

刑法における「出生」とその前後における ヒトに対する危害行為に関する一考察⁽¹⁾

岡 崎 頌 平

はじめに

- 1 刑法における堕胎の意義
 - 2 刑法における出生の意義
 - 3 出生前後におけるヒトに対する危害行為に関する評価
- おわりに

はじめに

2012年4月23日に京都府亀岡市において、登校中の児童の列に自動車が突入し、児童らを死傷するとともに、これを引率中であった保護者の妊婦とその胎児をも死亡に至らせるという重大な交通事犯が発生した。同事故を一つの契機としつつ、同時期に連続して重大な交通事犯が発生したことも受けて、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律案が、「事案の実態に即した対処をするため」（提案理由）、国会に提出された。同法の提出に先だって行われた法制審議会において、被害者団体からのヒアリングが行われ、前述の亀岡の被害者団体からは被害胎児も被害者として認めてほしいとの要望があり、この点について立法上の手当がな

(1) 本稿にいうヒトとは、法的概念である「人」と刑法上独立の法益である「胎児」を統合した呼称である。この呼称についてはすでに松宮孝明『刑法各論講義』成文堂（2006年）10頁において使用されており、本稿ではそれにならうこととした。

されるのではないかと世間から注目されていた。というのも、同種の事案は旧くから多く存在しており、それらについて下級審の判断は示されているものの⁽²⁾、最高裁の判断はいまだ存在していないこともあって、解決が統一されていないからである。もちろん、事案をいずれも異にするので、解決に統一性がないのも致し方のないところであるが、それでも統一的な解決は目指されるべきであろう。しかしながら、そのような期待に反して、胎児に関する立法上の手当はなされないまま、昨年11月20日に同法は成立した⁽³⁾。

また、近時実施されるようになった母体血を利用した出生前診断（非侵襲的出生前遺伝学的検査：NIPT）も、胎児保護に関して、重大な問題を含んでいる。というのも、報道によれば、検査実施開始からの半年間で、3,514人がこれを受け、異常の確定した56人のうち9割以上が中絶を選択したという事実があるからである⁽⁴⁾。周知のように、この妊娠中絶については母体保護法に規定があり、その規定の充たした場合にのみ、堕胎罪の違法性が刑法35条を根拠として阻却される。同規定については期間と適応事由に関するものがあり、上記した検査は妊娠10週から実施可能であることから、期間についてはさほど問題とならないと思われるが、適応事由については次のような規定となっていることを確認する必要がある。

(2) この点については、和田俊憲「交通事故における胎児の生命の保護」慶應法学11号（2008年）301頁以下を参照されたい。

(3) 同法は、平成26年4月23日の官報（号外91号）によれば、同年5月20日に施行されるとのことである。また、同法については、松宮孝明「自動車事故をめぐる法改正の動き」犯罪と刑罰23号（2014年）1頁以下を参照されたい。

(4) 「新型出生前診断、7,775人が受診 陽性判定は141人」朝日新聞デジタル（2014年4月19日）<http://www.asahi.com/articles/ASG4M61RTG4MULBJ00C.html>（最終閲覧日：2014年4月19日）。また、林弘正「非侵襲的出生前遺伝学的検査についての刑事法的一考察」武蔵野大学政治経済研究所年報（2014年）1頁以下も参照されたい。

第14条 都道府県の区域を単位として設立された公益社団法人たる医師会の指定す

る医師（以下「指定医師」という。）は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。

- 1 妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの
- 2 暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの

上述した検査によって明らかとなるのが胎児の染色体異常であることに鑑みれば、1号のいずれに該当することになるのであろうか。前段にあたる身体的理由は、妊娠の継続・分娩それ自体が母体にとって危険である場合の規定であるから、胎児の染色体異常は特に関係ないと思われる。もちろん、染色体異常に起因する胎児の成長障害が母体の健康を害することがあれば、これに該当することに疑いはないと思われるが、筆者に医学的知識がないためにそこまでのことは判断できない。また、後段にあたる経済的理由も、妊娠の継続・分娩が経済的理由をもって母体の健康を害する場合であって、胎児の染色体異常があった場合にこれを治療することが可能で、妊娠期間内にこれを実施するのが効果的であるとされる場合が問題となりそうである。そもそも治療が可能であるかどうかは筆者には分からないが、仮に可能であるとして、保険適用などがなく高額治療を継続的に行う必要があって、その結果生活保護法の適用を受ける必要が出てくるとすれば（平成8年9月25日発児第122号厚生事務次官通知「母体保護法の施行について」参照）、これに該当することになると思われる。したがって、そこまで至らない場合にはこの経済的理由には当たらず、身体的理由もなければ、母体保護法による妊娠中絶は許されないことになる。もちろん、だからといって、その全てに堕胎罪が適用されるわけではないことに注意す

る必要がある。あくまでも、母体保護法による違法性阻却ができないだけである。

一方、上述した検査とは関係のないところで行われている妊娠中絶も、胎児にとっては重大な問題である。経済的理由が非常にゆるやかに解釈され、これが適用されている現状に鑑みると、生活保護法の適用を受けるに至るような場合にこれに当たるとする前掲事務次官通知を厳格に捉え直す必要はないだろうか。もちろん、そのような理由があるかどうかは指定医師1人の判断に委ねられている現状では必然的に限界があると思われるので、立法論になる恐れはあるが、同理由の濫用を防止することを改めて考える必要があると思われる。これは、ひとえに人の生命が刑法における最高法益であることに由来する。胎児と人は刑法上別々に扱われているものの、胎児が出生を経て人になる以上は2つのものは連続しており、その生命は同一のものである。したがって、このことを踏まえた胎児の刑法的保護を考える必要があると思われる。

本稿は、現行刑法において唯一胎児保護のために規定された堕胎罪の意義（堕胎概念）を明らかにしつつ、胎児が人となったか否かを出生に求める立場による限り、同罪の適用に関する時間的限界は出生に求められることから、これをどのように理解するべきかを考察して、さらにその前後にまたがる危害行為をいかに評価するべきかについても考察するものである。

1 刑法における堕胎の意義

(1) 判例の状況

我が国において、堕胎が犯罪⁽⁵⁾とされたのは（近代法の整備以降では^(5a)）旧刑法の成立以降である⁽⁶⁾。したがって、旧刑法時代の判例から確認する

(5) この点、明治元年12月24日の行政官布達⁽⁵⁾の存在を指摘しておく必要がある。この布達によれば、「近来産婆之者共売薬之世話又ハ堕胎之取扱等致シ候者有之由相聞ヘ以之外之事ニ候元来産婆ハ人之性命ニモ相拘不容易職業ニ付仮令衆人之頼ヲ受無余儀次第有之候共決シテ右等之取扱致間敷管ニ候以来万一右様之所業於有之ハ御取糺之上屹度御咎可有之候間為心得兼テ相達候事」とされ、産婆による堕胎や売薬を禁止しようとしていたことがわかる。ただ、この布達によって産婆による堕胎が違法であるとされたわけではない。

(5a) ここで、近代法の整備以降としたのは、次のような理由からである。周知のように、旧刑法が成立するまでの我が国には、仮刑律、新律綱領、改定律例という刑法が存在していたが、それらはいずれも非近代的な性格の強いものであった。このことは、罪刑法定主義が明文で否定されていること、遡及効が肯定されていること、封建的身分による取り扱いの違いなどに見ることができるであろう（以上の記述については、例えば西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格：日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察」比較法学3巻1号（1967年）51頁以下を参照されたい）。したがって、本稿においては、旧刑法以前の全く異なる原理により作られた刑法については取り扱わず、旧刑法以降の我々が普段接している刑法の枠内で議論することにする。

ただ、取り扱わないとしつつも、前掲注(5)であげた布達のように、本稿との関係で指摘しておくべき事実がないわけではない。それというのも、改定律例の戸婚律立嫡違法條例には次の規定が存在しているからである。

第114条 凡故サラニ。堕胎スル者ハ。懲役百日。情ヲ知テ。薬ヲ売り。及ヒ技術ヲ施ス者ハ。同罪。婦女ト雖モ。収贖スルコトヲ聴サス。（引用者注：旧字体は常用漢字に改めたが、雖や贖は原文のままである）

したがって、改定律例が施行された明治6年7月以降は、堕胎は犯罪であったということになる。

(6) 瀧川幸辰「堕胎と露西亜刑法」法学論叢12巻4号（1924年）96頁は、旧刑法ノ

こととしたい。

大審院が墮胎について扱った判例として、まず明治36年7月6日判決（刑録9輯1219頁）がある。事案は、自然の分娩期において産門より胎児のろ頂部が露出するまで進行していた出産中に、両手を挿入し胎児の鼻口を圧迫して、胎児を死亡させて、引き出したというものである。この判決において、墮胎とは、次のように理解されていた。すなわち、「墮胎トハ薬物其他ノ方法ヲ以テ胎内ニ在ル胎児ヲ殺シ之ヲ胎外ニ排出セシムルヲ云

ノが墮胎を犯罪として定めた我が国最初の普通法であるとし、フランス法を模範としていることから間接的にキリスト教の影響を受けているとする。その上で、墮胎に関する刑法上の規定はキリスト教世界征服の戦利品であり、その風習の惰力（原文：隋力）が今も各国の刑法典を支配していると述べる。ただ、ボワソナード氏起稿『翻訳校正 刑法草案註釈 下巻』司法省482頁によれば、これまで犯罪でなかったこともあって、旧刑法においては、墮胎は重罪ではなく、軽罪とされた。また、胎児の生育可能性が不確かであったことから生命を奪うというよりは、その可能性を減少させたとして墮胎を有利に扱うほうがよいとされたことも軽罪とされた理由のようである。ただ、ボワソナード自身は胎児といえども人であって、墮胎を生命に対する罪であると考えていた。

なお、旧刑法の墮胎罪規定は、330条から335条までの全6条であった。条文は以下のとおりである（旧字体はすべて常用漢字に置き換えてある）。

第330条 懐胎ノ婦女薬物其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタル者ハ1月以上6月以下ノ重禁錮ニ処ス

第331条 薬物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者ハ亦前条ニ同シ因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ1年以上3年以下ノ重禁錮ニ処ス

第332条 医師穩婆又ハ薬商前条ノ罪ヲ犯シタル者ハ各1等ヲ加フ

第333条 懐胎ノ婦女ヲ威逼シ又ハ誑騙シテ墮胎セシメタル者ハ1年以上4年以下ノ重禁錮ニ処ス

第334条 懐胎ノ婦女ナルコトヲ知テ殴打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ2年以上5年以下ノ重禁錮ニ処ス 其墮胎セシムルノ意ニ出タル者ハ輕懲役ニ処ス

第335条 前二条ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ廢篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ殴打創傷ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス

なお、334条にいう輕懲役とは、旧刑法22条によると、6年以上8年以下である。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察
フ義ニシテ其分娩期ニ至リ居リシト否トハ問ハサル所ナリ」⁽⁷⁾とされた。それゆえ、手を挿入して胎児を死に至らしめ、これを引き出した行為は墮胎にあたるとした。

次の判例としては、明治39年7月6日判決（刑録12輯849頁）が認められる。事案は、胎児を母体外に排出したが、予想に反して生きていたので殺害したというものというものである。この判決においては、墮胎は次のように説明されている。すなわち、「墮胎罪ハ自然ノ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ母体ヨリ分離セシムルニ依リテ成立シ胎児カ其結果トシテ死亡スルト否トハ該犯罪ノ成否ニ影響ヲ及ホスコトナシ蓋シ右行為ハ常ニ母体及ヒ胎児ニ危害ヲ加フルモノナルヲ以テナリ」とされた。したがって、被告人の行為は、まず墮胎であり、その後予想に反して生きていた嬰兒に対する殺害であり、それぞれは別個の故意によるものであるから、墮胎と故殺の2罪が成立するとした。なお、以上のところから明らかであるように、前掲明治36年判決と本判決では墮胎の定義が異なっている。したがって、判決文にもあるとおり（同853頁）、裁判所構成法49条⁽⁸⁾によって刑事部を連合して判断し、36年判決を翻すとしている。

これに続く判例としては、明治42年10月19日判決（刑録15輯1420頁）がある。事案は、被告人がまず妊婦に対して墮胎するよう教唆し、次に第三者に対して同女に墮胎を施してほしいと教唆したところ、第三者が母胎内で胎児を殺すという墮胎術ではなく、木の棒を子宮に挿入するという墮胎

(7) これ以降、しばしば漢字カタカナ混じりの文章を引用することになるが、本稿においてはそのうち漢字をすべて常用漢字に置き換えて引用する。

(8) 裁判所構成法49条は、大審院ノ或ル部ニ於テ上告ヲ審問シタル後法律ノ同一ノ点ニ付曾テ一若ハ二以上ノ部ニ於テ為シタル判決ト相反スル意見アルトキハ其ノ部ハ之ヲ大審院長ニ報告シ大審院長ハ其ノ報告ニ因リ事件ノ性質ニ從ヒ民事ノ総部若ハ刑事ノ総部又ハ民事及刑事ノ総部ヲ連（正しくは、「聯」：常用漢字にないため、本稿では「連」を用いる）合シテ之ヲ再ヒ審問シ及裁判スルコトヲ命ス と規定されていた。

術の実施を妊婦に命じた結果、妊婦がこれを実施後数日して墮胎したというものであった。墮胎について、本判決は次のように説明する。すなわち、「墮胎罪ハ自然ノ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ母体ヨリ分離セシムルニ因テ成立シ胎児カ死亡スルト否トハ犯罪ノ成否ニ影響ナキモノナルコトハ本院カ明治39年（れ）第601号上告事件（引用者注：明治39年判決のこと）ニ付判示スル所ニシテ論旨ニ援用セル判例ハ既ニ変更セラレタルモノトス」である。したがって、そのような墮胎術による場合も墮胎罪にあたるとされた。また、弁護人が上告趣意書において援用した判例（上記引用判決文における「論旨ニ援用セル判例」）とは前掲の36年判決であり、その変更がここでも明白に確認されている。

以上の3判例が旧刑法下において示されたものである。このような流れを受けて、現行刑法改正後の初めての判例が登場する。すなわち、明治44年12月8日判決（刑録17輯2183頁）である。事案は、妊娠6ヶ月の胎児を母体外に排出して、自然死させたというものであった。本事案に対して、大審院は墮胎の定義について次のように説明する。すなわち、「墮胎罪ハ自然ノ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ母体ヨリ分離セシムルニ因テ成立シ胎児カ死亡スルト否トハ犯罪ノ成否ニ影響ヲ及ホス事ナシ」である。したがって、被告人の行為は殺人と墮胎にあたるとされた。上記のような墮胎の定義については、先に見たように、明治42年判決を踏襲したものといえる。このような理解はこれ以後も継続しているのであろうか。

この点につき、例えば、大正11年11月28日判決（刑集1巻705頁）を確認しよう。事案は、私通の結果妊娠した妊婦の依頼を受けて、被告人が墮胎術を施した結果、妊娠9ヶ月の嬰兒を予期に反して生きた状態で分娩したので、同女と共謀して、分娩直後に腰巻きで嬰兒を包んで窒息死させたというものである。本判決で、大審院は、「墮胎罪ハ所論通説ノ如ク自然ノ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ母体外ニ排出スルニ因リ成立スルモノニ

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

シテ該罪ノ成立ニハ常ニ必シモ之カ死産タルコトヲ要スルモノニ非ス」と述べて、被告人の行為は墮胎罪と殺人罪をそれぞれ構成して、両罪の関係は併合罪であるとした。このうち、罪数関係については後に検討することとして、墮胎罪についてはやはり明治42年の立場を維持していることがわかる。

以上によれば、判例の立場は、当初、時期にかかわらず胎児を殺害すれば墮胎になるとしていたが、まもなくこの立場は連合部判決により変更され、自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出する行為が墮胎であるようになった。そして、この立場は、今日の最高裁判所においても同様であると思われる。したがって、判例としては、明治36年判決を変更した明治39年判決が述べるように、早期分離を行えば常に母体と胎児が危害されることから墮胎が成立すると解しており、侵害犯としては構成されていないことになる。

(2) 学説の状況

前掲した大正11年判決の弁護人の上告趣意書においては、墮胎について自然の分娩期に先立つ母体外への胎児の排出が通説であるとされていた。仮にこれが事実だとすれば、その当時の学説における多数説が墮胎をそのように理解して、危険犯として捉えていたことになる。この点について、以下で確認していくこととしたい。

既述したように、墮胎が犯罪とされたのは旧刑法が初めてである。したがって、旧刑法時代の有力な学者で、東洋のオルトラン⁽⁹⁾と呼ばれた宮城

(9) 周知のように、オルトランはボワソナードの師であり、当時のフランス刑法学が採っていた新古典主義のうちでも主流である折衷説の代表的論者であった。オルトランの犯罪論については、中野正剛「オルトラン（フランス新古典学派）の犯罪論」沖縄法学42号（2013年）1頁以下を参照されたい。

浩蔵の見解から見ていくこととしよう。彼の著書である『刑法正義』によれば、「墮胎ノ罪トハ分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児ヲ産出スル所為ナリ、其目的ハ専ラ胎児ヲ死ニ致スニ在リ然レトモ此罪ヲ成スニハ胎児ノ死シテ産出スルヲ要セス生存シテ産出スルモ亦罪トナルヲ妨ケス」⁽¹⁰⁾と述べる。また、「本罪ノ目的ヨリ立論シ胎児ノ死シテ生ルルコトヲ必要トスト論スル者アリ是レ不通ノ説タルヲ免レス」⁽¹¹⁾と述べる。その理由として、「墮胎ノ害ヨリ觀察スレハ縦令活キテ生ルルモ其児ノ身体ハ必ス不完全ナレハナリ故ニ胎児ノ死活ヲ以テ罪ノ有無ヲ論スヘカラサルナリ」⁽¹²⁾と述べる。さらに、宮城は、墮胎罪の法定刑が全般的に軽すぎるのではないかと述べ、目的において違いが認められない墮胎と嬰兒殺（出生して嬰兒となったばかりの胎児を殺害する行為）の違いは母胎内にあるかどうかだけであり、それだけでは刑の均衡がとれていないと言わなければならないとする。また、墮胎にも犯情の軽重があることを立法者も当然把握していたと思われるのに、立法当時の墮胎に対する人民の感覚・慣行（重大な非行であるとは考えておらず、墮胎が多く行われていた）に反して重罪とする影響の深刻さを考慮して、一括して軽罪としたことに疑問があるとする⁽¹³⁾。

一方、宮城と同世代でありながら、ドイツ刑法学に親和的であった⁽¹⁴⁾江木衷は、墮胎をどのように捉えていたのであろうか。彼の『現行刑法原論』によれば、「墮胎ノ所為ハ胚胎若クハ胎児ヲ殺スニ成立シ必スシモ母体中ヨリ分離スルヲ要セスト雖胚胎ノ場合ハ概ネ之ヲ墮胎スルヲ以テ通常トス。

(10) 宮城浩蔵『刑法正義 下巻』明治法律學校講法會（1893年）705頁。

(11) 同上。

(12) 同上。

(13) 同上708-709頁。宮城は、「實際所為ノ重大ナルモノハ重ク之ヲ罰スルハ立法者ノ能ナリ」と述べる。

(14) この点については、福田平「わが刑法学とドイツ刑法学との関係」一橋論叢97巻6号（1987年）735頁参照。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

故ニ此犯罪ハ生命ヲ絶チタル時ニ於テ初メテ既遂犯トナルヘク設ヒ胎児ヲ母体ヨリ脱落セシムルモ仍ホ其ノ生命ヲ全フシタルトキハ未遂犯ニ過キサ
ルヘシ。然レトモ我刑法ハ此犯罪ノ未遂犯ヲ問ハサルナリ」⁽¹⁵⁾と述べる。

また、江木に次いでドイツ刑法学について研究した⁽¹⁶⁾のが、勝本勘三郎であった。彼の『刑法析義 卷之二 各論之部下卷』によれば、「墮胎トハ自然ノ分娩期ニ先チテ人工ヲ以テ不正ニ胎児ヲ母体ヨリ分離セシムル所為ヲ云フ」⁽¹⁷⁾と述べる。また、勝本は、後に「墮胎罪ト遺棄罪トニ就テ」という論文を発表し、医師以外の者の墮胎を罰する程度にして、それ以外の墮胎を刑法から削除するべきではないかと提言を行っている⁽¹⁸⁾。

そして、勝本と同世代ながらドイツへの留学を経て、本格的にこれを研究した⁽¹⁹⁾のが、岡田朝太郎である。彼の『刑法講義』によれば、「墮胎ト云フヘキ行為ヲ解スルニ二説アリ(1)一ハ自然ノ分娩期ニ先チ人工ヲ以テ胎児又ハ胚胎ヲ母ノ体外ニ駆逐スル総テノ場合ヲ謂フトシ(2)他ハ母体外ニ駆逐スル方法ヲ以テ胎児又ハ胚胎ノ死ヲ生セシムルヲ謂フトス後説ヲ採ルトキハ胎児ノ死亡シタルトキ本罪ハ既遂ト成ル可シ」と学説を示した後で、「右ニ掲クル二個ノ学説ノ意味ハ充分明ナリト信ス然レトモ其何レヲ可トス可キカハ元来墮胎ト云フ文字自身不明瞭ナルカ為メ容易ニ之ヲ決スル能ハスト雖モ本罪ハ公ノ秩序ヲ害スル行為ニシテ胎児ノ生命ノ危険及ヒ実害ヲ生セサシムルカ為メニ設ケタル規定ト解スレハ其雙方ノ場合ヲ包含スト云ハサル可カラス随テ仮令殺意ナシトスルモ自然ノ分娩期ニ先チテ産出セシ

(15) 江木衷『現行刑法原論〔2版〕』有斐閣（1894年）209頁。

(16) 福田・前掲注(14)735頁参照。

(17) 勝本勘三郎『刑法析義 卷之二 各論之部下卷〔第4版〕』明治法律學校出版部講法會（1903年）173頁。

(18) 勝本のこの論文については、同『刑法の理論と政策』有斐閣書房（1925年）407頁以下。

(19) 福田・前掲注(14)735頁参照。

ムルハ極メテ危険ナル行為トシテ罰ス可ク又其生理作用ヲ失ハシムル以上ハ産出スル以前ニ本罪ノ既遂アリト認ムルヲ至当ト信ス」⁽²⁰⁾とした。また、岡田はこれに続けて、「人工早産ニ付キーノ注意ス可キ点アリ近来医術ノ進歩スルト共ニ母体及ヒ胎児ヲシテ甚タシキ危険ニ陥ラシムルコト無クシテ普通ノ出産期以前ニ分娩セシムルコトヲ得ルニ至レリ然レトモ此事タルヤ医学ノ認ムル範囲内ニ於テ必要ナル施術トシテ之ヲ行ヘハ一ノ業務行為ナルカ故ニ無罪ナリト雖モ其他ノ理由ニ出ツルトキハ許ス可カラサル行為ナリト云ハサル可カラス」⁽²¹⁾と論じ、安全に行われる医療行為としての人工早産については墮胎に当たらないとした。以上を要約すれば、岡田は、墮胎には早期排出と時期に関係なく排出によって胎児を死亡させることの2説があり、どちらの説とするべきかについては容易に決することはできないとしながらも、胎児の生命の危険と死亡という実害を生じさせないことを目的に墮胎罪が規定されていると解釈するなら、その双方を墮胎とするべきであるとする。また、人工早産については、医学の進歩によって、母体と胎児に具体的な危険を生じさせることなく、これを行うことができるようになっており、必要な医療措置としてそれが行われる限りは無罪であるが、そのような目的によらない場合は犯罪となるとする。

また、この時期における他の重要な刑法学者として、小疇傳がいる⁽²²⁾。彼の『日本刑法論』によれば、「墮胎ノ行為ハ之ヲ二ケノ場合ニ區別スルコトヲ得」として、「(一)自然ノ出生時期ニ先チ胎児ヲ母体ヨリ分離スルコトニ依テ胎児ヲ殺ス場合 此場合ニ於テハ胎児ノ死亡ノ時期ヲ以テ既遂ノ時期トス而シテ胎児カ分娩中ニ死亡スルト分娩後ニ死亡スルトハ問フ所ニアラス(二)母ノ体内ニ於テ胎児ヲ殺ス場合 此場合ニ於テハ胎児カ母体内ニ

(20) 岡田朝太郎『刑法講義』明治大学出版部（1907年）233頁。

(21) 同上234頁。

(22) 福田・前掲注(4)736頁によれば、小疇はリストの教科書に全面的に依拠して、旧刑法をドイツ刑法学的思考で解釈しようとした学者であったとされる。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察
於テ死亡シタルトキヲ以テ既遂トス」^{②③}とする。また、小疇は、「墮胎ハ自然ノ出生時期ニ先チ胎児ヲ分娩スル場合ヲモ意味ス」とする説について、「同罪（もちろん墮胎罪のこと：引用者）ノ沿革及ヒ墮胎ノ字義ニ適合セス」^{②④}とする。

以上のとおり、旧刑法時代の学説をいくつか確認してきた。旧刑法においては、周知のように、その施行直後から改正の必要が主張され、学界においても徐々にではあるがドイツ刑法学の影響を受けることとなった。そのため、ボワソナードの弟子であった宮城においては、墮胎は胎児の死亡を目指して行われるものであるが、必ずしも死亡は要求されず人工早産で既遂になるとしたが、江木においてはその結論が反対であり、死亡したことをもって既遂となり、そうでなければ未遂にとどまるから不処罰であるとした。また、江木は、胎児がどこで死亡するかについても問題とはせず、それゆえに胎児の殺害が墮胎の要件であると考えていたといえる。とはいえ、ドイツ刑法学に親和的であることが墮胎を胎児殺と解することを意味するわけではなく、勝本は人工早産が墮胎であるとしているし、岡田も人工早産に加えて母体内で胎児を死亡させればその時点で墮胎罪の既遂となるとしている。もっとも、小疇のように、墮胎の沿革および字義から考えて、早期排出による殺害と母体内での胎児殺を墮胎と捉える見解もあった。しかし、いずれの見解によっても、排出後に改めて攻撃して死亡させることを墮胎として捕捉していないことに注意しなければならない。この点については、後で検討することにしたい。

では、次に現行刑法における学説の状況について確認していくこととしたい。まず、大場茂馬の見解について見ていくことにしよう。大場は、彼の『刑法各論』において、墮胎を次のように説明している。すなわち、「墮

②③ 小疇傳『日本刑法論 各論』日本大学（1905年）669-670頁。

②④ 同上669頁。

胎行為ヲ分テ二ト為ス。其一ハ母体内ニ於テ胎児ヲ殺スモノニシテ其二ハ早産セシメ以テ胎児ノ生命ヲ危ウスルモノナリ。而シテ後者ノ場合ニ於テハ早産ノ時ヲ以テ此罪ノ既遂ト為ス。早産トハ自然ノ出産時期ニ先チ胎児カ母体ヨリ分離スルヲ謂フ。早産セシムルトハ胎児カ未タ充分ニ成熟セサルニ當リ之ヲシテ母体外ニ排出セシムルヲ謂フ。早産セシムル場合ニ於テハ胎児ノ死亡ヲ必要ト為サス。又胎児ヲ死亡セシムル目的ヲ以テスルコトヲ敢テ必要ト為サス」⁽²⁵⁾ とする。墮胎罪の性質について、大場は、「(一)法益保護ノ精神ヲ貫徹スルニハ胎児ノ生命ヲ害スル所為ハ勿論胎児ノ生命ニ危険ヲ及ホス所為ヲモ罰スルニ非サレハ胎児ノ法益ヲ完全ニ保護スルニ足ラサルト、(二)法文ノ墮胎トハ独り胎児ヲ殺害スル場合ノミナラス早産ニ因リ胎児ノ生命ニ危険ヲ及ホス所為モ亦墮胎ト解スル能ハサルニ非サルトノ二個ノ理由ニ依リ我刑法ノ解釈トシテハ兩者共ニ墮胎ノ觀念中ニ包含スルモノトスルヲ妥当トス」⁽²⁶⁾ と述べる。このうち、2つ目の理由はすでに岡田が示したところであり、墮胎という言葉のみからその内容を読み取ることは難しく、岡田や大場においては他の要素を合わせて考慮している。すなわち、大場が1つ目の理由としてあげた法益保護の精神である。一方で、小疇は墮胎罪の沿革を合わせて考えることによって、墮胎罪とは単に侵害犯であると結論づけていた。ただ、小疇においても、現行刑法が不同意墮胎罪のみしか墮胎を罰していないことを顧慮して、他罪においても未遂を処罰できるよう立法を求めていることは述べておく必要があると思われる⁽²⁷⁾。

次に、大場と同時代の刑法学者である泉二新熊の見解を見ることにする。彼の『日本刑法論』によれば、墮胎とは「自然分娩期ニ先チ人為ヲ以テ胎児（子宮内ニ生活セル胚種）ヲ母体外ニ排出シ又ハ胎内ニ於テ殺害シ以テ

(25) 大場茂馬『刑法各論 上巻〔増訂第4版〕』中央大学（1912年）115頁。

(26) 同上116-117頁。

(27) 小疇傳『大審院判例ト新刑法 第2版』清水書店（1909年）314頁参照。

胎児トシテノ存在ヲ失ハシムル行為ナリ薬品等ノ作用ニ因リ胎内ニテ殺シタル上排出セシムル場合アリ活キタルママ排出シテ死亡スル場合アリ或ハ又排出後生活能力ヲ有スル場合アリ共ニ墮胎罪ヲ構成スルヲ得ヘシ」⁽²⁸⁾とする。また、泉二は、墮胎罪の性質について次のように説明している。すなわち、「本罪ノ規定ハ一面ニ於テハ胎児ヲ保護ス、胎児ハ人格者ニ非スト雖モ法律上ノ被保護物体ハ必シモ人格者タルヲ要セス、風俗其モノカ保護ノ目的物タルコトヲ得ルカ如キモ之カ為メナリ、只人格ナキモノハ狭義ノ被害者タルコトヲ得サルノミ即チ胎児ハ被害者ニ非スト雖モ法律保護ノ目的物タリ、是レ懷胎者自身ノ墮胎行為ヲモ罰スル所以ナリ然レトモ本罪ノ規定ハ他ノ一面ニ於テ母体其モノヲ保護スルノ趣意アルコト明カナリ、若シ夫レ本罪ヲ殺人罪ノ一種ト為スカ如キ見解ハ少クトモ我刑法ノ解釈トシテ失当ナリト謂ハサル可カラス」と述べる。つまり、泉二によれば、自己墮胎罪が規定されていることから胎児が保護客体であることに疑いはないが、被害者にはなりえないということになる⁽²⁹⁾。したがって、そこからは被害者を母体とすることがうかがえ、墮胎罪は母体そのものも保護しているということになる。それとの関係において、泉二の指摘するように、墮胎を殺人の一種として解釈することは失当であると言えるが、自己墮胎罪が存在する以上、母体に対する犯罪というよりは、あくまでも主たる保護客体を胎児とする犯罪ということになろう。そのことは泉二の墮胎定義からも看取することはできる。というのも、彼は胎児から胎児性を喪失させることを以って墮胎とするからである。

以上で見た大場と泉二の見解は、基本的に旧刑法時代の岡田の見解とそ

(28) 泉二新熊『日本刑法論 下巻（各論）〔訂44版〕』有斐閣（1939年）584頁。

(29) 瀧川・前掲注(6)97頁以下も、墮胎罪を殺人罪の1種とする見解について検討しており、「胎児は未だ人格者ではなく、従つて法律的保護を受ける根拠を缺く。胎児を人格者として取扱ふことは、やむを得ざる法律上の擬制に外ならぬ」（98頁）とする。瀧川の墮胎理解については、後述する。

れほど差はなく、法益保護の精神から墮胎とは胎児に対する侵害犯のみならず危険犯としても捉えるべきであると解されていた。よって、墮胎とは胎児に対する犯罪であるとする理解は学界において定着してきたと思われるが、しかしこれとは異なった理解をする論者もないわけではなかった。以下では、その点について見ていくことにしたい。

まず、宮本英脩は、その『刑法学粹』において、墮胎について「胎児ヲ殺シ又ハ自然ノ分娩期ニ先チテ生活セル胎児ヲ母体外ニ分離スルコトヲ謂フ」⁽³⁰⁾と説明した。また、彼はこれに続けて、「但犯罪行為ノ客体ハ懷胎ノ状況ニ於ケル母体ナリ。蓋シ胎児ハ事実上母体ノ一部ニ過キサレハナリ。然レトモ胎児ハ将来独立ノ生活体タルヘキ一部トシテ法律上他ノ部分ト別個ニ特殊ノ価値ヲ具フ。而シテ此価値ハ胎児タル一部ノ上ニ存スルモノナルカ故に、畢竟胎児ノ上ニハ胎児其者ノ法益ト婦女自身ノ自己（原文ママ）ノ身体ニ対スル一般的法益トカ重疊的ニ成立スルノ理ナリ。從テ墮胎ヲ右ノ如ク定義スレハ、墮胎ハ一方ニ於テ胎児ノ生命ヲ絶チ又ハ其天稟ノ體質ヲ虚弱ナラシムル胎児殺又ハ胎児傷害ノ性質ヲ有スルモノナルト同時ニ、他方ニ於テ婦女自身ニ対スル傷害ノ性質ヲ有スルモノナリ」⁽³¹⁾と説明した。したがって、宮本によれば、胎児は母体の一部であるが、独立の法益性がないわけではなく、将来独立した生活体となる存在であることを理由とする法益性も認められるとして、そこから胎児は2重の法益性を有する存在であると述べる。それゆえに、墮胎行為を行えば、その双方の法益を侵害することになる。以上によれば、胎児は単なる母体の一部ではないために、自己墮胎は自傷行為にあたることなく、可罰性のある行為である。また、墮胎致傷の取り扱いに関しても、墮胎自体が傷害ではあるものの、条文上致傷はそれと区別されたものを想定していることから、墮胎行為を行えば

(30) 宮本英脩『刑法学粹〔5版〕』弘文堂書房（1935年）557頁。

(31) 同上。

直ちに墮胎致傷が成立するわけではないことになる。さらに、宮本は、余論として、次のような見解を示している。すなわち、「過失ニ因ル墮胎ハ墮胎トシテハ罪トナラサルモ、懷胎ノ婦女以外ノ者ノ行為ニ係ル場合ニハ、過失傷害罪ノ成立ヲ認ムルヲ妨ケス。是レ前ニ述ヘタルカ如ク、墮胎カ元来母体ニ対スル傷害ノ性質ヲ有スルカ故ナリ」⁽³²⁾である。この見解は、大場や泉二には見られなかったものである。彼らにおいては、胎児は母体の一部であるという発想がそもそも存在しておらず、泉二が胎児は人格者ではないために被害者にはなりえないが保護客体にはなりうるとしていたにすぎなかった。したがって、母体の一部であるとする見解を前提とする、胎児に2重の法益性を肯定することも理論的に難しく、そうであるから過失墮胎は過失傷害にあたるという結論も出てこない。そうであれば、なぜ宮本はこのような見解を主張しえたのかという疑問について考える必要があらう。

この点、何の前兆もなかったわけではないと思われる。というのも、前出の瀧川論文（注(6)）において、すでにそのような兆しが確認できるからである。瀧川は、論文の中で、次のように述べている。すなわち、「元来胎児は母体から分離するまでは母体の一部であつて、独立の存在を有するものではない。この独立の存在を有せざる胎児を殺す目的にて、自然の分娩期に先ち、これを母体外に排出する行為が墮胎である」⁽³³⁾としている。これに続けて、瀧川はさらに「これは往々母体の健康を害し、生命に危険を与へる。この意味に於て、犯罪としての墮胎の本質は、畢竟、母体に対す

(32) 宮本・前掲注(30)561頁。

(33) 瀧川・前掲注(6)99頁。そこでは、ローマ法においてはそのように考えられていたと述べる。この点については、例えば中義勝「墮胎罪の歴史と現実および比較法」関西大学法学論集24巻1・2合併号（1974年）194頁でも同様に説明されている。

る傷害罪に外ならない」^{③4}と述べる。そして、そのように堕胎を理解するならば、自己堕胎及び同意堕胎においては実害が生じないはずであるのに、これを処罰するのはただ宗教的信仰の情力（原文：隋力）が堕胎の違法性を強要しているからだと述べる^{③5}。ただ、瀧川の『刑法講義』においては、「堕胎は自然の分娩期に先ちて、胎児を母体から分離し、生存を害する犯罪である。昔は胎児を母体の一部と考えて居た。ローマ法はこの思想に基づき、堕胎をもつて母体の健康を害する行為・父の相続人期待権を侵害する行為と見て居た。胎児を独立の法益として保護するのは、キリスト教の思想である。堕胎を罰するヨーロッパ諸国の刑罰法規は、教会法の影響のもとに発達したのである」^{③6}として、胎児にも法益性を肯定されている。しかし、ここではまだ過失堕胎を過失傷害とする見解を瀧川は示していない。その後、これを改訂した『刑法各論』（1933年）では、この見解を示している。一方、宮本においては1931年発行の『刑法学粹』でこの記述が見られることから、この見解については、宮本の独自の主張であった可能性はある。いずれにしても、ローマ法を出発点として胎児は母体の一部であることを前提とした、以上のような見解は注目すべきものであると思われる。

では、宮本・瀧川において主張された見解は、その後学界において引き継がれたのであろうか。あるいは、それは彼ら独自のものであって、大場・泉二の見解が繰り返し説かれているのだろうか。もっとも、そのような疑問について考える前に、宮本・瀧川において自ら見解を改めていないことが確認される必要があるように思われる。まず、この点について、瀧川が戦後に出版した『刑法各論』を確認することにしよう。それによれば、「堕胎は自然の分娩に先立つて胎児を母体から分離し、その存在を抹殺するこ

③4 瀧川・前掲注(6)99頁。

③5 同上100頁参照。

③6 瀧川幸辰『刑法講義 改訂版』弘文堂書房（1931年）209頁。

とである。胎児の生存を否定することが目的であるが、胎児を母体から人為的に分離する事実があれば、胎児が生存を続けることができて、墮胎となる」⁽³⁷⁾として、墮胎には母体内での胎児殺と早期分離（排出）の2つがあるとする。続けて、「行為の対象は胎児と母体である。墮胎罪は、一方、胎児の生存を害する犯罪であり、他方、母体に対する傷害罪である」⁽³⁸⁾と述べる。また、自己墮胎を自己傷害の一場合とされ、関連事項として「過失による墮胎は過失傷害罪として罰せられる。本人の過失による墮胎は過失による自己傷害であつて、犯罪にはならない」⁽³⁹⁾と述べる。したがって、瀧川においては自説を戦後も維持していることが明らかである⁽⁴⁰⁾。

瀧川・宮本以降の学説状況については、まず瀧川春雄＝竹内正の教科書を見ることにしよう。そこでは、次のように墮胎罪を説明している。すなわち、「墮胎の罪は、自然の分娩期に先立ち人為的に母体外に排出する行為及び胎児を母体内で殺害して排出する行為を内容とする犯罪である」⁽⁴¹⁾と述べ、これは泉二の見解に近いと思われる。同書は、これに続けて、保護法益について論じる。すなわち、「墮胎の罪は胎児の生命・身体を主たる保護法益とするが、副次的には妊婦の生命・身体も保護法益と考えられているものと解する」と述べ、その理由としては、「胎児は同時に妊婦の身体の一部を構成しており、胎児に対する攻撃は妊婦の身体に対する攻撃を媒介としてのみ可能であるからである。刑法が墮胎における妊婦の同意の有無により刑の軽重を設けていること、及び墮胎により妊婦を死傷に致した場合を特に重く罰する規定を設けていることからこのことが推察でき

(37) 瀧川幸辰『刑法各論』世界思想社（1951年）51頁。

(38) 同上52頁。

(39) 同上55頁。

(40) なお、宮本については1944年に逝去しており、本稿で引用した『刑法学粹』の5版が最終版である。

(41) 瀧川春雄＝竹内正『刑法各論講義』有斐閣（1965年）45頁。

る」⁽⁴²⁾とする。また、不同意堕胎罪に関して、次のように述べる。すなわち、「本罪は、いうまでもなく故意犯であるから過失の場合には堕胎罪としては不可罰であるが過失傷害罪の成立が考えられる」⁽⁴³⁾である。このような理由付けや過失傷害罪を肯定する点などは宮本・瀧川の見解に近いと思われ、瀧川＝竹内においては大場・泉二と宮本・瀧川の両者を組み合わせることによって堕胎罪を説明していると思われる。

次に、瀧川＝竹内の教科書と同時期に出版された『注釈刑法』を確認することにしよう。そこにおいては、次のように堕胎罪の本質を説明している。すなわち、「胎児は、将来人となるべき存在として母体とは独立に保護されなければならない。もしも、単純に母体の身体を保護法益とするならば、傷害の罪のほかに、堕胎の罪を設ける必要は乏しいから、堕胎の罪が胎児の生命・身体を保護法益としていることはあきらかなことである。また、第三者がなす堕胎は、妊婦自身がなす堕胎よりも重く罰せられ、第三者がなす堕胎も、妊婦の同意がないばあいには、同意のあるばあいよりも重く罰せられる。さらに、妊婦を死傷に致したばあいを重く罰する。これらのことから、妊婦の生命・身体が保護法益となつていることもあきらかであろう。なお、堕胎の罪は、胎児や妊婦の生命の侵害を必要とするものではないから、胎児および妊婦の生命を保護法益としているというのは正確ではなく、胎児および妊婦の生命・身体を保護法益としているというべきである。しかも、堕胎の罪は危険犯であり、胎児や母体が現に死傷の結果を生じたことも必要ではない」⁽⁴⁴⁾と述べる。また、堕胎については、次

(42) 瀧川＝竹内・前掲注(41)45-46頁。同所に付された注(47頁注(1)参照)によれば、その主副は主たる胎児をより重く保護していることでも、胎児に人と同等の価値性を肯定していることでもないとされる。あくまでも生成中の未完成なものであることから、人に対する要保護性には及ぶことはないとされる。

(43) 同上49頁。

(44) 団藤重光編『注釈刑法 5巻』有斐閣(1965年)184頁[板倉宏執筆]。

のように説明している。すなわち、「墮胎とは、通説・判例によれば自然の分娩期に先立つて人為をもつて胎児を母体外に排出することをいう」⁽⁴⁵⁾とする。また、「胎児を胎内で殺すのも、その一方法で墮胎にあたる」ともしている。さらに、「過失によるばあいは、過失傷害罪の成立が問題となる」⁽⁴⁶⁾との一文が不同意墮胎罪に関する説明の中に見つけられる。この理由については、「不同意墮胎は妊婦の身体に対する同意のない傷害行為という面をも有する」⁽⁴⁷⁾との記述が同罪の趣旨説明に見られるので、これを受けてのものであると思われる。以上のところに、瀧川＝竹内との違いは見られないが、本書の独自の見解も見られるので、その点について確認しよう。執筆者である板倉は、「自然の分娩期において未だ胎児が一部露出の状況に至らないばあいに、人工的にこれを母体より排出することによつて胎児の生命・身体を侵害する危険を生ぜしめる行為は、墮胎に含めることができるであろうか」⁽⁴⁸⁾との疑問を提起する。これに対して、「ドイツ刑法においては分娩中においては分娩中もすでに嬰兒殺がみとめられるからよいが、一部露出説をとるわが国では、殺人の罪や傷害の罪の対象とはならないし、墮胎にもあたらないと不可罰になつてしまう、という問題が生ずるのである。自然の分娩期に先立つて胎児を人為的に母体外に排出するという通説の定義は、ドイツ流の定義を受け入れたのであり、自然の分娩期における危険な人工的排出をするばあいをも考えた上での定義ではない。したがつて、『墮胎』概念の中に、自然の分娩期における危険な人工的排出をも含むと解すべきである」⁽⁴⁹⁾と応える。さらに、「妊娠末期の陣痛でも分娩に

(45) 団藤〔板倉〕・前掲注(44)192頁。

(46) 同上201頁。

(47) 同上200頁。

(48) 同上193頁。

(49) 同上。

むかうものとはかぎらないから、陣痛が始まったならば自然の分娩期であるとはいえない。分娩にむかわない陣痛中に胎児を母体外に排出するのは、通説的な堕胎概念の定義にしたがっても、堕胎に含まれるわけである」⁽⁵⁰⁾と述べる。したがって、板倉は、分娩期における危険な人工的排出をも堕胎概念に含めることによって、堕胎概念の拡張を主張するのである⁽⁵¹⁾。そして、その主張するところによれば、堕胎は、自然の分娩期に至るまでは抽象的危险犯である一方、自然の分娩期においては具体的危险犯という複雑な性質を有する犯罪ということになる。

もっとも、学説には堕胎罪を単に具体的危险犯として捉える見解も存在する。すなわち、団藤重光の見解である。団藤は、次のように堕胎を説明する。すなわち、「堕胎とは、自然の分娩期に先だって胎児を母体外に排出することである。胎児を胎内で殺すこともその一方法で、おなじく堕胎にあたる。自然の分娩期に先だつ以上は、胎児が母体外で生命を保続することのできない時期であることを要しない。優生保護法における妊娠中絶の観念より広いわけである。胎児がその結果として死亡したことも要件ではない。しかし胎児・母体の双方の生命・身体に具体的危険を生じないときは堕胎罪にならないと解するべきであろう」⁽⁵²⁾と述べる。

ところで、この団藤の見解について疑義を呈して、堕胎概念の再検討を求めたのが平野龍一であった。平野は、「一般的にいて具体的危险犯という概念はもともと不明確なもので、具体的危险犯と解釈することによって限定的解釈をしようとするのは必ずしも好ましいことではない。堕胎の場合はとくにそうである。特別の哺育方法をとらないかぎり生存について危険があるという意味では、ほとんどすべての場合に具体的危険があるこ

(50) 団藤 [板倉]・前掲注(44)193頁。

(51) なお、板倉は木村龜二『刑法各論』を注として同所に示す。したがって、これは板倉独自のものではない。

(52) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』創文社(1990年)446頁。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察
とになるであろう⁶³⁾と述べ、「墮胎とは胎児に攻撃を加えて、胎内又は胎外で死亡させることをいう」⁶⁴⁾とする。したがって、平野においては墮胎を胎児殺と捉えていることになる。

上記の平野の見解に対しては、その後これを支持する者があり⁶⁵⁾、有力説となっている。一方、危険犯説はその後も多数説であって、通説的地位を維持しているものと思われる⁶⁶⁾。

(3) 小 括

判例においては、墮胎罪の理解について変遷があった。まず、薬物その他の方法によって母胎内の胎児を殺して胎児を母胎外に排出させる行為を墮胎とした上で、分娩時期については問題とならないとする見解が明治36年判決において示されたが、これは明治39年の連合部判決により変更されて、そこでは自然の分娩期に先立って人工的に胎児を母体から分離させることが墮胎であって、その結果として胎児が死亡するかどうかは犯罪成立には影響を及ぼさないとされた。このような立場はその後も踏襲されて（明治42年判決）、現行刑法に改正されてからも維持されている（明治44年判決）。

現行刑法の条文上も胎児の死亡を要件としていることは読み込むことができず、その限りでは危険犯と解するほかないと思われる⁶⁷⁾。ただ、岡田

63) 平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』」同『犯罪論の諸問題（下）』有斐閣（1982年）263頁。

64) 同上。

65) 例えば、小暮得雄ほか『刑法講義各論』有斐閣（1988年）59-60頁〔町野朔執筆〕、西田典之『刑法各論〔第6版〕』弘文堂（2012年）21-22頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』有斐閣（2010年）20頁など。

66) 井田良「人の出生時期をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル2号（2006年）125頁、塩見淳「人はいつ人になるのか？—刑法から見た人の始期について—」産大法学40巻2号（2006年）134頁など。

67) この点、内田文昭は、「構成要件的には、抽象的危険犯であるといわざるをえない」と述べる（同『刑法各論〔第3版〕』青林書院（1996年）72頁注25）。

や大場が指摘するように、墮胎という語にはやはり不明瞭さがあることも事実である。したがって、抽象的危険犯とも具体的危険犯とも解釈しうる。しかしながら、胎児保護に十分資する解釈が求められるべきだとの大場の見解があったように、胎児の生命をも保護法益としている以上、要件とはされないだけで、胎児を死亡させる行為もまた墮胎とする必要があると思われる。よって、母体内で胎児を死亡させた場合も墮胎となりうるが、母体外で墮胎行為それ自体の危険性から嬰兒（早産された胎児）が死亡した場合は墮胎となるかが問題となる。これについては、後で検討する。

また、泉二以降においては、墮胎罪が胎児だけでなく、母体に対する犯罪であるとの理解が普及し、近時は見られないが、過失墮胎を過失傷害とする見解が現れた。この点、不同意墮胎罪は胎児と母体双方を客体とし、母体に対しては一方的な傷害行為であることをも考えれば、そのような見解は必ずしも不当であるとは思われない。

最後に、平野の見解についてであるが、同じく胎児殺説を採った小疇が求めたように、不同意墮胎罪以外の未遂犯が整備される必要があると思われる。胎児保護の観点からも墮胎が未遂に終わった場合に不可罰になるという結論は避けられるべきであり、未だ死亡していない嬰兒（早産された胎児）に対する更なる攻撃をも墮胎として処理される可能性があり、不当であると思われる。この点については、後述する。

2 刑法における出生の意義

前章において検討したように、刑法における墮胎とは早期排出と母体内での胎児殺の二側面で考えられてきた。したがって、自然の分娩期にあるならば、もはや墮胎罪の適用が時間的に許されず、胎児が人となっているか否かを決する人の始期に関する諸学説について検討する段階に至ってい

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

る。その際に重要になるのは、墮胎罪においてもそうであったように、法益保護が十全に行いうるかどうかがあり、処罰の間隙をふさぐことが求められる。

ところで、この自然の分娩期という概念は、それ自体明確なものではない。というのも、陣痛の有無によってこれを判断することがまず考えられるが、すでに引用したように、分娩にむかわない陣痛が存在するからである。これは、医学上、前駆陣痛と呼ばれる⁵⁸⁾。そうであるならば、分娩に向かう陣痛、つまり分娩陣痛が始まったことをもって自然の分娩期に至ったとする見解が考えられる。ただ、この分娩陣痛も医学上は1種類ではなく、通常は開口期陣痛、娩出期陣痛、後産期陣痛の3つを総称したものである⁵⁹⁾。したがって、より詳細な時点を定めることが求められる。この点、ドイツは開口期陣痛の開始によるのが通説とされる⁶⁰⁾。なお、我が国においては、旧く勝本が採用していたところであるが、彼は次のように説明する。すなわち、「余ハ……陣痛説即チ母体ト分離シテ之ト別異ノ生活体トナラントシタルトキヲ以テ区別ノ標界トシソレ以後ヲ殺人罪ノ目的タル人トシソレ以前ヲ墮胎罪ノ目的タル胎児トスルノ説ヲ賛成セント欲ス蓋シ分離作用以後ニ於テハ全部母体外ニ独立シタル人体ト同シク母体ニ関ハラス独立シテ攻撃ノ目的トナルコトヲ得レハナリ」⁶¹⁾と述べる。よって、そこにおいては「陣痛ヲ始メタルトキ」⁶²⁾とする以上の区別はなく、分娩陣痛の開始が人と胎児の基準とされていた。また、結論としては独立呼吸説を採用

58) 医療情報科学研究所編『病気がみえる vol.10 産科〔第3版〕』メディックメディア（2013年）227頁参照。

59) 同上参照。

60) この点は、岡上雅美「人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について」筑波法政第37号（2004年）67頁以下を参照されたい。

61) 勝本勘三郎『刑法各論』京都法政大学（1903年）482頁。

62) 同上。

するものの、取捨において十分な注意を要するとして陣痛説と独立呼吸説を検討するのが、岡田である⁽⁶³⁾。岡田は、次のような検討の結果、独立呼吸説を採用する。「陣痛説即チ胎児カ母体ヲ離ルル第一ノ現象ニシテ此時既ニ独立ノ生活ヲ為スモノナリト云フ説ニ依レハ一度陣痛アリタル後ニ化学的又ハ機械的ノ方法ニ因リ胎児ノ生活ヲ止メシムルハ……我国ノ現行法（旧刑法：引用者）ナレハ単純ナル殺人罪トナルナリ要スルニ胎児ノ身体ノ一部も尚外部ヨリ之ヲ見ルコトヲ得サル時期ニ於テ既ニ殺人罪ハ成立スルト云フ論ナリ次ニ独立呼吸説ニ依レハ胎児カ自己ノ肺臓ニ依リテ始テ大氣ヲ吸入シタルトキヲ以テ出産シタルモノト看做スニ在ルヲ以テ彼ノ逆産等ノ場合ニハ既ニ身体ノ大半カ産出セラレタルニ拘ハラス尚之カ呼吸ヲ為ス以前ニ於テ其生活ヲ止ムレハ墮胎ノ問題トナルナリ」⁽⁶⁴⁾として、罰条の適用において著しい差がみとめられるし、結果を考えるならば陣痛説によるべきであるようにも思われるが、「吾人ノ常識及ヒ生活上数多ノ経験上ヨリ觀察スレハ」⁽⁶⁵⁾独立呼吸説によるべきであるとする。以上によるならば、胎児の身体が少しも母体外に存在していないのに独立生活をなしているというのは常識に反して適切でなく、すなわち自然の分娩期にあるだけでは足りず、肺呼吸があったことが重要であるということになる⁽⁶⁶⁾。

この点、岡田の独立呼吸説に関する理解には若干の誤解があるように思われる⁽⁶⁷⁾。というのも、大場によれば、独立呼吸説とは「呼吸シ又ハ呼吸

(63) 岡田においては、「一部ノ露出又ハ全部ノ露出若クハ生声ト云フカ如キ事実ヲ標準トスルノ説ハ之ヲ顧ルノ価値ナシト信ス」とされる（同・前掲注(20)191頁）。

(64) 同上。

(65) 同上192頁。

(66) しかしながら、肺呼吸の有無により出生とするのであれば、それも結局事実を標準としていることになり、事実によって区別する見解は顧みる価値なしとした批判が岡田自身の見解にもあたることにはならないだろうか。

(67) 町野朔「独立呼吸説の旅路」ソフィア41巻4号（1993年）82頁以下も独立呼吸説の理解に関する変遷を取り上げる。同稿によると、かつてドイツでは独立ノ

可能ナルニ至リタルトキハ最早胎児ニ非スシテ嬰兒ナリト解スル」⁽⁶⁸⁾ もので、胎児の独立呼吸は嬰兒の独立生活の起点であるからその時から独立性を肯定するという医学界の多数説に従ったものであるとされる⁽⁶⁹⁾。また、実務上呼吸の有無が死産か否かを分ける基準であることもあって⁽⁷⁰⁾、呼吸に着目することに意義があり、人の死亡も呼吸の停止で判断する以上、論理的に一貫するのはやはり呼吸の開始であるとして、同説の妥当性を説かれる⁽⁷¹⁾。

さらに、大場は、岡田が顧みる価値なしとした各説についても詳細に検討している。以下では、それについて見て、現在主張されている諸学説を

呼吸説が有力であったが、現在では陣痛説が通説であり、今や独立呼吸説は過去の学説であるとしている。また、その理由については、胎児が胎盤呼吸と肺呼吸が併存している時期があり、肺呼吸に切り替わることが人と胎児かを分ける標準として利用することは非科学的で使用に耐えないと説明している（85頁）。とはいえ、ドイツにおける独立呼吸説とは、現実の肺呼吸だけではなく、その可能性を獲得したときに人となるとする学説であるようである（85頁、88頁参照）。

(68) 大場・前掲注(25)45頁。

(69) また、同じく独立呼吸説を採用していたのが小疇であった。小疇によれば、「胎児カ自己ノ肺ヲ以テ母体ヨリ独立シテ呼吸作用ヲ為シ得ル状態ニ達シタルトキヲ以テ人間ト称ヘシ」とする見解であった（同・前掲注(22)563頁）。その理由は、人の死亡が呼吸作用の永久停止によるのと同様に、肺呼吸の開始によるのが妥当であるとする（同上563-564頁参照）。

(70) この点について、昭和21年9月30日厚生省令第42号（死産の届出に関する規定）が死産について規定する。それによれば、「この規程で、死産とは妊娠第4月以後における死児の出産をいひ、死児とは出産後において心臓搏動、随意筋の運動及び呼吸のいずれをも認めないものをいふ」とされる（第2条）。したがって、呼吸のみがその基準とはされていない。また、人の死亡についても、細胞への酸素供給が細胞の生存にとって不可欠であったとしても、機械的にこれを行うことができる現在にあっては、そののみが要件となるかについては疑問があると言わざるをえない。この点については、本稿において詳論する準備がないために、これ以上のことを述べることができない。

(71) 大場・前掲注(25)45-46頁。

確認することにしたい⁷²⁾。まず、胎児が母体より分離した時に胎児は嬰兒（人）になるとする見解があり、これは出生完成説（あるいは全部露出説）と呼ばれる。大場は、独立呼吸可能な段階であっても完全に出生が終えていない場合には、これに攻撃を加えても客体が胎児でしかなく、殺人とならない点で、法益保護の観点から十分でないとする。次に、胎児が母体外にその一部を露出した時に嬰兒（人）になるとする見解であり、一部露出説と呼ばれる。これについて、大場は、一部露出した場合には外部より死亡させうる侵害を加えることができるのにこれを胎児とするのは常識に反するし、一部露出から全部露出に至るまでにそれ程の時間を要しないのに全部露出まで殺人罪とならないのはバランスを欠くことを根拠とすると説明する。しかし、同説は、露出した部分（例えば足先など）によっては胎児を人とするのがかえって常識に反するし、母体外で独立生活していないものを人とすることも常識に反すると述べる。

以上の大場の理解によれば、人の始期に関する学説としては、陣痛説、一部露出説、独立呼吸説、全部露出説があり、この順に胎児は人となるのが時間的に早いと考えられる。自然の分娩期に至ったことを判断するのは分娩陣痛が見られるかどうかであるから、その限りで陣痛説が妥当であると考えられるが、しかし、それ以外にも学説が存在している理由は、民法が「私権の享有は、出生に始まる」（3条1項）と定めるように、人の始期を出生と関連づけることが考えられるからである。この点につき、出生

⁷²⁾ 以下の記述は、大場・前掲注25)46-48頁を参照した。本文においては触れていないが、大場はもちろん陣痛説（陣痛開始説）についても検討している。それによれば、「分娩作用ヲ開始シタルトキハ胎児ハ既ニ出生ノ途中ニ在ルモノナレハ最早胎児ニ非スシテ嬰兒ナレハ分娩作用開始後ハ仮令未タ出生セサルモノトスルモ之ヲ人トシテ保護スヘシ」とする学説であると説明し、次のように批判している。すなわち、「世間往々ニシテ分娩作用開始後数日ヲ経過スルモ尚ホ出生セサルコトアリ。故ニ此説ニ依レハ此場合ニ於テハ胎児カ未タ出生セサル数日前ニ之ヲ人ナリトスルモノニシテ吾人ノ常識ニ反ス」である。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

とは何かが問題となる。法的概念である出生と、出産ないし分娩とは異なった概念ではあるが、いずれも母体から離れて独立した存在になることは共通していると思われる。したがって、このタイミングをいつに認めるかによることになる。すなわち、分娩過程との関係でこれを考えることが妥当である⁽⁷³⁾。

この点、分娩過程とは無関係に胎児が人となるとする見解があるので、先に検討する。すなわち、近時伊東研祐によって提唱された独立生存可能性説である⁽⁷⁴⁾。伊東によれば、「(刑法上の規準定立方法としては：引用者) 客体自体の価値を規準とする基本を維持し、一部露出説を採らずに、この隙間（全部露出説を採った場合において生じる、一部露出後全部露出少し前の段階での加害致死傷の場合と全部露出直後の加害致死傷の場合との処罰の隙間：引用者）を埋めるには、結局、人の始期を露出前に求める他ないように思われる」⁽⁷⁵⁾と前置きした上で、「分娩開始説の採用は、その一つの解である」⁽⁷⁶⁾とされつつも、同説を採用する「勇気があるなら、分娩開始説に留まるべきではなかろう」⁽⁷⁷⁾とされる。このような考えから、「上の基本（客体自体の価値を規準とすること：引用者）からすれば、少なくとも、母体外で生存可能な程度に成熟した胎児は人としての保護に値し得るという好意的見解の存在を踏まえ、生存可能性については……母体保護法の運用上の擬律を当面は採る」⁽⁷⁸⁾とされ、生存可能性のある胎児は人であるとする独立生存可能性説を提唱するのである。本説によれば、現時点においては、妊娠満22週以降であれば、胎児は人となる⁽⁷⁹⁾。伊東によれば、「私見に

(73) 平川宗信『刑法各論』有斐閣（1996年）36頁以下も同様に考える。

(74) 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』成文堂（2002年）13頁以下。

(75) 同上18頁。

(76) 同上。

(77) 同上。

(78) 同上18-19頁。

(79) 前掲平成8年厚生事務次官通知による。

対しては、日常的語義の範囲内において、……従来は解釈論上も当然に胎児とされてきた存在の一部を『人』に含めることができるか否か、適切であるか否かという罪刑法定主義との抵触問題こそが正面から提出されるべき⁽⁸⁰⁾であるとされる。筆者も、この問題が同説に対する批判としては最も強力なものであると考える。確かに、同説によれば、母胎内にある胎児に対する死亡に至るほどのものではない危害行為を可罰的行為として捉えることができ、法益保護の観点からは重要である。しかし、生存可能性がある胎児が人であるとする、これを子宮内で殺す行為は殺人罪にあたることになる。そうだとすると、不同意堕胎罪をのぞいて既遂のみが可罰的であるにすぎない堕胎罪と異なって、かなりの行為が刑罰の対象として取り込まれることになる。とりわけ、殺人罪には予備罪も規定されていることから、なんらの法益侵害も発生していない段階でも犯罪が成立することになる。この点、法益保護はそれ自体極めて重要な視点であるが、それを重視するあまり日常生活への過度の干渉を許すことになるのは、不同意堕胎罪以外に未遂規定を設けなかった刑法の立場と合致するかは疑問が残る。もちろん、そのような批判に根拠がないとの再批判は考えられるところであるが、そのような危険性を孕む解釈を採らずとも現行法である程度は対応可能であると思われる。

では、分娩過程との関係で主張されている各学説について検討することにしよう。既述のとおり、分娩過程は3つの時期に分けられる。このうち、第3期にあたる後産期は、すでに胎児の娩出が終わっていることから、特別の意義は認められない⁽⁸¹⁾。したがって、第1期と第2期が問題となるが、陣痛説のみがこれを問題とするにすぎない。なぜなら、これ以外の3説は

(80) 伊東・前掲注(74)21頁。

(81) 医療情報科学研究所・前掲注(58)227頁。

すべて胎児が子宮から娩出された後を問題とする見解であるからである。第1期である開口期における開口期陣痛は、1時間に6回以上と規則的であり、これを認識しやすいものと思われる⁸²⁾。よって、自然の分娩期に到達したことは判断しやすいので、これをもって人となることは十分に主張でき、既述のとおり、これはドイツの通説である。しかしながら、胎児はいまだ子宮内にとどまっており、母体から離れているといえるかは疑問であろう。

そこで、一部露出説が検討されることになるが、大場によれば、その根拠は直接攻撃可能性と全部露出説の法益保護不十分性であった。このうち、重要なのは前者である。というのも、判例もこの点について言及しているからである。すなわち、大審院の大正8年12月13日判決（刑録25輯1367頁）である。事案は、自然の分娩期において産門より胎児の一部が露出するや、両手で面部を強圧して引き出し、便壺内に娩出してから、近くにあった棒を用いて嬰兒を糞便内に突き込み窒息させたというものであった。この事案について、大審院は、「胎児カ未タ母体ヨリ全然分離シテ呼吸作用ヲ始ムルニ至ラサルモ既ニ母体ヨリ一部ヲ露出シタル以上母体ニ関係ナク外部ヨリ之ニ死亡ヲ来スヘキ侵害ヲ加フルヲ得ヘキカ故ニ殺人罪ノ客体トナリ得ヘキ人ナリト云フヲ妨ケス」として、殺人罪で処理した。通常、この判例をもって、学界では判例は一部露出説であると評価している。しかし、これと反するような判例もある。すなわち、前掲の明治36年判決であり、同判決によれば墮胎罪のみが成立しているにすぎない。したがって、判例が一部露出説を採用しているといえるかは疑問である⁸³⁾。また、全部露出説を支持する平野から、本説に対して、「直接に攻撃することができるか

⁸²⁾ 医療情報科学研究所・前掲注58)227頁。

⁸³⁾ 平野・前掲注53)262頁参照。

という基準自体が、行為の態様によって客体の性質を区別しようとするものである点で、刑法上の基準の立て方として妥当なものではない⁽⁸⁴⁾とする批判が寄せられており、この点は独立生存可能性説でも重く受け止められていたことは既に見たところである。

しかし、この直接攻撃可能性以外の根拠によって一部露出説を採る説明もあり、注目される。すなわち、平川の見解であり、平川によれば、「出生によって胎児が人となるという普遍的な考え方は、胎児の母体からの分離・独立、すなわち生命存在の『独立性』に着目するもの」であるとされ、「胎児と人とを区別するのは、『独立生存可能性』ではなく、『独立生存性』というべきである⁽⁸⁵⁾」とされる。この時期については、「一部が母体外に露われたときには、母体への包摂性が失われ、胎児は外界に出現してくる⁽⁸⁶⁾」から、その時点と解するのが妥当であるとされる。さらに、この記述部分に付された注によれば、産科学の知見を用いて、児頭の発露をもって刑法上の出生とすることになるとされる⁽⁸⁷⁾。この見解についていえば、産科学の知見を応用しようとしている点は評価すべきであると思われるが、それならばその直前にある排臨ではなぜいけないのかが必ずしも明らかでない。もちろん、排臨の状態では、陣痛間欠時に児頭が膈内に後退することになるが、陣痛発作時は発露状態と同様に胎児の先進部がわずかであっても陰裂の間から見るができる（露出している）。絶えず見えているかどうかの違いで包摂性が破れているかどうかが決まるのはやはり疑問である。また、母体からの独立・保護の終了ということであれば、破水によって胎児はすでに外気に触れることが可能であり、（膈の中は母体内ともい

(84) 平野・前掲注(53)260頁。

(85) 平川・前掲注(73)37頁。

(86) 同上。

(87) 同上注(17)参照。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

えるが) 直接外と通じている以上保護は終了しているのではないだろうか。

それでは、全部露出説は妥当なのであろうか。本説は、出生完成説ともよばれていた。胎児が母体より完全に離れたことによって出生が完成して、人になるとするのであれば、出生完成説という名称の方が妥当であるように思われる。大場においては、これより先に独立呼吸が存在しており、それゆえになぜ全部露出まで待たなければ人にならないのかとされ、本説は採用していなかった。また、一部露出説を批判した平野が本説によった理由を確認すると、両説を比較した時により妥当なのは全部露出説であるということであって、積極的に根拠をあげたわけではない⁸⁸⁾。そうであるならば、法益保護の観点から敢えて全部露出説を採る意義はさほどないと思われる。

順番が前後したが、独立呼吸説についても検討しておこう。しかし、順番が前後したのには理由があると言わなければならない。独立呼吸とは胎児の肺呼吸であり、しかし肺呼吸の開始が条件ではなく、その可能性でも足りるとするのが同説である。したがって、その時期の確定が難しく、その可能性に重きをおいて理解するならば、次のように捉えることも不可能ではないと思われる。すなわち、現在においても肺機能の成熟が分娩時期を決定する上で重要な要素であり、羊水検査において肺サーファクタントの産生量が十分であることが確認されることが重要であるとされる⁸⁹⁾。肺機能が成熟すれば、胎児は出生後に呼吸器に頼ることなく自発呼吸が可能であるから、その時点を独立して呼吸作用をなし得る状態といいえないだろうか。もしそのようにいうことが許されるならば、現在支持者のない独立呼吸説は今なお支持しうる見解であるように思われる。

⁸⁸⁾ 平野・前掲注63)260頁以下参照。

⁸⁹⁾ 長和俊「呼吸窮迫症候群発症の予知と予防」母子健康情報62号(2010年)17頁以下参照。

では、これまでのところで検討したところをまとめてみよう。墮胎罪の適用が可能かどうかの基準は、自然の分娩期に到達しているかどうかである。そこに至っていれば、胎児は人となるから、もはや墮胎罪が適用されることはない。また、自然の分娩期か否かを分けるのは分娩陣痛の有無であり、分娩陣痛は開口期陣痛から始まり、後産期陣痛までである。ただ、後産期陣痛と関連付けることは胎児娩出が終わっていることから妥当ではない。これに対して、開口期陣痛によるのがドイツの通説であり、これによるのが妥当であると思われるが⁹⁰⁾、吾人の常識や生活上の経験に妥当するかどうかについて疑問なしとはできない。というのは、この時期では子宮口が開いている最中であり、卵膜が破れることで起きる破水もまだ起きていないから⁹¹⁾、胎児はいまだ外部から少しも確認することができない。そうであるならば、あくまでも母体から分離して独立することが求められることになる。ただ、母体から完全に分離されることは必要ないと思われる。これは、法益保護の観点から当然に出てくる結論であると思われる。

⁹⁰⁾ 我国において、開口期陣痛説に賛成するのは、岡上・前掲注⁶⁰⁾、塩見・前掲注⁶⁰⁾（ただ、同・「刑法による『人』の生命保護はいつ始まるのか？」法学教室223号（1999年）117頁において、この見解を採用するとすでに述べている）、井田・前掲注⁶⁰⁾が挙げられる。

⁹¹⁾ 医療情報科学研究所・前掲注⁶⁰⁾243頁は、「子宮口全開大の頃に破水するものを適時破水という」としている。したがって、破水は開口期に起きるとも、娩出期に起きるともいえる。ただ、破水には分娩開始以前に起きる前期破水、分娩開始後全開大までに起きる早期破水という種類も別にあると説明されている。それゆえに、陣痛が起きていない場合にも破水によって胎児の頭などの先進部が外部から確認できることもあり、その意味でも子宮からの露出によるという本稿の基準は意義があると思われる。この点、小川正樹＝田中俊誠「前期破水」日産婦誌61巻3号（2009年）N-59頁以下によれば、妊娠37週以降の前期破水の場合、その約80%の症例において24時間以内に陣痛が発来して分娩に至るとしており、分娩待機とする方法が一般的であるとする。その間の管理が不適切である場合には、胎児（本稿の基準を充たす場合には人）の状態が悪化することが十分に考えられるからである。

以上によれば、陣痛説ではなく、一部露出説が採られるべきである。その際に重要なのは、法益保護を重視することであることから、直接攻撃が可能な程度の露出があれば人になると思われる。したがって、母胎（子宮）からの露出があれば、膣口から直接視認することが可能であり、それにあたると思われる⁹²⁾。

3 出生前後におけるヒトに対する危害行為に関する評価

前章において検討したように、出生とは胎児が母胎（子宮）から露出したか否かによって決せられるというのが本稿の採る定義である。したがって、子宮内にある限りは胎児であって、これに対する攻撃はただ墮胎罪が問題となるだけである。子宮内にある場合には、胎児を死亡させた場合のみが墮胎罪として捕捉されることとなる。また、早期排出も墮胎にあたる。これが1章における検討の結果であった。以上は、吾人の常識に反するこ

⑨2) また、帝王切開による場合にも、このような基準によるならば、特別の問題を生じないと思われる。この点、出産開始説を採用する井田・前掲注50)123頁は、「開口陣痛がまだ生じていない時点で、何らかの事情により医師の判断により帝王切開が行われる場合」には、「自然分娩のケースとパラレルに考えて、手術により子宮が開かれた時点をもって出生時期とすべきであろう」とする。この説明について、井田は「部分的に一部露出説を採用するものではなく、母体の子を外部に排出しようとする動きが生じて子宮口が開くこと、医師の判断により母体外において発育させるために人為的に子宮を開くこととは規範的に同価値であると考えることができるからである」（同123頁）と述べる。しかし、この理由に対して、山口厚「コメント」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』岩波書店（2006年）35頁は、「これは一部露出説の基準であり、出産開始説から導出される基準とはいえないと思われる」と批判する。山口は、「帝王切開を開始する時点で人になることを認めること」は「帝王切開により出産させることが可能な胎児は人であると解すること（これは、独立生存可能性説の考えである）に限りなく接近することを意味することになる」（同35頁）として、出産開始説に対して否定的である。

とのない限界を探りつつも、同時に出生後は人となる胎児を保護するのに十分な構成を目指した結果であった。前者の枠は、罪刑法定主義からくる当然の枠（刑罰法規の厳格解釈原則）であって、これを厳格に守ることが刑法解釈論の任務である⁹³。

ところで、判例において、墮胎概念が胎児殺から早期排出行為へと変更されたことはすでに確認したが、ここでは次のような判例があることも指摘しておかなければならない。すなわち、大正13年4月28日の大審院判決（新聞2263号17頁）である。事案は、妊娠中の被害者の依頼をうけて使用人である被告人が薬剤を購入し、その服用方法を指示して交付した結果、同剤を服用した同女が死亡し、同時に胎児も母胎内で死亡したというものであった。本事案に対して、大審院は次のように判示した。すなわち、「原判示ニ依レハ懷胎ノ婦女……ハ被告カ墮胎ノ目的ヲ以テ与ヘタル薬物服用ノ結果死亡シタルモノニシテ同時ニ其ノ胎児モ亦母胎内ニ在テ生活機能ヲ失ヒタルコト現判文上之ヲ推知スルニ難カラス從テ被告ノ所為ハ墮胎罪ノ既遂ヲ以テ論スヘキモノナルコト疑ヒナ」いとされた（同18頁）。これを率直に読むと、母胎内でこれを死亡させた場合には墮胎既遂となることから、胎児を母胎内で死亡させることも墮胎にあたると解されよう⁹⁴。よって、この場合には排出を必ずしも伴わないことになる。以上に照らすと、判例も、法益保護の観点から早期排出と母胎内で死亡させることの両方を墮胎としたと解することができると思われる。

この点、墮胎罪の法益保護を強調しすぎるくらいを指摘し、処罰が限定されないことを疑問視する見解がある⁹⁵。この見解によれば、墮胎とは「胎

93) 胎児傷害について、この観点から以前検討した。岡崎頌平「胎児保護と罪刑法定主義」近畿大学法学60巻1号（2012年）161頁以下。

94) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕』青林書院（2002年）129頁〔横畠裕介執筆〕も同旨。

95) 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会（1977年）161頁参照。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

児に攻撃を加え母体内又は母体外で死亡させた場合」⁹⁶⁾とされる⁹⁷⁾。しかし、この定義によれば、母体外にあっても胎児が嬰兒（人）となることなく、これを死亡させるような行為をしても墮胎罪に留まることになることが懸念されよう。論者はこのような疑問をもちろん予想しており、この問題についてすぐに検討している。平野は⁹⁸⁾、この問題は墮胎だけでなく、人工妊娠中絶の場合にも生じるとして、生命保続可能性（母体保護法2条2項参照）がなくとも排出後にしばらく生きていることが考えられ、その場合には生きている嬰兒の始期を早めたことになるから、殺人罪が成立するという考えも一概には否定できないと述べる。ただ、人工妊娠中絶を肯定する事由によっては、子どもをもたないことが許されていると解される場合（強姦による妊娠の場合など）があり、これを死亡させるのが殺人とするのは矛盾があるとする。したがって、そのような場合には生きていたとしても生命保続可能性が肯定されない場合には死期を早めても殺人罪は成立しないと解すべきであるとするのである。また、この生命保続可能性の有無については個別に判断されるのがよいと述べつつ、それにはかなりの困難があるだろうとする。

そのような困難を意識してか、次のような見解を唱える論者もいる。すなわち、個別的な判断によるのではなく、母体保護法における人工妊娠中絶が許されている期間にあるかどうかで形式的にこれを判断するというも

96) 平野・前掲注95)161頁。

97) 平野は、「わが国の場合は、墮胎という一つのことばの解釈の問題であり、『胎児を胎内で殺すこともその（墮胎の）一つの方法である』とするならば、同一のことばの一部が侵害犯であり一部が危険犯であることになる。これは、構成要件の解釈の基本的方法に反するであろう」（平野龍一「墮胎と胎児傷害」警察研究57巻4号（1986年）5頁）と批判する一方で、単に危険を生じさせただけで墮胎となるのも疑問としていることから、母体内外を問わずに死亡結果を要する（侵害犯）と解しているものと思われる。

98) 以下の記述については、平野・前掲注93)264-265頁参照。

のである⁽⁹⁹⁾。しかし、本説については、この期間が事務次官通知によって規定されることからその規定方法に問題があると思われるほか⁽¹⁰⁰⁾、実際上は平成2年から変更されておらず医療技術の発展に柔軟に対応しているとはいいがたいことが問題として挙げられよう⁽¹⁰¹⁾。

このように、実質的判断も、また形式的判断も適当でないとすれば、やはり生命保続可能性という特別の要件が別途求められるべきではなく、上記した死産にあたらない条件を満たしていること（生命機能があること）のみを前提として、母胎外に排出された胎児は人となるのが妥当で

(99) 小暮ほか〔町野〕・前掲注(55)15-16頁、山口・前掲注(55)27-28頁参照。

(100) 伊東・前掲注(74)7頁も、法律ではなく通知によってその期間が規定されている事自体の問題と、同法の規定による限り堕胎罪の違法性が阻却される以上、やはり刑法典上に規定するのが本来のあり方であろうと指摘する。

(101) 平成2年において、妊娠中絶が可能な限界が妊娠満23週以前から22週未満に変更された際に参考されたのは、妊娠23週0日の出生児が1例だけ生育していたことという事実であった。もっとも注意を要するのは、同児は、一般の水準をはるかに越えた高度医療を実施した結果、NICUにおいて気管チューブを挿管した状態でなんとか生後6ヶ月まで生育できていたという状態であった（平成2年3月20日健医精発第12号厚生省保健医療局精神保健課長通知）。一方、現在においては、生存率を高めるだけでなく、intact survival（後遺症なき生存）を目指す段階に至っている（以下のデータについては、佐藤拓代『低出生体重児保健指導マニュアル』大阪府立母子保健総合医療センター（2012年）によった）。在胎週数別のNICU死亡退院数・率を見ると、在胎22・23週における死亡退院率は45.1%と半数以上が生存してNICUを退院していることがわかる（この在胎週数で出生した新生児960例に対して）。加えて、これが在胎24・25週ともなると、その死亡退院率は実に17.9%と激減していることが分かる（この在胎週数で出生した2207例に対して）。出生時の体重別で見ても、500g以下では死亡退院率が50%であるが、これを越えると21.1%と半減している。したがって、平成2年の変更と同様にこの基準を見直すならば、より早期にこの基準が変更されることが考えられる。とはいえ、医療技術の発展がさらに進んだとしても、治療限界は必ず存在すると思われる。その限界においては、新生児に対する臨死介助などの問題は避けられず、意思を表示することができない新生児にあっては両親の選択を法的にいかに評価すべきかが問題となると思われる。これも刑法上の重大な問題であるが、別の機会にゆずるほかない。

あると思われる⁽¹⁰²⁾。もっとも、この見解によっても、墮胎行為（中絶行為）そのものがもつ危険性から母体外での死亡という結果が不可避的に発生した場合には、別途犯罪が成立するのであろうか。この場合には、作為によって死期を早めているわけではないので、殺人罪は問題にならない。もちろん、不可避的に死亡するとしても、それまでには短時間でも生存している時間が認められるはずであるから、その限りでは死期を早める可能性がありうる。したがって、そのような場合には、殺人罪が問題となる余地はある。一方で、不作為犯の成立はどうであらうか。この点については、結果に対する回避可能性がまず問題となる。そして、結果に対する回避可能性があるかぎりにおいて、墮胎関与者に作為義務を課することができるかどうかは次に検討される必要がある。したがって、結果回避が不可能であるような場合には、死亡までの生存時間が短時間でも認められる場合でもこれを放置する行為は死亡結果との因果関係がないとして不可罰とするほかないと思われる⁽¹⁰³⁾。では、中絶行為が先行している場合はどうであらうか。この場合には、そもそもその墮胎行為が母体保護法によって許容されているわけであるから、問題はさらに大きいと思われる。なぜなら、放置する行為が不作為犯を構成するとしたら、その原因となった墮胎行為が適法であることとの関係が問題となり、そのような趣旨を法が認めた意味が没却してしまうからである。この場合には、結果回避可能性を論ずるまでもなく、もとよりそのような作為義務が肯定できないとするほかないと思われる。

(102) 大谷實「判評」判例タイムズ670号（1988年）60頁も同旨だと思われるが、本稿とは一部露出説の理解が異なる。

(103) 判例もこの立場であると思われる。前掲した大正11年判決、最決昭和63年1月19日（刑集42巻1号1頁：被告人である医師が墮胎により出生させた生育可能性の認められる未熟児を長時間放置して死亡させた事案で、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の併合罪が認められた）を参照。

(104) 原田國男「判解」法曹時報41巻4号（1989年）308頁参照。

したがって、出生前後におけるヒトに対する危害行為に関する評価は、次のようにまとめられることになろう。まず、母体からの独立ということ基準として、子宮を一部でも離れた胎児は嬰兒（人）となる。その際には、生命機能が認められることで十分であって、生命保続可能性の存在はこれに影響を及ぼさない。よって、子宮口からその身体の一部を露出させた生命ある胎児は人である。つぎに、子宮内にある胎児に対して、これを死亡させるような攻撃を加え、子宮内で死亡させた場合には、外界からの確認が未だない以上墮胎にあたるだけである。また、これを分娩期に至っていない状態で子宮外へ排出させれば、それもまた墮胎である。そして、この排出行為によって出生した人について、その死亡という結果発生が回避不可能である場合（生命保続可能性のない場合）と可能である場合（生命保続可能性のある場合）に分けて考える必要があると思われる。前者については、ここでは結論だけを示す。作為による場合には殺人罪の成立が問題となり、不作為による場合には墮胎か中絶かで理論構成は異なるが不可罰である。後者については、判例が作為による場合も不作為による場合にも別罪（人に対する犯罪）の成立をそれぞれ肯定していることを踏まえても、そのように解しない理由はないといわなければならない。もっとも、中絶にあたる場合であっても、実質的に生命保続可能性が認められる場合が考えられる。そのような場合には、生命保続可能性があることを重視して、後者と同様に扱うのがよいと思われる⁽¹⁰⁵⁾。また、その罪数関係は、判例上は併合罪であり、別個の法益に関する別個の行為がある以上これを否定すべき理由はないと思われる⁽¹⁰⁶⁾。以上は故意による場合であって、過失

(105) 大谷・前掲注(100)61頁も同旨。

(106) この点に関しては、罪数論という別領域の問題であるために、その用意がない現時点では詳細な検討ができない。この点は、別論にゆずることになる。ただ、さしあたりは、虫明満「墮胎罪と殺人罪」香川法学13巻2号（1993年）1頁以下が詳細な検討を行っており、これを参照されたい。

刑法における「出生」とその前後におけるヒトに対する危害行為に関する一考察

による場合には法定されていないことから不可罰となりそうであるが、墮胎には母体に対する傷害の側面もあることから、その限りでは過失傷害が成立するとの見解があり、一概に否定できないと思われる。

おわりに

かつて刑法改正の審議過程において、墮胎罪は全部廃止すべきであるとの意見があった⁽¹⁰⁷⁾。その理由としては、「優生保護法（現：母体保護法）に基づく合法的な妊娠中絶が広く適用され、墮胎に対する社会一般の倫理感情が変化していること、非合法的妊娠中絶が相当であると推定されるのに墮胎罪の検挙件数が僅かであり名目的な規定を残すことにより遵法精神が害されるおそれがあること、人口増加を図る必要はなく、また、墮胎を処罰することにより性道徳を維持しようとするのは本末転倒であること、……不同意墮胎について傷害罪の規定を適用すれば足りる」⁽¹⁰⁸⁾とされていた。これに対して、存置派は、「胎児も生命あるものとして保護すべきであり、これを軽んずると人命の軽視にもつながること、墮胎罪の廃止により性道徳がいっそう乱れるおそれがあること、墮胎罪の検挙件数が少なくとも一般予防の見地から処罰規定をおく意味があること、人口問題と墮胎罪処罰の当否とは直接関係がないこと」⁽¹⁰⁹⁾と主張した。このうち、性道徳に関する意見は性教育という教育政策との関係も議論の対象とするべきで、刑法だけの問題ではないだろう。墮胎罪がないから墮胎をしてもよいと道徳的に思うようになるかといえ、やはりそこには何らかの隔たりがあると思われる。また、胎児も生命あるものとして保護すべきであるとする意見には

(107) 土屋眞一「墮胎罪について」判例タイムズ500号（1983年）62頁参照。

(108) 同上。

(109) 同上。

全面的に賛成であるが、胎児と人の連続性や生命の同一性を考えるならば墮胎罪を廃して、胎児も人として捉えるという見解も主張し得るように思われる。ただ、この見解を主張するには、民法を含めて法体系全体の総見直しを要すると思われるので、その点についての検討・考察を要する。したがって、現状において比較的容易なのは、母体保護法の厳格運用を行って、改めて墮胎罪の意義を強調することであると思われる。それとともに、性教育をはじめとする社会政策の実施・活用によって、墮胎を回避できる社会が目指されるべきであろう。