

いわゆる胎児性致死傷について

小林 憲太郎

- 第一章 熊本水俣病事件の残したもの
- 第二章 実行為（ないしその侵害作用）の際に、客体である人が現存していることの意味
- 第三章 結果帰責理論と胎児性致死傷

第一章 熊本水俣病事件の残したもの

胎児性致死傷とは、「胎児の段階で過失によって傷害を負わせ、その傷害が出生後にも影響を及ぼした場合に、行為者に何罪が成立するか」という問題である。⁽¹⁾この問題は、いわゆる熊本水俣病事件において一躍脚光を浴びたものの、⁽²⁾今日ではもはや、それに関する議論はほぼ出尽くした感がある。にもかかわらずこの問題を、今ここで取り上げる理由は、この問題をめぐる議論とは別のところで発展してきた刑法理論が、この問題の解決方法を与えてくれることを示すところにある。もう少し具体的にいえば、刑法総論中、いわゆる結果帰責理論の発展が、可罰性を一定の範囲で制限する効果を持つように思われるのである。

以下ではこの点を詳しく検討する前に、今一度、熊本水俣病事件について、簡単な説明を加えておきたいと思

う。事案は次のようなものであった。

被告人らが有毒なメチル水銀を含む、工場廃水を工場外に排出していたところ、被害者は出生に先立つ胎児段階において、母親が右メチル水銀によって汚染された魚介類を摂食したため、胎内で右メチル水銀の影響を受けて脳の形成に異常を来し、その後、出生はしたものの、健全な成育を妨げられたうえ、一二歳九か月にして、いわゆる水俣病に起因する栄養失調・脱水症により死亡した。

第一審の熊本地判昭和五四年三月二二日刑月一巻三号一六八頁は、次のように述べて、業務上過失致死罪（刑法旧二二一条、現同条一項）の成立を肯定した。

「業務上過失致死罪が成立するには、構成要件要素としての客体である『人』の存在が必要であり、通常、これが実行行為の際に存在するのを常態とする。しかしながら、構成要件要素としての客体である『人』の存在が欠如する場合に業務上過失致死罪が成立しないとされるのは、客体である『人』が絶対的に存在しないため、究極において、構成要件の結果である致死の結果が発生する危険性が全くないからである。……元来、胎児には『人』の機能の萌芽があつて、それが、出生の際、『人』の完全な機能となるよう順調に発育する能力があり、通常の妊娠期間経過後、『人』としての機能を完全に備え、分娩により母体外に出るものであるから、胎児に対し有害な外部からの侵害行為を加え、『人』の機能の萌芽に障害を生じさせた場合には、出生後『人』となつてから、これに対して業務上過失致死罪の構成要件の結果である致死の結果を発生させる危険性が十分に存在することになる。……人に対する致死の結果が発生する危険性が存在する場合には、実行行為の際に客体である『人』が現存していなければ

ばならないわけではなく、人に対する致死の結果が発生した時点で客体である『人』が存在するのであるから、これをもつて足りると解すべきである。……これを実質的にみても、業務上必要な注意義務を怠つて、人に対して致死の結果を発生させた場合に、その原因となる行為が胎児である間に実行されたものであつても、あるいは、人となつた後に実行されたものであつても、これを価値的にみて、その間に格別の径庭はないのであり、また、人に対する致死の結果を招来させた原因が胎児のうえに生じたものであつても、あるいは、人に対して、また、人に対する致死の結果に至る因果の過程を若干異にするだけであつて、その間に刑法上の評価を格別異にしなければならぬような本質的な差異はないというべきである。」

この判決の立論方法には、致命的な難点がある。そもそも危険性の要件と客体の要件は、相互に論理的に独立しているから、前者が充足されることを理由に、後者を緩和することは許されない。したがって実行行為の際に、客体である人が現存していなくてもよい根拠は、危険性とは別のところに求めなければならないはずである。⁽⁴⁾ ところでこの判決は「実質的」考察と称して、実行行為(ないしその侵害作用)の対象が、胎児であろうと人であろうと、価値的な差はないと続ける。しかし胎児が人と異なり、せいぜい墮胎罪でしか保護されていないにもかかわらず、このように言い得ることの根拠がまさに問われているのであり、その意味で右の考察は、単なる結論の先取りにすぎない。しかも、同じく「必要なは……行為客体に結果が発生することである」⁽⁵⁾とする有力な学説は、同時に墮胎罪の存在から、業務上過失致死傷罪の規範の保護範囲を制限しているのである。⁽⁶⁾

これに対して第二審の福岡高判昭和五七年九月六日高刑集三五卷二号八五頁は、次のように述べて弁護人の控訴を棄却した。

「なお、被害者が人として傷害を受けて死亡するに至つたものと認めることの可否につき、原説示のほか一言付加するに、被告人らの本件業務上過失排水行為は被害者が胎生八か月となるまでに終つたものではなく、とくに、その侵害は発病可能な右時点を過ぎ、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、一度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罪を是認することも可能である。」

すでにみたように第一審判決は、ほとんど情報内容を持たないものであった。その意味で第二審判決が、「原説示のほか一言付加するに」という措辞を用いたのは、まことに無理からぬところである。しかしその「一言」の具体的な内容は、第一審判決の企図したところとは、まったく異なるものであった。すなわち第二審判決は、業務上過失致死罪の成立を肯定するために、実行行為（ないしその侵害作用）が一部露出の時点以降も継続していること、つまり実行行為（ないしその侵害作用）の際に、客体である人が現存していることを論証しようとしたのである。

もっとも厳密に考えると、この論証は業務上過失致死罪にとって、因果関係という要件が必要である点を失念することで、挫折している。まず、たとえ一部露出の時点以降も継続している排水行為を実行行為と捉えてみたところで、それは致死結果との間に因果関係を有しないため、業務上過失致死罪の成立を基礎づけることができない。さらに第二審判決は第一審判決とは異なり、実行行為の侵害作用の内容を病変の発生⁽⁷⁾ではなくて、単にメチル水銀の有害な影響が、母体を介して及ぶところに求めているようである。しかし致死結果の発生にとって必要な病変の発生にとり、一部露出の時点以降も継続しているメチル水銀の影響は必要でないから、それは業務上過失致死罪の成否にとって意味のない事柄である⁽⁸⁾。

これに対して被告人が上告したところ、最三小決昭和六三年二月二十九日刑集四二巻二号三一四頁はこれを棄却し

たうえ、職権で次のように判示した。

「現行刑法上、胎児は、墮胎の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取り扱われていると解されるから、業務上過失致死罪の成否を論ずるに当たっては、胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにほかならない。そして、胎児が出生し人となった後、右病変に起因して死亡するに至った場合は、結局、人に病変を発生させて人に死の結果をもたらしたことに帰するから、病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採ると否にかかわらず、同罪が成立するものと解するのが相当である。」

この決定には伊藤正巳、長島敦の両裁判官の補足意見が付されているが、本稿で扱うテーマとの関連では、とくに後者が重要であるため、若干長くながるが引用する。

「Uを被害者とする業務上過失致死罪の成立を肯定する法廷意見につき、これに同調する理由を敷衍して述べるとともに、関連して若干の私見を付加することとしたい。

一 胎児は、人としての出生に向けて成育を続けるという点で、それ自体としての生命を持っているが、他面、胎内にある限り母体の一部を構成していることも、否定することはできない。したがって、過失により侵害が加えられた場合において、母体の他の部分にはなんらの結果も発生せず、胎児だけに死傷の結果を生じたようなときであつても、母体に対する過失傷害罪は、その成立を肯定することができるものというべきである（もとより、侵害の主体が母親自身であるときは、過失による自傷行為として不可罰ということになる）。確かに、現行刑法は、胎児の生

命を断ち又はその生命を危殆にさらす故意による墮胎行為を処罰する規定を設けているが、右は、成育しつつある胎児をそれ自体として保護するために設けられた特別の規定であつて、これに該当しない胎児に対する侵害行為をすべて不可罰とする趣旨までも含むものとは到底解することができない。ただし、母体の他の部分に対する不法な侵害は、人に対する侵害として刑法の対象となりうるのに、同じく母体の一部たる胎児に対する侵害は、墮胎罪に当たらない限り、およそ母体に対する侵害としては罰しえないと解するのは、著しく均衡を失するものといわざるをえないのである。

次に、過失行為によつて傷害された胎児が出生して人となつた後に、その傷害に起因して死亡した場合には、どのように考えるべきであろうか。この場合、形式的にいえば、胎児として受けた傷害の被害者は、前記のとおり、胎児を含む母体であると解されるのに反し、死亡した被害者は、母体ではなくて出生したその人であると解されるから、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体とが、別個の人になつてゐるわけである。しかし、被害者の実体を虚心に見ると、それは、人の萌芽である胎児としての生命体が成育して、母体から独立した人としての生命体になつたものであつて、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体は、成育段階を異にする同一の生命体ということができ、そして、刑法的・構成要件的評価においても、侵害の及んだ客体である母体と結果の生じた客体である子は、いずれも人であることに変わりはなく、いわば法定的に符合してゐるのである。したがつて、このような場合には、当該過失行為と死亡の結果との間に刑法上の因果関係が認められる限り、刑法の解釈として、死亡した人に対する過失致死罪の成立を肯認することになんらの妨げがないものといふべきである。

私は、以上の理由により、Uに對する業務上過失致死罪の成立を肯認する法廷意見に全面的に同調する。

なお、過失行為によつて傷害を受けた胎児がその後遺症としての障害を負つて出生した場合において、出生した人に対する過失傷害罪が成立するか否かに関しては、果たして人に傷害という結果が発生したといえるか否かとい

う困難な問題が存在する。今この問題の解決はひとまずおくとしても、仮に、胎児のときに受けた傷害に起因して、出生後において死に至らないまでも傷害の程度が悪化したような場合には、その悪化した傷害の結果につき、出生した人に対する過失傷害罪の成立を肯認する余地があるうと思われる。

二 他方、私は、右とは別個の理論構成によつても、Uに対する業務上過失致死罪の成立は、十分にこれを肯認することができるものと考えるので、以下、この点に関する私見を付加しておくこととした。

まず、刑法典に即して検討すると、過失による致死傷の罪を定める条項は、侵害行為が加えられた客体が必ずしも人であることを明文で定めているわけではない。すなわち、明文上は、『過失二因り人ヲ傷害シタル者』（刑法二〇九条一項）、『過失二因り人ヲ死ニ致シタル者』（同法二一〇条）、『業務上必要ナル注意ヲ怠り因テ人ヲ死傷ニ致シタル者』（重大ナル過失二因り人ヲ死傷ニ致シタル者）（同法二二一条）などと定められており、およそ過失行為によつて人に死傷の結果が生じた場合には、その過失行為は、少なくとも形式的には、これらの構成要件に包摂される体裁になつていたのである。そして、事柄を実質的に見ても、過失行為が人に死傷の結果を発生させる一定の客観的な危険性を備えているときは、行為と結果との間の因果関係を肯定することができる限り、右過失行為の構成要件該当性を否定すべき根拠は見当たらないのである。結局のところ、これらの罪においては、過失行為による侵害作用が及んだ時点において、客体の法的性質が人であることは、必ずしも必要ではないということになるであろう。侵害の及んだ客体と結果の生じた客体とが異なるという事実は、右のような結果発生の客観的な危険性の評価判断に影響を及ぼす限度においては、過失犯の成否に関係をもつであろうが、そのこと自体が絶対的に過失犯の成立を否定する理由となるものではない。

本件においては、既に記したとおり、侵害の及んだ客体と結果の生じた客体は、現実には前後同一の生命体であり、刑法の解釈ないし定義上、一は胎児、他は人とされるにとどまるから、このような刑法上の形式の相違は、客

観的な危険性の判断になんらの影響を及ぼさないことができる。したがって、たとえ侵害作用が及んだ時点において、客体の法的性質がいまだ胎児であり、人には至っていないかつたとしても、右事情は、Uに対する業務上過失致死罪の成立を肯認することの妨げにはならないものというべきである。

以上と異なり、刑法の過失による致死傷の罪が成立するためには、胎児ではなくて人に対して侵害作用が及んだことが必要であるとする見解がある。しかし、私は、現に人に死傷の結果を発生させているにもかかわらず、侵害作用の及んだ時点における客体の法的性質が人でなく胎児であることを余りにも重大視し、明文にない要件を設けてまで犯罪の成立を否定する右見解には、賛同することができない。」

最高裁は第二審判決と同じく、実行行為⁽⁹⁾（ないしその侵害作用）の際に、客体である人が現存していることを論証しようとした⁽¹⁰⁾。しかしその方法は、第二審判決の失敗をふまえ、まったく異なるものになった。そこにいう「客体である人」を、母体に求めたのである。

もっともこのような解釈は、直ちに次の二つの疑問を生ぜしめる。第一に、胎児に対してしか影響を及ぼさないメチル水銀の排出を、母体に対する実行行為（ないしその侵害作用）と捉えることができるか。第二に、かりに第一の点が肯定されるとしても、実行行為（ないしその侵害作用）の対象である人と、致死結果の発生した人とが別人格でよいか、という疑問である。

第一の疑問に対しては、しかし、肯定的に回答することができよう。そもそも健全な胎児の妊娠を継続することは、母体にとって重要な生理的機能の一つであり、⁽¹¹⁾身体の完全性の構成要素であるから、胎児に対する侵襲は同時に、母体に対するそれを意味することになる。もちろんこれに対しては、「胎児傷害が母体傷害であるならば、妊婦が自己の身体の一部を傷害する自己墮胎は自傷行為として不可罰であるべきである。しかし、（刑法——筆者注）

二一二条はそれをも処罰しており、現行法は、胎児を母体とは独立の存在と位置づけているといわざるをえない⁽¹²⁾との批判がなされている。しかし胎児に対する侵襲が母体以外に対するそれとしての性格をも有することから、母体に対するそれとしての性格を有することは排斥できない⁽¹³⁾。それはちょうど被用者の監禁が、被用者自身の行動の自由に対する侵襲としての性格をも有することから、使用者の業務活動の自由に対するそれとしての性格を有することを排斥できないのと同じである。最高裁の⁽¹⁴⁾理解もこのようなものであり、したがって熊本水俣病事件では、少なくとも母体に対する業務上過失致傷罪(刑法旧二二一条、現同条一項)の成立を肯定することができよう⁽¹⁵⁾。

では第二の疑問についてはどうであろうか。最高裁はこれに対して肯定的に回答するための論拠として、「結局、人に病変を発生させて人に死の結果をもたらしたことに帰する」ことを挙げている。しかしそれは別人格でよいこと、単なる言い換えにすぎない。そして別人格でよいかは、実行為(ないしその侵害作用)の際に、客体である人が現存していることが要求される根拠に依存することになる⁽¹⁶⁾。

さて、以上にみてきたように、熊本水俣病事件をめぐる各審級の裁判所は、実行為(ないしその侵害作用)の際に、客体である人が現存していることの意味について、理論的に激しく対立した。したがって胎児性致死傷の問題を解決するにあたっては、その意味を明らかにすることが最も肝要だといえよう。そしてまたそのことが、一定の結果帰責理論の妥当を要求し、ひいては本稿の目的に資するよう思われる。

(1) 西田典之『刑法各論(第二版)』(弘文堂、二〇〇二)二六頁。ただし厳密には、必ずしも過失による場合に限る必要はないと思われる。なお、胎児性致死傷の問題については、齊藤誠二『刑法における生命の保護——脳死・尊厳死・臓器移植・胎児の傷害——』(三訂版) (多賀出版、一九九二)、阿部純二ほか編『刑法基本講座(第六卷) 各論の諸問題』(法学書院、一九九三)三頁以下(齊藤)などが詳しい。

(2) なおドイツにおいては、いわゆるサリドマイド事件をきっかけに、この問題が激しく議論された。この事件については、たとえば藤木英雄「西独のサリドマイド裁判(上・下)」ジュリスト四〇二号(一九六八)一〇五頁以下、四〇六号(同年)一二七頁以下、同「西独のサリドマ

- イド刑事訴訟打切決定（一）（三・完）ジュリスト四九三号（一九七一）九八頁以下、四九四号（同年）一〇一頁以下、四九五号（同年）七六頁以下、齊藤誠二「西ドイツ刑法学のごとくも——サリドマイド事件を中心として——」（二）（五）判例時報六四八号（一九七一）一二頁以下、六五〇号（一九七二）九頁以下を参照。
- (3) これを支持するものとして、板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』（勁草書房、一九八〇）二九四・二九五頁、中谷瑾子「胎児に対する加害と過失致死傷罪の成否——肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覚——」法学研究五三卷二二号（一九八〇）一四頁、金沢文雄「いわゆる胎児性致死傷について」広島法学一〇巻四号（一九八七）三二・三三頁（ただし墮胎罪の成立範囲との兼ね合いから、胎児が出生後、相当期間生存した場合に限定している。なお同「判批」判例タイムズ六八二号（一九八九）七七・七八頁は改説し、後述する最高裁決定に全面的に賛成している）、『昭和六三年度重要判例解説』（有斐閣、一九八九）一四五頁（平良木登規男）参照。
- (4) なお野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、一九八四）二六六頁は、遺棄罪に要求される、被害者の生命・身体に対する危険性が存在することを根拠に、行為時に客体が死亡していた場合にも本罪の成立を肯定しているが、同様の理由から適切とはいえない。
- (5) 山中敬一『刑法各論Ⅰ』（成文堂、二〇〇四）四三・四四頁。
- (6) 山中・前掲『刑法各論Ⅰ』四四頁。
- (7) より詳しくいえば実行行為に発する因果連鎖の、客体への接触ということにならうか。Wolfgang Joecks, in: Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch, Band3, 2003, Vor § 223, Rn.12.
- (8) この点で西田・前掲『刑法各論〔第二版〕』二七頁が、実行行為の侵害作用の内容を傷害に求め、「水俣病の事例では、侵害作用が及ぶ時点では胎児しか存在していない」と述べるのは適切である。
- (9) 厳密にいうと最高裁は、「病変の発生時において客体が人であること」、つまり実行行為の侵害作用の際に、客体である人が現存していることを論証しようとしたにすぎない。しかしそのロジックは、実行行為そのものについても等しく妥当するものである。
- (10) もっとも長島裁判官はその補足意見で——「二」と題して——第一審判決の理論構成も成り立ち得ることを示唆している。町野朔「最高裁判決における『胎児性致死傷』警察研究五九巻四号（一九八八）八頁、松原久利「熊本水俣病事件と胎児性致死傷」刑法雑誌二九巻四号（一九八九）二九頁参照。これに賛成するものとして、土本武司「水俣病事件最高裁決定」警察学論集四二巻五号（一九八八）四七頁、同「水俣病刑事事件最高裁決定——公訴時効・迅速裁判・胎児性致死——」法学新報九五巻七・八号（一九八九）一〇一頁、板倉宏「現代型犯罪と刑法の論点」〔学陽書房、一九九〇〕一五四頁参照。
- (11) 藤木英雄「胎児に対する加害行為と傷害の罪」ジュリスト六五二二号（一九七七）八〇頁、『昭和五十四年度重要判例解説』（有斐閣、一九八〇）一八二頁（大塚仁）、斎藤信治「刑法各論〔第二版〕」（有斐閣、二〇〇三）三四頁；Albin Eser, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, StraGESetzbuch, Kommentar, 26.Aufl., 2001, § 223, Rn.1a（以下Sch/Schと略記する）参照。たまたいで問題になっているのは、胎児から独立した母体の妊娠・出産機能ではない。それは熊本水俣病事件でも、必ずしも侵されておらず、むしろ——たとえ生物学的には別個の生命体と捉えられなくとも——母体と結合して酸素や養分のやり取りを行っているという点で、胎児を母体の一部とも捉えられなくはないということ

である。

(12) 西田・前掲『刑法各論(第二版)』二七頁。自己墮胎の可罰性のほかにも、母体の致死傷がとくに規定されている点が挙げられることがある。もつとも論者は次に述べる反論を意識してか、慎重にも「仮に母体傷害説を是認したとしても」と続けている。同二七・二八頁。

(13) 金澤・前掲「判批」七八頁は、「胎児は独自の人間的生命体であると同時に、また母体の一部でもあるといえる……前者は胎児に内在する将来の人への発展可能性に着目するのに対して、後者は現在母体内にあって母体に結合している非独立的存在の側面に着目する……それは胎児という存在そのものに内在する両面性を表現するにすぎない」と述べる。また団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(創文社、一九九〇)三七四頁注二も、「胎児には生きた個体としての面と母体の一部としての面との二重の性格を認めるべきことになる」という。

(14) なお岐阜地判平成一四年一月十七日(公刊物未登載、警察学論集五六卷二号(二〇〇三)二〇三頁以下参照)も、交通事故により妊娠中の女性を負傷させ、同女の傷害は軽傷にとどまったが、胎児に治癒見込みのない重傷を負わせた事案において、胎児に対する傷害をも含めて業務上過失傷害罪の成立を肯定している。

(15) なお一つの侵襲が複数の性格を有することにより、罰条の適用関係、具体的には母体に対する罪と、胎児に対する罪の適用関係が問題になる。しかしこの問題は、各本条の趣旨に鑑み、個別具体的に解決するほかない。たとえば不同意墮胎致死傷罪(刑法二二六条)は、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」と規定しているから、それより軽いはずの不同意墮胎罪(刑法二二五条一項)は、傷害罪(刑法二〇四条)に優先して適用されることになろう。また墮胎に至らない胎児の傷害などについては、たとえ「傷害罪の成立を認めても、解釈によって不同意墮胎罪の上限を超えて処罰することはできない」とすることは可能だと思われる。林幹人『刑法の現代的課題』(有斐閣、一九九一)一四八頁。なお胎児を傷害するだけで、不同意墮胎罪の成立を肯定するものとして、斎藤・前掲『刑法各論(第二版)』三三・三四頁参照。

(16) なお最高裁の判示はしばしば、いわゆる法定的符合説になぞらえられることがある。現に長島裁判官の補足意見でも、「刑法的・構成要件の評価においても、侵害の及んだ客体である母体と結果の生じた客体である子は、いずれも人であることに変わりはなく、いわば法定的に符合している」と述べられている。しかし本件判示が実行行為(ないしその侵害作用)の対象である人と、致死結果の発生した人との人格の齟齬まで捨象しようとするものであるのに対し、通常の法定的符合説は、そこまでの内容を含んでいない。したがって本件判示を法定的符合説と呼ぶことは自由であるが、それを正当化するためには通常のそれを基礎づける論拠を超えて、本文に述べたところを明らかにしなければならない。逆に本件判示がかりに適切でないとしても、そこから通常の法定的符合説も適切でないという結論を、直ちに導くことはできないのである。

第二章 実行行為（ないしその侵害作用）の際に、客体である人が

現存していることの意味

では実行行為（ないしその侵害作用）の際に、客体である人が現存していることは、一体どのような意味を持つのであろうか。

まず、少なくとも実行行為の侵害作用が及ぶ時点で、客体である人が現存していることが必要か、かりに必要だとしてそれはなぜかが問題になる。学説においては必要説が有力だと思われるが、その理由について詳論するものは少ない。したがってこの点については推測するほかないが、おそらく人に対する病変の発生を業務上過失致死罪の構成要件要素と捉えたうえで、それが単なる病人の存在という状態を超えて、健康人が病人になるという変化を含意することを理由にするものであろう。このうち前段については、人の死の発生をその要素とする構成要件が、人の死因の発生をその要素とするのはいわば当然であるから、適切なものとして承認することができる。さらに後段についても、ただ死にそうな人がいるというだけでは、なんら不法に影響を与えないから、積極的に評価することができよう。⁽¹⁸⁾

問題はそれで足りるか、つまり実行行為の侵害作用が及ぶ時点で、客体である人が現存していさえすれば、実行行為そのものの時点でそうでなくても足りるかである。学説では不要説、つまりこの点について肯定的に解する見解が多数を占めている。⁽¹⁹⁾ もっともこれに対しては確固とした理論的基礎が与えられているわけではなく、むしろ女子の妊娠中に落とし穴を掘っておき、生まれてきた赤子がそこに落下して死亡したような場合に、殺人罪（刑法一九九条）の成立を否定するのは不当であるという、一種の当罰性感覚によって支えられていることに注意を要する。⁽²¹⁾

ではこの問題について、理論的にはどのように考えればよいのであろうか。すでに述べたように人に対する病変の発生が、業務上過失致死罪の構成要件要素であるならば、人に対して病変が発生しそうな事態の発生も、そうではない人になり得る。しかもそれは単なる病人になりそうな人の存在という状態を超えて、病人になり得ない人が病人になりそうな人になるという、変化を含意しなければならない。したがって実行行為の侵害作用が及びそうな時点で、客体である人が現存していることが必要である。この推論を繰り返せば、結局のところ実行行為そのものの時点で、客体である人が現存していなければならないことになる。

もちろんこのようにいうと、先に述べたように落とし穴の事例において、殺人罪の成立を否定するのは不当ではないかという疑問が、直ちに投げかけられるであろう。しかし厳密に考えると、そこで実現されている違法性の内容は、女子に墮胎させ、出生した未熟児が成育できずに死亡した場合に実現されているそれを、なんら超えるところがない。したがって、たまたま落とし穴を掘っておく行為に対し、墮胎罪の条文を適用するのに無理があるからといって、それを超えた違法性を含む殺人罪の成立を肯定するのは本末転倒である。その意味で右のような疑問を生む当罰性感覚は、法的に承認し得ないものといわざるを得ない。

さらに実行行為(ないしその侵害作用)の際に、客体である人が現存していなければならない理由が以上のようなものであるとすれば、そこにいう人は致死結果の発生した人と、同一人格でなければならぬことになる。したがって熊本水俣病事件において最高裁が示した理論構成のうち――業務上過失致傷罪を超えて――業務上過失致死罪の成立まで肯定した部分は支持することができない。

なお以上の検討においては、胎児が出生した後、死亡した場合を念頭に置いてきたが、そこまでに至らない場合についても、まったく同様に考えることができる。長島裁判官はその補足意見において、「過失行為によつて傷害を受けた胎児がその後遺症としての障害を負つて出生した場合」(病状固定型)²³と、「胎児のときに受けた傷害に起

因して、出生後において死に至らないまでも傷害の程度が悪化したような場合」（病状悪化型）を分け、少なくとも後者の場合には、出生した人に対する業務上過失致傷罪の成立を肯定する余地があると述べた。たしかに病状固定型について業務上過失致傷罪が成立しないのは、「生前に人を傷害し消えない傷跡を残した行為者に、被害者の死亡後死体損壊罪が成立するといえないのと同じことである。」⁽²⁴⁾しかし論者の言に反し、病状悪化型についても業務上過失致傷罪は成立しない。それは、たとえば死亡後傷跡の風化が進んでも、死体損壊罪が成立するといえないのと同じことである。

- (17) 平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣、一九八二）二六七頁、芝原邦爾「胎児の傷害と傷害罪の成否」法学セミナー三三九号（一九八三）一二七頁、大谷實「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）』（有斐閣、一九八四）三四四頁、林・前掲『刑法の現代的課題』一五五・一五六頁、林幹人・田宮裕「判批」警察研究六二巻五号（一九九一）三三・三四頁、中森喜彦『刑法各論（第二版）』（有斐閣、一九九六）三五頁、西田・前掲『刑法各論（第二版）』（二七頁、斎藤・前掲『刑法各論（第二版）』（三七頁（ただし侵害作用の内容を、病変の発生に求めない結果、熊本水俣病事件で業務上過失致死罪の成立を肯定する）、曾根威彦『刑法各論（第三版補正版）』（弘文堂、二〇〇三）六・七頁など。ドイツの有力説でもある。Z.B. Sch/Sch (Esen), Vorbem. §§ 211ff., Rn.15; § 223, Rn.1a. なお山中・前掲『刑法各論』四三頁は、「一般に、身体への作用の際に客体の存在が必要であるわけではない」とするが、「建造物損壊罪（二六〇条）は成立する」とされる、「建築用資材である柱に時限爆弾をセットしておいて、建造物になった後に爆発させるようにした場合」とは、実行行為の侵害作用が及ぶ時点で、客体が現存している事例である。
- (18) この点について、詳しくは小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」（弘文堂、二〇〇三）二二三頁以下参照。
- (19) 平野・前掲『犯罪論の諸問題（下）各論』二六七頁、河村博「胎児性水俣病と刑事責任」研修四七九号（一九八八）六一頁、林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、一九九九）一八頁、西田・前掲『刑法各論（第二版）』（二七頁など。必要説は、大塚仁『刑法概説（各論）（第三版）』（有斐閣、一九九六）九頁注四くらいであろうか。
- (20) 藤木・前掲「胎児に対する加害行為と傷害の罪」八二頁参照。
- (21) もちろん出生後、落とし穴を埋めなかった点を捉えて、不作为の殺人罪を成立させることは可能であろう。問題はなんらかの理由により、その余地が認められない場合である。
- (22) 落とし穴の事例では母体を傷害するという側面が認められないから、ここでは「女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させた」（刑

法二二三条第一文、二二四条第一文) ケースが念頭に置かれることになろう。

(23) 前掲注(2) でみたサリドマイド事件などは、こちらに分類することができよう。そこでは四肢の全部、あるいは一部が短いなどの独特の奇形を持ち(あざらし状奇形児(「フオコモリア」)、あるいは耳に先天的な障害を持つ新生児が、多数生じたことであった。もつともサリドマイド剤による影響はそれにとどまらず、心奇形を始め、消化器系の様々な部位での閉塞・狭窄・ヘルニア、胆嚢や虫垂等の欠損を生じさせることもあった。これらの多くはむしろ、病状悪化型に分類されるべきものであろう。

(24) 辰井聡子「生命の保護」法学教室二八三号(二〇〇四)五六頁。さらに『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和六三年度)』(法曹会、一九九一)一五五頁注二(金谷利廣・永井敏雄)は、「既存結果流用説を徹底させると、例えば、プレハブ部品の壁パネルに穴をあけておくと、プレハブハウスが組み上がった瞬間に建造物損壊罪が成立することにもなる」という。

第三章 結果帰責理論と胎児性致死傷

いわゆる結果犯において帰責を肯定するためには、まずそれを引き起こしたことが刑法による否定的評価を基礎づけるような、結果の存在を確認しなければならない。講学上、法益侵害(ないし危殆化)と呼ばれるものがそれである。もつとも法益が減損せられることは法益侵害を構成し得るが、減損せられた法益が生み出されることはそうでない。⁽²⁵⁾ 法益侵害とは法益の状態が、行為があつた場合となかつた場合とで、前者の方がより悪いといえることを意味するが、行為により生み出された減損せられた法益と、行為がなければ生み出されであろう減損せられていないそれは、まったく別個の法益である。したがって法益侵害の有無を判断するために、前者の状態との間で比較の対象とされるのは、後者のそれではなくて、そもそも法益が生み出されていないそれであればならず、そうだとすれば前者のそのの方が、より悪いとはいえないからである。⁽²⁶⁾

これが近年の結果帰責理論の成果であり、これまで示してきた胎児性致死傷の問題の解決方法は、その適用例の一にほかならないのである。

(25) 林・前掲『刑法の現代的課題』一五六頁、山口厚『刑法各論』(有斐閣、二〇〇三)二五頁; Hans Lile, in: Strafrechtsbuch. Leipziger Kommentar. Grobkommentar, 11. Aufl., 2001, Vor § 223, Rn.7 参照。反対、藤木・前掲「胎児に対する加害行為と傷害の罪」八二頁、土本・前掲「水俣病事件最高裁決定」四三頁、同・前掲「水俣病刑事事件最高裁決定——公訴時効・迅速裁判・胎児性致死——」九七頁。前章でも述べたように、この理は減損せられそうな法益が生み出されることについても妥当する。殺人の被害者の母親は、殺人に対して因果的でないといわれることがあるが、それはこのようにも説明することができよう。Vgl. Ingeborg Puppe, in: Nomos Kommentar zum Strafrecht, AT, 1997, Vor § 13, Rn.75. これに対して Binns は、たとえば「胎児の重篤な障害のため、妊娠中絶を行い得る母親が、そうせずに子供を出産したが、それは彼女がどうの昔に、子供を殺害してその臓器を利用する犯罪組織に、子供を売却していたからであった」という事例において、母親による妊娠継続行為の、子供の死亡に対する原因性を否定するのは説得的でないという。Martin Binns, Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff. J.L.Mackies Kausalanalyse und ihre Übertragung auf das Strafrecht, 2001, S.83. このように胎児性感覚をまた、前章で述べたように、法的には承認し得ないものである。

(26) 以上につき、詳しくは小林・前掲『因果関係と客観的帰属』二三頁以下参照。