

妊娠中絶と最近の各国立法

小 泉 英 一

目 次

- 1 はじめに
- 2 優生保護法改正案とその理由
- 3 改正案と経済的理由
- 4 イギリスの妊娠中絶法
- 5 アメリカの妊娠中絶法
- 6 西ドイツ連邦刑法の改正
 - (1) ドイツ刑法
 - (2) 1933年7月の優生保護法
 - (3) 1969年6月の改正
 - (4) レーゲンスブルグの論争
- 7 ハンガリーその他
- 8 堕胎罪の法益論争
- 9 1974年の西ドイツ刑法の改正
- 10 ドイツ連邦憲法裁判所の判決
- 11 フランスの妊娠中絶法
- 12 イタリアの妊娠中絶法
- 13 むすび

1 はじめに

昭和23年7月13日（1948年）わが国は優生保護法を制定した。本法の主要なる部分はいうまでもなく刑法堕胎罪の違法阻却事由を骨子とする特別法である。元来、堕胎罪は中世教会法（*Kanonisches Recht*）をうけ、各国刑法は厳格なる処罰規定を持った。わが国は古来これを処罰する法意識はなかったが旧刑法以来この西欧思想に追従した。しかし堕胎罪は法律文化の進展とと

もに罰すべからざる幾多の事由あることを発見せられた、即ち、医学的適応事由、優生学的適応事由、社会的適応事由、経済的適応事由等正当な事由ある場合は人工妊娠中絶は許さるべきであることである。私は昭和2年以降、数次、この事を主張したが折柄戦雲に蔽われ産めよふやせよの時流に際会したこともあって、その主張は容れられず、終戦後ようやく特別法として制定せられたのであった。⁽¹⁾これが歴史的理論的考案については既に一応論じたのであった。⁽²⁾⁽³⁾

わが優生保護法の施行は各国の立法に比較するに立法的には早い方であった。西欧殊にドイツ、フランス等は刑法からすれば先進国であるが墮胎罪の改正についてはわが国より20余年後ようやく最近に至って改正法の成立を見た。しかし、これに対する反論は絶えず、憲法違反としてまた政治問題化するものもある。

私はわが優生保護法成立以後、殊に最近に於ける二、三、西欧の立法に関する論争を考察して見ようと思う。

(1) 拙稿墮胎罪の立法基礎について、法曹会雑誌昭和2年第5巻10号乃至6号。墮胎罪の医学的適応、同上昭和8年第11巻4号、5号、10号、11号。

(2) 優生保護法は昭和23年7月13日法156号によって発布され、その後8回改正されたが、いずれも重要部分には触れていない。

(3) 拙著墮胎罪研究、昭和9年12月1日発行。

わが優生保護法は比較的違法阻却事由を広く規定したのでこれに対する反論は大してなかったのであるが、施行後、手続的の改正は数回あったにしても、罪の成否に関する基本的な改正はなかった。しかるに約20年を経過した後これに関する改正法が国会に提出された。そこで最近西欧における墮胎罪非違法化の基本的論争を見るに先だち、まず、わが優生保護法施行後厚生省の調査による実態を参照しつつ、わが改正法を考察してみようと思う。

人工妊娠中絶件数，事由・年次別

	遺伝性疾患	らい疾患	母体の健康	暴行脅迫	不詳	計
昭和24年	2,738	711	241,047	1,608	—	246,104
25	4,361	640	481,868	2,242	—	489,111
26	3,165	349	633,766	1,070	—	638,350
27	7,081	1,328	787,232	1,304	1,248	798,193
28	4,684	803	1,060,106	1,183	1,290	1,068,066
29	2,872	693	1,137,890	548	1,056	1,143,059
30	1,492	303	1,166,946	441	961	1,170,143
31	1,960	269	1,154,687	533	1,839	1,159,288
32	1,886	216	1,119,132	305	777	1,122,316
33	1,630	315	1,124,697	358	1,231	1,128,231
34	1,197	196	1,095,769	320	1,371	1,098,853
35	1,109	191	1,059,801	310	1,845	1,063,256
36	995	225	1,031,910	284	1,915	1,035,329
37	698	85	982,296	226	2,046	985,351
38	556	93	952,142	166	2,135	955,092
39	646	99	875,808	243	1,952	878,748
40	784	131	839,651	207	2,475	843,248
41	752	135	805,075	352	2,064	808,378
42	696	96	743,954	258	2,486	747,490
43	618	95	754,002	262	2,412	757,389
44	537	93	741,774	221	1,826	744,451
45	842	146	726,350	195	4,500	732,033
46	1,021	150	735,374	307	2,822	739,674
47	863	56	726,835	507	4,392	732,653
48	755	35	695,556	600	3,586	700,532

以上統計により妊娠中絶の総数を見ると、昭和24年は246,104件に始まり漸増して同28年には1,068,066件に乘せ、同36年まで100万件以上が続き同37年985,351件となり爾後漸減して同48年には700,532件となっている。これによると昭和36年を頂点として漸減の道を辿っており、より人工妊娠中絶が全く放任されたなどとは決して言えないし、その実施が増加を辿るという憂もない。ただしこの統計というものが実数であるとは云えない。正規の届出があったもののみの統計であるから届出のないものヤミの妊娠中絶もあったことは想像される。届出なきもの、即ち統計上の暗数があることは否めない。だが、暗数が幾何あるかはわからないが、暗数を加えると3倍位はあると厚生省は推定している、⁽¹⁾ということである。といって暗数があるから増加しているということとはできない。推定上の暗数を加えて想像すればその増減は統計上の増減と比例して増減を推定することが常識である。そうだとすると人工妊娠中絶の増減は上述の統計の増減に比例して漸減をたどっているということになる。優生保護法施行後の人工妊娠中絶状況は以上の如く推移している。

(1) 昭和48年4月25日サンケイ新聞。

2 改正案とその理由

昭和47年68回国会に厚生省は「優生保護法の一部を改正する法律案」を提出した。法案及び理由書の要旨は下の如くである。

第14条第1項第5号を同項第6号とし、同項第4号中「身体的又は経済的理由により」を削り、「健康」を「精神又は身体の健康」に改め、同号を同項第5号とし、同項第3号の次に一号を加える。

- 4 その胎児が重度の精神又は身体の障害の原因となる疾病又は欠陥を有しているおそれが著しいと認められるもの
その他助言指導等行政に関するものである。

提案理由として、「最近の国民保健の実態の変化にかんがみ、人工妊娠中

絶の要件及び優生保護相談所の業務内容をこれに適合するよう改める措置を講じ、優生保護対策の適切な実施を図ることとした。改正の内容の第一点として現行法では、妊娠の継続又は分娩が身体的理由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がある場合は母体の保護のため人工妊娠中絶を行なうことを認めているが、このうち、経済的理由という要件については国民の生活水準の向上をみた今日問題があり、この際、これを取り除き、妊娠の継続又は分娩が医学的にみて母体の精神又は身体の健康を著しく害するおそれがあるものというように改めたのである。改正の第2点は、現行法では、不良な子孫の出生を防止するという見地から、妊婦又はその配偶者が精神病又は遺伝性奇型をもつ場合等には人工妊娠中絶を認めているところであるが、近年診断技術は向上し、胎児が心身に重度の障害をもって出生してくることをあらかじめ出生前に診断することが可能となったので、そのおそれが著しいと認められる場合にも、人工妊娠中絶を認めることとした、というのである。

この法案は審議未了で廃案となったが、翌昭和48年第69国会に全く同一の法案が提出された。

改正案を見るに先ち冗漫ではあるが優生保護法第14条が規定した堕胎罪の違法阻却事由を挙げて置くことが便利であろう。第14条は指定医師は下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とし、

- 1 本人又は配偶者が精神病、精神薄弱、精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇型を有しているもの

- 2 本人又は配偶者の4親等以内の血族関係にあるものが、遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇型を有しているもの

- 3 本人又は配偶者が癲疾患に罹っているもの

- 4 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

5 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

と規定している。上のうち1, 2, 4は医学的適応事由を, 2の遺伝性身体疾患, 遺伝性奇型及び3は優生学的適応事由を規定し, 5は社会的理由を規定したものである。

ところで同法施行後約20年の後厚生省はこれに対し改正法案を国会に提出した。この改正案はむしろ経済的理由を排除し, 妊娠中絶の合法化を制限して妊娠中絶の行為を減少せしめるとするにあるかの疑がある。しかし前述の通り実態上統計は漸減しているのである。

3 改正案と経済的理由

改正案の理由書によると経済的理由という要件については問題があるから削除するというのであるが, 第1, どんな問題があるのか明らかでない。国民の生活水準の向上を見たことは肯定し得るが国民全体が経済的に恵まれ何等苦悶がないとは到底いえない。これは何人も否定できない。経済的苦悩のために(例えば貧困のために)健康を害することは多くあり得ることである。かかる人々こそ妊娠を中絶して健康を回復すべきである。第2に, この条項における経済的理由という字句は元来, 独立の要件ではなく間接的要件である。即ち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あることを規定しているのであるから, 要件は母体の健康を著しく害するおそれのあることであって「分娩が身体的又は経済的理由により」とは「母体の健康を害する」間接的原由をなすことを意味するのである。経済的理由だけでは妊娠中絶の適応理由とはならないのである。「身体的又は経済的」を除き「母体の精神又は身体的」に置き代えても, 健康を著しく害するおそれあるものの字句がそのまま変更ないのであれば経済的の字句を除いたとしても何等変更にはならないのではないか。「身体的」を「精

神又は身体」の」と置き代えても無意味である。身体的のなかには精神的肉体的も含まれている。ただ経済的の字句を省いたのみである。もし経済的理由により過労などで母体の健康を害するおそれのあった場合は妊娠中絶の適応症なきものとして処罰の対象とする意味であろうか。かかる不合理な解釈は到底首肯し難い。あるいは立案者においては次のような忌憂をしていたかとも想像される。一般人、または指定医が経済的理由だけを独立の適応事由と解して中絶手術をした者があり又はかく解して手術することのあろうかと忌憂して経済的理由の字句を削除しようとしたかとも考えられる。しかし、前述の如く母体の健康を害することが要件であって、経済的理由は間接的原由に過ぎないのだから改正の要はない。もし改正するとするならば寧ろ妊婦の生活上の権利の自由として経済的事由を独立の適応理由として規定すべきだと思⁽¹⁾う。

- (1) 優生保護法成立の際の原案は経済的理由を独立の原因として規定されてあったが、修正せられて現行法の如き規定になったと記憶する。

改正の2は、その胎児が重度の精神又は身体の障害の原因となる疾病又は欠陥を有しているおそれが著しいと認められるものを適応事由あるものとして挿入することになった。

提案理由にもいう通り、現行法では不良なる子孫の出生を防止するため妊婦又はその配偶者が精神病又は遺伝性奇型をもつ場合には妊娠中絶を認めているが、改正案は胎児が精神病や遺伝でなく心気に重度の障害を持って出生して来ることが認められる場合を適応事由と認めている。これは出生前に胎児の重度の障害負担や奇型が著しいことが認められる場合は適応事由とすること後述のイギリスの妊娠中絶法にもあることで、もとより妥当であると思われる。

以上の如く改正案の第1の点は経済的理由にこだわり経済的事由が間接的にも健康に影響するものも排斥せんとするので、寧ろ妊娠中絶を制限せんとするように見える。前述の如く妊娠中絶は漸減して居る実情に鑑み更にこれ

を制限する必要はないと思う。

4 イギリスの妊娠中絶法

上の如くわが国においては妊娠中絶の適応理由中の部分的改正を論議しているのであるが、西欧においては墮胎罪の違法阻却を認めることの根本的可否について論争があり、ようやく国会通過後においても、なお、激しい論争がある。

イギリスは1968年4月27日長い宗教に基因する伝統の殻を破って、やっと所謂妊娠中絶法を施行した。ヘルマン・ピーター・ターナスビー博士は西欧諸国では始めてきわめて自由な中絶を法律化したといっている。中絶法の要点を見ると2人の医師の承認があれば、妊娠中絶してもよい。条件としてその1は妊娠の継続が、(1)妊婦の生命の危険、(2)肉体的健康に対する危険、(3)精神的健康に対する危険を伴う場合で、その2は妊娠の継続が、(1)既に生れている妊婦の子供等の生命や心身の健康に対する危険、(2)もし胎児が生れたら重大なハンディキャップを負う心身の異常を蒙るであろうという大きな危険を伴うといった場合である。妊娠の継続が上記の危険を伴うかどうかの判断は万一の場合には妊娠の実際上の環境についての調査を、第2の場合は合理的に予知可能な総合的調査をすることが必要である。いずれの場合にも、妊婦の心気健康、胎児あるいは現にいまいる子供等の危険が重視される。判断には心理学的・社会学的知識が必要である。しかし、妊娠が中絶されるときよりも妊娠に伴う危険の方がはるかに大きい伝達がないということが何よりも明確な条件でもあると、同博士はいう。

ここに妊娠中絶は広く解放せられたが、一方刑法は存立して居るので右の法律は刑法の違法阻却事由に当るのである。そこで刑法はどうなっているか。The Offences Against the Person Act (1861年)の第58条（流産の原因となる毒薬または器具の使用）次の行為をした者は重罪に処する。婦女が妊娠中自己の流産の目的で毒薬其他の有害な物質を違法に服用した行為。婦女が流産の目的を

以て器具其他の手段を違法に使用する行為。妊娠の有無にかかわらず流産の目的で毒薬其他の有害な物質を服用せしめ又は服用させようとした者。流産の目的を以て器具、其他の手段を違法に使用した者。

第59条（流産の目的を以て毒薬または器具を提供し、またはあつせんすること）は、妊娠中と否とにかかわらず、婦女の流産の目的を以て同種のものが違法に用いられることを知りながら毒薬、有毒物質または器具其他の如何なる物をも提供しまたはあつせんしようとする者は軽罪に処する、との意味を規定し、また1929年の The Infant Life (preservation) Act には1条に下記に記載されたような者、すなわち出生能力ある胎児の生命を断つ目的で故意に妊婦の分娩前胎児を死に至らしめた者は胎児殺として有罪とする、胎児を死に至らしめた行為が妊婦の生命を保護する目的だけで忠実になされたということが証明されたならば、本条の下で違反とはならない。婦女が身体上28週あるいはそれ以上であったという証拠は胎児が生れ出る能力のあったものであるという⁽¹⁾ 十分な証明になる、などのことを規定している。

なお、この妊娠中絶法の妊娠中絶は妊婦の生命、肉体的精神的の健康に対する危険の保護は医学的適応であり、生れたる子の重大なハンディキャップを負う危険というのは優生学的適応症であるが、既に生れている子の生命健康の危険は保護の範囲を拡大したもので特色があるが、この法律は優生学的・社会的適応事由を考慮していない欠点がある。また、母体の生命の危険を避けるための免責は、わが国では優生保護法制定以前より夙に大審院判例によ⁽²⁾ って緊急避難であるとの判決があった。

(1) Herman Peter Tarnesby「妊娠中絶」中義勝教授訳。紹介、関西大学法学論集22巻2号。

(2) 大審院大正7年5月18日録24輯609頁、大正10年5月7日録27輯261頁。なお、拙稿、堕胎罪と違法性阻却事由、刑事法講座4巻801頁等。拙稿、優生保護法と堕胎罪、早稲田法学26巻第2・3冊等。

5 アメリカの妊娠中絶法

アメリカでもイギリスと同じく堕胎は刑法上厳重に処罰される。しかし、理由ある妊娠中絶につき違法を阻却するとの主張は世上の声であった。1969年9月アメリカ法律研究所 American Law Institute は一つの草案を作成して提議した。即ち妊娠中絶が定評ある医師によって行われ、妊娠の持続が母体の医学的、精神的危険をもたらす虞ある場合、または胎児が重大な医学的、精神的な欠陥を持って生まれあるいは妊娠が強姦、近親相姦其他極悪犯人との性交 *felonious intercourse* の結果であるとき、但し真摯に危険を感じたことと、定評ある医師によって実行されることが条件である。また、総ての16歳以下の婦女は兇悪犯との性交の中に含まれる。妊娠中絶を認定した2人の医師は正常と信じた所以を文書によって証明しなければならない。兇悪犯との性交の理由で妊娠中絶を正当化した場合の証明書は検事または警察官に提出されなければならない。病院には報告だけで足りる。妊娠中絶の正当な証明は妊婦の要求で足り、訴訟手続や当局の要請を必要とせず、妊婦及び2人の医師の証明で足る。

この提案が州憲法に抵触するかの論議は残ったが、以下の州は多少の条件の差はあるが州法として採用した。アルカンサス、コロラド、デラウエア、カンサス、メリーランド、ニューメキシコ、およびノースカロライナである。これ等は提案と同様の基礎の上に母体の医学的、精神的に対する本質的危険と胎児が分娩後重大な医学的、精神的欠陥を持ち、強姦、近親相姦等の適応を規定した。ジョージアは母体の重大な永久の侵害、近親相姦を規定した。カリフォルニアは医学的精神的健康の危険は健康が害せられた時にのみ合法化を認め、生まれるべき子の欠陥の点は規定しなかった。オレゴン⁽¹⁾は提案以上に母体の全周辺に対する健康に関して積極的に解した。コロラドとノースカロライナのみは妊婦が結婚していれば夫の許可を要するとした。

州のある数が積極的に提案の原理を立法化したことについては、提案理由が合憲的だとする判断のみではない。ある時代に州の半分以上は異種族間の

結婚を禁ずる法律があった。一世紀以上、最高裁判所はこれ等の規定は人の尊厳を侵害するので、合憲性がないとする判断を避けていた。ただ1967年ロービンク対バージニア事件で裁判所は最終的にかかる州の立法は無効だと宣言した。提案に従った州は明らかに合憲性を信じたのであろうといわれている。

つまり、新法が合憲かどうかということが問題として残るのであって、人の尊厳の尊重のなかに人になるべき胎児を人と同等に見るかというところに問題があると思う。

ジョン・エム・フィニス氏 John M. Finnisは次の如く⁽²⁾いう。「激しく鼻を打った者は流血をもたらした」というイスラエルの格言に対してキリストの言葉が附加されるべきだ。「人は古い革袋に新酒は入れない。でなければ、袋は破れ酒は外に流出し革袋は減びる」と。キリスト教徒の法哲学者は、この言葉を以て結論を引き出した。それは法律は弱き者に過重な法律上の重荷を負わせないということであるとし、3つの妊娠中絶の型が法律学上教会の法規則と矛盾するとは思わないが、すくなくも西部地方の現段階においては刑法は恐らく戒律に反する如何なることが起っても総て堕胎を禁止している。ただ、各州は法律および憲法においては母体の生命の危険においては堕胎を許している。勿論、この事は多くの婦人に対しては法を破るのであるから余りにつらいことであるが、法律に対し普遍的に憤慨しているとは見えないし、一般の多くの人は無法律状態の結果を容認している。違法の基礎の上に犯罪は領域を超えて延びた。一般に刑事上のラケットを振り廻して居るが、犯罪人であるとは見えない。好ましからざる堕胎禁止法は刑法上酒の革袋を全体として割くことに導かなかった、と。

このアメリカにおいても他のキリスト教国と同じく、憲法上、人の尊厳のなかに人と成るべき胎児の道義的価値と尊厳とを含める意味において妊娠中絶法と矛盾する理論が存するのである。これに反し、わが日本国では宗教的影響がないから人と胎児とを画然区別しているので、このような宗教的影響による争いは存しなかった。

- (1) David W. Louisell and John T. Noonan, Jr., The New State Laws, P. 248 (John M. Finnis, The Proper Scope of Penal Laws, P. 203), edited Noonan, The Morality of Abortion, Harvard.
- (2) John M. Finnis, The Proper Scope of Penal Laws, P. 203, in *ibid*.

この書は1970年3月23日に序文があるのでそれ以後東部地方ニューヨークその他に相次いで妊娠中絶法が規定されたと思う。

6 西ドイツ連邦の刑法の改正

(1) ドイツ刑法

前にも述べた通り刑法堕胎罪の違法阻却事由を規定するにつき刑法規定そのものを改正すると、別途に特別法によって規定する方法がある。西ドイツは特別法のほか刑法典自体による改正に論争が絶えない。1974年刑法第218条、第219条を改正したのであるが、改正は再度の改正である。いま、その推移を見るに、長く施行せられた堕胎罪の規定は次の如くである。

刑法第218条 婦女が自己の胎児を殺し、または、他人による自己の胎児の殺害を許容したときは軽懲役（注、5年以下）、情特に重いときは重懲役（注、無期又は15年以上）に処する。末遂を罰する。妊婦の胎児を殺した者は重懲役に処し、情が軽いときは軽懲役に処する。妊婦に胎児を殺害する方法又は器具を供した者は軽懲役、情重きときは重懲役に処する。⁽¹⁾

- (1) Schwarz- Dreher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 30. Auflage.

この旧刑法の規定に対してとくに批評や私案等が多くあったが、その1を掲げて置くならば、

シュレーダーは（堕胎罪の新しい構成として）旧刑法第218条の「自己の胎児を母体内であるいは堕胎によって殺害し」とあるが、禁ぜられた態度は堕胎という言葉で十分表現し得るので「自己の胎児を堕胎もしくは他人に堕胎を認容した婦女は」とすべしとし、1925年以来の改正草案はいずれも堕胎のとくに軽い場合には刑を免除する権限を裁判官に与える規定を持ってい

るが、かかる規定は法秩序によって全面的に承認されるものではないから、優生学的、倫理的、社会的に重大な動機から行われた妊娠中絶の場合に対する調節弁たる機能を営むものである。故に刑法として採用することが望ましいとした。

(2) 1933年の優生保護法

また、1933年7月1日の優生保護法(14条)、は医学上の妊娠中絶の適応症を規定し、条件として、(1)医師により行われること、(2)母体の生命、健康を救うため必要なこと、(3)妊婦の同意あること、(4)危険急迫の場合を除き鑑定機関の鑑定あること。この規定はそれぞれ異なる機能を有するものであるから、立法上これを明確に表現し妊娠中絶の濫用を防止するため、附加的処罰条件を定めて医学的諸条件の厳守を配慮しなければならないと主張している⁽¹⁾。ここにシュレーダー氏が何故医学的適応条件を力説するかを推考して見ると、ドイツ刑法は緊急避難の条文は親属の行為に限るので日本刑法と異り、主体の範囲が限定されているから、かつては1927年4月11日ドイツライヒ裁判所の所謂超法律的判決が必要であったので、日本刑法のような緊急避難の条文であったならばさほど力説する必要もなかったであろうと思う。

- (1) 佐伯千仞教授編、ドイツにおける刑法改正論—刑法学者の意見集—。
- (2) 親属でない医師の緊急避難行為として堕胎手術をした事案を無罪とした事件、前掲堕胎罪の研究、第七章四所謂超法律的判決の必至性156頁。

(3) 1969年6月の改正

その後1969年6月改正して、218条を(1)婦女がその胎児を殺したまたは他人による胎児殺害を許容したときは10年以下の自由刑に処する。(2)妊婦の胎児を殺した者は5年以下の自由刑、特に情が重いときは1年以上10年以下の自由刑に処する。(3)末遂を罰する。(4)妊婦に胎児殺の方法または器具を供与した者は5年以下、特に情重きときは10年以下の自由刑に処するとし、第219条(1)堕胎の目的で器具または方法手続を公然発表または推賞もしくは、かかる器具、方法を公然展示した者は2年以下の自由刑または罰金に処する。(2)若し堕胎の方法、器具手続が妊娠中絶に使用する医師用のもので医師また

は、かかる方法、器具の販売を許可されている者、または医学的、薬学的の専門雑誌の発行者が医学的・薬学的専門文書を以て発表または推賞したときは第1項の規定は適用しない。(3)第1項記載の行為に供用した器具はこれを没収することができる。展示または推賞したときは単にその宣伝資料のみを没収する、⁽¹⁾という趣旨のものであった。

(1) Eduard Dreher, Strafrechtsbuch und Nebengesetze, 34. Auflage.

(4) レーゲンスブルグ論争

この改正後間もなく1970年1月レーゲンスブルグ大学で開催されたドイツ刑法学会 (Strafrechtslehrertagung) で鋭く論議された。いま全刑法雑誌の記載によりその一、二の主張の要旨を摘記しよう。その1はハイデルベルグ大学講師ベンマン (Güter Bemann) は、墮胎は原則として可罰的なものであるかの点を論じ、原則として墮胎を禁止しない国もある。ソビエトは一時全部を解放し⁽¹⁾幾変転を見たが現在では15年前から自己墮胎は罪とならず、他人による墮胎は病院外または医学教育を受けていない人によって行われたときのみ可罰的であると主張し、次の例をあげる。

(1) 前掲拙著墮胎罪の研究、ロシア刑法107頁以下参照。

7 ハンガリーその他

ハンガリーでは妊娠中絶を是認すべき事由 (厄介な人的、家族的状況も数えられる) が存するとか、妊婦がそのような事由が存しないという説明をきいてもなお中絶を希望し、かつ手術が妊娠後12週末までに婦人科病院ないし産院で行なわれるときは墮胎はつねに罪とならない。東ヨーロッパの他の国々でも事情は大体同じである。ブルガリアでは胎児をおろしたいと思う婦人はまず婦人相談所 (Frauenberatungsstelle) を訪問し、事情を正直に話した後に妊娠3ヶ月以内ならば国家の保健施設で中絶せしめられる。ポーランドでは妊

娠中絶は法的には一定の適応事由（Indikation）が存するときのみ中絶がゆるされる。なお、困難な生活関係等社会的適応が大幅に認められている。手続は極めて簡単で、妊婦は自分の生活が困難であると書いてくれる1人の医師と自分の選んだ1人の医師を必要とするのみである。医師はこれに関する記録を作成し、妊婦の署名を求める。次に、中絶に関して何等医学的禁忌のないこと医師の側で手術が許されることを、あらかじめ印刷されてあるテキストに署名する。医師は手術すべき病院を指名する。彼が職員であるときは手術の日時を確定すべき義務がある。

ベルギー、オランダ、スペイン、ポルトガル、イタリア、ギリシャ、オーストリアおよびスイスでは、妊娠中絶は原則としては非合法で医学的適応症だけが合法とされる。スカンジナビア諸国では医学的適応の外に優生学的、倫理的、人道的適応が認められている。スウェーデンにおいては医学的適応症の確定に一定の限度で社会的要因も顧慮されてよいということになっている。これ等諸国では除外事由は種々あっても、原則としては堕胎を禁止して居る、ということは否定できない。其他改正草案もでていて多少の差はあるが、早期の妊娠中絶は罰しないとする点、其他の妊娠中絶も医学的適応以外の事由によるときもなお罰しないとする点は一貫している。理論の争点は街頭の示威運動にも現われており、フランクフルトで数百の婦人が「私の腹は私のものです」と読まれる透視画を持って街頭行進したということである。

8 堕胎罪の法益についての論争

要するに妊娠中絶禁止の根拠即ち堕胎罪の保護法益は何であるかということが論争の主要点である。胎児か母体の健康かである。

この妊婦の健康という点について妊娠中絶と分娩との危険率の比較という問題が提起されている。ベンマン講師の報告によれば、1960年ロストックで開催された堕胎問題に関する国際会議でハンガリーからの報告では145,641件の人工流産中8人の婦人が死亡している。人工流産というのは妊娠3ヶ月

以内をいうのであろう。リューベックの医師フリードリッヒ・フォン・ローデンおよびグラーツの婦人科医ヘルバート・ハイスが相互に独立に行ったものでは、1万件の妊娠中絶中平均6件の死亡率が報告されている。また新聞によればニューヨークで堕胎禁止がほとんど解放された後、医師の手で行われた約1万8千件のうち4人が死亡している。これを10万人になおせば22件の死亡例となる。この死亡例も出産の死亡例に比較すれば割合は少ない。西ドイツでは10万件の出産に付き平均母体の死亡率は52人である。これを比較すると生命の危険は中絶の方がはるかに少ないこととなる。⁽¹⁾

かくてベンマン講師は主張する。堕胎禁止は母体保護に役立つものではなく、むしろ、妊娠中絶を医療法則にのっとって行なうことの方が役立つと。外自己の堕胎は妊婦の生命と健康とを保護するために可罰的であるかというこの問題があるが、もし、これを肯定するならば、一般に自殺や自毀傷にも刑を科せられねばならぬことになろうという。次に氏は人口政策を説き、正当防衛に当たるか、胎児は人ではないが胎児を人と同様に評価して保護法益とするならば正当防衛になるであろう。また、緊急避難になるか、価値高いものを救わため価値低きものを犠牲にするのであるから緊急避難が成立する。其他種々の論点を詳細に論じたのち、少なくとも、妊娠3ヶ月を経過する以前に妊婦の同意をえて行なわれる堕胎は一切の留保条件を付することなく罪とならぬとされるべきだと結論した。

(1) 1971年全刑法雑誌83巻1号、中義勝教授訳述、堕胎罪をめぐる立法問題、関西大学法学論集22巻1号参照。

ボン大学教授ハンス・ヨハヒム・ルドルフィー (Hans Joachim Rudolphi) は生成途上にある生命に対する犯罪行為と題し、西ドイツにおいては法規上妊娠中絶は例外なく処罰されているが、無数の堕胎が日常的に行われており僅かな事件が有罪判決を受けているに過ぎない。連邦刑事統計によると1961年から1966年にいたる堕胎罪の有罪判決総数は1865, 1514, 1190, 947, 677, に過ぎない。しかし、暗数の見積りは百倍か千倍の間である。この現状に対

する提案としては、最初の3ヶ月の妊娠中絶を免責せよとのものから広汎にわたる緩和解決をへて、厳罰の現行法の強化に至るまですこぶる多岐にわかれて居ることを挙げ、一定の態度に刑法的制裁を科し得る国家の権限は3つの前提に結びつけられる。第1に刑法的に重要な不法、つまりその禁止に価することが証明されねばならぬ。第2に、禁止に価するためには刑法的に基礎づけられるその当罰性が存せねばならない。第3に、刑の威嚇が禁止に価する適切な手段でなくてはならない。換言すれば、その刑の威嚇を正しいと思わせる刑の必要性が存せねばならないとする。

ついで氏は妊娠中絶の合憲性に論及し、胎児の価値観は道義的価値観によるのでなく、憲法上の価値観である。即ち生成途上にある生命にも憲法第2条2項の基本権が与えられるかどうかであるとする（筆者注ドイツ連邦基本法（憲法）第2条2項 何人も生命および身体を侵されない、権利を有する人身の自由は侵されない、これ等の権利はただ法律の根拠に基づいてのみ侵される）。これに対しヴルニッケおよびハマンは消極的であるが、通説は積極的である。氏は通説に賛同する。憲法上保護されている生命権は胎児にも認められる。胎児は妊娠の各過程を経て法則にしたがって人間へと発展するような人格を自己のうちに含むものだからである。一步譲って生成途上にある生命はいまだ人間の生命ではなく、第2条2項によっては保護されないとしても、胎児は人間の前形態で、発展形態である。独立して道義的に責任ある人間へと発展するものだ、胎児は弱められた形であろうとも生命ある人間という憲法上の評価を部分的にもち、法治国家の実質的原理により法令保護に価する法益だといえよう。このことは結論として一般に認められようと云っている。要するにルドルフィーの主張は人間は生成する過程だから、人間と同価値と見ようというのである。憲法上の人の規定を拡大して胎児を人と同様に評価しようという解釈には私は賛成しない。法律として、胎児を独立に保護価値を認めることはできるが、憲法上の人の尊厳を同一概念とすることはできない。そうして、この事は処罰の限界をなすものである。かゝる考えはイギリス、アメリカにもあり、西ドイツでは多数の主張者がある。それは後述憲法裁判所の

判決も同種の考えではなかろうか。

氏はまたいう、少数の提案は堕胎が受胎後4週間内で妊婦の同意を保ち行われる限り罪にならぬとするが、これに対しては、第一に、生成中の生命が一切の刑法的保護もなく、大きな危険にさらされる。第二に、4週間内で罪にならぬ可能性が開かれるとすると、多くの婦女は望ましからぬ妊娠を自覚すると早々に堕胎へとかりたてられることになり、男子もこれを強制することも稀ではなかるまい。論ずるところは刑を設けることによって最初の4週間内でもなお避け得た多数の堕胎を行わしめることになるろう。しかし、4週間以内の自由解放には反対であるが、堕胎の適応症を特定して拡大し、緩和する努力には賛成している。

4週間以内の妊娠中絶が憲法に違反するとすれば、その他妊娠中絶の適応事由を拡大したことも違憲となるのではなかろうか。

以上ベンマンおよびルドルフィー両氏の理論は重要点はベンマンの妊娠3ヶ月免責論と後者の胎児保護従って憲法上も胎児の生命身体の価値を人間と同等にみるものがどきるかということにあるようである。これは刑法改正案に対する意見であったが、間もなく改正刑法草案が議決せられることになり、それがまた、憲法裁判所の判決を受けることになった。

(1) 前掲全刑法雑誌参照。

9 1974年のドイツ刑法の改正

ところで、さきの刑法改正から5年後の1974年4月に更に刑法第218条、第219条が改正せられた。この改正では堕胎の字句は法文から全く影を没して妊娠中絶の字句に代えられ抜本的な改正のように見える。法文を次に掲げておく。

改正刑法第218条（妊娠中絶）

(1) 受胎後13週より遅く妊娠を中絶した者は3年以下の自由刑又は罰金

に処する。(2) 左の各号の1に該当する者は6月以上5年以下の自由刑に処する。1 妊婦の意思に反し妊娠中絶行為をしたとき、過失(leichtfertig)により妊婦の生命または健康を著しく害する危険を惹起したとき。裁判所は指導意見を以て命令することができる。(3) 妊婦が妊娠を中絶したときは1年以下の自由刑または罰金に処する。(4) 未遂を罰する。妊婦は未遂によっては罰せられない。

第218条a（最初の12週以内の妊娠中絶の免責） 若し受胎後12週を越えないときは妊婦の同意により医師によって妊娠中絶が行われたときは第218条によっては罰せられない。

第218条b（12週より後の妊娠中絶に対する適応）

妊婦の同意により受胎後12週経過した後医師により医学上の診断の下に妊娠中絶が行われたとき次の各号に該当したときは、第218条は適用されない。1 妊婦の生命の危険またはその健康状態を著しく害する虞があり妊娠中絶以外の方法では避けられないことが明らかなとき。

2 子供が遺伝の素質あること、または、分娩前避けらるべき健康上の侵害に堪えざるほど重篤で妊婦が妊娠の継続に堪えず受胎後22週を越えていないことの認定が宣明された緊急な理由あるとき。

第218条c（妊婦に対する教示、または助言のない場合、第三者の妊娠中絶）

(1) 左の場合に若し行為が第218条により罰せられないときは1年以下の自由刑または罰金に処する。

1 妊婦が妊娠中絶につき予め医師または権限ある相談所で妊婦に対する公私の援助、母と子の生活の援助が教えられ、特に妊娠の持続及び母と子の生活を安易にする援助が教えられなかったとき。2 妊婦が医学的助言を与えられなかった場合。(2) 手術を企てた女子は第1項によっては罰せられない。

第219条（鑑定なき場合の妊娠中絶）

(1) 予め権限ある処で鑑定されたのではなく、第218条b第1項あるいは第2項の規定にも当たらないで、受胎後12週を経過した後に妊娠中絶をした者

は、若し第 218 条によって罰せられないときは 1 年以下の自由刑または罰金に処する。(2) 手術を企てた女子は第 1 項によっては罰せられない。

第 219 条 a (妊娠中絶に対する宣伝) (1) 公然人の集合する場所において、または、営利のため文書により、あるいは粗野、卑猥な方法で左の各号の 1 に該当する妊娠中絶の宣伝をしたときは 2 年以下の自由刑または罰金に処する。1 自己または他人の仕事として妊娠中絶の計画または要請をするとき 2 妊娠中絶をする方法、器具、手続の用法を指示して行ったとき (2) 若し医師または権限ある相談所で医師、病院、施設があることを教えられ、第 218 条 a、第 218 条 b の規定の下に妊娠中絶がなされたときは第 1 項 1 号には該当しない。

(3) 医師または、第 1 項 2 号の方法、器具を販売する権限を与えられた人による行為、または、医学的もしくは薬学的専門雑誌の頒布によってなされたときは、第 1 項 2 号は適用されない。⁽¹⁾

第 219 条 b (妊娠中絶の方法の取引) (1) 第 218 条の違法行為を奨励する認識の下に妊娠中絶の方法器具を取引した者は 2 年以下の自由刑または罰金に処する。(2) 妊娠中絶を準備した女子の共犯は第 1 項によっては罰せられない。⁽¹⁾ (3) 行為に関係のある方法、または、器具は没収することができる。

(1) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 18. Auflage, 1976.

この改正法案は、野党のみならず与党の有力な反対に逢いながら、連邦議会並びに連邦参議院において、多数決を以て、議決せられたのであった。この改正法は野党たるドイツキリスト教民主同盟はもとより与党たる社会民主党のなかでも人間の尊厳に挑戦するものだとの声が少なくなかったので、遂に政治問題化し、有識者を中心として改正刑法施行阻止団体が結成され、同団体は連邦憲法裁判所に対し刑法は人間の尊厳の不可侵を規定した憲法第 1 条に違反するとして憲法上の抗告訴訟を提起した。

憲法裁判所はこの抗告に対しては早急に審理して結論をだすべきであるが、

非常に難しい問題であるから、結論までには相当の日時を要すると思われる。だから、改正法の施行された現在、検察官は堕胎罪に対する捜査、訴追、および、確定した有罪判決の執行等につき処置に困ることは当然であるとし、抗告に対する裁判があるまで仮処分として次のように命令を発した。

(1) 同改正法は前記の裁判がなされるまで仮に効力を有しないものとする。

(2) ただし、妊娠が猥褻行為（刑法第176条）、強姦（同177条）、婚姻外の性行為（同179条）によって起因せられたものであって、しかも、妊娠12週以内であるときは医師がこの妊婦の依頼によってなす堕胎については、従前の堕胎罪に関する刑法第218条を適用しないものとする。

(3) 改正前の刑法第218条により堕胎罪を犯したとして起訴されている者に対する訴訟手続は右抗告の裁判あるまで中止する。

(4) 同条により堕胎罪の有罪判決が確定した者に対する刑の執行は右抗告の裁判があるまで中止する。

憲法裁判所のこの命令に対して、連邦政府のスポークスマンは、これを冷静にうけとめるべきで法案の議会審議中においても専門家間で改正案の合憲か違憲かについて賛否両論があったのであるから、この際、この問題に対し、最終的な結末をつけるため同裁判所がじっくり問題にとりくむことが望ましいとの意見を発表し、また野党のドイツキリスト教同盟は政府が憲法裁判所のとった処置に対して述べた見解を支持するとの談話を発表し、与党のドイツ社会民主党は同裁判所が議会審議以来結着のついていない問題点に正面から取りくみ、とりあげたことに敬意を表するとの談話を発表した。

10 ドイツ連邦憲法裁判所の判決

これに対し連邦憲法裁判所はこの刑法の改正規定は、憲法第1条第1項「人の尊厳は侵されることができない。これを尊重しおよび保護することはすべての国家権力の義務である」および同第2条第2項「何人も生命、身体⁽¹⁾の不可侵に対する権利を有する」との規定に反するとして違憲を宣告した。

(i) もともと、この改正法には前述の通り野党議員は勿論与党議員のなかでも信心深いカトリック信者の強い反対があったのであるが与党のドイツ社会民主党としては世相にあうよう大胆な社会改革にとりくむことを活動方針とするので政府としてもその政治的生命に影響するものとせられたのであった。だから、1974年4月連邦議会で改正案が可決されたときは当時の首相ブランド氏は同党が国民に約束した社会改革をまた一つ果たしたとして、新聞、ラジオ等で称讃せられたものであった。従って、この違憲判決は政治上政府に重大な影響をもたらしたものである。

この憲法裁判所の判決について同裁判所のペンダ長官は自由ベルリン放送を通じて次のように述べた。この判決が国民の大部分、ことに若い男女層の不評を買って居ることや、連邦政府や与党が後始末に窮していることは承知している。しかし、裁判所は国民に歓迎せられるかどうかについては考慮すべきでない。確かにイタリアの憲法裁判所も認めているように、妊娠中絶をしないと必然的に母体の生命の危険がある場合は違法でないことがありうるであろう。そのことは違法性を阻却するものである。だからといって裁判所が刑法第218条の改正につき具体的に合憲の範囲を指示し、または合憲的な改正法案を教示すべきものではない。議会の議員の中には改正法を違憲というからには、裁判所は合憲の範囲を示して欲しいというが、裁判所は政治家の教師ではないと述べている。

(1) 法曹291号44頁。293号63頁。295号59頁。

11 フランスの妊娠中絶法

フランスでは1975年12月20日国民議会は妊娠中絶法案を上程し賛成 277 票 反対 192 票で可決し、大統領が署名したので、正式に成立し施行せられた。然るに、これに対して反対投票を投じた192人中の81人は憲法違反か否かを最終的に判断する権限ある憲法院に対して提訴し改正法の無効の宣言を求めたが、同院は憲法に違反しないとして、訴を棄却した。しかし、宣教師の団体や、熱烈なカトリック信者は同法の成立後も同法は憲法に違反するものとして、政府に施行しないよう要求した。これに反し、妊娠中絶支持派はフ

ランスの最近の妊娠中絶は年間総数50万件をくだらず、これは西ドイツの最近の中絶総数よりも多い。西ドイツに続いてフランスが中絶を合法化したことは他のヨーロッパ諸国に影響することは時間の問題であると述べている。この妊娠中絶法によれば、妊娠10週以内の妊娠中絶は妊婦の判断だけで医師の手により行うことが許される。西ドイツの場合より合法的な中絶の期間は2週間短縮されて居る。⁽¹⁾

(1) 法曹293号63頁。

12 イタリアの妊娠中絶

イタリアではバチカンと王国は勿論カトリック教国であるから、従来人工妊娠中絶は1930年の刑法の墮胎罪として2年以上5年以下の懲役に処せられた。しかし、たまたま、同国の憲法裁判所は妊娠中絶を処罰する刑法の規定はある場合には違憲であるが妊娠の継続が母体の肉体的精神的健康を危険に陥らせる場合には合法であると宣言した。現在イタリアにおけるヤミの妊娠中絶は年間80万乃至300万といわれ、少なくとも120万程度が正確に近いものといわれている。ところが、イタリアでは次のような奇型児の生れる事情が発生して問題を大きくしている。というのは、イタリア北部ミラノ郊外のセベソという町の周辺に住む113人の妊婦たちは1976年8月10日有毒ガスによる汚染のため奇型児を産む虞れがあると当局から警告を受けた。今や中絶するか、思い切って奇型児を産むかの選択に迫られている。わが国優生保護法のような法律があれば問題はないのであるが、カトリック教国としては事は重大である。有毒ガスというのはイクメサ化学工場で安全弁の故障から爆発事故が起き、大量の有毒ガスたるダイオキシンが大気に混入した。このため同地方の保健当局者たるガエタノ・マリア・ララ教授はミラノで記者会見を行ない「ダイオキシンによる汚染が妊娠に及ぼす危険について、信頼できる医学的経験はないが、これ等の女性が奇型児を産む危険はあると確言した」⁽¹⁾。

ところでイタリア国会の下院は1977年（昭和52年）1月21日ついに、本会議において賛成310票反対296票で妊娠中絶法案を可決した。与党のキリスト教民主党はカトリック教会の意向を汲んで、同法案に反対し第二党の共産党や保守的な自由党などが賛成した。下院の審議中ローマ法皇は、何度も繰返し同法案に反対の声明を発したのであった。法案の内容は次のようなものである。妊娠3カ月以内の女子は母体の精神的、肉体的健康を保護するため中絶することができる。緊急を要する者以外はあらかじめ医師の診察を受けなければならない、診察後1週間の猶予期間をおけば16歳以上の場合、本人の意思で中絶をきめることができる。妊娠3カ月を超えた場合および16歳以下の場合、医師が母体の生命が重大な危険にさらされているか、あるいは胎児に重大な奇型が生ずるおそれがあると判断したときに限り、中絶することができる。手術費用は女子が健康保健法の被保険者でない場合は地方自治体が負担する。女子の同意を得ずに中絶の原因をつくった男子を4年ないし8年の懲役刑に処する。ちなみに1930年の現行刑法は妊娠中絶をした者は2年ないし5年以下の懲役刑に処するとなっている。⁽²⁾

(1) 昭和51年8月11日朝日新聞。

(2) 法曹321号54頁。

以上各国の法改正の大綱を述べたが、未だ詳細な資料を入手しないのでこれにつき意見を述べることは、しばらく差控えたいが、西独改正刑法の如きは墮胎罪の字句を廃止し妊娠中絶に改め、刑法自体でその違法性阻却事由を規定した。わが国は特別法たる優生保護法によっては違法阻却事由を規定したのであった。キリスト教文明に基礎を置いた先進国でもその伝統は守られず時代の法律文化の進展に席をゆずりつつあることが看取されるのである。

むすび

この問題即ち墮胎罪と違法阻却の問題について、わが国の優生保護法は

1948年（昭和23年）に成立したのであるが、それより10数年前から1930年代までに、法律として改正せられたのはソ連、ポーランド、スイス、デンマーク、アイスランド、東独の数州邦、等があったが、⁽¹⁾其後西欧の先進国は学説の論争に終始し、やっと最近に至り立法に着手した。しかし、論争は納まらず時には政治問題までも惹起していることは前記の通りである。

(1) 拙著墮胎罪の研究、各国の立法例217頁以下。

最近に至って西欧の墮胎罪の立法上の改正についての論争の焦点の第1は墮胎行為即ち妊娠中絶の行為の保護法益の問題である。保護法益には諸説があった。胎児、母体、道德、殖民政策等の学説があったが今日は胎児か、母体かに争は集中されているといえよう。胎児は自然の経過により人とすべきものであるから、人に準じて考えらるべきだ、これを滅失する行為は許さるべきでないとする、道德の法益を侵害する説もこれと相似の考え方である。第2点として憲法に規定する人の尊厳乃至自由に反するということになる。この考えを徹底するときは母体の生命を救う場合（緊急避難）の外は妊娠中絶は認められないことになる。それでは医学的、優生学的、社会的適応症の場合は無視されることになる。それで、この立場にある人の中でも、胎児は生成過程の人だ、人の部分として人を保護するよりは部分的に狭いのであるからある程度の妊娠中絶を許してもよいということになると説くものと思う。この説は人に準ずる胎児を滅することは憲法に規定する人の尊厳、自由の侵害となるという点である。胎児を人と同視すればこの理論は当然起る。ドイツ憲法裁判所はこれを肯定し、フランスの憲法院はこれを却けたが、なお、反対運動は続いている。この説はイタリア、アメリカでも争われているし、他の国々においても改正の壁となっている。

人と離れて胎児を独立の法益と見るという思想は中世の教会法思想の靈魂に始まった。それ以前は古代より胎児は人体の一部と考えられていた。キリスト教では胎児の形より靈魂の存在を考えて母体より独立のものと見た。墮胎罪のはじまりである。胎児は人と別個独立の存在だとの考えに立つと憲法

の規定する人の尊厳には該当しない、これに準ずるとするは論理に合わないのではないか。では道徳上の感情を保護するとなると憲法には触れないことになる。して見ると結局保護法益は母体の保護ということになる。母体の健康、生命の保護が法益である。健康、生命を危険にする原因、間接の原因は問わない、その原因があれば妊娠中絶は許されなければならない。さらに医学的適応に止まらず優生学的に社会的にまた理論的適応症ある場合に席を譲らなくてはならない。では、母体の意思の自由に放任してよいか、そうは行かない。妊婦の意思に放任するときは医師によらずして中絶し母体の健康生命を危険にする。それでは却って母体の保護にはならない。その危険を防止する限度の規制は必要である。このように考えると、妊娠中絶は道義上も罪悪ではなく行政上の取締罰としての規制を必要とすることになる。西ドイツ改正法が墮胎の文字を抹消して妊娠中絶と改めたのも罪悪性を削除した意味であろうか。前述憲法違反を論議する国々は恐らく論理を離れて内在的に中世の宗教的伝統にとらわれているのであろう。

最後にわが国の改正刑法草案⁽¹⁾を見よう。優生保護法が比較的広い違法阻却事由を規定したので刑法規定はそのままであっても寧ろ処罰領域は非常に狭くなった。しかし、刑法が全面的に改正されたとすると墮胎罪の規定を如何にするかということになる。草案第26章墮胎の罪として273条（墮胎）は現行法の「懐胎の婦女」の字句を「妊娠中の女子」とし、5万円以下の罰金を設けた外現行法と変らない。指定医師によらない、ヤミ行為を防ぐという意味では産科手術を設けない限り、妊婦保護のためこの法文は必要であるが、そうだとすれば行政的法規であるからより寡額の罰金だけでよくはないか。現行法第214条の医師等資格者墮胎を廃して275条の営利墮胎を設けた。営利のために不当の手術を罰するのである。同意墮胎、不同意墮胎及び死傷罪は従前の通りである。同意墮胎は刑を従前通り2年以下としているが1年以下でよく営利墮胎があるから同意墮胎は女子の刑と同様でよく、また、総じて、墮胎の文字は妊娠中絶に改めてよいのではないかと思う。

(1) 法務省、刑法全面改正についての検討結果とその解説。

解説書によれば草案の反対説として挙げるところでは胎児は母体の一部であって、堕胎は一種の自傷行為であるから母親の希望に反した出産は母にも子にも却って不幸を来す、母の自己決定権を尊重すべきである、社会一般の倫理感情も変っているし、非合法中絶は相当数あり検挙率は極めて少なく遵法精神を低下するから、不業務堕胎以外は削除すべきであるとする。解説書はこれに反し、胎児は母体の一部であるが、それはやがて人となる生命でありこれを排出して生命の芽を摘みとることは人命軽視の思想につながるものだと説いている。前記アメリカのある州やドイツ、フランス等の反対説と同じく、やはり保護法益を胎児と見て、人に準ずると看るのである。伝統の殻を脱皮してはいない。寧ろ前述の如く母性保護の行政的処分とするべきではないか。

追記

当研究所顧問小泉英一先生は、卒然として逝かれた。昭和53年10月30日のことである。突如、襲った病魔は、非情にも、先生とわが法学部同人との間に永遠の別離を強いたのである。ただ、病苦、徒らに、先生の身に及ばずして、天然の寿命を全うされたのが、せめてもの救いであった。

本稿は、みまかれる日をさかのぼることふた日、先生みずからの手により当研究所にもたらされた御遺稿である。本誌は、もはや、珠玉の論文を巻頭に飾ることもできなくなったのである。徳沢に浴したる者の一人として、一字一句に全霊をうちこまれた原稿を手にしつつ、初校に朱を入れながら、心はるかに、人に接するに城府を設けざる春風駘蕩の趣きある先生の徳と業を偲び申し上げるのみである。

旧憶の一端を述べるには、なお、しばしの時のたすけをかりねばならない。いまは、ただ、謹んで、御遺稿の完成を御霊前に報告し、亡き先生の御冥福を祈り上げる次第である。

（昭和54年1月31日 椿 幸雄）