

強制不妊手術国賠訴訟における「時の壁」

——民法解釈方法論からの考察——

吉 村 良 一*

目 次

1. はじめに
2. 平成元年最高裁判決をどう理解すべきか？
3. 私 見
4. 本件において民法724条後段の適用は制限されるべきか？

1. はじめに

旧優生保護法による不妊手術を受けさせられた被害者が国家賠償法に基づく損害賠償を求める訴訟が、各地で提訴されている（以下、本件）。これらの訴訟において裁判所は、異口同音に、旧優生保護法の優生条項の違憲性を認めるものの、損害賠償請求については、手術後、民法724条後段（改正前の規定。以下同じ）の20年の期間を経過していることを理由に請求を棄却している。

例えば、直近の神戸地裁令和3年8月3日判決は、次のように述べている。まず判決は、「身体への強度の侵襲を伴う手術を行い、生殖機能を回復不可能にさせる手続を定める本件各規定（優生条項）は、審査に係るものは勿論、同意に基づくとされているものについても個人の尊厳を著しく侵害するものであり、正当性も合理性もおおよそ認められないものというほかない」（下線は吉村による。以下同じ）とする。そして、以下のように、そ

* よしむら・りょういち 立命館大学名誉教授

の根拠となった旧優生保護法の規定は、憲法13条、14条1項、24条2項に反すると明言する。

「特定の障害や疾患を有する者について、優生手術を実施する旨定める優生条項が、子どもを産み育て、子孫を残すという生命の根源的な営みを否定するものであって、優生手術の対象となった者の幸福追求権、自己決定権を侵害することは明らかであるから、同条項は憲法13条に違反する。」

「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するという優生思想に基づき、特定の障害や疾患を有する者について、優生手術を行う旨の優生条項が、不合理な差別的取扱いを定めるものであって、法の下での平等に反することは明らかであるから、憲法14条1項に違反する。」

「子どもを産み育てることは家族に関する事項であり、特定の障害や疾患を有する者に優生手術を行うことを定める優生条項が、個人の尊厳を著しく侵害するもので……憲法24条2項に違反する。」

しかし、判決は、手術から民法724条後段の20年を経過していることを理由に、請求を棄却する。判決は、「民法724条後段は除斥期間を定めたものであり、裁判所は、不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により当該請求権が消滅したものと判断することになるから、除斥期間の主張が信義則に違反する、あるいは権利濫用である旨の主張は、それ自体失当と解するほかない（平成元年判決、平成10年判決参照）」とする。そして、除斥期間の適用に例外を認めた最高裁平成10年判決と平成21年判決¹⁾については、「平成10年判決は、不法行為の被害者が当該不法行為を原因として心神喪失の常況にあるにもかかわらず法定代理人を有していなかった事案であり、平成21年判決は、被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため、相続人がその事実を知り得なかった事案である。これらは、いずれ

1) これらの判決については、後に検討する。

も被害者や被害者の相続人による権利行使を不能または著しく困難にした原因を加害者自らが作出した事例であるところ、本件については……国会や行政機関が優生思想を背景として優生手術を積極的に推進していたものであるが、障害者に対する偏見差別はそればかりではなく、当時の社会全体の思想や風潮、未成熟性によって助長されてきたものであり、被告において、殊更に被害者の請求権行使を妨害したり、請求権行使を不能または著しく困難にする状況を作成したとまで評価することはできない²⁾とする。

他の訴訟でも基本的には、これと同様の判断が繰り返されており、旧優生保護法による不妊手術を受けさせられた被害者の前に、「時の壁」が立ちふさがっているのである。憲法違反の法律により人権を侵害された被害者に「時の壁」により救済の道が阻まれることが、果たして、法的正義として許容されうるのであろうか。このような明らかに不合理な「壁」は、法の適切かつ柔軟な解釈適用によって除去されなければならないのではないか。

一連の、「時の壁」を理由に被害者の救済を拒絶した判決の論理は、民法724条後段の期間制限は（消滅時効ではなく）除斥期間であり、そこには当事者の援用という行為（援用権の行使）が介在しないことから、信義則や権利濫用といった法理が機能する余地はないというものである。ところで、民法724条後段の期間制限については、その法的性質を消滅時効と見るものと除斥期間とするものに説は分かれてきた。筆者自身は、消滅時効説に立つ³⁾。それは、民法典の起草者がそのように考えていたことに加

2) 不妊手術は憲法違反の法律に基づいて国が積極的に進めたものであり、それにもかかわらず、被害者が権利行使をできなかったことには「当時の社会全体の思想や風潮、未成熟性」もあったとして、国が「殊更に被害者の請求権行使を妨害したり、請求権行使を不能または著しく困難にする状況を作成したとまで評価することはできない」と言い切れるのであろうか。

3) 筆者は、1995年に公開した不法行為法の教科書（『不法行為法』（有斐閣））の初版では、除斥期間説に立った解説を加えていた（正確には、除斥期間説を明示した最判平成元年ノ

え、除斥期間と考えて損害賠償請求権が20年の経過で自動的に(援用を要せず)消滅するという画一的処理をすることには、事案の解決において看過できない問題性⁴⁾があるからである。また、今般の民法・債権関連法改正によって、20年を消滅時効ではなく除斥期間と解する余地はなくなった。新規定は遡及されないので、改正によって従前の判例が効力を失うことはないにせよ、このような改正を行ったことは、少なくとも法制審議会のメンバーにおいて、消滅時効と解することに問題があるとする強い意見はなかったことを意味するのではないか⁵⁾。

改正によって、20年も消滅時効であることが明記されたが、そのことによって、このような問題は解決したのであろうか。信義則や権利濫用法理による制限や、時効の停止(改正後は完成猶予)規定の適用や類推適用の道は広がったと言えようが、強制不妊手術訴訟における、20年は除斥期間であるという最高裁判決を機械的に適用して請求を退けて良しとする下級審の態度を見る限り、かりに、20年が消滅時効だということになっても、例えば、援用権の濫用といった論理で裁判所が、この「時の壁」を柔軟に乗り越えるかどうかは予断を許さないのではないか。手塚一郎(敬称、肩書等略。以下同じ)は、「改正前規定下の訴訟では、除斥期間満了の効果信義則や権利濫用禁止の法理で封じようとする主張自体が失当であるとされることもあったが、新民法724条の下ではそのような判断は回避されよう。もっとも、信義則や権利濫用禁止が一般条項であり当事者間の最後の調整手段とされるべき性質のものであることに鑑みれば、これらは、20年間は

を特段の批判なく紹介していた)が、その後、民法158条の「法意」により民法724条後段の適用を制限した最高裁判決などの検討を通して、2000年の第2版から消滅時効説に改説した(筆者のこの問題での考え方については、拙著『不法行為法(第5版)』(2017年)195頁以下参照)。

4) この問題性は、民法158条や160条の「法意による」(「法意による」の意味については後述する)民法724条後段の適用制限を行った平成10年と21年の最高裁判決が示している。

5) 民法改正の経過で、「中間論点整理」に関するパブリックコメントにおいても、後段による期間制限の法的性質を明確に消滅時効とすることへの異論はほぼ見られなかった。

消滅時効期間と明確化されたからといって容易に認められる救済手段ではないと考えるべきである」とし、さらに、「新724条が20年間を消滅時効期間と明確化したことで、改正後の民法における時効の完成猶予規定の直接適用が可能になったと考えられる点は肯定的に評価すべきである。しかし、既に時効停止規定の除斥期間への類推適用が認められていた状況に照らせば、そのことが被害者にとって著しく有利に働くとは考えにくいと言わざるを得ない」とする⁶⁾。

ひるがえって考えるに、そもそも、後段の性質如何によって形式的(硬直的)に結論を導くということが、民法解釈論として適切妥当なのかどうか。除斥期間ととらえると、そのことから論理必然的に、上記のような解釈が出てくるのか。例えば、信義則や権利濫用、あるいは条理による適用制限の余地が、民法解釈としてありえないのであろうか。

以下、本稿では、このような問題意識に立って、後段の性質理解にかかわらず(すなわち、かりに除斥期間だととらえたとしても)、「時の壁」を乗り越えて被害者救済を図るべき場合があること、そして、そのことが可能であることを、民法解釈のあり方(民法解釈方法論)から見て論ずることしたい。したがって、扱う事案は旧規定下の問題だが、そこでの議論は、新規定の解釈運用に当たっても意義を有するものとする⁷⁾。

6) 大塚直編『民法改正と不法行為』(岩波書店、2020年)61頁以下。

7) 本件における民法724条後段に関するもう一つの論点として、20年の起算点、すなわち、「不法行為の時」をいつと見るかという問題があるが、本稿では、この点は扱わない。後段の期間の起算点については、松本克美「民法724条後段の『不法行為の時』と権利行使可能性」立命館法学307号(2006年)148頁参照。なお、松本は、本件における意見書において、本件の場合、手術の時点では「不法性」が潜在していたのであり、被害者が、不法行為に基づく損害賠償が請求可能な損害を客観的に認識可能となり、損害が顕在化したのは、早くても、2017年2月29日に日本弁護士連合会が意見書を公表し、旧優性保護法に基づく強制不妊手術が違憲無効な法律に基づくものであり、国はこうした被害を救済し謝罪すべきことを明確に指摘して以降と捉えるべきであるとする。

2. 平成元年最高裁判決をどう理解すべきか？

本件におけるこれまでの判決は、民法724条後段に関する最判平元・12・21民集43・12・2209を援用して原告の主張を斥けている。直近の神戸地裁判決についてはすでに触れたが、札幌地判令3・1・15判時2480・62も、次のように述べている。

「民法724条後段の規定は、不法行為による損害賠償請求権の除斥期間を定めたものであるから（最高裁平成元年12月21日第一小法廷判決・民集43卷12号2209頁）、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権は、『不法行為の時』から20年を経過することにより、法律上当然に消滅することになる。本件についてこれをみるに……原告は昭和35年頃に旧優生保護法の本件各規定に基づいて優生手術を受けたものであるから、上記『不法行為の時』とは昭和35年頃の優生手術時をいうものと解するのが相当である。したがって、原告の被告に対する国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権は、同法4条、民法724条後段に基づき、上記優生手術時から20年後の昭和55年頃の経過をもって法律上当然に消滅したものとわざるを得ない。」

これらの判決で参照されている最高裁平元・12・21判決は、不発弾の処理作業に加わっていてその爆発により負傷した被害者が事故後28年10ヶ月あまりを経過して国家賠償法に基づく損害賠償を求めて提訴した事件において⁸⁾、次のように述べて、原告の請求を退けたものである。

8) 最高裁平成元年判決の事案で、原審（福岡高宮崎支判昭和59・9・28判時1159・108）は、国の時効の援用ないし除斥期間経過の主張は信義則に反し権利濫用として許されないとしたが、そこで信義則違反・権利濫用として取り上げられているのは、「本件事故当時、上告人の被用者である前記鹿児島地区警察署係員らにおいて上告人の右損害賠償義務を知り、又は容易に知りうべかりし状況にあった上、右事故直後、同警察署長名で本件事故の責任の所在を不明確にしたと認められる被害調査書が作成されたこと、被上告人らは、本件事故後、鹿児島市役所、鹿児島県庁等上告人の出先機関等に何度となく被害の救済を求めており、権利の上に眠る者とはいえないこと」といった事情であり、果たしてこれら

「民法724条後段の規定は、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当である。ただし、同条がその前段で3年の短期の時効について規定し、更に同条後段で20年の長期の時効を規定していると解することは、不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を意図する同条の規定の趣旨に沿わず、むしろ同条前段の3年の時効は損害及び加害者の認識という被害者側の主観的な事情によってその完成が左右されるが、同条後段の20年の期間は被害者側の認識のいかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたものと解するのが相当であるからである。

これを本件についてみるに、被上人らは、本件事故発生の日である昭和24年2月14日から20年以上経過した後の昭和52年12月17日に本訴を提起して損害賠償を求めたものであるところ、被上人らの本件請求権は、すでに本訴提起前の右20年の除斥期間が経過した時点で法律上当然に消滅したことになる。そして、このような場合には、裁判所は、除斥期間の性質にかんがみ、本件請求権が除斥期間の経過により消滅した旨の主張がなくても、右期間の経過により本件請求権が消滅したものと判断すべきであり、したがって、被上人ら主張に係る信義則違反又は権利濫用の主張は、主張自体失当

ゝの事情から、国に信義則違反・権利濫用があったとまで言い切れるかについて、評価はやや微妙である。この最高裁判決の、民法724条後段の性質から論じた形式的な判断の背後に、この事件は信義則違反や権利濫用には当たらないという(実質的な)判断があるのではないかとの指摘もあり(内池慶四郎・私法判例リマックス1991年上号79頁は、「原告の請求を容れた原審判決とこれを斥けた最高裁判決の判断には、事実関係に対する高裁と最高裁の微妙な評価の差異があるようにも感じられ(この評価の違いが、原審の信義則・権利濫用論と上告審の判断とを分けたものか)」とすると)、後に紹介する大村敦志の判例研究でも、調査書の虚偽の記載について、この点が事実通り記載されていたら、原告はもっと早い時期に提訴していただろうとは言えないとし、本件の解決がこれによかったのかについては「なんとも言えない」とされている。また、このケースでは権利濫用はないという点にのみ先例的価値が認められるべきだと指摘もある(金山直樹「除斥期間と消滅時効の将来像」椿寿夫・三林宏編『権利消滅期間の研究』(信山社、2006年)298頁注(9))。いずれにしても、第二次大戦時に投下された不発弾の処理に際して起こったこの事件と、憲法違反の法律に基づいて行われた不妊手術による被害が問題となっている本件とでは、原告の権利主張の困難さにおいても、被告である国の関わり方においても、全く事情が異なることには留意する必要がある。

であって採用の限りではない。」

本件における各下級審判決は、この最高裁判決の論理を「忠実に」援用している。しかし、そのことが、本件事案の解決にとって適切妥当なものなのか。そもそも、それが、この最高裁判決の読み方として唯一のものなのか。この点で、この最高裁判決の論理を精緻に分析し、民法解釈のあり方として、(かりに民法724条後段の性質を除斥期間と考えるとしても)最高裁のような結論に至ることは必然なのかどうかについて、鋭い考察を加えたのが、大村敦志による最高裁平成元年判決の判例研究⁹⁾である。本件を考える上で(特に、民法解釈のあり方という視点から本件を考える上で)重要な指摘を含んでいるので、以下、その内容を、やや詳細に紹介することとした。

この研究で大村は、民法「724条後段期間を除斥期間と解することを前提としても、なお、本判決(最高裁平成元年判決)の結論は唯一のものではないのではないかという疑問の提示を中心と」するという立場から、判決の論理を整理・分析している。大村によれば、最高裁平成元年判決は以下のような論理によっている。判決はまず、民法724条後段は除斥期間であるとして、その趣旨として「法律関係の早期確定・画一確定の要請」を掲げる。その上で、この命題を出発点として、「① 請求権の当然消滅→② 援用不要・職権判断→③ 信義則・権利濫用不問」と続く論理を展開している。

しかし、大村は、①～③を必然的な帰結とするためには、「早期確定・画一確定の要請」の内容をかなり強度のものとして読む必要があり、これについて別の理解をすると、その必然性は失われるのではないかとする。

まず①だが、起算点を画一化しただけなら、そこから①(当然消滅)は必然的には出てこない。さらに、この「消滅」とはどのような「消滅」という問題がある。

9) 法学協会雑誌108巻12号2125頁以下。

次に②だが、確かに、「援用」が不要であるというところまでは①から導ける。しかし、職権判断はどうか。援用不要と職権判断はイコールではない。ある権利義務が法律上当然に発生消滅すると解されるからといって、直ちにその点につき裁判所は職権で判断すべしということにはならない。当事者の「主張」が必要か否かという点は、援用の要否とは一応別の問題である。職権判断(当事者の主張すら不要)とするためには当事者の利害とは別の公的性格のようなものを除斥期間は持っているとするほかない。

最後に③を見るならば、②(援用不要・職権判断)を認めるとして③が導かれるか、およそ信義則違反・権利濫用は問題とならないのか。大村によれば、この点の検討については、信義則・権利濫用に対するとらえ方が問題となる。信義則違反や権利濫用を当事者の主張を制約するもの(それだけのもの)と考えればそうなるが、信義則違反・権利濫用には別の考え方も存在する。「ある規範の適用に際し、一定の事情がある場合には、その規定の適用を認めるべきではないという裁判官の客観的な判断に際しても、信義則・権利濫用の理念に訴えることが可能であるし、また現にそうされているという考え方である。この考え方によれば、本件の場合、裁判所が職権で民法724条後段の適用の可否を判断するとしても、その際に、信義則・権利濫用を理由にこれを適用しない、すなわち、民法724条後段は一定の場合には適用されないのだという解釈(縮小解釈)をすることもありうるということになる(たとえば、民法177条、612条などの例を見よ。)」「信義則・権利濫用は、ある規定の『適用』の次元と『解釈』の次元で発動可能であるといえる(前者は『具体的=主観的』『規範外在的=付加的』であるのに対し、後者は、『抽象的=客観的』『規範内在的=包摂的』であるといえる)。これを信義則・権利濫用に関する規定(民法1条)側から見ると、前者はその適用ということになり、後者はその『利用』ということになる¹⁰⁾。「本判決は、信義則・権利濫用の問題を前者の『適用』の次元で考え、そ

10) 大村は、ここで、広中俊雄の、民法1条の「適用」と「利用」という考え方を引いている。広中説については後述する。

の適用の余地なしとしたわけだが、後者の『解釈』の次元で考える余地はなお残されているように思われる。」

このような分析を行ったうえで、大村は、「最高裁の前提とする『早期確定・画一確定の要請』から出発するとしても、本判決のような結論に至らなければならないという論理的な必然性は必ずしもないように思われる」とする。すなわち、「①の当然消滅を認め、②の援用不要までは認めるとしても、そこから信義則違反・権利濫用の問題をカテゴリー的に排除すべきではない」、「援用不要としても、期間の経過の主張は必要であると解すべきではないか。そして、その主張が信義則違反・権利濫用に当たるような場合には、その主張を制限すべきである」。「他方、③のレベルで、信義則に反する結果をもたらすような場合には、裁判官は、少なくとも職権では、民法724条後段を適用すべきではない」。

3. 私 見

最高裁平成元年判決は、民法724条後段は除斥期間であるので、その適用について当事者の援用は不要であり、信義則・権利濫用の問題は生じないとしたが、そこには、大村が分析したように、民法724条後段は法律関係の早期確定・画一確定の要請に基づく除斥期間であるという命題を出発点として、①請求権の当然消滅→②援用不要・職権判断→③信義則・権利濫用不問と続く論理が内包されている。そして、かりに民法724条後段は除斥期間であり、その趣旨は「法律関係の(早期の)確定+画一的処理(当事者の主観的態様を問わずに確定させる)」にあるにしても、それが信義則や権利濫用を不問とするという結論に至るには、いくつもの分岐が存在し、最高裁判決とは異なる結論に至る論理もまた民法解釈としてありうるのである。以上のような大村の平成元年判決の分析を踏まえて、以下、私見を述べたい。

まず指摘しなければならないのは、大村が指摘するように、上記の論理

が直結する（①～③を必然的な帰結とする）ためには、除斥期間であるとされる民法724条後段の趣旨・目的とされる「早期確定・画一確定の要請」の内容をかなり強度のものとする必要があるということである。これを裏返して考えれば、「法律関係の（早期の）確定+画一的処理（当事者の主観的態様を問わずに確定させる）」という目的を上回る（ないし、その目的を制限する）要素があれば、①から③は直結せずに、いずれかのポイントで異なる解釈をとる（同規定の適用を制限する）ことは可能であり、また、必要でもあるということの意味する。

この点につき、潮見佳男は、「画一的・絶対的処理による法律関係の安定」という同条の「公益的要素」を重視し、民法724条後段を消滅時効ではなく除斥期間であるとの立場をとりつつ、同時に、除斥期間の貫徹を例外的に遮断する「私益的要素」があれば被害者の権利主張を認めてよい、社会的に見てそもそも権利行使が不可能に等しいということ为基础づける事情が存在する局面では、除斥期間を支える「公益的要素」は後景に退く、「私益的見地」からの制限の余地は認めるべきとする。そして、結論として、「20年の期間は除斥期間と解したうえで、①当事者の援用は問題とならないし、②中断・停止も認める必要はないが、③私益的見地からの制限の余地は認めるべきである」とする¹¹⁾。民法724条後段が除斥期間であるとする考え方のコアにある「早期確定¹²⁾・画一確定の要請」（潮見のいう「公益的要素」）が絶対的なものではなく、事情によっては「後景に退く」という点は重要な指摘だが、本件で問題になっているのは、単に被害者の損害が賠償されるという「私益」だけではなく、憲法違反の法律による被害の是正という憲法上の要請が同時に存在する（「公益的要素」がある）ことには注意を要する。その意味で、本件においては、同制度の趣旨・目的である「早期確定・画一確定の要請」については、それを絶対視

11) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）296頁以下。

12) ただし、潮見は、民法724条後段の期間制限が20年であることから、「早期確定」は同規定の趣旨・目的には当たらないとする。

すべきではない。したがって、大村のいう①～③を、本件各下級審判決のように直結するのではなく、そのそれぞれにおいて、民法724条後段の適用制限にいたる道の可否と要否を検討すべきである。

それでは、どのような制限の方法（論理）があるか。すでに多くの論者が指摘するように、民法724条後段を消滅時効と考えれば、時効による権利消滅には援用を要することから、援用権の濫用や信義則違反といった民法1条の適用による制限が考えられる。また、消滅時効の他の制度（中断や停止）の適用ないし類推適用も考えられる。しかし、以下では、民法724条後段は除斥期間であるということを前提としても（後段の期間制限の性質をどう考えるにしても）、なお、とりうる制限の論理を検討してみたい。

a) 除斥期間だと考えると援用は不要ということになる（①）が、そのことは、当事者の主張がなくても裁判所が職権で判断できるということには直結しない。大村が指摘するように、ある権利義務が法律上当然に発生消滅すると解されるからといって、直ちにその点につき裁判所は職権で判断すべしということにはならない。少なくとも、当事者の主張は必要なのではないか。そして、主張が必要だとすれば、その主張を民法1条の信義則違反・権利濫用として、その主張を封ずることが考えられる。

この点、松本克美の本件における第一意見書（2019年9月14日付）は、以下のように主張するが、適切な指摘である。

「被告が除斥期間の経過による原告の権利消滅を争わない事件で、それゆえ、原告も除斥期間の経過の有無を訴訟で争わないのに、裁判官がいきなり判決で除斥期間の経過による原告の権利の消滅、従って請求棄却の判決を下すことができるであろうか。もしそのようなことが認められるならば、原告にとっては全くの不意打ちであり、弁論主義の原則に全く反することになるのではなからうか。

従って、被告が除斥期間の経過について全く争わないのであれば、裁判官は除斥期間の経過による請求権消滅の判断を原告にとって不意打ち的に下す

ことは許されないと解すべきである。実際の裁判でも、特に国は消滅時効を援用しなくても除斥期間については主張しているのである。除斥期間は当事者の主張は不要であると言っても、実際の裁判では被告が除斥期間の経過による原告の権利消滅を主張しているのであるから、原告が被告による除斥期間を理由とした免責の主張について、信義則違反ないし権利濫用による制限を主張しているのであれば、それを『除斥期間』であることを理由に判断しないことは、審理不尽として許されるべきではないと解すべきである。』

b) かりに除斥期間経過の主張が要らない(職権で適用可能)としても、次の論理による適用制限は可能である。

①「法意に照らして」による制限

最高裁は、民法724条後段を除斥期間とする判断を変更していないが、平成10年と21年の2つの判決によって、重大な修正を加えた。まず、最判平10・6・12民集52・4・1087は、生後5ヶ月において受けた痘そうの集団接種により被害を受け、高度の精神障害・知能障害・運動障害をとまなう寝たきりの状態になり、提訴時点ですでに22年が経過していた原告について、民法724条後段は除斥期間を定めたものであるが、本条を「字義どおりに解すれば、不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において心神喪失の常況にあるのに後見人を有しない場合には……その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても……単に20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、心神喪失の原因を与えた加害者は、20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」として、「民法158条の法意に照らして」民法724条後段の効果は生じないと判示した。

さらに、最判平21・4・28民集63・4・853は、殺人事件で、加害者が死体を自宅の床下に隠匿したため遺族が被害者の死亡を知るのが遅れたケースで、民法724条後段は除斥期間を定めたものだとした上で、「被害者

を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から20年が経過した場合において、その後相続人が確定した時から6か月内に相続人が上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法160条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である」とした。

民法158条と160条という消滅時効の停止(改正法では「完成猶予」)の規定の「法意に照らし」民法724条の適用制限は、各事案において正義・公平に適った解決を導くものとして、多くの支持を得ている。問題は、この2つの判決の射程である。この点につき、前掲札幌地判令3・1・15は、これらの「最高裁判決は、①広く権利行使が困難である事案全般について判断したものではなく、権利行使の前提となる法的地位・状況(法定代理人を有すること、相続人が確定していること)を欠くという限られた事例での判断にすぎない上、②民法158条及び160条のように、その法意を参照すべき根拠規定が存在していたところである。これに対し……本件においては民法158条や160条のように法意を参照すべき根拠規定も見当たらない」と述べて、民法158条や160条のような直接の手掛かりがない場合に、両判決の論理による民法724条後段の適用制限ができないとする。

しかし、重要なことは、両判決が民法158条や160条の「類推適用」ではなく「法意に照らし」適用制限法理を導いていることである。そこで、類推適用と「法意に照らし」の違いが問題となるが、これについては、以下のように考えるべきであろう。類推適用は、「法規に規定された事項の意味を法規にない類似の事項に拡充すること」と定義されている。したがって、類推可能かどうかは、事項の「類似性」にかかっていることになる。これに対し、「法意に照らし」とは、ある条文を「類似した」事案に類推適用するのではなく、ある条文から特定の命題やルールを引き出し、それを規範として判断するという解釈方法である。例えば、最判昭和43年10月

17日は、民法94条2項、同法110条の法意に照らし第三者を保護すべきとしたが、ここでは、(事案が類似しているので類推するというのではなく)民法94条2項と110条から「外観尊重および取引保護」という法命題を引き出し、それに「照らした」判断がされている¹³⁾。また、抵当権に基づく妨害排除に関する最大判平11・11・24民集53・8・1899も「民法423条の法意に従い」抵当権侵害の排除を認めたと、これは、債権者代位権の転用を認めた賃借権の妨害事例などと異なる(債権者の権利の保全とは言えない)ことから同条の適用を避け、同条から「権利保全の必要性から代位行使を認めるべき」との法命題を導き出して、それによる解決を行ったのであろう¹⁴⁾。

民法724条後段の適用を「法意に照らして」制限した両判決は、当該事案において同規定の適用による請求権の消滅が「著しく正義・公平の理念に反する」と考え、そのような正義・公平に著しく反する結果を避けるために、消滅時効につき同様のルールを定めた民法158条の「法意に照らし

13) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣, 1997年)48頁以下は、ここでは、「相異なる要件A1およびA2に効果B1およびこれと類似する効果B2をそれぞれ結びつけている複数の規定(民法94条2項および110条)の趣旨を総合して得られた法理(判例が両規定の『法意』に照らし『外観尊重および取引保護の要請』として把握されたもの)に基づき、法律の定めていない類似の要件A'が存在する場合に上記効果B1が与えられる形になっている」とする。

14) ここでは、「法意に照らして」という解釈方法は類推適用とは異なるものとして整理した。これに対し、広中は、「法意に照らして」という解釈方法を類推適用と連続線上にあるとしている(『民法解釈方法に関する十二講』43頁以下)。どちらの整理に立つにせよ、重要なことは、正義・公平の理念が要請する場合、このような解釈は許容されているということである。なお、松本克美は、最高裁が類推適用ではなく「法意による」としたのは、それぞれにおいて、義務者が被害者の権利行使の阻害要因を作出したことや、相続人の不確知の要因を加害者の不法行為が作り出したという、民法158条や160条に本来ない要件を加重したからであろうとする(法律時報81巻13号382頁)。

類推と「法意に照らす」の使い分けについては、道垣内弘人「いくつかの最高裁判決における『〇〇条の類推』と『〇〇条の法意に照らす』の区別」田原古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論 上巻』(金融財政事情研究会, 2013年)104頁以下も参照。

て」(=民法158条から、心神喪失者が権利行使できない場合に、損害賠償請求権が消滅し、その原因を作った加害者を免責するべきではないという規範を導き出し、その規範によって)民法724条後段の適用を否定し、あるいは民法160条の「法意に照らして」(=民法160条から、被害者が死亡したが相続人が確定しない場合に、民法724条後段の適用によって、相続人が確定しないことの原因を作った(被害者死亡を隠した)者の責任を免責すべきでないという規範を導き出し、その規範によって)民法724条後段の適用を否定したのであり、そのことによって「著しく正義・公平に反する」結果を避けたのである。

確かに、民法158条の法意を「心神喪失者が権利行使できない場合に、損害賠償請求権が消滅し、その原因を作った加害者を免責するべきではない」というものとして狭く考え、あるいはまた、民法160条の法意を、「被害者が死亡したが相続人が確定しない場合に、724条後段の適用によって、相続人が確定しないことの原因を作った(被害者死亡を隠した)者の責任を免責すべきでない」と考えた場合、これらの判決の「法意に照らす」という解釈の射程は広いものとは言えないことになる。しかし、これらの規定や、さらには、夫婦間の権利の時効の停止(民法159条)や天災等による時効の停止(民法161条)なども含めて考えるならば、これらに共通する法意は、「権利行使が極めて困難ないし事実上不可能な場合に権利が消滅することは正義公平に反する」ということではないのか¹⁵⁾。そして、この法意

15) これらの規定に共通する法意(あるいは時効の停止制度全体から導き出される法意)は、まさに、「権利行使が極めて困難ないし事実上不可能な場合に権利が消滅することは正義公平に反する」というものであると考えるべきであり、「その原因を作った加害者」(平成10年判決)、あるいは、「相続人が確定しないことの原因を作った(被害者死亡を隠した)者」(平成21年判決)といった限定は、これらの条文の「法意」の核心には含まれないと考えるべきではないか。松本も、これらの加重要件を課すことに批判的であり、「むしろ、時の経過の一事によって権利の消滅を帰結させることが、除斥期間制度の理念である法的安定性や法律関係の確定という観点からの公益性をもってしても不合理である場合、すなわち時の経過による立証・探証の困難性がなく不法行為の事実が明白な場合で、権利の性質からして権利行使できなかった要因に客観的な根拠があり、権利者の怠慢と言えず、そのような場合に権利の消滅を帰結することが著しく正義・公平に反すると思われる事情がある場合には、除斥期間と解したとしてもその適用ないし効果制限をすべ

により民法724条後段の適用を制限するという解釈もとり得るのである。あるいは、山野目章夫の本件に関する意見書が主張するように、民法「159条および160条という複数の規定の趣旨目的を勘案し、それらの規定が扱う状況との本質的類似性に留意した法律解釈が望まれる」という考え方にも説得力がある¹⁶⁾。いずれにしても、民法724条後段の適用を否定(限定)することを民法158条や160条のような直接の手掛かりのある場合に限ることは、同様に権利消滅が正義・公平に反するが、これらのような手がかりとなる条文が存在しない場合との不均衡という「著しく正義・公平に反する」結果を容認することになる。この2つの判決の前提となっている「正義・公平」(判決は、条理という言葉も使っている)観の射程は、それほど狭いものではない。

② 民法1条(権利濫用や信義則)の「利用」による民法724条後段の限定解釈

民法724条後段を除斥期間と考えると援用(援用権の行使)が観念できないので、権利濫用規定や信義則規定を適用して、援用は信義則に反するか援用権の濫用であるといった議論はできないとしても¹⁷⁾、大村が言うように、これらの一般条項を利用して、本件において民法724条後段の適用

ゝきである」とする(法律時報81巻3号382頁)。

- 16) 山野目意見書12頁。これは、広中のいう「複数の規定を操作する総合解釈」(「法類推」と呼ばれる手法であり、民法110条と112条の組み合わせによる表見代理を認めた大判昭和19・12・22民集23・626などがその例である(広中『民法解釈方法に関する十二講』43頁以下)。
- 17) ただし、久須本かおりは、最高裁平成21年判決の検討において、そこで問題となっているのは「義務者が権利者の権利不行使を直接的・間接的にできなくさせておいて、後で除斥期間の主張をするといったような義務者の行為態様の背信性であり、これはまさに、信義則違反・権利濫用論において考慮される要素そのものである。その意味で158条や160条によらず、724条後段の職権による適用の可否を判断するにあたって、信義則・権利濫用法理を直接適用して、当該事案における具体的正義や公平にかなった結論を導くべきであった」とする(「民法724条後段の適用制限について」愛知大学法経論集183号(2009年)90頁)。

を排除する(同項の縮小ないし制限解釈をする)ことは可能である。

民法1条のような一般条項の「適用」と「利用」について、広中は、以下のように述べている¹⁸⁾。信義則や権利濫用といった一般条項には2つの使われ方がある。第一は、その本来的機能、すなわち、信義則等それ自体が裁判基準として個別事案に適用されることによって営む機能である。例えば、債務者の些細な落ち度を口実にして債務不履行を追及する債務者の請求を信義則に反するとして退けるといった機能である。本件について言えば、民法724条後段は消滅時効であり援用を必要とすると考え、その援用を権利濫用や信義則違反だとして退けるといった使い方がこれにあたる。第二は、制定法に規定が欠けている場合の裁判基準を構成する(欠缺補充)ために信義則等を利用するという場合である。つまり、個別事案について妥当な解決を導くために信義則等を適用するのではなく、個別事案の処理に際して適用可能な裁判基準を構成するために信義則等を利用するという機能である。例えば、背信的悪意者を民法177条の第三者から排除するという解釈がこれにあたる。ここでは、背信的悪意者を民法177条により保護すべきでないという裁判基準が信義則という一般条項を利用して構成されている。

加藤雅信は、最高裁平成21年判決の原審(東京高判平20・1・31)の評釈で、除斥期間説とそれに基づく判例の立場(当事者の主張がなくても裁判所が除斥期間を適用し得るので信義則や権利濫用が問題とならないこと)を、「一般論としては」支持しつつも、かりに当事者が主張したような場合には信義則違反や権利濫用にならざるを得ない事案では「民法1条の法意に照らして」除斥期間の規定を適用しないことができるとする¹⁹⁾が、「法意に照らし」とは、ある条文を適用(類推適用を含む)するのではなく、ある条文から特定の命題やルールを引き出し、それを規範として判断するという解釈

18) 広中俊雄『新版民法綱要』(創文社、2006年)139頁以下、同『民法解釈方法に関する十二講』73頁以下。

19) 加藤雅信・判例タイムズ1284号86頁以下。

方法だとすれば、まさにここでは民法1条を「適用」して結論を導くのではなく、同条から一定の法命題を導き出し、それによって(つまり、民法1条を「利用」して)、適切妥当な解決を導くという論理が主張されているのである²⁰⁾。

③ 条理による判断

平成10年と21年の最判は、民法724条後段の適用を制限する際に、以下のように、「条理」に言及している。

[最判平 10・6・12]

「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20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、20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っては……民法724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。」

[最判平 21・4・28]

「被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま除斥期間が経過した場合にも、相続人は一切の権利行使をすることが許されず、相続人が確定しないことの原因を作った加害者は損害賠償義務を免れるということは、著しく正義・公平の理

20) 期間制限規定の機械的・形式的適用によって著しく正義・公平に反する「状況」が作り出される場合に、それを是正するために信義則違反・権利濫用といった一般原則が「適用」される(あるいは、信義則違反や権利濫用という法的評価が「活用」される)という議論がある(手塚一郎「民法724条後段の法的性質(6・完)」早稲田大学大学院法研論集130号(2009年)259頁以下参照)が、民法解釈方法論という視点から見ると、これは、本文で示した信義則違反等の一般条項の(「適用」ではなく)「利用」ということになるのではないか。

念に反する。このような場合に相続人を保護する必要があることは、前記の時効の場合と同様であり、その限度で民法724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。」

また、松本の第一意見書も、条理を理由に国の責任に関し民法724条後段の適用を制限した判決（東京地判平13・7・12判タ1067・119（中国放置毒ガス爆発事件）、東京地判平15・9・29判時1843・90（中国人労働強制事件））を紹介した上で、以下のように述べている。

「以上二つの判決は、いずれも被告が国であり、加害行為の態様が悪質（被害発生の予見可能性がありながら長期間放置し、しかも加害行為自体を隠蔽）で非難性が大きく、他方で原告の被相続人である被害者が被った被害が重大な人権侵害であること、このような場合に被告国が作った除斥期間という制度で被告国が免責されるのは、あまりに正義公平に反するし、このような場合には、除斥期間の規定の適用をしないことが『条理』にかなうとする点で共通する。

明治8年太政官布告第103号裁判事務心得第3条は、『民事裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ』と定める。以後、この布告の効力を消滅させる法令はないので、『条理』は今日でも法源すなわち裁判の規準と解されている。

本件の被告は国であり、原告が被ったのは強制不妊手術により生殖能力を奪われるという重大な人権侵害である。しかも、国は一貫して適法な手術であって不法行為責任はないとして責任を否定してきたのである。かかる国が時の経過の一時によって、自らが規定した除斥期間の効力によって免責を得るのは、上記二判決の事案に劣らず、『著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にかなう』と言える。」

「条理」と何か。そして、それは、民法724条後段の適用を制限するという解釈をいかなる意味で根拠づけるのか。民事訴訟の裁判官は、従うべき制定法も慣習もない場合でも裁判を拒絶することはできない。また、その

場合、裁判官は自己の価値判断のみのよって裁判することも許されない(裁判は外在的な基準によるものでなければならない)。この場合、裁判官は「条理ヲ推考シテ」裁判することが求められる。

* 太政官布告103号裁判事務心得(1875年) 3条 民事ノ裁判ハ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ

条理に基づく裁判とは、裁判官の主観的な価値判断による裁判を意味するのではなく、裁判官が条理を推考して「外在的なルール」を構成し、それにしたがった裁判を行うことを意味する。例えば、最大判昭和61・6・11民集40・4・872(北方ジャーナル事件)は人格権(名誉権)に基づく差止請求権を認めたが、これは、最高裁が一般条項を含めて依拠すべきルールがない名誉権侵害の差止請求の可否というケースにおいて、(条理という言葉は使っていないが)名誉権侵害の保護には差止めが認められるべきだという規範(条理を推考して)構成し、それに従って判決を下したことを意味する²¹⁾。

それでは、裁判所は、どのようにして条理に基づく規範を構成すべきか。条理を推考して構成される裁判基準は憲法を最高法規とする全法秩序から構成されるべきである。とりわけ本件の場合、そこで問題となっているのは、憲法違反の法律に基づく不法行為による被害の救済に関するものであるので、そのような被害の救済を民法724条後段の機械的適用により拒絶すべきではないという規範が憲法を最高規範とする全法秩序から導き出されうるのではないか。

なお、ここでは、「法意に照らす」という解釈方法以外に、一般条項の「利用」や条理よる条文の縮小解釈(制限解釈)の可能性について検討した。このような解釈方法は特殊なものではなく、実は、民法においてよく行われているところであることを指摘しておきたい。具体例を挙げるなら

21) 以上については、広中『新版民法綱要』74頁以下、『民法解釈方法に関する十二講』88頁以下参照。

ば、民法177条における「配信的悪意者」論＝「背信的悪意者には、民法177条の対抗要件規定を適用しない」、民法612条2項の（賃借権の無断譲渡や無断転貸による）解除権の「信頼関係破壊法理」による制限などである。いずれも、何らかの条文の適用（類推適用を含む）や「法意に照らして」、あるいは、民法1条を「適用」して行われている制限解釈ではなく、信義則・権利濫用の「利用」、あるいは、正義公平（条理）に基づいて行われている制限解釈なのである。

4. 本件において民法724条後段の適用は 制限されるべきか？

以上のような方法による民法724条後段の適用制限が可能だとして、次の問題は、本件において適用を制限すべきかという問いであるが、本件の場合、以下の2点において（最高裁平成10年判決や同21年判決と同様、ないし、より強い意味で）制限すべきである。

まず、本件で生じた被害は極めて重大であり、民法724条後段の機械的適用によって損害賠償を否定し、それを放置することは、損害を填補し被害者の権利を回復するという不法行為法や国家賠償法の目的から見て、正義公平（条理）に著しく反する。被害者が権利行使をすることの困難性は極めて大きく、しかも、その困難性を被告である国の側が作り出してきたという事情もある。つまり、本件は、除斥期間が持つ「権利の早期確定・画一処理」という「公益的要素」を後景に退ける「私益的見地」が強く存在するケースである。

第二に、本件で民法724条後段の機械的適用により賠償を否定することは、憲法違反（憲法違反の行為による権利侵害）状態を放置することになる。その点で、本件には、民法724条後段の適用を制限すべき強い「公益的要素」が存在する。本件に関する各判決でも、本件では原告の憲法上の権利が侵害されたこと、その根拠となった旧優生保護法の関係規定が憲法に反するものであったことが、以下のように確認されている。

[仙台地判令元・5・28 判時 2413/2414・3]

「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである。しかしながら、旧優生保護法は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するなどという理由で不妊手術を強制し、子を産み育てる意思を有していた者にとってその幸福の可能性を一方的に奪い去り、個人の尊厳を踏みにじるものであって、誠に悲惨というほかない。何人にとっても、リプロダクティブ権を奪うことが許されないのはいうまでもなく、本件規定に合理性があるというのは困難である。そうすると、本件規定は、憲法13条に違反し、無効であるというべきである。」

「除斥期間の規定を前提としても、原告主張に係る被害の回復を全面的に否定することは、憲法13条及び憲法17条の法意に照らし、是認されるべきものではなく、本件において前記所要の立法措置を執ることが必要不可欠である。」

[東京地判令2・6・30 LEX/DB25585269]

「原告は、本件優生手術によって、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、必然的に、そのような意思決定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た生涯を送ることを余儀なくされることとなったといえることができる。

憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対して保護されるべきことを規定しているものであり、実子をもつかどうかについて意思決定することは、当然、同条により保護されるべき私生活上の自由当たると解される。これを、原告が主張する『リプロダクティブ・ライツ』ないしそれに包摂される概念といえるかどうかはともかく、本件優生手術は、少なく

ともこのように憲法で保護された原告の自由を侵害するものといえる。」

[大阪地判令 2・11・30 LEX/DB25571333]

「本件各規定の立法目的に合理性がないことは明らかである。」また、「このような手術を受けるか否かは、本来、当該手術を受ける者の自由な意思決定に委ねられるべきである。それにもかかわらず、優生手術の実施に当たり、本人の同意を得ることを要しないとす本件各規定には、手段としての合理性もおおよそ認めることができない。」

「そして、このように特定の障害等を有する者に対して優生手術を受けることを強制する本件各規定は、子を産み育てるか否かについて意思決定をする自由及び意思に反して身体への侵襲を受けない自由を明らかに侵害するとともに、特定の障害等を有する者に対して合理的な根拠のない差別的取扱いをするものである。」

「以上からすると、本件各規定は、その内容に照らし、明らかに憲法13条、14条1項に違反して違憲である。」

[札幌地判令 3・1・15 LEX/DB25571295]

「憲法13条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と定める。これは、個人の私生活上の自由が、公権力の行使に対して保護されるべきことを規定しているものと解されるところ（最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照）、子を産み育てるか否かは、私生活を共にする家族の構成に関わる事項であるとともに、生物としての人としての本能的な欲求に関わる生殖に係る事項でもあって、このような事項を自らの意思で決定する自由は、個人の尊厳に直結する、人格的な生存に不可欠なものとして、私生活上の自由の中でも特に保障される権利の一つというべきである。

しかるに、旧優生保護法4条ないし13条の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで、生殖を不能にさせることができる旨定めていたものであって、子を産み育てるか否かについての意思決定の自由を直接

的に侵害するものである。しかも、その方法は、手術という高度に身体的な侵襲によるものであって、本件各規定による侵害は、この点においても直接的であり、暴力的とさえいふべきものである。

そして、旧優生保護法は、その立法目的の一つとして『優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する』（1条）を掲げているところ、このような立法目的は、精神病等の特定の疾病を有する者を、そのことのみを理由として『不良』とみなした上、『優生上の見地』からその『子孫の出生を防止する』というものであって、個人の尊重を基本原理とする日本国憲法の下においてはおよそ許容し難い、極めて非人道的な目的であるものといわざるを得ない。この点については被告も、上記立法目的を支える立法事実の存在や立法目的の合理性について何ら主張立証をしていないのであって、上記立法目的には合理性がおよそ認められない。

したがって、旧優生保護法の本件各規定は、憲法13条によって保障された、子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由を侵害し、個人の尊厳を著しく傷つけるものであることが明らかであって、これを正当化する余地はおよそないものといわざるを得ず、憲法13条に違反する。」

「憲法14条1項は、『すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。』と定める。この規定は、法の下での平等を定めたものであり、後段の列挙事由は例示的なものであって、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解される（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁参照）。

しかるに、旧優生保護法4条ないし13条の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで優生手術を行う旨定めていたところ、これは、精神病等の特定の疾患を有する者について法的な差別的取扱いをするものである。そして……そのような取扱いの差異を正当化する合理的な根拠はおよそ見出し難い。したがって、旧優生保護法の本件各規定は、憲法14条1項に違反する。」

「憲法24条2項は、『配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。』と定める。この規定は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと解される（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁参照）。

しかるに、子を産み育てるか否かというのは、家族の構成に関する事項でもあるところ、旧優生保護法の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで優生手術を行う旨定め、もって子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由を侵害していたものであって、このような規定が個人の尊厳に立脚したものであることはできないのであり……その合理的な根拠もおおよそ見出し難い。したがって、旧優生保護法の本件各規定は、国会の合理的な立法裁量の限界を逸脱したものであるといわざるを得ず、憲法24条2項に違反する。」

[神戸地判令3・8・3]

「特定の障害や疾患を有する者について、優生手術を実施する旨定める優生条項が、子どもを産み育て、子孫を残すという生命の根源的な営みを否定するものであって、優生手術の対象となった者の幸福追求権、自己決定権を侵害することは明らかであるから、同条項は憲法13条に違反する。」

「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するという優生思想に基づき、特定の障害や疾患を有する者について、優生手術を行う旨の優生条項が、不合理な差別的取扱いを定めるものであって、法の下の平等に反することは明らかであるから、憲法14条1項に違反する。」

「子どもを産み育てることは家族に関する事項であり、特定の障害や疾患を有する者に優生手術を行うことを定める優生条項が、個人の尊厳を著しく侵害するもので……憲法24条2項に違反する。」

このような憲法違反の事態(憲法に反する法律による原告の人権侵害)は是正されるべきであり、その事態は、旧優生保護法の各規定の廃止だけで完全に是正されるものではない。是正のためには、憲法違反の法律によって生じた損害が回復される必要がある。このような憲法的要素こそが、本件において民法724条後段の適用を制限すべきという判断の基礎となる。この意味で、本件は、「公益的性格」が強い事件であり、その公益性は、「早期確定・画一確定の要請」という民法724条後段の「公益的要素」を上回る(少なくとも、その機械的適用を妥当としない)ものである。だとすれば、憲法76条3項と99条により憲法を尊重すべき義務を負う裁判所(裁判官)は、憲法違反状態を克服する解釈を行う義務(民法724条を憲法適合的に解釈すべき義務)を負うのではないか。

民法解釈と憲法の関係について前田達明は、次のように言う²²⁾。①「法解釈」とは法の適用範囲の確定作業である。②法解釈が価値判断であることは異論がないところだが、その価値判断は裁判官の主観的なものであってはならず、客観的なものであるべきことにも異論のないところである。③客観的価値判断の基準の第一は、裁判は憲法と法律によるとする憲法76条3項を通じ、憲法41条を法的根拠として、立法者の下した価値判断すなわち「立法者意思」という価値判断基準が挙げられる。④しかし、当該事件においてこの「立法者意思」をそのまま適用したのでは「妥当」(=「憲法が当該事件において最も守ろうとしている利益をまもること」)な結論を導くことができない場合、「妥当」な結論を導く義務が、憲法76条3項を通じて、同99条を法的根拠として裁判官に課せられる。

本件で侵害されたのが憲法上保障された人権であり、それを侵害したのが憲法に反する法規(旧優生保護法)であるとすれば、そのような憲法違反の法規とそれに基づく行為によって重大な侵害を受けた被害者の救済を適切に行うことは憲法上の要請であり、そのような要請に応えることは、

22) 前田達明『続・民法学の展開』(成文堂, 2017年) 7頁以下。

立法機関にだけでなく裁判所にも義務付けられているのではないか。

以上のことをより一般化して言えば、国家機関である裁判所は、国家の基本権(人権)保護義務により、民法724条後段の適用制限を行うべきということになる。国家の基本権保護義務について、山本敬三は次のように言う²³⁾。「国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならず(基本権保護義務)、また、「個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならない」(基本権支援義務)。そして、裁判所もまた、国家機関として、「具体的な争訟を解決するうえで、保護義務の実現を迫られる」のである。山本によれば、現代国家が自力救済を原則として禁止し「市民を他者の侵害行為に対して無防備な状態にさらす以上、ここで国家が市民の基本権を他人による侵害行為から保護する義務を負うのは、むしろ当然」であり、そうでなければ、「そもそも国家がなぜ必要とされるかという根本問題にかかわる」ことになる。

このように山本は、国家の基本権保護義務や支援義務について述べ、裁判所も国家機関として、公序良俗(民法90条)等の一般条項を活用し、国民の国家の基本権を保護すべき義務があることを主張するが、本件においても、裁判所としては、「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」「本件において前記所要の立法措置を執ることが必要不可欠である」(仙台地判令元・5・28)などとして、基本権保護を立法機関にのみ委ねるのではなく²⁴⁾、民法724条後段の適用を制限し原告らの損害賠償を認めることによって、基本権の保護・憲法秩序の回復に努めるべきである。この点、山野目意見書は、「民法709条およびそれに附属する同法724条などの意義理解は、合憲解釈の原則に照らし、

23) 国家の基本権保護義務については、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)248頁以下等参照。

24) 国は、旧優性保護法による強制不妊手術被害者に一定額の給付を行うこととしたが、これによって憲法違反の法律による被害が完全に回復されたものでないことは、多くの被害者が、様々の困難を抱えながら裁判を起こしたことから明らかである。

公務員の違法な行為に対し救済を求める国民の権利を実質的に損なうことのないよう適切に施されなければならない」(10頁)とするが、適切な指摘である。

本件において裁判所は、憲法違反の法律が作り出した被害(憲法違反の事実)を民法724条後段の機械的適用で放置するのではなく、(関連条項の「法意」を手掛かりに、あるいは、民法1条を「利用」し、あるいは、条理に依拠するという、民法解釈方法論から見て当然に認められる解釈方法によって)同条の適用を制限し、憲法秩序に適合した解決²⁵⁾を導き出すべきである。

付記 校了後、大阪高判令4・2・22は、「正義・公平の観点から、時効停止の規定の法意(民法158～160条)等に照らして除斥期間の適用が制限されることは……法解釈上想定される」として、停止規定の個々の条文ではなく、停止制度全体の「法意に照らして」除斥期間の適用を制限し、賠償請求を認める注目すべき判断を示した。

【追記】 松本克美教授は、時効制度についての研究を一貫して追究し、時効という「時の壁」が時には被害者に過酷、かつ法的見て適切妥当とは言えない結果(「法的正義」に反する結果)を招来することがあるとして、そのような不正義を克服するために、多面的な検討を重ねてこられた。本稿は、そのような松本教授の退職を記念し、教授の追究されてこられた「時効と正義」というテーマに、民法解釈方法論という視角から検討を加えたものである。

なお、本稿は、旧優生保護法による強制不妊手術の被害者らが国を訴えた訴訟に関し、原告弁護団の依頼にこたえて作成した意見書に加筆修正を加えたものである。

25) 脱稿直前、この問題を憲法論との「擦合せ」において検討する、上田健介「国家賠償請求権の除斥期間と憲法」法律時報93巻12号118頁以下に接した。それによれば、公権力による深刻な基本権侵害である本件において、民法724条後段を機械的に適用することは憲法17条違反となる可能性があり、それを避けるために、民法1条2項を持ち出し賠償請求権を例外的に消滅させないことは、「憲法適合的な解釈」として認められると言う。民法724条後段の機械的適用を避け「憲法秩序に適合した解決」を志向する本稿の立場から見て、重要な指摘である。