

墮胎罪と殺人罪

虫  
明  
満

目次

- 一 はじめに
- 二 判例及び学説
- 三 墮胎後の殺人罪の成否
- 四 墮胎罪と殺人罪の罪数関係
- 五 おわりに

## 一 はじめに

刑法上、人と胎児とは異なる取り扱いがなされている。つまり、人の保護のためには殺人罪や傷害罪等多くの犯罪が置かれているのに対し、胎児の保護のためには堕胎罪が置かれているに過ぎない。しかも、殺人罪と堕胎罪の刑罰を比較してみても、前者の方が格段に重く、さらに、堕胎罪には過失犯の処罰規定がない。このように、人と胎児とは刑法上は異なる生命体ととらえられており、その保護のあり方を異にする。

しかし、そもそも人は胎児が成長したものであり、そこから、胎児に対する犯罪としての堕胎罪と、人に対する犯罪としての殺傷罪との関係が問題となることがある。その典型的事例は、堕胎行為を行った後、たまたま生きて生まれた嬰兒を殺害したという場合である。この場合、胎児に対する攻撃と人に対する攻撃があるわけであるから、堕胎罪と殺人罪の両罪を認めるべきか。あるいは、堕胎行為の客体と殺人行為の客体とは同じ生命体であることから、堕胎罪又は殺人罪のいずれか一方の犯罪の成立を認めればよいのか。また、もし前者であるとする、両者の罪数関係はいかに解すべきか。

本稿は、堕胎行為と殺人行為が行われた場合の刑法的取り扱いを検討することにより、胎児に対する犯罪としての堕胎罪と人に対する犯罪としての殺傷罪の適用範囲を明らかにしようとするものである。

なお、わが国では、刑法二二条以下において原則的に堕胎行為が処罰されるが、同時に、優性保護法においては一定の人工妊娠中絶が許容されている。しかも、それによって正当化される場合がきわめて広く、<sup>(1)</sup>そのような正当な人工妊娠中絶を行った場合でも、意外にも胎児が生きて生まれることも考えられる。このような場合には、堕胎罪自

体は成立しないわけであるが、生きて生まれた嬰兒に対する攻撃を刑法上いかに評価するかという問題が生じないわけではない。このような場合には、単純に嬰兒に対する殺傷罪の成否自体の問題となる。

(1) そのため、現在では墮胎罪で処罰される者はほとんどいない。そこから、一方では、むしろ墮胎罪自体の存在意義に疑問がもたれ、また、母親の自己決定権の尊重という観点からも、その規定の削除が主張されることとなる。他方、胎児はいずれは人となるのであるから、その生命は厚く保護されなければならないという考えに基づき、優性保護法の適用を制限し、墮胎罪に実効性をもたせるべきだという主張もなされる。この議論は、一時激しい論争を巻き起こした後、鎮静化した感がある。ところが、近時、ドイツでは、その統一を契機に、どの範囲で人工妊娠中絶を許容し、どの範囲で墮胎罪として処罰するかという問題について、議論が沸騰している。そしてその影響もあって、わが国でも、人工妊娠中絶を如何なる範囲で認めるべきかの問題が、徐々に取りあげられつつある。これは、胎児に対する刑法的保護のあり方が改めて問われているということに他ならない。なお、最近の文献として、中山研一「妊娠中絶に対する法政策のあり方」判例時報一四四一号（平成五年）八頁以下、松生光正「妊娠中絶の違法性」犯罪と刑罰九号（平成五年）二三頁以下、佐久間修「ドイツにおける法の統一について——妊娠中絶規定の適用および改正問題——」産大法学二六巻二号（平成四年）七八頁以下、川口浩一「墮胎罪と人工妊娠中絶に関する改正提案」刑法理論の探求（中義勝先生古稀祝賀）（平成四年）四四三頁以下、上田健二「妊娠中絶問題と法秩序の補充性原理（一）」同志社法学四三巻五・六号（平成四年）一頁以下、田中圭二「『胎児の生命の尊重』の面からみた優性保護法の一改正案——人工妊娠中絶の規定（一四条）と優性手術の規定（三条）との比較検討を通して」刑事法学の現代的展開上巻（八木國之先生古稀祝賀論文）（平成四年）三五四頁以下等。

## 二 判例及び学説

一 墮胎行為の後、生きて生まれた嬰兒を殺害した場合に関する判例はあまりないが、まず、大正十一年の大審院判決は、被告人が墮胎手術を施したところ妊娠約九カ月の嬰兒が予期に反して生きて生まれたので、直ちに腰巻に包

んで窒息させて殺害したという事案について、墮胎罪と殺人罪の併合罪として<sup>(1)</sup>いる。ここでは、弁護人は、墮胎は胎児の死を希望ないし予見して行うものであるから、墮胎罪の他に殺人罪は成立せず、仮に両罪が成立するとしても、本件では嬰兒殺は墮胎に随伴する通常の結果であつて、両罪は牽連犯となると主張したのに対し、大審院は、「本件ノ如キ場合ニ在リテハ被告人第一ノ行為ハ墮胎罪ヲ構成シ第二ノ行為ハ更ニ殺人罪ヲ構成スヘク所論ノ如ク目シテ単一ナル一罪若ハ手段結果ノ関係ニ基ク一罪ト称スルコトヲ得ス」としたのである。

また、戦後、優性保護法が制定された後の下級審判決でも、墮胎行為によつて生まれた嬰兒を殺害した場合、殺人罪の成立を認めたものがある<sup>(2)</sup>。これは、優性保護法所定の指定医たる被告人が、妊娠八カ月に入つた疑いがあり、母体外において生命を保持するおそれがある胎児<sup>(3)</sup>に対して、人工妊娠中絶手術を行つたところ、嬰兒が生きて生まれたので、水の入つたバケツの中に浸してそのまま放置し、窒息死させたという事案について、「たとえ、右施術が適法な人工妊娠中絶を行う主観的意図に出たものであつたとしても、分娩後の右嬰兒殺害行為は、明らかに刑法上の殺人罪」であるとしたのである。

同種の事案はその後しばらく見当たらなかつたが、近時、最高裁で注目すべき判示がなされた。これは、優性保護法上の指定医たる被告人が、胎児が母体外において生命を保持することのできない時期ではないのに墮胎措置を施し、それにより出生させた未熟児を自己の医院内に放置して約五四時間後に死亡させたという事案であり、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の両罪の成立を認めたものである<sup>(4)</sup>。弁護人は、業務上墮胎罪については違法性を欠き、優性保護法に規定する人工妊娠中絶により排出された生命体は刑法二一八条にいう幼者とは解し得ず、保護責任者遺棄致死罪も成立しない等と主張したが、最高裁は、「被告人は、産婦人科医師として、妊婦の依頼を受け、自ら開業する医院で妊娠第二六週に入つた胎児の墮胎を行つたものであるところ、右墮胎により出生した未熟児（推定体重一〇〇〇

グラム弱）に保育器等の未熟児医療設備の整った病院の医療を受けさせれば、同児が短期間内に死亡することはなく、むしろ生育する可能性のあることを認識し、かつ、右の医療を受けさせるための措置をとることが迅速容易にできたにもかかわらず、同児を保育器もない自己の医院内に放置したまま、生存に必要な措置をなんらとらなかった結果、出生の約五四時間後に同児を死亡するに至らしめたというのであり、右の事実関係のもとにおいて、被告人に対し業務上墮胎罪に併せて保護者遺棄致死罪の成立を認めた原判断は、正当としてこれを肯認することができる」とした。なお、両罪の関係につき、第一審は併合罪としており、最高裁もそれを認めたものと考えてよい。

この最高裁の事案では、未熟児に対する保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となっているが、むしろ不作為の殺人罪を問題とすることも可能な事案であつたとも言われている。<sup>(5)</sup> いずれにしても、判例は、墮胎行為によって出生した嬰兒も、人として殺傷罪の客体となると考えているのであつて、しかも墮胎罪と殺傷罪とは併合罪と解する点で一致していると言ってよい。

- (1) 大判大正十一年一月二八日刑集一卷七〇五頁。なお、旧刑法時代の、大判明治三十九年七月六日刑録一二輯八四九頁も同旨。
- (2) 東京高判昭和二年五月二五日東高刑時報三卷五号二二六頁。
- (3) 優性保護法上は、「人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附屬物を母体外に排出することをいう」（二条二項）とされており、これが一定の要件を満たせば正当化される（一四条）。
- (4) 最決昭和六三年一月一九日刑集四二卷一号一頁。
- (5) 植松正「墮胎とその事後処理にからむ犯罪」時の法令一三三五号（昭和六三年）七二頁、中谷瑾子「墮胎により出生させた未熟児を放置した医師と保護責任者遺棄致死罪の成否」昭和六三年度重要判例解説（平成元年）一四八頁、原田國男「墮胎により出生させた未熟児を放置した医師につき保護責任者遺棄致死罪が成立するとされた事例」法費時報四一卷四号（平成元年）三一九頁、大嶋一泰「胎児と人の限界」刑法判例百選Ⅱ各論（第三版）（平成四年）一一頁。

二 上述の判例の立場に対して、墮胎行為によって生きて排出された生命体を殺害しても、殺人罪は成立しないとする見解が近時有力に主張されている。

まず、平野博士によると、優性保護法は、「母胎外において生命を保続することのできない時期」での一定の人工妊娠中絶を適法としており、それが認められる事由の中には「子供を持たないこと」が許されるものもあり、排出後に生きていたとき、これを死亡させるのは殺人だとすると、中絶を認めた趣旨と矛盾するといわれるのである。<sup>(1)</sup> そこから、「中絶が適法に行われた以上、現に生きている場合であっても、生命を保続することができない場合には、その死期を早めても殺人罪は成立しないと解すべき<sup>(2)</sup>」とされている。

また、町野教授は、平野教授と同様の理由のもとに、「妊娠中絶の許容される時期、『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』……までの生命は、たとえそれが生きて体外に排出されたとしても、『人』として保護すべき段階にまで成長していないとすべきであろう<sup>(3)</sup>」とされている。つまり、生命を保続することのできない妊娠期に排出された生命は、「人」ではないといわれるのである。また、母体外において生命を保続することのできる妊娠期に行われた中絶行為は違法であり、墮胎罪が成立するが、「母体外での『胎児』の殺害が墮胎行為の結果として評価される場合にはそれ以外に別罪を構成するものではない<sup>(4)</sup>」とされる。これは、町野教授が、胎児殺は、胎児が生命を保続することのできる時期であるかと否と、またその結果が母体内で生ずると否とを問わず、墮胎であると解される<sup>(5)</sup>ことによる。そこで結局、母体外において生命を保続することのできる時期に排出された胎児を、排出後長時間たつて侵害した場合や、中絶行為と無関係の第三者が独立に侵害した場合のように、その殺傷行為が墮胎行為の一部と評価されない場合にのみ、人に対する犯罪が成立し得ることとなるのである。<sup>(6)</sup> なお、このことは、この場合には排出された生命体は一応「人」であるが、墮胎行為との関係で殺人罪は成立しないと解されているように思われる。

さらに、前田教授も、墮胎罪と優性保護法との関係を考慮して、母体外で独立して生存する可能性のない段階では、殺人罪の客体としての「人」にはあたらないとされ、その時期における墮胎の結果母体外に排出されその後に生命が絶たれたことは、墮胎罪に評価し尽くされているとする<sup>(7)</sup>。そこから、両親の意思に反して第三者が「排出された胎児」を殺害した場合には、器物損壊罪を考える他ないとされるようである<sup>(8)</sup>。ただ、母体外で独立して生存する可能性のある段階で排出された場合は、生存して一部露出した時点で人となるとされているので、その時点後の殺害は殺人罪が成立すると解されることになり、この点は町野教授と異なるようである<sup>(9)</sup>。

以上の見解は、優性保護法上の人工妊娠中絶に当たりうる時期、すなわち、「母体外において生命を保続することのできない時期」に墮胎行為が行われ、胎児が生きて排出された場合、それを殺害（当面は作為犯を考える）しても殺人罪に当たらないとする点で一致している。そしてその理由は、殺害の客体が「人」ではないことによる。従って、その殺害は、第三者が行っても器物損壊罪にしかなり得ない（前田）。それに対して、「母体外において生命を保続することのできない時期」を過ぎて墮胎行為を行い、生きて排出された胎児を殺害した場合は、殺人罪に当たらないという見解（町野）と、殺人罪に当たるという見解（前田）に分かれる。そしてその違いは、生まれた胎児を殺害するのも胎児殺として墮胎罪と評価すべきか、それとも、生まれた以上「人」と解すべきかによる。もともと、この時期における第三者による殺害は、墮胎行為の一部とも解せないもので、いずれの見解によっても殺人罪が成立することとなる。

このように、これらの見解には多くの問題提起が含まれている。それは、一つは、「母体外において生命を保続することのできない時期」に排出された生命体が、はたして「人」といえるかどうかであり、一つは、墮胎行為によって排出された生命体を殺害することも墮胎罪の一部と評価すべきかどうかである。以下では、これらについて個別に検

討することにより、墮胎後の殺人罪の成否について考えてみたい。ただ、その前提として、まず、「人」の始期について明確にしておく必要がある。

- (1) 平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』」犯罪論の諸問題下各論(昭和五七年)二六四頁以下。
- (2) 平野・前掲書二六五頁。
- (3) 町野朔「生命・身体に対する罪」小暮得雄ほか編・刑法講義各論(昭和六三年)一五頁以下。
- (4) 町野・前掲書一六頁。
- (5) 町野・前掲書六〇頁。
- (6) 町野・前掲書一六頁。
- (7) 前田雅英・刑法演習講座(平成三年)二二五頁。
- (8) 前田・前掲書二二六頁。
- (9) 前田・前掲書二二五頁。

### 三 墮胎後の殺人罪の成否

一 「人」の始期については、陣痛説(分娩開始説)、一部露出説、全部露出説、独立呼吸説などが考えられる。そして、わが国では、民法上は全部露出説がとられているのに対し、刑法上は、胎児の身体の一部でも母体から露出したときに「人」となるとする一部露出説が通説であり、判例もこれに従っていると解される<sup>(1)</sup>。その理由は、胎児が母体から一部でも露出すれば、これに対する直接的な侵害が可能であり、すでにその時点において人として保護されるべきであるとするところにある<sup>(2)</sup>。



一方、刑法上も、全部露出説をとるものもないではない。すなわち、平野博士は、一部露出説の理由として挙げられる、直接に攻撃することができるといふ基準自体が、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とされる<sup>(3)</sup>。また、実際にも、出産開始後露出前に胎児に攻撃を加え出産終了後に死亡した場合、墮胎罪は自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出するときに成立すると考えられているので墮胎罪は成立せず、一部露出前であるから殺人罪にもならず、一部露出説には処罰のギャップがあるとされる<sup>(4)</sup>。また、町野教授も、一定の方法による侵害の可能性の存在をもってその客体が存在することを理由付けることはできないのであり、胎児と人との区別は、いつ生命が、墮胎罪規定によってではなく、殺傷罪規定によって保護されるに値する存在になったかという観点から行われなければならないとして、出産の完了の意味での全部露出説を支持すべきものとする<sup>(5)</sup>。

このように、わが国では現在、一部露出説か全部露出説かで争われているが、ドイツでは分娩開始説がとられている。これは、ドイツ刑法二二七条がとくに嬰兒殺を規定し、他の殺人罪よりも軽い刑を科していることによる。すなわち、嬰兒殺とは、「母親が、出産中又は出産直後に(in oder gleich nach der Geburt)自己の婚姻外の子供を殺した」場合であり、出産中の(in der Geburt)子供を殺すのは墮胎罪ではなく、殺人罪の一種と考えられているのである。要するに、刑法典自体が、出産中の子供を胎児ではなく人として扱っているのである。従って、人の始期は出産の開始(Beginn der Geburt)となる<sup>(6)</sup>。問題は、これを何によって判定するかであり、一部露出によって出産の開始を判定することもあながち不可能ではない。しかし、ドイツでは、胎児が人となるということは、それが母体から独立した生命体となるということであり、母体からの分離活動の開始時点たる陣痛の開始時に人の始期を認めようとしたものと思われる。とはいえ、医学的にみると、出産に伴う陣痛はそれぞれの段階で区別することが可能で<sup>(7)</sup>、どの段階の陣痛に

着目するかで人となる時期も異なってくる。そして、従来は、出産の開始を、胎児を娩出する直前に生ずる腹圧を伴った共圧陣痛 (Preßwehen) の時点で認めていたようであるが、現在では、新しい医学的知識に基づいて、子宮口が開く時期である開口陣痛 (Eröffnungswehen) の時に認めるのが通説となっているようである<sup>(8)</sup>。

結局、わが国の通説である一部露出説は、陣痛説と全部露出説の中間的時点をとらえたものといえる。このうち、全部露出説によると、全部露出した後でそれを殺害すれば殺人罪となるが、それ以前に殺害すれば墮胎罪とされることになる。しかも、過失の墮胎罪は処罰されない<sup>(9)</sup>ので、身体を母体外に露出した生命を過失により死に致した場合には処罰されないが、全部露出した時点では処罰されることとなる。しかし、全部露出した状態と半分露出した状態とでこのような違いを認めることは妥当でないであろう。また、胎児が母体から分離した後で死亡した場合、それに対する攻撃が一部露出後のものか全部露出後のものかを判定することは困難であるとも指摘されている<sup>(9)</sup>。一方、陣痛説によると、陣痛開始後はすでに人となるが、そもそも陣痛は母体から胎児を排出する営みであることを考えると、この考え方にも一理あるようにも思われる。しかし、陣痛にも様々な段階があり、どの時点の陣痛をもって人となったとすべきかについて非常に不明確な部分がある。少なくとも一般人には判定困難であろう<sup>(10)</sup>。ドイツでは嬰兒殺との関係でこの説がとられているが、わが国ではそのような規定はなく、この説をとる必然性はない。

以上のように、全部露出説と陣痛説にはそれぞれ不都合ないし不明確なところがあり、その点、一部露出説は明確ですぐれていると言つてよい。ただ、これに対しては、前述のように、分娩が開始されてから一部露出するまでの間、処罰のギャップがあると指摘されている<sup>(11)</sup>。しかし、一部露出までの胎児に対する攻撃も墮胎罪と解することによって、処罰の間隙を埋めることが可能である<sup>(12)</sup>。つまり、母体内の生命は墮胎罪で、母体外の生命は殺傷罪で保護されると考えればよいことで、胎児の母体内での侵害及び母体を通じた間接的な侵害が墮胎罪であり、母体外での生命に対する

直接的な侵害が殺傷罪であるということである。<sup>(13)</sup> これは客体の性質による客観的区別であり、殺傷罪規定によって保護すべき客体を問題にしているのであって、刑法上の基準の立て方として問題はないのではない。<sup>(14)</sup>

- (1) 大判大正八年一月三日刑録二五輯一三六七頁。但し、旧刑法時代の判例の中には、一部露出後の生命を母体内で殺した事案を堕胎罪で処断するものもある（大判明治三六年七月六日刑録九輯一二二七頁）。
- (2) 団藤重光・刑法綱要各論〔第三版〕（平成二年）三七二頁、大塚仁・刑法概説（各論）〔改訂増補版〕（平成四年）八頁、福田平・全訂刑法各論〔増補版〕（平成四年）一四三頁、大谷實・刑法講義各論〔第三版〕（平成二年）九頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕第二版（平成元年）三〇四頁、川端博・刑法各論概要（平成二年）六頁、佐久間修・刑法講義〔各論〕（平成二年）一二頁。
- (3) 平野・前掲書二六〇頁。
- (4) 平野・前掲書二六一頁。
- (5) 町野・前掲書一四頁以下。なお、わが国では、以前、独立呼吸説を主張するものもあった（大場茂馬・刑法各論上巻（明治四二年）四五頁）が、現在は支持するものはいない。
- (6) BGHSt., Bd. 31, S. 348; Schönke-Schröder (Eser), Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, Vorbem. §§ 211ff., Rdn. 13; Jähne, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 22. Lieferung, 1980, Vor § 211, Rdn. 3; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, Bes. Teil, 4. Aufl., 1988, § 218, Rdn. 2; Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl., 1991, Vor § 211, Rdn. 2; Lüttger, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht, Juristische Rundschau, 1971, S. 133; ders., Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1938, S. 481; Schwalm, Über den Beginn des menschlichen Lebens aus der Sicht des Juristen, Monatschrift für Deutsches Recht, 1968, S. 277; Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974, S. 94. 但し、ドイツでも民法上は「出生の終了（Vollendung der Geburt）」が人の権利能力の始期とされている（BGB §1）。
- (7) 詳しくは、萩原由美恵「続・ドイツ刑法判例研究（二）堕胎と殺人」警察研究五八巻五号（昭和六二年）七二頁以下参照。
- (8) BGHSt., Bd. 32, S. 194; Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., Vorbem. §§ 211ff., Rdn. 13; Jähne, a. a. O., Vor § 211, Rdn. 3;

Rudolphi, a. a. O., § 218, Rdn. 2; Dreher-Tröndle, a. a. O., Vor § 211, Rdn. 2; Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 18. Aufl. 1989, Vor § 211, 2 a); Lüttger, JR., S. 135; ders., NSTZ., S. 482; Vgl. Saerbeck, a. a. O., S. 95.

(9) 大谷・前掲書一〇頁。

(10) 大谷・前掲書一〇頁。

(11) もっとも、この欠陥は、全部露出説によっても生じ、しかもその説による方がかえって処罰の空隙は大きいので、全部露出説の理由づけとしては弱い。

(12) 木村亀二・刑法各論(昭和三二年)三四頁、板倉宏・注釈刑法(5)(昭和四〇年)一九三頁、大谷・前掲書六三頁。

(13) 前田・前掲書二二四頁参照。なお、胎児が一部露出した後再び母体内に引き戻された場合、それを人として扱うか胎児として扱うかが問題となるが、その場合も母体内の生命体に対する間接的攻撃となるであろうから、胎児として扱うべきか。その点につき、前田雅英・刑法各論講義(平成元年)一七頁、大谷・前掲書九頁は胎児として扱い、大塚仁・刑法各論上巻〔改訂版〕(昭和五九年)一九頁注(二)、大嶋・前掲評釈二一頁は人として扱うようである。

(14) なお、大谷・前掲書九頁参照。

二 一部露出説によるにしろ全部露出説によるにしろ、人となった後にそれを殺害すれば殺人罪が成立することとなる。しかし、一方では、優性保護法において、「胎児が、母体外において、生命を保持することができない時期」(二条二項)に限り、一定の事由(優性学的見地、医学的見地、社会的・経済的見地、倫理的見地)に基づいて(一四条一項)、人工妊娠中絶が許されている。つまり、「母体外において、生命を保持することができない時期」の胎児は、生命の抹殺さえ許されているわけである。そこで、その時期における人工妊娠中絶が適法に行われたとき、胎児がたまたま生きて排出されればこれも人として保護されるとすると、優性保護法の趣旨に反するのではないかと言われる<sup>(1)</sup>わけである。

ところで、優性保護法上の、「胎児が、母体外において、生命を保持することができない時期」については、具体的には、厚生事務次官通知によつて運用されている。ただ、その内容には変遷がある。<sup>(2)</sup>すなわち、昭和二八年の厚生事務次官通知以来、この時期は、通常妊娠第八月末満とされてきたが、その後の医学の進歩に伴い未熟児保育の医学的水準等も向上してきたことから、これを改正することとし、昭和五一年の厚生事務次官通知によつて、それを、通常妊娠第七月末満とされた。そして、それは、その時期以前の胎児が母体外において生存した例は一例もなかったことによる。また、昭和五四年からは、妊娠期間を従来の月数から満週数で表示することになり、満二三週以前に改められた。<sup>(3)</sup>さらに、一層極小未熟児医療が発達したことを考慮して、平成三年からは満二三週未満に改められたのである。<sup>(3)</sup>このように、「胎児が、母体外において、生命を保持することができない時期」とは、現代の医療水準をもつてしても母体外では生存し得ない限界線を示しているわけである。すなわち、その時期の胎児が母体外に生きて排出されたとしても、とうてい生存し得ないわけであるから、それは人として保護する必要はないと考えることもあながち不可能なことではない。

しかし、従来、母体外に排出された生命体は、生活機能を備えておれば人であつて、早産のため発育不良で将来成長の見込みのない嬰兒でも、仮死状態であつても殺人罪の客体とするのが判例であり、<sup>(4)</sup>通説でもあつた。<sup>(6)</sup>そしてこれは、一部露出説なり全部露出説なりからくる当然の帰結である。従つて、問題は、この原則を優性保護法との関連で修正なり変更する必要があるかどうかである。

さて、優性保護法上の、「胎児が、母体外において、生命を保持することができない時期」をいかにして判断するかは必ずしも容易ではない。これについては、上述の厚生省通知における満二三週未満という基準を形式的に適用するか、<sup>(7)</sup>より実質的に、個々のケースに応じて個別的に生命保持可能性を判断するかが考えられる。<sup>(8)</sup>しかし、形式的に

は妊娠満二二週を過ぎていても、実際上は発育が遅く、母体外で生命を保続しえない場合もあるうし、そもそも妊娠満二二週を過ぎたかどうかは専門的知識をもった者にしか判断できないであろう。また、それを実質的にとらえようとしても、生命の保続可能性の判断は極めて困難である<sup>(9)</sup>。

そもそも、「人」であるかどうかという問題は、殺傷罪の客体の問題であり、客体の性質によって客観的に決せられるべきものである。そして、それは構成要件要素であるから、客観的に明確でなければならない。いかに優性保護法が母体外において生命を保続することのできない時期の人工妊娠中絶を認め、その時期の生命の抹殺すら認めていると言っても、そのような不明確な概念によって構成要件要素たる人の概念が修正・変更されるというのは妥当でない。しかも、生命保続可能性の有無によって生まれてきた生命体が人となったりそうでなかったりすると考えるのは、生まれた者の生命の質を問題とすることにつながるのではなからうか。いずれにしても、生命保続可能性の有無によって人かどうかを判断するのは妥当とは言えない<sup>(10)</sup>。結局、どのような場合においても、一部露出説を貫くべきであり、それが最も明確でありかつ妥当である。

(1) 平野・前掲書二六五頁、町野・前掲書一五頁、前田・前掲各論一八頁、同・前掲講座二二五頁。

(2) 刑裁月報一四卷三・四号二六二頁、中谷瑾子「医療の進歩と医師の保護責任」研修四八〇号(昭和六三年)八頁参照。

(3) 石井美智子「人工妊娠中絶できる時期の短縮とHEEA 1990」年報医事法学7(平成四年)二〇八頁参照。

(4) 大判明治四三年五月一二日刑録一六輯八五七頁、大判大正八年十二月一三日刑録二五輯一三六七頁、東京高判昭和二六年十一月二〇日東高判時報一巻一〇号一四八頁。

(5) 団藤・前掲書三七二頁、大塚・前掲概説(各論)八頁、大谷・前掲書八頁、齊藤誠二・刑法講義各論I〔新訂版〕(昭和五四年)二九頁、中森喜彦・刑法各論(平成三年)五頁、佐久間・前掲書一二頁。

(6) この点はドイツでも同様である。Vgl. RGSt., Bd. 2, S. 404; BGHSt., Bd. 10, S. 291; Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., Vorbem. § 211ff., Rdn. 14; Jähne, a. a. O., Vor § 211, Rdn. 5; Rudolphi, a. a. O., § 218, Rdn. 6; Lackner, a. a. O., Vor § 211, 2 a); Roxin, Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens, Juristische Arbeitsblätter, 1981, S. 545.

(7) 町野・前掲書一六頁、前田・前掲講座二二五頁参照。

(8) 平野・前掲書二六五頁参照。

(9) 原田・前掲解説三〇八頁、大谷實「墮胎により出生させた未熟児を放置した医師につき保護者遺棄致死罪が成立するとされた事例」判例タイムズ六七〇号（昭和六三年）六〇頁、板倉宏「岡西賢治「墮胎により出生させた未熟新生児に対する保護責任者遺棄致死罪の成否」日本法学五四巻四号（平成元年）一六四頁参照。

(10) 大嶋・前掲評釈一一頁。

三 次に、墮胎罪自体、胎児を殺害することも含んでいると考えることによって、生きて生まれた嬰兒を殺害しても殺人罪にはならないとすることが可能かどうか問題となる。これは、墮胎の概念の問題である。

もっとも、わが国の通説・判例によると、墮胎とは、自然の分娩期に先立って、人為的に胎児を母体から分離・排出させることをいい、胎児を母体内で殺害することもそれに当たるが、必ずしも胎児の死亡が要件となっているわけではない。<sup>(1)</sup>つまり、墮胎罪の保護法益は、胎児の生命・身体<sup>(2)</sup>の安全及び母親の生命・身体<sup>(3)</sup>の安全であると解されるが、これらの法益が侵害されたことは犯罪成立要件となっていないので、墮胎罪は危険犯と解されるわけである。<sup>(2)</sup>従って、墮胎行為によって胎児が母体外に排出されれば、それが生きていても墮胎罪はすでに既遂となる。そこで、その生命を奪う行為は新たな犯罪としてとらえられることとなるのである。

これに対して、平野博士は、危険を生ぜしめるだけで墮胎として処罰するのは疑問であり、胎児に攻撃を加え母体内又は母体外で死亡させた場合に限って墮胎罪の成立を認めようとされている。<sup>(3)</sup>ここから、前述のように、生きて生

まれた胎児を殺害しても殺人罪の成立しない場合があることを認めることとなる。また、町野教授は、上述のような通説によると、自然的分娩開始後に母体内の生命に攻撃を加えて殺害する行為は墮胎ではないことになり<sup>(1)</sup>、「端的に、人為的排出行為によるものでなくとも、また死亡結果がどこで生じたかにかかわらず、胎児殺は墮胎である<sup>(5)</sup>」とされる。そして、結局、「胎児殺(胎児が生命を継続することのできる時期であると否と、またその結果が母体内で生ずると否とを問わない)と人工妊娠中絶(その結果胎児が死亡すると否とを問わない)の二つが刑法上の墮胎行為である<sup>(6)</sup>」とされている。従って、これによっても、墮胎行為の後生きて生まれた生命を母体外で殺害する行為は、墮胎罪に他ならないこととなる。これらは、墮胎行為の定義として、胎児が死亡することが必要とし、すなわち、墮胎罪は危険犯ではなく侵害犯であると解することにより、生きて生まれた生命体の殺害も殺人罪に当たらないとするのである。

ところで、墮胎罪を侵害犯ととらえる考え方は、ドイツで行われている。ただ、ドイツ刑法における墮胎罪規定には変遷がある<sup>(7)</sup>。すなわち、一八七一年刑法典における墮胎罪(二一八条一項)は、「墮胎し、又は胎児を母体内で殺した(abtreiben oder im Mutterleib töten)」と規定しており、前段を危険犯、後段を侵害犯ととらえることも不可能ではなかった。しかし、一九二六年の改正によって、「胎児を母体内で、又は墮胎によって殺した(im Mutterleib oder durch Abtreibung töten)」と改められ、さらに、一九四三年には、「胎児を殺した(Leibesfrucht abtöten)」とされ、墮胎罪が侵害犯であることが明らかとされた。もともと、現行法は、一九七四年の第五次刑法改正法で用いられた文言を受け継ぎ、「妊娠を中絶した(Schwangerschaft abbrechen)」とされており、ここでは必ずしも侵害犯であることは明らかではないが、依然として墮胎罪の成立には胎児の死亡を要件とすると解されて<sup>(8)</sup>いる。

つまり、妊娠中絶行為によって胎児が死亡すれば墮胎罪は既遂となるのであって、それが生きている以上未遂にと



どまる。<sup>(9)</sup>ただ、その死亡が早産のための未成熟によるものであることを要するか、生まれてすぐ死亡する必要があるかについては争いがあるようである。<sup>(10)</sup>そして、妊娠中絶によって母体外でも生存する能力を有する胎児が排出されたときは、その段階で墮胎罪は未遂が確定すると解されており、<sup>(11)</sup>それ以後の侵害行為は新たな犯罪を構成することとなる。従って、妊娠中絶行為を行い、母体外でも生存する能力を有する嬰兒を排出し、その後それを殺害すれば、墮胎未遂罪と殺人既遂罪が成立するわけである。<sup>(12)</sup>一方、胎児の死亡は母体内で生じても母体外で生じてもよいと解されているため、<sup>(13)</sup>妊娠中絶行為によって、母体外では生存する能力のない嬰兒を排出し、それがそのまま死亡したとしても墮胎罪以外の犯罪は成立しない。ところが、作為でそれを殺害したときは、墮胎罪は既遂か未遂かで争いがあるものの、一般に墮胎罪以外に殺人罪の成立が認められている。<sup>(14)</sup>

以上のように、ドイツでは、墮胎罪は侵害犯ととらえられているが、それは胎児が死亡するかどうかによって墮胎罪の既遂と未遂が区別されるというに過ぎない。つまり、墮胎罪が侵害犯であっても、墮胎行為によって生きて排出した嬰兒をことさら殺害する行為が墮胎罪に含まれていると解されるわけではなく、それは別罪を構成すると考えられているのである。それに対して、わが国の墮胎罪は、危険犯と解されており、胎児が死亡しなくても既遂となる点でドイツの墮胎罪とは異なるが、排出された嬰兒の生存能力がいかなるものであっても、それを殺害する行為は殺人罪を構成すると思われるべき点ではドイツと変わりはない。つまり、墮胎罪を侵害犯と解することによって、排出された生命体を殺害する行為が殺人罪に当たらないという結論を導くのは困難である。ただ、これは作為犯を前提としているが、単に放置しただけの不作为犯についてはどうか、これについては次に考察する。

（1）大判明治四四年一二月八日刑録一七輯二二八二頁、大判大正七年五月一八日刑録二四輯六〇九頁。旧刑法時代には、大判明治三六

年七月六日刑録九輯一二九頁が、母体内で胎児を殺すことを要するとしていたが、大判(連)明治三十九年七月六日刑録一二輯八九頁によって変更された。

- (2) 特に、具体的危険犯とするものとして、団藤・前掲書四四六頁、前田・前掲各論七三頁、大谷・前掲書六一頁、板倉・前掲書一九三頁。
- (3) 平野龍一・刑法概説(昭和五二年)一六一頁。なお、平野・前掲諸問題二六三頁。
- (4) 町野・前掲書五九頁以下。
- (5) 町野・前掲書六〇頁。
- (6) 町野・前掲書六〇頁。
- (7) 萩原・前掲論文六六頁、平野龍一「墮胎と胎児傷害」警察研究五七卷四号四頁以下参照。
- (8) Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., §218, Rdn. 5; Jähnke, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 34. Lieferung, 1983, §218, Rdn. 6; Lackner, a. a. O., §218, 2 a) aa); Bockelmann, Strafrecht, Bes. Teil 2, 1977, S. 32.
- (9) Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., §218, Rdn. 30; Jähnke, a. a. O., §218, Rdn. 11; Roxin, a. a. O., S. 545. 但し、Dreher-Tröndle, a. a. O., §218, Rdn. 6 ㄱ 生存能力のない状態へ排出されれば既遂とする。
- (10) Vgl. Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., §218, Rdn. 7f.; Jähnke, a. a. O., §218, Rdn. 12f.; Rudolphi, a. a. O., §218, Rdn. 5; Arzt-Weber, Strafrecht, Bes. Teil, LH 1, 3. Aufl., 1988, S. 142.
- (11) Jähnke, a. a. O., §218, Rdn. 11; Roxin, a. a. O., S. 546; Maurach-Schroeder, Strafrecht, Bes. Teil, Teilband 1, 6. Aufl., 1977, S. 66; Arzt-Weber, a. a. O., S. 142.
- (12) BGHSt., Bd. 13, S. 21.
- (13) Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., Vorbem. §§ 211ff., Rdn. 15; §218, Rdn. 7; Lackner, a. a. O., §218, 2 a) aa); Bockelmann, a. a. O., S. 33.
- (14) 墮胎既遂と殺人既遂とを区別する：Jähnke, a. a. O., §218, Rdn. 11; vgl. Bockelmann, a. a. O., S. 34. 墮胎未遂と殺人既遂とを区別する：Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., §218, Rdn. 9; Rudolphi, a. a. O., §218, Rdn. 6; Lackner, a. a. O., §218, 2 a) aa); Roxin, a. a. O., S. 545; Maurach-Schroeder, a. a. O., S. 66; Blei, Strafrecht II, Bes. Teil, 11. Aufl., 1978, S. 33; vgl.

Bockelmann, a. a. O., S. 34.

四 胎児は出生後は人となるのであり、人となった以上それに対する攻撃は殺傷罪となる。これは、墮胎行為によって胎児が排出された場合でも同様であり、人に対する作為犯が成立するのはもちろんであるが、一般的には不作為犯の成立を否定する理由はない。しかし、そうすると、例えば、優性保護法上の人工妊娠中絶において、たまたま胎児が生きて排出されたとき、それに何の処置もせずに放置したためにそれが死亡したときは、墮胎罪は成立しないとしても、不作為の殺人罪が成立することになるであろうか。ドイツのように墮胎罪を侵害犯と解するなら、胎児の死亡が母体外で生じてもそれは墮胎罪に含まれることとなるが、わが国のように墮胎罪を危険犯とすると、母体外での死亡については墮胎罪でとらえることはできず、不作為の殺人罪と構成せざるを得ないのか。しかし、これを肯定すると、多くの産婦人科医師が不作為の殺人罪に問われることにもなりかねない。要するに、ここでは、母体外に排出された生命体を放置したために死亡した点を、刑法上どのように評価するかということが問題となる。

もっとも、学説の中には、排出後の放置による胎児の死亡を墮胎によって創出された具体的危険の実現と見て共罰的に評価するのが妥当とするものがある。<sup>(1)</sup>そしてその理由は、当初から胎児の死を企図して行われるのがほとんどの胎児排出措置のあとの単なる放置にさらに不作為犯としての責任を問うことは奇妙であるとされるところにある。<sup>(2)</sup>しかし、前述のように、わが国の墮胎罪は危険犯と考えられており、胎児の母体内での死亡はともかく、母体外での死亡の点は、墮胎罪で評価することはできない。<sup>(3)</sup>従って、問題は、墮胎行為を行った医師に作為義務を認め、不作為犯の成立を認めることができるかどうかである。

さて、不作為犯の成否については、作為義務の有無が重要な論点となり、その根拠として、法令、契約、事務管理、

慣習、条理などが挙げられてきた。そして、いわゆるひき逃げの事例に関して、条理に基づく作為義務が問題となり、その内容を明確化すべく、「先行行為」とか「引き受け」などが強調されるようになった。<sup>(4)</sup>このような中で、前に挙げた昭和六三年の最高裁決定は、墮胎行為を行った医師について排出された嬰兒の保護責任を認め、不作為犯たる保護責任者遺棄致死罪を認めた。この場合の保護責任の根拠については判文上は必ずしも明らかではないが、一方では、見込まれる生命保続期間の長短、生育可能性の有無・程度、そのための手段・条件の難易、他方では、先行した墮胎の適法・違法、その理由等を総合的に考慮しようとするものと評価されている。<sup>(5)</sup>そして、保護責任は、医師であるという身分のみによつて生じるものでないことはもちろんであるが、いかに墮胎行為が胎児の殺害を意図して行われようとも、生きて生まれた以上それは人として保護されるべきであり、一定の者について不作為犯が成立し得ることは否定できない。<sup>(6)</sup>

ただ、これは排出された生命体が人として生育し得る場合には当然いえることであるが、果たして生育可能性のない超未熟児のような場合も同様に考えてよいかどうかは問題である。この点、学説の中には、胎児が未熟のため生存能力がなく排出直後に死亡する場合は、あくまで墮胎罪の行為類型に含まれ、墮胎罪との関係上、人に対する犯罪、従つて保護者遺棄罪の成立は排除されるとするものもない<sup>(7)</sup>ではない。しかしこれも、墮胎自体が、胎児が生きたまま排出されてもその直後に死亡するであろうことを当然の前提としているという考え方であつて、生きて排出された以上人として保護されるという点を見失つてはならない。そこで、多くの学説は、超未熟児でも生きて生まれた以上人であるが、具体的生育可能性がなければ救護義務も保護責任も生じず、不作為犯は成立しないと考えているようである。<sup>(8)</sup>そして、排出された嬰兒に生育可能性がないということは、作為義務を果たしても結果を防止し得ないということであり、このような場合にまで作為義務を認めるのは妥当でないであろう。<sup>(9)</sup>この議論は、終末医療の問題と共通

するところがあり、現在では、現代の医療水準からして、いかなる治療を加えても切迫した死の危険を回避し、生命を回復することが不可能な場合、医師は治療義務を負わず、不作為犯としての責任を問われることはないと考えられるようになってきている。<sup>(10)</sup>従って、ここでも同様に、現代の医療水準によつては生育し得ないような未熟児に対しては、それを保護する義務は生じないと考えてよいのではなからうか。

こうして、墮胎行為によつて生育可能性のない胎児が生きて排出された場合には、作為によつて生命を断絶すれば殺人罪となるのは当然として、単に放置したために死亡したときは、不作為犯は成立しないこととなる。しかし、この生育可能性の有無の判断は必ずしも容易なものではない。一般的にいうと、優性保護法によつて人工妊娠中絶が認められる時期としての妊娠満二二週未満は、現代の医学的水準では生育の可能性はないのであるから、その時期のものについては救護義務・保護義務は生じないと考えてよい。但し、さらに医学が進歩して未熟児の生育可能性が変わってくればその時期も変化しうるであろう。<sup>(11)</sup>また、妊娠満二二週以後でも、全ての胎児が生育可能であるとはいえない。この場合にはそれも実質的に考える必要があり、妊娠満二二週以後であっても実質的に生育可能性がない場合には救護義務・保護義務は生じないと考えるべきであろう。<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>

(1) 松宮孝明「優性保護法上の指定医師に対して業務上墮胎、保護責任者遺棄致死、死体遺棄の併合罪の成立を認めた事例」甲南法学二四卷二号（昭和五八年）一九二頁。

(2) 松宮・前掲評釈一九二頁。

(3) なお、大谷・前掲判タ六一頁参照。

(4) なお、原田・前掲解説三〇九頁以下参照。

(5) 原田國男「墮胎により出生させた未熟児を放置した医師につき保護者遺棄致死罪が成立するとされた事例」ジュリスト九〇六号

(昭和六三年)五七頁。なお、大谷・前掲判タ五九頁、大嶋・前掲評釈一一頁参照。また、金沢文雄「墮胎により出生させた未熟児に対する保護者遺棄致死罪の成立」法学教室九二号(昭和六三年)一〇八頁、大谷・前掲判タ六一頁は、墮胎という先行行為が最も重要な根拠とされたとする。但し、松宮・前掲評釈一九五頁は、保護責任を否定する。

(6) 学説上、保護責任の存否について、先行行為のみによつて基礎づけられるか、事実上の引き受けが必要か、さらにその場合でも救助を意図したものであることを要するかで見解が分かれる。この点、原田・前掲曹時三一頁以下参照。なお、医師の保護責任を否定した判例として、熊本地判昭和三五年七月一日下集二卷七・八号一〇三一頁参照。

(7) 金沢文雄「いわゆる胎児性致死傷について」広島法学一〇卷四号(昭和六二年)三七頁、同・前掲法学教室一〇八頁。

(8) 大谷・前掲判タ六〇頁、原田・前掲曹時三一七頁、大嶋・前掲評釈一一頁、中谷瑾子「生命の発生と刑法」現代刑罰法体系3(昭和五七年)一二頁注(21)、同・前掲重判一四八頁、Jähne, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 22. Lieferung, 1980, Vor § 211, Rdn. 5; Eser, Die untaugliche "morning-after-Pille," Juristische Schulung, 1970, S. 462.

(9) 西田典之「不作為犯論」刑法理論の現代的展開総論I(昭和六三年)七五頁、藤木英雄「ひき逃げと不作為犯論」警察研究三三卷九号(昭和三七年)一〇頁。なお、松宮・前掲評釈一九三頁参照。

(10) 大谷實「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五六卷七号(昭和六〇年)九頁、内藤謙「刑法講義総論中(昭和六一年)五六九頁、大嶋一泰「生命の終焉と刑法」現代刑罰法体系3(昭和五七年)五二頁、町野朔「法律問題としての『尊厳死』」医療と人権(昭和五九年)二四四頁、斉藤誠二・刑法における生命の保護(新訂版)(平成元年)三二七頁。

(11) 中谷・前掲研修一一頁参照。

(12) 金沢・前掲法学教室一〇八頁参照。

(13) 生育可能性の有無については、故意(錯誤)の問題が生じ得るが、ここではこの点に立ち入らない。

#### 四 墮胎罪と殺人罪の罪数関係

一 優性保護法によって正当化されない人工妊娠中絶は、墮胎罪にあたる。一方、人工妊娠中絶が適法であろうと

違法であろうと、胎児が母体から一部露出した後は人として保護され、それを殺害する行為は殺人罪となる。ただ、不作為による殺人罪ないし保護責任者遺棄致死罪については、生育可能性がなければ作為義務は生ぜず、犯罪は成立しない。このように考えると、墮胎罪又は殺人罪のいずれかが成立する場合と、いずれも成立する場合があることになる。そこで、墮胎罪と殺人罪とがいずれも成立する場合には、両者の罪数関係が問題となる。これは、具体的にいうと、人工妊娠中絶が優性保護法上正当化されない場合で、しかも、生きて生まれた胎児を作為によって殺害するか又は生育可能性があるのでに必要な処置をせず放置して死亡させた場合である。

このような場合を包括一罪とする考えもないではない。現に、大谷教授は、墮胎罪のみの成立を認められていた以前の見解<sup>(1)</sup>を改められ、墮胎罪の他に殺人罪ないし保護責任者遺棄致死罪が成立しうることを前提に、「むしろ、同一生命体に対する侵害であることを根拠に異種犯罪間の包括一罪と解し、殺人罪ないし保護責任者遺棄致死罪のみの成立を認める方向を選ぶべきであろう<sup>(2)</sup>」とされていた<sup>(3)</sup>。

ところで、包括一罪とは、一般に、数個の構成要件に該当する事実が、全体として一罪となる場合をいう。そして、通常は、同一構成要件を充足する場合が念頭におかれている。例えば、窃盗犯人が同一倉庫から米俵を数回にわたって運び出す場合（接続犯）、いわゆる集合犯（常習犯・職業犯・営業犯）、賄賂を要求し、約束し、收受した場合や人を逮捕し引き続いて監禁した場合などのいわゆる狭義の包括一罪、麻薬を連続的に施用したり業務上横領を繰り返すような場合（連続一罪）がそうである<sup>(4)</sup>。しかし、中には異なる構成要件を充足するものもないではない。すなわち、例えば、殺人行為によって着衣を損壊したような場合（随伴行為）や、窃盗を行った後引き続いて強盗を行ったという、いわゆる居直り強盗のような場合（異種類の接続犯）、また、窃盗犯人が盗品を損壊したような場合（不可罰的事後行為）である<sup>(5)</sup>。そこで、墮胎行為の後に殺人行為ないし保護責任者遺棄行為がある場合、このような意味において

異なる構成要件に該当する包括一罪が成立するかどうかが問題となる。

まず、いわゆる随伴行為としての殺人行為の際の着衣の損壊の場合、殺人行為によって被害者の着衣を損壊することは通常の事態であり、しかも、着衣の損壊という事実は殺人という事実に比して法的に重要性をもたないが故に、殺人罪の一罪が成立する<sup>(6)</sup>。それに対して、墮胎行為の後の殺人行為の場合、殺人行為に墮胎行為が通常随伴するといえず、墮胎行為が殺人行為に比べて法的に重要性をもたないといえない。また、そもそも随伴行為は一個の行為を前提として考えられているが、墮胎行為と殺人行為とは別個の行為であり<sup>(7)</sup>、この点でそのような場合を随伴行為として包括一罪を認めることはできない。

次に、墮胎行為と殺人行為をいわゆる異種類の接続犯として包括一罪を認めることができるであろうか。この場合の特徴は、異なる構成要件を充足する行為が同一機会に接続して行われているということであり、この点では共通するところがある。しかし、異種類の接続犯の場合には、例えば、窃盗罪と強盗罪、暴行・脅迫罪と強盗罪のように、一方の構成要件に他方の構成要件が概念的に含まれる場合が考えられている<sup>(8)</sup>。それに対して、墮胎罪と殺人罪は、一方が胎児に対する犯罪であり、他方が人に対する犯罪であることから、一方が他方を概念的に含むといえないのは明らかである。従って、このようなものとしても包括一罪を認めることはできない。

さらに、いわゆる不可罰的事後行為は、必ずしも同一機会に行われた行為でなくても一罪が認められる場合であるが、前の行為によって達成された地位ないし結果を利用、使用又は維持する場合に認められる。すなわち、例えば、窃盗罪のようないわゆる状態犯においては、犯罪完成後に違法状態が継続することが初めから予想されており、窃盗犯人が盗品を損壊することはその違法状態の範囲内のものとして別罪を構成しないと考えられるわけである<sup>(9)</sup>。しかし、前にも述べたように、わが国の墮胎罪は危険犯としてとらえられているので、後で殺害する行為が墮胎罪の違法内容



の範囲内ということは困難であり、このような観点から包括一罪を認めることも不可能となる。

以上のように、異なる構成要件を充足する行為も包括一罪としないこともないが、堕胎行為後の殺人行為を包括一罪とすることは困難といわなければならない。

(1) 大谷實・刑法講義各論〔初版〕（昭和五八年）七五頁注（一）。なお、同「刑法における人の生命の保護」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷（昭和五九年）三四三頁参照。

(2) 大谷・前掲判タ六一頁。

(3) 大谷・前掲各論〔第三版〕六三頁では、牽連犯とされている。なお、中谷瑾子「堕胎罪」刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）（昭和五九年）一三頁参照。

(4) 拙著・包括一罪の研究（平成四年）二三四頁以下参照。

(5) 拙著・前掲書二四七頁以下参照。

(6) 拙著・前掲書二四八頁参照。

(7) ドイツでは、これを一個の行為と見る見解もあるが、これについては後述する。

(8) 拙著・前掲書二五四頁参照。

(9) 拙著・前掲書二五五頁参照。

二 ところで、ドイツでは、堕胎を行った後に殺人行為が行われた場合、堕胎罪自体が既遂となるか未遂となるかという問題に加えて、堕胎罪と殺人罪の罪数関係につき、実在的競合か観念的競合かで争いがある。そして、その議論は、堕胎行為によって排出された嬰兒が、生存能力を有していたか否かで区別される。

まず、堕胎行為によって生存能力のある嬰兒が排出され、それを殺害したときは、堕胎未遂罪と殺人既遂罪との実

在的競合となるとされる点は、判例・学説ともあまり異論がない<sup>(1)</sup>。というのは、ドイツでは墮胎罪は侵害犯と解されており、胎児が死亡すれば既遂となるが、生存能力のある状態で生まれた時点で墮胎は失敗したのであり、その後の殺害行為は新たな独立の行為と評価されるからである。

一方、墮胎行為によって生存能力のない嬰兒が排出され、それを殺害したときは、判例・学説上争いがある。すなわち、判例は、妊娠一六週ないし二〇週の胎児に対して墮胎行為を行った後、生きて生まれたと思った嬰兒をマツトレスに押しつけて窒息死させたという事案について、墮胎既遂罪と故殺既遂罪との観念的競合としており、これを支持する学説もないではない<sup>(2)</sup>。これは、殺害行為によって墮胎罪も既遂となり、それが同時に殺人既遂罪を構成すると考えられたからである。つまり、墮胎によって排出された嬰兒が早産のために生存能力がないときは、殺害の時点ではまだ墮胎が失敗しているわけではなく、殺害行為によって墮胎の結果が発生すると解するわけである<sup>(3)</sup>。しかし、多くの学説は、いかに生存能力がなくとも、そのような事例においては殺害行為によって嬰兒が死亡したのであって墮胎行為によって死亡したのではないとし、墮胎罪はともかく未遂であるとする。とすると、墮胎行為と殺害行為は重なり合うところがないので、この場合には、墮胎未遂罪と殺人既遂罪との実在的競合と解されることとなる<sup>(4)</sup>。ところが、ここでも、墮胎未遂罪と殺人既遂罪との観念的競合であるとする見解もないではない<sup>(5)</sup>。すなわち、墮胎行為の終了と殺害行為の開始が同時に生じており、観念的競合を認めるためには、構成要件的行為が一点においてそのような重なりあつておれば十分であるとするのである<sup>(6)</sup>。

このように、ドイツでは、墮胎行為によって排出された嬰兒が生存能力を有しない場合、それを殺害したときは、墮胎既遂罪と殺人既遂罪との観念的競合とする見解や、墮胎未遂罪と殺人既遂罪との観念的競合とする見解が唱えられている。ここでは、墮胎罪は既遂か未遂かという問題の他に、このような場合にも観念的競合が認められるかどうか

かが問題となる。そして、前者の場合には、墮胎行為と殺人行為とは本来別個の行為であると思われるが、敢えていえば殺害行為が同時に墮胎既遂罪と殺人既遂罪とに当たるという点で、両構成要件的行為に重なり合いがないではない。しかし、後者の場合、墮胎未遂の後に殺人既遂罪が続くという形になり、厳密には構成要件的行為の重なり合いはない。もっとも、ドイツでは観念的競合における一個の行為は相当広い範囲で認められており、実行行為が部分的に重なり合っている場合でも一個の行為とされている<sup>(7)</sup>、さらに実行行為の重なり合いという基準によるもの以外にも、自然的観察に基づいて行為の単一性が認められる場合もあるといわれている<sup>(8)</sup>。従って、ドイツではこのような場合を観念的競合とすることはあながち不可能なことではないのかも知れない。

しかし、わが国では、墮胎罪は危険犯ととらえられており、墮胎行為によつて嬰兒が生きて排出されたとき、それに生存能力があるがなろうが墮胎罪は既遂となり、その時点でそれは終了している。そして、殺害行為はその後に行われるわけであるから、墮胎行為と殺害行為とは別個の行為といわざるを得ない。また、わが国の観念的競合における「一個の行為」については、自然的観察による社会的見解上一個のものと解されている<sup>(9)</sup>が、少なくとも構成要件的行為相互に何らかの重なり合いが必要と解されている<sup>(10)</sup>。従って、墮胎行為の直後に殺害行為が行われたとしても、両行為は重なり合わず、これを一個の行為というのはそもそも不可能である。この場合、わが国では観念的競合の成立の余地はないといわなければならない。

(1) BGHSt., Bd. 13, S. 21; Jähnke, a. a. O., § 212, Rdn. 42; Roxin, a. a. O., S. 546; Eser, Strafrecht III, 2. Aufl., 1981, S. 59; Dreher-Tröndle, a. a. O., § 218, Rdn. 6.

(2) BGHSt., Bd. 10, S. 291; Jähnke, a. a. O., § 212, Rdn. 42; Dreher-Tröndle, a. a. O., § 218, Rdn. 6. なお、萩原・前掲論文六四

頁以下参照。もっとも、殺害行為の時にすでに死んでいたときは、墮胎既遂罪と故殺未遂罪の實在的競合とされている。Vgl. Roxin, a. a. O., S. 545; Eser, a. a. O., S. 59; Dreher-Tröndle, a. a. O., § 218, Rdn. 6.

- (3) Vgl. Jähnke, a. a. O., § 212, Rdn. 42.
- (4) Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., § 218, Rdn. 60; Lackner, a. a. O., § 218, 8; Blei, a. a. O., S. 33.
- (5) Roxin, a. a. O., S. 546; Eser, a. a. O., S. 59.
- (6) Roxin, a. a. O., S. 546.
- (7) Vgl. Schönke-Schröder (Stree), a. a. O., § 52, Rdn. 9ff.; Dreher-Tröndle, a. a. O., Vor § 52, Rdn. 3; Lackner, a. a. O., § 52, 2 b); Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allg. Teil, 5. Aufl., 1987, § 52, Rdn. 10 ff. なお「かすがい」による観念的競合については、中野次雄「併合罪と科刑上の一罪との競合——いわゆる『かすがい作用』について——」刑法雑誌二二卷三・四号(昭和五四年)三一頁以下、山火正則「科刑上一罪について——観念的競合と『かすがい』理論を中心として——」刑法雑誌二三卷一・二号(昭和五四年)一頁以下、鈴木茂嗣「いわゆる『かすがい』理論について——罪数論の考え方試論——」法曹時報三三卷八号(昭和五六年)一頁以下、丸山雅夫「いわゆる『かすがい現象』について(一)(二)」警察研究六四卷二号(平成五年)二二頁以下、三号(同年)三一頁以下参照。
- (8) 安村勉「観念的競合と實在的競合——自然的な行為単一性」判例によるドイツ刑法(総論)(昭和六二年)二三〇頁。
- (9) 最判(大)昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁。
- (10) なお、福田平二大塚仁・刑法総論Ⅰ(昭和五四年)四二二頁以下〔大塚〕参照。

三 墮胎行為に引き続いて殺害行為が行われたとき、わが国の通説及び判例は、墮胎罪と殺人罪との併合罪として<sup>(1)</sup>いる。しかし、二つの行為があるので観念的競合としないとしても、牽連犯の成否が問われなければならない。現に、これを牽連犯とする見解もないではない。<sup>(2)</sup>

ところで、牽連犯は、「犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ルルトキ」(刑法五四条一項後段)成立

するが、これは、数個の行為が相互に手段・目的、原因・結果の関係にあることをいうと解することができる。そして、この点については、主観説<sup>(3)</sup>、客観説<sup>(4)</sup>、折衷説<sup>(5)</sup>の争いのあるところである。すなわち、主観説は、行為者の主観において、手段・結果の関係として行われたことを要しかつそれで足るとするのに対し、客観説は、客観的に観察して、通常手段若しくは結果として行われるという経験上の類型性が必要であるとする。そして、折衷説は、そのような主観的要素と客観的要素の双方を必要とする見解である。しかし、手段・目的の関係については行為者の主観に着目することもできようが、原因・結果の関係については行為者の主観によって判断することは困難であろう。その意味において、行為者の主観によって判断する立場は妥当でなく、基本的に客観説によるほかない。なお、判例は、「数罪が牽連犯となるためには、犯人が主観的にその一方を他方の手段又は結果の関係において実行したというだけでは足りず、その数罪間にその材質上通例手段結果の関係が存在すべきものたることを必要とする<sup>(6)</sup>」としており、これが客観説であるか折衷説であるかでとらえ方の差はあるものの<sup>(7)</sup>、主観説でないことは確実である。

そこで、墮胎行為後の殺人行為の場合、一方は胎児に対する犯罪であり他方は人に対する犯罪である点で、両行為は異なる法益に対して行われているといつてよいが、両者は実質上は同一の生命体であることも否定できない。また、墮胎行為自体、その生命体の抹殺を意図して行われるのが通例であり、そもそも胎児が生きて生まれること自体予期されていることではない。つまり、生きて排出された嬰兒を殺害するということは、当初から意図されたものではなく、主観的に手段・目的の関係にあったとはいえない。しかし、予期に反して生きて生まれた嬰兒をそのまま放置して死なせることは、墮胎行為者にとっては通常の事態であり、さらに積極的に殺害することも通常予想し得るところである。とすると、墮胎行為と殺害行為とは別個の行為による別個の犯罪であるとしても、両者は原因・結果の関係にあるものと見ることができ、客観的に通常の類型性のある行為として一体的に観察できるのではなからうか。墮胎

行為の後、相当時間経過した後で別個の機会に嬰兒を殺害した場合のように、両者を一体的に観察できない場合もあるが、そのような場合は別として、墮胎行為に引き続いて殺害行為が行われた場合は、墮胎罪と殺人罪の牽連犯と解することができるのではなからうか。

- (1) 大判大正一一年一月二八日刑集一卷七〇五頁、団藤・前掲書四四七頁注(二〇)、板倉・前掲書一九四頁、木村・前掲書三九頁以下、小野清一郎ほか・刑法〔第三版〕(ポケット註釈全書(1)(昭和五五年)四八九頁、内田文昭・刑法各論〔第二版〕(昭和五九年)八〇頁、香川・前掲書三四四頁註(8)、川端・前掲書四九頁、柏木千秋・刑法各論(昭和三五年)三五九頁、青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論(昭和三八年)三四一頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭和五一年)二二四頁。なお、中谷・前掲百選一三三頁参照。
- (2) 大塚・前掲概説(各論)五三頁注(三)、福田・前掲書一五八頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論(昭和二十四年)一八七頁注(一)、大谷・前掲各論〔第三版〕六三頁。
- (3) 牧野英一・重訂日本刑法上巻(昭和一五年)五一三頁、木村亀二・阿部純二・刑法総論(増補版)(昭和五三年)四三一頁。
- (4) 小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭和二十四年)二七七頁、団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平成二年)四六二頁、大塚仁・刑法概説(総論)(改訂増補版)(平成三年)四四一頁。
- (5) 青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論(昭和四〇年)四三七頁、西原春夫・刑法総論(昭和五二年)三八〇頁。
- (6) 最判昭和三二年七月一八日刑集一一卷七号一八六一頁。なお、最判(大)昭和二十四年二月二一日刑集三卷一二号二〇五三頁参照。
- (7) 高田卓爾・注釈刑法(2)のⅡ(昭和四四年)六四四頁参照。
- (8) 鈴木茂嗣「観念的競合について」刑法雑誌二二卷二号(昭和五一年)一二九頁、山火正則「牽連犯論」Law School No. 28 (昭和五六年)五七頁参照。

## 五 おわりに

本稿では、墮胎行為の後で同じ生命体に対して殺人行為が行われたときの問題を扱ったが、これはそもそも胎児の刑法的保護と人の刑法的保護との関係の問題であった。その意味では、胎児の時に加えられた侵害により、傷害を負って生まれ、後にその傷害に起因して死亡したという熊本水俣病事件における胎児傷害の問題と共通するものがある。これも、胎児の刑法的保護と人の刑法的保護の関係の問題だからである。そして、胎児傷害の問題については、人に対する傷害罪の成否が問題となるが、最高裁は、人に対する傷害罪を認めて有罪としたのに対し、学説上は賛否両論に分かれる。しかし、人に対する傷害罪を肯定する見解も否定する見解も、いずれも解釈論上の困難があり、立法的解決が望まれるところである<sup>(2)</sup>。

ところで、現代の生殖医学の発達によって生命の発生段階での人為的操作が可能となり、ヒトの人工受精・体外受精も頻繁に行われるようになった。そして、そのような受精段階での侵害も考えられないわけではない。そこで、ヒトの生命発生段階での侵害に基づいて、のちに障害児が誕生したような場合、熊本水俣病事件と同様の問題が生じる。この問題については、わが国では今のところ何の対処も考えられていない。それに対して、ドイツでは、生殖医学技術に対する刑法的規制が考えられ、近年、いわゆる胚子保護法(Embryonenschutzgesetz)が制定された<sup>(3)</sup>。しかし、胎児傷害については、草案段階では検討されたようであるが、結局成文とならなかった。この間の事情は、胎児の刑法的保護と人の刑法的保護のあり方の問題として、参考にすべきところがあるが、これは今後の課題としたい。

(1) 最決昭和六三年二月二九日刑集四二卷二号三一四頁。

(2) 前田・前掲各論四五頁参照。

(3) 新立法については、斎藤純子「胚保護法」外国の立法三〇卷三号（平成三年）九九頁以下、川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌四卷二号（平成三年）七七頁以下、ギュンター・ケラー（中義勝ほか訳）・生殖医学と人類遺伝学——刑法によって制限すべきか（平成三年）四〇〇頁以下、岩志和一郎「ドイツにおける胚保護法」年報医事法学7（平成四年）七五頁以下参照。

〔付記〕 本稿は、香川大学学術振興財団による研究助成を受けてなされた研究の成果の一部である。ここに付記して、謝意を表したい。

〔訂正〕 本稿で、「優性保護法」とあるのは、「優生保護法」の誤りでした。お詫びして訂正いたします。