

# 再論 各種墮胎罪と罪数

## — 刑訴法の議論をも踏まえて —

大 山 徹

### 一、序

刑事訴訟法1条(以下「刑訴法」と略す)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、刑罰法令を適正か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。同条は、同法「第1編 総則」中に規定されているが、「第1章 裁判所の管轄」の前に置かれていることは特に重要視されなければならない。このことからわかるように、同条はいわば同法の大綱であり<sup>1)</sup>、同法全体を貫くテーゼであると考えられるのである。換言すれば、同条は通奏底音的に作用する条文だといえるのである(なお、同条は「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、刑罰法令を適正か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)<sup>2)</sup>。

ところで、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、そればかりか当該妊婦に傷害結果を招来させるという事件が発生した。岡山地裁は、令和3年2月23日に、被告人である医師に不同意墮胎致傷罪の成立を肯定した<sup>3)</sup>。この事件は、刑法216条の罪の成立が認められた極めて稀有なものであり、判決が

下った後も世間の耳目をいまなお集めている<sup>4)</sup>。

不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪を規定した刑法216条には、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という特徴的な文言が登場する。この点については第二章で詳細に論ずるが、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という字句を用いた立法技術は規定を簡素化する貴重なものの一つであり<sup>5)</sup>、かかる立法技術は刑法の伝統的な解釈を行う場合にも我々に貴重な示唆を与えてくれるように思われる。

さて、私は、杏林社会科学 研究第36巻第4号で「各種墮胎罪と罪数」という論文を上程したが<sup>6)</sup>、前稿を執筆する過程で、肝心な部分を論証していなかった、例えば、前稿では、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という規定ぶりが何故貴重な立法技術であるのか十分に論証することができなかった。また、それとの関係で刑法典において「傷害」という文言が文脈に応じてどのような意味内容を包含するのか、「傷害の罪」が規準となることについても十分に説得的な説明を行っていなかった。他方、行為者が傷害の故意を有しているケースにおいて基本犯が同意墮胎・業務上墮胎の場合には傷害罪・傷害致死罪との観念的競合として処理する反面、不同意墮胎を基本犯とする場合には傷害罪・傷害致死罪は劣位法となり端的に不同意墮胎致傷罪・不同意墮胎致死罪が成立するとの結論を導いたが、観念的競合と法条競合の相違点についても、十分な説明をすることができなかった。さらに、「各種墮胎罪と罪数」というタイトルを掲げながら、併合罪が問題になるケースとして学説上盛んに議論されている事例（墮胎後、出生した者を不保護にしたケース）についても何らの検討も行っていなかった。そこで本稿を執筆した次第である。

本稿の構成は次のとおりである。第三章では、各種墮胎罪のうちの結果的加重犯をめぐる罪数問題を取り上げ、第四章では、共犯現象との関連から生ずる罪数問題を取り上げる。続く第五章では、墮胎手術後出生した者を不保護にしたケースから生ずる罪数問題を取り上げることにしたい。なお、第三章から第五章を論ずる上で、いくつかの前提問題を論じることが不可欠の作

業となる。すなわち、「傷害の罪」や「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という字句や法定刑の意義、観念的競合・法条競合の刑法規定上の取り扱いにつき論ずることが第三章から第五章までの罪数問題を分析する上での貴重な知見を我々に与えるものと考え。そこで、この後の第二章では、これらの前提問題につき比較的詳細に論じることにした<sup>7)</sup>。

## 二、前提問題の検討

### (一) 「傷害」という文言について

周知のように、刑法典においては、「傷害」という文言は、広義の傷害の意味で用いられている場合と狭義の傷害の意味で用いられている場合との2パターンが存在する。刑法206条の現場助勢罪が予定する「傷害」という文言は、文脈から考えて広義の傷害の意味であり、この点につき異論は存在しない<sup>8)</sup>。他方、刑法118条2項・刑法124条2項・刑法145条・刑法196条・刑法216条・刑法219条・刑法260条においては、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という字句が登場しており、この字句が登場する局面においては、「傷害」という文言は広義の傷害の意味で捉えられている<sup>9)</sup>。この点についても異論を差し挟む余地はない（「傷害の罪」というフレーズと「死傷」という文言が連動して機能する点からもこのことは理解できよう）。これに対して、刑法204条・刑法205条が規定する「傷害」という文言は狭義の傷害の意味内容であることは疑いのないところである。なお、刑法207条が予定する「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において」の字句の「傷害」であるが、これは広義の傷害の意味内容で捉えられるべきである。何となれば、同条が刑法204条・刑法205条の後に規定されていること、「傷害」という文言が傷害致死を含む場合が多々あること等を踏まえれば、刑法207条は暴行・傷害から死亡結果が招来された事例にまで適用されることは何ら不自然ではないと考えられるからである。

次に、狭義の傷害をどのように把握すべきかをめぐる問題を検討してみた

い。この点については、従前より盛んな議論が展開されている。完全性侵害説と生理機能障害説の対立がそれである。結論から述べれば、本稿は生理機能障害説を採る。後に言及するが、不同意墮胎致傷罪が予定する「傷害」の大部分は生理機能が害されたパターンであると理解されること、完全性の侵害は暴行罪で捕捉することが可能であること、他者をHIVウイルスに罹患させるなど必ずしも完全性の侵害が伴わない形態でも傷害罪で捕捉する必要がある等の事情を考慮すれば、生理機能障害説が適切であると思われるからである<sup>10)</sup>。

## (二) 法定刑について

次の問題に移ろう。法定刑とは何か。一般に、法定刑とは「各刑罰規定において当該犯罪類型に対応するものとして抽象的に定められた刑」であると解されている<sup>11)</sup>。

刑罰が法定されていない絶対的専断刑主義の時代と異なり、今日においては、罪刑法定主義の見地より個々の刑罰法規に刑が予め特定されている<sup>12)</sup>。すなわち、現在においては、刑罰法規において、刑の種類も刑の分量も全く定めない刑罰法規を創設することは罪刑法定主義の原則に抵触すると解されているのである(たとえば、「・・・した者は、裁判所の定める刑に処する」)。他方、刑の種類のみを定め刑の分量を全く定めないこと(たとえば、「・・・した者は、懲役に処する」)も罪刑法定主義の原則に反するとされている<sup>13)</sup>。刑罰法規は行為規範としての側面を有し、各々の刑罰法規において事前に刑が特定されていることによって、我々一般市民の行動の自由が保障されるのである<sup>14)</sup>。また、法定刑を参照すれば、どのような刑罰が科される可能性があるのが容易に見て取れる上に、法定刑を設定している刑罰法規がどの程度の犯罪を規定しているのかを我々は理解し得るのである<sup>15)</sup>。

他方、刑訴法上も、各刑罰法規が設定した法定刑が重要な役割を有する場面が少なくない。たとえば、公訴時効を規定した刑訴法250条は、それぞれの刑罰法規が設けた法定刑を基に、公訴時効期間を定めている<sup>16)</sup>。また、

必要的弁護事件となるかどうかについても、法定刑を基準に決定されることになっている<sup>17)</sup>。すなわち、刑訴法289条1項は「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には、弁護人がいなければ開廷することはできない。」旨規定する。さらに、2004年に制度化された即決裁判手続に目を転じると、同手続の申立てに関しても、法定刑が指標となって申立てが許されるか否かが決まるのである。すなわち、刑訴法350条の16第1項但書は「ただし、死刑又は無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮に当たる事件」については、検察官は即決裁判手続の申立てが許されない旨規定しているのである<sup>18)</sup>。なお、刑訴法等で「『当たる』『当る』『該る』『あたる』という字句があれば、それは法定刑を指すことにつき、ここで我々は念頭に置いておくべきである<sup>19)</sup>。

さて、前述したように、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という字句を伴う条文は、刑法典中に7か所登場する（刑法118条2項、刑法124条2項、刑法145条、刑法196条、刑法216条、刑法219条、刑法260条）。もっとも、既に指摘されているように、かかる字句は法定刑の特殊な算出方法を定めたにすぎないと意見もあるし<sup>20)</sup>、さらには、行為規範としての性格づけが脆弱だとの見解すら披歴されている<sup>21)</sup>。しかし、かかる指摘は必ずしも的を射ていないように思われる。このような立法技術は法定刑を瞬時に算出する合理的で簡素な立法技術だというべきである（このことは致傷の場合に「法定刑の上限が15年」、致死の場合に「法定刑の上限が20年」になると我々が直ちに理解できることから裏づけられるように思われる）。通常、刑罰法規は第一次的には裁判規範ではある反面、行為規範としての側面も有しているが、法定刑がダイレクトに明示されていないからといって、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という文言を伴う刑罰法規の行為規範としての性格が脆弱であることの証にはならないであろう。すなわち、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という文言を伴った刑罰法規においても、致傷結果を招来した場合には「法定刑の上限が15年」、死亡結果を招来した場合には「法定刑の上限が20年」になると直ちに我々は

理解できるわけであり、行為規範としての性格も充分担保されていると考えられるからである（不同意墮胎致死罪を例にとって考えてみよう。「妊婦の同意を得ずに墮胎をし、妊婦を死亡せしめれば最大限懲役20年になる。だから死の結果を招来する不同意墮胎行為は止めるべし」との行為規範が設定されることになる<sup>22)</sup>。したがって、「傷害の罪と比較して、重い刑により処断する。」という文言は規定を簡素化する合理的な立法技術であることが再確認されたものと思われる。

### （三）観念的競合と法条競合

この款では、観念的競合と法条競合、併合罪とされた場合の処理の違いにつき検討しておくことにしたい。検討に際しては、刑法上の取り扱いにも留意しながら、論を進めることにしたい。

まず、観念的競合から考察することにしたい。観念的競合は刑法54条前段に規定され、実在的競合の特殊な場合である牽連犯とともに、学問上科刑上一罪として位置づけられている<sup>23)</sup>。

学説においては、刑法上、審判の対象が訴因であることを強調して、科刑上一罪の訴因は一訴因であると主張する見解が披歴されている。この見解によれば、科刑上一罪の訴因は一個の訴因から構成されることになり、観念的競合については、一事件＝一訴因＝一裁判ということになり、首尾一貫した図式が描かれ、そこには論理的破綻は見られないことになる<sup>24)</sup>。したがって、この見解によれば、恐喝の嫌疑で公訴の提起がなされていたが、審理の過程で被害者が重症を負っていた事実が判明すれば、訴因の「追加」ではなく、恐喝・傷害へと訴因が「変更」される理屈になるはずである<sup>25)</sup>。他方、後述するように、当初は同意墮胎の嫌疑で立件されていたものの、審理の過程で被害女性が敗血症に罹患していた事実が判明した場合には、この見解からは、訴因の「変更」がなされることになるはずである（同意墮胎から同意墮胎・傷害への訴因の「変更」）。

しかし、この見解に対しては、手厳しい反論が加えられている。仮に、こ

の見解に依拠するのであれば、刑訴法「312条にいう訴因の追加や撤回は、単に予備的ないし択一的な訴因の追加、撤回を意味するというにすぎない」ことになり、「変更」と並べて「追加」、「撤回」が規定されている同法の趣旨が没却されてしまうとの批判がそれである<sup>26)</sup>。かかる批判は的を射ているものと思量される。また、有力説のように、訴因の「追加」や「撤回」が単に予備的訴因や択一的訴因が問題になる局面においてのみ問題となると理解するのであれば、そのような解釈論は、やはり妥当でないように思われる<sup>27)</sup>。すなわち、訴因と罰条は分かち難く結びついているのに、この見解からは、訴因は「変更」、罰条は「追加」という事態に立ち至ってしまい、有力説はこの見地からも適切でないように思われるのである。これらのことから、この見解を採用することは困難であるように思われる<sup>28)</sup>。結局、科刑上一罪の訴因は複数から構成されると理解した上で<sup>29)</sup>、刑事訴訟の訴訟物は「具体的犯罪事実に基づく刑罰権の存否及びその範囲」と理解するのが妥当であるように思われる<sup>30)</sup>。

さて、以上の検討から得られた知見は、刑法上の議論にどのような影響を与えるのであろうか。

観念的競合が理論上数罪であることに着目し、観念的競合につき刑法50条の適用があるとの解釈論を展開する見解もある。しかしながら、この見解に依拠したとすると、一個の所為で警察官を殴り怪我を負わせたケース（もちろん、公務執行妨害罪と傷害罪とが成立する）で、二重の審理および裁判がなされることになる。すなわち、かかる処理は、一つの暴行に対して二重の審理および裁判がなされることを意味し、妥当とはいえないであろう。このような帰結は奇異なものであるように感じられる。結局のところ、一個の行為を二重に審理および裁判の基礎にすることは許されないように思われるのである<sup>31)</sup>。やはり、先に確認したように、観念的競合に代表される科刑上一罪は複数の訴因から成り、一個の事件として一個の裁判で処理されるはずのものなのである。

ここから重要な帰結が導かれる。観念的競合に代表される科刑上一罪につ

いては、刑法50条は働かず、しかも、刑法46条の「一個の罪」という字句の中には当然観念的競合も含まれるとの解釈論的帰結がもたらされる<sup>32)</sup>。したがって、2021年2月15日の住居侵入殺人と2021年3月31日の窃盗とは併合罪の關係に立ち、同時審判可能な場合には、刑法47条等が適用され、そうでない時は刑法50条が適用されることになる。このように考えれば、観念的競合に代表される科刑上一罪は理論上数罪であるものの、実体法上はいわば不真正な一罪として位置づけられることになるのである。他方、いうまでもないことであるが、理論上一罪が成立するケース（法条競合の吸収關係等が看取されるケース）においては、訴訟法上一個の事件として一個の裁判で処理されることになる<sup>33)</sup>。

したがって、観念的競合と法条競合の差異についてはどのように把握すべきなのかに関しても、以上述べたところから、自ずと解決の指針が得られるように思われる。今日の通説である構成要件標準説によれば、前者の観念的競合は理論上数罪が成立する場合であり、後者の法条競合は一見すると数罪が成立するように見えるものの構成要件相互の論理的關係に基づき結局のところ理論上一罪しか成立しない場合であると位置づけられよう。

さて、本稿は先に、観念的競合等の科刑上一罪は、実体法上、いわば不真正な一罪であるとの帰結に辿り着いたので、観念的競合と法条競合との差は相対的なものにすぎないようにも思われるが、ここでは、一応、念のため、両者の違いについても言及しておくことにしたい。理論上一罪か数罪かに関する區別基準としては、犯意説・行為説・法益説・構成要件標準説が提唱されている。犯意説は主観主義刑法理論からの帰結であり、本稿はこれに与し得ない。他方、行為説は結合犯の一罪性を説明できず妥当でなく、法益説も、別稿で論じたように、財産法益の侵害の局面で合理的な説明ができず、適切でないように思われる（一個の爆弾でAの犬とBの猫を殺傷せしめた場合、法益説からだど二罪が成立することになるが、これは穏当な結論ではないであろう<sup>34)</sup>）。結局、構成要件標準説が妥当であるように思われる。

ついでに、併合罪についても、ここで言及しておきたい。併合罪について



は、いうまでもないことであるが、数個の事件となるため、数事件＝数訴因＝数裁判の図式が描かれることになる<sup>35)</sup>。もっとも、併合罪においては、訴因の「追加」ではなく、「追起訴」で対応しなければならなくなる。また、訴因の「撤回」ではなく、「公訴の取消」で対応しなければならなくなる<sup>36)</sup>。この点には注意が必要である。

#### (四) 刑法54条1項で用いられている「その最も重い刑」の意義と重点的 対照主義

さて、ここで、刑法54条中で用いられている「その最も重い刑」の意義につき、念のため、確認しておくことにしたい。伝統的見解・判例は、「その最も重い刑」の字句の意味内容につき「その最も重い法定刑が定められている犯罪」を指すと説く。すなわち、加重・減軽の順序に関わる規定は刑法72条であるが、伝統的見解・判例は、刑法72条を適用する前段階で、「その最も重い刑」を決めなければならないとする。要するに、伝統的見解・判例は、裁判所が職権で、(連)・前・後・選・再・法・併・酌の順序で処断刑を出すことを認めているのである(「連」とは、削除された連続犯を意味し、「前」とは観念的競合を指す。「後」とは牽連犯のことを指す)<sup>37)</sup>。本稿も伝統的見解・判例に与する。その理由は次のとおりである。すなわち、①観念的競合の関係に立つ2つの罪を併合罪に準じて考えると、たとえば公務執行妨害罪と傷害罪の関係を念頭に置くと同じ暴行がそれぞれの裁判で二重に評価されることになり、不当な結論に立ち至ること、②刑法施行法3条3項が重点的対照主義を採っており、伝統的見解・判例と親和性のあること、③刑法54条が予定する「その最も重い刑」が処断刑を意味するとするならば、再犯加重の事由があるかどうか、法律上の減軽事由があるかどうか等の個人的事情を逐一考慮して事物管轄が決定されることになるが、このような帰結は不当であること、④少年法の旧規定である37条2項が伝統的見解・判例の立場と整合性を有すること等の事情を考慮すれば、伝統的見解・判例の立場が妥当であるものと考えられるのである。

もっとも、本稿のような立場に対しては少数説からの異論も提起されているところである。そこで、念のため、以下では少数説を検討することにした。

少数説は次のように主張する。伝統的見解・判例は重点的対照主義を振り所にしているが、次のようなケースで不適切な結論に達すると少数説は説く。すなわち、法定刑同士を比較すると、科刑上一罪の関係にあるA罪・B罪の2つの犯罪が成立するケースで、たとえばA罪の法定刑が「3年以下の懲役又は10万円以下の罰金」、B罪の法定刑が「2年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料」であるという場合に不合理な結論に到達すると説くのである。少数説は、かかるケースでは、懲役刑のより長いA罪の法定刑が「重い刑」とされるが、A罪が規定した「10万円以下の罰金」を選択したとすると、罰金刑の上限は10万円となり、これはB罪が規定する罰金刑の上限を下回ってしまう難点があると伝統的見解・判例を批判するのである(少数説はA罪・B罪とも、選択刑として罰金が規定されているパターンを視野に入れているものと推察される)。また、少数説は、中止未遂のごとき法律上の減輕事由が存するパターンで2つの犯罪の軽重が逆転してしまう欠陥があると伝統的見解・判例を論難するのである<sup>38)</sup>。しかしながら、いずれの批判も失当であるものと思われる<sup>39)</sup>。何となれば、裁判所がどうしても、B罪が規定する罰金刑を選択したいと考えるのであれば、補充的ではあるが、訴因変更命令を出してA罪の訴因を撤回するよう検察官に求めればよいからである。後者の批判についてはどうか。2つの犯罪の軽重が逆転する事例は何も科刑上一罪に限った話ではないことに注意すべきである。すなわち、強盗犯人が暴行の後財物奪取を任意に断念した事例では、中止未遂として「刑の免除」になる可能性すらあるが、これは暴行罪が予定する「2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留もしくは科料」の刑罰よりは軽いのである。すなわち、少数説を採ったところで、2つの犯罪の軽重が逆転するパターンが皆無になるわけではない。我々はこのことを念頭に置く必要がある。少数説の批判はいずれも必ずしも的を射ていないものと思量される<sup>40)</sup>。

したがって、(連)・前・後・選・再・法・併・酌の順序で処断刑を出す伝統的見解・判例が妥当である(再・法・併・酌については刑法72条を参照<sup>41)</sup>)。

もっとも、伝統的見解・判例に依拠する場合でも、留意しなければならない場面は存在する。たとえば、恐喝する過程で被害者に怪我を負わせたケースでは、傷害罪と恐喝罪の観念的競合として処理させることになるが、重点的対照主義によれば、重い法定刑を定めた犯罪は傷害罪だということになるが、軽い犯罪である恐喝罪が刑種として懲役刑しか予定していないため、当該事例では傷害罪の「15年の懲役」しか選択できないことになるのである。換言すれば、重い犯罪である傷害罪については、簡易裁判所も管轄裁判所になり得るが(裁判所法33条1項2号を参照)、恐喝罪の法定刑が「10年以下の懲役」であるため、当該事例においては、検察官は地方裁判所にしか公訴の提起ができないことになるのである。このように、科刑上一罪においては、軽い罪の法定刑を考慮しなければならない点には注意が必要である。以上をまとめると次のようになる。刑法54条1項の「その最も重い刑」を決定するにあたっては、①法定刑をまず基準にし(刑法10条を参照)、②法定刑のうちでも最も重い刑を規準にし、③軽い罪の事物管轄をも考慮し、④刑の選択にあたっては軽い罪の刑を下回ってはならない、ということになるのである。

### 三、結果的加重犯をめぐる罪数問題

第二章では、各種墮胎罪と罪数を検討するにあたって大前提となる問題につき、予備的に考察してきた。以下の第三章においては、各種墮胎罪に関連した結果的加重犯をめぐる罪数問題につき順次言及していくことにしたい。

#### (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

さて、本章においては、6種類の結果的加重犯(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)に関わる罪数問題につき逐一検討していくことにしたい。

もつとも、これら一連の結果的加重犯規定に関連する罪数問題を遡上に載せる前段階の準備作業として、「結果的加重犯とは何か」という問題を明らかにする必要があるように思われる<sup>42)</sup>。そこで、以下では、この問題につき、やや立ち入った検討を試みることにしたい。

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<sup>43)</sup>。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いる<sup>44)</sup>。

もつとも、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<sup>45)</sup>、この点についてはかねてより激しい論争が交わされている。なるほど、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ることは周知のとおりである。そして、責任主義の貫徹という視座からは、このような立法例にも見るべきものがあるとは評し得よう<sup>46)</sup>。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<sup>47)</sup>、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<sup>48)</sup>。すなわち、本稿は、次の3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、特段何らの問題も発生しないこと、②国外においては裁判権、検察権、警察権は行使し得ないことは当然であるが、それに伴い重い結果に関して過失の認定が不可能に近く、また注意義務違反を認定する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、国外ではそれは著しく困難なこと<sup>49)</sup>、③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、過失犯には国外犯処罰規定が存在しないが、重い結果に過失を要求してしまうと両者で

平仄の合わない状況が生じてしまうこと<sup>50)</sup>、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と整合性に欠けること等の根拠を挙げるができるからである<sup>51)</sup>。

## (二) 学説の対応

以上のような知見を踏まえて、各種墮胎罪に関係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つき、ここから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であろうか。学説は以下の3つの立場に区分することが可能である。

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

第一説は、各種墮胎罪につき、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。同説は、行為者が傷害の故意を有している局面では、同意墮胎罪・業務上墮胎罪・不同意墮胎罪と傷害罪の成立をそれぞれ認め、各種墮胎罪と傷害罪とが観念的競合の関係に立つと解する。他方、行為者が殺人の故意を有している場面では、同意墮胎罪・業務上墮胎罪・不同意墮胎罪と殺人罪の成立を肯定し、各種墮胎罪と殺人罪とは観念的競合の関係に立つと解する<sup>52)</sup>。後述するように、この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をもつ<sup>53)</sup>。

(b) 第二説<=傷害・殺人の故意があるケースで、各種墮胎罪を基本犯と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、同意墮胎致傷罪・業務上墮胎致傷罪・不同意墮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關係に立つと解する一方<sup>54)</sup>、行為者が殺人の故意を有している場面では、同意墮胎致死罪・業務上墮胎致死罪・不同意墮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關係に立つと解する立場である<sup>55)</sup>。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。

(c) 第三説<＝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>

第三説は、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見解である。本説は、延焼罪を除く結果的加重犯を<sup>56)</sup>、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<sup>57)</sup>、それぞれ罪数処理を行う立場である。同説は、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・殺人罪とが観念的競合の關係に立つとの結論を導く<sup>58)</sup>。他方、同説は、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<sup>59)</sup>、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<sup>60)</sup>。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優位法になり、傷害罪・傷害致死罪が劣位法となる)、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関係に立つとの帰結を導く<sup>61)</sup>。後に詳しく言及するが、本稿はこの第三説を支持する<sup>62)</sup>。

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、同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。同説も、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<sup>63)</sup>。また、実際に考えてみても、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<sup>64)</sup>。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る。従って、かかる視点からすれば、同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適切でなく、本稿は同説にも賛同することはできない。

### (三) 第三説が導く解決策

それでは、第三説は、各種墮胎罪の罪数処理につき、いかなる問題解決を図っているのだろうか。本説は、妊婦の同意がある類型と妊婦の同意がない類型とに分けて考察をしている。

(a) 妊婦の同意がある類型

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・業務上墮胎致傷罪・同意墮胎致死罪・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。第三説は、ここから、上記の結果的加重犯成立の大前提として、死傷の結果に故意があってはならないとの帰結を導いている。言い換えれば、同説によれば、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、同説は、傷害の故意がある場合には、傷害罪・傷害致死罪とこれらの結果的加重犯の基本犯とが理論上それぞれ成立し、傷害罪・傷害致死罪とこれらの結果的加重犯の基本犯とが観念的競合の関係に立つと解している。他方、殺人の故意がある場合はどうか。同説は、傷害結果のみが招来されているケースでは、殺人未遂罪と上記の結果的加重犯の基本犯が成立する反面、死亡結果が招来されているケースでは殺人罪と上記の結果的加重犯の基本犯が成立するとの解決を導いている<sup>65)</sup>。

(b) 妊婦の同意がない類型

妊婦の同意がない類型、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。第三説は、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逢着している(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、同説は、刑法216条が予定する2つの結果的加重犯は、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解釈するという帰結がもたらされる(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)。他方、殺人の故意がある場合はどうか。第三説は、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)<sup>66)</sup>。

#### (四) 第三説と刑法213条後段・刑法214条後段に関する反対説

ところで、第三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。反対に、第三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<sup>67)</sup>。

もっとも、第三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辻褄が合う旨述べている<sup>68)</sup>(有力説を前提にしている判例もある。大判大正13年4月28日)<sup>69)</sup>。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してお

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る<sup>70)</sup>。従って、第三説の主張の方がより説得的であるように思われるのである（具体的危険説を前提とするが、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<sup>71)</sup>）。

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帰結が導かれるべきである（無論、傷害の故意がある場合を想定している）。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が、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<sup>72)</sup>、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のである<sup>73)</sup>。

#### 四、共犯現象との関連から生ずる罪数問題

第三章では、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6種類の結果的加重犯規定に焦点を当て、主として傷害・殺人の故意がある場合の上記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論じた。

第一章で述べたように、次の課題は、共犯現象との関連で生ずる罪数問題に関して論じることである。すなわち、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。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) 非業務者ないし業務

者が妊婦の自己墮胎に共犯的関与をした類型、(四)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共犯的関与をした類型の四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。いずれの類型も今後議論的になっていく解釈論上のテーマであるように思われる。

なお、本稿は、自己墮胎罪とその他の各種墮胎罪が必要的共犯の關係に立たないことを前提にすることを予めお断りしておきたい。何となれば、自己墮胎は他人の手を借りないでも実現し得るからである<sup>74)</sup>。また、共犯と罪数については、最決昭和57年2月17日刑集36巻206頁で示された判断枠組みに従うことにしたい。すなわち、当該最高裁決定以降、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基準が示されており、本稿も当該決定を踏まえた上で、各種墮胎罪をめぐる共犯現象から生ずる罪数問題に論究していくことにする<sup>75)</sup>。

### (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。不同意墮胎を遂行するよう実行行為者に共犯的関与をしたものの、偶々墮胎手術を受ける妊婦に同意があったという事例がこれに該当する(医学部生である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。かかる事例を想起されたい)<sup>76)</sup>。

この類型においては、不同意墮胎罪の意図で関与したものの、客観的には、同意墮胎の共犯という客観的事実が実現したということが問題解決の鍵となる。この類型は抽象的事実の錯誤の類型として理解可能である。さしあたり、同意墮胎の共犯の成立可能性があることにはほぼ異論はないように思われる。

関与者の主観はともかく、妊婦には同意が存在するのであり、客観的には同意堕胎の共犯の成立が肯定されるはずであるからである。問題となるのは、不同意堕胎未遂の共犯が重ねて適用可能かどうかである。この類型において、関与者は、妊婦の同意なくして堕胎手術が施行されることを意欲しており、不同意堕胎未遂の共犯の成立も肯認できるように思われる<sup>77)</sup>。結論から述べれば、この類型においては、不同意堕胎未遂の共犯のみが成立する。すなわち、不同意堕胎の未遂の教唆罪・幫助罪が基本法、同意堕胎の教唆罪・幫助罪は補充法だと位置づけるべきであり、不同意堕胎の未遂の教唆罪・幫助罪と同意堕胎の教唆罪・幫助罪とは法条競合の補充関係に立つと解するべきであろう<sup>78)</sup>。

もっとも、上記のような立論については、同意堕胎罪が不同意堕胎罪の減輕類型であるとの認識から、妊婦が堕胎に同意していることを行為者サイドも主観的に認識している必要があるとの反論が想定可能である。言い換えれば、同意堕胎の幫助罪の成立を肯認するためには、偶々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なければならないとする立場も論理的には想定可能である。仮に、このような立場を採るのであれば、関与者には違法減少が認められないため、端的に不同意堕胎の共犯のみが成立するということになる<sup>79)</sup>。しかしながら、同意堕胎罪における「同意」はあくまでも構成要件要素であることを考慮すれば、我々にかかる立場に与することはできないように思われる。すなわち、刑法213条前段の適用という見地からは、被害者である妊婦が客観的に同意していれば事足りるはずである。抽象的事実の錯誤の事案だと位置づけられる類型だというべきであろう。

## (二) 妊婦が非業務者ないし業務者が施行する堕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堕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（妊婦乙女が医学部生甲男を慫慂して甲男をして墮胎手術をさせた事例や妊婦乙女が医師甲男を慫慂して甲男をして墮胎手術をさせた事例を想起されたい）の解決をめぐる、学説は大要三者に類別され得るように思われる。

第一の見解は、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<sup>80)</sup>。第二の見解は、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<sup>81)</sup>。墮胎施行者には同意墮胎罪ないし業務上墮胎罪が成立し、本来であれば、乙女については同意墮胎ないし業務上墮胎の共犯が成立する理屈になるが、「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共犯の限度で罪責を負うと解するのが第二の見解である。第三の見解は、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。

それでは、以下で、諸説の検討を行うことにしよう。第一の見解は、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、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、第一の見解は採り得ない。他方、第二の見解は、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、第三の見解が本稿の立場に近いということになる<sup>82)</sup>。ただ、第二説にも見るべき点があり、妊婦という地位は刑法65条2項が予定する「不真正身分」だと理解すべきであるとの主張には本稿は共感を覚えるものがある。従って、同意墮胎の共犯

ではなく、自己墮胎の共犯の成立を肯認すべきだと思われる。従って、本稿は第三の見解を若干修正し、自己墮胎罪の正犯と自己墮胎の共犯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（なお、妊婦という地位は実質的には「違法減輕的身分」だと捉えるべきであろう）。それでは、第三の見解が妥当だとして、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、法条競合の補充関係に立つと理解するべきである<sup>83)</sup>。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。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。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ように思われる。

### （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共犯的関与をした類型”について検討しておきたい。

本類型の解決策を云々する前に、妊婦に対して共犯的関与をし、妊婦をして墮胎せしめた第三者の罪責（甲男が、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を想起されたい）につき検討しておきたい<sup>84)</sup>。この第三者の罪責については、当該第三者の共犯行為をどのように把握するかにつき、際立った二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共犯が成立すると解するものである<sup>85)</sup>。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共犯として処理すればよいとするものである<sup>86)</sup>。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が、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第三者の所為については、刑法65条2項が適用され、同意墮胎の共犯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<sup>87)</sup>。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<sup>88)</sup>。

それでは、ここまでの予備的考察を踏まえて、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（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という事例を想定する）。

この類型において、非業務者である第三者の行為は二つ存在する。すなわち、妊婦に対する共犯行為と業務者に対する共犯行為である。この二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、大要三つの見解が主張されている。第一の見解は、二つの同意墮胎の共犯がそれぞれ成立し、両者は包括一罪となり、同意墮胎の共犯の罪責で処理されるとするものである<sup>89)</sup>。第二の見解は、自己墮胎の共犯としての罪責と同意墮胎の共犯としての罪責を第三者は負うが、両者は包括一罪となり、最終的に同意墮胎の共犯の罪責を第三者は負うとするものである<sup>90)</sup>。第三の見解は、自己墮胎の共犯と同意墮胎の共犯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<sup>91)</sup>。しかし、第一の見解は、既にみたように、妊婦に対する共犯行為に關しての同意墮胎の共犯の成立を肯定する点で妥当でなく、第三の見解

は同意墮胎の共犯が自己墮胎の共犯を吸収すると解釈する点で不自然さがあるように思われるのである。おそらく第三の見解は、事前行為である自己墮胎の共犯が同意墮胎の共犯に吸収される、と解しているのだと思われる。すなわち、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であろうが、かかる見解はアプローチとしてはやや失当ではないかと思われる。従って、第三の見解を採用するのも断念する外はない。結局、第二の見解が穏当な考えであるように思われる。何となれば、非業者者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共犯が成立すると解決するのが適切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<sup>92)</sup>。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<sup>93)</sup>、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われる。

## 五、墮胎後母体外に排出された胎児を放置した場合の罪数問題

本章では、医師が自然の分娩期に先立って胎児を意図的に母体外に排出させ放置したものの、出生後に「人」としての生存可能性があった場合に、どのような罪数処理を行うかという問題につき検討してみたい。この問題は、最決昭和63年1月19日の事案を契機に議論されるようになったテーマであり、学説上もさかんな議論が交わされている。最決昭和63年1月19日は、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の成立を認め<sup>94)</sup>、両者は併合罪の関係に立つと判示した。この問題に関する学説の対応は大きく3つに分かれる。第一の考えは、当該最高裁決定を支持し、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の両者が成立し、併合罪の関係に立つと捉える考えである<sup>95)</sup>。第二の考えは、出生後生存可能性があったか否かで区別する見解である。第二の考



えは、生存可能性があったパターンにおいては、「人」としての要保護性があるが、生存可能性がなかったパターンにおいては「人」としての要保護性が欠けるとする<sup>96)</sup>。もっとも、最決昭和63年1月19日の事案は生存可能性があった事案であるので、第二の考えも、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪の成立を認め、併合罪として処理をするため、結論的には判例と同じ帰結に辿り着く。第三の考えは、胎児の殺害を当初から企図している場合に、保護責任者遺棄致死罪の成立を肯定するのは疑問であるとして、業務上墮胎罪の成立のみを肯認する考えである<sup>97)</sup>。それでは、どの考えが妥当なのであろうか。第二の考えは、生存可能性がなき者は、たとえ出生しても刑法上「人」としては取り扱われれないとの前提に立脚している。しかしながら、このような考えは、生命の質の相対化をもたらす上に、実際上も不当な結論に立ち至る。すなわち、第三者が生存可能性なき者を殺害した場合でも、およそ「人」ではないとの理由で殺人罪が成立しないとの不当な結論に到達するのである。したがって、第二の考えは採り得ない。第三の考えはどうか。第三の考えは、墮胎を胎児殺に限定する理解を前提にしていると見受けられるが、このような前提に立つ必然性はないように考えられる。すなわち、既に言及したように、現行法上、墮胎は胎児の生命・身体に対する抽象的危険犯なのであるから、第三の考えのごとく、墮胎＝胎児殺に限定した上で論を進める必然性はないものと思量されるのである。他方、墮胎後の放置行為を不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為と位置づけることも無理であろう。第三の考えは不自然な考えであるように思われる。結局、第一の考えが妥当である。

それでは、第一の考えを採り、業務上墮胎罪と保護責任者遺棄致死罪が併合罪の関係に立つと解した場合、一事件一裁判の原則を考察の基礎に置く本稿の立場からはどのような結論が導かれるのであろうか。この点については注意を払わなければならないことがある。併合罪のケースにおいては、現実には一個の裁判で処理されることが多いが、厳密にはかかる場合に関しても理念上は数個の裁判が行われるとみるべきだということである<sup>98)</sup>。我々は、

刑法52条と刑訴法350条が、それぞれ刑の分離をする場合の規定をわざわざ設けていることを今少し直視すべきである。すなわち、理念上は数個の裁判が行われていると理解しないと、刑の分離決定が行われる場面の説明に我々は窮することになるのである。したがって、併合罪の場合は数個の事件＝数個の訴因＝数個の裁判が行われると理解することが肝要であるように思われる（この点については、審判の対象が訴因だと解する見解を採ったとしても、併合罪においては、理屈の上では、数個の裁判が行われるという帰結に逢着するはずである<sup>99)</sup>）。

## 六、結びにかえて

以上、やや冗長になった嫌いはあるものの、各種墮胎罪に付随する罪数問題につき、比較的詳細に論じた。本稿の中心的課題は各種墮胎罪から派生する罪数問題の処理であるが、本稿においては、刑訴法の議論をも参照した上で、前稿では論じることのできなかつた観念的競合と法条競合の違いについても比較的詳細に論じた。たとえば、観念的競合はいわば実体法上の不真正な一罪であり、刑法50条はおよそ働かないことを論証すること等も試みた<sup>100)</sup>。

もっとも、本稿では、墮胎概念の詳細な分析、比較法的な検討や墮胎手法の変容に伴って生ずる罪数問題については十分な検討を加えることはできなかった。かかる問題については他日を期したいと思う<sup>101)</sup>。

### 注

- 1) なお、穂積陳重博士は明治23年に公刊した著書の中で次のように述べておられる。「法典の各条を立案するに先立ち法典全体の順序及び各法条排列の大綱を定めざる可らず、抑も綱領(Plan)は法典の骨組にして法典全体の結構、之れに據りて定まる者なれど、綱領の立案は、最も鄭重なる手続を要する者なり、是を以て、或は委員長自ら之に任ずる事あり或は委員中最も学理に精しき者を選びて之に命する事あり又或は委員会に於て合議立案する事あり獨乙の民法編纂の時に於ては準備

## 再論 各種墮胎罪と罪数

委員を設けて綱領を議定せしめ、編纂委員をして其綱領に従ひて立案せしめたるが如き是れなり」と。穂積陳重『法典論・日本立法資料全集・別巻3』（1991年）180頁以下を参照。穂積博士の言葉を借りれば、刑訴法1条は大綱ないし綱領ということになろう。

- 2) 刑訴法1条が同法「第1章 裁判所の管轄」の前に置かれていることは広島大学名誉教授である筑間正泰先生からご教示を賜った。三井教授は、刑訴法1条の重点は「事案の真相を明らかにし」という部分にあると述べておられる。三井教授によれば、団藤博士は刑訴法全体の立案を終えた段階で法案を読み返した時、民事訴訟法以上に当事者主義的になっていることに気づき、急遽刑訴法の基本的性格は実体的真実の発見にあることを強調させる趣旨で同条の文言を改変したとのことである。三井誠「COLUMN 団藤重光博士と刑事訴訟法第1条」三井誠＝河原俊也＝上野友慈＝岡慎一編『新基本法コンメンタール・第3版・刑事訴訟法』（2018年）18頁を参照。さらに、団藤重光『條解 刑事訴訟法（上）』（1950年）8頁以下をも参照。
- 3) 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週の女性を昏睡状態にし、当該女性の同意を得ずに無水エタノールを下腹部に注射させ胎児を死亡させ、さらには当該女性についても急性薬物中毒に陥らせたという。
- 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。これに対して危険犯説は、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・新版第5版』（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頁以下を参照。
- 5) 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。
- 6) 大山徹「各種墮胎罪と罪数」杏林社会科学研究36巻4号（2021年）53頁以下。
- 7) 筑間教授が1990年代に公表された3つの論文すなわち筑間正泰「結果的加重犯と罪数（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)、同「一事件一裁判の原則」広島法学14巻4号(1991年)93頁以下が本稿作成の大きな契機になった。なお、筑間教授は、訴訟条件につき、「訴訟条件は訴訟の任務、すなわち刑罰権の実現という任務(刑訴法1条)を果たすにふさわしく開始・発展・終了の条件である」と述べておられる。筑間正泰「特別公務員暴行陵虐罪と強制わいせつ罪又は強姦罪との関係及びその訴訟法上の問題」広島法学20巻3号(1997年)16頁を参照。このことからわかるように、訴訟条件も刑訴法1条と密接な関係がある。刑訴法1条は同法を貫く通奏低音的な条文なのである。

- 8) 筑間=大山「同時傷害の特例」(前掲注5)19頁を参照。
- 9) 井田良『講義刑法学各論・第2版』(前掲注4)95頁以下を参照。
- 10) この点については、筑間=大山「同時傷害の特例」(前掲注5)15頁以下を参照。
- 11) 松原教授による定義である。松原芳博「法定刑」三井誠ほか編『刑事法辞典』(2003年)716頁。
- 12) 罪刑法定主義が確立するまでの歴史的経緯や法定刑の意義については、大塚仁『刑法概説(総論)・第4版』(2008年)536頁以下を参照。
- 13) 井田良『講義刑法学総論・第2版』(2018年)38頁以下を参照。
- 14) 井田教授は、刑の法定による一般予防効果と具体的事件が発生した際に公開の法廷において当該被告人に対して言い渡す刑の一般予防効果は峻別すべきだと述べておられる。井田良『死刑制度と刑罰理論—死刑はなぜ問題なのか』(2022年)180頁を参照。
- 15) 法定刑を見れば、その犯罪が重大なのか中程度の犯罪なのか軽微な犯罪なのか理解できる。井田教授も真に凶悪な事件に対しては、極刑である死刑が言い渡される可能性があるとして述べておられるが、これは刑罰法規が法定している刑罰を見れば、犯罪の軽重等を我々が容易に把握し得ることを前提にしたお考えであるように思われる。井田『死刑制度と刑罰理論—死刑はなぜ問題なのか』(前掲注14)28頁以下を参照。
- 16) 白取祐司『刑事訴訟法・第10版』(2021年)253頁以下を参照。岩田保「〔公訴時効の期間〕第250条」三井誠ほか編『第3版 刑事訴訟法』(2018年)331頁以下を参照。
- 17) 光藤景皎『刑事訴訟法』(2007年)266頁以下を参照。馬渡香津子「〔必要的弁護〕第289条」三井誠ほか編『第3版 刑事訴訟法』(2018年)361頁以下を参照。
- 18) 光藤『刑事訴訟法』(前掲注17)229頁以下を参照。白取『刑事訴訟法・第10版』(前掲注16)253頁以下を参照。范揚恭「〔即決裁判手続の申立〕第350条の16」三井誠ほか編『第3版 刑事訴訟法』(2018年)331頁以下を参照。
- 19) 筑間正泰「広義の併合罪の順序」広島法学24巻4号(2001年)5頁。なお、侮辱罪のごとく「拘留又は科料に当たる罪」は、旧刑法下では「違警罪」と位置づけられていたことを我々はここで視野に入れる必要がある。違警罪即決例においては警察署長限りで処分が許されていたが、拘留や科料の加重につき刑法典に特に定め

がないことは、警察署長に加重の権限を与えなかったことと関係があるものと思われる。この点については、筑間正泰「私の法学方法論—刑法を中心にして—」福田平ほか編『中谷理子先生傘寿祝賀・21世紀における刑事規制のゆくえ』（2003年）117頁以下を参照。

- 20) 柏木千秋『刑法各論』（1965年）25頁。
- 21) 西村克彦『罪責の構造・新版』（1991年）321頁。
- 22) 筑間「私の法学方法論—刑法を中心にして—」（注19）112頁を参照。
- 23) なお、混合的包括一罪は科刑上一罪のごとく複数の訴因から構成されるため、事物管轄が問題になり得る。たとえば、当初、住居侵入窃盗の嫌疑で検察官が簡易裁判所に立件したが、公判で実態審理を進めていくうちに別の財物を同一被害者である家人から強取した事実が浮かびあがってきたという事例につき考えてみよう。窃盗罪と強盗罪とは混合的包括一罪となるが、このような事態の場合、簡易裁判所は事件を地方裁判所に移送しなければならない。何となれば、刑法236条1項の罪の成立が見込まれる事件だということになると、当該事件は地方裁判所でしか審理・裁判を行うことができないからである。このように、混合的包括一罪が問題となる場面においては、科刑上一罪と同じように、事物管轄が問題となるのである。筑間教授は「異種類の罪のないしは混合した包括一罪は、異種類の罪の成立が認められるから、科刑上1罪の場合と同じように事物管轄を考えなければならず、その意味で、異種類の罪のないしは混合した包括一罪は、黙示的な科刑上一罪と言うべきものである」と指摘しておられた。筑間正泰「『公訴事実の同一性』再論」産大法学32巻2＝3号（1998年）201頁参照。なお、混合的包括一罪の概念に懐疑的なのは、橋爪教授である。橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（2020年）448頁以下を参照。
- 24) 平野龍一博士が提唱された見解である。現に、平野博士は牽連犯のケースを念頭に置き、「住居侵入の訴因に、窃盗をつけ加えるのは、訴因の変更であって、追加ではない。訴因の追加は、予備的または択一的になされる場合にだけ考えることができる」との主張を展開しておられた。平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）134頁を参照。
- 25) 平野博士は、「訴因は、その内容が一個の犯罪事実であるとき、一個である。単純な一罪については、問題がない。科刑上一罪についても、すでに科刑上、一罪として取り扱われる以上、やはり訴因は一個だと考えなければならない」と述べておられた。この点については、平野『刑事訴訟法』（前掲注24）134頁を参照。同旨、田宮裕『刑事訴訟法・新版』（1996年）185頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法（上）補正第4版』（1996年）245頁以下を参照。
- 26) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988年）145頁を参照。
- 27) 横川敏雄氏は、かつて、審判の対象は（広義の）公訴事実の全部に及ぶと解された上で、訴因制度は専ら被告人の防禦権の行使のために存在していると考えられて

おられた。そして、科刑上の一罪の訴因の個数は複数だと理解に到達されていた。横川敏雄「第一章 審判の範囲と訴因及び公訴事実」団藤重光ほか編『法律実務講座 刑事編・第5巻 第一審 公判(1)』(1954年)819頁以下を参照。仮に、訴因が防禦方法に尽きると解釈するのであれば、訴因が複数であっても、一事件＝一公訴事実＝一裁判という図式が貫徹できるため、かかる主張は説得的であるように思われる。しかしながら、本稿はかかる主張に賛同することはできない。何となれば、訴因変更命令を出す場面は補充的にすぎない上に、審判の対象が公訴事実だと考えは、あまりにも職権主義的な考え方であると言わざるを得ないからである。そこで、横川氏は、審理の対象と判決の対象とに分けて論ずることが理に適っているとし、審理の範囲は(広義の)公訴事実及び得るが、判決は訴因に拘束されるものとの見解を公にされた。横川敏雄『刑事裁判の研究』(1953年)89頁以下を参照。しかし、横川氏の上記主張も我々を首肯させるものではないように思われる。筑間教授は、横川氏の見解につき「科刑上一罪の審理について、一事件＝一公訴事実＝数訴因という図式が成り立っているのであるが、その数訴因が判決を拘束するというのであるから、判決も数個にならなければならないのではないかという疑問が湧いてくる」と述べておられる。この指摘は正鶴を得た指摘であるように思われる。横川氏への反論をも含め、筑間「一事件一裁判の原則」(前掲注7)122頁以下を参照。

- 28) 筑間正泰「第十一章 罪数」『要説 刑法各論・第二版』(1995年)338頁を参照。
- 29) 通説はそのように理解している。この点については、花藤『刑事訴訟法I』(前掲注17)298頁を参照。
- 30) 筑間正泰「免訴の判決 VS 公訴棄却の裁判」法学教室119号(1990年)38頁を参照。
- 31) 筑間「一事件一裁判の原則」(前掲注7)106頁以下、とくに107頁を参照。
- 32) 筑間「一事件一裁判の原則」(前掲注7)140頁を参照。
- 33) 筑間「一事件一裁判の原則」(前掲注7)108頁を参照。
- 34) 大山徹「具体的事実の錯誤に関する覚書」杏林社会科学 研究27巻4号(2012年)57頁を参照。
- 35) 審判の対象が訴因だという立場からも併合罪のケースにおいては、数事件＝数訴因＝数裁判の図式が描かれることになろう。平野博士も「併合罪のときは、犯罪事実も数個であるから、当然、訴因も数個である」と説いておられる。平野『刑事訴訟法』(前掲注24)135頁を参照。
- 36) 横川「第一章 審判の範囲と訴因及び公訴事実」(前掲注27)870頁を参照。
- 37) 青柳博士は次のように述べておられた。「実務上加重減輕の順序として大審院時代から「連・前・後・選・再・法・併・酌」という一応の実務の順序があった。連は今日廃止された連続犯の規定であってこれは意思の単一から本来の一罪に近いと考えられたのであろう。前、後は刑法五四条一項前段、後段であって、まず本来の一罪に近い観念的競合から次に牽連犯を適用し、選択刑があるときは刑の選択

をし、刑法七二条に従って再犯加重、法律上の減輕、併合罪加重、酌量減輕の順序によるというのである。青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』(1965年)435頁。さらに、前田雅英『条解 刑法・第4版』(2020年)280頁をも参照。なお、連続犯規定の削除の経緯については、丸山雅夫『刑法の論点と解釈』(2014年)125頁以下、とくに132頁以下を参照。

- 38) 少数説については、鎮目征樹「刑法 § 54」『注釈刑法・第1巻』(2010年)769頁以下を参照。もっとも、鎮目教授は少数説を支持してはおられない。
- 39) 団藤博士は、重いA罪が禁錮刑を定めており、なおかつ軽いB罪が懲役刑を定めている場合に再犯加重できなくなると説いて、伝統的見解・判例の立場に対して、批判を展開している。団藤重光「観念的競合の処断刑(選択刑のあるばあい)」刑事判例評釈集第8巻(1950年)180頁以下を参照。団藤博士の主張には不鮮明な部分もあるが、次の2つの具体的事例を用いて団藤博士の見解を検証することにした。まず、内乱参加罪(法定刑は無期又は3年以上の禁錮)とテロ資金提供処罰法違反(正式名称は「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金等の提供等の処罰に関する法律、である。同法3条1項を参照。法定刑は10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金)とが観念的競合の関係に立つ場合を念頭に置いてみたい。重点的対照主義を基礎にする伝統的見解・判例の立場に依拠するとすれば、刑法10条があるので、重い犯罪は内乱参加罪となる。この事例で、仮に、裁判官が「3年以上の禁錮」を選択したとすればどうなるのか。伝統的見解・判例の立場からは、再犯加重ができなくなる。これに対し、団藤博士の立場からは、科刑上一罪もあくまでも“数罪”であり、観念的競合については二個の裁判が行われることになるので、テロ資金提供処罰法違反の方については再犯加重が可能になる。このような差異が生ずる。第二の事例は、業務上過失致死罪と道路交通法上の信号無視の罪とが観念的競合の関係に立つパターンである(いうまでもなく、2022年現在の状況とは異なる。2001年の刑法一部改正前の状況を前提とする)。業務上過失致死罪の法定刑は「5年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金」であり、道路交通法上の信号無視の罪のそれは「3月以下の懲役又は5万円以下の罰金」である。重点的対照主義を基礎にする伝統的見解・判例の立場に依拠するとすれば、重い犯罪は業務上過失致死罪の方になる。この事例で、裁判官が「5年以下の禁錮」を選択したとしよう。第二の事例において、伝統的見解・判例の立場からは、後犯につき再犯加重を行うことができなくなる。団藤博士は、この点を捉えて、判例・伝統的見解の立場を批判するのであろう。たしかに、団藤博士の立場からは、観念的競合については二個の裁判が行われることになるため、信号無視の罪の部分については再犯加重が可能になる。しかし、団藤博士の批判は必ずしも的を射ていないものと推察される。何となれば、第二の事例において、どうしても再犯加重をしたいのであれば、裁判官は訴因変更命令を出し、訴因・罰条の撤回を検察官に求めればよいからである。つまり、この点に関しては、重点的対照主義を根

底に据える伝統的見解・判例の立場に対する決定的な批判にはなり得ないように思われる。そもそも、かかる不均衡が生ずるのは、後犯につき禁錮刑を言い渡す際に、再犯加重をできなくしている刑法56条1項に究極的な原因があるのであり、この点は伝統的見解・判例に対する致命的な批判にはなり得ないものと思量されるのである。

- 40) 軽い罪に懲役刑と罰金刑とを併科し得る場合の問題については、今後の課題としたい。訴因の「撤回」で対応できない問題であるからである。なお、情状により懲役刑と罰金刑を併科し得る規定が特別刑法上存在している（たとえば、麻薬及び向精神薬取締法64条2項）。団藤重光『新刑事訴訟法綱要・七訂版』（1968年）306頁を参照。法律上の減輕事由や裁判上の減輕事由、法律上の加重事由と並び、裁判上の加重事由（併科刑がこれに該当する）も存在するのである。この点については、広島大学名誉教授である筑間正泰先生にご指導を賜った。
- 41) しかし、重点的対照主義を若干修正した判例も出現している。最決平成19年12月3日刑集61巻9号821頁は、軽い罪に罰金の任意的併科の定めがある場合には、罰金刑を併科できるとした。この点については、井田『講義刑法学総論・第2版』（前掲注13）596頁を参照。この問題の検討については、他日を期したいと思う。
- 42) 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。
- 43) 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。もっとも、正確を期するのであれば、筑間教授が指摘するように、公害罪法3条2項のように、基本犯が過失犯の場合も存するのであるから、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」と定義づける方が適切であるように思われる。筑間「結果的加重犯と罪数（一）」（前掲注7）1頁以下、特に2頁を参照。
- 44) 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。佐伯教授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おられる。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）45頁を参照。
- 45) 大塚『刑法概説（総論）・第4版』（前掲注41）180頁以下を参照。
- 46) 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。刑法18条は結果的加重犯に関する一般規定であるが、「少なくとも過失の責を負うときに限り」という文言が使用されている。このように、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42）6頁以下、丸山『結果的加重犯』（前掲注42）25頁以下、内田『結果的加重犯の構造』（前掲注42）38頁以下、榎本『結果的加重犯論の再検



- 討』(前掲注42)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。しかも、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。この点については、我々は注意を払う必要がある。
- 47) 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。ちなみに、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42)71頁以下。
- 48) 前田雅英『刑法総論講義・第7版』(2019年)48頁以下を参照。前田教授は過失不要説に与しておられる。
- 49) 長島「結果的加重犯についての諸問題」(前掲注47)146頁を参照。
- 50) 長島「結果的加重犯についての諸問題」(前掲注47)159頁を参照。
- 51) 筑間「結果的加重犯と罪数(一)」(前掲注7)3頁以下を参照。
- 52) 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。
- 53) 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42)320頁以下を参照。
- 54) 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。
- 55) 佐久間教授は、第二説に与しないものの、第二説が論理的に成立可能であることを示唆した上で次のように述べておられる。すなわち、「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」と述べておられる。佐久間『刑法各論・第2版』(前掲注4)73頁を参照。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頁以下をも参照。
- 56) 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7)2頁を参照。この点には注意が必要である。
- 57) 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7)133頁以下を参照。なお、第三

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き、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の注目すべき見解を公にしておられる（非故意犯と故意犯の観念的競合を回避する理論構成）。筑間「結果的加重犯と罪数（二・完）」（前掲注7）9頁以下を参照。なお、現在の刑法181条の条文は第三説が公表された当時のそれとは異なることには留意する必要がある。

- 58) 筑間「結果的加重犯と罪数（二・完）」（前掲注7）2頁を参照。
- 59) 丸山『結果的加重犯論』（前掲注26）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”に分類しておられる。
- 60) 西村『罪責の構造〔新版〕』（前掲注21）320頁以下は、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述べている。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5）16頁を参照。
- 61) 筑間「結果的加重犯と罪数（二・完）」（前掲注7）5頁を参照。
- 62) このような思考方法は、危険運転致傷罪・危険運転致死罪の罪質を考える際にも有用な議論の素材を与える。今日において危険運転致傷罪・危険運転致死罪は、自動車運転致傷処罰法2条で捕捉されている。危険運転致傷罪の法定刑は「15年以下」の懲役であり、危険運転致死罪の法定刑は「1年以上の有期懲役」である。従って、この2つの結果的加重犯は、第三説によれば、「『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つの構成要件が創設されたとの説明がなされていた。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ように思われる。第三説に立脚する本稿は、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。なお、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。

- 63) 神山敏雄教授は、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」『現代刑法講座・第4巻・刑法各論の諸問題』(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。
- 64) 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。第三説は刑罰法規に「傷害の罪と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とはなり、反面、傷害罪・傷害致死罪が劣位法となり、そこでは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7) 2頁以下を参照。
- 65) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注7) 2頁を参照。
- 66) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注7) 5頁を参照。
- 67) 結果的加重犯の未遂を肯定する立場にも、次の3つのパターンがあることを丸山教授が指摘されている。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パターンであり、第三類型は故意のある結果的加重犯を肯定するパターンである。丸山『結果的加重犯論』(前掲注42) 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、いずれの犯罪類型においても基本犯の未遂を可罰的にする条文は存在しないことに注意されたい。上記4つの結果的加重犯に限って言えば、その未遂が観念し得るかどうかにつき議論してもあまり意味はないように思われる。
- 68) 大谷『刑法講義各論・新版第5版』(前掲注4) 70頁以下を参照。
- 69) 法律新聞2263号17頁。
- 70) 山中『刑法各論・第3版』(前掲注4) 105頁以下。高橋『刑法各論・第3版』(前掲注4) 24頁、日高『刑法各論』(前掲注4) 68頁以下を参照。
- 71) 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。
- 72) 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42)196頁以下、276頁以下をそれぞれ参照。

- 73) 筑間「結果的加重犯と罪数(二)」(前掲注7)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334条を参照。
- 74) この点については、町野朔「V 墮胎の罪」小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(1988年)61頁を参照。
- 75) この点については、只木誠『罪数論の研究・補訂版』(2009年)135頁以下を参照。
- 76) 歯科医師も業務上墮胎罪の主体たり得るという見解もある。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、歯科医師は中絶・墮胎を専門的な職種にしていないため、かかる解釈論を採る余地はないように思われる。佐久間『刑法各論・第2版』(前掲注4)72頁を参照。
- 77) 山口教授は、刑法202条等の成立が見込まれるケースを念頭に置いて次のように述べておられる。すなわち、「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。この論理を刑法213条等の成立が見込まれる類型に適用すれば、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も成立可能だという結論に到達すると思われる。山口『刑法各論・第2版』(前掲注4)16頁以下を参照。
- 78) 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嘱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。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だと位置づけるべきである。
- 79) 林幹人教授は「嘱託があるのになどと誤信した場合、実現された構成要件は嘱託殺人罪のそれであるが、故意としては、嘱託の認識がない以上嘱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。林教授は同意殺人罪を殺人罪の減輕特別類型だと把握しておられる。林幹人『刑法総論・第2版』(2008年)452頁を参照。
- 80) 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・新版第5版』(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。
- 81) 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。
- 82) 西村克彦『共犯の分析』(1996年) 172頁以下を参照。もっとも、西村教授は同意墮胎の教唆罪の成立を肯定している。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。責任共犯論に対する批判については、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年) 313頁以下を参照。今日、責任共犯論を採る論者はいないように思われる。
- 83) 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」と解釈されてことを指摘している。しかし、他方で、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。
- 84) 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ものの、効き目が弱いので、薬を煮やした交際相手の男性が妊婦の同意を得て能動的に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、教唆行為が法益侵害結果に対して因果的影響を及ぼしている事案ではない。したがって、自己墮胎の教唆犯が成立し、同意墮胎罪も成立し、吸収一罪だとする立論は成り立たないと思われる(自己墮胎未遂は処罰する条文は存しないため、自己墮胎未遂の教唆罪も成立し得ない)。なお、本稿が依拠する吸収一罪の概念については、筑間「第11章 罪数」(前掲注28) 343頁を参照。
- 85) 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。
- 86) 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。
- 87) 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。
- 88) 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。
- 89) 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。

- 90) 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。
- 91) 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頁以下を参照。
- 92) 大判大正9年6月3日刑録26輯382頁。
- 93) 井田『講義刑法学各論・第2版』(前掲注4) 95頁を参照。
- 94) 遺棄罪が生命に対する抽象的危険犯だとする説もある。山口『刑法各論・第2版』(前掲注4) 30頁以下を参照。しかし、遺棄罪は生命・身体に対する危険犯だと捉えるべきである。井田『講義刑法学各論・第2版』(前掲注4) 96頁以下を参照。遺棄罪が生命・身体に対する危険犯であることは、第30章「遺棄の罪」の規定の位置が第27章「傷害の罪」の後に置かれていることから推論できるように思われる(刑法典第2編「罪」を参照)。このように、法典の編立てや章立ては重要視されねばならない。たとえば、日本国憲法は、第5章「内閣」、第6章「司法」、第7章「財政」、第8章「地方自治」としている。国は財政がないと成り立たず、現状、地方公共団体の自主財源は少なく、地方公共団体はその財源を中央政府に依存せざるを得ない状況となっている。佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年) 569頁以下を参照。私には、第7章「財政」の後に第8章「地方自治」が置かれていることにも大きな意味があるように感じられる。
- 95) 井田『講義刑法学各論・第2版』(前掲注4) 95頁を参照。
- 96) 前田『刑法各論講義・第7版』(前掲注4) 8頁、68頁を参照。
- 97) 松宮『刑法各論講義・第5版』(前掲注4) 66頁以下を参照。
- 98) 罪数の変化についても訴因変更を要すると解するべきである。白取教授も「罪数の変化は、被告人の防御にとって、少なくとも抽象的には重要な意味があるから、常に訴因変更を要すると解すべきである。事実記載説といっても、法的側面の変化を、まったく裁判所に任せることまで意味するわけではない」と述べておられる。白取『刑事訴訟法・第10版』(前掲注16) 315頁参照。
- 99) 平野『刑事訴訟法』(前掲注24) 135頁を参照。
- 100) 観念的競合は不真正な実体法上の一罪であるため、公訴不可分の原則、審判不可分の原則、既判力不可分の原則が働くことになる。この点については広島大学名誉教授である筑間正泰先生よりご教示を賜った。
- 101) 本稿作成にあたっては(注2)・(注40)・(注100)をはじめ、広島大学名誉教授である筑間正泰先生より種々のご指導を賜った。深く感謝申し上げます。