
論 説

実践社会科学としての憲法学

徳 永 達 哉

はじめに

地域における法の課題と公共政策について、知の拠点である熊本大学は実践社会科学という研究手法による課題解決に向けた教育と研究を推進している。この実践社会科学とは、法学・政治学・経済学といった社会科学の複数の学問領域の視点から社会問題を複合的に検討するという熊本大学法学部オリジナルの研究手法である。本稿は憲法学に基づく実践社会科学研究の可能性を検討するものである。

1 実践社会科学研究と憲法解釈

(1) 憲法解釈の位置づけ

社会科学である憲法学の視点から社会問題を検討するとして、そもそも憲法解釈を軸とする学術の実践とはいかなる取り組みとなるのであろうか、まずは、憲法の解釈とは何かを確認することからはじめる。

民法や刑法、訴訟法といった法律に対し、「憲法」はそれが何のための法であるのか、その特徴を示す文言が名称に表れていない。例えば、民法は、市「民」生活に関する法とか、刑法は「刑」罰に関する法とか、訴訟法は「訴訟」に関する法とか法律の名称は漠然とであれ法の対象を示している。明確な対象が明記されている法律の目的は明瞭で、その解釈は裁判

を重ねることでより実証的で理論的な体系のもとに展開する。

これに対し、憲法の「憲」の字は「おきて」や「基本の法則」と多様な意味を持つ、一般的に根本的で基礎的な「法」を指すと解されている⁽¹⁾。そこで憲法は「法」に関する法となる。つまり、社会における「法」の基礎を憲法が定めていることとなる。しかして、この「法」の意味する事柄が何であるか、まずは、そこから始めなければ憲法解釈は始まらない。

「法」の解釈においては、実際に諸個人が生活している社会が安定したものであるならば、その解釈も安定する。安定した社会には成文化された法規が確立しており、強制力を発揮する法律を前提とする法解釈の道筋も安定している。それは、まるで自然科学における観察によって、その自然なる法則を科学的に説明することができることと同じように、法解釈の道筋も自ずと見定めることができるのである。それが社会規範である「法」の特徴であるともいえる。安定した社会では成文化された法律の定義に基づく観察によって採取された事実の集積から、一般的な法則を導き出すことが可能となり、その法則に基づく結論が帰納的に導き出されるのである。例えば、個人が何十万円かの損害賠償を請求できるのか否か、個人の行動が刑罰の対象となり得るのか刑務所に入れられるのか否かなど、個々の条文に基づく経験則と採取した事実との照合によって結論を導き出すことができるのである。

これに対し、法律の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般事実の存在と妥当性を読み込む演繹的解釈を導く場合においては、そこに疑う余地のない大きな一つの大前提が確立していることに意識を傾けなければならない。それが、ときに自然法という名で呼ばれていたり正義及び公平の原則という確固たる法原理に基づく大前提として存在していたりするのである。この大前提に揺らぎがなければ、それを前提とする裁判事例が蓄積され、個々の具体的な事例の集積から普遍的な価値が抽象化され、その集積が結果につながる法則性（大前提）を確固たるものへと押し上げるのである。この社会の確固たる大前提によって法解釈における一つの方向性

が明確に示される⁽²⁾。この文脈における安定した社会とは確立した大前提が安定的に維持されている社会のことで、安定社会には「法」を生み出す法則性が存在している。それは、同時に社会の方向性や法則性を定める大前提が存在していることを意味しているのである。この社会の大前提となる「法」の存在が憲法の対象となるのである⁽³⁾。

(2) 憲法価値と社会の大前提

さて、次に、社会の大前提となる「法」を規定する存在が憲法であるとして、憲法が掲げる実際の大前提がいかなる内容を持つものであるのかを解釈しなければならない。

憲法が掲げる社会の大前提、いわば憲法価値の中身が空っぽであれば、それこそ下位に位置する法律の解釈論は、条文の文言に依拠し逸脱できないという点で無意味となるばかりか、立法者が勝手にいつでも変更することのできるという意味で無価値となってしまう。また、解釈学においては、法令の文言が同一であったとしても解釈者の思考が多角的あるいは相対的という意味で、解釈における科学的価値に疑いが生じることもあり得る。なぜなら、法律の解釈は法の目的に適った解釈を導くことを原則とするために、ときに同一の文字であっても、それをを用いる法文が異なれば、法の目的の違いから異なる意味を導く場合が生じ得るからである。この法概念の相対性については、例えば、民法と刑法の「人」のイメージにおける差異が典型例とされている。それぞれ、胎児と人の違いをどの時点で判定するのかによって法手続は大きく変わってくる。法律概念におけるこの相対性は政治的な存在である人間の思考に深く関わっている。

法の解釈は、たとえ意図的、計画的に解釈に手心を加えようと試みるつもりがなかったとしても、解釈する者の世界観や人生観あるいは政治上の態度が知らず知らずのうちに反映され、科学的に導かれた法解釈でありながら実に政治的な色彩を帯びる性質を内包している。もっとも、この政治性は、社会における大前提（例えば、正義観、公平観、国家観など）に基

づくものであり、そうであるがゆえに、大前提となる原理的価値を明文化する憲法の存在が求められているのである⁽⁴⁾。なぜなら、憲法が掲げる価値が何であるのかによって独裁をも許す形式的な法治主義に転落するのかそれを許さない法の支配を貫徹するのか、その社会の方向性が定まるからである。立憲主義型憲法の存在意義はそこにある。

(3) 原理的価値の選択決定と政治性

法解釈においては、知らず知らずのうちに解釈の前提となる原理的価値(それが、ときに条理であったり、慣習であったり、道徳であったりする)によって一定の政治的色彩を帯びることがある。だからこそ、解釈の大前提は、相対する価値観と一線を画す確固たる法規範として、より上位の法規範として位置づけられなければならない。したがって、実質的な最高法規と位置付けられた憲法自体が解釈における大前提として機能し、社会における法則性を示す機能を果たさなければならないのである。この点で、憲法自身が極めて政治的な価値の選択を宣言するものであり、物事に対する包括的な政治態度を示すものであるという点に注意が必要となる⁽⁵⁾。

憲法という規範は、現に生活している社会が大前提としている価値観を宣言し、その価値を選択するまでに拮抗してきた他の選択肢に対し、現行憲法の価値が優先されるべき価値であることを高らかに宣言する機能を担う。そこには妥協による価値選択も含まれているのかもしれないが、憲法が掲げた原理的価値を選びとる方向に正当性を付与することを社会の調整原理として確認するという意味での政治決定が宣言されているのである⁽⁶⁾。

法の支配と立憲主義を掲げる近代国家においては、現に存在する憲法が掲げている価値の正当性は相対する多様な価値相互の政治的な抗争の結果によって獲得されたものと解される⁽⁷⁾。したがって、憲法の文言を実証主義的に解釈するためには、結局、その憲法自身に内在する政治的立場を大前提としなければならないのであり、憲法自身が表明している原理的価値に忠実となる解釈論を展開することによってはじめて、憲法価値を実現

する社会の目的に適う法律の運用が実現するのである。さて、そこで、憲法自身が示す政治的態度がいかなる原理的価値に基づくものであるかを解釈しなければならない。

(4) 憲法価値の理想と憲法が示す政治態度

憲法は前文で、「日本国民は、……われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保……」するために主権が国民に存することを宣言している。

「個人の尊厳」を掲げる憲法は、個人があらゆる政治価値の基本であることを承認し、具体的な一人一人の人間の自由を尊重することを共同社会である国家の崇高な理想と掲げている。この「個人の尊厳」は、特に戦争中の「悠久の大義」とか「国体」とかいった抽象理念により惜しげもなく個人を犠牲できた価値観や全体主義を完全に否定する。そして、国民が自由の福利を享受することを人類普遍の原理と位置付け、「……この憲法は、かかる原理に基づくものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と宣言する。

憲法は、個人主義と自由主義の実現を共同社会の大前提として掲げているのであり、個人の自由を阻害する国家的支配を排除すべきことを宣言しているのである。となれば、法解釈における方向性も明瞭で、それは自由をより確実なものとするように解釈されなければならない。憲法解釈は、共同社会の理想と憲法が掲げた原理的価値が実現していないという現実との不一致を指摘し、その不一致に違和感を覚えさせない支配的な思考傾向を暴き、そこに潜む暴力性を暴くことが任務となる⁽⁸⁾。したがって、実践社会科学としての憲法学における憲法解釈論は、「……理論的な認識の成果を実践的な目的の実現のために自覚的に応用する活動」であるといえる⁽⁹⁾。つまり、憲法解釈における実践的評価と理論的認識、さらに価値判断を正面から価値判断と宣言することが要求されているのである。そして、最後に最も重要なことは、憲法を解釈する者が宣言すべきと位置づけている価

値判断が、憲法に内在する政治原理となる憲法価値に対する尊重と擁護の実践なのだということである。この実践は知的なる運動であるから、形式的にただなぞるだけでは意味をなさず、常に、憲法自身が擁護すべきと位置づけた自由と平等が「なぜ」最高法規たり得るのかを問い直し、さらに、理想と現実との不一致から現実の国家作用に潜む誤謬を解釈する実践が実践社会科学としての憲法論といえるのである⁽¹⁰⁾。

2 憲法と現実の不一致を暴露する解釈の実践

(1) 憲法が掲げる理想と現実政治との不一致

実践社会科学としての憲法論において、解釈は、共同社会における理想、すなわち憲法自身が掲げた原理的価値が実現していないという現実との不一致を指摘し、その不一致に対し、違和感を覚えさせないように働く支配的な思考傾向の存在を暴き、そこに潜む暴力性を暴くことを、その任務とする。この実践社会科学としての憲法解釈において、政治的なる法廷闘争によって国家による偏狭なる差別の実態を明らかにしてきた裁判事例は、実践社会科学の可能性を示す重要な手掛かりとなる。

例えば、国家機関が生み出したハンセン病に対する不合理な偏見と差別について、その根絶と救済を目指してきた法廷闘争の歩みは、実践社会学の可能性を示す重要な事例と位置付けることができる。

ハンセン病に対する国家的差別の問題は、今日の新型コロナ感染拡大防止対策に潜む差別に通じる問題であるといえる。未知の感染症に対して、漠然とした恐怖を抱くことは避けがたい人間の知的反射といえる。確かに未知の感染症は怖い。しかし、病気に対する恐怖が、病気で苦しむ者の自由を奪う隔離の合理性を支える根拠となることはない。個人の健康を守る為、誰かの自由を奪うことがなぜ正当化できるのだろうか。

「感染の恐れ」という言葉には、隔離という政策に対する疑いを塗りつぶすだけの支配的な政治力が宿っている。誰かの自由を奪うことの暴力性

を感じさせない効用を持っている。歴史的経験は「感染の恐れ」という言葉の響きだけで、個人の自由を奪う隔離政策を実施してきた⁽¹¹⁾。それが、ハンセン病に対する過去の隔離政策であった。

「感染の恐れ」に基づく隔離政策の下で、個人の自由と平等が科学的根拠もないままに奪われていた事実が法廷の場で明らかとなったのは、2001年のハンセン病国家賠償訴訟判決⁽¹²⁾、2019年のハンセン病家族訴訟判決⁽¹³⁾。そして、2020年の菊池事件国家賠償訴訟判決において、ハンセン病に対する国家的な差別の実態を明確に指摘してからである⁽¹⁴⁾。

日本国憲法第14条は、社会における大前提として基本的人権の尊重と法の下での平等を宣言している。憲法が誕生した75年前、日本社会は、国家機関が不合理な差別を生み出すことを全面的に禁止した。しかし、それにも拘らず、戦前より続いていた「感染の恐れ」に基づく偏見と差別によるハンセン病への絶対隔離・絶滅という国家政策は苛烈を極めていた⁽¹⁵⁾。

1953年、当時の立法院は新たな「らい予防法」を成立させ、隔離政策を継続する方針を打ち出した⁽¹⁶⁾。もっとも、苛烈を極めた差別的な隔離政策の合理性を支えた立法院の掲げる医学的根拠なるものは、遅くとも1960年以降には完全に消失しており、1996年に「らい予防法」が廃止されるまでの長い期間、国家機関が継続した強制隔離に合理的な根拠はなく憲法に違反する差別であったことは明白であった⁽¹⁷⁾。

しかし、実際の法廷闘争は、当事者たちが立ち上がった1993年に始まるのであって⁽¹⁸⁾、憲法14条が個人の平等を宣言してから、かくも長く憲法論として国家による不合理な差別の実態が論じられることはなかったのは、その現実の差別を「合法」といわしめる支配的な思考様式が存在していたからなのである。また、国家による差別を受け続けた当事者らにしてみれば法廷に立つことで世間にさらされ、かえって偏見と差別が苛烈となるという「恐怖」に苛まれていたからである⁽¹⁹⁾。21世紀を迎えるまで、憲法14条が禁止した国家による差別は、憲法問題として解釈されることなく延々と存在し続けていたのである。

実践社会科学としての憲法論は、まさに、ハンセン病訴訟における闘争としての権利主張のように、争点とすべき政策上の差別（あるいは自由侵害）の違憲性を積極的に審理しきれていなかったような事例に対し、個人の自由と平等の実現を誠実に希求する憲法解釈を積極的に実践するものでなければならない。実践的な解釈は先例に拘束されず、ときに解釈の創造性を活用するものとならなければならないのかもしれない。とはいえ、憲法が掲げた基本的人権の尊重を実現するという社会の大前提を尊重し擁護するという政治態度を示すことは、結局、憲法が掲げ保障すべきとした自由と平等が脅かされるといった、理想から乖離した現実の暴力性を暴くことに通じるのであって、わずかな違憲性をも厳格に推定し審査する実践的解釈を続けることが実践社会科学としての憲法学といえるのである⁽²⁰⁾。

（２）憲法解釈の実践と差別の禁止

積極的に違憲性を追求する実践的な憲法解釈は、決して、政治的な権利闘争に基づくそれぞれの力関係だけによって、憲法価値の優先性を主張するものではない。実践的な憲法解釈は憲法の条文を解釈し、憲法の価値を尊重し擁護すべきと国家機関に義務づけられた法的責務を具体化することで、憲法が掲げる理想と乖離した現実（立法作用・行政作用）を批判的に評価する取り組みである⁽²¹⁾。この取り組みは、実は、憲法の第99条憲法尊重擁護義務の規範力をより高める解釈をいかにして導き出すのかという課題と連動している。そして、この憲法理想と現実的国家作用の不一致を明白に暴露する憲法実践の可能性を秘めている具体的な条文が憲法14条の差別禁止条項なのである⁽²²⁾。

憲法14条は個人が自由なる選択を可能とする機会を等しく保障することを国家機関に課している。国民は、国から差別されない権利を手に行っている。仮に、国家の機関によって差別を受けた場合には損害の賠償（17条）のみならず、積極的な差別是正措置を講ずるために「立法その他の国うえの上で、最大の尊重を必要とする（13条）」ことを国家機関に求めること

ができる（16条）⁽²³⁾。

憲法14条は、形式的平等を保障するとともに、実質的平等を実現するために必要となる措置を講じる相対的平等を許容している⁽²⁴⁾。つまり、憲法に反する国家による差別が明らかとなった場合には、その差別を解消するために、国家は差別を是正する具体的な制度を設けるべく努めなければならないのである。14条の解釈においては、差別の是正と解消に向けた国家の責務を読み込むべきなのである。そこで、より実践的な解釈を試みる。

具体的な権利である平等（差別されない権利）と、存在する差別を積極的に是正する制度とは密接な関係にある。この点で注目されるのが「制度的保障」の理論である。この理論によれば、議会は、憲法価値を実現する制度を創設・維持すべき義務を課され、その制度の本質的内容を侵害することが禁止される。もっとも、「制度的保障」の保障対象は、制度それ自体であって個人の自由ではない。しかし、制度の保障は、人権保障を強化するための補足的な意義を持つのであるから、人権と制度とがいつのまにか主客転倒し人権の内容が制度によって規定され、人権が制度によってのみ存在するかごとき事態が発生し、そのような運用が為されているのであれば、それは誤りとなる⁽²⁵⁾。

平等の原則のもとでは、国から差別されない権利と、国から受けた差別が是正された平等なる機会の保障が要請される。それを実現するために法律による制度的裏付けが必要となる場合、是正すべき差別の内実にあわせて既存の制度が不断に検討されなければならないのである。

「制度的保障」の理論は、そもそも制度が個人の自由に優越し、個人の自由の保障を弱める働きを担う可能性すらある理論であることから、安易な「制度的保障」論によるのではなく、「制度の核心」である差別の禁止と是正について、既存の制度の中で救済が適正に用いられているのか⁽²⁶⁾、適正手続に基づく厳格な審査が行われるべきであるといえる⁽²⁷⁾。

(3) 明白な差別と適正手続

実践社会科学としての憲法解釈において、国家が生み出した差別が発生した場合、その差別からの救済を強調するのであれば、適正手続を定めた憲法31条の解釈から、差別是正における国家の責務を論じることも検討しなくてはならない⁽²⁸⁾。いわゆる適正手続 (due process of Law) の原則は、国家作用の適正性を要求する。ここでの適正とは、国家による差別の無い状態を意味し、14条に違反する国家による差別は、同時に31条の適正手続違反となるといえる。そして、憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と定め、国が適正手続に違反することを禁じている。この原則は行政手続にも準用され、当然に刑事手続においても適正手続が求められる。したがって、適正手続の原則に基づく刑事裁判制度において、その核心をなす憲法価値は公平の原則となるのであり、それは、すなわち、差別の禁止を意味し、差別的手続の運用禁止を意味する⁽²⁹⁾。

差別を許さない適正手続の原則に基づき、国家の適正手続貫徹義務を99条に引き付け理解するならば、例えば、2009年に施行した「ハンセン病問題の解決の促進に関する法律（平成20年法律第82号、以下、ハンセン病問題基本法）」と2020年の菊池事件国家賠償訴訟を手掛かりに、「公益の代表者」である検察官について検討するならば、再審請求権限を行使する職務上の義務（被害回復義務）があるにもかかわらず、その検察官が再審請求権を行使しなかったことは、職務上の責務を放棄するものであり、国賠法上の違法に当たるとの主張を論じる憲法解釈を導くことができるのではないだろうか。この可能性を追求する憲法解釈が実践社会科学としての憲法論となる。

(4) 明白な差別を是正する解釈の実践

過去に有罪が確定した判決において、憲法14条に違反する差別の存在が確認された場合、その差別は個人の人格的利益を侵害する13条に違反する

国家の行為となる。したがって、その差別的処遇を取り除き、今一度、公平なる裁判が受けられる機会を保障しなければならない⁽³⁰⁾。そのために実質的な手続保障が必要となる。この権利の保障を具体化する制度が刑事訴訟法第435条に基づく再審制度なのである。およそ、誤審は差別的であると仮定するなら、差別に基づく判決を言渡された者の利益（13条）を救済するための機会保障が、再審を請求することができる規定に具体化されていると言えるのである。このように考えれば、救済すべき国民を前にしながら、正当な理由なく救済手続を行わないことは適正手続の保障が実現しないままに刑が確定したことになる。

刑事訴訟法第435条の再審制度において、この制度の核心に差別の禁止と差別からの救済が組み込まれていることに疑いはない。検察官の不偏不党かつ公正な職務の遂行は恣意的なる差別の排除にある。社会正義の貫徹を担う公的組織において不合理な差別が容認される余地はない。

憲法14条が掲げた差別されない権利が等しく保障されていなければ憲法価値は実現していないし、適正手続も実現していない。憲法価値の実現を担う全体の奉仕者は14条に反しない限りにおいて権限を行使し、適正手続を運用し得る。この点、刑事訴訟法において、再審請求をするのか否かは手続上の請求権者の裁量に委ねられている。とはいえ、この解釈は形式的法治主義に陥ってはならず⁽³¹⁾、法の支配に基づく憲法価値の実現が意識され、その点が審査されなければならない⁽³²⁾。

差別禁止の原則（14条）に引き付けるならば、刑事訴訟法第435条の再審手続の究極の目的を国家機関が生み出した不利益的差別状態からの救済とみることが出来る。となれば、その裁量は実質的な救済に必要な範囲で用いられなければならないと、また、国民自らが差別を是正することが困難となる制度上の取り扱いにおける差別が明白となったのであれば、その差別的な手続からの解放を目的とし、その目的達成のために、第439条の筆頭に掲げられた公益の代表者である検察官が、救済のための再審請求を行わなければならない職務上の義務が発生するのである。

したがって、検察官による刑事手続（刑事裁判の審理過程における公権力の行使）において、それが形式的にみていかに公正で公平に映る裁判であったとしても、その実質において、ハンセン病に対する誤った思い込みの結果、感染への恐怖にかられ、それにより、本来、平等に取り扱われるはずの人間を不合理に差別した事実（法廷での予防服や箸を使った証拠の提示など、本来、公益の代表である検察官が適正に運用すべき手続であったにも拘らず、見過ごされていた差別の事実）が明白となった場合は、その不合理な差別と偏見に基づく判決を言渡された者の利益を救済するために、差別と偏見に基づく重罰化の疑念を回避した再審が請求されなければならないのである。

ハンセン病に対する偏見と差別が継続し浸透した社会において行われた差別が不合理であったことは明白である。日本のハンセン病政策は1907年の「癩予防ニ関スル法律」にはじまるが⁽³³⁾、その後、内務省が示した1930年の国策「癩の根絶策」に基づき、1931年の「癩予防法」のもと「無らい県運動」が全国的に推進されてきた⁽³⁴⁾。この国策によりハンセン病患者に対する偏見と差別に拍車がかかり、絶対隔離、絶滅政策は苛烈を極めていった⁽³⁵⁾。現に残るハンセン病に対する偏見と差別が不合理であることは明白である。この点は、ハンセン病問題基本法と最高裁判所が2016年に公表した「ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告書」に記載された通りである⁽³⁶⁾。そこで次に、ハンセン病に対する憲法14条に違反した不合理な偏見・差別のもとに審理された菊池事件について、検察官が再審請求しなかったことが国賠法上の違法となるのかに焦点を絞り検討を試みる。

（５）検察官の再審請求について

検察官の不作为は国賠法上の違法となり得るのか、つまり、職務上の義務を怠ったのかについて、憲法の観点から検討を加える。

2020年の菊池事件国家賠償訴訟において熊本地裁は、「検察官が再審請

求権限を行使するか否かについては一定の裁量が認められるというべきであり、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときでない限り、その権限の不行使は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない」との基準を示した⁽³⁷⁾。つまり、再審査請求の不行使が憲法の許容する限度を超えて著しく合理性を欠くものであったのかを判断する枠組みである。

再審請求制度の趣旨、目的、権限の性質等に照らし、限度を超える著しい不合理であったのかを判断するとして、国家が生み出したハンセン病に対する偏見と差別が憲法14条に違反し、その差別が憲法13条の利益を侵害するものであったとの事実が明白となったことを忘れてはならない。憲法違反が明白である以上、そもそも、憲法が許容する限度を超える著しい不合理が存在していた事実は明白となるのであり、これは判例が掲げる国賠法の違法要件に該当しているといえる。

不合理な差別から適正な裁判を保障することを任とする検察官が、あえて再審請求を行わなかったわけであるが、これは、あえて再審請求を行わなかったことの合理性を支える一般事実が存在するのかにより、検察の法的責務を論じることが可能となる。この点で、最高裁が示した立法不作為に対する判断が解釈の道筋を示している⁽³⁸⁾。

最高裁は、「国会議員の立法行為又は立法不作為は、その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、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける」と、国家の作用が必要不可欠であることが明白であるにもかかわらず、正当な理由もなく業務を怠ることが国賠法の違法となるとの判断基準を示している⁽³⁹⁾。したがって、科学的な根拠のない偏見に基づく思

論 説

い込みにより、ハンセン病を理由とする不合理な差別を裁判過程において行った事実が明白となった場合には、その裁判の過程においては違憲無効とすべき14条に反する手続を無効のものとし、その差別を受けた者に対する権利保障として、今一度、等しい裁判を受ける権利を保障することが差別の解消には必要不可欠であるといえることができる。これは、31条の適正手続の原則に照らしても是正すべき不適正な手続であったのであれば適正な手続を保障しなければならないこととなるし、不合理な偏見に基づく、不適正な裁判手続を適用された個人にしてみれば、自らの生存に関わる人格的利益（13条）の侵害がなされていたことを意味する。このように明白なる差別が存在していたにもかかわらず、現行法上唯一の適正化手続となる再審請求について、それを為し得る唯一の存在である検察が、正当な理由もなく長期にわたり再審請求を怠っているといた場合には、違法の評価を受けると結論付けることが妥当となるのではないだろうか。国の責務はハンセン病問題基本法にも示されている。

検察の立場に立てば、正当なる理由が存在すれば、あえて再審請求を行わなかったことの違法の評価を免れるわけであるが、権限不行使による違法を認める要件として、生命・身体・健康等に対する切迫した危機、予見可能性、回避可能性、補充性、国民の期待があげられており⁽⁴⁰⁾、それに基づき判断するならば、差別を是正する上で必要な唯一の措置である再審請求について、再審請求によって特定個人の生命・身体・健康等に対する切迫した危機が具体的に発生することは全くなく、あえて、請求を拒み違憲なる差別を放置することに、何ら正当性は認められない。

予見可能性についても、再審請求を行うことで差別の是正が実現することは予見可能であるし、行わないことで、国が生み出した差別が是正されないままに放置されることが予見できる。むしろ、再審しないことで生じるさらなる損害が予見できるのであり、予見された損害を放置することは職務上の責務を怠るものといえる。また、回避可能性についても、むしろ、再審請求によって差別が是正された裁判の機会が保障されることで人

格権への侵害が容易に回避されることとなる。損害の回復は再審手続により容易に実現でき、あえて、再審請求をしないことの正当性は認められない。補充性については、検察が権限を行使しなければ、すなわち、再審請求をしなければ、審理のやり直しはなく過去の裁判における差別的な審理において行われた差別状態を回避することはできない。国民の期待においても、検察官による再審請求を求めるという国民的な期待と、国民的再審請求の可能性まで論じられるほどに期待が高まる中で、あえて差別を是正しない選択を判断したことに合理性は認められない。よって、何ら正当性も認められないのである。さらに、実質的な考慮要素として、ハンセン病に対する極めて例外的で特殊な偏見と差別が放置され続けたことによって、さらなる偏見と差別が再生産され、その国家的差別に苦しめられ人格的利益を奪われている実情を考慮するのであれば、検察官が再審請求権を行使しないことに正当なる理由があるとは到底評価できないものであるといえる。

(6) 検察官の裁量の自由

実践社会科学としての憲法解釈に対しては、いわゆる外務省機密漏洩事件に基づく、検察官の裁量の自由により反論することができる⁽⁴¹⁾。

「検察官に再審請求権限が付与されている趣旨について、公訴権の行使と同様、その権限の行使によって国家及び社会の秩序維持という公益をはかることになり、有罪の言渡しを受けた者の被侵害利益の回復を直接の目的とするものではない」とする検察の裁量の自由を無視することはできない⁽⁴²⁾。しかし、再審請求における裁量を手にした唯一の存在である検察官が「公益の代表者」であることを踏まえると、まさに、「公益の代表者」であるからこそ導かれる法的義務、すなわち、国家的差別の積極的差別是正措置を講じる義務が存在することも見落としてはならないといえる⁽⁴³⁾。

「公益の代表者」である検察官は、14条に違反する不合理な差別に基づき設置された法廷において、実質的に行われた審理が差別的で人格的利益

論 説

を侵害するものであった場合、適正手続の原則（31条）にしたがい再審を請求することによって差別を是正しなければならないのである。

この点に関し、菊池事件国家賠償訴訟（2020年）において熊本地裁は刑事訴訟法の形式面にふれ、「現行の再審請求は実態的な事実誤認の是正を中核とするものであって、手続に憲法違反があることは、刑事訴訟法の435条の再審理由にあげられておらず、実際の運用としても、事実誤認を問題とする同条6号を再審事由として請求される事例がほとんど」であると述べ、かつての検察が憲法違反を再審請求の理由としてこなかったことにふれている。しかし、それと同時に、「憲法が国の最高法規であることからすると、これに違反するような重大な瑕疵があり、被告人の権利が侵害されている場合……手続に憲法違反があることが再審事由に当たると解することにも相当の理由があるというべきである」と、差別してはならぬ者を差別してもかまわないとした事実の誤認という再審請求を行うべき要件が成立していること、法の支配を貫徹すべき責務が検察をはじめ司法関係者に課せられていることを強調していたのである⁽⁴⁴⁾。つまり、検察官は再審請求すべき責務を負っているのである。

ここに、法解釈における方向性を決定づける、大前提としての憲法価値の存在が思い返される。それは、すなわち、最高法規である憲法第99条の憲法尊重擁護義務である。この国家の義務は、外形的な制裁を持たないまでも、国家組織（具体的な公務員）に対し、純粋な形ではもっぱら内部の組織における尊重擁護、すなわち適正手続の貫徹を課す公務員が達成すべき命令となるのである。実践すべき価値が憲法により定立された至上命令として存在しており、国家自身が実践すべきものと理論化された規範である。それが99条の義務といえるのである。したがって、仮に強行規定が存在していなかったとしても、主権者らが掲げた共通の理想や社会の目指す方向性に政治学的な権威性が備わると想定するなら、主権者の目や評判さえ強制力を帯びるとさえいえるので、その意味での外面的強制力が機能し得る性質を持つ義務であると解することができる。そこで、次に義務に基

づく憲法保障について検討する。

3 憲法保障と憲法価値の防護

(1) 憲法保障の意義

憲法は個人の自由と平等の実現を共同社会の大前提とすることを掲げ、個人の自由を阻害する支配的な国家作用を排除すべきと宣言した国家の基礎法である。憲法が掲げた大前提が国家の行為によって容易に捻じ曲げられるのであれば、国家の行為を縛ることで個人の自由を保障するとした立憲主義型憲法の存在意味は完全に失われてしまう。そこで、何らかの方法で、憲法価値を擁護する仕組みが考えられてきたのであるが、それが憲法保障（合憲性の統制）の問題である。

「ここに憲法の保障ないし合憲性の統制とは、最高法規である憲法の規範内容が、下位の法形式や措置を通じて端的に踏みじられまたは不当に変質せしめられないように統制しようとする国法上の諸々の工夫をさす」とあるように⁽⁴⁵⁾、憲法保障には種々の方法がある⁽⁴⁶⁾。というのも、社会の大前提たり得る普遍的な価値を掲げている憲法の条文は、違憲とすべき不合理な差別や人権を侵害する行為など、いわば違憲の構成要件を具体的に明記する形式を備えていないからである。そのため、具体的な憲法侵犯を見極めようと単純な個別の利益衡量（アドホック・バランスング）に依拠しがちとなるが、憲法保障の課題は、国家機関が安易な形式的法治主義に陥ることがないように、憲法価値が侵犯されることで引き起こされる憲法価値の空文化を加速することがないように、いかにして、それら憲法価値の破壊を阻止するのかに絞られている。

(2) 憲法保障の方法

憲法保障の方法は、その狙いが何であるのかによって類型化できる。先ず、憲法価値の実現を直接の狙いとしているのかによって直接保障と間接

保障に分けることができる。日本国憲法は法の支配に基づく立憲主義を採用し違憲立法審査制を採用しているので直接保障に分類できる⁽⁴⁷⁾。また、憲法侵犯の事前防止をその狙いとしているのかによって、予防的保障と事後的保障に、保障形式が拘束力を持っているのか否かによって拘束的保障と諮問的保障に分けられる。

日本国憲法は憲法の最高法規性（98条）を確実なものとするために、違憲立法審査制度（81条）により、違憲となる国家作用を無効とする制度を採用している。この点で、日本は直接的保障にして拘束的保障と分類でき、具体的な裁判を経由することで実現する保障体制となることから、憲法侵犯に対する事後的保障に分類できる。しかし、この憲法保障の制度は、憲法侵犯に対する厳格なる運用を実現しなければ、その意味は失われる。これは、ナチズムにみられた形式的法治主義における合法戦術によって憲法が完全に形骸化し、名ばかりの憲法の下で虐殺が合法化された歴史によって証明された。それゆえ、ドイツは「闘う民主制」を制度化したのであり、日本国憲法は、その予防として最高法規を設けたのである。

日本型の拘束的憲法保障は、違憲判決による法的拘束力が憲法侵犯の防止に直結することを予定している。法の支配を前提とする現代の憲法論の下では実質的な憲法保障制度が厳格に運用されることが要求され、例えば、裁判所が条文を解釈し、違憲判断を下す場合においても、その解釈は、実質的な憲法価値の実現を導くもの（裁判官が下す判決には、無効を含めた法創造機能が内在している）が期待される。言うなれば、「憲法の番人」である裁判所の積極的な判断が合法戦術を予防するのである。そして、これは、かつてのヨーロッパ諸国で、民主主義を担う代表議会に対する敬讓姿勢を覆す裁判所による違憲審査が、権力分立原理を逸脱する権力暴走と考えられていた時代の発想とは決定的に異なる点に注意が必要である。第2次世界大戦を経験し、独裁体制に対する深刻なる反省から導かれた日本の違憲立法審査は、「法の支配」に基づく仕組みであり、憲法保障を確実とするための法的手段の一つなのである⁽⁴⁸⁾。

(3) 憲法保障と「憲法の番人」

「憲法の番人」である裁判所に対して、憲法価値の保障を強く要請している日本国憲法であるが、憲法が誕生して間もない頃は、憲法保障を論じる研究も少なく、国家無答責を前提とする大日帝国憲法に基づく思考様式が継承され、裁判所は「憲法の番人」としての実力を十分に発揮できずにいた。例えば、憲法が誕生して間もない1950年、最高裁は、「旧憲法下においては、一般的に国の賠償責任を認めた法律もなかつたのであるから、……一般的に国に賠償責任を認める法令上の根拠のなかつたことは前述のとおりであつて、大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判示して来たのである」と戦前の国家無答責の原則を継承する解釈を示し⁽⁴⁹⁾、実質的な国家無答責の原則を違和感なく受け継ぐ判断を下していた。ここには形式的法治主義に陥りやすい思考習慣が受け継がれていた可能性が示されている。

しかし、日本国憲法が誕生しおよそ75年の歳月が過ぎた今日、立憲主義に対する理解は深まり、違憲立法審査制度の研究も進んだ。また、法曹資格においても必須の教養として憲法価値が理解されるようになり、違憲立法審査制度の核心となる憲法価値と「憲法の番人」である司法の法的機能が理解されるに至っている。

「憲法の番人」である「司法は独自の立場で係争の法令を解釈し、違憲と解される場合には事件に適用することを拒否する責任を負い、かつ、立法・行政の違憲的な行為を司法が統制し、権力相互の抑制と均衡を確保する必要がある」のであり⁽⁵⁰⁾、今日の憲法解釈は憲法保障を当然のことと理解し、憲法価値の実現のための実践を続けているのである。

すなわち、付随的違憲審査制を採用する日本の憲法保障は、審査権を有する裁判所が、具体的な事件の存在を前提に、その裁判過程で国の行為が違憲か否かの最終的審査権限を行使する。そして審査権を有する裁判所が、問題となっている法令や行政手続に違憲の疑いがあると考えたならば当事者の主張がなくても、判断を下す権限と義務が導かれると解されてい

論 説

るのである⁽⁵¹⁾。実際に、2016年に最高裁判所が発表した『ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告』において、最高裁判所は、過去の人権侵害（差別）の実態について、自らを調査することで、その国家的差別の是正を可能としたのである。

最高裁は、その職権に基づき、憲法価値侵犯を是正する自浄作用を積極的に発揮するという憲法保障の範を示したのである。

最高裁が公表した『ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告書』では、1948年から1972年までにハンセン病患者が当事者となった95件の裁判について調査が行われており、ハンセン病を理由に裁判所の外に「特別法廷」を定型的に指定してきた実態が確認された。また、「特別法廷」の合理性を支えていた「感染の恐れ」について、1960年以降、その医学的根拠は完全に消失していたことが明らかとなった。これらのことから、1960年以降の「特別法廷」は合理性を欠く差別そのものであったと、裁判所法に違反していた事実を認めた。そして、ハンセン病に対する偏見・差別を助長し人格と尊厳を傷つけたとして、その法的責任を認めた。

「……このような誤った指定の運用が、ハンセン病患者に対する偏見、差別を助長することにつながるものになったこと、さらには、当事者であるハンセン病患者の人格と尊厳を傷つけるものであったことを深く反省し、お詫び申し上げます。」と報告書をまとめた。なお、最高裁判所は調査報告書を公表するに際し、異例ともいえる談話も発表している。談話では、当時の裁判所が、社会全体に蔓延していたハンセン病に対する偏見と差別の影響下にあった事実が述べられ、その是正に向けた決意が述べられていた。

さらに、この報告書を証拠として採用した2020年の菊池事件国家賠償請求訴訟判決（熊本地判2020年2月26日判時2476号44頁）は、当事者であるハンセン病患者に対する審理それ自体が病気に対する偏見に基づく不合理な取り扱い（予防衣・ゴム手袋・箸）によるものであったこと、そして、その偏見にまみれた裁判所の姿勢が、さらに感染恐怖を掻き立てる偏見の

元凶となり得るものであったと、憲法14条と13条に違反した裁判過程の実態をつぶさに指摘している。

憲法価値の実現を目指す裁判所（裁判官）は、「憲法の番人」として、偏りのない公平な立場から独立した職権を行使している。独立した裁判官は透明性の高い適正手続を通じて、適時（迅速）に紛争を解決するのである。そして、問題となっている法令や行政手続に違憲の疑いがあると考えたのならば、当事者の主張がなくても憲法判断を下す権限を持っているのである。この憲法保障を具体化する裁判官の自浄作用は、三権分立によって確保された司法権の独立に基づく憲法保障の実践といえ、司法関係者による調査報告と談話の公表が、憲法保障の具体的な手段になり得ることを示すのである。

（４）憲法保障の担い手

憲法保障は、拘束力の担い手が裁判所によるのか、政治部門によるのか、国民によるのかで分類することができ、さらに、その実態に即し、法的保障、社会的保障、政治的保障に分けることができる⁽⁵²⁾。

法的保障は、まさに、法的拘束力に基づく保障制度である。ドイツの闘う民主制のように憲法価値の破壊を刑罰権の発動対象と位置づける法制度が、その典型となる⁽⁵³⁾。これに対し、日本は憲法価値を破壊する者を犯罪者とする仕組みを採用していない。

日本は、第99条に掲げた通り、憲法尊重擁護義務によって破壊者らの合法戦術と闘うことを宣言した。個人の自由と平等は、「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」であり、「過去幾多の試練に耐」えてきたものである（97条）。そして、それは、今後も「国民の不断の努力」で保持しなければならない（12条）。

憲法価値は、常に自らの存立を護るために闘わなければならない。しかし、その闘いは、憲法価値を「破壊する思想」に対しての実力行使による闘いとすべきではなく、どこまでも、思想の自由による闘いでなければな

らない。憲法が掲げる憲法価値、すなわち諸個人の自由、思想の自由を保障するためには憲法を「破壊する思想」だからという理由で、その制限を正当化してはならないのである。とはいえ、この物理的強制力を積極的に肯定しないという憲法の姿勢が、結局、破壊者の合法戦術を許しているというジレンマを抱えることもやむを得ない人権相互の矛盾といえる。

もっとも、日本の憲法保障に強行規定が存在しないことから、何らの効果も認められないのかというと、決して、そんなことはなく、国家機関の違憲行為を無効とし、その法的効果を失わせることで憲法価値の保障を実現するという体制を採用しているのであるから、その効果は、単なる倫理や道徳にとどまるものではなく法的保障の一形態であると位置づけることができる。また、国家賠償請求権（17条）も法的保障の一例といえ、これを具体化する国家賠償法など、各種法律の存在が法的保護を補強している。

この点で、ハンセン病差別問題を解決するために制定された新たな法律（ハンセン病問題基本法）など、国家の責務を明確に示す法律を誕生させることも法的憲法保障の一環といえる。

次に、社会的保障とは、主権者が生活する社会の力を通じて憲法を護らせようとするもので、具体的には、集会・結社の自由や表現活動、情報発信といった個人の自由による働きかけが想定されている。憲法が保障する表現の自由や学問の自由など各種の自由を通じ、公権力の行為に対する厳格なる眼差しが国民社会の中で醸成され、それが憲法を尊重させ擁護させる強い効力を発揮することが予定されている⁽⁵⁴⁾。

社会的保障では、主に国民の表現活動に大きな期待が寄せられている。しかしながら、国家権力による憲法価値侵犯を批判し憲法尊重擁護義務を命じる国民の訴えは、多くの場合、国民の悲痛な叫びを伴うものであり、一見すれば過激な表現に映ることもある。それゆえ、必死に声を上げても瞬時にかき消されることが常で、特に、公権力による憲法違反を指摘することは容易ではない。この点も、今もって、ハンセン病に対する誤った偏見や差別が残存していることから、社会的差別に対する国家的な是正措

置、例えば、啓発活動などに大きな期待が寄せられていることが窺える。このような国民の期待に応えることも尊重擁護義務に含まれる。

もっとも、情報通信技術が発達した現代においては、確かに、国民の一人一人が情報の発信者となることができる。国民の声が話題の中心となって社会的議論が巻き起こる環境が整いつつあると言えなくもない。しかし、国家による差別にさらされた国民は、常に、極めて弱い立場にあり、声を上げることすらままならないと想定すべきなのである。そのような国民の現実を踏まえ、憲法価値を擁護し、差別を解消していくためには、結局、憲法価値を逸脱する違憲行為を続ける国家機関自身に、差別の実態を理解させるよう働きかけるよりほかに道はないのである。

国家に憲法価値を護らせるために導かれた義務論を安易に倫理や道徳と単純化してはならない。国家に差別された個人という図式において、その力関係をみると、差別を受けている個人の立場は常に極めて弱く、差別を継続している国家は常に強者である。だからこそ、全体の奉仕者である国家機関に、憲法保障を求める国民の声に真摯に向き合う責任があることを憲法は最高法規と掲げているのである。国家的差別の存在を知り得たのであれば、その不利益を解消するために積極的に対処する法的義務が発生する。これが解釈における大前提である。そのため、憲法価値の侵犯を制裁する規定を持たない日本国憲法においては、国家機関に対し憲法価値をどのように尊重させ擁護させるのかという課題が生じる⁽⁵⁵⁾。

最後に、政治的保障である。これは、権力分立原理に基づく均衡と抑制を促すことで、自浄作用を各国家機関に引き起こさせるというものである。終局的には、その差別是正に向けた政治的作用（議会での熟議）が、適正な民主手続を経て救済立法を成立させるといった、法的保障に結びつくことで憲法価値が実現することを要請している。この点でも、誤った差別が当事者の人権を奪った事実を公表し謝罪した閣議の決定などは、最高法規に掲げられた憲法尊重擁護義務を果たす政治的保障の具体的なモデルになったといえる。そして、憲法保障の拘束力をより高めるには法的保障

と政治的保障の相互連関的な保障が望まれる⁽⁵⁶⁾。

憲法は、権力分立の原理のもとに国家の権力を国会・内閣・裁判所に分散させ、国家作用が相互に機能することで生まれる抑制と均衡を信頼し、議会制民主主義制度のもと主権者である国民が投票行動を通じ、具体的に救済を実現する設計となっている。それゆえ、制度の運用が形式的法治主義に陥らないように核心部分となる憲法価値（個人の尊厳・平等）の実現に向けた政治作用・自浄作用が大前提となっている。だからこそ憲法は、憲法価値の直接保障をより厳格なものとするために、そして、憲法侵犯の予防をより確かなものとするために最高法規である憲法尊重擁護義務（99条）を明文化し掲げているのである。

（5）憲法保障と憲法尊重擁護義務

憲法第99条が、天皇、摂政、国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員に義務を課しているのは、これらの者が憲法価値に従って国事や国政に関連する行為を行う国家機関であり、これらの者が憲法価値を尊重し擁護するの可否が、この憲法の命運に直接的に影響するからである。

憲法99条における尊重とは、憲法が掲げた基本的人権の尊重や差別の禁止、平等原則といった憲法価値が破壊されることがないように、憲法価値が優先されるべきものであることを宣言し、法規範を確定している。また、擁護の語には、より積極的な意味が含まれ、憲法価値の尊重だけでなく、その擁護のために必要となる実質的な国政が要請されていることを明文化し、その責務を宣言している。もっとも、この尊重擁護義務に強行規定が設けられていないことから、その拘束力について制定当初より、倫理的、道徳的性質が強いと解されてきた。なぜなら、これは、むしろ憲法価値に忠実であることは自明なのであって、それに背理する事態など想定されていなかったことに由来する。その点で、本条から直ちに法律的制裁が生じるものではない点を強調し、「倫理観や道義観に訴えるにとどまる」と評した理解は自然である⁽⁵⁷⁾。

しかし、直ちに法的制裁、すなわち、憲法侵犯(侵犯を放置する不作為)に対する刑罰権の発動が導かれないからといって、法的効果が全くないというものではない。というのも、法律により憲法尊重擁護義務の宣誓を義務付ける場合には本条が憲法上の根拠となっており、その場合、法律による具体的な制限が生じているが、それは、憲法99条が定めた憲法尊重擁護義務が根拠となると解している。つまり、憲法99条の義務は、国家機関を拘束する憲法規範として一定の法的効果、法的拘束力が備わっていると解すべき義務なのである。

そもそも、罰則がなければ、義務もなくなるというものではない。その拘束力は、憲法価値を実現する目的で実質的な力を持ち、一定の拘束力が発揮されることが予定されている。第99条は、国家の行為によって不合理な差別が生み出されることを回避し、もしも差別を生み出したならば、その差別是正措置を積極的に遂行する義務を、職業遂行上の義務と位置づけ、それを客観的な指標として義務化しているという点で、一定の法的拘束力を発揮している。第99条に備わる実質的な拘束力を想定していたからこそ、この義務を裁判官の自由なる判断(76条3項)を支配する意味に解してはならないとの解釈が導かれているのである。(すなわち、法的効果と呼ばず、あえて政治的效果と呼ぶことで刑罰を伴わない仕組みを採用したのである)。なぜなら、自由の実現を阻害する国家支配を排除するために存在する裁判官の判断を保障する憲法保障制度が、尊重擁護義務の名のもとに裁判官の内面にまで干渉し、統制する事態が生じれば、そもそもの憲法保障が実現しなくなるからである。

憲法99条の下、一部の特別職を除く公務員のすべてが「私は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務すべき責務を深く自覚し、日本国憲法を遵守し、並びに法令及び上司の職務上の命令に従い、不偏不党かつ公正に職務の遂行に当たることをかたく誓います。」との宣誓を行っているという現実の政治における拘束力は極めて強く働いており、公務員の違憲行為を許さないという国民の政治意識へと通じている。宣誓には具体的

論 説

な物理的強制力を規定する文言はない。しかし、その拘束力は非常に厳格なものとして機能している。とはいえ、多くの教科書が第99条を「義務を負わされている者の倫理観や道義観に訴えているにとどまる」と解説し、その倫理面と道徳面を強調する解釈をしている。しかし、これらの解釈が、裁判官の独立が危ぶまれてはならぬという文脈で論じられている点には注意を要する⁽⁵⁸⁾。

裁判官の良心（76条3項）の規定も、そもそも、憲法99条の憲法尊重擁護義務による強力な拘束力が発揮されているからこそ、司法権の独立を確保するために存置されたと解すべきである⁽⁵⁹⁾。この点においては、ことさらに憲法的拘束力を強調するまでもなく、公務員の行為規範から導かれる職務上の注意義務や善良な管理者としての注意義務など、裁判上、確固とした法的規範が存在しているといえる。つまり、具体的な制裁手続が存在していなくても、憲法99条の尊重擁護義務には、現実政治を規律し、整序する力「規整力」が備わっている⁽⁶⁰⁾。憲法が要請している禁じられた差別を見過ごさず是正を怠らない、という憲法価値に対する尊重擁護義務が十分に果たされていない場合、その不作為は憲法に違反するものといえると同時に職務上の義務違反となるのである。

（6）憲法保障と不作為責任

憲法保障における憲法尊重擁護義務について、厳格な拘束力を発揮する法的性質を備えたものとした場合、立法や行政における違法な不作為も尊重擁護義務に反するものとして捉える視点を強調しなければならない。立法はもちろん行政の不作為によって国民に損害が生じた場合は、その損害に対する国（公共団体）の賠償責任を検討しなければならない⁽⁶¹⁾。この点、国家賠償法1条1項の「公権力の行使」には不作為も含まれ、その不作為が違法で、それが職務を行うについてのものであり公務員の故意・過失が認められれば国は責任を負わなければならない⁽⁶²⁾。また、立法における不作為も当然に「公権力の行使」に含まれる。

最高裁判所は、この点を在外日本人選挙権訴訟（2005年）において「国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法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、当該立法の内容又は立法不作為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又は立法不作為が、日本国憲法の規定に違反するものであるとしても、直ちに違法の評価を受けるものではない」と述べる。しかし、「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」との判断を下している⁽⁶³⁾。

立法不作為における判断枠組みを念頭に、ハンセン病問題基本法に菊池事件国家賠償訴訟（2020年）を引き付け、再審請求を行わないという不作為の義務違反を追求する規定が無いことを論究する枠組みを模索するならば、先ず、裁判における手続（特別法廷）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となったこと（違法の明白性）を強調することができる。そして、その違法なる取り扱いが憲法13条の権利を侵害する14条に違反する不合理な差別であったこと（違憲の明白性）が指摘できる。

確かに、在外日本人選挙権訴訟（2005年）が述べたように、違憲が直ちに国賠法の違法となるものではないということ是可以する。しかし、違憲が明白ならば、国賠法上の違法と認定することができるということもハンセン病国家賠償訴訟（熊本地裁、2001年）において判示された法理である。これにしたがえば、国家が生み出したハンセン病に対する不合理な差別の違憲性が明白であれば、その違法性も明白となる。また、ハンセン病に対

する不合理な偏見を踏まえれば、その偏見により差別的な裁判を受けざるを得なかった国民に対し、本来、憲法によって保障されるべき実質的な公平性が担保された法廷において裁かれる機会を確保するためには所要の救済措置を執ることが必要不可欠となる。その救済手段として偏見を克服した再審が必要不可欠となることは明白である。それにもかかわらず、正当な理由なく長期にわたってこれを怠ることは国賠法上の違法となり、それを追求する立法を怠ることも許されない。

もっとも正当な理由があれば不作為も容認されうる。しかし、国家的差別を受けた個人を救済しないことが憲法原理に適うという特段の事情が認められない限り、その不作為は著しく合理性を欠くものとなる。また、具体的な作為義務を定める規定が無かったとしても、手続の権限行使に裁量が存在するのであれば、その裁量に基づく作為義務が導かれるのであるから⁽⁶⁴⁾、裁量権者が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合（期間の要件）であると評価でき、憲法に禁じられた差別を見過ごさず、是正を怠らないという原理的価値に対する尊重擁護義務が十分に果たされていない違法なる不作為と解される。さらに言えば、憲法保障のための救済を檢察官に義務付けていない立法の不作為、ハンセン病における国民的再審請求を認めていない立法の不作為と論じるべき課題が多く残されていることが指摘できる。

4 憲法尊重擁護義務と国家的差別の是正義務

(1) 憲法尊重擁護義務

憲法は99条で、すべての公務員が憲法を尊重し擁護する義務を負うことを明文化している。憲法15条は、2項で「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」と定め、国家公務員法は、その96条で「すべて職員は、国民全体の奉仕者として、公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当つては、全力を挙げてこれに専念しなければならない

い」と、全体の奉仕者としての専念義務を明確に示している。そして、奉仕者である公務員は、憲法価値を尊重し擁護する上で必要となる措置を講じなければならない。もしも、人格的利益を奪い続ける差別があれば、その是正により、侵害状態（差別）を解消する職務に当たり、全力を挙げて個人の自由と平等の実現に専念しなければならないのである。

宣誓をしている公務員はもちろんであるが、憲法保障を具体化する司法審査に関わる公務員、すなわち、独立した権限を託された裁判官や検察官には一般公務員の職権を遥かに超える法的権能が保障されているわけであるから、その濫用を防ぐ憲法保障の要請も大きいものとなり、尊重擁護義務の拘束力もおのずと一般のものを超えて大きいものとなる。

憲法尊重擁護義務は各種公務員を位置づける各種の法律に具体化されており、法律上の専念義務は、違憲となった国家的差別を放置し続けることを決して許していない。差別の実態が明らかとなったにも関わらず形式を理由に実質的な救済を行わない不作為は違憲となる。違憲性が明白となった差別を是正するための憲法尊重擁護義務に基づき検討するならば、過去の法手続において、憲法に反する差別が確認された場合、しかも裁判所が、その違憲性を明言したのであれば、その違憲と判断された差別に基づく手続は無効となる⁽⁶⁵⁾。となれば、その手続自体が無効となるのであるから、その全体を構成する細部にわたる手続過程が是正対象となると考えられる。

違憲の効力について最高裁判所は個別的効力説を採用している⁽⁶⁶⁾。したがって、違憲判決が下され手続の無効が確認された場合、その効力は裁判の当事者間にのみ生じることとなる。つまり、違憲とされた法律自体が無効となるわけではなく、当該個人に適用された法手続が個別的に無効となる。違憲無効とすべき差別の実態が証明されたのであれば、その審理過程の差別的取り扱いを一つ一つ無効化せねばならず、差別的取り扱いの無効化が実現しないままに国家の違憲行為が放置されるのであれば、もはや、違憲判決の効力は無いに等しいものになってしまう。したがって、強

固な偏見に基づく差別の結果、適正な裁判を受ける機会を奪われた主権者の利益を救済するためには、差別的な審理における一つ一つを無効とし、その上で差別を取り除いた適正なる裁判を受ける機会を改めて保障しなければならず、特に、憲法保障の要である裁判という国家手続によって創設された空間で生み出された不合理な差別に対しては、国家機関は自ら、その差別を是正するための積極的な義務を負うことになる」と解される。この点で、報告書を証拠として採用した菊池事件国家賠償請求訴訟判決（熊本地判、2020年2月26日判時2476号44頁）は、ハンセン病患者に対する審理それ自体が偏見にまみれた不合理な取り扱い（予防衣・ゴム手袋・箸）による、憲法14条に違反する差別が存在していた事実に注目し、憲法31条の違反（適正な審理が行われていなかった疑い）についても言及している。

熊本地裁は「これらの事実に係る弁護人の訴訟活動や裁判所の訴訟指揮を含む審理の違法性の問題は、刑事事件全体の証拠構造のほか、検察官及び弁護人の争い方を含む事実認定の問題と密接に関わるものであるから、……刑事事件の証拠の全部を取り調べていない本件においては、直ちに……」断定はできないと述べ、その審理の検証をし直さなければ、差別の是正が難しいことを示唆している。これは、すなわち、検察官による再審請求という具体的な手続が示唆されているのである。裁判所が判決したように、裁判過程に差別が存在した判決は、その差別を是正した裁判を行うことでしか救済できないのである。司法過程における国家が創設した不合理な差別を是正し得る具体的な権限を有し、かつ、公益の代表者として国民の権利を救済するために、国家的差別を是正し得る存在は唯一検察官だけなのである。

（2）司法的権限を有する独立機関検察の責任

司法的権限を有する独立機関である検察は、裁判官と同様に憲法価値を積極的に実現する職務上の責任を負っている。検察庁は、いかなる状況においても検察官が目指すべき方向を見失うことがないように、「検察の理

念」を掲げている⁽⁶⁷⁾。ここに掲げられた命題は、憲法31条の適正手続を実質的に保障する公益の代表者としての使命を具体化するもので、検事総長の「検察の使命は、厳正公平・不偏不党を旨として、基本的人権を尊重しつつ、刑事事件の事実の真相を明らかとし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することにあります。」との言葉に明瞭に示されている⁽⁶⁸⁾。したがって、憲法保障を実現する上で欠かせない適正手続を保障する場合に、その直接の担当者となる裁判官と検察官については、憲法価値の実現に向けた努力義務は、一般の公務員の尊重擁護義務をはるかに超えたより強力な義務として機能するものと考えられる。

検察に対しては、ことさらに憲法尊重擁護義務を持ち出すまでもなく、公益の代表者としての極めて重大な責務を負っていることは明白である。その責務は、なにも再審請求という手続に限られるものではなく、個人の基本的人権の保障を全うすることなのであり、人権相互の矛盾ないし衝突を調整する公平の原理を実質的に運用し、憲法価値を実現し維持することなのである。そして、その使命を果たすために事案の真相を明らかとし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することなのである。この重大な役割を担っている唯一の存在が検察官なのである。そして、この重責を理解しているからこそ、検察は常に公正誠実に熱意を持って職務に取り組んでいるのである。すなわち、憲法上の義務を強調するまでもなく、その法律上の義務は明瞭なのである。

憲法保障を担う制度という重責を深く自覚する検察官が刑罰権を適正に行行使するためには、事案の真相解明が不可欠となる。この真相究明には様々な困難を伴うが、いかなる困難に直面しようとも、安易に妥協したり屈したりすることのないよう、あくまで真実を希求し、知力を尽くして真相解明に当たらなければならない。そして、検察官は、常に内省しつつ経験から学び行動し、自由闊達な議論と相互支援を可能とする活力ある組織のもとで、憲法保障に努めているのである。さらに、多様な事象とその変化にも対応し得る幅広い知識や教養を身に着けるよう研鑽を積む責務を

負っている。国民全体の奉仕者として、厳正公正、不偏不党を旨として、公正誠実に職務を行う法的義務を負っているのである。

(3) 実践社会科学としての憲法解釈と検察による再審請求

最高裁判所は、いわゆる「白鳥決定」(1975年)において⁽⁶⁹⁾、刑事訴訟法の「同法四三五条六号にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いを抱かせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、その確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判における鉄則が適用されるものと解すべきである」と述べ、その事実認定につき合理的な疑いを生じさせるものとなれば、「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」となるとしている。

例えば、裁判の審理において、予防服や箸やゴム手袋を用いて証拠品に直接手を触れないようにする仕草など偏見を助長する態度がとられた場合、「当時のハンセン病に関する科学的知見に照らせば、この点も、本件被告人がハンセン病患者であることを理由として行われた合理性を欠く差別であり、14条1項に違反する」こととなる。さらに、偏見に満ちた検察官の態度は、当時の裁判官(当時の裁判官は目の差別が憲法に違反すると直感できないほどに偏見にまみれていた)に、手が触れるだけで感染してしまう病気の恐怖をより強力に抱かせ、人では無い、「何か」と映るよう予断偏見を抱かせたおそれが生じていた。よって、当時の審理における偏見に基づく差別的な取り扱いを差別してはならぬ者を差別し、その差別を認識できなかったという事実の誤認があり、判決における事実認定につき合理的

な疑いを生じさせる「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」といえる。しかも、ハンセン病に対する偏見と差別の実態解明は最先端の人権論が確立した今日だからこそ可能となったのであり、学術的な蓄積によって実現した成果といえる。これは、例えば、数十年までは当然と理解とされていた勤勉なる社会人モデルや貞淑なる妻のモデルに対し、ハラスメントやDVといった新たな法的尺度を誕生させてきた現代の人権論が、構造的差別に基づく権利の侵害を法的に捉えることを可能としたことに同じなのである。つまり、実践社会科学としての憲法論は現代的な課題にも対応し得る新たな法的尺度を提示する知的実践となるのである。

(4) 公益の代表者の責務

実践的な憲法解釈を掘り下げるならば、再審請求すべき明確な証拠が発見されたにもかかわらず、その原因の温床となる偏見を保持していた検察官が、自浄能力を行使するための再審を行わないことは憲法尊重擁護義務を有する者としての職務を放棄することであると言える。そもそも、検察官に与えられた独立の裁量権は、国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務すべき責務に基づくもので、日本国憲法の価値を遵守し、不偏不党かつ公正に職務の遂行に当たるために国民によって信託されたものである。したがって、再審請求をなし得る事実がありながら、その裁量によって再審を行わないと決定することは、是正すべき差別の実態を知りながら、その是正を検察官が放棄することに等しいと言わなければならない。公益の代表者の義務を追求する実践が求められる。

最高裁判決は在外国民選挙訴訟（2005年）において、「……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」、「……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「……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、……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」、例外的にその不作為が国家賠償法1条1項の規定の適用上違

法の評価を受けるというべきであると判決している⁽⁷⁰⁾。さらに、最高裁は、女性再婚禁止期間規定判決（最大判平成27年12月16日判決民集69巻8号2427頁）において、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、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ことがあるというべきである」と述べ、正当な理由のない不作為は職務上の義務に違反したものとして国賠法上違法の評価を受けることを判決している。実践的な憲法解釈に引き付けるなら、再審請求すべき明確な証拠が発見されたにもかかわらず、正当な理由もなく再審を行わないことは、憲法尊重擁護義務を有する者の職務上の義務（憲法価値の実現のための差別是正措置による救済）を放棄したことになると言え、その義務を追求する法文がないからといって国家の責務が免責されることはないのである。

（6）再審請求によって確保される公平な裁判を受ける機会

憲法37条は「公平な裁判」を等しく保障することを掲げている。そのためには、中立的な裁判空間を維持することが求められる。そのため、検察が証拠を示す場合には、裁判官に予断を抱かせる提示の仕方が禁じられている。それは、例えば、裁判官が予断を抱くおそれのある書類等を起訴状に引用したり、添付したりすることなのである。この点で、現代における表現の自由論において、憲法21条が保障する表現の範囲が、単純なる言葉や文書に限定されるものではなく、意思を表す態度によって意見を伝える表現（シンボリック・スピーチ）をも含むものであることは広く理解されるに至っている。すなわち、差別的な言葉を使わなくても、予防服やゴム手袋や箸を使ってあたかもばい菌を扱うかのごとき態度を示すことは、単

に14条に違反する差別を構成するだけでなく、ハンセン病に対する偏見がはびこる当時においては、その人の人格をも含めて忌諱すべき存在であるとの予断を抱かせるだけの表現態度であったと言える。したがって、刑事訴訟法256条6項の観点からも、検察は自らの自浄権限に基づき再審請求をなす責務を持つものであると考える。

憲法価値を侵犯する国家作用から憲法を保障する具体的な制裁を予定していない日本国憲法は、憲法99条に基づく尊重擁護義務を最高法規として掲げている。義務の重さとその拘束力を強調することで、憲法価値の保障を導く法制度なのである。そして、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」（憲法97条）。国民は不断の努力をもって憲法保障を要求する。そして、その国民の声に対して、公益の代表者たる検察官は耳を傾け、適正手続の実現に向け務める義務を負うものである。

以上、実践社会科学としての憲法論を試みた。抽象的な憲法価値の解釈を通じ、憲法自身の掲げる自由と平等の実現と尊重擁護義務という目的が、実際には実現していないという不一致を確認することができた。この不一致に対し、現在、検察は、最高裁による開廷場所の指定に裁判所法69条2項に反する違法があったとしても、指定された場所で行われた訴訟手続それ自体が直ちに違法であったとは認められないことから、非常上告の理由がなく、非常上告は行わないとの判断に至ったと説明している。つまり、再審請求を行わないことを合法であると主張しているのであるが、その背景には、実際は差別の是正を怠っているとの疑念を抱かせないように働く支配的な思考傾向が影響しているといえるのではないだろうか。そこには、形式的に手続を遂行し合法と呼べるのであれば、国家が実質的な差別を生み出したとしても合法と呼べるのであり、その差別に対する是正義務までも国家が負う必要はない、という「封建的警察国家的な制度並び

論 説

に理論の残滓」とでも呼ぶべき⁽⁷¹⁾、国家無答責の論理の存在が大きく影響していたといえるのではないだろうか⁽⁷²⁾。実践社会科学としての憲法解釈はまだ始まったばかりで、その任務の可能性を模索している段階である。今後、具体的な裁判の中で尊重擁護義務が議論されることにより、実証と反証を重ね、法理へと進むのである。そして、それが、新時代の人権侵害に対応し得る新たな法的尺度を提示する知的実践となるのである⁽⁷³⁾。

おわりに

憲法価値の実現を目指す憲法の要請と実際生活との隔たりは複雑で難解である。この隔たりは実践的な憲法解釈によって充填されていくべきなのである。この充填を目指す、実践社会科学としての憲法解釈論が憲法に記された言葉の意味を理解するという仕事を越えた任務を背負っていることは極めて明瞭である⁽⁷⁴⁾。

この実践的な憲法解釈は、憲法価値の実現を目指すという大前提を掲げているため、常に、「目的論的解釈」となる。そして、それは単なる目的のための理論ではなく、個人の社会生活の実践と深く結びついている。この意味では憲法を個人の身の生活と不可分のものと位置づけて解釈する必要があり、同時に、憲法が掲げる価値を人々が歴史の中で、どのようにして形成したのか、歴史と結びつけて解釈する必要があり、さらに、憲法自身が内包する政治的イデオロギー性も現実・歴史的に解釈する必要があるのである。

もっとも、実践社会科学としての憲法解釈は、憲法自体に現実・歴史・政治的性質が備わっているが故に激しい対立を生み出す可能性を抱えてはいる。しかし、「闘う民主制」の立場に立たない憲法保障の実践は、究極的には、憲法価値に対する政治判断を各主権者の世界観や人生観といった「思想及び良心の自由」に委ねている⁽⁷⁵⁾。そして、実践社会科学としての憲法論においても、解釈者が思想的にいかなる立場から憲法を解釈し、い

かなる実践を試みているのかは、結局、解釈者の「良心」に委ねられていることとなる（単なる「良心」というよりも「裁判官の良心」に近い「良心」と考える。）。しかしながら、それでもなお、実践社会科学という研究手法においては、それを実践する解釈者がいかなる立場に立とうと、日本国憲法に掲げられている政治的価値、すなわち、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義といった、個人の自由と平等の実現という価値観を尊重し擁護するという共同の利益、いわば、共同社会における「共通善」とでも呼ぶべき大前提に立脚している点だけは十分に理解され共感の礎になるものであると考える。この憲法尊重擁護義務という一点さえ確認されれば、実践社会科学としての憲法解釈論は必ず国民のものとして生かされるのである。

注

- (1) 日本における「憲法」という言葉は多義的で、古くは聖徳太子の「十七条の憲法」がよく知られるが、江戸期には幕府法令を編集した「憲法部類」、明治初期には「憲法類編」といった用例がある。これらは、「のり」、「おきて」といった法令一般を指す広い概念として用いられていたが、明治維新以降、英語のconstitution、constitutional law、仏語のconstitution、droit constitutionnel、独語のVerfassung、Verfassungsrechtなどの訳語として「国憲」や「憲法」の語が当てられ、一般化した。原語のconstitutionやVerfassungは元々「つくる」「構成する」という動詞が名詞化したもので、「憲法」の語を法規範に引き付けて用いる場合には法規範を創造し構築するための基礎的な規範構造を意味するものとして解されてきた。
- (2) 尾高朝雄「法の解釈」日本法哲学会編『法哲学年報法の解釈』（有斐閣、1954年）1-2頁。
- (3) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）3頁。このことはしばしば、憲法は「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」であるという一言に集約される。尚、国家という語も多義的で社会現象の実態に着目する国家三要素説や法律関係における主体性に着目する国家法人説など捉え方により庇護者と映る場面もあれば侵害者と映る場合もある。また、多様な人間が共通の関心に従って人為的あるいは計画的に形成した結びつ

論 説

き（利益集団・アソシエーション）と、その基礎となる一定の地域に展開された生活共同体（コミュニティ）とに分類し、多元に存在する利害関心の共同感情に基礎を置く共同社会の一つとして国家・政府を捉えるマッキーバーの多元国家論がある。そして、多くの共同社会と国家とを明確に区別することで、社会と国家を同一視する一元的絶対的国家論を否定し、とくに国家主権の絶対性・至高性・不可分性を否定することで、多元的な主権者が組織する共同社会と、そこに生きる個人の自由を強調することで、「国家からの自由」を強調することを可能とする多元的国家観がある。

- (4) 尾高朝雄・久留都茂子補訂『法学概論第三版』（有斐閣、1984年）8-9頁。
- (5) 憲法解釈における一定の法則性を掲げる憲法それ自体に一定の「政治権力」が備わるという点に注意が必要となる。また、本稿で「政治的」の語を用いる際には、権力や政策、支配や自治、自由や強制など人間社会の現象、主に国家の権力作用を念頭に、広く、社会秩序の形成における意思決定への参画と、その決定に対するある種の服従を正当化し得るほどの正統性、権威性を、そして、国家統治における意思決定を支配し得る原理的価値（個人の自由）を憲法に掲げて統治作用を拘束する決意を「政治的」決定と呼ぶこととする。
- (6) 鶴飼信成『憲法』（有斐閣、1956年）2-3頁、また復刻版となる鶴飼信成『憲法』（岩波書店、2022年）390頁の石川健治解説も参照。
- (7) 憲法は、この点を最高法規である第97条において、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」と宣言し、自由主義ないし民主主義的政治原理が、独裁主義や軍国主義、神権主義やファシズム等々に脅かされてきた経験と、それらの攻撃によく抵抗して今日に至っている、その趣旨を明文化している。法学協会『註解日本国憲法下第2版』（有斐閣、1954年）1463頁、宮沢俊儀・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）800頁。
- (8) 宮沢俊儀『憲法改訂第4版』（勁草書房、1985年）17頁。同『憲法の原理』（岩波書店、1967年）185以下参照。宮沢は「法の科学」を「現実の法をそのままに認識し、理解するための手段である」と位置付け、「法をより良くし、より正しくすることは問題とはせられぬ。現実の法——それが良いにせよ、悪いにせよ——を正確に認識することだけ」が「法の科学」の目的であると強調する。反対に、「法の解釈の技術」を「現実の法に対する行動的な働きかけの手段である」と位置付け、解釈の実践性を指摘し、常に当然に政治闘争的で

なければならないことを強調する。そして、そのいずれかが実効的に現実の法に働きかけるのであるが、「それはすべてその闘争におけるそれぞれの力の関係によってのみ決められうる」と、原理的価値の選択に基づく方向性（イデオロギー性）の存在を指摘する。そして、法解釈の実践に対する「法の科学」の在り方として、「イデオロギー的性格を持つ諸概念のイデオロギー的性格を指摘し、その現実との不一致を暴露すること」こそ、「科学」の任務であると論じている。

- (9) 碧海純一「現代法解釈学における客観性の問題」碧海純一編『講座現代法第15巻——現代法学の方法』（岩波書店、1966年）13頁。
- (10) 国家作用に潜む誤謬を見定めるとして、憲法解釈が用い得る尺度には限界がある。それは、人権相互の矛盾と衝突を調整する形式主義に陥らない公平原則に拠るものでなければならない。そして、この公平原則は憲法が掲げる個人主義、自由主義、機会の平等保障、民主的政治体制の維持といった政治原理に適う基準として機能しなければならないのである。これら、憲法に掲げられた価値を尊重し擁護するという共同の利益（これを便宜上「共通善」と呼ぶ）が97条に掲げられている。すなわち、憲法制定権力者としての側面を持つ主権者が立憲主義に基づき創出した共同社会における「共通善」とでも呼ぶべき大前提が個人の自由と平等の実現となるのである。そして、それを前提に自由と平等が最高法規たり得るのは「なぜか」を問う解釈の実践が、実践社会科学としての憲法論の課題であるといえるのである。ここでいう「なぜか」に対する手掛かりを示唆する文献に、大日方信春『ロールズの憲法哲学』（有信堂、2001年）がある。例えば、感染症対策における国家政策（ハンセン病患者に対する隔離政策）が、誰かの自由を犠牲にして他の誰かの自由を満たそうとするものだった場合、国家がこのように誰かの権利や利益を削減することは、いかにして正当化されるのであろうか、そこに正義はあるだろうか、この問いに対する解答を「正義 (the right)」の概念は個人の価値基準に重心をおく「よい生活」とも呼べる「善 (the good)」の概念に優先するとしたロールズの平等観に見ることができるのである。
- (11) 棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法律時報90巻9号1頁参照。「人権の死角」に対して、いかなる実践があり得るのか、筆者は「意見書」という取り組みに、その可能性を見ている。
- (12) 熊本地裁判決平成13年5月11日、佐藤修一郎「立法不作に対する違憲訴訟(2)」長谷部恭男他『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』416頁、高嶋秀弘「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」甲斐克則他『医事法判例百選（第2判）』24頁、

論 説

青井美帆「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」信州大学経済学論集54号153頁。

- (13) 熊本地裁判決令和元年6月28日判決、内田博文「ハンセン病家族訴訟判決を受けて私たちは今」『部落解放787号』（解放出版、2020年）100頁。
- (14) 熊本地裁判決令和2年2月26日、徳田靖之「『国民的再審請求権』実現を求めて—菊池事件国賠訴訟(上) 菊池事件とは何か、私たちは何を求めたか—」『部落解放790号』（解放出版、2020年）86頁。詳しくは、拙著「ハンセン病問題と憲法尊重擁護義務」法律時報第92巻第11号（2020年）78～83頁を参照。
- (15) 「無らい県運動」のもと官民が一体となって未収容のハンセン病患者を一掃するために、患者を発見・通報し地域や学校から排除する仕組みを確立させていった。無らい県運動研究会編『ハンセン病絶対隔離政策と日本社会—無らい県運動の研究—』（六花出版、2014年）参照。
- (16) 昭和28年法律第214号。
- (17) 平成8年法律第28号、1996年の「らい予防法の廃止に関する法律」。
- (18) ハンセン病・国家賠償請求訴訟を支援する会編『ハンセン病問題これまでとこれから』（日本評論社、2002年）参照。
- (19) 全国ハンセン氏病患者協議会『全患協運動史—ハンセン氏病患者の闘いの記録—』（一光社、1977年）参照。
- (20) 実践社会科学としての憲法論の可能性を論じる学術的視座の一つとして、憲法学的エスノメソロジーがある。人権侵害に対する裁判事例（事実採取）を集積することで導くことのできる法則性とその構造を解き明かす可能性を秘めた新たな手法といえる。ハロルド・ガーフィンケル他、山田富秋、好井裕明、山崎敬一編訳『エスノメソロジー —— 社会学的思考の解体』（せりか書房、1987年）207頁。
- (21) 例えば、抽象的かつ一般的な注意義務違反を理由に国及び公共団体の賠償責任を認めた事例に福岡地裁平成元年4月18日判決、判例時報1313号17頁があるが、国家機関が生み出す差別を違憲であると論じることが容易ではない。なぜなら、過去判例の集積から導き出される法則性にしがえば、過去、違憲との判断がくだされていない差別は行政や立法の裁量の範囲と解されているからである。また、教科書通りであれば、裁量の範囲を逸脱する明白な違憲性が明らかとされない限りは、学術的に違憲と主張したとしても、被害者の感情を代弁する言説に過ぎないと判定されることが支配的な理解となるからである。
- (22) 例えば、最大判平成20年6月4日判決民集62巻6号1367頁において、最高

裁は国籍法準正子国籍付与規定について、憲法14条1項に違反するとの結論を導き出している。最大判平成25年9月4日判決民集67巻6号1320頁において、最高裁は旧民法900条の法定相続分差別規定が憲法14条1項に違反するとの判断を下し、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁において離婚した女性の再婚を6カ月間禁止する民法733条1項のうち100日を超えて再婚を禁止する部分は憲法14条1項に違反するとの判断を下している。近年の最高裁の動向を端的に捉えるなら、憲法14条に違反する差別を見定める審査の枠組みが厳密化されているといえる。

- (23) 阿部照哉「第8講人権総論」『現代憲法講座下』（日本評論社、1985年）107頁。
- (24) 最大判昭和39年5月27日判決民集18巻4号676頁
- (25) 佐藤幸治『憲法 第3版』（青林書院、1995年）398頁。
- (26) 前掲・芦部『憲法』86-87頁。
- (27) 最小判昭和53年9月7日判決刑集32巻6号1672頁。
- (28) 憲法31条から39条にかけて列挙された手続的権利は、実体的権利の保障を目的とする手段的な価値を有するものである。これは、実体的権利のための単なる手続という意味ではなく、手続自体に価値があるという理解を意味する。それゆえの法内容と法適用の実質的な適正が求められるのである。渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I』（日本評論社、2016年）282以下、なお本条は「英米法のいわゆる適正手続（due process of Law）の原則を定めた規定」である。佐藤功『憲法』（有斐閣、1955年）204頁、そこで、アメリカの修正14条（due process of Law）の解釈を踏まえて、実質的な権利保障を目的とした手続の解釈を行う。
- (29) 手島孝監修・安藤高行編『憲法新教科書』（法律文化社、2007年）112頁、「適正手続」の「適正」性は主権者と国家権力の関係を前提に理解すべきで、国家とは、諸個人に「平等な配慮と尊重」を配分するためにほかならぬ諸個人により作られた装置であるという理解のもと、個人に対する「平等な配慮と尊重」が貫徹されているのかを基準に実施的に評価すべきであるといえる。
- (30) 最大判平成20年6月4日判決民集62巻6号1367頁。
- (31) 長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）20頁。
- (32) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第5版』（有斐閣、2012年）32頁。
- (33) 明治40年法律第11号。
- (34) 昭和6年法律第58号。
- (35) ハンセン病絶対隔離政策を徹底するために内務省が提唱した「無らい県運

論 説

動」のもと、官民が一体となって、未取用のハンセン病患者を一掃するために患者を発見し、通報し、地域や学校から排除する仕組みを確立させていたのである。この点につき、無らい県運動研究会編『ハンセン病絶対隔離政策と日本社会—無らい県運動の研究—』（六花出版、2014年）参照。

- (36) 最高裁判所事務総局『ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告書』（最高裁判所、2016年）48頁。
- (37) 最二小判平成元年11月24日判決民集43巻10号1169頁、最二小判平成7年6月23日判決民集49巻6号1600頁、最三小判平成16年4月27日判決民集58巻4号1032頁等参照。
- (38) 君塚正臣「立法の不作为の合憲性を争う訴訟について—在宅投票制度違憲訴訟の再考」横浜国際社会科学研究所 21巻第6号21頁。
- (39) 最大判平成17年9月14日判決民集第59巻7号2087頁
- (40) 東京地裁昭和53年8月3日判決、判例時報899号48頁、横山匡輝「権限の不行使と国家賠償法上の違法」西村宏一他編『国家補償法大系2 国家賠償法の課題』（日本評論社、1987年）145頁。
- (41) 東京高裁平成20年2月20日判決、判タ1301号201頁。
- (42) 公権力により受けることになる利益が反射的にもたらされる事実上の利益（反射的利益）である場合について、室井力他編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法第2判』（日本評論社、2006年）539頁以下参照。
- (43) 刑事再審手続の最前線につき、豊崎七絵「再審請求権の本質」法律時報92巻1号75頁、水谷規男「再審請求と検察官」法律時報92巻1号87頁参照。
- (44) 憲法違反の事実の存在を以て、刑事訴訟法における再審開始事由と論じる立場に、内田博文「菊池事件と憲法的再審について」神戸学院法学43巻1号2013年1頁や、大場史郎「再審法改正の理由」九州再審弁護団連絡会『緊急提言！刑事再審法改正と国会の責任』（日本評論社、2017年）258頁などがある。
- (45) 前掲・佐藤『憲法』44頁以下、憲法保障は、具体的には適正手続の問題に通じる。また、行政における適正手続の要求は、従来31条の解釈として導かれることが多かったが、これを基本的に13条の問題だと再構成した佐藤説は今日の有力説となっている。
- (46) 和田英夫「憲法の保障」公法27号7頁。
- (47) 憲法第98条は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と定め、憲法侵犯を認めないことを大前提としている。
- (48) 前掲・芦部『憲法』386頁。

- (49) 最三小判昭和25年4月11日判決民集第3号225頁参照。例えば、大審院が下した国家無答責判決に、官吏の職務執行につき故意または過失によって損害が生じたとしても賠償における官吏無答責の原則を判決した大審院明治39年5月14日の判決がある。
- (50) 前掲・芦部『憲法』390頁。
- (51) 安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）359頁。
- (52) 伊藤正己『憲法 第3版』（弘文堂、1995年）614頁。
- (53) 宮沢俊儀『法律学における学説』（有斐閣、1968年）153頁。宮沢は尾高朝雄が書いた「ほととぎすの卵」の寓話を用いて、多数決が用いようによっては、民主主義そのものの根底を破壊するような結果に陥る「民主政治の落とし穴」への警鐘を踏まえ、ナチの合法戦術に対抗するたたかいを継続する必要性を論じる。しかし、それは、ドイツのような罰則によるものではなく、どこまでも、「人権によってたたかわなければならない」と論じる。
- (54) もっとも、予定された厳格な眼差しが国民社会の中で本当の意味で醸成されて来たのかという疑問は残る。この点につき、境家史郎『憲法と世論』（筑摩書房、2017年）参照。
- (55) 小林直樹『憲法講義 改訂版 下』（東京大学出版会、1976年）881頁。
- (56) 小林直樹「憲法秩序の保障と均衡」公法27号48頁。
- (57) 東京地判昭和33年7月31日判決・行集9巻7号1515頁。
- (58) 「義務を負わされている者の倫理観や道義観」を法的に捉えるならば、例えば、76条3項が裁判官の「良心」を個人の主観的な良心ではなく、客観的な「良心」とされ、その「良心」を持つ裁判官は憲法と法律に拘束されるのであるから、善悪の判断基準となる「良心」を構成するその価値基準は憲法原理に照らすことで評価が可能となり得る要素を多分に含む価値基準であると考えられる。芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店、2019年）368頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第4版』（有斐閣、2017年）423頁。
- (59) 南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリスト1400号11-18頁。
- (60) 憲法が現実政治を規律し、整序する力—規整力—は憲法典のテキストや判例だけを見てもわからない。しかし、長期的に見た場合、「規整力」は確かに存在している。それを法的効果と呼ぶのかは別として、憲法価値を実現する効果的な司法手段は常に模索されている。石村修『憲法の保障』（尚学社、1987年）参照。同「憲法尊重擁護義務と最高権力者の言葉」法律時報89巻5号45頁、憲法尊重擁護義務に備わる何かしらかの効果を論じようと試みた意

論 説

欲的な挑戦に、大芝理穂「憲法尊重擁護義務を基軸とした立憲民主政治の構築理論」龍谷大学大学院法学研究 21号（2019年）1頁がある。

- (61) 室井力、芝池義一、浜川清偏著『行政事件訴訟法・国家賠償法第2版』（日本評論社、2006年）535頁。
- (62) 行政指導の不作为が国賠法上の違法となり得ることを指摘した裁判例として、熊本水俣病第3次第1陣訴訟（熊本地判昭和62年3月30日判決、判時1235号3頁）が著名である。
- (63) 最大判平成17年9月14日判決民集59巻7号2087頁。
- (64) 最大判昭和46年11月30日判決民集25巻8号1389頁。
- (65) 優越的地位に位置する憲法上の権利（精神的自由である19. 20. 21条、人格生存に係る13条、そして、それらの自由に対する差別的侵害の禁止14条）の侵害が明白な場合、それらの国家作用は違憲無効とされるべきである。しかし、実際は直ちに違憲無効となるわけではない。いわゆる事情判決の法理である。この法廷における現実と憲法価値との不一致も実践社会科学としての憲法学が考察すべき課題といえる。今後の課題としたい。事情判決の法理については、君塚正臣「事情判決の法理——議員定数不均衡問題の解決に向けて（2）」横浜法学25巻第2号（2016年）1-44頁を参照。
- (66) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）336頁。
- (67) 検察庁「検察の理念」<https://www.kensatsu.go.jp/content/001320631.pdf>（最終アクセス、2023年1月11日）参照。
- (68) 検察庁「検事総長の紹介」<https://www.kensatsu.go.jp/kenjisouchou/index.htm>（最終アクセス、2023年1月11日）参照。
- (69) 最一小判昭和50年5月20日判決刑集29巻5号177頁。
- (70) 最一小判昭和60年11月21日判決民集39巻7号1512頁。
- (71) 田中二郎「行政上の損害賠償責任について（二完）——判例を中心とする研究の追補——」国家学会雑誌60巻5号308頁。
- (72) 国家無答責の原則は大日本帝国憲法下の理論である。例えば、軍の火薬庫が爆発し近隣住民に多くの被害を与えた事例において、大審院は、火薬の製造が「軍事的行為ノ一部」であることから「公共ノ利益」の為にすることは「公法上ノ行為」として、例え、国家が個人に損害を与えたとしても、国は特別の規定がない限り私法上の責任（損害賠償）を負うことはないと判決（大審院明治43年3月2日判決）しているし、裁判官が故意に間違った判決を下したとしても、「法令に特別の明文無き以上は」訴求の道はないと判じしている。つまり、全くの無答責とする判決を下している。東京地方裁判所大正5

年1月10日判決。この論理に潜む暴力性は明白である。

- (73) 実践的社会科学としての憲法論の可能性を模索するなか、本稿は憲法が掲げる理想と乖離した現実（立法作用・行政作用）を批判的に評価することに注力した。この取り組みは、実は、最高法規である憲法の第99条憲法尊重擁護義務の規範力をより高める解釈をいかにして導き出すのかという課題と連動していた。例えば、憲法73条1号は「法律を誠実に執行し」と定めている。官沢は全訂日本国憲法で「『誠実に』とは、当然のことをいっただけで、特段の法律の意味はない。しいていえば、単に法律の文字を形式的に執行するにとどまらず、さらにその精神に、あるいはその目的に即して、忠実にこれを執行すべきであることを意味する、というべきであろう（しかし、それは、いわなくても当然のことである）。」と解説する。つまり、国家に課せられた憲法価値の尊重と擁護は、当然なのである。憲法に違反するかのごとき由々しき事態は見過ごされるはずもなく、憲法価値を実現するために行政が務めることは、法律による物理的な強制力を用いてまで強いらなければ実現しないほどに困難な課題なのでは全くなく当然なのである。憲法の規範力とその拘束力は論じるまでもなく当然なのである。この憲法原理と現実の不一致を暴き不一致に違和感を抱かせないように働く行政実態に異議を唱える実践に、実践社会としての憲法論の可能性が示されているのではないだろうか。
- (74) 尾高朝雄・久留都茂子補訂『法学概論第三版』（有斐閣、1984年）280頁。
- (75) 小林直樹『憲法を読む』（岩波書店、1966年）8頁。