

胎児と法(二)

平野泰樹

目次

- 一 はじめに
- 二 刑法における堕胎罪
- 三 優生保護法(以上第二十四卷)
- 四 母体保護法
- 五 胎児と法
- 六 むすび(以上本巻)

四 母体保護法

(一) 優生保護法から母体保護法への改正の経緯

優生保護法は、健常者の中絶を認めなかった国民優生法を改正し、一定の中絶適応事由を新設し、同時に、その中絶適応事由に母体保護規定を創設したものであった。そのため異質な優生思想と母体保護思想が一体となった法が誕生した。そして改正当初は安易な中絶を防止するため、医学的・優生学的理由による中絶はその一部を除き各地区保健所内の地区優生保護委員会による審査を必要とした。強姦による妊娠についても審査対象とされた。

こうして優生保護法は母体保護による人工妊娠中絶を可能にしたものの、深刻な事態をもたらす闇中絶(墮胎)の対策には効果がなく、翌一九四九年に、母体保護規定の中に経済的理由が設けられ(経済条項と呼ばれる)、中絶の対象を経済的理由にまで拡大した。^① それでも、審査制のもとではなお闇中絶の減少には効果を上げることができず、ついに一九五二年に右の審査制度を廃止した。この経済条項の新設と審査制の廃止とがあいまって、立法当初の安易な中絶を防止しようとする厳格な中絶方針が大きく転換されることとなった。

優生保護法は、優生事由による優生手術や人工妊娠中絶を認めることから、障害者差別法であることは明白であり、一九七〇年代から批判されていた。一九九〇年代に入ると、カイロ会議で生殖の自己決定を原則とするリプロダクティブ・ヘルス・ライツ(性と生殖に関する健康・権利)の公認(一九九四年)、カイロ会議NGOフォーラムでの優生保護法に対する批判、わが国の精神障害者政策の転換、癲予防法の廃止(一九九六年)などが優生思想に対する明確な圧力となり、法改正への地殻変動となつていった。^②

とりわけ障害者に対する時代の変化は、それを正当化する優生思想をものはや国是とすることを許さなくなった。一九九六年、優生保護法は優生思想とついに決別し、母体保護へと改正された。同改正により、法律の目的は優生学上の目的を削除し、もっぱら母体の保護のみを維持するものとなった。人工妊娠中絶については、具体的には、優生保護法第一二条から優生理由による中絶事由を削除したのである。この結果、人工妊娠中絶の適応事由は母体保護事由と強姦等による妊娠に対する倫理的事由だけとなった。

優生保護法から母体保護法への改正過程はおおむね次のとおりである。改正のきっかけは、一九九五年四月、全国精神障害者家族連絡会から提出された優生という表現の削除、強制的優生手術の規定廃止、人工妊娠中絶の要件としての遺伝性精神病の廃止を訴える要望書

であった。その背景には、障害者基本法が一九九三年に公布され、一九九五年に「障害者に対する差別や偏見を助長するような用語、資格制度における欠格条項の扱いの見直し」をうたう障害者プランがまとまったことがある。^③ こうした要望を受け、自民党は与党厚生調整会議で優生保護法の改正案（試案では「母性保護法」もしくは「母性の生命健康の保護に関する法律」の名称とされていた）を提案した。これに対して、超党派の有志の女性議員らは人工妊娠中絶は母性保護のために行うのではなく、妊娠・出産に関する女性の選択としてとらえるべきだとして、母性保護法への名称変更を見直すべきであり、中絶・不妊手術は配偶者の同意を必要とせず女性の自己決定権とすべきとの修正を要求することを確認し、与党政策責任者に、今回の改正案の内容は「人工妊娠中絶、不妊手術、避妊に限られていて、母性保護とは異なる」として法律の名称を「不妊手術及び人工妊娠中絶に関する法律」もしくは「妊娠に係る健康の保護等に関する法律」とすべきと要請をした（一九九六年六月一二日）。与党政策調整会議は改正法の名称を「母体保護法」として、改正案を国会に提出することと決定した（六月一三日）。六月一四日、改正案は衆院厚生委員会に提出され可決され、同日衆院本会議で可決、さらに参院に送付され可決された。改正への過程で、右超党派の女性議員有志は「女性の健康や権利を保障する抜本的な改正にすべきだ」として改正案の見直しを要求したが、与党調整の過程で法律名称を「母体保護法」と変更しただけで、結局、審議なしの採決となった。^⑤

同法の改正については、会期末であったこともあり国会では十分な審議がなされなかった。そのため、改正法の趣旨や改正後の問題について具体的に議論されることがなかったばかりか、人工妊娠中絶自体の抱える諸問題（出産に関する女性の自己決定権、胎児条項、減数手術、配偶者の同意等々）はなおざりにされたままであった。とりわけ堕胎罪と出産に関する自己決定権とが対抗する現状に向き合うことなく、したがって本質的な議論がほとんどなされないままに行われた。超党派の女性議員有志らの要望にも関わらず本質的な議論がなされなかったその理由は、女性の自己決定権の問題は堕胎罪の廃止につながるものであり、胎児条項や減数手術などは障害者差別や生命倫理と直結するものであることから、まずは優生思想の放棄、不妊手術や人工妊娠中絶の適応事由から優生事由を削除するという大方向の支持をえられる問題に限定したことがその背景にあるように思われる。

こうして唐突とも見える改正は、優生思想の排除を強く訴えてきた障害者団体の強い要請を背景に、まずは障害者差別そのものである優生思想との決別を果たした。^⑥ それゆえ、改正は優生保護規定の排除に絞られたのである。

(二) 母体保護法

新旧両法の比較の便を供するために、優生保護法と母体保護法の関連規定を掲示しておく。

① 優生保護法

第一条(この法律の目的) 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、母性の生命健康を保護することを目的とする。

第三条(医師の認定による優生手術) 医師は、左の各号の一に該当する者に対して、本人の同意並びに配偶者(届け出をし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、優生手術を行うことができる。但し、未成年者、精神病患者又は精神薄弱者については、この限りではない。

一 本人若しくは配偶者が遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患若しくは遺伝性奇型を有し、又は配偶者が精神病若しくは精神薄弱を有しているもの

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、遺伝性身体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、癲疾患に罹り、且つ、子孫にこれが伝染する虞のあるもの

四 妊娠又は分娩が、母体の生命に危険を及ぼす虞のあるもの

五 現に数人の子を有し、且つ、分娩ごとに、母体の健康度を著しく低下する虞のあるもの

第二項 前項第四号及び第五号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による優生手術を行うことができる。

第三項 第一項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないときは本人の同意だけで足りる。

第十四条(医師の認定による人工妊娠中絶) 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、左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、人工妊娠中絶を行なうことができる。

一 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(優生学的適応。なお、括弧内記載は筆者による。以下、同じ)

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、遺伝性身体疾患又は遺

伝性奇型を有しているもの（優生学的適応）

三 本人又は配偶者が癲疾患に罹っているもの（広義において優生学的適応）

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しく害するおそれのあるもの（医学的適応に社会的・経済的見地が付加されている）

五 暴行若しくは脅迫によつ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（広義において倫理的適応）

第二項 前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたとき時には本人の同意だけで足りる。

第三項 人工妊娠中絶を受ける本人が精神病又は精神薄弱者であるときは、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第二〇条（後見人、配偶者、親権を行う者又は扶養義務者が保護者となる場合）又は同法第二一条（市町村長が保護者となる場合）に規定する保護者の同意をもつて本人の同意とみなす。

②母体保護法

第一条（この法律の目的） この法律は不妊手術及び人工妊娠中絶に関する事項を定めること等により、母性の生命健康を保護することを目的とする。

第三条（医師の認定による優生手術） 医師は、左の各号の一に該当する者に対して、本人の同意並びに配偶者（届け出をし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、優生手術を行うことができる。ただし、未成年者については、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

第二項 前項第四号及び第五号に掲げる場合には、その配偶者についても同項の規定による優生手術を行うことができる。

第三項 第一項の同意は、配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたときに

は本人の同意だけで足りる。

第十四条（医師の認定による人工妊娠中絶） 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、左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、人工妊娠中絶を行なうことができる。

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（医学的適応に社会的・経済的見地が付加されている）

二 暴行若しくは脅迫によつ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（広義において倫理的適応）

第二項 前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたとき時には本人の同意だけで足りる。

（１）母体保護法の特徴

①優生目的の廃止と適応事由の縮小

母体保護法は、第一条の規定から、優生目的を削除し、優生手術を不妊手術に名称を変えた。さらに、不妊手術と人工妊娠中絶の適応事由から、優生事由である当事者遺伝および近親遺伝が削除された。その結果、不妊手術と人工妊娠中絶の適応事由は母体の保護と強姦等による妊娠に縮小された。

②強制的優生手術の廃止

優生保護法では本人が求める任意の優生手術のほかに、強制的優生手術が規定されていた。第四条は、第三条第二項第一号および第二号以外の別表に掲げられた疾患を医師が確認した場合には、都道府県優生保護審査会に優生手術を行うことの適否について審査を申請することをその医師に義務づけていた。申請者や関係者の意見を聴聞したり、優生手術の通知に対する異議による再審査申請、公衆衛生審議会の再審査の決定に対する取り消しの訴えなどを認めているが、これは明らかに公益上の理由による強制的性格を有する優生手術（不妊手術）といえる（第四条から第一〇条）^⑤。

なお第一二条は保護者の同意による精神病者等に対する優生手術について規定するものであるが、別表に記載された以外の精神病または精神薄弱にかかっているものについて、保護者の同意がある場合に、医師が審査を申請することを認めていた。申請するか否かは医師の裁量によるが、都道府県優生保護審査会が優生手術を適当と認めるときは、手術を施行される精神病者等の同意を必要としないで手術をすることができる。保護者の同意はあっても、厳格には本人の同意によるものとはいえない。第四条と異なり、公益上の理由による強制的な優生手術ではないが、精神病者等にとってはその人権を著しく侵害する強制的な優生手術といえるであろう。

母体保護法は、この本人の同意を不要とする未成年者、精神病者または精神薄弱の不妊手術を廃止した。

③ 本人の同意を必要としない人工妊娠中絶の廃止

優生保護法は、精神病者等に対する本人の同意を必要としない人工妊娠中絶を認めていた。これは保護者らの同意を本人の同意とみなす形で同意を担保しようとした規定である。人工妊娠中絶はいったん母胎内に宿った生命を奪う行為であるから、中絶には必ず本人の同意を必要とするとの原則を維持せんがためのみなし規定であつたが、精神病者等について本人の同意を必要としないことは、優生保護法のもとでも問題となる規定であつた。母体保護法はこれも廃止した。

癲病も広義の優生理由による適応事由であつたが、癲予防法の廃止に伴い、人工妊娠中絶適応事由から削除された。

④ 優生理由による中絶適応事由の廃止

このように法領域から優生思想という差別思想が払拭されたことは、時代を踏まえた大きな前進であると評価することができよう。しかし、法制度が変わつたからといって、直ちに社会的な現実が変わるわけではない。国が優生思想を捨てたからといって、人々の中から優生思想が突如消えるわけではない。

人工妊娠中絶についていえば、当事者遺伝と近親遺伝を理由とする中絶が禁止されることになった。数は多くないにしても、法律の規定がなくなれば、法律に従つて現実も変わるのであらうか。文明国家が優生思想から脱却することは当然のことであるが、そのことが優生理由による中絶を禁止することに直結すべきかについては疑問である。少なくとも、当事者遺伝・近親遺伝を理由とする中絶の禁止は、墮胎罪の存在によつて、その出産を強要するという新たな事態を発生せしめるのである。優生保護法のもとでは中絶するか出産するかは

まだ選択の余地が与えられていたが、母体保護法のもとでは法制度上出産するほかに選択の余地はなくなったのである。

(2) 配偶者の同意に関する問題

優生保護法は、優生手術および人工妊娠中絶について、配偶者の同意をその要件とした。母体保護法に改正されてもこの要件は継承され、不妊手術および人工妊娠中絶について配偶者の同意をその要件としている。配偶者の同意を必要とする理由は、配偶者の子を持つ利益を保護するためであるといえるが、同意を必要とすることによって母体保護のための不妊手術や人工妊娠中絶の適応事由が存在する場合であっても、すなわち母体の健康を著しく害する場合であっても右の処置は行えないことになる^⑪。人工妊娠中絶についていえば、配偶者が胎児の父親であるとき、胎児の生存・出生に対する責務も当然存在するであろう^⑫。しかしそうであっても、その責務もまた、母体の健康に優越するものとはいえない。

現実には配偶者(胎児の父親)が同意しているかについての厳格なチェックはなされておらず、同意は書面で行われたり、あるいは第一四条第二項(配偶者が知れない場合や配偶者の死亡の場合に同意を不要とする条項)が利用されているが、しかし法が同意を要件としていることは意味深長である。すなわち、配偶者の同意を継承することにより、母体の健康よりも配偶者の子を持つ利益を優越させることを継承したといえるであろう。法があえてこのような要件を明記し続けたことについて、女性の子供を産む道具であるとの認識をその背景にしているとの批判を免れないであろう。いずれにせよ、配偶者の同意を要件とすることは、憲法第一三条の個人の尊重、憲法第二五条第一項の生存権^⑬、さらには憲法第二四条の家族生活における個人の尊重と両性の平等に反すると批判されても、それに対する有効な反論は困難であろう。ここには、配偶者に対して認められた法益と女性の健康という法益とが対立するのであるが、法が配偶者の利益を優先したことは明らかに母体保護法第一条の母体保護の立法精神・立法目的に反するものと言わざるを得ない。

(注)

(1) 松原洋子「母体保護法の歴史的背景『母体保護法とわたしたち』明石書店二〇〇六年) 四四頁。

(2) 松原・前掲三六頁。

(3) 朝日新聞一九九六年二月十四日付朝刊。

- (4) 朝日新聞一九九六年六月五日付朝刊。
- (5) 朝日新聞一九九六年六月一日付朝刊。「母性保護法」の名称が女性団体から不適切と指摘されたのは、「母性」をあたかも女性の本性のように、あるいは女性が母になることを前提とされた存在であるという印象づけるものであるとの理由によるものとされる。また、母体保護法の名称も、一般に保護法が保護する側からの弱者への恩恵的なものであるように、母体保護法も母体の主体性をないがしろにするものであるとの批判がなされている。齊藤有紀子「母性保護法・人工妊娠中絶の現代的意義」『母体保護法とわたしたち』一八―二四頁。
- (6) 石原明『法と生命倫理二〇講(第四版)』日本評論社二〇〇四年)四〇―四一頁。
- (7) なお小泉はこれも社会的適応とする。小泉英一「殺人罪、傷害罪及び堕胎罪」『刑事法講座』有斐閣(一九五二年)八一頁。
- (8) 優生保護法下においても、優生学的見地からの中絶適応事由である遺伝性精神病質、遺伝性奇型、遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、精神病、精神薄弱などの定義が極めてあいまいであることが、ましてや別表の疾患も医学的知識からその遺伝性が疑われるようになった者が多く、別表に基づいて申請する医師はほとんどいなくなったことが指摘されている。我妻堯「優生保護法の問題点」ジュリスト八二二号(一九八四年)八九―九〇頁。
- (9) 平成五年の優生保護統計によれば、当事者遺伝による中絶件数は六九件、近親遺伝による中絶は三三件である。
- (10) 田中圭二「優生保護法三四条の保護法益の面から見た本法の問題点」『中山研一先生古希祝賀論文集(第一卷)』(成文堂、一九九七年)八〇頁参照。
- (11) 優生手術に関するこの問題については、田中・前掲八〇頁参照。
- (12) 齊藤・前掲一六頁参照。
- (13) 田中・前掲八一頁。

五 胎児と法

母体保護法への改正は、優生思想を払拭する改正であり、そのこと自体は大いに評価しうるものであることは疑いえない。¹⁾しかし、そこに眼目を置くだけの改正であつたために、優生保護法時代の諸問題をそのまま継承している。以下、胎児をめぐる主要な問題を考察する。

(一) 胎児条項をめぐる問題

優生保護法は一定の遺伝負因を持つ子の出生を防止しようとするものであったが、それ以外の出生前の何らかの原因によるため損傷を受けた子が生まれることがある。その可能性が高い場合に、合法的に中絶ができるようにする条項が胎児条項と呼ばれるものである。^②

この胎児条項はすでに優生保護法時代にその新設が議論されており、厚生省は一九七二年に経済条項の廃止とともに胎児条項の新設を内容とする改正案を国会に提出した。しかし、この両者は女性団体と障害者団体からの猛反対で実現しなかった。といつてこの問題はそれで解決したわけではなく、胎児の段階での早期の診断と治療を目的とする出生前診断が広く行われるようになると、ますます深刻な様相を呈するようになった。胎児条項の不在は、墮胎罪と人工妊娠中絶との関係をめぐる幾つもの訴訟を引き起こした。その結果、その脱法的適応により暗黙裡に墮胎罪を形骸化することで現実的な対応をしていた人工妊娠中絶の問題があらためて墮胎罪と直面对峙する状況を生み出した。

優生思想の放棄は優生学の消失を意味するものではない。ドイツの優生学者A・プレッツ(Alfred Ploetz 1860-1940)は「優生学の最終目標は遺伝的欠陥の除去を人間の出生前に完了することである」とする^③。今日、遺伝情報の解明とあいまって進化し続ける出生前診断や受精卵着床前診断は、その意味で、現代における優生学のための技術の性格を否定することができないであろう。日本産科婦人科学会は、一九九八年六月、受精卵診断を許容する方針を提示した。不必要に障害をもった子供の出生を恐れて妊娠を回避したり妊娠しても中絶をしてきた女性たちに、検査の結果安心して出産に踏み切れるように後押しするという理由によるものであるが、その理由は優生思想の反転にすぎないといえる。

母体保護法への改正後も重度遺伝性疾患と診断された場合の胎児条項の導入が論議された^④。羊水検査、母体血清マーカー検査、受精卵の着床前診断など、障害の有無を判定する技術の進歩がその背景にあるといえよう。

胎児条項が重度の疾患に限定される場合、重度でない疾患については中絶を規制することになるが、その合理的根拠がなにかは明確とはいえない。

いずれにしても、これまでは胎児条項は障害者差別そのものであることから、障害者団体からの強い反対によって立法化されなかった。今日においてもその状況に変わりなく、胎児条項の立法化の可能性はないであろう。したがって、現行法上、胎児の疾患を理由に人工妊

娠中絶ができない状況はこれからも続くことになる。

しかし他方で、胎児条項の欠如する中、妊婦の風疹やパルツェウス・メルツバッヘル病（遺伝性である可能性の高い進行型の中樞神経疾患。運動障害、知的発達障害も伴いやすい難病）、ダウン症等をめぐる検査の不作為、検査の懈怠、診断の不正確さによる出産について民事裁判（損害賠償事件）が生じている。以下、人工妊娠中絶と堕胎罪の関係について裁判所の見解を見てみよう。

（１）先天性風疹症候群

風疹による先天性風疹症候群児の出生については、損害賠償をめぐる複数の判決がある。

まず、東京地方裁判所は、昭和五四年九月一八日の判決で、風疹にかかったため胎児に疾患が生じるおそれがあるとして人工妊娠中絶を求めたが、担当医がこれに応ぜず、その結果重度の先天性風疹症候群にかかった子が生まれた事案に対して、母親の訴えを認め損害賠償を命じる判決を下した。^⑤ 同様の事案として東京地裁昭和五八年七月二二日の判決がある。^⑥

東京地裁平成四年七月八日の判決も、右の判決と同じ見解を採るものである。事案は妊婦が妊娠初期に風疹に罹患し、重篤な先天性風疹症候群児を出産したことについて、風疹罹患の有無とその時期の適切な診断を怠った過失があるとして、担当医師に損害賠償を求めるものであった。

事案の概要は次のようなものである。原告は長男が風疹に罹患したのち、自分にも発熱などの症状が現われたため風疹罹患を疑い、産婦人科医による検査を受けるために三度にわたり血液採取による抗体検査を受けた。第一回目の抗体検査の結果は抗体なしとの説明を受けたが、さらなる症状の発現により二回目、三回目の抗体検査を受けるがその診断結果は伝えられずいたところ、さらなる発疹が現われたところから第四回目の抗体検査を受けることになった。しかし、折悪しく切迫流産の兆候が生じたため入院し、医師はその予防に追われて第四回目の抗体検査を失念してしまった。その後、医師から風疹罹患に関する説明はなく、原告はその危険性がないものと誤信し、人工妊娠中絶の機会を奪われたと主張した。裁判所は、被告は原告が風疹の感染の可能性があることを明らかにして風疹罹患の有無を求めたのであるから、具体的に診断する必要があるにもかかわらず、確定的診断を行わなかった点で産婦人科医としての注意義務に違反しているとし、妊娠の継続・出産の自己決定権の利益を侵害したことに対する慰謝料と弁護士費用を認めた。その他の障害児の医療費、付添費、障害児の世話に対する慰謝料は相当因果関係を否定し棄却した。^⑦

同判決は、風疹罹患を適切に診断しなかったことが妊娠の継続についての自己決定権を侵害したとして損害賠償の理由としているが、この自己決定につき次のように言及している。「確かに、生まれる子に異常がないかどうかについて切実な関心や利害関係を持つ子の親として、重篤な先天性異常が生じる可能性があると考えたとき、それが杞憂に過ぎないと知って不安から開放（原文のママ）されることを願い、最悪の場合に備えて障害児の親として生きる決意と心の準備をし、ひいては、妊娠を継続して出産すべきかどうかの苦悩の選択をするべく、一刻も早くそのいずれであるかを知りたいと思うのが人情である。原告らが被告に求めたのも、このような自己決定の前提としての情報であり、債務不履行又は不法行為によってその前提が満たされず、自己決定の利益が侵害されたものとして、慰藉料の対象になるものと解するのが相当である。しかし、原告らのその余の請求は、これと同一に論じることができない。すなわち、先天性風疹症候群児の出生が危惧されるとき、社会的事実として人工妊娠中絶が行われる例があることは否定できないところであつて、本件においても、原告らが人工妊娠中絶を行っていれば、（省略）養育のために医療費や付添量等の支出を免れたであろうことは確かである。

しかし、妊婦が風疹に罹患した場合には、人工妊娠中絶の方法による以外には先天性風疹症候群児の出生を予防する途はないが、優生保護法上も、先天性風疹症候群児の出生の可能性があることが当然に人工妊娠中絶を行うことができる事由とはされていないし、人工妊娠中絶と我が子の障害ある生とのいずれの途を選ぶかの判断は、あけて両親の高度な道徳観、倫理観にかかる事柄であつて、その判断過程における一要素たるに過ぎない産婦人科医の診断の適否とは余りにも次元を異にすることであり、その間に法律上の意味における相当因果関係があるものということはできない。また、先天性障害児を中絶することとそれを育て上げることの間に財産上又は精神的苦痛の比較をして損害を論じることが、およそ法の世界を超えたものといわざるを得ない⁸⁾。」

（2）ペリツェウス・メルツバッヘル病（以下「PM病」と記す）

遺伝病についても次のような訴訟が起きている。ただし、これは人工妊娠中絶をめぐるものではなく、妊娠自体をめぐる事件である。原告はPM病の長男を持つが、この長男の病をPM病と診断したセンターの医師を厚く信頼していた。以後、長男はそのセンターに通院する。二番目の子をつくることを望んでいた原告は、長男の診断中に同医師に大丈夫かどうかを質問したところ、原告らの家族に同様の症状を持つ者がいない場合、経験上兄弟で同一の症状のあるケースはないので、可能性は否定できないが高い確率で大丈夫である旨を説明した。原告はこの説明に安心し、健常者である二番目の子を出産した。ところが三番目の子がPM病であつたため、医師に損害賠償

の訴えを起こした。東京地裁は原告それぞれに慰謝料八八〇万円を認めた。⁹⁾ 控訴審の東京高裁は財産的損害を含めそれぞれに二、四一五万円の賠償を認めた。¹⁰⁾ 同年一〇月二〇日、最高裁の上告棄却および不受理で事件は確定した。

東京高裁の判決は次のようなものである。

長男の診断の際にした質問に対し診療報酬が支払われていないのであるから診療契約上答える義務はないが、医師がPM病について高度の専門的知識を有しており原告がその説明を信頼するであろうことを知りながら説明する以上、当時の医学的知見に基づく正確な情報を提供する義務がある。しかし医師のPM病を罹患した子が生まれる可能性が著しく低いという説明は誤解を招く不正確なものでありそこに過失がある。

三男がPM病であるために要する介護費用等の特別な費用は、医師の義務違反行為と相当因果関係のある損害と認めるべきである。この特別な費用を損害として認めることは、三男の出生、生存自体を損害として認めるものではない。他方、原告にも可能性が否定されていないにもかかわらず、被告医師に質問する以外の情報収集をし検討していないので二五パーセントの過失があるので、賠償額から相殺する。¹¹⁾

損害賠償について、風疹事件では慰謝料だけを認め介護費用などの財産的損害は認めなかったが、PM事件では慰藉料に加え、出生後の介護等の費用を損害賠償として認めた。この違いはどこに起因するのであるうか。

風疹裁判においては妊娠後原告が罹患し、医師が適切に診断をしなかったため出産するにいたったが、裁判所はこの医師の診断をしなかったことが原告の出産についての自己決定の利益を侵害するものとして慰謝料の支払いを命じた。しかし、先天性風疹症候群は人工妊娠中絶の適応事由ではないこと、また中絶は高度な道徳観・倫理観に関わることであり、医師の診断の適否は妊娠継続か中絶かを判断する際の判断材料の一部にすぎないので、原告の選択と診断の適否は法律上相当因果関係にはないとして、出生後の財産的損害を認めなかった。

これに対して、PM事件では、事前にPM病に罹患する可能性を知っていれば、(優生手術・不妊手術の要件に胎児条項はないので手術は受けられないが) 正当な方法によって避妊し妊娠自体を防ぐことができた点が論拠となっている。すなわち妊娠は夫婦の自由意思であったが、医師のPM病に関する不適切な説明(説明義務違反)が妊娠を決定させたのであり、医師の説明義務違反とPM病に罹患した

子供が生まれたことの因果関係について、もし医師の説明が適切なものであれば夫婦は妊娠を避けえたのであるから医師の不正確な説明と妊娠・出産の間には相当因果関係は認められるとし、その損害についても因果関係があるとして介護等費用を損害賠償として認めたのである。

ところで、先天性風疹事件の高裁判決は論理的の一貫性を欠くものではないだろうか。胎児条項の存在しない優生保護法や母体保護法のもとでは、そもそも先天性風疹症候群は人工妊娠中絶の適応事由ではないのであって、診断の不作為が妊娠継続か否かに関する自己決定の利益を侵害したとすることは論理として破綻している。堕胎罪により妊婦に対する（出産をしないという）自己決定権を認めていない現行法制のもとで、望まない妊娠をした女性に出不産しない自己決定の利益があるとするのは現行法の解釈としては明らかに矛盾である（たとえ、中絶適応事由に該当する中絶であっても、それは法律が認める中絶を受けるという選択であって、それを自己決定という表現を用いることは適切ではない。ましてや本件では中絶適応事由に該当しないケースであるから、なおさらのことである）。

このように堕胎罪によって妊婦に出不産に関する自己決定権が認められていない以上、中絶か妊娠の継続かについての自己決定の利益もなく、したがって中絶（これは違法な中絶すなわち堕胎）の機会を奪ったことに対する賠償を認める論拠はないと言わざるを得ない。かりになお妊婦に出不産に関する自己決定の利益を認めるものならば、医師の検査結果の説明や検査の不作為はまさしく人工妊娠中絶の機会を喪失せしめたこと、すなわち障害児の出不産との間に因果関係を肯定すべきではないだろうか。中絶の機会を奪ったことで自己決定の利益の侵害を認めながら、出不産後の損害賠償については、同症候群が中絶の適応事由でないことを指摘し、中絶については親の高度な道徳観・倫理観に基づく行為であるとして、医師の不適切な診断と出不産との間の因果関係を否定することも矛盾している。

このように事実上違法な中絶を「自己決定の利益」として肯定しながら、他方で出不産後の損害については法律上の人工妊娠中絶を否定する判決の論理は、およそ破綻しているといえるであろう。

判決は同症候群を中絶適応事由でないと明言しているのであるから、そうであれば論理的帰結として、たとえ風疹に罹患しているということが明らかにあったとしても、中絶適応事由でない以上は出不産せざるをえないのであるから、妊娠の継続か中絶かの判断の機会を奪ったことにならず、したがって出生後の介護等の費用も医師に負担させるべきでない、というのが論理的な結論ではないだろうか。裁判所はなぜ端的かつ論理的に判決しなかったのか。

その背景には、法における中絶の問題と現実における中絶（違法な中絶・実態は堕胎）の問題が同一平面で語られていることにある。

言い換えれば、障害と中絶の問題では、法の建前と原告や医師の現実的な立場とをともに斟酌しなければならず、胎児に障害があっても出産すべきだという建前だけでは問題の現実的かつ適切な解決に至らないからではないだろうか。判決の論理破綻はそのことを如実に示しているものと思われる。

(3) ダウン症

京都地裁は平成九年一月二四日の判決で、三九歳の妊婦に対し産婦人科医がダウン症児出産の危険性や羊水検査の説明をせず、また、原告の羊水検査の要請を受け入れなかったことについて、過失はないとの判決を下した^⑬。事案は次のようなものである。ダウン症児を出産した原告(ダウン症児の両親)は三九歳での初産にダウン症児の出産に対する不安を持ち羊水検査の実施を依頼したが、羊水検査の結果がでるまでに人工妊娠中絶の可能な時期が経過してしまうことを理由に応じず、また適切な助言もしなかったため、出産するか否かの判断のための検討をすることができなかったとして、担当医師および病院経営団体に対して不法行為に基づき慰料の支払いを請求した。

原告は次のように主張した。「妊娠した場合に、本来妊娠を継続するか、中絶するかは妊婦本人の自由であり、妊婦自身が、あるいは、配偶者との相談のもとに決める問題である。そして、妊娠の選択に関する倫理的な問題はまさに妊婦自身が熟慮決定すべきであり、妊婦らが出産するかどうかの決定権を自由意思に基づいて行い得るためには、正しい知識と情報が不可欠であって、医師が適切な診断をするとともに、妊婦らに対し、適切な説明等を行うことが必要であり、右は産婦人科医師の基本的な業務である。」「本件は出産すべきか否かの検討の機会を与えられなかったことについての損害賠償請求であるから、実際に中絶が法律的に許されたか否かは問題ではない。」

原告のこの主張に対して、裁判所は以下の理由により過失はないとして請求を退けた。①羊水検査をしてもそれによる判定が法定の人工妊娠中絶期間を過ぎてしまう。②何歳を適応として妊婦に対する染色体異常児の出生の危険率や羊水検査について説明するかは、医師の裁量の問題であり、三九歳の妊婦であっても相談や申出しない場合に、一般的に積極的に説明すべき法的義務はない。③被告病院では単なる高齢を理由とした羊水検査は実施しない旨の説明を事前に行っている。④原告は子宮筋腫の手術をしており当時流産の危険性があり、羊水検査の実施により流産率が上がる危険があった^⑭。

同判決において注目されるのは、人工妊娠中絶との関係についてである。①原告らはたとえ中絶の法定期間を過ぎていても胎児の母体外での生命保続の可能性については医師の客観的判断が当然優先すべきであり得るとして中絶の可能性を主張していることに対して、

「墮胎は妊婦はもちろんこれを実施した医師も罪に問われる刑法上の犯罪である以上、産婦人科医の恣意的な判断で厚生事務次官通知で指定された中絶時期を延長することは許され¹⁵」ないとして、原告の主張を退けている。②産婦人科医の羊水検査の義務の有無について、「羊水検査は、染色体異常児の確定診断を得る検査であつて、現実には人工妊娠中絶を前提とした検査として用いられ、優生保護法が胎児の異常を理由とした人工妊娠中絶を認めていないにも係わらず、異常が判明した場合に安易に人工妊娠中絶が行われるおそれも否定できないことから、その実施の是非は、倫理的、人道的な問題とより深く係わるものであつて、妊婦からの申し出が羊水検査の実施に適切とされる時期になされた場合であつても、産婦人科医師には検査の実施等をすべき法的義務があるなどと早計に断言することはできない¹⁶」とし、羊水検査等の法的義務を否定する。③法定の人工妊娠中絶期間を経過した後に異常結果を知らせることについて、「まして、人工妊娠中絶が法的に可能な時期の経過後に胎児が染色体異常であることを妊婦に知らせることになれば、妊婦に対し精神的に大きな動揺をもたらすばかりでなく、場合によっては違法な墮胎を助長するおそれも否定できないのであつて、出産後に子供が障害児である場合の精神的衝撃と、妊娠中に胎児が染色体異常であることを知られる場合の精神的衝撃とのいずれが深刻であるかの比較はできず、出産準備のための事前情報として妊婦が胎児に染色体異常が無いか否かを知ることが法的に保護されるべき利益として確立されているとは言えないから、出産するか否かの検討の余地が無い場合にまで、産婦人科医師が羊水検査を実施すべく手配する義務等の存在を認めることはでき¹⁶」ないと判示した。

(4) 判例の特徴

人工妊娠中絶の位置づけについて、先天性風疹症候群とダウン症事案の判例は次のように分析できるであろう。

先天性風疹症候群判決については、人工妊娠中絶についての自己決定の利益を有するとしている。ただし、ここでいう自己決定の意義は明確なものとはいえない。前述のように、墮胎罪が存在する以上、妊娠した場合には出産をしなければならず、産まない選択をして中絶をすればそれは墮胎行為として刑法で処罰される。すなわち、墮胎罪が存在する限り、妊婦には出産をしない権利(出産に関する自己決定権)は認められていない。ただし、一定の場合に合法的に墮胎行為ができるように優生保護法・母体保護法で中絶適応事由が認められていて、例外的に墮胎を人工妊娠中絶として合法化している。このように出産が原則で、中絶が例外である法制度のもとでは、出産に関する自己決定権が存在しないことは明白である。なぜなら、ここでいう自己決定権とは、理由の如何を問わず、産む・産まないを自由

に決定できることをいう。したがって、現行法制度のもとでは、出産に関する自己決定権は認められていないのである。

しかし、墮胎罪が形骸化している現状では、法定の中絶適応事由以外の違法な中絶（墮胎）も実質的に自由化されており、したがって国民は極めて簡単に中絶を受けることができるのであって、このように脱法的に中絶を選択することが事実上できる以上、その選択の利益は否定しがたいものがある。それゆえに判決はその事実上の中絶を選択するための検討の機会を奪ったとするのである（これを中絶の自己決定といっているが不適切な表現である）。その上で、判決は、出生後に関する損害賠償については、胎児の障害が人工妊娠中絶の適応事由でないとする法の建前に立ち戻り、法的には中絶は許されないものであるから、（違法な）中絶をするか否かは極めて道徳的・倫理的判断によるものであり、医師の診断の適否とは次元を異にするので、中絶か否かの判断と医師の診断の適否の間には因果関係がなく、したがって出生後の費用について法的な損害賠償は認められないとの理論構成をしている。これは、結局のところ、医師に違法な中絶の機会を奪った全責任を負わせるべきでないとの判断によるものであろう。

これに対して、ダウン症事件は、現行法制を最も厳格に判決の前提としている。ここでは墮胎罪が存在する以上、違法な中絶（墮胎）を許容しない態度を明確に打ち出している。医師には羊水の染色体異常の検査をする義務がなく、人工妊娠中絶が許される期限を経過する場合、医師の裁量による胎児の母体外での生命保護期間を恣意的に変更してはならず、中絶は許されないものとしている。たとえ羊水の染色体異常の判定が中絶可能時期に出る場合であっても、染色体検査自体の義務がない以上、事実上可能な中絶を検討する機会を奪ったことについての損害賠償は認められないことも示唆している。

（５）母体保護法における母体保護規定の解釈

いずれにしても、障害児の出産は関係者にきわめて深刻な事態をもたらし得るものである。これに加えて、母体保護法への改正により一定の遺伝病が中絶適応事由から削除されたので、これらの遺伝病児も法制度上は出産を当然のものとし、妊娠の当事者には出産を余儀ないものとされた。この改正により、ことは胎児条項だけの問題ではなくなってしまったのである。しかしながら、かつて中絶の適応事由とされていた遺伝病をめぐる、訴訟になった例は未だないのではないだろうか。そうだとすれば、法改正により遺伝病を理由とした中絶は皆無となったのであろうか。それとも、母体保護法のもとでも中絶がなされているのであろうか。

そこで、優生保護法の中絶適応事由とされた遺伝病が認められる場合、また重い障害を持つて生まれてくる可能性のある場合、母体保

護法のもとでの合法的な中絶は可能であろうかを検討する必要がある。これについては二つの可能性が考えられる。一つは、胎児に遺伝病が発症する可能性のある場合、あるいは先天性風疹症候群やダウン症等のように出生後に重度の障害が発症する可能性がある場合、妊娠自体が妊婦に重い精神的負担を生じさせることは容易に想像しうる。重い精神的負担が昂じればひいては身体に及び、母体の健康を著しく害することが予想される。そうであれば、第一四条第一項第一号の母体保護規定(身体的理由による健康被害)を適用することができるのではないか。もう一つは、出生後の重い経済的負担が将来の母体の健康に著しい害を生じる場合、やはり同条項のいわゆる経済条項(経済的理由による健康被害)に該当するのではないか。

しかし、これらについては法解釈上やはり無理があるのではなからうか。身体的理由による健康被害は、堕胎罪の例外を定める特別法である。その立法趣旨からすれば、身体的理由と健康被害との間に相当な因果関係が要求されていると解すべきである。精神的負担が身体的にどのように発現するかは個人差があり、そこに明確な因果関係の法則を見出すことは困難であろう。とすれば、そのような解釈は法解釈の歪曲につながるおそれがあるといえる。優生保護法の時代に、あえて胎児条項の新設が試みられたのは、それが身体的理由による中絶の範疇に収まらないからではなかった。そのことを想起すれば、右の解釈がいかに異様な解釈かが明らかである。

経済的理由による健康被害については、障害児出生後の経済的負担をもって経済条項の適用ができるとの見解がある¹⁷。しかし、それも法解釈としては無理がある。「妊娠の継続又は分娩が……経済的理由により母体の健康を著しく害する」との文言は、そもそも出産の前に後に経済的理由で無理な労働などをしなければならずその結果母体の健康を著しく害する場合に中絶を認めるものであり、経済的理由と母体の健康被害との間に相当な因果関係が求められている。したがって、経済的理由と健康被害の因果関係は出産前後のある程度の期間ではあっても、何年も先の健康被害が因果関係として含まれるとは考えられない。もしそれを認めることになれば、遺伝病者や障害者排除という優生目的をすべて経済的理由の名目で中絶を実施することが許されることになり、優生条項を飲み込んだ経済条項あるいは経済条項に名を借りた優生条項となってしまうであろう。

したがって、出産後の長期にわたる子供への経済的負担を含むと解することは適切ではなく、そのような解釈は経済条項の立法目的にそぐわない。さらに言えば、子供を一人前になるまで育てるには相当な経済的負担が生ずるが、そのことをもって経済的理由とするならば、堕胎罪の例外としての経済条項の本来的な存在意義を喪失することになるであろう。少なくとも、優生保護法時代の母体保護規定(身体条項および経済条項)はそのようなモンスター規定ではなかった。

たとえ、母体保護法のもとで、そのような運用が容認される可能性が否定できないとしても、法がその立法目的を維持できず、現実の前に違法なあるいは脱法的な運用がなされるとすれば、そのような歪曲を生み出す原因にこそ真の問題が存在するのである。

(二) 減数(減胎) 手術をめぐる問題

原因の解明は未だなされていないようであるが、近年、フランスなどの先進国において男性の精子の数の減少が確認され不妊の深刻な状況が認識されつつある。精子の数の減少は妊娠能力に直結し、妊娠に必要な一定数を下回ると不妊生じる。わが国においても妊娠を希望しながらも妊娠できない不妊の状況が深刻化しつつあるが、そうした不妊に対する不妊治療として排卵誘発剤を用いることにより人為的な多胎妊娠(四つ子や五つ子などの妊娠)が発生している。また、人工生殖(現在の不妊治療の最先端の技術が顕微鏡授精による体外受精である)による複数の受精卵(胚)を子宮内移植することによっても多胎妊娠が発生する。自然妊娠による多胎妊娠率は〇・五%であるのに対して、不妊治療では二〇%弱とされている。また、多胎妊娠は子の数が増すにつれ母体には妊娠中毒や貧血がおこり、胎児には発育不全や脳性麻痺の率が増える⁽¹⁸⁾とされている。そうした多胎妊娠に対して、減数手術が認められるかが問題となる。問題は法と倫理に及ぶ。法的には、減数手術が人工妊娠中絶の要件を備えていない場合、違法な墮胎行為となる。また、中絶が認められるとしても、どの胚(胎児)を残しどの胚を処分するかという選択的中絶となり、生命の選択という倫理的問題が不可避のものとなる。

人工妊娠中絶が経済条項によりほとんどフリーパスの状態にありながら、この減数手術も不妊治療行為の一環としてなされることから、人工妊娠中絶の要件に直面する問題である。しかしながら現在、この減数手術は法規制の対象とはなっておらず、日本産婦人科学会のガイドラインによる自主規制の対象となるにとどまっている。

かつて日本母性保護産婦人科医会(現在、「日本産婦人科学会」)は、この減数手術を人工妊娠中絶規定(第二条第二項「胎児が母体外において生命を保持することができない時期に、人工的に、胎児及びその付属物を母体外に排出することをいう」)に反するものとして反対を表明した⁽¹⁹⁾。初期のころの減数手術は胎児を母体外につまみだすもので、その付属物を取り出していなかったことから規定に反するとされた。その後の胎児に塩化カリウムを注入して死なせた後に母体に吸収させる方法については、排出していいので法に反する可能性がある⁽²⁰⁾とされた。一九九六年、日本産婦人科学会は「多胎妊娠に関する見解」とその「解説」を公表した。それによれば、体外受精で戻す胚

は三個以下とされ、排卵誘発剤の使用量を可能な限り減量するものとした。²⁰⁾

しかし、多胎妊娠はたとえ二胎の妊娠であっても、母体がそれに耐えられない場合がある。小柄な体型やあるいは心臓などに疾患がある場合がそれである。その場合、身体的理由により中絶することができ（中絶可能期限を過ぎていても、母体に危険が迫っている場合には刑法上は緊急避難として許される）、身体的理由ではなく夫の給与が減少したなどの経済的理由となると法律上はやはり中絶の適法性が問われることになる。人工妊娠中絶の抱える倫理的な問題を減数手術もまた背負っているといえる。「現代の間引き」あるいは「生命の選択²¹⁾」といわれる所以である。しかも、どの胚や胎児を残すかどれを処分するかという選択的中絶になることから、倫理的な問題が付きまとう。

さらに多胎妊娠については、母体の健康被害と人工妊娠中絶の問題だけではなく、多胎妊娠が胎児の脳機能障害など胎児の健康につき極めて深刻な事態を招く場合がある。²²⁾

こうした事態を回避するための減数手術は、少なくとも母体保護法による人工妊娠中絶の対象外である。こうした新たな事態に現行法制は沈黙のままである。

（三）胎児性傷害致死をめぐる問題

胎児性傷害致死傷とは、「母体を通じて胎児に侵害を加え、出生により人となった段階で傷害・死亡の結果が発生する事例を指し」、人に対する殺傷罪（殺人罪・傷害致死罪・過失致死罪等）が成立するかが問題となるものである。²³⁾

胎児性傷害致死は、医学の進歩により、胎児に対する傷害と出生後の障害との因果関係が判明するようになってきたことと、公害が身体に甚大な被害をもたらしたことから、その成否が実務において現実のものとなった。その契機となったのが西ドイツのサリドマイド事件とされている。一九七〇年二月十八日、アーヘン地方裁判所は、サリドマイド薬を服用した妊婦が奇形児を出産したことについて、製薬会社幹部に対して過失傷害罪を認める判決を下した。²⁴⁾

わが国でも胎児に対する傷害を処罰する規定はなく、そのため胎児傷害を人に対する罪に問えるかは学説で簡単に触られる程度であったが、水俣病刑事裁判で初めて本格的な議論が展開されるようになった。もし胎児傷害を認める場合、墮胎罪との関係が極めてデリ

ケートな問題となる。現行法は胎児傷害の規定を置かず墮胎罪の規定を設けて、出生前を胎児、出生後を人として保護していることから胎児と人を区別し、両者を異なる法益客体としている。最高裁判所はこの問題に母体侵害説から肯定する法解釈を提示したが、学説においては胎児性致死傷を人に対する罪となしえるかについては見解の対立が見られる。

そのほかに、胎児傷害は妊婦への暴力においても問題となるし、また民事訴訟では交通事故の賠償の問題に直結する。以下、わが国における胎児傷害に関わる事案をみてみよう。

（一）公害における胎児性致死傷

（１）熊本水俣病刑事事件

出生後の死亡が胎児段階での加害行為にその原因がある場合、胎児段階での加害行為を罪に問えるかが問題となるが、前述のようにこの問題は葉害サリドマイド事件を契機に議論が活発になされるようになった。当初の学説は否定説が有力であったが、次第に肯定説と否定説が拮抗するようになり、やがて水俣病刑事事件で熊本地裁がこの問題に正面から肯定する判断を示した。控訴審の福岡高裁および上告審の最高裁もこれを肯定する判断を示した。⁽²⁵⁾ただし、下級審と最高裁の見解は異なるので、その論拠の違いを見てみよう。

① 事実の概要

事件の概要は以下のようなものである。新日本窒素肥料株式会社は、昭和三三年九月から三五年六月頃まで、熊本県水俣工場から継続的に塩化メチル水銀の混じった工場排水を水俣川河口海域に排出させ、同海域の魚介類を汚染させた。その汚染した魚介類を妊娠中に摂取した母親が出産したところ、胎児は胎児の時期に脳の形成に異常をきたしていたため、出生後健全に成長することができず、水俣病に起因する栄養失調、脱水症により死亡した。元社長と工場長が業務上過失致死罪で起訴された。

② 熊本地裁判決

第一審の熊本地裁は、昭和三三年七月には厚生省公衆衛生局長作成の関係機関宛文書などのより水俣病と同工場廃水の関連が指摘されており、被告人らは工場廃水に水俣病の原因となる有害物質が含まれていることを認識しうる状態にあり、安全確認のために工場の排水を中止すべき注意義務があったが、その注意義務を怠り昭和三五年六月まで排水を続け多数の人を水俣病に罹患させ死傷させた過失を認定し、禁錮二年、執行猶予三年の有罪判決を下した。⁽²⁶⁾

問題となった胎児の段階での侵害行為については、出生後の「人」に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である「人」は存在していなくても業務上過失致死傷罪は成立しうるとした(侵害客体不要説)。

侵害客体不要説を採用した論拠は次のように説明されている。「業務上過失致死罪が成立するには、構成要件要素としての客体である『人』の存在が必要であり、通常、これが実行行為の際に存在するのを常態とする。しかしながら、構成要件要素としての客体である『人』の存在が欠如する場合に業務上過失致死罪が成立しないとされるのは、客体である『人』が絶対的に存在しないため、究極において、構成要件の結果である致死の結果が発生する危険性が全くないからである。

ところで、胎児性水俣病は、母体の胎盤から移行したメチル水銀化合物が、形成中の胎児の脳等に蓄積して病変を生じさせ、これによる障害が出生後にもおよぶものであるから、胎児の脳等に病変を生じさせた時点においては、構成要件要素としての客体である『人』は未だ存在していないといわざるを得ないのであるが、元来、胎児には『人』の機能の萌芽があつて、それが、出生の際、『人』の完全な機能となるように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から、胎児に対し有害な外部からの侵害行為を加え、『人』の機能の萌芽に障害を生じさせた場合には、出生後『人』となつてから、これに対して業務上過失致死罪の構成要件の結果である致死の結果が発生させる危険性が十分に存在することになる。

従つて、このように人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である『人』が現存していなければならぬわけではなく、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である『人』が存在するのであるから、これをもつて足りると解すべきである。業務上過失致死罪において、その実行行為に際して、客体である『人』が存在しているのが常態ではあるけれども、実行行為の際に客体である『人』が存在することを要件とするものではない。」

③福岡高裁

控訴審の福岡高裁は、基本的に一審判決を是認し、被告人の控訴を棄却した²⁷⁾。ただ、次の点を補足し、一審との論拠の違いを見せている。被害者が「人として傷害を受けて死亡するに到つたものと認められることの可否につき、原説示のほか一言付加するに、被告人らの本件業務上過失排水行為は」被害者が「胎児が人となるまでに終つたものではなく、とくに、その侵害は発病可能な右時点を過ぎ、いわゆる一部露出の時点まで、継続的に母体を介して及んでいたものと認められる。そうすると、一部露出の時点まで包括的に加害が認められる限り、もはや人に対する過失傷害として欠くところがないので、右傷害に基づき死亡した同人に対する業務上過失致死罪を是認す

ることも可能である。」

このように福岡高裁は、胎児から人になる一部露出の段階まで侵害行為が継続していたとして、人に対する傷害を是認することで過失致死罪の成立する余地を指摘した。

④ 最高裁決定

これに対して、最高裁は下級審とはまったく異なる母体侵害説を展開して有罪とした²⁸。胎児性致死については、次のように母体侵害説を展開している。「現行刑法上、胎児は、墮胎の罪において独立の行為客体として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ものと取り扱われていると解されるから、業務上過失致死罪の成否を論ずるに当たっては、胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにほかならない。そして、胎児が出生し人となった後、右病変に起因して死亡するに至った場合は、結局、人に病変を発生させて人の死をもたらしたことに帰するから、病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採ると否とにかかわらず、同罪が成立するものと解するのが正当である」

長島裁判官は、法廷意見を支持する見地から、次のような補足意見を述べている。「胎児は、人としての出生に向けて生育を続けるという点で、それ自体としての生命を持つているが、他面、胎内にある限り母体の一部を構成していることも、否定することはできない。したがって、過失により侵害が加えられた場合において、母体の他の部分にはなんらの結果も発生せず、胎児だけに死傷の結果を生じたようなときであっても、母体に対する過失傷害罪は、その成立を肯定することができるものというべきである（もとより、侵害の主体が母親自身であるときは、過失による自傷行為として不可罰となる。）」。確かに、現行刑法は、胎児の生命を断ち又はその生命を危険にさらす故意による墮胎行為を処罰規定を設けているが、右は、生育しつつある胎児をそれ自体として保護するために設けられた特別の規定であって、これに該当しない胎児に対する侵害行為をすべて不可罰とする趣旨までも含むものとは到底解することができない。ただし、母体の他の部分に対する不法な侵害は、人に対する侵害として刑法の対象となりうるのに、同じく母体の一部たる胎児に対する侵害は、墮胎罪に当たらない限り、およそ母体に対する侵害としては罰しえないと解するのは、著しく均衡を失するものといわざるをえないのである。

次に、過失行為によつて傷害された胎児が出生して人となった後に、その傷害に起因して死亡した場合には、どのように考えるべきであろうか。この場合形式的に言えば、胎児として受けた傷害の被害者は、母体ではなく出生したその人であると解されるから、侵害の及

んだ客体と結果の生じた客体とが、別個の人となつてゐるわけである。しかし、被害者の実態を虚心に見ると、それは、人の萌芽である胎児としての生命体が生育して、母体から独立した人としての生命体になつたものであつて、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体は、生育過程を異にする同一の生命体といふことができる。そして刑法的・構成要件の評価においても、侵害の及んだ客体である母体と結果の生じた客体である子は、いずれも人であることに変わりはなく、いわば法定的に符合しているのである。したがつて、このような場合には、当該過失行為と死亡結果との間に刑法上の因果関係が認められる限り、刑法の解釈として、死亡した人に対する過失致死罪の成立を是認することになんらの妨がないものといふべきである。」

このように長島裁判官は法定的符合説の見地から胎児と母体との一体性を肯定し、さらに墮胎罪が墮胎以外の胎児への侵害行為をすべて不可罰とするものではないと主張する。

胎児傷害の結果が人に現れたとき人に傷害罪が成立するかについては、周知のとおり肯定説、否定説、および二分説（胎児に故意に障害を加えた場合には傷害罪を認めるが、傷害が過失の場合に過失傷害として処罰されないとする説）の三つがある。肯定説はさらに、①胎児が人になつた瞬間（出生の時）に胎児に対する傷害は人に対する傷害となる見解、②胎児が出生して人になつたあとで、胎児の段階でその萌芽が傷害を受けた機能がその人に普通に備わる時に傷害になるとする見解、③傷害を受けたということが確認された時点で人に対する傷害になるとする見解に分かれるが、熊本地裁は①の見解に立つものとされている^⑨。しかし、最高裁の見解はいずれの肯定説とも異なるものである。

（２）侵害客体不要説に対する批判

熊本地裁の侵害客体不要説の是非は、傷害罪の「人を傷害」することとは、傷害の実行行為が客体である人に行われなければならないとするのか、それとも行為時には客体である人が存在する必要はなく「傷害を負つた人を生み出す」ことまで含めることができるのかというところが論点となる。端的にいえば、侵害された法益を生み出すことと法益を侵害することは同じか否かということである^⑩。侵害客体不要説の採る後者に立てば、墮胎行為で胎児が母体外に出て死亡する場合に墮胎罪ではなく、殺人罪が成立することになり、これを回避するためには墮胎罪を殺人罪の特別規定としなければならないが、かりにそうしたとすると故意の墮胎については墮胎罪が成立するが、過失墮胎については処罰規定がないので人として過失致死罪が成立することになるとの批判を免れないであろう^⑪。

(3) 一部露出説による侵害客体存在説批判(人への侵害行為)

第二審の福岡高裁は胎児が人になる瞬間まで過失傷害行為を受け続けていたといっているので、人に対する傷害とそれによる致死を認め、過失致死罪の成立を是認した。その意味で、新たな肯定説を示したといえる。しかし、この説によれば、水俣病のような症状悪化型については人に対する罪がみとめられるが、サリドマイド症による症状固定型の奇形については人に対する罪は認められないことになる。また、前者についても侵害客体不要説に対する批判が当てはまり、たとえば妊婦自身の過失で流産した場合に過失致死罪が成立するという不都合が生じる。³²⁾

(4) 母体侵害説に対する批判

最高裁は、胎児が墮胎罪において独立の行為客体として規定されている場合を除き、胎児が母体の一部であることを当然の前提として母体障害説を主張した。母体の一部である胎児に傷害を与えたことは母体への傷害であり、母体という人に傷害を与えその結果出生児という人が死亡したのであるから、人(母体)に対する傷害により人(出生した胎児)が死んだとして業務上過失致死を認めることができるとした。

肯定説の論拠としては、常識に合致する、墮胎座に当たらない胎児傷害を不可罰としない、不同意墮胎罪を母体傷害の特別類型とすることに支障がない、母体が傷害されず胎児だけが障害を受ける近時の状況に現行法で対処できる等々が挙げられる。³³⁾

母体侵害説は、傷害罪が現存する人に向けて傷害行為がなされることを必要としているのであるが、胎児は母体の一部であることを当然の前提とし、侵害結果の発現は侵害行為が加えられた客体に限定されないとこの論理によりその可罰性を導いた。事実の錯誤論における抽象的法定符合説の見解を示した点にこれまでの肯定説と異なる特徴があるが、これに対しては批判が加えられている。

まず、最高裁は胎児が墮胎罪において独立の行為客体として規定されている場合を除き、胎児が母体の一部を構成すると断じているが、現行刑法上の論拠となる規定は存在しない。³⁴⁾このような前提に立つならば、墮胎罪を構成しない胎児傷害のすべてが母体に対する傷害罪として処罰されることになる。現行法上不可罰の過失墮胎も、第三者による場合には過失傷害罪で処罰される可能性もある。そのような処罰の可能性を拡大する解釈は現行法上予定されておらず、また被告人に不利益に働くことから、類推解釈であるとの批判がなされている。むしろ墮胎致死傷害罪の規定(二二三条、二二四条、二二六条)によって、胎児に対する加害行為である墮胎と母親の傷害とは規定上

区別されているとすべきである。³⁵⁾ また、抽象的法定符合説については、構成要件該当性の重要性を無視して「誰が死のうと、人が死んだことだけが問題だ」とする点に批判が加えられている。³⁶⁾ また、この事案は抽象的レベルでも符合しないとの批判もなされている。³⁷⁾

母体侵害説の修正説として、出産機能障害説も唱えられている。有害作用がなければ健康な子供を産むことができる母親が、有害な作用によって健康な子を出産することができなくなった場合、母親としての重要な生理機能が害されたのであるから母体に対する傷害であるとする見解である。

ただし、本件の場合、健康な子を出産する機能が侵害されたかについては、見解が分かれる。母親の子を産む機能自体は正常であるとするものと、障害をもった子を生んだことをもって出産の正常な機能が侵害されているとするものである。最高裁決定は、本件ではこの機能はなんら害されていないとする。これに対して、「有機水銀の影響により健全な子を出産する機能が害された以上、母親に対する傷害を肯定してもよい」と主張する見解もある。³⁸⁾ 食した魚介類を介して水銀中毒に罹り胎児に傷害が及び障害を持った人として生まれたことを、正常な胎児を育む機能が侵害されたと考えるか、出産している以上、出産機能それ自体は侵害されていないと考えるかは、判断の困難な問題である。

胎児性傷害致死については、重大で深刻な被害をもたらす公害に対してその当罰性を現行法内で可罰的なものにすべく構築されたのが肯定説であるといつてよいであろう。最高裁は母体侵害説を採用したが、多数説は胎児が母体の一部であることに実定法上の論拠がないと強い批判を加えている。さらに、この肯定説に対しては墮胎罪との関係で幾つもの批判がなされている。

大塚教授は、第一審判決について、業務上過失致死罪を認めたことを「被告人らに対する処罰を求める世論の要請に応えたもの」としては評価すること³⁹⁾ができるが、「刑法の厳格解釈の趣旨からするときは、胎児性致死に業務上過失致死罪を適用することは、当罰性の実質を重視する余り、刑法の予定した可罰性の範囲を逸脱した解釈に走っている嫌いはないであろうか」と批判をされている。⁴⁰⁾ そうだとすれば、初めに処罰の必要性ありきで、その必要性に犯罪成立の論理が導かれたことになる。

△△ 交通事故による胎児性致傷

水俣病刑事裁判における最高裁判所の決定は、交通事故による出生後の胎児の死亡についても業務上過失致死罪が適用されるかという

問題につき、新たな展開を生ぜしめた。この場合、胎児の出生を人と認めるか否かが論点となる。これをめぐる幾つかの判例が見受けられる。

(1) 出生した胎児を人とは認めなかった事例

妊娠中の女性が過失による交通事故の受傷のため仮死状態の女児を早産し(在胎三四週)、重症の同児は三六時間半で死亡した。事件で秋田地裁は生産児に生存の可能性がない場合には人として認めず、被告人に業務上過失致死罪の成立を否定した。⁴⁰⁾

判決理由は次のとおりである。「一部露出の段階を経て医学的には生産児の分娩と判定されても、胎児の際の過失により加害され、生活機能の重要な部分が損なわれ、自然の分娩期より著しく早く母体外に排出され(早産)」、生活能力もなく、自然の成り行きとして出産後短時間で死に至ることが予想され、実際どんな医療を施しても生活能力を具備できず医学的にも死の結果を生じさせた本件事案のような場合は、刑法上右分娩児は『人』となったとは言えず、胎児の延長にあり、胎児又は死産児に準じて評価するのが相当である。」

(2) 出生した胎児を人と認めた事例

二〇〇六年、居眠り運転の車に追突された車に乗っていた妊婦が胎盤剥離となり、緊急手術で男児を出産したが翌日死亡した事案で、静岡地検浜松支部は男児の死亡の原因が交通事故であることが明らかだとして、水俣病刑事裁判の最高裁判決を論拠にその男児に対する業務上過失致死を含めて起訴した。この事案に対し静岡地裁浜松支部は二〇〇六年六月に有罪判決を下した。また、同年九月には長崎県警が業務上過失致死容疑で書類送検した。書類送検段階での業務上過失致死罪の適用は全国初めてだとされる。同事件は翌二〇〇七年二月に有罪判決が下された。⁴¹⁾

水俣病最高裁判決は学説からの批判が強いにも関わらず、胎児傷害について下級審判決にその影響が生じ始めているとするならば、現行法のもとでの胎児性傷害致死について、処罰範囲の適正化がはかれるのか、すでに指摘されている諸問題につき理論的な整合性がはかれるのか、あらためて検証が必要であろう。

(3) 民事裁判における胎児性致死

民事裁判でも、胎児性致死傷は胎児の損害賠償請求権の有無が争われた。

任意保険に加入していない「無保険車」により交通事故にあった場合、被害者自身の任意保険から保険金が支払われる「無保険車傷害条項」をめぐり、被害者の胎児が支払い対象に含まれるかが争われたケースで、最高裁判所は「胎児も家族に準じて対象に含まれる」と事故当時胎児だった子への支払いを拒んだ保険会社側の上告を棄却した。⁴⁾すなわち、「不法行為による損害に対しては胎児も賠償請求権を持つ」との通説を確認の上、損害を補填する性格のある今回のような保険にも当てはまると認定し、胎児が保険金の対象となると判示した。

(4) 母体傷害と胎児の致傷

母体に対する傷害行為によって、胎児に致傷が生じる場合がある。長島裁判官は補足意見で、墮胎罪に該からない胎児傷害を不可罰としないとするが、胎児傷害罪の規定を持たない現行法ではどこまでを可罰的とするかは明らかではない。

アメリカでは、胎児を人に準じて扱うか、それとも人とは一線を画しつつも母体の保護を通じて胎児への潜在的な犯罪を処罰するか、この二つの見解が対立している。出生前犯罪被害者法案(UVV法案)と民主党の対案である母体保護法がそれを象徴している。

前者は妊婦への暴力により胎児が死んだり傷ついたりした場合、加害者を殺人罪や傷害罪に問うとするものである。カリフォルニア州では胎児も殺人罪の客体とされているなど、二八州で胎児を犯罪の被害者とする州法を有する。連邦法のレベルでは、UVV法案がその立場を示す。同法案は、連邦法に絡んで胎児を殺したり傷つけたりした場合、加害者に懲役二〇年から終身刑を科すものである。一九九九年と二〇〇一年に下院で可決されたが、上院で否決され廃案になったという経緯を有する。

後者は、UVV法案が胎児を人とみなすものであつて中絶が殺人行為になりかねず、中絶禁止法に繋がると懸念して提出された法案である。同法案は胎児の死亡や傷害が犯罪の構成要件とされておらず、妊婦への暴力を他の暴力犯罪よりも加重刑で処罰するものである。つまり、妊婦への暴力を通じて胎児の死や傷害を潜在的犯罪として処罰しようとする法案である。⁴⁾

わが国でも、真に胎児の生命や身体の安全を保護しようとするならば、墮胎罪では到底不十分であることは明白である。

(注)

- (1) 石原明『法と生命倫理二〇講(第四版)』(日本評論社、二〇〇四年) 四二頁。
- (2) 石原・前掲四二頁参照。
- (3) 市野川容孝「強制不妊手術の過去と現在」『母体保護法とわたしたち』(明石書店、二〇〇六年) 六五頁。
- (4) 加藤真規子「精神障害者と『優生』」『母体保護法とわたしたち』 九九頁。
- (5) 判例時報九四五号六五頁。
- (6) 判例時報一四六八号一一七頁。
- (7) 判例時報一四六八号一一七頁。
- (8) 判例時報一四六八号一二二頁。
- (9) 東京地判平成一五・四・二五判例時報一八三三号一四一頁。
- (10) 東京高判平成一七・一・二七判例時報一九五三号一三二頁。
- (11) 以上の要点整理は、樋口範雄「出産と中絶」法学教室第三三四号(二〇〇七年) 一三三頁による。この事案についての文献として、樋口範雄『続・医療と法を考える』(有斐閣、二〇〇八年) 一一六頁以下がある。
- (12) 判例時報一六二八号七一頁以下。
- (13) 判例時報・前掲七六頁以下。
- (14) 判例時報・前掲七八頁。
- (15) 判例時報・前掲七九頁。
- (16) 判例時報・前掲七九頁。
- (17) 樋口・前掲「出産と中絶」一四二―一四三頁。
- (18) 石原・前掲一二頁。
- (19) 清野透「減数中絶問題と法思想」書斎の窓四五七号(一九九六年) 三三―三四頁参照。
- (20) 根津八紘「多胎妊娠と減胎手術」『母体保護法とわたしたち』一七八頁以下。石原・前掲一二頁。
- (21) 根津八紘『減胎手術の実際』(近代文芸社、一九九八年) 一四〇―一四一頁参照。
- (22) 根津八紘・前掲『減胎手術の実際』二頁参照。
- (23) 山口厚『刑法各論(補訂版)』(有斐閣、二〇〇六年) 二四頁。
- (24) 大塚仁「胎児性水俣病と業務上過失致死傷罪」ジュリスト七一八号『臨時増刊号昭和五四年度重要判例解説』(一九八〇年) 一八一頁。内田文昭「胎児傷害」別冊ジュリスト一一七号『刑法判例百選Ⅱ各論(第三版)』(一九九二年) 一二頁。

- (25) 齊藤誠二「胎児の傷害と傷害罪」 ジュリスト六九〇号五二頁（一九七九年）、内田文昭・前掲一二頁参照。
- (26) 熊本地判昭和五四・三・二二判例時報九三十一号六頁。
- (27) 福岡高判昭和五七・九・六刑集三五卷二二五八五頁。
- (28) 最決昭（第三）六三・二・二九刑集四二卷二二三四頁。判例時報一二六六号三頁。なお、その詳細な解説として、金沢利廣・永井敏雄「水俣病刑事事件上告審決定」ジュリスト九一一号（一九八八年）七〇頁以下がある。
- (29) 齊藤・前掲五三―五四頁。
- (30) 山口厚「人の保護と胎児の保護」法学教室一九九号（一九九七年）七六―七七頁。なお、行為時における客体の存在は必要でないとしても、行為の作用が及ぶ時には客体は必要とする見解もある。平野龍一『犯罪論の諸問題下』（有斐閣、一九八一年）二六七頁。
- (31) 山口・前掲「人の保護と胎児の保護」七七頁。
- (32) 山口・前掲「人の保護と胎児の保護」七七頁。
- (33) 伊東研祐「熊本水俣病刑事事件最高裁決定」法学教室一〇一号判例セレクト八八（一九八八年）三三頁。
- (34) 内田・前掲一三頁。
- (35) 山口・前掲「人の保護と胎児の保護」七七頁。
- (36) 山口・前掲「人の保護と胎児の保護」七八頁。
- (37) 内田・前掲一三頁。
- (38) 大塚・前掲一八二頁。
- (39) 大塚・前掲一八二頁。
- (40) 秋田地判昭五四・三・二九刑月一一卷三号二六四頁。
- (41) 以上は朝日新聞二〇〇七年八月一三日付朝刊による。
- (42) 最判（第三）平成一八・三・二八。
- (43) アメリカの状況については、朝日新聞二〇〇三年八月二六日付朝刊による。

六　むすび

胎児と法について、主要な問題を取り上げてきたが、それぞれ解決の困難な論点を抱えていることが明らかである。そして、その根源にはほぼ共通して堕胎罪の存在があることを指摘することができる。より具体的にいえば、堕胎禁止が原則で、人工妊娠中絶が例外とする法制度の構造それ自体に起因する。

堕胎罪は胎児の生命・身体¹の安全を保護するものであるが、視点をかえれば、望むと望まざることにかかわらず妊娠したら堕胎するなと命じる極めて強権的な性格を有する。しかし、妊娠の中には出産が望ましくない場合や困難な場合が存在することから、優生保護法は一定の事由による堕胎を例外的に合法化した。

この原則と例外の構造のもとで、優生保護法は国民優生法の優生思想を継承し、優生学的理由による中絶適応事由（優生事由）として当事者遺伝および近親遺伝をその例外とした。一定の遺伝性の精神疾患や奇型などの身体疾患を持つ子を不良子孫として、その出生防止を法の目的としたのである。他方で、身体的理由により中絶を認める母体保護規定の中に経済条項を追加し、母体保護規定は身体条項と経済条項により構成されることになり、さらに中絶の審査制を廃止したことから、中絶件数が急増し、中でも母体保護規定による中絶が突出し、九九パーセントを超えるようになった。その原因は経済条項の濫用にあるといえる。こうして、国民の中に中絶は自由に行えるものとの意識が定着し、事実、中絶可能な妊娠期間の中絶はほぼフリーパスの状態となった。堕胎罪と優生保護法の一般法と特別法の関係は、換言すれば堕胎禁止が原則で中絶が例外とする構造が実質的に反転したのである。

優生保護法の時代、三つの法改正からむ動向が生じた。

一つは、一九七二年の経済条項の廃止と胎児条項の新設の改正法案が国会に提出されたことである。経済条項の廃止は中絶の自由を事実上奪うことから女性団体の、胎児条項は障害者差別をさらに拡大することから障害者団体の強い反対により、法改正は頓挫した。この改正案は堕胎罪の強化と優生思想の強化を目指すものであったことは明白である。

もう一つは、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（以下、女子差別撤廃条約と略す）の批准である（一九八五年七月二五日発効）。同条約は出産に関する権利について「子の数及び出産の間隔を自由かつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育、及び手段を享受する同一の権利」（第一六条第一項e号）と規定し、子の数と出産の間隔について決定

する権利を認めている。そうであれば、望まない妊娠について人工妊娠中絶が認められるべきであるとの解釈に導かれる。すなわち女子差別撤廃条約は、妊娠・出産に関する生命のコントロールを国家ではなく妊娠の当事者に自己決定権として委ねるものである。そのような国際条約を批准した以上は、憲法の規定に基づき国内法よりも優生しなければならぬのであるが、政府は国内法(刑法の堕胎罪)とは矛盾しないので堕胎罪の廃止の必要性はないとした。この政府見解の論拠は明白であるとはいえない。

三つめは、一九九六年の母体保護法への改正である。差別撤廃の時代の要請に抗しきれず、ついに優生思想との決別を余儀なくされたのである。優生思想との決別は、いうまでもなく優生事由による中絶適応事由の廃止を意味する。当事者遺伝と近親遺伝が、あわせてらい予防法の廃止に伴い癩疾患も、中絶適応事由から削除された。

国が優生思想を放棄することは文明国家として当然のことであるが、しかし国が優生思想を放棄し法律から優生事由が削除されたからといって、直ちに多くの人が健常者の出生を求める「内なる優生思想」まで消失するものではない。しかも、中絶適応事由から削除されるということは、堕胎罪の存在により、当事者遺伝も近親遺伝も中絶が禁止されることになったということの意味する。

国家が一定の遺伝性疾患を有する者を不良子孫として優生手術(不妊手術)や人工妊娠中絶を許可するということ(その限りでは優生手術や人工妊娠中絶は妊娠当事者の選択に委ねられていた)、国家が差別をやめたのだから望まない妊娠でも出産せよ、さもなくば刑罰で処罰すると威嚇し出産を強要することは形式的には表裏の関係である。しかし、優生的な差別を国がやめることが、優生的な理由で出産を望まない妊娠当事者に(国家の最強の権力である刑罰権をもって) 出産を強要することになると考えるのは、あまりに形式的かつ短絡的にすぎるといわざるをえない。国が優生思想と決別することと、刑罰で威嚇し出産を強要することとは、本質的に異なる次元の問題である。

現実に優生事由による中絶が表面化していないのは、母体保護法の母体保護規定の弾力的な適用によるものと思われる。障害児を産むことに強い精神的ストレスが生じることを理由に身体条項を、あるいは出産後の経済負担を理由に経済条項で中絶を合法化する余地を認めるとしても、それは優生保護法時代でもなされなかった拡大解釈もしくは類推解釈といえるものであり、それもただの拡大解釈・類推解釈ではなく、優生思想と決別し優生事由を中絶適応事由から削除した法の精神、法の目的に反する解釈運用といわざるをえない。そうだとすれば、母体保護法の母体保護規定は優生事由をも呑み込んだモンスター規定である。

母体保護法の精神に背戻してまで、なぜ母体保護規定をそのようなモンスター規定にしなければならないのか。原因は堕胎禁止が原則

で、中絶が例外とする構造に起因する。中絶を認める例外が国民の意識と大きなずれがあり、すでにその原則と例外の関係は優生保護法時代の経済条項の濫用で破綻しているにもかかわらず、その構造を維持しようとすることから例外の処理を違法にもしくは脱法的に実施しようとするからである。

では、堕胎禁止が原則で中絶が例外であるとする構造を堅持しようとする理由はなにか。堕胎罪を廃止すれば、胎児は法的に保護されない無防備な状態に置かれる。しかし胎児はやがて人となる尊貴な生命であるから刑法法規で保護するのは当然のことであり、たとえ経済条項により堕胎罪が形骸化・空文化しているとしても、実質的に原則と例外が反転していても、刑法で堕胎罪を存在させ胎児の生命の尊貴さを宣言し続けることは一歩たりとも後退させられない、といった思いによるものであろう。

しかし、この構造のもとで、堕胎と人工妊娠中絶は生産児について困難な問題を提起している。違法な堕胎により胎児が生産児となった場合、生産児を人とするのが判例の立場であるので、生産児の殺害は殺人罪に該当するものとする。生存可能性がなくても、やはり殺人なのか。では、合法的な人工妊娠中絶の結果胎児が生産児として出生した場合、これを積極的に殺害した場合には殺人罪が適用されるのであろうか。中絶はあくまで合法的な中絶可能期間（胎児が母体外で生存できない時期）の人工妊娠中絶であるから、殺人罪は適用すべきではないとするのか、それともたとえ合法的な中絶であってもひとたび生産児として母体外に出てきたのであるから人であるとして、殺人罪を適用すべきなのか。中絶可能期間の中絶であっても、生産児に固有の生存可能性がある場合にはどう判断されるのか。極めて困難な問題である。

さらに、この原則と例外の関係は、優生保護法時代の当事者遺伝と近親遺伝だけの問題にとどまらない。それを象徴するのが胎児条項の問題である。母体保護法への改正時にも胎児条項の立法化が検討されたが、胎児条項自体が優生事由そのものであるから立法化されなかったのは当然のことである。しかし、胎児条項が存在しないことにより、現実には先天性風疹症候群訴訟やダウン症訴訟で、妊娠当事者たちは出産を余儀なくされるという事態が生じている。当事者遺伝や近親遺伝と異なり、これらは医療の現場でのことなので表面化し、表面化すれば原則と例外の関係を建前どおりに適用しなければならず、中絶適応事由に該当しない以上中絶は許されないとされる。ここにも、妊娠当事者に望まない出産を余儀なくする結果が生じているのである。

現行法に規定がない胎児傷害についても、当罰性からその成立を肯定する場合、堕胎罪との関係で理論的な支持が困難である。

山口教授は次のように批判する。「実際の帰結として、第一審の論理によれば、堕胎行為により胎児が母体外に出て死亡するという堕

胎罪の典型の場合が殺人として可罰的になり妥当でない（これを墮胎の限度で処罰するとすれば、墮胎罪が特別規定であり、それが成立する限りにおいて、殺人罪の成立は排除されるという論理を採る必要がある。しかし、過失の場合、過失墮胎は不可罰であるため、過失致死が成立することになる。そのため、胎児は故意行為に対しては『胎児』としてしか保護されないが、過失行為に対しては『人』として保護されるというアンバランスが生じる。これは合理的に正当化できないであろう。）控訴審判決は、このような批判を考慮して、作用の時点で『人』の存在を要求し、それを認めることによって『人に対する罪』の成立を肯定している。（中略）しかし、このような論理にも、胎児が母体外に出て死亡するという典型的な墮胎の事例が殺人罪を構成することになり、また墮胎罪が成立する限りにおいて『人に対する罪』の成立が排除されると解しても、過失による墮胎については依然として『人に対する罪』が成立し、誤って転び流産した母親は子供を失うという不幸を味わうばかりではなく、過失致死罪で可罰的となる、という不合理が生じることになるのである。^②

さらに山口教授は、この問題の本質につき次のように指摘する。「ここでの問題は、『人に対する罪』の成立要件が充足されているかではなく、墮胎に関する現行刑法の規制のあり方との関係において『人に対する罪』の成立範囲をいかに解するかにある。すなわち、現行刑法が『胎児』に対して示している（過失墮胎、胎児傷害を不可罰とする、それ自体として不合理とはいえない）政策態度と矛盾しない解釈をここで採る必要があるのである。こうした観点からは、『胎児に対する加害行為』は墮胎罪規定がカヴァーする限度でのみ処罰の対象となると解すべきことになり、この意味で、胎児性傷害致死傷に対しては『人に対する罪』の成立が否定されることになるのである。^③ 胎児を母体の一部と解することについても、不可罰であるはずの胎児傷害が母親に対して可罰的になる不都合のみならず、墮胎致死傷の規定の存在により（刑法二二三条、二二四条）、胎児に対する加害行為である墮胎と母親の傷害とは規定上で区別されていることが明白であるとして批判する。^④

水俣病刑事事件は多くのかつ深刻な被害者を出した公害事件であるが故に当罰性が強く意識され、胎児傷害に対して「人に対する罪」の適用が展開された。交通事故が原因の緊急手術による早産に対し、業務上過失致死罪の成立を認めた下級審判決に水俣病刑事事件最高裁決定の影響がうかがえるとしても、胎児傷害罪が存在しない現行法のもとでは、DVなどで母体への激しい暴行を加え胎児を死傷させても墮胎罪に当たらない限り不可罰とされるであろう。端的に言えば、胎児性傷害致死傷は、墮胎罪の存在によって、その可罰性が理論的に妨げられているといわなければならない。

減数（減胎）手術についても、複数の受精卵の子宮内移植に必然的に伴う減数手術は多胎出産を防止するために不可欠であるが、三つ

子四つ子はともかくとして、双子が母体の健康を著しく害すると一概にはいえないが、減数手術は通常受精卵を一つ残すものであり、そうだとすると一つにする行為はやはり合法的な人工妊娠中絶とはいえないであろう。また、たとえ双子でも胎児の脳の発育に異常来す場合があるが、その場合には一つを除去するとしてもそれが中絶適応事由に該当しないことは明白である。そもそも人工生殖のような生命のコントロールを行う技術を肯定する以上、そこに不可避的に生じる多胎現象を解決する減数手術を人工妊娠中絶の範疇で対処しようとすることが自体が形式的にすぎingのではあるまいか。換言すれば、堕胎罪の存在がそうした無視できない圧力を人工生殖の現場に与えているのである。

以上の概括から明らかなように、胎児をめぐる様々な不都合をもたらす根源は、結局のところ、まさしく堕胎罪の存在自体にあるといえる。

現在、堕胎禁止を原則とし、一定の事由について堕胎を人工妊娠中絶として合法化する現行法制の構造は、堕胎罪の形骸化・空文化によりすでに破綻していることは明らかである。それにもかかわらず、堕胎罪を固守してこの構造を堅持しようとする理由はなにか。すでに前述しているので繰り返しになるが、あらためて確認しておきたい。堕胎罪を廃止すれば、胎児は法的に保護されない無防備な状態に置かれる。しかし胎児はやがて人となる尊貴な生命体であるから刑法法規で保護するのは道徳的・倫理的に当然のことであり、たとえば経済条項により堕胎罪が形骸化・空文化しているとしても、そのため実質的に原則と例外が反転していても、刑法で堕胎罪を存在させ胎児の生命の尊貴さを宣言し続けることは一歩たりとも後退させられないとの思いが、この構図を堅持し続ける理由であろう。

しかし、その考えを是正すべき時期に来ている。国民の多くが中絶は自由であると考える時代に、堕胎罪で胎児の尊厳を宣言しようとすることはもはや時代の要請に適合していないといふべきである。

そもそも堕胎罪だけが胎児を守る法の砦ではない。むしろ堕胎罪を廃止⁵⁾し、新たに「胎児に対する加害の罪」を立法することで、胎児の生命や身体⁶⁾の安全を図るほうがより現実的であつた効果的である。堕胎罪の廃止により、胎児に関する法はその桎梏から解放され、例外と現実との間に生じる歪みを是正することができ、両者の折り合いに腐心する必要がなくなる。むしろ、その立法は「中絶の自由化」や「人に対する罪」との関係で精緻な理論的整合性が求められので決して容易でないが、もはや堕胎罪では胎児を守れないことは明らかなのである。

法がその実効性を失い道徳や倫理の宣言にとどまるならば、それはもはや法たりえないことを改めて銘記すべきである。

(注)

- (1) 同条約は差別の撤廃するための措置として、第一六条にとりわけ八つの権利と責任を不可欠のものとして定めている。
- (2) 山口厚「人の保護と胎児の保護」法学教室一九九号(一九九七年)七七頁。
- (3) 山口・前掲七七頁。
- (4) 山口・前掲七七―七八頁。
- (5) 堕胎罪を廃止し、中絶を自由化することは、中絶を放任することではない。出産についての自己決定権をみとめるが、中絶の手術は厳格な法規制が必要である。アメリカの連邦最高裁が一九七三年に出したロウ判決のように、妊娠三カ月間は中絶は権利であり安全なので規制できないが、次の三カ月間は危険を伴う可能性があるので医療機関や医師に一定の制限が加えられ、六カ月以降は胎児の独立の生存能力が備わるので中絶は禁止される等の法規制は母体を守る上で不可欠である。

本論文の(一)に誤りがあつたので訂正します。

七頁(誤)(注)(1) 八九二頁 (正) 八〇二頁

一六頁(誤)

相変わらず闇中絶による問題は解決されなかった。そこで、一九五二年(昭和二十七年)に優生保護法は中絶適応事由第一四条第一項第四号に「経済的理由(社会的適応事由)」を追加して社会的適応を認め、さらに優生保護審査会の審査も廃止し、すべて指定医単独の認定で中絶ができるように改正した。

(正)

相変わらず闇中絶による問題は解決されなかった。そこで、一九四九年(昭和二十四年)に優生保護法は中絶適応事由第一四条第一項第四号に「経済的理由(社会的適応事由)」を追加して社会的適応を認め、さらに一九五二年(昭和二十七年)に優生保護審査会の審査も廃止し、すべて指定医単独の認定で中絶ができるように改正した。