

ハンセン病熊本地裁判決の

立法不作為論・除斥期間論の射程

——戦後補償訴訟との関連で——

松 本 克 美

- 一 はじめに
- 二 ハンセン病熊本地裁判決の概要
- 三 立法不作為論
- 四 除斥期間論
- 五 おわりに

一 はじめに

去る五月二一日に下されたハンセン病訴訟熊本地裁判決（熊本地裁二〇〇一年五月二一日判決・判例時報一七四八号三〇頁）は、次の点に特徴を有するまさに画期的な判決であった。^①第一に本判決は、ハンセン病患者に対する隔離政策等の人権侵害性（違憲性）を問うた訴訟^②に対する初めての判決であった。第二に、本判決は厚生大臣の公権力の

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

六四五（一）

行使に関する責任とともに国会議員の立法不作為責任を認めたと、後述の通り国会議員の立法不作為責任を認容したのは日本でわずか三件目であり貴重な判決である。第三に、民法七二四条後段の期間を除外期間としつつ、起算点の「不法行為ノ時」を本件の継続的不法行為の終了時とした。第四に、本判决について政府は控訴を断念し、国会でハンセン病施設収容者に対する補償立法（「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」（二〇〇一年六月一五日制定・六月二二日施行。法律第六三号））が成立する契機となった。本判决はこのように国会の立法を直接に促した点で画期的判決と言える。但し、控訴断念にあたって閣議決定をもって公表された政府声明（二〇〇一年五月二五日）の立法不作為論、除外期間論は大変疑問である。この点、政府声明は、本件のように立法不作為論や除外期間論が争点となっている訴訟、すなわち戦後補償訴訟も明らかに意識していると思われるので、本稿では戦後補償訴訟との関連で本判决の射程を検討したい。³⁾

二 ハンセン病熊本地裁判決の概要

(一) 事案

原告ら二二七名は、最も早い者で一九三二（昭和七）年から、最も遅いもので一九七三（昭和四八）年から、各地の国立のハンセン病療養施設に収容されたハンセン病患者である。原告らは日本で最初のハンセン病患者に対する強制措置を定めた「癩予防二関スル法律」（一九〇七（明治四〇）年制定、以後「旧法」という）以降、一貫して誤った国の隔離政策等により、不必要な隔離を強制され、重大な人権侵害を蒙ったとして、戦後も同様の性質を持つ「らい予防法」（一九五三（昭和二八）年制定、以後「新法」という）を制定し、これを一九九六（平成八）年まで存続させた点で、違法な公権力を行使した厚生大臣と、このような違憲立法を廃止せず放置していた国会議員の立法不作為を請求した。

為責任（両者の責任は共同不法行為責任とする）に基づき国家賠償法一条一項による国の責任を追及し、これらの法律によって療養所に隔離されたことによる損害及び新法の存在及びハンセン病政策の遂行によって作出・助長された差別・偏見にさらされたことによる損害として原告各自につき一億円及び各自一五〇〇万円の弁護士費用の損害賠償を請求した。

これに対して、国は隔離政策には合理性があり、また差別は法律によって生じたものではないなどとして違法性、過失を争うとともに、仮に損害賠償請求権があるとしても、民法七二四条後段により、二〇年以前の損害についての賠償請求権は、日々除外期間にかかり消滅している等と主張してこれを争った。

(二) 判旨

請求一部認容。各自の損害額として八〇〇万円、一〇〇〇万円、一二〇〇万円、一四〇〇万円の四ランクの慰謝料と各自の慰謝料額の一割の弁護士費用を損害額として認容し、また除外期間の起算点は継続的不法行為の終了の時である新法廃止の時であるとして、除外期間の適用を否定した。

1 国の責任

(1) 厚生大臣の公権力の行使に関する違法性・過失 詳細な事実を認定して、「厚生大臣の公権力の行使たる職務行為には違法があり、厚生大臣の過失も優にこれを認めることができる」とする。

過失の内容としては、① 治療薬の発見・普及や国際会議等で強制隔離政策の転換が強く主張されるようになった遅くとも昭和三五年以降、ハンセン病患者の隔離政策の抜本的変換をしなかった点、自由に退所できることを明らかにする相当な措置を採るべきであったのにとらなかつた点、入院治療を必要とする患者が事実上療養所に入所せざる

を得ない「制度的欠陥」（抗ハンセン病薬が保険診療で正規に使用できる医薬品に含まれていない、入院治療が可能であったのは京都大学だけ）を取り除くための相応な措置を尽くすべきであったのにこれを怠った点、厚生省が伝染のおそれがある患者を隔離するという政策をとりつづけることによって社会における差別・偏見が解消されず、厚生省は社会内の差別・偏見を除去するための相応な措置を採るべきであったのにこれを怠った点を認定している。

(2) 国会議員の立法行為の国家賠償法上の違法及び故意・過失の有無 「国会議員には、昭和四〇年以降においても、なお新法の隔離規定を改廃しなかった点に違法があり、国会議員の過失も優にこれを認めることができる。」とした。

まず新法の強制隔離政策は憲法二二条一項が保障する居住・移転の自由を制限し、かつ、憲法二三条に根拠を有する人格権そのものの制限であり、しかも公共の福祉による合理的な制限が妥当する場合にあたらぬとして、「新法の隔離規定は、新法制定当時から既に、ハンセン病予防上の必要を超えて過度な人権の制限を課すものであり、公共の福祉による合理的な制限を逸脱していた」とし、治療薬の発見や国際会議での強制隔離政策への批判、ハンセン病患者を強制収容する特別立法の廃止などを勧告する国際会議の動向などを根拠に「遅くとも昭和三五年には、新法の隔離規定は、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といふべきである。」とした。

(3) 違憲立法と国会議員の立法行為ないし立法不作為の違法性について その上で最判一九八五年を引用して、「ある法律が違憲であっても、直ちに、これを制定した国会議員の立法行為ないしこれを改廃しなかった国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるものではない。

この点について、最高裁判昭和六〇年一月二日第一小法廷判決（民集三九卷七号一五二頁）は、在宅投票制度

+
+

を廃止しこれを復活しなかった立法行為についての事案について、『国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない』と判示し、その後にも、これと同旨の最高裁判決がある。』としつつ、この最高裁の文言は例を示したにすぎず、本件事案のような場合には、更に例外的に国会議員の立法不作為の違法性を肯定できるとした。

2 損害論

原告の被った被害の深刻さや長期性、個々の内容の多種多様性から、「その一つ一つにつき、立証を求めていたのでは、訴訟が大きく遅延することは明らかであり、真の権利救済は到底望めず、また、訴訟運営上も明らかに相当でないこと、もともと、慰謝料には、個別算定方式による場合であっても、各費目の損害を補充・調整して、全体としての損害額の社会的妥当性を確保する機能があることなどからすれば、原告らが主張する被害の中から、一定の共通性の見いだせる範囲のものを包括して慰謝料として賠償の対象とすることは、許されなければならない。」として、共通損害として、隔離による被害と新法存在とそれに基づく強制収容措置などが助長した社会的な差別や偏見にさらされたことによる精神的損害を認定し、各原告の入所期間を基準に一四〇〇万円、一二〇〇万円、一〇〇〇万円、八〇〇万円の四ランクに段階つけて慰謝料額を認定した。

3 除斥期間論

(1) 民法七二四条後段の期間の性質論 「民法七二四条後段の規定は、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と解するのが相当であるところ（最高裁判平成元年二月二日第一小法廷判決・民集四三卷一二号一二〇九頁）」として、除斥期間とする。

+

+

+

+

+

+

(2) 起算点論 ① 「本件の違法行為と被害の特質」から「不法行為ノ時」とは新法廃止時とする。民法七二四条後段の「不法行為ノ時」とは、違法行為が終了した時点であるとし、本件の違法行為は「厚生大臣が昭和三五年以降平成八年の新法廃止まで隔離の必要性が失われたことに伴う隔離政策の抜本的な変換を怠ったこと及び国会議員が昭和四〇年以降平成八年の新法廃止まで新法の隔離規定を改廃しなかったこと」という継続的な不法行為であり、違法行為が終了したのは平成八年の新法廃止時である上、これによる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、新法廃止まで継続的・累積的に発生してきたものであつて、違法行為終了時において、人生被害を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。

このような本件の違法行為と損害の特質からすれば、本件において、除斥期間の起算点となる『不法行為ノ時』とは、新法廃止時と解するのが相当である。」

三 立法不作為論

(一) 本判決の妥当性

1 政府声明と最高裁八五年判決について まず本判決の立法不作為論の妥当性を検討する前に、この判決の二週間後の本年五月二五日に出された閣議決定に基づく政府声明について検討しよう。

(1) 政府声明 政府声明は次のように本判決を批判している。

「立法行為については、国会議員は国民全体に対する政治的責任を負うにとどまり、国会議員が個別の国民の権利に対応した関係での法的責任を負うのは、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず

ず国会があえて立法を行うというとき、容易に想定しがたいような例外的場合』（最高裁判所一九八五年一月二十一日第一小法廷判決）、すなわち、故意に憲法に違反し国民の権利を侵害する場合には限られます。これに対して、本判決は、故意がない国会議員の不作為に対して、法的責任を広く認めています。このような判断は、司法が法令の違憲審査権を超えて国会議員の活動を過度に制約することとなり、前記判例に反しますので、国家賠償法の解釈として到底認めることができません。」（傍点引用者——以下同様）

(2) 政府声明への疑問 しかしまず、判例の解釈として「故意に憲法に違反し国民の権利を侵害する場合」に政府声明が限定すると解する根拠が不明確である。最判八五年に対する評価としては、学説上もいくつかの見方がある。

ア 立法行為に対する国賠訴訟を実質的に否定したと解する説 学説の多くはこのような見解に立つ。例えば野中は、最判の「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法行為を行うというとき」という留保は「容易に想定し難いような例外的な場合」であつて、「これは実際上ほとんど考えられない事態であり、結局、立法行為について国家賠償法一条一項の適用は認められないと判示したに等しい。」として、この最判を「悪しき判決」として批判している。⁽⁴⁾

また佐藤幸治も最判八五年は「国会の立法・立法不作為に対する国家賠償法の適用を實際上ほぼ否定」したとする。⁽⁵⁾しかし、これらの論者はそうした判決の論旨に賛成するのではなく、むしろ判旨に疑問を表示している。

イ 実質的に故意を要求しているとの解釈 最判は実質的に国会議員に故意がある場合にのみ立法不作為の違法性を肯定する立場であると解す見解がある。

大藤敏は「立法行為の違憲を理由とする国家賠償請求については、主観的要件は故意に限定され、過失は問題とすべきではないと考えられる。」として、最判八五年も「同旨と解される」とする。⁽⁶⁾また宇賀克也は、「結局、

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

故意があるときのみ責任を認め、過失は認めない」とする立場ではないかとする。⁽⁷⁾更に、寶金敏明は最判は「故意に等しい違憲立法作用のみ違法と評価」とする。⁽⁸⁾しかし、これらのうち大藤を除いては、故意の場合に限って立法不作為責任が生ずるということに必ずしも賛成しているわけではない。

ウ 故意・重過失を要求しているとの解釈 藤井俊夫は最判の文言は「国家賠償法一条二項の求償における『故意または重過失』という要件を思わせる。」とする。⁽⁹⁾同様に棟居快行は「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会がえて当該立法を行う」ような、いわば内容違憲に関する『故意重過失』の立法ミスに際しては国賠法上の法的責任を問いつる」として、⁽¹⁰⁾故意・重過失があれば法的責任が生ずる余地を認めるものであるとして、例外を広げる方向で解釈している。

2 裁判例の動向 全体的にみれば、最判八五年に従って「判例法が固まりつつある」との評価もあるが、⁽¹¹⁾仔細に検討すると次のような特徴がある。まず何件かの判決を出している最高裁の事案は被害の特質の点で本件とは事案が異なる。すなわち本判決が指摘するように、本件に匹敵するような積極的な自由権侵害を含む重大な人権侵害事案ではない（援護立法に関する平等⁽¹²⁾、経済活動の制約⁽¹³⁾、婚姻の自由・平等など⁽¹⁴⁾）。

更に下級審判決の中には、最判八五年判決に従いつつ、責任成立要件を拡大解釈するものがある。例えば、衆議院議員定数配分規定違憲国賠訴訟に関する東京地判一九八六・一二・一六判時二二二〇・四七は、結果的に国賠法上の違法性を否定したが、最判八五年の文言を拡大解釈している。

「ある法律の内容が憲法の一義的な文言に違反することが明白であり、かつ、右違憲の法律の改正案の発議・提出するのに通常必要と考えられる相当期間を経過したにもかかわらず、国会議員及び内閣が、あえて右改正後の発議・提出を行わないというような例外的な場合には、国会議員及び内閣の右不作為は個別の国民の権利に

+ +

対応した関係での職務上の法的義務に違反するものとして、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けるものと解するのが相当である（最高裁判所昭和六〇年一月二二日第一小法廷判決参照）。

この判決については、「最高裁の判旨に立脚したときでも、最高裁のいう『例外的な場合』を——範囲自体明確でないが——適当に（拡大）解釈すれば、国賠責任が実際に認められる可能性も出てくることになる、ということを示唆するもの⁽¹⁵⁾」であるとか、最判の「例外要件を緩和する試み⁽¹⁶⁾」とする評価がある。また、遠藤博也は最判八五年以降も下級審の中には「憲法の一義的な文言」という最判の要件に拘泥しない傾向がみとれらる。⁽¹⁷⁾

更に注目されるのは、最判八五年以降初めて国会の立法不作為責任を認めた関連訴訟第一審判決である（山口地裁下関支判一九九八・四・二七判時一六四二号二四頁）である。この判決は周知のように戦前の従軍慰安婦被害についての国の立法不作為についての国賠責任を認容した（元従軍慰安婦の原告各自につき金三〇万円）。そこでは次のように判示している。

「当裁判所もまた基本的には右最高裁判決と意見を同じくする」としつつ「しかし、右結論部分における『例外的な場合』についてはやや見解を異にし、立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関する基本的事件の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解する」とする。

「……法の解釈原理として、あるいは条理として、先行法益侵害に基づくその後の保護義務を右法益侵害者に課すべきことが一般に許容されている。そこであれば、日本国憲法制定前の帝国日本の国家行為によるものであっても、これと同一性ある国家である被告には、その法益侵害が真に重大である限り、被害者に対し、より以上の被害の増大をもたらさないよう配慮、保証すべき条理上の法的作為義務が課せられているというべきであり、

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

特に、個人の尊厳、人格の尊厳に根幹的価値をおき、かつ、帝国日本の軍国主義等に関して否定的認識と反省を有する日本国憲法制定後は、ますますその義務が重くなり、被害者に対する何らかの損害回復措置を採らなければならぬはずである。しかるに、被告は、当該従軍慰安婦制度の存在を知っていたはずであるのに、日本国憲法制定後も多年にわたって右作為義務を尽くさず、同女らを放置したままあえてその苦しみを倍加させたのであり、この不作為は、それ自体がまた同女らの人格の尊厳を傷つける新たな侵害行為となるといふべきである。

そして、遅くとも従軍慰安婦問題が国際問題化し、国会においても取り上げられるようになった平成二年（一九九〇年）五、六月ころには、右不作為による新たな被告の侵害行為は、それ以前の多年にわたる放置と元慰安婦女性の高齢化、労働省職業安定局長による『民間業者が云々』との政府答弁、さらには、そのころまでには明確に自覚されるに至った女子差別の撤廃と性的自由の思想等々とあいまっていよいよその人権侵害の重大性と救済の必要性を増し、違憲的違法性を帯びるものとなったといふことができる。

そして遅くとも、「慰安所は、当時の軍当局の要請により設置されたものであり、慰安所の設置、管理及び慰安婦の移送については、旧日本軍が直接あるいは間接にこれに関与した」ことを認め、「本件は、当時の軍の関与の下に、多数の女性の名誉と尊厳を深く傷つけた問題」だとして「心からお詫びと反省の気持ちを申し上げる」とした平成五年の内閣官房長官談話が出された早い段階で「先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、その旨明確に国会に対する立法課題を提起したといふべきである。そして、右の談話から遅くとも三年を経過した平成八年八月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる。」

学説上は一般論として「国賠法上の違法を個別の国民に対する法的義務の違背とみる以上、国民の人権に関わらない統治機構領域における違憲の立法（不作為）は違法とならない」が、「立法行為は、憲法の人権規定に違反するものである場合に違法になる」とする見解も有力に主張されてきており、従って、「違法性限定説をとったとしても本判決のような理解は十分成り立つだろう。」といえよう。⁽¹⁸⁾

3 学説 学説は最判八五年を批判し、その論理を限定する説が多数説を占める。

(1) 最判八五年の文言の相対化 ひとつは、本判決と同じく最高裁の文言を相対化する試みである。既に最判八五年から三年後に佐藤幸治は「憲法の「義的な文言云々」ということにこだわって、国家賠償請求訴訟が憲法訴訟の一つの場として展開していく上で本判決が桎梏とならないよう望みたい」としている。⁽¹⁹⁾

(2) 立法行為と立法不作為との区別の必要性 従来立法不作為の違法性については特別の要件が課されるとするのが判例・多数説であったが、この立法不作為と立法行為とを最判が区別していない点を批判する見解も多い。浦部はこの点で最判八五年は違憲審査を無意味化したとし、最判八五年が「全く非論理的な形で例外の余地を認めただけ……リップ・サービス」とする。そして、違憲な立法行為についての国賠責任については、最判の要件を緩和して責任が認められる場合もあり得るとの解釈を示している。⁽²⁰⁾

(3) 絶対的立法不作為と相対的立法不作為の区別 戸波江二は立法不作為を二種類に分け、「絶対的立法不作為」（本来の意味における立法の不作為。立法がなされないこと自体が直接問題）と、「相対的立法不作為」（派生的ないし付随的な立法の不作為。ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続の範囲等に不備がある場合で、既存の立法との関連で相対的に不作為が問題となる。）を区別している。後者については「相当な期間」論があてはまらず、違憲が明白になれば直ちに廃止しないと違法となるとする。

(4) 被侵害利益の特徴 被侵害利益の特徴から最判八五年を相対化することも有力に主張されてきた。佐藤幸治

は、最判八五年の後に相次いだ議員定数不均衡是正訴訟で立法不作為責任が否定された理由として、事案の特殊性をあげ、これらは、議員定数の不均衡の被害者の数が多く賠償額が巨額になる可能性、本来の目的は損害賠償よりも違憲状態の是正措置の実現という問題があり、「いずれにしても、議員定数不均衡是正訴訟の特殊性を無視して、立法行為ないし立法不作為に関する国家賠償請求訴訟の可能性を一般的に否定することは妥当とはいえない。」と指摘している。⁽²³⁾ また戸波江二は、特定の範囲の国民について特別の損害を被る場合には、国賠請求が本来の機能を果たす場面であることを指摘している。⁽²⁴⁾

4 私見 私見によれば、最判八五年の要件論がそもそも厳格すぎると思われる。まず立法行為と立法法不作為の場合を一律に要件を厳格化するという前提自体が問題であるし、立法不作為に限定して要件を厳格化するとしても被害利益の特徴をふまえるべきであり、最判八五年の要件論は相対化すべきである。ましてや、最判八五年の文言以上に厳格解釈をすべきでない。ことに今回の政府声明がいうように国会議員に故意がある場合だけ責任が生じ得るとの解釈は次の点からしても問題である。

① 国賠法の文言への抵触・違憲性 国賠法第一条は「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて、違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定しているのであり、また憲法一七条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求むることができる。」と規定している。公務員に故意がある場合にのみ国賠責任が発生すると解することは、明らかに国賠法一条の文言に反し、憲法一七条に反する違憲の解釈ではないだろうか。

② 国会議員の活動の過度の制約論 またこのように国会の責任を限定する根拠として、最判八五年もそうであ

るように憲法五一条の議員の発言・表決の無責任があげられたりすることがあるが、⁽²⁵⁾ 国家賠償責任は国会議員に刑事責任を課すものでもなく、民事責任を課すものであり、しかも後で述べるように国会議員個人に不法行為責任を課すわけではない。そして、民事責任の大原則は過失責任主義（民法七〇九条）であり、少なくとも過失がなければ責任を負わないことによつて活動の自由を保障しているのであり、逆にいえば損害発生につき過失ある行為まで自由ではない。このことは「故意又は過失」を責任成立の要件とする国家賠償責任の場合にも妥当しよう。

③ 国会の機関としての故意・過失 また国会の立法行為・立法不作為が問題となる場合は、公務員個人のレベルでの故意・過失というよりは、⁽²⁶⁾ 国家機関としての責任、すなわち違憲立法を放置しておいた国会の機関としての在り方が問題とされているのである。従つて、⁽²⁶⁾ 問題の核心は、何をなすべきであったか||結果回避義務違反の問題であつて、違憲の結果発生を意欲したかどうか（故意があつたか否か）という視角には解消されない問題である。結局、政府声明のように立法行為の国賠責任を、そもそも故意に限定すること自体が問題である。⁽²⁷⁾

④ 職務行為の第三者関係性 なお、そもそも最判八五年が前述のような立法行為・立法不作為責任の成立について厳格な要件を課すことの根拠は、上に述べたような国会が尽くすべき義務についての性質論によるものとも言える。すなわち、最判八五年は、国会議員の立法行為が違法の評価を受ける場合として、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うということとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り」と限定を付しているが、その根拠を「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負つ」とどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないといふべきであつて「ということに求めている。

国家の賠償責任の成否を論ずるにあたり、公権力を行使する公務員個人が国民に負つべき職務上の義務に違反した

ことによる不法行為責任の成立を前提とする考え方は、国家賠償責任を公務員個人の職務責任 (Amtshaftung) の代位責任として位置付け、この場合の国家賠償責任を発生させる公務員個人の責任成立をいわゆる「職務行為の第三者関係性」 (Dritbezogtheit) によって判断するドイツ法に見て取れる考え方である。⁽²⁸⁾ そもそもドイツでは一九世紀末のドイツ民法典制定過程で、官吏個人の不法行為責任を国家の責任と結び付けるための妥協の産物として、民法八三九条に官吏の不法行為責任の規定を設け、「公務員は、故意又は過失により第三者に対して負う職務上の義務 (die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht) に違反したときは、その第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない」と規定した (BGB § 839 I)。そして、その上で国家がこの公務員の職務上の義務違反責任について責任を負うかは、民法施行法により各ラントに委ねられることになったため、国家 (ラント) がこの官吏の責任を代位して責任を負うラントもあれば、そうでないラントもあり、またラントを超えるライヒ (ドイツ帝国) の公務員の不法行為責任についてはライヒの責任の規定がなかったため、ワイマル共和国憲法において、ライヒ、ラントの官吏の公権力の行使の違法行為に対する国家責任が統一的に規定されることになった。ワイマル共和国憲法一三一条一項は、「官吏が、自己に委託された公権力の行使において、第三者に対して負う職務義務に違反したときは、原則として、官吏を雇用する国または公共団体が責任を負う。」と規定する。そして、戦後、ドイツ基本法は、この規定を継承し、「ある人が、自己に委託された公務の行使において、第三者に対して負担している職務上の義務に違反したときは、その責任は、原則として、その者が服務している国家または団体が負う。」 (GG § 34 I) とした。

結局、ドイツのように明文で公務員が「第三者に対して負う職務義務に違反したとき」が国家賠償責任の成立要件として規定されているのならばともかく、日本の国家賠償責任法にはそのような職務行為の第三者関与性についての

+ +

要件は規定されていないのであり、そもそもこのような要件を最高裁が要求すること自体への批判がなされている。⁽²⁹⁾ 更に、公務員は違憲立法による国民の基本権侵害をしないという職務義務を負っているのだから、違憲立法を行うことは、そのような意味での職務上の義務違反と評価されるのではないかと指摘もある。⁽³⁰⁾

⑤ 結果の妥当性 更に結果の妥当性という点からいっても、政府声明によれば、重大な人権侵害をきたしている違憲立法が放置されることによって個人が重大な被害を受けていても、国会議員がその結果を意欲していなければ国会は何ら法的責任を負わなくてよいということになり問題である。

結局、「この憲法を尊重し擁護する義務を負う」国会議員 (憲法九九条) は、「国の唯一の立法機関」 (憲法四一条) の権限・責務として、違憲立法の廃止に政治的責任を負うとともに、少なくとも違憲立法により個人が明白に重大な人権侵害を受け、かつ公共の福祉による制限を著しく潜脱することを認識した場合や認識できた場合 (被害発生の子見可能性がある場合) には、結果回避義務 (違憲立法廃止) を尽くすべき法的義務があると解すべきではなからうか。

この点で、日本で初めて国会の立法不作為責任を認めた札幌地裁小樽支判一九七四・一二・九判時七六二・八 (最判八五年の一審判決) が次のように判示していた点が注目に値する。

「右法律改正に基づき、原告のような身体障害者の投票を不可能あるいは著しく困難にした国会の立法措置は、前記立法目的達成の手段としてその裁量の限度をこえ、これをやむを得ないとする合理的理由を欠くものであって、国民主権の原理の表現としての公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに平等原則に背き、憲法第一五条第一項、第三項、第四四条、第一四一条第一項に違反するものといわなければならない。」

「国会の立法行為も国家賠償法第一条第一項の適用を受け、同条項にいう『公務員の故意、過失』は、合議制ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程 (松本)

+

機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもって足りるものと解すべきである。本件において、国会が法律改正によって違憲の結果を生ずることを認識していたことを認めるに足りる証拠はない。しかし、国会は国権の最高機関として調査権が与えられ（憲法第六二条）、その組織、機構等において他の立法機関に類をみない程度に完備していることは公知の事実であるから、立法をなすにあたっては違憲というような結果が生じないよう慎重に審査、検討すべき高度の注意義務を負うところ、本件法律改正の審議経過は右にみたとおりであり、かかる違憲の法律改正を行ったことは、その公権力行使にあたり、右注意義務に違背する過失があったものと解するのが相当である。」

5 本判決の評価 以上の私見からすれば、ハンセン病訴訟熊本地裁判決における立法不作為論は極めて妥当であるといえる。

まず本判決は前述のように最高裁判決の文言を相対化して次のように判示している。

「『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。……立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたに過ぎないもの」である。極めて妥当な判断である。

また本判決は、従来立法不作為責任を否定してきた判決例は本件とは事案を異にするとする。確かに特定の被害者の人権を重大に侵害する立法があつて、その立法を廃止することによってその被害が回避される場合には、立法すべき内容も明確であり、その点での立法裁量の余地はない。⁽³¹⁾ そもそも従来⁽³²⁾の事案で国賠責任が認められなかったことの妥当性はそれ自体として別途検討の余地がある⁽³³⁾が、しかし、少なくとも、本件の事案の特徴からして、立法行為に

ついでに国賠責任が成立するとした判断は妥当である。⁽³²⁾

そもそも小泉首相談話（二〇〇一年五月二五日）でも、「わが国においてかつて採られたハンセン病患者に対する施設入所政策が、多くの患者の人権に対する大きな制限、制約となつたこと、また、一般社会において極めて厳しい偏見、差別が存在してきた事実を深刻に受け止め、患者・元患者が強いられてきた苦痛と苦難に対し、政府として深く反省し、率直におわびを申し上げる」として政府の反省を述べている。

また、本判決後一か月ほどで、前述した「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」が制定されたこと、その前文で次のように過去の立法不作為を国会自身が深く反省している点に注目しなければならぬ。「ハンセン病の患者は、これまで、偏見と差別の中で多大の苦痛と苦難を強いられてきた。我が国においては、昭和二十八年制定の『らい予防法』においても引き続きハンセン病の患者に対する隔離政策がとられ、加えて、昭和三十年代に至つてハンセン病に対するそれまでの認識の誤りが明白となつたにもかかわらず、なお、依然としてハンセン病に対する誤つた認識が改められることなく、隔離政策の変更も行われることなく、ハンセン病の患者であつた者等にいたらずに耐え難い苦痛と苦難を継続せしめるままに経過し、ようやく『らい予防法の廃止に関する法律』が施行されたのは平成八年であつた。

我らは、これらの悲惨な事実を悔悟と反省の念を込めて深刻に受け止め、深くおわびするとともに、ハンセン病の患者であつた者等に対するいわれのない偏見を根絶する決意を新たにするものである。

ここに、ハンセン病の患者であつた者等のいやし難い心身の傷跡の回復と今後の生活の平穩に資することを希求して、ハンセン病療養所入所者等がこれまでに被つた精神的苦痛を慰謝するとともに、ハンセン病の患者であつた者等の名誉の回復及び福祉の増進を図り、あわせて、死没者に対する追悼の意を表するため、この法律を制定する。」

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

政府声明は本判決の立法不作為論を批判するが、結局は、この判決の結論的妥当性は批判し得ないのではないか。また従来の学説の展開からしても、この結論には余り異論がなく、むしろ本判決の結論を否定する見解はあってもごく少数にとどまるように思われる。

(二) 戦後補償訴訟についての意義 次に本判決の立法不作為論が戦後補償訴訟にとって有する意義を検討しよう。

1 被害の特質 まず被害の特質としても次のような違いがある。

(1) 被害の本質 ①ハンセン病訴訟の場合 ハンセン病訴訟で問題となっているのは、強制隔離・絶滅政策によるハンセン病患者に対する差別的な人権侵害である。³³⁾ その被害実態はかなり明白であり、加害者もこれが立法に基づき政策として遂行された点で明白である。さらに強制隔離・強制収容政策、強制的な意に反した断種手術や墮胎手術が通常は許されない人権侵害であることは明白である。³⁴⁾ 断種手術や墮胎手術の事実上の強制政策について、国側は国立療養所に入所している限り子どもをもつことに制限があるのは当然であり、これはハンセン病患者に限らない通常の国立療養所でもそうであり、また療養所を退所すれば子どもを持つことができたのだから、この点で国の政策は違法でないと主張したのに対して、本判決は次のような判示をして、被告の主張を強く批判している。

「しかしながら、被告は、少なくとも、原告らの大半が入所した昭和三〇年代以前においては、退所させることをほとんど念頭に置かないで、患者を隔離してきたのであり、患者らは、いったん入所すると、家族や社会と切り離され、療養所外の生活基盤を失い、退所することが極めて困難な状況に置かれ、その結果、多くの入所者が、療養所を生涯のすみかとして暮らさざるを得ず、現実に、入所者の大半が、退所することなく、生涯を療養所で過ごしているのである。したがって、国立らい療養所とそれ以外の一般の国立療養所とは、入所者の置か

+
+

れた状況が全く異なっているものであり、これを同列に見る被告の右主張は失当である。昭和三〇年代まで、優生手術を受けることを夫婦舎への入居の条件としていた療養所があったが（乙五九）、これなどは、事実上優生手術を強制する非人道的取扱いというほかない。被告の右主張は、入所者らの置かれた状況や優生政策による苦痛を全く理解しないものといわざるを得ず、極めて遺憾である。」

結局、問題は、強制隔離・強制収容政策の合理性の評価に帰着するのであり、これはそのような政策の必要性に規定されて、かなり一義的に判断することができるのである。

② 戦後補償訴訟の場合 これに対して戦後補償訴訟で問題となっている違法行為とは虐殺や従軍慰安婦、強制連行・強制労働などの戦争犯罪である。そこでは被告から被害の実態自体が明確でないと争われ、国家の関与の有無や度合いなどの点で加害者性自身が争点となっている。更に、仮に被害が明らかとなって、国家や企業の関与が明白になっても戦争だから仕方がないという論理や、戦争被害は国家間の条約により解決済みという論理もでてくる。つまり、ハンセン病訴訟に比べて戦後補償訴訟では、一義的に明白に違法性を判断する点でより困難な側面があるのである。

この点を悪い意味で象徴するのが、立法不作為責任を肯定した前述した関連訴訟一審判決と正反対の原告逆転敗訴判決を言い渡した広島高裁二〇〇一・三・二九の関連訴訟控訴審判決である。この判決は次のように判示している。

この判決は、国会議員における立法過程における行動の「当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのが相当である」として、「議会制民主主義の下における国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制になじまず、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されない」として立法不作為の違法性判断を厳格化する立場を表明

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

する。そして、前掲最高裁八五年判決を引用しつつ、「国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるのは、特定の具体的な内容の立法を行わないことが、憲法の一義的な文言に違反している場合、すなわち、特定の具体的な内容の立法を行うべき立法義務が、憲法の明文をもって定められているか、又は憲法の文言の解釈上、右立法義務の存在が一義的に明白であるにもかかわらず、国会があえて当該立法を行わないというような例外的な場合に限られる」として、「いわゆる戦争損害に対する補償の要否及びその在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、これについては、国家財政、社会経済、損害の内容、程度等に関する十分な資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたもの」とし、「一審原告らが元従軍慰安婦ないし元女子勤労挺身隊員として受けた被害の重大さ、その性質等にかんがみると、これらに対する補償を可能とする立法措置が講じられていないことについて不満を抱く一審原告らの心情には察するに余りあるものがあるが、右補償問題に関する対応の在り方に関しては、右に述べた諸事情を踏まえた立法府の裁量的判断にゆだねられているものといわざるを得ない。」として、国会議員の立法不作為責任を否定している。

小林武はかつて、一般論として最判によれば「結局は、国民の権利を侵害している立法を追認してしまう効果をもつことになる。」と批判していたが、⁽³⁵⁾本判決は被害救済放置の立法不作為を追認してしまう実例といえよう。

(2) 被害の継続性 被害の継続性の点でも両訴訟は異なる。ハンセン病訴訟判決では、戦前・戦後を通じて直接の違法行為（違憲立法）が継続し、それが故に現実の被害が継続していた。

これに対して戦後補償訴訟では、直接の違法行為は戦前に終了し、回復されない被害の継続が問題となっている。⁽³⁶⁾従って、直接の違法行為は戦前に行われたので、戦前の国家無答性問題が争点になるし、直接の違法行為の終了時を

時効や除斥期間の起算点とすると、消滅時効期間や除斥期間の経過問題が生じてくるのである。

(3) 立法不作為の類型の違い 次に指摘できるのは、両訴訟で問題とされている立法不作為の類型の違いである。すなわち戦後補償訴訟においては、ハンセン病訴訟のような違憲立法による直接被害と、その違憲立法の廃止立法をしなかつた立法不作為の違法性が問題なのではない。むしろ戦前に生じた戦争被害が長年にわたり放置されていた点についての救済立法の不作為が問題となっているのである。つまり前者は、既になされた立法の不備に起因する立法の廃止の不作為、いわゆる「相対的不作為」、立法が問題となっているのに対して、後者の戦後補償では、被害救済の立法が最初からないのに対して新たに立法をつくるべきだという問題、すなわち「絶対的不作為」、立法の問題なのである。後者の場合は最初から立法がないので、そもそもそのような戦争被害に対する立法をなすべきであったか否かという点での立法裁量論の限定・克服が課題となる。先に述べたような直接的には戦争によって過去に生じた被害であるという点や、条約により解決済みではないかという政府の主張は、違法性を認めるのが困難な要素として争われることになる。

(4) 国家による違法な先行行為に基づく重大な人権侵害被害の回復という点での共通性 それでは、以上のような被害の特質や立法不作為の類型の違いは、本判決とは事案を異にするという結果を招くだけで、本判決の射程は戦後補償訴訟には全く及ばないと考えるべきなのであるか。私見は次の理由からそうは考えず、本判決の射程は、次の点で戦後補償訴訟にも及ぶものと考ええる。

すなわち、ハンセン病訴訟も戦後補償訴訟も、直接の被害が積極的な国家政策に起因する被害であることには違いない。また、そこで生じた被害は、人間の尊厳に反する重大で具体的・個別的な人権侵害であって、これまで立法不作為責任が否定されてきた社会権の侵害や平等権の侵害とは異なる側面がある。これら二点においては、ハンセン病

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

訴訟と戦後補償訴訟とはむしろ本質の共通性を有するのであって、関釜訴訟第一審判決がいうように、少なくとも戦後の一定の時期以降は違憲性が明白となり立法不作為について国賠責任が生じたと評価することは可能であると考えられる。

四 除斥期間論

(一) ハンセン病訴訟判決の妥当性

次にハンセン病訴訟の除斥期間論の妥当性、その射程距離を検討しよう。ここでもまず、本判決を批判する政府声明の検討から始めよう。

1 政府声明 政府声明は次のように本判決を批判する。

「民法七二四条後段は、損害賠償請求権は二〇年を経過することにより消滅する旨規定していますが、本判決では、結果的に四〇年間にわたる損害の賠償を認めるものとなっております。この点については、本件の患者・元患者の苦しみを十分に汲み取って考えなければならぬものではありませんが、そのような結論を認めれば、民法の規定に反し、国民の権利・義務関係への影響があまりに大きく、法律論としてはこれをゆるがせにすることができません。」

しかし私見からすれば、次に検討するように本判決における除斥期間論は極めて妥当であって、政府声明のような除斥期間論こそが「民法の規定に反し、国民の権利・義務関係への影響があまりに大きく、法律論としてはこれをゆるがせにすることができ」ないものとして厳しく批判したい。

2 本判決の妥当性 本判決における加害行為と被害には次のような特徴がある。

第一に違法行為の特質として、違憲・違法な立法の継続により、違法行為が継続していた点である。このような場合に、政府が主張するように提訴から二〇年以前の権利は消滅したと解するのは、違法行為が継続中に権利が消滅していくことを認めるものであつてはなはだ不当な解釈である。とくにこの問題点は、民法七二四条後段の期間の性質が除斥期間であると解し、⁽³⁷⁾ 除斥期間の場合には時効と異なり中断がないと解することによって拡大することになる。⁽³⁸⁾ すなわち被害の継続中に権利が日々消滅してしまうのに、そのような除斥期間の進行をとめることができないとすれば、ますますそのような起算点論は不当である。

第二に本件における被害の特質として、被害が日々金銭的に分割して評価できない不可分蓄積型被害であるという点である。このような場合、累積した被害は不法行為終了時に評価可能とした本判決の判断は極めて妥当である。⁽³⁹⁾ 従来も、札幌地判昭和五一・三・一九判時一一九七・一（粟山クロム訴訟判決）は、「不法行為に基づく損害賠償請求権につき権利未発生の際に将来の権利不発生を確定させるような解釈をとるべき実質的必要性が高いとは解されない」として、七二四条後段においては、「当該複数の障害がすべて出現・顕在化し、かつ、いずれの障害も当該障害自体としては進行拡大が止まり、固定化したと認められる時点」が起算点としていた。

法解釈論としては、民法七二四条後段の「不法行為ノ時」とは、加害行為の時ではなく、不法行為の成立要件を満たした時、すなわち損害の発生を含むと考え、この場合の損害とは提訴の対象となる損害であるから、不可分蓄積型の損害であれば、その損害全体を評価可能となった時点、すなわち違法行為終了時と解すべきことになる。⁽⁴⁰⁾ なお、一般論として内池慶四郎は、民法七二四条後段の起算点についての「行為時」説も、「損害時」説も権利行使の期待可能性を前提していると解すべきとし、「損害発生過程は、無限に展開発展して止まることがないとしても、それに対応すべき権利行使が可能であり期待できた時点のみが、起算点として意味を持つ。」とするが、⁽⁴¹⁾ 本件のような不

ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

可分損害蓄積型損害の場合の結論としては、私見と同様ということになるか。

第三に退所時をもって本判決が起算点としなかったことも評価したい。この点は損害論ともかかわる問題であるが、本判決は原告ら共通の損害としての精神的被害が退所後も強制隔離政策を法律上維持している新法の存在により、社会的偏見や差別の存続という形で退所後も継続していたとしている。この点も極めて妥当な判断である。

結局、松久が指摘するように、本事案における損害の特質からすれば、本判決における除斥期間の起算点論はきわめて妥当な判断を示しているのであって、政府声明のいうように「民法の規定に反する」ようなものではないのである。⁴²⁾

（二）戦後補償訴訟にとつての意義

1 立法不作為の違法性論 戦後補償訴訟においても、立法不作為責任が追求されている場合は、立法不作為が違法と評価された時点以降は、違法状態が継続しているものであるから、本判決と同様に立法がなされるまで違法状態が継続し、また立法不作為による被害が継続したとして、その間は除斥期間は進行しないと解すべきである。その結果、除斥期間はまだ経過していないことになる。

2 適用制限論の可能性 (1) 問題の所在 しかし、戦後補償訴訟においては、上述したように立法不作為責任を裁判所に認めさせるためには、いくつかの論点をクリアする必要があるが、多くの訴訟では、立法不作為責任の追及ではなく、過去の被害に対する損害賠償や賃金の支払い請求を求めているのであり、このような過去被害追求型の戦後補償訴訟では、除斥期間の経過が問題となってくるのである。かつて筆者は、消滅時効の問題について、従来起算点の解釈をめぐって判例・学説上、法解釈論が様々に展開してきたが、しかしその中には、時効の起算点（いつから進

行するか）の問題というよりも、形式的には時効は進行しても、実質的に時効を進行させるべきでない一定の事由がある場合の問題、すなわち時効の進行論の問題、そもそも一定の事案では時効の援用が信義則違反や権利の濫用にあたり許されないという時効の援用制限論の問題が混在していることを指摘し、今後は起算点論、進行論、援用制限論の三つの次元を意識した上でそれらの三位一体の理論構成をしていくべきであることを提言したが、⁴³⁾同様のことは除斥期間論にもあてはまるのではないが。

(2) 劉連仁訴訟判決 ① 判決の概要 つい先日、中国人強制連行・強制労働被害者・劉連仁訴訟において、東京地判二〇〇一・七・一二は、除斥期間は経過したとしつつも、次の理由でその適用を制限した。

「除斥期間の規定が不法行為を巡る法律関係の速やかな確定を意図しているものであり、基本的には二〇年という時間の経過という一義的基準でこれを決すべきものであることは否定できないといふべきである。しかしながら、このような除斥期間制度の趣旨の存在を前提としても、本件に除斥期間の適用を認めた場合、既に認定した劉連仁の被告に対する国家賠償法上の損害賠償請求権の消滅という効果を導くものであることから明らかなとおり、本件における除斥期間の制度の適用が、いったん発生したと訴訟上認定できる権利の消滅という効果に直接結び付くものであり、しかも消滅の対象とされるのが国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのが除斥期間の制度創設の主体であるという点も考慮すると、その適用に当たっては、国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念を念頭に置いた検討をする必要があるといふべきである。すなわち、除斥期間制度の趣旨を前提としてもなお、除斥期間制度の適用の結果が、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もかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができる」とある。

八ンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

本件では、「被告に対し、国家制度としての除斥期間の制度を適用して、その責任を免れさせることは、劉連仁の被った被害の重大さを考慮すると、正義公平の理念に著しく反していると言わざるを得ない」。

(3) 松本意見書 本件訴訟で筆者は時効・除斥期間問題で、本件のような戦後補償訴訟においては、除斥期間の適用は正義に反し権利の濫用であるとする原告側の意見書（民法七二四条後段と信義則・権利濫用論の適用問題「一九九八年」）を書いた。ここでは、仮に民法七二四条後段が除斥期間であるとしても、一定の場合にはその適用を信義則違反ないし権利の濫用として制限すべきであるとして、戦争被害に基づく賠償請求権一般の特殊事情として、次のような点を指摘した。⁽⁴⁴⁾

「ア 責任実現の必要度 残虐非道な虐殺事件や女性の人権を根底から踏みにじった性奴隷制である従軍慰安婦や、事実上の奴隷状態におかれた強制連行労働者など、権利侵害が明白でかつ、悪質きわまりないこと、原告にとって戦争中よりもより権利行使をさせず、また戦後も日本政府が個人賠償問題は解決済みであることを公言して、原告らの権利行使を事実上阻害してきたこと（また中国とは戦後長い間国交も断絶していた）、イ 時の経過によってもそのような不法行為の事実を証明でき、損害賠償債務が明白であること、ウ 被害者は前述のような事情で権利行使ができなかったのであり、決して権利の上に眠るものとして非難されるべき事由はないことなどを主張しているのだから、これらの点をふまえて除斥期間の適用の是非を慎重に判断すべきである。」

(4) 除斥期間適用制限論の第二ステージ なお本意見書提出後に、最高裁は東京予防接種訴訟判決（最判（三）一九九八・六・二二民集五二・四・一〇八七）において、「不法行為の被害者が不法行為の時から二〇年を経過する前六箇月内において右不法行為を原因として心身喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合においてその後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から六箇月内に右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、民法一五八条の法意に照らし、同法七二四条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」とする画期的な判断を示した。筆者は、この判決が除斥期間の適用制限を正面から肯定した判決として高く評価されるべきであり今後の戦後補償訴訟を含めて影響が大きく、そこで判示された適用制限の要件は限定的に解釈すべきではなく例示と解釈すべきであり、そのような適用制限の要件論をめぐって既に除斥期間論は第二ステージに入ったことを指摘したが、⁽⁴⁵⁾まさに劉連仁訴訟判決はその第二ステージを象徴する判決として評価できる。

五 おわりに

本稿では以上のように、ハンセン病訴訟判決がその立法不作為論、除斥期間論の双方において事案の特質に応じた極めて妥当な判決であることを指摘してきた。それとともに、その射程距離が、政府声明が暗に念頭においていると思われる戦後補償訴訟に対して、いかなる意味で妥当し、或いは妥当しないかを検討してきた。ハンセン病訴訟の事案の悲惨さからすれば、本判決の結論への妥当性を正面から疑う意見は少ないであろう。それだけにそこでの法解釈論が、ハンセン病という特殊な事案にのみ妥当するのかが問われる必要があるのである。

両事案は確かに異なった側面もあるが、しかしながら、前述したように、国家の政策によって人間の尊厳に反するような重大な人権侵害の被害が生じ、それが長年放置されてきた点では共通する。まさに人間の尊厳に対する加害行為に対して、どのような法理で対処すべきかが今、問われている。ハンセン病訴訟判決の法理はその意味で、特殊な事案に対する特殊な法理ではなく、むしろ普遍的な法理として発展させていく必要がある。

(1) 判決を肯定的に評価するものとして、石崎学「国家犯罪を断罪したハンセン病訴訟熊本地裁判決——そして憲法学者の責任」法セ三五六〇号五六頁（二〇〇一）。その他ハンセン病訴訟の特集として「特別企画 ハンセン病患者の人権回復を」法セ三五四号一八頁以下（一九九八）、ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程（松本）

「緊急特集 裁かれた『絶対隔離政策』」法ゼミ五六〇号四八頁以下(二〇〇一)。なお筆者も、本判決についての判例批評を法律時報誌一〇月号に発表予定であり、ここでは、本判決の損害論も含めた検討を加えるので、本稿を併せて参照していただければ幸いです。

(2) ハンセン病訴訟は、本件の他に熊本で別訴が、また東京、岡山でも訴訟が提訴されているが、本判決後の政府による控訴断念、立法の制定により、いずれの訴訟においても和解成立が見込まれている。

(3) 日本の戦後補償訴訟全体については、西禁章「戦後補償訴訟の現在」法学教室三五号四一頁以下(二〇〇〇)、松本克美「日本の戦後補償訴訟の現状と課題」立命館国際地域研究一七号八五頁以下(二〇〇一)を参照されたい。

(4) 野中俊彦「立法の不作為と制度改革訴訟——憲法裁判と制度改革——」ゼミナル憲法裁判(日本評論社、一九八六)九一頁以下。

(5) 佐藤幸治他『注釈日本国憲法(下巻)』(青林書院、一九八八)二二四七頁。

(6) 大藤敏「議員定数は正の遅延」村重編『裁判実務大系18・国家賠償訴訟』二〇四頁。

(7) 宇賀克也「立法と国家賠償」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開・下』(有斐閣、一九九三)七八頁。

(8) 實金敬明「立法作用に対する国家賠償請求訴訟」村重慶一編『現代裁判法大系二七「国家賠償」九頁(新日本法規、一九九八)。

(9) 藤井俊夫「国会議員の立法行為と国家賠償責任」『重要判例解説昭和六〇年度(ジュリ別冊)一七頁以下(一九八六)。

(10) 棟根快行・判批・在宅投票制度国賠訴訟上告審判決・判評三三〇号四三頁(一九八六)。

(11) 宇賀・前掲注(7)八〇頁。

(12) 最判(一)一九八七・六・二六・裁判集民事一五二号四七頁。一般民間人戦災者を対象とする援護立法をしないことに関する事案。

(13) 最判(三)一九九〇・二・六・訟務月報三六卷二二二四二頁。生糸の輸入制限について。

(14) 最判(三)一九九五・二・二・五裁判集民事一七七号二四三頁。民法七三三條の再婚禁止期間に関するもの。

(15) 内野正幸「立法行為・司法行為と国家賠償責任」『国家補償法大系2』(日本評論社、一九八七)六頁。

(16) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、一九九七)一〇九頁。

(17) 遠藤博也「国家賠償請求訴訟の回顧と展望」ジュリスト九三三号六五頁(一九九二)。

(18) 内野・前掲注(15)九頁。

(19) 岡田正則「戦後補償問題における国の立法的解決義務」法学セミナー一五二五号二八頁(一九九八)。

(20) 佐藤・前掲注(5)二四八頁。

(21) 浦部法穂「違憲審査制の構造と機能」樋口陽一編『講座憲法学6・権力の分立(2)』(日本評論社、一九九五)二二六頁。

(22) 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』(有斐閣、一九八七)三六一頁。

(23) 佐藤・前掲注(5)二二五頁。

(24) 戸波・前掲注(22)三三三頁。

(25) 最判八五年はこの点について次のように判示している。「憲法五一条が『両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。』と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである。との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。」

(26) 国家賠償法の適用対象となる国の公権力の行使から国会による立法行為を除外する理由はなく、その場合、国家賠償法上の公務員の故意・過失については、個々の公務員というよりも合議機関自体の故意・過失を論ずればよいこと(有倉僚吉「立法行為による国家賠償責任」『公法における理念と現実』(多摩書店、一九五九)二四八頁)は既に従来から指摘されてきたことであり、「機関意思自体といったところで、国会の意思は、多数決によって得られた議院全体に過失があったと換言できよう。そして、ここでは、これで十分であって、個々の具体的特定議員の過失を問題にする必要はないし、そのことは不可能なことである。」との古崎慶長の指摘(古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、一九七二)一一三頁)は通説的見解と言えよう。

(27) 西禁は「むしろ『故意』の場合に限定しなければならない理由を説明することの方が困難であらう」とする(西禁章「隔離政策と国の責任」判例時報一七四八号八頁(二〇〇一))。

(28) ドイツの国家賠償責任の歴史的分析については、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、一九八八)の「第一部ドイツ国家責任法の理論史的的分析」に詳しい。本稿の叙述も宇賀の研究においている。その他、ドイツの国家賠償責任については、稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償(一)——西ドイツ職務責任法上の『第三者に対する職務義務違反』にかかわる考察を中心として——」熊本法学五八号一頁以下(一九八八)136頁。

86 椿寿夫・右近建男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』三省堂、一九九〇(一九九頁以下(青野博之執筆)など参照。

(29) 西禁章「立法行為と国家責任」判タ七八〇号三五頁(一九九二)。稲葉・前掲注(28)一七頁も、最判八五年が公務員が個別の国民に対して負ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程(松本)

担する職務上の法的義務に違反する場合」という限定を何故科すのか、その根拠についての説明がないと批判する。

(30) 西埜・前掲注(29)三頁。

(31) 大石は、「現行法規の端的な廃止によつてのみ不作為義務違反の問題が解消される」という場合には、憲法上の作為義務の内容は当該法規の廃止という形で特定されるわけであつて、当該作為(立法)による自由の制約が違憲かどうかの判断で足りることになる。」と指摘する(大石頁「ハンセン病訴訟と憲法上の立法義務」判時一七四八号五頁(二〇〇一))。

(32) 西埜は、最高裁八五年判決の射程距離を限定する「本判决の解釈方法は、最判昭和六〇年を前提にして考える限りは、最良のもの」と評価することができるとした上で、そもそも最判のように立法内容の違憲性と国賠法上の違法性を区別すべきでないとする(西埜前掲注(29)八頁)。

(33) その被害の実態については、本判決文の事実認定のほか、「らい予防法」違憲国家賠償請求訴訟西日本弁護士団編『九〇年目の真実——ハンセン病患者隔離政策の責任』(かもがわ出版、一九九九)、藤野豊『いのちの近代史「民族浄化」の名のもとに迫害されたハンセン病患者』(かもがわ出版、二〇〇一)など。

(34) 本判決の事実認定によると、一九四八年の優生保護法制定前に患者本人及び配偶者の同意を得ないで優生手術が行われることが少なからずあり、優生保護法制定後も同様のことが皆無ではなかった。また、一九四九年から一九九七年までに行われたハンセン病を理由とする優生手術は二四〇〇件以上、人工妊娠中絶の数は三〇〇〇件以上という。

(35) 小林武「立法作用と国家賠償請求訴訟」南山法学一〇巻一号九三頁(一九八六)。

(36) なお後述の中国人強制連行・強制労働訴訟のうち、劉連仁訴訟は、原告の劉連仁氏が強制労働に耐えられずこのままでは殺されるとして日本の敗戦を目前にした一九四五年の夏に収容所から逃亡し、以来一三年間北海道の原野をさまよっていた事件であり、このような強制連行・強制労働の被害者を探検することもなく放置していたことについても国の責任が問われているので、この場合の被害は戦後に引き続き発生していたといえよう。ただその場合でも、結局劉連仁氏が発見され中国に帰国した時点で国の不法行為が終了したとすると、そこから時効期間ないし除斥期間の進行が始まるという問題が生じるのであり、この点については後述す。

(37) 民法七二四条後段の期間の性質について、私見は今日の学説の多数説と同じく消滅時効をとる。この点については、松本克美「民法七二四条後段の期間の性質と信義則違反・権利の濫用——米軍不発弾処理事件・最高裁判決」ジュリスト九五九号一〇九頁以下(一九九〇)、同「消滅時効・除斥期間と権利行使可能性」立命館法学二六一号八五—頁以下(一九九九)などで主張してきた。なお近時の除斥期間論の展開については、「特集 除斥期間の基礎」法時七二巻七号四頁以下(二〇〇〇)、「特集 除斥期間の展開」法時七二巻二一—四頁以下(二〇〇〇)参照。

+

(38) 除斥期間と中断の問題については、中含寛樹「除斥期間と消滅時効の区別基準」法時七二巻七号一七頁以下(二〇〇〇)、大西泰博「除斥期間と時効中断規定」法時七二巻一一号八頁以下(二〇〇〇)、松本・前掲注(37)立命館法学二六一号八五四頁以下。

(39) かつて筆者は、損害類型との関連で消滅時効の起算点を検討することの重要性を指摘し、損害を単純損害型(単純顕在型と単純潜在型)、損害蓄積型(継続的不法行為蓄積型)その中に更に可分損害蓄積型と不可分損害蓄積型、進行蓄積型)とに分類してそれぞれの起算点を論じたことがある(松本・前掲注(37)立命館法学二六一号八四—頁以下)。このような分類は除斥期間の起算点論にも基本的に妥当すると考える。なお継続的不法行為の場合の消滅時効も除斥期間も起算点は不法行為終了時と解すべきとする主張として、吉村良一『不法行為法・第2版』(有斐閣、二〇〇〇)一六五、一六八頁。

(40) この観点から進行性被害の場合は進行がやんだときが除斥期間の起算点と解すべきことにつき、松本・前掲注(37)立命館法学二六一号八五—三頁。

(41) 内池慶四郎『不法行為責任の消滅時効』(成文堂、一九九三)三三—三頁以下、三三〇頁以下。

(42) 松久三四彦「ハンセン病訴訟熊本地裁判決の民法七二四条論」判例時報一七四八号二二頁(二〇〇一)。

(43) 松本克美「時効規範と安全配慮義務——時効論の新たな胎動」神奈川法学三五巻二号一四九頁以下(一九八九)、その私法学会報告での要約として、同名論文・私法五二号一四一頁以下(一九九〇)。

(44) 以下の点については、不二越訴訟判決の判例批評でも述べたところである。松本克美「戦後補償裁判と消滅時効・除斥期間——不二越訴訟第一審判決」ジュリスト一一八号一七頁以下(一九九七)、同「戦後補償請求権の消滅時効・除斥期間——不二越訴訟第二審判決」法律時報七二巻一一号一八頁以下(一九九九)。その他戦後補償訴訟において時効・除斥問題が争われること自体の意義については法社会学観点からアブローチしたものとして、松本克美「権利行使条件の成熟度と消滅時効・除斥期間制度の紛争解決阻害性——じん肺訴訟・戦後補償訴訟を中心に——」法社会学五三号一六五頁以下(二〇〇一)も参照していただければ幸いである。

(45) 松本克美「民法七二四条後段の除斥期間の適用制限——東京予防接種禍訴訟最高裁判決」法律時報七〇巻一一号九四頁(一九九八)。澤井も「平成一〇年判決により、『著しく正義・公平の理念』に反する場合には、除斥期間を超えても請求できる」ということは、硬直した最高裁の除斥期間論に風穴が開いたというべきである」と評価する(澤井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為」[第3版]『有斐閣』二〇〇一)二七六頁。

本稿脱稿後の本判決に関する特集として法と民主主義三六一号、その中で筆者も「除斥期間に関する熊本地裁判決の意義と政府見解」を書いてハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程(松本)

+

いるので参照していただければ幸いです。なお本稿は学内研究会の「東アジアの和解と平和」研究会で本年七月二六日に筆者が行った報告をもとにしている。当日貴重な御意見をいただいた本学の中島茂樹、徐勝両教授に記して謝意を表したい。