

令和8年（行コ）第119号

自由に不妊手術等を受けることのできる地位確認等請求控訴事件

控訴人 梶谷風音ほか4名

被控訴人 国

控 訴 人 ら 準 備 書 面 (4)

—小西葉子准教授意見書を踏まえた憲法24条2項の主張の補充—

令和8（2026）年6月18日

東京高等裁判所第16民事部ロA係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 亀 石 倫 子

同 井 桁 大 介

同 岡 香 織

同 谷 口 太 規

同 戸 田 善 恭

同 早 坂 由起子

同 太 田 こもも

第1 はじめに

本書面は、本件各規定が憲法24条2項に違反することについて、当審において提出する関西学院大学総合政策学部小西葉子准教授作成意見書（甲175。以下「小西意見書」という。）を踏まえて論じる。

小西意見書は主として、

- 1 本件各規定は「家族に関する事項」として憲法24条2項の審査対象となること（本書面第2）
- 2 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」は憲法上保護されるべき重要な利益であり、憲法24条2項の「個人の尊厳」を通じて本件各規定に対する立法裁量統制の要素となること（本書面第3）
- 3 自然発生的権利についても憲法24条2項の立法裁量の限界を画する機能は否定されないこと（本書面第4）
- 4 本件各規定は「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を不当に制約しており、憲法24条2項の規律する立法裁量を逸脱したものであること（本書面第5）

を論じている。

以下、小西意見書を踏まえた上で、原判決の誤りを改めて指摘するとともに控訴人らの主張を補充する。

第2 本件各規定は「家族に関する事項」として憲法24条2項の審査対象となること

1 原審の判断及び控訴人らの主張

控訴人らが主張する憲法24条2項の審査対象は、「不妊手術等がいかなる場合に許容されるか」についての規律である本件各規定であるところ、原判決は「不妊手術を受けることができないければ避妊をすることができないとはいえず、不妊手術を受けることができないとしても、直ちに子をもうけることとなるものではない」ことを理由に、本件各規定は「家族に関する事項」に該当しないとして、憲法24条2項の裁量統制審査を全く行わなかった（原判決39、40頁）。

控訴人らは、既に、控訴理由書において、①本件各規定は母体保護法の目的・制定経過などから「家族に関する事項」に該当すること、②不妊手術の他に避妊方法があることは「家族に関する事項」該当性を否定する根拠とはならないこと、③「家族に関する事項」には家族を形成しない方向での消極的家族形成に関する事項も含まれることから、原審の判示内容には憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法があることを主張した（控訴理由書30～34頁）。

2 小西意見書の指摘

小西意見書は、原審の上記判示内容について、以下の4点を指摘する（小西意見書31～32頁）。

- (1) 1点目は、「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難い』と」したことについて「『母性』あるいは『母』という語を正しく理解していない」と指摘する（小西意見書31頁）。

すなわち、「『母』『父』とは、あくまで家族において個人が有する地位を表して」おり、「『母』は家族関係の中にしか、存在し得」ず、「『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」ため、「『母性』に関する関係とは、まさに家族に関する事項である」として、原審が認定した法の目的規定から本件各規定が当然に家族に関する事項に該当することを指摘している（小西意見書31頁）。

- (2) 2点目は、原審が母体保護法を母性に関わる法律と認定しながらも憲法24条2項の射程外としたことの理由として、「『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」とした上で、そうであるとすれば、「このような理解は、憲法24条2項の射程を正しく理解していない」ことを指摘する（小西意見書31頁）。

想定される「現時点で存在する家族（のみ）を保護するもの」という原審の理解は、未だ家族形成に至っていない潜在的家族に関する事項や家族を形成しないことを含む消極的家族形成を憲法24条2項の射程外とすることを意味しているが、小西意見書は「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」と指摘する。すなわち、憲法 24 条 2 項は、条文上「配偶者の選択」が明示的に挙げられており、「配偶者の選択」とは「誰のことも選択しない」という選択肢が当然に含まれていることから、このことを根拠に、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」とし、潜在的家族や消極的家族形成に関する事項が憲法 24 条 2 項の射程内にあることを指摘している（小西意見書 31 頁）。

- (3) 3 点目は、原審が「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争点を取り違えていることを指摘する（小西意見書 32 頁）。

小西意見書は、控訴人らの主張を「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『不妊手術』を受けたいと主張している」のであって、「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」とする。さらに、「一人の自立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めら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」と整理し、原判決が本件各規定を「避妊方法の一手段」に対する規制として把握し、憲法 24 条 2 項による実質的審査を回避したことを批判する（小西意見書 31～32 頁）。

- (4) 4 点目は、原審の判断が「『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、看過し得ないほどに論理的に破綻している」ことを指摘する（小西意見書 32 頁）。

すなわち、小西意見書は、原審が「子をもうけることに関連する法制度」を「家族に関する法制度」とであると捉えていることを前提に、「子をもうけることに関連する法制度」とは、子をもうけることの可能性を含む様々な法制度を指すのであり、「直ちに子をもうけること」にならないければ「家族に関する法制度」ではないとするのは、「明らかな論理的誤謬を含んでいる」と指摘し、

子をもうけるという「事実的行為」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」を区別しなければならないことを指摘している（小西意見書 32 頁）。

3 小括

以上のとおり、原審が母体保護法の目的を母性保護と認定しながら憲法 24 条 2 項の射程外としたこと、控訴人らの主張を「避妊」を目的とした避妊方法の一部に対する規制として争点を取り違えたこと、「ただちに子をもうけることにはならない」ことを理由として「家族に関する事項」ではないと判断したことについて、原判決には憲法解釈の誤り並びに事実誤認及び理由不備の違法がある。

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

第 3 控訴人らが主張する「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」等の権利又は自由は、憲法上保護される重要な利益であり、憲法 24 条 2 項の立法裁量統制の要素となること

1 控訴人らの主張

控訴人らは、原審において憲法 24 条 2 項審査において問題となる利益を憲法 13 条に根拠付けられる「不妊手術等を受ける権利」と主張してきたところ、原判決は憲法 13 条の判示部分において、「憲法 13 条が不妊手術を受ける権利又は自由を保障しているものと解することは困難であると言わざるを得ない」と結論付けた（原判決 35 頁）。

この点について、控訴人らは、控訴理由書において、不妊手術を受ける権利又は自由が、「子をもうけるか否かの意思決定の自由」、「避妊の自由」、「身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権」、「身体への侵襲（妊娠・出産）を受けない自由」、「身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由」、「不妊手術を受ける私生活上の自由」として位置付けられること（以下、控訴人らが主張するこれらの権利・自由を総称して「不妊手術を受ける権利又は自由」という。）、また、これらの権利又は自由が、憲法 13 条により保障される権利又は

自由であり、少なくとも憲法上保護される利益であることを主張した。

また、憲法24条2項の立法裁量の限界画定機能の具体的内容としては「単に憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものではなく（略）憲法上直接保障された権利とまでは言えない人格的利益をも尊重すべきこと」とされており（再婚禁止期間違憲判決・最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁、夫婦別姓訴訟判決・最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）、憲法24条2項審査で考慮される利益は、必ずしも、憲法上保障されていることは要請されない。

つまり、仮に不妊手術を受ける権利又は自由が憲法上保障されていると認められない場合であっても、少なくとも憲法上保護される利益として認められる場合には、なお、憲法24条2項の立法裁量統制審査はされるべきである。

控訴人らとしては、憲法24条2項審査の前提として、不妊手術を受ける権利又は自由が少なくとも憲法上保護される利益であり、憲法24条2項の立法裁量統制の要素となることを主張する。

2 小西意見書の指摘

(1) 不妊手術を受ける権利又は自由が憲法上保護される利益であること

小西意見書は、不妊手術を受ける権利又は自由のうち、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」を「『不妊手術』を受ける権利」の重要な構成要素の一部であり、「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根拠づけるものである」（小西意見書3頁）として、請求原因を直截的に基礎付ける自由として抽出し、その憲法上の意味について、以下のとおり指摘する。

不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由の前提には、「身体の自己所有の原則」があり、同原則は憲法の第三章の各規定に既に内在していることを指摘する（小西意見書4頁、6頁）。具体的には、憲法13条及び憲法31条が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していること（小西意見書4頁）、憲法18条が奴隷的拘束を禁止していること（小西意見書5頁）、憲法24条2項が家庭内における隷属的従属を前提にした家制度を否定したこと

（小西意見書５頁）を挙げる。

また、判例上、「自己の意思に反して身体の侵襲を受けない自由」が憲法１３条によって保障されており（最高裁令和５年１０月２５日大法廷判決・民集７７卷７号１７９２頁）、また、判例が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（宗教的輸血拒否事件・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）を指摘し、「自己の意思に沿った身体の侵襲（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」ことを指摘する（小西意見書４～５頁）。

すなわち、不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由は、人格の尊重にとって極めて重要な一要素としての身体に関する自己決定の自由と、この前提となる身体の自己所有の原則により支えられるものであり、小西意見書は「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即して、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」利益である（小西意見書３頁～４頁）と指摘する。

(2) 「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が本件各規定の立法裁量統制において果たす役割

本件において、「不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由」が立法裁量統制においてどのような役割を果たすかについて、小西意見書は以下のとおり説明する。

憲法２４条２項の裁量統制審査は、「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」（夫婦別姓訴訟判決・前掲最大判平成２７年１２月１６日・民集６９卷８号２５８６頁）とされていることを前提に、「不妊手術を受けるか否かの自己決定する自由」は、「身体の自己所有の原則に基づいて」おり、当該原則は「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」から、当該法的利益は「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」。

すなわち、本件各規定が「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、正当な理由なく棄損するもの」かどうかという視点で判断されるべきであると指摘する（小西意見書２９～３０頁）。

３ 小括

以上のとおり、不妊手術を受ける権利又は自由は、少なくとも憲法上保護される重要な利益であり、憲法２４条２項後段の「個人の尊厳」に織り込んで立法裁量統制機能を果たすものである。

第４ 自然発生的利益についても憲法２４条２項の立法裁量の限界を画する機能は否定されないこと

１ 原審での被控訴人の主張及びこれに対する控訴人らの反論

被控訴人は、憲法２４条２項の立法裁量限界画定機能は、制度に依存する権利・利益にのみ認められるものであり、自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益は、憲法２４条２項の立法裁量限界機能を有しないとの主張を憲法２４条２項に関する主要な反論として展開してきた（被告第１準備書面１９～２０頁、同第２準備書面４３～４４頁）。

これに対して、控訴人らは、原審において、憲法２４条２項に関する各種判例及び裁判例等からしても自然発生的利益が立法裁量統制機能を有することは当然の前提となっていることを主張してきた。

２ 小西意見書の指摘

この点について、小西意見書は、自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益が憲法２４条２項の立法裁量統制機能を有することについて、以下のとおり指摘する。

(1) 夫婦別姓訴訟判決の射程に関する被控訴人の誤認

まず、小西意見書は、被控訴人が主張の根拠としていた夫婦別姓訴訟判決（前掲最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2586頁）について、以下のとおり指摘する。

夫婦別姓訴訟判決は氏に関する法制度が問題となり、確かに、「『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内容を規律しているもの』である」。しかし、同判決は、「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』を念頭に置いて判断されたものであり」「『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」と指摘する（小西意見書15～16頁）。

つまり、同判決は、自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益が憲法24条2項の立法裁量統制機能を有するかについて、判断をしておらず、また、排除もしていないため、判示内容の射程外であることを指摘する（小西意見書16頁）。

したがって、同判決の判示内容は、自然発生的利益が憲法24条2項の立法裁量統制機能を有しないとの根拠にはならない。

(2) 再婚禁止期間違憲判決では憲法24条2項の立法裁量統制審査において自然発生的利益を内包する「婚姻をするについての自由」が考慮されていること

そして、小西意見書は、再婚禁止期間違憲判決が、自然発生的利益が憲法24条2項の立法裁量統制機能を有することを前提にした判示をしていることを以下のとおり指摘する。

再婚禁止期間違憲判決は、憲法24条1項を「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについては、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」とした上で、憲法24条2項の立法裁量統制審査において「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容になっている本件

規定については、（略）以上のような事柄の性質（控訴人ら代理人注：憲法24条1項の規定趣旨）を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」と判示した（前掲最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2474頁）。

憲法24条1項についての上記判断は、「婚姻制度自体は法制度であるが（略）誰とどのようなかたちで一緒に過ごすのか、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」おり（小西意見書24頁）、そのような自然発生的利益が内在する憲法24条1項を同条2項の審査として考慮すべきとした上記判断を前提にすれば、「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」と指摘する（小西意見書27頁）。

したがって、先行判例である再婚禁止期間違憲判決は、自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益が憲法24条2項の立法裁量統制機能を有することを前提にしている。

(3) 自然発生的利益は防御権的に争う機能だけではなく、憲法24条2項の立法裁量統制機能を有すること

また、小西意見書は、被控訴人の主張について、憲法24条2項の立法裁量統制機能から自然発生的利益を除外した根拠として「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」、「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」とした上で、以下のとおり指摘する（小西意見書28頁）。

小西意見書は、前掲夫婦別姓訴訟判決が「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条及び14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条に適合するものとして是認されるか否かは、（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」と判示している（前掲最大判平成27年12月16日・民

集69巻8号2586頁)ことをもって、「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」おり、「すなわち、防御権的に争うことのできる生来的内容をも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、さら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」と指摘する(小西意見書28頁)。

したがって、夫婦別姓訴訟判決についても、自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益が憲法24条2項の立法裁量統制機能を有することを当然の前提としている。

(4) 既に存在する法律に基づき規律されている事柄を規律から解放すべきか否かは、まさに憲法24条2項によって統制されるべき立法裁量の限界の問題であること

さらに、小西意見書は、控訴人らの主張を「《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」として整理し、法律が全ての行為を適法・違法で評価するのではなく、国家が法的価値判断そのものを差し控え、個人の自己決定に委ねるべき領域が存在するという非法化の理論及び法的評価空白領域の理論を引用しつつ、控訴人らの主張はまさに立法裁量の限界の問題であり、憲法24条2項審査が行われるべきであることを指摘する(小西意見書17～21頁)。

すなわち、「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』との関係で如何様に機能するのかは、(略)『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」と指摘する（小西意見書20～21頁）。

つまり、既に法により規律されている事柄を法から解放せよという控訴人らの主張は、まさに立法裁量の限界を問題としたものであり、憲法24条2項の立法裁量統制が及ぶものであることを指摘している。

4 小括

以上のとおり、被控訴人の原審における自然発生的利益・生来的内容を持つ自由権的利益が憲法24条2項の裁量統制機能を有しないとの主張は、先行判例の射程や解釈の誤認によるものであり、先行判例はいずれも当該利益が裁量統制機能を有することを前提にしている。

第5 本件各規定は不妊手術を受ける権利又は自由を不当に制約しており、憲法24条2項の規律する立法裁量を逸脱したものであること

1 原審の判断

原判決は、第2において述べたとおり、本件各規定を憲法24条2項の審査対象外と判断したため、裁量統制審査を一切行わなかった。しかし、先に述べたとおり、本件各規定は憲法24条2項の審査対象事項であり、以下のとおり憲法24条2項の規律する立法裁量を逸脱したものである。

2 本件各規定が不妊手術を受ける権利又は自由を制約していること

小西意見書は、控訴人らの主張について「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はない、ということ」と整理する（小西意見書9～10頁）。

原審も本件各規定によって控訴人らの不妊手術が禁止されていることを認めている（原判決２７～２８頁）ことからすれば、当該利益が憲法上保障されるか否かの問題はさておき、原審も同利益が母体保護法の構造上、本件各規定によって制約を受けていることについては認めており、小西意見書が指摘するとおり、本件各規定が控訴人らの不妊手術を受ける権利又は自由を制約していることには疑いの余地はない。

以下、各要件につき正当化が認められるかについて控訴人らの主張及び小西意見書の指摘を挙げる。

３ 法３条の各要件の控訴人らの主張及び小西意見書の指摘

(1) 原則禁止・刑罰による規制

ア 控訴人らの主張

控訴人らは、生命危険要件又は多産要件及び健康低下要件を満たさない限り不妊手術を受けることを禁止し罰則をもうけている本件各規定について、女性に対して一律に身体に妊孕性を温存しておくよう求めるものであり、国家が国策に基づき一定の家族観を国民に押し付けるものとして憲法２４条２項の定める個人の尊厳及び両性の本質的平等に反するものであると主張してきた。

イ 小西意見書の指摘

この点について、小西意見書は、母体保護法は、法律そのものに、女性を「母体」とだけ捉え、潜在的な「産む道具」と捉えている発想が内在しており、これを「憲法２４条２項の与えた立法裁量を逸脱する発想」と指摘する（小西意見書１３～１４頁）。

また、法３条１項について「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」とも指摘する（小西意見書１４頁）。

これらの指摘は、控訴人らの前記主張を補強するものである。

ウ 小括

したがって、国家が女性に対して生殖可能性保持を刑罰で強制することは、女性を人格ある自律的個人として捉えず「国家のための潜在的母体」と捉える

ものであり、正当な理由なく不妊手術を受けるか否かの自己決定をする自由を制約しており、憲法24条2項の個人の尊厳及び両性の本質的平等に反する。

(2) 多産要件（1号要件と2号要件の相違）

ア 控訴人らの主張

控訴人らは、子を持たない又は1人しか持たない者と複数持つ者との間において、不妊手術が許容される要件を生命危険要件から健康低下要件に緩める差をもうけていることについて、国家が女性に子を複数人持つことを責務として課し、その責務を果たさない限りにおいては身体から妊孕性を失わせることを許さないことを示しており、憲法24条2項の定める個人の尊厳、両性の本質的平等に反すると主張してきた。

イ 小西意見書の指摘

この点について、小西意見書は、以下のとおり指摘する。

「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」とした上で、「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」に基づく制度設計であることを指摘している（小西意見書13頁）。

すなわち、「母体ということだけを強調して、子どもを産む身体だから保護しよう」という「子どもを産むということだけを強調する」発想であり、「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『厳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』までいかずとも、『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』状態であったとしても“国家ミッション”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。」として、「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」と、明確に違憲性を指摘する（小西意見書14頁）。

ウ 小括

以上のとおり、多産要件を課して、法3条1号と2号について生命危険要件と健康低下要件の差をもうけている本件各規定は、正当な理由なく不妊手術を受ける権利又は自由を制約しており、憲法24条2項の個人の尊厳及び両性の本質的平等に反する。

(3) 配偶者同意要件

ア 控訴人らの主張

控訴人らは、配偶者同意要件について、妻の生命・健康や身体への自己決定よりも、夫の子を持つことについての自己決定を優先することを国家が宣言するものであり、憲法24条2項の定める個人の尊厳及び両性の本質的平等に反すると主張してきた。

イ 小西意見書の指摘

この点について、小西意見書は以下のとおり指摘する。

- (ア) まず、憲法24条は「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」おり（小西意見書7頁）、「日本国憲法は文言上、明らかに」「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」立場に立ち、『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）』の考えを排除している」ことを指摘し、このことは「憲法24条2項に基づく立法裁量の限界の基礎である」と指摘している（小西意見書12頁）。

その上で、「不妊手術という自身の身体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ない」と明確に指摘する（小西意見書 11 頁）。

（イ）また、拓殖大学の憲法学者である小竹聡教授が人工妊娠中絶手術の議論において「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の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」「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」と論じたことを紹介し、「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」と指摘し（小西意見書 11 頁）、ましてや、胎児の生命という反対利益との対立のような内在的制約が存在しない不妊手術において配偶者同意要件を設けることが憲法 24 条 2 項の個人の尊厳と両性の本質的平等から容認できないことを指摘する（小西意見書 10～11 頁）。

（ウ）さらに、「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』であり続けな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」として、一律に配偶者同意要件が課されていることについて痛烈に違憲性を指摘する（小西意見書 12 頁）。

ウ 小括

以上のとおり、配偶者同意要件は、本人の身体に関する決定¹や性と生殖に関する意思決定の権利²について、配偶者に事実上の拒否権を与えるものであり、婚姻した者の身体を、本人単独の人格的領域ではなく、婚姻共同体又は配偶者

¹ その一部としての「身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権」、「身体への侵襲（妊娠・出産）を受けない自由」、「身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由」

² その一部としての「子をもうけるか否かの意思決定の自由」や「避妊の自由」

の利益に属するものとして扱うものであり、憲法24条が否定した家制度的発想の再現として憲法24条の制定趣旨に反するとともに、正当な理由なく不妊手術を受ける権利又は自由を制約しており、個人の尊厳及び両性の本質的平等に反する。

(4) 性差別的結果の招来

控訴人らは、原審において、本件各規定が性差別的結果を招来させていることから憲法24条2項に定める個人の尊厳及び両性の本質的平等に反すると主張してきた。

本件各規定が性差別的結果を招来させていることについての具体的内容は、原審準備書面(3)第5・3(3)(61～63頁)及び控訴理由書Ⅲ第2・1で主張したとおりであり(63～68頁)、法内容及び法適用において明らかな男女差別をもたらしており、正当な理由なく不妊手術を受ける権利又は自由を制約するものとして、憲法24条2項に定める個人の尊厳及び両性の本質的平等に反する。

4 小括

以上のとおり、本件各規定は、女性を自律した人格的主体としてではなく、将来子を産むことを予定された「母体」ないし生殖主体として位置付けるものである、とりわけ、多産要件及び配偶者同意要件は、女性の自己決定よりも、国家が想定する母性観及び家族観を優先させるものであり、正当な理由なく不妊手術を受ける権利又は自由を制約しており、個人の尊厳及び両性の本質的平等に反する。

したがって、本件各規定は、憲法24条2項の許容する立法裁量の範囲を逸脱するものである。

第6 結語

以上のとおり、本件各規定は、不妊手術を受ける権利又は自由という重要な人格的利益を制約するものであり、また、女性に対して生殖可能性の保持を一律に要求し、国家が想定する母性観及び家族観を制度的に押し付けるものであって、個人の尊厳及び両性の本質的平等に照らして合理性を欠く。

したがって、本件各規定は、憲法24条2項の許容する立法裁量の範囲を逸脱する

ものであり、違憲である。

以 上