

胎児手術と人の始期*

滝本 良太

1. はじめに

医療技術がますます発展する中、従前では助けられなかったような生命でも現在では救えるようになってきている。それは、高齢者の平均寿命の伸びにも表れているであろう¹⁾。また、胎児に関しても、従前では解決出来なかった問題も現在では解決出来ることも多々あり、その典型が未熟児医療であろう。しかし、医療技術の発達、胎児の法的地位に影響を及ぼす場面がある。それが、本稿の主題とする「胎児手術」の問題である。この問題については、佐伯教授が指摘しているところである²⁾。

当該手術が、内視鏡等を用いて、母体内で行われる場合は、特に問題は生じない。問題が生じるのは、胎児に手術を施す際に、胎児を一度母体外に排出し、手術を行い、再び母体内に戻す手術である。このような手術は教室事例のように思われるかもしれないが、実際に2003年の8月に東京都世田谷区の国立成育医療センターで、母親の子宮内にいる胎児を取り出した上での開胸手術が行われている。胎児に対してメスを入れる胎児手術はこのケースが日本で初めてであった。『日本初の胎児手術—街の灯』によれば³⁾、手術が行われたのは妊娠28週目の胎児であった。その胎児は、先天性嚢胞性腺腫様奇形(CCAM)という原因不明の難病にかかっていることが分かり、胎児の体内に発生した腫瘍を取り除かなければ、子宮内か出産後に死亡する可能性が高いと診断された。こうした状況下で医師は、両親に対し、①何もしないで妊娠満期を待つ、②帝王切開で出産して手術をする、③胎児手術で腫瘍を除去した後、子宮に戻して発育させる、という選択肢を示し、両親が③の胎児手術を選んだために、当該手術に踏み切ったものである。実際に、当該センターが収集したデータによれば、先天性嚢胞性腺腫様奇形で何もしなかった時の死亡率は推定80%、胎児手術を行った場合の成功率が50～60%だった。しかしながら、この胎児は、

* 社会科学総合学術院仲道祐樹専任講師の指導の下に作成された。

手術後の経過が悪く2日後に死亡してしまった。なお、この記事によれば、胎児手術とは、臓器の形態異常などで生命の危険があり、出生前の治療が必要な胎児に行う外科手術を指し、へその緒をつけたまま胎児を取り出して、治療した後に子宮内へ戻して妊娠満期まで母体内で育てるものであり、妊娠20～30週頃の胎児が対象とされる。

さて、医療技術の進歩によって生じた新たな手術形態は、次のような問題を生じさせる。人の始期に関する現在の判例・通説である「一部露出説」では、このような胎児手術の場面に、胎児であったものが、一部露出により一旦は「人」となり、母体内に戻された時に「胎児」に戻るとの説明になると思われるが、それは果たして妥当か、という問題がこれである。本稿は、人の始期という古典的な問題を、胎児手術という極めて現代的な場面に素材に、再検討するものである。

2. 現在の判例の見解

人の始期に関して、判例は、通説同様、一部露出説を採用する。人の始期に関して判断を示したものとして、大判大正8年12月13日刑録25輯1367頁〔以下、「大正8年判決」とする〕がある。大正8年判決は、母体から一部露出した嬰兒の面部を強圧して殺害に及んだ事案において、「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コトヲ得ルヲ以テ殺人罪ノ客体ト為リ得ヘキ人ナリト云フヲ妨ケサルモノトス」、また「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縦令仮死ノ状態ニ在リテ未タ呼吸作用ヲ開始セサルモ生命を保有スルモノナルカ故ニ殺人罪ノ客体ト為リ得ヘキ人ナリト謂ハサルヘカラス」と判示している。

本判決が示したのは、①胎児が既に母体からその一部を露出した以上、殺人罪の客体としての人と言える、②生活機能を備えた胎児が、母体からその全部又は一部を露出した以上、たとえ仮死の状態にあったとしても殺人罪の客体としての人と言える、という二点である。そのうち、判例が、①の理由としたのが、胎児が一部でも母体外に出れば、母体とは無関係に直接の攻撃が可能という点である。

しかしながら、攻撃可能性による人の始期の確定には批判が向けられている。母体内にあっては子供にのみ直接に攻撃を加えることは十分に可能であることや、直接や間接かを問題にすること自体に意味がないというのである⁴⁾。そして、より根本的な批判は、一定の態様での侵害可能性を理由に客体が「人」であることを基礎づけることは出来ないというものである⁵⁾。「人」であるから、その攻撃を重く処罰しなければならないのであって、攻撃出来るから「人」だというわけではない、というのである。

確かに、判例の立場は、一部露出であることは明白であるが、しかしながら、そのこと

について積極的に判例は述べていない。さらに、本判例においては、全部露出後にも殺害行為が行われており、どこまでその射程が及ぶかは微妙である。

現在、一部露出説への言及がなされるのは、いわゆる胎児性致死傷の問題が争われる場面である。下級審判例ではあるが、福岡高判昭和57年9月6日高刑集35巻2号85頁は、「原説示のほか一言付加するに、……その（過失による）侵害は……いわゆる一部露出の時点まで、継続的に母体を介して及んでいたものと認められる。そうすると、一部露出の時点まで包括的に加害が認められる限り、もはや人に対する過失傷害として欠くところがないので、右傷害に基づき死亡した同人に対する業務上過失致死傷罪を是認することも可能である。」と判示している。また、最近の判例でも鹿児島地判平成15年9月2日⁶⁾が、妊娠7カ月の妊婦が交通事故後に帝王切開手術を受け、出生した子が呼吸窮迫症候群、脳室内出血後水頭症の傷害を負った事案で、妊婦に対する業務上過失傷害罪とは別に出生した子に対する業務上過失傷害罪を認めた（観念的競合）。また、静岡地浜松支判平成18年6月8日⁷⁾は、3日後に出産予定だった妊娠37週の妊婦が交通事故の3時間後に帝王切開手術を受け、出産した子が重症新生児仮死により30時間後に死亡した事案で、初めて子に対する業務上過失致死罪の成立を認めるに至った⁸⁾。

下級審判例においても、一部露出説の枠組みで、人の始期が理解されていることが読み取れる⁹⁾。

3. 学説の対立状況

胎児から人に変化する時点、すなわち人の始期に関する学説の対立状況については以下の通りである。

第一に、①独立生存可能性説¹⁰⁾である。この説は、母体保護法2条2項にいう母体外において独立して生命を保持しうる状態になっているかどうかを基準に決すると解するものである。具体的にその時期に関しては、平成2年3月20日厚生事務次官通知により「通常妊娠満22週未満」とされている。現代の医学ではおよそ500グラム、22週が生育の限界とされている。しかしながら、独立生存可能性説は、母体保護法により許容されている人工妊娠中絶の対象とならない「人」の生命侵害を、墮胎ではなく、殺人として処罰しようとするもので、妥当でない¹¹⁾。また、独立生存可能性説のより重要な問題点として、罪刑法定主義上の問題と、過失犯及び身体に対する罪の領域における可罰性の著しい拡大がある¹²⁾。さらには、胎児から人への移行があまりにも早いため、第29章墮胎の罪のうち、とりわけ第212条の単純墮胎罪は死文化することになろう。

第二に、②出産開始説である。この見解は、出産の開始時点が「胎児」と「人」を分かちつと考えるものであり、細かく分けると、陣痛開始説と分娩開始説に分けられる。比較法

的には、出産開始説はヨーロッパ大陸諸国において支配的な見解である。わが国では、ドイツのそれが特に知られているところである。ドイツの学説においては、かねてから出産開始説が判例・通説であるとされており、それは、嬰兒殺規定（旧217条）が出産中（in der Geburt）における殺害について軽い殺人罪の成立を認めていたところから、実定法解釈としては必然的なものであったと評価されている。しかし、この規定が1998年の第6次刑法改正法により削除されて以降、あらためて出産開始説の当否が問題とされるに至っている¹³⁾。ただし、出産開始説を採用した場合、分娩中についても殺人罪が成立することになるが、これは上記のように通常の殺人罪より刑の軽い嬰兒殺を規定していたドイツでは理由があるとしても、日本ではそのまま参考には出来ない¹⁴⁾。

第三に、現在の日本の通説・判例である③一部露出説である。この見解は、胎児の身体の一部が母体から露出した時に人となると解する。その根拠としては、判例は¹⁵⁾、母体から一部露出した嬰兒の面部を強圧して殺害した事案の傍論ではあるが、「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うるを得べきが故に殺人罪の客体となり得べき人なりと云うを妨げず」と示している。確かに、部分的であっても、母体外において独立かつ直接的に生命・身体が侵害され得る時点に至れば、殺人罪・傷害罪によりその生命・身体を墮胎罪の対象である胎児より厚く保護すべき「人」にあたりと解すべきである¹⁶⁾。しかしながら、一部露出説に対しては、母体内にあって子供にのみ直接的に攻撃を加えることは十分に可能であることや、直接か間接かを問題にすること自体に意味がないとの批判が向けられている¹⁷⁾。また、一部露出説には適用上の不明確さがあり、ひとたび身体の一部が露出した後に再び母体内に戻った時にどうかという問題もある¹⁸⁾。

さらに、④全部露出説がある。この見解は、民法上の通説であり、胎児の身体の一部が露出した時に、「人」となるとするものである。その根拠は、出産という過程を経たか否かにより客体の要保護性に差異を認めるべきという点にある。全部露出説によると、攻撃の時点ですでに全部露出の段階に至っていたかどうかを事後的に確定する必要が出てくることに問題がある。母体外において攻撃を受けたことは確実であるが、その時点において全部露出の段階に至っていたかどうかを確認出来ないということになると、殺人罪による処罰は出来ない（墮胎罪の成立しか認められない）ということになってしまう¹⁹⁾。全部露出説には、出産過程における医療関係者の過失に厳しすぎる責めが負わされるのを避ける意図があると思われるが、そのために対象を「人」から除外するのでは、攻撃可能性を理由に「人」を基礎づけるのと変わらない。医療関係者の罪責は、過失の有無をめぐって争われるべき問題である²⁰⁾。

最後に、⑤独立呼吸説がある。この説は、胎盤呼吸から完全な肺呼吸に移行した時に「人」となると解するものであり、その根拠としては、人として厚く保護するに値するの

は自分で呼吸する時点からであるとする。確かに、独立呼吸説は、母体外における「人」の独立性に重点を置くものであるが²¹⁾、人としての保護に欠ける面があるだけでなく、侵害行為の時期の確定が極めて困難になるように思われる²²⁾。

さて、このような学説状況は、胎児手術という場面に適切に規律出来るであろうか。次節では、人の始期の問題を、胎児手術の場面から再照射し、私見を提示する。

4. 胎児手術の観点から見た人の始期

人の始期についての現在の判例・通説は一部露出説である。しかしながら、「判例」とされている大正8年判決は、人の始期についてあくまで傍論で一部露出説を唱えているにすぎない。そもそもこの大正8年の判決に拘束力があるのだろうか。私は疑問に思う。傍論での言及であり、積極的に判例は述べてなく、また現在改めて人の始期について積極的に判例が述べていることも無い。

そこで、本稿は、判例の拘束力という問題をひとまず離れて、改めて、人の始期について考察し、自らの見解を示してみたい。その分析は、本稿の主題に鑑み、人の始期についてのみならず、胎児手術の問題を踏まえた形で行われることになる。以下では、人の始期についてそれぞれの学説を検討する。

まず、独立生存可能性説である。この独立生存可能性説を採用した場合、胎児手術の問題に関しては、妊娠22週を基準にするところから、20から22週の間に行われたのであれば、「胎児」として扱い、そうでない限り、「人」として扱うということになる。胎児手術が母体内で行われるか、母体外で行われるかは、胎児の法的地位に影響しない。当該手術時が妊娠の何週目かを把握しておけばよいので、比較的容易にこの問題を規律出来そうである。しかしながら、人の始期については上記の批判もあり、独立生存可能性説は採用出来ないであろう。

次に、一部露出説である。すでに一部露出説に対する批判は上述したが、本稿の主題から最も重要なのは、一部露出説には適用上の不明確さがあり、ひとたび身体の一部が露出した後に再び母体内に戻った時にどうかという問題もあるとの指摘である²³⁾。この指摘はまさしく、一部露出説では、胎児手術の問題を適切に規律出来ないことの指摘になっている。つまり、胎児手術を内視鏡を用いず、一旦母体内にいる胎児を人工的に母体外に排出し、手術を施し、再び母体内に戻すという一連の流れの中で一部露出説を厳格に貫いた場合、胎児と人の関係が、胎児から人になり胎児に戻るということになる。この一連の流れは、生命のプロセスを考えると大いに違和感を覚えざるを得ない²⁴⁾。個人的には、胎児の保護をもう少し厚くしてもよいのではないかと考える。それは、胎児と人とは法定刑に著しい差があるからであり、胎児ではなく人とすることで、人としての生命の保護を刑法

によって受けられるからである。そして、出産の際に、基本的には胎児は頭か足から出てくるのであり、一部露出説を採用すると、この両者が出てくる瞬間まではあくまで法的地位は胎児になる。そのわずかな時間で生命に対する保護の厚さが大きく異なるのは胎児の保護に欠けるのではないかと考える²⁵⁾。やはり、一部露出説は妥当ではないと考える。

次に全部露出説である。この見解は民法上の通説であり、刑法においても全部露出説を採用した場合、概念の統一性は担保される。しかしながら、民法と刑法とでは法律の趣旨・目的等が違うのであり、むしろ立場が異なる方が望ましいであろう。また、全部露出説は非常に明確で分かりやすく、胎児手術の場面を想定しても手術は基本的には身体の一部が露出して行われることから問題は生じないが、生命が保護法益である以上やはり保護に欠けると言わざるを得ない。本説は採用し難い。また、胎児手術の場面を想定すると、一部露出説と同様の「違和感」が伴い、本稿の問題意識からは採用出来ない。

さらに、独立呼吸説である。胎児手術の問題については、基本的に当該手術はへその緒はついたまま行われるのが通常であるので、その時点での法的地位は胎児ということになり、特に問題はないが、人の始期に関しては、やはり胎児から人になるのが非常に遅く、保護に欠けるため本説は妥当性を欠くと思われる。

そして、出産開始説の検討に移りたいと思う。出産開始説によると、胎児手術は出産の開始にもあたらないし、無論帝王切開にもあたらないため、胎児手術における胎児の法的地位は、母体内外を問わず「胎児」のままとなる。この処理は胎児手術に伴う「胎児が人になり、また胎児に戻る」という「違和感」を生じさせず、本稿の問題に関しては妥当である。

では、出産開始説は、従来の人の始期の問題においても妥当性を有するであろうか。本説はさらに、陣痛開始説と分娩開始説に分けることが出来る。後述するように、私見は分娩開始説を妥当と考えるが、その妥当性を論じる前に、陣痛開始説について触れておく。陣痛開始説の最大のデメリットは、陣痛を伴わない状態、所謂帝王切開の場合に説明出来なくなるところにある。また、陣痛開始が不明確な点も否定出来ない。妊婦が実際に陣痛開始を伴っているかどうかの判断は、妊婦自身も曖昧な場合も考えられるし、一般人に対してもいつ陣痛が始まったのかが分かりにくい。これでは、胎児手術の場面はともかく、人の始期を定めるにあたっては不十分と言わざるを得ず、採用出来ない。

そこで、分娩開始説の妥当性について考えてみたい。分娩開始の時期については、「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」であるとされる²⁶⁾。本説を採用した場合、陣痛開始説のデメリットである陣痛を伴わない場合、帝王切開の問題を回避することが出来る。問題は、分娩開始を明確化する基準は何かということであろう。この点、私は「開口」という基準が明確なメルクマールになると考える。それは胎児が母体外に排

出す際に、開口しないことは絶対にあり得ないからである。また、井田教授によれば、開口陣痛の開始は、母体の子を外部に排出しようとする動きが開始したことを意味し、母体内における発育の完了を示す自然的兆候にはかならず、その時点に至れば、人としての発育の完了が医学的に明白なものになったのであり、人としての刑法的保護は開始すべきであると述べている²⁷⁾。

しかしながら、ここでもう一つ問題が生じる。それは、何故分娩開始で足りるのかという点である。この疑問は、分娩開始を広く捉え、何故出産開始で足りるのかということと基本的に同義である。この点、出生とは、いわば社会の一員となるための通過儀礼と認められるものであり、だからこそ、それは「人」の始期を分ける基準となりうるのである、との指摘がある²⁸⁾。この指摘は妥当であると考える。胎児の生命をより厚く保護すべきであるという価値判断が先行してはいるが、それでも論理的に説明がつかずならばそれで構わないのではないであろうか。基本的に、開口しないでの人の誕生は観念出来ない。ならば、開口の時点、すなわち分娩開始の時点というのは生命の誕生（胎児から人への転換）に非常に重要な意味を持つ時点である。この時点における「人」としての生命を刑法が保護するというのは、可能であり、人の始期を分ける基準として成立し得る。分娩開始説は、胎児手術の場面は問題なく規律出来る。言うまでもないが、治療目的の胎児手術は、陣痛も開始していないし、分娩も開始していない。故に、当該手術時においては、胎児の法的地位は「胎児」のままである。また、人の始期についても、当該妊婦のみならず、一般人も「開口」時点というのは、明確であり、その時点がメルクマールとして十分機能する。もちろん、開口陣痛がいまだ訪れていないと誤信して行為をすることは十分観念出来るが、この場合は、事実の錯誤により殺人罪の故意は阻却され、過失致死罪の成否が問題になるにすぎないこととなろう²⁹⁾。そして、分娩開始説を採用することで従来の判例・通説の一部露出説の時よりも、生まれてくる胎児の生命の保護に資する。

したがって、私は現在の判例・通説である一部露出説に疑問を呈し、出産開始説、とりわけ分娩開始説の妥当性を主張する。

5. おわりに

本稿では、人の始期の問題をそれ単独では論じず、胎児手術の場面を想定しながら論じてきた。繰り返しになってしまうが、確かに判例³⁰⁾は一部露出説の考えを採っている。しかしながら、その判例が果たしてどこまで妥当するのか、とりわけ、21世紀の医療技術を前提として生じた問題に対して、大正期の判例が意味を持つのかには疑問があった。それが本稿の問題意識である。刑法の分野では特に、犯罪が多様化して特別刑法を含まない狭い意味での刑法では対応出来ない問題が多々発生してしまっているのも事実である。そ

れは、人の始期の問題についても同様である。一部露出説が採用された判例は大正時代である。ましてや、刑法典が最初に編纂されたのは明治時代の話である。その当時に胎児手術など想像出来るはずもない。だからこそ、現在の社会における複雑多々なケースに出来る限り対応出来るように人の始期を改めて考察してみた。正直、学部時代の授業等では人の始期に関しては一部露出説と全部露出説の対立がせいぜい取り上げられるだけであり、他の説については最初はあまりよく分からなかった。しかしながら、全ての考え方を把握し、また判例の拘束力に疑問を呈した状態で、改めて再考した結論が私の場合は、出産開始説、とりわけ分娩開始説であった。もちろんこの説でも、デメリットや批判はあり、それは既述した通りである。しかしながら、従前よりも胎児の生命を保護すべきだという価値判断があり、それを無理なく、しかも論理的に胎児手術の場面にも対応出来るように主張しなければならなかった。その結論が、分娩開始説であり、今後人の始期に関しては、複雑多々な問題にも対処出来るように一部露出説と全部露出説の対立のみではなく、分娩開始説の妥当性も考慮に入れ、分娩開始説の妥当性が図れることを切に祈る。

注

- 1) 厚生労働省ホームページ『平成 21 年簡易生命表の概況について』<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/life/life09/index.html> (アクセス 2011/3/31)。
- 2) 山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006 年) 1 頁以下、18 頁以下。
- 3) 街の灯ホームページ『日本初の胎児手術』http://matinoakari.net/news/item_46461.html (アクセス 2011/2/11)。
- 4) 辰井聡子「生命の保護」法学教室 283 号 (2004 年) 52 頁。
- 5) 平野龍一『犯罪論の諸問題 (下)』(有斐閣、1982 年) 260 頁。
- 6) LEX/DB28095497。
- 7) 公刊物未登載。朝日新聞 2006 年 6 月 9 日朝刊 (静岡版) 35 頁参照。
- 8) 両事案につき、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) 303 頁以下。
- 9) もっとも、これらの事案が、一部露出説の根拠と基準に照らして、整合性を有するかは疑問である。
- 10) 伊東研祐『現代社会と刑法各論 [第 2 版]』(成文堂、2002 年) 14 頁以下。
- 11) 山口厚『刑法各論 [第 2 版]』(有斐閣、2010 年) 8 頁以下。
- 12) 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 (2004 年) 78 頁。
- 13) 井田良「人の出産時期をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル 2 号 (2006 年) 123 頁。
- 14) 前田雅英『刑法各論講義 [第 4 版]』(東京大学出版会、2007 年) 10 頁。
- 15) 大判大正 8 年 12 月 13 日刑録 25 輯 1367 頁。
- 16) 前田・前掲注 (14) 11 頁。
- 17) 辰井・前掲注 (4) 51 頁以下。
- 18) 井田・前掲注 (13) 122 頁。
- 19) 井田・前掲注 (13) 121 頁。
- 20) 辰井・前掲注 (4) 52 頁。
- 21) 山口・前掲注 (11) 9 頁。
- 22) 西田典之『刑法各論 [第 5 版]』(弘文堂、2010 年) 8 頁。

- 23) 井田・前掲注 (13) 123 頁。
- 24) もちろん、胎児と人の区別をその存在が母体の内なのか外なのかに求めれば、違和感を感じないかもしれないが、生命のプロセスに逆行する現象が生じる以上、やはり違和感を感じざるを得ないであろう。
- 25) もっとも、開口というわずかな時間の差で生命に対する保護の厚さが変わることになるが、胎児から人への移行の中で、その時点が明確でかつより早い時点を検討した場合、開口時点というのは、一部露出時点よりも望ましいであろう。
- 26) 公益社団法人日本産婦人科学会ホームページ『研究医のための必修知識』<http://www.jsog.or.jp/PDF/56/5606-112.pdf> (アクセス 2011/3/31)。
- 27) 井田・前掲注 (13) 122 頁。
- 28) 辰井・前掲注 (4) 52 頁。
- 29) 井田・前掲注 (13) 123 頁。
- 30) 大判大正 8・12・13・前掲注 (15)。

引用文献 (掲載順)

- ・厚生労働省ホームページ『平成 21 年簡易生命表の概況について』
- ・山口厚・井田良・佐伯仁志 (2006)『理論刑法学の最前線Ⅱ』岩波書店
- ・街の灯ホームページ『日本初の胎児手術』
- ・辰井聡子 (2004)「生命の保護」法学教室 283 号
- ・平野龍一 (1982)『犯罪論の諸問題 (下)』有斐閣
- ・LEX/DB28095497
- ・朝日新聞 2006 年 6 月 9 日朝刊 (静岡版)
- ・和田俊憲 (2008)「交通事故における胎児の生命の保護」慶應法学 11 号
- ・伊東研祐 (2002)『現代社会と刑法各論 [第 2 版]』成文堂
- ・山口厚 (2010)『刑法各論 [第 2 版]』有斐閣
- ・岡上雅美 (2004)「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
- ・井田良 (2006)「人の出産時期をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル 2 号
- ・前田雅英 (2007)『刑法各論講義 [第 4 版]』東京大学出版会
- ・大判大正 8 年 12 月 13 日刑録 25 輯 1367
- ・西田典之 (2010)『刑法各論 [第 5 版]』弘文堂
- ・公益社団法人日本産婦人科学会ホームページ『研究医のための必修知識』