

人はいつ人になるのか？

——刑法から見た人の始期について——

塩 見 淳

1 はじめに

ただいまご紹介いただきました、京都大学法学部で刑法を教えております塩見でございます。本日は、京都産業大学法学会春季講演会にて講演する機会を与えて頂きましたことに厚く御礼申しあげますとともに、このように多数の方がお集まりくださいましたことを心より感謝いたします。また、この講演会は法学部の新入生の方を対象とするものと伺っております。既に6月も終わりとなってしまいましたが、遅ればせながらご入学のお祝いを一言申しあげたいと思います。

さて、本日の講演のテーマとして「人はいつ人になるのか？」を取りあ



講演中の筆者

げましたのは、私自身が今のみなさんと同じように新入生だった頃の思い出に理由があります。私が法学部に入学した当時、法学系のサークルが盛んに新入生の勧誘を行っていて、ある勧誘者がこんな演説をしていました。「刑法の講義では、赤ん坊がお母さんの体から一部出たら人になるとか、いやいや全部出ないと人でないとか習うんです。大学とはこんな勉強をすることでしょいか」、と。だから「本当の法」を学ぶためにうちのサークルにいらっしゃい、というわけです。この演説を、私は、最後の結論の違いはそうだとしても、そんな単純な話でもないんじゃないかあとは思いながら、しかし、なんの知識もなく、反論などできないままに聞いていました。その後、法律の勉強を進めていくうちに、この問題に限らず、表面的に見えている解釈の対立の背後に実に様々な実質的考慮が払われていることを知るようになりました。新入生のみなさんも、法律の勉強を始められて、解釈の表面的な対立につまらなさをもう感じておられるかもしれません。あるいは、遠くない将来に感じることもあるかもしれません。そういう思いから、「人はいつ人になるのか？」を素材に、その背後にある様々な実質的考慮を明らかにして、法律学・法解釈学の奥の深さを知って頂ければと考えた次第です。

前置きが長くなりました。本論に入ることにしましょう。

2 人の始まりは「出生」の時

人が人になるのは常識的には「出生」の時点と考えられます。「人は生まれながらにして平等」という言葉はそのことをよく表しているといえるでしょう。もっとも、日本国憲法ではそのようなことは規定されていません。憲法は、「国民はすべて」とか「何人も」といった表現は用いていますが（ちなみに明治憲法では「日本臣民ハ」となっています）、いつから「国民」になるのかについて自ら語ってはいません。せいぜい10条で「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」としているぐらいです。

ちなみに「日本国民たる要件」を定める法律である国籍法では、第2条が「子は、次の場合には、日本国民とする。1 出生の時に父又は母が日

本国民であるとき。2 出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったとき。3 日本で生まれた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき。」として、「出生」に着目した規制を行っています。もっとも、それは、「出生」により人となることを（当然ないしは暗黙の）前提に、日本国籍取得の一つの類型として「出生」による取得を掲げていると見られますから、出生により人となることを間接的には示すとしても、直接的に明らかにする規定とはいえないと思われま

す。「出生」により人になることの根拠条文としては、「私権の享有は、出生に始まる。」と規定する民法3条1項を挙げるのが一般的です。「私権」、すなわち、民法その他の私法上の権利の享有主体となる時期とは「人」と認められる時期にほかなりませんから、この条文は人の始まりが「出生」であることを示しているといえるのです。なお、「公権」については、選挙権・被選挙権などのように全ての「人」には認められていないものがありますから、「人」の始期とは必ずしも結びつかない点には注意してください。

刑法ではどうでしょうか。刑法典には、出生により人になることを直接に示すような条文は存在していません。後でお話しますように最近では異論も見られますが、やはり民法3条1項を手がかりに「出生」をもって人となるとするのが刑法の一般的な理解となっています。それでは、いったい「出生」とはどの時点をいうのでしょうか。

3 人の始期（出生時期）に関する判例

刑法の教科書をひもとくと次のような叙述が見られます。「人の始期は出生である。……人の出生をめぐるは、かつて（i）陣痛開始説、（ii）独立呼吸説、（iii）全部露出説、（iv）一部露出説、（v）生存可能性説が対立していたが、現在わが国では一部露出説が通説となり、判例もこれを採用していると考えられる。……一部露出説…は、胎児の身体の一部が母体より露出した時点をもって人の始期とするものであり、全部露出説…は、分娩が完成して胎児が母体から完全に分離した時点をもって人の始期

とする説である。民法上は全部露出説が通説であり、社会意識からみてもこの説のほうが自然であるとも考えられるが……」（大谷實「新版刑法講義各論〔追補版〕7頁」）。

刑法では出生時期について時間的モメントに着目した微妙に異なる見解が唱えられています。これは、かつてのサークルの勧誘者が主張したように事実です。そのような見解のうちで一部露出説が判例・通説とされているのです。まずは、判例がどのように述べているかを見てみることにしましょう。一部露出説の判例として通常挙げられるのは、大判大正8・12・13刑録25輯1367頁です。

原判決が認定した事実関係は、被告人が「便所……に赴きたる際遽かに分娩を催ふし来りたるより秘事の暴露せんことを深く虞れ忽ち産児を殺害し人目に触れざる様之を処置せんと決意し嬰兒の産門より其一部を（仮死状態の儘）露出するや両手にて縷々其面部を強圧し又該嬰兒の右糞壺内に娩出せらるるや直ちに同便所より約1間半許隔りたる箇所に置きありたる棒摺ぼうしろうを持来り之を以て該嬰兒を右糞便中に突込み因て之を窒息死に至らしめた」というもので、被告人に殺人罪の適用を肯定しました。これに対して、被告側は、「元來人の出生は胎児が母体より全然脱出し而して其産児が空気呼吸を始めたる時に出生ありたるものと云ふべきものなることは蓋し学者の定論なりとす（……）左れば前記原判示の如く被告妊娠中の胎児か産門よりその一部を（仮死状態の儘）露出するも未だ母体より分離せざる以上は依然として胎児たるに止まり之を出生したる人と云ふ可らざるは言を俟たず」、すなわち、独立呼吸説に立ち、本件被害者はその段階に至っていない以上「人」ではなく、殺人罪はいまだ成立しないとして上告に及びました。大審院は次のように述べてこの上告を棄却しました。

「胎児か未だ母体より全然分離して呼吸作用を始むるに至らざるも既に母体より其一部を露出したる以上母体に関係なく外部より之に死亡を来すべき侵害を加ふるを得べきか故に殺人罪の客体となり得べき人なりと云ふを妨げず左れば原判決に於て被告か殺意を以て産門よりその一部を露出したる胎児の面部を強圧したる所為を殺人行為の一部と認めたるは相当にし

て所論の如き違法の裁判にあらず」。

「母体より其一部を露出したる以上」、殺人罪の客体となりうるとする説示は一部露出説を明瞭に示すものに思えます。しかし、この判決をもって判例は一部露出説と見ることには、全部露出説を支持する学説から異論が向けられています。「大正8年の判決後、これを踏襲しあるいは確認した判決は一つも出ていない。大正8年の判決自体、行為の大部分は全部露出後になされているのであって、全部露出説をとっても殺人罪が成立する場合であり、判例は、一部露出時に母親が『胎児』の面部を強圧したことを殺人行為の『一部』であるとしたにすぎないのである」（平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』犯罪論の諸問題（下）262頁」と主張されるのです。しかも、この大正8年判決以前に一部露出説を採用していない判決が認められるとも指摘されています。大判明治36・7・6刑録9輯1219頁がそれです。

原判決は、被告人がXに対して自分の次女Yが私通の結果懐胎した「胎児を殺害せんことを教唆したるにXは其教唆に応し胎児かYの産門より微しく其顛頂部^{ろちょう}を露はし將に出生せんとする際両手を産門に挿入し胎児の鼻口を圧迫し之を死に致し其頭部を攫み之を引出したる事実を認め之に対し墮胎教唆の法条を適用した」のに対して、被告側は「墮胎の意義は薬物其他の方法を以て胎児をして時期に先ち胎盤を離れて流産せしむるの謂にして本件の如く胎児か自然に胎盤を離れ既に分娩を始めたる際加へたる危害を包含するものにあらざることには誠に明白」である、すなわち、既に通常の出産が始まっている以上、墮胎罪は成立しないはずであると争いました。大審院は、この上告を「墮胎とは薬物其他の方法を以て胎内に在る胎児を殺し之を胎外に排出せしむるを云ふ義にして其分娩期に至り居りしと否とは問はざる所なり」として斥けたのです。

この事案では、「顛頂部を露はした胎児」の鼻と口を塞いで窒息死させており、一部露出説に立てば殺人罪（の教唆）が成立するはずなのに墮胎罪（の教唆）にとどめているから一部露出説を採っていないことになるといいます。たしかにそのように解することはできるでしょうが、明治

36年判決は直接には墮胎の定義を述べたもの——分娩期にあるかどうかとは関係なく胎児を殺すことが墮胎——であり、しかも、この定義自体は後でお話しするように変更されています。ですから、この判決をあまり重視すべきではないとの評価も十分に可能と思われます。

人の始期に関して、判例は、一部露出説に立っていると見てよいでしょう。反対説は、大正8年判決について事実関係に照らせば全部露出説でも殺人罪の成立を説明できるとしますが、母体より一部が露出すれば殺人の客体になりうると明確に述べている以上、一部露出説が判例の立場と考えざるをえないと思うのです。

4 一部露出説と全部露出説

もちろん、判例が適切かどうかは別の問題です。一部露出説を採用する理由として、大正8年判決は「外部より之に死亡を来すへき侵害を加ふるを得へき」ことを挙げていました。そのほかに学説では、「一部露出中の『胎児』の肢体に直接侵害を加えたか否かを基準とすることにより墮胎と殺人との区別を容易にしうる」（大谷・前掲書7頁）と指摘されたり、「一部露出説を採る理由が、そのとき始めて独立し生命の侵害が可能になるからというのは適当でな」として判例に疑問を示しながら、「嬰兒が未だ姿を表さない間と、姿を表してからとは、行為者に対する反対動機の大きさが異なるという点」に根拠を求め、そこから、「露出部分は、人体の一部であると認識される程度に達したことを条件とする」（佐伯千億「刑法各論 [訂正版]」96頁）と主張されたりしています。

しかし、これらの根拠づけ、とくに判例の挙げる理由に対しては、全部露出説から、「直接に攻撃することができるかという基準自体が、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」（平野・前掲論文260頁）とする批判が向けられています。まず客体が「人」かどうかを決め、「人」に対する攻撃であれば殺人罪を認めるのが筋であって、殺人罪を適用できる（あるいは、適用すべきだ）から客体は「人」だというのは本末転倒の議

論だということです。さらに、その他の説明についても、区別が容易だからというのは根拠づけとして弱いし、反対動機の大きさという行為者の責任非難の程度から客体を規定することにも疑問があります。そもそも被害者の姿が見えているか否かで反対動機の大きさが変わるかどうかとも問題でしょう。また、一部露出説では、胎児が一部露出後、自然的・人為的に母体内に戻された場合の処理に困るとの批判も見られるところです。

このような具合で、学説では全部露出説がなかなか有力です。もっとも、では、この説自身の根拠は何かというと必ずしも明らかではないように思われます。一部露出説に対する批判からいえば、「客体の性質」によって人か否かが決められそうですが、赤ん坊が一部出てきただけの場合と全部出てきた場合とで「客体の性質」にそれほど違いがあるとは考えにくいからです。

そのようななかで、全部露出説の根拠づけとして注目されるのは、民法学説が「出生」を全部露出の時期と理解しているとの指摘です。同一の法概念が刑法と民法で異なって解釈されることは基本的に望ましくなく、ましてや刑法典には人の始期を「出生」時期とする明文が欠けていて、民法3条1項に解釈の拠り所を求めなければならないとすれば、なおさら民法の学説を尊重しなければならないようにも思えます。

5 民法における全部露出説

民法の教科書を見て驚くのは、人の始期についてほとんど記述らしい記述がないことです。スタンダードな教科書を例にとりますと、「出生の時点とは、民法では、生きてからだが母胎から全部露出した時点だとするのが一般である。独立した権利義務の主体となるためには、それまでが必要であり、かつそれで足りると考えるわけである」と本文に述べて、他の代表的な体系書の頁が注記されるにとどまっています（山本敬三『民法講義Ⅰ総則』31頁）。この問題に関する判例もとくにないようです。

もしかすると刑法はどうでもいいような区別について議論しているのでしょうか。それとも、民法には人の始期についてとくに議論を要しない事

情があるのでしょうか。一部露出説との違いを意識した幾つかのケースを想定して考えてみることにします。ケースは、

- ①一部露出の段階で攻撃を加え、傷害を負わせて全部露出に至らせたケース
- ②一部露出後、全部露出前に被相続人が死亡したケース
- ③一部露出の段階で攻撃を加え、全部露出の前に死亡させたケース
- ④②のケースで胎児が被相続人より後に、しかし全部露出前に死亡したケース

の4つです。

まず①では、傷害はまだ「人」でない段階で負わされたものですから、全部露出説のもと、生まれてきた子には不法行為に基づく損害賠償請求権（民709）がなさそうに見えます。しかし、民法721条が、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたるものとみなす。」と規定していますから、全部露出説でも実は問題は生じないのです。②も同様で、全部露出前は相続権の享有主体たる人ではないから相続できないように見えますが、民法886条1項が手当しています。「胎児は、相続については、既に生まれたるものとみな」されて「人」と扱われるのです。

こうして、民法では人の始期をことさらに議論する必要がないように思えてきます。しかし、厳密には③④において問題がなくはありません。民法886条2項は「前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、適用しない。」と定めていて、④の場合、一部露出説ならば、既に人として生まれているから相続権が発生するのに対して、全部露出説では「死体で生まれた」から相続できないことになります。不法行為に基づく損害賠償請求権についても同様に考えるとすると、③においても、全部露出説によれば損害賠償請求権は成立しないと思われそうです。

もっとも、④のような事態は現実には起きないでしょう。③の事態は、明治36年判決の事案がそうであったように起きうるとしても、一部露出説に基づいて死亡した赤ん坊に損害賠償請求権を認めたところで誰もそれを行使しないか、母親の意に反する措置であったような場合であっても、

母親に損害賠償請求権を認めれば十分といえるでしょう。要するに、民法において人の始期を巡ってあまり議論がないのは、問題の生じそうな①②のケースに手当が施されているからだと考えられるのです。

いずれにしても、民法が全部露出説をもって人の始期としているのは、「出生とは出産の過程が完了したことをいい、そのような完了時期とは赤ん坊が母体の外に完全に出たときだ」とする、「出生」という言葉の日常的な意味に——支障がないから——従っているだけのように思われます。そうだとすれば、刑法において人の始期を考えるに当たって、民法学説を持ち出してもあまり意味はないといえるでしょう。それは、「出生」という言葉の通常の意味に従うべきだとの主張を超えるものではないからです。日常的な意味に従った解釈は刑法でも重要ですが、それが唯一の解釈方法とされているわけではありません。民法721条や886条1項のような規制をもたない刑法において、そのような解釈に支障がないかについて慎重な検討が必要です。そこで、視野を拡げ、人だけでなく胎児も含めた広くヒト生命体に対する刑法的保護がどうなっているかに目を向けながら考察を進めていくことにします。

6 ヒト生命体の保護を巡る刑法上の規制

ヒト生命体の保護の中心はいうまでもなく「人」です。その生命に対する故意の侵害は殺人罪（刑法199条／死刑・無期懲役・5年以上の有期徒刑）、身体に対する故意の侵害は傷害罪（刑法204条／15年以下の懲役・50万円以下の罰金）あるいは傷害致死罪（刑法205条／3年以上の有期徒刑）に当たります。生命・身体に対する過失の侵害は過失致死傷罪（刑法209～211条／業務上過失致死傷罪では5年以下の懲役若しくは禁錮・50万円以下の罰金）により捉えられます。「人」になる前の「胎児」については、その生命・身体に対する故意の侵害が墮胎罪（刑法212～216条／同意墮胎罪では2年以下の懲役）として処罰される一方で、過失によるその生命・身体への侵害（過失墮胎）を処罰する規定は置かれていません。

以上からは、ヒト生命体の刑法的保護は「人」になる前後で大きな格差

があることがわかります。故意による攻撃は、人でも胎児でも処罰されるものの、法定刑に相当な開きがありますし、過失による攻撃からは胎児は刑法により保護されていないのです。それでは、赤ん坊が母体から一部出たかどうか、あるいは全部出たかまだ出ていないかという違いは、このような規制の格差を適切に反映しているといえるのでしょうか。一部露出後あるいは全部露出後は「人」になるからだという説明は循環論法です。ここで、格差を反映するように胎児と区別される「人」を規定すべきではないかと考えた見解として独立生存可能性説が挙げられます。

7 独立生存可能性説——「人」としての保護価値

「人」としての厚い刑法的保護を受ける時点をいつと見るべきかについて、独立生存可能性説は母体保護法による規制を重視しています。母体保護法では、「胎児が母胎外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母胎外に排出すること」（法2II）を人工妊娠中絶と呼び、一定の要件のもとで墮胎罪は成立しないものとします。その要件とは、①各都道府県医師会の指定する医師によること、②本人及び配偶者の同意があること、③規定された適応（医学的適応、社会・経済的適応、倫理的適応）が充足されることの3つです（母体保護法14条1項）。また、「胎児が母胎外において、生命を保続することのできない時期」は、事務次官通知に基づいて現在では妊娠満22週未満とされています。

このように、母体保護法は、一定の期間内の一定の適応をもつ墮胎を正当化する、いわゆる期間モデルと適応モデルの併用という形をとっています。もっとも、実際の運用においては、「経済的理由」による適応が中絶届出件数の99%以上を占め、その要件である「母体の健康を著しく害するおそれ」がルーズに判断されているために、期間モデルに近い処理が行なわれているといわれています。

独立生存可能性説を提唱された方は、母体保護法の規制と現実の運用について、「母体外で生育してゆくことが可能となる時点において特段の法

価値的相違の発生を認め、女性の自己決定権との謂わばバランシング点とすることも、あながち不当とはいえない」（伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕9頁』）という認識を前提としながら、いつ人になるかという問題についても「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」（伊東・前掲18頁）と主張するのです。

現在のところ、独立生存可能性説は支持を得られていません。その主な理由は、「憲法以下の現行の全法体系が、『人』と『胎児』を〔出生によって〕明瞭に区別し、その取扱いを異にしている以上、ひとり刑法だけが、母親の胎内にある状態からすでに『人』性を認めるのは困難」（土本武司「水俣病事件最高裁決定」警論41巻5号36頁。〔 〕内は引用者挿入）という点にあると見られます。提唱者自身は、これに対して、「何故に『出生』を以て刑法上の『人』の始期の問題と同視すべきであるのか、その前提自体が問われてしかるべきなのではなからうか」（伊東・前掲20頁）と反論しています。しかし、いつ「人」になるのかという問題は刑法のみならず法秩序全体の関心事です。各法領域でその規定に微妙な差異が生じるのはやむをえないとしても、大枠において一致していることは必要でしょう。その大枠が「出生」であることはやはり動かせないように思われます。

いずれにしても、ヒト受精卵の生成から出生に至るまでのプロセスのなかで、法的に見て特段の価値の相違が認められる時点として挙げられるのは、母胎外での生存可能性を獲得した時点であり、それ以外にはないように思われます。これは、「出生」時期はいつかという問題設定のもとでは、「人」の保護価値という実質面に注目して判断することは困難であること、刑法上の規制の格差は「人」になったから生じるという「循環論法」は避けられないことを意味すると考えられるのです。

8 墮胎罪の適用範囲——「墮胎」とは何か？

（1）判例 それでは再び「一部露出か全部露出か」という議論に立ち返ることになるのでしょうか。その前に、「胎児」に対する刑法的保護がど

うなっているか、「墮胎」とは何かを確認しておきたいと思います。

墮胎の定義に関して一般に挙げられる判例は大判明治42・10・19刑録15輯1420頁です。原判決が認定した事実関係は、被告がXに対し墮胎するように教唆して同意を得、さらにYに対してXに墮胎の術を施すように教唆してその承諾を得たところ、Yが「Xの子宮内に紫桑の木を以て作りたる長さ2寸程の細き棒を挿入し約1時間を経たる後之を抜き取るべき旨を命しXは其命の如く右の棒を抜取り其後4、5日を経て自宅に於て胎児を排出し因て墮胎を遂げた」というものでした。被告側は、「墮胎とは薬物其他の方法を以て胎内に在る胎児を殺し之を胎外に排出せしむるの謂なることは嘗て御院判例に於ても認められたる所なり（御院刑事判決録明治36年第1219頁参照）然るに原判決の事実理由に依れば単に『胎児を排出し』とありて果して胎児か殺されて排出せられたるものなるやの事実を記載せられざるか故に法律上墮胎罪を構成すべき条件の明示を缺くとして上告に及びました。

大審院は次のように述べて上告を棄却しました。「墮胎罪は自然の分娩期に先ち人為を以て胎児を母体より分離せしむる因て成立し胎児か死亡すると否とは犯罪の成否に影響なきものなることは本院か明治39年（れ）第601号上告事件に付判示する所にして論旨に援用せる判例は既に変更せられたるものとす而して被告の教唆に依りYがXの身体に施術を為したる結果胎児か母体より分離し胎外に排出せられたることは原判文上明瞭にして墮胎罪を構成すべき事実理由の明示に缺くる所なければ原判決に胎児か殺されて排出せられたるや否やを明示せざるも理由不備の違法ありと云ふを得ず」、と。

判例によれば、墮胎とは「自然の分娩期に先ち人為を以て胎児を母体より分離せしむる」こと、要するに早産の惹起であり、それに伴う胎児の生命・身体に対する抽象的・一般的な危険に墮胎罪の処罰根拠が求められることとなります。注意していただきたいのは、墮胎についてこのような理解を前提とする場合、「人」の保護との間に看過せえない隙間が生じる点です。というのは、自然の分娩が始まった後、一部露出ないしは全部露出

前に胎児に攻撃を加え、それにより死亡・傷害の結果が発生した場合、墮胎罪も殺人・傷害罪も成立しないことになるからです。

(2) 胎児殺として墮胎 処罰のこのようなエアポケットの問題は、人の始期をより遅く設定する全部露出説ではとりわけ重要となります。実際にも、全部露出説の主張者はこの点を意識して次のような主張を行っています。「たしかに、医学が発達していなかった時代には、出産期にさきだって胎児を母胎外に排出することは、ほとんど必然的に排出された胎児の死を伴うことであり、したがって排出しただけで墮胎の既遂として処罰してもよかつたであろう。しかし、未熟児の哺育が発達してくると、出産期にさきだって胎児を母胎外に排出しても、生存を続ける可能性は大きくなり、そのすべてを墮胎として処罰する必要性はなくなってくる。……胎児を早期に母体外に排出した場合であっても、事後の処置がよかつたため死ななかつたときは、墮胎の既遂とする必要はないのでなかろうか。そうだとすると、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とするのが妥当だということになる」(平野・前掲論文263頁)、と。

そこでは、墮胎を「早産の惹起」ではなく「胎児殺」とすることでエアポケットの解消が目指されています。けれども、このような構成は、胎児殺を墮胎とした先の明治36年判決を42年判決が明確に否定したことと整合しません。蛇足を加えますと、「早産の惹起」とする理解のもとでは、明治36年判決の事案は全部露出前の殺害に関するもので全部露出説では犯罪不成立となるでしょうから、36年判決が同説の有利な根拠となるかどうかとも疑わしく思われます。さらに、判例の立場をひとまず措くとしても、墮胎を胎児殺とする理解は現行法の規制のもとでは採用が難しいと考えます。不同意墮胎罪以外の墮胎罪には未遂犯を処罰する規定が置かれていないので、同意のもとで墮胎行為を行ったが胎児の殺害に失敗して人として成長した場合は処罰できなくなってしまうからです。墮胎＝胎児殺説に立つ先の論者も「事後の処置がよかつたため死ななかつたときは、墮胎の既遂とする必要はない」として、未遂犯としても処罰すべきでないかに

については明言を避けておられます。

(3) 胎児に対する危険惹起としての墮胎 処罰のエアポケットという問題は、全部露出説だけに関わるものではなく、一部露出説でも、出産開始から一部露出に至るまでの間において生じるものですから、同様に解決の必要に迫られます。この点を意識して次のような主張が見られるところです。「判例 [前出・明治42年の大審院判決] ……によると自然の分娩開始後に胎児に攻撃を加え殺害する行為は、墮胎にも殺人にもならないという不当な結論となる。それゆえ、墮胎とは、胎児に攻撃を加えて出生前または出生後に死亡させ、または胎児もしくは母体にとって具体的に危険な方法により、人工的に胎児を母体から分離ないし排出することをいうと定義すべきである。墮胎の結果として胎児が死亡することは必ずしも必要ではない」(大谷・前掲書65頁。[]内は引用者挿入)とされます。

ここでは、墮胎罪を、基本的に胎児(・母体)に対する具体的危険犯と捉えながら、自然の分娩期においては胎児殺とする構成が採られています。このような構成により、出産開始後、一部露出前に攻撃を加えた場合でも、胎児が死亡すれば墮胎罪が成立するので処罰のエアポケットが塞がれるわけです。さらにいえば、墮胎罪の適用の観点からも、例えば、出産予定日を過ぎても陣痛が始まらず、胎児・母体の生命・身体を保護する必要から医師が妊婦に陣痛促進剤を投与して出産時期を早めたようなケースは、具体的危険が生じていないため墮胎罪の成立を排除することが可能になります。

もっとも、出産予定日後の陣痛促進剤の投与といったケースは、従来の墮胎の定義によれば、たしかに「墮胎」に当たるものの、医学的にみてそのような投与が正当な医療行為と評価できる場合、結局は墮胎罪は成立しないと考えられます。一方で、正当な医療行為といえないような場合、例えば、担当の医師が休日出勤を避けるために陣痛促進剤を投与して出産時期を繰り上げたといったケースでも墮胎罪を認めなくてよいかは、とくに胎児が死亡した場合に疑わしいものとなります。なぜなら、墮胎罪を胎児・母体に対する危険の惹起として捉える場合、墮胎罪の故意としてその

ような具体的危険の認識が必要となります。休日出勤を避けたいという医師であっても、胎児を危険に晒してよいとは考えていないでしょうから、このケースでは故意が欠けて、墮胎罪は不成立となってしまうからです。

こうしてみると、墮胎罪とは「早産の惹起一般」にともなう胎児の生命・身体に対する抽象的危険犯とする判例・通説の理解は維持されるべきように思われます。しかし、繰り返しますが、それでは処罰のエアポケットが残るのです。そこで次のような見解も主張されました。「[判例・通説の] 定義では、自然の分娩期に於て未だ胎児が一部露出の状態に至らざる場合に、人工的に之を母体より排出することに因つて胎児の生命・健康を侵害し又は危殆ならしめる場合は之を如何に解すべきかが問題として残る。ドイツ・フランスの刑法では、人の始期につき陣痛説を採るが故に、かかる場合は殺人罪（嬰兒殺）、又は傷害罪となるが、我が国では一部露出説を採るが故に問題となるのである。……然し、かかる場合にも墮胎行為ありと解すべきである。従つて、墮胎罪の行為は、狭義の墮胎及び母体内殺害の外に、自然の分娩期に於ける危険なる人工的排出をも含むものと解すべきである」（木村亀二『刑法各論』33頁。[]内は引用者挿入）。

判例の定義による「狭義の墮胎」と並んで、出産開始後の分娩期の危険行為も「墮胎」に当たるとすることで処罰のエアポケットを埋めてしまおうというわけです。もっとも、そこでは、墮胎罪は、出産開始前は抽象的危険犯、開始後は具体的危険犯という二重の性格をもつことになります。そのような複雑な構成を採るぐらいなら、墮胎は「狭義の墮胎」のまま、むしろ、「ドイツ・フランスの刑法」のように、人の始期を出産（陣痛）の開始にまで早めるほうが簡便かつ明快な解決のようにも思われます。なぜそうまでして一部露出説を維持すべきなのでしょう。出産（陣痛）開始説を採るには何か不都合な事情があるのでしょうか。

9 胎児性致死傷における処理との関係

そのような検討に入る前に、ヒト生命体の刑法的保護を巡る問題として

「胎児性致死傷」に関する処理に触れておきたいと思います。「胎児性致死傷」とは、胎児に対する故意又は過失による攻撃を原因として、その後、正常に出生した人に傷害・死亡の結果が発生したケースを指します。これをどのように処理するのがよいかは難しい問題です。なぜなら、単純に考えれば、このケースでは、「早産」が生じていないので「墮胎」ではなく、「人」に向けられた攻撃がないので、殺人や傷害罪あるいは過失致死傷罪のいずれにも当たらずに無罪となってしまいます。これは不当な結論のように感じられるからです。

胎児性致死傷が意識される契機となったのは熊本水俣病事件でした。これは、水俣湾周辺で発生したいわゆる水俣病について、チッソ株式会社水俣工場が水俣湾に排出していたメチル水銀化合物を含んだ汚水がその原因であるとして、同社元社長及び元水俣工場長が業務上過失致死傷罪に問われた事件です。刑事事件の被害者として特定されたのは7名で、そのうちの2名が胎児性水俣病の患者でした（うち1名は公訴時効により免訴）。胎児性水俣病の患者は、母親がメチル水銀化合物に汚染された魚介類を食べたために胎盤を通じてこれを摂取し、脳に蓄積することにより脳に病変を生じ、出生後、水俣病を発病して死亡するという経過をたどりました。裁判では、この者を被害者とする業務上過失致死罪の成否が争点の一つとなり、結論としては、第一審から最高裁まで一貫して同罪の適用が認められましたが、理由づけには違いが見られました。概略を示すと次のようです。

第一審（熊本地判昭54・3・22刑月11巻3号168頁）は、実行行為の際に「人」が存在することは（業務上）過失致死罪の要件ではないこと、既に将来の「人」（である胎児）に対して危険な過失行為が存在すること、この危険な行為から出生後の「人」に死亡結果が発生していることから、（業務上）過失致死罪の成立を認めました。胎児と将来の人とは実質的に同一のヒト生命体ですから、攻撃対象が胎児か人かという形式的区別を重視すべきではないとの考え方に基づいていると見られます。これに対して、最高裁（最決昭63・2・29刑集42巻2号314頁）は、胎児は母体の一

部であり、胎児に対する病変の発生は「人」である母親に対する病変の発生にほかならないこと、後に胎児が出生して「人」となり病変に起因して死亡した場合は、「人（母親）」に病変を発生させて「人（子供）」に死の結果を惹起したといえることから、（業務上）過失致死罪が成立すると述べました。胎児は母体の一部であるから、攻撃対象は胎児ではなく「人」だと考えられたのです。

これらの理由づけの違いはそれとして取りあげるべき重要な論点ではありますが、本日のテーマからは少し外れるのでこれ以上立ち入らないことにします。注意していただきたいのは、どちらの構成によったところで、「胎児」に対して故意又は過失による攻撃があり、——自然の分娩期か否かを問わず——胎児が生きて生まれて「人」になり、その後死傷の結果が発生すれば、殺人罪や傷害罪あるいは過失致死傷罪が成立することになりそうな点です。実際にも、お手元の配付資料にありますように、本年6月8日付夕刊紙には、乗用車を運転中に居眠りをし、出産間近の妊婦の乗った乗用車に正面衝突した運転者について、妊婦に対する業務上過失致傷罪のみならず、緊急帝王切開で出生して翌日死亡した男児に対する業務上過失致死罪の成立をも認めた判決（静岡地裁浜松支判平18・6・8）が報じられています。

もしこのような考え方が認められるとすれば、人の始期を巡る議論は様相を異にすることになるでしょう。これまで、人の始期は、攻撃対象としての「人」がいつから存在するかという観点から論じられてきたのに対して、先の考え方のもとでは、「人」に対する犯罪が成立するための条件として、人の始期（出生の有無）が位置づけられることになるからです。それは、ちょうど、民法が胎児を人とみなしたうえで、出生を条件に損害賠償請求権や相続権といった権利の存在を確定させている（5及びそこに挙げられたケース③④を参照）のと等しいといえるでしょう。

もっとも、民法と同様であるから、胎児性致死傷において示された構成が妥当だということにはなりません。民法と異なり、刑法には胎児を胎児として故意による侵害から保護する墮胎罪が置かれていますし、過失によ

る侵害については処罰規定がないことから、過失墮胎は処罰しないと一般に解されているとの事情があるからです。人として生まれてくれば「人」に対する犯罪が成立するとの解釈を採る場合には、故意の墮胎でも胎児が一時的にせよ生きて生まれてくれば殺人罪が成立する、また、実際は母体内で死亡していても、生まれてくるかもしれないとの認識が事前にあれば殺人未遂罪が適用される、過失墮胎は一時的にせよ生きて生まれたか否かによって過失致死罪か不可罰かが分かれる、といった疑わしい結論が導かれることとなります。胎児性致死傷の取扱に関しては、他の論点とも併せて再検討が必要なように思われます。

10 出産開始説の検討

そこで、「人の始期」を攻撃対象の存在が始まる時期とする視点に立つてさらに検討を進めたいと思います。引き続いての課題は、墮胎を早産の惹起と考える、言い換えると、墮胎罪を胎児の生命・身体に対する抽象的危険犯と見る立場を守りながら、しかも処罰のエアポケットをなくすという配慮から、出産（陣痛）開始の時点をもって「人」を認める見解を採用することはできないのか、です。

出産開始説あるいは陣痛説と呼ばれるこの見解は、3で見ましたように、刑法の教科書に挙げられることも多いです。それにもかかわらず、わが国での主張者はこれまで皆無に等しい状況にありました。出産（陣痛）開始説に対しては、「いつ陣痛が開始したかは不明確なことが多く、基準としては不的確である。また、旧ドイツ刑法と異なり、②説 [= 出産（陣痛）開始説] をとる必要性も存しない」（西田典之『刑法各論 [第3版]』8頁。[] 内は引用者挿入）との批判が向けられており、支持が得られなかったのです。

批判のうち後半部分は次のような事情を指しています。ドイツ刑法は、かつて「その婚外子を出産中又は出産直後に殺害した母親（Eine Mutter, welche ihr nicht eheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet）は3年以上の自由刑に処する」とする嬰兒殺（Kindestötung）の規定（ドイ

ツ刑法旧217条1項)を置いていました。この規定のもとでは、出産中(in der Geburt)でも「人」が存在するといわなくてはならず、一部露出説や全部露出説を採用する余地はなく、出産(陣痛)開始説が通説とされたのです。翻って、わが国の刑法はそのような嬰兒殺の規定をもっていません。従って、出産(陣痛)開始説を「とる必要性」がない、というわけなのです。しかし、嬰兒殺の規定がなければ、出産開始説を採らなくてもよいとしても、それは採ってはならないことを意味するわけではありません。実際に、ドイツでは1998年の刑法改正で嬰兒殺の規定は削除されるに至りましたが、その後も出産(陣痛)開始説は判例・通説とされているようです(参照、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37号81頁以下)。これは、出産開始説に対する批判の後半部分が説得力をもたないことを示すものといえるでしょう。

批判の前半部分、すなわち、陣痛開始は基準として不明確であるとする点については、そのように使用に耐えないような基準がドイツでは用いられてきたのだろうかという素朴な疑問が思い浮かびますほかに、出産の開始を具体的に「出産過程の第1期(開口期)の開始」と見るドイツの判例・通説の立場によるとすれば、それは医学的には「周期的かつ次第に増強して胎児娩出まで持続する陣痛が開始した場合、陣痛の周期は約10分以内で、その頻度は1時間に6回以上になった時点」(日本産婦人科学会諸定義委員会の定義)と定義されていて、必ずしも不明確といえないように思われます。個別の事件において判定が難しいときは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って出産開始前とすれば足るのではないでしょうか。

従いまして、出産(陣痛)開始説に向けられている批判はそれほど決定的とはいえないように感じられます。一方、この説によれば、「胎児」に対する刑法的保護と「人」に対する刑法的保護が隙間を生じることなく、また無用な競合状態を招くこともなく提供されるようになるほか、より実践的には、出産過程開始の段階で過失致死傷罪の成立が可能になる点に意

義が認められるように思われます。母親の母胎という安全なところから外界に出てくる分娩過程は赤ん坊にとって最も危険な時期であり、その間における医師や助産師などの過失行為を刑事罰の対象とすることは政策的に十分に理由があると考えられるからです。

11 むすび

予定の時間もだいぶ超過してしまいました。本日のお話はこれぐらいにしたいと思います。「人はいつ人になるのか？」について、「刑法では一部露出説が判例・通説」と一言で片づけられることも少なくありませんが、その背後に異なる角度から様々な考えが主張され、議論の状況は決して単純ではないことがお判り頂けたでしょうか。人の始期に限らず、「判例・通説」などとして簡単に述べられているものは、議論のエッセンス、氷山の一角にすぎません。表面だけ眺めて「判例・通説を覚える」といった学習をしては退屈でいつかは飽きてしまいます。その向こう側にまで目を向けるような勉強をされることを、皆さんには心より期待したいと思います。

それから、最後に取りあげました出産開始説は、最近支持する方も見られるようになっていきます。でも、まだまだ全くの少数説であることに変わりありません。そんな考え方もあるのだなというように聞いて頂けるなら幸いです。

長い時間、ご静聴ありがとうございました。

(本稿は、2006年6月27日に開催された京都産業大学法学会春季講演会における新入生向け講演に基づくものである。)