

# ○論説：旧優生保護法の違憲性及びその下で優生手術を受けた被害者への救済立法不存在の違憲性及びに国家賠償法上の違法性について

青井未帆\*

## 目次

はじめに

### 第1章 旧優生保護法の違憲性及び優生手術被害者への救済立法不存在の違憲性

- (1) 旧優生保護法の違憲性
  - (ア) 旧優生保護法における優生目的について
  - (イ) 恣意的運用を許すものであったこと
- (2) 救済立法不存在の違憲性
  - (ア) 特別な賠償立法不存在の違憲性について
  - (イ) 損失補償立法不存在の違憲性について
- (3) 違憲判断に踏み込むべきこと

### 第2章 立法行為違憲国賠訴訟

- (1) 憲法訴訟の受け皿としての立法行為違憲国賠訴訟
- (2) 違憲確認訴訟的展開について
  - (ア) 論理の展開
  - (イ) 新たな特徴

### 第3章 国家賠償法上の違法性

- (1) 立法行為の違法性
  - (ア) 時の経過を踏まえるまでもなく違憲・違法
  - (イ) 時の経過を踏まえて
- (2) 立法不作為の違法性
- (3) 内閣の法律案不提出の違法性

おわりに

---

\* 学習院大学大学院法務研究科教授

## はじめに

本意見書は、旧優生保護法（昭和23年法律156号、1996年に一部改正し、名称も母体保護法（平成8年法律156号）となる。以下、本法とすることがある。）の違憲性及びその下で行われた優生目的による不妊手術及び人工妊娠中絶手術（以下、優生手術とまとめることがある。）の被害者への救済立法の不存在の違憲性並びに国家賠償法（以下、国賠法上とする。）の違法性について、主に論ずるものである<sup>1</sup>。

本件においては、過去のある時期に我が国に存在した優生規定に基づく優生手術の被害者に対して、裁判所がいかなる救済を与えることができるのかが問われている。優生手術は人権という考えそのものの基礎にある個人の尊重原理に関わっており、憲法第13条の中核を否定する問題と位置付けられるべきであろう。優生手術の被害者が謝罪や金銭等による救済を受けることができないままに留め置かれていることは、とうてい正義・公平にかなうものではない。本法にまつわる強度の人権侵害性を踏まえるに、裁判所は違憲と断じるべきであり、司法的な救済の対象とすべきである。

もっとも、本件には、いかなる権利の侵害として、いかなる法律構成により国の責任を問うべきかが、必ずしも自明ではない側面がある。裁判所におかれては、どのような違憲・違法の主張が最も本件で問われる不法への救済の議論として適しているか、慎重に判断されたい。

\* \* \* \* \*

要旨及び構成は以下の通りである。

## 第1章 旧優生保護法の違憲性と救済立法不存在の違憲性

第1章は、本件に関わる違憲性を2つに分け、それぞれについて詳論する。第1は旧優生保護法の違憲性であり、第2は救済立法がなされていないという

---

1 本稿は、平成30年10月18日に仙台地方裁判所第2民事部に提出した、いわゆる強制不妊訴訟（平成30年（ワ）第76号、同第581号）に係る意見書である。

立法不作為のもたらす違憲性である。

### (1) 旧優生保護法の違憲性

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こと」（第1条）を目的の一つとして掲げていた。旧優生保護法を、障害者等が自己決定権の行使としての不妊手術や人工妊娠中絶手術を受けるための手続を定めた法として理解する余地はない。優生目的を掲げていた点で、違憲であったと断ぜざるをえない。日本国憲法は、価値の源泉を個人に置き、すべての個人が等しく尊重されることを謳っている（第13条）。本法は優生思想に基づき、個人を個人として尊重するものでないことを憚りもなく前提にしていた。それは人が人権を有することの意味を突きつける問題である。我々の目が曇っていたが故に本法の違憲性が最近に至るまで取りざたされることがなかったが、旧優生保護法の優生目的は、日本国憲法の下で決して許されるものではなく、そもそも立法されたこと自体が客観的に違憲であった。旧優生保護法の母体保護法への改正はすなわち、優生条項がそれ自体誤ったものであったことを国が認めたに等しいと言うべきである。

### (2) 救済立法不存在の違憲性

違憲の優生条項が削除された時点で、長期間に亘り存在した旧優生保護法下での極めて特殊な損害に対し、法の執行状況の調査と被害の実態を解明した上で、特別な賠償立法をなすべき立法責務が生じたというべきであり、かかる立法の不存在という状態につき、違憲という憲法的評価がなされるべきである。

あるいは、仮に「合憲合法」として「公益」のため優生手術が行われていたことを前提としたとしても、社会全体の利益のために特定の個人に特別な犠牲を強いたことへの補償がなされることは、憲法第13条の保障する「特別な犠牲を強いられない権利」の要請であった。潜在的に被害者が有していたこれらの補償請求権に照らせば、特別な賠償立法がなされない以上、少なくとも優生条項の廃止はかつての手術への補償立法と共になされなければなら

なかったはずである。そこで今日なお続いている具体的な補償立法が不存在という状態につき、違憲という憲法的評価がなされるべきである。

## 第2章 立法行為違憲国賠訴訟

### （1）立法行為違憲国賠訴訟

本件に対する司法的救済を図る形式として、立法行為（立法不作為を含む。）を対象としその違憲性を争う国家賠償訴訟（以下、立法行為違憲国賠訴訟とする。）が適している。裁判所から憲法判断を得る訴訟形式に限りのある我が国で、立法行為違憲国賠訴訟は、本来的な損害の填補機能のみならず違憲確認訴訟に類似した機能をも果たしうる形式として、一定の法理論的な展開を遂げてきたと理解することができる。本件は、損害の金銭による填補に止まらず、立法行為及び立法不作為そのものの違憲性判断を正面から問う訴訟であり、これまでの判例法理の蓄積と知見が活用されるべきである。

### （2）国賠法上の違法性

国賠法上の違法性については、次の3つの主張が考えられる。

第1に、そのような立法を制定したという立法行為は国賠法第1条第1項の適用上、違法と評価されるべきである（立法行為の違法性）。

第2に、違憲な旧優生保護法下で発生した極めて特殊な損害に対する特別な賠償立法がなされていないという立法不作為は、違法と評価されるべきである（立法不作為の違法性）。

第3に、旧優生保護法が長きに亘って「合憲合法」として執行されていたことを仮に前提とするとしても、原告らの被った損失に対して補償立法がなさないままであるという立法不作為は、違法と評価されるべきである（立法不作為の違法性）。

また、これら立法不作為につき、内閣の救済法案未提出は国賠法第1条第1項の適用上、違法と評価されるべきである。

以上

## 第1章 旧優生保護法の違憲性及び優生手術被害者への救済立法不存在の違憲性

本意見書では、本件が次の2つの点で甚だしく違憲であることを指摘したい。

第1は、旧優生保護法の違憲性であり、第2は、救済立法がなされていないという立法不作為のもたらす違憲性である。

### (1) 旧優生保護法の違憲性

#### (ア) 旧優生保護法における優生目的について

イギリスの科学者Francis Galtonにより提唱された優生学（Eugenics）は各国に大きな影響を与えた。先端的な医療技術の進む今日、優生学的な発想の残滓に対してどのように向き合うかは、必ずしも顕在化しているわけではないが、多くの国に問われているところと言える。我が国の旧優生保護法についてもその思想的背景を確認することが重要である<sup>2</sup>。

昭和23（1948）年に、ナチス・ドイツの断種法を手本にしたとされる国民優生法（1940年）を改正し、旧優生保護法が制定された<sup>3</sup>。復員兵士や難民の増加に基づく、食糧難、住宅難、生活難への対策の一環として、人口抑制が緊急の課題とされたことに基づく。第二次世界大戦中は国策として人工妊娠中絶禁止が採られていたが、これを軌道修正するには、同時に産児制限による「弊害」——法案提出者の言葉を使えば「民族の逆淘汰」——を正さなければならぬとの発想の下に起案されている。

法案提出者・谷口弥三郎によれば、法案の目的は次の通りである。

「子供の将来を考えるような比較的優秀な階級の人々が普通産児制限を行い、無白覚者や低脳者などはこれを行わんとために、国民素質の低下即ち民族の逆淘汰が現われて来る虞れがあります。現に我が国におい

2 各国の状況と今日的な問題の指摘として、米本昌平=松原洋子=棚島次郎=市野川容孝『優生学と人間社会』（講談社現代新書、2000年）など。

3 優生保護法について、末広敏昭『優生保護法 基礎理論と解説〔新版〕』（文久書林、1984年）、優生手術に対する謝罪を求める会編『優生保護法が犯した罪 子どもをもつことを奪われた人々の証言〔増補新装版〕』（現代書館、2018年）など。

てはすでに逆淘汰の傾向が現われ始めておるのであります。・・・従つてかかる先天性の遺伝病者の出生を抑制することが、国民の急速なる増加を防ぐ上からも、亦民族の逆淘汰を防止する点からいつても、極めて必要であると思しますので、ここに優生保護法案を提出した次第であります。<sup>4</sup>」。

そして旧優生保護法第1条は、「この法律は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護することを目的とする。」と定めていたのであった。「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止することについては、法案説明の際に、「優生学的見地に立つて将来における国民素質の向上を図る」ことと説明されている<sup>5</sup>。国会での議論で、第1条にいう「不良な子孫」とは何かという質問があり、これに対しては、優生上の見地からの不良であり、悪質な遺伝性の疾患を指す旨の答弁がなされていた<sup>6</sup>。

しかし旧優生保護法は、数次の改正を経て非遺伝的な疾患にも優生手術の対象が広げられた。むしろ国民優生法よりも優生に関する規定が強化されたのであったのであり<sup>7</sup>、これらが日本国憲法下で行われたことには衝撃を覚える。

制定時の議論やその後の運用、そしてこれまでの議論状況を見るに、「不良な子孫」の発生を防ぐという優生目的自体は、どこか当たり前のように受け止められてきたふしもある<sup>8</sup>。しかしながら、人口抑制という政策のために、国

4 参議院厚生委員会会議録13号・昭和23年6月19日。

5 参議院厚生委員会会議録13号・昭和23年6月19日（谷口弥三郎）。

6 参議院本会議会議録52号・昭和23年6月23日など。

7 松原洋子「日本—戦後の優生保護法という名の断種法」米本昌平=松原洋子=棚島次郎=市野川容孝『優生学と人間社会』（講談社現代新書、2000年）186頁以下。松原によれば、「優生保護法はナチス断種法とは別の系譜に位置して（おり）」、優生保護法は「生殖規制対象を非遺伝性疾患にまで拡大する非ナチス断種法系の優生法の系譜」にあったという。

8 たとえば、法学協会編『注解日本国憲法上巻』（有斐閣、1948）249頁では、優生保護法の前身である国民優生法について、「社会福祉の向上及び増進としては、年少者についての児童福祉法（昭和22年法164）も、この反面をもつものであり、一般的な体位の向上或いは優良化を期する国民医療法（昭和17年法律70）或いは国民優生法（昭和15年法107）等がこれに属する。」と説明していた（旧字体を新字体に改めた。）。それにしても、このような著しい人権侵害が、なぜ今日まで問題にされなかったのか。

家が「不良」と考える人間類型につき不妊手術や人工妊娠中絶を定め、場合によっては本人の意思に反しても強制的に優生手術を行ったことを考えるなら、「子を産み育てる権利」という「人間存在の最も根源に据えるべき自然権<sup>9</sup>」を奪うものであり、自己決定権の中核を否定するものであったと言わざるを得まい<sup>10</sup>。つまり、「不良」な因子をもつ人間の存在を否定するに等しい発想である。

かつて熊本地裁判決はハンセン病患者を強制的に隔離した政策について、「憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するもの」と位置付けた<sup>11</sup>。また人格権については、大飯原発差止訴訟において福井地裁判決が、「個人の生命、身体、精神及び生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体が人格権であるということが出来る。人格権は憲法上の権利であり(13条、25条)、また人の生命を基礎とするものであるがゆえに、我が国の法制下においてはこれを超える価値を他に見出すことはできない。」と位置付けている。人格権の憲法上の保障内容については、依然として解明の途上にあるとはいえ、人格において対等な諸個人の有する子どもをもうけることへの根源的な権利は、その保障範囲の内に当然に含まれるものというべきであろう。

今日から振り返れば、優生目的を掲げる本法の存在そのものが、人格権を基礎付ける個人の尊重原理に深く抵触し、甚だしく違憲（第13条）であったと言わざるを得ない。

---

不明を恥じるよりほかない。憲法学者からの発言として棟居快行「優生保護法と憲法学者の自問」法時90巻9号（2018年）1頁以下など。

9 渋谷秀樹「生殖の自由」立教法務研究6号（2013年）115頁。

10 憲法13条の自己決定権について、代表的な学説はその内容を次のように説明している。  
(1) リプロダクションの自己決定権、(2) 生命・身体の処分に関する自己決定権、(3) ライフスタイルの自己決定権（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）394頁、405-406頁）、(1) 自己の生命・身体への処分にかかわる事項、(2) 家族の形成、維持にかかわる事柄、(3) リプロダクションにかかわる事柄、(4) その他の事柄（佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）188頁など）。

11 熊本地判平成13・5・11判例時報1748号30頁。

（イ）恣意的運用を許すものであったこと

さらに、本法の中心をなす優生手術（第2章）や人工妊娠中絶手術（第14条）は、「不良な子孫」とみなされる者が出生しないことを漏らさずに確保するための広範で網羅的な仕組みを定めており、かつそれは恣意的な運用を許すものであり、身体的侵襲性の極めて高い不妊手術及び人工妊娠中絶手術の被害を徒らに拡大させた。

（i）本法によれば、優生手術は、本人の意思に基づく場合（第3条）と本人の意思に関わりなく行われる場合（第4条以下）に分けられていた。

第3条は次の通りである。

「第3条 医師は、左の各号の一に該当する者に対して本人の同意並びに配偶者（届出をしないが事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む、以下同じ）があるときはその同意を得て、優生手術を行うことができる。但し未成年者、精神病患者又は精神薄弱者については、この限りでない。

一 本人若しくは配偶者が遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患若しくは遺伝性奇形型を有し、又は配偶者が精神病若しくは精神薄弱を有しているもの。

二 本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が、遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性畸形を有しているもの。

三 本人又は配偶者が、癩疾患に罹り、且つ子孫にこれが伝染する虞れのあるもの。

四 妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼす虞れのあるもの。

五 現に数人の子を有し、且つ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下する虞れのあるもの。

2 前項第四号及び第五号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による優生手術を行うことができる。

3 第一項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる。」

第3条第1号及び第2号には「遺伝性精神病質」、「遺伝性身体疾患」、「遺伝性奇形」といった漠然とした用語しか用いられておらず、すなわち第3条に基づく手術の対象が無限定であったに等しい。これは、問題があるとはいえ少なくとも別表で病名が挙げられていた第4条との大きな違いである。同意をもって優生手術を行うことが可能となってしまうのであるから、真に本人の意思に基づく自己決定権の行使の結果であることが正しく確保されることが不可欠である。しかし、本法にはこれを担保する仕組みが備えられていない。実際のところ、被害者らの訴えはそのことを裏づけている<sup>12</sup>。

さらに第3条第3号では、本人または配偶者が癩疾患（ハンセン病）にかかり子孫に伝染するおそれがあるものとされているが、そもそもハンセン病は遺伝性疾患ではなく、本法が掲げる目的すらも超える規制であった。

(ii) 本人の意思と関わりなく優生手術を行う場合は2つあり、第1に本法第4条に基づき本法別表に掲げる疾患について「医師の認定」と「優生保護審査会の審査」により行う場合である。そして第2に、本法第12条に基づき、別表以外の精神的疾患について「医師の認定」と「保護義務者の同意」と「優生保護審査会の審査」により行う場合であった。

別表は下記の通りであり、精神的疾患及び身体的疾患について極めて広い範囲の疾病が対象となっている<sup>13</sup>。いかなる基準でこれらの疾患が挙げられているのかその医学的根拠は分からないが、法案提出の理由説明においては、

12 前掲・熊本地裁判決は、昭和30年代まで、ハンセン病患者夫婦に施設入居の条件として優生手術が求められていた点について「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」と判示している。

13 これについて、「子孫へ伝えては困るとする遺伝性疾患とそうでないものの判断基準が不明瞭」との指摘として、末広・前掲書30頁。また同著では「第4条をよくみると、はたして遺伝学、優生学とは何なのかと考えさせられます。優生因子のみ伝えられ劣勢は徐々に抹消され、あたかもナチスドイツ的思考につながりはしまいかという懸念さえおぼえます。」と指摘されている（同）。

次のように説明されていた。

「第四条以下のいわゆる強制断種の制度は社会生活をする上に甚だしく不適応なもの、或いは生きて行くことが第三者から見ても誠に悲惨であると認めらるもの」に対しては、優生保護委員会の審査決定によつて、本人の同意がなくても優生手術を行おうとするものであります。これは悪質の強度な遺伝因子を国民素質の上に残さないようにするためには是非必要であると考えます。<sup>14</sup>」。

すなわち、そこに示された強制不妊手術の対象の基準は、日本国憲法の下でおよそ説明として成り立たないものであったといえる。しかし、これについて国会で特段の議論はなされなかった。

## 別表

- 一 遺伝性精神病
  - 精神分裂病
  - そううつ病
  - てんかん
- 二 遺伝性精神薄弱
- 三 顕著な遺伝性精神病質
  - 顕著な性欲異常
  - 顕著な犯罪傾向
- 四 顕著な遺伝性身体疾患
  - ハンチントン氏舞蹈病
  - 遺伝性脊髄性運動失調症
  - 遺伝性小脳性運動失調症
  - 神経性進行性筋い縮症
  - 進行性筋性筋栄養障がい症
  - 筋緊張症

---

14 参議院厚生委員会会議録13号・昭和23年6月19日（谷口弥三郎）。

先天性筋緊張消失症  
先天性軟骨發育障がい  
白児  
魚りんせん  
多発性軟性神経纖維しゆ  
結節性硬化症  
先天性表皮水ほう症  
先天性ポルフィリン尿症  
先天性手掌足しよ角化症  
遺伝性視神経い縮  
網膜色素変性  
全色盲  
先天性眼球震とう  
青色きよう膜  
遺伝性の難聴又はつんぼ  
血友病

##### 五 強度な遺伝性奇型

裂手、裂足  
先天性骨欠損症

以上の別表に該当する疾患については第4条において、そしてそれ以外の精神的疾患については第12条において、強制不妊手術が定められていた。

第4条は次の通りであった。

「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、都道府県優生保護審査会に優生手術を行うことの適否に関する審査を申請しなければならない。」

整理すれば、医師は（1）別表に掲げる疾患に罹っているかの確認、（2）遺伝防止のために優生手術を行う必要があるかに関する判断、（3）優生手術を行うことが公益上必要であるかに関する判断を行うことになる。

しかし（2）や（3）を医師が判断しうるものか。これは純粹に医学的な判断を超えるのであり、医師からの申請の段階でこのような判断を求めることは、結局は、（1）の判断をしさえすれば（2）（3）については実質的な判断をすることなく、申請に至ることにもなりかねない。強制不妊手術という極めて身体侵襲性の高い、人権侵害の甚だしい手術をすることが仮に許されるとしても、十分に公正で適正な手続が採られることは最低限必要であったはずであるが、申請の段階からして、これに悖る手続きとなっていたと言わざるを得ない。

手続的公正について旧優生保護法では、都道府県優生保護審査会による審査（第5条）、公衆衛生審議会による再審査（第7条）、関係者の審査に関する意見の申述（第8条）、公衆衛生審議会の決定に対する訴の提起という手続を定めることにより問題を克服しようとしていた。しかし、詳細な実態解明の調査を待たなければならないが、濫用を防ぐ制度設計となっていたか、大いに疑問である。被害者の体験は、手続的公正さや適正さが担保されていなかったことを示しているものと言えよう<sup>15</sup>。

第12条及び第13条は、遺伝性以外の精神病者等に対する優生手術適否の手続についての規定であり、次のように定めていた。

第12条「医師は、別表第1号又は第2号に掲げる遺伝性のもの以外の精神病又は精神薄弱に罹っている者について、精神保健法（昭和25年法律第123号）第20条（後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護義務者となる場合）又は同法第21条（市町村長が保護義務者となる場合）に規定する保護義務者の同意があった場合には、都道府県優生保護審査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

15 前掲・『優生保護法が犯した罪』所収の証言ほか。

ことができる。」

第13条1項「都道府県優生保護審査会は、前条の規定による申請を受けたときは、本人が同条に規定する精神病又は精神薄弱に罹っているかどうか及び優生手術を行うことが本人保護のために必要であるかどうかを審査の上、優生手術を行うことの適否を決定して、その結果を、申請者及び前条の同意者に通知する。」

ここでは第4条と異なり、医師は先に挙げた(3)の公益上の必要性の判断をすることなく、保護義務者の同意があった場合には優生手術の適否に関する審査を申請できる。精神病又は精神薄弱とは、つまり意思能力がない場合であるが、定義上、遺伝性ではない疾患について、公益上の必要性を問うこともなく、「本人保護のために必要であるか」という審査を経て優生手術を行うというのであるから、第4条の場合以上に厳格な手続き的な公正さや適正さを必要としたはずである。しかし、本法はこの点に関する配慮に欠けていた。

さらに、仮に以上の第4条および第12条の優生手術については一定程度の手続きが法律上用意されていたと言えるとしても、運用において本人の利益が適正に反映されることへの配慮が欠けていた。審査を要件とする優生手術について、昭和28年6月12日厚生省発第150号厚生事務次官通知「優生保護法の施行について」によると、これは「本人の意思に反してもこれを行うことができるもの」であり、所定の手続きを経た上で行われなければならないとはいえ、「真にやむを得ない限度において身体の拘束、麻酔薬施用又は欺罔等の手段を用いることも許される場合があると解しても差し支えない。」とされていたのである。

### (iii) 人工妊娠中絶

また、旧優生保護法第14条第1項第1号ないし第3号は、遺伝性疾患と癩疾患を理由とする人工妊娠中絶を定めており、同条第3項は「人工妊娠中絶の手術を受ける本人が精神病患者又は精神薄弱者であるときは、精神衛生法第二十条(後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護義務者となる場合)又

は同法第二十一条（市町村長が保護義務者となる場合）に規定する保護義務者の同意をもつて本人の同意とみなすことができる。」と定めていた。

これは、形式としては上述の第12条に基づく優生不妊手術と同系列にあるものであるが、不妊手術と異なり、保護義務者の同意があれば本人の同意とみなされるため、きわめて簡単に人工妊娠中絶をすることが可能であった。それは、新しい命を奪うということへの鈍感さがなせる制度であったと言ふべきである。

以上のように法の構造的欠陥は恣意的な運用を許し、子どもをもうけるといふ自己決定権の中でも中核的な権利が否定される被害が拡大した<sup>16</sup>。本法の違憲性は、さらに重大でかつ悪質なものであったというべきである。

## （2）救済立法不存在の違憲性

### （ア）特別な賠償立法不存在の違憲性について

本件で争われている優生手術被害に対し、国家賠償法によっては損害の回復が十分には図れない結果となることは、優生条項の削除の時点で当然に予測できていたはずである。すなわち、旧優生保護法は1948年に制定され1996年に改正されたが、1996年の時点で大多数<sup>17</sup>の被害者について、除斥期間が経過し損害賠償請求権が消滅したものと解されていたものであろう（国賠法第4条、民法第724条）。つまり、違法な国家行為による損害の賠償を切り捨ての方針だったといえる。

しかし、そのようなことが許されて良いものか。

憲法第17条の性格に照らして考えるに、本条は公権力の行使により不法に加えられた損害について、国または公共団体の賠償責任を定めるものである。近代憲法史的にみると、国家賠償制度が確立したのは、比較的最近のことで

---

16 旧優生保護法違反であるが、子宮摘出の例もあったことが報じられている（毎日新聞1983年6月12日、17日）。また、卵巣への放射線照射を受けた佐々木千津子さんの例も残されている（DVD『忘れてほしゅうない—隠されてきた強制不妊手術』）。かかる逸脱事例もまた、法の構造的な欠陥に起因するものであったというべきである。

17 それは優生手術を受けた被害者の実に約98%にのぼる。

あり、かつては主権免責法理（「国家無答責」）に基づき、権力的作用について国家賠償が否定されることが一般的であった。本条はちょうど国家責任制度が世界的に確立する趨勢のなかで制定されたものであり、マッカーサー草案や内閣草案になかった本条は刑事補償請求権を定める憲法第40条とともに、衆議院での審議の段階で追加された条文であることに注意を払いたい<sup>18</sup>。

このことから、これらの条文の背後に、特定の人や集団に損害を甘受させることが正義と公平に反するため、金銭填補という形で全体においてこれを負担するべしという原則（公平負担の原則）が通底していることを指摘する<sup>19</sup>。この原則は、国家補償制度を貫く原則と位置付けられる。国家補償制度には、主として財産権を内容とする「適法行為に基づく損失補償」（憲法上の根拠として第29条第3項）と「違法行為に基づく損害賠償」（憲法上の根拠として第17条）が、通常の場合、区別される。さらには損害賠償と損失補償の谷間に落ち込む問題ではありながらも、「救済されるべき」と判断された結果、一定の類型が救済の対象として展開してきており<sup>20</sup>、さらには国に責任のない天災の場合にも、被災者個人に対して公的な助成をする制度<sup>21</sup>が展開してきている点に、我が国における公平負担の原則の具体化の一端を見いだせよう<sup>22</sup>。

18 辻村みよ子=山元一編『概説憲法コンメンタール』（新山社、2018年）107頁以下〔17条、青井未帆執筆〕、218条以下〔40条、青井未帆執筆〕。

19 公平負担の原則について、田中二郎「不法行為に基づく国家の賠償責任」（行政上の損害賠償及び損失補償）（酒井書店、1954年）24-25頁、塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）286-287頁など。なお念のために述べれば、公平の原則が通底するということと、損害賠償と損失補償を包括する統一的な法理論が必要であるかという問題は別次元にある。国家賠償訴訟の有する制裁機能に重きを置くならば、統一的な法理論には慎重であるべきといえる（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）5頁）。

20 司法的救済として、予防接種禍事件（東京高判平成4・12・18高民集45巻3号212頁〔国賠訴訟による救済〕、東京地判昭和59・5・18判時1118号28頁〔憲法29条3項の類推適用による救済〕、大阪地判昭和62・9・30判時1255号45頁〔憲法29条3号の勿論解釈〕など。また、憲法40条・刑事補償法に基づく刑事補償は結果責任について一定の補償額の範囲で損失を補填するものであり、補償の範囲は、少年の保護事件に係る補償に関する法律）（平成4年法律84号）により立法的に広げられた。また、立法による救済として、戦傷病者戦没者遺族等援護法、犯罪被害者等給付金支給法など。

21 被災者生活再建支援法（平成10年法律66号）。

22 青井未帆「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲 —国家賠償責任について」成城法学80号（2011年）35頁以下において、これらの制度の展開を概観している。

この公平負担の原則を、国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任について、いわば「憲法化」した権利が、憲法第17条であり、具体化する主たる立法が国家賠償法である。すなわち、「特定の人や集団に損害を甘受させることが正義と公平に反する」とかという正義・公正の原則が、国賠法の上位に位置しており、立法府の立法裁量はその下にある。平成14年の最高裁判例も、憲法第17条が「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない。」と判断している（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁：郵便法違憲訴訟）<sup>23</sup>。

制度設計に関して立法府の有する裁量は広く、金銭填補でいえば、これは税金によって賄われるのであり、であるがゆえに民主主義的なロジックが一般的には適用される。とはいえ、公平負担の原則という高次の観点よりみれば、いかなる損害が救済されるべきであるか、立法府には対象と範囲を憲法上の要請の範囲内において実現する必要がある。

旧優生保護法は、ハンセン病条項が「らい予防法」の廃止に伴い削除され（1996年4月）、同年6月の改正により、優生条項が「優生保護法の目的その他の規定のうち不良な子孫の出生を防止するという優生思想に基づく部分が、障害者に対する差別となっている」（下線は引用者）（1996年6月17日参議院厚生委員会会議録20号）として削除された。この改正にあたっては、わずか3日の審議にて衆参両院で可決されたものであり、実質的な議論がまったくなされていない。しかし考えるに、上記下線の「障害者に対する差別」という意

23 本判決において、郵便法の定める書留郵便物に関する故意または重過失および特別送達に関する軽過失につき免責または責任制限を認める規定について、「公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に依り、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」とした上、違憲としている。

味は、要するに本法が障害者に対し優生目的を掲げて彼女ら/彼らの自己決定権の根幹部分を否定していたことを国が認めたというに他ならない。

良・不良という人間の価値を選別する優生目的の下で、長年に亘り恣意的な運用も含めて行われていた優生手術に対して、国家賠償法では十分な被害の救済にはならないことは明白である。また、個々の被害者が直接に憲法第17条に基づく賠償請求権を有するとしても<sup>24</sup>、優生手術を受けた全ての者の被害の救済を達することはできない。以上のことを考えるなら、除斥期間の適用のない等の定めを有する特別な賠償立法をすることが憲法第17条の下で立法府が負う責務であったというべきであり、少なくとも救済立法の不存在は違憲である。

#### (イ) 損失補償立法不存在の違憲性について

さらに、仮にこれまで述べてきた議論が成立しないとしても、旧優生保護法が「合憲合法」のものとして特段の議論もなく制定及び執行されており、その「適法」と称されていた行為に起因する損害について、本来、補償がなされるべきであったことを無に帰すことはできない。

旧優生保護法下では、「不良な子孫の出生」を防ぐために優生手術がなされていたのであり、つまりは「全体の利益のため」に、特定の人に特別の犠牲を強いていたものである。旧優生保護法は第3条優生手術につき代金を国庫負担としていたのみであり、補償の観点から言えば、第4条や第14条に基づく手術代金も当然に国庫負担とするのが筋であったし、またいずれのケースにおいても手術代金の国庫負担ではとうてい不十分であったと言うべきである。

かかる観点よりすれば、1996年に優生条項が廃止された際に、同法の下で損失補償を受けて当然であった被害者への救済立法も同時になされなければならないはずである。しかし、今日にいたるまで、かかる救済立法は不

24 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）356-357頁は、憲法第17条について「本条が「国家無答責の原則」を廃棄し、賠償を求めることができると定める以上、立法政策的に形成されるべき領域は別として、およそ国家賠償制度の核心にかかわる領域については、法律の定めがなくとも、直接本条によって賠償請求権が発生すると解すべきものと思われる（強調ママ）」と指摘している。

存在であり、立法する責務に違反している状態が続いている。以下、この点について敷衍する。

(i) 社会全体のためであったこと

改めて、旧優生保護法自体も、優生学的な立場から社会公共（「民族」）のために、特定の人へ犠牲を強いるという理解に立っていたことを確認したい。

旧優生保護法第4条の強制的な優生手術については、制定時においても、「この場合には社会公共の立場からとはいえ、本人の意思を無視するものでありますから、対象となる病名を法律の別表において明らかにすると共に、優生保護委員会の決定についての再審査の途を開く外、更に裁判所の判決を求めようにいたしました。強制断種の手術は専ら公益のために行われるものでありますから、その費用を国庫において負担することとし、その旨を第11条に規定いたしました。」と説明されていたものである<sup>25</sup>。

(ii) 特別犠牲を強制されない権利（憲法13条）

特定の個人に特別な犠牲を払わせて放置することは許されない（憲法第13条。特別犠牲を強制されない権利）<sup>26</sup>。先にも見たように特定の人や集団に損害を甘受させることが正義と公平に反する場合に、金銭填補により全体で損害を負担するという公平負担の原則について、包括的に言えば、憲法上の根拠は第13条に求められよう。同条が高らかに謳っているように、日本国憲法は個人を価値の源泉とし、すべての国民は、個人として尊重されなければならない。一人一人が人格において平等な価値をもつ以上は、誰も全体の利益のために犠牲にさせられることがあってはならないのである。本意見書では、公平の原則の具体化として、「新しい人権」の一つを構成するものとして、これを高橋和之に倣って「特別犠牲を強制されない権利」と呼ぼう<sup>27</sup>。

25 参議院厚生委員会会議録13号・昭和23年6月19日（法案提出者・谷口弥三郎）。

26 なお本稿筆者はこの「特別犠牲を強制されない権利」を用いた議論を、「特別犠牲を強制されない権利——一般戦災者への補償と戦争被害受忍論について」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）165頁以下で論じており、詳しくはこれを参照されたい。

27 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）155-156頁。

注意を要するのは、この公平負担の原則をいわば「憲法化」した損失補償への権利は、多かれ少なかれ抽象的な性格を有し、裁判的救済に直結するとは限らない点である。憲法から直接に具体的な補償請求権を導くことは不可能ではないとはいえ、通常の場合、特別の犠牲へ《いつ、誰に、どのように、どのくらい補償するか》に関わる制度設計につき、立法府は広い裁量を有している。金銭填補でいえば、これは税金によって賄われるのであり、であるがゆえに民主主義的なロジックが一般的には適用されることを、ここでも再度確認しよう。

しかしながら、憲法上の権利は立法権の行使に規範的な限界を課している。憲法が「特別犠牲を強制されない権利」を保障しているのなら、誤りであったとはいえ当時は公益と称されていた利益のために、「人間存在の最も根源に据えるべき自然権」（前掲・渋谷）を奪われ、つまりは社会全体のために一部の者が犠牲となっていたのである。賠償責任を問うための立法なく優生条項が廃止するのであれば（上述（ア））、「公益」のために行われた「合法」な行為に基づく犠牲への清算を図るべく、優生手術を受けた被害者への損失補償立法がなされなければならない。今日にも続く補償立法が不存在の状況は、憲法第13条に照らして客観的に違憲である。このことについての国家賠償責任が問われなければならない。

### （3）違憲判断に踏み込むべきであること

以上、3つの違憲論の論理を述べてきた。一般論として、憲法判断をするかどうかは、目下のところ挙げて裁判所の裁量に委ねられており、ルール化は今後に関わっている問題である。ここでは、違憲判断が必要な場合にかかわる芦部信喜博士の次の整理に即して、すでに述べてきた部分と重複もあるが、本件において違憲判断をするべき理由をまとめて述べておきたい。

- 「①事件の重大性、②違憲状態の程度、③その及ぼす影響の範囲、④事件で問題とされている権利の性質、⑤憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違

うかという判決の効果など、総合的に検討する<sup>28)</sup>」。

①事件の重大性、②違憲状態の程度、④事件で問題とされている権利の性質  
優生目的による強制不妊手術は、優良な遺伝因子と不良な因子とを恣意的に区別することにより、さらには非遺伝性の疾患にまでその対象を広げることにより、生きることの許される「生」の選別を国家が図ったものであり、まさに自己決定権の根幹に位置する重要な権利が奪われた。個人の人権という根本的な原理そのものに関わる極めて重大な問題であり、個人の尊重原理（憲法第13条）に悖る。我が国の社会では、依然として根の深い優生思想が見え隠れしているところ、本件において裁判所が立法行為及び立法不作為の違憲を宣明することは、個人の尊厳に基づく個人の尊重原理を根幹に据える憲法秩序の維持にとって不可欠である。

### ③その及ぼす影響の範囲

強制不妊手術への無補償問題については、長年にわたる障害者団体等の運動の成果もあり<sup>29)</sup>、国際人権（自由権）規約委員会、国連女性差別撤廃委員会といった国際機関から、日本政府が補償に必要な法的措置を採るべきこと等について、複数回に亘り勧告を受けてきている。日本の裁判所が優生目的は決して許されないと明確に判断することは、他の多くの国も優生目的による人権侵害をしてきた歴史と向き合わざるを得ない中で、対外的にも我が国の人権状況を示すものとして、広く影響を及ぼすものである。

⑤憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果

旧優生保護法の制定においても、また母体保護法への改正にあたって、実質的な審議もなく可決成立されたことが想起されるべきである。もし本件で憲法判断が示されないのであれば、司法もまた問題と正面から向き合うこ

28 芦部信喜「法律解釈による憲法判断の回避」『憲法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、2013年）365頁（恵庭事件判例解説）。

29 1994年のカイロでの国際人口開発会議におけるNGOフォーラムでの、安積遊歩氏による子宮摘出実態の発表は、世界からの批判を浴びる一つの大きなきっかけとなったとされ、1995年世界女性会議（北京）において、優生保護法についてのワークショップが開かれている。

とを放棄するに等しい。

⑥「など」——機が熟している

本件問題は本件訴訟の提訴等を受けて広く社会的関心を呼んでおり、裁判所が基本的な人権についてどのような姿勢をとるか注目されている。すなわち、違憲判断をなすに十分に機が熟している。

そこで、旧優生保護法の違憲性及び優生手術被害者への救済立法が不存在である現在の状況が客観的に違憲であることを裁判所は明言するべきである。優生手術の被害者が謝罪や金銭による被害救済を受けないなど、とうてい正義にかなうものではなく、人権という言葉の存在意味にも関わる深刻な不正を見逃すわけにはいかない。また立法府が救済のために新規立法するべきことを強く後押しする必要がある、社会的な責務よりすれば、裁判所は違憲の判断を示すべきであり、司法的にも救済の対象とすべきである。次に論じるように、立法不作為違憲国賠訴訟は、かかる例外的状況において司法府が活用できる訴訟形式の一つである。

## 第2章 立法行為違憲国賠訴訟

本章では、立法行為違憲国賠訴訟が憲法訴訟の受け皿として展開してきたことに注目する。本件のように、明白な違憲の立法行為及び立法不作為の責任が鋭く問われている事案においては、個別の損害の填補が図られるのみならず、違憲であることが裁判所により明示される必要がある。我が国で、これまで立法行為違憲国賠訴訟をめぐる、例外的に認められる範囲を広げる形で、徐々に判例法理が展開してきた理由の一つは、かかる目的での使用のためでもあったと言える。

なお、立法行為を対象とする国賠訴訟について、本稿筆者はこれまでいくつか論考を公にしてきており、詳細についてはそれらの参照を乞う<sup>30</sup>。

30「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集9号（2007年）115頁以下とする）、「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集12号（2009年）1頁以下、「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲——国家賠償責任について」成城法学80号（2011年）35頁以下、「立法不作為の違憲と「人権」侵害の救済——大阪空襲訴訟大阪地裁判決をめぐる」学習院大学法学会雑誌（2012年）48巻1号3頁以下、「憲法判断をめぐる司法権の役割について—安保法制違憲国賠訴訟を題材に」学習院法務研究12号（2018年）1頁以下。

## （1）憲法訴訟の受け皿としての立法行為違憲国賠訴訟

立法行為を対象とする違憲国賠訴訟は、違憲であることを裁判所が明示する受け皿として展開してきたとはいえ、そのような用法には理論的な難点も含まれていることに、まず注意を払いたい。そのような理論的困難を超えてなお違憲確認訴訟的な用法へと道が開かれてきたのであったことを踏まえるなら、立法不作為違憲国賠訴訟が活用されるべき事案であるかどうか、細心の注意を払って見定める必要があるだろう。

そもそも損害賠償とは、生じた損害を填補させることにより、人に一定の行為を命ずる規範の違反へ制裁を加えるものであるところ、立法行為を対象とする国賠訴訟は、通常義務違反による損害の填補とは性質を異にする。

法律それ自体は具体的な個人へ具体的な損害を発生させるものではなく、たとえば行政処分のように、法律が執行されて初めて、損害が発生するというのが基本的想定である。処分による「具体的な損害」を被った個人について、当該行政処分は具体的な法益侵害を受けた個人との関係で無権限の国家行為であるために、効力が否定されなければならず、またそれについて国が代位して責任を負う。

他方、立法行為について、一般論として言えば、立法府が立法するにあたって有する立法裁量は広く、いつ立法するか、立法目的達成のためにどのような手段をどのように用いるかなど、憲法から唯一の解を引き出すことは、通常はできない。したがって具体的な個人との関係で、立法府が立法するについて責務を負っているとは、通常は言えず、立法府についてかかる作為義務を観念することはできないと言ふべきと思われる。したがって、立法行為について国に損害賠償を求めることは、本来、理屈に合うものではないだろう。

しかし、我が国では、憲法訴訟の受け皿として使い勝手の良い訴訟形式が限られていることもあり、立法行為を争う違憲国賠訴訟が、損害の填補という国賠訴訟本来の目的というよりも、違法性判断において裁判所から違憲判断を得るという、一種の違憲確認的な訴訟としても<sup>31</sup>、司法過程において展開

31 棟居快行は、このような「違憲国賠訴訟」を、「従来型訴訟の枠組みに止まりながら、実質的には現代型訴訟の機能を果たしうるもの」と位置づけている。『憲法学再論』（信

してきた。これは、国賠訴訟の持つ制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能といった側面に位置付けられよう<sup>32</sup>。

かかる利用形態にまつわる問題として、この訴訟形式では何らかの損害が認められる限り訴訟要件を充たしやすい構造であるため<sup>33</sup>、既存の訴訟要件のレベルで適切に裁判所が判断すべき憲法的争点を絞ることができない点が挙げられる。裁判所の姿勢次第によっては、全ての立法について、精神的損害を訴えることにより、立法行為の違憲・違法性を争う方途にもなりかねない。

そこでこれまでの立法行為違憲国賠訴訟の諸判決は、憲法判断に踏み込む要件を裁判法理として整序する過程にあったと理解することができる。当初は理論的な困難性から極めて例外的な場合に限って可能性が認められたところ、今日では憲法適合性判断がダイレクトに把握されうるよう展開しつつあるようにも観察される。

簡単に振り返れば、リーディング・ケースである在宅投票制度廃止違憲訴訟（以下、昭和60年判決とする。）<sup>34</sup>、すなわち在宅投票制度を廃止した後復活しなかった立法不作為が争われた訴訟の最高裁判決は、立法行為を国賠訴訟で争うことの理論的困難を非常によく認識していたと考えられる。その上で、ごく例外的な場合であれ、司法府が立法府の行為について合憲性を問い得る裁量の余地を残しておいたものだろう。「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ごとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」とされたのであった。今日から振り返れば、実質的な違憲確認訴訟導入の「布石」のような効果を持つものであった。

そしてかかる例外的な場合について、平成17年に一定の整理がなされている。在外邦人選挙権訴訟において、在外邦人が選挙権を行使できない状態に

---

山社、2001年）463頁（初出「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」神戸法学雑誌44巻4号（1995年））。

32 国賠訴訟のこのような側面について、宇賀克也『国家補償法』5-6頁、46頁など。

33 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」判時1116号（1984年）15頁以下、20頁など。

34 最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁（在宅投票制度廃止事件）。

とどめていた公職選挙法（以下、公選法とする。）について違憲と判断され、かつ国賠請求についても違法性が肯定されたのであった（以下、平成17年判決とする。）<sup>35</sup>。本判決の示した違法性の判断基準は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害することが明白な場合や、国民に憲法上保障されている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り、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」である。

平成18年には、精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決（以下、平成18年判決とする。）<sup>36</sup>が、平成17年判決の国賠法上の違法性に関する判示を参照しつつ、同事件では「選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが」、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに当たるといふことはできない」ため、平成17年判決の示した例外的に違法という評価を受ける場合ではないとしている。

注意を払いたいのは、この平成18年判決でも、平成17年判決と同じく、投票を可能とするような立法措置を講ずること自体は憲法上の要請と考えられていた点であり、この点だけからすれば、抽象的には公選法の憲法適合性判断は「可能」である。実際に、同判決に付された泉徳治補足意見は「憲法に反する状態にあった」と述べている。法廷意見においては、どのような制度が可能であるかが一見して明白ではない現状において、裁判所が憲法判断をなすのは時期尚早であると判断して、憲法判断には踏み込まなかったものと考えられる。

つまり、平成17年判決の示した、国賠訴訟で違憲判断をいつ表に出すかという裁判官の裁量に係り、憲法判断に踏み込むか否かについて、憲法判断をなすに充分に機が熟しているかが判断の一つのポイントであった。

これらを合わせて考えるなら、最高裁判決について言えば少なくとも平成18年までは、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性とが密接に結びついた形

35 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外邦人選挙権事件）。

36 最一小判平成18・7・13判時1946号41頁。

で展開していたと解することができよう。国賠法上違法とされない場合には憲法判断に踏み込むことに抑制的に、そして違憲=違法という例外的な場合にはこれを明示するというものであった。

しかし、この点は平成27年判決を経た今日、流動的となっているものと思われる。今後の判例の蓄積を待つ必要があるものの、違憲性の議論が、国賠法上の違法性の議論からは独立に直接的に論じられる傾向があり、実質的な違憲確認訴訟に近似する部分もあるように見える。この点について項を改めて敷衍する。

## (2) 違憲確認訴訟的展開について

### (ア) 論理の展開

平成27年判決では、女性について6か月の再婚禁止を定める民法規定（第733条1項）につき合憲性が争われ、民法第733条第1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分について、憲法第14条第1項及び第24条第2項に違反するとの憲法判断が示されたが、国会が民法第733条第1項の規定を改廃する立法措置をとらなかったことは、国賠法第1条第1項の適用上違法の評価を受けるものではないとされた<sup>37</sup>。

この判決が当初の最高裁判例でとられていたロジックとは異なったものになってきていることを確認するため、元となっている昭和60年判決を見るに、同判決は次のように議論を展開していた。

(イ)「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民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ことを規定するものである。」

(ロ)「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個

37 最大判平成27・12・16民集59巻8号2427頁（再婚禁止期間違憲判決）。

別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

（ハ）「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」ない。

（ニ）「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うにとどまり、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うべきであって、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ごとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

（段落番号は引用者。）

以上からすると、昭和60年判決のいう「違憲」には、二つがあった。

（i）〔A：立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているという違憲〕＝〔法的責任を問いうる違憲〕＝〔a：国賠法上の違法〕

（ii）〔B：（i）以外の政治責任しか負わない違憲〕＝〔国賠法上違法ではなく、違憲判断も表に現れない〕

すなわち、A+Bが「立法内容の違憲」の総和であり、A、Bとaは分離されているが、依然としてA=a（違憲=違法）である<sup>38</sup>。

昭和60年判決は、「違憲=違法」を前提に違憲判断をなしうる事件を絞り、つまり違憲判断「限定」の試みをするものと、理解しうる。昭和60年判決では、違憲判断をして法的責任を問う場合を、「立法の内容が憲法の一義的な文言に

---

38 理屈を通せば、（ii）の可能性はないようにも思われる。

違反している」に限っており、「違憲→違法」という繋がりが維持されている。限定的に違法の評価を受ける場合である「憲法の一義的な文言に違反している」という例外的な立法内容の違憲性が存在する場合にのみ、政治責任だけが問われる状況から法的責任が問われる状況へと変化するのであり、そのような場合以外は司法が扱いうる領域の外にあるという理屈であった。

先に述べたとおり、元来、立法行為について、損害賠償が請求できること自体、決して当然というわけではない<sup>39</sup>。そう考えると、本判決において「違憲→違法」という繋がりの下に憲法判断に踏み込む場合を限定したことの趣旨は理解しうるものであった。以上の論理は少なくとも明示的に覆されることなく、今日の枠組みの基本を形作ってきている。

平成17年判決では、昭和60年判決にあった「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(ない。)」や「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うにとどまり、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うべきであって」という箇所が引用されておらず、立法行為について国家賠償責任を観念することが、理論上は困難であるという前提が背景に退いているように見えた。これに対して、平成27年判決では、「上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であ(る)」という文章が挿入されており、立法行為について法的義務を観念することの理論的困難性に一定の考慮が払われているように考えられる。つまり、平成17年判決では、立法行為について国家賠償責任を問うことの理論的困難性が曖昧にされたようにも受け取れる側面があったところ、平成27年判決では、立法行為について国賠訴訟を用いるのには、理論的に限界があると解していることを明らかにしているようである。そして平成27年判決には「国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして」という文章も再び挿入されているが、「として」という言い回しに注目するなら、例外的な場合に「職務上の法的義務に違反するものとして見

39 新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）163頁など。また、前掲注30に掲げた拙稿の参照を乞う。

做す（擬制する）」という意味にも受け取れよう。

つまり、昭和60年判決が前提にしていたであろう職務上の法的義務論とのつながりを断つことにより、憲法適合性をダイレクトに検討することも可能にする状況が整えられたように思われる。

#### （イ）新たな特徴

国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法と評価される場合について、再掲すると、昭和60年判決は次のように述べていた。

「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ごとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

平成17年判決は次のように述べていた。

「(1) 立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害することが明白な場合や、(2) 国民に憲法上保障されている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り、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合 (3) などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

（下線及び数字は引用者）

そして、平成27年判決は次のように述べている。

「(1) 法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであるこ

とが明白であるにもかかわらず、(2) 国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合 (3) などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。】

(下線及び数字は引用者)

平成17年判決においては、下線(1)「立法がすでに存在する場合」と下線(2)「存在しない場合」とで前段と後段に分けて論じられていた。これをまとめる形で平成27年判決では、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」としたものと見える。

平成17年判決も平成27年判決も先例の判断を覆すものとはされていないことから、これらを整合的に読むなら、明白な違憲の立法がある場合について、平成27年判決下線(1)のいう「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合の一部が、昭和60年判決のいう「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ごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」であり、また平成17年判決下線(1)の「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害することが明白な場合」であるといえよう。そのような場合には、時の経過(平成27年判決(2))を待つまでもなく違憲=違法と判断することができる(平成27年判決でいえば、(3)の「など」に該当しよう)。

立法による制度の構築が必要な場合については、平成17年下線(2)「国民に憲法上保障されている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り、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」が該当し、これは平成27年判

決のいう「法律の規定が」を「法律の規定の不存在が」と解することにより、平成17年の理解も平成27年により読み込むことができる。

平成27年判決に従って以上を統一的に述べるなら、ある状況が明白な違憲といえ、さらに立法措置を怠って一定の時が経過した場合には、国家賠償法上、違法と評価されるものといえる。この判断から、違憲であるという客観的な憲法実体判断と、それが明白であり期間が経過していることなどの国賠法上の要件が別に考察されうると、一層、明らかになったものと解しうる。この点にも裁判所がこれまで以上により明確に、前者についての司法判断を示すことが「必要であるか」を直截に問うようになっているものと確認できるだろう<sup>40</sup>。

このことと連動しているのであろうが、平成27年判決のそれまでの判例にない特徴として、同判決では、国賠法上の違法性を否定しているのであって、昭和60年判決と異なり、《違憲=違法》という理解を取っていないことが挙げられる<sup>41</sup>。国賠法上違法とされない場合に、それでもなお違憲判断に踏み込む例が生じたのである。

このことをどう考えるべきか。検討するに、これまで判例では個別具体的な憲法上の立法責務が論証されてはいない。立法行為について昭和60年判決が縷々述べていたような職務上の法的義務を観念し得る特別な理由が述べられているわけではなく、十分な理論的な説明がなされているとは言い難い。そうではあれ、判例の蓄積の結果として、個別の請求に対する判断とは別個

40 なお泉徳治=渡辺康行=山本元=新村とわ『一步前に出る司法』（日本評論社、2017年）197-198頁頁で泉元最高裁判事は、国賠請求を認めなくても違憲判断を示すという傾向について、「原告の本当に争いたい点はそこにあるわけですが、争う方法がないので国家賠償請求という形を採っているということが分かるような訴訟においては、原告らが争いたい点に答えるべきだという考え方が広まっているのかもしれない」と述べている。また、傍論における憲法判断についても「最近では、当事者が憲法問題について十分に主張立証を尽くして、ほかにも同種の事案が想定される場合には、違憲審査権を有する裁判所としては、たとえ傍論となっても、憲法解釈を示すという傾向が生まれてきているように思われます。立憲主義を護るために必要なことだと思います。」（同）という指摘をしている。

41 同日に下された、民法750条の定める夫婦同氏規定について、憲法14条、24条違反が争われた事件で、最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁は、規定について合憲との判断を示し、かつ国賠法上も合法とした。

独立のものとして憲法判断が把握される傾向が強まっているのである。これは、立法行為を争う違憲国賠訴訟において損害の填補という性格が希薄化されたためであろう。すなわち立法行為違憲国賠訴訟は、損害の填補という本来的用法を超えて、国家行為が違憲であることを裁判所が明示する訴訟形式の一つとしても機能するようになりつつあると解釈できる<sup>42</sup>。それはつまり、違法行為抑止機能や法治国家維持機能の要請<sup>43</sup>に応えるべく、立法行為違憲国賠訴訟が実質的な違憲確認訴訟として、立法措置によってではなく司法判断を通じて開発されつつあるのである。

もっとも、立法行為違憲国賠訴訟が実質的な違憲確認訴訟に完全に变化したというわけではない。先に見たように平成27年判決においても、国賠訴訟を立法行為について用いることが本来的に困難であることが確認されていることは、利用に一定の限界を画するためであると思われ、その限界は、今後の展開を待つ段階にある<sup>44</sup>。

42 学説でも、「違憲審査とは、国家行為の正当性を多数決民主主義とは異なる原理で統制しようとするアイデアであり、司法権固有の任務とは別次元の仕組みである」駒村圭吾「違憲審査制の類型」加藤一彦=只野雅人編『現代憲法入門ゼミ50選』（北樹出版、2005年）289頁以下、293頁、「違憲審査の観念は、事件性を内実とする司法権の観念とは切り離して把握できるし、また、すべきものであるように思われる」戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時51巻5号（1999年）1頁以下、26頁などと指摘されてきている。

また平成17年判決に調査官として関わった杉原則彦判事によると、同判決が出されるに至った背景に、国民の重要な権利の侵害が放置されてはならないという強く固い最高裁判事の信念と、それに基づく調査官への指示があったとのことである。すなわち、杉原調査官が当初提出した調査報告書記載の結論は、「憲法問題については違憲の疑いがあるとしつつも、本件各確認請求の適法性等については問題がある」とするものであったところ、主任裁判官から次のような内容の再調査指示があったという（杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究71号（2009年）196頁以下、197頁）。

「このように重要な憲法上の問題がある事件が最高裁に上がってきているのに、憲法判断をしないで処理してしまうのは全く不適切である。きちんと憲法判断をすることができるように、知恵を出せ」。

興味をそそられるのは、要するに違憲という実体判断が所与であり、それを捨て置けないから理屈を立てたという点である。

43 塩野・前掲書294-295頁、宇賀・前掲書5頁など。

44 本意見書執筆者は、違憲性を違法性の議論とは独立に直接に把握することは妥当であると考えているが、法体系の一貫性の点から違憲と国賠違法を切り離すべきではないとの立場にある。違憲である場合には違法と明示するべきである。同様の立場として、高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）382頁。

### 第3章 国家賠償法上の違法性

それでは、いかなる場合が違憲国賠訴訟を違憲確認訴訟的に用いるのに適しているか。事前に網羅的に全ての場合を想定することは、もちろん不可能であるが、少なくとも、本件のように、旧優生保護法という違憲な法律の下での執行行為に基づく損害を、国賠法により個別に救済することが困難であり、旧優生保護法の違憲性や立法行為そのものが、法的不のみならず社会的にも問われ、救済立法制定の後押しとなることが求められている場合については、これに該当するものと言えよう。以下では、国家賠償法上違法という評価が導かれる3つの考え方を述べる。第1に優生目的を掲げる旧優生保護法を制定したという立法行為の違法性であり、第2に特別な賠償立法を制定しなかったという立法不作為の違法性であり、第3に特別な犠牲への補償立法を制定しなかったという立法不作為の違法性である。

#### (1) 立法行為の違法性

優生目的を掲げる旧優生保護法を制定したという立法行為は国賠法第1条第1項の適用上、違法と評価されるべきである（立法行為の違法性）<sup>45</sup>。この場合、仮に除斥期間の経過が主張されたとしたら（国賠法第4条、民法第724条）、それは権利の濫用というべきである。

先に見たように、旧優生保護法の違憲性は明らかというべきであり、このような重大な人権侵害立法を漫然と、ほとんど議論をすることなく立法した立法行為は国家賠償法第1条第1項の適用上、違法である。

45 たとえば、京都地判平成5・11・26判時1476号3頁は、「民法724条後段における除斥期間の趣旨は「専ら加害者保護の見地から被害者の認識のいかんを問わず不法行為をめぐる法律関係の画一的な確定を図ろうとするものである。そうすると、加害者と被害者間の具体的事情からみて、加害者をして除斥期間の定めによる保護を与えることが相当でない特段の事情がある場合においてまで損害賠償請求権の除斥期間の経過による消滅という法律効果を認めることは民法724条後段の趣旨に反するものであるといえる。したがって、右のような特段の事情が認められる場合には、加害者において訴訟上、除斥期間の経過の事実を主張することは権利の濫用に当たると解するのが相当である。」と指摘している。本件には、まさにかかる考え方が妥当しよう。

(ア) 時の経過を踏まえるまでもなく違憲・違法

本件は昭和60年判決のいう「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ごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」に当たるものというべきであり、また、平成17年判決のいう「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上補償されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」であり、平成27年判決の「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」にいう「など」に該当すると考えられる。このような例外的な事例において、国会議員の違憲違法な立法行為による損害への賠償責任が認められるべきである。

(段落番号、下線及び数字は引用者)

(イ) 時の経過を踏まえて

仮に、違憲であり即座に違法とされるのが適当ではなく、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠ることが要求されるとしても（平成17年（2）、平成27年）、国会議員の違憲違法な立法行為による損害への賠償責任が認められるべきである。

平成13年5月11日に下されたハンセン病訴訟熊本地裁判決により、優生手術の違法性が指摘されており、その後、強制隔離政策の被害者への救済措置が立法的に講ぜられてきている（「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」（平成13年法律63号）ことよりすれば、この時点で国会は優生手術に関わる法的問題の所在と、救済立法の必要性を知悉していたものと解される。

また平成16年3月24日参議院厚生労働委員会における坂口厚生労働大臣の答弁では、「現在から考えるならば、そうしたことは行われるべきでなかったという御意見がかなりあることも事実でございますし、私もそう思う一人でございます。」「平成八年にこれが廃止をされて新しくスタートをしたという

ことでございますので、その平成八年に廃止をされたという、この廃止をされたということの重さというものもやはり私は感じていかなきゃいけないというふうに思っております。」「その法律そのものがこれではいけないというので廃止されたわけでございますから、それなりに私は重く受け止めておるということを先ほど申し上げたとおりでございます。」と述べられている。

したがって、遅くとも平成16年には、国会に、問題の所在と救済立法の必要性について明らかになっていたというべきであり、その後現在に至るまで補償立法がなされないことは、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合に該当すると言わざるをえない。

## （2）立法不作為の違法性

除斥期間の定めがない等の特別な損害賠償立法がなされていない状況が憲法第17条の要請に悖り、あるいは特別な犠牲への補償立法がなされていない状況が憲法第13条の要請に悖り、違憲であることについて、立法不作為は国賠法上違法と評価されるべきである。上記と同じ理由により、遅くとも平成16年には、国会に問題の所在と救済立法の必要性について明らかになっていたというべきである。

救済立法の不在は、平成17年判決にいう「国民に憲法上保障されている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り、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」に当たる。また、平成27年判決にいう「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」にいう「法律の規定」を「法律の規定の不存在」を含むものと解すれば、この要件に該当する。あるいは、そのように解釈できないとしても、同違法性判断基準にいう「など」に当たる。

以上により、旧優生保護法を立法した行為は違憲であり、かつ違法である。

あるいは、優生目的による不妊手術及び人工妊娠中絶被害者への損害賠償立法又は補償立法の不存在は違憲であり、かつ国賠法上違法である。またこのような場合には当然に過失の存在も否定できず、国の賠償責任が認められるべきである。

### (3) 内閣の法律案不提出の違法性

また、旧優生保護法のような明白に違憲な法律を改正するための法律案が内閣により提出されなかったことについても、国賠法上の違法性が認められるべきである。

旧優生保護法の改正は、いわば国際社会からの外圧により実行に移されたものであるが、厚生労働省が公開した内部文書<sup>46</sup>によれば、旧優生保護法改正に先立つ10年前の1986年の時点で、旧厚生省精神保健課精神保健専門官が「優生保護法の改正について」という文書を作成しており、そこでは強制不妊手術が人道的に問題がある旨の指摘がなされていた<sup>47</sup>。また88年には旧厚生省研究班による報告書において、強制手術は人権侵害が著しい旨を指摘している<sup>48</sup>。

つまり、「人道」や「人権」という言い方ではあるが、旧優生保護法に大きな構造的欠陥が含まれることにつき、省内でも認識がありながら、直接に改正に向けた動きには直結しなかったものといえる。

ここで、かつて最高裁は昭和62年の時点で、戦傷病者戦没者遺族等援護法が、旧軍人軍属等及びその遺族を適用対象者とし、一般民間人被災者を適用の対象から除外していることの違憲性が争われた事案において、立法不作為の国賠法上の違法性を否定した上、内閣の法律案不提出についても、「国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の前記法律案不提出についても、同条項の適用上違法性を観念する余地のないことは当然」と判示してはい

46 [https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage\\_01166.html/](https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_01166.html/)

47 毎日新聞・2018年9月8日。

48 昭和62年度厚生科学研究費補助金（厚生行政科学研究事業研究）報告書「優生手術の適用事由等に関する研究」13-15頁など。

る<sup>49</sup>。

しかし、既述の通り、平成17年判決や平成27年判決を経て、立法不作為違憲国賠をめぐる判例法理は大きく展開しているのである。本件のような、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白」（平成27年判決）な特殊例外的な場合において、しかも上述の通り省内での認識もあり検討が中途半端に投げ出された事案において、国会議員の立法過程における行動が「職務上の法的義務に違反したものとして」責任を問われる（平成27年判決）というのと同様に、内閣の法案不提出が「職務上の法的義務に違反したものとして」、職務上の法的義務に違反するものとして見做す（擬制する）ことはありえよう。それは国賠制度の有する違法行為抑止機能に合致するというべきである。

平成13年にハンセン病訴訟で熊本地裁が、「厚生省が右のような隔離政策の抜本的な変換やそのために必要となる相当な措置を採ることなく、入所者の入所状態を漫然と放置し、新法6条、15条の下で隔離を継続させたこと、また、ハンセン病が恐ろしい伝染病でありハンセン病患者は隔離されるべき危険な存在であるとの社会認識を放置したことにつき、法的責任を負うものというべきであり、厚生大臣の公権力の行使たる職務行為に国家賠償法上の違法性があると認めるのが相当である。」、「今回の平成八年の新法廃止の経過からみれば、厚生省の新法廃止に向けての作業が重要な役割を果たしていることは明らかであるところからみても、ハンセン病医療を所管し、国内外におけるハンセン病の専門的な医学的知見やより詳細な治療の状況に関する情報入手することが可能である厚生省の新法廃止へ向けての積極的な作業が必要とされるのであって、本件のように隔離政策による患者の人権被害が甚大であり、隔離政策の誤りが明白となっている状況の下では、厚生省がそのような作業をしても国会で新法廃止の立法がなされなかった場合であればともかく、厚生省が右のような新法廃止に向けての積極的な作業を一切することなくこ

---

49 最判昭和62・6・26最高裁判所裁判集民事151号147頁。

れを放置しておきながら、厚生省は違憲の法律であってもそれに従って行政を行なう以上国家賠償法上の違法性はなく、少なくとも故意・過失はないというような主張は採用できない。」と判断していた。

本件も、明白な違憲な法律の下で、誤りであったとはいえ「公益」の名の下に自己決定権の中核に関わる権利を侵害されていたケースであり、1986年以降1996年までに新たに18名もの優生手術を許す<sup>50</sup>など、漫然と放置した旧厚生省について、立法に向けた積極的な作業をするべき作為義務があったものとして、救済法律案不提出は国家賠償法上違法と評価されるべきである。また、このようなケースにおいて過失の存在も否定できず、国の賠償責任が認められるべきである。

## おわりに

本意見書では、子どもをもつことについての自己決定の権利を国家が優生目的を掲げて奪うことは許されないという、個人の自己決定権の中核にある問題に絞って論じてきた（憲法第13条）。今日の先端生殖医療は、自己決定の名の下に、多くの容易ではない決定をなすことを可能にしており、議論の中には優生思想との関連を露わにする発想も見受けられる。しかし、これらの問題の検討は本意見書の射程の外にある。また障害者の自己決定の権利と構成して、不妊手術を行うことが許されるのかどうかについても議論の対象としていない<sup>51</sup>。

50 前掲・毎日新聞。

51 なおこの点で、我が国の自己決定権論にも影響を与えてきたアメリカを見るに、1927年に精神障害者などへの強制的不妊処置手続きを定めるヴァージニア州法を合憲としたBuck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927) が先例として存在し、その法廷意見には優生学的な思想の影響が強く認められる。Buck判決は明示的に覆されていないとはいえ、しかし、その後のリプロダクティブ・ライツの展開を経て（Skinner v. Oklahoma, 36 U.S. 535 (1942); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)）、子どもを持つことへの権利は基本的人権の一つとして理解されるようになり、強制的不妊・墮胎手術は厳格審査の対象となるものと解されている。以上の展開を踏まえるなら、もはや今日、アメリカにおいても優生目的を掲げてこれらを強制する法は目的審査をパスすることはないだろう。議論の焦点は、障害者にとっての「最善の利益」(“best interest”)、つまり自己決定権の実現としての不妊手術と構成した場合に、かかる利益をどのように裁判所が判断するかに移っているものといえる。See e.g. Elizabeth S.

今後、日本のみならず、いずれの国においても、かかる問題に対しての態度決定が迫られる日がこようが、我が国についていえば、旧優生保護法下での優生手術という、決してあってはならなかった政策とそれに起因する損害に向き合うことなく先には進めないはずである。優生条項の削除は、言ってみれば、政府にとっては「臭いものに蓋」をただけなのである。同じ過ちを繰り返さないためにも、負の側面を白日のもとに晒し、憲法の個人の尊重原理に基づくあるべき判断を国内外に示すことが、憲法秩序の維持を任務とする司法の役割の一つというべきである。

---

Scott, Sterilization of Mental Retarded Persons: Reproductive Rights and Family Privacy, 1986 DUKE L.J. 806 (1986); Maura McIntyre, Buck v. Bell and Beyond: A Revisited Standard to Evaluate the Best Interests of the Mentally Disabled in the Sterilization Context, 2007 U. ILL. L. REV. 1303 (2007); Victoria Nourse, Buck v. Bell: A Constitutional Tragedy from a Lost World, 39 PEPP. L. REV. 101 (2011); Hilary Eisenberg, The Impact of Dicta in Buck v. Bell, 30 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 184 (2013). 邦語文献として、宮下毅「アメリカにおける精神障害者の医療と同意不妊処置を中心として（一～四・完）」上智法学論集39巻1号（1995年）165頁、39巻2号（1995年）117頁、39巻3号（1996年）187頁、40巻1号（1996年）159頁など。