

「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」に関して
日本国憲法 24 条 2 項が立法裁量統制機能を有すること、
及び母体保護法 3 条 1 項が日本国憲法 24 条 2 項により与えられる立法裁量を逸脱した
憲法違反の規定であることについての学術的証明に関する意見書

2026 年 5 月 29 日

関西学院大学総合政策学部准教授

小西 葉子 

1. 本意見書の概要	3
2. 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」	4
(1) 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と身体の自己所有の原則	4
(2) 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項	7
3. 母体保護法 3 条 1 項による原告らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の制約 ..	8
(1) 母体保護法の構造	8
(2) 医師の行為規範が原告らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を制約する構造	9
4. 母体保護法 3 条 1 項の違憲性と憲法 24 条 2 項の立法裁量統制機能の射程	10
(1) 母体保護法 3 条 1 項は、配偶者のいる者の個人の自己決定を制約する—本文の配偶者同意要件の問題	10
(ア) 比較法的検討	10
(イ) 配偶者同意要件の本質	11
(3) 母体保護法 3 条 1 項は、配偶者がいない者の自己決定も制約する—1 号要件と 2 号要件の相違	12
(4) 被告による、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界面定機能に関する先行判例（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁）の射程に関する誤認	14
(5) 被告第 1 準備書面第 3 の誤りが生じた原因と推測される二つの事由	17
(ア) 第一の原因 従来の裁判例において扱われてきた利益と本件訴訟で争われている利益の相違	17
(イ) 第二の原因 重要な学説における議論の無視	17
5. 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項の有する立法裁量の限界面定機能との関係	23
(1) 再婚禁止期間違憲判決（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2474 頁）の参照	23
(ア) 下線部①について	24
(イ) 下線部②について	26
(2) 生来的内容を持つ自由権的利益が憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界面定機能において果たす役割	28

(3)「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割	29
6. 第一審判決の判示の問題点	31
(1)「母性」と憲法 24 条 2 項の射程に関する誤解による論理的破綻.....	31
(2) 原告の主張を「避妊」という結果を得ることに特化して捉えることによる論理的破綻.....	31

1. 本意見書の概要

本件訴訟の請求の趣旨 1 の主位的請求たる地位確認訴訟の訴訟物は「自らの意思のみに基づいて、医師又は指定医師による不妊手術を受けることのできる地位」である（訴状 8 頁）。本意見書は、本意見の検討対象となる自由を、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」とであると定義する。「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」は、原告が本件訴訟において主張する『不妊手術』を受ける権利（準備書面(1)3 頁）を行使するか否かを決定する自己決定を指し、『不妊手術』を受ける権利の重要な構成要素の一部である。そして本意見書において明らかにするとおり、当該自由は少なくとも法的利益として憲法上保護すべき自由である。そして、『不妊手術』を受ける権利は「自らの意思のみに基づいて、医師又は指定医師による不妊手術を受けることのできる地位」を法的に根拠づけるものである（訴状第 4 及び第 7 参照）。

本意見書は、被告第 1 準備書面 18 頁における「原告らが主張する利益について憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない」とする主張に対する反論として、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が、日本国憲法（以下、憲法とする）24 条 2 項を通じて立法者の立法裁量を統制する機能を有すること、そして母体保護法 3 条 1 項が憲法 24 条 2 項の立法裁量を逸脱した憲法違反の規定であることの二点を、学術的に論証する。

具体的には、まず対象となる「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の内容が憲法上保護すべき利益であることを確認し（2.）、母体保護法 3 条 1 項が憲法上保護すべき利益である「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の制約となっていることを明らかにする（3.）。そして、母体保護法 3 条 1 項の違憲性と、憲法 24 条 2 項の立法裁量統制機能の射程について、第一審被告第 1 準備書面 18 頁以下及び第 2 準備書面 42 頁以下における誤りを指摘した上で（4.）、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項の有する立法裁量の限界画定機能との関係を踏まえ、母体保護法 3 条 1 項が憲法 24 条 2 項により与えられる立法裁量を明らかに逸脱しており、憲法違反（98 条 1 項）であることを証明する（5.）。最後に、本件の第一審判決（東京地判令和 8 年 3 月 17 日令和 6 年（行ウ）第 102 号）における「本件各規定が憲法 24 条 2 項に反するか否か」についての判断が有する重大且つ明白な二つの問題点を指摘する（6.）。

本題に入る前に確認しておくべきことがある。それは、憲法 24 条 2 項が果たす立法裁量の限界画定機能について語るという目的に限って言えば、保護されるべき利益の憲法上の地位について証明する必要は必ずしもないということである。にもかかわらず、本意見書が 2. 及び 3. の論述を必要とする理由は、母体保護法の構造から見て、母体保護法 3 条 1 項が、原告の憲法上保護されるべき利益を制約していることを明らかにするためである。

後述するとおり、憲法 24 条 2 項に基づく立法裁量の限界画定機能に鑑み、母体保護法 3 条 1 項はその立法裁量の限界を超え、違憲である。しかし、「法律上の争訟」（裁判所法 3 条 1 項）を通じてでなければ違憲審査を行うことができないわが国において、本件訴訟において、母体保護法 3 条 1 項の違憲性を原告らが主張するためには、あくまでも、母体保護法 3 条 1 項の効果により原告らの法的利益の侵害が生じていることを示さなくてはならない。そして、その法益の内実を明らかにして見ると、憲法 13 条、18 条、24 条、31 条等の解釈論の発展の過程に則して、少なくとも憲法上保護されるべき重要な利益として、憲法 24 条 2 項後段に立法裁量の限界を画する具体的要素として定められた「個人の尊厳」に織り込んで

評価すべきことが分かるのである。

なお、本意見書では、「避妊」を「不妊手術」の目的とする原告と、そうではない原告が含まれる本件訴訟の性質を鑑み、母体保護法 3 条 1 項により制約される法的利益を、原告全員が共有する「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」に限定して捉える。第一審判決でも繰り返し「避妊」という目的に到達するための手段として「不妊手術」が描写されたが、本意見書は母体保護法 3 条 1 項により制約される原告の法的利益を理解する上で、そのような発想は視野狭窄的理解であることを明らかにするものとなる。

2. 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」

(1) 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と身体の自己所有の原則

まず「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の前提として、自由主義に立脚した近代立憲主義国家において繰り返し共有されてきた「身体の自己所有の原則」の法理と、その法理の日本国憲法における表れを確認する。

世界的に高名なイギリスの哲学者たるジョン・ロックは「大地や人間より劣る被造物のすべては人類の共有物であるが、しかし、すべての人が自分自身の身体に対しては所有権を持っている」と述べる（引用者注：傍点ママ）¹。アメリカの哲学者、ロバート・ノージックは、ロックの考え方を自身の理論において明瞭にする中で、「存在するのは別々の命をもった異なった個人たちなのであって、誰をも他の人々のために犠牲にすることはできない」ことを確認している²。

身体の自己所有の原則を如何様に発展させるかは、思想的・社会的背景や各論者の理論に依存し³、これは本意見書の踏み込むところではない。しかし、少なくとも大原則として、ジョン・ロックの上記下線部の主張は、日本国憲法の至る所に既に実装されているものである。日本国憲法は、一見して身体の不可侵性に関する明示的規定を置いていないようにも見えるのだが⁴（例えばドイツ基本法は、身体の不可侵性を基本法 2 条 2 項において明記しているが、このような規定は日本国憲法にはない）、実際には憲法第三章に含まれる多くの規定が、身体の不可侵性を前提としている。

憲法 13 条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」、同 31 条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と定めて、自らの生命及び自由に対する権利を、憲法上の権利として保障する。

特に憲法 13 条の保障内容については、最高裁令和 5 年 10 月 25 日大法廷判決・民集 77 卷 7 号 1792 頁（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）が、身体の自己所有の原則との関係で、重要な判断を下している。「自己の意思に反して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、同条によって保障されていることは明らかである」と判断したのである。

¹ ジョン・ロック（著）伊藤宏之（訳）『改訂版 全訳 統治論』（八潮社・2020）196 頁。

² ロバート・ノージック（著）嶋津格（訳）『アナーキー・国家・ユートピア』（木鐸社・2000）52 頁。

³ 山根純佳『産む産まないは女の権利か』（勁草書房・2004）53 頁以下参照。

⁴ 大林啓吾「身体的自由」法學研究 97 卷 10 号（2024）2 頁以下参照。

「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」があるということは、翻って言えば、「自己の意思に沿った身体への侵襲を受ける自由」、例えば特定の手術を受けるか否かを、本人が自らの意思に基づいて決定する自由が存在する、ということと共通の基盤を有していると解される。実際に、同判決も「自己の意思に沿った身体への侵襲を受ける自由」があることを、当然の前提としていることが読み取れる。憲法適合性審査に際し、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号の目的について精査するにあたって「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思われる」との事実認定を行っているからである。

また「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利」を認める最高裁判所平成 12 年 2 月 29 日第三小法廷判決・民集 54 卷 2 号 582 頁（宗教的輸血拒否事件）の先例に照らしても、「自己の意思に沿った身体への侵襲を受ける自由」があることは、当然の前提として置かれているものと思われる。すなわち、自己の意思に沿った身体への侵襲（手術等）を受ける権利は、（その手術を実施する医師が存在するかどうか、という事実問題とは別に）憲法 13 条において保障されている。

より突き詰めてみれば、個人が憲法 13 条前段の個人の尊重のもとで、憲法 13 条後段に定められた自らの生命に対する権利を行使する前提条件は、自らの身体を自らの意思に基づいて取り扱うことができることであるといえる。自らの自由を行使するにおいても、内心の自由の保障にかかる憲法 19 条「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」を除く、ほとんどすべての憲法第三章に規定された条文に基づき保障される権利は、身体を通じて顕現する行為の保障を含んでおり、自らの身体を自らの意思によってコントロールできることが前提とされているのである。

日本国憲法において、身体の自己所有の原則に関する個人の権利保障が最も明瞭に表れている規定は、憲法 18 条前段である⁵。日本国憲法 18 条は「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。」と規定する。

「奴隷的拘束」の最大の特徴は、その身体の処分に関する権利を、自らが持たない点にある⁶。本節第二項において詳述するが、家制度において、家父長以外の世帯の構成員は、家庭内における一種の奴隷であった。長と長に従う奴隷の二種類の人間が閉鎖的な家庭内に共存する状況が個人の尊厳を損ねることから、憲法 24 条 2 項は「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と定めたのである。

この考えを、憲法制定過程において明快に表したものとして、第 90 回帝国議会衆議院委員会における憲法 24 条 2 項の審議を取り上げたい。ここでは、戸主制度に固執し「両性の本質的平等」を全く曲解する三浦寅之助議員と、これに反駁する金森徳次郎国務大臣の間で、以下の質疑がなされている⁷。

「三浦寅之助（中略）殊に私は、夫婦関係に於きまして、男女平等の立場を守ると云うことは当然であると思います。併しながら、男女平等と申し、同権ではありますけれども、一つの家庭に於

⁵ 大林、同上、2 頁もこの理解を共有する。

⁶ 奴隷制について、アイラ・バーリン（著）落合明子／白川恵子（訳）『アメリカの奴隷解放と黒人』（明石書店・2022）、ジョン・ニュートン（著）中沢幸夫（編訳）『増補版「アメージング・グレース」物語』（彩流社・2012）参照。

⁷ 清水伸（編著）『逐条日本国憲法審議録第二巻』（有斐閣・1962）503 頁以下。

きましては各、その職分があると存じます。女は家庭内に於ての主婦としての仕事がある、男は男としてのやはり仕事がある、であるから私は家庭の分野に於て各、一家を維持する点に於ても、お互いにその立場立場を守るべきであると思います…（中略）…例えば一本の木に譬えましたならば、女はむしろ地下で支える所の根の役目、男は地上にあって働く所の幹の役目を勤めることに依って、妻と夫が有機的結合の下に於て立派に維持されると思うのでありますし、この線に沿ってこの日本の家族制度も維持されて、同時に男女平等の立場をも立派に維持されると思うのであります。（中略）

国務大臣 金森徳次郎 （中略）人間は今の立場に囚われて考え易いのでありますから、今仰せになりました男女各職分を異にすると云うことは、確かに御説の通りとは思いますが、その言葉をその儘取りますれば、何等の進展なくして古い時代に固定せられたる考えに依って今現にある姿が男女の正しき職分の分配、地位の分配であると誤解し易いような嫌いも持って居ります。

斯様なことを全体として考えまして、この第二十二条（憲二四条）は本当に問題を深く掘下げて、両性の本質的平等—現実には色々なものが附加されて考えなければならぬ、根本に於て平等である—と云うことを基礎とし、又人間そのものの人格の尊重と云うことを基にして考え、故なく存在して居る封建制度風の遺物をも綺麗に掃除して、現代の人々が満足するように持っていかなければならぬ、斯う云う風に考えて居ります。」

女性を、地下で男性を支える役目であると勝手に定義した上で、なお自らが男女平等に立脚し得ると解する三浦の言説は、古代エジプトにおけるデモティックの結婚契約の形式が「私はお前を妻とした。私のものすべて及び私が今後畑、神殿、都市でかくとくするであろうものすべて、家屋、建築敷地、耕地、壁、島、奴隷、女奴隷、すべての記録はお前が生む私の子供のものになるべし」としていたことを想起させる⁸。「ヘレニズム時代のエジプトの奴隷所有主にとって彼の奴隷と奴隷に比べると抑圧の程度が低い日傭は疑いなく区別のない一つの層に融合していた」わけだが⁹、それは広い意味においては、妻においても変わるところがなかったことを表している。これが「種族の族長の権力」が絶対的なものとして立ち現れる封建主義¹⁰の本質であったのである。

しかし、金森はこれに真っ向から反対し、憲法 24 条 2 項に顕れる「両性の本質的平等」とは、一人ひとりの人格を尊重することに他ならないことを明らかにした。本意見書は、憲法制定過程における帝国議会での答弁として発された金森の発言に依拠するものである。そして前述のとおり、人格の尊重によって極めて重要な一要素として、身体に関する自己決定の自由と、これを支える身体の自己所有の原則が含まれていることは、先行する最高裁判所判決によっても承認されていると解すべきである。

以上、本項では、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の前提たる身体の自己所有の原則が、自由主義に立脚した近代立憲主義国家における大前提であること、そして身体の自己所有の原則は、憲法 24 条 2 項を含む日本国憲法第三章の各規定に、既に内在していることを示した。なお、実定法のレベルについて付言すると、刑法においては自殺が不可罰とされている一方で、同意殺人（刑法 202 条）が

⁸ ヴェ・ヴェ・ストルーヴェ（著）保田孝一（訳）「奴隷制度の危機と封建制の起源の問題」日本オリエント学会月報 1 巻 8 号（1957）94 頁以下。古代エジプトの奴隷制について Abd el-Mohsen Bakir, *Slavery in Pharaonic Egypt*, 1952, Cairo、杉勇「エジプトの奴隷についての一、二の問題」日本オリエント学会月報 3 巻 9-12 号（1960）130 頁以下参照。

⁹ ストルーヴェ、同上、94 頁。

¹⁰ ストルーヴェ、同上、92 頁。

殺人（刑法 199 条）よりも軽い法定刑によって処罰されることが、身体の自己所有の原則を顕著に示しているといえる。自殺の不可罰根拠については三つの学説が主張されているが、このうち特に有力であるのは「自殺者は自己の生命について処分の自由を有するから違法性がないとする違法性阻却説・放任行為説」である¹¹。そしてこの立場に立った場合に、同意殺人が処罰される理由は、自殺という自己処分に対する「他人の関与を排除すること」にあり、殺人よりも同意殺人が減刑される理由は「被害者の同意による法益性の減少」にあるとされ¹²、このような法律の規定もまた、身体の自己所有の原則の表出の一形態であるといえよう。

（２）「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項

次に「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が、憲法 24 条 2 項の条文解釈との関係でどのように評価されるか、基本的な理解を確認する。

憲法 13 条と憲法 24 条 2 項の関係を明瞭にする学説は、憲法 13 条の「個人の尊重」と、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」を、ともに「終戦までの日本で、極端な国家主義と『家』制度によって個人の自由が抑圧されていたことの反省として、個人主義的自由を保障したものであ」と評した¹³。

本意見書も、まず憲法 13 条と憲法 24 条 2 項の両者が共通して、『家』制度の否定を出発点としていることを確認する。その上で、自己決定権の泰斗たる憲法学者、同志社大学元教授の竹中勲の見解を、以下参照する¹⁴。

「日本国憲法は旧民法の下での「家」(の) 制度を否定すべく、憲法 24 条で、婚姻・離婚などの「家族に関する…事項」について定める法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚し」たものでなければならないとする旨を規定している。したがって、「婚姻の自由」・「離婚の自由」など憲法 24 条に根拠を求めることのできる親密な交わり・人的結合の自由については、この類型の自己決定権〔引用者注：憲法 13 条を根拠とする自己決定権〕の内容から除外されると解される」

「「婚姻の自由」などを憲法 24 条によって根拠づけうるとの立場で述べれば、たとえば、①子どもをもうけるか否かの自己決定の自由、②親が子どもを養教育する自由、③性的交わり、性的結合の自由、④共同生活の自由などのうち、憲法 24 条の下ではとらえきれないもの（そこに包摂することが適当とはいえないもの）が、憲法 13 条を根拠とする「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」の一内容として検討対象となる」

「不妊手術等を受けるか否かの自己決定をする自由」は、竹中の分類における①と③に関わる自己決定であり、竹中の見解によれば、憲法 24 条 2 項との関係で位置づけられる自由であるといえる¹⁵。

¹¹ 西田典之（著）橋爪隆（補訂）『刑法各論（第 7 版）』（弘文堂・2018）13 頁以下。同旨を述べるものとして、大塚仁ほか（編）『大コメンタール刑法（第 3 版） 第 10 巻〔第 193 条～第 208 条の 2〕』（青林書院・2021）359 頁〔金築誠志〕、前田雅英『刑法各論講義（第 7 版）』（東京大学出版会・2020）15 頁参照。

¹² 西田、同上、14 頁以下。

¹³ ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂・1990）57 頁以下、同『日本国憲法哲学』（成文堂・1995）110 頁以下をまとめて紹介する金澤文雄「生命の尊重と自己決定権」三島淑臣／稲垣良典／初宿正典（編集委員）『人間の尊厳と現代法理論』（成文堂・2000）95 頁。

¹⁴ 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂・2010）14 頁以下。

¹⁵ なお、このことは、必ずしも憲法 13 条後段に基づく自己決定の問題ではないと排除する立場に立つことを意味しない。本意見書は、憲法 13 条後段に基づく解釈を主題としない。なお本件訴訟を念頭に置いたと思われる教科書的記述として、新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権〔第 3 版〕』（日本評論社・2026）60 頁〔横大道聡〕は、「家族に関しては、婚姻・離婚の自由、同性婚の自由などが問題となるが、基本的には 24 条 2 項とそのもとの立法裁量の問題として考察されることになる」ところ、妊娠中絶は「母体保護法 14 条に基づいて広く実施されているのが現状であり、自己決定権の制約として争点化することはほとんどない。むしろ同法が不妊手術を原則として禁止していることが自己決定権の観点から問題となる（3 条、28 条、34 条）」と述べている。

ただし、そもそも憲法 24 条 2 項はその文言上、「(…家族に関する…事項に関しては、) 法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と定めるところ、これが自由権の根拠規定として把握されるか、は疑問である。

しかし本意見書の執筆者は、この論争には立ち入らない。あくまでも、既に後述する複数の最高裁判所裁判例で承認されているとおり、憲法 24 条 2 項を、その文言にしたがって立法者の立法裁量を画する規定として理解した上で、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が（憲法上保障される権利であるかどうかはさておき）少なくとも憲法上保護すべき重要な利益であることを証明した上で、憲法 24 条 2 項において、母体保護法に関し、立法者の立法裁量を統制する役割を果たすことを、以下明らかにする。

3. 母体保護法 3 条 1 項による原告らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の制約

本節では、母体保護法 3 条 1 項が、なぜ原告らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を制約するのか、ということを明らかにする。なお母体保護法の沿革については、第一審訴状 12 頁以下にまとめられているため、本節では割愛する。

(1) 母体保護法の構造

母体保護法の目的は「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」であり（母体保護法 1 条）、原告らが自己決定をすることを望む「不妊手術」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内閣府令をもつて定めるもの」を指す（同 2 条 1 項）。

不妊手術について定めた母体保護法の第二章は、現在 3 条のみが残存しており、4 条から 13 条までは平成 8 年の優生保護法廃止の際に削除されている（平成 8 年 6 月 26 日法律第 105 号）。母体保護法 3 条 1 項本文は「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。」と定め、同条各号は「一 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 二 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」とする。母体保護法 3 条 1 項の主語は「医師」である。

母体保護法 3 条 1 項は、母体保護法 28 条により課せられた「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つてはならない。」という法的義務を「医師」についてのみ免除し、同 34 条により定められた「第二十八条の規定に違反した者は、一年以下の拘禁刑又は五十万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、三年以下の拘禁刑に処する。」とした刑罰規定における違法性阻却事由を、「医師」についてのみ、形成する効果を有する規定である。また事実上も、原告が、自らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定」を実現するためには、手術を行う能力を有する医師の手を借りる必要がある。

しかし被告第 1 準備書面 10 頁は、「原告らは、母体保護法 3 条 1 項の憲法適合性についても問題としているが、同条は同法 28 条及び 34 条による制限を除外する規定であることに照らせば、同法 3 条 1 項によって原告らの権利が制限されていると見る余地はない」とする。被告の主張のうち、母体保護法 3 条

1 項が「28 条及び 34 条による制限を除外する規定」であることはそのとおりである。

それでもなお、母体保護法 3 条 1 項の規定により、原告の自己決定をする自由は制約される。この点を、以下、母体保護法 3 条 1 項が医師の行為規範として作用する構造を示しつつ、論証する。

（２）医師の行為規範が原告らの「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を制約する構造

原告らが望む「不妊手術」は、母体保護法施行規則 1 条 3 号ないし 9 号に定められたものである。最高裁昭和 28 年 11 月 20 日判決・刑集 7 卷 11 号 2249 頁によると、医師法 17 条によって医師のみに認められた「医業」とは「反覆継続の意思を以つて医行為をすること」であるとされ、最高裁令和 2 年 9 月 16 日判決・刑集 74 卷 6 号 581 頁によると、「医業」の内容となる「医行為」とは、「医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」とであるとされる。母体保護法施行規則 1 条 3 号ないし 9 号に定められた「不妊手術」は、明らかに「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」に該当すると認められる。すなわち、仮に母体保護法 3 条 1 項が存在せずとも、医師法に基づけば、母体保護法施行規則 1 条 3 号ないし 9 号に定められた「不妊手術」を実施することは、医師にしかできないのである。

母体保護法 3 条 1 項は、同 28 条及び 34 条がありながら、医師が医業の一環として「不妊手術」を適法に行うことが出来る要件を定めている。そして、原告の「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」に基づき、自らの選択した不妊手術の実施を日本国内において適法に実現するためには、母体保護法 3 条 1 項に規定されることによって「医師」についてのみその行為の違法性が阻却され、且つ医師法に基づき医師のみが実施可能である「不妊手術」を受けるしかない。すなわち原告は、第三者たる医師の行為の介在を避けることができない。憲法研究者である新潟大学の春藤優助教は、中絶手術を「典型的」な「医療制度の中での自己決定」と捉える論稿の中で、「現代社会において他者や制度を利用せずに実現できる「自己決定」は極めて限定される。特に、自己決定権の範疇としてしばしば例示される家族や生殖、死についての「自己決定」は、家族をめぐる法制度や医療制度の存在なくしては不可能」と指摘するが¹⁶、本件で原告らが受けることを望む「不妊手術」が、前段落のとおり「医行為」である以上、春藤の指摘は本件との関係で現在の母体保護法を理解する上で、非常に重要なものと捉えられるべきであろう。

母体保護法 28 条の構成要件に該当する場合に、母体保護法 3 条 1 項によって医師の行為につき違法性が阻却されるためには、単に本人が真に望んだ（すなわち自己決定による）だけでは足りないとする規定が、現在の母体保護法 3 条 1 項の規定である。具体的には、①母体保護法 3 条 1 項本文において、配偶者同意要件があること、②母体保護法 3 条 1 項 1 号と同 2 号の間において、「現に数人の子を有するか」という属性によって要求される違法性阻却の要件の内容が異なる。

本意見書で取り上げる議論に係る原告の主張は、自らの自己決定に基づき、自らの身体を適法に処分するために介在を避けられない医師の行為の違法性阻却事由に、本人の自己決定以外の要素が含まれている結果として、医師が母体保護法 3 条 1 項における「不妊手術」を適法に行うことができないことにより、自らの自己決定に基づいた自らの身体の状態を実現することができないことが、原告の憲法上保護される利益（または憲法上保障される権利）を制約しており、その制約が憲法上正当化可能なもので

¹⁶ 春藤優「「中絶の権利」論における「平等」アプローチの意義と課題」早稲田法学会誌 75 卷 1 号（2024）64 頁。

はない、というものである（本意見書は、あくまで日本国憲法 24 条 2 項の立法裁量統制機能との関係で「不妊手術を受けるか否かの自己決定の自由」を論ずる）。

以上のことから、被告の主張する母体保護法「3 条 1 項によって原告らの権利が制限されていると見る余地はない」とする判断は、原告の主張する内容を誤って認識しているか、母体保護法の構造から導かれる原告の権利利益の制約について誤認しているものであり、不当である。

4. 母体保護法 3 条 1 項の違憲性と憲法 24 条 2 項の立法裁量統制機能の射程

本節では、母体保護法 3 条 1 項本文における配偶者同意要件、及び同 1 号と 2 号の要件の相違について、その違憲性を論じつつ、被告第 1 準備書面における立法裁量に関する理解の誤りを明らかにする。

（1）母体保護法 3 条 1 項は、配偶者のいる者の個人の自己決定を制約する一本文の配偶者同意要件の問題

（ア）比較法的検討

京都産業大学教授の憲法学者たる中山茂樹は、「母体保護法が配偶者の同意を適法な妊娠中絶の要件としていること」について、「子どもをもつかもたないか、家族をどのように形成するのかは、人の人生における重要な問題といえようが、その点は、妊娠した女性のみでなく、子どもが生まれたとしたら父になる者やその他の関係家族らにとっても同様であろう」というような「配偶者の利益に配慮するものと考えられなくもない。しかし、アメリカの判例は、配偶者の同意要件を違憲と判断してきた」と指摘した上で、「妊娠は、まずもって女性の身体に生じる事柄である」という事実を明示的に確認する¹⁷。

中山は、「妊娠した女性の身体の統合性（Bodily integrity）を確保するためには、女性の（胎児との関係における）「自己の身体」の範囲について——「自己の身体」と「他者」とを二分しなければならない法的思考枠組みの下では、言い換えれば、胎児が妊娠した女性とは独立の「他者」であるのかどうかは——まずは女性自身の決定にゆだねられるべきである」と述べる¹⁸。ここで中山が指摘する「アメリカの判例」は明示されていないが、例えば、1976 年の *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 71 (1976) は妊娠中絶における州法上の夫の同意要件を違憲とし、1992 年の *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) は妊娠中絶における州法上の夫への通知要件も違憲と判断している¹⁹。

1992 年の Casey 判決を紹介した拓殖大学教授の憲法学者である小竹聡は、アメリカ法の検討から日本法の現状の憲法上の問題点を指摘する中で、「性と生殖に関する意思決定の権利は、憲法 13 条の幸福追求権に根拠を持つ自己決定権の一内実をなすものであり、そうだとすれば、憲法上の権利が時代の政策により制約を受けるのは不当であって、ただ内在的制約にのみ服する」と評価する。ここでいう内在的制約とは、胎児の生命に対する権利である。そして、妊娠中絶に関する配偶者同意を求める母体保護法の規定について、1976 年の Danforth 判決における判断の根拠として裁判所が述べた「妻と夫が妊娠中絶の決定について意見が一致しない場合には、2 人の結婚当事者のうち的一方の見解だけが勝ることになる。肉

¹⁷ 中山茂樹「妊娠中絶の権利は『自己決定権』か」大石眞／土井真一／毛利透（編集委員）『各国憲法の差異と接点』初宿正典先生還暦記念論文集（成文堂・2010）510 頁。

¹⁸ 中山、同上、511 頁。

¹⁹ 小竹聡「妊娠中絶・母体保護」浅倉むつ子／角田由紀子（編）『比較判例ジェンダー法』（信山社・2007）219 頁以下参照。

体的に子を産み、妊娠によって直接かつ即時に影響を受けるのは 2 人のうちの女性なのであるから、衡量は女性の側に傾く」という判示を引き、「夫による中絶の強制が不当であるのと同様に、出産の強制も不当である」と指摘した²⁰。

なお 1976 年及び 1992 年の両判決の基礎となった *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973)は、*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215(2022)により、その本質的部分である中絶の権利のアメリカ合衆国憲法による保障が否定されることになったが、2022 年の *Dobbs* 判決は、権利と民主政の関係に関わる根本的な批判に晒されている²¹。

(イ) 配偶者同意要件の本質

以上の通り、配偶者同意要件は、懐胎している場合の人工妊娠中絶においてすら、否定的見解が強く主張されている。懐胎を前提とした人工妊娠中絶においては、母親の中絶という自己決定と対立する内在的利益として、胎児の生命に対する権利が問題となるのだが、その場合にすら「最終的には女性が決定する」ことの必要性が語られる理由を、本節第一項において確認した。

このような比較法的観点から見れば、対立する内在的利益である胎児の生命が発生の契機を得ていない状態において、不妊手術という自身の身体の処分に関する事項について配偶者同意要件を設けることは、不妊手術を望む者を「配偶者のために生殖行為を行うための客体」として扱うことであり、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」の観点から、全く容認できるものではない。

もちろん「不妊手術を望む者」には、すべてのジェンダーに属する者が含まれる。したがって配偶者同意要件を、短絡的に「女性に対する差別」と直結させるのは、法解釈論として適当でない。母体保護法 3 条 1 項の不妊手術の要件は、法律上、身体的性の男女の別によって区別されていないからである。不妊手術を望む女性が、男性配偶者による同意なくして不妊手術を受けることが原則としてできないことが問題であるのと全く同じ理由により、不妊手術を望む男性が、女性配偶者による同意なくして不妊手術を受けることが原則としてできないことが問題であることは、言うまでもない。

ただし歴史的観点から見ると、とりわけ懐胎の可能性がある女性は、自らの身体を「子どもを産む手段」とみなされ、「生殖行為を行うための客体」として扱われてきた経緯があること、また母体保護法 3 条 1 項の各号が「母体」を中心に据えた要件を置いていることを念頭に置かなければならない。

この点を、社会学者の東京都立大学名誉教授、江原由美子は、以下のとおり、女性の権利に関する対立する二つの観点を析出することで描いた²²。

「一方において女性は、「自分の身体は自分のもの」と思う。「私の身体を、子どもを産むための手段として扱わないでくれ」と思う。ゆえに、「性と生殖に関する女性の自己決定権」は当然の主張だと考えられるようになっていく。しかし、こうした主張を、近代社会までの基本的な家族観、セクシュアリティ観・家族意識・ジェンダー観などと、そぐわないものとして否定する主張も、未だ強い。「女性が自分の身体を自分の意思でコントロールしたいなどと思うのは、女性のわがままであり、家族を破壊するものだ」「性行為をするかどうかを女性が自分で決めていいのか、それは『ふしだら』に陥る道ではないのか」とか、

²⁰ 小竹、同上、239 頁以下。

²¹ 日本憲法学からの批判的検討の例として、犬塚記子「*Dobbs* 判決の憲法解釈」法學政治學論究 141 号（2024）173 頁以下、中曾久雄「アメリカにおける中絶規制の転換点」愛媛大学教育学部紀要 69 巻（2022）167 頁以下参照。

²² 江原由美子「自己決定とジェンダー——家族はどう変わっていくのか」辻村みよ子（監修）『家族—ジェンダーと自由と法』（東北大学出版会・2006）54 頁。

「子どもは家族の存続にとって不可欠のものなのだから女が子どもを産むかは当然、その女性本人の意志で決めてよいことではなく、家族全員の意思で決めるべきことだ」等の、色々な議論を引き起こしてくることになる。」

この観点は、江原が端的に述べるところによれば、①「女性主体が男性と同様に「自由権」を持つという男女平等の社会規範の確立」を優先と考えるか、②「近代家族においても自明視されていた女性の家族への献身（とそこから論理的に引き出される女性身体の夫や家族への従属化）」を優先と考えるかという対立である、と言い換えることができる²³。

日本国憲法は、この社会的な見解の対立に対して、明確な回答を有している。憲法 24 条は、1 項において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本」とし、2 項において「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚」と明示しているのである。したがって、日本国憲法は文言上、明らかに①の立場に立ち、②の考えを排除しているといえる。そして言うまでもなく、日本国憲法は国内実定法の最高法規であり（憲法 98 条 1 項）、更に、憲法 24 条 2 項は文言上明らかなとおり、また先行判例が明示するとおり、立法裁量を画する機能を与えられている（後掲最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁）。

すなわち、①に立脚し、②を排除することが、憲法 24 条 2 項に基づく立法裁量の限界の基礎であるといえる。では、②を排除してなお、不妊手術について、配偶者同意要件を設ける理由があるのだろうか。例えば母体の生命や健康に危害を及ぼす場合等、緊急の事態においては、当該不妊手術を受けることを望む者が自ら意思表示をすることが叶わない場合もあろう。そのような事態においては、例外的に配偶者が同意をすることとする規定を設け得るかもしれない。しかし、①に立脚し、②を排除する場合に、一般的に不妊手術の要件として、配偶者同意要件を設ける理由は存在しないし、被告もその理由を示していない。

なお後述する本節第三項との関係でいえば、1 号及び 2 号の双方に関し、配偶者同意要件が課されていることは驚かざるを得ない。数人の子を有さない「母体」は「生命に危険を及ぼすおそれ」があるときでさえ、配偶者があるときは、配偶者の同意がなければ、身体的性が女性の個人は、不妊手術を受けることができないのである。身体的性が女性である者は、自らの生命を危険にさらしても、「母体」でありつづければならない場合があるというのが、現在の母体保護法 3 条 1 項の規定である。

（3）母体保護法 3 条 1 項は、配偶者がいない者の自己決定も制約する—1 号要件と 2 号要件の相違

それでは、配偶者がいない者の自己決定について、母体保護法 3 条 1 項はいかなる制約を課しているのか。第一審被告第 1 準備書面 19—20 頁においてなされた、「子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益は、そもそも特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない。このように、母体保護法 28 条及び 34 条に関し原告らが主張する利益が特定の法制度を前提とするもの等とはいえない以上、このような利益に関して憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない」とする主張を契機として考えてみる。

²³ 江原、同上、58 頁。

そもそも原告が主張している利益は「子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益」ではなく、『不妊手術』を受ける権利』のうちの一要素としての「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」であり、原告らはそもそも、「不妊手術を受ける」と決意した段階から、時間的に遙か前の段階において、「子をもうけない」とはっきり決断している個人であり、その後、異なる自己決定として「不妊手術を受ける」と決意した者である（言うまでもないが「子をもうけない」とはっきり決断しても、「不妊手術を受ける」と決意しない個人もいる）。

この点の事実の認識に関し、被告は重大な誤りに陥っているように見える。被告は（特段根拠なく、と推測されるが）原告らを懐胎の可能性がある者と考えているようだが、例えば身体的性が女性である個人であって、疾患などにより子をもうけることができないことが予めはっきりしている者が「不妊手術」を望んだ場合でも、母体保護法 3 条 1 項の要件を充たさなければ、適法に不妊手術を受けることが出来ない。このような事例を想定することができれば、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を「子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益」と同一視する誤謬に陥ることは、有り得ないはずである。

ここで母体保護法 3 条 1 項 1 号と 2 号の要件の相違について考えるとき、問題とすべきは、被告がなぜそのような誤りに陥るのか、その理由である。このような誤りに陥る理由は、被告が、原告を一人の自律した人格を持つ人間ではなく、法律の文言に従って「母体」とであると捉えている、ということによる。すなわち、「（本来であれば性交渉を経て子を懐胎する可能性があるにもかかわらず）不妊手術をすることで子をもうけることができなくなる」ということにのみ焦点を当てているのである。被告の答弁書及び第 1、第 2 準備書面を通読する限りでは、被告は、自らが「個人の尊厳」の尊重を怠っていることに気付いてすらいないうちがある」と懸念されるが（本意見書第二節第一項に引用した三浦寅之助議員と同じ誤謬に陥っている）、まさに母体保護法 3 条 1 項 1 号と 2 号の間の要件の相違は、女性を「母体」と捉える認識に基づき設けられたものと思われるから、その意味では皮肉にも、被告は立法趣旨を“適切に”尊重しているのである。このような、母体保護法という法律そのものに内在する「個人の尊厳」を毀損する発想、すなわち憲法 24 条 2 項の与えた立法裁量を逸脱する発想については、この点を明確に指摘し批判した、第 150 回国会参議院共生社会に関する調査会（第 1 号、平成 12 年 11 月 1 日）における法学研究者・弁護士で龍谷大学元教授の金城清子による発言を引いておきたい。

「(前略) … 三番目でございますけれども、避妊と中絶に関する法律、これ仮称でございますが、新しい法律の制定が必要ではないかということです。

これにつきましては、優生保護法を改正して母体保護法になったということで、日本では優生思想に基づく法律はなくなったんだと、だから問題がないんだというふうにお考えの方があるいはおられるかもしれませんが、しかし、この改正問題は、国民の世論というのはほとんど反映されないうちに、あっという間に成立したという事情がございます。そして、実は女性たちは、この改正が間もなくあるだろう、したがって、国際的な状況を踏まえた上での新しい法律をつくらなければいけない、そのためにはどういうことが必要かということを中心に検討をしていたわけでございます。ところが、できてしまったのは何と母体保護法ということで、もうみんなびっくりしていると言っても過言ではないと思います。

きょうの会議は、女性の生涯にわたる健康支援ということが必要だということですね。しかし、この母体保護法というのは母体ということだけを強調いたしまして、子供を産む体だから保護しよ

うということで、生涯にわたる健康を支援していくということから考えれば極めて限定的だし、しかも子供を産むということだけを女性について大変に強調をするということですから、非常に望ましくない名前ではないかと思います。ですから、この名称をめぐるましては、母体というのはもう使わない、そしてやはりその法律の内容を直截に表現している中絶とそれから避妊、これを正面に出した法律をつくっていくことが必要だと私自身は考えております。…（後略）

このような法律内在的な問題から、母体保護法 3 条 1 項 1 号と 2 号の要件の相違に基づく帰結が生じる。その帰結とは、同 2 号に該当する「母体」は「現に数人の子を有する」もの、つまり既に子を産むという“国家的ミッション”を一定程度果たした「母体」であるのだから、同 1 号要件にある「母体の生命に危険を及ぼすおそれ」まで行かずとも、「母体の健康度を著しく低下するおそれ」があれば、「不妊手術」を受けることが可能な「母体」として法律上認定され、「不妊手術」を受けることが許される、というものである。言い換えれば、「不妊手術」を受けなければ「健康度を著しく低下する」状態にあったとしても、“国家的ミッション”である子を産むことを果たしていなければ、医師の「不妊手術」の違法性は阻却されないという帰結が生じることとなる。

しかし、そもそもこの要件の相違は、潜在的な「産む道具」、すなわち「母体」として女性を捉えていると解さざるを得ないものである以上、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」に明らかに反し、違憲であると言わざるを得ない。この要件の相違が生む結果を、「個人の尊厳」に適合的なものとして説明することができるとは、少なくとも本意見書執筆者には思われない。

なお母体保護法全体の趣旨に鑑みても、母体保護法 3 条 1 項の規定は、目的適合的ではない。すなわち、母体保護法 1 条が定めた「母性の生命健康を保護する」という目的に照らし、現に数人の子を有していない場合は「母体の生命に危険を及ぼすおそれ」までを医師による「不妊手術」の違法性阻却事由として求め、「母体の健康度を著しく低下するおそれ」があっても我慢しなければならないという状況が「母性の生命健康を保護する」ことに資するわけがない。もしこのような規定が何かに資するとすれば、それは「国家のための潜在的母体の数の確保」に資するのみである。

（４）被告による、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能に関する先行判例（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法院判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁）の射程に関する誤認

前項において、本意見書執筆者は、母体保護法 3 条 1 項の規定は憲法 24 条 2 項との関係でも違憲である、と述べた。ただし第一審被告第 1 準備書面 19-20 頁は、「子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益は、そもそも特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない。このように、母体保護法 28 条及び 34 条に関し原告らが主張する利益が特定の法制度を前提とするもの等とはいえない以上、このような利益に関して憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない」とし（下線は引用者が付した）、その根拠として、畑佳秀最高裁判所調査官（当時）による最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法院判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁の判例解説が参照されている。

前項で述べたとおり、「子をもうけるか否かに係る自己決定のような利益」は原告らの主張する法的利益と同一の者ではないのだが、不妊手術を受けた場合結果として子をもうけることができなくなるという意味において、「子をもうけるか否かに係る自己決定のような利益」と関係する利益として「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が存在すると考えると、「不妊手術を受けるか否かの自己決定を

する自由」が特定の法制度を前提とするものではないことは、確かに被告の述べるとおりである。

しかし、被告側の上記主張のうち、下線部について、被告は、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁の射程及び同判決の判例解説である畑・前掲判例解説について、誤った理解に基づく主張を展開していることが明らかである。以下、その理由を示す。

最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁の訴訟物は、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法 750 条の規定を改廃する立法措置をとらないという立法不作為であった。「氏」とは、自然発生的なものではなく、人間の文化の中でつくられる社会的な概念であり、「婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているもの」である。このような氏に関する同判決法廷意見の理解自体に批判があるが²⁴、仮にこの判示を素直に受け入れるとしても、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁は、あくまでも専ら社会的概念である「氏」に限定された具体的事案の中で、「氏」を念頭において「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる」と述べているのであって、同判決は、「関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくもの」に該当しない範囲の憲法 24 条 2 項における「家族に関するその他の事項」が、如何様に立法裁量の限界を画する機能を有するかについては、何の判断も下していない。

被告が引用する畑・前掲判例解説は、まさにその点を明らかに示している解説である。

第一審被告第 1 準備書面 19 頁では省略されているが、畑・前掲判例解説 753 頁は、「憲法 13 条に関連して検討したように」と前置きをしてから、「婚姻及び家族に関する事項のような一定の法制度を前提とする権利や利益は、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるものである」と述べる。ここでいう「憲法 13 条に関連して検討した」部分とは、畑・前掲判例解説 733～743 頁（第 3 節）を指すが、当該箇所では畑は、人格権に関する一般的議論を踏まえた上で、氏名に関する利益の内容や、その憲法上の権利としての保障の性格を検討する必要があると述べた上で、以下のとおり続ける（傍線は引用者が付した）²⁵。

「氏に関する利益の性質に関し、まず留意する必要があるのは、『氏』を含む婚姻及び家族に関する法制度は、その在り方が憲法上一義的には定められておらず、憲法 24 条 2 項においても、具体的な内容は法律により規律されることを予定していることである。

このような一定の法制度を前提とする利益については、いわゆる生来的な権利とは異なり、その具体的内容は純粋に憲法のみを解釈することにより結論が導かれるものではない。」

²⁴ 山羽祥貴「最高裁判所民事判例研究 夫婦同氏を定める民法 750 条の憲法適合性」法学協会雑誌 135 巻 6 号（2018）217 頁は、同判決の憲法 13 条に関する判示について、「氏の具体的な内容を法律が規律していることが、なぜ、氏に関する人格権について、その内容が「法制度をまって初めて具体的に捉えられる」ことを帰結するのか。法律の憲法適合性が問われている以上、主張される憲法上の権利の対象——と呼んでおこう——に法律の規律が及んでいることは、当然ではないのか」と疑問を呈する。ここでは、同判決における憲法 13 条と憲法 24 条 2 項の関係の不明瞭さが合わせて示されている。同 240 頁以下はこの不明瞭さについて、法廷意見によって「氏に関する人格権を構成する法制度について、憲法 24 条への暗示を媒介とし、あらかじめここから「婚姻及び家族に関する制度」と等置することにより、個人の氏に関する人格権の内容形成において家族の呼称性を選択することが、ほとんど自動的に導かれている」（引用者注：原文の傍点は引用者が削除した）ことであると読み取り、「隠蔽と顕示の論理ならざる論理によって、氏をめぐるアイデンティティの体制の問題はあらかじめ解決されたのであり、私たちはここに一つのスキャンダルを見なければならない」と批判する。

²⁵ 畑佳秀「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）（2016）737 頁。

二重下線部冒頭の「このような一定の法制度」という表現が、下線部の『氏』を含む婚姻及び家族に関する法制度」を指すことは文脈上明らかであり、畑は、「一定の法制度を前提とする利益」と「生来的な権利」を分けた上で、「氏」に関する訴訟の判例解説という性質上当然のことであるが）専ら前者の話をしているのである。「生来的な権利」にあたり、且つ憲法 24 条 2 項の「家族に関するその他の事項」に該当する利益については、ここでは明確に区別された上で、議論の対象から外されていることが分かる。

このような理解は、憲法学において、慶應義塾大学教授としてドイツ憲法に精通する小山剛が、ドイツ憲法学を参照して述べる以下の見解により、一層明瞭になる²⁶。

「ドイツの憲法学では、「自然的自由」と「法によって構成された自由」とが区別されることがある。

ある人がある宗教を信仰し、あるいは自分の考えを外部に公表するのは、あらゆる法制度に先行して存在する自由である（「放送の自由」になるとかなり微妙であるが）。法律は、第三者の利益その他の公共の福祉の保護を目的としてこれらの自由を制限を加えるが、それは「原則としての自由」に対する「例外としての制限」であり、憲法的に「正当化」されない限りは違憲となる（原則－例外関係）。

一方、「法によって構成された自由」とは、次のようなものである。婚姻の自由は、《婚姻として憲法の保護を受ける男女の生活共同体が何であるかを定義し、他の生活共同体と婚姻を区別する家族法の規律》を前提とする。憲法は、男女または同性の共同生活という純然たる事実を婚姻として保障しているのではない。夫婦同氏強制や女性の再婚待婚期間、非嫡出子差別等が憲法問題となるのは、両性による何らかの共同生活とは区別される「婚姻」が観念され、しかも、法律の定める諸条件に合致したもののみが「婚姻」とされるためである。」

被告自身が主張するとおり、本件訴訟の訴訟物は、特定の法制度を前提とするものとはいえず、「関連する法制度においてその具体的内容が定められていくもの」に該当しない、生来的内容を持つ自由権的利益に関する事項である（なお本意見書では、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を専ら憲法 24 条 2 項との関係でのみ検討することから、当該自由が憲法上保障される権利であるかどうかを検討の対象としないため、ここでは「生来的な権利」ではなく「生来的内容を持つ自由権的利益」と表現する）。ここから導かれる結論は、単に、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」については、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁における立法裁量の限界の画定機能に関する判断の射程が及ばないということである。

先行判例の判断の射程が本件訴訟の訴訟物に及ばない以上、本件訴訟が係属する裁判所（以下、裁判所とする）は、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」という家族に関する生来的内容を持つ自由権的利益が、憲法 24 条 2 項の持つ立法裁量の限界画定機能において果たす役割があるのかないのか、何らかの役割があるとすればその具体的内容を検討するという、法解釈を实践すべきである。そして本意見書第三節及び第四節第二項のとおり、裁判所が、憲法 24 条 2 項の文言や制定経緯に照らし、適切な法解釈を实践することをもって、ようやく憲法の最高法規性（憲法 98 条 1 項）の下での司法権の役割が果たされることとなる。

万一、この段階についての検討をなんら加えず、被告の主張に従って一足飛びに「このような利益に関して憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない」などと結論付けるとしたら、裁判所は、裁判所法 3 条 1 項に基づく法律上の争訟たる本件訴訟の判断のために必要不可欠な法解釈を

²⁶ 小山剛「基本権の内容形成論からの応答」法律時報 81 卷 5 号（2009）9 頁以下。

怠ることとなり、自らの責任を放棄しているものと解さざるを得ない。

(5) 被告第1準備書面第3の誤りが生じた原因と推測される二つの事由

本意見書執筆者は、被告側が本節第三項に示した誤った思考をとるに至った過程には、二つの原因があったのではないかと推測する。以下、被告側の思考過程の誤りを糾弾する目的ではなく、当裁判所が被告と同様の思考過程の誤りに陥り、第一審判決のように、結果として誤った法の解釈・適用に基づいた判決を下すことを防止する目的に基づき、本項を記す。

(ア) 第一の原因 従来の裁判例において扱われてきた利益と本件訴訟で争われている利益の相違

第一の原因は、これまでの裁判例において憲法24条2項との関係で争われてきた権利や自由が、専ら「法制度に依存する自由」であったという点に求められるのではないかと推測される。

憲法24条2項に明示された「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻」という事項のうち、専ら生来的内容を持つ自由権的利益といえるのは、配偶者の選択と住居の選定の二つに留まり、財産権、相続、離婚並びに婚姻は法制度に依存している（なお後述するとおり、「婚姻」は法制度依存的要素を明確に持ちながら、上述した小山の見解にも表れていたように自然発生的・生来的内容を併せ持つ）。

そして、従来行政事件訴訟や国家賠償訴訟などの行政救済の領域で争われてきた事案の対象は、専ら後者に関する事項であった²⁷。というのも、現行法上、配偶者の選択を国家が妨げることはなく、また国家から住居の選定に対する制限がかけられる場合はあるものの（生活保護法33条、62条1項、旧らい予防法（廃止済）6条、15条、28条等）、生活保護法との関係では、主に生存権を定めた憲法25条1項²⁸、旧らい予防法との関係では、主に居住移転の自由を定めた憲法22条1項²⁹との関係に焦点が当てられてきたからである。

しかし本節第三項において示したとおり、本件訴訟において争われている『不妊手術』を受ける権利の一部としての「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」は、生来的内容を持つ自由権的利益である。先行する裁判例で争われてきたものとは性質が異なるが、「家族に関するその他の事項」に含まれる以上、当然に憲法24条2項との関係で扱われるべき利益であることは、これまでに述べてきたとおりである。そして憲法24条2項は、その文言上、立法裁量を統制するのである。

被告は、先行する裁判例が専ら法制度に依存する権利を扱ってきたという過去の事例に引きずられるかたちで、生来的内容を持つ自由権的利益は憲法24条2項の立法裁量統制の根拠とならない、という誤った判断を下しているのではないかと推測される。

(イ) 第二の原因 重要な学説における議論の無視

第二に、「法化・非法化」「法的評価空白領域」といった、自らの身体の処分の問題に関係する重要な学術的議論を、被告側が基本的に全く想起していないと見受けられることが、誤った思考過程に至った

²⁷ 最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁（夫婦別姓訴訟）、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2474頁（再婚禁止期間訴訟）、東京高裁令和5年8月31日判決・判例タイムズ1525号87頁（面会交流国家賠償請求訴訟）〔最高裁令和6年11月27日決定にて上告不受理〕、東京地裁令和3年2月17日・訟務月報67巻9号1313頁（親権者指定国家賠償請求訴訟）、同性婚の違憲性を争う一連の訴訟（大阪高裁令和7年3月25日判決・裁判所ウェブサイト、名古屋高裁令和7年3月7日判決・裁判所ウェブサイト、福岡高裁令和6年12月13日判決・裁判所ウェブサイト、札幌高裁令和6年3月14日判決・判例タイムズ1524号51頁、東京地裁令和6年3月14日判決・LEX/DB25598385）等参照。

²⁸ 東京高裁平成24年7月18日判決・賃金と社会保障1570号42頁（新宿ホームレス生活保護訴訟）。

²⁹ 熊本地裁平成13年5月11日判決・判例時報1748号30頁（らい予防法国家賠償請求事件）。

ま一つの原因ではないか、と推測される。

東京大学名誉教授でフランス法の泰斗たる北村一郎によれば、「非法」とは「法が現在すべき理論的な使命を有するような一定数の人間関係における法の不存在」である³⁰。北村の議論を紹介しつつ、日仏の家族法における「非法」の状況のズレを示した家族法研究者である大阪公立大学教授の森山浩江は、日本においては「国家法は、家族のあり方についての個人の選択に余分の影響を与えるようなものであってはならないという考え方」に「逆行」するような裁判官の介入がある一方で、「弱者の保護が必要とフランスで考えられている場では、日本の裁判官はできるだけ介入しない」という状況が起きていることを指摘した³¹。この理解は、民法学においては「家族法の特异性を主に「人倫」ないし「道徳」の側面に求め、それを果たして法の中に取り込んで良いものかという点について基本的に懐疑的な姿勢をもち、家族法の中でも家族財産法の部分（夫婦財産制、扶養義務、相続）のみを法として扱おうとする」考え方、すなわち「家族財産法以外の家族法を、公法の領域ではなく、法の外の領域へと位置づける考え方」に繋がった³²。同じく家族法研究者である東北大学名誉教授の水野紀子は、この考え方が「個人の尊厳と両性の本質的平等」も、現代の道徳であり人倫である」から、「実際にどのような家族生活を送るかという側面について民法は極力謙抑的でなければならない」という帰結に至ることを示す³³。

「法化・非法化」の問題は、伝統的には、貞操義務違反の非犯罪化との関係で語られてきた。民法 770 条 1 項 1 号の定める離婚原因を間接的根拠とする私法上の貞操義務は、「配偶者以外の者と性的関係を持たない」ことを含む「極めて私的な領域の内容の義務が、法的義務として課され、他方で明文の根拠規定もなければその定義も明らかではないという事態は、私的自治あるいは意思自律を重要な一原理と認める近代法の制度においては、ある意味では不思議」であり、「この領域において、法はどこまでを規律すべきなのか、あるいは、あえて踏み込まずにおくべきであるのか」という観点から語られている³⁴。

私法上の貞操義務違反は、戦前においては、刑事罰の課される公法上の違法行為でもあった（旧刑法 183 条の姦通罪）。日本は近世以前、夫は複数の妻を持つことが許されており、「他方で、妻が夫以外の男性と性的関係を持つことは、古代、中世までは刑罰をもって規制されるようなことはなかったが、武家社会の形成とともに、父系の血族を基準とした「家」制度が成立するようになると、妻の婚姻外の性的関係は夫の家の血統を乱すものとして厳しく取り締まられるようになった³⁵。この背景を受け継いだのが戦前の男女不平等な内容を有する姦通罪であったが、姦通罪は昭和 22 年に廃止される（刑法の一部を改正する法律昭和 22 年 10 月 26 日第 124 号）。旧刑法 183 条は、姦通罪の規定として「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ／前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ得テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ」との定めを置いていたが、日本国憲法の制定により、憲法 24 条のもとで同規定が維持できるかどうかの問題とされたのである。そこでは「妻だけでなく夫にも姦通罪を適用するか（両性適用論）、それとも、姦通罪自体を廃止するか（廃止論）」が議論されたが、「臨時法制審

³⁰ 北村一郎『《非法》(non-droit)の仮説をめぐって』中川良延ほか（編）『日本民法学の形成と課題（上）』星野英一先生古稀祝賀（有斐閣・1996）5 頁。

³¹ 森山浩江「水野法学における解釈論と母法研究」大村敦志ほか（編）『家族法学の過去・現在・未来』（有斐閣・2025）38 頁以下。

³² 水野紀子「中川理論—身分法学の体系と身分行為理論—に関する一考察」山昌正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人（編）『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・1998）294 頁以下。ただし同 309 頁注 62 は、ジャン・カルボニエのいう「非法」と、ここでいう「法の外の領域」についての相違を指摘している。

³³ 水野、同上、296 頁。

³⁴ 森山浩江「貞操義務に関する一考察」潮見佳男先生追悼論文集（家族法）刊行委員会（編）『家族法学の現在と未来』（信山社・2024）21 頁。

³⁵ 松本克美「貞操義務の非法化」二宮周平（編集代表）『婚姻と離婚』（日本評論社・2020）135 頁以下。

議会での審議の結果も、廃止論が両性適用論を1票上回るだけという僅差で廃止論採択となった」³⁶。第一回国会参議院司法委員会会議録第11号を参照する著名な憲法学者で東京大学名誉教授であった奥平康弘は「この領域では刑法は手を引くべきだと、姦通罪撤廃論を主張した」人物が、裁判官たる三宅正太郎と、著名な刑法学者で東京帝国大学名誉教授であった牧野英一の二名であった点に注目した³⁷。背景に存するのは刑法の謙抑主義である。

次に、本件訴訟で争われている母体保護法の規定に違反した場合、母体保護法34条により刑事罰を課されることになっていることから、「非法化」と関連する議論として、刑事法研究者で広島大学元教授の金澤文雄が、ドイツ法の議論を参照して提唱した「法的評価空白領域 (rechtswertungsfreier Raum)」の理論を確認する³⁸。

金澤の主張は、ドイツの著名な法哲学者であるアルトゥール・カウフマンの主張を基礎として発展したものである。カウフマンは、妊娠中絶や自殺関与について、緊急避難と並んで「法的に重要であり法的に規制されている態度ではあるが、しかしこれを適法とも違法とも評価することができない」、「法的評価から免れた領域」に置かれた問題であると位置づける³⁹。「緊急避難の領域では一般化というものが可能でないということであり、これが意味しているのは、人は——「各人」——はいかに行為すべきかを述べている、どのような普遍妥当的な規範も存在していない、ということである。すべての婦人は妊娠八週内で中絶を実施させた妊婦が決断したのと同じように決断すべきであると言明することは、確かにできない」ということを前提とする⁴⁰。しかし「連邦国のひとつにおいて妊娠中絶が妨げられるのであれば、堕胎を決意した婦人はそこから良心の疚しさを得るということではなく、むしろもうひとつの連邦国〔旧東ドイツ〕もしくは外国へと赴く」のであって、妊娠中絶における「刑罰威嚇は良心の形成にとって考えられる限り劣悪な適性しか有していない」からこそ、「確信がもてないような規制を下す代わりに、いっさいの評価から空けておくような、自由な法秩序の標識」によって法的評価空白領域をつくる必要性を提唱する⁴¹。法的評価空白領域理論の目指すところは、「寛大な、多元的なリスク社会というものの理想に、したがってそのみか今日の諸事情に対応するという理由で、われわれが努めなければならないような社会の形式」の実現である、とされる⁴²。

金澤はカウフマンの議論を発展させ、「法の万能」の思想を排し、法の謙抑性を、違法とする方向に対してばかりでなく適法とする方向に対しても実現し、これによって法と道德の衝突を緩和するとともに、適切な「非犯罪化」を進め、また「現代の多元的社会において各人の良心の自由の領域をいっそう拡大し、「人間の尊厳」の実現に役立つ」という効果を意識して⁴³、「違法か否かの判断を停止する」べき領域として⁴⁴、①法的重要性がないために空白な領域、②法的（法価値観的）重要性はあるが実定法的規範を欠くために空白な領域、③法的重要性も法的規制もあるがその枠内であえて空白とする領域、④法的重

³⁶ 松本、同上、142頁。松本は、奥平康弘「女と男の関係と国家権力—姦通罪考」法学セミナー346号（1983）9頁における姦通罪廃止の系譜を参照している。

³⁷ 奥平、同上、10頁。

³⁸ 金澤文雄「法的に空虚な領域の理論—ヒルシュ・山中批判に答えて」『法の理論3』（成文堂・1983）1頁以下、同、前掲注13、98頁。

³⁹ アルトゥール・カウフマン（著）上田健二（訳）『法哲学（第2版）』（ミネルヴァ書房・2006）290頁。

⁴⁰ カウフマン、同上、293頁。

⁴¹ カウフマン、同上、295頁。

⁴² カウフマン、同上、296頁。

⁴³ 金澤文雄「法的に空虚な領域の理論」原秀男／ホセ・ヨンパルト／三島淑臣（編）『法の理論3』（成文堂・1983）5頁。

⁴⁴ 金澤、同上、8頁。

要性も法的規制もあるが国民がこれを無視して事実上の無・法状態を生じている領域の四つの領域を区別して、法的評価が空白とされる領域について論ずる⁴⁵。金澤は、自殺を②の領域、12 週までの（母体を離れての生存可能性がないと当時は考えられていた）胎児の人工妊娠中絶を③の領域、日本での人工妊娠中絶を④の領域の問題と捉える。金澤の理解に即して考えてみれば、本件訴訟で問題となっている「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」は、自らの身体の処分に關する重要な決定をする利益に關するものであり、且つ未だ対抗利益たる胎児の生命が發生の契機を得ていない状態であるのだから、本来は自殺同様、「法的重要性はあるが実定法的規範を置かない」という、②の意味での法的評価空白領域に置かれるべきものとも思われ、少なくとも原告らはそのような主張を行い得るものと理解される。

このような考え方は、本意見書第二節第一項において既に触れた、刑法各論における自殺についての学説の理解にも一定の影響を与えているように見える。関西大学名誉教授で刑法研究者の山中敬一は、「生命の放棄についても、自己決定権がまったく否定されるというわけではない。しかし、法秩序は、自殺を権利として承認しているわけでもない。そうだとすれば自殺を止めるのは権利の行使を妨害する違法な行為になるからである」とした上で、（法秩序は生命の放棄に対する）「自己決定権の自由な行使よりは、生命の維持に対する社会的合意を重要視し、また、自らの生命の否定よりは肯定に価値を置きそれを促進するというその基本的態度からこれを違法とみなしている」とするが、その趣旨を「自殺を違法とするのは、法秩序の生命に対する価値体系を支えるためのフィクション」であるという点に求める。曰く、「自殺は、全法秩序からみて違法と評価されるべき行為であるが、犯罪とするべき適格性をもつ行為であるとはいえない」ため、「可罰類型性を欠き、構成要件化することはできない行為」であるとされるのである⁴⁶。

本意見書執筆者は、不妊手術に關する「非法」化の必要性や法的評価空白領域理論の可否はさておき、当裁判所が、本件原告の主張を「既に存在する法律に基づき規律されている事柄を、法律の規律から解放すべきである」との主張である、と捉えるべきだと考える。

原告らが望む「不妊手術」が、医師という第三者の手を借りなければ適法に実現し得ないものであり、且つ医師の行為規範としての母体保護法 3 条 1 項 1 号が存在する以上、配偶者がある者については配偶者の同意がなければ「本人の意思に沿って医師による手術を受けることが適法に可能となる」というスタートラインにすら立てず、配偶者がいない者についても「現に数人の子を有し」ないならば、「生命に危険」が及ぶ重篤な事態にならない限りは適法な不妊手術を受けることが認められない、という実定法の構造となっていることは、本意見書第三節第二項において示したとおりである。

法治国家である日本において、既に存在する実定法の構造を変え、「法的評価空白領域」に「不妊手術を受ける」という行為の自由を置くという営為は、憲法適合性審査に基づく違憲判断により裁判所が既に存在する規定を無効と判断する場合（憲法 98 条 1 項、81 条）を除き、原則として立法府にのみに許された営為である（憲法 41 条）。

そうだとすれば、日本国憲法 24 条 2 項に基づく立法裁量統制が、生来的内容を持つ自由権的利益たる「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」との關係で如何様に機能するのかは、本件訴訟の請求の趣旨 1 の主位的請求としての地位確認訴訟の訴訟物である「自らの意思のみに基づいて、医師又は

⁴⁵ 金澤、前掲注 13、98 頁以下。

⁴⁶ 山中敬一『刑法各論（第 3 版）』（成文堂・2015）26 頁。

指定医師による不妊手術を受けることのできる地位」を確認する前提条件として、当裁判所によって検められるべき要素であることは、少なくとも間違いがないのである。

しかし被告は、その第 1 及び第 2 準備書面の限りにおいて、母体保護法の規定は家族に関係する法ではない、と誤認しているのではないかと推測される。それゆえに極めて重大な学術的議論を見落とし、併せて生来的内容を持つ自由権的利益については憲法 24 条 2 項の立法裁量統制機能において役割を果たすことがないと誤認していることにより、当然陥ることが避けられない思考の誤謬の結果として、「このような利益に関して憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない」と結論付けているのである。

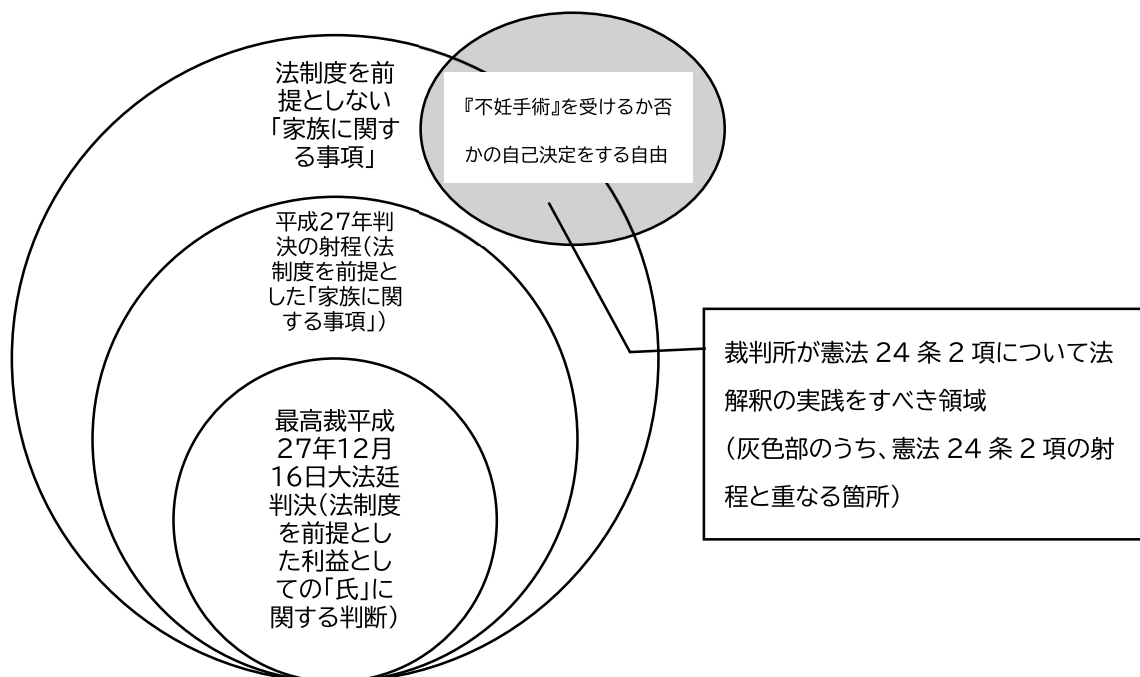
母体保護法 3 条は、被告の主張するとおり、医師に向けられた行為規範である。しかし、母体保護法そのものが家族に関係する法律であることは訴状 12 頁以下に示された母体保護法の沿革及び趣旨からして、否定できない事実である。また、本意見書第三節第二項に示したとおり、医師に向けられた行為規範であるからといって、原告の「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を直接制約していないわけでもない。むしろ原告が望む「不妊手術」は、医師による実施が法律上も実際上も必須である以上、医師に対する行為規範が原告の自己決定をする自由を制約する程度は極めて強く、また医師による手術を受ける他に自己決定に基づく結果を実現する方法がない以上、その制約は直接的である。

にも関わらず、関係する重要な学術的議論を無視し、原告が主張する利益を「子をもうけるか否かに係る自己決定権のような利益」と曲解した上で、更にこの利益を「特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない」利益であるから、憲法 24 条 2 項の立法裁量統制の限界を画する機能を有しない、とすることは、母体保護法の沿革や趣旨を無視し、憲法 24 条 2 項の機能を矮小化する誤った法適用・法解釈である。

以上より、被告側には、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法院判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁の「婚姻及び家族に関する事項」という表現を、誤って拡大的に解釈している不当がある。なお、下図 1 において、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法院判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁の射程と原告・被告の主張を整理し、裁判所による新たな法解釈の実践が必要な範囲を図解した。

(図 1)

「家族に関する事項」に関わらない領域
(憲法 13 条等に関わる検討事項)



憲法 24 条 2 項の射程

※ 憲法 24 条 2 項の射程に含まれる事項に関わる個人の利益は、
立法者の立法裁量の限界を画する機能を有する。

ただし、本意見書執筆者は、ここまでの記述において、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」という家族に関する自然発生的な生来的内容を持つ自由権的利益が、憲法 24 条 2 項の持つ立法裁量の限界画定機能において果たす役割を、明らかにしていない。以下、その役割を明らかにする。

5. 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項の有する立法裁量の限界画定機能との関係

(1) 再婚禁止期間違憲判決（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2474 頁）の参照

「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と憲法 24 条 2 項の有する立法裁量の限界画定機能との関係を理解する上で、まず参照すべきは、夫婦同氏制に関する最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁ではなく、同日に判断が下された再婚禁止期間に関する最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2474 頁である。

氏も婚姻もともに社会的制度であるが、婚姻の前提となる人と人との結びつきに関する自己決定そのものは、自然発生的で生来的内容を持つ自由権的利益であるからである。この点で、存在そのものが専ら制度に依存する氏と、自然発生的な結合を前提とした制度である婚姻は、区別されなければならない。被告が述べるとおり、原告の主張する法的利益は法制度を前提とするものでなく、生来的内容を持つ自由権的利益であるのだから、先行する裁判例において、同じく自然発生的自由に関して述べられた部分があるならば、まずそちらを参照すべきである。

再婚禁止期間の違憲性を認めた最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2474 頁（以下本項において、「本判決」とする）は、以下のとおり述べる（下線及び①②の付番は、筆者が付した）。なお類似の判示は夫婦同氏制に関する最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 巻 8 号 2586 頁においても、判断の前提条件として述べられているが、ここで本判決を参照する目的は、生来的内容を持つ自由権的利益と憲法 24 条 2 項の関係を整理する手がかりを得ることにある。

「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法 24 条 2 項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものだといえる。また、同条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、①婚姻をどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法 890 条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法 772 条 1 項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることを併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。

そうすると、②婚姻制度に関わる立法として、婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考

慮に入れた上で検討をすることが必要である。」

(ア) 下線部①について

まず重要な点は、憲法 24 条 1 項を参照した下線部①の判断である。下線部①の判断は、婚姻制度自体は法制度であるが、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由且つ平等な意思決定に委ねられるべき」であるとされ、「法律上の婚姻制度を使う」という意思決定の根底にある、誰とどのようなかたちで一緒に人生を過ごすのか、あるいは過ごさないのかを決定するという、法制度に依らない生来的内容を持つ自由権的利益としての意思決定の尊重が、憲法 24 条 1 項の趣旨に含まれているということを意味している。

その上で注目に値するのは、下線部②である。下線部②の判断は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して 100 日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」と定めた民法 733 条 1 項（当時）を、「婚姻制度に関わる立法」とであると表現する点で、極めて重要である。これは「再婚をすることができない」とする法律効果からすると当然の判断とも思えるが、本条の立法趣旨がもつばら「父性の推定の重複を回避」することにあると捉えられてきたことに鑑みれば、父子関係の早期明確化の重要性を認めながら、なお民法 733 条 1 項（当時）を、単に「父子関係」に関する規定であるとしなかった点に、大きな意味があるのである。なぜなら、先行判例である最高裁平成 7 年 12 月 5 日第三小法廷判決・民集 177 号 243 頁の以下の判断を明示的に覆しているからである（ただし加本牧子最高裁判所調査官（当時）の判例解説が述べるとおり、平成 7 年判決は「本件規定の憲法適合性について判断をしたものではない⁴⁷⁾」）。

「上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四一条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四一条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」

立法目的としての父性の推定の重複回避と「婚姻の自由」という観点から多数意見を理解することの適切さは、憲法上の保護に値する利益たる「婚姻の自由」に着目して立法裁量統制の厳格化を求める本判決の千葉勝美裁判官補足意見を参照することによって、一層明らかになる（下線は引用者が付した）。

「今回、6 箇月間のうち 100 日の女性の再婚を禁止する期間を設ける部分については、父性の推定の重複を回避するという立法目的が明確に整理されてその合理性が是認された以上、それとの関連において目的達成の手段としての合理性は理論的には当然に認められるところである。ところで、従前、当審は、法律上の不平等状態を生じさせている法令の合憲性審査においては、このように、立法目的の正当性・合理性とその手段の合理的な関連性の有無を審査し、これがいずれも認められる場合には、基本的にはそのまま合憲性を肯定してきている。これは、不平等状態を生じさせている法令の合憲性の審査基準としては、いわゆる精神的自由を制限する法令の合憲性審査のように、厳格な判断基準を用いて制限することにより得られる利益と失われる利益とを衡量して審査するなどの方法で

⁴⁷⁾ 加本牧子「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）（2016）656 頁。

はなく、そもそも国会によって制定された一つの法制度の中における不平等状態であって、当該法制度の制定自体は立法裁量に属し、その範囲は広いと、理論的形式的な意味合いの強い上記の立法目的の正当性・合理性とその手段の合理的関連性の有無を審査する方法を採ることで通常は足りるはずだからである。

しかしながら、立法目的が正当なものでも、その達成手段として設定された再婚禁止期間の措置は、それが100日間であっても、女性にとってその間は再婚ができないという意味で、憲法上の保護に値する婚姻をするについての自由に関する利益を損なうことになり、しかも、多数意見の指摘するとおり、今日、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加する状況があり、再婚への制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情の下で、形式的な意味で上記の手段に合理的な関連性さえ肯定できれば足りるとしてよいかは問題であろう。このような場合、立法目的を達成する手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）も更に検討する必要があるといえよう。多数意見が、「婚姻に対する直接的な制約を課することが内容となっている本件規定については、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。」としているのは、この趣旨をも含めた説示であろう。」

千葉勝美裁判官補足意見を受けて、本判決が父性の推定の重複回避を民法733条1項（当時）の立法目的としていてもなお、再婚禁止期間の規定を「婚姻制度に関わる立法」であるとする理由を、更に明瞭に言語化するならば、その実体が妻（女）の婚姻の自由を制約しているにもかかわらず、「父子関係」の問題だということを通じて妻（女）を当事者として立ち現れさせないようにしている状況が、日本国憲法が憲法24条2項に基づいて否定したはずの「家」制度の残滓により、女性の婚姻の自由を制約することを問題視しているからである、といえる。

これと通底する問題について、民法・家族法研究者で立命館大学名誉教授の二宮周平は、嫡出推定の制度（民法722条）と、夫のみに否認権が認められていた嫡出否認制度（民法774条（当時））に表れている課題という観点から、以下のとおり指摘していた（下線は引用者が付した）⁴⁸。

「このような制度を設けた理由としては、第三者の介入を防いで家庭の平和を守ること、嫡出父子関係を早期に安定させることがあげられている。しかし、なぜ夫だけなのかの理由とはならない。明治民法の起草者は、妻に否認権を認めれば自らの姦通を、子に否認権を認めれば母の姦通を訴訟で主張・立証することになり、弊害があるとする。しかし、夫が否認権を行使する場合も、妻の姦通を主張・立証することになるのだから、事態は同じである。結局は、否認権の行使を夫に委ねて夫の体裁を守り、妻や子は夫の意思に従うべきであるという父権的な考え方であると指摘されている。確かに否認の対象は夫と子の間の父子関係であり、妻は当事者ではない。しかし、自分の産んだ子について、夫が父であるか否かを述べる機会が保障されないことは、不貞の妻に対する制裁のようであり、まるで妻は子を産む道具であるかのような扱いである。」

このような批判の中で、令和4年12月16日法律第102号は、民法773条を削除して再婚禁止期間を廃止し、また同774条を改正して母や子の否認権を認めるに至ったのである。母体保護法3条1項における配偶者同意要件も、これと全く同じ理由で、憲法24条2項の「個人の尊厳」を尊重しないものとし

⁴⁸ 二宮周平「家族法と憲法」憲法研究第4号（2019）159頁。

て、批判されなければならない。

「個人の尊厳」を尊重しない身体的性に基づくレッテル張りの解消という立法府の営みは、男女の性別を入れ替えても当然あてはまり、家族法以外の法領域においても、近年推進されている。

一例として、平成 29 年 6 月 23 日法律第 72 号における強姦罪の廃止と強制性交等罪の新設がなされた刑法 177 条改正の経緯にも同様の論理がみられる（なお令和 5 年 6 月 23 日法律第 66 号の施行をもって強制性交等罪も廃止され、現在は不同意性交等罪となっている）。平成 29 年改正以前の刑法 177 条は、「暴行又は脅迫を用いて十三歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、三年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。」と規定していたが、同改正により「十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。」とされた。これは旧刑法 177 条の強姦罪の合憲性について判断した最高裁判所昭和 28 年 6 月 24 日大法廷判決・刑集 7 巻 6 号 1366 頁の以下の判示と相反するかたちで、強姦の主体と客体を身体的性により区別することについて、立法府が否定的態度を明瞭にしているといえる。

「刑法が前記規定を設けたのは、男女両性の体質、構造、機能などの生理的、肉体的等の事実に差異に基き且つ實際上強姦が男性により行われることを普通とする事態に鑑み、社会的、道徳的見地から被害者たる「婦女」を特に保護せんがためであつて、これがため「婦女」に対し法律上の特権を与え又は犯罪主体を男性に限定し男性たるの故を以て刑法上男性を不利益に待遇せんとしたものではないことはいふまでもないところであり、しかも、かかる事実に基く婦女のみの不均等な保護が一般社会的、道徳的観念上合理的なものであることも多言を要しないところである。されば、刑法一七七条の規定は、憲法一四条に反するものとはいえない。」

民法 773 条の廃止、民法 774 条や刑法 177 条の改正は、いうまでもなく立法府の立法裁量のもとで行われている。なぜこのような法律の改廃が平成後期から令和にかけて相次いでいるのかを、裁判所は正確に把握して本件訴訟の審理に臨む必要があると、本意見書執筆者は確信している。身体的性の区別に基づく立法に対して要求される裁量統制の程度は、社会状況の変化の中で、厳格化しているのである。

（イ）下線部②について

以上を踏まえて、上記下線部②に関する本意見書の見解に対し、想定される二つの批判に応答しておきたい。

第一に、民法 733 条 1 項（当時）は「婚姻に対する直接的な制約」であるが、母体保護法 3 条 1 項は医師に対する行為規範であるため、原告に対する「直接的な制約」がないことから、原告は母体保護法 3 条 1 項の立法裁量違反を争う原告適格がない、とする反論が予想される。

しかしこのような理解は、明らかに誤っている。なぜなら、原告らが望んでいるのは、適法に「不妊手術」を受けることであり、そのような「不妊手術」は医師によってのみ実現され得るのであるから、母体保護法 3 条 1 項は「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」に対しては「直接的な制約」にあたるためである（本意見書第三節第二項で既に論じた）。自己決定とは、単に意思決定することではなく、決定した内容を実現しようと努力することを含むからである。

自己決定の自由が憲法上保護される利益（または憲法上保障される権利）であるとしても、結果の実現を担保するものではもちろんない。しかし仮に、自己の意思を実現するために努力（行為）する自由

が自己決定の自由の内容に含まれないとすると、自己決定をする自由は、憲法 19 条で保障される思想・良心の自由（内心の自由）の域を出ないものとなる。だが、自らの身体の処分について自己決定をする自由は、最高裁令和 5 年 10 月 25 日大法廷判決・民集 77 卷 7 号 1792 頁（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）が、「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由」を、「人格的生存に関わる重要な権利」として、憲法 13 条によって「保障されていることは明らかである」と判断したことに照らせば、自己の意思に従って行動する自由が憲法により保障されていること自体は、先行する最高裁判所判決で認められていると解さざるを得ないのである。

この意味で、仮に夫婦同氏制に関する最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁が「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない。」とした判示を引いて、母体保護法 3 条 1 項が原告の「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」に対する「直接的な制約」にあたるとする主張に反駁することがあるとすると、これは明らかに誤っている。

他方、「婚姻に対する直接的な制約」における「婚姻」とは、民法上の制度であり、自己決定をする自由とそのまま並置することができない、という批判も想定される。これは適切な批判である。そのため本意見書執筆者は、このあと「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割を、更に論証する責任を負うことになる。

しかし、上記本判決の引用箇所が本件訴訟との関係において重要な点は、憲法 24 条 2 項が、少なくとも憲法 24 条 1 項に内在する自然発生的な生来的内容を持つ自由権的利益としての婚姻の基礎となる自己決定という観点から見た時、その立法裁量の限界画定機能を法制度に依存するものに限定するとは解されていない、ということである。

憲法 24 条 1 項に内在する「婚姻」が、制度的自由に限定されず、自然発生的な生来的内容を持つ自由権的利益を含んでいるということについては、著名な憲法学者で東京大学名誉教授の高橋和之による以下の言説を見ると、明瞭に理解することができる⁴⁹。

「立法が 24 条に違反していなければ、24 条の要請は充たされるのであり、重要なのは婚姻が制度かどうかではなく、24 条 1 項の規定する婚姻の要件を充たしているかどうかである。制度であるかどうかにより、充たすべき内容がことになってくるというのであれば、制度かどうかを確定する必要が生じるが、私の理解する限り、同条 1 項の婚姻概念を制度と捉えるかどうかは、同項の要求内容に変化をもたらさない。にもかかわらず制度であることを強調すると、制度の内容は法律で定める以外にないのであり、1 項にいう婚姻とは法律により定められた婚姻制度を指すのだという、誤った解釈に陥る危険が大きい。実際、24 条の婚姻は制度であり、制度の内容は法律により形成されるという見解が多く見られる。ドイツの客観法的価値理論に通じる面を持つ議論であるが、日本国憲法はそのような理論に依拠してはいない。」

以上を踏まえると、被告が第 1 準備書面 20 頁において「子をもうけるか否かに係る自己決定のような利益は、そもそも特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ、法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない。このように、母体保護法 28 条及び 34 条に関し原告らが主張する利益が特定の法制度を前提とするもの

⁴⁹ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 6 版）』（有斐閣・2024）288 頁。

等とはいえない以上、このような利益に関して憲法 24 条 2 項が立法裁量の限界を画する機能を有するとはいえない。」と立論している点については、第一文（「子をもうけるか…捉えられるべきものではない。」）と第二文（「このように…有するとはいえない。」）の関係について、先行する最高裁判決の射程や、参照すべき最高裁判決を誤認していることが推認される。なお繰り返すが、原告は、母体保護法 28 条及び 34 条との関係ではなく、医師の行為の違法性阻却事由を定めた母体保護法 3 条 1 項との関係で、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を含む自らの法的権利利益を主張する者であり、また「子をもうけるか否かに係る自己決定のような利益」を主張しているわけでもない。

（２）生来的内容を持つ自由権的利益が憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割

ここから、生来的内容を持つ自由権的利益である「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割について、論証する。まず、生来的内容を持つ自由権的利益一般が、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割について検討する。

そもそも、生来的内容を持つ自由権的利益は、憲法学においては「防御権又は防御権的に構成できる権利」であると解される⁵⁰。そうだとすると、そもそも憲法 24 条 2 項により立法府に立法裁量が認められるものではなく、他の条文（憲法 13 条等）において防御権的に争うことのみが適切、とする考え方もあり得ると思える。しかしそのような理解は、二点の誤りを含むことにより、否定される。

第一の誤りは、夫婦同氏制に関する最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁が示した「立法裁量の限界を画する機能」に関する判決文を、正確に読んでいないことである。

同判決は、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない場合に、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」とした（下線は引用者が付した）。ここでの審査の在り方は、明らかに、憲法 13 条に基づき主張される権利（人格権）につき防御権的な審査を行った上で、「更に」、すなわち追加的に、憲法 24 条 2 項を基準として立法裁量の限界を超えるかどうかを判断しているのである。

この点について前出の二宮は、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁多数意見の論旨を「憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない利益でも、24 条 2 項の要請、指針から逸脱していないかどうかを更に審査し、場合によっては違憲となり得ることを示した」と明瞭に理解する⁵¹。すなわち、防御権的に争うことができる生来的内容を持つ自由権的利益について、第一に憲法 13 条や 14 条 1 項との関係で権利として構成し、その憲法適合性を争った上で、その結論が合憲であるとしても、更に立法裁量の限界を超えているか否かを争うことは、同判決の判断枠組みと全く同一である。なお、憲法 24 条 2 項の立法裁量の審査における審査の対象が「法制度」である必要がないことは、本意見書第四節第三項において既に論証した（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁では、訴訟物が

⁵⁰ 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権（第 2 版）』（日本評論社・2023）83 頁〔渡辺康行〕。

⁵¹ 二宮周平「判批」私法リマークス No. 53（2016）60 頁。

「法制度」であった、というだけのことである)。

第二の誤りは、憲法 24 条の趣旨を取り違えていることである。原告（第一審訴状 36 頁ほか）被告（第一審第 2 準備書面 19 頁）が、それぞれ参照した一橋大学名誉教授である渡辺康行を含む憲法学者 4 名の筆からなる教科書によれば、「家族の維持形成に関わる自己決定権は、憲法 13 条よりもむしろ憲法 24 条の保障の問題」とされている⁵²（本意見書第二節第二項の竹中勲の見解も併せて参照）。それは、「憲法 24 条は 13 条の特別法的規定」であるという意味であるが⁵³、そのように解される理由は、「日本国憲法 24 条は、GHQ 内部の草案に含まれていた家族保護規定が削除されるという制定経緯を経たことにより、明治憲法下の「家」制度の否定を核心とする規定として理解された」ことによる⁵⁴。すなわちこの理解は、既に本意見書第二節で論じてきた憲法 24 条の背景に起因するのである。

以上のとおり、自然発生的な生来的内容を持つ自由権的利益であっても、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界を画する機能を有することは、先行する最高裁判決や主要な学説に照らして明らかである。なお言うまでもないが、国民主権（憲法前文及び 1 条）に基づく民主主義国家である日本において、立法裁量が、日本国憲法に反しない範囲で（憲法 98 条 1 項）、防御権についても存在することは、憲法適合性が問題となった先行する裁判例において広く認められている周知の事実である。そのため、現に存在する家族に関する事項を含む法律について、憲法 24 条 2 項に照らして立法裁量の範囲を超えているかどうかを判断することが、「特定の法制度を前提とするものとも、あるいは、特定の法制度を待って認められるものともいえず、いずれにせよ、法制度の設計によりその具体的内容が捉えられるべきものではない」場合に不可能である、ということは有り得ない。むしろ特定の法制度を前提としない、あるいは特定の法制度を待って認められるものともいえない生来的内容を持つ自由権的利益の場合、その防御権的意義、すなわち「国家から介入されない自由」を憲法が一般に保障している趣旨（憲法 12 条、13 条後段）に鑑みて、また本意見書第五節第一項（ア）において論じた社会的状況の変化に鑑みて、相対的に厳格な密度での立法裁量統制が果たされるべきなのである。

（3）「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能において果たす役割

その上で、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」と、憲法 24 条 2 項の立法裁量の限界画定機能との関係は、いかなるものであるのか。

「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」とは、本意見書第二節第一項に述べた通り、身体の自己所有の原則に基づいている。身体の自己所有の原則は、自らの身体の処分を自らの意思に従わせることであり、日本国憲法第三章のうち憲法 19 条を除く全ての自由の基礎として、一人ひとりの個人が自由を行使する大前提となる極めて重要な原則である。

次に、最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁によれば、「憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、（中略）当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」とされる。この基準に則ると、「当該規定が個人の尊

⁵² 渡辺ほか、同上、130 頁 [松本和彦]。

⁵³ 渡辺ほか、同上、483 頁 [宍戸常寿]。

⁵⁴ 渡辺ほか、同上、482 頁 [宍戸常寿]。

厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否か」が問題となるところ、母体保護法という憲法 24 条 2 項前段の「家族」に関する法により制約される身体の自己所有の原則に由来する「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」という法的利益は、憲法 24 条 2 項後段の立法裁量の限界を画する要素たる「個人の尊厳」に直結する憲法上保護されるべき利益として立ち現れることによって、立法裁量を、相対的に厳格なかたちで統制する。つまり、「家族に関するその他の事項」に関する「法律」である母体保護法は、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」が、母体保護法 3 条 1 項は、個人の尊厳の一部を形成する「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を、正当な理由なく毀損するものとして、立法裁量の限界を超えているのである。

身体の自己所有の原則に従えば、自らの意思によって自らの身体を処分することができることが要求される。原告らの望みは、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」の適法な行使である。

母体保護法 28 条は不妊手術を一般に禁止し、その違反に対しては、母体保護法 34 条に基づき罰則が科せられるところ、適法に不妊手術を実施することができるのは、母体保護法 3 条 1 項における「医師」のみである。そのため、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を現実に行使するためには、「医師」の行為の介在が不可欠である。

もちろん、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」は如何なる場合にも保護されるべき法的利益というわけではなく、手術を受けることを希望する者の生命を損ねる危険性が高い場合等、一定の内在的制約に服する可能性はある。また医師という第三者の行為が介在する以上、医師に課された法的義務等との関係で制約に服する可能性も当然ある。その意味で、立法府には「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」についても、一定の立法裁量が認められる。

しかし母体保護法 3 条 1 項には、行為主体が「医師」であること、本人が同意していること以外に、配偶者同意要件（母体保護法 3 条 1 項本文）があり、子どもを現に有しているかどうかにより手術の可否の判断基準に異なる要件（同 1 号及び 2 号）が課せられている。これらの要件について、前者は憲法 24 条 2 項における「個人の尊厳と両性の本質的平等」の要請に反した「家」制度の残滓であり、後者は「子を産む道具」たる「母体」として女性を評価しているからこそ生じる区別であって「個人の尊厳」と全く相容れないものである。

立法裁量統制機能を果たす「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を基準として、当該自由を実現するために必要不可欠な医師の「不妊手術」という行為が適法に行われ得る要件として、配偶者同意要件及び子どもを現に有しているかどうかによって手術の可否の判断基準に異なる要件を設けた母体保護法 3 条 1 項の規定は、配偶者の所有物ないし国家のために「産む道具」として、母体になり得る可能性がある女性の身体を捉えたものであり、仮に憲法 13 条及び 14 条 1 項に違反しない場合であっても、憲法 24 条 2 項が立法府に認めた立法裁量を明らかに超えて「個人の尊厳と両性の本質的平等」を毀損する「家族に関するその他の事項」を定めたものであるといえ、違憲である。

6. 第一審判決の判示の問題点

以上に論じた本意見書の立場から見て、第一審判決の憲法 24 条と母体保護法に関する判示（第一審判決 39-40 頁）には、重大且つ明白な論理的破綻が二点ある。

（１）「母性」と憲法 24 条 2 項の射程に関する誤解による論理的破綻

第一に、第一審判決が、母体保護法の目的を産む性としての「母性」に関わるものであることを認定した上で、なお「家族に関する法制度を定めたものであるとはいいい難い」という点である。

「母性」という表現は、「女性」や「男性」とは異なり、潜在的な子を含む「子」の存在を前提としている。なぜなら、「母」「父」とは、あくまで家族関係において個人が有する地位を表しているからである⁵⁵。民法が第 4 編第 3 章に「親子」、第 4 章に「親権」を規定するとおり、「母性」に関する関係とは、まさに家族に関する事項である。本意見書 5. において明らかにしたとおり、生来的内容を持つ自由権的利益に関わり、且つ家族に関する行為である事項は多くあり、「母」たる性に関する制度は明らかにその一部にあたる。「母」は、家族関係の中にしか、存在し得ないからである。そして憲法 24 条 2 項は、生来的内容を持つ自由権的利益である「配偶者の選択」や「住居の選定」を、その保護すべき対象として明示的に列挙している。

「母性」に関わる法律が「家族に関する法制度を定めたものであるとはいいい難い」とする理由として、他に「憲法 24 条 2 項は現時点で存在する家族を保護するものである」という理解を想定することができるが、このような理解は、憲法 24 条 2 項の文言に照らして、明らかに誤りである。

生来的内容を持つ自由権的利益として条文上明示された「配偶者の選択」を考えてみれば、その誤りにすぐに気が付くことができるだろう。すなわち「配偶者の選択」に、結婚しない（配偶者を選ばない）という選択は、当然に含まれている。なぜなら、「配偶者の選択」に「A を選択するか B を選択するか」という選択肢しか存在せず、「誰のことも選択しない」という選択肢がないとすると、「配偶者の選択」に関して「個人の尊厳」に基づいて行うことができないからである。「配偶者の選択」について、「誰のことも選択しない」という選択肢が認められているということは、憲法 24 条 2 項が、現時点で存在する家族に関する法律だけを対象としているわけではないことは、明らかである。

第一審判決は、同性婚訴訟や夫婦同姓訴訟などにひきずられるかたちで、社会的家族関係だけを「家族に関する法制度を定めたもの」と捉えている恐れがあるが、その理解は、「母性」あるいは「母」という語を正しく理解していない上、憲法 24 条 2 項の射程をも正しく理解していないという、二重の問題に基づく論理的破綻を抱えていると指摘せざるを得ない。

（２）原告の主張を「避妊」という結果を得ることに特化して捉えることによる論理的破綻

第二に、「不妊手術を受けることが出来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」から「家族に関する法制度を定めたものであるとはいいい難い」という点である。

前提として原告は、ただ「避妊」という結果を得たいと主張しているわけではなく、自らの望む「不妊

⁵⁵ 我妻榮ほか（著）『民法 3 親族法・相続法（第 5 版）』（勁草書房・2024）が、「自然血族関係は、親子の血縁を基礎とするものであるから、人がだれを父母として生まれたかによって決定される。そうして、だれが父母であるかは懐胎と出産によって確められる」ことを確認し（41 頁）、更に「母子関係については、民法上明文規定はなく、一般に、子を分娩出産した女性が母であると解されている」とする（123 頁）とおり、「母」であるという女性の身分は、（潜在的なものを含む）「子」たる人が想定されなければ、成立しない。

手術」を受けたいと主張している。最終的な目的が「避妊」である原告もいれば、それ以外の目的を有する原告もいる。「不妊手術」を受けることにより実現される結果は、原告間で共通していないし、それ自体は本訴訟の主たる争点ではない。本訴訟の主たる争点は、「不妊手術」という事実上の行為を受けることが、母体保護法によって妨げられている、ということである。

そして「不妊手術」を受けることを妨げる法律として、事実としての家族に直結する「母性」の「生命健康を保護する法が存在し、その「家族に関するその他の事項」に関する法律である母体保護法3条及び同条違反の場合の罰則規定が、パターンナリスティックに、個人として尊重されるべき女性を「母性」として勝手に保護していることを、憲法24条2項の「個人の尊厳」に反するのだと、原告は主張しているのである。

パターンナリスティックな権利制約は、原則として、未成年者や成年被後見人等の、法的保護が必要な対象に対してのみ、例外的に認められるものである⁵⁶。母体保護法3条が「母性」を一方的に保護しようとすることは、女性を「母性」として、法的保護が必要な対象として取り扱っていることを意味している。一人の自律した成人たる女性が、自らの身体を「母性」という家族関係に勝手に押し込まれることを否定的に考え、「個人の尊厳」に基づいて取り扱った結果として辿り着いた「不妊手術」という手段の採用を、母体保護法3条は妨げている。そして本章(1)で述べたとおり「母性」は家族関係なくしては存在しない概念である以上、母体保護法3条を含む諸規定は、憲法24条2項による立法裁量の限界に服するものとして、慎重な審査を要するのである。

更には、不妊手術を受けられなくても「直ちに子をもうけること」にならないのであれば、母体保護法が「家族に関する法制度を定めたものであるとはいいい難い」という命題は、明らかな論理的誤謬を含んでいる。「直ちにAとならないならば、Bは、Aを含むCに関する(法)制度を定めたものであるとはいいい難い」と抽象化して表現してみれば、何人もその誤謬に気付くはずである。Aを含むCに関する制度(本件で言えば「家族に関する法制度」というのは、可能性としてのA(本件で言えば「子をもうけること」)を前提としたさまざまな制度を言うのであり、事実としての「直ちに子をもうけること」とは、関係がない。事後的行為と、憲法24条2項における「家族に関するその他の事項」についての「法律」によって定められる法制度は、区別されなければならない⁵⁷。

第一審判決は、原告の主張を「避妊」という目的を達成する手段として「不妊手術」を受けること、と矮小化することで原告の主張の要点を取り違えた上、「直ちに子をもうけること」にならないのであれば「家族に関する法制度を定めたものであるとはいいい難い」という明らかな論理的誤謬を抱えており、看過し得ないほど論理的に破綻している。

⁵⁶ 佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』(成文堂・2020)154頁は、J.S. ミルの「他者加害原理」に基づき、「あなた自身のためにならないからという理由で権力が後見的に(パターンナリスティックに)その人の生に干渉することは許されない」という命題を「自由の原理」の重要な一部として確認した後、「未成年者の場合を考えれば分かりやすいが、人格的自律そのものを回復不可能なほど永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れないと解される(限定されたパターンナリスティックな制約)。」と述べる。この点、「不妊手術」の回復不可能性に着目して、母体保護法3条1項に基づく介入を正当化しようとする主張があり得ると思われるが、前提として、女性は未成年者のように、庇護されるべき存在ではない。女性を庇護されるべき母体として捉えることは、まさにそれ自体が、憲法24条2項後段に定める「両性の本質的平等」に反する理解であって、立法裁量の限界を拡張する理由付けとしては決して使うことができない。

⁵⁷ なお、第一審判決は陥っているものとは異なるが、「家族に干渉されず個人で決定できるのであれば、憲法24条2項における「家族に関するその他の事項」ではない」という誤謬も生じ得る。これは言うまでもないが明らかな誤りであり、その誤りは、第一審判決が陥っている論理的破綻の第二と同様の思考パターンに依存している。つまり「個人で決定できる」かどうかは事実問題であり、その事実に対する法的保護が憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」により担保されるのだが、憲法24条2項前段に定められた立法裁量統制の要素は、「法律」により定められる制度を統制するものである。

以 上