

# ハンセン病と憲法

——立法不作為の違憲審査を中心として——

専修大学法科大学院教授 棟居 快行

## 1 はじめに

多数の者の利益は、民主主義の政治プロセスのなかで自ずと実現される。いまは少数派であっても、多数派になりうる野党的な勢力や、あるいは多数派に訴えてその共感を得ることが出来る者の利益もまた、民主主義によっていずれ実現されると信じることができる。これに対して、「絶望的な少数者」「絶対的少数者」とでもいうべき人々が存在する。彼らは、今だけの少数派というのではなく、過去・現在・将来にわたって多数派になる可能性もなく、多数派の共感を得ることもきわめて困難な少数者である。たとえばホームレスは、雨風をしのぐ居宅を持たないという点ですでに「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（日本国憲法25条1項）を享受しえていない。そのような彼らが、生活保護法の申請についての役所の窓口対応の悪さに疑問を感じ、生活保護施策の改善を望むとしても、その実現の手段がそもそも奪われている。その名前が住民登録と連動した選挙人名簿に記載されていないなどのために、選挙権を行使することもままならないからである。

このように、政治過程でどうにかその権利利益が保護される可能性をおよそ奪われた「絶望的な少数者」の長期間にわたっての代表例が、ハンセン病（元）患者らであった。彼らは、ホームレスの多くと異なり選挙権を行使することは形式上は可能であったが、そもそも社会から彼らを隔離するという文字通りの「社会的排除」がハンセン病に対する国策であるかのような施策がとられた結果として、一般市民が彼らの存在やその置かれた人権状況に思いをめぐらせる前提が欠けていた。日本国憲法が保障する平等原則（14条1項）は、各人の「法の下での平等」を人権として保障しているが、そもそも平等とは、「等しいものを等しく、異なるものは異なるように」という格言にも見られるように、はじめから「等しい」とされる者らの間での比較においてしか、平等取扱いは要求されない。治療法の確立後も含めて、伝染性の

「不治の病」であるという決めつけから一般市民の畏怖と敵視の対象とされ、なによりも自分たちとは比較のしようがない「異者」とであるとされることで、そもそも彼らの存在や置かれた状況が、ふだん人権活動に熱心な市民を含む一般社会の視野に入ってこなかった。

そこで、こうした排除と無関心全体への異議申立てとして、隔離政策を支えた「らい予防法」そのものを制定し廃止しなかった国会議員の立法行為（立法不作為を含む）を原因行為とする国家賠償請求訴訟が提起されたのであった。そして後述する同訴訟の熊本地裁2001年5月11日判決（判例時報1748号30頁。「ハンセン判決」と呼ぶことがある）が原告勝訴判決を下し、当時の小泉政権の政治決断に基づく被告国側の控訴断念により同判決が確定したことで、ようやくハンセン病（元）患者に対する社会的障壁が少なくとも法制度の面では崩された。しかし、同判決は、立法行為・立法不作為を原因行為とする国家賠償請求自体に対してほぼその成立可能性を否定する最高裁判決（昭和60年在宅投票制判決）がかつて下されていたことから、それをどうにか乗り越える必要があった。ハンセン病（元）患者に対する社会的障壁に対して裁判所がどう考えるか以前の問題として、そもそも国家賠償請求で争えるのか、という点をクリアしないことには、国の立法行為・立法不作為自体の人権侵害性を正面からとがめて、原告らの包括的な救済に途をひらくことはかなわなかったのである。本稿は、熊本地裁判決が直面した在宅投票制判決という絶望的な障壁に対して、いかに賢明かつ巧妙に地裁が最高裁判決の射程を回避して素晴らしい判決を下すことができたのか、という技術的な点を取り上げることとする。

つまり、憲法学説がこの問題に早い段階で十分に対応できなかったのは、熊本地裁判決のような解釈論のスキルが憲法研究者に絶望的に欠落していたため、という情けない事情によるところが大きいと率直に感じざるを得ない。と同時に、こうした絶対的少数者の問題が憲法学の視野にそもそも入りにくい構造が、憲法学の体質となっている面もある。そこで、地裁判決を検討する前に、まずこの点にも触れておく。

## 2 憲法学の不作為

——なぜ彼らの窮状が憲法学には「見えなかった」のか——

### (1) 憲法学はなぜ究極の人権侵害に気づかなかったのか？

およそ、少数者の人権を裁判で救済するためには、政治の多数派にこびる必要はもとよりないが、裁判所が形成してきた判例の蓄積に対しては、人情話でこれから免脱されることはなく、むしろ隙のない論理の積み上げによってのみ、判例の圧倒的な影響力の下でなお少数者の人権保護を実現することが可能となるのである。精緻な技術なくして、小よく大を制する柔道の背負い投げのような大技を繰り出すことは出来ない。同判決は、ハンセン病（元）患者の社会的障壁からの解放という劇的な場面で効果的に下されたが、ハンセン病そのものとは無関係の巧みな判例の読み替え、それを支えた深みのある憲法解釈の賜物であった。

本来このような作業は、憲法学に託されるはずである。ところが、熊本地裁の創意工夫にすべてを待つ結果となった。この点は、人権運動と併走してきたはずの戦後憲法学としても、その原因の究明によって自省するほかないはずである。なぜ憲法学界（筆者もそれに属する）が人権の普遍性を標榜しつづけながら、ハンセン病隔離政策のような蹂躪行為を無視してきたのかという点は、厳しく問われなければならない。

ここで学界の不作為の原因を思いつくままに挙げておけば、次のような要因の複合によるものであろう。

### (2) 憲法学の不作為の原因その1—9条中心主義の護憲運動

第一に、憲法学界はこれまで長く護憲運動にかかわってきたが、それは9条を中心とするいわば大所高所からのものであり、個別の弱者への視点は意外にも疎かにされていた。

### (3) 憲法学の不作為の原因その2—「普遍的人間像」＝「強い個人」への固執

第二に、憲法学が日本国憲法の正当性をその人権保障の普遍性に求めるあまり、いわば普遍的人間像に固執しすぎた、という点が挙げられよう。

ここでいう普遍的人間像とは、自由で自己決定的な個人が、自己責任を引き受けながら自分に固有の幸福を追求してゆく、という人間像であり、民主主義の担い手ともなりうる個人(市民)である。しかしながら、こうした自律的人間を模範とする人権論では、ハンセン病患者のような周縁の「絶対的弱者」は、議論の当初は視野に入っていない。まず模範的な人間像を前提として人権保障を解釈し、しかる後にその結果を隣接する「相対的弱者」(模範的人間像も失業や病気などで相対的弱者になる)にも及ぼす、という思考回路をたどってしまうからである。その結果、模範的な人間像を物理的に可能ならしむるような社会保障や生活保護制度、教育制度、労働法制は、憲法学の対象となってくるが、それらがあくまで「セーフティネット」として捉えられる以上、そもそもロープの上を歩いていない「絶対的弱者」には、憲法学の目は向いてこなかったのである(ロープの上を歩いていて落ちてしまった「相対的弱者」には、十分に目が向けられてきた)。

#### (4) 憲法学の不作为の原因その3—違憲国賠訴訟 vs. 自由委任論

第三に、よりハンセン判決に即していえば、法律の適用行為(行政処分など)を争う訴訟であれば、当該法律の違憲性を説くことに学界は躊躇しないのであるが、立法行為や立法不作为による損害の賠償を求めるといふ、いわゆる「違憲国賠訴訟」については、学界の関心は概して低かった。後述する1985年の在宅投票制事件最高裁判決が援用した「自由委任論」(議員は法的責任でなく政治責任で縛られるとする考え)が、学界の揺るぎない通説であることもあり、違憲国賠訴訟にはむしろ違和感が強かったというべきであろう。

以上のような背景から、憲法学の不作为ともいふべき事態に至ったものと思われる。その末席を汚す者として、遺憾の意を表しつつ、本報告に与えられた課題に応えることとする。

### 3 ハンセン判決が直面した法的問題

#### (1) 在宅投票制事件最高裁判決

それでは、ハンセン判決はどのような理論的な困難に直面し、それをいかに克服しえたのであったか。理論的困難とは、立法不作为を含む立法行為が違憲であるこ

とを理由とする国家賠償請求(以下、「違憲国賠訴訟」と称する)に対して立ちはだかる、在宅投票制事件最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決(民集39巻7号1512頁。以下、「在宅投票制判決」と呼ぶ)の存在であった。

同最判は、大要次のように述べた(番号とタイトルは報告者による)。

①(立法内容・立法行為峻別論)「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ)が同項[国賠法1条1項]の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」。

②(一義的文言違反論)「国会議員の立法行為[立法不作為を含む。筆者注]は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」。

## (2) 在宅投票制判決①の評価

このような、「立法内容」の違憲性と、「立法行為」の国賠法上の違憲違法性との区別は、判決も明言するところであるが、個々の国会議員が全国民の代表(憲法43条)であるという代表民主制に基づくものであるとされている。すなわち、個々の国会議員が己れの政治信条に従って自由な投票行動をすることを憲法は期待しており(いわゆる「自由委任論」。有権者と議員の関係を法的な委任関係と捉える「命令委任論」を全否定し、政治責任しか認めない)、その集積である法律の内容が、事後的に裁判所によって違憲であると司法審査されるとしても、だからといって当初の立法行為までが国賠法上違法となるものではない、というわけである。しかしながら、ハンセン判決も指摘しているように、このような理屈は、多数決原理に委ねるべき問題領域に限定してのみ支持しうる見解といえる。

## (3) 在宅投票制判決②の評価

また、在宅投票制判決の前記引用の②にいう、「立法の内容が憲法の一義的な文言

に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき」, という部分は, 要するに, 国会に憲法上一義的な立法回避義務(立法不作為が問題とされている場合には憲法上一義的な立法義務)が課されているにもかかわらず, 国会が当該義務をあえて果たさない場合を指すものと解される。しかしながら, 憲法上の一義的義務の存否は, 最判の「一義的な文言」という表現にもかかわらず, 実際には憲法解釈によってしか判明しない。憲法という法典は, 原理原則の規定を中心としており, その文言が一義的に明確などということは, 技術的な規定以外では性質上も考えられない。もともと憲法条文に「一義性」を要求すること自体が, 不可能を強いるものに他ならない。

#### (4) 関釜裁判一審判決

このような観点から, 韓国の元従軍慰安婦らが日本国を相手どって戦後の立法不作為などによる損害の賠償を求めた, いわゆる関釜裁判一審山口地裁下関支部平成10年4月27日判決(判例時報1642号24頁。以下「関釜一審判決」と呼ぶ)は, 在宅投票制判決に厳しい批判を加えた。同判決は, 「少なくとも憲法秩序の根幹的価値に関わる人権侵害が現に個別の国民ないし個人に生じている場合に, その是正を図るのは国会議員の憲法上の義務であり, 同時に裁判所の憲法上固有の権限と義務でもあって, 右人権侵害が作為による違憲立法によって生じたか, 違憲の立法不作為によって生じたかによってこの理が変わるものではない」と述べ, 在宅投票制判決の「一義的文言違反」という狭すぎる要件を批判したのである。

関釜一審判決は要するに, (通常の司法審査を立法内容に対して行うことが出来る)立法行為の場合はさておくとしても, 立法不作為の場合には違憲国賠訴訟で救済すべき必要度が高いこと, 憲法の根幹的価値である人権の救済が求められているのだから, 一義的文言違反という要件にとらわれずに救済すべきであること, といった当然のことを説いているのである。しかし, この正論は, 控訴審である広島高裁の平成13年3月29日判決(判例時報1759号42頁)によって, 在宅投票制判決をタテにとって, あっさりと覆された。正攻法では, 下級審が最高裁の判例を崩すことは至難の業なのである。

#### 4 熊本地裁判決の巧みと知恵

(事案) 「本件は、平成8年4月1日に廃止されたい予防法(昭和28年法律第214号。以下「新法」という。)の下で同法11条の国立療養所(以下「療養所」という。)に入所していた原告らが、被告である国に対し、〔1〕国家賠償法が施行された昭和22年10月27日から新法の下で厚生大臣が策定・遂行したハンセン病の隔離政策の違法、〔2〕国会議員が新法を制定した立法行為又は新法を平成8年まで改廃しなかった立法不作為の違法などを理由に、国家賠償法に基づき、新法及びハンセン病政策によって療養所に隔離されたことによる損害及び新法の存在及びハンセン病政策の遂行によって作出・助長された差別・偏見にさらされたことによる損害などの賠償を求めた事案である。」

(認容額) 初回入所時期が昭和35年以前で、退所を経験していない原告=1400万円～初回入所時期が昭和48年の原告800万円。

(理由) 「〔在宅投票制判決〕は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。」「……立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである旨判示しており、その限りでは、本件にも妥当するものである。ただ、右判決の文言からも明らかなように、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。右一連の最高裁判決が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎない。」「……新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性

とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

以上に引用した熊本地裁のハンセン判決は、前出の関釜一審判決と志向を同じくして理論構成は相当に異なっている。関釜判決は、いわば在宅投票制判決に対する果敢なチャレンジであった。これに対して、ハンセン判決はいわば正反対のアプローチをとった。すなわち、在宅投票制判決を判例として尊重しつつも、その注意深い解釈によって、適切な解決を導いたのである。

## 5 ハンセン判決の技術的なポイント

### (1) 在宅投票制判決との事案の相違の強調

ハンセン判決はいう。「[在宅投票制判決]は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない」。

そもそも在宅投票制判決の事案も、重度の身障者という多数決原理では切り捨てられがちな少数者の選挙権が問題となっていたのであり、最高裁も安易に多数決原理によりかかるべきではなかった。憲法43条が個々の国会議員一人ずつが「全国民の代表」であるとしているのは、各議員が特定の利害に縛られず、政治信条に従って自由に表決などの政治活動をすることが、全体としての政治決定を合理的で正義にかなったものにする、という考え方に基づいている。

逆に言えば、国会議員の構成に影響を与えることができない絶対的な少数者、国会議員さえも予断と偏見を持っているような少数者の権利は、いかに多数決原理を尊重しても、当然には救われない。このような少数者の権利の擁護は、多数決原理

(民主主義)の外側に位置する司法権によって初めて保護されうる。国民代表や多数決原理という憲法の基本理念も、少数者保護に対する司法の積極的役割を妨げるものではない。両者は補完的な関係にあるのである。

## (2) 在宅投票制判決の新解釈

さらにハンセン判決は、在宅投票制判決の「一義的な文言」という部分について、同判決が「憲法の一義的な文言」との表現を用いたのは、「立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない」のであって、「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである」ということを強調しようとしたにすぎない」とする。

「憲法の一義的な文言」という在宅投票制最高裁判決の殺し文句に、「例示にすぎない」という、文理にかなった巧妙な読みを施したものである。そもそも最判の「一義的な文言」云々が、一義的解釈になじみにくいという憲法条文の性格からも、また、少数者保護のためにはいたずらに違憲国賠訴訟を禁圧すべきでないという実質的理由からも、不当に狭すぎる要件であったのである。ハンセン判決の右の読みかえは、それによって在宅投票制判決の判例としての妥当性を再構築したものと評価できよう。

## 6 在外選挙権最高裁大法廷判決による違憲国賠要件の実質緩和

なお、こうした下級審の地道な努力は、在外日本国民選挙権訴訟最高裁平成17年9月14日大法廷判決(民集59巻7号2087頁)により、次回選挙における具体的な選挙権の確認と合わせて原告一人5千円の国賠が認容された際の、以下の判例法理の確立によって、いわば追認されたと見ることができる(ただしこの大法廷判決は在宅投票制判決と「異なる趣旨をいうものではない」と述べており、建前としては判例変更を否定している)。

同判決を引用しておく。「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこ

れを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

ここにきて、最高裁大法廷自身により、在宅投票制判決という枠から立法行為・立法不作為に対する国賠訴訟が解放された。そして大法廷が示した新基準である、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」には国家賠償請求訴訟で立法行為・立法不作為が違憲違法とされ得る、という物差しをハンセン判決の事案にあてがえば、まぎれもなく立法行為・立法不作為による人権侵害が「明らか」なケースであり、熊本地裁の判示は在宅投票制判決の判例を読み替えながら、実質的には在外選挙権判決の大法廷の判断を先取りしていたとも言い得よう。

あるいはむしろ、大法廷判決が在宅投票制判決という小法廷判決からの判例変更ではない、とわざわざ断ったわけであるが、そこには熊本地裁判決による在宅投票制判決の周到な「読み替え」を同判決の正しい解釈であると追認する趣旨が込められていたのかもしれない。もとより想像の域を出ないが、さらに想像力を膨らませると、最高裁も、かつての在宅投票制判決がハンセン事件のような明らかに立法ぐるみで人権侵害を行った事案に対しても救済の途をふさぐかのような書きぶりをしてきたことにつき、「判例変更ではない。」という照れ隠しにも似た表現で遺憾の意を表したのではないか、同時に、控訴断念による確定だが上訴されていれば最高裁としては熊本地裁判決を支持したはずであるというメッセージを盛り込んだのではないか、とさえ思えるのである。