

タイトル	胎児に対する不法行為と損害賠償請求(二)
著者	境原, 三津夫
引用	北海学園大学法学研究, 42(1): 117-172
発行日	2006-06-30

胎児に対する不法行為と損害賠償請求 (二)

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) Philips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 (以上前号)

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 Nothampton判決

(二) Allaire v. St. Luke's Hospital判決

(三) Bonbrest v. Kotz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

(二) その後の判例の動向

(三) 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

一九四六年頃まで、アメリカにおいては、出生前に受けた傷害に関して、生きて生まれた子が加害者に対して損害賠償請求を行っても、ほとんど認められることはなかった。傷害を受けたひとは被告の侵害行為のときには存在しておらず、存在していないものに対して被告はいかなる注意義務も負わないこと、また胎児への侵害行為と生きて生まれた子の障害との間の因果関係を立証することが困難であり、多くの詐欺的請求⁽¹⁾が行われる可能性があることが、その理由とされている。⁽²⁾

(一) Dietrich v. Inhabitants of Northampton 判決 (一八八四年)⁽³⁾

一八九〇年代に入りこのような訴訟が多発した。それらの中で先例としての役割を果たしたのが、Dietrich 判決である。本事件は、妊娠四―五か月の妊婦が町の道路を通行中、道路の欠陥につまずき転倒し、それが原因で流産となったものである。子は一〇―一五分間生存したが、結局その未熟性のために死亡した。子の遺産管理人は、近親者としての母親の利益のために、不法行為死亡法⁽⁴⁾にもとづいて、町に対して損害賠償を請求した。原審で請求が棄却されたため、原告はマサチューセッツ州最高裁判所に上訴した。しかし、Holmes 裁判官は、子は母親の一部であるとして(この考えは単一生物理論⁽⁵⁾「single entity theory」と呼ばれた)請求を棄却した。判決では、子は傷害の時点では母親の一部であり、出生前の傷害に関して訴訟提起可能な分離した存在ではなく、胎児に対する侵害に関しては母親の訴訟の一部として母親に損害賠償がなされるべきであるとの考えを示した。また、胎児が傷害を受けた時点と新生児に損

害が発生した時点とが時間的に乖離しているため、侵害行為と子の障害との間の因果関係を証明するのが困難であることも棄却の理由とされた。このように、アメリカでは、胎児が子宮内で傷害を受け、その後生きて生まれた場合に、子の損害賠償請求訴権を認めなかった。この考え方はその後六〇年間アメリカの裁判所を支配した。

Dietrich判決後、⁽⁶⁾このような子の損害賠償請求訴権を否定した判決は、その根拠として、主に次の四つの主張を展開した。第一に先例がないこと、第二に先例が存在しないのであるから、裁判所ではなくて立法部が問題を解決すべきであること、第三に子は母親と区別できる存在ではなく母親の一部である（単一生物理論）こと、第四に胎児に対する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することが困難であり、多くの不正な請求がなされる可能性⁽⁷⁾があることをあげている。

(I) Allaire v. St. Luke's Hospital判決（一九〇〇年）⁽⁸⁾

裁判所では、長期にわたり単一生物理論が支持されてきたが、この理論に対して医学的見地からの反対意見もみられるようになった。⁽⁹⁾このような状況のもと、子の請求は認められなかったが、Allaire判決におけるBoggs裁判官の反対意見は注目に値する。本事件は、分娩予定で入院中の妊婦が、病院のエレベーター事故にあい、それが原因で子が障害をもって生まれたというものである。肢体に障害をもった子が、病院に対して損害賠償請求を行った。

Boggs裁判官は、出生前の傷害に対する救済を認めた先例がないという被告側の主張に対して、「真実」と「自然的正義」は先例が時代遅れになったときは先例を凌駕すると反論した。当時の先例は単一生物理論に依拠しており、胎児は母親の一部とされ、生存能力のある胎児に対する傷害は母親に対する傷害に過ぎないと考えられていた。しかし、Boggs裁判官は、生存能力を獲得した胎児は母体外で生存することができるといふ医学的事実を尊重した。彼は「生ま

れていない子が生存能力を獲得する週数になれば、母親の死亡は必ずしも子の存在の終わりを意味するものではない。子は未熟のまま人工的な方法で母親と分離されたとしても生きることができ、精神的にも肉体的にも他の一般の子と同様に成長することができるのである。たったひとつの生命しかない、つまり母親の生命しないと主張するのは明白な事実を否定することになる。医学や医療技術、経験は分娩に先立つ妊娠週数でも、胎児は母親から分離独立して生存可能であることを示している。母親の体内にいても単に母親の身体の一部ではない。なぜなら母親が死亡しても、子は生存し生命を維持することができるのである。もしそのような時期に四肢など身体の一部に傷害を受け、その傷害に苦しみ生まれてきたときに、その傷害は子ではなく母親に対する傷害であるというのは抽象的な理論である。もし子宮内で傷害を受け、それに起因する障害をもつて生まれた子が法的な救済を受けられないとするならば、法は『真実を単なる理論的抽象に生け贄として供する』ことになるし、侵害行為が胎児ではなく母親に対してなされたという誤った理論のために、その子の障害に関する賠償が否定されるのは非論理的である。⁽¹⁰⁾と問題を提起した。しかし、時代遅れの「単一生物理論」を捨て去り、生きて生まれた子に出生前の傷害に関する救済を認めるという彼の考え方は、その後五〇年近く受け入れられることなく、従来どおりDietrich判決が援用され続けたのである。

(三) Bonbrest v. Kotz判決 (一九四六年)⁽¹¹⁾

生きて生まれた子が出生前の傷害に関して行った損害賠償請求を認めた最初の判決が、Bonbrest判決である。本事件は、医師の過失により分娩中の胎児が傷害を受け、その結果、子が障害をもつて生まれたというものである。生きて生まれた子が医師に対して損害賠償請求を行った。一方、医師は、事実審理を行わずに自己に有利な略式判決を求める申立を行ったが、この申立は却下された。

この判決は、現代科学に照らせば生存能力のある胎児は母親の一部ではないとして、五〇年間支持されてきた「単一生物理論」を否定した。法は科学に遅れをとらないことを期待されており、科学の進歩による「科学と法の乖離状態」を裁判所は是正する義務があるとし、判決文中では「法は科学に遅れをとらないと仮定されている」と述べ、今までのHolmes裁判官の単一生物理論の支配を批判した。そして、法は「法に關係する科学の急速な進歩」を考慮するべきであり、「今まで法は不毛であつたのではなく、静的で不活性化してただけである」と主張した。

「単一生物理論」という先例を打破し、新たに「出生の基準 (live birth standard)」(生存能力をそなえた胎児が、生きて生まれるという基準)を示すにあたり、裁判所は「われわれは、責任逃れをするために近視眼的な先例に依拠するよりも、生命という事実に向き合うことを選択した」とコメントした。

三年後、オハイオ州においてWilliams v. Marion Rapid Transit, Inc.判決(一九四九年)⁽¹²⁾が出され、アメリカ合衆国全州において、傷害のときに生存能力をそなえていた胎児が生きて生まれた場合に、胎児期に受けた傷害に関する子の損害賠償請求訴権が認められるに至った。

(四) Smith v. Brennan判決(一九六〇年)⁽¹³⁾

Bonbrest判決の「出生の基準」は、生存能力獲得後に傷害を受けた胎児が、その後生きて生まれた場合に限り適用されていたが、一九六〇年のSmith判決は傷害のときに胎児が生存能力をそなえていなくても、その後生存能力を獲得し、結果的に生きて生まれさえすれば、損害賠償請求訴権を認めるべきであるとした。本事件は、第三者の過失に起因する自動車事故により、生存能力を獲得する前の胎児が傷害を受け、最終的に下肢に障害をもって生きて生まれたものである。子は運転手に対して損害賠償請求訴訟を提起した。

ニュージャージー州最高裁判所は、「出生 (live birth)」を条件とする基準を採用したが、傷害時の生存能力の有無については斟酌しないとした。つまり、傷害の時点で生存能力をそなえていなくても、その後生存能力を獲得し生きて生まれれば、子の損害賠償請求訴権は認められるとした。そして「妊娠週数が生存能力の有無を判断する唯一の基準になっているが、ボーダーラインにある事例では、傷害の後すぐに生まれる場合を除いて、傷害の時点における生存能力の有無を決定するのは非常に困難である。したがって、生存能力の基準を実際に適用するのは不可能である。」と生存能力獲得時期を決定することの困難さを訴えた。さらに「多くの法的、医学的見解が生存能力を獲得するに至ったときではなく受精のときを独立した生命の開始時期として認めており、また傷害を受けた時点とは無関係 (傷害が生存能力を得た前後にかかわらず) に、子に同様の不公平 (障害) が生ずるのであるから、傷害の時期によって差別化するべきではない。」と結論した。⁽¹⁴⁾

(五) *Nealis v. Baird* 判決 (一九九九年)⁽¹⁵⁾

Nealis 判決も、傷害のときに胎児が生存能力をそなえていなくても生きて生まれさえすれば不法行為死亡法が適用されるとした判決である。しかしながら、本事件は傷害のときも出生のときも生存能力がない事例であり、*Smith* 判決とは本質的に異なっている。本事件は、妊娠二〇―二一週 (推定) の妊婦が、子宮収縮抑制剤の投与にもかかわらず分娩に至り、児は数回あえいだ後死亡したというものである。

出生のときに生存能力 (子宮外長期生存能力という意味) をそなえていない胎児が生きて生まれた場合⁽¹⁶⁾、そのような胎児の保護を拡大することを禁じる制定法は存在せず、また、保護の範囲拡大に反対する主張にも納得のいくものはなかったとして、オクラホマ州最高裁判所は、出生のときに生存能力をそなえていなくても生きて生まれた胎児は

不法行為死亡法⁽¹⁷⁾のもとで救済を受けることができると判断した。⁽¹⁸⁾

しかしながら、Smith判決のように、傷害を受けた時点で生存能力をそなえていない胎児にまで保護の範囲を拡大している州は少数である。

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

伝統的にコモン・ローは、他人の不法行為によりひとが死亡した場合に、民事上の訴訟原因を認めない。訴訟原因は被害者とともに消失したのであるから、被害者の相続人あるいは扶養家族は損害賠償を受けることはできないとされ、不法行為者は、傷害が被害者を死亡させるほど重大であっても、すべての民事上の責任を免れるのである。この無情な理論を緩和するために、イギリス議会はFatal Accidents Act of 1846を制定した（二 イギリスの法状況⁽²⁾（参照）。これはLord Campbell's Act⁽¹⁹⁾として知られている。Lord Campbell's Actは、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不法行為者に対して損害賠償を求めることを認めたものである。

イギリスで不法行為死亡訴訟の訴訟原因が認められたにもかかわらず、米国の裁判所は、不法行為による死亡に関する民事責任を認めることを拒絶した。他人の不法な行為が被害者を死亡させた場合に、被害者の損害賠償請求を認めないとする一方で、傷害に関しては損害賠償請求を認めることから生ずる不均衡を説明するために、種々の理論的解釈が裁判所によって提供された。ひとに金銭的価値を付与するのは適当ではない、ひとの金銭的価値を計算することは不可能である、生命の損失を金銭で償うことは生命の尊厳に関するキリストの教えに反するなどの理由が、その根拠として主張された。⁽²⁰⁾

不法行為死亡訴訟の訴訟原因を認めることに對する裁判所の抵抗にもかかわらず、一八四七年ニューヨーク議会は米国で最初の不法行為死亡法 (wrongful death act) を制定した⁽²¹⁾。現在では、死亡者の特別の受益者や財産権者は、被害者の死によって生じた損失を、不法行為者に対して損害賠償請求できることを認める不法行為死亡法が、すべての州で制定されている。

しかし、不法行為死亡法の条文中に用いられている「ひと (person)」という語を、子宮内の胎児に適用することに關しては見解が分かれている。胎児への適用を考えるにあたり、裁判所はふたつの問題を抱えることになった。第一に、胎児が傷害を受けたときにどのような発達段階であつたのかということ、第二に、賠償は出生前の傷害が原因で出生後に死亡した場合に限定されるのか、あるいは不法行為により胎児が子宮内で死亡した場合にも、損害賠償を受けることができるのかということである⁽²²⁾。各州で不法行為死亡法が制定されるにともない、他人の侵害行為により、生存能力をそなえた胎児が子宮内で死亡した場合、これを生命に対する侵害と解し、不法行為死亡法を根拠として加害者が損害賠償を請求される事例が増加した。胎児期に受けた傷害が原因で胎児が子宮内で死亡した場合に、死産児として生まれた子に損害賠償請求訴権は認められるのかという問題について、判例をもとに検討する。

(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

① *Verkenes v. Corniea* 判決 (一九四九年)⁽²³⁾

ミネソタ州最高裁判所は、子宮内で死亡した子の不法行為死亡訴訟⁽²⁴⁾における訴訟原因の有無を判断するにあたり、従来の「the Born Alive Rule (出生の基準、前述のlive birth standardと同義)」を適用せず、「the Viability Rule

（生存能力の基準）」を根拠とした理論を展開し、その訴訟原因を認めた。本事件は、分娩中に母親の子宮が破裂し、生存能力のある胎児と母親が死亡したというものである。判決では、生存能力をそなえた胎児は母親の体外で生きることが可能であり、このような独立して存在可能な生命が不法行為により侵害を受けた場合には訴訟原因が発生するとした。

本判決の理論的根拠は「生存能力の基準」であり、Allaire判決におけるBoggs裁判官の反対意見の影響を受けていると考えられる。Boggs裁判官は「単一生物理論」を否定し、生存能力を獲得した胎児が子宮内で侵害行為を受け、その侵害行為に起因する障害をもち生きて生まれた場合は、その障害に関して、加害者に対して損害賠償請求権をもつと主張した。本判決は、独立した存在と考えられる胎児の生命が、他人の不法行為によって侵害されたのであるから、子が死産になったとしても財産管理者に訴訟原因が発生するとした。さらに、先例がないことや欺瞞的な請求が提起される恐れがあるという従来の反対意見に対して、これらの理由は胎児の死亡の原因となった不法行為を行った当事者の免責を認めることを正当化することにはならず、また胎児救済という価値のある請求を否定する根拠にはならないと主張した。

この判決に追従し、他の法廷でも生存能力の基準を採用する判決がみられるようになった。しかし、本判決は生存能力のある胎児は人格（personhood）をもつか否かという点を検討したのではなく、問題の本質に迫った議論とはならなかった。

②Sidam v. Ashmore判決（一九五九年）⁽²⁶⁾

Sidam判決は、オハイオ州の不法行為死亡法の用語と論理は、被害者が胎児であっても、生存能力をそなえていれ

ば不法行為死亡訴訟の訴訟原因が存在すると判断した。その理由は、第一に、オハイオ州法のもとでは、生きて生まれた子は子宮内で受けた傷害に関して不法行為者に損害賠償を請求することができること、第二に、生存能力をそなえた双子の胎児が同時に出生前に傷害を受けた場合、一方が出生前に死亡し、他方が出生後に死亡したとすると、従来の考え方では出生後に死亡した子には訴訟原因が存在し、出生前に死亡した死産児には存在しないという論理的矛盾が生ずることをあげている。これはいわゆる「双子の仮説」と呼ばれているものであり、両者に訴訟原因を認めるか、あるいは両者ともに認めないとしないう限り合理的な説明が成り立たない。

(2) 損害賠償を否定した判例

① Endresz v. Friedberg 判決 (一九六九年)⁽²⁸⁾

Verkeness 判決や Stidam 判決は、生存能力のある子が出生前に死亡した場合、死産児に損害賠償請求訴権を認めたが、訴権を認めない州も少数ではあるが存在する。⁽²⁹⁾

たとえば、Endresz 判決において、ニューヨーク控訴裁判所は生存能力のある胎児の不法行為死亡訴訟を棄却した。本事件は、自動車事故で傷害を負った妊娠七か月の妊婦が、事故の二日後に双胎児を死産したというものである。⁽³⁰⁾ ニューヨーク州の不法行為死亡法は死亡者の代理人における損害賠償請求を規定している。判決では、生きて生まれたひとがいないのであるから、不法行為死亡法のなかの「死亡者」に該当するひとが存在することは不可能であるとされた。生きて生まれた子は、出生前の傷害に関して個人的な障害を理由とする損害賠償請求訴訟を提起することができる。と認めた上で、子宮内での傷害という点では、生きて生まれた子と子宮内で死亡した子は全く同じであるにもかかわらず、損害賠償請求訴権に関しては両者を区別した。障害に関連した困難に決して耐える必要のない死産児に

は、損害賠償請求訴訟を提起する権利はないとされた。加えて、死産児が傷害を受けた時点では、不法行為により条件付きの将来の責任が不法行為者に設定されるに過ぎず、そのような責任は子が生きて生まれるという条件を満たしたときにのみ付与されるという見解が示された。

②Justus v. Atchison判決（一九七七年）⁽³²⁾

不法行為死亡訴訟を否定したもうひとつの例として、Justus判決がある。本事件は、分娩時に胎児の臍帯が腔内へ脱出し、臍帯が圧迫されることにより胎児が低酸素となり死亡したというものである。この事件は、死産児が州の不法行為死亡法⁽³³⁾における「ひと」であるか否かという問題をカリフォルニア州最高裁判所に提示したという点で重要である。

原告は「成長しつつある胎児が生存能力を獲得する段階に至ったとき、つまり母親の体外での生活が可能になったとき、その生物学的な自己の完全さは法的独立性にも反映されるべきである。また、カリフォルニア州は出生前に傷害を受け、その後生きて生まれた子の訴訟を認めている。そのような子が出生前の傷害を原因として出生直後に死亡すれば、不法行為死亡訴訟を提起できる一方で、出生直前に死亡した場合には同様の訴訟を提起できないのは非論理的である。このような訴訟原因の拒絶は、胎児に重大な傷害を与えた不法行為者が、胎児の生命を助ける努力をしないことを勧める結果となり、public policyを冒瀆することになる。」と主張した。⁽³⁴⁾さらに、有名な双子の仮説を引用し「出生前に同様の傷害を受けた双子が、一方が出生前に死亡し、他方が出生後に死亡した場合、論理的な結論を導こうとすれば、死亡に関する訴訟原因を両者に認めるか、両者ともに認めないことになる。」とし、両者に訴訟原因を認めるべきであると主張した。原告はまた、胎児の死亡に関する損害は、母親に賠償すれば足りるとの主張に対して「母

親の賠償額には、胎児の死亡あるいは胎児が生きていたと仮定した場合の社会性や慰安を奪ったことに関する賠償を含むことはできない。」と反論した。さらに、胎児の死亡に関する損害の算定は推測的であるという主張に対しては「損害賠償額は胎児が出生直後に死亡した場合と比較することにより、決定することが可能である。」と反論した。

判決では、分娩時に適切な産科的、外科的処置を怠った過失が被告にあることは認めしたが、子宮内で傷害を受け死亡した胎児の損害賠償請求訴権については、立法の意図に従うべきであるとした。不法行為に関する救済は立法の産物であるので、その訴訟原因は立法部が明文で規定した範囲の「ひと」に限り存在するとした。したがって、議会がそのような訴訟原因を不法行為死亡法の中に規定する意図をもっていたか否かが問題となった。このため、カリフォルニア州最高裁判所は、当時の立法部がカリフォルニア州不法行為死亡法における「ひと」という語に、胎児を含めることを意図していたか否かについて検討した。

カリフォルニア州の CIVIL LAW は、妊娠したが生まれていない子（出生前の子）は出生後にその利益を保護する上で必要な場合には、存在する「ひと」としてみなされると規定している。⁽³⁵⁾ この法律における子の利益の中には、他人の意図的あるいは過失行為によって被った傷害の賠償を受ける権利を含んでいる。しかし、これらの権利は子が生きて生まれなければ、そして生きて生まれるまでは付与されることはないとされている。また、生まれていない子は相続法のもとで財産上の利益をもつとされ、訴訟のための後見人が代理をしてもよいとされているが、この利益は生きて生まれることを条件として完全なものとなる。

さらにカリフォルニア州刑法⁽³⁶⁾のもとでの胎児の法的地位についても検討している。Keeler v. Superior Court 判決（一九七〇年⁽³⁷⁾）において、カリフォルニア州最高裁判所はカリフォルニア州刑法⁽³⁸⁾における「人間（human being）」という語には、生まれていない子は含まれないと解釈した。カリフォルニア州議会は、Keeler 判決の後、カリフォルニ

ア州刑法の「人間」という語の定義について検討した。その結果、議会は「人間」という語に「胎児」も含むよう解釈することはせず、「人間あるいは胎児」を不法に悪意をもって殺すことを殺人と定義し直し、殺人被害者の新たな分類を創作した。したがって、立法部が生まれていない胎児に対し、ある限られた目的で法的人格を与えるときは、その意図を特別かつ適当な語句の中に表現するはずであると裁判所は考えた。そして、不法行為死亡法に関しては、立法部のそのような特別な命令がないのであるから、条文中の「ひと」という語は、生まれていない胎児を含むと解釈することはできないと結論した。

Justus判決は、「ひと」という制定法上の語が胎児を含まないということの理由を、死産児の両親が被った損失と生きて生まれた子の損失を区別することによってさらに強化した。判決では「不法行為死亡法の目的は、不法に死亡させられたひとの相続人やある特定の扶養家族が、死亡の結果として被った経済的損失や配偶者権（親子関係の権利）の喪失に関する賠償を受けることを可能にすることである。胎児は扶養家族ではなく、そしてその唯一の相続人は両親である。さらに胎児は明らかに勤労者ではない、そしてその死亡は遺族に何ら経済的損失をもたらない。」と述べている。さらに、「事実上、死産の場合には、両親の親子関係の喪失に関する検討のみが残ることになる。そして、親子関係の喪失が現実存在するとするならば、これに苦悩する親は生きて生まれた子の親であるということを認めざるを得ない。死産児の親は子宮内の胎児の動きによってぼんやりとその神秘的な存在を知るに過ぎない。一方、生きて生まれた子の母や父は、子に触れ、声を聞き、その人格の発達を知る、そして一生にわたる親子関係を築き始めるのである。これらは意味のある親子関係を築く豊かな経験であり、それは誕生の瞬間まで開始しない。」と述べ、意味のある親子関係は出生まで始まらないということを、死産児と生きて生まれた子を区別する根拠としてあげている。

結論として、不法行為死亡法に用いられている「ひと」という語が胎児を含むと解釈することはできず、死産児に

は不法行為死亡法にもとづく損害賠償請求訴権を認めることはできないので、その相続人としての両親の損害賠償請求は認められなかった。

(3) その後の判例の動向

このように、生存能力のある生まれていない子（胎児）の出生前の死亡に関して損害賠償請求訴権を認めない州も少数ながら存在するが、*Verkennes*判決以降、このような子の訴権を認めた州は三〇州を越えた。⁽⁴⁰⁾しかし、その理由付けについては判決ごとに若干の相違がみられる。

① *Baldwin v. Butcher* 判決（一九七一年）⁽⁴¹⁾

*Baldwin*判決において、ウェストバージニア州最高裁判所は、同州の不法行為死亡法は、生存能力のある生まれていない子が他人の不法行為により、出生前に死亡した場合の損害賠償に関して規定すると解釈した。本事件は、妊婦が乗った車に、被告が運転する車が衝突し、妊婦が車外に投げ出され、その傷害が原因となり生存能力のある子を二日後に死産したというものである。

裁判所は「不法行為死亡法の特別な規定のもとで、不法行為による死亡に関する訴訟を行うためには、ひとの死亡がなければならぬ、そしてその死亡は不法行為、過失あるいは懈怠に起因するものでなければならぬ、そのような行為は、もし被害者が死亡しなかったならば、傷害を受けた当事者に損害賠償請求訴訟を起こす権利を与えるものでなければならぬ。それゆえに、この事件の判決では、被告の過失によって死亡した生存能力のある生まれていない子が、制定法が意味するひとに該当するか否かを決定する必要がある。」⁽⁴³⁾と考へ、以下の検討を行った。まず、生存

能力のある生まれていない子の不法行為による死亡に関する損害賠償請求を認めた判例を引用し、考察した。たとえば、*Rainey v. Horn*判決（一九五四年）⁽⁴⁴⁾では、「母親が死亡しても胎児が必ずしも死亡しないような生存能力をそなえる妊娠週数に達し、そして母親から独立して精神的にも身体的にも成熟した人間に生育可能なまでに成長したならば、その子はひとみなされる。そして、もしそのような子が他人の過失行為により出生前に死亡したならば、不法行為死亡法のもとで、その死亡に関して損害賠償請求訴訟を提起することができる。」とし、また、*Mitchell v. Couch*判決（一九五五年）⁽⁴⁶⁾では「生存能力をそなえた生まれていない子は、生物学的な意味でひとであるばかりでなく、司法判断をする上においてもひととして考えるべきである。」と述べられている。⁽⁴⁷⁾これらの判決では、生存能力をそなえた胎児は、母体外においても生存し発育することが可能であることを根拠として、不法行為死亡法におけるひとと考えることができるとしている。

本判決はこの考え方を支持したうえで、さらに以下の論理を展開した。

第一に、詐欺的訴訟多発の恐れや侵害行為と障害との間の因果関係証明の困難性は、訴訟原因の妥当性の評価に関して意味をもたず、本件のような価値ある訴訟を妨げることを正当化しない。第二に、もし子が生存能力を獲得後に傷害を受けたのであれば、加害者の責任は子が出生前に死亡したか、出生後に死亡したかということには左右されない。その根拠として *Stidam*判決の「双子の仮説」に注目し、胎児が生存能力を獲得した後に子宮内で傷害を受け、生きて生まれたが出生後まもなく死亡した場合に不法行為死亡訴訟を認めて、死産となった場合にそれを否定することは、不公平であるとともに明らかに非論理的であり、両者の損害賠償請求訴権に差をもうけるべきではないとした。第三に、生存能力のある生まれていない子が子宮内で死亡した場合、不法行為死亡訴訟における訴訟原因がないとするならば、胎児に加えられた傷害は賠償されないことになる。単一生物理論では、このような子の損害賠償は母親の

損害賠償に含まれることになるが、母親の傷害をひきおこした不法行為から分離独立した不法行為により胎児が死亡した場合には、死産児の損害賠償請求は認められないことになる。その結果、医師は出生時の過失行為により、胎児に傷害を加えその子が生きて生まれた場合はその障害に関して責任があるが、子が出生前に死亡した場合にはすべての責任を免れるという不調和と不公正が生ずる。したがって、不法行為死亡法における「ひと」という語は胎児を含むと主張した。

②O'Grady v. Brown判決(一九八三年)⁽⁴⁸⁾

O'Grady判決は、激烈な腰痛を訴えた妊娠九か月の妊婦が、入院後二四時間経過したところで子宮が破裂し、死産となった事件の判決である。生まれていない子の不法行為による死亡を訴訟原因として認めることが、ミズーリ州の不法行為死亡法⁽⁴⁹⁾の目的に合致するか否かに関して、ミズーリ州最高裁判所において検討された。判決文では「不法行為死亡法の明白な目的は、限定された当事者に対して、被告の過失がなかったならば生きていたであろうひとにおける仲間づきあい⁽⁵⁰⁾(companionship)、『慰安』(comfort)、『教育』(instruction)、『指導』(guidance)、『相談』(counsel)、『教練』(training)、『保護』(support)の喪失に関する賠償を規定することである⁽⁵¹⁾。また、不法行為死亡法は危険な行為の代価を行為者に負わせ、それによって不法な行為を抑止しようとする立法の意図を包含している。子宮内の胎児を死亡させた不法行為者が、胎児に侵害を加えその結果出生後に胎児(子)を死亡させた不法行為者よりも好意的に扱われることを支持する理由はない。生まれていない子にかすり傷を負わせるよりも死亡させる方が、不法行為者にとって有益であるのは不合理である。さらに、子が出生後すぐに死亡した場合に被った損失と出生前に死亡した場合に被った損失を区別することは困難である。」と述べ、生存能力のある胎児の死亡に関する不法行為死亡訴訟を認めることは、法律が可決さ

れたときの広い目的と一致するとした。また、法律の条文中に、このような訴訟を否定する規定が認められないことも、この結論を支持する理由のひとつとしてあげられている。

さらに本判決では、胎児を不法行為死亡法における「ひと」と考えることができるか否かについて検討された。「ひと」という語は一般の演説、哲学、心理学、法律においてそれぞれ異なった意味で使用されており、ひとつの明白な意味をもつものではない。それゆえ、この語は法律が可決されたときの目的に照らして解釈されなければならない。胎児の死が、立法部が救済を意図した損失に含まれるか否かということが問題である。法律の背後に三つの基本的な目的を認めることができる。それは①死亡後に残されたひとの損失の賠償を規定すること、②不法行為者が自分の行為の結果に対して支払をすることを保証すること、③一般論として死に至るような有害な行為を抑止することである。

これらの目的は死亡者（子宮内で死亡した胎児）が生まれようが生まれまいが等しい効力をもつて適用されるということとは明らかである。両親は望んでいた子の損失に関して保護されること、あるいは損失を賠償されることにおいて明らかに利益を有する。胎児自身は出生前の傷害から保護されることにおいて利益を有する。したがって、不法行為死亡法におけるひとという語は、子宮内の胎児を含む。」と結論した。⁽⁵²⁾

また、このような訴訟を否定する根拠のひとつである因果関係の証明の困難性については、胎児の成長や健康、そして治療について医学がほとんど無知であった時代であれば主張されてもよいが、現代の知見に照らすと擁護できるものではないとした。

さらに、このような問題は立法部の問題であって裁判所が決めることではないという主張に対して、この領域に関わる意図が立法部に認められないのであれば、不法行為死亡訴訟が裁判において発展するよう司法部に委ねられていると考えるべきであると主張している。それゆえ、ミズーリ州不法行為死亡法は、生存能力のある胎児が第三者の不

法行為により出生前に死亡した場合において、その死産児が訴訟原因をもつことを規定しているという結論に至った。

③Summerfield v. Superior Court判決 (一九八五年)⁽⁵³⁾

Summerfield判決はアリゾナ州不法行為死亡法の「ひと」という語の解釈について詳細に検討している。本事件は、糖尿病の既往がある妊婦に対して、医師が慎重な周産期管理を怠ったため子宮内で胎児が死亡し、妊娠三七週で死産となったものである。アリゾナ州不法行為死亡法における「ひと(person)」という語は、生存能力のある生まれていない子を含むとアリゾナ州最高裁判所は解釈した。そして「生存可能な胎児が出生直前に死亡した場合にはひとではなく、出生直後に死亡した場合にはひとであるという前提に何の論理性もない。科学の進歩は医師を薬剤とメスで武装させ、出生の時期を決定する力を与えた。不法行為死亡法が胎児をどの段階でひとと認めるかは、母親から独立して生命を維持する能力を胎児が獲得した事実根拠を根拠としている。しかし、この線引きは人為的なものであり、その時期を決定するのは困難である。恣意的にならずにそういった線引きをすることは不可能であるが、遺族に対する損失の認定の問題に関しては、出生の瞬間よりも生存能力獲得時点の方が恣意的でなくより論理的である。」と主張した。⁽⁵⁵⁾

また、「不法行為死亡法の制定および現在の法律の下での語句の解釈において、犠牲者の死亡により生じた損失を遺族は賠償される法的権利をもっていることを立法部は認めている。賠償に関しては、新生児の死亡による損害と生存能力のある胎児の死亡による損害の間には量的な差異があるかもしれないが、質的な差異はない。なぜなら、それは子の死による損失を救済するという両親の同じ権利を反映しているからである。傷害された胎児が生きて生まれた後に死亡した場合に救済を認め、生存能力のある胎児が分娩時に死亡した場合に救済を認めないという人工的な制限を設けるよりは、生存能力を獲得した後に死亡した胎児の遺族に救済を認める方がより賢明であると思われる。ひとと

いう語を狭く解釈することは遺族への賠償を否定するだけではなく、胎児を保護するという明確な立法の目的に反することになる。」と述べ⁽⁵⁶⁾、遺族に賠償をするという救済上の目的とともに、胎児を保護するという目的も立法の意図の中に見いだされなければならないとした。そして、死産児の遺族に対する賠償と胎児の保護という立法の目的は、第三者の過失により死亡した生存能力のある胎児を損害賠償により救済するように要求していると結論した。

④ Werling v. Sandy 判決（一九八五年）⁽⁵⁷⁾

Werling 判決において、オハイオ州最高裁判所は、Stidam 判決と同様、生存能力のある胎児が子宮内で死亡した場合に、その子は不法行為死亡法⁽⁵⁸⁾における「ひと」とであると判断した。しかし、その根拠は、Stidam 判決とは異なるものであった。「本法の目的は、基本的に被害者が死亡しなかった場合に、損害賠償により被害者の救済を規定するものである。」として、本法の救済を目的とする性質に根拠を求め、「不法行為死亡法の目的は、不法行為者の重大な侵害行為が生まれていない子の死亡をひきおこしたにもかかわらず、その責任を免除されるということ認めないことによって、コモン・ローにおける不均衡を緩和することである。」と主張した。⁽⁵⁹⁾さらに「もし第三者による傷害が原因で子が子宮内で死亡した場合、出生の基準を適用すると子の不法行為による死亡に関する損害賠償請求は認められない、一方、その傷害の程度が軽く、子が生存していた場合には損害賠償が認められるという不合理が生ずる。また、胎児が傷害後短時間で死亡した場合は損害賠償請求が認められず、死亡が数時間あるいは数分遅れ、その胎児が出生後に死亡した場合は請求が認められるという論理的な矛盾も生ずる。」と主張し、⁽⁶⁰⁾出生を救済の境界線とすることに対して疑問を投げかけた。

⑤ DiDonato v. Wortman 判決 (一九八七年)⁽⁶¹⁾

DiDonato 判決において、ノースカロライナ州最高裁判所は、生存能力の基準を採用して、妊娠一〇か月の死産児は不法行為死亡法における「ひと」に含まれると判断した。不法行為死亡法の立法の歴史、そして広く救済を目的とする法の趣旨を考慮すると、「ひと」という語の意味が不明瞭のままとされているのは、生存能力をそなえた胎児の死亡に関して、損害賠償請求訴訟を認めるよう解釈することを司法に要求していると判断した。本判決は、制定法中の条文の解釈にその根拠を求めている。ノースカロライナ州の不法行為死亡法は「ひとの死亡が他人の不法行為や過失あるいは怠慢に起因する場合に、傷害を受けたひとが生きていると仮定したときに、損害賠償請求権が認められるであろうひとに不法行為死亡訴訟の訴権が存在する。」と規定している。この規定は「もし死亡者が生きていた場合に、過失や他の過誤行為に対して訴訟を提起できるなら、死亡した場合でも受益者は不法行為死亡訴訟を行うことができる。」という意味であり、生きて生まれた子は出生前の傷害という不法行為に対して損害賠償請求をすることができるのであるから、子宮内で死亡した生存能力のある胎児も不法行為死亡訴訟を提起することができる⁽⁶²⁾と結論した。さらに、生存能力をそなえた生まれていない子が、不法行為死亡法に規定されたひとに含まれるということを認めることは、危険な行為を抑止することにつながり、この法律の根底にある胎児の保護という政策を進めることになるとの見解を示した。

(二) 生存能力のない胎児の死亡と損害賠償

① Presley v. Newport Hospital 判決 (一九七六年)⁽⁶³⁾

ロード・アイランド州最高裁判所は Presley 判決において、不法行為死亡法における「ひと」という語は、生存能力

をそなえているか否かに関係なく、子宮内で死亡した胎児すべてを含むと解釈した。本事件は、分娩誘発のため入院した妊婦が、陣痛促進剤の投与および胎児管理における医師の過失のため、胎児は生存能力をそなえていたにもかかわらず子宮内で死亡し、死産となったものである。本件の死産児は生存能力をそなえていたと考えられるが、判決では不法行為死亡法の解釈にあたり、胎児は生存能力があるうとなかろうと、不法行為死亡法における「ひと」にあたるとの見解を示した。胎芽は妊娠成立のときから独立した存在になるという判決⁽⁶⁵⁾や、医学的見解と一致させるには卵子が受精した瞬間から分離独立した生物であると主張する判決⁽⁶⁶⁾があることを前提とし、本判決では不法行為死亡法の救済を享受する「ひと」と非生物である「もの」との間に生存能力という恣意的で不確実な概念を持ち込むことを否定し、生存能力の有無にかかわらず胎児を救済すべきであるという見解を示した。

②Ranbo v. Lawson判決（一九九〇年）⁽⁶⁷⁾

Ranbo判決では、ミズーリ州控訴裁判所は、ミズーリ州の不法行為死亡法⁽⁶⁸⁾は生存能力のない胎児の不法行為による死亡に関して、胎児に訴訟原因を認めていると判決した。ミズーリ州ではすでに一九八三年のO'Grady判決で、ミズーリ州不法行為死亡法は、生存能力のある胎児が他人の不法行為により死亡した場合に関して訴訟原因を規定していると結論している（O'Grady事件は妊娠九か月の胎児であったので一般的に生存能力をそなえていると考えられる）。本事件は妊娠三か月の胎児が、母親の交通事故の影響で流産となったものであり、母体外での生存は不可能であり、出生時にはすでに死亡していたと考えられる。判決の中で「医療技術の進歩のため、かつては生存能力がないと考えられていた胎児も、現在では子宮外で生きていくことが可能になったという事実を考慮すると、生存能力は胎児の法的地位を決定するための正確な境界ではない。」と判断した。⁽⁶⁹⁾ また、「生存能力をそなえた胎児が、やがて訴訟原因をも

つことができるひとに発展することができるよう、生存能力のない胎児もやがて生存能力を獲得し、ひとに発展することができるのである。したがって、生存能力をそなえていない胎児も不法行為者によって加えられた侵害に関して損害賠償請求訴訟を提起することができる。」とし、請求を認めた。⁽¹⁰⁾

しかし、一九九〇年、前記Ranbo判決の上訴審⁽¹¹⁾においてミズーリ州最高裁判所は、裁判所が本事件で決定しなければならぬのは、生存能力のない胎児がやがてひとになるか否かということではなく、不法行為死亡法に規定するひとに該当するか否かということであるとして、再検討を行った。そして生存能力をそなえていない妊娠三か月の胎児は不法行為死亡法でいうところの「ひと」ではないとし、ミズーリ州控訴裁判所判決の見解を否定した。O'Grady判決では、子宮内で第三者の侵害行為を受けた生存能力のある胎児が、子宮内で死亡した場合と出生直後に死亡した場合を区別する合理的な理由がないとして生存能力のある胎児の不法行為死亡訴訟を認めたが、生存能力のない胎児については検討されていなかったため、本事件で新たな判断を迫られたことになる。ミズーリ州最高裁判所判決では、胎児が生きて生まれるか否かは確実なものではない、まして妊娠初期であれば不確かさはさらに増大すること、母親は独自の損害賠償請求訴権をもっていること、その後の妊娠につき流産が影響を与えるようなことがあれば、両親は損害賠償を請求可能であることなどを根拠として、生存能力のない胎児の死亡に関する不法行為死亡訴訟を否定した。

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

この領域は、難解な法領域のひとつである。混乱の原因は、医学用語の定義が一定していないことに起因している。混乱している用語のひとつに“viability”がある。Black's Law Dictionaryは“viability”を「生まれていない子の生

命が自然にあるいは生命維持装置により無期限に子宮外で維持できる発達段階」と定義している（子宮内での生存能力と区別するために、以下「子宮外生存能力」という）。医学的にもほぼ同様の概念と考えてよい。しかし、胎児が妊娠のいかなる時期に“viability”を獲得するかという問題になると、それを正確に決定するのは難しい。医学的に胎児が生存能力をそなえている場合、つまり子宮外において生存の可能性がある場合には娩出後積極的に救命措置を行う。しかし、胎児が生存能力をそなえているか否かは個々の妊娠によつて異なるので、医学的にも一概に妊娠週数で決めることはできないが、その時期はおおよそ妊娠二四週から二八週あたりと考えてよい。⁽⁷²⁾

“viability”の本質は、子宮外で生存する能力である。つまり、子宮外で独立して生命を維持できる能力である。胎児が子宮外で生存する能力という場合、人工呼吸器の助けを借りなければ生存できない場合と自力で呼吸し生存できる場合がある。また、呼吸は自力でできるが、未熟性に起因する呼吸筋の疲労のため、呼吸を継続することができない場合もある。“viability”という場合には、人工呼吸器等の医療行為の力を借りて生存することが可能である場合を含めており、医学的事実と照らし合わせても妥当であろう。⁽⁷³⁾

“viable”と“nonviable”の区別については、混乱をきたしており、日本語訳との関係をここで整理する。まず、“viable”はBlack's Law Dictionaryの定義では、子宮外で生命を「無期限」に維持できる発達段階としており、この意味を正確に日本語に訳すと「長期子宮外生存能力」となる。これに対して、生きて生まれたが、生命維持装置の力を借りても短期間しか生存できない場合は“nonviable”となり、「短期子宮外生存能力」はそなえているが「長期子宮外生存能力」はそなえていないことになる。また、“nonviable”には全く子宮外での生存能力がない場合、つまり妊娠初期の胎芽のように、子宮外では全く生存不可能な場合も含まれる。したがって、この場合を「子宮外生存不可能」と表現すれば、より正確にそれぞれの状態を表すことができる。本論文では、“nonviable”を単に「生存能力がない」

と表現しているが、その意味は「長期子宮外生存能力はないが、短期子宮外生存能力をそなえる」あるいは「子宮外生存不可能」のいずれかということである。

もうひとつ“birth”という語の定義も混乱している。“live”という語と組み合わせると“live birth”(出生)という語句が使用される。一般に、生存能力をそなえた胎児が生きて生まれた場合に“live birth”という。しかし、厳密には生存能力のない(長期子宮外生存能力のない)胎児でも生きて生まれること(“live birth”)があり、短時間ではあるが子宮外で生存することがある(生存といえるかは疑問であるが)。初期の判決においては、生存能力のある胎児の出生を“live birth”と考えていたようであるが、現在では、生存能力のない胎児が生きて生まれた場合の損害賠償請求権を争点とする訴訟も出現している。生存能力のない胎児が娩出され、数回あえぎ呼吸を行った場合も、生きて生まれたとされるのかという問題もあり、“live birth”(生きて生まれること)の定義自体が変化を迫られている。

“live birth”は、“stillbirth”の対義語である。生きて生まれるという意味は死産ではないと考えることができる。わが国では昭和二十一年の厚生省(現在は厚生労働省)令「死産の届出に関する規定」の中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。したがって、死産の対義語としての「生産」(出生と同義)とは出産後において、心臓拍動、随意筋の運動あるいは呼吸のいずれかを認めるものということになる。心臓拍動は血液の循環を意味しているが、血液循環があっても随意筋の運動や呼吸がないこともあるので、生産か死産かを正確に判断するには心臓拍動(血液循環)の有無を確認する必要がある。

(二) 生存能力からみた胎児死亡の分類

Cory Hicksは、他人の不法行為による胎児の死亡に関する事例の分析を行うにあたり、これらを四つに分類した⁷⁴。第Ⅰ分類は生存能力をもつ胎児が生きて生まれたが、子宮内で受けた傷害を原因として出生後に死亡した場合、第Ⅱ分類は生存能力をもつ胎児が、子宮内で受けた傷害により子宮内で死亡し死産となった場合、第Ⅲ分類は生存能力のない胎児が生きて生まれたが、まもなく死亡した場合、そして第Ⅳ分類は生存能力のない胎児が死産となった場合である。現在では、アメリカ合衆国のすべての法域で第Ⅰ分類に属する子に不法行為死亡訴訟を認めており、胎児における不法行為死亡訴訟の議論は第Ⅱ分類の胎児に対して損害賠償請求権を認めるか否かということを中心として進展してきた。最近ではさらに進んで、第Ⅲ分類の子の損害賠償請求を認める州も少数ながら出現している⁷⁵。また、上記四分類のすべてにおいて子（胎児）に損害賠償請求権を認めている州も存在する⁷⁶。

Cory Hicksの分類を図に示すと以下のようなになる。

上述したように、「nonviable」には「短期子宮外生存能力」はそなえているが「長期子宮外生存能力」がないという意味と「子宮外生存不可能」という意味があり、医学的事実をふまえ正確に分類するならば、これらを区別して考える必要がある。出生直後に啼泣したが、救命治療にもかかわらず死亡した子は「短期子宮外生存能力」をそなえていたが、「長期子宮外生存能力」はそなえていないことになる。「子宮外生存不可能」を、胎児が分娩時のストレスに耐えられず分娩中に死亡する場合と定義することにより、これらの関係は明確になる。「子宮外生存不可能」である場合は、生きて生まれることはなく必ず死産となる。これを図に示すと以下のようなになる。

〈Cory Hicksの分類〉

	live birth	stillbirth
viable	I	II
nonviable	III	IV

救命医療を施しても長期に子宮外での生存が不可能である場合とは、肺におけるガス交換ができない場合と考えるとよく、肺発生の観点から考えると妊娠二三週頃までを指すといえる。わが国の死産の定義から考えると、心臓拍動を認めれば「生産」ということになるので、「短期子宮外生存能力」と「子宮外生存不可能」の相違は、出生時に心臓拍動を認めるか否かという点にある。呼吸ができなければ間もなく心停止がおこるが、「生産」の定義を厳密に解釈すれば出産時に呼吸をしなくても心臓拍動があれば、生きて生まれたことになる。分娩時のストレスも様々であり、また胎児の予備力も個体差が大きいので、この境界点を妊娠週数で決めるのは困難である。「短期子宮外生存能力」をそなえた胎児であっても、肺におけるガス交換ができなければ、救命治療を施しても出生後まもなく心停止がおこるのであるから、損害賠償請求権を考えるにあたり両者を区別する必要はないように思われる。

(三) 生存能力の基準 (viability standard) への移行

一九四六年に初めて「出生の基準 (live birth standard)」が判決で採用されて以来、胎児のときに他人の侵害行為を受け、それが原因で障害をもって生きて生まれた子の損害賠償による救済が、すべての州で認められるようになった。そして、一九四九年にはアメリカ合衆国で初めて、生存能力をそなえた死産児について不法行為死亡法の適用が認められた。現在では大多数の州が、いわゆる「生存能力の基準 (viability standard)」を採用し、不法行為死亡法にもとづき死産児の損害賠償請求を遺族が行うことを認めている。⁽¹⁷⁾

		live birth	stillbirth
viable	長期子宮外生存能力	I	II
nonviable	短期子宮外生存能力	III	IV
	子宮外生存不可能		V

「出生の基準」から「生存能力の基準」に移行した理由には、三つの主要因があると分析されている。第一に、出生の基準を適用した場合に発生する不公正な結果である。⁽⁷⁸⁾たとえば、胎児が生きて生まれたが、分娩中の医療過誤のため出生後数分して死亡した場合は、遺族は損害賠償を受けることができる。しかし、同様の医療過誤の結果、胎児が子宮内で死亡した場合には、遺族は賠償を受けることができない。出生直前の死亡の場合には賠償額はゼロで、出生直後の死亡の場合は一〇〇%というall or noneの法則を適用するのは、医療が進歩し分娩が胎児にとって生死のハードルではなくなった現在、合理的とはいえない。よく引用される例として、いわゆる「双子の仮説」がある。生存能力をそなえた双子が、交通事故や医療事故で傷害を受けたとする。双子の一方が出生直後に死亡し、他方が子宮内で死亡したとする。この場合、出生の基準を適用すると、出生直後に死亡した子は損害賠償による救済を受けられるが、子宮内で死亡した子は受けられないことになる。⁽⁷⁹⁾

第二の理由として、中絶に関する議論で生存能力が強調されていたことがあげられる。胎児に生存能力がないということは、子宮外での生存は不可能であることを意味しており、それが中絶を認める大きな要因であった。一九七三年のRoe v. Wade判決で、連邦最高裁判所は、胎児が生存能力を獲得するまでは、州は胎児の生命を保護するために権力を発動できないという見解を示し、生存能力の有無が判断の要素であることを示した。

第三の理由は、「出生の基準」は悪質な不法行為者に有利に働く可能性を内在している点である。「出生の基準」にもとづくと、不法行為者が生存能力をそなえた胎児を傷害し、その後胎児が生きて生まれた場合、その不法行為者は責任を追求されるが、胎児を子宮内で死亡させた場合は責任を免れることになる。生存能力をそなえた胎児を侵害した不法行為者は、胎児の生死に関係なく損害賠償の責任を負うべきである。生存能力をそなえた胎児を死亡させた不法行為者が損害賠償の責任を免れるとすると、その胎児は民事法上の救済を受けられないことになる。⁽⁸⁰⁾このような不

公正を是正するために、胎児の発達段階にもとづく「生存能力の基準」へと判例は考え方を変化させていったのである。

(四) 生存能力の基準以降

生存能力の基準は大多数の州に普及したが、多くの批判がなされた。生存能力という曖昧な基準を適用することは、他人の意図的なあるいは過失のある行為によって受けた侵害を、明確な基準をもって犠牲者に賠償するという不法行為法の基本的原理に反するとし、あまりに自由裁量の要素が強いと批判された。また、胎児の生存能力は、母親と子の健康状態、そしてその発育段階に付加する他の多くの要因の影響を受ける相対的なものであるので、損害賠償を認めるか否かの判断にあたり、生存能力の有無を正確に判定することは不可能であると指摘されている。⁽⁸¹⁾

生存能力は曖昧な基準であり、ある妊娠週数を境界点として設定することはできない。しかしながら、最近の新生児医療の進歩から考えると、子宮外生存が可能（肺でのガス交換が可能）となる妊娠二二―二四週を境として生存能力を獲得すると線引きをしてもよいのではないだろうか。⁽⁸²⁾

(五) 生存能力のない死産児に関する損害賠償請求

極めて少数ではあるが、不法行為死亡法のもとで、生存能力の有無に関係なく死産児の不法行為死亡訴訟を認めている州が存在する。⁽⁸³⁾ 重要なのは、このような胎児の救済を認める州の多くは、立法部がその方向性を示している点である。

ミズーリ州とサウスダコタ州は生存能力のない胎児が他人の不法行為により死亡した場合に、その不法行為死亡訴

訟を認めることにおいて議会主導の事例を提供した。

前述したように、ミズーリ州最高裁判所は、*Rambo v. Lawson* 判決（一九九〇年⁽⁸⁴⁾）において、立法の主旨が明確にされているとはいいがたいとして、ミズーリ州不法行為死亡法⁽⁸⁵⁾のもとで生存能力のない死産児の救済を否定した。しかし、その後の *Connor v. Monkem Co., Inc.* 判決（一九九五年⁽⁸⁶⁾）は、*Rambo* 判決を覆した。本事件は、妊娠四か月の妊婦が車の助手席に乗車中にトレーラーに衝突され、妊婦および胎児が死亡したというものである。*Connor* 事件では、裁判官は *Rambo* 事件後に制定されたミズーリ州法⁽⁸⁷⁾にもとづいて判決をくだした。その法律は、生まれていない子は基本的に法的な「ひと」であり、他の「ひと」と同様の恩恵と保護を受けると規定している。*Rambo* 判決において、ミズーリ州最高裁判所は立法の意図を推測せざるを得なかった。しかし、*Rambo* 判決直後に議会は判決と異なる見解を表明し立法化したため、ミズーリ州最高裁判所は、今回の *Connor* 判決においては、明確にされた議会の見解を参考にして判決をくだすことができたのである。

また、サウスダコタ州では一九八四年以前の不法行為死亡法は、他州の規定と同様、曖昧な制定法であった。しかし、一九八四年に議会が不法行為死亡法⁽⁸⁸⁾に「生まれていない子」という明白な語を含むよう修正した。*Wiersma v. Maple Leaf Farms* 判決（一九九六年⁽⁸⁹⁾）において、サウスダコタ州最高裁判所は、議会の修正をすべての発達段階の胎児は不法行為死亡法により救済されると解釈した。裁判所は、一九八四年の不法行為死亡法修正において、議会が胎芽や胎児あるいは他の医事法的な語を用いずに「生まれていない子（unborn child）」という語を使用したのは、子宮内の子すべてを含み、生存能力の有無によって胎児を区別しないという議会の意図のあらわれであると考えた。

(六) 胎児の損害に関する考察

不法行為死亡法にもとづく損害賠償請求における損害の内容は、第一に加害行為による傷害の治療費や葬儀費用などの実際の費用である。これは算定が比較的容易である。第二に死亡者の将来の予測される収入および近親者との関りの喪失 (the loss of companionship) である。近親者との関りの喪失は主観的なものであり、経験的な算定になじまないが、遺族が経験する情緒的な苦痛や苦悩を金銭的に計算する。第三に懲罰的損害賠償がある。これは特別な損害に対する賠償というよりはむしろ加害者を罰するための損害賠償であり、加害者の故意あるいは過失の程度が重大なときに限り請求が認められる。

胎児が第三者の加害行為により子宮内で死亡し、不法行為死亡法にもとづいて損害賠償を請求する場合、胎児の損害とは何か、また賠償額はどの程度が適当かという問題がある。損害賠償額は陪審で決定されることが多く、損害賠償を認めるか否かという問題を審理することが多い上訴審では、検討される例はほとんどない。American Law Report 3d⁽⁹⁰⁾は、損害の内容に関して議論になった判例を検討しており、それを参考にして考察する。

①Gulborg v. Rizzo判決 (一九六四年)⁽⁹¹⁾

時代は遡るがGulborg判決では、生存能力のある胎児が子宮内で死亡した場合の不法行為死亡訴訟において、訴訟原因の有無の他に損害賠償金額が問題となり上訴審で検討された。この事件は、妊娠六か月の妊婦が交通事故にあり、それが原因で死産となったものである。陪審が死産児の財産的損害 (stillborn child estate) として五、〇〇〇ドル、葬儀費用として一五八ドルを賠償金として認めた。ペンシルベニア州法では、死亡者が二一歳以降予測される生存期間に見込まれる所得を、現在の価値に基づいて計算し損害賠償額が決定される。そして実際の損害額の算定にあつ

ては、子の身体的な状態や両親の生活状態、そして子の予測される将来の収入が考慮されるべき要素であるとされた。これらを考慮すると、死産児の財産的損害 (stillborn child estate) を陪審が五、〇〇〇ドルと評価したのは妥当であるとされた。

② Todd v. Sandidge Constr. Co. 判決 (一九六四年)⁽⁹²⁾

Todd 判決は、生存能力のある胎児が子宮内で死亡した事例である。本事件は、妊娠八か月の妊婦が自動車に乘客として乗っていたところ、交通事故にあい車外に投げ出され、それが原因で胎児が死亡したものである。下級審では訴訟原因がないとされたが、本判決は下級審の判断を否定し、死産児の訴訟原因を認めた。議論の中心は死産児に不法行為死亡法における訴訟原因が存在するか否かという問題であるが、判決の最後で損害について触れている。それによると子を失ったことに関する損害は、母親の身体的・精神的苦痛に関する損害に含めて賠償されるという考え方もある⁽⁹³⁾。たとえば、カリフォルニア州不法行為死亡法のもとでは、両親が子との関わりや子への愛情を喪失したこと (loss by the parents of the companionship and affection of the child) が賠償されるべき損害であるとした。

③ Rice v. Rizk 判決 (一九七〇年)⁽⁹⁴⁾

本事件は、正期産の時期 (生存能力獲得後) に入った妊婦を診察する際の医師の過失により、妊婦が子宮内感染をおこし女兒を死産したものである。母親は医師に対して、慰謝料 (pain and suffering)、医療費、子の労働能力の喪失 (destruction of power to earn money)、葬儀費用を損害賠償として請求し、提訴した。陪審では、慰謝料三七五ドル、医療費五〇〇ドル、葬儀費用一二五ドルを認めたが、子の労働能力の喪失に関しては賠償を認めなかった。

④ Jones v. Karaker 判決 (一九八三年)⁽⁹⁵⁾

本事件も、生存能力のある胎児の不法行為死亡訴訟である。陪審は、子の損害として特徴づけられたものはないにもかかわらず、死亡した胎児に関する金銭的損害 (substantial pecuniary loss) を推定して、総額二二五、〇〇〇ドルの賠償を認めた。このため被告が損害額について争ったのが、本判決である。胎児は生存能力があり、被告の過失行為がなかったならば正常で健康な子として生まれてきたであろうこと以外に特記すべき特徴はないので、賠償額は二〇、〇〇〇ドルが上限であると被告は主張した。判決は陪審を支持したが、Simon 裁判官は反対意見のなかで、生存能力をもつこと以外何の利点もそなえていない、つまり、胎児が死亡しなかった場合、その子が労働能力をもっているという証拠もないし、金銭やサービスを近親者に提供するという証拠もない胎児の価値としては高額すぎると主張した。⁽⁹⁶⁾

⑤ Kammer v. Hurley 判決 (二〇〇〇年)⁽⁹⁷⁾

本事件は、四〇歳代で結婚した夫婦が妊娠し、わが子の誕生を心待ちにしていたが、分娩時に自力では娩出できなかったため医師に帝王切開を希望したところ、痛みに弱い腰抜けとのしられ、最終的に医師の誤った吸引分娩により胎児の頭蓋骨が骨折し出生直前に死亡したものである。両親は、精神的苦痛および苦悩と医療費に関して、医師に損害賠償を請求した。陪審では、過去の医療費について二二、一四八ドル、セラピストによる過去の治療にかかった費用として四、四五五ドル、セラピストによる将来の治療にかかる費用として一〇、五〇〇ドル、そして両親の精神的な苦痛および苦悩に対して、それぞれ二、五〇〇、〇〇〇ドルの賠償を認めた。正期産の胎児が出生直前に死亡したものであり、二、五〇〇、〇〇〇ドルの損害賠償金は決して法外ではないとされた。この例では、不法行為死亡訴訟における損

害賠償の範疇にはいるのは、両親の精神的な苦痛および苦悩であり、その他は母親の傷害に関する損害賠償に分類されると判断した。

損害の内容に関して検討されている判例では、子の予測される将来の収入、両親が子との関わりや子への愛情を喪失したこと、そしてKanner判決にみるような懲罰的損害賠償がその内容とされている。何を損害と考えるかは判決ごとに異なり、統一的な基準はないと考えられる。また、賠償額については、通常の裁判では賠償額は陪審で決定され(常識的な額を著しく逸脱している場合は裁判官による修正が行われる)、また上訴審では訴訟原因の有無が争われることが多いため、上訴審で賠償額に関して議論となる判例は少ない。

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

大部分の裁判所は、不法行為死亡法のもとでは、生存能力のない胎児(Cory Hicksの第Ⅲ、Ⅳ分類)に損害賠償請求権を認めることに反対している。しかし、今後はこのような胎児の損害賠償請求権の有無が議論の中心になると考えられる。裁判所はすべての胎児に法的な保護を拡大するか否かの判断を下すことを要求されるであろう。

第Ⅲ、Ⅳ分類の胎児に損害賠償請求権を認めると裁判所が判断する過程には、ふたつの方法が考えられる。ひとつは立法部(州議会)が制定法を修正した後、裁判所がそれにしたがう方法であり、もうひとつは裁判所が立法部の導きなしに、独自の解釈論によってこの問題を解決する方法である。

第三者の不法行為によりひとが死亡した場合の損害賠償請求権は、コモン・ローに根拠をもつものではなく制定法の創作物である。法を制定したのは議会であり、議会は法の限界を明確に規定することができる。したがって、こ

のような問題を解決するのは議会の役割であるという意見がある。⁽⁹⁸⁾これに対して、判例により胎児の保護の範囲の拡大を図った州もある。アラバマ州最高裁判所のMaddox判事は、胎児の権利を拡大するのに反対している今日の議論は、Dietrich事件やBonbrest事件などの初期の事件でなされた議論と何ら変わりはなく、①先例の欠如②議会への敬意(議会が胎児の保護の拡大を明言していないので、裁判所は保護の拡大に踏み切れない)③胎児は母親の体外で生きることができないという科学的主張(単一生物理論)④詐欺的訴訟の多発の危惧を反対の理由としている。一般的に、生存能力のない生まれていない子の救済を否定する裁判所は主として先例の欠如を主張し、⁽⁹⁹⁾救済を認める裁判所は政策論(立法の目的)を中心に議論を展開している。

また、生存能力のない生まれていない子の損害賠償請求訴権を認めない州の主張のひとつに、胎児の権利を拡大している州は極めて少数にすぎないというものがある。胎児保護の範囲拡大を支持する法域は、極めて少数派であると主張する。しかし、胎児の不法行為による死亡に関する損害賠償請求の歴史をみると、今日一般的に認められている見解すべてに先例があったわけではない。現在、すべての州が採用している「出生の基準」は、Bonbrest判決において一九四六年に初めて採用されたのである。先例がないために、不法行為死亡法に生存能力のない生まれていない子を含むことができないというのは、その根拠が薄弱である。Nealis判決においても、「政策(policy)、法の目的」から考えて必要であれば時代遅れの先例に拘束されることはない。」という見解が示されている。

不法行為死亡法にすべての胎児の保護を含むか否かを判断することを要求された裁判所の大多数は、判決を下すにあたり議会(立法部)の見解にしたがうべきであるとの判断を示している。多くの判決において「不法行為死亡法は議会が制定したものであり、議会が見解を明確にしないがために制定法の解釈を裁判所が行わなければならないとするならば、制定法がコモン・ローの一部修正であることを考慮すると、裁判所は制定法を狭義に解釈せざるを得ない

ということになる。⁽¹⁰⁾という見解が示され、胎児の保護を拡大するには議会がその旨を宣言するべきであるとしている。これに対して、不法行為死亡法は救済的な法であり、それゆえに自由に解釈されるべきであるという主張がある。不法行為死亡法を広義に解釈し、生存能力のない生まれていない子を同法に含むよう解釈することは、立法部に対する敬意を損なうものではなく、したがって制定法を広義に解釈することを否定する理由にはならないと主張する。⁽¹¹⁾また、不法行為死亡法の損害賠償請求訴権者に生存能力のない生まれていない子を含まない法域では、その根拠のひとつとして生存能力のない胎児は子宮外では生き延びることができないという医学的証拠を理由としてあげている。医学的事実を根拠とするならば、現代科学は「ひとの生命は受精時に始まる」ということを当然のこととして受け入れているのであるから、生存能力の基準の利点を主張する科学的議論自体、今後意味のないものとなる可能性もある。

さらに、そのような法域では、不法行為死亡訴訟における胎児の権利の拡大は多くの誤った請求につながると主張する。妊娠中には胎児の生命や発育に影響を与える種々のトラブル（たとえば自然流産や妊娠高血圧症候群など）が発生することを考えると、胎児を死亡させるに至った侵害行為がなかった場合の状態を推測することは非常に困難である。実際、傷害が受精時に近ければ近いほど、原因を特定するのは困難となる、しかし、これは生存能力のない死産児の救済を否定する正当な理由にはならない。証明の困難さはすべての事例で同様である。したがって、原告は誤ったあるいは混乱した請求をするかもしれないが、合法的で証明可能な請求を除外することが正当化されることはない。⁽¹²⁾

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

不法行為死亡法における胎児の扱いが州により異なるのは、裁判所が胎児の人格 (personhood) とは独立して胎児

に法的地位を与えているためであるとManta K. Shah⁽¹⁰⁴⁾は主張する。つまり、判決は不法行為死亡法における「ひと(person)」という語が胎児を含むか否かを判断したものであり、「胎児はひとか」という根本的な問題を解決したわけではない。法廷では、不法行為死亡法における胎児の扱いを決定するにあたり、立法の主旨、制定法の目的、論理学、制定法の構成の原則、先例、そして医療技術の発展などの種々の要因を比較衡量するという分析方法を用いており、これらの要因を取捨選択することにより胎児の法的地位を巧みに調節していると批判する。胎児の法的扱いに関して差異を生じないためには、胎児を「潜在的な生命(potential life)」として認め、妊娠成立時に胎児に法的地位を与えるべきであると、Mantaは主張した。その根拠は以下の四点に要約することができる。

第一に、「胎児を潜在的な生命と認めるためには、必要条件としてRoe v. Wade判決との整合性が保たなければならない。Roe v. Wade判決では、州は胎児の生命を保護することにおいて、法的で強制的な利益をもつとする一方で、女性には憲法上のプライバシーの権利をもち、そしてその権利は妊娠を継続するか否かを選択する権利を含んでいるとされた。この選択の権利は、胎児が生存能力を獲得するまでは、胎児を保護する州の利益よりも重要であるとされた。このことは、女性にある状況のもとで中絶の権利を認めることを意味するが、胎児を破壊する一方的な権利を第三者に与えるということではなく、潜在的生命理論とRoe判決とは矛盾するものではない⁽¹⁰⁵⁾。」と説明した。

第二に、「潜在的な生命は、生存能力獲得時あるいは獲得後と同様に妊娠初期においても潜在的であるといえる。妊娠中に増加するたったひとつの利益は、潜在的な生命が『生命となる可能性』である。生命となる可能性を保護する利益は、胎児の発育にとって最も重要な期間である妊娠初期および生存能力獲得に先立つ時期に胎児が保護されるならば、より効果的に満たされることになる。」と主張する⁽¹⁰⁶⁾。外界の影響の受けやすさを考えると、生存能力を獲得した時期以降に胎児に危害が加えられるよりも、それ以前に加えられる方が胎児が死亡する可能性が高いという事実も、

この主張を支持している。

第三に、法的地位を妊娠の時点⁽¹⁰⁷⁾で胎芽に与えることは、明確な基準を規定することになると主張する。「胎児の生存能力の有無を正確に判断することは、実際には不可能である。胎児が生存能力を獲得する時点を決定するには、妊娠週数、遺伝体質、母親の特質、そして出生前の医療利用の可能性や質などの多数の要因を考慮しなければならない。このため、胎児傷害時における胎児の生存能力の有無を判断するのは困難である。したがって、生存能力を根拠とする胎児の法的地位の決定は推測にもとづくことになる。医療技術が進歩し胎児が子宮外で生活できる時期が早まれば、それにしたがって生存能力の獲得時点は変化する。妊娠の時点から胎児（胎芽）に訴訟原因を認めることは、進歩し続ける医学に合わせて基準を繰り返し再評価する費用と労力の両方を省くことになる。」と説明している。⁽¹⁰⁸⁾

最後に、「胎児を潜在的生命と考えることは、不法行為死亡法と堕胎法の目的をさらに効果的に促進する。つまり、胎児の死亡をきたした不法行為に厳しい罰を科すことは、同様の犯罪をおかすことを抑止する。さらにそのような基準は妊娠を継続することを決定する母親の利益と権利を保護することになる。」と説明している。⁽¹⁰⁹⁾

このように、妊娠の瞬間に「潜在的な生命」が誕生するとして、胎児がひとと同様の法的地位を享有すると考えることは、医学的にその時期を正確に決定することが可能である。確かに生存能力の基準と比較すると基準の曖昧さはない。妊娠の瞬間とは、着床の時を意味していると考えられ、受精から着床までは「潜在的な生命」とは見なされないわけであるが、受精しても着床しなければ妊娠は成立したとはいえないので、この基準は生殖補助医療との整合性も保っている。

6 まとめ

アメリカでは、不法行為死亡法に規定する「ひと(person)」に胎児が含まれるか否かがこれまでの議論の焦点となっていた。そして、胎児が「ひと」に含まれるとすると、今度は「生きて生まれたか否か」あるいは「生存能力をそなえているか否か」により場合分けをして、その損害賠償の是非について検討されてきた。前述したCory Hicksの四分類によると、第I分類(viable, live birth)では子の損害賠償請求を全州で認めるようになり、第II分類(viable, stillbirth)、第III分類(nonviable, live birth)、第IV分類(nonviable, stillbirth)では州により見解が異なっている。最終的には、第IV分類(nonviable, stillbirth)における胎児の損害賠償請求訴権を認めるか否かという議論になっていくと推測される。

不法行為死亡訴訟における胎児の損害については、判例ごとに異なり必ずしも明確されているとはいえないのが現状である。胎児の労働能力や親子の人間関係の喪失を損害とする判例が多いようであるが、その金額はそれほど多くはない(懲罰的損害賠償を認めた場合は例外であり高額となる)。

Manta K. Shahが述べているように、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理論は注目値する。この場合、損害は「潜在的な生命の侵害」ということになるが、損害を「ひとになる可能性の侵害」と考えると、妊娠初期と後期とで損害の程度に差を設けることができる。妊娠週数が進むにつれ「ひとになる可能性」は増大するので、胎児が侵害行為を受けた場合、それにもなつて損害賠償額も増大すると考えるのは理にかなっている。わが国では、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るとしたうえで、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う考え方もある。⁽¹⁰⁾「ひとになる可能性の侵害」という概念は、この考え方にひとつの根

扱を与えるものであるが、胎児に人間としての価値を認めるのではなく、胎児はあくまで胎児として「ひとになる可能性」をもち、その「ひとになる可能性」の評価が妊娠週数により異なるという考え方である。わが国の場合、墮胎罪や母体保護法との調和を考慮すると、胎児がひとになる可能性は妊娠二二週以降に顕在化するとし、それまでは「ひとになる可能性」は極めて低いとするのが妥当であろう。当然のことながら、着床した瞬間からひとになる可能性がでてき、妊娠週数が進むにつれ次第に増大し出生によりひとになると考える方がより科学的である。しかし、肺の発生過程を重視し、外界とのガス交換が可能となる時期を過ぎた段階で、急激にひとになる可能性が増大するという考え方もできるのではないだろうか。二二週以降は次第にひとになる可能性が増大し、自力で子宮外での生存が可能となる妊娠三七週以降はひと（新生児）と同等に保護するべきであろう。現行民法の下では「胎児が出生前に他人の不法行為により死亡したときに、胎児自身に損害賠償請求権が生じ、それが胎児の遺族に承継される」と解釈することができないとするならば、上述の「ひとになる可能性の侵害」を両親が請求する慰謝料額に反映させるのもひとつの方法ではないだろうか。

今後、この理論を応用した判例が出現する可能性もあり、民事法にとって大きな転機となると期待される。^(三)

- (1) 胎児に対する侵害行為と生きて生まれた子の障害との間の因果関係を証明することが困難であると同時に、それを完全に否定することも困難である。このため多くの詐欺的請求が行われる可能性がある。
- (2) Note, Murphy S. Klasing, The Death of an Unborn Child: Jurisprudential Inconsistencies in Wrongful Death, Criminal Homicide, and Abortion Cases, 22 Pepp.L.Rev. pp.933-934 (1995).
- (3) Dietrich v. Inhabitants of Northampton, 138 Mass. 14 (Mass. 1884).
- (4) Mass. Pub. Stat. Ch.52, §17.

- (5) 関彌一郎「不法行為法における『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)一八頁以下では“single entity theory”は「胎母一体説」と訳されている。
- (6) 「生まれていない子は傷害の時は母親の一部である、子に関する損害は賠償されないほどかけ離れたものではないので、母親に賠償すれば足りる。」とした Dietrich 判決に、以降多くの事件が拘束された。
 大正三十四年 Allaire v. St. Luke's Hospital, 184 Ill. 359, 56 N.E. 638, 48 L.R.A. 225, 75 A.S.R. 176; Gorman v. Budlong, 23 R.I. 169, 49 A. 704, 55 L.R.A. 118, 91 A.S.R. 629; Buel v. United Railways Co. 248 Mo. 126, 154 S.W. 71, 45 L.R.A. (N.S.) 625, Ann. Cas. 1914C, 613; Nugent v. Brooklyn Heights Milwaukee Elec. Ry. & L. Co. 164 Wis. 272, 159 N.W. 916, L.R.A. 1917B, 334; Drobnier v. Peters, 232 N.Y. 220, 133 N.E. 567, 20 A.L.R. 1503; Stanford v. St. Louis-San Francisco Ry. Co. 214 Ala. 611, 108 So. 566; Magnolia Coca Cola Bottling Co. v. Jordan, 124 Tex. 347, 78 S.W.(2d) 944, 97 A.L.R. 1513; Newman v. City of Detroit, 281 Mich. 60, 274 N.W. 710; Smith v. Luckhardt, 299 Ill. App. 100, 19 N.E. (2d) 446.
- (7) Newman v. City of Detroit, 274 N.W. 710 (Mich. 1937); Buel v. United Rys. Co. of St. Louis, 154 S.W. 71 (Mo. 1913); Magnolia Cola Bottling Co. v. Jordan, 78 S.W. 2d 944 (Tex. Comm'n. App. 1935).
- (8) Allaire v. St. Luke's Hospital, 56 N.E. 638 (Ill. 1900).
- (9) 医学の進歩にもかかわらず、母親と胎児は別個の生命体であると考えられるようになった。
- (10) 56 N.E. 638 (Ill. 1900), *op.cit.*, pp.640-642.
- (11) Bonbrest v. Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946).
- (12) 87 N.E.2d 334 (Ohio 1949).
 本事件は、交通局が運行していたバスから妊婦が降りる際に、ステップを踏み外して転倒し、その傷害が原因で死亡、子は早産となり重大な後遺障害をもつに至ったというものである。判決では、子は傷害のときには生存能力をそなえており、母親の死亡により子も死亡するということはなく、母親と胎児は別個の生命体であるとして、子の損害賠償請求訴権を認めた。
- (13) Smith v. Brennan, 157 A.2d 497 (N.J. 1960).
- (14) 157 A.2d 497 (N.J. 1960), *op.cit.*, pp.504-505.
- (15) Nealis v. Baird, 996 P.2d 438 (Okla. 1999).
- (16) 生存能力のない胎児が生きて生まれるというのは、矛盾するように思われるが、「生存能力のない」という語の意味を「長期生存能

力がない」と解釈すると理解可能である。胎児の生存能力と生産（出生）・死産の関係については、3(二)で詳述した。

(17) オクラホマ州法 section 1053, title 12 では以下のように規定している。

「他人の不法行為あるいは不作為によってひとが傷害を受けたときに、被害者は加害者に対して訴訟を提起することができるのと同じように、他人の不法行為あるいは不作為によってひとが死亡した場合、被害者の訴訟後見人は、加害者あるいは加害者が死亡している場合はその訴訟後見人に対して訴訟を提起することができる。」

(18) *Nealis v. Baird* 判決以前のオクラホマ州の判例法は、生存能力の基準を採用していた。この基準は、他人の侵害行為により子宮内で死亡した胎児についても適用されていた。たとえば、*Evans v. Olson* 判決 (1976 OK 64, 550 P.2d 924) では、生存能力をそなえた胎児が死産となった場合、死産児の訴訟後見人はオクラホマ州の不法行為死亡法のもとで損害賠償を請求することができるという見解を示している。

一方、*Guyer v. Hugo Publishing Co.* 判決 (1991 OK CIV APP 121, 830 P.2d 1393) は、生存能力のない死産児の訴訟後見人による損害賠償請求であるが、裁判所は生存能力の基準にもとづき、オクラホマ州不法行為死亡法のもとでは、生存能力のない胎児の不法行為死亡訴訟は認められないと判断した。

(19) Lord Campbell's act provided in part: "Whenever the death of a person is caused by the wrongful act, neglect, or default of another, in such a manner as would have entitled the party injured to have sued had death not ensued, an action may be maintained if brought within twelve months after [the] death in the name on [the] executor or administrator for the benefit of the wife, husband, parent, and child of the person whose death shall have been so caused."

(20) *Farley v. Sartin*, 466 S.E.2d 522 (W. Va.1995), p.525.

(21) *Laws of 1847*, Ch. 450.

(22) Charles M. Kester, Note, Is There a Person in That Body?: An Argument for the Priority of Persons and the Need for a New Legal Paradigm, 82 Geo. L.J., p.1648(1994).

(23) *Verkennes v. Corniea*, 38 N.W.2d 838 (Minn. 1949).

(24) ミネソタ州不法行為死亡法は「死が、人あるいは法人の不法な行為あるいは不作為によってひきおこされた場合は、もし彼が生きていたなら同様の行為あるいは不作為によってひきおこされた傷害に対する訴訟をおこす代わりに、死亡したものの人格代表者は訴訟を行うことができる。」と規定している。

- (25) *Boggs* 裁判官の「生存能力の基準」の根拠は以下のように表現されている。「もし生まれていない子が生存能力を獲得する妊娠週数に達し、母親の生命の破壊が必ずしも子の存在を終わらせるものではない場合、胎児が未熟なまま人工的な方法で母親から分離されたとしても、子は精神的にも身体的にも十分発育できる成熟した人間である。これは母親の生命とは全く別の生命があるという明白な事実である。医学や医療技術として経験は分娩に先立つ妊娠期間においても、胎児は独立分離した生命を維持でき、母親の体内に存在するとしても単に母親の体の一部ではないと考えられる、なぜならこの場合、母親の体のすべての部分が死亡しても子は生き続け、生命を維持することができるのである。そして、傷害による能力の喪失や不便さに耐えなければならないのは母親ではなく子であるから、単一生物理論は生きて生まれた子に適用されるときには矛盾を生じる。」
56 N.E. 638 (Ill. 1900), *op. cit.*, pp.640-642.
- (26) *Stidam v. Ashmore*, 109 Ohio App. 431, 167 N.E.2d 106 (1959).
オハイオ州控訴裁判所判決に記載されている事件の概要は、一九五七年三月一日の被告の過失が原因となり、三月六日に胎児が死産となったというものである。事実審裁判所(第一審裁判所)の資料が入手不可能であったため、過失の詳細については不明である。
- (27) オハイオ州法は不法行為による死亡に関して以下のように規定している。
§2125.01. Action for wrongful death "When the death of a person is caused by wrongful act, neglect, or default which would have entitled the party injured to maintain an action and recover damages if death had not ensued, the person who would have been liable if death had not ensued, or the administrator or executor of the estate of such person, as such administrator or executor, shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured and although the death was caused under circumstances which make it aggravated murder, murder, or manslaughter..."
- (28) *Endresz v. Friedberg*, 24 N.Y.2d 478, 301 N.Y.S.2d 65, 248 N.E.2d 901 (1969).
- (29) *Hogan v. McDaniel*, 204 Tenn. 235, 319 S.W.2d 221 (1958).
- Graf v. Taggart*, 43 N.J. 303, 204 A.2d 140 (1964).
- Gay v. Thompson*, 266 N.C. 394, 146 S.E.2d 425 (1966).
- Endresz v. Friedberg*, 24 N.Y.2d 478, 301 N.Y.S.2d 65, 248 N.E.2d 901 (1969).
- Lawrence v. Craven Tire Co.*, 210 Va. 138, 169 S.E.2d 440 (1969).
- Kilmer v. Hicks*, 22 Ariz.App. 552, 529 P.2d 706 (1974).

Justus v. Atchison, 19 Cal.3d 564, 139 Cal.Rptr. 97, 565 P.2d 122 (1977).

Egbert v. Wenzl, 199 Neb. 573, 260 N.W.2d 480 (1977).

Hernandez v. Garwood, 390 So.2d 357 (Fla.1980).

Scott v. Kopp, 494 Pa. 487, 431 A.2d 959 (1981).

(30) 不法行為死亡訴訟として、死産児の父親が財産管理人の立場で損害賠償を請求した。その内容は、死産児の未成年期および成年期における期待された世話、慰安、扶養の喪失および死産児が負った医療費、葬儀費用である。

(31) ニューヨーク州は不法行為死亡に関して以下のように規定している。

§5-4.1. Action by personal representative for wrongful act, neglect or default causing death of decedent "1. The personal representative, duly appointed in this state or any other jurisdiction, of a decedent who is survived by distributees may maintain an action to recover damages for a wrongful act, neglect or default which caused the decedent's death against a person who would have been liable to the decedent by reason of such wrongful conduct if death had not ensued...."

(32) Justus v. Atchison, 19 Cal.3d 564, 139 Cal.Rptr. 97, 565 P.2d 122 (1977).

(33) Cal. Civ. Procedure Code 377.

(34) 19 Cal.3d 564(1977), *op. cit.*, p.570.

(35) Cal. Civ. Code 29 provides, in pertinent part, that a child conceived, but not yet born, is to be deemed an existing person, so far as may be necessary for its interests in the event of its subsequent birth. This statute protects the interests of an unborn child from the moment of conception but only if that child is subsequently born alive.

(36) Penal Code section 270 says: "A child conceived but not yet born is to be deemed an existing person insofar as this section is concerned."

(37) Keeler v. Superior Court, 2 Cal. 3d 619; 470 P.2d 617(1970).

本事件は、妻が他人の子を妊娠しているのを知った夫が、妻の腹部を殴打し、その結果胎児が死産となったものである。

(38) Cal. Penal Code section 187 provides: "Murder is the unlawful killing of a human being, with malice aforethought."

(39) 19 Cal.3d 564(1977), *op. cit.*, pp.581-582.

(40) 生存能力のある胎児が死産となった場合に、その胎児に損害賠償請求訴権を認めた判例として以下のものがある。Verkennes v.

Corniea, 229 Minn. 365, 38 N.W.2d 838 (1949): Rainey v. Horn, 221 Miss. 269, 72 So.2d 434 (1954): Porter v. Lassiter, 91 Ga.App. 712, 87 S.E.2d 100 (1955): Mitchell v. Couch, 285 S.W.2d 901 (Ky. 1955): Worgan v. Greggo & Ferrara, Inc., 50 Del. 258, 128 A.2d 557 (1956): Poliquin v. MacDonald, 101 N.H. 104, 135 A.2d 249 (1957): Stidam v. Ashmore, 109 Ohio App. 431, 167 N.E.2d 106 (1959): Hale v. Manion, 189 Kan. 143, 368 P.2d 1 (1962): Fowler v. Woodward, 244 S.C. 608, 138 S.E.2d 42 (1964): State ex rel. Odham v. Sherman, 234 Md. 179, 198 A.2d 71 (1964): Hatala v. Markiewicz, 26 Conn.Supp. 358, 224 A.2d 406 (1966): Kwaterski v. State Farm Mutual Auto Ins. Co., 34 Wis.2d 14, 148 N.W.2d 107 (1967): White v. Yup, 85 Nev. 527, 458 P.2d 617 (1969): Simmons v. Howard University, 323 F.Supp. 529 (D.D.C.1971): O'Neill v. Morse, 385 Mich. 130, 188 N.W.2d 785 (1971): Baldwin v. Butcher, 155 W.Va. 431, 184 S.E.2d 428 (1971): Britt v. Sears, 150 Ind.App. 487, 277 N.E.2d 20 (1971): Chrisafogeorgis v. Brandenberg, 55 Ill.2d 368, 304 N.E.2d 88 (1973): Eich v. Town of Gulf Shores, 293 Ala. 95, 300 So.2d 354 (1974): Libbee v. Permanente Clinic, 268 Or. 258, 518 P.2d 636 (1974): Nelson v. Peterson, 542 P.2d 1075 (Utah 1975): Moen v. Hanson, 85 Wash.2d 597, 537 P.2d 266 (1975): Mone v. Greyhound Lines, Inc., 368 Mass. 354, 331 N.E.2d 916 (1975): Evans v. Olson, 550 P.2d 924 (Okla. 1976): Presley v. Newport Hospital, 117 R.I. 177, 365 A.2d 748 (1976): Salazar v. St. Vincent Hosp., 95 N.M. 150, 619 P.2d 826 (1980): Vaillancourt v. Medical Center Hosp., 139 Vt. 138, 425 A.2d 92 (1980): Danos v. St. Pierre, 402 So.2d 633 (La.1981): Volk v. Baldazo, 103 Idaho 570, 651 P.2d 11 (1982): Dunn v. Rose Way, Inc., 333 N.W.2d 830 (Iowa 1983): O'Grady v. Brown, 654 S.W.2d 904 (Mo 1983): Hopkins v. McBane, 359 N.W.2d 862 (N.D. 1984).

一方、損害賠償請求権を認めない判例として以下のものがあつた。

Hogan v. McDaniel, 204 Tenn. 235, 319 S.W.2d 221 (1958): Graf v. Taggart, 43 N.J. 303, 204 A.2d 140 (1964): Gay v. Thompson, 266 N.C. 394, 146 S.E.2d 425 (1966): Endresz v. Friedberg, 24 N.Y.2d 478, 301 N.Y.S.2d 65, 248 N.E.2d 901 (1969): Lawrence v. Craven Tire Co., 210 Va. 138, 169 S.E.2d 440 (1969): Kilmer v. Hicks, 22 Ariz.App. 552, 529 P.2d 706 (1974): Justus v. Atchison, 19 Cal.3d 564, 139 Cal.Rptr. 97, 565 P.2d 122 (1977): Egbert v. Wenzl, 199 Neb. 573, 260 N.W.2d 480 (1977): Hernandez v. Garwood, 390 So.2d 357 (Fla.1980): Scott v. Kopp, 494 Pa. 487, 431 A.2d 959 (1981).

(41) Baldwin v. Butcher, 155 W.Va. 431, 184 S.E.2d 428 (1971).

(42) ウェスト・ヴァージニア州の不法行為死亡法は「ひとの死亡が不法行為、過失、懈怠に起因し、その不法行為、過失、懈怠が（もし死亡しなかった場合）傷害を受けた当事者にそれに関する損害賠償請求訴訟を提起する権利を与える場合は、そのようなすべての

事件において被害者が死亡しなかった場合に責任がある者あるいは協力者は、傷害を受けたひとの生死に関わらず損害賠償訴訟に関して責任がある。」と規定している。

(43) 155 W. Va. 431 (1971), *op. cit.*, pp. 432-434.

(44) Rainey v. Horn, 221 Miss. 269, 72 So.2d 434 (1954).

本事件は、陣痛が発来していない妊婦に対して医師が鉗子分娩を試みた結果、子が死産になったものである。

(45) 221 Miss. 269 (1954), *op. cit.*, p. 283.

(46) Mitchell v. Couch, 285 S.W.2d 901 (Ky. 1955).

本事件は、夫が運転するトラックが、猛烈なスピードを出して向かってきた車との衝突を回避したところ、トラックは排水溝に転落し、同乗していた妊娠中の妻は傷害を受け病院に搬送されたが、その事故が原因となり死産になったものである。

(47) 285 S.W.2d 901 (Ky. 1955), *op. cit.*, p. 905.

(48) O'Grady v. Brown, 654 S.W.2d 904, 910 (Mo. 1983).

(49) ミズーリ州不法行為死亡法は、section 537.080が以下のように規定している。「ひとの死がなんらかの行動、行為、事件、業務あるいは環境に起因している場合、もしそのひとが死亡しなかったとしたら、そのひとあるいは当事者が損害賠償請求を行うことができる場合には、そのひとが死亡しなかったときにその損害賠償に関して責任がある加害者は、そのひとが死亡したときにも損害賠償責任がある。」

(50) ミズーリ州不法行為死亡法のsection 537.090は以下のように規定している。「In every action brought under Section 537.080, the trier of the facts may give to the party or parties entitled thereto such damages as the trier of the facts may deem fair and just for the death and loss thus occasioned, having regard to the pecuniary losses suffered by reason of the death, funeral expenses, and the reasonable value of the services, consortium, companionship, comfort, instruction, guidance, counsel, training and support of which those on whose behalf suit may be brought have been deprived by reason of such death and without limiting such damages to those which would be sustained prior to attaining the age of majority by the award such damages as the deceased might have suffered between the time of injury and the time of death and for the recovery of which the deceased might have maintained an action had death not ensued. The mitigating or aggravating circumstances attending the death may be considered by the trier of the facts, but damages for grief and bereavement by reason of the death shall not

be recoverable.”

- (51) 654 S.W.2d 904 (Mo.1983), *op.cit.*, p.907.
- (52) 654 S.W.2d 904 (Mo.1983), *op.cit.*, p.910.
- (53) Summerfields v. Superior court of the State of Arizona, 144 Ariz. 467, 698 P.2d 712 (1985).
- (54) アリゾナ州不法行為死亡法は以下のように規定している。
「ひとの死が他人の不法行為、過失あるいは不履行によって引き起こされた場合、その行為、過失あるいは不履行がひとを死亡させたかったときに、侵害を受けた当事者が損害賠償請求を行う権利がある場合には、ひとを死に至らしめた侵害に関して責任のある者は、損害賠償の責任がある。」
- (55) 144 Ariz. 467 (1985), *op.cit.*, p.477.
- (56) 144 Ariz. 467 (1985), *op.cit.*, p.476.
- (57) Werling v. Sandy, 17 Ohio St. 3d 45(1985).
本事件は、妊婦の入院管理中に胎児の心拍が停止し、死産となったものである。判決文中で“viable(生存能力をそなえた)”という語について検討されているが、これは胎児の発育段階のなかで子宮外でも独立して生存が可能である時期をいい、通常妊娠二四週から二八週の間に生存能力を獲得するといわれていると述べられている。
- (58) 前注(27)のオハイオ州不法行為死亡法を参照。
- (59) 17 Ohio St. 3d 45 (1985), *op.cit.*, p.47.
- (60) 17 Ohio St. 3d 45 (1985), *op.cit.*, p.48.
- (61) DiDonato v. Wortman, 320 N.C. 423 (1987).
本事件は、予定日を一六日超過しても分娩に至らなかった妊婦において、その四日後に胎児心拍が停止し、死産となったものである。判決では、損害賠償の範囲を傷害に関するものに限定し、所得の喪失などについては認められないとした。
- (62) N.C. Gen.Stat. §28A-18-2.
他人の不法行為により死亡した場合、賠償が認められる損害に関して §28A-18-2(b) に規定されている。
(1) 死亡に至る傷害に付随する世話、治療そして入院にかかる費用
(2) 死亡者の慰謝料

(3) 死亡者の葬儀費用

(4) 死亡者の収入、サービス、保護、世話、社会性、慰安、指導、助言などの金銭的評価などが項目としてあげられている。

(63) Presley v. Newport Hospital, 117 R.I. 177 (1976).

(64) ローランド・ヘンド不法行為死亡法の section 10-7-1 は、前注 (54) のアリゾナ州不法行為死亡法と同様に規定している。

(65) Bennett v. Hymers, 101 N.H. 483, 485, 147 A.2d 108, 110 (1958).

(66) Bonbrest v. Kottz, 65 F.Supp. 138 (D.D.C.1946).

(67) Rambo v. Lawson, No.WD 41, 747, 1990 Mo. App.LEXIS 654, at 1 (Mo. Ct. App. May 1, 1990).

(68) 前注 (49) 参照。

(69) 1990 Mo. App.LEXIS 654, *op.cit.*, p.6.

(70) 1990 Mo. App.LEXIS 654, *op.cit.*, p.11.

(71) Rambo v. Lawson, 799 S.W.2d 62(Mo. 1990).

(72) 真柄正直・荒木勤、『最新産科学 正常編』(文光堂、一九九八)。

(73) 北東功、松崎陽平、池田一成：肺発生の分子生物学的メカニズム。周産期医学三五：一六九—一七四、二〇〇五。

肺発生から考えると、妊娠二三週頃に肺の換気スペースが増加し、血管内皮と間質が菲薄化することにより、ガス交換が可能になるといわれている。個体差があるので多少の幅はあるが、医学的にはこの時期が生存限界(子宮外で長期生存可能となる時期の限界)と考えられている。

(74) Cory Hicks: Torts: Nealis v. Baird: The Oklahoma Supreme Court Extends Fetal Rights in Wrongful Death Suits but Leaves Important Questions Unanswered. Oklahoma Law Review (2001).

(75) Maryland: Group Health Ass'n. v. Blumenthal, 453 A.2d 1198 (Md.1983); Pennsylvania: Hudak v. Georgy, 634 A.2d 600 (Pa. 1993).

(76) Porter v. Lassiter, 87 S.E.2d 100 (Ga. Ct. App. 1955); Connor v. Monken Co., Inc., 898 S.W.2d 89 (Mo. 1995); Wiersma v. Maple Leaf Farms, 1996 SD 16, 543 N.W.2d 787; Farley v. Sartin, 466 S.E. 2d 522 (W.Va. 1995).

(77) Verkennes v. Corniea判決が、不法行為死亡法のもとで生存能力をそなえた死産児に損害賠償を認めた最初の事例である。この判決で採用された見解は、今日では多数の州で採用されている(二〇〇一年現在、およそ三一の州でこのような死産児に損害賠償を認

ぬいぐるみ)。

- (76) Daniel S. Meade, *Wrongful Death and the Unborn Child: Should Viability Be a Prerequisite for a Cause of Action*, 14 J. Contempt. Health L. & Pol'y, p.421,432 (1998).
- (77) Daniel, *op.cit.*, p.432.
- (78) Cory, *op.cit.*, p.878.
- (79) W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on Torts* §127, p.945(5th ed.1984).
- (80) わが国では、母体保護法で妊娠二二週以降は胎児が母体外で生存可能であるという理由から妊娠中絶を認めていない。したがって、妊娠二二週以降の胎児は子宮外生存能力を獲得していると考えられているようである。実際は、子宮外生存能力は早産に至った原因や胎児の発育状態により左右され、新生児医療の現状では、長期生存が望めるのは妊娠二四週前後である。
- (81) およそ七州が生存能力の有無に関係なく胎児を保護している。
- (82) *Porter v. Lassiter*, 87 S.E.2d 100 (Ga. Ct. App. 1955); *Group Health Ass'n. v. Blumenthal*, 453 A.2d 1198 (Md.1983); *Connor v. Monkem Co., Inc.*, 898 S.W. 2d 89 (Mo. 1995); *Nealis v. Baird*, 1999 OK 98, 996 P.2d 438; *Hudak v. Georgy*, 634 A.2d 600 (Pa. 1993); *Wiersma v. Maple Leaf Farms*, 1996 SD 16, 543 N.W.2d 787; *Farley v. Sartin*, 466 S.E.2d 522 (W.Va.1995).
- (83) 799 S.W.2d 62, 62-63 (Mo.1990).
- (84) 前注 (49) 参照。
- (85) *Connor v. Monkem Co., Inc.*, 898 S.W.2d 89 (Mo. 1995).
- (86) *Mo. Rev. Stat. subsection 2 of §1.205.* (Rambo事件において、原告が傷害を受けたときには、この法律は効力をもたなかったで、判決での適用はなかった。)
- (87) 第一項では、「州議会は(1)ひとの生命は妊娠に始まる、(2)生まれていない子は生命、健康そして幸福を保護される利益をもつ」と規定している。また、第三項では、「生まれていない子という語は、妊娠のときから生まれるまでのすべての生物学的発達段階の生まれていない子を含む」と規定している。
- (88) *South Dakota Codified Laws §21-5-1* provides: "Whenever the death or Injury of a person, including an unborn child, shall be caused by a wrongful act, neglect, or default,..."
- (89) *Wiersma v. Maple Leaf Farms* 1996 SD 16, N.W.2d 787.

本事件は、妊娠七・三週の妊婦が鳥の料理を食べてサルモネラ感染症にかかり、一三日後に胎児の心拍が消失していることが判明したものである。

- (60) Sheldon R. Shapiro, J.D.: Right to Maintain Action or to Recover Damages for Death of Unborn Child. 84 A.L.R. 3d 411 (2004).
 - (61) Gullborg v. Rizzo, (1964, CA3 Pa) 331 F2d 557.
 - (62) Todd v. Sandidge Constr. Co., (1964, CA4 SC) 341 F2d 75.
 - (63) 157 A.2d 497 (N.J.1960), *op. cit.*, p.504.
 - (64) Rice v. Rizk, (1970, Ky) 453 SW2d 732.
 - (65) Jones v. Karraker, (1983) 98 Ill 2d 487, 75 Ill Dec 233, 457 NE2d 23.
 - (66) (1983) 98 Ill 2d 487, *op. cit.*, pp.498-501.
 - (67) 765 So. 2d 975 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 2000).
 - (68) Cory, *op. cit.*, p.882.
 - (69) Grosby v. Glascock Trucking Co., 532 S.E.2d 856 (S.C.2000).
 - (100) Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W. Va. 1995).
 - (101) Cory, *op. cit.*, p.883.
 - (102) 996 P.2d 438 (Okla. 1999).
 - (103) Cory, *op. cit.*, p.884.
 - (104) Mamta K. Shah: Inconsistencies in the Legal Status of an Unborn Child: Recognition of a Fetus as Potential Life. Hofstra Law Review, p.932 (2001).
 - (105) Mamta, *op. cit.*, p.966.
 - (106) Mamta, *op. cit.*, p.967.
 - (107) 伊藤正男・井村裕夫・高久史磨『医学書院医学大辞典』（医学書院、二〇〇三）。
- 一八八二頁に、妊娠に関して以下のように定義されている。
- 「受精卵が母体内に存在し、かつ相互に器質的結合を有する状態をいう。具体的には受精卵の着床から胎児（または胎芽）およびその付属物の排出までの期間をいい、胎芽が存在せず病的絨毛のみが存在する場合も含む。」

- (108) Manta, *op.cit.*, p.967-968.
- (109) Manta, *op.cit.*, p.968.
- (110) 野村好弘「胎児の法的地位」ジュリスト九〇三号九六頁。
- (111) 二〇〇〇年以降も不法行為死亡訴訟に関する判例は多数あるが、大きな理論的進展はないようである。
- ①Smith v. Borello, 50 Fed. Appx.107.
交通事故で生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟である、母親の情緒的障害 (emotional distress) の賠償を認めた(メリーランド州、二〇〇二年)。
- ②Baum v. Burlington, 119 Wn.App.36; 79 P.3d 456.
生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟であり、否定された(ワシントン州、二〇〇三年)。
- ③Fortes v. Ramos, 2002R.I. Super. LEXIS 35.
生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟である、不法行為死亡訴訟としてではなく、母親に対する直接の情緒的障害に関する賠償を認めた(ロードアイランド州、二〇〇二年)。
- ④McClain v. Univ. of Mich. Bd. Of Regents, 256 Mich. App. 492; 665 N.W.2d 484.
生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟であり、母親の情緒的障害の賠償を認めた(ミシガン州、二〇〇三年)。
- ⑤Bolin v. Wingert, 764 N.E.2d 201.
- ⑥Breece v. Lugo, 800 N.E.2d 224.
両者とも、生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟であり、否定された(インディアナ州、二〇〇二、二〇〇三年)。
- ⑦Patel v. Norwalk Hosp, 2000 Conn.Super.LEXIS 354.
生存能力のある胎児を死産した事例の不法行為死亡訴訟である。訴訟原因はあるとされたが、親子間の配偶者権 (consortium) の喪失を損害として賠償請求したため、配偶者権は夫婦間のものであるとして認められなかった(コネチカット州、二〇〇〇年)。
- ⑧Brown v. Contemporary OB/GYN Assocs., 143 Md. App.199; 794 A.2d 669.
生存能力のない胎児を流産した事例の不法行為死亡訴訟であり、否定された(メリーランド州、二〇〇二年)。

おわりに

出生前の胎児に第三者により侵害が加えられ、それが原因で子が障害をもって出生した場合に、その不法行為者に対する損害賠償請求権を子に認めるか否かに関して、わが国、イギリス、アメリカ各国の考え方を比較検討した。

わが国では大陸法系諸国の影響を受け、民法に七二一条（胎児の損害賠償請求権）が設けられているため、大きな議論となることはなかった。障害をもって生きて生まれた子は、この規定にもとづき、第三者の侵害行為のときにすでに生まれたものとみなされ、損害賠償請求権を享有できると考えられてきたからである。

これに対して、イギリスのコモン・ロー（判例法）はこのような子の請求を認めない方針で一貫していた。このため、一八九一年のWalker判決以降およそ一世紀にわたり、イギリス連邦王国の裁判所は、この問題について審理することを求められることはなかった。しかし、サリドマイド事件を契機として、このような子の損害賠償請求を認めることを規定した一九七六年法が制定され、以降はこの制定法にもとづいて請求が提起されるようになった。

一九七六年法が制定されたにもかかわらず、コモン・ロー上は、このような子の損害賠償請求権は認められないとするのが通説であった。しかし、一九九二年にBurton事件とde Martell事件の合同控訴審判決の中で、この問題が再検討された。そして、コモン・ロー上も胎児期の侵害に対する損害賠償請求権が、生きて生まれた子に認められるとの判断がなされた。その根拠は、第三者の行為により侵害された胎児の潜在的な権利能力が、子が生きて生まれることにより具体化するという論理である。

アメリカにおいてもイギリス同様、胎児のときに受けた傷害に関して、生きて生まれた子が損害賠償請求を行っても、請求が認められることはほとんどなかった。それは、傷害を受けた胎児は過失行為のときには存在しておらず、

存在していないものに対して第三者はいかなる注意義務も負わないこと、また胎児への侵害行為と生きて生まれた子の障害との間の因果関係を立証することが困難であり、多くの詐欺的請求が行われる可能性があることが、その理由とされていた。一八九〇年代に入り多発したこのような訴訟の先例としての役割を果たしたのが、一八八四年のDietrich判決であった。この判決では、子は母親の一部であるとする「単一生物理論」を根拠として請求が棄却された。その後、この「単一生物理論」は五〇年以上も支持され続けたが、一九四六年のBonbrest判決において、現代科学にもとづけば生存能力のある子は母親の一部ではないとして「単一生物理論」が否定され、子の損害賠償請求が初めて認められた。母親と胎児は別の生物であり、胎児自身が法的存在であるとして、生きて生まれた子の損害賠償請求権を認めたのである。そしてその三年後には、すべての州でこのような子の損害賠償請求権が認められるようになった。

イギリスやアメリカでは、このような子が損害賠償により救済されるようになるまで、多くの議論に時間が費やされたが、わが国では民法(七二一条)が制定された段階で損害賠償請求権が認められたため、大きな問題にはならなかった。生殖医療先進国であるイギリスやアメリカで一九〇〇年代半ば近くまで、このような子の損害賠償請求権が認められていなかったのは意外である。しかし、子の損害賠償請求が認められたことにより、このような子が経済的に救済され、結果的に民事法における胎児の法的地位の向上につながっていった。

胎児に対する第三者の侵害行為の結果としては、前述のように胎児が障害をもって出生する場合だけではなく、子宮内で死亡する場合がある。この場合、わが国では民法七二一条の適用はなく、死産児には損害賠償請求権は発生しないと解釈されている。

イギリスも見解は統一されており、胎児は「ひと」になる前に死亡したことになり、「ひと」ではないものには当然

損害賠償請求訴権は認められないとしている。

一方、アメリカは現在のところ、州によりばらつきはあるものの独自の考え方を展開している。一九七三年、*Roe v. Wade*判決において連邦最高裁判所は、憲法上のプライバシー権は女性の妊娠中絶の決定を保護するとした。そして、母親の自分自身の身体に関する憲法上のプライバシー権と潜在的な生命を保護する州の利益とのバランスを考慮し、潜在的な生命を保護する州の利益は、胎児が生存能力を獲得した時点で強制力をもつようになるとした。そして胎児の生存能力獲得以降、州は中絶を禁止あるいは制限することができるとした。この判決では、合衆国憲法修正一四条の目的における「ひと」という語は出生後の「ひと」に限定して使用されており、胎児は含まないと判断された。胎児はあくまで胎児であり、胎児がいつから「ひと (person)」になるのかという問題と切り離された。したがって、潜在的な生命である胎児は、週数がすすむにつれ「ひとになる可能性」は増大するが、生まれるまでは決して「ひと」になることはない。

このことを念頭におき、胎児が子宮内で死亡した場合に、死亡した胎児に損害賠償請求訴権は認められるか否かというアメリカの論争を検討した。これは、胎児は不法行為死亡法における「ひと」に含まれるか否かという議論に置き換えられる。一般的な意味での「胎児はひとか」という議論ではなく、不法行為死亡法の規定における「ひと」に該当するか否かという限定されたものである点に注意を要する。アメリカにおいて、これらの問題は州ごとに独立して議論されており、合衆国として統一した見解には至っていない。

不法行為死亡法に規定する「ひと (person)」に胎児が含まれるとした場合、胎児が「生きて生まれたか否か」あるいは「生存能力をそなえているか否か」により場合分けをして、その損害賠償の是非について検討されてきた。前述したCory Hicksの四分類によると、第I分類 (viable, live birth) では、全州で子の損害賠償請求を認めるようになった

ている。第II分類 (viable, stillbirth) 第III分類 (nonviable, live birth) では州により見解が異なっており、今後は第IV分類 (nonviable, stillbirth) の胎児の損害賠償請求訴権を認めるか否かという議論になつていくと推測される。

Mamta K. Shahが提唱している胎児を「潜在的な生命」とみる考え方は注目値する。この理論を応用すると、胎児に対する侵害は「ひとになる可能性」の侵害と考えることができ、そしてその侵害が胎児における損害であると考えることができ、妊娠週数が進むにつれ胎児が「ひとになる可能性」は増大するので、それにもなつて損害賠償額も増大すると考えるのは合理的であろう。今後、この理論を応用した判例が出現する可能性があり、民事法にとつて大きな転機となると期待される。たとえば、わが国の場合には、この「ひとになる可能性」の侵害の程度に応じて慰謝料を決めるという方法が好ましいと思われる。妊娠初期は流産、早産の危険性が高いので、ひとになる可能性は低いことになり、逆に妊娠後期になると死産となる可能性は非常に低くなるので、ひとになる可能性は極めて高くなる。わが国の現行民法の解釈では、生きて生まれない限り胎児には損害賠償請求権は発生しないのであるから、「ひとになる可能性」の増大にともない両親の慰謝料を増額することにより対応せざるを得ない。それが胎児の法的保護の強化および法的地位向上につながるものと考ええる。

今までみてきたように、胎児の損害賠償請求訴訟に共通している点は、他人の不法な行為により侵害を受けた胎児を経済的に救済しようという意図であり、胎児の損害賠償請求権を認めることが、このような胎児の救済につながる。一九六〇年以降、四〇年にわたる議論はこのような胎児を経済的に救済する方向に収束しているのである。救済を認めるということは、それが胎児の法的地位の向上につながり、最終的に胎児の保護につながっていくのである。この四〇年の歩みは、胎児の保護を拡大する方向で発展してきたといえ、医療がさらに進歩すると、胎児の「ひとになる可能性」は今以上に高くなることが予想される。医療技術の進歩にともなう胎児の「ひとになる可能性」の増大に見

合うよう胎児の保護を拡大していくことが法の任務であると考ええる。