

# 障害を理由とする人工妊娠中絶についての 刑事法的一考察

林 弘 正

- I. 問題の所在
- II. 墮胎罪の現況
- III. 障害を理由とする人工妊娠中絶事案の考察
  - III - i. 最高裁平成 17 年 9 月 14 日大法廷判決
  - III - ii. 東京地裁平成 25 年 6 月 13 日民事第 31 部判決
  - III - iii. 東京高裁平成 25 年 10 月 10 日第 21 民事部判決
- IV. 結語

## 【資料編】

- I. 平成 23 年度から 26 年度における人工妊娠中絶件数の推移
- II. 主要国の人工妊娠中絶数および率
- III. 東京高裁平成 25 年 10 月 10 日第 21 民事部判決及び最高裁平成 26 年 8 月 26 日第三小法廷決定

## I. 問題の所在

1. 人工妊娠中絶については、文化的・倫理的・宗教的・法的・政治的視点等から多様な見解が展開されている。<sup>1)</sup>

人工妊娠中絶は、出生前診断 (prenatal diagnosis) 技術の進歩特に出生前遺伝学的検査 (Non-Invasive Prenatal Genetic Testing : NIPT) の導入に伴い従前の人口調節的視点に加え出生する新生児の障害等のリスク回避からの選択的人工妊娠中絶 (Selective Abortion) との新たな視点からの人工妊娠中絶の様相の問題が顕在化している。

国家の人口政策は、出生数に反映されわが国では 1925 年 (大正 14 年)

には2,086,091人出生し、以降出生数200万人台(1938年及び1939年の190万人台を除く)となり、1947年(昭和22年)の2,678,792人をピークに1952年(昭和27年)の2,005,162人まで継続する。<sup>2)</sup>

人口調節的視点からの人工妊娠中絶件数の推移は、所謂ベビーブーム時1949年(昭和24年)の101,601件からベビーブーム世代後の1953年(昭和28年)には1,068,066件と10倍になり、以降人工妊娠中絶件数100万件台が1955年の1,170,143件をピークに1961年の1,035,329件まで継続する。<sup>3)</sup>

障害等のリスク回避から施術される選択的人工妊娠中絶は、サリドマイド薬害等をはじめとし出生前診断を契機に増加傾向にある。<sup>4)</sup>

2. 人工妊娠中絶の問題は、顕在化し政治的論争テーマともなるアメリカと潜在化し母体保護法の緩やかな解釈・運用により内在する問題性に無自覚な日本とは関心性において対極の状況にある。

アメリカでは、人工妊娠中絶をめぐる連邦最高裁1973年1月22日Roe v. Wade判決は人工妊娠中絶を基本的権利としての「女性の自己の妊娠を終了させるか否かの決定」の権利をプライバシー権の一内実として憲法上の権利として認める。<sup>5)</sup> 連邦最高裁は、その後、連邦最高裁1992年6月29日Planned Parenthood v. Casey判決においてRoe判決を維持しつつペンシルヴァニア州妊娠中絶規制法の未婚の未成年者の人工妊娠中絶に両親のいずれかまたは後見人の同意を必要とする規定を合憲とする。<sup>6)</sup> 連邦最高裁2000年6月28日Stenberg v. Carhart判決は、部分出産中絶(partial-birth abortion)を禁止するネブラスカ州法を違憲とする。<sup>7)</sup> なお、連邦最高裁2007年4月18日Gonzales v. Carhart判決は、partial-birth abortion 規制法について合憲とする。<sup>8)</sup>

連邦最高裁は、一連の人工妊娠中絶に関する判例において人工妊娠中絶を憲法上の権利とするRoe判決をなお維持している。なお、2015年11月13日、連邦最高裁は、2007年4月18日Gonzales判決以来論議のなされていない人工妊娠中絶に関し論議を再開する決定をしている。<sup>9)</sup>

Roe判決は、人工妊娠中絶をめぐるアメリカ社会を「中絶反対派

(prolife)」と「中絶擁護派(prochoice)」とに二分する政治的対立を惹起し今日に至っている。<sup>10)</sup>「中絶反対派(prolife)」と「中絶擁護派(prochoice)」の対立の一例として、人工妊娠中絶に医療施設を訪れたクライアントとそれを阻止しようとする者との間での衝突が社会問題となっている。マサチューセッツ州が2000年に制定し2007年改正した生殖医療保険法(Reproductive Health Care Facilities Act)は、施設の被利用者、その雇用の範囲内で活動する施設の業者を除いていかなる中絶医療機関においても施設の入口に通じる公道や歩道35フィート以内に故意で立ち塞がることを犯罪とする。中絶反対派は、中絶医療機関に近づこうとする者に中絶に代わる医療措置情報を提供し、その措置がとれるように中絶カウンセリングを実施していた。原審第1巡回区控訴裁判所は、改正法の中絶医療機関周辺で実施している表現規制を時間、場所、方法に関する合理的な規制であると判断する。連邦最高裁2014年1月15日McCullen v. Coakley判決は、マサチューセッツ州法生殖医療保険法の規制を内容中立的規制であると認定した上で「狭く定められた要件(narrowly tailoring)」を充足せず第1修正に違反すると判示した。<sup>11)</sup>

荻野美穂教授は、アメリカでの中絶論争について「しばしば奇異な感じを受けるのは、妊娠も出産も中絶もつねに女の身体を場として展開する現象であるにもかかわらず、胎児が女の身体から切り離され、あたかもそれとは無関係な独立した存在であるかのように論じられていることである。(中略)現実の妊娠では胎児と女とは一体状態で生きているにもかかわらず、論争においては両者は戴然と分離されて、胎児の権利と女の権利のいずれがより重いか、どちらが優先されるべきかという重さを競い合う議論が展開され、しかも重い方の権利を守るためには他方の権利の全面否定が必要だという、一切の妥協や歩み寄りを許さない論調が特徴となっている。」と指摘する。<sup>12)</sup>

ドイツの人工妊娠中絶の問題状況を概観する。帝国司法省は、1872年ドイツ帝国刑法典(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)の施行以

降、1902年に学術委員会を構成して刑法改正に着手し、多くの草案を作成し数次の一部改正を経ながら今日に至っている。1953年、連邦司法大臣 Dehler は、刑法改正上の基本的諸問題について指導的刑法学者に参考意見の提出を求めた。<sup>13)</sup> Dehler は、更に、比較法研究をマックス・プランク外国刑法国際刑法研究所に委嘱した。<sup>14)</sup>

H. シュレーダーは、1933年7月14日優生保護法14条2項の母体の生命、生命の救助に必要な医学的適応が墮胎行為を正当化するとしてb条「1項 妊婦の生命または健康に対する重大な危険を避けるため妊娠の中絶が必要な場合にはa条の意味での墮胎に該当しない。2項 中絶は危険急迫の場合を除き医師が妊婦の同意と鑑定機関の鑑定に基づき行う場合のみ許容される。3項 前項に違背する者は軽懲役または罰金に処す。」を提案する。<sup>15)</sup>

墮胎罪規定の在り方は、刑法改正論議において大きな論議を惹起した。

1962年草案(Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung)は、厳罰化傾向を顕著なものとする。<sup>16)</sup>

バウマンら対案グループは、1966年刑法草案総則代案(Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil)を起草した。<sup>17)</sup> 対案グループは、1962年草案の予定する犯罪学的適応の不承認に反対する。マイホーファーは、1962年草案の犯罪学的適応を墮胎罪に該当するとの見解に対し「風紀犯の被害者となった女性に、刑罰の威嚇の下にその子を月満ちるまで懐胎しつづけるよう強制しようとしている。それゆえ、風紀犯人に襲われ強姦された妻は、犯罪によって見ごもされたその子を婚姻中に出産せねばならぬ。同様にして、凌辱の被害者となった13歳の少女は、その春秋に富む人生を風紀犯によって強いられた未婚の母(uneheliche Mutterschaft)として始めねばならぬ。」と具体的事例を設定して批判する。更に、マイホーファーは、「現在の草案が、人工授精の場合だけでなく、妊娠中絶における倫理的適応症の不承認、とりわけ女性にとって現実問題となる自由意思的不妊娠の不許可においてこれを予定して

いる刑罰法規を、一定の階級や種族の無条件命令によっても、また一定の性や年齢層のイデオロギーによっても規定されない真に自由な社会秩序の精神と調和しえないものとする。」と指摘し、1962年草案の墮胎罪理解に反対する。<sup>18)</sup>

ドイツ連邦憲法裁判所1993年5月28日判決は、1992年6月25日制定された妊娠中絶法(正式名称「出生前、生成途中の生命の保護、子供に優しい社会の助成、妊娠の葛藤における援助及び妊娠中絶のための法律」、以下、妊娠葛藤法と略称する)を違憲とする。<sup>19)</sup>

ドイツ刑法は、第16章「生命に対する罪」に墮胎罪を規定する。第218条は、人工妊娠中絶の一般禁止を規定し、第218条aは、人工妊娠中絶の許容される場合を規定する。第218条bは、人工妊娠中絶の許容される場合で医師の確認を伴わない人工妊娠中絶及び医師による不正確な確認による人工妊娠中絶を禁止する。第218条cは、人工妊娠中絶における医師の義務違反を処罰する。第219条は、緊急状況及び葛藤状況における妊婦への助言について規定する。219条aは、人工妊娠中絶の宣伝について規定する。第219条bは、人工妊娠中絶のための薬剤の流通について規定する。以下、本稿の考察において参考となる範囲の条文を紹介する。<sup>20)</sup>

第218条(妊娠中絶)① 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。受精卵が子宮へ着床を完了する以前に、行為の効果が生じたときは、この行為は、この法律の意味における妊娠中絶には当たらない。

② 犯情の重い事案では、刑は6月以上5年以下の自由刑とする。犯情の特に重い事案とは、原則として、

1 行為者が、妊婦の意思に反して行為を行ったとき、又は

2 行為者が、軽率に、妊婦の死亡の危険若しくは重い健康障害の危険を生じさせたとき

である。

③ 妊婦が行為を行ったときは、刑は1年以下の自由刑又は罰金とする。

④ 本罪の未遂は罰せられる。妊婦は、未遂を理由としては罰せられない。

第 218 条 a (妊娠中絶の不処罰) ① 1 妊婦が中絶を要求し、妊婦が侵襲の少なくとも 3 日前に助言を受けたことを、第 219 条第 2 項第 2 文に定める証明書によって医師に対して明らかにし

2 妊娠中絶が医師により行われ、かつ

3 受胎後 12 週以上を経過していないとき

は、第 218 条の構成要件は実現していない。

② 妊婦の現在又は将来の生活状況にかんがみ、妊婦の生命に対する危険又は身体若しくは精神の健康状態に対する重い障害の危険を回避するために、医師の所見によれば、妊娠の中絶が適切であり、この危険が妊婦にとって期待可能な他の方法では回避することができないときは、妊婦の承諾を得て、医師により行われた妊娠中絶は違法でない。

③ 妊婦に対する医師の所見によれば、刑法典第 176 条から第 179 条に定める違法な行為が行われ、妊娠がその行為に起因すると認めることのできる差し迫った理由があり、受胎から 12 週以上経過していないときも、妊婦の承諾を得て、医師により行われた妊娠中絶は、第 2 項の要件を充足する。<sup>21)</sup>

④ 助言 (第 219 条) の後の妊娠中絶が、医師により行われ、受胎から 22 週間以上経過していないときは、妊婦は第 218 条によっては、罰せられない。妊婦が侵襲のときに特別な苦境にあったときは、裁判所は、第 218 条に定める刑を免除することができる。

第 218 条 b (医師の確認を伴わない妊娠中絶、医師による不正確な確認)

① 第 218 条 a 第 2 項又は第 3 項の場合に、第 218 条 a 第 2 項又は第 3 項の要件の存否について、妊娠中絶を自身で行わない医師による、文書での確認が提示されなかったにもかかわらず、妊娠を中絶した者は、この行為が第 218 条では処罰の対象となっていないときは、1 年以下の自由刑又は罰金とする。医師として、確定的な認識にもかかわらず、第 1 文に定める提示のために、第 218 条 a 第 2 項又は第 3 項の要件に関する不正確な確認をした者は、この行為が第 218 条では処罰の対象となっていないときは、2 年以下の自由刑又は罰金とする。妊婦は、第 1 文又は第 2 文によっては

罰せられない。

② 本条第1項、第218条、第219条a若しくは第219条bに定める行為を理由として、又は、妊娠中絶との関連で行った他の違法な行為を理由として、医師が有罪を言い渡され、これが確定したために、管轄官庁が医師に第218条a第2項又は第3項に定める確認を禁じたときは、医師はこれを行ってはならない。第1文に掲げる違法な行為の嫌疑のために、公判手続が開始されたときは、管轄官庁は、医師に対して218条a第2項又は第3項に定める確認を行うことを暫定的に禁止することができる。

第218条c（妊娠中絶における医師の義務違反）① 1 妊娠の中絶を求める理由を行為者に説明する機会を女性に与えることなく

2 侵襲の意味について、特に経過、結果、危険、身体及び精神に及ぶかもしれない影響について、医師としての助言を妊婦に与えることなく

3 第218条a第1項又は第3項の場合に、医師としての診断に基づき事前に妊娠期間について確信することなく、又は

4 第218条a第1項の場合に、行為者が女性に第219条に定める助言を行ったにもかかわらず、妊娠を中絶した者は、行為が第218条では処罰の対象となっていないときは、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 妊婦は、第1項によっては罰せられない。

第219条（緊急状況及び葛藤状況における妊婦への助言）① 助言は、未生の生命を保護するために行われる。助言は、妊娠を継続するように妊婦を励まし、子と共に生きる展望を開く努力によってなされなければならない。助言は、女性が、責任ある良心的な決断をするのを援助するものとする。その際に、未生の者は、妊娠の全段階において、その女性に対してもまた、固有の生きる権利をもっていること、及び、それ故に、法秩序によれば、子の懐胎により、期待可能な犠牲的行為の限界を超えるほど重大で並外れた負担が女性に生じるときの例外的な状況においてのみ妊娠中絶は考えられるべきことを、妊婦は意識していなければならない。助言は、忠告と援助を通じて、妊娠との関連において存在する葛藤状況を克服し、緊

急状態を除去するためのものとする。詳細は、妊娠問題の解決に関する法律が規定する。

② 助言は、妊娠問題の解決に関する法律に従い、公認の妊娠問題の解決に関する相談所によって行われなければならない。相談所は、これに関する助言が終了した後、妊娠問題の解決に関する法律の基準に従い、最後の助言対話の日付及び妊婦の氏名を記載した証明書、妊婦に発行しなければならない。妊娠中絶を行う医師は、助言者となることはできない。

旧刑法 218a 条 2 項 1 号は、胎児適応中絶を許容していたが現行法下では 218a 条 2 項の医学的適応で処理されている。<sup>22)</sup>

3. 我が国では、刑法 212 条ないし 216 条において堕胎罪を規定し、妊娠 22 週以降の母体保護法 14 条 1 項各号に該当しない人工妊娠中絶を刑事制裁の対象とする。2014 年度に実施された人工妊娠中絶件数は、181,905 件であり前年度比 2.3% 減であり年々減少を続けている。<sup>23)</sup> 実施された人工妊娠中絶の大半は、母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項の適用によるものである。同年度に堕胎罪で刑事訴追されたのは、212 条の適用事案であり起訴猶予処分となっている。人工妊娠中絶件数は、統計上の件数と事実上実施されている件数とは大きく相違し暗数があるとの理解が共通である。

先天的異常で出生した新生児の成育に社会・コミュニティが負担を共有する支援体制が制度化されている社会では、親権者とともに先天的異常を有する新生児を受容することが可能である。しかしながら、社会的支援体制の必ずしも十全でない我が国の現状下、先天的異常を有する新生児の成育は、当事者に多大の負担を強いている。

人工妊娠中絶、特に、胎児異常を理由とする人工妊娠中絶所謂選択的人工妊娠中絶は、妊婦及びパートナーが出生した新生児の成育の全責任を負わざるを得ない現況下、妊娠を継続するか中断するか如何なる選択をするかは、原則的に当事者に委ねざるを得ない。

母体保護法は、胎児条項の規定はなく 14 条 1 項で一定の条件を充足した場合にのみ人工妊娠中絶を許容する。



4. 本稿は、出生前診断(prenatal diagnosis)技術の進歩に伴い胎児形態異常のスクリーニングとして妊娠初期に実施される超音波検査により胎児形態異常と診断された胎児をめぐる事案を契機に人工妊娠中絶問題の所在を考察するものである。<sup>24)</sup>

具体的事例としては、母体保護法14条1項1号の経済条項に障害を理由とする人工妊娠中絶が包含されるかを争点とした東京地裁平成25年6月13日民事第31部判決について考察する。

本稿の構成は、問題の所在について、第2章は、墮胎罪の現況について検討する。第3章は、障害を理由とする人工妊娠中絶事案について考察する。考察する事案は、国家賠償法1条1項「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」に基づき障害を理由とする人工妊娠中絶費用等が保険療養給付の対象外であることにより生じた損害賠償を請求する事案である。対象事案考察の前提として、在外国民の国政選挙での投票権に関し国家賠償法1条1項の通用を認めた先例である最高裁平成17年9月14日大法廷判決を検討する。第4章は、結語として本稿の考察から得た知見を述べる。

## II. 墮胎罪の現況

1. 2006年から2014年までの9年間に顕在化した墮胎罪事案の総数は21件であり、そのうち公判請求されている事案は3件にすぎない。公判請求がなされている事案は、業務上墮胎罪1件及び不同意墮胎致死傷罪2件である。不起訴の内訳は、起訴猶予7件、嫌疑不十分6件、嫌疑なし及び罪とならず各1件である。

墮胎罪事案21件の適用条文の内訳は、自己墮胎罪(212条)12件、業務上墮胎罪(214条)2件、不同意墮胎罪(215条)5件及び不同意墮胎致死傷罪(216条)2件である(表1.参照)。<sup>25)</sup>

墮胎罪事案の運用状況は、墮胎罪規定特に自己墮胎罪や同意墮胎罪の存在理由に疑念が呈されている。<sup>26)</sup>

表 1 墮胎罪事案件数

		総数	公判請求	起訴猶予	嫌疑不十分	嫌疑なし	罪とならず
2014年	212条	1		1			
2013年	212条	0					
2012年	212条	0					
2011年	212条	3		2	1		
	214条	1			1		
2010年	212条	3			2		
	215条	1	1				
2009年	212条	2		2			
	214条	1					1
2008年	212条	3				1	
	215条	2	2				
	216条						
2007年	212条	1		1			
	215条	1		1			
2006年	212条	2			2		
総計		21	3	7	6	1	1

－法務省「検察統計統計表」([http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei\\_ichiran\\_kensatsu.html](http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_kensatsu.html)) に基き筆者作成－

2. 2010年(平成22年)に公判請求された不同意墮胎事案は、東京地裁で審理された。本節では、同判決及び仙台高裁昭和36年10月24日第2刑事部判決について検討する。

【判例1】東京地裁平成22年8月9日判決<sup>27)</sup>

【事実の概要】

平成20年12月30日、東京慈恵会医科大学付属病院腫瘍・血液内科医師X(36歳)は、同病院看護師A(30代前半)から妊娠したと告げられ、同病院で自己の担当していた無関係の女性入院患者の氏名を無断使用し子宮収縮剤の処方箋を薬剤部に提出し、入手した子宮収縮剤21錠のうち8錠をすりつぶしビタミン剤と称してAに渡した。Aは、服用しはじめて4日目の平成21年1月12日、腹痛や出血で救急搬送され、診察した医師

から「切迫流産」と診断された。Xは、同日、体調を崩し自宅に戻ったAに対し点滴を勧め、勤務先病院から点滴器具と事前に持出した陣痛誘発剤が注入されたパックで点滴を受けさせた。点滴を受けたAは、激しい腹痛を感じトイレへ駆け込み、出血した血液に肉片のようなものも混入していた。Aは、翌日、産婦人科を受診しすでに流産していることを告げられた(妊娠6週)。捜査の端緒は、平成21年12月、Aが警視庁本所署を訪れ保管していた点滴パックと錠剤のほか、流産の際に体内から流出した組織片などを提出したことによる。

### 【判旨】

検察官は、「交際相手が子供を産めば、妻との結婚が破談になると考えて犯行を決意した」とし、「短期間に子宮収縮剤などを入手したのは、現場の医師でなくてはなし得ないことで、人の生命を守る医師の立場を悪用した行為」として懲役5年を求刑した。弁護人は、「社会的制裁を受け、医師資格の返上も申し出ている」と執行猶予付き判決を求めた。

裁判所は、Xを懲役3年執行猶予5年に処した。

### 【研究】

墮胎罪の裁判事例は、極めて少数で公刊物に掲載されることも稀である。<sup>28)</sup> 本事案は、マスメディアの報道等で世間を震撼させ裁判所の判断が注目された。

自己墮胎罪(212条)は、妊娠中の女性自身による実行行為ゆえ周囲は構成要件該当行為の着手に気づき難い類型である。不同意墮胎罪(215条)は、妊娠中の女性に墮胎を強いる行為であり立証の困難性が伴う類型である。

本事案の刑事訴追の端緒は、墮胎を強いられた妊娠中の女性が看護師であり切迫流産との診断や流産に遭遇し、証拠物となる「点滴パックと錠剤」のほか流産の際に体内から流出した「組織片」を保管しており、捜査機関に提供するという客観的証拠の保存に恵まれ犯罪行為の立証に資したことにある。

【判例2】 仙台高裁昭和36年10月24日第2刑事部判決<sup>29)</sup>

【事実の概要】

Xは、昭和34年1月14日見合したTと結婚式を挙げて同居したが、まだ入籍もせず内縁関係でいた同年3月にT(24歳)が懐胎した。Xは、3年ぐらいいは子供を産まないで夫婦共稼と決めていてTの懐胎を極度に不快に思うとともにTとXの母親との折合も悪いところから次第にTを疎み、同年4月Tと離別しようとするに至った。Xは、Tが出産すれば離別も困難となるためTに墮胎させようとして決心した。Xは、Tに墮胎することを勧告したが、Tは子供も欲しい一方出産すれば入籍してもらえらると思っていたので、Xの勧告を頑強に拒否した。Xは、同年5月8日入籍手続を執りに行くと偽ってTを連れ出した。Xは、産婦人科医に診察してもらおうと称し、Tを同伴して新庄市上仲町165番地Y医院を訪れ、Tには内密で院長Y医師にTの人工妊娠中絶を依頼した。Tは、事情を察知して手術台よりおりて診察室から逃げ出したので、Xは「墮胎しなければ別れる、墮胎すれば必ず入籍する」と偽ってTに墮胎を強要し、情を知らぬ看護婦と共にTの手を引張って診察室に連れこみ、Tに墮胎も致し方ないと観念させた。Tは、Y医師によって鉗子等を用いて妊娠3ヶ月の胎児を体外に排出させられた。Tは、手術後Xとともに帰宅したが、10日程経って離別させられた。

原審山形地裁新庄支部昭和36年5月30日判決は、Xの行為を刑法214条、65条1項に該当すると判示し65条2項により同法213条の罪に従って処断し、Xを懲役1月執行猶予1年に処した。<sup>30)</sup>

【判旨】

裁判所は、Tの墮胎の承諾は瑕疵ある承諾であるとして原判決を破棄し刑法215条1項(不同意墮胎)を適用しXを懲役6月執行猶予2年に処した。

【研究】

1. Xに対する起訴状記載の公訴事実は、刑法215条1項(不同意墮胎)で

あったが、原審第10回公判期日に検察官から訴因罰条の予備的追加の申立があり、原審は予備的訴因である刑法214条、65条1項及び65条2項により同法213条の罪によりXを処断した。

裁判所は、Tの墮胎の承諾について精査し「墮胎しなければ離別すると嚇かされ、かつ、墮胎すれば必ず入籍するからと言われて、騙されるとは知らずにこれを信用したればこそ、手を引張られて診察室に再び連れこまれたTが、墮胎もやむなしと観念し、墮胎することを承諾する旨の意思表示をしたものであって、もし墮胎させて身軽にした上で離別しようという被告人の悪意を事前に知っていたならば、如何にしても承諾の意思表示はしなかったことが明らかである。」と判示し、「重大な瑕疵ある意思に基き、墮胎することを承諾する旨の意思表示をした場合には、任意にしてかつ真意に出でた承諾ということはできない。刑法213条(同意墮胎)、同214条(業務上墮胎等)ないしは同法215条1項(不同意墮胎)における婦女の承諾とは、その任意にしてかつ真意に出た承諾であることを必要とし、婦女において墮胎することについて責任能力をもち重大な瑕疵ある意思に基かない承諾であることを要するものと解すべきである。右に照したとえ前叙のようにTが承諾の意思表示をしたとしても、被告人の以上の所為は明らかにTの承諾を得ずして墮胎せしめた場合に該当し、同法215条1項(不同意墮胎)によって処罰されるべきものと解するのが正当である。」として刑法215条1項(不同意墮胎)を適用する。

2. 人工妊娠中絶手術を受ける妊婦の意思は、任意性を要件とし、任意性を前提とする213条と214条の類型と任意性の欠如する不同意を前提とする215条1項と216条の類型に区分する。

妊婦の人工妊娠中絶選択の任意性の判断は、重要な要件である。本事案は、Tの強制及び詐言に基づく承諾を重大な瑕疵ある承諾とする裁判所の判断と人工妊娠中絶手術10日後に離別された事実と相まって理解すると妥当な判断である。

本判決は、「真意に添わない重大な瑕疵ある意思」を同意殺人罪の同意

に当たらないと判示する最高裁昭和 33 年 11 月 21 日第 2 小法廷判決<sup>31)</sup>に従って墮胎罪の承諾について判断する。裁判所の判断は、妥当である。

### Ⅲ. 障害を理由とする人工妊娠中絶事案の考察

#### Ⅲ - i. 最高裁平成 17 年 9 月 14 日大法廷判決<sup>32)</sup>

##### 【事実の概要】

公職選挙法(昭和 25 年法律第 100 号)42 条 1 項及び 2 項は、選挙人名簿に登録されていない者及び選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることができずと規定し、公職選挙法 21 条 1 項及び住民基本台帳法 15 条 1 項は、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満 20 年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成される日から引き続き 3 箇月以上当該市町村の住民基本台帳に記録されている者について行うと規定する。

これらの規定により在外国民は、憲法第 15 条「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」とする選挙権行使の機会を得られなかった。

改正公職選挙法(平成 10 年法律第 47 号)42 条は、「選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録されていない者は、投票をすることができない。ただし、選挙人名簿に登録されるべき旨の決定書又は確定判決書を所持し、選挙の当日投票所に至る者があるときは、投票管理者は、その者に投票をさせなければならない。」と規定し、在外選挙人名簿が新たに調製され在外国民の選挙権行使に関する在外選挙制度が創設された。

同法附則 8 項は、暫定的な措置として、当分の間は衆議院及び参議院の比例代表選出議員の選挙に限定し衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員選挙は対象外とされた。

在外国民 53 名は、公職選挙法(昭和 25 年法律第 100 号及び平成 10 年法律第 47 号)は、原告らに衆議院議員及び参議院議員の選挙権の行使を

認めていない点及び衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙権の行使を認めていない点において違法である確認を求めるとともに精神的苦痛に対し各5万円の請求を求め提訴した。

原審東京地裁平成11年10月28日民事第2部判決は、「本件各違法確認請求に係る訴えは、結局のところ、具体的紛争を離れて、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法の違法の確認をを求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらないと解すべきである。」と判示し、原告の違法確認請求を却下し、「その余の請求は理由がない」とし損害賠償請求を棄却した。<sup>33)</sup>

原審東京高裁平成12年11月8日第5民事部判決は、「本件各違法確認請求に係る訴えは、結局のところ、具体的紛争を離れて、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法の違法の確認をを求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらないと解すべきである。(中略)仮に本件各違法確認請求に係る訴えが法律上の争訟に当たると解するとしても、右各訴えはいわゆる無名抗告訴訟として許容される場合には当たらないというべきである。」と判示し、各違法確認請求を却下し、その余の請求を棄却した。<sup>34)</sup>

### 【判旨】

最高裁は、「本件の主位的確認請求に係る各訴えをいずれも却下すべきものとした原審の判断は正当として是認することができるが、予備的確認請求に係る訴えを却下すべきものとし、国家賠償請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そして、以上に説示したところによれば、本件につき更に弁論をするまでもなく、上告人らの予備的確認請求は理由があるから認容すべきであり、国家賠償請求は上告人らに対し各5000円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容し、その余は棄却すべきである。」と判示し、予備的確認請求及び国家賠償請求を認容した。

### 【研究】

1. 最高裁は、内閣が、在外選挙制度の創設を内容とする「公職選挙法の一部を改正する法律案」を第101回国会に提出し、その後第105回国会まで継続審査とされていたが実質的な審議は行わず、昭和61年6月2日に衆議院が解散されたことにより廃案となった後、在外国民の選挙権の行使を可能にするための法律改正をしなかった事実に基づき「国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。(中略)本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。」と判示し、在外国民の選挙権行使を立法上放置した点及び選挙権を制限した点を違憲とする。

2. 最高裁は、違法確認請求について「予備的確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、



同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。

(中略) 公職選挙法附則 8 項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するもので無効であって、別紙当事者目録 1 記載の上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあるというべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。」と判示し、予備的確認請求を容認する。

3. 最高裁は、国家賠償請求について「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」と判示し、10 年以上公職選挙法の改正を放

置した違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求を認容し、「本件訴訟において在外国民の選挙権の行使を制限することが違憲であると判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが被った精神的損害は相当程度回復されるものと考えられることなどの事情を総合勘案すると損害賠償として各人に対し慰謝料5000円の支払を命ずるのが相当である。」と判示し、国家賠償法1条1項に基づき上告人の損害賠償請求を認容する。

4. 在外国民の選挙権行使に関する在外選挙制度の構築を放置した立法不作為は、憲法14条及び15条の国民固有の権利として保障されている両議院議員の選挙権行使を侵害するとし、上告人の予備的違法確認請求を認容し国家賠償法1条1項に基づき損害賠償請求を認容した判断は妥当である。

### Ⅲ - ii. 東京地裁平成25年6月13日民事第31部判決<sup>35)</sup>

#### 【事実の概要】

平成22年8月4日、原告は、34歳の時に妊娠した第二子の妊娠17週の超音波検査の結果、胎児に水頭症、口唇裂疑い、心奇形(右心低形成)、食道閉鎖、房室ブロック、単一臍帯動脈、胎児水腫の所見があった。原告は、医師より「数日のうちに心拍停止になるか、仮に生まれても数度の手術の後に死亡する可能性が高く、食道が閉鎖し胃がないからミルクも飲めず、一生植物状態かもしれない。生存は極めて困難」との説明を受けた。<sup>36)</sup>

原告は、同月13日(妊娠18週3日)、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おそれのあるもの」(母体保護法14条1項1号)に該当するとして経膈分娩法により胎児の人工妊娠中絶手術を受けた。

原告は、本件中絶が母体保護法14条1項1号の「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」に該当すると判断されたため

手術費用等は公的な医療保険制度等の対象にならず、保険療養給付を受けられなかったとして、厚生労働大臣の義務違反及び国会の義務違反を主張して国家賠償法1条1項に基づき被告の国に対し損害賠償として329,608円の支払を求めた。

### 【判旨】

裁判所は、「厚生労働大臣が行う保険制度の設計は、社会保険制度が強制加入を前提として国庫の補助及び全被保険者が拠出する保険料によって運営されているため、限られた財源を効率的かつ公平に支出するという観点が必要不可欠であること、医療技術の進歩や健康保険法等の趣旨も踏まえた総合的な考慮が必要とされること等、政策的、公益的、専門的、技術的な判断が必要となることからすると、法律の範囲内において一定の裁量が認められると解するのが相当である。原告の指摘するように裁量が制限されるものではない。」と判示し、厚生労働大臣の保険給付を含む保険制度設計権限を肯定する。

裁判所は、「厚生労働大臣において本件中絶を含む「生存困難による中絶」を保険給付の対象とすべき義務があるというためには、厚生労働大臣の有する上記裁量を考慮してもなお「生存困難による中絶」につき保険給付の対象としないとする判断が合理性を欠くものと認められる場合であることを要する」と判示する。

裁判所は、健康保険制度による保険給付について「保険給付は、保険事故、すなわち予測が不可能又は予測が困難な事象について行われるものであるところ、経済的理由による人工妊娠中絶はこれに該当しないとして保険給付の対象から外すことは合理性を欠く判断であるとまではいえない。」と判示する。

裁判所は、「本件においては、少なくとも、刑法212条及び母体保護法14条1項の規定が、原告の主張する権利ないし利益との関係で、憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白といえないことは明らかである。また、原告の主張する権利ないし利益について、その

行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるということもできない。」とし、「国会において刑法 212 条及び母体保護法 14 条 1 項の規定の改廃措置を採らなかったことが国家賠償法上違法の評価を受けるべきものであるということとはできない。」と判示する。

裁判所は、原告の厚生労働大臣の義務違反及び国会の義務違反との主張を排斥して請求を棄却した。

### 【研究】

1. 本事案は、自己の施術された人工妊娠中絶を「生存困難による中絶」即ち「胎児の重度の染色体異常等により、胎児の生存可能性が極めて低いことが妊婦検診における超音波検査等で判明したことから、妊婦が自らの心身を守るため、出産を望んでいた胎児に対してやむなくする人工妊娠中絶」という母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項とは異なるカテゴリーとして健康保険制度による保険療養給付の対象とすべきかの検討・論議を懈怠した厚生労働大臣の義務違反及び国会において刑法 212 条及び母体保護法 14 条 1 項の規定の改廃措置を採らなかった義務違反に対し国家賠償法 1 条 1 項に基づき、損害賠償の支払を求めた事案である。

原告は、自己の施術された人工妊娠中絶を「生存困難による中絶」即ち「胎児の重度の染色体異常等により、胎児の生存可能性が極めて低いことが妊婦検診における超音波検査等で判明したことから、妊婦が自らの心身を守るため、出産を望んでいた胎児に対してやむなくする人工妊娠中絶」と規定する。

原告は、人格権・リプロダクティブ・ライツを根拠に平成 22 年厚生労働省告示第 69 号「流産手術」項目<sup>37)</sup>に「生存困難による中絶」を自然流産に準ずるものとして記載する方法や昭和 27 年 9 月 29 日保発第 56 号厚生省保険局長通知「優生保護法による優生手術及び人工妊娠中絶術の保険給付について」「記」3 項ただし書「同法(母体保護法 = 筆者注) 14 条 1 項 1 号に規定するもののうち単に経済的理由によるものは除く」記載の削除の方

法により厚生労働大臣は「生存困難による中絶」を保険療養給付の対象とすべき義務に違反すると主張する。

原告は、刑法 212 条及び母体保護法 14 条 1 項の各規定は無効であり国会は改廃すべき義務を負っているにもかかわらず放置していた点を義務違反と主張する。

原告は、「生存困難による中絶」の論拠を人格権・リプロダクティブ・ライツに求め、既に第 1 子を帝王切開で出産し帝王切開は 3 回（子宮の状態ではより少ない）までとの制約下で本胎児の妊娠を継続し帝王切開をした場合次の子供の出産可能性のない状況下で本件中期人工妊娠中絶を選択する。<sup>38)</sup>

原告の選択した中期人工妊娠中絶は、墮胎罪規定の存する現行法の下で指定医師による病院での手術の場合に該当する。同手術が、刑法 214 条業務上墮胎罪の違法性を阻却されるのは母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項に包括される場合のみである。

原告が、母体保護法 14 条 1 項 1 号に「生存困難による中絶」との新たなカテゴリーを用い保険療養給付の対象とすべきであるとの主張は立法提言としては許容される余地はあるが、国家賠償法 1 条 1 項による損害賠償請求としては困難である。

原告は、国会に対して無効である刑法 212 条及び母体保護法 14 条 1 項の各規定の改廃措置を採らなかったことを義務違反と主張する。法律の無効性の論議は、当該法律が適用された事案で当該法律の無効性を争点とする場合である。

原告は刑法 212 条自己墮胎罪の無効性を主張するが、本件墮胎行為は被告も指摘するように医師の手による墮胎行為であり、刑法 212 条の構成要件該当性はない。

原告の本件墮胎行為を母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項に包括されない墮胎行為として保険療養給付の対象としての「生存困難による中絶」との主張は、母体保護法 14 条 1 項 1 号による違法性阻却事由を欠いた人

工妊娠中絶であり、施術者である医師の当該墮胎行為は刑法 214 条の業務上墮胎罪の構成要件に該当しかつ違法な行為との評価を招来する。

2. 母体保護法 14 条 1 項 1 号経済条項への保険療養給付は「保険事故、すなわち予測が不可能又は予測が困難な事象」を対象とするとの見解は、財源上制限のある国家財政下ではその適用についての判断にプライオリティの有することを前提とする。例えば、妊婦健康診査の公費負担については、日本産科婦人科学会の要請に応じて平成 19 年 1 月 16 日厚生労働省雇用均等・児童家庭局母子保健課長名で各都道府県・政令都市・特別区母子保健主管部(局)長宛に「妊婦健康診査の公費負担の望ましいあり方について」との通達が出されている。<sup>39)</sup> なお、我妻 堯医師は、人工妊娠中絶手術への経済的援助として健康保険適用ないし社会福祉費用での補填の問題に関し「経済的に苦しくて子供が生めないのだから当然、手術の費用は保険や福祉でカバーすべきであるという主張と、若い女性が男と遊んで出来た不始末を片づけるのに大切な税金を使われてはたまらんとという考えとがあります。」と講演で指摘する。<sup>40)</sup>

### Ⅲ - iii. 東京高裁平成 25 年 10 月 10 日第 21 民事部判決

#### 【控訴理由】

控訴人は、控訴理由として(1) 経済的理由に該当する事由、(2) 厚生労働大臣等が生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて検討又は議論を怠ったことによる損害の 2 点をあげる。

第 1 は、経済的理由に該当する事由についての主張である。控訴人は、経済的理由に該当する人工妊娠中絶の類型を以下の 5 類型に分類する。① 妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれのある場合、② 妊婦が性交の相手との関係や自己の仕事・学業上の支障等を理由に出産を望まない場合、③ 妊婦が既に子を有することから出産を望まない場合、④ 超音波検査又は羊水による胎児の染色体検査等の出生前診断により胎児に障害若しくはその可能

性のあることが発覚した場合、⑤多胎減数を要する場合の5類型である。

控訴人は、そのうち①妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれのある場合、④超音波検査又は羊水による胎児の染色体検査等の出生前診断により胎児に障害若しくはその可能性のあることが発覚した場合、⑤多胎減数を要する場合の3類型は、妊婦が妊娠を認識した時点において人工妊娠中絶に至ることを予見できず、保険事故に該当するのであるから、これらの事由を区別せず、経済的理由による人工妊娠中絶を一律に給付の対象外とすることは不合理であると主張する。

第2は、生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて国内では議論も検討もされず、自己のような境遇に陥った妊産婦が一切顧慮されていないことを知り、自己の身体及び精神に関する価値意識や名誉感情等を傷つけられ精神的苦痛を受けたのでこれに基づく慰謝料を求めると主張する。

### 【判旨】

裁判所は、控訴理由を精査し理由なしとして棄却する。

### 【研究】

1. 裁判所は、経済的理由に該当する事由について「経済条項に該当する事由が上記①ないし⑤の類型に分かれるというのは、控訴人の視点に基づく独自の解釈であり、そのように分類した上で、保険給付の対象とすべきか否かを判断しなければならない合理性も、必然性も存しないから、厚生労働大臣に、上記の義務があるとはいえない。なお、経済条項に該当するか否かの解釈は医師の判断に委ねられている(乙7)ところ、上記②ないし⑤の事由に該当する事例において、担当医師が、その専門的知見や経験に照らした総合的な判断として、妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な経済的支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれがあると判断する場合、経済条項に該当するものとして人工妊娠中絶を行うことは、母体保護法条14条1項により認められるところである。しか

しながら、この場合も上記②ないし⑤の事由のみで経済条項を満たすものと解されているわけではないから、控訴人が摘示する事例の存在を考慮しても、経済的理由による人工妊娠中絶を上記①ないし⑤の類型に分類しなければならないわけではない。」と判示する。

2. 裁判所は、厚生労働大臣等が生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて検討又は議論を怠ったことによる損害について「生存困難による中絶と控訴人が主張するところの人工妊娠中絶も、現行法のもとでは、母体保護法条14条1項各号の定める要件を満たすときに行い得るものであるところ、経済条項に該当するものとして人工妊娠中絶が行われるとき、療養の給付の対象としないことが合理性を欠く判断とはいえないことは、上記説示及び引用に係る原判決理由説示のとおりである。厚生労働大臣が、上記生存困難による人工妊娠中絶を療養の給付の対象とする義務を負わない以上、療養の給付の対象とすることを検討又は議論すべき義務を負うともいえないのであって、検討又は議論しなかったことを国家賠償法1条1項の適用において違法と評価することはできない。」と判断し、「上記検討や議論がないことにより控訴人が精神的苦痛を受けたとしても、これについて国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めることはできない。」と判示する。

3. 控訴人は、経済的理由による人工妊娠中絶を5類型に分類し本件のような超音波検査による胎児の染色体検査等の出生前診断により胎児に障害若しくはその可能性のあることが判明した場合等の類型について一律に医療保険における療養の給付の対象外とすることは不合理であると主張する。

控訴人は、経済的理由による人工妊娠中絶として①妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれのある場合、②妊婦が性交の相手との関係や自己の仕事・学業上の支障等を理由に出産を望まない場合、③妊婦が既に子を有することから出産を望まない場合、④超音波検査又は羊水による胎児の染色体検



査等の出生前診断により胎児に障害若しくはその可能性のあることが発覚した場合、⑤多胎減数を要する場合の5類型に分類する。

控訴人の類型化する各事例は、今日経済条項を理由に事実上実施されている人工妊娠中絶の類型である。しかしながら、胎児条項の規定のないわが国で墮胎罪の違法性が阻却されるのは、母体保護法14条1項1号で許容される人工妊娠中絶の第1類型のみである。

第2類型ないし第5類型を母体保護法14条1項1号の解釈として論議するのは、論拠希薄である。

4. 控訴人の障害を理由とする人工妊娠中絶費用等を保険療養給付対象としなかったことによる損害賠償請求を国家賠償法1条1項に基づき主張するのは、諸刃の剣となる。

控訴人の受けた人工妊娠中絶は、母体保護法14条1項1号の経済条項に包含され保険療養給付対象となるとの主張は原告独自の解釈である。

控訴人の自己の施術された人工妊娠中絶が経済条項の類型に該当すると主張が排斥された場合は、指定医の実施した控訴人に対する当該人工妊娠中絶手術は、母体保護法14条1項1号に違反する墮胎行為であり指定医は業務上墮胎罪(刑法214条)の構成要件に該当するとして刑事訴追の対象となる余地がある。手術を依頼した控訴人は、業務上墮胎罪(刑法214条)の教唆犯(刑法61条)として刑事訴追の対象となる余地がある。

刑事訴追の可能性のある墮胎手術を指定医が実施しなければ、控訴人の選択肢は、妊娠の継続を余儀無くされるかハイリスクを承知で闇の墮胎手術を受けるかの何れかである。

控訴人の主張は、立法論としての提言としては考慮に値するが、法解釈論としては論理性の欠如する主張である。

裁判所の判断は、妥当である。

## IV. 結 語

1. 本稿は、妊娠 17 週の超音波検査で胎児に水頭症、口唇裂疑い、心奇形（右心低形成）、食道閉鎖、房室ブロック、単一臍帯動脈、胎児水腫の所見があり医師の意見に従って妊娠 18 週 3 日に母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項に基づいて経膈分娩の方法による人工妊娠中絶手術を受け、手術費用等を保険療養給付の対象外と認定されたことによる損害を国家賠償法 1 条 1 項に基づいて損害賠償請求した事案を刑事法の視座から考察したものである。

考察の対象とした事案での原告の主張は、母体保護法 14 条 1 項 1 号の解釈としては法理論的に論拠不十分である。

原告の問題提起は、胎児条項のないわが国において出生前遺伝学的検査が実施される現状と望まない妊娠により妊婦一人で出産しその直後に新生児を殺害する身体的虐待事案の多発する今日の状況下で、社会の関心喚起には一定の役割を果たしたと評価することが出来る。<sup>41)</sup>

2. 荻野美穂教授は、アメリカの人工妊娠中絶をめぐる対立の背景について「中絶はジェンダーや家族、人間についての異なる考え方や文化を象徴するもの」と分析し、「個人主義と法律万能主義」という近代的価値の内部における論争」を「聖戦」化させ泥沼化をもたらしていると指摘する。<sup>42)</sup>

わが国ではアメリカの人工妊娠中絶論争とは対照的に母体保護法 14 条 1 項 1 号の経済条項の緩やかな運用により人工妊娠中絶が統計上年間 18 万余件実施され、その他に暗黙裡に実施されている多数の暗数が存在することは共通の理解である。

刑法の堕胎罪の規定が存するにも拘わらず堕胎罪が機能していない現況と堕胎罪規定の存在すら知らない若い世代に配慮する時、堕胎罪規定の在り方と人工妊娠中絶の実態との乖離をどのように解消するのか再考の必要性が喫緊の課題である。

ドイツの堕胎罪規定の在り方は、一つの見解として示唆的である。

【資料編】

I. 平成 22 年度から 26 年度における人工妊娠中絶件数の推移

	平成 22 年度 <sup>1)</sup> (2010)	平成 23 年度 (2011)	平成 24 年度 (2012)	平成 25 年度 (2013)	平成 26 年度 (2014)	対前年度 増減数
						増減率
総数	212,694	202,106	196,639	186,253	181,905	△ 4,348 △ 2.3
20 歳未満	20,357	20,903	20,659	19,359	17,854	△ 1,505 △ 7.8
15 歳未満	415	406	400	318	303	△ 15 △ 4.7
15 歳	1,052	1,046	1,076	1,005	786	△ 219 △ 21.8
16 歳	2,594	2,831	2,701	2,648	2,183	△ 465 △ 17.6
17 歳	3,815	4,099	4,038	3,817	3,293	△ 534 △ 14.0
18 歳	5,190	5,264	5,344	4,807	4,679	△ 128 △ 2.7
19 歳	7,291	7,257	7,100	6,764	6,620	△ 144 △ 2.1
20~24 歳	47,089	44,087	43,269	40,268	39,851	△ 417 △ 1.0
25~29 歳	45,724	42,708	40,900	37,999	36,594	△ 1,405 △ 3.7
30~34 歳	42,206	39,917	38,362	36,757	36,621	△ 136 △ 0.4
35~39 歳	39,964	37,648	36,112	34,115	33,111	△ 1,004 △ 2.9
40~44 歳	15,983	15,697	16,133	16,477	16,558	81 0.5
45~49 歳	1,334	1,108	1,163	1,237	1,281	44 3.6
50 歳以上	25	21	14	22	17	△ 5 △ 22.7
不詳	12	17	27	19	18	△ 1 △ 5.3

### 実施率(女子人口千対)

	平成 22 年度	平成 23 年度	平成 24 年度	平成 25 年度	平成 26 年度
総数 <sup>2)</sup>	7.9	7.5	7.4	7.0	6.9
20 歳未満 <sup>3)</sup>	6.9	7.1	7.0	6.6	6.1
15 歳	1.8	1.8	1.8	1.7	1.4
16 歳	4.4	4.8	4.7	4.5	3.7
17 歳	6.5	6.9	6.8	6.6	5.6
18 歳	8.8	8.9	8.9	8.0	8.0
19 歳	12.4	12.1	12.0	11.2	11.0
20~24 歳	14.9	14.1	14.1	13.3	13.2
25~29 歳	12.7	12.0	11.8	11.3	11.2
30~34 歳	10.3	10.0	9.9	9.8	10.0
35~39 歳	8.3	7.9	7.8	7.6	7.7
40~44 歳	3.7	3.4	3.4	3.4	3.4
45~49 歳	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3

- 注：1) 平成 22 年度は、東日本大震災の影響により、福島県の相双保健福祉事務所管轄内の市町村が含まれていない。
- 2) 実施率の「総数」は、分母に 15~49 歳の女子人口を用い、分子に 50 歳以上の数値を除いた「人工妊娠中絶件数」を用いて計算した。
- 3) 実施率の「20 歳未満」は、分母に 15~19 歳の女子人口を用い、分子に 15 歳未満を含めた「人工妊娠中絶件数」を用いて計算した。
- －厚生労働省『平成 26 年度衛生行政報告例の概況』([http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/eisei\\_houkoku/14/dl/kekka6.pdf](http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/eisei_houkoku/14/dl/kekka6.pdf)) より引用－

II. 主要国の人工妊娠中絶数および率

国	(年次)	実 数	実施率(%)	対出生比(%)
キューバ	(2011)	83,943	28.6	63.1
アルメニア	(2009)	13,797	15.0	31.1
ホンコン <sup>1)</sup>	(2010)	11,231	5.3	12.7
イスラエル	(2011)	18,974	10.3	11.4
キルギス	(2010)	21,675	14.4	14.8
モンゴル	(2010)	12,492	16.0	19.7
シンガポール	(2013)	9,282	9.1	23.4
ベラルーシ	(2012)	28,628	12.0	24.7
ベルギー	(2011)	19,578	7.8	15.2
ブルガリア	(2012)	29,992	18.3	43.4
クロアチア	(2012)	3,571	3.7	8.5
チェコ	(2012)	23,032	9.2	21.2
デンマーク	(2010)	16,362	13.1	25.8
フィンランド	(2012)	10,001	8.6	16.9
フランス	(2010)	210,813	14.7	26.3
ドイツ	(2012)	106,815	5.8	15.9
ハンガリー	(2012)	36,118	15.5	40.0
イタリア	(2010)	112,463	8.0	20.0
ラトビア	(2012)	6,197	13.0	31.1
リトアニア	(2011)	6,205	7.0	18.0
ノルウェー	(2011)	15,343	13.3	25.5
ポルトガル	(2011)	17,351	6.9	17.9
ルーマニア	(2012)	87,975	16.5	43.7
ロシア	(2012)	1,063,982	29.3	55.9
スロバキア	(2012)	11,214	8.2	20.2
スペイン	(2012)	112,390	10.1	24.8
スウェーデン	(2011)	37,696	17.7	33.7
ウクライナ	(2012)	153,147	13.4	29.4
イギリス	(2012)	203,419	13.5	25.0
ニュージーランド	(2011)	15,863	14.7	25.8

UN, *Demographic Yearbook* による。人工妊娠中絶実施率は15~49歳女性人口について。対出生比は出生100に対する中絶数。<sup>1)</sup> 特別行政区。

- 国立社会保障・人口問題研究所『人口統計資料集(2015)』

([http://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/Popular/P\\_Detail2015.asp?fname=T04-22.htm](http://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/Popular/P_Detail2015.asp?fname=T04-22.htm)) より引用-

Ⅲ. 東京高裁平成 25 年 10 月 10 日第 21 民事部判決及び最高裁  
平成 26 年 8 月 26 日第三小法廷決定

【上告審】最高裁平成 26 年 8 月 26 日第三小法廷決定  
裁判官全員一致の意見で、次のとおり決定。

第 1 主文

- 1 本件上告を棄却する。
- 2 本件を上告審として受理しない。
- 3 上告費用及び申立費用は上告人兼申立人の負担とする。

第 2 理由

1 上告について

民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは、民訴法 312 条 1 項又は 2 項所定の場合に限られるところ、本件上告理由は、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。

2 上告受理申立てについて

本件申立ての理由によれば、本件は民訴法 318 条 1 項により受理すべきものとは認められない。

平成 26 年 8 月 26 日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	木内道祥
裁判官	岡部喜代子
裁判官	大谷剛彦
裁判官	大橋正春
裁判官	山崎敏充

【原審】東京高裁平成 25 年 10 月 10 日第 21 民事部判決

口頭弁論終結日 平成 25 年 4 月 18 日

平成 25 年(ネ)第 4296 号 国家賠償請求控訴事件(原審・東京地方裁判所)

平成 24 年(ワ)第 17209 号)

判決

主文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人の負担とする。

事実及び理由

第 1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 被控訴人は、控訴人に対し、32 万 9608 円及びこれに対する平成 22 年 8 月 14 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。

第 2 事案の概要

1. 本件は、控訴人が、医師から胎児の生存可能性が低いとの診断を受けて人工妊娠中絶術を受けたところ、医療保険における療養の給付の対象とならなかったことから、費用負担を強いられた上、憲法の諸規定に違反する刑法 212 条や母体保護法 14 条 1 項の規定により違法行為を行ったとの評価を受けるおそれがあったため精神的苦痛を受けたが、厚生労働大臣及び厚生労働省(厚生省当時を含む。以下同じ)の社会保険制度の担当者(以下、両者を併せて「厚生労働大臣等」ということがある)は、生存可能性が低い胎児に係る人工妊娠中絶術が療養の給付の対象となるように必要な措置を講ずべき職務上の義務があるにもかかわらずこれを怠り、また、国会(国会議員)は、違憲無効である刑法 212 条及び母体保護法 14 条 1 項を改廃すべき職務上の義務があるにもかかわらずこれを怠ったなどと主張して、国家賠償法 1 条 1 項に基づき財産的損害 22 万 9608 円及び精神的損害(慰謝料)10 万円の合計 32 万 9608 円及びこれに対する不法行為の日の後である平成 22 年 8 月 14 日から支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払いを求めた事案である。

原判決は、控訴人の請求をいずれも棄却したため、控訴人がこれを不服として控訴した。

2. 前提事実及び争点は、3のとおり原判決を補正し、4のとおり当審における控訴人の主張を加えるほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第2 事実の概要」の1及び2(原判決2頁10行目から8頁24行目まで)のとおりであるから、これを引用する。

### 3 原判決の補正

- (1) 原判決3頁17行目、24行目、4頁6行目、7行目、21行目、26行目及び6頁9行目の「厚生労働大臣」を「厚生労働大臣等」と改める。
- (2) 原判決3頁4行目末尾の「保険」から同頁、5行目の「できる」までを削る。
- (3) 原判決4頁6行目の「制限される」を「広いとはいえない」に改める。

### 4 当審における控訴人の主張

#### (1) 経済的理由に該当する事由について

経済的理由による人工妊娠中絶は、典型的に、①妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれのある場合、②妊婦が性交の相手との関係や自己の仕事・学業上の支障等を理由に出産を望まない場合、③妊婦が既に子を有することから出産を望まない場合、④超音波検査又は羊水による胎児の染色体検査等の出生前診断により胎児に障害若しくはその可能性のあることが発覚した場合、⑤多胎減数を要する場合に分けられるところ、本件中絶は④に該当する。

上記の5類型のうち、①、④及び⑤の場合は、妊婦が妊娠を認識した時点において人工妊娠中絶に至ることを予見できず、保険事故に該当するのであるから、これらの事由を区別せず、経済的理由による人工妊娠中絶を一律に給付の対象外とすることは不合理である。

(2) 厚生労働大臣等が生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて検討又は議論を怠ったことによる損害について



控訴人は、生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて、国内では議論も検討もされず、自己のような境遇に陥った妊産婦が一切顧慮されていないことを知って、自己の身体及び精神に関する価値意識や名誉感情等を傷つけられ精神的苦痛を受けたのであり、これに基づく慰謝料を求める。

### 第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、控訴人の請求はいずれも棄却すべきだと判断する。その理由は、2 のとおり原判決を補正し、3 のとおり当審における控訴人の主張に対する判断を加えるほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第3 当裁判所の判断」の1及び2(原判決8頁25行目から11頁18行目まで)のとおりであるから、これを引用する。

#### 2 原判決の補正

(1) 原判決9頁11行目末尾の次に、行を改めて以下を加える。

「(2)ところで、控訴人は、社会保険制度(人工妊娠中絶術に対する保険給付の適用)の運用に関する公権力の行使に当たる公務員について、厚生労働大臣のみならず同省担当者をも含むとして、その両者の義務違反を主張するけれども、社会保険制度の運用を所掌する厚生労働省の長は厚生労働大臣であり、同大臣が同省の事務を統括しているので(国家行政組織法10条)、同省の内部分掌として担当職員が行う事務に関しても、同大臣が指揮・監督する権限を有していることはいうまでもない。そうすると、社会保険制度の運用に関する事務を担当している職員に職務上の義務に違反する行為があれば、同大臣がそれを是正すべき義務を負うことになるから、それをせず放置していたばあいには、同大臣についての職務上の義務に違反の問題が生ずることになるので、控訴人の主張する厚生労働省の所掌分野である社会保険制度の運用に関する国家賠償法上の違法性を検討するには、その主体を厚生労働大臣と解しても一向に差し支えないことになる。そこで、以下の判示においても、上記の観点から、厚生労働大臣に関する職務上の義務違反の有無として判断することとする。」

(2) 原判決9頁12行目の「(2)」、10頁3行目「(3)」、同頁22行目の「(4)」をそれぞれ、「(3)」、「(4)」、「(5)」と改める。

(3) 原判決9頁22行目の「原告の」から同頁23行目末尾までを削る。

### 3 当審における控訴人の主張に対する判断

#### (1) 経済的理由に該当する事由について

平成8年9月25日付け厚生省発児第122号厚生事務官通知「母体保護法の施行について」(乙1)によれば、厚生労働大臣は、母体保護法14条1項の経済条項を上記①のように解しているところ、上記解釈はその文言に照らし自然であり、合理性を欠くとはいえない。そして、これを前提とすると、経済条項に該当するものとして行われる人工妊娠中絶は保険事故たる疾病に該当しないとして療養の給付の対象としないことが合理性を欠く判断といえないことは、引用に係る原判決理由説示のとおりである。

控訴人は、経済的理由による人工妊娠中絶には、類型的に上記①ないし⑤の場合があるから、それぞれの事由ごとに療養の給付の対象とするかを判断すべきであると主張するけれども、経済条項に該当する事由が上記①ないし⑤の類型に分かれるというのは、控訴人の視点に基づく独自の解釈であり、そのように分類した上で、保険給付の対象とすべきか否かを判断しなければならぬ合理性も、必然性も存しないから、厚生労働大臣に、上記の義務があるとはいえない。

なお、経済条項に該当するか否かの解釈は医師の判断に委ねられている(乙7)ところ、上記②ないし⑤の事由に該当する事例において、担当医師が、その専門的知見や経験に照らした総合的な判断として、妊娠の継続又は分娩が妊婦の所帯の生活に重大な経済的支障を及ぼし、その結果母体の健康が著しく害されるおそれがあると判断する場合、経済条項に該当するものとして人工妊娠中絶を行うことは、母体保護法14条1項により認められるところである。しかしながら、この場合も上記②ないし⑤の事由のみで経済条項を満たすものと解されているわけではないから、控訴人が摘示する事例の存在を考慮しても、経済的理由による人工妊娠中絶を上記

①ないし⑤の類型に分類しなければならないわけではない。

(2) 厚生労働大臣等が生存困難による中絶を療養の対象とすべきかについて検討又は議論を怠ったことによる損害について

生存困難による中絶と控訴人が主張するところの人工妊娠中絶も、現行法のもとでは、母体保護法条 14 条 1 項各号の定める要件を満たすときに  
行い得るものであるところ、経済条項に該当するものとして人工妊娠中絶  
が行われるとき、療養の給付の対象としないことが合理性を欠く判断とはい  
えないことは、上記説示及び引用に係る原判決理由説示のとおりである。  
厚生労働大臣が、上記生存困難による人工妊娠中絶を療養の給付の対  
象とする義務を負わない以上、療養の給付の対象とすることを検討又は議  
論すべき義務を負うともいえないのであって、検討又は議論しなかったこ  
とを国家賠償法 1 条 1 項の適用において違法と評価することはできない。

したがって、上記検討や議論がないことにより控訴人が精神的苦痛を受  
けたとしても、これについて国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償を求め  
ることはできない。

#### 4 結 論

以上の次第で、原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これ  
を棄却することとし、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第 21 民事部

裁判長裁判官 齋藤 隆

裁判官 一木文智

裁判官 岡部純子

#### 註

- 1) わが国の生殖コントロールについて、荻野美穂『「家族計画」への道－近代日  
本の生殖をめぐる政治－』、岩波書店、2008 年参照。生命倫理学(バイオエ  
シックス)とフェミニズムの視点からの研究として、笹原八代美「人工妊娠  
中絶に関する女性の権利の研究－胎児の生命の問題に焦点をあてて－」、2012

年 (<http://reposit.lib.kumamoto-u.ac.jp/bitstream/2298/25083/4/21-0240.pdf>) 参照。

- 2) 『平成 24 年度人口動態統計月報年計(概数)の概況』、第 1 表人口動態総覧の年次推移(2-1) 20 頁 (<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/geppo/nengai12/dl/gaikyou24.pdf>) 参照。
- 3) 国立社会保障・人口問題研究所『人口統計資料集(2015)』 ([http://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/Popular/P\\_Detail2015.asp?fname=T04-20.htm](http://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/Popular/P_Detail2015.asp?fname=T04-20.htm)) 及び『平成 24 年度人口動態統計(確定数)の概況』 ([http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/kakutei12/dl/00\\_all.pdf](http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/kakutei12/dl/00_all.pdf)) 参照。
- 4) サリドマイド等薬物服用に伴う先天的異常の場合について、サリドマイド及びレナリドミドの安全管理に関する検討会『サリドマイド及びレナリドミドの安全管理に関する検討会 報告書』、平成 26 年 12 月 (<http://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11121000-Iyakushokuhinkyoku-Soumuka/0000071611.pdf>) 及び林昌洋「妊娠と薬物」、日産誌 58 巻 6 号(2006 年) 77 頁以下参照。選択的中絶について、玉井真理子「出生前診断・選択的中絶をめぐるダブルスタンダードと胎児情報へのアクセス権 市民団体の主張から」、現代文明学研究第 2 号(1999 年) 77 頁以下及び柿本佳美「中絶の自由は選択的中絶を含むのか?—優生主義とジェンダー—」、京都女子大学現代社会研究 79 参照。笹原八代美「選択的人工妊娠中絶と障害者の権利: 女性の人権の問題としての性選択との比較を通して」、先端倫理研究 2 号(2007) 160 頁以下参照。
- 5) See, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). *Roe* 判決は、憲法修正 9 条を論拠にプライバシー権を主張した。小竹 聡「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」、アメリカ法判例百選、有斐閣、2012 年、96 以下参照。なお、*Roe* 判決と同日に言渡された *Doe* 判決は、人工妊娠中絶を憲法修正 14 条を論拠にプライバシー権として理解する。See, *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). 両事案ともにクラスアクションとして提訴されている。
- 6) See, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). 高井裕之「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(2)」、アメリカ法判例百選、有斐閣、2012 年、98 以下参照。
- 7) See, *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). 根本 猛「人工妊娠中絶論争の新局面—*Stenberg v. Carhart*, 532U.S. 914 (2000)—」、静岡大学法政研究 7 巻 2 号(2002 年) 185 以下参照。

- 8) See, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).
- 9) See, National Catholic Reporter (NCR) (<http://nconline.org/news/politics/supreme-court-will-wade-back-abortion-debate>).
- 10) 荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会－身体をめぐる戦争－』、岩波書店、2012年、89頁以下参照。荻野教授は、アメリカの人工妊娠中絶論争を「女」という性をどのように定義するかという「意味の問題」と「人間」や「生命」の価値をどう解釈するかという「価値の戦争」との視点から分析される。荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会－身体をめぐる戦争－』、163頁参照。
- 11) See, *McCullen v. Coakley*, 1134S. Ct. 2518 (2014). 本判決について、橋本基弘「*McCullen v. Coakley*, 1134S. Ct. 2518 (2014)－中絶医療機関周辺での表現規制は内容規制か」、アメリカ法 2015-1 (2015年) 134頁以下参照。
- 12) 荻野教授は、「中絶はジェンダーや家族、人間についての異なる考え方や文化を象徴するもの」になっており、「個人主義と法律万能主義」という近代的価値の内部における論争を「聖戦」化させ泥沼化をもたらしているとアメリカの人工妊娠中絶をめぐる対立の背景を指摘する。前註10) 荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会－身体をめぐる戦争－』、229頁以下参照。
- 13) 法務省刑事局『刑法学者の意見等』、法務資料第370号(1960年)及び同第373号(1964年)参照。佐伯千仞編『ドイツにおける刑法改正論－刑法学者の意見集－』、有斐閣、1962年参照。
- 14) 法務省刑事局『ドイツ刑法改正資料第2巻Ⅰ』、法務資料第374号(1962年)～376号(1963年)、同『ドイツ刑法改正資料第2巻Ⅱ』、法務資料第403号(1967年)、410号(1969年)、412号(1971年)参照。臼井滋夫・宮澤浩一(補正)「ドイツ刑法沿革略史」(『ドイツ刑法刑典』、法曹会、1982年)18頁参照。
- 15) H・シュレーダ(前川信夫訳)「墮胎罪の新しい構成」(前掲註12)佐伯千仞編『ドイツにおける刑法改正論－刑法学者の意見集－』所収)245頁以下参照。
- 16) Bundestag-Drucksache IV /650. 条文の翻訳として、法務省刑事局『1962年ドイツ刑法草案』、刑事基本法令改正資料第2号参照。同草案理由書の翻訳として、法務省刑事局『1962年ドイツ刑法草案理由書(総則編)第1分冊』、刑事基本法令改正資料第10号、同『1962年ドイツ刑法草案理由書(総則編)第2分冊』、刑事基本法令改正資料第11号参照。
- 17) Vgl. Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches,

Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1996. 条文の翻訳として、法務省刑事局『1966年ドイツ刑法草案総則対案』、刑事基本法令改正資料第15号参照。対案の基本的立場に関して、Vgl. Hrsg. v. Baumann, Programm für ein neues Strafgesetzbuches, 1968. 本書の翻訳として、ユルゲン・パウマン編著・佐伯千仞編訳『新しい刑典のためのプログラム－西ドイツ対案起草者の意見－』、有信堂、1972年参照。西ドイツの1975年刑法成立に至る刑法改正事業に関して、内藤 謙『西ドイツ新刑法の成立－改正刑法草案との比較法的検討－』、成文堂、1977年、1頁以下参照。

- 18) マイホーフアー(中 義勝訳)「刑法各側の改正」(前掲註16)ユルゲン・パウマン編著・佐伯千仞編訳『新しい刑典のためのプログラム－西ドイツ対案起草者の意見－』所収)167頁及び169頁参照。中 義勝教授は、対案グループの见解を紹介しながら墮胎罪の歴史について、Dahn, Zur Geschichte des Abtriebungsverbots ; in Baumann, Das Abtriebungsverbot des § 218, 1971, S. 329ff. 及び Tarnesby, Abortion, 1969, p. 83ff. に依拠しつつ説明する。更に、中教授は、墮胎罪の比較法について、Hanack, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches in der wesentlichen Welt ; in Baumann, Das Abtriebungsverbot des § 218, 1971, S. 209ff. に依拠しつつ説明する。中 義勝「墮胎罪の歴史と現実および比較法」、関西法学 24 卷 1・2 号(1974 年)185 頁以下参照。中 義勝教授は、刑法の第二次性・補充性の説明の中で1962年草案を批判するマイホーフアーの風紀犯の事例を紹介する(中 義勝『刑法読本』、法律文化社、1972年、5頁参照)。
- 19) BverfGE88, 203. 本判決について、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 1464 号(1993 年 8 月号)22 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 1034 号(1993 年 11 月 15 日号)68 頁以下、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 1034 号 73 頁以下及び小山 剛「第 2 次墮胎判決」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第 2 版)』、信山社、2006 年、61 頁以下所収)参照。渡辺富久子「ドイツにおける着床前診断の法的規制」、外国の立法 256 号(2013 年)41 頁以下、特に 47 頁以下参照。
- 20) 法務省大臣官房司法法制部司法法制課『ドイツ刑典』(法務資料第 461 号)、2007 年参照。

- 21) 刑法典第 176 条から第 179 条は、以下の通りである。第 176 条(子供に対する性的虐待)、第 176 条 a(子供に対する性的虐待のうち犯情の重い事案)、第 176 条 b(死亡結果を伴う子供に対する性的虐待)、第 177 条(性行為の強要；強姦)、第 178 条(死亡結果を伴う性行為の強要；強姦)、第 179 条(反抗不能な者の性的虐待)の諸規定である。
- 22) 妊娠葛藤法下でのドイツの人工妊娠中絶の統計及び連邦通常裁判所判決について、小池 泰「出生前診断に対する主要国の法制度 ドイツ」(丸山英二編『出生前診断の法律問題』)、尚学社、2008 年、81 頁以下参照。
- 23) 『平成 26 年衛生行政報告例』([http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/eisei\\_houkoku/14/dl/kekka6.pdf](http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/eisei_houkoku/14/dl/kekka6.pdf)) 参照。
- 24) 拙稿「非侵襲的出生前遺伝学的検査についての刑事法的一考察」、武蔵野大学経済研究所年報 8 号(2014 年)17 頁及び 98 頁註(33) 参照。
- 25) 法務省「検察統計統計表」([http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei\\_ichiran\\_kensatsu.html](http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_kensatsu.html)) 参照。
- 26) 中 義勝「第 26 章 墮胎の罪」(平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究 2』、東大出版会、1973 年所収)298 頁以下参照。
- 27) 本事案は、公刊物に未掲載である。事実関係等については、産経新聞 2010 年 8 月 9 日等参照。
- 28) 不同意墮胎罪事案は、2006 年以降 5 件あるが公判請求されたのは本事案のみである(表 1 参照)。墮胎罪の判例等の詳細な検討は、別稿を予定している。
- 29) 高刑集 14 卷 7 号 506 頁参照。本判決の判例評釈として、谷口正孝「高裁判例研究 [140] 1. 刑法 215 条 1 項にいう婦女の「承諾」の意義 2. 婦女の承諾を得ないで墮胎させた一事例」、判例タイムズ 162 号 1804 頁参照。
- 30) 高刑集 14 卷 7 号 512 頁参照。
- 31) 刑集 12 卷 15 号 3519 頁参照。
- 32) 民集 59 卷 7 号 2087 頁参照。
- 33) 民集 59 卷 7 号 2216 頁参照。
- 34) 民集 59 卷 7 号 2231 頁参照。
- 35) LEX/DB【文献番号】25513530。本判決について助産師の視点からの論考として、贅 育子「人工妊娠中絶の法規制－胎児異常による人工妊娠中絶の法的課題－」、法政論叢 52 卷 2 号(2016 年) 参照。

- 36) 事実関係について、古川雅子「ある母が直面した「墮胎罪」という法律－中絶は犯罪ですか?」、アエラ 26 巻 1 号 (2012 年) 65 頁以下及び第 21 回リプロダクション研究会 (2013 年 5 月 25 日開催) 配布資料参照。
- 37) 「診療報酬の算定方法の一部を改正する件 (告示)」平成 22 年厚生労働省告示第 69 号は、「K909 流産手術」の診療報酬として「1 妊娠 11 週までの場合 1,910 点 2 妊娠 11 週を超え妊娠 21 週までの場合 4,820 点」とする (<http://www.mhlw.go.jp/bunya/iryouhoken/iryouhoken12/dl/index-020.pdf>)。社会保障審議会医療保険部会・社会保障審議会医療部会は、「平成 22 年度診療報酬改定の基本方針」として「Ⅰ 平成 22 年度診療報酬改定に係る基本的考え方 平成 22 年度診療報酬改定においては、「救急、産科、小児、外科等の医療の再建」及び「病院勤務医の負担の軽減 (医療従事者の増員に努める医療機関への支援)」を改定の重点課題として取り組む Ⅱ 平成 22 年度診療報酬改定の基本方針 (2 つの重点課題と 4 つの視点から) 1. 重点課題 (1) 救急、産科、小児、外科等の医療の再建 ○ 我が国の医療が置かれている危機的な状況を解消し、国民に安心感を与える医療を実現していくためには、それぞれの地域で関係者が十分に連携を図りつつ、救急、産科、小児、外科等の医療を適切に提供できる体制をさらに充実させていくことが必要である。○ このため、地域連携による救急患者の受け入れの推進や、小児や妊産婦を含めた救急患者を受け入れる医療機関に対する評価、新生児等の救急搬送を担う医師の活動の評価や、急性期後の受け皿としての有床診療所も含めた後方病床・在宅療養の機能強化、手術の適正評価などについて検討するべきである。」と提示する (<http://www.mhlw.go.jp/bunya/iryouhoken/iryouhoken12/dl/index-001.pdf>)。
- 38) 前註 29) 第 21 回リプロダクション研究会 (2013 年 5 月 25 日開催) 配布資料参照。
- 39) 日産婦誌 59 巻 3 号 (2007 年) 983 頁以下参照。
- 40) 我妻 堯「リプロダクションとバイオエシックス」、72 頁以下特に 86 頁参照 (北里病院医の哲学と倫理を考える部会編『医の心 (6) - 医の哲学と倫理を考える』、丸善、1987 年所収)。
- 41) 出産直後における母親による身体的虐待事案について、拙稿「近時の裁判実務における児童虐待事案の刑事法的一考察 (2)」、武蔵野法学 4 号 (2016 年) 1 頁以下参照。



- 42) 前註10) 萩野美穂『中絶論争とアメリカ社会－身体をめぐる戦争－』、247頁以下参照。