

各種墮胎罪と罪数

大 山 徹

一、はじめに

最近、岡山の済生会総合病院において、医師が、妊婦の囑託も承諾もないのに、当該妊婦に対して墮胎行為を行いさらには当該妊婦に傷害結果を発生せしめるという事件が発生した。この事件は、行為者である外科医が実際相手の妊婦に墮胎行為を行ったというものであった。不同意墮胎致傷罪の成立が見込まれる極めて稀有な事案であり、世間の耳目を集めていた¹⁾。この事件については、早くも、岡山地裁で審理・裁判がなされ、事案の真相すなわち事件の実体が解明されたことは我々の記憶に新しいところである（なお、刑法1条は「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的な人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」と規定しているが、同条の「事案の真相」という文言は「事件の実体」という意味内容で解釈されるべきであるように思われる²⁾）。

さて、現行刑法においては、自己墮胎罪・同意墮胎罪・業務上墮胎罪・不同意墮胎罪・不同意墮胎未遂罪・同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・不同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致死罪・不同意墮胎致死罪といった11種類の墮胎罪（以下「各種墮胎罪」と略す）が規定されている³⁾。これらの墮胎処罰規定をめぐるのは、墮胎概念の問題⁴⁾、母体保護法との関係問題や胎児傷害の関連問題、胎児の始期の問題等が活発に議論されている状

況にある⁵⁾。しかしながら、従前、各種墮胎罪関連で生じた罪数問題をいかに処理するかというテーマについては、それほど盛んな議論がなされてきたとは言い難い状況にあるように思われる。本稿は、これまで等閑視されてきた各種墮胎罪をめぐる罪数問題につき、試論として解決策を提示していかうとするものである⁶⁾。

第二章では、同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・不同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致死罪・不同意墮胎致死罪といった結果的加重犯に焦点を絞る⁷⁾、これらの結果的加重犯と傷害罪・殺人罪との罪数関係につき考察することにした。それに続く第三章では、各種墮胎罪の適用の際に共犯規定との関連で生ずる罪数問題につき検討を加えることにしたい⁸⁾。

二、各種墮胎罪のうちの結果的加重犯をめぐる罪数問題

(一) 結果的加重犯の予定する重い結果につき過失は必要か

既に言及したように、第二章においては、前述した6種類の結果的加重犯に関わる罪数問題につき考察していく⁹⁾。もっとも、これら一連の結果的加重犯規定にまつわる罪数問題を論じる前段階の予備作業として、事前に「結果的加重犯とは何か」という問題につき取り組む必要がある。

一般に、刑法典上の結果的加重犯については、故意犯である「基本となる構成要件」(Grundrelikt)すなわち「基本犯」が実現された後に、さらに一定の結果が発生した場合について、加重処罰するものであると定義づけられている¹⁰⁾。そして、基本犯と結果的加重犯の重い結果との間には刑法上の因果関係が必要であると解されており¹¹⁾、結果的加重犯の法文上の特徴としては「よって」という文言が使用されている点が挙げられているのである¹²⁾。

もっとも、通説は、結果的加重犯の重い結果につき過失を要求しており¹³⁾、この点については従前より激しい議論がある。たしかに、ドイツ刑法のように、結果的加重犯の成立要件につき過失を明文上の要件として掲げている立法例もあり、責任主義の徹底という見地からは、かかる立法例にも見るべき

ものがあるとは評し得よう¹⁴⁾。しかしながら、過失が必要だとする解釈論は一種の立法論であり¹⁵⁾、わが国の刑法においては、過失が不要だとする解釈論を展開することもまた可能であるように思われる¹⁶⁾。すなわち、本稿は、次の4つの事情を斟酌した上で、結果的加重犯の重い結果については、過失は不要であると考ええる。

何となれば、①基本犯から加重結果が発生した場合であっても、基本犯それ自体に故意・過失が要求されることから、責任主義の要請には答えており、特段問題も発生しないこと、②業務上墮胎致死罪・不同意墮胎致死罪・特別公務員職権濫用等致死罪等の結果的加重犯については、国外犯処罰規定が存在している一方¹⁷⁾、過失犯には国外犯処罰規定が存在しないことからすると、過失必要説からは両者で矛盾撞着した事態が発生すること¹⁸⁾、③国外においては裁判権、検察権、警察権は行使し得ないため、重い結果につき過失を認定することは不可能に近く、また注意義務違反を認定する際には事件当時の具体的な状況下を踏まえた上でいかなる客観的注意義務が行為者に課されるべきだったかを逐一解明する必要があるが、国外では具体的な行為準則の定立も著しく困難なこと¹⁹⁾、④同時傷害の特例を規定した刑法207条によれば、文理上過失は要求されていないのに、刑法205条の解釈論を展開する場合に俄に過失を要求するということになるのと整合性に欠けること等の根拠を挙げることができるからである²⁰⁾。

なお、「傷害」の概念につき、学説は完全性侵害説と生理機能障害説に分かれ、各々の陣営よりこれまで激しい論争を活発化させてきたことは周知のとおりである。近時は完全性侵害説も有力に主張されているものの、本稿は、この問題については、生理機能障害説を支持する²¹⁾。というのも、完全性の侵害は暴行罪で十分に捕捉される上²²⁾、同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・不同意墮胎致傷罪が予定している「傷害」結果の中には必ずしも身体の外貌に重要な変化を生じさせない形態も多々含まれていると解されるからである²³⁾。生理機能障害説が妥当である²⁴⁾。

(二) 学説の対応

このような知見を踏まえて、各種堕胎罪に関連する結果的加重犯が予定する重い結果につき、故意ある場合の処理に関して、順次検討を進めていくことにしよう。この問題に関して、学説はどのような立場を採っているのだろうか。学説は以下の4つの立場に区分することが可能である。

(I) 第一説<=傷害・殺人の故意があるケースで、各種堕胎罪と傷害罪・殺人罪の成立をそれぞれ認める立場>

第一説は、各種堕胎罪につき、傷害の故意・殺人の故意のあるケースにおいては、結果的加重犯の成立を一切否認する立場である。第一説は、行為者が傷害の故意を有している局面では、同意堕胎罪・業務上堕胎罪・不同意堕胎罪と傷害罪の成立をそれぞれ認め、各種堕胎罪と傷害罪とが観念的競合の関係に立つと解する一方、行為者が殺人の故意を有している場面では、同意堕胎罪・業務上堕胎罪・不同意堕胎罪と殺人罪の成立を肯定し、各種堕胎罪と殺人罪とは観念的競合の関係に立つと解する²⁵⁾。後述するように、第一説は故意のある結果的加重犯を否認する立場と親和性がある²⁶⁾。

(II) 第二説<=傷害・殺人の故意があるケースで、各種堕胎罪に関連する結果的加重犯と傷害罪・殺人罪の成立をそれぞれ認める立場>

第二説は、結果的加重犯が予定する重い結果につき傷害の故意があるケースで、同意堕胎致傷罪・業務上堕胎致傷罪・不同意堕胎致傷罪と傷害罪の成立をそれぞれ認め、これらの結果的加重犯と傷害罪とが観念的競合の関係に立つと解する一方²⁷⁾、行為者が殺人の故意を有している場面では、同意堕胎致死罪・業務上堕胎致死罪・不同意堕胎致死罪と殺人罪の成立を肯定し、上記結果的加重犯と殺人罪とが観念的競合の関係に立つと解する立場である²⁸⁾。第二説も故意のある結果的加重犯を否認する立場と整合性を有する。

(III) 第三説<=結果的加重犯の刑の上限が、傷害罪・傷害致死罪と同じ場合には、端的に当該結果的加重犯の成立を肯認する立場>

第三説は、結果的加重犯の刑の上限が、傷害罪・傷害致死罪と同じ場合に

は、端的に当該結果的加重犯の成立のみの成立を肯定する立場である²⁹⁾。具体的には、本説は、不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪が問題になる局面では、傷害の故意がある場合も包含すると解する³⁰⁾。なお、本説は、刑法240条後段は殺意がある場合を含むとの見解を披歴している³¹⁾。また、本説は、刑法146条後段が予定する水道毒物等混入致死罪が成立する局面では、殺意をもって毒物等を混入する形態もこれに含まれるとの解釈論を展開している³²⁾。第三説の特徴は、後述する第四説の結論に近い帰結を導いている点にある³³⁾。

(Ⅳ) 第四説<＝法定刑を考慮して「『傷害の罪』と構造を異にし、上限が『傷害の罪』よりも軽いもの」、
「『傷害の罪』と構造を同じくし、『傷害の罪』と同程度のもの」、
「『傷害の罪』を超えるもの」の三者に区分し、それぞれ罪数処理を行っていく立場>

第四説は、条文を手がかりにして、延焼罪以外の結果的加重犯を大要三者に分類し、それぞれ罪数処理をしていく立場である。本説は、延焼罪を除く結果的加重犯を³⁴⁾、刑を考慮して「『傷害の罪』(この場合の「傷害の罪」とは広義の傷害の意味であり、傷害罪・傷害致死罪を指す)と構造を異にし、刑の上限が『傷害の罪』よりも軽いもの」、「『傷害の罪』と構造を同じくし、『傷害の罪』と同程度のもの」、「『傷害の罪』を超えるもの(これには厳密には死傷型と死亡型とが存在する)」の大要三者に区分し³⁵⁾、それぞれ罪数処理を行う。第四説は、同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致傷罪・業務上墮胎致死罪は「『傷害の罪』と構造を異にし、刑の上限が『傷害の罪』よりも軽いもの」という範疇に属するため、これらの結果的加重犯と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪とが観念的競合の関係に立つとの結論を導く³⁶⁾。他方、本説は、不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪の2つの結果的加重犯に関しては「『傷害の罪』と構造を同じくし、刑が『傷害の罪』と同程度のもの」(“『傷害の罪』と構造を同じくし”とは、基本犯に人の死傷結果を惹起する危険性が内在し、なおかつ被害者の囑託・承諾がないとの趣旨である)というカテゴリーに属するので、傷害の故意がある場合には傷害罪・傷害致死罪は不同

意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪に吸収され（「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」との字句が登場する場面では³⁷⁾、傷害罪・傷害致死罪の方は原則として吸収されると理解する³⁸⁾。すなわち、法条競合の吸収関係が認められ、不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪が吸収法になり、傷害罪・傷害致死罪が被吸収法となる)、殺人の故意がある場合にはこれらの結果的加重犯と殺人罪とは観念的競合の關係に立つとの帰結を導く³⁹⁾。後に詳しく言及するが、本稿は第四説を支持する⁴⁰⁾。

さて、ここで念のため諸説を吟味しておくことにしよう。第一説は、傷害の故意や殺人の故意がある場合を結果的加重犯から駆逐する点に特徴があり、言い換えれば、故意のある結果的加重犯を否認する見解である。しかし、第一説もあらゆる場面で故意のある結果的加重犯を否定するわけではないことに注意が必要である。第一説も、現実には、刑法240条や刑法146条が問題になる局面では、部分的にせよ、故意のある結果的加重犯の概念を認めているものと推察されるのである⁴¹⁾。また、実際的に考えてみても、危険運転致傷罪の成否が問題になる場面で、行為者に傷害の故意があるケースでは危険運転致傷罪の成立のみを認める帰結を導くのが穏当であるように思われる⁴²⁾。そうだとすれば、傷害の故意がある場合に不同意墮胎致傷罪のみの成立を認める帰結を導くこともまた可能であるものと考えられよう。従って、かかる視点からすれば、第一説に与することはできないように思われる。第二説は、故意犯と非故意犯の両立を認める点で妥当でなく、本稿は第二説にも与することはできない。第三説は、適切な結論を導く点においては賛同し得るが、不同意墮胎致傷罪等が成立する場合に、傷害罪等が劣位法になると明言していない点で問題を残すほか⁴³⁾、刑の上限が傷害罪よりも軽い場合に故意のある結果的加重犯の成立を否認するか否かの問題の処理が不明だという点で若干の欠陥を抱えているといえよう。すなわち、傷害の故意がある場合に、同意墮胎罪等に加えて傷害罪・傷害致死罪が別個に成立するとの結論を示していない点で第三説は曖昧な部分を残しているのである。従って、第四説を採る以外に方途はないものと見受けられる。第四説は、刑罰法規に

「傷害の罪と比較して、重い刑による処断する」との文言がある場合には、原則として、傷害罪・傷害致死罪が劣位法となって吸収されると明示的に述べている点で支持に値するように思われる。たしかに、法条競合の吸収関係については突き詰めて考えれば無用だとの指摘も散見される⁴⁴⁾。しかしながら、通説は放火罪が問題になる局面で器物損壊罪が吸収されることや⁴⁵⁾、傷害の故意をもって水道に毒物混入した場合に刑法146条前段の罪のみが成立することを認めており⁴⁶⁾、この点は視野に入れられるべきである。法条競合の吸収関係は有用だということを前提にした第四説の立論は、我々に多大な示唆を与えてくれるように思われる⁴⁷⁾。

(三) 第四説が導く解決策

それでは、第四説は、各種墮胎罪に関連する結果的加重犯の罪数処理につき、いかなる問題解決を図っているのだろうか。本説は、女子の同意がある類型と女子の同意がない類型とに分けて考察をしている。

(I) 女子の同意がある類型

まず、理解しておかなければならないことは、この類型、すなわち同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致傷罪・業務上墮胎致死罪においては、法定刑の上限が傷害罪のそれよりも軽いということである。第四説は、ここから、上記の結果的加重犯成立の前提として、死傷の結果に故意があつてはならないとの帰結を導いている。言い換えれば、第四説によれば、刑法213条後段・214条後段が予定する結果的加重犯は、故意がある形態を本来的に排除している趣旨の構成要件だということになるのである。従って、第四説は、墮胎が既遂に達し傷害の故意がある場合には、傷害罪・傷害致死罪と刑法213条前段または刑法214条前段の罪がそれぞれ成立し、傷害罪・傷害致死罪と刑法213条前段または刑法214条前段の罪とが観念的競合の関係に立つと解している（ただし、死傷の結果が発生していることを前提とする）。他方、殺人の故意がある場合はどうか。第四説は、傷害結果のみが招来されているケースでは、殺人未遂罪と刑法213条前段または刑法214条前

段の罪を成立させる反面、死亡結果が招来されているケースでは殺人罪と刑法213条前段または刑法214条前段の罪が成立するとの解決を導いている（観念的競合。ただし、墮胎が既遂になっていることを前提とする⁴⁸⁾）。

（Ⅱ）女子の同意がない類型

女子の同意がない類型、すなわち不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪につき、念頭に置くべきことは、法定刑の上限が『傷害の罪』（ここでは、傷害罪・傷害致死罪を指す）と同程度であるということである⁴⁹⁾。第四説は、ここから、不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪の2つの結果的加重犯は、傷害の故意がある形態を包含しているとの結論に達している（当然のことながら、死傷の結果が発生していることを前提にする）。言い換えれば、第四説は、刑法216条が予定する2つの結果的加重犯は、傷害の故意がある形態を本来的に包含している趣旨の構成要件だと理解しているのである（法定刑は、不同意墮胎致傷罪のケースは6月以上15年以下の懲役、不同意墮胎致死罪のケースは3年以上20年以下の懲役である）。従って、不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪においては、刑の上限がそれぞれ傷害罪・傷害致死罪の場合と同程度であるため、傷害の故意があるケースにおいては、傷害罪・傷害致死罪は不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪に吸収されるとの解釈的帰結もたらされる（いわば、傷害の故意が織り込み済みで、2つの結果的加重犯の刑の上限が設定されているものと解されるのである）。従って、不衛生な器具で墮胎手術を施行し敗血症になると考えたが、果たして妊婦が敗血症になった事例や、卵管を意図的に傷つけて不妊症に罹患させようとして実行したが、予想どおり妊婦が不妊症になった事例では、刑法216条の罪のみが成立することになる。他方、殺人の故意がある場合はどうか。第四説は、傷害結果のみが招来されているケースでは、殺人未遂罪と不同意墮胎罪の成立を肯定し両者は観念的競合の関係に立つと解する一方、死亡結果が招来されているケースでは殺人罪と不同意墮胎罪がそれぞれ成立し、両者は観念的競合の関係に立つと理解している（もっとも、墮胎が未遂の事例においては、

殺人未遂罪と不同意墮胎未遂罪、殺人罪と不同意墮胎未遂罪が成立し、両パターンとも2つの犯罪は観念的競合の関係に立つと解している⁵⁰⁾。

(四) 第四説と刑法213条後段・刑法214条後段に関する反対説

ところで、第四説は不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪に関しては、墮胎が未遂であったとしても妊婦に傷害結果を招来した場合には同罪は既遂に達していると解釈している（従って、死胎だが胎児が生きていると誤信し無理やり墮胎手術をして母体を傷つけたり、嫌がる想像妊娠の女性に墮胎手術を施行し当該女性を傷つけたりすれば、刑法216条の罪が成立することになる）。反対に、第四説は同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致傷罪・業務上墮胎致死罪に関しては、墮胎が未遂の場合には刑法213条後段・214条後段は適用し得ないと結論づけている⁵¹⁾。

もっとも、第四説が辿り着いた結論に対しては、異論も有力に提示されているため、以下では、念のため、かかる有力説についても検討を加えておくことにしたい。有力説は次のように主張する。墮胎が未遂であったとしても刑法213条後段・214条後段は適用可能であり（無論、死傷結果が発生していることを前提とする）、こうした解釈論は墮胎が未遂に止まる場合に刑法216条が適用されるとする通説的解釈論とも平仄が合う旨述べている⁵²⁾。そして、有力説を支持している判例もある⁵³⁾。しかしながら、同意墮胎罪や業務上墮胎罪においては、基本犯の未遂を可罰的に行っておらず、反面、不同意墮胎罪においては基本犯の未遂が可罰的になっていることは重要視されるべきであろう⁵⁴⁾。従って、第四説の主張の方がより説得的であるように思われる⁵⁵⁾。

従って、妊婦の同意があり墮胎が失敗に終わったが当該妊婦に傷害結果や死亡結果を招来した事例（傷害の故意があることを前提とする）においては、いうまでもなく同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致傷罪・業務上墮胎致死罪は成立せず、代わりに傷害罪・傷害致死罪が端的に成立するとのが帰結が導かれるべきである。なお、暴行の故意のみを行為者が有していた

場合も同じ結論に立ち至ることになる。次に、行為者が暴行の故意を有し妊婦に暴行を加えたが、その際妊婦の同意があったものの、墮胎についても傷害結果を与えることについても頓挫したケースなどを視野に入れると⁵⁶⁾、刑法213条前段の罪・刑法214条前段の罪の双方とも未遂処罰規定は存在しないため、暴行罪のみが成立する帰結がもたらされることになる⁵⁷⁾。

三、共犯現象との関連から各種墮胎罪に生ずる罪数問題

第二章では、同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・不同意墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致死罪・不同意墮胎致死罪といった結果的加重犯に照準を合わせ、主として傷害・殺人の故意がある場合の結果的加重犯規定の適用の有無と傷害罪・殺人罪との罪数関係につき考察した。

冒頭で述べたように、本稿の次の課題は、各種墮胎罪の適用の際に共犯規定との関連で生ずる罪数問題につき検討することである。本章では、共犯現象との関連から各種墮胎罪に生ずる罪数問題につき考察することにしたい⁵⁸⁾。以下では、順次、(一) 抽象的事実の錯誤が問題になる類型、(二) 妊婦が非業務者ないし業務者が施行する墮胎手術に共犯的関与をした類型、(三) 非業務者が、妊婦の自己墮胎に共犯的関与をし、業務者が施行する墮胎手術に対してさらなる共犯的関与をした類型の三つの類型に分けて各種墮胎罪にまつわる罪数問題につき検討していくことにしたい。いずれの類型も目下議論の遡上に載せる価値のある問題であるように思われる。もっとも、以下で検討する諸問題は、従前はさほど討議的になるテーマではなかったように思われるので、本章においては、具体的事例を提示してできるだけわかりやすく問題の所在および解決策を提示してみたいと思う。なお、共犯と罪数については、最決昭和57年2月17日以降⁵⁹⁾、幫助罪・教唆罪の罪数は正犯の罪数に依拠する一方、刑法54条1項前段が予定する「一個の行為」であるか否かは幫助行為・教唆行為自体を基準にする判断枠組みが提示されており、本稿もこの判断枠組みに従って、以下で検討を行うことにする⁶⁰⁾。

(一) 抽象的事実の錯誤が問題になる類型

まず、“抽象的事実の錯誤が問題になる類型”について検討していこう。各種墮胎罪においては、重い犯罪の故意で軽い犯罪を実現した場合しか競合問題は生じないため、ここでは不同意墮胎の関与の意図で同意墮胎の関与を実現した形態のみが念頭に置かれることになる。次の具体的事例を分析することによって問題の所在を浮き彫りにしておきたい。

事例1

医学部生甲とその知人丙は、妊婦乙女との折り合いが悪かった。甲は嫌がらせて乙女的意思に反して墮胎手術を行う決意を固め、その計画を丙に話したところ、是非乙女的意思に反する墮胎手術を行うように丙に精神的に激励された。果たして墮胎手術は行われた。しかし、新しい恋人ができた等の事情により、予想に反して、当該墮胎手術につき乙女による同意があったことが判明した⁶¹⁾。

事例1においては、従犯である丙としては、不同意墮胎罪の幫助をしたつもりであったが、客観的には、同意墮胎の幫助という客観的事実が実現している。この事例は抽象的事実の錯誤の事例であり、刑法38条2項が適用され、一見すると、丙には同意墮胎罪の幫助罪のみが成立する事案であるように思われる。法定的符合説からはそのような結論に至るであろう。しかし、事例1は、丙が内心で乙女の同意がないものと誤信している事案であり、丙には不同意墮胎の未遂の幫助罪の適用可能性も同時に生じているはずである⁶²⁾。そこで、かかる事例において、いかに罪数処理を行うかが問題解決の鍵となってくる。思うに、不同意墮胎の未遂の幫助罪のみの成立を認めるべきである。すなわち、不同意墮胎の未遂の幫助罪が基本法、同意墮胎の幫助罪は補充法だと位置づけるべきであり⁶³⁾、不同意墮胎の未遂の幫助罪と同意墮胎の幫助罪とは法条競合の補充関係に立つと解するべきなのである。

従って、この類型においては不同意墮胎未遂の共犯のみの成立が認められ、同意墮胎の共犯は補充的に成立することになる。

もっとも、同意墮胎罪が不同意墮胎罪の減輕類型であるとの認識から、妊婦が墮胎に同意していることを行為者サイドが主観的に認識していることが刑法213条適用の大前提であるとの立場も想定され得る。仮に、この立場を採るのであれば、事例1においては行為者サイドには妊婦の同意の認識が欠如しており、丙には同意墮胎罪の成立を肯認するだけの違法減少が認められないとの帰結に至ることになろう⁶⁴⁾。すなわち、見方によっては、同意墮胎罪の成立を認めるためには、妊婦が客観的に同意しているだけでは不十分で、行為者サイドに同意の認識が必須的に要求されると解釈する余地も出てくる。もし、そのように考えるのであれば、事例1は抽象的事実の錯誤の事案ではないことになり、丙には端的に不同意墮胎の幫助罪のみが成立することになるはずである。しかし、同意墮胎罪における「同意」はあくまでも構成要件要素である。従って、刑法213条前段の適用という見地からは、被害者が客観的に同意していれば事足りるはずである。この事案はあくまでも抽象的事実の錯誤の事案だと評価した上で解決を図るべきである⁶⁵⁾。

(二) 妊婦が非業務者ないし業務者が施行する墮胎手術に共犯的関与をした類型

次に、“妊婦が非業務者ないし業務者が施行する墮胎手術に共犯的関与をした類型”につき検討しておきたい。この類型においても、具体的事例をもって問題の所在を素描しておこうと思う。結論から述べれば、この類型においては、当該妊婦には自己墮胎罪と自己墮胎の共犯（教唆・幫助）の成立可能性があり、後者の自己墮胎の共犯は劣位法となるため、刑法212条の罪のみが成立することになる。

事例2

妊婦乙女は医学部生甲男を懲慥して甲男をして墮胎手術をさせた。

事例2の解決をめぐることは、大要次の3つの見解が対立している状況にある。第1の見解は、端的に妊婦である乙女に自己墮胎罪のみを成立させる立場である⁶⁶⁾。第2の見解は、妊婦自身が単独で墮胎する形態と、他人を介して墮胎する形態とは厳格に区別されなければならないとし、後者の形態については、刑法65条2項の適用により、自己墮胎罪の共犯が成立すると説くものである。第2説によれば、医学部生である甲男には同意墮胎罪が成立し、本来であれば、乙女については同意墮胎の教唆犯が成立するものの、「妊婦」という地位は不真正身分であるため、刑法65条2項が適用された結果、当該妊婦乙女は自己墮胎の教唆の限度で罪責を負うと解する立場である⁶⁷⁾。第3の見解は、他人を介して妊婦が墮胎するケースにおいては、当該妊婦には自己墮胎罪と同意墮胎の教唆罪の共犯の両方が成立し、両者は法条競合の関係に立つとするものである⁶⁸⁾。それでは、以下で、各説の検討を行うことにしよう。第1の見解は、妊婦が孤立して自己墮胎をすることは稀有であることや、刑法212条の「その他の方法」という文言の中に妊婦が他者に関与して墮胎手術を施行してもらった形態が含まれることをその論拠としている。しかし、自己墮胎罪と同意墮胎罪との間には必要的共犯関係はないため（他者を媒介にしなくても妊婦が固有に墮胎可能である）、妊婦による同意墮胎の関与については、刑法212条のみならず刑法213条・刑法61条・刑法65条2項の適用可能性があるともみるべきである。従って、事例2における乙女の所為についても、理論的には甲男の正犯行為に従属する教唆犯の成立を是認すべきである。従って、第一の見解は採り得ない。他方、第2の見解は、刑法212条の「その他の方法」という字句に他人を介して自己墮胎するパターンが一切含まれないことを前提としているが、やはりそのように解する必然性もないように思われる。結局、第3の見解が本稿の立場に近いということになろう。しかしながら、妊婦という地位は刑法65条2項が予定する「不真正身分」だと解釈されるべきであるため、同意墮胎の教唆罪ではなく、結局、自己墮胎の教唆罪の成立を認めるべきだと思われる⁶⁹⁾。従って、本稿は第3の見解を若干修正し、自己墮胎罪と自己墮胎の教唆罪の双方の成立可能性を

認めるという結論を導くことになる（実質的には妊婦という地位は「違法減輕の身分」だと捉えるべきであろう）⁷⁰⁾。それでは、第3の見解が妥当だとし、自己墮胎罪の正犯と（結果的に成立する）自己墮胎の教唆罪とは法条競合のどの関係に立つと解すべきなのであろうか。結論から述べれば、補充関係に立つと理解すべきである（業務者を教唆した場合もこの結論は変わらない）⁷¹⁾。

なお、身分者である共犯者が非身分者である正犯者に加功した場合の刑法65条2項の適用の是非につき、積極説と消極説とがそれぞれ主張されているのは周知のとおりであるが、本稿は積極説を支持する⁷²⁾。何となれば、刑法65条2項は「身分のない者には通常の刑を科する」とのみ規定し、「身分のない共犯には通常の刑を科する」と規定しているわけではないからである⁷³⁾。したがって、「不真正身分」を有する妊婦が同意墮胎行為に関与する場合にも同条項は適用可能であるとの結論が導かれ、（劣位法ではあっても）自己墮胎の教唆罪は成立する余地が出てくるのが裏づけられるのである。

（三）非業務者が、妊婦の自己墮胎に共犯的関与をし、業務者が施行する墮胎手術に対してさらなる共犯的関与をした類型

最後に、“非業務者が、妊婦の自己墮胎に共犯的関与をし、業務者が施行する墮胎手術に対してさらなる共犯的関与をした類型”について検討しておきたい。結論から述べれば、この類型においては、非業務者には自己墮胎の共犯と同意墮胎の共犯とが成立するが、包括一罪として同意墮胎の共犯のみが成立すると解する。

事例3

甲男は、妊婦乙女に墮胎薬を飲んで自己墮胎するよう教唆した。

事例3は、本稿が取り組むテーマである各種墮胎罪をめぐる罪数問題には直接関係ない事例である⁷⁴⁾。しかしながら、“非業務者が、妊婦の自己墮胎

各種墮胎罪と罪数

に共犯的関与をし、業務者が施行する墮胎手術に対してさらなる共犯的関与をした類型”につき適切な解決策を導くためには、事前に事例3につき予備的に検討しておくことが望ましいと考えるので、ここで取り上げることにする。

事例3においては、甲男の教唆行為をどのように把握するかにつき、際立った2つの見解の対立がある。一つの見方は、妊婦という地位は不真正身分（実質的にはこれを責任身分とみる）であるため、刑法65条2項に基づき、身分なき者には「通常の刑」を科す必要から、甲男には同意墮胎罪の教唆犯が成立すると解するものである⁷⁵⁾。これに対し、もう一つの見方は、妊婦による自己墮胎は一種の自傷行為であるため、自己墮胎への関与は端的に自己墮胎の教唆罪として処理すればよいとするものである⁷⁶⁾。それでは、どちらの見方が適切なのであろうか。前者の見方は妊婦の混乱した心理状態に着眼するものであるため、正常な心理状態を持つ共犯者には通常の刑が科されなければならないことになる。すなわち、混乱していない心理状態の甲男の所為には、刑法65条2項が適用され、同意墮胎の教唆罪が成立することになるのである。しかしながら、同意墮胎罪はあくまでも「同意を伴う他害」であるのに比して、自己墮胎罪は妊婦の自傷としての側面を有する犯罪類型である⁷⁷⁾。従って、同意墮胎への関与と異なり、自傷部分への関与は違法性が低いと考えられるのである。結局、後者の見方が妥当であるように思われる。判例も後者の見方に与している⁷⁸⁾。

それではここまでの知見を踏まえて、いよいよここから“非業務者が、妊婦の自己墮胎に共犯的関与をし、業務者が施行する墮胎手術に対してさらなる共犯的関与をした類型”につき検討を加えていくことにしたい。この類型においても、具体的事例を通じて問題の所在を明確化したいと考える。

事例4

甲男は、妊婦乙女から同女が懐胎している話を聞き、乙女に対して墮胎手術を受けるよう慫慂した後、知り合いの産婦人科医丙に対して乙女の墮胎手

術を施行するよう唆した。

甲男の所為は2つ存在する。妊婦乙女に対する教唆行為と丙に対する教唆行為である。この2つの行為の罪数関係をどのように把握するかについては、大要3つの見解が主張されている。第一の見解は、乙女には自己墮胎罪が成立し、業務者である丙には業務上墮胎罪が成立するが、甲男には妊婦という地位もなく、業務者という身分も欠けているのだから、結局2つの同意墮胎の教唆罪がそれぞれ成立し、両者は包括一罪として同意墮胎の教唆罪で処理されるとするものである⁷⁹⁾。第二の見解は、乙女には自己墮胎罪が、丙には業務上墮胎罪がそれぞれ成立するが、自己墮胎の教唆罪とは別個に刑法65条2項の適用により同意墮胎の教唆罪が成立し、両者は包括一罪として同意墮胎の教唆罪で処理されるとするものである⁸⁰⁾。第三の見解は、自己墮胎の教唆罪と同意墮胎の教唆罪がそれぞれ成立するが、前者は後者に吸収されると解するものである⁸¹⁾。しかし、第一の見解は、既にみたように、妊婦に対する非業務者による同意墮胎の教唆罪の成立を肯定する点で妥当でなく、第三の見解は同意墮胎の教唆罪が自己墮胎の幫助罪を吸収すると解釈する点で無理があるように思われる。おそらく第三の見解は、自己墮胎の教唆罪が同意墮胎の教唆罪に吸収されると解する考えだと思われるが、前者の所為を不可罰的事前行為ないし共罰的事前行為として位置づけ、吸収一罪を認めるのは、アプローチとしてはやや不自然であるものと見受けられる。従って、第三の見解を採用するのも我々は断念する他はないであろう。結局、第二の見解が自然な考えであるように思われる。何となれば、甲男の自然的行為は複数存在するので、法条競合や観念的競合は問題にならず、包括一罪として同意墮胎の教唆罪が成立すると解決するのが無難であるように思われるからである。なお、古い判例には、妊婦に対しては自己墮胎の教唆罪が、医師に対しては業務上墮胎の教唆罪がそれぞれ成立するが、包括して業務上墮胎の教唆罪が成立し刑法213条の刑でもって処断するとしたものがある⁸²⁾。当該判例が犯罪の成立と科刑の分離をもたらすことを前提にしているかは疑

問とされているが⁸³⁾、いずれにしても、本稿の立場からすれば、かかる結論は妥当でないものと思量されるのである。

四、結びにかえて

本稿は、これまでさほど活発に議論されてこなかった各種墮胎罪にまつわる罪数問題を取り上げ、このテーマにつき比較的詳細に分析・検討した。すなわち、各種墮胎罪のうちの結果的加重犯に付随して発生する罪数問題、そして共犯現象との関連から各種墮胎罪に生ずる罪数問題につき焦点を絞り、従来等閑視されていた2つの問題につき、多少踏み込んだ考察を行った。しかしながら、反面、本稿においては、今や古典的な問題へと格上げされている墮胎後の人に対する殺傷罪の適用の有無をめぐる議論等には全く立ち入ることができなかつた⁸⁴⁾。また、本稿においては、罪数問題を意識した各種墮胎罪をめぐる立法問題にも触れることができなかった⁸⁵⁾。各種墮胎罪をめぐるこれらの問題の検討については他日を期したいと思う⁸⁶⁾。

注

- 1) 毎日新聞2021年2月24日朝刊を参照。行為者には懲役2年の実刑判決が言い渡された。記事によれば、行為者は、全身麻酔薬を用いて妊娠約9週の妊婦を昏睡状態にし、同意を得ずに無水エタノールを下腹部に注射して胎児を死亡させ、さらには当該妊婦についても急性薬物中毒に陥らせたという。
- 2) 広島大学名誉教授筑間正泰先生からご教授を頂いた。
- 3) 彼のポアソナードが策定に尽力した旧刑法では、同法330条ないし335条において各種墮胎罪が規定されていた。規定内容は次のとおりである。すなわち「第330条 懐胎ノ婦女薬物其他ノ方法ヲ以テ墮胎シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処ス 第331条 薬物其他ノ方法ヲ以テ墮胎セシメタル者ハ亦前条ニ因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ処ス 第332条 医師穩婆又ハ薬商前条ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ 第333条 懐胎ノ婦女ヲ威迫シ又ハ誑騙シテ墮胎セシメタル者ハ一年以上四年以下ノ重禁錮ニ処ス 第334条 懐胎ノ婦女ナルコトヲ知テ毆打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年

以下ノ重禁錮ニ処ス其墮胎セシムルノ意ニ出タル者ハ輕懲役ニ処ス 第335条前二条ノ罪ヲ犯シ因テ婦女ヲ癡篤疾又ハ死ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス」と規定されていた。第330条が現行刑法の自己墮胎罪に該当し、第331条が同意墮胎罪・同意墮胎致死罪、第332条が業務上墮胎罪・業務上墮胎致死罪に該当する。第333条と第334条は、大要、現行刑法の不同意墮胎罪に該当する。第335条が概ね現行刑法の不同意墮胎致死罪・不同意墮胎致傷罪に該当する。既に旧刑法が制定された段階で、「毆打創傷ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス」という表現が使用されていることは興味深い。

- 4) 墮胎を端的に胎児殺として理解する見解としては、林幹人『刑法各論・第2版』（2007年）35頁以下、山口厚『刑法各論・第2版』（2010年）17頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』（2011年）23頁以下、松原芳博『刑法各論』（2016年）19頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（2019年）22頁以下がある。これに対して危険犯説を採る見解としては、団藤重光『刑法綱要各論・第3版』（1992年）446頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）・第3版増補版』（2005年）49頁以下、曾根威彦『刑法各論・第4版』（2008年）36頁以下、斎藤信治『刑法各論・第3版』（2009年）30頁以下、川端博『刑法各論講義・第2版』（2010年）117頁、佐久間修『刑法各論・第2版』（2012年）67頁以下、中森喜彦『刑法各論・第4版』（2015年）35頁以下、山中敬一『刑法各論・第3版』（2015年）98頁以下、高橋則夫『刑法各論・第3版』（2018年）25頁以下、大谷實『刑法講義各論』（2019年）67頁以下、前田雅英『刑法各論講義・第7版』（2020年）56頁以下、松宮孝明『刑法各論講義・第5版』（2020年）66頁以下、日高義博『刑法各論』（2020年）66頁以下、井田良『講義刑法学各論・第2版』（2020年）85頁以下がある。
- 5) 母体保護法との関係問題や胎児傷害の関連、胎児の始期の問題をめぐる論争等については、井田『講義刑法学・各論・第2版』（前掲注4）85頁以下を参照。
- 6) 「各種墮胎罪」という表現は、西村克彦『共犯の分析』（1966年）154頁以下に做っている。
- 7) 一般に、墮胎方法に必然的に伴う健康状態の不良変更は「傷害」に数えないといわれるが、具体的にはこれはどういうことを意味しているのであろうか。田中教授は、大正時代からわが国で行われている掻爬手術の場合にも、腔壁や子宮頸管あるいは子宮壁またはそれらの周辺部などに、なんらかの損傷が生じる旨指摘しておられる。田中圭二「同意墮胎罪・業務上墮胎罪における母体への『同意傷害』—『同意傷害』にかんするわが国の学説の問題点—」高岡法学第5巻第1・2号合併号（1994年）50頁を参照。従って、例えば、掻爬手術を行い、腔壁や子宮頸管等に当該手術に必然的に伴う損傷が生じた事例などでは、同意墮胎致「傷」罪・業務上墮胎致「傷」罪・不同意墮胎致「傷」罪は成立せず、基本犯のみが成立するに止まると解するべきであろう。
- 8) 筑間教授が1990年代後半に公表された2つの論文、すなわち、筑間正泰「結果的

各種墮胎罪と罪数

- 加重犯と罪数 (一) 広島法学22巻1号 (1998年) 1頁以下、同「結果的加重犯と罪数 (二・完)」広島法学22巻2号 (1998年) が本稿作成の大きな契機になった。
- 9) 結果的加重犯に関するモノグラフィーとしては、香川達夫『結果的加重犯の本質』(1978年) 3頁以下、丸山雅夫『結果的加重犯』(1990年) 1頁以下、内田浩『結果的加重犯の構造』(2005年) 1頁以下、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』(2011年) 1頁以下がある。
 - 10) 大塚仁『刑法概説 (総論)・第4版』(2008年) 130頁、180頁以下をそれぞれ参照。同旨、団藤重光『刑法綱要総論・第3版』(1990年) 336頁以下、福田平『全訂刑法総論・第5版』(2011年) 79頁以下を参照。もっとも、筑間教授が指摘するように、公害罪法3条2項のごとく、基本犯が過失犯の場合も存する。従って、結果的加重犯とは「基本犯を犯し、よって重い結果を惹起した場合に、基本犯より刑を加重する犯罪をいう」と定義づける方が正確を期しているといえよう。筑間「結果的加重犯と罪数 (一)」(前掲注8) 1頁以下、特に2頁を参照。
 - 11) 通説によれば、条件関係と相当因果関係の双方が必要だと考えられている。井田良『講義刑法学・総論・第2版』(2018年) 124頁以下を参照。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年) 45頁は条件関係を事実的因果関係、相当因果関係を法的因果関係と呼んでいる。
 - 12) 大塚『刑法概説 (総論)・第4版』(前掲10) 130頁を参照。
 - 13) 大塚『刑法概説 (総論)・第4版』(前掲10) 180頁以下を参照。
 - 14) ドイツにおいては、総則部分が改正され1975年1月1日に新刑法総則が施行された。ドイツ刑法18条は結果的加重犯に関する一般規定であるが、そこには「少なくとも過失の責を負うときに限り」という文言が登場する。すなわち、ドイツにおいては、結果的加重犯の重い結果につき過失が要求される立法がなされている。香川『結果的加重犯の本質』(前掲注9) 6頁以下、丸山『結果的加重犯』(前掲注9) 25頁以下、内田『結果的加重犯の構造』(前掲注9) 38頁以下、榎本『結果的加重犯論の再検討』(前掲注9) 1頁を参照。立法の経緯につき、Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 18, Rdn. 2を参照。なお、この規定を素直に読めば、故意のある結果的加重犯の概念も肯認されることになろう。
 - 15) 長島和弘「結果的加重犯についての諸問題」帝京法学24巻2号 (2006年) 156頁以下を参照。なお、香川教授は、ドイツ刑法のごとく結果的加重犯の重い結果につき過失を要求する立法を批判的にみておられる。香川『結果的加重犯の本質』(前掲注9) 71頁以下。
 - 16) 前田雅英『刑法総論講義・第7版』(2019年) 48頁以下を参照。前田教授は結果的加重犯の重い結果につき過失を不要とする立場を採られている。
 - 17) 刑法3条は日本国民の国外犯につき定め、刑法3条の2は日本国民以外の国外犯処罰規定 (平成15年に創設) である。刑法4条は、海外で日本の公務員が行った犯罪

- につき規律している。丸山雅夫「第6章 刑法の適用(効力)」井田良ほか著『ケーススタディ刑法・第5版』(2019年)65頁以下を参照。
- 18) 長島「結果的加重犯についての諸問題」(前掲注15)159頁を参照。
 - 19) 長島「結果的加重犯についての諸問題」(前掲注15)146頁を参照。
 - 20) 筑間「結果的加重犯と罪数(一)」(前掲注8)3頁以下を参照。
 - 21) ドイツ刑法各則第17章の章名は「身体の完全性に対する罪」となっているが、わが国ではそのように解する必然性はない。筑間正泰＝大山徹「同時傷害の特例」『平成29年度杏林大学CCRC研究所紀要』(2018年)16頁を参照。
 - 22) 井田『講義刑法学・各論・第2版』(前掲注4)47頁以下を参照。
 - 23) 一例を挙げれば、下剤または中毒薬の作用で子宮の収縮・陣痛をうながし、墮胎に至らしめる方法のケースでは、消化管の活動や異常に亢進させたり全身にわたる中毒が発生するが、これは「生理的機能の障害」に当たろう。また、プレグランディ膈座薬を使用する妊娠中期の墮胎のケースでも、細菌感染による産褥熱や敗血症を併発することもあるが、これも「生理的機能の障害」と評価できよう。詳しくは、田中「同意墮胎罪・業務上墮胎罪における母体への『同意傷害』—『同意傷害』にかんするわが国の学説の問題点—」(前掲注7)46頁以下を参照。
 - 24) 藪中悠『人の精神の刑法的保護』(2020年)237頁以下は、生理的機能障害説を發展させ「機能の傷害」と「機能の作用の阻止」とを区別し、後者を「傷害」概念から排除している。具体的には「失神状態」の大部分は「傷害」概念に包摂されるとしている。
 - 25) 大谷『刑法講義各論・新版第5版』(前掲注4)68頁以下を参照。なお、中山教授の見解も第一説の立場に近い。中山研一『刑法各論』(1984年)84頁を参照。
 - 26) 故意のある結果的加重犯については、丸山『結果的加重犯論』(前掲注9)320頁以下を参照。
 - 27) なお、香川教授は、刑法240条前段が捕捉する強盗致傷罪につき、暴行の故意があり傷害結果を招来した場合には強盗致傷罪の成立を認める一方、当初から傷害の故意がある場合には刑法240条前段の罪と傷害罪の観念的競合を認める解決をしている。香川達夫『刑法講義・各論・第3版』(1996年)530頁以下を参照。
 - 28) 論理的には第二説のような見解も想定され得るように思われる。現在、積極的・自覚的に第二説を主張している論者はいない。刑法240条において強盗致傷罪と傷害罪の観念的競合、強盗致死罪と殺人罪の観念的競合をそれぞれ認める論者は、第二説を採るのが首尾一貫しているものと見受けられる。もっとも、かかる論者も実際には第二説に与しているわけではない。小野清一郎『新訂・刑法講義各論』(1953年)186頁以下、244頁以下、香川『刑法講義・各論・第3版』(前掲注27)400頁以下、530頁以下をそれぞれ参照。瀧川博士は第二説を採っていないが、博士の立場からは本説を採るのが論理的であるというべきである。団藤重光ほか編『瀧川幸辰著作集・第2巻』(1981年)279頁、333頁を参照。なお、佐久間『刑法各

各種墮胎罪と罪数

- 論・第2版』(前掲注4)73頁は、第二説を批判的に考察し、「普通殺人罪と不同意墮胎致死罪の観念的競合とみるならば、死亡結果を二重に評価することになってしまう」と述べている。
- 29) 松宮教授は、刑法219条の罪は傷害の故意ある場合を含み、刑法221条の罪は傷害の故意ある場合を含み、刑法145条の罪も傷害の故意ある場合を含むとされている。松宮『刑法各論講義・第5版』(前掲注4)81頁、92頁、372頁をそれぞれ参照。
- 30) 松宮『刑法各論講義・第5版』(前掲注4)72頁は「刑の上限は故意の傷害罪と同じなので、帝王切開を用いて不同意墮胎を実行する場合には、不同意墮胎致傷罪のみが成立し、傷害罪はそれに吸収されると解される」としている。
- 31) 松宮『刑法各論講義・第5版』(前掲注4)239頁以下を参照。
- 32) 松宮『刑法各論講義・第5版』(前掲注4)372頁以下を参照。
- 33) 中森教授は、刑法221条の罪については傷害の故意ある場合を包含するとされている。中森『刑法各論・第4版』(前掲注4)53頁以下を参照。
- 34) 重い結果につき故意があれば、刑法108条、刑法109条1項または刑法110条1項の罪が成立し得る。筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注8)2頁を参照。この点には注意が必要である。
- 35) 死傷型の例としては、刑法181条2項が規定する強制性交等致傷罪・強制性交等致死罪の存在が挙げられる。同条項の法定刑は「無期又は6年以上の懲役」と重いので、傷害の故意があってもよいという点で今日では意見の一致があるように思われる。井田『講義刑法学・各論・第2版』(前掲注4)133頁以下を参照。なお、第四説に立脚される筑間教授は、問題になっている刑罰法規の法定刑が「傷害の罪」のそれを超えている場合には、傷害の故意がある場合のみならず、殺意がある場合も包含されてもよい旨説かれ、当該刑罰法規を適用するだけでは評価を尽くすことができない場合には再度殺人罪を重ねて適用すべきだと注目すべき見解を披歴されておられる(非故意犯と故意犯の観念的競合を回避する理論構成)。他方、死亡型の例としては、刑法146条後段の水道毒物混入致死罪がある。法定刑は「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」であり、死亡の点につき故意である場合も同条後段に含まれると解するべきである。筑間「結果的加重犯と罪数(二・完)」(前掲注8)9頁以下、19頁以下を参照。
- 36) 筑間「結果的加重犯と罪数(二・完)」(前掲注8)2頁を参照。
- 37) 丸山『結果的加重犯論』(前掲注9)では「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」という字句が使用される場合には、致傷のケースでは「傷害罪の上限が選択される」一方、致死のケースでは「傷害致死罪の上限が選択される」との指摘がある。なお、丸山教授はわが国の現行刑法における法定刑一覧の表を作成され、かかる字句が登場するパターンを“致死傷類型Ⅱ”に分類されている。
- 38) 西村克彦『罪責の構造〔新版〕』(1991年)320頁以下には、間接的に刑が割り出せるから実質的には法定刑があるにひとしいものの、立法上問題があるとの記述が

ある。しかし、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する」という字句を用いて法定刑を算出する立法技術は規定を簡素化する貴重な立法技術として評価されるべきだと考える。筑間＝大山「同時傷害の特例」(前掲注21) 16頁。

- 39) 筑間「結果的加重犯と罪数(二・完)」(前掲注8) 5頁を参照。
- 40) このような思考方法は、自動車運転致傷処罰法2条で捕捉されることになった危険運転致傷罪・危険運転致死罪の罪質を議論する際にも有益な示唆を与える。危険運転致傷罪の法定刑は「15年以下」の懲役であり、他方で危険運転致死罪の法定刑は「1年以上の有期徒刑」である。従って、この2つの結果的加重犯も「『傷害の罪』と構造を同じくし、刑が『傷害の罪』と同程度のもの」という範疇に属する。周知のように、かつて危険運転致傷罪・危険運転致死罪は伝統的な刑法典上の犯罪であった。2001年の立法時においては「危険運転致死傷罪が予定する危険運転行為は、暴行の故意なく行われても、死傷の結果を生じさせる危険性をもつ点において、通常の暴行行為と変わらない(か、あるいはそれ以上)である」との認識から、「危険運転行為を暴行に準じて取り扱う」べく2つの構成要件が構築されたとのことである。この点については、井田『講義刑法学・各論・第2版』(前掲注4) 75頁以下が詳しい。さて、危険運転致傷罪・危険運転致死罪についても傷害の故意がある場合の取り扱いが問題になってくる。この点、傷害罪・傷害致死罪の成立を肯定する見解もある。例えば、前田『刑法各論講義・第7版』(前掲注4) 51頁を参照。しかし、こうした見解は妥当でないであろう。本稿は第四説に立脚するため、危険運転致傷罪・危険運転致死罪のいずれかの成立を認めるとの結論を採る。この論争については、井田良＝佐藤拓磨『新論点講義シリーズ2・刑法各論第3版』(2017年) 38頁を参照。
- 41) 神山教授は、1980年代初頭に、強盗殺人の形態につき、結合犯と並び、故意のある結果的加重犯を理論的に肯認すべきだと立場をいち早く提示し、次のように述べておられた。「反抗を抑圧する手段のうち最たるものは殺人行為であり・・・強盗行為と死亡との関係はまさに結果的加重犯の特質を備えている」。神山敏雄「強盗致死傷罪」(1982年) 276頁を参照。神山教授の指摘は正当なものであるように思われる。
- 42) この点については、原田保「危険運転致死傷罪と傷害罪・傷害致死罪の関係」曾根威彦ほか編『交通刑事法の現代的課題・岡野光雄先生古稀記念』(2007年) 311頁以下を参照。
- 43) 第三説と第四説の相違点であるが、第四説は刑罰法規に「傷害の罪と比較して、重い刑による処断する」との文言がある場合には、当該刑罰法規が予定する構成要件が優位法に、傷害罪・傷害致死罪が劣位法となり、そこでは、原則として、法条競合の吸収関係が看取されると明示的に述べている。筑間「結果的加重犯と罪数(二・完)」(前掲注8) 2頁以下を参照。
- 44) 虫明満『包括一罪の研究』(1992年) 105頁以下を参照。

各種墮胎罪と罪数

- 45) 虫明『包括一罪の研究』(前掲注44) 102頁を参照。
- 46) 西田(橋爪隆補訂)『刑法各論・第7版』(前掲注4) 348頁を参照。
- 47) 筑間正泰「詐欺罪、背任罪及び横領罪」広島法学20巻1号(1996年)6頁を参照。
- 48) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注8)2頁を参照。
- 49) 「傷害」という文言が刑法典で用いられる場合には広義の傷害を意味する場合があることに注意したい。例えば、刑法206条が規定する現場助勢罪で用いられている「傷害」という文言は傷害致死罪も含めて使用されている。この点については異論は存しないように見受けられる。筑間「結果的加重犯と罪数(一)」(前掲注8)8頁を参照。
- 50) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注8)5頁を参照。
- 51) 結果的加重犯の未遂を肯定する立場にも、2つのパターンがあることを丸山教授が指摘し、それぞれの類型につき端的に纏められている。丸山教授によれば、第一類型は基本犯の未遂を認めるパターンであり、第二類型は過失犯に未遂を肯定する見解と故意のある結果的加重犯を肯定する見解の両者から成るパターンである。丸山『結果的加重犯論』(前掲注14)291頁以下を参照。本稿の採る立場ではないが、仮に、同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・業務上墮胎致死罪の未遂というものが想定されるのだとすれば、それは基本犯が未遂に終わったケースだと捉えることもできるように思われる。しかし、いずれの構成要件も基本犯の未遂を可罰的にする条文は存在しないため、上記の結果的加重犯に関しては、その未遂につき概念的に措定してもあまり意味はないであろう。
- 52) 大谷『刑法講義各論』(前掲注4)70頁以下を参照。
- 53) 大判大正13年4月28日法律新聞2263号17頁。
- 54) 山中『刑法各論・第3版』(前掲注4)105頁以下。高橋『刑法各論』(前掲注4)24頁、日高『刑法各論』(前掲注4)68頁以下を参照。
- 55) 第四説によれば、嫌がる想像妊娠の被害女性に交際相手が墮胎手術を行った事例などでは、客体の不能として不同意墮胎の未遂罪が成立し得るであろう。佐久間『刑法各論・第2版』(前掲注4)70頁をも参照。客体の不能については、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』(2016年)87頁以下を参照。
- 56) ドイツでは傷害未遂を可罰的にする条文(ドイツ刑法223条2項)があり、しかも連邦通常裁判所2002年10月9日判決により「傷害致死未遂罪」という犯罪が認められたという。榎本講師によれば、ドイツ刑法は結果的加重犯を故意犯として扱う規定(ドイツ刑法11条2項)を擁し、また重罪の未遂を常に罰する規定(ドイツ刑法23条1項)を置いているため、このような未遂罪も理論的に想定可能なのだという。榎本『結果的加重犯論の再検討』(前掲注14)196頁以下、276頁以下をそれぞれ参照。
- 57) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注8)2頁を参照。なお、暴行を手段として墮胎行為を行う形態については、旧刑法は独自の条文を設けていた。「第334条

懐胎ノ婦女ナルコトヲ知テ殴打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス其墮胎セシムルノ意ニ出タル者ハ輕懲役ニ処ス」がそれである。ちなみに、旧刑法334条においては、暴行の意思と墮胎の意思は厳格に区別されていた。なお、本稿においては、暴行・傷害につき被害者の同意があるパターンについては度外視した。

- 58) 先行研究としては、西村『共犯の分析』(前掲注6) 154頁以下がある。
- 59) 刑集36巻2号206頁。もっとも、この事件は幫助犯の罪数に関するものである。
- 60) 共犯と罪数については、只木誠『罪数論の研究・補訂版』(2009年) 135頁以下が示唆に富む。
- 61) 事例1では甲を医学部生だという設定にした。しかしながら、仮に、事例1で甲を歯科医師だと設定したら解釈は分かれることになる。一つの考え方としては、歯科医師は刑法214条が予定している「医師」には該当しないため、甲に業務上墮胎罪の成立する余地はないと説く見解がある。佐久間『刑法各論・第2版』(前掲注4) 72頁を参照。いま一つの考え方としては、歯科医師は刑法214条が予定している「医師」に当たるため、甲には業務上墮胎罪が成立するというものがある。大谷『刑法講義各論・新版第5版』(前掲注4) 71頁を参照。しかし、佐久間教授も指摘されているように、歯科医師は中絶・墮胎を専門的な職種にしていなかったため、前者の見解を採ることはできないように思われる。従って、本稿の立場からは事例1を変形した場合でも不同意墮胎の未遂罪が成立する他、同意墮胎罪がやはり補充法として成立する結果になる。
- 62) 山口教授は、殺人が問題になる局面であるが、「行為者が、被殺意思(同意)の存在を知らずに、それを有する者を殺害した場合については同意殺人罪が成立するが、理論的には殺人未遂罪が成立可能」だと述べておられる。この論理を各種墮胎罪が問題になる場面へと転用すると、妊婦が同意をしていることを認識せずに墮胎手術を施行した場合には、不同意墮胎の未遂罪が成立可能だという結論に立ち至るであろう。山口『刑法各論・第2版』(前掲注4) 16頁以下を参照。
- 63) 筑間「詐欺罪、背任罪及び横領罪」(前掲注47) 9頁は「刑法202条の自殺関与罪又は囑託殺人罪及び承諾殺人罪は刑法199条の殺人罪の黙示的補充関係に立つ」と結論づけている。本稿もこの結論を支持する。この立場からは、不同意墮胎の未遂の幫助罪が基本法・同意墮胎既遂の幫助罪が補充法になるはずである。
- 64) 林幹人教授は「囑託があるのになど誤信した場合、実現された構成要件は囑託殺人罪のそれであるが、故意としては、囑託の認識がない以上囑託殺人罪の故意はないといわざるをえない」と述べておられる。林幹人『刑法の現代的課題』(1991年) 78頁を参照。ここからも理解できるように、林教授は刑法202条が規定する同意殺人罪を刑法199条が規定する殺人罪の減輕特別類型と解しておられる。林幹人『刑法総論・第2版』(2008年) 452頁を参照。この論理を各種墮胎罪に転用すると、同意墮胎罪は不同意墮胎罪の減輕特別類型だということになろう。しかし、

各種墮胎罪と罪数

同意があると誤信して墮胎手術を施行した事例を不同意墮胎の未遂罪に問擬する本稿の立場からはかかる結論には必ずしも賛同し得ない。やはり、不同意墮胎罪を基本法・同意墮胎罪を補充法と位置づけるべきである。

- 65) かつては妊婦の「同意」を得たという加害者側の地位を一種の身分だとみて、これを刑法65条2項が予定する「身分」と把握する少数説も有力に披歴されていた。少数説は、大要次のように説く。刑法65条1項、刑法65条2項における身分を統一的理解する必要はない。刑法65条1項の身分は、社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、反対に、刑法65条2項の身分には一時的情操・動機・目的も含まれると解するべきである。妊婦の同意を得たという加害者側の心理状態は承諾・囑託による刑の減輕事由であり、これも刑法65条2項が予定する身分と理解して差し支えない。少数説は概ね上記のように主張する。少数説については、木村亀二『刑法各論』（1967年）38頁、さらには木村亀二『犯罪論の新構造（下）』（1968年）375頁以下を参照。しかしながら、「同意」を得たという加害者サイドの非継続的かつ一時的な心理状態を一種の身分だと把握して刑法65条2項を適用するとのアプローチには無理があるというべきである。この点については、筑間正泰「身分犯の共犯について」『刑事法学の現実と展開—斎藤誠二先生古稀記念』（2003年）392頁を参照。
- 66) 団藤『刑法綱要各論・第3版』（前掲注4）449頁以下、大塚『刑法概説（各論）・第3版増補版』（前掲注4）54頁以下、斎藤『刑法各論・第3版』（前掲注4）31頁、川端『刑法各論講義・第2版』（前掲注4）119頁以下、佐久間『刑法各論・第2版』（前掲注4）71頁、中森『刑法各論・第4版』（前掲注4）37頁、山中『刑法各論・第3版』（前掲注4）104頁、高橋『刑法各論・第3版』（前掲注4）23頁、大谷『刑法講義各論』（前掲注4）69頁、前田『刑法各論講義・第7版』（前掲注4）58頁、松宮『刑法各論講義・第5版』（前掲注4）71頁、井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注4）94頁等を参照。
- 67) 曾根『刑法各論・第4版』（前掲注4）37頁以下、西田（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（前掲注4）20頁以下を参照。
- 68) 西村『共犯の分析』（前掲注6）172頁以下を参照。
- 69) 本文で指摘したように、西村教授は同意墮胎の教唆罪の成立を肯定しているが、こうした立論の根底には共犯の処罰根拠に関する責任共犯論的な理解があるように見受けられる。責任共犯論については、井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）313頁以下を参照。妊婦からの依頼により墮胎手術に手を染めた墮胎施行者は、妊婦の囑託がなければ同意墮胎罪を犯す主体にはなり得なかったのであり（正犯者に違法かつ有責な行為を行わせた）、この意味で当該妊婦は墮胎施行者を墮落させたと評し得よう。仮に、西村教授がそのように考えていたとすれば、自己墮胎罪が基本法で同意墮胎の教唆罪が補充法になるとの理解にもまた修正が必要であるように思われる。すなわち、西村教授の理解を前提にするのであれば、包括一罪と

して同意墮胎の教唆罪が成立するとの結論を導いた方が首尾一貫するように思量されるからである。なお、刑法212条と刑法213条前段との間には必要的共犯関係はないとみるべきである。町野朔「墮胎の罪」小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（1988年）60頁以下を参照。

- 70) 違法減輕の身分については、中山研一「12 消極の身分と共犯」中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法1・共犯論』（1997年）135頁以下を参照。
- 71) 虫明『包括一罪の研究』（前掲注44）82頁は、わが国では伝統的に「従犯・教唆犯は正犯に対して補充的であり、従犯は教唆犯に対して補充的である」と解釈されてきたことを示唆する。もっとも、虫明教授は、こうした伝統的な解釈には与し得ないとも述べておられる。
- 72) 大場博士は、妊婦が実行行為に関与せず他人が施行する墮胎手術を認容するケースにおいては、自己墮胎の幫助罪を成立させるべしとの考えを開陳しておられた。大場茂馬『刑法各論（上）』（1909年）92頁を参照。いうまでもなく、わが国の幫助犯という共犯形式は刑の必要的減輕事由である（刑法63条）。妊婦に恩情を与える意味でも、劣位法である自己墮胎の幫助罪で起訴する方策も選択肢として視野に入れるべきであろう。他方、積極説と消極説の論争については、井田『講義刑法学・総論・第2版』（前掲注60）575頁を参照。なお、井田教授は、刑法65条2項は正犯に身分があり、共犯にない場合を予想していることを理由に、消極説を支持しておられる。そして、消極説こそが共犯の処罰根拠に関する混合惹起説にも整合的だと結論づけておられる。混合惹起説については、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）164頁以下を参照。
- 73) 内藤謙『刑法講義・総論（下）Ⅱ』（2002年）1413頁を参照。佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』（前掲注11）417頁以下も刑法65条2項は共犯の従属性を修正する規定だとみる見地から、積極説を支持している。もっとも、佐伯教授の指摘は“加重身分のある者が不在者に関与した”場合を想定した記述であることに注意が必要である。これに対して、共犯従属性の考え方との調和を図るという視点から消極説を支持するのは、十河太朗『身分犯の共犯』（2009年）275頁以下を参照。
- 74) 大谷『刑法講義各論・新版第5版』（前掲注4）70頁には「妊婦を教唆し、その承諾を得て墮胎したときは、墮胎の教唆はその実行行為に吸収されて」同意墮胎罪のみが成立する旨の記述がある。この記述の意味するところは必ずしも鮮明ではないものと見受けられるが、交際相手の男性が妊婦に墮胎薬を飲むよう教唆をし、果たして当該妊婦は墮胎薬を飲んだが、効き目が弱いので、業を煮やした交際相手の男性が墮胎手術を行ったような事例を想定しているのであろうか。しかしながら、もしそうだとした場合（自殺教唆罪・自殺幫助罪とは異なり、）自己墮胎への加担行為に関しては未遂処罰規定がないため、そもそも妊婦に対する教唆行為については構成要件該当性がなく、こうした事例を吸収一罪の場合として処理することは困難であるというべきである（本稿の立場を前提とする）。すなわち、自己墮

各種墮胎罪と罪数

- 胎の未遂の教唆を不可罰的ないし共罰的事前行為とみて吸収一罪の場合として処理することには無理があるというべきなのである。本稿が依拠する吸収一罪の概念については、筑間正泰「第11章 罪数」『要説 刑法総論・二訂版』（1995年）343頁を参照。
- 75) 佐久間『刑法各論・第2版』（前掲注4）71頁以下、中森『刑法各論・第4版』（前掲注4）38頁、山中『刑法各論・第3版』（前掲注4）104頁以下、松原『刑法各論』（前掲注4）21頁、西田（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（前掲注4）21頁参照。
- 76) 平野龍一『刑法・総論Ⅱ』（1975年）373頁以下、林『刑法各論・第2版』（前掲注4）37頁、斎藤『刑法各論・第3版』（前掲注4）31頁、川端『刑法各論講義・第2版』（前掲注4）122頁、山口『刑法各論・第2版』（前掲注4）21頁以下、伊東『刑法講義各論』（前掲注4）24頁以下、高橋『刑法各論・第3版』（前掲注4）24頁、大谷『刑法講義各論』（2019年）70頁、前田『刑法各論講義・第7版』（前掲注4）59頁、松宮『刑法各論講義・第5版』（前掲注4）71頁以下、井田『講義刑法学各論・第2版』（前掲注4）95頁等を参照。
- 77) 松宮孝明「共犯と身分」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1・共犯論』（1997年）128頁を参照。言い換えれば、事例3の甲男の行為は自己墮胎の加担行為としてのみ評価されるべきなのである。
- 78) 大判昭和10年2月7日刑集14巻76頁。大判昭和15年10月14日刑集19巻685頁。
- 79) 中森『刑法各論・第4版』（前掲注4）38頁以下、山中『刑法各論・第3版』（前掲注4）105頁、西田（橋爪隆補訂）『刑法各論・第7版』（前掲注4）21頁を参照。
- 80) 斎藤『刑法各論・第3版』（前掲注4）32頁、伊東『刑法講義各論』（前掲注4）24頁以下、前田『刑法各論講義・第7版』（前掲注4）60頁を参照。
- 81) 川端『刑法各論講義・第2版』（前掲注4）123頁以下、高橋『刑法各論・第3版』（前掲注4）24頁以下、大谷『刑法講義各論・新版第5版』（前掲注4）71頁以下。
- 82) 大判大正9年6月3日刑録26輯382頁。
- 83) 井田『講義刑法学・各論・第2版』（前掲注4）95頁を参照。
- 84) 議論状況は、井田『講義刑法学・各論・第2版』（前掲注4）88頁以下を参照。
- 85) 1970年代に推進された改正刑法草案では第279条1項に営利目的同意墮胎罪（法定刑は5年以下の懲役）が創設されていた。もし、かかる刑罰法規が新設されていたとすれば、各種墮胎罪にまつわる罪数問題にも一石が投げられていたであろう。営利目的同意墮胎罪については、中義勝「第二十六章 墮胎の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則・改正草案の批判的検討』（1973年）298頁以下を参照（改正刑法草案にも見るべき点はあり、医師等による墮胎の加重処罰を避けようとしている点などは画期的であった）。なお、刑法215条1項が定める不同意墮胎罪の中の「女子の囑託を受けないで、又はその承諾を得ないで」という字句の「又は」は「かつ」と読み替えられるべきであることが指摘されてきた。筑間『結果的加重犯と罪数（一）』（前掲注8）7頁を参照。将来、刑法の一部改正を行う際には、

営利目的同意墮胎罪の新設とともに、同条項の法文にも修正が施されることが望ましいと考える。亀井教授によれば、1995年以降は活発な刑事立法がなされるようになった第4期だとのことであり、このことを踏まえると、上述した立法提案も決して非現実的な選択肢ではなくなったように思われる。亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（2010年）2頁以下を参照。

- 86) 私事になるが、筆者が阿久澤利明先生に初めてお会いしたのは2002年の11月のことであった。2003年からは杏林大学総合政策学部スタッフとして同大学に奉職することになったが、私が大学教員としてのスタートがスムーズに切れたのは厳しくも暖かいご指導をして下さった阿久澤利明先生のおかげである。阿久澤利明先生からは講義の準備の仕方やゼミ運営のことまで懇切丁寧なご指導を賜った。昨年6月に訃報に接し寂しく思うことしばしばである。謹んでご冥福をお祈り致します。