

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（8）

令和7（2025）年10月22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6名

原告は、本準備書面において、被告の第3準備書面、令和7年8月29日付求釈明回答書及び同第4準備書面における主張に対し、反論する。

第1 本案前に関する被告の主張について

1 母体保護法3条は注意規定であるから、同条所定の要件は原告らの不妊手術の実施を妨げていないとの主張について

(1) 被告の主張

被告は、法3条は「法令による行為(刑法35条)として、不妊手術を実施しても違法性が阻却される場合を注意的に明示したものにすぎず、母体保護法3条の要件を満たす場合以外に不妊手術を含む生殖不能目的の手術の実施が許容される場合があることはもとより否定されていない」ため「原告■■■■ら4名に対する不妊手術の実施が妨げら

れているとの原告らの上記主張は理由がない」旨主張する(被告第3準備書面4頁以下)。

(2) 原告の主張

そもそも被告の上記主張は、本案前の主張としての位置付けが不明である。被告は、本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えの本案を争っている以上、上記主張は、紛争性の否定、すなわち「原告らの地位に争いが無い」という趣旨ではないと考えられるが、そうであるとすれば、本件地位確認の訴えの本案前の主張としては意味を持たない。

また、本準備書面10頁以下において詳論するとおり、法3条が注意規定であるとする被告の主張は、法28条の趣旨、従前の通達における行政の有権的法解釈、及びそれに基づく行政実務等のすべてと矛盾するものであるから、被告の主張はその前提に誤りがある。

さらに、被告の主張を前提としても、原告らの不妊手術が法3条の要件を満たさずとも不妊手術を許容されている場合に当たる場合とは、すなわち違法性阻却事由に該当する場合であると思われるところ、この点について被告からなんら主張立証されていないから、本件違法確認の訴えにおいて法3条の1項の違法確認を求める利益が否定される余地はない。

2 将来の刑事罰の発動の有無の確認を求めるから確認の利益が欠けるとの主張について

(1) 被告の主張

被告は、本件地位確認の訴えは「国家の刑罰権の発動に不可欠な具体的事実関係を捨象して、将来における国家の刑罰権の発動の有無の一般的な確認を求めるものにはかならず、紛争の成熟性を欠くことはもとより、対象選択という点においても不適切」であるため確認の利益を欠くと主張する(被告第3準備書面5頁以下)。

(2) 原告の主張

ア 裁判例は、刑罰権発動の不確実性がある場合でも確認の利益を認めていること

しかし、将来の刑罰権発動の不確実性を理由として確認の利益を否定することはできない。裁判例・判例も同様の立場である(以下、下線部は引用者)。

最判平成28年12月15日集民254号81頁(風俗案内所営業権確認等請求事件)¹の一審(京都地判平成26年2月25日判時2275号27頁)は、国が「法令等により課された公法上の義務の存否を争う訴訟が争訟性、成熟性を有するといえるためには、義務違反の効果として、将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけでは足りず、当該不利益処分を受けてからこれに関する訴訟の中で事後的に義務の存否を争ったのでは回復し難い重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情があることを要する」と主張したのに対して、裁判所は、「営業禁止区域における風俗案内所の営業を望む者が、同営業に先立ってあらかじめその適法性を確認するためには、本件訴えのような、実質的当事者訴訟としての確認の訴えによるほかはない」ことを確認したうえで、「営業禁止区域において風俗案内所を営業した者に対しては、事業停止命令が発せられ、あるいは、刑罰が科され得る。そうすると、本件条例3条1項、13条1項、16条1項1号等の合憲性を争いたい者にとっては、事業停止命令の取消訴訟や刑事訴訟の中で、これを争うという方法も存在する」が「事業停止命令は営業の自由を侵害し、刑事手続における身柄の拘束等も身体の自由を侵害」し「とりわけ、本件条例の仕組みからすると、本件条例3条1項に違反

¹ 京都府風俗案内所の規制に関する条例(平成22年京都府条例第22号。本件条例)が、本件条例3条1項各号所定の各施設(本件条例に係る保護対象施設)の敷地から200m以内の地域を営業禁止区域と定め、同区域内における風俗案内所の営業を全面的に禁止し、その違反者に対して刑罰を科すること等を規定しているところ、京都府風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例所定の第3種地域において、本件条例2条5号所定の風俗案内所を営んでいたXが、本件各規定は、営業の自由及び営利的表現の自由を不当に制限するものであって、憲法21条1項、22条1項に違反するなどと主張し、XがY(京都府)に対し、第3種地域において、利用者の求めに応じて風営法2条1項2号所定の接待飲食等営業に関する情報を提供する方法により、風俗案内所を営む法的地位を有すること及び同風俗案内所の内部において、風営法2条1項2号所定の接待飲食等営業に従事する者を表し、若しくはこれを連想させる図画若しくは文字、数字その他の記号を表示し、又は表示したものを掲出し、若しくは配置する法的地位を有することの確認等を求めた事案

した者については、直ちに、本件条例16条1項1号の構成要件に該当することとなり、何らの行政処分を経なくても、逮捕、勾留されたり、起訴されたりすることがあり得る」から、「事前にその適法性を確認することを認めず、実際に同営業を開始し、事業停止命令を受けたり、起訴されたりした後に、専ら事業停止命令の取消訴訟や刑事訴訟の中で、本件条例3条1項、13条1項、16条1項1号等の合憲性を争うことを求めるのは、あまりに酷であり、紛争解決の方法として極めて迂遠」であるとして、同営業を営む法的地位を有することの確認の利益を認めた。二審(大阪高判平成27年2月20日)も一審の判決を引用して確認の訴えの利益を肯定し、最高裁は二審の判断を是認して上告棄却した。

同様に、最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁(医薬品ネット販売の権利確認等請求事件)²の一審(東京地判平成22年3月30日判タ1366号112頁)は、「規制は営業の自由に係る事業者の権利の制限であって、その権利の性質等にかんがみると、Xらが、本件各規定にかかわらず、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売の方法による販売をすることができる地位の確認を求める訴えについては、本件改正規定の行政処分性が認められない以上、本件規制をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきであり、また、単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、省令の個別的な適用対象とされるXらの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができる」と解するのが相当である(なお、本件改正規定の適法性・憲法適合性を争うためには、本件各規定に違反する態様での事業活動を行い、業務停止処分や許可取消処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟

² 平成18年法律第69号1条の規定による改正後の薬事法(新薬事法)の施行に伴って平成21年厚生労働省令第10号により改正された薬事法施行規則(新施行規則)において、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与(郵便等販売)は一定の医薬品に限って行うことができる旨の規定及びそれ以外の医薬品の販売若しくは授与又は情報提供はいずれも店舗において薬剤師等の専門家との対面により行わなければならない旨の規定が設けられたことについて、インターネットを通じた郵便等販売を行う事業者であるXらが、新施行規則の上記各規定は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものであって無効であるなどと主張して、Y(国)を相手に、新施行規則の規定にかかわらず郵便等販売をすることができる権利ないし地位を有することの確認等を求めた事案

において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ず、本件改正規定の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことができないとするのは相当ではないと解される。」として確認の利益を肯定した。二審(東京高判平成24年4月26日判タ1381号105頁)は、一審判決を肯定した上で「Xらが本件規定の効力を争う方法としては、その規制に違反した営業活動を行うことによって課される行政処分に対する抗告訴訟を提起することが可能であるが、そのような行政処分を受けることによる経済的、社会的不利益を回避する必要が認められる本件のような事案においては、行政処分を受けない段階における公法上の法律関係に関する確認の訴えである当事者訴訟による争訟が認められるべきということになる。」とし、最高裁は二審の判断を是認して上告を棄却した。

このように、裁判例・判例は、法令による権利制約が存在し、違反により行政処分や刑事訴追といった制裁を受ける可能性がある場合には、その時点で行政処分や刑事訴追の対象となっていなくとも、法令により生ずる権利侵害の観点を重視して確認の利益を肯定している。

イ 本件地位確認の訴えに確認の利益があること

母体保護法28条は「何人も、この法律の規定による場合の他、故なく」不妊手術を行うことを禁止し、これに違反した場合には法34条により刑罰が科される。原告■■■■らが法3条の要件を満たさずに不妊手術を受けた場合、法34条に基づき刑罰が科され得る。本件各規定により原告■■■■らの不妊手術等を行う自由・権利は現に制約を受けており、本件各規定の憲法適合性を争うために敢えてこれに違反して刑罰を受ける危険を甘受しなければならないとするのは著しく酷であるのみならず紛争解決の手段としても極めて迂遠である。

被告は、第4準備書面において、「原告■■■■ら4名に対する『不妊手術』が『故なく』実施される場合に該当するか否かは、当該『不妊手術』の実施時における個別具体的な事情を総合して判断されるべきものであり、原告■■■■ら4名に対する『不妊手術』がい

まだ実施されていない現時点において、将来これらが実施された時点で『故なく』実施される場合に当たるか否かについての確定的判断はできない」旨主張する(同書面4頁)。

しかし、前記アに列挙した裁判例においても、少なくとも抽象的には刑法上違法性阻却される余地が存在したと考えられるが、この点について何ら問題とすることなく、「刑事訴訟の中で、(略)合憲性を争うことを求めるのは、あまりに酷であり、紛争解決の方法として極めて迂遠」であると判断している。そうすると、後述のとおりあくまで正当業務行為(刑法35条)の範疇にとどまる「『故なく』行われるものとは認められない場合」に該当する抽象的な可能性があることをもって確認の利益が否定されることはない。

したがって、原告■■■■■らが罰則を受けることなく自らの意思に基づき医師又は指定医師の不妊手術を受けることができる法的地位には現実的な危険又は不安が生じており、この危険・不安を除去するためには、当該地位の存在について確認判決を得ることが紛争解決の方法として有効かつ適切であり、確認の利益が認められる。

将来の刑罰権発動の不確実性を理由として確認の利益がないとする被告の主張は誤っている。

3 配偶者同意要件について確認の利益が否定されるとの主張について

(1) 被告の主張

第1に、被告は、原告■■■■■ら4名には配偶者がおらず、「配偶者同意要件が不妊手術を受けるうえでの障害となる具体的なおそれを裏付ける事情への言及」がないことから、「配偶者同意要件が障害となる余地はない」とし、このことは、「本件違法確認の訴えが、一般的・抽象的な立法行為の違憲(違法)又は一般的・抽象的な立法不作為の違憲(違法)の確認を求めるものであることを示している」と主張する(被告第3準備書面6頁以下)。

第2に、被告は、第1の点について述べたうえ、原告梶谷にとって配偶者の同意を得ることが可能であったことを根拠に、「原告梶谷の請求との関係においても・・・配偶者

同意要件を問題とする必要性は全くないので、付言する」として、「原告梶谷も、不妊手術を受けられなかったのが配偶者の同意を得られなかったためであるとは主張していない」ため、原告梶谷の損害賠償請求との関係で配偶者同意要件が問題となることはない」と主張する(同)。

(2) 原告の主張

ア 第1の点(配偶者同意要件は障害となる余地がないとする主張)について

原告■■■■ら4名に配偶者同意要件による障害が存在しなかったとする被告の主張は事実に反している。

不妊手術を受ける権利・自由は、子をもうけるか否かに関する自己決定権及び及び自己の身体の処分にかかわる自己決定権を内実としている。そして、この自己決定権は、不妊手術を受けて子をもうけない身体にすることを、自ら望むときに、その意思決定を第三者に評価されたり、不妊手術に医療上不要な質問をされるなどして干渉を受けることなく、自らの意思のみで決定できる状態を保障することを意味している。実際に配偶者同意要件により原告■■■■ら4名の権利が侵害され、あるいは将来において確実に侵害が予想されることは、同人らの供述からも明らかである。

例えば、原告■■■■は、妊娠可能性から中絶の可否を確認するため医療機関を受診した際、配偶者がいないのに、配偶者同意を確認されたことがある。そのとき「自分の身体のことなのになぜ他者の同意が必要なのか」「なぜパートナーの有無を確認されなければならないのか」と強い嫌悪感を覚えた。その後、クリニックでピル処方の際に不妊手術を希望したところ、医師から「そんなの無理に決まっていますよ」と頭ごなしに否定された際、配偶者の存在やその同意の取得が当然であると言われていたようで強い抵抗感を覚えた旨述べている(甲95:2025年10月7日付原告■■■■陳述書)。

原告■■■■は、恋愛感情や性的欲求がなく、妊娠や出産を望んでおらず、今後も望むことはない。自らのセクシュアリティを説明する際、ほぼ確実にセクハラまがいの言動を受けて深く傷ついてきた原告■■■■にとって、「たとえ病院という場であっても」配偶者の有無やその同意要件について「応答を強いられることは」非常に「つらいこと」として訴

えている(甲94:2025年 10月7日付原●●●陳述書)。

原告●●●は、「結婚して配偶者がいなければ重大な決定ができない・・・と宣告されているかのように」感じ、配偶者同意要件の存在自体が「不妊手術を受けることに抵抗を感じさせる原因になっている」と訴えている(甲92:2025年 10月7日付原告●●●陳述書)。

原告●●●は、不妊手術をするかしないかは自分の身体のことであるから「誰にも干渉されず、誰にも説得されたりすることなく」「自分の意思だけで」行えることを強く望んでおり(甲7)、さらに、配偶者同意要件がある限り「結婚という人生の選択肢を自由に考えることができず、将来の人生設計においても不安と制約を強いられ」と述べている(甲93:2025年 10月7日付原告●●●陳述書)。

さらに、配偶者がいない者も、配偶者の存在およびその同意を不妊手術の実施条件として求められる場合がある。原告梶谷は、実際に「結婚していて夫が同意していないと不妊手術はできない」と告げられ、不妊手術を実施するかどうかについて議論する余地すら与えられなかったと述べており(甲91:2025年9月10日付原告梶谷陳述書)、このことはそのような社会的実態が現に存在することを裏付けている。

このように、原告●●●ら4名にとって、配偶者同意要件の存在は不妊手術を受けるにあたっての具体的な障壁になっている。配偶者同意要件は、配偶者及び同意の有無にかかわらず、同人らの誰からの干渉も受けず望んだときに自らの意思のみで不妊手術を受ける自由・権利を現に侵害している。原告●●●ら4名について配偶者同意要件が障害となる余地はないとする被告の主張はその前提を誤っている。本件違法確認の訴えは、法律上の争訟に当たる。なお、念のために付言すると、配偶者要件の一点のみをもって本件違法確認の訴え全体の法律上の争訟性が否定されることはあり得ない。

イ 第2の点(原告梶谷との関係)について

原告梶谷に配偶者同意要件による障害が存在しなかったとする被告の主張は事実反している。

原告梶谷が日本で不妊手術の可能性を探っていた当時、原告梶谷のパートナー

(アメリカで施術を受けた際には配偶者であった)は、原告風音の意思を非常に尊重し、協力的であったものの、原告梶谷にとっては、パートナーないし配偶者の同意を求められること自体が大きな屈辱であった。そして、その同意を得たうえで手術を受けられたとしても、『一人の意思で決めさせてもらえなかった』『一人の人間として扱ってもらえなかった』という気持ちは生涯残ってしまったと思う」、そして、このことは「配偶者同意要件以外の要件がなかったとしても同じ」であると述べている(甲91)。このように、たとえ、たまたま配偶者の同意が得られていたとしても、自己の意思「のみ」によって不妊手術を受ける権利が侵害されていることに変わりはない。

また、原告梶谷は、日本の病院で不妊手術を受けようとした際、「子どもがいるか」「結婚しているか」あるいは「パートナーは同意しているか」といった質問を繰り返し問われ、前述のとおり、「結婚していて夫が同意していないと不妊手術はできない」とまで告げられた。その結果、原告梶谷は、配偶者同意要件の存在とその誤った運用から、不妊手術の実施につき「議論する余地すら与えられ」なかったという経験をしている(甲91)。日本での経験が、いかに原告梶谷の権利に対する重大な侵害であったかは、その後海外で不妊手術を受けた際、「第三者の同意を得る必要もなく、私の決断を誰かにジャッジされることもなく、適切な説明を受けた上で、私だけの意思決定に基づいて不妊手術を受けることができ」「本当にはじめて、ひとりの人間として扱われたような気持ちにな」った(甲3)と述べていることに端的に現われている。

原告■■■■4名と同様、原告梶谷にとっても、配偶者同意要件の存在は、自己の意思のみで不妊手術を受ける自由・権利に対する重大な障害であり、また、同意の有無を繰り返し問われ、その意思決定を第三者に評価されることを余儀なくされる原因となっていた。

配偶者同意要件が障害となる主張はなく、それ故、原告梶谷との関係で同要件は問題とならないという被告の主張は誤っている。

第2 法3条は法28条とあいまって原告らの権利を制限する性質を有すること

以下では、被告第3準備書面のうち、法3条及び法28条の関係性に関する部分、すなわち、被告が「不妊手術等を実施することに相当な理由がない場合（「故なく」実施する場合）を除いて不妊手術等を許容している」として、法3条は違法性が阻却される場合の例示規定に過ぎない旨を主張する部分に関して、被告求釈明回答書及び被告第4準備書面も踏まえて、反論する。

1 法3条は違法性が阻却される場合の例示規定に過ぎない旨の主張の誤り

(1) 被告の主張

被告は、第3準備書面16頁において、法3条の位置付けについて以下のように主張する。

同法28条は、「この法律の規定による場合」（同法3条に該当する場合）のほか「故なく」生殖不能目的の手術等を禁止すると定めており、正当業務行為として違法性が阻却される場合（被告第2準備書面・39頁）はもちろん、これに加えて、不妊手術等を実施することに相当な理由がない場合（「故なく」実施する場合）を除いて不妊手術等を許容しているのであって、同法3条もこれと同趣旨のものである。

このように、母体保護法は、法3条において、法令行為として医師が適法に不妊手術を実施できる場合を注意的に明示する一方で、同条に該当しない医師による生殖不能目的の手術等について、違法性が阻却される余地を否定していないのであって、同条が定める除外事由を満たさない場合に医師が不妊手術を実施することが、同法28条及び34条により直ちに罰則の適用をもって例外なく禁止されるものではない。

(2) 原告の反論

しかし、以下に述べるとおり、上記被告の主張は、法28条の趣旨、通達に基づく行政の有権的解釈、それに基づく行政・医療実務等のすべてと矛盾するもので、しかも憲法31条に反するものだから、採用の余地がない。

ア 法28条の制定経過及び同条の趣旨

訴状別表記載のとおり、法28条は、国民優生法15条、優生保護法28条を引き継ぐもので、以下のとおり、その内容はほとんど改正されていない。

国民優生法15条

「故なく生殖を不能ならしむる手術又は放射線照射は之を行うことを得ず」

優生保護法28条

「何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、優生手術を行ってはならない」

母体保護法28条

「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。」

このうち、国民優生法15条は、「積極的な目的、優良な子供をどっさり生むようにするためには健全な素質を持つ人に避妊手術を施すことを禁止」する目的のものであり（甲96：石田博英『結婚新體制』172頁）、同法のいうところの遺伝性精神病等の疾患が認められる場合以外の不妊手術は禁止され、例外として医療目的の場合のみ不妊手術が認められていた（甲97：谷口彌三郎外『優生保護法解説』37頁）。

その後、昭和23年に成立した優生保護法では、優生保護に加えて母性保護が目的に加わり、任意の優生手術として現在の法3条と同様の要件による手術が追加された。これにより、国民優生法15条のもとで行い得た不妊手術に加え、優生保護法3条に基づく任意の不妊手術を行うことができるようになった（優生保護法28条。甲97：前掲谷口・37頁）。優生保護法提案者の一人である谷口彌三郎によると、優生保護法28条の趣旨は、一般的には不妊手術が違法であることを明らかにするとともに、正当な理由がある場合として、優生保護の目的によって行う場合、他の法令の規定によって行う場合、医師が医療の目的によって行う場のみが例外として許され、そのほかはことごとく不妊手術を禁止するものであるとされ（甲97：上記谷口・76、77頁）、それが一般的な理解であった（甲98：末広敏昭『優生保護法・基礎理論と解説175頁～176頁』）。優生保

護法が有効であった時期の医学書にも、不妊手術は、「妊娠、分娩により母体の健康、生命に悪影響がある疾患(医学的適応症)、悪質遺伝の予防」が適応するとされていた(甲99:三谷靖『婦人科手術の実際』629頁)。

このように、優生保護法28条では、優生保護目的の場合、法令の規定がある場合、及び、医師が医療目的で行う手術の場合以外は全ての不妊手術は禁止されていた。

この優生保護法を引き継ぐのが母体保護法であるが、優生保護法から母体保護法への改正の趣旨は、優生保護法のうち優生思想に基づく部分の見直しを行うというものであった。不妊手術に係る規定についても、優生思想に関連する部分のみが削除され、「優生手術」という文言が「不妊手術」に改められた他、優生思想に基づく不妊手術の規定が削除され、それに伴って優生手術の公費負担に関する規定が削除されたほかには改正は行われなかった。そのため、上記優生保護法28条の規定はほぼそのまま母体保護法28条に踏襲され、母体保護法に基づかない不妊手術は原則禁止とされ、母体保護法に基づき行うことが出来る不妊手術は法3条の場合に限定されることとなった。

このような法28条の制定経過を踏まえれば、法28条は、優生保護法28条をそのまま引き継ぐ規定であって、改正にあたり法28条の趣旨が変更された経過も認められないことから、法28条は、不妊手術が原則違法であることを明らかにするとともに、母体保護法の規定に基づいて行う場合、他の法令の規定によって行う場合、医師が正当業務行為として行う場合のみが例外として許される、という趣旨の規定と解するほかない。

イ 通達に基づく行政の有権的解釈

実際に、令和2年に発出された「母体保護法の施行について」の一部改正について(通知)(甲90:令和2年10月20日付労働省発子1020第1号。以下「本件通知」という。)でも、法28条及び法34条の解釈として、「この法律の規定による場合又は医師が医療の目的のため正当業務又は緊急避難行為として行う場合以外にこれを行えば、法第28条違反として法第24条の罰則が適用されるものである」とされている。

本件通知により、法28条は、①3条に該当する場合、②医師が医療の目的のため行

う正当業務、③緊急避難行為と認められる場合以外の手術をことごとく禁止する趣旨のものであることがより一層明確にされているのである。

これに対し、被告は、本件通知の「医師が医療の目的のため正当業務又は緊急避難行為として行う場合」には、「結果的に正当業務行為に該当しないけれども、医師が医療目的のために行った医療措置であって社会的相当性を欠くものとは認められない場合」も含まれるなどと主張する(求釈明回答書6頁)。しかし、このような解釈自体が極めて不自然である上、「刑法35条に定める正当業務行為に該当しないが社会的相当性のある場合」とは一体どのような場合をいうのかについて被告自身も明らかにできていない。被告の主張する本件通知の解釈は採用し得ない。

ウ 裁判例や医療実務

以上の理解は、東京高等裁判所昭和45年11月11日判決の判断方法にも沿う。

すなわち、同判決では「被告人の本件手術は性転向症者に対する性転換手術の一段階と見うるから表見的には治療行為としての形態を備えていることは否定できないであろう。しかしながら、性転換手術の性格と現段階における医学的評価から、前記のとおり正当な医療行為と云いうるためにはいくつかの条件が充足されていることが必要である」とされ、性転向症者に対して施術された性転換手術が「正当な医療行為」に該当しないという理由で被告人の有罪(優性保護法違反)が確定した。ここで判断の対象になったのは「正当な医療行為」と言えるか否かであり、「手術が故なく行われたか否か」ではない。医療行為に該当するかどうかに加えて「その他に相当な理由があるかどうか」など検討の対象にもされなかった。

また、医療の現場でも、性別適合手術が母体保護法違反にならない根拠は特例法の要件に「生殖機能を永久に欠くもの」とあり、性別適合手術が正式な医療行為であると法的に認められているためであって、ガイドラインに違反して単科単独で診断・手術を行った場合には母体保護法違反で訴えられる可能性があると理解されている(甲100:「性同一性障害と手術療法:形成外科との連携」)。

実際、本件通知では、法3条、医師による正当業務行為、緊急避難行為以外の不妊

手術は、法第28条違反として法第24条の罰則が適用されるとされている。

本件通知は、母体保護法の実施に当たり留意すべき点を厚生労働省が道府県知事等に示したもので、実質的に不妊手術や人工妊娠中絶に関する規制として作用している。各行政機関ではこれに基づいて母体保護法が運用されており、国・地方公共団体から監督を受ける医療機関でも、本件通知に基づいた運用がなされている。

エ 被告の解釈は刑罰の明確性の原則(憲法31条)に反すること

仮に、被告の主張するように法28条の「故なく」実施したとは認められない場合の解釈として「結果的に正当業務行為に該当しないけれども、医師が医療目的のために行った医療措置であって、それが社会的相当性を欠くものとは認められない場合」(求釈明回答書6頁)が含まれるのであれば、被告ですらその内実を明らかにできていないのであるから、刑罰の明確性の原則(山口厚『刑法総論』(有斐閣、2016年)17～19頁)に反し、国民に対する告知機能を果たさないことは明らかである。そうすると、被告の主張するような解釈は、憲法に適合しない解釈であるから、この意味においてもおよそ採用し得ない。

オ 小括

以上のとおり、法28条制定の経緯、本件通知、裁判例、医療実務等、憲法31条の規律を踏まえると、法28条に、被告が主張するような④「その他の相当な理由がある場合」に行うことができる不妊手術等を含める余地はない。

2 不妊手術が医行為ではないとする被告の主張が明白な誤りであること

(1) 被告の主張

被告は、法3条を注意規定と解することの根拠の一つとして、「不妊手術が医行為と一般には認識されていないために医師が傷害罪に問われる可能性があることをおそれ、不妊手術を行わないことが懸念されるため、法3条を設けて適法に不妊手術ができる場合を明示した」とする(第3準備書面15頁)。

(2) 原告の反論

しかし、この主張は、タトゥー手術の医師法違反該当性が問われた事件において最高裁判所令和2年9月16日決定(以下「本決定」という。)が示した「医行為」の定義および判断基準、さらには社会通念と関連法規に照らして、明らかに誤っている。

本決定は、「医行為」を「医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と明確に定義している。この定義は、「医療関連性」と「保健衛生上の危険性」という二つの要件を必要とする。そして、ある行為が医行為に当たるか否かは、「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」のが相当であるとされている。

この本決定の基準に照らせば、不妊手術は明らかに医行為に該当する。

ア 「医療及び保健指導に属する行為」であること(医療関連性)

医師法第1条は、「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保するものとする」と定めており、医行為は医師の職分である「医療及び保健指導」の範囲に属すると解される。不妊手術は、以下の点から「医療及び保健指導に属する行為」であることは明白である。

(ア) 歴史的経緯

不妊手術は、旧優生保護法の下で「優生手術」として、また現在の母体保護法の下で「不妊手術」として、一貫して医師によって行われてきた。旧優生保護法は、その目的の一つに「不良な子孫の出生を防止すること」を掲げ、優生手術として不妊手術を定めており、同意のない強制不妊手術が1万6,000件以上実施された。その後、優生思想に基づく規定が削除され、名称が「母体保護法」に改められたが、不妊手術は依然として医師のみが実施できるものとされている。性同一性障害の治療における性別適合手術も、生殖腺の機能を永続的に欠く状態にすることが要件とされており、正当な医療行為として医師によって行われている。これは、約170年もの長き

にわたり医師の資格が一度も必要とされなかったタトゥー施術とは対照的である。これらの歴史的経緯は、不妊手術が日本の法制度上、常に医療の領域に位置づけられ、医師がその担い手であったことを明確に示している。

(イ) 関連法制度

不妊手術は、母体保護法によって明確に規制されており、医師のみが所定の要件を満たした場合にのみ実施が許され、違反者には刑事罰が科せられる。母体保護法指定医師には、医師免許取得後5年以上の経験と産婦人科の診療研修が3年以上必要とされるなど、専門的な資格基準が設けられている。これは、医師の専門的な知識と技術が不妊手術の実施に不可欠であることを法が前提としていることを意味する。タトゥー施術が、これまで医療や保健指導の観点からの規制が及んだ事実がなく、主要国において医師免許以外の資格を求める緩やかな規制が敷かれていることとは根本的に異なる。

(ウ) 医療従事者の養成課程

不妊手術は、生殖器系に関わる外科的処置であり、解剖学、無菌操作、止血、縫合、麻酔管理、術後合併症対応等の医学上の知識・技能を不可欠の前提とする。これらは医学部教育、臨床研修、専門医養成で習得される領域である。医師免許取得に際して要求される知識・技能の中には、不妊手術に関連する内容が含まれており、母体保護法指定医師制度も、産婦人科の専門知識と技能が必須であることを前提としている。これは、タトゥー施術に必要な手技や美的素養が医療従事者の養成課程で扱われることがないのとは根本的に異なる。不妊手術は医療教育の中核をなす分野である。

(エ) 予防・調整医療としての性質

不妊手術は、疾病治療に限定されないが、母体保護・生殖に関する保健指導・医学的介入として位置付けられる。本決定が示す「医行為」の定義は、「治療」に限定されず、「医療及び保健指導に属する行為」というより広い概念を前提としており、予防・調整的医療(予防接種、避妊関連手術、美容外科等)をも包摂する。不妊手術

はこの中核にある。被告国の主張は、医行為の概念を不当に狭く解釈するものである。

(オ) 社会通念

不妊手術は、病院やクリニックといった医療機関で医師によって行われるべき医療行為として、社会一般に広く認識されており、医療機関以外で行われることを社会が許容すると考えることはできない。タトゥー施術が「装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗」として受け止められてきたのに対し、不妊手術は明らかに「医療」として提供されるサービスである。本決定の二審(大阪高判平成 30 年 11 月 14 日)が美容整形外科手術について「医業の内容である医行為について医療関連性の要件が必要であるとの解釈をとっても、美容外科手術等は医行為に該当する」と認めたように、身体への侵襲を伴う不妊手術も同様に医療関連性を有することは明らかである。被告国が「一般的に認識されていない」と主張するのは、不妊手術が本来持つ医療としての性質と、日本社会における医師が担うべき業務としての実情に反するものである。

イ 「医師が行うのでなければ保健衛生上危害が生ずるおそれのある行為」であること(保健衛生上の危険性)

不妊手術は、身体への侵襲を伴う外科手術であり、当然ながら保健衛生上の危険性を伴う。被告国自身も「第3準備書面」で不妊手術を「重大な合併症が起り得る身体への侵襲性の高い手段といえる」(11頁)と認めている。出血、感染症、臓器損傷、ホルモンバランスの不調、精神面での影響などの一定のリスクがあるから、これらを適切に管理し、合併症に対処するためには、医学的知識と技術が不可欠である。被告国の不妊手術のリスクに関するこれまでの主張は、自らの「不妊手術は医業の内容となる医行為であるとは一般的に認識されていない」という主張と明らかに矛盾している。危害が生じる可能性のある行為であると認めながら、それを医行為でないとすることはできない。医行為は抽象的危険で足りるとされており、実際に危害が生じていないことが医師法違反を否定する根拠にはならない。

ウ 小括

本決定における草野耕一裁判官の補足意見は、タトゥー施術行為のように「医療関連性を要件としない解釈をとれば、我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者は消失する可能性が高い」ことや、「タトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げる」ことを懸念し、タトゥー施術のような行為は「新たな立法によってこれを行うべきである」と述べている。不妊手術は、既に母体保護法という立法によって厳しく規制されており、医師による実施が前提とされている点で、タトゥー施術とは根本的に異なる。このことは、不妊手術がすでに「医療関連性」のある行為として法体系に組み込まれていることを示唆している。

以上のとおり、本決定がタトゥー施術を医行為ではないと判断した際の明確な基準を不妊手術に適用すれば、不妊手術が「医行為」であることは明らかである。そうすると医療法等の規律で当然に規制され、またその規律の範囲内で適法に医師が施術できることは当然であるから、不妊手術に限って法3条のように「手術を実施できる場合を注意的に明示する」意味などない。

3 小括

以上のとおり、法3条をとする被告の主張は、法28条の趣旨、従前の法解釈、それに基づく行政や医療の実務等、さらには憲法31条の規律といった、すべての観点に照らして採用の余地はない。不妊手術が医行為ではないなどとする主張も、医療関連性や保健衛生上の危険に照らして、採用の余地はない。

女性にとって、母体保護法3条以外の不妊手術は実施できず、実施されていないのが厳然たる事実である（結果として不妊となる手術は除く）。法3条が単なる注意規定であるとする被告の主張は詭弁でしかない。法28条、法34条、法3条を併せてみれば、法3条1項本件各要件によって、原告らの不妊手術を受ける権利が制約されていることは明らかである。

第3 原告らにおいて違法性阻却事由がないことの立証は不要であること

被告は、前記第2のとおり誤った解釈を踏まえ、請求棄却を求める理由として、「原告■■■■4名に対する『不妊手術』が『故なく』実施される場合に該当するか否かは、当該『不妊手術』の実施時における個別具体的な事情を総合して判断されるべきものであり、原告■■■■4名に対する『不妊手術』が未だ実施されていない現時点において、将来これらが実施された時点で『故なく』実施される場合に当たるか否かについての確定的な判断はできない」からである旨主張する(被告第4準備書面4頁)。

まず、被告が前提とする解釈は採用し得ず、「故なく」実施されたと認められていない場合が刑法上の違法性阻却事由である正当業務行為等を指すことは、既に述べたとおりである。

その上で、被告の上記主張は、原告らが「故なく」不妊手術を実施される場合に当たること、すなわち違法性阻却事由に該当しないことについて、原告らが積極的に立証しなければ、法3条1項本件各要件による権利侵害性が認められないとする趣旨とも解される。

しかし、違法性阻却事由の有無は、個別具体的な事情を前提に判断されるものであり、しかも、極めて例外的なものであるから、その不存在について網羅的に立証することはおよそ不可能である。そして、原告らが、法3条の本件各要件の違憲性を争うために敢えて現行法規に違反して不妊手術を行えば、刑事処罰される危険にさらされ、回復できない重大な損害を被ることとなるのであり、あまりに酷である。前記第1・2(2)に列挙した最判平成28年12月15日及び最判平成25年1月11日が、刑事処分や行政処分を待たずに確認の訴えによる権利救済を図った趣旨にも悖ることとなる。

法28条、法34条、法3条1項を併せてみれば、法3条1項本件各要件によって、原告らの不妊手術を受ける権利が制約されていることは明らかである。抽象的にみれば、刑事手続において例外的に違法性阻却事由に当たると判断される余地が残るとしても、立法者である被告ですらその該当性を判断できていないのであり(被告第4準備書面4頁)、原告らにその非該当性の立証の負担を課すことは権利救済の観点から明らかに不当である。

したがって、原告らの請求が認められるに当たって、原告らにおいて2条不妊手術が「故なく」実施されたこと(違法性阻却事由非該当性)について立証する必要はない。

第4 総括

以上のおり、法28条が「故なく」実施する場合を除けば不妊手術を許容しており、法3条は違法性が阻却される場合の例示規定にとどまるとして、本件各要件の権利侵害性を否定する被告の主張は誤りである。被告は、被告が単なる注意規定であるとする本件各要件によって、手術を行うことができず苦しんでいる者が実際に存在することに正面から向き合うべきである。

以上