

墮胎罪憲法不合致決定

(憲法裁判所 2019年4月11日決定)

[→HOME](#)

憲法裁判所

刑法第 269 条第 1 項等違憲訴願

2019 年 4 月 11 日 宣告

2017 年헌마 127

当事者

請求人 鄭○元

代理人 別紙目録記載の通り。

当該事件 光州地方法院 2016 年고단 3266 医療法違反等

主 文

刑法(1995 年 12 月 29 日法律第 5057 号で改正されたもの)第 269 条第 1 項、第 270 条第 1 項のうち「医師」に関する部分はすべて憲法に合致しない。上記条項は 2020 年 12 月 31 日を期限として立法者が改正するまで引き続き適用される。

理 由

1. 事件の概要

請求人は 1994 年 3 月 31 日産婦人科医免許を取得した者で、2013 年 11 月 1 日から 2015 年 7 月 3 日まで 69 回にわたり婦女の囑託又は承諾を受けて墮胎させたという公訴事実(業務上承諾墮胎)などで起訴された(光州地方法院 2016 年고단 3266)。請求人は第 1 審裁判の進行中、主位的に刑法第 269 条第 1 項、第 270 条第 1 項が憲法に違反し、予備的に上記条項の墮胎の対象を妊娠 3 ヶ月以内の胎児まで含めて解釈することは憲法に違反すると主張して違憲法律審判提請の申立をしたが、2017 年 1 月 25 日その申立は却下された(光州地方法院 2016 年초기 1322)。これに対し請求人は 2017 年 2 月 8 日、上記条項に対して同じ趣旨で本件憲法訴願審判を請求した。

2. 審判対象

請求人の主位的請求は刑法第 269 条第 1 項、第 270 条第 1 項が憲法に違反するというものであり、予備的請求は上記条項の墮胎対象を妊娠 3 ヶ月以内の胎児まで含めて解釈することは憲法に違反するというものである。ところで、上記予備的請求は同一の審判対象条項に関する主位的請求の量的一部分に過ぎないので、これを別途の審判対象とみなさず、ただ、それに関する主張を上記条項の違憲判断の理由中で共に判断することにする(憲法裁判所 2016 年 5 月 26 日、2015 年헌마 176; 憲法裁判所 2016 年 9 月 29 日、

2016 年헌마 47 等参照)。

一方、請求人は刑法第 270 条第 1 項全体の違憲確認を求めているが、請求人に適用される部分は上記条項のうち「医師」に関する部分であるから、審判対象をその部分に限定する。

したがって、本件の審判対象は刑法(1995 年 12 月 29 日法律第 5057 号で改正されたもの)第 269 条第 1 項(以下「自己墮胎罪条項」という)、第 270 条第 1 項のうち「医師」に関する部分(以下「医師墮胎罪条項」という)が憲法に違反するか否かである。

[審判対象条項]

刑法(1995 年 12 月 29 日法律第 5057 号で改正されたもの)

第 269 条(墮胎) ①婦女が薬物その他の方法で墮胎したときは 1 年以下の懲役又は 200 万ウォン以下の罰金に処する。

第 270 条(医師等の墮胎、不同意墮胎) ① 医師、韓医師、助産師、薬剤師又は薬種商が 婦女の囑託又は承諾を受けて墮胎させたときは 2 年以下の懲役に処する。

[関連条項]

母子保健法(2009 年 1 月 7 日法律第 9333 号で改正されたもの)

第 14 条(人工妊娠中絶手術の許容限度) ①医師は次の各号のいずれかに該当する場合に限り、本人と配偶者(事実上の婚姻関係にある者を含む。以下同じ)の同意を得て人工妊娠中絶手術を行うことができる。

- 1.本人または配偶者に大統領令で定める優生学的または遺伝学的な精神障害や身体疾患がある場合。
- 2.本人または配偶者に大統領令で定める伝染性疾患がある場合。
- 3.強姦または準強姦によって妊娠した場合。
- 4.法律上結婚できない血族または姻族間で妊娠した場合。
- 5.妊娠の継続が保健医学的理由により母体の健康を著しく害し、または害するおそれがある場合。

第 28 条(「刑法」の適用除外) この法律による人工妊娠中絶手術を受けた者と手術をした者は、「刑法」第 269 条第 1 項・第 2 項及び第 270 条第 1 項にかかわらず、処罰しない。

母子保健法施行令(2009 年 7 月 7 日 大統領令第 21618 号で改正されたもの)

第 15 条(人工妊娠中絶手術の許容限度) ①法第 14 条による人工妊娠中絶手術は妊娠 24 週以内の者だけが行うことができる。

3.請求人の主張、裁判所の違憲法律審査提請申立の棄却理由

ア.請求人の主張

(1) 自己墮胎罪条項

自己墮胎罪条項は女性が妊娠・出産をするかどうか、その時期などを決定する自由を制約し、女性の自己運命決定権を制限し、妊娠初期に安全な妊娠中絶手術を受けられないようにし、妊娠した女性の健康権を制限する。また、望まない妊娠の維持と出産を強制して妊娠した女性の生物学的、精神的健康を毀損することにより身体の完全性に関する権利と母性を保護される権利を制限し、望まない妊娠及び出産に対する負担を女性だけに課すから、平等権を制限する。

胎児はその生存と成長を全的に母体に依存しているから、胎児が母とは別個の生命体として母と同等のレベルの生命であると言うことはできない。したがって胎児は生命権の主体となり得ない。墮胎を処罰するか否かは妊娠中絶の決定に影響を与えず、現実的に墮胎に対する処罰はほとんど行われなから、自己墮胎罪条項は胎児の生命、妊娠した女性の生命と身体を保護するための適切な手段とはなり得ない。妊娠した女性の全ての墮胎が一律に処罰されており、母子保健法に規定された処罰の例外もその範囲が過度に狭いから、自己墮胎罪条項は過剰禁止原則に違反し、妊娠した女性の自己決定権、健康権、身体の完全性に関する権利、母性を保護される権利、平等権等を侵害する。

(2) 医師墮胎罪条項

一般人による墮胎は医師による墮胎よりも危険で違法性が大きいにもかかわらず、同意墮胎罪条項(刑法第 269 条第 2 項)とは異なり懲役刑の他に罰金刑を規定していない医師墮胎罪条項は平等原則に違反し、医師の職業の自由を侵害する。

イ.裁判所の違憲法律審判申立の棄却理由

憲法裁判所は既に刑法第 270 条第 1 項及びその判断の前提となる自己墮胎罪条項が憲法に違反しないと判断しており、上記条項が憲法に違反すると言ふような事情変更が生じたとは言えない。

4.判断

ア.墮胎罪に関する一般論

(1) 墮胎の意義

墮胎とは胎児を自然分娩の時期に先立って人為的に母体外に排出したり母体内で殺害する行為をいい、墮胎罪はこのような墮胎を内容とする犯罪であり、墮胎の結果胎児が死亡したか否かは墮胎罪の成立に影響を及ぼさない(大法院 2005 年 4 月 15 日判決 2003 年 2780 判決参照)。墮胎は胎児が生存可能な時点での人工的な胎児排出行為も含むという点で母子保健法が規定している人工妊娠中絶手術よりも広い概念となる。

(2) 墮胎罪の歴史

(ア) 刑法の沿革

1953年9月18日法律第293号で制定された刑法第269条第1項は「婦女が薬物その他の方法で墮胎したときは1年以下の懲役又は1万ウォン以下の罰金に処する」として妊娠した女性の自己墮胎を処罰した。同条第2項は婦女の囑託又は承諾を得て墮胎させた者を第1項と同一の刑で処罰し、第3項は第2項の罪を犯して婦女を傷害又は致死させた場合を加重処罰した。同法第270条第1項は「医師、韓医師、助産員、薬剤師又は薬種商が婦女の囑託又は承諾を得て墮胎させたときは2年以下の懲役に処する」として医師などの業務上同意墮胎を処罰した。同条第2項は婦女の囑託又は承諾なしに墮胎させた者を処罰し、第3項は第1項又は第2項の罪を犯して婦女を傷害又は致死させた場合を加重処罰した。上記規定はいずれも処罰の例外事由を規定していない。

1995年12月29日法律第5057号で刑法が改正され、刑法第269条第1項の「1万ウォン以下の罰金」は「200万ウォン以下の罰金」に、第270条第1項の「助産員」は「助産師」にそれぞれ変更され一部字句の修正があったが、実質的な条文内容には変化なく現在に至っている。

(イ) 母子保健法の沿革

1973年2月8日法律第2514号として制定された母子保健法は人工妊娠中絶手術の許容限界を規定した。同法第2条第4号は「人工妊娠中絶手術」を「胎児が母体外で生命を維持できない時期に胎児とその付属物を人工的に母体外に排出させる手術」と定義し、同法第8条第1項は①本人または配偶者が大統領令に定める優生学的または遺伝学的な精神障害や身体疾患がある場合、②本人または配偶者が大統領令に定める伝染性疾患がある場合、③強姦又は準強姦により妊娠した場合、④法律上婚姻できない血族又は姻族間で妊娠した場合、⑤妊娠の継続が保健医学的理由により母体の健康を著しく害し、又は害する恐れがある場合のいずれかに該当する場合に限り医師が本人と配偶者(事実上の婚姻関係にある者を含む)の同意を得て人工妊娠中絶手術を行うことができると規定した。同法第12条は「この法律の規定による人工妊娠中絶手術を受けた者及び行った者は刑法第269条第1項・第2項及び刑法第270条第1項の規定にかかわらず処罰しない」と規定し、同法施行令第3条第1項は「法第8条の規定による人工妊娠中絶手術は妊娠した日から28週間以内にある者に限り行うことができる」と規定した。

1986年5月10日法律第3824号で全面改正された母子保健法は上記の人工妊娠中絶手術の許容限度を第14条第1項で規定し、条文の位置を移動し一部の字句を修正したが、その規律内容はほぼ同じであった。2009年1月7日法律第9333号で改正された母子保健法第14条第1項は同項第5号の「母体の健康を著しく害しており、又は害する恐れがある場合」を「母体の健康を深刻に害しており、又は害する恐れがある場合」に変更するなど、一部の字句を修正したが、実質的な規律内容には変化がなく現在に至っている。

一方、2009年7月7日大統領令第21618号で改正された母子保健法施行令第15条は人工妊娠中絶手術の許容期間を妊娠28週以内から妊娠24週以内に変更し、人工妊娠中絶手術を行うことができる優生学的・遺伝学的精神障害及び身体疾患と伝染性疾患のうち治療が可能または医学的根拠が不明確な疾患などを削除し、人工妊娠中絶手術の許容範囲を一部縮小した。

(3) 現行法上の墮胎罪の体系

(ア) 刑法は第27章の墮胎の罪で墮胎を全面禁止しながら、一方では母子保健法を通じて一定の医学的・優生学的・倫理的適応事由等がある場合、刑法上の墮胎罪の適用を排除することにより墮胎を一部許容している。つまり、墮胎について韓国の法体系は墮胎罪を規定した刑法と違法性阻却事由を規定した母子保健法に二元化されている。

(イ) 自己墮胎罪(刑法第269条第1項)は妊娠した女性の自己墮胎を処罰する規定として墮胎罪の基本的構成要件であり、同意墮胎罪(刑法第269条第2項)は妊娠した女性の嘱託又は承諾を得て墮胎させる場合に成立する。業務上同意墮胎罪(刑法第270条第1項)は同意墮胎罪に対して身分関係で責任が加重される加重的構成要件であり、医師、韓医師、助産師、薬剤師または薬種商が妊娠した女性の嘱託や承諾を得て墮胎させることによって成立する。業務上同意墮胎罪と自己墮胎罪は構成要件の内容上2人以上の関与者が墮胎という同一の目標に向かって異なる方向から構成要件の実現に関与するという点で、講学上の対向犯に該当する(憲法裁判所2012年8月23日2010年헌바402参照)。不同意墮胎罪(刑法第270条第2項)は自己墮胎罪に対して違法が加重される加重的構成要件であり、墮胎致死傷罪(刑法第269条第3項、第270条第3項)は同意墮胎罪、業務上同意墮胎罪、不同意墮胎罪に対する結果的加重犯を重く処罰している。

このように自己墮胎罪条項は妊娠した女性が望んで行う自己墮胎を処罰し、妊娠した女性の同意を得られない墮胎などは他の規定で処罰しているので、以下において自己墮胎罪条項に関連して「墮胎」と言うときは妊娠した女性が望んで行う自己墮胎を意味する。

(ウ) 母子保健法第14条第1項は例外的に5つの正当化事由に限り人工妊娠中絶手術を許容している。すなわち、医師は①本人または配偶者に優生学的または遺伝学的な精神障害や身体疾患がある場合、②本人または配偶者に伝染性疾患がある場合、③強姦または準強姦によって妊娠した場合、④法律上婚姻できない血族または姻族間で妊娠した場合、⑤妊娠の継続が保健医学的な理由で母体の健康を深刻に害し、または害する恐れがある場合のいずれかに該当する場合に限り妊娠した女性と配偶者の同意を得て人工妊娠中絶手術を行うことができる。上記のように許容される人工妊娠中絶手術の場合でも妊娠24週以内の者に対してのみ行うことができ(母子保健法施行令第15条第1項)、この場合刑法第269条第1項・第2

項及び第 270 条第 1 項にもかかわらず処罰しない(母子保健法第 28 条)。

イ. 先例

憲法裁判所は 2012 年 8 月 23 日、裁判官 4(合憲)対 4(違憲)の意見で、自己墮胎罪の条項が妊娠した女性の自己決定権を侵害せず、助産師等が婦女の囑託又は承諾を得て墮胎させたときは 2 年以下の懲役に処するように規定した刑法第 270 条第 1 項のうち「助産師」に関する部分が責任と刑罰の間の比例原則や平等原則に違反しないという合憲決定をした(憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日、2010 年헌바 402)。

これについては自己墮胎罪条項が妊娠初期の墮胎まで全面的・一律に禁止・処罰しているという点で妊娠した女性の自己決定権を侵害し違憲であるから、これにしたがい刑法第 270 条第 1 項のうち「助産師」に関する部分も上記範囲内で違憲であるという裁判官 4 人の反対意見があり、妊娠初期の墮胎を許可しても妊娠した女性が墮胎について十分に熟考した上で決定できるようにすると同時に、医学的に安全な墮胎手術が行われるように立法措置を講じなければならないという裁判官 1 人の反対意見に対する補充意見があった。

ウ. 裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{ソギョク}徐基錫、裁判官^{イソネ}李宜厓、裁判官^{イヨンジン}李榮眞の憲法不合致意見

(1) 自己墮胎罪条項に対する判断

(ア) 制限される基本権

憲法第 10 条第 1 文は「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する」と規定しているが、この条項が保護する人間の尊厳性から個人の一般的人格権が保障される(憲法裁判所 1991 年 4 月 1 日 1989 年헌바 160; 憲法裁判所 2003 年 6 月 26 日 2002 年헌가 14 参照)。一般的人格権は人間の尊厳性と密接な関連性を示す自由な人格発現の基本条件を包括的に保護するが、個人の自己決定権は一般的人格権から派生する(憲法裁判所 2015 年 2 月 26 日 2009 年헌바 17 等; 憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌바 402; 憲法裁判所 2015 年 11 月 26 日 2012 年헌바 940 参照)。すべての国民はその尊厳な人格権を基盤として自律的に自分の生活領域を形成していくことができる権利を有する(憲法裁判所 1997 年 3 月 27 日 1995 年헌가 14 等参照)。

自己決定権は人間の尊厳を実現するための手段として人間が自分の生活領域において人格の発現と生き方に関する根本的な決定を自律的に下すことができる権利である。自己決定権の根拠であると同時に目的である人間の尊厳性は国家に人間の尊厳を尊重し保護すべき義務を課す。人間はそれ自体として究極の目的であり最高の価値として扱われるべきであり、いかなる場合にも人間が他の価値や目的、法益のための手段として扱われてはならない。

このような自己決定権と「人間と国家の関係」が男女の区別なく女性にも同じように適用されるべきことは自明である。特に女性は男性と異なり妊娠、出産を

することができるが、これに関する決定は女性の人生に重大な影響を与える。

したがって自己決定権には女性はその尊厳な人格権を基礎として自律的に自分の生活領域を形成していくことができる権利が含まれ、これには妊娠した女性が自分の身体を妊娠状態に維持して出産するか否かについて決定することができる権利が含まれる(憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌마 402 参照)。

自己墮胎罪条項は母子保健法が定めた一定の例外を除き胎児の発達段階あるいは独自の生存能力とは無関係に妊娠期間全体を通じて全ての墮胎を全面的・一律に禁止し、これに違反した場合刑罰を科すように定めることにより、刑罰的制裁及びこれに伴う刑罰の威嚇力で妊娠した女性に妊娠の維持・出産を強制しているから、妊娠した女性の自己決定権を制限している。

(イ) 妊娠中の女性の自己決定権侵害の有無

墮胎の許容可否に関する論争は生成中の生命ないしまだ生まれていない生命に対する根源的な問題と深く関連しているから、倫理的、宗教的、科学的、医学的、社会学的観点などを含む様々な観点から議論が行われている。価値観と経験、生命という価値に対する態度や倫理的基準、歴史的・社会的現実を含む様々な要素が様々な観点に影響を与えている。墮胎の許否に対するそれぞれの考えと結論はそれ自体が信念として尊重されるべきものであり、これについて正否を性急に判断することはできない。本件で憲法裁判所は憲法から与えられた役割に基づき、「自己墮胎罪条項が妊娠した女性の自己決定権を侵害し違憲か否か」だけを審査するに過ぎない。

1) 判断の前提

ア) 胎児の生命権と国家の生命保護義務

人間の生命は高貴でこの世で何物にも代えがたい尊厳ある人間存在の根源であり、生命権はたとえ憲法に明文の規定がなくとも人間の生存本能と存在目的に基づく先験的で自然法的な権利として憲法に規定されたすべての基本権の前提として機能する基本権の中の基本権(憲法裁判所 1996 年 11 月 28 日 1995 年헌마 1 参照)であることは議論の余地なく自明である。

すべての人間は憲法上生命権の主体となり、形成中の生命である胎児にも生命に対する権利が認められなければならない。胎児がたとえその生命の維持のために母に依存しなければならないとしても、それ自体が母とは別個の生命体であり、特別な事情がない限り人間として成長する可能性が大きいからである。したがって胎児も憲法上の生命権の主体となり、国家は憲法第 10 条第 2 文に基づいて胎児の生命を保護する義務がある(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年헌마 81; 憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年헌마 1010 等; 憲法裁判所 2010 年 5 月 27 日 2005 年헌마 346; 憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌마 402 参照)。

イ) 外国の立法例

一定の要件を備えた墮胎を非犯罪化した大陸法系ヨーロッパの大多数の国は「期間方式」と「適応事由方式」を併用している場合が多い。期間方式は概ね最後の生理期間の初日から14週間以内の一定の要件を備えた墮胎を刑事処罰の対象から除外するものである。英国は最後の生理期間の初日から24週間以内の一定の要件を備えた墮胎を刑事処罰の対象から除外している。米国は州ごとに規制が異なり、ロー対ウェイド(Roe v. Wade)判決の趣旨に基づき胎児が独自の生存能力(viability)を備える前の一定の時期に一定の要件を備えた墮胎を刑事処罰しない州がある。

国際連合がいわゆる先進国圏域(Developed Regions)として分類するヨーロッパ全域、北米、オーストラリア、ニュージーランド、日本における各事由別の墮胎許容国の割合を調査した結果、2013年を基準に「妊娠した女性の生命救助」は96%、「妊娠した女性の身体的健康保護」は88%、「妊娠した女性の精神的健康保護」、「強姦または近親相姦」及び「胎児の障害」はそれぞれ86%、「社会的・経済的事由」は82%、「妊娠した女性の要請」は71%であったという。これは1996年と比較して上記7つの理由のうち6つの理由において墮胎許容国の割合が上昇し、残りの1つの理由である「妊娠した女性の身体的健康保護」ではその割合が同じである。国際連合がいわゆる開発途上国圏域(Developing Regions)に分類した残りの国々でも、上記7つの理由のうち6つの理由で墮胎許容国の割合が上昇し、1つの理由である「妊娠した女性の生命救助」のみ、その割合が若干減少したという。

2) 審査基準

本件は国家が胎児の生命保護のために確定的に制定した自己墮胎罪条項が妊娠した女性の自己決定権を制限していることが過剰禁止原則に反し違憲か否かというものである。自己墮胎罪条項の存在と役割を看過したまま、妊娠した女性の自己決定権と胎児の生命権の直接的な衝突を解決すべき事案として捉えるのは適切ではない。

以下では、母子保健法が定めた一定の例外に該当しない限り、胎児の発達段階あるいは独自の生存能力に関係なく妊娠期間全体を通じて全ての墮胎を全面的・一律に禁止することによって妊娠した女性の自己決定権を制限している自己墮胎罪条項が立法目的の正当性とその目的達成のための手段の適合性、侵害の最小性、そしてその立法によって保護しようとする公益と侵害される私益の均衡性をすべて備えているか否かを検討することにする。

3) 立法目的の正当性及び手段の適合性

自己墮胎罪条項は胎児の生命を保護するためのものであり、その立法目的は正当で、墮胎を防止するために妊娠した女性の墮胎を刑事処罰することはこの

ような立法目的を達成するのに適合した手段である。

4) 侵害の最小性及び法益の均衡性

ア) 妊娠期間全体のすべての堕胎の全面的・一律の禁止

生命はこの世で何物にも代えがたい尊厳な人間存在の根源であり、人間として形成されていく段階にある胎児の生命を保護しようとする公益は重大である。国家は自己堕胎罪条項を胎児の生命保護のための手段として選択している。

自己堕胎罪条項は母子保健法が定める一定の例外に該当しない限り、胎児の発達段階あるいは独自の生存能力に関係なく妊娠期間全体のすべての堕胎を全面的・一律に禁止することにより妊娠した女性に妊娠の維持・出産を強制し、これに違反した場合に刑事処罰している。国家は刑罰的制裁及びこれによる刑罰の威嚇力により、妊娠した女性に母子保健法が定める一定の例外事由に該当しない限り、妊娠の維持による身体的・精神的負担及び出産過程に内在する身体ないし生命に対する危険をすべて受け入れ、出産の結果として母子関係を形成することを強制しているのである。

イ) 妊娠した女性の自己決定権に基づく妊娠中絶可否決定の特徴

女性は妊娠すると約10ヶ月の期間中急激な身体的・心理的变化を経験することになり、出産過程では極度の苦痛と深刻な場合には死亡する可能性もある危険を経験することになるが、妊娠を維持する限りそのような身体的負担、心理的不安感、出産過程の苦痛、さらには死亡する可能性のある危険を女性自身の身体で直接耐えなければならない。我が国の法制度の下では母子関係は出産という客観的かつ確実な自然事実によって発生するから(憲法裁判所2001年5月31日1998年헌마9参照)、出産は母子関係の形成につながり、出産した女性は生母として子に対する養育責任を負うことになる。

女性にとって子の養育は20年近い期間、絶え間ない身体的・精神的・感情的な努力を要求し、女性が置かれた多様で広範囲な社会的・経済的状況によって少くない経済的負担と職場などの社会生活での困難、学業継続の困難などをもたらす可能性がある。こうした負担と困難は性差別的な慣習、家父長的文化、劣悪な保育環境などの社会的問題が加わるとさらに加重される。韓国社会において女性は依然として妊娠・出産により社会的・経済的生活において多くの不利益を被っており、育児において男性に比べてより大きな負担を負う場合が多く、女性が仕事と育児を両立するのに大きな困難を経験する場合がしばしば見られる。このような困難は妊娠・出産・育児による女性の退職につながり、社会的・経済的生活の断絶までもたらす可能性がある。統計庁によると2018年において既婚女性就業者のうち結婚、妊娠・出産、育児、子の教育、家族の介護などの理由で職場を辞めた経験がある「経歴断絶

経験者」の割合は 15-29 歳の場合 2.9%、30-39 歳の場合 26.5%、40-49 歳の場合 46.7%、50-54 歳の場合 23.9%に達するという。

このように妊娠・出産・育児は女性の生活に根本的かつ決定的な影響を与え得る重要な問題であるから、妊娠した女性が一定の範囲内で自分の体を妊娠状態に維持して出産するか否かについて決定することは自分の生活領域を自律的に形成していくことに関するものであり、人間の尊厳性と自律性に根ざしたものである。このような決定は妊娠した女性に身体的・心理的・社会的・経済的結果をもたらすものであり、これをもたらす状況は妊娠した女性が置かれている身体的・心理的・社会的・経済的状况によって複雑で多様な様相を示す。したがって、妊娠した女性が自分の妊娠を維持または終結するか否かを決定することは、自ら選択した人生観・社会観を基に自分が置かれている身体的・心理的・社会的・経済的状况に対して深く悩んだ結果を反映する全人的な決定である。

ウ) 生命の発達段階と自己決定権の行使を考慮した法的保護手段及び程度

国家に胎児の生命を保護する義務があるとしても、生命の連続的な発展過程に対して生命という共通要素だけを理由に常に同一の法的効果を付与しなければならないわけではない。同じ生命であっても、法秩序が生命の発展過程を一定の段階に区分し、その各段階に異なる法的効果を付与することは不可能ではない。例えば刑法は胎児を通常墮胎罪の客体として扱うが、陣痛時から胎児は人として扱われ殺人罪の客体となることにより、生命の段階によって生命侵害行為に対する処罰の程度が異なる。さらに胎児は受精卵が子宮に着床したときから墮胎罪の客体となるが、着床は通常受精後 7 日頃に行われるから、それ以前の生命については刑法上いかなる保護も行われていない。このように生命の全体的な過程に対して法秩序が常に同一の法的保護ないし効果を付与しているわけではない。したがって国家が生命を保護する立法的措置をとるにあたり、人間の生命の発達段階によってその保護程度や保護手段を異にすることは不可能ではない(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年 헌바 81; 憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年 헌바 402 決定の反対意見参照)。

胎児は一定の時期以降になると母体を離れた状態で独立して生存することができ、医学技術の発展によってこの時期は変動する可能性があるが、世界保健機関(WHO)はこれを妊娠 22 週(この場合を含め以下において「妊娠 22 週」のように妊娠週数を表示した場合はすべて最後の生理期間の初日から起算した妊娠週数を意味する)としており、産婦人科学界も現時点で最善の医療技術と医療人材が動員された場合妊娠 22 週前後から独立した生存が可能であるという。このように胎児が母体を離れた状態で独自の生存ができる場合にはそうでない場合と比較してはるかに人間に近い状態に到達したといえる。

一方、妊娠した女性の自己決定権の重要性及び特性に照らして、このような自己決定権が保障されるためには妊娠した女性が妊娠の維持と出産の可否について全人的な決定を行い、その決定を実行する上で十分な時間が確保されなければならない。具体的に見ると、女性が妊娠の事実を認知し、自分を取り巻く社会的・経済的状況及びその変更可能性を把握し、国家の妊娠・出産・育児支援政策に関する情報を収集し、周囲の相談と助言を得て熟考した後、もし墮胎すると決定した場合には墮胎手術ができる病院を探し、検査を受け、実際に手術を完了するまでに必要な期間が十分に保障されなければならないことを意味する。

これらの点を総合的に考慮すれば、胎児が母体を離れた状態で独自に生存できる時点である妊娠22週前後に達する前であり、同時に妊娠の維持と出産の可否に関する自己決定権を行使するのに十分な時間が保障される時期（以下、着床時からこの時期までを「決定可能期間」という）までの墮胎については国家が生命保護の手段及び程度を別に定めることができるというのが妥当である。

エ) 妊娠した女性と胎児の特別な関係を考慮した場合の生命保護手段

国家が墮胎を全面的に禁止する場合、胎児の生命権は保護されるが、妊娠した女性の自己決定権は完全に剥奪される。逆に国家が墮胎を全面的に許容する場合、妊娠した女性の自己決定権は保護される一方、胎児の生命権は完全に剥奪される。したがって国家の立法措置を媒介として胎児の生命権と妊娠した女性の自己決定権は一応の対立関係にあるといえる。

しかし、妊娠した女性と胎児の間の特別な関係により、その対立関係は単純ではない。胎児は厳然として母とは別個の生命体であるが、母の身体と密接に結合され特別な紐帯関係を結び、生命の維持と成長を全的に母に依存している。妊娠した女性と胎児は互いに独立的でありながら依存的な非常に独特な関係を形成している。妊娠した女性は子が出生すると養子縁組などの特別な事情がない限り母親として出生した子に対する養育責任を負う。特別な例外的な事情がない限り、妊娠した女性の安危がすなわち胎児の安危であり、両者の利害関係はその方向を異にすることなく一致する。

このような特性は墮胎をめぐる葛藤の状況においてさえしばしば発現するという。一定の場合において、妊娠した女性たちは自分が置かれている社会的・経済的状況を考慮すると妊娠・出産・育児を到底やりとげることができないだろうし、もし子が出生すれば母親になる自分のみならず生まれてくる子までもが不幸になるだろうという判断のもとに墮胎を決意して実行するということである。上記のような判断の是非を論じるに以前に、このような墮胎をめぐる葛藤の状況が展開されることは「加害者対被害者」の関係として

妊娠した女性と胎児の関係を固定化させることでは胎児の生命保護のための望ましい解決策を見つけることが難しいことを示唆している。このような特性は抽象的な衡量によって二者択一方式で選択されたいずれかの法益のために他の法益を犠牲にするのではなく、実際の調和の原則に基づき両基本権の実現を最適化することができる解決策を模索し、提供することを国家に要請している。

国家は胎児の生命保護のための社会的・制度的改善などの積極的な努力は十分に行わず、刑罰的制裁及びこれによる刑罰の威嚇で妊娠した女性に対して全面的・一律に墮胎を禁止している。

妊娠した女性の安危が胎児の安危と深い関係があり、胎児の生命保護のために妊娠した女性の協力が必要であることを考慮すると、胎児の生命を保護するという言明は妊娠した女性の身体的・社会的保護を含む場合に実質的な意味を持つことができる。望まない妊娠を予防して墮胎を減少させることができる社会的・制度的条件を整えるなど、事前的・事後的措置を総合的に投入することが胎児の生命保護のための実効性ある手段となり得る(憲法裁判所 2012年8月23日、2010年憲法裁判所헌마 402決定の反対意見参照)。また、妊娠した女性が決定可能期間中に墮胎をめぐる葛藤の状況に置かれたときに専門家から精神的な支援と十分な情報を提供され、十分に熟考した上で妊娠維持の可否について決定できるようにするとともに、妊娠・出産・育児に障害となる社会的・経済的条件を積極的に改善する努力をすれば、胎児の生命保護に実質的に役立つであろう。★

オ)自己墮胎罪条項の実効性

自己墮胎罪条項が墮胎を減少させ、胎児の生命を保護しようとする目的を適正かつ実効的に達成しているかどうかを検討する。

視野を広げて検討すると、様々な倫理的観点が存在した数多くの時代と社会において、女性たちは刑罰の威嚇を顧みず、自分の健康や生命の危険まで甘受して望まない妊娠を回避する方法として自己墮胎を敢行してきたことが分かる。妊娠した女性が墮胎するか否かを悩んだ末に墮胎することを決定した場合において、刑罰的制裁及びそれに伴う刑罰の威嚇にでは、その女性に妊娠の維持及び出産を強制する効果は限定的であることを認めざるを得ない。妊娠した女性が悩んだ末に下した妊娠終了の決定はすでに胎児の生命の剥奪に対する倫理的問題と共に、出産後に養育を負担しなければならない社会的・経済的状況及び自分の身体的・心理的・倫理的負担を含め、生まれてくる子の未来の生活まで考慮したものであるから、自己墮胎罪条項が妊娠の維持及び出産を強制するのに限定的な効果を持つと思われる。

韓国刑事政策研究院は2011年に満16歳以上の韓国女性1000人を対象に、

①墮胎をめぐる葛藤の状況で墮胎をするべきではないと考える要因と、②実際に出産を選択した場合、その決定に影響した要因を区別して実態調査を行った。①については、「胎児に対する道徳的な負担」や「自分の身体的な負担」などを墮胎回避要因として回答したが、実際にはこれらの要因は墮胎をほとんど防げないことが明らかになり、②については、「考えてみたら子を産んで育てた方が良いと思ったから」または「相手の男性が子を欲しがっているから」、「墮胎をすると後に子を産めないかもしれないから」などのような現実的な理由が回答された。墮胎をするかどうかを悩んだときに考慮する事項や実際に出産を選択するようになる要因に墮胎が違法であることはほとんど含まれていなかった。

墮胎罪に関する捜査の現実も自己墮胎罪条項の実効性に疑問を投げかける。保健福祉部が2011年に延世大学に依頼して全国の満15～44歳の可妊期女性4,000人をサンプル抽出し調査した「全国人工妊娠中絶変動実態調査」によると、2010年現在で年間約17万件の墮胎が行われていると推定された。一方大検察庁によると、2006年から2013年までに女性が墮胎犯罪で起訴されたケースは年間10件以下に過ぎなかった。これらの事情を総合すると、自己墮胎罪条項は韓国の現実ではほとんど適用されない事実上死文化した条項として認識されていると見ても過言ではないだろう。

関連研究成果によると、韓国社会ではこれまで墮胎推定件数や墮胎率は継続的に減少傾向にあると見られるが、これは避妊の増加、男児選好思想の弱化、経済事情の改善などの諸要因が複合的に作用した結果であり、自己墮胎罪条項が墮胎件数や墮胎率の減少に有意に影響を及ぼしたと言うだけの根拠は見出しがたい。

このように墮胎をめぐる葛藤の状況で刑罰の威嚇が妊娠した女性の妊娠終了か否かの決定に及ぼす影響が限定的であるという事情と、実際に刑事処罰される事例も非常に少ないという現実に照らせば、自己墮胎罪条項が墮胎をめぐる葛藤の状況で胎児の生命保護を実効的に行うことができていると言いうことができる。

カ) 刑罰的制裁及びこれに伴う刑罰の威嚇の限界と問題点

自己墮胎罪条項が母子保健法が定めた一定の例外に該当しない限りすべての墮胎を全面的・一律に犯罪行為として規律している以上、国家が気が向けばいつでもすべての墮胎に対する取締を強化して捜査と処罰をすることができる。実際に保健福祉部は数年前に「不法人工妊娠中絶手術を施行したり広告する医療機関」について申告を受け付けたこともあった。しかし人口抑制政策を実施していた時期には国家が墮胎を黙認することもあった。国家の人口政策の如何によって自己墮胎罪条項が実際に稼動するか否かが左右される

のである。

むしろ墮胎をめぐる葛藤の状況に置かれた女性は、刑罰の威嚇により妊娠の維持の可否に関して必要な社会的議論や意思疎通ができず、精神的支援と十分な情報を提供されない状態で安全でない方法で墮胎を実行することになる側面がある。母子保健法が定める一定の例外に該当しなければすべての墮胎が全面的・一律に犯罪行為として規律されることにより適切な時期に墮胎に関する相談や教育が不可能であり、墮胎に関する情報を十分に提供できない。また密かに墮胎するほかはないから、高い手術費を払って不法な手術を受けたり、甚だしくは海外遠征墮胎まですることになる。墮胎手術の過程で医療事故や後遺症などが発生しても法的救済を受けることが難しく、手術前後の適切な医療サービスや相談、ケアなどを受けることも容易ではない。不法墮胎手術を希望する女性は高額な手術費を負担しなければならないが、これを負担できない未成年者や低所得層の女性が適切な時期に手術を受けることが容易ではなく、ついに時期を逃して墮胎ができず出産する場合、乳幼児遺棄ないし乳児殺害につながる結果を招くこともある。

自己墮胎罪条項は胎児の生命保護のためという本来の目的とは関係なく、別れた相手男性の復讐や嫌がらせの手段、家事・民事紛争の圧迫手段等として悪用されることもある。自分のせいで妊娠した女性が病院で墮胎をした後、自分に会おうとしない場合、相手男性が自己墮胎罪で告訴すると脅すケース、配偶者が離婚訴訟の過程で財産分与や慰謝料請求に対する防御手段として墮胎について告訴するケースなどがそれである。

キ) 社会的・経済的事由による墮胎をめぐる葛藤状況の重大性

母子保健法で定める自己墮胎の違法性を阻却する正当化事由は、①本人または配偶者の優生学的・遺伝学的精神障害や身体疾患、②本人または配偶者の伝染性疾患、③強姦または準強姦による妊娠、④婚姻できない血族または姻族間の妊娠、⑤母体の健康への危害や危害のおそれである。

上記の事由はほとんどが刑法第 22 条の緊急避難や第 20 条の正当行為として違法性阻却が可能であったり、妊娠の維持と出産に対する期待可能性がないことを理由に責任阻却が可能だとする見解まであるほど非常に制限的で限定的な事由である。上記の事由には、「妊娠維持及び出産を困難にする多様で広範囲な社会的・経済的事由による墮胎をめぐる葛藤状況」が全く包摂されていない。すなわち、上記の事由は妊娠した女性の自己決定権を保障するには不十分である。

例えば学業や職場生活など社会活動に支障が生じるおそれ、収入が不十分または不安定な場合、すでに子がいて、これ以上の子を養う余力がない場合、夫婦ともに所得活動をしなければならない状況で、どちらかが育児のために

休職することが困難な場合、相手男性と交際を継続する気がなく、または結婚の計画がない場合、相手男性が出産に反対して中絶を慫慂したり明示的に育児に対する責任を拒否する場合、他の女性と結婚している相手男性との間に子を妊娠した場合、婚姻が事実上破綻にいたっている状態で配偶者の子を妊娠したことを知った場合、子を妊娠した後に相手男性と別れた場合、結婚していない未成年者が望まない妊娠をした場合などのように多様かつ広範囲な社会的・経済的事由による墮胎をめぐる葛藤状況に置かれた女性が自己墮胎罪条項により妊娠の維持と出産を強制されており、これに違反した場合は刑法上の制裁を受けなければならないのである。

自己墮胎罪条項が妊娠した女性が置かれている多様で広範囲な社会的・経済的事由について刑罰的制裁の例外を全く認めていないことにより、妊娠した女性は妊娠維持による身体的・心理的負担、出産過程に伴う身体的苦痛・危険に絶えることを強制されるだけでなく、これに加えて上記の事由により妊娠・出産・育児過程で発生する経済的負担、職場など社会生活における困難、学業継続の困難、経歴断絶などを含む様々な苦痛を受けることまで強制される結果に至ることになる。

ク)小結

上記の検討のように、妊娠した女性の自己決定権に基づく妊娠終了の可否の決定の特性、生命の発達段階と自己決定権の行使を考慮した法的保護手段及び程度、妊娠した女性と胎児の特別な関係を考慮した場合の生命保護手段、自己墮胎罪条項の実効性、刑罰的制裁及びこれによる刑罰の威嚇の限界と問題点、社会的・経済的事由による墮胎をめぐる葛藤の状況の重大性を総合すると、自己墮胎罪条項が母子保健法で定めた事由に該当しなければ決定可能期間中に様々な社会的・経済的事由により墮胎をめぐる葛藤状況に置かれている場合までも、例外なく全面的・一律に妊娠した女性に妊娠の維持及び出産を強制し、これに違反して墮胎した場合に刑事処罰しているのは、その立法目的を達成するために必要な最小限の程度を超えて妊娠した女性の自己決定権を制限するものであるから、立法目的の達成のための最小限の不可避な手段であるとは言えない。

すでに検討したように、自己墮胎罪条項が達成しようとする胎児の生命保護という公益は重要な公益であるが、決定可能期間中に多様かつ広範囲の社会的・経済的事由のために墮胎をめぐる葛藤状況にある場合まで墮胎を禁止して刑事処罰することが胎児の生命保護という公益に寄与する実効性ないし程度はあまり大きいとは言えない。一方、前記のように自己墮胎罪条項による刑事処罰によって妊娠した女性の自己決定権が制限される程度は非常に大きい。

結局、立法者は自己墮胎罪の規定を形成するにあたり胎児の生命の保護と妊娠した女性の自己決定権の実際の調和と均衡を実現するための努力を十分に行わず、胎児の生命保護という公益に対してのみ一方的かつ絶対的な優位を与えることによって公益と私益間の適正な均衡関係を達成できなかった。

5) 結論

したがって、自己墮胎罪条項は立法目的を達成するために必要な最小限の程度を超えて妊娠した女性の自己決定権を制限しており、侵害の最小性を備えておらず、法益均衡性の原則にも違反しているといえるので、過剰禁止原則に違反して妊娠した女性の自己決定権を侵害する違憲の規定である。

(ウ) 請求人のその余の主張に関する判断

請求人は自己墮胎罪条項が女性の健康権、平等権、身体の完全性に関する権利、母性を保護される権利等を侵害すると主張するが、前述のとおり自己墮胎罪条項が妊娠した女性の自己決定権を侵害すると既に判断した以上、請求人のその余の主張についてはこれ以上判断しない。

(2) 医師墮胎罪条項に対する判断

前述のように業務上同意墮胎罪と自己墮胎罪は対向犯であるから、妊娠した女性の自己墮胎を処罰することが違憲であると判断される場合には、同じ目的を実現するために婦女の囑託又は承諾を得て墮胎させた医師を刑事処罰する医師墮胎罪条項も当然違憲となる関係にある。

自己墮胎罪条項は母子保健法で定められた事由に該当しない場合、決定可能期間中に多様かつ広範囲の社会的・経済的事由により墮胎をめぐる葛藤の状況にある場合まで例外なく妊娠した女性に妊娠の維持及び出産を強制し、これに違反して墮胎した場合には刑事処罰するという点で違憲であるから、同じ目的を実現するために妊娠した女性の囑託又は承諾を受けて墮胎させた医師を処罰する医師墮胎罪条項も同じ理由で違憲であると言うべきである。

(3) 憲法不合致決定の必要性和暫定適用の必要性

前述のように自己墮胎罪条項と医師墮胎罪条項の違憲性は、母子保健法で定めた事由に該当しない場合、決定可能期間中に多様で広範囲の社会的・経済的事由により墮胎をめぐる葛藤の状況にある場合まで例外なく全面的・一律に妊娠の維持及び出産を強制し、これに違反して墮胎した場合に刑事処罰することにより妊娠した女性の自己決定権を過度に侵害するという点にあるのであって、胎児の生命を保護するために墮胎を禁止して刑事処罰すること自体が全ての場合に憲法に違反するとは言えない。

ところが、自己墮胎罪条項と医師墮胎罪条項についてそれぞれ単純違憲決定をする場合、妊娠期間全体にわたって行われた全ての墮胎を処罰することができなくなることにより容認しがたい法的空白が生じることになる。その上、立法者は上記条

項の違憲的状态を除去するために墮胎の刑事処罰についての規律を形成するにあたり、決定可能期間をどのように定め、決定可能期間の終期をいつまでとするか、胎児の生命の保護と妊娠した女性の自己決定権の実現を最適化することができる解決策を提供するため、決定可能期間のうち一定の時期までは社会的・経済的事由に対する確認を要求しないかを含め、決定可能期間と社会的・経済的事由を具体的にどのように組み合わせるか、相談要件や熟慮期間等のような一定の手続的要件を追加するか等について、先に当裁判所が説示した限界内で立法裁量を有する。

したがって、自己墮胎罪条項と医師墮胎罪条項について単純違憲決定をする代わりにそれぞれ憲法不合致決定を宣告し、ただし立法者の改善立法が行われる時まで継続適用を命じることが妥当である。立法者は可能な限り早期に改善立法を行うべき義務があるから、遅くとも 2020 年 12 月 31 日までに改善立法を履行しなければならず、それまでに改善立法が行われない場合、上記条項は 2021 年 1 月 1 日から効力を失う。

エ. 裁判官李錫兌、裁判官李垠厓、裁判官金基穎の単純違憲意見

我々は、妊娠期間中、胎児が母体を離れた状態で独立して生存できる時点である妊娠 22 週内外に到達する前であり、同時に妊娠維持と出産可否に関する自己決定権を行使するのに十分な時間が保障される時期までの墮胎を多様かつ広範囲の社会的・経済的事由により墮胎をめぐる葛藤状況にある場合まで例外なく全面的・一律に禁止し、これに違反した場合に刑事処罰することは妊娠した女性の自己決定権を侵害するという点について憲法不合致意見と見解を同じくする。ただし我々はここからさらに、「妊娠初期(first trimester、おおよそ最後の生理期間の初日から 14 週頃まで)」にはいかなる事由を要求することなく妊娠した女性が自分の熟考と判断の下で墮胎できるようにしなければならないという点、自己墮胎罪条項及び医師墮胎罪条項(以下、「審判対象条項ら」という)について単純違憲決定をすべきであるという点で憲法不合致意見と見解を異にするので、次のとおり意見を述べる。

(1) 妊娠初期における妊娠した女性の自己決定権の保障

(ア) 妊娠中の女性の自己決定権の意義

- 1) 憲法裁判所はこの間、憲法の人間像は自己決定権を持つ創造的で成熟した個体としての国民であり、その国民は自分が自ら選択した人生観・社会観に基づき社会共同体の中でそれぞれの生活を自分の責任の下で自ら決定し形成する民主市民であるとして(憲法裁判所 1998 年 5 月 28 日 1996 헌가 5; 憲法裁判所 2006 年 2 月 23 日 2004 年헌마 80 参照)、憲法第 10 条が定めている幸福追求権から派生する自己決定権ないし一般的行動自由権は理性的で責任感ある人の自己の運命に対する決定・選択を尊重しつつ、それに対する責任は自ら負うことを前

提とするとした(憲法裁判所 2009 年 10 月 29 日 2008 年헌바 146 等)。このような憲法上の自己決定権の本質は自分が行った行為の意味と結果について自ら判断し決定することにある。

- 2) 本件で問題となっている「妊娠した女性の自己決定権」も同様である。妊娠した女性の自己決定権が保障されるということは、彼女が自分の尊厳性と自律性を基礎に形成した人生観・社会観に基づいて自分が置かれている状況について熟考した上で妊娠の維持の可否を自ら決定できることを意味する。換言すれば、妊娠した女性に自己決定権が保障されるということは妊娠した女性が妊娠期間全体にわたって自分の身体を妊娠状態で維持して出産するか否かについて原則的に自ら決定できることを意味する。

(イ) 妊娠中の女性の自己決定権の特殊性

- 1) 憲法不合致意見が指摘しているように、女性は妊娠すると約 10 ヶ月の期間中急激な身体的・心理的变化を経験することになり、出産過程では極度の苦痛と深刻な場合には死亡にまで至る可能性のある危険を経験するが、妊娠を維持する限りそのような不安感、身体的制約、苦痛などを一人で耐えねばならない。出産は母子関係の発生につながり、子の養育は女性にほぼ 20 年近い期間中絶え間ない身体的・精神的・情緒的努力を要求するだけでなく、経済的負担を負わせたり、職場などの社会生活や学業を続けることを困難にするなどの様々な困難を与える。そしてこれらの困難は性差別的な慣習、家父長的文化、劣悪な保育環境などの社会的問題に遭遇することによってさらに加重される。
- 2) このように妊娠、出産、育児が女性の人生に根本的かつ決定的な影響を与える可能性のある非常に重要な問題であるから、妊娠した女性が妊娠を維持するか否かを決定することができるかどうかは女性の自己決定権の中でも最も核心的な部分である。

また、妊娠を維持するか否かの決定は真空状態で独立的に行われるものではなく、妊娠した女性はその当時置かれた環境や状況によってその重みがそれぞれ異なり、個別的情况によって妊娠中絶という選択肢が保障されないと、その女性の人生は荒廃し人格が損なわれる結果にもなりかねない。

そうすると、妊娠した女性の妊娠維持の可否に関する自己決定権は、女性の人生に根本的かつ決定的な影響を与える問題について自ら決定するものであって、女性の人格権の核心をなす非常に重要な基本権といえるだろう。

(ウ) 妊娠した女性の自己決定権の保障

- 1) 妊娠した女性が自分の妊娠を維持するか終結するかを決定することは自ら選択した人生観・社会観に基づいて自分が置かれた身体的・心理的・社会的・経済的状況に対する深い悩みに基づく全人格的な決定であるという点は憲法不合致意見が指摘しているとおりでである。ところが自己墮胎罪条項はこのような全人

格的決定に対する如何なる尊重も保障もなく、ただ母子保健法が定めた一定の例外を除いて妊娠期間全体にわたって全ての墮胎を全面的・一律に禁止し、これに違反した場合刑罰を科すことによって妊娠した女性の自己決定権を制限している。

- 2) 妊娠した女性に対して妊娠期間全体にわたって墮胎を原則的に禁止し、ただ墮胎が許容され得る例外的事由を法律で規定する方式は、その要件を満たす妊娠した女性に「墮胎が不可避な人」の地位を付与して墮胎に対する法律上の責任を免除するものに過ぎず、妊娠した女性に自己決定権を付与することも保障することもない。妊娠した女性は妊娠期間全体を通じてその妊娠を維持するか否かについて自ら本人の自由な意思に基づいて選択し決定できる地位を一度も持たず、したがって妊娠した女性の自己決定権という基本権を一度も保障されない。これは妊娠した女性の自己決定権を保障するとしながら事実上その自己決定権を否定ないし剥奪するものである。
- 3) 妊娠した女性の自己決定権が保障されるためには、その自己決定権は原則として妊娠期間中、基本権主体の意思に基づいて行使することができなければならない。したがって妊娠した女性が妊娠の維持又は終了に関して行った全人格的な決定はそれ自体が自己決定権の行使として原則として妊娠期間全体にわたって保障されるべきであり、ただし次項で見るとような理由で制限されることがある。

(ウ) 妊娠中の女性の自己決定権の制限

1) 生命の連続的な発達過程による制限

ア) 胎児は母体に依存しているが、厳然として別個の生命体である。胎児は母体で徐々に成長し人間の姿に近づいた後、出生を通じて人間になるから、人間という生命の連続的な発達過程の一部である。

胎児が生命体であるという点とは別に、胎児が果たして基本権の主体としての「人間」に該当するか否かについては世界的に多くの議論があり、胎児が生命権という基本権の主体になり得ないとする裁判機関の判断や委員会の意見もあるが、このような場合でも胎児の生命が尊く、保護する価値があることは否定されなかった。胎児が生命権に関する基本権の主体となるかにかかわらず、胎児はそれ自体で生命として徐々に成長して人間として完成することができる存在であるから、生命を尊重する憲法の規範的・客観的価値秩序と人間としての尊厳と価値を宣言した憲法第10条に基づき国家は胎児の生命保護という重大な公益を追求すべきであることは自明である。

イ) したがって、徐々に成長して人間として完成することができる存在である胎児の生命を保護するために国家は妊娠した女性に対する自己決定権の制限を行うことができる。ただし、国家が胎児の生命保護という公益を追求する

際にも、生命の連続的な発達過程に対して生命という共通要素だけを理由に常に同一の法的効果を付与しなければならないわけではない。同一の生命であっても、法秩序が生命の発達過程を一定の段階に区分し、その各段階に異なる法的効果を付与することは不可能ではないから、国家が生命を保護する立法的措置をとるにあたり人間の生命の発達段階によってその保護程度や保護手段を差異を設けることができる(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 헌바 81 参照)。

ウ) 胎児は妊娠期間の経過とともに徐々に人間に近い姿に発達していく。胎児は一定の時期以降になると母体を離れた状態でも独立して生存することができ、医学技術の発達によってこの時期は可変的になり得るが、世界保健機関(WHO)はこれを妊娠 22 週としており、産婦人科学界も現段階で最善の医療技術と医療人材が動員された場合には妊娠 22 週前後から独自の生存が可能と見ている。このように胎児が母体を離れた状態で独自に生存ができる場合には、そうでない場合と比較してはるかに人間に近い状態に達したと見ることができるので、国家はこの時期以降の墮胎を原則的に制限し、妊娠した女性に妊娠の維持が期待できない極めて例外的な場合に限り墮胎を許容することができる。

2) 女性の生命及び身体の安全のための制限

ア) 墮胎は女性の身体に対する侵襲的行為であって、女性の身体と生命に危険をもたらす可能性がある。したがって妊娠した女性の自己決定権が保障されたとしても、妊娠した女性の墮胎が安全に行われることができるようにして生命と身体に対する危険要素を減らすことも墮胎問題において実質的かつ重要な課題となる。世界保健機関(WHO)は安全な妊娠中絶を適切な時期に受けることを妨げる手続的・制度的障壁は撤廃されるべきであると明らかにした。

イ) 墮胎の安全性に影響を与える要素としては、墮胎当時の胎児の発達程度(妊娠期間)、医療人の熟練度、医療環境、墮胎後のケアと管理、墮胎に関する情報提供の有無などが挙げられる。墮胎費用も墮胎の安全性に影響を与えるが、これは墮胎費用が高い場合、無所得や低所得の女性たちが墮胎を躊躇し、結局適切な時期を逃すことになるからである。

一般的に妊娠週数が増加するほど妊娠した女性が墮胎で死亡する危険が高くなる。妊娠 9 週以内には薬物による墮胎も可能であり、妊娠 12-13 週には手術方法が比較的簡単で、墮胎による合併症や母体死亡率が著しく低くなる。国際産婦人科学会(FIGO)の「再生産及び女性の健康の倫理的側面の研究のための委員会(Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health)」によると、妊娠初期に適切に行われた非医療的理由による墮胎は臨月分娩よりも安全である。しかし医学界による

と墮胎による母体死亡の相対的な危険度は妊娠 8 週以降 2 週間ごとに 2 倍に増加するという。

したがって、いわゆる「安全な墮胎(safe abortion)」のためには妊娠初期によく訓練された専門医療人の助けを受けて墮胎が実行され、墮胎前後に適切な医療サービスとケアが提供されることが重要である。また、墮胎に関する教育や相談が活性化され、墮胎に関する情報が必要な時期に適切に提供される必要もある。

ウ) 一方、胎児が独自の生存能力を備える前であっても、妊娠初期を過ぎた後に行われる墮胎はそれ以前に行われる墮胎に比べ手術方法がより複雑になり、手術過程で合併症や副作用が発生する可能性が高くなり、妊娠した女性の生命や健康に危害が生じる恐れが大きく増加するから、妊娠初期を過ぎて行われる墮胎については胎児の生命保護及び妊娠した女性の生命・健康保護という公益がより考慮される。

3) 妊娠した女性の自己決定権保障のための期間付与の限界

ア) 妊娠した女性は通常妊娠 4~6 週間の間、遅くとも妊娠 8 週目頃に妊娠の事実を知ることになるが、この時から墮胎の可否を熟考し、施術が可能な医療機関を探し、実際に施術を受けるまでにも一定の期間がかかる(保健福祉部が 2011 年に実施した「全国人工妊娠中絶変動実態調査」によると全人工妊娠中絶のうち妊娠 3 ヶ月以内に行われる人工妊娠中絶が約 94%を占めることが分かった)。したがって墮胎が許容される期間を過度に短く定めることは事実上墮胎ができなくなったり妊娠した女性が熟考することができずに性急に墮胎を決定することになる要因となる。

イ) 一方、妊娠中期(second trimester、全妊娠期間のうち妊娠初期以降から約 28 週頃まで)の一定の時点になると胎児の性別や奇形児であるか否かが分かるが、妊娠した女性がその時期以降も自分の意思だけで墮胎できるようにすると胎児の性別や奇形を理由にした選別的墮胎が行われる可能性を排除できない。

ウ) そうであれば、妊娠した女性に妊娠期間中の一定期間には自分の意思に基づいて墮胎を決定できるようにする場合、その期間は妊娠した女性が自ら選択した人生観・社会観に基づいて自分が置かれた身体的・心理的・社会的・経済的状况に対する真摯で深い悩みの末に墮胎の可否を決定できる程度に保障されるべきであると同時に、妊娠した女性の墮胎の可否に対する熟考と決定が他の事情によって歪曲されないように一定の限界も設けなければならない。

(2) 審判対象条項が妊娠した女性の自己決定権を侵害するか

以上、検討したところにしたがい、自己墮胎罪条項及びそれを前提とした医師墮胎罪条項が過剰禁止原則に違反して妊娠した女性の自己決定権を侵害するかを検討する。

(ア) 憲法不合致意見が指摘しているように、刑罰による威嚇が妊娠した女性の墮胎の可否の決定に与える影響は限定的であり、実際に処罰される事例も稀であるから、自己墮胎罪条項が胎児の生命保護という公益に寄与する程度が大きいとは言いがたい。むしろこの間、国家の人口政策によって刑罰としての自己墮胎罪条項の実際の稼働の可否が左右された歴史もあり、自己墮胎罪条項が胎児の生命保護という本来の目的とは無関係に相手男性または周辺の人々の復讐や嫌がらせの手段として悪用されたり、妊娠した女性が妊娠維持について必要な社会的議論や意思疎通を行えないまま妊娠の終結を決定し、安全でない方法で墮胎を実行させることもあった。現実がこのようなものであるならば、墮胎を禁止しこれに対して刑罰的制裁を課す方法は胎児の生命保護という目的を達成するために十分に寄与してきたと評価しがたい。むしろ、国が性教育の強化、相談等の実施、妊娠・出産・育児に対する社会福祉レベルでの扶助と国家的支援、出産と育児の障害となる各種の制度的・社会構造的不合理の改善等を忠実に履行することがより望ましく実効的な手段になるであろう(憲法裁判所 2012年8月23日 2010年헌바402決定の反対意見参照)。

(イ) 墮胎に対する全面的・一律の禁止は墮胎を望む女性がそれに関する正確な情報を得ることを困難にし、密かに墮胎をするしかなく、適切な医療サービスやケアなども提供されがたくし、墮胎の費用も増加させる。さらに、墮胎が違法であるため産婦人科専門医などの医療人もその修練過程で墮胎手術法を十分に訓練されず、結果的に密かな墮胎による医療事故や後遺症の発生頻度を増加させる。このように墮胎に対する全面的・一律の禁止は妊娠した女性の生命・健康を十分に保護できない。

(ウ) 前述のように、妊娠した女性に対し妊娠期間全体を通じて墮胎を原則的に禁止して、ただ墮胎が許容され得る例外的事由を法律として規定する方式は胎児の生命保護と妊娠した女性の自己決定権の間で胎児の生命保護を単純に優先したものであり、事実上妊娠した女性の自己決定権を否定ないし剥奪するものである。

立法者は墮胎について、胎児の生命と妊娠した女性の自己決定権のうち単にどちらを優先するかという問題ではなく、いかにして女性の自己決定権を保障しつつ墮胎を実質的に減少させ胎児の生命を保護するかを決定しなければならない。

妊娠した女性の安全性が保障される期間内の墮胎を許容するか否かと特定の事由による墮胎を許容するか否かの問題が結合する場合、墮胎の問題は再び妊娠した女性に墮胎を正当化するだけの事由があるかという問題に収斂し、その結果専ら正当化事由の有無によって墮胎を許容する場合に発生する問題がそのまま現れる。すなわち妊娠した女性の安全性が保障される期間内でも国家が墮胎をやむを得ない場合のみ例外的に許容してやるだけであれば、妊娠した女性の自己決定権を事実上剥奪する結果になりかねない。

(エ) したがって、胎児が未発達で安全な墮胎手術が可能であり、女性が墮胎の可否を熟考して決定するために必要な期間である妊娠初期は妊娠した女性の自己決定権を最大限尊重し、彼女が自分の尊厳性と自律性を基礎に形成した人生観・社会観に基づいて自分が置かれた状況について熟考した後、墮胎の可否を自ら決定できるようにしなければならない。このとき妊娠した女性が自ら墮胎の意味、過程、結果及びその危険に関する情報を十分に収集できるようにしたり、これに関する相談を受けられる機会を提供するなどの方法によって妊娠した女性の自己決定権の制限をより少なくしつつ、それと同等又はそれ以上の公益を達成することができる。

以上のような点を総合すると、自己墮胎罪条項は侵害の最小性原則に違反すると言うほかはなく、自己墮胎罪条項を前提とした医師墮胎罪条項も侵害の最小性原則に違反する。

(オ) 胎児の生命保護が非常に重大な公益であることは自明である。しかし前記のように自己墮胎罪条項によって胎児の生命保護という公益が実効的に達成されているとは言いがたい一方、自己墮胎罪条項は妊娠した女性が安全に墮胎できる妊娠初期の墮胎さえも全面的・一律に禁止した結果、妊娠した女性の自己決定権を事実上完全に奪うだけでなく、これによって妊娠した女性に妊娠維持、出産及びそれに伴う結果まで背負わせることまで強要する。したがって妊娠初期の墮胎さえ全面的・一律に禁止している自己墮胎罪条項によって制限される私益が自己墮胎罪条項が達成する公益より決して軽いとはいえない。自己墮胎罪条項及びこれを前提とした医師墮胎罪条項は法益の均衡性原則にも違反する。

(カ) 以上のように審判対象条項は妊娠初期に行われる安全な墮胎についてまで一律・全面的に禁止することにより、過剰禁止原則に違反し、妊娠した女性の自己決定権を侵害する。

(3) 単純違憲決定の当為性

(ア) 憲法不合致意見は単純違憲決定を宣告する代わりに継続適用憲法不合致決定を宣告する理由として、①上記条項の違憲性は胎児が母体を離れた状態で独自に生存することができないと同時に女性が妊娠の維持及び出産の可否を熟考して自己決定権を実際に行使するのに十分な期間が保障される時期までの墮胎を多様で広範囲な社会的・経済的事由により墮胎をめぐる葛藤の状況にある場合まで例外なく全面的・一律に禁止し、これに違反した場合に刑事処罰する点にあり、胎児の生命を保護するために墮胎を禁止して処罰すること自体がすべての場合に憲法に違反すると言うことはできない点、②単純違憲決定をすると、墮胎が全面的に許容される結果となり、容認しがたい法的空白が生じることになる点、③立法者は墮胎に対する規律を形成するにあたり具体的にどのような事由でいつまで許容するか及びこれをどのように組み合わせるか、相談要件や熟慮期間等を追加的に規

律するの点等について立法裁量を有する点を挙げている。

①、②の点は、単純違憲決定をすると刑事処罰が要請される行為についても規制できなくなり、合憲的と評価される処罰さえも再審で救済されることになる問題があるという点にもつながる。

(イ) まず、胎児の生命を保護するために堕胎を禁止し処罰すること自体が全ての場合に憲法に違反すると言えないという点が憲法不合致決定の事由になり得るかどうかについて検討する。ほとんどの違憲性が問題となる法律は合憲的な部分と違憲的な部分を同時に持っている。特に自由権を制限する法律の違憲性については、多くの場合その制限の程度が過度か否かが問題となるから、仮に基本権の制限それ自体は合憲であるがその制限の程度が過度であるために違憲である場合に憲法不合致決定をしなければならないとすれば、法律が違憲である場合には無効と宣言されなければならないという原則とそれに基づく決定形式としての違憲決定の存在理由がなくなる。

また憲法不合致決定は違憲決定の時的効力範囲を制限する効果を持つが、根本的に違憲であり無罪とされるべき事案に憲法不合致決定をすることによって、一定の時点までの行為について有罪と認定することは刑罰規定に対する違憲決定の遡及効力を認める制度の趣旨に反する。当該規律の包摂範囲が過度に広く、その一部に違憲性がある場合、その分離が不可能な場合には単純違憲決定をすることによって合憲的な規律の部分まで国家の負担とすることが妥当である。ただし単純違憲決定によって法的空白が生じると極度の混乱と公益の侵害が発生する恐れがある場合には、国家の刑罰権濫用に該当する部分までやむを得ずこれを維持させる憲法不合致決定をするほかはない。

(ウ) そこで次に本件で単純違憲決定をすると容認し難い法的空白状態が生じるかについて検討する。違憲的法律が存在する従来状況よりも、それすら存在しなくなるとさらに憲法的秩序から遠ざかることが明らかに予想される場合には違憲的法律であってもこれを直ちに廃棄するより憲法的な代替立法が作られるまで維持させることが全体の法秩序により貢献できる。ただし、この場合法的空白がもたらす混乱による社会的費用とその即時効力を喪失させることによって回復させることができる合憲的状况を単純に衡量して、前者が大きいという事情だけで安易に憲法不合致決定を容認することはできない。刑罰という制裁はその種類を問わず不利益の程度がいかなる場合よりも大きいから、当該法律の効力を喪失させることによって引き起こす法的空白が大きいとしても、違憲的法律による被害を規律対象者に負担させるよりも国家が甘受するようにすることが憲法的理念に合致するからである。憲法的秩序維持のための要請があってもそれが激甚な社会的混乱を引き起こして既存の人的・物的資源では収拾が困難な状況をもたらすものでない限り当事者の救済が優先的に考慮されるべきである。

(エ)具体的に検討すると、憲法不合致意見で明らかにしたように妊娠した女性が堕胎の可否を決定する際には胎児に対する愛着、胎児の生命の剥奪に対する倫理的問題に加え出産後に養育を担いながら負担すべき莫大な社会的・経済的・身体的・精神的責任と生まれてくる子の将来の生活を総合的に深く考慮することが通常であり、このような決定は妊娠した女性が自分と胎児の人生が全く変わるかもしれないという重圧感の中で自分と胎児の将来の人生に対する総体的で根本的な悩みに基づいて行われるから、その決定の重みに照らして堕胎に対する刑事処罰の可能性が上記のような決定に与える影響は限定的でしかない。堕胎を処罰しないからといって堕胎が増加するだろうと断言できる資料を見出しがたく、むしろ堕胎を処罰しない国が堕胎を処罰する国に比べて堕胎率が比較的低いという実証的な結果があるだけである。またこれまでの堕胎罪処罰は胎児の生命を保護するという本来の立法目的とは異なる目的で悪用される事例が多かったが、憲法不合致意見が明らかにしたように自己堕胎罪条項はしばしば別れた恋人、夫などの復讐あるいは嫌がらせの手段や家事・民事紛争における圧迫手段などとして悪用された。自己堕胎罪条項で起訴される事例が非常にまれで事実上死文化化されている状況で実際に起訴され処罰につながる大部分の事例が上記のような悪意的な動機から生じたことを考慮すると、自己堕胎罪条項と医師堕胎罪条項は堕胎を予防する効果が限定的であり、上記条項によって刑事処罰が行われる場合が微々たるものであり、実際に刑事処罰が行われたとしてもその大部分が本来の立法目的とは異なる目的で悪用しようとする動機から生じるなど刑罰条項としての機能を適切に果たしていないから、これらの条項が廃棄されたとしても激甚な法的混乱や社会的費用が発生するとは言いがたい。

一方、合憲部分と違憲部分の境界が不明確であるとしても、違憲である刑罰条項について一旦起訴を可能にし、合憲の部分のみを区分して規定された事後立法で処罰することは前述のように刑罰規定に対して違憲決定の効力が遡及するようにした立法者の趣旨にも反するだけでなく、刑罰条項が不明確であったことを確認するものであり、この不明確な処罰条項を個人に適用することは規律の空白を個人に負担させるものであって過酷である。

(オ)次に、憲法不合致意見は審判対象条項が胎児が母体を離れた状態で独自に生存できず、同時に女性が妊娠の維持及び出産の可否を熟考して自己決定権を実際に行行使するのに十分な期間が保障される時期までの堕胎を多様で広範囲の社会的・経済的事由により堕胎をめぐる葛藤状況に置かれている場合まで例外なく全面的・一律に禁止し、これに違反した場合刑事処罰する点が過剰禁止原則に違反し妊娠した女性の自己決定権を侵害することを明らかにしている。したがってそのような理由により単純違憲決定をする場合にも国会はその違憲決定の趣旨に沿って再立法することになるから、この点においても激甚な法的混乱や社会的費用が

発生するだろうとは言いがたい。

(カ) さらに、前述のように我々は妊娠初期にはいかなる事由を要求することなく妊娠した女性が自らの熟考と判断の下で墮胎できるべきであるのにこれを禁止しているという点においても審判対象条項は憲法に違反すると考える。したがって審判対象条項のうち少なくとも妊娠初期に行われた墮胎に対して処罰する部分はその違憲性が明確であり処罰の範囲が不確かであるとは言えず、また妊娠初期に行われる墮胎の処罰の可否については立法者の立法裁量が認められる余地もないから、憲法不合致決定の必要性ないし不可避性が認められるとは言いがたい。

(キ) そうであれば、審判対象条項について、これは過剰禁止原則に違反して妊娠した女性の自己決定権を侵害するので憲法に違反すると宣言すべきである。

5. 結論

自己墮胎罪条項と医師墮胎罪条項が憲法に違反するという単純違憲意見が 3 人であり、憲法に合致しないという憲法不合致意見が 4 人であるから、単純違憲意見と憲法不合致意見を合算すると憲法裁判所法第 23 条第 2 項ただし書第 1 号に規定された法律の違憲決定をするために必要な審判定足数に達する。よって上記条項について主文の通り憲法に合致しないと宣言し、立法者が 2020 年 12 月 31 日以前に改善立法を行うまで上記条項を引き続き適用するが、万一上記期日までに改善立法が行われない場合、上記条項は 2021 年 1 月 1 日からその効力を失う。

同時に、従前に憲法裁判所がこれと見解を異にして自己墮胎罪条項と刑法(1995 年 12 月 29 日 法律第 5057 号で改正されたもの)第 270 条第 1 項のうち「助産師」に関する部分が憲法に違反しないと判示した憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌마 402 決定はこの決定と抵触する範囲内で変更することにする。

この決定には下記 6. のような裁判官趙龍鎬^{チョウヨンホ}、裁判官李悺錫^{イジョンソク}の合憲意見がある。

6. 裁判官趙龍鎬^{チョウヨンホ}、裁判官李悺錫^{イジョンソク}の合憲意見

我々は自己墮胎罪条項及び医師墮胎罪条項のいずれも憲法に違反しないと考えるので、以下の通りその理由を明らかにする。

ア. 自己墮胎罪条項に対する判断

「今、我々が自己墮胎罪条項について違憲、合憲の議論ができるのも我々がすべて母体から墮胎されずに生まれたからである。我々は皆胎児だった。」

(1) 人間の尊厳と胎児の生命、そして国家の保護義務

(ア) すべての国民は人間としての尊厳と価値を有する(憲法第 10 条)。憲法裁判所は韓国の憲法秩序が予定する人間像について、「自分が自ら選択した人生観・社会

観を基礎に社会共同体の中で各自の生活を自分の責任の下で自ら決定して形成する成熟した民主市民」(憲法裁判所 1998 年 5 月 28 日 1996 年헌가 5; 憲法裁判所 2000 年 4 月 27 日.1998 年헌가 16 等)、または「社会と孤立した主観的な個人や共同体の単なる構成分子ではなく、共同体に関連し共同体に拘束されているものの、それによって自分の固有の価値を損なわれることなく個人と共同体の相互関連の中で均衡をとっている人格体」(憲法裁判所 2003 年 10 月 30 日 2002 年헌마 518)とした。ただし、個別・具体的な人間がこのような人間像と異なるからといって尊厳がないわけではない。

人間はただ人間だから尊厳であり、これは韓国憲法が規定する当為的要請である。人間の生命は高貴で固有の価値を有し、この世で何物にも代えがたい尊厳ある人間存在の根源である。このような生命に対する権利、すなわち生命権はたとえ憲法に明文の規定がなくても人間の生存本能と存在目的に基づいた先験的で自然法的な権利として憲法に規定されたすべての基本権の前提として機能する基本権の中の基本権である(憲法裁判所 1996 年 11 月 28 日 1995 年헌마 1; 憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌마 402 参照)。人間の生命が存在するところに尊厳があり、生命の主体が自ら尊厳ある存在であることを意識しているか、尊厳を守ることができるかは重要ではない。人間の尊厳を認めるには人格体の中に内在する潜在的能力で十分である(BVerfGE(ドイツ連邦憲法裁判所判例集), 39, 1, 41)。

(イ) 胎児と妊娠した女性は微妙な関係にある。妊娠した女性の視点から見ると胎児は私であると同時に私ではない。胎児と妊娠した女性は明らかに一人であるとも二人であるとも言えないし、人間の尊厳という側面でもともに尊重されるべき生命であり、互いの利益を侵害する可能性があるにもかかわらず決して互いに敵対者とは呼べない特殊な共同体を構成している。

胎児は人間として形成されていく段階の生命として人間の内在的価値を持っている。単に胎児が人間と同じ遺伝子を持っている人間種だからというわけではない。胎児は他の誰にも代替されない唯一無二の人格体として発展することができる自然な成長の潜在力を備えているからだ。胎児は母体から栄養分と酸素を供給されるが、細胞の成長と分裂はすべて独立して行われ、母体と異なる免疫体系を持ち、母体の意志とは関係なく独立して動き、一定の時期からは痛みを感じることができる。したがって胎児は母体の一部ではなく独立した生命体として、自然に流産する不幸な事情がない限り、将来尊厳ある人間として成長する。胎児は生存を母体に依存しているが、一定期間(現在の医療技術では妊娠 22 週前後と言われている)以上経過すれば自然分娩前に母体から分離されても生存することができる。胎児が母体で徐々に成長して人間の姿に近づいた後、出産を通じて人間になるという点を考慮すると、胎児と出生した人は生命の一連の連続的な発達過程の下に置かれているとすることができるので、人間の尊厳性の程度や生命保護の

必要性について胎児と出生した人の間に根本的な違いがあるとは言いがたい。

問題は生命がどの時期から尊厳ある存在として憲法的保護を受けなければならないかに関するものであるが、たとえ医学と哲学そして神学の各専門家が合致した意見に到達することが不可能であることを考慮しても、出生前の生成中の生命を憲法上の生命権の保護対象から除外すると生命権の保護は不完全なものに終わってしまうから、胎児もやはり憲法上の生命権の主体になるというべきである(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年헌바 81; 憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌바 402 参照)。受精卵の着床後の胎児の発達に連続的に行われるため段階を分けることができず、胎児の発達過程、特に精神的な部分についての説明はまだ不足した状態である。また、胎児が母体から独立して生存可能な時期が徐々に早まるであろうことは十分に予測でき、いつか受精卵が最初から人工子宮で成長する日が来ないとも断定できない。そうであれば、疑わしい場合には生命権の保護を最も厚くする解釈方法を選択するほかはない。したがって、少なくとも受精卵が子宮に着床した時から出生時までの胎児は期間の区分なく内在的に人間の価値を持つ生成中の生命として人間の尊厳性を享有する。

(ウ) 我々は根本的に胎児の物理的存在、生命を消滅させる墮胎の自由が自己決定権を通じて保護され得るのかについて疑問を持つ。胎児は母体の一部であるという前提を受け入れても、少なくとも胎児が生命の内在的価値を有する存在であれば、その生命を積極的に消滅させる自由が女性の自己決定権に含まれるということとはできない。原則として妊娠した女性は尊厳ある人間として、胎児の生命を維持させ成長させるための道具として使われない権利(人格権)、胎児の生命を守るために身体の完全性を損なわれない権利(身体的自由)があることはもちろんである。

しかし韓国憲法上墮胎する権利はどこにも言及されておらず、憲法制定権力である国民がそのような権利を付与する意図を持っているわけでもない。胎児の生命権と女性の自己決定権は根本的に比較対象になり得ない。墮胎は自由な選択の問題ではなく倫理に反する生命侵害行為である。法秩序は自分の身体を守るために他の生命を犠牲にすることを要求していないし、許容もしていない。妊娠した女性の自己決定権の行使は他人の自由または権利を侵害しない範囲内で可能であるという一般的な限界がある。したがって胎児が母体の一部であっても、妊娠した女性に生命の内在的価値を消滅させる権利、すなわち胎児を積極的に殺す権利を自己決定権の内容として認めることはできない。

ただし、先例(憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌바 402)では妊娠した女性の自己決定権の中に女性が妊娠を維持するか終結するかを決定する権利が含まれるとし、本件の多数意見もこれを前提としてその論旨を展開している。前述のような疑問はあるが、以下では判例及び多数意見のように自己墮胎罪条項が妊娠し

た女性の自己決定権、すなわち墮胎の自由を制限していることを前提に判断することにする。

(エ) 人間の尊厳性は最高の憲法的価値であり国家目標規範としてすべての国家機関を拘束し、国家は人間の尊厳性を実現すべき義務と課題を抱えている。憲法第 10 条は「国家は個人が有する不可侵の基本的人権を確認し、これを保障する義務を負う」と規定しているから、国家は胎児が有する不可侵の基本的人権である生命権を保護する義務がある(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年헌바 81 参照)。

国家の最も重要な義務はその共同体の構成員全員の生命と安全、利益を保護することであり、自分を守ることができない者については特にそうである。胎児は自らを守り得る方法がなく、生成中の生命として外部からの攻撃に脆弱である。生命の侵害は回復不可能であり、生命に対する部分的な制約を想定することができないから、胎児の生命を奪うことを禁止せずに胎児の生命を保護することは不可能である。したがって人間の尊厳を実現するための国家の課題を履行するために国家は胎児の生命を奪う墮胎を禁止することができるのである。

人間の尊厳性を実現すべき国家の義務と課題により、国家の生命保護義務は単に胎児に対する国家の直接的な侵害のみを禁止するのではなく、胎児が第 3 者によって人間の尊厳性の根源である生命を脅かされたときにこれを保護することまで含む(憲法裁判所 2011 年 8 月 30 日 2006 年헌바 788 参照)。墮胎は生命に対する故意の破壊行為であるから、国家の生命保護義務は妊娠した女性の胎児に対する侵害に対しても適用されるべきである。胎児と妊娠した女性が非常に特別な紐帯関係を持つことは明らかであるが、胎児が母体とは別個の独立した生命である以上胎児の母が胎児の生命を害する自己墮胎行為の場合には他の場合と同様に胎児の生命を保護する必要があるからである。法秩序は胎児にその存在自体だけで生命権を保障するものであって、胎児の母の受容を通じて初めて生命権保障の根拠を持つものではない。

ただし墮胎の禁止により妊娠状態を維持して出産しなければならない妊娠した女性の基本権の保護も国の義務であり課題であるから、自己墮胎罪条項により妊娠した女性の基本権が過度に制限されるかが問題になり得る。

(オ) 以上の内容を総合すると、自己墮胎罪条項は妊娠した女性の墮胎を防止し胎児の生命権を保護するためのものであり、その立法目的は正当である。また、妊娠した女性の墮胎を原則的に禁止してこれに違反した場合に刑事処罰することは上記目的を達成するための効果的な方法であるから、手段の適合性も認められる。

(2) 刑事処罰と侵害の最小性

(ア) 胎児は人間としての尊厳性を有するので、国家は胎児の生命を保護する義務がある。胎児は母からも法的な保護を受けるべきである。憲法が命令する保護が他の方法で達成できない場合、立法者は刑法的手段を動員するほかはない。胎児の

生命の保護は墮胎を原則的に禁止し、これに違反した場合に刑事処罰することで可能であり、それが自己墮胎罪条項である。

一般的に基本権の侵害を判断する上でより侵害的でない手段でも立法目的を同等の程度に達成できるかどうかを判断する「侵害の最小性」の問題は、墮胎の禁止に関連して意味を持ちがたい。問題は墮胎の禁止を貫徹するための手段として刑罰まで動員すべきかどうかにある。

墮胎を原則的に禁止し、これを違反した場合に刑事処罰することは胎児の生命保護のために立法者が選択できる最も確実に効果的な方法である。刑罰を科すことは立法目的の達成のための最も強力に確実な手段の一つであるから、他の手段を採択して墮胎を同じ程度に防止できるのか疑問である。もちろん刑罰は他の法的手段とは比較できない強力な法律効果及び基本権制限効果を発生させるので、可及的にその使用を抑制する必要がある、したがって刑罰ではない他の手段で立法目的を達成することができるなら立法者は当然その方法を模索しなければならない(憲法裁判所 2011 年 8 月 30 日 2008 헌가 22 等参照)。ところが、自己墮胎罪条項は達成しようとする立法目的が胎児の生命権保護であって非常に重大であり、生命権侵害の特殊な性質を考慮すると刑罰を通じて墮胎を強く禁止する必要性が十分に認められる。自己墮胎罪条項が刑罰をもって墮胎を規制しているにもかかわらず、依然として墮胎が広範囲に行われている現実を勘案すると、仮に墮胎を処罰しないか、刑罰より軽い制裁を行う場合、現在よりも墮胎が増加し胎児の生命権を保護しようとする自己墮胎罪条項の立法目的を達成できなくなる可能性を排除することができない。性教育ないし避妊関連教育の強化、墮胎関連相談の実施、国家的・社会的レベルの母性保護措置などの方法も墮胎を防止する効果的な手段としてはやはり不十分である。したがって墮胎を原則的に禁止し、これに違反した場合に刑事処罰する以外に女性の自己決定権の侵害をより少なくしながら胎児の生命を同等に効果的に保護する他の手段を想定することは困難である。

(イ) 多数意見は推定墮胎手術件数に比べて捜査機関の起訴件数が非常に少ないことなどを根拠に自己墮胎罪条項が刑罰としての実効性がなく胎児の生命保護という立法目的の達成に寄与できていないと言う。しかし、一般的に刑罰はその威嚇力により存在自体だけで当該行為をある程度抑止する効果がある。墮胎は妊娠した女性と施術医師の両方が処罰されるから非常に密かに行われており、その摘発が容易ではないから、起訴件数が少ないということが直ちに墮胎罪が実効性がないという根拠になるとは言えない。様々な研究結果を総合してみると、韓国社会における墮胎推定件数と人工妊娠中絶率が持続的に減少してきたと見られる。これはもちろん避妊の増加、男児選好思想の弱化、経済事情の改善など様々な要因が複合的に作用した結果であると考えられるが、墮胎を刑罰として禁止していることもその要因の一つであることは否定しがたい。

多数意見は刑罰条項が事実上死文化されたとか、切迫した状況で墮胎を希望する妊娠した女性に威嚇効果がないとか、墮胎手術過程における危険性と女性の健康の侵害を度外視したとか、墮胎に反対する胎児の父親等の脅迫手段として使われたり、家事・民事紛争の圧迫手段として悪用される可能性があるなどの根拠を挙げて墮胎を刑事処罰することに反対する。しかしこれはそのような悪用自体を防ぐための対策を通じて解決する問題であって、悪用事例があるとして自己墮胎罪条項が胎児の生命を保護することに寄与できないとは言えない。事実上死文化されたとしても自己墮胎罪条項によってたった一つの胎児の命を救うことができれば自己墮胎罪条項の存在意義は十分である。墮胎手術過程における危険性と女性の健康の侵害は墮胎許容を前提とした主張に過ぎないから、墮胎許容の可否自体が争点である本件で考慮する事項ではない。そして国家別の墮胎許容事由及び墮胎件数や墮胎率は当該国家固有の多様な社会・文化的要素と伝統、慣習が結合して影響を与えるから、これを単純に比較することはできない。

(ウ) 墮胎を原則的に禁止し、これに違反した場合に刑事処罰する以外に妊娠した女性の自己決定権への制限をより少なくしつつ胎児の生命保護という公益を同等に効果的に保護することができる他の手段があるとは言いがたい。結局、自己墮胎罪条項の違憲性を判断する核心は墮胎禁止を通じて達成しようとする公益と侵害される私益の比較衡量、すなわち法益均衡性の判断にある。

(3) 法益の均衡性

(ア) 胎児の生命権と妊娠中の女性の自己決定権の衝突

生命はこの世で何物にも代えがたい尊厳ある人間存在の根源であるから、胎児の生命保護は非常に重大かつ切実な公益である。生命権はその特性上一部の制限を想定することができず、生命権に対する制限は直ちに生命権の完全な剥奪を意味し、墮胎された胎児は生命になる機会を永遠に失うことになる。このような胎児の生命保護の重要性と生命権侵害の特殊な性格を考慮すると、立法者は可能な限り胎児の生命を最大限に保護しその生命権の侵害を予防するための最善の努力をしなければならない。胎児の生命権と妊娠した女性の自己決定権は互いに対立する関係にあり、一つの状況で両者をすべて調和的に実現することは不可能であり、したがってどちらをどの範囲で優先させるかは非常に難しい哲学的、倫理的、規範的、医学的、社会学的問題である。

胎児の生命権と妊娠した女性の自己決定権という二つの基本権が対立する状況において、国家がどのような方法で、どの程度まで胎児を保護するかに関する具体的な決定は立法者の課題に属する。しかし妊娠した女性に身体的自由または自己決定権を与えるために胎児の生命権を犠牲にすることは、妊娠した女性と胎児に対して同等の配慮を示さないことになる。自己墮胎罪条項は原則的に墮胎を禁止し、妊娠した女性の生命・健康の保護のために必要な場合や犯罪行為で妊娠し

た場合などやむを得ない場合のみ例外的に「母子保健法」を通じて墮胎を許容している。これは胎児の生命を幅広く保護する立法として、基本的に胎児の生命権を女性の自己決定権に優先させたと言えることができる。妊娠した女性の自己決定権に比べて胎児の生命権の保護をより重視した立法者の上記のような判断は尊重されるべきである。

(イ) 国家の保護義務との関係

自己墮胎罪条項を通じて達成される公益は胎児の生命保護を通じた人間の尊厳を根本とする憲法的価値秩序の守護にある。胎児は人間になる可能性を持つ生命体であるため貴重であり、国家はこれを保護すべき正当な公益がある。自己墮胎罪条項が妊娠した女性の墮胎を禁止するのは妊娠した女性を単に胎児の生命を維持させ、成長させるための道具として認識するからではない。妊娠した女性が自分と特殊な共同体関係にあり人間の内在的価値を持つ胎児の生命を犠牲にする行為を韓国の憲法秩序が受け入れることができず、自ら防御する手段のない生まれていない生命を保護することによって人間の尊厳を守るという規範的目標を目指さざるを得ないからである。

胎児に対する国家の保護義務は立法、行政、司法のすべての国家機関にあり、国家機関は胎児を保護し出生するように法秩序を形成しなければならない。憲法裁判所の場合も同様である。したがって憲法裁判所も自己墮胎罪条項を通じて胎児の生命を保護しようとする立法者の決断をみだりに排除すべきではない。墮胎を許容するか、そしてどの時期まで許容するかを決定するのは真摯で十分な社会的議論を通じて多数の国民の意見が導き出された後、民主的代議機関である立法府によって行われることが望ましい。

(ウ) 胎児の成長段階に関連して

自己墮胎罪条項は原則として墮胎を禁止することにより胎児の発達程度に関係なく妊娠の全期間にわたって等しく胎児の生命権を妊娠した女性の自己決定権に優先させている。胎児の生命権を保護しようとする公益の重要性は胎児の成長状態によって異なるということとはできず、妊娠中の特定の期間中は妊娠した女性の人格権や自己決定権が優先され、その後は胎児の生命権が優先するということができない。前述のように、憲法が胎児の生命を保護するのは胎児が人間になる予定の生命体としてそれ自体が尊厳ある存在だからであって、それが独立して生存する能力があるとか、思考能力、自我認識などの精神的能力があるからではない。人間であれば誰でも身体的条件や発達状態などに関係なく同等に生命保護の主体となるのと同じように、胎児も成長状態に関係なく生命権の主体として当然に保護を受けなければならない(憲法裁判所 2012年8月23日 2010年헌바402参照)。

特に医学の飛躍的な発展により胎児が母胎を離れた状態で生存する可能性がますます高まっており、胎児の成長速度も胎児ごとに異なる現実を考慮すれば、胎

児の成長段階によって、あるいは胎児が独自の生存能力を備えたかによって、あるいは「安全な墮胎」が可能な時期によって生命保護の程度に差異を設けることは正当化できない。生命の発達過程は一連の連続的な過程であって、特定の時点を前後して明確に発達段階が区分されるものではないから、例えば妊娠12週を基準として墮胎の禁止及び処罰の可否に差異を設ける場合、妊娠12週の胎児と妊娠13週の胎児の間に生命の保護の程度を異にしなければならないほどの根本的な違いがあるといえるかも疑問である。独自の生存能力を備えているかどうかを基準にする場合、植物人間など病院の重患者室に横たわっている人々に対しても同じ論理が適用される恐れがないわけではない。多数意見が言う生命の段階による刑法上の異なる法的効果は、刑法上の犯罪類型とその保護法益に基づく刑法固有の問題であって、憲法上の胎児の生命権保護に関連してこれを援用すべきではない。多数意見のようにいわゆる「決定可能期間」又は「妊娠初期」に墮胎を許容する場合、当該時期の胎児の生命権に対しては基本権保護の空白が発生することになり、これは国家が自らの基本権保護義務を果たせない結果になりかねない。自己墮胎罪条項が胎児の成長段階や独自の生存能力、安全な墮胎が可能かによって墮胎の禁止及び処罰の可否に差をつけていないことには合理的な理由があるのである。

(エ) 社会的・経済的事由等に関して

多数意見は自己墮胎罪条項が「社会的・経済的事由」による墮胎を許容せず、妊娠した女性の自己決定権を過度に制限していると言う。多数意見が例示する社会的・経済的事由を見ると、概して女性の経歴断絶、子女の養育、再生産権、学業や職場生活などの社会活動の支障、経済的負担、婚前妊娠・婚外妊娠、離婚・別居・絶交などが挙げられている。しかし社会的・経済的事由の概念と範囲が非常に曖昧であり、その事由の充足の有無を客観的に確認することも困難である。社会的・経済的事由による墮胎の許容は、結局妊娠した女性の都合によって墮胎を許容しようということだが、これを許容する場合現実的には墮胎の全面許容と同一の結果をもたらす。自分の生活に不都合な要素が生じればいつでもこれを除去できるという考えに基づいて墮胎を許可すれば、やがて墮胎を減らすという名分すら生まれただけでなく、さらに一般的な生命軽視風潮を誘発する恐れがある。社会的・経済的事由による墮胎の許容は結局、「便宜」に基づく生命剥奪権を創設することになる。憲法前文は「自由と権利に伴う責任と義務を完遂させるために」と宣言している。性関係という原因を選択した以上、その結果である妊娠・出産に対して責任を負うべきことは上記のような憲法精神にも合致する。妊娠した女性は「妊娠状態」という表示を除去して幸せを探すのではなく、胎児を生かして幸せを探すべきである。それが前記のような韓国憲法が予定している人間像なのである。我々の世代が相対的な不都合要素を除去する時流・思潮に便乗

して墮胎を合法化すれば、後日、我々もまた次の世代の不都合要素に転落し、安楽死、姥捨てなどの名の下に除去対象になるかもしれない。

多数意見が掲げる社会的・経済的事由はそれ自体がもともと存在していた社会的問題であって、墮胎を禁止し処罰することによって発生する問題ではない。墮胎を許容しないことによって女性が上記のような問題に直面することになる側面が存在するとしても、そのような問題はその根底にある社会構造的な問題、すなわち未婚の母に対する支援不足や否定的な認識、劣悪な保育環境、職場や家庭における性差別的・家父長的文化などを解決することがより根本的な方策である。

自己墮胎罪の条項が家族計画、つまり子の数、年の差、出産時期、出産時期の調整などを決定し、そのための情報と手段を得ることができる権利である女性の再生産権(reproductive rights)を侵害するのではないかという疑問があるかもしれない。しかし再生産権の侵害は墮胎ではなく避妊によっても十分に防ぐことができる。一つの生命を終わらせる「墮胎」と一つの生命が生まれるのを防ぐ「避妊」は当然のことながら重要な差異がある。これが避妊を禁止しなくとも墮胎を禁止する強力な公益的理由である。自己墮胎罪条項は女性の再生産権よりも胎児の生命権を保護するための不可避な選択である。

したがって自己墮胎罪条項が多数意見が主張するような事情だけでは女性の自己決定権を過度に制限しているとは言いがたい。

(オ) 墮胎の正当化事由に関して

妊娠した女性が置かれた状況によっては墮胎の禁止が自己決定権だけでなく人格権及び人間の尊厳と価値、健康権などを侵害する結果に至ることもある。このような場合まで墮胎禁止と処罰の例外を一切許容しなければ、むしろ憲法の精神と価値に反する可能性がある。墮胎(人工妊娠中絶)の正当化事由としては概ね妊娠の継続が女性の生命と健康を深刻に害する恐れがあったり、犯罪による妊娠など社会通念上、妊娠の継続が到底期待できない医学的・優生学的・倫理的な正当化事由がありうる。

実際に母子保健法では、①本人や配偶者に優生学的または遺伝学的な精神障害や身体疾患がある場合、②本人や配偶者に伝染性疾患がある場合、③強姦または準強姦によって妊娠した場合、④法律上婚姻できない血族または姻族間で妊娠した場合、⑤妊娠の継続が保健医学的理由により母体の健康を深刻に害し、または害するおそれがある場合のうちいずれかに該当する場合には医師が妊娠した女性と配偶者の同意を得て妊娠 24 週以内に人工妊娠中絶手術を行うことができるようにし、この場合、医師と妊娠した女性を処罰しないようにしており(母子保健法第 14 条、第 28 条、同法施行令第 15 条)、自己墮胎罪条項が女性の人間の尊厳と価値、生命権などを著しく侵害しないように配慮している。

請求人は母子保健法第 14 条第 1 項が例外の認定範囲が過度に狭く、強姦・準強

姦であるか否かの判断基準と手続を規定しておらず、明確性原則に違反し、上記条項が配偶者の同意を要求する部分は性別・婚姻の有無による差別的取扱いであって平等権を侵害し妊娠した女性の自己決定権を侵害すると主張しているが、これは本件の審判対象ではない母子保健法第14条第1項の違憲事由を主張するものであるから、これ以上検討しない。

(カ) 性差別的効果について

女性だけが妊娠することができるので「性差別的効果」があるという間接差別の主張は、実質的に自己墮胎罪条項によって性差別的な被害が発生したわけではないという点で不当である。未婚であったり、未成年であったり、社会的・経済的に脆弱な地位にある女性が妊娠した場合に受ける不利益は墮胎の自由がないから発生したのではなく、韓国社会に存在している性別による差別と妊娠した女性の個別的な境遇をめぐる偏見、不十分な母性保護措置などに起因するものである。

一方、現実には墮胎の許容がむしろ性差別的効果をもたらす可能性もある。子を養育する義務や生物学的父親としての責任から自由になろうとする男性、社会的偏見や経済的困難などを懸念する妊娠した女性の家族、友人による墮胎の勧誘や教唆は現在は公然と行いがたい要求または犯罪であるが、墮胎が単なる選択の問題となればそのような要求や圧迫はより躊躇なく行われることになり、それによる不利益を耐えねばならないのはすべて妊娠した女性である。初期のフェミニストたちが墮胎に反対したのもこのような理由である。

自己墮胎罪条項は墮胎の実行と教唆、幫助に関わる男性と女性の両方を処罰し、妊娠していない女性には何の影響も及ぼさないという点で性別に中立的な規制であり、いかなる差別扱いも存在しない。自己墮胎罪条項は胎児の生命保護のための不可避な手段であるだけで、そこに女性差別の隠れた意図は見出しがたい。逆に、妊娠した女性とその家族が特定の性別の子を選好して墮胎することができれば、これは明らかな性差別の効果をもたらす。

(キ) 小結

自己墮胎罪条項により妊娠した女性の自己決定権がある程度制限されるのは事実であるが、その制限の程度が自己墮胎罪条項を通じて達成しようとする胎児の生命権保護という重大な公益に比べて決して大きいとは言えない。たとえ自己墮胎罪条項が墮胎の根絶に大きな寄与をできていないとしても、この条項が存在することによる威嚇効果及びこの条項がなくなる場合に発生する可能性のある人命軽視の風潮などを考慮すると、自己墮胎罪条項で達成しようとする公益が決して軽いとは言えない(憲法裁判所 2012年8月23日 2010年헌바 402 参照)。

したがって自己墮胎罪条項は法益均衡性の原則にも反しない。

(4) 立法者の省察と母性保護の必要性

1973年、米国連邦最高裁判所がロー対ウェイド(Roe v. Wade)事件で墮胎を規制

する州法に対して違憲決定を下して以来、米国内で墮胎をめぐる社会的合意が形成されて論争は終結しただろうか？ 私たちが歴史を通して見るように、米国内での論争は未だに続いており、上記事件の当事者であったノーマ・マコービー(Norma McCorvey)という女性は後に墮胎反対運動家に変身して活動し、今でも多くの州で墮胎に対する規制とこれをめぐる紛争が続いている。また関連決定以降それぞれの賛否勢力がさらに結束力を増して政治勢力化して政治地図の変化をもたらし、さらに連邦最高裁判所の構成にまで影響を与えている。

国家が胎児の生命保護義務を履行するにあたり如何なる措置を講じるべきかについて、単に市民の法感情や多数の意思に従属すべきなのではなく憲法的価値秩序に拘束されるべきであるから、国家の権力行使に対する違憲審査は可能であり、必要である。しかし憲法的価値秩序の第一次的守護者である立法者は墮胎のように極めて論争的で人間の尊厳の本質に関する探索を要する問題に関する規律を行うにあたり、より積極的で真摯な省察をすべきである。政治過程の回避と司法審査への逃避が万能の解決策にはなり得ない。

韓国憲法は第 36 条第 2 項で「国家は母性の保護のために努力しなければならない」と規定している。しかし現実には妊娠した女性は母性の保護を十分に受けられずにいる。子の父親の公平な育児分担、共働き家庭で子の育児を手伝ってくれる家族や社会システムの存在が誰にとっても当然のことではなく、妊娠により差別や偏見に悩まされないだけでも幸運だと思う人もいるだろう。こうした社会環境が変化しなければ、女性の地位向上のために妊娠を否定し胎児の生命を剥奪する権利が必要だという声は減らないだろう。

国家は人間の尊厳を脅かす可能性のある現実を立法を通じて改善していく義務がある。墮胎を刑事処罰する規定以外に、墮胎をしないように誘導する制度を規範化する立法政策も必要である。妊娠は女性だけでなく男女の問題であるから、国家は未婚父など男性の責任を強化する「育児責任法」の制定、未婚母に対する社会的セーフティネットの構築、女性が負担なく妊娠・出産・育児ができる母性保護政策、妊娠した夫婦に対する積極的な支援と育児施設の拡充など、墮胎を選択しないように誘導する立法をすべきである。出産は女性がするが、養育に対する経済的負担は国家と社会、男性が共に負担するようにすべきである。このような立法と制度の改善などを通じて胎児の生命権を実効的に保障すると同時に、性の自己決定権も保護することができるだろう。

(5) 結論

以上のように自己墮胎罪条項が妊娠初期の墮胎や社会的・経済的事由による墮胎を許容していないことが過剰禁止原則に違反して妊娠した女性の自己決定権を過度に制限していると言うことはできない。憲法裁判所はすでに 2012 年 8 月 23 日に自己墮胎罪条項を合憲と判断したことがある。それから 7 年も経っていない現時点で

上記先例の判断を変えるほどの事情変更があったとはいいがたい。この点からも自己墮胎罪条項に対する合憲宣言は維持されるべきである。

イ. 医師墮胎罪条項に対する判断

「私は人間の生命を受胎されたときから地上のものとして尊重する。たとえどんな脅威にさらされても私の知識を人道に反して使用することはない」(ヒポクラテスの誓いに基づくジュネーブ宣言から)

請求人は自己墮胎罪条項の違憲性とは別に、医師墮胎罪条項(刑法第270条第1項)が医師の業務上同意墮胎を2年以下の懲役に処するように規定しているのは過度の処罰であるという趣旨の主張をする。そこで以下では、医師墮胎罪条項が医師が妊娠した女性の囑託や承諾を受けて墮胎させた場合に2年以下の懲役に処するように規定していることが責任と刑罰間の比例原則に反するか、刑法第269条第2項の同意墮胎罪と異なり罰金刑を法定刑として規定しないことが刑罰体系上の均衡に反して憲法上の平等原則に反するかを順次検討することにする。

(1) 責任と刑罰の間の比例原則違反の有無

どのような行為を犯罪として規定し、これに対してどのような刑罰を科すかという問題は原則として立法者が韓国の歴史と文化、立法当時の時代状況と国民一般の価値観ないし法感情、犯罪の実態と罪質、保護法益及び犯罪予防効果などを総合的に考慮して決定する国家の立法政策に関する事項であり、広範囲な立法裁量ないし形成の自由が認められるべき部分である。また、ある犯罪に対する法定刑がその犯罪の罪質及びこれに伴う行為者の責任に比して過度に過酷なものであり、著しく刑罰体系上の均衡を失っているとか、その犯罪に対する刑罰本来の目的と機能を達成する上で必要な程度を逸脱したなど、憲法上の平等及び比例の原則等に明らかに反する場合を除き、安易に憲法に違反すると断定してはならない(憲法裁判所2011年2月24日、2009年헌바29参照)。

立法者は、医療と保健指導を通じて生命の維持と保護、健康の回復と増進を本分とする業務に従事する医師がそれに反して墮胎をさせた場合には一般人よりも責任が重く、実際に墮胎手術を行うことができ、専門的な医療知識を有する医師がこれを乱用して営利行為に至る恐れがあるという判断の下に医師の墮胎を懲役刑のみで処罰することにより胎児の生命を保護しようとしたものと理解できる。このような立法目的は正当であり、医師の墮胎を懲役刑で処罰することはこのような立法目的を達成するための適切な方法に該当する。

医師墮胎罪条項は医師が妊娠した女性の囑託や承諾を受けて墮胎をさせた場合を懲役刑のみで処罰することを規定しているが、その法定刑の上限が2年以下の懲役となっており、法定刑の上限自体が高くないだけでなく、比較的罪質が軽い墮胎については酌量減輕や法律上減輕をしなくても宣告猶予または執行猶予宣告の道が開かれているから、行為の個別性に合わせて責任に見合った刑罰を宣告することがで

きないという過度に過重な刑罰を規定しているとはいえない。

したがって、医師墮胎罪条項は責任と刑罰の間の比例原則に違反しない(憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌바 402 参照)。

(2) 平等原則違反の有無

墮胎は行為態様に関係なく胎児の生命を剥奪する結果をもたらす危険性が高く、一般人によって行われることは難しく、大部分は墮胎に関する知識のある医療業務従事者を通じて行われ、胎児の生命を保護すべき業務に従事する者が胎児の生命を剥奪する施術を行うという点で非難可能性も大きい。さらに、軽微な罰金刑では実際に墮胎手術を行う能力があり専門的医療知識を有することを乱用して営利行為を追求する医師に対しては威嚇力を持ちがたい。

これらの点を考慮して立法者が医師墮胎罪条項について同意墮胎罪(第 269 条第 2 項)と異なり罰金刑を規定していないことは刑罰体系上の均衡に反して憲法上の平等原則に違反するとも言えない(憲法裁判所 2012 年 8 月 23 日 2010 年헌바 402 参照)。

(3) 小結

医師墮胎罪条項は責任と刑罰の間の比例原則に違反せず、刑罰体系上の均衡に反して憲法上の平等原則に反するものでもない。

請求人は医師墮胎罪条項が職業の自由を侵害するとも主張するが、それに対する具体的な主張がなく、ただ他の基本権が侵害される結果、職業の自由も一共に侵害されると主張しているのみなので、この部分の主張については改めて判断しない。

ウ.結論

自己墮胎罪条項及び医師墮胎罪条項はいずれも憲法に違反しない。

ユナムソク、^{ユナムソク}ソギソク、^{ソギソク}チョヨンホ、^{チョヨンホ}イソネ、^{イソネ}イソクテ、^{イソクテ}イウネ、^{イウネ}イジョンソク、^{イジョンソク}イヨンジン、^{イヨンジン}キムキヨン、^{キムキヨン}
裁判官劉南碩、徐基錫、趙龍鎬、李宣厓、李錫兌、李垠厓、李悰錫、李榮眞、金基穎