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（９）

令和７（２０２５）年１２月４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、被告第5準備書面に対し、必要な範囲で反論する。

第１　本件確認の訴えが刑罰権の発動の有無の確認を求めるものであって不適法であるとする主張について

１　被告の主張

被告は、原告らが準備書面⑻で引用した各裁判例は、将来における刑罰権の不発動についての一般的な確認を求めたものではないから、本件地位確認の訴えの利益を基礎付けるものではない旨主張する（被告第5準備書面3、4頁）。

２　原告らの主張

しかし、原告らが引用した各裁判例は、いずれも、特定の営業行為をすれば法令又は条例違反となり、これに対する刑罰又はその前提となる行政処分が予定されている

事案において、その行為をすることができる地位の確認を求めたものである。すなわち、このような地位の確認を求める必要があったのは、刑罰権が発動される可能性があったからにほかならず、請求の趣旨において、刑罰を受けることのないことは当然に含意されていた。本件も、同様に、原告[redacted]らが行おうとする不妊手術が母体保護法により刑罰をもって禁止されており、原告[redacted]らには本件地位確認を求める利益がある。

被告の主張は理由がない。

第２　母体保護法２８条の「故なく」が刑罰法規の明確性の原則に反しないとの主張について

１　被告の主張

被告は、①「故なく」について、「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」と補足したことでその内実を明らかにしている、②「故なく」やこれと同義である「正当な理由がないのに」という文言は、法28条以外の刑罰法規にも用いられている、③刑罰の明確性の原則は、犯罪の成立を否定又は限定する事由との関係では問題とならないなどと主張する（被告第5準備書面4～6頁）。

２　原告らの主張

⑴　①の主張（「故なく」の内実）について

しかし、被告の主張は、結局、「違法性阻却事由には当たらないが、社会的相当性を欠くものとは認められない場合」を例示するものではなく、具体的な反論ではない。

⑵　②の主張（他の刑罰法規の定め）について

一般に、被告が列挙する刑罰法規の「正当な理由がないのに」とは、違法性阻却事由に該当する事実がないことをいい、いわば当然のことを注意的に規定したにすぎない旨説明されている（山口厚『刑法各論』［第2版］（有斐閣、2010年）123、130頁参

照)。そうすると、これらの刑罰法規の「正当な理由がないのに」と、被告が違法性阻却事由以外のものを含むと主張する法28条の「故なく」とは用法が異なる。

したがって、これらは、被告の解釈の正当性を基礎付けるものではなく、かえって、被告の解釈が通常の刑罰法規において用いられる「故なく」(「正当な理由がないのに」)の用法から逸脱していることを裏付けている。

⑶ ③の主張(犯罪の成立否定事由)について

刑罰の明確性の原則に反しない旨の被告の主張は、被告自身の主張と整合性を欠く。

すなわち、被告は、法3条1項の本件各要件について、違法性が阻却され得る場合の「一類型を注意的に明示した」にすぎず、本件各要件に該当しなくても「不妊手術等を実施することに相当な理由」があれば(「故なく」でない場合)、不妊手術は適法であり、それゆえ本件各要件の憲法適合性を論じることは無意味であると主張している(被告第3準備書面4、16～18頁)。

他方で、被告は、本件各要件は、不妊手術が「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る」ことから設けられたものであるとも主張している(被告第5準備書面7頁、被告第3準備書面15、16頁)。このような趣旨で本件各要件が設けられたとすれば、本件各要件は、医師の疑義を解消するため、適法・違法の線引きを示すという機能を果たしていることとなる。そして、この理解は行政解釈とも整合しており、本件通知(甲90、乙10)は、本件各要件の解釈を示すことで適法な範囲を明確化するとともに、「故なく」が、通常の刑罰法規の用法と同様、違法性阻却事由(正当業務又は緊急避難行為)を指すことを確認している。

それにもかかわらず、被告の主張するように、「故なく」には「違法性阻却事由には当たらないが、社会的相当性を欠くものとは認められない場合」も含まれるとすれば、法28条及び法34条による犯罪の成立範囲は不明確となるから、医師の疑義を解消するために設けられた本件各要件の趣旨は没却される。

被告の主張する解釈は、刑罰の明確性の原則に反するものであり、採用することができない。

⑷　**小括**

以上のとおり、被告の主張にはいずれも理由がないから、法3条、法28条及び法34条が、本件各要件に該当する場合を除いて不妊手術を禁止していることの憲法適合性が判断される必要がある。

以上