

旧優生保護法訴訟最高裁判決の意義

吉 村 良 一*

目 次

1. はじめに
2. 旧優生保護法訴訟とは
3. 裁判例の流れ
4. 最高裁判決の検討——その意義と射程
5. 補 論

1. はじめに

本訴訟は、旧優生保護法の優生条項に基づく手術を強いられた被害者が、国を相手に賠償を求めたものである。優生保護法は1996年に母体保護法に改正され優生条項は削除されたが、それまでに重大な人権侵害を受けた人々に対する救済は不十分なままにとどまっている。被害者らは、社会に存在する根強い障害者差別構造の中、声を上げられないでしたが、2018年の仙台地裁への提訴を皮切りに、ようやく被害者が権利救済を求めて裁判を起こすようになり、各地の裁判所で争われてきた。筆者は（今となつては大いに反省すべきことだが）旧優生保護法の優生条項に基づく強制不妊手術（さらには、妊娠中絶の「強要」）が広範に行われ、しかも、その法律が戦後、日本国憲法のもとで制定され1996年まで存続していたことについて十分な認識を欠いていた。また、訴訟が提起され令和元（2019）年に最初の仙台地裁の判決が出た時点でも、憲法判例と受け取っており（現に、判例解説でも憲法判例の項に挙げられていた）、関心を持つにいたらなかった。

* よしむら・りょういち 立命館大学名誉教授

その後、2021年3月に東京訴訟弁護団の関裁直人弁護士（以下では、敬称、肩書等略）から相談の手紙をもらい、そこではじめて、この問題には民法・不法行為法の研究者としてかかわることができるし、また、かかわらなければならないと感じた。その後、それまでの不明に対する自戒も込めて、問題の検討に取り組み、弁護団との議論も重ね、2021年8月に東京高裁に、そして2023年12月には最高裁に意見書を提出した¹⁾。

この訴訟は、幸いにして、2024年7月3日に、最高裁大法廷において原告全員の救済を認める判断が出され、その後、他の後続訴訟での和解の合意がなされた。また、原告以外の被害者を救済するための制度作りの議論も進展し、2024年10月8日には補償法が成立した。本稿は、このような段階で、筆者自身のかかわりも含めて、旧優生保護法訴訟を総括的に検討することを意図している。その意味で、とりわけこの問題にかかわった弁護団諸氏、研究者の皆さんの忌憚のないご批判を願うものである。

2. 旧優生保護法訴訟とは

本件は、「強制不妊手術事件」と呼ばれることがある。筆者も、最初の意見書や論文では、この呼称を使っていた。しかし、この呼称は本件の特質から見て狭いものとなってしまっていることを、その後、自己反省した。というのも、本件被害の本質は（単に同意なく手術されたことにとどまらず）優生思想とそれに基づく憲法違反の法律や施策によって、憲法で保障された人間の尊厳が侵害されたことにある。この点につき、小山剛は、本

1) これらは、その一部を論説の形式にリライトし公表している。「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——」立命館法学399・400号（2022年）、「旧優生保護法訴訟」における民法724条後段（旧規定）の適用制限に関する最近の下級審判決をどう見るか」立命館法学411・412号（2024年）、「旧優生保護法訴訟における『除斥期間』適用制限論の検討——民法解釈方法論の視点から」潮見佳男教授追悼論集『財産法学の現在と未来』（2024年、有斐閣）所収がそれである。いずれも最高裁判決前のものであるが、本稿の一部にそれらとの重複があることをご容赦いただきたい。

件「被害の本筋は、人としての尊厳に対する毀損であったとみるべきであろう」、「被害を不妊手術という点としてではなく、全体として一体的な人生被害として評価すべきであろう」と述べている²⁾。極めて適切な指摘である。本件では争われていないが、障害を理由に妊娠中絶を（事実上）強いられたという問題もある。本件訴訟は、（憲法違反である）旧優生保護法とそれに基づく国の施策による人間の尊厳の侵害に対する救済を求める「人権侵害救済」訴訟の一環である。

本件の最大の争点は旧優生保護法の優生条項の違憲性であるが、この点では、最高裁前の一連の判決は、違憲とされる条文において違いがあるものの、違憲であることでは一致していた。そして、最高裁は、2024年7月3日の大法廷判決（裁判所時報1843・1LEX/DB25573621～25573625。なお、判決は5件あるが、以下では、最も詳細な兵庫訴訟判決（裁判所時報1843・1LEX/DB25573621）を引用する）で、優生条項は、立法当初から、目的において違憲であると明言した。

しかし、手術から長期間が経過し、旧優生保護法が改正され優生条項が廃止（1996年）されてからでも20年以上たってからの提訴であったため（国家賠償法4条で民法が適用されるとされるので）民法724条後段（旧規定。以下同じ）の適用が問題となった。旧優生保護法訴訟における「時の壁」である。

民法724条後段に関する先例と目されたのが最判平元（1989）・12・21民集43・12・2209である。同判決は、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、「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」、原告らの損害賠償請求権は、「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

2) 小山剛「人としての尊厳」判例時報2413＝2414号（2019年）17頁以下。

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、被上告人ら主張に係る信義則違反又は権利濫用の主張は、主張自体失当であって採用の限りではない」とした（下線は筆者による。以下同じ）。そして、このように理解された民法724条後段が本件において被害者に「時の壁」として立ちはだかったのである。

同条項については、従来から、消滅時効か除斥期間かという点で説が分かれていた。判例は（前述の最判以来）除斥期間説であり、今回の大法廷も（時効説を主張する宇賀克也裁判官の意見はあったものの）除斥期間説を維持した。これに対し、筆者を含め学説の多数は時効説であった。時効だとすれば、援用が必要なので、一定の場合、援用が権利濫用や信義則違反に当たるという議論がしやすくなり、また、停止規定なども（法意によるのではなく）適用可能となる。ただし、除斥期間説の学説も、一定の場合、同条項の適用が制限されることは認めていた。例えば、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を基礎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」は後景に退き、「私益的見地」からの制限の余地は認めるべきとしていた³⁾。

しかし、ここでの問題の本質は、後段が除斥期間か消滅時効かにあるのではない。後述するように、本件の各判決は（仙台高裁令5（2023）・10・25判時2579・64を除いて）除斥期間説であったが、その適用を制限して請求を

3) 潮見佳男『不法行為法』（1999年、信山社）296頁以下。広中俊雄も、20年の期間は除斥期間と解すべきだが、「不法行為の20年経過を理由とする賠償義務免脱を1条2項の適用によって否定すべき場合もあり得ることは承認されなければならない」としていた（『債権各論講義（第6版）』（1996年、有斐閣）503頁。

認容したものが多い。後に詳しく検討するように、除斥期間だとしてもその適用が正義・公平の理念からして妥当な結論をもたらさない場合、その適用を制限することは解釈論上可能であり、逆に、時効だとしても援用が権利濫用や信義則違反に当たるかは、事案の特性に応じた慎重な判断が必要となる。近時の民法改正で20年の期間制限も消滅時効であることが明確になったが、法制審において、時効説を明示する改正について強い反対がなかったのはこのためであろう。

それにもかかわらず、平成元年最判は、除斥期間だとした上で、当事者の主張は不要であり、したがって、権利濫用や信義則違反は論ずる余地がないとした。そしてそれが、本件において、令和4（2022）年2月22日の大阪高裁判決（判時2528・5）まで、原告の請求を斥ける論拠とされてきたのである。しかし、この平成元年最判については、除斥期間と解することが論理必然的に権利の自動消滅をもたらすものではないとする大村敦志の優れた評釈がある。大村は次のように言う⁴⁾。

最高裁平成元年判決はまず、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・画一的確定の要請」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、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。まず①（当然消滅）だが、起算点を画一化しただけなら、そこから①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。次に②（援用不要・職権判断）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

4) 大村敦志・法学協会雑誌108巻12号（1991年）2125頁以下。

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。最後に③（信義則・権利濫用不問）を見るならば、②を認めるとして③が導かれるか、およそ信義則違反や権利濫用は問題とならないのか。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・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、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。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が、「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」。

筆者は、この大村評釈を参考に、東京高裁向けの意見書では、いくつかの解釈論を提示してみた。すなわち、a) 除斥期間だと考えると援用は不要ということになるが、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せず、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、民法1条の信義則違反や権利濫用を理由にその主張を封ずることが考えられる。b) かりに主張が要らないとしても、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、②民法1条（信義則・権利濫用）による民法724条後段の限定解釈、③条理による判断などである。さらに筆者は、「法意に照らし」という解釈手法と類推適用との違いについて、次のように述べ

た。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してその条文を適用することであるが、「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。したがって、そこでは、時効の停止に関する条文からどのような「法意」を引き出すか重要であり、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。意見書では、この「法意」により民法724条後段の適用を制限するという解釈もとる得るのではないかと述べた。

3. 裁判例の流れ

(1) 令和4年の大阪高裁と東京高裁判決まで

最初に原告が提訴した仙台訴訟において仙台地裁は、令和元（2019）年5月28日に、旧優生保護法の違憲性を明確に認めつつ、民法724条後段により請求を棄却した（判時2413=2414・3）。そして、書留郵便物について不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除又は制限している郵便法の規定を憲法17条違反とした最高裁判決（最大判平14（2002）・9・11民集56・7・1439）を援用して、同条項を本件に適用することは憲法17条に反するとの原告の主張を、「国家賠償法4条が適用する除斥期間の規定は、不法行為をめぐり法律関係の速やかな確定を図るため、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である……。そうすると、法律関係を速やかに確定することの重要性に鑑みれば、このような立法目的は正当なものであり、その目的達成の手段として上記請求権の存続期間を制限することは、当該期間が20年と長期であることを踏まえれば、上記立法目的との関連において合理性及び必要性を有するものといえることができる。したがって、除斥期間の規定には、目的の正当性並びに合理性及び必要性が認めら

れることを考慮すれば、その余の点について判断するまでもなく、本件において……除斥期間の規定を適用することが、憲法17条に違反することになるものではない」と判示した。なお、本判決についての判例時報2413 = 2414号の無署名解説は、「本判決は、各適用除外判決（民法158条や160条の「法意に照らして」民法724条後段の適用を制限した最判平10（1998）・6・12民集52・4・1087と同平21（2009）・4・28民集63・4・853のこと：筆者）については直接言及していないが、本件には各適用除外判決がいずれも指摘した……法的根拠はな」いのであり、したがって、本件において除斥期間の適用を排除すべきという考え方は「平成元年判決を正解しないものに帰し」、本判決の説示には、そのような考え方をとるべきでないという趣旨が含まれるとしている。しかし、この訴訟では、平成10年、21年判決の法理を含む、民法解釈論としての民法724条後段適用制限論は、原告側があえて主張せず⁵⁾、したがって、争点となっていない（判決も「その余の点について判断するまでもなく」としている）ので、正確な「解説」とは言えない。

その後、各弁護団では、時効の停止規定の「法意」により724条後段の適用を制限した最高裁判例を援用するなどの主張を各地の訴訟で展開するようになり⁶⁾、関連する民法研究者の意見書なども出されていった⁷⁾。し

5) 原告弁護団によれば、これは裁判所の示唆によるものであり（弁護団長の新里宏二は、裁判所の釈明に応える形で郵便法判決の法理から憲法17条に反する（適用違憲）と主張したとする（「旧優生保護法保護法は違憲、しかし、請求は棄却」判例時報2413 = 2414号（2019年）21頁））、早期解決を図るという狙いから、民法724条後段適用に関する判例等はあえて主張しなかったとのことである。

6) 弁護団の三浦じゅんは、弁護団は裁判所からの釈明を受けて、「郵便法違憲判決の基準を本件に当てはめて、除斥期間の適用を制限する論理構成を導けばよい良いと考え……それ以外の除斥に関する論点については、早期審理・早期判決の観点から省略した」、「当時はそれがベストの判断であった」が、今後は「除斥期間の適用違憲の主張を前提として、起算点をずらせたり、地除斥期間の適用を制限したりすることによって、原告らの請求権行使に除斥期間を適用させない説得力のある主張を検討したい」と述べている（「仙台地判令和元（2019）年5月28日の評価と控訴審における今後の展開」法学セミナー775号（2018年）36頁）。

7) 2019年7月に松久三四彦の意見書が札幌地裁に、松本克美の第一意見書が2019年9月ノ

かし、平成元年判例に依拠した制限否定判決があいついだ。

（2）大阪高裁と東京高裁判決

以上のような状況の転機となったのは、令和4（2022）年2月の大阪高裁判決と同年3月の東京高裁判決である。まず、大阪高裁は、次のように述べて、憲法17条違反かどうかを検討するのではなく、民法724条後段の適用を制限した最高裁判例を参考に、民法158条、160条の「法意により」同条項の適用を制限した。

「被害者や被害者の相続人による権利行使を客観的に不能又は著しく困難とする事由があり、しかも、その事由が、加害者の当該違法行為そのものに起因している場合のように、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、これが認められる場合が相当に例外的であったとしても、法解釈上想定されるところである」。「権利行使を不能又は著しく困難とする事由がある場合に、その事由が解消されてから6か月を経過するまでの間、時効の完成を延期する時効停止の規定（民法158～160条）の法意に照らし、訴訟提起の前提となる情報や相談機会へのアクセスが著しく困難な環境が解消されてから6か月を経過するまでの間、除斥期間の適用が制限されるものと解するのが相当である」。

これに対し、東京高裁判決（令4（2022）・3・11判時2554・12）は、「除斥

ㄨに仙台高裁と東京地裁に出され、そこでは、時効研究の第一人者である両教授が後段の性質、起算点、適用制限の可能性について多面的な検討を行い、本件で同条項によって請求を斥けることの問題性を指摘している。さらに、仮屋篤子の意見書が2021年4月に東京高裁に、山野目章夫の意見書が2021年4月に仙台高裁と東京高裁に、松本の第二意見書が2021年9月に東京高裁に、そして筆者の第一意見書が2021年8月に東京高裁に出されている。これらの意見書は、直接の提出先は異なるが、各地の弁護団で共有され、その主張に生かされている。ただし、大阪訴訟の弁護団は、後述するような学者意見書に対する消極的な評価のためか、あるいは、民法724条後段の適用を制限する民法解釈論よりも、憲法17条違反と個別原告が提訴できなかった事情の深刻さを主張立証することに力点を置いたためか、意見書（さらには法律研究者の論文等も）を提出していないとのことである。このことの意味合いについては4で検討する。

期間の経過という一事をもって、そのような被控訴人が損害賠償責任を免れ、被害者の権利を消滅させることは、被害者に生じた被害の重大性に照らしても、著しく正義・公平の理念に反するというべき特段の事情があるものと認めるのが相当である」とし、正義・公平といった観念を前面に出し、直截に民法724条後段の適用を制限した。そして、その際、憲法理念を重視している。判決は、「憲法は国の最高法規であり（憲法98条1項）、
国務大臣、国会議員等の公務員は、憲法を尊重し擁護する義務を負うもの
である（同法99条）ことからすると、憲法違反の法律に基づく施策によって生じた被害の救済を、憲法より下位規範である民法724条後段を無条件に適用することによって拒絶することは、慎重であるべきである。……権力を法的に独占する国と私人との関係が問題となっている本件において、本来、対等な私人間の関係を規律する法律である民法の条文の適用・解釈に当たっては、公務員の違法な行為に対して救済を求める国民の憲法上保障された権利を実質的に損なうことのないように留意しなければならないというべきである」と述べている。この判決は、旧優生保護法関連規定の違憲性を、国賠法1条の違法性判断において重視するだけではなく、民法724条後段の適用を制限すべきという判断の基礎に置き、それを「正義・公平理念」と結びつけているわけである。

なお、この判決は、民法158条や160条の「法意に照らし」民法724条後段の適用を制限した最高裁判決に関して、「いずれも民法158条、160条等の根拠規定が存在することを明示的に要求しているものではなく、その『法意に照らし』、除斥期間の効果を制限すべきと判示するものである。そして、ここにいう時効停止規定の法意とは、両判決が判示するところに照らせば、『権利行使が極めて困難ないし事実上不可能な場合に、被害者の権利が消滅し、その原因を作った加害者が責任を免れることは、著しく正義・公平に反する』という趣旨に解される⁸⁾。……本件は、民法158条か

8) 東京高裁のこのフレーズが、筆者が東京高裁に提出した意見書のフレーズ（「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」

ら161条までの時効停止規定が直接適用されるような事例ではないとしても、同法724条後段の効果を制限するのが相当であり、また、条理にもかなうというべきであり、このような帰結について、最高裁平成10年判決及び最高裁平成21年判決に反するものではないと解される」と述べている。

（3）大阪高裁判決以降最高裁まで

その後の判決は、すべて、基本的には適用制限論に立つ。請求を斥けた仙台高判令5（2023）・6・1訟務月報70・1・1も、後述するように、適用制限そのものを全面的に否定したわけではない。多数の判決のすべてを取り上げることはできないので、いくつか特徴的かつ重要な判決に触れるにとどめたい⁹⁾。

まず、適用制限論において、時効停止規定（その「法意」）を離れて権利濫用、信義則違反、正義・公平の理念、条理による制限論が強くなり、その際、憲法理念を強調する裁判例が出てくる。旧優生保護法関連規定の違憲性を、違法性判断においてだけではなく、民法724条後段の適用を制限すべきかどうかの判断においても重視し、それを「正義・公平の理念」や「条理」と結びつけるわけである。この点が最も明確であり、注目すべきが、令和5（2023）年3月23日の大阪高裁判決LEX/DB25595113である。同判決は、「除斥期間を形式的に適用することは、最高法規である日本国憲法の前記基本原理に支配されるべき私法秩序（正義・公平の理念）に著しく反するというしかない」として、憲法の基本原理を私法秩序（正義・公平の理念）に結び付け、民法724条後段の機械的適用は、憲法に反し、また、私法秩序（正義・公平の理念）に著しく反するとしている。

↘ことは正義・公平に反する』ということではないのか）に似ているとの指摘を東京訴訟の弁護団から受けたことがある。はたしてどうであろうか。

9) 判決の整理検討は筆者も行った（前掲（注1）拙著・立命館法学411・412号）が、より詳細なものとして、石松勉「旧優生保護法国家賠償訴訟における民法724条後段の20年の除斥期間の適用について」福岡大学法学論叢68巻3号（2023年）413頁以下がある。この論文の末尾の表は、最高裁までの訴訟の論点と裁判所の判断を一覧する上で有用である。

さらに、静岡地判令 5 (2023)・2・24LEX/DB25594689 は、民法 724 条後段の適用を制限（一定期間猶予）するのではなく、その適用を（本件では）端的に排除し、法的安定性の要請は後段ではなく前段（「加害者及び損害を知った」時から 3 年で時効消滅に係る）によることを示唆する点で興味深い。判決はまず、被告の「時効の停止のような除斥期間の経過による効果を制限する根拠となる明文の規定の存在が民法 724 条後段の効果を制限するための要件である旨」の主張について、「民法 724 条後段の規定を形式的に適用することが著しく正義・公平の理念に反し、被害者を保護する必要があるという特殊な事情が認められるときは、端的に民法 724 条後段の効果を制限するのが相当であり、必ずしもあらかじめ法定された時効の停止等の明文の規定が存することを要するものではない」とした上で、「このように解したとしても、民法 724 条前段が規定する消滅時効の適用が妨げられるものではなく、一定の法的安定性は保たれると解される」として 724 条前段の消滅時効の可能性を認めるが、「本件の原告のように優生手術を受けた被害者は、自分が生殖機能を失わせる手術を受けたことを認識するだけでなく、その手術が優生保護法に基づくものであり、国家機関による人権侵害であることを認識して初めて、損害賠償を請求すべき加害者を知るに至ったというべきであ」るとした。

これらに対し、仙台高判令 5 (2023)・6・1 は、除斥期間の経過を理由に請求を斥けた。判決は、「不法行為の時から 20 年の除斥期間を経過した場合であっても、民法 724 条後段の効果が生じない場合があるといえる。しかしながら……民法 724 条後段の効果が生じないとされるためには、少なくとも、被害者が、不法行為から 20 年の間に、不法行為による損害賠償請求権を行使することが客観的におよそ不可能であり又はその行使の機会がなかったといえる場合に、客観的に権利行使を不可能にし、又はその行使の機会を失わせたのが加害者であるため、20 年の経過により加害者が損害賠償義務を免れることが、著しく正義・公平の理念に反する場合であっても、同様の場合に時効期間が満了していても時効の完成を猶予する明文の

規定がある場合には、その規定の法意に照らして、民法724条後段の効果は生じないものと解すべきである」とした。令和4年の大阪高裁判決以後の一連の判決は、平成10年と21年の最高裁判決から、「権利行使が著しく困難であり事実上不可能であった場合には民法724条後段適用が制限されるべき」という法意を導き出し、本件において原告らが置かれていた事情を丁寧に認定した上で、「権利主張は著しく困難ないし事実上不可能であった」として、民法724条後段の適用を制限しているのであるが、それらに対し、この判決は、適用が制限されるのは権利行使が（事実上）ではなく「客観的におよそ不可能」な場合に限るという厳しい要件を課した上で、「優生手術を受けた者が、当該優生手術につき、違法であったと判断し、被控訴人に対して損害賠償請求権を行使することは困難であったといえることができるが、客観的におよそ不可能であったとまでいうことはできない」とした。そこでは、原告らが置かれていた、権利行使が極めて困難かつ事実上不可能ならしめてきた様々な事情についての言及もなく、困難であったが不可能ではなかったとされてしまっている。

さらに、本件上告審には含まれなかったが、仙台高判令5（2023）・10・25にも触れておきたい。判決は、「法の基本原則である正義・公平の観点から考えて、また、不法行為による損害賠償請求権の期間の制限について、『不法行為の時から20年を経過したときも、同様とする。』と定めた民法724条後段の規定が、前段に『不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する。』と規定したのを承けて『同様とする』と規定したことからも、民法724条後段の規定は不法行為による損害賠償の請求権は、不法行為の時から20年を経過したときは、時効によって消滅することを定めた規定であると解する」とした上で、「憲法に違反する法律を制定し、法の運用という適法であるかのような外形の下に、障害者に対する強制優生手術を実施・推進して、法の下での平等に反する差別を行い、子を産み育てる自由を奪い、同意のない不妊手術をして身体への重大

な侵襲を強制するという重大な人権侵害の政策を推進してきた被告国が、民法724条後段の20年の期間経過による損害賠償請求権の消滅の主張をすることは、民法2条に定める個人の尊厳という解釈基準に照らし、また、法の基本原則である正義・公平の観点からみても、『権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。』と定めた民法1条2項の基本原則に反するものであり、『権利の濫用は、これを許さない。』と定めた民法1条3項の適用上、権利の濫用にあたるといえる」とする判断を示した。なお、この仙台高裁判決は、「仮に、民法724条後段の規定について、最高裁判所の判例に従って、除斥期間を定めたものと解したとしても、上記の事情からすれば、被告国が20年の経過によって損害賠償義務を免れるということは著しく正義・公平の理念に反する」とも述べている。

4. 最高裁判決の検討——その意義と射程

(1) 国側の上告理由について

最高裁での国側の主張は（優生条項の違憲性を争うのではなく）、除斥期間の適用制限に関するものであった。令和4年の大阪高判や東京高判に対する上告受理申し立て理由書で国は、制限が認められるためには「少なくとも、……これを適用すれば期間の経過による不利益を回避し得ることを許容するものとしてその法意を参照することが可能な明文の規定（除斥期間の経過による効果を制限する根拠となる規定）が存在することが必要であり、当該明文の規定により法定された客観的な事由に相当する事由が認められることが必要であるというべきであ」り（国はこれを基準①と呼ぶ）、加えて、「除斥期間の経過による効果を発生させることが著しく正義・公平の理念に反すると評価される場合に限られるというべきである。そして……この『著しく正義・公平の理念に反する』と評価されるのは、基準①に係る客観的な事由が債務者（加害者）の不法行為に起因するため、除斥期間

の経過による効果を債権者（被害者）に甘受させることが著しく正義・公平の理念に反するといった極めて例外的な場合（以下、同基準を基準②という。）に限られるというべきである」と述べている¹⁰⁾。

これに対し、筆者は、最高裁に提出した意見書において、大要、以下のよう述べた。基準②に関わる事情が重要であることは言うまでもない。この点について、例えば、令和4年の大阪高裁は、「控訴人らが長期にわたり本件訴訟を提起できなかったのは、自己の受けた不妊手術が旧優生保護法に基づくものであることを知らされず、平成30年まで、国家賠償を求める手段があることを認識していなかったためであるが、さらにいえば、優生手術の対象となった障害者に対する社会的な差別・偏見やこれを危惧する家族の意識・心理の下、控訴人らが、訴訟提起の前提となる情報や相談機会へのアクセスが著しく困難な環境にあったことによるものといえる」、そして、「旧優生保護法の存在とこれに基づく被控訴人の施策が、同法の優生手術の対象となった障害ないし疾患につき、かねてからあった差別・偏見を正当化・固定化した上、これを相当に助長してきたことを否定することはできない」という「特段の事情」をあげ、「旧優生保護法の本件各規定による人権侵害が強度である上、憲法の趣旨を踏まえた施策を推進していくべき地位にあった被控訴人が、上記立法・施策によって障害者等に対する差別・偏見を正当化・固定化、更に助長してきたとみられ、これに起因して、控訴人らにおいて訴訟提起の前提となる情報や相談機会へのアクセスが著しく困難な環境にあったことに照らすと、控訴人らについて、除斥期間の適用をそのまま認めることは、著しく正義・公平の理念に

10) 本件に先立つ2011年に法務省大臣官房民事訟務課付の日黒大輔は、平成10年と21年の最判に関わって、除斥期間の効果が制限されるためには、「除斥期間内に権利を行使しなかったことを是認することが著しく正義・公平の理念に反する事情があること、時効の停止等その根拠となるものがあることの2つの要素が必要とされて」おり、「著しく正義・公平の理念に反する事情があるか否かという実質的な価値判断のみによって除斥期間の適用が排除されたわけではな」と述べている（「国家賠償請求訴訟における消滅時効と除斥期間」判例タイムズ1357号（2011年）16頁）。今回の国の主張とほぼ同じである。

反する」としている。ここで言われているのは、本件の被害は、憲法に反する法とその執行によって作り出された重大な被害であり、法改正後も、そのことの違憲性・違法性を正面から認めず、また、被害者らの権利救済に積極的な動きをとってこなかったという「特段の事情」であり、本件においては、平成10年、21年判決の事案以上に、民法724条後段の適用による権利消滅する（それにより被告国を免責する）ことの不合理（という「特段の事情」）が認められる。

国側書面は、平成10年判決、21年判決の射程を極めて狭いものとしている。そして、それを根拠づけるために、両判決についての調査官解説を援用している。たしかに、調査官解説は、判決の射程は限定されたものだとしている。しかし、これは、最高裁の平成元年判決がある中で、判例変更の道をとらないとすれば、限定的（例外的）な判断とせざるをえなかったことによるものであり、また、当該事案から見て、このような限定しても724条後段の適用制限が可能だったものであることを看過すべきではない。加えて、同様の判断が一度ならず二度行われ、平成元年判決の硬直した時の壁に連続して風穴を開けたことの意味は小さくない。そのような「例外」が積み重なったことの背景に、「除斥期間→権利の当然消滅→権利濫用や信義則の働く余地なし」という平成元年判決の「硬直的な」論理への反省がある。この点につき、令和4年の東京高裁判決は、既述のように、これらの最高裁判決は「いずれも民法158条、160条等の根拠規定が存在することを明示的に要求しているものではなく、その『法意に照らし』、除斥期間の効果を制限すべき」と判示するものである。そして、ここにいう時効停止規定の法意とは、両判決が判示するところに照らせば、「権利行使が極めて困難ないし事実上不可能な場合に、被害者の権利が消滅し、その原因を作った加害者が責任を免れることは、著しく正義・公平に反する」という趣旨に解されるとするが、当を得た指摘である。

なお、最高裁が上告を受理した段階で、前述のように、本件で民法724条後段を機械的に適用すべきではないという点で下級審の判断はほぼ一致

してきていたが、大きな問題は、いつまで適用を制限（猶予）するかという問題であった。この点についての下級審の判断はまちまちであり、例えば、令和4年の大阪高裁は、「訴訟提起の前提となる情報や相談機会へのアクセスが著しく困難な環境が解消されてから6か月を経過するまでの間」とした。しかし、このようにすると、「著しく困難な環境が解消」されたのはいつかという厄介な問題が生ずる。そして、仙台での提訴から6か月が経過したとして請求を棄却した大阪地裁令和4（2022）年9月22日判決（判例タイムズ1522・228）や最高裁によって破棄差し戻された令和5年の仙台高判のように、比較的早い時期にこのような環境は解消され、そこから6か月で権利は（除斥期間により）消滅したという結論が導かれる恐れもある。これに対し、令和4年の東京高判は一時金支給法から5年とした。しかし、一時金支給法が賠償責任を前提としたものではなかったことや、この時点で国が、旧優生保護法による施策の過ちを明確に認め、根強く残る差別構造と社会意識に対し適切な働きかけをしたとはいえないことを考えれば、一時金支給法を起点と考えることには疑問がある。また、令和5年の大阪高裁判決は、国が、「優生条項を憲法の規定に違反していると認めた時、又は、優生条項が憲法の規定に違反していることが最高裁判所の判決により確定した時のいずれか早い時期から6か月」は除斥期間の効果が生じないとした。この判決が、「優生条項が……憲法上の権利等を違法に侵害することが明白になったとき」（正確には、「旧優生保護法の関連規定の違憲性を認めて被害者の請求を認容する最高裁判決が確定した時」というべき）を起算点とした点は、本件が憲法違反の法律に基づくものであり、しかも、違憲性が判決においてなお確定せず、被告国も、この点を明確には認めていない状況下において権利行使が可能となったとは言えないことから適切妥当な判断だが、そこから6か月とした点には疑問も残る。民法724条後段の本件への適用を制限する際に多くの判決が参照するのが、民法158条や160条の「法意に照らし」た制限を認めた平成10年と21年の最高裁判決である。しかし、すでに述べたように、ここでは、民法158条や160

条の本来適用でもなく(狭義の)類推適用でもないのであるから、その効果(除斥期間適用を猶予する期間)について、各条文の掲げる期間に限定する必要はない。

この点での最高裁の統一判断が期待されたが、筆者は、最高裁への意見書では、少なくとも旧優生保護法の関連規定の違憲性を認めて被害者の請求を認容する最高裁判決が確定した時までは民法724条後段を機械的・形式的に適用すべきではなく、その後も、権利行使を期待しても酷ではないような客観的な状況に立ち至るまでは、適用を制限すべきである、その後いつ権利行使を期待しても酷でなくなるかは、障害者差別の構造と感情が根強く残る現状や本件被害者の置かれている状況等を慎重に考慮して適切に判断すべきであると主張し、さらに公刊は最判以後となったが、最高裁に提出した意見書の一部をリライトした別稿¹¹⁾では、権利行使が可能になった時点から一定期間経過すれば除斥期間の制度によって権利が消滅するという考え方に立つのではなく、除斥期間規定そのものを本件においては(適用制限ではなく)排除し、権利関係を(早期に)確定し法的安定性を図るという要請については、民法724条前段の消滅時効規定によって確保すると考えることもできるとの考え方も示していた。これは、「民法724条後段の規定を形式的に適用することが著しく正義・公平の理念に反し、被害者を保護する必要があるという特殊な事情が認められるときは、端的に民法724条後段の効果を制限するのが相当であり」、「このように解したとしても、民法724条前段が規定する消滅時効の適用が妨げられるものではなく、一定の法的安定性は保たれると解される」とした静岡地判令5(2023)・2・24の考え方を参考にしたものである。

(2) 最高裁判決の論理と意義

最高裁は、まず、旧優生保護法の関連規定について、「立法当時の社会

11) 前掲(注1)潮見佳男教授追悼論集所収論文。

状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないものであることが明らかであり、本件規定は、そのような立法目的の下で特定の個人に対して生殖能力の喪失という重大な犠牲を求める点において、個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するものといわざるを得ない」とした。立法当時から、しかもその目的において違憲だとしたのである。

その上で最高裁は、「本件において、除斥期間の経過により請求権が消滅したとして国が損害賠償責任を免れることは、著しく正義・公平の理念に反し、到底容認することができない」とし、その理由として旧優生保護法の優生条項が憲法に反するものであり、それに基づく国の施策は重大な被害をもたらしたことを指摘し、さらに、平成8（1996）年の法改正後も補償を怠ってきた（一時金支給法は国の賠償責任を前提としたものではないと明言している）とする。

ここで最高裁が、個々の原告の権利主張が極めて困難であった個別事情を強調していないことに注意すべきである。もちろん判決は、「国に対する損害賠償請求権の行使を期待するのは極めて困難であった」という点も指摘している。しかし、この点に関して述べているのは、「法律は、国権の最高機関であって国の唯一の立法機関である国会が制定するものであるから、法律の規定は憲法に適合しているとの推測を強く国民に与える上、本件規定により行われる不妊手術の主たる対象者が特定の障害等を有する者であり、その多くが権利行使について種々の制約のある立場にあったと考えられることからすれば、本件規定が削除されていない時期において、本件規定に基づいて不妊手術が行われたことにより損害を受けた者に、本件規定が憲法の規定に違反すると主張して上告人に対する国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権を行使することを期待するのは、極めて困難であったというべきである。本件規定は、平成8年に全て削除されたものの、その後も、上告人が本件規定により行われた不妊手術は適法であるという立場をとり続けてきたことからすれば、上記の者に上記請求権の行使を期待するのが困難であることに変わりはない」という点で

あり、個々の原告の認識（あるいはその可能性）、情報へのアクセスといった個別事情は挙げられていない。だからこそ、「控訴人らが権利行使することが客観的におよそ不可能であり又はその行使の機会がなかったとまではいえない」として民法724条後段の適用を否定しなかった令和5年の仙台高裁判決を、権利行使が可能であったかどうかについて審理をやり直させるのではなく、「損害額等について更に審理を尽くさせるため」だけに破棄し原審に差し戻したのである。

その上で判決は、改正前の民法724条後段は除斥期間であるが、本件において民法724条後段に関する平成元年判決の示した結論を維持した場合、「著しく正義・公平の理念に反し、到底容認することができない結果をもたらすことになりかねない」とし、さらに、「裁判所が除斥期間の経過により上記請求権が消滅したと判断するには当事者の主張がなければならないと解すべきであり、上記請求権が除斥期間の経過により消滅することが著しく正義・公平の理念に反し、到底容認することができない場合には、裁判所は、除斥期間の主張が信義則に反し又は権利の濫用として許されないと判断することができる」（この点で、除斥期間には信義則や権利濫用法理は適用されなかったとした平成元年最判の判例変更）とだめを押している。判決は、このような結論を導き出すための民法158条等の「法意」を参照することもなく、より端的に、正義・公平（その背景にある憲法13条や14条1項の憲法理念）に依拠し、さらに、除斥期間だからといって信義則違反や権利濫用法理の出る幕はないといった考え方に立たずに、民法724条後段の本件への適用を否定したのである。また、前述したように、個別原告の権利主張の困難さという事情も（それが判断の基礎となっていることは言うまでもないが、少なくとも判旨の）前面には出していない¹²⁾。

なお、憲法17条については、国会の立法裁量との関係で、「公務員の不

12) 最高裁は、筆者が意見書で提示した、「ありうる法解釈」のうち（除斥期間適用には当事者の主張が必要とした上で）信義則違反や権利濫用によりその主張を封ずるという解釈方法を採用したと言えよう。

法行為により損害を受けた者が国又は公共団体にその賠償を求める権利について定める憲法17条の趣旨をも踏まえれば、本件規定の問題性が認識されて平成8年に本件規定が削除された後、国会において、適切に立法裁量権を行使して速やかに補償の措置を講ずることが強く期待される状況にあったというべきである」と述べるにとどまっており、憲法17条を理由に除斥期間の規定を適用しないとしたわけではない。

この判決によって、（原告の個別事情にかかわらず）本件において民法724条後段が適用されることはなくなり、かりに国側が個別事情を挙げて同条の適用を主張しようとしても、それは信義則違反・権利濫用として許されないことになったのである¹³⁾。その意味で、本判決は、民法724条後段の適用制限（一定時期までの適用猶予）ではなく適用否定説と評価できよう。本件の場合、憲法に反する法律と国の施策で重大な被害を受けながら声を上げられないでいる被害者が極めて多数に上っている中で、例えば、最高裁判決から6か月といった期限を設けることは多くの被害者を取り残すことになり、本件の解決には望ましくないものだとの判断を最高裁がしたことの意味するのではないか。

さらに判決は、「本件規定中の優生保護法3条1項1号から3号までの規定は、本人の同意を不妊手術実施の要件としている。しかし、同規定は、本件規定中のその余の規定と同様に、専ら優生上の見地から特定の個人に重大な犠牲を払わせようとするものであり、そのような規定により行われる不妊手術について本人に同意を求めるということ自体が、個人の尊厳と人格の尊重の精神に反し許されないのであって、これに応じてされた同意があることをもって当該不妊手術が強制にあたらないということではできない。……本件規定中の同法3条1項1号から3号までの規定により本

13) このように、判決は、除斥期間説を維持したが、除斥期間による権利消滅の主張を権利濫用や信義則違反によって制限する点で、令和5年10月の仙台高裁判決と実質的に同様の結論を導き出したことになる。この点につき、泉徳治（元最高裁判事）は、共同通信配信のコメントの中で、「大法廷判決は、実質的にはこの仙台高裁と同じ論理であり、今年4月に急逝した小林裁判長が生きていたなら、大変喜んだと思う」と述べている。

人の同意を得て行われる不妊手術についても、これを受けさせることは、その実質において、不妊手術を受けることを強制するものであることに変わりはないというべきである」と述べて、旧優生保護法 3 条 1 項 1 号から 3 号に基づいて、形式的には同意を得て行われた優生手術についても、その違法性を認めた。このことは、本件被害の本質にかかわるとともに、判決を手掛かりにあらたな救済の仕組みを作っていく際にも重要な意味を持つ。

このように、最高裁は、旧優生保護法の優生条項とそれに基づく不妊手術の強制が憲法 13、14 条に反するものであり、国は長期にわたって「国策として、正当な理由に基づかず特定の障害を有する者等を差別してこれらの者に重大な犠牲を求める施策を実施してきた」もので、その責任は極めて重大であると断じた。その上で、そのような国の責任を民法 724 条後段の適用によって排斥することは著しく正義・公平の理念に反し、除斥期間の適用を主張する国の主張は信義則に反し権利の濫用として許されないとした。これまでの下級審の裁判例の大勢を是認したものではあるが、最高裁の大法廷が明言したことの意味は極めて大きい¹⁴⁾。しかし、この問題は、この判決だけでは終わらない。各地で提訴している被害者は不妊手術を強いられた人のごく一部である。訴訟では取り上げられなかったが、妊娠中絶を強いられた人も少なくない。国としては、この判決を受け止め明確な謝罪を行うとともに、声をあげられていない被害者らを広く厚く補償する制度を作るべきであり、三浦裁判官は、補足意見の中で、「できる限り速やかに被害者に対し適切な損害賠償が行われる仕組みが望まれる。そのために、国において必要な措置を講じ、全面的な解決が早期に実現することを期待する」と述べている¹⁵⁾。

14) この判決には、民法 724 条後段を消滅時効と解すべきとする宇賀裁判官の意見があり、また、三浦守裁判官と草野耕一裁判官の補足意見があるが、旧優生保護法の関連規定の違憲性、民法 724 条後段により権利が消滅したと見るべきではないという点では、全員一致の結論である。

15) 冒頭でも触れたように、2024 年 10 月 8 日に補償法が成立した。同法によれば、不妊手術を受けた本人に 1500 万円（最高裁判決と同じ）、配偶者に（最高裁判決を上回る）500 万

(3) その射程

大法廷判決は、憲法に反する法律に基づく国の施策により重大な人権侵害が行われたことという事情に基づいて除斥期間の適用を否定したものであり、その意味で、その射程はそれほど広くないようにも思われる。しかし、正義・公平に反する場合には除斥期間の適用を否定できること、除斥期間であっても当事者の主張があること、その主張が信義則違反や権利濫用となる場合があるとしたことの意味は重要である。他の事件でも¹⁶⁾、民法724条後段に基づく被告の主張が権利濫用や信義則違反にあたらないのかといった点について慎重な判断が求められることになる。その際に留意すべきは、最高裁は、旧優生保護法事件の特徴について縷々述べている

〳〵円の補償が行われ、（訴訟では原告となっていない）中絶手術を強いられた被害者には200万円の補償が給付される。また、旧優生保護法の違憲性とそれに基づく施策について「心から深く謝罪する」との決議もなされた。公害や薬害等において訴訟と判決を契機に新しい制度が作られたり政策変更が行われることは少なくない。いわゆる「政策形成訴訟」である（政策形成訴訟については拙著『政策形成訴訟における理論と実務』（2021年、日本評論社）1頁以下参照）。本件訴訟はまさに「政策形成訴訟」として大きな成果を生んだわけである。苦しい状況の中で声を上げた被害者・原告、それを支援した運動、そして何よりも弁護団の活動に心から敬意を表するものである。また、そのような中で（ささやかではあるが）法理論の面でかかわることができたことに感謝したい。

ただし、訴訟と判決がどのようにして政策形成に結びつくかは、実践的にも理論的にも一層の解明を要する問題である。なぜなら、訴訟（とりわけ原告の被害救済を求める民事損害賠償訴訟）は政策を直接の争点にするものではなく、あくまで、原告に救済すべき被害があり被告に救済すべき責任があるかが争点となるものだからである。本件でも訴訟において原告が請求したのは、憲法違反の法律とそれに基づく施策による重大な権利侵害に対する損害賠償であり、救済制度を作ること（少なくとも直接の）目的とはしていない。しかし、訴訟において旧優生保護法の違憲性が明らかになり、補償を受けていない多くの被害者がいること、その被害について国には（法的）責任があることが明らかになった（しかも、そのことを最高裁が明確に認めた）ことが補償法につながったことは紛れもない事実である（政策形成訴訟のこのような問題について、さしあたりの私見は前掲拙著14頁参照）。

- 16) 最高裁は憲法17条違反として除斥期間規定の適用を排したわけではないので、この法理（民法724条後段が除斥期間であっても当事者の主張が必要であり、その主張が正義・公平の見地から認められるべきではない場合には権利濫用や信義則違反に当たり許されないという法理）は、国賠事件以外にも適用可能である。

が、それは、一般的抽象的に同条項の適用が排除されるための基準を示しているのではないということである。したがって、他の事案で同様の判断ができるかどうかについては、最高裁が挙げた事情と同じ（類似した）要素があるかどうか拘泥することなく、当該事件に即して正義・公平に反するかどうかを判断すべきである。

5. 補 論

(1) 「憲法訴訟」としての旧優生保護法訴訟

本件では、まず何よりも旧優生保護法の優生条項の違憲性が問題となった（憲法13条、14条等）。その意味では紛れもなく「憲法訴訟」である。他面で、民法724条後段とその適用のあり方という民法解釈論が争点でもあった。この両者（憲法と民法の議論）をどう「擦り合わせる」¹⁷⁾かが問題となる。

本件の最大の特徴ないし議論の出発点は、立法当初から目的において憲法違反の法律による重大な人権侵害だということである。この点が、国の行為の違法性の重大さや被害の深刻さを判断する際に重要であることは間違いない¹⁸⁾。問題は、この事実を国賠・不法行為論でどう受け止め（「擦り合わせて」）民法724条後段の適用を排除するかである。これについ

17) この表現は、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（2021年）122頁の表現である。上田のこの論文は、2つのアプローチとその連関（「擦り合わせ」）を検討している。

18) この点、高裁で唯一責任を否定した仙台高判令5・6・1は、「旧優生保護法の優生条項は、合理的な根拠なく不良とされる者を差別的に取り扱うもので、憲法14条1項に反し、無効であったというべきである」としつつ、憲法の他の条項（特に13条）との関係については言及していない。本件の特性（憲法違反の法律とそれに基づく施策による「人生被害」（これはまさに憲法13条の幸福追求権の重大な侵害である））に目を向けず、憲法17条違反に当たらないことを簡単に述べた上で、適用制限は提訴が客観的におよそ不可能な場合に限られるとしたのである。このことから見て、本件被害がどのような点でかつどの程度において憲法違反であったかの認識は、民法724条後段の適用を制限ないし排除すべきかどうかにとって、決定的に重要であることは間違いない。

ては、2つのアプローチがある¹⁹⁾。一つは、本件に民法724条後段を適用して被害者の賠償請求権を否定することは憲法17条違反だという主張である。仙台地裁段階で原告によりなされた主張であり、その後もいくつかの訴訟で（そのみの主張をする弁護団は、仙台地裁がそれを認めなかったことにより、その後は見られないようだが）主張された。特に、大阪訴訟弁護団は、憲法17条違反を強く主張した（その意味での「憲法訴訟」との位置づけ）が、その意図は、本件で民法724条後段を適用して国の責任を否定することは憲法違反になるということを裁判官に突きつけるためだとしている²⁰⁾。

もう一つは、憲法13条や14条に反する法律による重大な人権侵害であることを、民法724条後段の本件への適用は時効停止規定の「法意」に反する、信義則違反や権利濫用になる、あるいは、正義・公平や条理に反すると判断する際の判断要素として位置づけるというやり方である。そこでは憲法17条を介することなく、時効停止規定の「法意」や民法1条の権利濫用、信義則条項を介し、あるいは、正義・公平理念や条理の内実として、憲法13条や14条が問題となる。令和4年の大阪高裁以降の判決、さらには最高裁大法廷も、基本的にはこのアプローチによるものと見るができる。もちろん、これらの判決においても国家賠償が通常の民事訴訟と異なる点が強調されたり、憲法17条で保障された国家賠償請求が否定されることの重大性に触れるものはある。しかし、大阪高裁の令和4年2月判決を含めて、正面から憲法17条違反を検討するものは見当たらない。この点、大阪弁護団の吉原秀は、「憲法17条に関する検討を諦めなかったことが、

19) 上田健介「旧優生保護法違憲訴訟によせて」判例時報2585号（2024年）18頁以下は、この2つのアプローチ（「憲法の使い方」）について述べている。

20) 吉原秀「旧優生保護法事件と憲法論との距離と連関に関する実務的一考察」判例時報2585号（2024年）6頁以下は、「憲法論としては、除斥期間を適用するという判断と両立しない論理を構築しておかないと、裁判所において、除斥期間の経過による国家賠償請求権の消滅、という判断や心証を覆すには至るまい」、「憲法上の基本権としての国家賠償請求権を制約することは憲法17条に違反し、許容されない、この感覚を裁判官に伝えることができれば、翻って、実体法上の判断として、除斥期間の適用を否定する判断がなされなければならないことをも伝えることができよう」と考えたと述べている。

少なからず、大阪高裁での逆転勝訴判決に寄与したのではないかと²¹⁾、上田健介も、大阪高裁と東京高裁の判決に関して、「ここには、大阪訴訟の弁護団が除斥期間の適用制限の憲法17条適合性の問題を丹念に主張したことが影響しているはずである」とする。そのような「影響」はあるのかもしれないが、判決文を見る限り、例えば令和4年の大阪高裁判決は、むしろ、その問題に(あえて)立ち入らず、民法解釈論として158条や160条の「法意」によって解決したもののように思われる²²⁾。他の一連の勝訴判決も同様である。最高裁も、被害者が適切な補償を受けないままで放置されていることを批判する際に「憲法17条の趣旨を踏まえ」とは述べているが、基本は、正義・公平の理念を基礎に、除斥期間の経過により権利が消滅すると国が主張することは権利濫用、信義則違反に当たるとしたものであり、憲法17条の問題を正面からは、とりあげていない。

この問題は、憲法訴訟のあり方、さらには、憲法と民法の関係のあり方にもかかわる難しい問題であり²³⁾、ここでは、問題提起にとどめるが、筆者自身は、後者の立場から意見書を作成した。もちろん、吉原の言うように17条違反を理由にした主張がボディブローのように効いたことはあるか

21) 吉原秀「旧優生保護法国賠事件逆転勝訴までの軌跡」吉原編『代理人たちの憲法訴訟』(2022年、弘文堂) 26頁。

22) 小泉良幸の最高裁判決の評釈(新・判例 Watch 憲法 NO.238)は、「各高裁は、憲法論をわきに置いたとするが、兵庫訴訟大阪高裁判決(令5・3・23)に典型的なように、除斥期間の適用が正義・公平に反したり、除斥期間による権利消滅を主張することが信義則違反や権利濫用にあたるとする判断の基礎に、本件が憲法違反の法律による重大な人権侵害であることが据えられており、「憲法論わきに置いた」という評価は、やや不正確である。要は、憲法規範とそれが体现する価値理念をどう除斥期間の適用制限という民法解釈に結び付けるかに関するアプローチの違いである。

23) 上田前掲20頁は、第二のアプローチに対し、「裁判所が何を根拠として利益の均衡を量ったのか……が明確にならない」(戸松秀典『憲法訴訟(第2版)』(2008年、有斐閣) 265頁)、あるいは、「人権・人権侵害の意味の縮減」になる(宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号(2009年) 107頁)といった憲法学の議論を引きつつ、単に一要素とすることの問題性を指摘している。なお、憲法と民法の関係一般については、山本敬三『憲法・民法関係論と公序良俗論』(2024年、信山社) 参照。

もしれないが、反面において、憲法17条違反を強調することは、それだけ難しい判断をしなければならないと裁判所に思わせてしまうということはないのかどうか。あるいは、憲法17条を手掛かりとする限り、民法724条後段の適用制限は国家賠償の場合に限られることになるのではないかと思われるが、例えば、令和6（2024）年3月22日のノーモア・ミナマタ第2次訴訟判決（LEX/DB25620464）が除斥期間により原告全員の請求を棄却したことをどう見るかといった問題を考える場合（もちろん、ノーモア・ミナマタ訴訟ではチッソだけではなく国の責任も追及されてはいるのだが）、この最高裁の射程が及ぶのかどうか問題となる。

（2）本件における「理論と実務の協働」

筆者は、多くの事件で、「理論と実務の協働」の中で法理論が発展してきたことを夙に指摘している²⁴⁾。そして、そのような「協働」の一つの形として法律研究者が意見書を書いたり、研究者の論稿が弁護団によって裁判所に提出されたりすることも少なくない。これに対し、大阪訴訟弁護団の吉原は、次のように述べている²⁵⁾。吉原によれば、大阪訴訟弁護団では（吉原が関与して以降）意見書は証拠としては提出していないとのことである。その理由は、「意見書の提出によって却って議論が複雑になるとの弊害を考慮したことは大きい。特に旧優生保護法事件は、その解決のために、複雑な法解釈も法理論も必要ない（はずの）事案であり、却って議論が複層的になり、裁判官にとって悩みが増える要因になると判断すれば、意見書の提出には消極的にならざるを得なかった」というのである。吉原はまた、「意見書を書いてもらったことで代理人は満足してしまい、意見書の内容について、訴訟代理人と研究者がまさに『協働』して議論あるいは検討する例は、筆者の知る限り多くない」とも言う。

確かに、学者意見書（あるいは論文）がかえって問題を複雑にすること

24) 前掲（注15）拙著参照。

25) 吉原前掲（注20）論文8頁以下。

がなくもなかろう。また、弁護士が意見書に頼って、それを出しておけばよいということではだめだという指摘もその通りであり、本件について言えば、何よりも、被害(者)の実態、その救済を図る必要性(民法724条後段の適用により請求を斥けることがいかに正義・公平に反するか)の主張立証は弁護士の役割である。そのことに各地の弁護団が成功したことが令和4年2月の大阪高裁判決以降の判決の流れの原動力であったことは間違いがなく、その点で、各弁護団の努力に敬意を表するにやぶさかではない。しかし、同時に、本件では、多くの意見書が裁判所に提出されており、また、民法研究者、憲法研究者等が、判例評釈を含めて多数の論稿を公表している。そしてそのいずれもが、本件において民法724条後段を機械的に適用して原告の請求を斥けることを批判している。これらの動きがどのような影響を与えたのかは、学説を引用することのないわが国の裁判においては客観的に証明することは困難であり、意見書についても、判決理由がそれを明示的に参照することは極めてまれである。しかし、これらの意見書や論文は弁護団の準備書面等で(明示的あるいは実質的に)参照され訴訟において主張されている場合もあり(例えば、東京訴訟の原告審での被上告人の「答弁書」では、筆者と小山剛の意見書が参照されている)、ある程度の影響関係を推察することができるのではないかと。そして、そのような目で見ると、転機となった令和4年の大阪高裁判決が民法158条や160条の「法意に照らし」という解釈手法をとったことに、平成10年、21年判決に関する諸論稿における両最判の理解の仕方が、何らかのヒントを与えたことは否定できない。そしてまた、その翌月の東京高裁判決が「法意」論から離れたことに、東京高裁に出されていた意見書が何らかの手掛かりを与えたということはないのかどうか²⁶⁾。吉原は、意見書等によって議論を複雑(複層

26) 確かに、本件は、憲法違反の法律とそれに基づく施策による深刻な人権侵害の救済が課題となった、その意味で、本来、複雑な解釈論を必要としない事件である。しかし、そのような事件において被害者の救済に民法724条後段という「時の壁」が立ちはだかっている(ように見える)中で、裁判官に、その壁を乗り越えるための手掛かり(解釈論)を提示することもまた重要である。

的)にすることは裁判官の悩みを増やすとするが、深刻な被害とそれを救済するための「時の壁」の間で悩んでいる裁判官に、問題を整理し、解決の手掛かりを示すことは必要であり、それは弁護士と並んで研究者の役割でもある。そしてその中で、研究者自身も自己の研究を深めていくのである。

要は、研究者と実務家たる弁護士の（場合によれば、緊張関係もはらんだ）「協働」と役割分担であろう。この点、吉原は、（6年の弁護士経験の中で）そのような「協働」を経験したことは多くないとするが、それはあまりにも決めつけが過ぎるのではないか。両者の（文字通りの）協働が道を切り開いた事例は、四大公害訴訟以来の公害訴訟では例のいとまがない²⁷⁾。筆者の経験でも、建設アスベスト訴訟では、筆者ら研究者と弁護団の担当者との研究会が（今日に至るも）継続的に実施され、そこでの議論を踏まえた意見書が何通も提出されている²⁸⁾。ノーモア・ミナマタ第2次訴訟でも、研究者と弁護団の研究会は何度も行われ、それを踏まえ、筆者と淡路剛久、渡邊知行が連名で意見書を書き、その一部が（珍しく）近畿判決（大阪地判令5・9・27判時2587・5）で参照されている。また、未曾有の、したがって、従来の法理論では解決できない問題を提示した福島原発事故賠償訴訟では、筆者を代表とする研究会が10年を超えて開催され、そこでは研究者（法律研究者にとどまらない広範囲の研究者）と弁護士の率直な議論が積み重ねられ、その中から、例えば「ふるさと喪失（はく奪）損害」といった新しい損害概念が生まれ、その一部は裁判例や原子力損害賠償紛争審査会の指針の中にも採用されている。

この点、吉原も、本件において仮屋篤子や上田健介との議論に大きな示唆を受けたとしており、実務家（弁護士）と研究者の「協働」そのものの

27) 例えば、四日市公害訴訟では、何人かの民法研究者が弁護団と意見をたたかわせて、その中から、共同不法行為の新しい考え方が生まれた（前掲（注15）拙著54頁以下）。

28) 建設アスベスト訴訟における協働については、「座談会 建設アスベスト訴訟が切り開いたもの」環境と公害51巻3号（2022年）32頁以下参照。

必要性は否定していないのであり、要は、どのような「協働」にかにつける。そして、本件では、筆者の関与してきた公害訴訟等とはまた異なる「協働」が見られたのではないか。本件訴訟の仙台訴訟及び全国弁護団の団長である新里宏二は、最初の仙台地裁判決後、この判決によって、「8 合目」に到達したと述べた。残りの（しかし、陰しい）2 合分を踏破して頂上に到達する上での弁護団の努力に心から敬意を表するものであるが、その登頂に、コンパスとして（少なくともその一部として）研究者の営為は寄与しえたのではなかろうか²⁹⁾。

【付記】 校正段階で調査官解説に接した（鷹野旭・ジュリスト1605号（2025年）67頁以下）。鷹野は、平成元年判決の評釈は一様に同判決を批判し、「その後の学説は総じて同判決に反対するようになり、本判決が言い渡された時点において、信義則違反や権利濫用の主張がおおよそ失当であると明言する見解はほぼ見当たらない状況となっていた」とする。今回の判決は、このような平成元年判決に対する批判やその後の学説の動向を最高裁として受け止めたということであろう。

29) 新里は、「私は最高裁口頭弁論の最後に……最高裁に対し、『創造の担い手』であることを求めた。最高裁だけでなく、関与した裁判官、原告、代理人弁護士、優生連等多くの支援者、メディアも創造の担い手となった。忘れてはならない、小山剛、吉村良一、山野目章教授など多くの研究者も創造の担い手であった。深く感謝したい」と述べている（「7月3日優生保護法国賠事件最高裁大法廷判決」法と民主主義591号（2024年）45頁）。また、2024年学会回顧の民法・不法行為の欄で大塚智見は、松本克美の論文（『『権利行使阻害型』不法行為による損害賠償請求権と消滅時効』立命館法学409号）と筆者の論文（『『旧優生保護法訴訟』における民法724条後段（旧規定）の適用制限に関する最近の下級審判決をどう見るか』立命館法学411＝412号）を挙げ、「最高裁判決が被害者らの救済を認めた背景にはこれらの研究があったものといえるだろう」とする（法律時報96巻13号（2024年）86頁）。