

〈論 説〉

新型出生前診断と 選択的中絶に関する一考察

佐 瀬 恵 子

目 次

1. 序 論
2. 出生前診断・新型出生前診断の内容
 - (1) 出生前診断の検査方法
 - (2) 新型出生前診断のメリット
 - (3) 新型出生前診断の発展に伴うリスクと課題
3. 墮胎・人工妊娠中絶に関する法制度の変遷
 - (1) 刑法における墮胎処罰の変遷
 - (2) 優生学的思想の発展と人工妊娠中絶に関する法制度
 - (3) 母体保護法における人工妊娠中絶の許容要件
4. 母体保護法に基づく「選択的中絶」の許容と問題点
5. 結 論

1. 序 論

平成24年夏、妊婦の血液で胎児がダウン症かどうかについてほぼ確実にわかる新型の出生前診断（以下、新型出生前診断）が、国内の5つの施設において導入される見込みとの報道がなされ、平成25年4月1日より一部の医療機関において新型出生前診断が順次実施される運びとなった¹⁾。新型出生前診断とは、医学的には無侵襲的出生前遺伝学的検査、あるいは母体血細胞フリー胎児遺伝子検査と呼ばれるものであり、従来の出生前診断と比較すると、妊娠初期の妊娠10週から検査が可能であることや、妊婦からの採血のみで検査が可能であることから、妊婦に負担がなく、さらに、早い段階から胎児が有している疾病や障害等を発見できるとして、有用性の高い検査方法であるとの注目を浴びている。

しかし、新型出生前診断は、胎児の疾病や遺伝子の異常が早期に発見されることの利点があるものの、その後の妊娠継続に関してどのように考えるかによって生命倫理上の問題に直面する。たとえば、新型出生前診断で胎児に疾病や遺伝子の異常が発見されたことを理由として、胎児の人工妊娠中絶が許容されることになれば、胎児の段階での「命の選別」が行われることとなり、「人間の生命に対する冒瀆なのではないか」とか、「胎児の生命権侵害はもちろん、障害のある人を差別するような人権侵害につながるのではないか」との問題が呈示されることになるのである。

そもそも、わが国の刑法では、第29章「墮胎の罪」において墮胎行為を処罰の対象としており、たとえ人工妊娠中絶が医師の手によるものだったとしても、また、妊娠した女性が人工妊娠中絶に対し承諾を行っていたとしても、胎児を母体内で殺害する行為や、胎児が母体外で独立して生存できない時期に、胎児を母体外に排出する行為は、墮胎行為として処罰がなされている。このように、刑法の「墮胎の罪」は、人工妊娠中絶をはじめとする墮胎行為を広く処罰するものであるが、実際には、医師の手による人工妊娠中絶に「墮胎の罪」の規定が適用されることはほとんどない。これは、医師の手による人工妊娠中絶が刑法上「墮胎の罪」の構成要件に該当するとしても、特別法にあたる「母体保護法」において許容される人工妊娠中絶の要件が規定されているために、その要件を具備することで、墮胎行為の違法性が阻却されると解されているからである。

現在、母体保護法により許容された人工妊娠中絶は年間20万件ほどあるが、その中には出生前診断により疾病や遺伝子の異常が発見された胎児の人工妊娠中絶も含まれている²⁾。母体保護法は、胎児に遺伝子の異常があることを直接的な理由として人工妊娠中絶を許容する規定を置いているものではないが、妊娠の継続が「身体的又は経済的理由により」母体の健康を著しく害するという理由に基づき、人工妊娠中絶を広く許容する規定を置いているため、実際には、出生前診断により疾病や遺伝子の異常が発見された胎児を中絶する場合においても、「身体的又は経済的理由により、母体の健康を著しく害する」との要件に基づいて人工妊娠中絶が許容されている現状にある。

わが国において実施されている出生前診断は、侵襲的な出生前診断が代表的

なものとしてされており、検査の実施により流産をはじめとする母体への身体的悪影響も少なからず存在していることから、超音波検査などで遺伝子診断の必要性があると診断された妊婦や高齢により遺伝性疾患をもつ胎児を妊娠しやすい妊婦等、ある特定の事情を有する妊婦のみを対象として実施がなされてきた。しかし、新型出生前診断の誕生により、妊娠初期の段階で、母体への身体的悪影響もなく胎児の健康状態等を検査することが可能となった現在においては、早晚、新型出生前診断は、すべての妊婦に開かれた検査方法（マス・スクリーニング検査）とすべきであるとの主張がなされる可能性も考えられるであろう。もしも、将来的に、すべての妊婦に対し新型出生前診断の実施が推奨される傾向となれば、胎児に治療不可能な疾病や障害のある可能性が高いことを理由とした人工妊娠中絶の件数が増加することが予想される。すると、新型出生前診断の発展により、おのずと子どもを選び分けて人工妊娠中絶を行う「選択的中絶」の推進へと結びつき、さらに、生まれつき治療不可能な疾病や障害をもった胎児は誕生する権利がないといった思想とも結びつきかねないとの危惧が生ずる。このように、新型出生前診断をはじめ、出生前診断による「選択的中絶」の問題は、「人間は人間の生命を選択できるのか」といった倫理的問題に直面しているといえる。

本稿では、新型出生前診断をはじめとした出生前診断の検査方法やそのメリットをふまえて、出生前診断による「選択的中絶」が、妊婦である「女性の自己決定権」の一種として許容されるべきか、また、そうでないならばいかなる理由に基づき法的に許容されうるかについて、刑法の解釈論の見地から検討を加えるもの³⁾としたい。

2. 出生前診断・新型出生前診断の内容

出生前診断は、胎児が出生する以前の妊娠期間中に、母体内の胎児の状態を検査し、妊婦の症状や医師の所見、種々の検査結果を総合して胎児に疾病や遺伝子の異常がないかを診断するものである。わが国においては、1970年代から出生前診断が導入され、現在に至るまでに、出生前診断に関する技術は飛躍的に発達を遂げている。また、様々な検査方法によって胎児の成長課程や状態を

克明に理解することが可能となっている。現在では、超音波によって胎児の様子をモニター画面に映し出し、胎児の動く様子を実際に見ることで胎児を診断できる画像診断法（超音波断層法等）をはじめ、子宮内の羊水や胎児の細胞を直接採取して、胎児の細胞の染色体などを解析する検査方法が可能となっている。また、前述のとおり、新型出生前診断と呼ばれる母体血細胞フリー胎児遺伝子検査は、胎児や母体の身体に危険を生じさせることなく実施できる出生前診断として、多くの施設において順次導入され始めている。以下、新型出生前診断を含めた出生前診断の検査方法について簡単に紹介しておきたい。⁴⁾

(1) 出生前診断の検査方法

出生前診断には、胎児に対して侵襲が加えられる検査と、胎児に侵襲が加えられない検査に大別される。胎児に対して侵襲が加えられる検査には、①絨毛検査、②羊水検査、③胎児採血などの検査が挙げられ、胎児に対して侵襲が加えられない検査には、④超音波断層法やMRIによる画像診断法、⑤母体血清マーカー検査といった検査が挙げられる。さらに、最近導入がなされた新型出生前診断である⑥母体血細胞フリー胎児遺伝子検査であるが、これは胎児に対して侵襲が加えられない検査に属する検査方法である。⁵⁾

①絨毛検査

絨毛検査は、妊娠初期である10週目から実施することができる検査であり、超音波断層法によって胎児や母体内の観察を行いながら、妊婦の胎盤絨毛を少量採取し分析する検査である。検査費用は、その内容によるが、数万円～20万円程度の費用が必要とされる。⁶⁾ 絨毛検査では、胎盤絨毛の分析を行うことによって、胎児が染色体異常、先天性代謝異常、DNA診断が可能な疾患などに罹患しているかを判断することができる。しかし、絨毛検査は、採取方法が困難であること、流産してしまう危険性が高いこと、また誤判定が多いことから、実施する施設が限られており、わが国においては、この後に論じられる羊水検査と比較して実施頻度の低い検査となっているのが現状である。⁷⁾

②羊水検査

羊水検査は、妊娠15週～18週頃に実施可能な検査である。羊水検査は、妊婦の羊水を少量採取し、羊水中の細胞を培養して、染色体の分析や、酵素活性の測定、DNA診断等を行うものである。これによって、胎児がダウン症、13トリ

ソミー、18トリソミー等の遺伝子の異常による疾病等に罹患しているかを発見することができる。羊水検査による羊水採取は、絨毛検査による絨毛採取に比べて容易であることや、その他の侵襲的検査の中でも、安全性、信頼性の点で優れていることから、確定診断として最も頻繁に行われている検査となっている。⁸⁾ このため、出生前診断を代表する検査といわれている。

③胎児採血

これは、超音波断層法によって直接母体内を観察しながら、胎盤表面の血管や臍帯の血管の中央部、胎児の肝臓内の血管から胎児血を採取し、分析を行う検査である。胎児の血液を分析することによって、胎児が染色体異常、先天性代謝異常、DNA診断可能な疾患に罹患しているか、また、胎児血液の状態によって、ヘモグロビン異常症や血友病のような凝固異常症、胎児溶血性疾患、胎児感染症、原発性免疫不全症、胎児の貧血の有無等を判断することができる。胎児採血は妊娠17～18週頃から可能であるが、副作用として胎児の死亡がおこる可能性があるため、実際には妊娠20週以降に胎児採血を行う方が、技術的に容易であるとされている。

④超音波断層法

超音波断層法は、超音波による画像診断によって、リアルタイムで胎児の動画像を観察することができる検査である。超音波断層法の検査を行うことで、胎児の発育状況や、母体内の羊水量、胎盤の状態、臍帯巻絡の有無、胎児の血流等、胎児や母体内の状態を理解することができ、さらに、無脳症、胎児性水頭症、心奇形、腹壁破損、尿路閉塞症、腎無形成、四肢短縮症等、妊娠初期におこる胎児の外面からわかる異常を早期に発見することができる検査である。出生前診断の中でも超音波断層法の検査は、現在、病院に受診した妊婦が必ず受ける検査となっている。1回の診断につきおよそ5千円程度と、比較的低額で実施することが可能である。超音波断層法の他、X線やMRIから胎児の疾病や異常を診断する検査方法は画像診断法と呼ばれている。⁹⁾

⑤母体血清マーカー検査

妊娠中は胎児によって作られる様々な物質が母体血清中に流れ込んでいるが、それらの物質の増減を検査することによって胎児の健康状態を推定することが可能とされている。母体血清マーカー検査とは、妊婦から採血を行い、母体血

清中に移行したある種の胎児の分泌物質の増減を判定し、胎児に遺伝子の異常があるか否かを検査する検査方法である。母体血清マーカー検査は、妊娠15週頃の妊娠中期から検査が可能とされており、母体血清中のAFP、hCG、uE3の三種の胎児分泌物質の増減を検査（トリプルマーカーテスト）することで、胎児がダウン症である確率や、トリソミー18、無脳症、脊椎裂の確率の算出が可能となる。さらに、現在は、前述の三種の胎児分泌物質に加えてインヒビンAの四種の胎児分泌物質を測定する検査（クアトロマーカーテスト）が実施され、¹⁰⁾ダウン症と神経管閉鎖障害の予知に用いられるなどの展開をみせている。ただし、この検査はあくまで胎児がダウン症であるリスクを推定するスクリーニング検査であるため、胎児に遺伝子の異常があると確定するまでに至るものではない。つまり、母体血清マーカー検査自体は、胎児が対象疾患であることを診断する確定診断ではなく、羊水検査や精度の高い画像診断の必要性につき判断材料とされるにすぎない検査方法である。しかし、費用が2～3万円程度と低額であることから、妊婦に一律に実施するマス・スクリーニング検査とすべきであるとの主張がなされている。¹¹⁾

⑥母体血細胞フリー胎児遺伝子検査

新型出生前診断と呼ばれる母体血細胞フリー胎児遺伝子検査は、妊婦の血液だけで胎児の染色体異常が高精度で診断できるという非侵襲的出生前診断の一種である。前述の母体血清マーカー検査と比べ、妊娠10週という妊娠初期から実施が可能な検査であり、その方法としても、母体の血液を採取し、血漿中に少量存在している胎児由来のDNAを母体由来のDNAと比較することで、胎児の染色体の異常を診断するものであることから、胎児や母体の身体になんら悪影響を及ぼすことなく診断することが可能な検査となっている。新型出生前診断でわかる染色体異常は、13トリソミー、18トリソミー、21トリソミーであり、ダウン症をはじめ、パトー症候群、エドワーズ症候群といった障害に至る確率を従来の出生前診断よりも高い精度をもって算出することが可能である。ただし、新型出生前診断で胎児の遺伝性異常に関し「陽性」との判断がなされたとしても、100%胎児に障害が発生するわけではない。障害の発生の確率は妊婦の年齢と関連して変化するものであることから、新型出生前診断は妊婦の年齢が低いほど結果の正確性も下がる検査であるといえる。また、アメリカでの

報告によれば、新型出生前診断の陽性的中率は30%程しかないことから、あくまでも確定診断ではなく、本質的には従来の母体血清マーカー検査と同様に非確定的な検査とされている。¹²⁾

(2) 新型出生前診断のメリット

わが国における出生前診断といえば、すべての妊婦に一律して行われている④超音波断層法を除いては、②羊水検査が最も精度の高い検査であったことから、出生前診断の中心に位置づけられていた。ただし、羊水検査は、母体に注射器の針を刺し、注射器で羊水を抜き取って採取した羊水を検査するものであるから、母体にも胎児にも危険が及ぶ検査方法であるとの問題点が存在するものであった。しかし、その後、わが国においても⑥無侵襲的出生前遺伝学的検査・母体血細胞フリー胎児遺伝子検査が導入されたことにより、羊水検査よりもメリットが多いとされる新型出生前診断が多くの施設において順次実施され始めた。

新型出生前診断の大きなメリットは、羊水検査と比べてみても、胎児や母体の身体に危険を及ぼす悪影響を与えることがないという点にある。羊水検査は、①絨毛検査や③胎児採血よりも比較的实施しやすい検査方法であるとはいえども、母体に注射器の針を刺すことで細菌が入り込み、その他の合併症をもたらす危険性や流産の危険性も少なからず存在する。このため、新型出生前診断は、妊婦からの採血のみで母体や胎児への侵襲が全くなく、検査方法としても格段に簡単であり、安全である点が大きな利点であるとされている。さらに、新型出生前診断は、妊娠初期である妊娠10週から検査が可能であることから、検査結果が出るまでに2週間ほどの期間が必要であるとしても、早ければ妊娠12週頃までに検査結果を知ることができるという利点がある。検査結果が陽性であった場合において人工妊娠中絶を選択するのであれば、母体保護法において人工妊娠中絶が許容されている「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（厚生労働省の通達によれば妊娠22週未満）」までに人工妊娠中絶を行わなければならないが、新型出生前診断では、早ければ妊娠12週頃に検査結果を知ることができるため、そこから人工妊娠中絶が可能な期間である妊娠22週未満までに、妊婦や夫婦に対し、本当に人工妊娠中絶を選択するか否かを検討する時間がある程度与えることが可能となる。ただし、新型出生前診断に基づ

いて人工妊娠中絶を選択する場合において、最も早い段階である妊娠12週頃においての人工妊娠中絶は中期中絶に入っているため、妊娠12週未満の初期中絶よりは容易な手術ではない。しかし、そうであるとしても、中期中絶の早い時期に人工妊娠中絶が可能となることは、その後の中期中絶の場合と比較しても妊婦の身体的な負担は軽くなるといった利点がある¹⁴⁾。

(3) 新型出生前診断の発展に伴うリスクと課題

新型出生前診断は、従来の出生前診断と比しても多くのメリットがあることから、わが国において今後も予想される高齢出産の増加に伴って、さらに有用性の高い検査方法として展開されるであろう。一方、このような見解に対して、新型出生前診断は検査費用が21万円ほどかかり、その他の出生前診断である羊水検査が10万円～15万円、母体血清マーカー検査が1万円～2万円と比較すると幾分高額であることや、新型出生前診断は染色体異常を高い鮮度で検査することができる検査方法であるとしても、母体血清マーカー検査と同様に確定診断ではなく、あくまでもスクリーニング検査であることから、今後、新型出生前診断が飛躍的に展開をみせるということはないのではないかと意見もある。しかし、現在、安倍政権のもとで打ち出されている「アベノミクス」では、TPPへの交渉参加をはじめ、成長戦略としての民間の活用、規制緩和の推進が図られていること、さらに、アメリカにおいては、出生前診断に限らず、「遺伝子や染色体を判定、診断するビジネスが爆発的な勢いでより『簡単、安全』に、さらに『安価』になっている」等の展開を見せていることから、今後、わが国においても、「アベノミクス」の推進により、民間企業が出生前診断をはじめとした最新医療ビジネスに参入する可能性も考えられないわけではない。もしも、そのような状況が招来するならば、新型出生前診断が、妊娠の際に行われるマス・スクリーニング検査へと発展していく可能性も否定できないであろう¹⁵⁾。しかし、今後、上記のような新型出生前診断の発展がなされるようになれば、そこで直面する倫理上の課題は、当然に避けて通ることはできない。

新型出生前診断をはじめ、出生前診断の推進により当然に直面する倫理上の問題は、胎児の疾病や遺伝子の異常を理由として人工妊娠中絶を許容するという「選択的中絶」の是非をめぐって生じている。胎児の先天的な疾病や遺伝子の異常は、出生前診断により発見や診断が可能とされていても、胎児の先天的

な疾病や遺伝子の異常自体に対しては根本的に治療が可能なものは少ない。このため、ひとたび胎児に疾病や遺伝子の異常が発見されてしまうと、それを告げられた妊婦や夫婦は、胎児の疾病や遺伝子の異常が確定的なものに至っていない段階で短絡的に人工妊娠中絶を選択してしまうという可能性も危惧される。これまでも、わが国において出生前診断が普及された1970年代初めから、出生前診断による「選択的中絶」が優生保護法や母体保護法によって実質上許容されてしまう状況に対しては、否定的な意見が多くなされていた。当時から現在に至ってまでの否定的な意見の多くは、「どのような命であっても大切にすべきである」という「人間の尊厳」を基礎とした意見をはじめとして¹⁶⁾、「現存する障害者の差別や切り捨てにつながる」といった障害者の社会的保護に目を向けた意見、また、「一般的に出生前診断についての理解が不十分であること」やひとたび出生前診断で陽性の診断がなされた際の妊婦や夫婦に対し十分なカウンセリングがなされていない等の具体的な意見が存在する¹⁸⁾。

しかしながら、出生前診断が「命の選別」と関連して「選択的中絶」を推進する倫理的問題と直面するからといって、出生前診断を一律に廃止するという短絡的な決断はなされるべきではないであろう。出生前診断は、「選択的中絶」を含めた妊娠の継続に関する自己決定を行うための、情報提供の目的のためだけに行われるものではなく、胎児の疾病や遺伝子の異常を早期に発見することにより、疾病等の治療が可能なものに対しては早期治療の準備を行う目的や、分娩手段や方法、出生後の治療に備えて準備を行う目的を有する等、医学的においても非常に有益な検査であることは否定できない。たとえば、胎児段階の早期治療が奏功しているケースには、尿路系の異常に対する治療、胎児水腫や腔水症のような疾患等が挙げられている¹⁹⁾。たしかに、およそ出生前診断で発見される胎児の疾病や遺伝子の異常の多くは根本的な治療が可能なものは多くないとしても、胎児の疾病や遺伝子の異常を事前に知ることにより、物理的にも精神的にも治療の準備を早期に行うことができるのと利点が存在している。

以上のことから、出生前診断には胎児段階の早期治療や出生後の早期治療の準備に役立つといった利点が存在しているため、一律に出生前診断自体を否定すべきではないであろうと思われるが、問題は、胎児の疾病や遺伝子異常に対する事前準備の一つとして、人工妊娠中絶を選択することをどこまで許容すべ

きか、またどのような理由から許容されるべきかにあるのではないかと思われる。前述のとおり、わが国の刑法は「墮胎の罪」を規定してはいるものの、母体保護法の規定から人工妊娠中絶を許容する範囲を広く解することが可能であるため、実質的には胎児の疾病や遺伝子の異常を理由とする人工妊娠中絶が許容されている現状にある。新型出生前診断が新たに導入され、今後も更なる展開を見せることが予想される現在において、出生前診断による「選択的中絶」に関する生命倫理上の問題を踏まえ、法的な見地から、出生前診断による「選択的中絶」をどのように捉えているのか、そして、どのような理由から許容されていると解すべきかについて、検討を加えることは決して意義のないことではないと思われる。

3. 墮胎・人工妊娠中絶に関する法制度の変遷

わが国の刑法は「墮胎の罪」において、広く墮胎行為を処罰の対象としているが、母体保護法が医師の手による人工妊娠中絶を許容する要件を規定しているため、多くの墮胎行為に対して「墮胎の罪」の規定自体が適用されていない現状にある。たとえば、出生前診断の結果により胎児に疾病や遺伝子の異常が認められた場合、母体保護法は胎児の疾病や遺伝子の異常を直接の理由として人工妊娠中絶を許容しているわけではないが、母体保護法14条1項1号に規定された「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれがある」との許容要件が、胎児の疾病や遺伝子の異常を理由とする人工妊娠中絶においても適用されている。

現在においては、出生前診断により胎児に疾病や遺伝子の異常が発見された場合において、医師は、妊婦や夫婦に胎児の状況を伝え、「胎児を生むか生まないか」を決定させている傾向にある。出生前診断により胎児にダウン症の疑いがあったことを理由とする人工妊娠中絶が、全国的にどの程度あるかについてのデータは明確に残されていないが、日本産婦人科所属の約330の施設を対象とした、出生前診断で胎児の遺伝子異常が発見されたことに基づく人工妊娠中絶件数の調査によれば、1990年～1999年の10年間では5,381件であったのに対し、2000年～2009年の10年間では11,706件とおよそ少なくない件数が存在して

おり、さらに、1990年代の10年間に比して、2000年代の10年間はその件数が倍増していることが明らかにされている。²⁰⁾ 以上のことから、現在においては、出生前診断の結果、胎児の遺伝子異常につき陽性との判断が告げられた妊婦や夫婦の多くが、最終的に「胎児を生まない」自己決定を行い、母体保護法に基づき適法に人工妊娠中絶を選択しているものと推察される。

本章では、新型出生前診断をはじめとする出生前診断に基づく「選択的中絶」が許容されるかについての検討を加える前提として、「選択的中絶」に関連する法律である、刑法「墮胎の罪」並びに現行法の「母体保護法」、さらに、「母体保護法」の前身である「国民優生法」、「優生保護法」の目的や人工妊娠中絶に関する法制度の変遷につき検討を加えてまいりたい。²¹⁾

(1) 刑法における墮胎処罰の変遷

現在、刑法により墮胎行為を処罰する規定が置かれているが、現行刑法が制定される以前の江戸時代や戦前において、墮胎行為を処罰する規定は存在していなかった。当時の墮胎行為は、胎児の生命を侵害する違法な行為であり、処罰するべきであるという倫理観よりも、自分自身が生き延びるためには、ある種の墮胎行為はやむをえないといった思想と結びついており、墮胎行為を厳格に処罰しようという姿勢が希薄であったようである。この要因には、当時の貧困状況が挙げられている。とりわけ貧困地域における農村部においては、口減らしのための墮胎や出生後の嬰兒の間引きが多発しているような状況にあったとされている。

その後、わが国で初めて墮胎行為を処罰する規定が制定されたのは、旧刑法の「墮胎ノ罪」であった。これまで墮胎罪の規定がなかったわが国において、墮胎罪の規定が置かれるようになったのは、フランスの学者ボワソナードのキリスト教的倫理思想に影響を受けたことが理由として挙げられる。これにより、旧刑法典330条～335条までの6か条において、現行刑法の「墮胎の罪」における規定と類似する規定（妊婦自身による自己墮胎罪、同意墮胎罪、業務上墮胎罪等）が置かれ、広く墮胎行為が処罰されることとなった。²²⁾

旧刑法において、また、それを踏襲した1907年成立の現行刑法典において、広く墮胎行為が処罰の対象となったことにより、旧刑法以前においてあたりまえのようになされていた墮胎行為は減少するであろうことが期待されたが、実

際は、水面下において非合法的な「ヤミ堕胎」が推進される結果となってしまった。このため、第2次世界大戦後の経済的に最悪な状態において、望まない妊娠をしてしまった女性によるヤミ堕胎を防止する目的から、特に産婦人科医や産児調節運動家などから、人工妊娠中絶の規制緩和を求める声が主張され始めた。²³⁾人工妊娠中絶の規制緩和の推進が叫ばれた背景には、旧刑法において堕胎罪が制定されて以降、一定の条件下で堕胎行為を許容する許容規定や法制度が存在していなかったこと、現行刑法においても、堕胎行為の違法性が阻却される場合としては、せいぜい刑法37条1項の緊急避難が適用できる場合に限定されていたこと等が挙げられる。当時は、妊娠した女子は妊娠した以上出産しなければならず、もしも堕胎行為に至った場合は刑罰に処せられるというのが法の立場であったことから、医学的・倫理的な理由や、優生学的な理由による堕胎行為を法的に許容するべきであると考えられ始めた。その後、大正時代に入って、このような主張は優生学的思想と結びつき、刑法における堕胎罪は、「国民優生法」や「優生保護法」の成立によって、医学的・倫理的な理由や優生学的な理由によって法的に許容される方向へと移行していくこととなった。

(2) 優生学的思想の発展と人工妊娠中絶に関する法制度

現行の母体保護法の前身である「国民優生法」や「優生保護法」においては、優生学上、悪質な遺伝子疾患を有する者からの子孫の出生を防止するといった優生学的思想が取り入れられ、遺伝子疾患を有する者の断種（優生手術）が許容されることとなった。堕胎・人工妊娠中絶の許容性の問題が優生学的思想と結びついた契機となったのは、1916年の永井潜『生物学と哲学との境』における「個人は国家のために働かなければならないとする社会有機体論的国家主義」であり、1924年～1926年にかけて実施された社会運動としての優生運動であった。²⁴⁾このような優生運動を布石として、優生学的思想に基づく断種を許容する国民優生法が1940年に制定され、翌年に施行されることとなった。

国民優生法は、人工妊娠中絶を禁止する立場をとりながら、優生学上「劣っている」と判断された遺伝性疾患を有する者に対する断種の許容を規定する法律であった。同法の目的は、国民優生法1条によると「本法は、悪質なる遺伝性疾患の素質を有する者の増加を防遏すると共に健全なる素質を有する者の増加を図り、以て国民素質の向上を期する」ことが目的であると規定されている。

つまり、同法は、「断種による遺伝性疾患の予防」と「優秀な民族素質の保護とその増加」の目的をもって、遺伝子疾患などを有する者に対し、「本人の申請を²⁵⁾基本として、配偶者がいる場合は配偶者の同意、本人が30歳未満の場合、あるいは心身耗弱の場合にはその家にいる両親の同意を必要とする」などの要件を規定した、任意の断種を柱とする法律であるといえる。²⁶⁾

第二次世界大戦後、1946年に日本国憲法が制定され、基本的人権の尊重をはじめとする多くの人権を保障する規定が置かれることとなったが、「出産」をめぐる権利（リプロダクティブライツ）の保障については、当時において十分な議論がなされることはなかった²⁷⁾。その後、1948年に「国民優生法」は「優生保護法」へと改正されたが、「優生保護法」に至っても優生学的思想は根強く残された。これは、「優生保護法」という法律の名称からはもちろんのこと、優生保護法1条において、「『優生上の見地から不良な子孫の出生を防止する』とともに、母性の生命健康を保護すること」が目的として掲げられていることや、さらに、優生手術（不妊手術）の対象の範囲が拡大されて規定されていることから理解することができる。優生手術の対象範囲の拡大については、優生保護法3条1項において、国民優生法が断種の対象としていた「遺伝性疾患」の患者のみならず、「らい病（ハンセン病）」の患者、「遺伝性以外の精神病、精神薄弱」の患者に対しての優生手術までを許容することが規定された。また、もともと国民優生法には、優生学的理由による断種のみが規定され、人工妊娠中絶に関する規定がなかったのだが、同法14条1項において、優生学的理由に基づく人工妊娠中絶を許容する規定が加えられた²⁸⁾。

そして、1949年、優生保護法の人工妊娠中絶許容規定に「経済的理由」が追加されたことにより、わが国における人工妊娠中絶全面禁止の法的規制はかなり緩和されることとなった²⁹⁾。さらに、1952年の改正で、人工妊娠中絶に関する実施が地区優生保護審査会による認定から医師個人の認定に切り替えられたことにより、医師の手による人工妊娠中絶の手続きの簡略化がなされ、わが国は世界でもトップクラスの「墮胎天国」と揶揄されるほど人工妊娠中絶の件数が増加することとなった³⁰⁾。なお、その後、あまりにも「経済的理由」に基づく人工妊娠中絶の件数が増えたことや、胎児の生命権の軽視を問題視する立場から、1972年において、「経済的理由」の削除と「胎児条項」の導入などを盛り込んだ

優生保護法改正案が国会に提出されたことがあったが、多くの産婦人科医や、障害者団体、人口抑圧のために人工妊娠中絶を是とする団体などから激しい反対運動がおこったため、結局改正に至るものではなかった。³¹⁾

(3) 母体保護法における人工妊娠中絶の許容要件

その後、1995年に刑法典が口語体へと全面改正がなされることとなったが、「墮胎の罪」については現行どおりのまま、特に内容につき改正がなされることはなかった。それに対し、優生保護法は、1996年に、障害者に対する差別的な表現の強い優生学的思想を一切削除すべきであるという見地から、優生思想色のある文言を削除し、母体保護法へと改正されることとなった。具体的には、これまで表記していた優生手術という文言が不妊手術に改められ、「らい病（ハンセン病）」をはじめとする精神疾患に罹った患者の優生手術に関する規定が廃止された。

母体保護法への改正によって、ようやく優生保護法における優生学的思想の強い表現は削除されるに至ったものであるが、この母体保護法への改正は、事前に十分な議論がなされないまま性急に行われてしまったために、出産に関する権利（リプロダクティブライツ）をはじめとする諸問題に関しては特に検討が加えられないまま改正がなされてしまった。このため、母体保護法へと改正された現在においても、刑法典では墮胎罪が規定されているにもかかわらず、母体保護法の要件を具備する限りにおいて人工妊娠中絶の許容性が広範にわたって認められるという状況は引き続きこととなった。³²⁾

母体保護法では、人工妊娠中絶の許容要件に関する規定が、同法2条2項及び同法14条に置かれている。そこでは、同法2条2項による「胎児が母体外で生命を保続することのできない時期（1990年3月20日厚生事務次官通知によると「通常妊娠22週未満」であり、現在も同様。）」において、同法14条が規定する①「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのある場合」や、②「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」といった要件に該当するとき、妊婦や配偶者の同意を得て、母体保護法の指定する医師が行う人工妊娠中絶は許容されている。³³⁾

母体保護法のように、人工妊娠中絶を許容する「適応事由」を定め、適応事

由に該当する限りにおいて人工妊娠中絶を許容する妊娠中絶許容モデルは「適応事由モデル」と呼ばれているが、以下、母体保護法の適応事由である2つの要件によって、どのように人工妊娠中絶が許容されているかにつき簡単に説明を加えるものとしたい。

はじめに、第一の「①妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのある場合」であるが、ここでは、さらに「身体的理由」と「経済的理由」に分けることができる³⁴⁾。

まず、「身体的理由」に該当するケースであるが、これは、妊娠を継続することによって、母体の健康・生命を危険にさらすような場合がそれにあたる。このため、「身体的理由」は「医学的適応事由」と言われている。「身体的理由」に該当するケースとしては、たとえば、「妊婦が肺結核や心臓疾患などといった身体的疾患に罹患しているため、妊娠の継続や分娩によって、妊婦の身体的疾患が悪化するなど、母体の健康を著しく侵害するおそれのある場合に中絶を認める」といったものが挙げられる。ここでは、母体の生命・身体と³⁵⁾いった保護法益と胎児の生命・身体といった保護法益が比較衡量され、その結果、母体の生命・身体が優先されることにより胎児の生命・身体を侵害する人工妊娠中絶の違法性が阻却されるものと解されている。これに対して、胎児の生命・身体といえども「人へと成長していく『生命・身体』」であることにはかわりないことから、胎児の生命・身体と母親の生命・身体を比較した際に、なにゆえ母親の生命・身体の方が優先されるのかと疑問に感じることがあるかもしれない。しかし、刑法においては、胎児の生命・身体よりも、「人」の生命・身体の方が保護すべき利益として重要視されていることは疑いがない。刑法は、「人」の段階における生命・身体に対しては、故意犯（殺人罪・傷害罪等）・過失犯（過失致死罪・過失傷害罪等）のほか、生命・身体に対する危険犯（遺棄罪等）等を規定することによって手厚い保護をしているものであるが、出生前の胎児段階における生命に対しては「墮胎の罪」でのみ保護しているに過ぎず、胎児の生命・身体に対する過失行為や胎児の身体への故意による傷害行為に対しての処罰規定を置いているものではない³⁶⁾。また、「墮胎の罪」は、「人」の生命・身体を故意で侵害する犯罪と比較してもその法定刑が軽いことから、刑法は胎児の生命・身体よりも、「人」つまり母親の生命・身体の方がより優越する利益で

あると考えていることがわかる。このため、胎児の生命・身体と母親の生命・身体を比較衡量した結果、母親の生命・身体を保護するために、胎児の生命・身体への侵害はやむを得ないものと解され、緊急避難的に胎児の生命侵害行為である人工妊娠中絶の違法性が阻却されると解されている。

次に、「経済的理由」に該当するケースであるが、これは、母親となる女性や、その家族の社会的及び経済的な状況から、妊娠を継続し、出産させることが不可能あるいは母体の健康に対し著しい影響を与えるようなケースがそれにあたる。ここでは、「経済的理由」に基づき、人工妊娠中絶の違法性が阻却されると解され、前提として、如何なる法益が比較衡量されているのかが問題となるが、母体保護法自体は母体の生命・身体を保護する目的を有していることから、「経済的理由」においても、比較されるべき法益は胎児の生命・身体と母体の生命・身体が前提となるものと解される。つまり、ここにおいては、胎児の生命・身体と、母親となる女性や、その家族の社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が比較衡量されているといえよう。そして、比較衡量の結果、社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が優越するために、胎児の生命侵害行為である人工妊娠中絶の違法性が阻却されるものと解される。つまり、妊娠を継続していくことによって、経済的に逼迫し、養育に当たる母体の負担が著しく大きくなり、社会的にも母体の生命・身体に害悪を及ぼすと考えられる場合は、胎児の生命・身体といった保護法益は後退すると解されることになる。しかし、単純に胎児の生命・身体と母体の生命・身体とを比較衡量する場合であれば、胎児の生命・身体よりも母体の生命・身体が優越することは理解しえても、ここにおいて、胎児の生命・身体よりも社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が果たして優越するものかどうかは、なお疑問が残る。

そもそも、優生保護法において経済的理由の項目が加えられた当初においては、「経済的理由」に基づく人工妊娠中絶が許容されるために、母体に健康障害が生じるおそれがあるほどの著しい経済的貧困が必要であると解されていた。1953年に発表された厚生事務次官通達によれば、その貧困の程度は「現に生活保護を受けているような経済的困窮の場合とか、妊娠または分娩によって生活が困窮し、生活保護を受けるに至るような場合が通常³⁸⁾」と記されている。以上のことを踏まえると、単に「生活が経済的に苦しい」とか「裕福でない」といっ

た理由では経済的理由に該当するものではないといえるが、現在では、経済的貧困の程度はゆるやかに解されているため、胎児の生命・身体よりも社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が優越する説得的な理由づけが、なお困難になっているように解される。

続いて、第二の「②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」についてである。この適応事由が当てはまる場合は、母親たる女性の意思とはまったく無関係に起こった、犯罪により惹起された妊娠であり、母親たる女性の「意思決定」や「人間の尊厳」を侵害した結果の妊娠であるということになる。ここにおいては、胎児の生命・身体といった保護法益と、母親たる女性の「人間の尊厳」をはじめとした利益が比較衡量されることとなるが、その結果、胎児の生命・身体よりも、母親たる女性の利益が尊重されると解されるため、胎児の生命侵害行為である人工妊娠中絶の違法性が阻却されると解される。しかし、この場合においても、女性の「人間の尊厳」といった利益侵害の回復を根拠に、胎児の生命・身体といった法益侵害が許容されてしまうのは、胎児の生命を尊重する立場から見れば、胎児の生命侵害に対する十分な正当化根拠とはいえないのではないかといった批判が存在している。³⁹⁾

4. 母体保護法に基づく「選択的中絶」の許容と問題点

わが国の母体保護法は、同法14条1項の要件に基づき、望まない妊娠に対する人工妊娠中絶を広く許容している。さらに、現在、年間に20万件程度行われている人工妊娠中絶のうち、「経済的理由」に基づく人工妊娠中絶がおおよそ9割以上の割合で実施されている。「経済的理由」をはじめとする母体保護法の許容要件によって、何故に人工妊娠中絶が許容されるのかについての理由づけについては、なお検討の余地は残されているものの、「経済的理由」の適用により、望まない妊娠の人工妊娠中絶が広く法的に許容されている状況にあることは変わりが無い。以上のことから、出生前診断の結果、望んでいた妊娠から望まない妊娠へと変わった場合における人工妊娠中絶を許容すべきではないとする主張はなしえないように思われる。

一方、このような見解に対して、胎児の生命を保護する見地から、「選択的中絶」も含め一般的な人工妊娠中絶はすべて禁止する方向で検討を行うべきであるとの意見も少なからず存在する。しかし、長年にわたり墮胎行為が許容され続けてしまったわが国の歴史を振り返ると、いったん許容された人工妊娠中絶に刑罰をもって歯止めをかけることはもはや困難であろうと思われる。たとえば、経済的理由を排除して厳格に人工妊娠中絶に対する法的規制をはかり、許容されない人工妊娠中絶を墮胎罪で処罰するのであれば、結局、ヤミ墮胎が横行する等といった悪しき歴史が繰り返され、かえって母体の健康を害する結果へと行き着く可能性は否定することができない⁴⁰⁾。また、近年、日本国憲法13条から導き出され、保障すべきであるとの方向へと展開されている「自己決定権」は、そもそも女性の「産むか産まないか」に関する権利をめぐる裁判を契機⁴¹⁾として保障が認められるようになったことから、女性の「自己決定権」の尊重といった点からも、一律に墮胎行為を処罰する方向へと立ち戻ることはできないように思われる。「自己決定権」の保障を認める憲法13条は、個人の尊重と公共の福祉が規定され、『『公共の福祉』に反しない限り、個人が自由かつ主体的に幸福を追求し、自らが選択する『自己決定権』にその幸福追求の原点がある』と解されるものである。このため、憲法13条の自己決定権の尊重を前提として、「個人の尊重および個人主義の原理に立脚すると、『選択的中絶』もまた、個人の判断に依拠すべき」という立場から、胎児に疾病や遺伝子の異常が発見された場合において、妊婦や夫婦が考え抜いた末に人工妊娠中絶を選択することは、一概に非難されるべきではないと思われる⁴²⁾。以上の点から、出生前診断による「選択的中絶」は、いかなる理由に基づき、どのような範囲において許容されると解すべきかについて、検討を行うべきであろう。

現在、わが国の出生前診断による「選択的中絶」は、母体保護法の「経済的理由」に基づき法的に許容されている。つまり、「胎児が、母体外において、生命を継続することのできない時期（通常妊娠22週未満）」において、胎児に疾病や遺伝子の異常のあることが発見された際に、「出産するかどうか、障害をもって生まれてくる子どもの将来のこと、自分たちで養育できるのか、あるいは経済的負担はどうか」などの様々な事柄を考慮した結果、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があると認められる場合

に、人工妊娠中絶が許容されている⁴³⁾。ここにおいても、胎児の生命・身体と、社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が比較衡量され、胎児の生命侵害行為である墮胎行為の違法性が阻却しうるものかの検討がなされていることとなるが、通常の「経済的理由」に基づく人工妊娠中絶との違いは、出生前診断により疾病や遺伝子の異常が発見された胎児の生命・身体が法益衡量の比較対象となっている点である。通常の「経済的理由」に基づく人工妊娠中絶の場合であっても、法益の比較衡量の結果、社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が優先される以上、出生前診断による「選択的中絶」の場合においては、疾病や遺伝子の異常が発見された胎児を養育する上で生じる経済的・精神的負担は更に大きいものと解されるため、疾病や遺伝子の異常が発見された胎児の生命・身体と、社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体との保護法益を比較衡量した場合には、社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体の方が優越するものと解するのが相当であろうと思われる。

なお、出生前診断による「選択的中絶」の許容要件の根拠を法益衡量に基づく違法性阻却に求める立場に対して、期待可能性の欠如による責任阻却に求める見解も存在する。これによれば、「胎児の出生後、本人や家族が様々な苦勞を負うことは経験則上当然に予測されうる」ことから、「選択的中絶」を犯罪として法的強制を加えることは、たとえ出生後に公的援助体制を整備しても負担が伴い、「胎児の先天的な遺伝子の異常は『身体的又は経済的理由』に当然含まれ、刑事責任を問うことはでき」ず、胎児の生命侵害行為である人工妊娠中絶に対して非難を加えることはできないと解している⁴⁴⁾。しかしながら、単なる「望まない妊娠」による人工妊娠中絶が、母体保護法の「経済的理由」に基づきその違法性が阻却されている状況を踏まえると、「選択的中絶」の許容要件に対してのみ期待可能性の欠如を理由とする責任阻却を認めることは難しいように思われる。

さらに、出生前診断による「選択的中絶」を母体保護法の「経済的理由」に基づいて許容する見解に対して、母体保護法の拡大解釈であり、法と現実が乖離しているとの批判が存在している⁴⁵⁾。これらの批判の中には、「経済的理由」における当初の貧困の基準を用いて、一般の「望まない妊娠」でさえも本来的に違法な人工妊娠中絶であると考えられることから、まして、出生前診断による

「選択的中絶」をも「経済的理由」に基づいて許容すべきではないとする見解がある。⁴⁶⁾ また、母体保護法の「経済的理由」による「選択的中絶」の許容は、母体保護法の拡大解釈につながり、「経済的理由」の濫用をもたらすことから、「選択的中絶」による人工妊娠中絶に対しては、「経済的理由」だけでなく、「身体的理由」による許容を認めるべきだとする見解が存在する。たとえば、出生前診断によって、胎児に遺伝子の異常があると診断された妊婦の精神的ストレスは相当なものであるから、心身症のような精神的疾患を抱えるケースも多いため、このような精神的疾患に対し、「指定医が数か月またはそれ以上の長期にわたって日常生活に支障をきたす程度の危険性がある」と判断できるような場合は、「身体的理由」に基づく人工妊娠中絶を認めるべきであるとしている。⁴⁷⁾ さらに、女性の自己決定権の尊重を重視する立場から、「選択的中絶」はもちろんのこと、すべての人工妊娠中絶は「身体的又は経済的理由」や「胎児条項」といった要件を具備することによって許容されるべきではなく、ある一定の期間内における女性の自己決定に委ね、女性の自己決定権に基づき許容されるべきであるといった「期限モデル」を前提とした立場からの主張もなされている。⁴⁸⁾

このように、わが国において出生前診断による「選択的中絶」の許容要件をいかに求めるべきかについては様々な議論がなされている。この議論の中には、妊娠中絶許容モデルにおける「期限モデル」を採用して、ある一定の期間内においては、胎児の生命・身体は女性の一身専属的な利益であり、女性と格別保護される必要性はないとの見地から、ある一定の期限内における人工妊娠中絶は、出生前診断による「選択的中絶」を含め、犯罪の構成要件に該当する行為ですらない権利行為とすべきとの主張も存在する。しかし、実際に適用されている事例は激減してはいるものの、刑法においては「墮胎の罪」の規定がなお残存していることから、墮胎行為は犯罪行為であることを前提とし、墮胎行為の違法性を阻却する要件を規定する法律が母体保護法であるといった「適応事由モデル」が現行法上の理解であるとの立場に立つべきであろう。つまり、出生前診断による「選択的中絶」であっても、「望まない妊娠」による人工妊娠中絶であっても、すべての墮胎行為は本来的に違法であり、母体保護法における人工妊娠中絶の許容要件を具備し、社会的相当性を肯定しうる場合に限って、例外的に墮胎行為の違法性が阻却されると解されるべきであろう。本来違法と

されている墮胎行為が、母体保護法の適応事由に該当する人工妊娠中絶に限って例外的に許容されていると解することによって、刑法の「墮胎の罪」は、国民に対し「墮胎行為は犯罪である」ことを明示する意義を持ち、さらに、墮胎罪の違法性を例外的に阻却するための母体保護法という母体保護法の位置づけも明確になるものと思われる。⁴⁹⁾

では、出生前診断における「選択的中絶」はいかに許容されると解すべきかであるが、この問題を検討する前提として、出生前診断の検査方法や出生前診断の実施が認められる具体的事情等を看過すべきではないと思われる。現在、出生前診断がどのような場合に、いかなる方法で実施がなされ、そして、母体保護法によってどのように許容されているかの現状を踏まえて、出生前診断における「選択的中絶」の許容性について検討を行っていくものとする。

まず、出生前診断では、すべての検査が、妊婦全員に対し一律に行われる検査として実施されているわけではない。出生前診断において妊婦全員に対し一律に行われる検査として実施されているのは、前述の④超音波断層法のみであり、その他の出生前診断は、ある一定の条件を兼ね備えている場合において実施がなされているものである。どのような条件によって出生前診断が実施されているかについては、遺伝医学関連学会の「遺伝学検査に関するガイドライン」と日本産科婦人科学会の会告から、その実施基準を理解することができる。

遺伝医学関連学会の「遺伝検査に関するガイドライン」によれば、出生前診断の中においても、妊婦に対する侵襲的な出生前検査・診断を行う場合においては、夫婦からの希望があり、検査の意義について十分な理解が得られる次のような場合においてのみ行うことができるということが示されている。侵襲的な出生前検査及び診断の実施が行うことが認められる場合とは、第一に、夫婦のいずれかが、染色体異常の保因者である場合、第二に、染色体異常症に罹患した児を妊娠、分娩した既往を有する場合、第三に、高齢妊娠の場合、第四に、妊婦が新生児期もしくは小児期に発症する重篤なX連鎖遺伝病のヘテロ接合体の場合、第五に、夫婦のいずれもが、新生児期もしくは小児期に発症する重篤な常染色体遺伝病のヘテロ接合体の場合、第六に、夫婦のいずれかが、新生児期もしくは小児期に発症する重篤な常染色体優生遺伝病のヘテロ接合体の場合、第七に、その他、胎児が重篤な疾患に罹患する可能性のある場合などが挙げら

れている。つまり、出生前診断は、夫婦のいずれかが遺伝子疾患を有している等、出生前診断によって胎児の疾病や遺伝子の異常が発見される蓋然性の高い場合に限って、医師の十分な説明の後に、夫婦からの希望に基づいて実施がなされているものである。加えて、「遺伝検査に関するガイドライン」においては、出生前検査及び診断として遺伝学的検査及び診断を行うにあたっては、第一に、胎児が罹患児である可能性（リスク）、検査法の診断限界、母体・胎児に対する危険性、副作用などについて検査前によく説明し、十分な遺伝カウンセリングを行うこと、そして、第二に、検査の実施は十分な基礎的研修を行い、安全かつ確実な検査技術を習得した産婦人科医により、またはその指導のもとに行われなければならないといった点に留意して、慎重に実施がなされることが求められている。以上の点からみても、出生前診断の実施においては、倫理的側面からのより慎重な取り扱いが求められているものである。⁵⁰⁾

さらに、本年になってわが国においても導入がなされた新型出生前診断についても、どのような点に留意して実施がなされているかにつき言及しておきたい。新型出生前診断は、母体血清マーカー検査と同様、非侵襲的な出生前診断の一種であること、母体血清マーカー検査よりも遺伝子異常の検査精度が高く、妊娠期間の早い時期に実施できる等の利点がある有用性の高い検査方法であることから、今後、妊婦に一律に実施するマス・スクリーニング検査として認められる可能性が考えられるものである。しかし、いかに有益性の高い非侵襲性の新型出生前診断であるといえども、その実施においては生命倫理上の問題に配慮して、非常に慎重な取り扱いがなされているといえる。たとえば、新型出生前診断と同様に非侵襲性の出生前診断であり、費用も1～2万円と低価格に検査が可能である母体血清マーカー検査であっても、妊婦全員に一律に実施するマス・スクリーニング検査にはなっていない。厚生科学審議会先端医療技術評価部会の出生前診断に関する専門委員会は、「母体血清マーカー検査に関する見解」において次のような発表をしている。母体血清マーカー検査への対応の基本的な考え方として、「現在、わが国においては、専門的なカウンセリングの体制が十分でないことを踏まえると、医師が妊婦に対して、本検査の情報を積極的に知らせる必要はな」く、さらに、医師は「本検査を勧めるべきではない」という立場を前提として、「本検査に対して妊婦から相談があった場合には、十

分に説明し、妊婦が自発的に検査を受ける選択をした場合に限り実施するか、若しくは、それが可能な施設に紹介すべきである」としている⁵¹⁾。この母体血清マーカー検査に関する立場は、そのまま新型出生前診断にも当てはまるものである。つまり、非侵襲的な出生前診断に関しては、侵襲的な出生前診断よりも検査の実施が制限されるものではないが、実施が可能であるとしても、「妊婦や夫婦に積極的に推奨する検査ではない」ということを前提として、検査を実施する上での十分なインフォームドコンセントが必要であり、検査前に十分な説明と非指示的なカウンセリングを行うことが求められている。以上のことから、出生前診断の実施に関しては、それが侵襲的な検査であるならば、実施できる場合が限られているだけでなく、侵襲的な検査や非侵襲的な検査のどちらの場合であっても、倫理的な問題や妊婦や夫婦の精神面を考慮して、十分なインフォームドコンセントが求められている。医師が出生前診断の実施に関する情報を提供する際には、もしも出生前診断によって胎児に疾病や遺伝子の異常が発見されたとしても、当該検査は100%の的中率ではないこと、出生する子どもはだれでも先天異常等の障害を持ちうること、障害を持って生まれたとしても様々な成長発達をする可能性があること等を丁寧に説明する必要があるとしている。このように、夫婦、特に妊婦の「自己決定権」を尊重し、「自己決定権」を保障する見地から、出生前診断の実施にはインフォームドコンセントをはじめとする慎重な配慮がなされていることが理解される。

以上のように出生前診断においては、夫婦、特に妊婦の出生前診断を行うかの自己決定、並びに、出生前診断によって胎児に疾病や遺伝子の異常が発見された場合における「選択的中絶」の自己決定を保障するために、十分なインフォームドコンセントが求められている。このことから、「出生前診断」に基づく「選択的中絶」が母体保護法によって許容されるためには、その重要な要件として「医師の手による十分なインフォームドコンセントの結果なされた出生前診断であること」が必要であると思われる。医師の手による十分なインフォームドコンセントの結果、妊婦が出生前診断を実施し、最終的に出生前診断による「選択的中絶」を決断した場合においては、その妊婦の自己決定権は、母体保護法の規定する許容要件を満たす範囲内で、最大に尊重されるべきであろう。つまり、母体保護法に規定された「胎児が母体外において生命を保続できない期間

(妊娠22週未満)」において、「都道府県の区域を単位として設立された社団法人たる医師会の指定する医師」と十分に相談した上で、妊婦や夫婦が、医師の手による十分なインフォームドコンセントの結果なされた出生前診断によって「選択的中絶」を真摯に希望する場合は、「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのある場合」に該当するとして、人工妊娠中絶の違法性は阻却されるべきであると考えている。ここでは、「選択的中絶」の違法性が阻却されるかどうかの検討のために、胎児の生命・身体と社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が比較されるのであるが、前述のとおり、ここにおいての胎児の生命・身体は出生前診断により疾病や遺伝子の異常が発見された胎児の生命・身体ということになる。さらに、「選択的中絶」が可能な期間は「胎児が母体外において生命を保続できない期間」に限定されていることから、この期間内においては、十分なインフォームドコンセントに基づく「選択的中絶」に関する妊婦の自己決定がある場合に限って、疾病や遺伝子の異常が発見された胎児の生命・身体よりも社会的・経済的事情の上にある母体の生命・身体が優越するため、人工妊娠中絶の違法性が阻却されると解するのが妥当ではないかと思われる。つまり、医師の手による十分なインフォームドコンセントの結果なされた出生前診断であることを前提として、妊婦による真摯な自己決定に基づく「選択的中絶」でなければ、その人工妊娠中絶は違法であり、また、妊婦の真摯な自己決定に基づく「選択的中絶」であっても、社会的に相当たる理由もなく、単なる男女の生み分けのための「選択的中絶」であれば、「選択的中絶」の違法性を完全に阻却するには不十分であると思われる。

5. 結 論

わが国において母体保護法・優生保護法によって許容された人工妊娠中絶の総数を振り返ってみると、年間100万件以上実施されていた1950年代と比べると、現在は20万件にまで減少している。優生保護法において「経済的理由」の要件が付け加えられて以降、人工妊娠中絶は広く許容される傾向となったにも関わらず、人工妊娠中絶の件数が減少傾向にあるのは、国民一人ひとりのリブ

ロダクティブヘルツに関する意識が高まったことが理由として挙げられるだろうが、その他、刑法が「墮胎の罪」を規定し、あくまでも墮胎行為は犯罪であるとの立場を確立し続けたことも一因としてあるのではないと思われる。このため、妊婦や夫婦の同意に基づく人工妊娠中絶であっても、出生前診断に基づく「選択的中絶」であるといっても、刑法の「墮胎の罪」において処罰の対象とされる墮胎行為であって、母体保護法の規定する許容要件を充足し、妊婦の人工妊娠中絶の自己決定権が十分に確保されている状況でなければ、人工妊娠中絶の違法性が阻却されるものではないと解すべきである。

そして、新型出生前診断による「選択的中絶」の許容をどのように解すべきかであるが、新型出生前診断が、非侵襲的な出生前診断であること、妊娠の早い段階において実施のできる検査方法であること、診断の精度が高度であること等の利点から、出産年齢の高齢化に伴って実施の件数が増加する可能性のある、非常に有益な検査であることを踏まえて検討を行う必要がある。新型出生前診断に基づく「選択的中絶」が許容されるためには、厚生科学審議会先端医療技術評価部会の出生前診断に関する専門委員会における見解が示す通り、非侵襲的検査であるといえども、医師から積極的に推奨するものではないことを前提として、新型出生前診断を希望する妊婦に対しては、新型出生前診断の内容や、検査結果の正確性に関する情報、障害に関する具体的な情報、陽性と判断された際の選択肢等を、医師が妊婦に対して十分に説明を加えることがおのずと求められる。そして、この「医師の手による十分なインフォームドコンセント」に基づく出生前診断による「選択的中絶」であることが、母体保護法に基づく人工妊娠中絶の許容を認める上で必要不可欠な要件であると解すべきであろう。医師の手による十分なインフォームドコンセントの結果なされた出生前診断であることを前提として、妊婦による真摯な「選択的中絶」の自己決定権は最大の尊重が保障されることとなり、母体保護法の範囲内において、人工妊娠中絶の違法性が阻却されるものである。

なお、本稿は、新型出生前診断をはじめとする出生前診断による「選択的中絶」が母体保護法によりいかに許容されているかを中心として検討を加えたものであるが、単なる「望まない妊娠」による人工妊娠中絶が「経済的理由」に基づき違法性が阻却される理由づけについては、十分に再考を行うことができ

なかったため、今後の課題として参りたい。

注

- 1) 読売新聞2012年8月29日付及び朝日新聞デジタル2013年3月31日付参照。朝日デジタルにおいては、「妊婦の血液で胎児のダウン症などの染色体異常がわかる新型の出生前診断が4月1日から昭和大学病院（東京）などで始まる。17の医療機関が計画中で準備が整い次第、スタートさせる」ことが報じられた。
- 2) 厚生労働省「保健・衛生行政業務報告（衛生行政報告例）」によれば、平成23年の全国における人工妊娠中絶件数の総数は20万2,106件との報告がなされている。また、時事通信平成25年7月17日付において、「妊婦の血液から胎児の染色体異常を調べる新型出生前診断が導入された4月以降の3カ月間に、全国22の医療機関で1,534人の妊婦が検査を受けたことが17日、分かった。1.9%に当たる29人が遺伝子の異常の疑いのある『陽性』と判定され、確定検査を経て人工妊娠中絶を選んだ女性も少なくとも2人いた」ことが報じられている。
- 3) 本稿は、拙稿「墮胎罪と女性の自己決定権」創価大学通信教育部論集9号2006年と、拙稿「出生前診断と自己決定権」創価大学通信教育部論集11号2008年の内容を元に、最新の出生前診断である「新型出生前診断」の内容を加え、刑法の解釈論上の見地から、新型出生前診断をはじめとする出生前診断に基づく「選択的中絶」の許容性につき再検討を加えるものである。
- 4) なお、本稿では、わが国において実施されている出生前診断の検査方法に限定し、諸外国において実施がなされている着床前診断に関しては説明を割愛する。着床前診断に関しては、拙稿前掲注3「出生前診断と女性の自己決定権」を参照。
- 5) 出生前診断の検査方法については、拙稿前掲注3「出生前診断と自己決定権」を前提として、片桐英彦「出生前診断・着床前診断と生命倫理 — リスクの視点から考える倫理的な問題 —」山崎喜美子編『生命の倫理2』2008年272～278頁、美馬達哉「出生前診断と選択的人工妊娠中絶」佐藤純一他編『先端医療の社会学』2010年49～54頁、田中圭二「出生前診断と人工妊娠中絶」『刑事法学の潮流と展望 — 大野眞義先生古稀祝賀 —』2000年430～431頁を参照。
- 6) 片桐前掲注5 275頁参照。
- 7) 美馬前掲注5 50～51頁参照。
- 8) 美馬前掲注5 50～51頁、及び、佐藤孝道『出生前診断 — いのちの品質管理への警鐘 —』1999年13頁参照。
- 9) 片桐前掲注5 273～274頁参照。
- 10) 片桐前掲注5 276頁参照。
- 11) 美馬前掲注5 51～54頁及び佐藤孝道・宮川智幸・塩田恭子「母体血清マーカー試験とその問題点」産婦人科治療74巻1号1997年34頁以下参照。
- 12) 香山リカ『新型出生前診断と【命の選択】』2013年69～72頁参照。なお、アメリカで新型出生前診断の前提となる検査を実施するシーケノム社によれば、新型出生前診断でダウン症に関し「陽性」の結果が出た場合であっても、「35歳妊婦100人のうち、20人の子ど

- もは実際にはダウン症ではなかった」といった報告がなされている。逆に、新型出生前診断によって陰性との判断がなされれば、たとえばダウン症であれば99・9%以上はダウン症ではないとの報告がなされている。
- 13) わが国における人工妊娠中絶の実態に関しては、大久保美保「人工妊娠中絶をした女性のケア — 看護・助産職の調査から」齋藤有紀子編『母体保護法とわたしたち — 中絶・多胎減数・不妊手術をめぐる制度と社会』2002年125～127頁を参照。
 - 14) 香山前掲注12 75～78頁参照。なお、その他の利点として、中期中絶の早い時期に人工妊娠中絶が可能となることで、胎児が未だ「人間らしく」なる以前に人工妊娠中絶ができることは、妊婦の精神的にも負担が軽くなり、また、夫婦の感情的な動揺も抑えられることが指摘されている。
 - 15) 香山前掲注12 80～81頁参照。
 - 16) 大野明子編『子どもを選ばないことを選ぶ』2003年40～42頁参照。
 - 17) 坂井律子『出生前診断』1999年151頁参照。
 - 18) 児玉正幸『日本の着床前診断』2006年15～26頁、柘植あづみ「生殖技術に対する生命倫理の課題の再考」『生命倫理』16巻1号2006年35～41頁、吉澤千登勢「胎児条項と看護職のアボケート責務」『生命倫理』16巻1号52～57頁、塚本康子『医療のなかの意思決定 — 出生前診断 —』2005年268頁等参照。
 - 19) 田中前掲注5 431頁参照。
 - 20) 読売新聞2011年7月22日付。なお、この統計について引用している文献に、香山前掲注12 61～62頁参照。
 - 21) 出生前診断に基づく「選択的中絶」と関連する法制度として、「国民優生法」、「優生保護法」、「母体保護法」が挙げられるが、これらの法律の成立過程や歴史的背景についての詳細は、拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」並びに拙稿前掲注3「出生前診断と女性の自己決定権」を参照。
 - 22) 旧刑法における墮胎の罪においては、330条の自己墮胎罪をはじめ、331条の同意墮胎罪、332条の医療関係者による業務上墮胎罪、333条の威圧や欺罔を手段とする墮胎罪、334条の暴行を加えての墮胎罪、335条の333条・334条の墮胎致死傷罪が規定されている。
 - 23) 旧刑法における「墮胎ノ罪」、また、現行刑法における「墮胎の罪」が規定された大正時代中期から太平洋戦争直前までは、裁判の第一審において、毎年平均220件程度が墮胎罪によって有罪とされていた。以上のことについて、田中圭二『法医学と医事刑法 — 法学部生のために』2002年217頁参照。
 - 24) 国民優生法と優生学の時代的背景に関して詳細なものに、甲斐克則『生殖医療と刑法』2010年33頁、野間伸次『『健全』なる大日本帝国憲法 — 国民優生法制定をめぐる』『ヒストリア』1988年43～65頁参照。
 - 25) 松原洋子「母体保護法の歴史的背景」齋藤有紀子編『母体保護法とわたしたち — 中絶・多胎減数・不妊手術をめぐる制度と社会』2002年38～39頁参照。
 - 26) 甲斐前掲注24 33頁参照。
 - 27) 同様に論じているものに、甲斐前掲注24 34頁参照。
 - 28) 優生保護法14条1項においては、第一に、「本人又は配偶者が精神病、精神薄弱、精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有しているもの」、第二に、「本人又は配偶者の四

- 親等以内の血族関係にある者が遺伝性精神病、遺伝性精神薄弱、遺伝性精神病質、遺伝性身体疾患又は遺伝性奇形を有しているもの」、第三に、「本人又は第三者がらい疾患に罹っているもの」に対し、優生保護法指定医師が、本人又は配偶者の同意を得て人工妊娠中絶を行うことを許容する規定が置かれていた。
- 29) 母体保護法制定までの歴史について、甲斐前掲注24 32～37頁並びにホセ・ヨンパルト・秋葉悦子『人間の尊厳と生命倫理・生命法』2006年160～164頁参照。
- 30) なお、厚生労働省の調査によると、優生保護法下での人工妊娠中絶の件数は、1953年～1961年までは毎年100万件を超えているが、その後、漸次減少していき、平成に入った1989年には46万6,876件にまで半減している。また、その後も減少傾向は続き、優生保護法から母体保護法へと改正された以降は年間30万件強にまで減少し、2011年には20万2,106件にまで減少している。厚生労働省「保健・衛生行政業務報告（衛生行政報告例）」前掲注2並びに甲斐前掲注24 34～36頁参照。
- 31) 拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」55頁、また、松原洋子「日本の優生法の歴史」『優生保護法が犯した罪 — 子供をもつことを奪われた人々の証言』2003年106～109頁参照。
- 32) 優生保護法において「経済的理由」が加えられた以降、優生保護法や母体保護法によって許容された人工妊娠中絶のおよそ99%が「経済的理由」を根拠に実施されていると言われている。ヨンパルト・秋葉前掲注29 162頁参照。
- 33) 『「胎児が母体外で生命を保続することのできない時期」については、未熟児保育技術の向上に伴って、『妊娠8月未満』（1953年6月12日厚生事務次官通知）、『第7月未満』（1976年1月20日厚生事務次官通知）、『満23週以前』（1978年11月21日厚生事務次官通知）というように変遷があり、現在では『満22週未満（21週と6日間）』（1990年3月20日厚生事務次官通知）となっている。大谷實『いのちの法律学 — 生命の誕生から死まで』1999年35～37頁参照。
- 34) 人工妊娠中絶の許容モデルには「適応事由モデル」と「期限モデル」が存在する。わが国の母体保護法は「適応事由モデル」であり、一定の適応事由を具備することにより、人工妊娠中絶が許容されることとなる。一方で、「期限モデル」とは、ある一定の妊娠期間において、胎児は妊婦の一部であると解することにより、胎児の生命・身体よりも妊婦の「産むか産まないか」の自己決定が尊重されるため、人工妊娠中絶は当然に許容されるものである。各国における人工妊娠中絶の許容モデルに関しては、拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」を参照。
- 35) 母体保護法の第一の適応事由によって、どのように人工妊娠中絶が許容されているかにつき詳細なものに、田中前掲注5 431～438頁参照。
- 36) 高橋勝好『詳解改正優生保護法』1952年73頁以下、並びに、田中前掲注5 434～438頁参照。
- 37) 西田典之『刑法各論第6版』2012年5～6頁参照。
- 38) これは、優生保護法制定時に発せられた各都道府県知事宛の厚生事務次官通知（1953年6月12日発衛第150号）において定められている。当時の厚生事務次官通知は、母体保護法施行後についても有効であるとして引用しているものに、田中前掲注5 432～433頁参照。

- 39) 日本やドイツにおける人工妊娠中絶許容規定に対し違法性阻却事由からの検討として詳細にまとめられているものに、松尾智子「妊娠中絶における女性と胎児（序論）」『法の理論21』2001年164～165頁参照。
- 40) 拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」66頁参照。
- 41) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973). 当時のアメリカでは、例外的に人工妊娠中絶を許容する要件を認めるようになってはいたが、女性の利益と胎児の生命を比較衡量した場合に、胎児の生命を尊重する立場が強かったことから、人工妊娠中絶の許容要件を充足しない場合においては、墮胎罪の適用がなされていた。しかし、ロウ判決の影響により、「産むか、産まないか」といったプライベートな領域における女性の決定は、本来、女性の「自己決定権」に属するものであり、特に妊娠初期にあたる約3ヶ月の妊娠期間においては、常に女性の「自己決定権」が第一義的に優先して保障されるものであると認められ、女性の自己決定権は尊重されるべきであるという立場が次第に確立され始めるようになった（人工妊娠中絶許容モデルにおける期限モデルとされている）。ロウ判決の内容につき詳細なものに、加藤久雄『「ヒトの生命」生成と刑法上の諸問題』『福田平・大塚仁博士古稀祝賀 刑事法学の総合的検討（上）』1993年249～258頁参照。また、拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」においても、ロウ判決に関して論じている。
- 42) 吉澤千登勢『「胎児条項」が問いかけるもの』日本大学大学院総合社会情報研究科紀要 No. 4 2003年52頁参照。
- 43) 鈴森薫「胎児情報に関わる諸問題」教育と医学46巻6号1998年46～47頁参照。また、田中前掲注5 432頁参照。
- 44) 我妻堯「医学から見た人工妊娠中絶をめぐる諸問題」（医事法の今日の問題 — 医師と法律家のコミュニケーション〈特集〉）『ジュリスト』No.678 1978年18～29頁参照。
- 45) 吉澤前掲注42 52頁参照。
- 46) 田中前掲注5 431～443頁参照。
- 47) 実際に精神的疾患に罹患している妊婦による人工妊娠中絶に対して「身体的理由」に基づく人工妊娠中絶の許容を行った事例があることから、選択的中絶の許容要件として「経済的理由」を適用するのみならず、「身体的理由」に基づく人工妊娠中絶の許容を検討すべきであると主張しているものに田中前掲注5 438～443頁参照。
- 48) いわゆる欧米諸国で用いられている「期限モデル」を採用し、その期間内において決定された人工妊娠中絶は、女性の自己決定権を尊重し許容されるべきであるとする。「期限モデル」の採用を主張している団体に「からだ性と性の法律をつくる女の会」や「SHOSHIREN・女（わたし）のからだから」がある。また、「期限モデル」を支持しているものに、金城清子『生命誕生をめぐるバイオエシックス』1998年16頁以下参照。
- 49) 拙稿前掲注3「墮胎罪と女性の自己決定権」66～67頁参照。
- 50) 遺伝医学関連学会「遺伝学検査に関するガイドライン」2003年8月、並びに、日本産科婦人科学会会告「出生前に行われる検査および診断に関する見解」2007年4月を参照。なお、これらを引用している文献に、甲斐克則『レクチャー生命倫理と法』2010年151～153頁参照。
- 51) 厚生科学審議会先端医療技術評価部会の出生前診断に関する専門委員会「母体血清マーカー検査に関する見解」1996年6月参照。また、母体血清マーカー検査に関する参照すべ

き指針として、日本人類遺伝学会倫理審議委員会「母体血清マーカー検査に関する見解」1998年1月、並びに、日本産科婦人科学会周産期委員会の「母体血清マーカー検査に関する見解について」1999年5月等。なお、これらの見解について引用し、詳細な説明を加えているものに、甲斐前掲注50 153～154頁参照。