

妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理(二)

上 田 健 二

目 次

一 何が重要か

二 堕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) ドイツにおける堕胎刑法改革
 - (四) ナチス法における堕胎・断種問題
 - (五) 戦後ドイツにおける堕胎法改革と「国際自由化の波」(以上二三三・二二四号)
 - 三 未生児生命の価値とその憲法上の地位
- (一) 問題の所在
 - (二) 堕胎の定義
 - (三) 論証の方法と論証責任
 - (四) 人の生命はいつ始まるのか
 - (五) 人の生命の保護価値はいつ始まるのか
 - (六) 未生の生命の憲法上の地位(以上本号)
 - 四 妊娠中絶適応事由——違法か、適法かそれとも何か
 - 五 刑法の任務と法秩序の補充性原理
 - 六 堕胎封じ込めのための社会政策的提言

三 未生児生命の価値とその憲法上の地位

(一) 問題の所在

妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理(二)

同志社法学 四七卷一号

五一 (五一)

西欧諸国とは異なり、わが国固有の刑法では墮胎は何ら犯罪とみなされず、従って普通法ではどこにもそれに対する処罰規定が置かれていなかったにもかかわらず、一八七一年のドイツ刑法典を模範とする明治四一年(一九〇八年)一〇月一日施行の現行刑法典は、墮胎とその関与について以下のようなかなり厳しい処罰規定を置くこととした。すなわち、自己墮胎は一年以上の懲役に(第二二二条)、同意墮胎は三年以上五年以下の懲役に(第二二三条)、業務上墮胎は三年以上五年以下の懲役に(第二二四条)に処せられ、不同意墮胎致死傷は「傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從ツテ処断ス」というように、墮胎とその関与行為を個別的に類型化して処罰規定を置いている。第二次大戦終結時まではこれらの規定は国家主義的見地からかなり厳しく適用されたが、しかし、周知のように、昭和二三年九月一日に施行され、その後の数々の改正を経ながらも、その基本的骨子はなお維持されているわが現行優生保護法により、現在では全く「骨抜き」の状況にある。

ところでその優生保護法第一四条一項によれば、

- 一、本人又は配偶者精神病、精神薄弱、精神病疾、遺伝性自体疾患又は遺伝性奇型を有しているもの
- 二、本人又は配偶者の四親等以内の血族関係にある者が遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性精神疾患又は遺伝性奇型を有しているもの

三、本人又は配偶者がらい疾患にかかっているもの

四、妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著るしく害するおそれのあるもの

五、暴行若しくは脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの

については、「人工妊娠中絶を行うことができる」。

未生児生命の法的保護がこれらの規定によつていまや完全に空文化していることは明らかである。⁽²⁾これについては、いまや何の証明も必要としない。いずれにせよ、わが国の実務では、九九%以上の妊娠中絶が優生保護法第一四条第一項四号によつて実施されているのであり、その数は年間ほぼ二百万件に達することは前述した。⁽⁴⁾わが通説によれば、このような未生の生命の大量殺戮^{ホロコースト}は、それらが優生保護法上の適応事由を有する限り、正当化される。それはなぜか。いわゆる教科書・概説書類ではそうと「説明」されるだけで、納得のゆく「根拠づけ」はほとんど見られない。とはいえ、妊娠中絶というまでも胎児殺であり、それは胎児に対する最大の人権侵害であるはずである。また人道上から考えても、か弱い無抵抗で、ものいわぬ生命を社会全体の責任で守つてやらねばならないのではないか。この、素朴ではあるが、しかし確かに的を得た質問に対して、かつて木村（亀）博士は次のように答えている。「胎児の生命よりも人間の母体の健康の方が価値が大であり、犯罪によつて妊娠させられた胎児の生命よりも母親および一家の名誉の方が価値が大であるから、その一層大なる価値を保護するために小なる価値を犠牲にすることはやむを得ない」という理由で妊娠中絶の違法性は阻却せられ、適法なものとして判断せられるというのが、妊娠中絶を許し、適法なものとして解する刑法的な考え方である。⁽⁵⁾と答えた。最近でも、アメリカ連邦最高裁の判例にならい、「胎児は、人間になる可能性をもつ存在であり、その生命は保護されなければならない。しかし、婦人の墮胎権は基本的人権である。それに対して、出生前の胎児は、“人”ではないので、基本的人権をもたない。基本的人権を制約しうるのは他の基本的人権のみであるとすれば、本来、胎児の生命保護を理由に婦人の墮胎権を否定することはできない。けれども、母

体外で生存可能となつて以降の胎児は、「人」に準じて保護されなければならない」という見解が提唱されている。⁽⁶⁾

胎児は「人」ではないが、しかし母体外で生存可能な胎児は「人」に準じて扱われるというこの最後の見解は、刑法学者の間にも賛同を見出しつつある。⁽⁷⁾ いずれにせよ胎児は「人」としての生命価値は有せず、また胎児それ自体としての生命価値もその成長段階に応じて異なってくるというこの考え方は、殺人罪と墮胎罪との間に横たわっている「処罰の巨大なギャップ」を合理的に説明するには確かに適している。しかし、では、何故に未生の生命は既生の生命よりも価値において一段と劣るのか。また、その初期段階であれば、それは婦人の基本権である墮胎権に基づく処分の対象でしかないのか。きわめて特徴的なことは、これに対する納得のゆく解答はわが国では、少なくとも刑法学者の間ではほとんど見られないことである。

もっともごく最近、正当にも中山教授が、これまでの実務および通説に対して以下三点にわたる重大な疑問を提起された。⁽⁸⁾ 第一に、優生保護法によって合法化されたのは医師の行なう「業務上墮胎」だけであつて、その効果は自己墮胎や医師によらない同意墮胎、さらに不同意墮胎には及ばないはずであるにもかかわらず、墮胎罪の規定全体が空文化している点、第二に、違法阻却事由とは例外的な許容状態を意味するにかかわらず、「結果的には、優生保護法による人工妊娠中絶の幅広い許容によって、刑法上の墮胎罪の原則処罰の規定自体が空洞化し名目的なものになつてしまつた」点、第三に、そしてより決定的に、優生保護法が定めた適応事由が、内容的に果して墮胎行為の「違法阻却事由」たりうるのかという点についてである。この最後の点には、「社会・経済的事由のみならず、優生学的事由や倫理的事由についてさえも、それが胎児の生命の保護に優越する利益というるのか」という疑問が含まれている。

教授自身は、「適応事由を前提とする限り法益の比較衡量という困難な作業に当面せざるをえないとされつつも、結論的には、「違法阻却による正当化は必ずしも自明ではなく、責任阻却による場合も含まざるをえない」ことを認容される⁽⁹⁾。さらに、「生存可能時までの胎児の生命が妊婦の自己決定権の内部で法益性を失うと考えること」にも問題がある⁽⁹⁾とされ、やはり望ましくない自己決定といふべきであつて、これを無条件に法的な「権利」として構成することにも疑問を提起された⁽¹⁰⁾。もつとも、母体の生命への危険を回避するための、いわゆる「生命適応事由」が存在する場合では、教授によつても「明白な」違法阻却だとされるので、教授は、少なくとも母体の生命と胎児のそれとが対立する限り、前者の生命が優越すると考えられているようである。しかし、生命の等価性原理から出発する限り、このことがそれほど「明白」であるかは検討を要しよう。いずれにせよ、これまでの実務と通説の「自明の」前提に對してここに根本的な疑問が提起されたことが重要なのである。

右のようなわが通説とは全く反対に、ドイツ連邦憲法裁判所は、一九九三年五月二八日のいわゆる第二次妊娠中絶判決⁽¹²⁾で、——一九七五年二月二五日の第一次妊娠中絶判決の基盤に立脚して——出産前後にわたる人の生命の等価性原理を確立した。それによれば、「人間の尊厳はすでに未生の生命に帰属する。法秩序は、未生児に固有の生命権と意味において、その展開の法的諸条件を保障しなければならない。この生命権は、母親の側からの受諾によつてはじめて根拠づけられるものではない」(判決要旨1.)。「未生児の生命権は、たとえある限られた〔初期の〕期間についてのみであれ、たとえそれが母親自身であつても、第三者の拘束されない任意な決断にゆだねられることがあつてはならない」(判決要旨4.)。「婦人の諸々の基本権は、子を懐胎し続けることの法義務が——たとえ一定期間につ

いてのみであれ——一般的に放棄されるような程度まで及ばない」(判決要旨7.)。理由書では、次のように述べられている。「人間の尊厳はすでに未生の人の生命に帰属しているのであって出産後の人の生命に、あるいは人格が育成させられてはじめて帰属するのではない……。」人の生命が卵と精子細胞の融合によって生ずることには、医学上、人間学上の認識からして何の疑問もない。刑法上の規定から見て決定的に重要なのは、それゆえ妊娠の時間的幅である。ドイツ法によれば、それは受精卵の子宮への着床の完結をもって始まり、出産の開始まで及ぶ。「いずれにせよこのように規定された妊娠期間において、未生児の場合に問題になっているのは、個別的な、その遺伝学的同一性したがってその一回性と不可変性においてすでに固定され、もはや分割しえない生命であって、それは成育と自己展開の過程においてはじめて人間になるのではなく、人間として発育するのである (Vgl. BVerfGE 39, 1. 37)。出産前の生命過程のそれぞれの段階が生物学的、哲学的な、さらには神学的な視点からいかに解釈されようとも、また歴史において実際に評価されてきたにもせよ、人としての個別的な存在の発育の各段階が不可欠なものであることに変わりはない。人の生命が現存しているところでは、そこには人間の尊厳が帰属する (Vgl. BVerfGE 39, 1. 41)。

人間存在のこの尊厳は、未生の生命にも、それが現に存在していること、そしてそのこと自体のゆえに (im Dasein und seiner selbst willen) 備わっているのである。それを尊重しかつ保護することが、法秩序が未生児に固有の生命権という意味においてその展開の法的諸条件を保障することを結果として生み出す (Vgl. auch BVerfGE 39, 1. 37)。母の側からの受容によってはじめて根拠づけられるのではなく、すでにそれが現存しているということに基づいて未生児に帰せられるこの生命権は、人間の尊厳に由来する基本的かつ不易な権利である。それは一定の宗教上ま

たは哲学上の諸々の確信とは無関係に妥当する。もつとも、それらの確信については、宗教的・世界観的に中立である国家の法秩序はいかなる判断を下す権限も有していない」(D. I. 1. u. a)。

ドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決によって明確に確立された右のような生命の等価性原理それ自体に対し⁽¹³⁾ては、そこから導き出される刑法解釈論上の諸帰結に数々の、決定的なとも言いうる矛盾と欠陥が含まれているといえ、見渡しうる限りではこれまでのところ何ら根本的な異議は申し立てられていない⁽¹⁴⁾。つまりはこの原理は、ドイツでは憲法学説・刑法学説にわたって圧倒的に支持されているのである。もつとも、ドイツ連邦憲法裁判所によれば、生命の等価性原理の承認にもかかわらず、伝統的な医学的、刑事学のおよび胎児病性的適応事由のほか、いわゆる社会的適応事由の場合でも、「期待可能な限界を超えるほどに重大かつ異常なものである諸々の負担が、子の懐胎によって婦人に生じている場合、というような例外状況に」おける妊娠中絶のみ、「正当化されるもの」と言明することが許される」(D. III. 1. c) u. 2. a)。生命の等価性原理によってすべての妊娠中絶が原則的に不法であるという出発点からすれば、しかし、逆に、では、なぜこれらの場合では正当化されるのか、が問題とならざるを得ない。しかし連邦憲法裁判所は単に立法者にそのような形で立法することを指示するだけで、その詳細な根拠づけは理由書のどこにも見られない。生命の等価性原理に基づく未生児生命の全面権利テーゼから出発し、かつ純法益衡量説による限り、これを根拠づけることは困難である。その場合では、「正当化される」という意味も、通例の、つまりは優越的利益保持を理由とする正当化とは別の意味で理解するほかはないであろう。

いずれにせよ、未生児生命の価値がわが刑法学説によって一段と低く見積もられ、実務ではもはやほとんど無保護

同然の状態に置かれているわが法状態に直面して、ドイツ連邦憲法裁判所によって確立された右のような生命の等価性原理を承認するか否かという根本問題が、きわめて焦眉な課題として浮び上ってくる。批判的合理主義者ポツパールの見地（ポツパー基準^(14a)）に立って、この問題を反対論拠の誤謬を立証することにより、最終的には肯定的に論証することが本題の課題である。

(二) 墮胎の定義

もつとも、その前に「墮胎」という言葉の意味が明確にされていなければならない。それというのも、わが国では、墮胎罪は「自然の分娩期に先立って人為的に胎児を母体から分離させることによって成立し、その結果胎児が死亡したか否かを問わない」という古い判例の定義⁽¹⁵⁾が現在でも学説によって支持され、そのように解すること自体が根本的に疑問視されることがなかったからである。そこで例えば、墮胎行為によって生きて生まれてきた嬰兒を殺害すれば、墮胎罪のほか殺人罪も成立するのか否か、成立するとすれば両者の罪数関係はどうなるのかということが問題となり、それが刑法解釈論上の「重要論点」として現在でも論争が続いている⁽¹⁶⁾。しかし——ドイツの確立した判例および一致した学説のように——墮胎罪は危険犯ではなく、殺人罪と同様に侵害犯であると解するならば、墮胎の意図をもって墮胎行為を行なったが、子がその意図に反して生きて生まれてきた場合は墮胎行為は未遂に止まり、わが刑法によれば精々のところ不同意墮胎の未遂罪（刑法二一五条二項）が成立するにすぎない。生きて生まれてきた子を改めて殺害した場合は、その子の生存予期の有無にかかわらず、右の不同意墮胎の場合を除いて殺人罪一罪しか成立しない。

それゆえ、この場合では前述の論争問題はほとんど「仮象問題」にすぎないということになる。

問題はもとより、墮胎罪を危険犯と解しなければならぬ根拠があるのか否か、あるとすればそれは何かにかかっている。旧刑法時代では、判例はもともと墮胎罪が成立するには母体内で胎児を殺すことを要するとしていたが、それがやがて前述のように改められた。その理由はおそらく、医学が発達していなかった時代には、出産期に先立って胎児を母体外に排出することは、ほとんど同時に胎児の死亡を意味し、墮胎行為によって生存可能な胎児が生まれてくるようなことはほとんど考えられなかったが、周産期医学と墮胎技術(?)の発達に伴い、胎児を母体内で殺した後これを排出するという方法は、通例の事態ではなくなったからであろう。そうすると、墮胎罪で処罰できる範囲がきわめて限定される。そこで、胎児の死亡を墮胎罪の要件から外すことにしたというのが、実際上の理由であろう。解釈論的には、この処罰拡大は次のように根拠づけられる。すなわち、墮胎罪は胎児の生命だけでなく、同時にその身体および母体の生命・身体をも保護法益としているのであるから、胎児の死亡だけが墮胎罪の成否を決するものではなく、またこれらの法益を侵害することも墮胎罪の成立要件になっている⁽¹⁸⁾、というように。しかしこれは、墮胎罪を危険犯と解しなければならぬ「究極的な根拠づけ」ではありえないであろう。なぜなら、墮胎行為に通例として伴う母体への生命・健康上の危険は必ずしも墮胎罪の中で同時に評価され尽くしていると解することには決定的な根拠はなく、むしろそれは墮胎行為を通じて惹起された「別個の犯罪」であると解する余地もありうるからである。いずれにせよ、墮胎罪の保護法益を胎児生命に限定することを否定しなければならぬ決定的な理由は存在しない。そのうえ、危険犯説に与することには次のような「危険」がある。墮胎が単に自然の分娩期に先立って胎児を排出

することにすぎないのであれば、たとえば瀕死の、あるいは脳死状態にある妊婦から胎児生命を救出するための帝王切開といった母体内の危険から人為的に胎児を「早期に」出産させる行為もすべて墮胎罪の構成要件に該当することになる。これは明らかに不当である。なぜなら、これらの行為の社会的意味は胎児生命の毀滅ではなく、まさにその反対に、その救出にあるからであって、何ら犯罪的なものではないからである。墮胎罪を具体的危険犯と解することによってその成立範囲を限定しようとする試み⁽²¹⁾も、ほとんど実際的意味を持ちえないであろう。なぜなら、不自然な方法によって早期に出産させられた胎児には、生命・身体上の具体的な危険が通例として伴うからである。それを認識・予見していながら、それを回避するための確実な手段が存在しかつそれが投入されない以上、つねに墮胎罪の故意も存在することになる。他方、早産後の措置が適切であったために子がたまたま死ななくてすんだときも、墮胎罪の故意を必ずしも否定しえない。しかしながら、このような場合まで墮胎罪の既遂を認める必要は何ら存在しないであろう。そうであれば、「墮胎とは胎児に攻撃を加えて、胎内又は胎外で死亡させることである」という定義⁽²²⁾が最も妥当であるということになる。

かくして墮胎罪は「胎児殺」を本質的な内容とする実害犯である。「妊娠中絶」という中性的な言葉を用いることによつてこの事実を脱問題化し、そこに含まれている重大事を瑣末視することは許されない。われわれはそれゆえ、この言葉の由来を尋ね、それがもたらす心理的効果上の危険性を指摘する必要がある。墮胎の未生児殺としての明確な位置づけから妊娠中絶という言葉の使用によるこの重大性の中性化の過程は、ドイツにおける墮胎法改正の過程に見られる。わが現行刑法の墮胎処罰規定の模範となった一八七一年のライヒ刑法典第二一八条一項では、胎児を「墮

胎しまたは母胎内でこれを殺した (abtreiben oder im Mutterleib töten)」と規定されていたので、ここでは墮胎罪は危険犯と侵害犯からなると解釈する余地はあった。⁽²³⁾しかし、一九二六年の改正が墮胎を「胎児を母胎内で、または墮胎によって殺した (im Mutterleib oder durch Abtreibung töten)」と規定することによって、墮胎は明白に侵害犯として位置づけられることになった。立法者はこれによって墮胎では殺人罪の場合と同様に残酷な事態が生ずることを明確に表現しようとしたのである。⁽²⁴⁾

言葉によるこの重大事態の脱問題化、瑣末化の過程は、ナチス時代にはじまる。ナチスの立法者がはじめて一九四三年三月九日の「名譽、家族および母性の保護のための命令」⁽²⁵⁾、およびそのために発せられた一九四三年三月一八日の施行令⁽²⁶⁾を通じて、「Tötung」という言葉が「Abtötung」という、語感から受ける印象を和らげる用語に置き換えられたのである。どちらのドイツ語も日本語では「殺す」というようにしか表現できないが、ドイツ語では前者では通例として「人を殺す」場合に用いられ、後者は一般に感情や痛みを抑えることを意味するほか、微生物や細胞、特に病原菌を「殺す」場合に用いられる言葉である。ナチス遺伝健康法の「精神」に基づき、遺伝的に欠陥のある未生の生命を「殺す」ことは「人」を殺すことではなく、有害な病原菌ないしは「害虫」の駆除というほどの意味しかもたないことが、これによってことさらに印象づけられたのである。

現在では、ドイツ刑法典中の用語としてほぼ定着している「妊娠中絶 (Schwangerschaftsabbruch)」あるいは「妊娠の中断 (Unterbrechung des Schwangerschaft)」という表現形式がはじめて法律上の条文として統一的に用いられたのは、一九七二年の対案以来である。⁽²⁷⁾この表現形式の変更の理由は定かではないが、一つには民事判例の中で「妊

「妊娠中絶」という用語が定着していたこととの関連して、用語統一上の関心事からであろうとともに、いま一つは、戦後ドイツにおける堕胎法改革の背景事情を強く規定していた国際的な「自由の波」の影響も否定できないであろう。いずれにせよ、ドイツの立法者は——意識的にかそれとも無意識的にかを問わず——「天才的な意味論上のごまかし」⁽²⁸⁾に成功したと言うべきである。なぜなら、これによって、「未生児の殺害」という本来の構成事実が蔽い隠され、また過小に評価され、それがもたらす心理学上の諸々の障壁が除去されるからである。⁽²⁹⁾ そのために、たとえば堕胎には——いわゆる二重の生命適応事由を唯一の例外として——正当化する適応事由というものはありません。これを詳細かつ説得的に論証したクラウス・ベリングのように、この「妊娠中絶」という言葉の使用を頑なに拒み続けている刑法学者もいる。⁽³⁰⁾ そのままで頑なになる必要はなからうと言いうるにしても、逆に、「堕胎」なら許されないであろうが「妊娠中絶」なら許されるというような、わが国ではあまねく普及している考え方には実質的に何の根拠もないことだけは確かなことである。「中絶」する側にどんな理由があろうと、それが殺される側である未生の生命が本来的に無辜のものであることをいささかも変えるものではないからである。

もつとも、ここで注目しておく必要があるのは、ドイツにおけるこの表現形式の変更は——わが国の場合とは異なり——右のような意味変更を決して含んでいないということである。すなわち、かの国では「妊娠中絶」もまたつねに胎児殺を意味する侵害犯であり、この点については学説も判例も全く異論を見ない、ということである。ドイツ連邦憲法裁判所はこれを次のように言い表わしている。「妊娠の中断は、発生した人の生命を取り返しのつかない形で破壊する。妊娠中絶は一つの殺人行為である。……いまや普及している『妊娠中絶』という表現がこの事態を隠蔽す

ることにはできない。いかなる法規制も、この行為によって基本法第二条第項第一文が保障している人の生命の不可侵性と不可任意処分性が侵害されることを避けて通ることはできない⁽³¹⁾と。第二次妊娠中絶判決は、ここから以下のよう重要な帰結を引き出した。「胎児の生命保護をも保障しながら〔同時に〕妊婦に妊娠中絶への権利というものをも認容するというような差引勘定は、妊娠中絶はつねに未生の生命の殺害を意味するがゆえに、可能でない。……妊娠のある一定期間では婦人の人格権が優先し、その後にはじめて未生の生命が優位を獲得するというようにして、差引勘定をすることもできない。もしそのように考えるとすれば、母が妊娠の初期段階でその殺害を決意しなかったときのみ、未生児の生命権はその真価を発揮することになろう」(D. I. 1. bb)⁽³²⁾と。

墮胎罪を単なる危険犯と解する者は、この帰結の重大性を洞察することはできない。それというのも、墮胎罪の保護法益には胎児の生命利益のほか、その身体および母体の生命・身体上の利益も含まれると解されるならば、いわばその論理必然的な帰結として、未生の生命価値の独自性が過小に評価され、他の諸々の利益——時によっては人口政策上の利益——とともに、いわば十把ひとからげで把握されてしまうことになるからである。そもそも、既述のように、母体の生命・身体上の利益も墮胎罪の保護法益の中に含まれていなければならぬと考える必要性はまったく存在しない。なぜなら、それらも胎児の生命・身体上の価値とは切り離された独自の価値を本来的に有するのであるから、墮胎行為を通じてそれらが侵害されたとしても、それ自体としての犯罪の成否を個別的に——殺人、傷害、過失致死傷というように——問題とすればよいのであり、かつそれで十分である。墮胎行為によって胎児が何らの傷害を被ったにすぎないときは、いわゆる胎児性傷害の問題として処置すれば足りるのであろう。この場合では明確な処罰規

定が存在しないということが、胎児の身体上の利益も墮胎罪の保護法益の中に含めなければならぬ理由とはいささかもなりえない。危険犯説の最大の問題点は、要するに未生児の生命を一個の独立した、それ自体として自己価値を有するものとして把握しない点にあるということである。反対にこれを承認するならば、墮胎罪は当然に、殺人罪と同様に、未生児生命にのみ向けられた侵害犯であると解されなければならないことになる。それゆえ、問題はここを承認するか否かに決定的に依存する。この問題に立入る前に、しかしいずれの立場が論証責任を負うかという法理論上の問題が検討されなければならない。

(三) 論証の方法と論証責任

人間であれば何人も生命と尊厳を求める権利を有していることは、それが一般論として主張される限り、今日ではもはや何人によっても根本的に疑問視されていない。しかし、では、具体的な場合において人間とは何か、またそれは憲法上の保護領域にある生命とどうかかわるのか、言い換えれば、人間はいつ生命への権利を獲得し、またいつそれを失うのか。このことがいわゆる不可逆的意識喪失者の場合で、重度障害新生児の場合で、そして未生の生命の場合で、今日では以前よりも増して世界的な規模で激しく争われている。⁽³³⁾ 人間の生命はもうとうに絶対的に安定した価値であることをやめているのである。⁽³⁴⁾ それどころか、「人間」という概念自体が今日ではますます不明瞭になってきている。一方では、受精したヒト卵子からその固体死にいたるまで一貫して人間であると言われる。他方、自己意識を有し、他人とのコミュニケーション能力を有する者だけが「人格」として保護に値する人間であるという見解が、

西欧諸国では支配的である。わが国では、既述のように、出産後の人間の生命体はじめて「人」としての保護価値を獲得するという見解が通説的に承認されている。このような状況にあつては、人間はその固有の価値とそれに伴う生命への権利を認めてもらえるために、大変苦勞しなければならぬ。とくに自己主張をする能力を失ったか、あるいはこの能力をいまだ獲得していないヒトの生命体ならば、なおさらである。彼らは——その意思表示の手段をもちや、あるいはまだ持ち合わせていないがゆえに——その本意とは無関係に多数派の利益、あるいは自らの都合のためにつねにその生命がいとも簡単に多数派の論理によって切り詰められる危険にさらされているのである。

未生の生命の場合、いつもその論拠として持ち出されるのは、「婦人の自己決定権」というものである。これはこれでつねに憲法によって保障されている婦人の人格権と結びつけられる。つまりは、ここで婦人の「人間の尊厳」が論拠となっているのである。アルトウール・カウフマンは、この論拠の大部分がカント哲学の人間学的目標設定から詐取されたものであることを余すところなく論証した。「もし法秩序の最高原理、すなわち人間の尊厳の不可侵性が純粹当為の概念から帰結されるのであれば、それは空虚である。もっぱらそれが空虚であるというこの条件のもとでのみ、墮胎禁止めぐる争いにおいて、ともに人間の尊厳の尊重の命令をもって論争しながらも、たがいに矛盾する次の二つの主張が並存することができるのである。一、母となる者の自律という人間の尊厳から、彼女はわれと『わが腹』を自由に処分することができるという帰結が引き出される。二、人間の尊厳は人間として生きている者であれば誰にでも帰属する、未生児にも帰属する、それだから妊娠は彼女の子宮にあるこの生きている者を原則として自由に処分することはできない。この二つの言明は、『人間の尊厳』が内容的に考えられていないとき、それが空虚な言葉

であるときにのみ、明らかに同時に妥当性を持ちうる。しかしそれらが内容的に考えられるならば、そしてそれは当然のことながらつねに内容的になるのであるからこういうことになるのであるが、つまりは経験から考えられるならば、両判断の一つは必然的に誤りである（これは必ずしも、もう一つの方が正しいことを意味しない。なぜなら、義務論の領域では締め出された第三のものという命題は存在論的な領域におけるほど厳格には妥当しないからである⁽³⁵⁾）と。

これが意味するのは、未生の生命が既生の生命と同質の保護価値を有していないことが内容的ではなく、したがって経験的ではなく、単に規範的な約定で確定されている場合には、それは婦人の自己決定権の前に後退しなければならぬということである。この論理は不当である。なぜなら、それは法律学とは本来的に無縁な単なる形式的な三段論法にしか立脚しているからである。⁽³⁶⁾ その論理（演繹推論、包摂）は、例えば次のような形をとる。

- 一、法とは立法者によって形式的に正しく発令された規範である。
- 二、ナチス人種法は立法者によって形式的に正しく発令された。
- 三、それゆえ、ナチス人種法は法である。

あるいは、われわれの問題に移し変えれば、この論理は次のような形をとる。

- 一、国会で多数決原理に基づいて形式的に正しく制定されたのが法である。
- 二、優生保護法は国会で満場一致で議決された。
- 三、優生保護法はそれゆえ、法として妥当する。

この論理は確かに形式的には必然的であるが、しかしそれは分析的にのみそっくりいうるにすぎない。ここで考えなければならぬのは、その前提が誤りでありうるということである。第一の例について言えば、その前提が正しいと言いうるのは法を単に形式的な関係として把握する場合に限られる。アルトゥール・カウフマンは、この関係を次のように言い表わした。「たとえばアーリア人のみが権利主体であるという命題をXとし、Jはユダヤ人であるという命題をYとすると、両者の関係すなわち『XマイナスY、言い換えれば、ユダヤ人はいかなる権利主体でもない』——ということが正解だということになるであろう。なぜなら、以上のような見方からすれば、この証明にとって重要なのは、『アーリア人のみが権利主体である』という規範が形式において正しく発せられ、それゆえにそれが『法』と名づけられるということだけだからである⁽³⁷⁾」と。このように形式的に正しく発せられた法が実際に適用されて——例えば六百万人に及ぶユダヤ人の死という——現実の不法が生ずるがゆえに、この前提を受け容れるつもりになれない以上、ある事実とある法規範のいかなる任意な関係も「法」と名づけることはできないことも、認容しなければならぬ。そうでなければ、すべてが純然たる関係の中に解消され、任意に処分可能なものになるからである。ここで決定的に欠如しているのは内容的に、したがって経験的に把握された関係項としての人格である。アルトゥール・カウフマンはこの人格、言い換えれば、人間相互および人間と事物との諸々の人格的關係は、すべての法現象をそれ自体として同定する「不可任意的処分的なもの」、その意味で「存在論的なもの」と規定する。それによれば、「人格……は関係づけるものと関係づけられるものとの、如何に (Wie) と何 (Was) との構造的統一であるから、人格にその法的性質をゆだねるが、しかし、同時に、その処理の際限のない任意性を阻止する。何が『法』をそれ自体とし

て同定するかは、人間には人格としてのその属性において彼に『当然に帰属すべきもの』が、『各人に彼のもの(suum iustum)』が保障されるか、という問題である。彼にこれが保障されない(ユダヤ人は生命、自由、財産が保障されなかった)ところでは、法は実現されない⁽³⁸⁾。ユダヤ人は人間でないがゆえに、したがって人格でないがゆえに、法的保護の対象にならないことを規定した法が典型的な悪法、「法律の形をとった不法」、「不正な法」(一個の形容矛盾!)として、もともと法たる効力を欠いていることは、今日では一致して認められている。周知のようにラートブルフが、その有名な「公式」によってこのことを感銘深く根拠づけた。「法律の形をした不法の場合と、不正な内容にもかかわらずそれでも有効な法律との間に、より明確な限界線を引くことは不可能である。しかし、次の場合には、これとは別の境界線をきわめて鮮明に画することができる。すなわち、正義がまったく追求されない場合、正義の核心をなす平等が実定法の定立に当たって意識的に否認されている場合は、法律はたとえば『不正な法』であるばかりでなく、むしろそもそも法たる性質を欠いている、ということである。それというのも、法は、実定もまた、その意味から規定すると、正義に奉仕する秩序であり定立であるとしたか、定義しようもないからである⁽³⁹⁾」と。

このような「不可任意処分的なもの」としての人格を否認する法が単に「不正な法」であるばかりでなく、もともと法たる性質を欠いているとすれば、遺伝的疾患のある未生児からその生命への権利を奪い、健康な未生児の場合でさえその生命が母の健康上の利益以下にしか評価されないという解釈を許すようなわが優生保護法もまた、「不可任意処分的なもの」にまで踏み込んでいるがゆえに、法たる性質を欠いているのではないか。それともそれは「不正な内容にもかかわらずそれでも有効な法律」と見るべきか。あるいは、欠陥のある生命に生きる権利を否認するのは明

白に憲法上の平等原理を侵害するにもかかわらず、たとえばそれが国会において満場一致で議決され、また実際に当該規定はほとんど適用されていないという理由で、その妥当性を格別に問題とするにはあたらないという——わが国ではあまねく普及している——見解に与みすべきか。この最後の立場が問題になりえないことは、もはや詳細な論証を必要としない。第一に、全員一致で決議されたからといって不法が法に化するわけではない、第二に、「不正な法」が実際に適用されないことによってその効力が維持されうるわけでもないからである。それどころか、実際には適用されない法律の存在がどれほど有害なものであるかは、それがもたらす住民への心理的効果を考えるだけで明らかである。実際には適用されないが、しかし「禁止」もしくは「許容」だけは宣言しておくというような、いわゆる「象徴的な立法」は、単に当該規定の「剣」としての切れ味を悪くさせるばかりではなく、引いては法秩序全体への住民の信頼を失わせるという結果をも招くということが、最近のある実証的な研究⁽⁴⁰⁾によって余すところなく明らかにされている。

たしかに、未生の生命も一個の人格としてそれに固有の生命権を享有するというコンセンサスは、わが国では——これまでのところ！——存在しない。しかしこのコンセンサスが存在しないということが人格性と法にとって、今日しばしばその真理性および正義論のために要求されている「究極的な根拠づけ」になりうるということは、これまたたしかにありえない。人間として生きている者であれば、誰にでも例外なく人格が、したがって生命への権利が帰属するのではないか。それゆえ、未生の生命もまたその時期とか難点を問わず (ohne wann und aber) 生命への権利を有するのではないか。要するに、未生の生命もまたかの「不可任意処分的なもの」ではないのか。

いずれにせよ、「婦人の自己決定権の保障か、それとも未生児の生命権の保障か」という、墮胎禁止をめぐる論争において今日しばしば提起される問いが意味をもちうるのは、両者のうちの一方が他方を価値的に凌駕することが確実な根拠に基づいて内容的に、つまりは経験に基づいて論証されうる場合に限られる。そうでなければ、単なる「空虚な」主張が存在するにすぎない。「疑わしきは生命の利益に (*in dubio pro vita*)」という古来の原則に従えば、しかしこの論証責任は第一次的に妊婦の自己決定権を主張する側にある。すなわち、母となる者の自己決定権を人間の尊厳から導き出す者は、われと「わが腸」を自由に処分できるといふその主張を、「人間の尊厳は人間として生きている者であれば誰にでも帰属する。未生児も人間として生きている。それだから妊婦は彼女の子宮にあるこの生きている者を原則として任意に処分することができない」という命題と対決し、これを論駁しなければならぬということである。この論駁に成功しない限り、「保護推定」は後者に向けてその機能を發揮する。

そのさい「私権の享有は出生に始まる」という民法上の規定(第一条の三)から未生児の生命権を否認する帰結を導き出すことはできない。未生児に私権の享有が否認されるのは、未生児は生命への権利を有しないという理由からではない。民法はこの規定にもかかわらず胎児には例外的に損害賠償請求権(民法第七二二条)、相続権(同第八八六条)および遺贈を受ける権利(第九五六条)を保障している。すべての人権の実存的基盤である生命権が保障されていないと、これらの私権だけが保障されていると主張するのは、論理的に不可能である。胎児に損害賠償請求権が、相続権が保障されているということは、その前提として胎児にも生命への権利が保障されていることがなければ、何の意味をもちえないからである。これ以外の私権はしかし胎児に否認されているという事実が、未生児の生命

への権利を否認する根拠となりうることは一層ありえない。ドイツの高名な憲法学者であるデューリヒは正當にも、このような論証を「民法上の概念の前の憲法の降服⁽⁴¹⁾」と性格づけた。それというのも、憲法は個別的な部分領域において純機能的に規定された概念に準拠することはできないからである⁽⁴²⁾。

とはいえ、日本国憲法から未生の生命も生命への権利を有するという保障を、読み取ることは、たしかにできない。関連規定であるその第一三条の「すべて国民は個人として尊重される。生命……に対する国民の権利については……最大の尊重を必要とする」という保障規定についても、「国民」には未生児も含まれるという合意は、憲法学者の間でも成立していない。その点で、ドイツの場合と比べて大きな違いがある。ドイツ連邦憲法裁判所はその第二次妊娠中絶判決の冒頭で、「人の生命には未生の生命も属し、彼にも国家の保護が保障される」という立場を明確に確立した。それに続く文章では、次のように謳われている。「憲法は、未生の生命への国家による直接的な侵害を禁止しているばかりではない。憲法はまた、この生命を保護し育成すること、言い換えれば、とりわけ他人の側からの違法な侵害からこれを擁護することを国家に命じてもいる。この保護義務はその根拠を、国家を明示的に人間の尊嚴の尊重と保護へと義務づけている基本法第一条第一項に有し、その対象と——それに由来する——程度は、基本法第二条第二項によって詳細に規定される」(D. I. 1.)と⁽⁴³⁾。

そこで、未生の生命に対するこの全面権利テーゼが支持しうるかどうか、これが問題である。そのさいしばしば混同される二つの問題、つまりは人の生命はいつ始まるのかという問題と、この生命体はその発生後のどの時点ですぐに固有の生命への権利その他の人格権を享有するのかという問題とが区別されなければならない。前者は経験科学が

確定すべき問題であり、後者は法律学に固有の問題である。

(四) 人の生命はいつ始まるのか

人の生命の開始時期は——その終期、つまりは死の時点とともに——本来的に自然科学上の問題である。この自然科学上の事実を無視して法律学が専断的にこの問題を確定することは許されない。ここで発言権を有するのは、何よりもまず医学、生物学そして結局のところヒト胎生学である。そこでわれわれもまた、ひとまずは感情を慎めて研究に励むこと (*sine ira et studio*) としなければならない。

経験的諸科学によれば、人の個別的な生命の発生は、すでに受精の時点にある。このことについては、専門家によってもはや何の疑問も提起されていない。「いかなる制限も、いかなる疑念も、いかなる慰めも」、今日ではもはやこのテーゼを動かすことはできない⁽⁴⁴⁾のである。

そこで「受精」とは何か⁽⁴⁵⁾。それは精子の卵への浸潤(いわゆる受胎)後に続く両生殖系細胞の融合(接合)であり、それは通例として卵管の膨大部で演じられる。受精の三つの重要な過程としては染色体対の二倍体の復元、新有機体の遺伝学上の性の決定、卵細胞分割の誘導が挙げられる。受精に始まる新しいヒト生命の開始時期と着床に始まる個別的なヒト生命の開始とが区別され、後者をもって人の生命の開始時期と見なす見解が法的見解として有力であるが、自然科学の立場からは、今日では両者を区別することに決定的な意味があるとは認められていない。個別性は多生児形成の可能性の終結後にはじめて発生するという主張に対しては、とりわけ、すべての胚は受精の瞬間から遺伝的に

決定されているという反対論拠が、今日では優勢である。「個別の場合と同様、完全にプログラミングされた分離出産を伴う多生児形成が生ずる可能性とはかわりなく」、受精によつてその個別性が固定されるというのがその根拠である。⁽⁴⁶⁾要するに、受精（接合）をもつて人としての存在が開始するという主張の主要な論拠は、人間の発育に必要なすべての遺伝情報がすでに受精卵の中に備わっているということにある。⁽⁴⁷⁾

この視点から見れば、人の個別的な発育と呼ばれているものも、厳密に言えば、その個体にすでにインプットされている情報の表面的な形態上の変化、言い換えれば、統一的な素因のその時々の変容にすぎない。かくして自然科学上の見地からは、ヒト胎生学の世界的権威であるゲッチンゲン大学のブライヒシュミットの次の言葉が妥当する。「人は人になるのではなく、はじめから人であり、またつねに人として行動しているのである。」しかもこの事情は受精後のどの段階においても同じである。受精後の人の社会的連関もしくは人間の一定の活動領域間における法的関係を問う問題は、『ヒト』というこの生物学上の概念とはさしあたり何の関係もない⁽⁴⁸⁾と。

以上を要約すると、受精から死にいたるまでの人の全生命過程を支配しているのは個体性維持の法則であつて、その連続性におけるどの時点も、したがつて着床も出産も、さらには学童期も成熟期も人の生命過程における切れ目としては何ら決定的な意義を有していないということである。それゆえ、たとえば未生の生命を「生成中の生命」と表現して、これを「完成した生命」から区別するのも、経験科学的には何の根拠も有していないということになる。

いずれにせよ、受精以後の人の生命体は母親とは全く異なる遺伝子構造を、独自の血液型を、独自の血液循環系等々を有しているという意味で生物学的に独立した生命体であるから、「胎児は疑いもなく、彼女の足がそれである

のと同じ意味において母親の身体の一部ではない。彼女は、それがどのように評価されるにせよ、その未生児に関しては精々のところ制限された自己決定権しか有さず、そこからは「直接」、中絶 (Interratio) のための正当化事由というものは決して出てこない」⁽⁴⁹⁾ことは、以上の経験科学的所見からして明らかである。

(五) 人の生命の保護価値はいつ始まるのか

人の生命が受精をもって始まるという言明が、今日ではもはや生物学的に動かし難い事実であるにしても、しかしそれと同時に人の生命の保護価値も開始するとは必ずしも限らない。それというのも、生物学上の事実が直ちに法的評価にとって代わることはできない⁽⁵⁰⁾からである。とはいえこのことは、人の生命への法的評価は生物学上の基準値とは無関係になされうることを意味しない。むしろそれは、反証が根拠をもって示されない限り、法的評価にとって「保護推定」を生み出すという徴表的機能を有している⁽⁵¹⁾と言うべきである。そこでまず問題となるのは、ドイツ刑法がその一九七六年の改正以来採用し、またドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決もそれを当然の前提として見るように、受精卵の着床をもって法的な、特に刑法的な保護に値し、また保護を必要とする人の生命が開始すると見るべきではないか、ということである。それにはどのような根拠があるのか。

西欧哲学では古くより、どの時点から胎児は人間としての性質を所持するのかということが問題とされてきたが、今日では「接合」をもって人の発育過程が現実化すると一般に考えられている⁽⁵²⁾。神学的な見方、特にカトリックの見方からは、人としての質に並んで特に靈魂吹込みの問題が前面に登場する。着床前の受精卵にはいまだ靈魂が吹き込

まれていないとすれば、避妊薬の投与に反対する本質的な理由も脱落する。それゆえ、霊魂吹き込みの時点の確定はカトリック神学にとって決定的に重要である。トーマス・アクィナスはかつて、アリストテレスに習い、胎児は最初は植物的生命 (*anima vegetativa*) にすぎず、次いで感覺的生命 (*anima sensitiva*) に成長するというように、霊魂吹き込みの段階を二つに区別していた(承継的入魂説)。胎児が男子か女子かの違いに依じて、四〇日ないしは八〇日後にはじめて胎児は理性的生命 (*anima rationalis*) を獲得し、精神的にも霊魂が吹き込まれると考えられたのである。⁽⁵³⁾これは、受精から着床にいたる過程が当時ではいまだ知られていなかったことに基づく。しかしそれが経験科学的にほぼ解明し尽くされている現在では、受精卵ははじめから理性的生命によって装備されていると見る同時入魂の理論が支配的である。カトリック神学はそこから、胎児生命のすべてにわたる殺害を真の殺人であると見なしている。⁽⁵⁴⁾プロテストント神学では霊魂吹き込みの問題は存在しないが、しかしそれでも胚融合が保護に値する人の生命の開始時点として決定的であるとみなされている。⁽⁵⁵⁾

以上の点では両キリスト教宗派は現在では一致しているが、それにもかかわらず着床阻止の許容性への現在の神学の解答は両宗派の内部でもなお争われている。その理由はとりわけ、ヒト胎生学上の諸認識は比較的最近の事項に属しているのも、それについての統一的な神学上の教義がまだ確立していないことにある。いずれにせよ、西欧では、神学も哲学も、受精をもって人として保護に値する生命が開始するという見解に大体において一致しており、先の生物学上の認識に矛盾するような主張はほとんど見られない。⁽⁵⁶⁾

そこで問題は、受精から着床にいたるまでの、あるいはその数日後にいたるまでの人の生命の毀滅に対する事実上

の処罰解除を法的にいか根拠づけるかにある。ドイツ連邦憲法裁判所第一次妊娠中絶判決は、それについて「人間の個体の歴史的事実存という意味における生命は、いずれにせよ受胎(着床、個別化)後一四日に始まる⁽⁵⁷⁾」としているが、しかしそう解すべき実質的な根拠は理由書中のどこにも挙げられていない。着床が安定するまでは多生児形成の可能性が存在するということは、根拠としては薄弱である。多生児形成の可能性の有無にかかわらず個別性はすでに受精の時点に備っているからである⁽⁵⁸⁾。

その点は別にしても、多生児形成の可能性はまさに複数の保護要求を根拠づけこそすれ、部分的な保護喪失を招くというような帰結には結びつかないであろう⁽⁵⁹⁾。受精卵の約半数が着床前に自然に崩壊するという事実も、この時期の受精卵の生命価値を否認する根拠にはなりえない。着床後でもしばしば——徐々に漸滅するとはいえ——胎児は壊死することは別にしても、生命価値、そして生命への権利をその生命体の安定さに依存させることはできないからである。そうでなければ瀕死の生命からも生命権が奪われることになろう。これは耐えがたいことである。結局のところ、これは量的な問題に帰着し、そして生命予期の「量」が生命それ自体の「質」を変えるものではないし、また決してあつてはならない。

それゆえ、着床にいたるまでの受精卵の毀滅の、そして初期段階の妊娠中絶の処罰解除のための決定的な法的根拠は、結局のところ刑事政策上の要求に基づいていると言うほかはない⁽⁶¹⁾。何よりもまず、受精から着床にいたる過程が主観的にも客観的にも通例として認知されていないということが、着床阻止の禁止規定を置くことを無意味にしているのである。婦人は着床および妊娠の初期段階では通例として自分が「妊婦」であると自覚していないし、「捜査機

関」も、婦人の最も内密な人格領域に侵入しない限り、卵細胞に受精と壊死とがあつたという事実を発見することはできない。要するに「受胎過程」というものは、同時並行的に行動する関係者にとつてはいまだにブラック・ボックスの中にあるということである。その間に何が現に生じたのかは、後になってはじめて知られる。ここではそれゆえ、生命毀滅の「故意犯」というものが——そしておそらく「過失犯」も——原理的に成立しえないのである。この期間における生命毀滅が、いわば固有の意味における「法的に自由な領域」に、したがって法的評価から免れた余地に属するということは、いわば法規制にとつての「事物の本性」に基づいているのである。法は「不可能事」に禁止規範を設定しても、法の最も重要な本質的要素であるその「実効性」は確保されない。

妊娠したという事実はしかし、着床後数日経てば客観的にも証明可能となり、また主観的にも「妊婦」によって自覚されるようになる。客観的には母体へのホルモン反応を通して着床が確認され、主観的には月経が止まることが婦人に「妊娠」を自覚させる⁽⁶²⁾。それが確認されるのは、着床後およそ二週間後であるとされている⁽⁶³⁾。そうであれば、人の生命の実効的な法的保護の開始をここに設定することには合理的な理由があると言ふべきである。注意すべきは、このことがそれ以前の人の生命価値を否認する根拠とはいささかもなりえないということである。

(六) 未生の生命の憲法上の地位

かくして、人の生命価値は着床をもって開始するという主張には十分に納得のゆく根拠が存在しないことが明らかになった。ドイツ連邦憲法裁判所第一次妊娠中絶判決によればさらにこれを超え、「これによって開始された発育の

過程は連続的であり、それはいかなる明確な断面をも示さず、人の生命のさまざまな発育段階で厳密に限界づけることを許さない……。それゆえ、基本法第二条第二項第一文は出産後の『完成した』人間にも独立して生存能力を有する胎児にも制限されない。生命への権利は『生きている』者であれば誰にも保障される。出産前の発育しつつある生命の個別的な諸断面の間に、もしくは未生の生命と既生のそれとの間に、ここでいかなる区別を設けることもできない。基本法第二条第一文にいう『何人も』とは、『生きている者であれば誰であれ (jeder Lebende)』ということの意味する。別の表現をすれば、生命であればすべて人間の個体を所持している。それゆえ、未生の人の存在も『何人も』に属する⁽⁶⁴⁾。人の生命が現存しているところでは、人間の尊厳がそれに帰属する。「担い手がこの尊厳を意識しているか否か、またこの尊厳を自ら確保することを知っているか否かは決定的ではない。人間の尊厳を根拠づけるには、はじめから人間としての存在に備わっているこの潜在的な能力があればそれで十分である⁽⁶⁵⁾」。

では、婦人の自己決定はこの関連の下ではいかなる意義を獲得し、また未生の生命の保護要求の下にいかに位置づけられるのか。ドイツ連邦憲法裁判所によれば、人の生命は基本法上の秩序において最高価値を有している。それは、「人間の尊厳の生命的基盤であり、他のすべての基本権の前提条件である⁽⁶⁶⁾」。もし胎児は母体の一部にすぎないとみなされるならば、妊娠中絶も私的な生活形成の領域にとどまり、それへの侵入は立法者には拒まれるであろう。しかしながら、胎児は独立した生命体として憲法の保護のもとにある以上、妊娠中絶にはある社会的な次元が帰せられ、それが妊娠中絶に国家による規制を受け入れさせることを可能にし、また必要とする。人格の自由な展開を求める婦人の権利も同様に、確かに承認と保護を要求することができる。しかしこの権利は無制限には保障されていない――

他人の諸権利、憲法秩序および倫理原則がそれを限界づけているからである。「妊娠中絶はつねに未生の生命の毀滅を意味するのであるから、胎児の生命保護を保障しながら妊婦にも妊娠中絶の自由をゆだねるという調整は可能でない。」基本法第一条第一項に準拠する場合には、決定は妊婦の自己決定に対する胎児のための生命保護の優位のために下されなければならない。妊婦の自己決定権が妊娠、出産および子の保育によって侵害されることはありうる。これに対して未生の生命は妊娠中絶によって毀滅させられるのである。「原則的に保障されていながらも相競合する立場を、基本法第一九条第二項（いかなる場合であっても、基本権の本質的内実が侵害されてはならない）を顧慮してもつともうまく調整するという原理からは、それゆえ胎児の生命保護に優位が帰せられなければならない。この優位は原則的に妊娠の全期間に妥当し、一定の期間にわたって疑問視されることがあつてはならない。」⁽⁶⁷⁾

もつとも連邦憲法裁判所も、自己決定権ではなく、婦人の諸々の憲法上の地位が胎児の原則的な懐胎義務を解除するほどの例外状態が存在しうることを承認している。第一次判決では、このことが次のように表現されている。「ここでは個別の場合において重大な、それどころか生命にとって危険な諸々の葛藤状況が生じうる。未生児の生命権が、通例として妊娠中絶と結びつく程度を本質的に超える婦人の負担へと導くことがありうる。ここでは期待可能性が、言い換えれば、国家はかかる場合でも刑法という手段によって妊娠を強制することができるのかということが問題となる。……一般論としてはいかなる一義的な道徳的評価をも許さず、そこでは妊娠の中絶への決断が尊重に価する良心の決断という重大さをもちうるかかる葛藤状況においては、立法者には格別に控え目であることが義務づけられる。⁽⁶⁸⁾立法者がこれらの場合では妊婦の行為を処罰に値するとは見ず、刑事罰を断念するならば、それはいずれにせよ立法

者にゆだねられた衡量の帰結として憲法的にも甘受されなければならない」と。⁽⁶⁹⁾ 第二次判決もまた、「母と子の比類のない結合にかんがみると、妊娠中絶の禁止は、他人の権利領域を侵害しないという母の義務に尽きるものではなく、同時に子を懐胎し続けて分娩するという、婦人を実存的に直撃する強度の義務を含んでいるうえに、出産後には引き続き多年にわたって行為義務、看護義務そして代理義務を次々に負うことになるがゆえに」、この期待不可能性基準には根拠があるとしたうえ、改めて「これらと結びついている諸々の負担への予見から、母となる者がまさに妊娠の初期段階においてしばしば陥る特別な心理状態のもとでは、個別の事例において、場合によっては生命をさえ危険にさらす諸々の重大な葛藤状況が生じうる。そうした状況の下では、婦人の保護に値する諸地位が、いずれにせよ国家の法秩序が……婦人はいかなる事情のもとでも未生児の生命権を優先しなければならないとは要求できないほどの緊急度をもって、効果を現わす」(D. I. b. bb) ことを承認した。⁽⁷⁰⁾ 子を懐胎し続ける義務にとっては、そこから次のような帰結が生ずる。すなわち、「伝来の医学的適応事由のほかでは刑事学的適応事由と——それが十分に正確に限界づけられていることを前提として胎児病性的適応事由も、例外構成要件として憲法の前に存在根拠を持ちうる。他の窮迫状態にとってこのことが妥当するのは、ここで前提とされるべき社会的または心理的——身的な葛藤の重さがその記述において明瞭に認められる場合であって、その結果——期待可能性の視点から見て——他の適応事由諸事例との一致〔同等性〕が確保されている場合に限られる」ということである。⁽⁷¹⁾

以上のドイツ連邦憲法裁判所の判決における生命の等価性原理に基づく未生の生命の全面権利テーゼとその論拠——と思われる——部分の摘記から、われわれはなお検討を要する重要論点として何を引き出すべきか。まず第一に、

生命の等価性原理に基づく全面権利テーゼについては、その論証過程に格別の問題はないように思われる。それというのも、それは先に明らかにした経験科学上の諸認識に十分に立脚していると言えようからである。それゆえ、問題は反対テーゼ——人格性テーゼと成長テーゼ——これに対して十分な反対論拠を呈示してこれを論駁しうるかにある。これについては次章(三)で詳細に検討されよう。

第二に問題とされなければならないのは、ドイツ連邦憲法裁判所が全面権利テーゼに立脚してすべての妊娠中絶を原則的に不法としながらも、伝統的な三適応事由——医学的、刑事学のおよび胎児病性的適応事由——と並んでこれと比肩しうるほどの社会的窮迫適応事由は「正当化される」と言明したことである。第二次判決はさらに、「初期一二週中に、相談後に、妊娠の要求により——適応事由の確認なく——医師により実施される妊娠中絶に刑が科せられないという、相談構想と結びついた目標を相談構想が達成できるのは、彼がこの妊娠中絶を刑法第二一八条の構成要件から除外することによってのみである。それらは、正、当、化、さ、れ、る、（違法でない）とは言明されえない」（Ⅲ・2.）としてこの場合の妊娠中絶を不法としながらも、これを実施する「婦人および医師の行為に対しては、未生児のための第三者による緊急救助は行なわれえないことが確保されていなければならない。婦人は、ある有効な私法上の契約の枠内で医師に中絶を実施させるという立場にもあるのでなければならない」（Ⅲ・3. なおV. 6. をも参照）⁽⁷²⁾とした。ここにはしかし、その前提と帰結、特に法的効果との間に矛盾が存在しているのではないか。言い換えれば、その「正当化されない」ないしは不法行為であるにもかかわらずそれに対する緊急救助が許容されず、病院契約も有効とされることが法理論的にも刑法解釈論的にもいかに根拠づけうるのか。全面的権利テーゼから出発し、かつ純法益衡

量論に依拠する限り、これは論理的に不可能であるように思われる。これはしかし、不処罰の妊娠中絶の法的性格の再検討との関連のもとで改めて問題とされなければならない。第三に、未生児も既生の人と同様に同質の生命価値を有し、したがって憲法で保障されている生命への権利を承認する立場に立てば、立法者はその侵害に対する何らかの規制を置くに当たっては当然に憲法上の基準値に拘束されることになるが、しかしそれは実際どの程度までか、逆に言えば、この場合では立法者に許容される形成の幅はどこまで及ぶのか、より具体的には、立法者は「すべての基本権の実存的基盤」であり、最高価値を有する生命への侵害に、特に未生の生命の場合に果たして「正当化」効果を与えることができるのか、できるとしてもそれはどの範囲までか、という問題がさしずめ不問に付せられたままである。憲法もまたこの形成の幅の最小基準値、言い換えれば過小〔措置の〕禁止(Untermaßverbot)の限界については何ら言及していない。しかし全面権利テーゼに立脚する以上、この問題へ取り組みをここで避けて通ることはできない。

では、立法者による許容命題の発令にとってこの憲法上の基準値とはどのようなものであるのか。正当化事由の機能が法規範によって保護された法益侵害の許容にあるとすれば、立法権は下位法規に優越する憲法自体がある法益を特別の保護の下に置いたところで停止し、法律の留保というものによっても立法者には侵害許容規定への権限が与えられることはない⁽⁷³⁾、ということを意味する。ドイツ法の場合では、基本法自体が「いかなる場合であっても、基本権の本質的内実が侵害されてはならない」という規定(第一九条第二項)を置いているのであるから、この命題それ自体は自明のことに属すると言ってよい。この「法律の留保」条項を持たないわが憲法にあっても、「公共の福祉」を

基本権間の内在的な調整原理と理解する限り、特にこれを否定する根拠はないであろう。問題が実存的な基本権にかかわる場合であれば、このことはなおさら妥当する。ドイツ連邦憲法裁判所はその第一次妊娠中絶判決でこのことを次のように根拠づけている。「社会生活の全領域に対する際限のない支配を自らに要求し、その国家目標を追求するに当たっては個人の生命は原則的に無を意味するにすぎない全体国家の全権に対して、基本法は各人とその尊厳をその法規定すべての中心点に置く価値秩序というものを確立した。それは、……人間は創造秩序において独立した固有の価値を有しており、それが、たとえそれが表面的には「無価値」なものであれ、すべての個人の生命への無条件的な尊重を絶対的に要求し、したがってそれが、かかる生命を正当化事由なしに毀滅することを禁じているという考え方に基づいている。憲法のこの根本決断が全法秩の形成と解釈を規定する。立法者もこれらに対して自由ではない。社会政策上の諸々の合目的性衡量、それどころか国家政策上の諸々の必要性がこの憲法上の制約を乗り越えることができない」と。⁽⁷⁴⁾

憲法自体が無条件の尊重義務を根拠づけ、国家権力に保護利益への何らかの侵害を禁じている限り、立法者もまたかかる侵害への許容を与えること、したがって例えば国家機関による人間の明白な侵害を「違法でない」（正当化される）⁽⁷⁵⁾と説明することは許されない。このことに限っていえば、今日では何人もこれを根本的に疑問視しないであろう。それはもはや「自明の理」として前提されてよい。しかし、国家のこの無条件的保護義務が国家以外の第三者にも無条件に及ぶのかは、今日でもさほど自明のことではない。それというのも基本権の私人間における効力は国家に對するほど厳格なものではない——したがってたとえば、相手が部落民出身であることを理由に婚約を破棄しても、

それは憲法上の平等原則に反するという理由で直ちに無効にはならない——という見解が今日でもなお有力である。

しかしそれには相応の根拠があるにしても、しかし各基本権の重さには質的な差異があることも無視されてはならない。とりわけ人の生命は憲法上の価値序列の中でも最高位のものとして「人間の尊厳の生命的基盤であり、他のすべての基本権の前提条件」⁽⁷⁶⁾であるとするれば、国家は生命保護義務を自らには厳しく課すが、しかし第三者にはその侵害

を一定の範囲で許容するのであれば、生命への権利は事実上広い範囲にわたって空虚なものになるであろう。⁽⁷⁷⁾ 国家は殺人禁止を確かに発令するが、しかし次いで任意な正当化事由の創設によって（例えば社会的窮迫時には老人、病者

その他「生存に価値なき生命」を殺害することが緊急避難として正当化されることによって）再びそれが広範囲にわたって空洞化され、その効果に消印が押されるとすれば、個人にとって生命権は無に帰する。⁽⁷⁸⁾ そもそも消極的な状態

(status negatives) においてのみ保障される自由権というものはアナーキーへの足場ではありえても、国家秩序の基盤でありえないことを論証するイーゼンゼーの次の論拠もこれと同じ方向にある。「公権の保護を拒否する基本的自由権というものは、私的な暴力の手に落ちてしまい、基本的諸権利はこうした条件の下で法違背者の特権に変質させられてしまうのである」⁽⁷⁹⁾」

以上のことから、立法者にはある法益の法的保護をどの程度まで撤回することが許されるかは、第一次的に当該利益の憲法上の序例によって決まってくるということが帰結する。そこでは、「問題となる法益の基本法の価値秩序の内部における地位が高ければ高いほど、それだけ一層国家の保護義務が真剣に受けとめられなければならない」という原則が妥当する。これに従えば、国家が人間の尊厳を単に（消極的に）尊重するだけでなく、そこから導き出され

る生命への基本権を（積極的に）保護してはじめて、ある私人（母、医師）の別の私人（未生児）に対する攻撃（墮胎）が最高価値を有する基本権の侵害であると評価することが可能になる。いわゆる「期限モデル」がドイツ連邦憲法裁判所によって違憲とされたのも、それが憲法上のこの基準価と調和しないからである。⁽⁸²⁾ いずれにせよ、すべての人間に、従って未生児にも人間の尊厳が帰属し、従ってそれに応じた生命への権利が保障されるとすれば、「具体的な人間が客体に、単なる手段にまで貶しめられる場合に」⁽⁸³⁾ 人間の尊厳が侵害される。ある人間を他人に、集団にそして国家に器物のごとくゆだねるこの侵害過程は、確かに例示的にのみ記述されうる。⁽⁸⁴⁾ とはいえ「拷問、奴隷扱い、大量拉致や大量殺戮、国家的、民族的、人種的もしくは宗教上の集団の殺害、子の連れ去り、出産阻止による根絶もしくは身体的な毀滅を目標とする生活条件の招来というような侵害過程が人間の尊厳を無視していることは全く明らかである」⁽⁸⁵⁾。ここに挙げられた諸事例が明示しているように、人間の尊厳の侵害はつねに人の重要な法益の重大な侵害を通じてその人の単なる客体への貶下をもたらず。考えうる最も重大な法益侵害は人の生命の毀滅である。ある人が厄介物のように除去され、その生命とともに「人間の尊厳の生命的基盤が破壊されるならば、それと同時に憲法の絶対的価値として人間の尊厳も無視される」⁽⁸⁶⁾。そして未生児はつねに無辜な生命体として、自ら人間の尊厳を失うことはない。

このことから妊娠中絶をめぐるわが現行法状態にとって何が帰結されるか。既述のように立法者も解釈者も実質的に、つまりは内容的に正当化する根拠もなく人の生命を、したがって未生児の生命をも、毀滅することを許容する命題を倫理原則および法秩序と合致するという意味において「正当化」する効果を付与して提立することは許されない。

それは「日本国民は個人として尊重される。生命への権利……は最大限に尊重される」(第一三条)の基準値に合致しないからである。そこで再びわが優生保護法に立ち帰れば、第一四条第一項の各号で規定されている、ある広範な妊娠中絶の適応事由諸規定は、少なくともその大部分において違法阻却事由と解せられる限りで、憲法のこの基準値には合致しないということになる。そもそもこの法律の目的規定からして、この法律は人間の尊厳の尊重への確保とは全く反対の方向に向けられていることは明らかである。第一条では「この法律は、優生上の見地から不良な子孫の出生を防止するとともに、母性の健康を保護することを目的とする」と謳われている。これに対する適切な評価としては、ホセ・ヨンパルト教授による以下の文章の引用だけで十分であろう。すなわち、「これによると、立法者は生まれてくる子供(人間)を、『不良な子孫』とそうでない子孫に健康な子孫に分け、後者には生きる権利を認めるが、前者には優生上の理由から(公害のように)望ましくないとして生きる権利を認めないわけである。従って、彼はこの法律の規定で、この目的達成のために、刑法では犯罪とされる『堕胎』に新しい名称(「人工妊娠中絶」)を付けて合法化するだけである。ドイツのナチス時代のいわゆる『優生保護法(遺伝健康法)』の場合とは違って、このような合法的手段をとるかとはならないかの選択は国民の自由ではあるが、しかし『優生保護法』が立脚する価値観は、ナチスの場合と同じである。もっとも分り易く言えば、もし優生上の見地から『不良な子孫の出生を防止すること』が望ましいと思うのなら、優生上恵まれない人間には『あなたは生まれてこなければよかった』と言うべきであろう(少なくともこう言えることになる)。これは明らかに『人間の尊厳』を否定することである⁽⁸⁷⁾と。

もっともこの「不良子孫出生防止」条項は現実にはほとんど適用されていない。しかしこのことをもって当該規定

を脱問題化することは許されないことについては、前述した。既述のように適用されない法律の存在ほど有害なものはないからである。この法律による「人工妊娠中絶」の九九%以上が第四号の「経済的理由」によるものであることも前述した。たとえこの理由が当該規定通りに「母体の健康を著しく害するおそれのあるもの」に厳格に結びつけられるにしても、一般にそう理解されているように、この規定に基づく妊娠中絶は「合法」である、つまりは法益論的に「正当化される」と解釈することは、等価性原理に従えば前述の憲法の基準値に合致しない。ついでに言えば、わが国では現在でも避妊薬の使用が健康上の理由から禁止されているが、優生保護法の立脚する未生児生命についての（低）価値観と対比すると、これは「子をつくらないことを禁止し、できた子を殺せ」というに等しい。ここでも人間の尊厳への侵害は明白である。そればかりではない。この法律によれば、医師が「優生手術を行うことが公益上必要であると認めるときは、」国家には強制的に「優生手術」を行うことが許される（第四条以下）。つまりは遺伝的に「欠陥のある」生命は「公益」の前ではそれに固有価値を主張することは許されないのである。国家はすべての人間の生命をその具体的な性状を問わず、したがって精神病者であるか、身体障害者であるか、瀕死者であるか、遺伝的疾患者であるかを問わず、すべて同質のものとして尊重し、かつ無条件的な保護義務を負うという意味においても理解される等価性原理は、かくしてその一角から崩壊し始める。

以上すべてから、わが国において未生児生命が事実上ほとんど全く保護されないという法状態をもたらし基盤となったわが優生保護法は憲法の基準値を満たしていないことが帰結する。優生保護法はその基本理念からして憲法違反であると言わなければならない。この法状態を是認する者は、それゆえ未生児はまだ人格でなく、したがって既

生の人と同質の生命権を有しないことを根拠を挙げて積極的に論証するか、それとも「正当化事由」というものを法益衡量論以外の視点から根拠づけけることを必要とする。それはしかし、果して可能であろうか。われわれは、主としてドイツと英米における諸論拠と対決しながら、この問題を次章以下で検討することにしよう。

(1) わが国の場合とは異なり、旧約聖書以来堕胎がほぼ途切れることなく、時には死刑をもってさえ厳しく処罰されてきた西欧の「堕胎の歴史」については、筆者がドイツ滞在中にドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決言渡し後、ほどなくして刊行された一冊の本、*Geschichte der Abtreibung: von der Antike bis zur Gegenwart*, hrsg. von Robert Jütte. Orgn. Ausgabe, München: Beck, 1993 が最も包括的で優れた研究書である。そこでは、「ギリシア・ローマ時代」、「中世」、「近代初期」、「一九世紀」および「二〇世紀」というように時代区別され、その圧倒的多数が非法律家によって除述されている。執筆担当者が法律家でないにもかかわらず、というよりまさに他分野の専門家——歴史家、医学者、薬学者、宗教学者……——であるからこそ、その叙述が実に多彩で、また大体において社会的弱者の立場から問題状況が描き出されている点でもきわめて啓発に富む。各章ごとに多方面にわたる文献が厳選されて一括掲載されているのも、大いに参考になる。これを読めば、相談後一二週間以内に医師により実施される妊娠中絶に関与した者はすべて完全に不処罰とされ、すでにそれだけで広範な非犯罪化をもたらした一九九三年五月二八日のドイツ連邦憲法裁判第二次妊娠中絶判決がいかに「画期的な」歴史的事件であったことが理解できよう。なお、わが国では、中義勝「堕胎罪の歴史と現実および比較法」(関法第二四卷第一・二合併号一八五頁以下)という優れた研究論文がある。

(2) その制定の経緯、とりわけドイツ法の強い影響については、上田健二「妊娠中絶問題と法秩序の補充性」同法二二三、二二四号一三頁以下を見よ。

(3) これについては、中谷瑾子「堕胎罪処罰の限界」犯罪と刑罰一九号(一九七四年)三九頁参照。

(4) 上田・前注(2)四頁。

(5) 木村亀二「胎児の生命権と優生保護法」法セ三一四〇号以下。

(6) 石井美智子「墮胎問題の家族法的分析」法社会学三六号一一九頁。

(7) 平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』犯罪論の諸問題下各論(一九八二年)二六四頁以下、町野朔「生命・身体に対する罪」小暮得雄ほか編・刑法講義各論(一九八八年)前田雅英・刑法演習講座(一九九一年)二二五頁。その根拠は、おおむね「母体外において生命を保続することができない時期」という優生保護法第二条第二項の定義規定に求められる。前田教授にとっては、その時期までに排出された「人」の生命を殺害しても、精々のところ器物損壊罪にしかなりえない。生存能力を欠く胎児は、犬や猫ほどの価値しかもたない!というわけである。これに対して虫明満「墮胎罪と殺人罪」香川法学一三号一四頁は、「生命保続可能性の有無によって生まれてきた生命体が人となったりそうでなかったりすると考えるのは、生まれた者の生命の質を問題とすることにつながるのではなからうか」と批判する。この批判は正鶴を射ている。総じてわが刑法学説は法実証主義的であるが、その特徴はここで最もはっきりと現われている。一定期間内の胎児を「人」として扱わないという法律が形式的に正しく制定されていることから、その無価値性を引き出すことは確かに形式論理としては正しいが、しかしその前提が内容的にも妥当であることは何ら論証されていないのである。これについては、本章(三)で改めて詳論する。

(8) 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一六頁以下。

(9) 中山・前注(8)一三頁。

(10) 中山・前注(8)一三頁。

(11) 中山・前注(8)一五頁注(22)。

(12) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch von 28. Mai 1993, in: BVerfGE 88, 203; JZ Sonderausg. 7. Juni 1993, S.1 ff.; NJW, Heft 28, 8, 1751 ff.; NJ, Sonderheft 1993 47. Jahrg., S. 1 ff.; KritV, Sonderheft 1/1993, S. 1 ff. その概要の邦訳、上田・浅田訳「ドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決の概要」同志社法二二三号一五八頁以下。

(13) これについては、特にアルビン・エーザー「新たな道へ向けての出發、道半ばでの停止——連邦憲法裁判所一九九三年五月二八日妊娠中絶判決への最初の評価——」(浅田・上田訳)同志社法学二三四号一五九頁以下、およびそれへの筆者のこ

メント同誌同号一七四頁以下を見よ。

(14) 数多くの例証については上田・前注(13)一九〇頁以下に列挙されているドイツの文献を見よ。

(14 a) 「ポップー基準」については、最近のものとして、Arthur Kaufmann, *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonus commune*, 1994, S. 14を見よ。

(15) 大判明四四・一二・八刑録一七―二八三、大判大一・一一・二八刑集一・七〇五等。

(16) これについては、ごく最近のものとして、虫明論文(前注(1))のみを挙げておく。そこではわが国における関連論文がほぼ網羅されている。

(17) 大判明三六・七・六刑六九輯二二一九頁。

(18) 例えば板倉宏「注釈刑法(5)」一九二頁以下。

(19) 例えば墮胎行為に通常伴う妊娠の障害を墮胎罪で評価するか、それともこれとは別に「同意傷害」の問題として処理するかは、これまでほとんど注目されなかった一個の解釈問題である。田中圭二「同意墮胎罪・業務上墮胎罪における母体への『同意傷害』」高岡法学第五巻第一・二号合併号四三頁以下は、この点を問題にした貴重な論文である。

(20) *Schönke/Schröder/Eser, StGB 24. Auf. § 218 Rn. 5. 参照。*

(21) 団藤・刑法綱要各論三二〇頁、板倉・前掲(18)書一九三頁。

(22) 平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』」(一)警察研究五一巻八号七頁。

(23) 虫明・前掲(7)論文一七四頁。

(24) *Claus Belling, Ist die Rechtsfertigungsthese zu § 218a StGB haltbar?* 1987, S. 2.

(25) *RGBl. I S. 140 f.*

(26) *RGBl. I S. 169 f.*

(27) 上田・前掲(2)論文四四頁注(75)参照。

(28) *Belling (前注(24)), S. 2.*

- (29) 丸にこころとて詳しとせば *Karl Hackner*, Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs - Das 15. Strafrechtsänderungsgesetz, in NJW 1975, 1235; *Tröndle*, in Dreher/Tröndle § 218 Rn. 2.
- (30) 前注(24)。
- (31) BVerfGE 39, 1 ff. (46).
- (32) 前掲(12)訳、一七二頁。
- (33) 丸にこころとて詳しとせば *Arthur Kaufmann*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, S. 165. を見よ。
- (34) *Günther Stratenwerth*, Sterbehilfe, in: SchwZStR 95 (1978), 7 ff.
- (35) *Arthur Kaufmann*, Prozedurale Theorie der Gerechtigkeit, 1989, S. 29 f. [上田健二訳「正義の手続理論」同志社法学二二二号一三九頁] *Ders.*, Grandprobleme (前注(33)), S. 65 f., を見よ。
- (36) 法発見の方法としての単なる演繹的推論(包括「三段論法」の不十分さについては「とりわけ *Kaufmann*, Grundprobleme (前注(33)), S. 65 ff., を見よ)。
- (37) *Kaufmann*, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahr - und was daraus geworden ist, in: *ders.*, Über Gerechtigkeit, Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, 1993, S. 221 ff., S. 239. [上田訳「戦後初期における自然法のルネサンス——およびそこから生まれてきたもの——」同志社法学二一九号一九六頁]
- (38) *Kaufmann*, Die Naturrechtsrenaissance (前注(37)), S. 18. [前注(37)訳一五七頁]
- (39) *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1946, s. 105 ff., auch in: *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*. Hrsg. von A. Kaufmann, 3. Bd. S. 82 ff. なお、邦訳に小林直樹「実定法の不法と実定法を超える法」『実定法と自然法』(ラートブルフ著作集4、東大出版会)所収二六〇／六一頁以下があるが、この訳語は少なくとも正確ではない。なぜなら、ラートブルフが問題にしているのは「法律を超える」法であって、「超実定的な法」では決まらないからである。これについては、最近の文献として、*Arthur Kaufmann*, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: NJW Heft

2. 1995, S. 81 ff. を見よ。

- (40) *Monika Voß*, Symbolische Gesetzgebung. Fragen von Strafgesetzgebungsakten, 1984, S. 1 ff. S. 122 ff.
- (41) *Günter Dürig*, in: *Mannz, Dürig, Herzog, Scholtz*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 2 II Rn. 21.
- (42) *Böckenförde*, Stimmen der Zeit 188 (1971) S. 149.
- (43) 前注(42)上田・浅田訳一七〇頁。
- (44) *H. Kirchhoff*, Den Beginn des Lebens aus biologischer Sicht, in Beiträge zur gerichtlichen Medizin, Bd. XXVII (1970) S. 10.
- (45) 「受精」についての以下のよきな定義は主として次の専門家による見解に従った。 *Dietrich Hoffmann*, Ärztliche Überlegungen zur Reform des § 218, in *Hoffmann* (Hrsg.), Schwangerschaftsunterbrechung, 1974, S. 89 ff.; *Kirchhoff*, Der Beginn des Lebens (前注(44)), S. 3 f., 9 f.; *Erich Bleischmidt*, Wie beginnt das menschliche Leben, 4. Aufl., 1976, S. 24; *Féroux Lejeune*, Wann beginnt das Leben des Menschen?, in: *Arzt und Christ* 1981, S. 108 ff.
- (46) *Hoffmann*, Ärztliche Überlegungen (前注(45)), S. 89 ff.
- (47) *Hoffmann*, a. a. O. S. 88 f.
- (48) *Bleischmidt*, Wie beginnt (前注(45)), S. 20.
- (49) *Arthur Kaufmann*, strafloser Schwangerschaftsabbruch.: rechtswidrig, rechtmäßig oder was? in: *JZ*, 1992, S. 981. [邦訳(上田・浅田訳)アルトゥール・カウフマン「不処罰の妊娠中絶——違法か、適法か、それとも何か——」同志社法学一〇九頁以下]
- (50) *Walter Gropp*, Der straflose Schwangerschaftsabbruch. Die rechtliche Einordnung der Straffreiheit zu § 218 StGB, 1981, S. 41 以下を主張する。
- (51) *Beling*, a. a. O. (前注(24)), S. 60.
- (52) *Gropp*, a. a. O. (前注(50)) S. 43 ff. 参照。
- (53) *Gropp*, a. a. O. (前注(50)) S. 49.

- (54) *Gropp*, a. a. O. (前注(50)) S. 51.
- (55) *Gropp*, a. a. O. (前注(50)) S. 45.
- (56) *Gropp*, a. a. O. (前注(50)) S. 45.
- (57) BVerfGE, Bd. 39, S. 37.
- (58) *Hoffmann*, a. a. O. (前注(45)) S. 90によれば、多生児形成の可能性とはかわりなく受精によって人の遺伝的個性が固定する。
- (59) *Belling*, a. a. O. (前注(24)) S. 66.
- (60) *Heinrich Schmidt-Mathiesen*, *Gnäkologie und Geburtshilfe*, 5. Aufl., 1982, S. 180, 182. *Hoffmann*, a. a. O. (前注(45)) S. 27によれば、その喪失率は五〇%である。
- (61) *Albin Eser*, *Die untaugliche "morning-after-pille"*, *Jus* 1970, S. 461; *Ders.*, *Reform der Schwangerschaftsunterbrechung*, *Med. Welt* 1971, S. 726 Sp. 2. 「刑事政策上の全体観」が処罰要求の後退を余儀なくさせる点については、*von Gropp*, a. a. O. (前注(50)), S. 50 ff. およびその下に挙げられている数多くの文献を参照。
- (62) *Klaus Hirnichen*, *Prot. VI/2144 Sp. 1*. 参照。
- (63) *Schönke/Schröder/Eser*, *StGB* 24. Aufl., § 219d Rn 5 以下のように指摘されている。
- (64) BVerfGE Bd. 39, S. 37.
- (65) BVerfGE Bd. 39, S. 41.
- (66) BVerfGE Bd. 39, S. 43.
- (67) BVerfGE Bd. 39, S. 43.
- (68) BVerfGE Bd. 39, S. 48.
- (69) BVerfGE Bd. 39, S. 48.
- (70) 前注(12)上田・浅田訳一七三頁。

- (71) 前注(12)上田・浅田訳一七三頁。なお、BVerfGE. Bd. 39, S50をも参照。
- (72) 前注(12)上田・浅田訳一八〇頁。
- (73) 『これらについて詳しくは』 *Wimlich Langer*, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993 Heft 1, S. 7を見よ。
- (74) BVerfGE Bd. 39, S. 67.
- (75) *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 1991, Art. 1 Rdn. 2.
- (76) BVerfGE 39, S. 42.
- (77) *Theodor Lewickner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 218.
- (78) *Belling*, Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a StGB halban? (前注(24)), S. 55.
- (79) *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 32. 彼によれば基本法上の保護義務の全体が「安全性へ基本権」を構成する (a. a. O. S. 33)。
- (80) *Langer*, Verfassungsvorgaben (前注(82)), S. 7.
- (81) *Belling*, a. a. O (前注(24)), S. 54.
- (82) 『これらについて詳しくは』 *Langer*, a. a. O. (前注(73)), S.8.
- (83) *Dürig*, a. a. O (前注(75)), Art. 1 Rdn. 28.
- (84) *Dürig*, a. a. O (前注(75)), Art. 1 Rdn. 29.
- (85) *Dürig*, a. a. O (前注(75)), Art. 1 Rdn. 30 mit Fn. 2.
- (86) *Langer*, a. a. O (前注(73)), S. 8.
- (87) ホセ・ヨシバルト『人間の尊厳と国家の権力』(一九九〇年、成文堂) 二五〇頁。