

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5準備書面

令和7年11月28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

藤牧高浩

石丸文至

稲田征之

小森園ひとみ

植田彰彦

富田圭祐

三宅温子

大泉和渡

角 川 貴 音

藤 本 新 羽

植 木 知 伽 子

松 澤 拓 也

被告は、本準備書面において、原告らの令和7（2025）年10月22日付け準備書面(8)（以下「原告ら準備書面(8)」という。）に対し、必要な範囲で反論するとともに（後記第1及び第2）、被告の主張を一部訂正する（後記第3）。

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 原告ら4名が引用する各裁判例は将来の刑事罰の発動の有無の一般的な確認を求める訴えの適法性を肯定したものではないこと**

### **1 原告らの主張**

被告が、本件地位確認の訴えについて、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ほかならず、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、確認の利益を欠く旨主張したのに対して（被告第3準備書面・5及び6ページ）、原告らは、「将来の刑事罰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」と主張し、その根拠として京都地方裁判所平成26年2月25日判決（判時2275号27ページ）並びに東京地方裁判所平成22年3月30日判決（判タ1366号112ページ）及びその控訴審判決である東京高等裁判所平成24年4月26日判決（判タ1381号105ページ）を挙げる（原告ら準備書面(8)・2ないし5ページ）。

### **2 被告の反論**

しかしながら、原告ら4名の本件地位確認の訴えは、「罰則を受けることなく」不妊手術を受けることのできる地位の確認を求めるものであり、これはすなわち、将来において原告ら4名が不妊手術を受ける場合に、その際の具体的事実関係いかににかかわらず、一切刑罰が科されないことの確認（保障）を求めるものと解するほかないから、このような訴えが不適法であることは明らかである。

これに対し、原告らの挙げる裁判例は、いずれも、一定の行為を行うことができる権利又は法的地位の確認を求める訴えについてのものであり<sup>1</sup>、「罰則を受けることなく」一定の行為を受けられる地位の確認、すなわち、将来における国家の刑罰権の不発動についての一般的な確認を求めるものではない。そうすると、これらの各裁判例は、本件地位確認の訴えについての確認の利益を何ら基礎づけるものではないから、前記1の原告らの主張は失当というほかない。

## 第2 母体保護法28条の「故なく」との規定が明確性の原則に反する旨の原告の主張に理由がないこと

### 1 原告らの主張

原告らは、「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（括弧内略）が含まれるのであるとすれば、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」と主張する（原告ら準備書面(8)・10ないし14ページ）。

### 2 被告の反論

---

<sup>1</sup> 京都地方裁判所平成26年2月25日判決は、原告が、主位的に、京都府風営法施行条例所定の第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の確認を、予備的に、原告が、第3種地域のうちの保護対象施設の敷地から70メートルの範囲に含まれない場所において、主位的請求と同様の法的地位の確認を求める訴えについて、確認の利益を肯定したものである。また、東京地方裁判所平成22年3月30日判決及び東京高等裁判所平成24年4月26日判決は、いずれも、原告が「医薬品の店舗販売業の許可を受けた者とみなされる既存一般販売業者として、平成21年厚生労働省令第10号による改正後の薬事法施行規則の規定にかかわらず、第一類・第二类医薬品につき郵便等販売をすることができる権利（地位）」の確認を求める訴えについて、確認の利益を肯定したものである。

しかしながら、被告は、求釈明に対する回答書第2の1(2)(5及び6ページ)のとおり、母体保護法28条違反として同法34条の罰則が適用されない場合としては、同法3条による場合のほか、正当な理由のある場合(医師としての正当な業務として行われる医療行為等又は緊急避難行為に該当する場合)があること、また、ここでいう医師としての正当な業務として行われる医療行為等には、いわゆる違法性阻却事由としての正当業務行為(刑法35条)に該当する場合以外に、結果的に正当業務行為に該当しないけれども、医師が医療行為のため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(「故なく」行われるものとは認められない場合)が含まれることを明らかにし、さらに、この場合、傷害罪や業務上過失傷害罪の成否の観点から違法性が阻却されないことがあったとしても、母体保護法28条違反として同法34条の罰則が適用されることはないことになること(ただし、被告としても、そのような場合が広く認められると主張するものではないこと。)を補足している(これにより、例えば、医師が医療行為として行った不妊手術中、業務上過失傷害罪に問われ得る手技上の過ちがあったとしても、同法34条の罰則は適用されないことを明らかにしている。)のであるから、「被告ですらその内実を明らかにできていない」とする原告らの主張は、被告の主張を正解しないもので、理由がない。

また、原告らは、母体保護法28条の「故なく」実施したと認められる場合に関する被告の解釈が刑罰法規の明確性の原則に反し、憲法に適合しない解釈であると主張し、これが同法28条の「故なく」との文言が刑罰法規の明確性の原則に反すると主張するものかは判然としないが、そうした趣旨であれば、平成7年法律第91号による改正前の刑法に関し、「刑法住居侵入罪の「故ナク」とは、正当の事由なくしての意である」とされているとおり(最高裁判所昭和23年5月20日第一小法廷判決・刑集2巻5号489ページ)、「故ナク」の表記を平易化した「正当な理由がないのに」との文言が用いられた刑罰法規は、

現行刑法だけでも多数存在する（同法105条の2、130条、133条、134条1項及び2項、168条の2第1項及び2項、168条の3）のであって、「故なく」の文言が上記原則に違反するという主張は明らかな誤りである。

さらに、原告らが、被告が母体保護法28条違反として同法34条の罰則が適用されることがない場合のうち、同法3条による場合のほかの正当な理由のある場合を個別具体的に列挙していないことをもって、刑罰法規の明確性の原則に反すると主張するものであるとすれば、これは刑罰法規のうち違法性阻却事由に当たるものを個別具体的に列挙しないことを非難する趣旨である。しかし、原告らから刑罰法規の明確性の原則に違反するという根拠が示されていない点はともかく、同原則は、「犯罪の成立要件及び法定刑について問題となる」（前掲山口・17ページ）ものとされており、違法性阻却事由や責任阻却事由のような犯罪の成立を否定ないし限定する事由に係る法規の文言で問題になるとはされていない。そもそも、違法性阻却事由や責任阻却事由といった犯罪の成立を否定する事由は、当然に事案ごとに異なり、これを刑罰法規に具体的に規定することは、その性質上困難であるといわざるを得ない。そうすると、違法性阻却事由としての正当な理由のある場合を個別具体的に列挙しないことをもって、刑罰法規の明確性の原則に反するということとはできない。

したがって、原告らの前記1の主張は理由がない。

### 第3 被告の主張の一部訂正

#### 1 訂正の内容

被告は、被告第3準備書面15ページ13ないし15行目における主張の一部を下記のとおり訂正する（併せて、同ページ下部の脚注1も削除する。）。

記

誤：「通常の疾病に対する治療と異なるため、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上」

正：「通常の疾病に対する治療と異なるため、医療行為として正当化されるか否かについて医師の間に疑義が生じ得る上」

以上

## 2 訂正の理由

被告は、不妊手術について、被告第3準備書面（15及び16ページ）において、「通常の疾病に対する治療と異なるため、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上」、正当業務行為として違法性が阻却されるか否かに関して、明確な判断基準は存在しないことから、医師は不妊手術を行うことが傷害罪に問われる可能性を恐れ、不妊手術を行わないことが懸念されることから、母体保護法3条は、本来、正当業務行為として傷害罪が成立せずに適法に不妊手術を実施できる場合の一類型を注意的に明示したにとどまる旨主張し、脚注において、医行為の判断基準に関する最高裁令和2年決定を引用した。

令和2年最高裁決定は、医師でない彫り師が業として行ったタトゥー施術行為が医師法17条にいう「医業」の内容となる医行為に当たるか否かが問題となった事案であり、そこで問題とされたのは、当該行為が、医行為という医師資格のない者が業として行うことが許容されない行為であったか否かである。同決定は、この点に関し、医行為の意義につき、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をいうとし、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した上で、タトゥー施術行為が社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導が属する行為とは考えられてこなかったこと、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得課程等でその習得が予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り

師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難いことなどを述べて、タトゥー施術行為が医行為に当たらないと判示し、被告人を無罪とした原判決に対する上告を棄却したものである。

これに対し、本件で問題となる不妊手術は、外科手術という明確に「医療に属する行為」であって、「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」であることに疑いがないから、医師の資格がない者が業として行うことができないことは明らかである。この点に関する被告の従前の主張（「通常の疾病に対する治療と異なるため、医業の内容となる医行為であると一般的に認識されていない上」）は、不妊手術が、医師の資格がない者が業として行うことができない行為であることを前提としつつ、通常の疾病に対する治療と異なるために、医師が行う場合であっても、医療行為として正当化されるか否かについて疑義が生じ得ることを説明したものであるものの、不妊手術が医師法17条の定める医業の内容となる医行為に該当しない結果、医師の資格がない者が業として行うことができる可能性がある」と主張しているかのように誤読されるおそれがあることから（原告ら準備書面(8)・14ないし18ページ）、そのような主張をするものでないことを明確にするため、上記のとおり主張を一部訂正する。

以 上