

タイトル	胎児に対する不法行為と損害賠償請求(一)
著者	境原, 三津夫
引用	北海学園大学法学研究, 41(4): 713-770
発行日	2006-03-31

胎児に対する不法行為と損害賠償請求 (一)

境 原 三 津 夫

目 次

はじめに

一 わが国の法状況

1 生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して行う

損害賠償請求

(一) 民法一条の三

(二) 民法七二一条

(三) 判例分析

(1) 交通事故の事例

2

(2) 周産期の事例

出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児の損害賠償請求

(一) 子宮内で死亡した胎児と民法七二一条

(二) 被害者の遺族の損害賠償請求

(三) 判例分析

(1) 交通事故の事例

(2) 周産期の事例

(四) 胎児の死亡と父母の慰謝料請求

(五) 判例による死産児の損害賠償請求権の創造

二 イギリスの法状況

1 生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して行う

損害賠償請求

(一) 一九七六年法制定以前

(1) コモン・ロー上の胎児の法的地位

(2) *Montreal Tramways v. Leveille*判決の影響

(二) 一九七六年法制定以降

(1) 一九七六年法制定の経緯

(2) 一九七六年法の内容

(三) *Burton*事件および *de Martell*事件合同控訴審判決に

みるコモン・ロー上の胎児の法的地位

(1) *Burton*事件および *de Martell*事件以前

(2) 事件の概要と判旨

(3) 被告側の主張

(4) *Phillips*裁判官の判断

(5) まとめ

2 出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児

の損害賠償請求

(一) 不法行為による死亡に関するコモン・ロー上の基本

原理

(二) *Fatal Accident Act of 1846*の制定と胎児への適用

(三) 先例拘束性の原則と死産児における不法行為死亡訴訟

(以上本号)

三 アメリカの法状況

1 生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して行う

損害賠償請求

(一) *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*判決

(二) *Allaire v. St. Luke's Hospital*判決

(三) *Bonbrest v. Koltz*判決

(四) *Smith v. Brennan*判決

(五) *Nealis v. Baird*判決

2 出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児

の損害賠償請求

(一) 生存能力のある胎児の死亡と損害賠償

(1) 損害賠償を肯定した判例

(2) 損害賠償を否定した判例

(3) その後の判例の動向

(二) 生存能力のない胎児の死亡と損害賠償

3 出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児

の不法行為死亡法による救済に関する考察

(一) 用語の定義と概念

(二) 生存能力からみた胎児死亡の分類

(三) 生存能力の基準 (*viability standard*) への移行

(四) 生存能力の基準以降

(五) 生存能力のない死産児に関する損害賠償請求

(六) 胎児の損害に関する考察

4 今後のアメリカ合衆国における不法行為死亡法上の胎児

の法的地位に関する考察

5 胎児を「潜在的な生命 (*potential life*)」として認める

基準

6 まとめ

おわりに

(以上次号)

はじめに

わが国では、胎児は「ひと」ではないとされ、生まれる前の「胎児」と生まれた後の「新生児」は、法律的にも医学的にも区別されてきた。その理由として、第一に産科医療および新生児医療が未発達であった時代は出産時に命をおとす胎児が多く、出産が胎児の生死のハードルになっていたこと、第二に子宮内の胎児の状態を知る検査法がなく、生まれるまでは胎児という生命を母親が視覚的に実感できなかったこと、第三に出産はだれの目にも明らかな胎児と新生児の境界となるイベントであることなどがあげられる。医学が進歩し出産が安全になると、出産は胎児にとって生死のハードルではなくなり、超音波検査法が進歩し子宮内の胎児の状態がわかるようになると、胎児と新生児を区別する境界が曖昧になった。その結果、現代社会では、胎児という存在について医学上の概念の変更を迫られることになり、このことが胎児の法的地位に関する再検討をうながす契機となった。

このような要求にこたえて「胎児はひとか」という問いが発生し、その答えが追求されるようになった。この問いを考察するには、「医学上(生物学的な)のひと」と「法律上のひと」は異なるということを理解していなければならない。⁽³⁾「ひと」には、医学的な意味での「ひと」と法的な意味での「ひと」が存在することを前提に、胎児の民事法における法的地位について考察するのが本論文の目的である。

医学的な観点から胎児とひとの関係をみた場合、受精の瞬間から胎児(妊娠八週までは胎芽と呼ぶ)と母親を別個の生命体と考え、胎児をひとと考えることも可能である。⁽⁴⁾一方、受精しても子宮に着床するまでは、ひととして成長する可能性はないのであるから、着床した時点からひとと考える方が論理的であるとする見解もある。⁽⁵⁾

一方、法的な観点から胎児とひとの関係をみた場合、焦点は「胎児がひととしての法的地位を享有するのはいつか

らか」という問題になる。医学的な胎児の定義と法的な胎児のそれが一致するのが理想であるが、医療の進歩が目まぐるしい現代にあつては、ある程度の乖離はやむを得ないであろう。しかしながら、医学的事実を無視した胎児の法的地位に関する考察は机上の空論であり、本論文では両者の調和を図りながら、胎児の法的地位について考察する。

胎児の法的地位を考える際に、注意すべき点がある。それは「刑法上の法的地位」と「民法上の法的地位」を分けて考えなければならないことである。わが国の刑法において、胎児はその身体が一部露出するまではひとではなく、ひととしての保護を受けることができない。したがって、一部露出前の胎児が他人の故意の侵害行為により死亡した場合は、殺人罪ではなく墮胎罪が適用される。そして、その侵害行為が過失によるものならば、刑法には過失墮胎に関する規定がないので、加害者は刑法上の罪に問われない。わが国は罪刑法定主義を前提にしており、類推解釈が禁止されているので、現時点では胎児が刑法上ひとと同程度に保護されるとする解釈論や立法論を展開することは困難である。

一方、民法では被害者救済という目的のために、目的論解釈により胎児の法的保護を強化しうる可能性がある。わが国の民法一条の三は「私権の享有は出生に始まる」と規定しており、すべてのひとに出生という事実を要件として、権利能力を付与すると宣言している。例外として、七二一条（不法行為による損害賠償）、七八三条（認知）、八八六条（相続）、および九六五条（遺贈）を規定し、胎児が生きて生まれた場合に限り、胎児期にさかのぼって権利能力があつたものとみなしている。この規定は胎児をひととみなすのではなく、あくまで胎児は胎児であり、例外として胎児期にさかのぼって権利能力者（ひと）として扱うとするものである。関彌一郎は一九七七年、その論文の中で「私権の享有の始期を懐胎時とし、胎児に全面的に人格性を承認すべきではないか、そして胎児に対し被害者性を承認しなければ、公平を損なう時代状況または社会状況に当面しており、『胎児は人なり』とすべき、社会的要請に迫られて

いるのではないか」と述べている。しかし、その後約三〇年間、わが国では、胎児は法的に「ひと」としての扱いを受けることなく今日に至っている。

本論文のテーマは、民法における胎児の法的保護であり、その中でも子が障害をもって生まれた場合、あるいは子宮内で死亡し死産となった場合に発生する法的問題——とくに損害賠償請求——に焦点を絞り検討する⁽⁷⁾。

わが国では、交通事故や医療過誤などのように、他人あるいは医師の加害行為の結果、胎児がその加害行為を原因とする障害をもって生きて生まれた場合、胎児に対する加害行為を「ひと」に対する加害行為とみて、加害行為と損害の因果関係を認め、子に損害賠償請求権を認めている。しかし、他人あるいは医師の加害行為により胎児が子宮内で死亡した場合は、胎児には損害賠償請求権は認められておらず、親に対する慰謝料の問題と考えられている。近年、出産直前の胎児はひとに極めて近いものとして慰謝料の増額が考慮されているが、胎児の民法上の法的地位に関する理論に大きな進展がない状況である。

胎児が障害をもち生きて生まれた場合と子宮内で死亡した場合を損害賠償額（総額）で比較すると、前者では子の逸失利益および後遺障害慰謝料、介護費用、両親の慰謝料など総額およそ七、〇〇〇—一二、〇〇〇万円（平成一三年には、総額二〇、〇〇〇万円となる裁判例も出現している）となるのに対して、後者では両親の慰謝料のみが認められ、それぞれ二〇〇—一、〇〇〇万円の賠償総額となる。最近は出産直前の胎児死亡の場合に、慰謝料を増額することにより、生きて生まれた場合との均衡を図る試みがなされているが、それでも一、〇〇〇万円前後であり、生きて生まれた場合と比較すると低額である。

たとえば、双胎が他人の侵害行為を受け、一方が出産直前に子宮内で死亡し、他方が出産直後に死亡した場合を考えてみる。前者には損害賠償請求権は認められず、出産直前に胎児を失ったということで両親に一、〇〇〇万円前後の

慰謝料が支払われることになる。しかし、後者は出産直後の死亡であるので、子は損害賠償請求権をもち、それを引き継いだ親は子の逸失利益、子および両親の慰謝料等総額三、〇〇〇—四、〇〇〇万円前後の損害賠償を受けることになる。胎児と新生児の法的評価が出産の前後で大きく異なる事実は、両者を連続した生命ととらえる医学との均衡を欠いている。従来のように出産を境としてその前後で胎児と新生児を法的に厳格に区別することが、現代の社会状況に適するであろうか。

一九七八年に世界で初めて体外受精に成功した生殖医療先進国のイギリスおよび卵子提供や代理出産など生殖医療の最先端をいくアメリカ合衆国（以下、アメリカという）において、胎児が法的にどのような扱いを受けているかは大変興味深い。他人あるいは医師の胎児に対する加害行為が原因となって、子が障害をもち生きて生まれた場合あるいは子宮内で死亡した場合に、これらの二国が、法的にどのような対応をとっているかを研究することは、今後のわが国の進むべき方向を決めるうえで参考になるであろう。

本論文でとりあげた、子宮内で死亡した胎児（死産児）の損害賠償請求権に関しては、二〇〇〇年に入りアメリカで議論が活発になったテーマであり、わが国では詳細に検討整理された論文はみあたらない。アメリカでは、このような胎児に損害賠償請求権を認めている州もあり、親に対する慰謝料の問題として処理しているわが国とは胎児に関する考え方が異なっている。胎児に損害賠償請求権を認める理論的根拠はなにか、また胎児の損害とはなにかという問題について、米国の裁判所はどのように解決していったのかを本論文で明らかにする。わが国の民法において、子宮内で死亡した胎児に損害賠償請求権を認めることを可能にする方策はあるのか。被害者救済が民法の目的であり、今回の研究でその方策を考察するところまで踏み込みたいと考えている。胎児をひとではなく「潜在的な生命」と位置付け、ひとと同様に保護しようとする Manta K. Shah の理論⁸⁾を発展させ、胎児が他人の侵害行為により受ける損

害を「ひとになる可能性の侵害」としてとらえる概念を提案し、わが国の胎児の法的地位向上につながる道を開きたいと思う。

- (1) 出産は「胎児がその母体から完全に排出または娩出されること」と定義され、臍帯切断、胎盤付着の有無は問われないとされる。これに対して、分娩は「規則的な子宮収縮が始まったときから、胎盤娩出まで」をさす。分娩は規則的な子宮収縮開始から子宮口全開大までの第一期、全開大から児娩出までの第二期、児娩出から胎盤娩出までの第三期に分類される。本論文では出産と分娩を状況により使い分けている。また、出生は「出産時に生存徴候を認めた場合」をいい、生産（生きて生まれること）と同義と考えてよい。
- (2) 妊娠二〇週前後から、母親は胎動を感じるようになる。
- (3) 往々にしてこれらを混同した議論がなされている。これは脳死の定義が曖昧なまま（全脳死と脳幹死の区別がなされていなかった）、脳死をひとの死と認めるか否かという議論をしていたことに類似しており、議論の混乱をまねく（立花隆『脳死』（中央公論社、一九八六））。

- (4) 妊娠週数は受精時点を経娠二週として計算することになっているので、妊娠〇―一週は受精前ということになる。以前は妊娠を数え月数で計算していたが、現在では満週数で表現するよう統一されている（ちなみに、妊娠二週は数え月数で表現すると妊娠一か月となる）。妊娠六―七週になると胎児の心拍を超音波検査で確認することができるようになる。妊娠八週までにすべての臓器の基本が形成され、九週以後は胎児とよばれる。妊娠十一―一二週前後で神経系が発達し、胎児は痛みを感じるようになるといわれている。このことは、妊娠一二週未満の妊娠中絶を認める根拠のひとつとされている。妊娠一九―二〇週ころになると、ほぼすべての妊婦が胎動を感じるようになり、子宮内の生命を実感するようになる。妊娠二二週になると、仮に早産になったとしても、人工呼吸器を装着し子宮外で生命を維持することができるようになるが、障害をもたずに成長する（intact survival）のは難しい。二四週で intact survival の可能性がでてき、二七―二八週でほとんどの未熟児において intact survival を期待できるようになるといえるのが現在の新生児医療の水準（ただし、施設間の格差は大きい）である。

しかし、予後は早産になった原因や個々の胎児の潜在的な生命力に左右されるので、これは絶対的な基準ではない。妊娠三七週以降四二週未満で生まれた場合を正期産というが、一般的に三七週以降になれば肺の成熟（肺サーファクタント産生）はほぼ一〇〇%の胎児で認められ、自力で呼吸ができるようになるため医療の支援を受けることなく子宮外での生存が可能となる。

(5) 鈴森薫「胎児生命と倫理」産婦人科の実際四八巻一〇号（一九九九）一三五七頁以下。

(6) 関彌一郎「不法行為における『胎児の被害法益』——わが国および英法系諸国の問題状況概観（その一）」横浜国立大学人文紀要 第一類哲学・社会科学二三巻（一九七七）一頁以下。

(7) 医療の進歩は、子宮内の胎児の障害を診断することを可能にした。このため出生前に胎児の障害が発見されるようになった。胎児の障害が診断されると、親は障害児を産むか否かを選択するという大きな問題に直面することになる。親が産むか否かを決定できるとすると、医師には胎児の障害の可能性につき親に情報を与えるという注意義務が発生することになる。そのため胎児が障害をもつ可能性を診断するための適切な検査や障害の可能性に関する適切な助言を医師が怠った場合、医師が損害賠償を請求されるようになった。

親が、医師の過失がなかったならば、この出生は回避できたはずであると主張して医師に対し損害賠償を請求する形態の訴訟を wrongful birth 訴訟といい、子が同じような主張を医師に対して行う場合を wrongful life 訴訟という。これらの訴訟では、胎児の障害が発生させたのは医師ではない。したがって、医師が加害者となる損害賠償請求訴訟とは性格が異なるため、本論文の検討対象から除外した。

(8) Manta K. Shah: Inconsistencies in the Legal Status of an Unborn Child: Recognition of a Fetus as Potential Life. Hofstra Law Review, p.932 (2001).

一 わが国の法状況

1 生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して行う損害賠償請求

(一) 民法一条の三

わが国の民法は、その一条の三で出生を境として胎児（出産前）と新生児（出産後）を明確に区別している。胎児は民法上の権利を享有できないが、生きて生まれさえすれば（出生を要件として）⁽¹⁾ 権利能力が賦与される。民法上の

「出生」とは母体から子が「全部露出」したときを指す⁽²⁾。また、出生とは厳密に解すると生きて生まれることであり、死産の場合は出生とはいわない。

もし、胎児に民法上の権利を賦与しようとするれば、「胎児は民法上いつからひととして扱われるのか」という問題が発生する。私権の享有の時期は出生時とされているが、医療が進歩した今日では、これを出産前のある一定の時期(受精時や子宮外生存能力獲得時、あるいは正期産とよばれる妊娠週数に入った時期(妊娠三七週)など)と解釈する必要に迫られているのではないだろうか。私権享有の時期を受精時にすることに多数の賛同を得るのは不可能であろう。しかし、子宮外生存能力獲得時あるいは妊娠三七週(ほぼ一〇〇%の胎児で肺成熟が認められ、母体外において自力呼吸ができ、単独で生命維持が可能となる時期)を境界として、少なくとも胎児の生命を保護法益として認めるということであれば、医療の進歩と法の乖離を解消できる可能性がある。

(二) 民法七二一条⁽³⁾

本条は、出生のときをもって権利能力の始期とする民法一条の三の例外規定である⁽⁴⁾。新生児と胎児の均衡を考慮して、損害賠償に関して胎児の権利能力を擬制し、胎児の利益を保護したものである。子宮内で他人から侵害を受け、それが原因で障害をもって生まれた胎児は、民法七〇九条、七一〇条および七二一条の規定により、財産的・精神的損害について加害者に対して損害賠償を請求し得る⁽⁵⁾。つまり胎児は、生きて生まれれば胎児中の侵害行為による財産的損害ならびに精神的損害の両者について固有の損害賠償請求権を取得しうる⁽⁶⁾。しかし、胎児が出産前に死亡した場合は、損害賠償請求権は胎児自身には生じないと解釈されている。従来、胎児の生命侵害は「ひと」の生命侵害にはあたらないとされ、流産・死産を母体に対する傷害として、民法七〇九条あるいは七一〇条を根拠として母親に損害

賠償請求権が認められてきた。⁽⁷⁾

一方、この規定は特に「死産」の場合を除外していないと解釈し、胎児は財産的ならびに精神的損害について固有の損害賠償請求権を取得しうるとする見解もある。⁽⁸⁾ この場合、出産前に胎児自身に損害賠償請求権が生ずることになり、胎児の死亡によりその請求権は胎児の相続人に承継されるとともに、遺族が民法七十一条によつて慰謝料を請求しうることになる。⁽⁹⁾

(三) 判例分析

胎児が母体内で傷害を受ける場合、その大部分は交通事故や分娩時の医療行為が原因である。判例の多くは事故あるいは医師の過失と胎児の障害の因果関係を争点にしている。まれに薬害や公害による胎児障害の事例がある。⁽¹⁰⁾ 近時の判例を分析することにより、胎児の生命の価値および胎児の法的地位について考察する。

生きて生まれた子が胎児期に受けた傷害に関して行う損害賠償請求は、実際には胎児が母体内で傷害を受け、その結果奇形や脳性麻痺などの後遺障害をともない生まれた場合に、子が加害者に対して行う損害賠償請求を意味する。子が出生後長期に生存する場合と出生後すぐに死亡する場合が考えられるが、いずれにしても子は生きて生まれたのであるから、民法七〇九条および七二一条の規定により、加害者に対して損害賠償を請求することができる。

交通事故の場合は、死産となる場合や母親への治療が胎児に与える影響を考慮して妊娠中絶する場合が多く、後遺障害をともない出生することが少ないため、判例も少数である。傷害の原因を問わず、胎児期の傷害が生きて生まれた子に後遺障害として残った場合には、子の損害賠償請求を認めるのが民法の趣旨であり、裁判においては加害者の行為と子の障害との間の因果関係の有無が主な争点となっている。近年の損害賠償を認容した判例を分析し、問題点

を考察する。

(1) 交通事故の事例

交通事故に関する主な判例として、一九九〇年以降では以下の四例がある。

① 妊娠三二週の主婦が交通事故により骨盤骨折等の傷害を負い、その二週間後に出生した男児に、頭蓋骨縫合早期癒合症および重度の後遺障害が残った事例^①

② 追突事故にあった妊婦が事故の約二か月後に妊娠八か月の早産で未熟児を出産し、難聴や精神発達遅滞の後遺障害が生じた事例^②

③ 妊婦が追突事故により早産したが、出生した子が超未熟児のためライ症候群により死亡した場合、右事故と子の死亡との間に相当因果関係があるとして、子の死亡にともなう損害の賠償請求が認められた事例^③

④ 交通事故により受傷した被害者が出産した新生児に重篤な後遺障害が残った場合、同事故と新生児の同障害との間に相当因果関係が認められた事例^④

① から③は新生児に後遺障害が残った事例であり、④は出生九か月後に児が死亡した事例である。いずれの判決においても、民法七二一条に関する議論はなく、加害行為と障害との間の因果関係の有無が焦点となった。損害については、子に関する損害が検討の対象とされた。損害額の算定にあたり、①では労働能力喪失率は一〇〇%と認定され、子の逸失利益約二、三〇〇万円、後遺障害慰謝料一、〇〇〇万円、介護費約一、七五〇万円が認容された。②では障害の程度から、労働能力の低下は通常人に比して六〇%が減じられたと認定し、子の逸失利益約一、八〇〇万円、後遺障害

慰謝料六〇〇万円が認容された。^⑬③では労働能力喪失率は一〇〇%と認定され、子の逸失利益約四、一五八万円、後遺障害慰謝料二、九〇〇万円、看護（介護）費等約一二、七八三万円が認容された。④では児が出生九か月後に死亡しており、子の逸失利益約一、八三〇万円、後遺障害慰謝料二、二〇〇万円、葬儀費用一二〇万円が認容され、これらを両親が相続した（本件では、子の死亡に関して両親が慰謝料を請求しているが、裁判所はそれに対する慰謝料に含め算定した）。

弁護士費用を除いた損害賠償額の総額は、およそ二、四〇〇—二〇、〇〇〇万円の範囲となっており事例による差が大きい。これは介護費用の算定額の差に起因している。

(2) 周産期の事例

周産期に関する主な判例として、一九九〇年以降では以下の二四例がある。

① 出産時の胎児血液循環障害による脳性麻痺につき、胎位を横位と診断しながら、事前に帝王切開の準備をしておかなかった医師に過失を認めた事例^⑭

② 頸部に臍帯巻絡が三回あり、仮死状態で娩出された胎児の脳性麻痺の結果につき、帝王切開を早期に施行しなかった医師に過失が肯定された事例^⑮

③ 胎児が仮死状態で分娩され、脳性麻痺に罹患したことについて、医師に人工破膜を施行した過失および分娩監視を怠った過失があったとして、損害賠償を認めた事例^⑯

④ 出産過程での低酸素症により脳性麻痺をきたした事案につき、医師に、胎児心音の適切な聴取義務および胎児仮死判明後の早期転医義務を怠った過失が認められた事例^⑰

- ⑤ 新生児が胎児仮死による低酸素症により重度の脳性麻痺となった場合に、胎児心拍数の観察を怠った助産婦に過失があったとして病院側の損害賠償責任が認められた事例⁽²⁰⁾
- ⑥ 骨盤位で経膈分娩が困難であるにもかかわらず、帝王切開の方法をとらず経膈分娩を強いたため、出生児に脳障害等の後遺症が生じた場合には、医師に過失があるとされた事例⁽²¹⁾
- ⑦ 吸引分娩により娩出した新生児が脳性麻痺の後遺症を負った場合に、帝王切開術を選択しなかった医師に過失が認められた事例⁽²²⁾
- ⑧ 分娩遷延後に生まれた新生児が脳性麻痺の後遺症を負った事案につき、帝王切開術施行の時期を失した医師に過失が認められた事例⁽²³⁾
- ⑨ 帝王切開により娩出された新生児が、酸素欠乏症により脳の機能障害が発症した場合に、帝王切開術施行の時期を失した医師に過失があるとされた事例⁽²⁴⁾
- ⑩ 双子を妊娠し、一方の胎児の心臓音に異常があったが、その発見が遅れる等し、胎児の一方が死亡したまま放置され、他方がそのために重度の脳障害を負った事故について、担当医師の過失が認められ、病院の使用者責任が肯定された事例⁽²⁵⁾
- ⑪ 帝王切開により娩出された新生児が低酸素脳症のため、脳性麻痺、四肢麻痺等の後遺症が残った場合に分娩誘発剤の過量投与等の過失があるとして病院側の損害賠償責任が認められた事例⁽²⁶⁾
- ⑫ 胎児に低酸素状態が続いていたことから、子宮内胎児蘇生措置を試みつつ、状況を注意深く観察し、急速遂娩が必要になる事態も考慮し、その準備をすべき注意義務等があるのに、これを懈怠した医師に損害賠償責任が認められた事例⁽²⁷⁾

⑬緊急帝王切開術によって心肺停止状態で出生した胎児が脳性麻痺の後遺障害を負った場合に、胎児に高度変動一過性徐脈が認められたにもかかわらず医師に慎重な経過観察を懈怠した過失があるとして損害賠償責任が認められた事例⁽²⁸⁾

⑭双子の第二子が胎児仮死および新生児仮死による低酸素血症が持続した結果脳障害を負い、分娩約一年半後に死亡したことについて、医師に注意義務を怠った過失を認めた事例⁽²⁹⁾

⑮分娩の際、子宮収縮剤の過剰投与により子宮が破裂し、女児が重度の脳障害等により約二年後に死亡した事故につき医師の診療契約上の債務不履行責任が認められた事例⁽³⁰⁾

⑯ITP（特発性血小板減少性紫斑病）合併妊娠に対する臍帯穿刺法による胎児採血に際し、胎児仮死となり緊急帝王切開術を施行（妊娠三八週）するも、分娩五日後に死亡したことにつき、説明義務違反、術後の胎児監視義務違反があったとして、医師の過失を認めた事例⁽³¹⁾

⑰双子の胎児の一人（第二児）が死亡し、もう一人（第一児）が子宮内脳血管血栓形成性閉塞による脳障害児として出生し四年後に死亡した場合に、第一児につき医師に危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務をつくさなかった債務不履行があったとされた事例⁽³²⁾

⑱出産を担当した医師が胎児に発現した遅発一過性徐脈を見落とし、重度の脳性麻痺で出生し三年後に死亡した場合、医師が何らの措置を講じなかった点に過失があるとして、損害賠償責任が認められた事例⁽³³⁾

⑲帝王切開により娩出された新生児が低酸素性虚血脳症により分娩一か月後に死亡した場合に助産婦らに分娩監視義務を怠った過失があるとして病院側の損害賠償責任が認められた事例⁽³⁴⁾

⑳双胎の分娩において、第二子が仮死状態で出産し重篤な脳性麻痺となって四か月後に死亡した場合、帝王切開術を

行わなかった医師に過失があったとして、病院側の損害賠償責任が認められた事例⁽³⁵⁾

②1 分娩経過中に胎児心拍数が低下し、遷延性徐脈ないし持続的な徐脈となり、その徐脈が繰り返されたにもかかわらず帝王切開に切り替えず、吸引分娩、鉗子分娩により出産した子に脳性麻痺の障害が残り、六年後に死亡した場合に、医師に過失があるとされた事例⁽³⁶⁾

②2 出生した新生児が重篤な無酸素性脳症等に罹患して五年後に死亡した場合、担当医師に治療上の過失があったとして病院側の不法行為責任ないし債務不履行責任が認められた事例⁽³⁷⁾

②3 双子の第二子として出生した子が、重度の仮死・無酸素状態に陥り、誤嚥による呼吸不全により六か月後に死亡した事案について、担当医師に人工破膜を行う処置を適切に行わなかった過失があったとして、担当医師と病院側の損害賠償責任が認められた事例⁽³⁸⁾

②4 医師が吸引分娩に固執して漫然と約五〇分間も多数回にわたりこれを反復したまま鉗子分娩、帝王切開という急速遂娩術をとらなかったため胎児が仮死状態で出生し、三時間後に死亡した場合に医師の過失が認められた事例⁽³⁹⁾

医療過誤訴訟の場合、医師の義務は、診療契約に基づき、母親の分娩に際し、胎児の安全な娩出および娩出後の疾患の治療につき当時の医療水準に基づく治療をなすべき義務であり、分娩監視を懈怠なく行い、胎児仮死に際し直ちに帝王切開等の急速遂娩術を実施するという注意義務である。第一に、これらの義務違反の存在が争点となり、第二に、義務違反と子の後遺障害（損害）との間の因果関係の有無が問題になる。上記裁判例は、義務違反およびその義務違反と後遺障害との間に因果関係が認められた事例である。⁽⁴⁰⁾ これら周産期の事例は、大部分が分娩時（分娩第一期および第二期）であり、胎児が傷害を受けた時期とひととしての権利を享有し始める時期（出生後）が極めて近接し

ており、胎児の傷害と生きて生まれた子の障害との間の因果関係を証明（推定）することが可能であることが多い。胎児期に受けた傷害と生きて生まれた子の障害との間の因果関係が証明されると、民法七二一条が適用され、加害者に対する子の損害賠償請求が認められることになる。

特記すべきこととしては、①で原告らは債務不履行構成の場合に、医療行為の当事者とはいえない子を請求権者とするため、当初の医療契約を第三者（子）のためにする契約であるとし、出生後に両親が子を代理して受益の意思表示をしたと主張し、被告もこれを認め、裁判所も認定している。第三者のためにする契約は、将来出現することが予期された者を第三者とした場合でも有効に成立するとされており、これを胎児が関係する医療過誤訴訟にあてはめたものである。しかしながら、新生児の請求権が関係する債務不履行訴訟では、出生時に両親を法定代理人として新たに医療契約が締結されたとする事例が多い。

①から⑬は子が後遺障害をもち生きている場合であり、これらをまとめて論ずる。賠償額についてみると、逸失利益は男児ではおよそ三、〇〇〇—四、三〇〇万円、女児は一、八〇〇—三、五〇〇万円が認容されている。介護費は、認容額の幅が広くおよそ一、〇〇〇—七、〇〇〇万円の範囲であり、子に対する慰謝料は、およそ一、〇〇〇—二、五〇〇万円の範囲で認容されている。両親に対する慰謝料は、父母ともに同額が認容され、二〇〇—五〇〇万円の範囲である（⑥は離婚のため母親だけが慰謝料を請求）。

弁護士費用を除いた損害賠償額の総額は、およそ四、五〇〇—一二、〇〇〇万円の範囲である。近年増額の傾向にあるが、これは逸失利益および介護費の増加による。

⑭から⑳は生きて生まれたが出生後に子が死亡した場合である。⑯は生後五日目、⑱は生後一か月目、そして㉑は生後三時間で死亡しているので、これらは分娩後まもなく死亡した場合に分類してよいと考える。㉒は一審の岐阜地

裁では原告の請求が棄却されており、本事例はその控訴審である。⑭から⑳はいずれも医師の過失と子の障害および死亡との間に因果関係を認めた事例であり、子の逸失利益、慰謝料および両親の慰謝料を認容している。⑳については、両親は慰謝料を請求していないので、判決でも慰謝料については触れていない。⑭、⑯、⑰、⑱、㉑、㉒が女児で、他は男児であるが、いずれも逸失利益は一、二〇〇―三、五〇〇万円が認容されている。

子に対する慰謝料は、七〇〇―二、三〇〇万円の範囲で認容されており、近年のものは二、〇〇〇万円前後となっている。両親に対する慰謝料は各二〇〇―一、〇〇〇万円の範囲で認容されているが、各二〇〇万円とするものが多い。弁護士費用を除いた損害賠償の総額は、三、〇〇〇―六、〇〇〇万円前後となっている。

出生後、障害をもち生きている場合と障害が原因となり死亡する場合を賠償総額で比較すると、障害をもち生きている場合の方が高額となっている。これは、主に治療費および介護費の差である。⁽⁴¹⁾

2 出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児の損害賠償請求

(一) 子宮内で死亡した胎児と民法七二一条

前述のように、民法七二一条には、胎児が死産となったときには胎児の権利能力を擬制しないという規定が存在しないため、胎児は胎児のときに損害賠償請求権を取得しうるし、胎児が娩出前に死亡することによって胎児の相続人にその請求権が承継されるとともに、胎児が娩出前に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が生ずると解する見解もある。

しかし、胎児の生命が侵害された場合に胎児の親に損害賠償請求権を認めるか否かは、その胎児に対する不法行為によって遺族の利益が違法に侵害されたか否か、あるいは民法七二一条の「父母」に胎児の父母が含まれるか否かの

問題に帰着するのであり、胎児の利益保護のために特に重要な法律関係について胎児の権利能力を擬制する趣旨である民法七二一条の適用を、死産の場合にまで広げるのは妥当ではないとするのが一般的である。⁽⁴²⁾

(二) 被害者の遺族の損害賠償請求

第三者の不法行為により被害者が死亡した場合、相続人ないしそれに準ずるものが、加害者に対して請求しうる損害賠償として以下のものが考えられる。⁽⁴³⁾

①被害者の慰謝料請求権を請求者が相続しているとして請求する場合⁽⁴⁴⁾

②被害者の財産的損害賠償請求権を請求者が相続しているとして請求する場合

③死亡事故の結果、請求者その者が受けた精神的損害の賠償を請求する場合

④死亡事故の結果、請求者その者が受けた財産的損害の賠償を請求する場合

胎児が子宮内で死亡した場合、胎児は生きて生まれず限り損害賠償請求権を獲得することができないので、①および②の請求はなし得ないが、理論的には③および④の請求を行うことが可能である。しかし、実際には胎児の両親あるいは近親者が被る財産的損害は想定できず、わが国では③の両親の慰謝料請求権のみが発生する。

(三) 判例分析

子宮内で胎児が傷害を受け生きて生まれた場合と同様、交通事故の事例と周産期の事例が中心となる。胎児が傷害を受ける時期は、交通事故の場合は妊娠全期間にわたるが、周産期の事例は分娩時が多い。

(1) 交通事故の事例

交通事故の事例の中で、受傷後、X線検査や薬物投与が胎児に及ぼす影響を考慮し妊娠中絶を行った場合は、母体内で受けた傷害が原因で流産⁽⁴⁵⁾となった場合と同様に考えることができるが、厳密には胎児の障害を理由とする妊娠中絶に分類され、混乱を招くおそれがあるので分析から除外した。交通事故に関する主な判例として、一九九〇年以降では以下の五例がある。①、②、③が流産の事例で、④、⑤が子宮内胎児死亡⁽⁴⁶⁾の事例である。

①自動車の衝突事故で、同乗していた妻が事故の数日後に流産した事例⁽⁴⁷⁾

②妊娠二か月の妊婦が横断歩道を歩行中、自動車に衝突され、数日後に流産した事例⁽⁴⁸⁾

③自動車の衝突事故で、同乗していた妻が事故の二週間後に流産した事例⁽⁴⁹⁾

④自動車の衝突事故で、同乗していた妊娠一〇か月の妻が事故の翌日に子宮内胎児死亡をきたした事例⁽⁵⁰⁾

⑤自動車の衝突事故で、同乗していた妊娠三六週の妻が子宮内胎児死亡をきたした事例⁽⁵¹⁾

これら五事例とも、事故と流産あるいは子宮内胎児死亡との間の因果関係が肯定された。いずれも、死亡した胎児に損害賠償請求権が認められるか否かということではなく、親の慰謝料請求が争点となっている。①から④は夫の慰謝料請求権の有無について、⑤は慰謝料額が争点となった。わが国では第三者の加害行為により胎児が死亡した場合、胎児自身の損害賠償請求権の問題とはならず、親の慰謝料の問題となる。これらの判例は、生きて生まれない限り、胎児中の侵害行為に関して、子は損害賠償請求権を獲得することができないということを宣言しているとも解釈でき、わが国の胎児に関する民事法の考え方を示している。

①では、夫に慰謝料請求権があるか、つまり夫も妻の流産によって慰謝料を支払われるべき苦痛を受けたか否かと

いう点が問題となった。被告は、夫には慰謝料を支払うべき苦痛はなく、また妻の流産程度の傷害は、夫に慰謝料請求権を発生させるものではないと主張した。判決では、胎児は独立の権利主体ではなく、流産はその妊娠していた母親だけが直接被害者であるとし、父親を直接被害者とみない見解もあり得るとした上で、夫は妻が流産を余儀なくされ、当然得られるはずであった子を失ったのであるから、事故と相当因果関係の範囲内にある損害の直接の被害者であると解するのが相当であると判示し、夫の慰謝料請求権を認めた。その理由として、第一に民法七十二条は、胎児は損害賠償の請求権については既に生まれたものとみなすと規定して胎児を特別扱いしていること、第二に流産にとりもなう生理的病理的苦痛は父と母で異なるが、胎児を失ったということ自体の苦痛に関しては父と母を区別する理由がなく、また苦痛は出生後の子を失った場合と同じであることをあげている。

交通事故で妻が流産を余儀なくされた場合に、夫にそれを理由に慰謝料請求権が発生するか否かということについては、積極説と消極説の二説があり、判例も分かれている。⁽⁵²⁾ 高裁段階の裁判例では①が積極説を採用した初めての判決であり、妻の身体傷害を理由としてではなく、胎児を失ったことを理由として慰謝料請求権を認めている点は重要である。

②においては、胎児を失ったことに対する慰謝料として、母親に対して一二〇万円を認容したが、父親に対しては民法七十一条に照らし、妻が胎児を失ったことに関し、夫もその固有の慰謝料請求権を有するものとすべき事情を認めないとして、請求を棄却した。

③においても、母親に対しては胎児を失ったことに対する慰謝料として一五〇万円を認容したが、父親に対しては、胎児が死亡したことによる損害は妻の慰謝料によって填補できるものであって、夫に固有の慰謝料を認める必要性はないとして、請求を棄却した。

④においては、死産を妊婦に対する傷害として母親に慰謝料請求を認める限り、民法七十一条の規定に照らして夫の慰謝料請求は制限されることになるが、死産は同時に実質的には胎児の生命に対する侵害といふべきであつて、ことに胎児が出生目前であつた本件においては胎児の父である夫も妻とならんで慰謝料請求権を取得すると解すべきであるとして、積極説を採用した。原告は、胎児は順調に発育しており、出産間近であつたのであるから、出産児が死亡した場合に準ずる損害があつたといえると主張し、慰謝料額算定にあたり考慮するよう要求しているが、認容された慰謝料額は母親が一七〇万円、父親が八〇万円と低額であり、出産間近ということは考慮されていないように思われる。

⑤は、胎児が出生直前であつたため、胎児死亡による慰謝料の額が争点となっている。死亡した胎児は妊娠三六週に入っており、まさに新生児と紙一重の状態にあり、これを失つた両親とりわけ母親の悲しみ、落胆は相当なものである、そして、法律の建前として法人格を有する新生児と胎児の取り扱いに区別を設けることはやむを得ないとしても、出産を間近に控えた胎児の死亡についての損害賠償額は、それなりに評価されるべきであるとして、母親に七〇〇万円、父親に三〇〇万円の慰謝料を認容した。

(2) 周産期の事例

周産期における主な事例として、一九九〇年以降では以下の五例がある。

①帝王切開既往のある妊婦が、分娩中に子宮破裂による死産を招いた事案において、医師が夜間不在で対応できなかったことにつき、病院の債務不履行責任が認められた事例⁵³⁾

②妊婦が入院中に、子宮内胎児死亡をおこした事案につき、その原因は胎児循環障害等であると推認して、医師に帝

王切開術施行遅延の過失があったと判断された事例^{⑤4}

③常位胎盤早期剝離による胎児死亡について、医師に結果回避可能性がないとしたが、経過観察を看護婦に任せきりにして妊婦自身の生命健康の安全を図らなかった過失を認めた事例^{⑤5}

④常位胎盤早期剝離による酸素欠乏により、胎児が死亡した場合に、医師に分娩監視装置による胎児の監視を懈怠した過失があるとされた事例^{⑤6}

⑤陣痛促進剤の投与により妊婦の子宮が破裂し胎児が死産するに至ったことにつき、担当医師に過失があったとして病院側の損害賠償責任が認められた事例^{⑤7}

いずれも医師の過失が認められ、過失と胎児死亡との間の因果関係が認められた事例である。交通事故の事例と同じく、慰謝料額と父親の慰謝料請求権の有無が争点となっている。わが国では、たとえ出生直前であっても生きて生まれない限り、子（死産児）の損害賠償請求が認められないので、両親の慰謝料の増額というかたちで生きて生まれた子との均衡を図ろうとしている。

①では、胎児が出生直前に死亡したことから、出生直後に新生児が死亡した場合に認められる逸失利益等の賠償を含んだ賠償額との均衡も考慮されるべきであると原告は主張した。これに対して、胎児に権利能力がない以上、新生児が死亡した場合と同様に、胎児自身の逸失利益を相続人が相続するということは観念できず、新生児死亡の場合と同様に扱うことはできないと判示している。しかし、出生直前の胎児に対して母親が抱くであろう愛情と期待は小さくはなく、娩出直前に胎児が死亡した場合は、新生児が出生後に死亡した場合と比較してもその精神的苦痛は著しく低くみられるべきではないことを考慮し、慰謝料額は七〇〇万円を認容した。夫に対しては、出生直前の胎児を失っ

たことに対する慰謝料として二〇〇万円が認容された。

②では、胎児は妊娠三八週に達しており、母体外で生存可能な状態にまで成長し、出産が目前であったのであるから、出生後に死亡した場合と同様に逸失利益に関して損害賠償請求権を認めるべきであるとして、原告は胎児自身の逸失利益を請求した。裁判所は、胎児である間に生命を失った場合には胎児を被相続人とする相続ということは考える余地がないとして、請求を棄却した。慰謝料に関しては、胎児を失ったことによる精神的苦痛に対して母親に五〇〇万円を認容した。この事例は、不法行為に基づく損害賠償請求権は時効により消滅していたため、債務不履行に基づく損害賠償請求を行っており、夫とは診療契約を結んでいないという理由で、夫の慰謝料請求は棄却された。

③は、①と同様、母親の慰謝料額算定にあたり、胎児は娩出直前まで健康に成育していたのであり、出生直後に新生児が死亡した場合に認められる損害賠償額との均衡を考慮すべきであると原告は主張したが、裁判所はそのことは触れず、賠償額は二〇〇万円が相当と判示した。夫は胎児を失ったことに対する慰謝料を請求したが、請求は棄却された。

④は、②同様、胎児自身の逸失利益を請求したが、胎児が死産となった場合は、権利能力の主体となることができず、たとえ出生直前であっても、新生児が死亡した場合と同視することはできないとして請求を棄却した。慰謝料については、出生直前の胎児死亡であり母親、父親としての出産への期待が高まっている状態であり、その精神的苦痛は、新生児が死亡した場合にも比肩しうるものであるとした上で、母親六〇〇万円、父親三〇〇万円を認容した。母親の慰謝料額が父親より多い理由は、母親には妊娠、分娩における苦労や苦痛があったと考えられることとしている。

⑤においても、②同様、胎児自身の逸失利益を請求したが、死亡した胎児には逸失利益は存在しないとして請求を棄却した。慰謝料については、死産による精神的苦痛を理由に両親にそれぞれ一、〇〇〇万円を認容した。

結局、死産の場合には、胎児が死亡した時期が出生直前であっても、胎児自身は権利能力の主体とはなりえず逸失利益は認容されていない。④のように父母の慰謝料額算定にあたり、精神的苦痛は新生児が死亡した場合と比肩するとして、出生直前であることを考慮する判例もみられるようになったことは注目に値する。

(四) 胎児の死亡と父母の慰謝料請求

第三者の加害行為により胎児が障害をもって生まれた場合、その子は民法七〇九条および七二一条にもとづき加害者に損害賠償を請求することができ、障害の程度が死にも比肩すべき場合は、民法七一条の類推適用により父母にも固有の慰謝料請求権が認められることについては前述した。

しかし、胎児が損害賠償請求をなしうるのは、生きて生まれたときに限定されているため、死産の場合には、胎児自身は損害賠償（慰謝料も含めて）の請求ができないと解されている。⁽⁵⁸⁾ たとえ、胎児自身が損害賠償請求権（慰謝料も含めて）を有しているとしても、それを胎児の父母が相続するという解釈は、現行法上は困難である。死産の場合に、胎児が損害賠償請求をすることができないとなると、次の段階として胎児の父母による損害賠償請求は可能か否かという問題になる。

以前は母親については、胎児の死亡は民法七一条にいう他人の生命侵害にはあらず、流産・死産を母体に対する傷害として民法七〇九条あるいは七一〇条を根拠として母親に損害賠償請求権を認め、夫（胎児の父親）に対しては、母体の傷害による夫の精神的苦痛は妻が死亡した場合に比肩しうるものとは認めがたいとして、夫固有の慰謝料請求権を否定してきた。⁽⁵⁹⁾ 民法七一条は、生命侵害の場合に近親者に慰謝料請求権を認めると規定していることから、傷害の場合は慰謝料請求権を否定する見解が大勢を占めていた。しかし、傷害の場合も近親者の固有の慰謝料請求権

を認める判決が相次ぎ、現在では、民法七十一条を類推適用し、被害者が重傷を被った場合に「死亡に比肩すべき精神的苦痛」という具体的基準の下に、近親者に固有の慰謝料請求権を認めるに至った。⁽⁶⁰⁾ したがって、流産・死産は母体が重傷を負った場合に匹敵するとし、その夫は「妻の死亡に比肩すべき精神的苦痛」を被ったと考えることにより、夫の慰謝料請求を認めるとする理論構成が可能である。

もうひとつの考え方として、出生への両親の期待と胎児の生命の尊厳を法によって保護するに値する利益と解し、これを違法に侵害した場合には、民法七〇九条あるいは七一〇条により、損害賠償請求権が生ずるものと解することも可能である。⁽⁶¹⁾ 近時の判例では、その根拠条文は明らかではないが、胎児は母体とは別個の生命体であり、胎児の生命とこれにかける両親の想いは相応の法的保護を受ける資格がある、あるいは死産は実質的には胎児の生命に対する侵害であるとして、父親固有の慰謝料を認める傾向にある。⁽⁶²⁾

少数説として、死産の場合も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、民法七十一条に基づく遺族固有の損害賠償請求権も生ずるとする主張がある。⁽⁶³⁾ さらに出生直後の新生児が交通事故で死亡した場合と、母親が交通事故にあい出生直前の胎児が死亡した場合とで、損害賠償額に大きな差があるのは不合理であり、胎児の成長の度合いに応じ、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もよいのではないかといった考え方もある。⁽⁶⁴⁾

胎児死亡の慰謝料額については、約一五年前に東京地裁民事交通部が基準を公表した。その内容は、胎児は出産という危険な事態を控えているので、出生後の子と同額とすることは相当ではないが、出生直後の子の死亡慰謝料額を考慮することは必要であること、母体保護法の「胎児が母体外において生命を継続することができない時期」を慰謝料に反映させるのが妥当であること、妊娠三か月を過ぎると胎盤が完成して自然流産をしにくくなるので、この時期

を考慮することも重要であるとして、妊娠三か月で一〇〇万円、妊娠一〇か月で六〇〇―八〇〇万円を目安にするというものであった。さらに、妊娠月数、男女が婚姻又は内縁の関係にあるかどうか、さらに家族構成等の具体的状況により慰謝料額を決めることとし、夫は妻の二分の一度、妻が将来の妊娠・出産が不可能になったときは別途慰謝料を考慮するとしていた。⁽⁶⁵⁾ 妊娠週数が進むと胎児に対する親の想いも強くなり、妊娠週数の進行にともない慰謝料額を増加させることは、母体生理にもかなっているといえる。

判例分析では、出生後に子が死亡した場合には、慰謝料と逸失利益をあわせて三、〇〇〇万円程度が総賠償額となるのに対して、出生直前の胎児死亡の場合には両親の慰謝料の合計額は二〇〇―一、〇〇〇万円と低額である(大分地判平成九年二月二四日では、合計二、〇〇〇万円を認容しているが、これは例外といえる)。慰謝料のみを比較すると、出生後に子が死亡した場合には七〇〇―一、四〇〇万円であり、出生直前の胎児死亡と比較すると四〇〇―五〇〇万円ほど高額となる。逸失利益に関しては、現行法上賠償を認めることは困難であるとしても、慰謝料額は出生直前の胎児死亡と出生直後の新生児死亡は、同程度としてもよいのではないだろうか。さらに、産科医療が進歩した現在では、妊娠三七週以降の胎児が死亡することは、事故や分娩時の医療従事者の過失がなければ極めて稀であることを考えると、出生直前の胎児と出生直後の新生児とに損害賠償請求権上の差違をもうけることは非合理的である。⁽⁶⁶⁾ 当然生きて生まれるべきものが他人の過失により死亡したのであれば、損害賠償額の算定にあたっては、生きて生まれた場合の賠償額との均衡が図られるべきである。つまり、現行法上、死亡した胎児の逸失利益を認めることが困難であるならば、出生直前の胎児が死亡した場合は、出生直後の新生児が死亡した場合の逸失利益を慰謝料に盛り込むことにより、賠償額の増額を考慮するなどの必要があると考える。胎児が母体内で死亡するということは、出生直後に死亡する場合と比べ、胎児に対する侵害の程度はより大きいはずであり、したがって、その賠償額も多くなつてしかるべきであ

るが、実際は侵害の程度は考慮されていないのが現状である。

出生直前の胎児が子宮内で死亡した場合の慰謝料を増額することは、胎児をより厚く保護することになる。今後、慰謝料を増額した判例の積み重ねにより、胎児保護の程度が強化されることを期待している。

(五) 判例による死産児の損害賠償請求権の創造

胎児自身が第三者の加害行為により死亡した場合、出生直後の新生児が死亡した場合の損害賠償額との均衡を図るため、慰謝料を増額するという考え方を前述した。

現行法の解釈では、民法七二一条は「胎児が生きて生まれた場合」に関するものであり、「胎児が死亡した場合」に関するものではないとされている。しかし、民法七二一条は、胎児が死産となったときには胎児の権利能力を擬制しないと規定しているわけではない。したがって、胎児は胎児のときに損害賠償請求権を取得しうるし、胎児が出生前に死亡することによって胎児の相続人にその請求権が承継されるときにも、胎児が出生前に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が生ずると解する見解も成り立つ。このように民法七二一条の解釈を死産の場合にも拡大することは、胎児と新生児を連続したものとして考える医学的概念にも合致する。胎児はあくまで胎児であるとしても、他人の不法行為により侵害を受け死亡した胎児を、法的に新生児同様に扱うことは、胎児の生命をより厚く保護することを意味している。

もし、不法行為に関して胎児に損害賠償請求権を付与とした場合、妊娠何週以降の胎児に適用するかという問題が発生する。医学的には妊娠九週以降を胎児というが、妊娠初期の胎児を新生児同様に扱うことは問題が多い。妊娠二二週までは子宮外での生存能力がなく（肺が未熟であるため、肺胞におけるガス交換ができない）、なんらかの原

因で流産となった場合、生存は望めない。このような胎児にひとと同様の損害賠償請求権を与えることは非合理的である。「アメリカの法状況」の項で述べるが、子宮外長期生存能力を基準とすることもひとつの方法である。しかし、胎児が子宮外長期生存能力を獲得する時期を正確に決定するのは不可能である。未熟性に起因する障害をもたずに長期に生存可能であることを要件とすれば、妊娠二七―二八週となるであろうし、障害をもつ可能性はあるものの長期に生存可能ということであれば、妊娠二四週を基準としてよいであろう。しかし、この子宮外長期生存能力については胎児自身の予備能力（生命力）による差が大きく、数週間の幅をもたせざるを得ない。したがって、基準の曖昧さを排除するためには、ほとんどの胎児が医療の介入が必要なく子宮外で生存することができる三七週を境界とするのがよいと考える。三七週以降は産科学的に正期産と呼ばれており、ほとんどの胎児が子宮外での自力呼吸が可能となり、医療の介入なく生命を維持することができる。

では、三七週以降の胎児が他人の侵害行為により子宮内で死亡した場合に、その胎児に損害賠償請求権を与える法的根拠をどこに求めればよいのだろうか。立法論ではなく現行法の解釈による解決を図るとするならば、民法七二一条とは別個に（ただし、その胎児保護の精神を汲んで）法創造的な解釈（判例による法の創造）による工夫があつてもよいと思われる。胎児を保護することを目的として、判例によって新たに胎児の損害賠償請求権を創造するというのもひとつの方法である。

（1）胎児を法的にどのように扱うかについては、すべての法律関係について胎児を既に生まれたものとみなす一般主義と損害賠償、相続、遺贈など、個別の法律関係ごとに胎児の法的地位を規定する個別主義がある。わが国の民法は、個別主義を採用し、七二一条（不法行為による損害賠償）、七八三条（認知）、八八六条（相続）、および九六五条（遺贈）を規定している。

(2) 刑法上は胎児が「一部露出」したときが「出生」とされ、ひととしての保護を受ける。刑法はひとの身体、生命を保護することを目的としているので、胎児が一部露出した段階ですでにひとに対して侵害を加えることができるという点に重きをおいている。

(3) 岡松参太郎『註釈民法理由(第九版)下巻債権編』(信山社、一八九九)四九九頁以下に、民法七二一条の規定を設けた理由が述べられている。

「本条は胎児が損害賠償請求権を享有できることを規定している。私権の享有が出生に始まる以上は、胎児は損害賠償の請求権を享有することができないのは当然であるが、もし絶対的にこの原則に確執するときは胎児の利益を保護することにおいて不十分となる。ローマ法は胎児が出生前に権利を得るか否かを明確に規定することなしに、胎児は出生したひととみなすとの原則を設けて、胎児がその後私権を享有することができるひとなつたときは、胎児は私権を享有しているひととみなした。この通則は意外の結果をまねき弊害もあるので、わが国はこの通則を規定せずに、胎児の利益を保護する必要がある場合に限って特別の規定を設けることとした。不法行為にもとづく損害賠償請求権については、胎児の利益を保護する必要があると考えられ、特に胎児の父母の生命に対する不法行為において、この必要性が最も顕著であるのでこの規定を設けた。」

(4) 民法七二一条の解釈に関する学説には停止条件説と解除条件説がある(四宮和夫『民法総則 第4版』(弘文堂、一九八七)二七一頁、内田貴『民法I「第2版」補訂版』(東京大学出版会、二〇〇〇)二九一頁、星野英一『民法概論I(序論・総則)』(良書普及会、一九八一)二四〇頁、平野裕之『民法総則』(日本評論社、二〇〇三)四六八頁、幾代通『民法総則「第2版」』(青林書院新社、一九八四)四五〇頁、川井健『民法概論I 民法総則』(有斐閣、一九九五)三三八頁)。これまで判例は停止条件説にしたがい、学説の多くも停止条件説を支持してきたが、近時、胎児の利益の保護のためには解除条件説が妥当であるとして、これを支持する学者も少なくない(石田穰『民法総則』(悠々社、一九九二)八〇頁)。

たとえば、停止条件説によれば、胎児のときは権利能力がないので、胎児の将来の権利保護の必要がある場合にも、胎児の将来の法定代理人は、胎児のためにする権利行使をなさない。これに対して、解除条件説によれば、胎児は出生前にすでに解除条件付きの制限的権利能力を有するものとして、胎児の出生前に、その法定代理人となるべき者が胎児の権利保存に必要な行為をなしうるものと解される。このように胎児の利益保護の観点からは、解除条件説が適当であるが、停止条件説を支持する学者からは、①胎児の懐胎の時期は不明確である、②胎児の成長の段階を無視して一律に法人格を認めることは不当である、③死産は稀ではなく、これを例外として権利能力の遡及的消滅を説くことは解釈論の不備を示すなどの批判がなされている(中川善之助・青山道夫『註釈相続法上』(有斐閣、一九六三)四八頁)。

さらに、第三の見解として、胎児は出生前より権利能力を有し、胎児が死亡したときは胎児の相続人がその権利を承継すると解する無条件説がある。しかし、民法七二一条は胎児自身を保護するために例外的に権利能力を擬制した規定であること、胎児が死亡したときは相続権を有しない（民法八八六条二項）のに、被相続人の資格だけは有すると解することの不整合性など、現行法上解決が必要な問題が残っている（大嶋芳樹「胎児死亡の慰謝料」判例タイムズ一〇三三号一五九頁）。

- (5) 一般的に、ひとが第三者に生命を侵害された場合、被害者の遺族は被った「権利侵害」に関して、損害賠償請求権を取得する。たとえば、第三者の故意または過失により父あるいは母が死亡した場合、すでに出生している子は、民法七二一条の規定により慰謝料請求権を取得し、死亡者の損害賠償請求権を相続することができる。しかし、この規定の解釈では、父あるいは母の死亡時にまだ生まれていなかった子は、その後生きて生まれたとしても、子として損害賠償請求権を取得することができない。この不公平を是正するために民法において七二一条を規定し、胎児について権利能力取得の遡及を擬制する必要があった（四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為）中・下巻』（青林書院、一九九八）四八九頁）。

これに対して、胎児中の第三者の不法行為によって子の利益が違法に侵害された場合には、その子に固有の損害賠償請求権が当然に生ずると考えられ、あえて胎児の権利能力を擬制するまでもなく、その利益を保護することができるとする学説もある。この考え方を採る学説は、自説の説明に際して、大判昭和七年一〇月六日民集一一卷二〇二三頁を引用している（我妻榮・有泉亨・清水誠（補訂）『コンメンタール 事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、一九九八）二四二頁）。

- (6) 加藤一郎・植林弘『注釈民法(19)債権(10)』（有斐閣、一九八七）三三九頁以下。

- (7) 民法七二一条は、不法行為が胎児自身に対するものであるか、胎児以外の第三者に対するものであるかを問わない。したがって、子の出生前に行われた母親に対する不法行為のために、子がのちに障害をもって生まれた場合、その不法行為は母親に対して行われたものであるとともに、胎児自身に対して行われたものであるもので、子は出生後に財産的ならびに精神的損害の賠償を加害者に対して請求しうると解されている。

- (8) 野村好弘「胎児の法的地位」ジュリスト九〇三九六頁。

- (9) 胎児自身は民法七二一条にいう「子」であり、嫡・非嫡出たるを問わず、胎児の父母の生命が侵害された場合は、精神的損害に関して加害者に損害賠償を請求しうると考えられる（関彌一郎「不法行為における『胎児の被害法益』——わが国および英法系諸国の問題の状況概観（その一）」横浜国立大学人文紀要第一類哲学・社会科学二三卷（一九七七）三三頁）。

- (10) ①熊本水俣病事件（熊本地判昭和四八年三月二〇日判例時報六九六号一五頁）では、胎児性水俣病患者について、胎児期に主とし

て胎盤を経由して母体内で濃縮された有機水銀による汚染をうけ、その結果中枢神経に障害がもたらされたと認定し、障害をもって生まれた子の損害賠償請求を認容した。本件では、逸失利益を含む財産上の損害を請求すれば、その立証が複雑困難であるため審理期間が長期化し、被害者の救済が遅れるため、これを慰謝料算定の斟酌事項として慰謝料の額に含め請求し、裁判所もそのように損害賠償額を算定した。

②カネミ油症事件(福岡地裁小倉支判昭和五三年三月一〇日判例時報八八一号一七頁)は、食用油製造工程においてPCBを主成分とする熱媒体が食用油に混入し、それを摂取した母親から生まれた児が、皮疹、皮膚の着色、易感染性などの障害をもち胎児性油症児として出生したものである。父親が固有の精神的苦痛を被っているとして慰謝料を請求したが、両親が児の現在および将来の健康に対し心を痛めていることは認められるが、これだけでは児が生命を害された場合にも比肩すべき精神的苦痛を受けたとはいえないとして、請求は棄却された。

(11) 千葉地判昭和六三年一月二六日判例時報一二八九号一二三頁。

(12) 東京地判平成四年一月一三日判例タイムズ八三一号一八四頁。

(13) 神戸地判平成一三年八月一〇日判例時報一七六七号九七頁。

(14) 富山地裁高岡支判平成一五年三月三一日判例時報一八四一号一三五頁。

(15) この事例では、交通事故が原因となり早産となったが、難聴や精神発達遅滞という障害が、子の未熟性に起因するのか、分娩中の低酸素状態に起因するのかが判断できない。このため厳密な意味で「出生前の傷害」に分類することに疑問は残るが、交通事故と子の障害との間の因果関係は存在するといえるので、ここで取り上げた。

(16) 名古屋地判平成元年二月一七日判例タイムズ七〇三号二〇四頁。

(17) 横浜地裁川崎支判平成元年六月三〇日判例タイムズ七二六号二一九頁。

(18) 静岡地判平成二年一二月二一日判例タイムズ七五一号一九七頁。

(19) 東京地判平成二年一二月二一日判例タイムズ七五一号一八三頁。

(20) 東京地判平成五年三月二二日判例タイムズ八五七号二二八頁。

(21) 福岡地判平成六年八月二五日判例時報一五五〇号一〇一頁。

(22) 東京地判平成六年十一月一日判例タイムズ八八一号二四四頁。

(23) 徳島地判平成八年二月二七日判例タイムズ九三七号二三〇頁。

- (24) 浦和地判平成八年二月二八日判例タイムズ九二七号二一八頁。
- (25) 東京地判平成一〇年一月二四日判例時報一六八一号一三二頁。
- (26) 福岡地判平成一一年七月二九日判例タイムズ一〇五三号一九九頁。
- (27) 富山地判平成一五年七月九日判例時報一八五〇号一〇三頁。
- (28) 富山地判平成一五年七月九日判例時報一八五〇号一一三頁。
- (29) 広島地判平成二年三月二二日判例タイムズ七三〇号二一八頁。
- (30) 東京地判平成五年三月三〇日判例時報一四八二号一一五頁。
- (31) 東京地裁八王子支判平成八年二月一九日判例時報一五八五号四八頁。
- (32) 神戸地判平成九年八月二七日判例時報一六五四号七五頁。
- (33) 大阪地判平成九年一〇月三日判例時報一六五六号一〇八頁。
- (34) 広島地判平成一一年八月二五日判例タイムズ一〇四二号一九九頁。
- (35) 福岡地裁久留米支判平成一一年九月一〇日判例タイムズ一〇五五号二三四頁。
- (36) 大阪地裁堺支判平成一二年一月二八日判例時報一七三一号二六頁。
- (37) 佐賀地判平成一二年八月二五日判例タイムズ一〇六号二〇二頁。
- (38) 名古屋地判平成一二年七月三日判例タイムズ一〇九号二〇九頁。
- (39) 名古屋高判平成一四年二月一四日判例時報一八一三号九一頁。
- (40) 義務違反の存在が否定された事例や因果関係が認められない事例も多数存在している。
- (41) 逸失利益には男女差があり、それが新生児の逸失利益算定にも反映しているため、賠償総額を比較する場合には性別を考慮する必要がある。
- (42) 加藤・前注(6)三四三頁。
- (43) 鈴木ハツヨ「胎児の権利能力・未認知子の損害賠償請求」別冊ジュリスト民法判例百選Ⅰ(第四版)一二頁。
- (44) 否定説として、民法七一〇条がドイツ民法八二三条と違い生命権侵害を規定していないこと、民法七一条が被害者の遺族に別個

独立の賠償請求権を認めている以上、仮に被害者自身にも賠償請求権を認め相続人にこれを承継せしめるならば、親・子・配偶者が二重に賠償をうけることになり、損害填補を目的とする損害賠償の基本理念に反することなどを理由として、死者はもはや権利主体

ではないから、生命侵害による損害賠償請求権は死者について発生し得ず、被害者の死亡により有形・無形の損害を被った遺族は、自己の固有の権利に基づいて、直接、加害者に損害賠償を請求しうるとする見解がある。他方、肯定説としては、被害者が致命傷をうけたときと死亡のときとの間に、「理論上」あるいは「實際上」時間的間隔があり、被害者は致命傷をうけたときに直ちに損害賠償請求権を取得し、被害者の死亡によって、その請求権が相続人に承継されるとする「時間的間隔説」、生命の侵害を身体権の極度の侵害として、即死の瞬間に被害者が極度の身体傷害に対する損害賠償請求権を取得すると説く「極限概念説」、賠償請求だけの範囲において被害者はなお「法律観念上」の権利主体だとする「人格存続説」、被相続人に対する生命侵害による損害賠償請求権が被相続人の「人格」または「法律上の地位」を承継する相続人に原始的に取得されると説く「人格承継説」がある。

(45) 妊娠二二週未満の妊娠の中絶を意味する。

(46) 死産となる場合には、胎児が子宮内で死亡する場合と産道通過中に死亡する場合がある。わが国では昭和二十一年厚生省令（現在は厚生労働省）「死産の届出に関する規定」で死産の定義をしている。その第二条において「死産とは妊娠第四月以後における死児の出産をいい、死児とは出産後において心臓拍動、随意筋の運動および呼吸のいずれをも認めないものをいう」と規定している。

(47) 高松高判昭和五十七年六月一六日判例タイムズ四七四号二二二頁。

(48) 東京地判昭和六〇年七月二六日交通民集一八巻四号一〇二二頁。

(49) 大阪地判平成八年五月三一日交通民集二九巻三三〇頁。

(50) 東京地判昭和五五年一月三一日判例時報九八三三〇頁。

(51) 東京地判平成一年六月一日交通民集三二巻三三〇八五頁、判例タイムズ一〇三三三〇一五七頁。

(52) 山口和男「胎児の父親の慰謝料」別冊ジュリスト新交通事故判例百選一一六頁以下。

積極説をとる先例として以下のものがある。

①東京地判昭和五一年一月二二日判例時報八五七号九〇頁。

②福井地判昭和五五年一月三一日判例時報九八三三〇頁。

③大阪地判昭和五〇年三月二八日判例タイムズ三二七号二六四頁。

消極説をとる先例として以下のものがある。

①東京地判昭和四十六年六月三日判例時報六三七号六三三頁。

②新潟地裁六日町支判昭和五〇年一〇月三〇日交通民集八巻五号一五五一頁。

- (53) 東京地判平成二年三月一二日判例タイムズ七三四号二一〇頁。
- (54) 広島地判平成二年三月二二日判例タイムズ七三〇号二一八頁。
- (55) 東京地判平成五年三月三〇日判例時報一四八二号一一五頁。
- (56) 東京地裁八王子支判平成八年二月一九日判例時報一五八五号四八頁。
- (57) 大分地判平成九年二月二四日判例タイムズ九五三号二五〇頁。
- (58) イギリスでも同様の考え方を採用している (Ian Kennedy, Andrew Grubb, *Principles of Medical Law*, (London, 1998), p.658.)。
- (59) 山口・前注 (52) 一一六頁。
- (60) 山口・前注 (52) 一一七頁。
- (61) 中川淳「胎児の死亡と父母の慰謝料請求——最近の交通事故判例における動向——」広島法学一二巻四号二六一頁。
- (62) 中川・前注 (61) 二五〇頁以下。
- (63) 野村好弘「胎児の法的地位」ジュリスト九〇三号九六頁。
- (64) 野村・前注 (63) 九六頁。
- (65) 大嶋芳樹「胎児死亡の慰謝料」判例タイムズ一〇三三号一五九頁以下。
「二〇〇〇年当時の水準では、出生後間もない子が死亡した場合の損害賠償額は、慰謝料約二、〇〇〇万円および逸失利益約二、〇〇〇万円の合計四、〇〇〇万円前後となるが、出生直前の胎児が死亡した場合は、一、〇〇〇万円前後の慰謝料のみとなり、損害賠償額でみる限りその格差は大きいといえる。」
- (66) 稀ではあるが、胎児が原因不明の突然死をすることもあり、またどんなに慎重に周産期管理をしていても、急激に進行した常位胎盤早期剝離のように対応が間に合わないことがあり得ることを付言しておく。

二 イギリスの法状況

1 生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して行う損害賠償請求

(一) 一九七六年法 (Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976) 制定以前

(1) コモン・ロー上の胎児の法的地位

イギリスではコモン・ロー (裁判所を拘束する先例法) 上、出生前の子 (胎児⁽¹⁾) は「法的人格」をもたないとされている⁽²⁾。このため、胎児は出生した日に初めて法的人格を得て、それにもとづいて法的権利を行使できる地位を獲得するという大前提が存在する⁽³⁾。したがって、胎児が子宮内で傷害を受け、その結果障害をもって生きて生まれても、子に損害賠償請求訴権⁽⁴⁾が認められることはなかった。たとえ生きて生まれたとしても、傷害の時点では、胎児は法的な人格をもたず、それゆえに他人は胎児に対していかなる義務も負っていないという論理が子の請求を抑圧してきた。

(2) Montreal Tramways v. Leveille 判決 (一九三三年)⁽⁵⁾ の影響

判例法の基本的な姿勢は変わらなかったが、カナダ最高裁判所の Montreal Tramways 判決は、イギリス法律界に少なからず影響を与えた。本事件は、妊娠七か月の妊婦が電車運転手の過失で路上に振り落とされ、その結果、事故の二か月後に子が内反足という障害をもって生まれたというものである。子が鉄道会社に対して損害賠償請求を行い、ケベック地方王座裁判所がそれを認容した。鉄道会社がカナダ最高裁判所に上訴したが、上訴は棄却された。

ケベック民法典は第一〇五三条⁽⁶⁾で「善悪を見分けることができるすべてのひとは、積極的な行為であろうと、軽率な行為であろうと、怠慢あるいは技術不足であろうと、過失によって他人に与えた損害に関して責任がある」と規定

している。多数意見は「今までのコモン・ロー法廷では、出生前に受けた侵害に関して損害賠償請求を行う子の権利は否定されてきた。しかし、このような事例では民法の原則を適用して、子は母親の事故の時に生まれているものとみなすべきである。」と主張した。⁽⁷⁾ Lamont裁判官は、「もし出生後の子が胎児期の傷害に関して訴訟を提起する権利をもたないとするならば、私たちは子の障害について何ら救済の手段をもたないことになる。なぜなら、父親や母親は子が被った損害に関して賠償を受ける権利があるが、子には自らの訴訟以外に賠償を受けることができない障害が残ることになる。子の損害賠償請求訴権が否定されれば、子は賠償を受けることなしに欠点や不便という重荷を背負ったまま人生を送らなければならない。子が生きて生まれ、生存能力をそなえているならば、母親の子宮内にいる間に誤って受けた傷害に関して損害賠償請求を行うことが許されるというのが自然的正義である。」と述べている。⁽⁸⁾

この判決の後、出生前に受けた傷害に関する子の損害賠償請求訴権は、カナダやアメリカ合衆国（すべての管轄区が現在はそのような請求を認めている）だけではなく、オーストラリアや南アフリカ、スコットランド、アイルランド（制定法による）でも認められるようになった。⁽⁹⁾

(二) 一九七六年法制定以降

(1) 一九七六年法制定の経緯

このようなコモン・ロー系諸国の変化にもかかわらず、イングランドとウェールズではMontreal Tramways判決以降も、基本的には子の損害賠償請求訴権を認めなかった。イギリスではコモン・ロー上、出生前の子（胎児）はひとではなく「法的人格」をもたないとされており、胎児に対する侵害行為の結果、生きて生まれた子が障害をもっていたとしても、子には損害賠償請求訴権は認められなかった。胎児は出生した日に初めて法的人格を得て、それにもと

づいて法的権利を行使できる地位を獲得するという大前提の存在が、このような子の救済の障壁となっていた。しかし、一九六〇年代のサリドマイド事件の裁判が契機となり、一九七六年に Congenital Disability (Civil Liability) Act⁽¹¹⁾ 1976が制定された。こうして、コモン・ロー上は長い間否定的に考えられていたこのような子の救済が、制定法によって認められることになった。

(2) 一九七六年法の内容

本法は、出生前の胎児に対する第三者の侵害行為の結果、子が障害をもって生きて生まれた場合に、その子は胎児期の侵害に関して損害賠償請求訴権を有することを規定している。この法律は、一九七六年七月二二日（女王の裁可を得て法律として成立）以降に障害をもって生まれた子に適用され、判例法に優先する。この法律により胎児の法的保護の程度は一段と厚くなったが、一方医療従事者や製薬会社、自動車運転者などのように胎児に対して加害者となる機会の多い職域の人々にとっては、歓迎されなかったと考えられている。⁽¹²⁾

本法は出生前の胎児に対する侵害について、その後生きて生まれた子が損害賠償請求訴権を有するか否かの問題に関して、議会が見解を明確にしたものであり、全六箇条からなる。第一条が本法の中心的規定であり、その(一)項および(二)項で損害賠償責任の成立要件を規定し、障害を負った子に対する加害者の民事責任について明らかにしている。

第一条は以下のように規定している。

(一)子が(二)項に定めるような出生前の事故に起因する障害をもって生まれ、そして母親以外の第三者がその事故に関して責任がある場合、子の障害はその加害者の不法な行為に起因する損害であるとみなされ、子はその加害者に対して損害賠償を請求することができる。⁽¹³⁾

(二)この条文が適用される事故は以下のものをいう。

(a)正常で健康な子をもつ能力に関して両親のどちらかに影響をあたえるような事故

(b)妊娠中の母親、または分娩中の母親や子に影響をあたえるような事故で、それがなければ子は障害をもって生まれなかったであろうと考えられるような事故⁽¹⁶⁾

(二)項(a)号は、妊娠前の事故を想定しており、具体的には放射線や薬剤による卵子や精子の障害や、杜撰に行われた子宮の手術が子宮破裂を発生させた場合などが考えられる。(二)項(b)号は、妊娠後の事故を想定しており、器官形成期に放射線や薬剤により胎児に障害を生じた場合や、交通事故で早産になった場合あるいは分娩や手術中の医療過誤などが考えられる。

この法律は基本的に、生きて生まれた子が出生前に受けた傷害に関して加害者に対して行う損害賠償請求を認めるのであるが、その特徴をあげると以下のようなになる。

第一条(一)項の「障害をもって生まれる」という文言は、生きて生まれることを意味しており、死産の場合は除外されると解釈されている。このことは第四条(二)項(a)号に「born (生まれる)」は「born alive (生きて生まれる)」を意味すると規定されていることから明らかである。したがって、第三者の侵害行為により胎児が死亡した場合は、その死産児に損害賠償請求権は発生しないとされる。

また、第一条(一)項は母親を責任主体から除外する旨を定めているが、妊娠中に車を運転する場合だけは例外とされる。第二条は、母親が妊娠しているのを知っている場合、あるいは知っていて然るべき場合に自動車を運転するとき、母親は胎児の安全に対する直接的な注意義務を負っているとされ、その過失により胎児に傷害を与えた場合、胎児はその後障害をもって生きて生まれたならば、母親に対して損害賠償請求訴訟を提起できると規定している。⁽¹⁶⁾

一方、父親には母親のような免責はないことに注意を要する。その理由は、先天性の障害は母親に比べ父親が原因になることが少ないこと、子の障害に対する父親の責任は母親の責任と比較し、家族の論争を引き起こしにくいこと、妊娠にいたるレイプのような、母親に対する男の暴行の結果障害をもって生まれた子は、その男に対して訴訟をおこす根拠をもっていることなどがあげられる⁽¹⁷⁾。

この法律における責任の基盤は、第一条(三)項に規定されている。(三)項は「不法行為において親に責任がある第三者は、その子に対しても責任があることになる、そして損害賠償を請求できるような権利侵害を親が受けていないとしても、子に対する責任が発生するような権利侵害(injury)をともしう法的義務の不履行があるならば、その加害者は子に対する損害賠償責任が発生する。」と規定している。これは派生的責任(derivative liability)と呼ばれる責任成立要件である。子の障害の原因となった事故が、親に対する不法行為にあたる場合に、親に対して責任がある第三者は、その子に対しても責任があることを規定している。被告が親への義務違反を犯した時には、その子に対しても責任が派生的に生ずると解釈されている。この理論を適用することにより、過失により誤ったアドバイスを母親に与えた第三者に対して、そのアドバイスに起因する障害をもって生まれた子が損害賠償請求訴訟を起こすことが可能になった。

しかし、もし母親があまのじゃくで、たとえば帝王切開のように必要な治療をすべき時にその治療を拒否した場合、あるいはハイ・リスク妊婦であるので入院管理すべきだという医師の忠告にもかかわらず入院を拒否した場合には、子が障害をもって生まれたとしても、母親に対して救済を求めることはできない(なぜなら母親は自動車事故で子に障害をもたらした場合以外は、子からの損害賠償請求を免れることができる)。また、胎児が危険な状態にあっても、母親に対する十分な配慮があれば、彼女に対する義務違反にはならない。このため母親に対するそのような十分な配

慮の存在下で傷害を受けた胎児は、生きて生まれても救済を受けられないことになる。別の例として、母親と子の両方に危険な薬を作っている製薬会社が、母親にはその危険性を警告したが、胎児に対する影響はないと誤って伝えたため、母親がその薬を服用し、子だけが傷害を負った場合も問題が残る。子の請求権は母親への認知された義務違反からのみ派生するので、薬の危険性に関して警告を受けた母親から生まれた子は、製薬会社に対しては請求をすることができない。これは明らかに不正であり、これらの問題はまだ法的に解決されていない。⁽¹⁸⁾

さらに、もうひとつの問題として、もし胎児を傷害するような事故に対して、親が行う損害賠償請求が「同意あれば被害なしの抗弁」によって阻止される場合に、子は損害賠償を請求できないことになる。なぜならこの法律の規定では子の請求は派生的であり、子の請求が認められるのは被告が親に対して責任があることを前提としているからである。

- (三) Burton事件およびde Martell事件合同控訴審判決（一九九二年）⁽¹⁹⁾ にみるコモン・ロー上の胎児の法的地位
- (1) Burton事件およびde Martell事件以前

イングランドとウェールズにおいて、一九七六年法制定以降、胎児期に受けた侵害の結果、障害をもって生きて生まれた子が加害者に対して行う損害賠償請求の大部分は、この法律にもとづいて提起されている。しかし、制定以前の事件に関してはコモン・ローにもとづいて損害賠償を請求しなければならない。Walker v. Great Northern Railway Co. of Ireland判決（一八九一年）⁽²⁰⁾ 以降、一九九一年（Burton判決とde Martell判決）⁽²¹⁾ までイギリス連邦王国の裁判所は、このような子の損害賠償請求訴権に関して審理することを求められることはなかった。しかし、一九九二年のBurton事件とde Martell事件の合同控訴審⁽²³⁾では、生きて生まれた子が胎児期に受けた傷害に関して、コモン・ロー

上損害賠償請求訴権を有するかが争点となった。そして、これがそのような子の損害賠償請求訴権をコモン・ロー上認めたイギリス最初の判決となった。

(2) 事件の概要と判旨

Burton事件は、妊娠中に婦人科手術を受けた妊婦が、多数の異常をもつ女兒を分娩し、その女兒が二一歳になったときに、それらの異常は彼女の母親が受けた婦人科手術における医療スタッフの過失に起因するとし、医療スタッフに対し損害賠償を請求したものである。被告らは請求権が明らかではないという理由でその請求を棄却するよう主張したが、認められなかった。

de Martell事件は、Carshalton St. Helier病院で重度の身体的障害をもって出生した男児が、彼の障害は母親の分娩に立ち合った医療スタッフの過失に起因するとして、医療スタッフに対して損害賠償請求訴訟を提起したものである。第一審で、原告は訴訟原因をもつと判示された。

両事件とも被告である医療側が上訴し、それらが合同審理されたものが本判決である。最終的に上訴は棄却され、胎児期に第三者の侵害を受け、その後その侵害行為を原因とする障害をともない生きて生まれた子の損害賠償請求権は、コモン・ローにおいても認められることになった。

本判決の判旨を要約すると以下になる。「胎児中に第三者の侵害行為を受け、それに起因する障害をもって生まれた子が、その加害者に損害賠償を請求することは、一九七六年法制定以前は、イギリスの裁判所において認められていなかった。一九七六年法制定以前に生まれた子に適用される法はコモン・ローであり、これはコモンウェルス法域で判例法として発展してきたものである。コモン・ロー上、胎児は独立した法的人格をもたないが、第三者の過

失行為により出生前に傷害を受けた場合は、出生時に訴訟原因を得ると考えることができる。つまり、生きて生まれた子は、子に障害をもたらした第三者の出生前の過失行為に関して、その行為者に対して訴訟原因をもつことになる。したがって、胎児期の傷害の結果として出生時から苦しんだ障害について、生きて生まれた子は加害者に対して損害賠償を請求することができる。」

(3) 被告側の主張

被告側証人として出廷したMcGregor氏は「第一にWalker判決は一九七六年までの英国法の立場を正確に述べており、先例としての意味をもつ、第二に立法部がこの領域に介入したので、司法部がコモン・ローの立場を変えるという必要性も正当性もない、第三にBurton判決における理由付けは、それが法的擬制を含んでいるため不十分である。」と反論した。

① Walker判決の先例性

McGregor氏はWalker判決を支持し、その判旨が一九七六年までの英国法における胎児の法的地位に関する立場を正確に述べていると主張する。この事件は、鉄道会社の過失により、乗客であった妊婦が傷害を受け、その結果、子が障害をもって生まれたというものである。子は鉄道会社に対し損害賠償を請求したが、胎児の存在を知らない（母親が妊娠していることを知らない）鉄道会社には、胎児に対する注意義務を負わせ難いとして、出生後における子の固有の損害賠償請求訴権を否定した。

Walker判決の中で、O'Brien主席裁判官は以下のように述べている。

「鉄道会社は乗客の完全なる安全を保証するものではないということは、今や明確な法原理である。鉄道会社が負つ

ているのは乗客を合理的な注意義務をもって運搬することであり、過失によりその注意義務の不履行があった場合、会社に責任が発生する。母親と会社の契約は母親自身に関する契約である。子宮内の胎児が、母親の一部とみなされているか別個の人格として認められているかは関係がないことであり、会社との実際の関係において胎児は非存在であることは明らかである。それゆえに、乗客の運搬者として、胎児に対して責任を負うような義務の不履行の存在を会社に想定することはできない。ひとが存在しておらず、また義務も存在していないのであるから、法的にも自然の摂理上も胎児の運搬者は鉄道会社ではなく母親ということになる。⁽²⁴⁾

また、Johnson 裁判官は、過失に関する損害賠償請求の問題として「被告の過失あるいは義務の不履行によってひきおこされた個人の傷害に関するコモン・ローにもとづく訴訟は、現在も過去においても、原告に対する被告の義務およびその根拠を原告が証明しなければならない。義務が契約から生ずるということは争いのないことである。契約は被告と乗客の間のものであり、契約に関する限り、被告は乗客に対してのみ義務の不履行責任がある。契約から義務が生ずる場合以外は、過失行為が発生したときの被告と原告の相対的な状況に義務の根拠を求めなければならない。本件の場合、原告は事故当時現実の存在、つまりひとではなかった。原告はそのとき母親の一部であり存在していなかった。存在していないものに対して法的義務が発生するという判例や原理はない。」と述べている。⁽²⁵⁾

要するにコモン・ローにおいては、一九九二年まで「胎児は生まれるまではひとではなく、そのため胎児に対しては注意義務が発生せず、注意義務が発生しなければ、注意義務の不履行という状況は存在しない。したがって、胎児に損害賠償請求訴権を認めることはできない。」と考えられていた。McGregor 氏と Walker 判決の先例性を尊重し、このような胎児の損害賠償請求訴権を、コモン・ロー上認めることはできないと主張した。

②一九七六年法と本件請求との関係

McGregor氏の第二の主張は、立法部(議会)が一九七六年法を制定した、つまり立法部がこの領域に介入したので、司法部がわざわざコモン・ローにおける胎児の権利について再検討する必要性も正当性もないものである。一九七六年法制定以降、生きて生まれた胎児に、出生前に受けた傷害に関して損害賠償請求を行うことが認められるようになった。しかし、このことはコモン・ロー上も同様の権利が子に認められることを意味するものではない。

そもそもこの法律は、サリドマイド事件の裁判に端を発しているといわれており、⁽²⁶⁾ 障害をもって生まれた子を法的に厚く保護することを目的としていた。そして、一九七六年法が制定されたことにより、このような問題が法廷で争われることがなくなった結果、今さら司法部がコモン・ロー上の胎児の権利について態度を明確にする必要はないとMcGregor氏は主張する。

③胎児に対する加害行為と出生児の障害

第三に、McGregor氏はButon判決は法的擬制を含むと主張し、「出生前の胎児はひとではないので、障害を発生させた侵害行為はひとに対してなされたものではない。出生後の障害に対して、不法行為責任を追及するためには、侵害行為を受けた胎児をひととみなさなければならない。子の傷害は、子の出生の時ではなく出生前(胎児期)に引き起こされたものである。したがって、出生時に認められた障害は出生前の傷害の後遺症であり、胎児を傷害するような侵害行為が、障害をもって生まれた子に加えられたものであるとする考え方は法的擬制を含む」と批判した。⁽²⁷⁾

(4) Phillips裁判官の判断

①問題点の整理

Phillips裁判官はMcGregor氏の反論について詳細に検討しており、そこから導かれる結論が今日のコモン・ロー上の胎児の法的地位を明確に説明している。以下において、Phillips裁判官が展開する論理を検討する。

Phillips裁判官は、問題点を以下のように整理した。「(コモン・ロー上の) 過失責任法における訴訟原因は、注意義務の存在、注意義務違反、損害の発生とされる⁽²⁸⁾。出生後に身体的な後遺症として障害を残すような傷害を出生前の胎児にひきおこすことは可能であるが、胎児は出生までは法的なひととして存在することは不可能である、つまり胎児は独立した法的人格を享有することはできない。以上のことから、出生前の胎児に対する傷害に関して、生きて生まれた子が損害賠償請求を行う場合に次のような問題が発生する。

(a) 法が原告の存在を認めていない時期に、被告はどのような注意義務を原告に負っていると考えることができるのか。
(b) 原告が傷害を受けた時期、それは法が原告の存在を認めていない時期であり、どのようにして被告は原告に責任がある⁽²⁹⁾と考えることができるのか。」

②Watt判決の先例性

これらの問題点は、Watt v. Rama判決⁽³⁰⁾（一九七二年）においてオーストラリアのVictoria最高裁判所で詳細に検討された。その結論と理由付けを、Potts裁判官がBurton判決で採用した。McGregor氏はこれを法的擬制を含むと非難しており、Phillips裁判官はWatt判決にさかのぼり再検討を行っている。

Watt事件は、被告の運転する車が、被告の過失のため妊婦の運転する車と衝突し、妊婦が四肢麻痺となり八か月後

に分娩したが、子は脳障害をともなっていたというものである。子は事故に起因する障害に関して、被告に対し損害賠償を請求した。被告は「原告は現に存在するひとではなく、単に母親の一部分にすぎなかったのであるから、被告は衝突の時に母体内にいた原告に対して注意義務を負っていない、訴訟の根拠となる過誤をともなう行為あるいは不作為が行われたとき、そのような行為あるいは不作為が過失として認められるためには、その場に法的権利をもった法的なひとが存在し、かつそれに対応する法的義務をもった法的なひとが存在しなければならぬのである。事故のとき、原告は胎児であり、人格をもったひとあるいは存在するひとではなく、母親から分離独立した存在ではなかった。したがって原告は、被告が注意義務を負わなければならないような法的なひとであつたとはいえない。胎児には法的義務の対象としての法的な地位がないので、過失により胎児が傷害されたとしても不法行為者に義務違反は生じない。」と主張した。⁽³¹⁾

Winneke 主席裁判官と Pape 裁判官は多数意見のなかで問題点を明確にした。論点は、訴訟が出生前の傷害に関するものであるかどうかではなく、出生前の被告の過失に起因する障害をもつて生まれた原告に、そのような障害に関する訴訟の根拠が存在するか否かということである。彼らは *Montreal Tramways* 判決⁽³²⁾における *Cannon* 裁判官の意見を引用し、説明した。「不法行為が行われたときではなく、損害が発生したときに訴訟原因が発生するので、妊娠から分娩までの間、つまり子宮内にいる間は子（胎児）の権利を考える必要はない。原則として原告の金銭賠償請求の権利は、苦痛となる身体的障害をともなって生まれたときに初めて存在するようになる。子が障害に苦しむのは出生後である、したがって、子の権利が侵害され損害賠償請求の権利を取得するのは出生後ということになる。子の権利は子と共に生まれると考えることができる、そして子は出生後に保護者の助けを借りて訴訟を提起し、自分が苦しんでいる障害は、出生前に被告の過失により引き起こされたものであることを証明できるのである。これは妊娠後に子が獲

得した権利の問題ではなく、子が生まれた時に始まる金銭賠償の権利の問題である。」という理論構成をし、出生と共に子の訴訟の権利も発生するとの見解を示した。⁽³³⁾ 胎児が出生し、ひとになり法的人格を獲得したときに、子宮内の胎児と被告との関係が明確化する(義務を負う関係に成熟する)と考え、それまでは義務を負う「潜在的関係」にとどまっているとする。義務、義務の不履行、損害は出生の時点までは潜在的であり、出生後に初めてこれらが明確化すると考えれば、胎児に対しても注意義務が潜在的に存在し、その注意義務違反および損害は出生を機に具体化し明確となり、その結果被告に損害賠償責任が発生することになる。

Gillard裁判官は、被告が胎児に負う注意義務および責任に関して以下のように考えた。「不注意な行為の結果として、他人に傷害をあたえると合理的に予測でき、実際に傷害をあたえた場合は、その行為を行った人に不法行為責任が課される。加害者の過失行為により傷害を受けたと、合理的な可能性をもって考えられるならば、過失の時に被害者が存在しているか否かは重要ではない。ひとが傷害を受けなければ、過失による不法行為は存在しない。しかし、もしひとが傷害を受けたならば、傷害がその過失行為の合理的に考えられ得る結果であるか否か、加害者が被害者を傷害することを合理的に予測できたか否かが徹底的に検証されることになる。」⁽³⁴⁾と述べている。つまり、加害者が胎児を傷害すること、そしてその加害行為が後に生まれる子に障害をもたらすことが合理的に予測可能であれば、加害者の不法行為の存在を肯定することができるとした。

また、Gillard裁判官は原告が傷害を受けた瞬間は原告の誕生の瞬間である、あるいは誕生の瞬間であると推定されるという考え方を採用し、「判決のために重要なのは、幼少の原告が障害に苦しんでいると主張していることではなく、原告が苦しんでいる障害を発生させるような義務違反を、原告の胎児期に被告が犯したか否かということである。過失不法行為に関する訴訟原因は、損害を受けたときに初めて発生する。子宮内の胎児は、仮定された事実にもとづき

訴訟を提起する能力をもっており、加害者が注意義務を負う法的人格である。子宮内にいる間の傷害は、出生時に具体化した被告の過失に起因する損害との間の因果関係において証拠となるべきことにすぎない。」と述べている。⁽³⁵⁾

賠償請求されている損害は「出生時そして出生後の肉体的障害」であることに注目し、時間の経過によって原告に生ずるたったひとつの相違は、出生によって「訴訟の能力を得る」という点であると考えた。そして、出生前は胎児はひとではないので法的人格をもたず、胎児に負う義務はないとする主張に対して、「過失に対する訴訟原因は、損害を被ったときに初めて発生する。幼少な原告（生まれた子）は法的人格を享有しており、訴訟手続きをすることができ。胎児期の傷害は、被告の過失によって出生時に顕在化した損害の原因として証拠となるべきことである。そして被告の過失の時には、判例法によって十分に保護された胎児に、おそらく侵害行為と同時に損害が生じている。したがって、胎児はその後の出産によって法的手続きをとる能力を得たとき、損害と関係のある自分自身の利益を求め、法的手続きをとる権利を得るのである。」という論理を展開した。⁽³⁶⁾このようにGillard裁判官は、出生により訴訟を提起する権利を得るという論理で、このような子の損害賠償請求訴権の合理性を説明した。

③Phillips裁判官の判断

Watt判決の多数意見にみるように、行為あるいは不作為の後に潜在的な義務の不履行が具体化するという概念を論理的に説明するのは簡単ではない。Phillips裁判官は、Watt判決で導かれたこの見解を補足し、以下のような論理を展開した。

「真の問題は出生前の傷害にあるのではなく、被告の過失に起因する障害をとまって生まれてきた原告が、そのような障害に関して過失責任法における訴訟原因をもつか否かということである。Watt事件の場合、出生の時に存在す

るような原告の障害は、運転中の被告の行為あるいは不作為に起因すると推定される。問題なのはそのような行為あるいは不作為が先行するがために、原告が障害をもって生まれた時点と、被告の行為あるいは不作為が行われた時点が時間的に乖離してしまうことである。不法行為は、基本的に原告に損害をあたえる原因となった被告の合理的注意義務の不履行から成り立つと考えられている。根本は注意義務であり、そのような義務が存在するか否かは、事件の特別な状況の下で一方から他方に義務を課することができるという、現在存在している、あるいは存在するようになるであろう当事者間の関係に依拠している。この事件における問題は、公道を走行していた被告にとって、原告との関係において被告が義務を負わされるようなそのような関わりが両者の間に存在するか否かということである。

この問題を解決しようとすると、過失という不法行為に關係する義務の正確な性質を定義することが非常に重要になる。義務は単に抽象的な合理的注意をはらうことではなく、もし、合理的な注意がはられなかったならば、その行為あるいは不作為によって傷害されるであろう他人を、傷害しないような注意をはらうことである。義務は単に行為あるいは不作為をひかえるということではなく、行為あるいは不作為により他人を傷害しないような合理的な注意をはらうことである。もし行為あるいは不作為がなされた時に、実際に傷害を受けたひとがその行為あるいは不作為により傷害を受けるであろうことが合理的に予見されたなら、その場合は傷害の時に当事者に義務を生じさせる関係が存在することになる。被告の行為あるいは不作為と原告に対する傷害が同時に発生するような一般的な事例では、義務は被告に付随しており、行為あるいは不作為の時に義務違反が発生することになる。

Watt事件では、被告の行為あるいは不作為は被告が公道上を車で走行中におこった。そしてそのような行為あるいは不作為が、車に乗っていた妊婦を傷害し、いずれ胎児がその傷害に起因する障害をもって生まれるであろうことは合理的に予見可能であった。もし妊婦が被告の不注意によって傷害を受けるということが合理的に予見可能であった

ならば、妊娠中の子が分娩時に障害をともない生まれてくる可能性も同様に合理的に予見可能であったということになる。それゆえ、そのような状況では、もし子（胎児）が生まれたならその時に被告と子（胎児）の関係において、被告に義務を課すことが可能であるような『潜在的な関係』を形成する。そして『出生時にその関係は具体化』し、そこから子との関係において被告に義務が発生するのである。仮定を含むことになるが、子は運転中の被告の行為あるいは不作為によってひきおこされた障害をともない生まれてきたということになる。しかし、子はその性質上、生きて生まれるまでは義務と相関する権利を獲得することができない、そして生きているひととして障害に苦しむのは生まれてからであり、義務が被告に生ずるのは出生後である、そして被告の運転中の行為あるいは不作為が合理的注意の怠慢を形成すると仮定すると、被告に対して子の障害を避けるための合理的注意義務の不履行が発生するの**も**出生後ということになる。⁽³⁷⁾

このように、Phillips裁判官は、Watt判決の多数意見にみるように、胎児はひとではないことを前提とし、原告と被告との関係（義務、義務の不履行、損害）は胎児期には潜在的なものとして存在し、出生によりそれが具体化するという考え方をとった。

また、Phillips裁判官は法的擬制の問題に触れ、「原告が損害を被ったのが出生の瞬間というのは、確かに法的擬制を含んでいることになる。そして、その擬制は出生に先立って存在している生物を否定することになる。Health authorityが原告に対する責任を否定する拠り所としているのはその法的擬制である。Health authorityは、傷害した生物体は法的には原告ではないといった理由で責任を否定し、出生前は原告に苦痛を与えていないという理由で過失に対する責任を否定しようとするが、これは誤りである。⁽³⁸⁾ 法的にも論理的にも原告の存在以前には原告に対して損害は与えられない。法的には原告が人格を得て、その損害を受けた身体を引き継いだ瞬間に損害を被ったことになる。出生前

のできうとは単にHealth authorityの注意義務違反と原告の損害との間の因果関係のつながりにすぎない。」と述べ、⁽³⁹⁾ Burton判決とPotts裁判官が採用したWatt判決の判決理由を支持した。⁽⁴⁰⁾

また、立法部がこの領域に介入したので、司法部がコモン・ローの立場を変える必要性も正当性もないとするMcGregor氏の主張に対しては、本件の請求は一九七六年法の立法の主旨に一致し、コモン・ローにおいても根拠が明確な請求とされる可能性があることを制定法自身が認めているとPhillips裁判官は主張した。胎児期の傷害について、生きて生まれた子に損害賠償請求権を認めてもよいとする根拠として、一九七六年法を提示することに関しては意見が分かれると思われるが、いずれにしても子の損害賠償請求権を認めるには、上述したような論理的な説明が必要とされるであろう。

(5) まとめ

このようにして、コモン・ローにおいても障害をもって生きて生まれた子に、障害の原因となった胎児期の傷害に関して損害賠償請求権が認められることになった。原告と被告との関係（義務、義務の不履行、損害）は胎児中は潜在的なものとして存在し、出生によりそれが具体化するという考え方は、生きて生まれた場合に、胎児を生まれたものとみなすというわが国の民法の考え方に類似している。わが国には、胎児は出生前には権利能力を有せず、生きて生まれたときに、不法行為のときに遡ってその権利能力が発生し、不法行為のときから権利主体であったものとして扱われるとする停止条件説と、死産を解除条件として、懐胎のときから権利能力を有し、流産・死産の場合には、胎児が遡って権利能力を喪失すると考える解除条件説がある。従来は停止条件説が主流であったが、近年、解除条件説を支持する傾向が強まっている。イギリスでは生きて生まれるまでは胎児のもつ権利能力は潜在的なものとされ、

生きて生まれることによりその権利能力が具体化すると考えることから、わが国の停止条件説に近いと考えられる。わが国の停止条件説では、胎児は出生前には権利能力を有しないとされるが、イギリスでは胎児期に潜在的な権利能力を有するため、死産の場合、胎児の潜在的な権利能力は具体化せずに消滅するとされている。

2 出生前に受けた傷害が原因となり子宮内で死亡した胎児の損害賠償請求

(一) 不法行為による死亡に関するコモン・ロー上の基本原理

イギリスにおける早期のコモン・ローは、他人の不法行為により死亡した場合は、その被害者および親族に対する救済を認めなかった。その基本原理は、第一に、もし不法行為者が救済の前に死亡したら、被害者の救済の権利も不法行為者とともに消滅する、第二に、もし被害者が死亡したら、被害者の救済を受ける権利も被害者とともに消滅する、第三に、もし被害者が死亡したら、被害者の家族を含めて被害者以外の誰も救済の権利を主張することはできないというものであった。この早期の基本原理は少なくともふたつの大きな問題を含んでいた。第一に、被告の立場で考えると、他人を傷つけるよりも殺した方が賠償額が安くてすむという論理的に矛盾する問題、そして第二に、一家の主あるいは後継者が不法行為により死亡した場合、家族は貧困に苦しむことになるという実質的に社会的な問題である。⁽⁴¹⁾

他人の不法行為により死亡した場合の損害賠償請求に関して、早期のコモン・ローの立場を示す最も有名な例は *Baker v. Bolton* 判決（一八〇八年）⁽⁴²⁾ で示された *Ellenborough* 卿の準則である。Baker 事件では乗合馬車が転倒し、夫が怪我をして妻が死亡した。当時の法律では、夫は自分自身の傷害に関して損害賠償を請求することができるが、妻の死亡に関しては請求することができなかった。この事件に関する基本的な法的前提は、ひとの死亡は民事上は「傷

害 (injury)」に分類されないということである。この判決はひとがもし傷害が原因で死亡したら、被害者とともに損害賠償請求訴権も消滅するという原理にもとづいている。したがって、訴訟後見人は死亡したひとのために損害賠償を請求することができないとされた。

(二) Fatal Accident Act of 1846の制定と胎児への適用

これらの問題を解決するために、⁽⁴³⁾議会はFatal Accident Act of 1846(一八四六年死亡事故法)(別名Lord Campbell's Act)を制定した。この法律は、他人の不法行為により死亡した者の遺族が、その不法行為者に対して損害賠償を請求することを否定していたコモン・ローの準則を改めて、死者の扶養を受けていた一定範囲の遺族(親、配偶者および子)が得べかりし扶養の喪失につき損害賠償を求めることができる旨を規定している。

それでは、胎児にこの法律は適用されるのであろうか。イギリスではコモン・ロー上、出生前の子は「法的人格」をもたないとされ、胎児は出生した日に初めて法的人格を獲得し、それにもとづいて法的権利を行使できる地位を獲得するという大前提が存在している。したがって、コモン・ロー上は、死んで生まれた子には、訴訟原因としての被告の義務の不履行は存在しない。出生前の胎児は「ひと」ではなく、出生後彼らは生きていないのであるから、死産児には法律上の権利はないとされている。また、一九七六年法では子が生きて生まれることが救済の前提条件であり、死産となった場合の救済は制定法上も認められていない。死産の場合、子の損害賠償請求訴権については、イギリスでは詳細に議論された形跡はなく、強力な反対意見も認められないので、現時点の考え方が一定のコンセンサスを得ているものと考えられる。

妊娠中の胎児に対する侵害行為が原因で死産となった場合、子の損害賠償請求訴権は認められていないが、打ち砕

かれた希望、妊娠、無事な出産という喜ばしい結末にともなう満足感の喪失⁽⁴⁴⁾や、家族計画頓挫による満足感の喪失⁽⁴⁵⁾を根拠として、母親の損害賠償請求が認められた判例がある。分娩誘発予定であった妊婦が、子宮内胎児死亡をおこし死産となったPearce v. United Bristol Healthcare NHS Trust判決（一九九六年）⁽⁴⁶⁾においても、子の誕生という母親の満足感の喪失（damages for loss of satisfaction）に関する損害賠償請求が認められた。

(三) 先例拘束性の原則と死産児における不法行為死亡訴訟

イギリスには「先例拘束性の原則」が存在し、人々が裁判所の将来の判決をある程度の確かさをもって予想しうるための基礎とされてきた⁽⁴⁷⁾。貴族院の先例の拘束力は絶対的で、議会制定法による以外には、その拘束力を剝脱しうるものはない状態であった。しかし、一九六六年貴族院で判決言い渡しに先んじて、大法官Gardiner卿は「先例をあまりにも厳格に墨守することは、個々の事件において不正義な結果をもたらす場合もあり、さらには、法の正常な発展を不当に制限するおそれもある。したがって、もし以前の判決がそれを変更することが正しいと認められる場合には、それを変更することを提案する。」⁽⁴⁸⁾という内容の声明を発表した。医療の進歩は目まぐるしく、社会は新しい医療状況に対応するよう法体系を変更する必要に迫られる。この声明の主旨を汲んで、イギリスでは、死産児の不法行為死亡訴訟において、今後先例に拘束されない判決が出現する可能性は大いにありと推察する。つまり、判例により法を創造することが可能なイギリスにおいては、死産の場合も障害をもって生きて生まれた子の場合のように、訴訟の場でコモン・ローにおける救済が認められるようになる可能性は残っている。

(1) 荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会 身体をめぐる戦争』（岩波書店、二〇〇三）二二〇頁。

- 「中絶反対派は、女の胎内にあるものを指すのに、中絶擁護派の使う fetus (胎児) や embryo (胚) といった語は拒否し、 unborn child や child before birth (いずれも「誕生前の子」) baby (赤ん坊) といった語を好んで使用する。」
- (2) Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees, ([1976] QB276).
 - (3) C v. S and Another, ([1988] QB135).
 - (4) わが国では、損害賠償を請求する権利を「損害賠償請求権」というが、英米法では損害賠償請求訴訟を提起する権利として考えられているため、英米に関する記述においては「損害賠償請求訴権」という語を使用した。
 - (5) Montreal Tramways v. Leveille, ([1933] 4D LR337).
 - (6) The Civil Code of Quebec, Article 1053 of which provided, “every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.”
 - (7) [1933] 4D LR, *op. cit.*, p.346.
 - (8) [1933] 4D LR, *op. cit.*, pp.337-371.
 - (9) Ian Kennedy, Andrew Grubb, Principles of Medical Law, (London, 1998), p.657.
 - (10) イギリスにおけるサリドマイド事件裁判については、内田力蔵「イギリスにおけるサリドマイド裁判について(一)(六)——その和解過程を中心として」ジュリスト(五五七、五五九、五六〇、五六一、五六二、五六四号)参照。
 - (11) 一九七六年七月二二日、イギリスにおいて国王の裁可をうけ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 「一九七六年先天性心身障害(民事責任)法」が即日施行された。この法律は第三者の胎児に対する過失行為の結果、子が障害をもって生まれた場合に関する民事責任を規定するものであると、その前段に記載されている。
 - (12) 関彌一郎「イギリスにおける『胎児侵害』責任立法——とくに Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 について」横浜国立大学人文紀要第一類哲学・社会科学二三卷(一九七七)二三頁。
 - (13) 1. (1) If a child is born disabled as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.
(2) An occurrence to which this section applies is one which-

(a) affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or
 (b) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

- (14) 子の障害が賠償されるべき損害であると記載されているが、損害の詳細な内容については制定法中に記載されていない。
 (15) 関・前注(12)二五頁以下では以下のように訳されている。

第一条

(一)ある児童が、下記第(二)項に述べられるような、出生前の事故に遭遇した結果、心身障害状態で生まれ、かつある者(その児童の母親以外の者)が、本条に基づき、その事故に関し、当該児童に対する責に任ずる場合には、右児童の心身障害は、その者の違法行為から生じた損害とみなさるべく、かつ、右障害児の申立にしたがい相応に賠償を請求さるべきものとする。

(二)本条が適用される事故とは、次のごときものをさす。

- (a)当該児童の父親もしくは母親のいずれかの正常かつ健康な子をもうける能力に影響を与えたという事故、または、
 (b)懐妊中の母親に影響を与え、もしくは娩出の過程でその産児に影響を与え、よって右児童が、さもなければ発現するはずのないような心身諸障害を伴って出産されるに至ったという事故

- (16) 関・前注(12)において、「車を運行中の母親を責任主体であるとするこの意味は、自動車事故保険の加入者としての母親に着目し、胎児侵害の場合に、胎児のために母親が保険給付を受けられるようにすることにある。そして、妊婦は少なくとも車の運行中だけは一人格ではなく二人格であり、保険加入者全般的に保険会社はそのようなものとして妊婦を認識し直す必要がある。」と述べられている。

- (17) Kennedy, *op.cit.*, p.669.

- (18) Kennedy, *op.cit.*, p.670.

- (19) Burton v. Islington Health, de Martell v. Merton and Sutton Health Authority, ([1993] QB 204, [1992] 3 All ER 833, [1992] 3 WLR 637).

Burton事件およびde Martell事件の控訴審は合同で行われ、一九九二年三月一八日に判決がくだされた。

- (20) Walker v. Great Northern Railway Co. of Ireland, ([1891] 28 L. R. Ir. 69).

- (21) Burton v. Islington Health Authority, ([1991] 1 Q. B. 638, [1991] 1 All ER 825, [1991] 2 WLR 501).

- (22) de Martell v. Merton and Sutton Health Authority, ([1992] 3 All ER 820, [1992] 3 WLR637).
 - (23) これら二つの事件は争点が共通していたため、上訴審で合同審理された。
 - (24) [1891] 28 L.R.Ir.69, *op.cit.*, pp.78-79.
 - (25) [1891] 28 L.R.Ir.69, *op.cit.*, pp.87-88.
 - (26) 内田・前注(9) 参照。
 - (27) [1993] QB204, *op.cit.*, p.219.
 - (28) Charlesworth & Percy on Negligence, 8th ed. (1990).
 - (29) [1993] QB204, *op.cit.*, pp.214-215.
 - (30) Watt v. Rama ([1972] V.R. 353).
 - (31) [1972] V.R. 353, *op.cit.*, p.355.
 - (32) Montreal Tramways v. Leveille, ([1933] 4D.L.R. 337).
 - (33) [1972] V.R. 353, *op.cit.*, pp.358-360.
 - (34) [1972] V.R. 353, *op.cit.*, p.373.
- Gillard裁判官は、Donoghue v. Stevenson, ([1932] AC562)とGrant v. Australia Knitting Mills Limited, ([1936] AC 85)を検討し、「過失の時に、犠牲者が存在したか否かは重要ではなく、犠牲者が不注意な行為によって影響を受ける合理性と可能性がある集団の中の一員でありさえすればよい」という見解を示した。
- (35) [1993] QB204, *op.cit.*, p.217.
 - (36) [1972] V.R. 353, *op.cit.*, pp.374-375.
 - (37) [1993] QB204, *op.cit.*, pp.216-217.
 - (38) Dietrich v. Northampton, (1884) 138 Mass. 14およびHolmes裁判官は以下のように述べている。「一般的原理にもとづくと、行為者から有機的物質をとおしてあるいは母親をとおして胎児がひとになる前に加えられた傷害は、ひとの外部に存在する物質を介して実際に存在するひとに対して加えられた傷害と同様に考えることができる……」。
 - (39) [1993] QB204, *op.cit.*, pp.219-220.
 - (40) 現在では、この問題はイングラントとウェールズの判例法において以下のように分析され、明確にされている。「ひとには合理的注

意を怠ることによって、他人に損害を与えないよう注意する義務がある。そのような義務を怠った行為や不作為が他人を傷害すれば、これらの行為あるいは不作為は被害者から訴えられる対象となる。出生前の加害行為により傷害を受けた胎児は、出生時に一般法によって認められていることになることにより訴訟を提起する権利を得ることになる。」

- (41) W. Page Keeton, Prosser and Keeton on Torts §127, pp.945-947 (5th ed. 1984).
- (42) 1 Camp. 493, 170 Eng. Rep. 1033 (1808), reprinted in Peter B. Kutner & Osborne M. Reynolds, Jr., Advanced Torts: Casea and Materials 57 (2d ed. 1997).
- (43) Note, Cory Hicks, Torts: Nealis v. Baird: The Oklahoma Supreme Court Extends Fetal Rights in Wrongful Death Suits but Leaves Important Questions Unanswered, 54 Okla. L. Rev. 859, p.863 (2001).
- (44) Bagley v. North Herts HA, ([1986] NLJ 1014) 参見 Grieve v Salford HA, ([1991] 2 Med LR 295 at 296).
- (45) Kralj v. McGrath, ([1986] 1 All ER 54).
- (46) Pearce v. United Bristol Healthcare NHS Trust, Court of Appeal (Civil Division, 4 November 1996) (Transcript: Smith Bernal).
- (47) 伊藤正己監修・イギリス法研究会訳『ブラックネット イギリス法制史 総説篇下』（東京大学出版会、一九八〇）六二八―六四四頁。
- (48) 新井正男『イギリス法の基礎』（文久書林、一九八〇）三八七―四〇一頁。