

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」⇩ 枠組の転換のために ——

森 脇 健 介

- 一 はじめに
- 二 ウーマン・リブにおける「中絶の権利」のコンテクスト
 - 1 中絶の犯罪化の歴史
 - (一) 墮胎罪成立以前
 - (二) 墮胎罪の成立
 - (三) 墮胎罪への批判
 - (四) 優生保護法の成立
 - 2 ウーマン・リブにおける「中絶の権利」の主張
- 三 「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」⇩ 枠組の弊害
 - 1 パーソン論の性質
 - 2 「線引き」の問題性
- 四 法学における「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」⇩ 枠組
 - 1 前提として
 - 2 法学における議論枠組の類型

いわゆる「中絶の権利」に関する一考察（森脇健介）

- (一) 「線引き」 積極論
- (二) 「線引き」 消極論
- ① 比較衡量説
- ② 胎児生命優先説
- ③ 人間の尊厳説
- ④ 道徳的葛藤説
- ⑤ 良心の自由説
- ⑥ 関係性説

3 総括

五 新たな枠組形成のために

- 1 良心の自由説の意義
- 2 おわりにかえて

一 はじめに

近年、人工授精や代理母などの生殖補助医療が、目覚しい発展を遂げている。これに伴い、人工妊娠中絶⁽¹⁾に対して、例えば選択的妊娠中絶や多胎妊娠における胚の減数中絶手術などに関する、生命倫理上、法律上の争点が浮上してきている。そしてこのような諸事例の具体的対応策が要請される一方で、根本的問題の一つであるはずの、いわゆる「中絶の権利」自体をどのように捉えるかについては、法学においても今なお議論が錯綜している。思うに、中絶の個別的諸形態と、理念的に措定される中絶行為一般とは、その規制のあり方など周辺の事情の相異から、それぞれ意味付けを異にしているはずであって、まずは順番として、一般的に把握されるところでの中絶自体が、そもそもどのような枠組において捉えられるべきかが、問われなければならないのではないだろうか。そこで本稿は、選択的妊娠中絶や胚の減数中絶など、中絶の個別的形態に関する直接の言及を留保しつつ、何よりも先立つべき基礎的議論として、中絶一般の権利の法的構成は、どのような枠組においてなされるのが妥当なのかについて、試論を展開する。考察に際して本稿で最も問題とする論点は、いわゆる「中絶の権利」の語られ方と、その背後にある思考枠組であ

る。その思考枠組とは、女性と胎児をへ「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」という対立軸において捉え、比較衡量の問題に当てはめる枠組のことである。近年、この範型による法的構成を固持する限り、中絶問題を解決することは不可能であるとの批判がなされており、本稿も、こうした見解に賛同する。⁽³⁾しかし、こうした思考枠組によつて法的構成を行う手法は、法学において根強く存在していると思われ、「中絶の権利」を考察する前に、まずはこの思考枠組の抽出と解体が図られなければならない。

よつて本稿は、以下の手続を踏むことにする。まず、第一の手続として、日本において「中絶の権利」が提唱されねばならなかつた理由を理解するために、中絶が犯罪化されてきた歴史と「女性対胎児」の思考枠組の構築過程を追う。この際、本稿で最も注目するのは、第二波フェミニズムにおける日本のウーマン・リブの言説である。ウーマン・リブは中絶の権利性について、広範な運動を展開してきた。このウーマン・リブの主張から、いわゆる「中絶の権利」に本来内包されていた意義を明らかにし、法学における「中絶の権利」の問い直しを図る。

次に第二の手続としては、「女性対胎児」という思考枠組は、中絶の問題を解決するには、非常に問題の多いアプローチである点について述べる。このことにより本稿では、「女性対胎児」という対抗軸で問題を捉える発想を放棄することこそが、中絶問題の眞の解決にとつて必要である点を強調する。

最後に第三の手続として、日本の中絶問題に対する法的構成のあり方を検討する。この際本稿は、「女性対胎児」という枠組を基軸に分析した場合、法学の諸説がそれぞれどのような位相に配置されるのかという観点から、諸説の類型化を試みる。そして、この類型化による整理の結果、どのような法的構成の仕方が、中絶問題解決のために最も妥当であるのかについて検討する。

以上の前提を踏まえて、以下、第一の手続から論じることとする。

二 ウーマン・リブにおける「中絶の権利」のコンテキスト

1 中絶の犯罪化の歴史

(一) 墮胎罪成立以前

中絶問題は、どのような歴史的過程を経て形成されてきたのか。今現在、胎児の生命は刑法墮胎罪の保護法益として規定されており、母体保護法による阻却事由に基づかない中絶は、原則として墮胎罪の適用対象となる。しかし墮胎罪において強調されている胎児生命の保護という観念は、今現在のように自明のものであったのか。また、目的として真に意図されていたことなのか。

中絶は古来、間引きと並んで重要な産児調整の手段の一つであった。⁽⁴⁾だがそれは、一家の貧困解消や母体保護などを理由とする以外にも、女性を取り巻く共同体からの要請・干渉もあったとされ、必ずしも女性自身の決定によって行われていたとは限らなかった。⁽⁵⁾中絶を法的に初めて禁じたのは、一六四六年に江戸幕府によって出された江戸市中禁令である。しかしこの禁令は、中絶一般を禁止するのではなく、生業としての中絶を禁ずるものであった。そしてこの禁令の目的は、胎児の生命保護や母体保護にはなく、不義密通など風俗取締りにあったとされる。一部の藩において出された禁令も、人口増加政策という生命保護とは別の法益を目的とし、その取締りは緩やかであった。⁽⁶⁾

一八四二年の江戸市中禁令では、中絶した女性自身も処罰の対象となった。しかしこうした規制の強化もまた、風俗取締り政策の一環として行われ、さらに儒教イデオロギーに基づく「家」の維持存続も目的になっていたと指摘されている。⁽⁷⁾ここでも未だ、胎児生命の保護が直接の目的とされているわけではない。

そもそも胎児は、間引きに関して「七つまでは神のうち」といわれるように、また、胎児を描いた図説で、妊娠初

期四ヶ月目までの胎児が人の形ではなく仏具で描かれていたりするなど、人間として不明確な存在であった。⁽⁸⁾これらの点から中絶は、罪悪感から比較的に免れつつ、行われていた可能性もある。⁽⁹⁾

しかし、こうした素朴な胎児や中絶の捉え方は、徐々に変容していくことになる。この変容に一定の役割を果たしたのが、宗教や医学、国学や儒教などに携わる知識人たちであった。⁽¹⁰⁾例えば、仏教において「水子」觀念が生じたのは近世以降のことであるとされるが、この頃から「水子」は、性的放縱、中絶、間引きを戒める言説として、しばしば文献に現れた。国学は、中絶は神を冒瀆する行為であり、日本の国力を弱める行為であると批判した。医学では解剖学の発達により、前述のような仏具で表される神秘的な胎児像は、次第に経験科学的に把握されるようになっていった。胎児は胎内における不可視の存在であったが、胎内を描く科学的な図像が示されることにより、胎児は可視的な存在となり、人々によってイメージされやすい存在となった。そして胎児がそれ自体としてイメージされやすくなるほどに、胎児は、客観的に他者によって分析され、様々な社会的意味付けが施される存在になっていった。ここで胎児は、女性の直接的経験とは必ずしも結びつかない視座によって捉えられることになる。

(二) 墮胎罪の成立

明治に入って一八六九年には、産婆による売薬、中絶が禁止され、以降、犯罪化が加速していく。⁽¹²⁾墮胎罪は一八七三年に改定律例において初めて明文化され、一八八〇年公布の旧刑法において、刑法典上の犯罪とされた。旧刑法の墮胎罪規定では妊婦自身による中絶と第三者による中絶に同様の加罰規定が設けられている。したがって、妊婦の健康を保護法益とはしない一方で、胎児の生命のみが明文の保護法益とされている。⁽¹³⁾

しかしながら、この旧墮胎罪が真に胎児生命の保護を立法目的とするものだったのかについては、否定的な見解が多い。有力なのは、富国強兵による人口増加政策のためとする説であるが、「戸」の統制を強化し、「婚姻」によって女

性は子供を産み育てるべし」という儒教倫理の法化とする説もある⁽¹⁵⁾。また仮に立法目的を純粹な胎児生命の保障に求めることができたとしても、実際の法政策の次元において、胎児生命が効果的に保護されるように配慮されていたかは疑わしい。なぜなら政府は、貧困により中絶を余儀なくされる農民に対して、産める環境を整えるどころか地租を課し、過重な小作料の負担もそのまま放置するなど、肉体的・経済的負担を増大させるに任せていたからである⁽¹⁶⁾。こうして、旧墮胎罪規定は、女性に出産を強制する規範として作用したとしても、胎児生命の保護にとつてどれほど意味のある規定であつたのかについては、きわめて疑わしかつたといえる。

墮胎罪規定においては、胎児生命は、その価値が人々に受容されようとされまいと、国家により保護されるべき法益として命令され、もっぱら女性がその規範の名宛人となる。しかし他方で、女性の意思や状況がどうであろうと、男性が不当に「孕ませる」こと自体は全く禁じられてはいない⁽¹⁷⁾。このように差別的な状況の中で、「望まない妊娠」は起り続ける。そしてどうしても出産できない状況にある女性にとつて、妊娠から逃れる道は、危険なヤミ墮胎しかなかつた⁽¹⁸⁾。その結果、多くの女性が生命の危険に晒されることになり、数々の悲惨な事件が生じた⁽¹⁹⁾。

(三) 墮胎罪への批判

墮胎罪は以上のような問題性から、早々に空文化した。一九〇七年には現行刑法に改正され⁽²⁰⁾、墮胎罪も改正されたが、空文化の状況は変わらなかつた⁽²¹⁾。このような墮胎罪に対しては、早期から批判がなされており、母体の生命や健康、あるいは精神状態を加味するなど、現在にも通じる墮胎罪の減免条件が提唱されている。また、「胎児は独自の利益を有さず法益侵害が存在しない」、「優生上の見地から不良な子孫も産ませることは望ましくない」、「望まない子どもは反社会的に成長する」、「墮胎罪はキリスト教の影響を受けた法規であり国情になじまない」、などの批判もなされており、その中で一九二九年には、一定の留保はなされているものの、「婦女は自己の身體の支配者でなければ

ばなら」ず、「母胎を保護する権利を有し、自己決定の權を有す」とした上で、「際限なく母たることを強要するは、国家と雖も為し能はざる所である」とする言説も見出せる。⁽²²⁾ また、「中央公論」において穂積・牧野論争として知られる中絶論争が大々的に行なわれた点も、興味深い。⁽²³⁾

法律家は、当時は全て男性である。では、女性の女権運動家は、中絶問題にどのように関わっていたのか。ここでも中絶に対する評価は、一様ではない。例えば一九一五年には『青鞥』において、いわゆる「墮胎論争」が行われた。⁽²⁴⁾ これは原田臯月が、小説の主人公に、「貧困による中絶は仕方なく、そもそも受胎などの段階では生命の知覚は不可能であつて、附屬物としての認識しかできない」と表明させたことに始まる。これに対し伊藤野枝は、受胎の瞬間の卵にも生命を認める見解を示し、山田わかは、「配偶者を持つ權利を主張しつつその結果としての妊娠から逃れることは卑怯である」として、墮胎罪を支持した。これらの意見に対し、平塚らいてうは、「自らの崇高な生のために行う中絶も常に生命の侮辱と批判されるのは疑問である」として、女性による「自己決定」という意義も含めて中絶の決定を捉えた。ここにおいて、女性の生それ自体のために、中絶の自己決定を切り開くという新たな思想的意義が生じたとされる。⁽²⁵⁾

以上の諸見解から見ても、胎児の生命性に関する見解は様々である。「生命の尊嚴」から中絶を否定する見解も、受胎の瞬間に生命を認める見解もすでに存在していた。現実には中絶をせねばならない一方で、墮胎罪は中絶を違法とする。このような墮胎罪体制を乗り越えるかたちで、女性の権利を掲げる者もいた。言論統制がある中で現在ほどの展開は期待できないにせよ、少なくともある種の公論は喚起される余地があり、胎児の生命や女性の権利、また墮胎罪そのものを、より煮詰めて再考できる機会は確かに存在していた。

しかし、最終的にこれらの議論は、第二次大戦下での全体主義に収束されていくことで、「産めよ増やせよ」の風

潮の中、途絶えてしまう。一九四〇年には、ナチスの遺伝病子孫防止法に影響を受けて国民優生法が制定された。この法律により、刑法三五条の正当行為として医師が施術できると解釈されていた、妊婦の生命救済のための中絶についても事前の届出義務が強化された。その結果、中絶の規制は緩和されるどころか、より強化された。⁽²⁶⁾

(四) 優生保護法の成立

戦後は深刻な食糧難が問題となり、ヤミ堕胎が横行した。⁽²⁷⁾ こうした中、過剰な人口とヤミ堕胎の弊害の抑制が急務となつて、中絶の適応条件拡大が提唱され、国民優生法に代わる新法の制定が求められた。この法案には、女性よりもむしろ医師の提言が強く影響したといわれる(第二次法案作成時においては一〇人の構成員の内、八名が医師であつたとされる)。そして新法では、強化された優生政策と、医師による中絶の統制という色合いが濃くなることとなつた。こうして一九四八年に、女性の権利、胎児の生命などについてはほとんど議論されないうまま、優生保護法の原型が成立した。そして一九四九年に、「経済的理由により母体の健康を著しく害する恐れのあるもの」を堕胎罪の適用除外条件とする、いわゆる経済条項が追加され、このことよつて世界に先駆けての実質的な中絶の「合法化」がなされたとされる。

ここで、優生保護法には次のような二つの隠された「法益」の存在が指摘されている。第一は、不妊手術に配偶者の同意が必要であることから推測される、「産まれる子に対する配偶者の利益」という法益である。しかし、妊娠が母体の不利益となる場合にも配偶者すなわち男性の同意が必要とされるので、ここでは男性が有する当該法益の方が、女性の健康という法益よりも優位に立たされている。第二には、中絶とは一切関係のない不妊手術の要件に、「現に数人の子を有し」とされていることから推測される、「国民人口の維持・増加」という「法益」である。⁽²⁸⁾ これら二つの「法益」は、国家による生殖コントロールへの意欲が伺われ、女性を生殖の道具としかねないものである。

こうした点で、優生保護法は戦前の墮胎罪体制と、イデオロギー的にはさほど変わりがないことになる。

しかしながら経済条項の導入によって、中絶は、戦前とは比べ物にならないほど「合法化」された。だがこのことは同時に、中絶を受けにくい海外の国々からの「中絶ツアー」を招き、日本は「中絶天国」として国際的に批判されるに至った。⁽²⁹⁾ このような中、宗教団体である「生長の家」⁽³⁰⁾の活動も盛んになっていく。「生長の家」は、一九六一年以降、政治的主張として、明治憲法への復帰、紀元節の復興などを掲げて拡張運動を行い、この運動の中で中絶を「子殺し、人殺し」として位置付け、その非道を唱導した。そして「生命尊重」に基づく「世界浄化運動」として優生保護法の改定を目指し、一九六四年に「生長の家」を母体とする議員によって、優生保護法改定案が提出される（審議未了により廃案）。「生長の家」は、一九六七年にはカトリックなどと組み、日本民族の滅亡打開などを目的とする「優生保護法改廃期成同盟」を結成した。一九六八年には同じく「生長の家」関係の政治家によって、障害胎児の中絶を認める胎児条項の導入、経済条項の削除、初回出産年齢の引下げなどを内容とする優生保護法改定案が提出されている。⁽³¹⁾

この運動には、中絶の実質的禁止を意図する一方で、優生的事由による障害胎児の殺害は正当であるとするイデオロギーが潜在している。⁽³²⁾ そこで意図される「生命の尊重」とは、その視線の先に、日本民族あるいは国家の繁栄を据えつつ、そうした目的から生命を序列化する試みとしても把握されかねない。

以上のような働きかけに対し、当時の与党の政治家たちは、性道徳の徹底、将来の人口減少への懸念など、胎児生命にはあまり留意しないまま、優生保護法の再検討を決定した。そして後には「障害胎児は別」との留保をしつつ、性道徳の徹底による「生命尊重」を前面に掲げた。ここに中絶問題は、女性に対する考慮から遊離した、抽象的な社会道徳（しかも障害者だけはここから排除される）という問題へと変節した。この中で胎児は、これらの価値観を支

えるシンボルとなり、女性も胎児も社会秩序維持のための手段となつてしまつた。⁽³³⁾

中絶問題が「生命尊重」という価値と連結させられることで生じた現象は、上記の点に尽きない。「生長の家」と密接につながっている「改正派」は、「生命尊重」を前面に掲げること、教育の荒廃、家庭内暴力など全ての社会病理現象を、中絶を原因とする「生命軽視」の風潮に起因するものと論じた。⁽³⁴⁾ 同時に一九七〇年代は、「母性喪失」を中絶と結びつける言説が登場し始めた時期でもある。新聞紙上でも、一九七〇年代初頭には中絶は、人命軽視、性道德の乱れと結びつけられた。こうした諸言説は、中絶を日本における社会的病理現象と同列に扱うことで、そのような現象として中絶問題を構築した。⁽³⁵⁾

このような中絶の意味付けは、刑法学内部における墮胎罪の存置論にも内包されていたようである。一九六一年の刑法改正論議の折には、自己墮胎、同意墮胎罪の廃止、あるいは墮胎罪を特別法へ移行させるべきとの提言がなされたが、この提言に対して、墮胎罪は胎児の生命保護、母体の安全と並んで、性道德の退廃に対する防波堤でもあるという意義が強調されている。同様の見解は一九七四年の改正刑法草案における墮胎罪存置論にも表明されてお⁽³⁶⁾り、まさに前記のような諸言説の流れの一端を担うものであつたのではないだろうか。一九九〇年代においても一部では、人口政策や性道德の退廃の防止を保護法益の可能性として挙げる説があり、これらの要因の過剰な介入を避け、冷静な議論をする必要性が刑法学内部でも提唱されて⁽³⁷⁾いる。

以上から、女性の身体は、生殖という機能を通じて、様々な価値観が投下される「場」であつたことが分かる。中絶は、女性の生のあり方を積極的に肯定することによって許容されたものでは決してなく、単なる放任状態にあつた。その一方で墮胎罪は中絶を違法とし、一部の宗教的勢力によっては罪悪とされ、さらには社会悪の元凶とさえもみなされた。そして他方では、中絶を実質的に減らせるような実効的な社会福祉政策は行われず、「望まない妊娠」を回

避するための、男性の性的関与のあり方の再考も不十分であったと思われる⁽³⁸⁾。しかしそれでも胎児の生命は、中絶する女性を弾劾する象徴的道具であり続け、中絶は女性にのみ帰責するものとして捉えられた。「中絶の権利」を訴える契機は、まさにこのような非対称で差別的な社会的関係の是正という点に見出せるのである。

2 ウーマン・リップにおける「中絶の権利」の主張

第二波フェミニズムは、上記のような社会状況の中から形成され、その目的の一つとして「リプロダクティブ・フリーダム(性と生殖の自由)⁽³⁹⁾」が掲げられた。このリプロダクティブ・フリーダムは、上記のような差別的な社会構造への抵抗から獲得された表現であるとされ、中絶の促進を掲げるという観点から唱えられているのではない⁽⁴⁰⁾。この運動は、中絶の道徳的是非を論じる際には、なぜ女性が中絶をしなければならないのかという問題を、社会的文脈から切断し純粹に女性だけの事柄として論じてはならないと主張した。「産む・産まないは女の自由」というスローガンは、この意識に基づいて掲げられたのである。

後になって「中絶の権利⁽⁴¹⁾」として把握されるこうした訴えについて、その内容を確認しておく必要がある。というのも、現在までなされている女性の自己決定権批判、あるいは胎児生命を保護するという名の下に、墮胎罪の存続ないし強化の主張をする議論では、ここでいわれる「中絶の権利」の意義が、ほとんど理解されていないからである⁽⁴²⁾。その原因は「中絶の権利」について、女性による「自己決定」という側面だけがことさらに強調された点に起因すると思われる。以下では、日本のフェミニズムが「中絶の権利」という言葉に、どのような意味を込めていたのかを分析する。

日本における第二波フェミニズムにおいて、主に運動面で重要な役割を担っていたのが、ウーマン・リップ運動であ

(43) する。ウーマン・リブの主張は、女性を国家や男性による束縛から解放し、女性として自己を肯定し、自らの生き方を追求できる社会を実現することを目指していた。(44) そのため生殖を一方的に規律する、上述のような優生保護法改定には反対する運動を展開しており、森岡正博によれば、この運動の要点は、第一に「国家は個人の生殖・出産に介入するな」、第二に「産む・産まないは女の権利(自由)」、第三に「産める社会を!産みたい社会を!」にまとめられる。(45) 第一点は、中絶の選択は、女性自身による、胎児や周囲の他者との関係性を踏まえた上での様々な葛藤を経ての極限の選択であり、この精神的領域に国家が介入し処断することは許されないとするものである。この主張については、次のような意識が前提にあると思われる。つまり、「胎児生命を殺害する際の呵責や葛藤は、もっぱら女性のみが引き受けざるをえないのに、これらの意識を共有することもないまま、法律によつて女性をただ罰することが、どれほど正当なのか」という意識である。(46)

しかしながら中絶問題が公的議論に載せられる際には、この問題は「生命の尊重」といった生命一般の問題へと転換し、女性が中絶の現場で抱く具体的葛藤は抽象化あるいは捨象される。フェミニストが主張した「産む・産まないは個人的な事柄である」というスローガンは、このような状況に対し「私が私の子を産むか産まないか」という個別具体的な文脈の中で、他者からの、あくまでも「不当な」干渉を受けない「個人的なこと」という枠組の中で、中絶を捉え返さねばならないという主張を内容としていたのであった。(47)

だがそもそも「個人的な領域」といっても、それは決して中立的な領域ではない。その領域には、すでにジェンダーに基づいて構築された不平等な価値意識が浸透している。「自己決定権」という主張は、社会的価値意識に始まり法制度に至るまで、女性の生殖を構造的に支配している男性中心主義的な社会構造を可視化させ、そうした社会への抵抗の基盤として必要な訴えであった。(48) ところが後になると、中絶は道徳的に正当化できるか否かをめぐって、中

絶の「自己決定権」は、「人でないものを毀滅する行為にすぎない」とか、また、「女性の恣意のみで正当化される行為」といったような主張が強調されるようになる。こうした批判は妥当ではないだろう。例えば当時の運動の中心的人物の一人であった田中美津は、「中絶させられる客観的状況の中で、己れの主体をもって中絶する時、あたしは殺人者としての己れを、己れ自身に意識させたい」と述べている。⁽⁴⁹⁾ このような主張からは、中絶が胎児の殺害に他ならないことを、道徳的に正当化しようとする意図は読み取れない。

ところでこの葛藤は、単に女性だけが感じて、それで終わりということになってはならない。これは、「なぜ私が中絶しなければならなかったのか」という問いかけとして、中絶が決して女性の純粋に私的な問題ではなく、社会構造的な観点からも捉えるべき事柄であることを、社会に対して訴えかける理由でもあった。⁽⁵⁰⁾ この点との関わりから、第二点の「産む・産まないは女の権利(自由)」のスローガンも理解される必要がある。これは単に女性の自由を求めるものではなく、実際の決定の場における葛藤を通じて、社会構造へ問題提起を行うという意味を内包している。中絶の単純な道徳的正当化を意図するものではない。「中絶の自由」が提唱されたとしても、それは「中絶の肯定論」ではない。⁽⁵¹⁾ 主張の要点は、「産む・産まない」は女性が決めるべきことであるが、胎児に対しては「あくまでも加害者であることを直視して、女ぐるみ、男ぐるみの、人間の問題にしたい」という点に現れている。⁽⁵²⁾

しかし、たとえ論者によって中絶の単純な道徳的正当化が意図されていなくとも、「私には権利がある」という言葉には、当該権利の対象となる行為が、法的に正当化・合理化されうる行為であることが含意される。こうした「権利」という言葉では中絶という生命の破壊を言い尽くせないのではないかと葛藤は、権利そのものを主張するよりも、その葛藤をそもそも回避しようような、積極的に産める社会を創出すべきという主張に結びついている。第三点の「産める社会を！産みたい社会を！」という主張は、「権利」という言葉に対するこのような葛藤と関わるもの

(53) である。この主張が実現するためには、出産を金銭的に援助するような福祉政策が単に充実すればよいのではない。それは産みたいのに産めない原因の、一部分である。中絶をせずに産めるような社会を創出するためには、妊娠によってキャリア形成への道が断たれてしまう労働環境の改善や、私生児差別の解消など、社会構造そのものの改革もその視野に入れなければならない。

以上のような「中絶の権利」の主張の要点からは、次の三つの意義が導き出せるだろう。

すなわち第一に、女性は中絶に際し、胎児や周囲の他者との関係性において深刻な葛藤をする。(54) このとき女性の内心の責任感情に対して不当な侵害を行うことは妥当ではなく、女性の内心は尊重されなければならない。これは、女性にとつての良心の問題であり、女性の関係性において生起する責任感情を尊重せよとの要請である。これを、「女性の答責性の尊重」と表せるだろう。

第二に、生殖に関わる事柄が女性自身によつて決定できるものでなければ、女性の「答責性」を真に尊重することは難しいだろう。上述の歴史的文脈からも分かるように、女性は女性という性(sex)を有する限り、女性役割としての生殖を強制され、性役割と自己身体における生殖機能を不可分のものとみなされ、「産む性」としてその生き方を制限されてきた。また、それだけに留まらず、妊娠・出産の過程は決して安全なものではなく、いくつもの危険がつきまとい、時には女性の生命そのものすらも危うくする。女性がこれらの危険から開放されるためには、まず女性の性と生殖を一体とみなす規範と、その根底にある価値意識自体が問い直されねばならない。そのためには、ある性別をもつた身体を有するからといって、その身体の有する生殖機能の実現が強制されるべきことなのか問題となり、また生殖機能に対する干渉を、身体そのものに対する不当な強制として捉え返すことが必要となる。いかなる生殖機能を有しようが、その機能に基づいて身体を侵害することは認められない。このように第二の意義は、生殖機能

に基づく不当な干渉を排除するための、「身体の統合性 (integrity) の保障要求」と表すことができる。⁽⁵⁵⁾

第三に、生殖機能の社会的意味付けを通じて、女性の身体を出産の道具としてきた社会構造そのものに対する批判がある。これは、上に挙げたリブによる三つのスローガンのいずれにも通底しており、上述した「女ぐるみ、男ぐるみの、人間の問題にしたい」という田中の言葉にも端的に示されている。この主張を汲み取るならば、中絶問題を女性と胎児の対立関係において把握したり、また、単なる「女性の問題」としたりすることは、避けられねばならない。中絶の背景には、男性という妊娠に関わる一方の性が、確実に関わっているのである。これらの点は、今現在の用語で捉えるのであれば、ジェンダーに関わる社会問題を構造的に再考せよとの要求であって、「社会構造の変革の要請」と表しうる。

以上の三つの点に、いわゆる「中絶の権利」の含意は集約される。この三点は、どれか一点だけが満たされればすむようなものではなく、相互に複雑に絡み合っている。確かにこうした主張から構成される「中絶の権利」は、そのままの形では現代における法的権利概念としては構成しにくいものである。しかし中絶問題の核心は、まさにこれらの主張に凝縮されているのではないか。この最も切迫した状況にある当事者の主張が無視されたまま、中絶問題を真に解決することが可能だとは思われず、中絶の自己決定権を、最終的にどのように捉えるのかという問題は、以上の点への洞察なしには行いえないと考える。

しかしながら、現在、「中絶の権利」は、上記のような観点から捉えられるよりも、胎児の生命権の有無ないし発生段階の画定基準、また、女性の自己決定権の存否ないしは胎児の生命権との比較衡量を問題とするような、「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」という思考枠組において捉えられる傾向にある。そしてその際にしばしば引合に出されるのが、生命倫理学におけるパーソン論である。このパーソン論は、先に述べてきた女性の「中絶の権

利」に対し、どのように機能するのか。

三 「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」の弊害

1 パーソン論の性質

現在、「中絶の自己決定権」と一般的にいわれる場合には、生命の破壊行為を正当化しようとする極端な個人主義的権利として批判されることもある。この個人主義だという批判は生命尊重の観点からなされるものが多く、この場合には、生命倫理学におけるパーソン論が、しばしばその槍玉に挙げられている。

パーソン論とは、「生物学的な意味での人間を、自己意識や理性をもった『*homo person*』と、それらをもっていない『*non-homo person*』に分け（いわゆる「線引き」の作業。筆者注）、前者の人間の生命の方が、後者の人間の生命よりも価値が高いと考える理論」であるとされ、英米圏における功利主義思想に起因する、ある種の伝統的思考であるとされる⁽⁵⁷⁾。加えてパーソン論は、生命の「聖性論」（生命そのものの中に一定の内在的・即自的価値を見出し、生命の「質」を問題としない理論）への対抗から生じた理論ということもあって、生命それ自体を価値あるものとはしない⁽⁵⁸⁾。生命は人格を基準として尊重され、その人格の発生時点は、それ以前の単なる生物学的生命とそれ以後の人格的生命というように、「線引き」によって一律に画定される。

例えば、このパーソン論の枠組を最初に提唱したマイケル・トゥーリーは、⁽⁵⁹⁾人格を生命権の主体として位置付けている。トゥーリーによれば、「ある権利が侵害されたといえるためには、その権利を有するであろう個人が、その権利の対象となるものについての欲求可能性もつていなければならない」とされる。そして生命権の根拠は、経験その他の心的体験の主体として存在し続けたいと欲求できる能力に求められ、人格的生を生きやないという点で、胎

児やさらに新生児すらも、生命の権利を有するとはいえないという⁽⁶⁰⁾。

パーソン論の意義としては、生命の価値のラディカルな条件付けによって、動物の生命も含めた生命一般を考察する一定の足場がもたらされた点、また、生命観を宗教的イデオロギーから切り離し、世俗化させた点などが挙げられる。しかし、自己決定における一定の能力の意義を過大に拡張し、また、そうした能力を「生存の条件」とすることによって一種の論理的飛躍が行われていることなど、問題も多い⁽⁶¹⁾。これらの中でも、「女性対胎児」という枠組を批判的に考察する本稿は、「線引き」という方法に焦点を絞ることにする。

2 「線引き」の問題性

パーソン論は、一九八〇年代半ば以降に日本にも移入されたが、現在ではもっぱら、その「線引き」の恣意性や能力主義的人格概念を批判されることが多い⁽⁶²⁾。ここでは、パーソン論的な「線引き」の発想に焦点を当て、そうした「線引き」的方法が、中絶問題に対して牽引する弊害について述べる。

第一の弊害は、女性の自己決定権に対して生じる。つまり、パーソン論におけるこのような「線引き」的発想は、たとえ一種の理念的枠組においてではあったとしても、あまりにも抽象的な「人」一般を論じている。中絶に言及する場合でも、胎児がどのような存在かを分析することに論点を絞られ、女性の現実の決定の場において生じる女性の苦悩とは、議論が乖離してしまっている⁽⁶³⁾。このため、女性の自己決定権には、恣意的、専断的との評価が付きまとい、「立場の弱い胎児は女性の恣意的な自己決定による犠牲者である」というイメージが創出されてしまう。「線引き」という功利主義的な方法によって議論を展開したわけは、中絶を一般的な形式において道徳的に正当化しようと試みたためであったのかもしれない⁽⁶⁴⁾。だが、少なくとも日本のウーマン・リブは、女性と胎児との現実的な関係から

切り離されて、抽象的な次元で中絶の自己決定権が正当化されることを望んではいかなかった。この点については、本稿「二・二」において指摘した通りである。

第二の弊害は、胎児の生命権に対して生じるものである。つまりこの「線引き」論においては、女性という具体的な主体が問題にされないのと同時に、女性あるいは他者にとつての、胎児の一個性という要素も捨象される。ここでは中絶の個別具体的な現場における、決定主体である女性の他者関係的要素が消失してしまうと同時に、胎児は人格として、つまりパーソン論でいう生命権の主体として位置付けられなければ、どのように扱ってもよいかのよう⁽⁶⁶⁾に、一律に物として捉えられてしまつて⁽⁶⁷⁾いる。このことによつて胎児は、決定の客体物として、物の所有論という枠組に当てはめられる。その結果、女性の自己決定権は胎児の処分権として正当化される危険性が生じる。

「線引き」的発想とその論証がもたらした第三の弊害は、以上のような女性の自己決定権と胎児の生命権とを比較する対立構図が、人々の信念に極めて抵触するものであつた点に見出せる。パーソン論は聖性論を世俗化させる形が出てきたことは先に触れた。この理論は、従来聖性論が神聖さの中に曖昧にほかしておいた非常に論争的な生命に関わる問題を、かような「線引き」を行うことで一気に片をつけようとした。聖性論はある意味で、人々の信仰ないし素朴な信念のあり方と密接な関わりを持つ理論であつたがために、これを奉じる人々にとつて、胎児生命をパーソン論的「線引き」によつて相対化し、女性の自己決定権を優越させる方法は、あまりにも暴論であつたと思われる。人々が胎児を生命そのものとして尊重するとしても、また一定の発生段階によつてその捉え方を変更するのだとしても、そこには、人々の様々な価値観がある。こうした価値観相互の調整に決着を着けるために「線引き」を一律に行つても、それはむしろ人々の対立をおおる結果に至りかねない。女性の自己決定権と胎児の生命権が対立させられる根底には、こうした価値観の対立が根深くあり、それが中絶問題の解決をいっそう困難なものにさせてしまふ。

以上のように、「線引き」による正当化では、胎児の人格の存否ないし生命権の主体性という問題と、それに対抗する利益としての女性の自己決定権という構図がもつばら問題となっている。そしてこの「女性対胎児」の構図の中で、女性の「中絶の権利」は、中絶はいつまで許されるか、どのように許されるか、という政策倫理的問題へとその意味を収縮させていく。ここに中絶問題を社会関係の視点から捉える契機は失われ、中絶問題は、あたかも女性と胎児の対立問題であるかのようにしか理解されない。このように、「線引き」という方法を用いることは、「中絶の権利」に内包されている主張を、女性の恣意的な決定権という意味に変質させてしまう危険性を有し、ここに女性と胎児とは、相互に断絶させられてしまうのである。

ここで、ウーマン・リブにおける「中絶の権利」の意義には、三つの要素があつたことは先に論じた。女性の答責性の尊重、身体の統合性の保障、社会構造の変革の要請である。しかし、「線引き」による「中絶の権利」の正当化からは、かろうじて身体の統合性の保障という点のみしか見出せない。しかも「線引き」によるその正当化は、胎児を否定することでしか成り立ちえないものであつて、ウーマン・リブにおいて主張されていたような、胎児に対する女性の答責性を踏まえてのものではない。「線引き」による「中絶の権利」の正当化は、明晰な形で権利を定式化するものの、そのようにして構成される権利は、中絶問題の眞の解決という点では、決して有用な手法ではないと思われる。

上記の点は、パーソン論における「線引き」問題を中心にして論じてきたが、こうした「線引き」はパーソン論に特有の手法というわけではない。「人格を有すること」生命権の主体」とはいわなくとも、一定の能力ないし状態に基づいて権利主体を構成する法学において、むしろ「線引き」は、法学的な思考枠組としてはある意味で馴染み深い手法である。では、中絶問題に関し、法学においてなされる「線引き」は、上記のパーソン論的「線引き」における

弊害とは関わりがないのかという点、そうではないと思われる。

次節では、中絶問題にアプローチする法学の諸見解を概観し、「線引き」的思考枠組が帰結させる弊害と、当該思考枠組を乗り越えようとしている試みのいくつかを検討する。

四 法学における「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」枠組

1 前提として

本節では、中絶問題に対して提起されている法的構成の諸形態を、「線引き」のなされ方とそれと結びつく「女性対胎児」という思考枠組を分析の基軸として、類型化を試みる。この際、論者のスタンスはそれぞれの専門領域によつて前提が異なるため、概説として、あらかじめ若干の補足しておくことにする。

まず胎児の権利が主に問題となる場合は、概して次の三つに分けられる。第一に民法における権利能力の主体性すなわち私権の享有性をめぐつて、第二に刑法における保護法益としての生命権の主体性をめぐつて、第三に憲法における基本権主体性をめぐつてである。

民法では、胎児の母体からの全部露出をもつて私権の享有を認める全部露出説が通説である。⁽⁶⁸⁾ 他方で刑法において、一部露出をもつて「人」と同様の生命の保護価値を認める一部露出説が通説である。⁽⁶⁹⁾ こうした扱いの相異が、人格概念の不明確性についての一つの論拠のように言及されることがあるが、民法は私権の享有主体性を一つのメルクマールとし、刑法は生命の価値そのものを最重要視される保護法益とする。そのためこの相異を不整合と呼ぶことは、以上の法目的の相異からして妥当とはいえない。⁽⁷⁰⁾

より根本的な「人権」という視点から見た場合どうかというと、胎児などのいわゆる「未生の生」の基本権主体性

について、憲法においては諸説分かれている。この点についてはまず、消極説と積極説とがある。⁽⁷¹⁾

消極説は、「胎児自体が基本権の共有主体であることは無理であろう」とする初宿説に代表されるように、胎児の基本権主体性を認めない。⁽⁷³⁾

積極説は、一定時期からの胎児の基本権主体性を認める。代表的な説としては、「胎児は将来人として誕生する存在である以上、胎児の人権享有主体性そのものを肯定する余地がある。具体的には、生命や健康に対する権利とその前提としての個人の尊厳の原理、また、場合によっては財産権の保障などが考えられる」とする戸波説がある。⁽⁷⁴⁾

近年は、包括的な基本権主体性を考察するのではなく、法益の客体という限定された視点から胎児を位置付ける、客観的保護法益説とでもいいうる見解も主張されている。⁽⁷⁵⁾ 代表的な説には、中山説が挙げられる。⁽⁷⁶⁾ この説は、「人権」を制度的な裏付けを有するとは限らないある種の道徳的権利概念として位置付け、「基本権」を、「人権」を実効的に保障する権利として位置付ける。その上で、胎児は「基本権」主体ではないが、(他者の)「基本権」を制約する独自の利益を持った利益主体であると捉えられる。

以上の三説はいずれかが通説というわけではなく、有力説とすべき説も定まってははいない。このように胎児の権利主体性が定まらない状況と並んで、女性の自己決定権もまた、法的に具体的な権利として成立しているとは言い難い。この際、中絶も含めたリプロダクティブに関わる事柄を人権として構成するのであれば、憲法における自己決定権論が今のところ最も親和的かつ有力な立場であると思われる。

多数説は、リプロダクティブに関する事柄について自己決定権の成立を認めている。⁽⁷⁷⁾ この場合、根拠条文を憲法三条に求めるのであれば、その自己決定権により保障される利益を、個人の人格的自律の発展による幸福追求とするのか(人格的自律説)⁽⁷⁸⁾、あるいは、憲法上、明文で保障されていない一般的な自由の行使とするのか(一般的自由説)

⁽⁷⁹⁾で、その保障の対象は異なってくる。だがその場合にも、両説とも中絶を含めたりプロダクションに関しては、自己決定権を認めている。とはいえ具体的な保障の程度が明確にされているわけではなく、また、二四条の平等権との関わりから構成されるべきとする説もあり、⁽⁸⁰⁾根拠条文の問題も含めなお議論されている状況にある。そのため、包括的な自己決定権として構成するよりも、個別的な事例に即した精査の上での構成が行われるべきであると、指摘されているところである。⁽⁸¹⁾

以上のように、人権という観点からは胎児の主体的地位は明確ではなく、女性の自己決定権も宙吊りの状態にある。こうした漠たる状況の中で、中絶が具体的に問題とされる場合に、胎児はどのような存在として法的に構成され、女性の権利は胎児の権利とどのような関係に置かれるのか。以下では、学説の分類を網羅的に試みたいと思う。この際、本稿の分析は、「線引き」の正当化のされ方と、その手法が帰結させる「女性対胎児」という思考枠組の抽出に絞り、「線引き」的方法への批判を中心にして、展開することにする。

2 法学における議論枠組の類型

「線引き」に対する立場によって諸学説を分類する場合、大まかな枠組としては、「線引き」積極論と「線引き」消極論とに分けることができる。その中でこの立場の相異によって、さらに細かく分類しうるが、まずは、「線引き」積極論として分類しうる立場から整理を行うことにし、次にこの立場への批判的視座を提供する。「線引き」消極論の諸説をまとめた後で、個別的な検討を加えていくことにする。

（一）「線引き」積極論

この立場は、その正当化の仕方は様々であるが、胎児の生命権の成否と女性の自己決定権の成否を確定する作業に

において、「線引き」を構成要素として成立している議論である。概して、①比較衡量説、②胎児生命優先説、③人間の尊厳説に分類しうる。

①比較衡量説

当説に分類される立場は、「線引き」の技術を積極的に利用することによって胎児の生命権の開始時期を確定し、女性の自己決定権については、ある一定期間の中絶に関して、自己決定権かそれに類するものとして認め、胎児の生命権と女性の自己決定権を比較衡量する。この法的構成を採用する立場が、法学における多数説であると思われる。例えば憲法学の石村説によれば、⁽⁸³⁾胎児の生命権は憲法二三条の「生命」に対する権利として保障され、その開始時期は、ひとまずは受精卵の着床をもって開始するとされている。そして他方で女性の自己決定権は、憲法二三条の幸福追求権として保障されるとされ、ここに、時間とともに増大する胎児の生命権と、減退する母親の自己決定権との法益衡量という法技術による解決が提案されている。また、民法学の石井説によれば、⁽⁸⁴⁾胎児は母体外での成育が可能となる時点以降から、潜在的な「人」として尊重されるべきという。そして、母体外生育可能時に至る前の胎児は、女性の「家族形成権」を構成する「生殖コントロール権」⁽⁸⁵⁾との衡量の結果において、常に劣位にあると位置付けられている。⁽⁸⁶⁾

②胎児生命優先説

一定の段階における胎児の生命権を認めつつ、女性の自己決定権も同時に成立させている①説と異なり、胎児が生命を有する存在である以上、女性の自己決定権は根本的に成立しえないとする説も存在する。⁽⁸⁷⁾この場合、胎児は単なる一法益としてではなく、それ自体として他者による利益侵害から保護されることを要請する、権利の名宛人たる主体として解釈されることになる。この結果、他者を侵害しない限りで自己決定権を行使しうるとする、ジョン・S・

ミルの他者加害原理に従えば、女性の中絶の自己決定権は成立しえないものとなる。そして女性が中絶をなしうるケースとは、胎児の生命に匹敵する対抗法益として、まさに女性自身の生命が危機に晒されている場合に限定されることになる。

この種の正当化が行われる場合、一見、具体的な「線引き」はなされていないように見受けられる。しかし実際には、法益の主体となる時点が確定されなければならないため、結局は胎児の生命の発生時点を問わざるをえない。そのためこの法的構成においては、生命の発生時点への直接的言及はなくとも、暗黙の内に何がしかの「線引き」が、あらかじめ行われているものと解釈できる。こうした法的構成の類型は、胎児の生命が女性の権利に対して強力な対抗物として措置され、後者を覆すものとして位置付けられている点で、胎児生命優先説と表しうるだろう。

③ 人間の尊厳説

① 説のような胎児の法人格に対する「線引き」の恣意性を批判しつつ、「人間の尊厳」原理を「生命の尊厳」と同義と解釈し、胎児の生命権を、原則として相対化を許されない絶対的な権利として位置付け、生命の尊厳を侵害する自己決定権は原理上成立しえないとする立場もある。この場合、人間の尊厳が適用される生命発生の時点を確定しなければならぬため、「線引き」はこの生命発生をめぐって行われることになる。

例えば刑法学における上田説⁸⁸は、胎児の生命権の法文上の根拠は曖昧であるとしつつも、「人間の尊厳」原理が法秩序の根本にある以上、「疑わしきは生命の利益に」の原則が尊重されねばならないとする。そして、発生学における見地から、受精をもって生命の発生とみなし、その時点から胎児の生命を人間の尊厳による保障の客体とする。この時、受精卵着床後二週間までは主観的にも客観的にも胎児生命の存在を知ることとはできないことから、この期間には、法が適法とも違法とも判断しない「法的空白領域」⁸⁹に位置付けられる。そしてこれ以降は、女性と胎児はその特

別な身体状況において葛藤状態に入り、そうした妊婦の葛藤状態を考慮して、葛藤が真摯なものであることと、中絶するに相応の原因が認められる場合にのみ、中絶は認められるとする⁽⁹⁰⁾。

以上のような人間の尊厳説においては、胎児の生命を女性の自己決定権と比較衡量し、後者を優越させるような「線引き」は恣意的であるとして批判されるが、「人間の尊厳」原理適用のための、胎児に対する「線引き」は積極的に行われているとみることができる。その一方で現実主義的な観点から、女性の葛藤状態がある程度は法的に顧慮されるべき事柄として位置付けられている点も、その特質の一つとしてみることができる。

(二) 「線引き」消極論

「線引き」的発想そのものの恣意性や一律的画定性を問題視し、「線引き」手法の修正ないし放棄を試み、「線引き」を可能な限り用いずに、新たな考察枠組の形成を図る立場である。この立場は概して、④道徳的葛藤説、⑤良心の自由説、⑥関係性説に分けられる。

④道徳的葛藤説

法哲学における井上説⁽⁹¹⁾は、中絶問題における道徳性に関する議論の必要性を唱え、「線引き」的発想はその議論に關する答えを提供しない恣意的な方法であるとして批判する。しかしながら、現実の法技術の問題としては「ヒト／非ヒト」の選別は避けることができないとして、ジュデイス・J・トムソンの説を「線引き」の是非に立ち入らずに中絶問題を解決する方法として評価する。すなわちトムソンによれば、仮に胎児に生命権があるとした場合にも、女性はこの胎児が生きたために自らの身体を供する義務はないとし、その根拠としていわゆる「悪しきサマリア人の法理」を挙げる。つまり女性は、道徳的には自己を犠牲にして胎児の生命を維持せねばならないかもしれないが、そのことには大きな負担と危険を伴う。そうした危険に自分の身を晒してまで懐胎し続けることは、法的な義務付けを伴

うものではない。よってその場合の懐胎は、あくまで妊婦の自発的行為によるとされる。

トムソンの説を受け井上説は、胎児の生命権を認めた場合でも女性の自己決定権は成立するとして、胎児の生命権を受精の瞬間にまで遡って認め、これによって原則的な胎児の生命権の存在を確保する。そして女性の自己決定権は胎児の生命権に対して道徳的葛藤状態にあるとして把握され、女性の道徳的葛藤を考慮した、そのつどの衡量による解決が目指されることになる⁽⁹³⁾とした。

この説は最終的に衡量を行う点で「線引き」積極論に近似するが、女性の道徳的葛藤を一つの基準とし、さらに個別的に判断していこうとする点で、①説のように権利の発生と制限を機械的に画一化する試みとは異なっているといえ、また、②説、③説との比較では、女性の自己決定権を積極的に認める点で異なる立場であるといえる。

⑤良心の自由説

④説に挙げられるような女性の葛藤とは、中絶の決定の場面における葛藤であって、胎児の存在自体は女性の意思とは関わりなく秩序付けられている。これに対して、その葛藤の及ぶ範囲を、女性自身が胎児をそもそもどのような存在として捉えるかという点にまで遡って広げることによって、女性の葛藤を、よりラディカルに個別的に尊重していこうとする立場も存在する。

行政法学の玉國説⁽⁹⁴⁾は、胎児生命の絶対的尊厳などの主張を、基本的には個人的な「(宗教的)信念」であるとして斥けた上で、女性の具体的な葛藤状況を重視する立場を採る。妊娠は女性の身体に生ずる事柄であって、中絶の決定という究極の場面においては、女性と胎児の両者の適切な関係は、当の女性にしか推し量れないものだからである。そのため、この核心的当事者たる妊婦の、自らの人生に基づく経験と価値観を捨象し、胎児の生命権を一方的に仮定して、女性の利益を対置し一律に比較衡量する手法は、妥当ではない。それは結局のところ、多様な価値観の交錯す

る中絶問題においては、規範の定立者ないし裁定者の価値判断を強制する行為であって、一定の信仰の押し付けと変わりなく、問題の不適切な処理方法であると批判される。

この立場は、女性の決定権を法的構成として具体的に明らかにする主張というよりも、女性の意思が省みられないままに一定の公準が確立することを批判し、その結果生じるであろう侵害からの自由を求めている。そして、胎児の権利形態を秩序付けることに本質的な懐疑を示しているが、この点についても法的構成としてあるべき状態を具体的に明確にするというわけではなく、むしろ中絶問題と適切に向き合い議論するための指標を提供しようとする、ある種の倫理的な主張の段階にある。以上のように、女性の内心作用そのものを重視する立場は、「良心の自由説」として表しうるだろう。⁽⁹⁵⁾

⑥ 関係性説

この説は、アメリカの発達心理学者であるキャロル・ギリガンによって提起された「関係性の倫理」に基づいて、「関係性」を志向する新たな権利主体の構築を試みるとともに、中絶の自己決定権のあり方を位置付けていこうとする立場である。④説、⑤説が重視する女性自身の葛藤は、当説においては、「関係性」の概念によって定式化されることになる。

ギリガンは、中絶の臨床調査を通じて、女性たちは「女性対胎児」の発想では中絶の決定過程を思考しておらず、この過程では他者との関係性が重視されていることを発見した。⁽⁹⁶⁾そしてここから「ケアの倫理」という道徳観念を導出し、これを「正義の倫理」と対置した。「正義の倫理」が、自律の重視、一般的原则の下での価値の序列化、権利義務の一律的な衡量と確定を特徴とする思考範型であるのに対し、「ケアの倫理」は、自己と他者との包摂的な関係性、相互性を重視しつつ、具体的人間関係、個別的状况に即したそのつど毎の「妥当な」解決を図ろうとする思考範

型であるとされる。この「ケアの倫理」に基づく関係性を中絶の権利論において評価する試みが、関係性説の主張である。

関係性説に共通する特徴は、具体的人間や社会構造との関係から権利の主体たる人間像を捉えようとする点である。そのため「線引き」による一律的な権利の確定や、ある存在の能力的要素に基づいて主体を構成する作業には、慎重な立場を採ることになる。

例えば、憲法学において早期から「関係性志向の権利論」⁽⁹⁷⁾を提唱していた高井説では、一定の能力を有することに よって、基本権主体性を統一的に基礎付けようとする試みは放棄されている⁽⁹⁸⁾。また、同じく憲法学の中山説は⁽⁹⁹⁾、胎児の基本権主体性については本稿「四・一」で述べた客観的保護法益説を採りつつ、胎児の生命を国家が保護法益として保護する際には、それは女性が胎児と取り結んでいる、かけがえのない人と人同士のつながりで抽象化を許さないような「強い関係性」の領域を、不当に侵害しないことを前提に行われなければならないとされる。具体的には、女性と胎児との関係性のあり方を法によって完全に強制するような一方的な中絶規制は違憲であるとされ、女性が胎児との関係性において、胎児生命という法益をどのように扱いか考える機会は、完全に奪われてはならないとされる⁽¹⁰⁰⁾。

「線引き」に対する批判と並んで、関係性説は、中絶問題における「女性対胎児」という枠組に対しても批判的であり、この構図自体の転換を図る。例えば高井説は、この対立枠組を、「平等等を温存する社会構造における（そしてこ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」という枠組に置き換えるべきであるとし、「関係性」の視点から、胎児と母親の利害が事実上多くの場合に一致していることに注目して、社会福祉によるサポートを主張する。また、法哲学における伊佐説も、法技術上やむをえない女性の権利と胎児の権利の比較衡量については留保しつつ、女性の自己決定権が胎児と衝突する権利であるかのように位置付けられる点を批

判し、女性が胎児との関係において、「養育」という視点も含めて決定をする場合、それは胎児の利益と必ずしも衝突しないとし、この観点が社会的に共有されることが必要であるとす⁽¹⁰⁾る。

3 総括

以上の分類を前提にして、以下では、諸説の検討を図ることとする。この際に本稿は、ウーマン・リブで主張されていたいわゆる「中絶の権利」の意義を重視するために、「線引き」積極論と、それと結びつく「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」という範型は妥当ではないと考える。そのため、「線引き」積極論に当てはまる①比較衡量説ならびに②胎児生命優先説、③人間の尊厳説については懐疑的にならざるをえない。

①比較衡量説については確かに、女性の自己決定権を否定する説ではなく、女性の権利の発展や差別的状況の是正を求める点で、ウーマン・リブの「中絶の権利」と重なる点が多いと思われるだろう。しかし、胎児の人格決定あるいは比較衡量の際に、「線引き」を援用してしまうことによつて、結果としては「女性対胎児」という対立構造を引き受けるものとして捉えられかねない。「女性対胎児」という発想は不当であるとの視座は見受けられるが、パースン論に顕著に現れているような「線引き」による処理方法は、社会の構造的問題として「中絶の権利」の主張を捉えるのを、結果として妨げるように機能してしまう（本稿「三・二」参照）。女性の中絶の自己決定はそれ自体、女性の人生（三〇）をかけた選択である。にもかかわらず、「線引き」はその決定の意義を捨象するように作用し、その結果、女性の中絶の自己決定権は、数ある他の自己決定権一般と概念上混同され、胎児の生命（三〇）の前には女性の自己決定権の制限もやむなしという主張に、根拠を与えることになる。

②胎児生命優先説の問題は、中絶の自己決定の意義が、まさに他の自己決定一般と同列に扱われている点にあると

思われる。すなわち、女性の人生と胎児の生命の衡量は、他者加害原理という一指標から、一律に裁断できるのだろうか。また胎児は、女性に対し完全に分離され対立する他者として「線引き」されるような存在なのか。実際には、女性と胎児との関係はどのように単純なものではない。女性の人生と胎児の生命との間には強い関係性があり、実体的次元においても女性と胎児は相互に包摂的な関係にある。こうした状態が、他者加害原理における「一般的」な自他の関係において捉えられるとは思われない。また、ごく限定された場合を除いて胎児の生命の前に女性の自己決定が認められない環境は、女性の人生を犠牲にすることで、胎児の生命を保護するものである。こうした法的構成の仕方は、女性に対し、単に産むことを強制するよう抑圧的に作用する危険が大きい。⁽¹⁰⁶⁾

この点で③人間の尊厳説は、②説と異なり、女性の自己決定権が成立しないことと現実の規制の程度とを、論理必然的には連関させていない。それは、女性の現実の葛藤状態に対する一定の配慮にも由来するのであるが、その配慮は、ジェンダーに基づく構造的差別を打破するためになされるものではなく、原則の貫徹が現実的には困難であるとする観点からもたらされた、妥協的産物であるという点も否めない。

女性の葛藤が考慮される一方で中絶が権利化されえない最大の理由は、当説において人間の尊厳が生命の尊厳とはほぼ同義に位置付けられ、絶対的原理として措定されることによる。女性の中絶の自己決定権は、この人間の尊厳に反するがゆえに認められないのである。

このような人間の尊厳の捉え方については、「疑わしきは生命の利益に」などの倫理的原則を刑法に導入することになり、それはすなわち「疑わしきは被告人に不利に」を刑法上の原則とすることになりかねないので、罪刑法定主義における明確性の原則の要請に反するとの批判がなされている。⁽¹⁰⁶⁾ この刑法理論における内在的指摘も重要であるが、本稿は今まで述べてきた「線引き」批判という外在的視点から、この人間の尊厳説においてなされている「線引

き」を、特に問題とせざるをえない。

当説においては、「線引き」が、着床すらしていない受精の時点に行われ、胎児の生命権が絶対化されている⁽¹⁰⁾。他方では女性の葛藤を法的な顧慮の範疇に取り入れてはいるものの、それは、胎児の生命権の絶対的な定礎がなされた上でのものであつて、女性への顧慮は、中絶問題に付随するジェンダーの構造的不平等の是正という観点からではなく、温情的観点からなされている。このように、胎児を「われわれ」の一員として包摂し、その一方で女性を観察者に対する他者的存在に配置する構造は、中絶問題における男性の関与という本質的事実を、考察の埒外に置きかねない。

確かに人間の尊厳説は、女性の葛藤を重視する現実主義的な結論を採用するので、法学的観点からすれば、結論としては比較的穏当なものとなつてはいる。しかしいづれにせよ、女性の中絶に関して単に不可罰に過ぎないという一種の無権利状態に置かれるのであり、女性にとっての人間の尊厳は、その意味で制約されている。「生命尊重」という道徳的要請は、しばしば中絶問題において、女性を「女性対胎児」という二者関係の枠組に押し込めて、女性の権利の意義を社会構造的な観点から考察する機会を欠落させてしまう⁽¹⁰⁾。「中絶の権利」は、それ自体が胎児生命の殺害を意味するという道徳的悪との葛藤を内包したところで主張されており、その主張は、その悪とされる行為への非難が、性別を根拠として女性にのみ投下されることに根本的な疑問を呈しているのである。この不平等の問題への視座がない以上、女性の葛藤を考慮するのだとしても、それは既存の「線引き」による正当化の手法の地平を抜け出るものではないと思われ⁽¹⁰⁾る。

以上に対して、「線引き」消極論は、「線引き」の弊害を意識して、この手法からの離脱を試みる。女性の葛藤を重視し、女性の自己決定権を尊重する点ではどの説も大体共通しており、「線引き」とそれに付随する「女性対胎児」

の枠組を批判する本稿の立場からすると、概ね妥当な立場であると思われる。しかし、④道徳的葛藤説については、当説において把握されるところの女性の道徳的葛藤の内容が問題である。

④説は確かに、「線引き」的発想そのものを批判の対象とし、中絶の決定に際しての女性の道徳的葛藤を重視する。そしてその一方で、権利の法的構成に際しては何らかの秩序付けが不可欠であるとして、胎児の生命にあえて「線引き」が施され、生命権が構成される。そして、女性と胎児は客観的な枠組において比較衡量の対象とされている。

しかしこの衡量において、女性の葛藤は、女性と胎児が相反する存在とみなされた上で行われる葛藤として位置付けられ、客観的な第三者的視座からの裁断が可能なものとして捉えられてしまっている。女性の葛藤に対すこうした視座は、女性の葛藤として表されるものを、女性の実感からかけ離れたところで定式化している点が否めない。社会学者である加藤秀一は、井上説における胎児と女性のこうした対置を、男性による一方的な処断であり、結局は通常通りの「線引き」を密輸しているのと変わりはないと批判し、江原由美子も社会学の観点から、ある存在と存在同士の関係を明確な自己関係として分離する手法は、女性と胎児にまで拡張されるほど普遍性を持つ枠組なのかと批判する。⁽¹¹⁾

④道徳的葛藤説は、「線引き」的発想そのものの恣意性を批判することで、中絶問題を解決する法的構成に、新たな可能性を開こうとしている。しかし、上記のような批判から分かるように、本稿で批判していた「女性対胎児」という枠組に結局は回帰してしまっていると思われる。確かに最終的な問題解決のためには、何らかの公準による一定の秩序付けは回避しえないかもしれない。しかし、女性の道徳的葛藤という内心の位相を比較衡量する者とは、一体誰なのか、その者はどのような視点に基づき、どのような資格でそれを行えるのかという疑問は残り続ける。ジェン

ダーに基づく不平等を内に孕む社会の構造的な問題として中絶問題を捉え、従来の考察枠組全体の捉え直しを図らない限りは、道徳的葛藤説もまた、不平等な枠組を温存したままに、女性と胎児が一方的に裁断されていく構図へと帰結してしまう危険性を有していると思われる。

⑥ 関係性説はこれに対し、関係性概念を基準にして女性の葛藤状況そのものを捉え直し、関係性に基づく葛藤を重視しながら、社会構造の是正という点を視野に入れつつ、中絶問題を考察する枠組を構築しようとしている。この点で関係性説は、ウーマン・リップにおいて展開されてきた「中絶の権利」との接合点が大きく、中絶問題にアプローチするために最も適切な説であると思われる。しかし、この説には次のような問題が挙げられている。

すなわち関係説は女性の葛藤状態を重視するのであるが、仮に女性に対し、個別具体的なケース毎に、胎児の存在者としてのあり方を優越的に確認することが認められるのであれば、それは第一に、女性に胎児という「弱者」の「生殺与奪権」を与え、第二に、優生へ通じる選択的妊娠中絶を放置することになり、また第三に、法の一般性の要請を損なうのではないかと懸念されている。⁽¹²⁾ この指摘に対し私見では、次のように考える。

まず、第一の問題に対しては、「中絶の権利」の本来の意義からすれば、批判されるような恣意性は必ずしも当てはまらないと思われる。なぜなら中絶の決定過程は、権力による不当な強制を除いては、他者に開かれたものだからであり、単なる女性の恣意に基づく生殺与奪としては把握しえないものだからである。また、関係性説は、女性と胎児との関係性のありよう全てをそれ自体として法的に保障することを目指すものというよりは、対国家との関係で、女性の関係性を不当に侵害するような形での中絶規制法が制定されるべきではないとする説である。この点で、個別的で具体的な葛藤への視座を重視するものではあるが、全てを個別化することで満足し、新たな枠組の創出を放棄するものではない。⁽¹³⁾

第二点については、序論で述べたとおり、本稿は最も基本的な次元において捉えられるべき「中絶の権利」一般の考察を目的とするものであるため、より具体的な現場で問題となる「派生的」問題を直接に扱う用意はない。だが、立岩真也の説により、ひとまずは社会学的に回答することが可能である。立岩によれば他者とは、「私が制御できないもの、精確には私が制御しないもの」と定義される⁽¹⁴⁾。この見解に従えば、選択的妊娠中絶の場合は、胎児はすでに出生前診断によって可視化され、その生の質を意味付けられている。この時点で、胎児はすでに客観的な他者として認識されたとみなしうる。そして、このような他者に対し不利益な決定を下すことは、もはや他者を侵害しない限りで認められる自己決定権としては正当化できない⁽¹⁵⁾。

もちろん、こうした基準だけでは、個別具体的な現場における実効的な規範的作用は期待できない。しかし、そもそも胎児に対する存在者性の確認は、広く他者に開かれており、ことによると立法機関や共同体にすらも開かれているものであって、各人バラバラの恣意的な確認を放置・容認するためのものではないとされている。そしてまた、この確認は、先の第三の問題点に対する答えとも関わることであるが、個別的なケースに対し、法の一般性のみを遵守することへの、再考の要請としても位置付けられている⁽¹⁶⁾。最終的にはこれらの問題点は、法律の一般的妥当性と具体的実効性の相克を図る中で、どのような法的規制を具体的に実現させるのかという、新たな立法も射程とする問題に収斂するだろう。

ただ、最終的な中絶問題の解決方法を、共同体や国家が関わらざるをえない立法に見出すのであれば、ジェンダー的視点からは、次の点が問われなければならないだろう。すなわち、そもそもその共同体の内部や公論を形成する空間が、どのようなジェンダーの価値観に基づいて成り立っているものなのかという点である。女性と胎児の関係を侵害しない形での立法を試みるといっても、すでにある一定のジェンダーに基づく価値観が当該の公論形成空間にお

いて支配的な場合、結局は、その支配的価値観に基づいた権力関係を温存してしまう恐れがある。例えば未だに根強く残っているとされる、いわゆる「家父長制」⁽¹⁷⁾的特質を有する社会空間においては、「母性」として構築される概念すらも、女性にとつて抑圧的に機能する可能性がある。この点、国家によつて侵害されるべきではないとされる関係性それ自体が、どのような価値を構成要素として成立している概念なのかを検討されねばならず、関係性全般をそれ自体として手放して尊重することが妥当なのかどうかについては、慎重な態度で臨む必要がある。

このように、抑圧的な関係性が想定されうる領域においては、一旦は個人を「個」として把握できるような一般的視座が確保されていることが望ましく、⑤良心の自由説の意義は、ここにおいて明らかになると思われる。すなわち、当説は一定の公準が決定されることによつて、女性の「良心」が侵害される可能性を指摘し、女性自身の葛藤を可能な限り尊重するように要請する説であつた。これは公準定立に対する、その徹底的な懐疑的態度のために、それ自体として法的な解決枠組を積極的に設けようとする議論ではないと思われ、また、その強度の個別的問題解決の要請から、現行法体系における当説そのものの法的構成を、必ずしも意図するものでもないと思われる。当説における主張の要点は、中絶問題を適切に議論できるようにするための、「個」への視座を要請する倫理的な指標の提供にあると捉えることができ、そのように位置付けた場合、先のような抑圧的な関係性の公準化という危険性に対抗しうる、一定の倫理的基盤を設定することが可能となるだろう。

以上から筆者は、法理論としては関係性説の枠組を妥当としつつも、⁽¹⁸⁾それに先立つべき倫理的基準として、⑤良心の自由説という類型を、関係性説を補完する説として、加えて評価したいと思う。以下、この点について若干のまとめを行い、考察を終える。

五 新たな枠組形成のために

1 良心の自由説の意義

関係性説が法的構成として、「線引き」的発想と「女性対胎児」という思考枠組から抜け出すために最も妥当な立場である点については上に述べた。それに加え、法的構成とするには困難な良心の自由説を関係性説の補完物として推す理由は、以下の二点による。

第一に、関係性説は、女性と胎児の关系的葛藤を不当に侵害するような国家による規制を問題視するのであるが、そこで尊重すべきとされる葛藤とは、まさに女性の良心の問題なのであって、良心の自由説はその点をより明確にする視座を提供するからである。

第二の理由は、関係性説が、一定の公論の形成を目指している点と関わる。すなわち、現在の法制度ないし政治の現状に鑑みると、立法や共同体の権力関係も含めた女性と人々のつながりを、性的に中立な空間として捉えることは躊躇せざるをえない。例えば現在、空文化しているとされる堕胎罪も、その法的効力自体が制度上否定されているわけではない。他方で母体保護法は、中絶の権利性や胎児の生命権については明確に位置付けてはおらず、しかも、優生保護法のイデオロギーは、引き続き当該法に存続している。⁽¹¹⁹⁾ また、二〇〇三年に少子化社会対策基本法が制定されたが、この法律が「産めよ増やせよ」という社会的波及効果をもたらさうる可能性について、懸念も示されている。⁽¹²⁰⁾ このような現実の狭間で、女性の葛藤はともすれば省みられることなく捨象されてしまう。良心の自由説はこうした状況に抵抗し、中絶問題において女性が置かれてしまう特殊な状況を捨象せずに、女性の葛藤へ直接的な光を当て、「中絶問題」を法的に解決するための公論に欠くことのできない、対話の前提を提供するものとして評価しうる

ものではないだろうか。

以上の理由は、いずれも論理必然的に良心の自由説を採用させるものではなく、現実を斟酌したところに由来する、ある種のレトリカルな「主張」である。しかし現在、生命倫理に関わる諸問題は、その解決のために、公論を形成し、立法論を視野に入れた討議を行うことが要請されており、まさに現実の空間における意識の共有のされ方が問われる段階になっているのである。

もともと中絶問題に関しては、公論の喚起はある種のジレンマを内包している。つまり、将来、国家によって過去回帰的な規制が強化される恐れがある以上、自己決定権の社会的承認は目指されなければならない。しかしその必要性には、公的な議論を喚起することによって、逆に中絶の規制強化につながる恐れもまた、付随しているのである。

中絶の規制強化が、ジェンダーレスな議論の形式において、女性の葛藤を議論の俎上から除外した上でなされる恐れがある以上、中絶問題において、女性の良心は特に尊重されなければならないという視点は、踏まえておかれるべきであると思われる。⁽¹²⁾

2 おわりにかえて

本稿は、中絶問題が歴史的に構築されてきた経緯を踏まえた上で、ウーマン・リブの唱えてきた「中絶の権利」の意義に即して中絶問題の法的解決を目指す場合、「練引き」的発想と、それに伴う「女性対胎児」の思考枠組は放棄されるべきであると考ええる。そして結論として、関係性に基づく法的思考類型が、法的構成を行う際に最も妥当であるとして、新たな立法の必要性を鑑みながら、公論形成の必要性に言及した。そしてその対話空間創出の前提として、女性自身の葛藤状態の尊重を直接的に主張する良心の自由説を、関係性説の倫理的補完物に位置付け、一定の意

義を見出した。

しかし本稿では、「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」という思考枠組の転換を図ることを第一の目的としていたために、関係性説それ自体の更なる洗練作業を始め、女性の自己決定権を具体的にどのような法的構成において成立させるべきか、その際、胎児の生命権はどのように保障されるべきなのかという点や、また、中絶の議論においてしばしば当事者性を免れてしまう男性は、中絶にどのように関わるべきなのかという点などについて、立ち入って考察することはできなかった。関係性説によれば、对国家の観点において、女性と胎児の関係性のあり方を強制するような中絶規制法は違憲とされるため、少なくとも、女性の意思が介在する中絶も全て原則として違法とする自己墮胎罪は、廃止されるべきだろう。そうしたこれから目指されるべき中絶立法の課題を含め、新たな枠組の内容は未だ抽象的な次元に留まっているので、今後、具体化の作業を課題としたい。

また、今後の展望としてさらに補足するならば、関係性説という法的構成の方法と、良心の自由説という倫理的基準に従って公共の討論を図っても、これらの方法だけでは、例えば、妊娠中絶一般に保険を適用したり、避妊教育や避妊器具を援助するなど、生殖の自己決定権を全体として保障する根拠にはなりがたく、別個の正当化が必要となる。こうした保障を実現するためには、「リプロダクティブ・ライツ（性と生殖に関する健康の権利）」を、法的にどのように構成していくかを考えねばならないだろう。しかし、リプロダクションに関する権利の法的構成の仕方は、先にも述べたように、具体的には未だ定まっていない状況にある。⁽¹²⁵⁾ 加えて、公論形成が望まれる今なお、このリプロダクティブ・ライツにすらも公的言説におけるバック・ラッシュの波が押し寄せている。⁽¹²⁶⁾ こうした現状を鑑みれば、今後どのような権利を構成していくかをめぐって公論を重ねる際に、良心の自由という倫理的基準は、いっそう有効であると思われるのである。

現在、新たな妊娠中絶法を制定するために、具体的な条文の作成などが女性団体などにおいて行われている。そして、こうした法案が実現するためには、やはり立法過程を経なければならず、そのためには公共的な討論を経ざるを得ないだろう。本稿が、そうした討論のための枠付けの一指標として、些かでも役に立つことができれば幸いである。

(1) 人工妊娠中絶の定義については、母体保護法二条二項において、「胎児が、母体外において、生命を保持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」と規定されている。以下、本稿では人工妊娠中絶については単に「中絶」と記す。なお、中絶は現在、刑法二二条二二六条と、母体保護法において規制されている。中絶が刑法の適用除外にあたる場合は、母体保護法一四条一項により、母体の生命・健康を害する場合、経済的窮迫状態、暴行・脅迫・強姦などによる妊娠の場合と定められている。その際、当該中絶が配偶者の同意を得ており、指定医師の下で行なわれることも条件となる。

(2) 言及しないからといって、それらの問題を完全に意識から除外してしまうわけではない。中絶の権利をどのように構成するかによっては、選択的妊娠中絶の問題に、著しい弊害が生じる場合もあるからである（例えば優生学に道を切り開き、「社会的劣等者」になりうる胎児の中絶は合法であるとするなど）。しかし本稿において、こうした問題に直接触れられない以上、本稿は中絶問題に関し序論としての位置に留まるものと付記しておく。

(3) こうした指摘は現在かなり普及しつあると思われるが、さしあたっては、伊佐智子「生命倫理と権利概念―妊娠中絶の問題を手がかりに―」【生命の倫理―その規範を動かすもの】（九州大学出版会、二〇〇四年）一三三頁以下、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こえて―」【法の理論二】ホセ・ヨシバルトⅡ三島淑臣Ⅱ笹倉秀夫編（成文堂、二〇〇一年）一六八頁、辰井聡子「生命倫理と堕胎罪―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（二〇〇二年）四二―四三頁など。

(4) 松崎憲三「堕胎（中絶）・間引きに見る生命観と倫理観―その民族文化的考察―日本常民文化紀要二二号（二〇〇〇年）一四一―一六六頁。現在、こうした素朴な中絶、間引きの捉え方には異論が提出され、生活水準維持のための積極的な家族計画もなされていたのではとも指摘されている（同一四四―四六頁）。同様の指摘に、落合恵美子「近世末における間引きと出産―人間の生産をめぐる体制変動―」ジェンダーの日本史（上）協田晴子ⅡS・B・スタンレー編（東京大学出版会、一九九四年）四二六―四二八頁。

(5) 落合、前掲注（4）四五〇頁。

(6) 落合、前掲注（4）四三六頁、四四五―四四六頁。

いわゆる「中絶の権利」に関する一考察（森脇健介）

- (7) 石崎昇子「日本の墮胎罪の成立」歴史評論五七一号(一九九七年)五八―五九頁。
- (8) 落合、四三五―四三六頁前掲注(4)。同四三五頁ではこのことから、当時の妊娠初期の中絶が、そもそも中絶と認識されていたかも疑わしいと指摘されている。
- (9) もっともこの点については、異論も指摘されている。松崎、前掲注(4)一五四―一六二頁。
- (10) 以下、落合、前掲注(4)四三八―四三三頁参照。
- (11) 鍋島直樹「キリスト教と仏教からみた中絶の問題」中絶に関する欧米と日本の相違を踏まえて』「生命をめぐる法、倫理、政策」平野武編(晃洋書房、一九九八年)一八七頁は、「水子」はそもそも仏教の正道の教義ではないとしている。
- (12) 石崎、前掲注(7)五四頁以下。
- (13) 石井美智子「優生保護法による堕胎合法化の問題点」社会科学研究三四卷四号(一九八二年)一一九頁。
- (14) 他にも、明治政府による墮胎罪制定の目的に言及する多くの文献がこの説を採っており、ほぼ通説であるとされる。石崎、前掲注(7)五三頁。ただ、藤目ゆき「性の歴史学」(不出版、一九九八年)一一頁以下によれば、この目的は制定当初から意図されていたのではなく、日清・日露戦争を経て付け足されていった目的であるとされる。
- (15) この論拠として墮胎罪が、生命身体に対する侵害を罰する人命律ではなく、国家秩序の基礎をなす「戸」を規律するための戸婚律に位置していたことが挙げられている。石崎、前掲注(7)五六―五七頁。同六六頁によれば、もともと日本では胎児生命論が希薄であり、刑法学者や医者、一部のインテリ女性を除き定着しなかったとされる。
- (16) 藤目、前掲注(14)一一八頁、一二四頁。
- (17) なお戦前で、妊娠させた男性が罰された例には、女性に請われて中絶の費用を提供した男性に墮胎幫助が成立するとした判例がある。大判昭一五・一〇・一四四番刑一九卷二〇号二二二頁。
- (18) 日露戦争前後のヤミ墮胎で用いられた器具の記録として、はりがね、鉛筆、火箸などが挙げられ、経口薬としては、ニコチン、水銀などが列挙されている。川崎佳代子「曾我部美恵子」早川有子他「少子社会日本における reproductive health / ethics の課題(その2)——墮胎・産児制限から受胎調節への道程と女性の立場——」自治医科大学看護短期大学紀要七号(一九九九年)四九頁。
- (19) 藤目、前掲注(14)一一九頁以下参照。
- (20) ここにおいて墮胎罪の保護法益として母体の保護も加わり、現在に至っている。
- (21) 以下は、石井、前掲注(13)一一九―一二四頁に詳しく紹介されている。
- (22) 溝江亮一郎「墮胎罪を論ず」早稲田法学九号(一九二九年)四七―四八頁。一定の留保とは、婚姻中の夫による懐胎につき、中絶に夫の同意要件を認めている点である。
- (23) 睡眠中盗人によって強姦され妊娠した女性が、新聞に身の上相談をもちかけたことよって始まった論争である。これに対し穂積重遠は、

「生命尊重」という観点から、母親が生命の危機に無い限り、中絶は原則として常に違法であるとした。もともとこれと同時に、中絶を生み出す一因となっている「私生児立法」についても十分考慮し、改善せねばならないとも指摘している。徳積重遠「生命の尊重」中央公論五三三号（一九三二年）参照。一方、牧野英一は、強姦に基づく事由による中絶に違法性はないと指摘する。牧野英一「法律の社会性」中央公論五三二号（一九三二年）参照。

(24) 以下、館かおる「近代日本の母性とフェミニズム―母性の権利から産育権へ」『母性から次世代育成力へ―産み育てる社会のために』原ひろ子―館かおる編（新曜社、一九九一年）二二―二三頁参照。

(25) もっとも平塚は、社会衛生上の見地からの中絶も認めるなど、優生学とのつながりもあった。この点につきフェミニズムに警鐘を鳴らす指摘に、市野川容孝「性と生殖をめぐる政治―あるドイツ現代史」『生殖技術とジェンダー』江原由美子編（勁草書房、一九九六年）二二頁注二。

(26) 石井、前掲注（13）二二四頁、松原洋子「母体保護法の歴史的背景」『母体保護法とわたしたち』齋藤有紀子編（明石書店、二〇〇二年）三七―四一頁。

(27) 以下、荻野美穂「家族計画」への道―敗戦日本の再建と受胎調節』思想九二五号（二〇〇一年）一七七―一八二頁参照。

(28) 田中圭二「優生保護法三四条の保護法益の面から見た本法の問題点」『生命と刑法―中山研一先生古希記念』中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編（成文堂、一九九七年）参照。同様の指摘に、石井美智子「堕胎問題の家族法的分析―優生保護法による堕胎合法化の再検討』法社会学三六号（一九八四年）一六―一七頁。

(29) 「外務大臣が妊娠中絶を憂慮したイキサツ」週刊読売四月七日（一九六七年）参照。

(30) 一九二九年、谷口雅春によつて創立。儒教、仏教、神道、キリスト教などの要素を合わせた混成的教義を特徴とし、天照大神への中心的帰結、「国家安泰」を最終目標とされる。この点についての指摘ならびに以下の記述については、溝口明代「仕組まれた「水子信仰」のルーツと展開―「男性」の思想と社会の形成（下）」『女性学四号（一九九六年）一八三―一八九頁に多くを負っている。

(31) 「生長の家」の活動はこの後も続き、一九七二年にも胎児条項の導入、経済条項の削除、初回出産年齢の引き下げなどを内容とする優生保護法改定案が提出され、一九八二年にも同様のものが提案されている。

(32) 森岡正博「生命学に何ができるか―脳死・フェミニズム・優生思想」『勁草書房、二〇〇一年』二三八―一五八頁参照。

(33) 溝口、前掲注（30）一八五頁。

(34) 岩本美砂子「生殖の自己決定をめぐる政治過程―一九八〇年代の女性主体について」『法の科学二二号（一九九四年）一六八頁。一九八二年三月五日の参議院予算委員会においても、「生長の家」出身の議員によつて、「夕張炭鉱の爆発、ホテルの火災、日航機墜落、無差別殺人、赤ちゃんのコインロッカー、保険金目当ての殺人、家庭内暴力殺人事件等」の現象は、胎児生命が尊重されていないことに起因すると位置付けられたようである。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、二〇〇一年』二七二頁。

いわゆる「中絶の権利」に関する一考察（森脇健介）

- (35) 田間泰子「逸脱する母親たち」『講座社会学一〇 逸脱』宝月誠編（東京大学出版会、一九九九年）四四～四五頁、六一頁、同「母性愛という制度―子殺しと中絶のポリテクス」(勤草書房、二〇〇一年) 参照。一方で、所与として内面化された母性イデオロギーが、現在も女性の「産む・産まない」の自己決定において圧力をかけていることが、不妊治療の現場での統計調査から明らかにされている。この指摘に関しては、柘植あづみ「生殖技術と女性の身体のあり方」『思想九〇八号（二〇〇〇年）』参照。
- (36) 中山研一「妊娠中絶に対する法政策のあり方」判例時報一四四一号（一九九三年）九一～一〇頁。ちなみに中谷瑾子によれば、初期の刑法改正論議における研究会で自己堕胎罪廃止を唱えたところ、「セックスモラル維持のための赤ランプとして削除はできない」と、男性会員の総反対にあったとしている。当時の意識の一端がうかがえるのではないか。中谷瑾子「二世紀になく生命と法と倫理」(一九九九年、有斐閣) 二九九頁。
- (37) 中山、前掲注(36) 二二一～二三頁、江口三角「人工妊娠中絶と堕胎罪」『現代刑法講座第五卷』中山研・他編（一九八二年）三〇五～三〇六頁。
- (38) 男性に寛大で女性に厳しい性に関するダブル・スタンダードと、望まない妊娠との関わりの指摘については、原田瑠美子Ⅱ安田容子Ⅱ大橋由香子「避妊／ピルを通してセックス&人間関係を考える」インバクシオン一〇五号（一九九七年）三〇頁（安田発言）。
- (39) 第二波フェミニズムは、一九六〇年代の先進諸国における新左翼運動を契機として生まれた運動である。一九世紀半ばから二〇世紀初頭に生じた第一波フェミニズムと異なる点は、第一波フェミニズムが女性や母というカテゴリー枠組自体は維持しつつ、男性と同等の権利を獲得する制度を構築する趣旨で運動を繰り広げたのに対し、第二波フェミニズムは人権や平等などの普遍的理念の内に潜む男性中心主義を看破して、「個人的なことは政治的なこと」という言葉に表されるように、制度そのものの根本にある価値観を問題にした点で異なっている。主な批評は、「国家Ⅱ公」、「家Ⅱ私」という意味での公私二元論と、家という「私的領域」において支配的な男性中心主義に向けられた、セクシュアリティを含めたあらゆる次元で、女性が自らを自己肯定して生きることが可能となる社会を創造することが求められた。これらの点については、井川ちとせ「Keyword(解説)『ポストフェミニズム』竹村和子編(作品社、二〇〇三年) 二二〇頁、西川祐子「日本フェミニズム論争史② フェミニズムと国家」『フェミニズム』江原由美子Ⅱ金井淑子編(新曜社、一九九七年) 二二二～二四四頁など参照。
- (40) 加藤秀一「リプロダクティブ・フリーダムと選択的中絶」『年報社会学論集四号（一九九一年）』五頁。
- (41) 中絶を行なえる環境を確保するために、「自由」あるいは「権利」という言葉を用いる主張は、すでに一九七三年にはなされていた。この点については、森岡、前掲注(32) 一六四頁、一七三～一七四頁。しかし中絶の決定を「権利」として語ることは、運動の当初においてはあまり歓迎されなかった側面もある。「権利」という言葉で中絶問題を語ることに違和感がなくなり始めたのは、一九八四年にアムステルダムで開かれた「女と健康国際会議」において、リプロダクティブ・フリーダムの概念を日本に持ち帰って以降であり、このときには、自己決定権という言葉が一般に運動の中で認められつつあったとされる。ここで注目される点は、この時点で「中絶の自己決定権」という言葉は、すでに単に中絶のみに向けられた言葉ではなく、リプロダクティブ・フリーダムという包括的な生殖の問題として捉えられていたということである。

これらの点については、米津知子「女のからだは女(わたし)のもの―中絶の自己決定をめぐって」月刊フォーラム九巻六号(一九九七年)三八、四〇頁、同様の証言として、柘植あづみ・加藤秀一・大橋由香子「中絶の権利とテクノロジー―自己決定権という概念をめぐって」イシバクシオン九七号(一九九六年)二二二―二四頁(大橋発言)。なお米津によれば、現在は、ジェンダーが関わる法的レベルの議論において、「権利」という言葉を用いることは受容されているとする。

(42) 柘植・加藤・大橋、前掲注(41)二六―二七頁(加藤発言)。

(43) 全体的な流れとしては、鹿野政直「現代日本女性史―フェミニズムを軸として」(二〇〇四年、有斐閣)五八―九二頁に詳しく紹介されている。

(44) 森岡、前掲注(32)一三六―一三七頁。

(45) 森岡、前掲注(32)一五九頁。

(46) 米津、前掲注(41)四〇頁。

(47) 河上睦子「中絶論の再考―フェミニズムと生命論」月刊フォーラム九巻六号(一九九七年)三二―三三頁。

(48) 河上、前掲注(47)三三頁。

(49) 田中美津「敢えて提起する『中絶は既得の権利か?』」(orig. 1972)『資料ウーマン・リプ史Ⅱ一九七二―一九七五』溝口明代・佐伯洋子・三

木草子編(一九九四年)六三頁。

(50) 河上、前掲注(47)三六頁。

(51) 河上睦子「中絶論と身体」アソシエ五号(二〇〇一年)一八六頁。

(52) 田中美津「(負)の窓から見つめつつしどろもどろ生きる」あごら二八号(一九八三年)一九一―一九二頁。ここでの引用は森岡、前掲注(32)四五―四八頁、注九による。もともと、以上のような経験に基づいた倫理的主張を法的権利の主張へと飛躍させる(論理)構造には、批判も

ある。溝口明代「男性」の思想と社会の形成―仕組まれた「水子信仰」のルーツと展開(上)』女性学二号(一九九四年)一三八頁。

(53) 森岡、前掲注(32)一六五―一六六頁。

(54) 葛藤それ自体は、胎児との関係だけで発生するわけではない。家族や相手の男性なども含めた、他者一般との関係においても、葛藤は生じる。後述注(96)参照。

(55) アメリカのフェミニスト法哲学者であるドゥルシラ・コーネルは、女性が男性と同等の身体感覚を得るための、すなわち女性の身体から切り離されてイメージされる子宮を自己身体へ再び回収しイメージできるようにすることを、integrityの語で表している。コーネルのこの主張において、中絶の権利は、女性が男性と同等に尊重されるべき主体性を取り戻すための平等権として捉えられることになる。See: Drucilla Cornell, *The Imaginary Domain—Abortion, Pornography & Sexual Harassment*, Routledge (1995). ドゥルシラ・コーネル(後藤浩子訳)「寸断された自己」とよまえる子宮―現代思想二六巻八号(一九九八年)参照。以上のようなコーネルの身体観を、「母親・胎児の所有者」説を越えるもので

はないと批判する論考として、山根純佳「産む産まないは女の権利か―フェミニズムとリベラリズム―」(勁草書房、二〇〇四年) 七八―九〇頁。

- (56) 森岡、前掲注(32) 一〇四頁。
- (57) 加藤尚武「バイオエシックス」とは何か(未來社、一九八七年) 二八―四七頁。
- (58) 駒村圭吾「生命・人間・倫理」の憲法論(二)「白風法学三三〇(一九九五年) 一〇〇―一〇六頁。
- (59) マイケル・トゥーリー(森岡正博訳)「嬰兒は人格を持つか」(Orie 1972)「バイオエシックスの基礎―欧米の「生命」倫理論」加藤尚武Ⅱ飯田亘之編(東海大学出版会、一九八八年) 九四―一〇〇頁参照。
- (60) 他にフラインバーグも、異口同音の説を唱えている。むしろ人格の条件に理性的判断能力も必要としている点で、さらに間口が狭い。ジョエル・フラインバーグ(谷口佳津宏Ⅱ佐々木能章訳)「人格性の基準」(Orie 1980)「バイオエシックスの基礎―欧米の「生命」倫理論」加藤尚武Ⅱ飯田亘之編(東海大学出版会、一九八八年) 四七―六五頁参照。
- (61) 立岩真也「空虚なく堅い、緩い、自己決定―現代思想Ⅱ六卷八号(一九九八年) 六一頁。
- (62) 蔵田伸雄「パーソン論―概念の説明―」「生命倫理学を学ぶ人のために」加藤尚武Ⅱ加茂直樹編(世界思想社、一九九八年) 九八―一〇三頁。
- (63) 徳水哲也「生命倫理と優生思想―出生前診断と選択的中絶をめぐる―」メタフシユカ二八号(一九九七年) 六六頁。
- (64) 小竹聡「人工妊娠中絶と胎児の「生命」に対する権利」(一)「社会科学論集三九号(二〇〇一年) 二二三頁。
- (65) 浜野研三「物語を紡ぐ存在としての人間」「生命倫理学を学ぶ人のために」加藤尚武Ⅱ加茂直樹編(世界思想社、一九九八年) 一一九―一二八頁。
- (66) 小竹、前掲注(64) 一四〇頁。
- (67) 上記と同様の批判として、蔵田、前掲注(62) 一一二―一三頁、渡部明「人工妊娠中絶の倫理学的検討」メタフシユカ二八号(一九九七年) 七五―七七頁。
- (68) 三村美生子「胎児の地位と、胎児以前の生命(受精卵)の法的问题について」亜細亜法学二六卷一号(一九九一年) 参照。論者は、昨今の生命科学の進歩を踏まえると全部露出説の立場は不十分であり、一部露出説のような立場の再考も考えられるとしている。
- (69) 辰井聡子「生命の保護」法学教室二八三三三(二〇〇四年) 五一―五二頁。論者は、胎児が「社会の一員」となるイニシエーションを重視した、陣痛説という立場を主張する。
- (70) この点につき、高井裕之「医療と憲法問題」『医事法』前田達明Ⅱ稲垣喬Ⅱ手嶋豊執筆代表(有斐閣、二〇〇〇年) 一〇六―一一一頁、同「憲法と医事法との関係についての覚書」『現代立憲主義と司法権―佐藤幸治先生還暦記念』米沢広一Ⅱ松井茂記Ⅱ土井真一刊行代表(青林書院、一九九八年) 二九九―三〇〇頁、三一四―三二五頁。

- (71) 佐藤幸治「人權の觀念と主体」公法研究六一号（一九九九年）二三頁。嶋崎健太郎「憲法における生命權の再検討―統合的生命權に向いて―」法学新報一〇八卷三号（二〇〇一年）五四頁。
- (72) 初宿正典「憲法二 基本權」（一九九七年）一三六頁。
- (73) 他に消極説に分類される説として、竹中勲「生命に対する權利と憲法上の自己決定權」『人權の現代的諸相』佐藤幸治『初宿正典編』（有斐閣、一九九〇年）二四頁、三〇頁。高井、「医療と憲法問題」前掲注（70）一一六頁。また、自律的個人になりうる潜在的存在としてのみ、未生の生は尊重されるとする長谷部説も、消極説に分類しようと思われる。長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」『国家と自由―憲法学の可能性』樋口陽一・森英樹・辻村みよ子編著（日本評論社、二〇〇四年）三九四―三五二頁。
- (74) 戸波江二「憲法（新版）（きまよせい、一九九八年）一五〇頁。
- (75) ドイツ憲法における基本權保護義務論とも関わるが、ここでは扱わない。この点については、戸波江二「国の基本權保護義務と自己決定のはざままで」法律時報六八卷六号（一九九六年）、小山剛「基本權保護と自己決定」名城法学四七卷一号（一九九七年）など参照。
- (76) 中山茂樹「基本權を持つ法的主体と持たない法益主体（一）（二）」法学論叢一四二卷六号、一四三卷四号（一九九七年、一九九八年）、同「胎児は憲法上の權利を持つのか―関係性―をめぐる生命倫理と憲法学―」『法の理論』一九卷（二〇〇〇年）三六頁以下参照。また同様の立場を採る説として、嶋崎健太郎「日本人の生命観と未出生の生命の憲法的地位―ドイツの理論との接合可能性―」『ドイツ公法理論の受容と展開―山下威士先生還暦記念』（尚学社、二〇〇四年）三五六頁、同、前掲注（71）五四頁。
- (77) 松井説は、国民主權を重視して、民主主義的立法手続を経ずに、司法によって明文根拠を欠く包括的な自己決定權が成立することに反対するが、この場合、リプロダクションに関する權利は二四条の平等權により保障されるとしている。松井茂記「自己決定權について（一）（二）」阪大法字一七六号、一七九号（一九九五年）、特に同論文（二）七五八頁以下参照。
- (78) 代表的な説としては、佐藤幸治「憲法」（青林書院、二〇〇二年）四四三―四六五頁。
- (79) 代表説に、戸波、前掲注（74）一七三―一八八頁。
- (80) 辻村みよ子「憲法（第二版）」（日本評論社、二〇〇四年）一八六―一九七頁。
- (81) 抱喜久雄「自己決定權」をめぐる議論への若干の疑問」憲法論叢九号（二〇〇二年）三五―三六頁。
- (82) なお、以下に出てくる諸説の名前は、いずれも筆者による理念的な分類を経た上での命名であり、各々の論者自身がそう名付けているわけではない。
- (83) 石村修「憲法における胎児の生命權」専修法学論集二八号（一九七八年）参照。
- (84) 石井美智子「墮胎問題の家族法的分析―家族形成權の概念を基礎として（一）（二）」社会科学研究三五卷四号（一九八三年）参照。類似的立場として、岩井宜子「各論として―妊娠中絶―性道德重要視の風潮のなかから―人工妊娠中絶について―刑事法学の立場から―」時の法令二二一三六号（一九八五年）は、妊娠初期・中期・後期によって扱いを分け、妊娠初期は原則として女性の決定權が優位するという。同様の立場

いわゆる「中絶の權利」に関する一考察（森脇健介）

に、大野平吉「墮胎罪の比較文化論序説」専修法学論集六七号（一九九六年）一六頁注四〇など。

(85) この生殖コントロール権は、現在でいうところのリプロダクティブ・ライツ（性と生殖に関する健康の権利）とほぼ同義とされる。石井美智子「リプロダクティブ・ヘルス／ライツ」ジュリスト二二七号（二〇〇三年）一七四―一七五頁。

(86) 他に、妊娠満七ヶ月までの胎児は「人」ではなく、女性の自己決定権との権利衝突は生じえないとする説に、角田由紀子「性の法律学」（有斐閣、一九九一年）七六頁。母体から分離独立するまで胎児は母体の一部にすぎず、独立の存在の価値を有するものではないとする説に、萩原玉味「改正刑法草案の総合的検討」法律時報四七巻五号（一九七五年）二〇八―二〇九頁。女性の自己決定権が絶対的な権利であるかは留保しつつ、胎児の生命権もまた自明ではないことや中絶問題の歴史のコンテクストを理由に、母体外生存可能時以前の中絶は非犯罪化されるべきとの説に辰井、前掲注（3）四四頁。

(87) 法性修正「生命倫理と法の役割」生命をめぐる法、倫理、政策―平野武編（晃洋書房、一九九八年）四九―七三頁参照。

(88) 上田健二「比較法的視点から見たわが国妊娠中絶法の問題点と将来の課題」『日本刑事法の理論と展望』佐藤司先生古希祝賀（森下忠一・香川達夫・齊藤誠二編集代表（信山社、二〇〇二年）、同「妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理（二）」同志社法学四七巻一号（一九九五年）参照。

(89) 法的空白領域論については、金澤文雄「違法と適法および法的に空虚な領域」『現代の刑事法学―平場安治博士還暦祝賀（上）』鈴木茂嗣編集代表（有斐閣、一九七七年）、アルトゥール・カウフマン（上田健二・浅田和茂訳）「不処罰の妊娠中絶―違法か、適法か、それとも何か―」同志社法学四四巻四号（一九九二年）、上田健二「不処罰の妊娠中絶はなぜ「禁じられていない」のか―アルトゥール・カウフマンの最近の論文に関連して―」同志社法学四四巻四号（一九九二年）参照。法的空白領域論に対しては、この理論を採用する場合、正当防衛が責任阻却ではなく違法性阻却になり、結局は当該殺傷行為が違法でなくなるのではないかとの反論があり、また「法的に空白である」法が評価をしない」ということは、実際には一定の法的評価が前置されていることの裏返しであるなどの批判がある。山中敬一「法的に自由な領域の理論」に関する批判的考察（関西大学法学論集三三巻三・四・五合併号（一九八二年）参照。なお、中絶を法的権利として構成しない代わりには、法的空白領域を拡大することによって、事実上の中絶の多くを立法の空白状態にあるとみなし、単に不可罰の行為として捉えようとする立場もある。葛生栄二郎・河見誠「いのちの法と倫理」再考―金澤教授の書評に答えて「法の理論」一七）ホセ・ヨナルト・三島淑臣・笹倉秀夫編（成文堂、一九九七年）は、胎児の脳が機能を開始し始める時点（妊娠二一―二二週）に「線引き」を行い（脳生説）、この期間を法的空白領域として位置付ける。

(90) 上田説とおおよそ同様の立場として、金澤文雄「妊娠葛藤相談制度の導入への提言―ドイツの「妊婦と家族援助改正法」を参考に―」『岡山商科大学法学論叢』一〇号（二〇〇二年）、同「人工妊娠中絶と安楽死をめぐる法と倫理」『岡山商科大学法学論叢』五号（一九九七年）、同

「人の胚の道德的地位および法的地位」『岡山商科大学法学論叢』三三号（一九九五年）参照。
 (91) 井上達夫「人間・生命・倫理」、同「胎児・女性・リベラリズム―生命倫理の基礎再考」『生殖技術とジェンダー』江原由美子編（勁草書房、一九九六年）参照。

- (92) ジュデイス・J・トムソン(星敏雄)古郡悦子(木坂貫行)新田章訳「人工妊娠中絶の擁護」(orig. 1971)『バイオエシックスの基礎—欧米の「生命」倫理論—加藤尚武・飯田巨之編(東海大学出版会、一九八八年) 参照。
- (93) 胎児の生命権が制約される具体的な基準としては、母体の生命保護と強姦に基づく中絶がそれに該当するとされ、女性の自己決定権が制約を受ける場合は、男女産み分け、ダウン症児のスクリーニングによる選択的妊娠中絶が当てはまるとされている。井上、前掲注(91) 八六頁。
- (94) 玉國文敏「生命科学・生命技術の進歩と新しい人権」ジュリスト一〇一六号(一九九三年) 二二六頁。
- (95) ここでいう「良心の自由」は、憲法一九条における「思想・良心の自由」とは区別される。本稿は、この「良心の自由」説における「良心」の保障要請を一種の倫理的要請と捉え、以下でも「良心の自由説」を、法的構成を示す説としてではなく、倫理的な基準を示す説として扱った。
- (96) See Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Woman's Development*, Harvard University Press, (1982). 邦訳(キヤロル・ギリガン(若男寿美子監訳)『もうひとりの声』(川島書店、一九八六年) 参照。
- (97) 高井裕之「関係性志向の権利論・序説(三)」民商法雑誌九九巻五号(一九八九年) 六三八―六五〇頁、同「憲法における人間像の予備的一考察—アメリカにおける female jurisprudence を手がかりに—」(一)〜(四・未完)『産大法学』三巻四号、二四巻三、四号、二六巻三、四号(一九九〇年、一九九一年、一九九二年、一九九三年) 参照。
- (98) 高井裕之「自己決定能力と人権主体—高齢者・障害者等を中心に—」公法研究六一号(一九九九年) 七〇―七三頁。胎児の基本権主体性については消極説を採るが、胎児を一定の法益を有する客体として、国家の保護義務の対象とすることはありうるとする。同、前掲注(70)「医療と憲法問題」一一六頁、一二六頁。
- (99) 中山、前掲注(76) 挙示の文献を参照。
- (100) 中山、前掲注では、女性が中絶をすることは、「それを「自己決定権」と呼ぶことが適切であるかどうかはともかく」、憲法上、何らかの「二応の権利」の範囲内に含まれ、一定の限度で「確定的権利」の範囲内にあることは承認する、という留保もなされている。中山茂樹「会話のために—秋葉悦子先生のコメントへの応答—」『法の理論』一九・ホセ・ヨンバルト(三島淑臣)笹倉秀夫編(成文堂、二〇〇〇年) 二〇〇頁。
- (101) 高井、前掲注(97)「関係性志向の権利論・序説(三)」六五〇―六五一頁。
- (102) 伊佐智子「人工妊娠中絶における女性と胎児」『自由と正義の法理念—三島淑臣教授古稀祝賀』ホセ・ヨンバルト他編(成文堂、二〇〇三年)、同「生命倫理と権利概念—妊娠中絶の権利を手がかりに—」『生命の倫理—その規範を動かすもの』山崎喜代子編(九州大学出版会、二〇〇四年)、同「秋葉悦子先生のコメントについて」『法の理論』三三・ホセ・ヨンバルト(三島淑臣)長谷川晃編(成文堂、二〇〇四年)、他に、前掲注(3) 挙示の文献参照。
- (103) また、女性の自己決定権の主張が、しばしば個人主義的自由主義として捉えられるだけでなく、女性にのみ関わる事柄とされ、中絶に関す

いわたる「中絶の権利」に関する一考察(森脇健介)

る男性の責任が問われなくなってしまう点にも警鐘を鳴らす。伊佐、前掲注(102)「生命倫理と権利概念」一一二頁。

(104) 例えば、辰井、前掲注(3)四二頁や、岩井、前掲注(84)四三―四四頁。

(105) 同様の指摘に、根森健「人間の尊厳」の具体化としての「精神の自由」福岡ケルニカ事件再訪―または、「人間の尊厳」と「個人の尊厳」の狭間で―」『ドイツ公法理論の受容と展開―山下威士先生遺稿記念』DAS研究会編(尚学社、二〇〇四年)三七四頁。

(106) 松永光正「妊娠中絶の違法性 犯罪と刑罰九号(一九九三年)五五頁。

(107) 受精という科学的事実とそれに伴う「真理性」を論拠にした正当化の手法それ自体も、本来ならば生命倫理学においては議論の対象とならざるをえない。この場合、科学的事実という「真理性」を、それ自体は存在の次元に留まる事柄を、秩序形成という観点からどのように規範的次元へと移すのか、また、この科学的事実の規範化のために、公論による承認という正当化のフィルターを通すのであれば、その科学的事実の社会的実効性の程度が問われることになる。本稿ではひとまず、科学的事実それ自体は一つのレトリックに過ぎず、それを説得力のある自然的所与として受け容れることは留保無しには行いえないという点と、受精の瞬間という胎内現象を積極的に評価することに対する人々の認知度は、それほど高くはない(大学生で四割)ことに言及しておく。前者の指摘については、バーバラ・ドゥーデン(田村雲供訳「胎児へのまなざし―生命イデオロギーを読み解く」(阿吽社、一九九三年)一〇七―一〇九頁、二二四―二二五頁参照。後者の指摘については、松浦賢長「わが國の大学生の人工妊娠中絶に対する態度に関する研究―胎児観・死生観との関連」母性衛生四一巻二号(二〇〇〇年)二七三―二七四頁。

(108) 高橋義人「決定・自己・侵犯」現代思想二六巻八号(一九九八年)一七九頁。

(109) なお、「人間の尊厳」概念の軸と「関係性」の軸から規範的主張を類型化し、人間の尊厳を「絶対的尊厳」と「相対的尊厳」に分け、前者と関係性概念を採用して生命倫理問題の解決を図る立場もある。奥田純一郎「ヒト胚・生命倫理・リベラリズム―自己決定権は生命科学技術研究に何を・どこまで言えるか?」思想九六五号(二〇〇四年)一九五頁以下参照。当説では、胚の研究利用と選択的妊娠中絶への批判が主題とされているので、中絶の権利の基本的な考察土台を構築するために一般的次元での議論を図る本論では、直接には言及できないことを付記しておく。

(110) 加藤秀一、「女性の自己決定権の擁護―リプロダクティヴ・フリーダムのために」『生殖技術とジェンダー』江原由美子編(勁草書房、一九九六年)四九―五七頁。

(111) 江原由美子「生命・生殖技術・自己決定権」『生殖技術とジェンダー』江原由美子編(勁草書房、一九九六年)三三二―三三九頁。また、同「自己決定権とジェンダー」(岩波書店、二〇〇二年)四八―五〇頁は、井上説では、男性の性的関与への言及が強姦以外に言及されていないとして批判している。こうした意識は、男性は妊娠や中絶に関し責任はないと思っている一般意識と重なる点が多いという。男性の妊娠に対する関与につき同様の指摘として、我妻堯「討論(我妻・中谷報告)」「医療と生命」町野朔|| 順孝一編(日本評論社、一九八六年)一五一頁。同様の事例紹介として、「中絶した 傷ついた 立ち直った―誰にも言えなかつた妊娠」Aera 一四巻三号(臨増)(二〇〇一年)一六四―一六七頁。このように中絶も出産も他人事と感知する一方、中絶許容度という点について、男性は女性よりも中絶を認めない傾向が見られ

る。松浦、前掲注(107)二七二頁。

(112) 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?—中山茂樹「胎児は憲法上の権利を持つのか」(関係性)をめぐる生命倫理と憲法学」を読んで—「法の理論一九」ホセ・ヨンバルト||三島淑臣||笹倉秀夫編(成文堂、二〇〇〇年)一八八—一九〇頁、一九五頁。

(113) 中山、前掲注(76)「胎児は憲法上の権利を持つのか」一七頁。

(114) 立岩真也「私的所有論」(勁草書房、一九九七年)一〇五頁。

(115) 立岩、前掲注(114)二〇一—二〇三頁。

(116) 中山、前掲注(100)二〇七頁。この点に関連して、山崎康仕「法と道徳の交錯(二)—ギリック事件を素材にして—」神戸大学教養学部論集四二号(一九八八年)三三—三四頁も、現代では生命倫理などにおいて、カズイステイックな問題解決策が要請されている点を指摘する。

(117) フェミニズムにおける用法としての「家長長制」概念は、最広義の意味において「男性の女性に対する支配を可能にする権力関係の総体」として捉えられ、ケイト・ミレットなどは、男性が性別と年齢差に基づく二重の支配によって、女性と年少者を支配する社会・政治構造として「家長長制」を定義する。『女性学事典』(岩波書店、二〇〇二年)七八頁以下(千田有紀執筆担当)。この点、法制史などでの用語法とは異なっており、近年、汎通性のある家長長制概念の構築を目指すべきとの指摘もある。辻村みよ子「性支配の法的構造と歴史的展開」、『ジェンダーと法』(岩波書店、一九九七年)八頁。

(118) なお、憲法上の権利主体として関係性の視点を導入することについては、一定程度のコンセンサスが得られつつあると思われる。佐藤、前掲注(71)二二—二四頁。辻村、前掲注(80)一五二頁。

(119) なお母体保護法は、提案から公布までの日数に二二日しか費やしていないという異例の速さで一九九六年に制定された。この背景には一九九四年カイロ国際人口開発会議において、優生保護法の優生政策が日本の障害者である安積遊歩によって告発され、各国からナチズムの法律であると批判されたという経緯がある。このためほとんど議論は尽くされなまま、慌てて優生条項が削除されたのだった。この点に関しては、石村久美子「中絶規制と優生思想」人間文化学術研究集録二二号(二〇〇一年)三二頁。

(120) 大橋由香子「勘違いだらけの母体保護法」WOMEN'S ASIA 21 三三頁(二〇〇二年)三三頁。また、田中、前掲注(28)参照。田中の解釈は優生保護法に対する指摘であるが、その論拠になっている条項は、母体保護法においても改正されていない。したがって、条文そのものは引き続き優生保護法のイデオロギーを引きずっていると見える。

(121) 吉野由利子「リプロダクティブ・ヘルス/ライツをめぐる日本の課題」WOMEN'S ASIA 21 四〇号(二〇〇四年)二三頁。浅倉むつ子「少子化対策をめぐる法政策とジェンダー」法学セミナー五八八号(二〇〇三年)参照。

(122) 田中成明「生命倫理への法的関与のあり方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察」『現代法の展望』田中成明編(二〇〇四年、有斐閣)一五七—一五八頁。生命倫理政策の決定過程で近代立憲主義が果たしうる役割についての序論的考察に、中山茂樹「共に生きるということ—生命倫理政策と立憲主義」『生命の倫理—その規範を動かすもの』(九州大学出版会、二〇〇四年)。ジェンダーに関し

いわゆる「中絶の権利」に関する一考察(森脇健介)

て言及しているものとしては、谷口功一「ジェンダー／セクシュアリティの領域における『公共性』へ向けて」思想九六五号(二〇〇四年)一〇二〜一二三頁。なお、中絶問題につき、必ずしも公論によるのではなく、裁判所が一定の役割を果たしうる可能性を示唆する論者もある。小林直三「自己決定と裁判所の役割—妊娠中絶の自由からの予備的考察」法学ジャーナル(二〇〇三年)参照。

(123) ただ、注記しておかなければならない点は、このようなある種の精神的自由の主張は、国家による侵害からの自由を要求する根拠にはなりえたとしても、胎児生命を不利益に扱うこと自体を法的に(特に憲法上)許容する直接的根拠にはなりえないという点である。なお、日本では法的状況も社会的背景も異なるが、アメリカでは、中絶に関わる人々の価値観を宗教的自由の問題として捉え、国家による規制からの精神的自由という枠組へ転換し、それによって中絶の権利を間接的に保障しようとする試みがなされている。例えばロナルド・ドゥオーキンは、政府による中絶の一律禁止は、「生命ないし生(life)の」本来的価値(intrinsic value)の「神聖さ(sacredness)」に関わる一定の宗教的・世界的価値観を人々に押し付けることとなり、合衆国憲法修正第一条における国教樹立禁止条項に違反することになるとしている。そして、州政府が女性に対しなす規制は、「生の神聖さ」に対するモラル・アピールを助長する目的を有する間接的な規制以外、認められないとした。

See, Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, Vintage Books (1994). 邦訳：ロナルド・ドゥオーキン(水谷英夫・小島妙子訳)「ライフズ・ドミニオン」(信山社、一九九八年)。また、ドゥオーキンとは異なる理論枠組において、中絶の権利を宗教的自由に位置付ける論考として、Peter S. Wenz, *Abortion Rights as Religious Freedom*, Temple University Press (1992) などの試みもある。ドゥオーキンによる宗教的自由としての中絶の権利論へのアメリカ憲法字からの批判は、その理論の再構成の試みとしては、Tom Stacy, "Reconciling Reason and Religion: On Dworkin and Religious Freedom," *The George Washington Law Review*, vol.63, no.1 (1994)。なお、宗教的自由とさう観点から中絶の権利の保障を求める運動は、実際にアメリカで行われてきた。See, Samuel A. Mills, "Abortion and Religious Freedom: The Religious Coalition for Abortion Rights (RCAR) and the Pro-Choice Movement, 1973-1989" *Journal of Church and State*, vol.33, no.3 (1991)。

(124) 子どもの権利を基軸として、関係性による権利論一般の構築を目指す論考として、大江洋「関係的権利論—子どもの権利から権利の再構成へ」(勁草書房、二〇〇四年)。大江は権利概念それ自体を、関係性に対する要請と連動関係にあるものとして再構成する。

(125) 本稿「四・一」参照。また、抱喜久雄「自己決定権と憲法二四条」政教研紀要二六号(二〇〇四年)参照。

(126) 米津知子「攻撃されるリプロダクティブ・ライツ」インパクション二二九号(二〇〇四年)、芦野、前掲注(121)参照。