

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（3）

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、被告の第1準備書面における本案に関する主張に反論
する。

目次

第1 原告らの不妊手術を受ける権利・自由は憲法13条の保護を受ける	5
1 自己決定権の一内容としての不妊手術を受ける権利	5
(1) 不妊手術を受けることの人格的核心性	6
(2) 子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由は憲法13条により保障される	9
(3) 自らの生命・身体に関する事柄を決定する自己決定権は憲法13条により保障される	16
(4) 不妊手術を受ける権利は、それぞれの自己決定権の性質を有する	22
(5) 不妊手術を受ける権利を否定する被告の主張の誤り	23
(6) 小括	29
2 前国家的で自然権的な自由としての不妊手術を受ける自由	30
(1) 避妊をする自由が憲法13条により保障される	30
(2) 不妊手術を受ける自由は避妊をする自由の一内容である	32
(3) 避妊の自由の性質は防御権である	34
(4) 不妊手術を受ける自由を憲法で保護しないことは憲法14条の趣旨に反する ...	35
(5) 避妊の方法選択の自由	36
(6) 小括	38
3 小括	39
第2 制約は原則として禁止されるから厳格な審査が必要である	39
1 本件規定は原告らの権利・自由を直接かつ強力に制約する	39
2 制約の態様・程度に関する被告国の主張の誤り	41
(1) 制約の態様・程度に関する被告国の主張	41
(2) 本件規定は直接かつ強力に制約するものである	41

(3) 他の手段は関係がない	42
(4) 小括	42
3 小括	43
 <u>第3 原告らの不妊手術を受ける自由を制約するのは母体保護法3条である</u>	<u>43</u>
1 制約する条文についての原告と被告の主張	43
2 規制の中心的な条文はむしろ3条である	43
3 小括	45
 <u>第4 本件各規定には、目的の正当性がなく、また目的を達成するための手段として合理的関連性を有しない</u>	<u>45</u>
1 規制目的の正当性は認められない	45
(1) 被告の主張	45
(2) 被告は「子をもうける」ことの自己決定権しか念頭においていない	46
(3) 「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔して」などいない	47
(6) 小括	51
2 目的達成手段としての合理的関連性も有しない	51
3 小括	53
 <u>第5 憲法24条2項に関する主張</u>	<u>54</u>
1 本件各規定が婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定ではなく24条2項違反の前提を欠くとの主張について	54
(1) 被告の主張	54
(2) 家族に関する規定であることは明らかである	54

(3) 国際規範としても、本件各規定は家族に関する規定である	55
(4) 小括	56
2 原告らの憲法24条2項の主張を「子をもうけない自己決定」とのみ捉え、憲法24条2項違反の前提を欠くと主張していることについて	56
(1) 被告の主張	56
(2) 憲法24条2項の主張を矮小化している	56
(3) 小括	59
3 憲法24条2項の適合性判断について	59
(1) 被告の主張とその問題点	59
(2) 法3条1項は憲法24条2項違反である	60
(3) 本件各規定は両性の本質的平等に反する結果を招来させていること.....	61
 第6 本件各規定を改正しないことは国賠法1条1項の適用上違法である	64
 第7 おわりに.....	66

第1 原告らの不妊手術を受ける権利・自由は憲法13条の保護を受ける

原告らは訴状において、憲法13条後段は幸福追求権の一つとして自己決定権を保障しており、子をもうけるか否かの決定は生殖に関する自己決定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なすため、憲法13条後段により保障されると主張した(訴状27～32頁)。

これに対し被告は第1準備書面において、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と述べて、仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条により保障されるとしても、不妊手術を受ける権利が憲法13条により保障されることはないと主張する(6頁以下)。

原告らは以下において、不妊手術を受ける権利・自由の憲法的保障について、主張を付加するとともに、従前の主張を含めて、以下のように整理する。

第1に、訴状で強調したとおり、自己決定権の一内容として、不妊手術を受ける権利が憲法13条により保障される。自己決定権の内実は、子をもうけるか否かに関する自己決定権と、自己の生命・身体に関する事柄を決定する自己決定権の両方の性質を併せ持つものとなる。

第2に、本準備書面における新たな主張として、不妊手術を受ける自由が、前国家的で自然権的な避妊の自由の一内容として、憲法13条に基づく人権として保障されることを主張する。

1 自己決定権の一内容としての不妊手術を受ける権利

訴状で述べたとおり、憲法13条は、人格的生存に不可欠な重要事項につき、自己決定権を保障する。不妊手術を受けることは、人格的核心に直結しており、人格的生存に不可欠な重要事項である。

不妊手術を受ける権利は、自己決定権の一内容として憲法13条により保障される。不妊手術を受ける権利の内実は、これまでの判例や学説の整理に即するならば、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自己決定と、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄を自らの意思で決定する自己決定の複合的なものとして位置付けられる。

(1) 不妊手術を受けることの人格的核心性

「個人として尊重される」(憲法13条前段)とは、「個人の尊厳と人格の尊重を宣言したもの」(最大判昭和23年3月24日裁判集刑1号535頁)であり、「一人ひとりの人間を人格として承認し、尊厳ある存在として配慮し、その個性の自由な発展を重んずること」(甲37・69頁)とされる。

「個人の尊重」理念は「憲法による権利保護の核心」であり、立憲主義が目指す「多様な声、多様な生をそれぞれ公平に尊重する社会」の基礎をなす(甲37・72頁参照)。その帰結として、個人の人格的生存に関する自己決定は、幸福追求権の一内容として憲法13条後段により保障される。その内実実、人格的生存に不可欠な重要事項につき「公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」(甲38・212頁)の保障である。

原告らのように、自らの身体に生殖能力があることに強烈な違和感を覚える者は確かに存在している。また、妊娠を確実に回避することを望み、あるいは、確信を持って子どもを持たない生き方を選択した者もいる。これらの者にとって、不妊手術は自分らしい身体で、自分自身の人生を送るうえで不可欠の手段である。

例えば原告梶谷は「9歳か10歳ころから、生殖能力のある自分の身体に違和感を抱」き、以来、「生殖能力と結びついている生理に対する嫌悪感」を抱いていた。「子供を授かり、産み育てるという人生を望んだことは今日まで一度も」ない。結婚をしたのちも、「周りの人に『妊娠する可能性のある人』

『子どもを田中 かもしれない人』と思われること自体が、嫌で、苦しく」感じ、「不妊手術を受けて、一生妊娠することはないと言えたら、あるいは心の中だけで思えたら、どんなに気持ちが晴れるだろう」という気持ちでいた。「不妊手術を受けることが、自分らしい身体になるため、自分らしく生きていくために必要」だと感じていた。望んでいることは避妊ではなく、「妊孕性をなくした身体になること」だった。2023年9月には不妊手術を受けた。バセドウ病という持病から、全身麻酔を受けることで甲状腺クリーゼという状態になり死ぬ危険もあったが、それでも「これ以上、生殖能力のある身体で生き続けることはできないという強い想い」から手術に踏み切った。不妊手術を受け終えたときには、「やっと楽になれた」、「本当の自分になれた」という安堵が心の底から込み上げた(以上につき甲3)。

原告千文は、「小学生の頃から、子供は欲しくない」と思っており、周囲の反応を恐れてそのような気持ちを「心の奥底に追いやっていた」が、その気持ちが「消えることは」なかった。男性と付き合ってもその気持ちは変わらない。「不妊手術を受けようと思い、いくつかの病院に連絡」したが、断られ続けてきた。「チャイルドフリー」という生き方に共感し、匿名で雑誌や海外メディアの取材に協力するなどしている(甲4)。

原告Aは、「幼いころから子どもを産むことに対して不安感を持っており、子を産むこと、母になることへの違和感、拒否感」を抱いている。その思いは「年齢を重ねるにつれて徐々に確固たるもの」となっている。「子どもを産みたいと思ったことは、4歳から今まで一度も」ない。漠然とした妊娠への不安・恐怖は高まる一方であり、このような不安から解放されるべく、真摯に2条不妊手術を受けることを希望している(甲7)。

原告田中は、中学生のころの母親との会話をきっかけとして、「自分の身体が女性として成熟していくことに対して強い嫌悪感を抱くようにな」った。次第に精神的にもどんどん追い詰められ、拒食症になった。自分の身体が

生殖能力を持つこと自体に違和感を覚え、「不妊手術を行い、生殖機能を取り除きたいと考えるように」なった。それが「自分が自分らしく生きていくための唯一の方法」であると確信している(甲11)。

原告佐藤は、「高校生のころから、男性にも女性にも恋愛感情や性的欲求を持ったことがなく、今まで誰かと恋人として付き合いたいと思ったこと」もない。高校を卒業するころから、「周りの人に将来子供を生む存在であるという前提で扱われることが嫌」だった。また、「毎月生理が来るたびに、『自分は妊娠するために準備をさせられている』という気持ちとなり、「妊娠可能性がある自分の体」に「違和感」を抱いている。「自分にとって全く必要のない妊娠という選択のために毎身体調不良を経験することにうんざり」もしていた。カナダでの不妊手術を検討したこともあるが、高額な費用のため断念した。「自分の体に対して違和感を持」ちつづけることは、とても辛いと感じ、2条不妊手術を受けることを強く希望している(甲14)。

文献でもこのような感覚を持つ人たちについて同様の報告がなされている。不妊手術は、「人生の舵をとっている感覚、充足感、自立感」や「圧倒的安堵感」を与えるとともに、「自身が望むライフスタイルにコミットすることを可能」(甲35・240頁、248頁)にする。その感覚は、「個人の自律性と将来の幸福」(甲42・562頁)、そして、「自己同一性の安定、人生の充足感、心の平穏等にとって不可欠」(甲35・248頁)とされる。不妊手術は、妊孕性を望まない女性にとって「最も高い安全性と心の平穏を提供する方法」である(甲35・248頁)。原告梶谷が、2条不妊手術を受けて、「『やっと楽になれた』『本当の自分になれた』という安堵が心の底から込み上げ」たように、不妊手術を希望して受けた女性たちは、人生を前に進められるようになったと感じている(甲35・241頁参照)。

このように不妊手術は、人格の核心に関わる重大な問題であり、人生のあり方そのものに大きな影響を与える。したがって不妊手術を受ける権利は、

重要な人格的生存の根源に直結した権利であり、自己決定権の一内容として憲法13条により保障される。

その内実について、これまでの日本の判例や学説で整理されてきた概念を用いるならば、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利と、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄を自らの意思で決定する権利の保護を重疊的に受けるものとして整理できる。

(2) 子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由は憲法13条により保障される

ア 原告の訴状における主張と被告の応答

原告は訴状において、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由が、自己決定権の一つとして憲法13条により保障されると主張した。

これに対し被告は、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、京都府学連事件、指紋押捺拒否事件、住基ネット事件など、公権力によりみだりに何かをされない自由に限られ、自己決定権を正面から認めたものはないと主張する(被告第1準備書面6頁以下)。

かかる主張の趣旨は不明瞭だが、仮に子をもうけるか否かを決定する自由が憲法13条で保障されないと主張するのであれば、それは誤りである。子をもうけるか否かに関する自己決定、すなわち生殖に関する自己決定権が憲法13条で保障されることは、いくつもの裁判例で言及されている。

イ 最高裁判所判決における言及

まず、性同一性障害特例法の違憲性が争われた最判平成31年1月23日集民261号1頁において、鬼丸かおる・三浦守補足意見は、「性別適合手術による卵巣又は精巣の摘出は、それ自体身体への強度の侵

襲である上、外科手術一般に共通することとして生命ないし身体に対する危険を伴うとともに、生殖機能の喪失という重大かつ不可逆的な結果をもたらす。このような手術を受けるか否かは、本来、その者の自由な意思に委ねられるものであり、この自由は、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由として、憲法13条により保障される」と述べる。身体への侵襲を受けない自由を中核に置きつつも、「生殖機能の喪失」をもたらす手術を受けるか否かは「その者の自由な意思に委ねられる」として、実質的に自己決定権を認めている。

実際、同じ争点について違憲判断を下した令和5年10月25日大法廷判決において、宇賀克也裁判官は、鬼丸・三浦両名の共同補足意見を引用しつつ、「生殖に関する自己決定権であるリプロダクティブ・ライツ」も、「憲法13条により保障される基本的人権と解してよい」とした上で、性同一性障害特例法の当該条項が生殖に関する自己決定権の侵害という面においても重大な問題を抱えており、「自認する性別と法的性別を一致させるために、自己の生殖能力を喪失させる生殖腺除去手術を不本意ながら甘受しなければならないことは、過酷な二者択一を迫るものであり、リプロダクティブ・ライツに対する過剰な制約である」と指摘する。かかる指摘は「生殖に関する自己決定権」を「基本的人権」として正面から認める。

ウ 下級審判決における言及

下級審ではより明確に生殖に関する自己決定権に言及する事例が多数ある。その多くは旧優生保護法の違憲性が争われた令和6年7月3日大法廷判決の下級審におけるものである。

例えば、大阪高等裁判所令和6年1月26日判決(同令和4年(ネ)第2510号事件)は、一審判決を維持し、「旧優生保護法4条ないし13条の規定・・は、子を産み育てるかどうかについて意思決定をする自由及

び自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を明らかに侵害する・・・から憲法13条」と述べる(下線は引用者。以下同じ)。

札幌高等裁判所令和5年3月16日判決(同令和3年(ネ)第73号事件)は、憲法13条の条文を引いた上で、「これは、個人の私生活上の自由が、公権力の行使に対して保護されるべきことを規定しているものと解されるところ・・・、子を産み育てるか否かは、私生活を共にする家族の構成に関わる事項であるとともに、生物としての人としての本能的な欲求に関わる生殖に係る事項でもあって、このような事項を自らの意思で決定する自由は、個人の尊厳に直結する、人格的な生存に不可欠なものとして、私生活上の自由の中でも特に保障される権利の一つというべきである。」とする一審判決(札幌地方裁判所令和3年1月15日(同平成30年(ワ)第887号事件))をそのまま引用する。子を産み育てるか否かに関する自己決定権を「私生活上の自由の中でも特に保障される権利」とであると明示する。

東京高等裁判所令和4年3月11日判決(同令和2年(ネ)第2936号事件)は、「憲法13条は、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利が保護されるべきことを規定しているところ、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由は、幸福追求に対する権利の一内容を構成する権利として同条により保障されている」と述べる。

大阪高等裁判所令和4年2月22日(同令和3年(ネ)第228号)も「本件各規定は・・・特定の障害等を有する者に対して優生手術を受けることを強制するもので、子を産み育てるか否かについて意思決定をする自由及び意思に反して身体への侵襲を受けない自由を明らかに侵害する・・・から・・・憲法13条」違反すると判示する。

このように、大阪、札幌、および東京の各高等裁判所はいずれも、旧優生保護法に関する強制断種の違憲性が争われた訴訟において、子

を産む自由のみをとりあげても足りるところを、あえて「子を産み育てるか
どうかについて意思決定をする自由」、「子をもうけるか否かについて意
思決定をする自由」、「子を産み育てるか否かについて意思決定をする
自由」といった表現を用いて、子を産まないことを意思決定する自由も
憲法13条により保障されることを明言している。その理由は、前掲札幌
高裁が述べるとおり「子を産み育てるか否かは、私生活を共にする家族
の構成に関わる事項であるとともに、生物としての人としての本能的な欲
求に関わる生殖に係る事項でもあって、このような事項を自らの意思で
決定する自由は、個人の尊厳に直結する、人格的な生存に不可欠なも
のとして、私生活上の自由の中でも特に保障される権利の一つ」である
ことにある。

エ 国際条約などにおける言及

また、訴状で整理したとおり、子をもうけるか否かを自らの意思で決定
する自由が人権として保障されるべきことは、国際条約や国際機関の宣
言において何度も強調されている。

例えば女子差別撤廃条約（1979年、日本は1980年署名、1985年
批准）第16条(e)項では、「子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任
をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする
情報、教育及び手段を享受する同一の権利」¹を明記している（甲55）。

1968年の国際人権会議で採択された宣言（テヘラン宣言）第16項
では、「親が自由にかつ責任をもってその子の数及び出産の間隔を決
定する基本的人権」を認めている²（甲57）。なお、日本は同会議の宣言

¹ (e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights;

² The protection of the family and of the child remains the concern of the international community. Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and the spacing of their children.

の採択に参加しており、三木首相(当時)は同年の国連総会において、「本年を国際人権年と指定し、その主要行事としてテヘランにおいて国際人権会議を開催して、人権と自由及び世界の平和の問題を考える機会としましたのは意義深いことでありました」と演説している(外部省Webサイト「わが国の外交に関する重要演説」より)。

カイロ行動計画(1994年、国際人口開発会議) 第7章は、個人と夫婦が「自由にかつ責任をもって子どもの数、出産間隔、及び出産する時期を決定し、そのための情報と手段を得る基本的権利」を持つと述べる(甲58)。北京行動綱領(1995年、第4回世界女性会議)の女性の健康に関する戦略目標の中では、リプロダクティブ・ライツが再確認され、子どもの数と出産間隔を自由に決める権利が含まれている³(甲68、69)。これらは女子差別撤廃条約とテヘラン宣言で明確にされた自己決定権をより具体化し強化するものである。

日本政府はこれらを受け、2000年12月12日、男女共同参画基本計画を閣議決定しているが、その第2部8項「生涯を通じた女性の健康支援」という項目の中では、「1994年にカイロで開催された国際人口・開発会議においてリプロダクティブ・ヘルス/ライツという概念が提唱され、今日、女性の人権の重要な一つとして認識されるに至っている。リプロダクティブ・ヘルス/ライツの中心課題には、いつ何人子どもを産むか産まないかを選ぶ自由、安全で満足のいく性生活・・・などが含まれて」いることを確認した上で、「こうしたリプロダクティブ・ヘルス/ライツの視点から女性の生涯を通じた健康を支援するための総合的な対策の推進を図ることが必要である」と結論づけている。

³ The protection of the family and of the child remains the concern of the international community. Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and the spacing of their children.

さらに国連の持続可能な開発目標（SDGs、2015年採択）目標3. 7では、「2030年までに、家族計画、情報・教育及び性と生殖に関する健康の国家戦略・計画への組み入れを含む、性と生殖に関する保健サービスをすべての人々が利用できるようにする」としている。日本政府はSDGsに対し、「その実施に向け政府はまず国内の基盤整備に取り組みました。・・・『SDGs推進本部』を設置し、国内実施と国際協力の両面で率先して取り組む体制を整えました。さらに・・・今後の日本の取組の指針となる『SDGs実施指針』を決定しました。」としている。

このように法的拘束力のある女性差別撤廃条約をはじめ、日本政府が賛成し、採択し、積極的な取組みを表明する各種宣言・計画・原則・目標において、繰り返し、子をもうけるか否かの自己決定権が、基本的な権利であることを確認している。

オ 学説の整理

憲法13条後段を巡る学説はいくつかに分かれるが、子をもうけるか否かに関する事柄を自らの意思で決定する権限が保障されるべきことはほぼ争いがない。

例えば、佐藤幸治京都大学名誉教授は、「個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有する」とし、かかる権利保障は「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄」に関して及ぶとした上で、その代表例として「リプロダクションにかかわる事柄」、すなわち「妊娠・出産」や「避妊や堕胎の問題」を挙げる（甲38:『日本国憲法論[第2版]』212頁及び216頁）。

芦部信喜は、「子どもを持つかどうかを決定する権利は、アメリカの判例・学説上プライバシーの権利の中心的な問題として争われてきた。この権利が『基本的権利』だとされ、それに対する規制は『やむにやまれ

ぬ政府利益』の基準という、きわめて厳しいテストによって司法審査に付される・・・わが国でも、リプロダクションにかかわる事項は個人の人格的生存に不可欠な重要事項であることには変わらないので、基本的には、同様に解してよい問題」であるとする(甲61: 芦部信喜『憲法学 II 人権総論』394頁(有斐閣、1994年))。

高橋和之東京大学名誉教授も、「我々がどのような人生を送るかを考えるとき、基本的に重要な意味をもつもの」として、「子どもをもつかどうか」を典型例の一つとして挙げ、「こういった、どのような人生をどのように生きるかに関する基本的に重要な決定を自由になしうる権利」を「自己決定権」としている(甲62: 高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第6版]』157頁(有斐閣、2024年))。

大石眞京大名誉教授も、自己決定権について広範囲に及ぶ概念としつつ、「個人の尊厳や善き生といった理念と結びつけて観念」されるものの中心として、「家族の形成・維持にかかわるもの」を挙げる(甲63: 大石眞『憲法概論II 基本権保障』95頁(有斐閣、2021年))。

著名な四人の憲法学者による共著においても、自己決定権を大別し、そのひとつとして「リプロダクションや家族の維持形成に関わる自己決定権」を挙げ、その中核は「性的自己決定の権利」をあげている(甲64: 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権[第2版]』129頁以下(日本評論社、2023年))。

このように、いずれの学説においても、子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法上の保護に値するとされている。

カ 小括

以上のとおり、判例・裁判例、国際条約・国際機関の宣言、学説などにおいて、子をもうけるか否かに関する事柄を自らの意思で決定する自己決定権が憲法上の保護の対象となるべきことは、繰り返し指摘されて

いる。他方でこれまで、かかる自己決定権が13条で保障されないことを明示した判例はなく、また保障されるべきではないことを説得的に論じる裁判例も皆無である。被告自身、かかる自己決定権が保障されるべきではない積極的な根拠を何も述べていない。

仮に被告が子をもうけるか否かの自己決定権が憲法13条により保障されていないと主張するのであれば、これらの判例、裁判例、国際条約、宣言等とどのように整合性をとるのだろうか。

子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利は憲法13条で保障されている。

(3) 自らの生命・身体に関する事柄を決定する自己決定権は憲法13条により保障される

ア 原告の訴状における主張と被告の応答

原告は、訴状において、自らの生命・身体に関する事柄を決定することについて、人格的生存に関する自己決定権の憲法的保障が及ぶと主張した(訴状28頁以下)。

これに対し被告は、原告が訴状で指摘した最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁について、「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」と述べていることは認めつつ、それはあくまで「私法上の権利としての患者の自己決定権を認め」たものととどまり、憲法上の権利を認めたものではないと主張する。

しかし、自らの生命・身体に関する事柄を決定する自己決定権は、私法上の権利としての性質を有するとともに、憲法上の権利として対国家的にも保障される権利である。

イ 判例・裁判例による言及

前提として、いくつもの判例・裁判例が、患者に対し、医師との関係で、自らの生命・身体に関する事柄を処分する権利としての自己決定権を重要な利益として認めている。

最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁(エホバの信者輸血拒否事件)は、「輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重」され、たとえ「手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難い」場合であっても、輸血を伴う「本件手術を受けるか否かを」当人の「意思決定にゆだねるべきであった」のに、意向を確認することなく手術をしたことは、「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負う」と判示する。

前掲平成13年最判は、「手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわる」ことを強調して医師の「乳房温存療法について説明すべき」義務を認めたものである。その根幹には、「患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質」が重要な法的利益であることを前提としており、自己の生命・身体に関する患者の自己決定権を背景にしたものとされている。

ウ 国際原則の言及

国際原則としても、患者の自己決定権は確立している。1981年に採択されたリスボン宣言では、1995年のバリ会議で患者の自己決定権の

強化や医療情報へのアクセス権の明確化が追加された(日本医師会も参加し支持)。その内容として、「患者には、自分自身に関して自由に決定する自己決定権がある。…知的精神的判断能力のある成人の患者には、いかなる診断法あるいは治療に対しても、同意を与えるか又は差し控える権利がある。患者には自分で決める上で必要な情報を得る権利がある。患者は、いかなる検査や治療の目的についても、またそれらの結果がどのような意味があるのか、そして同意をしなかった場合に起こりうることについて明確に理解すべきである。」との内容の宣言が採択されている(甲65:中村也寸志「最高裁判所判例解説民事篇平成13年度(下)734頁(注16)」)。

エ 患者の医師に対する自己決定権は公法上も保護の対象とされる

かかる患者の医師に対する権利は、判例において、公法上も保護の対象とされている。すなわち、令和3年6月15日民集75巻7号3064頁は、拘置所に収容された者が拘置所内で医療を受けた場合に記録される診療録が行政機関保有個人情報保護法45条における保有個人情報に当たるか否かが争われた事案であるが、宇賀克也裁判官はその補足意見において、前掲平成13年最判を引用して「医師の説明義務」が判例により認められていることに言及した上で、続けて前掲平成12年最判を引用して、「医療における自己決定権が人格権の一内容として尊重されなければならないことは、当審も認めている」と明示している。このように、医療における患者の医師に対する自己決定権が、行政機関保有個人情報保護法の解釈を通じて、对国家的にも権利保護の対象とされる人格権であることが当然の前提とされている。

実際、医師に対する規律を定めた医療法1条では、医療提供の理念として「医療は…個人の尊厳の保持を旨とし」としつつ、同条の4第2項では、医療従事者を対象に、「医療を提供するに当たり、適切な説明を

行い、医療を受ける者の理解を得る」ことの努力義務を定める。かかる条文の趣旨については、「自己決定権の一態様である Informed Consent(十分知らされたうえでの承諾)の権利」を表現しているとされている(加藤良夫編著『実務医事法講義』52頁)。

また、臓器移植に関して、違法性阻却事項など医療従事者としての規律を定めた臓器移植法では、臓器提供にかかる生前の意思決定を重視している(6条1項)。その趣旨としても「移植用臓器確保の中心原理を、提供者本人の自己決定におくという理念を推し進めた」ものとされている(唄孝一「脳死論議は決着したかー臓器移植法の成立」法時69巻10号34頁以下、40頁)。これらは公的な規律であるところ、「医師の説明義務と患者の自己決定権とがいわば表裏の関係にある」(甲65:前掲中村735頁(注17))とされているから、翻って患者の自己決定権もまた、私法上のみならず公法上の性質も有する。医師がこれらの義務や規律に服するのは、患者の自己決定権が公法的にも人格権として権利保護の対象とされているからである。

オ 自己決定権を尊重する制度としての生体臓器移植と美容整形手術

加えて、他の領域においては、生命・身体に関する事柄の自己決定権が尊重されていることも無視できない。

例えば現在のところ生体臓器移植に関しては具体的な法的規律がない。臓器提供者の真摯な意思決定さえあれば、傷害罪などの刑法の規律も受けず、また医師法等にも抵触せずに、生体臓器移植が行われている。臓器提供者は当然ながら身体の侵襲を伴いながら、特定の臓器を取り除くという、不可逆的で、かつ生命・身体への重大な危害が生ずる施術を受ける。それでも法律による規制はなされず、医療業界における倫理規範やガイドラインなどにより自律的なルールが形成され、それ

に基づき自己決定権が充足されている状況にある。これはいわば国が生体臓器提供者の意思決定を尊重し、公的な規律をしないという選択をしている状況である。公法的な整理として、臓器移植提供者が自らの生命・身体にかかわる事柄を決定する自己決定権を有することを前提としているのである。

美容整形手術に関しても同様である。美容整形手術は自らの身体にメスを入れ、場合によっては切除し、あるいは異物を挿入する点で、身体への侵襲性の高い施術である。また多くの場合は不可逆的で、元に戻すことは容易ではない。将来においてどのような副作用が生じるかも不透明で、後悔の度合いも少なくないとされる。年間で200万件を超える手術が行われるとされており(甲66:日本美容外科学会『第5回全国美容医療実態調査 最終報告書』(2021年))、相当に社会内に浸透している。消費者被害的なトラブルも少なくなく、厚労省や消費者庁が定期的に啓発活動を行い、手術前に利用を推奨するチェックリストなども掲出している。しかしそれでも、医療法や医師法、薬機法など、医学的な一般法規を除き、美容整形手術を規制する法律はない。これもまた、国が美容整形手術を希望する者の意思決定を尊重し、公的な規律をしないという選択をしている状況である。

その他刺青やピアスなど身体の処分に關する事柄の自己決定権を尊重し、法規制をしていない分野は多数ある。不妊手術も自らの身体に備わる器官や機能を処分するという点で、生体臓器移植、美容整形その他の身体の処分に關わる事柄と違いはない。不可逆的という点でも同様である。生体臓器移植や美容整形等については個々人の自己決定に委ねるという憲法上の保護を認めながら、不妊手術についてだけ国家による規律を許容するのであれば、それを正当化する事由が必要で

ある。不妊手術についてだけ憲法上の保護それ自体を否定することは許されない。

カ 学説

前記佐藤は、自己決定権の代表例として「自己の生命・身体の処分にかかわる事柄」を挙げる(甲38:前掲佐藤212頁及び216頁)。

前記芦部は、「条件と限界については慎重な検討が必要」であるとして、「生命・身体の処分に関する事項」の「自己決定権を憲法上の人権の一つとして構成できる」としている(甲61:前掲芦部395頁)。

前記大石も、「自己の生命・身体の処分にかかわるもの」を自己決定権の中心を形づくるものとして挙げる(甲63:前掲大石95頁)。

前記渡辺らにおいても、一定の留保はつけつつ、「生命・身体に関わる自己決定権」を憲法上保護される自己決定権の一つとしてあげる(甲64:前掲渡辺ほか129頁、122頁以下)。

被告が引用する判例評釈(甲65:前掲中村)においても、自己決定権は「憲法13条を根拠にこれを憲法上の人権の一つと」認める考えが有力であるとされており、その中でも「①自己の生命, 身体の処分にかかわることがら」は、自己決定権の対象として最初に挙げられるほど中核的な権利の一つとされている。

自己決定権として具体的にどのような権利がどの程度保護されるのか、保護される場合の条件や限界はどこまでかなどについて「憲法論としては未成熟」な要素があるとしても、「自己の生命、身体の処分にかかわることがら」が自己決定権の対象として認められるべきではないとする見解はほとんどない。学説が一部において留保をするのは、自殺の権利や安楽死・尊厳死など生命に関するものに対してであり、また本人の同意なき生命に関わる医療行為が許されるかというものに対してである。2条不妊手術のような、本人が同意し、科学的に危険性がコントロールさ

れた、資格のある医師による医療行為について、本人の自己決定に委ねなくて良いとするものは皆無である。

キ 小括

以上のとおり、すでに自己の生命、身体の処分にかかわる事柄を自ら決定することが、医師との間で私法上人格権の一内容としていることは判例法理として確立しており、かかる内容の自由権的な側面を、対国家的な権利として位置付けることの弊害は皆無である。実際に、生体臓器移植や美容整形においては生命、身体の処分に関して何らの規律も設けられておらず、患者の自己決定権が当然の前提とされている。医療事件を中心とした多くの判例・裁判例の積み重ねによりその内実は明確である。また学説によっても、個人の尊重に基づき保障されることが強く求められている。

自己の生命、身体の処分にかかわる事柄について自ら決定する権利は、憲法13条により憲法上の権利として保障される。

(4) 不妊手術を受ける権利は、それぞれの自己決定権の性質を有する

このように、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 of 処分にかかわる事柄に関する自己決定権は、それぞれ憲法13条に基づき憲法上の権利として保障される。

不妊手術を受ける権利は、それぞれの性質を有する複合的な権利であり、憲法上保護される。

子をもうけるか否かに関する自己決定権があるということは、子をもうけないための手段をとる自己決定権があるということである。子をもうけないことの自己決定権を憲法上保障する以上、子をもうけないための手段をとる権利を憲法上否定することはできない。不妊手術を受けることは、子をもうけない身体にすることを自ら決定することに他ならないから、不妊手術を受

ける権利は、子をもうけるか否かに関する自己決定権の一内容として憲法上の保護を受ける。

また、日本国内において不妊手術を受けるということは、医師または指定医師をして、母体保護法施行規則 2 条所定の手術をさせることと同義である。かかる手術を受けることは、自らの身体の一部に関する事柄を自ら決定することに他ならない。不妊手術を受けることは、真摯な信仰に基づき輸血を拒否したり、自己の人生の重大事として乳房の切除を拒絶することと同様、適切な情報を提供された上で、自らの意思により決定されるべきことであり、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄に関する自己決定権の一内容となる。

このように、不妊手術を受ける権利は、子をもうけるか否かに関する自己決定権と、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄に関する自己決定権、それぞれの自己決定権の性質を併せ持つものとして、憲法13条に基づき憲法上の権利として保障される。

(5) 不妊手術を受ける権利を否定する被告の主張の誤り

ア 被告の主張の概要とその問題点

これに対し被告は、子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法13条により保障されるとしても、「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」し、他の手段は、「不妊手術」よりも高い避妊効果がある上、身体に対する侵襲性も低いから、不妊手術を受ける権利が憲法上保障されることはない」と主張する(被告第1準備書面8頁)。

しかし、この主張は、子をもうけるか否かに関する自己決定権の内実の理解を誤るばかりか、その前提とする事実評価にも誤りがあり、採用の余地はない。

イ 生殖に関する保健サービスの利用やその情報提供・教育こそ権利の内容である

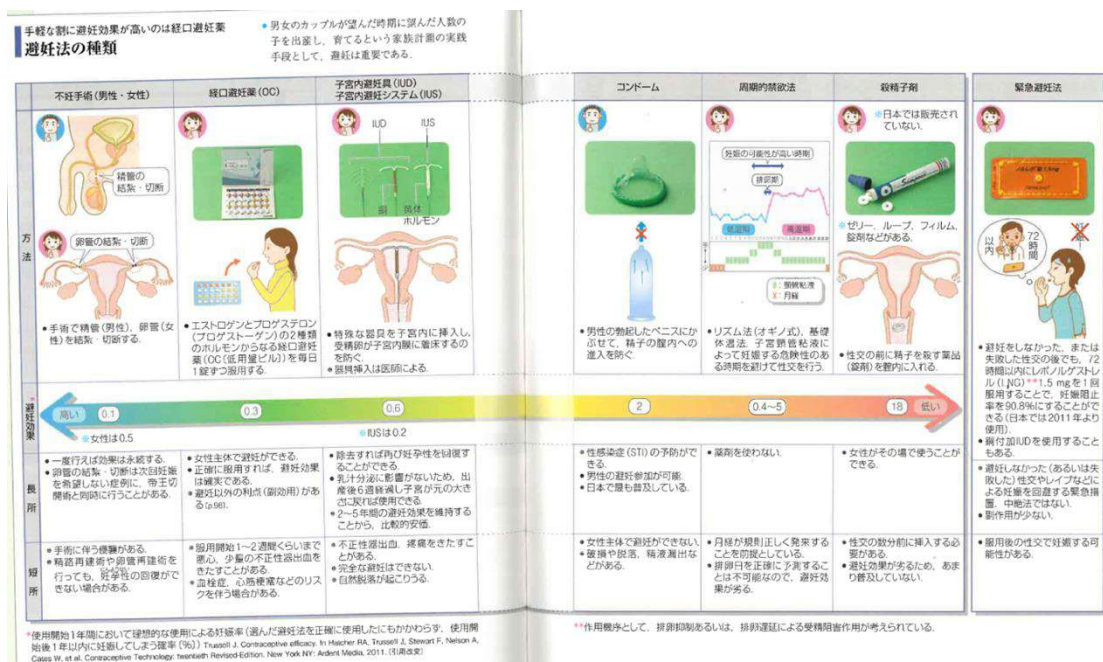
子をもうけるか否かに関する自己決定権の内実は、個人と夫婦が「自由にかつ責任をもって子どもの数、出産間隔、及び出産する時期を決定し、そのための情報と手段を得る基本的権利」(甲58:カイロ行動計画(1994年、国際人口開発会議) 第7章)であり、また、「家族計画、情報・教育及び性と生殖に関する健康の国家戦略・計画への組み入れを含む、性と生殖に関する保健サービスをすべての人々が利用できるようにする」(SDGs3. 7)ことにある。

不妊手術は、国連の調査において2019年の時点で世界で最も多く用いられている避妊方法であるとされているように(甲74:United Nations; Department of Social and Economic Affairs, “*Contraceptive Use by Method 2019*”)、日本以外の各国では極めて一般的で標準的な避妊方法である。コンドームやピルと異なるところはない。医学的に安全性が確立され、世界中で利用されている避妊方法が複数ある場合に、国が任意に避妊方法を取捨選択し、特定の避妊方法を「基本的権利」の対象から排除することは原則として許されない。「基本的権利」とはその享受の有無を国の任意に委ねないことにその本質がある。他の避妊手段があるから特定の手段については憲法上の保護の対象としなくても良いとの被告の主張は、国が「基本的権利」の範囲を恣意的に決定できるという主張に他ならず、子をもうけるか否かに関する自己決定権を人権として認めていないことと同義である。

ウ 他の避妊手術と比較した不妊手術の評価の誤り

また、2条不妊手術が、ピルやミレーナより避妊効果が低く、侵襲性も高いとする主張は、医学的に誤りである。

まず、避妊効果について、不妊手術が最も高いことは、被告が提出する乙1の図にあるとおりである。図表中央下の、左に行けば行くほど避妊効果が高いとされる矢印の中で、不妊手術が一番左に置かれている。



訴状で述べたとおり、不妊手術後1年間に妊娠する割合は、精管切除で0.15%、卵管結紮で0.6%とされている(甲31、甲34)。膈外射精は4%、コンドームで2%とされており、これらと比べて圧倒的に低い。また、ピルは0.3%とされており男性の不妊手術よりは妊娠する割合が高いものの女性の不妊手術より高い効果が得られるとされるが、ピルには飲み忘れのリスクが常に付きまとう。ピルは毎日特定の時刻に服用する必要があるところ、ある調査によれば75%以上が定期的に定められた時刻に飲み忘れており⁴、1年間の継続率は67%とされている(甲31)。月に2日以上飲み忘れた場合の妊娠率9%に跳ね上がるから(甲67:経口避妊薬(ト

⁴ <https://prtimes.jp/main/html/rd/p/000000198.000002943.html>

リキュラー錠)服用者向け情報提供資料2頁(全体6頁)、同13頁(全体17頁))、統計的な避妊確率は不妊手術に劣る。子宮内避妊具(IUD)全般の避妊率は0.6%、ミレーナ単体の避妊率は0.2%であり、ミレーナについては卵管結紮と比べたらわずかに高く、精管切除と比べたらわずかに低い。いずれにせよ、乙1が指摘するとおり、不妊手術の避妊効果は総合的にみて最上位に位置付けられる。

続いて侵襲性について、そもそも、侵襲性の有無や程度は、自己決定権を否定する理由とはならない。このことは、エホバの信者輸血事件において死亡に直結する輸血拒否でさえ自己決定権の対象とされたことや、生体臓器移植が適法に行われていることから明らかである。侵襲性は、医師や国家の情報提供義務や説明義務、真摯な同意を得るための手続的要件として考慮されるにとどまる。

その前提で、侵襲性の評価を検討するに、訴状で述べたとおり、不妊手術は死亡率にして10万人に1から2人、出血や腸の損傷にして0.5%、その他の痛みや合併症が最大で5%にとどまる。この数値は他の外科手術と比して極めて低い数値であり、一般的に極めて安全な手術とされている。

これに対し他の避妊方法はそれぞれ侵襲性の有無の程度について、不妊手術よりも大きいことが報告されている。ミレーナは、とりわけ出産経験がない場合装着時に痛みを生じることが多く、常に異物を体内に装着する点で身体への侵襲も強い。副作用も多く指摘されており、「総症例482例中428例(88.5%)に副作用が認められ、主な副作用は月経異常(過長月経、月経周期異常等)379件(78.6%)、卵巣嚢胞61件(12.7%)、除去後の消退出血57件(11.8%)、月経中間期出血48件(10.0%)、腹痛38件(7.9%)等」とされている。さらに「重大な副作用」として、「発熱、下腹部痛、膣分泌物の異常等の症状を伴うPID」、「本剤装着中

に妊娠した場合、その約半数が異所性妊娠である」、「子宮穿孔又は子宮体部や頸部への部分的貫入が起こることがあるが、これは装着時に起こることが多く、効果が低下するおそれがある。」などと指摘されている(甲68:ミレーナ説明文書第2版(2023年6月))。さらにミレーナの場合、多くの禁忌事項が設定されているうえ、多くの医療機関で出産経験がない女性への対応を拒絶していることが報告されており、そもそも使用できない可能性も高い。

ピルについても多くの副作用が指摘されている。重大な副作用として、「この薬はのみ始めだけでなく、のんでいる間はいつでも血栓症(手足・肺・心臓・脳・網膜などの血管内に血のかたまりが詰まる病気)になる可能性があり、生命に関わることがあります。」と指摘され、また「軽度の吐き気、乳房の張り」、「軽度の出血」などが指摘されている(甲67:8頁(全体12頁))。禁忌事項も多く指摘され、利用できない場合も少なくない。

一般的な医学文献で、不妊手術の侵襲性が強度であることを指摘するものはほとんどない。被告が引用する乙1でも「手術に伴う侵襲がある」と述べるだけで、ピルやミレーナの短所としていくつかの合併症や副作用が指摘されていることと対照的である。乙2でも、不妊手術について侵襲性が高いなどと述べる箇所は皆無であり、むしろミレーナやピルについて副作用などの危険性が指摘されている。

エ 原告らの実体験としての他の避妊方法の問題点

実際、ミレーナと2条不妊手術の両方を体験した原告梶谷は、「ピル服用中は生理前のようなPMS症状(お腹のはり、浮腫、抑うつ、めまい等)が続き、日常生活や仕事にも支障が生じ、今後何十年も服用を継続することは難しいと判断しました。ミレーナを入れたときも、めまいや下腹部の痛みがしばらく続きました。」、「日本の産婦人科でミレーナを入れるとしたら無麻酔又は全身麻酔しか選択肢が事実上ありません。無麻酔でミレーナ

を入れるのはとても無理ですし、私は甲状腺機能亢進症を患っているため、全身麻酔にはリスクが伴います。甲状腺機能亢進症は完治しない病気なので、症状が安定していない時期がミレーナの交換時期にあたり、麻酔を使用してしまうと、症状が悪化して甲状腺クリーゼ(全身の臓器の機能が低下し、死の危険が切迫した状態)を引き起こす危険もあります。これから閉経までに何回もこのような危険を冒して全身麻酔を受けることが「低侵襲」だとは誰も言えないはずです。」と述べている(甲69:原告梶谷陳述書)。

また、原告佐藤も、ピルの禁忌事項にあてはまるため、ピルの使用には危険が伴い、「ミレーナについても、経膣分娩の経験がない(帝王切開含む)患者には子宮頸管拡張を行うとしているクリニックが多く、他方で部分麻酔に対応しているクリニックは殆どありませんでした。そのため、ミレーナを出し入れするたびに無麻酔で子宮頸管拡張を受けなければならないことになり、とても耐えられるとは思えません。」、「一度の麻酔で済む不妊手術の方が、5年に一度麻酔を行うよりも麻酔によるリスクが少ないことは明らかだと思います。」と、他の避妊方法は利用し難い旨述べている(甲70:原告佐藤陳述書)。

さらに、原告A は、ピルは服薬時間のズレにより妊娠リスクが高まることからミレーナを利用しているが、「独身かつ子がない私に無条件でミレーナをいれてくれる病院を見つけることは困難を極めました。」、「結果的に、私はミレーナを入れてくれる病院を見つけましたが、ミレーナを入れた後は、やはり痛みがありましたし、数か月は不正出血が続きました。」、「婦人科では慣例的に麻酔が使われないのでこれまで2回とも麻酔なしでミレーナをいれています。あまりの痛みに私は自分の頬の内側を噛んでしまい、血が出ました。」と、ミレーナを使用するハードルが極めて高いことを体感として述べている(甲71:原告A 陳述書)。

原告田中も、ピルを服用しているが、「服用時間がずれるとすぐに不正出血を起こしてしまいます。医師からも、飲むタイミングが2時間程ずれてしまっただけで不正出血が起こると説明を受けました。」「ピルの副作用で冷え性やむくみが治りにくく、私の仕事上、むくみは許されないため、仕事にも支障をきたしています。」と、ピルの副作用で生活に支障が生じている旨述べている(甲72:原告田中 陳述書)。

このように原告らの実体験としても、ピルやミレーナには利用にあたり少なくない問題点がある。これらが利用できれば2条不妊手術を利用できなくとも避妊方法として十分とする国の主張は端的に誤りである。

オ 小括

以上のとおり、より避妊効果が高く侵襲性が低いピルやミレーナが避妊方法として選択できるから、不妊手術を受ける権利を憲法上保障する必要がないとする被告の主張は、そもそも「基本的権利」の範囲を国が恣意的に決定できるとする点で人権の理解に関する根本的な誤りがある。また、侵襲の程度が自己決定権の保護の程度に影響するとする点で自己決定権の内実についての理解を誤っている上、他の避妊方法との比較についての事実の評価も誤っている。いずれの観点からも採用の余地がない。

(6) 小括

不妊手術を受ける権利は、自己決定権として保障される。それは人格的核心に直結しており、人格的生存に不可欠な人生の重要事である。不妊手術を受ける権利は、これまでの判例や学説に基づく整理をすれば、子をもうけるか否かに関する自己決定権と、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄に関する自己決定権それぞれの意味で、憲法 13 条に基づき憲法上の権利として保障される。

被告は、他の避妊効果が高く侵襲性の低い他の避妊手段があるから、不妊手術を受ける権利を憲法上の権利として保障しなくても良いと主張するが、避妊手段を選択することもまた自己決定権の内実であるし、2条不妊手術が他の手段より避妊効果が低く、侵襲性が高いという事実もない。被告の主張は誤りである。

2 前国家的で自然権的な自由としての不妊手術を受ける自由

不妊手術を受けることは、これまで述べてきた自己決定権としての性質を持つとともに、以下に述べるように、自然権的な避妊の自由としても憲法13条の保護を受ける。

避妊をする自由は前国家的自由として憲法13条後段により保障される。避妊をする自由は防御権であり、国家の介入がある場合には正当化事由を要するが、そのような事由は存在していない。

さらに、膣外射精などについて避妊の自由の一内容として憲法上の保護を認める一方で、不妊手術を受ける自由の憲法上の保護を否定することは、性別に基づく差別的取り扱いであり、憲法14条に反する解釈となるから採用し得ない。

被告は、他の避妊手段が利用できれば2条不妊手術の利用は憲法上の保護から外れると主張するが、憲法上の権利の保護範囲が法律によって左右されることとなり採用の余地はない。

以下それぞれ詳述する。

(1) 避妊をする自由が憲法13条により保障される

原告らは、前国家的な自由として避妊の自由を有する。一部の宗教では、膣外射精をも禁止し避妊の自由を認めない。しかし、個人の尊重を謳う日本国憲法の下で、究極の私的生活(プライバシー)である性行為に関して、膣

外射精による避妊行為を国家が禁止することは、国家の私生活への過度な介入として憲法13条により禁止されることはいうまでもない(甲73:山田卓生『私事と自己決定』245頁以下参照)。

膣外射精が私生活の自由の一態様である避妊の自由に含まれるのと同様、コンドームの利用も当然に避妊の自由に含まれる。

古来から男性は自ら任意に膣外射精などを駆使して避妊の自由を行使していた。16世紀から18世紀にはリネン性や動物の腸膜、魚の浮袋などを用いるようになり、19世紀に初めてゴム製のコンドームが誕生した⁵。コンドームの使用は男性にとって膣外射精の一つである。男性器を膣から抜き出し射精することと、抜き出さずコンドーム内に射精することは、避妊という観点からは同内容である。コンドームの使用は、男性にとって避妊の自由の選択肢のひとつであり、やはり私生活上の自由として憲法13条により保障される。プライバシーの権利の一つとして避妊具の利用が判例などで明確に保障される国もある(アメリカ連邦最高裁グリスウォルド判決⁶、同アイゼンスタッド判決⁷)。

⁵ 相模ゴム工業株式会社「コンドームの歴史」参照：<https://www.sagami-gomu.co.jp/condom/history/>

⁶ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)、該当箇所は以下のとおり。

"The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship."

「本件は、いくつかの基本的な憲法上の保障によって創出されたプライバシーの領域内にある関係に関するものです。そして、避妊具の製造や販売を規制するのではなく、その使用を禁止することによって、その関係に最大の破壊的影響を与える手段でその目的を達成しようとする法律に関するものです。」

⁷ Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)、該当箇所は以下のとおり。

"If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child."

「プライバシーの権利が何かを意味するとすれば、それは既婚か未婚かを問わず、個人が子どもを産むか産まないかという決定のように、個人に根本的な影響を与える事柄につい

女性が避妊の自由を主体的に行使できるようになったのは、ピルやミレーナが誕生してからである。男性にとって膣外射精やコンドームの利用が私生活上の自由のひとつとして憲法上の保障を受けるのと同様、女性にとってピルやミレーナを利用して避妊することは私生活上の自由として憲法上保障を受ける。

もちろん、コンドームやミレーナのような装着具であれば、生命・健康に危険な素材や形状を禁止したり、手技や主体を制限することはあり得る。また、ピルのような医薬品であれば、安全性や費用等について必要かつ合理的な制約を受けうる。しかし、それは他の人権と同様、「公共の福祉」の下、合理的で必要な制約が合憲となるだけである。憲法上の保護を否定する理由とはなり得ない。

(2) 不妊手術を受ける自由は避妊をする自由の一内容である

不妊手術の歴史はピルやミレーナよりも早い。19世紀後半、医学の進歩に伴い妊娠の科学的機序が解明され、それに伴い精管の切除や卵管の結紮が避妊技術として用いられるようになった。しかし誕生当初は宗教的・文化的な背景から、とりわけ女性が自由に手術を受けることはできなかった。1960年代に入り、国際的に避妊の自由が私生活上の自由として保障されることが繰り返し指摘されるようになり(テヘラン宣言など)、徐々に不妊手術の利用が浸透していった。

訴状で指摘したとおり、国際社会において不妊手術を受けることは私生活上の自由として認知され、定着している。現代において不妊手術は、膣外

て、不当な政府の干渉を受けない権利である。」

"Whatever the rights of the individual to access to contraceptives may be, the rights must be the same for the unmarried and the married alike."

「避妊具へのアクセスに関する個人の権利がどのようなものであれ、その権利は未婚者と既婚者と等しくなければならない。」

射精、コンドーム、ピル、及びミレーナと同様、避妊方法の一つとして国際的にも医学的にも確立している。医学文献でも、常に不妊手術が他の避妊方法と合わせて比較対象として挙げられている(乙1、乙2など)。

実際、国連の調査によれば、2019年の時点で世界で最も多く用いられている避妊方法は不妊手術である。選ばれる避妊手段のうちの24%を占め、2億1900万人が利用している(甲74: United Nations; Department of Social and Economic Affairs, “*Contraceptive Use by Method 2019*”)。この割合や数に影響を及ぼすインドでの普及を除外しても、1億人(15%)を超えている。アメリカで2017年から2019年に行われた調査では、15歳から49歳の女性の65.3%が何らかの避妊手段を用いているとされるところ、そのうち最も利用されているものは不妊手術である(18.1%)。男性のコンドーム利用(8.4%)の実に2倍以上である(甲75: National Center of Health Statistics, “*Current Contraceptive Status Among Women Aged 15–49: United States, 2017–2019*”)。

母体保護法も、その施行規則1条で定める術式を踏まえれば、安全で適切な避妊方法として利用できることを当然の前提とする。しかも2条不妊手術は、男女双方が同じように利用できるという点で他の方法にはない特徴がある。手法それ自体に内在する性差別性が、他の方法に比べて低い。

このように不妊手術は、避妊手法の一つの到達点であり、私生活上の自由として憲法上の保護を受ける。もちろん、不妊手術を受ける自由もまた、医療行為という性質に内在する制約を受ける。資格を有する医師による適切で安全な手技以外は禁止されてしかるべきである。また、かつての優生思想に基づく強制不妊手術の歴史を踏まえ、かつ妊孕性に対し相当程度不可逆的な措置であるから、当事者の真摯な同意を要求する手続き的な制約も必要となりうる。しかし、それらはあくまで制約の合理性として審査されるも

のである。不妊手術を受ける自由について、私生活上の自由としての憲法上の保護を否定する理由とはならない。

(3) 避妊の自由の性質は防御権である

避妊の自由は、前国家的自由であり、その本質は防御権である。市民が自ら考案する避妊方法は、原則として常に自由である。膣外射精を国家が規制する場合、動物の腸膜や魚の浮袋を用いた避妊方法を国家が規制する場合、ピルやミレーナの使用を国家が規制する場合、それは常に防御権としての避妊の自由の制約となる。それぞれの危険性などを考慮して制約されることがあるとしても、それはあくまで憲法上の権利の制約として正当化される場合に限られる。

不妊手術も同様である。不妊手術の場合、医療行為としての内在的制約は当然に受ける。医師という第三者を介在させる点で、完全に個人の自由ということにはならない。しかし、医師と患者が真摯に協議し、避妊手段として適切な手技に基づく不妊手術を受けようとする場合、それを国家が制約することは原則としてできない。その制約が正当なものであるか、必要性や合理性があるものかどうか、前国家的な自由権の行使として、国家の介入に対して防御を主張することができる。

これは請求権ではない。国家に何かを求めているのではない。医師の手術を受ける際に、医療行為に内在する一定の制約を超えて、国家が介入するなと主張しているのである。

(4) 不妊手術を受ける自由を憲法で保護しないことは憲法14条の趣旨に反する

膣外射精やコンドームの利用について憲法上の保護を認めながら、不妊手術を受ける自由を否定するとすれば、憲法14条が禁止する性別による差別に当たる。

原始的な避妊の自由である膣外射精は、事実上男性にのみ認められた自由であった。射精のタイミングは男性しかわからず、射精のタイミングで男性器を膣から抜き出すか否かは、ほぼ男性にのみに委ねられていた。女性が膣外射精を選択し、それに成功する場合もあるが、多くの場合それは偶発的で運任せで、成功率も低く、次回もうまくいくとは限らないものだった。

コンドームの利用もまた、その本質は男性に認められた自由である。コンドームを男性器に装着させる行為はほとんどの場合男性に委ねられている。コンドームを女性が無理やり装着することは難しく、それが奏功しても男性が外すことは容易である。つまり、コンドームによる避妊の自由もまた、その直接的な享受者は男性だった。

ピルやミレーナ、そして不妊手術の利用は、女性がはじめて、自らが主体として、直接に享受することのできるようになった避妊の自由の行使である。これらの利用は、相手方の関与を必要としない。自らの意思のみで、自由に主体的に、避妊の自由を享受することができる。

不妊手術を受ける自由は、男性・女性の両者が平等にその避妊効果を享受できる避妊手段である。避妊効果や身体への影響などに若干の差異はあるとしても、その方法や機序はほぼ同一である。女性にとっても男性にとっても、相手方の関与を必要とせず、自らの意思のみで自由に主体的に避妊の自由を享受できる。しかもその効果は半永続的である。

このように避妊の自由は、その手法によって享受の主体や態様が異なる。膣外射精とコンドームの利用について避妊の自由として憲法13条による保

護を受けるとしながら、ピルやミレーナを利用し、あるいは不妊手術を受ける自由について憲法13条による保護を受けないとするのは、いわば男性に対してのみ憲法上保護される避妊の自由を享受させることとなる。すなわち、私生活の自由の一内容である避妊の自由の享受の程度や内容について、性別により差別的に取り扱うことに他ならない。

憲法14条の適用において、権利や自由の制約であれば事柄の性質による区別的取り扱いが許されうるが、人権の享有それ自体に関して性別により差別的に取り扱うことは、その自由が、男性にしか得られないなど特殊なものでない限り許されない。避妊の自由については、ピルやミレーナ、不妊手術によって女性も享受できることはこれまで述べたとおりである。膣外射精などの避妊の自由について憲法上の保護を認めながら(これが認められることは前述のとおりである)、女性が享受しうる避妊手段についてのみ避妊の自由の憲法上の保護を否定すると解釈することは、憲法14条に照らして許されない。

(5) 避妊の方法選択の自由

被告は、原告の自己決定権に関する主張に対する反論の文脈ではあるが、不妊手術以外の避妊手段があることを理由に、不妊手術を受けることが憲法上の保護の対象から外れるかのように主張する(被告第1準備書面8頁)。すなわち、『不妊手術』は、飽くまで・・・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・・・『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いうことにはならないと主張する。

しかし、不妊手術が他の避妊手段と異なる特徴を持つことは後述するとして、そもそも「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」からといって憲法上の保護の対象から外れるという論理自体が不合理なものである。

数ある避妊方法の中からいずれの方法を採用するかもまた、個人の私生活上の自由として憲法上の保護を受ける。膣外射精とコンドームのいずれを選択するか、膣外射精とミレーナのいずれを採用するか、あるいは複数の避妊方法を同時に選択するかについて、国家が不当に介入することは許されない。

被告の主張は、数ある避妊手段について、まずもって国家に選択の権限があり、市民はその国家により選択された方法についてのみ避妊の自由が保障されることを意味している。しかし、いずれかの避妊方法を適法とすれば、他の避妊方法に基づく避妊の自由の行使には憲法上の保護を及ぼさなくて良いとすることは、国家が定める法律の内容により、前国家的な自由の内実が決まることとなってしまう、論理が逆転している。避妊の自由は、膣外射精に象徴されるように前国家的な自由である。また、プライベート空間における性行為の態様や家族の在り方に関する、もっぱら私的領域に属する自由である。そもそも国家に複数の選択肢から特定の避妊手段のみを選択する権限などない。いずれの避妊方法を選択するかは、国家が介入すべきものではない。国家がいずれかの方法を合理性なく禁止し、特定の避妊方法のみ、例えば膣外射精のみを強制することは私生活に対する過度な制約として許されない。国際的に技術的に社会的に確立された避妊方法が複数ある場合に、いずれかひとつのみに憲法上の保護が及び、他には及ばないという関係にはない。

実際、それぞれの避妊方法はそれぞれの特色を有しており、択一関係にも包含関係にもない。膣外射精は簡便だが成功率が低く、かつ女性が主体的には採用できない。コンドームは男性依存という性質がある。ピルは飲み忘れのリスクがあり、副作用もある。ミレーナは、やはり副作用があり、また身

体に常に異物を入れる点で侵襲性が強い。避妊という観点から見ただけでもそれぞれに様々な特徴があり、費用や快楽性、性病防止などの観点を加えれば、その選択はより一層個々人のライフスタイルに応じてさまざまとなる。不妊手術も同様であり、避妊という観点からも長短ある上、費用、身体への影響、副作用の有無など、多くの要素が異なる。体質的にピルやミレーナを利用しづらい女性であれば、不妊手術が事実上唯一の選択肢となるし、快楽性を重視しつつ避妊の自由を享受したい男性にとっても、不妊手術が最善の選択肢となる。どの避妊方法がもっとも適しているかは、それぞれの避妊の自由を行使する事情に依存するのであって、そのそれぞれの事情というものは、私的領域の中核に属する。

もちろん、何らかの合理的で相当な理由、例えば併用が身体に悪影響を及ぼす場合などに、制約が正当化されることはありえる。しかし、それは憲法上の保護自体を否定する理由とはならない。それぞれの避妊方法はそれぞれが避妊の自由の一内容として憲法上の保護を受け、かつその保護は併存的であって択一的ではない。

他の避妊方法を憲法上保護すれば、不妊手術の憲法上の保護を解除して良いとする被告の主張は誤りである。避妊方法の選択の自由もまた、避妊の自由の一内容として、憲法13条により保護される。

(6) 小括

以上のとおり、不妊手術を受ける自由は、私生活上の自由のひとつである避妊の自由の一つとして、そして避妊方法選択の自由の一内容として、憲法13条の保護を受ける。他の避妊方法について憲法上の保護を認めながら不妊手術について憲法上の保護を否定するという解釈は憲法14条に反するものであり採りえない。被告が2条不妊手術を受ける自由に対し何らか

の制約を課すならば、その正当性(必要性や合理性)が審査されなければならない。

3 小括

以上のとおり、原告らが2条不妊手術を受けることは、自己決定権の一つである不妊手術を受ける権利として、また避妊の自由の一つである不妊手術を受ける自由として、それぞれ憲法13条後段による保護を受ける。

第2 制約は原則として禁止されるから厳格な審査が必要である

1 本件規定は原告らの権利・自由を直接かつ強力に制約する

不妊手術を受ける権利・自由は、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由の一内容、及び自らの生命・身体に関する事柄を処分する自己決定権の一内容として、あるいは避妊をする自由の一つとして、憲法13条による保障を受ける。

その権利の性質は、「私生活を共にする家族の構成に関わる事項であるとともに、生物としての人としての本能的な欲求に関わる生殖に係る事項でもあって、このような事項を自らの意思で決定する自由は、個人の尊厳に直結する、人格的な生存に不可欠なものとして、私生活上の自由の中でも特に保障される権利の一つ」である(札幌高等裁判所令和5年3月16日判決(同令和3年(ネ)第73号事件))。

また、かかる自由・権利は、その行使において反対利益の当事者を想定し得ない。男性にせよ女性にせよ、避妊の自由を行使することにより利益が害される者はいない。避妊とは子をもうけないことであり、単なる現状維持である。誰かの利益が失われることもない。このことは、中絶と比較すればより明確になる。子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利の内実としては、避妊をするか否かの自

己決定と中絶をするか否かの自己決定がある。中絶については胎児という反対利益の当事者が想定されうるが、避妊について反対当事者は存在しない。

不妊手術に想定されうる内在する制約は、避妊方法によって医学的、医薬的、技術的、または手続的な性質を有する場合に求められるものととどまる。避妊それ自体になんらかの「公共の福祉」を想定することは、女性の妊孕性を国策として利用する全体主義国家でない限り、採り得ない法解釈である。

加えて、生命・身体に関する事柄を処分する自己決定権の一内容としての不妊手術を受ける権利については、前掲平成12年最判（エホバの信者輸血拒否事件）を踏まえ、その自己決定権の真摯性を審査する手続きを求めることは格別、真摯な自己決定を制約することは原則として許されない。生命に関わることですら「自己の宗教上の信念に反するとして・・・明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格的一内容として尊重され」、輸血を伴う手術を受けるか否かを患者自身の意思決定に委ねるべきであるから、身体に対する侵襲の程度も小さく、生命・身体へ与える影響の小さい不妊手術を制約する場合には、厳格にその合理性が審査されなければならない。

結局、避妊をする自己決定により利益を損なわれ、被害を受ける当事者がいない以上、かかる自己決定を国家が制約することは、パターンナリスティックな目的以外想定し得ない。正常な判断のできる成人に対しパターンナリスティックな制約をすることは極めて強力な権利制約と評価される。

いずれの観点からも不妊手術を受ける権利を制約する法令は、その合理性や必要性が厳格に審査されなければならない。

2 制約の態様・程度に関する被告国の主張の誤り

(1) 制約の態様・程度に関する被告国の主張

これに対し被告は、本件規定が原告らの不妊手術を受ける自由・権利を制約する程度について、軽微であると主張する。

すなわち、第1に「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ずる『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」ので、原告らの「自己決定を直接的又は意図的に制約するものではない」とする。続けて第2に「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」から、「上記自己決定に対する制約の程度は限定的である」と主張する(11頁)。

しかしこの主張は憲法上の権利の制約に対する基礎的な理解の誤りに基づいている。

(2) 本件規定は直接かつ強力に制約するものである

制約をどのように行うかは、単に法技術の問題である。堕胎は妊婦自らで行いうるから、自己堕胎罪により妊婦を名あて人として直接規制をしている。不妊手術は医療行為であるから、自ら行うことはできない。そして医師法や医療法などの現行法制度は資格を有しない者による医療行為を禁止しているから、医師に対し不妊手術を制約する要件を法定すれば、当然ながら法律に基づく要件を充足しない限り、国内で不妊手術を受けることは不可能である。資格を有する医師による2条不妊手術を規制すれば、全国一律で強力な規制を実現できるから、不妊手術を受ける者を名宛人とする必要がないというだけである。

しかし、すべての医療行為がそうであるように、不妊手術は患者自身が希望し、医師をして手術をさせるものである。医師が積極的に、患者の希望もなしに不妊手術をするわけがない(それは強制不妊手術でありかつては別の条文により規制していた)。手術の利益はもっぱら患者が得るものであり、手術に関する規制はもっぱら患者の利益や権利のために向けられる。本件各規定も医師を名あて人として、患者の権利を制約することに直接向けられている。医師の権利や利益を制約するものではない。

本件規定は、患者の不妊手術を受ける権利・自由を直接的かつ意図的に制約するものである。

(3) 他の手段は関係がない

他の避妊手段があろうとなかろうと、不妊手術を受ける権利が憲法上の権利として独立して認められる以上、他の避妊方法があるからと言って制約が限定的ということにはならない。このことは、コンドームを利用せずに膣外射精をしたら刑事罰を受けるという規制を想像すれば良い。コンドームという他の方法が用意されているから禁止が限定的と言えるはずがない。ピルやミレーナを禁止し、不妊手術だけが認められるとする規制も同様である。制約は強力で直接的で広範である。避妊方法はそれぞれに長短があり、一つの方法が認められれば他の方法を禁止しても良いという関係にはない。

(4) 小括

以上のとおり、被告の主張は、制約が間接的とする点も、他の手段を理由に制約が軽微とする点も、いずれも不合理である。

3 小括

不妊手術を受ける権利は、「私生活上の自由の中でも特に保障される権利の一つ」である。その制約は、対立利益がなく原則として禁止される。

本件各規定による不妊手術の権利の制約は、成人の自己決定に対するパターンリスティックなもので、その合理性は厳格に審査されなければならない。制約が間接的で軽微とする被告の反論はいずれも採用の余地がない。

第3 原告らの不妊手術を受ける自由を制約するのは母体保護法3条である

1 制約する条文についての原告と被告の主張

原告らは訴状において、原告らの不妊手術を受ける権利・自由を制約する条項として、母体保護法3条1項、28条及び34条をあげた（訴状8頁、32～34頁）。これに対し被告は、3条1項は、「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」と主張する（被告第1準備書面10頁）。

しかしこれは被告が、3条1項の合理性・必要性を主張立証することが不可能と見て、3条1項を本訴の議論対象から外すための詭弁というほかない。

2 規制の中心的な条文はむしろ3条である

改めて母体保護法の条文構造を整理すると、28条は「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行ってはならない」と定める。また、34条は「28条の規定に違反した者」に刑罰を課す。構造として、28条が罰則の担保により一律で全面的に不妊の措置（手術）を禁止しつつ、「この法律の規定による場合」には許諾するという立て付

けとなる。

許諾する条件としての「この法律の規定」は、大きく2条と3条に定められている。2条は医学的に適切な手技の方法を内閣府令に委任して定める。3条1項は医師を名宛人として、生命危険要件、多産要件、健康低下要件、及び配偶者同意要件が満たされる場合に限り「不妊手術を行うことができる」と定め、当然解釈としてこれらの要件がない場合の2条不妊手術を禁止する。すなわち3条1項は、医師を名宛人とする行為規範として機能する。

原告らは、3条1項が許諾要件として違憲無効であることを主張している。仮に28条及び34条がなくとも、3条1項は、名宛人である医師に対し、3条に定める要件を満たさない2条不妊手術を禁止する行為規範として機能する。28条と34条はあくまでその行為規範を罰則で担保しているだけである。原告らは、28条と34条について、3条1項と相まって原告らの不妊手術を受ける権利・自由を制約する限りにおいて違憲であると主張するものである。それら単独での違憲性を主張しているものではない。

実際原告らは、本訴において、適切な術式を府令で定める2条による規律の必要性及び合理性を争わない。2条を満たさない不妊の措置（不妊手術）が禁止され、その禁止に違反した場合に罰則が課せられることを争うものではない。3条1項が違憲無効となり、28条及び34条が残ることは、十分あり得ることである。

原告らは、資格のある医師による適切な2条不妊手術を受けることを希望している。医師以外の誰かによる不妊の措置（不妊手術）を求めているものではないから、28条が単体で原告らの不妊手術を受ける権利・利益を制約しているのではない。また、医師は、罰則（34条）があるから要件を欠く不妊手術をしないのではない。行為規範に反するからしないのである。医師が法律によって定められた行為規範に違反して手術をすることを前提とすることはできない。原告らが医師による2条不妊手術を受けられないのは、34条によるものではなくむしろ3条1項によるものである。

3 小括

以上のとおり、原告らの不妊手術を受ける権利・利益を制約する中心的な条文は、医師の行為規範である3条1項である。罰則規範である28条及び34条ではない。したがって、本訴においては、3条1項の合理性が厳格に審査されなければならない。

第4 本件各規定には、目的の正当性がなく、また目的を達成するための手段として合理的関連性を有しない

1 規制目的の正当性は認められない

(1) 被告の主張

原告は訴状において、母体保護法の目的は、形式的には生命健康の保護に見えるが、実質的には「子どもを宿す身体としての『母性』を保護するという法目的となっており」、つまりは子を生むことのみを保護する国家による生殖管理の目的がそこには含まれているから、目的の正当性を認めることができないと指摘した(訴状37頁)。

これに対し被告は、「母性の生命健康を保護するという規制目的は正当」とのみ主張し、原告の指摘には実質的な反論をしない。

その上で被告は、「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場所、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・・・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あるのであって、『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・・・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」ことを根拠に、母体保護法28条及び34条の目的が正当であると主張する(被告第1準備書面12頁以下)。

(2) 被告は「子をもうける」ことの自己決定権しか念頭においていない

まず、被告の主張は「子をもうける」ことの自己決定権のみを念頭においている。つまり、被告の主張は国家による生殖管理の目的を実質的に認めるものとなっている。

すなわち、被告は、不妊手術を受けた者の後悔が多いことを前提に、「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」と主張する。

しかし、子をもうけないことを自己決定し、その決定に満足している場合には、不妊手術に伴う後悔は起き得ない。不妊手術を規制することで「実質的に保障」される自己決定の中に、不妊手術を受ける自己決定は含まれていない。

被告の主張は、結局のところ国家としては、女性が子をもうける自己決定のみを保障し、子をもうけない自己決定は無視し、あるいは否定しているということと自ら認めるものに他ならない。

本件各規定は、国民優生法と優生保護法における規定をほぼそのまま引き継ぐものであるところ、国民優生法における国家による生殖管理や、優生保護法における優生思想という法目的もそれぞれ温存されてしまっている。そのことが、図らずも被告の主張から裏付けられた。各規定の目的に正当性を認めることはできない。

(3)「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔して」などいない

ア 被告が証拠引用する日本語文献に引用される英語論文

被告が証拠として引用する乙3は、『ウィリアムス産科学』と題する日本語の書籍である。この書籍には、被告国が明記する Jamieson(2002)(甲76)に加え、被告国が「括弧内略」とする2つの海外文献が引用されている。

1つが、「Curtis, 2006」であり節末の引用によれば、“Regret following female sterilization at a young age: a systematic review”と題する論文である(甲77)。もう1つが「Kelekci, 2005」であり、同じく正式名称を“Risk factors for tubal ligation: regret and psychological effects Impact of Beck Depression Inventory”(卵管結紮のリスク要因:後悔と心理的影響 – ベック抑うつ質問票の影響)と題する論文である(甲78)。

被告はこれらの合計3つの論文を引用した日本語文献(『ウィリアムス産科学』)に依拠して、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔して」といって主張する。

しかしこの主張は、3つの英語文献の結論を正反対のものとして用いており、不当というほかない。

イ Jamieson による論文について

被告が第1準備書面で明記する論文が、「Jamieson(2002)」(甲76)であり、“A Comparison of Women’s Regret After Vasectomy Versus Tubal Sterilization”を正式名称とする論文である。

論文の序論では、「外科的不妊手術は世界で最も人気のある避妊方法となっている。米国では、約400万人の男性と1000万人の女性が不妊手術を受けている。永久的な避妊方法を求めるカップルは、精管切除と卵管結紮の両方を選択肢として考慮することがある。不妊手術に関してカップルにカウンセリングを行う際、手術を受けたことを後に後悔する可能性は重

要な考慮事項である。女性の不妊手術後の後悔に関する情報は入手可能であるが、男性の不妊手術後の後悔についてはほとんど知られていない」と問題の所在を明らかにした上で、夫が精管切除をした妻と、していない妻とで、卵管結紮による後悔の度合いを検証したものである。

そして、分析の結果、結論として、両者の間で違いはほとんどなかったとされている。「夫の精管切除後5年間のフォローアップインタビューで後悔を表明した女性の累積確率は約6%であり、これは卵管結紮を受けた女性の後悔の確率と同様」であった。「後悔を表明する、女性が夫に再建手術を要求する、夫が再建手術要求する、そして実際に再建手術を受ける5年間の累積確率は、それぞれ6.1%、2.0%、1.4%、0.4%」であったとされている。そして、同論文はこの結果を踏まえて次のように結論づけている。すなわち、「本報告と従前の報告は、永久的な避妊方法として不妊手術を選択したほとんどのカップルが、その決定に満足しており、後悔を経験しないことを示して」いる。

この論文は、「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」などとの被告国の主張を全く裏付けるものではない。むしろ、同論文は結論として「ほとんどのカップルが、その決定に満足しており、後悔を経験しないことを示し」たものである。被告は同論文の結論を正反対のものとして用いようとしているのである。

ウ Curtis による論文について

この論文は、不妊手術の影響を評価した合計19の論文を分析し、年齢層ごとに比較すれば若年で手術を受けた対象群の後悔の割合が高いことを報告するものである。その結論では以下のように記載されている。

不妊手術時の若年齢が不妊手術後の後悔のリスク要因であるにもかかわらず、すべての年齢グループの大多数の女性が不妊手術

を受けた決定を後悔していないことに留意することが重要である。
また、不妊手術を受けなかった女性が、望まない妊娠や一時的な
避妊方法の副作用によって、不妊手術を受けないという決定を後
悔する可能性もある。

2003年、WHOは避妊使用に関する医学的適格性基準のため
の専門家作業グループ会議でこの証拠をレビューした。専門家作
業グループは、「若年齢」という条件に対して女性不妊手術に「注
意」の評価を与えることを推奨した。これは、通常のとおりの方法で
手術が行われるが、同時に、追加の準備と予防措置も必要である
ことを意味する。具体的には、推奨事項として「若い女性は、すべ
ての女性と同様に、不妊手術の永続性と、代替となる長期的で高
度に効果的な方法の利用可能性についてカウンセリングを受ける
べきである」と記されている。

すなわち、同論文の結論は、「すべての年齢グループの大多数の女性
が不妊手術を受けた決定を後悔していないことに注意する」よう喚起すると
ともに、かつ後悔するグループへの対応として望ましいことは、不妊手術の
禁止などではなく、とりわけ「若い女性」に対して「不妊手術の永続性と、代
替となる長期的で高度に効果的な方法の利用可能性についてのカウンセ
リング」を受ける機会を与えることである、というものである(甲77)。

この論文を引用する日本語文献(乙3)は、かかる注意喚起を無視する
どころか、まったく真逆の結論を記載しているが、そのように信頼性のない
文献の記載を、原典に当たらずそのまま引用して主張しているのである。

エ Kelekci による論文について

この論文は、ベック抑うつ質問票(BDI)という心理的影響評価手法を用
いて、不妊手術と抑うつの関係を調査したものである。同論文は手術の1

週間前と1年後に同一患者を追跡調査することで、手術による影響を分析したところ、若年グループは術後のスコアが高まり、また手術に不満足なグループでも術後のスコアが高まることが判明したことを報告しているが、それ以上に、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔して」いることなど結論づけていない。むしろ、「経口避妊薬」のマイナス面や、「他の避妊法の比較的高い失敗率」などに照らして、不妊手術が「効果的な避妊方法であり、広く使用されるようになって」いることを前提としている。

また、この論文では、「出産と妊孕性調節における女性の伝統的な役割により、女性は男性よりも不妊-避妊法を考慮し使用する傾向が」あるため、「これらの方法の心理的影響は、生理学的副作用と同様に、女性の健康のためによく確立されるべき」であると強調している。その帰結として、この論文が求めることは、「不妊手術前のカウンセリングは、特に若い女性に対して、代替的な避妊方法、手術の不可逆性と失敗の可能性をカバーする必要があり、カップルの心理社会的及び婚姻関係の変動性、女性の月経歴、性歴、心理的または身体的症状に関する情報を引き出すべき」というものである。結局、この論文も、被告の主張と反する前提に基づいており、2条不妊手術を禁止することの合理性を何ら裏付けるものではない(甲78)。

オ 小括

以上のとおり、被告の主張は前提が間違っている。「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔してい」ない。被告が引用する日本語文献が引用する英語論文では、「ほとんどのカップルが、その決定に満足しており、後悔を経験しないことを示して」いたり、「すべての年齢グループの大多数の女性が不妊手術を受けた決定を後悔していないことに注意する」よう喚起している。被告の主張と正反対である。

前提事実を誤って用いる被告の主張に合理性が認められないことは言うまでもない。

(6)小括

被告は、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔してい」ることを根拠として、「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」とし、母体保護法28条及び34条の目的が正当であると主張する。

しかし、第1に被告の主張は「子をもうけるか否かについての自己決定権」といいながら、子をもうけることの自己決定権のみを保障し、子をもうけないことの自己決定権を無視し、あるいは否定するもので、不当というほかない。

第2に、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔してい」ない。「ほとんどのカップルが、その決定に満足しており、後悔を経験しないことを示して」いたり、「すべての年齢グループの大多数の女性が不妊手術を受けた決定を後悔していないことに注意する」よう喚起している。被告の主張は前提を誤るもので到底合理性を認め得ない。

本件各規定は、国民優生法及び優生保護法の目的である、国家による生殖管理や優生思想を無目的に引き継いだものである。本件各規定の目的の正当性を認めることはできない。本件各規定は、手段の合理的関連性を見るまでもなく憲法13条に違反し無効である。

2 目的達成手段としての合理的関連性も有しない

母体保護法1条の「母性の生命健康を保護」するとの目的が正当であるとしても、本件各規定はその目的を達成する手段としての合理的関連性を有しない。このことは訴状で詳論したとおりである(訴状36頁以下)。

これに対し被告は、そもそも規制の中心的な条文である3条の合理性に関する主張を放棄した上で、28条や34条に関していくつか瑣末な反論をしている。しかしそのいずれもまったく採用の余地がない。

第1に被告は、「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ない」と主張する(第1準備書面13頁)。しかし、その評価は前述したとおり医学的に誤っている。

第2に被告は、「多くの女性が不妊手術を受けたことを後悔」しているから、不妊手術は「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ない」と主張するが(同14頁)、これもまた前述のとおり、そもそも「子をもうける」自己決定のみを保護するもので国家による生殖管理・優生思想を前提とするものであるし、根拠とする「多くの女性が」「後悔」しているとの評価も医学文献の結論を真逆に引用するものであり不当な主張である。

第3に、被告は、法28条及び34条は手術の実施者に対するものであるから、不妊手術希望者に対する間接的・付随的な制約にとどまると主張する(同14頁)。この点も前述のとおりであり、本件各規定は医師を名宛人としつつも、実質的には患者の権利を制約することに直接向けられたものである。これは医師の権利や利益を制約するものではない。本件各規定は、患者の不妊手術を受ける権利・自由を直接的かつ意図的に制約するものである。

第4に、被告は、2条不妊手術以外の多様な避妊手段が存在することを理由に制約の程度は限定的であると主張する(同14頁)。しかしこの主張は、制約の程度の主張にとどまり、規制の合理性を基礎付けるものではない。またその主張の内容としても誤りである。2条不妊手術でしか得られない避妊効果や自己実現があり、他の避妊手段があることは2条不妊手術を規制する合理的な理由とはなり得ない。

第5に、被告は、「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、優生保護法、母体保護法の目的はそれぞれ異なっている

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」とも主張する(同16頁)。しかし、法の目的が異なるからこそ、不妊の措置(不妊手術)の原則禁止規定を異なる目的であった法律から引き継ぐのであれば、法目的を達成する手段としていかなる合理的関連性を有するのかが問われねばならない。母体保護法制定時に当該規定を残すことについて、目的規定を変えながら合理性を維持できるかについてまともな議論はされていない(訴状16～18頁)。むしろ、「母性の生命健康」の保護のために、なぜ生命危険要件が必要なのか、なぜ多産の場合には生命危険要件が健康低下要件でよいとするのか、被告は、まったく合理性を説明できない。このような要件は、国家による生殖管理・優生思想を目的とした場合にのみ関連性を認められるものである。

第6に、被告は、法34条が定める法定刑が過剰であるとはいえないと主張するが(同17頁)、医師に対し、罰則をもって3条に定める要件を満たさない2条不妊手術を禁止すること自体が、2条不妊手術を希望する原告らの権利を全面的に奪うことを意味しており、刑の軽重の問題ではない。

このように、手段の合理性・相当性に関する被告の主張は、いずれについても、3条の正当化審査を到底クリアできないとみて苦し紛れになされたものという他なく、採用の余地はない。

3 小括

以上のとおり、被告の主張は、原告らの権利制約の中心的な条文である3条に関する正当化を完全に放棄するものであり、法令の違憲審査に関する主張として許容し得ない。また、28条や34条に関する正当化についても、目的審査・手段審査ともにおよそ合理的な主張となっておらず採用し得ない。

本件各規定による規制は、目的を達成するための手段として合理的関連性を有しないから、憲法13条後段に反し、違憲無効である。

第5 憲法24条2項に関する主張

1 本件各規定が婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定ではなく24条2項違反の前提を欠くとの主張について

(1) 被告の主張

被告は、母体保護法の「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」いとして、母体保護法の本件各規定は「憲法24条2項違反が問題となる余地はなく、原告らの(略)主張は、前提を欠くものであり、理由がない」と主張する(被告第1準備書面、19～20頁)。

(2) 家族に関する規定であることは明らかである

しかし、母体保護法の本件各規定は、憲法24条2項の適合性判断の対象となる法律であり、被告の主張は的を射ない。

母体保護法は、不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めるものであり、母性の生命健康を保護することを目的とする(法1条)。不妊手術及び人工妊娠中絶は、子を産むか産まないかの選択に関わる問題であり、まさに「家族に関する事項」に該当する。また、「母性」の生命健康を保護するとして、女性を「母」の立場であることを前提として法目的を設定しており、家族形成の問題を背景にしている法律であることは明らかである。

また、法3条1項では、2条不妊手術の要件として、配偶者の同意、現に数人の子を有することを定めており、配偶者及び子の存在を前提として要件を設計している。この点からも、母体保護法は家族に関する事項を定めた法律として、憲法24条2項の適合性判断の対象となる。

加えて、被告も、「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かかわる」と認めており(被告第1準備書面12頁)、

不妊手術及び人工妊娠中絶に関する法制度が「家族に関する事項」に該当することは疑いの余地はない。

(3) 国際規範としても、本件各規定は家族に関する規定である

リプロダクティブ・ヘルス／ライツは、国際的には、1994年の国連国際人口開発会議(いわゆる「カイロ会議」)において策定されたカイロ行動計画によって表明され(甲58)、1995年の北京における世界女性会議での行動綱領によって確立された(甲59、60)。また、1981年に発効した女性差別撤廃条約16条(e)は(甲55)、1999年の一般勧告21号～23号によって、リプロダクティブ・ヘルス／ライツを保障している条文であることが明らかにされた(甲56)。

これらの国際規範によれば、生殖能力、避妊、中絶などの性と生殖に関する事項は、当然、リプロダクティブ・ヘルス／ライツの問題として論じられており、また、リプロダクティブ・ヘルス／ライツは、当然、婚姻及び家族関係に関わる事項として論じられている。

例えば、カイロ行動計画では、「リプロダクティブ・ライツとリプロダクティブ・ヘルス」の章において、「家族計画」の項目があり、「それぞれのカップルと個人が考える生殖に関する目標の達成を手助けすることを勧告している」(同計画7章・B)(甲58)。北京での世界女性会議で策定された行動綱領では、リプロダクティブ・ヘルスについて、「男女とも自ら選択した安全かつ効果的で、経済的にも無理がなく、受け入れやすい家族計画の方法、ならびに法に反してない他の出生調節の方法についての情報を得、その方法を利用する権利」が含まれるとされている(同綱領94号)(甲60)。一般勧告21号～23号によってリプロダクティブ・ヘルス／ライツを保障していると明らかにされた女性差別撤廃条約16条は、「婚姻及び家族関係に係る」事項として規定されている(甲55)。

このように、国際規範からしても、生殖能力、避妊、中絶などの性と生殖に関する事項は、家族に関する事項として当然に認識されているものである。

(4)小括

以上のとおり、母体保護法における不妊手術を定めた本件各規定は、憲法24条2項の適合性判断の対象となる「家族に関するその他の事項」に該当することは当然の前提である。

2 原告らの憲法24条2項の主張を「子をもうけない自己決定」とのみ捉え、憲法24条2項違反の前提を欠くと主張していることについて

(1)被告の主張

被告は、原告らの憲法24条2項に関する主張を「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」とした上で、「子をもうけるか否かにかかる自己決定のような利益は、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言えず、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」などと主張し、本件各規定は憲法24条2項違反となる余地はなく、前提を欠くものであり理由がない、などと主張する(被告第1準備書面20頁)。

(2)憲法24条2項の主張を矮小化している

しかし、被告の主張は、①憲法24条2項の主張を「子をもうけないという自己決定」のみを論じているものとして矮小化している点において原告らの主張を正しく把握していないことに加え、②憲法24条2項適合性判断において考慮される権利・利益を「法制度により具体的内容が捉えられるもの」だけに限定する点において、これまでの憲法24条2項に関する最高裁判例及び当該最高裁判例の判例解説の理解を誤っている。

ア 憲法24条2項の意義

憲法24条2項は、訴状において指摘したとおり、婚姻及び家族に関する事項については、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して法制度が構築されなければならないという立法上の要請・指針を示したものであり、裁量権の限界を画した規定である(待婚禁止期間判決・夫婦別姓訴訟判決)。当該要請・指針は、具体的には、「憲法上直接保障された権利とまでは言えない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の本質的平等が保たれるように図ること」などにも考慮すべきであるとされ、「立法に限定的な指針を与えるものとされている」(夫婦別姓訴訟判決)。

そして、被告が引用する夫婦別姓訴訟判決の畑判例解説においても、「憲法13条、14条を裁判規範として検討する局面においては、人格権の一内容として憲法上保障された人権と認められなければ憲法13条違反とならず、基本的に形式的平等に反するものでなければ憲法14条違反とならないなど、柔軟な検討をすることが困難である場合も見られる」が、憲法24条上においては、「上記の局面ではすくいあげることのできなかった様々な権利や利益、実質的平等の観点等を立法裁量に限定的な指針を与えるものとして検討するべきとするものであり、その意味で、憲法24条には憲法13条や14条1項の範囲にとどまらない固有の意義があることを認めたものであると思われる」と指摘されている。

すなわち、憲法24条2項適合性判断においては、憲法上の権利として明確に保障された人権の一内容でなくとも、個人の尊厳、両性の本質的平等としての価値基準が考慮されるべきである。

イ 被告の憲法24条2項に関する理解の誤り

原告らは、上記の憲法24条2項の趣旨・解釈を前提に、法3条1項、同法28条及び同法34条は、国家が一定の家族観を前提に法制度を構築し、国民に当該家族観を押し付け、半ば強制するものとなっていることから、こ

のことが個人の尊厳、両性の本質的平等に明らかに反するものであり、立法裁量の逸脱・濫用であることを主張しているものである。

しかし、被告は、前記①として指摘したとおり、原告らの憲法24条2項の主張を単に「子をもうけないという自己決定」に対する侵害としての主張に読み替え、明らかに原告らの主張を捻じ曲げ、矮小化させており、原告らの主張に正面から向き合おうとしておらず、また、憲法24条2項の憲法適合性判断の方法を理解しないものとなっている。

また、被告は、前記②として指摘したとおり、憲法24条2項適合性判断において考慮されるべき権利・利益を「法制度により具体的内容が捉えられるもの」であるか否かとする独自の判断基準を作り出している。しかし、既に前述の畑判例解説が指摘するとおり、憲法24条2項適合性判断においては、憲法上明確ではない権利・利益、実質的平等の観点なども立法指針、立法裁量を画するものとして考慮されるべきであるとされており、「法制度により具体的内容が捉えられるもの」であるか否かが考慮基準とはなっているものではない。

なお、被告が根拠とする畑判例解説における該当箇所は、「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」と記述されているが、これはあくまでも憲法24条2項適合性判断における検討の「方法」を、場合分けをして解説したものであり、決して、憲法24条2項適合性判断の対象となる権利・利益の「基準」を示したものではない。このことは、前記指摘した畑判例解説のその他の部分の記述からも明らかである。すなわち、前記②として指摘した被告の主張は、被告の畑判例解説の一部分をあえてミスリーディングとな

るような不適切な引用、解釈をする前提ものであり、これもまた不当な主張というほかない。

(3) 小括

以上のとおり、被告の主張は原告らの主張を不適切に限定的に解釈している点及び最高裁の憲法24条2項に関する判断を誤読している点において、明らかに誤りがある。

3 憲法24条2項の適合性判断について

(1) 被告の主張とその問題点

被告は、仮に、本件各規定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、憲法24条2項に反しないとして、以下のとおり主張する。

まず、不妊の措置(不妊手術)の禁止及び罰則は、「正当な目的に基づくものである」とする。

また、原告らの憲法24条2項の主張を「子をもうけないという自己決定」と設定し、制約されるのは「多様な避妊手術のうちの不妊手術を受けるという一手段に過ぎ」ず、「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」として、「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ことでない」などと主張する(以上、被告第1準備書面20～21頁)。

しかし、被告の上記反論は、原告らの24条2項の主張を「子をもうけない自己決定」に矮小化して論じている点において不合理であり、この点は既に前記2に述べたとおりである。加えて、以下に述べるとおり、原告らの主張に真

正面から対峙しないものであり反論の体をなしていない。その内容もまた不合理である。

(2) 法3条1項は憲法24条2項違反である

被告は、原告らの憲法13条の主張に対する反論部分において、法3条1項の規定を、「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みる余地はない」として、「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」と憲法適合性判断の対象から除外した。そして、憲法24条2項2項の主張に対する反論においては、この点について何らも言及せずに当然のごとく除外し、法3条1項についての原告らの主張に対し何らも反論しなかった。

しかし、既に憲法13条違反に関する主張(本書面第3)で詳論したとおり、母体保護法の条文構造からすれば、規制の中心的な条文は法3条であり、法3条1項の許諾要件こそが違憲無効の主張の対象なのであり、憲法適合性判断から除外する理由などない。加えて、憲法24条2項との関係では、仮に、法3条1項が制限を除外する規定である許諾要件であったとしても、当該要件の内容が個人の尊厳及び両性の本質的平等に反するということは十分あり得るのであり、法3条1項を憲法24条2項の適合性判断の対象から除外する理由など皆無である。

法3条1項は、訴状において主張したとおり、2条不妊手術を受けるに際して、①一律に配偶者同意が必要とされている点、②子が複数いる場合には生命危険要件が緩和され健康低下要件とされている点について、憲法24条2項の個人の尊厳及び両性の本質的平等に明らかに反している。

本来、不妊手術を受けるか否かは、個人の自己決定に属する事柄であるところ、法3条1項は、配偶者の許可制をとっており、女性を自立的な個人として捉えていない。生命危険要件を満たす場合ですら、自らの意思決定のみで

2条不妊手術を受けることができず、夫である配偶者の同意を要するのであり、妻の命よりも夫の子を持つことについての自己決定の利益を優先させるかのような規定ぶりである。当該要件は、個人の尊厳を明らかに蔑ろにするものであり、両性の本質的平等に反する規定である。

加えて、子が複数いる場合には、生命危険要件ではなく、健康低下要件として、要件が緩和される規定ぶりは、女性の自立的意思決定よりも、女性の「子を持つ」という責務が優先され、子を複数人産んだことでようやく妊孕性から解放されることを国から許可されるという趣旨の規定となっている。当該要件構造は、明らかに女性の自己決定権ないし利益を毀損し、個人の尊厳を蔑ろにするものであり、憲法24条2項に反することは明らかである。

この点について、被告は何も反論しておらず、正面から向き合っていない。法3条1項の規定について、正面から国としての見解を示すべきである。

(3) 本件各規定は両性の本質的平等に反する結果を招来させていること

本件各規定は、実質は、女性への不妊手術規制を主目的としており、女性に対してのみ不妊手術を受けることについての不必要な制約を課し、子を産むこと、母になることが当然の責務であるかのような前提に立っている。この点において、母体保護法の不妊手術への規制は、両性の本質的平等に反するものであり、また、国家が一定の家族観を推奨し、法律を以て偏った社会構造を助長する施策を講じているものであり、憲法24条2項の規律する立法裁量に明らかに反するものと評価せざるを得ない。

確かに、本件各規定は、男女問わず、不妊の措置を受けることを罰則を以て原則禁止している。すなわち、男性についても、法3条1項の要件を満たさない限り、法律上、2条不妊手術を受けることはできない。すなわち、法3条1項は、男性が2条不妊手術を受けるについても、母体の生命危険要件ないし健康低下要件を要し、また、配偶者による同意を要しているものである。しか

し、不妊手術の実態を見てみると、男性の母体保護法上の2条不妊手術である精管切除結さつ法ないし精管離断変位法(法2条1項及び母体保護法施行令第1条1号及び2号)について、独身であれば配偶者同意は不要である旨をホームページ等で明記したクリニックが多数存在する(甲79の1～5)。そして、法律上は、独身男性が2条不妊手術を受ける場合であっても、法3条1項が定める要件を充足する必要があるところ、パートナーにおいて母体の生命危険要件、健康低下要件などが必要であることを明記しているクリニックは見当たらない(甲79の1～5)。これは独身男性であれば、本人の同意のみで2条不妊手術を受けることが許容されている実態を示唆している。さらには、男性について「子が一人いて30歳以上であれば不妊手術に対応している」と独自の要件を作出して手術をおこなっているクリニックすら存在し(甲79の2)、既婚男性であっても母体保護法上の厳格な要件を求められていないことを示している。

公表されている政府統計によれば、母体保護法の要件を満たす男性の不妊手術の実施数は、母体保護法の成立した平成8年から20年以上にわたって1桁～2桁の実施数であり、公表されている最新の令和4年では年間35件である(甲80)。他方で、医療機関によっては、「パイプカット手術では、今まで4193症例を行ってきています※2023年10月末現在」とホームページに掲載しているようなクリニックも存在する(甲79の5)。政府統計の母体保護法の男性の不妊手術の実施数を前提にすれば、平成8年から令和4年までの全ての実施数1078件(甲80の政府統計をもとに原告代理人が算出)を合計しても当該クリニックの症例数には満たない。このことを前提にすれば、提出した複数のクリニックがいずれも虚偽広告を行っているか、あるいは、実際にクリニックにおいて行われている不妊手術が母体保護法の要件を満たさずに実施されており、それにもかかわらず、母体保護法上の規制が全くされていない状態であるかのいずれかである。

実際に精管結紮術をうけた評論家である荻上チキ氏の体験談によれば、不妊手術を受けることができる要件について「対応する病院によって方針も異なる」とし、自らは独身であり、パートナーの有無が安定しないことから「厳しい要件のある病院を利用することは難しい」として、要件が厳格ではない病院において、自らの意思によって不妊手術を受けたことを告白している(甲81)。

以上を前提にすれば、男性は母体保護法の定める要件を充足していなくても2条不妊手術を受けることができる実態が存在し、それにもかかわらず、何らの規制措置もとられていないことが強く推認される状況にある。

このことは、母体保護法によって不妊の措置(不妊手術)が原則禁止されていることによって、女性の不妊手術のみが厳格に規制される結果を招来させており、本件各規定による規制は、両性の本質的平等に反する結果を生じさせていることを示している。実際、女性である原告らが2条不妊手術を受けようと多数のクリニックに問い合わせをしたところ、それに応じたクリニックは1つもなく、いずれも頑なに拒否され、例外なく取り合ってもらうことはできなかった(甲5、6、8～10、12、13、15～17)。特に独身男性が比較的容易に2条不妊手術を受けられることに対して、独身女性が日本において2条不妊手術を受けることは全くもって不可能なのである。このことは母体保護法による規制が、女性のことを「子をなす性」として捉え、妊孕性の維持について特に厳格に管理・規制し、母にならないこと、子を産まないことについて極めて制限的であることを示している。対して、男性については、むしろ、既婚者よりも独身の方が容易に2条不妊手術を受けられるのであり、父にならないこと、子をもうけないことについて何らの制限も課されていないと評価できる。これらのことを前提にすれば、本件各規定は明らかに女性に対してのみ厳格な規制を行う差別的結果を招来させている。

以上のとおり、本件各規定による不妊手術の規制は、憲法24条2項の個人の尊厳及び両性の本質的平等に明らかに反するものである。

第6 本件各規定を改正しないことは国賠法1条1項の適用上違法である

被告は、母体保護法3条1項、28条、34条が憲法の規定に違反することは明白とはいえ、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けないと主張する。

しかしながら、母体保護法3条1項、28条、34条が、憲法13条により保障される自己決定権の一内容としての不妊手術を受ける権利及び、避妊の自由の一内容である不妊手術を受ける自由を明白に侵害することは上述のとおりである。

また、母体保護法3条1項、28条、34条が、配偶者同意要件等不合理な要件を課すことにより女性が自らの意思で不妊手術を受けることを不可能にするもので、憲法24条2項に明白に反することも上述のとおりである。

この点、被告は、平成8年以降、国会の委員会、調査会等における審議、決議、提言等において具体的な指摘がほぼなされていないことに留意する必要があると主張するが、訴状訂正申立書別紙にも記載したとおり、母体保護法の諸規定の問題点については、平成8年の法改正時点から既に様々な団体から指摘がなされていた。

また、母体保護法成立直後には様々な団体や議員から改正法や改正経過に対する抗議の意思が示された(例えば、「女(わたし)のからだから82優生保護法改悪阻止連絡会」からは、「母体保護法という名称は、女性は子供を産んで一人前、子供を産むことでのみ女を評価するという、古い時代の思想を継承したことを意味します。このため、障害をもった女性や不妊の女性、産むことを選ばない女性は、相変わらず産むことを期待されない女性として、差別され続けます。母体保護法は女性の多様な生き方を認めない名称なのです」旨の声明文が公表された。参議院決算委員会では、堂本暁子議員が「多くの女性は長い間刑法の堕胎罪とか優生保護法の廃止を求めてきたわけですけども、女性にとってそういう意味で非常に重い意味を持ったこの法律が、女性の主張を全く聞くこともなく、審議されることもなく、国会では、実際に国会に上程されてからわずか3日、土日を除け

ば3日という形で衆参を通過してしまうというもう本当に信じられない形で通りました」と述べている)。

このような強い反対意見、指摘がありながら、かつ、「リプロダクティブヘルスライツ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」を附帯して母体保護法は成立したものであるにも拘わらず、その後28年も経過した現時点に至っても、総合的な検討・適切な措置は実行されていない。法改正にあたって上記のような付帯決議をした以上、国は責任をもってこれを実行すべきである。「具体的な指摘がほぼなされていない」ことは免責の理由にはならない。

加えて、平成13年6月20日付の「共生社会に関する調査報告(最終報告)」(共生社会に関する調査会)には、参考人からの意見聴取及び主な意見交換の内容として、以下のとおり、不妊手術にかかる規定を削除することについて具体的な指摘がなされ、女性の健康と権利を守るために避妊・中絶等を規定した新しい法律を制定する必要があるとの報告がなされているのであり、「具体的な指摘がほぼなされていない」わけではない。

(平成13年6月20日付の「共生社会に関する調査報告(最終報告)」
(共生社会に関する調査会)抜粋。下線は原告代理人らによる。)

津田塾大学学芸学部国際関係学科教授 金城 清子 氏

リプロダクティブ・ヘルス／ライツは国際社会の中で人権として認められているが、我が国の法制を見るとこれと相反するものがいくつもあり、法律の改正ないし新しい法律の制定が必要と思われるので指摘したい。
...(中略)...

第二に、避妊と中絶に関する新たな法律の制定が必要である。 現行の母体保護法は母体の保護だけを強調しており、生涯にわたる健康を支援していく必要性から考えれば極めて限定的である。新法案にはまず、

望まない妊娠の予防に関する規定を設け、学校教育、社会教育を通じて避妊に関する情報の正しい提供を行うことが必要である。次に、人工妊娠中絶の合法化である。これはあくまでも胎児が母体外で生存できない期間を基準として十週までは女性の請求で認めるとともに十一週から二十二週までは母体の精神的、肉体的健康を害する場合にのみ認めることが適当である。また、夫の同意については国際的な動向からしても削除するのが妥当である。なお、不妊手術に関する規定も削除する必要があると思われる。

…(中略)…

このような参考人の意見を踏まえ、調査会委員と参考人との意見交換を行ったが、その概要は、次のとおりである。

…(中略)…

(9) 刑法の堕胎罪と母体保護法を廃止し、女性の健康と権利を守るために避妊・中絶等を規定した新しい法律を制定する必要がある。

このように、母体保護法は、平成8年に優生保護法を改正して成立した当時から、リプロダクティブ・ヘルス／ライツの観点から解決すべき問題を多く含んだ法律として広く認識されていたものであり、それを国会でも十分に認識されていたからこそ、付帯決議を付する形でしか改正法を通すことが出来なかったのである。よって、国会が正当な理由なく長期にわたって改廃の措置を怠っていることは明らかである。

第7 おわりに

被告は、「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔してい」として、それゆえに本件各規定による規制は「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うことが出来る」と主張する(被告第1準備書

面12～13頁)。前段が、証拠として引用する文献を正反対の結論になるよう不当に引用したものであることはすでに指摘したが、結局のところ被告の主張は、「子をもうけないという自己決定」を犠牲にして、「子をもうけるという自己決定」のみを守ろうとしていることを宣言するに等しい。

仮に2条不妊手術を受けた者が将来後悔する可能性があるとして、国がそれを禁止することを正当化できるだろうか。

2017年、イスラエルで『Regretting Motherhood: A Study』という書籍が出版された。社会学者であるオルナ・ドーナトが、「今の知識と経験を持って過去に戻れるとしたら、あなたは母になるか」の質問に「ノー」と答えた23人の女性にインタビューしたものである。欧米では SNS で「#regrettingmotherhood」のハッシュタグとともに共感の声が広がり、台湾、韓国、スペイン、イタリア、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカなど多くの国で出版された。日本でも、2022年に『母親になって後悔してる』の邦題で出版されると、大きな反響を呼んだ。記事にしたNHKには、「よくぞ言ってくれた」「やっと言語化してくれた」など、母親からの共感の声が圧倒的に多く寄せられた。他方で、少子化や児童虐待につながるのではないかとの懸念から「(母親が後悔を)言うこと自体が良くない」「日本を滅ぼす気か。基盤を揺るがすな」といった批判的な声もあったという。同年、NHKが18歳～70代の母親6千人超に調査したところ、3人に1人が「母親になればよかったと思ったことがある」と答えた。周囲から「いつか母親になること」を期待され、母親になれば「母親らしさ」を求められて自らの主体性を失い、キャリアが途切れたり昇進が遅れたりして悩む母親がいる(甲82「母になったことを後悔」朝日新聞デジタルの記事)。

子どもを産むことも、産まないために不妊手術を受けることも、不可逆的な決定であることに変わりはない。不妊手術を受けたことを後悔する者もいれば、母親になったことを後悔する者もいる。さらに言えば、誰もが人生のどこかで、あるいは常に、「後悔するかもしれない決定」をしながら生きている。その決定が正しかったと

思えることもあれば、後悔することもあるかもしれない。しかし、その後悔を受け、葛藤しながら生きるのもその人自身である。「将来後悔するかもしれないから出産を禁止する」ことができないのと同様に、後悔するかもしれないことを理由に不妊手術を禁止することもできない。被告の主張は、過剰なパターナリズム以外のなにものでもない。

以 上