

タイトル	人の始期
著者	神元, 隆賢
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集: 221-246
発行日	2015-03-15

# 人の始期

神 元 隆 賢

## 目 次

- I はじめに
- II 判例の動向
- III 学説の状況
  - 一 独立生存可能性説
  - 二 陣痛説
  - 三 一部露出説
- IV 頭部一部露出説
- 五 全部露出説
- 六 独立呼吸説
- 七 出生説
- IV 私見
- V おわりに

## I はじめに

人の始期 「人」の始期は出生であり、出生前の生命体は「胎児」である。刑法は、「人」の身体・生命を傷害罪・殺人罪によって保護し、「胎児」の生命を墮胎罪によって保護している。「胎児」とは、受精すなわち受精卵の子宮への着床終了時から「人の始期」までの間の間の生命体を指す。医学上は、受精卵が着床した時点から体内で骨の形成が始まるまでの、

人の形をしていない初期段階の胎児を「胎芽」、それ以降を「胎児」と呼ぶことがあるが、法的にはいずれも「胎児」として扱われ、墮胎罪による保護の対象となる。

人が「胎児」から「人」になるのはどの時点か、言い換えれば、母体内の胎児がどの段階に至った時点以降で傷害罪・殺人罪の客体である人として、墮胎罪の客体である胎児より手厚く保護されるべきかという人の始期の問題を巡っては、古くから、分娩の開始を意味する規則的な陣痛開始時とする陣痛説、母体から胎児が一部でも露出し母体から独立して直接に侵害の客体となりうる状態に達した時点とする一部露出説、胎児の頭部の一部が露出した時点とする頭部一部露出説、胎児が母体から全部露出した時点とする全部露出説、胎児が胎盤呼吸をやめ母体外において肺呼吸をなしうる状態に達した時点とする独立呼吸説が対立していたが、後掲する大判大正八年一月三日刑録二五輯一三六七頁を契機として、それ以降の議論は一部露出説でほぼ固まっていたと言つて良い。しかし近年は、胎児が母体外で独立して生存しうる妊娠満二週以降であれば母体内にあつても人と解すべきとする独立生存可能性説、胎児が社会の一員となるための通過儀礼としての「出生」時とする出生説などの新たな学説が主張され、さらにドイツでは古くからの通説であるがわが国では従来は支持されていなかった上掲の陣痛説にも、複数の論者による再評価の動きがある。伝統的な論点であつた人の始期を巡る議論は、一部露出説一辺倒の状況から、新たな段階へとまさに移行しようとしているのである。

本論文は、人の始期について、判例の動向、近年の学説の状況を参照して検討しようとするものである。

## II 判例の動向

まず、人の始期の前段階において問題となる「墮胎」の定義について、旧刑法の時代の判例は、死産であることを

要求していた。すなわち、大判明治三六年七月六日刑録九輯一八卷一二一九頁は、被告人の娘A女が私通の結果妊娠しまさに分娩しようとするに当たり、B女を教唆して、その両手をA女の産門に挿入させ、すでに産門より頭頂部が露出した胎児の鼻口を圧迫させて呼吸運動を不可能にして死亡させ、さらに産門より引き出させて分離させた事案について、被告人が、墮胎の定義は「胎児ヲシテ時期ニ先チ胎盤ヲ離レテ流産セシムル」行為と解すべきと主張したところ、「墮胎トハ藥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フ義ニシテ其分娩期ニ至リシト否トハ問ハサル所ナリ」と判示して、墮胎教唆罪の成立を認めた。しかし、現行刑法が施行されて以降今日までの判例は、一貫して、胎児が生産か死産かは墮胎罪の成否に影響しないとされている。

この問題に関する判例事案の類型は二通りある。第一は、墮胎が行われ胎児が死亡したものの、胎児が生産か死産かが不明であつた事案である。この類型に分類しうる判例として、大判明治四十二年一月一九日刑録一五輯一四二〇頁、大判大正六年一月二六日新聞一二三〇号二九頁があるが、いずれも、墮胎罪は自然の分娩期に先立ち人為的に胎児を母体より分離することで成立し、胎児が死亡するか否かは犯罪の成否に影響しないなどとして墮胎罪の成立を認める。第二は、墮胎が行われたものの生産であつた事案である。この類型に分類しうる判例として、大判明治四四年二月八日刑録一七輯二一八三頁、大判大正一一年一月二八日刑集一卷七〇五頁、最決昭和六三年一月一九日刑集二四卷一号一頁があるが、いずれも第一の類型同様、胎児が死亡するか否かは犯罪の成否に影響しないなどとして墮胎罪の成立を認める。さらに生産した子が殺害ないし遺棄されて死亡した場合には、墮胎罪と殺人罪（大判大正一一年一月二八日）、あるいは墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪（最決昭和六三年一月一九日）の成立を認め、両罪は併合罪となるとする。なお、これらの判例の罪数処理については、併合罪ではなくむしろ牽連犯とすべきであつたとの批判がある<sup>〔1〕</sup>。確かに、同意墮胎罪と殺人罪の間に手段と結果の一般的な結びつきは認められよう。しかし、これらの事

案は、当初から意図して、生産で分娩した子を殺害ないし遺棄する手段として墮胎行為が行われたものではない。牽連犯の二罪は主観的にも客観的にも牽連関係になればならないとする学説<sup>(2)</sup>を前提とするならば、やはり併合罪と解すべきであるように思われる。<sup>(3)</sup>

以上のように、判例は、墮胎を「自然の分娩期に先だつて人為的に胎児を母体から分離する行為」と定義し、その結果、胎児が生きて母体外に露出するか、母体内において死亡するかは墮胎罪の成否に影響しないとす。この点から、判例は墮胎罪を抽象的危険犯と解しているとの指摘がある。<sup>(4)</sup>そして学説上も、墮胎罪では法文上、危険の発生が要件とされていないこと、墮胎行為がそれ自体に危険が内在していることなどを根拠に、判例を支持すべきとする抽象的危険犯説が主張されている。<sup>(5)</sup>しかし、学説の多くは、判例及び抽象的危険説に批判的である。すなわち、侵害犯説は、現在では母体外に排出された胎児の生存可能性が高まっているから、胎児の生命・身体への安全について危険を生じさせただけで墮胎の罪により処罰すべきではないなどとして、墮胎罪を胎児の生命・身体への侵害犯と解し、墮胎を「胎児に攻撃を加え母体内又は母体外で死亡させた場合」と定義すべきと主張する。<sup>(6)</sup>具体的危険犯説は、墮胎行為は、母体内で胎児を殺害したときはその時点で既遂となるが、それ以外の場合は、胎児の生命・身体への安全について危険を生じさせる母体外への排出時に既遂とすべきで、胎児の死亡を要件とすべきではないなどとして、墮胎を「胎児に攻撃を加えて出生前または後に死亡させ、または胎児もしくは母体にとって具体的に危険を有する方法により、人工的に胎児を母体から分離ないし排出すること」と定義すべきと主張する。<sup>(7)</sup>

次に、人の始期をどの時点と解するかについて、旧刑法の時代の判例は、必ずしも胎児の一部露出ないし全部露出を要求していなかった。前掲大判明治三六年七月六日は、教唆して、分娩中に頭部を一部露出したが呼吸開始前の子を殺害した事案について、謀殺罪や故殺罪ではなく、墮胎教唆罪の成立を認めた。しかし、現行刑法が施行されて以

降は、人の始期を一部露出時であると明言した大審院判例があり、これが今日までのリーディングケースとなっている。

すなわち、大判大正八年二月一三日は、妊婦であったがそれを他人に隠していた被告人が、便所において分娩を催し、嬰兒が仮死状態のまま母体から一部露出した時点で嬰兒の顔を両手で強く圧迫し、さらに糞壺内に娩出した嬰兒を、人目に触れないようにしようとして棒を用いて糞便中に突っ込み、よつて嬰兒を窒息死させた事案について、殺人罪の成否が争われ、第一審は、被告人に殺人罪の故意が十分でないとして無罪とし、控訴審は、嬰兒の顔を圧迫してから糞便中に突っ込んだ一連の行為につき殺人罪の成立を認め、これに対し、被告人は、民法上の通説である全部露出説に照らせば、同行為は、自然の産出時期をまたずに胎児を母体から分離させた点では墮胎罪となるに過ぎないこと、嬰兒を糞便中に突っ込んで窒息死させた行為については、被告人に嬰兒が仮死状態であった事実の認識が欠けていること、本件の嬰兒は呼吸機能を開始することなく真死状態に至っており、失うべき生命の開始自体がないことから、殺人罪には該当しないと主張して上告したところ、「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其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、一部露出説を採用したうえで、嬰兒の顔を圧迫した行為を殺人行為の一部と認め、さらに「胎児カ生活機能ヲ具備シテ母体ヨリ其全部若クハ一部ヲ露出シタル以上トヒ仮死ノ状態ニ在リテ未タ呼吸作用ヲ開始セサルモ生命ヲ保有スルモノナルカ故ニ殺人罪ノ客体トナリ得ヘキ人ナリト云ハサルヘカラス」として、独立呼吸説を明確に排斥し殺人罪の成立を認めて上告棄却した。

人の始期  
本件事案では、被告人が子を糞壺内に娩出した行為は、全部露出説あるいは独立呼吸説に拠るならば、上告理由にあるように、客観的には、顔面圧迫及びそれ以降の娩出にかかる一連の行為により、時間的にわずかながらも「自然

ノ分娩期ニ先チ」全部露出が生じていることを根拠に、判例の「墮胎」の定義に適用と見る余地がある。これに対し、本判決の採る一部露出説に拠れば、本件事案における子の娩出すなわち一部露出は、必ずしも「自然ノ分娩期ニ先チ」生じたわけではないから、客観的には殺人に当たるとしても「墮胎」には当たらないとする余地がある。もつとも、多数説は、「墮胎」の定義について、判例の定義にさらに母体内で胎児を殺害した場合も加えるべきと解している。<sup>(8)</sup>これに従うならば、一部露出説に拠つても、「人」となった子の身体の大部分が「母体内」にある時点での殺害であるから、かろうじて「墮胎」となると解する余地があるかもしれないが、このような解釈は、墮胎罪と殺人罪を区別する人の始期をあいまいにするおそれがあり妥当ではなからう。

それでは、主観的にはどうか。一部露出説に拠るならば、被告人の認識上は、子が「人」となった段階で殺害しているから、子は実際には糞壺内で窒息死しているものの、因果関係の錯誤における遅すぎた結果発生<sup>(9)</sup>の事実と解して、殺人の故意を認めうる。もつとも、糞壺内への娩出自体については、「胎児ヲ母体ヨリ分離するとの認識によらないから、墮胎罪の故意を欠くことにならう。一部露出時において子が死亡した以上は、死亡した子は胎児に含まれうる死胎ではなく、人より転じた「死体」と解されるからである。一方、全部露出説及び独立呼吸説に拠るならば、被告人の認識では子を胎児段階で殺害しているが、母体からの分離時の子は死胎と解しうるし、墮胎の定義に関する多数説に拠れば、母体内での胎児殺としての「墮胎」の故意を認めうる。しかし、全部露出ないし独立呼吸時において子を殺害したとは認識していないから、殺人罪の故意を認めることはできない。

以上見たように、本件事案では、一部露出説に拠れば殺人罪の成立を認めうるものの墮胎罪の成立を認めることはできず、全部露出説あるいは独立呼吸説に拠れば墮胎罪の成立を認めうるものの殺人罪の成立を認めることはできない。これにつき、本判決は、一部露出説、全部露出説、独立呼吸説の対立に言及したうえで、一部露出説を採用する

ことを明言したのである。

以上の大判明治三六年七月六日と大判大正八年一月一三日、そして後者が採用した一部露出説の関係をどのように理解するかは、論者によって異なる。これにつき、全部露出説の一部の論者からは、大判大正八年一月一三日の行為の大部分は全部露出後になされておき、全部露出説に拠つても殺人罪が成立する事案であつたとの前提に立ち、大判大正八年一月一三日以降、これを踏襲し確認した判決が一つも出ていないこと、大判明治三六年七月六日は一部露出説が適用されるべき事案であつたにもかかわらず、殺人罪ではなく墮胎罪の成立を認めたに過ぎないから、判例が一部露出説を採っていると断定することはできないとの主張がなされている<sup>(9)</sup>。もつとも、通説は、大判大正八年一月一三日を一部露出説を採る判例としたうえで、大判明治三六年七月六日を無視するのが一般的である<sup>(10)</sup>。大判明治三六年七月六日は、原判決が「胎児カ既ニ産門ヨリ頭頂部を露ハシ將ニ出生セントスル際之ヲ殺害シテ呼吸運動ヲ営ムコト能ハサラシメ……墮胎教唆ノ行為アルモノトシ」た点について、自然の分娩期到達後の胎児の殺害が「墮胎」に当たるかが争われたところ、「原院カ為シタル擬律ハ其当ヲ得タルモノ」と判示している。ここでは、被告人が胎児を「殺害」して「呼吸運動」を不能にしたとの原判決の判断が支持され、子の一部ないし全部露出は全く問題とされていないから、一部露出説や全部露出説を採用したのではなく、むしろ、独立呼吸開始をもつて人の始期とする独立呼吸説を採用したと解すべきであろう。そして大判大正八年一月一三日は、独立呼吸説に言及したうえで一部露出説を採用することを明言しているのであるから、判例はここで一部露出説に立場を転じたと見るべきではないか。

### III 学説の状況

人の始期を巡つては、今日までに多くの学説が主張されている。これらを概ね人の始期を早期に認める説から順に

並べると、以下のようになる。

### 一 独立生存可能性説

人工妊娠中絶について規定する母体保護法は、その運用上、厚生省通達（平成二年厚生事務次官通知）により、母体外にて嬰兒が生命を継続しうる受胎後満二二週未満の「胎児」についてのみ、人工妊娠中絶を許容する。独立生存可能性説は、この母体保護法の運用状況を参照したうえで、母体外で生存可能な程度に成熟した胎児は「人」として保護に値するとして、人の始期を妊娠満二二週に至った時点とする。<sup>(1)</sup> 本説に拠れば、妊娠満二二週以降の嬰兒殺については殺人罪が成立し、それ以前の「胎児」殺については、母体保護法の適用要件を満たさない場合には墮胎罪が成立するが、適用要件を満たす場合には母体保護法により違法性が阻却される。このように解すると、墮胎罪の成立範囲は非常に限定的なものとなる。

本説に対しては、妊婦を暴行することで、母体外で生存可能な満二二週以降の子を母体内で死なせた場合にも殺人とするのは妥当でない<sup>(2)</sup>、満二二週未満で早産したが未熟児医療により数十日程度は生存可能な子を殺害した場合には、殺人罪にも墮胎罪にも該当せず不可罰となってしまう<sup>(3)</sup>、二二週の時点での子の発育程度はさまざまであり、各個体において独立生存能力があるかを証明することは困難である<sup>(4)</sup>、墮胎罪の規定が事実上無意味になってしまふ<sup>(5)</sup>などの批判がある。これに対し本説の論者は、そもそも「出生」をもって人の始期と解する前提自体が合理的根拠を欠いている<sup>(6)</sup>と反論する。今日では、母体保護法によりすでに墮胎罪の適用が非常に限定的なものとなっていることに鑑みると、本説が、ことさら墮胎罪を現状より無意味なものとする解釈であるとまでは言い難いようにも思われる。少なくとも、本説には、満二二週以前での母体保護法の適用要件の重要性を強調する意義は認めうるであらう。さらに、前掲最決

昭和六三年一月一九日は子の生育可能性に言及しているところ、一部露出説や全部露出説を採る論者の一部にも、一部ないし全部露出後、子が独自の生存能力、生育可能性を欠いていたならば「人」として保護すべきでないとする主張があるが<sup>17)</sup>、本説はこれら生育可能性に言及する主張と、その趣旨において共通する点があるように思われる。

しかし、本説には以下の点で疑問がある。第一は、満二二週以降か否かを明確かつ客観的に判断することが困難な点である。通常、妊娠期間は、胎児の成長ではなく、母親自身の最終生理日の自己申告に基づいて計算される。したがって、妊婦が、実際には満二二週であるにもかかわらず、最終生理日を偽って一週遅らせて申告したうえで子を殺害した場合、本説によれば満二二週であったとして自動的に墮胎罪を適用することになり、殺人罪の適用が事実上困難となってしまう。第二は、医学的理由により、妊娠中の母親と満二二週以降の子のいずれかの生命しか救うことができない状況に陥った場合に、生命対生命の緊急避難の問題を惹起する点である。とくに、子が双生児であった場合には、本説によれば、母親の生命一個を保全法益とした双生児の二個の生命侵害は、生命対生命の緊急避難を許容する立場に拠ったとしても、法益権衡性の点で違法性の阻却を認めることが困難となるおそれがある。この結論は支持し難い。<sup>18)</sup>

## 二 陣痛説

陣痛説(分娩開始説、出産開始説、陣痛開始説とも)は、母体外で生存可能な程度に成熟している胎児であれば「人」として保護に値するとして、陣痛の開始時をもって人の始期とする。かつてのドイツ刑法典には分娩中または分娩直後の母親による嬰兒殺に関する規定があり、本説はこれに対応して主張された学説であった。

ドイツ刑法は、旧第二一七条において、「母が、非嫡出子を分娩中(in der Geburt)または分娩後直ちに(Gleich nach

der Geburt) 殺したときは、三年以上の懲役刑に処する。酌量すべき事情がある場合には、六月以上の禁錮刑に処する。」と規定していた。ここでの「分娩中」とは、母と胎児の肉体的な接合(臍帯(臍の緒))を分離する作用である、最終的かつ規則的な陣痛、いわゆる本陣痛が始まって以降を意味する。<sup>(19)</sup>この旧第二一七条は一九九八年に削除されたが、今日でも、ドイツの通説は、刑法上の人の始期の根拠として同条を依然として引用する。すなわち、人の始期は、母体からの子の露出時ではなく、旧第二一七条における「分娩中」、すなわち、経膈分娩の経過によれば、胎児の「母体からの娩出(排出) 開始 (Einsetzen Ausstoßungsversuche des Mutterleibes)」を決定づける「娩出に至る最終的な陣痛の開始 (Beginn der im weiteren Verlauf zur Ausstoßung führenden Wehen)」すなわち医学用語にいう「開口期陣痛(開口陣痛) (Eröffnungswehen)」の開始時であるとする。<sup>(21)</sup>分娩開始から子宮口が全開大となるまでの期間を「分娩第一期」または「開口期 (Eröffnungssperiode)」といい、開口期陣痛はこの間の陣痛である。さらに続いて胎児が娩出されるまでの期間を「分娩第二期」または「娩出期 (Ausstreibungsperiode)」といい、分娩第一期から第二期までの規則的で次第に痛みが増大する陣痛を「本陣痛 (Geburtswehen)」という。<sup>(22)</sup>本説によれば、開口期陣痛の開始時すなわち本陣痛の端緒が人の始期となる。一方、帝王切開の場合には、帝王切開における開口期は医師による開腹手術時と位置づけるところ、一部の論者は、医事法的視点から、子宮切開時ではなくむしろ腹部切開手術の開始時をもって人の始期とすべきと主張する。<sup>(23)</sup>しかし、通説は、この場合の人の始期は子宮切開時であるとする。<sup>(24)</sup>腹部切開は場合によっては他の目的のためにもなされる点<sup>(25)</sup>が、その根拠として挙げられている。そしてこのように解すること、ドイツの通説は、子にとって危険な段階となる出産過程も人としての保護に含め、この段階での子への殺傷について殺人・傷害に関する規定を適用しようと主張する。<sup>(26)</sup>さらに旧第二一七条についても、同条は必ずしも人の生命を保護する時期を修正するとの趣旨から削除されたのではなく、従って伝統的な解釈である陣痛説もまた、同

条の削除によって根拠を喪失し放棄されることはないと解されている。<sup>27)</sup>

これに対し、わが国では古くから、陣痛説をドイツの通説として参照しつつも、これに批判的な主張が多く見られた。すなわち、陣痛説については医学的な妥当性は認められるものの、陣痛すなわち分娩作用開始後、数日を経過してもなお出生に至らないことがあり、それでもなお人として保護するのは一般的な理解に反する<sup>(28)</sup>、陣痛説は嬰兒殺の場合における嬰兒の意義に関する一種の見解であつて、一般的に人の問題に関するものではない<sup>(29)</sup>、分娩開始の確認が困難である<sup>(30)</sup>、帝王切開の際には子宮切開すなわち胎児の一部露出時に人の始期とするとの解釈と一貫性がない<sup>(31)</sup>、婚外子殺害に関する規定を持たないわが国の刑法において、陣痛説を導入すべき根拠がないなどの主義がそれである。もつとも、近年は、陣痛説を再評価し、わが国において導入する余地があると主張が活発である。すなわち、墮胎を「自然の分娩期に先だつて人為的に胎児を母体から分離する行為」と定義する判例の立場に拠るならば、陣痛開始後、一部露出あるいは全部露出するまでの間、「胎児」の生命が刑法的に保護されないことになるが、陣痛説であればそのようなエアポケットを排除しうる<sup>(32)</sup>、医療上の過誤に遭う危険のある出産過程において子を篤く保護しうる解釈である<sup>(34)</sup>、などの主張がそれである。

本説については、分娩開始の確認がはたして容易であるのかがやはり問題となろう。妊娠末期において分娩の時期が近づくと、不規則な子宮収縮が頻繁に見られ、「前駆陣痛(前陣痛)(Vorwehen)」と呼ばれる妊娠陣痛を生じることがある。前駆陣痛は子宮頸部の成熟を促す作用があり、分娩の準備状態を作ると考えられているが、子宮口を開大する作用はない点で本陣痛と区別することができる。とはいえ、前駆陣痛からそのまま本陣痛に至ることが多いため、妊婦自身による両者の区別は困難で、しかも前駆陣痛は一か月程度継続することさえある。ここから、ドイツでは、開口期陣痛ではなくむしろ娩出期陣痛の端緒である、陣痛にいきみによる腹圧も加わった「共圧陣痛(Presswehen)」

の開始時をもって人の始期とすべきとする主張もある。<sup>35</sup>これにつき、わが国では、人の始期としての陣痛、分娩にそこまでの明確性は不要で、むしろ重要であるのは、裁判時に鑑定で開口期陣痛の開始を明らかにできるか否かにあるとしたうえで、子の死亡が妊娠中であつたか分娩中であつたか出産後であつたか、産道のどの辺りで外傷を受けたかは、解剖により原則的には鑑定可能であるから、判断の困難な開口期と分娩期の分水嶺である娩出期陣痛は人の始期の基準としては不適で、むしろ開口期陣痛と解すべきであるとの批判がある。<sup>36</sup>しかし、前駆陣痛と本陣痛の区別が、鑑定ではともかく妊婦自身にとつては困難である以上、妊婦が前駆陣痛と考へて胎児を墮胎しようとしたが実際には本陣痛であつた場合<sup>37</sup>、あるいは本陣痛と考へていたところ実際には前駆陣痛であつた場合には、錯誤として処理せざるを得ない。さらに、子が出産過程のどの段階にあつたかを鑑定しうるのは、死亡した子を解剖した場合であつて、陣痛時になされた胎児性傷害により子が母体内で負傷した後に全部露出で生産した場合には、行為時の陣痛が前駆陣痛と本陣痛のいずれであつたかを認定することは極めて困難といわざるを得ない。結局、本説は、人の始期の明確な基準を提示しきれない点で疑問がある。

### 三 一部露出説

一部露出説は、胎児が母体から独立して直接に侵害の客体となりうる状態に達した以上は「人」として保護されるべきであるから、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べきと主張する。<sup>38</sup>本説は、一部露出した子の身体に直接侵害を加えたか否かを基準とし、墮胎と殺人との区別を容易になしうる利点がある。わが国における通説である。

本説に対しては、「行為の態様によつて客体の性質を区別」する見解である。<sup>39</sup>人の始期を医学的な基準である「娩出

(Ausstobung)の開始時あるいは終了時と解するならば、一部露出は娩出の途中であつて基準として中途半端であるなどの批判がある。さらにドイツでは、子が一部露出後に還納、すなわち再び母体の子宮内に戻された場合に、本説によれば「人」と「胎児」のいずれとなるのか不明となるとの批判があり、これに対し一部露出説の論者は、胎児が一部露出している時のみ「人」として保護すれば足りると反論する<sup>(41)</sup>。一部露出後の子が母体内に還納されたならば、子は「人」から再び「胎児」に戻るだけだといふのである。しかし、子が一部露出時に医師等の過失行為によつて負傷し、その後に還納された母体内にて死亡した場合の医師の罪責は問題となりうる。この場合の子は、「人」として保護され医師は業務上過失致死罪の罪責に問われるのか、あるいは「胎児」として保護されるにとどまり医師は過失墮胎で不可罰となるのか。このように、胎児の還納は、胎児の時点で傷害を負わせた子が出生後に死傷した場合の罪責に関する胎児性致死傷の問題に若干類似した、新たな問題を惹起することになる。

#### 四 頭部一部露出説

頭部一部露出説(頭部露出説とも)は、一部露出説に対し、胎児の足が出たに過ぎないような場合まで厚く保護する必要があるか疑問であるとし、生命体の最重要器官である脳の入っている頭部の一部が露出したときに「人」となると主張する<sup>(42)</sup>。人の終期における脳死説との整合性をとることをその趣旨とする見解である<sup>(43)</sup>。学説としては、一部露出説のバリエーションとして古くから主張されていたもの<sup>(44)</sup>のようであるが、今日では本説を主張する論者は限られている。

人の始期

本説に対しては、頭部露出という事実状態と脳の機能状態という異なる次元のものを結びつける論拠が不足している<sup>(45)</sup>、母体から足が先に出る、いわゆる逆子で心臓部が母体外に出たときに心臓を攻撃して死亡させた場合に、それ

でも頭部が露出していなければ殺人罪が成立しないとする帰結は、生命体の重要部分を保護するとの本説の趣旨からおよそ承認できないはずである<sup>(46)</sup>。本説は、逆子の経膈分娩は大きな困難を伴うから、この場合には人としての保護を遅らせるべきとの意図を含んでいるようにも思われるが、逆子とそうでない子とを、医学的にはともかく刑法的に区別してよいかは疑問が残る。

## 五 全部露出説

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べきと主張する<sup>(47)</sup>。わが国の民法上の権利取得時期に関する通説でもある<sup>(48)</sup>。ドイツにおいても、ドイツ民法第一条は「人の権利能力は、分娩完了時 (Vollendung der Geburt) に始まる。」と規定し、分娩完了時すなわち全部露出時を人の始期とする。

本説に対しては、人の生命に対する保護が遅きに失するという批判がある。ドイツにおいても、通説は、刑法における人の始期をドイツ民法と同様に全部露出時としたならば、人としての保護が遅きに失するなど主張して、民法とは異なる陣痛説を採るに至っている<sup>(49)</sup>。本説の論者は、出産という困難な過程を経た生命のみが、「人」として厚く保護するに値すると反論するが、これに対しては、出産の前後で生命の価値に差はないとの批判がある<sup>(50)</sup>。

ところで、母体から露出した胎児が母体外において攻撃を受けたが、全部露出の段階に至っていたかどうかを確認できないということになると、殺人罪による処罰が困難となるところ、これが全部露出説の欠点であるとの批判がある<sup>(51)</sup>。しかし、他説についても、妊娠満二二週、本陣痛の開始、一部露出、独立呼吸それぞれの段階に至っていたか確認困難な場合があることを否定し得ないように思われる。

## 六 独立呼吸説

独立呼吸説は、胎児が胎盤による呼吸をやめ、母体外において肺呼吸をなしうる状態に達した時点をも人の始期とする<sup>(53)</sup>。本説の根拠として、大場博士は以下の三点を挙げる。第一は、胎児の独立呼吸は嬰兒が母体を離れて外界即ち母体外において「独立生活ヲ始ムル起点」であり、「医学者多数ノ見解」は、この時点で嬰兒が外界において「独立ノ存在」となると解されている点である。第二は、わが国の実務上の慣行では、胎児が生産であるか死産であるかが、呼吸の有無によつて判断されている点である。第三は、人の終期の基準を呼吸停止と解するならば、人の始期の基準も呼吸開始と解すること論理が一貫する点である。

本説に対しては、人の始期が遅くなりすぎる<sup>(54)</sup>、胎盤呼吸と肺呼吸は併存しうるため人の始期を確定するのが困難となるなどの批判がある。さらに本説の三点の根拠について検討すると、第一の点については、確かに医学的にはそのような側面もあるかもしれない。しかし、胎児・新生児肺低形成症により、分娩後すぐに人工肺による治療を施した場合には、未だ独立呼吸をなし得ないから「人」として保護され得ないとするならば、妥当とは思われない。第二の点については、本説が主張された当時であればともかく、今日では、必ずしも呼吸の有無のみにより生産か死産かが判断されているわけではない。昭和二十一年厚生省令第四二号（死産の届出に関する規程 第一条は、「死産とは妊娠第四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づれをも認めないものをいふ。」として、人の終期にかかると、呼吸・脈拍の不可逆的停止および瞳孔散大を判断基準とする三徴候説を採用しているのである。第三の点については、大場博士は、人の終期について、呼吸が不可逆的に停止した時点とする呼吸停止説を主張されており<sup>(55)</sup>、この説と独立呼吸説の双方を採用するのであれば、確かに論理が一貫する。しかし、

今日では、人の終期について、三徴候説（心臓死説<sup>57</sup>）あるいは脳機能の不可逆的喪失の時期とする脳死説が支持されており、さらに平成九年施行の臓器移植法は、心臓死を前提としつつ、臓器移植の場合に限り、臓器提供者の事前の書面による提供意思の表示、家族の同意を条件に、脳死を人の死と認めている。いずれにせよ、人の始期・終期を呼吸のみに関連づける見解は、少なくとも今日の状況には適合しないというほかない。

## 七 出生説

出生説は、母体内の子は「出生」を経て社会的・法的に「人」と認められるようになるから、「出生」を人の始期と解すべきであるとする。ここでの「出生」とは、単に物理的に胎児が母体外に出ることを意味するのではなく、いわば「社会の一員となるための通過儀礼」と認められる基準であつて、例えば早産で生まれた子は「出生」を経ているから、その生育段階、生育可能性の如何にかかわらず「人」となる。これに対し、人工妊娠中絶、墮胎によつて母体外に出た場合、これは「出生」ではないから子は「人」ではなく、その殺害も「人」に対する罪を構成しないとされる。本説に拠れば、墮胎により排出された子が生育可能性を有し、親が翻意して保護育成した場合に「人」として保護されないことにもなりかねないが、本説の論者は、親が保護育成する場合には、排出と親の受容をもつて「出生」を経たと見ることができるとする<sup>58</sup>。

本説は人の始期に関する最新の学説の一つであり、まだ十分な検討がなされているとはいえないが、一部ないし全部露出や開口期陣痛の有無によらずして、社会的意味での「出生」の概念をはたして明確に定義できるのが問題となる。さらに、墮胎後に生産であつた子を保護育成した場合について、「出生」を経たか否かを親の受容の有無によつて判断することには疑問もある。仮に、女が妊娠したものの誰にも知られないように秘し、人知れず経膣分娩して全

部露出した後に、当初からの計画通りに子を殺害した場合に、妊娠や子の存在が社会に知られていないこと、親の受容を欠くことから「出生」を経っていないと言うのであれば、当該行為は墮胎罪にも殺人罪にも該当しないこととなるため妥当とは言えない。

#### IV 私見

上掲の諸説を検討するに、全部露出説が妥当ではないかと考える。わが国では、刑法上は古くから一部露出説が通説であったが、民法上は全部露出説が採用されているところ、胎児性致死傷とくに分娩時の医療事故における損害賠償を考慮すると、両法分野における人の始期を共通化させる意義を見出すことができよう。もともと、民法上の人の始期は、相続関係の明確化の観点から、胎児が相続人として一定期間生存できる状態に至った時期であるべきという、刑法とは異なつた要請が働いている<sup>60</sup>。これは日独に共通し、それ故、ドイツの通説も、全部露出説の採用を明示するドイツ民法第一条を参照しつつ、刑法上は敢えて陣痛説を採用するのである。さらにわが国の民法上も、人の始期に關する学説上の対立は実際にはほとんど問題とならないと指摘されている<sup>61</sup>。胎児の損害賠償請求権と相続関係につき、「胎児はすでに生まれたものとみな」されるからである（民法第七二一条、八八六条・九六五条）。しかし、胎児の権利能力については解除条件説と停止条件説の対立があるものの、死んで生まれた場合にはいづれにせよ権利能力が消滅することは争いが無い。従つて、胎児性致死傷では民法上も、胎児自身の損害賠償請求権を親が相続するのか、それとも胎児の損害賠償請求権は発生せず、親自身を被害者とする損害賠償請求権が発生するのかという問題を生じ、全部露出説に従えば後者が選択されることになる<sup>62</sup>。しかし、民法でも一部露出説を採用し、子（胎児）の損害賠償請求権を早期に認めるといふ解釈は、必ずしも不可能ではなからう。

全部露出説を採るべき積極的根拠は、刑法上の以下の点による。

第一は、一部露出した子の母体内への還納と人の始期の関係を、全部露出説に拠れば容易に説明しうる点である。一部露出した子の母体内への還納は、懸鉤、すなわち双胎の経膈分娩時に双胎の両児の大部分が同時に小骨盤腔内に進入してもつれ合い、骨盤位（逆子）の第一児の頭部が頭位の第二児の頭部に引っかかり分娩が停止した場合にしばしば行われる。懸鉤を生じた第一児を母体に還納してから帝王切開を行うのである。このとき、一部露出説によれば、「人」となった第一児は再び「胎児」に戻るが、一部露出時の医療過誤により第一児が還納後に母体内にて死亡する事態は考えられよう。民事であるが、千葉地判平成一〇年四月二七日判タ九九一号二一二頁は「第一児骨盤位、第二児頭位などによる出生の場合には懸鉤による経膈分娩の困難が予想され、予定帝王切開をする義務がある」と判示している。にもかかわらず、敢えて医師が自然分娩を試み、第一児が一部露出した後で自然分娩を断念し、第一児を還納したもの胎児が母体内で死亡した場合の医師の罪責は当然に問題となるが、還納されて「胎児」に戻ると解するならば、過失墮胎で不可罰との結論に至る。あるいは、子が「人」である母体の一部として保護されることにより、医師を業務上過失致傷罪に問う余地もあるかもしれない。胎児性致死傷では、「心身共に健康な子供を出産する母親の機能」を傷害の罪の保護法益である生理機能に含めることで、母親に対する過失致傷罪の成立を認める母体傷害説や、胎児は母体の一部であり、これを傷害することは母親に対する傷害の罪を構成するとして、母親に対する過失致傷罪の成立を認める母体一部傷害説<sup>(84)</sup>が主張されている。これに従い、子は還納されて「胎児」に戻るが、その子を死亡させることは母体を傷害することと同義であるとして、母体に対する業務上過失致傷罪の成立を認めるのである。もつとも、一部露出説は、一部露出した子が母体と独立して侵害の客体となりうるからこそ、一部露出時が人の始期となると解している。客体として独立し「人」となった子が傷害された後で還納された場合に、再び母体の一部としての

従属的保護を認めるといっているのであれば、客体としての独立を重視する本説の趣旨とは矛盾するのではないか。さらに、懸鉤が発生し第一児の還納も困難である場合には、一部露出した第一児に対し切胎術や胎児縮小術を施して死亡させたい（いわゆる部分出産中絶）、第二児を娩出させて救出する方法が選択されることがある。医師は一部露出した第一児を殺害するから、一部露出説によれば殺人罪の構成要件に該当し、これに対して緊急避難を認めうるかとの問題になるが、第二児は「胎児」であるから、保全法益の主体に「人」である母体を含めることができなければ、「人」対「胎児」の過剰避難となってしまう。これに対し、全部露出説を採用すれば、全部露出後の還納は考えられず、懸鉤、還納すべての過程において、第一児、第二児とも「胎児」とどまるから、胎児が母体内で死亡したならば、母体に対する業務上過失致傷罪のみが問題となり、一部露出説のような「人」から「胎児」への逆行は生じないし、第一児と第二児の緊急避難についても法益権衡性を認めうる。

第二は、母が子を分娩中で一部露出の時点において、医師が速やかに子を部分出産中絶しなければ、母体が生命を損なわないまでも重篤な後遺障害を残す危険が高いとの状況に陥ったときに、一部露出説を前提とすると、子の生命法益対母体の身体法益の緊急避難の問題を惹起する点である。この場合に、母体の保全を優先して部分出産中絶を行った医師や、母体の保全の優先を要請した夫（子の父親）に対し、殺人罪（過剰避難）の正犯や教唆犯の罪責を負わせるのは妥当ではなからう。これに対し、全部露出説を採用すれば、子は「胎児」とどまるから、母体の保全を優先する緊急避難を容易に認めうる。

もつとも、全部露出説には以下の問題点がある。

第一は、大判大正八年一月三日の事案について、殺人罪の成立を認めることが困難である点である。同判決については、「人」「胎児」の概念の分析のみから答えを導くのではなく、殺人罪と墮胎罪の処罰範囲の合理的配分の視

点も加味しなければならぬなどとして、一部露出説による処罰範囲の妥当性を主張する論者もある<sup>(65)</sup>。しかし、全部露出説からも、行為者が嬰兒を糞便中に突っ込んだ時点で、嬰兒が仮死状態であった事実の認識が未必的にでも真になかったかを問い、これが存在したならば殺人罪の成立を認めうるから、行為者の認識の有無を事実認定の段階で検討する余地はある。あるいは、このような認識が行為者に存在しなかったとしても、全部露出直前、すなわち「人」となる直前の一部露出時の「胎児」の殺害は、「人」の生命を奪う現実的危険性を有していると解して、殺人未遂罪の成立を認める余地があるかもしれないが、ここでは試論にとどめる。

第二は、帝王切開における人の始期をどのように解するかという点である。近年は、妊娠中期において異常を生じた胎児に対し、母親の子宮を切開して一部ないし全部露出させて直視下胎児手術を施し、再び子宮切開創を閉鎖する胎児外科手術が行われている。一部露出説ないし全部露出説を前提とすると、胎児外科手術では、子は独立生存不能である妊娠満二週以前であったとしても、一部ないし全部露出を経たことにより「人」として保護され、その後再び「胎児」に戻るようになる。陣痛説もまた、帝王切開において子宮切開時を人の始期と解するから、直視下胎児手術の際には子宮切開創閉鎖により「人」から「胎児」に戻れることを許容せざるを得なくなる。陣痛説の論者は、帝王切開における人の始期を子宮切開時とする根拠として、それ以外の手術等の目的を想定し得ないことを挙げるが、直視下胎児手術はまさに帝王切開以外で子宮を切開する手術なのである。以上を考慮し、帝王切開を含む開腹手術に限っては、子宮切開後、胎児と母体を繋ぐ臍帯を結紮（血流を止める）あるいは切断した時点をもって人の始期とすべきではないか。前述したように、陣痛説からは、人の始期を娩出の開始時あるいは終了時と解するならば、一部露出は娩出の途中であって基準として中途半端であるとの指摘があった<sup>(66)</sup>。そこで、陣痛説は、経膈分娩時には、母と胎児の臍帯による肉体的接合を分離する作用が本陣痛であるから、その開始時をもって人の始期と解すべきとする<sup>(67)</sup>。と

すれば、帝王切開では、その娩出の終了時に当たる臍帯の結紮あるいは切断時をもって人の始期と解するのが、全部露出説の趣旨に適うものと考ええる。

## V おわりに

本論文では、人の始期について、判例の動向、学説の状況を参照したうえで、とくに、懸鉤を生じた場合の子の還納、第一児と第二児の緊急避難、母と分娩中の子の緊急避難等を考慮し、全部露出説を採るべきとした。さらに、帝王切開における人の始期について、ドイツの通説は、分娩目的か考えられない子宮開腹時であるとすると、子宮切開を前提とする直視下胎児手術が近年実施されるようになったことを考慮し、臍帯の結紮あるいは切断時をもって人の始期と解すべきとした。

もつとも、全部露出説を採ると、大判大正八年一月三日の事案について殺人罪の成立を容易に認めることができなくなるといふ問題がある。これについては一応の試論を示したが、十分な検討を加えたとは言いがたい、胎児性致死傷に関する判例・学説の検討も十分であるとは到底言い難い。これら残された問題については、別の機会に改めて詳細な検討を試みることにする。

## 注

- (1) 小野清一郎『刑法講義各論』（新訂三版・一九五〇年）一八七頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版・二〇〇五年）五四頁、福田平『刑法各論（全訂第三版増補・二〇〇二年）』一六二頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第四版・二〇一三年）六六頁。
- (2) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』（一九六五年）四三七頁、西原春夫『刑法総論』（一九八七年）三八〇頁。
- (3) これに対し、大谷『刑法講義総論』（新版第四版・二〇一二年）四九二頁は牽連犯の二罪が客観的に牽連関係と言えれば足りるとす

るから、これに拠れば本文の事案は牽連犯となる。

- (4) 大塚・各論五〇頁注四。
- (5) 内田文昭『刑法各論』（第三版・一九九六年）七二頁注二五、香川達夫『刑法講義（各論）』（第三版・一九九六年）三九八頁、高橋則夫『刑法各論』（第二版・二〇一四年）二五頁。
- (6) 平野龍一『刑法概説』（一九七七年）一六一頁、西田典之『刑法各論』（第六版・二〇一二年）二二頁、林幹人『刑法各論』（第二版・二〇〇七年）三五頁、山口厚『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）二〇頁。これに対し、佐久間修『刑法各論』（第二版・二〇一二年）七一頁注九は、胎児の死亡を要件とする点について「法文中にその規定がない以上、解釈論としては無理がある」と批判する。
- (7) 大谷・各論六五頁、佐久間・前掲書七一頁、中山研一『刑法各論』（一九八四年）七六、七七頁、前田雅英『刑法各論講義』（第五版・二〇一一年）九三頁。これに対し、西田・前掲書七二頁は、本説は実際には「胎児の生命に対する抽象的危険犯として理解」する説であると批判する。
- (8) 墮胎罪を危険犯とする立場からこれを主張するものとして、大谷・各論六六頁、井田良『刑法各論』（第二版・二〇一三年）四五頁、前田・前掲書九三頁。
- (9) 平野「刑法における『出生』と『死亡』」同『犯罪論の諸問題（下）各論』（一九八二年）二六二頁。
- (10) 中山・前掲書二三頁注一参照。
- (11) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版・二〇〇二年）一八頁。
- (12) 大谷・各論九頁、西田・前掲書八頁、山口・前掲書八頁、佐久間・前掲書一八頁注三、土本武司「水俣病事件最高裁決定」警察学論集四一卷五号（一九八八年）三六頁。
- (13) 佐伯仁志「道垣内弘人『刑法と民法の対話』（二〇〇一年）三一九頁（佐伯）、井田・各論一五頁。
- (14) 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）七七頁。
- (15) 西田・前掲書八頁。
- (16) 伊東・現代社会二〇頁以下。
- (17) 前田・前掲書一二頁、小暮得雄他編『刑法講義各論——現代型犯罪の体系的な位置づけ』（一九八八年）一五頁（町野朔）。西田・前掲書二三頁は反対。
- (18) 緊急避難の法的性質について責任阻却事由説を採るならば、ドイツの免責的緊急避難に倣い、法益権衡性を問題とせず不可罰の結果

- 論を導く余地もあるが、一般的な見解としては言い難い。
- (19) Franz v. Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. (1927), S470; Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafrechtbuch Kommentar, 8. Aufl. (1957), S. 758.
- (20) マンツ刑法旧第二一七条と同様の嬰兒殺規定は大陸法諸国ではしばしば見られる。例えばフランスは、旧刑法第三〇〇条において「新生児の故殺又は謀殺は、新生児殺である。」同第三〇二条但書において「自己の新生児の謀殺又は故殺の正犯又は共犯である母は一〇年以上二〇年以下の有期懲役に処する。この規定は、その共同正犯又は共犯に適用することか否か知らぬ。」と規定していたところ、通説は、「新生児」の始期を陣痛開始時と解しており、人の始期についてはマンツと共通していた。もっとも、フランスはマンツに先んじて一八六六年、一九九二年施行のフランス新刑法典において新生児殺規定を削除している。
- (21) Schönke/Schröder, Strafrechtbuch Kommentar, 29. Aufl. (2014), Vorbem. §211ff. Rdn. 13 (Albin Eser/Detlev Sternberg-Lieben); Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafrechtbuch Kommentar, 28. Aufl. (2014), Vor §211 Rdn. 3 (Kühl); Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 7. Aufl. (1972), §1 Rdn. 2; Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Mantfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte, 7. Aufl. (1988), §1 III Rdn. 8; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 15. Aufl. (2014), §3 Rdn. 3; Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 6. Aufl. (2014), §1 Rdn. 7; Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte, 38. Aufl. (2014), §1 II 2 Rdn. 9ff; Olaf Hohmann/Günther M. Sander, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Aufl. (2011), §1 Rdn. 6ff.
- (22) 正確に述べると「子の娩出後に知らぬ胎盤と臍帯を娩出するまでの期間を「分娩第三期」または「後産期 (Nachgeburtsperiode)」と云ふ。この間の陣痛を「後陣痛 (Nachwehen)」と云ふ。
- (23) Klaus Mielbach/Sander, Münchener Kommentar zum Strafrechtbuch, Band 3 (2003), Vor §§211ff. Rdn. 12 (Hartmut Schneider).
- (24) 前注 (21) 参照。
- (25) Schönke/Schröder, a. a. O., Vorbem. §211ff. Rdn. 13 (Eser/Sternberg-Lieben).
- (26) Wessels/Hettinger, a. a. O., §1 II 2 Rdn. 10; Kindhäuser, a. a. O., §1 Rdn. 7.

- (27) Rengier, a. O., §3 Rdn. 3.
- (28) 大場茂馬『刑法各論上巻』（増訂五版・一九二二年）四七頁。
- (29) 宮本・前掲書二七六頁。
- (30) 瀧川幸辰『刑法各論』（増補・一九六八年）二二頁註、中山・前掲書二二頁、香川・前掲書三五八頁、大谷・各論九頁、高橋・前掲書九頁。
- (31) 高橋・前掲書九頁、林・前掲書九頁。
- (32) 香川・前掲書三五八頁。
- (33) 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（一九九四年）一一七頁、岡上・前掲論文八〇頁。ただし、墮胎の定義について前述した侵害犯説や具体的危険犯説に拠るならば、このようなエアポケットは問題とならずすべて墮胎罪が成立することになる。
- (34) 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）一一二頁。
- (35) Vgl. Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paefgen, NomosKommentar, Strafgesetzbuch Band 2, 4. Aufl. (2013), Vor §211 Rdn. 10 (Neumann).
- (36) 岡上・前掲論文八七頁以下。
- (37) 井田・ジャーナル一二三頁は、この場合には事実の錯誤により殺人罪の故意が阻却され、過失致死罪の成否が問題となるに過ぎないとする。
- (38) 宮本英脩『刑法大綱』（一九三五年）二七六頁、牧野英一『刑法各論下巻』（一九五一年）三三九頁、小野・前掲書一五六頁、木村龜二『刑法各論』（一九三八年）一一頁、大谷・各論九頁、香川・前掲書三五八頁、佐伯∥道垣内・前掲書三一八頁（佐伯）、曾根・前掲書六頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版・一九九〇年）三七二頁、平川宗信『刑法各論』（一九九五年）三七頁、前田・前掲書一一頁、山口・前掲書九頁、山中敬一『刑法各論』（第二版・二〇〇九年）七頁、高橋・前掲書一〇頁、佐久間・前掲書一七頁。
- (39) 平野・諸問題（下）二六〇頁。
- (40) 岡上・前掲論文七九頁。
- (41) 団藤編『注釈刑法（五）』（改訂・一九六八年）一〇頁（大塚）参照。
- (42) 林・前掲書一一頁。

- (43) これに対し、山口・前掲書九頁注二は、脳死説の採用と人の始期の問題の解決は無関係であるとする。
- (44) 牧野・前掲書三四〇頁参照。
- (45) 伊東・現代社会一七頁。
- (46) 岡上・前掲論文七六頁。
- (47) 平野・概説一五六頁、小暮他編・前掲書一五頁(町野)、松宮孝明『刑法各論講義』(第三版・二〇一二年)一二頁。
- (48) 近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則』(第五版二〇〇五年)三三二頁、川井健『民法概論Ⅰ(民法総則)』(第四版・二〇〇八年)二三頁。
- (49) Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 458; Krey, a. a. O., §1 Rdn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., §1 III Rdn. 8; Hohmann/Sander, a. a. O., §1 Rdn. 6.
- (50) 小暮他編・前掲書一五頁(町野)。
- (51) 山口・前掲書九頁。
- (52) 井田・ジャーナル一二二頁。
- (53) 大場・前掲書四五頁。
- (54) 山口・前掲書九頁。
- (55) 香川・前掲書三五八頁。
- (56) 大場・前掲書三六頁。
- (57) 大阪地判平成五年七月九日判時一四七三号一五六頁、中森喜彦『刑法各論』(第三版・二〇一一年)六頁、平川・前掲書四三頁、前田・前掲書一三頁、大谷・各論一〇頁。
- (58) 団藤・各論三七七頁、平野・概説一五六頁、林・前掲書二〇頁、井田・各論一六頁、伊東『刑法講義各論』(二〇一一年)一八頁。
- (59) 辰井聡子「生命の保護」法学教室二八三号(二〇〇四年)五二、五四頁。
- (60) 佐伯道垣内・前掲書三一九頁(道垣内)。
- (61) 近江『民法講義Ⅰ民法総則』(第五版・二〇〇五年)三三二頁。
- (62) 幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(一九九三年)三三八頁注三参照。なお、民法上は、胎児に死亡逸失利益を認めることとはできないため、胎児・嬰兒殺については出生の前後で損害賠償額に大きな差が生じることになる。胎児の死亡逸失利益を認めなかった判例として、広島地判平成二年三月二三日判タ七三〇号二一八頁など。

第一部

- (63) 藤木英雄『刑法講義各論』（一九七六年）一八八頁。
- (64) 木村光江『刑法』（第三版・二〇一〇年）二三三頁、前田・前掲書三八頁。
- (65) 前田・前掲書一一頁。
- (66) 胎児外科手術は二五〜二八週で行うことが多いが、二二週で行った例もある。千葉敏雄『胎児外科』（二〇〇七年）七二、二〇九頁参照。
- (67) 前注(25) 参照。
- (68) 前注(40) 参照。
- (69) 前注(19) 参照。