

強制不妊手術国家賠償訴訟と「刑法学」

稲 田 朗 子

- 1 はじめに
- 2 旧優生保護法の廃止と刑法学
 - (1) 日本における断種法に関する経過
 - (2) 刑法学における「断種法」
- 3 強制不妊手術国家賠償訴訟と新たな補償立法
 - (1) 強制不妊手術に対する国家賠償請求訴訟と「一時金支給等に関する法律」の成立
 - (2) 仙台地裁判決の概要
- 4 仙台地裁判決の検討
 - (1) 再発防止策の不存在
 - (2) 強制不妊手術の「賠償」
 - (3) 優生手術の曖昧化
 - (4) 諸外国と比較した救済の遅れの意味
 - (5) 強制不妊手術の賠償と「刑法学」
- 5 おわりに

1 はじめに

日本における断種法の立法上の沿革は、国民優生法に始まる。その後、戦後すぐの1948年に旧優生保護法が制定された。優生思想の問題が意識され改正により母体保護法になったのは、ようやく21世紀になる直前の1996年であった。

確かに、優生思想を克服するべく、母体保護法への改正が行われたが、その克服という意味では、甚だ不十分であった感は否めないといわざるをえない。優生思想が多方面にわたって及ぼした影響の総括がなされた分野がほとんど見当

たらないからである。せいぜい、医学・医療関係と、現代史関係くらいであろうか。

筆者はそのような問題意識から刑法学におけるこの問題の解明を試みたことがあるが、その後の反差別に関する刑法学の展開など、見るべきものがないわけではない。

しかしながら、そのような反省や振り返りによって、同じことを繰り返すことを防ぐ見込みが生まれたかといえば、多くの分野でのこの問題に関する「低調」さもあって、およそ、その懸念がないと断言することも躊躇される。

このような状況下で、ここ数年の強制不妊手術についてその賠償を求める動きには目を見張るものがあるといってよい。もともと存在していた問題がようやく動き出した感もある。しかし、これを契機として、今度こそ優生思想の克服へ向かう動きとなるかという点、なお、確認しておきたい課題もあるように思われるのである。

もちろん、被害を金銭的に賠償することの重要性は何ら減ぜられるものではないどころか、現状でもなお非常に大きな意義を有する課題である。それを前提にしつつも、本稿では、この問題を単なる賠償だけに終わらせることのないよう、近時の訴訟の意味を若干確認しようとするものである。

2 旧優生保護法の廃止と刑法学

(1) 日本における断種法に関する経過

筆者はかつて、刑法学における優生思想の問題性を確認するため、国民優生法以来の法律の変遷と、それとの関係においての刑法学の議論状況について検討を行ったことがある¹。本章では、そこで行った検討を再度整理することによ

¹ 拙稿「断種に関する一考察—優生手術の実態調査から—」『九大法学』第75号(1998年3月)183頁以下、拙稿「戦前日本における断種法研究序説」森尾亮=森川恭剛=岡田行雄編『人間回復の刑事法学』(日本評論社、2010年)185頁以下、拙稿「旧優生保護法と刑法学」『高知論叢』第102号(2011年11月)47頁以下、拙稿「性転換手術と刑法に関する一考察」『高知論叢』第108号(2013年11月)1頁以下。なお、本稿の一部につき、2019年2月、地元開催の勉強会等において報告の機会を与えていただいた。貴重な機会を設けていただいたことに、感謝を申し上げたい。

り、まずは旧優生保護法が改正されることまでの刑法学への優生思想の影響を確認して、今回の訴訟を検討する前提とすることとしたい。

(i) 国民優生法（1940年制定）

「優生学の父」とされているのは、ゴルトンである。ダーウィンのいところであるゴルトンは、1859年のダーウィンによる『種の起源』に着想を得て、植物における遺伝の法則を人間の遺伝に応用し、1869年に統計学の手法を用いた『遺伝的天才』を発表した。「優生学」の語を最初に用いたのは1883年であるとされる。

優生学は、英米において瞬く間に広く受け入れられたが、ドイツでは、遺伝学に社会政策を組み込む「民族衛生学」が、第一次世界大戦を契機として推し進められ、その成果のひとつが遺伝病子孫防止法（1933年）であった。日本が導入したのはドイツの「民族衛生学」であり、1940年に国民優生法が制定された。同法は「悪質なる遺伝性疾患の素質を有する者の増加を防遏すると共に健全なる素質を有する者の増加を図り以て国民素質の向上を期する事を目的とす」と規定されたが、遺伝するとの医学的根拠のない疾患も優生手術の適応としていた。また同法は、実質的には中絶禁止法として、警察による病院への立ち入り調査を可能にする等の機能を果たしたものだたとされている。

(ii) 優生保護法（1948年制定）

日本の敗戦により、戦前の国民優生法により、産児調節運動を行ったとして国家による弾圧を受けた人々によって、人工妊娠中絶合法化が図られた。国家としても、深刻な経済状況下での空前のベビーブームや混血児の出生を抑えるため、人工妊娠中絶の規制を緩和する必要性が認識されていた。こうして1948年に成立したのが優生保護法であった。

同法は「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」と規定し、日本では欧米諸国に先駆けて、人工妊娠中絶の一部合法化が実現した。この人工妊娠中絶合法化の根拠とされたのが、優生政策の強化であった。なお、「経済条項」が追加されたのは、1949年の改正によってである。

人工妊娠中絶における優生学的条項の他にも、強制優生手術の対象として著しい性欲異常者や兇悪な常習性犯罪者が加わり、感染症である「らい病」（ハンセン病）までが対象疾患とされた。1952年の同法改正では、配偶者が精神病若しくは精神薄弱の場合は、同意があれば医師の認定により優生手術を行い得るとしたことで、別表に掲げてある遺伝性のもの以外の精神病、精神薄弱にかかっているものについても、保護義務者の同意があれば、審査の上手術を行い得るとしたことにみられるように、優生政策は、戦前よりも一層強化されていった。

戦前ならともかく、基本的人権の尊重をうたう新憲法下でなぜ、もはや「科学的」であることさえ放棄した優生政策の強化が合法とされたのか。ひとつは、国民優生法以来の「民族衛生学」がベースにあったことが挙げられよう。先にも述べた通り、民族衛生学は、経済状況が悪化したドイツにおいて展開したものであった。これは、その評価の当否はおくとしても「自然科学」としてとらえられていた優生学に、社会政策を組み込むことで、社会問題（より端的にいえば経済状況）を解決しようとするものであった。科学的根拠がないとの批判的観点が欠落するのは、ある意味当然の帰結であった。

もう一つは、適正手続への過度な信頼を指摘することができよう。優生保護委員会（のち審査会）や再審査制度をおくことで、本人の同意がない強制手術であっても、本人の人権に十二分に配慮した制度設計であるとの認識があった。1996年に母体保護法となった際に、優生保護法下での被害救済の必要性が否定されていた大きな理由が、正当な手続を経っていたことに求められていたのである。

(iii) 母体保護法（1996年）

1994年にカイロで開かれた国際人口開発会議の NGO フォーラムにおいて、安積遊歩氏が、優生保護法の問題を提起したこと²で、日本にはナチズムの流れをくむ法律が現存することが国際社会につまびらかにされた。同会議に出席していた厚生省高官も、優生保護法を「恥ずかしい法律」と認識して帰国したといわれている。ノーマライゼーションを受けての厚生省内の組織改編と併せ

² 安積遊歩「障害を持つ女性の立場から」『精神医療』93号（2019年1月）20頁。

て、優生保護法は改正され、名称も「母体保護法」とされた。しかしこの改正は、基本的には「楡玉」にあげられた優生思想に基づく語句を削除する（「優生手術」から「不妊手術」への変更等）のみで、そもそもの「優生思想」に関する議論はあえて避けられたことさえ窺われるものであった。被手術者への補償についても検討されなかった。

(2) 刑法学における「断種法」

(i) 刑法学における説明

刑法理論において、人の身体を傷害する治療行為は傷害罪にはあたらないとされ、それは刑法第35条正当業務行為として違法性が阻却されるからであるとの説明が一般的である。しかし、医師の業務たる「治療」の目的をもたない断種施術については、たとえそれを医師が行ったとしても、解釈論上問題が残る。治療行為が正当性をもつのは、一定の資格を有する医師によって行われる為であることに重きが置かれていたわけではなく、しかもこれは「治療」であるとはいえないからである。国民優生法や優生保護法下での優生手術については、国民優生法や優生保護法が存在した為、刑法の教科書においては刑法第35条の「法令行為」の箇所の説明されてきた。

また、日本では1880年に旧刑法典において墮胎罪がおかれ、1907年の現行刑法典にも引き継がれた。墮胎罪規定がおかれたのは、フランス法の影響を受けた旧刑法典の出自にその根拠が指摘されるが、富国強兵政策をとる明治政府の「生殖への国家管理」の思惑と一致するものであった。国民優生法は、実質的な中絶禁止法となった。

戦後の優生保護法は、墮胎行為の一部を「人工妊娠中絶」として一部合法化（刑法第35条法令行為）するものであり、刑法典の墮胎罪規定から解放するものであったが、これは優生政策の強化の果実でもあった。

「生殖への国家管理」は、より強化された。いわゆる「ブルーボーイ事件」は、優生保護法第28条違反として有罪判決が下された。同意傷害の成否が問題とされる事案であったが、裁判所は優生保護法第28条に「去勢を含む」と解釈したのである。他方、障害者施設においては子宮摘出の問題が指摘されてきた。

「治療」の目的を持たない、生理時の介助が面倒であるとの理由で行われていたものである。優生保護法改正に伴い、実態調査を求める声に、優生保護法の問題ではなく、医療上の問題であるとする厚生省母子保健課のコメントが報道されている。「治療」ではない子宮摘出は傷害罪の問題ではあろうが、判例の考え方を敷衍すれば、矛盾する説明であろう。

(ii) 優生断種という「科学」への刑法学者の評価（戦前，戦中）

日本の刑法学では、ドイツから影響を受け、古典学派（旧派）と近代学派（新派）との間で「学派の争い」と呼ばれる激しい論争が存在した。優生断種についても、古典学派の代表的な論者である小野清一郎と近代学派の代表的な論者である木村亀二が論文等を発表し、両者による論争もみられる。

(a) 小野清一郎

優生学的断種に対する法律学者としての見解を、先ず最初に明らかにしたのは小野清一郎であった³。小野は、「遺傳性を有する缺陷者」を断種することは、すでに今世紀の初め以来アメリカの一部において実施されており、ヨーロッパでも立法問題として考究論議されつつあることを挙げ、「民族衛生又は優生の見地より遺傳性を有する精神的又は肉體的缺陷者の産殖を制限するの合理的なるは、何人の眼にも明かである。唯其の制限方法としての断種が人道又は個人の自由といふが如き他の文化的要求と如何なる點に於て調和するかが問題である」⁴との認識に立つ。そして、この調和点は遺伝に関する生物学的認識、断種手術に関する技術的進歩などに応じて変化すべきものとし、文化一般の進行に伴う正義の考察⁵が必要である旨述べる⁶。

³ 小野清一郎「断種 Sterilization に關する一考察」『刑の執行猶豫と有罪判決の宣告猶豫及び其の他』（有斐閣、1931年）。本論文は1928年夏の学会において、小野が刑法学者の立場から断種について研究報告したものを、訂正の上収載したものである。

⁴ 小野・前掲注(3)333頁。

⁵ 「正義」という理念は小野説の特徴を示すものと言える。小野清一郎「刑法における正義」『法学志林』第27巻第1号（1925年）。

⁶ 小野・前掲注(3)333頁。

強制的断種について小野は、「其は民族衛生乃至優生といふ社會的目的のなる自覺に基き、科學的認識の必要とする最小限度の侵害を個人に加ふるものであって、其の犯罪者に對して加へらるる場合にも其の性質は『刑罰』にあらざる一種の『保安處分』であ」り「少くともあらねばならぬもの」であると考える。そして、それが合法であるかどうかも一概に断定することは出来ず、「其は形式上一定の立法手續に依るべきは勿論、其の内容上に於て充分の科學的認識及び技術を基礎とし、且つ法律技術的にも出来る限り正確なる限界を畫し、慎重なる手續に依らしむることが必要であって、如上の條件の下に初めて其れが合法視せらるべき」だとする⁷。立法の内容については別に詳細な考究が必要であるとしながらも、断種手術を受ける義務を負わしめる範囲を高度の酒精中毒者等に広げ⁸、断種手術の方法として去勢は排斥し⁹、手續に関して専門医の検査と法律家を含む委員会の二段階の手續を提案する¹⁰。

任意的断種に関して、治療目的の手術によって断種の結果が生じる場合は、本人の任意の依頼または承認による限り、何ら違法性は生じない。刑法の解釈としても第35条「正当の業務」に属する行為であることを確認している。ところが優生的断種は、治療または疾病予防といった当該個人の身体的利益を越え、民族衛生または優生という当該個人の身体的利益以外の目的をもつため、前者とは別個の問題として考えねばならない。そして、後者については、刑法の一般理論からいえば被害者の承諾による侵害行為の合法・違法の問題に帰着するとしている¹¹。従来、違法性阻却の標準として「善良の風俗」という概念が用いられてきたが、優生目的の断種については、従来の風俗に存しないので、こ

⁷ 小野・前掲注(3)344頁以下、347頁以下。

⁸ 小野は必要最小限度に止めるべきと断った上で、第一に白痴、痴愚、癲癇病者、狭義の精神病者、第二に犯罪者及び変質者が考えられるとしている。また第三に後天的欠陥であり、素質的遺伝または胎内伝染の疑いがあるもの、例えば高度の酒精中毒者および癲、結核、梅毒等を挙げ、強制的断種の余地があることを示唆している。小野・前掲注(3)349頁。

⁹ Kastration (去勢術-筆者注)は排斥すべきとする。小野・前掲注(3)349頁。

¹⁰ 第一段階は、3人以上の専門医の十分な検査を必要とし、その結果断種をなすべきと判断された場合は第二段階として医家及び法律家を含む委員会に於いて審査決定をなし、然る後行政処分として断種を命じることをよしとする。小野・前掲注(3)350頁。

¹¹ 小野・前掲注(3)350頁以下。

れでは明確な標準とはなり得ない。そこで小野は、断種の目的如何によって解決すべきとする。例えば、産児制限の目的をもってなされる断種については、「若し無制限に之を許すとなれば、人口政策的に又は道徳政策的に憂慮すべきものなしと限らぬ」として、合法性を否認する¹²。民族衛生または優生目的の断種は、場合によっては強制的断種も行い得るし、医学的にもある程度限界付けが可能であるから、人口政策的または道徳政策的の弊害を生ずるおそれがない為、「民族衛生乃至優生の目的上断種を適當とする場合に醫師が本人の承諾¹³に因りて断種手術を行ふことは合法であるといふにある」と結論づけている¹⁴。その際、特別の立法は必要とせず、刑法第35条「正当の業務」として認められるべきことを付言している¹⁵。

その後、小野は、1938年の論文¹⁶においては「國家のためには身をも家をも顧みないのが日本人である。しかもその國家意識は霸道的、即ち政略的・權威主義的ではなく、王道的、即ち道義的・民族主義的であつて國家を一大家族的なものとする。それに於て血統を重んじ、民族的健全を欲することは正に日本固有の傳統である。かうした世界觀・人生觀は根本的に断種法を拒否するものとは思はれない。されば私は結局適當なる優生學的断種法の制定を見るに至るべきことを豫測し得るのである」と主張している。

(b) 木村亀二

小野の論文が発表された翌年の1932年、木村亀二が断種の問題を法律的側面から採り上げている¹⁷。木村は、断種問題は科学と法律と社会的見地から決せられるべき複雑な問題¹⁸との自己の認識は表明しているものの、小野論文と同

¹² 小野・前掲注(3)354頁。

¹³ 本人が未成年または心神喪失者である場合について両親や後見人による代諾を認める意見について小野は批判的である。そして強制的断種の立法を制定し、手続を嚴重にすることを以て、その手当とする見解を示している。小野・前掲注(3)356頁。

¹⁴ 小野・前掲注(3)354頁。

¹⁵ 小野は癲癲養所等における「任意的」断種を挙げている。

¹⁶ 小野清一郎「断種と世界觀」『中央公論』第609号(1938年)。

¹⁷ 木村亀二「断種と法律」『法學志林』第34卷(1932年)。

¹⁸ 木村・前掲注(17)108頁。

年に発表された吉益脩夫の著作¹⁹を高く評価し、論稿の大部分はその紹介に当たっている。これを皮切りに、木村はアメリカ合衆国²⁰やヨーロッパ諸国²¹の断種法をめぐる状況を紹介した後、日本における断種法の在り方を提言している²²。木村は、断種が犯罪対策としては何らの意味ももち得ないこと、刑罰としても保安処分としても刑事政策的意味をもち得るものではないことを確認し、その後も、この点については一貫して変わらない²³。

一方で木村は、民族衛生学または優生学の立場から、刑法・刑事政策とは別に、断種の価値又は必要がないというものでもなければ、従って、優生学的断種立法の反対を意味するものではないとも述べている。1933年の段階では木村は、優生学的断種立法への要件として、①人間についても遺伝の法則が適用されるという証明と、②如何なる疾患が遺伝するかの証明を挙げている。そして、遺伝に関する学説の一致を見ない以上、人類の一部を他の者の濫用の犠牲たらしむることになり、現代の道徳意識においては許されず、また、科学的証明があったとしても、その法律では個人の意思が徒に社会乃至国家によって無視されるべきではないので、強制的断種という立法方法は採用されるべきではないとの見解を示している²⁴。また、去勢は排斥する。

解釈論において木村は、断種が刑法上傷害罪（第204条）の形式的要件を具備し、違法性阻却事由として被術者の承諾と治療行為（第35条）を挙げる。しかしこれだけでは断種の問題は解決できないとして、断種の目的によって場合分けをする。木村は(1)治療目的によってなされる場合、(2)社会的目的によってな

¹⁹ 吉益脩夫『社会防衛としての断種の問題』（日本犯罪学会出版部、1931年）。

²⁰ 木村龜二「アメリカにおける断種立法の現状」『法學志林』第35巻下（1933年）、木村龜二「断種（上）」『刑政』第46巻第9号（1933年）。

²¹ 木村龜二「断種（中）」『刑政』第46巻第10号（1933年）。

²² 木村龜二「断種（下）」『刑政』第46巻第12号（1933年）、木村龜二「断種立法に關する法律上の諸問題」『國家學會雜誌』第49巻（上）（1935年）、木村龜二「断種と墮胎」穂積重遠＝中川善之助責任編輯『家族制度全集 史論篇Ⅲ 親子』（河出書房、1937年）。

²³ このことは木村が、犯罪の発生について社会的条件に重要性を置き、犯罪者に対しては社会的経済的生活条件を改善することを要するとする、いわゆる「近代学派」の立場を採ることに由来する。木村・前掲注(22)「断種（下）」20頁。

²⁴ 木村・前掲注(22)「断種（下）」20頁以下。この見解は、前年の1932年9月13日国際刑事学協会ドイツ部会決議の影響を受けていたようである。

される場合、(3)優生学的目的によってなされる場合、(4)その他の場合、という4つに分けて論じる。(1)については、施術方法が公序良俗に反しない限り違法性はないとしている。(2)では、子供の出生によって家族の経済的状態が危殆に陥らしめられる虞れのある場合が想定されているが、木村はこれを、家族の消極的人口政策と国家の積極的人口政策との矛盾として捉え、国家は経済的に健全なる家族の保護乃至維持に考慮を払わねばならないとした上で、それにも拘わらず、既に相当の人数の子供を有する者が、人間として必要な経済的生活を脅かされることなくしては更に子供を持たないという場合においては、承諾があり、その方法が適当であれば違法ではないと解すべきであるとする。(3)は国家の民族的健康の維持という目的乃至利益の為に、遺伝的疾患の遺伝を防止する為めになされる身体侵害である。少なくとも被施術者の承諾又は法定代理人の承諾を要し、遺伝性であることが確実とされる精神病者乃至欠陥者に対して、医学上承認された方法によって施術がなされた時には違法性が阻却されるとしている。法律上の根拠は刑法第35条の正当行為に求められるとしており、このような所謂「任意」の優生学的断種について立法的解決が更に望ましいとしている²⁵。これは木村が、「任意的断種」を原則として捉えていることに起因する。(4)においては、公序良俗に反する目的の手段として行われる断種、公序良俗に反する方法によって行われる断種、遺伝性の不確定な疾病または欠陥の持ち主に対する断種を挙げており、これらは違法であるとする²⁶。

1933年、木村は新聞報道で民族衛生学会に「断種法議案」を来議会に提出する計画があることを知る。そして、自然科学者の断種に関する意見に対して、「その多くは、不幸にして断種の刑事政策的・社会的・法律的問題と遺傳學乃至優生學的問題とについて充分なる區別と考慮とが示されて居らないやうに思へる」との感想を述べている²⁷。

1935年の論文には、1933年論文からの変化が見てとれる。第一に、断種が先述の(2)社会的目的によって為される場合において、「健全なる家族の存続維持」

²⁵ 以上につき、木村・前掲注(22)「断種(下)」23頁、25頁、26頁以下、28頁。

²⁶ 木村・前掲注(22)「断種(下)」28頁。

²⁷ 木村・前掲注(22)「断種(下)」30頁。

を「國家的に承認せられたる目的」となし、「かかる國家的に承認せられたる目的に對する適當なる手段たるところに、社會的斷種が法律上正當なるものとして許されるのであって、それは刑法第35条の正當行爲として理解せられるのである」という説明に変わっている。第二に、先述の(3)優生学的理由に基づく斷種において、「國民の民族的健康の維持といふ目的乃至利益の爲めに、遺傳的疾患の遺傳を防止する爲に爲されるところの身體傷害であ」り、「斷種は國家的に承認せられたる目的に對する手段としての意味を持って居る」との説明に変わっており、違法性阻却の要件に「國家が認定したる醫師に依って」なされることが加わっている。また、斷種施術の手續及び機關に関する詳細な提言もここで初めてなされている²⁸。

1937年に発表された論文からも、当時の木村の認識を窺い知ることができる。第一に、國家の人口管理政策の一翼を担ってきた墮胎罪については、諸外國の墮胎禁止強化を紹介した後、「今日の墮胎禁止の傾向の重點が、嘗ての其の不處罰が過剰人口に對する政策であつたのと對蹠的に、人口増殖政策・軍事政策の中に在ることは否認し難い事實だと謂ひ得る。唯だ、我が國では、今のところ、さうした背景の上に墮胎立法の再考察が要求せられるには至って居ないやうである。」と述べている。第二に斷種については、ドイツの遺傳病子孫防止法に関してヒトラーの『我が闘争』を紹介し、ナチスの民族主義の結論であるかの如く論じており、事実上もドイツの斷種法はナチス政府の立法事業として特記されるものではあるが、「然し、實は、ナチスの斷種法は、ナチス政權とも、ナチスのイデオロギーとも關係なく、獨立に、古くから準備工作が進められて來て居つたのである。」という評価を加えている²⁹。ナチス政府の仕事は、長い準備事業に結末を與えたに過ぎない。「ナチス斷種法に對して、我々は、それを、

²⁸ 木村・前掲注(22)「斷種立法に關する法律上の諸問題」44頁、56頁以下。なお、斷種の申請権につき、施設收容者の時はその施設の長に属すること、法定代理人の同意があれば任意性を認めること、専門の醫師の外1名の法律家で組織された委員会が申請を審議し、委員会の決定に對しては抗告を可能とすること、更に施術者は國家の認定した醫師に限定すること、斷種の費用の負担に關しては、國家が負担するのが當然であるとしていること等が注目される。

²⁹ 以上につき、木村・前掲注(22)「斷種と墮胎」255頁以下、267頁以下。

一種の政治イデオロギーの産物ではなくして、科學的研究の結晶を解することを妥當と謂はねばならぬ」³⁰と評価している。

(c) 瀧川幸辰

瀧川は、前期古典学派の自由主義刑法学者であると評されるが、戦後の優生政策の強化への道筋をつける主張をしている。墮胎罪を論じるにあたって、「今日の医学、衛生学の進歩は、一たび人として世に出でたる者には、その社会に対する価値の如何を顧みず、その亡びゆくことを極力防止して居るが、これは果して真に社会の利益といふべきであらうか。…犯人の卵ともいふべき私生児の増加は、まさに社会法益説の維持すべからざる所以を知るに十分であると思ふ。社会の発達はある程度まで構成員の量に関係あること疑ないが、同時により強き意味に於て、構成員の質の問題に関係あることを思はねばならぬ。」³¹「即ちこの国(ロシア-筆者注)に於ては、母と幼児の保護、生殖に関する衛生等、今日優生学といふ名の下に包括されるところのものは、凡て慎重に考慮せられて居る。」³²と述べている。瀧川の主張は墮胎罪を非犯罪化することにあるのだが、その論拠には優生学への指向性が見て取れるのである。

(d) 小 括

上述の通り、優生断種に関する議論において、小野が「正義の原理」を以て

³⁰ 木村・前掲注(22)「断種と墮胎」269頁。木村龜二「ナチスの刑法」我妻榮編『ナチスの法律』(日本評論社, 1934年)においても同様の見解を示している。

³¹ 瀧川幸辰「墮胎と露西亞刑法」団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第四卷』(世界思想社, 1981年) 432頁以下。本論文の初出は、「墮胎と露西亞刑法」『法學論叢』第12巻第4号(1924年) 92頁以下。

³² 瀧川・前掲注(31)「墮胎と露西亞刑法」436頁。なお、瀧川刑法学の評価として、小田中聰樹「瀧川幸辰」塩見俊隆=利谷信義編著『日本の法学者』(日本評論社, 1974年) 383頁以下。また、内藤は、瀧川の刑法理論について「マルクス主義刑法理論ではなく、マルクス主義の影響をうけた自由主義刑法理論であった」(538頁)「マルクス主義の影響をうけたことによって、自由主義刑法理論として具体的な内容のあるものとなりえたのであり、また、とくに昭和初期から戦前期にかけて、国家主義化・全体主義化の流れに強く抵抗する理論となりえた」(576頁)と述べる。内藤謙「瀧川幸辰の刑法理論」吉川経夫=内藤謙=中山研一=小田中聰樹=三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』(日本評論社, 1994年)。

論じている点、木村が「科学」の重視を示している点に両者の特徴がみられる。両者の違いは、強制断種を認めるか否かにある。小野は法定代理人の承諾に対して懐疑的³³であり、その意味で強制断種の必要性を説くのであるが、木村は「任意性の原則」の維持に関心を払っている。この「任意」には法定代理人の承諾も含んでいる。強制断種という別枠で論じるのではなく、任意断種の枠内で優生断種を論じ、立法的解決を図ることを主張する。このような「任意性の原則」を貫く木村の見解に対して、後に小野は批判的見解を表明している³⁴。しかしながら、実際には両者の見解には違いはないといえよう。小野が、「限定的に」「強制」を認める場合における木村の「任意性」には、疑問の余地があるからである。

更に、小野、木村とも、それぞれ1931年論文、1932年論文における主張と、1938年論文、1937年論文とでは、トーンの変化が見て取れる。いずれも、後年に発表された論文においては、「国家主義的」な色彩が強まっている。これは、ナチス刑法論の流入による「刑法学の危機」の到来と一致しており、「日本法理」のスローガンのもと、「国家主義的」な刑法理論が供されるようになっていく時期と一致している³⁵。小野、木村は、断種に関して、戦時体制に供する理論を用意したとも評価できる。ナチス刑法論と政策をいち早く紹介し、一応批判的態度を示しながらも、決して敵対的ではなかったと評されている木村³⁶は、断種法に関しても同様の態度をとっていたことが分かる。その際使用された魔法の言葉が「科学」だったのである。

³³ 小野・前掲注(3)。

³⁴ 小野・前掲注(16)66頁において、小野は以下のように述べて木村の見解を批判している。「我が邦でも木村教授は、刑事學者として極力断種は任意的でなければならない、本人又は少くとも法定代理人の承諾を必要とすべきであるとされてゐる。しかし、断種すべき本人は意思能力なきか、或は其の著しく低減せる精神病者、精神薄弱者である場合が多いのであるから、其の承諾は果して何程の意味があるか。又法定代理人といふものは元來財産上の法律行為を代理するものであって、斯かる一身上の事項につき其の承諾があったとて決して真に任意的なものと謂ふことは出来ないのである。」

³⁵ 佐伯千仞＝小林好信「刑法学史」『講座日本近代法発達史』（勁草書房、1967年）283頁以下。本書では、「刑法学の危機」より前の、牧野英一の主観主義に対抗して登場した時期の小野の「構成要件の理論」は自由主義的な意味を有していたことをも紹介する。272頁以下。

³⁶ 佐伯＝小林・前掲注(35)78頁。

瀧川の主張は、墮胎罪を非犯罪化することにあったが、優生学がその論拠に使われていた。戦後の法改正に積極的に関わった太田典礼は瀧川に師事した。このように、刑法学には、当時の優生学を批判的に考察する観点は乏しく、むしろ優生学ひいては民族衛生学の受け皿づくりに貢献していたといえよう。敗戦後の法改正に際して何らの声も挙げられなかったのは必然であった。

(iii) 戦後の刑法学と優生保護法

戦後、刑法学を含む法律学で優生保護法に関する議論がなされる場合、その論点は優生手術にあるのではなく、人工妊娠中絶にあった。1950年頃からの出生力低下現象はそれまでの人口増加抑制政策を転換させる契機となった。1953年に当時の厚生省に常設の機関として設置された人口問題審議会³⁷が出生抑制の必要を指摘しているのは1959年の「人口白書について」までであり、1969年の「わが国人口再生産の動向についての意見」（厚生大臣からの諮問に対する中間答申）では出生力の減退傾向に対して、できる限り速やかに純再生産率を「1」に回復させることを目途とし、出生力の減退に参加しているとみられる経済的及び社会的要因に対して適切な経済開発と均衡のとれた社会開発を強力に実施することとの提言をなしている³⁸。また一方では、1967年に結成された優生保護法改廃期成同盟のように、優生保護法による墮胎罪の空文化を激しく攻撃する勢力も形成されていった。特に、生長の家の白鳩会は、「生命尊重」を唱えていた³⁹。1972年、1973年には、経済条項の削除と胎児条項の導入を図る優生保護法一部改正案が、政府提案として国会に上程され（いずれも審議未了・廃案）、1974年には、衆議院で経済条項の削除が採択されたが、参議院で審議未了・廃案となった。

³⁷ 厚生省20年史編集委員会編『厚生省20年史』（官公庁審議会、1960年）536頁。

³⁸ 厚生省五十年史編集委員会編『厚生省五十年史（資料篇）』（中央法規出版、1988年）501頁。人口問題審議会の論調の転換を指摘するものに石井美智子「優生保護法による墮胎合法化の問題点」『社会科学研究』第34巻第4号155頁以下。

³⁹ 1967年には生長の家を中心とする優生保護法改廃期成同盟が結成された。それ以前にも生長の家の白鳩会は国民総自覚運動本部の名称で署名運動等を行い、国会ならびに厚生大臣に対する改正要求の請願書提出も行っている（太田典礼『墮胎禁止と優生保護法』（経営者科学協会、1967年）270頁以下）。

(a) 木村亀二（戦後）

いわゆる「生命尊重論派」⁴⁰が勢いを増して来た1967年に、断種法に関して木村亀二が法律学の立場から優生保護法の問題を論じている⁴¹。木村は、戦後においても優生保護法を優生手術を中心とする法律であると認識しており⁴²、優生手術の対象に感染症たるハンセン病患者や、ある種の犯罪者を含ませているなど幾つかの点で問題を指摘している⁴³。その上で優生保護法第14条⁴⁴について、第1号、第2号、第3号を優生学的適応によるもの、第4号の前段を医学的適応によるもの、後段を社会的適応によるもの、第5号を倫理的適応によるものとしている。そして今日では再検討を要するものとして第1号の「精神薄弱」を挙げ、「精神薄弱には遺伝性のものが約五〇%位あるとのことであるが、その他は遺伝性のない者であり、しかも、たとえ精神薄弱とはいっても、それが常人に近い魯鈍程度の者についても妊娠中絶を許すとすれば許容の範囲が非常に広くなり必然的に乱用せられることもありうる」⁴⁵との危惧を示している。そこで墮胎罪の検挙人員数の激減は優生保護法第14条の乱用に原因があるとの推測を述べ、「乱用を避けるために優生保護法において許されている妊娠中絶の規定の意義を明確にし、その中絶の手續を嚴重で適正なものに改めること」⁴⁶が重要であるとの見解を示している。一方木村は、妊娠中絶そして第1号ない

⁴⁰ 生長の家の村上正邦議員の「生命尊重」を批判するものとして、佐藤和夫「いのちを決める」佐藤和夫＝伊坂青司＝竹内章郎『生命の倫理を問う』（大月書店、1988年）42頁以下等。

⁴¹ 木村亀二「胎児の生命権と優生保護法」『法学セミナー』第140号（1967年）。

⁴² 木村・前掲注（41）61頁。

⁴³ 木村・前掲注（41）62頁において木村は、「わが国の優生保護法は、遺伝的疾患ではなく伝染病だとせられている癩の患者を優生手術の対象としたり、妊娠または分娩が母体の生命に危険を及ぼす虞れがあるものや、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を対象としたりして、その性格がはなはだ曖昧なものになっているばかりか、古いロンブローゾの犯罪の遺伝性という今日では一般に否定せられている考えとか、ナチ時代のドイツの双生児の研究の結論として一部の学者が主張したところを鵜呑みにしたものか、『顕著な犯罪的傾向』を遺伝的精神病質の一種と考え、ある種の犯罪者を優生手術の対象とするという奇怪な立法になっていることを看過すべきではなからう」と述べている。

⁴⁴ 医師の認定による人工妊娠中絶についての規定。

⁴⁵ 木村・前掲注（41）63頁。

⁴⁶ 木村・前掲注（20）63頁。

し第3号の優生学的適応による妊娠中絶の目的を「そこに規定している精神病患者、精神薄弱者、精神病質者、遺伝的身体疾患患者、遺伝的奇型者、癲患者の増殖を防止して健康で明るい社会を維持し実現しようとする事」⁴⁷と説明しており、「社会の一般的評価においては、悪質者の増殖よりも、健康で明るい社会の維持・実現の方が一層価値が大であり」⁴⁸「その一層大なる価値を保護するために小なる価値を犠牲にすることはやむをえないという理由で妊娠中絶の違法性が阻却せられ、適法なものとして判断せられるというのが、妊娠中絶を許し、適法なものとして解する刑法的な考え方である」⁴⁹としている。

上述の通り、木村は、優生学的適応が問題となるのはその「乱用」の場合だけであるとする。「社会の一般的評価においては、悪質者の増殖よりも、健康で明るい社会の維持・実現の方が一層価値が大であり」「その一層大なる価値を保護するために小なる価値を犠牲にすることはやむをえないという理由で妊娠中絶の違法性が阻却せられ、適法なものとして判断せられるというのが、妊娠中絶を許し、適法なものとして解する刑法的な考え方である」というように、優生思想については、人工妊娠中絶を規制する目的のため一層鮮明になっているといえよう。戦後においても木村は、断種法問題に詳しい我が国刑法学の最高権威者として位置付けられていたことが窺える⁵⁰が、「健康で明るい社会」と、優生学的適応ありとされる人や胎児が、前者に大なる価値が存するという形で単純に比較衡量しており、優生思想の社会に与える影響や問題性への更に踏み込んだ検討には至りえなかった。

(b) 中谷瑾子

1978年6月に開催された第9回日本医事法学会の第一部会における中谷報告⁵¹は、刑法学説に胎児条項の導入を示唆するものであった。中谷は、墮胎

⁴⁷ 木村・前掲注(20)63頁以下。

⁴⁸ 木村・前掲注(20)64頁。

⁴⁹ 同前。

⁵⁰ 池見猛『精神障害性犯罪の刑事学的研究』(池見経理学校, 1962年)はしがき参照。

⁵¹ 本報告は、中谷瑾子「妊娠中絶に対する法的規制の在り方」『ジュリスト』第678号(1978年11月15日)として収録されている。

罪規定の空文化について、「このような空文化した規定をそのまま存置することには、法の実効性の確保の点から重大な疑問があるといわねばならない」⁵²との問題提起をした上で、「しかし、胎児は、すでに生まれた者と同一視はできないとしても、法律上保護されるべきものであるかぎり、『産む、産まないは、女性の自決権に属する』とわり切って、中絶を完全に非犯罪化することはできないであろう」⁵³「現にルーズな優生保護法の適用によって、一部に殆ど心の痛みを感じないまま中絶が繰り返されており、それがやがて出生後の嬰兒の殺害も中絶の延長として違法の意識を鈍麻させることになりかねない危惧がある」⁵⁴との見解を示している。優生保護法についても、「適応条項はすでに発生学や医学、薬学等諸科学の発達と関連して再検討を要する時期に至って」⁵⁵おり、「社会・経済的適応をも認める進歩的な拡大適応モデルとして評価できるものの、胎児側適応の規定がないのも、問題であろう」⁵⁶との指摘をする。その上で、「刑法規定の中に中絶に対する基本姿勢を、規定すべきであり、適応を列挙するか、少なくとも、特別法規における中絶適法化条項の存在を前提とする明確な規定を挿入すべきである」⁵⁷との提言をなしている。

1982年、優生保護法「改正」問題は再び国会の場で議論された⁵⁸。この時期、法律学一般についても、議論の中心は人工妊娠中絶問題であった。石井美智子は「自己の生殖をコントロールする権利」「家族形成権」というそれまでにはなかった権利⁵⁹を踏まえて、刑法の墮胎罪の再構成を試みている⁶⁰。新たな「中絶法」制定に向けて、優生保護法に関するアンケート調査も行われている⁶¹。そ

⁵² 中谷・前掲注(51) 39頁。

⁵³ 同前。

⁵⁴ 同前。

⁵⁵ 同前。

⁵⁶ 同前。

⁵⁷ 中谷・前掲注(51) 40頁。

⁵⁸ 経済条項の削除の動きがあったが、改正案は上程されなかった。

⁵⁹ 石川稔「優生保護法と改正問題」『法学セミナー』第341号(1983年)も同旨の主張をしている。

⁶⁰ 石井美智子「墮胎問題の家族法的分析」日本法社会学会編『続法意識の研究』(有斐閣、1984年)等。

⁶¹ 陸路順子「優生保護法にみる男女不平等」『法の中の男女不平等』(信山社、1993年) 47頁以下。

の他、女性差別撤廃条約との関連で、墮胎罪の不合理を指摘するもの⁶²、女性学からの優生保護法批判⁶³も見受けられる。1990年の妊娠中絶可能期間2週間短縮に関しても、その決定に際して女性の意見が広く求められることなく、極めて政治的に為されたことを批判する論稿がある⁶⁴。また丸本百合子は、医師の立場から、墮胎罪と優生保護法を撤廃し、女性の健康を保障する新たな法律を制定すべきことを提言し、胎内の発生過程で起こる異常は防ぎ得るものではない以上、先天的に障害をもって生まれた子を健全な子と同じように社会に受け入れ、育成の援助をしようというのが本来の行政の努めであることを指摘している⁶⁵。

それらの動きを踏まえて、1983年中谷は人工妊娠中絶について、「優生保護法の動き」として、以下のように述べている⁶⁶。「昨年三月一五日、通常国会（第九六回）の参議院予算委員会で総括質問に立った自民党の村上正邦議員が、生命尊重の立場から、優生保護法一四条一項四号の『妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれがあるもの』という規定から、『経済的理由』を削除すべきことを政府に迫り、当時の鈴木首相、森下厚生大臣が前向きに検討することを約束したことに始まる。」「去る三月二四日の夕刊は、いっせいに、優生保護法の改正案の今国会提出は、自民党内の賛否両論の調整がつかなかったため、事実上見送られる見通しになったことを報じた。」「これまでの経緯から見て、これで完全に終わったわけでもなさそうである」⁶⁷。ここでは以前よりも「胎児の生命の保護」を全面に押し出した議論を以て、人工妊娠中絶を女性の権利として把える論者に対抗している⁶⁸。「発生

⁶² 金城清子「優生保護法と人口政策」『法と民主主義』179号（1983年）。金住典子「優生保護法と中絶の権利」『女性と法』（日本評論社、1984年）。角田由紀子「私のからだは私のもの」『性の法律学』（有斐閣、1991年）。

⁶³ 溝口明代「『男性』の思想と社会の形成」『女性学』第2号（1994年）。岩本美砂子「生殖の自己決定権の今」『女性学』第2号（1994年）。

⁶⁴ 角田・前掲注(62)。岩本美砂子「生殖の自己決定権と日本の政策決定」『女性学』創刊号（1992年）。

⁶⁵ 丸本百合子「女性の身体と心」『女性の現在と未来』（有斐閣、1985年）。

⁶⁶ 中谷瑾子「次代へ架ける法の選択」判例タイムズ第500号（1983年）。

⁶⁷ 中谷・前掲注(66) 7頁。

⁶⁸ 中谷・前掲注(66) 10頁。

学の発達した今日、胎児を妊婦の完全な一部と解することは、科学的知見に反する。胎児は妊婦とは別個の生命体であるから、その胎児の処分は、自己決定権の範囲内とはいえないからである」⁶⁹として、生命の発生を「科学的」に把握することにより、胎児の生命の毀滅が自己決定権の枠に収まりきれぬものではないことを述べている⁷⁰。

更に1985年の論文⁷¹では、より明確に自己決定権批判を展開している。1983年論文⁷²では、軽く触れるに止まっていた石井の見解⁷³に対して、ここでは正面から評価を加えている。石井の見解を「アメリカの判例のいうようにプライバシーの権利といった単なる個人の自由権としてではなく、婦人の幸福追求権の一環を成す『家族形成権』という社会権として保障されるべきであると主張する見解」⁷⁴とした上で、中谷は、「私は、『胎児は、殺人罪を基礎づける法益ではないが、さりとて不必要な法律上の無でもなく、人間の全ての資質を備えた生成中の人間であり、したがって、その生命は、原則的に尊重され保護されなければならない』というロクシンの見解に基本的にのみみる者である。女性は産むか産まないか、いつ、何人産むかは自ら決定する権利はあるが、それが直ちに『墮胎する権利』に直結するとは考えないのである。』⁷⁵「胎児の生命の保護を考えながら、なおかつ妊婦がどうしても中絶せざるを得ないような一定の場合には、これを権利として認めるといよりは、そういう行為に対して、国家が刑罰権をもって介入することはさし控えるのである(刑法の謙抑性)、そういう形で許されるのだというように考えなければならないのではないか。

⁶⁹ 同前。

⁷⁰ 中谷はこの論文に先立ち、「生命の発生」とそれへの刑法の関わり方についての論文(中谷瑾子「生命の発生と刑法」『現代刑罰法大系 第3巻』(日本評論社、1982年))を発表している。

⁷¹ 中谷瑾子「優生保護法と墮胎罪」『女性そして男性』(日本評論社、1985年)

⁷² 中谷・前掲注(66)。

⁷³ 石井・前掲注(38)、石井・前掲注(60)。

⁷⁴ 中谷・前掲注(71) 181頁。

⁷⁵ 同前。その他、生命の萌芽に独自の保護法益を認め、女性の自己の生殖を支配する権利とのバランスがはかられるべき問題とするものに、岩井宜子「墮胎を制限するミズーリ州法に対する米連邦最高裁の合憲判決」『ジュリスト』第947号(1989年)68頁以下がある。

これが墮胎規制に関する私の基本的な考え方である。』⁷⁶と主張している。

更に中谷は、優生思想への反対から胎児条項を否認する論者の多くが、他方で経済的理由を存置して、この条項の適用によって異常胎児の中絶を行うことには賛成している点を論理矛盾として疑問を呈している⁷⁷。

上述の通り、中谷説は「胎児の生命の保護」という観点から、人工妊娠中絶の権利化は認められないこと、但し、「胎児医学の進歩」によって可能となった「異常胎児の中絶」については胎児条項を導入することで、妊婦に対して出産の強制をしないというものである。1982年の論文では「生命はその発生の当初から何らかの保護を与えられなければならない自明の理をわが民法や前述一九七六年のイギリスの先天性心身障害（民事責任）法が規定している。これに対して、刑法がどの範囲でどのように刑事制裁を科してまでこれを保護するかは、刑事立法上の政策決定である」⁷⁸との見解を示している⁷⁹。

このように、この時期の法律学における論点は、女性の自己決定権と胎児の生命権の対立として整理され、議論が為されていた。

(c) 金沢文雄

刑法学における議論が人工妊娠中絶の問題に終始している状況にあって、優生思想を具体化した規定に対しての明確な批判を加えた刑法学者として金沢文雄の見解が注目される。1984年の著書⁸⁰において、「優生保護法第一条は『優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する』という目的を掲げているが、これは、人間を『不良な子孫』と『優良な子孫』とに差別し、『不良な子孫』の生存権を否定するものである。本法は、『生きる価値のない生命の毀滅』を行ったナチの思想と通じるものであって、『人間の尊厳』の原則に違反し、日本国

⁷⁶ 中谷・前掲注(71) 181頁以下。

⁷⁷ 中谷・前掲注(66) 10頁。

⁷⁸ 中谷・前掲注(70) 33頁。

⁷⁹ 一連の論文の中で中谷は、刑法改正作業とその結果である「改正刑法草案」を、議論が不十分であるとの理由で批判している。中谷・前掲注(51) 40頁。中谷・前掲注(71) 183頁等。

⁸⁰ 金沢文雄『刑法とモラル』（一粒社、1984年）。

憲法第13条、第14条に反するといわなければならない。また、『公益上必要』なときは『強制的優生手術』を行うことができるとされている点も、人権を無視した規定である⁸¹と述べている。更に、優生保護法第14条第3項⁸²についても、「意思能力のない者に対して保護義務者の承諾だけで中絶を認めることも人権保護の上から問題である⁸³」と批判する。

(d) 大谷實

精神障害者に対する強制手術に関しては、他に大谷實⁸⁴からも問題提起がなされている。大谷はその著書⁸⁵のなかで、「近年知的障害者に対する子宮摘出手術や保護者の同意に基づく強制人工妊娠中絶が問題となっており（一九九三年七月一六日毎日新聞朝刊）、知的障害者の子供を産む権利をどのように考えるかが問われているところです。」⁸⁶と指摘している。また、1990年の著書では、強制的な優生手術の必要性に疑問を投げかけている⁸⁷。しかし、一方で大谷は、胎児診断による中絶については「まさに親の基本的な人権ないし幸福追求権保障の問題」⁸⁸であるとして、これを認めている。しかもその際の論拠として「やや視点を異にするというものの、遺伝病については、すでに優生学的見地から中絶が認められているのですから、現行の優生保護法も胎児条項を絶対に否定するものではな⁸⁹い」ということを挙げ、胎児条項は「優生保護法を改正しなくても、母体保護の観点から中絶が許される場合に当たるように思いま

⁸¹ 金沢・前掲注(80) 151頁。

⁸² 当時の条文は以下の通り。「人工妊娠中絶の手術を受ける本人が精神病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って本人とみなすことができる。」ここで「保護義務者」の同意となっているのは、当時の精神衛生法によっている為である。

⁸³ 金沢・前掲注(80) 151頁。

⁸⁴ 大谷實『〔新版〕いのちの法律学』（悠々社、1994年）。

⁸⁵ 大谷・前掲注(84)。

⁸⁶ 大谷・前掲注(84) 36頁。

⁸⁷ 大谷實『医療行為と法〔新版〕』（弘文堂、1990年）93頁以下及び203頁。

⁸⁸ 大谷・前掲注(84) 45頁。

⁸⁹ 大谷・前掲注(84) 44頁。

す」⁹⁰と述べている。そうすると、胎児診断による中絶については、これを優生思想との関係で批判的に検討するという視点は、この時点では弱いといえるのかもしれない。あるいは、現行法であった優生保護法のなかに胎児条項を読み込むことで問題をやり過ぎそうとするものであったのだろうか。

(e) 小 括

上述の通り、優生保護法の議論において、刑法学は正面から優生思想の克服を目指した検討が行われることは、金沢の見解まで見受けられなかったが、その原因の一端は、検討の対象を墮胎罪の検討にとどめてしまい、その対象とされる者の社会におかれている状況の洞察まで及ばなかったことが挙げられるのではないだろうか。

(iv) 優生思想と刑法学

上記の検討から、刑法学には、当時の優生学を批判的に考察する観点は乏しかったといわざるをえない。戦前においては、優生学ひいては民族衛生学に基づく新たな断種立法への理論構築と制度設計に関心が払われ、戦後は「胎児条項の導入」への関心が強かった。むしろ、戦後において優生思想はより強くなったとの評価もできる。優生保護法の議論において、これを違憲であると評価するのは、金沢の見解まで見受けられなかったのであり、優生思想の克服を目指した検討は低調であったといえよう。

3 強制不妊手術国家賠償請求訴訟と新たな補償立法

(1) 強制不妊手術に対する国家賠償請求訴訟と「一時金支給等に関する法律」の成立

2018年1月30日、旧優生保護法による強制不妊手術を受けた女性が、国家賠償法第1条第1項に基づき、国に対して1100万円の損害賠償を求める訴えを仙

⁹⁰ 同前。

台地方裁判所に提起し（一次提訴）、同年5月17日には、男女3名が二次提訴を行った⁹¹。その後、他の地方裁判所にも同種訴訟が提起された。

2019年4月24日、「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）が公布、施行（一部を除く）された。同法は、立法趣旨に係る立法者の認識を明確にするため、前文が設けられており、以下に検討する仙台地裁判決前に成立し施行された⁹²。

（2）仙台地裁判決の概要

【事案の概要】

本判決の認定によれば、事案の概要は以下の通りである。

すなわち、原告らは「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。以下「旧優生保護法」という。）に基づき不妊手術（以下「本件優生手術」という。）を受けたところ、旧優生保護法第2章、第4章及び第5章の各規定（以下「本件規定」という。）は違憲無効であり子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（以下「リプロダクティブ権」という。）を一方的に侵害されて損害を被ったと主張して、被告に対し、主位的に、国会が当該損害を賠償する立法措置を執らなかった立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）又は厚生労働大臣が当該損害を賠償する立法等の施策を執らなかった行為（以下「本件施策不作為」という。）の各違法を理由に、予備的に、国家賠償法4条により適用される民法724条後段の除斥期間の規定を本件に適用することが違憲となると主張して、当時の厚生大臣が本件優生手術を防止することを怠った行為（以下「本件防止懈怠行為」という。）の違法を理由に、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求め⁹³たものである。

裁判で争点とされているのは、上記の①国の本件立法不作為又は厚生労働大

⁹¹ 新里宏二「旧優生保護法による強制不妊手術・謝罪と補償を」『法と民主主義』第529号（2018年6月）30頁。

⁹² 小林由「旧優生保護法一時金支給法の制定」『時の法令』2086号（2019年11月30日）30頁以下。「ロー・フォーラム 立法の話題 旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に一時金を支給」『法学セミナー』第775号（2019年8月）14頁。

⁹³ 仙台地判令和元年5月28日判例タイムズ第1416号（2019年8月）160頁。

臣の本件施策不作為、②予備的訴えにおける厚生労働大臣の本件防止懈怠行為、③予備的訴えの前提たる民法724条後段の除斥期間の規定の本件への適用違憲のほか、④損害額（がおおきいものであること）である⁹⁴。

因みに、①の厚生労働大臣の本件施策不作為は、まず、強制不妊手術が人格的生存に不可欠なものとして日本国憲法第13条で保障されるリプロダクティブ権の侵害にあたることから説き起こしている⁹⁵。そして、同大臣が平成16年3月24日の参議院厚生労働委員会において、旧優生保護法に基づく優生手術等につき、「こういう歴史的な経緯がこの中にあったことだけは、これはもう、ほかに言いようのない、事実でございますから、そうした事実を今後どうしていくかということは、今後私たちも考えていきたいと思っています。」と述べた⁹⁶時点で、被害者に対する補償に関する制度を設け、又は補償のための予算案を作成するなど、被害回復のための適切な措置を執るべき作為義務があったにもかかわらず、厚生労働省は、現在まで救済制度を作ることなく漫然と放置し、被害救済の前提となる実態調査すらも行わず、何ら被害者の救済又は補償に向けた取組を行っていないので、厚生労働省は、上記の時点から調査又は政策遂行に必要な合理的期間である3年が経過した平成19年3月の時点には、何ら救済制度を作ることなく放置したことについて法的責任を負うというべきであり、したがって、厚生労働省を統括する厚生労働大臣が上記措置を執らなかった本件施策不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法となると主張するものである⁹⁷。

なお、この判決においては、事実認定として被害者救済をめぐる国内外の動向等を確認しており、日本における動向等については、以下の事実を認めている。すなわち、(ア)1997年9月結成の優生手術に対する謝罪を求める会が厚生労働省と面談を続けていること(イ)自由権規約委員会はその補償権を法律で規定するよう勧告を1998年11月、2008年10月、2014年8月に出しているこ

⁹⁴ 前掲注(93) 161頁。

⁹⁵ 前掲注(93) 161頁以下。

⁹⁶ 前掲注(93) 164頁。

⁹⁷ 前掲注(93) 162頁。

と（ウ）ハンセン国賠判決が優生手術の強制を指摘していること（エ）2004年3月24日参議院厚生労働委員会において大臣が優生手術等につき事実であるから「今後私たちも考えていきたい」と述べたこと、および日本政府は2007年12月遡って補償する考えはないとの見解を示したこと（オ）2007年12月に日弁連は、日本政府の見解がリプロダクティブ・ライツに対する重大な侵害であることの認識が不十分と指摘し、人権教育等を随時実施すべき等と提言したこと（カ）2010年7月に日本政府の障がい者制度改革推進会議において、複数委員から「強制不妊手術の実態調査と補償の必要性、障がい者の性と生殖に関する権利の確立」が提起されたこと（キ）日弁連は、2015年3月に「女性差別撤廃条約に基づく第7回及び第8回日本政府報告書に対する日本弁護士連合会の報告書～会期前作業部会によって作成される質問表に盛り込まれるべき事項とその背景事情について～」において、強制不妊手術に対する補償について未だ何らの施策が取られていないこと、また、自由権規約委員会による上記勧告によって示された課題が進展していないことを指摘したほか、上記日弁連の報告書を補足する「第7回及び第8回締約国報告に対する女性差別撤廃委員会からの課題リストに対するアップデート報告」（2015年12月17日）において事実解明も謝罪も賠償もされていないことなどが指摘されたこと（ク）2016年3月7日に国連女性差別撤廃委員会は日本政府に対し、被害者が法的救済を受け補償とリハビリテーションの措置の提供を受けられるようにするため、具体的な取組を行うことなどを勧告したこと（ケ）2017年2月16日に日弁連は「旧優生保護法下において実施された優生思想に基づく優生手術及び人工妊娠中絶に対する補償等の適切な措置を求める意見書」を発表し、日本政府は優生手術等が差別であったことを認め、被害者に対する謝罪、補償等の適切な措置を速やかに実施すべきであり、また、優生手術等に関連する資料を保全しその実態調査を速やかに行うべきであるとの意見を表明したこと（コ）2018年3月28日に厚生労働省は、都道府県、保健所設置市及び特別区に対し、旧優生保護法に基づく優生手術の関係資料等について、その保全を依頼した上、同年4月25日、医療機関等に同資料の保全を依頼するとともに、都道府県、保健所設置市及び特別区

の同資料等の保管状況に関する調査を開始したこと⁹⁸。

その他、強制不妊手術に対するスウェーデンとドイツの対応に言及があり、スウェーデンでは1935年から1975年までの不妊手術に対して、1人当たり17万5000クローナ（約200万円）の補償金を支給することなどを内容とする「不妊手術患者への補償に関する法律」を1999年5月18日に成立させたこと⁹⁹と、ドイツでは、ナチス政権下の1934年から1945年までの間に、1933年に制定された「遺伝性疾患子孫予防法」に基づき不妊手術を受けさせられた約40万人について、ドイツ（当時のいわゆる西ドイツをいう。以下同じ。）は、1980年、強制的に不妊手術を受けさせられたことを証明できた人に対し、補償金として1人当たり5000マルク（約60万円）を支給した。さらに、ドイツは、1988年、強制不妊手術の被害者に対し、生活が困窮している場合には、上記補償金の他に、持続的な補償金として月額100マルク（約1万2000円）以上の支給を開始し、その後、上記補償金は、段階的に引き上げられ、2010年時点で月額352ユーロに増額されていることを認めている¹⁰⁰。

【主文】

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

【判旨】

・争点①について

「国家賠償法1条1項は、……国会議員の立法行為又は立法不作為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々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、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って、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受

⁹⁸ 前掲注(93) 164頁以下参照。

⁹⁹ 前掲注(93) 165頁。

¹⁰⁰ 同前。

けるものではない。』¹⁰¹

「もっとも、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」¹⁰²

「人が幸福を追求しようとする権利の重みは、たとえその者が心身にいかなる障がいを負う場合であっても何ら変わるものではない。子を産み育てるかどうかを意思決定する権利は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法13条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきものである。……しかしながら、旧優生保護法は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するなどという理由で不妊手術を強制し、子を産み育てる意思を有していた者にとってその幸福の可能性を一方的に奪い去り、個人の尊厳を踏みにじるものであって、誠に悲惨というほかない。何人にとっても、リプロダクティブ権を奪うことが許されないのはいうまでもなく、本件規定に合理性があるというのは困難である。……本件規定は、憲法13条に違反し、無効であるというべきである。』¹⁰³

「したがって、本件優生手術を受けた者は、リプロダクティブ権を侵害されたものとして、国家賠償法1条1項に基づき、国又は公共団体にその賠償を求めることができる。もっとも、本件優生手術から20年が経過している場合には、国家賠償法4条の規定により適用される民法724条後段（以下、単に「除斥期間」

¹⁰¹ 前掲注(93) 166頁

¹⁰² 同前。

¹⁰³ 同前。

という。)の規定により、当該賠償請求権は消滅することになるため、上記の者は、特別の規定が設けられない限り、国又は公共団体に対し当該賠償請求権を行使することができなくなる。」¹⁰⁴

「憲法17条は、……公務員の行為が権力的な作用に属するものから非権力的な作用に属するものにまで及び、公務員の行為の国民へのかかわり方には種々多様なものがあり得ることから、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委ねたものであって、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」¹⁰⁵。

「そして、憲法13条は、国民一人ひとりが幸福を追求し、その生きがいと最大限尊重されることによって、それぞれが人格的に生存できることを保障しているところ、前記のとおり、リプロダクティブ権は、子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障される個人の基本的権利である。それにもかかわらず、旧優生保護法に基づく不妊手術は、不良な子孫の出生を防止するなどという不合理な理由により、子を望む者にとっての幸福を一方的に奪うものである。本件優生手術を受けた者は、もはやその幸福を追求する可能性を奪われて生きがいを失い、一生涯にわたり救いなく心身ともに苦痛を被り続けるのであるから、その権利侵害の程度は、極めて甚大である。そうすると、リプロダクティブ権を侵害された者については、憲法13条の法意に照らし、その侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を確保する必要性が極めて高いものと認められる。」¹⁰⁶

「他方、前記認定事実によれば、本件優生手術は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するといういわゆる優生思想により、旧優生保護法という法の名の下で全国的に広く行われたものであることからすれば、旧優生保護法とい

¹⁰⁴ 同前。

¹⁰⁵ 前掲注(93) 166頁以下。

¹⁰⁶ 前掲注(93) 167頁。

う法の存在自体が、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使する機会を妨げるものであったといえる。そして、旧優生保護法は、優生思想に基づく部分が障がい者に対する差別になっているとして平成8年に改正されるまで、長年にわたり存続したため、同法が広く押し進めた優生思想は、我が国において社会に根強く残っていたものと認められる。しかも、前記認定事実によれば、いわゆるリプロダクティブ・ライツという概念は、性と生殖に関する権利をいうものとして国際的には広く普及しつつあるものの、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく、本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかったことが認められる。のみならず、本件優生手術に係る情報は、同じく憲法13条の法意に照らし、人格権に由来するプライバシー権によって保護される個人情報であって、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであり、本人がこれを裏付ける客観的証拠を入手すること自体も相当困難であったといえる。現に、本件優生手術を理由として損害賠償を求める訴訟は、本件が全国で初めてのものであり、旧優生保護法が平成8年に改正されてから既に20年以上も経過していることが認められる。……これらの事情の下においては、本件優生手術を受けた者が、本件優生手術の時から20年経過する前にリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することは、現実的には困難であったと評価するのが相当である。……したがって、本件優生手術を受けた者が除斥期間の規定の適用によりリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することができなくなった場合に、上記の特別の事情の下においては、その権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であると認めるのが相当である。」¹⁰⁷

「もっとも、上記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場合において、いかなる要件でいかなる額を賠償するのが適切であるかなどについては、憲法13条及び憲法17条の法意から憲法上一義的に定まるものではなく、憲法秩序の下における司法権と立法権との関係に照らすと、その具体的

¹⁰⁷ 同前。

な賠償制度の構築は、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられている事柄である。そして、前記認定事実によれば、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかったことが認められる。……このような事情の下においては、少なくとも現時点では、上記のような立法措置を執ることが必要不可欠であることが、国会にとって明白であったということは困難である。……したがって、本件優生手術を受けた者が除斥期間の規定の適用によりリプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権を行使することができなくなった場合に、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかった事情の下においては、少なくとも現時点では、その権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であることが明白であったとはいえない。」¹⁰⁸

「上記の理は、原告ら主張に係る憲法13条等に基づく補償請求権が上記にいうリプロダクティブ権と同一のものではないとしても、異なるところはなく、また、本件施策不作為に……厚生労働大臣が職務上の法的義務に違反したものと認めることはできない。」¹⁰⁹

「原告らは、……優生手術の被害者の救済をめぐる国内外の動向等によれば、少なくともC大臣の言及から調査又は政策遂行に必要な合理的期間である3年が経過した平成19年3月には、……所要の立法措置を執ることが必要不可欠であることが明白であった旨主張する。……しかしながら、……上記において説示するとおり、我が国においてはリプロダクティブ権をめぐる法的議論の蓄積が少なく本件規定及び本件立法不作為につき憲法違反の問題が生ずるとの司法判断が今までされてこなかった事情の下においては、その余の点について判断するまでもなく、上記立法措置を執ることが必要不可欠であることが、国会にとって明白であったということは困難である。」¹¹⁰

¹⁰⁸ 同前。

¹⁰⁹ 前掲注(93) 168頁。

¹¹⁰ 同前。

・争点②について

請求に理由がないとして、特に判断を示していない¹¹¹。

・争点③について

「国家賠償法4条が適用する除斥期間の規定は、リプロダクティブ権を侵害した公務員の不法行為による国の損害賠償請求権を消滅させるものであるところ、除斥期間の規定が憲法17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応じ、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……そして、国家賠償法4条が適用する除斥期間の規定は、不法行為をめぐる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。……本件において、リプロダクティブ権侵害に基づく損害賠償請求権に対し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。」¹¹²

・争点④について

請求に理由がないとして、特に判断を示していない。

4 仙台地裁判決の検討

(1) 再発防止策の不存在

まず、本判決の結論であるところの原告側の請求を認めなかった点について

¹¹¹ 同前。

¹¹² 前掲注(93) 168頁以下。

は、それでは再発を否定できないのではないかという疑問を禁じ得ない。旧優生保護法の規定が憲法違反であることを認めるだけにとどまらず、損害賠償請求権を行使する立法措置を執ることが必要不可欠であるということまで認めているのに、それが明白でなかったという理由でなぜ否定できるのか。判決は繰り返り返し、リプロダクティブ権の法的議論の蓄積がなかったことを強調するが、だからこそ被害回復が必要なのではなからうか。そうでなければ、同じように議論の蓄積のない人権侵害は許容されることになってしまう。「立法府の立法不作為に対する責任を軽減させる」働きをしている¹¹³との指摘も否定できないであろうし、本件で問われているのが「『不良』な国民を選別し排除するという、人としての存在そのものに対する根深い差別」ということを裁判所が認識していないことにもなる。この認識の欠如自体が、克服すべき優生思想の影響というのは、いい過ぎであろうか。そもそも、被害を防ぎ、救済する責任は立法（や行政）のみに課され、司法がその責任を問われえないのであれば、あまりに人権侵害に対して司法が無力であり、司法権の存在意義自体が失われてしまわないであろうか¹¹⁴。

(2) 強制不妊手術の「賠償」

次に、再発防止との関係では、強制不妊手術の「賠償」とは何かが問われることとなろう。もちろん、国の違法行為についての被害回復として、損害賠償という金銭による賠償しか、そもそも制度的にありえないことはいうまでもない。それ以外に、被害者の被害を癒す方策を検討すべきは、行政ということに

¹¹³ 青井未帆「『憲法13条に違反するが、「救済」されないのは仕方ない』が意味すること」『法学セミナー』第775号（2019年8月）56頁。

¹¹⁴ 優生手術に対する謝罪を求める会米津知子氏のリプロダクティブ・ヘルス/ライツについて、「国際会議にも参画し、国際条約を批准し、さらに勧告をされているのですから、知らないはずがありません」という声に裁判所も答えるべきではないか。「当事者・支援者の声——『5.28仙台地裁判決』を受けての緊急院内集会（2019年6月5日）より」『法学セミナー』第775号（2019年8月）27頁参照。なお、上田健介「旧優生保護法に基づく優生手術に対する国家賠償請求訴訟」『法学教室』第468号（2019年9月）133頁も、「明白性の判断の際に国連の勧告や日弁連の意見書等を考慮しなかったことへの疑問が残る」と指摘している。また、同所では違憲性が肯定されても「慰謝料の算定で、直接の原因が手術でなく立法不作為となるため不利に働く可能性も否めない」とも指摘している。

なるのも理解できるところである。

とはいえ、優生保護委員会（審査会）の構成員には地裁の裁判官が加わるという制度であったのであるから、違法な強制不妊手術と裁判所が無縁であるわけではない。請求の背後で裁判所にはその点も含めてその責任が問われているのであり、訴訟物ではないということで、制度としては金銭賠償のみだということで、これのみに「矮小化」しても許されるのであろうか。この訴訟で問われているのは、損害賠償の背景にあるそういう深層部分も含まれているのではなかろうか。

(3) 優生手術の曖昧化

また、優生思想の克服という観点から見た場合、すべての優生手術を一緒くたにして論じているような印象を拭えない。ただし、これは訴えの提起が不同意の強制不妊手術だからということであるかもしれないので、本件に対する批判としては、当たらないであろうか。法廷に提出された青井未帆（学習院大学教授）による意見書でも自己決定の権利として構成する不妊手術は対象としない旨が明記されている¹¹⁵。ただし、実際の優生手術において、被害者や被害者の家族から極力同意を得ようとしていたことの意味が明らかにされず、緻密な検証が困難になることがあってはなるまい。同意を得ようとしたのは、実は患者の自己決定などというものとはおよそかけ離れたもので、むしろもともと問題のある強制不妊手術の違法性を被害者やその家族に転換させるためではなかったのか。家族から同意を得ようとするのが、家族に対して優生思想を植え付けることにつながらないのか、そう考えるとそもそも同意を得ようとする事自体にも問題がなかったのか、といった諸点¹¹⁶がなお解明されなければ

¹¹⁵ 青井未帆「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並びに国家賠償法上の違法性について」『法学セミナー』第775号（2019年8月）54頁

¹¹⁶ 新里宏二「旧優生保護法による強制不妊手術被害と『一時金支給等に関する法律』の成立」『法学セミナー』第775号（2019年8月）22頁は、一時金支給法の支給対象者に同意がある場合を含めていることを評価しつつ、請求時本人死亡の場合の相続人が含まれていない点を問題としている。

ならないのではないか。

(4) 諸外国と比較した救済の遅れの意味

また、判決では、諸外国との比較での救済の遅れにも言及している。スウェーデンが、1999年5月18日に不妊手術を受けさせられた者に対する補償として1人当たり17万5000クローナ(約200万円)の補償金を支給することなどを内容とする「不妊手術患者への補償に関する法律」を成立させたことや、ドイツ(当時のいわゆる西ドイツを含む)が、1980年、強制的に不妊手術を受けさせられたことを証明できた人に対し、補償金として1人当たり5000マルク(約60万円)を支給し、さらに、1988年、強制不妊手術の被害者に対し、生活が困窮している場合には、上記補償金の他に、持続的な補償金として月額100マルク(約1万2000円)以上の支給を開始し、その後、上記補償金は、段階的に引き上げられ、2018年時点で月額352ユーロに増額されていると裁判所自ら認定している¹¹⁷。既に国際化が喧伝されて久しいが、これがなぜ賠償を否定する作用を果たすのか、理解しがたい。ハンセン病国賠訴訟と比較しても説得力に欠ける。先に言及した青井意見書も指摘する通り、遺伝病でないハンセン病を理由とする優生手術についてさえ、既に国賠訴訟判決においてその違法性が指摘されていたのであるから、批判は免れないとしかいえないのではなからうか。

確かに民法第724条の規定の20年を除斥期間と解せば、一見すると請求権が消滅するようにもみえようが、既に指摘されているように継続する被害にもかかわらず起算点を手術時と自明視する必要はなからうし、法改正後も含めて、まさに優生思想の現実的克服が困難であったからこそ権利行使が不可能であったのに、単純に除籍期間を適用することは優生思想を出発点とした新たな優生思想による侵害であろう。なぜなら、被害を放置することこそが、優生思想の克服を阻むものだからである。

通常の思考方法であれば、むしろ、救済の遅れは逆の結論たる賠償の肯定を帰結すべきではなからうか。

¹¹⁷前掲注(93) 165頁。

(5) 強制不妊手術の賠償と「刑法学」

例えば、毎日新聞取材班デスクの「あとがき」は、市野川容孝の「社会の受けとめ方が変わった」とのコメントを引きつつ、「社会的弱者の視点に立った環境や考え方が『普通』となりつつある時代」だからだとし、『『気づける世代』が新聞社の一線に立ち始めた』ことを指摘している¹¹⁸。たが、それではなぜ、社会が変わったのか、変わりえたのか、それまで変わりえなかったのは何故か、変わるべきなのに変わりえていないものは何かを問わなければならない。そうでなければ、同じことが繰り返されるおそれを解消できないからである。

今回の判決が従前から発展したと肯定的に評価しうる点があるとすれば、リプロダクティブ・ライツの権利性を端的に肯定している点であろう¹¹⁹。この点は、本法が改正当時に日本でもようやく活発に議論されはじめた時期と大きく異なるものであろう。ただし、本判決はそれを立法の必要が明白でなかったと捉えて賠償責任否定の根拠にしている。

この点は、甚だ疑問を禁じ得ない。そもそもなかった権利が新たに生まれたのであれば、賠償責任を否定することも理屈が通るかもしれない。しかし、この権利は、もともとある権利を見落としていたのであり、ようやく現時点ではっきりと可視化できつつある。最初からある権利が侵害され、しかもそれがようやく現時点で救済を求め得る状況に達したのに、救済を否定することはできないのではないか。そして、この理を認めないことこそが、社会のこのような変化を妨げたり遅らせたりすることの要因なのではないか。判決のリプロダクティブ権の用い方という限りでは、立法が必要不可欠だったことの明白性を否定するために論点をすり替えた¹²⁰との疑いも否定し切れないところではある¹²¹。

そのような難点を回避する理論として注目されるのは、憲法上の権利を「行為の自由や決定の自由を保障する類型のもの」と、一定の状態、地位、法益の保

¹¹⁸ 毎日新聞取材班『強制不妊 旧優生保護法を問う』（毎日新聞出版、2019年）298頁以下。

¹¹⁹ 前掲注(114)の米津氏が「とても重要」とされていることに注目すべきであろう。

¹²⁰ 三浦じゅん「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』第775号（2019年8月）33頁。

¹²¹ 立法府の責任軽減とする、既に言及したした青井・前掲注(113)をも参照。

全を保障する類型のもの」とに区別し、リプロダクティブ権は前者に、「劣った存在、子を持つべきではない存在という偏見・差別によって毀損される人としての尊厳は、生命などとともにも後者の類型に属する」とし、「被害の本筋は、人としての尊厳に対する毀損であった」と捉えて、「リプロダクティブ権を強調することは、原告らが被った被害の全貌を見えにくくする」との見解¹²²である。このように捉えることによって、被害者の苦痛が現在まで続いていることを明らかにし、除斥期間の起算点を手術時とさせない点での利点もある。ただ、被害の実態はまさに「子を産み育てる」というリプロダクティブ・ヘルス/ライツを侵害していることであり、その侵害の重大性を軽視することもできないのではないか。逆に侵害の重大さを曖昧にしないためにも、論者も指摘する通り、「子を持つべきではない存在という偏見・差別によって毀損される人としての尊厳」の問題ということを強調すべきであろう。繰り返しになるが、リプロダクティブ・ヘルス/ライツは「子を持つべきではない存在という偏見・差別」が許されないこと的前提であり、この点は被害の本質として重大な点ではなかろうか。

さて、最後に「刑法学」への影響という点に言及しておけば、このような変化を定着させることが重要であろう。そのような観点から、現在の刑法上の犯罪類型の解釈をみると、例えば代表的な刑法の教科書であろう前田雅英の刑法の概説書においては、実際には機能していないといわれる墮胎罪の解説として、墮胎自由化説と並べて「母体保護法(当時の優生保護法)を厳格に解し、墮胎罪規定を実効性のあるものとせよとの主張もみられた」¹²³とする叙述はみられるものの、母体保護法への改正で優生的見地による墮胎が許される人工妊娠中絶から排除されたと述べるのみ¹²⁴で、法改正の理由たる優生思想の問題には言及されていない。刑法総論の法令行為における叙述も、過去の事実としてかつての優生保護法では「遺伝性の精神病などが存在する場合に優生学的見地から、

¹²² 小山剛「旧優生保護法仙台地裁判決を受けて 人としての尊厳」判例時報第2413・2414合併号(2019年9月11・21日)18頁。

¹²³ 前田雅英『刑法各論講義[第7版]』(東京大学出版会, 2020年)56頁。

¹²⁴ 同57頁注(4)。

人工妊娠中絶を許していた」¹²⁵とするにとどまり、法改正の理由には言及していない。

ただし、リプロダクティブ・ヘルス／ライツの記述はないものの、2017年改正後の性犯罪規定の保護法益について「単に性的自己決定(権)が害されるということではなく、身体と人格的尊厳についての、より重大な侵害を伴う犯罪と考えるべきである」としている点も注目されようが、リプロダクティブ・ヘルス／ライツがこれに含まれるとの理解であるかは明らかでない。

また、大谷實の刑法各論の概説書においても、母体保護法の改正の背景に関する叙述は見当たらず、性犯罪規定の保護法益に関しては従前の性的羞恥心をも保護法益と解してきた見解が改められて、これを性的自由に含まれるとの解説の説明に叙述が割かれている¹²⁶。

旧優生保護法の改正について、優生思想の問題に言及されないのは教科書という性質からくる紙幅上の理由や、違法論、墮胎罪、性犯罪の構成要件解釈へ直接影響を与えるわけではないとの理由によるものかもしれないが、刑法学においてももう少し鮮明にその立場を打ち出して、優生思想克服への道筋を積極的に示してもよいのではなかろうか。

その点では、山中敬一の概説書における墮胎罪の説明は適切といえよう。山中は、人工妊娠中絶の合法化の説明で「平成8年に、優生保護法は『母体保護法』(法105号)と改称され、優生思想を払拭するため、『優生学的見地』にもとづく人工妊娠中絶の許容条項は削除された」と叙述して、改正の背景の指摘としても適切である。ただし、このような詳しい叙述は少ないようであり、「払拭」という表現以外には「疑問」「見直し」という表現が用いられているのが散見される¹²⁷。

また、墮胎罪の保護法益の議論において、リプロダクティブ・ヘルス／ライ

¹²⁵ 前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(東京大学出版会, 2019年) 240頁注(8)。

¹²⁶ 大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』(成文堂, 2019年) 119頁。

¹²⁷ 山中敬一『刑法各論〔第3版〕』(成文堂, 2015年) 98頁。なお、松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』(成文堂, 2012年) 64頁は「『優生学的適応事由』への疑問」と表現し、西田典之『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂, 2010年) 18頁は旧優生保護法の「基盤であった優生思想の見直し」と表現していた。

ツを明言するものは見られないようであるものの、母体の健康と胎児の生命を考慮しつつ、「一定の範囲内ではあっても、妊婦自身はその胎児を生むか生まぬかについての自己決定権を持つ」¹²⁸との見解が紹介されるようにもなっていることから、それに近い捉え方がなされつつあるといえようか。それが解釈論に与える影響については、なお今後の進展が期待される。先にも述べた通り、概説書という制約等もあろうが、今後の展開を注視すべきであろう。

5 おわりに

以上の検討から明らかな通り、この間の動きはなお、優生思想を克服する道筋が極めて見えにくいといわざるをえない。もちろん、問題の顕在化ないし可視化という側面での大きな前進を否定するものではないが、金銭賠償のみですべてが解決する訳ではない上に、その金銭賠償自体も、まだ実現されていない。

もっとも、仙台地裁判決と前後して制定された一時金支給等法については、本格的な検討は行いえなかった。訴訟継続中に「安価」な一時金支給という法律を制定することの意味を含め、事後的であっても慎重な検討を要すべき多くの論点が含まれていると思われる。この法律の検討は、他日を期することとしたい。

(2020年2月16日脱稿)

¹²⁸ 生田勝義=上田寛=名和鐵郎=内田博文『刑法各論講義〔第4版〕』（有斐閣ブックス、2010年）44頁。なお、そこで引用されている平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）160頁以下は、旧優生保護法第14条4号の「経済条項」の前提に母体の健康があると指摘しつつ、「この規定は實際上極めて緩やかに運用され、とくに妊娠初期の中絶は、事実上、母親の生むか生まないかの『自己決定』に委ねられているといっても過言ではない」とする。その意味で、なお、リプロダクティブ・ヘルス/ライツとの距離はあるといえよう。