

琉球大学学術リポジトリ

法律による差別という被害：

「らい予防法」違憲国家賠償請求事件をてがかりにして

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1789

法律による差別という被害

——「らい予防法」違憲国家賠償請求事件をてがかりにして——

森川恭剛

目次

- 一 はじめに
- 二 絶対的な差別の体制
 - (一) 療養所隔離の医学的根拠？
 - (二) 試論の提出
- 三 療養所隔離の絶対性
 - (一) 絶対性の二つの意味
 - (二) 「らい予防法」の入所基準
 - (三) 「らい予防法」に退所規定がないこと
- 四 熊本地裁判決の損害論
- 五 結びに代えて（訴訟の意義）

一 はじめに

一 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件に対する熊本地裁平成一三年五月一日判決は「らい予防法」(昭和二八年法律第二一四号・平成八年四月一日廃止)をその形式と効果において断罪しており、同判決が確定した意義は大きい。しかし判決(以下単に判決と表記するのは右の熊本地判、本件と表記するのは右請求事件のことである)の概要を伝える同日の沖繩タイムスタ刊は、三人の沖繩の原告について、一九七二年の本土復帰前の被害が賠償対象とされていないことを問題視している。

復婦が基準となるのは理解できない、本土と実態は変わらない、被害は同じである、と沖繩の原告は述べている。本稿はこの同じ被害は何であるかを考えるものである。

二 判決は、「戦後、本土復帰前の沖繩について」、一節を割いて判断を示している。それは簡潔な内容であった。まず、「米国統治下にあった沖繩では、形式的には旧法が存続し、隔離政策が継続されたが、昭和三六年八月二六日、ハンセン氏病予防法が公布施行された」。「旧法」とあるのは、昭和六年法律第五八号により「癩予防に関する件」(明治四〇年法律第一一号)を改正した「癩予防法」のことである(以下本稿でも同法を「旧法」と表記)。次に、琉球政府が制定した「ハンセン氏病予防法」には、「退所又は退院(七条)及び在宅治療制度(八条)の規定が設けられた」。最後に、結論として、「本土復帰前の沖繩のハンセン病政策は、本土のハンセン病政策と異なる経過をたどってきたのであり、法制自体に共通するところが大きいとはいえず、隔離規定の運用状況や退所許可の実情等については、証拠上必ずしも明らかではなく、本土復帰前の沖繩における被害を、同時期の本土のそれと同視することができるというだけの立証が尽くされているとはいえない」と。

沖繩の原告の一人である親里廣さんは、一九五三年に宮古南静園に入所し、六四年に退所後、しばらく平良市で土木労務に就き、六〇年代後半から五年間、沖繩本島の米軍基地内で軍雇用員として働いている。その後再入所するが、軍雇用員としての最後の一年間は事務所の接待係としてコーヒーを沸かしたとされており、ハンセン病の後遺症に対する偏見をまったく示さず米兵たちがそのコーヒーを飲んだことを良き思い出として語っている（もともと親里さんが軍雇用員となったのは、平良市で就労中、その変形した手に不審を抱いた住民の抗議にあい辞めざるをえなかったからであるが）。¹ 沖繩の一九五三年は、布令一〇九号「土地収用令」が公布・施行され、武装米兵による暴力的な土地収収が始められた頃であり、六〇年には祖国復帰協議会が「布令布告の撤廃および日本の諸法の適用促進」「日の丸掲揚ならびに渡航の自由獲得」等の目的を掲げて結成されている。米軍の北ベトナム爆撃が六五年に開始され、その最大の軍事的拠点で、基地撤去や祖国復帰の大きな運動を展開し激動していたのが、その後数年間の沖繩であった。こうした沖繩戦後史の中でハンセン病政策がたどった経過とそこでの被害の実態を理解することは、熊本地裁にとって困難な作業であったと思われる。

こうして先送りされた問題は、退所規定と在宅治療規定を置かない「らい予防法」に基づく隔離政策のもとでの被害と比較して、両規定を置く「ハンセン氏病予防法」制定後の沖繩の被害は、軽減されているのか、あるいは「癩予防に関する件」から「旧法」を経て「らい予防法」へと引き継がれる日本の「らい予防法制」のもとでの隔離政策の本質を絶対隔離政策であると理解するならば、一九六一年以降の沖繩に絶対隔離政策による被害を特定することはできないのか、ということである。

(1) 一九九九年七月三日宮古南静園で森川聞き取り。親里さんは中学二年のときに発病した後、法律によって人生を台無

しにされたのだと述べていたが、自叙伝を書きたいとの考えから、「らい予防法」廃止後、九七年に宮古高校定時制に入り学した。二〇〇〇年三月に同校を卒業後、〇一年三月二十五日、判決を前に亡くなられた。

三 一九九八年七月に、国立療養所菊池恵楓園(熊本)と同星塚敬愛園(鹿児島)に入所する一三人が熊本地裁に提出した訴状は、この点をどのように理解していたか。日本の絶対隔離政策が国際的な批判に背を向けて継続されたのに対し、沖縄地域では「ハンセン氏病予防法」に基づき一九六二年よりWHO(国連世界保健機構)方式による外来治療が開始された、という対比がそこでは行われている。^①これは日本では絶対隔離政策による被害が継続するのに対して、外来治療開始後の沖縄の被害は軽減された、という意味であろうか。それは必ずしも明らかでないが、訴状が「旧法」及び「らい予防法」に基づく隔離政策によりもたらされた被害として掲げるのは、第一に「強制収容による人権侵害」(入所の強制、秘密の漏洩)、第二に「療養所内の人権侵害」(強制隔離、断種手術・堕胎の強制、劣悪な治療及び生活環境並びに強制労働、懲戒による人権侵害)、第三に「偏見・差別の助長、名誉毀損・侮辱、社会とのつながりの切断」であり、このうちより多く重視されているのは前二者である。この見方をすると、強制的に入所させられ、断種手術を受け、強制労働のために後遺症が重く、入所が長期にわたる原告の被害が圧倒的に大きくなる。これに対して入所期間が短い者の退所後の被害を考慮することは難しい。「ハンセン氏病予防法」の退所規定が被害を軽減させた、という評価をするのであろうか。

ところで被告は、民法七二四条後段(除斥期間)が本件訴訟に適用されると理解しており、概略、次の主張を繰り返していた。「遅くとも一九七八年(提訴のときから二〇年前)には開放政策への実質的な転換があり、隔離政策の根拠となっていた条文はただ形式的に残存していたにすぎない、外出や退所については弾力的な対応がされて

おり、療養所内での処遇も改善され、入所者は各自の意思で入所継続を選択していた、したがって数々の人権侵害の事実は過去のことであり、損害賠償の意味ある請求原因は見あたらない」と。^③これに対して効果的に反論をするため原告準備書面(二)は隔離政策による「差別・偏見の助長」の観点を重視して、「施設内であろうと、施設外であろうと、「隔離」状態は継続した」、原告らは「社会の中で平穩に生活する権利」を奪われた、という構成を選んだ。そして損害賠償の包括的、一律的請求の正当性を、原告らの被害の多様性・複合性(後に累積拡大性が付加される)と「社会内で平穩に生活する権利」を奪われたことにおける共通性によって説明することになった。^④最終弁論で徳田靖之弁護士は次のように意見陳述している。

原告らは、それぞれに四〇年あるいは五〇年更には六〇年余の長きにわたって沈黙を強いられました。苦痛と屈辱を、また悲嘆と絶望とを自らの身の奥深く刻み込み塗り込めて生き続けることを強いられてきました。

このように、「比類なく深く」「ひとりひとりの全人格、全人生にわたる」被害(八尋光秀弁護士による結審弁論)という意味で使われた用語が、「累積拡大する『社会内で平穩に生活する権利』の侵害」であり、これが原告らに「共通する最小限度の損害」であると最終的には把握されていた。結審のとき、四四八人の原告のうち四四・三％にあたる一九四人が退所経験を有しており、^⑤判決のとき、原告五八九人のうち三三七人が沖繩の原告であった。

しかし、被告は、「共通する最小限度の損害」を仮に認めるとしても、それは入所時期の最も遅い原告が「らい予防法」廃止時までの入所期間(と退所期間)において受けた被害と等質である、という趣旨の反論を行った。同時に、最小限度の「共通損害」の基準となるべきは沖繩地区であるとも主張した。^⑥なぜなら、「日本の「らい予防

法」に関係なく、沖縄では、一九六二年から、患者隔離政策は行われておらず、諸外国の如く、在宅治療制度が政策として約三五年実施されて来た」からであると。⁶⁾「約三五年」とある通り、本土復帰にともない「ハンセン氏病予防法」が廃止され、「らい予防法」が適用されたが、沖縄振興開発特別措置法五条二項、同施行令二条二項（別表第三の一三号）により、沖縄では例外的に退所・在宅治療制度が継続された。⁷⁾したがって沖縄では長らく「強制隔離」政策が行われておらず、「共通する最小限度の損害」が仮に存在するとしても、それをもたらしたのは「らい予防法」に基づく隔離政策ではないことになる。これが被告の主張であった。

退所経験を有する者が多く、また退所者も多く含まれる沖縄の原告における被害の軽減がないことを帰結した「共通する最小限度の損害」の論理（原告らの）が、絶対隔離政策による被害を全面否定する「最小限度の共通損害」の論理（被告の）に逆転する、その鍵とされたのが、「ハンセン氏病予防法」、正確には、それに基づく在宅治療制度であった。

そのため原告らの「ハンセン氏病予防法」に対する評価は、「らい予防法」に対する例外となるものではない、と修正された。判決が整理する原告らの主張は次の通りである。まず、「ハンセン氏病予防法」について、同法は「らい予防法」と「基本的構造をほぼ同じくするもの」であるが、後者にもない「公衆と接触の機会が多い場所への出入りを禁止する規定が設けられており（一〇条）、より人権制限的色彩が強い」と（同法一〇条は「ハンセン氏病を伝染させるおそれがあると認められた患者は、入所または入院するまでの間、公衆と接触の多い場所で規則の定める所へ出入りしてはならない」と定める）。次に、同法の退所・在宅予防措置の規定について、「退所及び在宅治療の対象を非伝染性患者に限定しているが、これは当時の医学的知見からかけ離れたものである」と。さらに同法が制定されたこと自体について、「沖縄においては、昭和二八年、ダウルが外来治療の実施を勧告し、昭和三三年一二月、琉球

列島米国民政府公衆衛生部長であったマーシャルが、ハンセン病だけの特別法が不要である旨述べて社会的反響を呼んでいた。また、昭和三五年のWHO第二回らい専門委員会報告では、特別法の廃止が提唱されていた。（改行）このような経緯があるにもかかわらず、特別法たるハンセン病予防法を制定して隔離政策を継続したことの過ちは決定的^①である、と。最後に、在宅予防措置についても、「ハンセン病予防協会という特別な診療所において、専門医もほとんどいないなか、投薬治療が行われていたにすぎず、入院が必要な患者には療養所にしか治療の場所がなかった。つまり、沖縄の在宅治療制度は、貧困な人的体制での一般保健医療から切り離された特別法に基づく例外的措置にすぎなかった」と。

これに対して判決は、解明すべきことを後に残して、いわば中間をとる。つまり、「ハンセン病予防法」を口実にして絶対隔離政策による被害を否定することはしないが、「ハンセン病予防法」があつたときの沖縄の被害は分らない。言い換えれば、復帰後の沖縄を「共通損害」の基準とすることはしないが、復帰前の沖縄のことは分らない。この論法の背後にあるのは、沖縄の本土復帰から間もなくの一九七五年頃からの原告らの被害は、在宅予防措置の規定の有無に関わらず（実態としては形式を備えるとみなして）、軽減されていたという認識である。これに対して、より重い（判決の考え方によれば）被害の時期については、「らい予防法」に基づく隔離政策のもとの被害の実態を認めたものの、「ハンセン病予防法」の「隔離規定の運用状況や退所許可の実情等」、要するに被害の実態は（形式を備えるときの実態は）不明であるとしたのである。本土復帰を基準に沖縄の原告の被害を切り捨てたことは熊本地裁においてはそれなりの理由があつたことになるが、沖縄の原告にとつては、有るもの（重い被害）が不明だとされた（取り扱いとしてはゼロであるが）のは納得がいくことではないであらう。

では、その被害は、どのように解明していけばよいか。それは最小限化することのない「共通する被害」でなけ

ればならない。

- (1) 「らい予防法」違憲国家賠償請求訴訟弁護団・原告団「ブリキの貨幣」(一九九八年)一九頁。一九九九年三月に東京地裁に提起された「らい予防法人権侵害謝罪・国家賠償請求訴訟」の訴状も同様の位置づけをしている(らい予防法人権侵害謝罪・国家賠償請求訴訟原告団「訴状」らい予防法人権侵害謝罪・国家賠償請求訴訟⑦、一九九九年、二九頁)。
- (2) 特に「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(三)九頁以下は外出制限について述べて開放政策への転換を主張している。また同被告準備書面(五)二〇九頁以下が「新法制定後の入所者の状況」を説明している。
- (3) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告準備書面(二)四頁、七頁、同頁以下。
- (4) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告意見陳述書(二〇〇一年一月二日)一一頁が指摘する。
- (5) 被告は、「共通損害は、「沖繩地区において、平成七年当時からハンセン病と認定された者が、平成八年の新法廃止までに受けた社会の中での被差別感、劣等感等の損害」と等質の損害」である、と主張していた(判決から引用)。
- (6) 犀川一夫「ハンセン病政策の変遷」(一九九九年、以下「政策の変遷」として引用)二四七―八頁。「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(五)二〇七頁、同被告結審弁論(その意見陳述書七―八頁)がこれを引用している。
- (7) 後述するとおり、誤解してならないのは、復帰後においても法制度の違いが残っていたのに、判決が冒頭で紹介したように「復帰前の沖繩の被害は不明であると述べた理由は、「ハンセン氏病予防法」に退所・在宅予防措置規定があったからではなく、「隔離規定の運用状況や退所許可の実情」について不明であったからである。
- (8) 「昭和五〇年以降においては、隔離による被害の著しい後退と処遇改善を考慮し、入所の有無及び期間によって、慰謝料額に差を設けないこととする」と判決は述べている。一九七五年以降は「慰謝料額に差」がない、という部分が本文の説明では重視されている。

四 本稿は沖縄の事情に即して沖縄の原告らの被害の実態を紹介することを目的とするものではないが（本稿の目的は「共通する被害」を見いだすことである）、「ハンセン氏病予防法」の意義については見解を述べておきたい。同法には六条に政府立療養所への入所規定、七条に退所規定、八条に在宅予防措置の規定がある。このうち六条は、「らい予防法」六条と同様の入所勧奨・命令・強制について定める隔離規定であり、したがって、「沖縄では、一九六二年から、患者隔離政策は行われていない」という評価は適当ではないであろう。沖縄愛楽園には、一九六一年に八九六人の入所者が現にいて、五九人が新しく入所している。その後の年次別の新しい入所者数は六二人、四人、四〇人、三七人、四一人と急速に減少傾向に転じた訳でもない^①。この点からすれば、「特別法たるハンセン氏病予防法を制定して隔離政策を継続したことの過ちは決定的」である、という原告らの指摘が傾聴に値する。もちろん、この「隔離規定の運用状況」の詳細は今後調査されなければならないのであるが。

しかし、沖縄では、「日本の「らい予防法」に関係なく、患者隔離政策は行われておらず、諸外国の如く、在宅治療制度が実施されて来た」という沖縄愛楽園名誉所長犀川一夫の評価は、沖縄では「らい予防法」に基づいて隔離政策は遂行されておらず、在宅治療制度が政策的に機能していた、という意味であれば、間違いとはいえないであろう。もちろん、原告らが指摘するとおり、十分に機能していたかどうかは疑問を残すのであるが、犀川医師は、一九七二年当時の「在宅治療の現況」、一九六二―七二年の「OPD（在宅治療所）における新患者発見率」、一九六二―七一年の「那覇スキנקリニックにおける受診率」、一九六二―八三年の「沖縄ハンセン病予防協会、那覇スキנקリニックでの新患者登録状況」、一九七二―八三年の「年度別新患者の治療動態」等の統計を紹介している^②。最初と最後の二つの統計は復帰後についてのものであるが、それぞれ、在宅治療患者が一、〇五二人であり、入所者八八八人を上回っていること、新発生患者の平均八三・八%が療養所に入所せず在宅治療を継続しているこ

とを示している。また二番目の統計は在宅治療が始まった一九六二年に七一人であった新発生患者が一九六七年には最高の一七三人に達したことを示しており、犀川医師によれば、「この五年間の増加は、この間に特に新発生があつたわけではなく、在宅治療制度が次第に社会に浸透して、頼の治療が隔離の場から在宅治療の場に拡がったため、在野の患者が隔離の不安から解放されて、自ら進んで新しい治療の場に出てきた結果」と、「OPDのCap finding program」が拡大され、早期発見に寄与したためである。犀川医師の考えでは、「家庭の人として、また学業や職業をもつ社会人として、ハンセン病の治療が在宅で受けられることは、病む人の人間性を重んじ、その回復をはかるうえで、欠かせないことである」。この在宅治療制度が、「ハンセン氏病予防法」八条に基づいて実施されたことの意義はやはり大きかつたであらう。

在宅治療制度が開始されたことは、しかし、療養所に入所せずハンセン病を治療する者でさえ被害を受けなくなることを必ずしも意味しなかつた。在宅治療制度を利用した経験が「ハンセン病回復者手記」として著されているが、執筆者らがハンセン病の発病やその病歴のために差別の枠組みの中にいわば放り込まれることを同制度が阻止し得なかつたことを知ることができる。差別の枠組みの象徴は、この場合、療養所であり、端的に言えば、ある地域から療養所へ隔離された者が、その地域に帰って来るのでなければ、その地域において隔離政策は目に見える形で続いているのである。沖縄のように地縁・血縁が強固な場所では特にそうである。したがって隔離政策による被害を軽減させていく一つの方法は、在宅予防措置の規定で在宅治療制度を機能させたような、退所規定の積極的な運用制度を構築することであると思われるのであり、その意味で、なぜ「ハンセン氏病予防法」に退所規定が置かれたのか、その理由を理解することが、同法と隔離政策による被害との関係を考える上で重要である。

本件被告準備書面(五)は、在宅治療制度の導入の理由について、「らい患者数に比較して、収容施設の規模が

小さく財政上も外来治療制度が必要であったこと」と「軽症者の割合が高かったこと」を上げている。^⑤ここには従前の隔離政策に対する反省は上げられていない。これをより多く自覚していたのは、先の原告らの評価からも分かるように、米国民政府であり、したがって沖繩が米国施政権下にあり、絶対隔離政策を反省していない日本のハンセン病医学界の影響を比較的受けにくく、同時にこれを廃止する国際的な趨勢に従いやすい環境にあったことが、同制度導入の大きな理由の一つであるということが出来る。この理由は退所規定についても妥当するであろう。

しかし、退所規定に関して重要視したいのは、むしろ右に引用されている理由である。一九四四年の沖繩の推定患者数は約一五〇〇人、一九六一年のそれは約二〇〇〇人であり、罹患率と患者数が減少傾向に転ずるのはそれぞれ一九六〇年代の終わりと一九七〇年代の初めである。^⑥施設規模をはるかに上回る人数の患者がいて、軽症者の割合が高いため、在宅治療制度を実施して、施設収容を回避することが出来る、ということが右の被告準備書面（五）の趣旨であるが、退所規定との関連では、もともと隔離の不必要であった軽症者がすでに入所定員を超過して入所している、という状況が考えられるのである。事実、そうであった。愛楽園の入所者数は一九五〇年から一九六一年までおよそ九〇〇人から九五〇人であり、その後、入所者数の減少がはじまる。しかし問題は、一九六一年の「ハンセン氏病予防法」の退所規定が積極的に退所を促進した結果、入所者数が減少傾向に転じたと言えるかであり、逆説的であるが、そうではなかったと考えられる。

同園のその頃の定員を確認することはできていないが、一九五二年には一七〇人の入所者の本土療養所への転園嘆願書が米国民政府と日本政府に宛てて出されており、その理由は「現在七五〇人の定員に九〇〇人収容しており」、^⑦「現在本園は超満員のために未収容患者の解決ができませんので」、と記されている。また一九五三年の日本政府に宛てた「沖繩愛楽園入園者の実情について」と題する嘆願書は、「復興の途なお遠しの琉球の現状では、到底らい

問題を解決する能力はない、と思われます」と前置きして、「本園の如き四五〇人の定員に九〇〇人を収容し、超満員の状態で、門前に入園を乞ふ同病者には、是非半座を分ち度いと思いつつも、止むなく入園を断らなくてはならぬ」から、「本園に一、二二〇〇人位を収容出来る病床が是非必要」であると述べている。⁸⁾ その後も、この状況は改善されておらず、一九五三年から一九五七年までに建設された九棟の独身棟は、各棟八つの大部屋があり、一部屋一四畳の定員を七人としたという(計五〇四人の定員となる)。⁹⁾

背景事情に言及すると、同園は、国頭愛楽園として一九三八年に設立されたとき、定床数二五〇床に対して入所者が三二一人であり(第一次大規模隔離収容)、すでに定員を超過していたが、次第に施設規模を拡張して入所者数も増加していく。一九四四年には旧日本軍による約四〇〇人に及ぶ患者の強制収容が行われたため、定床数四五〇床の二倍以上の九二三人が「療養」する場となった(第二次大規模隔離収容)。「入園者は「半座を分かち、半椀をさいて」これらの病友を迎えた」とされる。¹⁰⁾ そこへ米軍が空襲を行い、この空襲は同年一月一日から翌年四月二〇日まで断続的に続いた。これに先立ち、当時の早田皓園長が職員と患者に対し園内の丘陵地帯に二〇〇人収容可能な横穴式の避難壕を掘るように指示をしている。空襲が激しくなると同園長から患者に対し自由行動の許可が出されたため、園外に避難する患者と壕に入る患者に分かれたが、園内の建物の九〇%が破壊されたので、壕内の患者は、しばらくの間、その劣悪な状況下で過ごすことになった。そのため、その後一年間に多くの重傷患者が死亡する。¹¹⁾ 一九四六年四月に米軍政府の所管に移り、米軍物資の提供を受けて住居その他の施設の再建がはじまったが、「一九四八年に来訪したH・ウインザー・ウエイド博士によると、一九四七年二月まで入院患者は洞穴やあばらやに住んでいた」とのことである。¹²⁾ 沖縄群島政府の所管に移るのが一九五〇年であり、この間に米軍の隔離政策のもとで、離散患者の再入所、台湾や本土からの引き揚げ患者の入所等があり、愛楽園は再び約九〇〇人の「超

満員」状態となった（第三次大規模隔離収容）。一九六〇年頃から減少し始める入所者数は一九六八年に七〇三人となるが、本土復帰の前年に園長に着任した犀川医師の印象では、「愛楽園の病室は、あまりにも惨め」であり、「医療施設というよりも、隔離された人たちが生活をしているだけの場所」であり、「本土のハンセン病の施設に比較すると、施設整備、職員定数の点で格差がひどかった」のである¹⁴。

このような愛楽園の状況を前提にして、一九五一年には「プロミンによる初の退園者三三人」がいること、一九五〇年代半ば頃から一九六〇年代後半まで、毎年五〇人から八〇人程度の「軽快退園」と「自己退園」を数えていたこと、また一九五九年に入所者が「社会復帰婦友の会」を結成し、翌六〇年には職業補導として自動車運転講習と洋裁講習がはじまっていること等を考慮すると、一九六一年の退所規定は、その有無に関わらず入所者が退所（または逃走）していたことをただ追認しただけではなかったかと考えるのである。

一九六四年に那覇市に開設された後保護指導所（職業補導施設であり復帰後は厚生指導所と改称）は、その後五年間で約二七〇人の受講者の技術修得の場として利用されたが、「復帰後を境にして、国のらい療養所の入園者の処遇問題、医療の充実、施設の整備等の変化もあって療養所からの社会復帰は減少し、厚生指導所の活動は、復帰前に比してにぶり斜陽化している」とのことである¹⁵。愛楽園の入所者は一九六八年に七〇三人まで減少した後、一九八八年に六〇八人となるまで、この間を増減している。これは、退所規定の積極的な制度運用がついになされなかったことを示すであろう。したがって、「ハンセン氏病予防法」はやはり従来の隔離政策を継承したまま、それによる被害を軽減させるに足る十分な機能をはたし得なかったと考えられる。

(1) 沖縄愛楽園の入所者数等の統計については、沖縄愛楽園入園者自治会編「命ひたすら・療養五〇年史」（一九八九年）

四二八一—三二頁掲載の愛楽園患者動態表参照。以下同じ。

- (2) 順に、犀川「沖繩における癩管理の現状・第一報在宅治療について」(同「癩に関する論文集第二編(沖繩の癩)」所収、一九九〇年、初出は医療二七巻九号、一九七三年)一〇頁表1、一二頁表5、同表7、同「沖繩県のらいの現状と今後の展望」(「同書」所収、初出は日本医事新報三〇九五号、一九八五年)一四八頁表4、同表6。

- (3) 犀川「ハンセン病医療ひとすじ」(一九九六年)六五頁。

- (4) 沖繩楓の友の会編「ハンセン病回復者手記」(一九九九年)所収の砂川圭子「予防法は廃止されても!」、金城誠「再発も恐れず、宮城あい子」(「試練に耐えて」参照)。

- (5) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(五)二〇七頁。

- (6) 犀川「政策の変遷」巻末資料1「日本(全国)及び沖繩県の患者状況の推移」と同3「戦後日本及び沖繩の年度別ハンセン病患者発生状況」参照。

- (7) 沖繩愛楽園入園者自治会編「前掲書」二〇〇頁以下。

- (8) 「同書」二〇七頁以下。

- (9) 「同書」二一〇頁。

- (10) 日戸修一「茂吉・李太郎―斬馬無題録―」(二)「東京医事新誌七三巻九号(一九五六年)五五頁に次の記述がある。「昭和十九年島兵団は作戦上の必要から沖繩本島の癩を全部隔離しなければならなくなり召集された僕がその仕事にぶつかつた。野戦地には国立愛楽園があり早田皓がいた。癩隔離の必要を全住民に説き本島全土をまわり全島民を一人のこさず検診した。参謀が癩と同居していた。二百名に近い癩患者を見つけた。そして収容した。」

- (11) 犀川「政策の変遷」二〇三頁。

- (12) 死者は二七四名だとされている。沖繩戦による愛楽園の被害状況については、沖繩愛楽園入園者自治会編「前掲書」一一頁以下、早田皓「戦時と敗戦直後の沖繩のらい」(沖繩らい予防協会編集委員会編「沖繩のらいに関する論文集(医学編)」所収、一九七九年、初出はレブラ四二巻二号)、沖繩県教育委員会編「沖繩県史別巻」(一九七四年)九五三頁以

下、等。宮古南静園に関しては、みやこ・あんなの会編「戦争を乗り越えて―宮古南静園からの証言―」（二〇〇〇年）。（13） 照屋寛善「沖繩における主要感染性疾患の戦後における消長」（沖繩らい予防協会編集委員会編「前掲書」所収、初出は沖繩公害衛生研究所報九号）八〇頁。

（14） 原川「門は開かれて」（一九八八年）二六六頁。なお森川「差別に関する法学教育の報告」琉大法学六三号（二〇〇〇年）五頁以下に、愛楽園の歩みを四期に分けた簡単な記述がある。

（15） 沖繩愛楽園入園者自治会編「前掲書」二五二頁。

（16） 「同書」巻末年表参照。園内で講習を受けたあと自動車免許を取得すると退所する決まりがあったとのことである（二〇〇一年二月一〇日沖繩愛楽園で小底秀雄氏より森川聞き取り）。

（17） 沖繩らい予防協会編集委員会編「沖繩のらい予防協会二〇周年記念誌」（一九七九年）四頁。

二 絶対的な差別の体制

（一）療養所隔離の医学的根拠？

一 本稿の考察の順序は次の通りである。初めに解明されるべき「共通の被害」をもたらしたハンセン病絶対隔離政策の出発点にあった基本的な構えを確認し（二（一））、次に被害に関する見取り図を作る中で「共通の被害」に関する試論を提出する（二（二））。続いて政策（「らい予防法」）と被害の関係を説明し（三（一））―（三）（三）―、最後に熊本地裁判決の損害論に照らしてその被害（「共通の被害」）を確認する（四）。最初の考察は、本件訴訟の基本的論点、すなわち「どのようにして」「共通の被害」がもたらされたか、ということと対比させれば、「なぜ」「共通の被害」が生じたか、つまり絶対隔離政策の理由に関するものである。本件訴訟は専門家の責任を問うものであるという性格付けが行われることがあるが、この点とも関連している。「なぜ」「共通の被害」がもたらされたのか、この点へ

の言及が不可避であるのは、とりわけそれが「らい予防法」制定の理由を明らかにするからであるが、この点から説き起すことは、また、そうしてもたらされた「共通の被害」を明らかにすることがその指摘される責任と関わっていることを意識しているからである。

二 伊波敏男「花に逢はん」(一九九七年)の中に、著者が沖縄愛楽園に入所したときの印象的な話が紹介されている。父親に連れられて同園に到着した伊波少年は、ハンセン病の重い後遺症をもった青木恵哉伝道師の訪問を受けて、サーターアングギーを手渡されるが、その手には指がほとんどなく、その口元の涎が目にとまり、少年は吐き気をもよおし、それを食べるのができなくてトイレに捨ててしまう。しかし、いけないことをしたと感じている少年は、教会堂で祈るその老人のもとに走り、抱きついて泣いていた、という回想である。青木伝道師とは沖縄愛楽園の基礎を築いた人である。

また次のようなことも書かれている。邑久高校新良田教室を卒業した著者は東京の中央労働学院に通い勉学を続けるが、自分の変形した手が講師以外の誰にも見られないように、常に最前列の席で受講し、また講義が終わると急いで教室を後にしていた。しかしあるとき少年院の在院歴がある一人の青年に呼び止められ、飲み屋で話をする事になり、著者は自分の手がハンセン病の後遺症で変形していることをついに打ち明けた。そうすると彼はおしほりを著者に投げつけて怒り出した。彼が言うには、彼の罪は彼が自分でしかしたことであり、その責任は一生背負っていくべきことであるが、ハンセン病は病氣であり、あなたの罪ではなく、あなたの人間性と無関係であり、何ら恥じることではない、と。それから著者の「手はありのままの姿でポケットの中から出るようになった」、という話である。

ハンセン病はたいへん恐れられた病気であったのであり、一八七三年に病原菌である「らい菌」が発見され、一八九七年の第一回万国らい会議（ベルリン）でそれが医学的に否定されるまでは遺伝病・業病・天刑病として、それ以後は感染症として排除と差別の対象とされてきた。ハンセン病に対する恐怖それ自体は、北条民雄の『いのちの初夜』等の小説がよく伝えるように、病者自身に最も強く感じられたものであろう。一九四三年に有効な治療薬がみつかり、療養所は「熱狂的な興奮に湧いた」というのである^①。しかしハンセン病が感染症として「治る時代」を迎えても隔離政策は続いたのであり、また伊波少年の一九五七年の入所時のエピソードが示すように、重い後遺症状を前にした恐怖は緩和されることがなかった。

ハンセン病が長らく遺伝病として恐れられたのは、「らい菌」の毒力がきわめて弱く、感染しても発病することが少ない病気だったからである。家族内集積性が高く、同じ家族内接触でも母子間にみられるように接触が濃密であるほど発病率は高い。しかもハンセン病に対する疾患感受性については遺伝的素因の影響があると考えられている^②。そしてこの遺伝的素因は「環境因子の影響を受けながら形質として発現してくるという事実」がある^③。しかし、このような訳で、当該環境条件下で、遺伝病としてハンセン病を恐れてきたのであれば、これを感染症として改めて恐れる必要はなかったのに、ハンセン病は「恐ろしい」感染症であるとして^④、また「感染症」であるなら隔離が必要であるとする認識に導かれて、日本のハンセン病絶対隔離政策が開始されたのである。ハンセン病が遺伝病としても感染症としても恐れられたことは一つの矛盾であった。また「治る時代」に感染症としてハンセン病を恐れた「らい予防法」の隔離政策は、完全に理解不可能というべきであった。

この見方は、「不治の時代」の日本の隔離政策を全く肯定していない。日本のハンセン病政策は、ハンセン病は感染症であるという近代医学の獲得した知見に基づく絶対隔離政策であった。北里柴三郎が「癩病も従来遺伝病と

せしを以て敢て恐るるに足らざりしと想像せしも、伝染性を有すること明なりし以上は危険なる疾患となれり」と述べていることはその一つの例証となるであろう。

(1) 全国ハンセン氏病患者協議会編『全患協運動史』(一九七八年)三五頁。

(2) 大谷藤郎監修・斉藤肇他編『ハンセン病医学』(一九九七年)第五章(和泉眞成執筆)七九頁以下。「ハンセン病は弱毒菌とヒト集団の微妙なバランスの上に成り立っている疾患であり、ヒトの集団免疫の変化によって流行が大きく左右される」という(同七九頁)。この集団免疫の変化については、「ハンセン病の流行史は、社会経済状態の悪化はハンセン病の流行を助長し、また社会経済状態が改善するとハンセン病の流行は沈静化することを繰り返し証明してきた」ということである(同八六頁)。

(3) 和泉眞成「社会経済状態とらいの伝染力の変化」解放教育一七四号(一九八三年)六六頁。

(4) 小笠原登は一九三四年に次のように述べていた。「癩の伝染力が世人をして伝染病である事を看取せしめ得る程の強さを有せず、寧ろ癩は遺伝病であるかの如き観を呈する事實は、世人を尚癩遺伝の迷信から十分に解放するに至らぬ。即ち遺伝の迷信を脱却せぬままに又伝染説を受け入れるに至ったのである。ここに於て癩の悪性に就ては、伝染する危険があると云うだけ、古の悪性の意味に更に悪性の内容を添加するに至った。」大谷「らい予防止の歴史」(一九九六年)一〇九頁より引用。

(5) 北里柴三郎・中村桂子「北里柴三郎破傷風菌論」(一九九九年)二三八頁。

三 この医学的知見に基づく絶対隔離政策が肯定され得ないこと、このことは、「らい予防法」の隔離政策が「当時の医学界一般の通説」に依拠するものであるからとして合理化する見解が、ハンセン病政策史において真摯に反省されるべき重大な論点の一つを隠蔽することを示している。被告は、WHOが多剤併用療法を提唱したとき、

つまり一九八一年まで、右の見解が妥当すると主張した²。これに対して熊本地裁判決が「遅くとも昭和三十五年以降においては、もはやハンセン病は、隔離政策を用いなければならぬほどの特別の疾患ではなくっており、病型のかんを問わず、すべての入所者及びハンセン病患者について、隔離の必要性が失われたものといわざるを得ない」（判決要旨）と、また、「遅くとも昭和三十五年には、新法（「らい予防法」）の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていた」（同）と述べたのは、一九六〇年当時の医学的知見に基づき被告の主張を否定したものであるが、この意味で、それは決して満足のできる内容ではない³。一九六〇年とは、その前年にWHO第二回らい専門委員会（ジュネーブ）が開催され、その報告書が発行されたときである。そこでは、「従来のハンセン病対策が患者隔離に偏っていたため、療養所の運営、経営に終始していたものを廃し、一般保健医療活動の中でハンセン病対策を行うこと（インテグレーション）」、「特別の法制度は廃止されるべき」こと等が確認された（判決）。さらにその前年である一九五八年には東京で第七回国際らい会議が開催されており、「病気に対する誤った理解に基づいて、特別な法律が強制されているところでは、政府にこの法律を廃止させ（る）」必要があると提言されていた⁴。これらはもちろん医学的にも法的にも適切な考え方であろう。この適切な考え方に照らすと、一九八一年に「らい予防法」の隔離政策を合理化することは不当であるし、一九五三年当時の「医学界一般の通説」も誤りであろう。しかし、では一九五三年に、その誤りの「当時の医学界一般の通説」に従って制定したという「らい予防法」の隔離政策は、合理的なのか。決してそうではなかったはずなのである。

前項で用いた「不治の時代」と「治る時代」という区別は、ハンセン病政策史を執筆するために犀川医師が行ったものであり、これによって異なる時代に異なる政策が求められることを説くものであるといえる⁵。犀川医師の基

本にあるのは、「不治の時代」の患者隔離政策から「治る時代」の在宅治療制度の導入へ、という考え方であり、日本のハンセン病政策を評価する視点もここから導かれている。まず、治療方法の進歩とともに政策が変化すべきであったこと、次に、国際的なハンセン病政策に従うべきであったことである。つまり、日本では「不治の時代」がまるで続いたかのように、患者隔離政策から在宅治療制度への変遷を押し進めた国際的な医学的知見の前進の経過が参照されなかったことは、誤りであるという指摘である。しかし、犀川医師は、これだけでは何か不足を感じて第三の視点を入れるのであり、それが人権尊重ということであった。⁶⁾つまり、在宅治療制度は「病む人の人間性を重んじる」制度であるが、医学の進歩の後に、患者の人権を考えたも遅いということである。

この人権尊重の観点から、犀川医師は、「日本のハンセン病対策の最初の誤りは、外の世界の法律が通用しないような治外法権的ならぬ療養所をつくってしまったこと」であり、「ハンセン病に対する差別・偏見が今でも解消されないのは、このらい療養所のイメージが強すぎるためだ」と述べている。⁷⁾「治る時代」における「らい予防法」の隔離政策だけでなく、「不治の時代」の隔離政策が人権尊重の観点から「最初の誤り」だと指摘されたのであった。この評価が、考えられている以上に、たいへん重要である。

(1) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告答弁書一二頁。

(2) 同答弁書一三頁。

(3) 判決骨子では、「昭和二八年前後の医学的知見等を総合すると、遅くとも昭和三五年以降においては、(後略)」と述べられているので、判決が「らい予防法」制定時の「医学界の通説」によつてではなく、一九六〇年に隔離政策の必要性を確認した理由は何か、という別の問題が生じる。一九五二年には第一回WHOらい専門委員会(リオデジャネイロ)が開催され(後述五四頁以下参照)、「プロミンと同じスルフォン剤であり経口投与可能なDDS」が、「在宅治療の可能性

を抵げるものとして高い評価を得ていた」（判決要旨）からである。もちろん本文中で問題にしているのはこの時期の遅れのことではない。

- (4) 大谷「前掲書」一九五頁以下、引用は二〇二頁。
- (5) 犀川「政策の変遷」一五頁。
- (6) 小林洋二「隔離は誤っていた 医師犀川一夫氏インタビュー」法学セミナー五四三号（二〇〇〇年）六九頁。
- (7) 右に同じ。

四 「療養所の存在意義」について被告準備書面（五）が見解を述べている。「①差別偏見など世間の迫害から保護、救済施設、②介護を要する者のための介護施設、③治療のための医療施設、④予防のための隔離施設」、以上の四点が古来からのハンセン病患者施設に認められた存在意義として考えうるものであるという。このうち、「不治の時代」には、まず、①と②の福祉的施設としての意味があり、その結果として④の意味を有していたという。次に、感染症であるとの確認後の「不治の時代」は、①と②と④の意味が療養所の目的としてあったとい¹う。③の意味が十分に付与されるのは「治る時代」である。この見解の特徴は、結果としてであれ、目的としてであれ、④の意味を強調するところと、①の意味を第一に掲げているところである。被告によれば、日本の療養所は①の意味で出発したというのである。²つまり、「最初の誤り」はないと。

④の意味の強調については、熊本地裁に提出された国立療養所大島青松園外科医長和泉真藏の意見書（甲第二二一号証）が有効な反論となっている。和泉医師が依拠しているのは、隔離政策開始後の入所患者数の増加が患者総数の減少に結びついていない、という統計である。³

日本では、一九〇七年の「癩予防に関する件」に至るまで予防対策らしい対策が採られなかったにもかかわらず、この病気が大流行したことはありません。一九〇七年当時は、ハンセン病患者はむしろ減りつつありました。もともと日本においては、らい菌に対する感受性を持っている者は、ハンセン病が大流行するほど多くはなかったということであり、一九〇七年当時は社会の近代化に伴い、感受性保持者がさらに減りつつあったということが言えます。

つまり一九〇七年当時から、日本におけるハンセン病は、伝染病と言えるほどの伝染性はなかったのです。「ハンセン病は強烈な伝染病である」という光田氏の考え方は、日本に関しては根拠がなかった、ということなのです。伝染病と言えない程度のハンセン病に対して、隔離政策は必要ありません。

つまり、疾患感受性に影響を及ぼす遺伝的素因の発現をうながす環境条件が、一九〇七年当時の日本ではほぼ失われつつあったという指摘である。したがって感染症としてハンセン病を恐れて、隔離政策をとる疫学的根拠はなかったということである。

しかし①の意味についてはどうか。和泉医師もまた、「浮浪するハンセン病患者を救護する目的の施設収容は必要だった」と述べている。しかも次のような脈絡で述べている。「隔離政策は誤りであったと考えています。ハンセン病患者をケアするための施設は必要だったと思いますが、伝染予防の目的で強制的に隔離することは全く不要でした」と。ここには矛盾はないのであろうか。しかも、さらに次のように言葉を継いでいる。「但しこれは現在の医学的知見による評価であり、当時の医学的知見では、隔離の有効性・必要性が認められていたことも——たとえそれが医学的知見とも言えないレベルの粗雑な思考であったとしても——また確かであるから、隔離政策そのものを誤りと断定することに疑問がないわけではない」(要約)と。¹⁾つまり、このように述べたとき、「不治の時代」

の隔離政策が、①の観点から、当時の医学的知見の限界として、容認されてしまっているのである。

もう少し詳しく和泉医師の見解をきくと、和泉医師は一九九九年六月一七日の熊本地裁原告主尋問に際して、隔離政策には「相対隔離方式」（ノルウェー方式）と「絶対隔離方式」（ハワイ方式）があり、一八九七年の第一回国際らい会議が「唯一の正しい方法として決議した」のは前者であること、一九〇七年の「癩予防に関する件」は前者を、一九三一年の「癩予防法」は後者を採用するものであり、医学的には（現在の医学的知見と当時の日本の社会の実情に照らすと——という意味であると解される）、いずれの方式も必要であったこと、しかし、①の観点から、前者（「癩予防に関する件」と「相対隔離方式」）は、当時の日本の社会の実情に照らして妥当であったことを証言している。なぜなら、「当時の日本のハンセン病の患者というのは、江戸時代からの引き続いた対策のなさと、ほとんど浮浪している人もたくさんいましたし、放置されていた」からであると。しかし、和泉医師は別の機会に、「過去八〇年の間に、わが国において進められてきたらい対策が、どれほど多くの悲劇を生みだしたか、いまさら語るまでもない」と書いていたのである。この矛盾はどこから来ているのか。右の証言の際に、「相対隔離方式」を妥当であると和泉医師が考えるもう一つの理由が述べられている。すなわち、「国際的にも、患者が唯一の感染源であって、隔離が唯一の予防の対策であるというのには、当時の世界のコンセンサスですから、日本がそれに従ったことは正しかった」と。結局、和泉医師は、逆説的にも医学的に、（悲劇を生みだしていた）日本の療養所を（一九三一年までの限定付きであるが）正当化したのである。

同様の評価は犀川医師にも見られる。犀川医師も「癩予防に関する件」は、「実際には予防法と称するより、浮浪、貧困患者を救護する「救恤法」であったと位置づけるのである。しかしここには熊本地裁判決に見られたものと同じ不十分さか、被告の主張と同じ性質の、問うべき論点の隠蔽がある。

- (1) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(五) 二六〇頁以下。
- (2) 同二六二頁。
- (3) 和泉「医学が解き明かした隔離政策の誤り」(「らい予防法」違憲国家賠償請求訴訟西日本弁護士編「九〇年目の真実」所収、一九九九年) 八〇頁、八一頁以下参照。同論文は本文引用の意見書に加筆したものである。
- (4) 和泉「右論文」九六頁参照。
- (5) 和泉「右論文」八八頁以下参照。
- (6) 和泉・前掲「社会経済状態とらいの伝染力の変化」五六頁。
- (7) 犀川「政策の変遷」七五頁。大谷「前掲書」四六頁においてもこの点の評価は曖昧である。大谷監修・斉藤他編「前掲書」(第七章牧野正直執筆) 二八五頁も「救貧という性格が強い」としている。熊本地裁判決も「公衆衛生の点からは徹底を欠き、むしろ、(中略) 国辱論の影響を強く受けたものともいえるが、同時に、浮浪患者の救済法としての色彩を持つものでもあった」とする。しかし、日本で今日の公的扶助制度の起点とされる救護法が制定されたのは一九二九年であるから、イギリスの救貧法が別名「貧民抑圧法」と呼ばれていたことを強く意識しているのならば、(庄司洋子・杉村宏・藤村正之編「貧困・不平等と社会福祉」第八章伊東秀一執筆、一四九頁以下、一九九七年)、そうでなければ「癩予防に関する件」を「救済法」であったと理解するのは疑問である。これらに対して原告らは「人権侵害の観点から療養所の存在意義が正当化できるものかどうかという検討が求められている」としている(「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告最終準備書面(事実経過) 第二章第七一―二)。

五 問題が、人権尊重の観点から、日本の療養所の存在意義を①の意味で、「不治の時代」であれ「治る時代」であれ、あるいは「旧法」制定までという限定付きであれ、歴史的に肯定してよいか、ということであることはもはや明らかである。人権尊重の観点と①の意味、つまり当時の日本の社会の実情に照らしてハンセン病患者を「差

別偏見など世間の迫害から保護し、救済する」ことは、当然であるが、矛盾しない。ハンセン病は恐ろしい遺伝病、呪われた病であると長らく考えられ、患者は排除の対象とされた。愛楽園の設立の経緯を想起したい。その設立時期は早くないが、愛楽園は、他ならぬ患者自身が、「魚ならば、海にもぐりても生さん、鳥ならば空に舞い上がりても逃れん、五尺の身体、住む処なし、一坪でも十坪でもよい、そこにおれば、誰からも文句の言われない土地が欲しい」と訴えながら、買い求めた土地に建てられた療養所であった¹⁾。園内の青木恵哉頌徳碑には、屋部、備瀬、大宜味、伊江島などと地名の堀られた石が埋め込まれているが、それは患者たちがその各地から、迫害を逃れて、その「選ばれた島」に來たことのしるしである。

青木が熊本の回春病院（一八九五年にハンナ・リデルによって設立されたハンセン病患者の救護施設）から沖縄のハンセン病患者への伝道（「救済」）のため派遣されたのが一九二七年であり、愛楽園が国立療養所として設立されたのは一九三八年である。これらに先立つ一九〇九年に、沖縄県議会は「那覇の玄関にらい療養所を造ることは風致上、好ましくないと理由で」²⁾、上程された県の療養所設置案を否決している。この案は「癩予防に関する件」に基づき沖縄県に国費で療養所を設置するという内務省の方針からきたものであった。その後も沖縄県は地域住民の反対を理由に療養所建設地を本島内に選定しえなかつた。こうして患者の自費による療養所が建設されることになったのであり、それゆえ「沖縄救癩の殿堂、愛楽園」という表現を入所者はするのである³⁾。

この経緯を指して、しかし犀川医師は、「沖縄県のらい対策は本土に立ち遅れること、実に三〇年を経てしまい、その間沖縄県のらいは、（中略）本土とは逆に蔓延をよぎなくされた」と評価している⁴⁾。三〇年の対策の遅れとは、本土では療養所設置が「癩予防に関する件」に基づき一九〇九年であるのに対して、沖縄ではそれが一九三八年であることを指しているであろう。右の文章は、①の意味での療養所設置が三〇年遅れたことを悔やむ趣旨であろう

か。そうであるとさえ読めないのである。しかしなぜ犀川医師は、人権尊重の観点から、「外の世界の法律が通用しないような治外法権的ならい療養所をつくってしまったこと」を、「最初の誤り」であると考えていながら、①の意味でようやく存在するに至った愛楽園が、その間結果として④の意味をはたすことがなかったことを、「大きな禍根を残すことになった」⁵などと評価するのであろうか。本土では療養所が早く設立されたので蔓延が避けられ、沖繩ではそれが遅れたので蔓延が余儀なくされた、という意味の評価であれば、単にそれは④の意味での療養所の存在意義を一九〇七年に遡って容認しているだけではないだろうか。⁶

人権尊重の観点が、曖昧であってはならない。問われているのは、すでに迫害をうけ排除されていた患者を敢えて療養所に隔離したのはなぜか、それを正当化する根拠がはたしてあったのか、「保護、救済」のためであったなどと強弁してよいのかであり、それは④とは関係のないことであり、ましてや粗雑なレベルの医学的知見による隔離のやむを得なさなどは全く無関係である。

以上に対して近代史研究者藤野豊は、次のように述べている。

確かに隔離を予防のすべとしてこの法律（「癩予防に関する件」——引用者）の論理は、隔離後の患者の境遇など度外視したものである。患者の姿を街頭から消し去ることを目的とする以上、その後の患者の人生は無視されたのである。（中略）一九〇七（明治四〇）年以來の隔離政策そのものが根本的に誤りであったことを認めることからハンセン病患者の人権はよみがえるのである。⁷

「外の世界の法律が通用しないような治外法権的ならい療養所をつくってしまったこと」は、日本のハンセン病

政策が最初から誤りであったこと以外の意味をもたない。ハンセン病患者の救護施設は①の意味を持ちうるし、日本の療養所も結果としてその意味を持ちえたであろう。しかし日本の療養所の歴史が教えるのはそこで人権が尊重されなかったことであり、「不治の時代」の隔離政策がそもそも「差別偏見など世間の迫害からの保護、救済」のために開始されたというのは、歴史的評価を誤っている。和泉医師と塚川医師の見解が示すのは、しかもこの誤った歴史的評価が、「医学的知見ともいえないような粗雑なレベルの思考」による隔離政策の合理化を糊塗することであり、それゆえ根本的にそれは誤っている。

「感染症」であるなら隔離が必要であるとする、無謀な認識に導かれて、日本のハンセン病絶対隔離政策が開始されたのである。和泉医師が粗雑なレベルだと言ったのは、「らい菌さえなくなればハンセン病はなくなるのだから、らい菌を保有している患者は隔離してしまえばいいのだ」、という考え方である。しかし、この強引な姿勢が無批判的に通用したために、ハンセン病患者は人権を侵害され、差別されたのである。「隔離してしまえばいいのだ」という隔離政策であったから、療養所は人権が尊重されない場所だったのである。

「外の世界の法律が通用しないような治外法権的ならい療養所をつくってしまったこと」は、しかも、療養所で患者の人権を侵害しただけではなかった。塚川医師が述べるように、「ハンセン病に対する差別・偏見が今でも解消されないのは、このらい療養所のイメージが強すぎるため」なのである。それゆえ療養所が結果として「差別偏見など世間の迫害からの保護、救済施設」の意味を持ったとすれば、それは反語表現をするしかない。

(1) 青木恵哉「選ばれた島」(一九七二年)に詳しく記されている。

(2) 徳田祐弼「主の用なり」(一九八五年)八〇頁。

- (3) 「同書」八二頁。
- (4) 犀川「沖繩におけるらいの管理行政の変遷とそれに伴う疫学的消長」(同・前掲「癩に関する論文集第二編(沖繩の癩)」初出は医療三〇巻九号、一九七六年)二七頁。
- (5) 犀川・前掲「門は開かれて」三三六頁。
- (6) 後述するとおり、絶対隔離政策が本土で準備期を経て本格化するの是一九三〇年頃からである。沖繩でこの時期がいつであるかを確定することは今後の課題としたいが、宮古保養院(現在の宮古南静園)の開設が一九三三年であり、一九三五年に開設間もない星塚敬愛園に沖繩から一二九人の患者が入所していること、また同年に青木らが現在の愛楽園の地に辿り着いた後、そこに定員四〇人の「沖繩M.T.L相談所」が開設されるのが一九三七年であり、翌年さらにそこに国頭愛楽園が設立され三二一人の入所者があること等を考えると、沖繩のハンセン病対策が本土に三〇年遅れたという犀川医師の評価は、単に療養所設置の時期を比較しただけであるように思われる。
- (7) 藤野豊「いのち」の近代史』(二〇〇一年、以下「近代史」として引用)六四頁。本文中で中略した部分には、「現在でも、光田健輔と内務省官僚らにより確立されたこの乱暴な論理を正当化している医療関係者は少なくない。しかし、今一度、増田勇、ドルワル・ド・レゼー、ヨゼフ・ベルトラン、中村鉄太郎らのこの法律への批判やレゼーにより紹介された一患者の希望を読み直してみると、そのような隔離を正当化する考え方もまた、現在の療養所入所者を侮辱するものであることに気づく。」とある。
- (8) 外国人宣教師等による明治期の私設の病院について、犀川「政策の変遷」三三二頁以下、藤野「近代史」二七頁以下、五八頁以下等。藤野はその頃ハンセン病患者のいるスラムに近づき医療活動を行った医師増田勇を紹介している。増田は、「癩予防に関する件」が放浪患者を隔離対象としていることについて、「彼等の団体を以て一のコロニーを造れるも比較的非レブラの健康者と接近せざるなり」との理由で疑問視していたという(藤野「近代史」五一頁以下、引用は五七頁)。

六 以上の説明から分かるのとおり、本稿は、ハンセン病が遺伝病としても感染症としても恐れられたことは一つの矛盾であったことから出発している。恐れの際長で隔離政策をはじめてはならなかったという立場である。しかし現実には恐れの際長で隔離政策が遂行され、その不合理さを医学的知見が合理化したので、このことの不合理性について予め曖昧な点を排斥しておくたく思い、右の説明の仕方をした。本稿が取り組む問題は、その不合理な隔離政策が巨大な差別をもたらしたことであり、その巨大な差別をもたらした隔離政策を、そのことを指して、「絶対隔離政策」と呼び、この意味の絶対隔離政策がもたらした差別について、法的観点から、見解を提示することである。ただ社会的に提起されていることが差別の問題であるなら、何であれ「知」がこれを合理化したことは、看過し得ない愚かさの一言で片付けてはならないであろうし、やはり問題の本質であると考えるのである。

もちろん右の見方に新しいものは殆ど含まれていない。藤楓協会理事長大谷藤郎は、「日本において明治中期の宗教家による慈善主義を排して、近代医学に忠実な進歩的立場と称してハンセン病対策の主流となった予防医学という絶対隔離の思想、実はそれがこの療養所地獄をつくりだした」と指摘した後、さらにその「絶対隔離の思想」を支えた時代背景や個性の確立のない曖昧な日本の風土に言及している。本稿の射程範囲はそのように広くはない。また本稿の出発点となった、遺伝病として恐れられたのであればなぜ？という疑問は、優生保護法（昭和二十三年法律一五六号、平成八年法律一〇五号により母体保護法と改称）三条一項三号の規定（「癩疾患に罹り、且つ子孫にこれが伝染する虞のあるもの」に対する優生手術の規定）から得たものであるが、この矛盾を指摘するだけでは、この規定の理由（感染症として恐れるのであればなぜ？）を説明することができない。しかしこの点については藤野氏の歴史研究がすでに存在しており、本稿が付け加えるべきことはない。

もっとも、法的な「知」ということで言えば、熊本地裁判決を読むと、大きな問題点があることに気づくので、

付言しておきたい。同判決は、先に紹介したとおり、遅くとも一九六〇年には隔離政策が抜本的に変換されるべきであったとして、一九五三年に「らい予防法」が制定されたことを容認した。なぜなら、「国内外のハンセン病医学の専門家の意見としても、隔離政策を完全に否定するところまではいっていなかった」からである、とその理由が説明されている。しかし他方で、判決は、「患者の隔離は、患者に対し、継続的で極めて重大な人権の制限を強いるものである」と明確に認識している。「患者に伝染のおそれがあることのみによって隔離の必要性が肯定されるものではない」とも述べている。しかし、「それゆえ」と判決は次のように続けたのである。「隔離の必要性の判断は、その時々最新の医学的知見に基づき、隔離のもたらす人権の制限の重大性に配慮して、十分に慎重になされるべきである」(判決要旨)と。後述するとおり、「らい予防法」を制定するに先立って国会は少くとも三人の国内のハンセン病医学の専門家の意見を聞いている。彼らが十分に慎重な最新の意見を述べたかはここでは問われない。大きな問題点は、「医学的知見に基づき、人権の制限に配慮する」という判断方法が要求する手続はそこまでであろう、ということである。患者の意見を聞いて、判断すべきであった、そのような判断方法のことは、判決は少しも考えていない。「らい予防法」が制定される頃、継続的で極めて重大な人権の制限を強いられてきた入所者が法案に反対して国会の前に来ていたのだから、それは現実的にも少しも困難なことではなかった。しかも入所者の代表らは「旧法」改正案をもっており、それは明らかに「らい予防法」案とは異なる内容であった。³「国内外のハンセン病医学の専門家の意見」を聞いて「らい予防法」を制定したことが、誤りであったとしか思われないのである。しかし、判決からは「医学的知見に基づき、人権の制限に配慮する」という偏向した判断方法に対する自省の契機を見いだすことができない。⁴

(1) 大谷「前掲書」七八頁以下、引用は七九頁。「癩予防に関する件」と「旧法」の制定過程で内務省がハンセン病の伝染力については疑問視していたことが指摘されている（同九八頁）。

(2) 藤野「日本ファシズムと医療」（一九九三年、以下「日本ファシズムと医療」として引用）、同編「歴史のなかの「癩者」（一九九六年）、同「日本ファシズムと優生思想」（一九九八年）、同「存在が許されなかった命の歴史」（「らい予防法」違憲国家賠償請求訴訟西日本弁護士団編「前掲書」所収）、同「近代史」。

(3) 全国ハンセン病患者協議会編「前掲書」四三頁以下。

(4) 法律家の責任ということでは、内田博文・森尾亮「ハンセン病国賠訴訟と専門家の責任」法学セミナー五六〇号（二〇〇一年）四八頁以下が、原告弁護士団が深い自責の念を抱いて訴訟に臨んだこと、「裁判官らもまた、これまでの「常識」を越え、法律家としての良心を示し、勇気をもって専門家の責任を果たした」ことなどを指摘する（本稿校正中に参照した）。原告弁護士団が十二分に、また裁判官らが一応の職責をはたしたことに異論はないが、法律家のいわば贖罪の場としての法廷の意義を説くその法律論は、法律論として消極的であるように思われる。

(二) 試論の提出

一 絶対隔離政策がもたらした被害は大きく二種類に分けることができると考えている。第一に、個別的被害であり、ハンセン病に罹患した各個人が隔離収容され、断種や墮胎をされ、労働を強制され、その住居等を消毒され、タクシーの乗車を拒否され、その家族もまた様々な迫害を受ける等の、多様な形態の諸被害をいう。第二に、社会的または集団的な被害であり、ハンセン病に罹患した者を総じて被差別の社会的地位に置く社会体制（「差別の体制」）が形成されたこと、そのことをいう。

この第二の被害は、二方面からなる政策遂行によりもたらされる。まず、ハンセン病患者を隔離収容するための

療養所設置にはじまる、「ハンセン病者の社会」形成である。ハンセン病は慢性の疾患であり、すべての症例が重症化するのではないから（自然的に治癒することもある）、感染予防を名目として隔離政策を徹底的に遂行するのであれば、患者が生活を営む閉鎖的で自己完結した場が必要である。しかしこの社会内では断種・墮胎が行われており、つまり生殖が許されていないので、終の住処としてあくまで一時的な社会という位置づけである。この側面でも象徴的な政策行為は、一九五三年の菊池医療刑務所支所の設置であると考えている。

次に、療養所への患者の収容、患者住居の消毒、患者の従業禁止等の措置をとり、従来の社会生活を困難にし、またはその生活基盤を奪い、一般的な多数者の社会（「普通の社会」）から患者を排除していくことである。

こうして形成される「差別の体制」と個別的被害との関係を整理すれば、第一に、一人一人の患者が療養所へ隔離収容される過程で多様な形態の個別的被害が引き起こされている。第二に、「ハンセン病者の社会」の中で（入所者として）受ける多様な形態の個別的被害がある。第三に、「普通の社会」から「ハンセン病者の社会」に対して与えられているところのものが、言い換えれば、「差別の体制」そのものが「差別化による被害」と総称することのできる多様な形態の差別事例の集合体である。要するに、個別的被害を生じさせる基盤が「差別の体制」である。この「差別の体制」を絶対隔離政策による被害として把握する理由は、それが差別であるから、つまり、平等という法的価値が社会的に侵害された状態であるからである。

したがって日本のハンセン病政策を絶対隔離政策であると理解するときの「絶対性」の一つの意味は、差別の体制の徹底性である。社会的に差別を固定化する枠組みが形成されたのであり、そこから個別的被害が多様な形態をとって現象することを指して差別の個別性と言うなら、これは差別の全体性である。絶対隔離政策によって絶対的な差別の体制が形成されたのである。

端的に言えば、ハンセン病患者を集团的に隔離する療養所を設置することが意味したのは、患者のいない「普通の社会」と患者の生活する「ハンセン病者の社会」を分離することであった。この社会の二分化を推進したところに「差別の体制」が生じた。ハンセン病に罹患した者は、この「普通の社会」では、そのような者としては生活することが困難になる。常に差別に晒される、言い換えれば「差別化による被害」を常に身近に受け止めていることになる。

二 「ハンセン病者の社会」について補足する。現在でも療養所を訪れると、入所者の住居があり、治療棟があり、売店、理髪店、郵便局、教会等があり、あたかも一つの町を形成していることに気付く。見あたらないのは交番であるが、かつてはどの療養所にも監禁室が置かれていた。また火葬場も存在したのであり、納骨堂は現在でも多くの遺骨を納めている。五〇年間に及んだ療養生活の後、星塚敬愛園を退所した作家島比呂志は、その住み慣れた世界を「奇妙な国」と呼んだが、本稿では、その外延を少し拡げて「ハンセン病者の社会」という考え方をしている。

後述するとおり、この「ハンセン病者の社会」の積極的な形成期は、一九〇七―一九六六のらい予防法制の中で、一九三一年（旧法）制定）から一九五〇年代半ば頃までの二〇数年間である。一九五〇年代半ば頃とは、一九五三年四月に菊池恵楓園に菊池医療刑務所支所が設置され、また八月に隔離政策が継承されることを明確に打ち出した「らい予防法」が制定されるとともに、統計上全患者を隔離収容する病床整備が完了して（一九五三年）、そして療養所入所者数が最多の一、一〇五七人となる（一九五五年）という時期である。この形成期は、言い換えれば、療養所が「ハンセン病者の社会」として完成されていく過程である。

したがって「ハンセン病者の社会」形成という観点からみてこの間を特徴づけている第一のものは、一方で全患者を隔離するための療養所の拡充であり、他方で療養所内の秩序形成のための取組みである。後者の主要な目的は逃走の抑止と秩序違反者の再隔離、つまり療養所から「普通の社会」へ出る途を絶つことである。それゆえ絶対隔離政策が「ハンセン病者の社会」を造り、「差別の体制」という被害をもたらした、と理解する本稿にとつて、一九一六年に法律第一一号が改正され四条の二として懲戒検束規定が置かれたこと、同年内務省令第六号にその具体的方法（謹慎・謹慎・減食・監禁）が明記され、翌一七年にその施行細則が定められたこと、これらにはじまりその後一九三九年に栗生楽泉園に「特別病室」が設置されたこと、また「らい予防法」一五条に外出の制限に関する規定と一六条に秩序の維持に関する規定が置かれて退所規定がないこと等¹⁾は、非常に重要な意味を持つている。この経緯の歴史的意思を実証する作業は別稿に譲るが、ともかく一九五三年に「らい刑務所」として菊池医療刑務所支所を設置したことは「ハンセン病者の社会」形成が徹底していたことを示している。²⁾

一九五〇年代半ば頃から一九九六年までの「ハンセン病者の社会」を特徴づけるのは、ハンセン病が「治る時代」を迎えて、全患者の隔離継続の名目が失われたため、例外的な少数の療養所からの退所者が現れることである。「らい予防法」には入所者に対する更生指導の措置に関する二三条の規定があり、一九五六年には厚生省国立療養所課長が「暫定退所決定準則」を作成し、各療養所長に示している。³⁾ また一九五八年には軽快退所者世帯更正資金貸付事業がはじまっている。⁴⁾ しかし、これらのことが「ハンセン病者の社会」を崩すことにはならなかった。

というのは、絶対隔離政策は感染予防を名目として遂行されたが、感染予防の名目自体はもともと療養所隔離の必要性を根拠づけるものではなかったため、隔離政策が感染予防を名目として遂行される限り、（実際には）隔離の制度は完全に機能する必要はないし、また隔離の制度として完全である必要もなかったからである。例えば、国

家賠償訴訟の熊本地裁の審理は原告の氏名を公表せず匿名で進められている。とくに病歴を隠して社会生活を送っている退所者にとつてこれは重要であり、また入所者としても親類がいわれのない差別・偏見に晒されるのは回避したいことである。氏名非公表の動機を簡潔に表現すれば、「差別化による被害」を遠ざけようとしている、ということである。指摘したいのは、これは「差別の体制」が現在も崩れていないことを意味することである。つまり隔離の体制としては不完全なものであつても、差別の体制としては十分であり得るのである。比喩的に言えば、現在の療養所は外出も立入も事実上自由であり、療養所が「あつい壁」で囲まれていたのは過去のことであるが、現在もまだ退所者も入所者も「見えない壁」に囲まれて生活しているということである。現在に至るまで多くの方々をして、自らの周りに囲いを築かせているほどに隔離政策は徹底していたのであり、それゆえ現在でも変形した手をポケットの中から出すことは必ずしも容易ではないのである。

形成期に対してこの後期は、絶対隔離政策における「ハンセン病者の社会」の維持期、あるいは積極的な放置期であるといえる。療養所からの退所後も「ハンセン病者の社会」から出ることが困難であるのは、「差別の体制」が体制として徹底的に形成されたことの結果、より詳しく言えば、「普通の社会」からの患者の排除が徹底的に遂行されたことの結果である。この徹底排除の過程——これが形成期を特徴づける第二のものであるが——の詳細について（例えば、一九〇九年の内務省訓令「癩に関する消毒その他の予防方法」等については、さらに別稿に譲らなければならない。本稿が説明するのは、形成期において次第に拡張された療養所への患者の隔離収容が徹底して行われたこと、及び「らい予防法」における退所規定の欠如が、この放置期が約四〇年にも及んだことの原因であることである。本稿はこれらを絶対隔離政策における絶対性の第二の意味、すなわち「療養所隔離の絶対性」として取り上げている。

(1) 山本俊一「日本らい史」(増補版、一九九七年)一九二頁以下。

(2) 徳田靖之「ハンセン病国賠訴訟と法律家の責任」法律時報七三巻八号(二〇〇一年)は、「らい予防法」のもとでハンセン病患者の刑事事件の審理が療養所内の「特別法廷」において行われたことを、裁判所による隔離政策の積極的な推進であるとしている。なお、松村憲一「ロングインタビュー人間らしく生きるための闘い」すけっちぶっく四号(二〇〇〇年)五六頁以下、同「生きるために」解放教育一七四巻(一九八三年)一一九頁以下に、国賠訴訟の原告である松村氏が、一九六〇年に自ら被告人となり宮古南静園の「出張法廷」を廃止させた経緯が紹介されていて興味深い。

(3) 大谷「前掲書」二一七頁以下。同準則の退所基準は「長期間の経過観察や頻回の菌検査を要求する極めて厳しいもの」(判決)であったばかりでなく、「各療養所長が本準則よりも一層高度のものを定め、それに基づいて退所の決定を与えることをさまたげるものではなく、また本準則を定めたことによつて積極的に患者の退所を行わせる意図を含むものでもない」と記されていた。

(4) 一九六四年には、らい回復者に対する就労助成金制度が創設されている。

(5) 映画監督中山節夫がハンセン病を題材として一九七〇年に「あつい壁」を、また法廃止後に「見えない壁を越えて」声なき者たちの証言」を制作している。

三 本件訴訟で原告らが主張した損害論の基本的な部分との相違について確認しておきたい。まず、既述のとおり、「ひとりひとりの全人格、全人生にわたる」被害という意味における、「社会内で平穩に生活する権利」の日々累積拡大する侵害、これが原告らに「共通する最小限度の損害」であるという主張が行われた。これに対して被告は最小限度の「共通損害」の基準となる「ひとり」の特定を求めていた。本稿では、「差別の体制」が「共通損害」であり、そしてこれは社会的な事実そのものであるもので、「共通する最小限度の」という形容には馴染まない類型であるといえる。多様な形態の個別的諸被害から共通する部分を取り出すのではなく、社会的あるいは集团的被害

そのものを指し示そうとする試みである。

次に、集団的被害ということでは、原告らの「烙印論」との関係に触れておきたい。東京地裁に提起された「らい予防法人権侵害謝罪・国家賠償請求訴訟」の原告準備書面（二）で展開され、後に熊本地裁の「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告準備書面（六）でも敷衍されたものである。まず前者によれば、被告の加害行為はハンセン病患者集団全体に対して加えられた政策であるため、全ての患者が「烙印」を押されたという。例えば、強制収容や断種といった個々の事実は、患者集団全体を対象にした政策という性格を有するので、常に患者集団に属する全ての者に対する烙印付け（子どもを持つことも許されない存在等）の機能をもつ。したがって集団としての患者・元患者らが受けてきた全ての個別的事象の総体が個々の患者にとつての被害であると。

これは、患者Aに対する個別的被害aと患者Bに対する個別的被害bのフィードバック構造を機能させるものとして患者集団を考えるものである。その意味で、被害の共通性（共有性）を説明する一つの方法であるが、共通の被害（集団的に固有な）を示すものではない。またこの理論構成に際して参照されたのは大谷「現代のステイグマ」（一九九三年）であろうと思われるが、烙印（ステイグマ）とは、個人がある集団に属するとして押される（ステイグマ化）、その痕跡の消しがたい否定的な印である。社会学では主にステイグマ化の過程を分析するために用いられる概念である。これに対して、本件が問う、人としての尊厳は、侵害されるが失われぬ、また侵害されても回復されるべきものであるところが特徴である。仮に尊厳が侵害されたという意味で烙印を押されたと表現しているのであれば、適切ではなかったように思われる。

また「烙印論」は、烙印付け（ステイグマ化）のため、社会の中でハンセン病患者が生きられないようにされた、という説明を行っている。後者が援用したのは主にこの構成であり、「無らい県運動」がまさにそうであったとい

う。「無らい県運動」とは、自分たちの県には一人たりともハンセン病患者の存在を許さないという運動であり、「警察の協力のもとに、住民の投書や村人の噂などを根拠に、犯人探索でもするような態度で」、「山間へき地のらい患者も、しらみつぶしに探索しては各地の療養所に送りこんだ」という実施形態であった。¹⁾この第一次の「無らい県運動」は一九三六年に内務省が「らい根絶二〇年計画」に着手した後、また「第二次無らい県運動」が戦後一九五〇年以降に²⁾推進されたという。原告準備書面(六)は、こうして、「被告国は、既に社会にあったハンセン病患者に対する差別・偏見の意識を巧みに利用しながらさらにその差別・偏見を助長し、「無用の存在であり、しかも社会に害をなす危険な人間」という社会的烙印(スティグマ)を押しつけてハンセン病患者が地域社会に住むことを許されないように追い込んでいった」としている。

ここには二つのことが書かれている。一つは、「差別の体制」を造るためにハンセン病患者を「普通の社会」から排除する過程で、烙印を押されるという個別的被害が生じたことであり、もう一つは、この烙印付けを行う中でハンセン病患者に対する差別・偏見が助長されたことである。前者は「差別の体制」の形成期を特徴づける第二点目のものとして別稿で取り上げるとした徹底排除の過程と関わっている。後者については、重要な問題点が含まれているといえる。隔離政策と差別・偏見の関係についてであるが、総じてハンセン病患者に対して差別と偏見が向けられることは「共通の被害」の存在を裏付ける、その意味で重要な事実関係である。本稿では、絶対隔離政策によりもたらされた「差別の体制」が差別・偏見の根拠であり、そのためハンセン病患者・元患者は多様な形態の「差別化による被害」を受けることになる、という説明を行う。これに対して、原告準備書面(六)の論理は、隔離政策が従来の差別・偏見を助長するという内容である。このため隔離政策による「共通の被害」として指示されるべきものが曖昧になるのである。後述するが、原告最終準備書面・損害編でこの「烙印論」を一步進めた「隔離

収容システム」の考え方が提起されることになる。⁽³⁾

(1) 山本「前掲書」二二八頁。この発端は一九二九年に始まった愛知県かららいを無くそうという民間運動であるが、原告らは、一九三六年ころから「被告国により組織的・体制的に推進されることになる」としている（「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告最終準備書面（事実経過）第二章第二一五）。

(2) 藤野「近代史」四九八頁参照。

(3) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告準備書面（六）と同原告最終準備書面・損害額はともに多様な形態の個別的諸被害の詳細な分析に基づく損害論となっている。なお、本稿で原告ら（原告弁護士団）の主張について敢えて見解の変化を追っているのは、認識を改め理解を深めていくことが私たちの課題だからである。

三 療養所隔離の絶対性

(一) 絶対性の二つの意味

一 右の個別的被害と社会的または集団的被害をもたらした日本のハンセン病政策はハンセン病患者の「絶対隔離政策」であった。これは絶対的に隔離政策を遂行し、絶対的な差別の体制（被害としての「差別の体制」）を造ったという意味であった。この隔離政策を遂行するためには次の三つのことが不可欠であった。まず、ハンセン病療養所を設置することであり、次に、ハンセン病であると診断を受けた患者がハンセン病療養所に入所することであり、最後に、ハンセン病療養所に入所した者が退所しないことである。一九四八年一月二七日の第三回国会衆議院厚生委員会において東竜太郎厚生省医務局長は、従前のハンセン病政策を、「普通の社会から締め出して、いわゆる隔離をして、結局その隔離をしたままで、らい療養所内に一生を送らせ」、「全部死に絶えるのを待つ」根絶策

であると要約している。^①ハンセン病患者を「絶対的に隔離する」とは、ハンセン病に罹患した者が「一生を送る」場所を設置すること、その者を「普通の社会から締め出して」療養所に入所させること、そして入所した者を退所させず、所内で「死に絶えるのを待つ」ことを意味した。

右の三つの条件は次の二点に整理することができる。第一に、ハンセン病に罹患した全ての者を隔離収容するために療養所を整備すること、第二にハンセン病に罹患した全ての者を療養所に隔離した後、退所させないことである。本稿ではこうした隔離政策の遂行を指して「療養所隔離の絶対性」と呼んでいる。「療養所隔離の絶対性」は「差別の体制」を造った最も基本的な要因であるから、本稿ではこの「療養所隔離の絶対性」について説明して、絶対隔離政策が「差別の体制」を造ったことの第一の論証としたい。

絶対隔離政策が本格化するの是一九三一年の「旧法」制定からであると考えるが、同年までの政策遂行過程を簡単に振り返ると次のようになる。

(1) 山本「前掲書」二六五頁。

二 絶対隔離政策は法制度的には一九〇七年の法律第一一号「癩予防に関する件」の制定に端緒をもつ。同法第三条は「癩患者にして療養の途を有せず且救護者なきものは行政官庁に於て命令の定むる所に従い療養所に入らしめ之を救護すべし」と規定し、当時約二、〇〇〇名と推計された住所不定の患者を療養所の入所対象者としていた。同年三月五日の第二三回帝国議会貴族院特別委員会における窪田静太郎内務省衛生局長による法案の趣旨説明では、「本案におきましては主として浮浪徘徊して居る者で病毒を散蔓し、風俗上にも甚だ宜しからぬというものを救護

いたしてこの目的を達するということを第一に致して居ります」と述べられている（「第二十三回帝國議會貴族院癩子防ニ関スル法律案特別委員會議事速記録」）。引用文中の「この目的」とはハンセン病の予防の目的ということである。つまり、ハンセン病の蔓延を防止するため、「病毒を散蔓する」「浮浪徘徊」のハンセン病患者を、「風俗上」の見地も考慮して、「普通の社会」から締め出す、ということがここで述べられているのである。ここにハンセン病の感染予防を目的として患者を「普通の社会」から締め出して療養所に隔離する、という政策が開始されたということが出来る。

同年七月には内務省令二〇号「道府県癩療養所設置区域」が公布され、全国五ヶ所に「府県連合立らい療養所」が設置されることになる。その開設時の定床数は合計一、〇五〇床であり、一九〇九年の全国らい一斉調査によれば、全国の患者数は二三、八一九人であった。¹

その後、患者隔離の方針は全患者隔離へとその対象を拡大させる。一九二〇年には公衆衛生問題に関する内務省の諮問機関である保健衛生調査会が、「療養の資力乏しき一万人を救護するため」、府県立療養所の拡張・増設や国立療養所の開設等を内容とする「根本的癩予防策要項」を決定し、その翌二二年、内務省は以後一〇年間で五、〇〇〇床を整備する増床計画を立案した。一九二五年には、衛生局長通達二二〇号「らい患者の救護に関する件」が出され、法律第一一号三条の「療養の途を有せず」なる字句について、「なお未だいずれの患者といえども、ほとんど療養の設備を有せざるものとするの外なき状況にこれあり」との解釈が示され、隔離対象が「いずれの患者といえども」と拡げられている。一九三〇年の患者数は一四、二六一人、病床数は二、六一〇床、入所者数は二、七〇四人であり、右計画は遅れているが、同年、さらに内務省は、「癩の根絶策」として「二〇年根絶計画」、「三〇年根絶計画」、「五〇年根絶計画」の三案を公表する。いずれの案も進行中の五、〇〇〇床増床計画とあわせて、

残る約一〇、〇〇〇人について漸次増床、収容を継続して所定の年限に「癩を根絶」する計画であった。³⁾ として翌三一年に法律第一一号を改正する「旧法」が制定され、絶対隔離の政策は確定的なものとなった。「旧法」第三条は、「行政官庁は癩予防上必要と認むるときは命令の定むる所に従い癩患者にして病毒伝播の虞あるものを国立療養所又は第四条の規定に依り設置する療養所に入所せしむべし」と規定している。この規定に基づき、ハンセン病に罹患した全ての患者が療養所入所を強いられることになったのである。

この後も絶対隔離政策は積極的に推進されていく。一九三五年の定床数は六、四〇五床であり、五、〇〇〇床増床計画が完了したのをうけて、内務省は右の三案のうち「二〇年根絶計画」を採用し、翌年度より着手している。³⁾ そして、この「旧法」三条の規定が、一九五三年制定の「らい予防法」六条に引き継がれた。したがって絶対隔離政策は一九九六年の同法廃止まで基本的に変更されていないと考えられなければならない。

(1) 山本「前掲書」七三頁以下、犀川「政策の変遷」七一頁以下、七八頁表15、巻末資料1参照。

(2) 藤野「近代史」八二頁以下、同「日本ファシズムと医療」八六頁以下、山本「前掲書」八〇頁以下、一三七頁以下、犀川「政策の変遷」七五頁以下参照。

(3) 藤野「日本ファシズムと医療」八八頁、山本「前掲書」一四〇頁以下、犀川「政策の変遷」八四頁参照。

(二) 「らい予防法」の入所基準

一 日本におけるハンセン病政策は一九九六年まで絶対隔離政策であった、とする見解に対して、次の二つの反論が予想される。第一に、ハンセン病患者の療養所への入所基準に關してであり、「らい予防法」六条に従えば、

「らいを伝染させるおそれがある患者」に限つて、入所の措置がとられたとする主張である。第二に、同じく「らい予防法」一三条が、「国は、必要があると認めるときは、入所患者に対して、その社会的更生に資するために必要な知識及び技能を与えるための措置を講ずることができる」としていた点であり、ここから同法は入所者の退所を前提にしていたと主張される。¹⁾

療養所隔離の絶対性を否定する、右のような反論が成立しないことを、「らい予防法」案が上程・審議された一九五三年の第一六回国会議事録等に基づき説明することにした。²⁾

(1) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(五)一四九頁以下。

(2) 第一六回国会議事録を参照して「らい予防法」六条と一三条の意味について考えることが、日本のハンセン病隔離政策の特徴を探るために有意義な作業となる、という視点そのものは、本件原告弁護士代表の徳田靖之弁護士から教示していただいたものである。

二 「らい予防法」六条一項は、「都道府県知事は、らいを伝染させるおそれがある患者について、らい予防上必要があると認められるときは、当該患者又はその保護者に対し、国が設置するらい療養所（以下「国立療養所」という。）に入所し、又は入所させるように勧奨することができる」と規定していた。ここでは療養所入所の対象となる患者について、「らいを伝染させるおそれ」と「らい予防上の必要性」という二条件の絞りがかけられていて、一見すると全患者の療養所入所を勧奨していた、とは読めない。比較のために米国海軍軍政府指令一一五号（一九四六年）を参照すると、「癩患者であることが判明した者全部を、現在復旧中の屋我地島癩療養所に隔離する

よう指示する」とあり、その差は歴然としている。しかし、このことから「らい予防法」は療養所隔離の絶対性を認めるものではなかったと論じるためには、まず、「伝染させるおそれがある患者」と「そのおそれがない患者」を然るべき基準によって明確に区別して、次に、その前者について「らい予防上」療養所入所の不必要な場合が明確にされていなければならない。そうでなければ、逆に最大限の「らい予防上の必要性」と最小限の「伝染させるおそれ」を理由とした恣意的な入所措置をとることが可能であり、全患者の入所措置を妨げる条文上の根拠は事実上霧消する。しかし、残念ながら、これが「らい予防法」六条の現実であった。

まず最初に、「らい予防法」が参議院を通過した直後の一九五三年八月一〇日に全国ハンセン病患者協議会（以下、全患協と表記）の患者代表と厚生省との間で行われた会談の様相からみてみる。この会談の場で聖成稔結核予防課長は、「らい予防法」六条三項の入所強制に関する患者代表の質問に対して、「らい予防上必要と認める場合とつながっているのだから無人島に一人いるという様な場合は強収はあるいはしないかもしれない」と回答している。⁽¹⁾ この聖成課長の回答は、「らいを伝染させるおそれがある患者」について、「らい予防上」療養所入所が不要である場合に言及したものであると考えられる。しかし、この「無人島に一人いる」場合が厚生省の想定しえた、「らいを伝染させるおそれがある患者」について療養所入所の不必要な場合であるとするなら、事実上、そのような場合は全く想定されていなかったといえる。つまり、「らい予防法」六条の解釈・運用として、まず、「らいを伝染させるおそれがある患者」は、例外なく、「らい予防上の必要性」を認められて、療養所へ入所することが必要とされた、ということが出来る。

そうすると、この解釈・運用のもとでは、「らいを伝染させるおそれがある患者」について、「らい予防上の必要性」の見地から外来治療所への通院を認めるなどの療養所入所以外の方策が、あらかじめ排除されることになる。

では、「らいを伝染させるおそれが【ない】患者」の外來治療について、予防上の見地であれ医療上の見地であれ、「らい予防法」が規定を置いているかという点、そうではない。そうすると、「らい予防法」一一一条が、「国は、らい療養所を設置し、患者に対して、必要な療養を行う」と規定していたのは、ハンセン病と診断された患者の治療は、療養所でのみ行われるという趣旨ではないか、という疑問が生じる。言い換えれば、「らい予防法」によるハンセン病予防行政は、患者の療養所隔離を完全な大前提としていたと思われるのである。

したがって、「らい予防法」の療養所入所基準について検討するときに重要であるのは、いずれにせよ選択の余地なく療養所入所の必要性を認められる、「らいを伝染させるおそれがある患者」の範囲が、どのように解釈されていたかであるということが出来る。

しかし、この問いに対する回答は、「旧法」三条に「癩患者にして病毒伝播の虞あるもの」と規定されて以来、それはハンセン病に罹患した全ての者を包含しうる概念であった、というものである。なぜなら、第一に、ハンセン病を予防するためには全患者の療養所隔離が必要であると考えていたのが日本のハンセン病絶対隔離政策であり、第二に、「伝染させるおそれがある患者」と「そのおそれがない患者」を区別する然るべき解釈の基準が示されなかったからである。

(1) 大谷『前掲書』一五九頁。会談（八月九—十三日）の速記録が滝夫英二「らい予防法」国賠請求訴訟資料の考察（第三集）（二〇〇〇年）七頁以下に収録されている。

三 第一の理由から説明する。既述のとおり、「旧法」制定の前年に立案された「癩の根絶策」は、その当時一

四、二六一人と推計された全患者を隔離収容しようとする計画であった。「旧法」は、この計画を遂行するために法律第一一号を改正したものであると考えられる。「旧法」三条の規定する「病毒伝播の虞ある」患者が、最大限のハンセン病予防上の必要性から、全患者を意味するものと理解されていたことは、同法案を審議した議会議事録によって裏付けることができる。

まず「旧法」の提案理由について、一九三二年二月九日の第五九回帝国議会貴族院第一議会において政府委員斉藤隆夫は次のように説明している。「現在施行せられて居ります癩予防に関する法律は明治四十年の制定に係り、その企図する目的は患者の救護、中就浮浪徘徊の徒である患者の救護にありまして、一般のらい患者の処置、その他本病予防上必要とする数多の事項につきましては遺憾の点が少なくない」ので、「この機会におきまして本法を改正してらい予防上遺憾なきを期したい」のであると、このように、まず「らい予防上の必要性」を強調した後、そのための主要な事項は療養所入所対象者の拡張であると述べている。「現行法におきましては、患者の入所資格はらい患者にして療養の途を有せず、かつ救護者なきものと限定されているのでございますが、これではその範囲が狭小に過ぎ、らい予防上、かつらい患者収容上不適当でありますからこれを改めまして、らい病伝播の虞ある患者とし(た)」のであると(「第五十九回帝国議会貴族院議事速記録」)。

斉藤内務務次官は二月一四日の貴族院衛生組合法案特別委員会においても、「国家の体面上本病予防の徹底、本病の絶滅を期すべきことはいよいよ緊切である」と述べている(「第五十九回帝国議会貴族院衛生組合法案特別委員会議事速記録」)。つまり、「らい根絶上の必要性」から療養所入所対象者が「病毒伝播の虞ある」患者へ拡張されたのであった。そして、この「らい病伝播の虞ある患者」の意味したものは、二月一九日の貴族院本会議における紀俊秀男爵の法案賛成演説とこれに対する安達謙蔵内務大臣の答弁をみると、「癩患者全部」であった。

紀男爵は患者総数約一五、〇〇〇人に対して療養所の収容能力は三、〇〇〇床であると指摘した後、「一万二千というものは各地において病毒を伝播しておるのである、それで今日におきましては癩病と云うものは遺伝病ではなくて確に伝染病であると云うことはもう是は学者の説が一致して居るのである、伝染病であると云うことであるならば取締を余程嚴重にしなければならぬ、病毒を伝播する虞のあるようなものはどしどし療養所に容れて……収容してそうして病毒を伝播しないようにしなければならぬ、であるから療養所を造ると共に取締を嚴重にしなければならぬ、（中略）今日の状態では一万五千残らずの人間を収容することが出来ない、そう云うような有様である、でありますから私はこの際政府はせつかくこの法律案をご制定下さる以上は、どうか取締ということに極力お骨折り下さつて、そうして一人も日本にはこう云う患者が無いようにして戴きたい」と述べている。安達内務大臣の答弁は次のとおりである。「癩のことは只今の御話の通り之を根絶せしむる、決して予防ではなく根本的に日本にら患者なからしむると云う決心の下に着手せなければならぬと考えておりますが、唯経費が許しませぬ為に」と述べた後、既述の三案の「癩の根絶策」に言及し、「今後の計画と致しましては、国立の療養所の長島を、岡山県の長島を完成し、次いで群馬の草津温泉付近に国立療養所をもう一つ拵える、更にもう一つ位、三四箇所も国立療養所を此上拵えまして、そうして癩患者を全部収容いたしましたならば、必ず根絶することが出来るものと確信いたしました居ります」と（共に「第五十九回帝國議會貴族院議事速記録」）。

「旧法」により「癩の根絶策」を遂行して「癩患者全部」を療養所に隔離しようとする考え方は、貴族院から同法案の送付を受けた衆議院においても確認されている。審議を付託された特別委員会の中馬興丸委員長が三月七日の衆議院本会議において次のように報告していた。「癩病の方は、前から癩予防法がありまして、癩予防法に於ては、全国の癩患者を絶滅する積りで、初めから掛かったのでありますでしたが、この法律が出来て以来、未だ遅々とし

て進まず、多数の癩患者が残つて居るのであります、只今尚一万五千ばかりの癩患者が、全国に呻吟して居る、之を政府の積りでは、第一期に五千人を收容し、第二期計画として、相当時期に於て後の一万人を收容して、一万五千人を收容し尽くしますならば、それから十年経てば全国の癩は無くなくなる筈であります」と(「第五十九回帝國議會衆議院議事速記録」)。

右の報告にある「相当時期」に関して、内務省が「旧法」制定後採用したのは「二〇年根絶計画」であつたが、これは「新に一人収容する施設をして、十年後には患者全部を隔離しやうとする案で、全部隔離完了後は、十年をもつて略患者がなくなる」というものであつた。¹⁾その後、この計画は予定通りには進行していないが、一九四一年には病床数一〇、一四三床、入所患者数一〇、四四八人となつた。²⁾

なお、「癩の根絶策」における「根絶」の意味、すなわち「全部隔離完了後は、十年をもつて略患者がなくなる」ということの意味であるが、右の中馬委員長の報告をうけた同日の衆議院本会議において松山常次郎議員が解説するところによると、それは、「癩患者は癩が発生してから十年位で大抵皆死んでしまふやうであります、故に全部收容ができてゝ收容が完成してから、十年にして癩の撲滅ができる、こう云う医学上の見解から進んで居るのであります、即ち若し十年間に一万人を收容する施設が完成すれば、二十年にして日本の国の癩を撲滅してしまふことが出来るのであります」ということである(「第五十九回帝國議會衆議院議事速記録」)。つまり療養所から退所する者があることは、全く考えられていなかったといえる。

(1) 藤野「日本ファシズムと医療」八八頁、山本「前掲書」一四二頁。

(2) 犀川「政策の変遷」九三頁。

四 戦後、厚生省は一九五〇年に「全国らい調査」を実施し、患者総数一一、〇九四人の調査結果を得ている。また一九五三年の調査によれば、入所患者が一〇、四二三人、未収容患者（登録）が一、五六三人、未収容患者（推定）が一、八七八人であり、患者総数は一三、八三七人と推計されていた。この時期に厚生省が再び療養所の増床計画を進めており、一九四九年から一九五三年にかけて新たに五、五〇〇床が増床され、総病床数一三、五〇〇床が整備された。¹⁾「らい予防法」は患者総数のほぼ全体を入所させることのできる隔離の体制が整えられたときに制定されたのである。

「らい予防法」が「旧法」下の「癩患者全部」の隔離の政策を継承することは、「旧法」の改正について検討を行った一九五一年一月八日の第二二回国会参議院厚生委員会における次の参考人の証言から明らかである。順に、林芳信多摩全生園長、光田健輔長島愛生園長、宮崎松記熊本恵楓園長の証言である（『第十二回国会参議院厚生委員会会議録』）。

大体一万五千の患者が全国に散在して、そのうちただ今は約九千名の患者が療養所に収容されておりますから、まだ約六千名の患者が療養所以外に未収容のまま散在しておりますように思われます。でありますから、これらの患者は周囲に伝染の危険を及ぼしておりますので、速かにこういう未収容の患者を療養所に収容するように、療養施設を拡張して行かねばならんと、かように考えるのであります。

その残っております患者を早く収容しなければならぬのでありますけれども、大概これが多年努力されて入院を親切に指し示して、何回も何回も県庁のかたとか或いは保健所のかたとか、或いは療養所の職員が勧めるのであります

けれども、これに応じない者が非常にたくさんでございます。そういうような者に強制的にこのらい患者を収容するということが、今のところでは甚だそういうところまで至っていないのであります。(中略) 要するに私は沈殿している全国の患者を極力療養所に入れるためには法の改正をする必要があるという意見であります。

癩の数を出しますことは古畳を叩くようなものでありまして、叩けば叩くほど出て来るのであります。(中略) それでこの癩の病床の問題であります、必ずしも病床数の予定は、現在未収容患者が幾らあるからという数に合わせないで、私は癩の問題を解決するためには、むしろ上回った病床数を用意する必要があると思います。(中略) いつもこのベッドの裏付けを持ちまして、いつでも探して連れて来てくれという体勢を整えませんと、(中略) 私は徹底いたさなと思う。(中略) 癩予防法制定当時はいわゆる癩収容所への対象を浮浪徘徊の癩患者に限っておりますので、いろいろな困難もありましたけれども、とにかく患者を収容の対象とすればよかったですけれども、その後収容対象の限定を解かれました、すべての癩患者、在宅有財の癩患者もこれを収容するということになって参りました、そういったしますと、患者自身を入れるだけでは解決が付きませんで、どうしてもそれに付随して起こります社会問題を全面的に解決いたしません限り、患者を収容しろということとは実際無理になっております。

何れの参考人もハンセン病の全患者の療養所隔離が必要であると意見を述べている。林園長は、「未収容のまま散在している」患者は「周囲に伝染の危険を及ぼしている」ので、「速やかに」隔離すべきであると、「らい予防上の必要性」を強調している。また光田園長は、全患者の療養所隔離のためには、患者本人の意思に反する強制入所を可能にしなければならぬと考え、宮崎園長は、全患者を隔離するためには病床数を確保することが先決である

としつつ、またそのためには入所患者の被扶養者の生活援護の措置が必要であると考えているのである。

このような参考人の意見を踏まえて、「らい予防法」案が一九五三年の第一六回国会において審議される。七月二日の衆議院厚生委員会で山縣勝美厚生大臣は、早速、法案の提案理由を次のように説明している。「今日、癩を予防するためには、患者の隔離以外にその方法がないのでありまして、この見地から、本法案においては、その第六条において患者の国立療養所への入所措置を規定しております」と（第十六回国会衆議院厚生委員会議録）。七月六日の参議院での中山マサ厚生政務次官の趣旨説明も同じである（第十六回国会参議院厚生委員会議録）。

ハンセン病を予防するためには患者隔離以外に方法がないという前提で、「らい予防上の必要性」を強調すれば、その第六条の「らいを伝染させるおそれがある患者」が最小限の伝染させるおそれを根拠にして全患者の意味となることはほとんど自明である。このことは、七月四日の衆議院厚生委員会と七月六日の参議院厚生委員会における、それぞれ杉山元治郎議員と竹中勝男議員による、療養所外の推定約五、〇〇〇人の患者を収容するための療養所拡張計画に関する質問に対する、山口正義厚生省公衆衛生局長の次の答弁において明言されている。答弁の趣旨は、厚生省は全患者を療養所に隔離する予定である、ということである。

ただちにあと五千人全部一時に入れ得るといふ施設というものは、まだ整備されておりませんが、ここ一兩年の間にそれだけ整備するという計画で進んでおります（第十六回国会衆議院厚生委員会議録）。

只今申上げました一万五千名のうちではつきり衛生当局のほうにわかっておりますが、まだ収容されておられません者が千六百名余り、そのほかにまだ衛生当局のほうにはつきりわかっておりませんが、ほぼ確実であろうと思われ

る者が千八百名ばかりでございます。そのほかあと千五百名ほどと申しますのは、非常に不確実の者でございますが、そういう者に対しましては将来患者の秘密を保持しながら、健康診断などを実施して、そうして入床を勧めて行きたい。その傍らこの病床の整備を図って頂きたい、そのように考えております〔第十六回国会参議院厚生委員会会議録〕。

既述のとおり、一九五三年の調査では未收容患者（登録）が一、五六三人、未收容患者（推定）が一、八七八人であったが、右の答弁ではさらに「非常に不確実な者」約一、五〇〇人が隔離の対象とされていることが分かる。なお一九五八年の第七回国際らい会議においても（先に言及したとおり、「らい予防法」の廃止を促していた会議である）、小沢龍厚生省医務局長が、「未收容の登録患者数は一、〇九八名であり、未登録患者は約三、一〇〇名と推定されている」と数字を紹介した後、「まだ在宅未收容患者が相当あり、これらが感染源になっているので早期に收容することが望まれ（る）」と発表している。^②

以上のとおり、「旧法」三条の「病変伝播の虞ある」患者と「らい予防法」六条の「伝染させるおそれがある」患者は、ハンセン病を予防するためには全患者の療養所隔離が必要である（それ以外に方法がない）と考えて、それだけの病床の整備を進めていった絶対隔離政策のもとで、ともに全患者を意味していたのである。患者の人権を最大限に優先するという姿勢は微塵も見られない。「伝染させるおそれ」が、極めて安易に認められていたということが出来る。

（1）大谷「前掲書」一四〇頁、犀川「政策の変遷」一三三頁以下、藤野「近代史」四九八頁。これが先述の原告準備書面

(六) が指摘する「第二次無らい県運動」である。藤野氏によれば、一九五〇年に厚生省は「三〇か年でハンセン病を絶滅させる」計画を発表した。その要綱は、「各市町村の衛生官と警察が協力してライ容疑者名簿を作る」、「伝染病届出規則を嚴重にして医師の届出を強化する」、「結核や乳幼児の集団検診の際保健所係員が現場へ出張して容疑者を発見する一方、保健所では一般住民からの聞き取りや投書で容疑者発見につとめる」、「入所中の患者と退所した患者の家族を検診する」というものであった。

(2) 大谷「前掲書」一九七頁以下。

五 次に第二の論点である。「らい予防法」六条は、「らいを伝染させるおそれがある患者」について、「らい予防上必要がある」と認められるとき、療養所入所を勧奨・命令・強制する規定であった。ハンセン病患者の療養所入所について二段階の絞りがかけられている体裁であるが、実際には、「伝染させるおそれ」の次に「らい予防上の必要性」を判断したのではなく、この順序が逆転して、「らい予防上の必要性」が前面に押し出された。この転倒を引き起こしたのは、全患者隔離以外にこの感染症を予防する方法はないという認識であった。この認識を導いたのは、ハンセン病は恐ろしい感染症であるとする考え方であった。しかし、感染症として恐ろしいというこの考え方は合理性を欠いていたから、この「恐ろしい感染症」について「伝染させるおそれ」の有無を合理的に区別しようとする意図は、最初から放棄されていたと考えた方がよいであろう。

次のエピソードが示唆的である。会期中、全患協が「らい予防法」反対闘争を組織し、国会・厚生省前で座り込みを行ったが、法案を審議する参議院厚生委員会、ある委員が「旧法」三条に基づき「なぜこれを公衆衛生の方面から取り締まらんか」と政府委員に説明を求めた¹。そこで七月二三日、与謝野光東京都庁衛生局長が参考人として召喚され、次のように発言する。「ただらい患者がそこを歩いておった、それをすぐ三条を適用するというのは、

法の精神では「病毒伝播の虞あるもの」ということですから、健康診断というものが行われなければ無理ではないか。(中略) 先般出て参りました患者につきまして村山の専門家の先生方に今回の出て来た者は、病毒伝播の虞れがあるという証明書を書いてくれということをお私たちは申し上げたのであります。(中略) これについては村山の先生としては、病毒伝播の虞れある患者ということは書けないというわけであります。で、病毒伝播の虞れのあった患者であったという証明書をもらいました。併しこれでも私も先生の苦衷もよく察しましたから、これを使っていたかと思っております。」と(『第十六回国会参議院厚生委員会会議録』)。「伝染させるおそれ」が「ない」者をおそれが「あった」者であるとの証明書で隔離しようとする、という「伝染させるおそれ」に関するおおよそ合理的な判断基準が法適用の現場で機能していたことが分かる。

しかし、一九五二年の第一回WHOらい専門委員会(リオ・デ・ジャネイロ)の報告書は、「現代のらい治療は、患者の伝染性を効果的に減少せしめ、患者を非伝染性に変えてしまう」ので、このらい治療が「らい管理に現在最も有力な適した武器として好んで利用されている」と述べて、全患者療養所隔離政策の前提理解(それ以外にハンセン病を予防する方法がない)を否定していた。この観点から同報告書は、隔離によるらい管理は「病型を二つに分ける事が必要になって来る」として、「伝染性のものを「開放性」型、不伝染性(弱伝染性)のものを「閉鎖性」型」とした上、「伝染性の症例のみ隔離の形式に従う必要がある」と述べていた。「隔離」は、住居内隔離を含む広い意味で用いられている。仮に同報告書の立場で「らい予防法」六条を解釈するならば、伝染性の病型にある患者について、「らい管理」の見地から、最小限の範囲で、療養所隔離を勧奨することになるであろう。療養所隔離は、「ひどい伝染性らいに適用されるもので、その患者の治療が一層長びいたり、病状が頑強で、専門的な治療が特に必要な場合」であるとされているからである。

(1) 山本「前掲書」二九八頁以下参照。

(2) 第一回WHOらい専門委員会報告書については、「らい予防法」違憲国家賠償請求事件乙二二号証。同報告書では「らいが流行地でない様な所や、らいが拡がる傾向のない所では、らい患者に対して何等かのサーベイランスが必要であるという届出制度をとって、治療を行って行けばそれでよい」とされているので、一九五三年は、日本で療養所隔離制度が根本的に反省され見直されるべきときであった。熊本地裁判決は、先に述べたとおり、「隔離政策の抜本的な変換をする必要があった」(判決要旨)ときを一九六〇年としているが、なお同判決が上げる統計によると、一九五〇年の日本の有病率は人口一万人あたり一・三三人であり、一九七〇年以降は一人を下回っている。一九九一年にWHOが示したハンセン病の制圧基準は、その当時のハンセン病蔓延国の平均有病率人口一万人あたり一〇人程度を一人以下にすることである。

六 ハンセン病を伝染性と不伝染性(弱伝染性)に分けるこの病型分類自体は、当時の日本のハンセン病医学界の共有するところであり、第一六回国会の法案審議の中でもこのこと自体は確認されていた。七月八日の参議院厚生委員会においてハンセン病が「伝染する」ということの医学的の証明」を求められた山口公衆衛生局長が次の答弁を行っている。

統計学的にらい患者に接触している集団からのらい患者の発生率、しかもそのうちでらいの結節性のらい、つまり菌を非常に多く排出いたします結節性のらい患者に接触いたしております集団、それから斑紋性の、らい菌を比較的余り排出いたしません、或いは排出いたしましても非常に程度の少ない斑紋らいに接触しております集団からの発生率の間に、これはフィリピン、ブラジル、そのほかの国々においていろいろ統計学的に調査されておりますが、その間にはつきり差がでておりますというような事柄、或いはらい患者から生れました子供をそのまま放置しておき

ますと、相当多数に子供の中からいらいが発生いたしますが、これを出生後直ちに隔離いたしますと、別のところへ連れて行つて育てますと、そこからいらいの発生がほとんどないというような点から考えまして、私どもはこれを伝染性の疾患というふうに考えて取扱つております。(第十六回国会参議院厚生委員会会議録)

ここでは結節らいと斑紋らいが区別されて、両者の区別が伝染性の有無ないし強弱によるものであることが明確に認識されていた。また七月二一日の参議院厚生委員会における参考人北村包彦東京大学教授の証言によると、この二類型に神経らいを加えた三類型のハンセン病の病型分類が当時の考え方であった。北村教授は法案六条の「伝染させるおそれ」の判断基準となる「らい菌の証明」に関して次のような見解を述べていた。

菌の所見について申しますと、鼻汁、或る場合には尿とか糞便、痰、これらは特殊な場合であります。こういうものに菌を証明するような場合、併しこれは大概結節らいのときが主のことです。それから第二は皮膚の組織の塗抹標本のうちらい菌を証明する場合、これも結節らいには主でありまして斑紋らい、つまり結核様らいではときに陽性がございます。(中略)このうち鼻汁に証明するような場合には当然それはその菌が体外へ散布されるという危険が大きいのであります。(第十六回国会参議院厚生委員会会議録)

つまり、結節らいが伝染性の病型であり、斑紋らい(結核様らい)と神経らいは不伝染性(弱伝染性)の病型であることになる。そしてこの病型分類自体は、右に見たとおり、法案審議の中でも知られていた。しかし、この區別が、「らい予防法」における「伝染させるおそれ」の解釈の基準に何ら反映しなかったのである。

まずもつて右の北村教授自身が、右の引用に続いて、「皮膚の組織片というもののうちに証明されるような場合は成るほど皮膚の表面には一応いない」ことになるが、「それは非常に浅いところ」であり、「ときに外へ出る可能性が多い」と述べて、「ときに」皮膚の組織片のうちらい菌を証明することがあるというだけの斑紋らいについても、「伝染させるおそれ」を肯定してしまつた。さらに北村教授は、「伝染させるおそれ」のもう一つの判断基準は「臨床所見」であるとして、そこに「神経の肥厚がある場合、知覚の異常がある場合、筋の委縮がある場合」を含ませて、「病型から言えば」「伝染の虞は少ないと考えていい」と北村教授自身が述べる神経らいについても、「伝染させるおそれ」を認めてしまつた。

法案の審議過程で明らかにされた厚生省の見解もまた、神経らいに「伝染させるおそれ」を肯定するというものであつた。七月九日の参議院厚生委員会の冒頭で、山口公衆衛生局長は、「らいを伝染させるおそれ」の診断基準に関して「当局の統一した答弁」を要求した榊原亨議員の前日の質問に対する補足答弁として次のように述べている。¹⁾

らいを伝染させる虞れある患者と申しますのは、らい菌を証明いたしますか、或いはらい菌を証明いたしませんでも、臨床的にらい菌を保有すると認められる患者でございます。例えば皮膚及び粘膜にらい症状を呈するもの、神経らいで神経の肥厚を伴うもの、神経らいで肥厚を認めないけれども、委縮麻痺を認める、それが限局していないというようなものを考えているわけでございます。（第十六回国会参議院厚生委員会会議録）

なぜこのように、国際的な病型分類と「伝染させるおそれ」の解釈基準が乖離してしまつたのか、その理由につ

いては既述のとおりであるが、もう一度整理をしようとする。

右の北村教授は、「菌の培養、動物実験ということがまだ不可能」であるから、「感染の機序とか病理というものについて明確なことを実験の結果から得たものに照らして窺うことができない」ことを指摘して、「治癒の点でも非常に最近では希望は持たれて」いるが、「非常に急速にらいを全く根治するという手段は遺憾なならないよう」であり、「治癒の決定というものを早急にきめることができない」と前置きをした上で、先に列挙した臨床的に「神経の肥厚がある場合」等について、「現在まだ検索上不備な点がある」と睨み合わせましてやはり感染、伝染の危険はある、こういうふうに見えるのじゃないか」と述べていた（『第十六回国会参議院厚生委員会会議録』）。つまり、ハンセン病については、医学的に十分に解明されていないので、「らい予防上の必要性」を最大限に考慮して、しかし同時に「らい予防」における「らい治療」の効果については軽視して、最小限の「伝染させるおそれ」に基づいて療養所隔離を実施する、という論理である。医学的に十分に解明されていないことが、「恐ろしい感染症」観を承認したのであった。しかし、では、「ひどい伝染性らい」、つまり結節らいの例外的症例の場合のみ治療施設への入所勧奨が許容されるとした、WHO第一回らい専門委員会報告書の見解は、医学的に根拠がなかったのか。そうであるとは考えられないのであり、したがって、日本では、正確に表現すれば、「恐ろしい感染症」観への医学的に無批判的な追隨が、「伝染させるおそれ」を合理的に判断させることを妨げたのである。⁽³⁾

なお「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面（五）が次のように述べて、右の本稿の指摘を裏付けている。ハンセン病は（「その感染力が弱いものの」、「社会的には、その病状の特殊性故に恐ろしい病ととらえられ、予防の必要性が強く叫ばれていた」）ので、「斑紋（神経）型（T型）であつても、臨床的にらい菌を保有する者、あるいは活動性のらい症状が認められる者は、当時の医学的知見の下では、伝染させる可能性があると考えられて

いた」と³⁾。もちろんこの主張の欠点は、医学的「知」を借称している部分があることである。

付言すれば、右の厚生省の見解は「伝染させるおそれ」のない患者の範囲の余地を残していないのではない。一九五三年八月一九日付の法務省人国管理局長あての厚生省医務局長回答がその第一事項において、「病状の進行が停止している神経らい患者の取扱」について言及しており、「菌を証明せず且つ神経の肥厚がなく、知覚麻痺及び筋萎縮が限局性、停止性で小範囲にしか認められないものは、伝染の危険なきものとして、隔離は行わない」としていた。⁴⁾しかし、熊本地裁判決が述べるように、「いずれにしても、未治療のハンセン病患者は、病型のいかんを問わず、何らかの皮膚症状や神経症状を呈することによってハンセン病であると診断されることがほとんどなのであるから、(中略)ハンセン病であるとの診断を受けながら、厚生省の基準によって、「伝染させるおそれがない」と判断される未治療の患者は、ほとんど存在しない」のである。

以上のとおりであり、「らい予防法」六条は伝染性の病型にある患者に限って入所の措置を認めたものである、とする主張は成立しない。

反対に明らかになったのは、全患者を療養所に隔離收容すべく施設と法の整備が行われていたことである。

(1) 「らいを伝染させるおそれ」の判断基準に関する質問は、法案を審議した衆参両院の厚生委員会ではたびたび行われており、これに対する政府委員の答弁には変更がみられたが、本文の山口公衆衛生局長の補足答弁は「当局の統一した答弁」として最終的に行われたものであった。その経緯を紹介する以下のとおりである。

まず、七月四日の衆議院厚生委員会において、長谷川保議員は、療養所からの外出の制限について定める「法案」一五条に関して、「感染するおそれのない者は外出させることができる」というような積極的な条文を掲ぐべきだと思いますが、(中略)当局はそういうふうに修正するような御意思はないか」と質問をしている。これに対する曾田長宗厚生省医務局

長の答弁は、「今日の医学の状況といたしまして、感染のおそれがあるかないかということ客観的にきめます基準というようなものが今日まだ確立しておられない」というものであった(『第十六回国会衆議院厚生委員会議録』)。

また、七月八日の参議院厚生委員会において、榊原議員が、「伝染の虞があるのとはどこで区別することが出来ますか」、「どの標準によって伝染のおそれあるということによって収容を強制するということになるのでしょうか」と重ねて質問を行っている。これらの質問に対して山口公衆衛生局長は、「一応臨床症状、或いは細菌学的検査などによりましてそれを判断するのでございますが、特に菌を検査いたしましたして菌の検出ができるという場合には、これは伝染の虞れが非常に濃厚であるというふうにご考え」て、入所を強制する場合には、「やはり症状がはっきりしておるというようなものでないといけない」と答弁した。曾田医务局長も補足を行い、「入所いたします場合には入所を強制しなければならぬというに足りる相当確たる根拠がなければならぬ問題でありまして、この入所を命じるときにはより厳密なと申しますか、確かに感染の虞れがあるということがかなり高い程度に至りませんと必ずしも強制はしないというふうな立場をとっております」と答弁している(『第十六回国会参議院厚生委員会議録』)。

これらの政府委員の答弁からすると、厚生省の見解は、菌を検査して菌が検出されない場合は入所を勧奨しない、というものであったかと意外な印象を与えるのであるが、しかし、そうではないのであった。先の質問者の榊原議員は、「次までに当局の統一した御答弁ができるように御準備下さい」と要請して質問を終えたが、続いて山下義信議員が、患者の人権尊重の観点からは入所強制と症状の強弱の關係が問題になると指摘して、「症状が強度でないものはそのような強制はする考えはない、かような御答弁と解釈してよろしいございますか」と確認を迫ったのである。この質問に対して山口公衆衛生局長は、先の答弁を修正して、「私どものほうで診断基準というものを作っている」ことを明らかにした上で、「菌の証明だけによると」と、菌の証明がなかなかむずかしい場合もございまして、(中略)いろいろな診断基準によりまして伝染させる虞れがあるという患者はやはり収容するという方針をとるわけでございます」と述べたのであった(『第十六回国会参議院厚生委員会議録』)。そして翌九日の同委員会においてこの作成済みの診断基準が公表されたのであった。

(2) 北村教授に先立ち、長島愛生園の光田園長が第二回国会参議院厚生委員会において次のように述べていた。「らいと

結核は全く別でありまして、皮膚の上皮層の○・一ミリか○・二ミリの下には微菌の膿があるのですから、その微菌の猛毒質の群衆があるのです。鼻の粘膜からは出、口の粘膜からはらい菌が飛ぶというようなことになっておるのであります。(中略) 上皮が蔽っておるものは開放的でないというふうには言えないと思うのです。蚊にもくちばし、それから蠅にも血を吸うくちばしがあるし、それからダニ、疥癬ですわね、これらによつて血と共にらい菌が運搬せられる。(中略) 日本の学者といえども、神経らいは移りはせぬ、それは外へ出してもかまやせぬというようなことを言う人があるのであります。それはもう少し病源というものを追究して行けば、神経らいであろうと、らいの名のつくものは私どもはやはり隔離しておかねばこれはうつるものだというふうに考えるのであります。」(第十二回国会参議院厚生委員会公議録)

(3) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件被告準備書面(五)一五八頁。同一五七頁には前注(2)の光田園長証言が部分的に援用されているほどである。

(4) なお同回答は、その第二事項において、「韓国における神経らい患者」は、「伝染の危険なきものとして、強制隔離の対象としていない趣である」と記している。

(三) 「らい予防法」に退所規定がないこと

一 入所基準に関する説明が示したとおり、ハンセン病を予防するためには全患者の療養所入所が必要であると考えていた日本のハンセン病隔離政策のもとで、「らいを伝染させるおそれがない」としてその必要性を認められない患者の範囲は、極めて小さかった。しかし、「らい予防法」が「伝染させるおそれがある」患者について入所の措置をとるとしている以上、法律的には、「伝染させるおそれがない」患者が、入所の必要のない者である。例えば前述の琉球政府による「ハンセン氏病予防法」は、六条一項で「ハンセン氏病を伝染させるおそれがある患者」について療養所入所を勧奨することができるとするとともに、七条一項で「ハンセン氏病を伝染させるおそれがな

くなった患者」(「軽快者」) に対して退所の措置をとることができると定めていた。「らい予防法」には、このような退所の規定がなかったのであり、同法における退所の問題を考える場合には、このことを持つ意味を理解する必要がある。

ところで「らい予防法」に退所に関する規定をおかないことは、意図的に選択されたものであったと考えられる。法案審議の前年である一九五二年一月に長谷川保衆議院議員が提出した「らい予防と治療に関する」質問書の第一〇項には、「癩予防法には、(中略) 自然的治ゆ及び医療によつて治ゆした患者の退所についての規定がないが、いかなる理由に基くものであるか」と記載されていたが、これに対する政府の回答は、「患者が治ゆした場合において、退所の措置がとられるのは、当然のこととして規定せられていない」というものであった(「第十四回国会衆議院会議録」)。また五三年七月三十一日の参議院厚生委員会において、同委員会の下に設置されたらいに関する小委員会における審議の経過が報告されているが、同小委員会で法案に対する修正案及び問題点に関する第一次案と第二次案が作成されたこと、その何れの案においても「治癒した患者の退院に関する規定を設けること」とする項目があることが分かる。しかし、結局、この修正案は採択されなかったのである(「第十六回参議院厚生委員会会議録」)。

しかし、「らい予防法」に退所規定をおかないというこの意図的な選択が、入所者に対する退所の措置を「当然のこととして」約束するという考え方は、法律的には矛盾以外の何ものでもないし、もたらされた結果はその反対であった。七月三日の衆議院厚生委員会における曾田長宗医務局長の次の答弁がそれをよく現している。

(法案六条は) らいを伝染させるおそれがあるものについて、らい予防法上必要があると認めるときに限ってこの

積極的な勧奨をいたすということになっておりますので、(中略)この必要以外の者(中略)は、入所の義務がないということになるわけでございます。ただ考えられますことは、本人に義務はないけれども、やはり全治に至っておられないというような意味で、在所を希望するという者が療養所内に残るということは考えられます。また治療方法が進んで参りましたため、初め伝染の危険があつた者も危険がなくなる、あるいはほとんど実質的には治癒と考えられてよろしいような状況になったものという者が出て参りまして、昨年もたしか三〇名足らずの者がさような認定を受けて退所いたしているような次第でございます。それにもかかわらず本人が希望して在所いたしますという場合には、(中略)非常にお気の毒ではありますが、もしも御本人が希望されるならば、一般の患者と同じ規律に従つていただきたいということになっております。その規律に従うことが意に反するならば、さような方々は自由に退所できるといふことになっております。(『第十六回衆議院厚生委員会談話録』)

ここには二つのことが書かれている。一つは、「らいを伝染させるおそれがない患者」(「入所の義務がない」者とされているがこの表現は疑問である)で治癒していない者が療養所に残る、ということであり、もう一つは、實質的に治癒した者でも退所する者は極めて少ない、ということである。また曾田医務局長は、いずれにせよ退所しない者は「在所を希望する者」であり、さもなければ「自由に退所できる」と述べているが、この部分は事実全く反する。⁽¹⁾ともかく曾田医務局長の発言は二つの点で曖昧であるため、そこに含意されたことの問題性を理解することが難しくなっているが、それはこういうことである。まず、入所の必要のない者の範囲である。不伝染性(弱伝染性)の病型にあることと治癒することは異なるので、「伝染させるおそれなくなった患者」(「軽快者」)の退所に関する規定を置かず、暗黙にそれを「治癒した場合」と解することは、結果として、不伝染性(弱伝染性)の

病型にあるが、治療していない、多数の、本来は入所する必要のなかった患者の、入所の継続を可能にした。言い換えれば、「らい予防法」における退所規定の欠如は、「入所の必要はない」が、治療していないとされる、多数の者の入所の継続を余儀なくさせた、つまり義務化したのである。

もちろん、日本におけるように「伝染させるおそれがある患者」の範囲を非常に大きく考え、これに対して「そのおそれがない患者」の範囲を非常に小さく考えるときには、「そのおそれがない患者」で治療していない者の範囲は相対的に縮小し（なぜなら「伝染させるおそれがなくなった患者」は実質的に治療した者であるから）、右の入所継続を余儀なくさせられる者は抽象的には少数であることになる。しかし、これは日本の療養所の現実ではなかった。この場合でも、治療の概念を厳しくすれば、その範囲は、再び拡張するからである。これが第二点目であり、退所の基準とされた「治療」とは何かということである。例えば、後遺症である知覚障害がないことを治療の条件とすれば、伝染させるおそれが全くなっても退所することは困難となる。²しかしこちらの方が日本の療養所の現実をより多く反映しているのではないかと考えるのは、ハンセン病の後遺症があるためハンセン病が治療しているとは法廃止後も考えなかった、と入所者が話しているからである。³この点は措くとしても、「らい予防法」における暗黙の退所基準を「治癒した場合」と理解して、その判断基準を明記しないことは、結果として、実質的に治療した者に半世紀にもわたる長期間の入所を余儀なくさせたのである。「らい予防法」の廃止を求めた一九九四年の全国国立ハンセン病療養所所長連盟の声明は、議論の前提となる事実として、「今日わが国におけるハンセン病患者は、ハンセン病療養所入所中の登録患者六千人中、らい菌陽性者はわずか三%以下と推定されていることを指摘するが、これによればその九七%以上の実質的に治療した者が、ハンセン病登録患者として入所していたことになる。

(1) 入所患者が療養所長の許可を受けずに退所することは「らい予防法」一五条により許されない、その意味で「入所者には、療養所長が退所を許可しない限り療養所にとどまるべき義務（在所義務）があると解される」、と熊本地裁判決は述べている。また同判決要旨には、「昭和五〇年代以降も、退所の自由について公式に表明されたこともなかった」と書かれている。

(2) 既述の一九五六年の国立らい療養所課長会議において示された「暫定退所決定準則」には、「その他（希望事項）」として、「(イ)顔面、四肢等に著しい奇形、症状を残さないこと」とあり、退所基準が後遺症と関連づけられている。「社会的治癒」という考え方があったことが原告準備書面（六）に紹介されている。「小指が曲がっている、これでは社会復帰できない。これを見たらあなたがらいいだということが社会の人は分かるだろう。まだ、「社会的治癒」していない。」という理由で、退所が許可されなかったという。

(3) 二〇〇一年五月一〇日沖縄愛楽園で金城幸子氏より森川聞き取り。

二 一九五二年の第一回WHOらい専門委員会が、「現代のらい治療は、患者の伝染性を効果的に減少せしめ、患者を非伝染性に変えてしまふ」と報告していたことは既に見たとおりである。したがって入所者に対する「治療↓非伝染性↓退所」の制度を構築することがせめてこのときには必要であった。しかし入所（不必要）基準における非伝染性の要件が非常に厳格であったのと同様に、退所基準における「治ゆした場合」を非常に厳格に理解して、療養所隔離の絶対性を追求したのが「らい予防法」であったといえる。

「治ゆした場合」が、「根治」あるいは「全治」した、非常に例外的な場合であると理解されていたことを例証する国会議事録の幾つかの箇所を以下に摘示する。まず、法案が提出された七月二日の衆議院厚生委員会での山縣厚生大臣の趣旨説明で、「らいは慢性の伝染性疾患であり、一度これにかかりますと、根治することがきわめて困

難な疾病である」とされている(『第十六回衆議院厚生委員会議録』)。七月六日の参議院での中山厚生政務次官の趣旨説明も同じである(『第十六回参議院厚生委員会議録』)。また同時に、両者とも、既述のとおり、「今日、癩を予防しますためには、患者の隔離以外にその方法がない」と述べているので、「治療→非伝染性」の認識が極めて希薄であるといえる。七月三日の衆議院厚生委員会における山口公衆衛生局長の次の答弁も同じ欠落を示している。

一旦これに感染いたしますと、現在の医学をもつていたしましては、これを根絶せしむることがなかなか困難な状況なのでございまして、その治療に長時日を要するのでございます。また疾病の性質上、予防方法が患者を隔離するという以外に、現在のところまだ発見されておりませんので、私どもはこの癩という疾病を予防いたしまして、公共の福祉をはかるというためには、やはり患者を隔離するということが、ただ一つの方法であるというふうに考えるのでございます。(『第十六回衆議院厚生委員会議録』)

したがって問題は、この頃のプロミンの治療効果に対する厚生省の評価である。日本でプロミン等による治療が開始されたのは戦後間もなくであり、一九四七年以降、日本らしい学会においてその有効性が次々に報告されていた。一九四九年四月にはプロミンが正式に予算化され、一九五一年四月の第二四回日本らしい学会では「プロミン」並に類似化合物による癩治療の共同研究」が発表され、プロミン等が極めて優秀な治療薬であると認められた。この間、プロミンの治療効果によって療養所内の菌陰性者の割合は、一九四八年には二六%、一九五〇年には三七%、一九五五年には七四%にまでなっている。しかし右の共同研究は、同時に、再発の可能性を検討するために少なくとも一〇年の経過を観察する必要があるとしていた(以上は熊本地裁判決の整理に基づく)。法案審議の過程で強

調されたのはこの最後の点であり、参議院厚生委員会における七月六日の曾田医務局長と七月八日の山口公衆衛生局長の次の答弁が示すのは、プロミンはハンセン病を全治させないという認識である。

プロミンその他の新しいらい治療剤が広く使用されるようになりまして、患者の治療成績は非常に上って参りました。で、恐らく戦前の状況に比べますれば、著しい効果を上げつつあるということが申上げられると思います。（中略）併しながら患者が十分に根治した、全治というふうに認められますか否かということについては、これはなかなか学者の間にも議論があるようでありまして、なかなか非常にいい成績を挙げつつあると言いなながらも、全くこの病気が治ったというふうに断定をするということはなかなかまだむずかしい段階である。（第十六回参議院厚生委員会会議録）

プロミンの使用によりまして結節らしいは非常によくなりまして七、八割軽快いたすのでございますが、果たしてこれが全治するかどうか、（中略）プロミンは菌の発育を阻止するという性質のものでございますので、菌をすっかり殺してしまうということはなかなかむずかしいのではないかとというように考えられました、発育を阻止しておる間に体力のほうでそれに打勝つというような状況で症状が経過いたすのでございますが、全治するかどうかということにつきましては学問的にもまだ疑問がある点だと思っております。（第十六回参議院厚生委員会会議録）

つまり、「プロミン治療→非伝染性→退所」ではなく、「プロミン治療→全治せず→入所継続」が、「らい予防法」の想定する制度であった。法案が参議院を通過した直後の全患協との協議における聖成結核予防課長の次の発言は

この要点をよく把握しているものであるといえ興味深い。

一度かかったら癒らない。発病が緩慢であるということ(一)療養を長期にわたり要すると言うことを勘案して、今の措置がとられているわけだ。将来百発百中癒る特效薬でも出来れば予防法も変つて来ると思う。しかし今は新薬が出来ていてもこれで完全には癒らないのだから、伝染微弱といつてもそれでほつとく訳には行かぬ。

右の発言の中に「らい予防法」が明確な退所規定を定めなかつたことの問題性がほほ的確に記されている。つまり、療養所入所者は、「伝染微弱といつても」、「完全には癒らないのだから」、「療養を長期にわたり要する」のであつた。

(一) 大谷「前掲書」一六六頁。

三 「らい予防法」一三条の更生指導に関する規定を理解するためには、入所者に入所継続を余儀なくさせているこの法構造を前提にしなければならぬ。熊本地裁判決は、同法に一三条が置かれていることから、同法は「退所を前提にしていると考えられる」と述べたが、右規定はそのような強い意味を持つものでは決してなく、絶対隔離政策における療養所隔離の絶対性を否定する論拠となりうる性格のものではなかつた。

「らい予防法」に基づく隔離政策のもとで療養所からの退所者がいなかつた訳ではもちろんない。先に引用した七月三日の曾田医务局長の答弁にあつたように、一九五一年には三五人(沖縄を除く全入所者中の約〇・三%)の

退所者があり、その後この数は次第に増加して一九六〇年には最大の二一六人（同約二％）となった。一三条の規定がこの退所者を想定したものであることは否定できないのであり、同医務局長は七月六日の参議院厚生委員会で、同規定の趣旨について、「これは幾分具体的ではございませんけれども、この病気が治つてそして社会復帰ができるものが今日でも若干名は出ておりますし、将来はこれがだんだんと殖えて来るであらうということをごちらも希望し、又それを患者にも希望を持たせたいというような趣旨が幾分でも現われておる条項であらう」と説明している（『第十六回参議院厚生委員会会議録』）。しかし、この法案審議の時点では、「治ゆした場合」に該当する退所者は極めて例外的な少数に止まつており、その意味で一三条もまた例外的な措置を定めた「幾分具体的でない」規定にすぎないことは、七月九日の参議院厚生委員会における同医務局長の次の説明においても十分に自覚されていた。

一三条につきましても、この入所患者に対しまして、軽症者あるいは将来治癒の見込みが非常に多い患者に対して、社会的更生のために必要な知識、技能を与える。たとえば授産場式なものを設けるということが必要でありまして、そういうことに努めたいと考えております。けれどもすべての施設にこういうようなものを作らなければならぬということ、今言い切つてしまうことは如何かというようなことで、入所患者に対して如何なる療養所におきましても、すべてこういうことを希望いたします入所患者のために、かような措置を講じなければならぬというふうにいたしますことは、少なくとも直ちにというわけにはその規定が実行に移し得ませんので、できるだけさような措置を講じて参りたいというような意味で、「ことが出来る。」という処分にいたしました次第であります。（『第十六回参議院厚生

では、この規定は、一九五三年当時とはかくとして、将来的に、入所者に対して何を約束しようとするものであったか。この点は、曾田医务局長の七月三日の次の答弁をみると明瞭である（前半部分は先の引用と重複している）。

治療方法が進んで参りましたため、初め伝染の危険があった者も危険がなくなる、あるいはほとんど実質的には治療と考えられてよろしいような状況になったものという者が出て参りまして、昨年もたしか三〇名足らずの者がさような認定を受けて退所いたしているような次第でございます。それにもかかわらず本人が希望して在所いたしましたという場合には、将来他にそういういわば回復者の収容施設というもの、これは予防上の見地というよりも、むしろ純粹に社会福祉的な施設というようなものが設けられるようになれば、そういう施設に収容さるべき人たちが、と思うのですが、また私どももそういう施設が将来において必要になって来るものと予想いたしておりますが、

（後略）。（第十六回衆議院厚生委員会議録）

「回復者の収容施設」について述べられている。長谷川議員もこれに同調して、「別個の施設をつくりまして、そしていわば後保護施設と申しますか、あるいはコロニー施設と申しますか、そういうものをつくって、それらの諸君は別個に収容して保護する」、「このことを法案に盛り込むことが、「癩患者自身に大きな光を与えるだろう」と述べていた（第十六回衆議院厚生委員会議録）。

つまり一三条の規定は、この「回復者の収容施設」へのいわば転出を可能にする規定であったのではないか。もちろんこの「回復者の収容施設」構想は実現していない。しかし、長谷川議員が、「諸君は自由に一般社会との交

通ができる、あるいはまたそこで特別に社会復帰のための職業教育をするとか、あるいは家族が自由に入出入りするのために、そこに宿屋の設備をしてやるとか、あるいはまた特別な教育を十分にできるような施設をしてやるとか、さらに本人の願いによっては終身そこに住んでもよろしいというような十分な社会保障をしてやる」（「右に同じ」）と述べていたのを読むとき、その後療養所自体が入所継続を余儀なくされた「回復者の収容施設」へと変貌したと、そのため、結局、一三条は「治ゆした場合」に該当する極めて例外的な少数の退所者に利用されたにすぎなかったことが理解できるのである。

熊本地裁判決が指摘したように、退所については極めて厳格な運用がされており、一九五一年から一九九七年までの各年の退所者の入所者に対する割合は一%未満の年が殆どという状況であった。このため、新患者の隔離収容と相まって、療養所での患者収容率は、「旧法」下の一九五〇年で七五・〇四%、収容者数が最多となる一九五五年で九〇・八六%、その後、収容率が最高となる一九七〇年で九三・六五%、その他の年も常に九〇%前後という、高率を維持したのである。

右の事実は、一三条の規定が（それ自体としては）決して「ハンセン病者の社会」を崩そうとする性格のもではなかったこと^{〔1〕}、したがって若干の例外を認めつつも療養所隔離が絶対的に遂行されたことを示す。言い換えれば、同規定は、入所者に対して退所を法的に保障する規定とはなり得ない性格のものであったのであり、したがってそれは「らい予防法」が入所者の退所を「前提としていた」と主張しうるような根拠となりうる強い意味を有する規定ではなかったのである。

〔1〕 島比呂志「コロニー設置の私見」（同『片居からの解放』所収、増補版、一九九六年、初出は児島の春二号、一九五六

年)は、「まったく、皮肉な逆説」として、「ライの特殊性を排除するという意味においてコロナーの特殊性はプロセスとして許さるべきではなからうか」と述べていた。このコロナーの構想は、「健康な家族を含めての生活の場」を考えるものである。このようなコロナーの設置であれば、たしかに「ハンセン病者の社会」を崩していくプロセスとしての意義が認められたと思われる。その意味で二三条には「ハンセン病者の社会」を崩していく可能性が秘められていたとは言える。しかしこの可能性は二三条だけでは出てこないものであり、また二三条以外のものを含めてその可能性を考慮しようとしても、二三条以外のものは存在しなかったのであるから、二三条に「強い意味はない」という本稿の結論を動かす必要はないと考える。

四 以上に説明したとおり、日本のハンセン病隔離政策は、患者隔離以外にハンセン病を予防する方法はないという認識のもとで、ハンセン病に罹患した全患者を療養所に隔離收容すべく、施設面の整備を進める一方で、「旧法」と「らい予防法」を制定して、殆ど例外なく患者の隔離收容を遂行した。患者総数のほぼ全体を收容可能な病床の整備を終えたのが一九五三年であり、同年に「らい予防法」を制定した後、一九五五年に收容患者数が最大となる。もつともその頃には既に治療薬プロミンが用いられており、療養所から退所する少数の者が現れていた。しかし、「らい予防法」が退所規定を置かなかつたため、療養所は患者総数の九〇%前後を常に入所させる「回復者の收容施設」となって存続した。以上が絶対隔離政策における療養所隔離の絶対性として説明されたものである。

四 熊本地裁判決の損害論

一 絶対隔離政策はハンセン病患者を療養所に隔離して、「差別の体制」を造り出した。これはハンセン病を遺伝病として恐れて排除したこととは全く異質であり、ハンセン病隔離政策による最大の被害である。

熊本地裁判決は、ハンセン病に対する社会的な差別・偏見について、「古来より存在したものであり、被告の行為のみによって生じたものではない」と述べて、控え目な損害額の算定をしているので、右の点について十分な認識があったとはいえないが、これは「差別の体制」そのものを「共通の損害」として理解する方法が自覚されていないことにもよるであろう。原告準備書面（六）が同様の認識で、隔離政策による差別・偏見の助長と主張していることは既述のとおりである。

しかし、判決には隔離政策による差別・偏見の「作出」という表現が見られる。この表現は次のような意味で使われている。明治時代以前からハンセン病は差別・偏見・迫害の対象であったが、ハンセン病が伝染する病気であるとの認識は、あつたとしても極めて希薄であつたため、伝染に対する恐怖心からくる偏見は殆どなかった。しかし、一九二九年頃から終戦にかけて全国各地で大々的に行われた無らい県運動を通して、恐ろしい伝染病であると恐怖心がおおられ、「ハンセン病患者が地域社会に脅威をもたらす危険な存在でありことごとく隔離しなければならぬ」という新たな偏見が多くの国民に植え付けられた。さらに戦後も、「ライ患者用」などと明記された列車を仕立てて患者を輸送し、また「らい予防法」が従業禁止（七条）、汚染場所の消毒（八条）、物件の消毒・廃棄・移動の制限（九条、一八条）等の規定を置いたことは、「ハンセン病に対する差別・偏見の作出・助長・維持に大きな役割を果たした」と。

右の判決の認識を引き出したのは、言うまでもなく、原告らの主張である。本稿の枠組みで言えば、「差別の体制」を造るための二種類の行為のうちの一つ、つまりハンセン病患者の従来の社会生活を困難にし、その生活基盤を奪い、「普通の社会」から徹底的に排除して「ハンセン病者の社会」へと隔離していく過程、これを原告らは、原告準備書面（六）の「烙印論」を一步進めて、次のように主張したのであった。「日本型の「らい患者」隔離政

策は「らい病」を激的な伝染病であるとの恐怖宣伝のもと、議員、警察、厚生専門官、療養所職員、地方自治体担当職員、国鉄職員等だけではなく、宗教者、マスコミ、民間の医療関係者、教育従事者、そして地域住民をもまきこんで、社会の中に高度に組織的な「らい患者」隔離収容システムを構築した。この隔離収容システムを作動させ、「らい病者」(実際には治癒者を多く含む)の九割をこえる人々を隔離施設である療養所に収容してきた¹⁾。

「烙印論」では、一方で差別・偏見が助長され、他方で患者が療養所へ追い込まれていくとき、そこで行われているのは患者への烙印付けである、と捉えられていたが、ここでは「普通の社会」からの患者の徹底排除の過程が組織的に遂行されたことが、よりの確に理論構成されているといえる。絶対隔離政策が、「隔離収容システム」を構築し、これを作動させたため、差別・偏見がその性格を変えて新しく作出され、患者らは療養所へ追い込まれていき、その過程で多様な個別的諸被害を受けたのである。

こうして、もう一つの種類の行為(「ハンセン病者の社会」の形成)と併せて、「差別の体制」が造られた、と言を付け足すか否かが、原告らの損害論と本稿との違いとして残るが、新たに性格を変えて作出されたという差別・偏見の事実上の根拠となるのは、この「差別の体制」の外にはない。

犀川医師は、差別・偏見が今でも解消されないのは療養所のイメージが強すぎるからであると指摘していた。これは二通りの読み方が可能であり、その一つを判決が行っている。判決も、「瀬戸内海の孤島等のへき地に置かれた療養所の存在も、新法の存在とあいまって、(人々にハンセン病が恐ろしい特別な伝染病であることを強く印象づけ、)差別・偏見の作出・助長・維持に大きな役割を果たした」と述べている(原文は括弧なし)。これは、かつては無らい県運動を行った者が、また現在は療養所と「らい予防法」の存在を知る者が、ハンセン病は「恐ろしい伝染病」であり、患者は「危険な伝染源」であるとの偏見を抱くとする考え方である。逆に言えば、療養所と「ら

い予防法」のことを知らない、もしくは忘れたという者にとって、つまり現在の差別・偏見の大部分は、患者らを療養所へ追い込んだ過去の記憶に由来する、という理解の仕方であろう。

第二は、現在も療養所が象徴するところの「差別の体制」が存続したと切り離して差別・偏見を理解することはできない、とする本稿の考え方である。差別・偏見に晒される者にとって、過去のことではなく、現前しているのが「差別の体制」である。「らい予防法」に基づく隔離政策はこの「差別の体制」を存続させたので、差別・偏見は「差別化による被害」という形態をとって常に現れていたのである。この部分が判決の認識において十分であった。

判決は、「新たな偏見」を強調して次のように述べていた。「このような無らい県運動等のハンセン病政策によって生み出された差別・偏見は、それ以前にあったものとは明らかに性格を異にするもので、ここに、今日まで続くハンセン病患者に対する差別・偏見の原点があるといっても過言ではない」と。「新たな偏見」とは、繰り返しとなるが、判決によれば、ハンセン病を「恐ろしい伝染病」、患者を「危険な伝染源」とみなすことである。しかし、差別・偏見の根深さは、判決が述べるように、古来からそれが存在したとして説明する以外にはあるまいか。「買物をした際、店員が代金をはさみではさんで取った」というある原告の経験から、社会的差別が根強いことを判決は学んでいる。こうした差別行為の「原点」が「新たな偏見」にある、と考えることはたしかに間違いではないように思われるが、しかし「新たな偏見」そのものを以て、つまりハンセン病を伝染病として強く恐れて患者を危険とみなすが故に、代金をはさみで挟んだ、と理解することは難しいのではあるまいか。差別の現れ方が大きく変化したのであって、遺伝病として、次に感染症として、恐れそのものは引き継がれたのではなからうか。絶対隔離政策による新しさは、その恐れに新しい働きを与えたことであり、そしてこれを現在でも機能させているの

が「差別の体制」である。それゆえ、ハンセン病を遺伝病として恐れて排除したことで、絶対隔離政策が「差別の体制」を造ったことは異質なのである。¹³⁾

しかし、ともあれ判決が、「隔離収容システム」の理論構成によって、「らい予防法」の存在による差別・偏見の「作出」という表現をしたことの意義は、以下に説明するように、たいへん大きい。

(1) 八尋光秀弁護士の結果弁論(意見陳述書(口頭反論要旨)四頁)。「隔離収容システム」と差別・偏見の作出の関係について、「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告最終準備書面・損害論では次のように説明されている。「誤った病像観の社会的集積が、今あるハンセン病者に対する差別偏見にほかならない。国が、ハンセン病は強烈な伝染病だという誤った病像観、隔離主義のらい予防法を、全国津々浦々に「啓蒙」していった結果そのものである。国の「啓蒙」は、患者をひとりに漏らさず収容することが目的であつた。決して古来からの差別偏見にあつた迷信、業病観、遺伝病観などを否定することが目的ではなかつた。そのため、古来からの誤りは払拭されず、重ねて、強烈な伝染病であるという誤った病像観に基づく差別と偏見を作り出し、加重した。」(第二章第一一)——また、同最終準備書面・責任編には、次のような説明がある。「恐るべき伝染病(強烈伝染病)と言う誤った認識が国民の間に生まれたのは、まさしく、隔離政策と隔離政策の手段として制定された法の存在自体によって作られたものである。隔離政策と法は、ハンセン病及びハンセン病患者に対する隔離政策以前から存在した差別偏見をさらに助長し、また政策以前とは質的にも異なる差別偏見を作出したのである。」(第二章第三一五)

(2) 判決は、現在の差別・偏見の存在を示す象徴的出来事として、一九八〇年代に至ってもハンセン病に罹つたと思ひ込んだ親が子どもと心中を試みた二つ事件や沖縄愛楽園ゲートボール協会の名護市ゲートボール協会への加盟が法廃止のころまで遅れたことを上げている。

(3) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告最終準備書面・事実経過でも、「たんなる「嫌悪」にとどまる因習的差別偏

見と、強烈な伝染力を持つ恐ろしい病気という「恐怖」をもたらす国が創りだした差別偏見との本質的差異」が強調されている。しかし、この差異の強調は、現在の「見えない壁」を「恐怖宣伝」の残痕として説明することになる。それは本文でも指摘したように、「見えない壁」の現前性を軽視するものであると考える。なぜ壁を越え出ること（ポケットから手を出すこと）が難しいか、それを他人の「恐怖」で説明することができただろうか。感染症隔離政策とは、隔離対象患者における他者への感染の不安を取り除きながらも、その地域社会からの排除を偏結しないものである必要があると考えられるが、ハンセン病絶対隔離政策は前者の点でも、逆に患者の人間性を否定するという暴挙にでている。したがって現在の「差別の体制」を可視化するものとしては、人間性を否定される恐怖と差別・偏見であると考えられる。恐怖ということ言えば、ハンセン病に対する「恐怖」が最も大きかったのはいつの時代も患者本人であると思われる。

二 冒頭で述べたとおり、熊本地裁判決は「らい予防法」をその形式と効果において断罪したといえる内容のものである。まず、形式において、とは法令違憲のことである。

「らい予防法」六条がハンセン病と診断された患者の療養所隔離を強制する。同一五条と同一二八条は入所者の外出を制限し、許可なき外出者を監禁室に拘留する刑罰を科す。そして退所規定を設けない同法はハンセン病の治療した者に入所の継続を義務付け、退所の自由を与えない。判決は、こうした法律の形式そのもの、すなわち隔離の法構造（判決は、六条、一五条、二八条を一体として「隔離規定」と呼んでいる）が、まず明白に憲法二二条一項の居住・移転の自由を包括的に制限するものであるとした。しかし判決は、それだけでなく、「隔離は、通常極めて長期間にわたるが、たとえ数年程度に終わる場合であっても、当該患者の人生に決定的に重大な影響を与え」、「その影響の現れ方は、その患者ごとに様々であるが、いずれにしても、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれる」として、憲法二三条に根拠を有する人格権そのものに対するもの

と捉えることのできる人権の制限がそこにあるとした。この立法内容の違憲性は、「法制定当時から既に」、そうであるとされている。

この違憲立法によって、「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」であると評価された、「人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性」という状況が生じた。そのため「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が認められたのであった。

次に、そのもたらされた「人権被害の重大性」という効果であるが、判決によれば、これには少なくとも二つの重大な人権被害があるという。一つは「隔離による被害」であり、もう一つは「原告らが社会の人々から様々な差別的扱いを受け(る)」ことに関連して、「そのような地位に置かれてきたことによる精神的損害」である。この二つが原告らに共通する損害であるとされた。

第一の「隔離による被害」は、最も短い者で一九七三年の療養所入所以降法廃止頃までの二三年間であり、最も長い者で、隔離政策を継続したことについて国賠法上の違法性が認められた一九六〇年以降の三六年間である。この期間の長さにより賠償額に差が出ており、しかも「隔離による被害は、年々軽減されていき、特に、昭和五〇年代以降は、右被害が著しく後退していった」とされていることから、被害の内容としては、まず居住・移動の自由の包括的な制限があったと理解されていることが分かる。この側面を強調すると、「隔離による被害」として特定されているのは共通損害ではなく、損害の共通性(程度の差はあれこの損害があること)であることになる。しかし、判決は、「単純に入所期間の長短のみによって、隔離による被害を評価することはできない」と述べ、この被害の核心が人格権侵害にあることを明らかにしている。例えば、「幼少の時期に肉親と引き離され、孤島でほとんど外界に接することなく大人になった」ある原告が、「退所を全く考えたことがない」と証言したことに対して、

判決は「同原告が、このような心境になるのは、正に隔離そのものがもたらした結果というべきである」と述べる。また入所時の心境は「一步一步が暗いトンネルでも入っていくような感じ」であったとする証言が引用されているのは、隔離によって、すべての原告が社会生活の基盤を剥奪された経験をもち、「人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれた」ことの例証としてであると考えられる。

第二の効果は、原告らにある種の「精神的損害」が生じていることである。被害の内容として、どのような人権侵害のことが考えられているのかは、必ずしも明らかでない。しかし、判決が次のように、つまり、「被害は、療養所への隔離や、新法及びこれに依拠する隔離政策により作出・助長・維持されたハンセン病に対する社会内の差別・偏見の存在によって、社会の中で平穩に生活する権利を侵害されたというものであり、（後略）」と述べていることからすると、この「精神的損害」は原告らが主張した「社会の中で平穩に生活する権利」侵害の一種態として理解されたということが出来る。具体的には、①入所以来、差別・偏見を恐れて殆ど外出しなかった原告が受けてきたところの、②故郷に帰つたため周囲からの激しい差別・偏見に晒されてきた原告が受けてきたところの、③周囲の者に元入所者であることをひた隠しにしてきた原告が受けてきたところの、④後遺症があるためずっと病室を有しているように誤解されてきた原告が受けてきたところの、精神的な圧迫あるいは精神的なある種の抑圧状態のことであろう。ハンセン病は人間でない、人間扱いされなかった、とはしばしば語られる言葉であるが、私はハンセン病だから、悔しい思いをした、諦めざるをえなかった、怯えた、という、そのような経験の一つ一つのことここで考慮されていることは間違いないであろう。本稿の枠組みではこれが「差別化による被害」である。

したがって、この二つの効果は、いずれも個別的諸被害の中から、「共通する損害」として括り出されたものであることが分かる。しかし、その際にこれらが最小限度化しないように、注意深い歯止めがかけられている。「隔

離による被害」については、人格権侵害であるとして、質的に重大であることが意図されているし、「精神的損害」では、被害の最も根底的な部分へ眼差しが注がれたように思われるのである。このことはまた、原告らの「共通の被害」に関する主張が実質的に受け入れられたことを示している（もともと沖繩の原告は除外されたが）。

このうち本稿が着目するのは後者の被害である。なぜなら、それは、「らい予防法」の効果としての精神的損害、すなわち、判決の表現を用いれば、「らい予防法」の存在のために、「原告らが社会の人々から様々な差別的扱いを受け（る）」という、「そのような地位に置かれてきたこと」による精神的損害であるとされているので、本稿が考える「差別的体制」と深く関係しているからである。

(1) 熊本地裁判決第四章第七節「除斥期間について(争点四)」において、原告らの被害を整理した箇所からの引用である。

三 しかし判決が「精神的損害」について書いている部分は少なく、右に紹介した具体的内容に関する部分を除くと、次のものがその全てであり、しかもその論旨は必ずしも明快ではない。

原告らは、社会から差別・偏見を受けたことによる精神的損害を、ステイグマによる被害(烙印付け被害)あるいはその一部として、共通損害である社会の中で平穏に生活する権利に含まれている。この点、ハンセン病に対する誤った社会認識(偏見)により、原告らが社会の人々から様々な差別的扱いを受けたことそのものを賠償の対象ととらえるべきではなく、そのような地位に置かれてきたことによる精神的損害を被害としてとらえるべきであり、これにも、

一定の共通性を見いだすことができる。

判決が、「差別的扱いを受けたことそのもの」を賠償の対象と捉えず、「そのような地位に置かれてきたことによる精神的損害」がそれであると述べて、斥けていることと、却ってそのために導びかれたことは何であるかが、興味深いのである。

まず考えられるのは、前項で紹介した具体例の中で①の原告は、「社会の人々から様々な差別的扱いを受けた」とはいえないが、差別偏見を恐れて外出できなかつたのであるから、差別偏見の故の精神的被害があるということができる。このような意味での精神的被害を重視するための判決の選択であつた、と言うことができるか。しかし、「精神的損害」には原告毎に差異があると判決は考えており、①の原告の場合はむしろ控え目であるとみなされているようである。また「外出できなかつた」ことの精神的被害は、第二の「精神的損害」としてでなく第一の「隔離による被害」としてより適切に考慮されうるものであるように思われる。次にもう一つ考えられるのは、「様々な差別的扱い」ではなく「精神的損害」において、「一定の共通性」を見出すことがより容易であるという選択であるが、この点、共通性は、むしろ差別的扱いを受ける「地位」にあるということができるのではなからうか。

ところで「らい予防法」の隔離の法構造は、原告らの理解では、「一度ハンセン病と診断され療養所に入所したものの」という立場が、「終生変わらない」ことを意味しているのであつた。絶対隔離政策とはそういうものであつた。原告らは、ここから、右の「立場」は、「人が社会において占める継続的な地位」（最判昭三九・五・二七）、すなわち憲法一四条一項の「社会的身分」と考えるほかない、と言う。このこともまた、「社会的身分」の意義に関する中間説（人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それに

ついで事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」¹⁾に従っても、そのように考えるほかないであろう。しかし、原告らは、さらに憲法一四条一項に基づく「らい予防法」の法令違憲を主張した。つまり、隔離の必要性がないのに入所者らを隔離し続けることは、社会的身分による不合理な取り扱いであると²⁾。この考え方は、しかし、このままの形では、同語反復でしかない（もともと隔離の法構造が不合理なだけである、社会的身分に基づく隔離継続せよ、必要がない隔離継続にせよ）。

しかし、判決が右の引用文を書いたときに、念頭にあったのは、この原告の主張であったと考えられる。なぜなら原告らはさらに次の主張をしていたからである。「烙印付的被害」とは「診断による社会的人格否定の烙印付をさらに収容によりだめ押しをすることによる被害である」。この「烙印付的被害」は「らい予防法」及び「旧法」に基づく「政策の適用による被害」であり、「政策そのものによる被害」（「隔離政策と法は、ハンセン病及びハンセン病患者に対する隔離政策以前から存在した差別偏見をさらに助長し、また政策以前とは質的にも異なる差別偏見を作出した」という内容である）から区別される、と³⁾。

既に見たとおり、「政策そのものによる被害」は判決の認めるところであり、その被害、つまり差別・偏見が原告らに何らかの個別的被害（「精神的損害」）を与えていることも判決は認めている。しかもその個別的被害（「精神的損害」）が原告らの主張する「社会の中で平穩に生活する権利の侵害」という内容のものであることも、既に見たとおり、判決は肯定していた。しかし、判決は、その個別的被害を「政策の適用による被害」であるとして、「烙印付的被害」であると考えたことは、斥けているのである。右に引用された判決文の前半部分はそのような意味であると思われる。つまり、

原告らは、社会から差別・偏見を受けたことによる精神的損害を、烙印付的被害として、社会の中で平穩に生活する権利（の侵害）に含ませている。しかし、精神的被害を烙印付的被害として、そこに含ませるのは間違ひである。この点（後略）。

では、なぜ精神的損害を烙印付的被害として考えることを斥けるのか。「政策の適用による被害」とは、言い換えれば、「らい予防法」の適用による被害ということであり、その「適用」とは具体的には、ここでは、ハンセン病であると診断された患者を療養所に隔離収容することである。原告らは、このときに、烙印付けのため押しがあらんと主張しているのであるが、このため押しの烙印付けがされることが、すなわち差別・偏見により当該患者に精神的損害が与えられることだとすると、これは、当該患者をある資格によつて不合理に取り扱っていることになるのではないか。言い換えれば、法適用によつて（烙印付的被害を当該患者に与えることによつて）、当該患者に差別・偏見が向けられ精神的被害が及ぶようにしている、ということではないか。（なぜなら——ここで先の原告の法令違憲の主張が想起され——ある者をハンセン病であると診断することは、「らい予防法」の隔離の法構造が論理的に導くところの先の「立場」を当該患者に付与することであるように思われるから。）しかし、これは憲法一四条一項による適用違憲（運用違憲）ということではないか。しかし、「らい予防法」がハンセン病と診断された患者に適用された限りで、その適用が違憲となるとは如何なることか。したがつてこの二つを切り離さなければならぬ。つまり当該患者が差別偏見のため差別的扱いを受ける対象となることと、精神的損害をうけることは別のことでなければならぬ。したがつて、差別的扱いを受ける対象となること（烙印付けられること）そのことではなく、そのような地位に置かれた（烙印付けられた）ことによる精神的損害が、賠償の対象でなければならぬ。

判決は以上のような推論を行ったのではなからうか。つまり、右の意味での「らい予防法」の適用の違憲性の主張を斥けるためには、判決は先の引用文のように書いたと考えられるのである。

- (1) 菅部信喜「憲法学(1)人権各論(二)」(一九九八年)四八頁。
- (2) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件原告最終準備書面・責任編(第三章第二一一一)
- (3) 同(第二章第三一五一)

四 以上のようなやや込み入った説明をしたのは、他でもなく、(おそらくは)判決の意図に反して、右の推論の中に、「らい予防法」がハンセン病と診断された患者をある「社会的地位」に置いたことが、明白に認められるからである。

ハンセン病患者がその地位に社会的に置かれること、そしてその「社会的地位」がその故を以て不合理な差別的取り扱いを受ける地位であることは、「らい予防法」三条が「何人も、患者又は患者と親族関係にある者に対して、そのゆえをもつて不当な差別的取扱をしてはならない」と書いていたことからしても、今さらその事実の真偽を争う必要のあることではあるまい。同様の規定は後天性免疫不全症候群の予防に関する法律(平成元年法律二号、平成一〇年廃止)三条にも置かれていた。それゆえ感染症予防法(平成一〇年法律一一四号)は、「我が国においては、過去にハンセン病、後天性免疫不全症候群等の感染症の患者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実を重く受け止め、これを教訓として今後に生かすことが必要である」と前文を置いているのである。

しかし、それらの「社会的地位」による差別事例は、私人間において生じたことであり、基本的人権を対国家的

権利として整理する憲法学では、憲法一四條一項の問題ではないように考えられてきた。ところが、右の適用違憲（運用違憲）の論法は、なぜかそれが憲法一四條一項違反であるという現実を導いたのである。もちろんその理由は一目瞭然であり、「らい予防法」が差別・偏見を作出したという前提理解があつたからである。このことを認めるとき、「らい予防法」が適用されればされるほど差別が作出される、という結論を拒否することはできないであろう。しかし、それは斥けられたのであつた。

しかし、そのために、却つて導かれたことはそれ以上に重要なことであるように思われる。右で確認したことは、「らい予防法」が、その「社会的地位」を与えた、ということであつた。これは「らい予防法」の適用が不当な差別的取り扱いを随伴するということではない。「らい予防法」が、あるいは判決の言葉を借りれば、「新法の存在」が、全てのハンセン病と診断された患者を、それによつて差別が加えられるところの「社会的地位」に置いたのである。つまり、「らい予防法」が集団的な差別をつくつたのである。

この判決から導かれた結論は、本稿が試論として提出しているところの、らい予防法制のもとでの絶対隔離政策が「差別的体制」を造つた、という論理と基本的なところで殆ど変わりがない。

したがつて判決が第二の「共通損害」として右の「精神的損害」を認めたことは、「らい予防法」が、その故を以て全てのハンセン病と診断された患者が差別を加えられるところの「社会的地位」——そしてこれは原告らが主張したように憲法一四條一項の「社会的身分」であると言うほかない——に同患者らを置いた事実を認めて、「そのような地位に置かれてきたことによる精神的損害」について、「共通損害」として、国家的な賠償をするということであるから、結論的には真摯な態度であると評価することができよう。つまり本件は、国がつくつた憲法一四條一項違反の「社会的」被害（集団にわたつて共通の、という意味）について、賠償請求が認められた、と評価で

きる事案であった。憲法一四條一項の「法の下の平等」の意義に関して大きな問題提起をしたということが出来る。

五 「法の下の平等」の意義に関しては、「平等志向」の強いベクトルが現代の民主主義的福祉国家の政治体制のもとで存在するとされていながら、憲法学ではその規範内容の解明が進んでいないとされる。そのような中で奥平康弘教授は、「ある基本権がその取扱いにおいて『差別的』であるはあいには、そのことは、当該基本権の剥奪もしくは侵害にあたる」と構成することができるのではあるまいか、いや、そう構成すべきではあるまいか」、言い換えれば、「基本的人権における差別『取扱いい』は、『平等』の問題としてではなく、取扱いいの問題として、『基本的人権』の『制限』を構成し、『侵害』に該当する、と考えるわけである」と発言し、「法の下の平等」規定の「空虚さ」を根元的に問い質したのであった。^②

例えば堀木訴訟が援用されている。障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止を定めた児童扶養手当法四條三項三号（一九七三年法律改正前）の合憲性を判断するに際して、受給者の「健康にして文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障において欠けるところが無いか否かを判断する以上に、憲法一四條一項で何か判断すべき固有の問題が残されているのだろうか、と。すなわち他の手当受給者との関係でたとえ「差別」を構成するものであったとしても、その「差別」によって奪われたのは「健康にして文化的な最低限度の生活を営む権利」ではないか、と。^③そして、基本的人権の制限、侵害として把握された問題を「法の下の平等」「差別」の問題としてみたならば、前者の把握ではみえないものが、前者の把握とは違ったものが、認識され分析できるのだろうか、と。^④

本稿の問題に当てはめれば、ハンセン病と診断された患者が、隔離されたことは、「差別的」取扱いいとして問題を立てるのではなく、人格権等の基本的人権の侵害あるいは制限として問題を立てるべきである、ということにな

る。このように書き換える限り、これは極めて通説的であり、言い換えれば「共通の被害」は原告らのように個別の被害のレベルで理解すべきであり、「差別の体制」を指摘する必要はないということである。しかし、何故に「共通の被害」を個人的に説明しなければならないのか、と反問せざるを得ない。

本稿の考察が示したのは、奥平教授の言い方を借りれば、平等の問題として把握されなければならない固有の問題領域があるということである。奥平教授は、自身の問題提起が法適用の平等原則に関わっているとして、「基本的人権」という「法」についても、それは「もともと、あるいは概念必然的に、適用において特別扱い（不平等取り扱い、差別）を認めていない」と主張された⁵。しかし、「特別な関係に関する特別な「法」であつても、その特別な関係のかぎり、平等に適用されるべきである」と当該原則の意味を敷衍したとき、抜け落ちたものがあつたのではないだろうか。奥平教授は、「憲法一四条の権利創設機能」（平等な配分）に関心を寄せている⁷。しかし「特別な関係に関する特別な「法」の全体が、差別的であるなら、その法適用は、当該法が適用される対象の全体に差別、つまり平等侵害を引き起こすのである。「らい予防法」の歴史がそうであつた。社会的な差別の問題は、私人間の差別的「取扱い」の問題であるとして、憲法一四条一項の解釈論の射程外におかれてきたが、「らい予防法」の法適用の問題を同様に扱うことはできない。言い換えれば、平等が社会的にあるいは集団的に侵害されるとき、それは「基本的人権」の「取扱い」の問題を超えるのである。なぜなら平等の法的価値とは、個人間の比較の問題に解消されるのではなく、社会的に様々に織りなされていく関係の平等性を追求するからである。

このことを良く理解させるのが環境権の侵害との比較である。よい環境が重要な法的価値であるのは、環境が悪化すると健康を害したりするからである。しかしよい健康が当該主体に帰属する価値であるとしても、よい環境は必ずしも当該主体のものではない。しかし環境権が帰属する主体は地方自治体や総体としての地域住民ではなく、

当該主体である。あなたの環境権が侵害され、あなたの健康が損なわれる。つまり、当該主体自身のものとは言えない環境という法的価値が侵害され、あなたの環境権が侵害される、という関係がここにはある。⁽⁹⁾

平等という法的価値の侵害の一つの形態(集団的な差別におけるそれ)は、このようなものである。支配的な集団と従属的な集団があれば、そこには平等という法的価値の侵害がある。本件であれば、「ハンセン病者の社会」を作り出すことそれ自体が、差別、つまり平等という法的価値の侵害であり、それが同時に、そうして排除されるハンセン病患者の「基本的人権」を侵害したのである。侵害されている法的価値は二重であり、しかも個人的に、また社会的(集団的)に差別が行われているという意味では、平等という法的価値の侵害も二重なのである。

Aさんがハンセン病の元患者であることを理由にタクシーの乗車を拒否されたとき、Aさんは人間として差別的に「取扱われ」、ハンセン病の元患者としてある種の利益を侵害されている。またBさんがハンセン病の元患者であるため就業が困難であるという場合、Bさんは人間として差別的に「取扱われ」、ハンセン病元患者として勤労の権利を侵害されている。奥平教授はこれを人間としてある種の利益を、また勤労の権利を「侵害された」、と問題を平板化するのである。しかし、なぜその利益が侵害されたのか、そこには背後に集団的な平等という法的価値の侵害された状態があるからである。憲法一四条一項の問題としてこの点か等閑視されていることが「空虚」⁽⁹⁾ではなからうか。

(1) 奥平康弘「基本的人権」における「差別」と「基本的人権」の「制限」名古屋大学法政論集一〇九号(一九八六年)二五五頁、二六一頁。

(2) 棟居快行「人權論の新構成(憲法論集I)」(一九九二年)一一三頁以下。

- (3) 奥平「前掲論文」二五〇頁以下。
- (4) 「右論文」二五九頁。
- (5) 「右論文」二六〇頁以下。
- (6) 「右論文」二六一頁。
- (7) 「右論文」二五五頁。
- (8) 二風谷ダム判決（札幌地裁平成九年三月二七日判決・法律時報一五九八号三三頁）もまた、「少数民族にとって民族固有の文化は、多数民族に同化せず、その民族性を維持する本質的なものであるから、その民族に属する個人にとって、民族固有の文化を享有する権利は、（後略）」と述べて、民族の次元の法的価値（法的に承認されたアイヌ文化の価値）と個人の次元の文化享有権を分けている。
- (9) 刑法学からの問題提起として、森川「多文化主義とフェミニズムの対立？」琉大法学六一号（一九九九年）一頁以下、同「刑法における反差別原則」琉大法学六二号（一九九九年）九六頁以下。

六 判決が認めた二つの被害の中には、療養所内で断種、墮胎、新生児の殺害が行われたこと、患者作業として労働の強制があったこと、監禁室で凍死・衰弱死した者のこと、患者本人だけでなくその家族も迫害の対象とされたこと等、このような多様な事実は一切含まれていなかった。もちろん判決はこれらの諸事実を否定したのではなく、なぜそのような諸被害が生じたのか、その共通の根底的な理由を探そうとして、それはハンセン病であると理解したのである。ある病気に罹ることがそのような諸事実を招来するとはあつてはならないことであつたが、それを行ったのが「らい予防法」であつた。「らい予防法」がそのような「社会的身分」をハンセン病と診断された患者に付与したのである。それゆえ、ある患者が旧優生保護法の規定に基づき優生手術を受けたとすれば、それ

は「社会的身分」により差別されたことであり、その法適用も同法の同規定も憲法一四条一項により違憲である。また「らい予防法」の規定に基づき、ある患者が療養所に隔離されたとすれば、それも「社会的身分」により差別されたことであり、その法適用も同法の同規定も同じ理由により違憲である。つまり「らい予防法」は集団的に差別を加えるために制定された、初めから憲法一四条一項違反の法律であったのであり、したがってその個別的適用が引き起こした諸被害は同時に差別であった。

またそのような個別的諸被害が全て差別としての意味をもつのは、「らい予防法」が集団的な差別をつくったからであった。つまり、隔離とは社会からの排除であったが、「社会的身分」を付与されて集団的に排除され差別される者の社会ともう一つの多数者の社会を分断し、両者の差別的関係を裏づけ法的に容認し続けたのが「らい予防法」であった。そこに成立しているのが「差別の体制」である。

「らい予防法」の違憲性を問う原告らが受けた「共通の被害」とは、したがって、憲法一四条一項が保障する平等権の社会的あるいは集団的な侵害である。

五 結びに代えて（訴訟の意義）

判決が認めた二つの被害は、「法廃止まで継続的・累積的に」発生する「人生被害」であるから、「全体として一体的に評価しなければ、損害額の適正な算定ができない」とされた。これは、先に述べたとおり、除斥期間の経過による国家賠償請求権の消滅を主張していた被告に対する回答である。民法七二四条後段の除斥期間の適用される理由は、不法行為をめぐる法律関係を一定期間の経過によって画一的に確定させ法的安定をはかるためであると考えられる。しかしこれまでの判例が、加害者による除斥期間の経過の主張が信義則違反あるいは権利濫用にあたる場合

があること、またその利益が放棄されうるものであることを認めてきたように、本件訴訟でも、これが国を被告とする、「これまで例を見ないような極めて特殊な大規模損害賠償請求訴訟」（判決）であることを銘記するなら、被告の右の主張が斥けられたことは当然であった。

原告らがこの争訟に求めているのは陳外された人間性の回復であり、その意味で法廷で問われたのは、単に不法行為をめぐる権利関係の確定ではなく、人間としての尊厳そのものであった。太平洋戦争の敗戦に至るいわゆる五年戦争において、他者の尊厳を蹂躪した経験を有する私たちは、憲法一三条に、人は「個人として尊重される」と書き込んでいる。しかしその憲法施行から六年後に制定された「らい予防法」は、当たり前のようにハンセン病患者の人間性を侵害しようとした。このような訴訟において画一的処理あるいは時効という論理が被告によって主張されたことは非常に疑問である。

同様の問題を提起しているのが、戦後補償裁判と戦後責任の自覚の問題である。日本軍による戦争被害者がその経験を声に出すまでには長い時間が必要であったが、九〇年代になって名のりてた多くの元「慰安婦」たちの証言を聞き、私たちはようやくこの問題に向き合うことになった。しかし戦後補償裁判では、被害事実は認められても、時間の経過等を理由に補償の責任は認められていない。日本軍の慰安所制度は「現在においても克服すべき根源的人権問題である」として、その賠償立法をすべき国会議員の不作為の責任をみとめ、控訴審で取り消された地裁判決が例外としてあるだけである。そこで、それは戦争犯罪であったと示唆する国連報告書をうけて、二〇〇〇年二月に東京で開かれた「女性国際戦犯法廷」（民衆法廷）は、日本軍性奴隷制の責任者処罰の判断を示し、日本政府の賠償責任を認めた。「人道に対する罪」に時効はないからである。

被告の違法行為が終了したのは一九九六年の法廃止のときである。したがって除斥期間の規定の適用はない。こ

の熊本地裁が示した判断は、時効なき非人道的なハンセン病絶対隔離政策を裁くためのささやかな法律論であったと考へたい。

この絶対隔離政策は一九〇七年制定の「癩予防に関する件」に始まり、人権侵害の歴史はそれから九〇年にわたり続いた。法廃止のとき、平均年齢が七〇才をこえた全国の療養所入所者らは、各自の経験を振り返ったはずである。そして一九九八年に一三人の入所者がはじめて提訴したとき、この訴訟は、その経験の意味が社会的に共有される一つの方法とならなければならないのであつたのである。

提訴後も、これに対して否定的な姿勢を見せる入所者が少なくなく、そのような中でその意義を（例えば法律学の講義の中で）説明することは、事柄が差別の問題であるだけに、ある種の不遜な態度であるように感じられないことはなかつた。過去の問題であるように思われなかつた。しかし現在も、そこが人権侵害と無縁の場所でないことは沖繩愛楽園を望む丘に立てば明白であつたし、何より、園内を一回り案内していただいた後、誇らしげに（そのように感じられた）、ここは一つの町であると入所者から聞いたときに抱いた違和感は法律学的に整理したいことであつた。訴訟が提起され、原告弁護士団の見解と行動に接し得たことは、その都度、尊さの糸となり、やがて訴訟の意義について一つの所信を得るようになった。「見えない壁」を双方から取り除いて行くための、訴訟は一つの方法に他ならない、ということがそれであつた。また法律学を越えたところでは、それが過去の経験の共有を意味すると思へるようになったのは最近のことである。

熊本地裁の原告勝訴判決と被告の控訴断念をきっかけに、長らく連絡の途絶えていた兄弟姉妹と会話した元患者は少なくとも二人であらうし、また家族の病歴のことをはじめて共有した家庭があつたと思う。このようにして、元患者や園内の納骨堂の死者らの忘れさられ、また偽りをも秘めざるを得なかつた比較的狭く閉じられた社会が、これ

からその地域社会や職場でも拡げられていくのでなければ、勝訴判決の意義は失われると考える。

(1) 山口地裁下関支部平成一〇年四月二七日判決（判例時報一六四二号二四頁）、広島高裁平成一三年三月二九日判決。

(2) 徐京植・高橋哲哉「断絶の世紀 証言の時代」（二〇〇〇年）、前田朗「戦争犯罪論」（二〇〇〇年）、VAWWINET
 ジャパン編訳「戦時・性暴力をどう裁くか」（増補版、二〇〇〇年）等参照。「第二次大戦時沖縄朝鮮人強制連行虐殺真相
 調査団報告書」（一九七二年）や川田文子「赤瓦の家」（ちくま文庫）が紹介しているように、沖縄には慰安所が設置され
 たが、問題への取り組みが遅れたことは例外ではない。

（二〇〇一年七月二日）