



Title	ドイツにおける妊娠中絶法の改革 —国際的比較法的観点において—
Author(s)	エーザー, アルビン; ESER, Albin; 今井, 猛嘉//訳 他
Citation	北大法学論集, 44(6), 339-365
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15562
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(6)_p339-365.pdf



ドイツにおける妊娠中絶法の改革

— 国際的比較法的観点において —

アルビン・エーザー

今井 猛 嘉 訳

1 新たな妊娠中絶法の検討

妊娠中絶法の改革は世界的な動向であるが、ドイツでは特に熱心に改革が行われてきた。その理由は、一九九〇年の統一以前には、二つのドイツにおいて妊娠中絶法が全く相反する規制をしていた点に、ある程度求められる。ドイツ連邦共和国は、いわゆる「適応モデル」、英米の用語でいう *pro-life* の立場を採っていた。ドイツ民主共和国は、いわ

ゆる“期限モデル”、“pro-choice”により近い立場を採っていた⁽¹⁾。

二つのドイツ政府は一方のモデルで同意できなかったので、妊娠中絶問題の検討は、脱線しそうなドイツ統一過程で綿密に続けられた⁽²⁾。統一条約が最終的に署名され批准されたのは、妊娠中絶問題に関して妥協が成立した後であった。第一に、論争は一九九二年の末までに、統一された立法機関によって新たな立法をすることで解決されることになった。第二に、その時まで、統一以前の妊娠中絶法は、それぞれの領域で効力を失わず、それ故少なくとも妊娠中絶法に關しては、分割されたドイツが維持されることになった。

そこでドイツ連邦議會では、非常な時間的制約の下で日夜激論がくり返され、その様子はテレビで全国に放映された。そして、一九九二年六月二五日に妊娠中絶法案が採択された。同法案は、社会民主党と自由民主党、更に、キリスト教民主党の少数によっても支持されたのであった。

この新法は、“pro-life”と“pro-choice”の中間を進むものだと言えよう。しかし、より pro-life な解決を支持するキリスト教民主党的の大多数は、新法は、胎児の生命に対する憲法上の保護に十分注意を払っていないと主張して、ドイツ連邦憲法裁判所に提訴した。そして実際のところ、少なくとも連邦憲法裁判所が一九九三年五月二八日の判決で新法の一部を無効にした限りでは、この憲法訴訟は成功したのである⁽³⁾。

この新法を更に紹介しその評価を試みる前に、フライブルクの我々マックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所による国際的比較法的、犯罪学的調査報告によって、国際的背景を確認するのが望ましいであろう。この研究の比較法の部分は、約六〇か国に関する報告（日本法に関しては芝原教授の報告）を含み、三、〇〇〇頁以上にも⁽⁴⁾のぼる。この資料は、まだ完全には解析されていないが、一定の傾向は認識できるように思われる。この傾向は、多くの国々、とりわけ、今なお伝統的な妊娠中絶法の改革に取り組んでいる国々にとっては、我々の研究から得られる比較法的知見と同様、

特に興味深いと思われる。

2 規制の相違

刑法が、出生後の生命に与える保護と、胎児の生命に与える保護とを比較すれば、胎児の生命を保護している法律／規制の大きな相違が明らかになる。

概して、出生した人間の謀殺と故殺は統一的に取り扱われており、変化は、せいぜい、動機や犯罪の実行方法の相違に応じて刑に差をつける際に生じるだけである。

しかし胎児の生命の保護に関しては、その侵害を軽い逸脱行為と考えるか否かの点で、多様な規制がありうる。胎児の生命の保護は、例えば、一方では刑法によって規定され、他方では保健法によって規定されるかもしれない。その上、例外的な事情は、多かれ少なかれ大まかに限定され、手続的コントロールは、関連した社会—法的手段に応じて変化するかもしれない。

これらの多様性は、妊娠中絶の規制が、他の事象以上に国民性と国民の態度／基本的なイデオロギーに依存していることを示している。それにもかかわらず、この領域でも規制の構造的な類似性と基本的な傾向は明らかである。

3 完全な禁止の否定、及び、完全な刑罰免除の否定

我々は、我々が研究したヨーロッパと非ヨーロッパの全ての国々の中に、妊娠中絶を例外なく完全に禁止している国を一つも見いださなかった。

例えば、一九七五年の改革までのドイツ連邦共和国や、一九九〇年の改革までのベルギー、そして今日でもなおアイランドで見られるように、一国の刑法が明示的に妊娠中絶を禁止している場合でも、刑罰の免除は、いわゆる治療的妊娠中絶の場合に見いだされる。そのような妊娠中絶は、妊婦の健康又は生命に対する危険を回避する「治療」であり故意の妊娠中絶という犯罪の定義に該当するとは、ほとんど考えられてこなかった。それ故、刑法による胎児の生命の保護は、決して「絶対的な」ものではなく、せいぜい「相対的な」ものだったのである。

他方で、我々は、胎児の生命侵害が完全に（即ち、妊娠の全段階、かつ、意思決定の全局面で）妊婦、及び／又は、他の関与者の裁量に委ねられている国も見いださなかつた。妊娠中絶の規制は、たとえそれが胎児の生命の保護のため、又は、妊娠後期における中絶を防止するためだけにせよ、いずれの国にも存在する。従つて我々は、出産の開始までの全過程で、任意に妊娠が中絶され得る国は見いださなかつたのである。この事実を考慮すれば、あるドイツの改革グループが主張したように、妊娠中絶に関する全ての規制を、新たな規制を設けることなく廃止するのは、世界的に前例のないことだと言えよう。

しかし、妊娠中絶の他の関与者、特に医者その他の助力者は処罰されるが、妊婦は、その陥っている特別の個人的葛藤状況を考慮して刑罰を免除するという規制は存在する。特にスカンジナビア諸国は、婦人は自己の妊娠を正当な理由なしには中絶しないであろうとの前提に立って、葛藤状況の存在を仮定する規制を設けている。

4 二つではなく、三つの基本モデル

前述したことから、現実には採りうるのは、妊娠中絶の絶対的な禁止でも、刑罰からの完全な解放でもないことが明ら

かであろう。むしろ境界線は、多かれ少なかれ厳格に設定されている。『適応事由』による解決と、『期限』による解決の中間に存在するのである。

この“pro-life”と“pro-choice”の立場の中間にある境界線は、それ自体、かなりの程度絶えず変化する。しかも多くの場合、妊娠の進行状況に応じた一定の制限に加えて、実体的条件（妊婦の同意、及び／又は一定の緊急状況など）と、手続的条件（妊娠中絶の許容性の事前決定、及び／又は相談など）の同時充足が要求されている。

それ故、純粹な期限モデルの下でも、刑罰の免除は通常、妊娠初期三か月内だけで認められるにすぎず、完全な刑罰の免除が認められてはいないのである。アメリカ合衆国のように、一定の場合には妊娠六か月の末になされた中絶でさえ刑罰から免除され得る国々では、免除はより長く存続するであろう。しかし六か月以後は、その他の点では非常に許容的な規制の下でも、刑罰の免除は限定された条件の下で認められるにすぎないのである。

“処罰しえないか処罰しうるか”という点だけを問題にするのではなく、自己決定のための女性の能力、更には、不処罰の理由まで考えるならば、ドイツで通常なされる適応モデルと期限モデルの対比は、更に皮相的になる。より厳密に検討すると、三つの基本的なモデルが現れる。

これらのモデルが顕著に現れている諸国の比較法的調査については、表1を参照されたい。

5 自己決定に基づく『期限モデル』

一方の極には、一定期間内の妊娠中絶を、刑罰から免除するのみならず、妊婦の法律上の権利として明記する規制がある。この規制の下では、女性は、明記された緊急状況の存在を証明する必要がないのみならず、自己の決定理由を示

演 する必要もない。

講

そのような「自己決定に基づく期限モデル」の典型は、統一条約以前のDDR（ドイツ民主共和国）における妊娠中絶規制／政策を基礎づけていた規定である。統一条約によって無効にされた⁽⁵⁾一九七二年の妊娠中絶規制法一条一項は、次のように定めていた…「子供の数、出産の時期及び間隔の決定のために、女性は、避妊の可能性の他に、自己の責任に基づいて妊娠中絶を決定する権利を有する。」この表現からは、妊娠中絶では妊婦と胎児の利益が衝突し、その比較衡量が問題となることは、およそ推測できない。逆にDDRでは、妊娠中絶は他の出産制限の手段と同一視され、女性の自己決定の問題としてのみ扱えられたのであった。

このモデルの他の例は、デンマークとスウェーデンの規定、並びに旧ソ連の規定の中に見いだせる。

6 第三者の判断に基づく「適応モデル」

他方の極にあるモデルの特徴は、妊娠中絶が、第三者（医者あるいは専門家の委員会）によって認定される一定のタイプの緊急状況に依存している点にある。更に、第三者の評価と決定に、事後的な司法審査が及び得る点も特徴である。このモデルは（一九九二年六月に改革される以前の）連邦ドイツ法二一八条—二一九条d、及び、ポルトガルとスペインの刑法を基礎づけている。そして、このモデルの下では、胎児の生命は基本的に優先権を認められ、妊娠中絶は例外的な状況においてのみ認められる。

基本的なアプローチの一致を別にすれば、許容性の限界を定める現実の規定には、更にかんがりのバリエーションが見られる。

妊娠中絶を許容する適応事由として考えられる事項を定式化するのには、特に困難である。

ほとんどの場合、最近の改革まで効力があつた西ドイツ刑法で見られたような曖昧な定義が見いだされるだけである。この改革以前には、刑法二一八条^aは四つの適応事由を規定していた。社会的・医療的適応事由（これは、しばしば誤解されている。何故ならこれは「医療的」適応事由と言われることが多いが、女性の現在及び将来の生活条件も考慮されていた限りでは、実は社会的適応事由だったからである）、優生学的あるいは胎児病性的適応事由（子供が遺伝上の欠陥を有すると危惧される場合）、犯罪学的あるいは倫理的適応事由（強姦の場合）、そしていわゆる一般的緊急性の適応事由（妊娠中絶が女性を緊急状況から解放する唯一の方法である場合）である。

実体的側面だけに着目して紹介した、これら四つの適応事由の中で、その最後の事由については、曖昧すぎるとの批判がありえよう。しかし、万人を満足させる適応事由の定式化は、世界中のどの国でも提案されていないのである。

例えば、他の諸国と同様にハンガリーでは、女性が妊娠中絶できたのは、彼女が結婚していないか、彼女が常に夫と別れているか、彼女が三五歳以上であるか、彼女と夫が各自の家を持っていないか、賃貸住宅に独立して住んでいない場合であつた。チェコスロバキアでは、一九八六年まで効力があつた規定（その後、助言／相談を求める義務を伴つた期限モデルに変更された）の下では、四〇歳以上の女性と、少なくとも三人の子供と生活している女性は妊娠中絶を許されていた。

このようなこじつけは、恣意的で熟慮が欠けているという印象を与える。しかも一定の社会的規範と期待、例えば、国民人口を維持するために必要とされる出産数といった通念を正当化する危険も有している。とりわけ、そのような「適応事由のカタログ」が妊婦の個人的な窮状を真剣に考慮しているのかは、極めて疑わしい。

7 “葛藤を志向する対話モデル”

正にこの後者の問題が、(一方において) “第三者の判断に基づく適応モデル” と (他方において) “自己決定に基づく期限モデル” という “古典的な” 対立関係の下で、第三のモデルが発達した理由足りえよう。このモデル自体の重要性は、最近に至るまでほとんど注意されず、ましてや真剣に考えられてはこなかった。このモデルの下では、法律が妊娠中絶を許容するための (一定の緊急性といつた) 理由を規定し、その理由の存否の決定は最終的に女性の判断と裁量に委ねられている。このモデルの例を含むのは、ノルウエーの規定 (一九七五年) の他に、フランス (一九七五/一九七九年)、イタリア (一九七八年)、最も最近ではベルギー (一九九〇年) の規定である。

フランス法は、一種の緊急性である “必要な場合” あるいは “苦悩の状況” に、明らかに言及している。イタリア法は、限定的ではあるが、なお適応モデルの性格をほのめかす緊急状態の要件を含んでいる。

一定期間内に緊急事態が存在したか否かの決定を、大部分、女性の判断に委ねる (女性の決定は、最近フランスでコンセイユデタが認めたように、司法的な再検討に服しない) という規制もある。そのような規制を単なる “期限モデル” として理解すれば、その規制を含む法律が女性に妊娠中絶を自由には許さず、むしろ緊急性を要求し、女性に他の選択肢の検討を求めている事実の評価を誤まることになる (このような規制の下でも、女性に、意思決定の過程を医者に報告する旨要求することは、最低限可能であろう)。(6)

この種の規制と共に: 最終的決定は女性の判断に委ねながら: 緊急性の要件が強調されるべきならば、この規制は “自己評価に基づく緊急モデル” と呼ぶべきである。相談の特別の重要性と医者同意の強調されるべきならば、この規制を “葛藤を志向する対話モデル” と呼ぶのが適当である。(7)

8 手続的保証

完全な状況を把握するためには、妊娠中絶の禁止と許容を考察するだけでは不十分である。存在しうる手続的予防措置も考慮されるべきである。この領域では、正に、注目に値する発展が生じている。

伝統的には、法律は、妊娠中絶を単に禁止するだけであり、例外的に妊娠中絶が許される場合の特別な手続について規定していなかった。妊娠中絶が行われたという疑いが生じれば、検察官は、妊娠中絶が許容されるか否かを決定するために事後的な調査を行い、許容されないのであれば起訴しなければならなかった。決定の事後的な再調査のみが制度化されていたのである。

この代わりに、最近、特別の手続きの中で機能する予防的コントロールの制度が発展してきた。このコントロールには、二つの形式がある。第一に、妊娠中絶の前に、適応事由の一つが正式に決定されなければならない、第二に、適応事由の決定に加えて、あるいはその代わりに、妊娠中絶の前に相談を受けなければならない。

スカンジナビア諸国では、前者の条件である許容性の決定は、妊娠中絶を求める訴えが提起された委員会で作されている。このように、期限モデルの規定を有する諸国においても、予防的な手続的コントロールは全く可能である。したがって妊娠中絶を、例えば盲腸の切除のような、医者と患者の間の単なる私的事項と見することはできない。むしろ、国家が一定の手続の遵守を要求し、濫用を防止しうる点で、妊娠中絶は、ある程度は「公的な」問題なのである。

当然ながら、以上の理解は、一九七四年の改革以前のドイツ連邦共和国で採用されていた、専門委員会が妊娠中絶の許容性を決定する適応モデルに、より妥当するのである。

なるほど、このことは、決定が本質的に第三者に委ねられており、その第三者による許可が一種の“無罪放免”と見なされ得る欠点を有している。このようにして直接的な関与者、具体的には妊婦と妊娠中絶を行う医師個人は免責されるかもしれない。道徳的な観点からは、このことは、個人の免責として一層誤解されやすいであろう。

これに対してドイツでは、正當にも、妊娠中絶の法律的・道徳的責任は、直接的関与者であり、最初の医者による適応事由の決定は、中絶を施す医者が最終決定をする際の主たる要因と見られるべきだと考えられてきた。

妊娠中絶のための手続的保証が法的制裁に関して一層重要となったのと同様に、これらの事項が規定されている法廷地に、しばしば変化が生じていることも、更に特筆されるべきである。伝統的には、刑法が、妊娠中絶を規制する第一の手段であった。が今や、妊娠中絶の問題を、主に、医事法的な問題として捉え、最終的、予備的な手段としてのみ刑罰を要求する傾向が見られるのである。

9 増大する相談の重要性

今日、相談は、意思決定の過程で特に重要になっている。相談は、適応事由の決定と共に要求できるし、⁽⁸⁾ 第三者による適応事由の決定に代えて要求できるし、⁽⁹⁾ 単なる選択的な制度としても要求できる。⁽¹⁰⁾

伝統的な適応モデルは、女性の自発性に基づく相談と調和し、より許容的な規制は、概して、義務的な相談と調和しそうである。しかし、双方の規制には例外がある。例えば、ドイツ連邦共和国では、一九九二年まで適応モデルが義務的な相談と結びいていたし、スウェーデンでは、期限モデルが選択的な相談と結びついているのである。

更に、誰が助言をすべきか―医者だけか、あるいは、特別の相談機関か―そして、如何なる事項について助言が与え

られるべきか—医療情報だけか、あるいは、避妊と他の社会的な問題に関する情報もか—という問題を考えると、一定の相違が生じてくる。

当然のことであるが、更に特に重要なのは、相談は特別の目的のために行われるべきか、仮にそうだとすると、その目的は何であるべきかということである。この問題は、また、ドイツでは非常に議論されてきたし、現在でも議論されている。以前の刑法二一八条bによれば、女性は妊娠中絶の前に、母及び子のために利用できる扶助、即ち「特に妊娠の継続並びに母及び子の状態を容易にするその種の扶助」に関して「助言」を受けなければならなかった。この点についてある者は、相談の目的は女性を説得して妊娠を継続させることにあると解した。が、他方では、この解釈を一面的で支持できないと解する者もいた。私には、後者が正当な法的根拠に基づいていると思われる。法が妊娠の「継続」に関して「特に」と言っているからといって、他の相談の目的が排除されるわけではない。それ故、如何にして法的に妊娠中絶を行うかに関する情報は、相談手続きで与えられるべきなのである。

また、国際的に見ると、相談は第一に、女性が自分の責任で決定できるように女性に包括的な情報を与えることを目的としている。女性には、妊娠中絶に対する賛否両論が知らされなければならないが、女性はいずれの方向にも強制されるべきではない。⁽¹⁾要約すれば、相談の後に、女性は自己の決定に関係する全ての事項（現在並びに将来に影響を及ぼす重要事項）を考慮する立場にあるべきである。女性は、状況に対処する準備ができていなければならないのである。

相談の実行と相談の評価に関しては、遺憾ながら、信頼できる経験的研究が欠如している。しかし以下のことは言える。フランスでは、自己決定に基づく期限的な緊急性の規定があるにもかかわらず、妊娠中絶の数はかなり低く、相談が明らかにかなり重要な役割を果たしている。妊婦は、相談の後七日間待たなければ妊娠中絶できないのであり、非常に長い手続を経なければならぬ。待機期間は、女性に、自己の決定について考える十分な時間を与える。ドイツ連邦

共和国に関しては、妊婦の態度と意思決定に関する我々マックス・プランク研究所の犯罪学研究グループが行った研究⁽¹²⁾によれば、義務的な相談手続を経た女性の八二%は、相談に満足していた。しかし、これらの女性の多くは、相談の要件を充たしたことを示す証明書の入手に主たる関心があった。更に、研究の結果によれば、妊娠の初期にはためらいがあったが、出産した女性の約半分は、その決断に際して決定的な役割を果たす社会的問題についての相談を信用したとのことである。この結果は、確かに注目に値する。最初から妊娠の中絶を決意していた女性には相談が大きな影響を与えなかったのは、驚くべきことではない。

この研究は、女性が三つのグループに分かれることを示している。第一に、たとえ何があっても妊娠を出産まで継続したいと思っている女性のグループがある。他には、如何なる場合でも妊娠を中絶したいと思っている女性のグループがある。その中間に、少数とは言えない「葛藤状況にある妊婦」のグループが存在する。これらの女性の半分が相談に影響を受けたと主張するならば、これは低いパーセンテージではない。フランスでは、相談によって五一—一〇%の女性が妊娠中絶を思い止まったと概算されている。実際には、この割合が「葛藤状況にある妊婦」にのみ関するものか、あるいは、如何なる状況の下でも妊娠を中絶しようと決意している者をも含む、妊娠中絶を考えた全ての女性に関するものかは、明らかでない。スウエーデンでは、相談は選択的であるにも係わらず、女性の三〇%が相談を求めている。明らかに、相談は、二〇歳以下の女性に最も影響力がある。四〇歳以上の女性は相談を求めず、それ故、ほとんど影響を受け得ない。イスラエルでは、相談のサービスが妊娠中絶を助長するために利用されているのではないかとの報告がなされている。多くの諸国、特にイタリアでは、優れた適任の相談者の不足が惜しまれている。最後に、我々の研究は驚くほど僅かの経験的素材しか扱っていないことに触れるべきであろう。今までのところ、相談には科学的研究がなされてこなかったが、それは明らかに、分野の新規性のためである。将来は、この分野で多くの研究が必要であろう。

10 男性のパートナーの関与

妊娠の継続か中絶かの決定に関与する権利という意味での父親独自の利益は、少なくとも妊娠中絶の処罰に関する限り、どの国でも真剣には考慮されていないようである。にもかかわらず、医者が、妊娠中絶について父親の同意を要求している国もある。医者には、父親の同意を要求する法律的理由はなく、医者自身が同意を要求しているだけかもしれない。例えばアメリカ合衆国の最高裁判所判決は、男性の意思に反するというだけで妊娠中絶を否定することを禁止した。しかしそれにもかかわらず、男性が同意した場合にのみ中絶手術を行う病院がある。このことは、アメリカ合衆国では、男性の同意は実際には法律上要求されていないが、病院によっては要求されていることを意味する。⁽¹³⁾ 幾つかのかつての社会主義諸国では、男性が適応事由の決定手続で聴聞される可能性があった。⁽¹⁴⁾ しかし一般的には、父親が関与するのは、妊婦が望むか、少なくとも同意する場合だけである。

ここで、このような男性のパートナーの関与が強調される。というのは、CDUが統治しているバーデン・ヴュルテンベルク州と、当時はSPDが統治していたヘッセン州の比較のために行われた妊婦の調査において、⁽¹⁵⁾ 男性のパートナーの役割を過少評価すべきでないとの研究結果が、双方のグループから出されたからである。⁽¹⁶⁾ 多くの妊婦は、意思決定の際にパートナーの態度も考慮するであろう。多くの場合、パートナーの態度——出産予定日まで妊娠を継続するのに賛成か否か——が、女性の意思を決定するのである。

妊婦、特に未婚の妊婦は、自己の状況を議論できる者を見いだすのが、しばしば困難である。両親は多くの場合信頼しえないし、女性が第三者に自己の秘密を打ち明ける気になることは、更に少ないであろう。それ故、相談者は、男性

演 講
のパートナーに、女性と共に責任があることを指摘できる唯一の者であろう。男性のパートナーは、自分がいなければ妊娠しなかったし、自分が見捨てるべきではない妊婦に対してだけ、義務を負うのではない。彼は、結局は自分のものである子供に対しても、同様に義務を負うのである。

11 刑法の有効性への疑問

妊娠中絶を防止する主たる責任を刑法に期待している者は、失望する覚悟が必要である。妊娠中絶の頻度と理由に関する経験的データは、その訴追と処罰に関するデータと同様に、概して非常に乏しく、国によってかなり異なる⁽¹⁷⁾。現段階では、規制モデルと妊娠中絶の頻度との関連性に係わる重要な政策問題について、確実に答えることはできない。一方では、我々の研究が時々誤解されているように、*“pro-choice”*の規定を有する国は*“pro-life”*の規定を有する国よりも妊娠中絶の数が多く、単純に想定することはできない。他方では、ある国が*“pro-life”*の規定を有するから、*“pro-choice”*の規定を有する国よりも妊娠中絶の割合が低い⁽¹⁸⁾ということも、証明され得ないのである。

現代社会において、妊娠中絶に厳格な法的制裁を加えて威嚇してみても、*“特別予防”*(即ち、現実の犯罪者の*“社会復帰化”*と保安化)及び(潜在的な犯人の*“抑止”*としての)*“一般予防”*の点で、特別の予防的效果がないことは、国際的経験並びに国内的経験から明らかである。現実に行われた妊娠中絶の数(未確認であるが非常に高いと推定される)と、有罪判決の少なさとの間に大きなギャップがあることは、実際のところ、制限的な規制を伴う制度の特徴である。規制のための慎重で、厳格すぎるとも思われた試みが、特定の国々ではむしろ、規制の強化ではなく、遑及的に非犯罪化の傾向を助長していることは、テレビの特別番組が大々的に示すところである。妊娠中絶を規制する制限的な基

準に実効性が欠けるのは、厳格な法律と、より自由な社会の態度との相違に関連している場合もあろう。決定的な要因は、妊娠中絶行為に対する態度である。通常、この犯罪には、告訴の適格がある被害者が存在せず、中絶行為が密室で犯され、全ての関与者が、皆、中絶行為の隠ぺいに熱心であるため「法と秩序」の原則を委任された訴追主体は、困難な状況におかれている。余病のため手術後の治療が必要となり、妊娠中絶が世間に知られてしまうことは、ほとんどないのである。⁽¹⁹⁾

それ故、法的規制の違いとは別に、ある国では他の国より妊娠中絶が多いことには、他の理由があるはずである。

例えばオランダでは、女性は、医師と相談した少なくとも六日後に妊娠中絶を許されるが、その間に女性は「慎重な決定」に至らなければならない。そこでは相談が極めて重要な役割を果たすであろう。例えば、他の基準が考えられるとしても、オランダにおける妊娠中絶の数が他の諸国よりも少ないのであれば、この違いの理由は、おそらく、より自由なオランダの妊娠中絶規定ではなく、関係諸国の他の副次的な条件に求めなければならないであろう。それは、より良い避妊と予防の助言、ことによると、妊婦へのより多くの給付金と関連しているのかもしれない。

以上が実情であるならば、我々は、刑法の適用を第一に考えるよりも、妊娠中絶問題に対処するより良い社会的方法に注意を向けるべきである。たとえ妊娠中絶が「裁量」の問題ではなく、緊急状態における解決にすぎないとしても、最も可能な態様で全ての関与者の利益にかなう規制を見いだすべきである。⁽²⁰⁾

12 一九九二年六月の新たなドイツ妊娠中絶法

前述したように、一九九二年六月二五日、ドイツ連邦議会は、「Pro-life」又は「pro-choice」に一方的に片寄ることなく、

ともかくも、両者の中間で妊娠中絶法に決着をつけた。対立する極端な草案、即ち、キリスト教民主党の少数グループによる非常に限定的な“pro-life”の草案と、旧東ドイツ社会党を継承するグループ⁽²²⁾、及び、主に東ドイツに基礎を持つ改革グループ⁽²³⁾による二つの極めて自己決定的な“pro-choice”の草案は無視された。その結果主たる議会での論争は、キリスト教民主党の多数による穏健な“pro-life”の草案と、社会民主党⁽²⁵⁾、自由民主党⁽²⁶⁾による、二つの多かれ少なかれ“pro-choice”を志向する草案に集中した。これらの草案が、いずれも連邦議会で十分な多数を獲得できない見通しとなった後、社会民主党と自由民主党は、一定の“pro-life”の要求も認めているためキリスト教民主党のかなりの者にも受け入れられる草案で同意した。その結果、この草案は、賛成三五五・反対二八三・保留一六の予期しなかつた明白な多数票を獲得した⁽²⁸⁾。

ここでは、非常に包括的な“妊婦及び家族援助法”⁽²⁹⁾の全規定を示す十分な余地はない。なぜなら同法は、妊娠中絶のみならず、むしろ家族計画と避妊に関する多様な問題を主に扱っているからである。そこで、妊娠初期三か月内の中絶の許容性に関連し、多くの諸国と同様、特に議論されてきた刑罰規定のみを紹介したい。妊娠中絶の一般的禁止を規定するドイツ刑法二一八条の後で、二一八条a一項は、その免除を設けた…

“妊娠中絶が違法でないのは、

1. 妊婦が妊娠中絶を要求し、かつ、(特定の) 証明書によって、手術の少なくとも三日前に、彼女が(自己の緊急状況あるいは葛藤状況に関して) 相談を受けたことを証明し、

2. 妊娠中絶が医者によって行われ、かつ

3. 受胎後一二週を越える期間が経過していない場合である。”

この規定の背後にある理由を要約すれば、次のとおりである…

(1) 生命に対する憲法上の権利は、胎児の生命に対しても保証されるべきであるから、妊娠中絶は、単なる一面的な自己決定行為ではあり得ず、利益の衡量が必要である。

(2) 女性は、相当な助言及び財政的援助を含む相当な援助を受けたならば、防止し得たと思われる妊娠中絶を避けるため、妊娠中絶の決定前に一種の“社会的相談”を受ける義務がある。

(3) しかし、もしも彼女が妊娠中絶を決意すれば、その決定は、胎児の生命に対して正当な敬意を払った意識的な自己責任行為として、究極的には尊重されるべきである（そして、単なる一面的な自己決定行為とは見なされない）。

(4) 女性に対する援助は、刑罰による威嚇よりも効果的だと思われるので、新法は、女性が *pro-life* の選択をすることを促進しうるいくつかの社会的手段を規定している。

容易に分かるように、この規定は（上記7で述べた）“葛藤を志向する対話モデル”に非常に近い。にもかかわらず、より制限的な *pro-life* の草案の採決に失敗したキリスト教民主党の多数は、この規定を非常に *pro-choice* 的な方向にあるととらえた。そこで同党の訴えの資格を有する一派は、キリスト教社会同盟が指揮するバイエルン州と共に、連邦憲法裁判所に正式の訴えを提起して新法の違憲性を主張した。

13 一九九三年五月の憲法判断

連邦憲法裁判所が新法の合憲性を適正に審査する前に、その刑罰規定の執行を“暫定的命令”によって一時停止させたことは、驚きではなかった。⁽³⁰⁾ 更なる非難⁽³¹⁾、特に、妊娠の初期一二週以内に相談を受けた後になされた医療的妊娠中絶を“違法でない”と宣言した前述の二一八条 a 一項に対する非難にもかかわらず、新法が支持される期待は、なお存在

した。⁽³²⁾しかし一九九三年五月二十八日に裁判所の判断が言い渡された時、⁽³³⁾どちらの側も明らかに勝訴したのではないことが判明した。

この判決の主たる主張は、以下のように要約され得る…

(1)非常に議論のあった二一八条a一項は、その実体的な要件は支持されたものの、法的な帰結は支持されなかった。女性が緊急状況又は葛藤に関して義務的な相談を受けた後、妊娠初期一二週以内になされた医療的妊娠中絶は非犯罪化されるが、処罰されないという意味で非犯罪化されるだけである…それはしかし、なお「違法」と考えられている。

(2)妊娠中絶を完全に適法化すること（それは、二一八条a一項が、同条所定の妊娠中絶を「違法ではない」と宣言することで達成しようとした目的であつた）なく非犯罪化すれば、明確かつ公平に決定しがたい帰結が広範囲に生じるであろう。一つの帰結は、しかしながら既に判決によって述べられた…妊娠中絶は、なお違法と考えられているため、判決は、この種の妊娠中絶に対する社会保障計画を無効とした。

(3)更なる帰結としては、「違法な」妊娠中絶に関与する医者及び病院との契約を無効とすることが考えられるべきであろう。しかし判決の多数意見は、その判断を差し控えた。

(4)他方で判決は、医者には、妊娠中絶に必要な法的要件の充足を確認する責任があることを強調した。

(5)判決は、妊婦に対する相談の目的と方法について特に強調している。二一九条の新たな相談規定の目的は、妊婦に「責任ある良心的な自己決定」の準備をさせ、ひいては、女性の自己責任、並びに、出生前の生命の高い価値を認めることにある。しかし判決は、この規定を不十分だと考え、憲法は女性に対して妊娠を出産まで継続することを「奨励」していると判示した。更に判決は、この重要な相談の任務が責任をもって遂行されるためには、相談は、特に認可された相談者によってのみ行われ、かつ、規則的で公的な監督に服すべきだと判示した。

タイプで打たれた二〇〇頁以上のこの憲法判断には、確かに、コメントあるいは批判に値する多くの点が含まれている⁽³⁴⁾。しかし、その判断に一貫性が無いことは、以下の論評で十分要約できるであろう。一方で判決が、相談モデルは一面的な“pro-life”ないし“pro-choice”モデルの改善であろうと認める点は、注目に値する前進である。他方でこの判決は、全ての相談の要件を完全に充たして行われた妊娠中絶ですら、法的に承認しない⁽³⁵⁾と述べることで、一貫性の無さを露呈している。そして、おそらく更に悪いことに、この判決は女性の責任の基礎を崩す点で社会福祉に逆行することも示しているのである。

しかし幸いにも、連邦憲法裁判所の裁定は最後の命令ではない。ドイツ議会は、再び、妊娠中絶に関する新たな刑法を可決すべく努力しなければならない。この作業は、憲法裁判所によって宣告された非常な制約の下では容易でないであろう。連邦憲法裁判所の暫定的な命令が、いつ、あるいは、どのようにして新法によって具体化されるのかは、当分の間誰にも分からないのである。

- (1) 二二〇のドイツの妊娠中絶法の、より詳細な比較については cf. A. Eser, in: A. Schönke / H. Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 24th ed. Munich 1991, Vorbem. zu §218 41-49 (pp. 1568-1571); 連邦ドイツ法に「より詳しくは (英語で) cf. A. Eser, Reform of the German Abortion Law: First Experiences, in: 34 American Journal of Comparative Law, pp. 369: 383.
- (2) Cf. A. Eser, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, in: 138 Goldammer's Archiv für Strafrecht 1991, p. 241-268 (at p. 249s, 253ss.).
- (3) 新たな妊娠中絶法、及び、その部分的な無効に関して、より詳しくは以下の 12、13 節を参照。
- (4) A. Eser / H. G. Koch, 以下に発表された、Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Rechtliche

Regelungen-Soziale Rahmenbedingungen-Empirische Grunddaten. Part I: Europa, Baden-Baden 1988; Part 2: Außer Europa, ibid 1989. 外国法に関する以下の参考文献は、この編集された研究にもっともものである。最初の比較法的考察については cf. H.-G. Koch, Recht und Praxis des Schwangerschaftsabbruchs im internationalen Vergleich, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 97 (1985), pp. 1043-1073. 又 A. Esch / H.-G. Koch, Plädoyer für ein "notlagenorientiertes Diskursmodell", in: J. Baumann / H. L. Günther / R. Keller / Th. Leuchner (eds.), §218 im vereinten Deutschland, Tübingen, 1992, pp. 21-79. 最近の妊娠中絶に係る法と実務の国際的状況に関する、他の見解については R. Cook, Abortion Laws and Politics: Challenges and Opportunities, in: International Journal of Gynecology & Obstetrics 1989, Suppl. 3, pp. 61-87; S. K. Henshaw, Induced Abortion: A World Review, 1990, in: Family Planning Perspectives 22 (1990), pp. 76-89.

(5) 統一条約(一九九〇年八月三十一日の統一条約) Bundesgesetzblatt = BGBl. II p. 889) 九条二項 及び 付録 II 'B' III 章, C, I, No 4.

(6) このモデルを説明するために、ノルウエー(A)とベルギー(B)の法律の関連規定を引用する:

(A) 妊娠中絶に関連する、一九七五年六月二三日のノルウエー法の「一、二節(抜粋)」:

一条 社会は、全ての子供のために、安全な幼児期にとつて必要な事項を、できる限り保証しなければならない。この作業の一貫として、社会は全ての人々に、道徳的な支援、生活事実の説明、共同生活の疑問に関する知識を与えなければならない、かつ、妊娠中絶の数をできるだけ低く抑えるように、これらの問題に対する責任ある態度を育成するための家族計画を提供する。

二条 妊娠が女性に重大な困難をもたらすのであれば、女性には、社会が彼女に提供しうる援助についての情報と助言が与えられなければならない。女性は、この助言に対して、最終的には自分で態度決定できる権利を有する。

(2) もしも女性が、五条二項一文に従った助言並びに前述した情報等を与えられた後に、なお妊娠を継続しえないと考えるならば、手術が妊娠一二週以前に行われ、かつ、大きな医療上の難点が存在しない限り、彼女は最終的に妊娠中絶に関して自ら決定を下す。

(B) 一九九〇年四月三日の法典におけるベルギー刑法三五〇条(抜粋):

(I) (原則として妊婦は可罰的である)

⑧)しかし、妊婦が健康状態を理由とする緊急状況にあり、かつ、医者に妊娠中絶を求め、しかもこの手術が以下の条件の下で行われる場合には、犯罪とはならない。

- 1
- 2

決定の理解、及び、妊婦が医者に妊娠中絶手術を求めめる前提としての緊急状況は、本項の条件が遵守される限り、疑われない。

(7) 実際にはこの種のモデルは、最初、ドイツ議会の議長 *Rita Süsmuth*, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz des Lebens-Lebensschutzgesetz-auf der Grundlage des Vorschlages eines "Dritten Weges" zur Verbesserung des Schutzes des ungeborenen Lebens im geeinten Deutschland, in: *S. Heil* (ed) §218-Ein Grenzfall des Rechts, *Tutzingen Materialien* Nr. 68, *Evangelische Akademie Tutzing* 1991, pp. 117-122. によって *Süsmuth*, Schutz des ungeborenen Lebens im geeinten Deutschland-Ein dritter Weg, *ibid* pp. 36-44. による説明とともに提出された。

(8) ドイツにおいて規定されている。

(9) 即ち、フランス、イタリア(対話モデル)と同様、オーストリア、旧ドイツ民主共和国(期限モデル)において。

(10) スウェーデン(期限モデル)とイングランド(適応モデル)におけるように。他方、ポルトガルやスペインのように、相談制度をまだ設けていない改正法も、なお存在する。

(11) 「自らが責任を負うべき、決定の可能性は、特にノルウエーで強調されている。フランスでは、相談は、妊婦に妊娠中絶が避けられないのか考え直させることを目的としている。ルクセンブルクにおける表現(「妊娠中絶に関する全ての問題を完全に知った上で決定が十分検討された」と、オランダにおける表現(「女性が、胎児の生命に対する自己の責任を十分に考え、意識した後に、自己の自由意思で行動することを決定」)は似ている。イタリアの規定は、逆に、妊婦に妊娠を継続する旨説得することを、より明確に意図している。

(12) *B. Holzhuener*, Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch. Die Rolle des reformierten §218 StGB bei der Entscheidungsfindung betroffener Frauen, 2nd ed., Freiburg 1991, pp. 262 ss., pp. 277ss. 我々の犯罪学研究グループによって収集された、その他の経験的データは、*M. Häubler-Szapan*, Arzt und Schwangerschaftsabbruch. Eine empirische Untersuchung zur

Implementation des reformierten §218 StGB, Freiburg 1989, 及び G. Kaiser, Was wissen wir über den Schwangerschaftsabbruch? Ergebnisse eines empirischen Forschungsprojekts, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 14/90, pp. 21-31 〇中に見いだせるであろう。

(13) 一九八三年のトルコの人口計画法は、妊婦が結婚している場合には妊娠中絶に対する夫の同意を要求している。しかし違反は、重大ではないと考えられている。

(14) フィンランドでも、予想される子供の父親は、「理由があると思われるならば……自分の意見を述べる機会」を与えられなければならない。一九八〇年五月一三日、ヨーロッパ人権委員会は、夫及び父親になり得る者が、自己の私生活及び家族生活を尊重される権利には、妻が望んでいる妊娠中絶について聴聞を受ける権利は含まれない、と決定した (Paton 事件 : Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1981, pp. 20 ss)。

(15) CDU (キリスト教民主同盟) は、妊娠中絶の問題に関して、かなり制限的で保守的な見解を主張する。他方、SPD (ドイツ社会民主党) は、よりリベラルなので、社会的手段による改善を望んでいる。

(16) B. Holzhauser (上記 (12) を見よ), pp. 219ss.

(17) ドイツに関する研究は、我々マックス・プランク研究所の犯罪学研究グループによって行われた : K. Liebel, Ermittlungsverfahren, Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch. Materialien zur Implementation des reformierten §218 StGB, Freiburg 1990, 及び H. J. Alberich, Schwangerschaftsabbruch-empirische Untersuchungen zur Implementation der strafrechtlichen Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs, in: A. Eser / G. Kaiser / E. Weizend (eds.), Zweites deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1986, pp. 195-222 (206 s.).

(18) 詳細については表2を参照。

(19) 出産可能な年齢の全ての女性を、定期的に保健当局が調査することは、妊娠中絶を一貫して予防することに役立つ一側は実際、ルーマニアでは時々計画された。しかしこの規制は、これはどラスティックではないが、これに相当する自由主義諸国での規制手段と同様に、望ましくもないし実行可能でもない。

(20) 私自身の法的—政治的見解に関しては cf. A. Eser, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 24 (1991), pp. 291-298, 又 発表されたものとして A. Eser / H.-G. Koch,

- Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung, Baden-Baden 1992, pp. 85-107, pp. 162-226.
- (21) *Werner* 議員 (et al.) の “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der ungeborenen Kinder”, Bundestag-Drucksache 12/2875.
- (22) *Bläss* 議員 (et al.) と P D S / 左派 リス ト ヲ ル ー プ の “Entwurf eines Gesetzes zur Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs und zur Sicherung von Mindeststandards für Frauen zum Schwangerschaftsabbruch”, Bundestags-Drucksache 12/898.
- (23) *Ch. Schenk* 議員 (et al.) と 同 盟 の / 緑 の 党 ス ト ヲ ル ー プ の “Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Entscheidungsfreiheit von Frauen beim Umgang mit ungewollten Schwangerschaften”, Bundestags-Drucksache 12/696.
- (24) C D U / C S D の | 派 の “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des ungeborenen Lebens”, Bundestags-Drucksache 12/1178.
- (25) S P D の | 派 の “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des werdenden Lebens durch Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, durch rechtlich gewährleistete Hilfen für Familien und Schwangere sowie zur Sexualerziehung und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs”, Bundestags-Drucksache 12/841.
- (26) F D P の | 派 の “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs”, Bundestags-Drucksache 12/551.
- (27) *Wetting-Danielmeier* 議員 (et al.) の “Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs”, Bundestags-Drucksache 12/7875.
- (28) Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 12/99 vom 25. 6. 1992, C 8377.
- (29) その完全な名称は以下のとおりである：一九九二年七月二七日の、出生前の／生成中の生命の保護のための、子供によりやさしい社会の促進のための、妊娠の高齢における援助のための、並びに妊娠中絶の規制のための法律（妊婦及び家族援助法）(Bundesgesetzblatt I p. 1398).
- (30) 一九九二年八月四日の連邦憲法裁判所判決 (Bundesgesetzblatt I, p. 1585).
- (31) 参照：例えば *W. Langer*, Verfassungsvorgaben für Rechtsprechungsgründe, in: Juristische Rundschau 1993, p. 1 ss.

- (32) 参照：特に A. Eser, Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand, in: Neue Juristische Wochenschrift 1992, p. 2913 ss. 本論文の翻訳として、上田健二・浅田和茂(訳)「試験台に立つ新妊娠中絶刑法」同志社法学二二七号(四卷三号)一二二頁以下も参照。
- (33) 一九九三年五月二八日の連邦憲法裁判所の判決(Bundesgesetzblatt I 830)。女性の裁判官を含む五人が多数意見を構成した。一人の裁判官は部分的に同意し、二人は同意しなかった。全体の判断、即ち、多数意見並びに反対意見は、一九九三年六月六日の Juristenzeitung, Sonderausgabe で発表された。
- (34) 憲法訴訟に関与していた弁護士と専門家による、憲法裁判所判決に対する最初の反応は、Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaftの1/1993の特別版で発表されている。
- (35) より詳しくは上記7と9で記述されている。

ドイツにおける妊娠中絶法の改革

表1：妊娠中絶の規制に関する基本モデル

(A) 完全な 禁止	(B) 第三者の評価に基づく 禁止/許容モデル "pro-life"		(C) 葛藤を志向する対話モ デル 中間のコース	(D) 自己決定に基づく 期限モデル "pro-choice"	(E) 禁止の 不存在
	エジプト イラク アイルランド アラブ首長国連邦 フィンランド ドイツ連邦共和国 (1992年まで) ハンガリー ボルツァー ルーマニア スペイン スイス(?) アルゼンチン ブラジル コスタリカ エクアドル ベルギー ウルグアイ(?) アルジェリア ガーナ(?) ヨルダン クウェート レバノン リビア モロッコ オーマン カタール ザンビア セネガル 南アフリカ 南ナイジェリア スーダン シリア オーストラリア 台湾 インド	日本 (?)	ベルギー ブルガリア(?) チェコスロバキア イギリス/ウェールズ フランス ドイツ(1993年以來) イタリア ルクセンブルク(?) ノルウェー イスラエル メキシコ(?)	オーストリア デンマーク ドイツ民主共和国 (1992年まで) ギリシャ スウェーデン ソ連 ユーゴスラビア チュニジア トルコ アメリカ合衆国	中国の P R (?)

表 2 : 法的規制モデルとの関連での妊娠中絶発生率

国/年	妊娠中絶の実数値(F N)又は 最小値(M N)	妊娠中絶発生率 (パーセンテージ)
非常に制限的		
ベルギー(1985) *	15.900(M N)	>12.2
アイルランド(1987)	3.700(M N)	>5.9
スペイン(1987)	63.900(F N) **	(12.5)
やや制限的		
ドイツ連邦共和国(1987)	175.000(F N) **	(23.2)
イギリス/ウェールズ(1987)	156.200(F N)	18.6
フィンランド(1987)	13.000(F N)	18.0
イスラエル(1987)	15.500(M N)	>13.5
スイス	13.500(F N) **	(15)
ハンガリー	84.500(F N)	40.2
かなり許容的		
ブルガリア(1987) *	119.000(F N)	50.7
フランス(1987)	161.000(M N)	>17.3
イタリア(1987)	191.500(M N)	>25.7
オランダ(1986)	18.300(F N)	9.0
ノルウェー(1987)	15.400(F N)	22.2
ポーランド(1987)	122.600(M N)	>16.8
許容的		
チェコスロバキア(1987)	156.000(F N)	42.2
デンマーク(1987)	20.800(F N)	27.0
ドイツ民主共和国(1984)	96.200(F N)	29.7
ユーゴスラビア(1984)	358.300(F N)	48.8
スウェーデン(1987)	34.700(F N)	24.9
トルコ(1987)	531.400(F N)	26

* その間に法律が変更された。

** 推定。

データの出所: *Henshaw / Morrow, Induced Abortion: A World Review, 1990.*

〔訳者あとがき〕

本稿は、フライブルク大学教授、マックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所所長のアルビン・エーザー博士 (Professor Dr. Dr. h. c. ALBIN ESER, M. C. J.) が、一九九三年九月九日、北海道大学法学部でなされた講演 "Abortion Law Reform in Germany in international comparative Perspective" の翻訳である。

本講演で触れられている「妊婦及び家族援助法」による改正後のドイツ刑法については、上田健二・浅田和茂訳、「ドイツ墮胎」刑法規定の対照表(抄訳)、同志社法学二二七号(四四卷三号)一六二頁以下を参照されたい。また、一九九三年五月二八日のドイツ連邦憲法裁判所判決については、堀内捷三、人工中絶・揺れ動くドイツの墮胎罪、法学セミナー四六四号(一九九三年八月号)二二頁以下、レンツカール・フリードリッヒ、ドイツ連邦憲法裁判所の第二次妊娠中絶判決について、ジュリスト一〇三四号(一九九三年十一月十五日号)六八頁以下、及び、上田健二、ドイツ連邦憲法裁判所新妊娠中絶刑法違憲判決の理論的分析、ジュリスト同号七三頁以下を参照されたい。