

妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理(一)

上 田 健 二

目 次

- 一 何が重要か
- 二 墮胎刑の比較法史的概観
 - (一) わが国における変遷
 - (二) 西欧法における変遷
 - (三) ドイツにおける墮胎刑法改革
 - (四) ナチス法における墮胎・断種問題
 - (五) 戦後ドイツにおける墮胎法改革と「国際自由化の波」(以上本号)
- 三 胎児生命の価値と妊娠中絶の不処罰根拠
- 四 刑法の任務と法秩序の補充性原理
- 五 墮胎封じ込めのための社会政策的提言

一 何が重要か

「胎児は、十一週にもなれば既に完全な一人の人間として痛みも感じるといわれています。それを実の母親が、自

らひねりつぶしてしまうことが中絶なのです。

おなかの中の赤ちゃんは、お母さんを信じて眠ったり暴れたりしていたでしょう。ずっとそのまま静かな安らぎが続くと信じていたに違いありません。その証拠に、中絶の様子を超音波で撮影した『沈黙の叫び』というVTRで見たのですが、赤ちゃん(胎児)は、驚き、大きく口を開けて子宮の奥へと必死になって逃げようとしています。しかし、当のお母さんにはその必死の叫びは届かず、赤ちゃんは体をばらばらに引きちぎられて『処理』されてしまうのです。私には、そんな小さな赤ちゃんの悲しみの涙が目に見えるような気がします。最も愛する人から受けた裏切りと、体をちぎられる激痛、死の恐怖。だれだって自分のこととして考えてみれば、それがいかに恐ろしいことか分るはずです。

中絶で子宮内のものをかき出すと、早期の場合でもはっきり赤ちゃんのものだと分かる、それは小さなかわいらしい手や足がちぎれて出てくるそうです。もっと遅い時期になると、完全に赤ちゃんとして引き出されて来て、中には「助けて!」とばかりに「オギャー」と泣く子もいるそうです。それを『処理』して、ゴミ袋のようなものに何体も何体も入れていく様子を見ると、本当にこの世の地獄とはこのことかと思わずにはいられません。

おなかの中の赤ちゃんは、人間扱い、いえ、生きもの扱いされないのでしょうか。動物だって、もっと大切にされてはいないでしょうか。なのに、殺されていく胎児たちは遺体さえ両親に返してもらえません。それは良くてゴミであり、ひどい場合にはすりつぶして、高級化粧品のために材料にするため取引されるとまでいわれています。

これは現代のアイシユヴィッツに外なりません。かつてアイシユヴィッツでは、ユダヤ人の方たちのことを人間だ

と考えず、泣こうがわめこうが平気で虐殺し、その死体から脂をしぼってせっけんを作り、髪の毛でじゅうたんを織りました。しかし今、人類のだれもがそのことを、恐ろしいまちがいだと知っています。」

これは、最近、「無数の胎児殺す『中絶』……『いのち』の視点、忘れずに……」という見出しのもとに、ある新聞に掲載された大阪市在住の二八歳の匿名女性の投稿記事である。⁽¹⁾ 繁をいとわずほぼ全文をそのまま引用したのは、第一に、墮胎は、たとえそれが「人工妊娠中絶」といった中性的な言葉で表現され、また胎児生命が「生成中の生命」、「『人』の生命の前形式」（ロクシン）と呼ばれようとも、紛れもなく種としてのヒトの生命そのものの毀滅、それどころか現に生きている人間の生命そのものの抹殺にはかならないことがここで如実に描き出されているからである。第二に、文中に挙げられた具体例——すなわち、十一週目の胎児の中絶——の場合でも現在のわが国では許されていると見る匿名女性の——法的には明白な、しかし後に示す状況からして無理もない——「誤解」は、おそらくはわが平均的市民の平均的意識を表わしていると思われるからである。いずれもが、今日われわれが妊娠中絶問題を考へるに当たって問題点の本質を衝いている。もつとも、この匿名女性の表現がいかにも大げさに聞えるかも知れない。中絶後の胎児の「処理」がまさに文中に描き出されているようなものであるのは、筆者は寡聞にして知らない。しかし、「アウシュヴィッツの比喩」が、少なくとも数字の上からは決して誇張のしすぎではないことは、われわれは事実として確認しておく必要がある。

現在のわが国において人工中絶が広範囲にわたって許容されているのは、いうまでもなく昭和二三年九月一日から施行されている優生保護法に基づいている。この法律による妊娠中絶数の年次推移を見ると、施行初年度の昭和二

四年では中絶総数二四万六千百四であったが、その後は年々増加し、昭和二八年に百万件を超え、昭和三一年では百一五万九二八八件とピークに達する。その後漸減はしているものの、昭和四二年以後は七〇万件代を維持しながら現在に及んでいる。これに対し、わが国における墮胎罪第一審有罪人員数は、昭和二七年の一五人以後は減少の一途を辿り、昭和四五年では遂に零になり、それ以降は墮胎罪の項目すら統計上列举されていない。もつとも、それ以降の処罰例は皆無ではないが、しかし筆者の知りうる限りでは、一六歳の妊婦の囑託を受けて妊娠満二三週を超えた胎児を母体外に排出し、すでに生存能力のある未熟児が必要な医療措置を施すことなく放置して死亡させ、これを同児の父に畑地の中に埋めるように指示した指定医師に——保護責任者遺棄致死罪と死体遺棄罪のほか——業務上墮胎の罪の成立を認めた例が昭和五七年に一件あるにすぎない。指定医師によらないか、もしくは自己墮胎による「中絶」も相当数存在すると推定されることから、墮胎罪の場合では当然のことながらその暗数は格別に高く、実数は少なくとも統計上の数値の倍に達すると見積まれている。そうすると墮胎罪における処罰実績は——右の事件以外に処罰例は存在しないとして——昭和四五年以後現在までの中絶件数約四千五百万件中一件ということになる。もちろんその大部分が優生保護法第二条第二項にいう「胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期に」行なわれる合法的な中絶に属するのであるから、右期間経過後の非合法的な中絶件数の割合はごくわずかであろう。仮にその実数を全中絶件数の一パーセントと見ると——これには統計上の根拠がある！——それでも四万五千件になる。つまりは刑法による「犯罪」の捕捉率は、墮胎罪の場合では、四万五千分の一ということになるのである——が、これこそまさに宝くじよりも当たり運の悪い(?)「偶然責任」を問うものである。事態がこのようなものであってみれば、

先の匿名女性の「誤解」を一体誰が責められようか。それこそまさに、回避不能の「禁止の錯誤」の一典型例といふべきであろう。いずれにせよ、それ自体としてはかなり厳しい各種墮胎処罰規定の現存にもかかわらず、一方では広範な適応事由に基づく妊娠中絶の許容により、他方では非合法墮胎の不処罰の常態化を通しての事実上の放任によつて胎児生命は刑法的に無保護同然の状態に置かれながら、「墮胎封じ込め」と胎児生命のための有効な非刑法的防護策は何ら講じられていないというのが、中絶問題をめぐるわが国の現状である。胎児生命はこの国では久しく、事実上、国家、社会そして両親の都合次第ではいつでも「任意に処分可能な」客体に化しているのである。このようなことはしかし、倫理的にも法的にも、いつまでも是認され続けることができるはずもないであろう。それゆえ、この「現状」は可能なかぎり速やかに改められなければならない。とはいえ、しかし、どの方向に向けてか。

この傾向を逆転させることも不可能であるとすれば、業務上墮胎ないしは不同意墮胎を除くすべての墮胎罪を廃止することによつて法状態の方を現状に合わせることも、確かに一つの方策である。中教授は、その透徹した史眼からすでに早い時期にこれを強調された。「いたずらに自己墮胎や同意墮胎を罰する規定を存置してみたところで、それは単なる名目に墮し、法の権威を失墜させるだけの効果をあげることになる。もしまた、たまたま罰せられる事例があるとしても、それは運悪くひっかかった者だけを罰する偶然刑法として機能するだけであろう」と。吉岡教授も、最近、その明敏な正義感から、胎児の「生命保護の必要と、刑罰による禁止との短絡」を批判し、「他者に対する暴力的侵害犯罪の中に解消し」うる類型以外の墮胎罪の非犯罪化を主張された。⁽⁷⁾ われわれの問題領域においても、刑法的禁止規定が存在するというただそれだけの理由で一般予防効果ないしは国民の倫理形成力の維持に期待をかけ

る論者がなお多いなかであつて、墮胎刑の存在自体が「益よりも害をもたらず」という冷徹な認識に基づくこうした主張がいかに貴重でありかつ首肯に値するにしても、しかしそれだけではわれわれの問題の真の解釈には十分ではありえないであろう。そのうえ、単なる墮胎刑からの解放は、その反面において胎児の殺害(請求)権をも十分に意味しうる妊婦の自己決定権の安易な法的承認に導きかねない危険も生じうる。両教授も決して無視されていないように、中絶問題の真の解釈のための究極目標が「墮胎の封じ込め」すなわち胎児生命の最善の保護およびそれと母となる者の人格権との最適の調和にあるとすれば、狭い刑事規制の範囲を超え、国家、社会そして隣人は困窮に陥った個人に対して積極的にいかなる援助をなしうるか、またなすべきであるかという社会的(実質的)正義論に基づく原理的な視点の確立とそれによる問題解決への接近ということではなければならないであろう。本稿の課題はそれゆえ、以下の四つのテーゼを順次論証することによって右の目標に接近することにある。

(1) 胎児は、それ自体として法的保護に値しかつ保護を必要とする独立した固有の法益であつて、たとえば母体の一部(*partio mulieres*)といったものではない。それゆえ、何人も、母親でさえも、胎児を任意に処分する権利というものを有せず、このことは、既生の生命と同様、着床から出産にいたるまでのすべての——つまりはその精神的・身体的欠陥にかかわらず——胎児に妥当する(生命の等価性原理)。

(2) 妊娠中絶のためのいかなる適応事由も、医学的適応事由はもとより倫理的(刑事学的)適応事由さえも、胎児側から見たときは、墮胎行為すなわち胎児殺害行為を正当化する事由ではありえない。それゆえ、妊娠中絶のための適応事由は一般刑法上の緊急避難状況と一致する限りで責任を阻却し、それを超える妊婦の葛藤状況が問題である場

合では、一身的に刑罰を阻却する事由でしかありえない。精神病患者、遺伝病患者の「子供への権利」を否認し、彼らを親としてもつ胎児から「生命への権利」を奪い取る現行優生保護法上の諸規定は、人格の平等原則を侵害するがゆえに憲法違反である。国家の人口政策や産児制限論は、妊娠中絶問題を法理論的に考えるに当たっては何ら論拠としての役割を演じえない（人格の平等原理）。

(3) 胎児生命の最も有効な法的保護をという視点から見るときは、刑法はそのための手段として全く適していない。刑罰威嚇による胎児生命の保護という目標は、「事物の本性」上ことごとく失敗に帰するほかないばかりでなく、そのために妊婦は一層の名状し難い困窮状況に追い込まれることになって却って逆効果を招く。一般に刑法の投入が社会的（実質的）正義実現のために何ら有効性を発揮しえないばかりでなく、反対に社会的に有害な作用を及ぼすことが明白である場合は、刑法は撤退しなければならない。具体的には、妊婦自身が自力で難局を切り抜けることを刑罰威嚇が妨げるところでは、それは動員されてはならないのである。ここで刑法の一般予防効果を過度に強調することは「人間の尊厳」という最高の法理念に反する（刑法の断片的性質）。

(4) 妊娠中絶問題解決のための究極目標は、困窮に陥った者を「犯罪」に駆り立てることではなく、社会的（実質的）正義実現の観点から「胎児の封じ込め」、したがって母とその子の両者にわたって両立しうる最大限に調和のとれた幸福を制度的に確保しかつ保障するためには国家と法秩序は全体として何をなしうるか、という方向に向けられなければならない。中絶法改正の目標はそれゆえ、妊婦とその子への最も効果的な経済的、社会的、精神的援助の提供ということ以外にはありえない（国家および法秩序の補充性原理）。

ところで、例外を許さぬという意味において結局は憲法上の絶対的価値である「人間の尊厳」の尊重の保障ということに帰着するがゆえにまたそこから派生もする右の四テーゼの原理的妥当性を論証するには、その定立自体が歴史的現実性を有していることが前もって明らかにされなければならない。倫理の、したがってまた法の最高命題が単に観念的ではなく、現実的に、妥当するためには、それはなかならず歴史的経験に由来する最小限の内容を持たねばならない。それというのも、アルトゥール・カウフマンが最近の著作の中で改めて確認したように、規範的なもの領域において純思考上の手続きからのみ獲得された言明——たとえば、カントの「定言命法」、ロールズの「原初状態」、ハーバーマスの「理想的発話状況」——は、確かにその形式的な正しさを確保するためには不可欠であるが、しかしそこには一切の内容が欠如しているがゆえに、それ自体として決して現実的な妥当性を保障するものではないからである。われわれは時間と場所を超えた普遍性を有しながらしかも具体的に妥当する「永遠の法」を決して有することはできず、結局のところ、ただいま・ここで妥当する「時機に合った正しい法」を求めるほかはないにしても、しかしそれは単なる主観的・恣意的な評価には依存しない「不可任意処分的なもの」を中核として保障したものであらねばならないのである。ところで、周知のように、胎児は紛れもなく人間の生命の一形態にほかならないにもかかわらず、それが誰であれつねに他人評価にさらされ続けてきた生命は——「生存に価値なき生命の毀滅」としての安楽死という特殊状況を除けば——ほかにはなく、胎児はその受精の瞬間からヒトに特殊な生命体であって、たとえばオタマジャクシやキイチゴのそれではないということが生物学的にも遺伝学的にも余すところなく解明されている現在においてもそうなのである。そこで、われわれのテーゼも、ある程度までは歴史的必然性を有していることを明ら

かにするために——墮胎処罰理由の問題との関連して——なぜそのようなことが起ったのか、また現に起きているのかという問題を、それぞれの論証に先立ち、比較法史的な視点のもとにその基本的な様相において把握しておくことは、まんざら意味のないことではあるまい。

- (1) 一九九二年三月一九日付朝日新聞。
- (2) 中谷瑾子「墮胎罪処罰の限界」『犯罪と非行』第一九号（一九七四年二月）四〇／四二頁掲載の統計参照。
- (3) 那覇地裁石垣支部昭五七年三月一五日判決（判夕四六七頁一七五頁以下）。筆者はこの事実の指摘を米田泰邦弁護士に負う。
- (4) 中谷・前掲論文（2）四〇頁。
- (5) 中谷・前掲論文（2）四〇頁掲載の「わが国における人工妊娠中絶と妊娠月数別割合（百分率）の年次推移」の統計によると、胎児が母体外において生命を継続することができると見られる第六月以後の中絶は、昭和二六年では六・九パーセントであり、その後は漸減しながら昭和三七年以降は一パーセント台を維持し続けている。他方、平成二年三月二〇日厚生省発健医第五号厚生事務官通知「優生保護法により人工妊娠中絶を実施する時期の基準について」をもって、平成三月一月一日から優生保護法第二条第二項の「胎児が、母体外において、生命を継続することのできない時期」の基準がそれまでの「通常妊娠満二三週以前」から「通常妊娠満二三週未満」に改められているのであるから、優生保護法によっても合法とされない中絶の実数は、実際は一パーセントを超えていると想定できよう。
- (6) 中義勝「墮胎の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』（一九七三年、東大出版会）三〇六頁。
- (7) 吉岡一男『刑事政策の基本問題』（一九九〇年、成文堂）二五九頁以下。なお、最近では、川口浩一「墮胎罪と人工妊娠中絶に関する改正提案」『刑法理論の探究—中刑法理論の検討—』（一九九二年、成文堂）四四三頁以下も、墮胎罪の全面廃止にはためらいを示されつつも、少なくとも「大幅に非犯罪化」することを提案している。
- (8) *Arthur Kaufmann. Prozedurale Theorie der Gerechtigkeit*, München 1989. [上田健二訳「正義の手続理論」同志社法学二

二五号一二〇頁以下)

二 墮胎刑の比較法史的概観

(一) わが国における変遷

明治十五年一月一日に施行された、フランス法を模範とする旧刑法が墮胎の処罰規定を置くまでのわが国は、支那法を継受した古法から明治初年にいたるまで墮胎を犯罪と見る普通法をもたなかったといわれる。⁽⁹⁾しかし、このことは自殺関与の場合と同様に、西欧法を継受するまでのわが国の固有法が墮胎を倫理的に許されない行為と見る觀念をもっていなかったことを必ずしも意味しない。確かに古代の諸律令、江戸時代の御定書百ヶ条、明治初年の新律綱領や改定律令等の一般刑法では、墮胎そのものを処罰する規定は見られない。しかし、明治三年の新律綱領卷四(人命律下)の心中の生き残りを処罰する「謀同死」規定には、「若シ同ク謀リ薬ヲ用ヒテ墮胎スルニ姦婦身死スル者姦夫は流三等」という墮胎致死の規定が付け加えられている。また、この規定の類推による実際の処罰例も存在する。

昭和二十年発行の司法資料⁽¹⁰⁾によれば、明治四年四月十二日に京都府が「墮胎者及賣薬施術者處分の件」について太政官に次のような伺を出している。「姦婦無難ニ墮胎右男女ノ御處置並右薬密々賣弘又ハ道具等以陰門へ差薬シ墮胎ノ術ヲ施候三人ノ何レモ正條不相見候付早速御指揮有之度此段相伺候也 追テ本文墮胎薬賣弘候者等此節吟味中ニ有之候間至急御指揮有之様致度此段申添候事。」これに対して太政官は「墮胎シテ姦婦無難ナル者ハ各不應為の重ニ處シ薬ヲ賣リ術ヲ施ス者同罪」と「指令」した。自己墮胎および業務上墮胎処罰のための「正條」は確かに存在しな

かったが、しかし墮胎に関する「不応為律」のこの適用例は、西欧法継受以前にも日本人には墮胎を罪悪であるとする観念はすでに定着していたことを如実に示している。問題は、では、なぜ墮胎を直接に処罰する「正條」がかったのが国には存在しなかったのかにある。

鎌倉時代以降のわが封建社会では、墮胎は確かに、各身分社会を通じて普遍的な現象になっている。都会では「中条流の女医者」によって、田舎では「おろし婆」によって公然と墮胎が行なわれた。いわゆる「間引き」は、その度重なる禁止の御触令にもかかわらず、江戸時代には百姓・町民の間では根強い風習に化している。しかし、彼らとて墮胎を好んでしたのではなく、同様に瀕行されていた嬰兒殺とともに、これを不愆な所業だと考えてはいたことは、現在でも日本全国にわたって点在する、いわゆる「水子地藏」信仰から知ることができる。⁽¹¹⁾ また、こうした風習を當時のわが国における普遍的宗教である仏教が赦すはずもない。たとえば『三河往生生驗記』中の墮胎の女しぎの條がこのことを示している。しぎは嘉永五年（一八五二年）十月ごろ道ならぬ恋から一九歳で子を宿し、やむなく墮胎の罪を犯してしまった。本来ならば、罪の性質と重さからして焦熱地獄へ墮ちる罰を受くべきところ、尼僧の懇切な勸誡により、深くその罪を慚愧・懺悔して一心に念仏を唱えた。これによって滅罪の功德を得たしぎは、仏菩薩の来迎をこうむり正念に往生を遂げたのであった。⁽¹²⁾

この説話に見られるように、当時では僧侶に限らず、いわゆる上流階級は墮胎は罪であると見て民衆を啓発もし、生まれる子のために必要な支弁もしたが、しかし個人的な善意だけで大勢は変わるものではない。墮胎と間引きは、何と言っても避妊という方法を知らないこの時代の民衆が人口調節を行なう際のやむをえない手段であり、貧しい農民が

生きてゆくためのいわば必要悪であり、生活の知恵でもあったからである。しかし、江戸時代の後半にもなると、人口減少にともなう生産力の確保の必要性という政策的見地からも、墮胎・間引に対する禁止の声は為政者ならびに識者の間でしだいにひろまりを見せてゆく。幕末に国学運動を展開した村落の指導者たちに共通して見られるもつとも強調された生活倫理の一つが「人種_{II}神の賜物」観からくる墮胎・間引の禁止であったといわれるのも、その背後には確かに人口政策上の配慮もあったであろうが、しかし何よりも墮胎・間引が倫理的に許されない行為であるという意識を日本人の間に定着させるのに大きく寄与したと言えよう。

さて、ここでわれわれは西欧法継受までの墮胎問題に対するわが為政者たちの法政策上の態度を要約的に見ておく必要がある。何よりも注目し得るのは、墮胎は、自殺の場合とは異なり、一致して道徳上の罪悪と見なされていたにもかかわらず、自殺の場合と同様に、それ自体として刑罰を科するに値する犯罪であるとは立法者によって一度も考えられなかったことである。わが国の固有法がなぜ墮胎を犯罪と見なかつたかを直接に明らかにする資料が見当たらないので推測の域は出ないが、墮胎はいずれにせよ、生まれてきた者が食べてゆくのに精一杯という日本史の大部分を特色づける食糧事情が、墮胎を、いわばやむにやまれぬ「困窮犯」に仕立て上げ、その圧倒的部分が今日いうところの「期待可能性のない場合」に該ると見られえたがゆえに、はじめから処罰規定の中にとり込まれなかつたと見る見方は、なるほど通俗的で平板な見方ではあるが、しかし確かに常識に適ってはいる。しかし、それ以上にあえて臆測を逞しゅうすれば、かりに墮胎を処罰するにしても、それによつてもたらされる弊害の方が処罰目的達成という利益よりもはるかに多いという、本稿がその論証のために力を注ぐことになるあの刑法原理、すなわち、刑法の投入

が利益よりもはるかに害をもたらすことが明らかなきときはそれを用いることは許されないという刑法の「弊害に対する利益の優先原理 (Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip)」が、たとえそれが明確に理論化されていなくても、しかし少なくとも直観的に明瞭に意識されていた、ということが真相ではあるまいか。もしそうだとすれば、ここにわが国古来の立法者の賢明さ、すなわち「刑事立法の謙抑性」の一例証を看て取るに難くない。

しかし、その事情がどうであれ、いずれにせよ明治十五年（一八八二年）一月一日に施行された旧刑法が、墮胎をめぐる問題状況を一変させた。一八一〇年のフランス刑法典がほぼそのまま翻訳されたにすぎないこの刑法典は、その六つの条文（三三〇条―三三五条）において墮胎をはっきりと犯罪であると宣言した。一八七一年のドイツ刑法典（RStGB, 1871）^(13a)を模範とする明治四一年（一九〇八年）十月一日施行の現行刑法典も、単にこれを継承するだけでなく、処罰をより厳しくもしている。すなわち、わが現行刑法によれば、婦女みずからの墮胎は一年以下の懲役に（第二二二条）、婦女の同意のもとに素人が行なう墮胎は二年以下の懲役に（第二二三条前段）、医師、産婆、薬剤師、薬種商が婦女の同意のもとに行なう墮胎は三月以上五年以下の懲役に（第二二四条前段）、婦女の同意なく行なう墮胎は三月以上五年以下の懲役に（第二二五条）処せられ、そのうえ、墮胎によって婦女を死傷に致したときはそれぞれ⁽¹⁴⁾の罪に従って処罰が加重されるのである。フランス刑法に由来するにせよドイツ刑法に由来するにせよ、この墮胎厳罰主義の根本的立場はキリスト教思想に基づくものであって、既述のようにわが国古来のものではない。その意味では、この事情も自殺関与罪の処罰規定を西欧法から受け容れた状況と同じである。そのうえ、墮胎の処罰根拠につい

ての基本的な考え方がわが国においてキリスト教思想から国家主義の立場へと換骨奪胎されたという事情も、自殺関与罪の根拠づけの場合と全く同じである。⁽¹⁵⁾ 中谷教授は、すでにこの間の事情を明瞭にされている。「明治の相次ぐ日清、日露両戦争以降、第二次世界大戦まで、日本の近代化は同時に富国強兵主義の人口政策によって推進されたところから、いわゆる『人的資源』の源泉ともいべき胎児の生命を絶つことは、国民の道義に反するものとして厳禁され、加えて、人権意識も社会的地位も低く、男性の手前勝手な責任のがれと押しつけに忍従してきた女性が、ここでも犠牲に供されることによって、墮胎罪の諸規定は、さして遵法精神に富んでいるとは考えられないわが国民によって堅持されることになった」と。⁽¹⁶⁾

墮胎罪の保護法益は何よりも「国家の殖民利益」にあると見るこうした国家主義的な処罰根拠は、もちろん第二次大戦後に成立した新憲法の精神と相い容れるはずもなく、それゆえ、今日では当然のことながら、まず胎児の生命それ自体、次いで母となる者の生命・健康上の利益が墮胎罪の保護法益であると解するのが圧倒的な通説になっている。それ以外の解釈は、それがどのようなものであれ、すでに憲法上の見地からして採りえないであろう。しかし、ある程度までは理解可能なこの解釈も、戦後いち早く制定された「優生保護法」とともにほぼ完全にその機能を停止してまった墮胎にかかわる刑事司法の前に、既述のようにその実効性をもはや全く失っている。こうした事態を招くに当たって決定的な役割を演じているのは、ここでもやはり——ただし、戦前・戦中のそれとは全く逆の意味における——人口政策上の視点であって、いずれにせよ胎児生命それ自体の最適に有効な法的保護という視点は視野から完全に見失われているのである。

昭和二三年九月一日施行の優生保護法が人口政策上の理由から制定されたことは明らかである。この法律は、「優生上の見地から不良なる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」(第一条)を、確かに法文上の目的としてはいる。しかしこの法律の根本義は、その提案理由のなかできわめて卒直に示されている。

「敗戦の結果領土の四割を失い、食糧は欠乏し、人口は飽和状態にある。これが対策として産児制限の方法もあるが、国民の素質が低下する憂があるので、従来の出生増加の態度を改め、遺伝病者の出生防止と、ある程度の人工妊娠中絶によって人口の自然増加を抑圧する趣旨である」と。⁽¹⁷⁾つまりは人口抑制のためにはまず劣等児の抹殺を、それで足りなければ次に正常児の抹殺を、というわけである。墮胎問題に最も造詣の深い一人である小泉元判事も、すでにこの法律の制定当初の昭和二七年に、「この法律は母体保護と人口調節が目的であつて、従来の殖民利益を保護法益とする説に真向から反対する立場に於て制定されたもの」⁽¹⁸⁾だとして、右の見方を肯定的に裏づけている。劣等児の出生防止と母性保護ということが、思想的にいかにかに調和しうるのかは、もとより筆者の理解能力の範囲外にある。とはいえ、これは法律の建前であり、^{ほんね}本音は人口抑制にあるというように純日本流に解すれば、筆者にもこの法律の真の狙いは十分に理解できる。この「理解」がもとより「是認」を意味するものでないことはいうまでもない。

ここで重要なのは、日本人は古来、胎児もそれ自体として尊重に価するがゆえに最大限の保護が講じられて然るべき生命体であるという、——筆者から見れば——全く健全な倫理観を持ち続けてきたが、それが明治以降、すなわち西欧法継受以来のわが国において、少なくとも「官憲論理」とその追随者たちによって決定的に失われられた、ということをはつきりと認識しておくことである。胎児はいまや、わが国においても、国家、社会そしてその両親の都

合によつていつでも任意に処分できる「客体」にまで貶められた生命体にすぎないのである。「生命の尊貴性」というあの高尚な言葉は、わが国においては、少なくとも胎児生命に関する限り、久しく口先だけの信奉にすぎないのである。では、こうした「生命観」が西欧においていかに形成されてきたのか。これに眼を向けることは、われわれの論証もいくばくかの歴史的妥当性を有することを知らるためには、ここではもはや避けられない。

(二) 西欧法における変遷

西欧諸国の場合でも、太古の諸民族の間では墮胎を犯罪として処罰することは知られていない。⁽¹⁹⁾ハンビラビ法典では墮胎に対する処罰規定は全く見られず、古代エジプト人も妊婦の処刑はその分娩まで待たねばならないとしていたにすぎない。古代ギリシア人の間でも事情は同じであった。それどころか、プラトンやアリストテレスは、国民経済的な理由から墮胎を推奨さえしている。もつとも、アリストテレスは、墮胎は胎児が感覚および生命を獲得する時期までに実施することを要求してはいる。ギリシア時代では、実際にも墮胎は、とりわけ売春婦の間で広く行なわれていたといわれる。避妊の方法が、彼女らには知られていなかったからであろう。

これに対して古代ユダヤでは、「子を妊め而して汝を増やせ」というアブラハムの命令によつて墮胎が禁じられるか、もしくは少なくとも慣行とはなっていない模様のである。旧約聖書には「人もし相争いて妊める婦を撃ちその子を墮させんに別に害なき時は必ずその婦の夫の要むる所にしたがいてひと刑^{つみせ}られ^{さよきびと}法官の定むる所を為すべし」(出エジプト記第二二章二三節)という一節がある。この文章は今日では、これに続く三節、すなわち「若害^もある時は

生命にて生命を償い、目にて目を償い手にて手を償い足にて足を償い、烙にて烙を償ひ傷にて傷を償ひ打傷にて打傷を償うべし」(同章二三―二五節)とともに、タリオの原理に基づく暴行罪の加重規定を記したものにすぎず、胎児生命の保護を直接に目的としたものではないと解されている。しかしそれがどうであれ、この「誤解」⁽²¹⁾は後の西欧キリスト教世界を永く支配することになり、それが公式に取り消されたのは漸く一八六九年のことである。さなきだに種族増加はユダヤ思想の一貫した特色であることから、いずれにせよ殖民政策が古代ユダヤにおいても墮胎禁止のために重要な役割を演じていたことは、推測するに難くない。

ところが古代ローマ法では、当初は墮胎(「abortus partus」、「procuratus abortus」)が何ら犯罪であるとはみなされなかった。その理由は当時のローマ学者たちのストア学派的な見解によるのであって、それによれば、胎児は、それがいまだ母体から切り離されていないかぎり、母体の一部(「portio mulieris」、「portus in utero」)にすぎないと見られ、それゆえその侵害は精々のところ道徳的に恥ずべき行為にすぎない⁽²²⁾。もっとも紀元二〇〇年頃のセロベ帝以来、ローマ帝国においても墮胎に刑が科せられるようになった。しかしそれでも、胎児生命に独立した保護価値が認められたからではない。墮胎は、そこでは子への期待権を侵害する夫に対する犯罪であるとみなされたからである⁽²³⁾。未婚の妊婦による墮胎ならびに夫の同意に基づく妻の墮胎が処罰されることはなかった⁽²⁴⁾ことが、このことを如実に証明している。人口政策上の利害もおそらくは背後にからんでいたであろうが、いずれにせよ父権の確保がここで墮胎罪の優先的な保護法益としての地位を獲得したのである。

中世のカノン(教会)法の時代になるとこの事情は一変する。ローマ法とは全く反対に、ここでは未生児は既生の

人と同視され、それゆえ墮胎罪も殺人罪(≡homicidium)と同視されたからである。⁽²⁴⁾ところで、カノン法によれば、殺人罪とは神の賜物である生命を人間の我意から毀滅する神に対する犯罪であり、それには神の御意志^{みこころ}によって生命となることを人為的に阻止することも、当然に含まれる。それゆえ、不妊手術も原理的には殺人罪の一種である！(今日でも不妊手術の刑法的禁止を要求するカトリック教会の主張の沿源を辿れば、実にこの教義に帰着する。)カノン法のこの厳格な立場は、もとより先の旧約聖書出エジプト記第二十一章二二―二五節をめぐるあの「誤解」に基づく。しかしそれがどうであれ、いずれにせよこの厳格な立場は、西欧では一七世紀後半にいたるまで支配的な見解であり続け、また世俗法としても厳格に実施されたのである。とはいえ、この不妊・墮胎Ⅱ殺人同視説が現実⁽²⁵⁾に完全に貫徹されることは事柄の性質からしてありえないし、また実際に完全に貫徹されることはなかった。そこで、実用的な見地から案出されたのがあの「靈魂吹き込み(入魂)説」である。⁽²⁵⁾それによれば、神から魂を吹き込まれたがゆえに神の恩寵に与り、それゆえ法的保護も必要とする胎児(≡embryo formatus)と、いまだ魂を吹き込まれていないがゆえに法的保護にも値しない胎児(≡embryo informatus)とが區別され、その限界線は通例として妊娠四〇日目に(女兒の場合では八〇日目に)引かれた。この考え方に基づく墮胎処罰のための刑法規定は、——理論的根拠づけという点ではいかに不当であろうとも、おそらくは実際的な見地からして必ずしも全く合目的々でもないという理由で——イギリスでは一九世紀初頭まで維持され、ドイツでも一五三二年のカロリナ刑事法典に継受され、また諸ラント法を通じて後期中世の世俗法に一貫して受け継がれてゆく。⁽²⁶⁾既述のように、一八六九年にこの「靈魂吹き込み説」が教会によって公式に否定されたにもかかわらず、啓蒙時代に入っても、その趣旨・精神のうえでは諸々の刑法典を

通じてなお前代のままであった。わが現行刑法典の墮胎嚴罰主義に決定的な影響を及ぼした一八七一年のドイツ帝国刑法典もまたその一つにはかならない。そしてこの刑法典の墮胎嚴罰主義に何ほどの改革が施こされるまでは、なお一世紀以上も要することになるのである。この間に行なわれた中絶問題をめぐるドイツでの議論は部分的には一九〇一年一〇月三日のドイツ再統合後の今日まで規定しており、またここに中絶問題をめぐる世界的な議論が集約されてもいるのであるから、われわれはここで、ここ一世紀にわたる西欧法における墮胎法改革の歴史をドイツにおけるそれに限定することが許されよう。

(三) ドイツにおける墮胎法の改革

一八七一年のドイツ刑法典によれば、みずから墮胎した妊婦およびその墮胎に関与した援助者は一年以上五年以下の懲役に、減輕すべき事情がある場合でもなお六月以上五年以下の拘禁に処せられ(第二二八条)、対価を得て墮胎に関与した者は一〇年以下の懲役に処せられた(第二一九条)。すでに未遂も可罰的であるとされ、しかも全く損害を惹起しえない「不能未遂」の場合であっても判例によつて処罰された。いわゆる想像妊娠にすぎない場合で、実際は全く無害な墮胎薬であるにもかかわらずそれが有効であると誤認して服用した婦人でさえ処罰された。処罰の例外は許されなかったのである。ただ、母体を死もしくは極度の衰弱から保護することが必要である場合のみ、妊娠中絶が事実上容認されたが、これとて明文規定があつてのことではない。強姦による被害者がその「果実」を除去した場合でさえ処罰された。墮胎は、ここでは「靈魂吹き込み説」によるあの区別を起えてさえ処罰されている。⁽²⁷⁾_(27a)

では、この「靈魂吹き込み説」が教会によって公式に否認されているにもかかわらず、第二帝政時代のドイツにおいて墮胎嚴罰主義が依然として維持されたのは、それどころか一層強化されさえしたのはなぜか。それは、墮胎は神からその播いた種子を奪うという、数世紀にわたって人々の胸の中に深く刻み込まれたあの思想に、国家主義的な見地から新たに意味づけが施されたからにほかならない。墮胎は、つまりは国家から市民を、皇帝から兵士を、産業から労働者を失わせるがゆえに処罰されなければならなかったのである。⁽²⁸⁾後発資本主義国家の帝国主義的政策と墮胎嚴罰主義の結合の近代的な模範例は、かくしてまさにここに登場したのであつて、既述のような明治以来のわが国策もその模倣にすぎなかつたのである。このような状況の中で墮胎法の改革を主張することは、教会に対する闘争のほか、とりわけ国家主義に対する闘争を意味しないわけにはゆかない。墮胎法の改革の主張がドイツにおいてある程度まで現実的な意味を持ちえたのは、それゆえ漸く第二帝政の崩壊後、すなわちワイマール時代に入ってからである。

この闘争の口火を切つたのは、ほかならぬラートブルフその人である。数世紀にわたって西欧世界を支配し続けてきた墮胎刑についての考え方に対して根本的な変革を迫る彼の一九二〇年七月三十一日の改革提案は、鋭い現実的な感覺とその自由主義的⁽²⁹⁾進歩的な意気込みにおいてこの期のすべての改革提案を代表している。そのうえ、そこで展開された論拠には現在の議論に欠けている点を補強するに十分なものもすでに含まれている。それゆえ、彼の論旨をここで必要な範囲において再現しておくことは、決して無駄ではあるまい。

ラートブルフが——他のライヒ議会社会民主党その他の議員五三名とともに——墮胎法改革のために提示したこの法案は、「刑法第二一八条ならびに第二一九条に挙げられている行為——すなわち、妊婦自身による墮胎行為および

妊娠の同意に基づく墮胎行為——は、それが妊婦によりもしくは国家の認可を受けた（資格を有する）医師により妊娠初期三ヶ月以内に行なわれたときは、処罰されない⁽³⁰⁾という、今日のわれわれから見ればかなり控え目な「期限モデル」の提案である。では、これと「靈魂吹き込み説」に基づくあの「期限モデル」の違いはどこにあるのか。言い換えれば、ラートブルフ提案の新らしさは何か。

妊娠初期三ヶ月以内の中絶を不処罰とするこの提案は、その理由づけによれば、妊娠は遅くとも第三ヶ月目には経験のない婦人にも認知可能であり、またこの期間内では妊娠中絶に結びつく危険がより少ないという刑事政策的考慮にのみ基づいている。⁽³¹⁾この期間内における中絶の是非の決断は、母親みずからによってしかなされえない良心の問題であるとされるのである。それゆえ、初期胎動にいたるまでの妊娠初期数ヶ月以内の胎児は、いまだ独立した生命体ではない、つまりは「母体の一部」にすぎないと見てこの期間内では母親の「産む、産まない」権利が優先するといふ、今日世界的な規模において支配的な、しかしつきつめて考えればあの「靈魂吹き込み説」に帰着する見解ほど、ラートブルフの思想的内実からかけ離れたものはない。「強制的な困窮状態において〔中絶の〕決意を固める妊婦の行為、および同情から彼女に保障した医師の援助行為は確かに免責されてしかるべきであろう——が、しかしそれは決して正当化されうるものではない。われわれの〔墮胎法改革の〕意図は、われわれの提案の限度内での墮胎の自由化 (Freigabe) にあるのではなく、単にそれが処罰されてはならないということにあるにすぎない。われわれは〔中絶の〕権利を賦与したいのではなく、ただ刑罰を断念したいだけである。墮胎刑廃止のための……女権論者たちの、何人もその身体の無条件的な主人であるという個人主義的根拠づけは、われわれとは完全に異質のものである。社会

的な思想は、自己の身体についても国民共同体に対する責任を要求する。問題はただ、この責任が果されるべきは刑事裁判官の前でか、それとも自己の良心の前でかということのみである。⁽³²⁾

この言明の背後には、当時のドイツにおける墮胎処罰に必然的に伴う名状し難い弊害があった。当時のドイツでは墮胎件数は年間三二万五千件から五〇万件の間を推移していたが、実際に処罰されたのは常に千件を下回っていた。しかもその処罰例の大部分は、つねに妊婦の陥った逃げ道のない絶望状態から決意を余儀なくされたケースであった。当時の状況を生き生きと描写したラートブルフによれば、無言の了解のもとに内密の意味ありげな微笑を伴ってかかりつけの医師に禁じられている「侵襲」を行なってもらう裕福な婦人は、困窮がもぐりの医者の隠れ家へと駆り立てた貧しい婦人よりも、はるかに容易に訴追から免れることができた。この前者のあわれな偶然の犠牲者の前には、墮胎刑という言うに言われぬ不幸が立ちだかっているばかりではない。墮胎刑は、そのうえに、処罰から免れえぬ者に致命的な効果を及ぼす。それは彼女をして効き目のない墮胎薬を高い値で売りつける詐欺師たちへと、医術的適性を欠く墮胎措置によって生命・健康に重大な被害をもたらすもぐりの医師たちへと、告訴するぞと脅して墮胎のために負い目をもっている婦人を完全に自己の支配下に置く脅迫者たちへと駆り立てる。ラートブルフがある婦人から直接聞いた話として挙げている例は、墮胎刑の効果がどういものであるかを雄弁に物語っている。彼女は、九回にも及ぶ出産後の新たな分娩に身体が耐えられないことを知ってやむなく胎児を墮したが、その後の一〇年間というものは関知者と検察官の前の恐怖とともに暮らし続けた後に、時効の経過日をあたかも救済の祝日でもあるかのように祝ったのであった。またある若い未婚の女性は、その意図せざる妊娠に困り果てて墮胎を試みたが、それにもかかわ

らず健康な女の子が生まれてきた。その後母となることの喜びを知ったこの女性は、度々の親切な養子縁組の申し出をきっぱりと断つてこの子をわが手で育てる決意をしたが、しかしその実行は墮胎（未遂）刑の服役後にまで待たねばならなかった⁽³³⁾。ライトブルフは、まさにここに墮胎刑の恣意的適用と偶然責任がもたらす恐るべき非人間的な効果を見てとつたのである⁽³⁴⁾。そしてこの例は、今日のわれわれにとつても、墮胎罪は果して正義に適つた刑罰であるかを再考させるに十分な意味をもっているとは言えないであろうか。

われわれが今日当面している問題性に不変的な役害を演じうるでもあろう、^(34a) こうした考慮に基づくライトブルフの法案が、しかしながら当時では、社会民主党のいわばかけ出し、一議員にすぎなかつた彼にとつては、法律になる見通しはもとより存在しない。それが現実的な意味をもちえたのは、翌年の一九二二年一〇月二六日に彼自身がライヒ司法大臣になつてからである。「階級刑法」に全面的に反対する立場で貫ぬかれた、一九二三年の有名な「ライトブルフ草案」における墮胎罪規定は、⁽³⁵⁾ しかしながら——おそらくはその実現可能性を考慮した一種の妥協の産物と見るべきでもあろうが——先の提案とは「進歩的」な意味においては確かにかなり後退している。それにもかかわらずこの法案もやはり法律にならなかつたのは、その根本思想が当時のドイツの「民族的確信、しかしまた大部分の法律家と議員の意識状態に照して」⁽³⁶⁾ 余りにも過激な考え方に基づいて見られたからであつた。その前後のすべての草案に比べて「思い切つた進歩性」を現わしていると言われるこのライトブルフの草案における「進歩的なもの」は、「一つには刑法典によつて犯罪とされる領域を制限するという思想であり、今一つは応報原理から離れて刑事政策上の必要性および合目的性の基本原則に従つて刑罰体系を再構成すること⁽³⁷⁾」にあつた。「よき社会政策は最も有効な

刑事政策である⁽³⁸⁾」という彼自身の言葉によつて的確にその全体が表現されているこの草案は、言うまでもなくラートブルによつて一九一〇年前後から精力的に開始された刑法改正運動の一大成果であり、その当初からの「刑法の新路線」はつねに社会保障という目的に方向づけられた刑法による交換的応報という形式的な正義の克服、とりわけ——「刑法典は犯罪人のマグナ・カルタである」というその師フランツ・フォン・リストの継承として——刑法を階級司法および法曹階層から市民および犯罪者を保護するための防波堤に徹したものにするとしたことであつた。しかしここで想起する必要があるのは、この草案が成立したのは経済的および精神的困窮が、政治的には盲目的な情熱とルサンチマンが若い民主共和国を極度に脅やかしつねに危険にさらしていた、ラートブルが言うあの「迫り来る再野蛮化」を目前にしていた時代であつたということである。つまりはある法案が成立するにはそれに適した政治的基盤の存在が不可欠であり、ラートブルフ草案について言えば、その刑事政策的重要性が現実的な意味を獲得するには、ドイツの場合ではなお四〇年余りの期間を要したということである。刑法全面改正のために提示された一九六二年の「完全主義的な」政府草案⁽³⁹⁾に対してドイツとスイスの刑法学者たちからなる、いわゆる「代案教授たち」による一九六六年の周知のあの対案⁽⁴⁰⁾がいかに多くのことをラートブルフに負っているかを、アルトゥール・カウマンは如実に例証している。七〇年代のドイツにおいて矢継早やに達成された数多くの重要な刑法改正のうち、どの部分が、またどの程度までラートブルフに負うかは今なお研究の余地はあるとはいへ、いずれにせよこうした全体的な改正の動きがラートブルフの刑事政策上の影響なしでは考えられないことは確かである。墮胎法改正についてもこの事情に変わりなく、しかもそれは、東西ドイツ再統合に伴う新たな様相のもとに現在進行中である。われわれはしかし、これに立

入る前に、この間に生じた「ナチズムの異物」とも称すべき現象に触れないわけにはゆかない。わが優生保護法の問題性の基本的な部分が、それに負っているからである。

(四) ナチス法における墮胎・不妊問題

ワイマール時代のドイツにおいて墮胎法改正は確かに達成されなかったが、しかしそれでも、これをめぐる論議は徐々に実務を動かしていたのである。⁽⁴²⁾それはさしあたり、一九二七年三月一日のライヒ裁判所による「医学的適応事由」の承認に現われる。当時のドイツ刑法には緊急避難規定は置かれていなかったが、妊婦に他の方法では除去しえない生命もしくは身体の差し迫った危険が存在するときは、妊娠中絶は「超法規的緊急避難」を根拠として利益衡量原則に従って正当化されることが、ライヒ裁判所によって承認されたのである。当時の学説では、しかしながら第二一八条の無条件的除去も含めて、優生学的、社会的、倫理的適応事由による適応性の拡大も主張されていた。墮胎 (Abtreibung) か、それとも妊娠中絶 (Unterbrechung der Schwangerschaft) かという言葉の問題も含めて、今日でも通用するあらゆる論拠がすでに当時には出揃っていたと言われる。⁽⁴⁴⁾ところが、きわめて注目すべきことに、一九三三年頃を境目に、いわゆる「優生学的視点」が不妊Ⅱ墮胎問題をめぐる法学的論議の中でにわかに支配的な地位を占める。それまでの議論ではつねに人身的諸利益の衡量問題が主流を占めていたのに対し、いまや遺伝的欠陥を有する胎児の生命権それ自体が問題とされ、そしてついには一九三五年にナチスの遺伝健康法によって、「遺伝的疾患を有する子孫の抹殺は、人種的・人口政策的利益に関わり、物理的に存在している生命は、もはやそれ自体として保護に

値するものではなく、むしろそれが一定の社会衛生上の水準に達している場合にのみ、保護に値するものである」⁽⁴⁵⁾ことを根拠づける「優生学的適応事由」が承認されることになった。この法律とわが現行優生保護法との間には、周知のように明白な継承関係が存在する。⁽⁴⁶⁾それゆえこの法律の内容とその実施状況を概観する前に、当時のドイツにおいてなぜこのような「視点」が突如として勝利を占め得たのかを、少なくともその基本的な様相において把握しておく必要がある。それというのも、優生学的人種改良もしくは人間淘汰の思想は、確かにナチズムの人種思想と結びついてナチス政権の下に最大限の規模で実際にも貫徹されはしたが、しかしそれ自体としてはナチス特有のものでは決してなかったからである。

不妊・墮胎問題の世界的権威であるエルンスト・ヴァルター・ハナクによれば、人工的不妊手術すなわち断種は太古以来あらゆる世紀にわたりまたあらゆる民族にわたって行なわれてきたが、しかしそれは、本人の自発的な意思に基づくいわゆる「願望断種 (Erfolgssterilisation)」⁽⁴⁷⁾以外の場合では、概して性犯罪者に対する刑罰としての意味しか持っていなかった。⁽⁴⁸⁾しかし、ダーウィン、メンデル、ガルトンといった名称と結びついて一九世紀末から開始された生物学的・遺伝学的の研究によって、人間も遺伝という自然法則に服しており、病的な素因は子孫にも影響するという認識がもたらされて以来、われわれの問題領域においても新しい状況が生じはじめた。当時すでに始まりつつあった人口過剰と医学の進歩による人命救助の可能性の増大という現象が、この認識に特殊な意味を獲得させることになった。当時の近代的諸国家において観察された精神病者の顕著な増加とあいまって、国家的な人口抑制策を背後からこの「科学的認識」が請け合ったのである。その「成果」は、すでに今世紀当初にアメリカ合衆国において現わ

れている。「優生学的淘汰」を目標としたいわゆる「断種法」は、この国では一九〇七年にインディアナ州で成立し、ついでカルフォルニア、ワシントン、コネチカットの諸州がこれに続いた。一九三七年にはその数は合衆国四七州中三二州にまで達している（もつとも、一九五二年では二七州にまで減っている）。ハナクによれば、ドイツを除くヨーロッパ諸国も大同小異である。⁽⁴⁹⁾

ドイツにおいてもこの種の議論は世紀の変り目頃から盛んに行われ始めたが、しかし、法学上の文献に見られる限りでは、当初は右のような「世界的傾向」に対しては概して批判的であった。⁽⁵⁰⁾そこでは、合衆国諸州の「向う見ずな飛びつき」⁽⁵¹⁾にはつきりと留保が表明され、強制的な不妊手術は圧倒的に否認されていたのである。⁽⁵²⁾それどころか、一九一四年七月四日にドイツの立法者によって提示された「断種および妊娠中絶に関する法律草案」⁽⁵³⁾では、医学的適応事由に基づく医師による生殖能力の除去のみが許され、それ以外の断種は、たとえそれが本人の同意の下に実施されたものであっても三年以下の懲役に処せられ、みずから断種を行った者でさえ禁固に処せられるというように、不妊・堕胎に対してきわめて厳しい態度が示されている。けれどもその立法趣旨は、胎児もしくは人となる者の生命権の尊重とその保障にあるのではなく、とりわけ戦争による損失から誘発される出産減少をくい止めることにあったことは、その理由書から知られる。そこではまず、外科学の進歩が「健康な婦人の妊娠中絶と生殖および出産能力の除去に重大な憂慮を払わせずにはおかない等級のものにまで達した」という事実が問題とされ、次いで「子を産む義務」が強調された。健康な男女が子を産むことは道徳上の、そしてまた祖国に対する義務であるというわけである。この法案で優生学および社会的適応事由が拒否されたのは、まさにそれらが右のような倫理的および法的確信とは

相い容れないからであった。もつともこの法案は、第一次大戦の勃発とそれに続く政治上の激変のために審議未了となり、結局は法律にはならなかった。

敗戦後におけるドイツの壊滅的な状況は、しかしながら論争全体の中に、これとは逆の「全く新しい視点」⁽⁵⁴⁾を登場させた。公共の困窮、国家財政の未曾有の窮乏、そしてその結果としての公的および私的な諸施設における逼進した状態が、人々をして、「低価値者問題」へと駆り立てたのである。費用ばかりかかって社会的に無価値な「種族」の生殖を許容するというような人道主義は、そのために他の種族の国民的衛生というより重要な課題が未解決を余儀なくされているのに、果して許されるであろうか、といった議論がとりわけ医師層の間で公然と行なわれた。彼らは、そればかりでなく、たとえば「手術的措置によって無価値な生命を阻止するための法律」ないしはこれに類する法律の数多くの私案を、すでに比較的早い時期に呈示させているのである。これらに共通しているのは、臨死介助領域における「生存に価値なき生命の毀滅」という、あのビンディングとホッへの根本思想を、すでに「生成中の生命」にまで、さらには生命になる前の段階にまで拡大適用しようとするにであったことは言うまでもない。とはいえ法律家たちは、遅くとも一九三三年までは、大勢としてはこの傾向に対しては少なくとも同調的ではなかった。しかしそれは多くの場合、たとえば先のラートブルフ改革案に見られるような母と子の最大限の幸福の獲得といった人道主義的な見地によるものではなく、この種の規定を設けるには「時機はいまだに熟していない」⁽⁵⁶⁾と考えられたからにすぎなかった。

人種思想を党のイデオロギー的盤の核心に据えるナチス党が一九三三年三月二四日に全権を掌握したことは、われ

われの問題にとってこの「時機」が早くも到来したことを意味する。優生学的淘汰の思想は確かに、既述のように、ナチス特有のものではないが、しかしそれはナチスの人種イデオロギーと最もうまく適合しうるのも確かである。ヒトラーがその『わが闘争』で宣言したように、もし「文化を創造するものとして、より高級な人間存在の美と尊厳を創造する人種的原基のための配慮」こそが「民族国家」の最高目標であり、⁽⁵⁷⁾「人種的指導者国家、それこそが第三帝国の不文の憲法」⁽⁵⁸⁾であらねばならないのであれば、この論理の内在的必然性として、人種の純粹性を汚す「遺伝病者を民族の血流から締め出す」⁽⁵⁹⁾ための遺伝形質の確保と保存が国家の最高任務であるということがこれに続かねばならない。要するに、「一定の遺伝病からの全民族の純化が目的なのであるから、断種を受ける者の同意は問題にならない。民族共同体の外には、いかなる生命も存在しない」⁽⁶⁰⁾というわけである。これに反対する者は民族の反逆者となり、遺伝的に病気であることを否認する国家が、こうして現に成立した。そのために用いられた遺伝健康法による強制断種の犠牲者は、それが「典型的なドイツ的徹底性」⁽⁶¹⁾をもって実施された結果、有力な査定によれば、最終的には実に三五万人にも及んでいる。⁽⁶²⁾

(五) 戦後ドイツにおける堕胎法革と「自由化の波」

遺伝健康法によって承認された断種および妊娠中絶のための「優生学的適応事由」が特殊ナチス法として占領管理委員会法によってすでにその制定の当日にまで遡って無効とされうるかという問題は、当然のことながら戦後ドイツにおいて法学上の議論の対象となるとともに、また実際の裁判においてもいわゆる「戦後処理」の問題として争われ

た。けれどもそれは、他の典型的なナチス訴訟とは全く異なる運命を辿ることになった。⁽⁶³⁾ それというのも、いち早くその無効を宣言したソ連軍占領地区裁判所を除けば、西側の占領地区裁判所は、確かにこの法律の実施機関である遺伝健康裁判所の閉鎖によって事実上その効果を停止しはしたが、しかしこれまでのところ、どの裁判所によっても一度も無効が宣言されることはなかったからである。それゆえ、問題はむしろ、一九四九年五月二三日のドイツ連邦共和国基本法の成立以降、ドイツの法律家たちによってこの法律の憲法適合性という観点から実質的に議論されることになり、現在ではいずれにせよ、この法律が全体として「人間の尊厳」(基本法第一条) および/または各種の「人格権」(第二条) を侵害するがゆえに憲法違反と見る点において原則的に一致している。問題情況はまさにわが優生保護法と憲法との関係にとっても基本的な同質のものであるから、その諸論拠は後に改めて詳しく検討されなければならない。

いずれにせよ、遺伝的損傷を負った胎児生命そのものの無価値性を根拠とする「優生学的適応事由」が憲法違反として無効であることが明らかなのであれば、それはすべての生命保護領域にわたって一掃されなければならないということになる。事実、一九六九年八月一五日の去勢法⁽⁶⁴⁾にも、「男性の生殖腺を意図的に切断もしくは恒常的に機能不全にすることによって異常性欲の効果を不能にする治療法である」(同法第一条) 去勢手術の実施が許されるための適応事由の中には、前の意味におけるような優生学的適応事由はもはや置かれていない。ただ、「精管ないしは卵管を不通にすることによって人の生殖能力を通例として停止する外科的侵襲」である断種については、それが強制的に実施されるときは意図的な重傷害(刑法二三三条以下)に該当することは明らかであるが、しかし本人の自由意思に

よる断種の処罰規定は現在のドイツには存在しない。そのために、その許容性をめぐって判例・学説の間で見解が激しく対立している。⁽⁶⁵⁾とはいえ、本人の自由意思による断種は遺伝学（優生学）上の適応事由のある場合に限って許されることが主張される場合であっても、そこで考えられているのは現行ドイツ刑法第二一八条a（妊娠中絶のための適応事由）1の準用以外の、もしくはは以上のものではない。そこで、この「優生学的適応事由」がそもそも何を意味するのか、ということが問題となる。

現行ドイツ刑法第二一八条a第二項1によれば、「子が遺伝的素質のために……その健康状態に除去しえない損傷を被り、その損傷が妊婦に妊娠の継続を要求しえないほどに重大であると認められるべき有力な根拠がある」（傍点は筆者）ときは、——受胎後二二週を超えない限り（同条第三項）——医師による中絶行為は処罰されない。条文を熟読すればただちに判明するように、ここでは「優生学的事由」という言葉はその固有の意味（つまりは、ナチスの意味）において用いられているのではない。それはいわば、妊婦が陥った特殊な葛藤状況を緊急避難類似の方法で解決するための一つの衡量要素でありうるということ以外の、もしくはは以上のことを決して意味していないのである。そのためにこの言葉を用いることは確かに不適切であり、またそのためにわが国において多くの誤解を招いているとは言え、いずれにしても生命の刑法的保護領域における「優生学思想」は、現在のドイツでは、少なくとも刑法およびその解釈論の範囲に限って言えば、もうとうに克服されているのである。

第二次世界大戦の終結以来、今日にいたるまでわが中絶問題をめぐる世界的な基本的動向は、「国際的な自由化の波」という言葉によって最もうまく表現されうるであろう。⁽⁶⁷⁾わが一九四八年の優生保護法の「社会的・経済的適応事

由」がいち早くこの「波動」の先鞭をつけたことは言うまでもない。しかしより強力な「震源地」は、もとより産む自由、産まない自由という女性の自己決定権の保障に明確に方向づけられた(旧)ソ連における一九五五年の中絶自由化法、およびそれをモデルとす一九五〇年代後半の東欧諸国の法制であった。⁽⁶⁸⁾この波はやがて、スカンジナビア諸国やイギリス、アメリカ合衆国まで——その「体制」の相異にもかかわらず——包み込んでゆく。アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、周知のように一九七三年一月二二日のいわゆる「ロウ判決」⁽⁶⁹⁾において、すでに妊娠初期三半期における妊婦の墮胎決定権が憲法上のプライバシー権に属することを承認し、その反面においてこの期間内の胎児生命の独自の価値を否認するという判断を明確に示した。もっとも、このアメリカ判例の基本的立場も、その後のアメリカ社会が保守回帰の傾向を強めてゆくと並行して、最近では徐々にその姿勢を変えはじめている。特に連邦最高裁判が一九八九年に州法による制限を一部認める判決を下して以来、その保守化の動向が注目されていたが、一九九二年六月三〇日にはついに中絶を州法で制限すること基本的に認める決定を下した。これは、アメリカ国内では先の七三年判決を事実上否定したものと受け取られ、本稿執筆の時点ではそれが大統領選ともからんで大きな争点になっている。⁽⁷⁰⁾この論争の帰趨については現時点では全く予断は許されないが、いずれにせよ七三年のアメリカ判例の影響もあって、現在では世界人口の過半数が一定期間内における中絶の自由が認められている国、あるいは広範な社会的・経済的適応事が認められている国に住んでいるといわれている。⁽⁷¹⁾

ナチス時代の遺伝健康法に由来する「優生学的適応事由」が無効とされた後のドイツではしかし、それによって生じた中絶許容のための空白はさしあたりは判例による「医学的適応事由」の承認によって埋められ、後にそれを一九

六二年政府草が条文化するという対応が続いたにすぎない。しかしこの間に生じてきた「国際的な自由化の波」⁽⁷³⁾は、もちろん(旧西)ドイツの国境でも阻止されることはなかった。

それは、一方では「私の腸は私のもの」、「二一八条は婦人を出産器に貶しめる」、「二一八条の削除は婦人解放の条件だ」といった情動的な合言葉のもとに当時の現行法とそれに若干の手直しを加えたにすぎない政府草案の「完全主義」への反対運動へと女権論者たちを駆り立てるとともに、⁽⁷⁴⁾六二年政府草案と対決するために開始されたドイツとスイスの刑法学者たちからなるいわゆる「代案教授たち」による刑法全面改正のための代案作りの重点目標の一つとすることを促した。一九七二年に公表されたこの代案における堕胎法改正案⁽⁷⁵⁾は、妊娠初期三ヶ月以内における中絶は、妊婦がしかるべき相談所の助言を受けることを条件として処罰されないことを骨子とする、いわゆる「期限モデル」に立脚したものであった。もつともこの相談所への訪問を任意とするか義務とするかについては代案教授たちの間でも見解が分かれ、多数説は前者を支持し少数説は後者を主張している。⁽⁷⁶⁾この見解の対立にもかかわらず注目すべきことは、この期間内における中絶の不処罰は妊婦の自己決定権の優先したがってこの期間内の胎児生命の無価値性を根拠とするものでは決してなく、その処罰は目標とした利益よりもはるかに多くの弊害を生み出すという、すでに言及されたラートブルの現実認識と同質の、透徹した刑事政策的配慮に基づいているということである。刑法的規制の限界を明敏に自覚しているがゆえに今なお、というより今まさに現実的な意義をもちうるこの提案は、理論的には妊婦の自己決定権の承認とは明確な一線が画されうるにもかかわらず、しかしその事実上の不処罰の主張がこの期間内における中絶の自由権と解されかねない「危険」を内蔵していたものであることは否定しうべくもない。そして実際まさ

にそのことが、この代案の多数説に基本的に依拠した墮胎改正法が一九七四年六月一八日に第五次刑法改正法として連邦議会を通過したにもかかわらず、連邦憲法裁判所によってその効力が否定される根拠となったのである。

すなわち妊娠初期一二週以内に妊婦の同意を得て実施された医師の中絶行為を不処罰とし(第二一八条a)、それ以後でも医学的適応事由のある場合は妊娠の全期間にわたり(第二一八条b1)、遺伝学的適応事由のある場合は一二週以内に限り(第二一八条b2)不処罰とし、またこの法律で義務づけている相談所による助言(第二一八条c)を受けなかった場合であっても、処罰されるのは中絶を実施した者だけであって妊婦自身は処罰されない(第二一九条)とする社会・自由連合(SPD/FDP)による⁽⁷⁷⁾の法案は、連邦議員六五四名中二四七対二三三という僅差で連邦議会を通過したが、カールスルーエの連邦憲法裁判所第一部は一九七五年二月二五日、これらのうち「期限解決」に該る部分は連邦基本法第二条第二項及び第一条第一項に違反するとして反対派が提訴した申し立を肯定し、同条の修正を連邦政府に命じたのであった。⁽⁷⁸⁾その根本判決の趣旨は次のように要約できよう。すなわち生成中の生命は基本法第一条第一項第二条第二項第一文により独自の、最高の法益として保護されているのであるから、国家は胎児の生命権を着床から妊娠の終結にいたるまで有効に、必要ならば刑法上の制裁を用いてであっても、誰からに対しても、ということとはつまりは母親の自己決定権に対してであつても保護する義務を負う。それゆえ、立法者が刑法的保護を全面的に断念しえない限りでいわゆる期限解決は憲法違反であるが、しかし彼は、基本法的に命じられた妊娠中絶の法的否認が刑罰威嚇という手段以外の方法で表現することを妨げられない。言い換えれば、憲法によって命ぜられた保護が他の手段によっては達せられない場合のみ、刑法という手段を用いることができる、と。連邦憲法裁判所は、こ

の判決において同時に、いわゆる「適応事由モデル」による合憲的な解決策もありうることを指摘した。その趣旨に従って一九七六年五月一八日の第一五次刑法改正法によって成立したのが、現行ドイツ連邦共和国刑法第二一八条以下の墮胎規定である。⁽⁷⁹⁾それはいわば「期限によって段階を付され、特別の手續規定によって防禦案を講じられた適応モデル」⁽⁸⁰⁾とも呼ぶべき、複雑きわまるものになっている。

しかしながらこの墮胎刑法もまた、一九九〇年八月三十一日の東西ドイツの再統合条約から生じた新たな難問に直面することになった。⁽⁸¹⁾統合後は新たな参入諸ラントが原則的にこれまでの連邦共和国刑法および刑事訴訟法に編入されることが同条約で取り決められたが、しかし墮胎刑法については、同条約は「出生前の生命保護と妊婦の葛藤状況との合憲的な克服を、法的に根拠のある婦人のための請求権に基づきとくに助言と社会的援助を、それがドイツの両部分において今日保障されているよりも一層厚く保障する規定を、遅くとも一九九二年一月三十一日までに置くこと」⁽⁸²⁾を全ドイツの立法者に義務づけたからである。この墮胎刑法における「法的同化」は、しかしながら頭初からきわめて困難な課題であると考えられていた。それというのも、現行ドイツ連邦共和国刑法の墮胎規定と一九六八年一月二日に成立したドイツ民主共和国のそれ（同法第一五三条―一五五条）および一九七二年三月九日の「妊娠中絶に関する法律」⁽⁸³⁾との間には、何と言って原理的に相容れない次の三つの基本的な相異点が存在するからである。(1) 妊娠中絶は、前者では医学的・遺伝学的適応事由およびこれと同質の重大な困窮状態に基づく適応事由が存在する場合にのみ「罰せられない」（「適応事由解決」）のに対して、後者では妊娠初期一二週以内の医師による中絶行為は「許される」（「期限解決」）。(2) それゆえ、中絶した婦人は、前者ではきめ細かく規定された法的諸要件を満たしたのみ不処罰

の「恩典」に浴するにすぎないが、後者では原則的に処罰を免れる。(3) 要するに、中絶した妊婦は、前者では単に処罰されないだけであるのに対し、後者ではそれが「権利」として承認されている、ということである。この三つを「融合」ということはまさに「ゴルギアスの結び目」を断ち切るに等しいと言わねばなるまい。

しかし、ドイツ連邦議会は一九九二年六月二六日の未明に、これを断ち切る「アレキサンダー大王の剣」ともいべきもの、すなわち医師との相談義務を伴う妊娠第一二週末までの中絶権の承認を骨子とした社会民主党、自由党、キリスト教民主連盟その他の一部による共同提案を、⁽⁸⁴⁾ 今度は三五七対二八三の大差で通過させた。反対派は、⁽⁸⁵⁾ 当然のこのようにこれを憲法裁判に提訴した。判決の予想は、現時点では前判決の変更に傾いている。しかし、それがどうであれ、われわれの当面する問題が、結局のところここに集約されるであろう——その問題点というのは、「妊婦の自己決定権か、それとも胎児の生命への権利か」という問題の提起自体が果して法理論に見て妥当性を有するのか、ということである。

(六) 総括と課題

さて、われわれはいまや、墮胎刑の歴史、つまりは胎児生命が法的にどのように扱われてきたかについての、もちろん全く完全なものではないがそれでも基本的な様相はどうか把握しているであろう右の比較法史的概観からの帰結と、今まさに検討すべき課題をそこから引き出すべきときがきた。墮胎法の歴史が明瞭に示しているのは、人類の永い歴史の大部分において妊娠とその子は、それ自身の利益のためではなく、つねに他の優越的な利益と比較衡量

され、否定的にも肯定的にも扱われてきた。すなわち墮胎は、ある時はそれが貧困問題の解消に結びつきうることから事実上認容され、ある時は神によって選ばれた民の増殖を妨げるといふ理由で、夫からその相続人を奪うといふ理由で、魂が吹き込まれた生命を神から奪うといふ理由で、国家から兵士と労働者を奪うといふ理由で処罰された。また国民の遺伝的素因および／もしくはその健康状態が問題となる時には、墮胎は許されるどころか、積極的に奨励さえされたし、また現にされている。これと並行して妊婦は、ある時は殖産政策推進のため道具として、夫の期待権を獲得するための保障として、神の播いた種子を芽ぶかせる農地として、国家に有能な労働者・兵士を提供するための「出産器」として扱われ、ある時は一定の国民衛生状態を維持するために「生命毀滅者」であることが義務づけられるといふように、いずれにせよつねに「他の目的のための手段」として扱われてきた。しかし今世紀に入ってから墮胎法改革運動は、全般的に見て、妊婦のこうした隷属状態からの解放といふことによって特徴づけられよう。妊婦自身の人格と幸福といふことを問題の中核に据えるといふことは、しかしながら同時に優生学的・人工政策的視点の問題領域からの排斥といふことを意味しなければならない。理論的には戦後ドイツにおいてとうに克服されたはずのこの課題は、残念ながらわが国においてはなお現実的な意味を持ち続けていると言わねばならない。

しかしより一層重要なことは、婦人の自己決定権といふそれ自体としては全く正当かつ望ましい視点も、それが一面的に主張されるならば、胎児生命それ自体の尊重といふ、いまや歴史的に登場すべき第三の視点がないがしろにされ、その結果として、神や国家に母親がとって代るとはいえ、いぜんとして、いずれにせよ自分以外の「暴君」の支配下に置かれ続けることになるからである。先のドイツ連邦憲法裁判所七五年判決がすでに確認しているように、妊

娠中絶はつねに未生児生命の毀滅をも意味するのであるから、胎児の生命権を保障しながら同時に妊婦の中絶への自己決定権を承認するということは原理的に不可能である。もしそうであれば、妊婦の自己決定権か、それとも胎児の生命への権利かという、今日世界的に認められる二者択一の問題提起はもともと法理論的には誤りであり、ただ政治的にのみ、つまりは非合理的な力関係によってのみ解決されうることになる——が、そういった解決法は、それが本来の意味において——つまりはそれが目的々に合理的ではあっても——理性的でないという点においてまさに太古以来の墮胎法のありようと同質のものであって、真の法理論家ならばどうていこれに満足しえないであろう。

憲法によつてともに保障されながらも、しかも現実の場面では相競合する諸利益・諸価値の最も無理のない調整を求める法理論は、もともとある法領域——たとえば刑法——にのみ通用する固い解釈論の枠内に納まりきるものではない。それは、法と人間存在とのかかわりを見透した、柔軟で多元的な思考を必要とする。われわれの問題にとつてこのことが意味するのは、たとえ妊婦の自己決定権がその胎児の生命権の前に後退を余儀なくされる場合であっても、それがより適切な法的手段によつて十分に埋め合わされるような調整策が発見されなければならないということである。墮胎法の過去は、この課題の歴史的必然性をわれわれに指し示しているとはいえないであろうか。いずれにせよ、われわれの考察をまず生命の等価性原理の法的確認から始めることは、法の歴史的発展の「道理」には少なくとも適っているように、筆者には思われるのである。

(9) 瀧川幸辰「墮胎とその処罰」(昭和二二年『刑法雑筆』収録)『瀧川幸辰刑法著作集第五卷』(一九八一年、世界思想社)

- (10) 司法省秘書課『司法資料別冊第十七號日本近代刑事法令集上』(昭和二十年四月) 五四一頁。
- (11) 小泉英一『墮胎罪の研究』(一九三四年) 一二三頁以下、中義勝「墮胎罪の歴史と現実および比較法」関法二四卷一・二合併号一九一／二頁、参照。
- (12) 笠原一男編著『罪と罰 日本民衆信仰史』(一九八〇年、教育社) 一六七頁以下参照。
- (13) 笠原・前掲(12)書一七〇頁。
- (13 a) 正確な条文については、後掲(27 a)を見よ。
- (14) 瀧川前掲論文(9)五〇七頁、小泉前掲書(11)二〇二頁。
- (15) これについては、詳細な論証を伴なう秋葉悦子「自殺関与罪に関する研究」上智法学論集三三二卷二・三合併号一三七頁以下、とくに一四二頁以下を見よ。
- (16) 中谷瑾子「墮胎罪処罰の限界」犯罪と刑罰一九号(一九七四年) 三九頁。
- (17) 小泉英一「殺人罪、傷害罪及び墮胎罪」刑事法講座第四卷(一九四三年、有斐閣) 八〇五頁より引用。
- (18) 小泉・前掲(17)論文八〇五／六頁。
- (19) Gerd Dahn, Zur Geschichte des Abtreibungsverbots, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot des §218, S. 329.
- (20) Dahn, a. a. O (前注(19)).
- (21) 中・前掲(11)論文一九五頁によれば、この「誤解」は上記聖書をヘブライ語原典からギリシア語に翻訳する際の「誤り」から生じた。すなわち、原典では胎児が形づくられているか否かは明示されていないのに、翻訳者たちは前者の胎児の毀滅に死刑が科せられることをつけ加えたが、それがアウグスチヌスを通じて公式解釈になったということである。
- (22) Dahn, a. a. O (前注(19)). S. 330 f.
- (23) Dahn, a. a. O (前注(19)). S. 331. Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 636 f., をも参照。
- (24) アルビン・エーザー「ドイツ墮胎刑法の改革」上田・浅田編訳『先端医療と刑法』(一九九〇年、成文堂) 一五九頁。
- (24) Dahn, a. a. O (前注(19)). S. 333 f. 中・前掲(11)論文一九五頁。

(25) エーザー・前掲(24)書一五九頁。

(26) その詳細については、*Dahn*, a. a. O (前掲(19)), S. 333 ff. 参照。

(27) 当時の墮胎刑の苛酷な運用状況については、とりわけ、*Gustav Radbruch*, Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafreches, in: Alfred Grothahn/Gustav Radbruch, Die Abtreibung der Leibesfrucht, Berlin: J. H. W. Dietz Nachf. 1921, S. 23 ff. auch in: Albin Eser (Hrsg.), Recht und Medizin 1990, S. 90 ff. auch in: Arthur Kaufmann (Hrsg.) Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 9 (bearbeitet von Rudolf Wassermann), S. 194 ff. が生き生きと描き出している。

(27 a) 一八七一年のライヒ刑法典における墮胎処罰規定の正文(BGBI. 1871S. 127 ff.) は次の通り。

第二一八条

- (1) 胎児を故意に墮胎もしくは母体内で殺害した妊婦は、五年以下の懲役刑に処せられる。
- (2) 減輕事情が存在するときは、六月以下の輕懲役刑に処せられる。
- (3) 妊婦の同意を得て墮胎もしくは殺害のための薬物を妊婦に用いるか、もしくは妊婦に教え込んだ者もまた、前二条の規定が適用される。

第二一九条

胎児を墮すか、もしくは殺害した妊婦に、対価を得てそのための薬物を調達し、彼女に用いるか、もしくは教え込んだ者は、一〇年以下の懲役刑に処せられる。

第二二〇条

- (1) 妊婦の認識もしくは意欲なしに胎児を墮し、もしくは殺害した者は二年を下らない懲役刑に処せられる。
- (2) 行為によって妊婦の死が惹起されたときは、一〇年を下らない懲役刑もしくは終身懲役刑に処せられる。

(28) *Radbruch*, Die Abtreibung (前注(27)), in: Gesamtausgabe, S. 195.

(29) *Albin Eser*, Zum „Weg der Forschung“ im Recht der Medizin, in: Recht und Medizin (前注(27)), S. 37.

- (30) Eser, a. a. O (前注(27)) . S. 93. からの引用。
- (31) Radbruch, in : Eser, a. a. O (前注(27)) . S. 94.
- (32) Radbruch, in : Eser, a. a. O (前注(27)) . S. 99 f.
- (33) Radbruch, in : Eser, a. a. O (前注(27)) . S. 92 f.
- (34) ちびち Radbruch, Das Verbrechen gegen des keimende Leben (1920) . in : Gesamtausgabe Bd 9 (前注(27)) . S. 191 ff. を見よ。

(34) Eser, Gustav Radbruchs Vorstellungen zum Schwangerschaftabbruch : Ein noch neue „ moderner “ Beitrag zur aktueller Reformdiskussion, in : Festschrift für Günter Spengel, 1992, S.475 ff. もまた、現在の改正論議にとってラートルフの妊娠中絶についての考え方が、今日でもなお「現代的な」寄与を十分に果していることを注目させている。

(35) 戦後になって漸く公刊されたこのラートブル草案 Gustar Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen strafgesetzbuches (1922) . mit einem Geleitwort von Thomas Dehler und einer Einleitung von Eberhard Schmidt, 1952, auch in : Radbruch Gesamtausgabe Bd. 9 (前注(27)) : 47 ff. 中の堕胎規定は次の通り。

第二二五条 その胎児を子宮内においてまたは堕胎を通じて殺害するか、もしくは他人に殺害させた婦女は、(一週から五年以下の……同法案第三一条) 懲役刑に処せられる。他人が胎児を子宮内においてまたは堕胎を通じて殺害した者も、同じ刑に処せられる。

本条の末遂は罰せられる。堕胎を企図しまたは企図しようとした婦女が妊娠していないか、もしくは用いられた薬物、道具または処理ではそもそも実施されえないときは、可罰的末遂は存在しない。

前条第二項に挙げられた行為を妊婦の同意なくまたは業務としてなした者は、重懲役(一年以上一五年以下……第三一条) に処せられる。妊娠のために堕胎薬または器具を営利として調達した者も、同じ刑に処せられる。

第二二六条 堕胎(第二二五条) の目的で公然とそのために用いられる薬物、器具または方法を広告または宣伝した者は二年以上の懲役または罰金刑に処せられる。

同じ仕方でも自己または他人の業務を、墮胎の実施または容易ならしめるために提供した者も同じ刑に処せられる。

- (36) *Rudolf Wassermann*, Einleitung zu Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 9 (前注(27)) : S. 25.
- (37) *Eberberd Schmidt*, Einleitung zu Gustav Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), 1952, S. XI.
- (38) Gustav Radbruchs Entwarfs (前注(28)), S. 67.
- (39) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechter, 1. Aufl. 1966, 2. verb. und erw. Aufl. 1969.
- (40) *Arthur Kaufmann*, Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs, in : ders., Gedachtnisschrift für Gustav Radbrud, 1968, S. 324 ff.
- (41) ラートブルフの諸改正の動きを全般的に見渡したものと「とりわけ *Dellen von Binlow*, Strafrecht und Kriminalpolitik, in : Hans de With (Hrsg.), Deutsche Rechtspolitik, 2. neubearb. Aufl. 1980, S. 73, 82 ff., *Wassermann*, Einleitung (前注(27)) : S. 1 ff. が最も詳しい。
- (42) その展開過程について詳しくは *Hans-Georg Koch*, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in : Eser/Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen · Soziale Rahmenbedingungen · Empirische Grunddaten Teil 1 : Europa, 1988, S. 17 ff.
- (43) RGSt 61, 243.
- (44) *Koch*, a. a. O (前注(42)) : S. 64.
- (45) エーザー・前掲(24)書、六〇頁。
- (46) これを詳細に例証したものととして、米本昌平『遺伝管理社会——ナチスと近未来』(一九八九年、弘文堂)一八三頁以下を見よ。
- (47) *Ernst-Walter Hanack*, Die strafrechtliche Zulässigkeit künstlicher Unfruchtbarmachungen, 1959, S. 29 ff.

- (48) *Hanack, a. a. O (前注(47))* .: S. 37 ff.
- (49) *Hanack, a. a. O (前注(47))* .: S. 39 ff.
- (50) ドイツにおける展開について詳し *Hanack, a. a. O (前注(47))* .: S. 55 ff.
- (51) *Joseph Heimberger, Sterilisierung und strafrecht. Mschr-KrimPsych 15 (1924)* . S. 166.
- (52) *Eduard Kohrausch, Sterilisation und Strafrecht. ZStW 52 (1932)* . S. 399.
- (53) Reichstagsdrucksache Nr. 1717 vom 4. Juli 1918.
- (54) *Hanack, a. a. O (前注(47))* .: S. 57.
- (55) *Bonhoeffer, Die Unfruchtbarmachung der geistig Minderwertigen. KlinWisch.*, 1924. S. 799.
- (56) *Hanack, a. a. O (前注(51))* .: S. 61.
- (57) *Adolf Hitler, Mein Kampf*, 85/94. Aufl., 1934. S. 433.
- (58) *Ristow, Erbgesundheitsrecht*, 1935. S. 3.
- (59) *Ristow, a. a. O.*
- (60) *Ristow, a. a. O., S. 1.*
- (61) *Hanack, Künstliche Eingriffe in die Fruchtbarkeit*, in: Göppinger (Hrsg.) , *Arzt und Recht*, 1966. S. 30.
- (62) *Hanack, Die Sterilisation aus sozialer Indikation. JZ 1964*, S. 393.
- (63) その詳細については *Hanack, Die Strafrechtliche Zulässigkeit (前注(47))* .: S. 76 ff. を見よ。
- (64) *Das Kastrationsgesetz vom 15. 8. 1969. BGBl I 1969*, 1143.
- (65) その状況については *Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis*, 1988. S. 214 ff. 及び S. 216 f. を見よ。
- (67) エーザー・前掲(24)書一六一頁。
- (68) ソ連および東欧圏諸国の状況については、中谷・前掲(2)論文四八頁以下に詳しい。ただし、それは一九七〇年までの段階のものである。

- (69) これについて詳しくは、特に石井美智子「プライバシー権としての堕胎決定権——アメリカ判例法における堕胎自由化——」東京都市大学法学会雑誌一九卷二号七九頁以下を見よ。
- (70) 朝日新聞一九九二年六月三〇日付。とはいえ、これによって七三年判決が明示的に変更されたわけではない。
- (71) 我妻堯「優生保護法」ジュリスト増刊総合特集二〇六頁以下。なおヨーロッパ諸国ではすでに、スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、オーストリア、イギリス、ベルギー、フランス、デンマーク、イタリア、ギリシアが、その期間には差があるものの、いずれも規限モデルを採用している。
- (73) 六二年草案第一五七条によれば、医師による胎児の殺害は、医学の認識と経験によれば、殺害によってのみ婦女の死の危険もしくは身体または健康への期待不可能な重大な損傷の危険が回避されうるときは処罰されない。同じ条件のもとに子宮内で殺害したときも処罰されない。ここでは、医師の行為は単に処罰されないとしているだけで、適法であると明示されていないことが注目される。他の適応事由のうち、優生学的適応事由については改正作業の中でも全く議論の対象にならなかったが、しかしいわゆる倫理的もしくは刑事学的適応事由については激しい議論の対象にもなり、また実際に具体的な司法省案も提示されたが、それは連邦参議院の全員によって否決された。Das Entwurf eines StGB 1962 (E62) mit Begründung, S. 29 ff. 参照。なおこのいさむ(こいつ)詳しくは Jürgen Baumann, Schutz des werdenden Lebens · notwendig, aber wie?, in: Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot des §218, 1971, S. 19 ff. を見よ。
- (74) 当時のこの情況について詳しくは、Arthur Kaufmann, Bemerkungen zur Reform des §218 StGB aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Bauman (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot (前注(73)), S. 46 f. auch in: Kaufmann, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 187 f. を見よ。
- (75) 七二年対案における「生成中の生命に対する犯罪」の部分とアルトゥール・カウフマンの執筆によるその理由書は、すでに一年前に Kaufmann, Vorschläge zur Neugestaltung des §218 StGB, Arzt und Christ, 1971, S. 151 ff. auch in: Kaufmann, Strafrecht (前注(74)), S. 159 ff. という形で公表されていた。その多数解決案は次の通り。
- 第一〇五条〔許されない妊娠中絶〕 (1) 受胎後初期三ヶ月以内に実施された妊娠中絶は罰金刑〔もしくは〕一年以下の

刑に処せられる。ただし、次の場合は除かれる。

- 1 受胎後四週以内にみずから中絶を実施するか、もしくは他人をして実施させた場合、または、
 - 2 妊婦が相談所を訪問した後に、受胎後二もしくは三ヶ月以内に医師に実施させた場合。
- (2) 中絶が妊婦の同意なしに実施されるか、もしくは営利を目的としかつ医療原則を侵害して実施されたときは、三年以下の自由刑または罰金刑が言渡される。

第一〇六条〔墮胎〕 受胎後三ヶ月以後に実施された妊娠中絶は三年以下の自由刑または罰金刑に処せられる。ただし、次の場合に妊婦がそれを医師を通じて行わせたときは除かれる。

1. 医学の認識と経験によれば、妊婦の身体もしくは生命にとつての重大な危険を回避するために中絶が必要である場合、または、

2. 子が精神的もしくは身体的に重大な損傷を追っている蓋然性が存在する場合。

前1および2号の要件は、医師による鑑定所によって確認されなければならない。

第一〇七条〔秩序違反〕 第一〇六条第一文による妊娠中絶のための事由が存在するときは、医師の行為は次の場合に秩序違反となる。

1. 医師による鑑定所に相応の確認が欠如する場合、
2. 三ヶ月以内の中絶の場合（第一〇五条）では、妊婦も鑑定所を訪問しなかった場合。

秩序違反には五百マルク以上の罰金刑が科せられる。

- (76) 少数解決案とその理由づけについては、とりわけ、*Claus Roxin, Der Minderheitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs.* in: *Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot (前注(73))*, S. 175 ff. を見よ。

- (77) *Ertwurf eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) Kabinetentwurf, Stand März 1972.* *Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot (前注(73))*, S. 337. にその条文が掲載されている。

- (78) *BverfG Bd 39 S. 1 ff.* その詳しい紹介については（当時の世論の反応も含めて）、宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の墮

胎罪規定の違憲判決について」ジュリスト五八七号八三頁以下を見よ。なお、中谷瑾子「妊娠中絶に対する法規制のあり方」ジュリスト六七八号三一頁以下をも参照。

(79) これおよび関連規定の邦語訳については、エーザー前掲(24)書三二五頁以下を見よ。

(80) エーザー前掲(24)書一六五頁

(81) この間に生じたドイツ再統合に伴う刑法における経過上の諸問題の中で占める妊娠中絶問題の位置価値について詳しくは、*Albin Eser, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 6 Jun.: 1991, S. 242 ff. [上田健二訳「ドイツ統一・刑法における経過上の諸問題」同志社法学二二〇号一一一頁以下]を見よ。

(82) Art. 4 Nr. 5 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31. 8. 1990 (BGBl. II 889).

(83) 一九九〇年八月三十一日の統合条約付属文書 (Anlage II Kap. III Sachgab. c Absch. 1 Nr. 4 des Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990 (BGBl. II S. 1168)). によって、かつてのドイツ民主共和国の地域に効力が維持されることになったこの法律の条文は次の通りである。

第一条(1)……(削除)

(2) 妊婦は、妊娠開始後一二週以内に助産Ⅱ産科施設において医師の侵襲によって中絶させる権利を有する。

(3) 妊娠の中絶を実施する医師は、妊婦に侵襲の医学的意味について説明し、かつ、以後に用いる避妊の方法と薬剤について助言を与える義務を有する。

(4) 妊娠の中絶は妊婦の求めがあり、かつこの法律の諸規定およびその施行のために発せられた法的諸規定に従ってのみ許される。……

第二条(1) 妊娠開始後一二週以後の中絶は、妊娠の継続が妊婦の生命を危険に晒すか、もしくは他の重大な諸事情が存在する場合にのみ、許される。

(2) 妊娠開始後一二週以後に実施すべき中絶の許容性についての決断は、専門医委員会が下すものとする。

第二条(1) 妊婦がある病気に罹患し、それが中絶と結びついて健康を重大な危険に晒し、もしくは生命を脅かす併発症を招きうるときは、妊娠の中絶は許されない。

(2) 前回の中絶以来六ヶ月を経過していないときは、妊娠の中絶は許されない。格別の例外事情が存在するときは、専門医委員会が第二条第二項に従って承諾を与えることができる。

(84) DIE ZEIT vom 3. Juli 1992によれば、改正案の核心部分は次のような条文から成り立っている。

第二一八条 a (1) 妊娠中絶は、次の場合では違法ではない。

1. 妊婦が妊娠中絶を要求し、かつ第二一九条による証明書によって彼女が少なくとも侵襲前三日までに助言を受けたことが医師に明らかになった場合(困窮および葛藤状況における妊婦の助言)、
2. 妊娠中絶は医師によって実施され、かつ、
3. 受胎後一二週を経過していないこと。

第二一九条 相談は、妊婦への助言と援助を通じて出産前の生命の高い価値を承認し、かつ妊婦の自己答責意識の喚起に役立たねばならない。

(84 a) なお、この刑法的部分を含む一九九九年新規定は、「出産前の／生成中の生命の保護のための、子供により好意的な社会の促進のための、妊婦の葛藤における援助のための、ならびに妊娠中絶の規制のための法律 (Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicher en Gesellschaft, für Hilfe im Schwangerschaftskonflikte und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs) (略称 II 妊婦および家族援助法。Schwangeren- und Familienhilfegesetz)」という名称のもとに、ドイツ連邦法令集一九九二年第一卷三七号一三九七頁以下 (BGBl. 1992, Teil 1, Nr. 37, S. 1397 ff.) にすでに登載されている。筆者の依頼によりフライブルクのアルビン・エーザー教授から急送されてきたこの法律の刑法的部分の詳細な検討は、同時に送られてきたエーザーのこの法律の憲法適合性についての鑑定書「試験台に立つ新妊娠中絶刑法」(Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand, …… Neue Juristische Wochenschrift, 1992 (November), Heft 46 登載のために現在印刷中)のそれとともに、本稿においても筆者の問題意識との関連のもとに改めて行う

ことにしている。

(85) 前掲(84) DIE ZEIT の論調がこの傾向を示している。なお、エーザー前掲(84 a) 鑑定書も、詳細な検討の結論として、成立した一九九二年新法の憲法適合性を明らかにしている。