

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（4）

令和7（2025）年3月31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2準備書面における主張に反論する。

目次

はじめに.....	4
<u>第1 被告第2準備書面の本案前の主張に対する反論:「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」について(被告第2準備書面6～15頁).....</u>	<u>5</u>
1 「1 本件地位確認の訴えが不適法であること」について	6
(1)「(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」について	6
(2)「(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」について..	7
<u>2「2本件違法確認の訴えが不適法であること」について(被告第2準備書面11～16頁)</u>	<u>9</u>
(1)「(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」について ..	9
(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」について ...	10
3 小括	11
<u>第2 保護範囲に関する被告の主張の誤り.....</u>	<u>11</u>
1 自己決定権は判例で認められてないとの主張について.....	11
2 避妊の自由に独自の意義はないとの主張について	12
3 子をもうけるか否かに関する主張を支える各判例・裁判例の射程について	13
4 身体を自由に処分する権利は憲法上の保護に値しないとする主張について....	13
5 不妊手術は一手段だから憲法上の権利として保護されないとの主張について..	16
(1) 被告の主張.....	16
(2) 手段を規制することは権利を規制することである	16
(3) 国際的にも、不妊手術に対する規制は権利制約・侵害であるとされている	18
(4) 膣外射精やコンドームの利用に関して	21
(5) 小括	22
6 避妊効果について.....	22
<u>第3 正当化審査に関する被告の主張の誤り</u>	<u>23</u>
1 全体の構造について:法3条が制約ではないとする主張について.....	23

2 法28条と法34条の正当化に関する主張について.....	25
3 法3条の正当化に関する主張について.....	27
第4 憲法24条2項に関する被告の主張の誤り及び反論の不足	31
1 本件各規定は「家族に関する事項」を定めるものであり憲法24条2項が規律の対 象とする事柄であること.....	31
(1) 本件各規定は平成27年最大判を前提としても憲法24条2項の規律の対象とな ること.....	32
(2) 平成27年最大判に関する被告の主張が正しいと仮定しても、憲法24条2項の 規律の対象は平成27年最大判の射程に止まらず、本件各規定は憲法24条2項の規 律対象に含まれること.....	33
2 被告の反論の不足－憲法24条2項に関して、被告からの実質的反論がないこと ..	36

はじめに

本訴の中核的な争点は、母体保護法3条が定める生命危険要件の必要性である。なぜ生命危険要件が必要なのか、この要件がなければどのような公共の福祉が害されるのか(法益侵害が生じるのか)、母体の生命に危険が生じるまで不妊手術を禁止することで得られる国家利益は何なのかである。

もちろん、保護範囲や審査基準の厳緩についても争いはある。なぜ多産の場合には生命危険を必要としないのか、なぜ母体の生命に危険が生じている場合ですら、男性配偶者の同意がなければ不妊手術ができないのか、といったことも重要な争点である。しかし、これらはいずれも生命危険要件の必要性を土台としている。生命危険要件が必要であることを前提として、その上でそれを緩和するために多産を要件とすることの合理性や、それを加重する要件となる配偶者同意要件の合理性が問題となる。生命危険要件に必要性がなければ、残る議論も前提を失い、合理性を検討する意味すら薄れる。

ところが被告は、裁判所の釈明にも関わらず生命危険要件について、わずかな合理性に関する主張を述べるのみで、必要性に関する主張を拒否し続けている。

その理由は明らかである。必要性がないのである。訴状で述べたとおり、母体保護法は、戦前の国民優生法を基盤としている。国民優生法の法目的は、戦時下における国力増強であった。「生めよ育てよ国のため」(結婚十訓、昭和14年)の国是の下、女性にはひとりあたり5人という出産目標が掲げられていた(甲1)。このような法目的においては、生命が危険に至るまで、場合によっては死ぬまで子どもを産むことこそ女性の重要な役割となる。子どもを産めないようにする不妊手術など、禁止することは当然である。また、多産の場合には恩恵的に要件を緩和し、健康低下程度で不妊手術を許容することも合理的である。不妊手術をするためには男性配偶者(または尊属である父母・義父母)の同意を必要とすることも家父長制の下では当然である。

しかし、これは旧憲法下でのみ許される法目的である。基本的人権が保障され、個人が国家の手段や道具ではなくなった戦後においては、到底許容されない。本来、改正されなければならなかった。しかし、優生保護法や母体保護法の改正に際して、生命危険要件の必要性が再検討された形跡は全くない。多産を条件とする健康低下要件も配偶者同意要件も同様である。これらの要件は、優生保護法、そして母体保護法へと無批判に受け継がれた。国会内外における批判的な意見や言説がありながら、政府と議会はこれを無視し続けた。結果として、人権も男女平等も十分に保障されていない明治憲法下でのみ許容されたはずの不妊手術の要件が、深い理由もなくそのまま残り続けているのである。だから被告は、現行憲法下でのその必要性を主張できない。

今、法3条を改正することに何らの支障もない。生命危険要件は誰の利益も守っていない。ただ、不妊手術を希望する女性の権利を侵害し続けているだけである。土台も足場もない中で、中空に浮いている旧憲法下の残滓に過ぎない。このような条文を守るために、優秀な被告代理人が不毛な労力を費やすことは国家的損失である。被告は、生命危険要件について、速やかに必要性がないことを認めるべきである。それがかなわないなら、裁判所において、速やかに審理を終結させ、違憲判決を言い渡さなければならない。

第1 被告第2準備書面の本案前の主張に対する反論:「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」について(被告第2準備書面6～15頁)

被告第2準備書面における本案前の主張は、①本件地位確認の訴えは法律上の争訟性を欠く、②本件地位確認の訴えは確認の利益を欠く、③本件違法確認の訴えは法律上の争訟性を欠く、④本件違法確認の訴えは確認の利益を欠くというものである。しかし、以下のとおり、これらはいずれも誤りである。

1 「1 本件地位確認の訴えが不適法であること」について

(1)「(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」について

被告は、本件地位確認の訴えは、立法作用に属する事項であるから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はなく法律上の争訟性を欠くとし、その理由として、原告に不妊手術の実施を「医師又は指定医師に対して・・・義務付けることを可能とするような法令は存在」せず「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、原告の求める法的地位の内容が「抽象的な内容」であることなどを挙げる(被告第2準備書面8頁)。

しかし、原告が本件地位確認の訴えで求める具体的な法的地位は、本件各規定が違憲であることを前提として、法改正を要せず、現行の法律から導かれるものであり、立法作用に属するものではない。

原告は、母体保護法3条1項が違憲・無効とされることにより、同項が定める生命危険要件、多産・健康低下要件、配偶者同意要件を充足しなくとも、本人の意思(「本人の同意」)のみに基づき医師又は指定医師から不妊手術を受けることができるようになる。この法的地位が認められるためには、特段、新たな法改正などを必要としない。

この法的地位は、「医師又は指定医師」による不妊手術を「受けることのできる地位」ととどまるから、「医師又は指定医師」に原告に対する不妊手術を「義務付ける」ものではない。また、原告が求める法的地位は、法3条1項に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を満たさなくとも、本人の意思に基づき不妊手術を受けることができる地位であり、内容は明確である。これが抽象的であるとの被告の反論は当たらない。本件地位

確認の訴えが、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ないとする被告の主張は誤りである。

なお、法律上の争訟性の有無は、原告の主張する解釈を前提に判断されなくてはならない。既に主張したとおり(原告準備書面(2)・3頁)、原告が主張する法的地位が認められるか否かは本案の問題であり、仮に法令の違憲が認められず地位が認められなければそれは「請求に理由がないことになるにすぎない」(甲53 大竹敬人『判解』法曹時報76巻1号(2024)353頁参照)。法律上の争訟性は当然認められる。

(2)「(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」について

ア 被告の主張

被告は、第1に本件各規定は原告と国との権利義務・法律関係を発生させるものではないこと、第2に法3条1項の要件を充足しない場合でも正当な理由があるときには不妊手術の実施が許容されていること、第3に原告が不妊手術を受けられなかったのは本件各規定が原因ではないこと、具体的には、原告が受けた医療機関の回答内容を踏まえると、原告が不妊手術を受けられなかったのは、不妊手術は「侵襲性が高く」、「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」であり、「低用量ピルやミレーナ(など)同等以上の避妊効果のある他の避妊手段が存在」する一方で、「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・・・人員や設備・・・態勢を備えることが医療機関にとって容易では」なく、かつ「実施に際して合併症が生じた場合や・・・受けた者の・・・考えが変わった場合には、トラブルとなる可能性が高い」といった、法規制以外の事情が主たる原因であることから、本件地位確認が認められても原告が不妊手術を受けられるようになるわけではないとして、本件地位確認の訴え

には即時確定の利益等がなく、確認の利益を欠くと主張する。(被告第2準備書面10～11頁)。

イ 原告の反論

第1の点について、被告は法律上の争訟性を否定する根拠として挙げた事情を繰り返しているに過ぎない(第1の1の(1))。本件各規定が、原告と国との間に法律関係・権利義務を発生させているのは明らかである。

第2の点について、原告は、被告の主張する例外的な事情に該当するものではなく、被告の主張は原告との関係で無意味である。そもそも、本件各規定が不妊手術の実施を原則禁止としている以上、不妊手術の実施が例外的に許容される場合があることが、確認の利益を否定ないし消極的に解する理由とはなりえない。

第3の点について、被告は、原告に不妊手術を受けさせないために、生命危険要件や多産・健康低下要件を設け、かつそれを無視して不妊手術を受けることを防ぐために刑罰規定を設けているのではないのか。被告として原告が自由に不妊手術を受けても良いと考えているのであれば、なぜ本件各規定を設けているのか。本件各規定が原告の不妊手術を禁止する効力を有していないと主張するなら、何ら意味を持たないこれら規定を今すぐ廃止すべきである。被告は、本案に関する主張でも本件各規定の必要性・立法趣旨・立法事実を全く明らかにしようとしませんが、ここでもその態度を曖昧にし続けている。原告が不妊手術を受けられない理由は、端的に本件各規定が刑罰により原告に対して不妊手術をすることを禁止しているためである。本件各規定が違憲となれば原告は不妊手術を受けることができる。そのため本件各規定の違憲性を前提とする本件地位確認の訴えは、原告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の有効かつ適切な手段である。

確認の利益は当然に認められる。

2 「2 本件違法確認の訴えが不適法であること」について（被告第2準備書面11～16頁）

(1)「(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」について

ア 被告の主張

第1に、被告は、本件違法確認の訴えは、本件地位確認の訴えと同様、「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）」を求めるもの、すなわち「立法作用に属する」ものであるとして、事件・争訟性の要件を欠くと主張する（被告第2準備書面12頁）。

第2に、被告は、原告が配偶者同意要件の違憲を主張しているのにもかかわらず、陳述書で「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」のは、本件違法確認の訴えが一般的・抽象的な立法行為の違憲を求めるものであることを裏付けていると主張する（被告第2準備書面13頁）。

イ 原告の反論

第1の点について、本件地位確認の訴えが立法作用に属さないことについて主張したことがそのまま当てはまる。原告は被告との間の法律関係・権利義務について確認を求めており、一般的・抽象的な確認を求めてない。本件違法確認の訴えが立法作用に属するとする被告の主張はその前提に誤りがある。

第2の点について、原告梶谷には配偶者もおおり、また、日本の医療機関から配偶者同意の有無を確認されたことで自身の意思が否定された気持ちになったと説明していることから（甲3）、配偶者同意について原告が陳述書で

言及していないとする被告の主張は誤っている。また、原告梶谷以外の原告については、そもそも配偶者同意を求められる以前に医療機関から門前払いをされている。すなわち、配偶者同意が求められるのは、医師または指定医師による不妊手術の実施が決まり、現実的に不妊手術の実施に向けた手続きが進む段階においてであるところ、同人らは生命危険要件や多産・健康低下要件を明らかに充足しないから、配偶者の有無やその同意の有無を確認すらされていない。配偶者同意に関する記載が陳述書にないことは当然である。陳述書に配偶者同意要件に関する記載がないことを理由として、原告が一般的・抽象的な立法行為の違憲確認を求めているなどとする被告の主張は、その前提を欠いている。

法律上の争訟性は当然認められる。

(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」について

被告は、第1に令和4年最大判を参照して、不妊手術を受ける権利・自由が憲法上一義的に定められていないこと等から、本件各規定の内容の決定は立法府の裁量に委ねられており、裁判所が本件違法確認の訴えにつき判断を下すことは「国会の立法における裁量権に不当に影響を及ぼす」から本件違法確認の訴えは紛争の抜本的解決に資さず確認の利益を欠くと主張し（被告第2準備書面15頁）、また、第2に原告が不妊手術を受けられなかったのは本件各規定が原因ではないこと等から、本件違法確認の訴えは、紛争解決にとって有効・適切な手段であるとはいえず確認の利益を欠くと主張する（同16頁）。

しかし、既に原告第2準備書7頁以下で主張したとおり、令和4年最大判は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

るものであるとは解されない(原告準備書面(2)9～10頁)。被告の第1の主張はその前提に誤りがある。

また、前記(第2の1の(1)のイ)のとおり、原告が不妊手術を受けられなかった決定的な原因は本件各規定にあるから被告の第2の主張も誤っている。

確認の利益は当然に認められる。

3 小括

以上のとおり、本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えには、法律上の争訟性と確認の利益がある。被告の本案前の主張はいずれも理由がない。

第2 保護範囲に関する被告の主張の誤り

被告は、「第2 本件各規定が憲法第13条後段に反し違憲無効であるとは言えないこと」という表題のうち、「1「不妊手術」を受ける権利が憲法第13条後段により保障されているとはいえないこと」という項目で、保護範囲に関する主張を述べる。しかし、その内容は基本的に第1準備書面の繰り返しであるから、以下においては必要な範囲で反論する。

1 自己決定権は判例で認められていないとの主張について

被告は、自己決定権のうち判例で認められたものは容貌や指紋押捺などとどまるとして、「自己決定権」なる権利を「正面から認めた判例」はないなどと主張する(被告第2準備書面16頁以下)。

しかし、原告の主張は、「自己決定権」という抽象的な権利が認められるべきというのではなく、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由、言い換えれば子をもうけるか否かについて公権力から干渉を受けたり強制されな

い権利・自由と、自己の身体に関わる事柄を自らの意思で決定する権利・自由、言い換えれば自己の身体に関わる事柄について公権力から干渉を受けたり強制されない権利・自由が、憲法上保障されるという主張である。被告の反論は前提に誤りがある。

2 避妊の自由に独自の意義はないとの主張について

被告は、避妊をする自由は「自己決定の一内容として位置づけられる」から、「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」と主張する(同17頁)。

しかし、避妊の自由に関する原告の主張は、仮に子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由が憲法上保障されないとされた場合に備えて、予備的に、より前国家的な自由権としての性質を有する避妊の自由は、少なくとも憲法上の権利として認められるべきであると主張するものである。自己決定権については「一定の個人的事柄」のうち「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」(甲38 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』212頁)などとされており、人権として保障を受けるためには一定の要件が求められる。他方で原告が主張する避妊の自由は、前国家的な、国家により私生活の干渉を受けないという点でプライバシー権的な性格も有する自由であり、人格との結びつきなどの要件を必要とするものではない。

被告が提出する文献にあるとおり、避妊の自由を「自己決定の一内容として位置づけ」る学説はいくつかある。しかし、これらは子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由が憲法上保障されることを前提とする学説である。被告は、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由が憲法上保障されないと主張しながら、これらの学説を根拠としている。これでは避妊の自由は自己決定権としても保障されず、かつプライバシー権としても保障されないこ

ととなるが、そのように主張をする学説は見当たらない。被告の主張は、学説のうち都合の良いところだけを自説の補強として用いており、批判として破綻している。

3 子をもうけるか否かに関する主張を支える各判例・裁判例の射程について

被告は、原告が主張の根拠として挙げた判例・裁判例について、「多数意見又は法廷意見」でないとか、「飽くまで・・・反対であるとする」意見であるなどと述べ、子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由や、自己の身体を自らの意思で決定する権利・自由を正面から認めた判例はないと主張する(同17頁以下)。

原告は、そもそも補足意見や反対意見、下級審の裁判例が指し示す考え方の潮流・あるべき方向性を主張しているのもであって、最高裁が現時点でこれらの権利・自由の詳細を明らかにしているなどという主張はしていない。しかし、最高裁が明示しなければその権利・自由が否定されるなどということにもならない

被告は、この点について、正面から認めた判例がないことを指摘する以外にその権利・自由の存在について実質的な反論をすることができていない。それは原告が主張する考え方・あるべき方向性自体に正面から反論することが困難だからである。

子をもうけるか否かを自らの意思で決定する権利・自由、言い換えれば子をもうけるか否かについて公権力から干渉を受けたり強制されない権利・自由が、憲法上保障されないことを積極的に支える根拠は被告の主張からも何ら見出せないのである。

4 身体を自由に処分する権利は憲法上の保護に値しないと主張に

ついて

被告は、自己の身体に関わる事柄を自らの意思で決定する権利・自由について、生命・身体を保護することと正反対の行為が憲法上保護されることはないとか、憲法上の権利は客観的にみて、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憲法上の保護に値しないが、身体を処分することはそのような利益に至っていないなどと主張する(同19頁以下)。

前提として、原告はこれまで平成12年最判など判例の射程との関係で、生命・身体の自己決定権という用語を用いることがあったが、本訴との関係で保護が必要な権利は、身体に関わる事柄にとどまる。生命に関する事柄に関する自己決定権は本訴において主張するものではない(それが憲法上認められるべきではないとするものではなく、本訴との関係では身体の自己決定権が憲法上保護されるかを議論すれば足りるという趣旨である。)

その上で、生命に関しては、安楽死や尊厳死など国民的議論が途上のものがあり、異論があり得るとしても、身体に関して自己決定権を否定する学説・判例は、皆無と言って良い。

まず、平成12年最判や平成13年最判にあるとおり、少なくとも私法上は保護に値する人格権・人格的利益であることは決着がついている。

そして原告がこれまで挙げてきたように、自己の身体に関する自己決定権を肯定する学説が大半である(甲38・212頁、甲40・77頁など)。実際被告は、自己決定権のハードルが高いことを整理する学説を引用するのみで、自己の身体に関する自己決定権を否定する学説を一つも指摘していない。引用されている渡辺康行ほか『憲法 I 基本権[第2版]』においても、「自殺、安楽死、尊厳死、輸血拒否」といった生命に直結する問題に関して「困難が付きまとう」と述べるのみで(甲64・122頁)、不妊手術のような、国際的にも医学的に確立され生命に直結しない手術について、自己決定権を否定するものものではない。

被告が繰り返し引用する平成13年最判の調査官解説も、当時は議論が「未成熟」だと指摘するのみである。それから20年以上が経過し、その間の学説や裁判例の発達が目覚ましく、現在も「未成熟」であることの根拠にはなり得ない。

そもそも、被告は自己の身体に関する自己決定権を否定する実質的な根拠をあげていない。被告は唯一、身体については保護する方向でのみ憲法上の保護が及び、処分することについては憲法上の保護が及ばないと述べる(被告第2準備書面19頁)。それは逆に言えば、個人が自らの身体を処分することに国家が介入することを正当化するような反対利益があることを前提とする。しかし、不妊手術に関し、そのような反対利益は想定し難い。究極の私的領域である個人の身体について、国家が国家の目的のために手段的に扱うか、あるいはパターナリスティックに介入すること以外に、正当化の余地はないはずである。身体の処分を憲法上の保護から外すということは、このような正当化の審査すら受けずに、国家が自由に身体の処分に介入できることを意味する。個人の尊重をうたう日本国憲法においてそのような解釈はとりえない。

個人の身体は究極の私的領域であり、国家が手段的に、あるいはパターナリスティックに介入することは基本的に禁止されている。国家は「住居、書類及び所持品」についてみだりに介入できない(憲法35条)。個人は住居や書類や所持品をどのように処分しようと自由である。住居や書類、所持品以上に究極の私的領域である身体についても、当然に国家は原則として介入できない。そこに憲法上の保護を及ぼさないということは、国家が、正当化審査を受けることなく自由に、個人の身体の処分に介入できるということである。これは個人がピアスを開けるときも、親知らずを抜くときも、刺青を入れるときも、さらには髭を剃るときにも髪を切るときにも、政府・議会が思い立てば正当化審査なくして介入できることを意味する。身体の処分に憲法上の保護が及ばない世界というのはそういう世界である。

自己の身体に関わる事柄を自らの意思で決定する権利・自由、言い換えれ

ば自己の身体に関わる事柄について公権力から干渉を受けたり強制されない権利・自由は、被告が引用する学説が述べるような、すでに「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」(高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第6版]』149頁)ものであり、「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」(渡辺康行ほか『憲法 I 基本権[第2版]』118頁)」である。

5 不妊手術は一手段だから憲法上の権利として保護されないとの主張について

(1) 被告の主張

被告は、仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法上保護されるとしても、「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く、かつ「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」は自己決定権の内実とならないと主張する(同21頁以下)

(2) 手段を規制することは権利を規制することである

これは、憲法上の権利の理解として典型的な誤りである。被告の主張は、憲法上の権利を実現する手段は、憲法上保護されないと主張するに等しい。実際被告は、「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、当該手段をと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・・・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」と主張している(同22頁以下)。

この主張はすなわち、例えば表現の自由が憲法上保護されるとしてもビラを配る自由は憲法上保護に値しないとか、居住移転の自由は憲法上保護されるとしても東京都に住む自由は保護されない、と主張するようなものである。被告は、ビラ配り以外に表現活動をする手段は無数にあるし、東京都以外に居住できる都道府県は46ある、だから「手段が一つしか存在しない」わけではないので、「特定の・・・手段が制約されたとしても」権利が「制約されることにはならない」と主張するのである。

時、所、方法に対する規制が、独立して憲法上の権利の規制となることは、文献や判例を挙げるまでもなく常識である。例えば、最大判昭和49年11月6日刑事28巻9号393頁(いわゆる猿払事件)は、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為」という一部の行動を規制する「国公法102条1項及び規則」について、「意見表明の自由が制約されることにはなる」として憲法上の権利の制約であることを当然の前提としつつ、正当化審査をしている。公選法の戸別訪問禁止規定の憲法適合性を審査した最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁も、「意見表明の手段方法」の一つである戸別訪問の禁止が憲法上の権利の制約であることを前提とし、正当化審査をしている。学説上も、主に表現の自由に対する内容規制と内容中立規制を区別する文脈で議論されてきたが、伝統的に時・所・方法の規制とされる内容中立規制が、憲法上の権利の規制とならないなどと述べる学説は皆無である。

個別の手段に憲法上の保護が及ばないとすれば、政府・議会は、全ての手段を一つずつ規制していけば実質的に憲法上の権利を剥奪することができるのに、その手段の規制に正当化審査が及ばないこととなる。これでは憲

法上の権利保護の意味がない。手段規制の場合には制約の程度が弱く、緩やかな審査基準で正当化審査をすれば良いという主張ならともかく、そもそも憲法上保護されないから正当化審査が不要であるという主張は、およそ採用の余地がない。

(3) 国際的にも、不妊手術に対する規制は権利制約・侵害であるとされている

国際機関の中には、不妊手術を含む避妊に関する情報とサービスを受けられる権利が、独立した権利として保障されるべきであるとしつつ、個別の避妊手段を受けられる権利がそれぞれ権利の実現にとって重要であると強調するものがある。

例えば、国連の専門開発機関である UNFPA (国連人口基金、United Nations Population Fund) は、“BRIEFING PAPER: THE RIGHT TO CONTRACEPTIVE INFORMATION AND SERVICES FOR WOMEN AND ADOLESCENTS” (甲83) において、日本も批准する女性差別撤廃条約を引用しながら、不妊手術を含む避妊に関する情報とサービスを受けられる権利について以下のように明言している(原文12頁以下、翻訳と下線は代理人。以下同じ)。

女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約 (CEDAW) は、他の国際条約や地域人権条約とともに、女性の出産回数、間隔、時期を決定する権利に加えて、その権利を行使するために必要な避妊に関する情報やサービスを利用する権利を明確に認めている。女性がこれらの権利を享受するには、自分に合った避妊法を選択する能力に不当な干渉を受けることなく、避妊に関する情報とサービスを利用できることが不可欠である。 プライバシーの権利は、

他の主要な国際条約及び地域条約によって保護されており、個人及びカップルが政府の干渉を受けることなく私生活に関する基本的決定を行う権利を保障するものである。また、家族を形成するか否か及びその時期に関する決定も、保護されるべきプライバシーの領域に該当する。女性がこれらの権利を享受するためには、自己に適した避妊方法を選択する能力に対する不当な干渉なく、避妊に関する情報及びサービスへのアクセスが確保されることを要する。特定の避妊方法へのアクセスに対する制限及び強制的家族計画政策は、女性が自己の個人生活及び健康に関して十分な情報に基づく自律的決定を行う能力を阻害し、プライバシーの権利並びに子の数、出産間隔及び出産時期を決定する権利を侵害するものである。

UNFPAは、避妊に関する情報及びサービスへアクセスする権利について、より具体的に強調しており、「すべての避妊方法がすべての人に適しているわけではなく、女性と青少年は、自分にとって適切な避妊方法を十分な情報を得た上で選択できる環境で、あらゆる種類の避妊方法を利用できる場合にのみ、この権利を実現することができる。あらゆる種類の避妊法には、男性用・女性用コンドーム、膣式バリアー法、経口避妊薬、インプラント、注射剤、子宮内避妊具、男性用・女性用の任意の不妊手術、緊急避妊薬が含まれる」(16頁)として、不妊手術を含む、科学的で安全なあらゆる種類の避妊方法を利用できない場合には、権利が制約されていることを当然の前提とする(UNFPAは権利侵害になると明言している。)

また、UNFPAが依拠するCEDAWは、2024年10月、日本に対する第9回総括所見(甲84)において、以下のとおり不妊手術に関する母体保護

法の要件を撤廃することを勧告しているが、これも不妊手術を受けることが国際法上の権利制約になることを当然の前提としている。

第42項

委員会は、女性と健康に関する一般的勧告第24号(1999年)および持続可能な開発目標(SDGs)のターゲット3.1(世界の妊産婦死亡率の削減)および3.7(性的・生殖医療サービスへの普遍的アクセスの確保)に基づき、締約国に対し以下を勧告する。

[略]

(e) すべての女性が自発的な不妊手術サービスにアクセスできるようにするため、母体保護法を改正し、配偶者の同意要件を撤廃すること。

その他、国連人権規約に基づき組織される自由権規約委員会は、一般的意見第28号(2000年)において、女性が不妊手術を受ける際に夫の同意を必要とする法規定は、女性のプライバシー権を侵害すると明言している(甲48・パラグラフ20参照)。これもまた、不妊手術を受ける権利が、プライバシー権、すなわち国家からの干渉・介入を受けない私的領域に含まれることを当然の前提としている。

WHO(世界保健機構)もまた、“Ensuring human rights in the provision of contraceptive information and services”(甲85)という報告書において、「避妊に関する情報やサービスを受ける際に第三者の承認を求める要件は、多くの国で女性が直面する重大な障壁となっている。こうした要件は、女性のプライバシーを侵害するだけでなく、意思決定の自律性を奪うものであり、結果として必要な医療サービスを受けることを思いとどまらせる要因となっている。国際・地域・国内の人権機関は一貫して、国家が女性の健康サービスへのアクセスを制限すべきでないことを強調している。特に、第三者の承認

がないこと、未婚であること、または単に女性であることを理由に、医療サービスやそれを提供するクリニックへのアクセスを妨げてはならない」とした上で、「3.9 避妊に関する情報やサービスを利用する個人/女性に対する、配偶者の同意を含む第三者の承認要件を撤廃することを推奨する」と提言している。ここでもまた、女性が不妊手術を受けることが、「女性の自己決定権」に含まれ、不妊手術に条件をつけることが自己決定権を「制限」するものであることが当然の前提とされている。

これらはいずれも、日本が批准する人権規約や女性差別撤廃条約に基づくものか、日本が加盟する国際機関により公式に表明されたものである。不妊手術を受ける自由・権利が単なる一手段であるから憲法上の保護に値せず、政府は自由に規制できるなどとする被告の主張と真っ向から反するものばかりである。

(4) 膣外射精やコンドームの利用に関して

なお、被告は、原告が「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」と主張したことに対して、「本文で述べたのと同様に、その前提において誤って」と主張する(被告第2準備書面23頁脚注1)。

かかる主張はおそらく、膣外射精やコンドームの利用についても憲法上の保護を認めない趣旨であると思われる。しかし、この被告の主張を前提とすると、膣外射精やコンドームの利用を含め、あらゆる避妊手法について、政府が正当化審査を受けることなく自由に干渉・介入できることとなる。そうすると被告にとって、「仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法上保護されるとしても」とする場合の「憲法上保護される」自己決定権の内実と

はなんなのだろうか。あらゆる手段を自由に規制しながらなお残る権利などというものはない。この点にも被告の主張が破綻していることが現れている。

膣外射精やコンドームの利用が、子をもうけるか否かに関する自己決定権として、あるいは私生活の上の自由のひとつである避妊の自由として、憲法上保護されることは明らかであり、その点でも被告の主張は誤りである。

(5) 小括

以上のように、子をもうけるか否かに関する自己決定権が憲法上保護されるとしながら、その一内容である不妊手術を受ける権利・自由が憲法上保護されないとする被告の主張は採用の余地がない。

6 避妊効果等について

原告は、訴状において、多様な避妊法の選択肢とその特徴を整理した上で、不妊手術も安全性・有効性が認められた避妊法の一つであり、特に生殖能力を永続的に除去する唯一の方法であると位置づけた。原告の主張の核心は、不妊手術が他の避妊法と比較して安全性、有効性、経済性の点で最も優れているという点ではなく、個々人が自身の状況に応じて、安全かつ効果的な様々な避妊法の中から自由に選択・利用できる権利(避妊の自由)があり、不妊手術もその重要な選択肢の一つである、という点にある(訴状訂正申立書別紙21～27頁)

これに対して、被告は、原告が「不妊手術は最も優れた避妊方法である」と主張しているかのように限定的に解釈し、「他の避妊手段のほうが高い」「他の避妊手段のほうが身体に対する侵襲性が低い」といった点を挙げて、不妊手術が「最も優れた」避妊方法とはいえないと反論した(被告第1準備書面8～9頁)。これは、原告が主張する「複数の手段から選択・利用できる権利がある」という核心から逸れた議論である。

原告は、準備書面(3)において、被告が主張する各種避妊法の避妊効果や侵襲性、副作用について反論しつつ、重要なのは、他の避妊手段を選択できるからといって、不妊手術を受ける権利を憲法上保障する必要がない、とはならない、という点であることを改めて強調した(24～30頁)。すなわち、各種避妊法にはそれぞれ利点とリスクがあり、どの方法を選択するかは、個人の事情に応じて判断されるべきであり、その選択の自由こそが憲法13条で保障されるべき「避妊の自由」の内容であると主張しているのである(36～38頁)。

しかし、被告はなおも、避妊効果や侵襲性、副作用といった個別の要素比較に終始し、「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」という、原告の主張の核心とは異なる論点での反論を繰り返している(被告第2準備書面24～27頁)。

結局のところ被告は、「なぜ他の避妊手段を選択できることが、不妊手術という選択肢を禁止する理由となるのか」という本質的な問いに正面から答えられないため、各種避妊法の相対的な優劣に固執していると言わざるを得ない。各種避妊法の優劣に関する議論をこれ以上続けることは、無益である。

第3 正当化審査に関する被告の主張の誤り

1 全体の構造について：法3条が制約ではないとする主張について

被告は、裁判所の釈明を踏まえ、「仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権」が憲法上保護されるという前提に立った場合の主張として、不妊手術の権利・自由を規制しているのは母体保護法28条及び34条に限られ、法3条により「原告らの権利が制限されていると見る余地はない」(被告第2準備書面40頁)とし、法28条と法34条については必要性や合理性を主張する一方で、法3条については合理性に関する主張のみを述べ、必要性に関する主張を放棄する。

しかし、本準備書面の冒頭で述べたとおり、法3条が権利制約をしていないと解する余地はない。そもそも第3回口頭弁論期日(令和6(2024)年11月5日)において裁判所が整理したとおり、原告は法28条や法34条の違憲性は争っていない。本人の同意なく、また「故なく」、不妊手術をすることは禁止されるべきであるし、法2条及び母体保護法施行規則1条で定めるような、医師による適式なもの以外は禁止されて然るべきである。同意なく、あるいは無資格の術者が不妊手術をした場合に罰則を受けることも異論ない。原告は、法3条の違憲性(法3条に違反した場合の罰則の違憲性を含む)を争っている。

実際、原告が不妊手術をできないのは、もっぱら法3条のためである。法3条が生命危険要件を定めているから、分娩や出産により生命危険が生じるわけではない原告は不妊手術を受けることができているのである。3条さえなければ原告は不妊手術を受けられる。

被告が、母体保護法の構造上ありえないような主張をすることで、頑なに法3条の必要性・立法趣旨・立法目的を主張しようとしするのは、本準備書面の冒頭で述べたとおり、法3条には、現行憲法下において目的の正当性が認められるような必要性・立法趣旨・立法目的がないためである。

これまでの国の主張から、もはや法3条に目的の正当性が認められないことは明白となった。最大判令和6年7月3日民集78巻3号382頁において、強制不妊手術を法定していた優生保護法が制定時から目的の正当性を欠いていたと断じられたように、母体保護法3条も、制定時から目的の正当性を欠いて違憲だった。憲法改正により、廃棄されるべき条項だった。長年にわたる違憲な法律により、多くの女性が権利を侵害され続けている。もはやこれ以上放置することは許されない。裁判所においては、速やかに違憲判断を下し、女性の権利の侵害状態を是正するべきである。

2 法28条と法34条の正当化に関する主張について

被告は、法28条と法34条が原告の権利を制約していることを前提として、その正当化に関する主張を、縷々、述べる(被告第2準備書面28頁以下)。

しかし、そもそも原告は法28条と法34条の違憲性を争っていない。また、被告の主張はほとんどが答弁書及び第1準備書面の繰り返しである。したがって必要な部分に限り反論する。

第1に被告は、「手術等の実施者に着目したものであるから」原告に対する制約の程度は「直接的又は意図的に制約するもの」ではないと主張する(同29頁)。しかし、これも被告がなぜ法3条により不妊手術を制約するのかという必要性・立法趣旨・立法目的を明らかにしないことからくる、不毛な議論である。すなわち、法28条や法34条について、本人の同意なく、または資格を有せず、もしくは適式な術式を無視する実施者に対して罰則を設けるという点に着目すれば、実施者に対する制約であることは当然である。他方で、法3条の要件を満たさない場合に資格を有する実施者が実施を拒絶するという文脈で考えれば、当然に不妊手術を受ける当事者の権利を直接、意図的に、かつ強力に制限するものとなる。

第2に、被告は、多様な避妊手段のうちの一つを規制するに過ぎないから制約の程度が限定的であると主張する(同29頁)。これも上記のとおり、それぞれの避妊手段が独立して重要な権利であり、個別の規制であれば限定的などと言えないことは、上記において紹介した国際機関の表明などからも明らかである。「すべての避妊方法がすべての人に適しているわけではなく、女性と青少年は、自分にとって適切な避妊方法を十分な情報を得た上で選択できる環境で、あらゆる種類の避妊方法を利用できる場合にのみ、この権利を実現することができる」のである。また、不妊手術は、他の避妊手段では得られないメリットがあり、また不妊手術以外の避妊手段を採用できない当事者がいることは、こ

れまでの準備書面等で詳しく述べたとおりである(準備書面(3)24頁以下など)。

第3に、被告は目的の正当性を主張するが(同30頁以下)、医師による適式な術式による実施以外を禁止する目的は当然正当なので、28条及び34条の目的をその点に限れば議論の余地はない。

なお、被告は、あろうことか、不妊手術を禁止することは「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」と主張する(同31頁)。結局のところ被告は、子をもうけることの自己決定権のみが保障され、子をもうけないことの自己決定権は憲法上保護されないことを当然の前提としているのである。被告は、国民優生法の時代の法目的をいまだに実質的な法目的としている。目的自体違憲であることは、かかる主張からも裏付けられる。

第4に、不妊手術に伴う後悔に関して、被告は詳細に主張するが、そもそも原告は、後悔することを理由に自己決定権を制約することが許されるとの主張は、自己決定権の本質を根本的に見誤るもので、主張自体が失当であると述べている。自己決定権とは、人格の核心に根ざして、自らの決定に伴う全てを引き受けることにある。その中には当然後悔も含まれており、それも含めてそれぞれの人生を全うすることにつながる。国から、後悔するかもしれないから特定の権利行使を制約することを許容するなど、未成年者に対するパターンリスティックな制約であればともかく、個人の尊重を謳う日本国憲法からはおよそ採用し得ない。

また、被告は後悔に関する主張について、当初、被告第1準備書面12頁以下において、英語の論文を引用して「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔してい」と主張していたことについて、原告から英語論文の誤訳と誤導に基づく主張であると指摘されたことに対し、「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」と述べた上で、まさ

にその要約部分に「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」と記載があるのに(乙8)、なぜかそれを「後悔をする女性は相応の割合で存在」と結論づけ、自らの当初の主張、すなわち「例外なく多くの女性は、不妊手術を後悔して」いるとの主張は誤りではないと強弁する(被告第2準備書面33頁以下)。その他、英語論文に関する被告の主張は、いずれも論文の科学的な読み方や、訴訟における主張の仕方として、一般的なものとは言い難く、反論の要を見ない。

第5に、手段としての合理性・関連性に関する主張(同37頁以下)は、繰り返し述べてきたとおり、法28条と法34条との関係では原告も異論がないし、記載されている内容はこれまで述べてきたところと重複しているから、反論の必要がない。

以上のとおり、法28条及び法34条に関する被告の主張は、ほとんどがこれまでの主張の繰り返しか、当事者間に争いがないものか、合理性を欠くものである。

3 法3条の正当化に関する主張について

被告は、法3条の生命危険要件、多産を条件とする健康低下要件、及び配偶者同意要件について、「28条及び34条による制限を除外する規定」であるから「憲法適合性を検討する意味はない」として、その正当化に関する主張をほとんど行わない(同40頁以下)。そのような主張態度自体が母体保護法3条の目的自体の違憲性を裏付けるものであることは、これまで述べてきたとおりである。

以下においては必要な限度で反論する。

第1に、被告は生命危険要件について、「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」母

体保護法の母体を保護するという目的に反することから、例外的に原則禁止を解除する規定であり、合理性を有すると主張する(同40頁以下)。

そもそも原則禁止に必要性・立法趣旨・立法目的がないことはこれまで述べたとおりである。加えて、被告の主張それ自体の不合理性として、なぜより緩やかな程度、例えば健康低下要件では解除しないのだろうか。なぜ生命が危険になるまで解除しないのだろうか。もちろん原告は、健康低下要件であれば合憲になると主張するものではないが、この点は被告の主張が破綻していることを端的に明らかにしている。実際被告は、健康低下要件の論証において、「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」と主張している。しかし生命危険要件は、まさに「母体の身体に危険が生じて健康が低下する場合」であるのに「不妊手術を禁止」する要件に他ならないから、生命危険要件が「相当でない」ことを自ら認めているのである。母体保護という法目的の関連として合理性は皆無である。

第2に、健康低下要件について、被告の主張には2つの問題がある。まず被告は、「健康が低下する程度が少なく、そのおそれも確たる根拠がなく抽象的な場合にとどまるまで上記禁止を解除するのもまた相当でない」と主張するが(同41頁)、これは、なぜ原則禁止とするかの必要性・立法趣旨・立法目的が不明確であることを無視するものである。なぜ、健康が低下する程度が少ない場合に、禁止を解除することが相当でないのか、その必要性に関する立証がなされていない。被告が主張する内容は、極めてわずかな確率で起きる健康被害と、後悔のみである。これらと比較して、なぜ抽象的にでも健康が低下する程度がある場合に、禁止を解除することが相当でないのか、どのような利益衡量をした結果なのか、その論証は放棄されている。

しかも、条文の文言は「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」とされており、本来であれば「著しい」「低下」が必要であることについて論証が必要であるのに、被告は意図的に、その反対状況を、「健康が低下

する程度が少なく、そのおそれも確たる根拠がなく抽象的な場合」に限定している。その中間には、健康の低下が著しいとまでは言えないが、相当な場合とか、低下の可能性が確たる根拠とまでは言えないが一定程度の可能性があるものなど、様々なバリエーションがある。条文は其中で、あえて、「著しく低下するおそれのあるもの」のみを解除しているのだから、そのような限定的な解除が合理的であることの理由を論証しなければならない。被告はこの論証を放棄している。

さらに被告は、その健康低下の合理性の根拠として、「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」から、「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、例外的に不妊手術の原則禁止を解除することには合理性があると主張する(同41頁)。

しかし、母体の健康度を考慮要素にしたいのであれば、端的に健康要件のみを定めれば足りる。医師が実施者なのだから、医師が健康に影響があるかどうかを判断すればいいだけである。多産以外にも、健康に影響を及ぼすおそれを具体的に判断できる事情は無数にある。そこにあえて多産要件を介在させる必要性は皆無である。過去の出産や分娩の情報からは健康低下が予想できないが、実際には次の妊娠・分娩が具体的な健康低下をもたらす場合が抜け落ちることを、どのように許容するのだろうか。

そもそも「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」というのも、なんら具体的な根拠が挙げられておらず、医学的な相関性・因果性は立証されていない。

以上のとおり、母体保護という法目的との関連において、多産要件に合理性は皆無である。結局、多産要件は、多産であれば、すでに子を産む性としての役割を果たしたから、不妊手術という恩賞を与えているに過ぎない。国民優生法のと看みにのみ合理性を見出すことのできた、旧憲法下の遺物である。被告の

主張は強引な辻褃合わせであり、原告に生じている権利侵害を愚弄するものという他ない。

第3に、配偶者同意要件について、被告は、不妊手術が「子をもうけるという選択肢を永続的に奪う」から、「配偶者にも」「子をもうけるか否かに関する自己決定権が観念」されるから、配偶者同意を要求するものであると主張する。

この主張は、まさに法3条が国民優生法の継受・残滓であることを裏付ける。すなわち、被告の主張は、仮に母体の生命が危険に陥っていても、配偶者、すなわち夫の「自己決定権」を優先させることを前提とする。女性は妊娠・分娩により自らの生命に危険が生じるような場合でもなお、夫の同意がなければ不妊手術を受けられない。しかも、女性の自己決定権は、生命に危険が生じるような場合でなければ、そもそも実現を許されない。これを等式で表すと、法3条は、

夫の子をもうける自己決定権 > 女性の生命 = 母体という妊娠装置 > 妻の子をもうけない自己決定権

としているのである。このような価値の優劣が、日本国憲法下でどう許されるというのだろうか。被告の主張は、国民優生法の世界でないと成立しないものである。

なお、被告は、この正当化の主張において、「仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権」が保障されるとして、仮定的に主張している。しかし、法3条の配偶者同意要件の根拠は、夫の自己決定権であるという。では、仮に「仮に子をもうけるか否かに関する自己決定権」が保障されない場合、配偶者同意要件の根拠はなんなのだろうか。家父長制における夫による妻の支配権以外に説明がつくのだろうか。被告の主張は内部で破綻している。

以上のとおり、被告の法3条の正当化に関する主張は、そもそも必要性・立法趣旨・立法目的を放棄している時点で、目的の不当性という点で違憲性を認

めているものという他ないが、手段の合理性に関する主張のいずれについても合理性の主張として破綻しており、採用の余地がない。法3条の違憲性はもはや明らかである。

第4 憲法24条2項に関する被告の主張の誤り及び反論の不足

1 本件各規定は「家族に関する事項」を定めるものであり憲法24条2項が規律の対象とする事柄であること

被告は、原告が主張する権利・利益を「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)」に限られることを前提とし、かつ、最大判平成27年12月16日(民集69卷8号2586頁)(以下、「平成27年最大判」とする。)が憲法24条2項の規律対象を「特定の法制度を前提とするもの」か「特定の法制度を待って認められるもの」に限定したものと解釈した上で、原告の主張する権利・利益は、「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」ことから、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関する事項」には該当せず、当該権利・利益に対しては「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」と主張する(被告第1準備書面20頁、第2準備書面43～44頁)。

要するに、原告が主張する権利・利益が国の法制度とは無関係に自然発生的に存在する自然権的権利・利益であり、特定の法制度を待って認められる、あるいは、形づくられる類のものではないことから、憲法24条2項の適用範囲外であると主張するものと解される。

しかし、被告の主張は、本訴訟の審査対象及び憲法24条2項の適用対象を誤るものである。

(1) 本件各規定は平成27年最大判を前提としても憲法24条2項の規律の対象となること

平成27年最大判は、「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、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」つつ、「その立法に当たって」の具体的な要請・指針を示している旨判示する。すなわち、憲法24条2項が立法上の要請・指針として機能する対象(つまり、憲法24条2項の審査対象)は、「家族に関する事項がどのように制度設計されるか」であることを明示している。

その上で、平成27年最大判は、憲法24条2項の立法上の要請・指針は、「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものではなく、かつ、両性の形式的平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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」「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る」として、違憲審査の際の「考慮利益」ないしその考慮方法を判示している。

つまり、平成27年最大判は、憲法24条2項の「審査対象」(夫婦同氏制)と「考慮利益」(婚姻の自由(憲法24条1項)、氏的人格的利益(憲法13条)、その他個人の尊厳及び両性の本質的平等(憲法13条、14条、24条2項))とを区別しており、また、考慮利益の性質(特定の法制度を前提とする権利・利益か、自然権的権利・利益か)によって審査対象を限定することはしていない。

本件において原告が主張する憲法24条2項の審査対象は、前記平成27年最大判を前提にすれば、「妊娠機能を失わせる不妊手術等がいかなる場合に許容されるか」についての制度設計である。このことはまさに、「法制度

においてその具体的内容が定められていく」事柄であり、本件各規定を通して、家族に関する事項の具体的内容が定められているものである。

なお、「考慮利益」の議論としても、原告の主張は「子を産むか産まないかの選択」ないし「子をもうけるか否かに係る自己決定」に限定されるものではない。原告が主張する考慮利益は、自己決定権としての不妊手術を受ける権利、及び、どのように家族形成をするかの自己決定権(自己決定の利益)である。

以上のとおり、被告の主張は、憲法24条2項の「審査対象」が何かの議論と、審査における「考慮利益」としてどのような権利・利益が検討されるべきかとの議論を混同し、平成27年最大判の射程・解釈を誤るものである。本件各規定は平憲法24条2項の規律の対象となる。

(2) 平成27年最大判に関する被告の主張が正しいと仮定しても、憲法24条2項の規律の対象は平成27年最大判の射程に止まらず、本件各規定は憲法24条2項の規律対象に含まれること

ア 仮に、被告が主張するように、平成27年最大判が特定の制度によって認められる権利・利益に関する立法裁量を射程として判示されたものであるとして理解し、本件各規定が平成27年最大判の判示内容の射程外の事柄であると解したと仮定しても、平成27年最大判は、憲法24条2項の審査対象から前国家的・自然権的権利が制度設計によって制約される場合を憲法24条2項の保護範囲から排除し、適用を否定しているわけではない。

被告の主張は、平成27年最大判の射程以外には憲法24条2項の規律対象とならないことを前提にするものであって、この点において誤りがある。

イ 平成27年最大判は、立法上の要請・指針として、「単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものではなく、かつ、両性の本質的平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではな

い)、また、「憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置」「を講じてはならないことは当然である」と判示しており、立法裁量が認められる制度設計において、憲法上認められた人格権を不当に侵害してはならないことを論じている。

ここでいうところの「憲法上の権利として保障される人格権」の意味内容は明確ではないものの、少なくとも自然権的権利・利益を排除するようなことは言及されていないし、人格権が、広義には「個人の人格価値に関わる価値を総称」として用いられていることからすれば(甲64 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権[第2版]』123頁)、ここに自然権的権利・利益を排除する趣旨を含んでいると読み取ることもできない。

また、被告が引用する畑判例解説でも、「憲法24条の解釈からすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法13条や憲法14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条にも違反することになる」と明確に述べられている(畑佳秀「最高裁判例解説民事篇平成27年度(下)754頁)。憲法13条によって保障される権利・利益が当然に自然権的権利・利益を含むものであることからすれば、憲法24条2項自体の保護領域は、自然権的権利・利益が不当に侵害されている場合も含むと解するのが自然である。

ウ 平成27年最大判以降に出された旧優性保護法についての裁判例においても、各高等裁判所は、以下のように判断し、被告が言うところの「法制度を待って具体的に捉えられる権利」ではない「子を産み育てる自由」ないし「子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由」について、当然に憲法24条2項の範疇として判断している。

すなわち、仙台高等裁判所令和5年10月25日判決は、「日本国憲法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。」と定めているにもかか

ならず、旧優生保護法の強制優生手術に関する規定は、特定の疾患を有する者に対し、合理的な根拠もないのに優生手術を強制して生殖を不能にし、子を産み育てる機会を強制的かつ不可逆的に失わせるものであり、国会の合理的な立法裁量の範囲を逸脱し、家族に関する事項に関して、個人の尊厳に立脚しない法律を制定したものであって、旧優生保護法の立法当時から、憲法24条2項にも明白に違反していた」と判示した。

札幌高裁令和5年6月16日判決でも、「子を産み育てるか否かというのは、家族の構成に関する事項であるところ、旧優生保護法の本件各規定は、精神病等の特定の疾患を有する者に対し、本人の同意を要件とせず、医師の申請及び都道府県優生保護審査会の審査のみで優生手術を行う旨定め、もって子を産み育てるか否かについての意思決定をする自由を侵害していたのであって、このような規定が個人の尊厳に立脚したものとはできない」との原審の理由を引用し、「「不良」な子孫の出生を防止するという優生思想に基づく規定(平成8年改正法により改廃された規定)が客観的に憲法13条、14条1項及び24条2項に違反するとの評価は免れない」と判示した。

エ さらに、自然発生的に認められる性的自己決定を制約する規定であった姦通罪(旧刑法183条)も、昭和22(1947)年に日本国憲法が制定されたことにより、憲法24条2項違反であることを理由として廃止された経緯がある。

姦通罪の廃止は、憲法14条の「法の下での平等」及び憲法24条2項の「両性の本質的平等」に反することを根拠とされている(甲86『新基本コンメンタール刑法[第2版]』(日本評論社)399頁、甲87『大コンメンタール刑法 第三版・第9巻』(青林書院)113頁、甲88『注釈刑法 第2巻 各論(1)』652頁(有斐閣)、衆議院憲法調査官事務局も平成16年に姦通罪を憲法24条の問題と整理している。)。また、昭和22年8月11日参議院・司法委員会において、委員長であった伊藤修議員も「勿論この現行法通りとすべしという18名の方の御議論は今日の憲法の上におきましては成り立たないのでありま

して、いわゆる憲法24条の規定するところの趣旨に対しますれば両罰するか、或いはしないか、この2点にある次第でありますから、この点に対しますところのこの18名のお方の意思表示は、今日の情勢においては採用できないと存する次第であります」と発言している(甲89 昭和22年8月11日参議院・司法委員会 会議録情報(抜粋))。

姦通罪は、本来、自然発生的権利・利益である性的自己決定の自由が、まさに、当時の家族観に沿って立法された家族に関する事項における法制によって制約を受けていたものであり、ここでも、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権利に憲法24条2項が及ぶことを前提とした法改正がなされている。

オ 以上のとおり、平成27年最大判は、その判示内容から、憲法24条2項の保護範囲に自然権的権利・利益が含まれていることを否定しておらず、また、平成27年最大判以降の裁判例も自然権的権利・利益について当然に憲法24条2項の保護範囲として判断している。さらに、自然権的権利が国の立法裁量の認められる事柄によって制約されていた姦通罪の廃止論において、憲法24条2項違反が根拠となったことから、憲法24条2項の保護範囲において、自然権的自由が含まれないとする理由はなく、本件各規定が憲法24条2項の適用を受けることは明らかである。

2 被告の反論の不足－憲法24条2項に関して、被告からの実質的反論がないこと

(1) 被告は、「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」として、憲法24条2項違反に関する原告の主張に形式的には反論を記載する(被告第1準備書面20～21頁、被告第2準備書面44～45頁)。

しかし、具体的内容は、法28条及び34条についての規制の目的(母性の生命健康を保護する)が正当であること、手段として合理的関連性があること、また、不妊手術の規制によって不妊手術以外の避妊手段の選択を制約しないことを単に結論のみ述べ(被告第1準備書面20～21頁、被告第2準備書面44～45頁)、また、法3条1項所定の「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」として、理由や根拠は一切示さずにこの点においても結論のみ述べる(被告第2準備書面45頁)。

被告は、原告の憲法24条2項について、実質的には何らの反論もしていない。

(2) 被告は、第1準備書面においても同様に原告の憲法24条2項の主張に対する実質的反論をしなかった。

特に、法3条1項に関する反論がなかったことについて、原告は、第3準備書面において「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」と主張した(第3準備書面60頁)。

憲法24条2項は、法制度の制度設計における立法上の要請・指針であり、どのように制度設計されるかを審査対象とする。そのため、仮に、法3条1項が不妊手術の原則禁止の制限を除外する規定であったとしても、その除外要件が個人の尊厳及び両性の本質的平等という立法上の指針・要請に沿った制度設計になっているかという視点から、当然に、検討がされるべきである。

しかし、被告は、原告の上記主張を受けても法3条1項所定の要件について、何らの反論もせず、また、憲法24条2項の主張に対する反論をしないことについての理由も何も述べず、沈黙している。

(3) 改めて、法3条1項において憲法24条2項適合性が検討されるべきであることを主張する。

ア 配偶者同意要件

法3条1項は、不妊手術を受けるためには一律に「配偶者の同意」を要件としている。このことは、自らの生命・身体について、自らの意思のみで決めることができず、配偶者の許可制がとられているものであり、各人が尊厳ある個人として尊重されるべきとする個人の尊厳の理念(憲法24条2項)に明らかに反するものである。

被告は、憲法13条の反論部分で「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たもであると反論する。

しかし、法3条1項は「妊娠又は分娩は母体の生命に危険を及ぼすおそれ」がある場合であっても要求される。生命の危険を回避するために不妊手術を受けたいと希望したとしても、配偶者が同意しない場合には、不妊手術を受けることはできない。被告の上記主張を前提にすれば、不妊手術を受ける権利の一部である自らの生命・身体についての自己決定の権利・利益が、配偶者の子をもうけるか否かの自己決定の権利・利益に劣後するという結果が生じ得るのである。

このような結果を招来する法3条1項の配偶者同意要件は、憲法24条2項の立法上の指針・要請である「個人の尊厳」「両性の本質的平等」に明らかに反している。

イ 多産要件

法3条1項2号は、多産要件を定めており、子が複数いる場合には不妊手術を受けるための要件が生命危険要件から健康低下要件に緩和されている。

このことは、子を持たないないし1人の子しか持たない女性は、妊娠・分娩により健康度を著しく低下させる身体状況であったとしても不妊手術を受けることはできないことを意味する。

健康度を著しく低下させることを回避するために医療措置を受けることは、不妊手術を受ける権利の一部である自らの生命・身体についての自己決定に関する事柄である。しかし、上記多産要件は、子を複数人出産するという責務を果たしていない限り、自らの望む医療措置を受けることができないということを制度化しているのである。

これは、自らの生命・身体についての自己決定の権利・利益よりも、産む性としての役割を重視しているという意味において、憲法24条2項が掲げる「個人の尊厳」に明らかに反している。また、このような制度設計は、国家が一定の家族観（例えば、「女性は子をなすべきことが原則である」といった価値観。）を前提に法制度を構築し、国民にその家族観に基づく家族形成を強制してはならないという憲法24条独自の趣旨にも反するものである。

法3条1項2号の規定する要件の制度設計が憲法24条2項の示す立法上の指針・要請に反するものであることは明らかである。

- (4) このように、原告の主張は、憲法24条2項との関係では、配偶者同意要件、多産要件による制度設計が特に立法裁量の逸脱の度合いが強いことを指摘するものである。しかし、被告らは上記主張に対してすら何らの応答もしていない。

以 上