

# 墮胎の規制をめぐる二つの構想

中 義 勝

- 一 はしがき
- 二 墮胎罪と西ドイツの代案
- 三 両提案の分析と問題点
- 四 あとがき

## 一

アルツール・カウフマン<sup>(1)</sup>によれば、数年前の西ドイツにおいては、中絶問題を除外しては一枚の新聞も、一冊の雑誌も読めないし、その他のマスメディア、ラジオやテレビも聞けないといった盛況を呈していた模様である。その理由は、この問題が単に専門法律家や社会学者、政治家たちにとっての関心事であるばかりでなく、すぐれて個々の市民にとっての切実な生活問題でもあるからだという。そこで、彼は、大いに百家争鳴することは結構だが、ただ、標語的な論難を加えたり個人的な誹謗をもって応酬するだけではいささかも生産的なことではないとし、そのような若干の例をあげてこれを戒めている。たとえば、「私の腹は私のものです」(バード・ボルでのデモで婦人たちのかか

墮胎の規制をめぐる二つの構想

げた標語)、「二一八条は婦人を出産器へと反道義的に値下げすることを意味する」(シュテルン誌のコラム執筆者ゼバステイアン・ハフナー)、「二一八条の削除は婦人解放にとっての前提である」(西ベルリン社会主義婦人同盟の會員)、「数百万にのぼる罪咎なき人命を計画的かつ合法的に破滅させることは、広島原子爆弾と同じことである」(イエーズス会管長ペドロ・アルルーペ)、「連邦司法省は、もし受胎後三カ月まではいまだ生れいでざる人命の中絶を許すときは、公然たる謀殺を計画するものである」(パッサウのビストム紙)、「中絶する者はオイタナジーをも欲し、ガス室の扉を開くものだ」(イエーズス会神父ゲオルゲス・ドゥネ)といったものがある。

この両極端にわたる標語的言辞に幻惑させられることは——カウフマンの戒しめるように——もとより生産的なことでもないし、またこのように人の感情に訴えて他を排するやり方は公正であるともいえない<sup>(2)</sup>。しかし、これが、これほどまでにとり沙汰され、激しい口調で論じられる根底には、中絶問題が道徳神学をはじめとして法律的・社会的・医学的・心理学的関心にとってだけでなく、人口政策や女権問題にもおよぶ広がりをもつものであり、かつきわめて深刻に人の生死という問題をわれわれにつきつけるものであるからにはかならない。しかし、そうであればあるほど、われわれは醒めた眼を見開いて問題をつきつめ、何をどのように保護すべきかの焦点をまず確定しておかねばならない。そして、私見によれば、中絶問題をめぐる数ある論説のうち、西ドイツのいわゆる代案グループによってなされた提案とその理由づけ<sup>(3)</sup>ほど、この問題をまじめに考える人々にさらに深い思考へといざなうものはほかに存しない。しかも、これは多数提案と少数提案に岐れ、こもごも他説への批判をも内含し、文字どおり必見の文字たるを失なわない。そこで、われわれは、以下においてはまずこれらの提案とその理由をうかがい、そこから幾つかの問題を選びだしてこれを批判的に考察し、わが国における中絶規制の問題を考えるうえでのよすがともしたいと思う。

- (1) Arthur Kaufmann, Bemerkungen zur Reform des StGB aus rechtsphilosophischer Sicht, in Baumann, Das Abtreibungsverbot des § 218, 1971, 46ff.
- (2) Roxin, Der Minderheitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs, in Baumann, a. a. O. S. 175-6; Grünwald, Zum Mehrheitsvorschlag des Alternativ-Entwurfs, in Baumann, a. a. O. S. 195-6. なお、後者によれば、西ドイツの社会党は、現行二二八条の墮胎規定を根本的に改正することを躊躇しているが、その理由は、胎児の生命の過小評価に対する世論の非難、および教会による道徳神学的攻撃にさらされることを怖れるからであると述べている。
- (3) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970, S. 25ff.

## 二

一 代案グループの見解は、しばしば引用されるにもかかわらず、私のみるところでは、まとまった形でその内容が紹介されていない。そこで、以下では、やや詳細にわたってその内容をうかがうことにしたい。

### 二一〇五条（多数提案）の前注

(1) 墮胎は、現在、法律的には例外なく処罰されることになっているが、実際にはほとんど効力を發揮していない。墮胎の実数は捕捉しがたいが、出生児の三分の一に達するものと見込まれ、もっとも内輪に見積った推算でも年々数十万の墮胎が行なわれているものと認められる。これに対して、一九六三〜六五年までの間に全部で三六二一人の人々が処罰されているにすぎない。<sup>(1)</sup>

この圧倒的な事実が現行墮胎刑法が効力を發揮していないということを物語るものである。すなわち、この刑罰法

規によって禁じられている行為が無数の人々によって犯され、また処罰が偶然によってのみなされるといふことが一般に知られているとすれば、いくら墮胎には反価値判断が附せられているといつてみたところでなんらの説得力をもたない。訴追される蓋然性が大層小さいので、犯行しても処罰される危険を真剣におもんばかることがないとすれば、この刑罰法規から威嚇的效果も期待されない。したがって、墮胎が裁判実務において微罪として扱われるにいたっていることも怪しむに足らない。すなわち、自己墮胎は、近年における刑事統計によれば、全事例のほぼ九〇%が罰金刑または三月以下の執行猶予付きの軽懲役をもって罰せられている。

墮胎刑法が生成中の生命を有効に保護する任務を果していないどころか、これがあるために逆に有害な作用をも及ぼすことになっている。すなわち、医者が公然と中絶することをばばかり、また中絶したいと思つている婦人たちがそれほど容易に中絶を許容している国々へ出かけることができず、さりとて、不法な中絶をしてくれる医者をたやすく探しあてることができない以上、彼女らは自己墮胎するか、それともに、せ、医者に頼るほかないということになる。その結果は、大多数の重い身体傷害や死亡ということとなるが、これは墮胎に関する法律規定の間接的な作用だといふこともできよう。こうして、ある一つの大都市病院に入院してくる一年にほぼ六〇〇の婦人が、おそらくはこのような墮胎または墮胎の試みによる併発症を原因としているのである。

それにもかかわらず、一九六二年草案は、墮胎を禁止しこれに刑を科すだけで能事おわれりとする基本的な誤りを犯している。立法者は、その禁止が効力をあげえず、副次的効果が耐えがたいものになっていることに対していささかの顧慮をも払わず、そうなたたことに対する責任をも自覚していない。これに対する改正の努力は、どうしたらこの不幸な現状を打破しうるかといふことを方針とせねばならない。

(2) 妊娠中絶に対する規定の目的は、もちろん、その抑制である。けだし、胎児の殺害は、ただに倫理的に非難すべきことであるにとどまらず、法益の侵害でもあるからだ。そこで、代案の多数提案は、妊娠後三カ月内での中絶は、特定の適応を条件とすることなく、ただ相談所 (Beratungsstelle) を訪問することだけを条件として、これを許容するという規定を、さしあたりもつとも効果のある途として推奨することになった。

この提案の基本思想は、妊婦を中絶へと駆りやる物質的・社会的および家族的困難がある場合、可能なかぎり彼女に援助を保障することによって中絶しようとする決意とその実現に対抗し、また個人的な相談と率直な討議によって彼女に熟慮されかつ責任のある決定を可能にするという点にある。相談所がこの目的に役立つことになっている。これは外国の制度を模範にし、またシュレスヴヒ・ホルシュタインの母親相談所にならったものである。

それゆえ、相談所には、経済的・社会的および家族的援助を果しうる可能性が与えられるべきである。さらに同所は、妊婦およびその親族に適切な協力をすることによって精神的な援助を保障すべきであり、そのさい、関係者たちに、中絶ということは医者にも決して瑣事ではなく、重大な、事情によっては大変なことになる侵害であるということ、中絶は大層切迫した動機があるときでさえ生成中の生命を殺すことであり、高度の倫理的責任にも触れることであるということを説明すべきである。もつとも、相談所は「恐ろしい部屋」でも、手なれて仕事をする役所でもなく、人間仲間的に、その都度適切な方法で援助し助言し説明を与えるべきである。それは国家官庁によってコントロールされずに作業しうるようにし、また長時間にわたって作業しうるようにしつらえられていねばならない。

中絶しようと思っている婦人に相談所を訪問すべき義務が科せられているときにのみ、助言および援助の提供は効果をあげうるであろう。というのは、もしそうでなければ、困っている婦人たちは疑問に思っただけで相談所へ寄りつかない

いからである。他方、妊婦たちが、相談所へ行けば中絶の意思が達せられないとの恐れをいだくことのないようにせねばならぬ。このことは、相談所を訪問後もなお中絶したいという計画を固持したときも、中絶が許される旨の法律規定を置くことよって達成可能である。しかし、決定の自由を婦人にまかせているということは、代案の起草者たちが生成中の生命の保護をかなり間接的にのみ目ざすものであり、この法益を個人の恣意にゆだねようとし、胎児を母体の一部でもあるかのごとく理解しているということの意味するものではない。かえって、ただ単に刑罰をもって威嚇するだけではきわめて効果がないのであるから、決定の自由を保障しつつ相談所に課せられている中絶抑制の機会を發揮させるという方法の方がより効果的だといふのである。

したがって、適応のない中絶の許容が生成中の生命殺害の「免除」だと誤解される疑念はあまりない。このほか、提案にかかる規定に対する誤った解釈は、その意味についての説明によつて除去される。

(3) 代案の起草者たちは、今日の破局的な状態を緩和すべき他の方途についても熟慮してみた。とくに適応カタログを拡大するという方法についても考えたが、提案の方がこれよりすぐれているものとの結論に達した。

けだし、いかほどカタログを拡大しようとも——刑法による生成中の生命の保護がゼロになるほどにとりはらわれぬかぎり——妊婦を中絶へと駆りやるような事例の一部を把握しうるにすぎないからである。したがって、いちじるしく拡大されたカタログでも、そこにみられる「期待可能な」事由と「期待不可能な」事由との間の法律的区分は多少にかかわらず一般化された基準に結びつくことになり、したがって、個々の妊婦や両親の個別的な条件や考慮をとらえない。そうすると、このような事情がある場合、拡大化された適応カタログも現行法におけると同じような状況を原則として緩和しえぬこととなる。というのは、中絶へと駆りやられている婦人の多くは、このカタログの事

実的拘束に災いされて、救助を提供すべき官署に、恐れをいだくこともなしに問いあわせる可能性から遠のけられることになり、また、刑法は婦人にかような官署の介入を強制することができないからである。

そのうえ、社会的な期待可能性をも規範化している拡大された適応カテゴリーは、医療鑑別所 (ärztliche Gutachterstelle) がきわめて問題のある仕方では価値決定をするよう指示されているということを意味しよう。かような事例では中絶の許容は、単なる自然科学的事実の確定だけではもたらされない。それゆえ、妊婦の精神的および肉体的状態のほか、彼女の全人格および家族関係をも検討せねばならぬことにより、しかも法律自身がきわめて不完全にか確定していない基準にもとづいて婦人の生活に介入する決断をすることになる。

中絶を許してもらおうと思えば、婦人は自分の全生活関係をこのような形で他人に知られねばならない。そのこと自体大いに疑問だが、その決定が鑑別所の裁量にからしめられていることによってそれがいよいよ強化される。鑑別所が、その構成員の倫理的および社会的見解によって、きわめて様々な基準を適用するであろうということが確実に予想される。すでにして、今日、国の内外において、本来の医学的適応に於てすら、社会的・宗教的もしくは政治的判定基準と考慮を意図・無意識のうちに引き入れることにより、この伝統的な領域に於てすら、統一的な基準があるにもかかわらず、「紛糾した多くの科学的見解と評価」が行なわれ、「説得力のある合法則性が知らしめられず」、かえって、社会的適応が漠とした診断という医学的マントのなかに蔽われるといった状態がみられる。のみならず、医学的適応をこえる適応カテゴリーがある場合にこそ、鑑別所の拒否的決定があれば、これに対する法的救済の途が開かれていねばならぬ。しかし、婦人の健康に危険でない中絶の可能な時間帯が短いので、裁判所の検討といった救済の途も実際には可能でない。

(4) 将来避妊方法が進歩しより多く適用されることによって、今日破局的な状態に達した非合法な中絶が克服または除去されることになるかもしれないという期待に関連して、代案の起草者たちは、自分たちの提案が余計なことになるかどうかということについても検討してみた。

まず、彼らは、過渡期においては、代案で提案されている規定は、責任を意識している大多数の医者によってかくまで大規模な中絶をすることに抵抗感をいだかせるものがあり、同一の婦人にすぐひきつづく中絶をするといった事例はよくないので、困難にぶつかるといふことを見過しているわけではない。他方、彼らは、避妊方法の進歩を可能なことだと考えている。しかし、彼らは、今日のもしくは改良された避妊剤がどの程度に一般に行なわれ、もしくは個々の婦人によって服用されるかについて疑問をもっている。それだけではなく、おそらくは将来もっと強力に行なわれる家族計画の徴候にかんがみると、生みたくないと思っている子は、両親にとって、今よりもっと強く、これを迎え入れる心の用意がなく、特別の内部的・外部的負担となつてこの子を中絶しようという考えへとみちびくものと思われる。こうして、彼らは、将来いくら避妊方法が進歩しても、今日の墮胎刑法に由来するよくない状態に対する對抗策の不可欠性を一掃することにならないと考えている。

このことは、特に、最近の薬剤によって流動的となつた避妊と墮胎の限界を顧慮すれば、受胎後間もなくではあるが直後ではない中絶が完全に一切の刑法的禁止から除外されているという事情にかんがみても妥当である。

(5) 代案の起草者たちは、彼らによって理解せられている墮胎の未遂にも刑を科すべきかどうかについても検討した。彼らはこれを否定した。未遂の不処罰は、私的な領域に対する余りにも強い干渉を回避するためにも、刑事政策的にも適切である。

## 一〇五条について<sup>(2)</sup>

妊娠後三カ月内での中絶は原則として罰せられないのだが、これを原則型としてかかげると胎児の殺害の恣意的否定を許容するものと理解されかねないので、立法技術的にはむしろ原則として罰せられる体裁をとった。

妊娠後四週間内での中絶は罰せられない(一号)。生命の発生というものは受精とか着床とかいった一定のモメントによって直ちに肯定されるものでなく、多くの段階をふんで徐々に生じるものだからである。特に、避妊か中絶か判然とはせぬが、社会的見解では前者に数え入れられるものに対する手段の適用を許容するためにそうした。さらに、この期間内での中絶は、行為者の主観的構成要件を顧慮すれば、裁判上通常立証せしめられず、かえって偶然責任を基礎づけることになるからである。

つぎに、相談所の介入をまっぴらではあるが、中絶が罰せられないために画される三カ月という限界をなぜ確定したかという点、この時点から生成中の生命が大層確実な形態をとりはじめ、独自の生命とみなされること、および中絶は同じくこの時点から妊婦にはいちじるしく高められた危険を意味するという考慮にもとづくものである。もう少し早い時点、たとえば八週、を限界としたらどうかという考えもあったが、これでは、妊婦にとって熟慮する期間があまりにも短かすぎ、かえって彼女が詳細かつ静かに考慮すればおそらくは行なわれなかったであろうと考えられる中絶へと駆りやる結果となるので採用されなかった。同じ理由から、また、相談所をよく利用するためにも、一号と二号を合算して六週といった統一的な限界を確定することは考慮にのぼらなかつた。

妊婦があらかじめ相談所を訪問したうえで中絶しても罰せられないが、このことは相談なく行なわれた中絶が単なる行政違反にすぎないということを意味するものではない。かえって、相談を回避し、助言と援助をうける可能性を

にがした婦人には、お前は生成中の生命の価値にかんがみて要求される真面目な決定をしなかつたと非難され、これは刑事罰にあたる。もっとも、相談所を訪問する場合にも、生成中の生命に対する攻撃はあるのだが、同所を介入させることが刑事政策的に一層効果的であるから罰しないのである。

中絶が他人によって妊婦の同意なく行なわれたときは行為の不法内容は格段に高められる。同じことが医術法則に反して職業的になされる場合にもあてはまる(二項)。したがって、刑もまた重い。

一〇六条について<sup>(3)</sup>

妊娠三カ月経過後は、中絶は原則的には墮胎として可罰的であり、例外的な状況のある場合にかぎって許される。この時点以後は、個体はいちじるしく発育の歩を早め、これに加えて、中絶は妊婦の健康に対する危険を高めるからである。もっとも、前者では中絶の不可罰性を特に法律上規定された適応の存在にからしめてはいないが、その代り、妊娠後三カ月内での中絶にかぎっている。したがって、三カ月後の中絶に対しては、例外的にのみこれを許容するということとは正当である。

そこで、今日認められている医学的適応(一号)と並んで、子が精神的または身体的にいちじるしく毀損されているとの蓋然性が存するときには、中絶が許容されることになっている(二号)。二号の適応を承認する理由は、いちじるしく毀損されている子を妊婦の意思に反して懐胎しつづけさせ出生させることの苦痛が彼女に期待されないという願慮のなかに存する。優生学的理由にもとづくものではない。もっとも、この毀損を人為の責任によってこうむり、かつしばしば医者者の激しい努力によってのみ生きて生れる子に対してもこの適応が認められるかどうかは、ここではなお開かれたままにされている。

これらの適応の存在は医療鑑別所によって判断されることになる。ここでは、自然科学的事実の確定が問題になっているのであるから、上記でとりあげられた疑問はあてはまらない。医学的適応の取扱いにおける不統一性は——今日これに負わせられている多くの要因が一〇五条があることによって除去されることになるから——逆に少なくなる。一〇七条について<sup>(4)</sup>

医学的に適応があるとか、子に重大な毀損の蓋然性があって、ただ医療鑑別所によるこれらの適応の確定だけがないという場合には、中絶は墮胎の不法内容を示さない。ただし、鑑別所を無視したということは、秩序違反として非難される。

最初の妊娠三カ月内でもこれらの事情が存するかぎり、ただ妊婦が相談所を訪問せぬだけのときには、同じことがあてはまる。

- (1) Grünwald, a. a. O. S. 201. によれば、その後この数値はますます低下し、一九六八年には二九九人の婦人が自己墮胎のことで、二九七人の人が(男子一七八人、女子一一九人)が他人墮胎のことで有罪判決されたにすぎないとされている。
- (2) 一〇五条(許されない墮胎)「① 受胎後最初の三カ月内に行なわれた墮胎は、以下にかかげる事情がなかりさえすれば、一年までの罰金刑をもって罰せられる。すなわち、妊婦が墮胎を
  - 1 受胎後四週間にみずから行ないまたは他人によって行なわしめ、または、
  - 2 受胎後第二ないし第三月のうちに、彼女が相談所を訪問した後に、医者によって行なわしめる。
- ② 中絶が妊婦の同意なしにかまたは職業的にかつ医術法則の侵害下にかのどちらかで行なれるときには、三年までの自由刑または罰金刑が宣告せられる」。
- (3) 一〇六条(墮胎)「① 受胎後三カ月より遅く行なわれた墮胎は、以下にかかげる事情がなかりさえすれば、三年までの自由刑または罰金刑をもって罰せられる。すなわち、妊婦がこれを医者によって行なわしめ、かつ

墮胎の規制をめぐる二つの構想

- 1 妊婦の身体または生命にとっての切迫した危険を回避するために墮胎が医学の知識および経験上不可欠であるか、または
  - 2 子が精神的または身体的に重く毀損されている蓋然性が存する。
- ② 一号および二号による前提は医療鑑別所によって確定されねばならない」。
- (4) 一〇七条(行政違反)「① 一〇六条第一文による墮胎にとっての事由が存するときは、医者は、以下の場合には秩序違反的に行為するものである。
- 1 医療鑑別所の対応する確定が欠如するとき、
  - 2 当初の三カ月内での墮胎の場合(一〇五条) 妊婦が相談所を訪問しなかったとき。
- ② 秩序違反は五〇〇マルクまでの過料をもって非難される」。

### 三 附 録

上記の提案と並んで、若干の人々によって墮胎規定に対するまた別の提案が検討された。特に、事態に即した諸適応の形成をめざし、かつこれによって現行法での破局的な状態に対抗しようと努める規定が討議された。もっとも、これは結果的には少数にとどまったが、問題が刑事政策的に特に重要であるから以下にかかげることにする。特に、多数提案との対決下に、立法者や世人に、大層切迫している墮胎刑法の可能な改正の途を示すためにかかげることにする。というのは、この分野での改正は、これまでの國家的諸草案や第二次世界戦争後の論議においてほとんどりあげられていないからである。

#### 前注(少数提案)

少数提案の推奨者たちは以下のような考慮から出発する。

もし、代案の多数提案がいうように、中絶の不可罰性が手続の厳守という前提にからしめられているにすぎない

とすれば、生成中の生命の保護は間接的に達せられるにすぎない。妊婦が相談所によって説得されなかったとすれば、その保護は放棄されることになる。こうして、胎児を殺害してもよいかどうかを、法ではなく、実際には行為者自身が決定することになる。法は相談所を訪問するよう強制することによって、形式的に一定の態度をとらせうるだけにすぎない。これでは生成中の生命の保護が効果的にもたらされるということを経法的に規定したことにはならず、ただ希望されているだけだ。そして、墮胎の大多数が受胎後三カ月内に行なわれるものである以上、このようなやり方はその保護を實際上保障していることにはならない。

つぎに、このような解決のしかたは、医療の素人による墮胎を抑制することによって妊婦の生命と健康の保護を図るという第二の目標を達するうえでもすぐれているとはいえない。なるほど、墮胎を決意した婦人は、決定権を与えられている鑑別所を訪問して専門医へ行けと指示されるよりも、むしろ相談所を訪問するであろうということは認めてもよい。しかし、他の国々の経験は、墮胎を免除する限定的な適応を示すことを断念することによって素人医者や駆除しないということを教えている。むしろ、この問題については、妊婦に対して有効な援助をさしよべることの方が決定的であり、これについてはわれわれの見解は一致した。このような援助は以下二つの面で与えられることになる。

鑑別所も妊婦に助言をし助力する任務をもつ。このような援助（医学的・心理的・経済的な説明と援助）は、中絶が承認されようとされまいと、妊婦に対してさしのべられねばならない。もし手術が承認されるならば、中絶の費用はいらない。手術が承認されぬときには、精神のおよび経済的な世話が妊婦に与えられねばならない。国家の任務は、妊婦に懐胎しつづけることを可能または容易にするこのような世話のなかに存するが、墮胎の無前提的な放置のなか

に存するわけではない。世話すべき任務は、シュレスヴィヒ・ホルシュティンですでに立派な経験がなされている母親援助所によって行なわれることになる。

鑑別所ないし母親援助所による助言および助力は単なる相談所による支援よりも一層効果的であろう。というのは、決定権能を与えられかつ刑罰法規上規定されている適応の有無にしたがって仕事をする委員会は、可能なら妊婦に中絶を断念せよと説得すべき責任を負わされていないからである。このような圧力を行使すべき意図が多数提案のなかに認められないとしても、実際には、適応がなければ相談所が中絶を防止させるためにいちじるしい圧力を妊婦にかけるであろうということが高度の蓋然性をもって予想される。さらに、相談所には法律的な決定の手びぎが与えられていないから、一〇六条一項および二項の適応が存するといった事例にあっても、その大部分がこのような圧力を必要と考えるであろうと危惧されねばならない。

まさしく、かようなやり方こそが当事者の個人領域に対する許されざる干渉というものである。これに対して、多くの事例において妊婦の生活事情が鑑別所に対して明らかにされるといふ事實は、それほど重要ではない。この委員会の構成員には沈黙義務が課せられる。鑑別所は国家官庁といったものとしては構想されていない。その構成員は民間の医者（婦人科医、精神科医）であり、法定の適応に拘束されるほかでは、妊婦が金銭的理由から行為したりしなかつたりすることのないように、料金問題に拘束されるだけである。妊婦が（特に一〇六条二項三号の適応から）その生活事情をやや詳細にわたって述べねばならぬときですら、これは国家官庁に対してよりは一層容易に委員会に対して述べられることとなろう。また、彼女は、鑑別所の拒否的な決定後も、自分は官庁的に扱われなかったし、その決定を遵守しているか否かを監視されていないという信頼を同所に対してもつつことであろう。このほか、個々の関係

を説明するよう強制が加えられるとしても、それは許されざる墮胎の危険とは関係がない。

鑑別所がいちじるしくかけはなれた裁定実務をするものとする危険は大きくないものと思われる。これに反して、法律に規定がないので、個々の相談所の説得のための不必要な言説が種々雑多にわたるであろうということが予想される。一〇六条二項二・四・五号にかかげられている諸適応は価値決定なく確定することが可能である。いわゆる「医学的適応」(一号)に対しては判例は使用可能な判定基準を展開している。三号の経済的に確定される決定であっても、鑑別所間の相異なる見解による意見の懸隔はそれほど惧れるにはおよばない。この新しい適応においても、比較的統一的な査定実務が展開されよう。このような、いわゆる「例示的方法」にもとづく比較的鋭い輪郭的具体化があるわけであるから、漠然たる「期待可能性判例」といったものは危惧するに足りない。「期待可能でない」ということの下で何が理解されるかを一〇六条は例示的に類型的な適応によって明らかにしている。鑑別所の裁定実務はこのような適応から出発することになり、期待可能性といった漠然たる見解からそうすることにはならない。

鑑別所の決定に対して法律的救済の途が与えられるか、またどのような救済が与えられるかを、鑑別所の設立に関する法律が規定することになる。残余の時間が短かいので、一般的な行政裁判所へ訴える途は目的に反するであろう。しかし、だからといって、短期間に決定する、特別の行政裁判所が予定され設立されないとはいえない。

こうした解決だけが受胎後三カ月内での中絶に刑を科することを正当づけうるであろう。法益侵害のみが不法でありうるが、法益侵害を真面目にうけとらぬという態度が直接そうであるわけではない。つまり、ここでの法益とは生成中の生命であって、相談所の訪問ではないのである。相談所の不訪問と、訪問はするが終始ききいれないということの相違は、刑罰をもって識別せしめられない。

最後に、多数提案は、かりに墮胎しようとしている婦人にとって事態に即する解決であるとされるときにすら、あらゆる典型的な墮胎の問題にとって適切なものではない。たとえば、子を懐胎しつづけようと思っっている婦人は、法が胎児の殺害を制限する前提を設けていないのであるから、経済的な動機から子を墮胎させようとしている夫とか未婚の情夫の圧力の前に救いもなくさらされることになろう。

一〇五条について<sup>(1)</sup>

第一文において、墮胎は原則として刑を科せられる。

最初の四週間内での中絶が正当化されるのか免責されるのか、それともその他の事由から可罰的でないのかを、第二文は「罰せられない」(straflos)という表現で未決のままに放置している。どのように位置づけするかは判例の任務である。

受胎後最初の期間内での中絶が罰せられぬとされていることは、生成中の生命という法益の価値低下を意味するものではない。多数提案の理由書できわめて正当に述べられているように、その理由は、徐々的にのみ育成されかつ確定される生成中の生命そのものの性質のなかに存する。そのうえ、この段階での中絶を処罰することは、果して中絶であるか否か明らかでない以上、かえって卑劣なこととなろう。避妊剤と界を接する薬剤による中絶手段が広汎に行なわれていることが、墮胎だと説明することを一層困難にしている。かような事例を処罰することは単に偶然にそうするというものであろう。

もつとも、妊婦の同意があることが不処罰の前提である。彼女がその子に対する権利をもっている。この権利は熟慮に依存するものであり、かつこれが初期の中絶を不処罰たらしめるものである。そこで、この時期に、妊婦の同意

なく墮胎する者は、生成中の生命という法益をでなく、妊婦の自己決定権を侵害するものだということになる。何時までの中絶が罰せられないかという期間とは、(六週間という議論もあったが)四週間ということで大まかに選ばれた。これは、何時受胎したかという時点がきっちり確定されないという事実を考慮を払ったものである(最後の月経時を逆算し、これに二八日加算したものである)。原則として、この期間内に着床も完成する。

他人墮胎か自己墮胎かによって区別されない。専門家によって行なわれる他人墮胎は、妊婦の健康・生命に対する危険が自己墮胎よりも少ない。そこで、立法者は、墮胎をしようと思っっている妊婦に自己墮胎を選ぶような刺戟を与えてはいけない。このほか、他人墮胎する者は、薬剤を服用させるといった方法で墮胎する場合には、ほとんど把えることができない。判例は代案五七条および五八条(刑を留保して行なう警告、刑を放棄して行なう有責宣告)について、妊婦の特別の事情を顧慮しえよう。他人墮胎者に重い刑を科する代りに、第二項は、医療の素人に対する重い刑を予定している。彼こそが、墮胎罪内部での大きな危険を冒すことになる。

未遂は依然として罰せられない。それは可罰性限界以下のところに位置づけられる。このほか、もし未遂規定をおけば、代案二五条三項第二文(その未遂が、はなはだしい無知によるものであって、それゆえ始めから危険でないとき)があるにもかかわらず、馬鹿馬鹿しい不能未遂(コーヒのだしがらをもってする「墮胎」)をも罰することになりはせぬかと危惧されたからである。

#### 一〇六条について<sup>(2)</sup>

妊娠四週後は、今や独自性と抵抗力をもつにいたった生成中の生命の墮胎は、限られた前提下においてのみ罰せられない。

一項は決定原理(期待可能性)を公式化している、そしてこれは、二項の諸適応によって例示的に具体化されるという体裁になっている。これらの条項によって、墮胎がなかったということがでなく、二項に特にかかげられている前提の下に罰せられないということが表現されているのである。何が妊婦に期待可能でないかは、二項の諸事例から例示的に与えられる。一項によれば、妊婦の生活事情だけでなく、夫、未婚の夫ないし教育権者のそれも顧慮されることになっている。

二項の適応カタログは、医学的適応(一号)をこえてはるかに前進したものである。三、四、五号は、久しく前から論議された事由を採用したものであり、五号は優生学的ではなく期待可能性の考慮からとりあげられたものである。すなわち、妊婦は、いちじるしく毀損された蓋然性のある子を懐胎しつづけるよう強制されてはいけないというのがこれである。二号は、若い母もその子も、通常、重大な社会的困難にさらされるという事実を顧慮を払ったものである。しかし、ここでも、二項にかかげる他の事由でも同じことだが、もし可能なら、このような窮境が中絶の許容によってではなく、鑑別所ないし母親援助所の支援によって解決されるべきだということに注意すべきである。特に、二号、三号にあたる事例では、鑑別所は支援の可能性を示した仲介をすることによって、あるいは年少の婦人の場合には(一〇六条三「五?——筆者」による聴聞手続における)保護権者との対話によって具体的な援助をさし与えることができる。

妊娠四カ月からは、墮胎は原則として妊婦の身体または生命に危険があるときにかぎって罰せられない(三項)。この時点においては胎児はすでに大いに発育しており、かつ、中絶すれば妊婦の身体・生命の危険が高められるのであるから、二項の二・三・四号にかかげる事由はもはや優越しえない。けだし、三カ月を経過する前に、当事者には、

これらの事由が存するか否かが知られているからである。したがって、この者がこの時期までに中絶を決断することは期待可能である。

妊婦の身体・生命が危険にさらされているか否かは（一号）、しばしば妊娠の最後の段階になってはじめて明らかにされる。したがって、この事由があれば、中絶は妊娠の終局にいたるまで罰せられない。代案の起草者たちは、生命ある胎児をできるだけ保護するために、妊娠後六カ月たってからは母の生命に危険があるときにかぎって中絶を許すことを考慮してみた。しかし、このように法律上規定してみてもあまり實際的意義のないことがわかった。というのは、切迫した健康の危険は生命の危険とほとんど区別されないからである。このほか、もしそのように規定すれば、代案は墮胎構成要件を現在よりも拡張することになるが、それは改正の目標ではないからである。最後に、生成中の生命は人間の生命と同一の保護をうけていないという刑法上の法益体系を顧慮すれば、事由を生命的適応に限定することにも難色があった。

今日の医学の状態では、五号にかかげられている事由は、妊娠六カ月内では、大抵、診断されないようであるが、それにもかかわらず、たとえこの事由があってもこの時期をこえてからする中絶は許されない。したがって、この適応は実務上さしあたりあまり意義があるとはいえない。けれども、この事由がありさえすれば分娩期にいたるまで何時でも子を殺害してもよいとすると、他の刑法法規上の規定と重大な矛盾を生じることになる。第七月からは胎児には原則として生命力がある。彼が生れてしまえば、いくら重大な精神的または身体的な毀損があるからといって、これを殺せば殺人構成要件の適用が可能となろう。そうだとすれば、母体内での殺害も許されぬということになる。

なお、胎児が毀損されればこれを殺しても罰しないと規定すると、人に対する危険犯という枠内で胎児殺害を

取扱っている代案の規定とも調和せぬこととならう。

このほか、三項第二文は三カ月後の中絶は「原則として」可罰的と述べているにすぎぬことに注意すべきである。子に蓋然的な重い毀損がある場合には、母の精神状態によって懐胎をつづけさせることができぬといった事情があるときにその例外となる。また、一項や二項におけるその他の適応がある場合にも、三カ月後の中絶でもなお当罰的とは考えられぬような事例（たとえば、激情のため困難にされた年少者の妊娠とか、非常規な事由から適時に診断されなかつた妊娠）が可能である。

適応があるときでも、中絶するか否かの決定はつねに妊婦にまかされる（三項第一文）。この原則は四項第一文においても示されている。一〇五条一項・二項の事由が存するわけであるから、刑は軽減される。適応の重さによって刑の重さが測定されることにならう。四項においては妊婦の自己決定権の侵害が刑を科せられているのであるから、その告訴にもとづいて訴追されることになる。

五項第一文にもとづき、鑑別所は国家官庁としてでなく、医師会によって設立され、民間の医者（とくに婦人科医および精神科医）によって構成されるようにされねばならぬ。中絶する医者によって申出られる手数料は統一的に規定される。こうして、中絶の条件が妊婦の経済条件にかかることが防止されることになる。

第二文が妊婦にも鑑別所に対する申立権を認めているのは、彼女が中絶に関するその医者の見解に拘束されぬようするためである。第三文に予定されている聴聞手続は、妊娠ないしその遅くなってからの中絶が夫または保護権者に秘匿されることを防止することになる。このほか、この手続は、援助の可能性を聴聞者と話しあうことをも目的としている。ただし、聴聞は鑑別所がなるべくこれをするようすすめられているだけで、必要条件ではない。というのは、

第三者に通知すると、事情を考えると実際には不適切なこともあるからである（たとえば、不法な墮胎とか、親権の濫用の危険）。どうするかは決定は、具体的事例ごとに鑑別所によって行なわれる。

### 一〇七条について<sup>(3)</sup>

本条にあたる事例は当罰性の限界領域にある。もっとも、本条は、過失的態度にも刑を科することによって可罰性を拡張しようとしているわけではない。かえって、この規定は責任形式を区別することを可能にし、ひるがえって一〇五条にあたる事例を鋭く輪郭づけるために設けられたのである。もし故意の態度にだけ刑が科せられているとすれば、判例が、自分は一〇六条一項・二項の事由を誤認したという被告人の主張を勝手な主張だと評価し、一〇五条を適用することが危惧される。これは、一〇七条で規定されているように鑑別所の認可が与えられていないときには、いつでも推奨されがちである。しかし、過失墮胎が構成要件的に規定されているときには、判例も相異なる当罰性をもつ諸事例を唯一の規範（一〇五条）にいれるといった誘惑にかられることはない。

このような事例では故意を証明することが困難であるから、一〇五条が一〇七条によって押しのけられることになる。逆に、証明が困難だというだけで過失墮胎が一層多くなるといった危険もない。一〇六条二項二・三・四号の適応は客観的に存在したかどうか後になっても確定可能である。そのときには、被告人は誤認におちいらしめられた一定の事情をあげねばならぬこととなる。一〇六条二項一号および五号の事由は医学的知識だけでもって確定可能である。ここでも、被告人は、一〇五条の故意刑を免れるためには、自分の単純な意見をひきあいにはだすだけでは駄目である。

### 一〇七条 a について<sup>(4)</sup>

墮胎の規制をめぐる二つの構想

中絶を許す一切の事由がととのっているが、ただ被告人が鑑別所を訪問せぬだけのときは（ないしは、被告人がこれらの事由が存するものと非難されることなしに考えるときには）、彼には刑罰が科せられない。彼は形式的な態度規定に違反するものであり、行政違反とされる。

(1) 一〇五条(墮胎)「① 胎児を殺す者は、二年までの自由刑または罰金刑をもって罰せられる。受胎後最初の四週間にあっては、妊娠の中絶は、もしそれが妊婦の同意をえてなされるときは罰せられない。」

② 職業的にかつ医術法則の侵害下に墮胎する者は五年までの自由刑をもって罰せられる」。

(2) 一〇六条(刑なき墮胎)「① 妊婦に妊娠の継続が全生活事情の顧慮の下に期待可能でないときには、墮胎は罰せられない。」

② 墮胎は、以下のときには、特に罰せられない。

1 それが、妊婦の身体または生命に対する切迫した危険を回避するために不可欠であるとき、

2 妊婦が受胎のときに一六歳をなお満たしていなかったとき、

3 妊婦が妊娠の継続によって彼女の他の子供たちの世話に危険にするであろうとき、

4 妊婦が違法な行為によって強制されたとき、

5 子が精神的または身体的にいちじるしく毀損されていることが蓋然的であるとき。

③ 一項および二項の前提下での墮胎は妊婦の同意、医療鑑別所の承認をえて、受胎後最初の三カ月内に行なわれてもよい。この期間をこえては、中絶は原則として二項一号および五号の前提下にのみ許される。ただし、五号にあっては妊娠六カ月の末までである。

④ 一項から三項までの前提下に妊婦の同意なく墮胎する者は、二年までの罰金または自由刑をもって罰せられる。所為は妊婦の申立てにもとづいてのみ訴追される。

⑤ 医療鑑別所の設立と手続は特別の法律規定に留保される。医療鑑別所の承認を求めるとは妊婦によってまたは医者によってなされる。夫および妊婦の法定代理人は聴聞されるべきである」。

(3) 一〇七条(過失の墮胎)「医療鑑別所の認可なくして墮胎し、かつそのさい過失的に一〇六条一項乃至三項までの前提が

あるものと思つた者は、八月までの罰金刑をもって罰せられる」。

(4) 一〇七条 a (行政違反) 「一〇六条一項乃至三項の前提下に医療鑑別所の認可なしに墮胎する者は、行政違反的に行爲するものである。行政違反は五〇〇〇マルクまでの過料をもって非難せられうる」。

### 三

- 一 以上によって、兩提案の内容はかなり詳細にわたつてこれを知ることができたと思われる。ところで、兩提案のねらいとする基本的立場には共通するものがある。つまり、兩提案とも生成中の生命の保護を目的とする点では相違はない。ただ、どのようにすればこの目的をもっとも効率よく達成しうるかの方法の点で意見を異にするにすぎない。もっとも、この方法の点でも基本的には共通するところが多く、妊婦に助言と實際的に効果のある援助の手をさしのべるといふ点では共通基調にたち、そのための具体的方法として相談所を介するか鑑別所をして決定せしめるかの優劣が争われているものといつてよい。そこで、この点に関して、まず、相談所と鑑別所とはどちらが妊婦をしてこれを訪問せしめることになるか、これとの関連で、両者中どちらの方が真に実効をあげうるものであるか、鑑別所の裁定実務は価値評価をさけることができず、いわばその分にすぎた任務を負うことによつてその裁定を不安定にし、措信しがたいものにならないか、鑑別所の裁定に対する不服がある場合の行政救済に遺憾な点がないか、等の諸点に要約されるものと思われる。以下、まず、共通部分から分析することにした。
- 二 この点については、若干の諸家による要約があるが、特に詳細に論じているのはロクシンである。そこで、以下、ロクシン<sup>(1)</sup>によりつづつこれを整理することにしよう。

墮胎の規制をめぐる二つの構想

彼によれば、兩提案とも、できるだけ多くの胎児を、できるだけ人たるに値いする生活環境のなかに生れでるよう支援するにはどうすればよいかを苦慮するという点では完全に一致するものである。まず、妊娠四カ月以後をもって兩提案によって画されている中絶の原則的禁止は、一面では、これらの月々において胎児は人間へと発育するうえで急速に前進し、その発育とともに胎児の生命権は、反対利益を考慮する場合にも、ますます大きな比重を占めるといふことよって正当づけられる。他面、この時期以降の中絶は、妊婦の身体にとってたえず昇進する危険を意味する。もし、一般に手術が許されるべきだとすれば、そのためには最初の三カ月で時間は充分である。ただ例外は——すでに現行法でも認められているように——妊婦に直接的な危険がある場合、さらに、子が蓋然的に精神的または身体的に重く毀損されているでもあろうときにのみ存する。というのは、このような毀損は当初にはなおよく知られていないからである。しかし、第七妊娠月からは、胎児に存するにいたった生存能力のゆえに、子に予想される段損がある場合にもはや手術は許されない。それをすら許容すべしというのは、悪評高き「生きるに値いしない生命の抹殺」と似た考え方であろう。

最初の妊娠四週間はこれとはまったく逆である。現行刑法が施行されて以来これまで一〇〇年間に、この初期段階での墮胎のかどをする有罪判決が皆無であるという事情は、刑罰威嚇がこの期間にとって実用されるチャンスをもつものでないということを示すものである。それというのは、最初の四週間においては、墮胎は大抵薬剤をもつて行なわれ、他の援助者の力をかりる必要がなく、さらには、流産をひきおこす薬剤が特別の墮胎薬である必要なく、しばしば不注意な運動や身体の激動も流産へとみちびくものであるから、後ほど行なわれる裁判において、妊娠が存しており、それが故意に中絶されたとの証明は実際上なさしめられないからである。さらに、月経が不順で、そ

の促進剤を服用している婦人は、妊娠が生じたから月経がないのか、それともいつもの月経不順のゆえにそうであるのかを知らない。このような私的事象を、後になって検察庁または警察によって、効果もなくまた困難を冒して捜索させることは、単に彼らをして面目を失なわせるだけである。しかし、このほかにももう一つ理由がある。すなわち、受胎の瞬間に、その中絶が問題になる「妊娠」ということが始まるのではなく、接合子が女性の子宮に着床するときにはじめて然りだとするのは今日一般に認められていることである。通常の経過をたどる場合にも約半数だけが着床しうるものだとすれば、受胎の瞬間から刑罰的保護を予定することはあまりにも仮想的でありすぎるであろう。だから中絶は「離床」(Entmischung)として、着床からの剝離として理解されるべきである。ところで、着床は受胎後約一三日で行なわれる。しかし、何時受胎したのかが判らぬ以上、安全期間としてこれに二週間を加えて、四週間内は刑罰的干渉をさけるのが法治国家的に必要であろう。

そこで、残るところは第二・三妊娠月である。代案の起草者たちは、ここでも、あまり効果のない刑罰的禁止のみに頼るよりは、精神的看護と社会的援助によってこれらの月々における墮胎数を低下させようとした。<sup>(2)</sup> 両案によって予定されている相談機関がこれに奉仕する。それは様々な職業の多くの人々によって構成され(医者・心理学者・ソーシャルワーカー・法律家および神学者)、絶対的沈黙義務を課せられ、個人的な苦境にある婦人が事実を告げて相談し、必要とあらば効果のある財政的・社会的および家族的援助を果すために充分な手段を給せられることになっている。したがって、それは、足りない居間の調達とか、多人数の家族の世話に大変な妊婦に対する助力の提供をあっせんしえ、独り活しの職業婦人の場合にはその子の個人的世話をなしえ、家族問題がある場合には子の父親と仲介的にあっせんしえ、扶養の協定にあたっては、相談機関もこれにあずかることとなる。

ところで、代案に対する当初の反響は、その中心をなす相談機関に対して、世間でも政治家の間であっても、疑感のないし否定的であった。相談機関は、人間的かつ社会的困窮を組織的に排除しようとする一つの手段である。しかし、これには金と苦勞がかかる。だからといって、あらゆる努力を胎児の殺害によって節約することは一層怠慢なことである。これは当事者にのみ責を課し、社会は何事をもする必要がないといったやり方である。

相談機関に対する反対論にはなおつぎのごときものがある。何人も自己の私的関心事をこのような相談機関にまで拡張することを欲しない。したがって、婦人たちはなおにせ、医者のもとに行くこととなり、これでは現状に何らの変更もないこととなろうという。しかし、相談機関のさしだすこのような援助をはじめから利用しまいとする人々は、国民中のきわめて小グループにおいて確定可能であるにすぎない。たとえば、多くの女中をかしめずかきめることのできる富裕な映画スターとか、子供をその栄達の妨げと感ずる幸福な状況にある人々がこれだ。もとより、これらの人々は、にせ、医者のもとへは行かず、墮胎の技術を信頼されている、喜んでする医者をしてなさしめうる。だから、彼女らにあってはもちろんなんらの生命ならびに身体の危険は存しない。したがって、もし彼女らが墮胎の免除を主張するとすれば、それは自分たちの行為の合法化が重要なのであって、窮境と禍害の軽減が然るわけではない。しかし、本当の問題は、貧者や被搾取者に、少ししか金をもたず、援助もなく、小さな住居で暮さねばならない、沢山の子をもつ母親たちに、自分の職業活動に家計をたより、子を世話する可能性をもたない未婚の婦人たちに、その夫が自分の責任を果さない妊婦たちに、およびこれと類似の多数の状況に存する。けれども、解決しえない問題の重圧に打ちひしがれ、感情的には大抵抵抗しながらもそこしか出口がないので中絶へとかりやられる婦人たちが、相談をし、本当の援助の提供を利用しないなどは考えられない。孤立しており、援助なく、また多くの場合社会的差別をうけて



談機関が妊婦たちによってどれほど気楽に利用されるようにしくまれているかという点にある。というのは、どれほど結構な助言や援助が約束されていても、これを利用しにくいような事情が介在するなら、結局、妊婦たちはこれを敬遠し、援助もまた画餅に帰するからである。ところで、鑑別所は中絶の可否を自らの手中におさめ、これに対して相談所はその決定を妊婦自身にゆだねている。これだけをとりあげても、鑑別所は相談所よりも近よりにくいところと感ぜられ、結局はこれを迂回して、またもやにせ、医者の門を叩かせることになりそうである。しかし、これに対してロクシンは、このような意見は信じるに足りないとして、以下のように述べている。<sup>(一)</sup>

本当に困っている者は鑑別所によって援助されることになるから困窮そのものから解放され、また、さしあたり援助も及びかねるといった場合には、医者による安全な手術が認可され、その支払いさえ国家の負担となっている。だから、真に困窮しており、もつとも貧しい者がにせ、医者のところで料金と、ときには生命をも賭することになるとするのは曲解というのほかはない。相当な理由もなく中絶したいと思っている者が、おそらくは鑑別所を敬遠するであろうことは認めてもよい。しかし、この点では相談所も五十歩百歩というところであろう。しかし、少数提案は、このような、いわば不屈きな考え方を改めしめるのに少くとも間接的な効果がある。現在、安易に中絶する傾向があるのは、現行法が偶然ないし階級刑法としてうとんぜられ、これがひいて墮胎に対する社会的価値判断を緩和していることにもとづくが、可罰性が本当に当罰的な事例にかぎられ、明らかに中絶を必要とする者にだけこれが免ぜられるようになる、安易に中絶をする風潮もしたがって減退することになる。

これがロクシンの見解である。しかし、少数提案に定められている適応カタログのどの一つにもあてはまらないということがはじめからわかっている妊婦が、鑑別所はもとより相談所をも敬遠するであろうことが五十歩百歩だとい

うのはやや誇張した推測ではあるまいか。このような場合、みすみす中絶の希望が認可されないと知りつつ鑑別所を訪問する婦人はいないと思われるのに対して、たとえ中絶しないようにという助言をもらったとしてもなお中絶することのできる相談所へなら行ってみる婦人の方がかなり多いと予想される。もちろん、相談所でも、中絶の希望を断念するよう種々の助言がなされようから、そこを訪問することは気の重いことに感じられはするであろう。しかし、たとえ相談所と意見が合わなくとも、これを訪問した以上、合法的に医者による中絶をうけることができるというものは、なんとしても妊婦たちにとって魅力である。こうして、率直に言って、鑑別所は敬遠され、これに比して相談所にはなお妊婦たちが寄りつく機会を開くものであるとすることができらるであろう。<sup>(2)</sup>

(1) Roxin, a. a. O. S. 191ff.

(2) Baumann, a. a. O. S. 23. 特<sup>27</sup> Rolinski, Zur Situation der unerwünschten Schwangerschaft-Versuch einer psychologischen Analyse, in Baumann, a. a. O. S. 258-9. <sup>同頁</sup>の見解である。

四 ところが、ロクシンは、相談所を介してする中絶のできるかぎりの防止という多数の提案は、原理的にも間違っているし、また機能的にも所期の効果をあげえないものと批判している。

まず、多数提案によれば、妊娠二〜三月においては、その理由をかえりみることなく、結局、中絶が許されることになるが、これは実質上中絶の一般的免除を意味することになる。というのは、中絶は、その身体の安全を考えて、ほとんどのものが妊娠三カ月内に行なわれるからである。しかし、これは、およそ生成中の生命を可能なかぎり保護しようとするところにあった出発的命題に矛盾することである。<sup>(1)</sup> しかも、国家は、中絶を断念するように勧告したのだが、ききいれてもらえなかったのだといって、「無責のままにその手を洗うことができる」<sup>(2)</sup>。つぎに、相談所が果

すであろう實際的機能にも疑問がある。たとえば、中絶を固く決意し、いくら翻意をすすめられてもいらぬお世話も御免だと内心深く決するところのある妊婦が相談所を訪問したとすれば、予想される相談員のとる態度は以下の二者択一のほかにでないであろう。まず、第一は、とやかくいわないで様式どおり中絶の許容を告知するというのである。これでは、相談所の訪問は大手をふって中絶しうるための単なる手続になってしまう。第二は、まあそんなにいわずに私の話もきいてくれというわけで、もし中絶すればこれからの貴女の生涯にそれが大きな心の重荷になると訴え、彼女の良心に呵責を強いるといったやり方である。これもあまり感心したことではない。それが嵩じると、婦人たちが相談所を迂回して、にせ、医者のもとへと直行することにもなるであろう。<sup>(3)</sup> 第三に、多数提案は社会心理的にも不都合な結果を生むものと予想される。まず、誰にもまして負担がかかるにもかかわらず子を生もうとする妊婦は、周囲の者から馬鹿者だと思われ、たとえ苦勞を訴えても、ひきうけなくともすむ重荷をみずから背負いこんだのだからとして援助を期待できぬといった風潮を順致しよう。これは、特に未婚の母にとって切実なことである。したがって、彼女らは大抵子を生まなくなるであろうし(天才的な、またあらゆる領域で重要な役割を果たした歴史的人物の多くが私生児であったことを想えば、これは国民全体にとって大きな損害だ)、もし生もうとするならば、周囲の人たちはなほだしい無理解を覚悟しなければならぬであろう。それだけではない。多数提案による中絶の一般的免除は、女性を本質的な点で男性に従属させることにもなる。中絶の促進役にまわるのは、どちらかといえば男性の方である。あまり高尚でもない動機、たとえば完全に支払い能力ある自分の財布を惜しもうとする未婚・既婚の父親も、しばしば中絶をすすめるものである。もし、中絶の原則的禁止が法のたてまへとされているなら、そんなときにも女性はこのことをひきあいによさることによって夫や情夫に対抗することができよう。しかし、多数提案のように、實質上、

中絶が一般的に免除されることになっていると、彼女らは支払いを欲しない男どもの圧力にさらされることになる。もし彼女らがこんな無理な要求に抵抗するならば、それで彼らの愛は破局を迎えることになるし、もしこの圧力に屈するならば、もともと生みたいと思っていた子を闇から闇へ葬ったという良心の呵責が末永く彼女らを苦しめるであろう。どちらにしたところで、彼女らの不幸は眼にみえている。<sup>(4)</sup>

右の批判のうち、多数提案は実質上中絶の一般的免除を意味するものだとする指摘は、率直にこれを認めざるをえないであろう。ただ、こうした一般的免除の内部でできるだけ中絶防止の効果をあげようとする努力を、それ自体矛盾するものだときめつけてしまうのは、少くともいいすぎであろう。もっとも、その効果も相対的に減退するということは正直に認めねばならないと思う。問題は、このようなやり方でなお相対的な効果をねらう方が鑑別所を介してする防止よりもまだしもましな効果をあげることができるかどうかという点にある。まず、相談所はどんな効果をあげることができるのか。これをパウマンの説くところに沿いつつ、しばらく考察することにしよう。

相談所は医者・心理学者・牧師・法律家などが構成メンバーとなつて、事例に応じて各種の助言・勧告および援助をする。たとえば、年とつてからの妊娠・分娩は母体にとつてあまりよくないことだということを世間は案外知らないものだが、これを告げられるだけで中絶を思いとどまる婦人もかなりの多数にのぼるものと期待される。さらに、とかく病弱な婦人の場合、診断のうえ、今なら大丈夫、妊娠・分娩できるときいて中絶を断念する者も多いものと思われる（医者）。子を生むことの不利にばかり心を奪われて短絡的に中絶を決意した婦人も、中絶の後遺症として、しばしば婦人を悩ませる心理的負担についての学問的な調査と説明をきくことによって、考え直すかもしれない（心理学者）。また、牧師も、中絶の道義的および宗教的意義を説き、翻意させることにある程度成功するであろう。相

談所内での法律家の役割も重要である。多くの妊婦は、はらまれている子、特に私生児の法的地位については案外に無知である。彼女らが助言をうけるのは精々のところその女友達、特に子が生れることによって特別の利益をうけないばかりか、財産的負担をもひきうけることになる、はらませた男といったぐあいである。この者はしばしば中絶せよと勧告する。しかし、もし相談所で、相手の男や雇い主に対する妊婦の法的地位についての説明がなされたならば(母性保護法等)、かなり多くの中絶がなくなるものと期待される(これは、ロクシンの最後の批判にも部分的には答えるものである——筆者)。さらに、ソーシャルワーカーや福祉士、自由福祉団(Freie Wohlfahrtsverbände)との連繋のもとに、妊婦をとりまく各種の社会問題が解決されるということがもっとも重要である。ここでは、妊婦の雇い主や相手である男性に説いて助力させるだけではなく、実際に効力のある社会的援助が行なわれる。経済的保護および社会的問題(たとえば、後になってからの採用の約束等)が解決されるなら、またもや多くの中絶が断念されることになる。このようにして、われわれは、妊婦を独りぼっちで悩ませることなく、相談と社会的援助によって生中の生命を保護することができる。<sup>(13)</sup>

ロクシンの第二の批判に対して、バウマンは以下のように答えている。相談所は妊婦に対する圧力が行使される恐怖・驚愕の部屋たらしめられるべきではない。もしそうであれば、それは人間を自由にせず、子をうけいれ、うけあう自由な決定をひきだせない。<sup>(14)</sup>ここで、すこし私見をさしはさむと、相談員はおしつけがましい勧告をすることをタブーとこころえ、正確な情報を伝達することを主旨として、あくまで婦人自身による自由な決定を保障すべきである。これをまたるっこい、迂遠なやり方だと感じる者は、制度の本旨を台なしにしてしまうであろう。そこで、再びバウマンに還ると、彼は、他面、相談所は単に認可のスタンプを捺すだけの施設へと低下させられるべきではない

としてゐる。<sup>(7)</sup>つまり、ここでも、最小限度の正確な情報を与えて自己の決定の資料たらしめるべきだということである。幸いにも、妊婦の方から相談をもちかけてくれば、誠意をもって、有効な施策と援助を惜しむべきではなからう。ここで、もう一度、パウマンに還ろう。一番厄介なのは、中絶を固く決意した婦人たちである。彼女らは、どの相談所をも官僚的にことを運ぶ官庁と考え、始めから翻意する気などもちあわせていないものとされている。これを克服することはたしかに困難である。しかし、これに対しては、基本的には生成中の生命の尊重についての啓蒙活動をするのだが、もっと日常的な手法としては、たとえば、「この子のためによき代理人を求む」とか、「有利な養子縁組を求む」とか、あるいは「他のある都市での仕事と住居を求む」といった札を戸口にかけるといふような風習を順致できないものであろうかとしている。<sup>(8)</sup>私見では、この種のことなら、もともと、相談所のあつせんによつて可能である。だから、ここでは多くを望んではならない。もし多くを望めば、それほど固く中絶を決意してもいない婦人たちに対して予定されている相談所の機能にもよくない影響を及ぼすことになりかねない。ここでは、一人でも、二人でも、もし翻意する婦人ができればもうけものだといった覚悟で作業すべきであろう。それでも、全体としての相談所の機能は、なおかなりな程度に發揮されているものといえるのではなからうか。こうして、パウマンがいうように、固く中絶を決意した婦人も恐るるに足らず、中絶への誘惑に対抗する刺戟を与えるとき、固い決意も遂によろめ<sup>(9)</sup>くまではいえぬにしても、相談所に期待することを単に幻想を懐くものであることも妥当ではない。<sup>(10)</sup>

- (1) Roxin, a. a. O. S. 185.
- (2) Roxin, a. a. O. S. 189.
- (3) Roxin, a. a. O. S. 185.
- (4) Roxin, a. a. O. S. 189-190.

- (5) Baumann, a. a. O. S. 24-5.
- (6) Baumann, Eine Auseinandersetzung mit unseren Gegnern, in Baumann, a. a. O. S. 323.
- (7) Baumann, Auseinandersetzung, S. 323.
- (8) Baumann, Auseinandersetzung, S. 323-4.
- (9) Baumann, Auseinandersetzung, S. 324.
- (10) Grünwald, a. a. O. S. 205-6.

五 それでは、鑑別所の方が相談所を介するより一層効果をあげることができであろうか。しばしば指摘されているように、少数提案による適応カテゴリーの拡大は、なるほど現状に対する一歩前進ではあるが、しかしもとよりこれは今日行なわれている非合法中絶の全部をおおうものではない。中絶しようと思つている女子学生や女子生徒は、本当に社会的困窮に当面しているものとはいえない。既婚婦人の大部分も同じである。事実、高額の料金を払つて闇の中絶をする医者のもとに走り、中絶を一般に許している外国に比べてその病院で安全に中絶する婦人たちには、いかなる意味でも所定の拡大された適応カテゴリーにあてはまらない。ここでは単なる煩瑣と、よくて家族計画が問題になっているにすぎない。<sup>(1)</sup>あるいは、今の生活スタンダードが維持しがたくなるとか、出産したら学校や職業を中断せねばならないといった類の悩み、保育所が乏しいとか部屋が狭いといった問題がとりあげられている場合も多い。<sup>(2)</sup>これらもまた拡大された適応カテゴリーにあてはまらない。そうすると、前に述べたように、みすみす中絶の希望が容れられないことを知りながら、わざわざ鑑別所を訪問する婦人もなからうから、せつかくそこで用意されている実効ある援助もこれを施さず余地がない結果となる。これにくらべると、まだしも相談所を訪問する機会がより大きく開かれており、そこで援助をうけることによって中絶を翻意する事例もしたがってまた増大するという勘定にならう。

これと関連して、多数提案が実施されれば、外国の経験によれば非合法中絶はむしろ増加するという批判を検討してみよう。ここでもバウマンはつぎのようにこれに酬<sup>③</sup>いている。

彼によれば、この主張は、最近のイングランド、以前ではスカンジナビア諸国やバルカン諸国において、非合法中絶数が相も変らぬどころか、なお増加しているという事実をふまえて行なわれている。しかし、数理統計学の原則を顧慮しないで統計数字だけ示すのでは話にならない。すなわち、これらの数字は、個々の特別の事情をかえりみないで、入院者数がいくらあったかということからえられている。つまり、非合法に中絶して失敗したとか、これに随伴した健康毀損の後に、今度は合法的中絶が行なわれるために病院に運ばれる妊婦が計上されている。これはまず、統計的集計するにはあまりにも小さなグループを基礎とするというものである。この主張の第一の誤りは、もともとと比較不可能なことが相互に比較されているという点にある。つまり、官庁の決定に依存する適応の拡大が、これなき自由な決定が行なわれる場合と同一視され相互に比較されている。しかし、これまでわれわれに知られているところによれば、婦人は——事情によっては適応が認められぬ危険を覚悟で、またその後も監視される危険または少くとも臆測上の危険を覚悟で——鑑別所を訪問する骨折りと、そこでの官僚的手続に精神的負担をうけるよりも、墮胎医者への途を好んで歩むものである。したがって、この数字は、むしろ一切の官僚的手続というものが避けられねばならぬとするための証拠にさえなっていよう。つぎに、これらの非合法中絶の数は、「非特権層」に層する人々によって占められているということが注意されていない。これは、最初ににせ、医者の手にかかるとか、針と石鹼水の注入を試みたところ、出血が生じ、生命の危険が生じたので、あわてて最寄りの病院にかけつけたといった事例が大多数である。これらの婦人が先の数字に計上されている。しかし、これはたとい社会的適応ありとされる場合であっても、



いわゆる「社会的適応」の一つである。これは、婦人科医や精神科医を構成メンバーとする鑑別所の真によくならしうるところであろうか。パウマンは、「医学的適応」すら純事実的認定をこえるものがあるとしている。ここでは、単に肉体的健康だけでなく、精神的健康および社会的健康すらとりあげられているのが諸国の実情である。こうして、鑑別所は、その手にあまる、妊婦の社会的および経済的關係といった問題についてまで裁定を下さねばならぬことになる。<sup>(1)</sup> そうすると、当然、この裁定に対する不服が予想され、行政救済の途を講じる必要がでてくる。しかし、これにはかなりの期間が予想されるが、その間もつねに胎児は生長する。理論的には、連邦行政裁判所にいたるまでの三審級の手続が可能であるが、最終段階で先の裁定が破棄されたとしても、すでに生れた子は何歳になっていることであろう。これは笑い話ではすまされない問題である。もっとも、少数提案の理由書がいうように、もっと短期間で審理を了える特別の行政裁判所を設立する途も考えられないこともない。しかし、この複雑で錯綜した問題を短期間に何人をも納得させるようなしかたで決定することはおそらくは容易でなからう。それは単に口先での解決を示すだけであって、実際には満足に機能しない特別の行政裁判所構想であるにすぎない。この点では、ロクシンが、墮胎が原則的に禁止されているとすれば、墮胎する権利の請求といったものも認める必要なく、これを裁判上の問題とすることなしにこの禁止の例外を考える途が許されるべきだとしているのもよく似たものであろう。<sup>(2)</sup> 一切の不服申立てを認めないとすれば、ますます婦人は鑑別所を敬遠することになるし、裁判所以外の不服申請機関も短期に、かつ一切の疑念もなく解決しうるなど到底予想しえない。こうして、この点でも鑑別所方式に対しては疑念を禁じえない。

(1) Baumann, Auseinandersetzung, S. 315-6.

(2) Roxin, a. a. O. S. 192.

四

以上によって、われわれは、中絶についての法的規制をめぐるもつともすぐれた見解の一つである西ドイツの代案内部にひそむ二つの立場を検討し、さしあたって私はその多数提案の方策により優れたものがあるとする帰結に達した。しかし、この問題は、冒頭にも述べたように、単に法律家の関心につきるものではなく、他の各種の専門分野からはもとより、広く個々の市民にも一言言あって然るべき広くかつ深刻な問題である。他の人々からする忌憚のない批判を待望する次第である。ただ、両提案に共通することとして、生成中の生命をできるだけ保護するため、相談機関による助言と援助が前提的に予定されているということは、わが国の実情をかえりみて特筆するに値いすることである。周知のように、わが国では、刑法的には原則的・無条件的な堕胎禁止をかかげ、裏面では、優生保護法の広汎にわたる除外事由とそのきわめて弾力的な適用を許している。どちらにしても、国家は財政的にほとんど負担なく中絶問題を処理している。ところが、さきごろ、政府与党から右の優生保護法の除外事由をすこしひきしめる方向での改正提案がなされた。提案の理由は、生成中の生命をもっと手厚く保護しようとするところにあるようである。しかし、そのさいにも国家はほとんど財政的負担をしなくてすむようになっていく。ただ、これまでより除外事由がきびしくなるから、それだけ非合法堕胎、つまり罰せられる中絶が増加するだけである。このように、金のかかる援助をすることなしに、単に刑法の適用強化だけであることをすまそうとする安あがりの態度こそ、自らは責任の圏外に立ってその両手を洗おうとするものだとはいえるであろう。ロクシンのこの言葉は、あたかもわが国のために述べられたものと思うのも、おそらくは私一人ではあるまい。