

令和8年（行コ）第119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控訴事件

控訴人 梶谷風音ほか4名

被控訴人 国

控 訴 理 由 書

令和8（2026）年5月7日

東京高等裁判所第16民事部ロA係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士	亀 石 倫 子
--------------	---------

同	井 桁 大 介
---	---------

同	岡 香 織
---	-------

同	谷 口 太 規
---	---------

同	戸 田 善 恭
---	---------

同	早 坂 由起子
---	---------

同	太 田 こもも
---	---------

目次

I 控訴理由の要旨	8
II 原判決の誤り	10
第1 不妊手術を避妊の自由の保護範囲から除外した原判決の憲法解釈の誤り	10
1 原判決の判断	10
2 原判決が「子をもうけるか否かの意思決定の自由」を、その一側面である「避妊の自由」に限定して捉えた結果、不妊手術を受けることを避妊の一手段にすぎないものとして位置付けた誤り	12
(1) 子を産み育てるかどうかの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）は憲法13条により保障される	12
(2) 不妊手術を受ける自由の制約が、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）の制約であること	14
(3) 原判決の誤り	14
3 不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲に含まれないとした理由付けに関する誤り	15
(1) 特定の避妊方法は避妊の自由の一内容を構成する	15
(2) 「人格的生存に関わるか」を基準として個別の方法を除外することはできない	16
(3) 制約の正当化事由を保護範囲論において考慮することはできない	16
(4) 各避妊方法を単一の尺度で比較することはできない	17
(5) 小括	18
4 「人格的生存に関わる」か否かを基準として憲法13条の保護範囲を限定した判断の判例違反	18
5 原判決が避妊方法を比較する前提とした事実認定の誤り	20
(1) 避妊効果に関する認定が恣意的である	20
(2) 男性のとることのできる避妊方法を考慮した誤り	21
(3) 国際的な利用状況を見捨てる誤り	21

6 小括	22
第2 身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権が憲法13条により保障されていないとした憲法解釈の誤り	22
1 原判決の判断	22
2 自己の身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権は憲法13条により保障される	23
第3 日本が批准した条約等に法的拘束力がないことを理由として不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条によって保障されないとした憲法解釈の誤り	24
1 原判決の判断	24
2 女子差別撤廃条約等が「不妊手術を受ける権利又は自由が我が国において保障されることを法的拘束力があるものとして定めたものではない」とした判断の誤り	24
(1) 条約の締約国に対する法的拘束力	24
(2) 女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項の法的拘束力	25
(3) 女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項は不妊手術を受ける権利又は自由が保障されることを定めている	26
ア 女子差別撤廃条約は子を産まない自由及びその手段を享受する権利を保障する	26
イ 女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項は不妊手術に対するアクセスの権利を保障する	26
(4) 小括	28
3 女子差別撤廃条約等の定めを踏まえても、憲法13条において、不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないと判断した誤り	28
4 小括	29
第4 仮に不妊手術を受ける権利又は自由が憲法上の権利として保障されない場合であっても、比例原則に基づく審査を行わなかった判断の遺脱	30
第5 憲法24条2項に関する憲法解釈の誤り及び判断の遺脱	30

1	原判決の判断.....	30
2	本件各規定は「家族に関する事項」に該当し、憲法24条2項の審査対象となる.....	31
	(1) 本件各規定は母体保護法の目的等からみて「家族に関する事項」に該当する	31
	(2) 不妊手術以外に避妊の手段があることを前提としても本件各規定は「家族に関する事項」に該当する.....	32
	(3) 「家族に関する事項」には消極的な家族形成に関する事項も含まれる.....	33
	(4) 小括.....	34
3	憲法24条2項審査の判断の遺脱.....	34
Ⅲ	当審における新たな主張.....	36
第1	憲法13条違反について.....	37
1	正当化審査における主張の補充.....	37
	(1) 目的が人口統制にあり正当化され得ないことの主張補充.....	37
	(2) 手段が合理性・必要性を欠くことの主張補充.....	44
	(3) 小括.....	48
2	憲法13条により保障される、身体への侵襲を受けない自由の侵害である... 48	
	(1) 身体への侵襲を受けない自由は憲法13条により保障されている.....	48
	(2) 本件各規定は身体への侵襲を受けない自由を制約する.....	48
	(3) 本件各規定による身体への侵襲を受けない自由の制約は正当化されない... 51	
	(4) 小括.....	51
3	憲法13条により保障される、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由の侵害である.....	52
	(1) 身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由は人格的生存に関わる重要な権利である.....	52
	(2) 本件各規定による治療を受ける権利の制約は正当化されない.....	53
	(3) 小括.....	54
4	私生活上の自由の侵害である（前記1ないし3の予備的主張）.....	54

(1) 人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、司法審査が及ぶ	54
(2) 一般的自由説による場合	55
(3) 人格的利益説による場合	59
(4) 本件各規定による私生活上の自由ないし行動の自由の制約は正当化されない	60
(5) 小括	60
5 本件各規定を控訴人らに適用する限りにおいて憲法13条に違反する（予備的主張としての適用違憲）	60
(1) 他の避妊方法が困難な場合にまで不妊手術を禁止することは身体への侵襲を受ける自由若しくは自己決定権又は身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利若しくは自由の侵害である	60
(2) 他の避妊方法が困難な場合にまで不妊手術を禁止することは避妊の自由の侵害である	62
第2 憲法14条1項違反について	63
1 男性との間の平等原則違反	63
(1) 法適用の平等について	63
(2) 法内容の平等について	67
(3) 小括	68
2 美容整形手術を受けることを希望する者との間の平等違反	68
(1) 不妊手術と美容整形手術の類似性	68
(2) 別異取扱いの存在：美容整形手術に対する法規制はない	69
(3) 別異取扱いに合理的な根拠はない：美容整形手術は不妊手術と同程度以上の侵襲性・リスクを伴う	69
(4) 小括	70
3 生殖補助医療を受けることを希望する者との間の平等違反	70
(1) 不妊手術と生殖補助医療の類似性	71
(2) 別異取扱いの存在：生殖補助医療に対する法規制はない	72

(3) 別異取扱いに合理的な根拠はない：生殖補助医療は不妊手術以上の侵襲性・リスクを伴う	73
(4) 小括	74
第3 本件各規定を改廃しないことの女子差別撤廃条約違反の違法	74
第4 配偶者同意要件は控訴人梶谷の適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を侵害する	75
1 適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由は憲法13条により保障される	75
2 配偶者同意要件による「適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由」の制約は正当化されない	75
(1) 目的が母性の生命健康の保護にあるとした場合	75
(2) 目的が配偶者の自ら子を持つことへの期待の保護にあるとした場合	76
3 控訴人梶谷の「適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由」が侵害された	77
4 国賠法1条1項の適用上の違法	77
第5 控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術は、母体保護法28条「故なく」に当たらないから同人らには適用されない	77
1 母体保護法28条の「故なく」の解釈	78
2 控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術は通常の医療行為として正当業務行為に当たり「故なく」に該当しない	79
(1) 本人の同意の下で医師が相当な方法で行う医療行為は正当業務行為に当たる	79
(2) 控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術も正当業務行為に該当する	80
(3) 小括	81
3 確認の利益があること	81
(1) 確認訴訟を選択するのは適切である	82
(2) 確認対象は適切である	82
(3) 即時確定の利益（紛争の成熟性）がある	82

4 小括	83
IV 結語	84

I 控訴理由の要旨

本件は、母体保護法3条1項、28条及び34条（以下「本件各規定」という。）が、控訴人らの憲法上の権利を侵害するか否かが争われている事案である。

原判決は、憲法13条が避妊の自由を保障すること自体は認めながら、その実現手段の一つである不妊手術を受ける権利又は自由については憲法上の保護範囲に含まれないと解した上で、本件各規定が当該自由を制約するか否か及びその制約の正当化の可否についての検討を行っていない。また、身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権についても、人格的生存に不可欠ではないとして憲法13条の保障を否定し、権利の保護範囲の画定と制約の正当化審査との区別を混同させて憲法判断を回避しており、比例原則による審査すら行っていない。さらに、憲法24条2項の適用についても、「家族に関する事項」に当たらないとして、その内容に関する審査を行っていない。

しかしながら、避妊の自由は、その実現手段を不可分に含むものであり、その一つである不妊手術をその保護範囲から除外することはできない。また、自己の身体に関する決定は、侵襲を拒否する自由にとどまらず、自らの意思に基づいて身体の在り方を形成する自由をも含むものである。人がいかなる身体で生きるかという選択は、その人格の核心に属するものであって、国家がこれを一方的に拘束することは許されない。そのため、本件各規定がこれらの自由を制約するものであるか否か及びその制約が正当化されるか否かについての審査が不可欠である。

また、判例は、人格的生存に不可欠かどうかにかかわらず比例審査を行っており、本件においても同審査が不可欠である。

さらに、不妊手術を受けるかどうかは「家族に関する事項」にほかならず、本件各規定につき憲法24条2項の統制審査が不可欠である。

そこで、Ⅱにおいては、これらの原判決の憲法解釈の誤り及び判断の遺脱を指摘し、同判決が本件各規定の違憲性を実質的に検討していないことを明らかにする。

その上で、Ⅲにおいては、当審における新たな主張を整理する。まず、本件各規定の目的及び内容、不妊手術の性質及び他の避妊方法との非代替性、並びに妊娠・出産に伴う身体的侵襲及び健康上のリスク等の事実関係を補充し、本件各規定が避妊の自

由、身体への侵襲を受けない自由、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由及び私生活上の自由を侵害するものであり、かつ、その制約が正当化されないことを明らかにする。

また、本件各規定が、男女間や不妊手術と他の施術を希望する者との間で合理的な根拠のない区別取扱いをするものであって憲法14条1項の観点からも違憲であること、条約適合的解釈の観点からも許容されないことを併せて主張する。

さらに、予備的主張として適用違憲の主張などを追加する。

本件各規定は憲法に違反するものであり、これと異なる結論を導いた原判決は取消しを免れない。

Ⅱ 原判決の誤り

原判決には、①憲法 13 条が避妊の自由を保障するとしながら、不妊手術を受ける権利又は自由が避妊の自由の保護範囲に含まれないとした憲法解釈の誤り、②身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権が憲法 13 条により保障されていないとした憲法解釈の誤り、③女子差別撤廃条約等が不妊手術を受ける権利又は自由を法的拘束力のあるものとして定めたものではないことを理由として憲法 13 条によって保障されないとした憲法解釈の誤り、④仮に不妊手術を受ける権利又は自由が人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、比例原則に基づく審査をする必要があるにもかかわらず、これを行わなかった判断の遺脱及び判例違反、⑤不妊手術を受けることができないとしても直ちに子をもうけることとなるものではないとして、本件各規定が憲法 24 条 2 項の「家族に関する法制度」を定めたものとはいえないとした憲法解釈の誤りがある。

以下詳述する。

第 1 不妊手術を避妊の自由の保護範囲から除外した原判決の憲法解釈の誤り

1 原判決の判断

原判決は、「憲法 13 条は、女性に対し、人格的生存に関わる重要な権利として、国家から妊娠するよう強制されない、あるいは、国家の介入・干渉なしに、妊娠しないという決定ができるという意味での避妊の自由を保障しているものと解するのが相当であ（る）」として、避妊の自由が憲法 13 条の保護範囲であるとした上で、「国家が女性に対して妊娠するよう強制すること、あるいは、妊娠しないという決定に介入・干渉することは、その者の避妊の自由を侵害するものとして、憲法 13 条に違反する」と判示した（原判決 30 頁）。

他方、原判決は、避妊の自由を保障することが「直ちに特定の方法による避妊をする自由を保障しているものとは解されない」（原判決 33 頁）とした上で、避妊法について「女性が主体的にとることができるものも含めて複数あり、他の方法である

IUD（IUS）や経口避妊薬は、「正しく使用する限り、不妊手術よりも避妊効果が高いこと」、「男性がとることのできる避妊法も存在する」こと、不妊手術が「身体への侵襲を伴うものであって重大な合併症も起こり得るものであること」などから、「不妊手術を受けることができなければ避妊をすることができず（実質的に困難であるとも認め難い。）、ひいては人格的生存に関わるとはいえず、避妊の自由の一内容として、不妊手術を受ける権利又は自由があるものと解することは困難である」（原判決34頁）として、憲法13条は、避妊の自由の一内容として不妊手術を受ける権利又は自由を保障していないと結論付けた。

その帰結として、原判決は、本件各規定が避妊の自由の制約に当たるか否か、及びその制約が正当化されるか否かの検討をしていない。

原判決には、不妊手術を受ける自由を憲法13条の保護範囲から除外した点につき、①前提として、不妊手術を受ける自由が「子をもうけるか否かの意思決定の自由」（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）として位置付けられることを看過し、結果としてその憲法上の保護に関する判断を誤った違法、②避妊の自由を憲法13条により保護される自由としながら、その一内容である不妊手術を受ける自由について憲法13条の保護範囲外とした憲法解釈の違法、③判例の射程の理解を誤り、「人格的生存」に関わるかどうかのみを判断基準とすることにより憲法13条の保護範囲の判断を誤った違法、④理由付けに関する事実誤認の違法がある。

2 原判決が「子をもうけるか否かの意思決定の自由」を、その一側面である「避妊の自由」に限定して捉えた結果、不妊手術を受けることを避妊の一手段にすぎないものとして位置付けた誤り

(1) 子を産み育てるかどうかの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）は憲法13条により保障される

ア 子を産み育てるかどうかの意思決定の自由は個人の人格的生存に関わるものである

人は、その人生において、子を産み育てるか、産まないか、いつ、何人、どのような状況で子をもつかという選択に直面する。それは、自らの身体の在り方、人生のパートナーの選択、職業選択、家庭形成、さらには自らの心身の健康の維持の在り方といった、限りある人生の根幹をなす諸決定と密接に関連する。子をもうけるか否かの意思決定は、個別の行為の選択にとどまらず、個人が自己の人生をいかに形成するかという人格的自律に関わる根本的な営みそのものである。

憲法13条が「すべて国民は、個人として尊重される」と定める趣旨は、このような人格的自律に関わる根源的決定を国家の不当な介入から保護する点にある。憲法13条が、個人の尊重を国政の最高の指針として掲げる以上、子をもうけるか否かという、人生の最も私的かつ最も根源的な領域への国家の介入は、原則として許されない。これを憲法上の権利として承認しないならば、個人の尊重の理念は、その最も中核的な領域において空洞化することになる。

そのため、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由）は、憲法13条により保障される。

イ 裁判例も子をもうけるか否かの意思決定の自由を承認している

このことは、旧優生保護法の規定に基づく優生手術の違憲性が争われた一連の下級審判決においても、一貫して認められてきた（原告準備書面(3)9～12頁）。これらの下級審判決は、いずれも、「子をもうけるか否かの意思決定をする自由」が、憲法13条の保障する幸福追求権、自己決定権、人格権ないし個人の私生活上の自由の一

内容であることを正面から認め、優生手術がこれを侵害することを認定してきた（仙台地判令和元年5月28日判時2413・2414号3頁、東京地判令和2年6月30日判時2466号86頁、大阪地判令和2年11月30日判時2506号13頁ほか）。これらの判断は、生殖に関する国家の介入を受けないことが、個人の人格的生存にとっていかに本質的な意味をもつかを、我が国の司法が繰り返し確認してきたことを示している。

最大判令和6年7月3日民集78巻3号382頁（旧優生保護法違憲判決）は、優生手術の違憲性を、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」（憲法13条）に対する制約として論じている。もっとも、ここで重要なことは、同判決が、旧優生保護法の立法目的につき「個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反する」と判示し、本人の同意があってもなお「個人の尊厳と人格の尊重の精神に反し許され」ないとしたことである。このことは、生殖に関する個人の自己決定が、人格の中核に関わる事柄として、国家による介入から守られなければならないことを当然の前提としている。同判決は、下級審が積み重ねてきた「子をもうけるか否かの意思決定の自由」の保障を否定するものではなく、むしろこれを基底に置きつつ、当該事案の解決に必要な限度で、身体への侵襲という側面に焦点を当てたものと理解される。

ウ 学説も子をもうけるか否かの意思決定の自由を承認している

このことは、学説においても確認されている。すなわち、「生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権の側面を憲法上の権利として承認しないならば、国家は差別的ではない正当な目的のためであれば、国民の生殖能力を奪ったり出産を強制したりする立法をすることが可能であり、それに対して国民は憲法上の権利侵害を主張できないということになる」のであって、このような帰結は到底是認することができないと指摘されている（甲101：稲葉実香「旧優生保護法違憲判決」ジュリスト1610号11頁）。

また、子をもうけるか否かの意思決定の自由がいわゆるリプロダクティブライツの一環として憲法13条により保障されることは多くの学説において承認されている（原告準備書面(3)14、15頁）。

エ 小括

このように、「子をもうけるか否かの意思決定の自由」（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）は、人格的生存に不可欠なものとして、憲法13条により保護を受ける。

(2) 不妊手術を受ける自由の制約が、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）の制約であること

不妊手術の選択は、避妊という、個別の性交渉における一回的な避妊手段の選択にとどまらず、将来において子をもうけないという人生設計に関わる意思決定として行われるものである。そうすると、不妊手術を受ける自由に対する規制は、単なる避妊行為の一手段の制約にとどまらず、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）の行使を直接的に制約するものである。

(3) 原判決の誤り

これに対して、原判決は、この自由を「避妊の自由」として捉える。これは、誤りではないものの、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）の一側面しか捉えていない。すなわち、避妊は、生殖に関する意思決定のうち、個別の性交渉において受精を防ぐという一回的な行為として位置付けられるにとどまる。そして、避妊の自由との関係では、不妊手術は、複数ある避妊方法のうちの一つとして位置付けられることとなる。

しかし、不妊手術を受けることは、前記のとおり、個別の性交渉における避妊手段の選択にとどまらず、将来において確定的に子をもうけないこととする、人生設計に

関わる意思決定である。それゆえ、不妊手術の禁止は、避妊という一回的な行為における一手段の制約としてではなく、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）を直接制約するものとして捉えられなければならない。

以上のとおり、子をもうけるか否かの意思決定の自由（生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権）は、憲法 13 条によって保障され、不妊手術の禁止はこれに対する制約に当たる。この点を看過して、「子をもうけるか否かの意思決定の自由」のうち「避妊の自由」という一側面のみを切り取り、不妊手術を受けることを「避妊の自由」の一手段として位置付けた原判決は誤りである。

原判決には、子をもうけるか否かについて国家の介入を受けない消極的な自由が憲法上保護されるという点を看過し、結果として不妊手術を受ける自由が憲法 13 条により保護されないと判断した点において、憲法解釈の誤りがある。

3 不妊手術を受ける権利又は自由が憲法 13 条の保護範囲に含まれないとした理由付けに関する誤り

(1) 特定の避妊方法は避妊の自由の一内容を構成する

原判決は、避妊の自由を保障することが「直ちに特定の方法による避妊をする自由を保障しているものとは解されない」（原判決 33 頁）とする。

しかし、避妊の自由は、何らかの方法で妊娠を避けることを保障するものであり、その実現手段としての各避妊方法を不可分に含む。特定の方法による避妊は、避妊の自由の一内容にほかならない。これは、例えば、「移動の自由」が何らかの方法で移動することを保障する以上、電車に乗る自由が「移動の自由」に含まれるのと同様である。徒歩や自動車によっても移動が可能であるとしても、鉄道利用が禁止されれば移動の自由に対する制約が生じることは明らかである。避妊の自由についても同様に、その実現手段に対する制約は、当該自由そのものに対する制約にほかならない（原告準備書面(4) 16～22 頁）。

仮に、特定の方法を当該自由の内容から切り離し、その保護範囲外とすることがで

きるとすれば、国家は、当該方法に対する規制について正当化審査を免れることとなり、憲法上の自由保障を空洞化させることとなる。

したがって、特定の避妊方法を自由の内容から切り離し、これを保護範囲外とすることはできない。

(2) 「人格的生存に関わるか」を基準として個別の方法を除外することはできない

原判決は、不妊手術が「人格的生存に関わるとはいえない」として、憲法上の保護から除外する（原判決34頁）。

しかし、憲法上保障された自由を実現する「方法」のレベルにおいて、「人格的生存に関わるか否か」を基準としてその保護範囲から除外することは不当である。すなわち、ある方法がそれ自体として人格的生存に関わるほど重要であるというのであれば、それはもはや当該自由の一内容としてではなく、独立の憲法上の権利として把握されることとなる。他方、そのような性質に至らないとしても、憲法上保障される自由の具体的実現手段である以上、当該手段が人格的生存に関わらないことを理由として保障の対象外とすることはできない。

したがって、「人格的生存に関わるか否か」を基準として個別の方法を自由の保護範囲から除外することはできない。

(3) 制約の正当化事由を保護範囲論において考慮することはできない

原判決は、不妊手術が「身体への侵襲を伴うものであって重大な合併症も起こり得るものであること」（原判決34頁）を理由として、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲に含まれないとする。

しかし、侵襲性や医療上のリスクといった事情は、当該行為が許容されるかという規制の正当化審査に関わるものであって、権利の保護範囲を画する根拠とはならない。

原判決は、これらの事情を理由として不妊手術を受ける権利又は自由を憲法13条の保護範囲から除外しており、権利の保護範囲の判断と正当化審査の判断とを混同している。

(4) 各避妊方法を単一の尺度で比較することはできない

原判決は、不妊手術と他の避妊方法の避妊効果や侵襲性を比較して、「不妊手術を受けることができなければ避妊をすることができず（実質的に困難であるとも認め難い。）、ひいては人格的生存に関わるとは」いえないことを理由に、不妊手術を受ける権利又は自由を憲法13条の保護範囲から除外する（原判決34頁）。

前提として、女性が主体的に選択し得る避妊方法は複数存在するが、各避妊方法は、パール指数（開始後1年間の妊娠率）、副作用、禁忌、施術や使用に伴う負担、持続性等の点において異なる特性を有している。

これを改めて整理すれば、下表のとおりとなる（なお、いずれの特性も原判決が認定したものである。）。

避妊方法	パール指数（％）		副作用	禁忌	負担	持続性
	理想的な使用	一般的な使用				
不妊手術	0.5	0.5	なし	—	死亡0.001～0.002％ 出血又は腸の損傷0.5％ 合併症最大5％	永続的
IUD	0.1～0.6	0.2～0.8	月経異常、卵巣のう胞、除去後の消退出血、月経中期出血、腹痛 骨盤炎症性疾患、異所性妊娠、穿孔	過敏症の既往歴、性器癌、黄体ホルモン依存性腫瘍、子宮の形態異常・位置異常、性感染症の既往歴、頸管炎、膣炎、重篤な肝機能の障害	挿入時の疼痛・不快感、自然脱出、装着5年以内の除去・交換	5年
経口避妊薬	0.3	9	血栓症、吐き気、軽度の出血、子宮頸がん	過敏症の既往歴、乳癌、子宮内膜癌、子宮頸がん、静脈性静脈炎、肺塞栓症、脳血管障害、冠動脈疾患		なし

注）「理想的な使用」とは選んだ避妊法を仮に正しく続けて使用できた場合をいい、「一般的な使用」とは、飲み忘れを含め一般的に使用している場合をいう。

これらのうち、いずれの方法が適しているかは、個人の体質や生活状況のみならず、個人の望む生き方にも依存する。そのため、単純にパール指数及び施術における身体侵襲の程度のみで優劣を比較することはできない。とりわけ、不妊手術は、永続的な避妊を実現する点において他の方法と質的に異なるものであり、これと同等の効果を他の方法によって代替することはできない（訴状21～25頁、原告準備書面(3)24～29頁）。

したがって、不妊手術よりもパール指数が高く、施術に当たって身体への侵襲性の低い他の方法が存在することを理由に不妊手術を保護範囲から除外することはできない。

(5) 小括

以上のとおり、原判決は、避妊の自由が、妊娠しないという決定それ自体のみならず、その実現手段としての各避妊方法をも内容として含むことを看過し、個別の方法について「人格的生存に関わるか否か」という基準により保護範囲から除外する誤りがある。また、原判決は、本来は制約の正当化審査において検討されるべき事情を保護範囲論に持ち込み、権利性の判断と規制の合理性の判断とを混同した上、各避妊方法をパール指数及び侵襲性という尺度のみで比較して不妊手術を他の方法により代替可能なものとして扱っており、その理由付けに誤りがある。

したがって、原判決には、避妊の自由の保護範囲に関する憲法解釈の誤りがある。

4 「人格的生存に関わる」か否かを基準として憲法13条の保護範囲を限定した判断の判例違反

原判決は、不妊手術を受けることが、「人格的生存に関わる」ものではないことを理由に、避妊の自由の一内容である不妊手術を受ける自由を憲法13条による保護範囲外であるとする。

しかし、「避妊の自由」が人格的生存に関わるものである以上、前記3のとおり、その一手段である不妊手術を受ける自由もこれに含まれる。

その点をおくとしても、判例は、「人格的生存に関わる」ものか否かにかかわらず、「私生活上の自由」について憲法13条の保護範囲に含めている。

例えば、最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（京都府学連事件）は、憲法13条は「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」とした上で、「個人の私生活上の自由」の一つとして、何人も、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が保障されるとした。

また、最三判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁（指紋押捺拒否事件）は、「国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」として、憲法13条により「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許され（ない）」とした。

これらの判例は、「私生活上の自由」が憲法13条により保障されることを前提として、その具体的内容としての「承諾なくみだりに容ぼう・姿態を撮影されない自由」や「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」について、これらが「人格的生存に関わる」か否かにかかわらず、同条によって保障されるものと判示している。すなわち、判例は、憲法13条が「人格的生存に関わる重要な権利」とは別に、「私生活上の自由」をも保障しているものと解しているのである（甲102：柴田憲司ほか『憲法 人権編』（弘文堂、2026年）71、72頁）。

「避妊の自由」は、まさに「私生活上の自由」であり、その一内容である不妊手術を受ける自由もまた、「私生活上の自由」にほかならない。原判決には、「避妊の自由」が憲法13条により保護されるとしながら、「私生活上の自由」の一つである不妊手術を受ける自由について、判例が要求していない、「人格的生存に関わる」ものという要件を独自に追加し、その要件を満たさないことを理由に憲法13条の保障を否定する点で、法令の解釈適用に関し、判例違反の違法がある。

5 原判決が避妊方法を比較する前提とした事実認定の誤り

前記3(4)のとおり、原判決は、そもそも不妊手術の権利又は自由を他の避妊方法との比較により保護範囲から除外したその判断手法自体に誤りがあるが、仮に原判決のように各避妊方法を比較する手法を用いるとしても、その前提となる事実認定にも誤りがあることから、これを指摘しておく。

(1) 避妊効果に関する認定が恣意的である

原判決は、「IUD（IUS）や経口避妊薬は、正しく使用する限り、不妊手術よりも避妊効果が高い」（原判決34頁、下線は引用者）とするが、これは比較の前提を恣意的に設定したものであって不当である。

すなわち、原判決は、IUD（IUS）や経口避妊薬については、「正しく使用する限り」という前提条件を付し、IUDの自然脱出や経口避妊薬の飲み忘れといった、現実通常生じ得る事情を考慮していない。

まず、IUDについては、装着12か月までの累積脱出割合は8.7%である（乙6・13頁）。利用者がIUDの脱出に気付けば再調整などで対応できるが、気付かなければ避妊効果は失われる。また、経口避妊薬は、一般的な使用においては9%の妊娠率とされている。経口避妊薬を、毎日、同じ時間帯に確実に服用することが容易でないことからすれば、妊娠率については「一般的な使用」における割合を参照するのが適切である。

他方で、不妊手術において妊娠が生じるのは、塞いだ管の再開通といったごく例外的な事態が生じた場合に限られる。すなわち、通常の使用を前提としても妊娠率は極めて低く抑えられている。そうであるからこそ、不妊手術については、「理想的な使用」と「一般的な使用」でパール指数が異なるのである。

このように、不妊手術については、現実の使用状況においても安定した避妊効果が得られるのに対し、IUDや経口避妊薬については、その効果が利用者の行動や偶発的事象に大きく左右されるという差異が存在する。

それにもかかわらず、原判決は、IUDや経口避妊薬について、「理想的な使用」時の数値を用いることにより、比較の前提を歪めている。原判決の「不妊手術よりも避妊効果が高い」との判断は、比較方法において合理性を欠き、恣意的である。

(2) 男性のとることのできる避妊方法を考慮した誤り

原判決は、「仮に禁忌等のために女性が主体的にとることができる避妊法が事実上不妊手術に限られる場合があり得るとしても、男性がとることのできる避妊法も存在する」（原判決34頁）として、男性主体の避妊方法の存在を、不妊手術を避妊の自由の保護範囲から除外する方向で考慮している。

しかし、避妊の自由は、「女性に対し、人格的生存に関わる重要な権利として、国家から妊娠するよう強制されない、あるいは、国家の介入・干渉なしに、妊娠しないという決定を行うことができる自由」（原判決30頁）として保障されるものである以上、その保護範囲はその主体である女性の選択可能性に基づいて画されるべきものである。男性がいかなる避妊方法を取り得るかは、女性が自らの意思に基づいて妊娠しないという決定を実現することとは無関係であるから、女性の避妊の自由の内容を画する事情とはならない。

原判決が、男性の避妊方法の存在を理由として女性の不妊手術を保護範囲から除外することは、女性である控訴人らに保障された避妊の自由とは無関係な事情を考慮するものであって誤りである。

(3) 国際的な利用状況を見捨てる誤り

不妊手術は、複数の避妊手段の中で、世界で最も多く用いられている（甲74の1）。これを規制する国は極めて限られており（甲49の1）、日本と同様の規制を法定する国は世界で数か国しかない。

このような国際的な利用状況は、不妊手術が多くの人々にとって他の避妊方法では代替することのできない手段として機能していることを示すものであるとともに、その安全性に問題がないことを示すものである。

現に、アメリカにおいては、2022年の判例変更により、中絶の権利が憲法上保障されるものとは解されなくなったことを背景として、妊娠を確実に回避する手段として不妊手術が選択される動きが指摘されている（甲103：「“産まない自由”を守るために「永久的な避妊」を選ぶ若い女性が米国で増加」）。このことは、避妊を望む者にとって、不妊手術が他の方法によっては代替し得ないものであることを示唆するものである。

原判決には、このような不妊手術の国際的な利用状況を全く考慮しない違法がある。

6 小括

以上のとおり、原判決には、避妊の自由の保護範囲に関する憲法解釈の誤りがある。なお、本件各規定による避妊の自由の制約を正当化することができないことは後記Ⅲ第1・1に記載するとおりである。

第2 身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権が憲法13条により保障されていないとした憲法解釈の誤り

1 原判決の判断

原判決は、「憲法13条は、人格的生存に関わる重要な権利として、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障しているものの（最高裁令和5年10月25日大法廷決定・民集77巻7号1792頁）、これとは逆に、身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権、身体を物理的に切除したり身体の機能を制限したりする自由又は自己決定権を、人格的生存に関わる権利として一般的に保障しているものとは解されない」（原判決36頁）として、自己の身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権（身体を物理的に切除したり身体の機能を制限したりする自由又は自己決定権を含む。以下同じ。）が憲法13条の保護範囲にあることを否定する。

2 自己の身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権は憲法13条により保障される

しかし、自らの生命・身体に関する事項を決定する自己決定権が憲法13条により保障されることは、学説上一般に承認されている（原告準備書面(3)21、22頁）。また、原判決が指摘するとおり、最高裁令和5年10月25日大法廷決定は、人格的生存に関わる重要な権利として、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」を保障することを認めているが、同決定が認めた「身体への侵襲を受けない自由」は、自己の身体に関する決定権の一側面にすぎない。

すなわち、同決定は、「性別変更審判を求める者の中には、自己の生物学的な性別による身体的特徴に対する不快感等を解消するために治療として生殖腺除去手術を受ける者も相当数存在することに加え、生来の生殖機能により子をもうけること自体に抵抗感を有する者も少なくない」と判示しており、一定の場合には自己の身体の在り方を変更するために身体への侵襲を受けることも、個人の人格的生存にとって重要な意味を有することを前提としている。自己の身体の在り方をいかに形成するかを決定する自由は人格の核心に属するものであるから、その内容は、単に侵襲を拒否するという防御権の側面にとどまらず、自らの意思に基づいて身体への侵襲を受けるか否かを決定する自由をも含む。

これに対し、原判決のように、「身体への侵襲を受けない自由」のみを人格的生存に関わる重要な権利として保障し、他方で「身体への侵襲を受ける自由」を否定する見解は、自己の身体の在り方を変更するために身体への侵襲を受けることが、個人の人格的生存ないし人格的存在にとって重要な意味を有する場合があることを看過するものである。また、後記Ⅲ第1・3に記載するとおり、不妊手術が控訴人らにとって、自己の身体に対する違和やそれに起因する苦痛を除去するための医療的措置としての意義を有する点も考慮していない。

したがって、原判決には、この点において憲法解釈の誤りがある。なお、本件各規定による自己の身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権の制約を正当化することができないことは後記Ⅲ第1・3に記載するとおりである。

第3 日本が批准した条約等に法的拘束力がないことを理由として不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条によって保障されないとした憲法解釈の誤り

1 原判決の判断

原判決は、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約等は、その内容及び性質に鑑みれば、いずれも、不妊手術を受ける権利又は自由が我が国において保障されることを法的拘束力があるものとして定めたものではないし、これらの条約等の定めを踏まえても、憲法13条において、不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されない」（原判決39頁）とし、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲にあることを否定する。

しかし、原判決には、次のとおり、女子差別撤廃条約が不妊手術を受ける権利又は自由を我が国において法的拘束力があるものとして保障されることを定めたものではないとする点（後記2）、及び条約の定めを踏まえても憲法13条において不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないとした点（後記3）に、誤りがある。

2 女子差別撤廃条約等が「不妊手術を受ける権利又は自由が我が国において保障されることを法的拘束力があるものとして定めたものではない」とした判断の誤り

(1) 条約の締約国に対する法的拘束力

第二次選択的夫婦別姓訴訟（最大決令和3年6月23日・集民266号1頁）の宮崎・宇賀反対意見は、女子差別撤廃条約の規定について、「これらの条項は、我が国の国民に対して直接何らかの権利を付与するものではないので、国民に対する直接適用可能性はないと解されるが、そのことは、これらの条項が国内的効力を有することを否定する理由にはならない。今日の国際法学においては、直接適用可能性は国内的効力の前提ではなく、逆に、国内的効力が直接適用可能性の前提と一般に解されているからである。」とした上で、「憲法98条2項により、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に対して法的拘束力がある文言で締約国

の義務を定めている場合には、かかる義務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解される」と述べている。

(2) 女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項の法的拘束力

女子差別撤廃条約は1981年（昭和56年）に発効しており、我が国は1980年（昭和55年）にこれを締結し、1985年（昭和60年）には何らの留保や解釈条件を付されることなく、国会で批准され、公布されている。

我が国においては、憲法98条2項により、条約は公布とともに国内的効力を有すると解されており、条約が締約国に対して法的拘束力がある文言で締約国の義務を定めている場合には、かかる義務には、国家機関たる行政府、立法府及び司法府を拘束する効力があると解される。

そして、女子差別撤廃条約2条、16条1項及び12条1項は、それぞれ「締約国は、・・・合意し（agree to）・・・約束する（undertake）」、「締約国は、・・・適当な措置をとるものとし（shall）・・・確保する（ensure）」、「締約国は、…適切な措置をとらなければならない（shall）」と規定し、締約国自身が所要の措置をとること（国内法の整備）を通じて定められた権利を確保する義務を負うことを定めている。ちなみに、条約において、「agree to～（～に合意する）」、「shall～（～ものとする）」、「undertake～（約束する）」、「ensure～（～を確保する）」という用語が使われる場合、法的拘束力があることを示すことに疑問の余地はない。女子差別撤廃条約はアラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語を等しく正文とする（つまり日本語版は仮訳にすぎない）ところ、英語では、同条約2条は「agree to」、16条1項及び12条1項は「shall」をもって規定されているから、法的拘束力を持たせる趣旨であることは明確である。

したがって、女子差別撤廃条約2条、12条1項及び16条1項が保障する内容は、締約国に対し法的拘束力を有する。

(3) 女子差別撤廃条約 16 条 1 項及び 12 条 1 項は不妊手術を受ける権利又は自由が保障されることを定めている

ア 女子差別撤廃条約は子を産まない自由及びその手段を享受する権利を保障する

女子差別撤廃条約 16 条 1 項は、「締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。」とした上で、「(e) 子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育及び手段を享受する同一の権利」を定める。また、同条約 12 条 1 項は、「締約国は、男女の平等を基礎として保健サービス（家族計画に関連するものを含む。）を享受する機会を確保することを目的として、保健の分野における女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとる。」と定める。

これらの規定は、後記イの勧告等から明らかなとおり、女性に対して、女性が子を産むか否か及びその方法を自ら決定する権利並びにその決定を実現するための手段にアクセスする権利を保障している。

イ 女子差別撤廃条約 16 条 1 項及び 12 条 1 項は不妊手術に対するアクセスの権利を保障する

(7) 勧告等の内容

女子差別撤廃委員会は、女子差別撤廃条約 17 条に基づき設置された条約機関であり、条約の実施状況の監視及びその解釈指針の提示を行うものである。また、国連人口基金は、我が国も加盟する国際連合の下で人口及びリプロダクティブ・ヘルス分野において中心的役割を担う機関である。

原判決も認定するとおり、女子差別撤廃委員会は、1994 年の一般的勧告第 21 号において、女子差別撤廃条約 16 条 1 項の解釈として、子を持つか否かに関する決定が国家等により制限されるべきではないことを明らかにしている（甲 56）。また、国連人口基金も、女性が不妊手術を含む避妊手段にアクセスできることが、女子差別撤廃条約が保障する女性の権利の実現に不可欠である旨指摘している（甲 83）。

これらの勧告等を踏まえ、女子差別撤廃委員会は、2024年の日本に対する総括所見において、不妊手術に女性が自発的にアクセスできるよう、配偶者同意要件の撤廃を求めている（甲84）。

これらの勧告等は、不妊手術に女性が自発的にアクセスできる権利又は自由が、女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項により保障されるものであるとの見解を示すものである。

（イ） 条約の解釈における勧告等の位置付け

条約の解釈は、条約法に関するウィーン条約31条¹に基づき、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に」行われなければならない、その際には、同条約31条3項により、条約の適用に関する後の慣行等も考慮される。さらに、同条約32条²は、解釈の補足的な手段として、条約の解釈に資する資料を参照することを認めている。

そうすると、条約に基づいてなされた勧告や所見は、それ自体が直ちに法的拘束力を持つものではないものの、条約の解釈及び適用において、締約国及び裁判所が無視することのできない権威ある基準としての性質を有する。

¹ 第三節 条約の解釈

第三十一条（解釈に関する一般的な規則）

1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

（a）条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意

（b）条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

（a）条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

（b）条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

（c）当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。

² 第三十二条（解釈の補足的な手段）

前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

（a）前条の規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合

（b）前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

実際に、我が国の裁判例においても、勧告を条約解釈の補足手段として依拠すべきものと位置付けた事例が複数ある（大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁、徳島地判平成10年7月21日判時1674号123頁、広島高判平成11年4月28日高裁刑事裁判速報集平成11年136頁、東京地判令和7年6月17日判例秘書登載）。

したがって、我が国においても、女子差別撤廃条約を誠実に遵守する観点から、前記イ記載の勧告等を条約解釈の指針として考慮しなければならない。

(4) 小括

以上によれば、女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項は、法的拘束力があるものとして、締約国に対し、不妊手術に対するアクセスの権利を保障することを求めている。

原判決が、女子差別撤廃条約等は「不妊手術を受ける権利又は自由が我が国において保障されることを法的拘束力があるものとして定めたものではない」とした判断には、条約解釈の誤りがある。

3 女子差別撤廃条約等の定めを踏まえても、憲法13条において、不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないと判断した誤り

憲法13条は、次の3つの理由から、人権条約に適合的に解釈されなければならない（甲104：近藤敦『国際人権法と憲法—多文化共生時代の人権論』（明石書店、2023年）32頁以下）。

第1に、我が国において、「人権条約を批准する際に国会は自動執行力がない旨を宣言しておらず、自由権規約をはじめ、多くの人権条約は日本での自動執行力をもつ」（甲104・35頁）ことである。我が国は、「憲法適合的な条約として留保や解釈宣言なしに条約を批准した以上、人権条約と憲法との整合性が求められる」のである。

第2に、憲法98条2項は、「人権条約の趣旨を具体的に実現していくような方向で憲法を解釈する」という点で、「憲法の『人権条約適合的解釈』を要請」していることである（甲104・35頁）。

第3に、国際的には、「『プロ・ホミネ原則』という『個人の利益を最大限に』保障する方向で人権規定を解釈適用する原則を採用する国が多い」ところ、「日本国憲法13条は個人の権利を『国政の上で、最大の尊重』を必要とすると定めることがこの原則を要請」しており、かつ「憲法11条が『すべての基本的人権の享有を妨げられない』と定めるうちにこの原則を読み込むことができる」ことである（甲104・35頁）。

以上のとおり、個人の尊重の観点から求められる条約上の要請を踏まえて、憲法13条を解釈しなければならない。

前記2のとおり、女子差別撤廃条約16条1項及び12条1項は、女性が子を産むか否か及びその方法を自ら決定する権利並びにその決定を実現するための手段にアクセスする権利を保障している。

そして、女子差別撤廃条約が保障する女性が子を産むか否か及びその方法を自ら決定する権利並びにその決定を実現するための手段にアクセスする権利は、個人の身体の在り方及び生殖に関する決定を内容とするものであり、憲法13条の基礎にある個人の尊重という理念において趣旨を同じくするものと解される。

したがって、憲法13条は、個人の尊重という理念に基づき、女性が不妊手術を含む避妊手段にアクセスする権利を保護するものとなるよう解釈されるべきである。

原判決には、女子差別撤廃条約等の定めを踏まえても、憲法13条において、不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないと判断した点において、条約解釈の誤りがある。

4 小括

以上のとおり、原判決は、女子差別撤廃条約等が不妊手術を受ける権利及び自由について法的拘束力があるものとして定めたものではないとした点、及び女子差別撤廃

条約等の定めを踏まえても、憲法13条において、不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないと判断した点において、条約解釈の方法を誤る違法と、憲法13条の解釈を誤る違法がある。

第4 仮に不妊手術を受ける権利又は自由が憲法上の権利として保障されない場合であっても、比例原則に基づく審査を行わなかった判断の遺脱

最高裁は、後記Ⅲ第1・4(2)イ記載のとおり、憲法上の人権として保護されない権利・利益であっても、これを制約する規定の合理性及び必要性（比例原則）について審査を及ぼしてきた。また、学説上も、人格的利益説に立つ場合であっても、人格的生存に重要な権利でない権利・利益についても、比例原則が及ぶと解するのが一般的である。

そうすると、仮に、不妊手術を受ける権利ないし自由が、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、本件各規定による制約の適法性は、比例原則（憲法13条、31条）に基づいて審査されなければならない。

それにもかかわらず、原判決は、不妊手術を受ける権利又は自由が人格的生存に関わるとはいえないとするにとどまり、比例原則の観点から本件各規定の合理性・必要性についての審査を行っていない。

したがって、原判決にはこの点において判断の遺脱があり、判例違反の違法がある。

第5 憲法24条2項に関する憲法解釈の誤り及び判断の遺脱

1 原判決の判断

原判決は、「母体保護法は、不妊手術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ものである」とし、また、「不妊手術を受けることができなければ避妊をすることができないとはいえず、不妊手術を受けることができないとしても、直ちに子をもうけることとなるものではないことからすれば、本件各規定が家族に関する法制度を定めたものとはいいい難い」と判示し、本件各規定が憲

法 24 条 2 項審査の対象外であるとした上で、憲法 24 条 2 項による裁量統制審査を全く行わなかった（原判決 39、40 頁）。

2 本件各規定は「家族に関する事項」に該当し、憲法 24 条 2 項の審査対象となる

(1) 本件各規定は母体保護法の目的等からみて「家族に関する事項」に該当する

しかしながら、原判決が認定するように、母体保護法の目的において、「母性」を保護の対象とすることは、女性を個人としてではなく、「母」ないし「潜在的な母」としての立場に据えて捉えるものであり、母体保護法の規律する不妊手術等に関する事項の定めは「家族」の存在を前提としたものとなっている。

また、本件各規定において女性は「母体」と表現されており、一律に配偶者の同意が求められていること、子を複数持つという家族構成の要件が満たされることによって生命危険要件が健康低下要件に緩められること、さらには、不妊手術を受けた者が婚姻しようとするときに婚姻相手に不妊手術を受けた旨の通知を義務付けていること（法 26 条）は、それぞれ、母体保護法が不妊手術に関する規制を家族にかかわる問題として捉えているからこそである。

仮に、母体保護法の規律する不妊手術が家族に関する事項ではなく、純粋な個人の問題であるとするならば、不妊手術を受ける際に家族の構成員である配偶者の関与が要求されるはずもないし、婚姻の際に不妊手術を受けた旨の通知が法的に義務付けられることもあるはずがない。

また、母体保護法の前身である国民優生法の解説書においては、優生手術（母体保護法上の不妊手術を指す）を受ける際の配偶者同意の要件について「我国家族制度を尊重して外国にはない手続を定めてある」（甲 105：厚生省豫防局『国民優生法概説』14 頁、下線は引用者）、「家庭平和を維持せむとする家族制度の根本方針に立脚する」（甲 106：池見猛『断種の理論と国民優生法の解説』88 頁）などと説明されている。母体保護法の不妊手術に係る配偶者同意要件は、国民優生法の要件がそのまま残るものであり、このような立法経過・立法趣旨の点からも本件各規定は家族に関する事項として定められているとしか評価し得ない。

以上のとおり、母体保護法の目的が、「不妊手術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」であることを理由として、本件各規定が「家族に関する事項」ではないとした原判決には、憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法がある。

(2) 不妊手術以外に避妊の手段があることを前提としても本件各規定は「家族に関する事項」に該当する

原判決は、他の避妊手段による避妊が可能であることを根拠に「不妊手術を受けることができないとしても、直ちに子をもうけることとなるものではない」として、不妊手術への規制を家族に関する事項には該当しないとする。しかし、他の避妊手段があることは、本件各規定の具体的裁量統制審査において考慮されることはあり得ても、「家族に関する事項」を定めたものではないとする根拠にはなり得ない。

「子をもうけない」ことに関する手段は、その方法・効果等に違いがあるとはいえ、コンドームの使用、経口避妊薬、IUD（IUS）等、不妊手術以外にも複数の方法があることは原判決が指摘するとおりである。しかしながら、不妊手術がその一つの手段であることもまた明らかである。数ある手段の中でも不妊手術は、不可逆的に自然妊娠の可能性を取り除く手段であり、不妊手術を受けることによって「子を産まない」ことは確定的になる。その意味で、一時的な措置であるコンドームの使用や経口避妊薬の利用等と比べてもむしろ「家族に関する事項」であることの意味合いは強い。

このような性質を有する不妊手術を規制する本件各規定が「家族に関する事項」を定めたものであることは明らかであり、このことは、他の避妊手段の存在に左右されることではない。

以上のとおり、不妊手術以外の避妊方法があることを理由として、本件各規定が「家族に関する事項」ではないとした原判決には、憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法がある。

(3) 「家族に関する事項」には消極的な家族形成に関する事項も含まれる

前記(2)のとおり不妊手術は「子を産まない」ことが確定的になるという意味で家族形成に直接関連することが明らかであるにもかかわらず、原判決が「直ちに子をもうけることとなるものではないことからすれば」という理由付けによって不妊手術の規制を「家族に関する事項」ではないと結論付けたことからすれば、原判決は、「子を産む/持つ」「家族を持つ」という積極的な方向での家族形成にかかわる事項でなければ、憲法24条2項の「家族に関する事項」に含まれないことを前提に判示したものと解される。

しかし、憲法24条2項の規律する「家族に関する事項」とは、積極的な家族形成にかかわる事項に限定されない。

渋谷秀樹教授は、「生殖の自由も、自分の子孫をどのように考え、家族をどのように形成していくか、の問題と捉えなおして、24条2項に規定された『家族に関するその他の事項』の問題として考察できる」（甲107：『憲法（第3版）』467～468頁）と指摘しており、ここでいう「生殖の自由」には、当然に、避妊・中絶などの消極方向に生殖をコントロールすることも含まれている。

また、春藤優新潟大学助教は「憲法24条がいわゆる『家族保護』条項ではなく、『家』制度の解体を念頭に置き、『個人』の『尊厳』を持ち出したことに鑑みれば、「家族を作らない自由」をも「両性の本質的平等」のために保障していると考えられる。『個人』は『母性』保護も『家族』保護も振り切れる存在でなければならず、それこそが『両性の本質的平等』の必須条件である」と指摘しており（甲108：「『中絶の権利』論における『平等』アプローチの意義と課題」104頁）、憲法24条2項の「家族に関する事項」には、「子を産まない/持たない」「家族を形成しない/持たない」という消極的な意味での家族形成ないし家族からの解放についても当然に含まれると解している。

このように、憲法24条2項の「家族に関する事項」には消極的家族形成が含まれるところ、不妊手術は消極的家族形成に直接関連する事項であるから、本件各規定は当然に憲法24条2項の家族に関する事項に該当する。

不妊手術ができないとしても「直ちに子をもうけることとなるものではないこと」を理由として、本件各規定が「家族に関する事項」ではないとした原判決には、憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法がある。

(4) 小括

以上のとおり、母体保護法の目的が「不妊手術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」であること、不妊手術以外の避妊方法があること及び「不妊手術を受けることができないとしても直ちに子をもうけることとなるものではないこと」を理由として、本件各規定による不妊手術の規制を「家族に関する事項」に該当しないとした原判決には、憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法がある。

3 憲法24条2項審査の判断の遺脱

原判決は、本件各規定を憲法24条2項の射程外としたため、裁量統制審査を一切行わなかった。しかし、前記2に述べるとおり、本件各規定は「家族に関する事項」に該当し、裁量統制審査がされるべきであった。原判決には、憲法24条2項審査の判断の遺脱がある。

なお、原審でも控訴人らが主張してきたとおり、本件各規定につき、①原則禁止・刑罰による規制は、女性に対して一律に身体に妊孕性を温存しておくよう求めるものであり、個人の尊厳、両性の本質的平等に反する、②多産要件は、国家が女性に子を複数人産むことを責務として課し、その責務を果たさない限りにおいては身体から妊孕性を失わせることを許さないことを示しており、個人の尊厳、両性の本質的平等に反するとともに、憲法24条2項の制定趣旨にも反する、③配偶者同意要件は、妻の生命・健康や身体への自己決定よりも、夫の子を持つことについての自己決定を優先することを国家が宣言するものであり、個人の尊厳、両性の本質的平等に反する、④本件各規定は、後記Ⅲ第2・1で述べるとおり、法適用又は法内容において明らかな男女差別をもたらしており、個人の尊厳、両性の本質的平等に反する。これらの主張

の詳細は、憲法 24 条 2 項違反の控訴審段階の主張の整理として、改めて専門家意見書の提出とともに、追って、別途提出する準備書面において詳論する。

Ⅲ 当審における新たな主張

控訴人は、当審における新たな主張として、憲法 13 条違反に関し、①本件各規定による避妊の自由の制約が正当化されないことを基礎付ける事実（本件各規定の目的、不妊手術の危険性、代替不可能性に関するもの）の追加（後記第 1・1）、②本件各規定が身体への侵襲を受けない自由を侵害するとの主張及びこれを基礎付ける事実の追加（後記第 1・2）、③本件各規定が身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権を侵害することを基礎付ける事実の追加（後記第 1・3）、④本件各規定が私生活上の自由を侵害するとの主張及びこれを基礎付ける事実の追加（後記第 1・4）、⑤仮に本件各規定全体が違憲でなかったとしても、本件各規定を控訴人らに適用する限りにおいて違憲であるとの予備的主張の補充（後記第 1・5）を行う。

また、憲法 14 条 1 項に関し、女性が不妊手術を受けることについて、⑥男性との間で合理的な根拠に基づかない別異取扱いがあること（後記第 2・1）、⑦美容整形手術を受けることを希望する者との間で合理的な根拠に基づかない別異取扱いがあること（後記第 2・2）、⑧生殖補助医療を受けることを希望する者との間で合理的な根拠に基づかない別異取扱いがあること（後記第 2・3）を、新たに主張する。

さらに、⑨本件各規定を改廃しないことは女子差別撤廃条約に違反し、憲法 98 条 2 項の定める条約遵守義務に反して違憲であることを、新たに主張する（後記第 3）。

加えて、⑩控訴人梶谷に関し、配偶者同意要件が、適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を侵害し違憲であることを主張する（後記第 4）。

その上で、予備的に、本件地位確認の訴えにつき、⑪仮に本件各規定が違憲でない場合であっても、控訴人■■■■ら 4 名に対する不妊手術は、「故なく」（母体保護法 28 条）実施する場合に当たらないから、本件地位確認の訴えは認容されるべきであることを、新たに主張する（後記第 5）。

第1 憲法13条違反について

1 正当化審査における主張の補充

本件各規定が避妊の自由を制約するものであることは前記Ⅱ第1に記載したとおりである。避妊の自由は「人格的生存に関わる重要な権利」（原判決30頁）であり、個人の自己決定の核心に関わるものである。これに対する制約が憲法13条に違反しないといえるためには、「真にやむを得ない利益の保護を目的とし、その利益を保護するための手段が必要不可欠」でなければならない（訴状34～36頁）。

本件各規定による上記自由の制約が正当化されないことについては、原審において詳論したところであるが（原告準備書面(3)30頁以下）、本理由書において新たに以下の主張を補充する。

(1) 目的が人口統制にあり正当化され得ないことの主張補充

本件各規定の立法目的について、原審において控訴人らは、母体保護法が掲げる「母性の生命健康の保護」という目的を前提としてもなお、不妊手術の原則禁止との間に合理的関連性が認められないことを主張していた（訴状36～40頁）。

もっとも、この主張は、法文上掲げられた上記の目的をそのまま所与のものとして是認する趣旨ではない。本件各規定の沿革及び内容に照らせば、不妊手術の原則禁止の目的は「健全なる素質を有する者の増加を図」ることにあり、優生思想に基づく規定が削除されたことを踏まえても、その目的が産児制限をさせないことによる人口統制にあることは明らかである。また、配偶者同意要件は、家制度を前提とするものである一方で、生命危険要件や健康低下要件は、不妊手術の原則的禁止に対する例外として、限定的に「母性の生命健康を保護」しようとするものであるといえ、このような目的が到底正当化できるものでないことを前提とするものであった（訴状12～21頁）。

そこで、当審においては、原審における上記主張を明確化し、本件各規定の目的それ自体が憲法上正当化され得ないことを、以下のとおり補充して主張する。

ア 立法経緯

(7) 国民優生法（昭和15年5月1日法律第107号）

母体保護法のルーツである昭和15年に成立した国民優生法は、「悪質なる遺伝性疾患の素質を有する者の増加を防遏すると共に健全なる素質を有する者の増加を図り以って国民素質の向上を期すること」を目的としていた（同法1条）。任意の優生手術（不妊手術）は、同法15条により原則として禁止され、配偶者同意要件（同法4条）も定められていた。

不妊手術の原則禁止の趣旨は、吉田茂政府委員が、第75回帝国議会衆議院本会議第25号昭和15年3月12日（甲109）において、「近来人口自然増加の率が段々低下して参りますことの一つの原因と致しまして、濫りに避妊手術等の行はれますること、或は妊娠を回避しようとする云ふ人心の動きのありますこと、それ等に対しまして、故なくしてそれ等の手術を行ひ操作を行ふと厳罰に処する、それに依って健全な者の段々殖えて参りますことを期待すると云ふことが、第一条に書いてあります意味の積極方面であります」と説明している（下線は引用者、以下同じ）。

当時の解説書にも、不妊手術の原則禁止の趣旨につき、「悪質素質者に非ずして、優良又は健全なる素質を有する者が単なる産児制限の爲めに、即ち子どもを欲しないとか、子供が多すぎるからとか、生活が苦しいからとか、美貌を保持する爲めとか…の目的にて、此の不妊手術又は處置が行われることは、人口の減少を阻止する爲めにも、国民素質の維持向上の爲めにも之を極力阻止する必要がある」（甲105：厚生省豫防局『国民優生法概説』（厚生省豫防局、1940年）17頁）、「優良な子供をどつさり生むやうにするため」（甲110：石田博英ほか『結婚新體制』（青磁社、1942年）172頁）であると説明されている。このことからすれば、不妊手術の原則禁止の目的が、「健全な者」を殖やし、「人口の減少を阻止」し、「国民素質の維持向上」を図る点にあったことは明らかである。

また、配偶者同意要件の趣旨は、高野六郎政府委員が、第75回帝国議会衆議院国民優生法案委員会第2号昭和15年3月14日（甲111）において、「血統の絶えますことは洵に遺憾至極のことでもありますから、左様なことは極力避けねばなりませ

ぬ、此の案で狙って居りますのは、其の血統を続けましても、極めて悪質の者のみが現はれて、其の家系の不名誉でもあります、又其の家族の不幸でもあります、延いて社会国家の不幸も多くする虞が多い、斯う云ふ者は此の家系を保存するよりも、斯様な方法を執った方が却って宜しいものではないか、斯う考へるのであります」と説明しており、文献においても、「我国家族制度を尊重して外国にはない手続を定めてある」（甲105）とか、「家庭平和を維持せむとする家族制度の根本方針に立脚する」（甲106）などと解説されている。このことからすれば、配偶者同意要件が家制度に立脚したものであることは明らかである。

(イ) 優生保護法（昭和23年7月13日法律第156号）

不妊手術の原則禁止の目的は、昭和23年法律第156号による優生保護法の制定後も維持されている。

すなわち、優生保護法の制定により、1条の目的から「健全なる素質を有する者の増加を図り以て国民素質の向上を期する」という文言が削除され、「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の生命健康を保護すること」となった（同法1条）。このことにより、法全体としては、国民増加を志向する趣旨は後退し、優生的観点及び母性保護へと重点が移された。もともと、同法は、なお28条により不妊手術を原則として禁止していた。そして、同法3条は4号及び5号において、生命危険要件及び多産・健康低下要件を定めるに至った。

同法の趣旨について、谷口彌三郎委員は、第2回国会衆議院厚生委員会第17号昭和23年6月27日（甲112）において、「戦時中におきましては母性を犠牲にいたしまして、健康などは問題にせず、母性に対しましては出生増加を第一の主眼点に置いたのでございますけれども、新憲法のもとにおきましては、人権尊重の意味から申しまして、母性の健康を保護するということがきわめて必要であると思ひまして、それにはある程度の人工妊娠中絶なども拡張いたしまして、母性保護の方面に向けなければならぬと存じておるのであります」と説明している。この答弁から明らかとなり、「母性の健康を保護する」ための主眼は、人工妊娠中絶要件の緩和にある。

他方、任意の不妊手術に関する規定の趣旨は、国民優生法下における説明と同じく、「現在健全な素質が単に自己本位の産児制限のために此の不妊手術を行うようなこと」を防止する点にあると説明されている（甲 1 1 3：谷口彌三郎『優生保護法』〔改訂版〕 4 1 頁）。また、同法で生命危険要件と多産・健康低下要件を定めた 3 条 4 号及び 5 号の趣旨について、文献において、「㊦第四号優生手術（中略）これは母性の生命尊重の見地から優生手術が認められたものです。」「㊧第五号優生手術（中略）これは経産婦で妊娠の度ごとに健康度を害する場合に認められた優生手術です。」「㊨と㊩は母性保護の面から優生手術の必要性が強調されたわけです。本来ならば、『母性保護』の章に入るべき性質のものではないかと考えますが、優生手術ということで法第三条に敢えてもってきているのでしょう。前三者とはまるきり異質な理由と考えるべきでしょう」と解説されている（甲 1 1 4：末広敏昭『優生保護法 基礎理論と解説』（1984年、文久書林） 25 頁）。このように、同法における生命危険要件及び多産・健康低下要件は、不妊手術を原則として禁止することを当然の前提として、母性の生命・健康の保護という観点から例外的にこれを許容するものであるにすぎない。翻っていえば、不妊手術を原則として禁止する趣旨は、母性保護ではないのである。

以上によれば、優生保護法による不妊手術の原則禁止もまた、個人の意思による産児制限を「自己本位」として抑制し、「健全なる素質を有する者の増加を図」という目的が維持され、その例外として母性保護が追加されたものと解するほかない。

(ウ) 母体保護法（平成 8 年 6 月 26 日号外法律第 105 号）

優生保護法は、平成 8 年法律第 105 号による改正により、題名が「母体保護法」に改められ、法の目的が「不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めること等により母性の生命健康を維持すること」に改められた（1 条）。また、3 条 1 項が不妊手術に関する規定に改められるとともに、同項 1 号及び 2 号が削除され、制定時の優生保護法の同項 4 号及び 5 号が平成 8 年改正後の母体保護法の 1 号及び 2 号とされた。このように、同改正においては、優生思想に基づく規定の削除が行われた。

しかしながら、同改正においても、28条による不妊手術の原則禁止は維持された。すなわち、優生思想に由来する規定については見直しが行われた一方で、個人の意思による不妊手術を原則として許容しないという規制構造自体には変更が加えられていない。この点については、同改正が優生思想に基づく規定の見直しを中心とし、それ以外の規律については極力手を付けないという方針の下で行われたことが指摘されている（甲21～24、訴状16、17頁）。

そして、現行の「母体保護法の施行について」（平成8年9月25日厚生省発児第122号厚生事務次官通知。令和2年10月20日厚生労働省発子1020第1号厚生労働事務次官通知による改正後のもの。本件通知。甲90）においても、「法第28条は、健康者が経済的理由とか、単なる産児制限のためとか、又出産によって容ぼうが衰えることを防ぐため等、この法律の目的以外に利用することを防ぐため、この法律で認められている理由及びその他正当の理由がない限り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うことを禁止したもの」であるとされている。これは、「子どもを欲しないとか、子供が多すぎるからとか、生活が苦しいからとか、美貌を保持する爲めとか…の目的」での任意の不妊手術を禁止した国民優生法下における説明と全く同じ内容である。このように、国が、母体保護法28条について、個人の意思による「単なる産児制限」を禁止するものと解釈している点は、国民優生法及び優生保護法の優生手術（不妊手術）の禁止における「現在健全な素質が単に自己本位の産児制限のために此の不妊手術を行うようなこと」を防止するという趣旨を何ら変更していないことを示すものである。

以上の経緯を踏まえれば、法の名称及び目的規定が変更された後においても、個人の意思によって産児制限を行うことを禁圧することにより、不妊手術の原則禁止の目的は、なお「健全なる素質を有する者の増加を図」る点にあるものと解される。優生思想に基づく規定が削除されたことを踏まえても、その目的が、産児制限をさせないことによる人口統制にあることは明らかである。

イ 母体保護法の構造に照らした仕組み解釈

前記アにおいて述べたことは、母体保護法の他の文言との整合性に照らしても明らかである。

まず、母体保護法1条は、「母性の生命健康を保護すること」を目的としている。保護の対象が「女性」ではなく「母性」とされていることからすれば、妊娠・出産に関わる存在としての女性、すなわち「母親として子を産み育てる機能」（松村明編『大辞林』〔第4版〕（2019年、三省堂））を保護することを目的とするものと解される。

また、母体保護法3条1項によれば、ある女性にとって妊娠又は分娩が生命や健康に危険を及ぼすおそれのあるものであったとしても、配偶者の同意がなければ不妊手術を受けることができない（同項柱書）。また、ある女性にとって、分娩が健康を著しく低下させるおそれのあるものであったとしても、「現に数人の子を有して」いなければ不妊手術を受けることができない（同項2号）。このように、女性が不妊手術を受けることによって回避されるべき生命・健康上の危険が存在する場合であっても、配偶者の同意があることや既に数人の子を有していることを要件として課しており、女性個人の生命・健康を、配偶者の利益や子を持つことに対して劣後させている。

もし、母体保護法の目的が、不妊手術を受ける女性の生命・健康の保護にあるとすれば、上記のような要件が課されていることは矛盾である。そうすると、母体保護法は、女性の生命・健康の保護を目的としているのではなく、「母性」、すなわち、母親として子を産み育てる機能を保護するものと解するほかない。そして、女性の生命・健康は、子を産み育てる機能に劣後されており、配偶者の同意があり、かつ、生命に危険がある場合や既に数人の子を有していて健康度が著しく低下するおそれがある場合など、極めて限定的な場合に限って保護されているにとどまる。

したがって、前記アに述べた立法経緯に基づく、人口統制という目的は、母体保護法それ自体の構造からも裏付けられる。

ウ 本件各規定の目的は個人の尊厳と相容れない

このような立法は、個人（とりわけ女性）を国家目的のための手段として扱うものであって、個人の尊重原理とは相容れない。

このことは、最大判令和6年7月3日民集第78巻3号382頁（旧優生保護法違憲判決）が「優生上の見地、すなわち、不良な遺伝形質を淘汰し優良な遺伝形質を保存することによって集団としての国民全体の遺伝的素質を向上させるという見地から、特定の障害等を有する者が不良であるという評価を前提に、その者又はその者と一定の親族関係を有する者に不妊手術を受けさせることによって、同じ疾病や障害を有する子孫が出生することを防止する」という立法目的でなされた優生保護法の各規定について、「立法当時の社会状況をいかに勘案したとしても、正当とはいえないものであることが明らかであり、本件規定は、そのような立法目的の下で特定の個人に対して生殖能力の喪失という重大な犠牲を求める点において、個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反する」と判示したことがそのまま当てはまる。

この判示の趣旨について、同事件の調査官は、「憲法13条前段は、『すべて国民は、個人として尊重される』と規定して、個人主義の原理を表明している。そこにいう個人主義とは、人間社会における価値の根源が個人にあるとし、何にもまさって個人を尊重しようとする原理であり、一方において、他人の犠牲において自己の利益を主張しようとする利己主義に反対し、他方において、『全体』のためと称して個人を犠牲にしようとする全体主義を否定し、全ての人間を自主的な人格として平等に尊重しようとするものである（宮澤俊義『コンメンタール篇 日本国憲法』〔日本評論新社、1955年〕198頁）。そして、『個人の尊重』は、憲法の基本原理としての性格を持ち、憲法の全ての条項の解釈において、その指導原理として重要な意義を有するものとされているから（樋口陽一ほか『注解法律学全集(1)憲法I』〔青林書院、1994年〕254頁〔佐藤幸治〕、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』〔有斐閣、2017年〕83頁〔土井真一〕）、法令の憲法適合性審査においても、個人の尊重という観点から、当該法令の立法目的の正当性の有無が吟味されなければならない。しかるに、本件規定の立法目的は、特定の障害等を有する者が不良であるという前提から

して、個人の尊重の見地からみて正当化し難いものである上、特定の者に不妊手術を受けさせることによって社会全体の子孫の資質を優れたものにしようという点において、正に、全体のためと称して個人を犠牲にしようとする全体主義的な発想に基づくものであって、個人の尊重の原理とは相容れない考え方に立脚したものといわざるを得ない。」と、同判例の考え方を説明している（甲 1 1 5：鷹野旭「旧優生保護法違憲最高裁大法廷判決の解説」ジュリスト 1 6 0 5 号 6 7 頁）。

本件各規定も、不妊手術を受けることを禁止することによって、「健全なる素質を有する者の増加を図」る（人口統制）という全体の利益のために個人の利益を犠牲にしようとする「全体主義的な発想に基づくものであり、個人の尊重の原理とは相容れない考え方に立脚」するものであるから、制約の合理性・必要性について検討するまでもなく、目的において違憲である。

(2) 手段が合理性・必要性を欠くことの主張補充

控訴人の主張は、前記のとおり、本件各規定の目的が人口統制にあり、およそ正当化され得ないというものであるが、本項では、仮に本件各規定の目的が被施術者の生命・健康保護にあるとした場合であっても、本件各規定がおよそ合理性・必要性を欠くことについて、原審の主張を補充する。

ア 不妊手術の身体への侵襲性及び合併症のリスクは低い

原判決は、保護範囲の判断において、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法 1 3 条の保護範囲に含まれることを否定した理由として、不妊手術が身体への侵襲を伴うものであって、麻酔の使用が必須であり、死亡や腸の損傷等の重大な合併症も起こり得るものであることを指摘している（原判決 3 3、3 4 頁）。

しかし、このような事情は、前記のとおり避妊の自由に対する制約がないことを基礎付けるものではないのみならず、次のとおり、不妊手術を原則として禁止する必要性を基礎付ける事情ともなり得ない。

(7) 優生保護法制定当時と比べて不妊手術の危険性は著しく低下している

仮に優生保護法制定（昭和23年（1948年））当時において、不妊手術が被施術者の生命・健康に相応の危険を伴うものであり、そのことが一定の規制を基礎付け得る事情であったとしても、現在においては、そのような立法事実は失われている。

すなわち、優生保護法制定当時、不妊手術は腹部を十数センチメートル切開する開腹手術が標準的な術式であり、麻酔管理技術も未成熟であった。そのため、感染症や出血等による生命・身体への危険は、現代と比較すると著しく高いものであった。

しかし、1970年代以降、腹腔鏡下手術（腹部に5から12ミリメートル程度の穴を開けて内視鏡と専用器具を用いる術式）が広く普及し（甲34）、侵襲性は大幅に低下した。術後の疼痛も軽微であり、日帰り手術も可能であるなど、安全性は大きく向上している。腹腔鏡下手術による不妊手術の死亡率は、現在では10万件に1、2件となっている。しかも、これらの死亡事案は、腹腔鏡下手術そのもののリスクに起因するものではなく、手術に伴う全身麻酔に起因するものである。

このように、不妊手術の安全性は、優生保護法制定当時と比べて飛躍的に向上しており、制定当時想定されていたような危険性を前提とすることはできない。

以上のとおり、本件各規定を正当化し得る医学的根拠は、現在においては消滅している。したがって、本件各規定による不妊手術の原則禁止は、現在の医療実態と著しく乖離した過剰規制であるというべきである。

なお、この点については、別の書面において、証拠と共に補充する。

(イ) 現在の不妊手術のリスクは妊娠・出産のリスクよりも低い

本件各規定の目的が被施術者の生命・健康の保護にあるとしても、当該規制の合理性は、不妊手術を行わない場合に想定されるリスクとの関係において検討されなければならない。すなわち、不妊手術を行わない場合、女性は妊娠・出産に至る可能性があり、これに伴う生命・身体のリスクを負担することとなるが、そのリスクは決して小さいものではない。妊娠・出産によるリスクが、不妊手術のリスクを上回る場合には、これを原則として禁止する合理性は認められない。

我が国における妊婦死亡率は、2010年以降の統計において、出生10万件当たり概ね3～5件程度である（甲116：e-Stat「妊産婦死亡の死因別にみた年次別死亡数及び死亡率（出産10万対）」）。また、妊娠高血圧症候群、早剥及び前置胎盤などの産科合併症は全妊産婦の54.8％に発生し、子宮疾患、呼吸器疾患及び糖尿病などの偶発合併症は全妊産婦の32.2％に発生している（甲117：日本産科婦人科学会日本医科大学中井章人「妊産婦の診療の現状と課題」）。さらに、尿路感染症のリスクも増大し、これが腎盂腎炎等に進行した場合には、敗血症、播種性血管内凝固症候群及び急性呼吸窮迫症候群といった重篤な状態を引き起こし得る（甲118：MSDマニュアル「妊娠中の血栓塞栓性疾患」）。加えて、出産に際しては、会陰切開、縫合及び帝王切開等の外科的処置が相当数行われており、これらは身体に対する直接的な侵襲を伴うものである。また、出産後においても、骨盤底障害等の後遺的影響が生じ得るなど、身体機能に対する持続的影響を及ぼす場合がある。

これに対し、不妊手術に伴う死亡リスクは、前記のとおり10万件に1、2件であり、妊娠出産による死亡リスクを下回る水準にある。また、不妊手術は通常は一回限りの医療行為であり、適切な医療管理の下ではリスクは相対的に極めて低く抑えられている。

そうすると、不妊手術を一律に禁止することは、より高い身体的リスクを伴う妊娠・出産を回避する選択肢を制約するものであって、被施術者である女性の生命・健康の保護という目的との関係において適合性を欠くものといわざるを得ない。

なお、この点については、別の書面において、証拠と共に補充する。

(ウ) 現在の不妊手術のリスクは他の非治療的手術（美容整形手術等）と比較しても特段高いものではない

我が国においては、必ずしも医療的必要性に基づかない手術として、美容整形手術等が広く行われており、2022年における施術数は合計373.2万件に及んでいるが、これらを原則として禁止する法規制は設けられていない。

そして、美容整形手術のうち、10万件当たりの死亡率は、脂肪吸引については約2.6件、腹部形成術については約7.7～10件、臀部脂肪注入術については約6.7件とされており、いずれも不妊手術に伴う死亡リスク（10万件に1、2件）を上回る水準にある。

このように、一定のリスクを伴う非治療的医療行為であっても、医師によって行われ、適切な説明と同意に基づく限り、個人の自己決定に委ねられているのが実態である。

したがって、不妊手術についてのみ、そのリスクを理由として一律にこれを制限することは、同様に自己決定に委ねられている他の医療行為との関係においても整合的とはいえず、被施術者の保護という観点からみても、過剰な規制である。

なお、この点については、別の書面において、証拠と共に補充する。

イ 他の避妊法では代替できない

原判決は、手段の合理性ではなく憲法上の権利性に関する文脈においてではあるものの、「避妊法は女性が主体的にとることができるものも含めて複数あり、IUD（IUS）や経口避妊薬は、正しく使用する限り、不妊手術よりも避妊効果が高いことに加え（なお、禁忌等のため、これらを使用することができない場合があるとしても、これらのいずれも使用することができない場合は相当程度限られる）」として、不妊手術の原則禁止という手段が正当化されるかのような指摘をしている（原判決34頁）。しかし、不妊手術以外の避妊方法が存在することは、避妊の自由の制約を正当化する根拠たり得ない。

女性が主体的にとることのできる避妊方法は、複数あるものの、前記Ⅱ第1・3(4)に記載したとおり、それぞれパール指数（開始後1年間の妊娠率）、副作用、禁忌、使用に伴う負担、持続性等の点において異なる特性を有しており、このうちいかなる方法が適しているかは、個人の体質や生活状況に加え、個人の望む生き方によっても異なる。そのため、単に避妊率（パール指数）や身体への侵襲の程度といった指標のみによって優劣を比較することはできない。特に、不妊手術は永続的な避妊を実現す

る点において他の方法とは質的に異なるものであり、これと同等の効果を他の方法によって代替することはできない。（訴状 21～25 頁、原告準備書面(3) 24～29 頁参照）

したがって、他の避妊方法の存在を理由として不妊手術を原則として禁止することは、制約として過度であり、必要性を欠く。

ウ 小括

以上のとおり、本件各規定は、避妊の自由を制約する合理性及び必要性を欠いている。

(3) 小括

原審で主張したことに加え、上記で詳論したことを踏まえれば、本件各規定につき、目的の正当性を認めることができず、また手段として必要性・合理性を欠くことは明らかである。憲法上の権利の制約として正当化される余地はなく、違憲・無効である。

2 憲法 13 条により保障される、身体への侵襲を受けない自由の侵害である

(1) 身体への侵襲を受けない自由は憲法 13 条により保障されている

原判決も認めるとおり、憲法 13 条は、人格的生存に関わる重要な権利として、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を保障している（最高裁令和 5 年 10 月 25 日大法廷決定、原判決 36 頁）。

(2) 本件各規定は身体への侵襲を受けない自由を制約する

本件各規定は、控訴人らに対し、妊娠・出産という生命・身体に対する侵襲を回避する手段を制限するものであり、その結果として、控訴人らの「身体への侵襲を受けない自由」を制約するものである。

ア 妊娠・出産には生命・身体に対する侵襲リスクがある

前記のとおり、妊娠・出産には、出生10万件当たり概ね3～5件程度の死亡のリスクがあるほか、妊娠高血圧症候群、早剥及び前置胎盤などの産科合併症は全妊産婦の54.8%に発生し、子宮疾患、呼吸器疾患及び糖尿病などの偶発合併症は全妊産婦の32.2%に発生している。また、尿路感染症のリスクも増大し、これが腎盂腎炎等に進行した場合には、敗血症、播種性血管内凝固症候群及び急性呼吸窮迫症候群といった重篤な状態を引き起こし得る。

さらに、出産に際しては、会陰切開、縫合、帝王切開等の外科的処置が相当数行われており、これらは身体に対する直接的な侵襲を伴うものである。また、出産後においても、骨盤底障害等の後遺的影響が生じ得るなど、身体機能に対する持続的影響を及ぼす場合がある。

このように、妊娠・出産は、一定の確率で重篤な健康被害を生じさせ得るのみならず、現実には身体への物理的侵襲を伴い、かつ不可逆的又は長期的な影響を及ぼし得るものである。

イ 妊娠・出産は個人の意思のみによって完全に回避できるものではない

妊娠は、通常、性交により生じるものであるが、その発生は、必ずしも女性の意思のみによって回避し得るものではない。すなわち、意に反する性交によって妊娠する可能性があることはもとより、性交自体が意に反するものではなかったとしても、女性が主体的にとることのできる避妊法が確保されなければ、女性の意思のみによって妊娠を回避することはできない。

また、不妊手術以外の方法で避妊が行われた場合であっても、避妊が失敗する可能性を排除することはできず、妊娠の発生は一定の偶然性を伴うものである。

したがって、妊娠・出産は、女性の意思のみによって回避し得るものではなく、妊娠・出産に伴うリスクの負担を専ら個人の選択の結果として帰責することはできない。

ウ 生命・健康に対するリスクを回避する手段を封じることは国家による侵襲に当たる

妊娠・出産に伴うリスクそれ自体は、国家によって直接作出されるものではない。しかしながら、生命・健康に対する危険を回避する手段が国家によって制限される場合には、当該危険に曝露される状態が事実上強制されることとなる。このような場合には、危険そのものの発生原因にかかわらず、本来回避できたはずの危険への曝露が国家によってもたらされている点において、国家による侵襲と実質的に異ならない。

例えば、医療的措置がなされれば回避又は軽減可能な特定の疾病について、国家がその治療を禁止した場合には、国家が個人に対して当該疾病に罹患する危険を受忍させることとなる。また、災害の危険が存在する状況において、国家が個人に対して防災のための家屋改修や避難を禁止した場合、国家が個人に対してその危険への曝露を強制することとなる。このように、疾病や災害自体は自然に発生したものであっても、これを回避する行動を国家が禁止する場合には、国家による侵襲と同視される（甲119：木下昌彦「最もphysicalで、最もprimitiveな権利—カナダ・モデルに基づく生命と身体に対する憲法的保障の再構築」（『憲法学のポリフォニー』（有斐閣、2026年）所収予定））。

本件各規定は、不妊手術という妊娠・出産を回避する手段を制限することにより、控訴人らに対し、生命・健康に対する危険にさらされることを余儀なくさせるものである。したがって、本件各規定は、妊娠・出産に伴う危険への曝露を事実上強いる点において、国家による侵襲に当たるといふべきである。

エ 他の避妊方法にも生命・健康に対するリスクが伴い、不妊手術を完全に代替するものではない

妊娠・出産のリスクを回避する方法として、他の避妊方法があるとしても、それらもまた、生命・健康に対するリスクを伴う上、避妊も確実でないことから、不妊手術を完全に代替するものとはいえず、不妊手術を禁止することはなお身体への侵襲を強いることとなる。

すなわち、経口避妊薬（ピル）の使用には、生命に関わる血栓症を引き起こすリスクのほか、頭痛、吐き気及び不正出血などの副作用がある。IUD（IUS）の使用についても、骨盤炎症性疾患、異所性妊娠、穿孔等の重大な疾病を引き起こすリスクがあるほか、挿入時に痛みや出血を伴う可能性があり、疼痛、不正出血、月経異常等の副作用を生じる可能性がある。このように、これらの避妊方法についても、いずれも生命身体に関わる副作用のリスクを伴うものであって、いずれの方法が適しているかは個人の体質によって異なるから、一概に生命・健康に対するリスクを比較することはできない。また、他の避妊方法の通常の使用方法によるパール指数は、不妊手術よりも低く、妊娠を確実に回避するものではない。

したがって、不妊手術を原則として禁止することは、避妊を望む者に対して、他の避妊方法による生命・健康に対するリスクを強いるものであるとともに、それらの避妊方法によっても妊娠を確実に回避できない以上、妊娠・出産に伴う生命・健康に対する危険をなお残存させるものである。したがって、これらの手段の存在をもって、不妊手術という選択肢を一律に制限することの合理性が基礎付けられるものではない。

オ 小括

したがって、本件各規定は、自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約するものである。

(3) 本件各規定による身体への侵襲を受けない自由の制約は正当化されない

本件各規定による身体への侵襲を受けない自由の制約が正当化されないことは、前記1（避妊の自由の制約）に記載したとおりである。

(4) 小括

したがって、本件各規定は、身体への侵襲を受けない自由を侵害するものであるから、憲法13条に違反する。

3 憲法13条により保障される、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由の侵害である

身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権が憲法13条により保障されることは、前記Ⅱ第2に記載したとおりである。もっとも、控訴人らにとって、医師による、母体保護法2条・母体保護法施行規則1条に定められた術式による不妊手術（以下「2条不妊手術」という。）を受けることは、単に自己の身体の処分という性質を有するのみならず、自己の妊孕性に対する違和感やこれに起因する精神的苦痛を緩和するという医療的措置としての側面を有する。

そこで、こうした観点から、仮に、身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権一般が憲法13条により保障されないとしても、その一部としての身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由が同条により保障されることについて、以下の点を新たに主張する。

(1) 身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由は人格的生存に関わる重要な権利である

医療は、個人の生命・身体の状態を回復・維持・増進し、これに伴う身体的・精神的苦痛を軽減するための不可欠の手段である。そして、医療には身体に対する一定の侵襲を伴うことがあるが、他方で、適切な医療を受けることができなければ、健康の維持・回復は著しく困難となり、人格的生存の基盤が失われることとなる。そうすると、憲法13条は、国家の介入・干渉なしに身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由を保障しているものというべきである。

このことは、自己の身体に対して強い違和感や苦痛を有し、これを軽減するために身体への一定の侵襲を伴う措置が行われる場合にも妥当する。例えば、性別不合に関する治療においては、十分な説明と同意の確保等の一定の条件の下で、身体的治療の一つとして、精巣摘出術、陰茎切除術、造脛術、外陰部形成術、卵巣摘出術、子宮摘出術、尿道延長術、膣閉鎖術、陰茎形成術のような性別適合手術や乳房切除術など、不可逆的な身体的変化を伴う手術が、治療として位置付けられ、正当な医療行為とし

て容認されている（甲 120：日本精神神経学会性別不合に関する委員会 日本G I（性別不合）「性別不合に関する診療と治療のガイドライン」第5版）。すなわち、性別適合手術や乳房切除術は、身体に対する強い違和感や精神的苦痛を軽減し、心身の健康を維持するために行われている医療的措置であるといえる。

不妊手術も、単に生殖を回避する手段にとどまらず、自己の妊孕性に対する違和感・嫌悪感や妊娠に対する強い恐怖といった心身の負担を軽減する医療的措置としての側面を有する。

控訴人らのうち、控訴人梶谷、控訴人■■■■及び控訴人■■■■は、自己の妊孕性に強い違和感や嫌悪感を抱えており、心身に強い負担をもたらしている（甲3、11、14）。控訴人■■■■は、妊娠に対する強い恐怖を抱えており、このことは脱出可能性のあるミレーナの使用によっては解消できていない（甲7、93）。控訴人■■■■は、女性が子を持つことを当然とする社会の在り方に強い違和感を抱き、子を持たない選択を真摯に志向し、そのような生き方に沿った自身の身体の在り方を望んでいる（甲4）。

このように、控訴人らにとって、不妊手術は、自己の妊孕性に対する違和感・嫌悪感や妊娠に対する強い恐怖といった心身の負担を軽減する医療的措置に当たる。不妊手術も、このような心身の負担の軽減のために、本人の真摯な意思に基づき、医師によって医学的に相当な方法で行われる限り、個人の健康維持のために必要な医療的措置の一つと考えられる。

したがって、心身の負担の軽減のために、不妊手術という身体への侵襲を伴う医療的措置を受けることは、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由の内容として、憲法13条により保障される。

(2) 本件各規定による治療を受ける権利の制約は正当化されない

本件各規定による身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由の制約が正当化されないことは、前記1（避妊の自由の制約）に記載したとおりである。

(3) 小括

したがって、本件各規定は、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由を侵害するものであるから、憲法13条に違反する。

4 私生活上の自由の侵害である（前記1ないし3の予備的主張）

(1) 人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、司法審査が及ぶ

ある自由又は権利が人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、国家がこれを正当な理由なく制約してよいわけではなく、その規制は合理性・必要性の観点から司法審査に服する。したがって、仮に、不妊手術を受ける権利ないし自由が人格的生存に関わる重要な権利そのものには当たらないとしても、本件各規定による制約の適法性は、上記観点から審査されなければならない。

この点について、いわゆる一般的自由説に立つ場合には、私生活上の自由ないし一般的行動の自由として憲法13条の保護を受けると解され、その制約が正当化されるか否かについて司法審査が及ぶこととなる。他方で、人格的利益説に立つ場合にも、人格的生存に関わる重要な権利そのものに当たらない自由であっても、平等原則や比例原則（権利・自由の規制は社会公共の障害を除去するために必要最小限度にとどまらなければならないとする原則。憲法13条、31条）の観点からの司法審査は免れないと解されている。

最高裁も、いずれの理論的立場に立つかを明示することなく、人格的生存に関わる重要な権利とまではいえない自由についても、その制約の合理性・必要性について審査を及ぼしてきた。

したがって、本件についても、仮に不妊手術を受ける権利又は自由が人格的生存に関わる重要な権利に当たらないとしても、上記観点から本件各規定の合理性・必要性が審査されなければならない。以下詳述する。

(2) 一般的自由説による場合

ア 学説の状況

(7) 一般的自由説のうち主観的権利の射程として捉えるもの

阪本昌成教授は、「他者から強制を受けることなく自由に各自の目的を最大化すること」が「幸福追求」であるとし、それは「社会通念から見れば『とるに足らぬもの』」であってもよく、憲法13条後段は、「各人がその独自の目的を追求する活動過程と領域とを国家として解放していくことを保障したものである」とする（甲121：阪本昌成『憲法2基本権クラシック〔第4版〕』（有信堂、2011年）103、107頁、甲122：阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）240頁）。

戸波江二教授は、「およそ、国家権力を制限して個人の権利・自由を擁護することを目的とする近代立憲主義の理念に照らせば、個人の自由は広く保護されなければならないと解される」とし、「たとえ個人の行為に人格的価値が認められない場合であっても、国家は正当な理由なく制限してはならないのであって、その意味で、憲法上の保護は個人の自由な行為に広く及ぶ」と述べている（甲123：戸波江二『憲法』〔新版〕（ぎょうせい、1998年）176、177頁）。

(i) 一般的自由説のうち憲法の客観法的側面に着目するもの

長谷部恭男教授は、「『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』とは、個人の自律を保障するための人権ではなく、一般的な行動の自由を指している」とした上、「憲法13条後段は、国家権力が公共の福祉の許す範囲でのみ行使されるよう、国民に対して一般的自由を与え、国家権力の側にこの自由の制約を正当化すべき責任を課して、司法部にこの限定を監視する任務を与えた」ものであり、「個人の行動を国家が制約しようとする際には、なぜ制約するのか、その正当化理由を国家の存立根拠である社会全体の利益（公共の福祉）に照らして説明する必要がある」と述べている（甲124：長谷部恭男『憲法』〔第8版〕（新世社、2022年）149頁）。

小山剛教授は、これを「違憲の強制を受けないことの保障」とであると構成し、憲法による明文の保障からこぼれ落ちた行為であっても「国家が恣意的な動機・合理性のない手段で規制を加えることができると考えるべきではな（く）」、「規制が法治国

家の諸原理、特に比例原則に適合しているか」を問うものであると論じている（甲125：小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』（尚学社、2011年）95、96頁）。

松本和彦教授は、憲法13条の役割につき、「人格的生存に不可欠とまではいえない個人の行動に国家が制約を課すことが不合理な制約にならないよう、国家に法律の留保原則と比例原則を遵守させること」にあるとしている（甲126：松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛ほか『論点探求憲法』〔第2版〕（弘文堂、2013年）113頁）。

（ウ） 小括

このように、学説上、いわゆる一般的自由説に分類されるもののうち、主観的権利の射程として捉えるか（前記ア）、憲法の客観的側面に着目するか（前記イ）によって見解の相違はあるものの、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、国家が正当な理由なく私生活上の自由を制約してよいわけではなく、その制約は比例原則の観点から司法審査に服するという点では一致している。

イ 判例の状況

多くの判例は、ある権利ないし自由が人格的生存に関わる重要なものとはいえない場合であっても、私生活上の自由を制約する規定の憲法適合性審査を行っている。これらは、私生活上の自由が憲法13条により保障されているとの前提に立つものと考えられる。

（ア） 憲法13条による保障を明示している判例

前述した最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（京都府学連事件）は、憲法13条は「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」とした上で、「個人の私生活上の自由」の一つとして、何人も、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が保障されるとした。そして、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、

かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」は憲法13条に違反しないと判示した。

同じく前述した最三判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁（指紋押捺拒否事件）は、「国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」として、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許され（ない）」として、目的手段審査を行っている。

これらの判例は、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」や「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」が「私生活上の自由」の一つとして憲法13条により保障されることを明示したものである。

（イ） 憲法13条による保障を明示していないが司法審査を行っている判例

他方で、憲法13条によって保障されるか否かを明示していないものの、欠前提処理をすることなく、司法審査を及ぼしている判例も複数存在しており、これらは一般的自由説を採用したものと理解される。

例えば、最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁（被拘禁者喫煙禁止事件）は、拘禁された者の喫煙の自由について、「必要な限度において、被拘禁者のその他の自由に対し、合理的制限を加えることもやむをえない」とした上で、「制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立つて決せられる」として、具体的な比較衡量を行っている。本判決について、最高裁判所例解説刑事篇平成15年度624頁〔山田耕司〕（後記最一判平成15年12月11日の調査官解説）は、「喫煙の自由」が憲法上の権利として認められたものと解説している（同630頁）。

最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号41頁（福岡県青少年保護育成条例事件）は、13歳以上、特に婚姻適齢以上の青少年とその自由意思に基づいて性行為

を行う性的自由を制約する条例の規定について、目的手段審査を行っている。本判決について、最高裁判所判例解説刑事篇昭和60年度201頁〔高橋省吾〕は、「判例の趨勢からすると、性的自由は憲法13条の幸福追求権の中に含まれるものとして理解できる」と解説している（同231頁）。

最一判平成元年12月14日刑集43巻13号841頁（どぶろく事件）は、酒税法の規定により「自己消費目的の酒類製造の自由」が制約されるとしても、酒税法の目的に照らし、「そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえ（ない）」として、裁量権の逸脱の有無を審査している。

最一判平成15年12月11日刑集57巻11号842頁（ストーカー規制法事件）は、「恋愛感情その他好意の感情等を表明する」自由について、目的手段審査を行っている。本判決について、最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度624頁〔山田耕司〕は、「恋愛感情は、私生活上の自由に属する権利として憲法13条、21条1項により保障されていると解すべき」であり、「本判決は、この点につき明確な判断を示しているわけではないが、（中略）前提を欠くとして決定処理がされなかったことにも照らせば、恋愛感情を憲法上の権利であると認めていると解すべきであろう」と解説している（同630頁）。

（ウ） 小括

以上のとおり、判例は、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、これを制約する規定の合理性・必要性について審査を及ぼしており、これらの私生活上の自由が憲法13条により保障されていることを示したものと解説されている。

不妊手術を受ける自由についても、「喫煙の自由」や「自己消費目的の酒類製造の自由」に比較して、憲法上の保障の程度が劣ると解することはできず、私生活上の自由の一つとして憲法13条により保障されていると解すべきである。

ウ 小括

したがって、仮に、不妊手術を受ける権利ないし自由が、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、私生活上の自由として憲法13条により保障されていると解すべきであり、本件各規定による制約の適法性が審査されなければならない。

(3) 人格的利益説による場合

ア 学説の状況

これに対し、いわゆる人格的利益説の立場によるとしても、結論を異にするものではない。

すなわち、佐藤幸治教授は、同説の立場から人格的自律にとって重要とまではいえない権利や自由であっても、「人格的自律を全うさせるために手段的に一定の憲法上の保護を及ぼす必要がある」としている（甲127：佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』－その根拠と性質をめぐって」（法学教室98号17頁））。

また、「人格的利益説をとっても、これらの行為を行う自由が保護されなくなるわけではない。それを一部の人について制限ないし剥奪するには、もとより十分に実質的な合理的理由がなければならない。平等原則や比例原則（権利・自由の規制は社会公共の障害を除去するために必要最小限度にとどまらなければならないとする原則）とのかかわりで、憲法上問題となる」とも指摘されている（甲128：芦部信喜『憲法』〔第8版〕（岩波書店、2023年）124頁（高橋和之補訂部分））。

イ 判例の状況

人格的生存に関わるとはいえない私生活上の自由に関して司法審査を及ぼした判例は前記(2)イのとおりである。これらの判例が仮に一般的自由説を採用したものでないとしても、欠前提処理をすることなく、比較衡量や目的手段審査を行っていることからすれば、比例原則（憲法13条、31条）の観点から司法審査を及ぼしたものと考えられる。

ウ 小括

したがって、仮に、不妊手術を受ける権利ないし自由が、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、また、私生活上の自由全般が憲法13条によって保障されているとはいえないとの見解に立ったとしても、比例原則（憲法13条、31条）の観点から、本件各規定による制約の適法性が審査されなければならない。

(4) 本件各規定による私生活上の自由ないし行動の自由の制約は正当化されない

本件各規定による私生活上の自由の制約が正当化されないことは、前記1（避妊の自由の制約）に記載したとおりである。

(5) 小括

したがって、本件各規定は、私生活上の自由を侵害するものであるから、憲法13条又は比例原則（憲法13条、31条）に違反する。

5 本件各規定を控訴人らに適用する限りにおいて憲法13条に違反する（予備的主張としての適用違憲）

仮に、本件各規定全体が違憲であるとはいえないとしても、これを控訴人らに適用する限りにおいて、憲法13条に反し、違憲である。

(1) 他の避妊方法が困難な場合にまで不妊手術を禁止することは身体への侵襲を受ける自由若しくは自己決定権又は身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利若しくは自由の侵害である

身体への侵襲を受ける自由若しくは自己決定権又は身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利若しくは自由が憲法13条によって保障されることは前記Ⅱ第2及びⅢ第1・3に記載したとおりである。

仮に原判決の説示するように、他の避妊方法があるなどの理由から、本件各規定による不妊手術の原則禁止が、身体への侵襲を受ける自由若しくは自己決定権又は身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利若しくは自由の侵害に当たらないとしても、

「特段の事情がある場合」（原判決３６頁）にまで、不妊手術を行うことができないとすれば、これらの権利を侵害し違憲である。

そして、少なくとも、自身の健康を維持することは人格的生存に関わるものであるから、自己の妊孕性に起因する心身の負担を軽減又は除去するために、不妊手術によるほかに実質的な代替手段が存在しない場合には、上記の「特段の事情がある場合」に当たるといふべきである。

控訴人らのうち、控訴人梶谷は、自身の身体の妊孕性に強い違和感や嫌悪感を抱いており、他の避妊手段はいずれも妊孕性それ自体を除去するものではないことから、当該違和感を解消するものとはならなかった（甲３、９１）。

控訴人■■■■は、アロマンティック・アセクシャルというセクシャリティであることから、自身の妊孕性に対する強い違和や苦痛を感じており、自己のアイデンティティを全うするために不可欠であると認識しているほか、妊娠そのものに対しても強い違和感や恐怖感を抱いている（甲１４、９４）。

控訴人■■■■は、妊娠に対する強い恐怖を抱いている上、前記のとおりミレーナ（ＩＵＳ）には脱出のリスクがあることから、その使用によっても妊娠に対する不安や恐怖は解消されていない（甲７、９３）。

控訴人■■■■は、自身の妊孕性に強い違和感を抱いており、そのことにより精神的に追い詰められ、拒食症になった経験を有する（甲１１）。現在は、前記のとおり経口避妊薬を常服しているが、副作用があることに加え、毎日の継続的な服用自体に負担を感じている（甲９５）。

控訴人■■■■は、子を持たないという生き方を望んでおり、妊孕性のある身体は自己の価値観と緊張関係に立ち、心理的負担の要因となっている（甲４）。

このように、控訴人らの心身の負担の現れ方は一様ではないものの、いずれも、自身の心身の負担を軽減又は除去するためには、他の避妊方法によることができないか、又は、他の避妊方法によっては意味を持たないことから、妊孕性を除去することのできる不妊手術によるほかない。

そうすると、控訴人らについては、不妊手術によるほかに、自身の健康を維持するための実質的な代替手段が存在せず、上記の「特段の事情がある場合」に当たるというべきである。

したがって、本件各規定は、控訴人らに適用される限りにおいて、身体への侵襲を受ける自由若しくは自己決定権又は身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利若しくは自由を侵害し、憲法13条に反する。

(2) 他の避妊方法が困難な場合にまで不妊手術を禁止することは避妊の自由の侵害である

避妊の自由が憲法13条によって保障されることは原判決も認めるとおりである（原判決30頁）。

そして、仮に原判決の説示するように、他の避妊方法があるなどの理由から、本件各規定による不妊手術の原則禁止が、避妊の自由の侵害に当たらないとしても、「女性が主体的にとることができる避妊法が事実上不妊手術に限られる場合」（原判決34頁）にまで、不妊手術を行うことができないとすれば、避妊の手段を実質的に奪うものであるから、少なくとも避妊の自由を侵害し違憲である。

なお、原判決は、「仮に禁忌等のために女性が主体的にとることができる避妊法が事実上不妊手術に限られる場合があり得るとしても、男性がとることができる避妊法も存在する」（原判決34頁）としているが、男性のとることができる避妊法があることが女性の避妊の自由の範囲及び制約とは無関係であることは前記Ⅱ第1・5(2)のとおりであるから、このような事情を考慮することはできない。

控訴人らのうち、控訴人梶谷は、経口避妊薬の服用経験があるが、腹部の張りや全身のむくみが続き、また、ミレーナの使用後は体重が急増するなど体質に合わなかった（甲91）。控訴人■■■■は、ミレーナ（IUS）の使用経験があるものの、なおミレーナが脱出することへの不安を抱え、また、5年ごとに侵襲性のある施術を繰り返し受ける必要があることから、身体的な負担を感じている（甲7、93）。控訴人■■■■

■は、現在、経口避妊薬を常服しているが、不正出血や副作用を感じており、毎日継続的に服用することについても強い負担を感じている（甲11、95）。

そうすると、少なくとも控訴人梶谷、控訴人■及び控訴人■が主体的にとることができる避妊法は事実上不妊手術に限られる。

したがって、控訴人梶谷、控訴人■及び控訴人■に対してまで本件各規定を適用し、不妊手術を禁止することは憲法13条に違反し、違憲である。

第2 憲法14条1項違反について

1 男性と女性の間の平等原則違反

本件各規定は、法適用又は法内容において、男性と女性との間で、不妊手術を受けることの可否について、合理的な根拠に基づかない別異取扱いをするものであるから、憲法14条1項に反し、違憲である。

(1) 法適用の平等について

ア 法適用の別異取扱いも平等審査の対象となる

憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁、最高裁平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁等）。

本件各規定における男性と女性との間での別異取扱いは、いわゆる法適用における別異取扱いである。憲法14条1項の「法の下での平等」は、法令を平等に適用すること（法適用の平等）をも意味するものであり（甲129：長谷部恭男『憲法』〔第8版〕（新世社、2022年）170頁、甲130：木下智史ほか『基本憲法I』（日本評論社、2017年）76頁）、法令の適用においても、合理的な根拠に基づかない別異取扱いは許されない。

母体保護法28条は男女問わず不妊手術を原則として禁止しているにもかかわらず、男性に対しては、同法3条2項・同条1項1号及び2号の要件を充足しなくとも、不

妊手術が許容されるとの解釈がなされているのに対し、女性には同法3条1項1号及び2号の要件を充足しなければ不妊手術が許されていない。本件各規定は、その適用に関し、男性と女性との間において、不妊手術を受けることの可否について合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせるものであり、憲法14条1項に違反する。

以下詳述する。

イ 別異取扱いの存在：男性の不妊手術には本件各規定が適用されていない

本件各規定は、形式的には母体保護法28条で男女に区別を設けていないことから、男女ともに一律に不妊手術を禁止し、同法3条でその制限を解除しているように解される。

しかしながら、その運用の実態においては、男性に対する不妊手術の規制は機能していない。

すなわち、男性の不妊手術である精管切除結紮法又は精管離断術（母体保護法施行令1条1号及び2号）については、多くの医療機関において、母体保護法3条1項各号所定の要件を充足することを要求していない。例えば、当審において新たに提出するクリニックのウェブサイト（甲131：医療法人清佑会MSクリニックウェブサイト）では、母体保護法3条1項各号所定の要件を①から③に整理して法律上はこれらの充足が求められるとしつつ、「現状のパイプカット手術では、③のみの確認で行われることが多く見受けられます。」と明記されており、③の「配偶者の同意があること（いなければ本人のみの同意）」のみでパイプカットが実施されている実態が示されている。

原審でも明らかにしたとおり、公表されている政府統計によれば、母体保護法の要件を満たす男性の不妊手術の実施数は、優生保護法が母体保護法に改正された平成8年以降、長期間にわたり1桁から2桁台にとどまり、令和4年においても年間35件にすぎない（甲80）。他方、医療機関によっては、パイプカット手術について4193例の実施実績を公表しているものも存在する（甲79の5）。これを政府統計に基づく不妊手術の累計実施数（平成8年から令和4年までで合計1078件）と比較

すれば、男性の不妊手術について、長期間にわたり、公然と、母体保護法上の要件を満たさないまま広く実施されていることが分かる。（以上につき、甲79の1～5、甲80。原告準備書面(3)61～63頁）

このように、男性に対する不妊手術は長年にわたり母体保護法の要件を充足しないまま行われてきたという実態があるが、これらの医療機関が母体保護法違反で摘発された事例は見当たらない。一般的な判例データベースであるTKCローライブラリーで、「母体保護法」の刑事事件を検索すると無関係の事案がわずかに1件ヒットするのみであり、「優生保護法」で同様の検索をすると19件がヒットするが、男性に対する不妊手術が取り扱われた事案はいわゆるブルーボーイ事件（東京高判昭和45年11月11日判タ259号202頁）のみである（甲132）。

以上のとおり、医療機関における実際の取扱い及び統計資料を踏まえれば、男性の不妊手術については本件各規定による規制が実質的に機能していないという法適用の実態がある。

ウ 別異取扱いに合理的な根拠はない

(7) 被控訴人の原審における主張

被控訴人は、原審において、憲法24条2項違反に関する議論の中ではあるが、かかる別異取扱いに関して、「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」と主張していた（被告第2準備書面45頁）。

この主張の趣旨は必ずしも明らかでないが、本件各規定により男性の不妊手術も原則として禁止されていることを前提としつつ、母体保護法28条の「故なく」に当たらない場合として許容されていることを意味するものとも解される。

(イ) 「故なく」に当たると解することはできない

しかし、本件各規定が、男女を問わず被施術者の生命・健康の保護を目的として不妊手術を原則として禁止するものであるとすれば、その規制は、男女問わず、不妊手術に内在する危険性を理由として一律に課されているものとみるのが自然である。仮に男性には原則として母体保護法の規制が適用されないとすれば、母体保護法が男性に対する精管切除結紮法及び精管離断術を「不妊手術」と定義し（２条１項及び同施行令）、その原則禁止を定めていること（２８条）と明らかに文言上齟齬をきたす。

本件通知（甲９０）も、「健康者が経済的理由とか、単なる産児制限のためとか、又出産によって容ぼうが衰えることを防ぐため等」の理由で不妊手術を行うことは相当な理由がある場合に当たらず、「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３４条の罰則が適用される」と明示している。そうすると、男性の不妊手術が広く実施されている実態を、侵襲性の違い等を理由として「故なく」に当たらない場合として適法に許容されているものと解することはできない。このような実態は、法内容としては男性が受ける不妊手術について本件各規定を適用対象としながら、法適用において、男性の不妊手術に対してのみ、原則禁止の規制を除外していることを示すものにほかならない。

(ウ) 不妊手術の危険性の差異は別異取扱いの合理的根拠とならない

別異取扱いには目的の正当性も、手段としての合理性・必要性も認められない。母体保護法の規定は、男性と女性で適用を異にすることを全く予定していないからである。

被控訴人は、男性に対する不妊手術の侵襲性が女性に対するものより低い点を指摘する（被告第２準備書面４５頁）。

しかし、前記Ⅲ第１・１(２)アのとおり、現代における女性の不妊手術は腹腔鏡下手術の普及等により低侵襲化が進み、その死亡率も１０万件当たり１、２件にとどまるなど、危険性は著しく低い水準にある。女性の不妊手術と男性の不妊手術との間に存在する侵襲性の差異は、本件各規定の適用の有無を分けるほどのものとはいえない。

また、不妊手術は、必ずしも医療的必要性に基づかない身体への侵襲を伴う他の医療行為（美容整形手術等）が広く許容されている状況を踏まえても、特段に強い制約を課すべき性質のものとはいえない。

したがって、被控訴人のいう侵襲性の相違は、本件各規定の適用による別異取扱いを正当化するものとはいえないから、本件各規定は14条1項に違反する。

なお、控訴人らは、男性の不妊手術も合わせて規制するべきであると主張するものではない。被控訴人の主張するように、仮に、男性に対する不妊手術が侵襲性の低さ等により「故なく」に当たらないとする解釈が正当なものであるとすれば、女性の不妊手術も同じく「故なく」に当たらないと解すべきであるから、女性の不妊手術に対してのみ本件各規定を適用することは整合性を欠くこととなり、そもそも母体保護法が不妊手術の原則禁止を定めていること自体が不合理な規制として、男性に対する適用除外の実態に合わせて無効とされるべきであると主張するものである。

(2) 法内容の平等について

前記のとおり、被告が男性に対する不妊手術についてのみ本件各規定を適用していない理由は明らかではないが、そもそも母体保護法が「母性」の保護を目的としていることから（1条）、「母性」を持たない男性の不妊手術をも禁止することは、同目的との適合性を欠くとの理由で、男性の不妊手術には適用されないと解釈している可能性も考えられる。

仮にそのように解釈するとすれば、母体保護法の内容自体が、女性の「母性」すなわち、母親として子を産み育てる機能に着目して規制を課し、男性とは異なる取扱いをしていることとなる。

しかし、女性の生殖機能と男性の生殖機能との間で、前者についてのみ保護の名目で不妊手術を禁止し、後者と区別して取り扱うことについて、合理的な根拠はない。

したがって、本件各規定による上記の別異取扱いは、合理的理由を欠くものであり、憲法14条1項に違反する。

(3) 小括

以上のとおり、本件各規定は、その運用において男性の不妊手術に対しては適用されていない一方で、女性の不妊手術に対しては適用されており、男性と女性との間で、合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせている。また、仮に、そもそも、母体保護法が男性の不妊手術への適用を予定していないのであるとすれば、法内容自体が、男性と女性との間で、合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせていることとなる。

いずれにしても、本件各規定は、憲法14条1項に違反する。

2 美容整形手術を受けることを希望する者との間の平等違反

本件各規定は、必ずしも医療的必要性に基づかない手術を受けることを希望する者のうち、不妊手術を希望する者と美容整形手術を希望する者との間において、身体への侵襲を受ける自由に関して合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせるものであり、憲法14条1項に違反する。

不妊手術と美容整形手術とは、その目的や医療的措置の対象部位・内容に差異がある場合があるものの、いずれも、必ずしも疾病の治療を目的とせず、本人の同意に基づき身体への侵襲を伴う医療的措置が行われる点において共通する。しかし、これらを希望する者の間において、身体への侵襲を受ける自由（憲法13条により保障されない場合を含む。）に関して不合理な別異取扱いが法定されており、憲法14条1項に違反する。

(1) 不妊手術と美容整形手術の類似性

不妊手術は、母体保護法2条及び同法施行令が定める術式で、医師が医療的措置として、本人の同意に基づき身体に対する侵襲性を伴う施術をするものである。

美容整形手術は内容が法定されておらず、その術式内容は多岐にわたるが、一般的に行われている多くの手術は、外見の変更を目的として身体に対する外科的措置を伴う医療行為であり、同じく医師が医療的措置として、本人の同意に基づき身体に対す

る侵襲性を伴う施術をするものである。裁判例も、美容整形手術につき、「人々のもつ精神面の不満を解消することを目的とするもので、社会的に有用なものとしてその存在価値を認められるべき広義の医療行為に属する」（東京地裁昭和47年5月19日判決・判タ280号355頁）としている。現に「美容外科」や「美容皮膚科」も標榜診療科名として認められており（医療法6条の5第3項2号、同法6条の6第1項、医療法施行令3条の2第1項1号）、医療行為の一種として広く承認されている。

そのため両者は、医師が医療的措置として、本人の同意に基づき身体に対する侵襲性を伴う点で共通する。

(2) 別異取扱いの存在：美容整形手術に対する法規制はない

不妊手術は、本件各規定により、法律上原則として禁止され、極めて厳格な要件の下でのみ例外的に許容されている。

これに対し、疾病の治療を目的としない美容整形手術は、本人の意思に基づき広く実施されている。その実施について、本人の同意があること及び医師が医学的に正当性のある方法で行うことのほかに特段の要件は設けられておらず、術式や部位を限定する規律すら存在しない。

このように、必ずしも疾病の治療を目的としない、身体の侵襲を伴う医療的措置のうち、ほぼすべての術式は本人の意思に基づいて広く実施されているにもかかわらず、「生殖を不能にする」（母体保護法28条）手術のみが原則として禁止される。すなわち、「生殖を不能にする」手術と、それ以外の美容整形手術には、原則禁止か否かという強度の別異取扱いが存在する。

(3) 別異取扱いに合理的な根拠はない：美容整形手術は不妊手術と同程度以上の侵襲性・リスクを伴う

美容整形手術は、外科的侵襲を伴うものも相当数あり、出血、感染、瘢痕形成、麻酔に伴う合併症等の一定のリスクを有する医療行為である（原告準備書面(3)19～21頁）。

前記Ⅲ第1・1(2)ア(ウ)のとおり、美容整形手術のうち、10万件当たりの死亡率は、脂肪吸引については約2.6件、腹部形成術については約7.7～10件、臀部脂肪注入術については約6.7件とされている。それにもかかわらず、医師によるこれらの美容整形手術の実施について、特段の法規制はなされていない。

これに対し、不妊手術は、前記1(2)のとおり、現代では低侵襲化が進み、その死亡率も10万件当たり1、2件にとどまるなど、危険性は低水準にあるにもかかわらず、原則として禁止されている。

そうすると、身体への侵襲の程度及びリスクの観点からみても、不妊手術のみを原則禁止とする合理的理由を見出すことはできない。

また、別異取扱いの具体的な内容（手段）である原則禁止及びこれを解除する法3条1項所定の各要件は、母体保護法の目的に照らして合理性に乏しい（原判決40頁）。母体の生命・健康の保護が目的であれば、多産要件や配偶者同意要件はおおよそ合理性が認められる余地がないし、美容整形手術では要求されていない生命危険要件や健康低下要件をあえて設ける合理性もない。

以上のとおり、身体への侵襲を伴う医療的措置であるにもかかわらず、一方については当事者の意思に委ねて広く許容し、他方については原則として禁止するという取扱いの差異は、その性質及びリスクの程度に照らして合理的な根拠を欠く。

(4) 小括

したがって、本件各規定は、身体への侵襲を伴う医療的措置を受けることを希望する者のうち、不妊手術を希望する者と美容整形手術を希望する者との間において、合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせるものであり、憲法14条1項に違反する。

3 生殖補助医療を受けることを希望する者との間の平等違反

本件各規定は、生殖機能に対する医療的措置を受けることを希望する者のうち、生殖機能を取り除く医療行為（不妊手術）を希望する者と、生殖機能を拡張する医療行

為（生殖補助医療）を希望する者との間において、合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせるものであり、憲法14条1項に違反する。

(1) 不妊手術と生殖補助医療の類似性

不妊手術は、身体の侵襲を伴う態様で、身体から生殖機能を取り除く医療行為である。

他方で、生殖補助医療は、身体の侵襲を伴う態様で、身体に生殖機能を補助する医療行為である。すなわち、例えば体外受精・胚移植（IVF-E T）は、採卵により体内から取り出した卵子を体外で精子と共存させ受精させた上、得られた受精卵（胚）を培養した後、子宮の中に移植する治療法をいう（甲133：一般社団法人日本生殖医学会ウェブサイト）。採卵手術に当たっては静脈麻酔又は局所麻酔を用い、膣内に採卵針を刺して採卵を行うが、この際、出血が認められることも少なくなく、輸血が必要となる事例もある（甲134：杉山産婦人科ウェブサイト）。

卵細胞質内精子注入・胚移植（ICSI-E T）は、顕微鏡下で細いガラスの針を用い、精子を1匹だけ捕まえて、精子を卵子の細胞質に入れる方法をいう（甲135）。射精によって精液中から精子を回収できない場合、精子採取の方法として、精巣内精子採取術（TESE、陰囊の皮膚を小さく切開し、精巣組織の一部を採取する方法）や顕微鏡下精巣上体精子採取術（MESA、精巣を切開せずに精巣上体から精子採取を試みる方法）、顕微鏡下精巣精子採取術（MD-TESE、陰囊の皮膚切開から精巣を体外に出し、手術用顕微鏡を用いて精子形成のある場所を探し、精子の採取を試みる方法）などが行われる。

男性についても、精路に閉塞がある場合、精管精管吻合術（閉塞部位の末梢側と中枢側の開通している精管同士をつなぎあわせる方法）、精管精巣上体吻合術（精巣上体の一部を切開し、精管とつなぎあわせる方法）、射精管解放術などが行われる（甲135：一般社団法人日本生殖医学会ウェブサイト）。これらの精子採取の方法は、陰囊を切開するという侵襲を伴う手法が含まれ、静脈麻酔や局所麻酔を使用して行われる。

以上のとおり、生殖補助医療は、その過程で実施される採卵手術においても、精子採取においても、身体への侵襲性を伴う。

すなわち不妊手術と生殖補助医療は、医師が医療的措置として、本人の同意に基づき身体に対する侵襲性を伴う施術をする点で共通する。

(2) 別異取扱いの存在：生殖補助医療に対する法規制はない

本件各規定は、不妊手術という生殖機能に対する医療行為について、原則としてこれを禁止し、厳格な要件の下でのみ例外的に許容するものである。

これに対し、生殖補助医療（「妊娠を成立させるためにヒト卵子と精子、あるいは胚を取り扱うことを含むすべての治療あるいは方法」を指し、一般的には体外受精・胚移植（I V F－E T）、卵細胞質内精子注入・胚移植（I C S I－E T）及び凍結・融解胚移植等の不妊治療法の総称（甲 1 3 6：1 1. 生殖補助医療（A R T）－日本産婦人科医会））は、同じく生殖機能に対する、侵襲性を伴う医療的介入であるにもかかわらず、その規律は、日本産婦人科学会による指針等（甲 1 3 7：生殖補助医療実施医療機関の登録と報告に関する見解）の自主規制に委ねられているにとどまり、法令により一般的に禁止されるなどの規制は設けられていない。

生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律 3 条 1 項も、「生殖補助医療は、不妊治療として、その提供を受ける者の心身の状況等に応じて適切に行われるようにするとともに、これにより妊娠及び出産をすることとなる女性の保護が図られなければならない」と定めるにとどまり、生殖補助医療の実施自体を制限するものではない。

このように、生殖補助医療については、一定の指針や理念的規定は存在するものの、その実施は基本的に医師（学会）及び本人の意思に委ねられており、広く一般に行われている。

(3) 別異取扱いに合理的な根拠はない：生殖補助医療は不妊手術以上の侵襲性・リスクを伴う

生殖補助医療は、前記のとおり、身体に対する侵襲性及び一定のリスクを伴う医療行為である。

また、生殖補助医療には不妊手術以上の合併症等のリスクがある。例えば、排卵誘発に伴う卵巢過剰刺激症候群（OHSS）は、重症化すれば生命を脅かし得るものであり、また、胚移植に伴う異所性妊娠も一定の割合で発生する。

不妊手術の死亡率は、現時点で学術的に示される上限でも10万手術あたり最大2件（0.002％）にとどまるのに対し、生殖補助医療においては、卵巢過剰刺激症候群（OHSS）の発生率は約6.6～8.4％（10万件あたり6600～8400件）、入院を要する重症例でも0.8～1.5％（同800～1500件）とされ、異所性妊娠（子宮外妊娠）の発生率も1～3％（同1000～3000件）に及ぶ（甲133）。異所性妊娠が発生した場合、開腹手術又は腹腔鏡下手術等による治療が必要となる（甲138：異所性妊娠について | メディカルノート）。

また、精子採取法である精巣内精子採取術（TESE）や顕微鏡下精巣内精子採取術（MD-TESE）には、痛み、出血・感染、テストステロンの低下、精巣の萎縮といった合併症があるほか、重篤な合併症として深部静脈血栓症のリスクもある（甲139：東京ARTクリニック「TESE及びMD-TESEに関する説明書」）。

このように、生殖補助医療も身体に対する侵襲を伴う上に、様々な合併症のリスクがある。これに対し、不妊手術の死亡率は、10万件当たり最大1、2件（0.002％）にとどまり、生殖補助医療と比べてもその危険性は極めて低水準である。

生殖補助医療と不妊手術とは、生殖機能に対する医療的介入という点において共通するにもかかわらず、一方については広く許容し、他方については原則として禁止するという取扱いの差異は、その性質及びリスクの程度に照らして合理的な根拠を見出すことができない。

(4) 小括

したがって、本件各規定は、生殖機能に対する医療的措置を受けることを希望する者のうち、不妊手術を希望する者と生殖補助医療を希望する者との間において、合理的な根拠に基づかない別異取扱いを生じさせるものであり、憲法14条1項に違反する。

第3 本件各規定を改廃しないことの女子差別撤廃条約違反の違法

控訴人らは、本理由書において、本件各規定を改廃しないことの女子差別撤廃条約違反の主張を追加する。これは前記Ⅱ第3において述べた、憲法13条の解釈において、女子差別撤廃条約の法的効力や趣旨を踏まえるべきであるとの主張とは別に、本件各規定が、法的拘束力のある条約の規定に違反すること（憲法98条2項違反）に基づく、立法不作為の違法を新たに主張するものである。

すなわち、前記のとおり、本件各規定は法的拘束力のある女子差別撤廃条約の規定に違反しており、憲法98条2項に違反する。

そして、そのことは、遅くとも、女子差別撤廃委員会が、1994年、女子差別撤廃条約16条1項の解釈として、一般的勧告第21号において、子を持つか否かに関する決定が国家等により制限されるべきではないことを明らかにした時点（甲56）で明らかであった。

それにもかかわらず、国会は、正当な理由なく長期にわたって、本件各規定を改廃する措置をとることを怠った。

したがって、国賠法1条1項の適用上違法である。

第4 配偶者同意要件は控訴人梶谷の適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を侵害する

1 適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由は憲法13条により保障される

本件各規定のうち、「配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む。以下同じ。）があるときはその同意を得」なければ不妊手術を認めない規定（「配偶者同意要件」）は、控訴人梶谷の適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を侵害する。

前記Ⅲ第1・4で述べたとおり、最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（京都府学連事件）及び最三判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁（指紋押捺拒否事件）は、憲法13条が「国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」とした上で、「個人の私生活上の自由」の一つとして、何人も「その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」や、「何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由」が保障されるとした。

憲法13条は、この「私生活上の自由」の一つとして、適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を保障している。

2 配偶者同意要件による「適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由」の制約は正当化されない

配偶者同意要件については、その目的自体が不明瞭である。そこで、想定し得る2つの目的ごとに正当性の審査を検討する。

(1) 目的が母性の生命健康の保護にあるとした場合

まず、目的について、仮に目的を母体保護法1条が定める「母性の生命健康を保護すること」にあるとした場合、配偶者同意要件を設けることは手段としておよそ正当化され得ない。すなわち、配偶者同意要件により手術ができない状況というのは、不妊手術をしなければ「母性の生命健康」が害される状況にあり、かつ、本人も手術を

望んでいるという状況である。それにもかかわらず、配偶者の同意を得られなければ不妊手術ができないのであるから、配偶者同意要件があるために「母性の生命健康」が阻害されることとなる。配偶者同意要件は、1条所定の目的を達成するために不要であるばかりか、かえって、目的を正面から阻害する規定となっている。

したがって、このような目的の下において配偶者同意要件が正当化される余地はない。

(2) 目的が配偶者の自ら子を持つことへの期待の保護にあるとした場合

そこで、他の目的を想定すると、女性配偶者が妊孕性を維持することにより、男性配偶者の、自らの子を持つことへの期待を保護する、という目的が考えられる。この目的自体には一定の正当性が認められるかもしれない。しかし、仮に目的が正当であるとしても、手段としての必要性を欠いている。

すなわち、国家が、適切な医療行為を受けるという自由について、本人がその行使を望んでいるのに、配偶者といえ本人以外の第三者の子を持つことの期待に劣後させることは、生命身体に関わる自由について、当該自由の帰属主体ではない第三者の利益を優先させるものであって、不当である。この利益衡量を是認することは、「すべて国民」が「個人として尊重」と定め、現行憲法下では、およそ維持し得ない。円満な夫婦関係であれば、配偶者同士で相談して不妊手術を受けるか否かを決定することが一般である。他方で、例えば、夫婦間に性的な権力関係が生じており、妻が望まない妊娠を強いられている場合に、妊娠を避けるべく、夫に秘して不妊手術を受けることを希望するという場面も想定される。配偶者同意要件は、このような場合に、女性に対し望まない妊娠を強いられることを国家が強要するものとして機能する。配偶者同意要件が得られないが故に不妊手術を受けられない場合というのは、まさにこのような場合が想定されるのである。配偶者同意要件は、単に女性の生命健康を男性の子を持つ期待に劣後させるというにとどまらず、より積極的に、夫のために、そしてその背後にある家制度やさらには国家のために、子を産むことを女性に強要する規定として機能する。

したがって、このような目的の下においても、配偶者同意要件が正当化される余地はない。

以上のとおり、配偶者同意要件は、いずれの目的の下でも、手段として正当化されず、違憲であることは明らかである。

3 控訴人梶谷の「適切な医療行為を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由」が侵害された

控訴人梶谷は、配偶者同意要件の存在によって、私生活上の自由の一つである、適切な医療行為である不妊手術を受けるに当たってみだりに第三者の同意を要求されない自由を侵害された。

4 国賠法 1 条 1 項の適用上の違法

国会が配偶者同意要件を改廃しなかった不作為は、遅くとも、平成 12 年（2000 年）の母体保護法改正時点から（訴状 59～62 頁）、控訴人梶谷との関係で国賠法上違法である。

第 5 控訴人■■■■ら 4 名に対する不妊手術は、母体保護法 28 条「故なく」に当たらないから同人らには適用されない

仮に本件各規定それ自体が違憲ではなかったとしても、そもそも、控訴人梶谷を除く控訴人■■■■ら 4 名に対する不妊手術は、母体保護法 28 条の「故なく」に当たらないことから、控訴人■■■■らは、法 3 条所定の要件を満たさずとも、自らの意思に基づいて、医師による不妊手術を受けることができる。

したがって、控訴人■■■■ら 4 名の地位確認の訴えは認容されるべきである。なお、本項の主張は、法令違憲の主張が認められない場合の予備的主張である。

1 母体保護法28条の「故なく」の解釈

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ってはならない」と規定する。

同条の「故なく」の意味は、法令上必ずしも明らかではないが、本件通知（甲90）は、母体保護法28条及び34条について、「法第28条は、健康者が経済的理由とか、単なる産児制限のためとか、又出産によって容ぼうが衰えることを防ぐため等、この法律の目的以外に利用することを防ぐため、この法律で認められている理由及びその他正当の理由がない限り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うことを禁止したもの」であり、「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34条の罰則が適用されるものである」としている。このことからすれば、控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術が正当業務行為に当たる場合、「故なく」に当たらないものとして、母体保護法28条は適用されないものと解される。

また、被控訴人自身も、原審において、控訴人■■■■らに対する不妊手術が適法に実施できる余地があることを示唆していた。すなわち、被控訴人は、「およそ母体保護法3条の要件を満たさずとも不妊手術が許容される場合がある以上、同条が原告■■■■ら4名の不妊手術実施を妨げているとの原告らの主張には理由がない」（被告第3準備書面5頁）と主張していた。また、男性に対する不妊手術が広く行われていることに関してではあるが、「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頁）、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」とし（被告第2準備書面45頁）、母体保護法3条に定める要件を満たさずとも、男性不妊手術を実施できる余地があることを示唆していた。

したがって、母体保護法 28 条の「故なく」とは、母体保護法 3 条 1 項所定の要件を満たさずとも、正当業務行為として不妊手術が行われる場合を含むと解される。

2 控訴人■■■■ら 4 名に対する不妊手術は通常の医療行為として正当業務行為に当たり「故なく」に該当しない

(1) 本人の同意の下で医師が相当な方法で行う医療行為は正当業務行為に当たる

医療は、個人の生命・身体の状態を回復・維持・増進し、身体的・精神的苦痛を軽減するための不可欠の手段である。そして、治療には身体に対する一定の侵襲を伴うことがあり、形式的には傷害罪の構成要件に該当するものの、⑦医学的適応性（医療行為が患者の生命・健康の維持・増進にとって必要であること）があり、④本人の同意の下、⑧医術的正当性（医師によって医学上承認された医療技術に従って行われること）がある限り、正当業務行為に当たるものとして違法性が阻却されている（甲 140：山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（有斐閣、2016 年）112、113 頁）。ここにいう医学的適応性は、性別適合手術のように、自己の身体に対して強い違和感や苦痛を有し、これを軽減するために身体への一定の侵襲を伴う措置が行われる場合にも妥当する。現に、性別適合手術は、性別不合に対する治療の一種として位置付けられている（甲 120）。

さらに、我が国においては、美容整形手術のように、必ずしも疾病の治療を目的としない、身体への侵襲を伴う医療的措置についても、本人の同意の下で医師により相当な方法で行われる限り、違法性のない医療行為として許容されている。裁判例も、「美容整形術も、人々のもつ精神面の不満を解消することを目的とするもので、社会的に有用なものとしてその存在価値を認められるべき広義の医療行為に属すると解される」旨説示している（東京地判昭和 47 年 5 月 19 日判タ 280 号 355 頁）。また、吉野孝義判事（当時）も、「確かに、医療とは、現在の病気の治療と将来の病気の予防を基本的な目的としているが、美しくありたいと願う美に対する憧れとか醜さに対する憂いといった人々の精神的な不満を解消することも消極的な目的と認めてよい」と述べている（甲 141：吉野孝義「美容整形」（判例タイムズ 686 号、19

89年) 126頁)。現に「美容外科」や「美容皮膚科」は、標榜診療科名として認められている(医療法6条の5第3項2号、同法6条の6第1項、医療法施行令3条の2第1項1号)。

また、生殖補助医療についても、医療的介入による妊娠の実現を目的とするものであって、直接には疾病の治療を目的とするものとはいえないが、少子化社会対策大綱(平成27年3月20日閣議決定)において、不妊治療(生殖補助医療を含む)に対して保険適用を検討することとされ、その後の医療保険部会において「健康保険法においては、疾病又は負傷に対する治療について給付を行うものとされており、不妊治療を疾病における治療として位置づけることは十分理解できる」などの意見があり(甲142:「不妊治療の保険適用について」15頁)、令和4年4月からは、体外受精や顕微授精等が保険適用の対象とされている(健康保険法63条1項、76条1項、厚生労働省告示第54号「診療報酬の算定方法の一部を改正する件」別表第一)。

このように、少なくとも前記㉠ないし㉡の各要件を満たす場合には、正当業務行為に該当することは明らかであるところ、我が国においては、美容整形手術や生殖補助医療のように、必ずしも疾病の治療を直接の目的としない医療的措置についても、㉠本人の同意の下で、㉡医師により医学上承認された技術に従って行われる限り、広義の医療行為として社会的に許容されている。

したがって、前記㉡の医学的適応性については、疾病の治療に準ずる意味で厳格に解されるべきものではなく、少なくとも、心身の状態の維持又は改善に資する合理性が認められる限り、これを満たすものとして、正当業務行為に当たるものと解される。

(2) 控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術も正当業務行為に該当する

ア ㉠ 医学的適応性がある(心身の状態の維持又は改善に資する)

不妊手術も、単に生殖を回避する手段にとどまらず、妊娠に対する強い恐怖や自己の妊孕性に対する違和感・嫌悪感といった心身の負担を軽減する手術としての側面を有する。

控訴人らのうち、控訴人■■■■及び控訴人■■■■は、自己の妊孕性に強い違和感や嫌悪感を抱えており（甲 3、11、14）、控訴人■■■■は、妊娠に対する強い恐怖を抱えている（甲 7）。控訴人■■■■にとっても、自身の妊孕性の存在は、子を持たない生き方を実現するという自己の価値観と緊張関係に立つものであり、継続的な心理的負担の原因となっている（甲 4）。

このように、控訴人ごとにその負担の現れ方は一様ではないものの、いずれも妊孕性の存在に起因する心身の負担を抱えており、不妊手術はこれを軽減又は除去するための有効な手段である。

したがって、本件不妊手術は、控訴人■■■■ら 4 名の心身の状態の維持又は改善に資するものであり、前記㉗の医学的適応性の要件を満たす。

イ ① 本人の同意がある

控訴人■■■■ら 4 名は、いずれも真摯な意思に基づいて、不妊手術を受けることを望んでおり、不妊手術を受けることの同意がある。

ウ ㉗ 医術的正当性がある

控訴人■■■■ら 4 名は、医師により、母体保護法 2 条・母体保護法施行規則 1 条に定められた術式による不妊手術（2 条不妊手術）を受けることを希望しているところ、これが、医術的正当性を有することは明らかである。

(3) 小括

したがって、控訴人■■■■ら 4 名に対する 2 条不妊手術は、正当業務行為に該当し、母体保護法 28 条の「故なく」に当たらない。

3 確認の利益があること

原審においては、本件各規定が違憲であることを前提として地位確認の訴えを提起していたものであるが、前記のような解釈に立ち、本件各規定が違憲でないとしても、次のとおり地位確認の利益がある。

(1) 確認訴訟を選択するのは適切である

不妊手術を受ける権利は、実際に不妊手術を受けることができなければ意味がない。国家賠償訴訟で慰謝料を得たとしても、不妊手術を受けた身体を獲得することはできない。また、国家賠償訴訟は、損害の発生や因果関係、違法性など、地位確認の訴えには要求されない要件が課されていることから、これらの要件を満たさないと棄却判決となる可能性があり、必ずしも本件各規定の憲法適合性について審理・判断がなされるとは限らない。そのため、国賠訴訟は本件各規定を争う有効な手段とならない可能性がある。

したがって、確認の訴えを選択することが必要かつ適切である。

(2) 確認対象は適切である

確認対象は、控訴人■■■■ら4名が、罰則を受けることなく、自らの意思のみで医師又は指定医師の2条不妊手術を受けることのできる法的地位にあることである。抽象的な法規の違憲性や過去の事実の確認を求めているものではない。

したがって、確認の対象は適切である。

(3) 即時確定の利益（紛争の成熟性）がある

控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術が母体保護法28条の「故なく」に当たるか当たらないかは、法令から直ちに明らかなものではない。また、現に、被控訴人は、前記のように、原審において「母体保護法3条の要件を満たさずとも不妊手術が許容される場合がある以上、同条が原告■■■■ら4名の不妊手術実施を妨げているとの原告らの主張には理由がない」（被告第3準備書面5頁）と主張しながらも、控訴人■■■■らの地位確認の訴えに対して棄却を求める答弁をしている。そうすると、被控訴人は、「母体保護法3条の要件を満たさずとも不妊手術が許容される場合がある」としつつ、控訴人■■■■ら4名に対する不妊手術については、控訴人■■■■ら4名の意思に基づいて、かつ、医師により適式に行われる場合でありながらも、母体保護法28条の「故なく」には当たると解していないこととなる。このように、被控訴人の主張の根拠は不明瞭

ながら、結論としては、控訴人■■■■ら4名が医師による2条不妊手術を受けることができないことは確実である。

したがって、控訴人■■■■ら4名と被控訴人との間で母体保護法28条の解釈適用について争いがあるから、紛争は成熟しており、即時確定の利益がある。

4 小括

以上のとおり、本件各規定は控訴人■■■■ら4名には適用されないから、控訴人■■■■ら4名の地位確認の訴えは認容されるべきである。

Ⅳ 結語

以上のとおり、原判決には、第一に、不妊手術を受ける自由を憲法13条の保護範囲から除外した点につき、①前提として不妊手術を受ける自由が生殖に対する国家の介入禁止という消極的自由権として位置付けられることを看過し、結果としてその憲法上の保護に関する判断を誤った違法、②判例の射程の理解を誤り、「人格的生存」に関わるかどうかのみを判断基準とすることにより憲法13条の保護範囲の判断を誤った違法、③避妊の自由を憲法13条により保護される自由としながら、その一内容である不妊手術を受ける自由について憲法13条の保護範囲外とした理由付けに関する事実誤認、理由不備等の違法がある。

第二に、「身体への侵襲を受けない自由」のみを人格的生存に関わる重要な権利として保障し、他方で「身体への侵襲を受ける自由」を否定する見解は、自己の身体の在り方を変更するために身体への侵襲を受けることが、個人の人格的生存ないし人格的存在にとって重要な意味を有する場合があることを看過し、また、不妊手術が控訴人らにとって、自己の身体に対する違和やそれに起因する苦痛を除去するための医療的措置としての意義を有する点も考慮していない点において、憲法解釈の誤りがある。

第三に、女子差別撤廃条約が不妊手術を受ける権利又は自由を我が国において法的拘束力があるものとして保障されることを定めたものではないとする点、及び条約の定めを踏まえても憲法13条において不妊手術を受ける権利又は自由が保障されているものとは解されないとした点に、条約及び憲法の解釈の誤りがある。

第四に、不妊手術を受ける権利ないし自由が、人格的生存に関わる重要な権利に当たらない場合であっても、本件各規定による制約の適法性は、比例原則（憲法13条、31条）に基づいて審査されなければならないのに、比例原則の観点から本件各規定の合理性・必要性についての審査を行っておらず、判断の遺脱があり、判例違反の違法がある。

第五に、「不妊手術を受けることができないとしても直ちに子をもうけることとなるものではないことからすれば」との理由付けによって、本件各規定による不妊手術

の規制が「家族に関する事項」に該当しないとした判断には、憲法解釈を誤る違法がある。

したがって、原判決は破棄を免れない。

また、原審で主張したことに加え、本書面Ⅲにおいて新たに補充した主張を踏まえれば、本件各規定が違憲・無効であることはより一層明らかである。

本件各規定は憲法13条及び憲法24条2項に違反し、また憲法14条1項の観点からも許容されないものである。

よって、原判決は取り消されるべきであり、控訴人らの請求は認容されるべきである。

以上