

人工妊娠中絶と胎児の生命

三 枝 有

1. はじめに

(1) 問題提起

近年、国民に開かれた司法を目指す裁判員裁判になってから所謂庶民感情、社会意識を反映した判決が相次いでいる。平成24年3月21日大阪地裁で、1歳8カ月の三女を虐待して死なせた父親（28歳）と母親（29歳）の事件につき判決があった。検察側は傷害致死罪として懲役10年を求刑したのに対して、大阪地裁の判決は、「明らかな幼児虐待で、殺人罪に近い事案だ」として求刑の1.5倍である懲役15年を両被告人に言い渡した。幼い生命に対する社会感情が裁判員を通して反映されたものといえよう。この判決の背景にあるものが、弱き者、幼き者への慈しみの社会意識が裁判員の心を動かし、社会的要保護性を強く意識させたものであったとすれば、それはひとり幼児のみならず、やがては幼児となり大人になっていく母体内の胎児、声なき弱者にも向けられてしかるべきであろう。胎児が、人としてのプロセス上の存在であるとするれば、胎児への保護は、「人」そのものの保護として、それがどのような形を取るかは別としても、社会意識が反映される裁判員裁判を導入した今こそ考えざるをえない、また考えるべき社会問題であるといえる。

人工妊娠中絶の実施件数は、平成22年度が212,694件（内20歳未満が20,357件）となっており、昭和30年の117万件より減少し続け、平成8年で338,867件となり、さらに年間1万件前後の減少を続けて、今日の数字となっている⁽¹⁾。しかし、他方で、このような著しい減少にもかかわらず⁽²⁾、少子化の状況には歯止めがかからず、人口は減少傾向のままである。そこでは、中絶の減少が社会意識の変化に繋がっているとはいえないように思われる。

そして、このような社会状況以上に、1 個の人となるはずの生命体が年間20 万も、その生命を、その未来を奪われていくこと自体問題があると言わざるを得ない。

(2) 前提としての視座

そもそも、人工妊娠中絶を検討していくに当たり、その大前提として大いなる疑問が存在する。すなわち、胎児は「人」ではないのか？という極めて単純な疑問である。

胎児はまさしく「人」ではないからこそ「胎児」なのだといえよう。それゆえに、胎児への殺害行為は、刑法上は母体への侵害行為として問題視されない場合には、独立した保護客体としての殺人罪（199条）の適用はなく、人としてではなく胎児としての墮胎罪（212条から216条）のみの成立問題となる。しかし、胎児が人でないことは、胎児が「物」であることを意味するわけではない。まさしく、胎児は、人でも物でもないからこそ「胎児」なのである。法の考え方、すなわち社会評価は、その科される刑罰程度から見る限り、物よりも胎児、胎児よりも人の順で法的価値が増すと考えているといえる。しかし、人と物とは決定的に異なるのに対して、胎児はまさしく「人」となるものであり、その本質的同一性は疑う余地のないものである。

かくして、胎児を「人」として、あるいはそれに近いものとして法的保護を与えていく場合、妊娠中絶行為を犯罪視することになり、中絶する女性の苦悩は計り知れないものとなるのみならず、犯罪視することの是非の前提には、宗教のみならず社会的風習や慣習さらには経済的、政治的要因などの様々な社会的要因が複雑に関係し困難な問題を生じさせている。

そして、このような諸要因を法政策的に反映した結果として、胎児の法的地位（それは社会的地位ともいえる）は、刑法上は墮胎罪として胎児を人に近いものとして処罰の対象とし、他方、母体保護法は、全く別の観点から、墮胎行為の処罰自体を遠ざけようとの観点から規定しているのである。

結果として、今日では、母体保護法が少なくとも墮胎罪については刑法の特別法的機能を果たし、その法規的曖昧性から、墮胎罪そのものの適用自体

までも差し控えられるという事態を生じさせている⁽³⁾。

このような法的な基本的視座の相違は、中絶という1つの行為への異なる評価と対応を生じさせることになる。ここでは法は、単に社会的価値観の混乱自体をそのまま反映した存在でしかなく、社会規範としての安定した価値観の保全による社会的安定性の保障機能について、全くの機能不全状況に陥っている。それゆえに、中絶行為への統一的な法的・社会的評価を模索し、刑法の持つ規範形成・保全の機能を十分に発揮させていく法政策を採用する必要性があるといえる。

以下では、このような前提のもとに、人工妊娠中絶の法的な取り扱いを検討するものである。

2. 人工妊娠中絶の背景

(1) 人工妊娠中絶への法的規制の歴史

明治13年に旧刑法典が成立するまで、特に江戸時代から人工妊娠中絶は水子供養などの宗教現象として社会的に認識されてきた⁽⁴⁾。ここでは、極めて漠然とした形ではあるが、仏教の殺生戒や儒教的発想としての生類への憐れみから墮胎や間引き行為が倫理的に非難され、さらには様々な災いをもたらす（胎児の祟り）という観念が生じて「水子供養」という形での宗教現象に至っていた。それゆえに、胎死の場合についても藩によっては埋葬令により胎児を埋葬対象としていた。しかし、賀川流などの産科学の発達はともかく、法的な規制と言えるものはこの時期存在していない⁽⁵⁾。

明治時代になり刑法上に墮胎罪が制定されたが、ここでも胎児を母体の一部と考えるか否かの法政策上の検討もなく、キリスト教的思想に基づくフランスの法制度を導入することで近代化を図ると同時に富国強兵政策の基礎を作るものとして墮胎禁止政策の上に展開した形だけの刑法規定であった⁽⁶⁾。そして、墮胎罪規定は、そのまま明治40年の現行刑法に引き継がれていった。しかし、このような規定により妊娠中絶が減少したというデータはなく、むしろ大正から昭和初期にかけての墮胎罪対象となった年平均228人女性の墮

胎原因の大半が私通か貧困が原因の墮胎であり、しかも墮胎施術者の大半が所謂取上婆によるものであったことからすれば、墮胎行為への社会的許容性はその後も強く存在し、暗数も含めての数字は相当な数値に上ったものと思われる⁽⁷⁾。

このような社会状況を反映した墮胎の実情を受けて、昭和初期には墮胎罪の改正または廃止の議論が起こってくる。しかし、やがて戦争に向けての政治体制作りの中で、民族主義的思想とも融合して妊娠中絶は国策に反するものとして国民優生法（昭和15年）により制限されていった。この後、敗戦の経済的、社会的要因により人口増加抑制の政策を反映して昭和23年に優生保護法が成立され、人工妊娠中絶が大幅に緩和された⁽⁸⁾。

このような昭和期の人工妊娠中絶に関する大きな法的変動は、一般市民の墮胎への意識変化に基づくものではなく、社会、特に政治的な変容に基づく社会政策であったことは明白である。そこでは、人権規定を柱とする日本国憲法が制定されたにもかかわらず、戦後の急激な人口増加への対応など経済政策的要素のみが優先し、女性の健康や自己決定権は、勿論、胎児の生命に対する配慮は微塵も存在しなかったのである。そして、人口抑制政策は、昭和24年の「経済的理由」による妊娠中絶の拡張化、さらに従前の地区優生保護審査会の審査決定に基づかない、医師1人の判断のみによる妊娠中絶の合法化が昭和27年の法改正で図られ、人工妊娠中絶の大幅拡張化へと向かった。この法改正により、最高50万件を切っていた人工妊娠中絶件数は、一気に100万件を超え、昭和30年の最高117万件（この年の出産数173万人、暗数を考えた場合、中絶件数の方が出産数を上回ることになる）まで至り、その後、昭和36年まで100万件を超え続けるのである。そして、人工妊娠中絶の理由の99%までもが優生保護法14条1項4号の「経済的理由」によるものであった。

かくして、刑法上の墮胎罪はまさしく空文化したのである。その後、人口の減少が社会問題視されるにつれ、昭和48年および昭和57年頃に経済的条項の削除など人工妊娠中絶への制限に向けた提言が行われているが、平成8年

の優生保護法から「母体保護法」への改正を経て平成17年の人口減少期への突入という事実と直面した後においても、今日まで、規定の在り方自体は変化していないのである。そこでは、従前の社会意識を無視した形での政治主導の人口問題対応が、社会一般人の人工妊娠中絶への関心を減減させたのみならず、人々の感性から人間の尊厳ささえも喪失させてきた結果であるといえよう。それゆえ、現時点での法改正への動きは全く見受けられない。

(2) 現代社会における人工妊娠中絶

中絶行為の是非については、キリスト教系社会である欧米社会においては、大統領選にも登場してくるくらいポピュラーな社会問題としての話題である⁽⁹⁾。しかし、日本においては、政治は勿論一般社会においても議論として登場してくることは皆無といっても過言ではない。今日、高齢化社会を迎えた日本において、その対極にある少子社会が与える社会的、経済的影響が大いに危惧されてきた。そこでは、出産は個人のレベルでの問題であるのみならず社会的意義をもつ出来事として認識されている。

そもそも、我が国の出生率低下は戦前から始まっていたが、終戦直後の1940年代後半にはベビーブームが起これ、出生数は年間約270万人に達している（合計特殊出生率は4.54）。

しかし、経済の急速な発展を背景とした社会意識変化の中で、1950年代には人工妊娠中絶（優生保護法1948年成立）の急速な普及により中絶件数は増加し、逆に出生数は減少して1961年には、出生数159万人（合計特殊出生率1.96）にまで減少している。その後、経済の発展と社会の安定化に応じて、出生数は若干回復傾向を示し、1960年代から1970年代前半にかけて高度経済成長を背景に出生率は2.13前後で安定し、出生数は増加し、200万人以上となった。しかしながら1973年をピーク（出生数約209万人、合計特殊出生率2.14）として、出生率は下がり、出生数は200万人を割り込み、これ以降、少子化状態となった。そして、今日では、出生数は1,071,304人（2010年）、合計特殊出生率は1.39にまで減少している⁽¹⁰⁾。

もっとも、少子化の直接的原因は、中絶でもなければ避妊でもないと言われ

ている。その直接的な原因は、晩産化、無産化による生涯出産数の減少であると考えられている。経済社会の発展に応じて、女性の就労機会上昇などライフスタイルの変化によって結婚・育児の人生における優先順位が低下する傾向が著しく、結婚や育児・教育環境に高い条件を求める傾向が強まっているとされている。また、日本全体の経済状況並びに雇用が派遣やパート労働など流動的なものになり、結婚した場合も経済的理由により子どもの十分な養育費が確保できる見通しがたたないと考え、出産を控える傾向があるとされている⁽¹¹⁾。もっともこれらのみが原因というわけではなく、治安状況の悪化や医療状況など様々な地域社会的要因なども指摘されている。

このように、少子社会における社会的理由は様々であるが、少子化を食い止めることが高齢化社会を支える日本社会の重要なテーマであることを意識すれば、子を産むという局面もさることながら、その対極にある子を産まないという問題は、日本社会においては、その善悪はさておいて社会的、経済的に大いに問題視されるべきである。それどころか、積極的に胎児の生命を断つ中絶行為については、避妊行為とは異なり、胎児の存在が人として社会を構成できる極めて高い可能性のある状況にある存在であることから、より一層の社会的議論を要する差し迫った問題であるといえよう。歴史上、我が国の人工妊娠中絶の法的規制の在り方が、単に国家政策的議論としてのみ取り扱われてきたことを考えると、今日の少子社会への対応策の1つとして考え国民の意識を喚起することも、議論の本質を、女性の自己決定権ならびに胎児の人間性の有無についての議論に置き換えることを前提に歓迎すべきことと思われる。

2. 人工妊娠中絶の法的取り扱い

(1) 刑法における胎児と人

人の生命は、受精卵の時より始まるといえる。しかるに、刑法上は人としての法的保護は、出生から死亡までの間が主であり、この間については殺人罪などの様々な犯罪類型で保護されている。しかも、出生の前の段階につい

ては、胎児には「人」としての地位を与えておらず、「胎児」という特別の地位に基づく墮胎罪という限定された犯罪類型でのみ保護されるだけである。

胎児はいわば生成中の生命体であり、「人」というまでの領域に至っていないというのであれば、ヒト科の生物としての人間も、幼年期、青年期、壮年期さらには老年期と変化するプロセスを持っており、そのある段階をもって民法では「成人」として法的保護をするにすぎず、単に社会的、法的観点から成長段階の1過程に社会的意味を持たせているにすぎないのである。とすれば、「出生」というヒトの1段階に法的保護が著しく異なる「胎児」と「人」を存在させ意味を持たせることの合理性も社会的価値観が変化すれば変更され、段階付けの基準自体が変動する余地は十分にあるといえよう。

そのような意味において、胎児の取り扱い、ひいては人の始期についてどのように法的に把握していくべきかを以下では検討するものである。

(2) 墮胎罪と保護法益

我が国の旧刑法においては、墮胎罪を軽罪とし「母胎内の子はすでに母胎から区別される人である」としながらも、墮胎行為は将来的生存可能性が不確実な胎児の生存の機会を奪う行為として反倫理性は小さいものと考えていた⁽¹²⁾。ここでは、法益の存在と法的保護の必要性を分離視しようとする立場が垣間見られる。すなわち、胎児は人としての法益性を認めるが、その生存可能性の不確実さがゆえに、法益としての要保護性が殺人罪としての保護には当たらず、軽罪としての墮胎罪のレベルに留まると法政策上理解したのである⁽¹³⁾。それゆえに、以下では、まず墮胎罪の保護法益を中心にその本質を検討していくものである。

すでに人工妊娠中絶の背景において見てきたように、胎児を墮胎する行為を規制することで保護される利益は、極めて多様である。そこには、時代や社会における価値観が強く反映されている。古代ローマのように、子供自体を親の財産として意識した時代もあったが、今日、刑法規定上、墮胎罪における保護法益として考えられるものには、胎児の生命・身体、母体の生命・身体のほかに、人口維持に対する国家の利益、生まれる子に対する父母の利

益さらには善良な性風俗の維持が挙げられる⁽¹⁴⁾。このように中絶行為が持つ多様な社会的な意味を考慮する場合、その保護法益は複雑性を帯びるといえよう⁽¹⁵⁾。

しかし、謙抑主義を前提とする刑法において、自然の分娩期に先立って人為的に胎児を母体から分離ないし排出する墮胎行為を刑罰の対象とする墮胎罪の保護法益は、墮胎罪規定から解釈できる限度に限定すべきである。すなわち、刑法は、第1に、妊婦自身による自己墮胎(212条)や同意墮胎(213条前段)を処罰の対象としていることから、胎児の生命・身体を母体ないしは妊婦の自己決定権よりも優越させている。第2に、不同意墮胎(215条)を自己墮胎より重く処罰していることから母親の生命・身体を保護している⁽¹⁶⁾。少なくとも、この2つの利益については、刑法が保護する法益であることは明白である。また、母体保護法上ではあるが、父親の利益も、中絶行為への同意という形で保護しているといえよう⁽¹⁷⁾。

このように刑法は、墮胎罪規定を通して胎児の保護を一定レベルにまで認めているが、他方、人と同じレベルのものとしては認めなかったことは、胎児殺は殺人罪とならないことから明白である。すなわち、少なくとも刑法においては、胎児は「人」としてではなくまさしく「胎児」という特別な概念に該当する存在なのである。そして、この人でも物でもない存在、いわば人に似せたヴァンパイアのごときものとして法が創造した概念としての存在である。そして社会の進展に応じて、このような法的概念は、その不明確性から限界を露呈し変化を余儀なくされるのである。ところで、死体損壊罪(190条)は、生体である人から物である死体へと変化した点を捉えて犯罪を軽減化するものである。死体を物と把握したうえで、人であったことから生じる社会感情を反映して器物損壊罪よりも幾分重くしている。それゆえに、その画期的変化である生から死に至る一定期間について死の認定の幅の問題が生じることになる。しかし、これは純然たる死の時期の問題として処理が可能である。しかるに、胎児から人への変化については、それが単に成長過程上の変化に過ぎないことから、その区別について画期的な変化を認めら

れず、墮胎罪と殺人罪ほどの刑罰格差を設けること自体が困難であるが故に、「胎児」という概念をあえて認めざるを得ない。

人が家畜という生物を殺すとき、殺人といわないように胎児という生物を殺すときは殺人といわないとすれば疑問である。なぜなら胎児は物（動物）ではないのだから。最高裁判所も胎児性水俣病の判決⁽¹⁸⁾で「胎児は、墮胎の罪において独立の行為客体とした特別に規定されている場合を除き、母体の一部を構成する」としており、少なくとも胎児は物ではなく人の一部としている。母体の一部であるということは、何を意味するのであろうか？これは、胎児を独立した「人」と見ることはできないが、「人」である母体と同一化させることで、「人」としての保護を間接的に与えていこうとする考え方である。

しかし、人としての法益性を認めながら、最高裁は、その要保護性につき母体の一部とすることで保護価値の低減化を図っている。しかしながら、「母体の一部」という基準は、あまりにも曖昧で、それが母体のどの分と同等か？という質問には答えていない。もし抽象的な価値的判断でなく物理的、肉体的に胎児のその位置で母体の一部とするのなら、そもそも遺伝子的にも母体と異質のものを母体の一部とすることになり奇妙であり、価値的に同一であるとすれば、それが毛髪や爪程度なのか、腕さらには頭あるいは心臓と同一のものなのかで大いに価値判断がずれることになる。客体に対する攻撃行為の評価は、まさしく客体の価値（位置）にかかっており、人的一部分であるとの抽象的位置付けでは済まない。刑法が、当初より胎児を母体の一部、すなわち臓器と同様な物と見ていれば、自己の臓器への自傷行為として傷害罪の成否が問題になるに過ぎなかったはずであり自己墮胎罪の規定は存在意義を持たないはずである。まさしく従前のボアソナードの旧刑法の説明の如く、それは母体から区別される人として認識されてきたのである。

そもそも、身体の一部が人から分離された場合、それは財物（身体から抜きとられた血液や歯など）として存在し、しかもその財物の所有権は、本人の意思表示を待たずに本人に帰属する⁽¹⁹⁾。とすれば、母体から排出された

母体の一部である胎児は母親の所有権の対象となるのが原則で、「人」としての保護を与えるべき法的要保護性をどこに見出すべきであろうか？

この点で注目すべきなのは、前記水俣病事件の第1審の熊本地裁は「胎児には、『人』の機能の萌芽があって、それが出生の際、『人』の完全な機能となるよう順調に発育する能力があり、通常の妊娠期間経過後、『人』としての機能を完全に備え、分娩により母体外に出るものである」としている⁽²⁰⁾。そこでは、胎児には人としての機能の萌芽があることから、蛙の子でも猿の子でもない、まさしく成長というプロセスを経れば、蛙にも猿にもならず「人」になるもの、すなわち胎児は「人」そのものであることを認めているといえる。問題は、完全でないことをもって「人」並の法的保護を与えるべきかである。不完全さ、ひ弱さにより人としての要保護性を欠き、人としての法的保護を与えられないのであれば、障害のある人や育児放棄により死に追いやられた幼児について、放置されれば死ぬというひ弱さのゆえに親等に保護義務が生じるというのは奇妙な結論である。そして、不完全さ、ひ弱さが保護に値しないものであれば保護責任者遺棄致死罪は成立しえない。しかし、弱き者、幼き者を擁護するのが福祉国家の在り方であり、憲法の考え方であるとすれば、弱き者を守るべく刑法が機能するのは自明の理である。そして、弱き者が人の萌芽であるとすればむしろ一層保護すべきであろう。とすれば、まさしく人であるがゆえに等しく保護されるべきであり、むしろ弱き者への慈しみこそが倫理的にも刑法的にも求められるべきものであろう。そこでは、萌芽的存在である胎児の「声なき者の声」を法が受け止め保護を図るべきである。その上でこそ、女性の自己決定権の問題と対峙すべきものとなろう。すなわち、法益の客観的存在と法による要保護性の問題とは分離して考えるべきである。その際、胎児について問題となるのは、法益概念そのものではなく、まさしく要保護性の有無の問題である。

(3) 人の始期について

胎児と人とは異なるものとの認識に立つ場合、胎児から人への法的価値変化は画期的なものと考えざるを得ない。それゆえに、人の始期は問題となる。

しかし、既に述べたように胎児は「人」の延長上の1時点としての時間的存在にすぎない。それだけに、本来、「人」としての要保護性は「出生」とは無関係に認められるべきである⁽²¹⁾。そして、ヒトの形成過程に於いて、人の始期として明確に確定できるだけの事実上の画期的変化と言えるものではなく、その確定は困難を極める。人の始期の問題は、人としての保護開始時期の問題である。すなわち、どこから人として法的に保護すべきかの問題である。

従前より、刑法の「人」の始期については、独立生存可能性説⁽²²⁾、陣痛開始説、通説・判例の採用する一部露出説⁽²³⁾、全部露出説⁽²⁴⁾、独立呼吸説⁽²⁵⁾の諸説がある。そして、独立生存可能性説と独立呼吸説の2説については、支持者は皆無に近い状況である。

これらの諸説については、自然科学的には遺伝子学的に母体と異なる胎児の扱いについて、どのタイミングで母体から独立した機能的、生物学的独立性（人間性）を認めうるかという社会科学的観点からの判断に付いての立場の相違により対立してきた。そこでの問題点は、胎児はどの時点で「人」になるかではなく、まさしくどの時点から胎児を「人」として保護すべきかについての客観的判断基準に関する社会的妥当性の問題であった。

この問題に答えを与える際に注意を要するのは、人の始期の問題は、あくまで胎児への人としての法的保護開始時期の問題であり、母体の自己決定権などについての利益衡量についてはこの段階では取り込むべきものではなく、また取り込むこと自体、混乱を生じさせるものなることから排除すべきである。なぜなら、法益の存在そのものが問題であり、対立する法益の存在を前提として法益の存在を左右すべきではなく、一旦法益を認めた以上、その保護の開始は必然的なものであるから。

この観点で、通説的見解である一部露出説を検討した場合、一部露出説の基準が、直接に攻撃できるか、すなわち客体への攻撃可能性であることから、行為の態様により客体の性質を区別しているものである点で、刑法上の基準として妥当ではないのである⁽²⁶⁾。これに対して、胎児への法的保護の必要

性が、胎児の生命へ危険性を前提とするものであれば、そもそも胎児が生命保続可能性を有していないような場合（死胎同然の場合）を除き、胎児が人として生育できる可能性がある場合については、人としての要保護性があるとする独立生存可能性説が妥当となろう。この考え方は、母体保護法が、「人工妊娠中絶とは、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」（第2条2項）行うとしていることと符合するものである。そして、要保護性の問題が時代や社会を反映する社会意識に裏付けられるものだとすれば、胎児の生命の取り扱いについては、このような一貫した一元的解釈が望ましいといえよう。しかし、このような解釈を行うことは、そもそも胎児の独立生存可能性（viability）自体がその可変性から科学的根拠としての妥当性を欠くものといえることから合理的なものとはいえないのである⁽²⁷⁾。また、母体保護法の対象外となる胎児については、母体外に出る以前に「人」としての保護が必要となり、墮胎罪そのものの法的存在意義が大きく失われることになる。もっとも、胎児の場合、成長プロセスに視点が置かれることから、合法的な中絶から一気に殺人罪の対象となることは、成育過程を重視した生命保続可能性判断からすれば妥当でなく、中間的存在としての墮胎罪規定は一応意味あるものと言えよう。

3. 中絶行為への法的検討

(1) 中絶行為の正当化について

生命保続可能性の考え方は、「人」とは別の生命体としての「胎児」の存在を前提としている。その際、実質的に「人」としての要保護性を認める場合、胎児の母体外での生命保続可能性を条件として「人」としての要保護性を認める考え方がある⁽²⁸⁾。この考え方では、殺人罪と墮胎罪の区別を、一部露出か全部露出かという侵害可能性で判断することは意味をもたない。特に、現代のように母体内であっても様々な薬剤や光学機器などにより胎児を加害することが十分可能であることを考えても、侵害可能性は要保護性の観点からも意味をなさないのである。それゆえに、胎児の法益概念とは切り離

した形で胎児の要保護性を母体の自己決定権等の対立的利益との関係で相対的に考えて保護の強弱付けを行うべきであろう。このように胎児の要保護性に「人」との差異を認めるのは、胎児が出産という「危険な過程」を乗り越えていないから⁽²⁹⁾ではなく、むしろ胎児の人としての存在と対立しうる母体の利益を中心に考えるべきである。その前提には、危うい存在とはいえ胎児を一応「人」として認めることが必要である。もっとも、「人」というとき、M.A.ウォレンというような道徳的共同体の構成員たりうる「人格」を保持する段階まで「人」とはいえない⁽³⁰⁾という形で概念操作をおこなうのならば、単純に人の開始を問題視する従前の考え方の方がまだましであるといえよう。

胎児を「人」とであると認めたとして、母体と胎児とは異なった別個の存在でありながら、その存在が母体に支えられているという特別な関係にある⁽³¹⁾。それゆえに、胎児の存在が母体に重大な影響を与える場合には、母体の生命保持を図るために、いわば緊急避難的行為として中絶行為を認めうる。しかし、母体になんらの危険がない場合に、トムソンのいう「間借り人」である胎児の生命を母親の身体的、精神的健康を脅かす存在であるとしていわば正当防衛的に中絶を許容することは、胎児の存在そのものを社会的に「悪」として見るもので、人としての胎児の生存権を脅かす合理的理由とはいえず許されない。

母体に危険性がない場合、胎児の生存自体が母体に依存している期間は、弱き立場にある「人」としてむしろ厚く保護すべきであり、か弱き存在であるが故に中絶できるというのは本末転倒であり許容し難い考え方といえよう。こうした弱者保護の考え方は、決して奇妙なものではなく刑法が保護責任者遺棄罪を定めている趣旨とも合致するものである。

(2) 母体保護法に於ける生存可能性

母体保護法では、既に述べたように、胎児が母体外で生命を保続できない時期にのみ人工妊娠中絶を認めている。そこでは、生命保続可能性を基準として、その可能性の有無により胎児に法的価値付けをおこない胎児への生命

侵害を認めていることになる。すなわち、胎児がその生存自体を母体に依存している期間について母体保護法は中絶を認めているのである。それは、母体保護法1条が「母性の生命健康を保護することを目的とする」と規定していることと一応は合致する。しかし、本来刑法は、保護責任者遺棄罪のように弱者を保護する義務を保護責任者に課す考え方を採用している。それゆえに、弱者である胎児が、まさしく母体外で生存できないときに墮胎行為を許すのは、中絶を求める社会的感情に対応した母体保護法と客観的に存在する法益を保護する刑法との考え方の相違ともいえよう。胎児が人ではなく、人並みの保護を必要としないという立場で考えても、胎児に対して刑法は一定の保護を付与していると言わざるを得ない。にもかかわらず、これを否定して中絶という胎児への法益侵害を行える合理的理由は、社会感情以外に存在しえない⁽³²⁾。

母体保護法が基準とする生存可能性を問題とする場合、それは胎児と母体等の他の法益とが衝突する場面について問題となるといえよう。胎児そのものが人としての生命であることを否定できない場合、生存可能性に左右されることは、胎児の保護価値が低減した法益となっていると考えることであり、それ自体技巧的にすぎるといえる。それゆえに、胎児の存在が母体等への従属性に支えられていることからすると、むしろ端的に母体等の利益が胎児と対立する利益として把握し、胎児の生命と比較衡量をおこなうべきである。その際、母体に危険性が存在しない場合には、女性が主張する利益は、自己決定権ということになろう。

自己決定としての中絶行為に重きを置く場合、刑法が墮胎罪を傷害罪の後に規定していることが注目される⁽³³⁾。それには、墮胎罪を母体への傷害行為として把握することを容易にする。すなわち、胎児は母体から分離するまでは母体の一部であって、独立の存在ではなく、墮胎は、畢竟、母体に対する傷害罪に外ならないという主張⁽³⁴⁾となろう。

そもそも自己決定権とは、まさしくその人自身に係る問題についての自身による決定そのものの重視であり、遺伝子的にも異なり自己の一部といえな

い胎児の生命への干渉を根拠付けるものとして自己決定権は認め難い。しかし、女性がその自らの身体を所有し処分しうる以上、その身体に依存する存在である胎児は、身体の所有者である女性の自己決定（この考え方はトムソンの考え方でもある）と対立する関係に立ち、母体外での生存を余儀なくされる場合が有りうるといえる⁽³⁵⁾。とはいえ、自己決定の結果としての自殺行為（自殺行為自体が完全に任意なものといえないのは事実であるが、中絶行為そのものも完全に任意であるとはえまい）そのものについても社会が干渉すべき場面があるように、中絶行為についても社会が干渉する場面は十分にありうる。自殺に限らず、自己の身体への刺青行為でも、少なくとも我が国では単に倫理的のみならず社会的かつ法的にも干渉する。そこでは、女性の自己決定権と対立する胎児の生命との利益調整を社会的観点からおこなうことも十分にありうるのである。そして、この観点に立てば、「生存可能性」という概念による利益調整も可能であろう。

3. おわりに

我が国におけるような中絶が秘め事のように社会的討議の対象にならない国では、「声なき者」としての存在である胎児の利益を主張する者も場も僅少といえよう。アメリカにおける中絶に関する Pro-Life（胎児の生命尊重派）対 Pro-Choice（女性の選択権尊重派）の論争に於けるように⁽³⁶⁾、感情的ではあるが、広く社会が受け入れうる社会感情にまで発展している場合、それが政治のみならず法へと反映されることは、むしろ自然であり又反映すべきものであるといえよう。そこでは、個人の感情が社会的に許容できるものとなった時に、はじめて社会感情として法を形成できる地位が与えられるのである。極めて個人的で偏見に満ちた嫉妬心や嫌悪感に基づく感情ではなく、まさしく多くの人たちが共有できる心の痛み、それを反映した「怒り（anger）」を社会が受け止めうる限度で法としての正当性が生じうるのである⁽³⁷⁾。

しかし、我が国においては、確かに近年、胎児の生命と女性の自己決定権

とは対立するものとして把握され、特にジェンダー論で議論されているが、本来母子の関係は愛情に育まれた慈しむべき関係であり、対立構造としては把握されてこなかった。女性が自らの決断に於いて妊娠中絶をおこなうとき、多くの場合、彼女の行為に対して社会は悲しみや嫌悪感を抱くことはあっても「怒り」を感じることは例外的であつたといえよう。中絶行為が「間引」といわれ必要視された時代に於いては勿論、今日の社会においても、水子地藏信仰に見られるように、それは女性のみならず国民一般が感じうる憐れみ、悲しみである⁽³⁸⁾。か弱きもの、慈しむべきものの生命を絶つことの無情さが社会感情として形成されるとしても、それを法に反映すること自体、無理であり無謀でもあろう。それゆえに、法政策的には、機能不全となった墮胎罪を廃棄し、刑法上の胎児の概念を消滅させ、胎児に「人」としての法益性を認めるべきであろう。しかし、胎児に「人」という法益としての客観的存在を認めるとしても、それは単に法益としての抽象的存在であり、その法益を侵害する行為をそのまま犯罪視するわけではない。法益としての抽象的存在を認めることは、当然保護の方向へ向かう傾向を帯びることにはなるが、そのことと処罰規定を置き刑罰をもって保護するかは別次元の問題である。そのことは、現に児童虐待を人権侵害と決めつけながら、福祉的観点から虐待行為に対してなら処罰規定を持たない児童虐待防止法を見ても明らかである。時代を反映した社会状況の中で変化する価値観に影響を受ける要保護性と客観的存在である法益とは区別できる。時代を経ても本来的に変化しない法益の存在をどこまで保護すべきか、その社会的価値付けの問題を法による要保護性の問題として規定に反映するのが特別法であり、現時点では母体保護法であるといえよう。しかし、現在の母体保護法はこのような観点から規定された内容とはとてもいえないものである。刻一刻と変化する現代社会において、その多様な価値観を適宜取り込み社会に対応していくのは、まさしく刑典ではなくそれを受けて機能する特別法であることを考え、今後は、胎児の観点に立った福祉法的な法制度を整える法政策を行うべきであろう。胎児が人としての存在であることは否めず、また女性の自己決定権も

尊重すべきだとすれば、このような法政策論も一考に値するものではないだろうか。

-
- (1) 厚生労働省「衛生行政報告例」(平成22年度)に基づく。
 - (2) 平成8年の優生保護法から母体保護法への改正前後から、各地域の産婦人科医会により人工妊娠中絶に関する手術依頼ならびに同意書の様式が医療トラブルを防ぐことを強く意識した様式になり、同意書の提出がしづらいものとなり従前以上に暗数が増加しているように思われる。それゆえに、現象傾向そのもの単純には歓迎できない。
 - (3) 墮胎罪については、多様な構成要件が存在するにもかかわらず、従前よりその適用件数の少なさから死文化したもものとして非犯罪化の議論対象となっている。平成22年に不同意墮胎罪の適用事件という稀なケースがあったが、昭和27年以降墮胎罪による起訴人員は10人以下であり、有罪件数は極めて少ない状況である。
 - (4) 水子供養については、森栗茂一『不思議谷の子供たち』新人物往来社(平成7年)参照。なお、昭和45年以降の「水子ブーム」とは異なるものとして把握すべきである。
 - (5) 江戸時代の後半になると江戸を中心に墮胎業者への禁令が発せられているが、墮胎そのものを取り締まる法規ではない。
 - (6) 参照、藤目ゆき『性の歴史学』不二出版(平成9年)。もっともこの時期には、女性による墮胎論争(胎児の地位)が盛んであり、そこでは胎児を母体の一部と解する立場(原田皐月)と胎児は胎内にいる時点でも母体とは独立の生命であるとする立場(伊藤野枝)が並存していた(関根清三『死生観と生命倫理』東京大学出版会(平成11年)184~186頁)。
 - (7) 参照、高橋梵仙『墮胎問引きの研究』社会事業研究(昭和11年)。
 - (8) 昭和期の人工妊娠中絶に関する詳細な文献として石井美智子「優生保護法による墮胎合法化の問題点」社会科学研究34巻4号、同著『人工生殖の法律学』有斐閣(平成6年)170~182頁がある。
 - (9) 近年のアメリカにおける社会問題として「3つのG」が挙げられる。具体的にはGod, Gun, Gayであり、Godはキリスト教国であるアメリカでは、まさしく人工妊娠中絶の問題である。
 - (10) 平成22年人口動態統計月報年計(厚生労働省)参照。
 - (11) 参照、白波瀬佐和子著『少子高齢社会のみえない格差 ジェンダー・世代・階層のゆくえ』東京大学出版会(平成17年)、鈴木りえこ著『超少子化 危機に立つ日本社会』集英社(平成12年)。ユンゲル・パウマン編著『墮胎はか非か』風社(昭和52年)319頁。
 - (12) ボワソナードによれば、キリスト教的発想から、胎児は人であり墮胎は生命侵害である。ただし、胎児の将来的生存可能性は常に不確実であることから、墮胎は胎児の生命ではなく、その生存の機会を奪う行為であるとしており、生命そのものを絶つ行為と異なり反倫理性は低いとしている(G.Boissonade: Projet révisé de Code pénal

- pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, 1886, p.982)。
- (13) このような考え方を宗教倫理的に把握した考え方として Moraczewski, A.S.: Human Personhood: A Study in Personalized Biology in W.B. Bondeson et al., eds., *Abortion and the Status of the Fetus* 1983, pp. 301-12がある。ここでは、母体内に宿った時から胎児には人としての人格の生存権があるとしている。
- (14) 大塚仁『刑法概説各論 3版増補』有斐閣(平成19年) 50頁。
- (15) 滝川幸辰『増補刑法各論』世界思想社(昭和43年) 56頁。
- (16) 前田雅英『刑法各論講義第5版』東京大学出版会(平成23年) 92頁。
- (17) しかし、この父親の利益は、刑法上認められた利益でないこと、墮胎行為から見れば、胎児と対立的関係にあるのは母親の利益であり、父親の親としての利益というものをも母親と対立的に考える場合、父親が母体自体への干渉を許すことになり刑法上の利益と見ることは妥当ではないといえよう。
- (18) 最高裁決定昭和63年2月29日三小刑集42巻2号314頁。
- (19) 町野朔『犯罪各論の現在』有斐閣(平成8年) 112頁。そして町野教授は、「もし受精卵が『物』なら、胎児も、そして人もそうだということにならざるをえない」と解されている(同著110頁)。
- (20) 熊本地裁判決昭和54年3月22日刑月11巻3号168頁。
- (21) 伊東研祐『刑法講義各論』日本評論社(平成23年) 16頁。
- (22) 従前、伊東研祐『現代社会と刑法各論(第2版)』成文堂(平成14年) 18頁は、この立場を採用していたが、伊東・前掲(21)書15～17頁では、この点を強く主張するものではなくなっている。
- (23) 団藤重光『刑法綱要各論第3版』創元社(平成2年) 372頁、大谷實『刑法講義各論新版3版』成文堂(平成21年) 10頁、前田前掲(16)書10頁。大判大正8年12月13日刑録25輯1367頁参照。もっとも、この事件をもって判例が一部露出説であるとするのは事実概要からすると早計であると思われる(同旨、平野龍一『犯罪論の諸問題(下)』有斐閣(昭和57年) 262頁)。
- (24) 平野・前掲(23)書262頁、中森喜彦『刑法各論第2版』有斐閣(平成8年) 5頁。
- (25) 大場茂馬『刑法各論上巻第11版』信山社(大正11年復刻版) 45頁。
- (26) 平野龍一・前掲(23)書260頁。山口厚「生命に対する罪」芝原他著『刑法理論の現代的展開各論』日本評論社(平成20年) 3頁。
- (27) このような主張は、ヌーナンが批判するところの人の始期に関する線引き論であり(J.T. Noonan, Jr.: "An. Almost Absolute Value in History," *The Morality of Abortion*, ed. (Cambridge: Harvard University Press, 1970), p57.), わが国でも母体保護法上の中絶行為を認めうる生命保続可能性がない時期が事務次官通知により妊娠32週、24週そして22週(平成3年1月より)へと変遷してきたことを見ても明白である。
- (28) 参照: 山口・前掲(26)書4～5頁。大谷・前掲(23)書7～8頁。
- (29) 町野朔、小暮他『刑法講義各論』有斐閣(昭和63年) 15頁。この基準がいかなる理由にもとづくものか極めて曖昧であり、このような基準により胎児と人との実質的差

異を肯定化できるか疑問である。

- (30) Warren, M.A. : On the Moral and Legal Status of Abortion, *Biomedical Ethics*. 4th ed. T.A. Mappes and D. DeGrazia, eds. New York : McGraw-Hill, Inc. 1996, pp. 434-440.
- (31) このような母体と胎児との関係を、胎児に母体の使用権を認めているという形で肯定し、母体の所有権者である母親が中絶の自己決定権をもつと考える J.J. トムソンの考え方がある (Thomson, J.J: A Defense of Abortion, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 (Fall 1971) pp.191-192. (Reprinted in “Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics,” 5th ed., Ronald Munson (Belmont ; Wadsworth 1996))。)
- (32) 参照, Martha C. Nussbaum : *Hiding from Humanity : Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, 2004. ここでは、マーサは「怒り」こそが法の根源となりうる感情であるとしている。
- (33) このような規定の仕方には、母体を胎児の生命以上に重視する傾向が存在したと思われる (参照, 改正刑法準備草案理由書 (昭和36年) 268頁)。
- (34) 瀧川幸辰「墮胎と露西亜刑法」法学論叢12巻4号99頁以下。
- (35) この点、母体保護法は胎児の父親にも中絶行為への同意権を認めていることから自己決定の考え方を徹底させておらず、不合理さが残るものとなっている。母体保護法の規定の仕方を支持する考え方として瀧川幸辰 (『増補刑法各論』世界思想社 (昭和43年) 57頁) がある。トムソンの主張については前掲 (31) 書191頁以下を参照。
- (36) 参照, Roger Rosenblatt : *Life Itself*, Random House, 1998.
- (37) Martha C. Nussbaum, *op. cit.*, s.1.
- (38) 参照, 長塚節『土』新潮社 (昭和25年) では、農民たちの生活の中で「間引」行為がいかなるものとして認識され感じ取られていたかを明確に示している。そして、その社会的背景から墮胎する女性を責めることはできなかったといえよう。