

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(1)
—小川亮准教授の意見書を踏まえた
憲法13条・14条違反の主張補充—

令和8（2026）年6月1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

本書面では、憲法学者である小川亮准教授の意見書（甲143。以下「小川意見書」という。）を踏まえ、控訴人らの控訴理由を補充する。

まず、私生活上の自由としての不妊手術を受ける自由の主張（控訴理由書18、19、54～60頁）に関連して、原判決が、憲法13条の保護範囲に含まれるか否かを「人格的生存に関わる」か否かを基準にして、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲外であるとし、その合理性を審査しなかった誤りについて主張を補充する（後記第2）。

次に、身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける自由の主張（控訴理由書22、23、52～54頁）に関連して、本件各規定は、少なくとも「妊孕性に対する医療を受ける自由」を制約するものであり、厳格な審査が必要であることを主張する（後記第3）。

そして、本件各規定の目的が正当なものたり得ないとの主張（控訴理由書37～44頁）に関連して、いかなる審査基準によっても、本件各規定は目的の正当性及び手段の合理性を欠き、憲法13条違反の判断を免れないことを主張する（後記第4）。

さらに、美容整形を望む者との間で合理的根拠に基づかない別異取扱いが存在し、憲法14条1項に違反するとの主張（控訴理由書68～70頁）に関連して、非治療的医療行為を受けることを希望する者の間での比較という観点から、平等原則違反の主張を補充する（後記第5）。

第2 「人格的生存に関わる」か否かを基準にして、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲に含まれないとして正当化審査をしなかった誤り

1 原審の判断と控訴人らの主張

原判決は、避妊の自由の保障が「直ちに特定の方法による避妊をする自由を保障しているものとは解されない」（原判決33頁）とした上で、「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えない」として、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条により保障されていないと結論付け、正当化の審査を行わなかった。

しかし、原判決におけるこのような判断が、憲法13条において「私生活上の自由」を保障するものと解している判例（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（京都府学連事件）、最三小判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁（指紋押捺拒否事件））に反するものであることは、控訴理由書18、19頁において主張したとおりである。また、仮に憲法13条において保障される権利又は自由にあたらないとしても、ある利益に対する制約がある場合、比例原則等に基づく司法審査が及ぶことについても、控訴理由書54～60頁において主張したとおりである。

この点について、小川准教授は、次のとおり指摘している。

2 小川意見書（2～5頁）における指摘

(1) 判例の態度

まず、判例は、人格的生存に不可欠とも重要ともいえない利益にも「私生活上の自由の一つ」として憲法13条による保障を及ぼしている。小川准教授は、「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」と述べる。そして、京都府学連事件及び指紋押捺拒否事件を挙げ、「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」とし、「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」と指摘する。（以上につき、小川意見書2頁）

さらに、判例は、憲法13条で保障されているかどうか不明確な利益についても違憲審査を行っている。小川准教授は、「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違憲審査を行ってきた」と指摘する。

すなわち、「賭博行為の自由」、「喫煙の自由」、等についても、その侵害に対する違憲審査を行っている」と指摘する。（以上につき、小川意見書3頁）

(2) 憲法13条の保護範囲

小川准教授は、上記のような判例の態度について、「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」と指摘する。

その理由として、小川准教授は、「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取れていること）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）の規律に反するからである」と述べる。

このような考え方について、かつては「人権のインフレ化」が懸念されてきたが、小川准教授は、そのような懸念は「杞憂」であると解説する。すなわち、「個別条項による保障される基本的に人権の中にも、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ているものが数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、「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」からである。そして、その違憲審査に当たっては、「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」をとることとなる。（以上につき、小川意見書3、4頁）

(3) 三段階審査論における保護範囲・侵害の役割

上記の理解を踏まえれば、三段階審査論における「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詰めるために存在するのではな」く、「違憲審査の対象を正確に同定するために存在する」。

すなわち、保護範囲及び侵害の段階は、どのような権利又は自由が、どのような態様で制約されているのかを明らかにし、その後の正当化審査において、当該制約が憲法上許容されるかを検討するための前提を形成するものである。そうすると、この段階で、問題となる自由又は利益が人格的生存に不可欠であるとはいえないとして直ちに違憲審査を打ち切ることは、三段階審査論の理解をも誤るものである。

小川准教授は、原審が、控訴人らの主張する権利・自由が憲法13条の保護範囲に含まれないとして正当化に入らず違憲審査を終えたことは、「三段階審査論を的確に理解できていないと言わざるを得ない」と指摘する。（以上につき、小川意見書4、5頁）

3 小括

以上によれば、原判決が、「人格的生存に関わる」か否かを基準として、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条により保障されていないと結論付け、正当化の審査を行わなかったことは、憲法13条の解釈適用を誤るものである。

第3 本件各規定は「妊孕性に対する医療を受ける自由」を制約し、厳格な審査が求められる

1 原審の判断と控訴人らの主張

原判決は、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ない」として、身体への侵襲を受ける自由又は自己決定権としての不妊手術を受ける権利又は自由を否定した（36頁）。

しかし、上記の判断は、不妊手術が控訴人らにとって、自己の身体に対する違和やそれに起因する苦痛を除去し、心身の負担を軽減して健康を維持するための医療的措置としての意義を有することを看過する点で不当である。このことは、控訴理由書22、23、52～54頁において主張したとおりである。

この点について、小川意見書は、次のとおり指摘している。

2 小川意見書（10～15、20頁）における指摘

(1) 妊孕性に対する医療を受ける自由

ア 不妊手術は控訴人らにとって「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」と位置付けられる

小川准教授は、「『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』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」とし、「医療を受ける自由又は自己決定権が人格的生存に不可欠であることは明白である」と指摘する。そのため、「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』ものでないとはいえない」。

他方、特定の疾病等の回復を目的としない「非治療的医行為」¹に関する「医学的適応性の程度は様々」である。もっとも、「非治療的医行為」の一つである美容整形医療については、仙台地裁判事（当時）・吉野孝義が指摘するように、「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」²く、「手術によってその悩みから解

¹ なお、小川意見書は、「非治療的医行為」にいう「治療」を、「特定の疾病等の回復を目的とする」という狭義の意味で用いているものと考えられる。もっとも、我が国においては、美容外科や美容皮膚科が標榜診療科目とされているほか（医療法施行令3条の2第1項1号）、性別不合の当事者に対する性別適合手術等も、ガイドライン上、「治療」という言葉が用いられており（甲120）、生殖補助医療については保険適用のある「治療」として位置付けられるなど（甲142）、「治療」という語は、必ずしも「特定の疾病等の回復」という狭義の意味に限られて用いられているわけではない（控訴理由書79、80頁参照）。小川意見書にいう「非治療的医行為」との表現は、そのような狭義の「治療」を前提とするものであり、不妊手術が広義の「治療」と位置付けられ得る性質を有することを否定する趣旨ではないことに留意されたい。

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事例は、医療行為として正当な範囲に属する」のであって、「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伸べることを容認して差し支えない」との見解が共有されている（甲141）。

これを不妊手術についていえば、不妊手術は、「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、「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。そうすると、「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、『非治療的医療を受ける自由』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」。（以上につき、小川意見書10～13頁）

イ 他の避妊方法の存在は医学的適応性の程度を左右しない

小川准教授は、原判決が、女性が主体的にとることのできる避妊法が複数あると説示していることに対し、原判決も指摘しているとおり「不妊手術を受け永続的に生殖能力を有しない身体に対する嫌悪感等を取り除くために最も直截的」であるとし、「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」であると指摘する。

そのため、ほかに避妊法があることは、控訴人らにとっての不妊手術の医学的適応性を左右しない。（以上につき、小川意見書13頁）

ウ 当事者の自己理解や状況を無視して「正常な身体の在り方」を定めることはできない

小川准教授は、前記の理解に対して想定される反論として、「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』とはいえない」との見解を挙げる。これに対し、小川准教授は、「実際の当事者の自己理解や

状況を見做して『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」にほかならず、「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」と指摘する。そして、小川准教授は、健常主義の克服として考えられる方向性は、「『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」であるとする。そのため、上記の「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」。（以上につき、小川意見書13～15頁）

(2) 審査基準

上記のような「妊孕性に対する医療を受ける自由」の性質を踏まえ、小川准教授は、「その医療行為が原告の行為一般にとって重要性が高いと言えるのであれば、それに対する侵害一本規制でいえば不妊手術の原則的禁止一には厳格な審査が妥当する」と述べる（小川意見書20頁）。

控訴人らにとって不妊手術を受けることは、自己の妊孕性に対する違和感やそれに起因する苦痛を除去するものであって、その重要性が高いことは、原審においても主張立証したとおりである（控訴人らの陳述書：甲3、4、7、11、14、91～95参照）。

3 小括

以上のとおり、不妊手術は、控訴人らにとって、単なる身体の変更にとどまるものではない。控訴人らにとっての不妊手術は、自己の妊孕性に対する違和感やそれに起因する苦痛を除去し、心身の負担を軽減して健康を維持し、自分らしい人生を送るために重要な医療的措置である。そのため、控訴人らが不妊手術を受ける自由は、少なくとも「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、憲法13条の保護範囲に含まれる。

そして、本件各規定は、控訴人らにとって人格的生存に関わる意義を有する「妊孕性に対する医療を受ける自由」を制約するものである。

したがって、本件各規定の憲法適合性の判断に当たっては、厳格な審査が必要である。

第4 本件各規定の目的は正当性及び手段の合理性を欠き、違憲の判断を免れない

1 原審の判断と控訴人らの主張

原審は、控訴人らの主張する不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条の保護範囲に含まれず、また、本件各規定が憲法24条2項所定の事項について定めたものとはいえないとして、本件各規定の正当化の審査を行わなかった。

しかし、控訴理由書において主張したとおり、上記の原審の判断は誤りである。本件各規定は、憲法上の権利又は自由に対する制約であるから、正当化審査が行われなければならない。そして、本件各規定の目的は、人口統制にあり、個人を犠牲にして全体の利益を優先するものであって、いかなる審査基準の下においても正当化されるものでない。このことは、控訴理由書37～44頁において主張したとおりである。

この点について、小川准教授は、次のとおり指摘している。

2 小川意見書（20～28頁）における指摘

(1) 法の仕組み解釈

小川准教授は、まず、法の仕組み解釈から、本件各規定の目的を検討する。

母体保護法1条は、「母性の生命健康の保護」を目的として掲げている。国語辞典によれば、「母性」とは「女性が、子供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」、「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、母親としての子を産み育てる機能」などと解説されているが、同法の定める「不妊手術及び人工妊娠中絶」により「母親としての本能や性質」が毀損するとは考えにくいから、ここでいう「母性」は、「母親として子を産み育てる機能」を指すものと解される。

そのため、母体保護法の目的は、「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」。むしろ、同法は、「飽くまでも、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」。

また、小川准教授は、「母性」の語義を無視して、不妊手術の原則禁止が「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は、母体保護法3条の規制の仕組み全体からみても不可能であると指摘する。すなわち、同条1項1号及び2号の規定によれば、妊娠又は分娩が女性の「生命に危険を及ぼ」し、あるいは分娩ごとに「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、不妊手術を受けることはできない。また、同項2号の場合は、さらに「現に数人の子を有し」ていなければ不妊手術を受けることはできない。このような規制の仕組みに照らせば、同法は、「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」。そのため、母体保護法「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」。むしろ、「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。

このように、「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」のであり、「これこそが本規制の中心目的」である。（以上につき、小川意見書20～22頁）

(2) 立法経緯

小川准教授は、国民優生法の立法経緯に遡り、当時の国会議事録及び解説書を詳細に検討している。その上で、小川准教授は、母体保護法への改正時においても、「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もとまり」（甲19）、結局、国民優生法以来の規定が引き継がれたままであったと指摘する。

そのため、不妊手術の原則禁止の目的は、「『健全なる素質を有する者の増加を図』ることにあり、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。

このような検討を踏まえ、小川准教授は、「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り、「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」と結論付ける。（以上につき、小川意見書20～27頁）

(3) 目的審査

以上のような検討を踏まえ、小川准教授は、本件各規定目的が「健全なる素質を有する者の増加を図る」こと、「家系を存続させること」（大目的）、その手段としての「妻が子を複数持つように仕向けること」（小目的）に分析することができるとした上で、これらの目的が正当なものたり得るかについて、次のとおり指摘する。

まず、「健全なる素質を有する者の増加を図る」という目的は、旧優生保護法違憲判決がいうように、「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、正当とは言えないものであることが明らか」である。

また、「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、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である。そのため、これを国家として追求すべき公益として位置付けることはできない。

さらに「妻が子を複数持つように仕向ける」という目的についても、子育て支援等を通じた一般的な少子化対策とは異なり、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付けるものである。このような目的は、個人の尊厳と人格の尊重の精神に著しく反するものといわざるを得ない。

したがって、いずれの目的も明白に不合理である。（以上につき、小川意見書 27、28 頁）

(4) 手段審査

さらに、小川准教授は、仮に「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ても、本件各規定は手段としても合理性を欠く旨指摘する。

まず、単なる避妊法としては、代替的な避妊手段が存在するのであるから、不妊手術の原則禁止は、上記目的に寄与しない。

また、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の反論が考えられるとしても、そのような反論は、「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」ものであり、「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」から、避妊の自由そのものに対する侵害に当たる。そして、少子化対策に対して本件各規定が必要不可欠とはいえない。

しかも、「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」である。

したがって、本件各規定は、目的達成手段としても合理性を欠く。（以上につき、小川意見書 28 頁）

3 小括

以上のとおり、本件各規定の目的は、女性の生命・健康を保護することにあるとはいえない。

本件各規定の目的は、女性の妊孕性を、優生政策、家系存続又は人口政策の手段として管理し、保護することにある。このような目的は、女性を一個の個人としてではなく、国家、家族又は配偶者の利益のために妊娠・出産する存在として位置付けるものであり、個人の尊厳を損なうものである。

したがって、本件各規定は、いかなる審査基準によっても目的の正当性を欠く。また、仮に、少子化対策といった何らかの正当な目的を想定し得るとしても、不妊手術の原則禁止は、その目的達成手段として合理性を有しない。

よって、本件各規定は、憲法13条に違反する。

第5 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手術を原則として禁止せず、不妊手術を希望する者には原則として不妊手術を禁止することは憲法14条1項に違反する

1 控訴人らの主張

控訴人らは、当審における新たな主張として、美容整形を望む者との間で合理的根拠に基づかない別異取扱いが存在し、本件各規定が憲法14条1項に違反する旨主張した（控訴理由書68～70頁）。

この点について、小川准教授は、次のとおり指摘している。

2 小川意見書（15、16、28、29頁）における指摘

小川准教授は、「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」とする（小川意見書16頁）。

その上で、小川准教授は、本件各規定には、前記第4のとおり、「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」と指摘する。

また、小川准教授は、「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」とする。

小川准教授は、「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」にもかかわらず、「不妊手術に対してのみ原則的禁止を行うことに合理的理由はない」と結論付ける。（以上につき、小川意見書27、28頁）

3 小括

以上のとおり、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ついては、侵襲性や生命・健康に対する危険性を有する場合であっても、本人の同意に基づいて、医行為を受けることは原則として禁止されていない。これに対し、不妊手術を希望する者については、本人が真摯にこれを望む場合であっても、本件各規定により、不妊手術を受けることが原則として禁止されている。

このような別異取扱いは、生命・健康に対する危険性によって合理的に説明することはできない。また、前記第4のとおり、本件各規定の目的自体も正当性を欠く以上、この別異取扱いを支える合理的理由は存在しない。

したがって、本件各規定は、非治療的医行為を希望する者の間に合理的根拠のない別異取扱いを設けるものであり、憲法14条1項に違反する。

以上