

「中絶の権利」への手続的アプローチのための予備的考察

春 藤 優

第一章 日本の中絶をめぐる現状

第一節 中絶は「事実上自由」か？

- 1 刑法上の規制：墮胎罪と母体保護法
- 2 社会保障：中絶費用
- 3 医療規制：中絶薬と中絶技術

第二節 「少子化対策」と中絶

- 1 「産む／産まない」間の不均衡
- 2 生殖をめぐる行政活動の拡大

第三節 小 括

第二章 さまざまな「中絶の権利」論

第一節 自己決定権という構成

- 1 「中絶の権利」を自己決定権に基礎づけるもの
- 2 自己決定権に基づく「中絶の権利」の検討
 - ①妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮しうるか
 - ②金銭的ハードルを除去するか
 - ③平等の観点を含むか

第二節 「関係性の権利」という構成

- 1 自己決定権論の限界克服のための「関係性の権利」という構成
- 2 「関係性の権利」説の検討
 - ①「女性対胎児」の対立構造をクリアできたのか
 - ②金銭的ハードルを除去するか
 - ③平等の観点を含むか

第三節 平等という構成

- 1 自己決定権論の限界克服のための平等という構成
- 2 平等に基づく構成の検討
 - ①妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮するか
 - ②金銭的ハードルを除去するか
 - ③平等の観点を含むか

第四節 小 括

第三章 「中絶の権利」への手続的アプローチ

第一節 なぜ手続的権利保障に着目するか

- 1 手続的権利保障と妊娠している人の具体性・文脈性
- 2 手続的権利保障と金銭的ハードルの取り扱い
- 3 手続的権利保障と平等

第二節 フェミニストの議論と手続的権利保障

- 1 フェミニストにとっての「胎児」「自己」
- 2 フェミニストにとっての「中絶の権利」と「平等」
- 3 手続的権利保障とフェミニストの中絶への視座

第三節 カナダを比較法の対象とする選択肢

- 1 手続的に墮胎罪を違憲としたカナダ
- 2 手続的権利保障の意識的選択
- 3 今後の検討課題

第四章 結 び

第一章 日本の中絶をめぐる現状

日本では、刑法墮胎罪がありつつも、母体保護法により事実上、非犯罪化されたような形で中絶可能な状況が長らく続いている。母体保護法は、個人の権利を考慮したものではなく、むしろ戦後の人口爆発に対応するという国家的な事情から誕生した優生保護法が元になっているが、⁽¹⁾とにもかくにも事実上の自由を与えた。世界中で第二波フェミニズムが巻き起こった1970年代、日本にもウーマン・リブの動きが生まれたが、欧米諸国の女性たちが中

絶の合法化／自由化を求めたのに対し、日本の女性たちが同じ中絶について優生保護法改悪阻止運動というある種の「既得権益」の保守をせざるを得なかったのも、墮胎罪と優生保護法が生み出した日本特有の事情による⁽²⁾。こうした歴史的経緯から、厳しい刑事処罰によって中絶が規制されてきた諸外国と比べて、憲法訴訟として顕在化することもなく⁽³⁾、なんらかの形の「中絶の権利」を憲法上の権利として議論する必要性が乏しかった⁽⁴⁾。現在もなお、墮胎罪と母体保護法による「事実上の自由」状態が継続しているにもかかわらず、本稿があえて意識的に権利性を押し出し、その構成を問題にするかといえば、現状に照らし、極めて重要な憲法上の権利として「中絶の権利」を観念するべきと考えているからである。

本稿では、「事実上自由」と言われてきた日本の中絶の現状を分析し、「中絶の権利」を観念すべき理由を明らかにする。そのうえで、これまで先行研究において提示されてきた「中絶の権利」の諸構成がこうした現状に応答するものかを考察する。そこでまず本章では、日本の中絶をめぐる現状を「事実上自由」の実態および少子化対策政策との兼ね合いという二つの側面から分析する。

第一節 中絶は「事実上自由」か？

日本において中絶は、刑法墮胎罪が存在するものの、母体保護法により違法性が阻却され、同法14条1項1号「経済的事由」の解釈が拡大されることによって「事実上自由」に行いうると考えられてきた。しかし、刑法による規制が厳格でないならば、「事実上自由」に中絶ができるという訳ではない。現代において、安全な中絶を得るためには何らかの医療との接点は欠かせないことを踏まえると、医療にかかる金銭的負担を軽減する法制度や、中絶を実際に提供する医師集団を規律する法、中絶技術や医薬品に関わる法といったさまざまな法制度と中絶の関係を検討しなければ、「事実上自由」の内実は不明なままである。こうした総合的な観点から中絶の現状を分析する

ならば、日本の中絶について①刑法上の規制だけでなく、事実上の大きなハードルとなりうる金銭的負担を軽減するための②社会保障と、中絶経験および安価な中絶の利用可能性に影響を与える③医療・医薬品規制という三つの観点から、日本において中絶は「事実上自由」なのかという問いは問われなければならない。本節は、従来、法的な議論において扱われてきた中絶の刑法上の規制という観点に加えて、②社会保障と③医療・医薬品規制という観点からも日本の中絶の現状を分析する。

1 刑法上の規制：墮胎罪と母体保護法

日本では、刑法212条から216条で墮胎罪が規定されているが、母体保護法により、法令行為（刑法35条）として違法性が阻却され反射的利益によって中絶が可能である。これがいわゆる「日本において中絶は事実上自由」の状況を生み出してきた。母体保護法は、14条で適応事由を定め、それに該当する場合は、本人及び配偶者の同意を得て、指定医のもとで人工妊娠中絶を受けられると定めている。指定医が適応事由の有無を判断するので、適応事由なしとして医師が中絶の実施を拒んだとしても、医師法19条の応召義務違反に問われない。適応事由として、14条1項1号は妊娠の継続又は分娩が身体的・経済的に母体の健康を著しく害する恐れがある場合を、2号は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場合を定めている。14条1項1号の「経済的理由」を解釈することで、多くの人が中絶を受けているが、「経済的理由」の解釈は、厚労省の通知に生活保護受給を目安とすることが書かれている。すべての「経済的理由」に基づく中絶がそのような基準に当てはまるものとは考えにくいので、医師の「良心」が日本の中絶を支えていると推定できるが、その基準の曖昧さは判断を恣意的なものにする可能性があり、安定性を欠くので、法制度として不公正である。

母体保護法14条1項は、婚姻している場合、本人のみならず配偶者の同意を求めている。条文上は、未婚の場合は相手の同意はいらぬが、訴訟にな

ることを恐れる医師が、しばしばすべての中絶で相手の同意を求めている。原則として相手の同意を求める制度や慣行の中で、⁽⁸⁾性犯罪被害者が加害者の同意を求められるケースやDV被害者に加害者の同意を求めるケースが発生していた。⁽⁹⁾母体保護法の配偶者同意要件は、空文化していると言われることもあるが、配偶者同意要件は緩く運用されるどころか、配偶者以外にも遺伝的に胎児の父親となりうる人への同意を求める要件として機能している場合もあったことがこうした事例から窺われる。中絶にあたって本人以外の同意を求めることは、事実上、パートナーらに妊娠継続を強制する権利を与えることになる。

また、未成年者が中絶を受ける際に保護者の同意を必要とするかどうか⁽¹⁰⁾も、海外ではしばしば問題になっている。日本では未成年の場合、母体保護法上は親の同意は求められていないが、実務上は、費用の問題などから親に相談することを推奨する運用がなされていると言われている。親の同意もまた未成年者にとっては中絶を不可能とする可能性のある極めて高いハードルとして機能する。

母体保護法上の中絶可能な時期は平成2年厚生省保健医療局精神保健課長通知により定められており、⁽¹¹⁾妊娠22週までとされている。いつまで中絶可能かという重要な要素が、通知により決められており、憲法上の「中絶の権利」があるとするれば、それを通知によって不利益変更できるのかという問題を⁽¹²⁾提起する。

このように刑法とその違法性を阻却する母体保護法の側面から中絶規制を見ても、適応事由の判断や、配偶者や胎児の遺伝的父親となりうる人の同意、中絶可能な期間といった極めて重要な要素が行政の通達や医師集団の運用によって決められており、行政や医師集団の恣意によって中絶アクセスを⁽¹³⁾低減させることが可能な制度設計となっている。妊娠した人からすれば、本人の意思が決まっていたとしても、中絶を得ることができるかどうか⁽¹⁴⁾が周囲の人間関係や担当医師の裁量に左右されやすい制度になっている。このよう

にDV・性暴力被害者や未成年といった脆弱な立場にある人にとっては、中絶が「事実上自由」であるというのは自明ではない。

2 社会保障：中絶費用

日本では、原則として中絶に健康保険は適用されない。自己負担で、初期中絶であれば9～15万円、12週以降の中期中絶だと30～60万円かかる⁽¹⁵⁾。例外として、妊娠の継続が母体の生命を脅かす場合と稽留流産の場合には中絶に健康保険が適用される。

妊娠12週以降の中期中絶であれば、出産育児一時金を利用できる。出産育児一時金は健康保険法101条、国民健康保険法58条1項で定められており、「被保険者が出産したとき」に給付される。2015年1月1日以降は、40万4千円を受け取れる⁽¹⁶⁾。健康保険でいう「出産」とは、妊娠85日(4ヶ月)以後の出産(早産)、死産(流産)、人工妊娠中絶を指すので、出産育児一時金制度を適用可能である。

他に中絶費用が公的に負担される可能性がある場合としては、性犯罪を理由とする中絶の場合がある。母体保護法14条2項の適応事由である性犯罪に遭って中絶する場合は、性犯罪被害者の医療費に係る公費負担制度の対象となり、中絶費用は公費負担となる。

以上のように、中絶費用がなんらかの制度により自己負担でなくなる場合は存在している。しかし、国内で行われる中絶のうち、94%が初期中絶(妊娠12週未満)であって、中期中絶以降に適用可能な制度の対象とならない⁽¹⁷⁾。性犯罪による中絶は全体の0.1%であり、母体保護法14条1項2号の厳格な運用を求める⁽¹⁸⁾通達からしても、犯罪被害者支援制度の枠組みに入ることは難しい。したがって、ほとんどの中絶がなんらかの公費負担の対象とならないことがわかる。

一方で、出産育児一時金は、その名の通り出産した際に給付される。健康保険制度の「出産」の定義上、中期中絶には給付されるという歪な制度となっており、その結果、リスクの低い妊娠初期に中絶を決意していたとして

も、身体的・精神的リスクの高い中期まで中絶を待たせる（医療機関としても確実に料金を受け取れる）効果が出ている。社会保障分野において行政が中絶を健康保険などの手段で金銭的負担を軽減させないことは、貧しい人に中絶を受けられなくする、またはリスクの高い手段へと追いやる効果を持っており、「中絶の権利」に与える影響は大きい。

3 医療規制：中絶薬と中絶技術

日本では、2022年6月時点で世界70か国以上で承認されている中絶薬が承認されておらず、中絶はすべて外科的中絶で行われている。WHOが発行する安全な中絶のガイドラインによれば、妊娠12週までの初期中絶では中絶薬の使用が推奨されている。⁽¹⁹⁾ 薬による内科的中絶は、ミフェプリストンという黄体ホルモンの働きを妨げる薬とミソプロストールという子宮収縮剤を併用する。中絶薬の治験の結果、2021年4月に有効性が確認され、2021年12月には承認申請がされており、日本でもようやく検討段階に入った。⁽²⁰⁾

また日本国内の中絶技術は、外科的中絶の中でも搔把法が中心になっており、WHOが発行する安全な中絶ガイドラインの中で吸引法の方が妊娠した人への負担が少なく安全とされていることから批判されてきた。⁽²¹⁾ 2021年8月に厚生労働省より吸引法の使用を推奨する通達が出され、この点の改善も見込まれている。⁽²²⁾

中絶に関する医薬品や医療技術は、これまで法学分野において権利論と絡めて論じられてこなかった。しかし、中絶薬が認可され安価に入手できるようになれば、それだけ中絶アクセスが向上する上、産婦人科医が少ない地域において中絶にアクセスしやすくなる。貧しい人や医師が少ない地方に暮らす人の「中絶の権利」に与える影響は大きい。また、中絶するかしないかの自己決定だけでなく、どのようにするかという形の決定の選択肢が与えられる。中絶薬による内科的中絶は、より侵襲的でなく妊娠した人の主体性を尊重した中絶であると言われており、中絶方法は妊娠した人たちの中絶経験に大きな差をもたらす。このように医薬品の認可という行政活動が「中絶の権

利」に与える影響は大きい。

以上の、①刑法と母体保護法、②社会保障、③医療規制の三つの観点から見てわかるように、日本では中絶が「事実上自由」と言われているが、その「自由」の中身は決して十分なものではない。金銭的に余裕があり、パートナーや親との関係が良好である人でなければ、日本の中絶は「事実上自由」とは言い難い。そうした人であっても、内科的中絶か外科的中絶かを選択することは、中絶薬が認可されていないのでできない。日本において中絶が「事実上自由」であるとは必ずしも言えない。

第二節 「少子化対策」と中絶

1 「産む／産まない」間の不均衡

前節で、中絶には原則として健康保険が適用されず給付が受けられない一方で、出産に対しては出産育児一時金という形で給付されることは既に述べた。このことは、単に中絶に給付がなされないことで、未成年や貧しい人が中絶にアクセスできないという問題を引き起こすだけでなく、「産む／産まない」という選択肢の間の不均衡という点でも問題である。個人の生殖に関する決定の支援であるならば、産まないという選択である中絶にも同様の給付がなされるべきであるが、中絶は原則として自己負担であり、負担額も最低でも9万円と高額である。一方の選択肢にのみ給付されることは、貧困などで脆弱な立場にある人にとっては、事実上、選択肢を奪い、国家が各人の身体を人口増加という目的のために手段化しようとしているということである。このことは、個人の人格的自律の尊重を核とする自己決定権の観点から問題であるだけでなく、国家の中立性の観点からも問題視でき、国家が各人の自律を歪め、給付政策を通じて個人の身体を手段化することの防止は憲法論の仕事である。

実際に、アメリカではこの点をめぐって憲法上の論点として裁判になっている。合衆国最高裁判所は、Maher⁽²⁵⁾判決において、国民医療保障プログラ

ムが出産に支出する一方で、中絶への支出は医学上必要な中絶のみに限定していた州福祉省の規則を Roe 判決で判示された「中絶の権利」の侵害と認めなかった。⁽²⁶⁾しかし、Roe 判決を書いたブラックマン判事はマーシャル判事とともにプレナン判事の反対意見に加わり、「中絶の権利」の侵害にあたるとしている。日本においては、Roe 判決のような形で明確に妊娠を終了するか否かを決定する権利を認められていないこともあり、「産む／産まない」の選択肢の間の不均衡は、今のところ憲法上の論点として明確化されていないように思われる。しかし、「中絶の権利」がなんらかの憲法上の権利であるならば、日本でも同様の事情であって、各人の「中絶の権利」の尊重および国家の中立性の観点から憲法問題たりうるだろう。

2 生殖をめぐる行政活動の拡大

給付や情報提供を通じた自己決定の支援という間接的な性格であり、侵害される権利も憲法上確立したものと言えないから、ただちに直接的な憲法上の権利侵害を惹起しないと思われるものの、生殖をめぐる行政活動が近年、⁽²⁷⁾拡大していることも現状として指摘しておきたい。たとえば、「産む」選択肢に対しては、出産のみならず、不妊治療について、これまでも助成事業が行われてきたが、⁽²⁸⁾2022年度からは健康保険の適用範囲が拡大する。こうした施策は「子供を持ちたい」という「自己決定」の支援の文脈で行われている一方で、既に述べたように「産まない」という自己決定は支援されていない。

また、生殖に関わる医療費の補助だけでなく、情報提供という形でも行政は生殖に関与しており、文部科学省が女子高校生向けに配布した資料が、「卵子の老化」を示すグラフを改竄し、早期の妊娠出産を奨励する内容になっていたという事件も起こっている。⁽²⁹⁾このケースでは政府言論という形で、生殖に行政が関与している。ほかにも地方自治体レベルでは、「婚活」支援や「恋愛」支援も行われており、「リプロダクティブ・ヘルス・ライツ」の観点から懸念を表明する論者もいる。⁽³⁰⁾もっとも、憲法論のレベルでは「リプロダクティブ・ライツ」がどのような権利として位置づけられるかは十分に

定まっておらず、こうした施策がただちに憲法上の権利の侵害となるとは論じにくい。が、ソフトな形で「産めよ、殖やせよ」として注視する必要があるだろう。本稿はあくまでも「中絶の権利」に関して論じるものではあるが、問題意識の背景には現代国家における国家と生殖の関わり一般への懸念があるので、こうした施策にも言及した。

第三節 小 括

ここまで、中絶は様々な法制度との関係の中で行われており、そうした諸制度が中絶を実際に得るまでの過程において、妊娠している人にとっての困難を生じさせていることを明らかにした。特に、中絶について公的な支出がなされないのは、貧困などで脆弱な立場にある人にとっては、出産強制ともなりえる。また、一方では生殖に関する行政活動が拡大しており、単に福祉を求めるのではなく、各人の自律を確保するように国家の活動を規律する憲法上の議論が必要である。

以上の議論から、「中絶の権利」を検討するにあたって外すことのできない点を三点指摘できるように思われる。まず、中絶を得る過程に困難があり、経済状況や、親・パートナーとの関係、居住地域、中絶に対するスティグマが引き起こす精神的ストレスといった具体的な事情が中絶を得る過程を「困難」たらしめており、各種法制度がそうした「困難」を増幅させる効果を持っている。これを踏まえるならば、①妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮しうような「中絶の権利」論でなければ、いくら「中絶の権利」を語っても机上の空論となってしまう可能性がある。特に、中絶を得る過程にある大きな事実上の困難として金銭的なハードルがあることを考慮すると、②金銭的なハードルを除去するような権利論であることは重要な点となる。また、中絶を得る過程にある事実上の諸困難は、経済格差など様々な要因から生じているが、一要因として性差別があることを忘れてはならない。⁽³¹⁾さらに出産のみへの給付は、国家が「産む」選択肢のみを支援し、「産む」選択を女性

にとって当然であるとする社会的なステレオタイプに加担することになりうる。そこで、具体的な事情に注意を払いつつも③平等の観点を軸に据えて「中絶の権利」について論じることが必要である。

したがって、これまで提案されてきた様々な「中絶の権利」論がこうした洞察に応答するものであるかどうかを検証する。

第二章 さまざまな「中絶の権利」論

本章では、これまで先行研究において論じられてきた様々な「中絶の権利」論がどのような法的構成で「中絶の権利」を論じてきたのかを概観し、それらを第一章で述べた問題意識に照らして検討する。

第一節 自己決定権という構成

1 「中絶の権利」を自己決定権に基礎づけるもの

日本では、生殖に関する決定は日本国憲法13条に基づく自己決定権に含まれると解されてきた。⁽³²⁾たとえば、憲法の教科書では「①子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由（断種、避妊、妊娠中絶などの問題）、②身じまい（髪型、服装）などライフスタイルを決める自由、③医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由など、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由は、情報プライバシー権とは別個の憲法上の具体的権利だと解される」と述べられている。⁽³³⁾自己決定権については、その対象範囲について人格的自律説と一般的自由説の対立があるが、どちらも生殖に関する決定は自己決定権に含まれるとしている。⁽³⁴⁾中絶の決定も当然に生殖に関する決定に含まれるから、「中絶の権利」についての議論もほとんどが自己決定権に根拠づけるものである。たとえば小竹聡は、「性と生殖に関する意思決定の権利は、憲法13条の幸福追求権に根拠を持つ自己決定権の一内実をなすものであり、そうだとすれば、憲法上の権利が時代の政策により制約を受けるのは不当であって、ただ内在的制約にのみ服する⁽³⁵⁾」と述べている。また、辻村みよ子は憲法

24条と13条の関係について考察する中で、人工妊娠中絶の自由については13条のみで保障される自由に含まれると述べる。⁽³⁶⁾

2 自己決定権に基づく「中絶の権利」の検討

このように「中絶の権利」は、自己決定権に基礎づけられてきた。こうした自己決定権に基づく「中絶の権利」論は、第一章で提示した「中絶の権利」を構想する際に考慮すべき点に応答するものだろうか。

①妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮しうるか

中絶を得る過程にある困難は、妊娠に伴う具体性や文脈的な要因によって生じていることを第一章では指摘した。この具体性や文脈性を法的な議論の俎上に載せることのできる権利論が望ましいが、「中絶の権利」を自己決定権と捉え、中絶を対立する別々の存在である女性と胎児の利益の比較衡量問題として構成することになる。⁽³⁷⁾女性と胎児を対立する存在であると捉え、中絶を得る過程にある困難よりも、胎児に関する倫理的・道徳的な問題に議論が集中する。また、詳しくは後述するように、フェミニストたちは中絶を女性と胎児の対立とみなす見方を、「中立」な見解ではなく、むしろ男性中心的な医学や中絶反対派の見解に基づくものだと批判してきたが、自己決定権論は自己と他者を区別することを前提とすることから、中絶を女性と胎児の利益対立と見る見方を固定化した。フェミニストの議論を受け止めれば、平等の観点からも問題があろう。

自己決定権は自己と他者の区別を前提とし、自分に関することは決定できるが他者についてはそうではない。「中絶の権利」が自己決定権に根拠づけられる憲法上の権利だとしても、内在的制約に服するとすれば、中絶の場合には内在的制約として胎児の利益(権利)をどう位置づけるかでその保障範囲は大きく変動し、場合によっては「中絶の権利」は空虚で無意味なものになる。たとえば、先に引用した小竹聡の議論では、「中絶の権利」が自己決定権の一内実をなすものであるならば、ただ内在的制約に服し、「その際には、内在的制約としての胎児の『生命に対する権利』の考察がとりわけ必要とな

⁽³⁸⁾と述べている。⁽³⁹⁾辻村説も「胎児の生命権との対抗があるため、墮胎罪の合憲性をめぐって議論のあるところである」としている。こうした事情から中絶の議論では、胎児に注目が集まってきた。胎児については、胎児の権利主体性を肯定するか否かという論点と、⁽⁴⁰⁾権利主体性肯定説あるいは胎児に何らかの利益を認める立場に立つ場合は、妊娠した人の権利といかに妥協するかという論点⁽⁴¹⁾が繰り返され論じられてきた。中絶の規制方法の分類として、適応規制と期間規制の二種類⁽⁴²⁾があるが、両モデルはともに女性と胎児を対立的に捉えたうえでその妥協方法を分類している。そうした議論の中では、他国の司法判断と法制度を紹介し、妥協の道を探ることがある。たとえば、ドイツの事例は刑法上の規制をすべて無くすことを違憲とし胚の保護を図りつつ、妊娠している人を罰するのではなく、妊娠葛藤相談の制度を通じて支援しており、具体的な妥協策としてしばしば参照⁽⁴³⁾されている。また、比較法的視点ではなく生命倫理学の視点を借りながら、胎児を位置づけ、憲法解釈に活かそうとする議論も存在⁽⁴⁴⁾する。こうした議論は、中絶を女性と胎児の利益対立とみなす見方を前提として行われ、その見方を強化するものである。⁽⁴⁵⁾

以上のような、女性と胎児を対立的な存在として捉えることを前提とした権利構成は、議論の焦点を胎児に関する倫理的問題に集中させ、中絶を得る過程に存在する具体的・文脈的な困難の考慮を難しくする。自己決定権論は、その自他を区別する性格からして対立的な構図として妊娠を描写することにつながるので、この点が自己決定権に基づく「中絶の権利」の限界であると言えるだろう。

②金銭的ハードルを除去するか

自己決定権は「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由⁽⁴⁶⁾」を保障するものであり、あくまでも公権力の介入・干渉を防ぐものであって、積極的な権利保障をするものではない。また、自己決定権で決定する事柄は「私的事項」であって、個人の判断への不干渉を求めこそすれ、公が支援することではない。こうし

て「憲法一三条の射程内の権利・自由については、国家の不当な干渉は許され⁽⁴⁷⁾ないことが帰結され」る。

自己決定権に基づく「中絶の権利」の構成は、このように金銭的ハードルの除去を困難とする。もっとも、日本には墮胎罪があり、国家の不干渉すら保障されていない状況が法的には続いているのであって、国家に対して不干渉を求める自己決定権に基づく「中絶の権利」の重要性は失われていない。国家の不干渉を求める権利としての自己決定権の重要性を承知したうえで、妊娠した人が直面する困難、特に金銭的ハードルを除去しなければ実質的に権利行使できないことを考慮すれば、このハードルの除去が困難である点は自己決定権に基づく「中絶の権利」の限界と言えよう。

また、昨今の行政による生殖への給付活動は「自己決定を支援する」ことを建前としては前提としている。出産支援は、子どもを持ちたいという希望をかなえられるようにする条件整備であり、行政による若者向けの生殖にまつわる情報提供はきちんと情報を得た上で決定できた方がよいという自己決定の支援の文脈で行われている。国家からの不干渉を核として中絶の自己決定権を捉えたとき、こうした給付活動が一方の選択肢のみに与えられても、それらは他の選択肢への恩恵やサービスであって、権利の侵害にはならないだろう。出産にのみ給付している日本の現状は、自己決定権論のレベルで批判しにくい。不干渉だけでなく給付活動の規律も憲法論として行うべきだと考える本稿にとって、自己決定権に基づく「中絶の権利」ではその規律は難しい。

なお、自己決定権論の中で、自己決定できるための前提条件や環境を整える必要があり、そのための積極的な権利保障も自己決定権に含まれることも主張⁽⁴⁸⁾されている。しかし、自己決定権論である以上、①で指摘した難点が当てはまり、具体的・文脈的な困難の一つとして金銭的ハードルを捉えている点を十分に考慮できないのではないと思われる。加えて、中絶は極めて論争的な主題であり、他国の例を見てみると、憲法条文に存在しない権利を一

一般的な条文に基づいて作り出しているため、倫理的な胎児の考慮を根拠とした攻撃に弱く、その射程を広げるところかむしろ限定されやすかった。たとえば、日本でしばしば参考にされているアメリカでは、Roe 判決で妊娠を終了するか否かを決定する権利が基本的権利であるとしたが、その後の判例の積み重ねの中で社会保障の側面では合理性の審査で十分とされ、出産にのみ公的資金を支出することも肯定されている⁽⁴⁹⁾。したがって、自己決定権の議論が深まることにより、その前提条件を整備することも権利内容として含まれるようになる可能性は残されているが、特に中絶という主題においてはその道のりは困難なものである。

これまでの学説上、日本において中絶を健康保険の対象にする必要性を認める議論は少ない。政策論としては、女性を罰しても胎児を救うことにならないという認識から導き出される議論がある⁽⁵⁰⁾。権利論としては、石井美智子が憲法13条に基礎づけられる「生殖コントロール権」の一要素として「家族形成権」に「墮胎権」が含まれるとの議論を展開している。石井はアメリカの Roe 判決を参考としつつ、Roe 判決との決定的な違いとして、「婦人の権利を単にプライバシー権という自由権として認めるにとどまらず、権利実現のための条件整備を請求できる社会権として認め」「墮胎費用は社会保険及び公的扶助の給付対象となる⁽⁵¹⁾」と述べている。社会権として認める根拠づけとしては、憲法に家族保護を定めた条文が存在しないもののそれを否定する趣旨ではないことに加え、世界人権宣言を挙げているが、それ以上には詳細に展開されていない。したがって、権利論として何らかの形で行政による金銭的ハードルの除去もしくは軽減を根拠づける必要は依然として残っていると言える。

③平等の観点を含むか

中絶を得る過程で発生する具体的な困難は、女性に対する暴力や経済格差などにより生じており、その背景には性差別がある。中絶薬といった重要な医薬品認可の議論が先送りされてきた一因には、医学や政治・行政の場に妊

娠しうる人が少ないこともあるだろう。また、第一章で指摘したような出産のみへの支出は、「産む」ことを女性の自然な役割であるというステレオタイプを国家が強化することになりかねない。こうした状況に対する批判的視点を得るには、「中絶の権利」は平等の観点を含む必要がある。しかし、自己決定権として「中絶の権利」を捉えると、既に述べたように自己決定権は「私的な自由」を保護するものであるから、中絶もまた私的な自由の問題として捉えられてしまい、平等とのつながりが見えない。自己決定権に基づく「中絶の権利」においては、中絶はジェンダー化されていない抽象的な個人の私的事柄に関する決定であって、女性やトランスジェンダーなせ妊娠しうる人だけが、様々な事情から中絶を決定するという視点は入り込む余地がない。特に、経済的な事情によってより脆弱な立場に置かれている人が事実上の出産強制の状態に陥りうるという日本の現状に照らして、性差別の観点から、また階級や貧困に基づく差別の観点から現状を批判しうる権利論が必要である。

第二節 「関係性の権利」という構成

1 自己決定権論の限界克服のための「関係性の権利」という構成

自己決定権論の限界の一点目である、中絶を女性と胎児の利益衝突と見なしていることが、妥協不可能な論争を呼び起こしていると同時に、妊娠している人の感覚を無視するものであるという批判⁽⁵²⁾を受けて、その限界を克服すべく前提となる考え方を考えることで妊娠中絶の問題を解決しようという議論として「関係性の権利」説がある。「関係性の権利」説は、女性と胎児を対立的な存在とみなすのではなく、ケアの倫理⁽⁵³⁾の見地から女性は、胎児に対立するのではなく責任を感じている存在であるとされる。また、女性が社会的な「関係性」の中に置かれていることを重視する。このような見方を反映して、問題構成は『『不平等を温存する社会構造における（そしてそれを克服するための）女性の地位』と『胎児を思いやる共同体の価値』とを調整す

るとい⁽⁵⁴⁾」形になる。これにより、女性と胎児を対立的なものと考えた時に生じる倫理的問題点を緩和し、かつ胎児に思いやり・責任を感じているという具体的な「女性の感覚」を法的議論に取り入れることが可能になる。また、社会的な「関係性」を重視することで、中絶が社会構造の影響を受けながら行われていることを考慮できる。一方で、社会や共同体の視点を議論に取り込むことにより「胎児を思いやる共同体の価値」が過大に評価される懸念がある。そこで、「関係性の権利」説を敷衍させたその後の研究は、女性と胎児の利益調整にあたって、良心の自由説と呼ばれる胎児がどのような存在であるかを決定する決定権は良心の自由を根拠として女性自身にあるとする考⁽⁵⁵⁾え方を前提としたう⁽⁵⁶⁾えで、判断することを提案している。

「関係性の権利」説は、自己決定権論の限界の三点目である平等とのつながりが希薄という点に関しても、その弱点を克服しようとする。「関係性の権利」説においては、妊娠している人は社会的な文脈の中に置かれていることが意識され、中絶の決定は個人の私的な決定として社会に対して閉ざされたものとして観念されるのではなく、社会とのつながりの中で観念される。この点は、先の引用で「不平等を温存する社会構造」や「共同体」といった言葉が使われていることからわかる。つまり、「関係性の権利」説では社会における女性の地位が明確に意識されているのであって、自己決定権論の限界三点目である平等とのつながりが希薄である点を克服しようと、中絶を社会的な関係の中で捉えている。

なお、いわゆる「中絶の権利」をプライバシー権に位置付けるとしつつその内実は「関係性の権利」説に近い立場であると明言⁽⁵⁷⁾する議論として、小林直三の議論がある。この議論では、女性と胎児を対立的に捉えると議論の焦点が胎児の権利論に取れんしていくことを批判的に受け止め、女性と胎児の対立ではない見方として、ドゥラシラ・コーネルの自己を再想像する領域を確保するため、身体の統合性の権利に「中絶の権利」を基礎づける理論を評価する。そして、「積極的な権利の側面を含むものとしてプライバシー権

を理解する見解が一般的であり、したがって、コーネルの主張する中絶権(の理解)をプライバシー権として再構成することで、中絶権の積極的な権利としての側面を補い、より強く根拠づけることができる」とする。⁽⁵⁸⁾「関係性の権利」説との大きな違いは、「関係性の権利」説が、公論形成の倫理的基準として、女性が胎児はどのような存在か決定する良心の自由を持つという良心の自由説を取り込むが、小林の議論においては胎児をも含めた自己を統合的に再想像する領域を女性に残さなければならないというコーネルの身体の統合性の権利を基礎にしているので、良心の自由説は倫理的基準ではなく、法的権利として取り込まれることになる。⁽⁵⁹⁾

2 「関係性の権利」説の検討

①「女性対胎児」の対立構造をクリアできたのか

「関係性の権利」説は、前述のように良心の自由を根拠として「胎児はいかなる存在であるか」を決定する権利は女性にあるとする考え方を前提としたうえで、女性の地位と共同体の価値との調整を判断することを提案している。⁽⁶⁰⁾しかし、結局のところ、良心の自由説を組み込むことは、倫理的な基準だとしても、女性に排他的な自己決定権を認めるということとほとんど同じになり、女性と胎児の関係性を保護し、胎児を焦点とすることなく中絶問題の倫理的課題をクリアするという関係性説の当初の目的を果たせない。⁽⁶¹⁾むしろ、胎児を全く考慮しない単なる究極的な自己決定権論に近いものへと移行しており、それ自体は態度としてはあり得るが、「女性対胎児」の対立構造を転換するという当初の「関係性の権利」説の問題意識への解決にはなっていない。⁽⁶²⁾

そもそも本稿において「女性対胎児」の対立構造が問題であるのは、女性の具体的な感覚である責任や思いやりを無視するからというよりも、妊娠した人が直面する具体的・事実上の困難を無視しやすい法的構成であることに起因する。ケアの倫理が提示する女性の胎児への思いやりという「関係性」の考慮よりも、パートナーや親等々との「関係性」によって生じる困難を重

視している。「関係性の権利」説は、ケアの倫理というフェミニストの議論を踏まえたものであり、確かに胎児への具体的な感情を議論の俎上に載せようとするものであるが、本稿が着目する意味での具体性・文脈的な困難の考慮とは若干、焦点が異なっている。

②金銭的ハードルを除去するか

仮に論者たちが主張するように従来の自己決定権論の胎児に関する問題をクリアできたとしても、金銭的ハードルを除去し中絶への給付を求められるわけではないことは論者自身も認める⁽⁶⁴⁾ところである。「関係性の権利」説は、ケアの倫理といったフェミニズム理論の用語が用いられていることから、フェミニストが主張してきたアクセス保障をも実現するもののように思われるが、「関係性」を理論の中に取り込んでも「中絶の権利」を実質的に保障する根拠となるわけではない。

小林直三の議論では、現代のプライバシー権の議論、特にダニエル・J・ソロブのプラグマティック・アプローチに基づくプライバシー権と接続することでアクセス保障が可能になると主張しているが、あくまでも一つの議論であって、現代のプライバシー権をめぐる議論から直ちにアクセス保障が可能になるとは考えにくい。プライバシー権には今もなお、「ひとりで放っておいてもらう権利」を核心とする考え方が強く残存しているように思われる。

③平等の観点を含むか

「関係性の権利」説は、「関係性」を考慮することで社会における女性の地位を問題化できると述べているが、社会や共同体の価値観は胎児の保護へと向けられる可能性も高く、そもそも女性が抑圧されている社会において共同体の価値観を取り込むことはかえって女性の抑圧的地位を永続化することになりかねないという懸念が指摘⁽⁶⁵⁾されている。関係性説は、妊娠する人が置かれている社会的地位を意識しているが、それを平等なものにしていく志向がどのように働くのかについて明らかにしていない。

第三節 平等という構成

1 自己決定権論の限界克服のための平等という構成

フェミニズムからの批判や自己決定権に基づく「中絶の権利」が平等の観点を含むものではないという批判に応える形で、「中絶の権利」を平等に基礎づける議論がある。日本では松井茂記が、リプロダクションや家族形成についての自己決定権と呼ばれるものは、日本では憲法24条の男女平等の問題とするべきで、基本的人権とまで言えない事柄(ライフスタイル)は、憲法13条の手続的デュープロセスと憲法14条の平等権で保護できると主張している⁽⁶⁶⁾。アメリカでは、実体的デュープロセスではなく平等保護条項を根拠に「中絶の権利」を擁護するべきであるという議論が複数存在する⁽⁶⁷⁾。日本では平等に基づく議論があまり詳細に展開されていないので、アメリカの Cass Sunstein の議論を例に、「中絶の権利」への平等アプローチが、自己決定権論の限界にどのように応答しているのかに留意しつつ、見ていく。

平等とのつながりについてはまさに平等を根拠とすることによって、正面から女性差別の問題として「中絶の権利」に取り組むこととなる。ここでの平等は、形式的平等を超えて性役割に基づくステレオタイプの永続化など当該法律の効果が実質的に差別にあたるかどうかを審査するニュアンスを持って語られる。Sunstein は「中絶が(中略)殺人と見なされるのは、女性がその役割を求めているかどうかに関わらず、子どもを育てる人として自然に女性の役割が認識されているからである⁽⁶⁸⁾」と述べ、性別役割分業が国家の態度を決めるベースラインになってしまっていると指摘する。ここでは、「国家の中立性」のベースラインそのものが実は男性をモデルとしているものではないかと問題視されており、議論は実質的な平等を志向している⁽⁶⁹⁾。他に、同じく中絶への平等アプローチを提案している Sylvia Law は、中絶問題は①当該規定は生物学的性差に関わる立法か②そうであるなら、当該規定は女性の従属を永続化させる機能を有するか③そうであるならば厳格審査を通過するかという審査を行い、平等保護条項を根拠にアプローチするべきと述べ

⁽⁷⁰⁾た。ここでも「従属の永続化」を見る過程で、当該法の効果を審査し、中絶を個人の私的な決定の問題ではなく社会の問題としている。これにより、社会の中の女性へのステレオタイプや事実上の不平等へとアプローチし、それを改善しようとしている。他の平等アプローチの論者も、中絶規制法が性別役割分業や女性のステレオタイプを促進する点に着目しており、⁽⁷¹⁾この点が平等アプローチの大きな特徴である。

中絶を女性へのステレオタイプや構造的な差別の問題として捉えれば、給付しない不干渉こそが中立な国家であるというベースラインの設定が誤っていることになり、それを是正するために金銭給付の根拠にもなりうる。

また、Sunstein は胎児の存在を争点としてしまうとプロライフとプロチョイスの立場双方が膠着状態に陥ってしまい、両者を媒介する基準が発展する可能性がないことから、媒介可能な議論として平等の議論を提案している。⁽⁷²⁾中絶を「女性対胎児」の対立問題として捉えてしまうと、胎児をめぐる倫理的問題点がつきまとうが、平等アプローチであれば胎児の破壊を少なくとも道徳的には問題があると認めながら、女性のみには胎児を守る義務を課すことは不平等であり許されないと考えられる。⁽⁷³⁾このように平等アプローチでは胎児そのものが焦点にならない。⁽⁷⁴⁾

このように、理論的に平等アプローチは自己決定権論の弱点を補い、「関係性の権利」説が実現しようとした胎児の倫理的問題をクリアすること、中絶を社会とのつながりの中で捉えることを実現しうる説のように思われる。

2 平等に基づく構成の検討

Sunstein の提案する中絶への平等アプローチには、アメリカ憲法の平等法理の問題としての批判が加えられているところであるが、本稿ではアメリカ憲法の平等法理そのものを検討対象とするものではないので、その点については深く立ち入らない。本稿では、Sunstein の提案を評価しつつ、第一章で示した問題意識に十分に平等アプローチが応答しているかという観点から、平等アプローチを検討する。

①妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮しうるか

妊娠に伴う具体性や文脈性を考慮できなくする一要因であった、女性と胎児を対立的に構想する点については、平等アプローチを採ることで確かに胎児が議論の焦点となることから逃れられる。しかし、女性と胎児を対立的に捉えることへの批判は、そう捉えると問題が妥協できないものになってしまうという側面もあるが、その見方が男性中心主義的な医療の見方やプロライフの戦略に合致してしまう点と議論が胎児の道徳的な地位に集中し妊娠した人が直面する具体的・文脈的な困難を考慮できなくする点が問題であった。そこで単なる論点回避ではなく、妊娠する人が直面する、中絶を得る過程の困難を考慮しうるような解決が望まれる。この点、平等アプローチは論点回避にとどまっているので、平等アプローチの限界であると言える。

②金銭的ハードルを除去するか

具体的な困難の中でも大きな一つである金銭的ハードルの除去について、理論的な可能性はあるが、平等アプローチは十分に展開されていない。参考にしたアメリカの議論は、Roe 判決が引き起こした様々な問題に対応するという面から論じられているところもあり、アメリカの問題意識に根差しているから当然にアメリカの判例の展開に拘束されてしまっている。アメリカでは、Roe 判決は徐々に骨抜きにされ、2022年6月にくつがえされるに至った。判例の展開から切りはなせば、平等アプローチそのものは、中絶を構造的な差別の問題と捉えているので、積極的に権利を保障する方向へと展開できるはずである。特に、出産にのみ支出されている場合は、国家が中立ではなく、出産にのみ価値を置いていることが平等に反すると判断されるので、中絶への支出を求めることができる。

③平等の観点を含むか

平等アプローチである以上、すでに中絶を性差別の問題とみなす視点を内包している。それに加えて、具体的・文脈的な困難を反映しようとすることは、女性と胎児の利益対立と見なす一見して中立的な見解を、実際に「中

立」であるかを疑うものであるから、平等とのつながりを強化するものである。妊娠についての具体性・文脈性を考慮することは、平等アプローチをより実質的な平等へと発展させることである。したがって、①で指摘したように平等アプローチを妊娠の具体性・文脈性を考慮しうるもの発展させることを通じて、平等とのつながりを平等アプローチの中でさらに深化させる可能性を残している。

第四節 小 括

ここまで述べてきたように、先行研究が提示してきた「中絶の権利」の権利構成では、中絶が女性と胎児の対立構図として描写されてしまい、妊娠している人の視点から具体的・文脈的に発生する妊娠に伴う困難の要素を十分に考慮できない。そうした困難の大きな一要素である金銭的ハードルを除去することについての議論が不十分で、「女性は子どもを産み育てるもの」というステレオタイプを打破し、平等を実現するための議論がいまひとつ深められていない。

さらに、中絶についての先行研究は枚挙に暇がないが、多くは中絶が刑法上の罰則によって規制される場合を検討の主眼としており、給付を通じたコントロールや現代の生殖が出産及び中絶が医療化した影響で、政府の行政活動との接点なしに行うことが難しいという視点からの分析が抜けている。この観点からの議論が必要である。

したがって、行政の給付活動との接点なしに生殖に関する決定を行うことは不可能であって、それを規律する憲法論が必要であるという本稿の問題意識に照らせば、既存の研究は不十分である。そこで、新たな権利構成が求められる。

第三章 「中絶の権利」への手続的アプローチ

第一節 なぜ手続的権利保障に着目するか

中絶の実施が様々な法制度の影響を受けており、中絶を得る過程にある具体的・文脈的な困難に対応する必要性を踏まえて、本章では新たな権利構成として手続的アプローチを提案したい。手続的権利保障とは、当該決定の正当性のため告知と聴聞の実施を要求することを中心的な内容とし、その過程が遅延なく、現実にはアクセス可能な形で実施されることも含む。この背景には「公正さ」の考え方があり、単に正しい結論に至るための手段的価値だけでなく、それ自身が正義と結びつくような独自の価値を有している。手続的権利保障は、現実にはアクセス可能な形で公正な制度設計がなされているかが問題となるから、中絶を得る過程にある事実上の諸困難を権利問題として認識することが可能になる。また手続的権利保障では、給付への実体的な資格を有していなくとも、政府給付を撤回する際には、事前の聴聞を必要とすることで、間接的に給付を保護しうる。このような形で中絶に至る金銭的ハードルについて論じることが可能になり、単に給付を求めるだけでなく公正な制度・行政活動を要求することで、恣意的な給付／不給付の決定を規律しうると考えられる。

以下では、本稿の問題意識及び三点の先行研究の限界を乗り越えるための代替的視点として、手続的アプローチを採用すべき理由をより詳細に述べる。

1 手続的権利保障と妊娠している人の具体性・文脈性

手続的アプローチでは、女性と胎児の利益の対立ではなく、妊娠している人が受ける制定法上の扱いが憲法上の手続的権利に照らして適正か否かが争点となり、胎児そのものは必ずしも議論の中心ではなくなる。平等アプローチと同じように、正面から胎児の存在とは何か？という問いを扱う必要がなくなる構成である。

こうしたいわば消極的な論点回避に加えて、手続的権利保障は、その構成からして妊娠している人の具体性・文脈性を考慮しやすいという利点が挙げられる。イギリスにおける手続的権利保障である自然的正義(natural justice)についての法諺として「正義はなされるだけでなくなされたように

見えなければならない」というものがある。このような自然的正義の精神は、単に偏見のない判断が行われるだけでなく、その人物を道徳的に自律した存在として扱うべく実際に参加させ、判断の理由をその人に示して、その人の視点から「正義がなされたように見える」必要があることを示している⁽⁷⁶⁾。手続が、事実上閉ざされていないか、不公正なものではないか、タイムリーに提供されるかが問題とされ、その人が被る事実上の負担が考慮される。前提として観念される特定の実体的権利の侵害の有無とは関係なく、事実上の負担をも（貧しくて事実上裁判を事後的に起こして救済を求めるのは不可能であるなどの事情）考慮されるので、手続的権利保障は事案の具体性・文脈性を法的な議論に導入できる可能性がある。

2 手続的権利保障と金銭的ハードルの取り扱い

手続的権利保障は、実体的な権利や政府給付への資格を有していなくても、それが撤回される際には適正な手続に沿って行われ、事前の聴聞が求められるという形で間接的に給付の保障を提供する。

また、本稿の「中絶の権利」の金銭的ハードル除去への関心は、単に中絶に公金を支出し中絶を現実的な選択肢にするべきであるからだけではなく、幅広い生殖に関わる事柄に行政が関わる国家の中でどう個人の自律を確保するかというより一般的な現代国家に対する問題意識にも支えられている。アメリカにおける手続的デュープロセス論に影響を与えた Charles Reich の新しい財産権論は、国家が福祉の給付 / 不給付を通じて各人の自律を侵害することに問題意識を感じ、政府給付を「新しい財産権」と見なして保護を与えることで、新たな公私区分を引き直して現代国家において各人の自律を確保することを目指した⁽⁷⁷⁾。手続的権利保障は、このような政府給付が人々の生活を支えているという重要性を承認して、恣意的な給付 / 不給付により人々の自律が害されるのを防ぐための法理として機能しうる。政府給付の保護の論理としての手続的権利保障の問題意識は、現代の生殖の様々な側面で国家と関わることによる自律の掘り崩しを懸念する本稿の問題意識と重なり合う

ので、手続的権利保障に着目したい。

3 手続的権利保障と平等

手続的権利保障には実体的権利を保護するのに役立つという手段的な価値とは別に、共同体の尊厳あるメンバーとして各人を扱うという意味で平等を促進するといった独自の価値がある⁽⁷⁸⁾。適正な手続の下で扱われることは、自律した存在として平等に扱われることである。手続 (process) の適正さ (due) という考え方そのものが、倫理的側面を含んでおり、すでに言及した公正な外観の維持だけでなく、衡平ないし平等の保護、人格の尊厳などと結びついている⁽⁷⁹⁾。つまり、手続的権利保障はその独自の価値として、平等とのつながりも含んでおり、中絶問題における性差別の側面も考慮できる。

これら三つの理由に加えて、日本では手続的権利保障への注目がほとんどなされてこなかったことも、手続的権利保障に着目したい理由の一つである。これまで手続的権利保障への注目がなされて来なかったのは「憲法条文として憲法31条にこだわるあまり、日本国憲法が全体として様々な政府の手続にどのように手続的デュー・プロセスを保障しているのかに関して、統合的な理論を提示しえなかった⁽⁸⁰⁾」からだと言われている。また、手続的権利保障に独自の価値があることも十分に日本では意識されておらず、自己決定に関しては、実体的な権利論を発展させることに議論は集中してきた。憲法13条論としての「手続的デュープロセスの権利」はこれまでも提示されていたにもかかわらず、自己決定権⁽⁸¹⁾ほどの注目を集めておらず、中絶もリプロダクションに関わる自己決定権として論じられてきた。行政が様々な役割を果たしている現代においてこそ手続的権利保障の重要性は受け止められるべきであり、それは自己決定権の保障のためにも実体的な権利の議論と合わせて進められるべきと考えているので、手続的権利保障の観点から「中絶の権利」について論じたい。

第二節 フェミニストの議論と手続的権利保障

手続的権利保障の観点から「中絶の権利」を論じる理由として、ここではさらにフェミニストの議論と接続しうる点を挙げたい。ここまでの議論の中で、手続的権利保障について具体性・文脈考慮可能性及び平等との結びつきを評価しているが、なぜ評価できるのかをフェミニズム理論の中で説明することで、なぜ手続的権利保障がフェミニストの議論と接続しうるのかを示す。

1 フェミニストにとっての「胎児」「自己」

そもそも「女性と胎児」を別々の存在として対立的にみなすことの何が問題なのか。生物の教科書で習うような人体発生の理解をもとにすれば、中絶は潜在的生命の破壊であるとみなすことに違和感はなく、身体という自然についての客観的／中立的な理解であるかのように思われる。しかし、これまでの歴史の中で「身体」やその「自然」さは、性差別を正当化してきた。現在では、性に基づくステレオタイプであると考えられている性別役割分業は、かつては女性の身体的特性に基づく「自然」な宿命であった。身体についての意味づけは歴史の中で行われており、人間の身体や性は自明で普遍的なものではなく、「個々の時代における社会的、文化的、政治的な権力関係のありようを映し出す鏡である⁽⁸²⁾」。このようなフェミニズム理論が明らかにしてきた身体や自然への疑義を受け止めるのならば、自然で客観的なものとして考えられてきた中絶は女性と胎児の対立であるという前提も、問い直されて然るべきである。

こうした視角を踏まえつつ、中絶の文脈に照らしてより詳しく検討するならば、「胎児」の存在が問題になるだろう。「胎児」について、法律学では「自己」なのか「他者」なのかが問われてきた。第二章の先行研究の箇所でも触れたように、中絶についての法的な議論は、自己決定権の内在的制約として胎児を位置づけ、その存在如何によっては「殺人の権利」は観念できないという形で、中絶について論じてきた。しかし、中絶における「女性の自己決定権」を、「胎児の生命権」との関わりにおいて真正面から論争をした井上達夫と加藤秀一の論争について振り返る中で、江原由美子は『自己』

であれば『他者』ではなく、『他者』であれば『自己』ではないという二分法は、いったい誰の枠組みなのか⁽⁸³⁾と問うている。つまり、自己でなければ他者であるという前提そのものが、ジェンダー間の権力関係の中で生成されたものであると批判的に捉えられる。女性と胎児を別々の二者であるとして構成することそのものの正当性を問わなければならないにもかかわらず、「自己」決定権と言うことで、自他つまり妊娠している人と胎児の区別を所与の前提としてしまう。

もっとも、医学や科学の発展により人体発生のメカニズムが把握されたことや超音波検査などで妊娠のかなり早い段階から胎児を把握できるようになったことで、現代社会では法律学にとどまらず胎児は「他者」として認識されている。技術による胎児の可視化は、胎児の社会的・文化的意味付けを変化させてきた。塚原久美の研究にまとめられているように、「胎児の可視化は女性の不可視化を伴い、女性を単なる〈胎児の容器〉に貶める胎児中心主義をもたら⁽⁸⁴⁾」している。また、可視化された胎児のイメージは、プロライフ派の運動戦略の中で効果的に用いられ、客観的な事実であると同時に無垢な被害者として構成されていった⁽⁸⁵⁾。このようにプロライフ派に用いられがちな胎児イメージについて、フェミニストたちは『『妊娠』や〈胎児〉の歴史的構築を明らかにすることで、〈胎児〉は常に具体的な社会的、文化的、関係論的な文脈の中に存在しているのだと⁽⁸⁶⁾」主張してきた。フェミニストの視点からすれば、胎児についてはこうした「胎児の可視化/人間化」の歴史的経緯を踏まえて、胎児の他者性を所与のものとするのではなく、歴史的社会的な存在としての胎児を批判的に検討する視角から中絶へと接近する態度が求められる。

こうした理由から、フェミニストたちは、別々の対立する利益を持った存在として女性と胎児を扱うことを、客観的な事実であるよりもむしろ、男性中心的な医療やプロライフ派の見方であると批判している。この批判は、既存の用語法の中立性を揺るがすものであるから、法的議論においても無視す

ることとはできない。

2 フェミニストにとっての「中絶の権利」と「平等」

「中絶の権利」を自己決定権に根拠づける際の限界として、平等とのつながりが薄い点を指摘した。そもそもなぜ平等とのつながりの中で、「中絶の権利」を論じる必要があるのだろうか。

これに回答するには、フェミニストが中絶規制をいかなるものと捉えているかを知る必要がある。Rosalind Pechesky は、フェミニストのリプロダクティブ・フリーダムを支える考え方は二つあると述べる。一つは、身体の自己決定の一般的原理の拡張である。もう一つは、「女性の置かれている地位と、そうした地位が生み出すニーズに基づく『歴史的・道徳的な主張』⁽⁸⁷⁾」である。これまでの歴史の中で、妊娠する身体を持つことは、「肉体に強く拘束される者たちを『自由意志』の備わっていない二級市民と扱うことを正当化してきた⁽⁸⁸⁾」。このことは、妊娠する人たちを政治的空間から追放してきたという広い意味でも当てはまる上に、中絶の文脈に限っても、中絶規制は妊娠する人を一人前の人間として扱わないことを意味した。Christine Overall は、胎児の権利に基づいて文化が中絶へのアクセスを制限するとき、「妊娠している女性は他の市民の集団が要求されないような、自律と身体の統合性への制限を受け入れ、彼女たちの独立を犠牲にしなければならないということになる⁽⁸⁹⁾」と述べている。女性たちが自分の身体をコントロールすることを求める「中絶の権利」の主張は、こうした歴史的な性別役割分業やステレオタイプ、妊娠に基づく政治的／経済的／社会的空間からの疎外、二級市民扱いへの抗議である。

このことは国家による差別是正のための積極的な施策の必要性を示す。フェミニスト法律家の Rachael Pine と Sylvia Law は、フェミニストのリプロダクティブ・フリーダムの要素として、①女性が決定権を持つこと、②生殖についての判断に関して国家が中立であること、そして最後にして最も重大な構成要素として③生殖に関する選択の自由を積極的に支持し高める社会

的文脈(積極的な生殖の自由の原理)を挙げている。⁽⁹⁰⁾ 中絶規制を平等の観点から捉えるからこそ、歴史的に周縁化されてきた女性の地位の改善のための「中絶の権利」の実質的な保障はフェミニストにとって欠くことのできない要素になる。

「中絶の権利」の主張を歴史的な差別への抗議と捉えるならば、「中絶の権利」と平等のつながりは意識されなければならず、その必然的な帰結として「中絶の権利」は国家の不干渉だけでなく、より実質的な権利保障をも含むべきものとして観念される。このことは単なる運動論として片づけられるべきではなく、平等を重要な価値として認める憲法学の議論においても、意識されなければならない。

3 手続的権利保障とフェミニストの中絶への視座

第二節で手続的権利保障について、妊娠にともなう具体性・文脈性を考慮できること、平等との結びつきがあることを論じてきた。フェミニストの批判は法学そのものに対する批判という側面も有するのですべてをそのまま取り入れることはできないが、手続的権利保障のこうした特徴は、法的な議論とフェミニストの議論を佳境するものとなりうると考える。したがって、本研究ではフェミニズム論の問題意識からしても手続的権利保障という観点から、「中絶の権利」を論じたい。

第三節 カナダを比較法の対象とする選択肢

これまで中絶の法的議論においては、日本ではアメリカやドイツなどが参照されてきた。しかしながら、後述するようにカナダは独特の手続的論理で墮胎罪を違憲とし、現在も中絶の刑法的規制のない珍しい国でありながら、着目されてこなかった。本節では、「中絶の権利」論の新構成として手続的アプローチを提案するにあたって、比較法研究の対象としてカナダを選択すべき理由を述べる。カナダ憲法を分析対象として選択する理由としては、カナダにおいて実際に手続的論理によって墮胎罪が違憲とされた法理論的な理

由と、その選択が意識的であるという二つの理由が挙げられる。

1 手続的に墮胎罪を違憲としたカナダ

まず、実際にカナダでは墮胎罪を違憲とするのに手続的アプローチが採用されていることが理由として挙げられる。詳細は本稿では論じることができないが、カナダは1988年の R v. Morgentaler (Morgentaler 判決)⁽⁹²⁾において刑法墮胎罪を違憲とした。Dickson 首席裁判官と Beetz 裁判官の意見は、自己決定権ではなく、墮胎罪の免責規定である刑法251条4項が、不必要なルールを課すことで遅れを生じさせ、事実上中絶アクセスを不可能にしている制定法上の手続の不正さを問題とした。当該手続に内在的な不必要な遅れが、中絶手術の身体的・精神的リスクを増大させる点でカナダ憲章7条身体の安全性を侵害し、かかる侵害は基本的正義の原則の手続的側面に違反するので、違憲であると判示した。カナダは刑法の定めた諸手続による「遅れ」を論点とし、基本的正義の原則という手続的側面を問題とする条文を根拠として憲法上の手続的保障に反するという論理で墮胎罪を違憲としたという点で、実体的な憲法上の「中絶の権利」を論じたアメリカとも、胚の保護を論じたドイツとも異なるアプローチを採っており、興味深い。にもかかわらず、中絶の文脈でカナダは注目されて来なかった。Morgentaler 判決もカナダ憲章7条解釈についての論文で引用されることはあっても、中絶の議論の中で言及されることはなかった。⁽⁹³⁾

これまで注目されて来なかった理由としては、おそらく日本の文脈では手続的権利保障の重要性が十分に受け止められてこなかったことが指摘できるだろう。また、中絶の議論といえば「女性対胎児」の構図で受け止められることが多く、この構図を引き受ければ、女性が中絶する権利の構成に関心があればアメリカ、胎児の利益に関心があればドイツというように、同じ土俵の上で異なる結論に至った国それぞれの議論に研究者が関心を持つのは当然のことのように思われる。カナダの手続的な論理は、「中絶の権利」の存在も明言せず、胎児の権利も直接に論じずに、刑法墮胎罪を違憲にしたのであ

って、ある意味で曖昧な判決を参考にしようということもなかったのではないかと推察する。

このようにカナダにおける中絶への手続的なアプローチは注目されて来なかったが、手続的権利保障はすでに述べたようにこれまでの実体的権利論にはない特徴を持ち、国家からの不干渉にとどまらない中絶規制を憲法的統制に服せしめる。また、本稿は「女性対胎児」という中絶の見方を固定化することを男性中心的な見方であると批判的に考えるので、手続的権利保障が女性と胎児の利益対立の比較衡量を論点とするのではなく、法制度に内在する「遅れ」という不公正さを論点とすることで、「女性対胎児」枠組みから逸脱するものであると考えられる。

2 手続的権利保障の意識的選択

また、こうした手続的権利保障の選択が偶然によって発生したわけではない点を指摘できる。カナダは、隣国アメリカの実体的デュープロセス論および中絶をめぐる混乱を十分に知っていた。Morgentaler 判決において墮胎罪を違憲とする根拠となったカナダ憲章7条が「基本的正義の原則 (principles of fundamental justice)」という語を採用したのは、「デュープロセス (due process)」の語を採用することでアメリカの実体的デュープロセス論をめぐる混乱がカナダに流入することを避けようとしたためである⁽⁹⁴⁾。カナダ最高裁は、Roe 判決によって生じた混乱を十分に学んだうえで、意識的に Morgentaler 判決を下したのである。つまり、Morgentaler 判決は偶発的に手続的であったのではなく、隣国を意識した意図的な判断であったと考えられる。そして現在も、カナダはアメリカの動きを注視しながら、中絶に関する議論を進めていること⁽⁹⁵⁾に変わりはない。「中絶の権利」への手続的アプローチは、アメリカの Roe 判決をモデルとした「私事」として中絶を捉える議論への批判でもあるので、手続的アプローチの研究を進めるにあたって、アメリカ「ではない」道を探ってきたカナダを検討対象とすることは適切である。

なお、カナダでは1988年の Morgentaler 判決以来、州による温度差はあるものの、少しずつ「中絶の権利」を、アクセス保障を含めて充実させてきた。1988年の Morgentaler 判決で墮胎罪が違憲とされて以降、カナダには中絶を刑罰的に規制していない。社会保障については、1988年以降少しずつ、健康保険の対象とする州が増えていき、2022年5月現在ではニューブランズウィック州の私立クリニックを除いたすべての州で外科的中絶は健康保険の適用対象であり、内科的中絶はすべての州で保険適用である。Morgentaler 判決以降、「中絶の権利」の内実が徐々に充実していったものと考えられ、この点も Roe 判決以降、徐々にその内実が骨抜きにされていったアメリカとは対照的であり、「中絶の権利」論の発展のためにカナダに着目することは意味がある。

3 今後の検討課題

カナダの Morgentaler 判決をモデルにしつつ、「中絶の権利」への手続的アプローチを発展させることが今後の検討課題である。Morgentaler 判決をモデルとして手続的アプローチを発展させるにあたっては、Morgentaler 判決の詳細な分析が必要となる。具体的・文脈的な困難を考慮しうるか、金銭的ハードルを除去しうるか、平等の観点を含むかという本稿で展開した問題意識に照らして、判例を分析する作業を行う。また、カナダにおいて現在までどのように判例が展開し、「中絶の権利」保障が充実しているように思われるカナダにおいて判決がどのような影響力を持ったのかを検討することで、より一層、手続的アプローチの中身が明らかになるように思われる。

第四章 結 び

刑法墮胎罪がありつつも、母体保護法により中絶が「事実上自由」にできるという認識のもとで、日本において憲法上の「中絶の権利」論は必ずしも十分に展開されてこなかった。しかし、日本の中絶は、高額な自己負担が必要なことなどから、貧困や未成年といった脆弱な立場にある妊娠した人にと

っては、「事実上自由」とはいいがたい状況にある。また、少子化対策政策として「産む」選択肢に様々な給付がなされている現在、改めて「産まない」権利である「中絶の権利」を憲法上に位置付け、両選択肢間の不均衡を問う視点が求められる。現代的な中絶をめぐる状況への問題意識からは、妊娠によって生じる具体的・文脈的な困難、特に金銭的ハードルを除去しうる権利論が望ましく、そうした議論には「産む/産まない」間の不均衡を問う平等の観点が必要である。

こうした観点から、自己決定権、「関係性の権利」説、平等に基礎づける「中絶の権利」論というそれぞれの先行研究を分析した。しかし、どの権利論も十分に本稿の問題意識に応答するものではなく、妊娠によって生じる具体的・文脈的な困難の考慮が、従来の研究では難しいことがわかった。

そこで本稿では、新たな「中絶の権利」の権利構成として手続的アプローチを提案した。手続的アプローチにおいては、制度の公正さが妊娠している人の具体的な状況から判断されるのであって、胎児そのものが争点とならない上に、具体的・文脈的な事情を法的議論の俎上に載せうる。実体的権利を前提としなくとも事前の手続や、他の給付との分配の平等を問題化する形で、給付を保障し、金銭的ハードルを除去/軽減しうる可能性がある。また、手続的権利保障の独自の価値には、平等が含まれており、平等の議論と接続しながら「中絶の権利」論を進めることができる。こうした手続的アプローチの特徴は、フェミニズム的な問題意識に照らしても意義がある。

これまでの日本の「中絶の権利」研究においてあまり注目されてこなかったが、カナダは実際に、墮胎罪を違憲にするにあたって意識的に手続的アプローチを採用している。カナダをモデルにしつつ手続的アプローチを発展させていくことは、日本の現代的課題に照らして、またフェミニズム的な問題意識からしても、有効な選択肢である。もっとも、手続的アプローチにも困難が予測されることは承知している。特に金銭的ハードルの除去に関しては、既に給付されているものの引き下げという論理を取らない場合、先行研

究の権利構成同様に困難があるだろう。実体的な権利との関係についても、本稿では明らかにできなかった。しかし、手続的アプローチにはこれまで注目されにくかった具体的・文脈的な困難を法的議論の俎上に載せるという意義がある。これまでの議論では中絶は是か非かといった議論へと流れ込みやすかったところ、手続的アプローチは具体的な困難を権利侵害として構成しフォーカスする。こうした意義があるため、今後は、より詳細なカナダ憲法における中絶の議論の研究を通じて「中絶の権利」への手続的アプローチを発展させることが課題である。

- (1) 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) 159頁。
- (2) 当時の女性たちの主張については、溝口 明代他編『資料ウーマン・リプ史Ⅱ』(松香堂書店、1995) 61, 107, 142頁、上野千鶴子「日本のリブ—その思想と背景」井上輝子他編『日本のフェミニズム①リブとフェミニズム』(岩波書店、1994) 21～22頁、参照。
- (3) 竹中勲「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」佐藤幸治ほか編『人権の現代的諸相』(有斐閣、1990年) 27頁。
- (4) 建石真公子「女性の『人格の尊重』と中絶の権利」杉浦ミドリ・建石真公子ほか編『身体・性・生—個人の尊重とジェンダー』(尚学社、2012) 81頁。
- (5) 墮胎罪の違法性阻却事由は、母体保護法14条に限定されず、「人工妊娠中絶」の定義に当てはまらないが「墮胎」に当てはまるものについて、緊急避難や社会経済的倫理的要素を考慮して違法性が阻却されることがある。澤登俊雄・平野泰樹『基本法コンメンタール刑法』278頁〔阿部純二編〕(日本評論社、第3版、2007)。母体保護法上の「人工妊娠中絶」の定義は、胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出すること(2条)である。本稿において「中絶」とは、自然の分娩期以前に妊娠を人工的に中断すること一般を呼んでいる。
- (6) 平成8年9月25日厚生省事務次官通知「母体保護法の施行について」(厚生省発児第122号)によれば、母体保護法14条1項2号と刑法上の強制性交等罪の構成要件はほぼその範囲を同じくしている。2020年10月20日に平成8年厚生事務次官通知

「母体保護法の施行について」が一部改訂され、改正前は暴行脅迫の認定は「相当厳格に行う必要があり、いやしくも和姦によって妊娠した者が、この規定に便乗して人工妊娠中絶を行うことがないよう十分指導されたい」としていたが、改正後は「本号に該当しない者が安易に妊娠中絶を行うことがないよう留意されたい」とされた。性犯罪の成立要件が厳しすぎるという批判もある中で、厳格な解釈が医師に求められている。そもそも性交に同意することと妊娠に性交の段階で同意することは別のことであるが、その点はまったく意識されていない。

- (7) 平成8年9月25日厚生省事務次官通知「母体保護法の施行について」(厚生省発児第122号)。
- (8) 例外として母体保護法14条2項に「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ったときには本人の同意だけで足りる」と定められている。
- (9) 2020年8月25日に日本医師会は母体保護法14条2項の性犯罪にあった場合の中絶について「加害者の同意を求める趣旨ではないと解してよいか」と厚労省に照会し、加害者の同意を求める旨ではないと回答を得た。(令和2年8月24日厚生労働省子ども家庭局母子保健課長あて公益社団法人日本医師会常任理事通知「母体保護法に係る疑義について(照会)」令和2年8月28日公益社団法人日本医師会母子保健担当理事あて厚生労働省子ども家庭局母子保健課長通知「母体保護法に係る疑義について(回答)」) また、2021年3月にはDVなどで婚姻関係が実質上破綻している場合は、配偶者の同意を不要とする旨の回答が、日本医師会の照会に対して厚生労働省からなされた。(令和3年3月4日厚生労働省子ども家庭局母子保健課長あて公益社団法人日本医師会常任理事通知「母体保護法に係る疑義について(照会)」令和3年3月10日「公益社団法人日本医師会母子保健担当理事あて厚生労働省子ども家庭局母子保健課長通知「母体保護法に係る疑義について(回答)」) これにより現在は解釈が明確化されている。

暴力の有無にかかわらず、未婚の場合についても、日本産婦人科医会の石渡勇会長はNHKの取材に対して、事実婚をのぞいては相手の同意は必要ないことを医師たちに周知してゆく、と答えている。ただし、同じNHKの記事の中で、NHKが医療情報サイトと共同で行い、人工妊娠中絶を行っている医療機関に勤務経験がある産婦人科の医師274人から回答を得たアンケートによれば、結婚していない人が中絶をする場合、33%の医師が「どのような場合でも相手の同意を求める」と回答した。さらに62%の医師が「状況により同意を求めないこともある」と回答してい

る。このように法解釈は明確であっても、現場レベルで相手の同意を求める状況は続いているようである。

NHK「人工妊娠中絶 “不要な同意求めない” 周知へ 日本産婦人科医会」2022年8月18日 <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220818/k10013778041000.html> (最終閲覧2022年9月6日)

- (10) アメリカにおける訴訟の例として、Planned Parenthood of Missouri v. Danforth, 428 U.S.52 (1976). Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979). City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983). Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990). Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). など。
- (11) 平成2年3月20日厚生省保健医療局精神保健課長通知「優生保護法により人工妊娠中絶を実施する時期の基準の変更について」（健医精発第一二号）。1989年末の公衆衛生審議会優生保護部会において、満24週未満から満22週未満への短縮が、約3時間の審議で決まった。岩本美沙子「日本における政治とリプロダクティブ・ライツ」アジア女性研究16号27頁（2007）。
- (12) 小竹聡「妊娠中絶・母体保護」浅倉むつ子・角田由紀子『比較判例ジェンダー法』（不磨書房、2007）240頁。
- (13) 本稿では、「女性」や「妊婦」ではなく原則として「妊娠した／している人」の語を用いる。「女／女性」は、引用および歴史に関する記述、その他これまでの議論の積み重ねの中で「女性」を用いるのが便宜上適当であると思われる場合に用いる。なぜならば、トランスジェンダー／トランスジェンダー男性／その他の性の在り方の人々の妊娠経験を踏まえれば、常に「女性」は過小包摂であると同時に過大包摂であるからである。Loretta J. Ross & Rickie Solinger, *Reproductive Justice: An Introduction*, University of California Press, 6-8 (2017).
- (14) 自己決定は、周囲の人間や医師との関わりの中でなされるべきではないという意味ではなく、意思が決まっている場合ですらそれを貫徹できないように作用する制度設計になっていることが問題である。人と相談しながら決定するという点について、日本の母子保健支援制度においては、「産む」方向での相談機関は存在するが「産む／産まない」を総合的に相談できる制度は「母子」保健の枠組みから外れてしまいほとんど公的に存在しないことも別の問題として存在する。丸本百合子・山本勝美『産む／産まないを悩むとき』（岩波ブックレット、1995）25頁。小椋宗一郎『生命をめぐる葛藤』（生活書院、2020年）80頁。

- (15) Safe Abortion Japan「費用とサポート」参照。 <https://safeabortion.jp/price-support/#price02> 最終閲覧2022年5月5日。
- (16) 出産育児一時金は政令で定める金額と産科医療補償制度の保険金引き上げ分の加算の合計金額から成る。中絶は妊娠22週未満の出産にあたるので制度対象分娩でないから加算分1万6千円が加算されず、40万4千円が総額となる。健康保険法施行令36条で健康保険法101条の政令で定める金額を40万4千円とすると定めている。
- (17) 統計的な数字に関しては、令和元年度衛生行政報告例を参照した。e-Stat、令和2年度衛生行政報告例、第9章母体保護4 <https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00450027&tstat=000001031469&cycle=8&tclass1=000001161547&tclass2=000001161548&tclass3=000001161551&tclass4val=0> 最終閲覧2022年5月5日。
- (18) 平成8年9月25日厚生省事務次官通知「母体保護法の施行について」(厚生省発児第122号)。
- (19) World Health Organization, Department of Reproductive Health and Research, Safe abortion: technical and policy guidance for health systems second edition, 3 (2012). World Health Organization, Department of Reproductive Health and Research, Abortion Care Guideline, xxix (2022).
- (20) NHK 『『経口中絶薬』の使用 承認申請 国内初 手術伴わない選択肢』2021年12月22日
<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20211222/k10013398921000.html> (最終閲覧2022年5月5日)。国会答弁によれば、薬による中絶の場合でも、母体保護法の枠組みで行われる中絶であることから配偶者の同意が必要であるとされている。第208回国会参議院厚生労働委員会 第14号 令和4年5月17日。中絶薬の認可により中絶方法の選択肢が広がることは評価できるが、墮胎罪と母体保護法による規制体制が抜本的に改められなければ依然として中絶を得るためのハードルは残る。
- (21) 塚原久美『中絶技術とリプロダクティブ・ライツフェミニスト倫理の視点から』(勁草書房、2014) 89~97頁。
- (22) *Supra* note 19, Safe Abortion at 4. *Supra* note 19, Abortion Care Guideline, xxix.
- (23) 令和3年7月2日「人工妊娠中絶手術等の安全等について(依頼)」子母発 0702 第1号。
- (24) 2022年5月の国会答弁によれば、薬価は未定であり、高価になる可能性もあ

- る。第208回国会 参議院 厚生労働委員会 第14号 令和4年5月17日。
- (25) Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977).
- (26) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (27) 「政府言論」に関する憲法学的考察から懸念を表明するものとして、巻美矢紀「自己決定権の論点—アメリカにおける議論を手掛かりとして」レファレンス664号 103頁 (2006)。
- (28) NHK「不妊治療 保険適用は“開始時女性は43歳未満”」2021年12月15日
<https://www.nhk.or.jp/politics/articles/statement/74027.html> (最終閲覧 2022年5月5日)
- (29) 西山千恵子「高校保健・副教材事件とは何か」西山千恵子・柘植あづみ『文科省 / 高校『妊活』教材の嘘』(論創社、2017) 2頁。
- (30) 齊藤正美「広がる官製婚活—女性の自己決定権の危機」女たちの21世紀 No.93 (2018) 18頁。
- (31) 外国人技能実習生を妊娠したら帰国させると脅す事例や、死産を死体遺棄罪として起訴する事例など、「女性」であること以上に「外国人」であることが決定的に弱い立場に追い込むこともあると考えられる。
- (32) 樋口陽一『憲法〔第四版〕』(勁草書房、2021) 297頁、長谷部恭男『憲法〔第七版〕』(新世社、2018) 149頁、など。
- (33) 芦部信喜『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2019) 128頁。
- (34) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書店、1995) 460頁、戸波江二『憲法』(ぎょうせい、1994) 186頁。
- (35) 小竹・前掲注 (12) 240頁。
- (36) 辻村みよ子『ジェンダーと人権—歴史と理論から学ぶ〔改訂版〕』(日本評論社、2008年) 260頁。
- (37) アメリカ判例の分析を通じて中絶問題とは究極のところ、女性の自己決定権と胎児の生命の権利の価値の対立であると指摘するものとして、小林節「アメリカにおける人工妊娠中絶権判例の新展開」法学政治学論究 3号16頁 (1989)、萩原滋「墮胎規制に関する米国連邦最高裁の新たな基準について」愛知大学法学部法経論集 135号67頁 (1994) など。
- (38) 小竹・前掲注 (12) 240頁。
- (39) なお、胎児の「生命に対する権利」についての議論としては小竹聡「人工妊娠中絶と胎児の『生命に対する権利』(1)(2・完)」愛知教育大学社会科学論集39

号103頁、40・41合併号131頁(2001、2003)を参照。

- (40) 辻村・前掲注(36)260頁。
- (41) 権利主体性肯定説として、戸波・前掲注(34)150頁など。また権利性を肯定するか否かの議論よりも柔軟な議論が可能であるとして、客観的利益説(嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討—統合的生命権に向けて—」法学新報108巻3号54頁(2001)。中山茂樹「胎児は憲法上の権利を持つのか」法の理論十九、42頁(1998)がある。妊娠中のいかなる期間も権利主体性を否定するものとしては、玉國文敏「生命科学・生殖技術の進歩と新しい人権」ジュリスト1016号、26頁(1993)。
- (42) 権利主体性を肯定した瞬間から中絶を禁止するとは限らない。絶対的禁止説(法性裕正「生命倫理と法の役割」平野武『生命をめぐる法、倫理、政策』(晃洋書房、1998)64頁)、法的空白説(上田健二「比較法的視点から見た我が国妊娠中絶法の問題点と将来的課題」森下忠・香川達夫・斎藤誠二編『日本刑事法の理論と展望—佐藤司先生古希祝賀』(信山社、2002)688頁)、道徳的葛藤説(井上達夫「胎児・女性・リベラリズム—生命倫理の基礎再考」江原由美子編『生殖技術とジェンダー』(勁草書房、1996)83頁)など妥協の方法をめぐり対立がある。
- (43) 適応規制は中絶の理由ごとに許可するモデル、期間規制は一定期間の中絶を理由に関わらず認める規制のモデルである。
- (44) ドイツの判例については、上田健二・浅田和茂(訳・要約)「ドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決の概要」同志社法学246号472頁(1996)。妊娠葛藤相談の制度については、小椋・前掲注(14)34頁。ドイツの他に、オランダも妊娠相談と待機時間の要件を置いており、日本語で紹介されている文献としては、ペーター・タック『オランダ医事刑法の展開—安楽死・妊娠中絶・臓器移植』甲斐克則監訳(慶応義塾大学出版会、2009)92~102頁がある。
- (45) 駒村圭吾『生命・人間・倫理』の憲法論(一)—『中絶の自由』『延命治療拒否権』が提起した倫理的問題に関する憲法学的考察—白鷗法学創刊号172頁(1994)。生命倫理学における議論については、江口聡編・監訳『妊娠中絶の生命倫理：哲学者たちは何を議論したか』John T. Norman Jr. ほか著(勁草書房、2011)参照。
- (46) 芦部・前掲注(33)128頁。
- (47) 辻村・前掲注(36)260頁。
- (48) 小泉良幸「憲法13条論の現在」憲法研究4号39頁(2019)。
- (49) Maher v. Roe, 432 U.S. 464, 97 S. Ct. 2376 (1977)。日本語で、アメリカにおける中絶への給付を論じたものとして、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法

- 学18号101頁（2000）、中林暁生「違憲な条件の法理—現代国家における人権論の一断面」法学65巻1号49頁（2001）など。
- (50) 上田健二「比較法的視点から見た我が国妊娠中絶法の問題点と将来的課題」森下忠・香川達夫・斎藤誠二編『日本刑事法の理論と展望—佐藤司先生古希祝賀』（信山社，2002）697頁。
- (51) 石井美智子「墮胎問題の家族法的分析（二）—家族形成権の概念を基礎として—」社会科学研究36巻5号71頁（1985）。
- (52) 松尾（＝伊佐）智子「妊娠中絶における女性と胎児（序論）—権利衝突という視点を超えて—」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝笹倉秀夫編『法の理論 21』（成文堂，2001）168頁、辰井聡子「生命倫理と墮胎罪・母体保護法の問題点—人工妊娠中絶をめぐる—」現代刑事法四二巻十号42～43頁（2002）など。
- (53) キャロル・ギリガン著（生田久美子＝並木美智子共訳、岩男寿美子監訳）『もうひとつの声—男女の道德観のちがいとアイデンティティ』（川島書店，1986）参照。ケアの倫理は、自律・公正・正義といった「正義の倫理」に対して、思いやり・責任・相互依存といった価値を重視する倫理観のこと。
- (54) 高井裕之「関係性志向の権利論・序説（三・完）」民商法雑誌99巻5号650頁（1989）。
- (55) 玉國・前掲注（41）26頁。
- (56) 森脇健介「いわゆる『中絶の権利』に関する一考察—〈女性の自己決定権〉対「胎児の生命権」枠組みの転換のために—」早稲田法学会誌第55巻353頁（2005）。
- (57) 小林直三『中絶権の憲法哲学的研究—アメリカ憲法判例を踏まえて』（法律文化社，2013）184頁。
- (58) 小林・前掲注（57）114頁。
- (59) 小林・前掲注（57）184頁。
- (60) 玉國・前掲注（41）26頁。
- (61) 森脇・前掲注（56）353頁。小林・前掲注（57）165～169頁。
- (62) 良心の自由説を直接に引用するものではないが、胎児が自己なのか他者なのかの線引きはまず女性自身の手によだねられなければならないとする見解として、中山茂樹「妊娠中絶の権利は『自己決定権』か—公私区分の一断面」大石眞・土井真一・毛利徹編『各国憲法の差異と接点：初宿正典先生還暦記念論文集』511頁（成文堂，2010）。
- (63) 妊娠する人が抱く感覚は時代によって大きく異なるものである。また、「中絶の

権利」の正当化に思いやりや責任を持ち出すことは、特定の「母性」を見せる人へののみ中絶を許容する議論になりかねない。

- (64) 森脇・前掲注(56) 356頁。
- (65) 秋葉悦子「女性の自己決定権と胎児の生命権は対立するか？」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝笹倉秀夫編『法の理論19』(成文堂、2000) 184頁。
- (66) 松井茂記「自己決定権について(二・完)」阪大法学45巻780頁(1995)。
- (67) アメリカでの平等に関する議論を根拠として中絶にアプローチすることを提案する日本語文献としては、高井裕之「関係性志向の権利論・序説(二)」民商法雑誌99巻4号466-481頁(1989)、浜野研三「中絶裁判と法的思考—実体的価値と法的思考—」山下正男編『法的思考の研究』(京都大学人文科学研究所、1993) 220頁。アメリカにおいて判例の展開の中で平等に着目する議論が登場したことに言及する日本語文献として、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2巻2号49頁(1997)。アメリカの議論の代表的なものとしては、本文で紹介するものの他に、Kenneth L. Karst, *The Supreme Court, 1976 Term-Foreward: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment* 91 HARV. L. REV. 1, 53-59 (1977), Kenneth L. Karst, *Woman's Constitution*, 1984 DUKE L.J. 447, 465 (1984), Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 375 (1985), Jack M. Balkin, *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*, New York University Press (2005), David H. Gans, *The Unitary Fourteenth Amendment*, 56 EMORY L.J. 907 (2007), Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, *Equality Arguments for Abortion Rights*, 60 UCLA Law Review Discourse 160-170 (2013) が挙げられる。
- (68) Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, 92 COLUM. L. REV. 35 (1992)。
- (69) この意味で、アメリカにおける「中絶の権利」への平等アプローチは既存の平等保護条項に関する法理をそのまま中絶に適用するというよりもむしろ、平等法理の発展を見据えて論じられている。See. David A. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, 56 U. CHI. L. REV. 993 (1989). Catharine A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality under Law*, 100 YALE L.J. 1286 (1991)。
- (70) Sylvia A. Law, *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 U. PA. L. REV. 1014 (1984)。

- (71) *See. Supra* note 67, Siegel, at 264.
- (72) 中絶についての政治的な対立の両陣営の名称をめぐるには争いがある。*See. Sylvia A. Law, Abortion Compromise – Inevitable and Impossible, 1992 U. ILL. L. REV. 933 (1992)*. 本稿では、最も知名度が高い呼び方であるという点を考慮して、女性が妊娠を終了するか否かを決定する権利を持つとする立場を「プロチョイス（選択支持派）」と呼び、胎児の生命を尊重すべきであるから中絶に反対する立場を「プロライフ（生命尊重派）」と呼ぶ。
- (73) *Supra. note 68, at 32.*
- (74) 同様の指摘として、*Supra note 69, Strauss, at 991*. 生物学的差異を正当化根拠とした母性の押し付けが中絶規制法の問題であると考え、平等アプローチを提案する Reva Siegel は、生理学的なパラダイムによって中絶規制法を分析すると審理は妊娠週数の問題に集中するが、社会的なフレームワークで分析すると女性の役割に関する価値判断の問題になると述べている。これは、平等アプローチが女性への性役割の押し付けを問題化することを通じて、問題の焦点が胎児の発達をめぐる生物学的問題ではなくなることを的確に指摘している。Reva Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, 44 *Stan. L. REV.* 261 (1992).
- (75) Anita L. Allen, *Proposed Equal Protection Fix for Abortion Law: Reflections on Citizenship, Gender, and the Constitution*, 18 *HARV. J. L. & PUB. POL'Y* 439 (1995).
- (76) Gerry Mahar, *Natural Justice as Fairness*, Neil MacCormick and Peter Birks, *The Legal Mind Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, 115 (1986).
- (77) Charles A. Reich, *The New Property*, 73 *YALE L.J.* 733 (1964).
- (78) Jerry L. Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 *B. U. L. Rev.* 901 (1981).
- (79) 田島裕「デュー・プロセス法理の研究—実体法と手続法の関係を中心として—」藤倉皓一郎編『英米法論集』（東京大学出版会、1987年）171頁。
- (80) 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993）79頁。
- (81) 松井・前掲注（80）93頁、佐藤・前掲注（30）460頁。
- (82) 荻野美穂「女の解剖学—近代の身体の成立—」荻野美穂・田邊玲子ほか編『〈制度〉としての女—性・産・家族の比較社会史』（平凡社、1990年）14頁。
- (83) 江原由美子「生命・生殖技術・自己決定権」江原由美子編『生殖技術とジェン

- ダー』(岩波書店、1996) 338頁。
- (84) 塚原・前掲注(21) 11頁。
- (85) Roe判決を学者が書き直す試みを行う書籍の中で、反対意見として執筆されたものにおいて胎児の写真が複数枚使われていることは、「胎児の可視化」が果たす役割を示唆しているように思われる。Michael Stokes Paulsen, Dissenting Opinion, Jack M. Balkin, *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*, New York University Press 219-229 (2005).
- (86) 塚原・前掲注(21) 11頁。
- (87) Rosalind Pollack Pechesky, *Abortion and Woman's Choice Revised Edition*, Boston: Northeastern University Press, 2 (1990).
- (88) 岡野八代『フェミニズムの政治学—ケアの倫理をグローバル社会へ』(みすず書房、2012) 117頁。
- (89) Christine Overall, *Human Reproduction: Principle, Practices, Policies*, Toronto: Oxford University Press, 40 (1993).
- (90) Rachael N. Pine & Sylvia A. Law, Envisioning a Future for Reproductive Liberty: Strategies for Making the Rights Real, 27 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 414 (1992).
- (91) もっとも女性の中にも差異があり、中絶のアクセスは貧しかったり性暴力の被害者であったり未成年であるといったより脆弱な立場の人に開かれていなかったのだから、より周縁化されてきた人がアクセス可能になるようにする必要がある。
- (92) R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30
- (93) 富井幸雄「カナダ憲法における包括的基本権—fundamental justice 原理の意味—」法学新報 122巻7・8号161頁(2016)。中川純「カナダ憲法における社会・経済権と社会保障制度をめぐる司法審査(1)」中京法学40巻3・4号162頁(2006)。松井茂記『カナダの憲法—多文化主義の国のかたち』(岩波書店、2012年) 274頁。
- (94) Peter. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada 2016 student ed.* Toronto, Ontario: Thomson Reuters, 47-20 (2016).
- (95) アメリカでは、2022年5月2日夜にRoe判決を覆す内容の判決草案がリークされたことを機に、社会的政治的な中絶をめぐる論争が今まで以上に加熱している。それに対するカナダの反応として、アメリカの中絶禁止の余波の到来を懸念しており、政治的社会的に隣国の問題として無関係ではいられないという見解が報道さ

れている。Global news, As Roe v. Wade draft ruling draws Canadian fire, has Trudeau lived up to his promises?, May 4, 2022, <https://globalnews.ca/news/8808386/roe-v-wade-trudeau-abortion-access-canada/> (Accessed 5/5/2022). The Globe and Mail, What access to abortion looks like across Canada, May 4, 2022, <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-abortion-access-laws-canada/> (Accessed 5/5/2022).

さらに、脱稿後、2022年6月24日にアメリカ合衆国最高裁は、Roe 判決をくつがえした。(Dobbs v. Jackson Woman's Health Organization, 597 U.S.) 同判決の日本とカナダへの影響の分析は、今後の課題である。