

【論説】

墮胎罪についての若干の考察

谷脇真渡

- 1 はじめに
- 2 同意墮胎と不同意墮胎との関係
- 3 母体保護法との関係
- 4 おわりに

1 はじめに

わが国の刑法典は、第29章で「墮胎の罪」を規定している。墮胎罪は、原則的には「人」を客体とする生命に対する罪において、唯一、「人」以前の生命体である「胎児」をも例外的に客体とするものであり¹、自己墮胎罪（212条）、同意墮胎罪（213条前段）、業務上墮胎罪（214条前段）および不同意墮胎罪（215条1項）²の諸類型が規定されている。

墮胎罪は、さまざまな観点から分類することができるが³、中でも、妊婦の同意の有無に着目した、墮胎を妊婦の同意を得て行う「同意墮胎」（以下、本稿では便宜上、213条の「同意墮胎」を指して「狭義の同意墮胎」といい、また、この狭義の同意墮胎と214条の「業務上墮胎」を指して「広義の同意墮胎」という。なお、不同意墮胎との比較において、妊婦本人が墮胎の意思決定をしているという限りで自己墮胎も同意墮胎の側に含める場合があり、その場合は単に「同意墮胎」という）と同意を得ないで行う「不同意墮胎」との分類が重要である。

同意堕胎には、妊婦自身が行う「自己堕胎」⁴、214 条所定の業務者が行う「業務上堕胎」およびこれらの者以外の者が行う「狭義の同意堕胎」と、行為主体や身分により成立する犯罪が異なり、また法定刑も条文の配列順に重くなっている。これに対して、不同意堕胎は、同意堕胎のように行為主体や身分により成立する犯罪が異なるわけではなく、214 条所定の業務者によるものであろうと⁶、たとえば妊婦の夫によるものであろうと⁷成立する犯罪は不同意堕胎罪であり、しかも法定刑は堕胎罪の中で最も重い。

このようにみえてくると、堕胎罪においては、妊婦の同意の有無およびその効果が、犯罪の軽重に決定的な影響を与えていることになる。さらに、後述するように母体保護法による正当化においても妊婦の同意は必須の要件である。

そこで、本稿では、堕胎罪における同意の内容および効果に着目して若干の考察を試みたい。

2 同意堕胎と不同意堕胎との関係

(1) 同意の対象

同意堕胎と不同意堕胎の関係は、前者は後者の違法減輕類型であると解されている⁸。ところで、広義の同意堕胎の規定をみると、「女子の嘱託を受け、又はその承諾を得て堕胎させた」となっており、女子とは「妊婦」のことであるから、同意を与える者は妊婦ということになる。それでは、広義の同意堕胎において妊婦は、何に対して同意していなければならないのであろうか。まず、「堕胎」に対して同意していなければならないことについては疑いを入れないであろう⁹。また、通常、堕胎行為に随伴する傷害¹⁰では堕胎致傷罪は成立しないとされていることから¹¹、「堕胎行為に随伴する自己(妊婦)に対する暴行・傷害」に対しても同意が及んでいるということが出来る¹²。もっとも、これを超える傷害結果、さらには死亡結果が生じた場合には、生じた結果に応じて結果的加重犯としての堕胎致死傷罪が成立することになる¹³。

(2) 法益主体という視点

このように、広義の同意墮胎において妊婦が同意しているものは、「墮胎」および「墮胎行為に随伴する自己（妊婦）に対する暴行・傷害」ということになる。これを効果の側からみてみると、まず、「墮胎行為に随伴する傷害」に対しては、墮胎致傷罪が成立するような傷害結果が生じていない限り、それは同意傷害であるから、違法性が阻却されることは明らかである。それでは、「墮胎」に対してはどうであろうか。そもそも「墮胎」に対する妊婦の同意はどの範囲まで及んでいるのであろうか。これは、後述する墮胎概念とも密接にかかわる問題であるが、結論から先に述べれば、「墮胎」とは、少なくとも「胎児の法益を侵害すること」であり、ここでの法益主体はあくまでも「胎児」であるから、妊婦の同意は「胎児の法益侵害」までは及ばないということになる。したがって、「墮胎」に対して妊婦の同意が及ぶ範囲は、「墮胎施術を受け入れること」ととどまることになる。もっとも、胎児は、受精卵が子宮に着床してから出生するまでの期間の生命体であって¹⁴、「人」でありながら同意能力が認められていない乳幼児よりもさらに前段階に位置し、法益主体たり得ても同意能力を肯定することはできないのであるから、結局のところ胎児による同意は無効と解さざるを得ないであろう。もちろん、胎児を母体の一部であると解すれば¹⁵、妊婦の同意が胎児の法益侵害にまで及ぶことを容易に説明することはできるが、これでは墮胎罪が胎児を妊婦とは別個独立に保護していることにはならず、また自傷行為である自己墮胎が可罰的とされていることから、妊婦と胎児は別個独立の存在であると解さなければならないのである。

胎児は「人」ではなく、また同意能力がないとしても、「被害者の同意の法理」に準じて、胎児の法益は法益主体である胎児自身しか放棄することができないとの理解から、妊婦の同意は胎児の法益侵害には何ら影響を及ぼさないと解する。また、胎児は自己の法益が侵害されることについて同意はしていないと擬制すれば¹⁶、胎児との関係では、妊婦の同意の有無にかかわらず、いずれも不同意墮胎ということになる。そうすると、

同意墮胎と不同意墮胎とは、妊婦の身体的利益が保護法益となっているか否かの違いに過ぎないということになる¹⁷。たしかに、胎児との関係だけでは同意墮胎と不同意墮胎とを区別することができないというのであれば、妊婦の法益、とりわけ身体的利益に区別の基準を見出さざるを得ない。しかし、刑法典で唯一、胎児を保護している墮胎罪にあって、犯罪の軽重が胎児ではなく妊婦の法益に対する侵害の有無により決せられる点には疑問が残る。とはいえ、現行法が、妊婦の同意の有無により同意墮胎と不同意墮胎とを区別している以上、これに応じた検討がなされなければならない。また、妊婦の身体的利益の有無が墮胎罪の成否に影響を与えているというのであれば、傷害の罪に還元することができ、あえて墮胎罪を設けた意味がなくなるのであるから、墮胎と関連する妊婦の身体的利益以外の法益を考えなければならない。

この点、不同意墮胎においては、「妊娠・出産の自由」が保護法益として考慮されているから同意墮胎よりも違法性が重いという見解¹⁸が主張されている。この見解は、いわゆる水俣病やサリドマイド問題を契機として、妊婦の身体を傷つけずに胎児のみを攻撃する不同意墮胎の出現を受けて主張されたものであるが、「妊娠・出産の自由」とは、純粋に子の誕生を待ち望む妊婦の利益であるから、墮胎罪における妊婦の法益としてふさわしい内容であると思われる。この見解に対しては、「胎児の生命と妊娠・出産の自由をそれぞれ保護法益とすると解するのは、胎児の生命の保護価値を相対的に軽く見ることになり妥当でない」とし、「むしろ、母親の同意があると特別に胎児の生命に対する保護が後退するからであると考えべきで」、「胎児の生命と母親の妊娠・出産の自由とは、別個の法益と構成するよりは、両者を内在的に関係づけた方がよいと思われる」と主張する見解がある¹⁹。たしかに、傾聴に値する見解ではあるが、まず、墮胎罪において妊婦の身体的利益や妊娠・出産の自由をも考慮すること自体が、胎児の生命の保護価値を相対的に軽く見ることになるとは思われない。また、「母親の同意があると特別に胎児の生命に対する保護が後退する」との主張であるが、これが妊婦の同意が胎児の法益侵害にも及んでいると解するものであれば、妊婦の同意は胎児の法益侵害には及ば

ないという本稿の立場からは賛同することはできない。さらに、胎児の「生命」と妊婦の「妊娠・出産の自由」とを「内在的に関係させる」という点については、その関連性の強さから完全には切り離すことが困難であるとしても、別個の法益として捉えるべきであると解する。

もっとも、先に挙げた見解では、「妊娠・出産の自由」は不同意墮胎のみにおいて考慮される妊婦の法益であるとしていたが、これを「子を産む自由」として捉えた場合、その対極にある同意墮胎には「子を産まない自由」が妊婦の法益として存在するのではないか。

(3) 「子を産まない自由」

アメリカ合衆国では、妊娠 12 週の終わりまでは、中絶するか否かは、妊婦のプライバシー権に属するという判断が、1973 年に連邦最高裁判所によって示されている²⁰。すでに、わが国においても、この点に着目した見解が存在しているので²¹、これを手掛かりに考えてみると、墮胎罪は、あくまでも胎児の「生命」が保護法益であることを前提として、妊婦の法益としてさらに、同意墮胎においては「子を産まない自由」を、不同意墮胎においては妊婦の身体的利益に加え「子を産む自由」を含めようとするものである²²。

不同意墮胎においては、第三者による胎児の「生命」に対する侵害と妊婦の身体的利益に加え「子を産む自由」の侵害があり、胎児および妊婦の法益保護のため同一方向を向いているのであるから、より重い違法性が認められる。これに対して、同意墮胎においては、胎児の「生命」と妊婦の「子を産まない自由」は同じ犯罪内部でありながら相反する法益であるから、同意墮胎により胎児の「生命」は侵害されているが、同時に妊婦の「子を産まない自由」も保護されていることになり、不同意墮胎よりも違法性は軽いということになる。もっとも、胎児は人よりも保護価値が低いとされていることから、同じ「生命」という法益であれば、人の「生命」のほうが胎児のそれよりも保護価値が高いといえるが、その他の人の法益との関係（序列ないし優劣）については必ずしも明らかではない。しかし、少なくとも自己墮胎が可罰的であることからしても、胎児の「生命」

のほうが妊婦の「子を産まない自由」よりも保護価値が高いといえる（この妊婦の「子を産まない自由」に絶対的な価値、あるいは胎児の「生命」よりも高い保護価値を認めると、いわゆる自己墮胎罪および狭義の同意墮胎罪の非犯罪化へと至ることになるのであろう）。

(4) 被害者という視点

墮胎罪において、胎児は全面的に被害者（胎児は人ではないから「被害“者”」では妥当性を欠くと思われるが、適当な言葉が見つからないので「被害者」とする）であるが、妊婦は不同意墮胎においては被害者であるものの、同意墮胎においては、墮胎罪に関する限りでは加害者なのである。そうであるとしても、妊婦には被害者としての側面は一切認められないのであろうか。

この点、妊婦の自殺も墮胎とされていることから²³、たとえば強姦によって受胎した妊婦が、その絶望感から自殺を図ったところ、胎児は死亡したものの妊婦は一命を取り留めたという場合であっても、自己墮胎罪の成立は認められることになるが、これはあまりにも酷ではないかと思われる。このように、強姦によって受胎し、しかもそれにより死を選択したとしても刑法典は墮胎することを許容していない以上、たとえ自己墮胎罪の成立は免れないとしても「子を産まない自由」を認めなければならないと思われる。もっとも、後述するように、強姦による受胎の場合をはじめ母体保護法に規定された中絶適応事由、その他の諸要件に該当すれば、「母体の生命健康の保護」の観点から墮胎行為の違法性は阻却される。そうであるならば、母体保護の観点から墮胎を選択せざるを得なかったという限りで、妊婦を被害者とみることができるとされる。ただ忘れてならないのは、いかなる場合であっても、最大の被害者は「胎児」であり、そして自己墮胎が可罰的であることから明らかなように、胎児の「生命」は妊婦の「子を産まない自由」よりも優越的な法益であるということである。

(5) 墮胎に対して同意をすることの実質

ところで、妊婦が「子を産まない自由」を選択したということは、結局のところ「胎児の生命を侵害すること」に同意したことを意味しているのである。なぜなら、妊婦、すなわち胎児の母親（および父親）にとって「墮胎」とは、母体内から胎児を排出することに意味があるのではなく、理由はどうであれ、胎児をこの世に「人」として存在させないことに意味があるからである。そうすると、「子を産まない自由」は「墮胎」に対する同意に内在しているともいえ、この限りで前掲の「母親の同意があると特別に胎児の生命に対する保護が後退する」という見解に合理性があるといえなくもない。しかし、繰り返しになるが、妊婦の同意は胎児の法益には及ばないのであるから、妊婦の「子を産まない自由」と「墮胎」に対する同意は別個のものであると解さなければならない。

(6) 保護法益

墮胎罪の保護法益をめぐることは、かつては国家的法益や社会的法益としての側面が強調されたこともあったが、現在では第1次的には、胎児の生命・身体、第2次的には、妊婦の生命・身体である²⁴と解するのが通説となっている²⁵。これに対して、妊婦の保護法益について異論はないものの²⁶、胎児の保護法益は生命のみであって身体の安全は含まず、そこから、胎児の生命に対する侵害犯と解する見解も有力に主張されている²⁷。

妊婦の保護法益に関しては、前述のとおり、「妊婦の生命・身体」に加え「子を産む自由・産まない自由」も主たる法益であると解するのであるが、問題は、胎児の「身体の安全」も保護法益に含めるか否かである。このことは後述する墮胎概念をめぐる学説の対立とも密接にかかわっているのであるが、「身体の安全」に対する（具体的な）危険の発生で足りるとすると処罰範囲が広くなり過ぎることから、「身体の安全」まで保護法益に含める必要はないと解する²⁸。したがって、不同意墮胎の未遂罪が成立するためには、胎児の生命に対する具体的な危険の発生が必要であると解する。

(7) 墮胎概念

墮胎とは、通説・判例によれば、自然の分娩期に先立って人為的に胎児を母体から分離・排出すること²⁹、あるいは胎児を母体内で殺害すること³⁰と定義されている。これに対して、胎児殺のみを墮胎と定義すべきだとする見解も有力に主張されている³¹。これは、結局のところ、母体からの分離・排出を墮胎概念に含めるか否かについての対立である。

通説・判例は、墮胎罪は、そもそも胎児の死亡を要件とはしていないので、本罪を胎児の生命に対する危険犯³²、より具体的には具体的危険犯³²と解しているが、有力説は侵害犯と解して胎児の死亡を要件としている。有力説は、その根拠を「かつては未熟児医療が発達しておらず、母体外に排出された胎児の生存可能性は、ほぼ必然的に死亡していた」が、「現在では、未熟児医療が発達し、排出された胎児の生存可能性が高まっている」から、胎児の生命に対する「抽象的危険犯まで処罰する必要はなく、『胎児に攻撃を加え、母体内または母体外で死亡させる行為』を墮胎と解すべきである」³³とする³⁴。たしかに、現在の未熟児医療の水準を前提とすれば、人為的な早期排出のすべてに墮胎罪の成立を認めることは妥当性を欠いており、また、胎児の殺害を意図して行われる同意墮胎においては実態に即した解釈であり傾聴に値すると思われる。しかし、少なくとも通説は、墮胎を胎児の生命に対する具体的危険犯と解して墮胎罪の成立範囲を限定していること³⁵、また、同意墮胎はいずれも未遂が不可罰とされているが、たとえば、人為的に早期排出された胎児に対して、未熟児医療を施すことにより一命を取り留めたという場合、有力説によれば、未遂を罰する不同意墮胎を除き不可罰ということになり、同意墮胎の成立範囲を不当に狭めることになるから³⁶、有力説は妥当でなく、以上のことから、通説が妥当であると解する。

3 母体保護法との関係

(1) 墮胎行為が正当化されるための要件

周知のとおり、同意墮胎は、母体保護法に基づく人工妊娠中絶により

広く正当化されている。人工妊娠中絶とは、母体保護法（以下、条文を示す場合には単に「法」という）2条2項により「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、胎児及びその附属物を母体外に排出すること」と定義されている³⁷。このうち、「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」³⁸については、平成3年1月1日より「妊娠満22週未満」とされている（平成2年3月20日（発健医第55号）の厚生事務次官通知）。したがって、墮胎行為が正当化されるためには少なくともこの期間内に実施されなければならない。

また、墮胎行為が正当化されるためのその他の要件については法14条が規定しており、その1項で「都道府県の区域を単位として設立された公益社団法人たる医師会の指定する医師（以下「指定医師」という。）」は、「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの」（1号）、「暴行若しくは脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの」（2号）である場合、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。もっとも、その2項で「配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなったときには本人の同意だけで足りる」と規定している。

とはいえ、法14条1項が定める中絶適応事由のうち、経済的理由が他の事由に該当しない場合を包括的にカバーしていることから³⁹、中絶の適応事由は有名無実等に等しく、実際上は、①妊娠満22週未満であること、②指定医師による業務としての手術であること、および③妊婦の同意があることさえ認められれば、少なくとも業務上墮胎罪の違法性が阻却されることになる。もちろん、上記3要件の1つでも欠けた場合には、母体保護法に基づく適法な人工妊娠中絶とは認められないことはいうまでもなく、①が欠ければ業務上墮胎罪⁴⁰が、②が欠ければ同意墮胎罪が、そして③が欠ければ不同意墮胎罪が成立することになる。

(2) 母体保護法によって正当化される範囲

前述のとおり、母体保護法が定める3要件に該当することを前提に指

定医師による業務上墮胎罪が正当化されるのであるが、実際、平成 24 年度の衛生行政報告例をみると、2012 年度の人工妊娠中絶件数は、196,639 件⁴¹となっており、少なくとも構成要件該当性のレベルでは、これと同数の業務上墮胎罪が成立していることになる⁴²。

ところで、妊婦が指定医師による人工妊娠中絶手術を受けるまでの過程を考えると、業務上墮胎罪を除き自己墮胎罪や狭義の同意墮胎罪、さらにはこれらに対する共犯まで当然に正当化されるかは検討を要する。もっとも、検察統計年報や司法統計年報をみても（人工妊娠中絶の実施件数と同数の）有罪判決はもちろんのこと、そもそも起訴すらされていないのであるから、実務上は広く正当化されている。もちろん、筆者としても正当化されてしかるべきであると考えますが、このことをどのように理解すべきであろうか。

妊婦が人工妊娠中絶手術を受けるまでの過程については、さまざまな状況を想定することが可能である。たとえば、①妊娠・出産を望んでいなかった妊婦は、だれにも相談することなく自ら墮胎することを決意し、指定医師に依頼して墮胎手術を行ってもらった場合、②妊娠したことおよび出産するつもりであることを相手方男性に報告・相談したところ、意外にも墮胎するよう説得されやむなく墮胎を決意し、妊婦と相手方男性とが指定医師のもとに赴き、墮胎手術を行ってもらった場合を想定してみる。

まず、①の場合であるが、一見、妊婦による指定医師に対する墮胎手術の依頼は業務上墮胎罪の教唆のようにも思えるが⁴³、他人に墮胎を実施させる場合も 212 条の「その他の方法」による墮胎に含まれるから、構成要件該当性のレベルでは、妊婦に対しては単独犯としての自己墮胎罪⁴⁴が、指定医師に対しては業務上墮胎罪がそれぞれ成立することになる。次に、②の場合であるが、妊婦と指定医師に対して成立する犯罪は①の場合と同様であるが、相手方男性に対する関係では自己墮胎罪の教唆犯が成立することになる⁴⁵。

墮胎行為が人工妊娠中絶として正当化されるにあたっては、どれか 1 つの要件が欠けても正当化されないが、3 要件の中で最も重要なのは、知

識と技能を備えた指定医師による中絶手術であると思われる。そうであるならば、指定医師による中絶手術を選択した点を評価して、自己墮胎罪や狭義の同意墮胎罪も同様に正当化しなければならないであろう⁴⁶。そうでなければ、妊婦の生命・身体に危険な墮胎手術を助長することにもなりかねず⁴⁷、母体保護法の立法目的に悖ることになってしまうであろう⁴⁸。

4 おわりに

それでは、最後に、自然の分娩期に先立って母体外に分離・排出された胎児が生命機能を有していた場合の取扱について検討する。この場合、一般的には「生育可能性⁴⁹の有無」を基準として、作為による生命侵害の場合と不作为による生命侵害の場合とに分けて論ぜられているが、同意に基づく墮胎行為には、母体保護法に基づく適法な人工妊娠中絶とそれ以外の違法な同意墮胎があるから、この点も踏まえて検討する必要がある⁵⁰。

妊婦の同意に基づいてした墮胎行為により母体外に排出された胎児が生命機能を有していた場合において、まず、その墮胎行為が違法なものであれば、生育可能性がない胎児に対する不作为による生命侵害を除き、同意墮胎のほか人に対する罪が成立すると解する。というのは、たしかに、同意墮胎とは、その実態からすると、胎児が人になった際に保護・養育すべき立場にある妊婦らによる胎児の殺害を意図した行為であるから、仮に排出された胎児に生育可能性があったとしても救助に出ることを期待することはできず、排出後母体外で胎児を殺害することまで含めて墮胎として評価して、（墮胎罪の成立は免れないものの）人に対する罪の成立は否定すべきであるかもしれない。このことは母体内での胎児殺と均衡を図る上でも重要である。

しかし、これは胎児の母親をはじめとする加害者側の事情であって、当の胎児の事情は一切考慮されていない。前述のとおり、同意墮胎であろうと不同意墮胎であろうと、胎児にとっては不同意墮胎なのである。連

続する 1 つの生命ではあっても、「胎児の生命」と「人の生命」は法的価値の観点から区別して保護されているのであるから⁵¹、胎児が母体から排出された場合、たとえ人為的な早期排出であっても、生命機能を有している以上それは「出生」であり、また、出生した生命体は「人」（に格上げされたの）であって胎児よりも保護価値が高いのであるから、胎児の時に加えられた攻撃（殺害を意図して安全な母体内から早期排出されるという攻撃）と人になってから加えられた攻撃に耐えて排出された胎児（出生した人）が生育可能性を有しているのであれば、この「人」に対して加えられた生命侵害行為は、墮胎とは別の「人」に対する新たな攻撃であるとして、作為・不作為を問わず人に対する罪を構成すると解する。もっとも、生育可能性がない場合は、作為義務が認められないのであるから人に対する罪は成立しないと解すべきであろう。なお、母体内での胎児殺との関係であるが、連続する 1 つの生命ではあるが、胎児の時に母体内で殺害された以上は、墮胎として評価せざるを得ないのである⁵²。

同様のことは、その墮胎行為が母体保護法に基づく適法⁵³な人工妊娠中絶の場合にも当てはまる。たしかに、母体保護の観点から「母体外において、生命を保続することのできない時期」の「胎児の生命」よりも妊婦の法益に優越性を認めて同意墮胎の違法性を阻却しているのであるから、違法な墮胎を前提とする場合とは異なり、排出された人の生育可能性の有無にかかわらず、その人に対する生命侵害行為は、適法な人工妊娠中絶の一部として評価して、同意墮胎はもちろんのこと人に対する罪も構成しないと解することに合理性があるともいえなくもない⁵⁴。

しかし、繰り返しになるが、母体保護法により正当化されるのは、「母体外において、生命を保続することのできない時期」の胎児に対する墮胎行為、すなわち、中絶手術により胎児が母体内で死亡した場合、および人為的な早期排出までであるから⁵⁵、これ以降母体保護法は及ばないのであり、これにより排出された人に対する生命侵害は正当化されないのである。何より、胎児の生命と妊婦の法益の比較であれば、妊婦の法益に優越性が認められるが、一度母体外に排出されれば、その胎児は人に格上げされているのであるから、妊婦の法益に優越することになるので

ある。ただ、違法な墮胎の場合と同様、生育可能性がない胎児に対する不作為による生命侵害については、人に対する罪は成立しないと解すべきである。

以上の検討から、適法な人工妊娠中絶の場合は、墮胎罪は成立しないが、排出された胎児（出生した人）に攻撃を加えれば、生育可能性がない胎児に対する不作為による生命侵害を除き、人に対する罪が成立することになる。したがって、妊娠約9ヶ月の胎児を排出したが、生命機能を有していたため窒息させたという事案において、墮胎罪と殺人罪の成立を認めた判例⁵⁶、および医師が妊娠26週の胎児を排出した後、生育可能性があるのに放置して死亡させた事案において、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた判例⁵⁷は、共に正当であると解する。

【注】

- 1 さらに胎児以前の生命体として「胚」があるが、刑法典では保護の対象とはされていない。しかし、その要保護性から活発な議論がなされている。たとえば、吉田宣之「ヒト胚とその法的保護」『渥美東洋先生退職記念論文集』法学新報112巻1・2号（2005）495頁以下参照。
- 2 ちなみに、不同意墮胎に起因して妊婦が死亡した場合に成立する不同意墮胎致死罪（216条）は、墮胎の罪における唯一の裁判員制度対象事件である。
- 3 たとえば、曾根威彦『刑法各論[第4版]』（弘文堂・2008）36頁以下参照。妊婦の同意の有無のほか、行為主体に着目して、妊婦自身が行う「自己墮胎」と妊婦以外の第三者が行う「他人墮胎」とに分類することができるが、文言につき、自己墮胎の場合は「墮胎した」とあるが、他人墮胎の場合はいずれも「墮胎させた」となっている（平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977）161頁以下）。なお、「墮胎させた」とは、行

為者自ら墮胎行為を実行することをいう(大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(有斐閣・2005)55頁、山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣・2010)22頁など)。

- 4 もっとも、本罪を不真正身分犯かそれとも真正身分犯と解するのは、後述する同意墮胎と不同意墮胎の関係をどのように理解するかにより結論が異なる(後掲注8参照)。すなわち、墮胎罪において、不同意墮胎罪が基本類型であり、本罪は不同意墮胎罪の減輕類型であると解すれば真正身分犯となるが、本罪が基本類型と解すれば真正身分犯となる。
- 5 同意墮胎のうち、業務上墮胎罪が最も重い理由として、たとえば、「同意墮胎の施術を実施しやすい立場を業務者として類型化し、予防的な見地に立って法定刑を重くした」(大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂・2013)69頁)と解するものや、「職業倫理違反という点が大きな責任非難に値するとも考えられたためであろう」(小暮得雄＝内田文昭＝阿部純二＝板倉宏＝大谷実編『刑法講義各論』(有斐閣・1988)62頁〔町野朔執筆分〕)と解するものがある。ただ、214条所定の業務者(医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者)のうち、少なくとも母体保護法の指定医師は、人工妊娠中絶手術に関する知識と技能を有しており、非業務者に比して中絶手術に随伴する妊婦の身体に対する危険を回避ないしは軽減することができるのであり、そして何より指定医師による中絶手術の場合、母体保護法に規定された要件を満たせば違法性が阻却されるのであるから、指定医師による業務上墮胎罪の場合は、狭義の同意墮胎罪の違法減輕類型であると解すべきと思われる。同様の指摘として、中森喜彦『刑法各論[第3版]』(有斐閣・2011)32頁。
- 6 平成22年8月9日LLI/DB判例秘書登載(母体保護法の指定医師ではない医師が妊婦の同意を得ずにした墮胎行為について、不同意墮胎罪を認めた事案である)。
- 7 仙台高判昭和36年10月24日高刑集14巻7号506頁。
- 8 この限りで同意殺人罪と殺人罪の関係と同じである。なお、墮胎罪における基本類型については、自己墮胎罪とする見解と不同意墮胎罪とする見解がある。①自己墮胎罪を基本類型とする見解(大塚・前掲各論49頁、

大谷・前掲各論 67 頁、中森・前掲各論 32 頁など）は、刑法典の規定の順序に従うべきであることを根拠とするのに対して、②不同意墮胎罪を基本類型とする見解（牧野英一『刑法各論（下巻）』（有斐閣・1951）413 頁、川端博『刑法各論講義 [第 2 版]』（成文堂・2009）116 頁、曾根威彦・前掲各論 36 頁、山中敬一『刑法各論 [第 2 版]』（成文堂・2009）82 頁など）は、他の犯罪と同様、被害者の意思に反して行われる犯罪を基本犯とすべきであることを根拠とする。

- 9 和田俊憲「交通事犯における胎児の生命の保護」慶應法学 11 号（2008）313 頁。
- 10 墮胎行為としては指定医師による中絶手術による場合が多いと思われるが、指定医師によるものであっても子宮内部の目で見えない個所を経験と勘をたよりに盲目状態で行う手術であることから、子宮頸管裂傷、子宮穿孔さらには腸管損傷などの危険を常に伴っているとのことである（判例タイムズ 644 号（1987）234 頁）。
- 11 たとえば、大塚・前掲各論 55 頁、大谷・前掲各論 69 頁など。
- 12 山口・前掲各論 21 頁以下。
- 13 もっとも、公刊物を見る限りでは、墮胎致死罪を認めた裁判例はあるものの（たとえば、大判大正 13 年 4 月 28 日新聞 2263 号 17 頁。もっとも、同意墮胎が未遂にとどまった事案であり、通説は同意墮胎致死罪の成立を否定する）、墮胎致傷罪を認めたものは見当たらない。
- 14 胎児の始期については、学説上異論はないと思われるが、胎児の終期、すなわち人の始期については、学説上争いがあり、①独立生存可能性説（伊東研祐『現代社会と刑法各論 第 2 版』（成文堂・2002）16 頁以下、同『『人』の始期について—『独立生存可能性説』再論—』法学研究 80 卷 12 号（2007）237 頁以下）、②陣痛開始説（井田良「人の出生時期をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル 2 号（2006）120 頁以下、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）67 頁以下、辰井聡子「生命の保護」法学教室 238 号（2004）51 頁以下、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 223 号（1999）117 頁。なお、ドイツの通説である。）、③一部

露出説 (団藤重光『刑法綱要各論 [第 3 版]』(創文社・1990) 372 頁、大谷・前掲各論 7 頁以下、高橋則夫『刑法各論』(成文堂・2011) 9 頁以下、前田雅英『刑法各論講義 [第 5 版]』(東京大学出版会・2011) 11 頁、山口・前掲各論 9 頁)、④全部露出説 (平野・前掲書 156 頁) および⑤独立呼吸説 (大場茂馬『刑法各論 上巻 [第 11 版]』(信山社・1994) 45 頁) などが主張されている。このうち、独立生存可能性説は、生命保続期間である妊娠満 22 週をもって「人」とするもので、人の始期を「出生」とはしていない。なお、受精卵の着床を妨害することは墮胎ではない。

- 15 なお、最決昭和 63 年 2 月 29 日 (刑集 42 卷 2 号 314 頁) は、「現行法上、胎児は、墮胎罪において独立の行為客体として特別に規定されている場合を除き、母体の一部を構成するものと取り扱われていると解される」と述べている。
- 16 仮に同意していると擬制したとしても、13 歳未満の女子を客体とする刑法 177 条後段の強姦罪においては、13 歳未満の女子の同意が犯罪の成否に影響を及ぼさないこととパラレルに考えれば、結論は同じということになる。
- 17 林・前掲各論 35 頁、中森・前掲各論 31 頁。この見解に対して、同意傷害が自傷行為よりも不法内容が重いからであり、同意墮胎罪においても、妊婦の身体的利益が保護法益となっているとする見解がある (平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣・1976) 373 頁、小暮ほか [町野]・前掲各論 58 頁)。しかし、同意墮胎罪の基礎にある「被害者の同意」とは、被害者以外の第三者が法益主体である被害者の同意を得て被害者の法益を侵害する場合であり、また、自己墮胎の基礎にある「自傷行為」とは、法益主体である被害者自らが自己の法益を侵害する場合である。法益侵害行為に及ぶ行為主体こそ異なるが、いずれも法益主体である被害者が処分可能な利益を放棄しているため保護すべき法益が存在しない点では同じであるから、両者ともに同様の原理で違法性阻却ないしは減少を考慮することができる (大谷實『刑法講義総論 [新版第 4 版]』(成文堂・2012) 252 頁以下参照)。このような前提に立てば、自己墮胎罪と同意墮胎罪の限度では、いずれも保護すべき妊婦の身体的利益は存在しない

ということになる。したがって、妊婦の身体的利益は、不同意墮胎罪では保護法益とされているが同意墮胎罪では保護されていないと解する見解が妥当である（それゆえ、不同意墮胎罪においては、同意墮胎罪では通常その成立が認められない墮胎行為に随伴する傷害結果に対しても、不同意墮胎致傷罪を認めれば足りると解する）。

- 18 松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂・2008）61頁。
- 19 和田・前掲論文 314頁。
- 20 Roe v. Wade, 410 U.S.113〔1973〕；Doe v. Bolton, 410 U.S.179〔1973〕。
- 21 子供を産む・産まないを決定する自由権を妊婦の保護法益とする（小暮ほか〔町野〕・前掲各論 58頁）。
- 22 現在、「子を産む自由」が制限されることはほとんどないと思われるが、母体保護法以前の「優性保護法」下においては、この自由が著しく制限されていたであろうことが容易に想像される。
- 23 大塚・前掲各論 53頁。
- 24 団藤・前掲各論 440頁、大塚・前掲各論 49頁、大谷・前掲各論 59頁、中森・前掲各論 31頁、曾根・前掲各論 36頁、山中・前掲各論 82頁など。
- 25 墮胎の罪は、胎児を妊婦とは別個独立に保護するものであることについては疑いを入れないが、墮胎行為により妊婦に致死傷結果が生じた場合である結果的加重犯としての各墮胎致死傷罪だけでなく基本犯としての各墮胎罪についても、妊婦の法益に着目して類型化されている以上、墮胎の罪は、一次的には妊婦を保護しており、胎児はあくまでも副次的に保護されているに過ぎないという見方も可能であると思われる。
- 26 もっとも、胎児の生命・身体の安全のみを保護法益とする見解（香川達夫『刑法講義〔各論〕〔第3版〕』（成文堂・1996）394頁）もあるが、不同意墮胎罪および墮胎致死傷罪において、妊婦の生命・身体の安全が保護法益ではないと解することに妥当は見出せない。
- 27 平野・前掲概説 161頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂・2012）22頁、山口・前掲各論 20頁。
- 28 山口・前掲各論 17頁。

- 29 大判明治 44 年 12 月 8 日刑録 17 輯 2182 頁 (墮胎の結果として胎児が死亡することは要件ではないとされている (大判昭和 2 年 6 月 17 日刑集 6 号 208 頁))。
- 30 大判明治 36 年 7 月 6 日刑録 9 輯 1219 頁。
- 31 平野・前掲書 161 頁、西田・前掲各論 22 頁、山口・前掲各論 20 頁。
- 32 抽象的危険犯と解するものとして、たとえば、大塚・前掲各論 50 頁、内田文昭『刑法各論 [第 3 版]』(青林書院・1996) 72 頁、高橋・前掲各論 25 頁。
- 33 たとえば、西田・前掲各論 22 頁。
- 34 平野・前掲概説 161 頁。
- 35 したがって、胎児の生命に危険が生じない人工早産などは、墮胎には当たらないことになる (たとえば、団藤・前掲各論 446 頁、大谷・前掲各論 63 頁以下など)。
- 36 山中・前掲各論 82 頁、川端・前掲各論 117 頁。
- 37 この定義によれば、妊娠期間の長短 (たとえば、大判昭和 2 年 6 月 17 日刑集 6 号 208 頁において墮胎されたのは、7 か月の胎児であった) や発育程度の如何を問わない (大判大正 7 年 5 月 18 日刑録 24 輯 609 頁) 刑法の墮胎概念よりも狭いことになる (大塚・前掲各論 52 頁以下)。
- 38 山口・前掲各論 19 頁によれば、「母体外で生命現象を維持することができず、直ちに死亡するということを意味するのではなく、多少の期間延命が可能であっても、生育していく可能性はおよそない (その時期に母体外に排出されて、育っていった例がおよそ存在しない) ということを意味している。」とされている。
- 39 松宮・前掲各論 63 頁によれば、中絶理由の実に 95% 程度が経済的理由によるものであるとのことである。
- 40 昭和 63 年 1 月 19 日刑集 42 卷 1 号 1 頁。なお、この事件当時の「生命を保続することのできない時期」は、妊娠満 23 週未満であった (昭和 53 年 11 月 21 日厚生省衛発 252 号厚生事務次官通知)。
- 41 しかも、統計を取り始めた 1949 年の 101,601 件を除き、初めて 20 万件を割っている。

- 42 このようなことから、墮胎天国といわれて久しいが、それでも過去5年間（2008年～2012年）だけを見ても、2008年に2名、2010年に1名が起訴（公判請求）されており、母体保護法により墮胎がほぼ自由化されたとはいっても皆無というわけではない。
- 43 植松正『再訂刑法概論 I I 各論』（勁草書房・1975）284頁。
- 44 団藤・前掲各論 449頁、大谷・前掲各論 67頁。
- 45 なお、大判大正9年6月3日刑録26輯 382頁。大谷・前掲各論 70頁、西田・前掲各論 21頁。
- 46 これを前提とすれば、共犯と違法性阻却事由の問題として捉えることは妥当ではないと思われる。
- 47 たとえば、指定医師に手術を行ってもらっても自己墮胎罪や狭義の同意墮胎罪の成立が免れないのであるなら、世間体を気にして、また中絶費用を節約するために自分たち（妊婦やその家族、さらには無資格医）で墮胎行為に及んでしまう可能性は否定できない。
- 48 なお、適法な人工妊娠中絶手術が行われたが、この手術に起因して母体が死亡した場合はどのように扱われるのか。本法の目的からすると本末転倒ではあるが、実際に、被告人である指定医師が、人工妊娠中絶手術に際し、妊娠月数の診断を誤ったため危険な中絶術を採用し妊婦を失血死させたという事案において、業務上過失致死罪の成立を認めた裁判例がある（東京地判昭和62年6月10日判タ644号234頁）。もっとも、本件中絶手術が、そもそも母体保護法による正当化の要件（とりわけ期間制限）を満たしているのか疑わしいのであるが、業務上過失致死罪で起訴されていることからすると（業務上墮胎罪のほうが法定刑は重い）、本件中絶手術は適法という評価がなされたのであろう。
- 49 そもそも「生育可能性」とはいかなる可能性なのであろうか。たとえば、生育可能性（生命保続可能性）がない場合とは、「延命は可能であっても、早晚死亡することが確実な場合」（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」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和63年度）』（法曹会・1991）4頁以下。なお、延命の可能性がない場合とは、「生きて生まれても短期

間内に死亡する場合」であり、ここでいう短期間とは、「数分ないし数時間を念頭に置いたものであろう」とされている)と定義され、しかも生育可能性と生命保続可能性を同義と解されているが、両者を区別する見解もある。たとえば、『生命保続可能性』と『生育可能性』という用語を使用する際の区別について、明確でない場合もあるが、一般には、『生命保続可能性』が一般的な法的基準であるのに対して、『生育可能性』は個々の事例における個別具体的な基準として用いられている」とされ、より具体的には「適法な人工妊娠中絶が可能な時期とされる『妊娠満 22 週未満』を境界に『生命保続可能性のない場合』と『生命保続可能性のある場合』とが区別され」、「したがって、『生命保続可能性のある場合』であっても、実際には、墮胎行為により排出されたこともが個別的には未熟児医療を施しても生育不可能な場合も考えられ得る」(石川友佳子「母体外に排出された胎児に関する一考察」福岡大学法学論叢 55 卷 3・4 号 (2011)353 頁注 2))と理解されている(同旨、井田良『刑法各論 [第 2 版]』(弘文堂・2012) 14 頁以下)。

- 50 たとえば、西田・前掲各論 22 頁。
- 51 ところで、「人」と「胎児」は異なる構成要件要素であるから、両者の間で錯誤が生じた場合には、抽象的事実の錯誤が問題となる。しかし、その関係は、「人」と刑法 202 条の自殺関与・同意殺人罪の客体である自殺者や被殺者のような「自由な意思決定に基づいて生命を放棄した者」との関係に類似する。したがって、たとえば、X は A 女を殺害する意思で発砲したところ、A 女に命中し即死したのであるが、A 女は妊婦であり A 女とともにその胎児も死亡したという抽象的事実の錯誤における方法の錯誤の場合、法定的符合説の数故意犯説に立てば、A 女に対する殺人既遂罪のほか、胎児に対する不同意墮胎罪の成立も認められることになると思われる。なぜなら、法定的符合説によれば、原則として、認識事実に対しては故意未遂犯が、発生事実に対しては過失犯が成立することになるから、発生した結果に対して故意犯の成立を認めることはできないが、保護法益の共通性および行為態様の共通性が認められるのであれば、重なり合う限度で軽い故意犯の成立が認められるからである

（最決昭 54 年 3 月 27 日刑集 33 卷 2 号 140 頁、最決昭 61 年 6 月 9 日刑集 40 卷 4 号 269 頁など。なお、谷脇真渡「抽象的事実の錯誤」桐蔭論叢（2004）267 頁以下参照）。墮胎罪は一次的には胎児の生命を保護法益とするものであり、また胎児は人に至る前段階の生命体であり、かつ両者は連続する 1 つ生命であることなどを踏まえると、少なくとも胎児の限度で構成要件的に重なり合っていると解することができるから、重なり合う限度で軽い罪の故意犯、すなわち本件においては不同意墮胎罪の成立をも認めることができるのである。

- 52 このことは、たとえば未成年と成年の関係に類似する。
- 53 これ以外にも、緊急避難に基づく場合（大判大正 10 年 5 月 7 日刑録 27 輯 257 頁）などがある。
- 54 なお、「母体外において、生命を保続することのできない時期」までに排出された胎児は、たとえ生育可能性があっても一律に「人」には当たらないとする見解がある（小暮ほか〔町野〕・前掲各論 58 頁、前田・前掲各論 12 頁）。
- 55 もちろん、この時期を過ぎた胎児に対する関係では、胎児の生命に対する具体的な危険が発生した場合に限り同意墮胎罪が成立する。
- 56 大判大正 11 年 11 月 28 日刑集 1 卷 705 頁。なお、墮胎罪と殺人罪の併合罪であるとしているが、学説には牽連犯と解すべきとするものがある（たとえば、大塚・前掲各論 54 頁、大谷・前掲各論 66 頁など）。
- 57 前掲最決昭和 63 年 1 月 19 日刑集 42 卷 1 号 1 頁。

（たにわき・まさと 桐蔭横浜大学法学部准教授）