

「ボンブレスト対コッツ」事件

——胎児の損害賠償請求権——

*Bonbrest v. Kotz, District Court of The United States,
District of Columbia, 1946. 65 F. Supp. 138*

藤倉 皓一郎

幼児ベティ・ゲイ・ボンブレストを代理する父親リロイ・D・ボンブレスト他から、J・コッツ、ならびにモートン・S・カウフマンに対する損害賠償請求訴訟。原告は、母の胎内から取り出される時、被告の診療過誤 *Professional mal-practice* によりうけた傷害について賠償を求め、被告側が即決判決を求める申立て *motion for summary judgment* (陪審による事実審理をへずに、法律上の争点につき裁判所の判断を求める申立て) は却下された。

マゲアィア判事

本件の提起する問題は、母の胎内から取り出される際に、被

告の診療過誤によって不具となるような傷害をうけたと主張する幼児が、父を代理人とする損害賠償の請求権を有するかということである。

かかる請求は当裁判所の管轄区では、はじめてであり、また、すでにかかる請求を審理した裁判所の見解は、制定法のないかぎり、*コモン・ロー*上、胎児の傷害は、当然あるいはその代理人のいずれにも不法行為にもとづく請求権をあたえるものではないとしている。

この結論は、胎児 *child en ventre sa mere* は法的存在とはみなされず、また母親と密接に結びついているので、母体の一

「部分」とされ、したがって別個の人格をもたないという仮定のうえになりたっている。

この奇妙な法理は、指導的先例とされているディトリッヒ対ノースハンプトン町民事件 *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* (1884) 138 Mass. 14, 52 Am. Rep. 242 の、ホームズ判事によって判示されたもので、それ以来、契約関係のないところに法的注意義務は存在せずという理論によって請求を否定したいいくつかの事例をのぞいて、決定的、支配的な先例として守られてきた。

この先例において、裁判所は刑法と財産関係についてはコモン・ローの認めている胎児の法的地位を不法行為の場合に認めることはできないとのべて、次のように付言しているのは注目に値する。

「すでにのべたことをすべて考慮に入れたうえで、さらにまた傷害時に胎児は母親の一部分であることからして、たとえ胎児に対する近接の、*not too remote* 賠償さるべき損害があるとしても、それらは母親の請求にまつべきものである……」

しかし、本件にみられる事実関係は、ディトリッヒ事件のよいうに「外部からの干渉によって傷害をうけた人と同様の法的立場を認められるまえの胎児に対して、行為者から母体をとおして、あるいは胎児そのものに加えられた傷害……」ではなく、医師として処置にあたった被告たちによって、独立に生存可能 *viable* な——この区別は重要である——子に直接加えられた傷

害である。

これは二つの事例を区別するたしかな事実上の根拠であると思われる。

さらに裁判所が、「外部からの干渉……」と呼ぶものによって傷害をうけた胎児の請求権は確定しがたいことを暗示して、次のようにのべているのはみのがせない。

「もしこれらの一般的障害が解消されたとして、また先例に反して、いまだ存在しない者に対して、法的注意義務を負い、不法行為による将来にかかる条件付賠償責任を負うとするならば、さらに早生児を生む原因となることが、傷害を加え毒物をあたえることと同様に扱われるとするならば、われわれは被告の提起した問題に直面せざるをえない。すなわち、母体をはなれて生存できるようになる以前に死亡した胎児についても、法人格を認めて、裁判上の地位 *locus standi* をあたえるのかということである……」

本件は、独立に生存可能な幼児——胎外で生存できる幼児の請求であり、さらに幼児は現に生存することによって、その生存能力を証明しているのであるから、それが裁判上、あるいは他の場所においても権利を認められないといえるであろうか。

独立で生存可能な幼児を母体の部分であるとする説は、はじめから矛盾している。胎児は子宮内にいることはたしかであるが、しかし、すでに母体外の生活にたえる能力をもっている——そして、母体との独特の関係をとおして養分をえて成長を

つづけるのであるが、胎児はふつう考えられる母体の構成要素という意味で、その一「部分」ではない。現代の医学では、死亡した母体から取り出されて誕生した子の事例をいくらでもあげることができる。さらに、胎児の独立の生存能力にかかわらず、それまでに成熟していない胎児 non-viable foetus も母体の一部分ではない。

民事の制定法 civil law と財産法の見地から、胎内の子はすでに存在する人間とみなされるばかりではなく、受胎の瞬間から——事実、存在する——人間とみなされている。

なぜ、不法行為法の過失の分野では、胎児は母体の一部分であるとき、財産法や刑法では独立の存在とされるのであろうか。

なぜ、民事の制定法のもとでは人間であり、コモン・ローのもとでは存在が認められないのであろうか。

もし独立の生存能力をもつのであれば、胎児は五体をそなえ、生物学上、個体の特徴を有し、独立の循環組織、血管、消化器系統をもつて、いつ外界に送り出されても生存できる。

カナダ最高裁判所は本件と同様の事例——電車運転についての過失が争われたのであるが——で請求を認め、次のようにのべている *Montreal Tramways v. Leveille*. (1933) 4 Dom. L. R. 337.

「犯罪を構成する違法行為が不法行為をも構成することがある。法が犯罪の処罰にかんして胎児を独立の存在と認めるなら、

不法行為の賠償の目的のためになぜ胎児の独立の存在を認めないとするのか理解にくるしむところである。」

さらにこの判決は説得力をもって——また的確に——次のようにのべている。

「もし生後の子に胎生中の傷害について請求権がないとすれば、まったく救済のない侵害を認めることになる。なぜなら父親のこうむった損害について、また母親の受けた損害については、それぞれが請求できるが、いぜん子の訴訟によらなければ賠償されない損害が残る。子の請求が否定されるならば、子はずからになんの過失もないのに生涯を他人の過失の刻印を負い、それに対するなんらの賠償をえることなく、不具や病疾の非常な重荷を背負って生きることになる。子供が生存能力をそなえて、生きて誕生したのであれば、母の胎内にいる間に加えられた身体傷害に対して請求権をあたえられるべきであるというのは、まったく自明の正義であると思う。」

この見解をつらぬいている論理には反駁の余地がないと思われる。

ところで、ホームズ判事はかつて「法の生命は論理ではなく、経験である」とのべている。そしてここにこそ、われわれは現実を直視する姿勢をみいだすのである。そうでなければ、責任を認めるべきところに責任を認めず、先例を近視眼的にもっともらしく解釈して、他人の過失により生じた白痴、精神薄弱、マヒ、機能喪失、その他の傷害を、すでに現実ばなれのした法

的フィクションのために救済のない不法行為の幽明境に閉じこめたままにすることになる。

コモン・ローは乾ききった不毛のものではなく、まして靜的で無力なものでもない。

まさにストーン首席判事が次に述べているとおりでである。

「的確な目をもって、われわれが現在の事実と經驗を、先例に記録されたものと比較し、類似点と同様に相違点をみるならば、法の科学の進歩にむかって決定的な歩みをするすことになる。もし、われわれの判断が機械的、形式的であるなら、それにもとづく法も機械的、形式的になり、乾ききった不毛の形式主義に墮してしまわざるをえない。

まさに、ここにおいて、限られた範囲ではあるが、過去の經驗と現在のそれを比較し、適用すべきルールを選択する自由を判事がもつという、司法的法創造の過程のもつとも重要で、微妙な働きが行われるのである。正確にいうならば、判事は、かつて信じられていたように、先例から法のルールをひきだすことよりは、むしろどのルールを適用するかを選ぶうえに決定的な結果をもつ社会的価値の比較評価にかかわっていることが多いのである……法の継続性、統一性のもつ有益さを考慮しながら、判事や法律家がい争う社会的利益の要請を比較検討し、さらに先例が拡張されるか、制限されるかを決定するために、社会的利益のなかで選択を行うのに必要な熟練、能力、洞察力こそが、主としてコモン・ロー制度の生命力とその発展のもと

となるのである。」

先例の不在が不法行為によって他人の権利を侵害したことを立証された者の逃げみちとなつてはならない。——本件の被告たちは、職業的資格をもって母と子の診療のために雇われたのである。個人がみずからの生命、身体を所有し、生活をたのしむのにまさる本質的、かつ神聖な権利が考えられるであろうか。最近のデーリィ対パーカー *Daily v. Parker*, (1945) 152 F. 2d 174, 162 A. L. R. 819 は、父親が子供たちを棄てる原因となつた女にたいして、子供たちの訴権を認めた先例がない事例であつたが、先例の不在を理由に賠償責任なしとする主張を退けて、裁判所は次のようにのべている。

「……コモン・ローは変化する状況に適應できる弾力性をもっている。ディーン・パウンドの『コモン・ローの精神』から引用する（一八三頁）。

「英米法が裁判所の判決による法創造という確立された原理をともなつて、あたらしい發展期に入ったのはまったく幸いである。疑いもなく……前世紀末には法的經驗主義が必要以上に注意ぶかく守られていた……しかし、前世紀の法学が、予定された前提と固定した技術にとらわれていたとしても、過去の法的經驗を現代の法的問題に適用する方法を、われわれの法から失わせることはなかった」のである。

本件のような事例で請求権を認めることは、虚偽の請求訴訟をまねき、また証拠上でも非常な困難をもたらす——わたくし

はこの前提には同意できない——という主張は反論にならない。法は科学と歩調を合せなければならない。そして医学は一八八四年以来、まちがいに進歩しているのである。われわれがここで考慮するのは請求権の存否であり、その実現についてではない。

即決判決を求める申立ては却下される。弁護士に裁判審理のための準備を命じる。

〔研究ノート〕

他人の不法行為、とくに過失によって、胎児が傷害をうけたときに、胎児自身は損害賠償の請求権をもつであろうか。胎児の請求権の有無について、胎児が生きて生まれた場合と、死産、流産の場合とは、ちがいがあのか。これらは「生命」がほしい、いつから「法的存在」として認められるのかという問題にほかならない。

不法行為法の分野において、この問題に対するわが民法とアメリカ法とのアプローチには、きわめて興味ぶかい相違がみられる。アメリカ不法行為法においては、久しく胎児の損害賠償請求権は認められていなかった（たとえば、RESTATEMENT OF TORTS § 869 は胎児の訴権を否定しているが、これは一九三四年に刊行されたままで現在に至っており、目下、全面的に検討修正を加える作業が進行中である）。ところが、ここ二十年間に、胎児の損害賠償請求権を認める判例がつきつきと出されて、

「ボンブレスト対コッツ」事件

この分野は、アメリカ不法行為法のなかで、最近、もっともめざましい変化を示しているものの一つに数えられる。今回の訳選にとりあげたボンブレスト対コッツ事件の判決は、胎児の請求権を認めるあたらしい発展の口火をきったものである。アメリカ判例法の発展に入るまえに、まず、わが民法のもとの胎児の賠償請求権をかんとんにみてみよう。

民法第一条の三は、「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」として、権利能力の始期が出生のときにあることを定めている。ところが、七二一条では、「胎児ハ損害賠償ノ請求権ニ付テハ既ニ生マレタモノト看做ス」として、出生以前にも権利能力があることを例外として認めている。「生マレタモノト看做ス」というのは、胎児の利益保護の必要性があるときには、胎児の権利能力を擬制するということである。この権利能力擬制の法的効果について、停止条件説と解除条件説がわかれている。停止条件説は、胎児が生きて生まれたときに、不法行為の時に遡って、その権利能力が発生するとする。これに対して、解除条件説は、死産を解除条件として、受胎のはじめから胎児が権利能力をもつとするのである。しかし、いずれにしても、胎児が無事に誕生しなければ、胎児の権利能力の擬制はおこなわれないのであるから、死産、流産のときには、胎児に損害賠償の請求権が発生する余地はないとされている（植林「胎児の損害賠償請求権」注釈民法(19三四三頁)。

七二一条の規定は、損害賠償請求権の発生原因である不法行

為が、胎児自身に直接に加えられたものか、胎児以外の第三者に對するものかについては、いずれとも限定していない。たとえば、父母の生命侵害(七二一条)のような場合に、胎児に請求権を与えるというのが七二一条の主旨であるともみることができ、不法行為が直接に胎児自身に加えられた場合をふくまないとする理由はない。このいずれの場合にも、学説は胎児に請求権があるとしている(植林・前出三四一頁)。胎児自身に加えられた不法行為に對して、胎児が誕生後みずからの名で損害賠償請求権を行使した事件の判例は、これまでのところ見当らないようであるが、最近のサリドマイドによるとされる被害児の訴訟はまさにこのような場合にあたり、その判決が注目される。(京都地裁に係属中の一事例では、被害児の名で、慰籍料一、〇〇〇万円、労働能力欠損による損害四四八万一、〇三五円、不具のために生じる積極的損害二九三万四、〇〇〇円の請求がなされている。平沢正夫「あざらしっ子」二三九頁)。アメリカのコモン・ローの刑法、相続法、財産法などの分野では、胎児の権利能力が認められている。しかし、不法行為法の分野にかぎって、コモン・ローは胎児の権利能力の擬制をとらず、そのかわり生物学的とも呼ぶべきアプローチをとっている。(Gordon, *The Uborn Plaintiff*, 1965, 63 Mich. L. Rev. 588. 論者は、権利能力の擬制、生物学的アプローチのほかに因果関係アプローチ——胎児の法的地位を問題とせず、不法行為と損害の発生の間因果関係の成否をみることで足りるとす

る——があることを指摘している。同論文五九〇頁。なお後述ゼエペダ事件参照)。このため、胎児の損害賠償請求権をめぐるコモン・ローの発展は、きわめて特殊な問題を提起しながら興味ぶかい進路をたどっている。なお、ここでははっきりさせておく必要があるが、コモン・ローのもとで、胎児のもつ損害賠償請求権は、胎児自身がうけた傷害に對する請求権にかぎられる。不法行為が胎児以外の第三者に對するものであるときには、胎児の請求権はない。たとえば、他人の不法行為の結果、死亡した者の近親者は、制定法によって賠償請求権を与えられているが、この場合における、胎児の請求権の有無は、コモン・ローをはなれて、制定法の定める近親「者」のなかに胎児がふくまれるかどうかという規定の解釈の問題である。同様のことは、わが民法七二一条についてもいえる。また、他人の不法行為(ここでは、とくに過失にかぎる)によって傷害をうけた親子(したがって胎児も)は、コモン・ローのもとで、賠償請求権をもちえないとされている(藤倉「人身傷害と近親の慰籍料」同志社法学九四号参照)。

アメリカのコモン・ローは、はじめから、権利能力の始期が出生という生物学的事実にもとづくという原則をつらぬこうとした。この原則にもとづいて胎児自身がうけた傷害に對する胎児の損害賠償請求権を否定した最初の判例は、一八八四年の *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, 138 Mass. 14 のちに合衆国最高裁判所の判事となったホームズが判決文を書

いている。

この事件は、妊娠四ヶ月あまりのデイトリッヒ夫人が公道の穴に足をとられて転倒した結果、流産したことに対し、道路の管理者であるノースハンプトン町を訴えたものである。原告は、胎児が十数分間生存したこと、したがって、生まれた子は自身のうけた傷害について損害賠償請求権を取得しており、その子の死後、母が子の請求権を行使できることを主張した。この事件の争点は、生きて生まれた子は、母胎内でうけた傷害について、損害賠償請求権をもつかということであった。

ホームズ判事は、原告の請求を否定し、その理由として、このような請求が認められるとする胎児の成熟段階を決定するのが困難であること、したがって出生までの胎児は母体の一部であり、独立の法的存在とは認められないことをあげた。

デイトリッヒ事件の判決は、その後、ボンブレスト事件判決に至る六十年間にわたって、胎児の損害賠償請求権を否定する指導的な先例となった。ボンブレスト事件判決は、コモン・ローが不法行為の分野にかぎって、胎児の権利能力を認めないのは理由がないとして、①胎児が生きて生まれたこと、そして、②傷害を受けた時に、胎児が独立で生存可能な生成の段階 *ability* にあったことを要件として、権利能力を認めるとした。この判決は、デイトリッヒ事件判決が、胎児に権利能力をあたえる時期の決定が困難であることを理由として請求権を否定したのに対して、胎児の独立に生存可能な成熟段階という具体的

な時期を基準とするものであった。この生物学的基準は、胎児の請求権の有無を決める実際的な境界線として、多くの裁判所の受けいれるところとなっている。

こうして、ひとたび生成の一時期を境として認められた胎児の権利能力については、ひきつづき、生きて生まれること、独立生存可能な二要件をこえて拡張される傾向がみられる。独立生存可能を要件とすることに對しては、胎児のうける侵害は、生成の一時期以後にかぎられるものではなく、したがって、胎児の権利保護の必要は受胎の瞬間から存在するはずであるとの批判がある。すでに独立生存可能な要件をはずして、受胎一ヶ月前後の胎児のときに受けた傷害に對する請求を認めた判例がいくつかある [Daley v. Meier, 33 Ill. App. 2d 218, 178 N. E. 2d 691 (1961); Smith v. Brennan, 31 N. J. 353, 157 A. 2d 497 (1960)]. いずれも妊娠一ヶ月。さらに、胎児は受胎の瞬間から権利能力をもつとする判決もある [Zepeda v. Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N. E. 2d 849 (1963)] 後述]。

一方、大陸法系や、わが民法では、「胎児の利益」が権利能力を擬制する理由であるのに対して、コモン・ローの生物学的アプローチでは、「生命」が権利能力の発生理由とされるのであるから、いったん宿った生命によって発生した請求権は存続するという主張が当然、論理的にでてくる。すなわち、「生きて生まれたとき」という要件をはずして、出生前の胎児に認め

られた請求権は、胎児の死亡によって消滅せず、その相続人に承継されるというのである。このように胎児の死産、流産の場合にも、胎児自身の請求権が認められるかどうかは、各州の制定法 wrongful death act にいう「人」のなかに胎児がふくまれるかどうかという条文解釈の問題である。ほとんどの州で、胎児は条文の意図した「人」のなかにふくまれないとされているが、これを肯定して死産の場合にも胎児の請求権を認める二、三の州がある〔*Poliquin v. MacDonald*, 101 N. H. 104, 135 A. 2d 249 (1958); *Mitchell v. Couch* (Ky. 1955) 285 S. W. 2d 901〕。

胎児の損害賠償請求権と不法行為の時期について、最近の興味ぶかい判例がある。これは、一九六三年のゼエベダ対ゼエベダ事件判決 (77 Harv. L. Rev. 1349) の判例批評がある) で、ここでは、嫡出でない子が正常な家庭生活の欠如と劣った社会的地位を理由として、父親に対して、損害賠償の請求を起した。原告の父親は正式の妻を持ちながら、原告の母と結婚の約束を交わして原告を生ませた。事件の争点の一つは、原告・嫡出でない子に対する不法行為があったか、いいかえれば、受胎の瞬間の生命体に対する不法行為が成立するかということであった。

判決は胎児の損害賠償請求権を肯定するコモン・ローの発展をたどったのち、独立に生存可能な胎児にだけ権利能力をかぎる理由はないとして、これを受胎の瞬間まで拡張している。判

決はいう。「いったい法は生命の毎日の発達をどのように区分できるであろうか。もし、のちの誕生によって証明される人間の生命が存在するのであれば、その生命は受胎の瞬間においても、その後のいかなる時期にもちうるのと同様の権利をもつのである。精子と卵子から細胞になり、胚となり、胎児となり、子となる、生命の一瞬ごとの生成過程において、絶対的区分となりうるものはない」(190 N. E. 2d 853)。

不法行為が受胎以前にあった場合はどうなるのか。この問題に答えるために判決は、いくつかの仮定の事例をあげて考察している。①受胎以前に製造された欠陥をもつ家庭器具によって、のちに生まれた子が傷害をうけた場合、製造者の過失がその子の存在以前にあったということにかわりなく、損害賠償の請求権をもつ。この場合は、出生後の子が傷害をうけた例であるが、判決にある次の設例はいずれも胎児に傷害が加えられたものである。②「かりに、ある製薬業者が、十分にテストされていない薬品を人体使用のために製作し、販売したとする。その薬品は使用目的にはかかっていなかったが、妊娠初期の女性がこれを使用すると有害であり、胎児の生成が妨げられて、手足の奇形児が生まれることが判明した。このようにして生まれた子は、不法行為に対する訴権を持たないであろうか (190 N. E. 2d 853-854)」。この例では受胎後に胎児への傷害があったとされるのである。次の設例は、不法行為が受胎以前にあったが、それによる傷害が受胎の時に発生するというものである。③物

理学者は、放射能が親の生殖細胞に影響して、心身に異常をもつ子が生れることを認めている。他人の故意、または過失によって、放射能をあげた親から、そのために不具となって生まれた子は、損害賠償の請求権をもつであろうか。判決はこれら三つの設例のいずれの場合も、被告の行為と原告の傷害の間に因果関係が成立すれば、損害賠償請求権が認められるとする。すなわち、ここでは、生物学的アプローチをとらず、因果関係アプローチをとるのである。本件判決は、嫡出でない子に対する父親の不法行為が成立し、損害の発生したことが考えられるとしながら、しかし、政策的理由によって、このような請求は認められないとしている。

胎児の損害賠償請求権を認めることに対して、これが新しい訴権をつくることであり、「いまだ存在しないものに対する将来の不法行為責任」をおわされる範囲がかぎりなく拡大されるのをおそれる意見がくりかえし述べられる(たとえば、*Sinkler v. Kneale*, 401 Pa. 267, 164 A. 2d 93, 1960. の少数意見)。反対意見は、胎児自身への傷害を立証することが、いぜんとして多くの事例で困難であることをあげるが、とくに、胎児の請求権が両親に対して行使されうることをおそれるものが多い。たとえば、遺伝的病疾、体質、劣等な知能指数をもって生まれたこと、あるいは、特定の人種に生まれたことなどを理由とする請求が考えられるというのである。(両親に対するものではないが、精神病院に入院中の患者間に生まれた子から、患者の

「ボンプレスト対コッツ」事件

監督管理の不備から非嫡出として生まれたことを理由に病院を訴えた事例がニューヨーク州にみられる。TIME, July 9, 1965, p. 44)

いままで述べてきたように、コモン・ローのあたらしい発展によって、胎児の損害賠償請求権は、現在ほとんどの州が認めるところとなっている。(カリフォルニア、ルイジアナの二州では制定法によって、マサチューセッツ、コネティカット、イリノイ、ミズーリ、ニューヨーク、ウイスコンシンでは先例を破棄して、カンサス、ニュー・ハンプシャー、サウス・カロライナ、ワシントンでは、あたらしく判例によって、それぞれ胎児の損害賠償請求権が認められた)。

いくつかの州では、いぜん、不法行為の時期に胎児が独立で生存可能であることを要件としているが、これが受胎の時まで拡大される傾向にある。一方、胎児の請求権を認めるのに、生きて生まれたことを要件とすることは、二、三の例外をのぞいて、守られており、多くの学説もこれを支持している。

大陸法・わが民法の擬制をとらず、独自のアプローチによりながら、コモン・ローが、胎児の損害賠償請求権をほぼ同様の範囲にわたって認める結果になっていることは、きわめて興味ぶかい。

〔参考文献〕 文中に引用したものの外に次のものがあげられる。

- Muse & Spinella, *Right of Infant to Recover for Prenatal Injury* (1950) 36 Va. L. Rev. 611; Notes, 8 Vand. L. Rev. 521 (1955); 26 Tenn. L. Rev. 494 (1959); 20 La. L. Rev. 810 (1960). Winfield, *The Unborn Child*, 8 Camb. L. J. 76 (1942).