

ドイツ連邦憲法裁判所と人工妊娠中絶

——連邦憲法裁判所の二つの仮命令を素材として——

畑 尻 剛

目 次

問題の所在

I 刑法第 218 条（墮胎罪規定）をめぐる一連の動き

1. 旧来の法状況
2. 第 5 次刑法改革法（1974年 6 月18日）
3. 連邦憲法裁判所の判決（1975年 2 月25日）
4. 第15次刑法改正法（1976年 5 月18日）
5. 妊婦及び家族扶助法（1992年 7 月27日）

II 連邦憲法裁判所の仮命令制度

1. 仮命令制度とその目的
2. 仮命令の形式的要件
3. 仮命令の実質的要件
4. 手続と判決

III 連邦憲法裁判所の仮命令判決

1. 1974年 6 月21日の仮命令判決
2. 1992年 8 月 4 日の仮命令判決

結 語

問題の所在

本稿は、ドイツ刑法第 218 条以下の墮胎罪規定をめぐる法改正とこれに対する連邦憲法裁判所の判断を素材に、連邦憲法裁判所の仮命令制度の趣旨と運用を検討するものである。

ドイツ刑法第 218 条以下の墮胎罪規定に関しては従来から、胎児の生命権の尊重を中心に考える立場と妊婦の自己決定権の尊重に重点を置く立論が鋭く対立し、戦後だけでも 4 回の基本的な刑法の改正が行われ、その都度世論や連邦議会においても激しい論戦が行われている。同時にこの問題は、ドイツの連邦憲法裁判所の制度、機能を考える上でも絶好の事例となっている。刑法第 218 条以下の墮胎罪が直接問題となった事例において、連邦憲法裁判所は、間近に下ることが予想される判決を含めて二つの本案判決及び二つの仮命令判決において憲法裁判所としての立場表明を迫られた。そして、マクロ的な視点からみて、これらはいずれも、基本法及び連邦憲法裁

判所法によって国家構造において連邦憲法裁判所に課せられた任務の一つである憲法保障と公的意見の形成という任務を實踐するものであり、「法と政治の狭間の憲法裁判官」という主題を考えるにあたり、有用な素材を提供するものである⁽¹⁾。またミクロの観点からいえば、これらの事例は、抽象的規範統制手続、仮命令制度、執行命令制度、少数意見制度など、連邦憲法裁判所の個々の重要な手続・制度がどのように具体的に運用されているのかを検討するための興味深い素材を提供してくれる。

したがって、「刑法第218条以下の墮胎罪と連邦憲法裁判所」という主題の下での考察は、当然にこの両者を視野に入れてはじめて意味のあるものとなるが、本稿では、このような考察の第一段階として、仮命令制度を中心に検討する。なぜなら、この仮命令制度は、本件のように抽象的規範統制手続と結びつくとき、議会過程の第二ラウンドあるいは議会少数派の再起の場としてのカールスルーエと位置づけられる抽象的規範統制手続の手続としての特徴をきわだたせ、それにより、国家構造において連邦憲法裁判所に課せられた任務の一つである憲法保障と公的意見の形成という任務に寄与するものであるからである。

そこで本稿ではまず、刑法第218条（墮胎罪規定）をめぐる一連の動きを検討するために、いくつかの法改正の経緯とその内容を検討し、同時にこの問題に対する連邦憲法裁判所の最初の態度表明である1975年2月25日の本案判決を取り上げる（Ⅰ）。次に、連邦憲法裁判所の仮命令の制度趣旨を一般的に確認した上で（Ⅱ）、75年2月の本案判決に先立つ74年6月21日の仮命令と間近に下されることが予想される本案判決に先行する92年8月4日の仮命令の具体的内容を検討する（Ⅲ）。

《注》

- (1) このような観点から判決を分析するものとして、山内敏弘、「西ドイツ憲法裁判と改革立法（上）（中）（下①）」法律時報第57巻6号（1985年）54/60頁，第8号72/80頁，第10号102/111頁参照。なお、P. ヘーベルレも彼の「憲法裁判の基本問題」の第1章「法と政治」の冒頭において、「法か政治か」、「法と政治」というのは、永遠の問題である。憲法裁判の役割と機能をめぐる議論も、この問題に組み入れられるものであり、さらにこの問題は、連邦憲法裁判所の近時の諸判決によって、再び活発な論議をよんだとして、その例の一つとして、墮胎罪に関する75年判決を挙げている（Vgl. Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: P. Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 2.)。

I 刑法第218条（墮胎罪規定）をめぐる一連の動き

1. 旧来の法状況

ドイツ帝国が成立した1876年に制定されたドイツ刑法は、第218条において人工妊娠中絶を禁止し、これに違反する者には5年までの重懲役刑を規定した。その後の民主化、女権拡大運動の

なかでこの218条の見直しも主張されたが、戦争による人口の減少に対処する必要からむしろその適用は強化された。ヴァイマル共和国時代に入ると社会民主党や独立社会民主党・共産党が第218条の適用緩和や廃止を主張したが、いずれも議会において多数の支持を得ることができなかった。それでも1926年には第218条が緩和され重懲役刑は廃止され軽懲役刑のみとなった。また翌27年3月11日にはライヒ最高裁判所が医学的にみて中絶が適切な場合にはこれを認めるという、後の医学的適応事由という形で法制化される画期的な判決を下した。しかしこのような動きはナチス時代には逆転し、「アーリア人」女性に対する中絶禁止が強化され、1933年には違法な中絶には再び重懲役刑が課されることになった。第二次世界大戦後、53年の第3次刑法改正によって、中絶については重懲役刑と死刑が廃止され26年法にもどった。そして69年の第1次刑法改正法によって自己墮胎の「特に重大な場合」の重懲役刑が削除され、他人による墮胎に対しても軽懲役刑が課されることとなった⁽⁴⁾。

「第218条

- ① 自己の胎児を殺し、又は他人による自己の胎児の殺害を忍容する婦女は、五年以下の自由刑に処す。
- ② その他妊娠中の婦女の胎児を殺す者は五年以下の自由刑に処し、特に重い場合には、十年以下の自由刑に処す。
- ③ 未遂罪はこれを罰する。
- ④ 妊婦に胎児を殺すための薬品または物品を供給した者は、一年以上十年以下の自由刑に処する。」

2. 第5次刑法改革法（1974年6月18日）

(i) 経緯

1960年代以降の国際的な人工妊娠中絶自由化の動きに対応して、西ドイツでも議会内外で様々な改正案が提案された。そして、ついに1972年2月にはSPDとFDPが「受胎後3カ月以内の中絶容認」案を連邦議会に提出、5月には第5次刑法改革のための政府案（適応モデル案）が連邦議会に提出されたが、連邦議会の解散（第6立法期の終了）によって審議未了のまま廃案となった。

第7立法期に入って1973年3月から5月にかけて4つの法案が連邦議会に提出された。つまり、3月4日には、SPD少数案—A. ミュラー・エンメルトラ27名の拡大適応案（妊婦の同意ある公的・私的援助に関する助言を受けた後の医師による中絶は、医学的適応、優生学的適応、犯罪学的適応、社会的適応・一般的な緊急状態の適応事由に該当しあるいは妊婦の葛藤状態から生じた場合には不可罰—72年政府草案と同様）が、21日には、SPD及びFDP案（期限規制案）が連邦議会に提出された。また、5月11日には、CDU/CSU案（妊娠中絶は原則として可罰、例外として医学的適応、倫理的人道主義的適応のみを認めるが、他に妊婦が避け得ない困窮状態で行為した場合にも妊婦、医師とも刑を免除される）が、15日には、ヘック（CDU）ら27名の

極端制限適応案（妊娠中絶の原則的可罰，医学的適応だけを認め，罰せられるべき行為によって生じた妊娠，子どもの健康障害の危険，身体的，精神的，社会的またはその他の諸般の事情は，それ自体だけでは妊娠中絶についての不可罰を理由づけることができない。これら諸事情の結果，胎児の生存権に母親の生命もしくは健康の危険が対立している場合にのみ，不可罰を根拠づけることができるとする）が連邦議会に提出された。

これら4案が74年まで審議され，4月27日，CDU/CSU案（制限適応モデル案）が賛成223票反対282票棄権6票で否決された後，SPD及びFDP案（期限モデル案）が賛成261票反対240票棄権10票で連邦議会第3読会を通過，5月10日には連邦参議院が基本法第77条4項にもとづき異議を申し立てるが，6月5日，連邦議会は，連邦参議院からの中絶法案についての異議申立を260対218で拒否。18日にハイネマン大統領が法案に署名し第5次刑法改革法が成立した⁽²⁾。

(ii) 第5次刑法改革法の内容⁽³⁾

(1) 妊娠中絶の原則的禁止と期限モデル

74年法はまず，妊娠中絶の原則的可罰を定めるが，受胎後13日までの妊娠初期段階は，除外される。

「第218条

- ① 受胎後一三日を経過した後に妊娠中絶を行った者は，三年以下の自由刑又は罰金に処する。」

次に，最初の一二週間以内の医師による妊娠中絶は不可罰として，妊婦の自由意思による中絶を合法化する。

「第218条 a

医師が妊婦の同意を得て行う妊娠中絶は，受胎後一二週間を超えていないときは，第二一八条によって，これを罰しない。」

(2) 12週間を経過した後の妊娠中絶のための適応事由

さらに，妊婦の同意の下で医師により行われる受胎後12週間を超える妊娠中絶についても，①医学的適応事由については妊娠が継続する全期間，②優生学的適応事由については，22週間以内の不可罰を定める。

「第218条 b

医師が妊婦の同意を得て，受胎後一二週間を経過した後に行った妊娠中絶は，医療上の認識からみて，以下の場合と判断されるときは，第二一八条によっては，これを罰しない。

- 一 妊娠中絶が、妊婦の生命に対する危険又はその身体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害の危険を防止するために適切であり、かつこの危険が妊婦に期待し得る他の方法によっては防止することができないとき、または、
- 二 子が遺伝子的素質若しくは出生前の有害な影響のためにその健康状態に除去し得ない損傷を被り、その損傷が妊婦に妊娠を要求し得ないほど重大であると仮定すべき有力な根拠があり、かつ、受胎後、二週間を超えていないとき。」

(3) 教示、助言あるいは確認を受けない妊婦に対する妊娠中絶の可罰と妊婦本人の不可罰

また、教示、助言を受けない妊娠中絶及び第 218 条 b 第 1 項または第 2 号（医学的・優生学的適応事由）の要件あることを権限を有する機関が事前に確認していないのに、受胎後一二週間を経過した後に妊娠中絶を行った者は、一年以下の自由刑又は罰金に処せられる。しかしいずれも手術を受けた妊婦は、不可罰とする。

「第 218 条 c

① 妊婦が、

- 一 自己の妊娠中絶の問題について予め医師またはこのために権限を与えられた相談所に相談し、その場で、妊婦、母及び子のために利用できる公的及び私的扶助、特に妊娠の継続並びに母及び子の状態を容易にするその種の扶助について助言を受けたことがなく、かつ、
- 二 医師の助言を受けたことがない場合に
妊娠中絶を行った者は、その行為について第二一八条によって処罰され得ない場合には、一年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 手術を受けた妊婦は、第一項によって罰しない。

第 219 条

- ① 第二一八条 b 第一項または第二号の要件あることを権限を有する機関が事前に確認していないのに、受胎後一二週間を経過した後に妊娠中絶を行った者は、その行為について、第二一八条によって罰せられないときは、一年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 手術を受けた妊婦は、第一項によって罰しない。」

3. 連邦憲法裁判所の判決（1975年 2 月 25 日）

1974年 6 月 20 日バーデン＝ヴェルテンベルク州が第 218 条 a の執行を停止する仮命令を請求して連邦憲法裁判所に出訴。翌 21 日、第 5 次刑法改正法の公布と同時に、連邦憲法裁判所は、仮命令によってその執行を停止した（後述 III 1.）。同日、193 名の連邦議会議員と 5 州（バーデン・ヴェルテンベルク、ザール、バイエルン、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、ラインラント・プファルツ）政府は、連邦憲法裁判所に抽象的規範統制手続を申し立てた。1975年 2 月 25 日、連邦憲法裁判所第一部は 5 対 3 で、第 218 条 a（受胎後 3 カ月以内の中絶容認条項）について違憲判決を下した⁽⁴⁾。

連邦憲法裁判所は、改正された刑法第 218 条 a（期限モデル）が、基本法の価値秩序に照らし

て是認される事由がないときでも、妊娠中絶の可罰性を排除する限り、基本法第2条2項1段（「各人は生命への権利及び身体を害されない権利を有する」）及び第1条1項1段（「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ確保することはすべての国家権力の責務である」）に違反し無効とした。さらに、連邦憲法裁判所法第35条の執行命令制度⁽⁵⁾によって次のように命じた。

- 1 1974年6月18日の第5次刑法改革法により修正された刑法第218条b、第219条は受胎後12週間内の妊娠中絶にもこれを適用する。
- 2 妊婦の同意を得て医師によって受胎後12週間内になされる妊娠中は、妊婦に刑法第176条乃至第179条の違法行為がなされ、妊娠がその行為によると仮定すべき有力な根拠がある場合には、第218条によって処罰されない。
- 3 妊婦に期待し得る他の方法では回避し得ない重大な緊急状態の危険を回避するために、妊娠中絶が、受胎後12週間以内に妊婦の同意を得て医師により行われたときは、裁判所は刑法第218条による処罰を免除することができる⁽⁶⁾。

これによって、新法が発効するまで、医学的・優生学的適応事由が受胎後12週間内の妊娠中絶にも適用され、犯罪学的適応事由がある場合が不可罰とされ、緊急状態の危険の回避を理由とする妊娠中絶の不可罰の可能性が認められた。

判決理由から明かとなる連邦憲法裁判所の多数意見の主張は、次のような五点にまとめることができる。

(1) 胎児の生命権とこれに対する国家の保護義務

- ㉑ 着床後に母胎内で生成中の生命は、基本法第2条2項1段（「各人は生命への権利及び身体を害されない権利を有する」）及び第1条1項（「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ確保することはすべての国家権力の責務である」）によれば、独立の法益として、憲法の保護を受ける。
- ㉒ あらゆる人間の生命を保護するという国家の義務は、直接には基本法第2条2項1段から導かれる。国家の義務は、さらに、基本法第1条1項2段からも明かである。なぜなら、生成しつつある生命もまた、基本法第1条1項が人間の尊厳に与えた保護を受けるからである。
- ㉓ 胎児自身が基本権の担い手であるか、あるいは権利能力を欠く故にたんに憲法の客観的規範によって生命への権利が保護されるのかという争いのある問題を本手続において決定する必要はない。連邦憲法裁判所の判例によれば、基本権規範はたんに個々人の国家に対する主観的、防御権だけではなく、憲法の基本決定としてあらゆる領域の法に妥当し立法、行政および裁判に対する指針と刺激を与える客観的価値秩序を体現している。
- ㉔ 国家の保護義務は、包括的なものである。それは、——もとより自明のことではあるが——

生育しつつある生命に対する国家の直接の介入を禁じるのみならず、国家に対して、この生命を保護し、助成することをも命じる。これは特に、胎児の生命を他者（妊婦）による違法な侵害から擁護すべきことを意味する⁽⁷⁾。

(2) 妊婦の自己決定権

包括的な意味において行動の自由を含みしたがって、同時に親とならない自己決定をする女性の自己責任を含む人格の自由な発展に対する女性の権利は、確かに権利として承認され、保護されるべきものである（基本法第2条1項）。しかしながらこの権利は無制限なものではない。すなわち、他人の諸権利、憲法秩序及び道德律がこの権利を制限する。

胎児の生命の保護を行い同時に妊婦の妊娠中絶の自由を認めるという妥協は、妊娠中絶が常に胎児の生命の否定となるが故に、不可能である⁽⁸⁾。

(3) 胎児の生命権と妊婦の自己決定権の衡量

したがって必要とされる衡量にあっては、胎児の生命の保護と妊婦の人格の自由な発展という二つの憲法上の価値が憲法の価値秩序の中心としての人間の尊厳（基本法第1条1項）との関係において考察されなければならない。基本法第1条1項によれば、胎児の生命の保護が妊婦の自己決定権に優位すると考えざるをえない。確かに妊婦は妊娠、出産および育児によって多くの人格の発展可能性を損なう可能性があるが、胎児の生命は妊娠中絶によって否定される。それ故、相互に対立する基本法上保護される地位を基本法第19条2項（基本権の本質的内容の不可侵）の根本思想を考慮して慎重に調整するという原則に立てば、胎児の生命権に優先権を与えざるを得ない。

胎児の生命の保護は、妊娠の全期間を通じて、原則として、妊婦の自己決定権に対して優先権をもち、一定の期限につき、不確実にすることは許されない。したがって、期限モデルは否定される。

ここに、妊娠中絶に関して憲法が要求する法秩序の基本的立場が現れている。すなわち、法秩序は女性の自己決定権をその規制の唯一の指針とはならない。国家は、原則として月満ちるまで懐胎することを義務としなければならないし、また原則として、妊娠中絶を不法として考えなければならない⁽⁹⁾。

(4) 国家の保護義務の具体的内容（刑罰による保護の可能性と限界）

立法者は、妊娠中絶に対して原則に命じられた法的非難を、刑罰による威嚇という手段以外の方法によりあらわすことができる。生まれていない生命の保護に用いられる措置の全体が、確保せられるべき法益の意義に即した事実上の保護を与えるか否かが重要である。憲法によって命じ

られた保護が他の方法では到達され得ないという極端な場合には、立法者は、生成しつつある生命を保全するため刑法という手段を投入する義務を負う。

- ④ 生まれていない生命の保護については、抑圧よりも予防を優先させるという指導思想が妥当し、生成しつつある生命を保護するために、まず第一には、社会政策的及び福祉的措置をとって妊婦の出産への自覚とそれを促す環境整備をすることが国家の使命である。しかし、母親の胎児に対する保護意思が失われた場合にはそれを喚起し強化することも国家の責務である。
- ⑤ 妊婦の継続は、妊婦の生命またはその健康状態を重大に侵害する危険を回避するために中絶が必要であるときは、これを期待することができない。さらにそれを越えて、その他、妊婦に対する異常な負担、それと類似する重大な負担を期待不可能と評価し、これらの場合に妊娠中絶を処罰しない自由をもつ。

妊娠中絶を正当化する適応症には、①医学的適応症、②遺伝的適応症、③倫理的適応症または犯罪的適応症、④社会的適応症または緊急的適応症が考えられる。

もっとも社会的適応症の場合には認定を慎重にする必要があり、助言と扶助によって生まれていない子供の生命の価値を尊重するよう注意し、妊婦の継続について勇気づけ、実際的な扶助措置により支援することがのぞましい。

これ以外の場合、妊娠中絶は刑罰に値する不法であり、刑法上の処罰を断念することは許されない⁽¹⁰⁾。

(5) 第5次刑法改革法の問題点

以上の様な基準から第5次刑法改革法の期限モデルを検討するならば、当該法律が基本法第2条2項1段及び第1条1項から派生する、生育しつつある生命を効果的に保護するという義務を正当に評価していないことは明らかである。

立法者が従来の妊娠中絶について何等の区別なしに刑罰をもって威嚇することが生命を保護するために不適切な方法であると考えとしても、立法者は、少なくとも、憲法上、非難される妊娠中絶の場合を刑罰の下におくことによって、差異をつけた刑法上の規制を通じてよりよき生命の保護の実現をはかる義務を免れるものではない⁽¹¹⁾。

4. 第15次刑法改正法（1976年5月18日）

(i) 経緯

1975年2月25日の連邦憲法裁判所の違憲判決を受けて、9月にはSPD及びFDPが妊娠中絶について新しい法律案を提出、10月22日にはCDU/CSUも妊娠中絶に関する法律案を提出した。

1976年2月12日、賛成234対反対181で SPD 及び FDP の中絶条項が可決された。CDU は両院協議会を再度要求、5月16日連邦議会は3月11日の連邦参議院の異議申立を棄却。5月18日第15次刑法改正法が成立（5月21日に連邦官報に改正法を公布、6月21日に発効）した。これにより第5次刑法改革法中第218条 a, b が連邦憲法裁判所の執行命令の趣旨に改正された⁽¹²⁾。

(ii) 第15次刑法改正法の内容⁽¹³⁾

(1) 妊娠中絶の原則的禁止

76年法はまず、妊娠中絶の原則的可罰を定めたが、妊娠初期段階は除外された。

「第218条

① 妊娠中絶を行った者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

第219条 d

子宮内で授精卵の着床完了前にその効果が生じる行為は、本法の意味における妊娠中絶とはみなされない」

(2) 例外的不可罰（適応規制モデル）

次に、第218条 a において、妊婦の同意、医師による中絶の実行、妊婦に対する救助の意思を前提として、①医学的適応事由に該当する者については、妊娠が継続する全期間（第218条 a 1 項 2 号）、②優生学的適応事由については、22週間以内（第2項 1 号）、③犯罪学的適応事由については、12週間以内（第2項 1 号）、④社会的適応事由・一般的な緊急状態については12週間以内（第2項 3 号）の妊娠中絶を不可罰としている。

「第218条 a

① 医師による妊娠中絶は、次の場合には、第二一八条によって罰しない。

一 妊婦が同意し、かつ

二 妊婦の現在及び将来の生活関係を考慮すれば、医療上の認識からみて、妊婦の生命に対する危険又はその身体的若しくは精神的健康状態に対する重大な侵害の危険を防止するために妊娠中絶が適切であり、かつこの危険が妊婦に期待し得る他の方法によっては防止することができないとき。

② 第一項二号の要件は、次の場合にも充足されたものとみなす。医療上の認識からみて、

一 子が遺伝子的素質若しくは出生前の有害な影響のためにその健康状態に除去し得ない損傷を被り、その損傷が妊婦に妊娠を要求し得ないほど重大であると仮定すべき有力な根拠があるとき、

二 妊婦に対して第一七六条から第一七九条による違法行為〔強姦などの性犯罪〕が行われ、かつ妊娠がその行為によるものと仮定すべき有力な根拠があるとき、又は

三 その他妊娠中絶が、

a 妊婦に妊娠の継続を要求し得ないほど重大であり、かつ、

b 妊婦に期待し得る他の方法では防止することができない

緊急状態の危険を妊婦から回避するために適切であるとき。

③ 第二項一号の場合には受胎後二二週間を超えてはならず、第二項二号及び第三号の場合には一二週間

を超えてはならない。

第2項3号の社会的適応事由・一般的な緊急状態（その他妊娠中絶が、妊婦に妊娠の継続を要求し得ないほど重大であり、かつ、妊婦に期待し得る他の方法では防止することができない緊急状態の危険を妊婦から回避するために適切であるとき）とは、「たとえば、他の被扶養者及び要扶助者に対する既存の責任との葛藤の結果、あるいは障害、病気または異常な負担を負った生活状態（たとえば結婚生活の崩壊や近隣からの差別など）による妊婦自身の生活能力の低下の結果、妊婦が個人的に過度の負担を負っていること、それまでに職業教育を終了していないため妊婦の全体としての人生が重大な危険にさらされること、あるいは妊娠を継続した場合は重大な『社会的零落』に陥るような異常な経済的負担を負っていることなどである」⁽¹⁴⁾とされている。

(3) 助言を受ける義務と義務違反に対する妊婦の不可罰

また、合法的な妊娠中絶のためには、社会的助言（第218条b1項1号）及び医療的助言（同項第2号）を受けなければならない。もし助言を受けずに妊娠中絶を行った者は、たとえそれが適応事由に該当する場合であったとしても、一年以下の自由刑又は罰金に処せられるが、手術を受けた妊婦は、不可罰とする。

「第218条3項2段

妊娠中絶が、助言（二一八条b一項一号、第二号）に従い医師によって行われ、かつ受胎後二二週間を超えていなかったときは、妊婦は第一段によって罰しない。

第218条b

① 妊婦が、

一 おそくとも手術の三日前に、自己の妊娠中絶の問題について助言者（第二項）に助言を求め、その場で、妊婦、母及び子のために利用できる公的及び私的扶助、特に妊娠の継続並びに母及び子の状態を容易にするその種の扶助について助言を受けたことがなく、かつ、

二 医師から医療上の重要な観点について助言を受けたことがないのに

妊娠中絶を行った者は、その行為について第二一八条で刑が定められていないときは、一年以下の自由刑又は罰金に処する。妊婦は、第一段によって罰しない。」

(4) 特別の困窮状態

裁判所は、「妊婦が手術の時に特別の困窮状態にあったときは」、「妊婦の処罰を免除することができる」（第218条3項3段）。ここでいう、特別の困窮状態とは「適応事由が存在せず、妊娠二二週間以後に中絶が行われ、さらに医師でない者がそれを行った場合でも、それが『特別の困窮状態』の下で行われた場合には刑が免除される。たとえば、胎児の父親が強要したため、あるいはその者が予期に反して離れていったのを知ったため、発作的に、非常に遅い時期に中絶を行った場合がこれにあたる」⁽¹⁵⁾とされる⁽¹⁶⁾。

(iii) 内容の問題点

76年法は、一般的には非常にわかりにくいものであると評されていた。つまり、本改正法は、「期間によって段階を付され、特別の手續規定によって防御策を講じられた適応事由モデル」⁽¹⁷⁾であり、この法律は一貫した適応モデルに従うものでもなければ、明確な期限モデルに従うものでもない。むしろそれは、連邦憲法裁判所から立法者に対して要請された適応モデルを表面に出しながら、当時の社会民主党と自由民主党の連合の議会における多数派は、期限モデルを望んでいたことが、その背後から見えかくれする⁽¹⁸⁾。したがって本改正法は、制定後の運用において、生成中の生命の重視する立場と妊婦の自己決定権を重視する立場の双方からの批判を受けることになる。

(1) 胎児の生命を重視する立場からの批判

胎児の生命権を重視し妊娠中絶を限定しようとする立場からは、①本法では刑法初期段階が全く保護されない、②適応事由に該当しなくとも、受胎後二二週間以内であれば妊婦は処罰されない、③適応事由、特に「社会的」適応事由があいまいであり、有効なコントロールに欠けるなどの批判が出されている⁽¹⁹⁾。

具体的には、バイエルン州政府の見解を胎児の生命を重視する立場からの批判の典型として挙げる事ができる。1990年2月28日にバイエルン州政府は現行の刑法第218条以下が1975年の連邦憲法裁判所の判決に合致せず違憲であるとの抽象的規範統制手続を提訴したが、そこでの主たる批判点は、以下の通りである。

① 妊婦の優遇

妊娠中絶の途方もない数の要因は、優遇規定（第218条3項）である。218条bは、執刀医師の可罰性についてのみの規定であり、これによれば妊婦は可罰性から明示的に排除されている。このことは、妊婦はただ公式の助言を受けて中絶をする意思のある医師を見つけなければならないことを意味する。適応事由の存在は、社会的適応事由でさえ問題とならない。執刀医師は確かに罰せられるが、これとて外国での中絶によって回避することができる。以上確認されることは、現行法は、妊婦の可罰性を前提とするが、実際には旧来の規定の期限モデルと何等かわりはないということである。

② 適応事由の不明確性

第218条a2項3号における緊急状態適応事由は、たんに妊娠の継続の要求可能性のみを語り、概念の詳細な定めは法律にはない。何が妊婦に対して要求できて何ができないかは、行政規定あるいは助言者の個人的見解にその判断を負わせている。部分的には妊婦自身に何が妊婦に要求しうるかしえないかの判断を委ねている。このことは、第219条aが、緊急状態適応事由についての虚偽の証明が罰せられるのが、それが熟知に反して行われた場合だけであることによって増幅される。明文において明らかのように、医師が妊婦の緊急状態についての申し立てを全く審査せずに適応事由証明書を出した場合でも不可罰である。結局、法律においては他の適応事由を考慮した同等な規律が欠けているのである。連邦憲法裁判所の判例によれば、緊急状態事由は、要求できないという観点の下で1974年法の第218条b1

号（生命に対する危険）と同様に妊婦が重大な法外な負担に陥るような状態が考えられるゆえに許されるのである。裁判所は、相応の規定を作ること立法者の裁量に委ねたが、しかし立法者がそれを行う場合には、他の適応事由とのこのような一致を維持しなければならない。それ故、立法者は、緊急状態事由が妊娠中絶を緩和するものとなるのではなく、生命に対する危険と同等の緊急状態のみが中絶に至ることを確保しなければならない。このような保障について法律にはいかなる規定もない。

◎ 助言手続

連邦憲法裁判所は、立法者に対して生命の保護のための活動を義務づけた。国家は不可罰の妊娠中絶の法律上の要件が存在することをたんに審査し場合によっては証明することで満足してはならない。むしろ国家に対してここで要求されるのは、妊婦に胎児の生命権を尊重するという法律上の義務を喚起し、妊婦に妊娠の継続を促しそしてとりわけ社会的緊急状態の場合には実際的な援助措置によって妊婦を援助するという目的をもって助言と援助を申し出ることである。

これに対して現行刑法は、助言が胎児のために行われるという目的が明示的には確認されていない。第 218 条 b においては可能性と援助が、妊婦が受け入れることも受け入れないこともできるという中立的な申し出となっている。しかし助言は中立的なものではなりえない。このことは、助言が医学的な問題には適切ではあるが社会的問題には適当であるとは思えない医師によって行われることによって増幅される。そのうえ法律は、相談所が自ら経済的あるいは社会的援助を行うことを予定していない。しかし、具体的に示され実行可能な援助のみが妊婦の中絶の希望を断念させることができる。全体として、本法律には当然に求められる、胎児を保護するという姿勢が欠けている⁽²⁰⁾。

(2) 妊婦の自己決定権を重視する立場からの批判

妊婦の自己決定権を重視する立場からの批判の中心は、本法では妊婦の自己決定権が十分には保護されず、助言を受ける義務によって決定権が妊婦から医師の手に移ってしまっているというものである。また、現行法では合法的妊娠中絶であっても妊婦が、4回（相談所、適応事由確認医師、医学的助言を受ける医師、他の医師が手術を担当する場合はその医師）も自分の事情を説明しなければならないといった煩雑な手続きが必要とされる⁽²¹⁾。さらに、適応事由の解釈が、医師及び相談所の主観的な意図（一方では、合法的な妊娠中絶をするための方途を教示するためまたは妊娠継続にせよ妊娠中絶にせよ自らの決定を責任をもって行うための助言、他方では、胎児の保護が重点で、妊娠中絶には厳しい助言）に左右されるという運用上の問題点も指摘されている。

より具体的には、助言を含めての実務の詳細が州に任せられており、州ごとに異なる方法がとられ、カソリックの強い州とプロテスタントの強い州では規制に相違がみられる。これによって、独自の法律をもち中絶に関する助言が妊婦の自己決定権に対してかなり厳格なバイエルン州を代表とする南部の州と穏やかな規制を行うところが多い北部の州においては「南北格差」が生じている⁽²²⁾。

5. 妊婦及び家族扶助法（1992年7月27日）

4で述べたような76年法に対する批判とともに⁽²³⁾、東西ドイツの統一が墮胎罪の規定の根本

的な再検討を必要なものとした。なぜなら、旧東ドイツでは人工妊娠中絶は広く認められており、ドイツ統一に伴う法整備において刑法第218条の墮胎罪の取扱いが中心的問題となったからである。

「それにしても、思えばこの刑法二一八条改正議論は、東西ドイツ統一がもたらした数少ない『東からの土産物』といえるかもしれない。中絶は違法という西側のたてまえが、中絶合法国である旧東独をその懐に抱えこむかたちになって、はじめてその抜本の見直しを迫られたからだ」。(24)

(i) 旧東ドイツの状況

旧東ドイツでは成人女性の90%が職業をもって自立していた。統一前に適用されていた刑法第153条、第154条、ドイツ民主共和国憲法第20条2項（婦人の同権原則）を受けた「妊娠中絶に関する法律」第1条及びその施行規則1—4条によれば妊娠12週間以内に行われた墮胎は、医師の手によるものであり、かつその措置の医学的な意味及び避妊に用いられるべき方法並びに処置に関する助言にしたがって行われたのであればその墮胎は不可罰とされた(25)。

「刑法153条（1975年12月19日）

- ① 婦人の妊娠中絶は、それが法律上の規定に反して実施された場合に限り、3年以下の自由刑または保護観察に処す。

妊娠中絶に関する法律（1972年3月9日）

第1条

- ① 出産の回数、時期、時間的間隔を決めるために、現在の避妊可能性に加えて、女性には自己の責任において妊娠の中絶を決定する権利が付与される。
- ② 妊婦は受胎後一二週間以内は反対適応がなければ産婦人科施設において医師の施術において妊娠を中絶する権利がある。

第2条

- ① 妊娠12週間を超える妊娠の中絶は、妊娠の継続が婦人の生命を危うくすることが予想される場合、またはその他の重大な事態が存在する場合にのみ行うことができる。
- ② 妊娠の開始から一二週間を超える妊娠の中絶が許される旨の決定は専門委員会が行う。

第3条

- ① その中絶によって生殖能力制限や喪失を含む健康上の障害に至るかもしれない疾病にかかっている場合には、妊娠中絶は許されない。
- ② 以前に行った中絶から六カ月を経過していない場合には、妊娠中絶は許されない。特別な例外的場合においては、第二条二項の専門委員会の許可を得ることができる。

第4条

- ① この法律によって許された妊娠中絶の準備、実施及び事後処理は労働法上、社会保障法上、病気の場合と同様の扱いを受ける。」(26)

(ii) 妊婦及び家族扶助法制定の経緯

1990年7月両独統一条約の交渉が始まり、8月3日には東西独政府はドイツ統一の方法を定める「両独統一条約（第二国家条約）」についての交渉を終了し、統一後は西独法が原則として東独にも適用されるが、東独法の一部維持も認めることになった。これにより妊娠中絶規定は西独では適応規制方式、東独では期限規制方式という二本立てになる。8月31日、東西独政府は、東ベルリンで「両独統一条約（第二国家条約）」に調印。統一条約第31条4項1号は1992年12月31日までに墮胎罪の統一的な規定を置くことを立法者に委ねた。経過期間内は東独には東独の法が西独には西独の法が適用されることになったが、西独の女性が統一後東独地域で手術を受けた場合に西独法（住所地法）によるのか東独法（行為地法）によるのかが問題となった。一応妥協として行為地法によるとされたが、これは従来通説に反し、宗教的立場からの反対も多かった⁽²⁷⁾。

「第31条（家族と女性）」

- ④ 遅くとも1992年12月31日までに、胎児の生命の保護と懐胎した婦女の葛藤状態の合憲的な克服とを、特に婦女に対して法的に保障された請求権、なかんずく、助言と社会的扶助に関する請求権を、両ドイツにおける現状よりもさらによく保障する規則を設けることが統一ドイツの立法者の任務である。この目標を実施するために、第3条に規定する地域において、連邦の財政的援助により、多様な機関による相談所の全国網を遅滞なく構築する。相談所は、妊婦に助言を与え出産後においてもなお必要な援助を行うという任務を適切に遂行することができるように、人員的及び財政的に整備されなければならない。第1段の規定による期限までに規則が制定されない場合には、第3条に規定する地域における実体法がなお効力を有するものとする。⁽²⁸⁾

10月3日、ドイツ統一（統一条約発効）により、東独が西独に編入された。直ちに、92年末にむけて各政党は具体的な法案作成の検討に入ったが、その過程で様々な意見が出された。特にCDU内では意見調整が難航した。92年に入り法案の検討が急ピッチで進められることになる。連邦議会の特別委員会（胎児の生命の保護委員会）で法案を審議、妊婦の自己決定権と刑罰による威嚇の必要性をめぐる激しい議論の応酬があり、委員会としての統一した案は作成できなかった。6月25日から26日にかけて、連邦議会でマラソン審議があり、無条件で妊娠中絶を認めるものから現行の218条をさらに厳しくするという案まで7つの提案について100人以上の議員が演説を行った。有力案としては、FDP、SPD及びCDUの一部が支持した、医者に相談することを義務づけるものの妊娠3カ月以内であれば女性の意思で中絶することを認める案と、CDU/CSUの大多数の議員が支持する現行218条の条件をさらに厳しくして医師の文書による報告を義務づける案があった。26日午後11時より投票が行われ、6つの案が次々に否定される中で前者の案が賛成355票（SPD、FDP、CDUの一部、PDS及び連合／緑の党）、反対283票、棄権16票という予想外の大差で承認された。この提案には中絶を避けるための社会的措置として保育施設の

充実などが盛り込まれている。7月10日、連邦参議院が、法案に賛成した（バイエルン州にのみ反対、バーデン、メクレンブルク、チューリンゲン州は棄権、他ラントは賛成）⁽²⁹⁾。これにより、「胎児の保護、子供にやさしい社会の促進、妊娠葛藤状態の救済及び妊娠中絶の規律のための法律（いわゆる「妊婦及び家族扶助法」）が成立したが、その第13条が刑法第218条以下を改正する部分である。

(iii) 妊婦及び家族扶助法第13条の内容⁽³⁰⁾

(1) 妊娠中絶の原則的禁止

92年法もまず、妊娠中絶の原則的可罰を定めるが、76年法と同様に、妊娠初期段階は除外されている。

第218条

① 妊娠中絶を行った者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。子宮内で授精卵の着床完了前にその効果が生じる行為は、本法の意味における妊娠中絶とはみなされない。

(2) 助言を受けた妊娠中絶の合法化

次に、妊娠12週間以内に行われた助言を受けた妊娠中絶は違法ではないとして、助言を受けた妊婦の自由意思による中絶を合法化する（218条 a 1 項）。また、助言に従った妊娠22週間以内の妊娠中絶の不可罰（第218条 a 4 項 1 段）を定める。

「第218条 a

① 妊娠中絶は、次の場合には、違法ではない。

一 妊婦が妊娠中絶を希望し、かつ医師に対して本法第二一九条三項二段による証明書によって妊婦がおそくとも手術の三日前に助言を求めたことを証明し（緊急状態及び葛藤状態における妊婦に対する助言）、

二 妊娠中絶が医師によって行われ、かつ

三 妊娠から一二週間以内に行われたとき。

④ 妊娠中絶が助言（第二一九条）にしたがい医師によって行われ、かつ妊娠から二二週間以内に行われたときは、妊婦は本法第二一八条によって罰せられない。」

(3) 適応事由

さらに、個別的に、①医学的適応事由に該当する者については、妊娠が継続する全期間（第218条 a 2 項）、②優生学的適応事由については22週間以内（同条 3 項）の妊娠中絶を合法化している。

「第218条 a

- ② 妊婦の同意による医師によって行われる妊娠中絶は、次の場合には違法ではない。医療上の認識からみて、妊婦の生命に対する危険又は妊婦の肉体的あるいは精神的健康状態に対する重大な影響の危険を防止するために妊娠中絶が必要であり、かつこの危険が妊婦に期待し得る他の方法によっては防止することができないとき。
- ③ 第二項の要件は、次の場合にも充足されたものとみなす。医療上の認識からみて、子が遺伝子的素質若しくは出生前の有害な影響のためにその健康状態に除去し得ない損傷を被り、その損傷が妊婦に妊娠を要求し得ないほど重大であると仮定すべき有力な根拠があるとき。このことは、妊婦が医師に対して本法第二一九条三項による証明書によって妊婦がおそくとも手術の三日前に助言を求めたことを証明し、かつ妊娠から二二週間以内である場合にのみ妥当する。」

(4) 特別の困窮状態

裁判所は、「妊婦が手術の時に特別の困窮状態にあったときは」、「妊婦の処罰を免除することができる」(第218条 a 4項2段)。

(5) 確認を受けない妊婦に対する妊娠中絶の可罰と妊婦本人の不可罰

また、第218条 a 2項または第3項(医学的・優生学的適応事由)の要件あること医師によって事前に確認していないのに妊娠中絶を行った者は、一年以下の自由刑又は罰金に処せられるが、いずれも手術を受けた妊婦は、不可罰とする。

「第218条 b

- ① 第二一八条 a 第二項及び第三項の場合において、自らは妊娠中絶を行わない医師による、第二一八条 a 二項及び第三項一段の要件が存在するか否かについての書面による確認が呈示されることなく妊娠中絶を行った者は、その行為について第二一八条で刑が定められていないときは、一年以下の自由刑又は罰金に処する。医師として故意に、第二一八条 a 二項及び第三項一段の要件についての不当な確認を第一段によって呈示した者は、その行為について第二一八条で刑が定められていないときは、二年以下の自由刑又は罰金に処する。妊婦は、第一段及び第二段によって罰しない。」

(6) 助言制度の趣旨

さらに法は、助言制度の趣旨を具体的に明記するが、旧第218条 b 2項のような具体的助言機関については新しい法律(「性教育、避妊、家族計画及び中絶助言に関する法律」)に委ねられている。

「第219条

- ① 助言は、生まれる前の生命の高い価値及び婦人の自己責任を承認した上での妊婦に対する助言と扶助を通じて生命の保護に奉仕するものである。助言は、妊娠にともなって生じる緊急状態及び葛藤状態を解決するために行われるべきである。助言は、妊婦が責任を自覚した自己の良心の決断を行うことがで

きるようにすべきである。助言の任務は、妊婦の広範な医療上の、社会的及び法的情報の提供である。助言は母と子の法的諸権利及び考え得る実際的な扶助、特に妊娠の継続及び母と子の状態を軽減するような扶助を提示することを含む。助言は、将来の希望しない妊娠を回避するためにも行われる。

- ② 助言は法律に基づいて認められた助言機関によって行われなければならない。妊娠中絶を行う医師は、助言者にはなれない。
- ③ 助言は、記録として保存されずかつ妊婦の希望があれば匿名で行われなければならない。助言機関は、助言が第一項によって行われ、かつ婦人がこれによって自己決定のための情報を受けたという事実について直ちに、期日を付した証明書を交付しなければならない。」

(iv) 第5次刑法改革法との相違

以上のような92年法は、75年違憲判決の対象となった74年法と共通する部分も多いが相違する点もいくつかある。両者の最も重要な相違は助言制度の趣旨と性格にある⁽³¹⁾。

12週間以内の妊娠中絶の不可罰の要件として、74年法が妊婦の同意と医者による措置というものを挙げているが、92年法では、妊婦のたんなる同意以上の「希望 (Verlangen)」と手術の3日前までに緊急状態及び葛藤状態における妊婦に対する助言が行われたことの証明が必要とされる。74年法も助言を受ける義務を規定するが、それは、助言を受ける義務、人的適用範囲、助言の目的・内容、助言者の性格、熟考期間及び助言を受けたことの証明形式において、92年法とは相違する。

- ① 74年法の助言を受ける義務は、12週間以内の中絶の可罰・不可罰とは無関係に規定されている。つまり、中絶が妊婦の同意により一人の医師によって行われた場合には、妊婦が助言を受けていようといまいと、その中絶は不可罰なのである。それに対して、92年法の助言を受ける義務は、中絶の不可罰の要件であり、助言を受けなかった場合には、第218条の原則的な中絶の禁止が適用されることになる。
- ② 74年法によれば、助言を受けずに中絶が行われても処罰されるのは医師のみであるが、92年法では助言を受けたという証明なしに12週間以内に医師によって中絶が行われた場合には、妊婦自身も処罰の対象となる。
- ③ 助言の目的・内容について、74年法では第218条c1項1号の定め以外には規定はなく、中絶についての決定の際に重要なのは詳細な理由を付す必要のない妊婦の自己決定という行為そのものであるかのような印象を与える。それに対して92年法は、第219条で助言制度の趣旨・内容を詳細に規定した。
- ④ 助言者について、74年法は権限ある助言機関（相談所）と並んで医師が助言者となっているが、92年法では、助言は適切な助言が確保され得る法律が定める助言機関（相談所）によって行われる。また、74年法では助言は中絶手術を行う医師によってもなされうるが、92年法はこのような可能性を排除している。

- ⑤ 74年法では、助言と中絶との間に時間的な間隔を要求していないが、92年法では助言と中絶の間は少なくとも3日間必要とされる。
- ⑥ 助言の形式について74年法では、第218条c1項1号の一般的な基準以上のものは示されていないが、92年法では、妊婦及び家族扶助法第1条の性教育、避妊、家族計画及び中絶に関する法律によってこの点が詳細に定められている。また74年法では、助言が行われたことの口頭での確認でもよかったが、92年法ではこれについての文書による証明が必要とされる。

助言制度についての相違は、12週間を超える妊娠中絶についてもあらわれている。つまり、74年法は医学的適応事由及び優生学的適応事由の両者について助言を受ける義務を規定するが、これらはいずれも12週間以内の中絶について助言を受ける義務と同様に、副次的な義務とされている。これに対して、92年法は優生学的適応事由についてのみ助言義務を規定するが、この助言は正当化事由の一部として、助言を受けない場合には、たとえそれが優生学的適応事由に該当するものであっても、その中絶は可罰的なものとなる。

《注》

- (1) 1960年代までのドイツの状況については、中谷瑾子「墮胎罪処罰の限界——道徳と法における選択の論理 外国の立法例を中心として——」犯罪と非行第19号（1974年）67頁以下、「妊娠中絶に対する法的規制の在り方——とくに西ドイツにおける法改正をめぐる諸見解を参考にして——」ジュリスト第678号（1978年）30頁、木村くに子「統一ドイツにおける人工妊娠中絶をめぐる法的問題——新立法を控えての一考察——」『黒木三郎先生古希記念・現代法社会学の諸問題（上）』民事法研究会1992年235頁以下、寺崎あき子「中絶を罰する刑法218条をめぐる——母性の裏面とドイツの女性たち——」原ひろ子・館かおる編『母性から次世代育成力へ——産み育てる社会のために——』新曜社1991年145頁以下、アルビン・エーザー／浅田和茂訳、「ドイツ墮胎刑法の改革——その展望と現状——」大阪市大法学雑誌第32巻3号579頁以下参照。
- (2) 各法案の詳細な内容及び具体的な審議の過程については、ユルゲン・パウマン編著／中谷瑾子他訳『墮胎是か非か——西ドイツ中絶自由化をめぐる論争』鳳舎1977年、中谷瑾子前掲（犯罪と非行）論文70頁以下、前掲（ジュリスト）論文31頁以下及び吉田敏雄「西ドイツ刑法典218条（墮胎罪）の改正—3カ月未満の墮胎自由化は憲法違反か—」ジュリスト第573号（1975年）92／101頁参照。
- (3) Bundesgesetzblatt, I. Nr. 63, 1974 S. 1297 ff. 第5次刑法改革法の条文の翻訳は藤田貴恵子「第5次刑法改革法（墮胎条項の改正）」外国の立法第14巻3号（1975年）122／127頁、中谷瑾子前掲（ジュリスト）論文35頁、パウマン編前掲書358頁以下参照。
- (4) 本判決について検討する邦語文献は多い。石村修「憲法における胎児の人権」専修法学論集第28号（1978年）135／155頁、嶋崎健太郎「基本権の価値体系論とその問題点—西ドイツの連邦憲法裁判所の判例を中心として」中央大学大学院研究年報13号I-1（1984年）35頁以下、宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の墮胎罪規定違憲判決について」ジュリスト第587号（1975年）83／93頁、山内敏弘、「西ドイツ憲法裁判と改革立法（下①）」法律時報第57巻10号（1985年）102／111頁、和田英夫・明大DC公法ゼミナール、「妊娠中絶をめぐる米・英・仏・独の比較憲法判例研究について(4)(5)」ロースクール27号116／119頁、28号130／133頁、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」法

学研究第63巻7号(1990年)54/78[58頁以下]頁参照。なお本判決には、二裁判官の少数意見が付けられている。これについては、刑法第218条の問題を素材とした少数意見制度の検討(別稿)において具体的に言及する。

- (5) 連邦憲法裁判所法第35条によれば、「連邦憲法裁判所は、その裁判において、裁判の執行者を指定することができる。場合によっては、執行の方法を定めることができる」。本稿の対象である仮命令制度が連邦憲法裁判所の機能を発揮させるための事前の措置であることとの対比で、執行命令制度は機能を発揮させるための事後措置であると位置づけられている。
- (6) BverfGE 39, 2 f.
- (7) BverfGE 39, 36 ff.
- (8) BverfGE 39, 43.
- (9) BverfGE 39, 43 f.
- (10) BverfGE 39, 44 ff.
- (11) BverfGE 39, 68.
- (12) Bundesgesetzblatt, I. Nr. 56, 1976 S. 1213 ff. 第15次刑法改正法の条文の翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部編「法務資料第397号・ドイツ刑法典」(1982年)150頁以下、藤田貴恵子「第15次刑法改正法(墮胎条項の改正)」外国の立法第15巻6号(86号)(1976年)286/290頁、中谷瑾子前掲(ジュリスト)論文35頁以下、パウマン編前掲書361頁以下参照。
- (13) 改正法の具体的な内容については、エーザー前掲論文584頁以下及び寺崎あき子前掲論文155頁以下参照。
- (14) エーザー前掲論文587頁。なお、「社会的適応事由が肯定される場合において、実際には、経済的・社会的葛藤は少数にすぎない。……住宅事情の悪化、失業、職業教育の未修了、大家族で低収入などの典型的な社会的適応事由はドイツ社会の発展によって減少し、今日の社会的適応事由の著しい増加は、女性に対する職業と家庭の二重の負担、医学的適応事由にまで至らない自律神経の障害、子どもが嫡出でないこと、婚姻関係の破綻に起因する個人的葛藤状況による」(ヒルシュ前掲書190頁)という時代の変化による問題もある。
- (15) エーザー前掲論文588頁。
- (16) その他、合法妊娠中絶に対する社会的な「補助策」として、合法的な妊娠中絶に対する保健法上の費用負担、中絶の結果としての妊婦の労働能力喪失のための職場の確保が1975年8月28日の刑法改正補充法によって追加されたドイツ保険法第200条以下によって認められ、連邦社会扶助法37条aによって保険請求権がなく費用を支払えない者に対しては社会扶助が認められることになった。なお、この制度の具体的運用とその問題点については、石村修「自己決定権としての生命の処分」専修大学法学研究所紀要15『公法の諸問題Ⅲ』(1999年)38頁以下参照。1988年8月2日、連邦憲法裁判所は合法的妊娠中絶に対する医療保険法上の費用負担を禁じることを求める訴えを退けている。
- (17) エーザー前掲論文584頁。
- (18) ヒルシュ前掲書194頁参照。
- (19) 「要するに、違憲とされた『医師の同意による一二週間以内の妊娠中絶の自由』に代わって、第三者の指導の下に、特定の要件が加味された妊娠中絶を認めることになった。これらの指標の内、優生学的・倫理的なものはその証明が比較的明白でありうるが、医学的さらには緊急状態の危険という指標の抽象性が残る。ここに『ドイツ立法史における悪法の一つである』と言われる根拠があった」(石村修前掲(注4)論文37頁)。なお、社会的適応事由の数が非常に多いことは、以下の統計からも明らかである。

適応事由別妊娠中絶件数

	総数	一般的 医学的 適応事由	精神 医学的 適応事由	優生学的 適応事由	犯罪学的 適応事由	社会的 適応事由	不明
1977年	54,309	15,756	4,171	2,348	79	31,358	597
1978年	73,548	16,872	3,686	2,731	104	49,252	903
1979年	82,788	17,261	2,802	3,162	101	58,412	1,050
1980年	87,702	17,655	2,444	3,053	101	63,289	1,160
1981年	87,535	15,382	2,524	2,797	103	65,466	1,263
1982年	91,064	15,214	2,339	2,306	74	70,000	1,131
1983年	86,529	12,354	1,861	1,843	58	69,436	979
1984年	86,298	10,356	1,242	1,600	93	71,904	1,103
1985年	83,358	9,260	1,311	1,086	71	70,411	1,399
1986年	84,274	8,312	1,244	1,113	78	72,279	1,248
1987年	88,540	7,979	1,226	1,037	79	86,883	1,336
1988年	83,784	7,458	1,105	1,071	93	72,705	1,352
1989年	75,297	5,874	700	895	65	66,445	1,318
1990年	78,808	5,732	646	775	65	70,196	1,394

Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 1978, 82, 85, 88, 91, Stuttgart u. Mainz に基づき作成。

- (20) Vgl. Heiner Wilms, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs im vereinten Deutschland, ZRP 1990, Heft 12, S. 472.
- (21) 寺崎あき子前掲論文158頁。
- (22) 木村くに子前掲論文243頁。特にバイエルン州の助言の運用実態については、同245頁以下参照。
- (23) 70年代から80年代における両派の具体的運動については、寺崎あき子前掲論文159頁以下参照。
- (24) E. ベック＝ゲルンスハイム／香川壇訳『出生率はなぜ下がったか——ドイツの場合——』勁草書房1992年297頁以下。
- (25) 東ドイツの状況については、木村くに子前掲論文247頁、寺崎あき子前掲論文162頁以下及び、ロルフ・クリューガー、「ドイツにおける妊娠中絶の可罰性——法的概観」法律文化1992年9月号22/25頁参照。
- (26) Vgl. Wilms, a. a. O., S. 472 f.
- (27) ドイツ統一をめぐる墮胎罪の扱いについては、広渡清吾・戒能通厚『外国法・イギリス・ドイツの社会と法』1991年日本評論社296頁、アンドレアス・ヘトドリッヒ、ホルスト・アイデンミュラー、河野俊行訳「ドイツ再統一をめぐる法的諸問題」ジュリスト第967号(1990年)69頁、トーマス・ライザー、広渡清吾訳「統一ドイツにおける法的諸問題」法の科学第19号(1991年)185頁、姫岡とし子「ドイツ統一とフェミニズム」原ひろ子・館かおる編『母性から次世代育成力へ——産み育てる社会のために——』1991年新曜社293頁以下参照。
- (28) 山口和人他訳「ドイツの統一の回復に関するドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国との間の条約——統一条約」外国の立法第30巻4号(174号)(1991年)139/161頁参照。
- (29) Frankfurter Allgemeine 26, Juni, 1992, 永井潤子「女性の尊厳を示した連邦議会の討議——ドイツ便り⑦パート2」未来第311号(1992年)14/15頁参照。
- (30) Bundesgesetzblatt, I. Nr. 37, 1992 S. 1398 ff.
- (31) 以下の論述については、A. エーザーの最新の論稿(Albin Eser, Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand, NJW 1992, S. 2913/2925)に拠った。なお、エーザーは、92年法を支持する立場から92年法は75年判決の立場からいっても十分にその合憲性が維持できるとし

て、「自信をもって連邦憲法裁判所の判決を待ち受けることができよう」という言葉をその論稿の最後に置いている。

II 連邦憲法裁判所の仮命令制度

1. 仮命令制度とその目的

基本法第93条1項は連邦憲法裁判所の権限を列挙するが、続く第2項で「さらに連邦憲法裁判所は、その他の連邦法律によって〔連邦憲法裁判所の管轄として〕指定されている場合にも行動する」とする。連邦憲法裁判所法はこれを受けて、第32条において「仮命令 (Einstweilige Anordnung)」制度を定める。これによって連邦憲法裁判所は、本案判決が出されるまで、問題となる行政行為、刑事手続を暫定的に停止し、法規範（法律、命令、規則）の執行を暫定的に停止することができるのである。

「連邦憲法裁判所法第32条

- (1) 連邦憲法裁判所は、争訟事件において、重大な不利益を防止するため、急迫する暴力を阻止するため、又はその他の重大な理由により、公共の福祉のため緊急の必要がある場合には、仮の命令により事態を暫定的に規制することができる。
- (2) 仮の命令は、口頭弁論を経ずして下すことができる。特に緊急の場合には、連邦憲法裁判所は、本案に関する手続の関係人、参加の権利を有する者、又は意見陳述の権利を有する者に、態度表明の機会を与えないでおくことができる。
- (3) 決定をもって仮の命令が下され又は却下されたときは、〔前項に掲げる者は〕異議を申し立てることができる。前段の規定は、憲法異議の手続における異議申立人には適用しない。異議については、連邦憲法裁判所が口頭弁論を経て裁判する。口頭弁論は、異議の理由提出後二週間以内に行わなければならない。
- (4) 仮の命令に対する異議は、停止の効力を有しない。連邦憲法裁判所は、仮の命令の執行を停止することができる。
- (5) 仮の命令は、六カ月後に効力を失う。仮の命令は、三分の二の多数により更新することができる。
- (6) 部は、決定をなし得ない場合であっても、特に緊急の際には仮の命令を下すことができる。この場合、最低三名の裁判官が出席し、全員一致しなければならない。この仮の命令は、一カ月後に効力を失う。その部が追認した場合には、仮の命令が下されてから六カ月後にその効力を失う。」

仮命令制度は、民事訴訟法上のものでも行政訴訟法上のものでも、一般的には個人の個別的な給付を確保するためと法的安定性（法的平和）を確保するためとの二つの目的のためになされる。これに対して、憲法裁判における仮命令は連邦憲法裁判所の権限に適合した形で、法的安定性の確保に重点が置かれている⁽⁴⁾。すなわち具体的には、連邦憲法裁判所法第32条所定の仮命令には、本質的に二つの目的がある。

第一は、本案判決が下されるまで時間がかかり、その結果憲法保障のために提起された手続の

終結の時にはすでに憲法破壊が行われてしまうことを暫定的措置によって阻止することである。

第二は、争訟当事者間に憲法解釈をめぐるすどい対立があり、それが国家作用ならびに政治的統合プロセスに法的不安定と混乱をもたらすことを、阻止することである。なぜなら、連邦憲法裁判所が保障すべき憲法は、まさに公的意見形成プロセスが混乱なく作用することを特に期待しているからである⁽²⁾。

つまり、仮命令は連邦憲法裁判所の将来の判断を保障するための手段である。それ故、仮命令は、本案において憲法裁判所の判決が下される前に十分な事実が形成され、それによって重大な不利益が生じることを防止するために、急迫する暴力を阻止するためあるいは、その他の重大な理由により、公共の福祉のために争訟関係を暫定的に整序することが緊急に要請されるような危険が存在する場合にのみ発せられ得るのである⁽³⁾。

行政や立法の行為を暫定的に停止させるものとしての仮命令は、それが憲法裁判の有効性にとって必要な場合にのみ許される。仮命令は、本案判決が下される以前には、裁判所の立法あるいは行政という政治過程への介入を意味するので、権力分立の観点からいっても、「最大の抑制をもって」行使されなければならないとされる⁽⁴⁾。

2. 仮命令の形式的要件

(1) 仮命令の形式的要件

連邦憲法裁判所法第32条1項は、「連邦憲法裁判所は、争訟事件において……仮の命令により事態を暫定的に規制することができる」とする。「連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法第32条が一般的手続規定として連邦憲法裁判所法の規定する全ての手続に適用されることを前提としている。連邦憲法裁判所法第2章の一般的規律の内部における本規定の位置からすれば、仮命令が連邦憲法裁判所法によって可能なすべての手続様式において許されることが明確である」⁽⁵⁾。したがって、憲法異議手続、具体的規範統制手続、抽象的規範統制手続、機関争訟、連邦とラント間及び各ラント間の権限争議、政党の違憲性確認手続など、連邦憲法裁判所が本案において権限を有するすべての争訟において仮命令を下すことができるのである⁽⁶⁾。逆に言えば、仮命令は独立した別個の権限ではなくあくまで付随的な権限であることから、連邦憲法裁判所が仮命令を下すためには、連邦憲法裁判所が申し立ての前提となる本案判決に権限を有することがその前提とされる。

したがって、連邦憲法裁判所にその争訟を対象とする手続に係争しているか、その争訟が連邦憲法裁判所に係争する可能性があることが必要とされるのである⁽⁷⁾。

連邦憲法裁判所の判例によれば、仮命令を下すためには、連邦憲法裁判所が本案申立の判断について権限をもっていること、本案申立が最終的に不適法でないことあるいは明白に理由がないものではないこと、求められた仮命令が本案における判断を先取りするものではないこと、この

判断の内容に含まれている可能性のあるものを命じるものではないことが必要とされる⁽⁸⁾。これらはいずれも上で述べた仮命令制度の付随性からの当然の帰結といえよう。また、連邦憲法裁判所法第32条による仮命令の発給が許されるか否かは、その争訟を対象とする手続が係争しているか否かに係っている。しかし、問題は争訟が連邦憲法裁判所に係争する可能性があるかどうかである⁽⁹⁾。仮命令発給申立は本案前にも本家中にも行うことができる。仮命令はまさに次のような理由で必要となる可能性がある。つまり、連邦憲法裁判所にとって本案の決定のために重要な法効果をしっかりそして広範に審査するために必要な時間がない場合である⁽¹⁰⁾。

(2) 仮命令審査開始の要件

仮命令は原則として申立に基づいて行いが、連邦憲法裁判所の見解によれば職権でも可能である。

1) 申立

申立権者とその相手は係争しているかそれが期待される本案手続において当事者能力を持つ者でなければならない。申立は、連邦憲法裁判所法第23条所定の要件（書面で、訴状には理由を付しこれに必要な証拠を記載して）の下で行われなければならない。申立は、本案手続が開始されることが確実に予想される場合には本案係争の前でも、可能である。ただし、仮命令はたんなる暫定的な規律であり、したがって本案における判断を先取りするものであってはならない⁽¹¹⁾。

本案申立が行われていない場合には、民事訴訟法第926条及び第936条が類推適用される。これによれば、裁判所は口頭弁論なしに、仮命令発給の申立人が一定の期間内に本案申立をなすべきことを命じることができる⁽¹²⁾。

2) 職権

本案が連邦憲法裁判所に係争していれば、職権で仮命令を下すことができる⁽¹³⁾。

3. 仮命令の実質的要件

連邦憲法裁判所法第32条1項によれば、連邦憲法裁判所は、「重大な不利益を防止するため」「急迫する暴力を阻止するため」あるいは「他の重要な理由から」、公共の福祉のため緊急に要請される場合には、当該状態を仮命令によって暫定的に規律することができる。

(1) 要件

解釈上、「公共の福祉のため緊急に要請される場合」という文言が、直前の「他の重要な理由から」のみを受けるのかあるいは、第32条1項の三つの要件すべてを受けるのかについて争いがある。前者の立場に立てば、個人の憲法上の権利侵害にも仮命令が用いられることを広く認めるのに対して⁽¹⁴⁾、後者では客観的な憲法保障のために仮命令が下されることが強調される⁽¹⁵⁾。結

局のところこの解釈上の相違は、連邦憲法裁判所の手続、特に憲法異議手続の本質をいかに理解するのかという問題につながる。連邦憲法裁判所自身は、これについては明確な態度をとっていないが、第32条1項所定の三要件が明確に区別することができずまた相互に関連していることから、法規範の執行停止が求められている場合には、通常は「公共の福祉のため緊急に要請される」という文言が多く用いられている⁽¹⁶⁾。

(2) 裁判所の衡量

連邦憲法裁判所の判例によれば、仮命令が憲法裁判所の手続において生ぜしめる格別に広範な効果故に、仮命令発給のための要件が存在するか否かの審査は厳格な基準に基づいて行われなければならない。特にこのことは、本稿の直接の考察対象である法律の執行の停止が求められている場合に妥当する⁽¹⁷⁾。具体的には、仮命令による法律執行の停止は、それが公共の福祉にとって緊急に要請される場合にのみ正当化されうる。そして、このような要件が存在するか否かは相対立する利益の適切な衡量に基づいてのみ決定されうる⁽¹⁸⁾。このような衡量の際には法律が有効である場合と無効である場合の二つの可能性が考慮に入れられなければならない。なぜなら仮命令手続においては当該法律の法的効力についての判断は行い得ないからである⁽¹⁹⁾。

つまり、連邦憲法裁判所は、①当該法規定が仮命令によってその効力が停止されず、後に本案手続においてその違憲性が確認された場合に生じる不利益と、②当該法規定が暫定的にその効果を停止され、後に本案手続においてその合憲性が確認された場合に生じる不利益を衡量することになる⁽²⁰⁾。

(3) 本案手続との関係

1) 連邦憲法裁判所の判例によれば、上記の衡量において本案の成功可能性は原則として考慮されない（ただし、憲法異議が不適法あるいは明白に理由がない場合には仮命令は発せられない）。基準となるのは、不利益の重大性であって、当該措置の合憲性あるいは違憲性ではない。

法規範の執行の停止が公共の福祉のために緊急に要請されるか否かを審査する際に、申立人が当該規定の無効を導いた理由は考慮されない、なぜなら、仮命令の発給については法規範の有効性は審査の対象とはならないからである⁽²¹⁾。

このような原則は必ずしも厳格に維持されていない。いくつかの事件（シュライヤー事件、基本条約事件）において連邦憲法裁判所は本案の概略的な審査を先取りし、それを衡量に入れている。特に憲法異議手続においては、法律規定の憲法適合性を支持しあるいは反対する理由が仮命令の発給に関する手続において決して考慮されないということは言えない。このような理由は、仮命令が憲法異議が不適法あるいは明白に理由がない故に考慮されないとか、あるいは規範が明白に違憲の際にはその執行を暫定的に停止するという緊急性が特に明白であるとかいう場合に

は、考慮される可能性がある⁽²²⁾。

2) 仮命令の認容と本案の認容との関係

仮命令の認容が本案の認容に連なり、逆に仮命令の拒否に連なる例が多い。ほとんどの場合このような対応がみられるが、仮命令は拒否されたが本案は認容された例、また仮命令は認容されたが本案は拒否された例もある⁽²³⁾。

4. 手続と判決

(1) ふたつの部の間の権限分割

本案について権限のある部が仮命令の発給についても権限がある⁽²⁴⁾。たとえば、後に述べる74年の仮命令判決が連邦憲法裁判所第一部で、92年の仮命令判決が第二部で下されているが、これは抽象的規範統制手続の本案手続が従来第一部の管轄であるとされていたが、現在では両部共通の権限だからである。連邦憲法裁判所第14条1項によれば抽象的規範統制手続は第一部の管轄であった。1982年10月6日および89年12月15日の連邦憲法裁判所合同部の決定（同法第14条4項「連邦憲法裁判所の合同部は、翌年度の開始時より、各部の管轄権を前三項と異なって定めることができる。ただし、一の部に継続的な過重負担が避けられない場合に限る。……」）Aは、1983年1月1日から連邦憲法裁判所法第14条1項乃至第3項にもかかわらず以下については第二部も権限を有するとして、Iの6において基本法第5条ないしは第8条（表現の自由・集会の自由）の解釈・適用が問題となるものを除く刑法に関連する規範統制手続及び憲法異議手続が挙げられている⁽²⁵⁾。これによって本稿の対象である刑法第218条以下の問題については両部の管轄となり、92年の仮命令発給請求は第二部において受理された。

(2) 口頭弁論

仮命令によって訴えられた者あるいは本案に関する手続に参加する者には態度表明の機会が与えられなければならない。

口頭弁論を開くべきか否かは、当該争訟対象の性格に応じて連邦憲法裁判所が判断することができる。しかし、口頭弁論は、緊急の要請を考慮して、仮命令要件が口頭弁論によってはじめて明かとされうるような場合には、常に要請されると考えることができる。憲法の番人としての連邦憲法裁判所の任務から、特定の仮命令の発給が必然的に立法あるいは行政機能への重大な介入と結びつきそして口頭弁論が仮命令の目的を根拠なく脅かすものでない場合には常に口頭弁論を開く義務が生じると考えられる。

したがって、特別の緊急性がある場合のみ、関係人、参加の権利を有する者又は意見陳述の権利を有する者に態度表明の機会を与えないでおくことができる。ここで要求される緊急性は、それが仮命令の発給に対して一般的に必要とされる緊急性を超える場合にのみ存在する⁽²⁶⁾。

なお、本稿の対象である仮命令についてはいずれも74年2月21日及び92年8月4日に口頭弁論が開かれている。

(3) 決定の形式

口頭弁論に基づく場合には判決，口頭弁論に基づかない場合には決定という形で部の判断が示される⁽²⁷⁾。

(4) 仮命令とこれに伴う措置

仮命令が下されると、処分あるいは法律，裁判所の判決，行政措置等の法律行為が暫定的にその効力を失うかあるいは特定の行為または不作為が命じられる。

連邦憲法裁判所は仮命令によって「状態を暫定的に規律する」ことができる。連邦憲法裁判所はその判決において申立の目的にのみ拘束されるが，そこで述べられている措置に拘束されるわけではない。それに加えて，命令の根拠及び緊急性の要請が連邦憲法裁判所の決定裁量を限定する。いずれにせよ，連邦憲法裁判所が仮命令の範囲において行うことができる措置は非常に広範なものである⁽²⁸⁾。

(5) 仮命令の効力

仮命令の性質上，本案判決が下された（判決が公布された）時点で効力を失う。仮命令自体の時間的効力は6ヵ月，つまり仮の命令は，6ヵ月後に効力を失う。ただし，3分の2の多数によりこれを更新することができる（32条5項）⁽²⁹⁾。

《注》

- (1) Vgl. Hans Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., München/Berlin 1973, S. 234 f.
- (2) 野中俊彦「憲法裁判における仮処分——西ドイツ連邦憲法裁判所の仮命令」金沢法学第14巻1号（1968年）7頁以下参照。
- (3) Franz Klein, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München 1992, § 32, S. 7.
- (4) Vgl. Lechner, a. a. O., S. 238.
- (5) Klein, a. a. O., S. 5.
- (6) 具体的規範統制手続ないしは機関争訟については除かれるという見解もある。これに対して，クラインは，これらの見解を，「連邦憲法裁判所の判例にも仮命令制度の包括的な保護目的にも合致しない」として批判している（Vgl. Klein, a. a. O., S. 5）。なお，連邦大統領の訴追，裁判官の訴追，連邦憲法裁判所裁判官の罷免等については，それぞれ連邦憲法裁判所法第53条，第58条1項（62条），第105条5項において仮命令制度についての個別の規定を置いている。

- (7) Christian Pestalozza, *Das Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl., München, 1991 S. 246 f.
- (8) Vgl. BverfGE 16, 220 (226)
- (9) Vgl. BverfGE 3, 267 (277)
- (10) Vgl. BverfGE 7, 367 (371)
- (11) Vgl. Pestalozza, a. a. O., S. 245 f.
- (12) Vgl. Lechner a. a. O., S. 237.
- (13) Vgl. Pestalozza, a. a. O., S., 244 f.
- (14) Vgl. Lechner, a. a. O., S. 237 f., Klein, a. a. O., S. 19.
- (15) Ernst-Werner Fuß, *Einstweilige Anordnung im Verfassungsgerichtlichen Verfahren*, DöV 1959, S. 201 ff.
- (16) 野中前掲論文25頁以下参照。
- (17) Vgl. BverfGE 3, 41 (44)
- (18) Vgl. BverfGE 1, 85 (86), BverfGE 3, 34 (37)
- (19) Vgl. BverfGE 6, 1 (4)
- (20) Vgl. Pestalozza, a. a. O., S. 251 ff.
- (21) Vgl. BverfGE 7, 367 (371)
- (22) Vgl. BverfGE 7, 175 (179 f)
- (23) 野中前掲論文45頁以下参照。
- (24) Vgl. Klein, a. a. O., S. 23, Pestalozza, a. a. O., S. 246.
- (25) Vgl. Gerhard Ulsamer, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München 1992, § 14, S. 1 f.
- (26) Vgl. Klein, a. a. O., S. 25 a.
- (27) Vgl. Klein, a. a. O., S. 26, Pestalozza, a. a. O., S. 253.
- (28) Vgl. Klaus Schleich, *Bundesverfassungsgericht*, München, 1985 S. 199.
- (29) Vgl. Klein, a. a. O., S. 28.

III 連邦憲法裁判所の仮命令判決

1. 1974年6月21日の仮命令判決

既に述べたように、1974年6月18日にハイネマン大統領によって署名され6月21日に公布される予定となっていた第5次刑法改革法中の第218条aについて、6月20日にバーデン＝ヴェルテンベルク州が、同条の執行を停止する仮命令を求めて連邦憲法裁判所に出訴し、21日、連邦憲法裁判所第一部は同州の請求を認め仮命令によって第218条aの執行を停止した⁽⁴⁾。

「判決主文

- 1 1974年6月18日の第5次刑法改革法第218条aは暫定的に発効しない。
- 2 改正法第218条b、219条は受胎後12週間内の墮胎にも適用される。

妊婦の同意で医師によって受胎後12週間内になされる墮胎は、次の場合には第218条によって処罰されない。妊婦に刑法第176条（子供の性的凌辱）、第177条（強姦）及び第179条1項（不可抗力者の性的凌辱）の違法行為がなされ、懐胎がこの行為にもとづいているという有力な根拠がある場合。

- 3 刑法第 218 条 a によれば罰せられない行為によって裁判所で係争中の刑事手続は、この規定の基本法との適合性に関する連邦憲法裁判所の本案判決がでるまで延期される。
- 4 刑法第 218 条 a によれば罰せられない行為故にかせられた確定力ある刑は、連邦憲法裁判所の本案判決がでるまで執行することは許されない。⁽²⁾

以上の主文 2 でも明らかなように、本仮命令は、当該規定の合違憲性については直接言及しないものかなり具体的で、既に検討した本案判決の内容を十分に予測させるものとなっている⁽³⁾。このことは仮命令の理由においては一層明確である。

「理由 B

仮命令の発給を求める本申立には理由がある。すなわち、この場合に要請される本仮命令を支持する理由と反対する理由の衡量を行った結果、命令を正当化する理由が優位する。

- 1 連邦憲法裁判所の判例によれば、法律の執行に対する仮命令が公共の福祉のために緊急に要求されるか否かを審査する場合には、厳格な基準が適用されなければならない。この場合、本案の申立てが当初から不適法であるかあるいは明らかに理由がないことが明白な場合を除き、申立人が当該規範の違憲性の主張の根拠とする諸理由は考慮されない（連邦憲法裁判所判例集第 7 巻 367 [371] 頁、第 23 巻 252 [259] 頁参照）。

連邦憲法裁判所が行わなければならないのは、仮命令が下されずに後に本案の申立が認められた [当該法律が違憲であると宣言される] ことから生じる効果と、当該仮命令が下された後に本案の申立が認められなかった場合に生じる不利益を衡量することである（連邦憲法裁判所判例集第 18 巻 151 [153] 頁、第 31 巻 381 [386] 頁、34 巻 341 頁 [342 頁以下] 参照）。

- 2 予想される本案の申立は不適法でも明白に理由がないことが明かであるわけでもない。予想される本案の申立は重要な憲法上の問題を提起する。
- 3 したがって要請される衡量は以下のように行われる。

仮命令が下されずに後に新刑法第 218 条 a の期限モデルが基本法第 2 条 2 項違反故に違憲であると宣言された場合、違憲の規範が効力を有している間に数えきれない場合に誕生すべき人間の生命が奪われることになる。憲法がその多くの規範において人間の生命に高い価値を置いていることから考えて、このような事態が生じることになれば、それは耐え難いものとなる。

仮命令が申立人の主張する範囲において下され、後に当該規律が合憲であると宣言された場合には、一般に不十分であると感じられる状態を当該法律によって企図されたように改善することがしばらくのあいだ行われぬという結果になる。その結果、当事者に生じる不利益は認められる。それが特に重大なものとなる場合には、連邦憲法裁判所はそのことを、立法者の決定から離れて自由に考えられた詳細な規律によって考慮した。その結果、主文で行われた命令が正当化される。⁽⁴⁾

以上のように本件でも、連邦憲法裁判所は既に II の仮命令制度の一般的検討において紹介した従来の判例に従い、法律の執行に対する仮命令が認められるか否かを審査する際には、厳格な基準が適用されなければならないこと、さらに当初から不適法であるかあるいは明らかに理由がないことが明白な場合を除き、当該規範の合違憲性は考慮されないことを前提に、①仮命令が下されずに後に本案判決において当該法律が違憲であると宣言された場合に生じる不利益と、②当該仮命令が下された後に本案の申立が認められなかった場合に生じる不利益を比較衡量する。具体

的には、①の場合、違憲の規範が効力を有している間に数えきれない場合に誕生すべき人間の生命が奪われることになる。憲法がその多くの規範において人間の生命に高い価値を置いていることから考えて、このような事態が生じることになれば、それは耐え難いものとなる。それに対して、②の場合には、一般に不十分であると感じられる状態を新法によって改善することがしばらくのあいだ行われぬという結果になる。しかし、その不利益が重大な場合には、主文2、3、4における措置でこれを十分に回避することができる。したがって、本件は執行停止の仮命令が下されるべき事例にあたることになる。92年の仮命令と比較すると、具体的な衡量は簡潔なものであるが、そこで胎児の生命権の尊重という観点が重視されている点が注目される。したがって、仮命令判決後も、「合憲判決がでるだろうというのが大方の見方」⁽⁶⁾であった状況の下での本案において違憲判決が下されたことも、仮命令判決の主文及び理由と本案判決の双方を後から検討すれば、それなりの一貫性は確認できるのである。

2. 1992年8月4日の仮命令判決

1992年7月14日にバイエルン州政府及び連邦議会議員248名は、連邦憲法裁判所第32条による仮命令によって、1982年8月4日に連邦官報において公布され即日発効する1992年7月27日の妊婦及び家族扶助法第13条1号の発効を、今後提起される抽象的規範統制手続についての判断があるまで延期する旨を申し立てた。本法第13条1号は、刑法第218条乃至第219条dを改正するものである。申立人は、特に妊婦及び家族扶助法による新刑法第218条a1項が現行憲法（基本法第2条2項1段及び第1条1項）を侵害するという見解にもとづき、当該規範の無効宣言を求める本案手続の申立を予告していた。さらに、申立人は、妊婦及び家族扶助法第15条2号に規定された、連邦統計のための通知義務（第5次刑法改革法第4条）の破棄を、暫定的に停止するよう求めた。

7月29日、連邦大統領ヴァイツェッカーは連邦議会及び連邦参議院を通過した法案に署名した。公布されることになっていた8月4日、連邦憲法裁判所において、仮命令に関する口頭弁論が開かれ、レルヒエ教授（ミュンヘン大学）及びオッセンビュール教授（ボン大学）が連邦議会の議員の代理人として、シュタイナー（レーゲンスブルグ大学）がバイエルン州の代理人として仮命令を求める意見を述べた。本件法律に関する連邦議会の多数派が意見陳述人として参加、その代理人として、デニンガー教授（フランクフルト大学）、ハッセマー教授（フランクフルト大学）が仮命令に反対する論陣をはった⁽⁶⁾。当日夜半、連邦憲法裁判所第二部は申請を認め、新法の発効を停止する仮命令を下した⁽⁷⁾。

「判決主文

1 1992年7月27日の胎児の保護、子供にやさしい社会の促進、妊娠葛藤状態の救済及び妊娠中絶の規律

のための法律（いわゆる「妊婦及び家族扶助法」—連邦官報 I 1, 398頁）第13条1号【刑法第218条乃至第219d条を改正した部分】及び第16条【旧東独法を無効とする部分—引用者】は、暫定的に発効しない。

- 2 妊婦及び家族扶助法によって改正された刑法第203条1項4 a号並びに刑事訴訟法第53条1項3 a号、第97条2項2段の適用に関して、旧刑法第218 b条2項1号による公認の相談所は、妊婦及び家族扶助法第1条3節（性教育・避妊・家族計画及び中絶助言に関する法律）による公認の相談所と同じである。
- 3 1976年5月18日の法律（連邦官報 I 1, 213頁）の第3条及び第4条によって改正された1974年6月18日の第5次刑法改革法律（連邦官報 I 1, 297頁）第4条（連邦統計）における規律は暫定的に引き続き効力を有し、統一条約第3条に挙げられた地域において適用される。
- 4 判決主文1—3は、連邦官報において公示される。⁽⁸⁾

以上のように、74年の仮命令が第218条aのみを対象とするものであったのに対して、今回の対象は、理由でも述べられているが、体系的統一性を考慮して刑法第218条乃至第219条dを改正した法規定全体である。

また、74年の仮命令の具体的指示が、その後の本案判決を十分に推定させるものであったが、今回の仮命令の具体的指示は暫定措置のための技術的意味合いが強いといえよう。

「理由B

本申立には理由がある。本仮命令は公共の福祉に対する危険を回避するために緊急に要請される。

- 1 仮命令の発令の申立については、特にそれが法律の効力に関する命令である場合、厳格な基準が適用されなければならない（最近のものとして連邦憲法裁判所判例集第82巻310頁【312頁以下】参照）。——ここでのように——本案手続における予告された申立が不適法かあるいは明白に理由がないものではないと思われる場合、連邦憲法裁判所は、仮命令が下されずに後に当該法律が違憲であると宣言されることから生じる不利益と、法律が執行されなかったが後の本案手続において合憲とされた場合に生じる不利益を衡量する。
- 2 このような不利益を衡量する際に、部は当該規定の違憲性についての主張も合憲性についての主張も考慮しない。

上記のような結果についての衡量は本件では次のことから出発する。すなわち、いまだ生まれていない人間の生命〔胎児〕に対する国家の保護義務は連邦共和国の憲法秩床の基本的な構成部分であるということである。このような保護を実現する規範的なコンセプトは、それが適応モデルによって行われるかあるいは期限モデルによって行われるかによって——それぞれの具体的な保護効果は問わないとしても——原理的に異なる。両者は原則的に異なった見解によるものである。すなわち、適応事例にあたらぬ妊娠中絶を当初から刑法の威嚇を投入しても法的に承認しないことによるか、あるいは、社会的措置または助言を通じてサポートされる未だ生まれていない生命を決定する際に婦人の自己責任を優先することによるか、いずれの方法が胎児の唯一の存在論的な葛藤状況において——社会的な措置によって支えられて——より有効に保護されるか。立法者によって現在追求されたコンセプトは——ここでは判断しないその憲法適合性を別としても——それが実現されるためには規律〔モデル〕の持続性と安定性を前提とする。同様に統一条約において規定された立法者への付託は、『胎児の生命の保護と懐胎した婦人の葛藤状況の合憲的な克服を、特に婦女に対する法的に保障された請求権、なかんずく助言と社会的扶助に関する請求権を、両ドイツで別々に妥当していたものよりよりよく保障する』永続的な規律をめざすものである（統一条約第31条4項）。

規律対象の特殊性に鑑みて、それが執行されることによって生命の保護の原理的に異なるコンセプトへの移行を招来する法律が違憲な場合には、何カ月か後に再びその効力を失い他のコンセプトに席をゆずらなければならないようなことになる。これは公共の福祉に対する重大な不利益と考えられる。立法者の決定は原理的な決定であり、胎児の生命を原則的に新たな方法で保障するためのたんなる短期的な試みであると考えすることはできない。次のこともまた考えなければならない。すなわち、非常に存在論的な意味を持つこのような規律領域において規範的なコンセプトが多様に変化する場合には、このことは、人々の法的信頼及び、ここで最も重要な問題において人間の行態を法によって規定する可能性に対する持続的な消極的影響をもつことがあるということである。

これに対して、次のようなことによって生じる不利益が存在する。すなわち、新しい法が、申立によって問題視される刑法の領域が問題となる限りで、それが憲法に適合する場合には何カ月か遅れてはじめて効力を生じるということである。このような不利益は、胎児の生命を保護するためのコンセプトが短期間に多様に変化するという予想される事態よりははまだましであると考えられる。当部はここでは次のことから出発する。すなわち、妊婦及び家族扶助法が母親及び子供の状態を改善するために規定し、1992年8月5日に施行される予定の社会的措置が、生命の保護を実現するために真摯に望まれそしてそれ故、——口頭弁論における発言者の判断に反して——妊婦及び家族扶助法第13条1号が暫定的に施行されえない場合にも、変わりなく実施されるということである。

- 3 申立人の憲法上の疑義が妊婦及び家族扶助法の刑法的規定の一部に向けられているにもかかわらず、当該法律の第13条1号の執行が全体として中止され、従来の刑法第218条以下をその適用領域において暫定的に引き続き適用することが命じられる。新しい刑法的規定は妊娠中絶について従来妥当していた法と同様に体系的統一性を形成しており、基本法第103条2項からみて問題のある不明確性を配慮すれば、個々の要素に分解したり従来妥当していた法の一部と結び付けたりすることはできない。とりわけ、助言の規定は、それが妊娠中絶を不可罰とする前提である限り、それぞれのモデル体系に依拠している。このようなモデルの内的関連性は維持されなければならない。妊婦及び家族扶助法第1条2号乃至第4号の規定は本仮命令によって影響を受けないので、このことは次のことを意味する、すなわち、仮命令の期間については助言のための様々な法的基盤が並存する。不可罰の前提としての助言については、刑法典の妥当範囲において、助言・勧告に関するそれら諸規定は新しい法によって認められた相談所についても基準として維持される。
- 4 統一条約の第3条において挙げられた領域において、当該法律第16条において示された諸規定は上述の諸理由から一時的に引き続き適用される。このような諸規定は、統一条約第31条4項、第4条5号により、いずれにせよ1992年12月末までは妥当する。これに対して相談所の設置と活動は、妊婦及び家族扶助法によって、——その限りにおいて連邦共和国全体について——新たに規律された。この規律は1992年8月5日に発効する。その際、胎児の生命は憲法上保護され、したがって特に妊娠中絶が家族計画の手段であってはならないということが妥当する。
- 5 さらに、仮命令は上で挙げた医師の通知義務を含むものでなければならない。既にのべた国家の保護義務の意義故に、国家が、生命の保護のための通知義務の重要性が当部によって詳細に審査されることなく——たとえ不十分であろうとも——いかなる基準で医師は妊娠の中絶を行うかという問題に関する統計的資料を断念することは許されない。それ故、資料収集の継続性は維持されなければならない。統一条約第3条において挙げられた領域において、現在通知義務に関する法的基盤が欠けている。それ故、旧西ドイツに妥当していた規律はその限りで同様に暫定的に適用されるものと宣言される。』⁽⁹⁾

ここでも連邦憲法裁判所は、「厳格な基準」が適用されなければならないことを前提に、①仮命令が下されずに後に当該法律が違憲であると宣言されることから生じる不利益と、②法律が執行されなかったが後の本案手続において合憲とされた場合に生じる不利益を衡量する。

胎児に対する国家の保護義務は憲法秩序の基本的な構成部分であるが、これをどのように具体化するかは様々な対応がある。適応モデルと期限モデルは原則的に異なった見解によるものである。そして、胎児の生命をどのように保護するのかという問題に対する立法者の決定は原理的な決定であり、それ故、立法者によって現在追求されたコンセプトは、それが実現されるためには規律（モデル）の持続性と安定性を前提とする。①の場合、今回の改正は、適応モデルから期限モデルへの移行を伴うものである。この期限モデルが後に違憲判決によって再び適応モデルに移行することになれば、適応モデル→期限モデル→適応モデルという形で短期間に原理的に異なった規定が適用されることになる。このような事態は、公共の福祉に対する重大な不利益でありこのような分野について特に要請される法的信頼に悪影響を及ぼす。他方、②の場合、今回の改正案の期限モデルの実施が停止され、後の本案判決において合憲判断が出るまでその効力の発生が遅れるという不利益もある。このような不利益は、胎児の生命を保護するためのコンセプトが短期間に多様に変化するという予想される事態よりはまだましであると考えられる。なぜなら、このような不利益については、妊婦及び家族扶助法の今回の仮命令の対象となっていない規定によって十分に対処することができるからであるとする。

このような衡量を74年の仮命令と比較すれば、先ず第一に、本仮命令では、「法的安定性」が強調されている点が注目される。すでに述べたように、74年の仮命令では、憲法が人間の生命に高い価値を置いていることを前提に、違憲の法律によって本案判決が下されるまでに本来なら誕生すべき人間の数えきれない生命が奪われることになることを①の場合の不利益として挙げている。これに対して本仮命令では、このような指摘はなく、適応モデルと期限モデルの双方の可能性を挙げた上で、より抽象的・一般的に本事例における法的安定性の必要性が強調されているのである。先の仮命令における、胎児の生命権の尊重が主文における具体的な指示と相俟って75年の本案違憲判決に直結するものであったことを考えると、本仮命令が法的安定性という抽象的・一般的な法原理を衡量の重要な視点として提示していることは注目してよい⁽¹⁰⁾。

74年仮命令との相違の第二は、先の仮命令が改正された刑法第213条bという期限モデルを定めた規定のみを対象とするものであるのに対して、本仮命令では、第218条以下の刑法改正を定めた改正法第13条1号全体が対象とされていることである。連邦憲法裁判所は、その根拠として改正法の体系的統一性及び内的関連性を挙げている。これは、具体的な衡量において原理的なコンセプトの相違を前提とした上で法的安定性の議論を展開したことの帰結とも考えられる。

相違の第三は、今回の法改正が東西ドイツ統一に伴う法整備の一貫であることに起因する。前回の仮命令では、本案判決までに適用されるべき規定についてかなり具体的な指示がなされたが、今回の仮命令ではそのような指示はなく、改正法第13条全体の執行が停止されたことによって、旧東ドイツ地域に適用されていた規定（期限モデル）が引き続き適用されることになった。つまり、基本条約によって12月末まで、それまでに本案判決が下されない場合（実際に下されな

かった)には本仮命令の効力(連邦憲法裁判所法第32条5項1段)により仮命令判決後6ヵ月を経過した1993年2月3日)まで、そしてそれ以降は、仮命令の更新(同項第2段)によって、本判決が下されるまで「東は東、西は西」という状況が続くこととなった。ただし、旧法第4条(連邦統計)における医師の通知義務は統計的資料収集の必要性と継続性の観点から旧東ドイツ地域にも適用されることになった。

《注》

- (1) BverfGE 37, 324. なお, 吉田前掲論文99頁参照。
- (2) BverfGE 37, 325.
- (3) たとえば, シュライヒは仮命令の最も広範な措置の例として本判決を挙げている(Vgl. Schleich, a. a. O., S. 199.)
- (4) BverfGE 37, 327 f.
- (5) 吉田前掲論文99頁。
- (6) Vgl. Frankfurter Allgemeine, 5, August, 1992.
- (7) 本決定は脱稿時において判例集に登載されていないので, 本稿では連邦憲法裁判所の判決文(Verkündet am 4. August 1992, Schlindwein Regieungsassistentin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle)を用いる(なお, NJW 1992, S. 2343 f.)。ちなみに8月5日, 連邦憲法裁判所第二部は, 仮命令当事者に対して8月25日までに本訴を申請するように命じ, 期限モデルに賛成する議会多数者に対して3週間以内に反論することを求めた。このような異例の短い期限の設定によって, 連邦憲法裁判所はこの問題に対する本案判決を本年中に下したいとの意向をもっているとの観測がなされた。しかし, 当初は11月中に開かれる予定であった口頭弁論は12月8日と9日に行われた(Vgl. Frankfurter Allgemeine, 10, Dezenber, 1992)。
- (8) 同上判決文12頁(NJW 1992, S. 2343)。
- (9) 同上判決文14頁以下(NJW 1992, S. 2343 f.)。
- (10) 本仮命令では, 「法的安定性」という言葉は直接には用いられていないが, 60年10月15日の仮命令のように, 選挙法及び選挙に関する「法的不安定性」を仮命令発給の直接の根拠としている判決もある。逆に, 54年2月24日の仮命令のように, 当該法律が執行されるか否かについての法的不安定は仮命令発給の十分な根拠とはいえない。なぜならこのような法的不安定は, 法律の執行が暫定的に中止される場合にも生じるからであるとするものもある(Vgl. Klein, a. a. O., S. 165)。

結 語

以上のように人工妊娠中絶をめぐる問題において, 仮命令制度は, その具体的な判決の内容の当否は別にして, 制度趣旨を十分に発揮しているといえる。つまり, 本件の事例においては, ①本案判決が下されるまで時間がかかり, その結果提起された手続が終結するまでに憲法上疑義のある状態が生じる可能性があり, また②争訟当事者間に憲法解釈をめぐるすどい対立があり, それが国家作用ならびに政治的統合プロセスに法的不安定と混乱をもたらす可能性があり, 既に述べたように, これらを阻止し将来の本案判決の判断を有効なものとするのが仮命令制度

の目的であるからである。連邦憲法裁判所は仮命令制度によって、妊娠中絶という憲法の基本的
人権保障の根幹にかかわる問題について十分時間をかけて検討することができるのである。

さらに、このような仮命令の機能は、今回の事例のように仮命令が抽象的規範統制手続の前手
続として下される場合には特に際だっている。法律に対する抽象的規範統制手続では、新法ある
いは改正法の公布と同時に提起されることが多い。この場合、連邦憲法裁判所が仮命令により新
法あるいは改正法の公布・執行を停止することによって、「憲法の番人」という抽象的規範統制
手続の手続趣旨は十分に発揮されるからである。抽象的規範統制手続は決して事前審査制度では
ないが、仮命令制度と結びついて同様の機能を果たすことができることを今回の事例は雄弁に物
語っているのである。刑法第 218 条をめぐる一連の動きをみれば、国民、議会、政府という様々
な憲法解釈者が、妊娠中絶という根本的な問題に対してそれぞれの見解を展開し、するどく対立
しながらもその時々合意点を見出しそれを積み重ねて具体的な対応策に反映させている。75
年本案判決の内容については様々の批判および検討の余地が指摘され得るが、第 218 条をめぐる
一連の動きのなかでの連邦憲法裁判所の活動をみるならば、その過程において連邦憲法裁判所が
重要な役割を期待されていること、そして仮命令はそのような任務を遂行するための重要な制度
であることは明らかであろう。

ところで、間近に予想される92年8月の仮命令を受けた本案判決がどのような内容となるかを
予測するのは難しい。Ⅲで検討したように、75年の本案違憲判決の前哨戦である74年仮命令判決
と今回の仮命令判決では、いくつかの相違点を確認される。さらに、①75年判決の対象となった
74年法と92年法とでは上述したように内容が異なること、②75年違憲判決以降、世論や社会状況
に変化がみられること、特に東西ドイツ統一によって期限モデルを採用していた旧東ドイツの状
況についても配慮しなければならなくなったこと、③74年の第5次刑法改革法が賛成261票、反
対240、棄権10票で連邦議会を通過したのに対して92年法では賛成355票、反対283票、棄権16票と
いう予想外の大差で承認されていることなどを考慮すると、今回は、75年判決とは異なった判断
がなされる可能性もある。

いずれにせよ、本案判決が下された段階でこれを本稿で検討したと結び付けてさらに検討
しなければならないであろう。