

# 優生手術をめぐる国家賠償請求訴訟に向けて

— 東京高等裁判所提出意見書 —

新井 誠

本意見書は、優生手術に係る国家賠償請求事件に対する東京地裁令和二年六月三〇日判決（以下、本件原審判決とする。）を受けて書かれたものである。本意見書は、本件原審判決につき、①憲法上の諸権利をめぐる理解について一定の理解を示す。しかし同時に、同判決には、②憲法上の国家賠償請求権や除斥期間をめぐる従前の判例理解との関係、さらに③立法不作為の違法性等に係る議論を中心に、多くの問題点が見られることから、それに対する問題点を提示する（以下、（裁）判例の判例集等からの引用箇所具体的に割愛する）。

## 一 侵害された憲法上の権利

幸福追求権の保障について規定する憲法一三条は、プライバシー権や自己決定にかかる人格権などの根拠規定として一般的に理解されているが、その意味は多義的である。以下では、本件において当事者が侵害されている権利・自由として、どのようなことが観念できるのかを示していく。

(一) 身体侵襲を受けない権利・自由

本件優生手術により侵害される権利・自由のひとつとして、まず、不当な身体侵襲を受けない権利・自由を觀念できる。個人は、各自の条件の下において身体的、精神的な完全性を維持する権利があり、正当な理由がない限り、それに関する侵襲を受けることはない。

本件原審判決も認めるように本件優生手術は、正当な理由に基づかないまま、本人の明示的同意なく実施されている。それは明らかに不当で重大な他者による身体侵襲である。これは原告の「身体侵襲を受けない権利・自由」を不当に制約しており、憲法一三条に違反する。

## (二) リプロダクティブ・ライツ（生殖に関わる権利）

本件優生手術はまた、当事者（男性）の生殖に関わる機能を奪う外科的手術となっている。それはいわゆる「リプロダクティブ・ライツ（生殖に関わる権利）」の問題と捉えられる。芦部信喜は、これを「子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由（断種、避妊、妊娠中絶などの問題）」などとし、「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」としての「自己決定権（ないし人格的自律権）」であるとしている（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第七版）』（岩波書店、二〇一九年）一二八頁）。これも憲法一三条で保障されると考えることができる。なお、これは生殖に係る決定という点では、憲法一三条に係る視点でありながらも、上述の「身体侵襲を受けない権利・自由」の制約とは別途考慮されるべき問題である。

本件原審判決も、本件手術につき「身体的な侵襲を受けるとともに、男性としての生殖機能を回復不可能な状態になるまで侵襲されたものと認められ、これによって実子をもつかどうかについて意思決定をする余地が強制的に奪われ」たとし、それをリプロダクティブ・ライツと呼ぶどうかは別として「憲法で保護された原告の自由を侵害する」

と明示する。本件手術行為を憲法違反であるとするこの結論は、現在の憲法一三条をめぐる理解を前提にすれば、当然の帰結である。

### (三) 人としての将来にわたる人格権制限

本件で問題となる本人の了解のない優生手術という行為をめぐることは、それが行われた一回的時「点」に目が向けられ、上記の身体侵襲や生殖に関わる権利・自由の侵害利益が、その一回的侵害に結び付けて論じられる場合が散見される。しかし、本件で制限される権利の本質は、そうした一時点に留まらない。すなわち、時間的には将来に向けて継続する「線」としての制限、別の言い方をすれば、何らかの権利侵害が継続的に続いていることに注意したい(被害者の苦痛の継続性については、後述の旧優生保護法の仙台地裁判決を受けた評釈である、小山剛「人としての尊厳」判例時報二四一三・二四一四合併号(二〇一九年)一八頁を参照)。

たとえば、ハンセン病患者隔離政策をめぐる熊本地裁判決(熊本地判平成一三年五月一日訟月四八卷四号八八一頁)は、「ハンセン病患者の隔離は…当該患者の人生に決定的に重大な影響を与え…人として当然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のであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたる」とし、これを「憲法一三条に根拠を有する人格権そのもの」とし、そこでは将来的な可能性が閉ざされたことに起因する不利益が権利制限として理解される。例えば、本件原審判決も、本件手術をめぐることは「必然的に、そのような意思決定(注…「実子をもつかどうかについての意思決定」のこと。)を前提とした生涯を送る機会も奪われるとともに、そのような意思決定ができないことを前提として生涯を送ることを余儀なくされることとなった」と評価しており、当該権利制限は、将来にわたる継続性のある「線」としての権利制限として見ることができると評している。

(四) 優生施策の維持と「個人の尊厳」侵害

本件問題を考えるにあたっては、さらに社会における障害者などの扱いに関するステイグマ(烙印)に加え、優生思想を所与のものとしてきた各時代における(不幸な)社会通念の存在を忘れてはならない。

本件に関する(旧)優生保護法は、その制定から廃止されるまで、各時代における優生思想に関する社会通念のもとに維持されてきたといえる。さらに法律廃止後も、これまでの優生保護政策で生じた損害について国が自らその賠償・補償を考えるなど、その制度化に十分な努力が注がれてこなかった(国会による一定のおわびと給付金に係る法の制定は平成三一年を待たねばならない)。このようなことをふまえるならば、この問題から生じる差別意識や権利侵害の深刻さが国民の間にも伝わらないまま、時間が経過していたと考えられる。実のところ、こうしたことは、本件問題について重大な人権侵害が生じているということを認識し、その議論を深めるべきであった憲法研究者の間でも、論点が主要化することはなかったということも注目すべき点である(これについて、棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法律時報九〇巻九号(二〇一八年)一頁を参照)。

以上の状況で制限されてきたのは、いかなる権利であるのか。それは「個人の尊厳」である。個人の尊厳とは、「社会あるいは国家という人間集団を構成する原理として、個人に価値の根源を置き、集団(全体)を個人(部分)の福祉を実現するための手段とする個人主義の思想」であるが、その要諦は、「個人の尊厳は、個人を全体の犠牲にすることを禁ずるのみならず、非人間的に扱うことも当然に禁じている」(高橋和之『立憲主義と日本国憲法(五版)』(有斐閣、二〇二〇年)八〇―八二頁)ことにある。同書は「日本国憲法は、『個人の尊厳』を憲法を支える基本価値として採用し、それゆえに、個人を『個人として尊重』することを憲法上の原則として宣言し、そのことの意味として『幸福追求権』を最大限に尊重すべき『憲法上の(抽象的)権利』として規定し、その幸福追求権をさらに具

体化する個人人權を『憲法上の権利』として列挙している」(同八三頁)とするように、個人尊嚴の思想は、人權保障全体の究極の根拠である。

本件では、その「個人の尊嚴」がどのように侵害されてきたのか。それは、(本来的には現時点から見れば当該施行行為が十分問題のあることだと認識できるはずの)本問題が、①「損害賠償を受けるのに十分な違法性のあることだ」との認識自体が、各時代の社会において広まっていなかった状況のもと、②当事者自らも、この問題を裁判などで解決すべきことだと思えるほどの権利の成熟があったのかどうかを知る余地もないまま、長い間を過ごさなければならなかったということ、③そうした中、社会的地位の回復自体も難しくなっていたという循環が生じていたこと、である。当事者たちは、長い時の経過のなかで、各時代の社会通念の下で、自身たちによる「個人の尊嚴」の回復が難しく、そうであるからこそ、その回復がなされない事態が連綿と継続していたのである。

社会全体で一定の優生思想が(不幸にも)許容されてきた歴史的経過のなかで、個別具体的な個人が、優生思想的視点から「二級市民」扱いされることで受けた身体的、精神的苦痛が存在しながら、他方、各時代の社会通念から、その苦痛でさえも権利侵害と考えることが事実上許されない状況に置かれてきた当事者にとっては、(旧)優生保護法の下での本件施術から始まり、法律廃止を経過し、ようやく近年、国による一定のおわびがなされ補償の検討がされるまでに至る一連の状況において、憲法一三条に根拠を有する人格権としての「個人の尊嚴」が不当に侵害され続けていたのだと考えることができる。

## 二 本件問題に固有に生じる諸権利の特徴

(一) 権利の重層性

以上に見てきたように、本件問題にかかる憲法上の権利については、同じ憲法二三条を根拠として捉えるにしても、重層の意味があることを確認できる。そして重要であるのは、上記一の(一)や(二)に見た諸権利の制限については、形式的には、一回的優生手術行為により奪われていることから、時間的「点」としての権利侵害のみに光があたりがちになる。しかし、それで侵害利益の把握は十分であるのかどうかという問いが重要である。

もちろん、上記一の(一)や(二)の「点」としての権利侵害自体が、重大かつ不当なものであることはいうまでもない。他方、本件の優生手術行為によってもたらされた権利侵害は、上記一の(三)や(四)の視点からすれば、一回的な優生手術行為が、後の人生にとつての長いスパンでの身体的・精神的両側面からの権利侵害になっている。そのことに加えて、国や社会がこの問題を重大な権利侵害となる問題として認識してこなかった、あるいは、そのような国や社会が認識を持ったとしても、その尊厳の回復のための具体的な(賠償・補償を含む)国家補償の確立までも必要としてこなかった、という状況がともに長く続く。そのなかで、当事者たちの個人としての具体的な「個人の尊厳」の回復がままならないまま、近年に至ったのである。

(二) 時間の経過と憲法上の権利の成熟度

他方、本件問題を考えるにあたって固有に重要となる権利に関わる視点がある。それが、時代の経過と憲法上の権利の成熟度である。本件と同様に(旧)優生保護法による優生手術が問題となった仙台地裁判決(仙台地判令和元年五月二八日判例時報二四一三〇二四一四号(二〇一九年)三頁)は、「リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権の行使の可否」に関して、次のように述べている。

「国家賠償法四条の規定により適用される民法七二四条後段（以下、単に「除斥期間」という。）の経過前にあっては、旧優生保護法が廃止されるまで法律として現に存在しており、その間、旧優生保護法が違憲であると指摘した裁判例はなく、旧優生保護法を違憲とする学説が広く認知されていた状態でもなかった。これらの事情の下においては、旧優生保護法の廃止前に、不良な者又は社会生活上他人より劣る者として差別されてきた被害者やその家族らが、優生手術が違法であったと認識し、更に国家賠償請求訴訟を提起して、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であった」。

この指摘は、優生手術が、現時点で見れば、当然に差別的で不当な扱いであると認識できるとしても、手術が一般に行われていた当時には、そうした身体侵襲でさえ、あたかも正当な「治療」の一環であるかのように捉えられ、それが違憲・違法であるという認識自体が、客観的にもちえなかった状況にあることを示している。そして、リプロダクティブ・ライツ自体が、時間の経過のなかで徐々に成熟していったことを結果的に適示する。

一般的に、別異取扱いを許容してきた法制度については、もともと社会認識のなかでそれが違憲・違法だとは思われなかったものでも、時間の経過のなかで違憲・違法なものへと認識が転換され、相当程度の期間を経てから裁判において違憲・違法判断が示されることがある。民法（旧）九〇〇条四号の婚外子の法定相続分規定についても、最高裁大法廷平成二五年決定（最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁）は、「これらの事柄は時代とともに変遷するものであるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」とし、かつての最高裁大法廷平成七年決定（最大決平成七年七月五日民集

四九卷七号一七八九頁)と異なる結論(違憲)を導き出した。これも時代のなかで「個人の尊厳」や「法の下の平等」にかかる事情の変化があるからである。

もつとも、リプロダクティブ・ライツの成熟度に関する事件当時の権利意識の時代的変遷の提示は、本件問題について必要条件であったとしても、十分条件とはなりえない。というのも、先述の通り、本件で問題となる憲法上の権利の侵害の発生は、時間的な「点」としての優生手術時に留まるわけではない。その後、①当該手術の正当化を支える法制度の継続に加え、法廃止後も一定の賠償・補償の定立に関する消極的姿勢などが国側に見られ、優生思想に基づいて、客観的には、社会などから「不良」な存在として当事者が位置付けられ続けたこと(客観的認識の存在)、しかも、その状況のなかで、②当事者さえも、何かがおかしいと感じつつ、そのようなステイグマを押し続けられていることにより、憲法的にも保護される「個人の尊厳」を不当に制約していることを認識しづらい状況に置かれ続けたこと(主観的認識の不存在)が重要である(なお、本意見書は、「個人の尊厳」侵害の始まりの行為が、その後、徐々に「個人の尊厳」に対する制約の問題を引き起こす原因であることが認識され始めるようになる過程で、その間になおも当事者が「不良」認定され続けたことを問題視する。そこで、この指摘は、上述の仙台地裁が、手術によって一回的な侵襲を受けたことをめぐって、リプロダクティブ権という権利が当時、成熟していなかったことを指摘したこととは別の意味を持つことに注意したい)。

(三) 相当程度の時間が経過する過程で、継続する憲法上の権利侵害が、徐々に成熟を迎え、極めて重大な権利侵害が発生していることが、客観的に十分認識された時点における権利救済を求めることの重要性

以上の意味で本件における損害は、当該施術行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期

間の経過後、それが憲法上の権利に関する侵害が、社会の変化とともに、徐々に明確に現れてきたことが確認される(それは本来、当初からその施術自体が権利制限の原因であること自体は、現時点から見た場合には客観的にいえるにもかかわらず、である)。そして、本件の場合には、一定の社会通念を下地にして、当事者も損害の発生を認識できない状況にあったことから、被害者は、近年において、被害の本質となる人格権制限や、「個人の尊厳」の不当な侵害の大きさを認識できたことで、現時点で権利救済の裁判を起こしたのである。

他方、権利制限をした加害者にしても、自己の行為により生じうる損害の性質からして、相当程度の期間が経過した後になって初めて、憲法上の権利を侵害されたという者が登場し、損害賠償の請求等を受けることを、たぶん予期すべき現況にあるのだといえる。

現時点において本件訴訟が起されることの意味は、まさに本件のようなケースにおいて固有に生じている。そして本事件の主要な問題は、被害者側がその損害に関する認識についての主観的事情に左右されることなく発生しながら、最近まで拡大して存在し続けてきた権利侵害を、どのように救済すべきかという点にあると考える。

(四) 当事者に、重大で不当な「憲法上の権利」侵害に関する権利行使を妨げた時間的事情から考えられる具体的損害の発生時

以上のような視点から、本件における権利侵害を時間の経過とともにどのように評価すべきかをめぐり、次の二通りの理解が同時並行的に可能である。

第一に、本件施術行為は、過去の一時点においてなされたものの、本件において侵害を受けた権利・自由は、上

記一(一)、(二)で触れた諸権利に関する侵害にとどまらず、上記一(三)、(四)に見たように、施術後も長年にわたって不当な制約が継続していると捉えること。

第二に、本件施術行為は、過去の一時点において行われた当時も(本来的には)明らかに憲法一三条で保障される諸権利を制限していたと考えられるものの、施術当時においては、上記一(一)、(二)で触れた諸権利に関する制約でありながらも、それが不当な制約であると具体的に認識されるまでには時間がかかったこと。そして、その後の時の経過において上記一(一)、(二)のような制約を原因としながら、それらの諸権利に対する重大性が徐々に認識されると同時に、上記一(三)、(四)でふれた権利制約が近年になって決定的に深刻化し、当事者自身もまた、それが憲法上の権利制約となりうることをごく近年になって深く認識するようになったこと。

以上のような下で、当事者が重大で不当な「憲法上の権利」侵害に関する権利行使を妨げられた時間的事情を考えると、(本件原審判決の認定事実なども踏まえると)次のようなことがいえる。

まず、本法が廃止されたのは平成八年であるものの、その廃止時点では損害に対する賠償や補償についての制度化は程遠い状況にあった。

しかも、その八年後の平成一六年には、この問題に対する国会の政府答弁で、政府側から「強制不妊の対象となつた方々への補償を受ける権利というものを認める新たな立法措置を取ることは困難ではないかというふうに考えている」との発言があった。一方で、当時の坂口厚生労働大臣が、「現在から考えるならば、そうしたことは行われるべきではなかったというご意見がかなりあることも事実でございますし、私もそう思う一人でございます。」と述べている。こうした状況では、本問題が補償を要するほどまでの問題でないのかどうかという意識が国会でも見られるな

かで、政府の主要閣僚が本施行行為の問題を述べつつも補償についての具体的言及がなかったことから、国会あるいは政府において、本件について一定の賠償・補償をすることが必須で、それをしなければ憲法上の権利侵害の疑義が生じるということを考える状況にはなかった、あるいは仮に、考えるべきであったとしても、現実的にそのような状況になかったものと評価できる。

その後、時が過ぎ、平成三〇年一月に仙台地裁に本件問題にかかる訴訟が提起される。以降、この問題に関する救済の動きが国会内において見られ、平成三一年四月二四日に議員立法による一時金給付法の成立をみた。この法文の前文には「昭和二三年制定の旧優生保護法に基づき、あるいは旧優生保護法の存在を背景として、多くの方々が、特定の疾病や障害を有すること等を理由に、平成八年に旧優生保護法に定められていた優生手術に関する規定が削除されるまでの間において生殖を不能にする手術又は放射線の照射を受けることを強いられ、心身に多大な苦痛を受けてきた。このことに対して、我々は、それぞれの立場において、真摯に反省し、心から深くおわびする。」とあり、「平成八年に旧優生保護法に定められていた優生手術に関する規定が削除されるまでの間において生殖を不能にする手術又は放射線の照射を受けることを強いられ」たことに加えて、「心身に多大な苦痛を受けてきた」ことへのおわびが示された。このことは、給付額が不十分であることを措くとしても、平成八年の法改正前には優生手術が実施されてきたことに加えて、現在に至るまで、当事者が「心身に多大な苦痛を受けてきたこと」に関する国の反省が一定程度見られることになる。

以上の時間経過から、少なくとも、平成三一年の一時金給付法が制定される以前の段階では、国会で本件問題に関する具体的権利侵害が明確化される事態には至っていなかった。これにあわせて本件問題に係る損害賠償請求権行使する機会を持ってよいのかどうかさえも認識しづらい状況にあったのだといえる。そして、この一連の国会の動き

などをふまえ、当事者たちもようやく損害賠償請求をするほどまでの重大な権利侵害があったのだとする確信を持つようになるほどの損害の発生が明確化されたのであって、その時期は、少なくともここ数年のことである（なお、本件に係る憲法上の権利としての「人としての尊厳」の継続的・一体的侵害という視点から、本件同様の問題が争われた事件に対する仙台地裁判決の評釈で、当該被害者らによる権利行使を妨げた事情は、少なくとも、給付金に係る議員立法が成立した二〇一九年四月まで継続していたと評価する、小山・前掲評釈一九頁も参照）。

### 三 本件国家賠償請求訴訟の提起と除斥期間

本件は国家賠償法一条に基づく国家賠償請求訴訟である。本件訴訟では、十分に憲法上の権利が不当に侵害されていることは認定でき、その点、本件原審判決も一定程度認める。しかし、国家賠償法四条とそれに基づく民法七二四条の除斥期間（二〇年）の規定をふまえると、本件で主張される損害を裁判で争うには、すでに除斥期間を過ぎていたとの理解が示されることがある。しかし、上記の憲法上の権利に係る説示をふまえるならば、本件訴訟で主張される損害については、以下の通り、いまだ除斥期間を過ぎていないものと考えられる。

#### (一) 平成一六年判決の理解に基づく本件除斥期間の理解

本件における除斥期間の開始時期の算定については、除斥期間の開始時期をめぐる重要判例である最高裁判平成一六年判決（最判平成一六年一〇月一五日本集五八卷七号一八〇二頁。以下、平成一六年判決とする。）の趣旨を踏まえたものである。平成一六年判決は、次のように述べている。

「民法七二四条後段所定の除斥期間は、「不法行為ノ時ヨリ二十年」と規定されており、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時がその起算点となると考えられる。しかし、身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されることによる損害や、一定の潜伏期間が経過した後には症状が現れる疾病による損害のように、当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解するのが相当である。このような場合に損害の発生を待たずに除斥期間が進行することを認めることは、被害者にとつて著しく酷であるだけでなく、加害者としても、自己の行為により生じ得る損害の性質からみて、相当の期間が経過した後に損害が発生し、被害者から損害賠償の請求を受けることがあることを予期すべきであると考えられるからである」。

このうち、「当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合」をめぐることは、本件では次の理解が可能である。

本件施術行為によつて発生する損害は、①上述の不当な身体侵襲、②リプロダクティブ・ライツの侵害といった視点から見た場合に一回的な加害がそれらの権利を侵害したように見える。もともと内実は、③その後の将来にわたる社会生活への侵害となり、④「個人の尊厳」への制約になっているという時間的継続性のある侵害となることを上述した。さらに、これらの①～④に関する権利の成熟度は、法制定時、施術時の社会通念を経て現代にいたるまでに大きな転換を迎えており、具体的に発生する損害は、より深刻化していったことが重要である。ところが、本件では、社会や国会における本件問題に関する権利侵害の意識が醸成されるのが遅く、これにあわせて、そうした深刻かつ本

質的な侵害につき被害者が的確に認識できる状況もまた遅れた。すなわち、将来にわたる人格権侵害や「個人の尊厳」への侵害という本件施術行為の本質的損害は、時間の経過や社会の成熟により初めて顕在化したものであり、当該本質的損害を踏まえなければ本件の「不法行為」の内実を捉えたことにはならないとすることができる。そこで本件施術行為と損害の発生との関係は、まさに「加害行為が終了してから相当の期間が経過した後には損害が発生する」ケースとなりうる。

そこで平成一六年判決の示すように「当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となると解すべきである。」との理解に基づけば、本件施術行為時には、当事者が訴えを申し出る状況になく、そうした事情がなくなり当該損害の全部又は一部が発生したのは、国会が明示的に本件問題について給付金を設定しつつ一定のおわびをした平成三十一年であると考えることができる。他方で、平成一六年の国会で、国会議員からかつての優生手術をめぐる問題につき問われた政府は、この優生政策が間違っていたことが述べられていることから、その時点において国側の落ち度に基づく一定の侵害があったことが一定程度明確化されたという見方もできるのかもしれない。

もっとも、どちらの時点に立つにしても、本件訴訟における請求は、現時点で除斥期間を満たしたとはいえないこととなる。

## (二) 本件原審判決による平成一六年判決理解の問題点

この点、本件原審判決は、平成一六年判決の示した除斥期間に関する判断枠組みについて次のように述べ、平成一六年判決で対象となった損害と本件問題で生じる損害とは異なるとし、本件問題は、平成一六年判決の枠組みの射程外であることを述べる。

「民法七二四条後段所定の期間の起算点につき、加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には、加害行為の時がその起算点になるということは、原告が援用する最高裁平成一六年判決も前提としているところである。そして、本件優生手術を受けさせられたことにより原告に生じた上記『人生被害』は、身体的な損害はもとより、精神的な損害も含めて、本件優生手術時に発生しているもの、ないし発生が予見可能なものというべきであり、その後現実に原告に生じた身体的、精神的損害は、加害行為たる本件優生手術時に発生した損害の程度を評価する上で斟酌されるべきものではあるが、本件優生手術時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない。すなわち、本件優生手術による原告の損害は、最高裁平成一六年判決が例示する『身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害』とその性質を全く異にするものである」。

しかし、以上の本件原審判決は、平成一六年判決の理解について次の問題がある。

- ① 本件において侵害される憲法上の権利について、「身体的な損害はもとより、精神的な損害も含めて、本件優生手術時に発生しているもの、ないし発生が予見可能なもの」であり「本件優生手術時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない」とすること。

- ② 平成一六年判決は「身体に蓄積する物質が原因で人の健康が害されることによる損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる疾病による損害のように、当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の

起算点となると解するのが相当である。」とするのに対して、本件原審判決は「本件優生手術による原告の損害は、最高裁判平成一六年判決が例示する『身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害』とその性質を全く異にするものである」とすること。

先に②について、本件原審判決は、その性質を全く異なるものとしているが、その理解は了解できない。本件原審判決は、例示としての「健康被害」を本件の被害との性質とを異なるとしている。しかし、平成一六年判決は、例示として挙げているものは「健康被害」であるものの、その後の損害については、より一般的に「不法行為により発生する損害」としている。そうすると平成一六年判決は、単に「蓄積進行性又は遅発性の健康被害」のみを射程とするかどうかは不明であり、本件のような遅発性の精神的被害も射程となる可能性は閉じられていない。

次に①について、本件原審判決は、「本件優生手術時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない」というが、すでに述べたように、本件で侵害される「憲法上の権利」は単に優生手術の時「点」によって侵害が生じるとみるのではなく、その後の「憲法上の権利」をめぐる議論の蓄積、社会の成熟により、初めてその違憲性・違法性が顕在化していった可能性がある。

この点、平成一六年判決における「じん肺」については、鉱物性のほこり（無機粉じん）が体にとつて有害であったことは、かつてその科学的根拠や議論が十分でなかっただけで、当初から体に沈着すれば有害となるはずである（当初、人体には影響がなかったはずが、人体のほうに変化があつて塵が有害化したのではない）。しかし、人体への影響が見られるようになったなかで、その沈着が、科学の発展や学説の蓄積により「病気」となるといふ認識を持たれ、対策の必要性が生じたのではないか。

本件でもそれは同じである。すなわち、本件における優生手術は、当初から「個人の尊厳」の維持の観点からすれ

ば有害であったものの、当時の学説や社会状況では、その問題性が必ずしも明らかになつてはいなかった。しかし、そうした優生手術とそれによる精神的被害が、当該者の社会生活のなかで沈着し、後に社会科学の発展や人々の意識の変化によりこうした手術が問題行為であるという認識が持たれるようになり、その対策を進めていく結果になった。そうになると、本件原審判決は、本件について「本件優生手術時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない」とするものの、じん肺被害（平成一六年判決）についても、厳密に言えば、塵が体に入り沈着した時点で、すでに病気の発生が生じる可能性が生物学的にはあったことを考えれば、（塵が体に入った）「時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない」のではないか。となれば、「本件優生手術時に発生した損害と別個の新たな損害とはいえない」ということを切り口とした平成一六年判決との切り分けも理由が立たなくなる。

### (三) 権利救済の視点から見た「除斥期間」理解の意義

平成一六年判決は、除斥期間の起算点について、同事件におけるそれは、加害行為時ではなく、「加害行為が終了してから相当の期間が経過した後」に損害が発生する場合」と観念して被害者の救済をしたことで知られる。こうした加害行為時説と損害発生時説の対立は長年見られるところであるが、平成一六年判決をめぐる調査官解説は、「上記両説は：議論されているが、必ずしも決め手になるものではなく、究極的には、加害行為時説では救済できない被害者保護の要請をどう評価するかという価値判断に尽きる問題」（宮坂昌利・最高裁判所判例解説民事篇平成一六年度三二五頁）と評価している。そして続けて「このような観点から、加害行為時説を一応の原則としつつ：加害行為時と損害発生時との間に時間的間隔が生ずるような一定の不法行為類型について、被害者保護の要請を重視し、損害の発生時を起算点とする見解をとるものは多数に上り、これが近時の多数説とされている」（同）としている。さらに

同解説は、平成一六年判決の射程や課題として、「蓄積進行性又は遅発性の健康被害のような場合以外で、具体的にどのような損害類型が本判決の射程内とみられるかなどの点は、今後に残された課題であると解される」(同三二七頁)と締めくくる。

このような視点からすれば、損害発生時が起算点とされる実質的理由は被害者保護にあるのであり、その意に沿った解釈が近時なされていることに加えて、平成一六年判決の射程をめぐっては、被害者救済を前提とする様々な適用可能性を模索することが可能であるということになる。

したがって、このような被害者保護の要請を踏まえればなお、前述のとおり、本件施術行為の本質的な損害である「個人の尊厳」に対する侵害が、時間の経過や社会の成熟により顕在化した時点をもって除斥期間の起算点と捉えるべきである。そうなると、その合理的な時点として国会が明示的に本件問題について給付金を設定しつつ一定のおわびをした平成三二年とすることが考えられる。

以上のことを踏まえて考えるのであれば、本件原審判決は、そうした調査官解説の趣旨からあえて離脱する形式的解釈をしていると考えられる。そこで次項では、そのような形式的解釈が、法の正義の確保にとって、いかなる意味を持つのかという観点から、本件原審判決への疑問を付言しておく。

四 除斥期間の不適用——本件の除斥期間の開始を、仮に本件施術時(昭和三二年)に設定した場合の問題と「正義・公平の理念」への抵触

除斥期間をめぐっては、最高裁平成一〇年判決(最判平成一〇年六月二二日民集五二卷四号一〇八七頁)や最高裁

平成二一年判決(最判平成二一年四月二八日民集六三卷四号八五三頁)が、著しく正義・公平の理念に反する場合には、条理上その効果を制限するべきと判示している。これに対して本件原審判決は、これら諸判決につき「一般法理を導出したものとは解されない」としている。

以上の点につき、「著しく正義・公平の理念に反する場合」について、これを一般法理として除斥期間の停止を讀みこめるわけではないという評価をめぐっては、それ自身が批判の対象にはなるとしても、ひとまず首肯するとしよう。もつとも、本件原審判決は、続けて「本件についても、事案に則した検討を必要するものとはいえる」としていることから、「民法七二四条後段の効果が生じないと判断し得る前提として・・・事案に則した場合設定を行って」(原審)本件を検討した場合でも、十分にここにいう「著しく正義・公平の理念に反する場合」にあたるものとして考えることができる(なお、前述の仙台地裁判決でも除斥期間の適用を認めたことに関連して国家賠償法の専門家からも「仮に最判平成一〇・六・二二…や最判平成二一・四・二八…の射程が短く限定されるものであるとしても…本件はまさに最高裁判例により正義・公平の理念から二〇年期間の適用が制限される場合に当たると解すべき」(西埜章『国家賠償法コンメンタール(第三版)』(勁草書房、二〇二〇年)三九七頁)との評価を受けている)。

本件原審判決は、除斥期間の開始日を、繰り返し「本件優生手術時」としている。仮にその理解を前提とすれば、本件の除斥期間の満了時は当該手術時である昭和三三年の二〇年後である昭和五二年になる。しかし、この時点では、当該法律の廃止さえなされていない状況である。そして先述のように、優生手術によって侵害される権利としてのリプロダクティブ・ライツについては、そうした時期までに十分成熟した権利として認識されていたかどうかさえ怪しい。これに関連して本件と同類の訴訟に関する上述の仙台地裁判決は次のように述べている。

「リプロダクティブ権を侵害された者については、憲法一三条の法意に照らし、その侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を確保する必要性が極めて高いものと認められる」。

「本件優生手術は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するといういわゆる優生思想により、旧優生保護法という法の名の下で全国的に広く行われたものであることからすれば、旧優生保護法という法の存在自体が、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を妨げるものであったといえる。そして、旧優生保護法は、優生思想に基づく部分が障がい者に対する差別になっているとして平成八年に改正されるまで、長年にわたり存続したため、同法が広く押し進めた優生思想は、我が国において社会に根強く残っていたものと認められる。しかも・・・いわゆるリプロダクティブ・ライツという概念は、性と生殖に関する権利をいうものとして国際的には広く普及しつつあるものの、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく、本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかったことが認められる」。

「現に、本件優生手術を理由として損害賠償を求める訴訟は、本件が全国で初めてのものであり、旧優生保護法が平成八年に改正されてから既に二〇年以上も経過していることが認められる」。

「これらの事情の下においては、本件優生手術を受けた者が、本件優生手術の時から二〇年経過する前にリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であったと評価するのが相当である」。

「したがって、本件優生手術を受けた者が除斥期間の規定の適用によりリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することができなくなった場合に、上記の特別の事情の下においては、その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ると認めるのが相当である」。

この説示によれば、本件でも昭和五二年に除斥期間の満了を迎えるものの、①昭和三二年から昭和五二年にかけて、本件で問題となる憲法上の権利については全く成熟をしていないことが認められる。この間、「リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であった」と評価できる。さらに、仙台地裁判決によれば、昭和五二年以降に当該損害賠償請求を行うのであるならば、「特別の事情の下において」、「その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」であったものの、それがなされることはなかったことになる。このことからすると本件においても、②昭和五二年以降、当該権利がどんなに「個人の尊厳」の保障その他の人権保障にとつて重要なことなのか、また、その制約がどんなに重大な侵害であるのかが分かるようになってからも、そのための特別立法もできなかったことを見れば、一切この問題を訴える手法がなかった状態が続いたということになる。こうなると以上の①、②の状態は、まさに「著しい正義・公平の理念」に反する事態に該当するものであると評価できる。

除斥期間の停止に関連して、予防接種禍をめぐる最高裁判平成一〇年判決（最判平成一〇年六月一二日民集五二巻四号一〇八七頁）は次のようにいう。

「心身喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に二〇年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心身喪失の原因を与えた加害者は、二〇年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあつては、当該被害者を保護する必要があることは、

前記時効の場合と同様であり、その限度で民法七二四条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである」。

これを本件に引き写すならば、(優生手術による) 身体的・精神的苦痛の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に二〇年が経過したというこのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、当該苦痛の原因を与えた加害者は、二〇年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ない、ということになる。

他方、本件原審判決は、本件について「優生手術を受けたことによる被害自体は、優生手術を受けたことの認識さえあれば了解可能」であるとし、「現に原告は、優生保護法に基づき行われたことは知らないまま、本件優生手術による身体的、精神的苦痛を感じ続けていたものである」とする。この点は、とりわけ昭和三二年から昭和五二年について特に問題となろう。しかし、ここで生じる被害は、優生手術を受けたことの認識があつたのみだけで了解できるものとは言えない。その理由は、先述のように、本件に係る憲法上の権利が単に一回的な出来事によって侵害を受けるものではないからである。また、本人が身体的、精神的苦痛を感じ続けていたこと自体だけで「権利行使」ができたとも到底言えない。その理由は、それ自体が強い侵害があつたということを、当時の社会から、当事者でさえもすぐにはわかりえない状況にあつたからである。

本件は、権利の重層性、成熟度が関わるなかで生じた本件固有の問題である。そうであるにもかかわらず、本件原審判決は、権利の形式的理解を前提に、除斥期間をめぐる問題もまた形式的に理解して議論を運んでいるように感じられる。

## 五 憲法一七条と除斥期間——判例に基づく解釈の帰結

すでに繰り返し述べているように、本件は、ある意味非常に例外的な場合における権利救済に係る訴訟である。そうした「例外的な場合」における除斥期間の不適用については、国家賠償法や民法の上位規範である憲法一七条をめぐる判例法理からも導くことができる。

郵便法をめぐる最高裁大法廷平成一四年判決（最大判平成一四年九月一日民集五六卷七号一四三九頁）で最高裁は、次のように述べている。

憲法一七条の「保障する国又は公共団体に対し損害賠償を求め権利については、法律による具体化を予定している。これは、公務員の行為が権力的な作用に属するものから非権力的な作用に属するものにまで及び、公務員の行為の国民へのかかわり方には種々多様なものがあり得ることから、国又は公共団体が公務員の行為による不法行為を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであつて、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない。」

国家賠償法四条は「国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定によるの外、民法の規定による。」と、同五条は「国又は公共団体の損害賠償の責任について民法以外の他の法律に別段の定があるときは、その定めるところによる。」と、それぞれ規定する。そこで同四条により民法の除斥期間が形式的に適用されるものの、これもまた

憲法一七条に反しない限りにおいて制定され、運用されるはずである。それは国家賠償法四条で明示される民法の場合も、同五条で明示される「他の法律に別段の定めがある」場合でも、憲法に照らして考える限りでは同様である。

これに関連して、上記最高裁大法廷平成一四年判決は、郵便法の規定の法令審査に係る説示として次のように述べている。

「公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」。

他方で、同判決が、書留郵便物についての郵便業務従事者の「故意又は重大な過失による不法行為」に基づき損害について免責や責任制限をしていることについて次のように述べる点に注目したい。

「…記録をすることが定められている書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為に基づき損害が生ずるようなことは、通常の職務規範に従って業務執行がされている限り、ごく例外的な場合にとどまるはずであって、このような事態は、書留の制度に対する信頼を著しく損なうものといわなければならない。そうすると、このような例外的な場合にまで国の損害賠償責任を免除し、又は制限しなければ法一条に定める目的を達成することができないとは到底考えられず、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為についてま

で免責又は責任制限を認める規定に合理性があるとは認め難い。

一般論でいえば、ある憲法上の権利に明らかに抵触する事態についてその運用を続けてきていたこと、また、そのような事態については憲法上の明らかな問題が生じ始めていることが分かり始めたにもかかわらず、その後、謝罪や一定の賠償・補償もないままの事態が続いたことになれば、それは公権力の重大な過失による不法行為として認定しうる。しかしまた、それに基づく損害が生ずれば、郵便法判決の説示のように、それは通常の公権力の職務規範に従って業務執行がされている限り、ごく例外的な場合にとどまるはずである。そして、そのような事態が生ずれば、国の人権保障制度に対する信頼を著しく損なうこととなるはずである。そうすると、このような例外的な場合にまで国の損害賠償責任に係る除斥期間を設定しなければ、憲法一七条や国家賠償法に定める目的を達成することができないとは到底考えられず、国家賠償法四条で言及される民法の諸規定のうち、民法七二四条に定める除斥期間を理解する場合は「例外的な場合」を含まない不法行為の除斥期間のことをいうと捉えることが、憲法一七条に適合する解釈になる。そのような解釈の下、国家賠償法四条において一般的に民法の規定の適用が示され、そのことから民法七二四条の除斥期間の規定の適用がなされること自体については、郵便法判決の上記総合的考慮により判断される結果、憲法一七条に適合的であるとの結論が示されることが推察できる。

そこで本件について考えてみる。本来であれば、人々のリプロダクティブ・ライツなどに関わる一方的な身体への侵襲行為やそれに伴って精神的苦痛を生じさせる行為、さらには「個人の尊厳」を傷つける行為は、大きな人権制約になる。そうであるからこそ、国の故意または重大な過失による不法行為に基づいて損害が生じるようなことは、通常の職務規範に従って業務執行がなされる限り、ごく例外的な場合に留まるはずである。ところが本件では、①昭和

三二年時点において、当時の社会通念からしてそれがただちに違憲な措置であるという予見ができなかったかもしれないが、他人の身体侵襲を行うこと及びこれを正当化する合理的理由が見出せないことからすれば見逃せないような（法の運用に係る）重大な過失があったと考えられる。また、②法を廃止する以前、あるいは廃止以降も、この問題が重大な権利侵害であるということを考えるならば、それに対する何らかの手当をすべきということが通常求められるものの、それができていない時点でもまた重大な過失があった。③これら重大な過失がようやく減少するのは、平成三十一年に国会がおわびの意向を示して一定の給付金を示した時点である。

こうした人権侵害は、本来、国会あるいは行政が正常に動いていたならば、ほとんど起こりえないはずだが、本問題が抱える権利の重層性や成熟度に関する認識や、社会における意識の醸成の度合いなどを考えた場合にごくまれに生じた「例外的な場合」にあたる。

そこで、①本件において国賠法四条に基づいて民法七二四条の規定を文字通りに広範に解釈する限りにおいて憲法一七条に違反する、あるいは、②本件における人権侵害の行為は、憲法一七条をめぐる上記判例法理の下では「例外的な場合」に該当し、憲法一七条の下での国家賠償法四条、民法七二四条の合理的解釈の下では、同規定の定める除斥期間の適用を受けないことになる。

## 六 立法不作為に関する問題

(一) 「裁判を受ける権利」(憲法三二条) の侵害と立法不作為

本件原審判決は、「三 争点二(原告に対する救済措置ないし立法をしないことの違法性) について」とするタイ

トルの下、「(一) 厚生労働大臣の不作為の違法性の有無について」と「(二) 国会議員の立法不作為の違法性の有無について」、それぞれ検討している。このうち本稿では国会議員の立法不作為にかかる点について若干のコメントをしておきたい。

本件で被害者(原告)側は、(本件原審判決の記述によれば)「原告を含む優生手術の被害者は、その被害が極めて深刻かつ重大であるものの、その被害態様から被害を訴えることが難しく、国家による積極的な優生政策に一個人が被害回復を実現することは不可能で、被害が全国に広がっていることなども鑑みれば、原告を含めた優生手術の被害者について国会が特別立法をすべきことについての立法裁量は極めて縮減され、当該特別立法をすることは必要不可欠である」と訴えていた。これに対して本件原審判決は、「平成八年改正時点で、国会議員が、優生保護法の優生条項に人権上の問題があることを認識していたことは認められるとしても、同時点では既に障害の有無により人を差別することは許されないという意識は国内に浸透していたといえ、同法の優生条項の削除の他に、更に同法に基づく優生手術を受けた者に補償その他の被害回復措置をとる立法について、国会の広範な立法裁量を考慮してもなお、その裁量の余地なく必要不可欠であり、そのことが明白であったとは認められない。」と判示している。

被害者側は、「原告を含む優生手術の被害者は、その被害が極めて深刻かつ重大であるものの、その被害態様から被害を訴えることが難し」と主張する。このことから求めている「特別立法」とは、被害者の憲法上の権利に対する重大かつ不当な侵害があったことに関する権利救済を確保するそれであると考えられる。その場合には、本件に係る国家補償制度の構築のみならず、実質的な権利救済を求める権利としての「裁判を受ける権利」(憲法三二条)の喪失にかかる制度構築を求めていることが推察される。

これに関連して本件原審判決は、上述のように「平成八年改正時点で、国会議員が、優生保護法の優生条項に人権

上の問題があることを認識していたことは認められるとしても、同時点では既に障害の有無により人を差別することは許されないという意識は国内に浸透していた」という認識を自ら抱く。そうなる本件原告が昭和三二年に優生手術を受けた後の二〇年間以上を経た平成八年時点では、原告を含む人々が優生手術によって奪われた憲法上の権利は極めて深刻な侵害を受けていることを認識することになる。そこで被害者については、少なくとも法改正の行われた平成八年改正以降、重大な権利侵害が生じているにもかかわらず、裁判所の考えるところの除斥期間の発生がすでに生じていたことから、被害者自身の考える（憲法上の人権侵害に関する救済を含む）法律上の利益に関する「裁判を受ける権利」が奪われている事態が、その後も長く続いたことになる（この点、ここにいう「法律上の利益」とは除斥期間を考慮済みの利益であるとする反論がありうるかもしれないが、「とりわけ行政裁判において、行政事件訴訟法の訴訟類型や出訴要件等の規定および運用によって、国民の権利利益の侵害に対する実効的な救済が妨げられている場合には」、憲法三二条「違反の問題が生じると解すべきであろう」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法（二三）』（有斐閣、二〇二〇年）三〇七頁（六戸常寿執筆））とあるように、行政裁判でなくとも「国民の権利利益の侵害に対する実効的な救済が妨げられている場合」について憲法三二条違反を觀念すべきであろう）。

そうなること、ここでは、裁判所も認める重大な権利侵害や不合理な差別の解消に係る「裁判を受ける権利」を行使できないことの違憲性、また、それを解消しない立法不作為の違憲性、違法性の問題が生じるのではないか。そして、同法に基づく優生手術を受けた者に補償その他の被害回復措置をとるための憲法上の「裁判を受ける権利」を回復する立法については、国会の広範な立法裁量を考慮してもなお、その裁量の余地なく必要不可欠であり、そのことが明白であったはずである。

(二) 仙台地裁判決との異同

以上のことに関連して、本件と同様に（旧）優生保護法に基づく優生手術の違憲性、違法性を争うなかで「リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使するための立法措置の必要不可欠性」の如何が主たる争点となった。上述仙台地裁の事例がある。これについて仙台地裁は、次のように述べていた。

「これらの事情の下においては、本件優生手術を受けた者が、本件優生手術の時から二〇年経過する前にリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であったと評価するのが相当である」。

「本件優生手術を受けた者が除斥期間の規定の適用によりリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することができなくなった場合に、上記の特別の事情の下においては、その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ると認めるのが相当である」。

「もつとも、上記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場合において、いかなる要件でいかなる額を賠償するのが適切であるかなどについては、憲法一三条及び憲法一七条の法意から憲法上一義的に定まるものではなく、憲法秩序の下における司法権と立法権との関係に照らすと、その具体的な賠償制度の構築は、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられている事柄である。そして、前記認定事実によれば、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかったことが認められる」。「このような事情の下においては、少なくとも現時点では、上記のような立法措置を執ることが必要不可欠であることが、国会にとつて明白であったということは困難

である」。

同判決は「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る」にもかかわらず、「現時点では、上記のような立法措置を執ることが必要不可欠であることが、国会にとって明白であったということは困難である」として、「必要不可欠」性を肯定しつつ「明白」性を否定する。そこで注目すべきは、①「我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく」、②「本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかった」という二つの視点である。

まず、①について見るならば、本件原審訴訟では、「平成八年改正時点では、国会議員が、優生保護法の優生条項に人権上の問題があることを認識していたことは認められるとしても、同時点では既に障害の有無により人を差別することは許されないという意識は国内に浸透していた」ことが認定されているのであり、(仙台地裁がいうような)リプロダクティブ権の法的議論の蓄積があるか否かは問題がなくなる。

他方、②について見るならば、(仙台地裁の示す)「本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかった」ことの要因としては、具体的な訴訟が行われなかったということのみならず、この問題をめぐり、そもそも司法判断と前提となる先述の「裁判を受ける権利」に基づく実質的救済に関する制限があり、それがかなわなかっただけではないか、と考えることもできる。

しかも、①、②を通じていえることは、本件の問題は、「リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権」が行使できないというパッケージが重要というだけでなく、「裁判を受ける権利」が奪われていることに係る立法不作為が問題となりうるはずである。そうなると、リプロダクティブ権の侵害の成熟性の議論に限らず、精神面を含めた人

としての尊厳の回復がままならないという文字通りの「人格権」侵害が長く続いている点を含めて、広い意味での憲法一三条侵害があるような事例では、その後長いこと、除斥期間の形式的適用の視点から、憲法三二条で保障される裁判を受ける権利が実質的に奪われた状態が続きながらも、この件に関して裁判を受け、救済を受ける権利を実質的に保障する立法が何もされてこなかったことについて、国会にとって立法措置を執ることが必要不可欠であり明白であったということができないのではないか。

## 結論

以上のことから次の諸点が帰結される。

(一) 本件は、当事者が有する憲法一三条を中心として保障される憲法上の重要な権利・自由が不当に制約され続けたことによる、重大かつ、通常の家権力の行使では一般的には想定しがたい極めて例外的な憲法違反の事例である。

(二) 本件において生じる損害の開始は、手術実施時に始まるのではなく、その後の当該権利をめぐる国や社会の意識の変遷により、しだいに重大かつ深刻なものであり、「個人の尊厳」といった本質的な人権侵害が行われていたことが認識されるようになっていったこともあり、損害は長い間継続してきた。しかも、そうであるにもかかわらず、当事者が訴訟を起こすことができない諸事情も長らく継続してきていたことから、本件における除斥期間の

起算点をめぐっては、従前の（本件施術の）一時点を「加害の発生時」として理解する法解釈を本件に適用することとは不相当であり、深刻かつ本質的な損害が顕在化した時が「損害」の発生時であり、除斥期間の起算点となると解すべきである。

(三) 本件が、重大かつ例外的な人権侵害事例であることは疑いもない事実であることをふまえれば、上記に挙げられる除斥期間の起算点をめぐる議論の存在があるか否かにかかわらず、次のことがいえる。

① 従来の除斥期間をめぐる判例からすれば、「著しい正義・公平の理念」の確保の観点から、本件は除斥期間の適用の対象とはならない。

② 従来の憲法一七条をめぐる判例に基づいて関係諸法を合理的に解釈するならば、本件は、不法行為の除斥期間の算定の対象とはならない一定の「例外的な場合」に該当するので、民法七二四条所定の除斥期間の対象とはならない。

(四) 本件については、リプロダクティブ権の侵害の成熟性の議論に限らず、精神面を含めた人としての尊厳の回復がままならないという文字通りの「人格権」侵害が長く続いている点を含めて、広い意味での憲法一三条侵害があるにもかかわらず、その後長いこと、除斥期間の形式的適用の視点から、憲法三二条で保障される裁判を受ける権利が実質的に奪われた状態が続きながらも、何らの立法措置がなされてこなかった。このことについては、国会にとって立法措置を執ることが必要不可欠であり明白であったということができるところから、立法不作為に関する違法性が認められる。

## 【解題】

(旧) 優生保護法に基づき強制的な不妊手術を受けさせられたとして、各地の当事者が、国に対して国家賠償法一条一項に基づく慰謝料の支払いなどを請求した訴訟が全国で展開されている。このうち東京地裁に提起された訴訟では、原告の請求をいずれも棄却していた(東京地判令和二年六月三〇日裁判所HP)。これを不服として原告は、東京高裁に控訴した。筆者は、原告側弁護士団から求められて本意見書を執筆し、「意見書―優生手術をめぐる国家賠償請求訴訟に向けて」とするタイトルの同論稿を東京高裁に提出した(二〇二〇年一〇月二五日付)。

その後、同控訴審は結審し、判決が示された(東京高判令和四年三月二一日賃金と社会保障一八〇〇〇号五頁)。そこで東京高裁判決は、地裁判決の一部を取消し、控訴人による請求を一部認容した。本判決の特徴のひとつは、旧優生保護法の優生手術を求める条項につき、憲法一三条、一四項一項で保障する諸権利を侵害するものであると示した点にある。そして、もうひとつ重要であるのは、損害発生の起算点に関する民法(旧)七二四条の除斥期間の適用を制限した点である。これによって国家賠償請求が認容された。本件に関連する訴訟では、前者の違憲性認定については当然のこととして、後者に関しては裁判所がどのように対応するのか、大きな課題であった。この点で本東京高裁判決は、画期的判断を示したと評価できよう。なお、本控訴審判決は上告されている。

本意見書は、上記裁判所に提出された以外には、特に刊行物やオンラインなどでの公表は行われていないことから、一般的にアクセスできる媒体である『広島法学』を用いて、この度、その内容を公表することとした。なお、論稿としての形式を整えるため、本誌では、タイトルを元の「意見書―優生手術をめぐる国家賠償請求訴訟に向けて」から「優生手術をめぐる国家賠償請求訴訟に向けて―東京高等裁判所提出意見書―」へと変えている。そして、横

書きから縦書きにするにあたって算数字を漢数字にしたり、一部書体につき斜体を解除したりした他、ごくわずかな誤記などの修正をしたものを掲載している(本文にも示されるように、本稿の二(四)などに見られる事実の概要は、本件地裁判決で認定された事実などをもとにしており、各事実の出典の提示は割愛している)。本誌への掲載については、同訴訟の弁護団の構成員である弁護士の間哉直人先生に了解をいただいた。お礼申し上げたい。

本号の広島法学は、広島大学を二〇二二年三月末で退職された横藤田誠先生のご退職記念号として刊行される。横藤田先生は、長年、障がいなどを理由として「不利な立場」に置かれる人々の人権問題に目を向けた憲法研究をされてきている。横藤田先生の近年の玉稿「精神障害者と人権―不利な立場の人々の人権保障に関する一考察(一)―」(広島法学四二巻一号(二〇一八年))には、冒頭で「憲法で保障されている権利が明らかに侵されているにもかかわらず、公権力によるそのような処遇が憲法に違反していると断じられることもなく、それどころか訴訟にも至らない例がみられる。」(同八七頁)とあり、そこに付された注(1)で(旧)優生保護法による強制不妊手術をめぐる訴訟提起(仙台訴訟)が言及される(同八八頁)。そうしたことから、対象となる訴訟は異なるものの、私自身が検討した同問題に関する本意見書を横藤田先生のご退職をお祝いする本号に掲載することには積極的な意義があるのではないかと考えるに至った。

所属するキャンパスや専攻は異なるものの、同じ憲法研究者として、横藤田先生には多くの面でお世話になりました。深く感謝いたします。