

〔論 説〕

旧優生保護法の事案における 民法の除斥期間の適用関係

山 野 目 章 夫

まえがき

- 1 本件事案の特徴——本件事案がもつ国法学的に特殊な構造
- 2 違憲の法律の国制上の効力の考察
 - (1) 法律が憲法に適合していないことが確定していない段階
 - (2) 法律が憲法に適合しないとする最高裁判所の決定がされた段階
- 3 民法の除斥期間の規定の制限解釈
 - (1) 判例における制限解釈の実績の確認
 - (2) 本件事案における制限解釈の要請
- 4 解釈論的提言
 - (1) 考え方の基本指針
 - (2) 題材とする時効停止の民法の規定の考察
 - (3) 解釈論的提言の法律解釈方法論上の性質
 - (4) 停止期間の間に望まれる権利行使に係る措置の具体的検討
 - (5) 解釈論的提言の結論
 - (6) 適用例
 - (7) 比較憲法的に見た本件事案の意義

まえがき

優生保護法（昭和23年法律第156号）は、1948年に制定され、優生保護法の一部を改正する法律（平成8年法律第105号）により全部が改正された。現在、優生保護法という題名の法律はない。報道などにおいて旧優生保護法とよぶ理由は、ここにある。本稿も旧優生保護法の呼称を用いる。

旧優生保護法は、その4条において、「医師は、診断の結果、別表に掲げる疾患に罹っていることを確認した場合において、その者に対し、その疾患の遺伝を防止するため優生手術を行うことが公益上必要であると認めるときは〔同人らの〕同意を得なくとも、都道府県優生保護委員会に優生手術を行うことの適否に関する審査を申請することができる」と定めていた。別表には精神疾患や身体疾患に当たる疾病を含む多数の疾病が列挙される。疾病の名称には、今日はいられないものもある。この4条の規定を受け、10条の規定が、「優生手術を行うことが適当である旨の決定に異議がないとき又はその決定若しくはこれに関する判決が確定したときは……医師が、優生手術を行う」と定めた。優生手術は、人の生殖機能を喪失させる。女性に対し施されることもあれば男性にされることもあり、重い身体侵襲を伴う。本人の同意がなく人の生殖機能を奪う医学的措置であり、しばしば強制不妊手術とよばれる。当時の運用においては、同意しない本人が抵抗する場合に有形力を行使してもよいとすらされていた。

旧優生保護法が施行されていた時期は、現行の憲法になってからである。生まれてくる胎児などに同法別表が掲げる疾病が深刻な健康上の支障を生じさせる科学的根拠に乏しいこと、本人の同意がなくても優生手術がされること、そして、子をもうける機会を奪う幸福追求権の侵害が優生手術により惹き起こされることを勘案すると、旧優生保護法の4条・10条および関連する諸規定は憲法13条に適合せず、これらの規定の実施としてされた優生手術は、それをされた本人に対する政府の不法行為であると考えられる。そこで、侵害された権利利益に相応する精神的損害を中心とする損害の賠償がされるべきである。

この問題については、立法府の対応がみられ、旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律（平成31年法律第14号）が制定された（同法を一時金法と略称することにする）。同法4条に基づき320万円の一時金が被害者に支給される。同法の前文を踏まえ、政府も、「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8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¹⁾という認識のもと、一時金法を実施している。

一時金法に基づき支給される一時金の額は、事案の性質に鑑み、賠償されなければならないと認められる精神的損害の大きさに相応するものではないと考えられる。優生手術を受けた者が国に対し損害賠償を請求する訴訟において、その請求を認容する裁判は、国に対し賠償を命ずる額が 1000 万円を超えている。論議の核心に置かれなければならないことは、金額の多寡ではない。一時金法が定める一時金の額が精神的損害を償うのに十分な水準から遠いという事情は、一時金の支給という仕方ですされる政府の被害者に対する反省と謝罪がされていないに等しい、という評価をもたらす。全国各地において被害者らが国に対し損害賠償を請求する訴訟を提起することになる。それらの訴訟の訴訟物は、国家賠償法 1 条の国家賠償請求権（また憲法 17 条）であり、この賠償請求権の行使に係る期間の制限については、民法が適用される（国家賠償法 4 条）。公務員による不法行為がされて賠償請求権が発生した時期が平成 29 年法律第 44 号の施行日の前であるから、その権利行使の期間について同法による改正の前の民法 724 条が適用されるとする際（平成 29 年法律第 44 号の附則 35 条 1 項参照）、そこにあつて険しい問題が避けられない。各地の訴訟が提起された日は、同条後段が定める 20 年の期間が経過していたとみられる。この 20 年の期間の規律を機械的に適用する限り、被害者らが損害賠償請求権を有するかどうか、賠償請求権の成立が認められる際にその内容がどのようなものであるか、また、その賠償請求権について改正前の民法の 724 条前段の消滅時効が完成しているかどうか、などを一切問うまでもなく、被害者らの請求は棄却を免れないことになる。なお、判例は、主題とされる 20 年の期間をもって消滅時効の期間でなく除斥期間があると解している²⁾。

本稿筆者は、仙台高等裁判所に意見書を出し、また、同じ内容の意見書を東京高等裁判所にも提出した。本稿の大部分を占めるものは、仙台高等裁判所に提出した意見書のうち、2021 年 4 月に提出したものである。これをこのあと、仙台意見書とよぶ。

各意見書は、おもに 20 年の期間制限を適用することが相当でない、とする意見を主旨とする。

本稿筆者は、仙台意見書を提出した当時、これを公表するつもりがなかった。裁判所への提出の後に情勢の変化があり、仙台意見書が複数の論者により引用された。吉村良一「強制不妊手術国賠訴訟における『時の壁』」立命館法学 399・400 号（2021 年）1123 頁および新里宏二『社

¹⁾ 引用はこども家庭庁のウェブサイト「旧優生保護法による優生手術等を受けた方へ」
<<https://www.cfa.go.jp/kyuuyouseiichijikin/>>による。

²⁾ 最判平成元年 12 月 21 日民集 43 卷 12 号 2209 頁。

会を変えてきた弁護士の挑戦／不可能を可能にした闘い』(弁護士新里宏二古希記念出版編集委員会編、民事法研究会、2022年) 297-9頁である(また、日本記者クラブにおける2023年5月15日の新里弁護士の講演)。こうなると、これらの文献を読む人たちにとって、肝心の仙台意見書の全文を見る機会がないという不便が強いられる。このたび、ここに誌面をいただき、字句の訂正を施すのみとして、内容を変更しないで仙台意見書を紹介する。

仙台意見書と同旨の法律的意見に拠って20年の期間制限を排除する判断を採る裁判例には、大阪高等裁判所の令和5年3月23日の判決(裁判所HP参照、令和3年(ネ)2139号)がある。阪本尚文「信仰・学問・政治——井上紫電の転回とその憲法哲学」阪本編『知の梁山泊——草創期福島大学経済学部の研究』(八潮社、2022年)334-6頁および同・344頁注76が引く荻野美穂『「家族計画」への道／近代日本の生殖をめぐる政治』(岩波書店、2008年)262-7頁は、旧優生保護法をめぐる経過を知るのに役立つ。

1 本件事案の特徴——本件事案がもつ国法学的に特殊な構造

平成8年法律第105号による改正前の優生保護法(昭和23年法律第156号、この意見書において「旧優生保護法」とよぶ)に基づき不妊手術を受けた者による国家賠償請求について国家賠償法4条が適用を指示する民法724条後段(平成29年法律第44号による改正前の規定)の適用関係に関しては、この事案がもつ国法学的に特殊な構造に注意が向けられないまま論議が進んでいる憾みがある。

ここに国法学的に特殊な構造とは、けっして難解な論理を述べようとするものではない。むしろ反対であり、それは、「手術当時は国策であり、不当だと訴えることは困難だった」という素朴な市民感覚³⁾から導かれる。この市民感覚を更に法律論として育てていく際、出発点となる観点は、「違憲の法律によって男女が生殖機能を強制的に国によって奪われるという人格権を侵害された」⁴⁾という本件事案の特徴にほかならない。そこに始まり、やがて思考は議院内閣制の意義や憲法適合性審査の在り方に発展する。そこで、国法学的な解明が要請される。

³⁾ 「除斥適用『納得できぬ』」毎日新聞朝刊2020年12月1日、26面、松原洋子・談話「機械的当てはめ 原告に酷」。

⁴⁾ 石井苗子議員発言、令和元年5月30日参議院法務委員会。

違憲の法律に抗して行動する権利を憲法は保障すると考えられる。

その際、違憲の法律に抗して市民がする具体的な行動は、各人の主体的な選択に委ねられる。司法裁判所に提訴して権利を主張する行動のみが考えられるものではない。当該法律を違憲とする司法裁判所の判断が確定的に示されていない段階において、国会への請願などを通じて当該法律の改廃を求めたり、改廃と共に補償制度の創設など所要の法制上の措置を求めたりする行動は、むしろ国民代表制のもとにおいて十分に考えられる態度選択である。法律が違憲であることが確定していないという〈法律上の障害〉があるなか、適時に司法裁判所への提訴をしなかったとして権利の行使期間の観点から不利益を課するならば、人々は、不利益を避けようとし、全国民を代表する各議院の議員への働きかけなどを考えず、とりあえず司法裁判所への提訴をしようとする機会主義的な行動を選ばざるをえない。その結果として、立法府が違憲の法律を是正する機能を果たす場面がなくなって国民代表制が空洞化する半面において、違憲の法律の執行に伴う被害救済の役割を専ら負わされる司法は疲弊する。ここで〈法律上の障害〉として指摘するものには、後述4(2)において再び論及する。

この結果を避けるための法律論を工夫するに際しては、2つの観点への留意が要請される。一方において、違憲の法律が当面は執行されることがある、という厄介な事象と向き合いつつ、違憲の法律に抗して特定の行動をしなかった者に対し、それを理由とする不利益を課することは許されない、という観点への十分な留意が要る（☞次述2）。他方において、その観点への留意を踏まえつつ、こと民事訴訟においては、主題となる不利益の一つが時間の壁である、という側面に注意をし、これを克服する適切な法律論を見出すことにほかならない（☞後述3）。

2 違憲の法律の国制上の効力の考察

(1) 法律が憲法に適合していないことが確定していない段階

平成8年法律第105号による改正前の優生保護法（昭和23年法律第156号）は、両議院が合憲的な手続に従い法律として議決した法律である。そこで、同法の内容、具体的には4条から13条において憲法に抵触する規律が含まれているとみられる場合において、これをめぐる国制の展開をどのように理解するべきであるかが、考察の課題となる。

この課題は、法律が憲法に適合していないことが確定していない段階と、法律が憲法に適合しないとする最高裁判所の決定がされた段階とを分け、それぞれの段階における法律状態を考察する手順を採ることが相当である。

法律が憲法に適合していないことが確定していないとは、最高裁判所が法律を違憲とする決定をする段階に至っていないことを意味する。論理として自明のことを確かめておこなうならば、法律が憲法に適合していないことが確定していないという言明は、その法律が合憲であるという言明とは意義を全く異にする。法律を含む法令が憲法に適合するかしないかを判断する権限は、最高裁判所が専有するものではなく、これを下級裁判所も行使することができる⁹⁾ところ、もし最高裁判所が法律を違憲とする決定をする段階に至っていない場合において当該法律が合憲であることを動かし難い前提としなければならないとするならば、下級裁判所が法律を違憲と判断する場合はありえないという奇妙な事態となり、論理に矛盾が生ずる。

このあとも、法律が憲法に適合していないことが確定していないという事態を主題とする際は、この点を念押ししたうえで、それが、最高裁判所が法律を違憲とする決定をする段階に至っていないことを意味するものとする趣旨である（後述3(2)においても、異なる）。

ア 法律の誠実執行義務と憲法尊重擁護義務の関係

両議院が合憲的な手続に従い議決した法律について、内閣は、「誠実に執行」する義務を負う（憲法73条1号）。合憲的に成立したとみられる法律について内容が憲法に適合しないと認められる場合において、内閣が負う義務は、機械的に国会が議決した法律を執行することを要請するものではない。いずれも国制上の機関の一翼をなす内閣と国会は、共に憲法を尊重し、国民の基本的人権を侵害しないように国政を執行する責務を負う（同法99条）。

そこで、内閣は、当該の法律を改廃する法律案を議案として国会に提出し（同法72条参照）、法律の執行によって現に基本的人権を侵害された国民があるときに、補償の制度を定める法律案を同様に国会に提出するなどする責務を負う。内閣に課せられる義務が、単に執行する義務でなく「誠実に執行」する義務である

⁹⁾ 最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁。

とされる趣旨は、内閣と国会が負う憲法尊重擁護義務を基盤として、このように理解される。

この要請に従う国政が執行されない場合において、それにより国民の基本的人権が侵害されるときに、国会および内閣による統治の活動は、一体として「公務員の不法行為」を構成する（同法17条）。国会と内閣のいずれに違法な行為があったか、と事態を細分化して観察しようとする態度は、日本国憲法が定める国制の構造を正解しないものである。ときに私人間の不法行為の紛争において用いられる〈法人の不法行為〉の法的構成において組織過失とよばれるものに類比される思考⁶⁾が、ここにおいて見出される。

イ 国会と内閣の協働という理念的要請

内閣が国会と協働して違憲の状態を解消する責務を負い、その責務に対する違背が包括的に国権の違法な作用であるという観察は、日本国憲法が定める統治の構造の理解として得られる。

通俗的に説かれる権力分立論のように、立法・司法・行政の3つの権力主体を平板に並べる見方からは、立法と行政を隔て、分けて眺める見地しか引き出されない。これに対し、戦後の憲法学は、つとに〈政治部門〉という概念を用意し、立法府と執行行政の担い手を有機的に関連させて観察し、これらと裁判所とが向き合う統治構造を描いてきた⁷⁾。それが比較憲法的に見て現代の顕著な事象であり、日本国憲法が定める国制もこの系譜に属するとされる。ここから出発した戦後の憲法学は、さらに近時に至り、この観点から諸種の国法学的な事象を分析しようとしている。「日本国憲法の規定する国会・内閣の権限関係をみると……『分離』一辺倒の権力分立論と実定憲法典の規定する統治構造は、明らかに不整合なのである。……国家機関の『分立』よりも、むしろ『協働』に軸足を置き、しかも一貫してこの『協働』の視点から国家機関の構造と権能を描き切ること」という明快な整理が、その前提として用意される⁸⁾。

⁶⁾ 橋本佳幸「『法人自体の不法行為』の再検討／総体としての事業組織に関する責任規律をめぐって」論究ジュリスト16号50頁（2016年）、山野目『民法概論4——債権各論』（有斐閣、2020年）462頁、参照。

⁷⁾ 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、新装版、2016年）167-8頁〔54〕〔55〕。

⁸⁾ 村西良太・書評・法学セミナー66巻3号（通巻794号、2021年3月号）126頁。また、渡辺康行ほか『憲法2——総論・統治』（日本評論社、2020年）231頁が、〈協働〉の概念に拠っ

ウ 協働の理念的要請と現実の国政執行

内閣が国会と協働し、違憲の法執行を避け、国民の基本的人権を侵害しないように国政を行なう要請は、日本国憲法が定める国制の構造から導かれる当為である。言い換えるならば、理念のうえでの要請であり、現実の国政執行が常に理念に遵うとは限らない。

現実の国政が当為のとおり運営される保障がない状況に直面する国民には、その主体的な選択により、この状況を克服する権利が認められなければならない。想定可能な方途として、一般的には、各議院へ「法律……の……廃止又は改正」を請願したり（憲法16条）、同旨の「言論、出版」をしたりすること（同法21条1項）が考えられる。基本的人権を侵害される当事者となった国民もまた、「損害の救済」（同法16条）を求めて請願や言論をするほか、司法裁判所に対し損害の救済を求めて訴訟の提起などを行うことができることは、いうまでもない（同法17条・32条参照）。

それと共に、強調されなければならない観点として、この局面に置かれる被害者たる国民の主体的な選択の契機の強調ということがある。ひとり司法裁判所における権利行使のみが考えられる方途であると考えれば、現実には常に政府が違憲状態の解消に十分な意を用いるとは限らず、応訴抗争する態度に出ることが小さくない蓋然性において予想されるなか、司法裁判所における権利行使に膨大な労力や費用を投ずる覚悟を強いる結果となる。内閣が国会と協働して違憲状態を解消することを期待して行動した国民に対し、それが奏功せず、結局は最高裁判所が法律を違憲と決定した段階になって司法裁判所に対し救済を求める者に対し不利益を課することは、国権の作用によって基本的人権を侵害された者に対し、追い打ちをかけるように裁判を受ける権利を否定する帰結にはほかならない。この帰結は、日本国憲法が定める国制の理解として、どのように評価されるべきであろうか。国民代表制、議院内閣制、そして司法権による基本的人権の擁護という各理念の組み合わせによって成り立つ統治の構造に著しく背馳するものであり、このような帰結を容認する国家体制は、けっして人々の信頼を克ちうるものとはならないであろう。

て立つ統治機構の体系的な描写を提示する。

エ 国民の権利保障の要請

国民は、違憲の疑いが濃い法律も受け容れなければならないという拘束を受けない。むしろ、「不断の努力」（憲法12条）によって、違憲の法律の執行に抗することが期待される。

国民が憲法尊重擁護義務を負うかどうかは論議がありうるとしても、法律の誠実執行義務を負わないことは、明らかである。その点において、内閣とは国制上の地位が決定的に異なる。

国民が違憲の法律に抗して行動する契機を憲法学は、〈実定法上の抵抗権〉の概念で整理する。もちろん、ここで抵抗権の行使とよぶものは、憲法秩序を離れ、私的な暴力を用いて法令の執行を妨げるような行動を指すものではない。その意味において「実定法上の」ものであり、「ともかくも一国の憲法秩序というものが全体としては存在し、そこでの公権的判定者——裁判所——が存在していることを前提としてなりたつ」ものにほかならない⁹⁾。

この事案に係る幾多の事件の訴訟も、理論的に整理するならば、この実定法上の抵抗権が行使される過程に位置づけられる。手術の当時にあつて既に旧優生保護法が違憲と評価されるべきであったという事態を踏まえ、これに抗して、あるいは司法裁判所に訴えを提起し、あるいは違憲の法律を除き適切な補償制度の創設を求めるために立法府に働きかけ、また、あるいは立法府への働きかけが功を奏さないとみられる情勢を見据えた後に司法裁判所への訴えの提起に赴き、こうして各人の選択に委ねられて様々にされる国民の「不断の努力」により個人の尊重を追求しようとする営みは、「国政上、最大の尊重を必要とする」（憲法13条）。

これらの考察を踏まえ、この意見書が提示する所見を図表に要約すると、つぎのようなものになる。

⁹⁾ 樋口・前掲注7) 312頁。

表 1

		法律が憲法に適合していないことが確定していない段階	法律が憲法に適合しないとする最高裁判所の決定がされた段階
政治部門 〈協働〉の契機への注目	国会	当該法律を改廃する責務を負い、また、現に基本的人権を侵害された国民に対し補償の制度を設けるなどする責務を負う。 〈憲法尊重擁護義務〉	現に基本的人権を侵害された国民に対し補償の制度を設けるなどする責務を負う。 〈個人の尊厳の最大限の尊重の国政への要請〉
	内閣	法律を誠実に執行する義務の理解として当該法律を改廃する議案を提案するなどの責務を負う。 〈憲法尊重擁護義務を踏まえた法律の誠実執行義務〉	そもそも法律の誠実執行義務がなくなる。 〈法律の誠実執行義務の解除〉
損害の救済を求める国民 〈実定法上の抵抗権〉の概念への留意		請願や言論により当該法律の改廃を求める。司法裁判所における損害の救済を求める。いずれを採るか国民が選択する。 〈主体的選択の尊重〉	法律が違憲であることが確定して法律上の障害がなくなり、また、執行義務がなくなった政府の応訴抗争が想定されず現実的な障害がなくなる。 〈裁判を受ける権利の確保〉

合憲解釈の原則

この段階で訴訟を提起する者に不利益がないよう民法 724 条後段を解釈する要請

（2）法律が憲法に適合しないとする最高裁判所の決定がされた段階

法律を含む法令が憲法に適合するかしないかを判断する権限は、最高裁判所が専有するものではない。上述のとおり、下級裁判所も、これを行行使することができる。

しかし、最高裁判所によるその判断は、単なる判断ではない。それは、法律が憲法に適合しないとする「決定」である（憲法 81 条）。最高裁判所が終審として旧優生保護法が憲法に適合しないと「決定」した時（憲法 81 条）、同法に係る内閣の誠実執行義務が「解除」される¹⁰⁾。附言するならば、法令の憲法適合性を判断する思考は、最高裁判所がするものであれ下級裁判所がするものであれ性質が異ならない。いずれも立法作用をするものではなく、法の解釈である。それにもかかわらず、最高裁判所がする判断を憲法が「決定」とよぶ意義は、ひとまず形式的意義を述べると、内閣の誠実執行義務を解くという国制上の展開に結びつくからであり、その意味における法の動態的な展開を看取することができる（下級裁判所の段階における思考の積み重ねが「終審」に辿り着く過程に見出されるべき実質的な動態的契機について、後述 4(7)において論及する）。

最高裁判所裁判事務処理規則 14 条は、ここに述べる国権の作用理解を前提とする手続を定めるものであると理解される。同条前段は、「法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判」を「したときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する」と定める。同条に基づき裁判書の正本が内閣に到達した時に、違憲とされた法律に係る内閣の誠実執行義務が解かれる（安西文雄ほか『憲法学読本』〔有斐閣、第 3 版、2018 年〕342 頁は、当時の刑法に存在した尊属殺重罰規定について法令違憲の判決〔最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁〕が言い渡された以後の検察実務の運用を紹介する。また、山野目『ストーリーに学ぶ——所有者不明土地の論点』〔商事法務、2018 年〕第 12 話は、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のそれとは異なるものと定めていた民法の規定が憲法に適合しないとする最高裁判所の判断において示された立法事実の変遷に係る時的要素の判示〔最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁〕を参酌して不動産登記の事務を執行するべき旨を指示する民事局長通達平成 25 年 12 月 11 日民二 781 号〔登記情報 54 卷 1 号 80 頁〕を紹介する。).

最高裁判所裁判事務処理規則 14 条が主題とする裁判は、「法律、命令、規則又

¹⁰⁾ 宍戸常寿『憲法——解釈論の応用と展開』（日本評論社、第 2 版、2014 年）288 頁。

は処分が憲法に適合しないとの裁判」である。すくなくとも現行の手続を前提とする限り、具体の事件に附随して法令の憲法適合性審査が行なわれるものであるから、裁判の主文において法令の憲法適合性が一般的に立言される事務は、想定し難い。ここにいう「法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判」は、裁判の理由において法令の規定を違憲とする説示をするものであると考えられる（この理を踏まえる本件事案の解決の在り方について、後述4(5)参照）。

裁判の理由において旧優生保護法が憲法に適合しないと決定する裁判を最高裁判所が終審としてする時まで、国会において法律が廃止されることを請願する行動をとっていた者は、非難されるべきであろうか。その時まで待つて訴訟を起こした者は、愚かであるとされるべきであろうか。これらの非難が正当とされるならば、それは、違憲の法律の下にある被害者が速やかに強靱な精神力をもって訴訟を起こし、違憲の法律が憲法に適合することを前提として争う国側との間で訴訟を迫る負担を強制されるに等しい。そのような〈現実的な障害〉の克服をすべての被害者に要求することが正義に適うものでないことは、明らかである。ここで〈現実的な障害〉として指摘するものには、後述4(2)において再び論及する。

なるほど、平成8年の母体保護法の法制により旧優生保護法が採用していた施策は大きく転換される。しかし、それが将来に向け政策を変更する意義をもつとしても、過去の政策が国民の基本的な人権を侵害する性格のものであったことは、この段階にあって、確定して明らかとはならない。実際、本件事案において、国の訴訟代理人が請求を認諾せず、応訴抗争する態度に出ることの背景には、この段階にあって事態が必ずしも明瞭に整理されていない事情が控える。被告となる国が請求を認諾したり訴訟上の和解に応じたりする結着が必ずしも期待されず、法令の憲法適合性を判断する終審の権限を有する最高裁判所に係属するまで訴訟が終局しないことが高い蓋然性において予想される状況のなかにおいて、そのような方途を選ばず、両議院や世論に訴えて事態を打開しようとする者があるとして、その態度は、十分にありうる合理的なものとして評価することができる。それは見方によっては、国民代表制の本来の機能を信頼することの帰結であるとすら評価される。

3 民法の除斥期間の規定の制限解釈

(1) 判例における制限解釈の実績の確認

最高裁判所の判例は、民法 724 条後段（平成 29 年法律第 44 号による改正前の規定）の適用により被害者の権利行使が制限される事態が著しく正義に反すると認められる場面について、同条の効果を制限する解釈を積み重ねてきた。民法 158 条の類推解釈に依拠したものとして最判平成 10 年 6 月 12 日民集 52 卷 4 号 1087 頁があり、また、民法 160 条の類推解釈という思考によるものとして最判平成 21 年 4 月 28 日民集 63 卷 4 号 853 頁がある（松久三四彦『時効制度の構造と解釈』〔有斐閣、2011 年〕416 頁以下・481 頁以下および同『時効判例の研究』〔信山社、2015 年〕427 頁以下・502 頁以下は、上記改正の前の 724 条後段の考察であり、また、山野目『民法概論 1—民法総則』〔有斐閣、第 2 版、2022 年〕338 頁・342 頁〔104〕〔105〕および同・前掲注 6) 488 頁〔136〕は、改正後の同条および 724 条の 2 の理解を講述する）。

これらの点の認識は、政府も共に有するところであり、「被害者の認識にかかわらず、一定の期間の経過によって不法行為に基づく損害賠償請求権が消滅することとして法律関係を早期に確定させるためである」ものとする 724 条の趣旨の確認のうえに、「除斥期間の経過にかかわらず、不法行為に基づく損害賠償請求権が消滅したとは言えないと判断された最高裁判所の判例としましては、二つのものが挙げられます。一つは不法行為。具体的には、予防接種が原因で被害者が判断能力を欠く状態となり、かつ除斥期間が経過したときには法定代理人を有していなかった場合に、その後就任した法定代理人が 6 か月以内に損害賠償請求権を行使したという事例でございます。もう一つでございますが、被害者を殺害した加害者が死体を隠匿したために被害者の相続人が被害者の死亡を知らず、相続人が確定しないまま殺害のとき〔議事録の原文のまま引用。「時」とすべき個所である。すぐあとの「とき」も異なる。〕から 20 年が経過した場合に、その後相続人が確定したときから 6 か月以内に損害賠償請求権を行使したという事案でございます」とされる¹¹⁾。

(2) 本件事案における制限解釈の要請

本件事案においても、違法な国権の発動により権利行使が遷延した者の権利

¹¹⁾ 当時の法務省民事局長小野瀬厚氏の答弁、令和元年 5 月 30 日参議院法務委員会。

行使を遮断してはならない。憲法 17 条に基づく賠償請求権の保障は、同条にいう不法行為の概念や要件などに関し民法の規定するところなどを待ち、そこからの内容形成を得て保障内容の細部の輪郭が定まる側面があることは、たしかである。それと共に、しかし憲法の最高法規性を踏まえる国法形式の上下関係に留意して考察するならば、同条の保障内容が専ら民法などの定めるところの機械的な解釈理解に拘束されて定まるとみることは、背理である。同条は、違法な公務員の行為について、地方公共団体を含む広い意味における公権力が賠償責任を負う原理を現在および将来の国民に対し保障するものである。

したがって、民法 709 条およびそれに附属する性格をもつ同法 724 条など諸規範の意義理解は、合憲解釈の原則に照らし、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。本件事案を考察するにあたっては、不妊手術がされた時、その根拠とされた法令である旧優生保護法が憲法に適合しないことが国制上当然のこととしては確定されていなかった、という特徴的な経過が常に顧みられるべきである。

要して述べるならば、不妊手術がされた時、手術の根拠となる法令が違憲であることは、確定していなかった。このような特徴をもつ事案について民法 724 条後段を漫然と機械的に適用する解決は、著しく合理性に欠ける。

旧優生保護法は、国会が制定して内閣（政府）が執行したものであり、適時に同法を改廃すると共に十分な補償の制度を創設するなどの措置をとらない状況を殊更に放置し、そのために被害を受けた国民において権利の行使、回復をするについて困難がもたらされたにもかかわらず、除斥期間の経過を理由として国が損害賠償の責任を免れるとするならば、それは、著しく正義、公平の理念に反する。このような場合においては、被害を受けた国民の権利を保護するため民法 724 条後段の効果を制限することが、条理に適うと考えられる。

4 解釈論的提言

(1) 考え方の基本指針

以上の考察を踏まえ、本件事案の解決に関し、適切であると考えられる解釈論的提言の基本的な考え方を提示するならば、政府の行為により違法な国権の発動により権利行使の可能性を確信することができない状況が作出され、そのために不法行為の時から 20 年が経過した場合において、その政府の行為が憲法に

適合しないとする公権的判断が提示されて当事者が救済されることとなった時、すなわち、最高裁判所が旧優生保護法をもって憲法に適合しない旨の決定をし、国家賠償請求が認容されるべきである旨の裁判をした時から6か月以内に被害者が公務員の違法な行為に基づく損害賠償請求権を行使したという特段の事情があるときは、民法159条および160条の法意に照らし、同法724条後段（平成29年法律第44号による改正前の規定）の効果が生じないものと解することが相当である。

（2） 題材とする時効停止の民法の規定の考察

あらためて民法が用意する時効の停止（平成29年法律第44号による改正後の規定によるならば時効の完成猶予）の規定を検討すると、まず、同法159条の規定は、夫婦間の権利行使に関する権利行使の〈現実的な障害〉を考慮する趣旨に基づく。すなわち、「夫婦関係継続中は相互に権利行使することが事実上困難である」ことに着眼する規定である¹²⁾。配偶者に対し訴訟を提起するなどの権利行使が法律的に禁じられるものではないが、それが、破綻していない夫婦の間においては現実において考えにくいという事情を考慮するものにほかならない。

この状況は、違憲の法令の執行として基本的人権を侵害される被害を受けた者が、最高裁判所によるその旨の決定がされる時まで、司法裁判所に訴訟を提起して権利を行使する可能性が否定されるものでないと共に、その権利行使に係る労力や費用をすべての当事者に要請することが必ずしも現実的でなく（前述2(2)）、これと併せ、各議院への請願などにより当該法令の改廃および補償制度の創設を提唱する政治行動を通じて被害者の権利利益を実現する方途が存在する関係にあることとの間において、本質的な類似性を有する。

また、同法160条の規定は、相続人が相続財産についてする権利行使に係る〈法律上の障害〉を考慮する趣旨に基づく。その障害とは、「相続財産に関して管理権を有する者が未確定」であるという事情¹³⁾にほかならない。関係人において相続人として相続財産の権利義務を包括的に承継する者が既判力を伴って確定していない段階において、相続債権者として自分が相続人であると信ずる者に対し権利行使を試みることを妨げられないとしても、その権利行使の相

¹²⁾ 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）549頁。

¹³⁾ 河上・同所。

手方とされる者が法定単純承認の成否を争ったり、第三者から親族関係を否定されて相続人であることが確定しない状況が生じたりするなどの権利行使上の障害が想定される。理論上、利害関係人として相続財産の管理人の選任を裁判所に請求することが可能であるとしても、裁判所が迅速に請求を認容する審判をする制度上の保障もない。そこで、この局面においては、時効の完成に関し、特別の考慮が要請される。

違憲の法律の執行という局面においても、内閣が負う法律の誠実執行義務が当該法律の憲法不適合を理由として確定的に解かれる段階に至っていない状況において、国家賠償請求の相手方である国が応訴抗争する態度に出ない制度上の保障がなく、国家賠償請求に係る権利行使に障害がある。そこで、民法 160 条が主題とする局面は、違憲の法令の執行として基本的人権を侵害される被害を受けた者が、終審としてされる法令の憲法適合性の判断が与えられ、その判断が公権的に確定した段階から猶予の期間を設けて被害者の権利利益を実現する方途を保障すべき関係にあること（前述 1）との間において、本質的な類似性を有する。

(3) 解釈論的提言の法律解釈方法論上の性質

そこで、本件事案における民法 724 条後段の適用関係においては、同法の 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。ここで採られるべき法律解釈の方法は、「複数の規定を操作する総合類推」であり、「法類推」とよばれるものである¹⁴⁾。

(4) 停止期間の間に望まれる権利行使に係る措置の具体的検討

損害賠償請求権を行使する者が 6 か月以内にすることが期待される権利行使に係る措置は、民法 724 条後段の効果を排除するという解釈操作の趣旨性質に照らし、除斥期間でなく時効に関し用意されている仕組みが参考に値するとしても、それが必ずしも決定的な意義を有するものではない。時効停止の規定を引き継いだ時効の完成猶予の規定を参考にして、6 か月が経過する前に「裁判上の

¹⁴⁾ 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）43頁。

請求」(平成 29 年法律第 44 号による改正後の民法 147 条 1 項 1 号)をする場合において、同法 724 条後段の効果が生じないものと考えことに障害はない。

くわえて、長い年月を経た後に過去の法令を違憲とする裁判がされた場合の当事者の救済という事態の性質に即した解釈が構成されなければならない。形式的には合法的な法令の執行としてされた加害行為の被害を受けて歳月を経た当事者は、あらためて時的因子を含む事実の精密な経過を思い起こし、証拠を収集して訴訟を提起することに時日を要することが容易に想像される。したがって、権利行使をしようとする者は、6 か月が経過する前に損害賠償を請求する意思を裁判外で明確に告げることで足りると解すべきである（損害賠償を請求する意思を明確に告げる、という概念は、曖昧なものでなく、裁判実務上操作可能な概念である。最判平成 4 年 10 月 20 日民集 46 卷 7 号 1129 頁参照。）。

(5) 解釈論的提言の結論

ここまでの考察を補うならば、最高裁判所が、旧優生保護法が憲法に適合しない旨を決定し、この判断に基づき国家賠償請求が認容されるべきである旨の裁判をした場合において、その裁判の要旨が官報に公告された日の翌日を初日として起算される 6 か月が経過する前に、被害者が公務員の違法な行為に基づく損害賠償請求権を行使するため裁判上の請求をし、または損害賠償の請求をする明確な意思を告げたという特段の事情があるときには、民法 159 条および 160 条の法意に照らし、同法 724 条後段（平成 29 年法律第 44 号による改正前の規定）の効果が生じないものと解することが相当である。

なお、旧優生保護法が憲法に適合しない旨を決定し、この判断に基づき国家賠償請求が認容されるべきである旨の裁判とは、この旨を理由において一般的に立言する裁判であることを要し、また、それで足りる（前述 2(2)参照）。損害賠償の請求を認容して事案を終局させるにあたり、損害の存否、内容、数額などについて審理を尽くす必要があるために事件を原裁判所に差し戻す旨の裁判がされる場合においても、ここで述べる法理が働くべきである。差し戻しを受けた原裁判所は、最高裁判所が提示する上記の一般的な立言に係る判断に拘束される（裁判所法 4 条）。

(6) 適用例

この解釈論的提言を前提とする際には、想定される事実の経過に即し、法律関係は、つぎのようなものになる。

ア 適用例その1——本件事案のように既に訴訟の当事者となっている場合

最高裁判所の裁判から6か月が経過する前に権利行使をする、という概念は、その裁判の前に既に権利行使を始めている、という事態を当然に論理的に包含する。6か月が経過する前に、ということは、字義どおり6か月が経過する前であればよいものであり、6か月が経過する前で、かつ最高裁判所の裁判から後で、という時期に限るものではない。既に国家賠償請求の訴訟を提起し当該訴訟が係属している場合において、民法724条後段の効果が生じないことは既に確定している。したがって、その後に最高裁判所の裁判から6か月が経過する日が到来するとしても、その経過は、既に係属している各訴訟の審理に何ら影響するものではない。

イ 適用例その2——除斥期間の起算点に関する考察を続けることの重要性

本件事案の適切な解決を志向し、どのように民法724条後段の20年の期間が進行を始める時を見定めるか、という論点は、ひきつづき考究が積み重ねられなければならない（この観点から見て、松本克美「民法724条の『不法行為の時』の解釈基準と『損害の性質』に着目した不法行為類型」立命館法学385号242頁（2019年）が重要な文献であり、山野目「2020年学界回顧／民法（財産法）」法律時報92巻13号〔2020年〕67頁が、その学説史上の意義を説く。）。

このような解釈論的な考察の成果として、20年が未だ経過していない段階で権利行使が始められたと認められる事案においては、上述(5)において提言する法理の適用を待つまでもなく、民法724条後段の効果は生じない。この事理は、日本の民法が採用する時効停止ないし時効の完成猶予が「完成猶予」型の停止概念であること¹⁵⁾に思いを致すならば、当然である。もちろん、その場合において、その後に最高裁判所の裁判から6か月が経過する日が到来するとしても、その経過は、既に始められている権利行使に何ら影響するものではない。

¹⁵⁾ 松久・前掲『時効制度の構造と解釈』529頁。

ウ 適用例その3——将来において権利行使をすることになる当事者

最高裁判所がした裁判の後に権利行使を始める場合において、その権利行使として6か月が経過する前に裁判上の請求をするときに、その権利行使が妨げられないことは、明らかである。また、損害賠償の請求をする明確な意思を告げる場合も、同様である。実際の事件処理としては、被害者またはその代理人が、追って提起する訴訟の請求原因において加害行為の経過、損害とその数額を主張立証することとし、さしあたり過去に受けた手術に係る損害の賠償を請求する意思を有する旨を法務局の訟務の部署に伝えることなどが考えられる（国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律1条、法務省設置法4条1項31号・18条1項、参照）。

(7) 比較憲法的に見た本件事案の意義

日本の憲法適合性審査制は、比較憲法的にみて、民事や刑事の通常の訴訟を扱う機関がその解決のなかで個別具体の事件に即して法令の憲法適合性の判断をするところに特徴がある。従来論議は、この特徴に対する評価として、法令の憲法適合性の審査を抽象的にすることができず、裁判所が個別具体の事件においてしか同審査をすることができない、という帰結を強調してきた。その理解は、誤りではないが、そこをのみ注視することは、日本の司法裁判所が積み重ねてきた戦後の違憲審査制の実相を見誤らせる。日本の裁判所は、法令の憲法適合性の判断から得られる帰結を個別具体の事件の解決においても実効的に実現することができる。

外国と比べてみよう。ドイツの連邦憲法裁判所もそうであるが、抽象的な違憲審査をするフランスの憲法院は、判決の主文において、ある法律案の規定が「憲法に適合する」か「憲法に適合しない」かのみを宣言する。共和国大統領が審署する前の事前の抽象的違憲審査においては、もともと具体の事件が存在しないから、このことは自明である。フランスに事後的な違憲審査が導入された後¹⁶⁾は、通常審級の裁判所から憲法判断の争点を送付された憲法院が、主文において違憲判断に係る適用要件や経過措置を宣示して事件処理に示唆を与え、それを受

¹⁶⁾ 井上武史「憲法院への事後審査制の導入とその統治機構への影響／憲法院と破毀院との解釈権論争を例として」日仏法学28号1頁（2015年）参照。

ける通常審級の裁判所が現実具体的に事件を処する、という機関間のハーモニーの工夫を要する。

これに対し、日本の裁判所は、このハーモニーの迂路を経ることなく、自ら事件処理の処方を示す。法令や訴訟手続に係る違憲判断に組み合わせて民事や刑事の法令の解釈を施し、当該の個別具体の事件において、そこでの解決を提示しなければならず、また、提示することができる。憲法 37 条 1 項の裁判の迅速性の要請に背馳した事件処理を個別具体的に扱った裁判所は、実体的訴訟条件を欠くものとして免訴を選ぶという創造的解釈を発見し、そのように処した（最大判昭和 47 年 12 月 20 日刑集 26 卷 10 号 631 頁、高田事件）。共有物の分割を不当に制限する法令の規定が憲法 29 条 1 項の財産権の保障に抵触すると思料した裁判所は、民法 258 条の解釈を工夫し、いわゆる全面的価格賠償を許容する要件を提示して、事件当事者のために現実に適切な共有物分割の可能性を開いた（最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁、森林法違憲判決）。

これらの実例は、憲法 81 条が「終審」であることを念押しして法令審査の在り方を立言することが、単に訴訟手続上の最終審であるという形式的な意義をもつにとどまらないことを教える。最高裁判所が終審として示す「決定」は、そこへ辿り着くまで、下級裁判所における検討に参画した人々、すなわち当事者はもちろん、それを援ける訴訟代理人、それらの主張を聴く裁判官らの努力の結晶にほかならない。これらの人々があり、それら「創造の担い手」の営為の蓄積こそ、憲法秩序を構築する実質的な動態的契機を提供する¹⁷⁾。

本件事案もまた、旧優生保護法の規定が憲法に適合していなかったという判断と共に、その判断の当該事件における実効的な反映は、民法 724 条後段の適切な解釈を探求することにより十分に可能である。その意味において、本件事案は、世界的にも興味ある違憲審査制を展開してきた日本の国制の「名誉ある実験」¹⁸⁾に一つの実績を加える機会である。

¹⁷⁾ 藤田宙靖『行政法学の思考形式〔増補版〕』（木鐸社、2002 年）412 頁。

¹⁸⁾ 樋口陽一『憲法』（勁草書房、第四版、2021 年）473 頁。