

不処罰の妊娠中絶はなぜ「禁じられていない」のか

——アルトウール・カウフマンの最近の論文に関連して——

上 田 健 二

目 次

- 一 はじめに
- 二 「期限解決モデル」とはそもそも何であったのか
- 三 墮胎はそもそも処罰に適しているのか
- 四 補充性原理とはそもそも何であるか
- 五 「禁じられていない」ことは強者の権利を認めることか

一 はじめに

アルトウール・カウフマンはごく最近、先に成立し、現在その合憲性が連邦裁判所で争われている新「妊婦および家族援助法」の刑法的部分のうち、適応事由を有する妊娠中絶を「違法でない」という法的効果を付与した規定（同

法第二一八条 a 第一項、第二項)を憲法(基本法第二条第二項「何人も生命への権利……を有する」、そしておそらくはまた第一条第一項「人間の尊厳は不可侵である」)に明白に違反するとし、これに代えて「禁じられていない(unverboten)」という文言を、不処罰の妊娠中絶の場合の法的効果として付与すべきことを提案した論文⁽¹⁾を発表した。この「禁じられていない」という定式は、これまでの刑法解釈論で知られている「罰せられない」、「違法でない」、「適法である」、「許される」または「免責される」といった定式とは全く異なる、独自のカテゴリーとして、本論文では理解されている。これは、ドイツでも——文献の上で見られる限り——カウフマンに独自のものであり、わが国では、少なくともそうした文言を法的効果として条文の中で明記するようなことは、ほとんど全くと言ってよいほど知られていない。では、それはどういう意味で理解されるべきか。また、何故にこの耳馴れない定式が従来の刑法解釈論が慣れ親しんできた定式に代えて法律の文言として採用されねばならないのか。そもそもそれは、著者の単なる気まぐれな思い着きにすぎないのではないか。妊娠中絶の適応事由を「違法性阻却事由」⁽²⁾ないしは「正当化事由」と解することに、これまでほとんど何の疑問も提起されることのなかったわが国⁽²⁾にあっては、とりわけ右のような疑念が湧き上ってくるのも、全く無理のないことである。

しかし、不処罰の妊娠中絶を「禁じられていない」とする著者の定式化が、少なくともドイツにおけるこの度の妊娠中絶法改正問題を契機に、たまたま思い着かれたものでは決してないことだけは、これまでの著者による著作物に多少とも親しんできた者にとっては明らかである。妊娠中絶問題は、その師であるグスターフ・ラートブルフの衣鉢を継いだ著者が、その学問的人生行路を歩み始めて以来、著者の念頭から決して離れることのなかった最重要テーマ

の一つであつたし、またあり続けている、というばかりでない。それは、何よりも、著者が長期をかけて彫琢を重ねてきた法哲学上の思想の基本的部分と密接に結びついている、というよりもむしろ、一体不可分の関係にあるといつても、決して言いすぎではないであろう。そのことが十分に理解されていなければ、この度の著者による新提案の真意と——私見によれば——確かに重大でなくもないその客観的な意義が看過されることになるう。

もとより本稿は、右の提案に全面的に賛意を表したうえで、その「解説」に終始しようとするものではない。それどころか筆者には、刑法解釈論的に見てにわかには賛同しかねるいくつかの——これまた重要でなくもない——疑問点がある。それへの詳細な検討は別稿で行なうほかはないにしても、しかし著者の提案の背景にある基本的構想は、法哲学的にはきわめて正鵠を射たものであると思われる。

このことを明らかにし、その解釈論への橋渡しにかかわる若干の私見を呈示することによって、問題の全般的な解明のために一つの寄与を果そうとするのが、本稿の課題である。

二 「期限解決モデル」とはそもそも何であつたのか

アルトゥール・カウフマンのこのテーマへの精魂を傾けた取り組みは、刑法全面改正のために公表された一九六二年の「完全主義的な」政府草案に対抗して一九六六年以降にドイツとスイスの、当時では若手の刑法学者に属していたといつてよい一六名の刑法学者たちが、後に一九七二年対案という形で公表されることになる革新的な、いわゆる「対案グループ」⁽³⁾における主導的な役割から始まる。著者自身が起草した「刑法典改正の対案」の「刑法第二一八

条の新形成のための提案」をすでに一年前に公表し、^(3a)そこで、多数解決案と並記して、⁽⁴⁾次のような少数解決案を提案した。

第一〇五条 墮胎

(1) 胎児を殺害した者は、二年以下の自由刑または罰金刑に処せられる。受胎後初期四週以内における妊娠の中絶は、それが妊婦の同意のもとに行なわれるときは、罰せられない。

(2) 墮胎を営業として、かつ、医術原則を侵害してとり行なう者は、五年以下の自由刑に処せられる。

第一〇六条 処罰されない妊娠の中絶

全生活事情を顧慮すれば妊婦に妊娠の継続が期待できないときは、妊娠の中絶は罰せられない。

(2) 中絶は、次の場合では特に罰せられない。すなわち、

1. 妊婦の身体または生命にとつての重大な危険を回避するには、中絶が必要であるとき、
2. 妊婦が受胎時に一六歳に達していなかったとき、
3. 妊婦の妊娠の継続によって彼女の他の子供たちへの看護が危険にさらされるであろうとき、
4. 妊娠がある違法な行為によって強制されたものであるうとき、
5. 子が精神的もしくは身体的に重大な損傷を負っているであろう蓋然性があるとき。

(3) 第一項および第二項を条件とする妊娠の中絶は、妊婦の同意、医師による鑑定所の承諾により、かつ、受胎後

初期三ヶ月以内においてのみ、実施することが許される。この時期を超える中絶は、

第二項第一号および第五号を条件としてのみ、ただし第五号の場合では妊娠第五ヶ月目の末日までに限り、原則として許される。

(4) 第一項から第三項を条件としながらも、妊婦の同意なく中絶を行なう者は、罰金刑または二年以下の自由刑に処せられる。行為は妊婦の告訴に基づいてのみ訴追される。

(5) 医師による鑑定所の設立と手続は、特別法上の規定に留保される。医師による鑑定所の承諾への申し立ては、妊婦もしくは一人の医師がこれをなすことができる。妊婦の夫および法定代理人の意見は聴取されるものとする。

第一〇七条 過失による墮胎

医師による鑑定所の承諾なく墮胎する者が、第一〇六条第一項から第三項までの条件を誤認した場合には、一八ヶ月までの罰金刑に処せられる。

第一〇七条 a 秩序違反

第一〇六条第一項から第三項のもとで医師による鑑定所の承諾なく墮胎する者は、秩序に違反して行為する者である。この秩序違反は五〇〇マルク以下の料りに処せられうる。

この小数解決案と多数解決案との最も大きな——そしてそのために「対Ⅱ案グループ」の間でも統一した法案にまでいたらなかった——相違点は、妊婦が鑑定所を訪問することを、処罰されない妊娠中絶の秩序違反としての制裁を

伴なう条件とするかいなかにある。すなわち、多数解決案が、その第一〇七条第二項において、「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」ときは、秩序違反として「五〇〇マルク以下の料料に処せられうる。」⁽⁵⁾としたのに対し、少数解決提案第一〇七条aでは、この点が不問に付せられているのである。それはなぜか。「理由書」、すなわちカウフマンによれば、その理由は次の点にある。すなわち、胎児生命の最大限の保護という視点から見れば、「決断権限を装備した、刑法典に規定された適応事由と結びついた委員会が、子は懐胎されねばならないと妊婦に何としても確信させるような強制を背負いこまない方がよいのであるから、鑑定所による単純な鑑定による支持よりも、鑑定所ないしは母子援助所による相談と援助の方がより効果的である、ということである。多数解決提案の法規定の意図がかかる圧迫にはない場合でさえ、相談所は、生成中の生命法益の毀滅を阻止するために、——妊娠中絶のための適応事由が存在する場合であっても——重大な圧力を妊婦に加えるであろうということが、何といってもより高い蓋然性でもって予期されるのである。さらに、少なくとも相談所の大部分が、決断のための法律上の指導要領を持ち合わせていないために、かかる圧迫もまた、……適応事由がある場合でもやむなしと考えるであろうことが恐れられなくてはならない」⁽⁶⁾。妊婦に相談所の訪問を——秩序違反という方式によってであれ——制裁を伴なう義務によって強制しないのは、要するに、最終決断を妊婦の自己答責的決断にゆだねる方が胎児生命の保護にとつてより効果的であるという——各国の経験によつても十分に裏付けられもし、妊婦に特有の心理学的な状況にも適った——刑事政策上の配慮によるものであつて、三ヶ月期間内におけるいわゆる妊婦の「自己決定権」を承認したものであつてない、ということである。

このことはこの提案の**基本思想**としても明確に表現されている。「妊婦には可能な限度内で、妊娠中絶へと彼女を駆り立てる物質的、社会的および家族的な諸困難を除去するに当たって援助が保障されること、および人格的な相談における、打ち解けた対話を通して、熟慮を経た答責的な決断というものが可能になるということによってのみ、妊娠中絶へ向けての、そしてその実現へ向けての妊婦の決断に反作用を及ぼすことができるのである。この目的のために相談所の諸制度は役立てられるべきである……」と。しかしそれにもかかわらず、この基本思想を受け継いだうえで、その不処罰期間をさらに妊娠初期一二週まで広げた、一九七四年の第五次刑法改正法第二一八条aの規定が、一九七五年の連邦憲法裁判所判決⁽⁷⁾によって憲法違反であるとされた。その期間内における妊婦の処罰解除およびそれと結びつく胎児の事実上の無保護が、その期間内では胎児を任意に処分する権利が婦人に認容されるという考えとも結びつきうる、いわゆる「期限解決」であると、連邦憲法裁判所によって理解、あるいはより正確には誤解されたのである。

しかし、実際のところ、連邦憲法裁判所によってそのように決めつけられることによってそれが一般化するまでは、「期限解決モデル」に「適応事由解決モデル」を対置するという図式は、どの改正提案の理由書にも見られないのである。それどころか、この図式ほど「少数解決案」の起草者であるカウフマンの基本思想とその法哲学的・法理論的論証からかけ離れたものはない。そのことを明らかにすることは、前記論文の意義が奈辺にあるかと知るためにも、是非とも必要である。

三 墮胎はそもそも処罰に適しているのか

カウフマンの妊娠中絶問題をめぐる法哲学上の基本的な構想は、一九七一年の『法哲学上の視点から見た刑法第二一八条の改正のための若干の所見』⁽⁸⁾という論文の中で、短いながらも比較的まとまった形で表現されている。その概要は次の通りである。

刑法第二一八条をめぐる論争で最も困難かつ最も争われている問題の一つは、「いつ人の生命が始まるのか、また胎児には他の諸価値（諸法益）との関係でいかなる地位、いかなる価値が帰せられるのか」という問題である」(S.118)。未生の人は受胎から無条件に生命権を享有するというのが、カトリック教会の明白な立場である。しかし「実際は、人の生命は受精以降のある時点で、たとえば着床もしくはは个体化もしくはは心臓および脳の活動開始をもって、あるいは出産をもってはじめてであっても、開始するということは科学的に証明できない。人の生命が発育のさまざまな段階のいずれにその価値を有するかとなると、いよいよもって科学的に決着をつけることはできない」(S.188)。現行刑法が未生の生命よりも既生の生命の方をより高く評価しているにしても、それは立法者の法政策上の決断に基づくものであって、科学的な認識に基づくものではない。かかる論拠を合理的に根拠づけることはできないのである。しかし受精が決定的であるという見解も、科学的には同様に根拠づけることはできない。しかしそのためにある行為が処罰されないことになっても、そこからその行為はその自体として許されるという帰結を引き出すことは全く許されない。そこで考えて見なくてはならないのは、「もし刑事政策および社会政策上の諸理由から妊娠

中絶がある一定期間内では処罰されないとされることがあっても、その理由をもつばら別のところへと移し変えることはできないのである——言い換えれば、妊娠中絶の不処罰は安楽死の不処罰と、さらにはその許容性とさえ、同じ意味を含んでいるのでは全くない」(S.189)。要するに、保護に値する人の生命はいつ始まり、またそれがいかなる位置価値を有するかは、少なくとも現在のところ、科学的に答えることができない、ということである。

では、このことは立法者にとって何を意味するのか。原則としてそれが意味するのは、「『疑わしきは自由のために (in dubio pro libertate)』という法治国原理によれば、当該法益が刑法的保護を必要とし、かつこの法益侵害が当罰的であることが確定的である場合にのみ、ある処罰規定が定立ないし維持されうる」ということである。言い換えれば、証明責任は、ある争われている処罰規定を保持ないしは導入しようと欲している者の側にあるのであって、それがなくても済むと考えている側にあるのではない。ということは、第二一八条の保持の主張者に墮胎の無制限な処罰の必要性を論証する義務が課せられていることを意味する。しかし、この処罰規定の実効性が現に疑問視され、かつ刑事学的な研究が処罰規定によって墮胎の現状をより望ましい方向に変えうることを明らかにしていない以上、この論証は見通しも立たないであろう反面、たとえ価値ある法益であっても、それが刑罰威嚇によって保護されてはならないことを命じる刑事政策上の諸理由が存在する。それというのも、「ある法益の要保護性とその侵害の当罰性だけでは、ある規範の定立にとってはいまだ決して十分ではなく、そのつどの法益の保護のための手段として刑法が適合していることもまた、つねに重要である。とりわけある処罰規定が恵みをもたらすよりも災厄を惹きおこすようなことは、あってはならない」(S.190)からである。刑法第二一八条の不幸は、まさにここにある。墮胎の数値が年間

数一〇万件——わが国（日本）では数百万件！——にも及んでいながらもかわらず、あたかもこの条文が芽ぶきつつある生命を保護しているかのように装い、不適切な侵襲によって数多くの致死事例と無数の侵害がもたらされるといふ、この厳格な墮胎禁止の好ましくない結果にはことさらに眼を閉じるのは、偽善者のふるまいである。

では、ここで墮胎刑法の「自由化」が問題になっているのか。「刑法典対Ⅱ案」の起草者たちにとって重要なのは、はつきり言って妊娠中絶の「自由化」ではなく、その封じ込めである。「彼らはしかし、この目標がもつぱら刑罰規定によって達成されうるものでないことを経験から知っていることから、医師による鑑定所もしくは相談所（母子援助所）の設立という社会的な諸措置を提案する。それらの最も優先的な任務は妊婦のための有効な援助の提供にあるのであって、妊娠中絶を『大規模な処罰から解除することにあるのでは全くない……。母子援助所の目標は、子を墮す気になっている妊婦を、そのもくろみから離れさせることではなければならない』（S.190f.）。経験の教えるところでは、こうした妊婦も初期胎動が認められる三、四ヶ月以後ではその意図を放棄することが稀ではない。やがて彼女たちは、子を二度と引き渡すつもりにはなれないのである。問題はそれゆえ、子を墮すつもりになっている婦人たちに、いかにして相談所ないしは鑑定所を訪問する気を起こさせるかにある。そして、墮胎の考えにとりつかれている妊婦なら誰しも、背後に刑罰威嚇というものが立ちはだかっている以上、こうした施設を訪問し、その結果「捕らえられて」よいという気になれないのも事実である。「それゆえ、刑罰威嚇は、妊婦は自力で助かろうとすることをそれが妨害しかなないとここでは、撤退しなければならないのである」（S.191）。これは、刑法の補充性原理の帰結である。「刑法による法益保護は、他の方法による保護がもはや十分でないところではじめて、投入することが許さ

れる。いかなる場合であっても、非刑法的な手段による法益の、あるいはより有効でありうる保護を刑法が台無しにしてしまうことは許されない。窮迫状態に陥った妊婦は、最大限可能な援助の手を国家がさしのべている場合にのみ、妊婦が自力で助かろうともしないか、それともいかなる窮迫状態も現実には存在しないような事例において、処罰することが倫理的に許される。単に刑罰法規というものを定立しておくだけで、窮迫状態に陥って苦しんでいる母となる者を放置しておくのは、非倫理的である」(S.191)。

とはいえ、これによって確かに、受胎後初期三ヶ月以内の妊娠中絶の場合では、事実上の「処罰解除」というものが生ずる。しかしそこから、罰せられないことは、「許されている」ことであり、その帰結としてどの婦人もこの期間内では妊娠を中絶させる「権利」というものを有し、この「権利」には、論理必然的に、それに応じなければならぬ医師の「義務」が対応すると理解されるならば、それは重大な誤解というものである(S.192)。「罰せられない」ことを「許されている」ことと同視するのは、許されることではない。「罰せられていないすべてのことが許されているわけでは、決してない。それというのも、すべての倫理秩序が法的に、さらには刑法的に捕捉されなければならぬ……という事情にはないからである。それゆえ、単に処罰されないということだけからは、当該行為の許容性または不許容性に関しては、何も帰結しないのである」(S.192)。

ところで、胎児生命の保護価値の問題に答えることは科学的に不可能であることから、ここでは合理的に根拠づけられたいかなる利益衡量もありえない、ということが結果として生ずる。ということは、妊婦の生命と子の生命とが衝突する葛藤状況にとっては、「許されている」―「禁じられている」―「凶式に従ってびつたりと割り切れるいかなる

解決方法も存在しないことを意味する。それはいわば、法秩序もまた、そのためにいかなる処方も準備できていない「治癒不能事例」である。「法秩序がここでなしうることはと言えば、禁止も許容もせずとその規範を撤回し、決断も本人の良心にゆだねることではしかない。法秩序はそれゆえ、『法的に自由な余地』というものを、違法であるとも適法であるとも、法的にはそもそも評価されない領域というものを認容しなければならぬのである」(S.192)。ここからはとりわけ、妊娠中絶の不処罰事例では、いかなる正当化事由もありえないという帰結が生ずる。胎児の生命を犠牲にして自らの生命を救助した妊婦の行為も、それを援助した医師の行為も正当化されると言明する資格は、法秩序には与えられていないのである。「自由な法秩序というものは、それほどに困難かつ解決不能の問題にあっては、……たとえば、それがどのように下されようとも、本人の決断を寛大に受けとめなければならぬのである」(S.192)。かくして、「ここで人は旗幟を鮮明にしなければならない……。重要なのはそれゆえ、倫理的に差異のある領域においては、自由答責的な、処罰規定によってあやつられない決断の、可能な最大限に広い余地を個人にゆだねるつもりがわれわれにあるのかどうか、それとも、かかる自由な刑法というものが国では——処罰されていないことは許されていることであるという格言に従えば——公共道徳の低下を招くがゆえに、それはわれわれにとって何ものにも寄与しえないと信じるかの、いずれかである。この国〔ドイツ〕では、疑いもなく後者の視点が支配的である……が、それはわが市民にとっては悪しき証明というものである。それというのも、そこでは、刑罰というダモクレスの剣が頭上にちらついている場合でしか、彼らは正しい行ないをすることを知らないこと、それゆえ彼らは、決断を自らの答責において下すことのできない、不自由な人間であることが、想定されているからである」(S.193)。これ

について言いうるのはただ一つのこと、すなわち、今や、農奴のための法律を作るのではなく、人間のための法律を作る時機は熟している、ということである――。

ドイツというよりも、むしろわが国においてこそびつたりと当てはまると――少なくとも筆者には――思われるこのカウフマンの立論の論拠には、もちろんいく度も無視され、またいく度も誤解され続けてきた――とはいえ、その一部は全く不当なものではない――カウフマンの独創的な法哲学上の諸々の視点がある。ここでは、それらを二つの視点、すなわち法秩序の中で刑法が占める補充性原理の意義、および「法的に自由な余地」の理論がもたらす解釈論的な問題性と法理論的重大性にのみ言及するほかはない。

四 補充性原理とはそもそも何であるか

対案グループによる妊娠中絶刑法の改正提案の、したがってカウフマンの真の意図が――既述のように――妊娠初期一定期間内における「処罰解除」をもってその期間内における墮胎の「自由化」の主張にあったのでは決してなく、むしろその封じ込めと「妊婦のためのより有効な援助の提供」にあったにもかかわらず、その後の改正論議の過程で、それが一般に――連邦憲法裁判所も含めて――その期間内における墮胎の「自由化」を意味する「期限モデル」であるという誤解（誤）されたのは、なぜか。その根底には、実は「刑法の補充性原理（subsidiare Natur des Strafrechts）」というものについての理解の根本的相異が横たわっているのである。カウフマンは一九七四年の論文

『補充性原理と刑法』⁽⁹⁾で、そのことを明らかにするとともに、この原理の本来の意義およびそこから引き出される妊婦中絶問題への帰結を、具体的に説明している。それを要約的に示せば、次のようになろう。

この原理は、刑法学者の間では、一般に、「補充性原理の支配のもとでは、刑法は、『社会の保護のためにそれが無条件に必要であるところ』、言い換えれば、他人と共に存在する人間の生活にとって不可欠であり、刑法による以外の方法では有効に保護されえない法益を保護するために必要とするところでのみ、『投入する』ことが許される」(S.93. 一二頁)、というように理解されている。この理解はそれ自体としては誤りではないが、しかしそれが「立法者はすべての法益侵害もしくはすべての非難すべき態度に刑を科すのでなく、彼はむしろ完全主義の試みに抗して社会有害的な行為、『耐え難い事例』のみを処罰する」というように、カール・ビンディングに由来する「刑法の断片的性格 (fragmentarische Charakter des Strafrechts)」という定式が示す意味にまで切り詰められるならば、それは一面的であり、したがってその限りで誤りである。刑法の断片的性格は、確かにいく分は補充性原理と関係する。「しかしそれがかわるのは補充性原理の一側面、つまりは消極的な側面……自由主義的、法国的な側面にすぎない。その積極的な側面、社会的法国的な側面は、刑法には間隙があつてよいというこの指導形象の場合では、視野から見失なわれるのである。そして、このことがきわ立って特徴的なのである」(S.94. 一二頁)。形式的な基準、とくに法律によって国家権力を限界づけるといふ、あの偉大なフォイエルバッハ以来のこの思想は確かにその重要性を今日でも失なわないが、「しかし言われなければならないことは、そのように一面的に自由主義的、法国的に方向づけ

られた刑法思想が何か全く本質的なこと、すなわち社会的正義を、それゆえ公共善 (bonum commune) を視野から見失っているということである」(S94. 一五頁)。

「社会秩序の管轄原則として遠く前キリスト時代にまで溯ることが出来る」(S81. 一頁)、この補充性原理で重要なのは、より正確には、「人間のその展開への自由を一方とし、この自由の国家による保障と支援を他方とする、両者の適正な調和である。この適正な調和こそ、われわれが正義と呼んでいる当のものであるが、しかし「ここでは」正義は形式的な平等(「応報」、「責任の精算」としてではなく、実質的な社会的正義として、すなわち公共善(「再社会化」、「社会的現状回復」として理解される」(S85. 五頁)。そのような意味を持つものとしての「補充性原理の妥当性と内容は、社会秩序の指導形象としての人間の『像』から導き出されなければならない」(S86. 七頁)。

このことを模範的な仕方で成し遂げたのが、ハインリヒ・ヘンケルである。彼は最近の哲学的人間学から出発し、有機的なもの、心的なもの、精神的なもの領域を人間の「成層構造」の中に分類したうえで、「人間に本来の層」である精神領域をもって人間を他のすべての生物から区別するもの、すなわち人間の自己決定への能力であると規定し、まさにここに、人間を単なる目的のための手段として扱うことを許さない人格の尊厳の根拠を見出した。このことはしかし、他方で、「彼にはその存在を自らの仕事として成し遂げることが課せられていること、人間は自分自身に対して答責的であること、そして人間がこの自らの倫理的課題を誤ったときは、彼はそれについて責任を負わねばならないことをも意味する」(S87. 七頁)。人間が人格として自己を実現する形式が行為であるが、しかしそれがなされるのは、もっぱら社会において、また社会とともにである。それゆえ、人間の社会性とは、自己存在につけ加わる

第二の実存形式といったものではなく、その歴史的な人格性にその根拠を持っている。「純粹の自己としての、純然たる自我性としての、誰であれ隣人とのしがらみから解き放たれた存在としての人間は、社会全体のたんなる一分肢と理解するような、まさにそういった抽象概念にすぎない。現実の人間は、人格としてつねに同時にこの両者、すなわち『社会的個別性』である」(S.871. 八頁)。人間は人間である限りつねに隣人を、パートナーを、対話を必要とする。「隣人、共同体は私自身の助けであり、埋め合わせである。私は、他者にとっての私である」という、まさにこのことこそ補充性原理によって考えられている当のものである(S.88. 八頁)。

このことから、個人と国家および他の諸々の共同体との真の関係の理解にとって、とりわけ次の三つの重要な帰結が生ずる。第一に、人間は自己答責的存在であるということから、人間は本来、自分の生活形式を独力で果すように十分に資格づけられているということが帰結する。これが意味するのは、個人の自由な答責は、彼にとっては権利であるということだけでなく、「窮迫状態を自力で克服できる限りは、自己の生活領域の優先的な自己形成への、したがって他者の援助を断念することが彼にとっては義務でもある、ということである」(S.89. 九頁)。これに対応して、第二に、国家の機能に関して、「個人もしくは部分共同体が援助をまったく必要としないところでは、……国家は『援助』してはならない」(補充性原理の消極的意味)ということ(S.89. 九頁)、および「個人もしくはより小さな共同体に克服できない課題が生じてくるところで、『国家は』積極的な援助の手を差しのべる(補充性原理の積極的な意味)」(S.89. 九頁)という帰結である。もつとも、これが意味するのは、国家はこの場合には個人に代わるピンチ・ヒッターとしての役割を演じるということだけでなく、ここで重要なのは、それが「人間の人格性という本質に基礎

づけられ、これによって要求される補足と補完」であるがゆえに、国家はそれを制度的に保障するための諸々の社会的諸措置を整備しなければならない。「補完義務 (subsidiarium officium)」を有する、ということである。第三に、個人と社会との根源的な関係に根ざしている補充性原理からは、人間の他人との共在のもとでの自己表現が、アプリアに固定された法則に従ってなされるのではなく、そのつどの具体的な歴史的状況に応じてなされるがゆえに、論理的必然性を伴った一定の解決策を演繹することはできないという帰結である。補充性原理は、ただ、おおまかに、何人も「『力の及ばない』ことはしない」(Trage die Kirche nicht aus den Dorf)』こと」ないしは「事態が必要とする以上に、本人もしくは関係者から物事を引き離さない」(S.90.11)ということのみである。補充性原理は、ここでは、この意味において「社会政策上の行為がそれに向けて照準を合わせるべき、ひとつの『指導原理』」であり、その刑法にとつての意義は、「……まさに今日の刑法改正の時代においてそのために奮闘されている、刑事政策上の根本決断にかかわっている」(S.91.11頁)。

では、われわれの妊娠中絶刑法改正の問題にとつて、そこから具体的に何が帰結されるのか。それは、以下のようなものでしかありえない。「何と言っても多くの婦人が、彼女らだけではいかなる突破口も見出せない何らかの窮迫状態に置かれているがゆえに、妊娠中絶への決意を固めるのである。刑罰による威嚇というものがそこで彼女らの助けにならないことは、全くはつきりしている。この窮迫を除去もしくは何とか緩和するためには、積極的な何かがなされなければならないのである。言い換えれば、—— 具体的事例の状況に応じて—— 医学上、心理学上、司攻上、経済上の助言と援助が投入されなければならないのである。これはしかし、……刑罰威嚇によって補完される『補助的

な』策であつてはならない。補充性の原理によれば、むしろ、このような非刑法的な援助が第一次的なものであり、これが十分でない場合のみ、刑法による保護法益への介入が許されるのである。いかなる場合であつても、刑罰威嚇というものが非刑罰的な手段による法益の、あるいはより有効でもありうる保護を台無しにすることは許されない——具体的には、いかなる場合であつても、墮胎の考えにとりつかれている婦人が相談所や母子保護施設を訪ねることを妨げるような、いかなる刑罰法規も公布されたり、もしくは保持されてはならないのである」(SOLR.一五頁以下)ということである——。

墮胎刑を論ずるには、その前にまず未生の生命と母となる者の幸福が最大限に確保されるような、社会政策上の諸措置を、国家が義務として制度的に保障しておくことが先決である——逆に言えば、後者がなければ妊娠中絶を処罰することは許されない——という、わが国のこの問題をめぐる「法状態」にとつてはいよいよもつて焦眉の急となっているこのテーゼを、いわゆる刑法の断片的性格にではなく、個人と社会との関係、つまりは法秩序と人間存在との根本的な関係によって規定される、本来的な補充性原理に基づいて明確にしている右のカウフマンの論証は、きわめて新鮮かつ説得的である——と、少なくとも筆者には——思われる。だが、何故にそうなのか。言い換えれば、従来通説的な見解に根本的に欠けているものは何か。それは、一言で言えば、現在の刑法解釈論が、いまだにカント的な「応報」の理念、言い換えれば形式的な平等の理念、いわゆる「均分的正義」の理念によって基本的に規定されているからにはかならない。しかしこれでは、現代の国家、「社会的Ⅱ法治国家！」の果すべき任務の消極的側面しか

把握されない。その積極的な側面、すなわち「配分的正義の理念」（アリストテレス）、「各人に各人のものを保障する」原理（キケロ）、したがって刑罰は何よりも「治療刑」（トーマス・アクィナス）でなければならないという視点が、解釈論から脱落するのである。⁽¹⁰⁾ だからこそ、刑法の断片的性格を定式化したビンディングは、それが表現された「不完全な」刑法を立法作品としては欠陥であると見たし、⁽¹¹⁾ 現在のドイツでも、「断片的な処罰化の要請は、確かに正義には反するが、しかし国家が同時に尊重しなければならない人間の尊厳から帰結される」がゆえに、いわばやむを得ず甘受しなければならないこと⁽¹²⁾として理解されるのが一般的であり、現在のドイツを代表する卓越したドグマチカーであるロクシンが、依然として補充性原理と刑法の断片的性質との同視に固執しているのであり、またこの事情は、わが国の場合でも——もつとも、わが国の場合では宮本英修博士の創見⁽¹³⁾に依拠して、多くは「刑法の謙抑性」なしいしは「謙抑主義」という言葉が多く用いられる——ほぼ同じであろう。しかしこれでは、刑法の発動は理論的には可能であっても、しかし人道的な見地からなるべく差し控えることが望ましい、いわば恩恵的な「伝家の宝刀」ということになり、補充性原理は、単に立法者の謙抑的な姿勢を示すための綱領的な目標でしかないことになる。だからこそ、多くの「教科書」で一致してこの原理に触れられながらも、各論の具体的な解釈論では——とくに財産罪の成否が問題となるところで！——他の法的手段、とくに民事手続による被害法益の救済で十分であると思われる場合、さらにはそれによって法的平和の回復を図る方がより望ましいと思われる場合でさえ、平気で「犯罪の成立」が肯定されるのである。補充性原理の真の意味が真剣に受けとめられていないのである。そうした処罰が実質的な社会的正義に反すること、とくに墮胎の処罰規定を置くだけで、墮さなくても済むような社会政策上の諸措置を——わが国の

場合ではほぼ全く——講じず、そのために不都合が生じれば、ただ眼を閉じるだけというような国家は、正義に反する、つまりはその限りで「不法国家」であることを確かな根拠に基づいて導き出したカウフマンの右論証は、それだけに一層重大な意義を帯びてくるのである。とはいえしかし、では、適応事由を有する妊娠中絶が、何故に「違法でない」とも「許される」とも評価されてはならないのか。これが、あの「法的に自由な余地」の理論にかかわってくるもう一つの法哲学的・法理論的論証の問題である。

五 「禁じられていない」ことは強者の権利を認めることか

では、「法的に自由な余地 (Rechtsfreie Raum)」の理論とは何か。またそれが、適応事由を有する妊娠中絶の法的効果の編別ないしは性格づけの問題とどう関係するのか。この問題についてカウフマンが正面から答えたのが、一九七二年の『法的に自由な余地と自己答責的決断——妊娠中絶の問題に即して』^(13a)と題する論文である。この理論は、カール・ベルグボーム以来ドイツでは連綿として受け継がれてきたにもかかわらず、依然として継子扱いに甘んじている。それどころか、この理論の支持者であるエンギツシュでさえ、これを「暗澹たる理論」と呼んでいるくらいである。この論文のその後の反響も、とくに不処罰の妊娠中絶に「禁じられていない」という法的効果が結びつけられる点については、むしろ圧倒的に批判的である——その多くが誤解に基づいているにもせよ、筆者の目から見て当たっている部分も少なくない。また、そうした批判を契機に、前記論文では論者自身によるいくらかの——重要でなくもない——修正があることも事実である。それゆえ、もとのカウフマンによる構想の核心的部分、その後の批判者たち

による批判点およびこれに対する応答のもつ意義と問題性が、ここで要点的に述べられなければならない。なお、これらの詳細な検討と訳者自身のこの理論に対する態度決定は、本誌で連載中の論文『妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理』の中で行なう予定である。

カウフマンが「法的に自由な余地」の思考モデルとして想定している事態は、「法秩序が合理的に洞察できる、普遍的な拘束力を有する決断基準が欠けているためにある規範化を断念し、何をなすべきかを個人の良心の決断にゆだねなければならない」ような「実存的限界状況」である（S.150）。¹¹¹では、とりわけ同価値の、または合理的に評価できない諸利益ないしは諸義務がそこで相互に衝突している、「人間的に問題をはらんだ葛藤事例」（S.157、八七頁）が問題とされるのであるから、正当防衛はもとより、正当化的緊急避難、責任阻却の緊急避難、超法規的責任阻却の緊急避難はいずれも考察の対象から除外される。そのような「実存的限界状況」の具体例としては、カルネアデスの板事例、ミニオネット号事例、ヒトラーの「安楽死」行動、転轍手事例、登山家事例、選別事例等々が挙げられるが、しかし論者は、この理論の実際上の意義がまさにここに如実に表現されているという理由で、妊娠によって惹起された葛藤状況を、思考の素材として前面に押し出す。

妊娠中絶の全適応事由の法的性質がその本質からして医学的、生物学的もしくは倫理的に見られた葛藤および窮迫事例であるならば、論者によれば、ここでは、人格性と結びついているがゆえに計算による段階づけというものが断たれているような諸利益が相互に衝突しているのであるから、いかなる正当化も不可能である。未生児の生命よりも妊婦の生命と健康の方が価値が高いことを理由に、いわゆる医学的適応事由の場合を、ライヒ裁判所判例集六一巻

二四二頁以来、圧倒的見解が正当化事由とみなしているが、これはしかし、詳細な検討に耐えない。母親の健康が胎児の生命よりも価値的に見て「本質的に凌駕している」（ドイツ刑法第三四条〔正当化する緊急避難〕）ことは、確かに主張はされうるが、しかしこれを根拠づけることはできない。生命的適応事由の場合でも、厳密な意味では、利益衡量原理は働かない。三ヶ月以内の胎児（Fetus）とは本来何であるか、これについて果てしなく多くのことが言われてきたが、「完成した」人間の生命の方が胎児の生命よりも高い価値を有することの証明はどこにも見られない。「いつたい、いかなる基準から三週目の胎児と七ヶ月目の胎児との価値的差異が測られるのか。出産前一週目の胎児と生まれたばかりの新生児との間ではどうか。いまだまったく母親に依存している乳児と受験合格者との間ではどうか。「熟年に達した」男子と重病で徐々に死に近づいている老人の間ではどうか。これらの疑問を提示することは、それらを否認することを意味する。ここでは、測定可能ないかなる価値的差異も存在しないのである。それゆえ、利益衡量原理とともに、正当化事由の可能性も排除されているのである」（S.160. 九一頁以下）。他の適応事由、たとえば倫理的、優生学的ないしは遺伝的もしくは社会的適応事由の場合なら、なおさらである。確かにこれらの場合でも、母親がその諸利益を子のために犠牲にしないかぎり、逃れようもない葛藤状態が存する。「しかし、法はかかる英雄主義を刑罰のもとで命ずることが許されるのか。もっぱら良心だけが権限を有しうる、最高度に人格的な生活領域にづけつけと入り込んでくる資格を、法はどこから手に入れようとするのか」（S.161. 九〇頁）。

しかしまた、単なる責任または刑罰阻却事由も、ここでは全く存在しない。それというのも、倫理的に激しく争われているこの種の領域では、自由な法秩序は「違法である」という無価値判断を下すことは許されないからである。

そこでは「法秩序はむしろ、いつさいの法的評価を差し控えるべきであり、禁止も許容もすべきでなく、個人がその内部で自由に倫理的な、もっぱら自己の良心の前でのみ答責的でありうる決断へと呼び求められる、法的に自由な余地というものを認容すべきであり、その決断がどのように下されようとも、法はそれを尊重しなければならないのである」(S161.九二頁)――。

適応事由を有する妊娠中絶は、かくして「違法でない」のでもなく「許されている」のでもなく、ただ「禁じられていない」にすぎないという、右に概観したようなカウフマンに独自の論証からは、いくつかの重要な帰結が生ずる。第一に、法秩序は適応事由を有する妊娠中絶では、いつさいの評価を差し控えるのであるから、この領域ではことに厄介な法と道徳との不一致が回避される。第二に、ここで「禁じられていない」ことは「正当化される」ことを意味しないのであるから、胎児の生命を自由に処分する権利というものを、何人も有しないことになる。第三に、「禁じられていない」行為に対して正当防衛が許されるのかという解釈論上の重要な問題については、カウフマンは、禁じられていない緊急行為に対する正当防衛は考えられるが、しかし他人のための緊急救助は考えられないというビンディングの見解を指示するのみである。しかし果してそう言うのかは、なお慎重な検討を要するであろう。第四に、「禁じられていない」行為への共犯は処罰されない。最後に、「禁じられていない」行為の前提条件(要素)についての錯誤は、一義的に構成要件の錯誤にも禁止の錯誤にも分類できず、その行為の中間的性格から、疑わしきはより軽い規定を、という原則に従って、構成要件の錯誤規定が適用される。

さて、不処罰の妊娠中絶の法的効果の問題だけに限らず、いわゆる「義務の衝突」事例の全体をその射程に収めるこの「法的に自由な余地」の理論は、しかしながら——既述のように——ドイツでは刑法解釈論者によって圧倒的な批判を蒙っている⁽¹⁴⁾。不処罰の妊娠中絶を「違法でない」と解する見解に反対するモノグラフィでも、この理論に左袒するものは、ほとんど見られない⁽¹⁵⁾。この理論はわが国では、最初に金沢教授による賛同を見出したが⁽¹⁶⁾、しかしそれは山中敬一教授による厳しい反撃に遭った⁽¹⁷⁾。その後にも論争は続くが、それも後者の優位のもとに終決する⁽¹⁸⁾。では、この理論の問題点はどこにあるのか。何が攻撃の対象とされているのか。最近刊行されたきわめて浩瀚なその『体系書』⁽¹⁹⁾でロクシンが、これまでの批判的な見解を踏えた上で、自らの批判点を簡潔にまとめている——と、訳者には思われる——ので、ここではそれを、さらに要約的に摘記しておけば足りよう。

ロクシンによると、「法的に自由な余地」というものの思考可能性をはじめから争う法理論的および論理的な異論が貫徹できるものでないことは、承認されなければならぬ。ある行為が規制されていないことも、それを許している限りですでに規範の中に含まれているとする法理論の論拠は、不当である。「なぜなら、議会制民主主義の思考モデルによれば、個人の自由は本源的なものであって、……国家権力によってはじめて与えられるものではないからである。『違法である』という概念と『違法でない』という概念とは、すでにして第三の可能性が排除されているがゆえに、対立命題であるとする論拠も当たっていない。「なぜなら、排除された第三命題は違法性と適法性という概念によってとり囲まれた余地の内部においてのみ妥当し、その外部では妥当しない……からである」(S.378)。刑法解釈論にとっては、構成要件に先置された法的に自由な余地というものを認めなければならないということが、そこか

ら帰結する。したがってたとえば、自殺は許されも禁じられもしていないとして、法的に自由な余地に割り当てることができるとができる。

「それにもかかわらず不法論においては、法的に自由な余地というものは賛同に値しない。それというのも、もしある規範が一旦構成要件に該当すると評価されるならば、それゆえある法益侵害が存在するならば、法は、一定の場合に『その規範を撤回する』ことによってある評価を差し控えることはできないからである」(S.379)。そこでたとえば、適応事由を有する妊娠中絶が禁じられていないのであれば、それによってそれ自体としては禁じられている行為がほかでも付随している不法要素から解放され、生成中の生命保護が縮小される。この場合に「規範が撤回される」のであれば、それは実質的に見て、保護法益を侵害するものにとつては不法阻却を意味する。

このことは、とくに正当防衛権について明らかである。「禁じられていない」攻撃というものは、ともかくも違法な攻撃ではない。それゆえ、一貫するところ、正当防衛もしくは緊急救助のためのいかなる権利も誘発しない。正当防衛は不法に対する権利の主張を、それゆえ攻撃の否認の主張を含む。第三の解決策「法的に自由な余地の理論」は、この種の事例形成にあつては攻撃と防御は、等しく法的に自由な余地の中で演じられると考えている。しかしそうすると、「それは、たとえば妊娠中絶の事例において、墮胎の賛成者と反対者が、手術がとり行なわれるべき病院において相互に重傷を伴う華々しい野戦を展開しても、それは法的効果を招かないということを意味するであろう。一方が禁じられていない攻撃に訴えることができるのと同様に、他方も禁じられていない緊急救助を楯にとることができよう」(S.349)からである。この種の「法的カオスというもの」を黙認することは、しかし法の秩序任務に矛盾す

る。衝突の解決が、単により強い力にゆだねるのも満足できない。重大な衝突状態では、それゆえ、違法性が阻却されるのか、それとも責任が阻却されるのか、それとも両者ともに阻却されるのかの、三つの可能性しか存在しない。法的に自由な余地というものは、構成要件を「背後」にしている限り、承認できないのである――。

さて、一見して難攻不落に見えるロクシンの「法的に自由な余地」の理論に対する異論は、果して当たっているであろうか。前半の部分は、刑法、法解釈論的に見れば、確かに正鵠を得ていると言わねばならないであろう。それというのも、この種の衝突事例であっても、そのために侵害される法益を、なおその保護領域に収めている構成要件というものが定立されている以上、少なくとも衝突状態下の行為の一側面がこの構成要件に該当するかどうかの判断はさげられず、したがってその限りでも、全規範的評価を撤回することはできないからである。カウフマンも、前記論文の脚注(18)で、この点を衝くロクシンの異論が、事態の核心を射当てていることを承認している。本文でも、「法的に自由な余地は、たとえば法律の沈黙によって特徴づけられるのではなく、むしろある法的効果(たとえば、刑の免除)を伴う、ある規制は行なわれている。しかしこの規制は、適法であるとも違法であるとも評価されないのである。より優れた表現は、法的評価からの自由である」⁽²⁰⁾と述べられている。これは、以前の理論の一定の修正と見てよいであろう。では、ロクシンの異論の後半の部分はどうかであろうか。これはこの理論の法哲学的・法理論的意義の根本的な誤解に基づいているとする、前記論文の全体に見られるカウフマンの反論の方が、――少なくとも筆者には――はるかに説得的に見える。

この点についての筆者の私見をここで詳細に展開する余裕はなく、それは別の場所で行うほかないが、必要最小限の範囲だけは摘記しておきたい。第一に、たとえ構成要件が与えられていても、たとえばその違法性推定機能のゆえに、構成要件に該当するある行為はつねに「違法である」か「適法である」かのいずれかに評価されなければならない、というものでは必ずしもない。ある側面から見れば法益を確保しているがゆえに「適法である」ないしは「許されている」が、しかし別の側面から見れば法益を侵害しているがゆえに「違法である」ないしは「許されていない」としか評価しようのないアンビヴァレンツな行為というものが——もちろん、ごく稀ながら——確かに存在するのであり、カウフマンのいう「同価値的か、もしくは合理的には評価が可能でない、諸利益ないしは諸義務がそこで互いに衝突しているような、人間的に問題のはらんだ葛藤事例」がまさにそれに該る。前記論文でカウフマンは、そのための思考モデルとして、「カルネアデスの板」という古典的事例とともに、二人の重傷者のうち一人しか救助できないという現実的な医師事例を挙げているが、ここでは、これに劣らず現実的な事例として、アメリカでは最も影響力のある哲学者として知られているフィリップ・フットが最近の論文『墮胎問題と二重効果の理論』^[21]で取り上げている、いわゆる「洞窟探検隊事例」について考えて見よう。ある探検隊の一行がある洞窟に進入したが、最後の一人が太っていたために、狭い入口のところであさましく詰まってしまつて、身動きがとれなくなった。昨夜の雨で洞窟内の水嵩が徐々に増しているのです、このままでは閉じ込められた隊員全員が、やがて溺死することになる。幸いなことに(19)、ある隊員が一束のダイナマイトを持っていたので、それでこの太った男を吹き飛ばしたところ、全員が助かった。

カトリックの教義である「二重効果の理論」によれば、二つの害悪のいずれかが避けられない場合では、より小な

る害悪を選ぶよう義務づけられる。これがいかに常識に適っているように見えようとも、しかしフートは、そこから、たとえば五人の生命を救助するために一人の生命を犠牲することが道徳的には認められるという帰結を、引き出すことはできないことを論証している。そのような帰結を引き出すための、合理的な根拠と基準が存在しないからである。カルネアデスの板事例ならば、なおさらであろう。要するに、行為の一側面をもってその全体を評価することは許されない、ということである。そして、行為の両側面を見ると、倫理的には認めも否認もできないところでは、「法は倫理の最低限」(イエリネツリ)という格言に従えば、法的には認めも否認もできないということが、唯一の論理的帰結だということになる。一個の行為を「違法」であるが「適法」でもあると評価することは、矛盾律に従えば、できないからである。カウフマンが前記論文で、「法秩序が規範を撤回する」のではなく「規範がその評価を差し控える」というように自らの旧説を修正したのは、その意味において論理を一貫させたと見るべきである。「法的に自由な余地の理論」がいわゆる「強者の権利」を承認するものでないことは、本論文とくに注(18)で明らかにされているので、ここでとくにつけ加えるものはない。問題はそれゆえ、規範が評価を差し控えるということが可能か否か——これが論理的に可能であることはすでに明らかである(もつとも、義務論については、ここでは立ち入らない)——ではなく、適応事由のある妊娠中絶事例のすべてを、カウフマンがそう考えているように、典型的な葛藤事例と同視できるのか否か、できるとすれば、そこではどのような要素がそうさせるのか、にある。が、これについては別途に検討する予定であるので、ここでは言及しない。

「法的に自由な余地」の理論についての第二の考慮すべき点は、右の点と関連して、この理論が提示する「禁じら

れていない」ことの解釈論的基準が、あまりにもあいまいかつ不明確ではないかという疑問点にかかわる。カウフマンと同様に不処罰の妊娠中絶を「違法でない」と言明することに対して、最も激しい論戦を展開している刑法学者の一人であるヘルベルト・トレンデルでさえ、「この関連でカウフマンが引き合いに出している法的に自由な余地の理論は、……未生児生命に対する国家的答責と価値に結びついた秩序を正当に評価していない」と批判している⁽²²⁾。しかしこの批判は、先に紹介したロクシンの後半の異論の、つまりはこの理論が真に意図していることの誤認に基づいていることについては、ここで繰り返す必要はあるまい。そのうえ、妊娠初期数ヶ月の中絶を、妊婦の自己答責的な良心の自由にゆだねる方が、胎児生命の保護にとってははるかに有効であることは、前記論文および先に紹介した諸論文の中で、刑事政策的にも経験的にも十分に裏付けられているのである。とはいえ、こうした「誤解」を容易に招きかねない要因が、この理論に内在していることもまた、確かに事実であろう。その意味でヴァルター・ザックスが、「アルトゥール・カウフマンがそれによって適応した妊娠中絶を法的に編別しようと信じている「法的に自由な余地」という法理論的カテゴリーは、適応事由の法解釈論的地位の解明に寄与することはできない」と見ているのは、それ自体としては決して不当でない。それというのも、「……彼の見解は、適応した妊娠中絶が当罰的でないことを、確かに法哲学的に指示する。しかしそれは、適応事由が「法的に自由な余地」を創設することが犯罪構造のどの場所で、どの犯罪要素に効果を生じうるのかという解釈論上の問題を、解明することができないからである。この指摘が決して不当でないことは、エンギッシュも強調しているように、法的に自由な余地という概念は法哲学上の概念であって、それ自体としては決して法解釈論上のそれではないからである^(23a)。これが意味するのは、この概念が法解釈論

上のそれとして用いられようとする場合は、それが解釈的にも有効な基準になりうるように概念上の「改疇」が施されなければならない、ということである。ザックス自身はその方向から、適応自由を有する妊娠中絶はすでにして「不法構成要件」に該当しないという理論構成を試みるのであるが、それが当たっているか否かの検討は、別の場所で行うほかはない。全く同じ意味で注目されるのは、カウフマン自身も前記論文の中で、行為無価値と結果無価値という、周知のヴェルツェルの思考モデルを援用して、妊娠中絶の場合では胎児殺害という結果無価値は存在するが、妊婦に不法行為者としての汚名を着せるという意味での、行為無価値は存在しないというように、不法論のレベルでこの「改疇」が可能であることを示唆している。もっともこれに対しては、フライブルクのローエーヴィシュが、妊娠中絶の場合では人（胎児）の死という重大な結果無価値が存在しているのに、違法判断でこれを無視してよいのかといった「応答」をしているのであるが、これは筆者にも正鵠を射た指摘であると思われる。カウフマンがその「締めくくりの言葉」（本誌二二七頁以下）で述べているように、カウフマン自身は決して行為無価値論者ではなく、⁽²⁵⁾ここで行為無価値論を援用するのは、妊婦に不法行為者としての汚名を着せず、またそのための諸々の公的扶助が受けられるようにするには、そこに一つの「適切な手がかり」が認められるからだとしているのであるが、しかしこれでは、——たとえその意図にはいかに尊重すべきものがあるにもせよ——違法でないから公的扶助が受けられるのではなく、公的扶助を受けさせるために違法としないということになって、違法性という犯罪要素が操作的に用いられているという印象から、率直に言って筆者には免れることはできない。このことは、「法的に自由な余地」という本来的に法哲学上の概念を犯罪体系論内部における解釈論上の原則に「改疇」すること自体に、無理があるということを意味し

ないであろうか。それというのも、「合理的には解決不能の」葛藤事例の解決問題は、もともと犯罪現象の合理的に解決するための理論的道具立てである刑法解釈論の枠組にはなじまないように思われるからである。

とはいえ、こうした葛藤事例のすべてを刑法解釈論の枠組みから切り離し、それらをもっぱら法哲学上の指導原理によって処理するのも、「事物の本性」からしておそらくはできないであろう。それというのも、実際にはごく稀にしか起こらないような種類のこうした葛藤事例——たとえば「カルネアデスの板」！——が、原則的な「殺害禁止」命令のごく限られた例外であることを犯罪要素のどこに位置づけられうるかという問題を、刑法解釈論は避けて通ることはできないからである。けれどもこうした葛藤状況を、はじめから類型的に予想できるがゆえにこれを類型的に把握もできる場合では、それをはじめから「犯罪」構成要件中に捕捉してはならないことを、——「実質的正義」、すなわち「各人に各人のものを保障する」という原理から根拠づけられる——「社会的福祉国家」の理念に従って法哲学・法理論的に論証することは、筆者には十分可能であると思われる。カウフマンは、——既述のように——恵みよりもより大きな災厄をもたらすような刑法の投入は正義に反すると言う。これをより中性的に、「利益の損害に對する優越性原理 (Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip)」と言い換えたうえで、それを妊娠中絶問題の領域で具体化することが、筆者がいま取り組んでいる課題にはほかならない。

(1) Arthur Kaufmann, Straffloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?, in: JZ 20/1992 S.981 ff. なお、その邦訳「上田健二・浅田和茂訳」については、本誌一〇八頁以下参照。

(2) もっとも、最近になってようやく中山教授が、正当にも、わが国におけるこうした支配的な「学説」に対して根本的な疑

問を提起された。中山研一「妊娠中絶に対する法政策のあり方」判例時報一四四一号八頁以下を見よ。しかし、その中山教授も、「母体の生命への危険を回避するための堕胎」は「明白な違法阻却」だとされる（同論文一五頁注(21)）。医学的適応事由の場合であっても、母体の救助の反面として、ほかならぬ無辜な人の生命が抹殺されるのである。私見によれば、行為のこの側面は無視されてよいとする解釈論的根拠は存在しないように思われる。

- (3) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bes. T., Straftaten gegen die Personen, I. Halbband, 1970, S.37.
- (3a) Arthur Kaufmann, Vorschläge zur Neugestaltung des § 218 StGB, Arzt und Christ, 1971, S.151 ff. auch in: Arthur Kaufmann, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1983, S.195 ff. (以下の引用は後者による)。
- (4) なお、多数解決法案の邦訳については、上田健二「妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理(一)」本誌二二三・二三四号四四頁以下注(75)を見よ。
- (5) 前注(4)で指示した法案の邦訳の最後の文に誤訳があるので、謹んで本文のように訂正をお願いしたい。
- (6) Kaufmann, Vorschläge.. (前注(3)) S.205.
- (7) BVerfG, Bd 37 S.1 ff.
- (8) Kaufmann, Bemerkungen zur Reform des§ 218 StGB aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Das Abtreibungsverbot des § 218, hrsg. von Jürgen Baumann, 1971: 2. Aufl. 1972, S.46 ff.; auch in: Kaufmann, Strafrecht.. (前注(3)) S.187 ff. (なお、本文中の引用頁は後者による)。
- (9) Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, hrsg. von Claus Roxin u.a., 1974, S.86 ff.; auch in: Strafrecht.. (前注(2)) S.81 ff.邦訳(上田健二訳)「補充性原理と刑法」、アルトゥール・カウフマン著・上田健二監訳『転換期の刑法哲学』(一九九三年、成文堂)一頁以下。(なお、本文中の引用頁のうちアラビア数字は独文中の后者を、漢数字は右訳文を指す。)
- (10) アルトゥール・カウフマンの刑罰観について詳しくは、Kaufmann, Über die gerechte Strafe - Ein rechtsphilosophischer

不処罰の妊娠中絶はなぜ「禁じられていない」のか

不処罰の妊娠中絶はなぜ「禁じられていない」のか

同志社法学 四四巻四号

六一(五四二)

Essey-, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S.425 ff. 邦訳(浅田和茂訳)「正義に適った刑罰について——一法哲学的エッセイ——」前掲(9)訳書二六八頁以下を見よ。

(11) *Binding*, Lehnbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 1.Bd., 2Aufl. 1902, S.20.

(12) たよえび¹ *Maiwald*, Zum Fragmentarischen Charakter Des Strafrechts, in: Festschrift für Reinhardt Maurach, 1972, S.9ff. を見よ。

(12 a) 最近の *Roxin*, Strafrecht Allg.T., S.S.17 f. もそうである。

(13) 宮木英修『刑法学粹』(一九三一)六五頁。なお、このテーマを直接に扱った最近の包括的な論文、小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」『団藤重光博士古稀祝賀論集第二巻』(一九八四年、有斐閣)所収一頁以下も補充性原理を、正義論の視点のものとで捉えられている。

(13 a) *Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung——Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in: Festschrift für Reinhard Maurach, hrsg. von Friedrich-Christian Schroeder u.a., 1972, S.327ff., auch in: *Kaufmann*, Strafrecht., (前注(2)) S.147 ff. 邦訳(山中敬一訳)「法的に自由な領域と自己答責的決断——妊娠中絶の問題に即して——」前掲(9)訳書七六頁以下。(なお、本文中の引用頁のうち、アラビア数字は右独文の後者を、漢数字は訳文を指す。)

(14) まとまった批判論文としてはとりわけ、*Hirsch*, Strafrecht und rechtsfreier Raum, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S.89 ff. およびこれとほぼ同じ内容の邦訳論文「刑法と法的に自由な領域の理論」(山中敬一訳) H・J・ヒルシュ著・福田平・宮澤浩一訳『ドイツ刑法学の現代的展開』(一九八七年、成文堂)七一頁以下を見よ。なお、後注(19)のロクシンの批判も、ほぼこれと一致している。

(15) 後注(22)、(24)を見よ。

(16) 金沢文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」『現代の刑事法学(上)』(平場博士還暦記念論集)一七八頁以下。同「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』一頁以下所収。

- (17) 山中敬一「『法的に自由な領域』に関する批判的考察」関大法学論集三二卷三・四・五合併号四五頁以下、同「法的に自由な領域の理論再批判」『法の理論』一七三頁以下。
- (18) もっとも、だからといって筆者はこの批判に全面的に賛成しているわけではない。そのことは、やがて明らかになるであろう。
- (19) Claus Roxin, Strafrecht AT I (1992), S.378 f.
- (20) Kaufmann, Straffloser Schwangerschaftsabbruch (前注(一))、S.984.
- (21) Philippa Foot, Das Abtreibungsproblem und die Doktrin der Doppelwirkung, in: Leist(Hrsg.), Um Leben und Tod, Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, 1992 S.196ff.
- (22) H. Tromble, „Soziale Indikation,“-Rechtfertigungsgrund?, in: Jura 1987 Heft2, S.69.
- (23) Walter Sax, Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB, in: JZ 1977.Nr.10 S.331.
- (23 a) Karl Engisch, Gold. Arch. Jg. 1957, S.328. ただし、これはザックス(前注(23))からの引用。
- (24) Sax, Der verbrechenssystematische Standort., (前注(23)) S.326 ff., 267ff. S.332 ff.
- (25) マイケル・マックス Michael Marx, Zur Definition des Begriffs »Rechtsgut«, 1972. S.70 ff. 267ff.