

《研究ノート》

## 日本における妊娠中絶に関する 刑事規制の現状と課題

—ドイツ刑法 219 条 a の比較法的理解のための前提として—

岡 部 雅 人

目 次

I 問題の所在

II 日本の刑法における墮胎に関する規定

III 日本における妊娠中絶の宣伝行為の処罰の可能性

IV 結びにかえて

### I 問題の所在

ドイツ刑法219条 a 第 1 項は、下記のとおり、妊娠中絶の宣伝行為がなされた場合に、それを刑法典の独立した規定によって処罰の対象としている<sup>(1)</sup>。

ドイツ刑法219条 a 第 1 項

公然と、集会で、又は文書(第11条第3項)の頒布により、自己の財産的利益のために、又は、著しく不快な態様で、

1 妊娠中絶を実行し若しくは促進する自己若しくは他の者の労力、

又は、

2 その適性を示しつつ、妊娠の中絶に適した薬剤、器具、処理方法を提供し、広告し、推奨し、又は、その内容の説明を知らせた者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

これに対して、日本には、このような妊娠中絶の宣伝行為に対する直接的な刑事規制は存在しない。かりに、同様の行為が日本で行われた場合に、日本の現行刑法の下では、どのような対応が考えられるであろうか。本稿は、同様の行為が日本で行われた場合に考えられる、現行刑法の適用可能性と、その際の課題についての整序を試みることによって、もし、ドイツにおける刑事規制を参考にして、日本において同様の新たな立法を試みようとした場合に、どのような問題について考慮することが必要となるかについて、問題提起を行うものである<sup>(2)</sup>。なお、本稿は、あくまでも比較法的検討のための準備作業にとどまるものであって、具体的な比較法的検討にまで踏み込むものではないということを、ここで予めお断りしておきたい。

## II 日本の刑法における墮胎に関する規定

### 1 刑法典の規定

日本の刑法典における墮胎に関する規定は、下記の通りである<sup>(3)</sup>。

#### 第29章 墮胎の罪

(墮胎)

第212条 妊娠中の女子が薬物を用い、又はその他の方法により、墮胎したときは、1年以下の懲役に処する。

(同意墮胎及び同致死傷)

第213条 女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させた者は、2年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させた者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

(業務上墮胎及び同致死傷)

第214条 医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者が女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させたときは、3月以上5年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させたときは、6月以上7年以下の懲役に処する。

(不同意墮胎)

第215条 女子の囑託を受けないで、又はその承諾を得ないで墮胎させた者は、6月以上7年以下の懲役に処する。

2 前項の罪の未遂は、罰する。

(不同意墮胎致死傷)

第216条 前条の罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。

このように、日本の刑法典が直接処罰の対象として規定しているのは、妊婦の行う自己墮胎(212条)、第三者が妊婦の囑託または承諾に基づいて行う同意墮胎ならびに同致死傷(213条)、医師等の業務者が妊婦の囑託または承諾に基づいて行う業務上墮胎ならびに同致死傷(214条)、第三者が妊婦の囑託または承諾に基づかずに行う不同意墮胎(215条1項、同2項により未遂も処罰の対象となる)ならびに同致死傷(216条)についてのみであって、ドイツ刑法のように、妊娠中絶の宣伝行為を処罰する規定は存在しない。宣伝行為と関連しうる犯罪類型を、この中から強いて挙げようとするならば、214条の業務上墮胎罪ということになるであろうが、ここには宣伝行為に対する規制までは含まれていない。

なお、日本において、墮胎罪という「墮胎」として問題となるのは、母体保護法14条1項において許容されている「人工妊娠中絶」にはあたらないものについてのみである<sup>(4)</sup>。「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、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出すること」をいい、ここにいう「胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期」とは、平成2年の厚生事務次官通知により、受胎後満22週未満とされている<sup>(5)</sup>。このように、母体保護法の規定は、墮胎罪に関する特殊な違法性阻却事由と位置づけられており、これによって墮胎罪は事実上非犯罪化されている、との評価もなされている<sup>(6)</sup>。

## 2 母体保護法における罰則規定

母体保護法も、人工妊娠中絶に関して罰則規定を置いている。母体保護法における罰則規定は、下記のとおりである。

(第15条第1項違反)

第29条 第15条第1項の規定に違反した者は50万円以下の罰金に処する。

→(医師の認定による人工妊娠中絶)

第15条第1項 女子に対して厚生労働大臣が指定する避妊用の器具を使用する受胎調節の実地指導は、医師のほかは、都道府県知事の指定を受けた者でなければ業として行ってはならない。ただし、子宮腔内に避妊用の器具を挿入する行為は、医師でなければ業として行ってはならない。

(第25条違反)

第32条 第25条の規定に違反して、届出をせず又は虚偽の届出をした者は、これを10万円以下の罰金に処する。

→(届出)

第25条 医師又は指定医師は、第3条第1項、又は第14条第1項の規定によって不妊手術又は人工妊娠中絶を行った場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月10日までに、理由を記して、都道府県知事に届け出なければならない。

→(医師の認定による不妊手術)

第3条第1項 医師は、次の各号の一に該当する者に対して、本人の同意及び配偶者(届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む。以下同じ。)があるときはその同意を得て、不妊手術を行うことができる。ただし、未成年については、この限りではない。

- 一 妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼすおそれのあるもの
- 二 現に数人の子を有し、かつ、分娩ごとに母体の健康度を著しく低下するおそれのあるもの

(医師の認定による人工妊娠中絶)

第14条 都道府県の区域を単位として設立された社団法人たる医師会の指定する医師(以下「指定医師」という。)は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。

- 一 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しく害するおそれのあるもの
- 二 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

(第27条違反)

第33条 第27条の規定に違反して、故なく、人の秘密を漏らした者は、これを6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

→(秘密の保持)

第27条 不妊手術又は人工妊娠中絶の施行の事務に従事した者は、職務上知り得た人の秘密を、漏らしてはならない。その職を退いた後においても同様とする。

(第28条違反)

第34条 第28条の規定に違反した者は、これを1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。そのために、人を死に至らしめたときは、3年以下の懲役に処する。

→(禁止)

第28条 何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行ってはならない。

このように、母体保護法が罰則規定を置いているのは、医師の認定によらない人工妊娠中絶(29条)、届出義務違反(32条)、秘密漏示(33条)、生殖を不能にすることを目的とする手術またはレントゲン照射の禁止違反および同致死(34条)についてのみである。ここでも、人工妊娠中絶の宣伝行為までは、規制の対象として含まれていない。

では、もし日本で墮胎ないし人工妊娠中絶の宣伝行為を処罰の対象としようとするならば、どのような構成を考えることができるであろうか。以下では、この問題について検討する。

### Ⅲ 日本における妊娠中絶の宣伝行為の処罰の可能性

#### 1 共犯の実行従属性

もし日本で墮胎ないし人工妊娠中絶の宣伝行為を処罰の対象としようとするならば、罪刑法定主義の観点から、刑法典の規定する各種墮胎罪ないしは母体保護法の規定する違法な人工妊娠中絶に関して、刑法総則における共犯規定を用いるほかないでなろう。具体的には、上掲の各犯罪についての教唆犯(61条)ないしは幫助犯(62条)の成否が問題となりうると考えられる<sup>(7)</sup>。

もっとも、教唆犯にしても、幫助犯にしても、その成立が認められるためには、「共犯の実行従属性」が問題となる<sup>(8)</sup>。

この点、かつては、共犯が成立するためには教唆行為・幫助行為があれば足り、被教唆者・被幫助者が犯罪を実行したか否かを問わないとする共犯独立性説も主張されていた。しかし、現在では、共犯が成立するためには正犯者が少なくとも基本的構成要件に該当する行為を行ったことを要するとする共犯従属性説が一般的となっている<sup>(9)</sup>。

それゆえ、日本の現行刑法のもとで、妊娠中絶の宣伝行為を、業務上墮胎罪の教唆犯ないしは幫助犯として捕捉しようとするならば、前提として、医師等による業務上墮胎行為が現に行われたことが必要となる。妊娠中絶の宣伝行為が行われただけでは、これらの罪の成否が問題となることは、およそありえないというべきであろう。

#### 2 宣伝行為の共犯処罰可能性

では、医師等による業務上墮胎行為が現に行われていたならば、それに先立って行われた妊娠中絶の宣伝行為を、同罪の教唆犯ないしは幫助犯として処罰することは、現実的に可能であろうか。

### (1) 教唆犯の成立可能性

まず、教唆犯の成否について検討してみよう。教唆犯が成立するためには、(i) 人を教唆すること、(ii) 被教唆者が犯罪を実行すること、を要する<sup>(10)</sup>。

「教唆」とは、他人をそそのかして犯罪を実行する決意を生じさせることをいう<sup>(11)</sup>。(i)にいう「人」とは、犯罪を実行する者のことを指す。すなわち、業務上墮胎罪の場合であれば、墮胎を行う医師等がここでいう「人」にあたることになる。そうだとすると、宣伝によって墮胎へと駆り立てられるのは、通常、医師ではなく妊婦であると考えられることから、妊娠中絶の宣伝行為が、医師に対する業務上墮胎罪の教唆犯となるとは考えられないというべきであろう。

では、宣伝によって墮胎へと駆り立てられた妊婦が、医師をして妊娠中絶を行わせしめたと考えたならばどうだろうか。これを、宣伝行為によって妊婦に自己墮胎を教唆し、妊婦が医師をして妊娠中絶を行わせしめたとみれば、医師に妊娠中絶を行わせしめた妊婦に、自己墮胎罪の「その他の方法」による同罪の正犯が成立すると考えられる<sup>(12)</sup>。このことから、宣伝行為者には同罪の教唆犯が成立すると考える余地が認められるようにも思われる。判例も、「教唆犯の成立には、ただ漠然と特定しない犯罪を惹起せしめるに過ぎないような行為だけでは足りないけれども、いやしくも一定の犯罪を実行する決意を相手方に生ぜしめるものであれば足りるものであって、これを生ぜしめる手段、方法が指示たると指揮たると、命令たると囑託たると、誘導たると慫慂たるとその他の方法たるとを問うものではない」としているからである<sup>(13)</sup>。しかし、被教唆者は特定した者でなければならず<sup>(14)</sup>、不特定者に対する場合には、せん動と認められるべきである<sup>(15)</sup>、と一般的に解されていることからすると、特定の相手を被教唆者として、その者に墮胎を行わせしめるものではない宣伝行為について、教唆犯の成立を認めることはできないといわざるをえないであろう。



よって、宣伝行為を教唆犯と構成して処罰の対象とすることは、日本においては不可能であるということになる。

## (2) 幫助犯の成立可能性

次に、幫助犯の成否についても検討してみよう。幫助犯が成立するためには、(i) 幫助者が正犯を幫助すること、(ii) 正犯が犯罪の実行行為を行うこと、を要する<sup>(16)</sup>。

「幫助」とは、すでに犯罪の実行を決意している者に対して、助言や激励などによってその決意を強固にすることをいい<sup>(17)</sup>、この点が、前述の「教唆」が、いまだ犯罪の実行を決意していない者に対して、誘導などの行為によって新たに犯罪の決意を生じさせることをいうのと異なる点である<sup>(18)</sup>。幫助行為の態様としては、物理的幫助と心理的幫助があり、後者の心理的幫助はさらに、知的心理に影響を与える技術的助言と意欲的心理に影響を与える狭義の心理的幫助とに分かれる<sup>(19)</sup>。また、不作為による幫助も認められ、片面的幫助も認められる<sup>(20)</sup>。幫助行為は、正犯の実行行為に先行して行われる予備的従犯、正犯の実行行為に随伴して行われる随伴的従犯とに分かれるが、正犯の実行行為が終了した後にこれを幫助することはありえないから、事後従犯は従犯ではないとされている<sup>(21)</sup>。

以上のことからすると、たとえば、墮胎を決意した妊婦が、妊娠中絶の宣伝を見ることによってその決意を強固にし、医師をして妊娠中絶を行わせしめた、ということがあれば、この妊婦の決意を強固にした宣伝を、自己墮胎罪の心理的幫助と考えることも不可能ではなさそうである<sup>(22)</sup>。しかし、理論上は、心理的幫助、片面的幫助も認められるとはいえ、その前提として、教唆犯と同様、幫助犯についても、被幫助者は特定した者でなければならない、不特定者に対する場合には、せん動と認められるべきであるから<sup>(23)</sup>、特定の相手を被幫助者とするものではない宣伝行為について、幫助犯の成立を認めることはできないといわざるをえない

であろう。

よって、宣伝行為を幫助犯と構成して処罰の対象とすることもまた、日本においては不可能であるということになる。

#### IV 結びにかえて

以上のことから、日本の現行法に基づいて妊娠中絶の宣伝行為を処罰することは困難であり、もしこれを日本でも処罰の対象としようとするならば、新たな立法によらざるをえないといえよう。

もっとも、宣伝行為の規制が現実的に問題となるとすれば、それは、違法な墮胎や、違法な人工妊娠中絶についてのそれ以上に、むしろ、母体保護法の認めるところの、適法な人工妊娠中絶についてのその要否と当否についてであろう。そうだとすれば、そもそも適法な行為を宣伝することの何が刑法上問題となるのであろうか。侵害原理の観点からは<sup>(24)</sup>、法益侵害もその危険もないところに、「人工妊娠中絶の宣伝をしてはならない」という規範に違反したことだけを根拠として、刑法上の違法性を基礎づけ、それを犯罪行為として処罰することが妥当であるとは思われない。このことの違法性を基礎づけるためには、それによって侵害ないしは少なくとも危殆化される法益の存在が確認されなければならないであろう<sup>(25)</sup>。

この問題を検討するための具体的な方法論としては、冒頭で触れたドイツ刑法219条a第1項をめぐるドイツにおける議論が参考となるものと思われる。もちろん、ドイツではこのような刑事規制がなされている、ということが、直ちに日本における同様の立法の必要性を基礎づけるものではないが、そもそも、その前提となる墮胎罪の規定が保護しようとしているものは何なのか、ということを変更して再考するための端緒としても、ドイツにおける当該議論は、大いに参照に値するといえよう。

- (1) 同条文の訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007、法曹会)の訳によった。なお、同罪の成否が問題となったケースとして、たとえば、医師が妊娠中絶に関する情報をインターネット上に蔵置した行為が問題となった、AG Gießen NStZ 2018, 416 などがある。同判決を紹介する邦語文献として、山本紘之「判批」比較法雑誌53巻1号(2019)183頁以下、深町晋也「家族と刑法・ドイツ番外編① 妊婦が妊娠中絶に関する情報に接するとき」書齋の窓666号(2019)24頁以下。
- (2) 本稿は、2020年8月22日に行われた、「いほうの会」の初めてのオンライン研究会において、山本紘之教授(大東文化大学)の報告「妊娠中絶をめぐる近時のドイツの議論について—特に宣伝の可罰性」の前に、比較法的議論の端緒を開くための「予備的従犯」として行った報告の原稿に、若干の加筆・修正を行ったものである。
- (3) 墮胎罪について、古くは、小泉英一『墮胎罪の研究[再版]』(1965、敬文堂)、中義勝「墮胎罪の歴史と現実および比較法」関西大学法学論集24巻1=2号(1974)185頁以下など。近時のものとして、辰井聡子「生命倫理と墮胎罪・母体保護法の問題点——人工妊娠中絶をめぐる——」現代刑事法4巻10号(2002)40頁以下、谷脇真渡「墮胎罪についての若干の考察」桐蔭法学20巻2号(2014)1頁以下、加藤正明「墮胎罪の保護法益について」神奈川大学法学部50周年記念論文集刊行委員会編『神奈川大学法学部50周年記念論文集』(2016)495頁以下、小林憲太郎「刑法判例と実務——第52回 墮胎罪の周辺——」判例時報2433号(2020)155頁以下など。
- (4) ドイツ刑法は、218条で妊娠中絶を原則として犯罪としているが、218条aで妊娠中絶が不処罰となる場合についても規定している。なお、邦語でそのおおまかな内容を確認できるものとして、エリック・ヒルゲンドルフ(高橋直哉訳)『医事刑法入門』(2019、中央大学出版部)101頁以下(その原典の改訂版として、Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2019, S. 61 ff.)。
- (5) 厚生労働省ウェブサイト参照 <[https://www.mhlw.go.jp/web/t\\_doc?dataId=00ta9691&dataType=1&pageNo=1](https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta9691&dataType=1&pageNo=1)>(最終アクセス:2020年10月30日)
- (6) 高橋則夫『刑法各論[第3版]』(2018、成文堂)22頁。
- (7) なお、その関与の仕方によっては、共謀共同正犯(60条、最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁[練馬事件]参照)とする構成も考えるかもしれない

ないが、共謀共同正犯の成立要件として、「共謀者の正犯意思」が必要とされるため(高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(2018、成文堂)468-469頁参照)、宣伝行為をしたにとどまる者にその成立を認めることは、通常は困難であろう。

- (8) 「共犯の実行従属性(Akzessorietät)」という考え方は、ドイツ刑法においても同様に採用されているところのものである。Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, S. 314 ff; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, S. 429 ff, u.a. 邦語でそのことを確認できるものとして、たとえば、イエシュック = ヴァイгент (西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論〔第5版〕』(1999、成文堂)506頁、514頁(原典として、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 646, 655.)。
- (9) 高橋・前掲注(7)448頁参照。
- (10) 高橋・前掲注(7)491頁。
- (11) 高橋・前掲注(7)491頁。
- (12) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(1990、創文社)449頁、大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(2005、有斐閣)54頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』69頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』(2015、有斐閣)37頁、高橋・前掲注(6)23頁など。これに対して、65条2項により本罪の共犯となると解すべきとするものとして、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(2018、弘文堂)21頁。
- (13) 最判昭和26・12・6刑集5巻13号2485頁。
- (14) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(2008、有斐閣)314頁。
- (15) 大塚・前掲注(14)315頁注5。なお、「せん動」とは、「特定の行為を実行させる目的をもつて、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること」をいい(破壊活動防止法4条2項参照)、教唆や(精神的)幫助は特定の者に対してなされるが、せん動は対象者の特定を要しない、とされている(高橋和之ほか編『法律学小辞典〔第5版〕』(2016、有斐閣)794頁参照)。
- (16) 高橋・前掲注(7)495頁。
- (17) 大判大正6・5・25刑録23輯519頁。
- (18) 高橋・前掲注(7)494頁。

- (19) 高橋・前掲注(7)495頁。
- (20) 高橋・前掲注(7)495頁。
- (21) 高橋・前掲注(7)495頁。
- (22) なお、これは、技術的助言とも、狭義の心理的幫助とも捉えることが可能であろう。
- (23) 前掲注(15)参照。
- (24) ミル(齊藤悦則訳)『自由論』(2012、光文社古典新訳文庫)29-30頁参照。
- (25) もし、将来的に安楽死の合法化がなされ、その宣伝行為を規制しようとする場合などにも、これと同様の問題が生じうるものと考えられる。