

生命・身体に対する罪における人の始期について

加藤 正明

目次

- 第一章 議論の意味
- 第二章 人の始期をめぐる刑法学説
 - 第一節 一部露出説と全部露出説の対立
 - 第一款 初期の一部露出説
 - 第一項 人の始期をめぐる判例
 - 第二項 視認可能性への関係づけとその問題性
 - 第二款 全部露出説
 - 第三款 要保護性による一部露出説の再基礎づけ
 - 第二節 独立生存可能性説の登場
 - 第三節 出産開始説とその課題点
- 第三章 「生きる権利」の侵害としての殺人不法
 - 第一節 生命倫理学におけるパーソン論

- 第二節 人と胎児の線引きをめぐる論争
- 第三節 「生きる」とはどういうことか
 - 第一款 生命過程の排他性としての「生命に対する権利」
 - 第二款 自らの人生を「生きる権利」
- 第四章 出産開始説の理論的基礎づけ
 - 第一節 墮胎不法と殺人不法の区別
 - 第二節 「人生のスタートライン」としての出産の開始
- 第五章 結語

第一章 議論の意味

一 刑法は、生物学的意味におけるヒトの生命・身体につき、ヒトが「人」にあたる場合に、これを手厚く保護している。故意に人を殺害したり負傷させたりした場合は殺人罪（刑法一九九条）、傷害罪（同二〇四条）、傷害致死罪（同二〇五条）で処罰されるとともに、過失犯処罰規定が置かれている（同二〇九条、二一〇条）。これらは実行為にとくに限定はない。それだけでなく、死傷結果が発生しなくとも、身体に対して物理力を行使する行為や（暴行罪。同二〇八条）、生命・身体の危険から自らを擁護できない者を保護されない状態に置くことで生命・身体の危険にさらす行為も（遺棄および不保護罪。同二一七条、二一八条）、処罰対象とされる。このように、刑法による人の生命・身体の保護は広範囲に及ぶ。法定刑も、殺人罪の刑の上限は死刑である。

これに対し、攻撃対象が胎児にあたる場合については、わずかに、墮胎罪が刑法二一二条以下に置かれているにすぎない。後述するように墮胎の意義については争いがあるが、さしあたり判例・通説に従えば、墮胎とは、自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出することをいう。^② 墮胎には、胎児が胎内で死亡する場合と、生命を継続できないうちに母体外に排出されたために死亡する場合と、母体外に排出されても死亡しない場合とがあつて、最後の場合にも、胎児の生命・身体に危険が生じうると解されているようである。そうだとすれば、刑法は、胎児の生命を奪つたり、その生命・身体を危険にさらしたりする行為を、それが墮胎を手段とする場合に限り処罰しているということになる。しかも、妊婦への侵害を含まない自己墮胎罪（一年以下の懲役。刑法二一二条）や同意墮胎罪（三月以上五年以下の懲役。同二一三条）における胎児の殺害の処罰は、人の殺害に比べて格段に軽い。刑法におけるヒトの生命・身体の取扱いは、行為客体が人にあたるかどうかで、かくも大きな相違が存する。

ヒトが法律上の概念としての胎児から人になるのは、これまた法律上の概念としての「出生」を経たときである。刑法上にこれを定めた規定はないものの、民法三条一項に「私権の享有は、出生に始まる」という規定が存在する。そこで、さしあたっては、民法からこの言葉を借りて議論を進める。もとより、だからといって、出生の概念が民法学における解釈と同一でなければならぬというわけではない。

二 では、出産のどの段階でヒトは出生して人になるのか。

出産とは、子宮が収縮する時に生じる、胎児（＝産児）を子宮外に押し出す力により胎児が母体外に排出される現象である。その過程は、次の三段階に分かれる。^③

第一段階は、子宮口が開大していく過程で、これは「開口期」とよばれる。子宮の収縮によって子宮内圧が上昇するにともない、胎児の頭部と卵膜のあいだに羊水が流入し、卵膜が水風船のように膨れ上がっていく（胎胞）。子宮収縮時の痛みを陣痛とよぶが、当初ごく弱い陣痛が三〇～四〇分おきに起こっていたのが、開口期には強い陣痛が一〇分以内の周期で生じるようになる。この時点での陣痛を開口陣痛という。分娩第一期は、初産婦で平均一〇～一二時間、経産婦で四～六時間くらいを要する。

第二段階は、「娩出期」という、子宮口が全開大した後、胎児が産道を通って母体外に押し出される過程である。この時期の陣痛（娩出陣痛）は開口期よりも周期が短く、かつ、痛みの強さを増しており、さらに、胎児の頭が下降するにつれて、子宮下部、子宮頸部、膣、外陰部の一部からなる軟産道が圧迫されることもあって、産婦は、陣痛発作に合わせて反射的にいきみ、腹圧をかけるようになる。やがて、卵膜は高まった内圧に耐えることができなくなつて破水し、破水によってさらに陣痛が促進される。破水後、産児はゆっくりと回旋しながら、母体から出てくる。この回旋は、骨盤入口に進入する時、骨盤の中をくぐり抜ける時、頭を母体の外に出す時、肩を出す時の四段階に分か

れる。最後の第四回旋を経て、胎児が完全に母体から娩出されるまでの平均所要時間は、初産婦で約二〜三時間、経産婦で一時間ないし一時間半である。

第三段階は、胎児を娩出してから、五〜一五分後に起こる「後産期」で、これは胎盤、卵膜および臍帯を娩出する過程である。後産期にも子宮の収縮、したがって陣痛は生じる。

三 わが国では、伝統的に、娩出期における第三回旋、すなわち、胎児が母体外に身体の一部——正常分娩の場合には、頭部——を露出した時点に出生を認める一部露出説と、娩出が完了するまで出生を認めない全部露出説とのあいだで議論がたたかわされてきた。選択肢としては、出産の開始時点たる開口陣痛の発来時と解することも考えられるのに、この選択肢をとる者は、わが国では比較的最近までほとんどいかなかったのである。

というより、わが国では出産開始説は比較的最近までまともに取り合われなかったといつてよい。例えば、團藤重光は理論的検討をくわえることなしにこの説を斥けている。陣痛の開始をもって人の始期と解するのは、「西ドイツ(当時——引用者注)ではこれが通説になっているが、それは西独刑法における嬰兒殺の規定の特殊性から来るものといつてよい」。すなわち、ドイツ刑法旧二二七条一項は、母親が婚外子を「出産中または出産直後」に殺害した場合を軽く処罰する規定を置いており、⁽⁴⁾これとの関係上、出産中の胎児を出産後の人と等しく扱う必要があっただけだ、⁽⁵⁾と。けれども、出産開始説の支持者である岡上雅美が述べるように、ドイツ刑法旧二二七条一項のような規定がないからといって、ドイツと同様の解釈をしてはならないというわけではなく、したがって、同説に対する「本質的な批判点」にはならない。⁽⁶⁾

結論から先に述べるならば、私見は出産開始説を支持するものであるが、これまでの同説の支持者とちがつて、その理論的基礎づけの手がかりを殺人不法の内容理解に求める。すなわち、本稿は人の始期をめぐる刑法学説の展開を

追跡し、一部露出説も全部露出説も十分に基礎づけられてはいないこと、そして、出産開始説もまた、今のところは基礎づけが不十分であることも明らかにし、その課題点を析出する。その上で、人工妊娠中絶の倫理的正当化の一つの試みであるパーソン論に検討をくわえ、これに示唆をえて、墮胎不法とはまったく内容を異にするものとして殺人不法を捉える。さらにその知見を殺人不法の要素である「行為客体の解釈に落とし込むことで、出産開始を境にヒトの生命は人のそれとして扱われるという主張を導く。

(1) 次章第二款を参照。

(2) 團藤重光『刑法網要各論(第三版)』(創文社、一九九〇)四四六頁。

(3) 武谷雄二ほか監修『プリンシプル産科婦人科学2(第三版)』(メジカルビュー社、二〇一四)一一一頁以下を参照。

(4) 条文は以下のとおり。

ドイツ刑法旧二一七条 婚外子を、出産中または出産直後に、故意により殺した母親は、三年以上の重懲役に処する。

② 酌量すべき事情があるときは、刑を六月以上の軽懲役とする。

(5) 團藤・前掲『各論』三七二頁。あと、学説では、「陣痛説」は基準として不明確だとも受け止められていたようである。例えば、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論(第七版)』(弘文堂、二〇一八)八頁。これに対して、塩見淳「人はいづ人になるのか?」産大法学四〇巻二号(二〇〇六)一三八頁は、開口陣痛には医学的定義が存在する以上、概念として不明確なわけでない」と反論する。開口陣痛は出産開始の(ほぼ)確実な徴候であって、開口陣痛の発来がそれ自体として客体として客体があることを基礎づけるわけではないから、産婦が痛みを感じたかどうかによって結論が左右されるというわけでもない。

(6) 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)六九頁。

第二章 人の始期をめぐる刑法学説

第一節 一部露出説と全部露出説の対立

第一款 初期の一部露出説

第一項 人の始期をめぐる判例

一 わが国における人の始期をめぐる判例は、大正八年の大審院判決にさかのぼる。

大審院が扱ったのは、次の嬰兒殺の事案である。⁽⁷⁾これは、夜、自宅農家の便壺内に産み落とした産児を、傍にあつた棒摺——汲取式便所の便壺壁面にこびりついた糞便を掻き落とすための掃除具と思われる——で糞便中に突き込んだというもので、産児は産声を上げることなく窒息死した。原判決は第一審の無罪判決を破棄し、被告人が分娩の際に産門からその一部を露出した産児の面部を両手でしばしば強く圧迫し、便壺内に産み落とすや、仮死状態にある同児を糞便中に突き込み、これを窒息死に至らしめたとして、殺人罪の成立を認めた。

これに対し、被告人側が次の主張を含む趣意で上告した。面部を強く圧迫する行為の時点で、産児は独立呼吸を開始しておらず、いまだ人にあたらない。それに、原判決の認定した、産児を糞便中に突き込んだ時点で産児が仮死状態のまま生存していたことを被告人が知りえたという事実には証拠がない。したがって、この行為は被告人に有利に、死体の発見を防止する目的でなされたと認定すべきであった。この点、原判決は被告人に殺人の意図があつたを理由に、構成要件該当事実の認識、すなわち、産児が便壺内で仮死状態のまま生存していたことの認識があつたものと推認されると説示したが、これは論理が転倒している。以上により、殺人罪は成立しないと。当時の農家の便

所が煌々と灯りで照らされていたとは考えられないから、汲取式便所の便壺内に産み落とされた産児が、便器の上からは黒い塊にしか見えなかっただろうということは想像に難くない。

二 右上告趣意にも述べられているように、かつては独立呼吸説も主張されていた。

ドイツにおける独立呼吸説は、肺呼吸の可能性を理由に一部露出前の胎児も人にあたるものだった⁽⁸⁾。上述のとおり、かの国には嬰兒殺の規定があったので、同説は、「ヒトは胎内では肺呼吸できない」という当時の医学的認識を前提に、出産中の嬰兒も肺呼吸が可能だから人にあたるとしたのである。しかし、胎児が胎盤呼吸に並行して肺も動かすことが判明したのにもない、独立呼吸説は支持を失った。

これに対して、わが国における独立呼吸説は、ドイツ学説の継受後の紆余曲折を経て、「全部露出後に、さらに産声をあげた時点で出生を認める見解」であるかのように捉えられた。

まず、独立呼吸説は、大場茂馬によって、産児が外気を吸える時点、したがって、肢体の一部が露出するだけでなく、頭部が完全に露出した時点で成立するものと理解された。当時のわが国の医学はドイツ医学に学び、胎児と人の区別を独立呼吸の可能性の有無に求めていたようである。ところが、ここから彼は、独立呼吸とは、産児が「母体を離れて外界すなわち母体外において独立生活を始むる起点」であるということを読み取った。それが「医学者多数の見解」だといっているのである。これを補強する論拠として大場が掲げるのは、産児が呼吸をしていなかった場合には死産として扱う当時の裁判実務、および、ヒトの生命機能の根幹を心肺機能に求め、人の死を心肺機能の不可逆的停止と定義するならば、生の始まりは心肺機能の開始に求められるということの二点である⁽⁹⁾。

その後、山岡萬之助によって独立呼吸は産声を発したときに置き換えられた⁽¹⁰⁾。そのような理解は、大場とともに独立呼吸説の支持者であった小疇伝の否定するところであったけれども、民法学説として鳩山秀夫が説いた「独立呼吸

説」は、山岡と同様、全部露出後、さらに独立呼吸を開始してはじめて、人は「独立の生存を開始」したとして出生を認めるものだった。⁽¹²⁾ 町野朔によれば、この鳩山説をもって、わが国独自の学説としての独立呼吸説の内容は固まつたとされる。⁽¹³⁾ 被告人側が主張したのは、この意味での独立呼吸説である。

三 さて、大審院は上告を棄却したが、被告人側の右主張に対しては次のように判示している。まず、産児が「既に母体よりその一部を露出したる以上、母体に関係なく外部よりこれを死亡に來すべき侵害を加うるをうべき」だから、この時点で殺人罪の客体としての人にあたる。ゆえに、一部露出していた産児の面部を強く圧迫することは、殺人の実行行為の一部をなす。原判決の右証拠説示はたしかに本末転倒であるけれども、この部分は犯罪事実の認定にとつて不要だったことになるから、原判決を破棄するに及ばない。

要するに、大審院は、母体から一部露出した胎児の面部を強く圧迫してから糞便中に産児を突き込むまでの一連の行為を実行行為（産児が仮死状態を脱する機会を奪う行為）と捉えたうえで、その開始時における被告人の認識において右実行行為に殺意の欠けるところはないとした。⁽¹⁴⁾ 殺意を肯定するのに、少なくとも一部露出説までは人の始期を前倒しする必要があったのである。⁽¹⁵⁾

(7) 大判大正八年一月三日刑録二五輯一三六七頁。適宜、片仮名等の表記を改めた。以下同様。

(8) わが国における独立呼吸説の展開も含めて、町野朔「独立呼吸説の旅路」同「生と死、法律学」（信山社、二〇一四、初出一九三）一七頁以下を参照。

(9) 大場茂馬『刑法各論上巻』（三書樓・日本大学、一九〇九。復刻版、信山社、一九九四）二九―三〇頁。

(10) 山岡萬之助『刑法原理』（日本大学、一九二二）三七三頁。独立呼吸をもって「母体と分離したる生活」を始めるものだという理由で、独立呼吸説を支持する。

- (11) 小崎伝『日本刑法論(各論)』(日本大学、一九〇五)五六三頁。
- (12) 鳩山秀夫『日本民法総論』(岩波書店、一九二七)四三頁。
- (13) 町野・前掲『生と死』一二七頁。なお、同書二二八―二二九頁は、「胎児の生物学的な発展段階を基礎に置きつつ、『人』の法的概念を決定」するという「ドイツ的な独立呼吸説」のアプローチ自体には賛意を示す。
- (14) 本件は、もしも、産児が便室内で呼吸を開始したものの糞便で氣道がふさがって窒息死していたのだとすれば、実行後の証拠隠滅(と行為者が思いなしていた)行為によって構成要件の結果が発生する、いわゆる「ウェーバーの概括的故意の事例」になっていたであろう。類似的指摘をするものとして、神元隆賢「人の始期」『北海学園大学法学部五〇周年記念論文集』(二〇一五)二一六頁。
- (15) 平野龍一「刑法における『出生』と『死亡』」同「犯罪論の諸問題(下)」(有斐閣、一九八二、初出一九八〇)二六三頁は、「行為の大部分は全部露出後になされている」と述べ、一部露出説の判例性を疑問視する。同旨の指摘として、中森喜彦『刑法各論(第四版)』(有斐閣、二〇一五)六頁注四。「傍論」とするのは、西田・前掲『各論』八頁。これに対して、佐伯仁志「刑法各論の考え方・楽しみ方(第一回)」法学教室三五五号(二〇一〇)七八頁は、大正八年の事件では「全部露出後の行為と嬰兒の死亡との間の因果関係(棒で突き込む行為がなければ嬰兒は死亡しなかったという関係)が証明されているわけではない」点を考慮すれば、「傍論」とは言い切れない」にしても、「日本の実務では、判例と傍論の区別が厳密に行われているわけではない」というかぎり、その判例性は肯定されるとする。これらの理解はいずれも正しくない。

第二項 視認可能性への関係づけとその問題性

一 さて、わが国の初期の学説は一部露出説を支持する者が多数であった。例えば、泉二新熊は、刑法における人の始期にとつては、「各罪種について母体に関係なく客体となり得る状態にありや否や」が決定的であるとして、殺人・傷害の罪では「一部露出の状態においてこれを被害者なりと認むる」ことができる¹⁶⁾と述べる。ただ、不思議なことに、彼は大正八年判決をフォローしていない。自説と反対の「判例」として掲げられているのは、産児がわずかに顛頂部を露出した時に産門に両手を入れて、同児の鼻口を圧迫して死に致す行為が墮胎にあたりとされた、明治三六

年の大審院判決であり、しかも、この判例はすでに変更されている。⁽¹⁷⁾ また、牧野英一も、「外部において損傷を与えうる時期」として一部露出を人の始期とするのが妥当だと述べる。⁽¹⁸⁾

その後、一部露出説は次の点に論拠をみいだすようになる。問題の行為が殺人や傷害にあたるには、産児の身体の一部露出をもって、対象が「人として視認できる」だけで十分だから、というのである。小野清一郎は、一部露出は攻撃対象が「人体であることが認識され得」ることを意味し、問題の行為を「殺人又は傷害の罪に問うことが国民の道義観念に合するから」だと述べる。⁽¹⁹⁾ 江家義男は、産児の身体の「重要部分が露出し人としての形態が外部より瞥見」できることで足りるとする。だが、彼らはそれ以上のことを述べていない。

二 一部露出説を、行為の有責性の程度が高まることによって基礎づけるのは、佐伯千仞である。

彼は、学説において構成要件とよばれるものを「犯罪類型」として捉えることから出発する。法が「妥当する社会の現実生活」においては、「多数の反社会的態度」が類型化された「社会的類型」なるものが「すでに形成」されており、法は「それに法的な再構成と精錬を加えることによってその違法類型を樹立する」。刑法が刑罰という重大な制裁を賦科する法である以上、刑法が社会的類型を構成要件、改め「犯罪類型」にまで高めるには「最大の慎重さが要求される、特に刑罰を用いる必要が明らかでない場合でなければ犯罪類型にまで高められるべきではない」。犯罪類型には、このような「刑法特有の評価（可罰的評価）が働いているのであって、実定法の規定する犯罪類型は正しく可罰的違法性をもった行為の法的類型にはかならない」。⁽²⁰⁾

犯罪類型は、可罰的な程度に有責な行為の類型化にも及ぶ。「犯罪類型を違法の側面からながめれば、それは可罰的な違法行為の類型——可罰的違法類型——として現われることになり、さらに責任の側面からみれば、それは、今後可罰的責任の類型として現われる」。自説は小野・團藤が「構成要件の理論として説かれるところと結局同じことに

帰着する」のであり、すなわち、犯罪類型とは「違法と責任にわたる全体的類型」なのだ、と。⁽²³⁾

その上で、佐伯(千)は、一部露出説の根拠は、一部露出をもって母体から独立してその生命を侵害することが可能になるからではなく、「むしろ嬰兒が未だ姿を表さない間と、姿を表してからとでは、行為者に対する反対動機の大きさが異なる」という点にあると説く。⁽²⁴⁾

この点問題になるのは、一部露出後、再び産児の身体が母体内に戻った場合の取扱いである。岡上は、この議論に「胎児がどこに在るのかのパスズ的な論理操作で問題を片付けようとするかのような違和感」をおぼえると述べるけれども、⁽²⁵⁾この思考実験は一部露出説の基礎づけに関わる。たしかに、攻撃対象が実行行為時に人と同様の身体をもつたものとして認識可能なことは、「人の生命・身体をそれとして認識しながら攻撃する」ことの前提になるとしても、「何が見えた」のかは認識・判断の材料であって、産児の身体が母体内に隠れて見えなくなっても、それが人であることとの認識は揺らぎようがない。だから、いったん一部露出した以上は人であり続けると解して差し支えない、というわけである。⁽²⁶⁾

三 しかし、視認可能性による一部露出説の基礎づけは成功しているとはいえないように思われる。

この点、岡上は、有責性という行為者側の事情によって客体が人か胎児かを左右させるのは理論的に不適切だし、視認可能性だからといって典型的に非難可能性が高まるわけではないと批判する。⁽²⁷⁾けれども、これらは批判になっていないと思う。前段の批判は、単に岡上が前提としている理論が佐伯(千)のそれと相違しているだけのことである。後段は、論旨が必ずしも明確ではないものの、客体を「視認しうる」ということは、客体を視認しなかった場合、すなわち、「一部露出後に子の姿を見ることなく間接攻撃を加えた」場合も含まれるところ、この場合には非難可能性は高まっているのではないか、との趣旨と思われる。しかし、行為者が心の中に思い浮かべるのは(一部露出した)

子の肢体なのだから、佐伯（千）のいう非難可能性はこの場合にも高まるとはいえるだろう。ただ、こちらの批判は核心を衝いてなくもないように思われる。

視認可能性による基礎づけの根本的な問題性は、「外部に露出した肢体が視認できてはじめて、客体を『人』として認識しうる」と解することに理由がないという点にある。人と胎児の区別を有責性の問題に位置づけるのは理論的に不可能ではないけれども、その場合には、行為者が客体をどのようなものとして認識するかが問われることになる。一部露出の前後で攻撃対象の肢体は変わらない以上、一部露出前の攻撃であつても、行為者が心の中に思い浮かべる客体は、一部露出後の子の肢体と同一のものである。『自分の眼で見えるまで、ヒトが出てくるかどうかはわからない』⁽²⁸⁾というのでは、まさかあるまい。ゆえに、一部露出前の前後で非難可能性は変わらないということになる。つまり、行為者が何かを認識・判断するときに、その材料が「直接目に見えるもの」に限定されることに理由はないのである。

(16) 泉二新熊『日本刑法論下巻（改訂四四版）』（有斐閣、一九三九）四八七～四八八頁。

(17) 大判明治三六年七月六日刑録九輯一二一九頁。

(18) 大判明治四二年一〇月一九日刑録一五輯一四二〇頁を参照。

(19) 牧野英一『重訂日本刑法下巻』（有斐閣、六一版、一九三八）二七四頁。

(20) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣、一九四九）一五七～一五八頁。

(21) 江家義男『刑法講義各論』（東山堂書房、一九三八）二〇二頁。ただし、同『刑法各論（増補版）』（青林書院新社、一九六三）一九四頁に同旨の記述はない。なお、岡上・前掲筑波法政三七号七五頁は、江家説を「純粹な形での一部露出説ではなく、厳密には『重要部分露出説』とでも呼ぶべき」とするが、露出部分の重要性は「人としての形態が外部より瞥見」できるかどうかによって決まるというのだから、小野説との実質的相違はないように思う。

- (22) 佐伯(千)「違法性の理論」同「佐伯千倪著作選集第二巻」(信山社、二〇一五、初出一九五二)三九二〜三九四頁。
- (23) 佐伯(千)「四訂刑法講義総論」(有斐閣、一九八一)一一二〜一二三頁。
- (24) 佐伯(千)「刑法各論(訂正版)」(有信堂高文社、一九八一)九六頁。
- (25) 岡上・前掲筑波法政三七号七三頁。
- (26) 人の始期は、出産のある一定の段階で対象を「人とする」取り決めなので、一部露出の段階で人と判断する以上、母体内に戻ったからといって、その「判断がくつがえるものではなからう」と述べるのは、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、二〇一六)一六頁。ただし、後述するとおり、井田は出産開始説を支持する。

(27) 岡上・前掲筑波法政三七号七一頁。同調するものとして、佐伯(仁)・前掲法学教室三五五号七九頁。

(28) いわゆる畸形児が生命・身体に対する罪にいう「人」にあたるかどうかについて、大場・前掲「各論」三二〜三四頁本文および注三を参照。大場は「動物学上人類」といえるかどうかによるとして、「専門医学者の攻究」に委ねつつも、「ヒトでないことが明らかならざる限りはこれを人と看做すべき」と述べるが、主だった学者(岡田朝太郎、小疇、勝本勘三郎)の教科書は、畸形の程度を問わず、人にあたるとしている。本質的問題として、こと反対動機の形成可能性に関して「客体が『普通の人間』の姿かたちをしているかどうか」を顧慮すること自体がそもそも間違った考えであるといわなければならぬ。佐伯(千)・前掲「各論」九六頁も、「産児が生活体である限り、畸形児もなお人たることを失わない」と述べている。

第二款 全部露出説

一 初期の一部露出説に対して、揚げ足をとるようにしてこれを批判するのは、平野龍一である。彼によれば、直接攻撃が可能だからといって客体を人とするのは、「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」。また、一部露出説にあっても出産開始後一部露出までのあいだの処罰の間隙は生じるから、同説は「いかにも中途半端」である。のみならず、胎児傷害に殺傷罪の成立を認めるとすれば、そのことは、直接攻撃できるかどうかの基準が決定的でないことをあらわしている。処罰の間隙を

埋めるために人の始期を前倒しすべきだというのなら、一部露出説ではなく出産開始説を採用すべきだけれども、それには「かなりの勇氣を必要とするであろう。そうだとすると、全部露出説をとるほかない」²⁹⁾。

所論が全部露出説の支持根拠として弱いのは一見して明らかである。「全部露出まで待ったのでは人の生命の保護が遅きに失するのではないか」という問いかけに平野は正面から答えていない。一部露出説による人の生命の保護が「中途半端」だというのならば、出産開始説を支持すべきだろう。それなのに、「出産過程を通じて、人としては全く保護しない」という道を彼は選ぶ。

ところで、平野は墮胎概念の再定義によってヒト生命の刑法的保護の間隙を埋めようとする。すなわち、従来、墮胎とは自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出すること、ないし、母体内で胎児を殺すことだと解されてきたところ、彼がいうには、前者が墮胎にあたることされたのは、かつては、それが「ほとんど必然的に排出された胎児の死を伴うこと」だったからである。さて、現代の産科医療の水準からすれば、前者は胎児を死の危険にさらす行為を捕捉することになる。この点、胎児の生命に対する具体的危険の惹起に墮胎罪の処罰根拠を求めめるのも一案ではあるけれど、「一般的にいつて具体的危険という概念はもともと不明確なもの」ゆえ、その方途は「必ずしも好ましいことではない」。そこで、墮胎を「胎児に攻撃を加えて、胎内または胎外で死亡させること」に限定すれば³⁰⁾、出産開始後の「胎児」に対する攻撃も墮胎罪で捕捉される、というのである。現行判例を否定し、明治三三六年判決に逆行することは、平野にとってさほどの「勇氣」を必要としなかったとみられる。

以上のように、平野の行論は成功しているとはいいがたいけれども、彼の批判によって、一部露出説と全部露出説は、「不法の実質を行為それ自体の反道徳性にみいだすか、それとも、行為によつてもたらされる帰結の不利益性にみいだすか」というお定まりの対立図式の下で理解されるようになる。問題の行為が間違っているかどうかを行為の帰

結に照らして判断するならば、全部露出説を支持しなければならないかのように、平野は印象づけたのである。かくして、全部露出説がにわかに有力化することとなった。

二 全部露出説にとつて説明を要するのは、全部露出の前後で「客体そのものの価値」がどう変化するかである。平野は「『人』であるかどうかは、そのものの価値自体によって決すべきだ」と述べるが、それは従来の一部露出説の根拠づけに対する批判にはなつても、一部露出説そのものに対する批判にはなつていない。そこで、平野に同調する論者は、全部露出をもつてはじめてヒトの生命・身体の保護価値が高まることの論証を試みるのである。

出産過程におけるヒトの生命・身体が脆弱なあいだはまだ人として保護するに値しないとするのは、町野である。彼がいうには、墮胎罪も人の生命・身体に対する罪もヒトの生命や身体を保護している点では変わらないけれど、客体が胎児か人かでも扱いに格差があるのは、胎児の生命・身体が壊れやすいものだからである。そこで、刑法は胎児に関しては手厚い保護をあきらめた。そうだとすれば、出産過程においてもかかる脆弱性が認められるあいだは、ヒトの「生命・身体の包括的保護」をおこなうべきでない。胎児が回旋しているあいだは予断を許さない「困難な過程」なのだから、これが終つて初めて、したがって、全部露出をもつてヒトの生命・身体は人のそれとして手厚く保護されるようになる、と。³³⁾

この論拠は、それ自体としては間違つていない。いざ失われたときの動揺や喪失感を考えると、失われやすいものにあまり執着しないほうがよいというのは、なるほど一見識であると思われる。これに対して、「失われやすいからこそ、よりいっそう大事にしなければならぬ」との批判を向けるのは、異なる価値観をぶつけているだけだと思う。

問題は、この論拠を受け入れるならば、胎児傷害に（過失）傷害罪が成立するという結論を否定せざるをえなくなるといふ点にある。胎児傷害とは、被害者が胎児であるあいだに攻撃をくわえたところ、被害者が障害をもつて出産

したという場合で、この場合には（過失）傷害罪が成立し、その後、当該障害によって死亡した場合には傷害（または過失）致死罪が成立するというのが、判例である。³⁵⁾ところが、町野は多数説とともに判例に反対し、立法的解決に委ねざるをえないとする。³⁶⁾彼にとつては、墮胎行為によって惹起される結果も、首を絞めるなどの殺人行為によって惹起される結果も、ヒトの生命の破壊であることに変わりはなく、ただ、危険にさらされる時に客体が胎児として胎内にいる、ないしは出産中であるか、それとも、肢体の全部が母体外に露出した後かによって、保護価値、したがって、殺傷罪が適用されるかどうかにかつ決定的な相違がもたらされる。この枠組の下では判例を正当化することは不可能であろう。

ゆえに、胎児傷害についての判例を尊重し、これに頭から反対するのではなく、少なくともさしあたつてはその理論的正当化に取り組むべきだとすれば、町野説は支持しがたいものといわざるをえないのである。

三 全部露出説の支持者の中には、民法にいう「出生」が全部露出を待たなければならぬことを論拠にするものもいる。

浅田和茂は、「刑法の第二次性・補充性からすると、民法の場合よりも出生の時点を早くする」ことは許されないと³⁷⁾する。民法一条の三は、まだ出生していないヒトは権利義務の主体たりえないと定める。「胎児の権利」というものが観念できない以上、「胎児に対する権利侵害」も認められない。³⁸⁾たしかに、親に対する不法行為は成立するけれど、「親との関係で損害賠償責任を負うから、胎児との関係で刑事責任を負うべきだ」ということにはならない。ゆえに、民法における出生、したがつて全部露出に至らないヒトの生命・身体への攻撃は、墮胎にあたらぬかぎり不可罰だ、と浅田は解するのだから。

これに対する反論はさほど困難ではない。というのも、民法七二一条の出生擬制によって、胎児は損害賠償請求権

を有するからである。したがって、全部露出前の攻撃によって障害を負わされた者は、出生して人になった後で損害賠償を請求できる。たしかに、民法七二一条を「胎児が生きて出生したときに、さかのぼって権利能力を認める」ことを定めたものと解するのか（停止条件説）、それとも、「生きて出生しなかったときに、さかのぼって権利能力がなかったことにする」ということを定めたものと解するのかは（解除条件説）、見解が分かれるところで、判例理論は前説だとされる。けれども、この議論は、胎児の権利能力自体についてというよりかは、胎児に代わって保護者が（胎児の）損害賠償請求権を行使できるかどうかを論じることにあるようなので、⁽³⁹⁾停止条件説を言葉どおりに受けとってよいかは微妙である。

権利能力を有しない胎児の生命の価値は人のそれに劣るとまで主張する者もいる。松宮孝明は、民法上の権利能力の有無は「大きな価値の差」であって、民法学説としての全部露出説が「不合理でない限り」、刑法における殺人と墮胎の区別を全部露出の前後で区切るのは合理的だから、刑法学説としても同説が支持されると述べる。⁽⁴⁰⁾

ただ、権利能力の始期に関する民法学説に理論的な基礎づけがとりたてて存するわけではなさそうである。民法学において全部露出説が通説になったのは、議論の結果というよりも、日常用語例に従った解釈でも支障が生じないため、とくに議論がなかっただけのようなので、「刑法において人の始期を考えるに当たって、民法学説を持ち出してあまり意味はない」⁽⁴¹⁾。

(29) 平野・前掲『諸問題』二六〇～二六一頁。

(30) 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巻』（有斐閣、一九八四）三四二頁は、墮胎罪を胎児の生命に対する危険犯とするのが「現行法の建前」であって、平野説は「立法論の域を出ないものと考える」と述べるけれども、刑法

二二二条以下は胎児の生命について何も言及していないから、所論は決めつけてあろう。

(31) 平野・前掲『諸問題』二六三―二六四頁。これに同調するのは、西田・前掲『各論』二二二頁。

(32) 平野『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七)一五六頁。

(33) 小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(有斐閣、一九八八)一四―一五頁(町野)。同調するものとして、山口「人の保護と胎児の保護」

同「問題探究・刑法各論」(有斐閣、一九九九、初出一九九七)四頁。ただし、山口はその後一部露出説に改説した。

(34) 井田・前掲『各論』一六頁を参照。「出産の過程が危険であるというのなら、むしろすでにその時点で刑法的保護を開始すべき」
だとする。

(35) 最決昭和六三年二月二九日刑集四二巻二号三二四頁。

(36) 町野「最高裁判例における『胎児性致死傷』」同・前掲『生と死』一一四頁(初出一九八八)。

(37) 浅田和茂『刑法各論』(成文堂、二〇一〇)一七頁。

(38) 松原芳博『刑法各論』(成文堂、二〇一六)七頁は、私権の享有主体性に関する民法三条一項が「人」を権利の享有主体という観点から規定した」ものだとし、これと法益の帰属主体性を重ね合わせることが「法秩序の統一の要請」にかなうとして、だから民法学説における通説である全部露出説が支持されると述べる。

(39) 山本敬三『民法総則(第三版)』(有斐閣、二〇一〇)三五―三六頁を参照。

(40) 松宮孝明『刑法各論講義(第五版)』(成文堂、二〇一八)一三頁。また、戸籍法上は全部露出するまでに産児が死亡した場合は死産として扱われており、一部露出説は死んで産まれてきた者も人たりうるといふ不自然な主張を含むとも述べる。さらに、同「現代刑法の理論と実務——各論(第二回)」法学セミナー七七八号(二〇一九)九二頁は、「完全な人工子宮」ができたなら、受精卵の段階から母体外で成育が可能になるけれども、だからといって、受精卵に「権利主体性を認めるといふことにはならないであろう」から、全部露出をもって「人」として扱われるのは、「妊娠満二三週という発育段階に達した」ヒトに限られると述べる。

(41) 塩見・前掲産大法学四〇巻二号二二八頁。

第三款 要保護性による一部露出説の再基礎づけ

一 平野の批判を受けて、学説では、出産過程におけるヒトの生命・身体の保護の必要性による一部露出説の基礎

づけが試みられるようになる。全部露出の段階を待たなくとも、産婦に被害を生じさせることなく産児だけを攻撃できるのならば、一部露出の段階ですでに、ヒトの生命・身体を保護することの必要性は負けず劣らず認められるというのである。

この立場を早くから主張していたのは、大谷實である。彼がいうには、「生命・身体の罪は独立の生命を有する個体の生命・身体を保護するもの」であるところ、ヒトが「母体から独立して直接の侵害の客体になりうる」のは一部露出の時点だとされる。このことが、胎児は独立の生命・身体を有しないということを意味しないのだとすれば、おそらく、「母体からの独立」とは「母体による保護を離れること」をあらわすのだろう。「一部露出後に再び母体内に戻ったときは、胎児として扱うべきである」と大谷が述べるのも、そのことを裏づける。再び母体内に戻れば、母体による保護が復活するからである⁽⁴²⁾。

全部露出説から一部露出説に改説した山口は、要保護性による基礎づけを明確に打ち出している。彼がいうには、全部露出を待たなくとも、産児の生命・身体に「相対的に高い保護価値」が認められるから、「人としての保護を全部露出以前にまで可及的に及ぼすことが正当」なところ、人としての保護は「直接的で容易な侵害可能性が認められ、保護の必要性が高まる一部露出時をその限界とする」⁽⁴³⁾。つまり、「保護価値」と「保護の必要性」は区別されるというのである⁽⁴⁴⁾。

二とところで、このアプローチからも、墮胎概念の拡張が合わせ主張される。というのも、出産過程におけるヒトの生命・身体の保護の必要性を説く以上、出産が開始してから一部露出するまでの産児が何ら保護されないというの
は避けたいところ、その間隙を埋められそうなのは墮胎罪だけだからである。大谷は、全部露出説の短所として、同
説では「人の生命に対する保護が遅きに失するとともに、『胎児』が母体から分離後に死亡した場合、それに対する攻

主撃が一部露出後のものか全部露出後のものを判定することが困難である」と述べる。後段はともかく、前段と同様の批判は一部露出説にもあてはまる。そこで、彼は判例による墮胎の定義を変更し、一部露出前の産児を含む「胎児」を「出生前または出生後に死亡させる」こと、または、「胎児もしくは母体の生命・身体にとつ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」ことが墮胎にあたると述べる⁴⁵。山口も、前述の平野説を支持し、一部露出前の産児を殺害することも墮胎に含まれるとする⁴⁶。

ただし、墮胎概念の拡張によつて捕捉されるのは、産児が一部露出する前にこれを故意に殺害する場合だけである。実務上の利益がありそうなのは、分娩中の妊婦の腹部を攻撃し産児を死なせたけれども、死亡したのが一部露出の前か後かが真偽不明の場合に、殺人罪に代わる処罰の受皿になることくらいであろう⁴⁷。ともかく、出産過程における医療事故は、ふつうは過失によるものだから、墮胎概念を拡張しても捕捉対象外であることには変わりはない。墮胎概念を拡張して「処罰の間隙」をなくすといつても、それは名目上、「処罰規定が存在する」というだけで、それによつて具体的に産児の保護がとくに手厚くなると思われないのである。

三　ところで、要保護性による一部露出説の基礎づけをあきらめたのは、佐伯仁志である。

彼は、人と胎児の刑法的保護の格差を、出生の前後で「攻撃にさらされる危険の程度」が相違するということによつて根拠づけられないものかと問うも、これに否と答える。「犯罪構成要件は、法益侵害の有無・程度だけでなく、保護の必要性の観点からも決定されることがある。例えば、偽計・威力を手段とする程度の妨害なら自力で排除できる権能を付与された、「権力的公務」は業務妨害罪の客体たる業務にあたらないとしても（限定積極説）、権力的公務がそれ自体として価値が低いわけではない。このように、一部露出の前後で危険性に違いが生じるならば、それに至るまでの産児は人にあたらないと解することは理論上許される。けれども、佐伯（仁）がいうには、胎児傷害につき、

母親ではなく、生まれてきた子に対する傷害罪の成立を認めるのは、ヒトの身体が一部露出前でも高度の危険にさらされることをあらわしている。つまり、母体を介した間接的攻撃だからといって危険が低いとはかぎらないのではないか、⁽⁴⁸⁾と。

かくして、一部露出説の論拠は、「法益の観点からする実質的基準」ではなく、「社会通念や明確性(立証の容易性)」に求められるよりほかないという結論に佐伯(仁)は落ち着く。⁽⁴⁹⁾「立証の容易性」に関しては、全部露出説からは、死傷の結果が全部露出後に生じたことの立証が要求されるころ、その成否が微妙な事案は十分に考えられる。けれども、「有罪の立証が容易だから」というのが理由となるのは、一部露出時——または、その前でも——理論的には処罰可能だという前提が存するからにほかならない。したがって、残るは、一部露出説の「相対的」優位性の根拠を社会通念にみいだすことができるかどうかということになる。

しかし、一部露出説にとって「社会通念」はむしろ不都合である。第三回旋の途中で産児が「生まれた」と告げる医師や看護師、または助産師はいないだろう。佐伯(仁)の認識に相違して、一部露出説は社会通念からほど遠いところか、⁽⁵⁰⁾社会通念だけに依拠すれば、あの、産声説という意味での独立呼吸説が支持されることになるかもしれないのである。でも、だからといって、「産児が全部露出するまで待つて攻撃しなければ、殺傷罪は成立しない」と結論してよいかというと、その結論はたしかに受け入れがたく感じられる。もしかすると、佐伯(仁)のいう「社会通念」はこのことを指すのかもしれない。けれども、これは結論であって、「人びとが殺傷罪で処罰すべきだと思うから、処罰すべきだ」というのは、理論の放棄であろう。⁽⁵¹⁾つまり、佐伯(仁)説は、一部露出説こそ理論的基礎づけが必要なことを確認させてくれるのである。

- (42) 大谷『新版刑法講義各論』(第五版)。(成文堂、二〇一九) 九頁。すでに、同・前掲団藤古稀三四二頁。最近の支持者として、林美月子「人の始期」『日高義博先生古稀祝賀論文集中巻』(成文堂、二〇一八) 三〇四頁。
- (43) 山口厚『刑法各論』(第二版)。(有斐閣、二〇一〇) 九頁。
- (44) なお、頭部の一部が露出することを要求するのは、林幹人「刑法各論」(第二版)。(東京大学出版会、二〇〇七) 一一頁。したがって、骨盤位の胎児(いわゆる逆子)は肢体のほぼ全部が露出するまで人でないことになる。頭には「生命体の最重要器官である脳」が入っているから保護価値が高く、したがって、保護の必要性も高いというのである。
- しかし、足だけ出ている産児を直接攻撃して一生歩けなくしても傷害罪は成立しないのに、頭部に擦過傷を負わせた場合は傷害罪が成立するというのは、一見して明らかに均衡を欠く。たしかに、足がなくても生命を維持することは可能だけれど、でもだからといって「足を失っても差し支えない」とは誰も言わないだろう。つまり、「人の身体を保護する」というのは、「生命体」としてのヒトの身体の保護をこえた意味をもつのではないかと思われるのである。そうだとすれば、所論は必然性のない解釈だということになる。
- (45) 大谷・前掲書九頁。すでに、木村龜二『刑法各論』(復刻版、法文社、一九五七、原版一九三八) 三三〇三四頁。大谷は胎児傷害に殺傷罪の成立を認めない立場なので(大谷・同書二八頁)、彼は彼で、「実行行為時に客体が人であるか否か」の証明問題に直面する。所論が全部露出説への決定的批判になるかどうかは意見が分かれるところだと思ふ。
- (46) 山口・前掲『各論』二〇頁。不同意堕胎罪を除き(刑法二二五条二項)、堕胎罪には未遂処罰規定がないことに加え、「胎児傷害を不可罰としている現行法の建前」が、堕胎概念を胎児殺に限定する理由になるという。前段に関して、逆に、原則として堕胎未遂が不可罰であるがゆえ、胎児の生命に対する危険の惹起も堕胎概念に含めるべきだと解するのは、中森・前掲『各論』三六頁。後段に関して、胎児傷害が不可罰だというのは、学説の多数がそう解するだけであって、制定法によって実証されているわけではない。山口による上記理由づけは少なくとも決定的ではないと思ふ。
- (47) 岡上・前掲筑波法政三七号七二頁は、一部露出の時点で産婦の腹部を撃ち、母子ともに殺害した場合を例にあげる。
- (48) 佐伯(仁)「生命の保護」山口ほか『理論刑法学の最新線Ⅱ』(岩波書店、二〇〇六) 一七頁、および、同・前掲法学教室三五五号七九頁。
- (49) 佐伯(仁)・前掲書二七〇一八頁。同・前掲法学教室三五五号八二〇一八三頁も参照。
- (50) 大谷・前掲団藤古稀三四二頁は、「出生というのは胎児が母体から分離したことを指すとするのが常識であるともいえる」と述べる。

(51) 山口「コメント①」同ほか・前掲『最前線Ⅱ』三六頁は、正当にも、「社会通念」は「あくまでも重要な事実を知らされた」人びとのあいだで醸成されたものでなければならぬとして、法的基礎づけとは無関係に、世間の人びとがどう考えているかを基準とすることに反対する。

第二節 独立生存可能性説の登場

一 人の始期をめぐる議論のリフレーミングを試みるのは、伊東研祐である。

彼は従来の議論の出発点、すなわち、「刑法上、出生をもってヒトは胎児から人になる」という基本命題を争う。刑法はヒトに関して、殺人・致死罪においてはその生命過程を、傷害罪においてはその生理的機能を保護するのだから、人と胎児の区別は客体たるヒトの「生物学的・医学的性質」に即して区別されるべきである。さて、出産はヒトが母体から分離される現象であって、したがって、出産によって問題のヒトの生物学的・医学的性質に変更がくわえられないことはない。ゆえに、出産概念を法学的に構成して得られる出生の概念は、問題の客体が殺傷罪という人かそうでないかの区別基準たりえない、というのである。⁽⁵²⁾

客体に内在する基準として、人と胎児の区別基準とされるのは、生命体としてのヒトの成熟度である。

母体内でヒトは一個の細胞から胎児へと発達し、母体外で生存可能になるまで成長する。⁽⁵³⁾ すなわち、まず、新しいヒト生命体は受精卵から始まる。受精卵は細胞分裂しながら「桑実胚」とよばれる細胞塊が、周囲を取り巻く層と中心部に位置する細胞群に分化し、後者が「胎芽」を形成する。桑実胚の内部の細胞間の隙間に液体がたまって腔（胚盤腔）ができるようになってからのそれは「胚盤腔」とよばれる。胚盤腔は子宮内をただよっているうちに子宮内膜

と接触し、「着床」するに至る。妊娠一二週までには、脳と脊髄を除く器官や身体各部の構造が完全に形成される。医学上、妊娠一〇週が経過したヒト生命体は、通例、頭と胴と手足をもち、人間らしい見た目になることから、「胎児」とよばれる。胎児の段階では、すでに形成された器官や構造が成長ないし発達していき、ふつうは妊娠三六〜四〇週めまで母体内で成長する。これより早く母体外に排出される場合は「成育可能限界」、すなわち、新生児医療によって保育器の中での成育が可能かどうかで、流産と早産に分かれる。

伊東は、医学上の胎児も、母体外で「独立して生存可能」な程度まで成熟しているならば、殺傷罪における「人」として扱ってよいと説く。生存可能性は、理論的に母体外で成育可能かどうかではなく、母体外での成育例が報告されているという意味での成育可能限界に重ね合わされる。したがって、「母体保護法の運用上の擬律」として、平成二年の厚生省事務次官通知が妊娠二二週未満を母体保護法二条二号にいう「母体外で生命を継続することのできない時期」としたのが、「当面の」判断基準になる、と⁽⁵⁴⁾。これが「独立生存可能性説」である。

二 独立生存可能性説に対しては、人と胎児の区別そのものがなくなりかねないとの批判が向けられる。これは同説が提唱されてすぐに土本武司によって提起されたけれども、理由が付されていなかったため、伊東は応答しかねたようである。伊東は「独立生存可能性の発生をもって着床後出生前の過程における人間の生命の法価値的区別をなお認め得る、現状においては認めざるを得ない」から、批判はあたらないと述べるにとどまった⁽⁵⁶⁾。

右批判は、独立生存可能性が成育可能限界、したがって、新生児医療の水準によって左右されるという点を衝くものと思われる。伊東のいう独立生存可能性は、胎児が自然の分娩期に先立って母体外に排出されたときに、医師に手のほどこしようにあるかどうかの問題だから、新生児医療が発展し、成育可能限界が前倒しされるのにもない、人の始期も早められる。極端な話、受精卵を人工子宮で成育することが可能になった暁には、受精卵の破壊も殺人にあ

たることになるのではないかと。

これに関連して、佐伯（仁）は、妊娠二二週未満の超未熟児であっても、現在の医療水準の下で一定期間は独立生存可能であつて、生きて生まれてきたからには「人」として扱われるべきだとする。人工妊娠中絶によつて母体外に排出された産児がまだ生きているという場合に、その生命を絶つても殺人にあたらぬという結論は、「人の要件とは別に検討されるべき」だといふのである。⁵⁷⁾しかし、所論は批判になつていない。というのも、伊東は、ここでの人と胎児の区別を「殺人・致死傷罪が適用されるかどうか」の問題として捉えなおしているからである。

とはいえ、客体それ自体の価値の差によつて殺人と（現行制度下における）人工妊娠中絶とのあいだの相違を基礎づけようとする独立生存説の試みが成功しているともいいがたい。伊東は、妊娠二二週以降の胎児殺に殺人罪が成立してよいとしながら、「この感覚の正当性を理論的に根拠付けることが可能であるか否かは甚だ疑問ではある」ことを認める。それでも、「自己の体内に在つて既に子宮壁を手足で突き上げたりする」胎児は、妊婦にとってはもはや「子ども・赤ん坊」に等しいように感じられるはずだ、と。⁵⁸⁾妊婦のそのような感覚を根拠に墮胎を殺人に類比するどころか殺人そのものだとするのは、後述するように、ジェンダー論的な視点からは支持しがたいものがある。⁵⁹⁾

それはともかく、独立生存可能性は、「人か、それとも胎児か」という問いが、殺人、傷害、ならびに過失致死傷「構成要件の問題」として立てられるべきであることを改めて教えてくれる。殺人不法と墮胎不法のあいだの決定的な相違を人と胎児の区別に落とし込むという、本説のアプローチそのものは評価されてよいように思われる。

(52) 伊東研祐『「人」の始期について』法学研究八〇巻二二号（二〇〇七）二四〇頁を参照。同『現代社会と刑法各論（第二版）』（成文堂、二〇〇二）二〇頁は、生命・身体の罪における客体としての人の始期が、「最も基本的な（ある意味で、所謂権利というもの

とは異質な) 法益たる生命・身体が害されない状態の保護を享受する時期」がいつ始まるのかの問題だとする。

(53) 以下、前掲・武谷ほか監修『プリンシプル』六頁以下を参照。

(54) 伊東『現代社会と刑法各論〔第二版〕』(成文堂、二〇〇二)一八〇―一九頁。

(55) 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)三二六頁。

(56) 伊東・前掲『現代社会』一九頁。

(57) 佐伯(仁)・前掲法学教室三五五号八〇頁。

(58) 伊東・前掲『現代社会』二二―二三頁。かくも粗野な議論が展開されるのは、わが国では「現在においても堕胎罪は殆ど適用される事案を見ない」という意味で「規定が事実上無意味」という認識があるためかもしれない。

(59) 次章第二節を参照。

第三節 出産開始説とその課題点

一 出産開始説がわが国で有力に主張されるようになったのは、比較的最近のことである。

その嚆矢を放ったのは、塩見淳である。彼によれば、これまで出産開始説に支持者がいなかったのは、同説が「一部露出説対全部露出説という構図からはじき出された」ためである。けれども、出産開始説に立てば処罰の間隙が生じないこと、実務上の利益として、出産過程における医師や看護師、助産師の過誤を業務上過失致死傷罪で捕捉できることから、同説には「今日、もつと適切な評価と位置づけが与えられてもよいように思われる」⁽⁶¹⁾。

出産中の医療事故を刑事事件とすることが政策的に望ましいということは、少なくとも出産開始説の支持者が考えているほどには⁽⁶²⁾、自明ではない。わが国では産婦人科医の人手不足が深刻化しており、その理由としては、産婦人科医の勤務条件が過酷であること以外に、医療過誤訴訟のリスクが高いこともあげられる。出産開始説を採用すれば、

これらに「失敗すると逮捕されるリスク」まで付け加わることになって、産婦人科医の人手不足に拍車をかけることになりはしないだろうか⁶³。ともかく、メリットとデメリットの秤量がおこなわれていない「刑事政策的理由」に、さほどの説得力があるとも思われない。

ゆえに、塩見の論拠は前段に絞られる。出産開始から一部または全部露出までのあいだの「処罰の間隙」はかねて懸念されてきたことであり、彼は出産開始説という最も簡明な解決を提案した。この点はどうか。

胎児のあいだは墮胎罪によって保護されているのに、出産が始まると一部または全部露出まで刑法的保護がなくなるというのは、一見すると不当であるかのようにみえるけれども、よくよく考えてみれば、少なくとも決定的に不当だというわけではない。所論の前提にあるのは、「墮胎罪は胎児の生命・身体を保護する規定である」という通説だが、まず、この通説自体を争うことが可能である。ここでは争わないとしても、所論は「出生の前後でヒトの生命・身体を等しく扱え」と主張するものではない。さて、刑法はヒトの生命・身体を断片的に保護しており、したがって、墮胎にも、また殺人・傷害・過失致死傷にもあたらなない行為は不可罰なのだと主張することは可能である。ならば、「処罰の間隙」はあってもかまわないことになる。ただ、それでも、かの処罰の間隙に違和感をおぼえるのはどうしてなのだろうか。このことは改めて問われてよいことのように思われる。

二 法律学的意味における人にとって決定的なのは母体からの独立である、ということを出産開始説の論拠とするのは、岡上である。彼女は、胎児殺が墮胎罪として殺人罪よりもはるかに刑が軽いのは、「胎児が母体の中にいる間は、『独立した』存在、あるいは独立した法益主体としては考えられていないということに求められる」として、ならば胎児が母体から「独立」すなわち「分離」するのはどの時点かといえ、それは医学的には『娩出(Ausstossung, delivery)』が基準となる」と述べる。胎児か人かで、着床後のヒトの保護に格差があるのは「独自の法的意味」づけ

であるところ、それは「社会における日常用語や医学的な裏づけ」を必要とする。だから、胎児と人の区別の「基準を医学的に裏付けられた外在的な基準に依拠させる」べきだというのである。⁽⁶⁴⁾

所論は、岡上が自認するように、人と胎児の区別を理論的に基礎づけることを放棄してしまっている。彼女は「母体から独立する」ということを「母体から分離される」と言い換えるけれども、両者が等価であるということの論証がそもそも欠けている。その点を描くとしても、出産が母体からの分離・独立を意味するのは、医学的にはそうだといいのにとどまる。平川宗信のように、母体からの分離・独立を「母体への包摂性」の喪失としての一部露出と言いつ換えることも、⁽⁶⁶⁾言葉の上では可能である。ところが、⁽⁶⁷⁾どうしてそのように言い換えてはいけないのかについて岡上は何も述べていない。

三 他の論者による出産開始説の理由づけも不十分なように思われる。

辰井聡子は、胎児と人のあいだには「無事に世に生まれ出でて社会の一員となったか、なっていないかだけによる区別」しかなく、「胎児として胎内にとどまるか、独立した個体として社会に出てくるかの分岐点は、まさに出産開始時にある」と述べる。それが「最も自然」なのだ。⁽⁶⁸⁾

あたかも出産の開始が胎児の意思的行為であるかのように表現するのは言葉の綾だとして、所論は問いをもって問いに答えたに等しいように思われる。「社会の一員」なる基準は、おそらく、「社会は人によって構成される」という社会学的認識から引き出されているのだろう。そうだとすると、社会学的意味における人を法律学上の概念としての人に重ね合わせるのなぜか。そもそも、「社会の一員である」とはどういうことか。日常用語上、少なくとも産声をあげるまでは「無事に世に生まれ出た」とはいわないのに、なぜ出産開始が「分岐点」になるのか。たしかに、出産過程にあるヒトは日常用語上はもはや胎児ではないけれども、だからといって、それがどうして法律学上「人」であ

ることを意味するのか。これらの問いに彼女は何一つ答えていないのである。

他方、出産の開始をもってヒトが医学的な意味での胎児でなくなるということを理由に出産開始説を支持するのは、井田良である。それによれば、出産の開始というのは、「母体内における発育の完了を示す自然的な徴候にほかならない」のであって、「人としての発育の完了が医学的に明白なものとなった」以上、「人としての刑法的保護を開始すべき」だとされる。ただし、自然の分娩期に先立って、すなわち母体内での発育が完了する前に、帝王切開によって胎児が取り出される場合の人の始期は、子宮が切開された時点だという。これは、出産開始説の部分的放棄を意味するわけではなく、自然による母体内での発育の完了と医師の判断によって母体外での発育に切り替わるのは「法的には同価値」だからだとされる。⁶⁹⁾

所論は理由づけの出発点であっても、終着点ではないだろう。自然分娩によるにせよ、帝王切開によって胎児を取り出すことによるにせよ、それらが医学上「母体内での発育の完了」を意味するのは、そのとおりである。でも、それがどうして法的概念としての胎児と人の区別になるのかについて、井田は何も述べていない。また、自然分娩と帝王切開による分娩は「法的に同価値だ」と彼は述べるけれども、どういう点で同価値なのかも、明らかにされてはいない。

四 以上から、出産開始説はこれまで説得力のある論拠を示せてこなかったということがわかると同時に、出産開始説が取り組むべき課題もまた明らかになった。出産開始の時点で産児が「母体から肉体的に分離する」というのは紛れもない事実である。問題は、そのことがどうして、母体から分離されたヒトの生命・身体を刑法上「人の生命・身体」として手厚く保護することを基礎づけるのかに存する。

解答の手がかりはすでに与えられているように思われる。それは以下の二点である。

第一の手がかりは、「社会は人によって構成される」という辰井の社会学的認識である。法律関係は社会関係の一つなのだから、社会学的意味における人を法律学上の概念としての人に重ね合わせることは、少なくとも間違っていない。けれども、彼女はいわば補助線を引いただけで終ってしまった。上記認識を法律関係に落とし込むことによって、「胎児は権利の帰属主体たりえない」という命題——ここでは「権利主体テーゼ」とよぶことにする——を導くことが試みられなければならないのである。

第二の手がかりは、出産開始が「母体内における発育の完了」を意味するという井田の医学的・生物学的認識である。権利主体テーゼからは、出産の開始をもって母体から分離された存在が「人」として、自らの生命・身体に対して何かしらの「権利」をもつことになる。「人」の生命・身体に対する罪によって保護されるヒトの生命・身体は、右「権利」の客体として、したがって、当該権利が落とし込まれたものとして捉えられる。結論から先に述べれば、出産開始説は権利主体テーゼだけでなく「権利客体テーゼ」、すなわち、「母体から分離されるまで、ヒトの生命・身体は『人の生命・身体』として保護されることはない」という命題からも導かれる。井田の上記認識は権利客体テーゼに関係している。

(60) ただし、旧刑法時代に出産開始説を支持していたものとして、勝本勘三郎の明治三九年度講義録（京都法政大学、製本年不詳）四八二頁。分娩によって胎児が「母体から分離されれば、母体に関わらず独立して攻撃の目的」となりうるからだというのが、支持の理由である。なお、同『刑法析義各論之部・下巻』（明治法律学校出版部講法会、一九〇二）に類似の記述は発見できなかった。

(61) 塩見「演習」法学教室二二三号（一九九四）一一七頁。

(62) 岡上・前掲筑波法政三七号八九頁も同様である。

(63) 辰井聡子「生命の保護」法学教室一八三号（二〇〇四）五二頁は、産婦人科医等が刑事責任に問われるのを避けるために全部露出

説をとるといふのでは、「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」と述べる。自説の裏づけに刑事政策的メリットを援用するというのも理由づけの方法の一つであるけれども、それは「理論的に基礎づける」ということは区別されるので、辰井の批判は失当である。また、全部露出説をとれば、過失の有無が検討されるまでもなく、業務上過失致死傷罪はおよそ成立しえないのだから、客体の問題として取り扱うことにはそれなりのメリットはあるように思われる。

(64) 岡上・前掲筑波法政三七号七九頁。さらに、同論文八八頁は、医学的には、開口陣痛の時点で産児の「先端部分(頭または臀部)が子宮口外部まで達しているものである(さらに骨盤にまで達することもあるという医学上の見解もある)」ので、「母体からの「独立」・「分離」は、開口陣痛の時点ですでに開始しているものと考えることができる」と述べる。

(65) 佐伯(仁)・前掲法学教室三五五号八一頁は、出産開始は胎児が独立を開始したことをあらわすにすぎず、独立そのものではないとするが、岡上は、胎児が母体から分離されるのと法益主体として母体から独立するのとは等価だと解しているので、批判としては的外れではないかと思う。

(66) 平川宗信『刑法各論』(有斐閣、一九九六)三七頁。

(67) 岡上・前掲筑波法政三七号九五頁注四一。

(68) 辰井・前掲法学教室二八三号五二頁。

(69) 井田・前掲『各論』一七頁。すでに、同「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)一二二―一二三頁。

第三章 「生きる権利」の侵害としての殺人不法

第一節 生命倫理学におけるパーソン論

一 「胎児は人でない」ということから妊娠中絶を倫理的に正当化する試みの一つに、「パーソン論」とよばれる見解が存在する。これは、中絶規制の合憲性をめぐって、「生命に対する権利」(right to life)が胎児に帰属するかどう

かを論じるアメリカの倫理学説である。本稿では、その古典的論考たる、マイケル・トゥーリーとメアリ・アン・ウォレンの所説をみることにする。

トゥーリーは、「ひと」(person)とどう言葉を、単に「諸権利」(rights)が帰属するということではなく、とくに「生命に対する重大な権利」の帰属主体という意味で用いる。生命に対する権利が他の権利とは範疇を異にするかもしれないということ、彼は以下の例を用いて説明する。成熟したヒトが、即時に殺害されるか一時間拷問されて解放されるかのどちらか一方の選択を迫られたら、間違いなく後者を選ぶ。ということは、殺害は傷害よりも悪い。ところが、出産直後の子猫を水に沈めて死なせることよりも、子猫を一時間痛めつけることのほうが深刻な不正のように思われる。つまり、子猫には、痛めつけられない権利、これを一般化すれば、自己の欲する物・ことを他者から奪われない権利はある。でも、だからといって、子猫が生命に対する権利をもつということにはならない。⁽⁷⁾

生命に対する権利も「権利」である以上、それは生きるのを欲することに関係づけられるけれども、「生きる」というのは、「自己についての観念」を備えた有機体にしか欲することのできないものだ、とトゥーリーはいう。彼によれば、権利は「経験およびその他の心的状態の主体」に帰属する。子猫も空腹になれば餌を欲するし、苦痛を嫌がりもするのであって、その意味では、権利の帰属主体たりうる。けれども、「生きる」というのは、そのような主体が「存在し続ける」ことであって、それを欲するためには、自己がそのような主体であるとの信念をもたなければならぬ。ゆえに、生命に対する重大な権利をもつこと、したがって、ひとの要件は、「経験の持続的主体としての自己の概念を所有し、かつ、自分がそのような主体であると信じているということ」なのだ、と。⁽⁸⁾

ここからトゥーリーは驚くべき帰結を引き出す。経験の持続的主体としての自己の概念をもち、自分がそのような主体であると信じているといえない有機体が生命に対する権利をもたないのだとすれば、胎児だけでなく、出産直後

の嬰兒を殺害することも殺人ではないということになる、というのである。⁽⁷²⁾

二 トウリーとほぼ同時期に、胎児がひとでないことを理由に妊娠中絶を擁護したのが、ウォレンである。

彼女がいうには、妊娠中絶が道德的に間違っているのだとすれば、それは胎児が道德的共同体の一員だからだということになる。道德とは「道德的共同体」、すなわち、「完全で平等な道德的書権利をもつ存在者の集団」内のルールであるところ、道德的共同体は「人間」(human being) によって構成される。さて、「人間」という言葉には、「遺伝学的」、つまり、生物学的意味におけるヒトと道德的共同体の一員としての人間の二つの意味がある。妊娠中絶反対論者が「罪のない人間を殺すことは間違っている」(大前提) と「胎児は罪のない人間だ」(小前提) から「ゆえに、胎児を殺すことは間違っている」(結論) と、三段論法を用いて推論するとき、大前提と小前提とで「人間」の言葉が、道德的意味から生物学的意味へとすり替えられている、とウォレンはいう。⁽⁷³⁾

ウォレンによれば、道德的共同体の一員たるには、生物学的意味におけるヒトであるだけでは不十分で、「ひとであること」(personhood) の要件を満たす必要がある。彼女はひとの「最も中心的な特徴」として、五つの要素をあげる。その中には、「意識(自分の内外の対象と出来事についての)、特に痛みを感じる能力」や「自発的な活動」のほか、「自己」の概念と自己意識をもつこと」も含まれる。それも、「自分という個体について、あるいは自分が属する種について、あるいはその両方について」自己の概念と自己意識をもたなければならぬ、とウォレンはいう。さらに、「ひと」の特徴には、「推論能力(初めて出会う比較的複雑な課題を解決する発達した能力)」や「何らかの手段で不特定の種類のメッセージをコミュニケーションする能力。すなわち、単に不特定の数の内容もちうるだけでなく、不特定の多数の題材についてコミュニケーションする能力」まで含まれる。⁽⁷⁴⁾

ゆえに、道德的共同体の一員たる「ひと」たりえないから、胎児は道德的権利としての生命に対する権利を有しな

い。ウォレンは、胎児の生きる権利を、それが「ひと」に類似するぶんだけ認めようにも、その重さは取るに足りないものだという。たとえ見た目が私たちにそっくりであろうと、上記ひとの要素を備えていないという点では、胎児の生きる権利は「生まれたてのグッピー」の生きる権利以上のものではなく、「この程度の重さの権利が、妊娠のどの段階であれ、女性の中絶をする権利よりも優先されることはありえない」と、彼女は言っている⁽¹⁶⁾。

三 生命倫理におけるパーソン論は人工妊娠中絶の道徳的正当化をめぐる議論に新たな視点をもたらした。

それまでの議論は、人工妊娠中絶を（攻撃的）緊急避難として捉えてきた。これに対して、ジュディス・トムソンは次の「バイオリニストのたとえ」を使って問題を整理する。知らないうちに自分の身体とさる著名なバイオリニストが背中合わせに結合されていて、医師から次のように告げられる。バイオリニストは重篤な腎臓病に罹患しており、あなたの腎臓を使って血液を透析するよりほかに、彼の生命を維持する手段がなかった。治療に必要なのは九か月で、その後は分離するから、しばらく我慢してほしい、と。あなたはこの状況を受け入れるべきか。つまり、仮に胎児を人であるとして、人工妊娠中絶は、胎児という「他人」が自らの生命を維持するために、妊婦の身体を彼女の意思に反して使用し続けるのを拒否することだと捉えられる⁽¹⁶⁾。

トムソンがいうには、人工妊娠中絶に反対する論者は、妊婦の身体に対する権利と胎児の生命を衡量して、後者の価値が優越することを理由にするけれど、胎児が妊婦の身体を彼女の承諾なしに利用したというのが事の発端なのだから、胎児に妊婦の身体を以後も利用させよという「権利」はない。バイオリニストのたとえでいえば、「あなた自身が自分の腎臓を使う権利を与えたのでない限り、誰であろうとそんな権利などもないからである」。ゆえに、「胎児にも生命はある」というだけでは、懐胎を続けなければならないことの理由にはならない⁽¹⁷⁾。かく解することで、人工妊娠中絶をしてよいかどうかは、胎児の生命の価値との衡量に関係なく、自己の身体を他人に使わせる理由があるか

どうかの問いに帰着する⁽⁷⁸⁾。

ところが、胎児が「妊婦の身体を利用する権利を取得する」のは、「所有者」である妊婦から利用権の設定を受けた場合に限定されない。トムソンもこのことに気づかされていた。妊娠のリスクを認識しながら、それでも自らの意思により性交におよんだところ、避妊に失敗したという場合、妊婦は「未生のひとがそこに存在している責任の一端」を担っているのではないか。トムソンによれば、子供が欲しくない女性にとって妊娠とは、家の窓を開けたら「人間の種子」が入ってきたというようなもので、避妊の失敗は「網戸の一つに穴があいていた」場合にたとえられる。そこから入ってきた種子が根づいて「人間の草」になったからといって、そのまま生やしておくべきだと説く者はいないだろう、と。⁽⁷⁹⁾この例えに納得する人はあまりいないと思う。

パーソン論は、トムソンとはちがうかたちで、妊婦の身体に対する権利と胎児の生命の衡量論から妊娠中絶問題を解放しようとした。胎児はひとでないとするパーソン論に立てば、人工妊娠中絶は、それが胎児の生命剝奪をとまなうものであっても、殺人、すなわち、ひとの「生きる権利」の侵害とは範疇を異にするからである。

四 以上の、トゥーリーやウォレンの所説はなお意義を失っていない。たしかに、古典的パーソン論は現在では支持を失っているところか、トゥーリー自身が改説している。けれども、それは倫理学説としてのパーソン論であろう。彼らの見解は、その成否はともかく、「胎児は生きる権利をもたない」ことを法学的に正当化する試みとして捉えなおせるように思われる。

ここで確認されるのは、人格の概念が、誰かに権利が「帰属する」(attribute) ことに関係づけられているということである。江口聡によれば、わが国での理解と相違して、トゥーリーは、ひとを日常用語にいう「人格者」とか、「パーソナリティ」とかといった、何かしらの内容をともなった概念として用いてはおらず、彼のパーソン論は、「権利を

与えるか否か、ではなく、権利をもっていると主張することが有意義にできるか否かに関する形式的な議論⁸⁾だとされる。

つまり、人間が「人間らしくある」ための不可欠の条件を括りだし、それを「権利」へとしつらえることで、「私は人間である。ゆえに、**の権利を有する」と主張するのが従来の人権論だとして、トウリーはそのような前提に立っていない。「ひと」である」とは、「殺すな」という言葉が、殺される時点で感じる痛み等の不快を欲しないことをこえた意味をもつための条件である。したがって、「痛めつけられない」権利が認められるのに、「殺されない」権利は認められないということがあってもかまわない。「諸々の権利があっても、生命がなければ元も子もないのではないか」という疑問は、それらの権利の帰属主体が、いわば実体として存在するための条件として生命権を捉えており、トウリーとは異なる前提に立っている。

そうだとすると、ウォレンの、「一見するときわめて偏狭な「ひとであること」要件も、一定程度は了解可能である。例えば、犬や猫がいくら可愛いくとも、それらと「人としてなすべきこと」を討議しようとする者はいないだろう。権利を「主張する」ということが、その定義上、推論だとか、他者とのコミュニケーションだとかを含むのだとすれば、その能力がなければ、有意味な権利主張は成立しえない。その意味で、人と同様の「生きる権利」は胎児に帰属しないのである。

(70) マイケル・トウリー「妊娠中絶と新生児殺し」江口聡編・監訳『妊娠中絶の生命倫理』（勁草書房、二〇一）八四～八五頁（神崎宣次訳）。

(71) トウリー・前掲書九〇～九二頁。

- (72) トウリー・前掲書一一二頁。
- (73) メアリ・アン・ウォレン「妊娠中絶の道徳的・法的位置づけ」江口編・監訳・前掲『生命倫理』一二六～一二八頁（鶴田尚美訳）。
- (74) ウォレン・前掲書一二八～一三〇頁。強調部分は、原文では圏点。
- (75) ウォレン・前掲書一三四頁。
- (76) ジュディス・ジャーヴィス・トムソン「妊娠中絶の擁護」江口編・監訳・前掲『生命倫理』一三頁（塚原久美訳）。
- (77) トムソン・前掲書二〇～二二頁。
- (78) 山根純佳「産む産まないは女の権利か」勁草書房、二〇〇四）六五頁は、トムソンの議論の成否が「生きる権利」は、所有権を上回るものではない、という議論の是非にかかっている」と述べるが、正確には、「妊婦の自己の身体に対する所有権は、胎児の生きる権利に先行する、という議論の是非にかかっている」というべきであろう。というのも、トムソンの行論はこの後、「善きサマリヤ人の法」問題、すなわち、女性が懐胎を継続しなければならないのだとすれば、それは「女性である」というだけで自己犠牲による人助けを強制されることをあらわしているのではないかとの問題提起に至るからである。このことが看過されたために、わが国においてトムソンの議論が誤解されてきたと述べるのは、塚原・前掲「リプロダクティヴ・ライツ」二四八～二五一頁。
- (79) トムソン・前掲『生命倫理』二四～二六頁。
- (80) 「編者解説」前掲書二八三頁（江口）。
- (81) 江口「国内の生命倫理学における『パーソン論』の受容」京都女子大学現代社会研究一〇号（二〇〇七）二二二～二二四頁。強調部分は、原文では圏点。

第二節 人と胎児の線引きをめぐる論争

一 わが国の法哲学において、胎児と人の「線引き」に異を唱えたのは井上達夫である。わが国ではナチスが虐殺したユダヤ人の総数をはるかに超える胎児の生命が破壊されている、という衝撃的な書き出しから、彼の論文は始まる。「線引きの根本的思想は生命をそれが現有する能力・資格によって、生きるに値する生命とそうでないものとに分

かつこと」であつて、パーソン論も「この思想をひきすつている」。彼はパーソン論を胎児に「生きる資格」を認めない見解と捉えるのである。さて、「生きるに値しない生命は絶つてもよい」という思想はナチスの支持するところだつた、とも彼は述べる⁽⁸²⁾。井上は線引き論からナチズムを連想するのである⁽⁸³⁾。

さて、井上は、生命を連続的な過程と捉える以上、「胎児の生命は人の生命と等価値である」という推定がはたらくという。何らかの時点を境にヒトが別の実体に変化するわけではないけれど、だからといって、「任意の時点の前後で変わらないということは、すなわち、すべての時点を通じてヒトは不変であるということだ」と推論するのは、一見すると謬論であるかのように見える。トムソンが批判するように、どんぐりが一本の木に育ったからといって、どんぐりがすでに櫂の木だとはいわないのと同様に、受精卵がすでに人だとは誰もいわない。しかし、たとえ受精卵であっても、それが存在しなければ、今・ここにいる私も存在しない。つまり、両者のあいだには「ある種の実在的な同一性連関」が存するのである。それにもかかわらず胎児と人とのあいだの線引きをしようとする者には、そこに「道徳的にレレヴァントな差異が存在することを示す重い举证責任が課される⁽⁸⁴⁾」。

さらに、井上がいうには、「権利のための闘争」は、自己に対して他者が力を行使しようとすることに対して異議となえ、正当化を「要求する」以前に、それを欲すると否とにかかわらず、正当化を「必要とする」存在とのあいだで展開される。「人は自分では願望⁽⁸⁵⁾できない対象も必要⁽⁸⁶⁾とすることがあり、その必要の重大性ゆえに他者がその必要を充足する義務を負うことがある」。トゥーリーは「生きる権利」を主張するためには、「生きる」ことを欲しなければならぬとしたけれども、「必要者が必要物に対して権利をもつということはけつして言葉の誤用ではない」のだ、と⁽⁸⁸⁾。

二 井上の批判が線引き論者の神経を逆なでしたのは想像に難くない。井上に対してフェミニストの立場から激し

く反発したのは、社会学者の加藤秀一である。

彼は、胎児と人の線引きは不可避だとする。それによれば、「線引き」論には、「生命権の主体を決める根拠」を、①生きていることに求めるもの、②「人間」(human being)であることに求めるもの、③「人格」(person)であることに求めるものの三つに大別される。加藤(秀)もパーソン論と井上と同様に捉えたうえで、彼の線引き論批判は③のタイプに対してあてはまるにすぎないという。もつとも、①のタイプの線引き論に対しては、「生きている」という表現はヒトに限らず、「シャーレの中の細胞」も含む、あらゆる生命体について用いることができるので、線引き基準として適切でない。残る②の「人間」とは、「私」という「人称で指し示されるような存在者である以前の(中略)人間という種に属する(個体的存在者)そのものの謂」で、この基準は、問題の生命体が「パーソンであるか否か」を問うことがそもそも有意義かどうかの問いに関わる。胎児も人も「生きている」のだから線引きは不可能だと井上はいうけれど、井上は胎児が人と同様に、生きている「者」であることを論証していない、と加藤(秀)は批判する⁽⁸⁶⁾。

加藤(秀)によれば、胎児が人間であるかどうかの問いに、「妊娠中絶しなかつたとすれば、それは人間(であること)に間違いのない存在者)になったであろう」ということは関係ない。妊娠中絶をしなかつたとすれば実在したであろう「未来の子供」を『われわれ』に回収しようとすることは、途方もない暴力であるようにみえてくる。「なぜなら、「未来とは、想像不可能な何ものか」だからである。「胎児を真に未来を担う存在として考えるなら、彼・彼女らが『われわれ』の想像をあらかじめ越えた(もしかするとわれわれの尺度にとつては邪悪な)存在であることを見取るところから、再び考え始めるべきではないのか」⁽⁸⁷⁾。

この反論は、客観性に乏しい点に目をつぶつてもなお、成功しているとはいいがたい。未来は想像しえないとの加藤(秀)の発言に同意する人はいないだろう。彼がいたかったのは、おそらく次のことではないかと思われる。す

なわち、未来とは、その定義上、ある意味で現実を離れることによって心に思い描かれるものだから、「未来の子供」は今・ここに実在しないどころか、架空の人物であつて、そのような「存在者」によって今・ここに実在する「われわれ」の行動が規制されるわけにはいかない、と。⁽⁸⁸⁾ そうだとしても、井上は、実在する胎児を実在しない「未来の子供」に置き換えよとは主張していないので、議論がかみ合わないのは無理からぬことであつた。

三 井上にとって、胎児に生命権を認め、これと女性の自己決定権が衝突するという図式は、人工妊娠中絶の自由を認めないためではなく、女性が自由を主張するための道德的「対話」の枠組を設定するためのものである。加藤(秀)が、妊娠した女性にとって、胎児は自己の一部であるとともに他なるものであるという、両義的な存在として感得される」と述べるのは正しいにしても、「胎児の生命権の名においてなされる一切の要求の正当性吟味の必要をア・プリオリに排除するために、(中略)『産む性の身体感覚』を持ち出すとしたら、それは批判的対話を封殺する一つの教条的暴力である」。胎児が「他なるもの」かもしれないのであれば、疑わしきは生命を奪われる胎児の利益に、挙証責任は女性の側が負うべきである。逆に、「胎児生命権を絶対化して女性の自己決定権の生殖過程への適用可能性を原理上否定する側にも重い挙証責任」は生じるのであり、しかも、井上はそれを「遂行不能と考える」。要するに、「この立場も挙証責任を共有して対話を続けること」こそが⁽⁹⁰⁾必要なのだ、と。

これに対する加藤(秀)の反論は、攻撃的な筆致ながら、実質的には釈明である。彼は自説が「胎児の生命保護と女性の自己決定権との相剋が存在しないと主張」するものではないと述べる。線引きによって否定されるのは、胎児が生命に対する権利の主体としての「人間」であることであつて、「(初期)胎児をも潜在的な(potential)『人間』」であることは自説の認めるところである。そのかぎりて妊娠中絶の道德問題は生じる、と。⁽⁹¹⁾

しかし、井上にとって胎児の生命権は、「生命を絶たれる胎児は、その(道德的)正当化を必要とする」ということ

を意味しているのだから、加藤(秀)との相違点は、それを権利とよぶか否かでしかない。ゆえに、「初期胎児の前生命権の保護利益なるものがいかなる倫理的ウェイトないし規範的效果をもつのか」という点では自説との隔たりはそれほど大きくないのではないかと、と井上は応答した。⁹²この冷静な受け止めは加藤(秀)を失望させたようである。生命倫理学はもともと自分にとっては「他人の土俵」で、いまはそこを「ひとまず降りるべき時が来た」との、言い訳も捨て台詞ともつかない言葉を残して、彼は井上との論争を打ち切った。⁹³

江原由美子によれば、井上のごとく、妊婦の「自己」決定権と妊婦にとつての「他者」である胎児の生命権という、自他の権利の衝突として妊娠中絶の問題を捉えるのは、胎児が自己でもなければ他者でもない存在であるという「女性の経験」を無視した、男性中心的な議論枠組に法学や法哲学がとらわれており、「もし女性の経験を法学や法哲学に反映させるとするならば、全く別の概念が必要になるのかもしれない」⁹⁴。山根純佳も同様の図式で捉える。いわく、加藤(秀)は「フェミニズムの言語に対するリベラリズムの言語の圧倒的な優位」のなかで勝ち目のない論争をしたのだ。⁹⁵

四 それでも、線引きをめぐる議論は、法哲学者として井上が向き合う必要のあった重要な法的論点を含んでいるように思われる。加藤(秀)が人と胎児の線引きにこだわるのは、そうしなければ妊娠中絶が殺人に等しいことになると考えたからだろう。彼は「全く直観的な問題提起」として、「倫理的に正当化が可能な殺人」の存在を争う。たとえそれが自己の生命を保全するためにやむをえずしたことであっても、「殺人を犯してはならない」という倫理的命題は、責任や権利といった概念の遙か以前に位置するもの⁹⁶だといっているのである。

妊娠中絶を選択せざるをえない女性を追い詰めてきたのは、「墮胎を殺人に類比する」という思考であって、線引き論はこれを打破する一つの試みだといえる。江原や山根のいうように、自己と他者とのあいだの関係を権利・義務の

関係として捉えることがそれ自体として「ジェンダー論的」批判の対象となるかどうかはともかく、「墮胎理由の吟味なしに墮胎の可否が決定されてしまう」から、線引き論は「人間の道徳生活の複雑性と多義性（中略）排除する」ものだという井上の認識には、「なぜ線を引こうとするのか」への理解が不足しているように思えてならない。加藤（秀）の批判の本質点はそこにあるのではなからうか。女性は悩みたくないから線引きをするのではない。緊急避難的に人を殺すのと同様のかたちでは悩みたくないからそうするのである。⁽⁹⁸⁾

ゆえに、井上は胎児にも生命権があるということだけでなく、胎児に生命権を承認したからといって墮胎を殺人に類比することにはならないということも、あわせて論証すべきであったように思う。逆にいえば、加藤（秀）は、前者の論証を反駁すべく、「他人の土俵」でもどかく論陣を張って途中で投げ出すのではなく、自分の土俵である社会的視角から、妊娠中絶をめぐる「道徳的対話」に埋め込まれた女性への抑圧の構造を明らかにすることで、後者の論証の要求を井上に突きつけるべきだったのである。

(82) 井上達夫「人間・生命・倫理」江原由美子編『生殖技術とジェンダー』（勁草書房、一九九六、初出一九八七）四、九頁。

(83) ナチスによる安楽死の促進は戦時体制下における医師・看護師や医薬品といった人的・物的資源の分配にも関係しており（口実だったとするのは、南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、一九九八、初出一九九四）三四五頁。その根拠とされるのは、安楽死政策（いわゆるT4作戦）の計画立案者の一人であったカール・ブランドの被告人供述だが、引用部分は事実というより、トラーの真意についての推測の陳述である）、不治の病者が「ドイツ人」としての扱いを否定されたわけではない。つまり、彼らは、民族の存続のために果たすべき「ドイツ人の義務」として、自己犠牲を一方的に強いられたのであって、安楽死政策にホロコーストを重ね合わせるのには失当であらう。また、井上「胎児・女性・リベラリズム」江原編・前掲書一〇一頁は、後述の加藤秀一との論争において、「ナチはユダヤ人をガス室で殺戮しただけでなく、その死体から脂肪を抽出して石鹸を製造し、その皮膚を剥いで皮革製品を生産した」ことを根拠に、ナチスはユダヤ人をそもそも人間でないと考えており、しかも、その思想は「単なる観念としてでは

なく身体的感覚として定着していた」と述べる。しかし、「人間石鹼」等は風説の域を出ないようだから、所論は前提を失っている。これらの点を考慮すれば、井上がナチスを引き合いに出したのはあまりにも不用意だったといわざるをえない。

(84) 井上・前掲「倫理」江原編『ジェンダー』一二〇～一五頁。

(85) 井上・前掲書一七〇頁。傍点は原文に従う。

(86) 加藤秀一「女性の自己決定権の擁護」江原編・前掲書（初出一九九二）五六～六〇頁。

(87) 加藤（秀）・前掲書六三～六六頁。

(88) 加藤（秀）・前掲書六三～六四頁に、恋人と結婚するかどうか迷っている主人公が一人の少年と出会ったが、その少年は実は、もしも彼女が恋人と結婚していたら生まれていただろう「未来の子供」であり、結局主人公は結婚しないことにしたため、少年は消えてしまふという筋書きのテレビドラマに加藤（秀）がおぼえた「ある種の感動」は、胎児を「潜在的な人間」であるかのように感じ・考えることと通底する旨の叙述がある。他方で、そのような感情は「水子供養という卑劣な商売」に利用されるとも述べる。戦後の水子供養の流行については、塚原「中絶技術とリプロダクティヴ・ライツ」（勁草書房、二〇一四）八五頁以下を参照。死亡した胎児（に限らず、乳幼児）を供養する水子（すいじ）供養そのものは江戸時代からあったが、一九七〇年代以降、妊娠中絶を罪悪視するキャンペーンが保守派によって展開されるなか、その後のオカルトブームに乗って、「水子に崇られないために」という理由で水子供養をする人が続出した。これを一種の霊感商法化とみれば、「卑劣」と非難したくなる気持ちはわからなくもない。けれども、水子供養そのものが悪習というわけではないだろう。加藤（秀）の見かたはやや一面的なように思われる。

(89) 加藤（秀）・前掲「擁護」江原編『ジェンダー』五四頁。

(90) 井上・前掲「リベラリズム」江原編『ジェンダー』一〇二～一〇四頁。

(91) 加藤（秀）「『女性の自己決定権の擁護』再論」一三八～一三九頁。

(92) 井上・前掲「リベラリズム」江原編『ジェンダー』一一三～一一四頁。

(93) 加藤（秀）・前掲「擁護」江原編『ジェンダー』一五九頁。

(94) 江原「生命・生殖技術・自己決定権」江原編・前掲『ジェンダー』三三八～三三九頁。

(95) 山根・前掲「女の権利か」四四～四五頁。

(96) 加藤（秀）・前掲「再論」江原編『ジェンダー』一四九～一五一頁。もともと、アウシユビッツ収容所から脱出するためにやむをえず看守を殺害したとして、「私は良心の呵責に類するものを一片たりとも感じないだろう」とも述べる。さりとて、「それが『道徳的』に非難を受けるべきことであるという可能性を私は認めるし、そのような責めに対して、何か有効な反論ができるとは考えられ

ない」と彼はいう。

(97) 井上・前掲「リベラリズム」江原編「ジェンダー」九八頁。

(98) 塚原・前掲「リプロダクティヴ・ライツ」二三六―二三九頁を参照。人工妊娠中絶は「子殺し」と同義だとする固定観念は、わが国では、一九七〇年代のウーマン・リブ運動の立役者の一人であった田中美津の当時の言説にさえもうかがえると述べる。田中(美)の意図がそのような立場へと女性を追いやる社会への強烈な問題提起にあり、そのこと自体は評価に値するにしても、「あたしは殺人者としての己を、己自身に意識させたい」等と述べたことは、「中絶を無事に終えられた喜びや正しい選択だったという確信や、中絶の選択が自らの人生に及ぼしたポジティブな結果について表明することが抑制され、女性同士で体験を共有することさえも妨げられる」結果をもたらしかねないものだった、と。

第三節 「生きる」とはどういうことか

第一款 生命過程の排他性としての「生命に対する権利」

一 ところで、「生きる」という言葉が人格の概念と結びつかなければならぬかといえは、そうとはかぎらない。*live* という英単語は、「人生」とか「生」というように、その人の過去と現在、そして未来を一まとまりのものとして語るときだけでなく、「生き物」とか「生命」という意味でも用いられる。人間に限らず、生きている動物の組織のみ生じる反応という意味の「生活反応」は、*life reaction* の訳語である。つまり、「生きる」には「生命を維持する」という意味も存する。生命を維持するのに「自己」の観念は必要ないだろう。

憲法上の権利としての「生命に対する権利」もまた、それが人格として「生きる権利」なのかは改めて問われてよいことなのかもしれない。生命に対する権利はアメリカ独立宣言第二節の、「万人」(*all men*) が「その創造主によって、生命、自由、および幸福の追求を含む、一定の譲渡不可能な権利を与えられている」という文言にさかのぼる。

独立宣言の中心的起草者であるジェファースンはロックの政治哲学に大なり小なり影響をうけており、事実、『統治二論』(一六九〇年)にもよく似た表現が出てくる。⁽⁹⁹⁾

この点、たしかに、ロックは「人格」(person)を「思考する、知的な存在者」と解していた。人間は、過去の経験を記憶というかたちで保有し、時間と場所を異にする経験をいま・ここで再び経験することによって、あの時、あの場所における存在者がいま・ここにいる存在者と同一の人格であることを悟る。「自己」という概念はその所産なのである(記憶説)。この点では、トゥーリーのパーソン論はロックの人格論と相似する。ただし、ロックの人格論において、人格に行為とその功績が「帰属する」(appropriate)とは、他者に対して何らかの主張をするということではなく、自分だけのものにする⁽¹⁰⁰⁾こと、すなわち、人格による排他的支配を意味する。ロックは、身体を離れて存立する「精神が身体を支配する」という心身二分論に立っていたようである。⁽¹⁰¹⁾

ところが、ロックは「人身」という意味でも person の語を用いている。「万人は自らの person に所有権 (property) をもつ」という『統治二論』におけるテーゼがそれである。

このテーゼを「人格所有権」の構想と解するのは、一ノ瀬正樹である。彼によれば、ロックは、人間が「思考する、知的な存在者」としての人格は所有できて、生命や(生物学的な意味での)身体は所有権の対象となりえず、したがって、それを誰かに譲渡するのも論理的に不可能である。ゆえに、何人も生命や身体を奪われることはない、ということ⁽¹⁰²⁾を説いたとされる。

これに対して、下川潔は、一ノ瀬の解釈がテキストに忠実ではないとする。たしかに、ロックのいう「人格」は身体を離れても存立しうるから、人格が現在の身体を失った後に別の身体を得ることで、人間は死後に復活できるとされる。けれども、『統治二論』における person は「死後の復活を前提としないような、これとは別の法学的伝統に由

来する」。それは「物」(thing)の対義語で、人間の生命だとか、身体だとか、自由だとかがこれにあたる。personのこの用法は、今日、「人身の自由」が personal freedom と表記されることにあらわれている、というのである。⁽¹⁰⁾

二 この点に関して想起されるのは、公権力または私人による不当な身柄拘束からの解放を裁判所が命じる、イギリスのヘビース・コーパス制度である。一六八二年にシャフツベリ伯が失脚したため、彼の庇護下にあったロックも一時オランダに亡命していたが、一六八八年の名誉革命の後に帰国し、一七〇四年に死去するまで執筆活動にいそしんだ。さて、ヘビース・コーパス法が制定されたのは一六七九年であり、ジェームズ二世の時代という空白期間をはさんで、一六八八年に同法を強化すべく改正案が議会に提出された。また、シャフツベリが、反カトリック闘争のさなかの一六七七年、議会侮辱を理由に議会によってロンドン塔に拘禁されたので、王座裁判所にヘビース・コーパスを申請したけれど却下された、ということもあった。⁽¹¹⁾

ロックが生きた一七世紀、ヘビース・コーパスは人身保護令状としての機能をはたすようになっていた。ヘビース・コーパスはもともと身柄提出令状である。国王が裁判権を有し(裁判大権)、「星室庁」とよばれる国王直属の裁判所が存在した時代には、コモン・ロー裁判所だけでなく、同裁判所に拘束中の者の身柄を星室庁に移し、同庁が裁判をやり直すためにも、ヘビース・コーパスは発せられた。裁判大権はチャールズ一世の専制において濫用されたため、いわゆる「長期議會」で星室庁は一六四一年に廃止された。これにともない、ヘビース・コーパスを発するのはコモン・ロー裁判官と大法官だけになり、⁽¹²⁾清教徒革命から一六六〇年の王政復古を経てそれは変わらなかつた。刑事事件を理由に拘禁された場合に限定されてはいるものの、一六七九年法は、ヘビース・コーパスが「裁判所間の裁判権争いの手段」から脱皮して、「完全に人身保護令状的な機能を具備するように」なっていく中で、「立法的改革の総決算」だとされる。⁽¹³⁾

ヘビアス・コーパス法は、一八世紀には、「イギリス人にとつての第二のマグナ・カルタ」とまで讃えられるようになる。ブラックストンは、人身の自由を生命・身体の安全の保障と財産権とともに「絶対権」に位置づける。彼によれば、人間はそれらの権利を、人間が共同体を形成する以前の、「自然的な自由」として、自然法に反しないかぎりにおいて享有しており、共同体は、公共の利益を損なわない限度で、それら「特権」を共同体成員に認めさせたのだとされる。⁽¹⁰⁾ マグナ・カルタ（一二一五年）は、もともと諸侯らが権力闘争のすえイングランド王ジョンに認めさせた勅許状だったが、ヘビアス・コーパス法もこれと同様に、王権が立ち入ることができない、いわば聖域としての「人身の自由」を実証するのだというわけである。

三 以上のことから見えてくるのは、「生命に対する権利」もまた、生命体としての人間の生命過程の排他性、換言すれば、「生命を奪われない権利」として捉えられるのではないかということである。ロックは「プロパティ」の不可侵の根拠を神の人類所有権に求める。人間は、神という「造物主の作品であり、(中略)神の業のためにこの世に送りこまれた存在である以上、神の所有物」だというのである。この神学的前提から導き出されるのが、各人が自分自身を保存すべきこと、ならびに、「自分自身の安全が脅かされない限り、できるだけ人類の他の人々をも保存すべき」との責務である。⁽¹¹⁾ 下川はこれを「各人が『人間の尊厳』をもって生きる」ことだと言い換える。そこには「死ぬ自由」、すなわち、「生死を選択する」余地が存しないことは明らかである。もつとも、だからといって自殺の自由が否定されるとはかぎらない。さしあたって言えるのは、それが「生命に対する権利」の保障するところではないということにとどまる。⁽¹²⁾

右の意味での生命権は、胎児にも認められなければならない。一定の種として存在することが生命権を基礎づけるのであり、この意味での生命権が出生後のヒトに認められることに誰も疑いを挟まないのだったら、それは出生前の

ヒトたる胎児に対しても認められてしかるべきだというわけである。これに対して、ウォレンが例にあげるグッピーには、この意味での生命権さえ認められていないのかもしれない。グッピーを殺しても動物傷害罪（刑法二六一一条）が成立しうるにとどまるのは、グッピーが物として扱われることをあらわす。つまり、生命権とは物扱いされないこと、すなわち、尊厳をもって扱われる権利ではないかと思われる。逆に、尊厳をもって扱われるべき存在がヒトに限定されないのだとすれば、ヒト以外の種に属する生命体もまた、「生命権」を享有しうることになる。

四 ひるがえって、殺人不法を生命権の侵害ではなく、生命権とは異なる「生きる権利」の侵害にみいだせるのならば、「胎児の生命権」を否定しなくても墮胎と殺人を区別することは可能である。かく解するならば、井上に対して加藤（秀）が向けた、胎児を「未来の子供」に置き換えることが「途方もない暴力」だとする、あの批判も了解しえなくもない。ヒトという種に属するという点で胎児と子供が同一だから、前者も後者も同様に「生きる権利」があるとするのは、論理の飛躍ではないかというわけである。ひるがえって、パーソン論を含む従来の線引き論の問題性は、「胎児に生命権はない」ということまで主張したことに存する。線引き論をめぐる二人の論争がかみ合わなかったのは、リベリズムの言説とフェミニズムの言説のあいだの埋めがたい溝のゆえではなく、ただ単に、どういう意味で「生きる」という言葉を用いるかについての取り決めをしないで議論したからだろう。

(99) 青柳幸一「憲法学における『生命に対する権利』同『憲法における人間の尊厳』（尚学社、二〇〇九、初出二〇〇六）一四九―五一頁を参照。独立宣言は、ロックが「生命、自由および財産」と述べていたところ、「財産」(estate)を「幸福の追求」に変更しただけでも、青柳によれば、そこにジェファソンとロックのあいだの思想の断絶は認められないとのことである。この点については、さらに、団上智也「アメリカ独立宣言における『幸福追求』の意味」法政治研究四号（二〇一八）一四一頁を参照。ロック、ジェファソンとも、「幸福を追求する」ということが財産を維持し殖やすことに尽きるとは考えていなかったようである。そうだと

すれば、ロックが幸福追求を「生命、自由および財産」についてのものとしての「権利」に結びつかなかったのに対して、ジェファソンがそれをも「権利」という言葉で語ろうとしたことは、相應の意味をもつのではないかと思われる。

(100) 下川潔「プロパティの概念」『ジョン・ロックの自由主義政治哲学』(名古屋大学出版会、二〇〇〇、初出一九九二)七四〇〜七五頁。この点で、ロックのいうプロパティを「所有権」と訳すのはミス・リーディングなかもしれない。加藤節訳『完訳統治一論』(岩波書店、岩波文庫版、二〇一〇)では「固有権」という訳語があげられている。

(101) 異見として、一ノ瀬正樹「人格知識論の生成」(東京大学出版会、一九九七)九三頁。身体には生物学的な意味におけるのととはちがった、「道徳的な意味での身体」があり、これが人格の同一性を支えているとして、人格が完全に身体から切り離されて存立するわけではないとする。これに対する批判として、下川・前掲書九五〜九六頁(初出一九九六)。「人間知性論」においてロックは「パーソン」がいかなる身体を離れても存在するという強い主張こそ出していないが、やはり「パーソン」が現世の身体から遊離する可能性を前提」としており、一ノ瀬のいうように「所有権」の客体となりうるような身体性を「人間知性論」における person に読み込むことはできないと述べる。

(102) 一ノ瀬「死刑不可能論」同『死の所有』(東京大学出版会、二〇一一、初出二〇〇一)三五〜三六頁。

(103) 下川「人格知識論」とジョン・ロックの哲学」中部大学人文学部研究論集二号(一九九九)一四三〜一四四頁。

(104) 王政復古後のカトリック教徒排斥をめぐる政治闘争のこと。チャールズ二世の弟で、後のジェームズ二世であるヨーク公がカトリックへの帰依を公言したため、シャフツベリら、「ホイッグ」(謀反人)と政敵に呼称された人たちがヨーク公から王位継承権を剝奪し、チャールズ二世の庶子であるモンマス公に王位を継承させようとするに至って、争いは頂点に達した。この政治闘争は、ホイッグによる国王および王弟暗殺計画が発覚したとされるライハウス陰謀事件(一九八三年)で、ホイッグの壊滅的敗北に終わった。

(105) 堀部政男「イギリスにおけるヘイビアス・コーパスの歴史の展開」一橋大学研究年報・人文科学研究一〇号(一九六八)一三五頁。

(106) 大法官は、もともと国璽の管理を司る役職だったが、コモン・ローのもとで死活問題に直面した者による国王への請願を受理し、「衡平(エクイティ)」の名の下で救済をおこなうようにもなった。大法官に属する裁判所が大法官府裁判所で、これはエクイティ裁判所と別称される。エクイティ裁判所は、一八七五年にコモン・ロー裁判所に統合された。

(107) 堀部「人身の自由の手続法的保障」東京大学社会科学研究所編『基本的人権4』(東京大学出版会、一九六八)一七一頁。一六七九年法の詳細については、同論文一五八頁以下を参照。

(108) ブラックストンの「絶対権」論については、内田力蔵「イギリス法における『個人的自由の権利』について」前掲『基本的人権4』五六頁以下を参照。

(109) 前掲・加藤(節)訳『統治二論』後編第六節。

(110) ヨーロッパ人権条約二条一項は、前段において、「生命に対する権利」(right to life)が保障されること、後段において、死刑の執行による場合を除き「何人も、故意にその生命を奪われない」ことを定める。生命に対する権利が死ぬ権利を含むかどうかが争点の一つとなったヨーロッパ人権裁判所判例が、*Pretty v. the United Kingdom*, ECtHR, Judgment of 29. Apr. 2002, App. No. 2346/02である。本件では、運動ニューロン疾患の末期症状に苦しむイギリス在住の女性が、自殺しようにも夫の手を借りなければこれを遂げられないところ、回国では自殺幫助を処罰する一九六一年自殺法二条一項が存在するため、同女のような者は自殺を断念しなければならぬというところが、ヨーロッパ人権条約に違反するかどうかが問題となった。同条約二条一項に関して、ヨーロッパ人権裁判所は次のように判示している。生命に対する権利は「生活」(life)の質に関する問題、または、任意の人がまたは彼女の生活に関して何を選擇するかに関知しない」のであり、条約二条は、言葉を枉げることなしには、正反対の権利、すなわち死の権利を授与するものとこれを解釈することはできない」と。戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅰ』(信山社、二〇〇八)一九九頁以下(甲斐克則)を参照。

第二款 自らの人生を「生きる権利」

一 線引き論に従い、出生後の人と胎児の区別を「人格である」かどうかを求めるとして、では、ロックやトウリーのいうように、記憶を呼びおこして任意のものごとを経験している者と今・ここで何かを経験している者とを頭の中で一つに統合するための受け皿としての、「自己」の概念をもっていない者は人格たりえないのだろうか。しかし、それでは新生児までも人格でなくなってしまうということは、トウリーが認めたとおりである。そこで、「人格である」とはどういうことを改めて考える必要がある。以下のミヒヤエル・クヴァンテの議論が、考察の手がかりをあたえてくれる。

彼はデレク・パーフィットによる次の思考実験を取り上げる。私の脳を二分して、私と容姿がそっくりの別人の脳に移植したところ、まったく同一の記憶をもつ、私とそっくりの人間が出来上がったとして、「私」は存続するのか、

というのがそれである。現在の人物と未来の人物とのあいだに、パーフィットが「R関係」とよぶ、「正しい種類の原因を持った心理的連続性および／あるいは心理的継続性」が認められるとしても、この関係が「現在の一人の人物と未来のただ一人の人物との間で成立する」ことは、二人の「私」がそれぞれ別の人格として「生存する」のにとつて重要ではない、とパーフィットは述べる。¹⁰⁾

クヴァンテによれば、人間が人格として生存するのに、今の私が存在し続けることで、それとして将来そこにいる（「〜としての同一化」）必要はなく、将来そこにいる任意の存在者と同一であれば足りる（「〜との同一化」）。パーフィットの思考実験は、過去・現在・未来にそこにいる任意の存在者を一人の「私」としてまとめあげるときに、たとえある時点で二人の「私」が同時に存在していても差し支えないということを示唆している。つまり、自己の同一性は、実体レベルではなく「予期と記憶における評価的自己関係への問い」として捉えられるのである。¹¹⁾

新生児は、自己意識をもっていないという点で成人とはまったく別ものであって、その意味での「人格」ではないにもかかわらず、大人になってからそれを「生まれて間もない時の私」と同定することに疑問がもたれることはない。新生児は将来の「私」と同一であることをもって、過去の「私」なのであって、それ自体として将来の「私」と同一の実体をそなえている必要はないのである。

二 ともかく、「人格性」(Personality)とは区別されたものとしての、「パーソナリティ」(Persönlichkeit)の概念が導き出される。クヴァンテは次のように述べる。

「〜との同一化」が能動的であると言われる意味は、解釈を通して（自己同一性という意味での——引用者注）一貫性を生み出すということには止まらない。人格についてのわれわれの理解には、単に人生を過ごすというだ

けでなく、自分自身の評価的態度に照らして人生を形作ることも属している。意欲や行為がそうであるように、われわれは、将来における自分の状態との同一化を、よき人生および成功した人生についての自分のイメージに沿って将来における自分の状態に影響を及ぼし、形成しようとする試みとして理解している。われわれは、時間的に伸び広がった存在としてパーソナリティを発達させ、自分がそうありたいと思っている人物像や、達成したいと思っている目標の表明である様々な計画を実現しようとする。パーソナリティには常に、こうした様々な意味で、われわれに到来した出来事の単に受動的な寄せ集め以上のものが含まれている⁽¹¹⁾。

ここで、クヴァンテは、ハリー・フランクファートの「階層説」とよばれる見解を参照する。それによれば、人間を他の生物から区別するとき用いられる「人格」の概念は「二階の欲求」の形成に関係づけられる。ヒト以外の動物も、単に何かを欲したり、行動の動機にしたりすることはできるところか、目的を達成するために合理的な手段を選択するものさえ存在する。さて、二階の欲求とは、何かを欲求することを欲するをいう。この点、例えば、麻薬中毒者の心理療法上、患者と同様の心理状態になる必要を感じている医者が、「自分も麻薬を欲したい」と思いつながら、同時に、右欲求を実行に移したくはないとも思っているというのは、矛盾ではない。このように、単に二階の欲求をしているだけというものもあれば、一階の欲求が自己の行為の動機になることまで二階で欲していることもある。そのような場合を「二階の意欲」とよぶ。この二階の意欲をもたない者は、たとえ人間であっても人格ではない。「ウォントン」と名づけられるこのカテゴリーには、乳幼児も含まれる⁽¹²⁾。

では、一階の欲求を欲する二階の欲求にはそれを欲する三階の欲求、一階の欲求を欲する二階の欲求を欲する三階の欲求にはそれを欲する四階の欲求と、欲求の階層は無限後退に陥るのではないか。フランクファートは、「ある人格

が自分の持っている一階の諸欲求のどれか一つと決定的に自分を同化するときには、このコミットメントは、可能性としては無限に続くうる高階の欲求列を貫いて『共鳴』¹⁵⁾しているから、懸念には及ばないと述べる。クヴァンテが注目するのは、この部分のようである。

クヴァンテによれば、フランクファートのいう人格としての生存は、単に、その時々現在の現在においてかくある自分に二階の欲求レベルでコミットするだけでは十分でなく、通時的な「自伝的一貫性」をもたなければならぬ。例えば、何者かに記憶を操作されて、それまでとはまったく別の生活をするようになった人が、ほんとうの意味で自分の人生を生きているとは誰も言わないだろう。「人格の自伝的一貫性には、その決定的な要素として、予期された自己像と実現された自己像との一致が含まれている。この場合、後者の自己像は、人格による統一作業の成果、自分のイメージに沿って自己の人生を形成しようとする人格の努力の成果として理解することができる。それだけでなく、「人間は社会化を欠いては、人格性および人格の自律のために必要な属性と能力を獲得することはできない」¹⁶⁾から、「あらゆる社会的影響の仕方が人格の自律と矛盾するということとはあり得ない」。

三 以上のクヴァンテの所説によれば、「人格として生きる」とは、「よき人生および成功した人生についての自分のイメージに沿って将来における自分の状態に影響を及ぼし、形成しようとする」ということを意味する。それは、心肺機能によって生命を維持することに切り詰められてはならない。人は生命体としてだけでなく人生の形成主体としても尊重されなければならないのである。¹⁷⁾

このように「生きる」という言葉を再定義すれば、人格が「私は何者か」という「評価的自己関係への問い」を立てることと、その問いが立てられる対象としての人生とのあいだには階層差があることになる。トゥーリーのパーソン論は、「生きる」という言葉から人と胎児の線引きをする点で画期的な見解であったけれども、この階層差を見落と

していたために、「胎児と同様、新生児もまた『生きている』とはいえない」と結論せざるをえなくなった。けれども、自己意識は現実に自己言及できるかどうかの問題であって、自己言及の対象としての「自己」は、それとは切り離して捉えることができる。

したがって、今は自己言及ができなくとも「自己」は、すなわち人生はすでに始まっている。また、大脳機能を喪失し自己言及ができなくなった後も、人生は生命過程が終結するまで存続する。現段階では自己意識をもたない新生児や乳幼児、さらには、無脳症で生まれてきた者でさえも、かけがえのない人生を生活しているということが承認されなければならない。その意味で(も)、あらゆる人は等しく人格として尊重されるのである。この結論は動かされることがあつてはならない。

- (III) デレク・パーフィット(森村進訳)『理由と人格』(勁草書房、一九九八)三六一―三六三頁。
- (II2) ミヒヤエル・クヴァンテ(後藤弘志訳)『人格』(知泉書館、二〇一三)一九九―二〇〇頁。
- (II3) クヴァンテ・前掲書二二〇頁。
- (II4) ハリー・G・フランクファート「意志の自由と人格という概念」門脇俊介・野矢茂樹編・監修『自由と行為の哲学』(春秋社、二〇一〇)一〇五―一〇九頁(近藤智彦訳)。
- (II5) フランクファート・前掲書一七―一八頁。強調は原文に従う。
- (II6) クヴァンテ・前掲『人格』二四四―二四六頁。
- (II7) 人間が人格として生きるために作り出したものが、「法律関係」である。その古典的な形式として、いわゆる「ホーフエルト図式」があげられる。これについては、亀本洋『法哲学』(成文堂、二〇一〇)二二〇頁以下を参照。ホーフエルトは、権利と義務が互いに相関項、すなわち、「甲が乙に対して権利をもつ」という命題は「乙は甲に対して義務を負う」という命題と同値であるとする公理を立て、「自由(liberty)」とは、甲が乙に対してそれをする権利をもつのではなく、「特権(privilege)、すなわち、権利義務関係が存在しないこと、したがって、甲がそれをしない義務を負わないことをあらわすだとか、権利義務関係を変化させることもメタレ

ベルでは権利義務関係であるとして、「甲は乙に対して権能 (power) をもつ」という命題と同値の命題として「乙は甲に対して責任 (liability) を負う」が定立される、等を説いた。

ホーフェルド図式には、誰かが誰かに対して求め訴えるという意味の「クレイム」(claim) が埋め込まれている。ジョエル・フアインバーグによるクレイム概念の理解については、「権利の本質と価値」嶋津格・飯田亘之編・監訳『倫理学と法学の架橋』(東信堂、二〇一八) 二一三頁以下(嶋津訳)を参照。亀本「claim について」法律論叢九〇巻二・三三三号(二〇一七)一八六頁は、個人がクレイムをする権能が存在しない社会という意味で「無権利社会」では人格が尊重されないかのような口ぶりをフアインバーグが示すのには「苦笑せざるをえない」と述べる。けれども、個人を権利義務の帰属主体として捉えたものである(法)人格性が、クレイムの概念を介して道徳的な意味を有するというのが、おそらく権利論としてみたときのフアインバーグの主張点ではなからうか。問題はそもそも「人格」の概念が多義的なことにあるというだけであり、亀本はフアインバーグと異なる人格概念を前提にしているにすぎないと思う。

第四章 出産開始説の理論的基礎づけ

第一節 墮胎不法と殺人不法の区別

一 以上の知見をもとに、生命・身体に対する罪における「人」の始期について考察する。

出発点は、墮胎不法の構成に関する「母体傷害説」にみいだされる。同説は、胎児を母体の一部とみることで墮胎不法を妊婦に対する傷害、したがって、自己墮胎を自傷行為と捉える。首唱者は瀧川幸辰だが、¹⁸⁾ 現在は見たところ支持者はいない。同説が「胎児は母体とは別個の生命体である」という常識に反するかのように思われたからであろう。けれども、ここで胎児を母体の一部とみるのは法学上の概念構成の問題なので、「常識に反する」というのは必ずし

も致命的ではない。

母体傷害説の再生の足がかりとなるのは、熊本水俣病事件最高裁決定である。胎児傷害の場合に、(過失)傷害罪が成立するという結論を、最高裁は胎児を母体の一部とみることよって導き出した。「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と取り扱われていると解される」から、胎児に対する攻撃は母体に対する攻撃に等しく、ゆえに、傷害の実行行為が認められるというのである¹¹⁾。

残念ながら、最高裁は、「出来事を意味論的連関において捉える」ということに思い至らなかった。たしかに、墮胎の通説的定義は自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出したり、母体内で胎児を殺害したりすることなのだから、客体は母体ではなく(医学上の意味における)胎児である。例えば、妊婦を転倒させて胎児を母体内で死なせたとする。定義をあてはめて所為が墮胎にあたりとするのは、「墮胎」という言葉が何を指示しているかの問題だけれども、それだけですむのなら解釈学としての刑法学は必要ないだろう。解釈学としての刑法学の任務は、「墮胎」が右の意義に表現されることは動かないとしても、どうしてそのように表現されるのかを問うことにある。

ここで、規範のレベルで殺人不法と墮胎不法が区別されて、その帰結として、ヒト生命体の破壊である点では同一でも、客体が、ある場合には「人」、別の場合には「胎児」という言葉で指し示されるのだとすれば、「人と胎児の区別をすること」は「殺人と墮胎を区別すること」に帰着する。つまり、胎内にいるヒトが胎児なのか、それとも人なのかは、出来事としての所為の構成要件該当性によって左右される¹²⁾。問題の行為が墮胎にあたる時、それは胎児である。これに対して、問題の行為が殺人にあたる時、傷害にあたる時、あるいは過失致死傷にあたる時、それは人である、と¹³⁾。つまり、人と胎児の区別は事物の問題ではなく、意味次元の問題なのであって、「胎児であること」とは「人でないこと」、その生命を絶つても殺人にはならないヒトであることを意味する。最高裁は事物レベルで胎児

と人を区別しようとしたため、胎児傷害における客体を母体の一部と捉えた。けれども、胎内にいるヒトを人として取り扱うことも許されるのならば、判例理論とは逆に、墮胎罪における客体としての胎児こそが「人でないもの」、換言すれば、母体の一部として取り扱うよりほかにないものという意味での「胎児」なのである。

二では、殺人不法は何に求められるのか。

前章で明らかになったのは、次の五点である。①胎児と人の区別はパーソンであるか否かの線引きによること（前章第一節）、②この線引きは、人工妊娠中絶を選択する女性が、自己の行為を殺人に類比しなくてよいようにするためのものであること（前章第二節）、③人も胎児も、さらには受精卵も、種としてのヒトである以上、「生命を奪われないう権利」を有するということ、この命題は胎児が人格であることを前提としないので、パーソン論と両立すること（前章第三節第一款）、④他方で、人間は自らのかけがえない人生を生きる、善き生をまっとうする存在でもあって、その意味での「人格」性は自己意識をもっていることを要素とすること、⑤ただし、人格性は自己がどう生きるべきかについて「二階の意欲」をもつためのものなので、「一階」、すなわち、人格によって自己と同定されるべき存在のありように、「人格であるための条件」は関わりをもたないこと（以上、前章第三節第二款）がそれである。

私見は、②を重視して、墮胎不法を「生命権の侵害」③、殺人不法を「生きる権利の侵害」④に求める。殺人不法を人格の概念と関連づけるときに問題になるのは、自己意識をもたない新生児や、成人でも大脳機能を喪失している場合に、その生命・身体が人としての保護を受けられないのではないかということであるが、刑法が保護するのは人格それ自体ではなく、人格が自己と同定するべき存在であって、それが失われたり不良変更されたりすると、被害者はかけがえない人生を生きられなくなる⑤。その意味で、人の生命を絶つことには、生命権の侵害にとどまらない重大な不法が認められる。殺人構成要件における「客体が人であること」は、問題の行為による構成要件的結

果の発生、すなわち、「生物としてのヒトの生命過程が終結すること」に、墮胎罪とは全く異なる意味をあたえるのである。⁽¹¹⁸⁾

三 他方で、人間という種に属するかぎりその生命が不可侵であることは、人にも胎児にもいえることであつて、その意味での「生命に対する権利」は胎児にも帰属する。けれども、殺人不法が「生命」とは異なる法益としての「生きる権利」の侵害に求められるのだとすれば、墮胎と殺人は不法内容を異にするので、墮胎を殺人に類比することは間違いだということになる。かくして、胎児と人のあいだの線引きの可否をめぐる対立は解消される。

また、このように解するならば、塩見をはじめ出産開始説の支持者が重視する「出産過程において処罰の間隙があつてはならない」との主張は、ある一面においては正しいということも了解される。ヒトは、法律上の概念としての人であろうとも、胎児であろうとも、はたまた、そのどちらでもなかるうとも、ヒトとして存在する以上は等しく生命権を享有する。それにもかかわらず何の手当てもされていないものには、相応の理由が必要だろう。着床前のヒト生命体や、試験管内で培養されている受精卵も同様である。ただし、このことは墮胎罪と等しく処罰せよということを意味しない。胎児は胎児、着床前のヒト生命体は着床前のヒト生命体、試験管内の受精卵は試験管内の受精卵で、それぞれふさわしい取り扱いをするよう法は要請する。⁽¹¹⁹⁾人でも胎児でもないヒト生命体への、人間としての尊厳を否定するような取扱いに関しては、それを処罰すべきかどうかを含めて、別に議論をする必要がある。

(118) 瀧川幸辰「増補刑法各論」『瀧川幸辰刑法著作集第二卷』（世界思想社、第二版、一九九一、原版一九五二）二八一頁。行為客体としての胎児を母体の一部とみなしながら、行為客体の「価値」に「将来の独立の生活体たるべき一部」としての「胎児その者の法益と婦女自身の自己の身体に対する法益とが重疊的に成立している」と説くのは、宮本英脩「刑法大綱」『宮本英脩著作集第三卷』（成文堂、

一九八四、原版一九三五）二九三頁。

(119) 前掲最決昭和六三年二月二九日。

(120) 構成要件の概念については、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、一九五七）六一頁を参照。それによれば、構成要件該当性判断は「倫理的立場における統覚又は総合的直観」によって「倫理的意味に満ちた具体的全体」を直観的に把握することによってなされる。この「全体」を「部分」に分解したものが構成要件要素で、「構成要件充足」判断とは、構成要件要素に問題の事実があてはまるかどうかの判断である。このあまりにも深遠な洞察に、戦後刑法学は正面から向き合おうとしなかったために、構成要件論は形骸化・陳腐化の一途をたどった。と、もしも小野が存命ならそう慨嘆するのではなからうか。

(121) ヴイトゲンシュタインは、同一の図形が、例えばあひるに見えたり、うさぎに見えたりするというように、多義的に見える図形（だまし絵）に、すなわち、絵から得られるセンス・データは同一なのにそれらを総合して得られる知覚内容が相違する現象に関心をもちた。「くを見る（Ⅱが見える）」とは性質の異なる、「くとして見る」という知覚があるとし、そのような知覚においては、対象の見えかたを規定する「アスペクト」なるものが把握されている。彼はそう考えた。野矢茂樹によれば、アスペクト論の射程は、知覚作用のありかたをこえて、人間が対象とどのように哲学的問いにまで及ぶ。すなわち、人間は、問題となっている対象をそれ自体として把握しているつもりで、実は、当該対象が他の諸対象とのあいだに有している「連関性」を把握している。アスペクトの変移は、当該対象を認識するために選択された連関性がありえたことを気づかせる。と（野矢茂樹『哲学・航海日誌』（春秋社、一九九九）一五九頁以下）。法律上の概念としての人と胎児の区別にとどまらず、そもそも構成要件該当性の判断は、根本的には、野矢のいうアスペクト把握のようなものではないだろうか。もとより、私見は今のところ「ヴィトゲンシュタインのアスペクト論に示唆をえた」というのにとどまる。

(122) 出来事を例えば、「殺人」であるとか、「墮胎」であると捉えるとき、そこでは、それらの言葉によって何が指し示されるのかという指示対象の問題と、それらの言葉がどのような意義に表現されるのかという問題は区別される。ここで「墮胎も、殺人も生命の終結という事態が引き起こされている点では変わらない」というのは、指示対象の問題であって、それがどういふ意味をもつのかは、殺人や墮胎がどのような意義に表現されるのかによってちがってくる。私見は、かかる意味論的連関において構成要件該当性を捉えるものである。因果関係の相当性についての、拙稿「相当因果関係説について」神奈川法学五〇巻三号（二〇一八）五九〜六〇頁も参照。

(123) 「生命権」といいながらも、伝統的な意味での「権利」とは異なって、そこには（法）人格どうしの権利義務関係は埋め込まれていない。私見によれば、自己墮胎が禁止されるのは、妊婦が胎児に対して、一方的に負っている、「胎児を大事に扱わなければならない

い」という責務に違反しているからである。そこに埋め込まれているのは、誰かが誰かを「ケア」するという関係である。ケアされる存在は人格である必要はなく、問題となつては財や利益を自己の生存のために「必要とする」(need)ことで足りる。誤解をおそれず敢えて言うならば、墮胎がどうして間違つているのかというと、それは「胎児が可哀想だから」である。同様のことは、犬や猫を大事にするということにもいえるし、犬や猫を大事にすべきならば、なおのこと胎児も大事にすべきだと思う。「育てるのが嫌になつたから」というだけで懐胎を放棄することは、行為がそれ自体において醜悪だから、そのような自己墮胎は処罰されるのである。拙稿・前掲『神奈川大学法学部五〇周年』五〇七～五〇九頁も参照。

さて、塚原は、墮胎罪が墮胎をおこなつた者に「ステイグマを与え、罪悪感を内面化させる装置」であつて、これは「国家によるリプロダクティヴ・ライツの否定」を意味するし、母体保護法もまた、母体を保護するためと称して「医師や配偶者といった男性たちが」女性の主体性を奪い、人工妊娠中絶を選択する女性を、「許しを受ける客体へとデイスエンパワー」するものと現行制度を批判する(塚原・前掲『リプロダクティヴ・ライツ』一二二～一二三頁)。刑法典は「墮胎をするな」と定めているだけであり、そのことが何を意味するのかは解釈の問題である。だから、所論は、現行の中絶規制とはそういうものだと思われ、塚原が決めているだけだと言つてしまえばそれまでだが、所論のようなジェンダー論的批判を刑法学が真摯に受けとめてきたかどうかは、すこぶる疑問に思われる。

この点、私見は、問題の行為が人工妊娠中絶にあたる場合を違法性阻却事由でなく、構成要件該当性阻却事由と捉える(拙稿・前掲『神奈川大学法学部五〇周年』五一三～五一四頁)。それは墮胎不法が行為の理由に関わつていないからである。つまり、中絶は、妊婦が気のおもむくままに選ぶものではなく、「なぜ選択するのか」の問いに開かれている。だから、一方で、母体保護法が建前上適応モデルを採用していることは決して無意味なことではない。他方で、運用上、人工妊娠中絶を選択する理由を詮索されないのも、「ケアする主体」として妊婦を尊重するという点では望ましいことではないかと思われる。つまり、そこには曲がりなりにも、一定の均衡がはかられている。ただし、塚原のいう女性への「デイスエンパワーメント」を回避するのにそれで十分かどうかは、現行の人工妊娠中絶制度の運用実態に即して、改めて検討する必要があるだろう。

第二節 「人生のスタートライン」としての出産の開始

一 殺人不法が生きる権利の侵害にみいだされるとしても、それだけではまだ十分ではない。胎児が人格でないとしても、それと同様の意味で、新生児も人格とはいいがたいし、また、成人でも大脳機能を喪失していれば、その段階ではもはや人格ではないからである。これらのうち、胎児の生命を絶つことだけが殺人ではないのはどうしてだろうか。いくら生きることに生命を区別しても、後者がなくては生きようがないのだから、胎児の生命を絶つのは、やはり生きる権利の侵害なのではないか。つまり、「胎児は人格ではない」と説くだけでは、井上のいう、胎児と人とのあいだの「道徳的にレレヴァントな差異が存在することを示す重い挙証責任」¹⁴はまだ果たせていないのである。

ここで確認されるのは、被害者を人格として承認するかどうかの問題と、生物学的な意味でのヒトの生命の終焉を「人の死」として法学的に構成するかの問題は区別されるということである。前者が何かを権利として主張できるのは誰か、すなわち、権利の帰属主体としての資格の問題であるのに対して、後者は権利の内容、すなわち、何を権利として主張できるのかの問題に位置づけられる。殺人罪は、一定の段階のヒトの生命を「人の生命」として保護している。殺人不法が生きる権利の侵害に求められるのならば、人の始期をめぐる問いは、ヒトの生命はどの段階から生きる権利の客体になるのかを問うことに帰着する。

二 クヴァンテの所説から得られたのは、「人格として生きる」とは、「よき人生および成功した人生についての自分のイメージに沿って将来における自分の状態に影響を及ぼし、形成しようとする」ということを意味するという知見であった¹⁵。人格は、任意の時点における「一階の」存在者を「自己」と同一化し、そうして得られる「自伝」としての半生にそれが「善い」ものであるとか、「成功した」ものであるかといった評価を下し、将来の自己が紡いでい

く人生を生きる。それと同時に、人格は、これまで人格として生きてきた自己によって規定されてもいる。

そうだとすれば、「人生」の初期状態が設定される必要がある。例えば、アメリカのとある大富豪の人生が「成功した人生」だとして、それと比べて「自分はなんと不幸な人生を生きているのか」と絶望し、自暴自棄になるのは、賢明ではないだろう。というのも、前者の人生は、後者の人生の初期状態から達するにはあまりにもかけ離れているからである。また、かの大富豪の人生に対して、「ほんとうの幸せがそこにあるわけがない」と無理して考える必要もない。

このことはパーソナリティ、すなわち、その人らしさの問題に関係している。例えば、先天性四肢欠損症の人がそれでも懸命に生きているのに接して、「なんと不幸な」と哀れむことは、一面において正しいとしても、他面においてひどく間違っている。たしかに、この社会にはまだ、障がいをもった人が幸せに生きるには数多くの障壁がある。けれども、健常者の憐憫の情は、えてして、障がい者を「あるべき状態にない者」と思いなすことから催されがちである。しかし、「五体満足な彼」は、今・ここにいる彼ではない。この社会には、太った人もいれば痩せた人もいる。背の高い人もいれば背の低い人もいる。容姿や体格から、性格、知能、運動能力と、ありとあらゆる面で人類には個体差が生じる。それもこれも、その人らしさであって、当該個人がかくあることに対して、「それは間違っている」とは誰も言えない。というか、それは誰も言っていないことなのである。全く同様に、障がいをもって生まれてきたこともまた、その人らしさであって、それを不幸と決めつけるのは傲慢であろう。

もつとも、人生の初期状態とは、人格がさしあたって出発点としなければならぬ状態であって、必ずしも「受け入れなければならぬ現実」を意味しない。例えば、性同一性障害を有する人が男性としての、または女性としての自己の身体に耐えがたい違和感をもつことに対して、それが「精神疾患」に分類されていた時でさえ、身体に合わせ

て性別違和をなくす治療をほどこすべきでなかったのは、「自分らしさ」を決定するのはその人自身であって、彼・彼女を人格として尊重する以上、その決定は最大限尊重されなければならないからである。

三 さて、「人生のスタートライン」、すなわち、人生の初期状態の設定完了時点は、出産の開始時点と解するのが相当だろう。井田が述べていたように、医学的・生物学的にいつて、出産の開始は「母体内における発育の完了」を意味する。たしかに、出産完了、すなわち、「無事に生まれてきて、はじめて人生のスタートラインに立つ」という解釈も可能ではあるけれども、墮胎不法に関し母体傷害説を出発点としたときに、同説と整合的である点も合わせ考慮するならば、出産開始説が支持される。

墮胎、すなわち、自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出すること自体は、出生後の、したがって人格としての被害者にとっては、初期状態の設定を阻害されることを意味する。だから、墮胎は殺人にも傷害にもあたらない。ところで、墮胎後、新生児を放置して死亡させた医師に保護責任者遺棄致死罪の成立を肯定した判例がある。事案は以下のとおりである。産婦人科医師である被告人が、妊娠満二五週を過ぎた少女（当時一六歳）に墮胎措置をほどこして、推定体重一〇〇〇グラム弱の、弱々しく産声を上げる未熟児を出産させた。同女が分娩後も養育の意欲を示さず、保育に消極的または拒否的な態度を示すなか、被告人は直接同女の保育意思を確かめることも、翻意を促すための勧告や説得をすることもなく、新生児をバスタオルにくるみ、冷房の効いた医院の休養室に産婦とともに寝かせておき、その後、「子供は医院で預かるから、一日一回は見にきなさい」という旨告げて、同女を帰宅させ、新生児を引き取った。にもかかわらず、同女の退院後も同児はそのままの状態に置かれて、分娩後約五四時間後に、未熟による生活力不全により死亡するに至った。一番は、監護権者である母親の立ち去りが保護責任者遺棄致死を構成するとして、これと「黙示的な意思連絡」の上、同児の生存に必要な前記保護を与えなかったのは、不作為による共同正

犯としての保護責任者遺棄致死を構成すると判断した。⁽¹²⁾ 最高裁は、本件事実関係の下では業務上墮胎罪に併せて保護者遺棄致死罪が成立するとの職権判断を下したが、その理由は述べられていない。⁽¹³⁾

右の結論を正当化するには、墮胎行為によるヒトの生命・身体の危殆化を人の生命・身体の危殆化から区別する必要がある。墮胎が「胎児の殺害を意図した先行行為」であって、そこから産児を保護すべき作為義務の発生を導くことが「背理」⁽¹⁴⁾になるのは、「墮胎と殺人とは、同一の生命を対象としている」という前提ゆえであるところ、この前提は争われてよい。すなわち、出産開始前のヒトの生命は人の生命に対する罪の客体ではない以上、墮胎は人の生命・身体の危殆化する意図的行為を意味しない。ゆえに、行為者が墮胎行為をおこなったことから、生まれてきた「人」を生き続けさせるべき作為義務を導くことに問題はないというわけである。⁽¹⁵⁾

四 以上により、出産開始説の基礎づけの課題は達成されたように思われる。

墮胎と殺人を区別するためには、権利主体テーゼ（「胎児は権利の帰属主体たりえない」）だけでは不十分であって、権利主体としての人にとっても、「母体から分離されるまで、ヒトの生命・身体は『人の生命・身体』として保護されることはない」という権利客体テーゼも必要である。権利主体テーゼは、胎児を人と類比し、胎児の生命を奪うのは殺人と変わらないという主張を封じるため、権利客体テーゼは、母体内での成育段階におけるヒトの生命・身体を出産後のヒトの生命・身体と類比し、胎児の生命を奪うのは殺人と変わらないという主張を封じるためのものである。

出産開始前後での取扱いの格差の理由は、墮胎とちがって殺人や傷害が「生きる権利の侵害」に求められることにある。人は個体差をもってこの世に生を受け、その人なりにかげがえのない生をまっとうする権利を有する。殺人および傷害不法の本質は、ヒトの生命・身体を損なうことにもなつて、被害者から自分らしく生きる機会を奪うことにみいだされる。

胎児が母体外に排出される出産が開始するまで、人間は、生命・身体における「その人らしさ」を形成するための準備段階にある。換言すれば、出産開始前の人間はまだ「人生のスタートライン」には立っていない。だから、胎児の生命を破壊しても、それは墮胎罪にとどまるのである。

(124) 前章第二節。

(125) 前章第三節第二款。

(126) ただし、この問題は平等性の問題と関わっている。憲法一四条は「法の下の平等」を基本的人権として保障しており、平等の追求は、この国で生きるすべての人が善き人生を生きるための権利だとされる。では、人生の初期状態によって格差が生じることが、初期条件に恵まれない人の「権利としての平等」の侵害にあたるのはどういう場合か。もとより、これについて何か述べることは本稿の主題から離れるので、問題の指摘にとどめることにする。

(127) 第二章第三節。

(128) 母体傷害説は自己墮胎罪の構造を自傷行為としてとらえるためのものであって、「構造的には自傷行為と変わらないにもかかわらず、どうして自己墮胎は処罰されるのか」の問いに答えるものではない。

(129) 那覇地石垣支判昭和五七年三月一五日刑月一四卷三・四号二五九頁。

(130) 最決昭和六三年一月一九日刑集四二卷一四一頁。

(131) 中森・前掲『各論』四一頁。

(132) ただし、罪数の問題は残る。判例は、墮胎罪と殺人罪を併合罪とする(大判大正一一年一月二八日刑集一卷七〇五頁。同意墮胎によつて妊娠約九か月の早産児を分娩させた後に同児を窒息死させた事案)。近時の有力説として、山口・前掲『各論』二九―三〇頁。胎児殺が墮胎罪を構成するにとどまることとの「実質的」な均衡を理由に、「出生後の侵害行為が墮胎行為と一体のものとして捉えられる場合には、墮胎行為を「とくに軽く処罰する趣旨が事後行為の処罰により無にならない」ようにするため、墮胎罪一罪によつて処理すべきだとされる。これを「人的な理由にもとづく扱い」として、墮胎行為者以外の第三者に関しては殺傷罪の成立を認めず、差し支えがないと説くのは、井田「コメント②」前掲『最前線Ⅱ』四五頁。有力説の前提にあるのは、墮胎罪も殺傷罪もヒトの生命・身体が保護法益であるという点で同質であつて、両者は保護の程度において相違するだけだという理解であらう。逆に、殺傷罪

によって墮胎罪が包括されるとするのは、林(美)・前掲日高古稀一六頁。

(133) 医学が進歩して人工子宮による胎児の成育が可能になったとして、人工保育器内で成育中の早産児が人の生命・身体に対する罪に
よって保護されるのに対し、人工子宮で成育中のヒトが人にあたらないのだとすれば、「客体が母体から分離していること」がそれ
自体として「人であること」を基礎づけるのではなく、何を「その人らしさを形成するための準備段階」と捉えるかにより、母体か
らの分離が決定的な意味をもつ場合とそうでない場合があるということになる。もとより、これはあくまで仮定の話であって、現在
のところは、帝王切開による分娩を含む、母体からの分離を産開始説にいう出産とみてよいだろう。

第五章 結語

本稿は、パーソン論を手がかりに、殺人不法を人間が人格として自らの人生を生きる権利の侵害に求め、これを権
利客体としてのヒトの生命・身体に落とし込むことで、出産開始説を理論的に基礎づけた。すなわち、出産開始をも
って、人間は生命・身体における「その人らしさ」(パーソナリティ)形成の準備段階を終え、その意味で「人生のス
タートライン」に立つ。ゆえに、出産開始の時点から、ヒトは生命・身体における客体としての人である。

私見によって道が開かれるのは、胎児殺よりも胎児傷害のほうが重く処罰されるという、一見すると不均衡である
かのようにみえる結論の正当化である。ただし、そこにはまだ乗り越えなければならない、いくつかのハードルが存
する。機会を改めて検討することにした。