

Title	胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否： 肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覚
Sub Title	Criminal liability of unborn child injury
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.12 (1980. 12) ,p.91- 117
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法学部法律学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801215-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否

——肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覺——

中 谷 瑾 子

- I はじめに
- II サリドマイド事件から胎児性水俣病へ——サリドマイド事件と胎児に対する責任強化の立法（イギリス）とその背景——
- III 胎児性水俣病と過失致死傷罪の成否——熊本水俣病刑事第一審判決の論理と否定説に対する再批判——
- IV 肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覺
- V おわりに

I

1 胎児に対する加害の結果、出生後の人に何らかの後遺症が認められ、またはそれがもとで死亡するに至つた場合に、「人ノ身体ヲ傷害シタ」（刑二〇四条）もしくは「過失ニ因リ人ヲ傷害シタ」（刑二〇九条）または「身体傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタ」（刑二〇五条）もしくは「過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタ」（刑二二〇条）もしくは「業務上過失又は重過失ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタ」（刑二二一条）といえるかについて、従来はそれ程深刻に論じられることがなかつたといつてよい。それが生々し

胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否

い現実の問題として刑事司法、刑法学の判断を迫つたのは、何といつてもサリドマイド訴訟を嚆矢とする。後に詳述のように、サリドマイド児多出のビッグ・スリーの西独・日・英の三国のうち、イギリスとわが国では民事上の損害賠償請求事件として争われたのに対し、西ドイツでは刑事事件として争われたため、いち早く刑法学の論点とされ、数多くの論稿が出された。わが国でも齊藤誠二教授がこれらの事情を紹介されたほか、藤木英雄博士もアーヘン地方裁判所の判決の紹介とこの問題に対する自説の展開をされたが(いずれも詳細は後述)、まだ学界の大多数の言及するところではなかつた。しかし、昭和五四年三月二二日熊本水俣病刑事事件第一審判決が胎児性水俣病の発病につき業務上過失致死(傷)罪の成立を認めたことを契機として、判旨に対する賛否という形でやや遅ればせながら、この問題についての論評が熱く、かつ、賑やかに展開されたことであつた。⁽²⁾ 右の熊本地裁判決は、従来の刑法解釈論の枠をはみ出すような結論を導き出した画期的な判決であつたといわれる。⁽³⁾ しかしそのために、それは、罪刑法定主義という刑法の基本原則を危うくする解釈として許されないという⁽⁴⁾ 解論上の反論が数多く出されたし、また、今後もその立場からの批判は続くであろう。これは、いふなれば被告人サイドの視座からの不満である。しかも、この事件においては、不満は被告人側のみあるのではない。新聞の報道によれば、被害者側もこの判決には満足せず、むしろ大きな不満と批判をぶつけているといふ。⁽⁵⁾ そこにこの判決の真の問題点が象徴されているように思われる。熊本地裁判決については、まず、水俣病発症のプロセス、つまりチッソ水俣工場からの廃液排出行為と水俣病発症との因果関係の説明が基本的な問題となるが、その点についての判断能力のない筆者としては、専ら裁判所の認⁽⁶⁾ 定に従う。しかし後日異なつた科学的知見が発表された暁には、右事実認定が無意味に化するおそれがないわけではない。そこにもまたこの種事例の問題と限界があるように思われる。

2 熊本水俣病刑事事件第一審判決にはいろいろ重大な判断が示されているが、本稿のテーマとの関連に限つていえば罪刑法定主義の原則(とくに類推解釈の禁止)違反が問われている。しかし、考えてみると、実はこの問題は、刑法の機能の問

題につながる。罪刑法定主義にしろ、刑法の機能にしろ、刑法の根本問題をめぐる刑法理論は現状のままでよいのか、公害問題、集団犯問題に直面して、刑法学は社会に対していかなる寄与を為し能うか、真剣に問い返えされねばなるまい。私法学はすでに今世紀に入つて前世紀に確立された基本原理を修正して法社会化の法思潮に対応した。刑法学においては私法学におけるような根本原理の軌道修正は行われていない。主として犯人の人権保障を内容とする罪刑法定主義の原則は、キャピタリズム、自由—個人主義法思潮をバックとする十九世紀にだけでなく、公共の福祉や社会的弱者救済の社会的法治国家主義、法社会化の時代といわれる廿世紀にも堅持されるべきものとして疑われない。確かにいつの世にも、強大な国家権力の介入なくして法の実現はあり得ない刑事司法の領域においては、個人の人権をいかに保障すべきかが最大にして最高の関心事でなければならぬ。その意味で、罪刑法定主義の原則は、時代や法思潮をこえて堅持されるべき刑事司法の基本原則である。最近ではわが国でもようやく、形式的なお題目としての罪刑法定主義ではなく、サブスタンティブ・デュ・プロセスの理論[※]が主張されるようになったのは、よろこぶべきことである。しかし、果たしてそれだけで満足すべきか、従来の刑法学の在り方、社会への寄与という点での反省、新たな社会および犯罪現象への対応を迫る一つの契機が熊本水俣病刑事事件であるともいうことができよう。私はこの種のケースに犯罪の成立を否定する見解を一概に刑法解釈の古いドグマと断定し⁽⁸⁾、難するつもりはない。すでに発表されている肯定説には残念乍ら従来の緻密な解釈論に裏うちされた否定説に充分対抗し、これを超克しうるだけの理論も説得力も欠けていたように思われる。しかし、他方、母親の胎内で受けた物理的な作用のために、生きて生まれた子がいかに痛み、苦しみ、血を流そうと「人の傷害」とはいえない(といいくるめる)のが法の論理である⁽⁹⁾とわり切ることに、なお抵抗を感じる。つまり、否定説こそがやはり正統派刑法解釈論の唯一の帰結でなければならぬのか、それとも否定説の論拠の一つ一つに対抗し、これを克服する論理はなお充分可能なのか、それがまさに問題であり、本論考の出発点でもある(なお※については大野真義・罪刑法定主義(一九八〇)とくに二七頁以下、二七六頁以下およびそこに引用の

諸論稿参照。

本来、公害問題に対する法的対応としては、もとより刑事制裁による威嚇力に過度の期待をもつのは拙策であつて、まず第一に公害の発生を未然に防止するに足る行政指導—規制が期待される(朝日新聞昭和五四年三月二二日付夕刊三頁に熊本水俣病刑事事件第一審判決の解説をした野村二郎氏もほと同旨)。しかし科学・技術の急速の進歩はつねに不測の結果を招来しかねない。不幸にして公害が発生したときは、最終的には被害者救済の観点からの政治的決断が重要とならう。何となれば、文明社会においては、従来考えられなかつたような多くの危険と隣り合わせに日常生活が営まれているのであるから、社会生活全体の便益性や快適さの代償として公害が発生したときは、固なり社会の構成員全体の負担において被害者(犠牲者)の救済をはかるのが社会的公正を得る良策であり、また、社会福祉につながる(社会的)弱者(=被害者)救済は、今世紀とくに一九六〇年代後半以降の顕著な世界的動向といつてよいからである。しかしそれは、企業なり個人なりに故意・過失があるときは、合理的な範囲内でその法的責任(民事・刑事)が問われることを否定するものではないし、また被害者救済の要請から直ちに(法的)責任——まさにその有無こそが問題なのだが——のない場合にも犯罪の成立を認めることになつてはならない。熊本水俣病刑事事件第一審判決をめぐる熱い論争がすでに一応鎮静した今日に至つて今さらこの問題をとりあげる本稿の意図は、本稿のテーマの追及がひいては刑事責任の基本問題に深くかかわつていと考えられるからである。

(なお、胎児に対する加害の結果、障害児が生まれた場合、胎児に対する傷害罪は成立しないが、母に対する傷害罪が成立するとする見解(ドイツではリュットガー、わが国では藤木博士旧説、大塚教授ら)があるが、これは胎児の損傷を妊婦の身体傷害におきかえて解釈するもので不当であるため、ここでは一応論外とした)。

(1) 熊本地裁昭和五四年三月二二日判決、刑裁月報一巻四号一六八頁以下、判例時報九三二号六頁以下。

(2) たとえばジュリスト六九〇号所収の田宮裕ほか五名の座談会「熊本水俣病刑事判決をめぐる」、板倉宏「熊本水俣病刑事判決の意義」、沼野輝彦「テッソ刑事判決と企業組織体責任論」、斉藤誠二「胎児の傷害と傷害罪」、法律のひろば三二巻六号所収の鶴田六郎「水俣病刑事判決の概要」、飯田英

- 男「水俣病刑事判決と公訴時効をめぐる問題点」、池田耕平「胎児性水俣病と刑事責任」、のほか板倉宏「水俣病刑事判決をめぐる——その意義と妥当性」判例タイムズ三八五号一〇五頁以下、土本武司「公訴時効・胎児性致死傷——水俣病事件一審判決をめぐる——」警察学論集三二巻七号四五頁以下、八号九九頁以下、大塚仁「胎児性水俣病と業務上過失致死傷罪」、荒木伸怡「公訴時効の起算点（以上二篇はジュリスト「昭和五十四年度重要判例解説」二九八〇）所収）などがある。さらに、本件については、起訴の時点で問題視され、関連論文も多い。その若干をあげると斉藤「胎児は人か——胎児の傷害と傷害罪——ジュリスト六二二号九一五頁以下（なお同「胎児に対して薬物などで傷害を与える行為と傷害罪」ジュリスト増刊・刑法の争点一八四頁以下も参照）、藤木英雄「人の意義」、胎児に対する加害行為刑法講義各論一八六頁以下、同「胎児に対する加害行為と傷害の罪」ジュリスト六五二七二頁以下、板倉「刑事責任を問われる水俣病——古き刑法ドグマからの脱却を——」エノミスト一九七六年六月一五日号四三頁以下、同「水俣病事件をめぐる刑事法的諸問題」研修三六四七頁以下、同「公訴時効の起算点・水俣病業務上過失致死傷事件を中心に」判例タイムズ三七三三二〇頁以下、同「胎児」に対する加害行為と「人」に対する傷害——水俣病業務上過失致死傷事件を中心に」判例タイムズ三七五号一八頁以下、土本「公訴時効についての一考察」ロー・スクール六号四七頁以下、同公訴時効・胎児性致死傷（上）（中）（下）警察学論集三二巻七、八、九号所収など。
- (3) 前註(2)引用の判例批評参照。
- (4) 斉藤・前掲「胎児の傷害と傷害罪」および前掲ジュリスト六九〇号所収の座談会における真鍋毅、三井誠教授の発言。真鍋教授は朝日新聞昭和五四年三月二四日付「論壇」でも同じ所見を明らかにしている。なお本件判決前に本判決と反対の立場を明らかにしているわが国の学説としては、香川達夫・新版刑法講義各論（一九七九年）二二〇頁註(一)、斉藤信治「胎児に傷害を与えても無罪か（下）」受驗新報三二四号（一九七八年）五一頁。さらに井上正治・江藤孝・全訂刑法学（各則）（一九七九）一五頁も明言はしていないが、前後のコンテクストから否定説をとるものと解される。
- (5) 毎日新聞昭和五四年三月二二日付夕刊および同日付のその他の新聞参照。
- (6) 刑裁月報昭和五十四年度二巻三三〇頁以下、とくに一八五頁以下。
- (7) R. Pound, *The end of law as developed legal rules and doctrines*, 27 *Harv L. Rev. No.* 3(1914), pp. 195~234, esp. pp. 225~234.
- (8) 前註(7)に引用の板倉「刑事責任を問われる水俣病——古き刑法ドグマからの脱却を」参照。
- (9) たとえば犯罪の被害者救済に関する北吹に始まる立法の普及もその一環として理解される。わが国でも昭和五十五年四月二三日第九一国会で犯罪者被害者等給付金支給法が成立し、昭和五十六年一月一日に施行されることになった。

II

1 前述(Ⅰの1)のように、胎児に対する加害につき過失致死傷罪の成否が論じられるようになったのは、いうまでもなくサリドマイド事件を契機とする。いわゆるサリドマイド事件は、サリドマイド薬禍最多発国の西ドイツで最初に一九五

八年五月以来アーヘン地方裁判所で審理がすすめられ、週三回の継続審理で二〇〇回をこえる審理が続けられた末、一九七〇年、まず民事事件(附帯私訴)について和解が成立し、刑事訴追についても同年二月一八日手続中止(Einstellung)の決定で訴訟が終結したの⁽¹⁰⁾に対し、西ドイツ、日本に次いでサリドマイド奇形発生頻度第三位のイギリスでは、サリドマイド訴訟の提起は西ドイツよりやや遅れた(一九六一年中に六二件の訴訟提起があつた)ものの、西ドイツのいわゆる「コンテルガン訴訟」の手続中止よりも二年半以上も前の一九六八年二月には和解契約が成立し、翌年高等法院の決定によつて賠償が支払われている⁽¹¹⁾。ただ、イギリスでは、西ドイツとはちがつて民事責任が問われただけであつた。またイギリスでは、このサリドマイド薬禍に触発されて、その後「一九七六年先天性心身障害(民事責任)法(一九七六年法律第二八号)〔Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (1976 C. 28)〕を制定し、未出生(胎)児に対する法的保護を画期的に画大した⁽¹²⁾ことが注目されるが、これも民事責任法であつて刑事責任論ないし刑法解釈に直接関連するものではない。とはいえ、サリドマイド症や胎児性水俣病につき、傷害罪もしくは過失致死傷罪の成立を認めうるかどうかにつき否定説の見地でも、立法による解決はこれを認める点ではほぼ一致している⁽¹³⁾。なおイギリスでは、右の立法にあたり、この法は民事責任に限定するもので、しかも「胎児 foetus」、「未出生児 unborn child」自体に独立の別人格性を付与しようとするものではなく、したがつて刑事法上の「墮胎 abortion」の問題に何ら影響を及ぼすものではない旨の説明がくりかえされた⁽¹⁴⁾という。しかし、イギリスでは、コモン・ロウ上、胎児に対する犯罪がどのようにに解されて来たか、が右の立法の背景としてとくに考慮されねばならないし、同時に、右の立法を契機に民事法学においては、『私権ノ享有』の始期を『懐胎』時とし、胎児に全面的に人格性を承認すべきではないか。いまや、法は、胎児に対し被害者性を承認しなければ、公平を害う時代状況又は社会状況に当面しており、『胎児は人なり』とすべき現実的・社会的要請に迫られているのではないかと思われ⁽¹⁵⁾。という見解さえあらわれていることにも注意しなければならない。しかもこれと共通の発想は西ドイツのペラー(もつともこれも民事上の損害賠償請求に

関してであるが⁽¹⁶⁾、ヤオーストリアの R・マイヤー⁽¹⁷⁾の所論の中にも見られる。その意味でイギリスの右立法をめぐる諸議論も刑法解釈論と無縁なものときめつけることもできないものがある。

2 胎児の保護に関する歴史をひもといてみると、ギリシア、ローマ時代までは、胎児はまだ母体から分離されない限り、母体の一部とみなされ、「母の体内の一部 (pars viscerum matris)」または「被造物となることが期待されるもの (spes animantis)」ではあるが「子供 (infans)」ではないとされ、さらに「まだ生れていない胎児は、正当には人であつたとは言えない (partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur)」⁽¹⁸⁾とされ、したがって、墮胎は処罰の対象とはされなかつた。それどころか、ギリシアでは国民経済の理由から墮胎が奨励されたくらいであつた。⁽¹⁹⁾ローマでは紀元二世紀になつて *Septimus Severus* 以来漸く墮胎が国家的刑罰の対象とされたが、それも母とは独立の存在としての胎児の生命に対する犯罪としてではなく、その子の出生に対する父の期待権が断たれる夫に対する犯罪とみなされたのであつた。⁽²⁰⁾このようにして周知のとおり、墮胎処罰の歴史は教会法にはじまる。教会法は、一般に生氣を与えられた胎児 (*foetus animatus*) とそうではない胎児 (*inanimatus*) を区別するもの *„homo est et qui est futurus et fructus omnis iam in semine est……“* (やがて人となるもの、すでに種子に宿る果実のすべてが人である……) として、胎児と人とを同視して⁽²¹⁾いた。

イギリスにおいても、古くは、墮胎を殺人 *homicide* と考えていた。例えば、コークの時代には、(1) コモン・ロウ上、子宮内の子供の殺害は、犯罪ではあるが、それは軽罪 (*misprision*) であつて重罪 (*felony = murder*) ではなかつた。(2) もし子供が生きて生まれたが、出産前の侵害の結果として死亡したときは、それは謀殺であると解されていたようである。⁽²²⁾コークによれば「なぜなら、その子が生きて生まれたときは、事物の性質において *in rerum natura* その子は、法律上一個の理性のある生物 (人間) (a reasonable creature) とみなされるからである」と⁽²³⁾いわれた。その後、胎児保護に関する制定法として *Offences against the Person Act, 1861, Infant Life (Preservation) Act, 1929* があり、墮胎罪処罰については、

胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否

よる) Abortion Act, 1967により画期的局面が開かれた。なかでも Infant Life (Preservation) Act 1929が、妊娠二八週以上であつたという証拠によつて、生きて生まれる可能性のある胎児の生命を奪う意思をもつて胎児が母体とは独立の存在となる前に、故意行為によつて胎児を死に至らしめることを Child Destruction として墮胎罪や嬰兒殺とは独立の犯罪類型として新設したことが注目される。⁽²⁴⁾ これらの制定法ではしかし、生きて生まれた子が、出生前の胎児に対する損傷が原因で死亡した場合には、殺人(ないし傷害致死)罪を構成することが、むしろ前提とされているように解される。だからこそウィンフィールド教授は、それが刑法上は殺人 (homicide) になることが認められるであろうのに、なぜ民事法上は不法行為にならないのかを問題にし(まさにこの点で西ドイツや日本の多数説と発想が逆転しているのだが)、「子が出生前に一撃をくらつて〔出生後にそれが原因で〕死亡した場合と出生後に一撃をくらつて死亡した場合とを比べて、そのいずれの場合にも、その子が息をひきとる前に生きて生まれてきたものと仮定すれば、その子の悲痛さにおいてどれほどの差があるか」と論じているのである。⁽²⁶⁾ さらに、胎児の不法行為訴権に関しては、わが民法のように、胎児がもし生きて生まれたら、その子の利益になるときは遡つて既に生まれたものとみなす(擬制)ローマ法に由来する考え方のほかに、イギリスには、ネグリジェンスは被害者に損害が発生しないうちは未成立なのであるから、この不法行為は、障害児が生きて生まれたときに現実に成立することに成り、その侵害が胎児中に蒙つたものでも、その子が生きて生まれたときに、(その子は)法人格をもち、next friend (近友) を介して訴求しようという考え方があつたことも指摘されている。その他マンチェスター工芸専門学校のペイス講師は、この点に関する両極端の考え方として、胎母一体観から、その子自身のための訴訟を認めず、専ら母のための訴訟しか認めない見解と、胎児に独立の法人格を付与する見解とを紹介している。⁽²⁷⁾ 医学や生物学が未発達であつた時代とは異なり、胎児発生の詳細な過程が解明された現代において、胎母一体観はもはや採用できないし、金銭的な請求権のみを問題にするわが民法上の擬制の法理を刑法解釈論に直ちに援用することも許されないが、胎児に母とは独立の人格性を認める

とすれば、受胎の時に法人格を付与することにならざるを得ないであろう。何となれば、例えば、child destruction の成立のためには生きて生まれる可能性のある胎児の生命を奪うものでなければならず、その誕生の可能性は行為時に妊娠二八週以上であつたことを示す証拠で確定されるとされる⁽²⁹⁾。しかし、母体と独立に生育できる可能性は、今日では妊娠二四週経過後までくり上げられ⁽³⁰⁾、医学の発達はさらにこの可能性を拡大するものと考えられるから、期間を限定することは、科学的にはあまり意味がないといわねばならないからである(なお後述一一〇頁以下参照)。結局、現在の生物学および医学水準と法規制の下では、①受精卵が子宮内に着床したとき (Nidation od. Einnistung) から独立の生命体として保護の対象となるものと解されるであろう(この点については従来もわが国の学説において争いはなかつたといつてよい)。②但し、胎児が母体とは独立に生育できない段階で損傷を受け、母体外に排出されたときは、墮胎罪規定の範囲内で保護され、生きて生まれたあとでは、その損傷行為の時点が出生の前であると後であるとを問わず、生じた結果についての責任が問われるべきものとする⁽³¹⁾とも、前述の論理からは可能となるであろう。

3 胎児に対する加害と傷害罪の成否の問題は、これまで主としてサリドマイド事件を中心にして論じられて来た。それに関する論稿は夥しい数にのぼる。しかし、胎児性水俣病について考えるとき、両者を全く同一視してよいかには疑問がある。さらに両ケースについて判決が言い渡されたときの社会的、法的諸情況の変化についても考慮する必要があるように思われる。

①サリドマイドケースでは、すでに多数の指摘するとおり、催奇形はすでに妊娠初期(第四週〜八週)のサリドマイド剤の服用で胎児のみ生じ、かつ、母体(成人)には(催眠のほか)何らの影響も与えず、しかもその身体的状況(奇形)は、出生後もとくに進行するものではなく、死因となるものでもない。まさに典型的な「胎児」毀損(≡傷害)である。これに対して、小児性水俣病の場合は、成人がすでに行為の客体となりうるのであり(というよりむしろ成人水俣病が通例である)、熊本水俣病

刑事事件でも(判決では時効完成とされたが)検察官が起訴の対象とした被害者七人のうち五人は成人であつた。つまり、胎児性水俣病が、斉藤・真鍋・三井教授らのいうようになり、過失傷害罪を構成しないとしても、時効の点さえ論外とすれば行為自体、犯罪を構成するに充分な条件(危険性)を備えたものである点を考慮する必要がありはしないだらうか。

②しかし、さらにここで指摘されねばならないのは、いわゆるコンテルガン訴訟が問題になつていた頃、西ドイツでもオーストリアでも、墮胎罪規定は、医学的適応を認めるのみの厳格なものであつたことを想起する必要がありはしないかといふことである。これは、とくにシュレーダー、テッパーヴィーン、レンクナーらいわゆる二分説⁽³¹⁾を理解するときに考慮に入れるべきもののように思われる。その後オーストリアでは、すでに、一九七五年の新刑法で妊娠初期の三カ月以内のオン・リクエスト制を採用し(墮胎九七条一項一号)⁽³²⁾西ドイツでも一九七六年六月以降、妊娠中絶は大巾に自由化された⁽³³⁾。いふなればそれだけ胎児の保護はうすくなつたとも見られる。つまり、そのような社会—法律状態の変化に注目すべきではないだらうかも問われてよい。

右のうち①は肯定説に、②は否定説に有利な判断材料を与えるように思われる。しかし②に関しては、さらに、一九六〇年代後半から七〇年代には、世界各国でめざましい家族法改正の動向が見られ、その中で子ども⁽³⁴⁾の保護が一層厚くなつて来ていることも見逃せない。前述イギリスの一九七六年の Congenital Disabilities (Civil Liability) Act も、民事責任に限定されてはいるものの、注目に値する。いずれにせよ胎児に対する加害と傷害罪の成否の問題を考えるに当つては、墮胎や妊娠中絶との関係などもつと視野に入れられねばならない。さらに、厳密には、サリドマイドによる無腕症と胎児性水俣病とは、一方は薬品の副作用であるのに、他方は、企業活動に随伴する公害による発症であること、毒性の胎児に作用する時期(後述)に差があることにも注意がむけられてよい。

4 最後に、わが国の従来の論評には必ずしも明確な指摘は見られなかつたが、この種の問題を「人」の始期の問題とし

て位置づける限り、リユットガー、マイヤー、ペーラーらの指摘するように、法律問題だけではなく、医学的(ないしは)生物学的視座を併用することが要求されるが、最近一〇年間の科学の進歩は、コンテルガン訴訟当時の議論を再現するだけではすでに対応できない段階に至つていと言つてよい。⁽³⁴⁾ 法によるコントロールには所詮限界があり、科学のレベルに即応することはなかなか至難の業であるが、さりとて、そのような社会情勢の変化に全く無縁な法理の展開では、説得力に欠け、結果的に空虚感を残すのみである。⁽³⁵⁾ もとより、大衆社会の要請に迎合することが正しい法の解決である、などとは夢にも考えないが、法が現実生身の人間を規律の対象とするものである限り、現実社会に到底受け入れられない形式論理に満足するものであつてよいとも考えない。チッソはけしからんから、何が何でも処罰すべきだと感情論をぶつけるのではなく、刑法の基本原理である罪刑法定主義、とくに被告人に不利益な類推は認められないという大原則の上に立つて、客観的な解釈論の展開によつて、熊本水俣病刑事判決は、多くの学者のいうように、真に類推禁止違反かを検討すべきである。

(10) アーヘン地裁判決についてはJZ 1971, 507ffおよび藤木英雄「西独のサリドマイド訴訟打切決定」(『ジュリスト』四九三号、九八頁以下、四九四号一〇二頁以下、四九五号七六頁以下(一九七二)参照。

(11) イギリスのサリドマイド事件訴訟については内田力蔵「イギリスにおけるサリドマイド裁判について―その和解過程を中心として―」(『ジュリスト』五五七号、五五九号、五六〇号、五六一号、五六二号、五六四号所収(一九七四)参照。

(12) この法律の内容、意義については関弥一郎「イギリスにおける『胎児侵害』責任立法―とくにCongenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976について」(以下関『胎児侵害』責任立法と略称する)横浜国大人文紀要第一類哲学・社会科学三三輯(一九七七)二三頁以下および同「不法行為法における『胎児の被害法益』―わが国および英法系諸国の問題状況概観その一―」(以下関『胎児の被害法益』と略称する)前掲人文紀要一頁以下参照。

(13) たとえば前注(2)に引用の斎藤「胎児は人か」一〇四頁以下、同「胎児の傷害と傷害罪」五九頁。またGeorg Schwalm, Über den Beginn des Lebens aus der Sicht des Juristen, MDR 1968, S. 279その他。

(14) 前注(12)に引用の関「胎児侵害』責任立法」三四頁。

(15) 前注(12)に引用の関「胎児の被害法益」一頁。

(16) Hans-Hermann Paehtler, Hat die Leibesfrucht Schadenersatzansprüche? FamRZ 1972, Heft 4, S. 189ff. これが、妊娠六カ月の妊婦がその夫の運転する車で交通事故であり、後に生まれた子供が事故による脳障害を受けていたとして損害賠償を請求したケースに対する連邦裁判所胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否

民事部の一九七二年一月二日の判決 (FamRZ 1972 Heft 4, S. 202 ff.) に対する論評で、ヘーラーは、以前は胎児は母親に対して独立の生物 (Lebewesen) ではあり得ないといふことから出発したが、この定義は今日の知見からは維持できないとして、結局、すでに生まれた者と未出生児との間の区別は、いすれにせよ妊娠三カ月以後で、墮胎の問題を別とすれば、医学上もは存在しない。六カ月の胎児も人であると肯定する。

(17) Raimund Meyer, Der Begriff "Mensch" im Strafrecht, ÖJZ 1964, S. 383ff. イーヤーは、その前年、同じオーストリア法律新聞誌上に発表されたホントマン(肯定説)とマンズト(否定説)の論争を前提としながら、「刑法上の "Mensch" と "Person" の用法の区別から肯定説を展開し、「人」の概念は単に生物学的にだけではなく法的にも胎児を包含しなければならず、また、その生命に対する危険を招来し、もしくはそれを増大させるのに適した作為、不作為を対し、未出生児を保護すべきである」と要請することを、単に倫理的要請にとせしめず、法的要請でもあるとする。なお、vgl. Herbert Hofmann, Zur Frage, ob und inwieweit die Leibestruft durch die Bestimmung des §335 StG. geschützt wird, ÖJZ 1963, S. 284 ff., Gunther Kunst, Zur Auslegung des Wortes „Mensch“ in §335 StG., ÖJZ 1963, S. 599 ff.

(18) Dig. 35, 2, 9, 1, vgl. Gerd Dahn, Zur Geschichte des Abtreibungsverbot, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbot des § 218, 2. Aufl. 1972, S. 330 中谷 = 人見(宏)訳・「墮胎禁止の歴史にめぐって」墮胎はか非か(一九七七年)二九五頁参照。

(19) G. Dahn, a. a. O., S. 330. 中谷 = 人見訳二九四頁参照。

(20) G. Dahn, a. a. O., S. 331. 中谷 = 人見訳二九五頁。

(21) G. Dahn, a. a. O., S. 331. 中谷 = 人見訳二九五頁。

(22) Cf., P. H. Winfield, The Unborn Child, 8 Cambridge L. J. 76(1942), pp. 78~79.

(23) Coke, Institutes of the Laws of England, 3rd. ed. p. 50, cf., Winfield, op. cit., p. 78.

(24) Cf., Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 1978, p. 251, J. W. Cecil Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law, 19th. ed. 1966, p. 196

(25) 周知のように英法上は殺人 (homicide) と同じく謀殺罪 (murder) のほかわが国の傷害致死を含む故殺罪 (manslaughter) へも重過失致死に及ぶ危険運転致死罪 (death by dangerous driving) を含むように留意しなければならない。

(26) Winfield, op. cit., (前註23) p. 89.

(27) P. J. Pace, Civil Liability for Prenatal Injuries, 40 M. L. R. No. 2(1977), p. 141.

(28) 西ドイツではすでに墮胎罪改正作業がすすめられていた頃、連邦議会で胎児の発育状態を示すスライドが映写されて、いわゆる期限規定案派の議員に多大のショックを与えたと伝えられたが、その後、教育関係月刊雑誌エルテルン (Eltern) の一九七九年一月号は、受胎後七週位からの胎児の発育状態、とくに胎児もすでに四つの知覚をもつただけでなくこれを利用して成長するという見解とこれを実証する胎児の表情の変化を明らかにした写真を掲載して大きな話題となった。

(29) 前注(24)に引用のケニイおよびウィリアムズの前掲書はもとより、イギリスの刑法教科書の多くがこれを指摘している。たとえば前掲書のほかS・W・スチュアート著、大谷・熊谷訳・現代イギリス刑法―その基本原理と改革の動向(一九七四)一九三頁など。

(30) 未熟児哺育法のめざましい進歩に伴って妊娠第七月以降の胎児の生育が可能となったため、わが国では、昭和五十一年一月二〇日付厚生事務次官通知により、優生保護法による人工妊娠中絶は、従来の妊娠七月までを六月までと改正短縮された。イギリスでも一九八〇年二月一五日より従来の二八週以内から二四週以内に短縮された。

(31) ここに二分説というのは、刑法が過失による堕胎を不可罰としている点を考慮して、胎児に故意に傷害を加えたときは、生まれてきた人に対する傷害罪の成立を認めるが、傷害が過失によって惹き起こされたときは、生まれてきた人に対する過失傷害罪は成立しないとする見解で、故意犯と過失犯とを区別して論じるため、二分説と呼ばれる。Vgl. Schröder, Rechtsgutachten zum Contergan-Prozess, 1967, S. 1ff., ders., Rechtsgutachten in der Strafsache gegen Wirtz und andere vom 2. 4. 1969, S. 1ff. ただし以上二文献は直接披見できず前注(28)に引用の斉藤教授の「胎児は人か九十九頁注(2)に於いた」Lenckner, in Schönke-Schröder, StGB, §223 Rdnr. 18, Aufl. 1976, (ただしこの部分一九版以降はチャー教授が担当執筆しているが、更に二〇版でその内容にも変更を加えている。二三三條の注、欄外番号も一aが追加されている。しかし二分説をとっていることに変わりはない。Tepperwien, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung? 1973, S. 95ff., insb. S. 143ff. なおチャップマン博士のこの論文は、西ドイツのこの問題に関する最も詳細かつ総括的なものといわれる。シモンケ・シムレーヤー(チャーサー)前掲箇所およびこの論文に対するブライの書評JA 1974, StR. S. 18 参照。

(32) オーストリア新刑法九七条一項一号は、他の何らの適応がなくても、妊娠の開始後三カ月以内にあらかじめなされた医師の診断の後に医師によってなされた妊娠中絶を不可罰としている。

(33) 西ドイツの堕胎罪規定改正の経緯については中谷・前注(18)に引用の中谷・人見訳・堕胎はか非か、訳者あとがき(中谷)同「妊娠中絶に対する法的規制の在り方」ジュリスト六七八号(一九七八)三〇頁以下、宮澤浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪違憲判決について」ジュリスト五八七号(一九七五)八三頁以下、吉田敏雄「西ドイツ刑法典二一八条(堕胎罪)の改正」ジュリスト五七三号(一九七四)九二頁以下参照。

(34) たとえば、シュヴァルム前注(13)に引用の論文はいろいろの提言を行なっているが、人工授精に関する部分はイギリスその他の体外受精、いわゆる試験管ベビーが誕生した今日では、ある程度の修正が必要であろうし、またゲーテのホームクルスに言及はしているが、最近話題のクローニンクの問題はまだ意識されてはいない。これに対し、Gerd Geilen, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, S. 121ff. は、すでに試験管ベビーに言及しているほかこの点についてより周到な議論をしているが、それにも限界はある。

(35) 中谷前注(33)に引用の「妊娠中絶に対する法的規制の在り方」参照。

III

1 熊本水俣病刑事事件第一審判決は、胎児性致死について、胎児性水俣病患者であつた被害者Gは胎生八カ月頃には既に水俣病に罹患し発病していたものであるから、「人」として傷害を受けたことにはならないのであつて、同傷害によつて死亡したとしても、業務上過失致死罪は成立しないとする弁護人の主張を斥けて次のように論じている。少し長くするが、判決文を引用すると次のとおりである。「胎児性水俣病の場合）母体の胎盤から移行したメチル水銀化合物が、形成中の胎児の脳等に蓄積して病変を生じさせ、これによる障害が出生後にもおよぶものであるから、胎児の脳等に病変を生じさせた時点においては、構成要件要素としての客体である『人』は未だ存在していないといわざるを得ないのであるが、元來胎児には「人」の機能の萌芽があつて、それが出生の際、『人』の完全な機能となるよう順調に発育する能力があり、通常の妊娠期間経過後、『人』としての機能を完全に備え、分娩により母体外に出るものであるから、胎児に対し有害な外部からの侵害行為を加え、『人』の機能の萌芽に障害を生じさせた場合には、出生後『人』となつてから、これに対して業務上過失致死罪の構成要件の結果である致死の結果を発生させる危険性が十分に存在することになる。

従つて、このように人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である『人』が現存していなければならないわけではなく、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である『人』が存在するのであるから、これをもつて足りると解すべきである。業務上過失致死罪において、その実行行為に際して、客体である『人』が存在しているのが常態ではあるけれども、実行行為の際に客体である『人』が存在することを要件とするものではない。

これを実質的にみても、業務上必要な注意義務を怠つて、人に対して致死の結果を発生させた場合に、その原因となる行為が胎児である間に実行されたものであつても、あるいは、人となつた後に実行されたものであつても、これを価値的にみ

て、その間に格別の徑庭はないのであり、また、人に対する致死の結果を招来させた原因が胎児のうえに生じたものであつても、あるいは、人に生じたものであつても、それは人に対する致死の結果に至る因果の過程を若干異にするだけであつて、その間に刑法上の評価を格別異にしなければならぬような本質的な差異はないといふべきである。⁽³⁶⁾

ここには、この種の問題に対するこれまでの肯定説の主張が集約されているといつてよいが、肯定説はなお少数にすぎず⁽³⁷⁾（裁判例でもオーストリアでは否認⁽³⁸⁾されている）、今日圧倒的多数といつてよい否定説から出された疑念に十分答えているかは問題であらう。否定説といつても、その主張にはいろいろなものが含まれているが、ここではわが国でこの問題を最初にとりあげ詳細に、かつ、これまで再三理論的に否定説を主張してこられた畏友齊藤誠二教授の所説を検討し、肯定説からの反論の可能性を考えてみることにする。

2 齊藤教授の否定論の根拠は次の四点に集約される。⁽³⁹⁾

(1) 刑法は過失による墮胎を処罰していない。墮胎には胎児を死なせてしまうことも含まれる、と解される点に争いはない。そうだとすると、過失によつて胎児を死亡させてしまつても犯罪にならないのだから、（それよりも重くはない）過失によつて胎児を傷害するという行為は、当然処罰されることはない（これは西ドイツでも、いわゆる二分説の最有力根拠とされている）。しかし肯定説をとると、つよい薬品を与えて母親の胎内で胎児を殺したときは、墮胎罪としてせいぜい七年までの懲役しか科することができないのに、より弱い薬品をあたえて胎児を傷害し、その結果が生まれてきた子供にのこるようにしたとしたら一〇年までの懲役を科することができることになるというおかしな結論になる。そのうえ、肯定説からは、医師から再三にわたつて高いところにあがつてはいけなさと注意されていた妊婦が、不注意にも、カーテンを吊るために高い踏台にあり、そこからおちて胎児に傷害を与えると共に早産してしまつたというアルミン・カウフマン教授の設例⁽⁴⁰⁾の場合も、その傷害を受けた胎児が生きて生まれ、しばらくしてから死んだときは過失致死罪にされ、母体内で死んで体外にでてきたとき

は不処罰となり、一般の法感情にマッチしない。

(2) 肯定説がその論拠としている「傷害罪や過失致死傷罪はその実行行為のときにその客体である『人』が存在していることを必要とはしていない」ということは、たしかに、一般的には、それじたい妥当なことであるが、その説明のために肯定説の立場の人があげる設例(落し穴の設例(藤木)、有害なドライミルク等プレセントの設例(板倉))は、いずれもいわゆる「時間的隔離犯」(zeitliches Distanzdelikt) に関する設例であつてここで取り上げている問題は時間的隔離犯の問題ではない。何となれば、時間的な隔離犯の場合には、人の身体に対する作用の段階ですで行為の客体に「人」という構成要件の要求する性質がそなわつているのに対し、ここで取りあげている問題の場合には、結果の発生の段階になつてはじめて行為の客体に「人」という構成要件の要求する性質がそなわることになる場合だからである。したがつて、肯定説をとる人たちがあげている設例だけでは不十分である。

(3) 肯定説の中には、傷ついた子供を出生させることは、生まれた子供を傷つけたのとまったく価値的に同じものだとみてもよいとして麻酔剤をつかつて、無痛分娩の意図で胎児の脳に傷害をあたえ出生させた場合と、分娩時に使用した器具によつて先天性障害児が生まれてしまつた場合などをあげる人もいるが、この設例は不当である。この問題は人の始期の問題として解決すべきであつて、右の設例は、どうしても肯定説をとらなければならない根拠になるとは思われない。

(4) 現行刑法の解釈として肯定説は可能か。この問題は、もともと立法で解決しなければならぬものであり、これを解釈でカバーしようとすることはむずかしい。否定説は、現代の社会における刑法なり刑事のサンクションの機能を十分に考えながら、同時に現代の刑法の解釈のメトードをも踏まえて結論をみちびいてきているのである。以上が大体の骨子である。⁽⁴⁾

3 次に以下において右の斉藤教授に代表される否定説を検討することとする。

(1) については、西ドイツの堕胎罪規定が胎児の殺害を要件としていたこと(旧二一八条。現行の新二一八条は旧規定と異なつ

てこれを要件としてはないが、妊娠の中絶(Abbruch der Schwangerschaft)とは胎児の殺害と同意義と解されるのが一般である。Vgl. Schönke-Schröder (Eser), StGB 20. Aufl. 1930, §218 Anm. II, III, Rdnr. 4, 5, 6.) したがってその保護法益も専ら胎児の生命であると考えられている。これに対してわが国では、一般に、生きて生まれ、かつ生育可能な場合にも墮胎罪は成立するものと解され、また、保護法益としても、胎児の生命・身体のほか、母体の生命・身体も副次的な保護法益であると考えられているなど、墮胎罪に対する考え方には両者に差異はあるが、いずれにせよ胎児段階で結果が終了すれば墮胎罪の成否のみが問題となすことに異論はない。問題は、胎児段階で何らかの加害を受けたままその胎児が生きて生まれて人になつた後に効果があらわれた場合をどう評価するか、にある。生きて生まれた後、まさに「人」の身体に傷害ないし死の結果がふりかかっているのであるから、かりに行爲に軽重の差があろうとも、過失が認定される限り、過失傷害ないし過失致死の成立を認めてよいのではなからうか。過失犯の成否、責任の大小は、必ずしも過失の程度、その軽重のみで決定されるものではない、という周知の命題を指摘することでその論拠は充分ではなからうか。例えば、失火罪に例をとると、過失が重大でも(たとえば油を入れた鍋を火にかけたまま外出)、結果が不発生ならば(失火未遂罪の規定はないから)当該過失は不問に付されるが、それより過失の程度は軽くても(やかんに一杯の水を入れて火にかけたまま外出した)、発生した結果が大(それがもとで付近に燃え移り、火災が発生した)であれば失火罪に問われることになる。この理をこの場合にも応用するならば、毒性の強い薬物のため胎児が母胎内で死亡し、早・流産に至つたときは、故意か過失かによつて墮胎罪ないし不処罰となり、毒性が弱いために胎児は生きて生まれたが、障害を負いまたその症状が悪化して死亡するに至つたときは、まさに結果が「人」にふりかかっているのであるから傷害または過失致死傷を認めてよいことになりはしないだろうか。法は、出生後の「人」とそれ以前の胎児とを明らかに区別して保護の対象としているのであり、保護客体としては、胎児よりも人を厚く保護しようとしていることは明らかである。このことは否定説も強調する点である。肯定説は刑の均衡上おかしな結論になる、とい

う否定説からの批判に対する再批判も、従つて全く同一根拠で提起されうるであらう。

(2) 刑法は、故意・過失を問わず「胎児の傷害」をとくべつな構成要件とはしていない。日常生活で医薬品や放射線や器械などで胎児に傷害(後遺症)を与えてしまうということはしばしばあるから、肯定説をとれば「こういう日常生活でしばしばみられる行為は、ほとんど処罰されることになり、わずかに、胎児に傷害をあたえたが、その傷害はその胎児が生まれるまでに治つてしまつたというおそろくひじようにまれだとおもわれる場合にだけ処罰されないだけだということになつてしまふ。しかし、こういうことは、『胎児の傷害』を正面からとくべつな構成要件としていない刑法の趣旨にあう解釈だとおもわれない」という⁽⁴²⁾。しかし、かりに肯定説によつたところで直ちにこのような日常しばしばみられる行為について、それがほとんど処罰されることになるとはいえないのではないだろうか。それがレーゲ・アルティスにかなうものであれば、行為の違法性が阻却されることになろうし、母親の過失による場合も、かりにその母親の過失が軽率のそしりを免れ得ない場合であつても、後述のように、直ちに処罰されることにはならないであらう。ただ、「過失致死傷罪ないし過失致死罪は実行行為のときにその客体である『人』が存在していることを必要とはしていない」ということの説明のために肯定説をとる人たちがあげている例は妥当でない、とする斉藤教授の指摘は正しい。藤木教授の落し穴の設例(一)では、現に穴に落ちる行為はその子が生まれた後に行われているのであり、板倉教授のあげる有害ミルクプレゼントの設例(二)は、第一例よりは、まだ、意図された客体が当の胎児である点で、ここで議論の対象としている問題との接点が求められそうであるが、やはりその有害ミルクを子供にあたえたのはその子の出生後である点で、結局第一例と共通である。サリドマイド児でも、胎児性水俣病の場合でも、機能障害を受けた胎児が出生と同時に、または出生後しばらくしてからその障害に人が気づくのであつて、生後の何らかの積極的な行為が原因で症状があらわれるわけではない点で前記二例と決定的な差がある。しかし、さりとてアルミン・カウフマンがあげた、妊婦の過失による脚立からの転落の設例も、この場合の適例とはいえないように思わ

れる。何となれば、母親には一定の範囲で胎児を産むか産まないかの決定権があると解されること（とくにいわゆる期間規定方式はこれを前提とするといえる）、障害児を出産した母親は、自己の過失に起因する後遺症に悩む子の悩みは、同時に母の痛苦として、生涯その責任を負うものであることを考えると、それ以上の刑事制裁は不要と解されること、さらに、単純な過失傷害は親告罪とされていること（したがってそのような場合に告訴されることは殆ど考えられない）など総合して、この場合は他人の故意・過失による胎児の損傷とは同一には論じられないと考えるからである。

(3)次に齊藤教授は、時間的離隔犯とちがつて、本件の場合、結果の発生の段階になつてはじめて行為の客体に「人」という構成要件の要求する性質が備わるのだから、そのような場合でしかも傷害罪が成り立つとしなければどうしてもおかしくなるという設例が示されなければならないといわれる。この指摘は従来の肯定説批判として正鵠を射たものといえる。すなわち、問題の核心はまさにこの点にある。しかし、①過失犯においては、一様に指摘されているように、いわゆる定型性がゆるやかで、前述の失火罪事例によつても明らかのように、具体的には、結果発生があつたのちにはじめて原因設定行為に遡つて因果関係の存否、過失の有無を問うのであるから、客体の適性については結果発生時を基準として、その時点で人といえれば足りるといつてよいのではなからうか、②まして、当該胎児が成育して当該人となるのであるから、客体のアイデンティティに疑いがあるわけではない。加えて塩化メチル水銀が妊娠八カ月前後の胎児に病変を生じさせるものとする⁽⁴³⁾、胎児はすでに母体外で独立して生育も可能——ほぼ確実に人となり得る——となつた段階のことであり、しかも塩化メチル水銀の毒性は、母の胎盤を通じて胎児に吸収されたために母は水俣病の発症を免れたという事情もあつたようである。熊本地裁の認定にかかる成人水俣病・胎児性水俣病発症のメカニズムの解明が唯一絶対の真実かどうかは、私には判定不能ではあるが、少なくとも判決の認定に従うかぎり、そうである。胎児性水俣病の場合、右のようにとくに妊娠後期に作用するものであるほか、本来成人にも傷害を与えるものである点で、最近の世界の立法例で多数が中絶を許容する妊娠初期に限つ

て胎児に作用し、成人には作用しないサリドマイド薬害の場合と事情を異にしていることがもつと強調されてよいのではなからうか。この点を考慮すると、むしろ肯定説は比較的容易に支持できるのではないかと考えられる。否定説はその意味で *Contergan-Prozess* に際して展開された西ドイツの学説を胎児性水俣病にも単純に援用しようとしたそしりを免れないのではなからうか。もつとも妊娠月数による判断は、現時点では右のように理解し得ても、未熟児哺育のめざましい発達は、今日すでにわが国では五一七グラム（妊娠二六週目に出産の双生児のうちの一子、他の一子は死亡）の超未熟児の哺育の成功も伝えられ、今後ますます早期誕生未熟児の成育の可能性をますますであろうことはほぼ確実に予測される。そればかりではなく、体外受精の方法で、文字通りの試験管ベビーの誕生も実現可能となれば、母体と独立に未出生児も犯罪行為の客体となりうるわけで、妊娠月数による区別をすることの意味も減少する。その点を考慮すると、やはり、イギリスの胎児侵害賠償法のように、原則的に受精卵の子宮内「着床」または胎芽移植の時点から胎児の被害法益を認めねばならないであろう。それは、著しく犯罪成立の範囲を拡大する危険があるように見えるかもしれない。しかし、胎児が結局未出生に終れば墮胎罪の成否が問われる以外は論外とされ、出生したのちに胎児の間に蒙つた作用の悪い結果が生じたときのみ、因果関係と責任の有無を確認のうえ犯罪の成否を認めるのであるから、それ程不合理な結果にはならないであろう。その結果問題になるのは、多くは軽率で水準の低い医療関係者の行為責任（たとえば妊婦に対する不注意なレントゲン照射をした医師の責任など）であろうが、その場合にもレーゲ・アルティスについての水準の確立（治療行為の相当性の判断）と具体的な因果関係と過失認定が慎重に行われるかぎり、とくに不当な結果とはならないであろう。

4 すでに別稿⁽⁴⁵⁾で指摘したように、妊娠中絶自由化の世界的傾向の中で、一九七〇年代の世界の立法例の傾向は、一定の期間内のオン・リクエストを認める点に特色が認められる⁽⁴⁶⁾。その中で西ドイツは、長い期間にわたる広範な検討の末一旦はそのように立法した（一九七四年六月一日第五次刑法改正法二一八条^a参照⁽⁴⁷⁾）あと、憲法裁判所において、胎児は、受胎のと

きから人間の尊厳、身体の不可侵性という憲法上の保障が与えられるべきものであるという理由で、たとえ妊娠初期の段階であっても無条件に中絶を認めることは憲法違反であるとし、結局適応を列挙する規定形式(Indikationsmodell)に変更された。私は、当初、これは中絶自由化立法としては一歩も二歩も後退したもので、比較的短期間に期間モデル(Fristenmodell od. Fristenregelung)を導入したフランスやイタリア⁽⁴⁸⁾にくらべて、いかにも西ドイツらしい無器用さのあらわれと思つたが、⁽⁴⁹⁾その後、児童さらには胎児の保護強化という傾向が進んできたことを考えると、そのような法思潮の変動、転換に連動し、対応するものとして評価できるのではないかと考えるようになった。

(36) 前注(1)に引用の刑裁月報二二三頁以下。

(37) 通説は否定説だといわれる。例えばKlaus Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 19, 1974, S. 97. なお西ドイツにおける学説の詳細については、前注(2)に引用の斉藤教授の諸論文参照。『フューチャー』教授は西ドイツでは一般の見解は肯定説を採らなければならないと考えているといふ。Eser, in Schönke-Schröder, StGB 20, Aufl. 1980, §223 Rdnr. 1a.

(38) 一九六四年一月二六日の最高裁判決。事案は、交通事故にあつた当時妊娠五ヶ月であつた婦人が事故がもとで約二週間後に双子を早産したが、二人とも未熟児で、出産後一〜二日で死亡したことにつき被告、運転手の過失致死が問題となつたが、これは過失傷害にも墮胎にもならないとしたもの。Vgl. OJZ 1965, S. 215f.

(39) 前注(2)に引用の斉藤・「胎児の傷害と傷害罪」とへに五五頁以下。

(40) Vgl. Armin Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung. JZ 1971, S. 570.

(41) 前注(39)参照。

(42) 斉藤・前注(39)引用論文五五頁〜五六頁。

(43) 前注(1)に引用の刑裁月報一九〇頁。

(44) 朝日新聞昭和五五年一〇月一七日期刊二三二面。

(45) 中谷・前掲注(18)に引用の墮胎是非か、訳者あとがき三五五頁以下、とくに三五六頁以下、中谷、「妊娠中絶に対する法的規制の在り方」ジュリスト六七八号(一九七八)三〇頁以下。

(46) おもな立法例の一九六七年(イギリスの妊娠中絶法制定の年)から一九七七年までの一〇年間の妊娠中絶法の推移を表示するものとして People,

胎児に対する加害と過失致死傷害の成否

vol. 5, No. 2の付録参照。その後のフランス、イタリヤの事情については後注(48)参照。

(47) この規定は「最初の二週間以内の妊娠中絶の不可罰性」という見出しで「医師が妊婦の同意を得て行う妊娠中絶は、受胎後二週間を超えていないときは、第二二八条(妊娠中絶の規定)筆者注)によつては、これを罰しない」と規定していた。なお中谷・人見安)訳・墮胎是か非か三五八頁参照。

(48) フランスの墮胎罪規定の改正の経緯については小宮進一「フランスにおける墮胎罪論争―その法文化的背景の理解を狙いとして」青山法学論集二二卷三・四合併号(一九八〇)二一九頁以下、イタリヤのそれについては中谷・松浦「イタリヤ妊娠中絶法(一九七八年五月二日の法律第一九四号)」法学研究五一卷二二号(一九七八)五八頁以下、とくに解説(中谷)参照。

(49) 前注(18)に引用の中谷・人見訳・墮胎是か非か、訳者あとがき(中谷)三五六頁―三五七頁、ジュリスト六七八号四〇頁。なおドイツの墮胎罪規定の改正については、前注(33)に引用の宮澤、吉田両論文参照。

IV

1 前述のような肯定説に対しては、否定説の立場から被告人に不利益な類推を認めるもので、罪刑法定主義の原則、責任主義の原則に反する許されない解釈であると非難される。果たしてそうであろうか。罪刑法定主義の感覚について、平野教授は、公文書の写真コピーの偽造を有印公文書偽造(罪)であるとした最高裁判決(昭和五一年四月三〇日刑集三〇卷三号四五三頁)に関連して、ほぼ同じ頃、同種の事件につき有罪(日本)と無罪(ドイツ)にわかれた電気窃盗事件とコピーの偽造事件をあげて「わが国には罪刑法定主義を唱えながら、個々の規定の解釈にあつて必らずしもこれに忠実でない者は、ないでもない。少なくともわが国とドイツとを比べると、罪刑法定主義の感覚に、若干のちがひがあるように思われる。わが国の方が、その感覚がいくらか鈍いのではないかと思われるのである」とされる⁽⁵⁰⁾。当該ケースについては、結論において私も同じように考える。平野教授は、さらに胎児性水保病につき(過失)傷害罪の成立を消極に解される。母体内で胎児を死亡させたとき(墮胎)よりも(より軽い)傷ついたときの方が重く処罰されることになつて不都合なこと、「たしかに実行行為の時には客体は存在する必要はないが、その効果が客体に生じる時には、存在する必要があ」り、「いわゆる胎児傷害の場合

は、胎児のときに、結果はすでに発生し終つてい⁽⁵¹⁾て、「ただその状態が出生後も続いているにすぎない」ことを理由とする。しかし、水俣病のように公衆の生命、身体という重大な法益侵害を惹起している場合、それが個人レベルの犯罪ではなく、企業活動自体から生じたものであり（その意味で構造型公害ともいわれる）、しかもすでに被害状況が明確になつた後も排出し続けた行為に対して、生まれてきた子供に対する傷害の事実をそれと評価することが類推禁止違反に問われるべきものとは考えない。行為時に構成要件の要求する要件がそなわらなくてもよいとされるものとしては身分犯における「身分」をあげることができる（植松・団藤ら）。真正身分犯である収賄罪でも、事前収賄罪（刑一九七条二項）がそうであり、これに対応する事前贈賄罪はまさに客体の身分が事後に備われればよいとされることも想起されてよい（もつとも通説は、公務員または仲裁人となつたことを客観的処罰条件と解するが）。問題は、すでにリユットガー教授の指摘以来、否定説の論拠の一としてあげられ、平野教授によつても指摘されたように、傷害罪（もちろん過失傷害罪も）を継続犯と解さない限り、この場合傷害罪の成立を認め得ないのか、という点にある。ここでは紙幅の関係で、充分詳述することは許されないが、これは肯定説の立場から明確に回答されるべき難問といえる。しかしこの点については既に述べたように（前述I参照）発生学の知見をかりるまでもなく、胎児と後の子供は同一人物であることを見損つてはならないであろう。その意味で前掲一九七二年一月一日の西ドイツ連邦裁判所民事部判決が「胎児は人として世に生まれ出るべく決定されている。すなわち、胎児と後に生まれた子供とは同一人（identische Wesen）であり、この当然の事実を損害賠償責任法（Haftungrecht）は考慮に入れなければならない。胎児の損傷は、従つて、出産の終了と共に、いずれにせよ人の健康傷害となり、それに対して加害者は民法八二三条により損害賠償をしなければならない」としているのは正當であり、刑事責任についてもおおむね援用できるもの⁽⁵⁴⁾と考える。熊本地裁判決は、Ⅲの1に指摘したように「『人』の機能の萌芽」（サリドマイド事件に対するアーヘン地裁の表現をかりたと思われる）という点を強調している点で必ずしも適當ではないとも考えられるが、その基本姿勢において前掲BGHと共通であるといえる。

いずれにせよ、行為時に客体の現存することを必要とするのが一般の刑法理論であるとするならば、⁽⁵⁵⁾前述の解釈はそう無理な解釈とはいえないであろう。ウインフィールド流の論理をかりれば、この場合に（過失）傷害または（過失）致死の成立を認めない方が不合理というべきであろう。熊本地裁判決は、まさにその理を「…これを実質的にみても、業務上必要な注意義務を怠つて、人に対して致死の結果を発生させた場合に、その原因となる行為が胎児である間に実行されたものであつても、あるいは、人となつた後に実行されたものであつても、これを価値的にみて、その間に格別の径庭はないのであり、また、人に対する致死の結果を招来させた原因が胎児のうえに生じたものであつても、あるいは、人に生じたものであつても、それは人に対する致死の結果に至る因果の過程を若干異にするだけであつて、その間に刑法上の評価を格別異にしなければならぬような本質的な差異はないというべきである」としている。ここで問題とされているのは、行為の客体の存否、じたいであつて、行為ないし結果に対する評価の問題ではない点で判決には問題があり、ややいわずもがなの嫌いはあるものの、基本的には支持できることはすでに前述のとおりである。

2 私も、解釈論としては、むしろ否定説の推論の方が従来の手法の応用であるだけに容易でもあり、気安くもあると考える。正直のところ、熊本地裁の判決要旨を一読した直後の感想はどちらかといえば、このような解釈は危険だという畏怖であつたといつてよい。しかし、判決文を詳細に検討もし、熟考もした末、標題のテーマ自体については肯定説を支持することに考えを改めたのである。法が現実の社会生活の中で人間の行為を規律するものである限り、現実に対する洞察を無視すべきではない。現行刑法の生命、身体に対する罪が、今日のような公害の発生、医療や薬剤の発達に伴うさまざまの法益侵害の態様を予期していなかつたことは事実である。しかし、法の解釈は、立法者意思に絶対的に拘束されるものではないことに異論はなかつたと理解している。人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律（昭和四五年一月二十五日法律第一四二号）その他一連の公害対策法が制定され、また改正刑法草案は部分的にこれを取りこみ規定している（案二〇八条、二一

一条)が、立法者の予期しなかつた新たな事態にも対応するためある程度柔軟な解釈をするのが、法解釈学の特徴であつたのではなかつたのか。そして、それがまたわが国の判例の伝統でもあるといつてよいのではなからうか。⁽⁵⁶⁾ただこれは、あくまでも胎児に対する加害に過失(予見可能性)ありと確認されたうえの議論である。熊本地裁判決について私が現在なお疑問を留保している点は、むしろ、胎児性水俣病発症のメカニズムが明らかにされていなかつた被告人らの実行行為当時において、右判決において認定されているように、果たして予見可能性(過失)があつたといえるか、にある。その意味で、熊本地裁判決をめぐる論評は、胎児が傷害罪の客体たりうるかの点に集中しすぎた嫌いがあるように私には思われる。

3 熊本地裁判決においては、その理論上の問題としては、胎児性水俣病につき業務上過失致死罪の成立を認めたことだけに、その特異の公訴時効論があり、その理論構成自体には疑義もある。胎児性致死論もこの公訴時効論との相関関係の下に展開されたものであるから、熊本地裁判決の評釈となると、本来この公訴時効論と切り離して胎児性致死論を論ずべきではないであろうが、本稿は判例評釈ではないのと、公訴時効論は、それ自体大問題なので本稿ではあえてこれを除外した。

(50) 平野龍一「罪刑法定主義の感覚——コピーの偽造に関して——」警察研究四九卷二号(一九七八)三頁以下。このような認識は藤木博士にも共通するものがある。藤木「胎児に対する加害行為と傷害の罪」(前注)②に引用の論文)七九頁参照。コピーの偽造、胎児性水俣病の何れの判決にも反対の平野教授に対し、藤木博士は判例に好意的であり、両者の結論は対立するものであるだけにこのことは興味深いものがあるが、平野教授のこの理解には多少疑義がある。なお後注(56)参照。

(51) 平野「刑法における『出生』と『死亡』」(一)警察研究五一巻八号(一九八〇)一〇頁〜一二頁。なお平野教授は否定説。

(52) Lütjens, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht, Probleme an der Grenze Zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschenqualität, JR 1971, S. 140. 44 vgl. Hirsch, in LK, §223 Rdnr. 3, Armin Kaufmann, a. a. O. (前注)④に引用) S. 571.

(53) FamRZ 1972, Heft 4, S. 203.

(54) テPPERウィーン博士が肯定説は否定説の非難するように傷害罪を状態犯と理解することと矛盾するとはいえないとする理由も、表現は異なるが実質的にはほこれに相応するものと解される。Vgl. Tepperwien, a. a. O. (前注)③に引用) S. 59ff.

(55) 齊藤・前注)②に引用の「胎児の傷害と傷害罪」五七頁参照。

(56) この点をとらえて、平野教授は、日本の罪刑法定主義の感覚は西ドイツのそれにくらべてたゞいといわれる(なお、前注)②に引用の藤木「胎児に対

胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否

する加害と傷害の罪（七九頁参照）が、それには両国の国会の立法機能の差——日本の国会の立法の対応の遅れは刑法三〇〇条（尊属殺）の違憲判決（最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三三〇二六五頁）が出てからすでに七年以上経過しているのに、未だにこれが削除も改正もなされていないことが端的に物語っているといえる。しかし、わが国で従来よくいわれて来た電気窃盗に関する彼我の判例の差（ドイツでは判例は否定して立法的解決により、わが国では、いわゆる管理可能性説によつて窃盗の成立を認めた）も、わが旧刑法は窃盗財の客体を単に「他人ノ所有物」と規定していたのに対し、ドイツの窃盗罪はその客体を他人の動産（fremde bewegliche Sache）と規定している文言上の差にもよると解される。文書偽造罪についても用語上の差異が指摘されている（宮澤浩「フオートコピーと文書偽造罪（七）判例タイムズ三三三三三〇二九七五」三三頁以下参照。また齊藤教授が、わが国のガソリンカー事件判決（大判昭和一五年八月二二日刑集一九卷五四〇頁）に匹敵する西ドイツの「トトラック事件」（BGHS., Bd. 10, S. 375）の例をあげて、日独の法の解釈、運用がかなり違ふといきつてしまつてよいものかという疑問を出されているのは、極めて注目し得る。齊藤「胎児の傷害と傷害罪」（前注（2）に引用）六〇頁注（27）参照。

V

以上、私は、胎児に原因を与えて、その効果が出生後に及んだ場合の（過失）傷害罪の成否を論じ、妊娠中絶の自由化や未熟児哺育の可能性などをも視野に入れて、理論的にこれを肯定すべき論拠を一応示し得たと考える。肯定説が罪刑法定主義の原則に必ずしも抵触するとはいえないこともIVに述べたとおりである。わが国の解釈、判例が罪刑法定主義の感覚に鈍いといわれるが（この点も西ドイツとの比較で簡単にそういい切れるかについて疑問のある点については前注（56）参照）、これは、一つには、現行刑法規定の包括的な規定方式によるものと思われる。わが国にはその意味で厳密な罪刑法定主義の原則はないとさえいわれる所以である。西ドイツの学説、判例が罪刑法定主義の感覚に鋭敏だといえるとしたら、それは、うがつた見方をすれば、戦時中のナチス・ドイツの類推許容規定の導入に対する反省と拒否反応が潜在的にあるからとはいえないだろうか。最近の西ドイツにおける謀殺罪に対する時効廃止措置も罪刑法定主義の感覚だけでは理解できない政治的配慮にもとづくものといわざるを得ないのではなからうか。これに対してわが国の従来判例理論は、現実具体的な事例の解決に際し

て、しなやかな合理性を追求したものと評価できるのである。その意味で胎児性致死（業務上過失致死）を認めた熊本地裁判決は、その過失認定については疑義を留保しなければならぬが、胎児に対する加害につき傷害（過失傷害）罪成立の可能性を認めた点については、右の判例理論につらなるものとして評価されてよいように思われる。

(57) もつともオーストリア刑法五七条はすでに謀殺罪に限定することなく終身刑が規定されている罪、終身刑または一〇年以上二〇年以下の自由刑が規定されている罪について時効にかからないものとしている。ただし二〇年の期間経過後には一〇年ないし二〇年の自由刑が、予告された無期自由刑に代るものとされ（同条一項）この方は時効消滅にかかる（同条二項）から、永遠に時効にかからないものとした西ドイツの制度とは異なることに注目する必要がある。しかも西ドイツの場合、謀殺罪について、遡及適用を認めるといふいわば放れ業をあえて演じていることが重大に受けとめられるべきであろう。公訴時効の期間に変更があつた場合に、旧法によるか新法によるべきかについては見解の分かれるところであり、裁判時法によるという立場（訴訟法説。それがわが国でも従来通説・判例とされていた）によればあまり問題はないが、わが国では、新刑法法の制定に際して刑法法施行法六条により時効期間は旧法によるとされ、学説も公訴時効を実体的な刑罰権消滅事由と解する実体法説に傾いている。この見地からは旧法によるべく、遡及効は否定されることになる。松尾浩也「公訴の時効」刑事訴訟法講座一卷二二二頁、佐々木史朗「公訴の時効についての覚書」司法研究所創立五周年記念論文集下巻四一三頁、白井滋夫「公訴」註釈刑事訴訟法二巻（一九七六）三六八頁、藤永幸治「ドイツ連邦共和国における謀殺罪の公訴時効の廃止」警察研究五〇巻一一号（一九七九）一三頁以下など参照。それは、まさに第二次大戦中のナチスのユダヤ人虐殺に対する贖罪と、それなくしては国際的に完全な社会復帰が許されないという政治的、国際外交的な配慮なくしては理解できないであろう。西ドイツの時効廃止についての解説、紹介、評論は数多いが、その中でとくに次の二篇だけをあげておく。宮澤浩一「西独における殺人罪の時効廃止」書斎の窓二八八号（一九七九）八頁以下、藤永・前掲論文「ドイツ連邦共和国における謀殺罪の公訴時効の廃止」三頁以下。