

松 山 大 学 論 集  
第 34 卷 第 6 号 抜 刷  
2 0 2 3 年 2 月 発 行

韓国における「中絶の自由」の現在地  
——「胎児の生命権」と「妊婦の自己決定権」の関係について——

牧 野 力 也

# 韓国における「中絶の自由」の現在地

——「胎児の生命権」と「妊婦の自己決定権」の関係について——

牧 野 力 也

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 韓国における中絶規制の概要
  - 2.1 韓国の中絶規制
  - 2.2 大法院の立場
  - 2.3 墮胎罪の存廃をめぐる社会論争
- 3 韓国憲法裁判所における議論の展開
  - 3.1 憲法裁判所による2012年墮胎罪合憲決定
  - 3.2 憲法裁判所による2019年墮胎罪憲法不合致決定
- 4 考 察
  - 4.1 2019年決定の意義
  - 4.2 判断枠組についての分析
  - 4.3 「胎児の生命権（生命保護義務）」vs.「妊婦の自己決定権」?
- 5 おわりに
  - 5.1 憲法裁判所の意図について
  - 5.2 2019年決定のその後

## 1 は じ め に

2019年4月11日に、韓国憲法裁判所は、中絶規制が女性の自己決定権を過度に侵害しており、胎児の生命保護という公益との間で調和と均衡が成立していないとして「憲法不合致決定」<sup>1)</sup>（以下、2019年決定とする）を宣告した。

---

1) 憲法不合致決定は韓国憲法裁判所による違憲決定の一類型であり、違憲と判断された法律の運用を一定期間継続するもので、いわゆる「違憲状態」判決に近い。もっとも、韓国憲法裁判所の違憲決定の効力は将来にわたってすべての国家機関を拘束するため、問題となった法律は一定期間が経過した後違憲無効となる。

これにより、1953年に規定された墮胎罪は、改正を余儀なくされることになった。

韓国の中絶規制をめぐるのは、2012年に憲法裁判所が合憲決定（以下、2012年決定とする）を宣告したばかりであったが、当時からすでに憲法裁判官の判断が二分されていたことや<sup>2)</sup> 中絶規制をめぐる社会的な議論が盛んになっていたことから、憲法裁判所がどのような結論を出すのかには大きな注目が集まっていた<sup>3)</sup>

筆者は、これまで憲法上の生命権（生命保護義務）と自己決定権が交錯する局面での自己決定権の構造や解釈の仕方に関心を持って研究を進めてきたが<sup>4)</sup>、そうした問題意識の下で2019年決定を読むと、「国家による国民の生命保護義務」と「国民の自己決定権の尊重」という二つの価値のはざまでバランスを取ろうとしてきた韓国憲法学の特徴と、「胎児の生命権の保護」という新しい問題に直面した韓国憲法裁判所の葛藤を見て取ることができた。

以下では、2012年決定との比較を通して、2019年決定が展開した「中絶の自由」をめぐる憲法解釈論の特徴と、2019年決定による判例変更の大きなきっかけともなった「胎児の生命権」に対する解釈の揺らぎに関する考察を行う。

なお、韓国の中絶政策に関しては、わが国でもすでにいくつかの先行研究が存在するが<sup>5)</sup>、中絶規制をめぐる憲法解釈論に着目した研究は未だなされていない。後述するように、日韓の中絶規制をめぐる法体系が類似していることを考

2) 合憲と判断した裁判官4名に対して、違憲と判断した裁判官も4名であったが、違憲決定には憲法裁判官6名以上の同意が必要であるため、結論として合憲決定が宣告された。

3) 2019年決定に関する邦語文献としては、藤原夏人「(立法情報)人工妊娠中絶に関する憲法不合法決定」外国の立法(2019)、24-25頁。

4) 拙著「輸血拒否権の構造と解釈－韓国における「エホバの証人輸血拒否事件」を素材として」同志社法学第72巻4号(2020)509-539頁。拙著「「患者の自己決定権」の憲法上の定位について－韓国における患者の自己決定権に関する議論を参考に－」憲法理論研究会編『憲法理論叢書25 展開する立憲主義』(2017、敬文堂)231-244頁。拙著「意思能力なき患者の同意と自己決定の尊重－韓国の成年後見制度を素材として」筑波法政64号(2015)117-138頁。

5) 洪賢秀「韓国社会における妊娠・出産をめぐる変化－墮胎罪の議論からのぞく」アジア遊学268号(2022)121-125頁。金律里「現代韓国における初期生命に対する観念－人工妊娠中絶をめぐる議論を中心に」東京大学博士学位論文(2018)など。

えると、韓国の中絶規制をめぐる憲法解釈論は、行政が主導する形で進められてきたわが国の中絶規制の今後の展開を考察するうえでも有益であると思われる。

## 2 韓国における中絶規制の概要

### 2.1 韓国の中絶規制

#### (1) 韓国の中絶規制について

これまでの韓国の中絶規制は、韓国刑法第 27 章「墮胎の罪」により中絶を全面的に禁止しつつ<sup>6)</sup>、一方で母子保健法を通じて一定の医学的・優生学的<sup>7)</sup>・倫理的事由がある場合、刑法上の墮胎罪の適用を排除することにより、一定の場合における中絶を許可していた<sup>8)</sup>。つまり、中絶に関する現在の韓国法体系は、日本と同様に中絶を一般的に犯罪とする刑法規範（墮胎罪）と違法性阻却事由を規定した母子保健法によって二元化された構成をとっていた。もっとも、日本の母体保護法が 14 条 1 項 1 号で「経済的理由」による中絶を認めているのに対して、韓国の母子保健法 14 条 1 項は、母親である女性とその配偶

---

6) 刑法第 27 章以下において、

第 269 条（自己墮胎罪，同意墮胎罪，墮胎致死傷罪）

① 婦女が薬物その他の方法で中絶したときは、1 年以下の懲役又は 200 万ウォン以下の罰金に処す。

② 婦女の囑託又は承諾を受けて中絶させた者も、第 1 項の刑と同じとする。

③ 第 2 項の罪を犯して婦女を傷害に至らせた者は、3 年以下の懲役に処す。死亡に至った場合は、7 年以下の懲役に処す。

第 270 条（業務上同意墮胎罪，不同意墮胎罪）

① 医師，漢方医師，助産師，薬剤師又は薬局店主が婦女の囑託又は承諾を受けて中絶させたときは、2 年以下の懲役に処する。

② 婦女の囑託又は承諾なしに中絶させた者は、3 年以下の懲役に処する。

7) 韓国の母子保健法が制定されたのは同国が非常戒厳下にあった 1973 年のことであり、日本の優生保護法をモデルとして制定された。当時の母子保健法は、9 条で強制不妊措置を命ずる権限を国に対して付与しており、優生学思想に対する国内外の強い反発にもかかわらず、精神疾患やてんかんの患者などに対し、政府は強制的に不妊手術を実施していたとされる。1999 年に 9 条が削除されたが、73-99 年までの間に少なくとも 75 件の強制不妊手術が実施されたとの調査結果があるという。もっとも、2009 年に改正される前の母子保健法施行令では、「親の顕著な犯罪性向」が中絶の許可事由になるなど、墮胎罪規定は「法の中に残った最後の優生学思想の痕跡」とされている。

者の障がいや身体疾患などの優生学的、医学的理由による中絶のみを認めるものであるため、中絶の許容範囲に関しては限定的と言える。

## (2) 墮胎罪の沿革

韓国の歴史上、中絶が罪とされたのは、日韓併合後の1912年に「朝鮮刑事令」により朝鮮に日本の刑法が依用された時にさかのぼる<sup>9)</sup>日本による植民地統治期に墮胎罪規定がどのように運用されたのかは明確ではないが、独立後の1948年に大韓民国政府のもとで設置された法典編纂委員会において既に墮胎罪廃止論が主張されていたようである<sup>10)</sup>しかしながら、「独立国としての主権を維持しうる国家になるには少なくとも人口が4,000万人以上でなければならない」という「出産奨励論」により、ひとまず墮胎罪を規定したうえで、特別法により個別の事情を考慮することとされた<sup>11)</sup>ただし、件の個別の事情が考慮されたのは1973年に制定された母子保健法においてであった。当時の朴正熙政権は、経済をより成長させるための一つの方法として「出産抑制論」を採

### 8) 母子保健法

#### 第14条（墮胎手術の許容限界）

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）の同意を得て墮胎手術ができる。

1. 本人または配偶者が大統領令で定める優生学的または遺伝学的精神障がいや身体疾患がある場合
2. 本人や配偶者が大統領令で定める遺伝性疾患がある場合
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人間間で妊娠した場合
5. 妊娠の持続が保健医学的理由で母体の健康を深刻に傷つけたり、害を及ぼしたりする恐れがある場合

#### 母子保健法施行令

#### 第15条

①母子保健法第14条による墮胎手術は、妊娠24週間以内の妊婦のみできる。

- 9) 최교진 「낙태에 대한 개방적 접근의 필요성」, 생명·윤리와 정책 (제2권 제1호), 2018, 4면.
- 10) 墮胎罪の立法過程における議論について、金律里「韓国における選択的中絶をめぐる議論」死生学・応用倫理研究19巻(2014), 92-93頁を参照。
- 11) 강지현, 민영성 「형법 제 269 조 제 1 항 헌법불합치 결정에 따른 낙태죄의 법제정비 방안」釜山大學法學研究第61巻1號, 2020, 39면.

用し、現在の5項目からなる違法性阻却事由を母子保健法上に規定した<sup>12)</sup> もつとも、母子保健法の制定により事実上中絶が合法とされたことで、墮胎罪によって医師が処罰されることは稀になり、後述する1985年の大法院判決まで墮胎罪規定は死文化することとなった<sup>13)</sup>

## 2.2 大法院の立場

(1) 1985年に大法院は、母体に生命の危険がないことを知りながら妊婦の囑託を受けて中絶手術を実施した医師を有罪とした事件<sup>14)</sup>において、次のように墮胎罪に対する立場を宣言した。

人間の生命は創造された時から始まるものであり、胎児は新たな存在と人格の源としての尊厳と価値を有しているため、胎児自身がそのことを認識しているかどうか、また自らを守ることができるのか否かに関係なく、侵害されないように保護されるべきであり、それが国民一般の道義的感情と合致する。

母子保健法が特別な医学的、優生学的または、倫理的適応が認められる場合に限って妊婦と配偶者の同意の下で中絶手術を許容したとしても、そのことによって医師が妊婦の囑託または承諾の下で行う一切の墮胎行為が正当な行為になるとか、刑法上の業務上囑託墮胎罪による処罰が無価値になったということはできず、妊婦の囑託があれば医師として墮胎を断ることが期待できなくなったということもできない。

当該判決により、事実上死文化されていた墮胎罪は「復活」を遂げ、母子保

---

12) 金香男「韓国社会における人口政策の成果と限界」地域社会学会年報15巻、(2003)、152頁。

13) 전효숙 . 서흥관 「해방 이후 우리나라 낙태의 실태와 과제」 의사학, 제 12 권제 2 호, 2003, 140 면.

14) 대법원 1985. 6. 11 선고, 84 도 1958, 판결

健法の違法性阻却事由に適応しない中絶が処罰の対象であることが改めて確認された。しかしながら、この判決は当時の韓国における中絶の現実とはかけ離れていたため、その後も墮胎罪を適用する事例は多くなかった<sup>15)</sup>

(2) 1999年に大法院は、障がい判定確率の高い出生前診断に対する説明を受けないままダウン症児を出産したことが両親の適法な中絶決定権を侵害したとする損害賠償請求事件<sup>16)</sup>において、以下のように判断して請求を棄却した。

ダウン症候群は、母子保健法14条に規定されている人工妊娠中絶許容事由に該当しないため、適法な中絶理由にはならない。したがって請求人である両親は、胎児を適法に中絶する決定権自体を有していないため、中絶決定権自体侵害される余地が存在しなかった。

人間生命の尊厳性とその価値の無限さを鑑みても、いかなる人間も、人間になろうとする存在も、他人に対して自分の出生を防ぐことを要求する権利までも有するとはいいがたい。障がいを持って出生したこと自体、人工妊娠中絶により出生できなかったものと比べて法律的に損害であると断定することができず、それにより治療費など様々な費用がかかるとして、その障がい自体が医師や他の誰かの過失によるものであったとしても、先天的に障がいを持ったまま生まれた子自身が請求できる損害とみなすこともできない。

このように、法律に対する違憲審査権を持たない大法院<sup>17)</sup>として法律（墮胎罪規定）の合憲性を前提に解釈適用を行っているものの、その判断の中で墮胎罪の保護法益を「胎児の生命」と位置付けて私権の享有時期とは別に国家に

15) 최교진, 전계, 7면.

16) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98 다 22857 판결

17) 한국では、一時期を除いて、伝統的に法律に対する違憲審査権とそれ以外の規範に対する違憲審査権を、憲法裁判機関と通常の裁判所とで分掌する制度設計を行っている。

は出生前の生命を保護する義務があること、「両親の適な中絶決定権」が出生前の生命保護の価値を超えないことを基本的な立場としていたことが分かる。

### 2.3 墮胎罪の存廃をめぐる社会論争

1985年の大法院判決以降も墮胎罪規定は実態として控えめに運用されてきたが、墮胎罪をめぐる社会的な関心は2010年前後を境に高まりを見せるようになる<sup>18)</sup>。2010年に李明博政権が少子化対策の一環として「中絶の減少」を基調として採択すると、それに合わせて中絶に反対する医師会である「プロライフ医師会(프로라이프 의사회)」が、違法な中絶手術を実施している医療機関や医師名を公表すると宣言した。

2016年には、保健福祉部が中絶に対する行政処分を強化する「医療関係行政処分規則一部改正案」を公表したが、中絶賛成派の強い反発にあい、改正を断念した。中絶賛成派からは、2017年に23万人の署名とともに「墮胎罪廃止と自然流産誘導薬の導入に関する国民請願」が提出されたが、青瓦台は墮胎罪の廃止や自然流産誘導薬の導入についての姿勢を明らかにしなかった<sup>19)</sup>。

こうした中で、墮胎罪をめぐる議論は立法過程では解決の困難な問題として憲法裁判所を舞台に展開されていくこととなる。

## 3 韓国憲法裁判所における議論の展開

### 3.1 憲法裁判所による2012年墮胎罪合憲決定<sup>20)</sup>

(1) 2012年に憲法裁判所は、刑法269条1項の自己墮胎罪条項について、妊娠初期の中絶や社会的・経済的理由による中絶を許容していないことが妊娠した女性の自己決定権に対する過度な制限ではないとして合憲と判示した(合憲4名、違憲4名)。

18) 中絶をめぐる社会的な議論について、金律里, 前掲注10論文, 104頁以下を参照。

19) <http://www.genderarchive.or.kr/items/show/26057> (2022年10月31日最終閲覧)

20) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010 헌바 402



(2) 法廷意見の要旨は以下のようである。

i) 胎児の生命権

胎児はその生命を維持するために母親に依存しなければならないが、それ自体で母親とは別個の生命体であり、特別な事情がない限り人間に成長する可能性が高いため、胎児にも生命権が認められるべきである。

憲法が胎児の生命を保護するのは、将来人間になる生命体という理由によるものであり、独立して生存する能力があるか、思考能力、自己認識能力がある生命体だからといった理由によるものではない。したがって、胎児が独自の生存能力を備えているかどうかを中絶許容の判断基準とすることはできない。

ii) 比例審査

胎児もその成長状態を問わず生命権の主体として保護されなければならない存在であるという点で、受精卵が子宮に着床した後から出産する前までの胎児を成長段階によって区分して保護の程度を異にするのは正当化できない。それでも立法者は、一定の優生学的または遺伝学的精神障がいや身体疾患がある場合のように中絶を認める切実な理由がある場合に、例外的に妊娠24週以内の中絶を許可することで胎児の生命権を制限できるとしている。一方、中絶禁止規定で制限される妊婦の自己決定権は、上記の（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公益に比べて決して重いとは見られない。したがって、中絶禁止規定は、侵害の最小性原則に反しない。

中絶禁止規定により制限される妊婦の自己決定権やその制限の程度は、同規定が達成しようとする胎児の生命権保護という公益に比べて決して重いものとは言えない。中絶禁止規定が中絶の根絶に大きく寄与していないとしても、同規定が存在することによる萎縮効果及び、廃止された場合に発生する可能性がある人命軽視の風潮等を考慮すると、中絶禁止規定で達成しようとする公益は決して軽いものとは言えない。したがって、自己墮胎罪条項で達成しようとする公益と制限された私益との間で法益均衡性も保たれている。

以上から、中絶禁止規定が妊娠初期の中絶や社会的・経済的理由による中絶を許可していないことが、妊婦の自己決定権に対する過度な制限であるとは見られず、憲法に違反しない。

(3) 反対意見の要旨は以下のようである。

i) 胎児の生命権

国家は憲法 10 条により胎児の生命を保護する義務があるが、胎児に対する国家の保護義務には出産を妨げる要素を除去するだけでなく、女性が妊娠中または出産後に経験する困難に対する保護も含まれると考えられる。胎児の生命を保護するということは、妊婦の身体的・社会的保護を全うした時に初めて実質的な意味を持ちうるからである。

生命の全体的な過程に対して、法秩序が常に同じ法的保護ないし効果を付与するわけではない。国家が生命を保護する立法的措置を取る上で、人間の生命の発達段階に応じて保護の程度や保護の手段を異ならせることは不可能ではない。

ii) 比例審査

妊娠 12 週までの中絶は、施術方法が簡単で比較的妊婦にとって安全であると言え、実際に中絶による合併症及び死亡率が著しく低い。したがって、妊娠初期には妊婦の自己決定権を尊重して中絶を許容する余地がある。さらに、中絶を刑事処罰する刑法が現在ではほぼ死文化されて中絶の根絶に寄与できておらず、むしろ不法中絶による妊婦の健康や生命に対する危険が生じる事態が頻発しており、その対策が喫緊であるという現実に鑑みると、少なくとも妊娠初期には妊婦の自己決定権を尊重して中絶を許容する必要がある。

妊娠期間によって妊婦の自己決定権を考慮する必要性があるにもかかわらず、中絶禁止規定は、妊婦の基本権に対してより制限的でない他の手段を模索しないまま、妊娠期間にかかわらず妊婦の中絶を全面的、一律的に禁止してい

るので、侵害の最小性原則に反する。

中絶禁止規定が達成しようとする公益は胎児の生命保護である。ところが、各種統計によると、韓国は世界的に中絶が最も多い国家群に属するが、刑事上墮胎罪で処罰または起訴される例は非常にまれであることが分かる。毎年3～10件起訴されて裁判が行われているものの、結論はほとんど執行猶予であった。これは結局、中絶を処罰する刑法規定が現在ほとんど死文化して中絶の根絶に大きく貢献できていないことを示している。

このように中絶禁止規定で達成しようとする胎児の生命保護という公益は、もはや中絶禁止規定を通じて達成されるとは思えない。むしろ刑事処罰よりも性教育や避妊関連教育、中絶相談などの実施、妊婦に対する社会福祉レベルでの扶助や国家的支援などが、より実効性ある手段となろう。一方、妊娠初期の中絶まで禁止して処罰することは、妊婦の妊娠を維持するかどうかに関する自己決定を全く尊重しないものであるが、中絶禁止規定によって制限される妊婦の自己決定権は決して軽く見てはならないものである。よって、妊娠初期の中絶まで禁止して処罰する中絶禁止規定は、法益の均衡性を満たさない。

中絶禁止規定は、妊娠初期（妊娠1週～12週）の中絶まで全面的、一律に禁止して処罰しているという点で侵害の最小性原則及び法益均衡性の原則に違反し、妊婦の自己決定権を侵害する。刑法269条、同270条の「中絶」に「妊娠12週以内の中絶」が含まれるものと解釈する限り憲法に違反する。

### 3.2 憲法裁判所による2019年墮胎罪憲法不合致決定<sup>21)</sup>

(1) 2019年に憲法裁判所は、自己墮胎罪条項が妊娠した女性の自己決定権を過度に侵害するとして「憲法不合致」宣言をした（憲法不合致4名、単純違憲3名、合憲2名）。

---

21) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017 헌바 127

(2) 法廷意見の要旨は以下のようである。

i) 胎児の生命権

すべて人間は憲法上生命権の主体であり、形成中の生命である胎児にも生命権が認められなければならない。胎児はその生命を維持するために母親に依存しているが、それ自体で母親とは別個の生命体であり、特別な事情がない限り人間に成長する可能性が高いからである。したがって、胎児も憲法上生命権の主体であり、国家は憲法10条2項によって胎児の生命を保護する義務がある。

ii) 比例審査

妊娠・出産・子育ては女性の生活に根本的かつ決定的な影響を及ぼしうる重要な問題であるため、「妊娠した女性が妊娠を維持または終結するかどうかを決定することは、自ら選択した人生観・社会観に基づき、自身が置かれた身体的・心理的・社会的・経済的状況に対する省察の結果が反映される全人的決定」である。

胎児も生命権の主体であるが、法秩序が生命の発達過程を一定の段階で区分して、各段階で異なった法的効果を付与することは不可能ではないとの前提で、着床時から胎児が母体を離れた状態で独自に生存できる妊娠22週に到達する前であり、かつ、女性が出産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に対しては、国家が生命保護の手段および程度を区別できる。

それにもかかわらず、中絶禁止規定が一律に妊娠した女性に妊娠の維持および出産を強制し、墮胎した場合に刑事処罰を科しているのは、立法目的を達成するために必要な最小限度を越えて妊娠した女性の自己決定権を制限するものであり、立法目的達成のための最小限かつ不可避の手段とみることはできない。

中絶禁止規定が達成しようとする胎児の生命保護という公益は重要であるが、墮胎罪規定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

大きい点で法益の均衡性原則にも反しており、過剰禁止原則に反して妊娠した女性の自己決定権を侵害する違憲な規定である。

### iii) 結論

自己墮胎罪条項と業務上同意墮胎罪条項に対し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るすべての中絶が処罰できなくなるため、容認しがたい法的空白が生じることになる。

立法者は、中絶決定可能期間をどのように定めるか、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どうかを含む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について立法裁量を有する。したがって、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する。2020年12月31日を期限として、立法者による改善立法が行われるまでの間継続適用を命ずることが妥当である。

(3) 補足意見(単純違憲)を主張した裁判官3名の意見は以下のものである。

#### i) 胎児の生命権

胎児が生命体であることとは別に、胎児が基本権主体としての「人間」に該当するかについては世界的に多くの議論があるが、いかなる場合でも胎児の命が大切に保護する価値があるということは否定されなかった。つまり、胎児は生命権に対する基本権主体であるかどうかにかかわらず、胎児はそれ自身が生命として徐々に成長し、人間に至ることができる存在なので、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10条により、国家は胎児の生命保護という重大な公益を追求しなければならない。

徐々に成長し人間として完成できる存在である胎児の生命を保護するために、妊娠中の女性に対する自己決定権の制限がなされることがある。ただし、法秩序が生命の発達過程を一定の段階に分け、その各段階に異なる法的効果を

与えることは不可能ではないので、国家が生命を保護する立法的措置を取る上で人間生命の発達段階によって、その保護の程度や保護手段を区別することができる。

## ii) 比例審査

中絶禁止規定が女性の中絶決定に及ぼす影響は限定的であり、胎児の生命保護の目的にあまり寄与していない。それにもかかわらず妊娠期間全体にわたって中絶を原則禁止にして、一定の例外的事由において法律で許容する論理は、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剝奪するものである。

立法者は中絶に関連して、胎児の生命と妊娠した女性の自己決定権のうちいずれを優先するかという問題ではなく、どうすれば女性の自己決定権を保障しながら中絶を実質的に減少させて胎児の生命を保護できるかを考慮すべきである。

胎児の生命保護は非常に重大な公益であることは間違いないが、中絶禁止規定で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思われない。一方で中絶禁止規定は、妊娠した女性が安全に中絶できる妊娠第14週（第一 trimester）以内の中絶さえも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剝奪しており、法益の均衡性原則に反する。

## iii) 結論

我々は、第一 trimester では理由を要求することなく妊娠した女性が自身の判断の下で中絶することができなければならないにもかかわらず、これを禁止しているという点で憲法に違反すると考えている。したがって、審判対象条項のうち少なくとも第一 trimester でなされた中絶に対して処罰する部分は、その違憲性や処罰の範囲が明確であり、立法者の立法裁量が認められる

余地もないので、憲法不合法決定の必要性ないし不可避性が認められるとは思えない。したがって、当該条項に対しては、単純違憲宣言をするのが妥当である。

(4) 反対意見（合憲）を主張した裁判官2名の意見は以下のようである。

i) 胎児の生命権

胎児は生存を母体に依存しているが、出産を通じて人間に成長する点で、胎児と出生した人は生命の連続的な発達過程とみられる。そのため、人間の尊厳性の程度や生命保護の必要性に関して、胎児と出生した人との間に根本的な違いがあるとは考えにくい。

出生前の命を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とどまってしまうため、胎児も憲法上の生命権の主体であるとみなすべきである。そのため、疑わしい場合には生命権の保護が最も手厚くなる解釈方法を選択するしかない。よって、少なくとも着床時から出生時までの胎児は、期間の区別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を享受する。

ii) 比例審査

胎児の生命権と女性の自己決定権は根本的に比較の対象にはならない。胎児と妊娠中の女性の間特別な絆があることは明らかだが、胎児が母体とは別個の独立した生命である以上、国家は他の場合と同様に胎児の生命を保護する必要がある。法秩序は胎児にその存在自体により生命権を保障するものであり、胎児の出産を母親が受け入れたかどうか根拠となるわけではない。したがって中絶禁止規定は、女性の中絶を防止して胎児の生命権を保護するためのものであり、正当な立法目的である。

中絶禁止規定によって妊娠した女性の自己決定権はある程度制限されるが、胎児の生命権保護という重大な公益に比べて侵害の程度は決して大きくない。

対して、中絶禁止規定が中絶根絶にあまり寄与していないとしても、この規定による抑止効果やこの規定が廃止された場合に発生するおそれのある人命軽視の風潮等を考慮すると、中絶禁止規定が達成しようとする公益は決して軽くない。

妊娠初期の中絶や社会的・経済的事由による中絶を許可していないことは過剰禁止原則に違反しておらず、女性の自己決定権を過度に制限するものではない。

## 4 考 察

### 4.1 2019年決定の意義

冒頭で述べたように、2019年決定は墮胎罪を合憲と判断した2012年決定からわずか7年での判例変更であったが、2012年決定の時点で憲法裁判官の立場は二分された状態であった。その後、2017年から2018年にかけて憲法裁判所の構成が一新され、新たに構成された憲法裁判所は2019年決定で墮胎罪を違憲と判断するに至った。2019年決定については、以下でいくつか紹介するように、学説は概ね高く評価しているようである。

- 윤진숙：これまで憲法裁判所は胎児の生命に対する保護を公益と位置付けて、妊娠した女性の身体に対する自己決定権より重視してきたが、2019年決定はこれまでの少数意見が多数意見へと切り替わった女性の人権と基本権の歴史にとって画期的な判決である<sup>22)</sup>
- 김용민：妊婦の自己決定権侵害を認容したということだけでも合法的墮胎の可能性を開いたという点で重要な意味を持つと評価することができるが、妊婦の自己決定権の保護レベルの検討に関して立法者に一任してしまった点は物足りない<sup>23)</sup>

22) 윤진숙 「낙태죄 헌법불합치 결정에 대한 분석 헌법재판소 2019. 4. 11 자 2017 헌바 127 결정에 대한 평석」 서울法學 27 권 4 호, 2020, 79 면.



- 정애령 : (2019年決定は)胎児の生命保護という重大な国家の義務を確認しつつも, 女性の妊娠中断決定が有する全人的かつ複合的な決定の性格をよく理解している<sup>24)</sup>
- 김광재 : 憲法裁判所は韓国の人権史に一線を引く意義深い決定を下した。墮胎の許容可否をめぐる国内の議論が白熱する中で, 国民の代表機関である国会が沈黙を貫いている以上, 憲法裁判所が答えを出さないわけにはいかない状況であった<sup>25)</sup>

このように学説は一様に2019年決定の歴史的意義を強調しているが, 以下で分析するように, 墮胎罪が違憲と判断された背景には, 憲法裁判官の構成の変化だけではない憲法理論上の変化も見られた。

## 4.2 判断枠組についての分析

### (1) 「胎児の生命権 (生命保護義務)」 vs. 「妊婦の自己決定権」

墮胎罪の違憲審査においては, 韓国で基本権侵害の有無を判断する際に一般的に用いられる過剰禁止原則<sup>26)</sup> (いわゆる比例原則) によって審査される。判断枠組みとしては, 墮胎罪規定による中絶の禁止が妊娠した女性の自己決定権を過剰に侵害しているかどうかを審査するもので, その際には, 憲法上保障された妊婦の自己決定権と墮胎罪の保護法益である胎児の生命が対峙する構造

23) 김용민 「낙태죄 헌법불합치결정 이후 낙태광고의 방향설정을 위한 비교법적 고찰 - 영국과 미국 독일의 예를 중심으로」 法學研究 Vol. 62, 2020, 51-52 頁.

24) 정애령 「태아의 생명보호의 헌법적 접근을 토대로한 낙태죄의 개선입법방향 - 헌법재판소 2019. 4. 11. 2017 헌바 127 결정에 대한 평석」 公法學研究第21卷第1號, 2020, 175 頁.

25) 김광재 「낙태죄헌법불합치결정및입법개선방향에대한고찰 - 헌재 2019. 4. 11. 선고 2017헌바 127 결정과관련하여」 人權과正義 No. 487, 2020, 45 頁.

26) 基本権の制限を認める憲法37条2項を根拠に過剰な制限に当たるかどうかを審査する判断枠組で, ①基本権の制限を正当化する立法目的審査, ②制限の必要性審査, ③本質的内容の侵害の有無審査の3つからなる。特に, ①と②はドイツ憲法学の比例原則をモデルとして i) 目的の正当性, ii) 手段の適合性, iii) 侵害の最小性, iv) 法益の均衡性に分けて段階的に用いられる。

となる。

2012年決定の法廷意見は、胎児を「生命権の主体」として位置づけることで「生命権の主体たる胎児の生命の価値」を「妊婦の自己決定権」よりも優位に置き、胎児の生命を保護するために妊婦の自己決定権を制限することは過剰禁止原則に反しないと判断したのである。

## (2) 強化された「妊婦の自己決定権」

一方、墮胎罪を違憲と判断した2019年決定では、法廷意見が「胎児の生命権」に対峙する価値である「妊婦の自己決定権」を、「自ら選択した人生観・社会観に基づき、自身が置かれた身体的・心理的・社会的・経済的状况に対する省察の結果が反映される全人的決定」という文言で表現した点が目を引く。つまり、単なる「中絶の決定権」としてではなく、妊娠から出産の過程における妊娠の継続・中断をめぐる女性の選択の自由として、以前よりも女性の人格的な権利としての側面を強調しようとしたように思われる。そしてそれは、「妊婦の自己決定権」が胎児の生命の価値に匹敵する重要な私益であることを強調しようとする狙いがあったのではなかろうか。

## (3) 「胎児の生命権」に対する解釈の揺らぎ

他方で、2019年決定では、「胎児の生命権」に対する解釈においてもこれまでにない変化が見られた。そもそも、「胎児の生命権」について、憲法裁判所は2008年に、死産した胎児に対する損害賠償請求事件において以下のように述べている<sup>27)</sup>

人間の生命はいかなるものとも代替不可能な人間存在の根源であるため、憲法に明文規定がないとしても人間の生存本能、存在目的に基づく先

---

27) 헌법재판소 2008. 7. 31 선고 2004 헌마 81.

験的かつ自然法的な権利として憲法に規定されるすべての基本権の前提となる。

すべての人間が憲法上の生命権の主体になるように、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る。胎児には生命権が認められるため、憲法第10条に基づいて国家は胎児の生命を保護する義務がある。

学説においても「胎児は原則として基本権主体ではないが、例外的に生命権の主体にはなりうる」という理解は憲法学における通説的な立場といえる<sup>28)</sup>

しかしながら、生命権は基本権として本質的な内容だけで構成されており、「部分的な制限」や「段階的制限」になじまない基本権であるとされる。生命権の制限はすなわち生命権のはく奪に他ならない。通常、ある主体の生命権が制限に服す場合は、正当防衛や死刑制度のように他者の生命権と衝突する場面に限られる。つまり、社会的・経済的理由による中絶を許容しようとすることは、胎児の生命権を母親の社会的・経済的事情によって制限できると解釈することになるため、基本権としての生命権の重要性や代替不可能性との間で解釈理論としての論理矛盾を生じさせることになる。

2012年決定の反対意見（違憲）、2019年決定の法廷意見（憲法不合致）は、そうした矛盾に留意することなく、胎児を生命権の主体として位置づけたうえで、妊娠期間に基づくいわゆる「トライメスター枠組」や、胎児の発達段階に基づくいわゆる「独立生存可能性テスト」を用いて胎児の生命権を段階的に制限できるという立場をとった<sup>29)</sup>

28) 胎児の生命権主体性を認める立場では、金哲洙『憲法学新論（第21全訂新版）』（박영사, 2013）430면, 鄭宗燮『憲法学原論（第6版）』（博英社, 2011）471면, 權寧星『憲法学原論（改訂版）』（法文社, 2011）412-413면, 成樂寅『헌법학（제12판）』（법문사, 2012）465면. 一方、生命保護の必要性を指摘しつつも生命権主体性については明言しない立場も少数ながらいる。例えば 허영『한국헌법론（전정 7판）』（博英社, 2011）358-361면.

29) なお、中絶の可否を判断する法的枠組において、このような医学的判断を介在させることの問題点について指摘し、アメリカ憲法学上の中絶の自由の本質について考察した研究として、上田宏和「人工妊娠中絶をめぐる合衆国最高裁判所の判断枠組みの展開—トライメスター枠組みの限界とRoe判決の本質」創価法学 52巻1号（2022）1-32頁。

一方、興味深いことに、2019年決定の法廷意見（憲法不合致）を構成した単純違憲意見は、胎児を独自の生命として認めつつも、生命権の享有主体であるかどうかについては明言しないまま、人間の尊厳性に基づく国家の生命保護義務によって保護されるべき生命として解釈した。すなわち、単純違憲意見は、生命の発達過程に応じて段階的に法的保護を付与する論理を展開するうえで、胎児の生命権享有主体性について敢えて明言しないことで、憲法理論上の矛盾を回避しようとしたものと思われる。この点について、パク・ギョンチョル（박경철）は、「胎児を独自の生命として認めつつも、生命権という基本権の主体ではなく、人間の尊厳性に基づいて国家の生命保護義務によって保護されるべき生命として理解する単純違憲意見の論理構成が妥当だと判断される」として、「基本権の保護領域に包摂され保護される生命と、基本権で保護されないが国家の保護義務の対象として保護される生命は区別するのが妥当」と評価している<sup>30)</sup>

以上を踏まえると、2012年決定からわずか7年での判例変更の背景には、「妊婦の自己決定権」が「全人的決定」として人格的重要性の側面が強調されたことと、胎児を生命権の享有主体として位置づけてきた従来の解釈が揺らぎ始めたことによって、「妊婦の自己決定権」と「胎児の生命保護」のバランスが変化したという憲法理論上の要因も影響しているように思われる。

#### 4.3 「胎児の生命権（生命保護義務）」vs. 「妊婦の自己決定権」？

わが国でも、「胎児の人権や生命を秤の一方に載せ、他方に母親の生命・健康・生活を載せた上で、それぞれの権利なり利益なりの重さを量って結論を出そうとする利益較量的手法が用いられやすい。しかし利益較量論は、結局は個人の主観的な価値判断による結論を他に強制するにとどまっている点では信仰

---

30) 박경철 「형법상 자기낙태죄에 대한 헌법재판소결정 (2017 헌바 127) 에 관한 헌법적검토」 한양대학교법학연구소, 법학논총 37 권 4 호, 2020, 16 면.

と変わりなく、問題を解決するのに適切な議論とはいえない<sup>31)</sup>という見解があるように、胎児の生命保護という公益と母親の自己決定権という私益を比較衡量する方法では、解釈論として中絶問題の結論を見出そうとするのは困難である。むしろ、憲法解釈論としてだけ見るならば、「生命権（生命保護義務）」と「妊婦の自己決定権」を衝突あるいは対峙の関係で把握する場合、極端ではあるが2012年決定の法廷意見（合憲）や2019年決定の反対意見（合憲）のように、生命権の絶対的な優位性を根拠に中絶を禁止する方が、解釈論として論理的な整合性が取れているようにさえ思える。ただし、その場合妊婦の自己決定権を尊重する機会はほぼ失われてしまうため、やはり問題解決に向けた適切な解釈論とはいいたくない。

この点に関して、2019年決定の法廷意見（憲法不合致）は、理由の冒頭で「本件は、国家が胎児の生命保護のために確信的に創設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違反して違憲であるかどうかに関する決定である。したがって、自己墮胎罪条項の存在と役割を見落としたまま、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しなければならない事案と見るのは適切ではない。」と前置きして以下のように述べている。

「中絶に関する国家の立法措置を介して、胎児の生命権と妊娠した女性の自己決定権は一応対立関係にある。ただし、妊娠中の女性と胎児の関係は単純な対立関係ではない。胎児は厳密には母とは別個の生命体であるが、母体と密接に結合しており、特別な関係を結びながら生命の維持と成長を完全に母体に依存した状態にある。すなわち、妊娠中の女性と胎児は互いに独立しつつ、依存するという非常にユニークな関係を形成している。妊娠した女性は、養子縁組などの特別な事情がない限り母親として出

---

31) 玉國文敏「生命科学・生殖技術の進歩と新しい人権」ジュリ1016号（1993）226頁。

生した子に対する養育責任を負う。妊娠した女性の安全はすなわち胎児の安全であり、両者の利害関係は方向性を同じくする。」

「このような特性は、時に中絶の葛藤中でさえも発現する。一定の場合において妊娠した女性たちは、自身が置かれた社会的・経済的状况を考慮して、妊娠・出産・育児の余裕がない状況で出産すると、母になる自分だけでなく生まれてくる子さえも不幸になるとの判断の下で中絶を決断することがある。このような中絶葛藤状況がありうるということは、「加害者対被害者」の関係において妊娠した女性と胎児の関係を固定することが、胎児の生命保護のための望ましい解決策につながりにくいことを示している。すなわち、抽象的な衡量によって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、調和の原則に基づいて両者の基本権の実現を最適化できる解決策を模索することが国家の義務となる。」（下線は筆者）

筆者がこれまでに研究してきた韓国の基本権論においては、基本権同士が「衝突」する局面で過剰禁止原則を用いて問題を解決する解釈理論として、「調和的解釈」の理論が用いられることがある<sup>32)</sup>。これは、対峙する基本権の効力を両立させるために、それぞれの基本権が互いを排除しなければその価値を実現できないような場合には代案を提示することで、代案が提示できない場合でも、劣位し後退することになる基本権を過度に制限しないことで、基本権保障の最適化を図るという理論である。詳細については今後の検討課題であるが、ともすれば「神々の争い」に陥りがちな「生命の保護」と「自己決定権の尊重」のはざまにおいて、いずれかの価値を最大化することによらない解決方法を模索する「調和的解釈」の理論は非常に興味深い。

---

32) 김명수 「기본권 충돌의 관점에서 본 낙태죄」 공공사회연구제 9 권 3 호, 2019, 121-122면.

## 5 おわりに

### 5.1 憲法裁判所の意図について

2019年決定により、韓国憲法裁判所は、立法府に対して胎児の生命を保護するための刑罰的手段をあきらめるよう要求することなく、何が処罰される中絶行為なのか、あるいは処罰されない中絶行為なのかを評価する基準を設定するにあたって広範な立法形成の自由を認めた。その一方で、「胎児が母体から離れた状態で独自に生存可能な時点である妊娠22週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の行使に十分な時間が担保される時期」の胎児の生命尊重の方向性に対して具体的に言及したことを考えると、立法府に対して一定の裁量統制を行ったものとみることも出来よう。すなわち、基本権保護義務がある韓国にとって、妊娠した女性の自己決定権を過度に侵害してはならないという規範的要請と、胎児の生命を保護しなければならないという規範的要請は両立させる必要がある。そしてそれは墮胎罪によって中絶を一律に禁止することでしか達成できない問題ではない。憲法裁判所は、立法府に対して「妊娠した女性の自己決定権に対する最小限度の侵害の範囲内で胎児の生命保護のための方策を検討するのが妥当」<sup>33)</sup>という命題を課したと言える。

こうした傾向は、2019年決定の反対意見の中においても窺うことができる。反対意見は墮胎罪を合憲としたが、胎児の生命を保護するためには、中絶を刑事処罰する規定以外にも、中絶しないよう誘導する制度を規範化する立法政策が重要であるとして、未婚の父など男性の責任を強化する「養育責任法」の制定、未婚の母に対する社会的セーフティネットの構築、女性が気軽に妊娠・出産・養育可能な母性保護政策、夫婦に対する積極的な支援と育児施設の拡充など、中絶を選択しないよう誘導する立法をすべきであると言及している。

このような見方に立って2019年決定を読むと、2019年決定は「中絶の自

---

33) 정애령, 전계주 20, 154 면.

由」を求める社会的な傾向の中で「胎児の生命保護」の規範的重要性を再確認しようとしたものと理解することができるのではないだろうか。

## 5.2 2019年決定のその後

2019年決定法廷意見は「2020年12月31日」を期限として墮胎罪の適用を継続する憲法不合法決定を行ったが、結局国会において関連する法律に対する是正はなされないまま、2021年1月1日より墮胎罪規定の一部は効力を喪失した。そのため、現状は「妊娠22週以内において中絶を一律に禁止し、経済的・社会的理由による中絶を認めていない部分」について法的空白状態が生まれており、事実上中絶が無制限に許容される状態になっている。こうした状況は憲法裁判所の意図していたものではないように思われる。

一方、大法院は憲法裁判所の決定を尊重している。例えば、2017年に業務上同意墮胎罪により起訴された産婦人科医に対する裁判では、第1審、控訴審ともに有罪判決が宣告されたが、大法院は2021年1月28日に「根拠条項に対して憲法裁判所による憲法不合法決定が出されていること」、「憲法不合法決定は違憲決定の一種であり、刑罰規定に対する違憲決定は遡及効を有するので、当該条項に基づき控訴された本件については無罪を宣告しなければならない」として原審を破棄し自判した<sup>34)</sup>

医療機関は各自で「妊娠周期」に応じたガイドラインを設けて中絶手術を実施しているが、墮胎罪規定が失効する前と比べて「隠れて行う雰囲気」はなくなっているようである<sup>35)</sup>

現在、韓国国会では中絶関連改正法案が6件係属しているが、胎児の生命保護を訴える宗教団体や人権保護団体の声も大きく、立法のめどはたっていない。

34) 대법원 2021.1.28. 선고 2017 도 18271 판결

35) キリスト教日報オンライン版 2022年5月10日配信記事「一年超の法的空白、中絶手術活性化の傾向」(<https://www.christiandaily.co.kr/news/115075>) (2022年10月14日最終確認)