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２準備書面

令和７年１月１７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

角銅法子

石丸文至

稲田征之

菅野喜之

小倉慎司

富田圭祐

三　宅　温　子

大　島　柾　志

藤　本　新　羽

植　木　知伽子

松　澤　拓　也

目　次

第１　本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えがいずれも不適法であること ……6

１　本件地位確認の訴えが不適法であること ……6

(1)　本件地位確認の訴えは、法律上の争訟性を欠き、不適法であること ……6

ア　原告ら４名の主張 ……6

イ　原告ら主張に係る紛争の実質は、裁判所に対し、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、司法審査に適するものではないから、「法律上の争訟」に当たらないこと ……6

(2)　本件地位確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であること ……8

ア　原告ら４名の主張 ……8

イ　本件地位確認の訴えは、原告ら４名の権利ないし法律上の地位に生じている現実的な危険や不安を除去するために有効かつ適切な手段であるとはいえず、確認の利益を欠くこと ……9

２　本件違法確認の訴えが不適法であること ……11

(1)　本件違法確認の訴えは、法律上の争訟性を欠き、不適法であること …11

ア　原告ら４名の主張 ……11

イ　被告の反論 ……12

(ｱ)　原告ら４名の前記ア(ｱ)の主張に対する反論 ……12

(ｲ)　原告ら４名の前記ア(ｲ)の主張に対する反論 ……13

(2)　本件違法確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であること ……13

ア　原告ら４名の主張 ……14

イ　本件各規定の立法行為の違憲（違法）確認、又は本件各規定を改廃しない立法不作為の違憲（違法）確認が、本件紛争の解決にとって有効・適切な手段であるとはいえないこと ……14

第２　本件各規定が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとはいえないこと　—16
１　「不妊手術」を受ける権利が憲法１３条後段により保障されているとはいえないこと　……16
(1)　原告らの主張　……16
(2)　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判例はないこと　……16
(3)　自己の生命・身体を自由に処分する権利が憲法１３条後段により保障されているとは認められないこと　……19
(4)　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るとしても、「不妊手術」を受ける権利が同条後段により保障されるものではないこと　……21
(5)　小括　……27
２　本件各規定が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとはいえないこと　…27
(1)　はじめに（「不妊手術」を受ける権利は憲法１３条後段によって保障されておらず、原告らの主張はその前提を欠き、理由がないこと）　……27
(2)　「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理由がないこと　……28
ア　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く、仮にこれを制約しているとしたとしても、直接的又は意図的に制約するものではなく、制約の程度は限定的であること　……28
イ　母体保護法２８条及び３４条による規制について、規制目的は正当であり、かつ、規制目的と目的達成手段との合理的関連性も存すること　…30
(ｱ)　母体保護法２８条及び３４条の規制目的が正当であること　……30
(ｲ)　母体保護法２８条及び３４条が定める規制の手段が前記(ｱ)の規制目

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 ……37
ウ　小括 ……39
(3) 母体保護法３条１項所定の要件のうち、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとする原告らの主張は理由がないこと ……39
(4) 小括 ……42
第３　本件各規定が憲法２４条２項に反し違憲無効であるとはいえないこと ―42
１　原告らの主張 ……42
２　本件各規定が憲法２４条２項に反し違憲無効であるとはいえないこと …43
(1) 原告らの前記１(1)の主張に対する反論 ……43
(2) 原告らの前記１(2)の主張に対する反論 ……44
第４　結語 ―――――――――――――――――――――――――――45

被告は、本準備書面において、原告らの令和６年１０月１５日付け準備書面(2)及び(3)（以下、それぞれを「原告ら準備書面(2)」、「原告ら準備書面(3)」という。）に対し、必要な範囲で反論する。

なお、略語等は、本準備書面にて新たに定義するもののほかは、従前の例による。

第１　本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えがいずれも不適法であること

１　本件地位確認の訴えが不適法であること

(1) 本件地位確認の訴えは、法律上の争訟性を欠き、不適法であること

ア　原告ら　　４名の主張

原告　　４名は、「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（括弧内略）を制約している」とした上で、「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、これが客観訴訟に該当しないことは明らかであ」り、仮に本件各規定が不妊手術等希望者等と国との間に不妊手術を含む生殖不能目的の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ないとしても、それは本案の問題であるから、法律上の争訟性を欠くことはない旨主張する（原告ら準備書面(2)・２及び３ページ）。

また、原告　　４名は、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」はないから、法律上の争訟性を否定することはできないとも主張する（同３ページ）。

イ　原告ら主張に係る紛争の実質は、裁判所に対し、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、司法審査に適するものではないから、「法律上の争訟」に当たらないこと

しかしながら、本件地位確認の訴えについて、被告は、本件各規定が不妊手術等希望者等と国との間に不妊手術を含む生殖不能目的の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ないことのみを理由として「法律上の争訟」に当たらないと主張しているのではなく、このことを踏まえて、本件地位確認の訴えの実質が、国会の立法行為をいわば先取りして、裁判所に対し、新たな制度の創設を求めるに等しいことから、そのような立法作用に属する事項は、司法審査に適しないと主張しているのである（答弁書・６ないし８ページ）。以下、この点をふえんして主張する。

本件地位確認の訴えは、原告　　４名が被告との関係においていかなる法律関係を求めるものなのか判然とせず、原告　　４名が求める地位の内容がいまだに不明確であることから、本件地位確認の訴えの内容がそもそも特定されているといえるのか疑問があるが、原告　　４名が、本件地位確認の訴えについて、前記アのとおり、「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」という表現を用いていることからすると、原告　　４名は、原　　ら４名と被告との間で、原告　　４名それぞれの意思のみで、医師又は指定医師によって原　　４名が望む「不妊手術」を受ける権利又は法律関係が存在することの確認を求めているのではないかと解される。しかしながら、現在、被告において、医師又は指定医師に対し、原告　　４名に「不妊手術」を実施するよう義務付けることを可能とするような法令は存在しないし、原告　　４名が「不妊手術」を受けるために被告において何らかの行為をすべき義務を規定した法令も存在し

ないことに照らせば、原　　４名が求めているものは、結局、立法作用に属する事項であって、何らかの立法を求めるものにほかならない。また、「法律上の争訟」に係る事件・争訟性の要件は、「原告の選択した訴訟物（請求権）に着目して判断することにな」るとされているところ（田中豊・論点精解民事訴訟法〔改訂増補版〕４５８ページ）、原告　　４名が本件地位確認の訴えにおいて確認を求める内容は、上記のとおり「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」という抽象的な内容であることに照らせば、本件地位確認の訴えは原告　　４名と被告との間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関するものであるということもできない。

以上によれば、本件地位確認の訴えは、事件・争訟性の要件を欠くものであって、司法審査の対象とするのは適切でなく、本件地位確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらない。

この点、原告　　４名は、本件地位確認の訴えの実質が立法作用に属する事項であるとの被告の主張について、「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ない」旨述べるにとどまっており、何ら実質的な反論になっていない。

したがって、原告　　４名の前記アの主張は理由がない。

(2) 本件地位確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であること

ア　原告　　４名の主張

原告　　４名は、「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）」こと、「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）」こと、「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）」ことを挙げて、本件地位確認の訴えに確認の利益が認められる旨主張する（原告ら準備書面(2)・４ページ）。

イ　本件地位確認の訴えは、原告ら４名の権利ないし法律上の地位に生じている現実的な危険や不安を除去するために有効かつ適切な手段であるとはいえず、確認の利益を欠くこと

(ア) しかしながら、答弁書（７及び８ページ）及び前記(1)イで述べたとおり、本件各規定は、不妊手術等希望者等と国との間に不妊手術を含む生殖不能目的の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。そもそも、原告ら４名が求めている「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」がいかなるものであるか不明であることは前記(1)イのとおりである。原告ら４名は、確認を求めている上記地位について、「具体的な法的地位であ」ると述べるのみで、その内実を何ら説明していないのであって、そのような内実不明な本件地位確認の訴えに確認の利益が認められる余地がないことは明らかである。

なお、母体保護法２８条は、「故なく」生殖不能目的の手術等を実施することを禁止しているのであり、後記のとおり、同法３条１項の要件を満たさない場合であっても、正当な理由のあるとき（性同一性障害者に対して性別適合手術を実施するときなど）には、不妊手術を含む生殖不能目的の手術等を実施することを許容している。したがって、医師が、医療上必要と判断し、当該判断が医師の専門的知見に照らして客観的に

も合理的であると認められるものであれば、「不妊手術」を実施することが母体保護法により禁止されているとはいえないことにも留意すべきである。

(イ) また、原告　　４名の前記アの主張は、原告　　４名が「不妊手術」を受けられない原因が、本件各規定の存在にあることを前提としたものであるが、原告　　４名が「不妊手術」について問い合わせた合計１０の医療機関の回答とされているものを見ると、母体保護法に言及するのは一つの医療機関にとどまり（甲６）、その余の医療機関は、母体保護法に言及しておらず（甲５、８、９、１０、１２、１３、１５及び１６）、かえって、今後、子をもうけないという気持ちが変わり得ることを理由に、「不妊手術」ではなく、低用量ピルの服用やミレーナの使用を勧めたり（甲５）、低用量ピルが普及してきたことやミレーナが販売されたことを理由に、「不妊手術」は行っていないとした上で、「不妊手術」は一種の開腹手術であり、全身麻酔が必要で、入院も必要であると説明したりしている（甲１３）。こうした実情に照らすと、原告　　ら４名が問い合わせたという医療機関において「不妊手術」を受けられなかったとすれば、その理由は、本件各規定の存在が原因というよりも、①「不妊手術」が開腹手術で麻酔の使用が必要であり、侵襲性が高いこと、②子をもうけないという考えはその後の状況により変わり得るものであるところ、「不妊手術」の実施は、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可能性を永続的に奪うものであること、③低用量ピルやミレーナといった「不妊手術」と比べても同等以上の避妊効果のある他の避妊手段が存在すること、④上記のとおり、「不妊手術」には全身麻酔が用いられ、入院が必要となると考えられるが、こうしたことに対応するためには、それに応じた人員や設備が必要となると

ころ、そのような態勢を備えることが医療機関にとって容易ではないこと、⑤「不妊手術」が通常必要不可欠な手術ではなく、不可逆的なものであり、実施に際して合併症が生じた場合や、「不妊手術」を受けた者の子をもうけないという考えが変わった場合には、トラブルとなる可能性が高いことといった事由のいずれか又はその複数が主たる原因というべきである。このように、原　　ら４名が「不妊手術」を受けられない原因は本件各規定にあるとはいえず、原告　　４名の求める地位が確認されたとしても、同原告らが「不妊手術」を受けられることになるとはいえないのであるから、この点からしても、本件地位確認の訴えは、原告　　ら４名の権利ないし法律上の地位に生じている現実的な危険や不安を除去するために有効かつ適切な手段であるとはいえないというべきである。

(ｳ) 以上のとおり、本件地位確認の訴えは、原告　　ら４名の権利ないし法律上の地位に生じている現実的な危険や不安を除去するために有効かつ適切な手段であるとはいえず、確認の利益を欠くものであるから、原告　　ら４名の前記アの主張は理由がない。

2　本件違法確認の訴えが不適法であること

(1)　本件違法確認の訴えは、法律上の争訟性を欠き、不適法であること

ア　原告　　４名の主張

(ｱ) 原告　　４名は、本件違法確認の訴えの審理対象が「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」ことや、「本件各規定が存在する」ことによって原告　　ら４名の「不妊手術を受ける権利ないし自由の行使が制限される」ことを前提とした上で、「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」として、本件違法確認の訴え

には法律上の争訟性が認められる旨主張する（原告ら準備書面(2)・５及び６ページ）。

(イ) また、原告　　４名は、被告が、答弁書（１０ページ）において、「本件の場合、本件国賠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のであり、実質的にみれば、本件違法確認の訴えにつき、（中略）事件・争訟性の要件を否定しても、原告　　，４名の裁判を受ける権利を害することにならない」と主張したことに対し、「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」として、国家賠償請求訴訟を併合提起していることは、本件違法確認の訴えの法律上の争訟性とは関係がない旨主張する（原告ら準備書面(2)・６ページ）。

イ　被告の反論

(ア) 原告　　ら４名の前記ア(ア)の主張に対する反論

しかしながら、本件違法確認の訴えにおいて原告　　ら４名が確認を求める内容が不明確であること、その内容を善解したとしても、原告　　ら４名が求めている内容が立法作用に属するものであることは、本件地位確認の訴えと同様であり、本件違法確認の訴えの実質は、原告　　ら４名の具体的な事情とは関係がない一般的・抽象的な立法行為（本件各規定の立法行為）の違憲（違法）確認を求めるもの、あるいは一般的・抽象的な立法不作為（本件各規定を改廃しないこと）の違憲（違法）確認を求めるものにほかならず、事件・争訟性の要件を欠き、本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらない。

このことは、原告　　ら４名の個別の要件に係る主張内容に照らしても明らかである。すなわち、原告　　ら４名は、配偶者同意要件が違憲

（違法）であって無効であると主張するが、原告　　ら４名は、それぞれ作成した陳述書（甲４、７、１１及び１４）においては、配偶者が存在することやその上で配偶者の同意が得られないことを前提とした記載をしていないところ、母体保護法がいわゆる配偶者同意要件を求めているのは、飽くまでも「配偶者（括弧内略）があるとき」（同法３条１項柱書き本文）に限られることに照らせば、原告　　ら４名が自らの「権利」について主張する上では配偶者要件に係る主張をする必要はないのである。しかるに、実際には、上記のとおり、原告　　ら４名は、同原告らの具体的な事情とは関係がない配偶者同意要件の違憲（違法）をも主張し、その確認を求めているのであるから、本件違法確認の訴えが一般的・抽象的な立法行為の違憲（違法）の確認を求めていることは明らかである。

したがって、原告　　ら４名の前記ア(ア)の主張は理由がない。

(イ) 原告　　ら４名の前記ア(イ)の主張に対する反論

また、被告が、前記ア(イ)のとおり、本件違法確認の訴えが「法律上の争訟」に当たるとする原告　　ら４名の主張に対する反論として、本件国賠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なることを主張したのは、本件違法確認の訴えが「法律上の争訟」に当たらないとしても、原告　　ら４名の裁判を受ける権利を害することにはならないこと（国家賠償請求による解決以外に確認の訴えによる解決をも相当とする事情に乏しいこと）を指摘したものである。

したがって、原告　　ら４名が国家賠償請求訴訟を併合提起していることが、本件違法確認の訴えの法律上の争訟性とは一切関係がないかのようにいう同原告らの前記ア(イ)の主張は理由がない。

(2) 本件違法確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であること

ア　原告　　ら４名の主張

原告　　ら４名は、最高裁令和４年判決を指摘した上で、「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」」こととなり、「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」こと、「国家賠償請求は違法確認の訴えの確認の利益とは無関係である」ことなどを挙げて、本件地位確認の訴えには確認の利益が認められる旨主張する（原告ら準備書面(2)・８ないし１０ページ）。

イ　本件各規定の立法行為の違憲（違法）確認、又は本件各規定を改廃しない立法不作為の違憲（違法）確認が、本件紛争の解決にとって有効・適切な手段であるとはいえないこと

(ｱ) しかしながら、国がある法令を改廃しないことが違憲（違法）であることを確認する判決がされ、同判決が確定した場合に、「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」のは、判決の事実上の効果にすぎず、立法府や行政府の政治的な責務については別段、当該判決が直接的に権利ないし法律上の利益に生じている現実的な危険や不安を除去する法律上の効果を有するものではない。

原告　　ら４名は、この点について、最高裁令和４年判決を指摘するところ、確かに、同判決は、「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ことが違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する判決が確定したときには、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ものと解されること（憲法８１条、９９条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の

争いを解決するために有効適切な手段であると認められる」と判示する。しかしながら、同判決は、上記判示に続けて、「このように解しても、（中略）国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであること等に照らすと、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難い」と判示しているのであって、最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査に係る審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであり、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難いことを前提として、上記の判断に及んでいるものである。

これに対し、本件違法確認の訴えは、その前提として原　　ら４名が主張する「「不妊手術」を受ける権利」が仮に認められたとしても、その内容が憲法上一義的に定められていることが明らかであるなどとは到底いうことができない。

そうすると、そもそも、本件違法確認の訴えにおいて、裁判所が本件各規定の立法行為の違憲（違法）確認又は本件各規定を改廃しない立法不作為の違憲（違法）確認の判断をすることは、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるものであり、この点からも、司法権の限界として裁判所は判断を差し控えるべきであるが、仮にその点をおき、本件各規定が違憲（違法）であると判断されたとしても、立法府における立法内容が一義的に定まるような明確なものでなく、医師がいかなる場合に不妊手術を行い得るかの要件等を定めるについては、事柄の性質上、立法府の裁量に委ねられるべきものであることに照らせば、本件違法確認の訴えが紛争の抜本的解決に資するものということはできず、原告　　ら４名に確認の利益があるということはできない。

(イ) また、仮に、前記(ア)の点をおき、しかも、原告　　ら４名において

「不妊手術」を受けられなかったという事実があったとしても、その原因が本件各規定の存在にあるということができないことは、前記１(2)イ(ｲ)のとおりである。

そうすると、本件各規定の立法行為の違憲（違法）確認又は本件各規定を改廃しない立法不作為の違憲（違法）確認が、本件紛争の解決にとって有効・適切な手段であるとはいえず、確認の利益を欠くというべきである。

(ｳ) したがって、原告　　ら４名の前記アの主張は理由がない。

第２　本件各規定が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとはいえないこと

１　「不妊手術」を受ける権利が憲法１３条後段により保障されているとはいえないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由に加えて、自己の生命・身体の処分に関わる事柄を自らの意思で決定する自由及び避妊をする自由もまた、憲法１３条により保障されているところ、「不妊手術」を受ける権利は、上記の各自由の一内容となるため、同条により保障されると主張する（原告ら準備書面(3)・５ないし３９ページ）。

(2) 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判例はないこと

ア　被告の令和６年８月１６日付け第１準備書面（以下「被告第１準備書面」という。）（６ないし８ページ）で述べたとおり、これまで、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」、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」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」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。

なお、原告らは、前記(1)のとおり、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由のほかに、避妊をする自由についても主張するが、避妊の自由が子をもうけないという自己決定の一内容として位置づけられるものと解されることからすると（甲２８、７３参照）、子をもうけるか否かに関する自己決定権の憲法上の権利性とは別に避妊の自由の憲法上の権利性について検討すべき必要性は認められない。

イ(ｱ) この点、原告らは、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する自由に関して、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という。）３条１項４号の規定の憲法１３条及び１４条１項適合性が問題となった最高裁判所平成３１年１月２３日第二小法廷決定（裁判集民事２６１号１ページ）における裁判官鬼丸かおる及び同三浦守の補足意見は、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旨述べているとして、実質的に自己決定権を認めている旨主張する（原告ら準備書面(3)・９及び１０ページ）。しかしながら、上記補足意見は、飽くまで、最高裁判所の判決書に表示される各裁判官の意見（裁判所法１１条）のうち、多数意見又は法廷意見に加わった裁判官がそれに付加して自己の意見を述べたものであって、多数意見又は法廷意見ではない。また、上記補足意見は、特例法３条１項４号の規定の下では、生殖腺を除去する性別適合手術を受けていない性同一性障害者としては、当該手術を望まない場合であっても、上記規定により、性別の取扱いの変更を希望してその審判を

受けるためには当該手術を受けるほかに選択の余地がないこととなることについて、「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ものと解される。」として、飽くまで、憲法１３条により個人がその意思に反して身体への侵襲を受けない自由が保障される旨を述べているにすぎず、上記補足意見が、それとは正反対の行為（自己の生命・身体を自由に処分すること）が憲法１３条により保障される旨を述べたものでないことは明らかである。

(ｲ) また、原告らは、前記(ｱ)の最高裁決定と同様に特例法３条１項４号の憲法１３条適合性が問題となった最高裁判所令和５年１０月２５日大法廷決定（民集７７巻７号１７９２ページ）における裁判官宇賀克也の反対意見が、生殖に関する自己決定権を基本的な人権として正面から認めている旨主張するが（原告ら準備書面(3)・１０ページ)、上記反対意見は、飽くまで、最高裁判所の裁判書に表示される各裁判官の意見のうち、多数意見に結論、理由ともに反対であるとするものであって、生殖に関する自己決定権を含め、憲法上の権利として自己決定権を正面から認めた最高裁判例の多数意見又は法廷意見が存在しないことは、前記アで述べたとおりである。

(ｳ) さらに、原告らは、改正法による改正前の優生保護法中のいわゆる優生規定（同法３条１項１号ないし３号、１０条及び１３条２項）の憲法適合性が問題となった事案において、複数の下級審判決が、子をもうけ

るか否かについて意思決定をする自由が憲法１３条により保障されていることを認めている旨主張する（原告ら準備書面(3)・１０ないし１２ページ）。しかしながら、最高裁判所（最高裁令和５年（受）第１３１９号同６年７月３日大法廷判決・判例秘書登載参照）は、当該事案においても、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由が憲法１３条により保障される旨判示するにすぎず、子をもうけるか否かについて意思決定をする自由については何ら判断を示していない。

ウ　以上のとおり、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同条によって保障されているとする判例がこれまでに存在し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判例がないことにも十分留意する必要がある。

(3)　自己の生命・身体を自由に処分する権利が憲法１３条後段により保障されているとは認められないこと

ア　憲法１３条後段は、生命に対する国民の権利を保障しており、それに準じるものとして身体に対する国民の権利も保障されていると解されるところ（最高裁令和５年１０月２５日大法廷決定・民集７７巻７号１７９２ページ参照）、憲法上、生命・身体に対する権利が保障されている趣旨は、公権力との関係で、生命・身体という重要な法益の不可侵性を守ることにあるのであって、かかる趣旨とは正反対の行為（自己の生命・身体を自由に処分すること）が、憲法上の権利として同条後段によって保障されていると解することはできないというべきである（渡辺康行ほか「憲法Ⅰ　基本権」〔第２版〕１２２及び１２３ページ参照）。

また、憲法１３条後段により保障される権利は、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内

容が裁判官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった段階で初めて認められるもの」であり（高橋和之「立憲主義と日本国憲法」〔第６版〕１４９ページ)、「少なくともそれは個々人のこだわりそのものとは区別される。本人にとって主観的に重要と思われるだけでは、基本権保障を受けることはできない。客観的にみて、すべての人の人格的生存に不可欠とみなしてよい利益しか、基本権保障に与る資格は得られない」というべきであるところ（前掲渡辺ほか「憲法Ｉ　基本権」〔第２版〕１１８ページ)、自己の生命・身体を自由に処分することについて、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内容が裁判官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった」とは認められないし、「客観的にみて、すべての人の人格的生存に不可欠とみなしてよい利益」であるとも認められない。

イ　この点、原告らは、最高裁判所平成１２年２月２９日第三小法廷判決（民集５４巻２号５８２ページ）及び最高裁判所平成１３年１１月２７日第三小法廷判決（民集５５巻６号１１５４ページ）を引用した上で、「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」と主張する（原告ら準備書面(3)・１６ないし２２ページ)。

しかしながら、原告らも、上記のとおり「私法上」と認めているとおり、上記各判決は、いずれも、患者が医師に対して診療契約上の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた事案において、私法上の権利として患者の自己決定権を認めたものにとどまり、憲法上の権利として自己決定権を認めた判例ではない。このことは、被告第１準備書面（７ページ）で

も述べたとおり、上記最高裁平成１３年１１月２７日第三小法廷判決の調査官解説である中村也寸志・最高裁判所判例解説民事篇平成１３年度(下)７３５ページの「(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」と指摘されていることからして明らかである。

ウ　したがって、自己の生命・身体を自由に処分する権利は、憲法１３条後段により保障されているとは認められない。

(4) 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るとしても、「不妊手術」を受ける権利が同条後段により保障されるものではないこと

ア　被告第１準備書面（８及び９ページ）で述べたとおり、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、「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る上、「不妊手術」は、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いし、「不妊手術」が受けられないからといって、それにより必然的に子をもうける旨の決定を迫られ、子をもうけない旨の決定が困難になるものではない。そして、避妊の目的は、選択可能な他の避妊手段により達成することができることからすれば、「不妊手術」を受ける権利が上記自己決定権の一環とし

て憲法１３条後段により保障されるものとはいえない。

イ　これに対し、原告らは、「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」ず、「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」と主張する（原告ら準備書面(3)・２４及び３５ないし３８ページ)。この原告らの主張は、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るとした場合、子をもうける又はもうけないという自己決定を実現する方法（手段）として、自らがいかなる方法（手段）を取るかについても同条後段により保障されることを前提にしているものと解される。

しかしながら、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た場合、その根拠は、正に、子をもうけるか否かに関する自己決定それ自体が個人の人格的生存に不可欠であることに求められるのに対し、子をもうける又はもうけないという自己決定を実現するに当たって、複数の方法から一つの特定の方法（手段）を取ることが人格的生存に不可欠であるということはできない。すなわち、確かに、子をもうけないという自己決定を実現する手段が一つしか存在しないのであれば、当該手段を取ることが子をもうけないという自己決定と等しいといえるため、当該手段を取ることについても憲法１３条後段による保障が及び得るかもしれないが、前記アのとおり、子をもうけないという自己決定を実現する手段としては、「不妊手術」以外にも多様な避妊手段が存在することからすれば、「不妊手術」という特定の避妊手段が制約されたとして

も、子をもうけないという個人の人格的生存に不可欠な自己決定が制約されることにはならないのであるから、特定の避妊手段を取ること自体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ものではない。このように、原告らの上記主張は、その前提において誤っており、理由がない[*1]。

また、そもそも、前記(3)アのとおり、憲法１３条後段により保障される権利は、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内容が裁判官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった段階で初めて認められるもの」であり、「少なくともそれは個々人のこだわりそのものとは区別される。本人にとって主観的に重要と思われるだけでは、基本権保障を受けることはできない。客観的にみて、すべての人の人格的生存に不可欠とみなしてよい利益しか、基本権保障に与る資格は得られない」というべきであるところ、原告らの主張立証をみても、「不妊手術」という特定の避妊手段を取ることについて、「国民の間に新しい人権の原理的承認について広範なコンセンサスが形成され、その基本的な内容が裁判官の恣意的・主観的な価値判断をほとんど入れる余地のないほど明確になった」とは認められないし、「客観的にみて、すべての人の人格的生存に不可欠とみなしてよい利益」であるとも認められない。したがって、この点からしても、「不妊手術」を受ける権利が憲法１３条後段により保障されているとは認めら

---

*1　なお、原告らは、「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」とも主張するが（原告ら準備書面(3)・３５ページ）、この主張についても、本文で述べたのと同様に、その前提において誤っており、理由がない。

れない。

ウ　なお、原告らは、①「避妊効果」について、「不妊手術」の場合、同手術後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％である一方、「不妊手術」以外の避妊手段の場合、ピルの妊娠率は０．３％であるが、飲み忘れのリスクがあり、月に２日以上飲み忘れたときの妊娠率は９％に跳ね上がること、子宮内避妊具（ＩＵＤ）全般の妊娠率は０．６％で、ミレーナ単体の妊娠率は０．２％であることなどから、「不妊手術」は他の避妊手段と比べて避妊効果が最も高いと主張し、また、②「侵襲性」について、「不妊手術」の場合、同手術による死亡率は１０万人に１から２人、出血や腸の損傷が約０．５％、その他の痛みや合併症が最大５％にとどまり、他の外科手術と比べて極めて低い数値であり、一般的に極めて安全な手術であるのに対し、「不妊手術」以外の避妊手段の場合、いずれも侵襲性の程度が「不妊手術」よりも大きく、取り分け、ミレーナは、出産経験のない者が装着したときに痛みが生じることが多く、常に異物を体内に装着する点で身体への侵襲も強い上、副作用も多く指摘され、その中には重大な副作用も含まれているほか、多くの禁忌事項が設定され、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が高い、ピルについても多くの副作用が指摘され、その中には重大な副作用も含まれているほか、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と主張する（原告ら準備書面(3)・２４ないし２７ページ）。

しかしながら、被告第１準備書面（８及び９ページ）で述べたとおり、「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、これらを正確に用いた場合における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）、女性の「不妊手術」よりも高い避妊効果があるといえる。原告らが主張する経口避妊薬に係る飲み忘れのリスクは、そのような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を十分に管理することができるのであるから、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、原告らのいう「侵襲性」が何を意味しているのかは必ずしも明らかではないが、「不妊手術」は、麻酔の使用を必須として腹腔内への外科的侵襲を必然的に伴うものである一方、経口避妊薬は、外科的侵襲を伴うものではないし、子宮内避妊システムも、子宮内に異物を入れるものではあるが、腹腔内への外科的侵襲を伴うものではないのであるから、侵襲性の程度において、女性の「不妊手術」が経口避妊薬や子宮内避妊システムと比べて高いことは明らかである。

さらに、原告らは、上記のとおり、ミレーナ及びピルの副作用などの危険性について主張するが、女性の不妊手術、ミレーナ及び経口避妊薬のそれぞれに係る合併症又は副作用の重大性やその発生確率についてみてみると、女性の不妊手術の場合は、合併症として、僅かではあるが死亡に至る可能性があり、出血又は腸の損傷が生じる可能性が約０．５％、卵管遮断の失敗、痛み、その他の合併症が生じる可能性が最大約５％に上る（甲３４・５ページ）。これに対し、ミレーナの場合は、重大な副作用として、「骨盤内炎症性疾患（ＰＩＤ）（０．２％未満）」、「異所性妊娠（頻度不明）」、「穿孔（頻度不明）」及び「卵巣のう胞破裂（頻度不明）」があり（甲６８・４枚目）、また、経口避妊薬の場合は、重大な副作用として、「血栓症」

があり、これが「生命に関わることがあ」るが、頻度は不明である（甲６７・２０及び２１ページ、乙４）。これらのことからすると、合併症又は副作用の重大性やその発生確率の点において、女性の「不妊手術」がミレーナや経口避妊薬よりも必ずしも優れているとはいえない。

なお、原告らは、上記のとおり、ミレーナについて、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いる旨主張するが（原告ら準備書面(3)・２７ページ）、このことを裏付ける証拠は提出されていない。かえって、米国産科婦人科学会において、「子宮内避妊具の挿入は、高齢の女性に比べて若年の女性で、また、経産婦に比べて未経産婦で、より困難であることは示されていない。１３－２４歳の女性１，１７７人のコホートにおいて、ＩＵＤ挿入は９６％の患者で初回で成功した。ＩＵＤ装着の大部分は上級臨床医によって行われた。」とされている（乙５の１及び２）。また、ミレーナの我が国における製造販売元会社がミレーナ装着確認症例５９５例を対象に行った特定使用成績調査（ミレーナが、平成２６年（２０１４年）６月に「過多月経」、同年１１月に「月経困難症」における効能、効果の追加承認を取得したことから、平成２７年（２０１５年）６月より、ミレーナ使用実態下における安全性及び有効性情報の収集を目的として行われた調査であり、過多月経又は月経困難症の治療のためにミレーナが装着される患者で、ミレーナの使用経験のない患者（避妊のみを目的とした使用は除外する。）を対象として実施された。）の最終報告書においても、妊娠歴や分娩歴のない者に対してミレーナが使用され、安全性に大きな問題がなかったことが確認されたとされており（乙６・１、３、４、６及び２１ページ）、さらに、上記製造販売元会社のミレーナに係る製品Ｑ＆Ａには、「Ｑ：未経産婦に使用できますか？」との問いに対し、「Ａ：使用できます。」との回答が記載されている（乙７・３

及び４ページ)。これらのことからすれば、現在、多くの医療機関で出産経験がないことのみを理由としてミレーナの使用を「拒絶」しているというのは医学的見地からして考え難く、原告らの主張を裏付ける報告が存在するのかそもそも疑問であるし、仮に存在するとしてもその内容の信用性には疑問があるといわざるを得ない。なお、上記製造販売元会社のミレーナに係る製品Ｑ＆Ａには、「Ａ：使用できます。」との記載に引き続き「ただし、銅付加ＩＵＤにおいて経産婦の装着と比較して未経産婦では、脱出、妊娠、出血・疼痛、感染症、迷走神経反射の頻度が高いとの報告があるため、ミレーナの電子添文には未経産婦に対して第一選択の避妊法としないよう記載されています。」と記載されている（乙７・４ページ)。そうだとすれば、医療機関において、未経産婦に対し、ミレーナが避妊手段の第一選択肢とならないことを説明することはあり得るといえるが、これは、出産経験がないことのみを理由としてミレーナの使用を「拒絶」することとは全く異なる対応である。

したがって、原告らの上記主張は理由がない。

(5) 小括

以上のとおり、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主張は、その前提を欠くものであり、理由がない。

2　本件各規定が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとはいえないこと

(1) はじめに（「不妊手術」を受ける権利は憲法１３条後段によって保障されておらず、原告らの主張はその前提を欠き、理由がないこと）

原告らは、本件各規定（ただし、母体保護法３条１項については、生命危

険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件に限る。以下同じ。）が原告らの「不妊手術」を受ける権利を直接かつ強力に制約しているとした上で、本件各規定による規制は、規制目的に正当性がなく、規制目的と目的達成手段との合理的関連性もないとして、憲法１３条後段に反し違憲無効である旨主張する（原告ら準備書面(3)・３９ないし５３ページ）。

しかしながら、「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ないことは前記１のとおりである。したがって、原告らの上記主張は、その前提を欠くものであり、理由がない。

もっとも、以下では、上記の点をおき、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ても、「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理由がないこと（後記(2)）、及び、母体保護法３条１項のうち、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとする原告らの主張は理由がないこと（後記(3)）を明らかにする。

(2) 「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理由がないこと

ア 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く、仮にこれを制約しているとしたとしても、直接的又は意図的に制約するものではなく、制約の程度は限定的であること

(ｱ) 答弁書（７ページ）及び被告第１準備書面（１０及び１１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から、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。

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、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、上記自己決定を直接的又は意図的に制約するものではなく、実施者に対する制約の結果として生じたものといえる。加えて、「不妊手術」の実施者以外の者は、上記各規定によって、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る上、「不妊手術」が受けられないからといって、そのことにより必然的に子をもうける旨の決定を迫られ、子をもうけない旨の決定が困難になるものではなく、避妊の目的は「不妊手術」と同等又はそれ以上の効果のある他の避妊手段により達成することができるのであるから、上記自己決定に対する制約の程度は限定的である。

(イ) これに対し、原告らは、本件各規定が医師を名宛人にしているのは、「不妊手術」は医療行為であり、患者自ら行うことはできないのであるから、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することができ、「不妊手術」を受ける者を名宛人とする必要がないからにすぎず、本件各規定は患者の生殖不能目的の

手術等を受ける権利・自由を直接的かつ意図的に制約するものである旨主張する（原告ら準備書面(3)・４１及び４２ページ）。

しかしながら、生殖不能目的の手術等を希望する者に対する直接的かつ意図的な制約を実施する意図であれば、生殖不能目的の手術等の実施者ではなく、その希望者を対象とするのが簡明かつ効果的であり、わざわざ手術等の実施者を対象とするといった間接的な方法を採用する必要などないのであって、原告らの上記主張は理由がない。

(ｳ) また、原告らは、「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、他の避妊手段があるからといって制約が限定的ということにはならないとも主張する（原告ら準備書面(3)・４２ページ）。

しかしながら、前記１のとおり、「不妊手術」を受ける権利それ自体が憲法上の権利として認められる余地はないのであるから、原告らの上記主張は、その前提を欠くものであり、理由がない。

(ｴ) 以上のとおり、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く、仮にこれを制約しているとしたとしても、直接的又は意図的に制約するものではなく、制約の程度は限定的であって、本件各規定が「不妊手術」を受ける権利を直接かつ強力に制約する旨の原告らの主張は理由がない。

イ　母体保護法２８条及び３４条による規制について、規制目的は正当であり、かつ、規制目的と目的達成手段との合理的関連性も存すること

(ｱ) 母体保護法２８条及び３４条の規制目的が正当であること

ａ　被告第１準備書面（１２及び１３ページ）で述べたとおり、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

定するところ、不妊手術は、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、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、子をもうけるか否かに関する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から、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関する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できる。

このように、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という規制目的には、正当性がある。

b　これに対し、原告らは、被告が、被告第１準備書面（１３ページ）において、「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うことができる」と主張したことに対し、「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」ため、被告の主張する「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」おらず、「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を自ら

認めるものに他ならない」と主張する（原告ら準備書面(3)・４６ページ)。

しかしながら、これまで繰り返し述べてきたとおり、「不妊手術」を受ける権利それ自体が憲法上の権利として認められるものではないところ、「不妊手術」は、飽くまで、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、原告らの上記主張は、その当否にかかわらず、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という規制目的の正当性を何ら揺るがすものではない。

なお、念のため付言するに、被告が被告第１準備書面において上記のとおり主張したのは、正に、不妊手術が、人の生殖機能を不可逆的に失わせ、子をもうけるという選択肢を永続的に奪うことになるという性質を有するからであるところ、仮に、原告らが、ある時点において、子をもうけない旨の自己決定をし、このことについて後悔しないことを確信していたとしても、被告は、子をもうけない旨の自己決定をして、不妊手術を受けた者が、将来にわたって、子をもうけないという自己決定に満足し続ける者が全てではなく、当該自己決定について、当初は満足していたとしても、その後の不妊手術を受けた者を取り巻く環境等の変更によって後悔する場合があるということを指摘しているにすぎないのであって、母体保護法２８条及び３４条の各規定による不妊手術の規制により、不妊手術等希望者等の子をもうけない旨の自己決定権を何ら「無視」や「否定」しているものではない。

c (a) また、原告らは、上記のとおり、「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」とも主張する。

しかしながら、１９０３年（明治３６年）の出版以来、長年、周産期領域におけるバイブルとして利用され、産婦人科で周産期領域に携わる者であれば必ず目を通す本とされる「ウィリアムス産科学」の最新版（２５版）（乙３の２）には、「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（Curtis, 2006; Kelekci, 2005)。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）と記載されている。そうだとすれば、子をもうけない旨の自己決定をし、不妊手術を受けた者が、そのことを後に後悔することがあるかどうかについて、将来、不妊手術を受けたことを後悔する可能性が全くない(又はごく僅かである)などといえないことは明らかである。

(b) これに対し、原告らは、前記(a)の「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の記載中に引用されているCurtis (2006)（甲７７の１）、Kelekci (2005)（甲７８の１）及びJamieson (2002)（甲７６の１）の各論文について、①Curtis (2006) 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」との結論を示している、②Kelekci(2005)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」であるとの結論を示している、③Jamieson(2002)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、後悔を経験していないことを示して」いる」として、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載は誤りである旨主張する（原告ら準備書面(3)・４７ないし５０ページ)。

しかしながら、以下のとおり、上記「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載が誤りであるとする原告らの上記主張は理由がない。

まず、原告らは、Jamieson(2002)が、「「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」と主張するが、一般に、自然科学分野の研究論文において結論が示されているのは、冒頭の要約部分であるところ、Jamieson(2002)では、その要約部分において、「ほとんどの女性は、夫の精管切除後に後悔を表明せず、後悔の可能性は不妊手術を受けた女性と同様であった。しかし、精管切除又は卵管結紮の前に女性と夫の間に大きな対立があった場合、その後の再建術を求める可能性が高まった。」と記載されているのであるから（乙８)、Jamieson(2002)が示す結論は、正にこの部分というべきである。そして、同部分は、要するに、後悔をする女性は

相応の割合で存在し、かつ夫との対立という特定の条件下ではその割合が高くなる可能性があるとの内容であり、これは「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載と方向性を同じくするものといえる。

次に、原告らは、Curtis(2006)が、「「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」であるとの結論を示していると主張しており、そのように主張する根拠は、Curtis(2006)の「Discussion」（議論）の一部の記載、具体的には、「References」（参考文献）【２４】として取り上げられているＷＨＯの「Medical eligibility criteria for contraceptive use」において、若年の女性に対する外科的不妊手術について「caution」（注意）とされていることの説明として記載された「Young women, like all women, should be counselled about the permanency of sterilization and the availability of alternative, long-term, highly effective methods.」（全ての女性と同様に、若年女性に対しては、不妊手術の永続性及び不妊手術の代替手段となる長期的に高い避妊効果の得られる避妊方法について、カウンセリングがされるべきである。）との部分と解される。しかしながら、ある研究論文の「Discussion」（議論）で取り上げられている一つの参考文献の記載内容が、当該論文の結論を示しているとはおよそ考え難い。むしろ、冒頭の「Abstract」（要約）に

おいては、Curtis(2006)の研究目的について、「不妊手術の年齢が手術後の後悔と関連しているかどうかを調査する」こととされ、１９の論文を参考とした結果、「研究結果は、不妊手術を受けた時の女性の年齢が若いほど、その決定を後悔する可能性が高いことを示した」と記載されているのであるから（乙９）、Curtis(2006)が示す結論は、正にこの部分というべきである。そして、同部分は、相応の割合で不妊手術を後悔した人がいることを前提とした上で、不妊手術を受けた時の女性の年齢が若いほど、その決定を後悔する可能性が高いというものであるから、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載と方向性を同じくするものといえる。

さらに、原告らは、Kelekci(2005)が、「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」との結論を示していると主張するが、冒頭の「Abstract」（要約）においては、不妊手術前にうつ病の評価指数であるＢＤＩを用いることで、術後に後悔したり不満を持ったりする可能性の高い女性を特定できる旨が記載されているのであるから（甲７８の２）、Kelekci(2005)が示す結論は、正にこの部分というべきである。そして、同部分は、やはり、相応の割合で不妊手術を後悔した人がいることを前提とするものであるから、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載と方向性を同じくするものといえる。

以上のように、Jamieson(2002)、Curtis(2006)及びKelekci(2005)の各論文は、いずれも、相応の割合で不妊手術を後悔した人がいる

ことを前提とするもので、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記記載と方向性を同じくするものといえる。そして、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」は、前記(a)のとおり、「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（Curtis, 2006; Kelekci, 2005)」との記載に続けて、「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」と記載し、「７％」という具体的な数字を挙げているところ、この「７％」という数字は、腹腔内への侵襲があり、また、生殖機能の不可逆的な喪失を生じさせる医療行為について後に後悔する者の割合として医学的に評価すると、十分に「多く」と評価することができる数字である。「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載は、同書籍の執筆者が、こうした数値に加えて、不妊手術を後悔しない特別な類型を見いだせないことや、Curtis(2006)やKelekci(2005)における調査結果、具体的には、年齢と後悔との間に逆相関性の関係が認められたことや、若年者で不妊手術後にＢＤＩ値が有意に増加したという調査結果であったことを併せ考慮して、医学的見地からの分析・評価結果として記載したものであると考えられる。

以上からすれば、「ウィリアムス産科学〔２５版〕」の前記(a)の記載が誤りとはいえず、同記載を誤りであるとする原告らの主張は理由がない。

(イ) 母体保護法２８条及び３４条が定める規制の手段が前記(ア)の規制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

ａ　被告第１準備書面（１３ページ）で述べたとおり、母体保護法２８条及び３４条が、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(ｱ)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。

ｂ　この点、子をもうけない旨の自己決定をした者は、母体保護法２８条及び３４条により、原則として、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ず、上記方法によっては子をもうけないという自己決定を実現することができないという限りにおいて当該自己決定が制約されることとなる。

しかしながら、被告第１準備書面（１４ページ）で述べたとおり、上記各規定は、不妊手術等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ないことに照らせば、当該制約により、子をもうける旨の決定を迫られ、子をもうけない旨の決定が困難になるものではなく、子をもうけない旨の自己決定は、不妊手術と同等又はそれ以上の効果のある他の避妊手段により実現することができるのであるから、上記各規定による不妊手術等希望者等に対する制約の程度は限定的であるということができる。

また、不妊手術の実施は、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、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が否定され

るものではない。

さらに、母体保護法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つてはならない。」と規定するとおり、生殖不能目的の手術等について、同法による場合のほか、「故なく」実施することを禁止するにとどまり、絶対的に禁止したものではない。すなわち、母体保護法２８条は、同法３条所定の場合のほか、不妊手術を含む生殖不能目的の手術等を実施する正当な理由があれば、「故なく」実施したことにはならず、同法２８条には違反しないと解されるのである（乙１０。例えば、性同一性障害者に対して性別適合手術を実施する場合等、当該生殖不能目的の手術等が、医療上の必要性があると判断され、その判断が医師の専門的知見に照らして客観的にも合理的であると認められる場合は、同法２８条に違反しないと解される。）。

以上によれば、母体保護法２８条及び３４条により、子をもうけないという自己決定をした者の当該自己決定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　小括

以上のとおり、母体保護法２８条及び３４条による不妊手術の実施の規制について、規制目的は正当であり、かつ、規制目的と目的達成手段との合理的関連性も存するといえるから、上記各規定について、規制目的の正当性がなく、規制目的と目的達成手段との合理性もないとする原告らの主張は理由がない。

(3)　母体保護法３条１項所定の要件のうち、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとする原告ら

の主張は理由がないこと

ア　原告らは、母体保護法３条１項所定の要件のうち、①生命危険要件については、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い、②多産・健康低下要件については、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関連性がない、③配偶者同意要件については、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同法３条１項各号に該当する場合であっても不妊手術を受けられないこととなり、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として、母体保護法３条１項所定の要件のうち、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件は違憲無効である旨主張する（訴状訂正申立書別紙の訴状・４０ないし４２ページ）。

イ　この点、被告第１準備書面（１０ページ）で述べたとおり、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、本件訴訟において同項の憲法適合性を検討する意味はないと解されるが、前回期日における裁判所とのやり取りを踏まえ、以下、同項所定の要件のうち、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、これらがいずれも合理性を有することを明らかにする。

まず、母体保護法３条１項１号所定の生命危険要件は、不妊手術の原則禁止が母性の生命健康の保護という同法の立法目的との関係で必要かつ合理的であることを前提としつつ、妊娠や分娩により母体の生命に危険が生じるおそれがある場合にまで不妊手術を禁止することは、かえって同法の上記目的に反することから、「妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼ

すおそれのあるもの」に該当する者について、同項柱書きの要件を満たす限り、例外的に不妊手術の原則禁止を解除するものであって、合理性を有するといえる。

また、母体保護法３条１項２号所定の多産・健康低下要件は、母体の生命に危険が生じるとまではいえないが、母体の身体に危険が生じて健康が低下する場合にまで不妊手術を禁止することは相当でない一方で、健康が低下する程度が小さく、そのおそれも確たる根拠がなく抽象的なものにとどまる場合にまで上記禁止を解除するのもまた相当でないところ、「現に数人の子を有し、かつ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下するおそれのあるもの」に該当する者については、過去の複数回の妊娠・出産により、母体の健康度が著しく低下する具体的なおそれを判断することができることから、同項柱書きの要件を満たす限り、例外的に不妊手術の原則禁止を解除するものであって、合理性を有するといえる。

さらに、母体保護法３条１項柱書き所定の配偶者同意要件は、不妊手術が子をもうけるという選択肢を永続的に奪うものであり、子をもうけるか否かに関する自己決定権が観念されるのであれば、かかる自己決定権は不妊手術を受ける者のみならず、その配偶者にも観念されることに配慮して、当該配偶者の同意を要求するものであるところ、「配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないとき」（同条３項）は配偶者の同意は不要とされていることをも考慮すれば、配偶者同意要件は合理性を有するといえる。なお、原告らは、配偶者同意要件が母性の生命健康を保護するという母体保護法の立法目的と無関係である旨主張するが、法律の目的規定によって規定された立法目的とは異なる目的で当該法律に規定を設けることも当然に許されているといえることからすれば、原告らの上記主張は、何ら配偶者同意要件の合理性の判断を左右するものとはいえない。

以上のとおり、母体保護法３条１項所定の要件のうち、生命危険要件、多産・健康低下要件及び配偶者同意要件はいずれも合理性を有するといえるから、原告らの前記アの主張は理由がない。

(4) 小括

以上のとおり、本件各規定が憲法１３条後段に反し違憲無効であるとする原告らの主張は理由がない。

第３　本件各規定が憲法２４条２項に反し違憲無効であるとはいえないこと

１　原告らの主張

(1) 原告らは、被告が、被告第１準備書面（１８ないし２０ページ）において、「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（括弧内略）であると主張されてはいるものの、上記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ところ、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」として、「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」いと主張したことに対し、「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）」ところ、「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」し、また、同法は、「「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」として、「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」とした上で、被告の上記主張は、「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、（中略）誤っている」と主張する（原告ら準備書面(3)・５４ないし５９ページ）。

(2) また、原告らは、「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（中略）主張する」が、「法３条１項は、（中略）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」し、「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ついて(ママ)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点」で、「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」と主張する（原告ら準備書面(3)・５９ないし６３ページ）。

2　本件各規定が憲法２４条２項に反し違憲無効であるとはいえないこと

(1) 原告らの前記１(1)の主張に対する反論

被告第１準備書面（１８ないし２０ページ）で述べたとおり、憲法２４条２項は、婚姻及び家族に関する事項が、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、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である。被告は、かかる憲法２４条２項の趣旨に照らし、被告第１準備書面（１８ないし２０ページ）において、原告らの主張する「子を産むか産まないかの選択」（子をもうけるか否かに係る自己決定）のような、特定の法制度を前提とするものとも、特定の法制度を待って認められるものともいえないような権利ないし利益については、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と主張したのである。こうした被告の主張の趣旨を理解することなく、子を産むか産まないかの選択に関わる問題であるから、家族に関する事項であり、憲法２４条２項適合性が問題になるなどとした上で、被告が法制度により具体的内容が捉えられる権利・利益であるか否かという独自の判断基準を設定しているといった誤った理解を前提に被告の主張を論難する原告らの前記１(1)の主張は、その前提を誤るものであり、理由がない。

(2) 原告らの前記１(2)の主張に対する反論

仮に本件各規定が、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定であると解したとしても、前記第２の２(2)イ及びウのとおり、母体保護法２８条及び３４条による不妊手術の実施の規制について、規制目的は正当であり、かつ、規制目的と目的達成手段との合理的関連性も存するといえる上、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、子をもうけるか否かに関しての特定の選択（原告らがいうところの「家族観」）を求めているものでないことは明らかであるし、また、前記第２の２(3)の

とおり、同法３条１項所定の要件のうち、配偶者同意要件、生命危険要件及び多産・健康低下要件についてみても、いずれも合理性を有するものである。したがって、本件各規定が、個人の尊厳や両性の本質的平等に反するということはできず、憲法２４条２項に違反するとはいえない。

なお、原告らは、男性は母体保護法の定める要件を充足していなくても不妊手術を受けることができる実態が存在するにもかかわらず、原告ら４名が不妊手術を受けることができないのは、本件各規定の存在が原因であり、本件各規定が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旨主張する（原告ら準備書面(3)・６３ページ）。しかしながら、原告らの主張に係る実態があると認めるに足りる証拠はないし、仮に上記実態があると仮定しても、原告らの上記主張は、当該実態の原因について、本件各規定が原因であるとする特段の根拠もないまま、本件各規定の存在が原因であると断定するものにすぎず、理由がないことは明らかである。前記第１の１(2)イ(イ)のとおり、原告ら４名が問合せをした医療機関のうち、母体保護法に言及する医療機関が一つしかなかったことなどの各医療機関の応答内容に照らすと、仮に原告らの主張する上記実態があるとしたとしても、その原因は、本件各規定の存在にあるのではなく、男性に対する不妊手術が、女性に対する不妊手術と異なり腹腔内への外科的侵襲を伴わず、女性に対する不妊手術と比較して外科的侵襲の程度や合併症の出現率が低い上（乙３・８７２及び８７３ページ）、全身麻酔が用いられることもないため、医療機関にとって、人的・物的態勢の整備が容易であることなどにあると考えるのが合理的である。したがって、原告らの上記主張は理由がない。

第４　結語

以上のとおり、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、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