

令和6（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 外4名

被告 国

## 準備書面（2）

令和6（2024）年10月15日

東京地方裁判所民事第38部B2係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 亀 石 倫 子

外5名

本準備書面では、被告の答弁書における本案前に関する主張に反論する。

### 第1 地位確認請求に関する法律上の争訟性について

#### 1 被告の主張

被告は、本件各規定は「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」したものであり、原告ら「不妊手術等希望者等」と国との間に「手術等に関する一定の権利義務ないし法律関係を発生させるものではない」と主張する（答弁書7頁）。

また、被告は「法律上の争訟に当たるか否かは、請求の趣旨の文言のみから形式的に判断すべきではなく、当該紛争の実質に着目した上で判断されるべきである」とした上で、原告の主張の実質は「国会の立法行為をいわば先取り」するもので「立法作用に属する事項」であるから、司法審査に適し

ないと主張する(答弁書8頁)。

## 2 原告の反論

### (1) 手術等の実施者に着目したものであるとの主張について

法律上の争訟性は、在外日本人国民審査事件控訴審判決（東京高判令和2年6月25日民集76巻4号887頁。その後、令和4年5月25日の在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決（令和4年5月25日民集第76巻4号711頁）において、法律上の争訟性を認めた結論を是認）が判示したように「抽象的に法令の違憲、違法や立法不作為の違法の確認を求める、客観的な法秩序の維持等を目的とする客観訴訟」を排除するために設けられた訴訟要件である。

本件各規定は、法3条1項が、医師を名宛人として、法3条に定める要件を満たさない2条不妊手術を禁止し、かつ法28条及び法34条がこれを罰則で担保することで、原告らの不妊手術を受ける権利や自由（子をもうけるか否かに関する自己決定権と自己の生命・身体の処分に関わる事柄に関する自己決定権及び避妊の自由としてそれぞれ憲法13条の保障を受ける。権利内容の詳細については準備書面(3)で詳述）を制約している。原告らが求めているのは、このような権利制約の存在を前提に、「自らの意思のみで医師または指定医師による不妊手術等（引用者注：2条不妊手術）を受けることができる法的地位」（訴状53頁）という具体的な法的地位の確認であり、客観訴訟に該当しないことは明らかである。

被告は、本件各規定について2条不妊手術の実施者に着目したものであるとし、原告らと被告の間の権利義務や法律関係を画す

るものではないと主張する。しかし法律上の争訟性の有無は原告の請求内容を前提として判断されるから、かかる主張は法律上の争訟性の審査において意味をなさない。仮に被告の主張が採用された場合には原告の請求が棄却されるのみである。

## (2) 新たな制度の創設を求めるものであるとの主張について

また、被告は、本訴における紛争の実質が裁判所に対して新たな制度の創設を求めるものであり、司法審査に適さず法律上の争訟に該当しないと主張している（答弁書8頁）。しかし、在外日本人国民審査事件控訴審判決（東京地判令和元年5月28日判時2420号35頁）でも国は本诉被告と同様の主張を行ったが、大法廷判決は同主張を退け地位確認請求に法律上の争訟性を認めた。その理由については「X1が主張する・・・法的地位が認められなければ請求に理由がないことにすぎない。また、本件地位確認の訴えについて、あえて司法審査の対象とすることを差し控えるべき特段の事情があるとも考え難い」（甲53：大竹敬人「判解」法曹時報76巻1号（2024）353頁）と説明されている。本訴の地位確認請求は実体法上の問題であり、「あえて司法審査の対象とすることを差し控えるべき特段の事情」もないから、法律上の争訟性を否定することはできない。

## 第2 地位確認請求に関する確認の利益について

### 1 被告の主張

被告は、前記「第1の1」と同様、本件各規定は「医師を中心とする生殖不能目的の手術等を実施した者に着目」したものであり原告らと被告の間に「権利義務ないし法律関係を発生させるものではないか

ら・・・権利又は法律上の地位に現実的な危険や不安が存在するとは  
いえない」と主張する（答弁書9頁）。

## 2 原告の反論

前述のとおり、本件各規定は、原告らと国との間で2条不妊手術に  
関する権利義務や法律関係を発生させている。また、訴状でも述べた  
ように、不妊手術を受ける権利は、2条不妊手術を実際に受けること  
ができなければ意味を持たない（訴訟選択の適切性）。原告らが求め  
ているのは、罰則を受けることなく、自らの意思のみで医師または指  
定医師による2条不妊手術を受けることができる具体的な法的地位で  
ある（対象選択の適切性）。本件各規定がある限り、日本国内で医師  
または指定医師により適法に2条不妊手術を受けることは不可能だか  
ら、この法的地位が認められなければ、原告らが今後も不妊手術を受  
けられないことは明白である（即時確定の利益）。確認の利益がある  
ことは明らかである。

## 第3 違法確認請求に関する法律上の争訟性について

### 1 被告の主張

被告は、違法確認請求についてもほぼ地位確認請求に関する主張を  
繰り返し、本訴は「母体保護法の不妊手術を含む生殖不能目的の手術  
等に係る規定（本件各規定）の内容が違憲（違法）であることの確認、  
あるいは本件各規定を改廃しない立法不作為の違憲（違法）確認を求  
めるものに他なら」ず「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係  
の存否に関する紛争とはいえない」と主張する（答弁書10頁）。

また、被告は、これに加え本件では国家賠償請求において「本件各  
規定を改廃しない立法不作為が審理の対象とされる」から「実質的に

みれば」、違法確認の争訟性の要件を否定しても「原告河邊ら4名の裁判を受ける権利を害することにならない」とも主張する（答弁書10頁）。

## 2 原告の反論

### (1) 確認対象は当事者間の具体的な法律関係の存否である

被告の主張は、要するに、本件違法確認は立法不作為の違憲を抽象的に確認するものであり、事件・争訟性を欠くと言うものである。

この点について令和4年最大判判決の調査官解説は、同最大判が違法確認の訴えの事件・争訟性要件を満たした根拠について

「YがX1に対して審査権の行使を認めないことが違法であることの確認を求めるものであるから、その審理の対象は、一般的・抽象的な立法行為（立法不作為）の違法（違憲）ではない」と、  
「X1は、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないために審査権を行使することができない（憲法により保障されているX1の審査権の行使を制限されている）から、その違法（違憲）を確認することで救済される必要がある」等の理由を挙げる（前掲大竹357～358頁）。

本件違法確認請求は、原告らが本件各規定を改廃しないことで、自らの意思のみに基づいて不妊手術を受けることができない状況を違法であると確認するものであるから、その審理対象は、一般的な立法不作為の違憲性ではなく、当事者間の具体的な法律関係の存否である。また、原告らは本件各規定が存在する限り不妊手術を受ける権利ないし自由の行使が制限されるのであるか

ら、本件各規定の内容又は本件各規定を改廃しないことが違法であることの確認により救済する必要がある。

本件違法確認に法律上の争訟性が認められることは明らかであり、被告の主張は誤っている。

## (2) 国家賠償請求は違法確認請求の法律上の争訟性とは関係がない

また、被告は国家賠償請求において「本件各規定を改廃しない立法不作為が審理の対象」とされるから裁判を受ける権利を害しないと主張するが、誤りである。法律上の争訟性は、確認の利益とは異なり、原告が他にどのような請求を行うかによって左右されるものではない。原告は国家賠償請求を提起しない選択もできるし、両請求をまったくの別訴訟として提起することもできる。さらに、併合提起した訴訟の途中で国家賠償請求を取り下げることでもできる。原告の訴訟類型の選択や訴訟遂行の内容に応じて、同一内容の違法確認訴訟の法律上の争訟性が認められたり認められなかったりすることはあり得ない。

なお、被告は国家賠償請求において「本件各規定を改廃しない立法不作為が審理の対象」とされることが司法権の範囲内であることを当然の前提とし、あたかも違法確認請求という形式を採ると「新たな一定内容の法制度の創設を求める」ものとなり、国家賠償請求という形式を採るとそうでなくなるかのように主張する。しかし、国家賠償請求において「本件各規定を改廃しない立法不作為」が違憲と判断されることと、違法確認請求において「本件各規定を改廃しない立法不作為」が違憲と判断されることで、立法府に与える影響に違いはない。この点においても被告の主張は誤りである。

## 第4 違法確認請求に関する確認の利益について

### 1 被告の主張

被告は、原告らの主張は「法律に基づく既存の制度の改廃、又は制度の創設を求めるもの」であり、「不妊手術の希望者が、自らの意思のみに基づいて医師又は指定医師による生殖不能目的の手術等を受けられるようにするためには、国会の立法措置を経ることが必要」であるから、違法確認の判決により「原告河邊ら4名が当然に救済されるという関係にはな」く、「仮にその確認をしたとしても、本件各規定の改廃を含め、どのような法制度とするかについてはなお立法府の裁量に委ねられるべき」ものであり、「自らの意思のみに基づき、不妊手術を受けることができる法的地位を有するか否かという具体的な権利義務ないし法律関係の存否の確認に結びつくものではない」と主張する（答弁書10～11頁）。

また、前述と同様、国家賠償請求によっても「本件各規定を改正しない立法不作為の解消が期待されるという事実上の効果」が得られるから、違法確認は有効かつ適切な手段ではないと主張する（答弁書11頁）。

さらに、被告は、違法確認訴訟に確認の利益を認めた在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決と結論を異にすべき理由として、「本件違法確認の訴えは、『不妊手術等を受ける権利』という、その基本的な内容等が憲法上一義的に定められていない利益又は権利が問題となっているという点」において、同最大判と事案を異にするとも主張する（答弁書12～13頁）。

## 2 原告の反論

### (1) 地位確認は権利救済にとって実効的である

在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決が判示したとおり、違法確認の訴えの判決が言い渡され、本件各規定が憲法に適合しないことが確定すれば、憲法81条、99条等の趣旨に照らし、「国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重される」。そうなれば、原告らはほぼ自動的に救済を受けられることになるため、原告ら4名について「当然に救済されるという関係に」なく「具体的な権利義務ないし法律関係の存否の確認に結びつくものではない」とする被告の主張は誤りである。

### (2) 国家賠償請求は違法確認の確認の利益とは無関係である

また、国家賠償請求があるから違法確認請求の訴えの利益が失われるという関係にないことも、前述のとおりである。国会の立法不作為を対象とする国家賠償請求訴訟は、過去の国会の立法不作為という事実を基礎として損害賠償を請求する訴訟類型であり、過去の事実関係の有無、時効、国会の立法不作為の特定や不作為が長期にわたるか否かという、違法確認請求訴訟では考慮されない要件がいくつも見られる。これらの要件が欠くとされた場合は、「本件各規定を改廃しない立法不作為」の違憲性の有無を検討するまでもなく、国家賠償請求が棄却されることもあり得る。このように、国家賠償請求は違法確認請求とは全く別の訴訟類型であり、違法確認請求の訴訟要件には影響を及ぼさない。実際、在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決及びその原審たる令和2年東京高判は、違法確認請求の訴訟要件を検討するに当



たり、国家賠償請求訴訟との比較など全く検討していない。よって、被告の反論は誤りである。

### (3) 権利の明白性は確認の訴えの要件ではない

在外日本人国民審査権確認等違憲大法廷判決は初めて立法不作為の違法確認請求を認めた最高裁判決であるところ、その趣旨や意義を詳細に説明した宇賀補足意見においては、違法確認請求を認める趣旨として「憲法32条により、実効的な裁判を受ける権利が保証されていなければならない、それは、立憲主義の要請」であることと、「審査権は、これを行使できなければ意味がなく、侵害を受けた後に争うことによっては回復できない性質のもので」あることが強調されている。そこでは対象となる権利・利益が「憲法上一義的に定められて」いるか否かは全く重視されていない。むしろ、「先般の司法制度改革では、行政訴訟を活性化させることが改革の大きな柱の一つ」とされ、平成16年の行政事件訴訟法の改正においては、「実質的当事者訴訟としての確認の訴えの活用を促すこととされた」のであるから、「現在の権利義務関係を争うよりも、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えの方が現在の紛争の解決にとって有効適切である場合には、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えが排除されると考えるべきではなく、かかる訴訟を認めることは、実質的当事者訴訟としての確認の訴えを明記した上記改正の趣旨にも適合する」と述べられている。「憲法上一義的に定められて」いなければ確認の利益を否定するとする被告の主張は、上記の宇賀補足意見に真っ向から反するものである。このことについては、興津征雄神戸大学教授も「憲法上の権利の一義的明確性を違法確認訴訟の訴訟要件として要求する趣旨」と読み込むことは、「公法

上の当事者訴訟としての確認訴訟」の訴訟要件として「かつての無名抗告訴訟の解釈論を類推する」ものとなり「適當ではない」と指摘している（甲54：興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟—最高裁令和4年5月25日大法廷判決（国民審査権訴訟）をめぐって」ジュリスト1576号112頁）。興津教授が指摘するとおり、被告が指摘する当該大法廷判決の判示は「本判決が最高裁として違法確認訴訟を適法と認めた初めての判決であることにかんがみ、立法府の権限を侵すものではないことを確認的に判示するにとどめたものと読むのが妥当である。不妊手術を受ける権利の「基本的な内容等が憲法上一義的に定められていない利益又は権利」であることを根拠として確認の利益を否定する被告の主張は誤りである。

## 第5 結語

以上のとおり、本訴における地位確認の訴えも違法確認の訴えも、法律上の争訟性を満たすとともに、確認の利益を満たす。被告の本案前の主張はいずれも理由がない。

以 上