

令和6年（行ウ）第102号

自由に不妊手術等を受けることのできる地位確認等請求事件

原告 梶谷風音ほか4名

被告 国

## 第1準備書面

令和6年8月16日

東京地方裁判所民事第38部B2係 御中

被告指定代理人

小西俊輔

鬼頭忠広

鈴木吉憲

山田恭平

石丸文至

稲田征之

菅野喜之

小倉慎司

富田圭祐

林 優

大 島 柁 志

藤 本 新 羽

植 木 知 伽 子

松 澤 拓 也

## 目 次

第1	はじめに	5
第2	母体保護法28条及び34条は憲法13条後段に反しないこと	5
1	原告らの主張	5
2	「不妊手術」を受ける権利は憲法13条後段により保障されるものではないこと	6
(1)	いわゆる自己決定権が憲法13条後段により保障されると判断した最高裁判例はないこと	6
(2)	仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条によって保障されるとしたとしても、「不妊手術」を受ける権利が憲法13条によって保障されているわけではないこと	8
(3)	小括	9
3	仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が個人の人格的生存に不可欠なものとして憲法13条後段により保障されるとしたとしても、母体保護法28条及び34条は憲法13条後段に反しないこと	10
(1)	母体保護法28条及び34条は子をもうけないという自己決定を制約するものではないこと	10
(2)	仮に子をもうけるか否かに関する自己決定が母体保護法28条及び34条により制約されているとしても、これらの規定については、その目的が正当で、手段が目的と合理的関連性を有するのであれば合憲と判断されるべきであること	11
(3)	①規制の目的が正当であること	12
(4)	②規制の手段が目的を達成するための手段として合理的関連性を有すること	13
(5)	小括	17

第3	母体保護法28条及び34条は憲法24条2項に反しないこと	18
1	原告らの主張	18
2	原告らが主張する利益について憲法24条2項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえず、母体保護法28条及び34条について同項違反が問題となる余地はないこと	18
3	母体保護法28条及び34条は憲法24条2項に反しないこと	20
第4	国賠法1条1項に基づく損害賠償請求は理由がないこと	21
第5	結語	24

## 第1 はじめに

原告らは、原告らの令和6（2024）年6月20日付け準備書面(1)（以下「原告ら準備書面(1)」という。）において、原告らが訴状において用いていた「不妊手術等」及び同日付け訴状訂正申立書（以下「訴状訂正申立書」という。）において用いる「不妊の措置」は母体保護法28条にいう「生殖を不能にすることを目的とし」た「手術又はレントゲン照射」を指し、訴状訂正申立書において用いる「2条不妊手術」は同法2条の定義する「生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で内閣府令をもって定めるもの」を指すこと、訴状において用いていた「不妊手術等」及び訴状訂正申立書において用いる「不妊の措置」は同法2条の「不妊手術」を包含する関係にあることを明らかにした。

他方で、原告らが訴状訂正申立書で用いる「不妊手術」については、依然としてその内容が不明確である。

もっとも、原告らは、母体保護法の不妊手術と原告らの用いる「不妊手術」の概念の差異は重要ではないとも述べていることから、原告らの用いる「不妊手術」の内容が不明確ではあるものの、その点において、原告らの用いる「不妊手術」については、上記のように括弧書きを付けるなどして表記し、母体保護法の不妊手術と区別をした上で、以下、主張を行うこととする。

なお、略語等は、本書面にて新たに定義するもののほかは、答弁書の例による。

## 第2 母体保護法28条及び34条は憲法13条後段に反しないこと

### 1 原告らの主張

原告らは、①憲法13条後段は個人の尊重原理に基づき自己決定権（個人の人格的生存に関する自己決定を行う権利）を保障し、子を産むか否かの決定は

生殖に関する自己決定権（リプロダクティブ権又はリプロダクティブ・ヘルス／ライツ）の一環として憲法上の保護を受けるところ、「不妊手術」を受ける権利は、自己の人格的核心に直結する生殖に関する自己決定権の一内容を成すため、同条後段により保障されるとした上で（訴状訂正申立書別紙28ないし32ページ）、②本件各規定は、生殖不能目的の手術等を罰則をもって一般的に禁止し、例外的に生命危険要件又は多産・健康低下要件及び配偶者同意要件を充足する場合に不妊手術の実施を許容しているところ、本件各規定により原告らの「不妊手術」を受ける権利が剥奪されることになるため、本件各規定の憲法適合性は厳格に審査されなければならないが、真にやむを得ない利益の保護を目的とし、その利益を保護するための手段が必要不可欠でなければならないが、本件各規定は、その立法目的が真にやむを得ない利益を保護するものではなく、その手段がいずれも立法目的を達成するために必要不可欠なものとはいえないから、同条後段に反し違憲無効である旨主張する（同33ないし44ページ）。

## 2 「不妊手術」を受ける権利は憲法13条後段により保障されるものではないこと

### (1) いわゆる自己決定権が憲法13条後段により保障されると判断した最高裁判例はないこと

憲法13条後段は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定するところ、これまで、最高裁判例において、公権力との関係で憲法13条により保障された権利・自由として明確に認められたものは、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」（最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625ページ）、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」（最高裁平成7年12月15日第三小法廷判決・刑集49巻10号842ページ）及び「個人に関する情報をみだり

に第三者に開示又は公表されない自由」(最高裁平成20年3月6日第一小  
法廷判決・民集62巻3号665ページ)等にとどまり、憲法上の権利とし  
て自己決定権を正面から認めた判例は存在しない(畑佳秀・最高裁判所判例  
解説民事篇平成27年度(下)735ページ、芦部信喜(高橋和之補訂)憲  
法〔第8版〕133ページ参照)。

なお、原告らは、訴状訂正申立書(別紙30ページ)において、最高裁判  
所平成13年11月27日第三小法廷判決(民集55巻6号1154ページ)  
に係る中村也寸志・最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(下)724ペ  
ージに、「患者が自らの意思で当該療法を受けるか否かを決定するという人  
格権の一内容としての自己決定権と直結」と記載されていることを指摘  
する。しかし、当該記載の末尾に付された「(注17)」に、「自己決定権に  
ついては、(中略)我が国においても、憲法13条を根拠にこれを憲法上の  
人権の一つとして認め、具体的には、①自己の生命、身体の処分にかかわる  
事柄(患者の自己決定権はこれに属する。)、②家族の形成・維持にかかわる  
事柄、③リプロダクション(生殖活動)にかかわる事柄、④その他の事柄の  
四つに分けて考える説が有力であるが(括弧内略)、憲法論としては未成熟  
の状況にあり、憲法上の権利として自己決定権を正面から認めた裁判例は見  
当たらず、私法上の権利として患者の自己決定権を認める考え方が我が国の  
学説判例では主流であろう」と記載されている(同735ページ)とおり、  
前掲最高裁平成13年11月27日判決は、憲法上の権利として自己決定権  
を認めた判例ではない。

以上のことからすると、原告らが主張する「不妊手術」を受ける権利  
なるものが憲法13条後段によって保障されるか否かを検討するに当たって  
は、子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条によって保障され  
ているとする最高裁判例がないことはもとより、そもそも憲法上の権利とし

て自己決定権を認めた最高裁判例がないことにも十分留意する必要がある。

(2) 仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条によって保障されるとしたとしても、「不妊手術」を受ける権利が憲法13条によって保障されているわけではないこと

ア 仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が個人の人格的生存に不可欠なものとして憲法13条後段により保障されるとしたとしても、子をもうけないという自己決定を実現する方法（手段）には、「不妊手術」以外にも多様な避妊手段が存在する（甲30、31、乙1・96及び97ページ、乙2・771ページ以下）。そして、こうした「不妊手術」以外の避妊手段のうち、子宮内避妊システム（IUS、プロゲストーゲン付加避妊器具）及び経口避妊薬については、避妊効果を表すパール指数（100人の女性が当該避妊手段を使用開始後1年以内に妊娠する件数）が、それぞれ、0.2、0.3であり、女性の不妊手術のパール指数0.5よりも低い数値を示しており（甲31、乙1・96及び97ページ、乙2・773ページ）、「不妊手術」よりも高い避妊効果がある上、麻酔の使用を必須として外科的侵襲を伴い、死亡や腸の損傷といった重大な合併症も起こり得る「不妊手術」と比べて身体に対する侵襲性も低い（甲34、乙1・96ページ、乙2・787ないし790ページ）。このように、「不妊手術」は、飽くまで上記の多様な避妊手段の中の一手段にとどまり、加えて、他の避妊手段と比べて特別に高い避妊効果があるというものではなく、選択可能な他の避妊手段により避妊の目的を達成することができることを併せ考慮すれば、仮に原告らが主張するとおり子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条後段により保障されるとしても、その一環として「不妊手術」を受ける権利が同条後段により保障されるということにはならない。

イ これに対し、原告らは、「不妊手術」は、「不妊手術」以外の選択可能な



他の避妊手段に対して安全性、有効性、経済性の点で最も優れているから、他の避妊法ではなく、「不妊手術」を受けることに意義があると主張する（訴状訂正申立書別紙26及び27ページ）。しかし、前記アのとおり、「不妊手術」以外の避妊手段の中には、「不妊手術」に比べて避妊効果が高く、また、麻酔の使用を必須として外科的侵襲を伴う「不妊手術」に比べて身体に対する侵襲性が低いものがあることからすれば、原告らの上記主張は理由がない。

原告らは、この点について、経口避妊薬については飲み忘れのリスクがあるということや子宮内避妊システムについては5年という有効期間があり、副作用があることを指摘する（訴状訂正申立書別紙26ページ）。しかし、経口避妊薬に係る飲み忘れのリスクは、こうしたリスクが経口薬という方法一般に一定程度内在するとしても、使用する者において当該リスクの管理をすることができる問題であるから、かかるリスクを強調して避妊方法としての客観的な有効性を論じるのは相当ではない。また、子宮内避妊システムに5年という有効期間があるとしても、これによって、上記の安全性や有効性が左右されるものではないし、その副作用（合併症）についても、麻酔の使用を必須として外科的侵襲を伴い、死亡や腸の損傷といった重大な合併症も起こり得る「不妊手術」に比べてそれが重いものではないことは、前記アで述べたとおりである。したがって、「不妊手術」が最も優れた避妊方法であるとする原告らの上記主張は理由がない。

### (3) 小括

以上のとおり、いずれにせよ、原告らの主張する「不妊手術」を受ける権利は憲法13条後段により保障されるものではない。そうである以上、「不妊手術」を受ける権利が憲法13条後段により保障されるとした上で、本件各規定がいずれも同条後段に反し違憲無効であるとする原告らの前記1の主

張は、その前提を欠くものであり、理由がない。

3 仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が個人の人格的生存に不可欠なものとして憲法13条後段により保障されるとしたとしても、母体保護法28条及び34条は憲法13条後段に反しないこと

仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が個人の人格的生存に不可欠なものとして憲法13条後段により保障されるとしたとしても（この場合であっても、「不妊手術」を受ける権利が憲法13条後段によって保障されるものではないことは前記2(2)のとおりであり、以下は、これを前提としたものである。）、「不妊手術」を含む生殖不能目的の手術等の施行を刑事罰をもって制限している母体保護法28条及び34条の各規定は、いずれも憲法13条後段に反するものではない。

なお、原告らは、母体保護法3条1項の憲法適合性についても問題としているが、同条は同法28条及び34条による制限を除外する規定であることに照らせば、同法3条1項によって原告らの権利が制限されていると見る余地はないのであって、本件において同条項の憲法適合性を検討する意味はない。そのため、以下では、母体保護法28条及び34条の憲法適合性についてのみ述べることとする。

(1) 母体保護法28条及び34条は子をもうけないという自己決定を制約するものではないこと

答弁書第2の3(2)イ(7ページ)で述べたとおり、母体保護法28条及び34条を含む不妊手術又は生殖不能目的の手術等に係る規定は、いずれも、医師を中心とする生殖不能目的の手術等の実施者に着目して、不妊手術を適法に実施するための要件や、生殖不能目的の手術等を実施した者に対する罰則を定めたものであり、不妊手術を含む生殖不能目的の手術等を受けることを希望する者と国との間の関係を規律するものではない。

そうだとすれば、母体保護法 28 条及び 34 条によって、「不妊手術」を受けることを希望する者の子をもうけないという自己決定が制約されているとはいえない。したがって、上記各規定により原告らの「不妊手術」を受ける権利が剥奪されているとした上で、上記各規定が憲法 13 条後段に反し違憲無効であるとする原告らの主張は、その前提を欠くものであり、理由がない。

- (2) 仮に子をもうけるか否かに関する自己決定が母体保護法 28 条及び 34 条により制約されているとしても、これらの規定については、その目的が正当で、手段が目的と合理的関連性を有するのであれば合憲と判断されるべきであること

仮に「不妊手術」を受けることを希望する者の子をもうけないという自己決定が母体保護法 28 条及び 34 条によって制約されているとしたとしても、前記 (1) のとおり、上記各規定は、医師を中心とする生殖不能目的の手術等の実施者に着目したものであるから、上記各規定によって生じる「不妊手術」の実施者以外の者に対する制約は、同実施者に対する制約の結果として生じたものといえることができる。すなわち、母体保護法 28 条及び 34 条は、「不妊手術」の実施者以外の者の子をもうけないという自己決定を直接的又は意図的に制約するものではないのである。

また、「不妊手術」の実施者以外の者は、母体保護法 28 条及び 34 条によって、子をもうけないという自己決定に関して、多様な避妊手段のうちの不妊手術を含む生殖不能目的の手術等という一部の手段について制約を受けるにとどまり、他の避妊手段についてまで制約を受けるものではないのであり、上記自己決定に対する制約の程度は限定的である。

以上のような母体保護法 28 条及び 34 条の規定内容及びこれらの規定による子をもうけないという自己決定に対する制約の程度からすれば、母体保

護法28条及び34条の憲法13条後段適合性判断については、①規制の目的が正当であるか否か、②手段が目的と合理的関連性を有するか否かにより判断するのが相当である。

なお、原告らは、原告ら準備書面(1)(3ページ)において、「本訴訟において、原告らは本件各規定の「制限を受けることなく」不妊手術を受けることを求めているものであり、母体保護法施行規則に希望する不妊手術の選択肢がないことを争うものではない」と述べていることから、原告らが問題としているのは、まずは不妊手術に係る制約であって、不妊手術以外の生殖不能目的の手術等に係る制約ではないと解されることから、以下では、このことを前提として検討することとする。

### (3) ①規制の目的が正当であること

母体保護法1条は、「この法律は、不妊手術(中略)に関する事項を定めること等により、母性の生命健康を保護することを目的とする」と規定する。

不妊手術は、前記2(2)のとおり、麻酔の使用が必須であり、外科的侵襲を伴うものであって、その侵襲の程度は低いものではなく、医学的知識及び技能を有した者によって実施されるのでなければ、身体に危害を及ぼし又は危害を及ぼすおそれがあることからすると、このような不妊手術の実施を規制することにより、母性の生命健康を保護するという規制目的は正当であり、規制の必要性も認められる。

また、子をもうけるか否かに関する意思決定は、個人の生き方や家族形成の在り方の根幹に関わるのところ、不妊手術は、人の生殖機能を不可逆的に失わせるものであり(甲34・2ページ、乙1・96及び97ページ、乙2・772ページ)、上記意思決定の基礎ないし前提となる、子をもうけるという選択肢を永続的に奪うことになるのであって、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔していて、若い世代で手術を施行している場合は特に顕著で

ある（括弧内略）。CREST研究（引用者注：今後の科学技術イノベーションに大きく寄与する卓越した成果を創出することを目的とし、研究代表者が複数の共同研究グループを組織し実施するネットワーク型研究のこと）において Jamieson（2002）は、卵管結紮術を受けた女性の7%が5年以内に後悔したと報告している。」（乙3・871ページ）という調査結果もある。このような不妊手術の性質に照らすと、不妊手術の実施者に対し、不妊手術を行い得る条件を規制することは、同手術を受けようとする者の子をもうけるか否かについての自己決定権を実質的に保障することにも寄与しているといえることができる。

以上によれば、母体保護法28条及び34条により不妊手術の実施について母性の生命健康の保護といった観点から制限を設けることには、正当性がある。

(4) ②規制の手段が目的を達成するための手段として合理的関連性を有すること

ア 母体保護法28条は、同法3条による場合を除き、故なく、不妊手術を含む生殖不能目的の手術等の実施を禁止し、同法34条は、同法28条に違反した者に対する罰則を定めている。この点、前記(3)のとおり、不妊手術は、人の身体への外科的な侵襲を伴うものであり、その侵襲の程度は低いとはいえ、また、子をもうけるか否かに関する自己決定に対する大きな侵害となり得るものである。そうすると、不妊手術を原則として禁止することによって人の身体を保護し、子をもうけるか否かに関する自己決定権に対する侵害をも防止した上で、罰則をもってその実効性を担保することは、規制として合理的なものであり、このような規制の手段は、前記(3)の規制目的を達成する手段として合理的関連性を有する。

イ この点、原告らの主張するように、母体保護法28条及び34条により、

生命危険要件又は多産・健康低下要件と配偶者同意要件を満たさない個人は、子をもうけないという自己決定をした場合、医師による不妊手術を受けるという方法によっては子をもうけないという結果を実現することができない。

しかし、前記(3)及びアのとおり、母体保護法28条及び34条については、その規制目的が正当であり、これを達成するための手段として合理的関連性が認められるところ、以下に挙げる事情からすると、不妊手術によって上記自己決定の実現が制約される結果が生じることをもって、上記各規定が必要性や合理性を欠くことにはならないというべきである。

まず、上記各規定は、不妊手術を含む生殖不能目的の手術等を実施する者に対して当該手術等の実施を規制するものであり、不妊手術希望者等の自己決定に干渉することを意図したものではなく、間接的・付随的な制約にとどまるものである上、不妊手術は多様な避妊手段が存在する中での一手段にすぎず、不妊手術以外の避妊手段により子をもうけない旨の自己決定を実現することが何ら妨げられないことからすれば、上記各規定による不妊手術希望者等に対する制約の程度は限定的であるといえる。また、前記(3)のとおり、不妊手術の実施は、子をもうけるか否かの自己決定の基礎ないし前提である人の生殖能力を不可逆的に失わせ、その後の子をもうけるという自己決定を永続的に奪うものである上、多くの女性が不妊手術を受けたことを後悔しており、このことは若い世代において特に顕著であるとの調査結果も存在すること(乙2・871ページ)からすると、不妊手術時において生殖能力を不要とする明確な意思があったとしても、その意思はその後の状況により変わり得るものである。そうだとすれば、ある特定の時点において生殖能力を不要とする明確な意思を有している者についても、その後において同意思が変わる可能性がある以上、子をもうける

という自己決定の機会を確保する必要性は否定されるものではない。以上のような事情も考慮すれば、母体保護法28条及び34条により、不妊手術希望者等の子をもうけるか否かの自己決定権が制約され得るとしても、このことによって、上記各規定の憲法適合性に関する結論が左右されるものではない。

ウ また、原告らは、①不妊手術の原則禁止について、不妊手術が、他の一般的な疾患の手術より高度の危険性を伴うことがなく、手術後の身体にほとんど悪影響をもたらさないため、母体の生命健康を害するおそれがない上、人口増加を目的とする国民優生法から無批判に引き継がれたものであって母性保護とは何らの関係もなく、むしろ、母性保護という母体保護法の目的が、戦時中に人権を無視して健康を犠牲にしてでも産ませようとしたことへの反省に基づくものであることからすれば、同法の目的に反するものである旨、②生命危険要件について、不妊手術が生命に危険を生じさせる場合であれば別段、妊娠又は分娩と関係なくその前段階で行われるものであるから、母体保護法の立法目的である母性保護との関係で合理性がなく、むしろ、母性保護が目的とされた経緯からすれば同法の目的に反するものである旨、③多産・健康低下要件について、複数の子を持っていることと母体の生命健康が守られることとの間には全く関連性がなく、むしろ、母性保護が母体保護法の目的とされた経緯からすれば同法の目的に反するものである旨、④配偶者同意要件について、配偶者の同意の有無は母体の生命健康の保護と何ら関係がなく、配偶者が同意しなければ母体保護法3条1項各号に該当する場合に不妊手術を受けられないことになり、母性の生命健康を保護するという同法の目的に照らし著しく合理性を欠く旨、⑤母体保護法34条の罰則は過剰である旨、⑥比較法的にみて、母体保護法ほど厳格に不妊手術を禁止する国はほとんど存在せず、ほとんどの

先進国では避妊目的での不妊手術が認められている旨を主張する（訴状訂正申立書別紙38ないし43ページ）。

しかし、前記(3)のとおり、不妊手術は、人の身体への侵襲を伴うものであるとともに、子をもうけるか否かについての自己決定権に対する侵害となり得るものであることからすれば、不妊手術を原則として禁止することにより、人の身体を保護し、子をもうけるか否かに関する自己決定権に対する侵害を防止した上で、さらに罰則をもってその実効性を担保することは、必要でありかつ合理的である。また、国民優生法は優生保護法の制定に伴い廃止されている上、国民優生法1条が「本法ハ悪質ナル遺傳性疾患ノ素質ヲ有スル者ノ増加ヲ防遏スルト共ニ健全ナル素質ヲ有スル者ノ増加ヲ圖リ以テ國民素質ノ向上ヲ期スルコトヲ目的トス」と規定していたのに対し、優生保護法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。」と規定し、母体保護法1条は「この法律は、不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めること等により、母性の生命健康を保護することを目的とする。」と規定しているなど、その目的は国民優生法とは異なっているのであるから、母体保護法の不妊手術の原則禁止の規定は、国民優生法を「無批判に引き継いだ」ものでないことは明らかである。したがって、原告らの上記①の主張は理由がない。

次に、原告らは、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件について合理性を欠くなどと主張するが、前記3柱書きのとおり、母体保護法3条が同法28条及び34条による制限を除外する規定であることからすれば、本件において、同法3条1項によって原告らの権利が制限されていると見る余地はなく、同条項が定める生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件について議論する意味はないというべきであ



る。したがって、原告らの上記②ないし④の各主張は本件における原告らの各請求に理由がないとの結論を何ら左右するものではない。

また、罰則については、母性保護法34条は、同法28条に違反した者を「1年以下の懲役又は50万円以下の罰金」、その結果、人を死に至らしめたときは「3年以下の懲役」にそれぞれ処するとしているところ、人の生理的機能を毀損し、子をもうけるか否かという意思決定の基礎ないし前提を奪うといった生殖不能目的の手術等の行為の性質に照らして、上記の法定刑が過剰であるとはいえない。例えば、傷害罪は、人の生理的機能を毀損するという点で、生殖不能目的の手術等と同様の性質を有するところ、この傷害罪の法定刑（15年以下の懲役又は50万円以下の罰金（刑法204条）。傷害致死罪の法定刑は3年以上の有期懲役（同法205条）。）と比較しても、母体保護法34条が定める法定刑が過剰であるとはいえない。したがって、原告らの上記⑤の主張は理由がない。

さらに、仮に原告らの主張する外国における法制度を前提としても、不妊手術のように医療行為に係る規制は、努めて各国の立法政策に属する問題である上、他の避妊方法が認められているかどうかや予期しない妊娠をした場合の中絶手術の可否、その要件などといった様々な要素と相まって各国において決せられるべきものであって、不妊手術に係る諸外国の規制状況のみを取り出して我が国の母体保護法28条及び34条に関する立法事実として考慮されるべきものではない。したがって、原告らの上記⑥の主張は理由がない。

#### (5) 小括

以上のとおり、仮に、子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条後段により保障されているとしても、母体保護法28条及び34条が同条後段に反するとはいえない。

### 第3 母体保護法28条及び34条は憲法24条2項に反しないこと

#### 1 原告らの主張

原告らは、「本件各規定が規律するのは、(中略)自らがどのような家族形成をしていくかに関する個人の自己決定に関わる事柄であり、「憲法24条2項は、「婚姻及び家族に関する事項」について、立法上の要請・指針を示した規定であるところ、「本件各規定は、「家族に関するその他の事項」に関して、憲法24条2項が求める要請・指針に反しており、立法裁量の逸脱・濫用として違憲・無効である」と主張する(訴状訂正申立書別紙45ページ)。

その上で、原告らは、本件各規定は、「国家が国策に基づき一定の家族観を国民に押し付け、強制するような立法にほかなら」ないところ、配偶者同意要件は、「夫によるいわば許可制を採用している」ものであり、「不妊手術を希望する女性を自立的な個人として捉えず、(中略)あたかも不妊手術を受けるということに対して法的無能力者のように取り扱って」おり、「個人の尊厳、両性の本質的平等に反するものである」、多産・健康低下要件は、女性は健康上の理由がない限り、子を持つことを当然の前提とするものであって、「子を持たないないし一人の子しか持たない女性と、複数子を持つ女性との間に、2条不妊手術を受けるための法定要件に差を設けている規定ぶり」に照らしても、国家が「女性に子を産むことを責務として課」すものといえ、その「内実は明治憲法下の家制度を引き継ぐものであるとともに、国家が一定の家族観を国民に強制するものである」旨主張する(同50ないし52ページ)。

#### 2 原告らが主張する利益について憲法24条2項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえず、母体保護法28条及び34条について同項違反が問題となる余地はないこと

(1) 憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と

両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定する。

婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、その具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。そして、その要請、指針は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる(以上につき、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586ページ参照)。

(2) 前記(1)のとおり、婚姻及び家族に関する事項のような一定の法制度を前提とする権利や利益については、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度を待って具体的に捉えられるものであるから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つことになる。憲法24条2項は、かかる理解を前提として、既に法制度において認められた利益に関しては憲法の趣旨を踏まえて制度が構築されたかとの観点において、まだ具体的な法制度により認められていない利益に関してはどのような制度を構築すべきかとの観点において、立法裁量の限界を画する機能を有するものといえる(畑・前掲判例解説753及び754ページ)。

しかるに、母体保護法28条及び34条に関し原告らが主張する利益は、どのように家族形成をするかの自己決定権又は自己決定の利益(訴状訂正申

立書別紙4.9ページ)であると主張されてはいるものの、上規各規定は婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定ではなく、結局は、上記各規定との関係では子をもうけないという自己決定であると解されるどころ、子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益は、そもそも特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ、法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない。このように、母体保護法28条及び34条に関し原告らが主張する利益が特定の法制度を前提とするもの等とはいえない以上、このような利益に関して憲法24条2項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない。したがって、母体保護法28条及び34条について、憲法24条2項違反が問題となる余地はなく、原告らの前記1の主張は、前提を欠くものであり、理由がない。

なお、母体保護法3条1項の憲法適合性について検討の必要がないことは前記第2の3柱書きで述べたとおりである。

### 3 母体保護法28条及び34条は憲法24条2項に反しないこと

また、仮に母体保護法28条及び34条を、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定であると解したとしても、上記各規定は、以下のとおり、憲法24条2項に反するものではない。

婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響等につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断するのが相当である(前掲最高裁平成27年12月16日大法廷判決)。

そこで検討するに、母体保護法28条及び34条により不妊手術の実施に制限を設けた趣旨は、前記第2の3(3)及び(4)アで述べたとおりであり、正当な目的に基づくものである。

また、上記各規定によって子をもうけないという自己決定に関し、原告らが制約されることとなるのは、多様な避妊手段のうちの不妊手術を受けるという一手段にすぎない。繰り返し述べるとおり、上記各規定が存在するからといって、子をもうけるか否かの自己決定権に基づき不妊手術以外の避妊手段を選択することは一切制約を受けないのであるから、上記各規定を設けたことによる当該自己決定権に与える制約の程度は限定的で、子をもうけるか否かに関しての特定の選択を求めるものでないことは明らかであって、個人の尊厳や両性の本質的平等に反するものとなるとは到底いえない。したがって、上記各規定は憲法24条2項に違反するものとはいえない。

#### 第4 国賠法1条1項に基づく損害賠償請求は理由がないこと

- 1 国賠法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定するところ、同項にいう違法とは、公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することをいう（以上につき、最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ、最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087ページ、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻4号2427ページ、最高裁令和4年5月25日大法廷判決・民集76巻4号711ページ等参照）。

国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるかはどうかは、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同項の適用上違法の評価を受けるものではない。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、その立法不作為が、同項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。そして、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ときは、上記の例外的な場合に当たると解するのが相当である（前掲最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決、前掲最高裁平成17年9月14日大法廷判決、前掲最高裁平成27年12月16日大法廷判決、前掲最高裁令和4年5月25日大法廷判決参照）。

- 2 原告らは、遅くとも平成12年の母体保護法改正時点では、国会において、リプロダクティブライツの観点から母体保護法の抜本的見直しを行うなど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、同年以降現在に至るまで相当長期間にわたり正当な理由なくこれらの立法措置を怠っていると主張するが、前記第2及び第3で述べたとおり、本件各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とはいえないから、本件各規定を改正するなどの立法措置を講じなかったことが、国賠法1条1項の

適用上違法の評価を受けることはないというべきである。

したがって、原告らの国家賠償請求は理由がない。

- 3 なお、念のため付言するに、原告らは、①平成8年6月10日に、「女性の健康や生命の尊重など検討すべき課題が多いことから、総合的な検討を早急に行い、その結果に基づき抜本的な見直しを行うこととする」とする「優生保護法の一部を改正する法律案について」（与党厚生調整会議及び与党福祉PT三座長試案）が示されていたこと、②同月17日に、参議院厚生委員会において、政府は、「この法律の改正を機会に、国連の国際人口開発会議で採択された行動計画及び第4回世界女性会議で採択された行動綱領を踏まえ、リプロダクティブヘルス・ライツ（性と生殖に関する健康・権利）の観点から、女性の健康等に関わる施策に総合的な検討を加え、適切な措置を講ずること」について適切な措置を講ずべきであるとの附帯決議がされたこと、③平成12年4月27日に、参議院国民福祉委員会において「女性の生涯を通じた健康の推進に関する決議」がされたこと、④平成13年6月20日に参議院共生社会に関する調査会から「妊娠、出産等に対する女性の自己決定権を確立するため、避妊・不妊等に係る相談・情報窓口の増設を図るとともに、墮胎罪を始め、女性の健康に関する法制度について、リプロダクティブ・ヘルス／ライツを保障する観点から新たな法整備を含め幅広い検討を行う必要がある」との内容を含む提言がされたこと、⑤第147回国会参議院国民福祉委員会における小宮山洋子議員がリプロダクティブヘルス・ライツについて言及したり、堂本暁子議員が上記②の附帯決議に言及するなどの訴状訂正申立書別紙記載の各発言をもって、国会が本件各規定の改正を怠ったことの根拠とする。

しかし、原告らの指摘する上記①ないし⑤に係る決議や提言等についてみるに、その内容は広く女性の健康等に関して言及するものであり、本件各規定について明示的に言及するのは、「優生保護法の一部を改正する法律案について」

(与党厚生調整会議及び与党福祉PT三座長試案)のみである上、これについても「不妊手術、人工妊娠中絶についての配偶者の同意の廃止については今後の検討課題とする」としている(甲25・251ページ)にとどまる。このように、原告らの指摘する上記①ないし⑤に係る決議や提言等において、本件各規定についての具体的な指摘がほぼされていないことに留意する必要がある。

## 第5 結語

答弁書で述べたとおり、不適法な訴えである本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えはいずれも速やかに却下されるべきであり、また、以上のとおり、原告らのその余の請求(請求の趣旨第2項の金員支払請求)は、いずれも理由がないから、速やかに棄却されるべきである。

以上