

「私の身体は母体じゃない」訴訟第一審判決を踏まえた意見書

國學院大學法学部

小川 亮

<https://researchmap.jp/ryo02>

1 自己紹介及び本稿の趣旨

筆者は憲法学を専門とする大学教員である。ただし狭義の憲法学に加えて、行政法学及び哲学の学術的著作も執筆している¹。憲法学上の問題を解決するのに必要であれば、他分野の研究成果を、その分野の学術的議論を適切に踏まえ検討したうえで取り入れることで解決を図ってきた²。

本稿は、令和8年3月17日東京地裁判決（以下、「原審」という。）を踏まえつつ、母体保護法（以下、単に「法」という。）3条1項及び28条、34条による不妊手術規制（特に原告ら女性に対するもの）の合憲性を裁判所がどのように論じるべきかを検討するものである。

用語法について一言する。本稿では、本法の各条項による規制を総称して「本規制」という。ただし、本規制はさらに細分化できるのでそれぞれを以下のように呼び分ける。すなわち、28条による不妊手術の原則的禁止、3条1項が常に必要なものとして定める配偶者同意要件及び成年要件、そして個別の例外的許可事由である生命危険要件（1項）、多産・健康低下要件（2項）である。

なお、事実認定については筆者の専門外であるため、原審の認定を便宜上の前提とする。ただし、原審で認定された事実に加えて、①男性に対する不妊手術であるパイプカットは、全身麻酔は必要でなく女性に対する不妊手術よりも侵襲性や生命健康に対する危険は低い一方で、法の要件を満たしていなくても広く行われていること³、②不妊手術と異なり原則的に禁止されていない美容整形手術の中には、不妊手術と同等以上の侵襲性及び生命健康への危険を有するもの（全身麻酔を必要とするものを含む）があること、の2点は前提事実として踏まえることとする。

本論の主張を要約すれば以下のとおりである。

➤ 原審は、原告らが主張する権利は憲法13条で保障されていないとして、本規制に対する違憲審査を行っていないが、この態度は確立した判例及び学説に反する。いずれも、ある利益等が侵害されているときは、それが憲法上の権利と明確に言えるかどうかにかかわらず、その合理性を比例原則等の観点から審査（するべきだと）しているからである。（2）

➤ 原審は、原告らが主張する権利はすべて人格的生存にとって不可欠とはいえないとしている。しかし、不妊手術の禁止は「妊孕性に対する医療を受ける自由」の侵害となりうるところ、この自由は人格的自律にとって重要である。この場合は、本規制には厳格な違憲審査が要求される。

その他の権利の重要性については、事実を踏まえた更なる検討が必要であるが、その検討は本稿の射程を超えているため、どのような事実が問題になるかを示すにとどめる（3から4）

➤ 原審は、美容整形手術を希望する者との平等については考慮していない。しかし美容整形手術も不妊手術も非治療的医行為であるという性質を共有しており、いずれも非治療的医行為を受ける自由の侵害といえる。したがって、不妊手術は原則的に禁止されているのに対して、美容整形手術に対しては規制がないという別異取扱いは憲法14条の問題となる（3（5））。

¹ その集大成として、行政裁判所設立以来の行政裁量論の通史を踏まえて行政裁量論及び違憲審査論を、功利主義の学術的正当化とともに再構成しようとする小川亮『一元的司法審査論』（東京大学出版会、2025）がある。なお、哲学の査読付論文として、「どこまでも主観的な解釈の方法論」法と哲学第5号（2019）（2020年度日本法哲学会奨励賞（2019年9期）受賞）及び「哲学の一般的方法としての「最良の説明への推論」」科学哲学55巻1号（2022）がある。

² 近時の例として、岡口基一裁判官の罷免を可とした弾劾裁判を、訴追事由の範囲・名誉毀損に関して民法学・刑法学の知見、岡口氏のADHD・ASD特性について医学・心理学の知見を用いて検討することで、当該判決の判示が概ね正当であることを示した「岡口基一氏罷免判決（令和6年（2024年）4月3日弾劾裁判所判決）を読む」國學院法学63巻2号（2025）がある。

³ 原審・被告準備書面第2・45頁を参照。

- 違憲審査を行う前に、本規制の目的を同定する。本法の目的は、主として、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」を保護すること、より具体的には、夫が少なくとも二人の子を妻に妊娠・出産させる権利を厳格に保障することである。その上で、本法は、夫の同意がある場合であって、「母親として子を産み育てる機能」をある程度まですでに発揮した女性に限って、その「生命健康」を保護することも許容するという形で、副次的に——副次的にのみ——「母性の生命健康を保護することを目的とする」(5)。

- 違憲審査として、まずは13条適合性審査を行う(6)。13条適合性を審査する場合は、目的手段審査を行うのが判例・通説である。このとき、たとえ緩やかな審査を行ったとしても本法の目的は、それ自体として違憲である。したがって、本法による規制はすべて違憲である。また仮に、少子化対策の一環として、「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的が合憲であると仮定しても、本規制はその目的に対して寄与しないので、明白に不合理であり、違憲である。

- 次に憲法14条適合性審査を行う(7)。不妊手術に対しては原則的禁止を含む本規制が存在しているのに対して、不妊手術よりも生命・健康に対するリスクが大きく実際にそのようなリスクが現実化している美容整形手術については現在まで何等の規制も存在せず、また今後の規制についても一定の事項の報告・公表義務の法定が施行予定であるに留まる。このような状況において不妊手術に対してのみ原則的禁止を行う合理的な理由が存在しないので、本規制は合理的理由を欠く別異取扱いとして、14条に違反する。

2 違憲審査の必要性和その方法

本節では、違憲審査の必要性について議論する。原審は、「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……不妊手術を受けることができれば避妊をすることができず……、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。」等と判断して違憲審査を行っていないが、この態度は学説及び判例に反する。

以下ではまず、判例は、憲法上明示的に保障されていると確言できない自由についても、違憲審査として、その合理性を審査してきたことを指摘する。その上で、このような態度は学説にも共有されていることを確認する。13条に関する学説を見ても、13条の保護範囲を限定するものと位置づけられているいわゆる人格的自律説ですら原審のような処理を許すものと理解されておらず、むしろ憲法上明示的に保障されていると確言できない自由についてもいわば「私生活上の自由」として保障されていると解して、三段階審査にいう③正当化の審査も行うべきことで学説は一致している。

なお、原審の態度は学説にいう「三段階審査論」を前提としたものと理解できるが、保護範囲で違憲審査を中止するのは三段階審査論の誤用であるからこの点も確認する。

(1) 判例の態度

まず、「判例は、人格的生存にとって不可欠とは言えない自由であっても、その自由に対する制限の合憲性を審査している。」⁴。有名なものとして、「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を有する」とした京都府学連事件⁵及び「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」とした指紋押捺事件が挙げられる。これらは、必ずしも人格的生存にとって不可欠とも重要とも言えないが、「私生活上の自由の一つ」として、13条で保障されるものとして違憲審査が行われている。したがって、原審のように、「人格的生存」にとって不可欠・重要とは言えないという理由で違憲審査を行わない態度は、判例に反している。

さらに、判例は、ある特定の利益・自由が憲法13条で保障されているかどうかすら不明確であっても

⁴ 新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権 第2版』(日本評論社、2021)46頁[横大道聡執筆部分]。以下の判例も引用部分で挙げられている。より詳細には、横大道聡「人格的生存にとって不可欠ではない行為の規制」同編『憲法判例の射程[第2版]』(弘文堂、2020)。

⁵ 昭和44年12月24日大法院判決

違憲審査を行ってきた。例えば、そのような判例に数えられるもののうち最新のものであるストーカー規制法合憲判決⁶は、以下のように判示した。

「所論は、ストーカー行為等の規制等に関する法律（以下「ストーカー規制法」という。）2条1項、2項、13条1項は、規制の範囲が広きに過ぎ、かつ、規制の手段も相当ではないから、憲法13条、21条1項に違反する旨主張する。

ストーカー規制法は、ストーカー行為を処罰する等ストーカー行為等について必要な規制を行うとともに、その相手方に対する援助の措置等を定めることにより、個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資することを目的としており、この目的は、もとより正当であるというべきである。そして、ストーカー規制法は、上記目的を達成するため、恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、その中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限り、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法、軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではないから、ストーカー規制法による規制の内容は、合理的で相当なものであると認められる」

言うまでもなく、「ストーカー行為をする自由」が憲法13条で保障されているとは少なくともそのままでは認めがたい。これは同様にその侵害に対する違憲審査が行われた賭博行為の自由⁷、喫煙の自由⁸、酒造りの自由⁹、わいせつ物輸入の自由¹⁰についても同様である。

（2）憲法13条の保護範囲

本節で述べるように、前節で述べた判例の態度は学説でも承認されている。その理由は、端的に言えば、国家は不合理な規制を行う権限をそもそも有しておらず、結果として、国家による規制はすべて比例原則（大まかには目的に対して合理的な手段が用いられていることであるが、より正確には以下の3つの要素から構成される。①目的に対して手段が寄与すること（適合性）、②目的に対して手段が必要であること（必要性）、③目的と手段のつり合いがとれていること¹¹）や平等原則（同様の事案との間で不合理な別異取扱いがないこと）の規律に服するからである。

確かに、かつては、「人格的生存に対する不可欠性……あるいは重要性」を持つ権利のみが13条で保障されるという見解（人格的自律説）も唱えられていた¹²。しかし、「実は人格的利益説も、個人の行動一般に対して憲法上の保護（法律の留保原則や比例原則の適用）があることを認め、個人の行動一般を基本権と見做した場合と事実上同様の扱いをしている」と指摘されている¹³。言い換えれば、「憲法13条は、

⁶ 平成15年12月11日第一小法廷判決刑集57巻11号1147頁。

⁷ 賭場開帳事件（昭和25年11月22日第一小法廷判決刑集4巻11号2380頁）。

⁸ 未決拘留者喫煙訴訟（昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁）。

⁹ どぶろく訴訟（平成元年12月14日刑集43巻13号841頁）。

¹⁰ わいせつ物単純所持目的輸入規制判決（平成7年4月13日刑集49巻4号619頁）。

¹¹ 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権 第2版』（日本評論社、2023）77-79頁。なお同様の理由により、これらの原則は行政法でも行政の一般原則として位置付けられている。参照、宇賀克也『行政法概説I [第8版]』（有斐閣、2023）64-71頁。

¹² 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』（成文堂、2020）194-198頁。

¹³ 渡辺ほか・前掲注（11）119頁、134-135頁。同旨は、憲法13条の保護範囲における学説の整理として一般に参照される丸山敦裕「憲法13条における一般的自由説とその周辺」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015）581-582頁でも指摘されている。

佐藤のほかにも例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第6版]』（有斐閣、2024）は、「新しい人権の承認のためには、少なくとも次の二点の論証が必要である。①自律的生のために不可欠な利益であること。②その利益の確保が非常に困難となっていること、換言すれば、その侵害の危険性が非常に高くなっていること」（149-150頁）とする一方で、丸刈りの強制、強制採血・採尿、空港の騒音公害からの自由、名誉毀損、「囚われの聴衆」、指紋押

人格的生存に深く関わる行為のみを「憲法上の権利」として保障するが、憲法はそれにとどまらず、国家行為が合理的になされること、恣意的になされないこと一般も客観法的に要請しており（13条・31条）、その結果、「一般的行為の自由」が保障される……」¹⁴。

これに対して、かつては「人権のインフレ化」と呼ばれる現象が、特段の根拠を提示されずに懸念されることもあった¹⁵。しかし現在では、これは杞憂であると理解されている。なぜなら

「個別条項による保障される基本的人権の中にも、司法審査においていわゆる合理性の基準が妥当するとされるものが多く存在していることに鑑みれば、補充的保障の場合に限って、違憲審査基準を厳格に保つために、保護範囲を著しく限定する必要はない。また、本条前段の「個人の尊重」原理において、個性の自由な発展に対する尊重が求められると解され、通常、自由は人格的生存にとって重要な意義を有するのであるから、自由保障の推定……の原則が妥当すると解するのが適当である。したがって、問題となる事由が人格的生存に資するもの、あるいは、人格的生存に合理的関連を有するものである限り、「幸福追求権」規定の保護範囲に含まれると解される。そして、実際には、保障を推定した上で、自己または他者の人格的生存を害するものを控除するという消極的な手法をとることになる。」¹⁶

このように、13条は、人格的生存にとって必要不可欠かどうかを問わず、広く自由を保障しているという理解は現代の学説に共有されている¹⁷。結果として、「人格的価値をめぐる問題を違憲審査の厳格度という一般的な枠にのせる量的問題に移行することになる。」¹⁸。

そこで、必ずしも13条で明確には保障されていないが違憲審査の対象となる諸自由は、「私生活上の自由」¹⁹、あるいは「一般的自由」として類型化されている。そして、「一般的自由の審査は、実質的には、制限→正当化という、2段階で行われる。また、審査密度……は一般に、緩やかとなる」²⁰。

（3）三段階審査論における保護範囲・侵害の役割

本節冒頭で述べた原審の態度決定は、学説にいう三段階審査論を前提とするものとして理解するのが自然である。

すなわち、三段階審査論に依れば、違憲審査は、大括みには、①保護範囲（侵害されている利益は憲法で保護されているか）、②侵害（その利益に対する法的な侵害は存在するか）、③正当化（目的手段審査）の三段階から構成されている。そして、原審は①保護範囲の段階で、原告らが主張する権利は13条の保護範囲の外にあるとして、正当化に入らずに違憲審査を終えたものと理解できる。

確かに、この思考枠組みは、ドイツ憲法学に由来する²¹が、現在ではドイツ憲法学を主な参照対象とする論者のみならず、アメリカ由来の審査基準論を継受してきた代表的論者である長谷部恭男からも「標準的な思考枠組み」²² [長谷部 2018a: i] と評されると共に、三段階審査の導入者を含む有力な論者らによ

捺の強制を、「個人の身体的および精神的な完全性」への侵害として、すべて「人格権」の問題に含めている（159－160頁）。しかしこれらが高橋のいう3つの要件を満たすかどうかは明らかではない。とすれば、これはすなわち「新しい人権」としてわざわざくり出すほどでもない自由・権利制約は人格権侵害と見做す、という趣旨とも理解できる。

¹⁴ 新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権 第2版』（日本評論社、2021）46頁 [横大道聡執筆部分]。

¹⁵ 例えば、佐藤・前掲注（12）198頁注9。

¹⁶ 土井真一「13条」長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017）99－103頁。

¹⁷ 例えば参照、長谷部恭男『憲法 [第9版]』（新世社、2026）148－149頁、「私生活のあり方に決定的な影響を及ぼすような公的強制や干渉を受けない自由」としての「個人の私生活上の自由」（「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」（京都府学連事件）や「みだりに指紋の押なつを強制されない権利」（指紋押捺強制事件）を含む）が保障されるとする大石真『憲法概論Ⅱ 基本権保障』（有斐閣、2021）77－78頁。

なお、

¹⁸ 齋藤正彰「人格的利益説の終焉？」北大法学論集73巻2号（2022）294頁。

¹⁹ 柴田憲司ほか『憲法 人権編』（弘文堂、2026）90－92頁（村山健太郎執筆部分）。

²⁰ 小山剛『憲法上の権利の作法 [第3版]』（尚学社、2016）98頁。

²¹ 三段階審査論を我が国に導入したのは松本和彦『基本権保障の法理論』（大阪大学出版会、2001）である。

²² 長谷部恭男『憲法 [第7版]』（新世社、2018）i頁。

って三段階審査論を基本とした有力な教科書も公刊されている²³。この思考枠組みは、現在の学界における共通財産となっているといえる。

しかしこの枠組みにおける①保護範囲及び②侵害の段階は、そこで違憲審査の対象を切り結めるために存在するのではない。(2)で述べたように、違憲審査の対象は一般的に及ぶと理解するのが正当だからである²⁴。むしろ、これらの段階は、違憲審査の対象を正確に同定するために存在すると考えるべきである。すなわち、どのような権利がどのように侵害されているかを明確に俎上に上げて検討することによって、被侵害利益、ひいてはその権利の重要性等が明確になり、違憲審査の対象やそれをどれだけ厳格にするべきかが明らかになる。元最高裁判事の泉徳治が通常の三段階審査の最初に保護範囲の検討が来ることを、「裁判所の目を、まず、憲法が保障する人権の内容・範囲に向けさせるものである。」²⁵として高く評価しているのもこの趣旨である。

したがって、これらの段階で違憲審査の対象から排除しようとする原審の態度は、三段階審査論を的確に利用できていないと言わざるを得ない²⁶。

(4) 違憲審査の方法

ア 小括

その上で、現在の憲法学界では、違憲審査においてこれまで採用されてきた思考枠組みである違憲審査基準論と三段階審査論は矛盾するものではなく、異なる次元にある相互に両立可能なものであり、かつそうすべきであることは、ドイツ公法学を参照する論者からも広く合意されている²⁷。特に、三段階審査論には審査の厳格度を設定する段階が明示的に存在していないため、「正当化」における議論が恣意に流れがちであるという問題を抱えている(「裸の利益衡量論」²⁸)。そこで三段階審査論における(実質的)正当化の段階を審査基準論による分節化に置き換えて、審査の厳格度の設定→目的審査→手段審査という段階を明確に踏むことが重要である²⁹。

そこで以下では、この理解を前提として、違憲審査をどのように行うべきかを実際に論じていく。すなわち、保護範囲・侵害による被侵害利益の同定(3)、被侵害利益の権利としての重要度の判定等に基づく審査の厳格度の設定(4)、目的審査及び手段審査(5から6)を行っていく。また、憲法14条適合審査は上記の目的手段審査の形式ではなく、別異取扱いの有無→合理的な理由の有無を審査するのが判例に即しており便宜でもあるので、それは別途行う(7)。

イ 審査の「厳格度」の意味

なお、ここで審査の「厳格度」という言葉について一言しておく³⁰。近時、巽智彦を中心として、民事訴訟法学及び要件事実論の知見を用いて、事実的要件の認定、すなわち事実認定を統御する証明責任論に相当する、評価的要件(規範的要件)の認定を統御する論証責任論が発展しつつある³¹。これは、憲法学

²³ 渡辺ほか・前掲注(11)

²⁴ この点に関する三段階審査論の説明として、渡辺ほか・前掲注(11) 64頁、134-135頁。

²⁵ 泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性の判断枠組み」の問題点」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路』(弘文堂、2019) 380頁。

²⁶ ただし例外的に、石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」法学教室340号(2009)は、①保護範囲・②侵害の議論こそが「合法性の論理」であって、③正当化の議論は「合目的性ベースの論証」、「政策評価」であって「合法性(律)性……の論理ではない」としている。しかし、この見解は一般的に受け入れられていない上に、そもそも石川が提示する合法性と政策の区別は理論的根拠が不明確であり、しかもそこで引用されている論者の議論を辿っても石川が必要とするような議論をしているわけではないという問題がある。そのため、このような議論は裁判において前提とするべきではない。この点に関する検討としては、参照、小川亮「審査基準論と三段階審査論」法学会雑誌63巻2号(2023) 350頁注27。

²⁷ 参照、小川・前掲注(26) 363頁及びその注55。

²⁸ 高橋和之「違憲審査方法における学説・判例の動向」法曹時報61巻12号(2009) 13頁。

²⁹ 参照、小川・前掲注(26) 356-359頁、小川・前掲注(1) 147-154頁。ただし形式的正当化(法律の留保)等、本事案では検討不要な項目は省略している。

³⁰ 本節の内容については参照、小川・前掲注(1) 第2章。

³¹ 論証責任論については、参照、巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学86号(2017)、同「立法事実論の再構成」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路』(弘文堂、2019)。また憲法学における関連する議論を中心とした議論

が従来議論してきた審査基準論やいわゆる「審査密度」という用語を要件事実論の言語に翻訳するものといえるものであり、本稿の議論を裁判に落とし込む際の間接項になり得るので以下で敷衍する。

論証責任論は、評価的要件の認定に際して行われる、評価根拠事実/評価障害事実に対する法的評価（「論証」）を、証明責任論と同様の道具立てを用いて統制しようとする議論である。具体的には、論証責任論では、心証度に対応するものとして「論証度」を観念した上で、評価的要件に応じて、その認定のために裁判官が得るべき論証度の程度や、真偽不明の場合に当事者のどちらが不利益を被るかという論証責任の設定、そして、そのままでは不明確である評価的要件に特有の問題として、評価的要件の具体化の態様（論証主題の選択）、といった論点を設定する。ただし、私見によれば、それらの論点に加えて、民事訴訟法243条1項³²が要求する程度を示した解明度——「十分に証拠調べ・事実審理を尽くした度合いであり、新たな証拠で証明主題の蓋然性が変動することのない程度」³³——もまた、論証責任論における論点に含まれるべきである³⁴。

○ 証明責任論の用語と論証責任論の用語の対応関係

証明責任論 (事実的要件)	評価的要件の具体化 (論証主題の選択)	証明責任	心証度	解明度
論証責任論 (評価的要件)		論証責任	論証度	

このフレームワークによれば、例えば緩やかな違憲審査基準と理解されている「目的及び手段が明白に不合理でない限り合憲である」という審査基準はどのように理解されるか。論証責任が原告にあることは前提としつつ、二通りの解釈が可能である。すなわち、第一に、論証の対象となる評価的要件を「明白に不合理」と設定したうえで、必要な論証度は通常通りに優越的蓋然性で十分だとする解釈がある。そして第二に、論証の対象となる評価的要件を「不合理」性と設定したうえで、「明白に」はより高い論証度を要求する言辞であると理解する方法である。

○ 緩やかな審査基準のありうる解釈

	評価的要件	論証責任	必要な 論証度	必要な 解明度
第一の解釈	明白に不合理である	原告	60%	高い

の整理として、伊藤健「違憲審査における「論証責任」(1)～(2・完)」人文社会科学論叢14号、15号(2023)、同「違憲審査における「論証度」」人文社会科学論叢16号(2024)。

³² 「裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする。」

³³ 太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂、1982)109頁。この概念は当初、事実の証明に用いる概念として提示されたが、その後、同「訴訟力裁判ヲ為スニ熟スルトキ」について新堂幸司編著『特別抗議民事訴訟法』(有斐閣、1988)432頁で法律構成や争点形成も含むものと拡張されている。

³⁴ 以下のような判決理由があったとしよう。

「本処分の目的が真にやむを得ない目的であり、その手段が目的を達成するために必要最小限のものでない限り、本処分は違法である。本処分の目的は真にやむを得ないものとはいえない。したがって、本処分は違法である。」

この判決の「本処分の目的が真にやむを得ない目的であり、その手段が目的を達成するために必要最小限のものでない限り、本処分は違法である。」という部分は、異の議論に則れば、処分の違法性という規範的要件を、処分の妥当性、さらには目的と手段の妥当性として具体化した上で、その妥当性の論証責任を被告国に課するとともに、その論証度を最高度に加重したものと解することが出来る。しかし、これらの点で厳格な審査方法を採用しているとしても、この判決理由では裁判所は全く処分に立ち入っていないが故に「審査密度」は最低だというべきようにも感じられる。このときの「審査密度」に対応するのが、解明度であると考えられる。

この点については、審査基準という概念を有するが故にそれを含まないものとして「審査密度」という語を使用する憲法学者と、審査基準と解明度のどちらも含みうるものとして「審査密度」という語を使用する行政法学者とで、異なる印象を受けるかもしれないが、本質的な問題は、これまでの異の議論においては解明度がその位置を持たない点である。

第二の解釈	不合理である	原告	80%	高い
-------	--------	----	-----	----

他方、厳格審査と呼ばれる基準である「目的がやむを得ないものであり、手段が目的に対して必要最小限である」については、論証責任を被告に課した上で、評価的要件が「目的はやむを得ないものである」、「手段が目的に対して必要最小限である」、として論証度は60%、必要な解明度は高いものとして理解

できる。
本稿では、審査基準論という思考様式を近時の最高裁が採用していないことを踏まえて、審査基準論を判決が採用しないこともあり得ると考え、あえて審査の「厳格度」という用語を使用している。これはより具体的には、評価的要件・論証責任・論証度の組み合わせによって決まる審査の寛厳であると理解して

いただきたい。
他方、ここで重要なポイントとして、審査を終結するのに必要な解明度は、評価的要件については常に高くなければならないことを明示しておきたい。これは私見というよりも、従来の見解を論証責任論の言語に適切に翻訳するとそうなる、という議論である。

すなわち、従来は、法的評価には真偽不明がありえないという見解が一般的であった。しかし、ここでは詳細を省略するが、そのような主張には特に根拠がない。評価に真偽があり得るかという哲学的問題に対しては、哲学においては、評価にも真偽があるという見解が一般的である³⁵。従来の見解がそのような不用意な哲学的主張を行っていたのではないとすれば、それでは何を主張していたのか。異は的確な解釈を提示している。

「要するに、ここで問題とされるべきは、裁判所が判断不能の心証度の下で判断を下すことではなく、真理結果の確実性（解明度）が低い状態、すなわち十分に審理を尽くさない状態で判断を下すことの是非なのではないか。違憲性判断について真偽不明の観念を否定する諸見解の眼目は、むしろ、裁判所に十分な解明度に達するまでの審理を行う義務を観念することなのではないか。」³⁶

すなわち、異によれば、法的評価に対して主張立証責任ルールが適用されないということは、法的評価を統制するルールの不在を意味しない。むしろ、評価的要件について真偽不明を観念しない見解に現れる「裁判所に十分な解明度に達するまでの審理を行う義務」というルールが存在している。評価的要件の認定に関する次のような裁判官の言明は、この異の解釈を直接に表現しているように思われる。

「その判断の困難な場合にはどうするかということであるが、裁判官は、その全力を挙げて法解釈の力を総動員して、なんとしてでもその点について決めなければならない。」³⁷

「ある「評価」は、必ず、あるか、ないかのいずれかにたとえ、それが、評価的要件の性質上、事実上困難な場合があるとしても——確定される。法的評価（法の適用）の問題は、裁判官の職分であるから、これを立証責任の類推によって処理することは許されないのである。」³⁸

そうだとすれば、法的評価に対して真偽不明を観念できないという主張は、やはり、文字通りの形では維持することが困難である。むしろそれは、法的評価の論証度については少なくとも通常は優越的蓋然性で足りることを前提に、法的評価については真偽不明では終わらない程度の解明度に達する審理を行うべきである、という法的評価のルールをいうものと解釈することが適当といえる。

したがって、違憲審査として緩やかな審査を行う場合であっても、つまり、違憲のハードルが高い場合であっても、原告の主張がそのハードルを越えられていないかどうかは丁寧に評価する必要がある。この

³⁵ 差し当たり参照、佐藤岳詩『メタ倫理学入門』（勁草書房、2017）、安藤馨「道徳的非實在論」蝶名林亮編『メタ倫理学の最前線』（勁草書房、2019）。

³⁶ 異 2019・前掲注（31）16頁。

³⁷ 伊藤滋夫『要件事実の基礎〔新版〕』（有斐閣、2015）320頁。

³⁸ 河村浩「民事裁判の基礎理論・法的判断の構造分析（2下・完）」判例時報2149号（2012）26頁。

点は、本事案との関係では特に重要である。なぜなら6で論証するように、本法の目的、手段、そして別異取り扱いが緩やかな審査であっても違憲とすべき程度に不合理である——明白に不合理である——といえるからである。そのため、緩やかな審査は低い解明度のままで裁判を行ってよいことを含意しないことに留意されたい。

3 保護範囲・侵害

本事案ではどのような自由が問題になるか。筆者は、原審による分節化は概ね正当であると考えている。そこで以下では原審の判示を分析の出発点としつつ、必要に応じてさらに問題となる自由を同定していく。具体的には、原審は、本件で問題となる事由を、以下の3つの相互に独立した自由に分節化している。

- ① 不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」
- ② 「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」
- ③ 「5年おきに交換等を要するIUD(IUS)や毎日服用しなければ避妊効果が低下する経口避妊薬」と異なり、「永続的に避妊効果が持続する」(＝継続的な受診・服用等が不要である)不妊手術を選択する権利

しかし、私見では、これらに加えて、以下の自由及び平等が問題になり得る。

- ④ 妊孕性に対する治療を受ける自由
- ⑤ 非治療的医行為を受けることを希望する者のうち、非治療的医行為である美容整形手術を希望する者には美容整形を原則的に禁止せず、非治療的医行為である不妊手術を希望する者には不妊手術を原則として禁止するという別異取扱いに関する平等原則の問題

以下では、まず原審の特定方法の適切性を確認したうえで、具体的に問題となる自由や平等を特定していく。

(1) 原審の特定方法の適切性

原審においては、原告と被告の間で、権利としての保障の必要性に関係して、権利としての明確性も争われていたようである。確かに学説においては、その内包や外延が明確であり、あるいは十分に特定されていなければ、そもそも権利として保障されないかのような議論も見受けられる³⁹。しかしこれは明らかに誤っている。そして原審はそのような見解に与することなく、原告らのいう自由・権利を本事案にとって必要な程度まで概ね適切に具体化あるいは特定している。以下で敷衍する。

まず前者の過誤について。ある自由の内包や外延が不明確であることは、それを権利として保障することが意味をなさないことを含意しない。例えば憲法21条が表現の自由を保障していることは論を俟たないが、何が「表現」と言えるかは茫漠としており、内包も外延も不明確である。しかしそれでも「表現の自由」について語ることが意味をなすのは、例えば、「表現の自由は民主主義にとって重要である。」といった表現の自由一般に対する分析が、例外があるにしても有意味に成り立つからである。実際に問題になるのは、より特定された自由、例えば広告ビラ配布の自由や市庁舎前広場で政治的デモ集会をする自由だったりするのだが、その自由の分析に、表現の自由の一般論が有用である、ということである。したがっ

³⁹ 例えば、性別変更特例法違憲決定の調査官解説である野中伸子「判解」法曹時報77巻1号(2025)306頁注42は、合憲説のあり得る根拠として学説をまとめた際に、「憲法13条後段を根拠とする「新しい人権」として承認されるか否かは、(i)権利・自由の性質(人格的生存に関わるか)、(ii)権利・自由の内容(特定性・明確性を有するといえるか)、(iii)第三者の事情(権利行使に關与する他者の裁量の有無や他者の権利の侵害の可能性)といった要素を総合考慮して判断すべきということができると考えられるところ(佐藤幸治「現代国家と人権」113頁(2008)芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』122頁(2019)。高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』149頁(2020)参照)」としており、(ii)は本文で述べた要件と理解できる。

なお、この条件のうち(i)についてはその内実を4(1)で検討する。また(iii)については、これが認められると権利性が消極的に解されるものとして提示されているが、そもそも権利は他者を義務付けるために主張するものである(消極的権利は他者に対して侵害行為の不作為を義務付ける)ので、より実質的な定式化および論証がなければ有意義な要件として理解することは難しい。

て、権利としての内包や外延が十分に明確あるいは特定化されているべきであるというのは、「〇〇の自由」、「〇〇の権利」について語ることが、それに含まれるより具体的な事由や権利の分析にとって有意義である程度にそれを具体化しておくべきである、といういわば行論上の要請に過ぎない⁴⁰。

次に、原審の態度が適切であるのは、具体的な憲法判断を行う際には、まさに原審の行ったような具体化が必要になるからである。上述の通り、例えば表現の自由の制約にしても、具体的な事件ではただ表現の自由の制約として済ませることはできず、ビラ配布の自由、さらには広告チラシ配布の自由や、政治ビラ配布の自由、といった形でさらに具体化・特定する必要がある。そうしなければ、その自由の重要性、例えば民主主義への寄与の有無、が明らかにならないからである。逆に言えば、憲法判断の際には、問題となっている自由や権利を、それらが持つ性質や価値を的確に語れる程度まで——その事案で問題になっていない自由や権利の性質や価値が混入しない程度までに——具体化・特定する必要がある。

原審はこの作業をかなりの程度まで首尾よく行っている。以下ではそれを確認しつつ、必要に応じてさらなる具体化・特定を行っていく。

(2) 不妊手術という特定の方法による避妊をする自由

原審は以下のように述べる。

「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されるが、この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。……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……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。」

ここで原審は、一方で「避妊の自由」の重要性を正確に指摘しつつ、他方で不妊手術をする自由を「特定の方法による避妊をする自由」として位置付けてその重要性を否定している。この判示は、2で述べたように、人格的生存に関わるか否かは、憲法13条の保護範囲に含まれるかどうかに直結しないためその点は不正確である。この点は他の判示についても同様のため、以下ではいちいち指摘しないことにする。

しかし、この判示は、権利の分節化としてあり得る形の一つを的確に示している。すなわち、原告らの主張のうち、避妊という目的のために不妊手術が必要であるという論点において、不妊手術は避妊の一手段に過ぎない。そのため、不妊手術が規制されているとしても、それは避妊の自由全般に対する制約とはいえず、あくまでも、不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」に対する制約（避妊の自由の一部に対する制約）に留まることになる。

ただしここで急いで補足すべき点がある。これらの判示はあくまでも、不妊手術以外の避妊法を原告らが用いることができることを前提としている。これに対して、女性であって、他の避妊手段に対する適応がなく、結果として主体的に避妊をする手段が不妊手術しかない者にとっては、不妊手術の原則的禁止はまさに避妊全般の原則的禁止に他ならない⁴¹から、本規制は避妊の自由全般に対する制約に帰着する。こ

⁴⁰ これに対して、中山茂樹「身体の自由」（有斐閣オンライン 記事ID：L2503003）[DOI: 10.69450/yuhilaw-l2503003] §4.3は、本件において主張されている「生殖に関する女性の自己決定権」について、「仮に広義の「身体の自由」の問題だと捉えるとして、「身体の処分に関する自己決定権」という権利類型を憲法上設けることは適切でない。おそらく、（適切に範疇化しなければならないが）「生殖に関する自己決定権」（リプロダクティブ権）や無名の「自己決定権」（人格的自律権）（個人の生の画一化に抗する権利）などが有力な構成であろう。」とする。なぜ不適切であるのかについては全く説明がないため推測にはなるが、中山の主張の趣旨も本文で述べた見解と大きな相違はないように思われる。

⁴¹ なお原審は、上記引用中に「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。」と指摘しているが、その事実は、そのような女性に対する本規制が「特定の方法による避妊をする自由」に対する制約に留まることを基礎づけない。「男性がとることのできる避妊法」は、女性が自ら選択可能な選択肢のうちに含まれていないからである。

の場合は、原審のいうように、少なくとも原則としては、「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り、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 条に違反するものというべきである」ことになる（適用違憲）。原告らのいずれかにとってこのような構成が可能である可能性はあるが、それは原告らの体質等に関する医学的判断を前提とするものであってその点は定かではないため、本稿では便宜上、検討対象から除外する。

10 (3) 「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」
原審は以下のように述べる。

原告らは、憲法13条が、……自己の身体に関する事柄を決定する自己決定権としての性質を併せ持つものとして、不妊手術を受けることについて自己決定権を保障している旨を主張しており、不妊手術が身体への侵襲を伴うとしても、それを受けることについて自己決定権を有する旨を主張しているものと解されるので、この点について検討する。

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頁参照）、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。そして、特段の事情がある場合には、別異に解される場合があり得るとしても、不妊手術による身体への侵襲については、不妊手術を受けることが直ちに人格的生存に関わるものということとはできないことは、前記ウのとおりであるから、憲法13条が、不妊手術により身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権を保障しているものと解することはできない。

したがって、憲法13条が、自己の身体に関する事柄を決定する自己決定権として又はその性質を併せ持つものとして、不妊手術を受けることについて自己決定権を保障しているということではできない。」

ア 非治療的医行為を受ける自由

30 原審が指摘するように、原審が引用する性別変更特例法違憲決定がその意義を確認したのは「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」であって、これは原告らが求める「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」とは異なる。

ただし、この定式化はなお更なる精緻化を要する。なぜなら、「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」には、例えば、特定の疾病や怪我等に対する医療のために「身体への侵襲を受ける」あるいは「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」が含まれるからである。医療を受ける自由又は自己決定権が人格的生存に必要な不可欠であることは明白である。したがって、一般に、「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」が「人格的生存に関わる」ものではないとはいえない。

他方、原告らのように、特段の疾病等を有していないにもかかわらず「身体への侵襲を受ける」あるいは「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」は、上記の自由と異なり、人格的生存にとっての重要性は自明とは言いにくい。

この差異は、特に刑法学を中心に、美容整形は「医療行為」と言えるか、という論点として論じられて

きた⁴²。すなわち、現在、医師によって担われている行為のうち、美容整形や眼科のレーシック手術などは、それを業としてすることが、医師が独占すべき（医師法17条）「医行為」、つまり「当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」⁴³に当たることは争いが無い。しかしこれらの行為について、一般に、正当業務行為として違法性を阻却される適法な「医療行為」に求められる医学的適応性（治療の必要性）及び緊急性が、特定の疾病等の治療を目指す典型的な医療行為よりも相対的に低いことがある（この点は次節で詳述）⁴⁴。そのため、これらの医行為については、民法学上は説明義務が厳格に課される⁴⁵と同時に、刑法学上においてはその違法性阻却の在り方を、他の医療行為と同じく正当業務行為として構成すべきか、それとも患者の同意（のみ）に求めるかについては議論が重ねられてきた。本稿では、これらの医行為を「非治療的医行為」と呼ぶこととした上で、本件原告との関係で問題となる自由を「非治療的医行為を受ける自由」に同定する。

本件原告が求める不妊手術についても、上記の美容整形やレーシック手術と同様に、何らかの疾病等の治療のために行われるものではなく、患者の主観的な感覚に基づく利益の追究のために行われる医行為である。そのため、本稿のいう「非治療的医行為」に該当する。そのため、本件においても、「非治療的医行為を受ける自由」が問題になる。ただし、本件でいう「非治療的医行為」の内実は不妊手術であるから、それが避妊のために行われる場合には、その自由は、前節で論じた「不妊手術という特定の方法による避妊をする自由」として同定できる。そのため、この場合は、「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」の問題は、「不妊手術という特定の方法による避妊をする自由」の問題に還元されることになる。

イ 妊孕性に対する医療を受ける自由

ただしここでもより精緻な議論が必要である。なぜなら、原告らにとっては「非治療的医行為を受ける自由」の問題は、「不妊手術という特定の方法による避妊をする自由」の問題ではなく、むしろ、「妊孕性に対する医療を受ける自由」の問題として把握すべきと言え得るからである。

すなわち、原審が認めるように、原告らの中には、「自身の身体に生殖能力があることに強烈な違和感を覚える者……にとって、不妊手術は、自分らしい身体で、自分自身の人生を送る上で不可欠の手段であり、人格的生存に直結する旨を主張する」者も含まれる。少なくともこのような場合には、むしろ妊孕性を有している身体こそがすでに正常性を失っているのであって、医療行為の対象となり得る。つまり、ここで問題となる自由は、「妊孕性に対する医療を受ける自由」であって、それは「人格的生存に直結する」といえる。

このような議論は、実は、非治療的医行為の医学的適応性に関する刑法学の議論とも軌を一にする。すなわち、日本の刑法学において、非治療的医行為の医学的適応性は、少なくともゼロではなく、場合によっては高度であり得ることが指摘されているからである。すなわち、医学的適応性の概念やその役割について詳細に検討を行った刑法学者・天田悠は以下のように指摘している。

「医学的適応性という概念は、「存否」という二者択一の問題として判断できるわけではない……。たとえば、一言で美容整形手術といっても、単に「異性にもてたい」という主観的願望から鼻を整形するような場合から、交通事故によって著しく外観が損なわれた鼻を元どおりに修復するために整形手術を受ける場合まで、多種多様な類型がありうる。前者の場合は、客観的には鼻を整形する必要はないが、もっぱら本

⁴² 以下の論述について最も整理された検討として参照、村山淳子「美容整形における身体処分」西南学院大学法学部創設50周年記念論文集編集委員会編『変革期における法学・政治学のフロンティア』（日本評論社、2017）。

⁴³ 厚生労働省「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について（その2）〔保健師助産師看護師法〕」（医政発1201第4号）（2022）。

⁴⁴ 岡田希世子「美容医療契約の特質」経営学論集26巻3号（2016）52頁は、特に「美容医療サービスの特殊性は、美容医療が通常の医療の場合と同様に身体への侵襲を伴うにも関わらず、①緊急性がないこと、②医学的必要性（適応性）がないこと、③施術が患者の主観的願望を満足させるものであること、④ほとんどの美容医療が自由診療のため健康保険が使えず治療費が高額になることがあげられる。」としている。

⁴⁵ 判例を概観しつつこの点を指摘するものとして、坂田大悟「美容整形を巡る問題」秋吉仁美編『医療訴訟』（青林書院、2009）。

人の主観的意向から整形術を施す場合である。これに対して、後者の場合は、本人がそれを望んでいることはもちろん、むしろ、医学的・客観的にみて鼻を修復する必要性が高い場合……である。」⁴⁶

5 このように、一口に非治療的医行為と言っても、その医学的適応性の程度は様々である。実際、一方でコンプレックスを解消したい、「普通」になりたいという切実な動機を抱えて美容整形医療を受ける人々がいる⁴⁷一方で、美容整形を希望する人々に対する調査の結果として、美容整形を希望する理由として最も回答者数が多いのは「自己満足のため」、「自分が心地よくあるため」「理想の自分に近づきたいから」といった点が挙げられている⁴⁸。もちろん、そのような理由の背景には、社会規範の影響や他者からの評価が避けがたく存在している⁴⁹。しかし、当人にとっての切実性は人によって大きく異なることは明らかである。

10 それでも、刑法学は、非治療的医行為、とりわけ美容整形に対して、医学的適応性を認める考え方が主流である。なぜなら、美容整形医療は、人々の精神的な不安を解消し得るという効用を持つからである。この点をいち早く明確化したのが当時の仙台地裁判事・吉野孝義である。曰く、

15 「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して認めてよい。医療行為の範囲を狭く解釈する論者も、特に当該個人にとって著しい精神的苦痛や、場合によっては肉体的苦痛を伴い、他人からも気の毒と思われるような客観的な醜型、例えば、過大乳房、ワシ鼻、異常な皺等で、手術によってその悩みから解放され、社会生活に適応していくことが可能となる
20 ような事例は、医療行為として正当な範囲に属すると考えるであろう。そうすると、「美」に、客観的な基準を定めることは不可能に近いから、美を追求しようとする者の努力を一笑に付することは、誰しもできないであろう。したがって、美容整形手術により、個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望に医療が手を差しのべることを容認して差し支えないと思われる。」⁵⁰

25 この考え方は、裁判例及び学説、さらに実践者である医師⁵¹にも広く受け入れられているとあってよい。⁵²つまり、非治療的医行為の利益が主観的なものであって必ずしも広く共有されうるものではないとし

⁴⁶ 天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018）397頁。

⁴⁷ 参照、川添裕子『美容整形と〈普通のわたし〉』（青弓社、2013）。

⁴⁸ 参照、谷本菜穂『美容整形というコミュニケーション』（花伝社、2018）114-117頁。

⁴⁹ 参照、谷本・前掲注（48）第二部。

⁵⁰ 吉野孝義「美容整形」判例タイムズ686号（1989）126頁。

⁵¹ 美容医療クリニックの医師等を主なメンバーとする「厚生労働省の美容医療の適切な実施に関する検討会」による美容医療の適切な実施に関する検討会報告書」（令和6年11月22日）

[https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_45889.html] 2頁は、「美容医療は、主に患者の個人的・抽象的なコンプレックスの解消、満足を得ること、及び希望を叶えることを最終的な目標としている。そのため、傷病の治療の必要はないが、自己の容貌に対する劣等感や不満を抱く者に対して、精神的負担の除去効果も考慮して、身体各部の形状や表面を、より美しくすることを目的として治療が行われる。」とする。また、谷本・前掲注（48）第三部における個々の医師に対するインタビューにおいても、同様の意識が窺える。

⁵² 本文で挙げたもののほか、最近の裁判例として、「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するものではあるが、健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められるものというべきである。美容整形外科手術等により、個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望に医療が応えていくことは社会的に有用であると考えられ、美容整形外科手術等も、このように消極的な意義において、患者の身体上の改善、矯正を目的とし、医師が患者に対して医学的な専門的知識に基づいて判断を下し、技術を施すものである。」とした大阪高裁平成30年11月14日判例時報2399号88頁が挙げられる。また同旨を初めて明確化した著名な裁判例として、東京地判昭和47年5月19日判決判タ280号355頁。同旨の学説として、廣瀬美佳「美容整形の医療過誤」太田幸夫編『医療過誤訴訟法』（青林書院、2000）366-367頁、石原明『法と生命倫理20講[第4版]』（日本評論社、2004）74頁、大谷實『医療行為と法[新版補正第二版]』（弘文堂、2004）198-199頁、上田元和「美容整形医療をめぐる諸問題」福田剛久ほか編『医療訴訟』（青林書院、2014）564頁、山中敬一『医事刑法概論Ⅱ』（成文堂、2021）115-116頁、

ても、「手術によってその悩みから解放され、社会生活に適応していくことが可能となる」場合には、それ自体が客観的な、広く共有され得る利益となるものといえる。この点を踏まえたとき、「美容整形手術により、個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望に医療が手を差しのべることを容認して差し支えない」という結論が導かれるのである。

5 ただしもちろん、非治療的医行為を受ける者のすべてが手術によってその悩みから解放され、社会生活に適応していくことが可能となる」ために必要といえるものではない。単に、更なる魅力や利便性等を手に入れるために非治療的医行為を受けることを希望する場合は、天田のいう「異性にもてたい」という主観的願望から鼻を整形するような場合」と同様に、医学的適応性は低いと判断されることになる。これに対して、例えば、自身の身体に生殖能力があることに強烈な違和感を覚える者にとっては、不妊手術は、自分自身の人生を自分らしく送る上で不可欠の手段であると解される。すなわち、この場合における不妊手術は、まさに「手術によってその悩みから解放され、社会生活に適応していくことが可能となる」ようなものである。このように、不妊手術を受けることがその人らしい人生を送るために重要であるといえる者に対する不妊手術の医学的適応性は、決して低くないものであって、典型的な医療行為に比肩し得るものと理解するべきである。そのため、少なくとも当該者が不妊手術を受ける自由は、「非治療的医行為を受ける自由」ではなく、「医療を受ける自由」の一種である「妊孕性に対する医療を受ける自由」として位置付けるべきことになる。

10 この点に対して原審は「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、不妊手術を受けることができなければ妊娠・出産をしなければならなくなるものではないから、妊娠・出産に対する嫌悪感等については、それが継続的にあるとしても、不妊手術を受けることが人格的生存に不可欠であるとはいいい難い。」と反論する。しかし、原審のいうとおり「不妊手術を受け永続的に生殖能力を有しない身体にすることが上記嫌悪感等を取り除くために最も直裁的である」。この点を認めるならば、他に避妊法があるとしても、上記のような者に対する不妊手術の医学的適応性が低められるわけではなく、それは依然として高いままであるといえる⁵³。したがって、上記のような者にとって不妊手術の原則的禁止は、やはり、「妊孕性に対する医療を受ける自由」として位置付けられる。

15 これに対して、「妊孕性は疾病ではなく正常な体の在り方であって、妊孕性を失わせることは「治療」や「医療」とは言えない」という反論もあり得るので、ここで検討しておく。

20 確かに治療や医療は、一般に、一定の正常な身体の在り方を前提としつつ、そこへの回復を目指すものとして理解可能である。その上で、妊孕性を持つ身体こそが正常な身体の在り方であると考えるのであれば、妊孕性に対する治療は語義矛盾とすら言い得る。しかしながら、実際の当事者の自己理解や状況を見無視して、正常な身体の在り方を優越的に標準化し、それを外部から押し付けることには、ジェンダー論や障害学といった様々な文脈で、当事者によって多くの異議申し立てが為されてきた。

25 その典型は、性別適合手術に対する理解の変遷である。すなわち、いわゆるブルーボーイ事件では、性別適合手術を行った医師がまさに本法の前身である優生保護法違反として有罪判決を受けた⁵⁴。当該判決は性別適合手術を一概に否定するものではなく、むしろいくつかの条件を満たせば正当な医療行為として認められる余地を明示するものであったが、その前提には「性転換手術は異常な精神的欲求に合わせるために正常な肉体を外科的に変更しようとするものであ……る。」という認識があった。ここには肉体の正常性を、主体の意思を無視して定義し押し付ける態度が現れている。これは健常主義（ableism）と呼ばれる差別であって、特に障害者に対する抑圧の原因となっていることが障害学で長らく批判されてきた⁵⁵。

30 これに対して、性別変更特例法違憲決定が指摘するように、「性同一性障害の治療は、特例法の制定当時は段階的治療という考え方に基づいていたところ、その後、臨床経験を踏まえた専門的な検討等を経てガイドラインの見直しがされ、平成18年1月に提示された第3版では、性同一性障害を有する者の示す症状は多様であり、どのような身体的治療が必要であるかは患者によって異なるとして、段階的治療という考え方は採られなくなった。具体的には、性同一性障害を有する者について、まず精神科領域の治療を

⁵³ また、4（2）で指摘するように、「不妊手術が他の避妊法と比較不能な形で有益であり、そのために不妊手術が他の方法によって代替可能ではないといえる」場合には、そもそも不妊手術は他の避妊法で代替可能ではないので、他の避妊法の存在は不妊手術の医学的適応性の程度を左右しないことになると思われる。

⁵⁴ 1969年2月15日東京地裁判決

⁵⁵ 健常主義の障害学における役割とその内実については、参照、志田圭将「エイブリズム論は何を問うのか——その生成の文脈、意味、可能性」『北海道社会福祉研究』46号（2025）、石島健太郎「障害学の存立基盤」現代社会学理論研究9号（2015）。

行うことは異ならないものの、身体的治療を要する場合には、ホルモン療法、乳房切除術、生殖腺除去手術、外性器の除去術又は外性器の形成術等のいずれか、あるいは、その全てをどのような順序でも選択できるものと改められた。」と同時に ICD-11 からは脱病理化もなされている。これらは、性別不適合に関してあるべき身体の姿は「患者によって異なる」と正面から認めるものであり、ブルーボーイ事件判決

5 に現れた健常主義を克服しているものと理解できる。
このような動きは、身体障害・精神障害の両面においてみられる。例えば、一般に、難聴であること、耳が聞こえないこと、deaf であることは聴覚障害として理解されている。ここには、聴覚があることこそが正常な身体の在り方であるという健常主義が前提とされている。しかし、実際にろう (Deaf) ⁵⁶ コミュニティに対してインタビューを行っていた聴者は、自らが聴者であることが聴者とは異なるろう者のコミュニケーションスタイルの会得を困難にしてコミュニティへの真なる参加を阻む特性を持っていることを自覚せざるを得なかったことを報告している。すなわち、彼が経験したのは、「ろう性の欠如 (Deaf loss)」である⁵⁷。その裏側として、ろう者は、ろうであることによって、視覚や触覚を通じた親愛的コミュニケーションスタイル、優れた視覚能力、世界に対する聴者とは異なる視点など、ろう者としての利得であるデフ・ゲイン (Deaf gain) を獲得している⁵⁸。聴者であることを正常な身体の在り方とする考え方は、ろう者の実情を無視した押し付け、健常主義に過ぎないのである。ここでは詳論しないが、これと同様の議論は、現在は精神障害に分類されている ADHD や ASD 等の当事者達からも「ニューロダイバーシティ」運動として提起されており⁵⁹、互いに影響を与え合っている⁶⁰。

これらの運動に共通する一つの視座は、健常主義の克服、すなわち、「自分にとって正常な身体とは何かを自分で決める自由」の尊重である。この自由が尊重されないことは、他者から自らの身体のあるべき姿を規定されることを意味し、そのあるべき姿の実現を目的とした身体に対する介入をも正当化しうる。これが個々人の人格的生存を脅かすことは明らかであろう⁶¹。もちろん、健常者においては、この自由はしばしば社会的に当然視され、その侵害が争点化しにくい。しかしそれはこの自由が健常者にとって重要ではないことを意味しない。これは、シスジェンダーにとっても「その性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることが個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」(性別特例法違憲決定) であることにかわりはないが、シスジェンダーにとっては社会上その利益が害されることないという状況と同じである。

25 これらを踏まえた上で本筋に戻れば、妊孕性に対する治療を希望する原告に対する、「妊孕性は疾病ではなく正常な体の在り方であって、妊孕性を失わせることは「治療」とは言えない」という反論がまさに健常主義であること、すなわち、「自分にとって正常な身体とは何か自分で決める自由」を、特段の理由

⁵⁶ 聴力を持たない者のうち、特にろうとしてのアイデンティティを確立した者やそのコミュニティを指すときには、小文字の deafではなく、大文字の Deaf を用いることがある。

⁵⁷ See Andrew Solomon, "Deaf Loss", in *Deaf gain*, H-Dirksen L. Bauman and Joseph J. Murray (eds.), University of Minnesota Press, 2014, p.ix.

⁵⁸ See, H-Dirksen L. Bauman and Joseph J. Murray, "Deaf Gain: An Introduction", in *Deaf gain*, H-Dirksen L. Bauman and Joseph J. Murray (eds.), University of Minnesota Press, 2014, p.ix. 邦語文献での紹介として、高山亨太『ろう者学とソーシャルワーク』(生活書院、2022) 122-123頁。

⁵⁹ 参照、村中直人『ニューロダイバーシティの教科書』(兼子書房、2020)、発達障害サポーター' s スクール(村中直人監修)『ニューロダイバーシティ視点で考える自閉スペクトラムの科学と理解』(子ども・青少年育成支援協会、2024)。また、現代思想(青土社)2026年5月号(54巻6号)はニューロダイバーシティ特集である。

⁶⁰ See Bauman and Murray, *supra* note 58, pp.xxi-xxii. また、参照、ニキリンコ「大喜利エクソダス」現代思想54巻6号(2026)28頁。

⁶¹ 議論をやや先取りするが、4(1)では、人格的生存あるいは人格的自律にとっての重要性=権利としての重要性を、「行為一般にとっての必要度」として解釈する。そして、「自分にとって正常な身体とは何かを自分で決める自由」はこの必要度が極めて高い。本文でも述べたように、この自由がなければ、他者からの身体に対する積極的介入や、あるいは自己の身体変化に向けた行動に対する阻止を許すことになり、様々な行為の可能性が失われるからである。逆にいえば、この自由があってはじめて、我々は自らの身体をどのように変化させるかを考慮し、それに従って行動できるようになる。他方、この自由が重要だからと言って、原告らが求めている自由のあり得る定式化の一つである「自分にとって正常な身体になる自由」が一般的に重要であるとは言えない。「自分にとって正常な身体とは何かを自分で決める自由」という、いわば自分の中での理想を決める自由と、「自分にとって正常な身体になる自由」という事実としての状態を実現する自由は全く異なるものだからである。例えば、本節エラー! 参照元が見つかりません。でも論じたように、後者の中には医療を受ける自由から非治療的医療を受ける自由まで幅広いものが含まれていることからしても、その重要性を一般的に決めることはできないから、その中で原告らに関係する自由を特定する必要がある。そして、その作業こそ本節で行っているものなのである。したがって、後者の自由を本文で取り上げる必要はない。

なく制約していることは明らかであろう。そうすると、この反論に与することは、誰にとっても重要な「自分にとって正常な身体とは何かを自分で決める自由」に対する不合理な制約に与することになり、正当化されない。

したがって、少なくとも「自身の身体に生殖能力があることに強烈な違和感を覚える者」にとって不妊手術の原則的禁止は、やはり、「妊孕性に対する医療を受ける自由」として位置付けられる。そこで本稿では、この自由の侵害についても検討していく。

10 (4) 「5年おきに交換等を要するIUD(IUS)や毎日服用しなければ避妊効果が低下する経口避妊薬」と異なり、「永続的に避妊効果が持続する」(＝継続的な受診・服用等が不要である)不妊手術を選択する権利

原審は、以下の文脈では「避妊の自由」の一部としての「不妊手術の自由」について語っている。つまり、避妊可能性という単一の尺度を重要視して、不妊手術と他の避妊法を比較している。

15 「原告らは、不妊手術は、永続的に避妊効果が持続する点で、5年おきに交換等を要するIUD(IUS)や毎日服用しなければ避妊効果が低下する経口避妊薬と異なる旨を主張するがこれらの点をもって、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、ひいては人格的生存に関わるということとはできない」(34)

20 また、原審は、生命・身体への危険や侵襲性といった尺度も重視している。

「生殖能力を有する身体に対する嫌悪感等についても、それが継続的にあるとしても、そのことから直ちに前記(イ)のとおり身体への侵襲を伴い重大な合併症も起こり得る不妊手術を受けることが人格的生存に不可欠であるとまでいうことは困難である。」(34)

25 しかし、この比較は不公平といわざるを得ない。なぜなら、上記の文脈で原告が重要視しているのは、効果の永続性(その裏返しとしての継続受診の不要性)という尺度だからである。判決がその尺度を無視してよい理由はない。そこで、この尺度からみた不妊手術が持つ価値を、「継続受診からの自由」として定式化することも可能であろう。そこで本稿では「継続受診からの自由」としてこの点について議論する。

30 (5) 美容整形手術を希望する者との平等
原審は次のように述べる。

35 「原告らは、生体臓器移植、美容整形手術、入れ墨やピアスの穴空けの施術等を規制する法律はない(ただし、医師法、刑法等は除く。)旨主張する。しかしながら、このことは、単に、これらの行為について日本の法令上個別的な法律により規制がされていないにとどまり、そのことから直ちに憲法13条が人格的生存に関わる重要な権利としてこれらの行為をする自由や自己決定権を保障しているものと解することはできない。すなわち、前記(ア)のとおり、憲法13条が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ず、また、美容整形手術等についても、上記の自由又は自己決定権として一般的に保障しているものとは解されないところ、それらを法令によりどのように規制するかについては、立法裁量の問題であって、憲法13条違反の問題を生ずるものとは解されない。したがって、美容整形手術等を個別的に規制する法律がないことは、上記(ア)の判断を左右しない。」

45 確かに、原審のいうとおり、美容整形手術を受ける自由は、(3)アで同定した「非治療的医行為を受ける自由」の一種として同定することができる。そのため、原審の立場からすればこの自由は保障されて

いないことになる。

しかし、ここで問題になっているのは、実際には美容整形手術を受ける自由そのものではない。言うまでもなく、原告らは美容整形手術を受けようとしているわけではないからである。ここで問題になっているのは、むしろ憲法14条が保障する平等原則違反の問題である。すなわち、非治療的医行為を受けることを希望する者のうち、美容整形手術を希望する者には美容整形を原則的に禁止せず、不妊手術を受けることを希望する者には不妊手術を原則として禁止するという別異取扱いに合理的理由があるかどうか、という問題である。もし、非治療的医行為を受ける自由が権利として重要ではないとしても、だからといってその一類型のみを恣意的に原則的に禁止することが許されるわけではない。

したがって、原審の立場からしても、非治療的医行為を希望する者のうち、美容整形手術を希望する者には美容整形を原則的に禁止せず、不妊手術を希望する者には不妊手術を原則として禁止するという別異取扱いには合理的理由が求められる。それがなければ憲法14条に違反して、本規制は違憲である。

4 憲法13条適合性審査の厳格度の設定

審査の厳格度を設定する際に、まずは憲法13条との関係では、侵害されている権利が権利としてどれだけ重要かが問題になる。そこで、本節では、まずある権利が原審も重視する人格的生存（自律）との関係でどれだけ重要であるかは憲法学において明確にされてこなかったことを指摘した上で、性別変更特例法違憲決定及び従来の「新しい人権」として認められるかどうかの基準の正当性を哲学の知見を用いて吟味することによって、その基準を、「ある自由・権利・利益等は、行為一般にとって必要であればあるほど（より多くの行為の前提条件であるといえるほど）重要である。」として言語化する。その上で、3で同定した本事案で問題になる自由の重要性を検討する。結果として、「妊孕性に対する治療を受ける自由」の侵害に対しては厳格な審査、その他の自由については緩やかな審査が差し当たり妥当することを示す。

（1）人格的生存（自律・利益）との関連性の判断基準

本節では、本事案で問題になる自由の重要性を判断するための基準を同定する。

ア 用語法の確認

原審も用いている「人格的生存に不可欠」という基準は、その文言自体も学説では揺れつつ、しかも実際にはそれ自体が保護範囲を一義的に決定するものではないが、権利の重要性を評価する際の一つの指標として広く用いられていることは確かである。

すでに紹介したように、人格的自律説の主唱者である佐藤幸治は、「人格的生存に対する不可欠性……あるいは重要性」を持つ権利のみが13条で保障されるとした⁶³。ここですでに「不可欠性」と「重要性」ということで一定していない⁶⁴。さらに例えば高橋和之は、「人格的利益説は、人権の主体としての個人を、自らが最善と考える自己の生き方を自ら選択して生きていく人格的・自律的主体と想定し、人権をそのような人格的・自律的生のために必要不可欠な利益と解する。」⁶⁵と説明しており、ここでも、「利益」、「自律的生」といった形で、言葉は一定していない。実情としては、人格的生存・自律・利益といった語は互換的に用いられつつ、ある自由や権利がそれに必要不可欠とか重要とかいうのは、前者にとってどれほど重要であるかを指し示すものとして用いられているといえる。そこで本稿では、権利としての重要性については、「人格的利益」としての重要性が問題になるという用語法を差し当たり採用する。

イ 人格的利益としての重要性とは何か

さて、それでは人格的利益としての重要性とはどのようなことか。この点について、そもそもこの基

⁶² ここでいう「行為（action）」は、身体的動作だけではなく、「人間の自発的かつ目的を伴った様々なふるまいを指す広い概念」（Alan Gewirth, *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, 1987, p.22（式部信訳『理性と道徳』（溪水社、2019）30頁）を指す。

⁶³ 佐藤・前掲注（12）。

⁶⁴ 実際には、「不可欠」かどうかを一方向的に判断するのはモラリズム、特定の道徳観・生き方の押し付けであるという批判を受けて後退した。参照、斎藤・前掲注（18）293頁。

⁶⁵ 高橋・前掲注（13）147頁。

準は、保障されるべき権利を限定する理念としては役に立たないという指摘もある。すなわち、「「自律」は「人間の尊厳」の一部を構成するものであり、個人の自律的な決定にとっては、個人がどのように自己の人格を発展させるかが第一義的に問題となる。そして、人格の発展や自己実現にとって何か重要な関連を有するかの判断は、まさに個人に委ねられるべきことがらとなるので、結局のところ、人間のあらゆる活動が憲法上の保障範囲に含まれることになる」⁶⁶。言い換えれば、「人格的利益説が、『人格的生存』にとって不可欠な行為・状態・法的地位であるか否かの判断を本人に委ねる趣旨であれば、人格的利益説は実質的には一般的自由説と変わらない」⁶⁷。

この解釈はそれ自体として真っ当である一方で、これでは権利の重要度の判定基準としては機能しない。この解釈をそのような基準として受け止めてしまえば、あらゆる行為や自由が人格的利益にとって重要なし必要不可欠であるということになり、結果として、利益対立における適切な利益衡量が不可能になってしまう。

判例も同様に、人格的生存を限定的に理解した上で、人格的生存に重要な権利の侵害に対しては厳格な審査が妥当するとの立場に立っている。すなわち、性別特例法違憲決定は、「己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。）が、人格的生存に関わる重要な権利として、同条によって保障されていることは明らかである。」と述べた上で、「本件規定は、治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するものということができ、このような制約は、性同一性障害を有する者一般に対して生殖腺除去手術を受けることを直接的に強制するものではないことを考慮しても、身体への侵襲を受けない自由の重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができない限り、許されないというべきである。」として、人格的生存にかかわる権利は重要であり、それゆえにその侵害は原則として許されず、例外的に、その「重要性に照らし、必要かつ合理的なものということができ」る場合にのみ合憲となるとしている。

それでは、「人格的生存にかかわる」かどうかはどのように判断するのか。同決定は、「性同一性障害を有する者については、治療を受けるなどして、性自認に従って社会生活を送るようになって、法令の規定の適用の前提となる戸籍上の性別（以下「法的性別」という。）が生物学的な性別によっているために、就職等の場面で性同一性障害を有することを明らかにせざるを得ない状況が生じたり、性自認に従った社会生活上の取扱いを受けられなかったりするなどの社会的な不利益を受けているとされている」こと等を受けて、「性同一性障害者とその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況が既にみたとおりのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。」ともしている。

そうすると、同決定は、「法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われて」いるために、法的性別が社会の様々な場面に対して影響することや、その一環として「就職等の場面で性同一性障害を有することを明らかにせざるを得ない」というその後の人生に大きな影響を与える場面にも影響していることを重視して、「性同一性障害者とその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは……個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。」と判断しているものと理解できる。

一般論として、個人の人生の多くの場面に対してより大きな影響を与える権利であればあるほど、それは人格的生存に深く関わるものであって、それに応じて、その権利に対する制約に求められる合理性や必要性のハードルは高くなるものと判例は見ているものと理解できる。

なお、判例は明言しないが、ここでいう人生に対する影響の程度は、個々人の次元ではなく、人間一般にとってどうであるか、という次元で判断されているものと思われる。

例えばある時計に対して尋常でない思い入れを抱いている個人がいるとすれば、その時計に対してその個人が持つ財産権は、その個人の生に対して甚大な影響を与える権利といえる。しかし、これを理由として、その個人が時計に対して持つ財産権の制約には、他の同等の時計に対する財産権に対する制約よりも高い必要性や合理性が必要となるとはいえない⁶⁸。これを許せば、違憲審査のうち正当化における利益

⁶⁶ 丸山・前掲注(13) 587頁。

⁶⁷ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）270頁。

⁶⁸ ただし、他のあらゆる条件が同じ場合に自分が思い入れを持つ事物に対して最低限の尊重を払ってもらうことは、だ

衡量を公共的に正当化可能な形で行うことが不可能になるからである。言い換えれば、その個人の時計に対する思い入れは、他者に対して（ほかの同等の時計に対して要求できる以上に）その尊重を要求することを正当化できない。したがって、個々人の個々の事物に対する思い入れは、違憲審査の場面では考慮されないことになる。

ウ 必要度基準

以上より、人格的利益として重要であるかどうかは、①個人の人生の多くの場面に対してより大きな影響を与える権利であればあるほど、それは人格的生存に深く関わるものであって、それに応じて、その権利に対する制約に求められる合理性や必要性のハードルは高くなる、②ここでいう人生に対する影響の程度は、個々人の次元ではなく、人間一般にとってどうであるかという次元で判断されている、という判断基準を取り出すことができた。

哲学者アラン・ゲワースは、これらの要請を統合した重要性の判断基準を以下のような理路で言語化している。すなわち、人一般は、何らかの目的をもって行為をなしている。そうだとすれば、自らのある事物が行為にとって必要であればあるほど、行為者はそれに対して強く権利要求を行う、つまり、その権利をほかの事物に対する権利や利益に対して優先させるはずである。

それではどのような事物が行為にとって必要か。上記②の要請から、ここで個々人の選好を前提にすることはできないし、その必要はない。なぜなら、人は上記のように、その人の中でも様々な目的をもって持って行為しているはずである。とすれば、ある事物が、より多様な行為にとって必要であればあるほど、その事物は、その人にとって必要度が高いことになる。例えば、生命はほぼあらゆる行為の前提となるものであるから、その人がどのような目的を抱いていたとしても、その人にとって価値が高いことになる。そのため、生命は誰にとっても価値が高いといえる。そして、性別変更特例法違憲決定が「身体への侵襲を受けない自由」が「人格的生存に関わる重要な権利として、[13]条によって保障されていることは明らかである」といえるのも、言語化すれば同様の理路による。例えば、この自由の具体化としての「利き手を切り落とされない権利」を想起すれば明らかのように、この自由が保障されなければ、我々の持つ様々な目的実現のための行為が困難になるのは明らかだからである⁶⁹。不妊手術の強制についても、妊孕性の喪失によって子をもつことに付随する様々な行為やそれによって達成される目的実現の可能性が失われることを思えば、同様のことがいえる。

すなわち、ある事物（自由・権利・利益等）は、それが行為にとって一般的に必要なことによって、行為にとっての必要度が高くなる。逆に、権利が特定されればされるほど、それは行為一般にとって必要とは言えなくなる可能性が増大していく。これを要すれば、「ある自由・権利・利益等は、行為一般にとって必要であればあるほど（より多くの行為の前提条件であるといえるほど）重要である。」ということになる。これを「必要度基準」と呼ぶ⁷⁰。

以下に、必要度基準に基づく権利の必要度の判定例を示す。

【例】

- ✓ 同意なしに身体への侵襲を受けない権利 → 必要度高
- ✓ サッカーをする権利 → 必要度低
- ✓ 自分の好きなスポーツをする権利 → 必要度中

※ ある個人がある具体的行為をどれだけ大事に思っているかは、その権利の重要度を直接には左右しない。これを認めると、行為の調整ができなくなるから（例：サッカーに命を懸けている人が学校のグラウンドを自由に利用する権利が侵害されているとしてもその審査は厳格審査である必要はない）。

れもが他者に対して要求する（＝相互に要求しあうことになる）だろうから、制約の対象となる時計を選択できる場合にはその思い入れのある時計を回避する義務が他者に対して（おそらくは義務付けの力が弱い）一応の義務として課される、という立論は可能である。ここではわかりやすさのためにその点は省略した。

⁶⁹ この点について明示的に指摘するものとして、柴田泰和「性別の取扱いの変更申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件：最高裁令和5年10月25日大法廷決定民集77巻7号1792頁」一橋法学24巻2号（2025）915－917頁。

⁷⁰ より詳細な論証としては、参照、小川・前掲注（1）427－431頁。

日曜礼拝を極めて重要に思っているキリスト者を想定して

- ✓ 日曜礼拝をする権利 → 必要度低
- ✓ キリスト教を信じる権利 → 必要度低
- ✓ 宗教的行為の自由（消極的自由含む） → 必要度高

婚姻したい同性カップルを想定して

- ✓ 同性で「婚姻」する権利 → 必要度低（異性愛者には不要）
- ✓ 親密関係を築く他者を選択しその選択を公に認められる権利 → 必要度高
- ✓ 性的指向による差別を受けない権利 → 必要度高（いずれも異性愛者にも必要）

（２）本事案で問題になる自由の重要度

３での検討によれば、本事案では以下の自由が問題になる。

- ① 不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」
- ② 妊孕性に対する医療を受ける自由
- ③ 継続受診からの自由

これらのうち②の侵害については、厳格な審査が必要である。そして①の重要性を判断するためには、事実に基づく新たな検討が必要である。これに対して③については人格的利益として重要とは言えないと考える。以下でそれぞれ敷衍する。

① 不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」

まず前提として、原審も黙示的に認めているように、妊娠可能な身体を持つ者にとって、「避妊の自由」は人格的生存にとって必要不可欠といっているほどの重要性を持つ。妊娠は、その主体の行為を、妊娠中はもちろんその後も含めて大きく制約するからである。もちろん、それによってはじめて可能になる子育てなど様々な行為もあるという点では自由を増大もさせるのだが、その自由の増大は、主体によるその価値の承認がなければ意味を成さない。したがって、避妊の自由は人格的利益として極めて重要である。

その上で、不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」がその受容性を継受しているかという点、それは困難である。避妊確率という単一の尺度で考える限り、一般的使用の次元においても、特にパール指数がIUSと同等程度ないしIUSの方がより低い。そのため、不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」は避妊のために重要とは言えない。

さらに、身体侵襲性という尺度からは、不妊手術はほかの避妊法より劣る。このように、妊娠回避という単一目的を、主として避妊有効性および身体侵襲性という尺度で評価する限り、不妊手術はIUD/IUS等によって相当程度代替される。したがって、不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」は人格的利益として重要とはいえない。

ただし、以上の議論からすれば、不妊手術が他の方法によって代替可能ではない場合には、不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」はより重要であり得る。その一つの理路として、不妊手術は他の手術と異なり妊孕性を失わせるという固有の価値を具えている、という主張があり得る。この価値を重視する者については、3（3）イで議論したとおり、次に述べる②「妊孕性に対する医療を受ける自由」が侵害されているものと理解できる。

他方、本稿で追求しない理路としては、不妊手術が他の避妊法と比較不能な形で有益であり、そのために不妊手術が他の方法によって代替可能ではないといえる可能性もある。この場合、不妊手術が、他の避妊法には全く存在しない独自の価値を具えている必要はない。むしろ、避妊成功率、安全性、便宜性、可逆性、身体侵襲の程度、継続的管理の負担など複数の観点から各避妊法を比較した場合に、それぞれの方法に一長一短があり、しかも、それらの得失を一つの総合評価へ換算するための適切な基準が存在しない、という条件が満たされればよい。このとき、不妊手術は、他の避妊法によって単純に置き換えられるものではなく、他の避妊法と比較不能な形で有益であると評価しうる。

この場合は、不妊手術の自由に対する制約は、単なる「特定の方法による避妊をする自由」に対する制約（避妊の自由の一部に対する制約）に留まらず、その代替不能な価値に応じた重要性を持つことにな

る。この可能性は十分にあり得るものの、その真偽は不妊手術と他の避妊法の差異の詳細という事実問題に依存しており、その認定は筆者の専門性の範囲外であるため、本稿では追求しないこととする。

② 妊孕性に対する医療を受ける自由

5 3(3)イで議論したように、少なくとも、妊孕性が無い身体こそが自分らしい身体である者にとっては、不妊手術は医療行為として位置付け得る。その上で、その医療行為が当該者の行為一般にとって重要性が高いと言えるのであれば、それに対する侵害——本規制でいえば不妊手術の原則的禁止——には厳格な審査が妥当する。

10 ただしそれを言うためには、妊孕性があることによってどのように当該者の行為が制約されているか、あるいは、妊孕性がなくなることによって当該者にどのような行為の可能性が拓けるか、といった点をしっかりと検討する必要がある。本稿執筆時にはその点に関する情報がなかったため、以下ではこの自由に対する侵害の理路は追及しないこととする。

③ 継続受診からの自由

15 まず、継続受診からの自由は、必要となる継続受診の頻度やそれに要する時間に応じてその重要性がかなり異なるといえる。例えば透析患者には最低限、週3回、1回につき4時間の透析が必要となるといわれる。これはその他の行為の可能性を大幅に制約するものであるから、透析からの自由は人格的生存に必要不可欠といえる。他方、IUSからの自由はそれほど重要とは言えない。5年に1回の受診で足りるから、行為一般への影響はかなり低いからである。

20 したがって、行為一般に対する影響という観点から見て、不妊手術がIUSよりも段違いに優れているとはいえないから、不妊手術の自由は「継続受診からの自由」の観点から見ても重要性が低いと言わざるを得ない。

5 本規制の目的の同定

25 次に違憲審査を行っていく。憲法13条適合性審査においても、14条適合性審査においても、まずは本規制の目的を同定することから始めることになる。ただし本規制の目的は、一見したところ法一条を読めば明らかであるように思われるものの、実際にはそれを字面通りに受けることは、本規制の法的仕組みと整合せず、不可能である。そのため、この点を含めて、本規制の目的を仕組み解釈及び立法経緯の観点から検討する。

30 結論を先に明示しておく。本法の目的は、まずもって、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」を保護すること、より具体的には、夫が少なくとも二人の子を妻に妊娠・出産させる権利を厳格に保障することである。その上で、本法は、夫の同意がある場合であって、「母親として子を産み育てる機能」をある程度まですでに発揮した女性に限って、その「生命健康」を保護することも許容するという形で、副次的に——副次的にのみ——「母性の生命健康を保護することを目的とする」。

35 なお、2(4)で指摘したように、緩やかな審査は低い解明度のままで裁判を行ってよいことを含意しないため、本節のような検討は、違憲示唆の厳格度にかかわらず必要になる。

(1) 法の仕組み解釈

40 法1条は「この法律は、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、母性の生命健康を保護することを目的とする。」と定める。これをどのように理解すべきか。

ア 法一条の文言解釈

45 まず、なぜ男女双方ではなく、また「女性」でもなく「母性の生命健康を保護」しようとしているかが問題となる。そこで「母性」の意味を確認すれば、精選版日本国語大辞典⁷¹は、「母性」は「女性が、子どもを守り育てようとする母親として持つ本能的な性質や機能。」と解説する。また、大辞林⁷²では、「女性が持っている」とされている、母親としての本能や性質。また、母親として子を産み育てる機能。」とされている。

⁷¹ 小学館国語辞典編集部編『精選版 日本国語大辞典』(小学館、2006)。

⁷² 松村明編『大辞林 [第4版]』(三省堂、2019)。

また、同条は「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」母性を守ろうとしている。これらの手術によって「母親としての本能や性質」が直接に毀損するとは考えにくいから、ここでの「母性」は「母親として子を産み育てる機能」を指すといえる。この解釈は、本法の名称が「母体保護法」であることから支持される。

- 5 そうすると、本法の目的は、単に女性の生命健康を保護するためであると解釈することはできないことになる。本法が女性の「生命健康」を保護しようとしているとしてもそれは、あくまでも、女性の「母親として子を産み育てる機能」を保護するためであると考えざるを得ない。言い換えれば、本法における女性の「生命健康」の保護は、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」を保護するための手段である。

10 イ 法3条を含めた仕組み解釈

- これに対して、本法の合憲性を担保するために、あえて「母性」の語義を無視して、女性の「生命健康」の保護こそが本法の唯一の目的だと理解することはできるだろうか。このとき、本法による不妊手術の原則的禁止は、不妊手術そのものが女性に対して持つ侵襲性や生命健康への危険を防止するためである、と解釈することになるであろう。しかし、法3条が定める本規制の仕組み全体を視野に入れたとき、この解釈は整合的なものとしては維持しえない。なぜなら、本規制は、女性の「生命健康」よりも、多産及び配偶者の同意を優先して保護しているからである。

- まず、法3条1項によれば、ある女性にとって「妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼすおそれのあるもの」だとしても、配偶者の同意がなければ不妊手術は許容されない（1号）。また、ある女性にとって「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」だとしても、「現に数人の子を有し」ており、かつ、配偶者の同意がなければ不妊手術は許容されない（2号）。すなわち、妊娠又は分娩が女性の「生命に危険を及ぼし」、あるいは「健康度を著しく低下」させるとしても、配偶者の同意がなければ、あるいは後者の場合はさらに「現に数人の子を有し」ていなければ、不妊手術は禁止されるのである。この法的仕組みは、明確に、女性の「生命健康」よりも、配偶者の同意及び多産を優先させている。

- したがって、本法1条が定める女性の「生命健康」は、本規制の唯一の中核的目的ではありえない。本規制が実際に最も重視しているのは、配偶者である夫が妻を妊娠させ分娩させる権利、特に少なくとも二人の子をその妻に妊娠・分娩させる権利である。そのために、本規制は、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」を保護している。これこそが本規制の中心的目的である。

- 言い換えれば、本法による不妊手術の原則的禁止は、不妊手術そのものが女性に対して持つ侵襲性や生命健康への危険を防止するためである、という解釈は、配偶者同意要件及び健康低下・多産要件の存在を整合的に説明できない。そのため、そのような法解釈は、本法の名称や1条の「母性」という文言のみならず、法3条の文言やそれが定める仕組みを全く無視した根拠を欠くものであるといわざるを得ない。

- もちろん、本規制が女性の生命健康そのものを全く無視しているとはいえない。しかし、それは法の仕組みに対しては、極めて限定的にしか反映されていない。まず、生命危険要件については、その目的を女性の「生命健康」の保護そのものであると理解する必然性はない。そもそも女性が生命を失えば、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」が失われるからである。本法の中核的目的と生命危険要件が矛盾しない以上は、そこにあえて女性の「生命健康」の保護という目的を読み込む必要はない。さらに、健康低下・多産要件は、より明確に、女性の「健康」の保護という目的が、女性の「母親として子を産み育てる機能」を保護するという目的に劣後することを明らかにしている。後者について期待される役割をある程度まですでに発揮した女性に限って、女性の「健康」の保護という目的での不妊手術を許容しているからである。その限度においては、本法は女性の「生命健康」そのものの保護を可能にしている——それを要請しているわけではない——ともいいうるが、その程度にとどまる。

ウ 小括

- したがって、法一条の文言解釈からも、仕組み解釈からも、本法が女性の「生命健康」を保護することを唯一の中心的目的としているものと理解することはできない。本法の目的は、まずもって、女性が持つ「母親として子を産み育てる機能」を保護すること、より具体的には、夫が少なくとも二人の子を妻に妊娠・出産させる権利を厳格に保障することである。これは法一条での保護対象が「女性」ではなく「母性」であることや、本法の名称が「母体保護法」であることとも整合的である。その上で、本法は、夫の同意

がある場合であって、「母親として子を産み育てる機能」をある程度まですでに発揮した女性に限って、その「生命健康」を保護することも許容しているものと解される⁷³。

エ 男性に対する本規制の適用の有無

5 なお、被告国は、本規制が男性にも適用されるものと主張しているようである。そのような理解は可能だろうか。

まず、法の仕組みを辿ってみよう。法3条1項は「医師は、次の各号の一に該当する者に対して、本人の同意及び配偶者（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て、不妊手術を行うことができる。」としている。そして、同項各号が定める生命危険要件及び多産・健康低下要件は、「本人」は女性のみが満たすことができるものであり、男性が満たすことはできない。したがって、男性は、法3条1項に基づいて不妊手術を受けることはできない。

次に、同条2項は「前項各号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による不妊手術を行うことができる。」と規定している。すなわち、夫である男性の妻が1項各号の要件を満たすとき、その夫は不妊手術を受けることができる。その上で、法28条は、「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。」としているから、上記要件を満たす場合以外には、原則として、男性に対する不妊手術は禁止されている。

したがって、男性は、実際に妻を有しており、かつ、その妻が3条1項各号に該当する場合のほかは、原則として不妊手術を禁止されている。これは、女性が3条1項各号の要件を満たしさえすれば、配偶者がなくても不妊手術を受けることが許容されていることに比べても厳格な規制が課されているものとい

20 いう。しかし、このような解釈は、刑法の基本原則である法益保護主義に反する浅薄なものであるといわざるを得ない。本法は、その名称、法1条および3条の文言からして、男性の生殖能力やその生命健康を保護法益としていないことは明らかである。したがって、仮に男性が法3条に違反して不妊手術を受けたとしてもそれは本法の保護法益を侵害しておらず、実質的違法性を欠く。したがって、本法に基づく規制は男性に対しては適用されない。仮に適用した場合には憲法31条の定める罪刑法定主義に違反する。

（2）立法経緯⁷⁴

以下では、本規制のうち、不妊手術の原則的禁止及び各要件がどのような目的の下に制定されたかに着目して、母体保護法の立法過程を概観していく。なお、母体保護法の制定に至る過程はかなり複雑であるが、以下ではそれを大幅に捨象して、その議論の集大成として法制定に現れた段階での立法経緯を追っていくことにする。

結論としては、本法の立法過程からは、不妊手術の原則的禁止の目的は「健全なる素質を有する者の増加を図」ることにあり、また配偶者同意要件は家制度を前提としつつ家系の存続に対して責任を共有する配偶者の同意を必要とするものである一方で、生命低下要件や多産・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「母性の生命健康を保護」しようとするものであるといえる。言い換えれば、母体保護法における女性が持つ「母性」は、「健全なる素質を有する者の増加を図」るため、あるいは家系を存続させるための道具としての管理及び保護の対象である。これは女性自身の利益や自由を全く無視した偏見に基づく差別と言わざるを得ない。

ア 国民優性法（昭和15年5月1日法律第107号）

40 まず、本法の最初の形態である国民優生法は、いまでいう不妊手術に当たる優生手術のうち任意のものについて、以下のように定めている。

⁷³ なお、法3条は成年要件も定めているが、これは手術に対する同意を適切に行うために必要な能力を有するのが成年になってからであるという理解に基づくものと解釈して特に差支えは無い。

⁷⁴ 本節の記述は、本法の立法経緯に関する最も包括的かつ詳細かつ最新の知見を踏まえた衆議院調査局厚生労働調査室＝参議院厚生労働委員会調査室「旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律第21条に基づく調査報告書」（令和5年6月19日）

[https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/shiryo/yousei_houkokusho.htm]に依拠している。なお、引用文中の旧字体やカタカナは、読みやすさのため、新字体及び平仮名に統一している。

○ 国民優生法

第一条 本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⁷⁵すると共に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ことを目的とす

5 第二条 本法に於て優生手術と称するは生殖を不能ならしむる手術又は処置にして命令を以て定むるものを謂う

第三条 左の各号の一に該当する疾患に罹れる者は其の子又は孫医学的経験上同一の疾患に罹る虞特に著しきときは本法に依り優生手術を受けることを得但し其の者特に優秀なる素質を併せ有すと認めるときは此の限に在らず

- 10 一 遺伝性精神病
二 遺伝精神薄弱
三 強度且悪質なる遺伝性病的性格
四 強度且悪質なる遺伝性身体疾患
五 強度なる遺伝性奇形

15 (略)

第四条 前条の規定に依り優生手術を受くることを得る者は優生手術の申請を為すことを得此の場合に於て本人配偶者（届出を為さざるも事実上婚姻関係と同様の事情に在る者を含む以下之に同じ）を有するときは其の配偶者の同意を、三十歳に達せざるとき又は心神耗弱者なるときは其の家に在る父母（婚姻に依りその配偶者の家に入りくる者に在りては其の配偶者の父母とす以下之に同じ）の同意を得ることを要す

20 第五条～第十四条 (略)

第十五条 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

第十六条～第十七条 (略)

第十八条 第十五条の規定に違反し生殖を不能ならしむる手術又は放射線照射を行いたる者は一年以下の懲役又は千円以下の罰金に処す因て人を死に致したるときは三年以下の懲役に処す

25

この法の段階ですでに、本法にある不妊手術の原則的禁止（15条）及び配偶者同意要件（4条）が定められていることがわかる。このうち、不妊手術の原則的禁止（15条）は、「健全なる素質を有する者の増加を図」る（1条）ための方策であることが以下の質疑において明示されている。

30 ○ 第75回帝国議会衆議院本会議第25号昭和15年3月12日⁷⁶
曾和義式

「本法案を提出せられました所の目的は、第一条に明でありまして、一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のが目的であって、今一つは、健全なる素質を有する者の増加を図ると云うことが、第二の目的になって居る、然るに此の法案を通じて検討しましても、……積極的に素質の健全なる者の増加を図ると云う方針が、何等そこに示されて居ないのである」

35

吉田茂 政府委員

⁷⁵ ぼうあつ。「防ぎとどめること。」（精選版国語大辞典）

⁷⁶ [https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/txt/007513242X02519400312]

「御指摘になりました第一条の後半に於きまして、積極的方面を現はして居るのでございますが、其の現はしてあります意味は、条文の中にもありますが如く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」

これに対して配偶者同意要件についてはその立法趣旨が問われている記録はなく、そのため立法趣旨は明らかではない。しかしこれは、当時の家制度からすればこれはむしろあまりにも当然であったからであらう。実際に、同法は家制度やそこで目指されている家系の存続についても十分配慮していることを当時の厚生省予防局長が以下のように答弁している。

○ 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⁷⁷

高野六郎 政府委員

「御話がありましたやうな血統の絶えますことは洵に遺憾至極のことですから、左様なことは極力避けねばなりません、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、又極めて悪質のものでありますれば、自然淘汰と云ふものが行はれます時代でありますると、人工的の優生手段に依らぬでもそれは屢々絶しつつあったことと思ひます、今後の社会情勢に於きましては、是は人口問題と関連致しますが、可なり悪質なる者も、社会の保護に依りまして、相当生存する機会を得まするので、社会の実情を察しますのに、悪質の者が自然増加して居るやうな事実もあります、是の応急対策としまして此の制度が出来ますことと存じて居るのであります」

したがって、この時点で、本法にも引き継がれている不妊手術の原則的禁止の目的は「健全なる素質を有する者の増加を図」ることであり、また配偶者同意要件の目的は家系の存続であったものと解釈できる。

イ 優生保護法（昭和23年7月13日法律第156号）

優生保護法は、不妊手術のうち任意のものについて以下のように定める。

第一条 この法律は、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を目的とする。

第二条 この法律で優生手術とは、生殖腺を除去することなしに、生殖を不能にする手術で命令をもつて定めるものをいう。

2 （略）

第三条 医師は、左の各号の一に該当する者に対して、本人の同意並びに配偶者（届出をし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て、任意に、優生手術を行うことができる。但し、未成年者、精神病者又は精神薄弱者については、この限りでない。

⁷⁷ [https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/txt/007511045X00219400314]

一 本人又は配偶者が遺伝性精神変質症、遺伝性病的性格、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有しているもの

二 本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が、遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神変質症、遺伝性病的性格、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有し、且つ、子孫にこれが遺伝する虞れのあるもの

三 本人又は配偶者が、癩疾患に罹り、且つ子孫にこれが伝染する虞れのあるもの

四 妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼす虞れのあるもの

五 現に数人の子を有し、且つ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下する虞れのあるもの

2 前項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる

第四条～第十一条 (略)

第三章 母性保護

(任意の人工妊娠中絶)

第十二条 都道府県の区域を単位として設立せられた社団法人たる医師会の指定する医師(以下指定医師という。)は、第三条第一項第一号から第四号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、任意に、人工妊娠中絶を行うことができる。

2 前項の同意には、第三条第二項の規定を準用する。

第十三条～第二十七条 (略)

第二十八条 何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、優生手術を行つてはならない。

第二十九条～第三十二条 (略)

第三十三条 第二十八条の規定に違反して、優生手術を行つた者は、これを一年以下の懲役又は五万円以下の罰金に処する。そのために、人を死に至らしめたときは、三年以下の懲役に処する。

このうち、本規制の目的との関係で注目すべきなのは、①第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て、「母性の生命健康を保護する」という本法1条の目的が挿入されたこと、②本規制に含まれている生命危険要件及び多産・健康低下要件が追加されていること(第3条)の2点である。

これらは、いちおうは国民優生法への反省を踏まえたものである。

○ 第2回国会 衆議院 厚生委員会 第17号 昭和23年6月27日⁷⁸
谷口彌三郎

「提案の理由を簡単に申し上げます。実はこの案は衆議院、参議院議員10名の共同提案でありまして、前回までに福田委員から提案理由を説明しているのでございます。従って院議によりまして、参議院が先議になった結果、ここにさらに提案理由を申し上げるのでございますから、ごく簡単に申し上げたいと思います。

提案の理由といたしまして、私どもが特に考えましたことは、昭和16年、すなわち戦争中において国民優生法なるものができましたが、その優生法なるものはいわゆる遺伝性の疾患をもっておる悪質者の出

⁷⁸ [<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/100204237X01719480627>]

生を減少するというのが目的であったのでございますけれども、それは任意断種のために目的を達しておらぬのでございます。なお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。従ってかかる方面を適正にいたしますために、この法案三十七章のうちにおきまして、あるいは任意断種の方面とか、強制断種、または妊娠人工中絶などの項目がございまして、それに対しては 3 種類の優生保護委員会を置きまして、それぞれそれを審査するようにいたしておるのでございます。」

すなわち、「母性の健康を保護する」ための主眼は人工妊娠中絶の要件緩和である。それは人工妊娠中絶について定める章が「第三章 母性保護」と題されていることから明らかである。ただし、母性保護という「かかる方面を適正にいたしますために」、「任意断種の方面」についても規定した旨がここで述べられている。実際に、谷口が後に著した優生保護法の逐条解説においては、新設された 3 条 4 号・5 号の要件について以下のように解説されている。

「㊦ 第四号優生手術 妊娠または分娩が、母体の生命に危険を及ぼすおそれのあるもの（法三条第一項第四号）。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 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（法三条第一項第五号）。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。」⁷⁹

すなわち、本法でも維持されているこれらの要件は、不妊手術を原則として禁止することは当然視しつつ、「母性の健康を保護する」ために、例外的に、不妊手術をしなければ「母体の生命に危険を及ぼすおそれのある」あるいは「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」がある場合には、例外的に、不妊手術を許可するものとして法定されたのである。

それではそもそもなぜ不妊手術は原則として禁止されているのか。そもそも、これは国民優生法から引き継がれている規定である。そのため、「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」という提案理由の説明にもある通り、原則としての不良ではないとされた出生の増加という目的、つまり国民優生法の「健全なる素質を有する者の増加を図」という目的は引き継がれつつ、それに対して例外として母性保護が追加されたと理解せざるを得ない。

こうして、国民優生法の「健全なる素質を有する者の増加を図」という目的は、法 1 条からは姿を消しつつも、実際の規制の中に脈々と引き継がれることになったのである。

ウ 母体保護法：優生保護法の一部を改正する法律案（第 136 回国会衆法第 15 号）

母体保護法は、優生保護法の一部を改正する法律案（第 136 回国会衆法第 15 号）の可決によって現在の形へと改正された。この際には「衆議院、参議院ともに委員会で同法案に対する質疑は行われなかつ

⁷⁹ 谷口彌三郎『優生保護法：基礎理論と解説 [新版]』（文久書院、1984）25頁。

た」⁸⁰ため、議会における議事録から立法趣旨を確認することはできない。しかし自民党内部では、以下のような経緯で改正案要綱がまとまったとのことである。

5 「平成8年5月15日、自民党社会部会幹事会で優生保護法改正問題が取り上げられたが、法案を提出するかどうか意見がまとまらず、この日は結論が出ないまま散会となった。社会部会では優生保護法に内在する様々な問題について議論があり、全面的に見直してはどうかとの意見も一部にはあったが、そうすると広く女性の健康問題、生命倫理、経済的価値観の問題、あるいは宗教的な問題、非常に大きな問題に拡散するおそれがあり、過去の例のように大論争となって優生思想に係る部分の改正さえもできなくなる可能性があることから、今回はあえて優生思想部分のみの削除にとどめ、妊娠中絶や女性の健康の問題については改めて議論しようということできまり、同年5月29日の社会部会において優生保護法を「母性保護法」に改める改正案要綱が了承された。」⁸¹

15 つまり、優生保護法から優生思想に直接に関係する部分だけは削除したものが現状の母体保護法である。そうだとすれば、削除されていない部分は手つかずのまま、すなわち、優生保護法の時代と同じ法であると解釈せざるを得ない。したがって、母体保護法においても、優生保護法同様に、不妊手術の原則的禁止の目的は「健全なる素質を有する者の増加を図」ることにあり、また配偶者同意要件は家制度を前提としつつ家系の存続に対して責任を共有する配偶者の同意を必要とするものである一方で、生命低下要件や多産・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「母性の生命健康を保護」しようとするものであるといえる。

20

6 憲法13条適合性審査

25 4での検討によれば、①不妊手術という「特定の方法による避妊をする自由」の侵害については審査基準は厳格なものになりうる、②妊孕性に対する医療を受ける自由の侵害については厳格な審査が妥当する、③継続受診からの自由については他に事情がなければ緩やかな審査が妥当することになる。以下では、緩やかな審査基準を採用するとしても、本規制が違憲であることを示すために、緩やかな審査基準を採用する。

(1) 目的審査

30 5での検討によれば、本規制の目的は、不妊手術の原則的禁止及び配偶者同意要件（そして多産・健康低下要件）によって、妻が子を複数持つように仕向けること、さらにはそれによって健全なる素質を有する者の増加を図るとともに家系を存続させることである。「母性の生命健康を保護する」という目的は、この目的に対する例外として、配偶者同意がある場合であり、かつ、生命低下要件あるいは多産・健康低下要件を満たす場合には、不妊手術を許容するためのものである。つまり、本法の本質的な目的は「健全なる素質を有する者の増加を図る」とともに「家系を存続させること」であり、「母性の生命健康を保護する」ことはその本質に対する例外を設けるための目的を外挿しているに過ぎない。

35 ここには目的手段関係が二層に分かれて存在している。すなわち、「健全なる素質を有する者の増加を図る」という目的も、「家系を存続させること」という大目的、それに対する手段としての「妻が子を複数持つように仕向ける」という小目的、さらにその小目的に対する手段としての本規制である。以下に述べる通り、大目的も小目的もいずれも明白に不合理であるから、本規制はその目的において違憲である。

40 まず大目的のうち「健全なる素質を有する者の増加を図る」という目的については、旧優生保護法違憲判決⁸²がいうように、「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」であるところ、これは「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る」からである。もちろん、旧優生保護法で問題になったのは強制的な不妊手術、すなわち「不良な遺伝形質を淘汰」

45

⁸⁰ 衆議院調査局厚生労働調査室＝参議院厚生労働委員会調査室・前掲注（74）253頁。

⁸¹ 衆議院調査局厚生労働調査室＝参議院厚生労働委員会調査室・前掲注（74）250頁。

⁸² 令和6年7月3日大法院判決民集第78巻3号382頁。

する方であったが、上記目的はいわばその裏面であるから、両者は「優生上の見地」として表裏一体をなしている。したがって、このような目的はそれ自体として「個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反する」と言わざるを得ない。

5 また、大目的のうち「家系を存続させること」についても、現在では家制度が廃止されている以上は、家系の存続を重視するかどうかは個々人の価値観に委ねられるべき事項となったと考えざるを得ず、国家として追求すべき公益として位置付けることは不可能である。それを無視して、国家としてこの価値観を全国民に押し付けるのは、「優生上の見地」に基づく強制不妊手術同様に、憲法13条（および24条）によって否定されたはずの所為であって、「個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反する」と言わざるを得ない。したがって、この目的も明らかに不合理である。

10 次に小目的の「妻が子を複数持つように仕向ける」についても、これを支える合理性は特にないものと言わざるを得ない。これに対して、たとえば少子化対策は合理的な政策目的として一般的に認められているという反論があるかもしれない。しかし、「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的は、既婚女性に限定して複数回の妊娠・出産を促すものであって、対象を限定せず各種の支援措置を通じて出生数の増加を図る一般的な少子化対策とは性質を異にする。したがって、この限定的目的を、少子化対策一般と同列に正当化することはできない。

15 そしてこの目的は、一般的な子育て支援等を通じて出生数の増加を図る政策とは異なり、国家が特に妻に対して複数回の妊娠・出産を促すという形で、妻である女性を人口政策の手段として位置づけるものである。これは、「優生上の見地」同様に、憲法13条・24条の保障する「個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反する」と言わざるを得ない。

20 したがって「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的は、明白に不合理である。

(2) 手段審査

仮に、少子化対策の一環として、「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的が合憲であると仮定したとしよう。この場合は手段審査の問題になる。しかし、この場合は、不妊手術の原則的禁止は明白に不合理である。なぜなら、不妊手術に対しては代替的な避妊手段が存在するので、子供を持つことを望まない女性は、不妊手術を受けずとも代替的な避妊手段によって子供を持たないことができるからである。つまり、不妊手術の原則的禁止は、少子化対策としての「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的に対して、そもそも寄与しない。

30 これに対して、不妊手術は不可逆性を有するものである一方で、代替的な避妊手段は可逆的なものであるから、不妊手術の原則的禁止には、妊孕性の永続的喪失を望む女性に対しても避妊手段を可逆的なものに限定することで、将来的な翻意を期するという形で少子化対策に資するという反論があり得る。

しかし、このような態度を採るならば、国家による不妊手術の原則的禁止は、非永続的な代替的な避妊手段を用いることにより生じる継続的受診等の負担を女性に課すことで避妊そのものの中止を期する、という構造を（国家の主観的目的には無関係に）有することになる。すなわち、避妊の自由の行使をいわば間接強制によってやめさせようとするものであることになる。この場合は、不妊手術の原則的禁止は、避妊の自由そのものに対する侵害として、より厳格な審査の対象となる。そして、少子化対策に対して本規制が必要不可欠とはいえないことは明白である。したがって、不妊手術の原則的禁止は違憲である。

35 さらにいえば、妊孕性の喪失を望む女性の翻意の可能性に期待することで得られる少子化対策への寄与は、ほとんどゼロか、そうでないとしても極めて限定的であることは明らかである。その極めて不確実かつ限定的な利益のために、不妊手術を原則的に禁止するのは、明らかに過剰であり、目的に対して合理性を欠く。

40 以上の理由により、不妊手術の原則的禁止は明白に不合理であるため、不妊手術の原則的禁止は違憲である。それに伴い、不妊手術の原則的禁止の例外的許可事由としての配偶者同意要件、生命危険要件及び多産・健康低下要件も当然に違憲となる。したがって、本規制は違憲である。

45

7 平等審査

非治療的医行為のうち、不妊手術に対しては原則的禁止を含む本規制が存在しているのに対して、美容整形手術については現在まで何等の規制も存しない。これに合理的な理由が存在しなければ、本規制は合理的理由を欠く別異取扱いとして、14条に違反する。

50 前節6で検討したように、本規制にはそもそもそれを支える合理的理由は存在しないため、14条にも違反する。また、本稿で前提としている(1)ように、不妊手術と異なり原則的に禁止されていない美容

整形手術の中には、不妊手術と同等以上の侵襲性及び生命健康への危険を有するもの（全身麻酔を必要とするものを含む）があることを考えれば、生命・健康に対する危険性も、不妊手術のみを規制する理由とはなり得ない。

5 なお、付言すれば、近時、美容医療に関するトラブルの増加を踏まえて、更なる規制が検討されているが、その中でも美容医療一般あるいはそのうちリスクの高いものの原則的禁止は検討されていない。すな
10 わち、令和6年（2024年）6月から11月にかけて、厚生労働省で「美容医療の適切な実施に関する検討会」が開催された。同検討会は、保険診療とならない美容にかかわる医行為（美容医療）について、近年、トラブルが増加していることを踏まえてその対応を検討するものとして設置された⁸³。同検討会の
15 成果たる報告書によれば、美容医療の提供にあたっては説明段階から術後ケアに至るまで様々な問題
20 意識が報告されている。特に「脂肪吸引術といった特定の治療に起因して、死亡に至った事例や、ショック
25 症状や重篤な感染症、失明など患者の生命・健康が大きく脅かされた事例も報告されたほか、周術期にお
30 ける循環器系及び呼吸器系管理の経験が少なく術中出血や呼吸不全等の緊急事態に対応できない医師が
35 （全身麻酔下での）手術を行ったり、緊急時の対応ができる病院等との連携体制が構築されていない状態
40 で侵襲性が高い治療が行われている事例など、生命・健康に対するリスクが非常に高い事例についても報
告された。」⁸⁴とされており、不妊手術よりも明確に大きな健康被害が生じていることが窺える。

このような現状を踏まえてもなお、提案されている「適切な美容医療が安全に提供されるようにするた
めの対応策」は、美容医療一般あるいはそのうちリスクの高いものの原則的禁止ではなく、美容医療を行
う医療機関等の報告・公表の仕組みの導入、医師法や保助看法等への違反疑いのある事例に対する保健所
等による立入検査や指導のプロセス・法的根拠の明確化、美容医療に関して必要な内容の診療録等への記
載の徹底、オンライン診療のルールの整理、関係学会によるガイドラインの策定に留まる⁸⁵。不妊手術の
ように原則的禁止は全く視野に入っていない。

その後、同報告書は、厚生労働省の社会保障審議会医療部会による「2040年頃に向けた医療提供体
制の総合的な改革に関する意見」（令和6年12月25日）の一部として取りまとめられた⁸⁶。そして、厚
生労働省医政局長による通知「美容医療に関する取扱いについて」（医政発0815第21号）⁸⁷、「医療の
安全の確保のために必要な情報として厚生労働省令で定める事項」の都道府県知事等への報告・公表義務
（6条の12の2）を医療法に追加する医療法改正（医療法等の一部を改正する法律（（令和7年（2025
年）法律第87号）による）、また2026年には報告・公表内容を特定するための実態調査の成果が公表
される⁸⁸など様々な形で実現が進められている。しかし、その中でも、当然ながら、美容医療一般ある
いはそのうちリスクの高いものの原則的禁止は検討されていない。

30 このように、不妊手術よりも生命・健康に対するリスクが大きく、実際に利用者によるトラブルが多発
35 している美容医療ですら原則的禁止は行われておらず検討もされていない。それにもかかわらず、不妊手
40 術に対してのみ原則的禁止を行うことには合理的理由は無い。したがって、本規制は憲法14条に違反す
る。

8 結語

以上の検討より、本規制はその目的が明白に不合理であり、また仮に目的を無理やりに合憲なものとし
て設定したとしても手段が目的に資さない点で明白に不合理である。したがって、本規制は、憲法13条
に違反する。また、非治療的医行為のうち、不妊手術に対しては原則的禁止を含む本規制が存在してい
るのに対して、美容整形手術については現在まで何等の規制も存しないところ、このような別異取扱いには
合理的理由が欠けているため、本規制は14条に違反する。したがって、裁判所は、本規制が違憲である
という判断を下すべきである。

⁸³ [https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/other-isei_436723_00013.html]

⁸⁴ 前掲注（51）2頁。

⁸⁵ 前掲注（51）12－13頁。

⁸⁶ [https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_48006.html]

⁸⁷ [https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_65283.html]

⁸⁸ PwC コンサルティング合同会社「「美容医療の適切な実施に係る公的報告制度」の検討に向けた美容医療の実態調査報告書」（令和8年（2026年）3月）[<https://www.pwc.com/jp/ja/knowledge/track-record/assets/pdf/regional-medical-business2025-01.pdf>].

略 歴

小川 亮(おがわ りょう / Ryo OGAWA)

國學院大學 法学部 法律学科 准教授

憲法学・哲学を専門とする法学研究者。総合職として総務省に入省後、総務省、内閣官房での勤務を経て退職。その後、東京大学大学院法学政治学研究科において博士（法学）を取得。東京大学大学院法学政治学研究科附属比較法政センター特任講師、東京都立大学法学部助教（任期付）等を経て、現在、國學院大學法学部法律学科准教授。主な研究感心は、法解釈方法論、司法審査論、行政裁量審査、政治哲学、メタ倫理、認識論など。主著に『一元的司法審査論』（東京大学出版会、2025）がある。

基本情報

現職	國學院大學 法学部 法律学科 准教授
学位	博士（法学）（東京大学、2021 年）

5 学歴・職歴

2013年3月	九州大学法学部 卒業
2013年4月～2016年3月	総務省行政管理局、内閣官房日本経済再生総合事務局等で勤務
2016年4月～2021年3月	東京大学大学院法学政治学研究科綜合法政専攻修士課程～博士課程修了（博士（法学））
2021年4月～2024年3月	東京大学法学政治学研究科附属比較法政センター特任講師、東京都立大学法学部助教（任期付）等
2024年4月～現在	國學院大學法学部法律学科准教授

主な業績

- ・ 『一元的司法審査論』（東京大学出版会、2025年）
- ・ 「解釈方法論から考える憲法24条1項」憲法問題36号（2025）
- ・ 「岡口基一氏罷免判決（弾劾裁判所令和6年（2024年）4月3日判決）を読む」國學院法学63巻2号（2025）
- ・ 「法解釈の体系性」國學院法学62巻1号（2024）
- ・ 「司法が個人の痛みを認めないとき：憲法と取消訴訟の原告適格論」法学教室522号（2024）
- ・ 「公物管理権論を問いなおす(1)～(3・完)」自治研究100巻1号、4号、9号（2024）
- ・ 「哲学の一般的方法としての『最良の説明への推論』」科学哲学55巻1号（2022）
- ・ 「ロナルド・ドゥオーキンの解釈方法論の分析とその擁護」国家学会雑誌132巻11号（2019）