求があっても審問手続を経ず直に決定で棄却できるとする判例がある。（最

高 二四・三・一、民三・三・六三）

2 救済の対象

人身保護法第二条は、法律上正当な手続によらないで、身体の自由を拘束されている者は、救済を請求できるとしており、人身保護規則第三条は「法及びこの規則において、拘束とは、逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為」をいうと定めている。

鳥取地裁の決定はこれについてつぎのようにいつている。

「『逮捕、抑留、拘禁』とは身体の自由を拘束する場合の最も代表的な例を挙げたものであり、『逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為』とは『等』という文字によって示されるように、逮捕、抑留、拘禁とその規範的価値において同一或は同等の身体を拘束又は制限する行為と解釈するを相当とする。従って、例えば、勾留は右の身体の自由を奪う場合であり、所謂軟禁したり、強制的に上陸を禁止されているようなことは、身体の自由を制限する行為に該当するけれども単に弁護人との接見交通を禁止するというが如き行為は、上述したように、逮捕、抑留、拘禁と価値的に同等な評価がなされなく数等軽微なものであって人身保護法の救済の対象となる『身体の自由を奪い、又は制限する行為』に当たらないと言うべきである。」（高裁・六・六・三九）

3 他の救済手続との関係

人身保護規則第四条の但し書は、人身保護の請求は「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」としてゐる。

イ 人身保護規則第四条但書の趣意

「人身保護規則第四条但書は、たとえ拘束が同条本文に該当する不法なものであっても、他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、右但書後段の要件を具備しない限り人身保護の請求ができないことを定めたものである。単に右但書の要件を具備するだけで人身保護の請求をなし得ることを認めた趣旨ではない」（最高二六・七・六、

民五・八・四七四）

ロ 行政訴訟との関係

「事実」 被拘束者は、出入国管理令に基き発せられた外国人退去強制令書により、本国送還のため大村入国収容所に収容拘束されていたが、東京入国管理事務所入国警備官Aを被告として収容処分取消請求行政訴訟を東京地裁に提起したが、この行政訴訟によっては相当の期間内に救済の目的を達しえないとして、人身保護請求の申請をした。拘束者は、既に行政訴訟が裁判所に繫属しているから本件請求は、人身保護規則第四条但書所定の要件を欠き矢当であると主張したが、裁判所は、

「仮に終局的には右行政訴訟によって本件救済の目的を達することも、行政訴訟によっても、行政訴訟によつては人身保護法による救済を得らるべき期間と比照して相当の期間内に救済の目的を達することが出来ないことは明白であるから、本件請求は適法であり、この点にかんする拘束者代理人の主張は理由がない」としている。（長崎地裁三〇・六一五、民一〇・八・一一二三）

4 人身保護請求事件の上訴

人身保護請求についての「下級裁判所の判決に対しては、三日以内に最高裁判所に上訴することができる」と人身保護法第二一条は定めているが、決定にたいする抗告については規定がない。そこで最高裁は、

「人身保護法による釈放の請求を排斥した決定に対しては、憲法違反を理由とするときに限り、最高裁判所に抗告の申立をすることができる」（二三・一〇・二九、民二・一一・三九一）といっており、また広島高裁松江支部は「人身保護法においてはその救済の迅速なることを企図し民事訴訟法におけるような三審制度を採用したかった点、人身保護法第二一条同規則第四一条により窺い得るようによつて下級裁判所の判決に対し控訴はできないが最高裁判所に上告のみをなし得る旨特にうたつておる点、決定に対する抗告については事の性質上即時抗告であるべきにかかわらず人身保護法及同規則共何等これに關しうたつておらない点等より推せば人身保護法は決定に対する不服申立の方法を認めておらないものと解するを相当とする。」（二八・五・二九、高裁六・六・三〇三）といっている。しかし決定にたいして

抗告を認めないとすることは憲法三二一条に違反するという主張があり、それにたいし最高裁は、

「審級制度を如何にすべきかに付ては憲法八一条のほか、なんら規定がないから、この点以外の審級制度は立法を以て適宜にこれを定め得ることは当裁判所大法廷の判例とするところである」といい、この主張を斥けているが、藤田裁判官は、少数意見として、

「裁判所が、人身保護法の規定の適用をあやまり、無効の裁判によって人身の自由の拘束を命じた場合に、人身保護法の解釈上、かかる裁判に対する不服申立の方法がなくこれが救済の途を欠くと解することは人身保護立法の根本義に反するものである。自分がかかる裁判は、決定の形式をもって為されているけれども、同法二一条の「判決」に準じ直接最高裁判所に上訴することを許されるものと解する」といつている。(三二・九・一六、民二一・九・一五三三)

5 人身保護請求の取下

人身保護法第三五一条一項は「請求は、判決のあるまで、拘束者の同意を得ないでこれを取り下げることができる」とし、三項は「請求の取下があつた場合には、裁判所は、直ちに、決定で、さきに発した人身保護命令を取り消し、及びさきにした法第十条第一項の処分を取り消し、且つ、被拘束者に出頭を命じ、これを拘束者に引き渡す旨の裁判をしなければならぬ」と定めている。この一項の「判決のあるまでとは」最高裁はつぎのように解している。

「事実」昭和三二年七月一二日富山地裁礪波支部において、被拘束者を釈放する旨の判決があり、これにたいする拘束者の上告の結果、昭和三一年一月二七日最高裁第三小法廷は、原判決を破棄し、事件を富山地裁に差戻す旨の判決を言渡し、ついで請求者から昭和三二年三月一日富山地裁に対し、本件請求につき取下書を提出し、同裁判所は、人身保護規則三五条三項に基いて「本件につき当裁判所礪波支部が昭和三一年七月二日なしたる人身保護命令及び人身保護法第十条第一項の処分は何れもこれを取消す。被拘束者は昭和三二年三月一三日午前十時当裁判所に出頭することを命ずる。被拘束者を拘束者に引渡す」という決定をした。(この決定に抗告があり、抗告却下の決定にたいし最高裁に特別抗告したが、棄却された)

「判決のあるまでとは判決の確定するに至るまでという意味ではなく、判決の言渡のあるまでの趣旨と解すべきである。それ故、本件においては、前記の如くすでに一旦判決があった以上、仮令これに対し上告をなしその結果その判決が破棄差戻され未だ確定していないときといえども、もはや請求の取下をなし得ないのであり、従って人身保護規則三五条三項による裁判は法律上許されることが明白であり、ひつきよう右請求の取下は無効というべく、また取下の有効なことを前提としてなした同規則三五条三項による前記富山地方裁判所の裁判は、法律上、その内容に添う効力を生じ得ないものと解するを相当とする」(三二・九・一六、民一一・九・一五三三)

一一 請求が認められた例

人身保護法によると「法律上正当な手続によらないで、身体を自由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」(二条一項)「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」(一六条三項)ことになっている。これらの規定にもとづいて釈放された例は、請求事件の数に比してあまり多くないが、その例を二つあげる。

A 勾留状の被疑事実と起訴状の公訴事実との間に同一性がないとして人身保護請求を認容した例

「事実」 被拘束者は昭和二八年三月一四日被疑事実を昭和二七年一月一四日に自転車一台窃取したとする窃盜被疑事件の勾留状に基いて代用監獄に勾留され、三月二〇日、贓物故買の罪名で「昭和二七年一月中旬頃、某から贓物であることを知りながら自転車を買受けて贓物の故買をした」旨の公訴事実により公訴を提起された。請求者は、被拘束者に対する前記勾留状の被疑事実と起訴状の公訴事実は行為の日時場所も異なる上に罪名も異っていて両者間には事実の同一性がなく、従って被疑事実については公訴の提起がなかったことになり、前記勾留状の効力は刑事訴訟法二〇八条により勾留請求の日から一〇日の期間が経過すると同時に消

滅したので、それ以後の拘束は不法であるから被拘束者の釈放を求めると述べた。

裁判所はこの主張を認め、前記勾留状の被疑事実と起訴状の公訴事実との間に同一性がないとし、

「被拘束者に対する昭和二八年三月一四日の勾留状による勾留は、勾留請求の日から一〇日の期間の経過と同時に当然失効し、以後の拘束は不法なものになったのである」として被拘束者を釈放した。(横浜地裁二八・四・二七、下裁四・四・六三二)

B 精神衛生法三三条所定の保護義務者の同意を欠くものとして人身保護法により精神障害者の拘束者にその釈放を命じた例

精神衛生法三三条は「精神病院の長は、診察の結果精神障害者であると診断した者につき、医療及び保護のため入院の必要があると認める場合において保護義務者の同意があるときは、本人の同意がなくてもその者を入院させることができる」と定め、保護義務者には、その後見人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者がなるが、保護義務者が数人ある場合においては、その義務を行うべき順位は、一 後見人、二 配偶者、三 親権を行う者、四 前二号の者以外の扶養義務者のうちから家庭裁判所が選任した者となっている(同二〇条)。

「事実」被拘束者(請求者)はその長男に睡眠剤を与えられて意識不明裡に長男の同意により精神病院に入院させられ満二年間病室で拘束されていた。被拘束者はこの拘束を不法な拘束であると主張したが、その理由として、被拘束者には後見人、配偶者及び親権を行う者がなく、扶養義務者として五男二女があるが、右数人の内から長男が家庭裁判所において第四順位の保護義務者として選任されたものでないから、右長男の同意により請求者を入院させたのは、同意権のない者の同意によって入院させたものであって、請求者は正当の手續によらないでその自由を拘束されているものであると主張した。

裁判所はこの主張を認め、被拘束者を釈放した。(東京高裁二九・一・一八、高裁七・一・一)

三 請求が棄却された例

人身保護法二三条は「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」を最高裁判所に授權しており、これによって、昭和二三年九月二一日最高裁判所規則二二号として人身保護規則が制定されたが、その規則第四条は、人身保護法による救済の請求の要件としてつぎのように定めている。「法第二条の請求は、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顯著である場合に限り、これをすることができ。……」

A 憲法違反と主張された法令による拘束

a 平和条約一一條および昭和二七年法律一〇三号による拘束

「事実」 被拘束者は、連合国が戦争犯罪人として極東國際軍事裁判所ならびに日本国内および国外の連合国戦争犯罪法廷の裁判により刑の言渡を受け、拘束者巢鴨刑務所長は昭和二七年「日本国との平和条約第十一条」ならびに同年法律一〇三条の「平和条約第十一条による刑の執行および赦免等に関する法律」の規定にもとずき連合国最高司令官又は関係国から残刑の執行のため引渡された者につき、その執行のために拘束していた。請求者は平和条約一一條および前記法律一〇三号は、憲法違反であり、それらの法にもとずく拘束は法律上正当な手続によらないで身体の自由を拘束されているものであるといひ釈放を請求したが、原審裁判所は、決定でその請求を棄却したので、最高裁に抗告した。最高裁は、

「拘束者は右条約並びに法律の定めるところに従ひ右法律六條に規定する刑の執行を為すべき巢鴨刑務所所長として、その職権により拘束しているのであるから、拘束者の本件拘束を目して人身保護規則四條の拘束が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顯著であるとはいえない。抗告人は本件請求の理

由として、平和条約一一條並びに法律一〇三號が憲法に違反するとなし、その前提に立つて本件拘束の不当を主張し、これに対する原審の判断が違法であるとして本件抗告の申立をしているのであるが、抗告人の主張が人身保護法並びに同規則の定める救済請求の理由に該当しないことは以上説示するところにより明らかである」として決定で抗告を棄却した。しかしこの意見には少数意見がある。まず真野裁判官は、

「本件人身保護請求を排斥するためには、前記違憲の主張は理由なく、本件拘束者は、本件被拘束者の人身を拘束する適憲な法律上の権限あることを判断しなければならぬわけである。……本件で拘束の権限が有るか無いかは、一に前記違憲主張の憲法解釈如何のみに係っている。わたくしは、拘束の法律上の権限の有無が、条約法令等の適憲・違憲に係っている場合に、多数意見のように、人身保護規則四条を盾として適憲の主張に判断を与えない態度をとることは到底賛同することを得ない。なぜならば、それは著しく本末を顛倒した議論であるのみならず、人身保護の請求を違憲の場合にも制限する極めて不当な結果を生ずるに至るからである」といつている。藤田裁判官は、

「自分は、条約又は法律が違憲であることが裁判所に顕著でないという事由では人身保護の請求を拒否することはできないものと解する。ある条約または法律が違憲であるかどうかについては、少くとも最高裁判所において、それが顕著でないという理由で裁判を拒否することは許されないと思うからである。殊に本件のごとき刑事裁判上の手続によつて、拘束されているものではなく、その拘束に対して他に救済の方法のない案件において、多数説のごとく、ただ条約又は法律が違憲なること、裁判所に顕著でないという理由で、人身保護の請求を排斥することを認めるならば、かかる案件については、たとえば、それが違憲の処分でなされている場合でも（そのことが顕著といえないかぎり）ついに人身の保護を受ける道はなく、人身保護法制定の目的は没却せられることになるであらう」といつている。

のちに粟山・小林両裁判官はこの事件の平和条約第一条違憲の問題は、いわゆる統治行為に属する事項に外ならぬので、それについて裁判所が、請求が理由がないこと明白であるとして排斥したのは正当であるといっている。

(民九・一〇・一四五六)

なお別に同じ平和条約第一条および法律一〇三号による拘束を違法とし釈放を請求する事件があった。

請求理由は、被拘束者等は、日本国民として連合国の戦争犯罪法廷において、一定の刑に処せられたが、平和条約発効と同時に日本国籍を喪失し、それぞれ朝鮮、台湾の属する国の国籍を取得したから、平和条約第一条にいう「日本国民に」該当せず、したがって法律一〇三号の適用を受けないので、釈放を請求するという。最高裁は、それにたいし、

「平和条約第一一条においては刑の執行を日本国に委ねることに関し規定をおいたのである。そしていかなる要件の下に戦犯者の刑の執行が日本国に委ねられたかというに、(一)極東国際軍事裁判所並びに日本国内及び国外の他の連合国戦争犯罪法廷において日本国民に裁判が宣告せられ刑が科せられたこと(すなわち刑が科せられたときに日本国民であること)右戦犯日本人が平和条約発効の直前までに日本において(日本の刑務所であることを要しない)拘禁されていること(すなわち拘禁されている当時において日本国民であること)の二つの要件の具備することを要するのである。これらの要件の具備する限り、その後において国籍の喪失又は変更があつたとしても、前記条約による日本国の刑の執行義務には影響を及ぼさないものと言うべきである。……従つて本件拘束者の拘束は法律上正当な手続によつてなされているものといわねばならない」とし、請求を棄却した。(二七・七・三〇、民・六・七・六九九)

b 昭和二三年政令二〇一条による拘束

請求者は政令二〇一号は憲法に違背し、無効であり、その違反容疑による拘束は罪とならない事実による不当な自由の拘束であるという主張にたいし、金沢地方裁判所は、

「本件請求は裁判によって身体の自由を拘束された者に対する被疑事実の無罪相当なることを理由とするものであること請求自体に徴し明白であるが、人身保護規則第四条に依れば、裁判による拘束に対する釈放の請求は、拘束に關する裁判が其の権限なくして為され又は法令の定める方式又は手続に著しく違反して居ることが顕著な場合に限り許容されるのであり、本件請求は法の許容する場合に該当しない」として請求を棄却した。

請求人は「原決定は人身保護規則第四条を根拠として本件請求を棄却したが、同条には『法令の定める方式又は手続に著しく違反し』とあり、単に形式的な法令の方式、手続に違反した場合でさえ救済の道を講じているのであって、まして罰すべき法令が存在しないか、又は憲法に違反し無効なること明らかなる場合（原告人はこれを説明した）には『勿論解釈』から、これを救済せしめる法意なることは当然である。これこそ正に人身保護法の崇高なる理想であり、これを除外するが如きことは法の精神から断じて許容し得ない。本件請求が政令二〇一号の違憲無効を論拠として拘束の不当を主張したのに対してこれを棄却したのは明らかに原告人の憲法違反の主張を否定したものであり、これは不当である。よって原告人の政令二〇一号が憲法に適合しないとの主張につき更に最高裁判所の判断を求めため特別抗告した」、というのにたいし、最高裁は、

「原決定は、原告人等の憲法違反の主張については、直接的にも間接的にも、又明示的にも黙示的にも全然判断をしていないことが明かであつて、原決定には憲法違反の問題の起る余地はない。原決定に対する抗告は憲法違反を理由とするときにのみ許されるのであるが、原告人等の原決定に対する非難は、結局、原審のなした人身保護規則第四条の解釈適用を攻撃するに帰着し、憲法違反を理由とすることにならないから、当裁判所に対する抗告適法の理由とならない。なお原告人等は、昭和二十三年政令二〇一号が憲法に適合しないと主張につき判断を求めるといふが、右主張は、原決定の当否とは全然関係のないこと前示のとおりであるから、この主張だけについて判断を求めため、当裁判所に抗告を申立てることが許されないことは勿論である」といい、抗告を却下した。（二三・一〇・二九、民二・

さきの規則四条の「顯著条項」は、つぎの事件でも問題になった。

「**事実**」被拘束者（請求者）は、昭和二九年一月八日横浜刑務所において出入国管理令五二条、同付則五項の規定により入国警備官によって外国人退去強制令書の執行を受け、昭和二九年一月一七日横浜入国者収容所に拘束されたが、請求人は、司法官憲に非らずして法務大臣に隷属する行政官憲たる入国審査官の発した外国人退去強制令書による人身の拘束は憲法三三条及び三四条に違反する不法の拘束であると主張（他の理由省略）したが、その主張は原審で認められず上告におよんだものである。

多数意見（田中・小谷・島・斎藤・岩松・河村又、谷村・森・入江裁判官）は、「本件拘束処分は、右拘束の事実關係に照し、前記判例にいわゆる権限なしにされ、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顯著である場合に該当するものといえないことは明白である。従つて、本訴訟請求は、上告人の前記主張に対し判断を与えるまでもなく棄却すべきものといわなければならない」といつている。

これに対して五人の裁判官が少数意見をのべている。

栗山・小村裁判官の少数意見。

「請求者の主張するように果して入口警備官の発した外国人退去強制令書が憲法三三条、三四条の趣旨に反するものであれば、拘束者に収容する権限がないこと明であつて、しかも右権限の有無は本件拘束の事實關係に照し、一にかかつて憲法三三条、三四条が刑事手続だけに關するか否かの当裁判所の解釈によつて決するのである。……それ故当裁判所としては規則四二条で審問を経ないで上告を棄却するにしても、請求の理由のないことが明白であるとすべきでなく本案についての判断を示すべきであると思う。」

真野裁判官「多数意見は、上告人の主張に対し判断を与える必要を認めていないが、もし判断を与えた結果本件拘

東が違法でないならば上告棄却は当然であるけれども、反対にそれが違法であるならば釈放すべきが当然であろう。それを多数意見は、本件拘束が違法であるかどうかの判断を省略して、結局違法が顕著でないことを理由として上告を棄却していることになると思う。……違法が顕著であるかどうかによって、裁判の結果が異なることになっては、司法の根本的な前提が崩れ去ることになる。……確定した事実関係が違法であるかどうかの判断は、裁判官の能力の優劣と密接な関係を有する。能力の優れた裁判官は違法が顕著であると容易に認めうる場合においても、能力の劣った裁判官は違法かどうかの判断が容易につかず違法が顕著であると認めえない場合があるであろう。だからもし違法が顕著でないことを理由として棄却の裁判をすることが許されるとすれば、能力の劣った裁判官は自分の能力の劣っていることを理由として棄却の裁判をすることを是認するの不合理な結果を生ずる。また一般に法律上の難問題は、違法が顕著でないとして棄却されることになっては、司法制度の根本が揺がされることになるであろう。……本件においては是非とも拘束が違法であるかどうかの判断をすることを要するものと考えらる」

藤田、池田裁判官は、「これ（人身保護規則四条）は『請求の条件』に関する規定であることは同条の冒註に明記しているとおりであって、すなわち、これは『請求を違法ならしめる要件』に関する規定であって、請求を理由あ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。法は、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を最高裁判所に委任し、最高裁判所は、右要件にもとずいて請求の条件に関して右のごとき規則を制定して、濫りに本法による請求を提起して徒らに裁判所に無益の手續をかけることのないようにするため、請求に一定の枠をはめて請求を規定する方策を採ったに過ぎないのである。すなわち、同条にいわゆる『顕著』とは請求自体についていうことであって、その請求の主張するところから見て、拘束の違法、不当であることが顕著な場合でないかぎり、その請求を取り上げないというのである。換言すれば、その主張するところが支離滅裂であって一向

に筋の立たない場合は勿論、或は、かりに請求者主張どおりの事実関係、法律関係を肯認しても、尚且、拘束手続の不法不当でないことが顕著であるというごとき場合は、その内容に立ち入って審査するまでもなく、請求を門前払いするという趣旨の規定である。（同条が門前払に関する規定であることは、同条の冒頭に『請求の要件』と掲記されていることから明白であり、この要件を欠く場合には規則二二条一項に従って請求を不適法として、決定をもって棄却すべきである。）門前払に関する規定である以上、その要件の解釈については可及的に寛でなければならぬ。そうでなければ、無暗に門前払いを事とし、人身保護の目的は達せられなくなるからである。請求者の請求自体において、右のごとき『顕著』の要件に欠けることなく、その主張するところが一応筋道がとおっているかぎりには、その請求を不適法として棄却することはできないのである。多数意見のごとく、同条をもって、本案に関する要件と解し、いわゆる『顕著』の要件を具備しない場合、裁判所は、人身の保護を拒否することができるものと解するにおいては、同条は不当に法二条を制限することとなるのであって、かくては、憲法につながる人身保護法の本旨に照し、規則四条は無効と断ぜざるを得なくなるであろう。……本件の請求は同条所定の『請求の要件』はこれを具備するものとして、その内容について審査し、その主張の当否を判断すべきものである」という。（三〇・九・二八、民九・一〇・一四五三）

なお後述のDのb事件で補足意見として小村俊三裁判官は「……規則四条にいう『顕著』という用語も、法二条の理由を判断するに当って、法の基本的な性格である『非常応急』とか『簡易迅速』ということを離れてはならないという見方の基準を示したにほかならないと解すべきである。そしてまたこの用語は基準としては相当であると考え。しかし『顕著』という用語が、直ちに具体的事件の請求の理由を常に必ず主張自体だけで判断すべしという要請を意味するものではなく、いかえれば、『顕著』とあるから、請求の理由を判断するに、事実上、法律上なんらの取調もしないで、直ちに不当拘束の事実が明らかでない場合でなければならぬと解すべき特権のよりどころがない。そのよ

うに解することは、人身保護法の適用ある場合を著しく狭くし、この法を裝飾的存在とするおそれが多分にあると考える」といい、河村大助裁判官は、藤田裁判官の意見に同調し、さらに

「人身保護規則四条本文の規定は、人身保護法第二条の規定を制限するものであり、その制限する限りにおいては規則制定権の範囲を超えて制定されたので無効であるとの説もあって、解釈上疑義はあるけれども、同条は請求の要件を定めたもので、すなわち請求自体において無権限又は法令違反が『顯著』であることを要するとしただけのものであって、法第二条を制限する趣旨ではないと解する藤田裁判官の意見を正当と考える。思うに同条は請求の要件として『顯著』である場合に限るとしているがこの場合の『顯著』とは『明白』と同意義に解すべきであつて、すなわち、その請求に無権限若しくは法令違反の事由が『明白』に表示されることを手続上の形式的要件とされたものと解するを相当とする。従つて請求に無権限若しくは法令違反の理由が明白にされない場合は、請求の要件を欠くものであつて、（法第七条参照）不適法の請求ということにならう。これに反してその請求において不法不当に拘束されている理由が明白にされていれば形式的要件は具備されたことになるから、裁判所は進んで法第二条の『法律上正当な手続に よらないで身体の自由が拘束されている』かどうかの実体的判断を行うべきであつて、此場合に規則第四条の『顯著性』を本案判断の要件となすべきではない」という。奥野裁判官は「顯著性のないという意味が、拘束が無権限又は法令違反によつてなされていることが一見明瞭とはいえないこと、すなわち、右規則四条の顯著である場合とは、事実上法律上、請求の理由あることが自明の場合をいい、更に換言すれば、事実を取り調べたり、又は法律上多少でも疑義があつて研究しなければ、直ちに、その請求の理由があるかどうか判らない場合は、右顯著性ありとはいえないという趣旨であるならば、遽に多数意見に賛同し難い。けだし若し、そうだとすれば、右規則四条が顯著性を要件とすることにより、人身保護法二条の要件を制約、変更するものであり、同法二三条により規則に委任された必要な

範囲を逸脱した違法な規則といわねばならぬからである。私見によれば、規則四条の『顕著』とは、普通の用語例の如く、何ら証拠を要せずして一見して明白という意味ではなく、証明を要しないで疎明の程度で明瞭になる場合という意味と解すべきであると考える。」という。

B 共同して親権を行う父母の一方による拘束

「**事実**」被拘束者らは請求者と拘束者間に生れた嫡出子である。拘束者と請求者は昭和二七年二月一〇日協議離婚することとなり、その際被拘束者兩名の親権者を請求者と定め同年四月一〇日届出をした。(拘束者は、しかし、離婚する旨合意したがその後離婚の意思をひるがえし請求者の義兄その他の者を通じ右離婚の合意を取消し、三月一八日内容証明郵便で請求者に対して右取消の意思を確実に表明したが、請求者は拘束者の意思に反して勝手に離婚の届出をしたという)被拘束者らは請求者が養育していたが、拘束者がかれらを連出し、その下に保護しているのを、請求者は、拘束者が被拘束者らを不当に拘束しているものとして、その釈放を求めた。

裁判所は、請求者の尋問の結果、拘束者の離婚の意思表示の取消を認め、離婚の届出を無効であると判断し、請求者と拘束者との婚姻関係は解消されていず、請求者及び拘束者が共同して親権を行使すべき状況にあるとし、

「以上の事情からすると拘束者が被拘束者らを連出し現在の状況においていることは単に第三者が幼児をその親権者の監護より離脱せしめ自由を奪った事件と同一視することはできない。……本件は結局家事審判法或は人事訴訟手続法によって救済を受くべき事案であり、人身保護法二条、同規則四条に救済を受くべく定められているところの拘束が違法になされていることが顕著な場合に該当しないものと解するのが相当である」とし請求を棄却した。(東京地裁二七・五・一九、下民三・五・六六七)

C 親権者でも監護者でもない第三者による拘束

「民法上の親権者でも監護者でもない第三者が、幼児を養育し、現にその親権者たる実母からの引渡要求を拒んで

いる場合であっても、原審判示の事実関係のもとにおいては、未だ人身保護規則第四条の『拘束が権限なしにされていることが顕著である場合』に当たらないと認めるのが相当である」（最高二九・一二・一六、民八・一二・二一六九）

D 実力による拉致後の拘束

実力によつて被拘束者を奪取して、その者を拘束している場合であっても、その拘束は法律上正当な手続によらないもの、権限なしにされ、或はそれに著しい法令違反が存することが顕著なものと断定することはできないとして、釈放の請求を棄却している判例がある。

a 監護権者の実力による拉致後の拘束

「事実」 請求者と拘束者は、夫婦で被拘束者である二人の子供（一人は拘束者が懐胎中）があつたが、両者の間で離婚するとの契約が成立し、長男を請求者方で養育していたが、請求者の母が右長男を背負い近所を通行中拘束者は突如襲いかかつて実力を以て長男を奪取し拘束した。請求者は、拘束者に監護権がないからその拘束は不法であるとして右長男とそこに生れた次男の引渡しを請求した。原審裁判所は、離婚の合意の成立を認めず、離婚の届出もなされていないから、拘束者は依然として両児の親権者で監護の権利義務を有するから、拘束者に監護権のないことを理由とした請求を棄却した。請求者は上告したが、最高裁は、

「夫婦離婚等の場合において、不法に子を拘束する夫婦の一方に対して、法律上子の監護権を有する他の一方から、人身保護法にもとずいて、救済を請求することができる」といながらも原判決を維持し上告を棄却した。ところで拘束者は暴力をもつて被拘束者を奪つたものであるから不法であるという請求者の主張にたいしては、

「暴力をもつて奪つた事実があるかどうかは原審の確定していないところであるが、かりに、暴力を以つて子を奪つたとしても、その暴力行為の社会悪として憎むべきは勿論であり、その暴力行為が刑罰法規にふれるかぎり、処罰制裁を受けるべきは当然であつて、若し現在においてもその拘束が暴力をもつて行われているとか、或はその暴力奪

取の結果が現在の拘束にも何らかの影響を与えているという場合ならば、もとより速かにその暴力を排除して被拘束者を自由の天地に解放するということは人身保護法の使命とするところであるけれども、かりに暴力で奪ったという事実があったとしても、今日母の膝下に平穩に養育されている状態が……子供のために、むしろ、幸福であるとしたならば、その暴力行為に対する刑事上の問題はともあれ、人身保護法の適用の問題としてはことさらに、現在の状態をもつて、不法の拘束なりとし子供を母のもとから取上げて、強いて父のところへ返さなければならぬということはない」といつている。(二四・一・一八、民三・一・一〇)

b 後見人の実力による拉致後の拘束

「事実」 請求者は被拘束者の母親と同棲し、実子でない被拘束者と同居養育し、その母親の死亡後も被拘束者を養育していたが、被拘束者の後見人であり、その祖父および祖母にあたる拘束者が、被拘束者が幼稚園より帰宅の途中実力でこれを自動車にのせて連れ去り、そのもとで監護していた。請求者はこれを法律上正当な手続によらない拘束としてその釈放を請求した。判決は、

「以上説示した事実関係のもとにおいては、拘束者は、被拘束者を教育し、監護する法律上の権利を有し、拘束者等が、被拘束者をその膝下に置くことは、現に法律上正当でない手続により不当に被拘束者の自由を拘束するものとはいえないし、右のほかにも、被拘束者が拘束者等によって、後見人の権利を濫用して現に『権限なしにされ、あるいは、法令の定める方式若くは手続に著しく違反していることが顯著である』拘束を受け、あるいは、その自由を實質的に不当に奪われていると認むべき何等の疎明資料はない。拘束者等が、請求者のもとから被拘束者を実力をもつて奪い去ったことは、たとえ、それが拘束者等の供述するように、被拘束者に対するやみがたい愛情に出たものとしてもその手段において甚しく穩当を欠き、十分非難されるに値することであることは、あえて多言を要しないところとすべきであろうが、被拘束者が、現在、後見人である祖父及び祖母のもとに、その幼い兄とともに平穩に、物質的

にもさしたる不自由なく、骨肉の愛情（いささか盲愛の感はあるが）をもつて養育されている状態にある以上、いまだちに被拘束者を祖父母のもとから取り上げることが、非常、応急の措置を定めた人身保護法によつてすべき限界を超えるものというべく、被拘束者を何人によつて教育・監護させることが、最も適當であるかの問題は、関係者が望むならば、おのずから、別個の手續によつて、その解決を待つべきものといわなければならない」といひ請求を棄却した。（東京地裁三二・二・一六、下級民八・二・三〇七）請求者は上告したが、最高裁は原審の判決を正当なものとした。実力による拉致については、

「原判決が判示するように拘束者等が請求者のもとから被拘束者を連れ去つたことが穩當を欠くものであつたとしても、この一事を以て現に行われている拘束が法律上正当な手續によらないもの、権限なしにされ、或はそれに著しい法令違反が存することが顯著なものと断定することはできない」としている。しかし補足意見の中で小林裁判官は「多数意見は、現在の適法な状態とこれを形成した暴力手段との関係を法律上いかに解するかについて判断をしていない。法は、その救済しようとする不当拘束をもつぱら『手續』の面から立言していることは二条によつて明らかである。ところで本件における請求の理由は、要するに『請求者のもとから被拘束者を実力をもつて奪い去つた』（原判示）ということであつて、この事實は、主張自体からいつても一応法の目的とする審理の対象となる理由であると認めなければならない。けだし拘束に現在正当な権限が認められさえすれば、いかに拘束に至るまでの手段に暴力が用いられても、常に法の救済を受ける顯著な理由とならないと解すべき根拠は全くないからである。……多数意見は、……単に『この一事を以て現に行われている拘束が法律上正当な手續によらないもの、権限なしにされ或はそれに著しい法令違反が存することが顯著なものと断定することはできない』と排斥し去つている。この考え方をすすめてゆくと、法律上正当な権限ある状態を形成してしまえば、手段の暴力は暴力とはならないという非論理な結果に

なりかねず、かくては、現在権限ある拘束状態は、常に手段の暴力を法の保護を受ける適格から除外し閉め出すという結果に至ることをおそれざるを得ない。多数意見は本件の機会に、この両者の関係の限界を明らかにすべきであったので、法律上きわめて重大な事項の判示を回避したとの非難を免れないと考える」といっており、少数意見で下飯坂裁判官は、

「成る程、被上告人らは被拘束者等に対し実の祖父母であり、その一人は被拘束者の後見人たるの地位にあり、一時は被拘束者と共に暮したこともあったのである。しかし、いかにそのような関係があつたからと云つてようやく満六歳になつたばかりの被拘束者を、しかも被拘束者を繞つて本件当事者間に訴訟の繫属しているさ中に（子の引渡請求訴訟事件）、これを幼稚園の帰途に待受けて連れ去り（……被上告人らはこのとき被拘束者の付添の女中を欺き、被拘束者を無理やりに自動車に乗せたものの如くである）前示事情の下に、たとい血縁はなくとも、四年の間慈父の如くに愛育していた上告人から引き離し、引続き自分らの手許に抑留しておくことは、何んとしても法の埒外において、実力を行使したものであつて、正に人身保護法一条二条にいわゆる法律上正当な手続によらないで身体的自由を拘束したものであり、現に不当に人身の自由を奪っているものであり、しかもそれが人身保護規則四条にいわゆる顯著な場合に該当するものであることは極めて明瞭であると云わざるを得ない。……思うに、人身保護法は民事訴訟によつては達し難い人身の自由の回復を迅速且容易に達し得させようとする手段を明定したものであつて、その意味において物の占有回収の訴と類似する。従つて占有の訴が本権の有無に拘りないものであると同様人身保護の請求は被拘束者と拘束者との間に身分関係や或は被拘束者の将来の幸福の可能性の問題などは考慮の外におかるべきものなのである。原判決はそれら問題外の点に思い及ぼした形跡がなかつたであらうか。本件は幼児の自由を現在の保護者の手からもぎ取つたような事案であり、人身保護法を幼児に適用するについては、モデルケースのものであつた。原

審が事件の性質に鑑み極めて迅速に処理したことについてはこれを多とするが、肝腎の点について周到な考慮を欠き、被拘束者の身柄の釈放を得させなかつたことを、私は遺憾とするものである」といつている。(三三・五・二八、民一・二・八・一二三四)

E 保釈中の外国人の拘束

「事実」 被拘束者は、外国人虚偽登録罪の嫌疑で京都地方裁判所に起訴され、保釈許可の決定を受け、京都拘留所より出所せんとした際突如その構内において不法入国を理由とする外国人退去強制令書によって逮捕拘束された。請求人は被拘束者が拘留所を出所する以前其の構内において逮捕したことは裁判所において既に拘束者を逃亡等の虞なきものと認定して為した保釈許可決定を実効なきに帰せしめるものであり、他面之が為被拘束者が被告人たる地位において保有する訴訟法上の権利行使を直接又は間接に著しく制限するものであるといい、その他の理由とともに、この拘束をその方式および手続上重大な瑕疵あるものとして釈放を請求した。しかし京都地方裁判所は

「外国人の退去強制の手続と刑事訴訟法上の手続とは一方は行政手続であり、他方は裁判手続であつて其の目的を異にし其の適用せられる場面を異にする。両者の法律効果は原則として夫々別個独立に発生し作用し互に他より何等の制肘を受けない従つて事実上一方の手続の施行により他方の手続の進行及其の効果が単なる實際面に於ては阻害されることも当然有り得るのであつて仮令後者の手続に於て保障され乃至実現された被告人の利益が前者の手続の施行により障害されたとするも特別の規定なき限り其の故を以て前者の措置を違法なりと非議することは出来ない」といひ請求を棄却した(京都地裁二五・一〇・五)。請求者は上告したが、最高裁判所も

「保釈は単に当該公訴事件について、勾留の継続を停止するに止まり、他の理由による拘束までも禁止する趣旨を含むものではない。故に例えば保釈後他の公訴事実によつて更に勾留されることのあり得るは勿論、或いは保護のため、或いは本件のごとく外国人登録令による退去強制のため等、行政権により一時拘束されることもあり得るのであ

って、この場合その拘束にしていやしくも法律上理由がある限り、これがため保釈の効果が事実上制限を受けること
があつても、これは、やむを得ない結果であつて、これを以て行政権による司法権の侵犯といひ得ないことは当然で
ある……。」といひ上告を棄却した。(二五・一二・二八、民四・一二・六八三)