

胎児の人権

—取り残されていた最後の人権?—

伊志嶺 恵 徹

目次

- I はじめに
- II ロウ対ウエイド判決
- III ロウ判決の反響—二分された世論—
- IV ロウ判決後の判例の動向
- V わが国の事情
- VI 判例・学説の一応の整理
- VII 結びにかえて

I はじめに

アメリカ合衆国最高裁は、一九七三年、いわゆるロウ対ウエイド事件で、初期の人工妊娠中絶を女性に保障された憲法上のプライバシーの権利であるとの注目すべき判決を下した。以来、アメリカにおいては、人工妊娠中絶を殺人であ

るとする中絶反対派 (pro-life) と、女性の基本的な人権であるとする中絶支持派 (pro-choice) との間で、国論を二分する内戦とまでいわれるほどに激しい論争が止むことなく続けられてきている。

一方、わが国にあっては、この種の問題は、さほど論議の対象とされぬままになってきている。しかしながら、考えてみると、これは人間の生命に関わる重大な問題である。そこで、本稿の目的は、アメリカにおけるこの問題をめぐる判例等について概観した後で、わが国の事情にも触れながら、胎児の人権について考察を試みることにある。

註(1) 胎児 (fetus) とは、受精後九週以降をいい、それ以前は胎芽 (embryo) という。大修館書店「ジーニアス英和辞典」(改訂版) 五八〇頁。また、田中英夫編「英米法辞典」(一九九九年版) 三四四頁によれば、つぎのように説明されている。

fetus 胎児。母体内にいる未出生の子。厳密には、妊娠初期の器官形成期にあるものを embryo (胎芽、胚) とよび、それ以降のものを fetus とよぶ (unborn child; in being)。つぎに、新潮社版「現代国語辞典」(第二版) (平成二年) 九一〇頁は、つぎのように説明している。

胎児：受精して二ヶ月半以後、人間の形が明確になった胎内の子。また、医師で作家でもある青木蓮生氏の「エンブリオ」というタイトルの小説の中に、つぎのような胎児とエンブリオの相違について記述した部分がある。

「エンブリオは受精二週以後の受精卵のことだ。それ以前はアレ・エンブリオと言っている」。

「胎児とは違うのね」。

「胎児ももちろん広義のエンブリオだが、普通は受精後九週からは胎児という呼び方もする」。

「九週というと、もう人間の形をしているのでしょうか?」。

「もちろん。九週目になると、例の勾玉まなまのような恰好をしていて、頭が体長の半分を占めている。長さは七センチたらず。

そのあと急に大きくなって四週後には約十五センチになる。そのときはもう勾玉というより赤ん坊の姿をしている」。青木蓮

II ロー対ウェイド判決 (Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973))

画期的判決と称されるロー対ウェイドの事案は、つぎのとおりである。原告のジェーン・ロウは匿名の妊娠中の未婚女性で人工妊娠中絶を欲したが、テキサス州の妊娠中絶禁止法は、母体の生命を救うための医師によるアドバイスがある場合を除いて、すべての人工妊娠中絶を禁じていた。そこで彼女は、人工妊娠中絶施術を禁じている同州法は、合衆国憲法によって保障されている彼女のプライバシーの権利を侵害するものであるとして、同州法が違憲無効であるとの宣言的判決と同州法の執行停止を求めて、テキサス州在の連邦地方裁判所にクラス・アクションを提起した。被告ウェイドは、原告の住むテキサス州ダラスの検察官である。なお本件では、過去に中絶禁止法の罪に問われていた医師も訴訟参加を申し出て、原告適格が認められた。

第一審の連邦地域は、妊娠した女性が生むか生まないかは彼女の判断によるとして、それは彼女の基本的権利として合衆国憲法修正九条¹⁴により保障されているとする。そして、テキサス州が中絶を禁ずる場合には、本件における原告の権利を上まわる止むに止まれぬ利益 (compelling interests) の存在を証明しなければならないが、同州法の中絶禁止の適用範囲は広すぎるばかりでなく、中絶が許される場合と許されない場合との線引きが漠然としており、したがって、連邦憲法修正一四条のデュー・プロセス条項に文面上違憲 (void on their face) と判断した。本件で連邦地域は、宣言的判決を容認したが、執行停止については、判断を控えるとして、却下している。

連邦地域によるこの判決を不服として、原告、被告の双方が連邦控訴裁へ控訴したが、同控訴裁は、本件に関する管轄権に疑問があるとして、結局本件は、控訴審の判断を欠いたまま、連邦最高裁に係属した。

同最高裁は、七対二という大差で、問題のテキサス州法が憲法の保障するプライバシーの権利を侵すとして違憲判決を下した。法廷意見は、ニクソン大統領任命による保守的とみなされていたブラックマン裁判官の手によるもので、先ず、当事者適格について検討している。そして、長びく裁判の結果、原告女性の妊娠期間は終了しているが、妊娠は再度あり得ることを理由に、一審同様に原告適格を認めた。但し、一審の認めた医師の原格適格性については、同医師が刑事訴追を受けている別件の中で争うべきであるとして、これを斥けている。

なお、本件と併合審理されたジョージア州の中絶禁止法の合憲性が争われたドウ対ボルトン事件 (Doe v. Bolton, 410 U. S. 179(1973)) では、既に二人の子供のいる既婚女性が将来の妊娠まで考慮に入れており、推測の域を出ていないとの理由で当事者適格 (standing) を否定している。

本件でブラックマン裁判官は、人工妊娠中絶に関する歴史をふり返り、イギリスから継受したコモン・ロー上、胎動前の中絶は認められていたこと、中絶を刑罰をもって禁止する法律ができたのは一九世紀後半になってからであるとし、それ以前は中絶が認められていたことを強調する。

そしてコモン・ロー上、中絶の時期を胎動によって判断したことにヒントを得たとみえて、妊娠期間を三段階に分けて、中絶の可能な時期を決定している。この三段階の区分とは、つぎのとおりである。すなわち、妊娠の第一段階を受胎後の約三ヶ月 (first trimester) とし、第二段階を三ヶ月後約六ヶ月まで (second trimester) とし、第三段階を六ヶ月後約九ヶ月まで (third trimester) とする。そして、第一段階においては、墮胎による死亡率は通常分娩による死亡率よりも低いので、主治医は患者と相談の上、州の規制を受けることなく、自らの医学的判断によって、妊娠を中絶するか否かを自由に決定することができ、第二段階においては、州は母体の健康に合理的に関連する限りにおいて墮胎を規制することができ、そして、最後の第三段階においては、胎児が母体外で生存可能となる時点 (おおむね妊娠二八週、ただし

早ければ二四週）以後は、母体の生命・健康の保護に必要な場合を除いては、州は墮胎を禁止できるとする。⁸⁰

同法廷意見は、以上三つの基準に照らして問題となったテキサス州の中絶禁止法をみる場合、当該州法が禁ずる中絶が右の第一段階に行われるものなのか、それとも、その後の段階におけるものなのかの区別が不明であるとし、また、合法的中絶のできる場合を母体の生命を救うという唯一の理由に限定しており、この点も容認できないとして、同州法を違憲と断じている。そして、人工妊娠中絶を女性のプライバシーの権利として位置づけた事由をおおむね、つぎのように述べている。憲法にはプライバシーの権利についての明文の規定はないが、これまで数多くの判例の中で、その権利の基礎を修正一条、同四条、同五条、同九条、同一四条等の保障する自由の観念の中に見出してきた。そして、妊娠を中絶するか否かを決定することは、こうしたプライバシー権に包含されるものである。⁸¹

この法廷意見に対して、レーンキスト長官とホワイト裁判官一人の反対意見がある。先ず、レーンキスト長官は、つぎのように述べて、法廷意見を非難する。「プライバシーの権利はこれらのケースとは無関係であり、さらに判決が法的根拠がないにもかかわらず、『妊娠をはっきりと三期に分け、それぞれの時期に州がどのような制限を科しうるかの枠組みを示したこと』は、本来憲法が適用されるべき厳密な事実の範囲を超えて『司法による立法化』を行ったものである」。⁸² ホワイト裁判官による反対意見は、つぎのとおりである。「判決が胎児が生存可能性を持つようになる以前の自由な中絶を認めたことは、『合衆国憲法が胎児の生命もしくは潜在的な生命よりも、母親と考えられる女性の便宜や気まぐれ、あるいは出来心の方を重視する』ことを意味し、『憲法の語句の中にも、その歴史においても、裁判所のこの判断を支持するようなものは何も見出せない』」。⁸³

なお、法廷意見に対しては、「憲法という点からいえば、まったく馬鹿げて」といふとの批判もみられるという。⁸⁴ また、法廷意見に対するわが国の論者による、つぎのような批判もある。「…なぜ、人工妊娠中絶の自由が憲法上のプライバ

シー権に含まれるのかという理由づけは明確ではない。法廷意見は、要するに、憲法上のプライバシー権は『基本的』とみなされる権利のみを含み、それは人工妊娠中絶の自由を含むほどに広汎なものだといっているにすぎない^m。

ところで、このロウ対ウエイド判決は画期的判決として内外の注目を集めたが、同判決は突然出されたわけではなく、以前にも、同判決の伏線となるような判例がみられる。先ず一九六五年のグリスウォルド判決^mであるが、避妊具の使用を刑罰をもって禁じたコネチカット州法を七対二で違憲としたもので、その法廷意見の中で、ダグラス裁判官はつぎのように述べている。「権利章典の個別的保障は、個別的保障からの放射によって構成される半影をもつ。こうした様々な保障によって、プライバシー・ゾーンが作り出されている」。

つぎに、一九六九年のベローズ判決は、つぎのような事案にかかるものであった。医師のベローズが非合法の墮胎医を紹介したとして墮胎と墮胎共謀の罪に問われ有罪の判決を受けた後、州の最高裁判所に係属したという人工妊娠中絶をめぐるカリフォルニア州法の合憲性を問うものであった。この判決は州レベルの判例であるが、「その後の中絶をめぐる憲法論争にとって重要な意味を持つものであった」と評価されるように、同州法の人工妊娠中絶を例外的に認めた場合の「女性の生命を維持するために必要」との条項が曖昧であるとの理由で違憲判決を下した^m。

また、一九七〇年のバビッツ判決でも、ウイスコンシン州の中絶禁止法の「母親の生命を救うために必要な場合」という例外規定が、同様に、曖昧で漠然としているとの理由で違憲判断がなされた^m。

もっとも、これら二つの違憲判決に対して、他方では、合憲判決もみられる。一九七〇年のスタインバーグ判決がそれで、事案はオハイオ州法の同趣旨の規定が曖昧で漠然としているとの主張に対し、裁判所は「この表現が通常の意味を有しており、長期間にわたり人々に何が禁止される行為かを示してきている」と判示して、原告の主張を斥けた^m。

註(1) 米連邦憲法修正第九条はつぎのように規定している「本憲法中に特定の権利を列挙した事実をもって、人民の保有する他

の諸権利を否定あるいは軽視するものと解釈してはならない」。

- (2) 高井裕之「最近の判例」アメリカ法一九九四年一七五頁。
- (3) 高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」別冊ジュリスト「英米判例百選」(第三版)八二―八三頁。
- (4) 荻野美穂「中絶論争とアメリカ社会」七四頁。
- (5) 荻野・前掲書七四頁。
- (6) 荻野・前掲書七五頁。
- (7) 根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国裁判所(一)」法政研究一卷二号(一九九六年)四五頁。
- (8) Griswold v. Connecticut, 369U. S. 186(1965)°
- (9) 根本・前掲論文四一頁、註(5)。
- (10) 荻野・前掲書六五頁。
- (11) People v. Belous, 80 Cal. Rptr. 354, 458 p. 2d. 194(1969)。Babitz v. McCann, 310 F. Supp. 293(1970)。
- (12) 宮崎みち子「アメリカのAbortionに関する一考察―胎児の生きる権利の観点から―」一四頁。
- (13) 宮崎・前掲論文一四―一五頁。

III ロー判決の反響 ―二分された世論―

アメリカ連邦最高裁によるロー判決は、中絶の是非をめぐる論争に、いわゆる、火に油をそそぐ結果となり、生命支持派(プロライフ派)と中絶支持派(プロチョイス)との間に更なる激しい論争が展開された。¹⁰⁾ カトリック系の組織は最高裁判決を「生まれる前の子供の生命の権利に対する極悪非道な拒否」と糾弾し、この判決の多数意見に与したカト

リック教徒のブレナン裁判官の破門さえ要求したという。

人工妊娠中絶の是非をめぐることは、共和党と民主党間にも、明確な区別がみられる。共和党はプロライフの立場に立って、つぎのような党綱領を公表している。

「われわれは、誕生前の子供は冒すことのできない基本的で独立した生命への権利を有すると信ずる。したがって憲法への人の生命修正条項を支持することを再確認し、憲法修正第一四条の保護は誕生前の子供にも適用されることを明記した法律の制定を支持する」。

他方、民主党は「民主党はロウ対ウエイドに則り、支払い能力の有無に関わらずすべての女性の選択の権利を擁護し、その権利を保護するための国家法を支持する。それは……憲法で保障された基本的自由である」。

共和党の憲法修正条項の制定をとの主張は、結局のところ、陽の目をみることなく挫折したわけであるが、最高裁のロウ判決に対する各州の反発には依然根強いものがあつた。この点に関するつぎのような分析は興味深い。すなわち、同判決に対する各州の反応を、①「挑戦型」、②「法制型」、③「黙認型」、④「支持型」に分類し、①の型は、最高裁判決に最も反発する州で、その数一五におよび、②の型は、おおむね同判決の線に沿って州法を改正した州で、その数二二、③の型は、同判決に不満はあるが積極的な規制は行わない州で、その数一四、④の型は、同判決に賛同し、規制もなく最も中絶を容認する州で、その数九となっている。この分類で注目されるのは、最高裁判決に最も反発する、いわゆる「挑戦型」といわれる州が一五と最多を占めていることである。そして、全米で規制なしで中絶を認めているのは一九九二年現在、八つの州にすぎないという。

こうした中で、中絶反対派の動きが凶暴化するようになり、フロリダ州では、中絶クリニックの医師が中絶反対派に射殺されるという衝撃的な事件が発生するに至り、マサチューセッツ州では、中絶クリニックの受付の女性二人が殺さ

れ、五人が負傷し、アラバマ州でも中絶クリニックが爆破され一人が死亡、ニューヨークでは、中絶医師が射殺され、先のフロリダ州では、その後も医師やボディガードが射殺され、カナダでも、医師が狙撃されるという事件が続発し、中絶反対派の過激な行為はエスカレートしていったとのことである。^m

これら過激派にとっては、中絶に加担する者は「殺人者」であり、「ベビー・キラー」であり、中絶クリニックは「殺人センター」とよばれたことになるという。^m これら過激派の論理では、中絶クリニックの医師の殺害によって多くの胎児の生命が救われることになり、したがって、中絶医師の殺害は「正当な殺人」ということになる。これら過激派の中絶医師に対する憎悪は、つぎのブラック・ユーモアの中によくあらわれている。「もしあなたが、ヒットラー、ムッソリーニ、そして中絶医師と同じ部屋にいて、銃弾が二発しかないとしたら、どうします？ 答—中絶医師を二度撃つ」^m。

中絶反対派による暴力行為は数多く、一九七七年以来、中絶クリニックの封鎖や侵入事件は六〇〇件にのぼり、中絶加担者への暴力行為は数千件、放火や爆破は未遂も含めると二〇〇件以上、殺すとの脅迫も数千件に達し、ついには、ロウ判決の法廷意見を書いたとされるブラックマン裁判官までもターゲットにされ、その自宅に銃弾が撃ち込まれ、脅迫状が六万通も届いたという。^m

これは、まさに、異常というべき事態で、その昔の南北戦争や白人と黒人の分離教育を憲法違反とした最高裁判決が全米にもたらした混乱を想起させるに十分である。

註(1) 前掲「英米判例百選」八三頁。

(2) 荻野・前掲書八一頁。

(3) 荻野・前掲書一三六頁。

(4) 荻野・前掲書一三六頁。

- (5) 荻野・前掲書九九一—一〇〇頁。
- (6) 八州とは、コネチカット、ハワイ、アイオワ、ニュージャージー、ニューヨーク、ノースカロライナ、オレゴン、ワシントン。荻野・前掲書一三三頁。
- (7) 荻野・前掲書一四〇—一四二頁。
- (8) 荻野・前掲書二一〇頁。
- (9) 荻野・前掲書二二九頁。
- (10) 荻野・前掲書二四五頁。
- (11) 荻野・前掲書二四一—二四二頁。
- (12) 荻野・前掲書一一六頁。
- (13) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483(1954)°

IV ロー判決後の判例の動向⁽⁶⁾

1 タンフォース判決 (*Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52(1976))

先に、ロー最高裁判決に対して強い抵抗を示した、いわゆる「挑戦型」と称された州について述べたが、ミズリー州もその一つで、同州の厳格な中絶規制法の合憲性が争われた本件は「人工妊娠中絶をめぐる論争の第二ラウンド⁽⁷⁾」とよばれた。

同州法は、中絶をより困難にする手段として、いわばロー最高裁判決の抜け道として、配偶者による同意要件、未成年者の場合はその両親又は後見人の同意要件、中絶施術の際に用いられる食塩注入法の禁止、施術を行う医師に対する

胎児の生命・健康保護のための注意義務など、様々な規制が設けられていて、それぞれの合憲性が争われたのが本件である。

本件でも、ロウ判決の法廷意見を書いたブラックマン裁判官が法廷意見を書き、それぞれの規制について違憲と判断したが、ロウ判決が七対二という大差であったのに対して本件では、ロウ判決では多数派に与したバーガー長官が反対意見にまわり、六対三の判決であった。本件判決に対しては「ロウ判決が承認した人工妊娠中絶の自由化を進展させるもの」との評価もあるが、ロウ判決の七対二から六対三になった点で、一步後退した判決との見方も可能であろう。

2 メイハー判決 (Maher v. Roe, 432 U. S. 464(1977))

本件は、人工妊娠中絶に対する医療扶助(メディケイド)をめぐる問題である。コネチカット州は、この医療扶助を医学上必要な中絶に限定していたところ、医学上必要でない中絶には扶助しないのは憲法の平等原則に反するか否かが争点となった。連邦地裁は違憲、同高裁は合憲とする相異なる判断を経て最高裁に係属したのが本件で、最高裁は六対三で平等原則に反しない旨の判断をした。この場合、メディケイドを受けられない貧困な女性のケースでは、事実上、中絶が困難となり、平等原則に反する疑いもないではないが、中絶に消極的姿勢を取るホワイト裁判官による法廷意見は、この種の扶助をするか否かは、州政府の裁量に任されているとの理由によるものであった。最高裁の当該判決は、中絶反対派の勝利とも受け取られよう。

3 ベロティ判決 (Bellotti v. Baird, 443 U. S. 622(1979))

事案は、一八歳未満の未婚女性が中絶を希望する場合は両親の同意を必要とし、両親が拒否する場合は、州の上級裁判所が必要な同意を与えることができるとしたマサチューセッツ州法の合憲性を問うものであった。最高裁は八対一で同州法を違憲としたが、裁判官たちの意見は多岐に分かれ、法廷意見は構成されず、パウエル裁判官による相対多数意見

見は、要旨つぎのようになってゐる。

未成年者は親の保護にあるところから、婚姻などのように重要な決定をなす場合は親の同意を必要とするとの未成年者の法律上の権利に関する一般原則を述べた後に、本件の場合には、中絶という緊急を要する事情（すなわち、延期したり、認められなかった場合には中絶が困難になるという事情）を考慮に入れて、未成年者の利益を重視する視点から同州法を違憲と判断した。

4 ハリス判決 (Harris v. McRae, 448 U. S. 297(1980))

本件では、連邦の資金が中絶の費用に使われることを厳しく規制した「ハイド修正」とよばれる連邦法の合憲性が問われた。同修正によれば、中絶に認められる費用は、母体の生命の危険、レイプ、近親相姦による妊娠に限られており、その他の場合は認められないところから、同修正は、中絶支持派からは違憲であるとの主張がなされた。

事実、下級審では、同修正が憲法の修正第五条の平等原則違反を理由に違憲判断がなされた。ところが、連邦最高裁は、五対四で同修正を合憲と判断した。スチュアート裁判官の法廷意見は、要旨つぎのようになってゐる。ロウ判決では、中絶が女性に対する憲法上保障されたプライバシーの権利であることを容認したが、それは、中絶の費用までも求める権利まで含むものではない。なお、ブレナン、マーシャル、ブラックマンら三裁判官の反対意見がある。

いわゆる「ハイド修正」の合憲性を支持した本判決に対しては、「生命支持派のロー判決反対戦略が実を結んだもののひとつ」で、「生命支持派の重要な勝利」との評価がある。

5 アクロン判決 (City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U. S. 416(1983))

本件で問題となったのは、オハイオ州アクロン市の条例で、同条例は妊娠の第二段階 (2nd trimester) における人工妊娠中絶は病院で行うことのほか、両親の同意を要すること、インフォームド・コンセントが必要であること、二四時間

待機すること、中絶した胎児は「人間的・衛生的」に処理されること等を要件としていた。⁶⁵⁾

連邦最高裁は、当該条例を六対三で違憲と判断した。パウエル裁判官による法廷意見は、前述のロウ判決を引き合いに出して、先例拘束の法理に基づきロウ判決を踏襲する旨判示した。⁶⁶⁾ 反対意見は、オコナー、ホワイト、両裁判官とレーンキスト長官の三名で、同市条例の要件をすべて合憲とした。

6 ソーンバーグ判決 (Thornburg v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U. S. 747(1986))

本件は、ペンシルバニア州の中絶規制法の合憲性が争われ、連邦最高裁は、五対四という僅差で同州法を違憲判断した。法廷意見は、ロウ判決同様、ブラックマン裁判官によるもので、つぎのように判示した。「一九七三年に当裁判所をロウ判決に導いた憲法上の原則は、今なお、妊娠を終了させるか否か決定する権利の憲法上の特質を承認する強力な根拠となっている」と指摘し、州には「母親の健康や生命の可能性の保護という口実で、妊娠を継続しよう女性を脅す自由はない」。

反対意見にまわったのは、バーガー長官、ホワイト、レーンキスト、オコナーの四裁判官で、その中においてホワイト裁判官の反対意見は、激しい口調で法廷意見を批判している。「ロー判決は憲法の適切な理解から乖離しているので判例変更されるべきであり……人工妊娠中絶の自由を『基本的』とするのは憲法解釈ではなく自身の価値の好みを無制限に押しつけたことになる」。

注目すべきことは、ロウ判決が七対二という大差での違憲判決であったのに対して、本件では五対四という僅差での違憲判決で、このことは、生命支持派の方へ判例が傾きつつあることを示しているように思われる。

7 ウェブスター判決 (Webster v. Reproductive Health Services, 492 U. S. 490(1989)) — ミソリー州再度の挑戦 —

本件で、ロウ判決以来、終始、中絶に対し厳格な規制を試みてきた、いわゆる「挑戦型」のミソリー州法の合憲性が

再び争われた。問題になったミソリー州法の主な内容は、「①人間の生命は受精に始まり胎児は生命・健康・福祉に関して保護されるべき利益をもっているとする前文、②公務員・公的施設の人工妊娠中絶への関与禁止（母親の生命を救うのに必要な場合を除く）、③妊娠二〇週以上の人工妊娠中絶を行う場合に義務づけられる様々の検査」であった。

本件の最大の争点は、右にあげた③の要件で、つぎのような厳しい検査を義務づけている。「二〇週かそれ以上の妊娠期間を経過している女性に対して墮胎を行う時は、その前に、医者は、同様な状況で、通常、有能で注意深く慎重な医者によって、普通用いられる注意、技術、熟練さを用いることによって、胎児が生存可能か否かを最初に決定しなければならぬ。この生存可能性の決定をなすにあたって、医者は、胎児の懐胎期間、体重、肺の成熟度をはかるのに必要な医学的検査やテストを行い又は行うように命じなければならない。そして母親の診療記録に生存可能性の認定と決定を記入しなければならない」。

以上のようなミソリー州の厳格な中絶規制法を違憲として原告らは、同州の法務長官ウエブスターを相手取り連邦地裁に訴えを提起した。

第一審は、原告らの主張を容認して同州法の違憲無効の判決を下し、控訴審もこれを支持したところ、被告側が連邦最高裁に上告したのが本件である。連邦最高裁は、同州法の①と②の要件については判断を回避したが、最大の争点であった③の要件については、原審の判断を破棄して合憲の判断をした。

同判決は五対四の僅差ながら、「ロー判決に真正面から抵抗」したミソリー州法を合憲としたもので、生命支持派の勝利とみることが可能であり、事実上、ロウ判決を判例変更した判例とみることできるよう。同判決では、レーンキスト長官にホワイト、スカリア、ケネディー、オコナーの五人が多数意見を構成し、少数意見は、ロウ判決で法廷意見を書いたブラックマン、マーシャル、ステイブンス、トーマスの四裁判官であった。その少数意見の中でブラックマン

裁判官は、多数意見を批判してつぎのように述べている。「……多数意見は、前世代の画期的判決を捨て、憲法は、子を生むという女性のユニークな能力についてコントロールを行使する権利を保障していると信ずるに至ったこの国のすべての女性の希望と見方を暗闇に投じた」。

このウエブスター最高裁判決に対して論者の一人は、「衝撃的」と表現し、「ロー判決の判例変更がここにきて現実味を増した」と述べている。

8 ホジソン判決 (Hodgson v. Minnesota, 497 U. S. 417(1990))

本件は、未成年者が人工妊娠中絶をする場合、原則として両親双方へ通知した後、四八時間を経過しなければならぬとするミネソタ州法の合憲性が争われた。但し、例外規定があつて、同例外規定によれば、裁判所が中絶を差し止めた場合でも、妊娠が少年裁判所の許可を受ければ中絶ができることになっていた。

本件の争点となつたのは、この原則規定と例外規定についてであるが、裁判所の判断は「ひどく分裂」した。例えば連邦地裁は、原則・例外の両規定ともに違憲と判断したのに対して、連邦控訴裁は、原則規定については全員一致で違憲と判断しながら、例外規定については合憲と判断している。最高裁の判断も錯綜気味である。というのは、控訴審の違憲判断の部分については、これを五対四で支持しながら、合憲判断の部分については、これを、逆に、五対四で支持しているのである。後者について逆転したのは、唯一の女性裁判官であるオコナーが、同州法を全体として合憲とする四名の裁判官に与した結果である。つまり、この女性裁判官は、最初の部分については中絶支持派に与し、後の部分については中絶反対派に与しており、最高裁の裁判官の間における意見の乱れがうかがえる。

本件で、マーシャル、ブレナン、ブラックマン裁判官らは、中絶を合法化したロウ判決が判例として定着していることを強調し、他方、レーンキスト長官、スカリア、ケネディー、ホワイト裁判官らは、未成年者に対する両親による保

護監督権なるものが中絶問題にも及ぶとする同州法の合憲性を強調する。

9 ケイシー判決 (Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U. S. 833(1992))

本件は、ペンシルバニア州の中絶規制法の合憲性を争うものである。同州法は、医療上の緊急時を除いて、①妊娠中絶の際のインフォームド・コンセントの要求と二四時間の待機、②未成年者の中絶は両親の同意が必要、③既婚女性の場合は、事前に夫に通知する、などを要件としていた。

本件の場合も前述のホジソン判決同様に、第一審、控訴審、上告審と、裁判所の判断が入り乱れた。すなわち、第一審の連邦地裁は同州法を全体として違憲としたが、控訴審は夫への事前通知を要件とする規定のみ違憲とし、その他の規定は合憲とした。

最高裁の判断も同様に分裂した。すなわち、ブラックマン裁判官らロウ判決支持派は、医療上の緊急時の規定以外はすべて違憲とし、オコナー裁判官らは、控訴審同様に、夫への事前通知のみ違憲で、他の規定は合憲とし、レーンキスト長官らは、同州法をすべて合憲としている。

本件における多数意見は、英米法の伝統的法理である先例拘束性を用いて、中絶を合法化したロウ判決をどうにか維持しているが、注目すべきことは、ロウ判決が七対二という大差による中絶支持派の勝利であったのに対して、本件は五対四という僅差である。ロウ判決が「風前の灯」とされる故である。

このように、人工妊娠中絶の是非をめぐる判例が、いわゆる生命支持派の方へ傾いていく中で、中絶支持派が、いわば、苦肉の策として打ち出したのが先例拘束の法理であったと思われる。そのことは、ステーパーンス裁判官のつぎのような意見の中によくあらわれている。

「この種の事件において、個々の裁判官が本案についてどう考えているかにかかわらず、先例拘束性の原理が支配的

な重要性をもって結論した点において、最高裁の多数派が正しいことは疑いない。ロー判決の中核的な判示は、ほとんど二〇年にわたって『わが国の法の一部』であった。そして、グリスウォールド判決が確定した個人の自由の保護の自然的帰結であった。この期に及んで、ロー判決を変更すれば、その社会的コストは計り知れない。ロー判決は、自由の概念と男女の基本的平等の正しい理解において、不可欠な部分となっている³⁶⁾。

まさに、中絶支持派の危機意識がよくあらわれている意見である。こうした中絶支持派の意見に対して、中絶反対派のレーンキスト長官らは、つぎのように反論する。

「ロー判決において、胎児を中絶する権利を家族関係に関する先例が承認する権利と同一視し、人工妊娠中絶の権利が『基本的』なものであると考えたとき、最高裁判所は行き過ぎを犯した³⁷⁾。同じく中絶反対派のスカリア裁判官も、つぎのように指摘する。「州は、望むならば、人工妊娠中絶を許容してもよいが、憲法が、州に、それを要求することはできない³⁸⁾」それは二つの事実による。(1)憲法は、人工妊娠中絶に関して、絶対に何もいっていないし、(2)アメリカ社会の長い間の伝統は、その法的規制を許してきた³⁹⁾」。

註(1) 前記根本論文より紹介する。

(2) 根本・前掲論文(一) 四七頁。

(3) 根本・前掲論文(一) 四九頁。

(4) 根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所(二) 法政研究一卷二・三・四号(一九九七年)二八九―二九〇頁。

(5) 根本・前掲論文(二) 二九三頁。

(6) 根本・前掲論文(二) 二九四頁。

(7) 根本・前掲論文(二) 三〇五頁。

- (8) 根本・前掲論文(二)三〇五頁。
- (9) 根本・前掲論文(二)三〇八―三〇九頁。
- (10) 根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所(三・完) 法政研究二卷二号(一九九七年)四二頁。
- (11) 宮崎・前掲論文二三頁。岩井真子「墮胎を制限するミズリー州法に対する米連邦最高裁の合憲判決」ジュリスト九四七号(一九八九年)六四頁。
- (12) 根本・前掲論文(三・完)四二頁。
- (13) 根本・前掲論文(三・完)四八頁。
- (14) 根本・前掲論文(三・完)四九頁。
- (15) 根本・前掲論文(三・完)五二頁。
- (16) 根本・前掲論文(三・完)六六頁。
- (17) 根本・前掲論文(三・完)六四頁。
- (18) 根本・前掲論文(三・完)六五頁。
- (19) 根本・前掲論文(三・完)六六頁。

V わが国の事情

これまで、アメリカにおける人工妊娠中絶をめぐる世論を二分する激しい攻防をみてきたところで、今度は、ひるがえって、わが国の事情について概観することは必要であろう。筆者はその昔、アメリカ留学中に目にしたタイム誌の記事に日本は墮胎天国である旨書かれているのに、日本刑法の墮胎罪をあげて抗議めいた手紙を送ったことがある。記憶

がうすれているが、確かタイム誌からは、時間の経過を理由に、訂正記事の掲載は見合わせたい旨の返事があったように憶えている。

それはそうとして、わが国の場合、激しい論争を繰り返すアメリカとは対象的に、この種問題は、いわば水面下で処理されているようで、表面上は、争いはほとんどみられない。人間の生命に対する彼我の相違をみる思いがする。そこで、先ず、人工妊娠中絶に関するわが国の事情についてみることにしよう。

わが国においても、人工妊娠中絶は古くから行われていたようであるが、わが国最古の法律である七〇一年（大宝元年）の大宝律令には墮胎罪の規定は存在せず、墮胎に関する処罰規定が最初にみられるようになったのは一八四二年（天保一三年）の触令で、それが後に、旧刑法の墮胎罪の制定に至ったとされる。¹¹⁾その後、一九〇七年（明治四〇年）制定の現刑法に受け継がれたがあまり実効性はなく、「墮胎や『間引き』と呼ばれる嬰兒殺しが貧しい庶民の生活の知恵として半ば公然と存在していた」という。¹²⁾

ところが、わが国の軍国主義化が進むに伴って、富国強兵政策として人口の増加をはかる目的から、避妊や産児制限は弾圧され、墮胎罪による医師や女性が起訴されるようになったとされる。¹³⁾しかし、戦争の終結で、事態は一変する。すなわち、敗戦後の食糧不足と引き揚げ者による人口過剰問題でヤミ中絶が増加するに至って、母体保護と人口抑制の必要から、人工妊娠中絶の合法化の動きが起きて、一九四八年（昭和二十三年）の優生保護法の制定となった。¹⁴⁾

優生保護法はその目的として、つぎのように規定する「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（第一条）。そして同法は、人工妊娠中絶ができる場合として、つぎのような項目をあげている。

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形を有しているもの

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形を有するもの

三、本人又は配偶者が癩疾患に罹っているもの

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

五、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の⁶⁶⁾

この優生保護法は、その名が示すように、心身ともに、いわゆる「五体満足」(あるいは健全)でないものは排除するという優生思想に基づくものであって、早晚、その改廃が必要になるものと思われた。そして、社会は健全者ばかりで構成されるものではなく、障害者も同じ人間として差別や偏見のない社会で共生する権利があるとする国際的な運動の高まりとも相俟って、平成八年、優生保護法を改めて、母体保護法が制定されるに至った。

母体保護法は、優生保護法が立法の目的としてあげていた「優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する」という部分を当然のことながら、削除し、優生思想をおそまきながら排除した。改正された母体保護法の下では人工妊娠中絶はつぎのような場合に限られる。

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の⁶⁷⁾

母体保護法は、その名のとおり、母体の保護を主な目的としたものであるが、経済的理由でも中絶が可能になっているところから、これも抜け道として利用され、実際には、わが国における人工妊娠中絶は野放し状態で、刑法の墮胎罪は有名無実といわれている。それでは、わが国で、どれほどの人工妊娠中絶が行われているであろうか、その件数をみてみることにしよう。

- 一九五五年（昭和三〇年）一、一七〇、一四三件
- 一九六二年（昭和三七） 九八五、三五一件
- 一九八六年（昭和六一年） 五二七、九〇〇件
- 一九九一年（平成三年） 四三六、二九九件
- 一九九八年（平成一〇件） 三三、三三二件

アメリカにおけるロウ判決で連邦最高裁は、妊娠期間を二期、二期、三期に分けて、一期目は人工妊娠中絶が原則的に自由、二期目は州に合理的な規制をなし得るとし、三期目は原則的に禁止との基準を示した。

わが国の厚生省においても、人工妊娠中絶の可能な時期について一応の基準を設けている。それによれば、一九五三年に「妊娠八ヶ月未満」とし、一九七六年には「満一四週未満」とし、最近の一九八九年には「三週未満」として、一九九〇年一月から実施しているとのことである。そして、一九九一年時点での人工妊娠中絶の状況は、九九、九パーセントが母体保護と経済的理由によるもので、その施術時期は、妊娠満七週（二ヶ月以内）以前が約五四パーセント、妊娠満八―一週（三ヶ月）が約三九パーセント、妊娠満二―三週（四ヶ月）が約三パーセント、妊娠二―六週（五ヶ月）が約二パーセント、妊娠満二―三週（六ヶ月）が約〇・九パーセントとなっている⁸⁹。

このように、わが国において人工妊娠中絶の実施時期についての厚生省による基準が一応設けられているが、どれほどの実効性があるか、はなはだ疑問で、実際には、「野放しにされている」との指摘がある。

註(1) 宮崎・前掲論文六頁。

(2) 宮崎・前掲論文六頁。

(3) 宮崎・前掲論文六頁。

- (4) 宮崎・前掲論文七頁。
- (5) 傍線筆者。
- (6) 優生保護法（昭和三年、法一五六号）第一四条。
- (7) 母体保護法（平成八年、法一〇五号）一四条一項。
- (8) 宮崎・前掲論文八頁。
- (9) 宮崎・前掲論文七、八頁。
- (10) 岩井・前掲論文六八頁。

VI 判例・学説の一応の整理

以上、人工妊娠中絶を合法化したアメリカ連邦最高裁のロウ判決に始まる一連の判例を通して、いわゆる生命支持派と中絶支持派の間における激しい論争を概観した後で、わが国におけるこの種問題にも若干触れてきた。その結果、つぎのことが分かった。すなわち、この問題をめぐる彼の地における攻防が文字通り生命がけの激しい闘争であるのに対して、この地にあつては表面上静かである。人間の生命に対する価値観に関して、なぜ、これほどまでに大きな落差が両国間に生ずるのか、彼我の差に深く思いをいたす。

筆者は、人工妊娠中絶を女性の憲法上のプライバシー権であるとした一九七三年のアメリカ最高裁のロウ判決に接したとき、最初、少なからぬ衝撃を受けたものである。しかし、同判決をよく読めば、同判決は妊娠の中絶権のみを認めているのではなく、同時に、胎児の生命に対する配慮も、また、十分になされていることに気づくのである。すなわち同判決は、妊娠期間を三段階に分けて、それぞれの段階で中絶をゆるやかにしたり厳しくしたりしているのである。そ

の意味で、「野放し」といわれるわが国との相違は歴然としているといえよう。周知のように、わが刑法には「墮胎罪」の規定が明記されているが、同罪に問われたケースは、ほとんど存在していない。

さらに指摘できることは、ロウ判決も不動の判例として確立しているとは思えない。その理由は、ロウ判決こそ七対二という大差で、中絶支持派に軍配があがったが、それに続く判例の動向をみると、六対三であったり、五対四の僅差であったり、逆にミズリー州の厳格な中絶規制法を合憲と判断しさえしているのである。このことは、人工妊娠中絶を合法化したとされるロウ判決でさえ諸々の条件がつけられていることを認識すべきである。さらにいえば、この種問題をめぐる判例には全員一致のものは皆無であるということ、また、ロウ判決に少なからぬ州が強い抵抗を示していることを考えれば、胎児の生命が尊重されるべきであるとする強い信念がうかがえる。

ひるがえって、わが国の状況について、岩井亘子教授はつぎのように指摘する。「わが国においては、時々優生保護法改正の主張がみられるにしても、この領域は、大幅に墮胎の自由が許された状況のまま、議論は余り盛んではない。：いま一度、生命の尊厳について再考し、女性の生殖に対する権利の明白な自覚のもとに、性教育、避妊の方法へのアクセス権を含めた議論をする必要を感じさせる」。

また、胎児の生きる権利の視点からアメリカにおける人工妊娠中絶問題を考察している宮崎みち子論文は「受精の瞬間から胎児を人とみなし、人と同等な生命への権利を承認していくべきである」といい、世界的にみた人工妊娠中絶が一九八七年時点での推計で約二六〇〇万から三一〇〇万の女性が合法的中絶を、一〇〇〇万から二〇〇〇万の女性が非合法的な中絶を受けているとし、これら中絶を認める国々は胎児の生命・権利を尊重しない国々といつてよい旨、指摘している。

一方、この問題に精力的に取り組み、有益な著書を世に問うた荻野美穂助教授のつぎのような見解も、また、十分な

説得力を有する。曰く「望まない妊娠を中絶しようとする女性、せざるを得ない状況はほとんどのような社会にも存在し、中絶を禁止することは、非合法的墮胎に向かわせることでそうした女性の生命や人生を危険にさらす結果になる」。

こうした見解は、人工妊娠中絶に対して厳格な規制で知られるミズリー州法の合憲性が問われた前出のウエブスター事件におけるブラックマン裁判官の反対意見と同趣旨で、生命の尊厳について再考を提唱している前出の岩井教授も、また、この点については共通するところである。同教授はブラックマン裁判官の反対意見に同調して、同裁判官の意見をつぎのように引用している。「強制された道徳や、宗教的指図や同情の欠如のために、毎年、多くの女性が、特に貧しい恵まれない女性が闇の墮胎施術を受けることになって、死んだり、傷ついたりすることになる」。

つぎに、宗教学の立場から胎児の人権を保障すべきと主張する佐伯晴郎教授の論稿を紹介しよう。同教授は「胎児の人権だれが守るのか」と題する論文の中で、「胎児の人権宣言」について、つぎのように説いている。一九九一年四月下旬、上智大学を主会場とする国連非政府組織の一つである国際生命尊重連盟の世界大会が東京で開催され、そこで、前年のオスロ大会から重要継続議題である「胎児の人権宣言」が激しい討論の後、満場一致で可決、採択された。同宣言は六ヶ条からなる本文と前文、結論から成り、大会最終日に、約四〇〇人の出席者と多くの報道関係者を前に日・英両文で公表され、国連に送付された。

同宣言の前文と第一条は、つぎのように規定している。

前文「人間のひとりひとりが、受精の瞬間から自然死にいたるまで、生来の尊厳と固有の価値を有するので、きょう我々は、公に以下の六ヶ条の宣言に同意する」。

第一条「我々は、胎児ひとりひとりが、受精以後の発育のすべての段階において、人間であるという科学的事実を認める」。

このように「胎児の人権宣言」を提唱するなかで、同教授はつぎのように述べている。「私たちの間では妊娠中絶の是非の問題は、もはや生命尊重の宗教的理念の固守に対する女性の選択権の主張といった、ありきたりの次元にとどまっていない。それは胎児の生命権をめぐる男と女の人類的視野の問題なのである。……今日の学生の関心は、いわゆるプロライフ（生命尊重）かプロチョイス（女性の選択権）とかいった図式で分けることができない。……彼らのほとんどすべては一種荘厳なほどに、『胎児の人権』派なのである」。

そして同教授は、東京大会で運営委員長を務めた阿南成一筑波大学名誉教授が明言したというつぎの言葉を引用している。「胎児の人権宣言は、一七八九年のフランス革命以来、人権思想とその制度化が次々と実現している中で、ただ一つ取り残されていた人権、いわば最後の人権と言われるものであり、この宣言の選択は歴史上画期的偉業である」。

註(1) 岩井・前掲論文六九頁。

(2) 宮崎・前掲論文二七～二八頁。

(3) 荻野・前掲論文二八八～二八九頁。

(4) 岩井・前掲論文六八頁。

(5) 佐伯晴郎「胎児の人権だれが守るのか」朝日新聞一九九四年（平成六年）九月二三日朝刊「論壇」

この論壇で佐伯教授は学生ほとんどすべてが一種荘厳なほど「胎児の人権」派なのである旨述べているが、同様の調査を、かつて、鵜飼信成教授も行っている。同調査は、一九六〇年前後に世間を騒がせた、いわゆる「サリドマイド児」を、当時、中絶非合法のアメリカの女性がスウェーデンで中絶した件を取りあげて学生に当該中絶の是非を問うたもので、学生たちの圧倒的多数の答えが、ノーであったという。鵜飼信成・NHK市民大学叢書5『法とは何か』（一九六九年）一三～一四頁。

因みに、筆者の場合も、担当する「人權論」のクラスで「胎児は人間として尊重されるべきだと思いますか」とのアンケート調査をしたところ、一一九名中、「そう思う」と答えたのが八八名、「そう思わない」と答えたのが三一名であった。

Ⅶ 結びにかえて

わが国の民法は「私権ノ享有ハ出生ニ始マル(第一条ノ三)」と規定し、人とは出生によって始めて認められることになっている。ただ例外的に「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす(八八六条一項)」とか、「胎児ハ損害賠償ノ請求權ニ付テハ既ニ生マレタルモノ看做ス(七二一条)」などの規定があるにすぎない。また刑法上も、墮胎罪と殺人罪とを区別して、出生を待って始めて人として認められ、その始期については、いわゆる一部露出説なるものが多数説として説かれている。

このように、現行法上、胎児は人に非ずということになっているが、アメリカにおける人工妊娠中絶の是非をめぐる、生命支持派と中絶支持派間における激しい攻防戦が、司法界、政界、学界、世論など、すべてを巻き込んで繰り返されていることを考えると、わが国においても、胎児の生命権なるものについて、いま一度、慎重に考察してみる必要があるように思われる。わが国の最高裁は、かつて「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い」と述べている¹⁰⁾。しかし、何故に、既に生まれた者のみの生命だけが重く、潜在的生命である胎児の生命は軽んじられるのか、何故に、ものいう人のみに人權が保障されて、ものいわぬ胎児には人權が保障されないのか、十分な根拠は見出せない。

その昔、ある人種は人權の対象外であった時代があった。人類の歴史上、人權は、絶えず、その消長を繰り返している。前出のアメリカ合衆国憲法第九修正は、人權というものは現に憲法で明記されているものに限定されない旨、規定している。そうだとすれば、胎児もまた将来の日に、人權享有の主体たり得る日の到来があり得よう。

小さな生命の芽生えを人工的に絶つということは原則的であってはならないと思う。その理由は、胎児の生命が一方的に奪われるだけでなく、母体も、また、心身ともに傷つくからである。ただ、中絶を厳しく規制すれば、ヤミ墮胎が横行し、これもまた、問題である。そこで、考えられる解決策は、望まぬ妊娠の回避、胎児も基本的に大切な生命であること、性の乱れは国民の倫理観を麻痺させることなどを含めた倫理面の教育等が必要となるらう。

おわりに、前出・帚木医師の『エンブリオ』（受精後八週までの胎芽）なる著作の中に出てくるつぎの言葉を引用して、本稿の結びにかえる。「いわばエンブリオは子宮の中にいる間、ずっと祈り続けているのだ。この世に無事に生まれ出ることすら願っているのに違いない」。

註(1) 最高裁昭和三年三月二二日大法院判決、刑集二卷三号一九一頁。(昭和二年(九)第一一九号、尊属殺人死体遺棄被告事件)。

(2) 帚木・前掲書三三五頁。

(二〇〇二年十一月十三日脱稿)