

胎児の法的地位

長 川 トミエ

山口県立大学 看護学部

(平成9年11月19日受理)

The Legal Status of The Unborn

Tomie NAGAKAWA

*School of Nursing
Yamaguchi Prefectural University
Yamaguchi, 753, Japan
(Accepted Nov. 19, 1997)*

Key words : fetus, start of the person's right, spuriously restrained,
demand for compensation for injuries

Abstract

Japanese civil law stipulates that "A person's rights begin at birth" which implies that a fetus has therefore no such rights. Problems may arise if a mature fetus is deprived of its right merely because birth was delayed. In response to such a possibility there were some attempts to protect the fetus' rights by establishing exceptions to the rule. However, it could be said that these exceptions were not aimed at protecting the fetus itself, but were an attempt to protect a born child.

As it is a fact that the fetus is an entity separate from the mother, even though it is still in the mother's womb, it is my personal view that the fetus should be granted rights that protect its financial welfare.

If a fetus is injured by an unlawful act or accident, irrespective of birth, abortive birth or stillbirth, the right to demand compensation for injuries should be preserved and a legal proxy should be designated more than one legal proxy is desirable.

要 約

わが国の民法は「人の権利は出生に始まる」としている。未だ生まれていない胎児はこの権利をもたないことになる。たまたま出生の時期が遅いことによって、権利能力を取得する

可能性を全く認めないのは、不公平を生ずることが考えられる。そこで、個別的に特例を設けて胎児を保護しようとしている。

しかし、これは胎児自身を保護するのではなく、出生子の保護のためのものといっていい。

胎児は母胎内にあっても、母体とは別個の生命体であることは明らかであることから、私見は、胎児の利益の保護に限り権利能力を認めてよいと考える。胎児は出生、流産、死産にかかわらず、権利能力が擬制され、胎児が不法行為によって生命を侵害されたときは胎児自身に損害賠償請求権を生じ、法定代理人を認める。法定代理人は、第三者を含めた複数の構成が望ましいと考える。

はじめに

最近の医学の進歩によって、母体内における胎児の成長・発達が明らかとなり、種々の胎児情報が得られ、胎児の質が選択されるようになった。また、胎児に関する診断の技術の進歩により、胎児の異常を子宮内で治療することが可能になり、胎児は患者として扱われるようになっている。現在の医学のレベルでその生存が十分期待できる児は、たとえ母体内にいる間でも一人の人間として尊重されなければならないという考えが一般化しつつある¹⁾。

一方、法律の上では胎児はどのような扱われ方をしているのだろうか。わが国の民法は「人の権利能力は出生に始まる」としており、胎児は母の胎内にあり、出生していないものであるから、この権利をもたないといわなければならない。胎児はやがて人となると予想されるが、出生時期が少し遅いというだけで胎児中に生じる権利関係の主体として、これを考慮に入れない事は、彼に不利益・不公平の結果を来すおそれがある。そこで法は、多くの立法例にならい、それらの法律関係につき、特別の規定を設け胎児を保護しようとしている²⁾。

では、民法は胎児の保護にどのような態度を示しているか。現行民法の胎児の法律上の地位はどのように解すべきか。胎児の利益を保護するに必要な権利能力とは、どこまでを認めうるのか。これらの観点からわが国の胎児の法的地位の問題状況を判例を通して整理し、胎児が人間としていかに保護されるべきか、看護職の一員としての立場から私見を述べる。

1. 権利の主体と胎児

1) 権利能力の始期

民法第1条の3は「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」と、権利能力の始期を規定している。

人権は人の権利であり、人間に固有のものと考えられてきた。従って、人権の主体は人間の始まりと終わりを定義することによって定められてきた。そして人間の始まりは、民法では胎児が母体から全部露出したときをもって出生とする全部露出説が通説である。(殺人罪を規定する刑法の保護法益である「人」は一部露出説が通説である。)³⁾

胎児を何時から「人」と解するかについては、民法は母体から全部露出する前は胎児であって権利能力を取得しえないとしている。権利能力は出生に始まるから、出生以前の胎児はこれをもたない。胎児であれば生きて生まれることの可能性は大きいのに、たまたま出生の時期が遅いことによって権利能力を取得する可能性を全く認めないのは、すでに生まれている者との対比から不公平が生ずることが考えられる。例えば、父が事故で死亡した時点で胎児であった者は、権利能力を有しなかったために相続人になれなかった。また、損害賠償の請求ができない結果になる。

民法の適用に関して胎児をどう扱うかについては、立法例は2つに分かれる。1つは「一般主義」といわれるもので、例えば、ローマ法の格言にみられるように「胎児は個人の利益が問題とせられるときは、既に生まれたものと看做さる」というものや、スイス法の「人格は生児の出生完了に始まり……、出生前の胎児は生きて生まれることを条件として権利能力を有す」(31条1・2項)、日本旧民法人事編は「凡ソ人

ハ私権ヲ享有シ……, 胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス」(1条・2条)といったように、権利能力の取得を規定するにさいし一般的に定めているものである。

一般主義は、胎児に関しあらゆる法律関係につきその権利を保護せんとするところにすぎれた点があるが、具体的にはいかなる法律関係につきどのような方法でその利益を保護するか、必ずしも明確でない。

もう1つは「個別主義」である。個々の権利関係につき個別的に胎児に関し規定しているものである。例えば、フランス民法は「生前贈与を受くる能力あるが為には贈与の時に於て懐胎せられ居るを以て足る」(906条1項)、「未だ懐胎せられざる者」は相続人となりえない(725条)という規定や、ドイツ民法の「胎児は相続開始前に生まれたる者と看做す」(1923条2項)などのごとくである⁴⁾。

わが民法の胎児の権利については、個別主義をとっているが法典調査会の審議が十分でなかったことから、現行法の特徴⁵⁾として次のように列記できる。

①個別主義をとり、胎児の損害賠償請求権(721条)、胎児・死亡子の認知(783条)、胎児の相続権(886条)、受遺者の能力・欠格事由(965条)をおいている。

②721条では、胎児が生きて生まれることを条件にしていない。つまり、第2項に相当する規定がない。

③胎児の成熟度についても制限を設けていない。

2. 胎児の損害賠償請求権

民法第721条は「胎児ハ損害賠償ノ請求権ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス」と規定する。

1) 本条の適用範囲

損害賠償請求権者は権利能力者であることを要し、権利能力は出生に始まる(1条の3)。このことからすれば、胎児である間にその父が事故で死亡したとしても、損害賠償請求をなしえない。だが、その胎児は養育者を失い財産的、精神的損害をこうむっているにもかかわらず、なんらの救済を与えられないのは、その保護に

欠ける。そのため損害賠償に関して胎児の権利能力が擬制されたのである。本条は、胎児が被害者として固有の損害賠償請求権となる場合に関する規定である。

本条が適用される場合は、

①父母に対する生命侵害があり、その胎児が711条(近親者の慰謝料請求権)に基づき固有の損害賠償請求をする場合。

②胎児が胎児の段階で侵害を受けて出生した場合。

本条は、相続・遺贈のように、胎児が死体で生まれたとき胎児の権利能力を擬制しないとの規定はない。また、胎児の出生1日前に殺された場合と生後1日の嬰兒が殺された場合とで人の子に対する愛情その他利害関係は異なることを理由に、胎児が胎児の段階で侵害を受け母体内で死亡した場合にも本条の適用を認める、つまり、本条にあっては、胎児が生きて生まれてこなくても権利能力を有するとの見解(岡村玄治・債権法各論733頁)がある。これは例えば、胎児が殺された場合、父母は711条により損害賠償請求をなしえ、胎児の父が殺された場合には胎児が母体を出る前に同条により損害賠償請求権を取得し、死亡と同時にその債権を相続人が相続すると解する。多くの学説は、そこまで胎児の権利能力の擬制は認められないと批判(植林・注釈(19)343頁など)する。母親への侵害により胎児が死亡した場合、母親に被害者としてその精神的苦痛に対する慰謝料請求をみとめる判例(東京地判昭36・6・3判タ264号280頁など)がある。また、父親の慰謝料請求を肯定する判例(東京地判昭51・12・23判時857号90頁など)もあるが、少数説は、①法典調査会では、はっきり生きて生まれてくることを条件とする旨が起草者により示されていない、②アメリカ合衆国のかなりの州では、不法行為により胎児が死亡した場合にも胎児自身の損害賠償請求を肯定する、③数日の出生前後の違いにより賠償額が大きく異なるのは不合理である、という理由をあげている。また、損害賠償額は胎児の母胎内での成長の度合に応じて割合的に認めてよい⁶⁾という。

2) 「生マレタモノト看做ス」の意味

民法が胎児は既に生まれたものと看做す、というのは法律上いかに解すべきであろうか、学説は分かれている。

①人格否定説⁷⁾

胎児に権利能力を認めない、わが民法が権利能力は出生によって始まることを明言していること、例外的に権利能力を認めるとすると、民法列記の場合のみに限定すべき理由のないこと、胎児の行為能力（とくに法定代理権）をいかに解すべきかという問題を生ずることなどを理由とする。これによると、民法列記の場合に胎児の権利能力を認めたものではなく、単に将来の人格者のためにその権利を留保したものにすぎず、胎児が生きて生まれたときはその出生の効力が遡り、死して生まれたときはこの留保は無効になるという（岩田「民法総則新論」127—128）。

②胎児の地位を条件的に解するもの⁸⁾

これには2説ある。

・法定停止条件説または人格遡及説

胎児に認められる例外は、権利能力のない者に権利を帰属させることはできないという論理のもとに、胎児のために権利を留保するための擬制であり、したがって胎児が生きて生まれて始めて発動し、胎児中には権利能力が当然もたず代理もありえない。生きて生まれたときに、そこで取得した権利能力が、出生前の問題の時点（例えば不法行為時）にさかのぼって存在したものとされるのだとするものである。

・法定解除条件説または制限人格説

胎児中といえども、生まれたものとみなされる範囲において制限的に権利能力を認め、法定代理人も存在するものとし、生きて生まれなかったときに遡及的にこの権利能力が消滅するものである。

③無条件説⁹⁾

民法721条は胎児は損害賠償の請求については、既に生まれたものと看做す、という。これは権利の享有は出生に始まるという原則の特則であるが、721条には第2項に相当する規定がない。721条の解釈として、胎児は出生、死産にかかわらず、権利能力が擬制され、胎児が不法行為によって生命を害されたときは、胎児自身に損害

賠償請求権を生ずる。

起草者、判例（大判昭7・10・6民集11巻2023頁）も法定停止条件説をとる。最近の学説の多くは法定解除条件説（我妻・総則52頁など）に賛成する。自動車損害賠償における保険実務、裁判実務は法定停止説に従っているようである¹⁰⁾。

3. 判 例

胎児の利益を保護することは、出生した子の保護をはかるためのものである。では胎児自身の保護はどのように考えたらよいのであろう。

1) 親が殺された場合

大判昭7・10・6民集11巻2023頁

これは通常「胎児を代理として母親が加害者との間で締結した和解契約の効力」の問題を解いたもので、いわゆる「阪神電鉄事件」とよばれる。

内縁の夫が踏切事故で死亡したので、その男性の内縁の妻とその間の未出生の子を代理する者（死亡者の実父）が電鉄会社と和解し、弔慰金を受け取り、弔慰金以外いっさいの請求はしない旨の約束をなしたが、その後胎児が出生し、その子が電鉄会社に対し損害賠償を請求した事件である。

大審院は次のように判示した。

①民法は、胎児が不法行為発生後に生きて生まれた場合に不法行為による損害賠償請求権の取得については出生の時に遡って権利能力を擬制するというにとどまり、胎児に対しこの請求権を出生前において処分できる能力を与えようとする趣旨ではない。

②たとえ、そのような能力が与えられているとしても、民法では、出生以前にその処分行為を代行すべき機関に関する規定がなく、死亡者の実父の和解交渉は胎児を代理してなした有効な処分とはいえない。そこで、不法行為時に胎児であった子の加害者に対する損害賠償請求は認められる、というのである。このように、法定停止条件説をとることによって、胎児であった子が保護されたケースであった¹¹⁾。

今日の多数説は、胎児の利益保護の観点から、胎児の間でも個々の条文によって擬制される範囲で権利能力があり、死産のときに初めて遡及

的にこの権利能力が消滅する(法定解除条件説)と考える。この説は、胎児の間でも法定代理人が存在しうるとの解釈を導くことができる(818条3項, 819条)が、本件のように胎児に不利益な処分がなされる可能性も生ずる。そこで修正説として、法定代理人は胎児の権利の保存しかなしえないとする見解が有力である¹²⁾。

2) 胎児が母胎内で障害を被り、奇形などの後遺障害を伴って出生した場合

熊本地判昭和48・3・20判時696号15頁

熊本水俣病事件では胎児性水俣病患者が原告となった。原告患者は、胎児期から新生児期にかけて主として胎盤を経由して母胎内で高濃度の有機水銀による汚染を受け、その結果中枢神経に障害がもたらされて胎児性水俣病となり、出生した。判決は、本人の慰謝料1,800万円、両親の固有の慰謝料各450万円を認容した¹³⁾。

3) 胎児が母胎内で受けた障害が原因で、母胎内で死亡した場合

不法行為、ことに自動車事故による胎児の死亡に対する賠償の問題は不法行為に基づく損害賠償の目的、自動車損害賠償法の目的、さらに全法体系における人の尊厳に関する根本問題を提起する¹⁴⁾。

・交通事故による流産

東京地判昭和46・6・3判タ264号280頁

被害者はタクシー後部座席に客(妊娠6か月余)として同乗中、事故により傷害を受け治療したが、妊娠7か月初期に女児を死産した。死産は本件事故を原因とするものであり、長女の死亡にも等しい精神的打撃や苦痛を味わったとして、本人と夫が慰謝料の請求をした。

母親には70万円の慰謝料を認めしたが、父親については、711条に照らして父親には胎児を失ったことによる固有の慰謝料請求権を有しないと認めなかった。

高松高裁昭和57・6・16判タ464号221頁

夫が妻を同乗させて運転中衝突事故で、妻が負傷した。事故後数日で流産のため胎児を失ったので、損害賠償の請求をした。交通事故で妻が流産を余儀なくされた場合、夫が胎児の父親として胎児の死亡につき慰謝料請求権を有するかの問題につき、本判決は父はその子が生まれ

た後に死亡した場合と同様に精神的苦痛を被るので、父親に慰謝料請求権を認めた。このように積極的立場をとる先例(東京地判昭和51・12・23判時857号90頁)は、「出生前の子どもは母体内にあって母体とは別個の生命体であって、その生命は両親から受け継いだものであることは周知のことからである。法が胎児の生命を絶つことを手軽に考えていないことが明らかであり、胎児の生命の尊さとこれにかかる両親の想いは相応の法的保護を受ける資格がある」と判示して、父親の胎児を失ったことによる無念の苦痛に対し固有の慰謝料請求権を認めた¹⁵⁾。

胎児の死亡による父親の固有の慰謝料請求権を認めるか否かは、民法709条、710条、711条にいう「他人」に胎児が含まれるかの議論へと発展する。

民法721条が擬制的にもせよ胎児の損害賠償請求権を認めていることは、侵害があった場合にはその加害者に対して、不法行為責任を訴求しうると解すべきであろう。胎児自身は709条以下にいう「他人」なのであり、これらが害された場合、それによって生じた財産的・精神的損害につき、加害者に訴求しうるし、特にその「生命」侵害(流産・死産など)の場合には、その「父母」が711条に基づき、よって生じた精神的損害につき加害者を訴求し得ると解すべきであろう。そしてまた胎児自身、711条にいう「子」なのであり、嫡・非嫡たるを問わず、彼がその「父母」ないし「近親者」の生命が害された場合には、よって生じた精神的損害につき、加害者を訴求し得ると解すべきであろう¹⁶⁾。

結 語

わが民法は胎児の保護については、特定の範囲で規定しているが、これは出生した子の保護のためのものといっていい。そして、「既に生まれたものと看做す」とは、最近の多数説は法定解除条件説をとり、「胎児は出生児と同一の管理又は処分の権利を有す」としても、その利益を保護するための制度が確立されていないとして、胎児の法定代理人の権限を現在の権利関係を保全する範囲に限定すべし、と論ずる¹⁷⁾。

立法論としては、胎児の地位を保護するため

の規定を欠き不当であるとしても、解釈論としては、胎児の利益保護の具体的方法につき、果してどこまで論定しうるかが論議の集まるところである¹⁸⁾。

野村氏は、胎児自身に損害賠償請求権が発生し、それが相続人に相続され、また、711条に基づく遺族固有の損害賠償請求権も生ずる、という説を採用し、胎児は母胎内で10ヵ月間成長する。その成長の度合に応じて損害賠償法上人間としての生命の価値を割合的に認めてよいのではあるまいか、と論ずる¹⁹⁾。

私見は現行法にとらわれず、無条件説を妥当と考える。本説によれば胎児は出生、流産、死産にかかわらず権利能力が擬制され、胎児が不法行為によって生命を害されたときは、胎児自身に損害賠償請求権を生ずることになる。ある事実が生じたときから、胎児に制限的な権利能力があるものとして、法定代理人の存在を認める。これが胎児を最も保護する優れたものと考ええる。法定代理人は親権者・後見人に限らず、複数による第三者による構成、とくに医学・倫理学の立場で参加できる人選が望ましい。

胎児は妊娠のどの段階から単なる母体の一部ないしは母親の所有物としてではなく、独立の人格を有する権利の主体として扱われるべきであろうか。生物学・生理学・医学・倫理学・社会経済学など広い分野で、人間の価値、人間の尊厳、人格(Person)が何時から始まるかなどの審議がなされなければならないと考える。

現在胎児は母胎内にあっても、母体とは別個の生命体として証明できている。妊娠は超音波断層法によって、母体とは異なる心拍動が認められる、妊娠第5週後半には確定できる。この時点で、胎児は権利を有すると認めるべきであろう。胎児の成育限界をどの時期にもとめるか²⁰⁾の検討も続いている。出生前の胎児診断が可能となり²¹⁾、胎児治療の技術の進歩によって、胎児は独立したひとりの患者であると認められているが、胎児治療は母体を經由することは必然である。また、母親と胎児の生命が同時に危険にさらされたとき、現在の日本では、母親の生命が優先されるという現実がある。わが国は親権がきわめて強いという歴史的背景があることから、親の意思によって胎児や子どもの生命が失われることがおこってくる。

ここにおいて、胎児の立場を代弁できる第三者を構成員とした審議機関の設置が急がれる。周産期の母体や胎児の健康上の問題は、急激な転機となることが多いので、審議会などの開催や構成員などの対応を定めたマニュアル作成は必須である。

自己の意思を表現できない胎児の立場から、その保護は誰がどのようにおこなわなければならないかの私見を述べた。わが民法は、物権や相続の如く「物」を扱うにとどまっていることが、胎児の保護の立法化を不可能にしていると考えられる。

引用文献

- 1) 仁志田博司(1991) 週産期における医の倫理の特徴. 周産期医学, 21(3), 341—341.
- 2) 金山正信(1963) 胎児の法的地位. 別冊ジュリスト, 132—132.
- 3) 鈴木利廣(1991) 胎児・新生児の権利. 周産期医学, 21(3), 413—413.
- 4) 金山正信(1963) 前掲2), 132—132.
- 5) 野村好弘(1988) 胎児の法的地位. ジュリスト, (903), 93—93.
- 6) 執行秀幸(1996) 胎児の損害賠償請求権. 別冊法学セミナー, (143), 112—114.
- 7) 金山正信(1963) 前掲2), 132—132.
- 8) 金山正信(1963) 前掲2), 132—132.
- 9) 岡村玄治(1929) 胎児と損害賠償. 債権法各論, 初版, 巖松堂書店, 東京, pp 732—732.
- 10) 執行秀幸(1996) 前掲6), 115—115.
- 11) 執行秀幸(1996) 前掲6), 114—114.

- 12) 児玉 寛 (1996) 胎児の権利能力・未認知の子の損害賠償請求. 別冊ジュリスト, (136), 13—13.
- 13) 野村好弘 (1996) 前掲 5), 95—95.
- 14) 生田典久 (1972) 不法行為による胎児の死亡と損害賠償責任. ジュリスト, (519), 96—96.
- 15) 山口和男 (1987) 胎児の父親の慰謝料. 別冊ジュリスト, (94), 117—117.
- 16) 関弥一郎 (1977) 不法行為法における「胎児の被害法益」. 横浜国大人文紀要第一類哲学・社会学, 23輯, 3—3.
- 17) 平井一雄 (1988) 私権ノ享有. 基本法コンメンタール, (143), 19—19.
- 18) 金山正信 (1963) 前掲 2), 133—133.
- 19) 野村好弘 (1996) 前掲 5), 96—96.
- 20) 曾根威彦 (1992) 成育限界と法律. 周産期医学, 22(12), 1717—1717.
- 21) 上妻志郎 (1987) Biophysical profile. 周産期医学, 17(8), 1218—1218.