「人」の始期について

――「独立生存可能性説」再論――

伊東研祐

一　はじめに――問題の所在
二　独立生存可能性説に対する近時の批判と同説の意義
三　胎児性傷害に関する判例理論とその検討
四　終わりに――結論に代えて

一　はじめに――問題の所在

現在のわが国における刑法解釈論の一般的な捉え方に拠れば、刑法上の「人」の存在は「出生」に始まり、「死亡」によって失われる。その前提に立った上で、如何なる状態の発生をもって「出生」と呼び、如何なる状態の発生をもって「死亡」と呼ぶかという問題について、特に医療技術の進歩と共に明確化を要求する現場での関係者の声に対応すべく、また、科学技術の予期せぬ、あるいはむしろ、予想以上の弊害に苦しむ被害者等の声

に対応すべく、暫く前までは活発な議論が重ねられてきた。その成果は、積極的なものにせよ、前提自体を疑問視するような消極的なものにせよ、理論学的な観点からすれば明らかなものであると思われるが（その故に？）黙示的に止まり、また、それが故に、同意できない少数の論者が聲高に反駁するときには、それらの見解の方が（少なくとも量的には）優越的であるかのような有耶無耶な印象を一般に対して与え、それが政策の形成及び執行に少なからぬ影響を与えているように思われる。活発な議論により多くの貴重な知見は蓄積されたが、その議論を生んだ原因たる問題の解決の為に具体的に用いられることなく何時しか忘れ去られ、一般に受け入れられ易い為に論駁において多用される情緒的あるいは感覚的に深遠と映る主張だけが残って奇妙に目立つという事態になっているように思われる。解釈論にせよ、立法論を含む政策論にせよ、具体的な社会状況中における実現可能性ないし実践的効果を考慮した戦略を採ることは必要であるが、本来的な問題解決から離れたところで修辞の優劣を競っていても余りに虚しい。刑法上の「人」の終期たる「死亡」時の捉え方については、当面は時の手に解決を委ねる他なく、また、それが恐らく適当な状況に立ち至ってしまったが、「人」の始期の捉え方については、刑事司法における「適正な報い（just desert）」を追求して大きなモメンタムを得た近時の被害者運動という脈絡の中で、胎児性傷害を「人」の傷害結果の惹起として可罰とした熊本水俣病刑事事件最高裁決定[1]の論理に従う司法実務の展開の報道[2]もあり、今一度、現実的な問題解決を視野に入れた議論を再開する必要性があるように思われる。本小稿は、従前からの私見に基づく展開の試みであるが、我が国の医事刑法学を主に政策論並びに比較法学の側面において先導されてきた加藤久雄教授の定年退職を記念し、助手時代から四半世紀以上に渡り親しくお付き合い戴いてきたことへの感謝と共に、献呈させて戴くこととしたい。

（1）最決昭和六三年二月二九日刑集四二巻二号三一四頁。

（2）朝日新聞二〇〇七年（平成一九年）八月一三日夕刊一三面［三版］参照。「「胎児は人」司法じわり」と題する井上恵一朗氏の顕名記事と土本武司・斉藤誠二両教授のコメントがある。

二　独立生存可能性説に対する近時の批判と同説の意義

独立生存可能性説とは、「ヒト」生命の存在段階としての「胎児」と「人」との刑法上の区別基準を、「出生」ではなく、端的に「人」として保護されるに値する客体の価値ないし性質に求めるという基本的立場を採り、現代の（先端）医療技術の援助下においてならば母体外で生存可能な程度に成熟しているという点にそれを求める見解をいい、生存可能性の「当面」の判断基準としては母体保護法の運用上の擬律（妊娠満二二週以降）を採る、というものである。(3) 諸々の見解のスペクトルの一方の端にある見解として批判的に言及されるようになってから既に随分経つので、同説の主張内容と従前の批判並びに反論は既に詳論したところに委ねることとし、ここではより近時の批判を紹介し、上述したような問題意識の下で、その当否を検討していくことにしたい。

第一の極めて根本的な批判は、独立生存可能性説が共に「ヒト」生命体として連続する「胎児」と「人」とを生存可能性という生物学的・医学的性質によって区別しようとすることは、同じく「生きている」「ヒト」を質的に異なるものとして扱おうとするもので不可能且つ不当であるという批判である。(4) 確かに、既に「独立」生存可能性説という命名が示すように、その基準は、現在における医療技術の支援を受ければ「母体への依存なしに」生存できる・「母体から離されても」生存できるということを含意するものであって、基準はむしろ独立性に求められていると解することも可能であろう。ちなみに、論者達は、生物学的・医学的性質による区別は不可能・不当であるとした上で、社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）を問題とし、胎児と人とは「端

的に、無事に世に生まれ出て社会の一員となったか、なっていないかだけによる区別である」とし、胎児が社会の一員となるのは「子供が生まれてくる動作を始めたとき、すなわち出産の開始に求めるのが最も自然である」として、分娩開始説又は一部露出説を採用する。(5) しかし、筆者からすれば、社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）のみならず、むしろ、そのような判断ないし印象を支え裏付けるものとして、「ヒト」生命体の機能的な独立存在性があり、謂わば単なる細胞の集合体を超えた独立の存在として捉え得る一定の成熟度（生存可能性）を備えた段階以降は「人」と考えるべきなのである。(6) 私見に拠れば、「人」の終期である脳死が臓器死且つ機能死であり、機能の不可逆的停止・蘇生可能性の喪失と捉えられるのと同様の次元において、「人」の始期は「ヒト」生命体における（現在における医療技術の支援を受ければ）独立して諸々の臓器等の生命機能を統合的に維持する可能性（独立生存可能性）の発生時と捉えられているといっても良いであろう。筆者には、そのような可能性の発生を「胎児」と「人」との区別基準とすることは（明確化の容易ではないこと、批判の言う通りであるが）可能且つ正統的であり、採用には正に「かなりの勇気を必要とする」(7) が、社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）という観点から導かれた分娩開始説や一部露出説よりも遙かに合理的な見解であるように思われるのである。筆者には、自ら生まれてくる動作を為さないで、あるいは、為せないで帝王切開によって母体外に取り出されたヒト存在が「人」でないと言う勇気は未だ無いし、(8) 子宮内に在って自然の分娩期の数カ月以前の段階のヒト存在を生存可能性の獲得・維持・改善の為に直接的な外科手術等の対象としてきた現代社会においては、そのようなヒト存在を「社会の一員」と捉えることも可能なように思われるのである。(9) 逆にいえば、社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）の取得・発生という視座は、それ自体が極めて規範的且つ主観的なものたり得るのであり、解釈者にとっては都合が良いが、具体的判断基準の安定性を保障し得ないのである。

第二の批判は、独立生存可能性説における「胎児」と「人」との具体的区別基準である妊娠満二二週が成育可

能限界であり、起点も受精卵の着床時期（「胎児」の始期）ではなく、その時期における個別の「ヒト」生命体において独立生存可能性が存するとは限らないのであって、それを一律の基準とすることは擬制であり、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反する、というものである。[10] 筆者が、生存可能性の「当面」の判断基準としては母体保護法の運用上の擬律（妊娠満二二週以降）を採るとしたのも、いうまでもなく、そこに問題が存し得ることを認識していたからであり、より妥当な基準が定立できれば置換することに吝かではない。しかしながら、批判の限度で応えれば、独立生存「可能性」の存在を問題としている点において、その不存在の立証を被告側に許しても、訴追側に通常の立証を要求しても、実質的に影響は出ない／変わりはないように思われる。妊娠満二二週以降の成育可能限界諸事例の医学的詳細は与えられているのであり、それとの比較推論による可能性の存在・不存在判断を行えば足るからである。それによって「人」性が否定される場合もあり得るであろうが、それは他の見解を採る場合でも生じる問題である。

第三の批判は、従前からの罪刑法定主義違反の批判と関連して、「同じ胎内にいながらの区別をどのように故意の認識対象に反映させるのだろうか」というものである。[11] 趣旨は必ずしも明らかではないが、妊娠二一週と二二週との間で「人」から「胎児」になるということが一般人の予見可能性を超えたものである、日常可能的語義の範囲を超えるという馴染みの批判に続いてのものであるので、独立生存可能性説を採った場合の「人」や「胎児」に関する故意の内実と錯誤の処理が巧く説明できないのではないか、という趣旨として応えておきたい。独立生存可能性説においても、「人」や「胎児」という客体に関する認識内容として、妊娠満二二週未満か以降かという点は必要でない。基本的には、当該客体が独立生存可能性のある「ヒト」であると認識していれば「人」の認識として足りるし、そのような可能性がない「ヒト」であると認識していれば「胎児」の認識となる。人工妊娠中絶の許される期限内の「ヒト」であるか否かという認識と対応するとも考え得るであろう。錯誤も、特段

の処理を要しない。例えば、若干乱暴な言い方であるが、独立生存可能性がある「ヒト」という認識を持った客体が実際は独立生存可能性を有しなかった、妊娠満二二週未満であったという事実の錯誤の場合、故意は阻却されるが、そのような認識はあるが、妊娠満二二週未満であるから「人」に該らないと考えたという違法性の錯誤（当て嵌めの錯誤）の場合には、故意は阻却されない。要するに、独立生存可能性説に特有の故意の内実、錯誤の処理が必要な訳ではないのである。

第四の批判は、独立生存可能性説においては、妊娠満二二週以降の母体内の「人」に対する過失による侵害をも処罰することになるが、その刑事政策的妥当性には疑問があり、特に、妊婦自身の過失による流産の防止において刑罰による動機付けに依存するのは誤りであるし、DV対策や妊婦自身による薬物施用・アルコールの過剰摂取を通じた子の障害惹起対策としては、これらを故意犯と考え得る限度で、胎児傷害その他を処罰する立法を行うのが本来の解決策である、というものである[11]。母体内の「人」に対する過失による侵害の処罰、特に、妊婦自身の過失による侵害の処罰の刑事政策的妥当性は、論者もいうように、結局は水掛け論となる虞があるものであるので、ここでは筆者の見解を読む際に留意して欲しい幾つかの点だけ述べておきたい。先ず最初は、筆者のいう「過失」の意味である。改めて述べるまでもないかもしれないが、それは、日常生活中において同じような状況におかれた同じような能力の行為者に通常要求される結果回避措置を講じた行動からの逸脱であって、一般的に行われる謂わば普通の行動であれば、結果を生じても、それを処罰しようとするものではない。また、筆者が刑罰の機能として考えているのは、応報や威嚇予防（消極的一般予防）による動機付けではなく、積極的特別予防と（選好形成機能としての）積極的一般予防であり、上述の意味での過失犯に対する使用も適合的である。そして、筆者の観察する限り、母体内の「人」に対する普通でない著しい逸脱行動（過失行為）による侵害は、妊婦自身による場合を含め、間違いなく存在し、量的に増加しているように思われる。DV対策や妊婦自身によ

る薬物施用・アルコールの過剰摂取を通じた子の障害惹起対策として、故意犯と考え得る限度での刑事立法的対処を採ることが本来的であるか否かは一先ず措くとして（筆者は、本来的には、福祉的・医療的対応が第一であると考えるが）、それらを採った上でも、過失処罰を必要とする現実は残るように思われる。それに該当するか否かは定かでないが、妊婦に対する交通事故で緊急出産した子が死亡した事例における司法の近時の対応は検討に値するであろう。

（3）伊東研祐『現代社会と刑法各論　第二版』（二〇〇二年）一四頁以下及び六頁以下を参照されたい。独立生存可能性説と命名して主張したのは、同書初版第一分冊（一九八九年）一一頁が最初であるが、実質的には法学セミナー三五四号（一九八四年）一二九頁の演習記事に遡る。

（4）辰井聡子「生命の保護」法学教室二八三号（二〇〇四年）五二頁を参照されたい。この批判を同旨として援用するものに佐伯仁志「生命の保護」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線II』（二〇〇六年）一六頁等がある。なお、異なるアプローチからであるが、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」筑波法政三七号（二〇〇四年）七九頁も、客体の価値・性質による区別は不可能であり、その意味で「胎児」や「人」は規範的な概念であるとする。

（5）引用は辰井・前出註（4）五二頁に拠る。そこでは、出産開始の意味での陣痛説を再評価する塩見淳「刑法による人の生命保護はいつから始まるのか？」法学教室二二三号（一九九九年）一一七頁が援用されている。更に、佐伯・前出註（4）一八頁（独立存在性を説く平川宗信『刑法各論』（一九九五年）三七頁を援用して、同書と同様、一部露出説を採る）、岡上・前出註（4）七九頁（同じく、平川宗信『刑法各論』（一九九五年）三七頁を援用しつつ、母体との一体性の終了時点の構成として分娩開始時を採る）、井田「人の出生時期をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル二号（二〇〇六年）一二三頁（結論的に、前掲・岡上論文並びに塩見論文を援用する）等を参照されたい。

（6）なお、岡上・前出註（4）論文の批判は、このような筆者の発想を理解した上のものであると思われるが、医学的な論証はできないというものである。註（4）においても、同論文は他の論者と「異なるアプローチ」を採っている旨

を述べたが、念の為、改めて強調しておきたい。

(7) いうまでもなく、平野龍一博士がかつて分娩開始説を採用せずに全部露出説を選ばれた際に用いられた表現である（平野龍一『犯罪論の諸問題（下）』（一九八一年）二六一頁参照）。辰井・前出註(4)五二頁は、分娩開始説を採用するに際して、現在の未熟児医療技術の状況に鑑みれば、それは「かなりの勇気がいる」ということもない、としている。

(8) この点については、岡上・前出註(4)七九頁が、批判を予想して、ドイツでの学説に依拠した「規範的」説明を行っている。井田・前出註(5)一二三頁も同様である。しかし、規範的な独立存在性の基礎付けと一致するものであるかという点は疑問である。

(9) 胎児外科については、千葉敏雄『胎児外科』（二〇〇七年）等を参照されたい。医学的な見地と私見とが必ずしも一致するものではないことは、いうまでもない。

(10) 岡上・前出註(4)七七頁等参照。

(11) 岡上・前出註(4)七八頁。

三　胎児性傷害に関する判例理論とその検討

妊娠中の女性が交通事故に遭って緊急手術で出産した子が当該事故時の侵害ないし作用の影響が原因で死亡したという事案につき、従前の取扱いを変更して、子に対する（当時の）業務上過失致死罪で訴追が為され、これを認める下級審判決が相次いで登場してきた[12]、という本稿冒頭で触れた近時の新聞報道は[13]、「「胎児は人」司法じわり」という見出しもあって、筆者にとっては大いに興味を惹かれるものであった。それは、近時の我が国の社会においては、胎内から出ようと動き出したか否かということを基準とした社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）に拠って「人」性が判断されている訳ではなく、むしろ、当該の存在を取り巻く「人」達との

諸々の関係性において正に規範的・主観的に決まることを証明しているように思われたからである。勿論、報道された事案のいずれにおいても、妊婦は出産予定日の数日前もしくは出産間近であり、胎内の存在は家族を中心とする幾つもの小社会に既に組み込まれ、そのような存在として機能していたのは事実であり、むしろ、それを反映すること・肯定することが裁判所には要求され、拒否できなかったと見るべきであろう。その限度を画さなくとも良いのであろうか。社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）だけで「人」性を判断する立場は、既述の通り、（正当化に成功しているか否かは疑問であるが）緊急出産ないし緊急手術が行われたことで足りるとすることもあり、既に現在の司法の動きが示すように、そのような契機を内在していない。そして、近時の下級審の従った熊本水俣病刑事事件最高裁決定の論理は、一方で、生きて胎外に出れば、理論的には受精卵の着床による「胎児」の始期まで実質的に「人」性を認め得る反面、他方で、胎内で死亡すれば、およそ「人」性を認め得ないものである。しかも、実質的に「人」性を認める為の理論構成が大いに疑問であるのは、後述の通りである。やはり、「ヒト」生命体の機能的な独立存在性のような謂わば次元を異にする観点を持ち込まない限りは、限定は出来ないのではないであろうか。

熊本水俣病刑事事件最高裁決定の論理の問題性についても、一般的な点はこれまでの機会に詳論してきたところに委ね[11]、ここでは同論理の基幹を為す抽象的法定符合説（構成要件的符合説）的思考の適用可能性に関する点のみを述べておくこととしたい。即ち、同論理は、「人」たる母体への故意又は過失による侵害の作用ないし影響が、「人」たる母体の一部であった胎児が出生した「人」に死傷の結果を生じた場合、両者とも「人」であって、錯誤の場合と同様、構成要件的に一致する限度で（それぞれに）犯罪の成立を認めて良いというものであるが、抽象的法定符合説の立場からしたときに胎児性傷害を打撃の錯誤の場合と同じく処理し得るものであることの論証は為されていないのである。むしろ、打撃の錯誤の場合は、行為の作用時に主観的に侵害を意図した客体

と客観的に結果の生じた客体とが共に存していることが前提となっている、両客体との間にそれぞれ存在する関係を何処まで法的に関連付けて評価し得るかを問題とするものであって、胎児性傷害の場合とは本質的に異なるものと解す方が妥当であるように思われる。更に、両場合が同じ処理を許すものであるとしても、構成要件的な重なり合いによる犯罪の肯定は、結果無価値の符合だけでは認められず、行為無価値の符合も要求されるはずであるが、それが充足され得るのは例外的な場合のみである。(15)

(12) 静岡地裁浜松支部平成一八年六月八日判決と長崎地裁平成一九年二月七日判決とが、それらである。いずれも公刊物には未登載のようであり、本稿では新聞報道及びインターネット上の通信社の情報等を利用した。

静岡地裁浜松支部の事案は、以下のようなものである。被告人は、平成一八年三月七日午前一〇時半頃、袋井市川井の県道で乗用車を運転中、居眠りをして対向車線にはみ出し、同県磐田市福田の主婦Sさん（二九歳）運転の軽乗用車と正面衝突し、Sさんは胸や腹を打って二週間の怪我をした。Sさんは出産予定日が三月一〇日で、胎児の心拍が弱かった為、搬送先の病院で約三時間後に緊急出産したが、生まれた男児は胎盤早期はく離の影響等で翌三月八日に死亡した。検察官は、熊本水俣病刑事事件最高裁決定を援用して、子に対する業務上過失致死罪の成立をも主張した。静岡地裁浜松支部は「被害者に胎盤早期はく離などの傷害を負わせ、その後に出生した新生児は、母体が受けた傷害に起因して死亡した」と認定し、子に対する業務上過失致死罪の成立を認めて、禁錮一年八月（求刑禁錮三年）の有罪判決を言い渡した。

長崎地裁の事案は、以下のようなものである。被告人の運転中の過失により生じた交通事故において、出産間近の妊婦ら四人が負傷し、その後に生まれた新生児が死亡した。長崎地裁は「死者は事故当時は胎児で、母親の胎内にいる時点で負傷し、出生後に死亡した」と認定した上で業務上過失致死罪の成立を認め、禁錮二年執行猶予三年（求刑懲役二年）の有罪判決を言い渡した。

(13) 朝日新聞二〇〇七年（平成一九年）八月一三日夕刊一三面［三版］。

(14) 例えば、伊東研祐「胎児性傷害からの刑法的保護」同他編著『はじめての刑法』（二〇〇四年）一頁以下を参照

されたい。

(15) 伊東研祐「構成要件要素としての故意――その3：錯誤と故意2」法学セミナー六一一号（二〇〇五年）一〇四頁参照。

四　終わりに――結論に代えて

妊娠中の女性が交通事故によって侵害を受け、緊急出産ないし緊急手術により母体外に出た子が母体への侵害又はその影響に因り死傷した場合を、被害者・遺族等の関係者は、単に「人」と成った子に死傷結果が生じたからではなく、既に胎内にあった時点から「人」であったもの・「人」と関係的に捉えられていたものが害され失われたが故に「人」の身体・生命に対する罪が犯されたと認めるように求めているのではないか、それが近時の新聞報道等を見たときに感じた印象であった。従前は、余りに著名な熊本水俣病刑事事件において二〇年近く前に最高裁判所が示した法律判断が存在したにも拘わらず、この要求に応えようとしなかった刑事司法実務が、敢えて対応し始めたのは、そのような要求の正統性を認めざるを得ない側面が存するからであろう。しかし、この胎児性傷害の問題が一般的な現行刑法解釈論の枠内において提供する理論的困難性は、改めて強調するまでもない。最高裁判所の提示した理論構成は勿論、社会的存在としての独立性（規範的な独立存在性）という観点から改めて評価されるようになってきた分娩開始説（そして、一部露出説）も、そのような要求に適切に応え得るものではない。特に過失により胎内で「ヒト」が死亡させられたような場合をも将来的に予測すると、既に立法的な対応が求められているというべきであるのかもしれない。それを「人」と「胎児」の一般的な再定義を通じて行うのか、これを行わずに一定範囲での「胎児」の特別な法的取扱いの定立で行うのか、いずれの方法もあり得

るであろう。独立生存可能性説の基礎にある考え方は、その際の議論に活用され得るであろう。