

國學院大學学術情報リポジトリ

出産契約と第三者のためにする契約：
民法改正法案第537条第2項をめぐって

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 和泉澤, 千恵 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001652

出産契約と第三者のためにする契約

－民法改正法案第537条第2項をめぐる－

和泉澤 千恵

1. はじめに

法制審議会民法（債権関係）部会⁽¹⁾（以下、審議部会という。）の審議を経て、「民法の一部を改正する法律案」⁽²⁾（以下、改正法案という。）が、第189回国会に提出された⁽³⁾。当該改正法案において、第三者のためにする契約⁽⁴⁾の成立時に「第三者が現に存しない場合又は第三者が特定していない場合であっても、そのためにその効力を妨げられない」とする第2項が第537条に新設（以下、新設第2項という）されている。

新設第2項は、「第三者のためにする契約の締結時には受益者は現存している必要はなく…略…現に存しない者を受益者とする第三者のためにする契約であっても有効に成立するという判例法理」⁽⁵⁾を明文化するものである。また、改正法案の第537条は、第三者のためにする契約締結時点において「胎児や設立中の法人のように現に存しない者を受益者」⁽⁶⁾とすることを明文化することによって第三者のためにする契約そのものの成立を認める一方で、現行第2項を第3項に繰り下げ、そのまま維持している⁽⁷⁾。したがって、受益者たる第三者が契約上の利益を受けるためには、受益の意思表示をしなければならず、当該意思表示をする時点において、第三者は、現存・特定している必要があることになる。

本稿では、第三者のためにする契約に関する審議部会の審議過程を概観した後、第三者の「現存性・特定性」について審議するに際して、具体的にあげられた判例および裁判例等の紹介・検討を行う。とりわけ、出産契約⁽⁸⁾をその内容とする「第三者のためにする契約」（以下、第三者のためにする出産契約という。）に関する裁判例を検討することによって、「第三者のためにする契約」の締結時の第三者に「胎児」が含まれることの意義及び

第三者のためにする出産契約における新設第2項の実益について考察する。さらに、新設第2項の規定は、胎児の権利能力について個別主義を採用する民法の基本的考え方との整合性が問題となりうること、第三者の射程を広く解すると法的安定性を欠くおそれがあること等の検討課題を明らかにしたい。

2. 民法改正法案と審議過程

(1) 第537条（第三者のためにする契約）の改正案

「民法の一部を改正する法律」⁽⁹⁾案において、第537条の第三者のためにする契約にかかる条項につき、次のような改正が予定されている。

「第五百三十七条第二項中「前項」を「第一項」に改め、同項を同条第三項とし、同条第一項の次に次の一項を加える。

2 前項の契約は、その成立の時に第三者が現に存しない場合又は第三者が特定していない場合であっても、そのためにその効力を妨げられない。」

《改正新旧条文対照》

法 案	現 行
(第三者のためにする契約)	(第三者のためにする契約)
第 537 条 契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する。	第 537 条 (同左)
<u>2 前項の契約は、その成立の時に第三者が現に存しない場合又は第三者が特定していない場合であっても、そのためにその効力を妨げられない。</u>	(新設)
<u>3 第一項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思表示した時に発生する。</u>	<u>2 前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思表示した時に発生する。</u>

(2) 受益者の特定性・現存性等に関する審議過程

新設2項の規定について、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）」⁽¹⁰⁾の概要は、「第三者のためにする契約の締結時には受益者は現存している必要はなく、胎児や設立中の法人のように現に存しない者を受益者とする第三者のためにする契約であっても有効に成立するという判例法理」⁽¹¹⁾を明文化するものであるとしている。さらに、「民法は、受益者の現存性や特定性について、特段の規定を設けていない。」とした上で、この点につき、「第三者のためにする契約の締結時に受益者が現存している必要はない」こと、「第三者のためにする契約の締結時に受益者が特定されている必要もない」旨を判示する判例⁽¹²⁾に基づくこと、との補足説明を、審議会部会第19回会議の部会資料中⁽¹³⁾にみることができる。⁽¹⁴⁾

また、第19回会議では、受益者の現存性・特定性にかかる事項に加えて、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を要求することの当否についても審議された⁽¹⁵⁾。その理由は次の通りである。「受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としていることに対しては、裁判実務においてその実態にそぐわない場面があることが指摘されて」いること、裁判例の中には、「出産に関する医療において胎児に対する医師の義務を導くため、親と医療機関との間で、生まれてくる子のための安全な分娩の確保等を内容とする第三者のためにする契約が締結されているという構成を用いた上で、子が生まれた直後に親が子を代理して受益の意思表示を黙示に行ったと認定したものがある」⁽¹⁶⁾が、これらは「民法の規定と整合させるために技巧的な認定をせざるを得なかった例である」と見ることもできる」こと等である。⁽¹⁷⁾

この点については、現行民法第537条第2項の規定を維持したまま第三者のためにする契約の締結時において、受益者が現存する必要も特定されている必要もない旨を明文化した場合には、「受益の意思が表示される時には、受益者は現存し、特定されることが必要であると解され」ることになる。これに対して、第三者のためにする契約を類型化することによって受益者の権利の発生のために受益の意思の表示を不要とする類型を認める案⁽¹⁸⁾が提示された。この場合、「受益者の受益の意思の表示によって受益者の権

利が発生するという前提が…維持されなくなることから、受益者の権利が発生すべき時に受益者が不存在・不特定であるときの法律関係を明確にする必要がある」との指摘がなされた。そこで、これを解決するための具体的な立法提案として、「債権取得型においては、第三者のためにする契約の締結時に受益者が不存在・不特定であるときは、受益者が生じ、特定された時点で、受益者に債権が発生するが、受益者が取得すべき債権の履行期に至ってもなお受益者が不存在・不特定である場合には、受益者による債権の取得の放棄があったのと同様の扱いをするもの」とする等の考えが示されていた⁽¹⁹⁾。

しかし、審議の過程において、第三者のためにする契約の類型化については、これを疑問視する意見が⁽²⁰⁾だされた。特に、債権取得型に関しては、例えば反社会的勢力に対する権利のように、取得したくない権利を受益者が取得する結果を生じさせるということも想定されうること、受益者は債権の放棄が可能としているが、そもそも受益の意思がない場合も想定されうること、例えば税の問題が発生する可能性があること、受益者が何らの負担なしに債権を取得するということがこの世にどのくらいあるのか等の意見がだされ、類型化することの実益について検討された。その結果、類型化の導入は否定され、受益者の権利の発生のために受益の意思表示を要求することについては、現行規定を維持するとの結論に至っている。

以上のような審議経緯をたどり、改正法案は、締結時点において「胎児や設立中の法人のように現に存しない者を受益者」とする第三者のためにする契約の成立を明文をもって認める一方、現行第2項を第3項に繰り下げ、そのまま維持する規定となっている。したがって、受益者たる第三者が契約上の利益を受けるためには、受益の意思表示をすることが必要となり、当該意思表示をする時点において、当該第三者は、現存・特定している必要があることとなった。

3. 審議過程で示されている判例・裁判例

第三者のためにする契約締結時における受益者の現存性・特定性を不要とする第2項を新設するに際して、その根拠とされる「判例法理」を判示した判例および類型化の当否に関する議論の際に取り上げられた「出産に関する医療」⁽²¹⁾についての裁判例が、どのような事例であるかにつき、以下、やや詳細に見てみる。

(1) 受益者の現存性・特定性に関する判例

審議過程で具体的に掲げられている判例は、所有権移転登記手続請求上告事件である最判昭和37年6月26日（民集16巻7号1397頁）及び当該判例⁽²²⁾を引用する大判大正7年11月5日（民録24輯2131頁）である。

所有権移転登記手続請求上告事件（最判昭和37年6月26日、民集16巻7号1397頁⁽²³⁾）の事実概要は次の通りである。

当時官憲の弾圧に因り潰滅の状態にひんしていた大本教（戦後、宗教法人愛善苑として再興）の信者である訴外Aが、将来再興した場合にはその本部に献納する目的をもって、Xとともに本件不動産を購入した。Xの出資に際して、AとXとの両名の間に買受後はA名義としておくけれども、Xから請求があり次第、その指定する者に名義を移す旨の契約が成立していた。その後、Aは死亡し、再興した宗教法人本部へ本件不動産を献納することについて、Aの家督を相続したYが異議をと⁽²⁴⁾なえた。そこで、Xは、本件不動産はAに委任して同人名義で買収したものであり、その所有権はXにあるのであって、Aもそのように約していたと主張して、Yに対して先ずX名義に所有権移転登記手続をすることを求めた事案である。裁判所は、「第三者のためにする契約において、その第三者はたとい契約の当時に存在していなくても、将来出現するであろうと予期した者をもつて第三者となした場合でも足りるものと解すべきである」と判示する土地所有権移転登記請求に関する判例（大判大正7年11月5日、民録24輯2131頁）を引用して、「契約の当時前記宗教法人愛善苑が存在していなくても、何等右契約の成立は左右されないものといわねばならぬ。」と判示した⁽²⁵⁾。なお、引用さ

れた大判大正7年11月5日⁽²⁶⁾は、家再興者に土地を贈与する契約があったとして、当家を再興したと称するXが第三者としてYに対し土地所有権移転登記を請求した事案⁽²⁷⁾である。

(2)「第三者のためにする出産契約」構成を用いる裁判例

「出産に関する医療において胎児に対する医師の義務を導くため、親と医療機関との間で、生まれてくる子のための安全な分娩の確保等を内容とする第三者のためにする契約が締結されているという構成を用い⁽²⁸⁾る裁判例として、東京地判昭和54年4月24日および名古屋地判平成元年2月17日⁽²⁹⁾が、審議過程で具体的には取り上げられている⁽³¹⁾。同様の裁判例として、さらに、横浜地判昭和57年4月30日及び長崎地判平成11年4月13日⁽³²⁾があるため、以下、これら裁判例の事案の概要及び判旨を紹介する。

裁判例①：東京地判昭和54年4月24日（判タ388号147頁）

本件は、胎児の生命救助のために早急に娩出させる必要に迫られ、鉗子分娩術をして胎児を娩出させたところ、出生児の顔面に鉗子挟圧による損傷（顔面及び角膜に損傷）による後遺障害を残した事例⁽³⁴⁾である。裁判所は、原告X2（母）が元被告Yとの間で入院時に締結した「診療介助契約」は、^{ママ}「当時胎児であつた原告X1の出産を目的とするものであり、その目的のための元被告Yによる出産介助行為は当然に…略…原告X1の身体に直接物理的作用を及ぼすことが予定されるので、このような出産介助行為の特性に照らして考えれば、原告X2が元被告Yとの間で本件診療介助契約を締結する際、右と同様の契約を父X3の意向を体して胎児である原告X1のためにも締結する意思を有し、また元被告Yもこれを了知し契約をしたものと解するのが相当である。」と判示した。また、原告X2が原告X1を娩出するに際し、元被告Yの介助を受けたことは当事者間に争いがなく、「原告X2は原告X1の出生時に原告X1の親権者母として父X3の許諾のもとで原告X1のために黙示的に受益の意思表示をなし、出産介助行為の特性から、元被告Yはこれを了知していたと解するのを相当する。」⁽³⁵⁾としている。

本件では、第三者のためにする契約を、母親が入院時に締結した「診療

介助契約」締結の際に締結したとし、また、受諾の意思表示については、出生時に母が親権者として（父の許諾のもと）黙示的になしたと判示している。

裁判例②：名古屋地判平成元年2月17日（判タ703号204頁）

本件は、破水後の内診により横位と判断され、帝王切開により生まれた原告X1（子）が、仮死二度の状態（呼吸不正、全身チアノーゼ出現）であったため、蘇生術が施されたものの状態が悪化し、改善がみられなかったため他院に転送された事案である。原告X3（父）・同X2（母）と被告Y法人との間で、「原告X2がY病院に入院するに際し、原告X1の出生を条件として、同人の安全娩出の確保と娩出時の疾患の治療を内容とする準委任契約（第三者のためにする契約）を締結し、同人の出生後、原告X3、同X2が、原告X1を代理して、右契約の受益の意思表示をした。」と原告側が主張したところ、被告がこれを認めた。このため、両当事者間に契約関係についての争いがなく、原告の主張がそのまま認定されている。当該事実関係に基づき、裁判所は、「被告法人は、原告X1に対し、診療契約に基づき、原告X2の分娩に際し、原告X1の安全な娩出及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を負った。」と判示した。⁽³⁶⁾

本件では、原告の主張の通り、裁判所は、第三者のためにする契約の締結時点をX2の入院時とし、契約内容については出生を条件としたX1の安全娩出の確保と娩出時の疾患の治療を内容とする準委任契約であるとし、そして、受益の意思表示はX1出生後、両親がこれを代理して行ったと判示している。

裁判例③：横浜地判昭和57年4月30日（判時1060号116頁）

本件は、破水後も陣痛の増強がみられなかったため、被告Yが、母体の疲労や感染の危険を考慮して分娩促進剤を投与したところ順調に分娩が進行したため、経膈分娩可能と判断して児頭の降下状態などから鉗子分娩術を施行し、児を娩出した事案である。⁽³⁸⁾ 裁判所は、診療契約の成立について、

原告X2（母）が「本件病院産婦人科で初めて受診した事実及び（契約締結の時期の点は除いて）遅くとも…略…入院時には同原告と被告Yとの間で被告が同科医師らを履行補助者として同原告の妊娠・出産につき当時の臨床医学の水準的知識に準拠して適切な診療・分娩介助・施術をなす旨の診療契約が締結された」と判示した。その上で、「同原告は、入院の時点で、被告との間で、…略…原告X1の出生介助をなすとともに、出生後の新生児である同原告に起こりがちな諸症状を医学的に解明して適切な診療をなす旨の原告X2を要約者、被告を諾約者、胎児当時の原告X1を受益者とする第三者のためにする診療契約を締結した」としている⁽³⁹⁾。

本件は、第三者のためにする契約を初診時に締結したとの原告主張を退け、契約締結時をX2の入院の時点としている。また、その契約内容は、X1の出生介助をなすとともに、出生後の新生児であるX1に起こりがちな諸症状を医学的に解明して適切な診療をなす旨の、X2を要約者、Yを諾約者、胎児当時のX1を受益者とする第三者のためにする診療契約であると判示されている。もっとも、被告側に過失がないと判断されたため、「原告X1を受益者とする第三者のためにする診療契約につき、同原告の受益の意思表示がなされて同原告に右診療契約の効果が帰属するに至ったか否か」については判示されていない⁽⁴⁰⁾。

裁判例④：長崎地判平成11年4月13日（判タ1023号225頁）

本件は、軟産道強靱との診断を受け、一旦は帝王切開が予定されていたものの、子宮底圧出法により経膈分娩により出生した児が、娩出途中で「肩甲難産」の状態に陥り、その後、左腕に麻痺が存在することが判明した事案である⁽⁴¹⁾。裁判所は、A（母）が、Y病院において、a医師の診察を受けて妊娠週数、分娩予定日を診断され、超音波断層法により、胎児の頭殿長を測定したことにより、「Aと被告との間においては、原告Xの出生を条件として同人の安全娩出の確保等を内容とする準委任契約（第三者のためにする契約）が成立した（第三者である原告Xの受益の意思表示は、…略…原告Xの出生の時点で、同人の法定代理人親権者であるA及びB（父）に

より黙示的になされたというべきである。』⁽⁴²⁾と判示している。

本件では、第三者のためにする契約の締結時を、AがY病院で妊娠の診断等を受けたとき（妊娠11週2日の時点）としているのが特徴的である。契約内容については、原告Xの出生を条件とした同人の安全娩出の確保等を内容とする準委任契約とし、受益の意思表示を原告Xの出生の時点で、同人の法定代理人親権者（両親）により黙示的になされたとしている。

4. 判例の特徴及び第三者のためにする出産契約の意義

（1）判例の特徴と新設項の意義

「第三者のためにする契約の締結時には受益者は現存している必要はなく、胎児や設立中の法人のように現に存しない者を受益者とする第三者のためにする契約であっても有効に成立するという判例法理」⁽⁴³⁾として審議部会資料などで挙げられている最判昭和37年6月26日（民集16巻7号1397頁）は、先に詳しく紹介した通り、時局の情勢を色濃く反映したやや特殊な事例であるといえよう。その契約内容は、戦時下にあって弾圧されていた宗教信者がその聖地と信じるころの土地を、再興した宗教法人本部へ献納することを約したものであり、以上のような事実関係に基づいて、第三者が契約の当時に存在していなくても当該第三者のためにする契約は成立すると判示したものである。また、本判例が引用する大審院判決も、⁽⁴⁴⁾廢家を再興すべき者を受益者とする第三者のためにする契約であり、「第三者ハ必スシモ契約当時既ニ存在セル者タルヲ要セス将来出現スヘシト予期シタル者ヲ以テ第三者ト為シタルカ如キ場合」には、「第三者ノ出現ト受益ノ意思表示トノ法律条件ノ下ニ契約ハ有効ニ成立」するとしている。審議部会が判例法理を判示するものとして掲げるこれらの判例は、いずれも、事案の特殊性のみならず時代の特殊性をもあわせもつものであるように思われる。

しかし、いずれにせよ、第三者の現存性・特定性については、現在、「他人のためにする生命保険契約…において重要な意味をも」つと指摘されて⁽⁴⁵⁾おり、改正法案が新設第2項によって、契約締結の時に第三者が現に存しな

い場合又は第三者が特定していない場合であっても、当該第三者のためにする契約が有効に成立するとすることには一定の意義があるものと思われる。他方、新たな問題が生じてくることも考えられる。このため、以下、新設第2項の意義と問題点について検討してみたい。

（２）出産に際して第三者のためにする契約構成をとることの意義

第三者のためにする契約締結時に現存・特定していることを要しないとする対象には、現存していないという意味において、胎児も含まれることになる。そこで、以下において、出産に際して、母ないし両親を要約者、医療提供施設ないしは医師を諸約者、出生前にあつては胎児・出生後にあつては新生児（胎児＝新生児、以下、児という。）を受益者とする、児の安全娩出の確保等を内容とした第三者のためにする契約が締結されたような場合に焦点をあて、改正法案は、いかなる意義をもちうるのかということについて、検討してみたいと思う。

１）出産に際しての契約関係

出産に際して、産婦が分娩介助を医療者から受ける場合には、胎児を第三者とした第三者のためにする契約を別途締結するか否かは別として、通常、産婦である母と医療者側との間で何らかの出産契約が締結されることになる。この契約の内容は、胎児が娩出される前であれば、母体である産婦及び胎児の安全確保のため管理及び適切な医療の提供ということになる。そして、分娩によって、母である産婦と胎児であった新生児とは、それぞれ別個の独立した人となる。母である産婦については、医療者側と締結した当該出産契約に基づき、引き続き医療者側から産後のケアと適切な医療の提供を受けることになる。

問題は、当該出産契約の当事者ではない新生児と医療者側との法的な関係である。出生した新生児が、正常な過程をたどる場合であっても当該新生児が医療提供施設にいる間は、實際上、その安全確保や適切なケア及び必要な医療の提供が医療提供施設に求められることとなる⁽⁴⁶⁾。しかし、前述した産婦と医療提供施設との間で入院時に締結された出産契約に基づき、

医療提供施設が母に対して負う契約上の効力が、契約当事者ではない新生児に当然に及ぶと解することは難しいであろう。⁽⁴⁷⁾

新生児に対するケアは事務管理として提供されることになるのか、出生後に改めて新生児と医療提供施設との間で何らかの契約が締結されることになるのか、あるいは、入院の際に母と医療提供施設との間で締結された契約内容に、契約当事者である母に加えて娩出後の新生児に対しても適切にケアを行う旨が内包されていると解することになるのか、判然としないところである。⁽⁴⁸⁾ 他方、出生した新生児に高度な医的介入や医学的な管理が必要な疾病や障害などが存する場合、例えば、手術を要するときには、当該手術を行う時点において新生児と医療提供施設との間で、新たな診療契約が締結されることになるものと考えられよう。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

2) 第三者のためにする出産契約に意義がある場合

このように、生まれた新生児に手術等の治療を要するなどの高度な医的介入や医学的な管理が必要な疾病などが存する場合を除いて、当該新生児と医療提供施設との間の法的な関係は曖昧であり、新生児に対する安全確保や適切なケア及び医療の提供等をどこまで医療者側に求めることができるのかについては不明確であるといえる。その点、例えば、母が出産のために入院してから退院するまでの間における、児の安全を確保する等の出産契約をその内容とするような、児を第三者とした第三者のためにする出産契約が締結されている場合には、胎児が生きて生まれた時に母などが当該新生児を代理して受益の意思表示をなしたものと解することにより、出生後に医療提供施設側と生まれてきた新生児との間で医療契約を改めて締結することなく、当該契約の効力によって当然に医療提供施設にいる間の適切な安全確保をするよう医療提供施設に要求する権利が新生児自身に認められることになるという利点が考えられる。また、児は生きて生まれたが分娩によって母が死亡したような場合であっても、出生した新生児の父が親権者としてこれを代理して受益の意思表示をなせば、同様の効果をもたらすことになる。⁽⁵¹⁾

第三者のためにする出産契約には、このような一定の意義が認められるといえる。しかし、これは、児が生まれた際に、当該新生児と医療提供施設との間で改めて契約を締結すれば解決される問題であり、そのような手間を省くという限りにおいてのみ、第三者のためにする出産契約締結の意義が認められるに過ぎないともいえる。他方、第三者のためにする出産契約については、契約そのものの成立及び効果並びに受益の意思表示等について、従来の第三者のためにする契約についての議論ではみられなかった新たな問題が生じてくるものと思われる。この点につき、先に紹介した裁判例をもとに、検討することとする。

5. 第三者のためにする出産契約についての検討

(1) 第三者のためにする契約構成をとる裁判例の主な特徴⁽⁵²⁾

まず、出産に際して、児を受益者とする第三者のためにする契約の締結については、胎児を出産する母が妊娠の診断を受けたときとする裁判例④を除き、概ね母が出産のために当該医療提供施設に入院した時点で締結したものとされている（裁判例①、②及び③⁽⁵³⁾）。

次に、締結された契約の内容は、胎児の「身体に直接物理的作用を及ぼすことが予定」される出産介助行為をともなう「出産を目的とする」ものであり、具体的には、例えば「母体と胎児の生命、身体の安全を図ることであり、このため細心の注意義務をもつて鉗子进行操作」する義務が医師に課されるとするもの（裁判例①）、児の「出生を条件として、同人の安全娩出の確保と娩出時の疾患の治療を内容とする準委任契約」であるとするもの（裁判例②）、胎児の「出生介助をなすとともに、出生後の新生児…略…に起こりがちな諸症状を医学的に解明して適切な診療をなす」こととするもの（裁判例③）、「出生を条件として同人の安全娩出の確保等を内容とする準委任契約」であるとするもの（裁判例④）となっている。いずれの裁判例も出産（出生）の介助や、児の安全娩出の確保が契約内容とされている。なお、裁判例②及び④については、児の出生を条件とする旨が明示さ

れている。また、娩出後の疾患の治療（裁判例②）や出生後の新生児となった後の適切な診療（裁判例③）が、娩出時の安全確保のみならず、当該契約内容に含まれる旨が明記されている事例もある。

最後に、安全娩出の確保を内容とする第三者のためにする契約の受益者たる児の受益の意思表示については、概ね、出生時ないし出生後に、両親ないし母が子を代理してなしたと判示されている（裁判例①、②及び④）。なお、裁判例①及び④については、当該受益の意思表示は、黙示的になされた⁽⁵⁴⁾とされている。

（２）「出生を条件」とすることの意義

第三者のためにする契約の特質は、第三者に直接に権利を取得させる趣旨が契約の内容とされることにあり、要約者と諾約者の間に有効な契約が成立することに加えて、成立要件や効力発生要件などがあるときは、それも備えなければなら⁽⁵⁵⁾ないとされる。そして、第三者が諾約者に対して契約の利益を享受する意思を表示した時に第三者の権利が発生し、当該受益の意思表示は、第三者の権利の発生要件であると解⁽⁵⁶⁾されている。

ところで、前述したように、裁判例では、「出生を条件」（以下、出生条件という。）として児の安全娩出の確保等を内容とする準委任契約（第三者のためにする契約）の成立を認めるもの（裁判例④。なお裁判例②も同旨）と、このような条件を付していないもの（裁判例①及び③）とが混在する。そこでまず、第三者のためにする出産契約において、出生条件が付されていた場合における当該条件の意味について検討してみたい。

「出生」という条件は、これを停止条件と解するほかないであろうから、この条件は、第三者のためにする出産契約の効力発生要件と解することになろう⁽⁵⁷⁾。そして、出生条件は出生の時点に成就する。したがって、出生条件が付された児を第三者とした第三者のためにする出産契約の効力が生ずるのは、当該第三者が出生して人となった後に限定されることとなる⁽⁵⁸⁾。このように解すると、要約者と諾約者の間で意図した契約内容が、出生前の娩出過程における胎児及び娩出後から退院するまでの新生児に対する安全

確保のための管理及び適切な医療の提供であった場合でも、出生条件が付されている限り、当該契約内容は、児が出生した後から退院するまでの新生児の管理等に限られたものになってしまう。これでは、要約者と諾約者という契約当事者が意図して締結した契約内容（締結された契約内容）と条件が成就して当該契約の効力が発生した内容（効力発生内容）との間に齟齬が生じることになり、問題があるように思われる。

一般に、出産するにあたり医療等の提供にかかる契約を締結するに際して、産婦が娩出後の新生児のみを対象にして契約を締結するとは考えられにくい。

他方、医療提供者側についても、娩出までの胎児段階を全く念頭におかず、出生後の新生児のみを対象としてその安全確保のための管理や必要な医療を提供するとの契約を締結するとは考えられないであろう。このように考えることが認められるならば、第三者のためにする出産契約には、娩出後の新生児のみならず、娩出前の胎児に対する安全娩出及び適切な医療の提供が含まれると解するべきであろう。この点につき、両当事者が意図した本来の契約内容は一致していると解することができるのであるから、契約の効力についても、本来当事者の意図した内容に及ぶと解するべきであろう。⁽⁵⁹⁾ この場合、出生条件をいかに解するのが問題となるが、児を第三者とした第三者のためにする出産契約にあっては、出生条件は当該契約に必須のものではないこと（裁判例④参照）、第三者が受益の意思表示をなすためには、後述するように、出生しなければならないこと等から、ここでいう「出生条件」は、厳密な法的意味での「停止条件」を付したのではなく、いわば当然の前提として出生しなければならないことを付言したに過ぎないとでも解することになろうか。

（３）第三者のする受益の意思表示と権利の帰属

ところで、分娩過程における児の安全娩出の確保を内容とし、児を受益者とする第三者のためにする契約では、当該契約自体は締結時に有効に成立している場合であっても、前述した意味での出生条件を付すと否とにか

かわらず、出生して受益の意思表示をなさなければ、第三者たる児には、当該契約の内容を自己に帰属させ、その利益を享受する権利は発生しない。この点につき、前述のいずれの裁判例も、黙示的になされるか否かは別として、出生時ないし出生後に、両親ないし母が子を代理し、受益の意思表示がなされたと判示している。

以下、当該第三者のする受益の意思表示と権利の帰属について検討する。

1) 受益の意思表示と「胎児」期における権利の帰属

第三者のためにする出産契約の内容は、例えば、出生前の母体に陣痛が来し母体から完全に娩出終わるまでの胎児及び出生後の娩出が完全に終了した後から退院までの新生児に対する安全娩出及び安全確保のための管理並びに適切な医療の提供であると解されることになろうことは前述した通りである。しかし、当該契約が要約者（母ないし両親）と諾約者（医師や助産師ないし医療提供施設）との間で有効に締結されるのが産婦が入院した時点である場合、当該契約によって利益を受ける受益者は、契約締結時点では「胎児」ということになる。第三者が権利の発生要件たる受益の意思表示をなすには、権利能力を有することが前提となるが、「私権の享有は、出生に始ま」り（民法第3条第1項）、権利能力は、原則として、胎児には認められていない⁽⁶⁰⁾。このため、契約締結時に胎児である第三者が受益の意思表示をなしえるのは、当該胎児が出生して権利能力を備えた人となった時点以後になる。すなわち、現在は胎児であるが、将来出生して権利能力を備えるであろう人の受益の意思表示が確定的になされることになるのは、娩出過程である分娩第2期が経過した時点より後に限られる。これでは、両当事者が第三者に権利を帰属させようと意図した契約内容が出産全般にわたるものであるにもかかわらず、第三者が受益の意思表示をして、諾約者たる医療者側に自身に対する債務の履行を請求する段階において、実質的に履行請求が可能であるのは、出生後の当該医療提供施設に入院している期間中の安全管理及び適切な医療の提供という分娩第3期（後産）以後の債務に限定されてしまうという問題が生ずることになる。

そこで、出生前の胎児である第三者に対して、諾約者たる医療者側がいかなる根拠に基づき、自己の債務を履行することになるかが問題となる。これを解決するためには、第三者のためにする出産契約は、将来出生して人になるであろう胎児を第三者とした、安全確保および適切な医療を提供するという契約が、要約者と諾約者との間において有効に成立しており、第三者が受益の意思表示をする以前であっても、要約者は諾約者に対して第三者に対する債務を履行するよう請求する権利を有し、諾約者もまた、当該契約に基づく債務を履行するものと解することになろう。

これを胎児の視点からみると、要約者と諾約者の間で有効に成立した第三者のためにする契約に基づき、当該契約締結のときに胎児である第三者は、当該契約の内容についての権利を潜在的に取得しているに過ぎないが、出生後に受益の意思表示をすることにより当該権利を確定的に取得すると考えるのである。

これに対して、諾約者である医療者側は、胎児である第三者が生きて生まれ、人となった後に受益の意思表示をなして、第三者のためにする契約による自身の権利を確定的なものとして請求することになるとの前提にたって、娩出過程においても胎児の安全を確保する等の債務を履行することになると解することになる。

このように、第三者は、胎児の段階で潜在的に取得していた権利を、出生後の権利能力を備えた段階でなす受益の意思表示によって確定的に自己に帰属させて顕在化させる、すなわち、受益の意思表示以後の新生児期の権利のみならず、胎児期における潜在的に取得していた権利をも自己に帰属させると解することによって、一般には、受益の意思表示以前に遡及させることを予定していない権利の取得を遡及させることが可能となる。解釈としてはかなり難があるが、このようにでも解さない限り、出生後にしか受益の意思表示をなしえない第三者が、胎児期における諾約者たる医療者の債務に対する権利を主張しうることの説明はできないのではなかろうか。しかし、仮にこのような解釈が認められるとしても、本来は、権利能

力を有さない胎児に対して、結果的に権利取得を認めると解することになるため、民法第3条第1項の規定に抵触するという問題が残ることになる。

2) 第三者のためにする出産契約に基づく損害賠償請求と胎児の権利能力

胎児を第三者とした第三者のためにする出産契約が締結されていた場合に、医療者側の行為に起因して、第三者が胎児であるときの受傷に関する取り扱いについて検討したい。

胎児が生きて生まれて受益の意思表示をなしたときには、胎児期における諾約者の債務については既に履行済みであるので、出生後に、胎児段階の債務の履行を改めて求めることはできない。このときには、既に娩出は完了しており、過ぎ去った時間を巻き戻すことは不可能だからである。したがって、問題となりうるのは、胎児期に提供された債務に、諾約者の責めに帰すべき事由に基づく不履行（不完全履行）があった場合、出生後の第三者たる新生児は、受益の意思表示前の「胎児」段階における諾約者の債務不履行について、損害賠償請求することが可能であるのか、ということのみになろう。

この点につき、裁判例は、諾約者に責めに帰すべき事由が認められる場合、いずれも、いわば当然のごとく、第三者のためにする契約の不履行であるとして損害賠償を容認している（裁判例②及び④）。通常、胎児が債務不履行責任を追求することは予定されておらず、民法には、その旨を規定する条項はない。権利能力のない胎児は契約当事者となることがないため、その不履行を追求することはありえないとの考えによるものであろう。しかし、前述した裁判所の判断は、第三者のためにする出産契約を締結していた場合、受益の意思表示前の胎児期における損害、すなわち、胎児に対する医療者側の債務不履行に基づく損害賠償請求を認めていると解することになろう。このような解釈は、権利能力を有していない胎児が、第三者のためにする契約を媒介として、胎児期における契約上の権利を主張することを認め、結果として、このような場合にも胎児が権利能力を有するのと同様の法的効果を認めることになるのではないか。⁽⁶³⁾これは、個別に規定

された権利関係についてのみ、例外的に胎児の権利能力を擬制する個別主義を採用する民法の基本的な考え方と矛盾しかねず、問題があるように思われる。⁽⁶⁵⁾

以上みてきたように、改正法案の第三者のためにする契約にかかる規定は、出生して人となるまでは権利能力は認められないとの民法の基本的な考え方を維持しつつ、第三者のためにする契約の締結時点において「胎児」である第三者は、出生後に権利能力を有する人になった時点において受益の意思表示をなせば、契約上の利益を享受する権利を胎児であったときにも認めうる構造となっている。しかし、人として現存しない「胎児」を第三者として広く一般に認める改正法案は、現行法上、胎児の権利能力を擬制する個別の事項以外の事項についても、「胎児は生まれたものとみなす」との規定がないにも関わらず、胎児の権利能力を認めることになる可能性を孕んでいるといえるのではなかろうか。特定の事項についてのみ胎児の権利能力を認める個別主義を採用する民法の基本的な考え方との整合性についても検討する必要があるように思われる。⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾

6. 結びにかえて

以上に検討してきたように、「胎児」を第三者とした第三者のためにする出産契約については、新設第2項を設けることにつき、さほどの意義と実益を認めることはできないように思われる。⁽⁶⁸⁾ 以下、結びにかえて、残された課題について指摘する。

①損害賠償請求 胎児の娩出に際して、医療提供者側による何らかの過誤によって当該胎児が障害を負って生まれたような場合、母親と医療者側との間に締結された出産契約の債務不履行を理由として損害賠償請求がなされ、これとは別に、あるいはこれと併せて、不法行為に基づく損害賠償請求が新生児自身によって提起されることもあろう。⁽⁶⁹⁾ また、出生後の新生児に適切な医療が提供されなかった場合にも、不法行為責任と債務不履行責任が、単独あるいは両方を併せて問われてくることになるだろう。あえて

第三者のためにする契約であるとの法律構成をとる意義については、慎重な検討を要するところである。⁽⁷⁰⁾

②胎児が死産の場合　本稿は、第三者である胎児が生きて生まれた場合のみを念頭に考察をおこなってきたが、第三者である胎児が生きて生まれなかった場合についての検討も別途必要であろう。例えば、胎児に対する侵害行為によって障害を負って出生した人は、民法第721条により不法行為責任を問うことができる。しかし、侵害行為によって死産となった胎児は、胎児自体が自身に対する不法行為責任を問うことはできない。不法行為によって死産という結果が生じた場合、民法第710条により、母が自己の身体に対する不法行為責任を問うこととなるであろう。⁽⁷¹⁾

他方、胎児を第三者とした第三者のためにする出産契約が締結されていた場合はどうであろうか。第三者である胎児が生きて生まれなかった、すなわち死産であったときには、受益の意思表示をなして権利を帰属させるはずであった第三者が存在しなくなる。この場合、締結されていた第三者のためにする出産契約は、第三者が受益の意思表示をすることが不能となったことにより、胎児が死亡した後の債務について履行不能となると解することもできるであろう。あるいはまた、要約者と諾約者との間で締結された第三者のためにする出産契約そのものの不完全履行により、胎児が死亡したと解することができるかもしれない。いずれにせよ、当該第三者が医療者側の責めに帰すべき事由によって、生きて生まれなかったときには、要約者たる母などが諾約者たる医療者側に対して、当該契約当事者として、第三者たる児の安全娩出という債務についての不履行があったとして責任追求をなすことができると解することが可能であろう。

一方、医療者側たる諾約者に何ら帰責性がなく第三者である胎児が死産となった場合には、諾約者の債務は消滅することになろうか。⁽⁷²⁾さらなる検討を要するところである。

③第三者の射程　新設第2項にいう「現に存しない場合又は第三者が特定していない場合」に該当する第三者の射程についての検討も必要である

ように思われる。第三者の射程を広く解すると、例えば、生まれていない者を受贈者とする贈与契約の締結はできないが、新設第2項によって、贈与者を諾約者、現在懐胎していない女性を受贈者、その女性の将来妊娠し生まれてくるかもしれない子（現在は胎児とすらなっていない子）を受益者とした贈与契約をその内容とする第三者のためにする契約を締結することが可能となる。これは、生まれていない者を受贈者とする贈与契約と、結果として同じ法的効果をもたらすこととなり、法的安定性を欠くことになりはしないであろうか。

繰り返し指摘してきたことではあるが、新設第2項は、契約締結当時は現存していないが、将来出現するであろうと予期した者を第三者とする判例法理を明文化したものとされている。しかし、当該規定の論拠となった判例は、元々存在していた団体や家の再興者を第三者の対象として、当該第三者のためにする契約締結時における第三者の現存性・特定性を不要と判示したものである。このことを考慮に入れると、懐胎中の胎児や設立中の法人など、「将来の現存・特定が確実に予期できるもの」を新設第2項にいう第三者の射程とするなど、その適用範囲を限定的に解すべきではなかろうか。個別具体的な事案に対する判決であることを捨象して、新設第2項を明文化したことにより、思いもかけない弊害が生じないようにしなければならない。将来出現することについての予期可能性をどの程度と解するかという基準については、今後、慎重に検討されなければならないであろう。

④胎児の法的地位　現在は、医療技術等の向上によって、従前は状況を知ることができなかった胎児の発達状態などを早い段階から知ることができるようになってきている。このため、治療を要するような疾病などが妊娠中に発見された場合に、胎児の段階で治療を施すという、いわゆる胎児治療も行われるようになってきている。このような胎児治療がなされる際に、医師等による過誤によって胎児が死傷するという事態も生じえよう。従前想定されてこなかった胎児を取り巻く状況を考えると、胎児の法的な地位

について再考する必要があるのではなからうか。⁽⁷³⁾

⑤出産契約 第三者のためにする契約を離れて、通常の出産者側と医療提供者側との間で締結される出産契約の法律構成についての検討も必要であろう。契約の当事者に関しては、例えば、母なのか子なのか、それとも、父も当事者たり得るのか、というような契約主体が誰であるかという問題がある。さらに、契約の内容に関しては、娩出にあたる産婦及び胎児の安全確保のための管理から、娩出後にあっては、母に対するケアのみならず新生児のケアや必要な場合における適切な医療提供に至るまで、その内容は、多岐にわたることが想定される。このため、医療者側が履行義務を負う債務内容は、いかなるものであるのか、また、法的な効力が及ぶ射程はどの程度なのか等、検討すべき論点は多い。「周産期医療に関しては特別に考えられるかもしれませんが⁽⁷⁴⁾。」との発言が審議部会における委員からなされているが、周産期や出産にかかる医療は、どのような点において特別に考えられるのか、また特別である場合には、そのことについて、どのような法的処理を行うと実効性のある解決を図ることができるのかといった課題に直面することになる。

出産契約に関する議論や胎児の法的な地位に関する議論についての今後の動向に注目し、検討を深めていきたいと思う。

註

- (1) 法制審議会民法（債権関係）部会は、2009年11月より審議を開始し、2013年2月に「中間試案」を決定、パブリック・コメントの手続きを経て、2014年8月に「要綱仮案」を決定し、2015年2月に要綱案の決定に至った。検討経過等については、法務省 HP：法制審議会 - 民法（債権関係）部会【http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html [2016年10月31日アクセス]】を参照のこと。
- (2) 第189回国会・閣法63号、平成27年3月31日提出
 なお、提出法案は、民法（債権関係）部会第96回会議（2014年8月26日開催）において決定された「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」【<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf> [2016年10月31日アクセス]】に基づき作成されている。当該要綱仮案は、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成25年2月26日決定、平成25年7月4日補訂：<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf> [2016年10月31日アクセス]）に対して、2013年4月16日から同年6月17日までの期間に実施されたパブリック・コメント手続において寄せられた意見を踏まえつつ検討を加えたものである。
- (3) 2016年10月31日現在、第192回国会（臨時会）において、継続審議中である。
- (4) 第三者のためにする契約とは、契約当事者が、自己の名において結んだ契約によって、直接に第三者をして権利を取得せしめる契約をいう。当該契約によって第三者に対して債務を負うことになる当事者を諸約者、その約束の相手方たる当事者を要約者、当該契約により直接に権利を取得する第三者を受益者という。谷口知平・五十嵐清編『新版 注釈民法（13）債権（4）[補訂版]』（中馬義直・新堂朋子）（有斐閣、2006年）691頁以下。なお、英米法との比較などを含めた第三者のためにする契約につき網羅的な検討を行うものとして、新堂朋子「第三者のためにする契約法理の現代的意義－英米法との比較を中心として－（1）・（2完）」法学協会雑誌第115巻第10号（1998年）84頁以下、同第115巻第11号（1998年）11頁以下、ドイツ法およびフランス法との比較などを含めた受益の意思表示の権利取得作用を中心とした第三者のためにする契約の総合的な検討を行うものとして春田一夫『第三者のためにする契約の法理』（2002年、信山社）などがある。
- (5) 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）」法務省民事局参事官室【<http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf> [2016年10月31日アクセス]】（第三者のためにする契約にかかる説明は、378-383頁）
- (6) 前掲註（5）378頁
- (7) 法制審議会民法（債権関係）部会第19回会議（平成22年11月30日開催）【<http://>

www.moj.go.jp/shingil/shingi04900056.html [2016 年 10 月 31 日アクセス] 法務省 HP

第 19 回会議は、部会資料 19-1 に基づいて、民法（債権関係）の改正に関する検討事項について審議された。（「部会資料 19-1 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（14）」【<http://www.moj.go.jp/content/000058276.pdf> [2016 年 10 月 31 日アクセス]】（第三者のためにする契約にかかる部分は、同資料の 9-10 頁））（以下、「部会資料 19-2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（14）詳細版」【<http://www.moj.go.jp/content/000058277.pdf> [2016 年 10 月 31 日アクセス]】（第三者のためにする契約にかかる部分は、同資料の 52-67 頁））と併せて、これら資料を部会資料という。）

なお、本文において後述するように、審議部会では、現行第 2 項（改正法案第 3 項）を維持すべきか否か（受益者の権利の発生のために受益の意思表示を要求することの当否）についても審議されたが、この点については、当該規定は維持するとの結論に至っている。

- (8) 本稿においては、「出産契約」を、分娩からその後退院に至るまでの間における母児の管理を含む概念として用いる。また、「出産」を妊娠から胎児の娩出に至るまでの過程、後産、並びに産後の褥婦及び新生児の取り扱いを含む妊娠出産全般を指し示す概念として、「娩出」を母体から胎児が生まれるまでを表す概念として用いることとする。
- (9) 第 189 回国会・閣法 63 号、平成 27 年 3 月 31 日提出
- (10) 前掲註 (5) 378-383 頁
- (11) さらに、補足説明は、「将来出現する第三者のためにする契約」について、「現行民法は、受益者の現存性について、特段の規定を設けていないが、判例は、第三者のためにする契約の締結時に受益者が現存している必要はなく、胎児や設立中の法人のように将来出現することが予期された者を受益者として第三者のためにする契約を締結することができるとしている（設立中の法人を受益者とする第三者のためにする契約を有効としたものとして、最判昭和 37 年 6 月 26 日、民集 16 卷 7 号 1397 頁）。」として、「第三者のためにする契約は、その締結時に受益者が胎児その他の現に存しない者である場合であっても、効力を生ずるものとするとして、以上の判例法理を明文化している。」としている。（前掲註 (5)）
- (12) 最判昭和 37 年 6 月 26 日（民集 16 卷 7 号 1397 頁）、大判大正 7 年 11 月 5 日民録 24 輯 2131 頁）
- (13) 前掲註 (7) 第 19 回会議

なお、同会議では、部会資料 19-1 に基づいて、債権の目的にかかる事項、事情変更の原則にかかる事項、不安の抗弁権にかかる事項、賠償額の予定にかかる事項、契約の解釈に関する基本原則等の契約の解釈にかかる事項、第三者のためにする契約にかかる事項の改正に関しての検討・審議がなされている（前掲註 (7)「部会資料 19-1」9-10 頁を参照のこと）。

- (14) 前掲註 (7)「部会資料 19-2」64 頁
- (15) 前掲註 (7) 参照のこと。
- (16) 部会資料が例として掲げる裁判例は、東京地判昭和 54 年 4 月 24 日（判タ 388 号 147 頁）、名古屋地判平成元年 2 月 17 日（判タ 703 号 204 頁）。
- (17) 前掲註 (5) 378-381 頁
- (18) 「第三者のためにする契約を、①受益者の諾約者に対する債権を取得させるもの（債権取得型）、②受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴うもの（負担付債権取得型）、③受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立したものと扱うもの（契約成立型）、④受益者の諾約者に対する債務を免除させるもの（債権免除型）、⑤要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条件を受益者が援用できるようにするもの（条項援用型）の 5 類型に分類し、①については受益の意思表示がなくても受益者の権利を発生させるとする立法提案」がなされていた。前掲註 (7)「部会資料 19-2」61 頁
- (19) 前掲註 (7)「部会資料 19-2」64-65 頁
- (20) 「法制審議会民法（債権関係）部会第 19 回会議議事録」TXT 版【<http://www.moj.go.jp/content/000061434.txt> [2016 年 10 月 31 日アクセス]】、PDF 版【<http://www.moj.go.jp/content/000061435.pdf> [2016 年 10 月 31 日アクセス]】なお、第三者の契約に関する審議の議事録部分は、PDF 版 56-60 頁。
- (21) 出産に関連する裁判例は、第三者の現存・特定を不要とする議論のために挙げられた事例ではなく、第三者のためにする契約の類型化の説明のための例示として挙げられたものである。審議会部会における検討によって、類型化は否定されており、また、例示された出産に関する裁判例については、新設される第三者のためにする契約の成立の時に現存性・特定性を要しないとする受益者の規定の審議のために掲げられた事例とはいえないかもしれない。しかし、第三者のためにする契約の成立の時に現存性・特定性を要しないとされる受益者には、胎児も該当することになる。このため、出産に関する裁判例についても検討することとする。

- (22) 前掲註 (7)「部会資料 19-2」64 頁
- (23) 第一審は、岡山地判所玉島支判（判決年月日不明）、控訴審は、広島高判岡山支判昭和 32 年 10 月 28 日。本件の判例評釈として、山下末人「将来の出現予期者と民法第 537 条の第三者」民商法雑誌 48 巻 3 号 475 頁（1963 年 6 月）、中島恒「将来出現することが予期された者を民法第五三七条の第三者とすることができるか」最高裁判所判例解説民事篇昭和 37 年度 236 頁（1962 年）、来栖三郎「最高裁判所判例研究 民事判例研究（昭和三七年度四） 八三 第三者のためにする契約は、契約の当時には存在していないが将来出現するであろうと予期されている者をもって第三者とした場合でも、有効に成立する」法学協会雑誌 81 巻 4 号 446 頁（1965 年 7 月）などがある。
- (24) 本件不動産は、大本教団首長が聖地と認定し、A が聖地であると信じるところの土地である。A は、本件不動産を訴外 C より買い受けているが、売買当時、C は当地において陶器を製造していた。このため、A も同地に移り住み、陶器を製造しながら時期に至るのを待っていたが、死亡したため、Y がその家督を相続した。しかし、Y は、X と A の契約、ならびに本件不動産の買受の当時、ソ聯に抑留中であつた。A 死亡の時点で関係者が本件不動産の処分につき協議したが、入手の経緯からみて直ちに献納手続を採るべしとの意見が多い一方で、Y の帰還をまつて手続に及ぶべきとの意見もあり、最後の決定には至らなかった。その後、本件不動産が愛善苑本部に献納されたが、本件不動産は関係者が管理し、引き続き陶器を作っていた。ところが Y が帰還してことの次第を知り、愛善苑本部を訪ね、献納に異議を唱えたものである。
- (25) 「X は、本件不動産につき再興された大本教の愛善苑に対し所有権移転登記手続を求めるのは格別、本件不動産が X の単独所有であることを前提として、X のために所有権移転登記手続を Y に対して求めることはできない」として X の請求を退けた高裁判決を支持し、X の上告を棄却した。なお、本件では、A と X との間で成立した契約における本部が何を指すかについても争われていたが、「大本教本部とは、当時官憲の弾圧に因り潰滅の状態にひんしていた大本教が、将来再興した場合の本部即ち本件の宗教法人愛善苑を指すものであることは、原判文上明らか」とであると、裁判所は判示している。
- (26) 「土地所有権移転登記請求ノ件」（大判大正 7 年 11 月 5 日、民録 24 輯 2131 頁）。第一審が八戸区裁、控訴審が大正 7 年 5 月 23 日青森地裁のようである。判例評釈として、鳩山秀夫「民法判例批評（二） 二 将来出現すべき第三者ノ為メニスル契約」法学協会雑誌 37 巻 4 号 608 頁、前掲註 (23) 来栖 451 頁がある。

- (27) 前掲註 (23) 来栖 451 頁は、本事件はあまり明瞭ではないとしつつ、「Y (松山弥助) と藤井なかとの間で松尾家再興者に土地を贈与する契約があったとして、松尾家を再興したと称する X が第三者として Y に対し土地所有権移転登記を請求したらしい」事案であると紹介している。そして、甲第一号証には「明治四十一年八月中一戸忠助殿死亡同人ノ遺言ニ基キ一戸家親族一同ノ協議ヲ経テ同人先妻こよ実家松山家 (こよ母とよ死亡後家名断絶) 再興ノ為メ左記目録ノ通り松山家相続人へ贈与可致ノ処云云」とあり乙第一号証には「故忠助妻こよ形見贈呈目録 (中畧) 松山家相続人殿」とあるが、原審は「こよ実家松山家」は松尾家の誤記と認定したため、Y がこれに対して契約当時第三者が現存しなかったと抗弁したものであると紹介している。大審院は、当該抗弁を容れず、「民法第五百三十七条第一項ニ規定スル契約ニ於ケル第三者ハ必スシモ契約当時既ニ存在セル者タルヲ要セス将来出現スヘシト予期シタル者ヲ以テ第三者ト為シタルカ如キ場合ニ於テモ其契約ハ同条ニ於ケル第三者ノ為メニスル契約タルヲ失ハス此場合ニ於テハ第三者ノ出現ト受益ノ意思表示トノ法律条件ノ下ニ契約ハ有効ニ成立シ唯条件ノ成立スル迄ハ其効力ヲ発生セサルノミ故ニ契約ニ依リ利益ヲ受クヘキ者カ廢家ヲ再興スヘキモノナル場合ニ於テ契約当時再興者カ未タ確定セサリシノ故ヲ以テ其契約カ民法第五百三十七条第一項ノ契約ニ該当セサルモノト論スルハ当ラス原判決ニ於テ第三者ノ為メニスル契約ナリト言フ所ノモノハ上告人ト藤井なか間ノ契約ヲ称スルモノナルニ上告人ト一戸ムラ間ノ契約ヲ第三者ノ為メニスル契約ニ非スト論シ以テ原判決ヲ云為スルハ標的ヲ誤レルノ攻撃ニシテ本論旨ハ此点ヨリ論スルモ理由ナシ」と判示した。

なお、本大審院判決を先例として援用していることについては「尤も従来大審院の判例として挙げられているものが果たして第三者のためにする契約といえるかは問題である」との指摘もなされている (前掲註 (23) 来栖 451 頁)。

- (28) 前掲註 (5) 379 頁
 (29) 判タ 388 号 147 頁
 (30) 判タ 703 号 204 頁
 (31) 前掲註 (7) 「部会資料 19-2」60-61 頁
 (32) 判時 1060 号 116 頁
 (33) 判タ 1023 号 225 頁
 (34) 鉗子分娩術の採用、鉗子操作について、契約上の注意義務違反、産婦人科医としての注意義務違反の過失があったと認めることはできないと裁判所は判示し、原告の請求を棄却している。

- (35) ただし、父である原告 X3 については、元被告 Y との関係で「契約の不履行を問う地位にはない」として、X3 については不法行為上の過失を、原告 X2、同 X1 の関係では不完全履行における契約上の注意義務違反を、被告 Y の責任原因として判断している。
- (36) 新生児集中治療施設等の設備のある大学病院へ転送された後、各種検査・治療・訓練を受けたが、脳性小児麻痺のため、11 歳に至る現在も歩行、起立ができず、言葉を殆ど話せず、自分ひとりで食事することもできない状態（障害者手帳第一種第二級）となった。
- (37) 裁判所は、原告側が主張した過失のうち、入院時に直ちに帝王切開の準備をしなかった過失についてのみこれを認め、当該過失と後遺症との間には因果関係があることは明らかであるとしたものの、他方で、医師の責任の範囲に属しないと認められる事情も加わって本件後遺症が発生したとして、医師の過失が寄与する三分の二の割合について責任を負うと判示している。
- (38) 分娩促進剤の投与を決定した時点において、破水後 10 時間が経過しており、分娩促進剤投与の効果がないうきには直ちに帝王切開分娩術に移行できるよう手配し、準備を進める方針が決定されていた。

なお、原告側は、出生児（原告 X1）は、「鉗子分娩手術に際して、右鎖骨骨折、中耳炎、左目上の拳大の痣等の傷害を受け、耳介も変形してしまつたばかりでなく、その後の横浜市立市民病院（…略…）等での診察の結果、左眼網膜皺襞、分娩外傷性脳実質内出血に基因する脳性麻痺及び知能・身体の発達遅滞の後遺障害が存することが判明した」と主張したが、裁判所は、「分娩に際して右鎖骨骨折の傷害を被った」ことのみを認定している。

- (39) X2 については、入院の時点で、被告との間で、「被告が同科医師らを履行補助者として、当時の臨床医学の水準に準拠した知識・技術を駆使して、同原告の妊娠・出産につき適切な診療・分娩介助・施術をなす旨の診療契約」を締結したと判示している。

裁判所は、帝王切開分娩術及び吸引分娩術を選択しなかつた過失や鉗子分娩術施行上の過失等の原告ら主張につきまず判断し、「医師らには原告ら主張のいずれの過失も認めることができないから、原告らの本訴請求は、その余の点につき判断するまでもなく、いずれも理由がなく、これを棄却すべきである」と判示した。

なお、原告 X3（父）も、被告との間で原告 X2 の妊娠・出産につき、X2 と被告との間の診療契約と同一内容の診療契約を原告 X2 の初診時に締結した旨の原告ら主張については、その「事実を認めるに足りる証拠はない」として退けている。

- (40) 「原告 X1 を受益者とする第三者のためにする診療契約につき、同原告の受益の意思表示がなされて同原告に右診療契約の効果が帰属するに至ったか否かの点についてはしばらく措いて、進んで本件診療契約債務につき被告の不完全履行が存したか否かの点につき検討する。」として、原告ら主張の過失についての判断を、裁判所が先に行ったためである。
- (41) 他の3つの事例の原告が子およびその両親が原告となっているのとは異なり、本件の原告は子のみである。
- (42) 「本件分娩を介助するに際して α 医師がとった措置の手技は…略…不適切な手技であり、その点に α 医師に過失があったものといわざるを得ず、また、かかる手技と原告の障害との因果関係」も認められるとして、裁判所は、原告の請求を一部認容した。
- (43) 前掲註 (5) 378-383 頁
- (44) 前掲註 (26)
- (45) 前掲註 (4) 谷口・五十嵐編『新版 注釈民法 (13)』780 頁。また、「他人のためにする生命保険契約が第三者のためにする契約ないしその一種であるということは、確立している。」とされている。(同 704-705 頁)。例えば、中川善之助・加藤永一編『新版注釈民法 (28) 相続 (3) [補訂版]』[中川淳] (有斐閣、2002 年) 467 頁は、生命保険契約において、保険契約者以外の第三者が保険金受取人として指定されている場合、当該受取人は保険金請求権を自己固有の権利として原始的に取得するとしている。
- (46) 娩出前の胎児については、実務において、これが産婦の一部として医療提供施設の独立した収容者として数えられていないのは当然である。そして、新生児が正常な経過をたどる場合、当該新生児は母とは別個独立した入院者 1 名としては数えられずに、褥婦である入院者であるところの母に付随するものとして取り扱われ、入院中の新生児が別個独立した入院者として扱われるのは、あくまで当該新生児が治療を要する「患児」である場合に限られるというのが実務上の取り扱いのようである。このことから、患児ではない新生児に対して医療提供施設が提供するケアは、あくまで褥婦たる母に提供されるケアに付随するものとして提供されているに過ぎないとの扱いが実務上はなされているといえよう。
- また、法令上も、例えば医療提供施設の一つである助産所の収容人数についての規制対象は「妊婦、産婦又はじよく婦」であり、「新生児」の収容に関する規定は見当たらない(医療法(昭和 23 年法律第 205 号)第 14 条など)。
- (47) 審議部会において、委員からは、出産に関する裁判例について、次のような発言

がなされている。

病院と母親との間での医療契約については、生まれてくる子供はその意味では直接の当事者ではないが、子供に対する安全性や安全な分娩を義務付けるとの法理の問題として、場合によっては、病院と母親との間の診療契約における法律上の義務として、安全に出産を遂行するという義務の効力が胎児にも及ぶというような構成が可能なのではないか。「債権の保護というのを契約当事者だけでなく、一定の範囲の第三者に拡張するというような法理」をとることが可能であれば、あえて「第三者のためにする契約という形で処理する必要性が必ずしも高くなるのではないか。」高須順一（弁護士・東京弁護士会所属）発言（前掲註（20）PDF 版 58-59 頁）。

契約の効力が当事者以外の第三者にまで及ぶと解するとは、契約の付随的義務の問題とするのか、あるいは、胎児に対する安全配慮義務が認められるとするのであろうか。なお検討を要するところである。

- (48) ただし、入院に際して母と医療提供施設との間で締結した契約の効力が、母に対する義務の一内容として新生児にも及ぶと解した場合、母が分娩に際して死亡したときには契約主体がいなくなる。この場合には、医療提供施設が新生児に対して負う法的義務の根拠がなくなるといった問題が生じる。
- (49) 意思能力を有しない未成年患者と医療者側で締結される診療契約の法律構成については争いがある。①親権者を法定代理人として契約を締結して本人に効果を帰属させると解する法定代理説、②法定代理人たる要約者と医療者側である諸約者の間で患者たる本人を受益者とする第三者のためにする契約を締結し、本人は診療契約に直接関与することなしに効果のみが自己に帰属すると解する真正第三者のためにする契約説、③親権その他の監護義務者がその義務の履行として医療者側との間に診療契約を締結し、医療者側が親権等の一部代行者として患者たる本人に診療行為を行うとする不真正第三者のためにする契約説、④事務管理説、などが主張されている。米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016 年）95-97 頁などを参照のこと。
- (50) 胎児の段階における医療者側の行為に起因して、手術等の治療を要するほどの障害等が新生児に生じた場合、当該新生児は胎児期における損害について胎児の権利能力を擬制する民法第 721 条によって不法行為に基づく損害賠償請求をなすことができる。
- (51) ただし、この場合、児娩出後の親権者ないし保護者となりうる者が母しかいなかったときには、医療提供施設と出生した新生児との間の法的関係をいかに解すべき

かという問題は残る。

- (52) 前掲註(4) 新堂・(2完) 165-167 頁は、第三者のためにする契約と不法行為法が交錯する領域の検討において、裁判例①、②及び③について触れ、「契約構成でいこうと、不法行為構成でいこうと」、医療行為の詳細な経過の検討と過失の有無という判断要素は変わらないと結論付けている。

なお、安達三季夫「来栖三郎『第三者のためにする契約』解説」来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ 契約 財産法判例評釈(2) [債権・その他]』(信山社、2004年) 168-169 頁は、新堂説がアメリカ法を日本法の解釈に取り入れようとする際、アメリカ法では、契約法と不法行為法の関係の基本的仕組みが日本法とは異なることを無視すべきではないと指摘する。

- (53) 裁判例③については、初診時に締結したとの原告主張を退けている。母が妊娠の診断等を受けたときに締結したとする裁判例は、裁判例④のみである。
- (54) 受益の意思表示について、父の許諾のもと母が親権者として黙示的になしたとするのが裁判例①、法定代理人親権者たる両親により黙示的になされたと判示するものが裁判例④である。

なお、本稿においては、児を第三者とした第三者のためにする出産契約につき、第三者たる胎児が出生して人となった後になす受益の意思表示については、母などが代理してこれを行うものと解することとし、単に受益の意思表示とのみ表記している場合がある。受益の意思表示については、出生直後の新生児などの意思能力のない者は、そもそも意思表示をなすことができないにも関わらず、それを代理して意思表示をなすと解することができるのか等の問題もあるであろう。

- (55) 前掲註(4) 谷口・五十嵐編『新版 注釈民法(13)』699 頁
- (56) 前掲註(4) 谷口・五十嵐編『新版 注釈民法(13)』780 頁
- (57) 要約者と諾約者との間における有効な成立に加えて、第三者のためにする契約には、成立要件や効力発生要件を付することができる。したがって、出生条件を第三者のためにする契約の成立要件と解することも論理的には可能であろうが、新設第2項や同項明文化の根拠とされる判例理論が、第三者のためにする契約締結時において、第三者が現存・特定していない場合であっても当該契約の成立を認める以上、出生条件は、当該契約の成立要件と解することはできないであろう。
- (58) 母体から生まれることを意味する「出生」の時点については、胎児が母体から一部露出した時点とする一部露出説、胎児が母体から全部露出した時点とする全部露出説、胎児が独立して呼吸するに至った時点とする独立呼吸説などがあるが、民法においては全部露出説が通説である。谷口知平・湯浅道男「私権の享有」谷

口知平・石田喜久夫編『新版 注釈民法（1）総則（1）[改訂版]』（有斐閣、2002 年）252 頁、大村敦志『民法読解 総則編』（有斐閣、2009 年）37 頁、田口治美「権能力」能見善久・加藤新太郎編『論点体系 判例民法 1 総則』（第一法規、2009 年）62 頁など。

なお、出産に関する契約については、「出生」の時点をも、胎児が母体から全部露出した時とする全部露出説をとらず、例えば、陣痛発来時点とするなどの解釈をすることによって、胎児の安全娩出の確保という出産契約の内容に実効性をもたせる方法もあるかもしれない。しかし、このような解釈は、従来の出生に対する考え方とはあまりにもかけ離れているために、妥当とはいえない。

- (59) 例えば、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005 年）90 頁は、「両当事者の内心の効果意思が一致しているのであれば、たとえ契約において外部に現れた「表示」がどのような内容であってもその内心の効果意思の内容とするところに従い、契約の成立を認めてよい」としている。また、内田貴『民法 I 〔第 4 版〕総則・物権総論』（東京大学出版会、2008 年）269-270 頁は、「当事者が意図したことを探究して解釈することになる…かつては、表示主義が有力であったが、最近では、まず当事者間で合致していた内心の意思を基準にすべきだとする意思主義が有力になっている」としている。
- (60) 例外的に胎児に権利能力を認める法律構成については、胎児が生きて生まれることを停止条件的に考える停止条件説（人格遡及説）と死産であることを解除条件的に考える解除条件説（制限人格説）が主に主張されている。判例・通説の立場は前者である（大判昭和 7 年 10 月 6 日、民集 11 卷 2023 頁など）が、胎児の権利保護や医療技術の進歩による死産率の低下という観点から解除条件説も有力に主張されている（石田喜久夫『口述法律学シリーズ 口述民法総則』（1986 年、成文堂）47-48 頁、前掲註（58）谷口・湯浅 257-260 頁（相続や不法行為の関係のみ採用とする立場）など）。
- (61) 分娩は、「分娩開始から子宮口が全開大するまでの第 1 期、子宮口全開大から児の娩出までの第 2 期、児娩出から胎盤娩出までの第 3 期」に分けられる。臨床的分娩開始時期は陣痛周期が規則正しく 10 分以内または 1 時間に 6 回以上になった時点を指す。分娩第 1 期は開口期であり、「分娩開始から子宮口（子宮頸）が全開大するまでの期間」をいい、「胎胞の破綻（破水）はこの時期の末期に起こることが多い」。分娩第 2 期は娩出期であり、「子宮口全開大から、胎児が産道を下降して娩出を完了するまでの時期」である。なお、「胎児の下降は実際には分娩第 1 期後半から始まっている場合が多い」とされる。そして、分娩第 3 期は後産期であり、

「胎児娩出から胎盤ならびに卵膜の排出（後産）が完了するまでの時期」である。これにより、胎児ならびに付属物の排出が完了したことになり、分娩が終了したことになる。（日本産婦人科学会編『産科婦人科用語集・用語解説集〔改訂第2版〕』279頁（金原出版株式会社、2008年））

- (62) 船越隆司「第三者の保護効を伴う契約」奥田昌道・玉田弘毅ほか編『民法学4（改訂版）』（有斐閣双書、1976年）45頁は、第三者の権利は、第三者のためにする契約が有効に成立した時点ですでに潜在的に生じており、受益の意思表示は第三者が潜在的に存立している権利を現実的・具体的に取得するための要件に過ぎないと解している。
- (63) 本文のような解釈ができるにせよ、第三者である胎児が生きて生まれなければ、当該胎児を主体として、当該契約についての債務不履行責任は問えないことに変わりはない。仮に契約内容である胎児娩出に際する安全確保がなされていなかったが故に胎児が死産となったような場合については、本文の最後に略述する。不法行為によって胎児が子宮内で死亡した場合や障害を負って生まれた場合についての損害賠償請求や胎児の法的地位について考察する文献として境原三津夫「胎児に対する不法行為と損害賠償請求（1）（2）」法学研究第41巻第4号45頁以下（2006年3月）及び同第42巻第1号117頁以下（2006年6月）などがある。
- (64) 個別主義とは、法的人格が認められていない胎児の保護や公平という観点から、胎児の利益を保護すべき個々の法律関係を個別に列举して規定し、当該権利関係についてのみ胎児を生まれたものとみなすものである。これに対して、すべての法律関係について胎児の権利能力を認める立法例を一般主義という。林良平編『注釈 判例民法 民法総則』〔孕石孟則〕（青林書院、1994年）43頁、四宮和夫・能見善久『法律学講座双書 民法総則〔第8版〕』（弘文堂、2010年）23-24頁、加藤一郎編『注釈民法（19）債権（10）不法行為』〔植林弘〕（有斐閣、1965年）339-340頁など。
- (65) 民法第721条は、損害賠償請求権について、胎児は、「既に生まれたものとみなす。」と規定している。しかし、当該規定は、不法行為に基づく損害賠償請求権に関するものであって、債務不履行に基づくその適用は予定されていないと解すべきであろう。なぜなら、後者の場合、その前提として契約の成立が不可欠となるが、本文で指摘した通り、胎児を一方当事者とする契約は成立しえないからである。
- (66) 胎児を第三者とした第三者のためにする出産契約の場合であれば、諾約者たる医療者側の行為に起因して胎児が受傷し、障害を負った人として出生したようなときには、民法第721条を例外的に類推適用することによって、当該契約の受益者

が胎児であったときの債務不履行につき損害賠償請求することができると解釈することによって、胎児の権利能力に関する民法の規定との整合性について説明ができるかもしれない。しかし、次のような事例では、個別主義を採用していることとの整合性に関して、これを解釈をもって説明することは難しいのではなかろうか。たとえば、Aがその所有する絵画をBに売却し、その代金100万円を未だ胎児段階にある孫のCに贈与したいと考えているような場合である。権利能力のない胎児であるCを当事者として贈与契約を締結することはもちろん、その予約をすることも不可能である。しかし、この場合、AとBとの間で、絵画の売買代金を胎児であるCに支払う旨の第三者のためにする契約は、新民法第537条によれば有効に成立することになる。この場合、Cが出生後に受益の意思表示をして100万円をBに請求することと、Cが出生後に贈与契約について予約完結の意思表示をして100万円をAに請求することと、どれほどの違いがあるのか。これは、贈与について胎児に権利能力を擬制するのと同じ効果をもたらしめているといえるのであり、民法の基本的な考え方に抵触することになりはしないであろうか。

- (67) 前掲註(2)「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対するパブリックコメントにおいて、「民法において、胎児に権利能力が認められる場合は限定的に列挙されているから、胎児が受益者となり得ることを明らかにするのであれば、民法第886条に対応する規定を置く必要があるのではないか。」との指摘がなされている。（法制審議会民法（債権関係）部会第80回会議（2013年11月19日開催）資料『「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（各論5）』64頁（<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900194.html> [2016年10月31日アクセス]）なお、第三者のためにする契約についてよせられたパブリックコメントの概要については、同資料63-68頁を参照のこと。
- (68) そもそも、一般に想定されている第三者のためにする契約の履行内容は、受益の意思表示以前に遡る必要のない結果債務であるのではなかろうか。出産契約のような、受益の意思表示をした後のみならず、受益の意思表示をする以前に遡って契約上の権利を主張することが認められなければならないような事例は想定されていなかったのではないか。出産契約は、結果債務ではなく、分娩助産行為や母児の安全確保に必要な管理を行うという適正な医療の提供をその債務内容とする手段債務であるという特性をもつがゆえに、従来想定されていた第三者のためにする契約とは異なる視点にたった議論が必要であるのかもしれない。
- (69) 胎児に対する過失ある行為に起因する損害賠償請求については、民法第721条に

基づいて、本人自身が訴えを提起することとなろう。無保険車傷害条項の約款に規定のない胎児につき、事故時に胎児であった者についての保険金及び遅延損害金の請求が争われた事案において、「民法 721 条により、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されるから、胎児である間に受けた不法行為によって出生後に傷害が生じ、後遺障害が残存した場合には、それらによる損害については、加害者に対して損害賠償請求をすることができると解される。」と判示されている。(最判平成 18 年 3 月 28 日、民集 60 卷 3 号 875 頁)。

- (70) 来栖三郎「第三者のためにする契約」民商法雑誌 39 卷 4・5・6 号 (1959 年 4 月) 520-521 頁(来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ契約 財産法判例評釈(2) [債権・その他]』(信山社、2004 年) 150 頁、再録)は、諾約者と第三者の間に単なる不法行為責任だけでなく一種の契約責任を認めんがために著しく拡張されているドイツの第三者のためにする契約の事例の一つに、診療に関する契約に関するものをあげ、当該目的であるならば、第三者のためにする契約とする必要はないように思われるとして、第三者のためにする契約とすることに疑問を呈している。
- (71) この場合には、母ではなく胎児に対する侵害であるとの法律構成をとることはできない。
- (72) 例えば、契約当事者を拘束する法的な効果は、諾約者である医療者側が要約者である母に対して負っていた第三者に給付をすべき債務につき、諾約者の責めに帰すべからざる理由によって債務不履行となり消滅するとも解することになろうか。
- (73) 刑法では、人の「出生」は、一部露出説をとるのが通説である。しかし、薬物、化学物質、病菌、放射線などが、母体に特段の影響を与えることなく、或いは母体とは別個に胎芽・胎児に作用して、胎児である間に奇形や障害を生じさせ、障害児として出生・成育するなど、母体を素通りする胎児に対する攻撃をどう捉えるかという、いわゆる胎児障害についての議論がなされている。

胎児も母体とは別個に独立して攻撃の対象となり得る以上、刑法上、その身体の安全を保護されるべき客体として認めるべきではないかとして、生きて産まれることを前提とした胎児への不法な攻撃につき、「胎児を含む母体」を傷害したとする説、「健康な子を産む機能」という母体の生理機能ないしは健康状態に対する傷害であるとする説、侵害を受けた胎児が障害を負って出生した時点で結果が発生したとして「客体」が存在するに至った時に結果が発生したとみる、あるいは、結果発生時に「客体」が存在すればよいとする説などが主張されている(渡辺咲子「傷害の罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 [第 2 版]』第 10 卷 380-386

頁、青林書院（2006 年）など。なお、胎児障害についての議論をなすきっかけとなった西独のサリドマイド刑事事件における胎児傷害について紹介等する文献として、藤木英雄「胎児に対する加害行為と傷害の罪」ジュリスト 652 号 72 頁（1977 年 11 月）（なお、本稿は、従前発表の論考等の一部補足修正を行っている）、藤木英雄「胎児の傷害と傷害罪」時の法令 784 号 19 頁（1972 年 5 月）、斉藤誠二「胎児は人か－胎児の傷害と傷害罪－」ジュリスト 622 号 91 頁（1976 年 10 月）などがある。）。

判例は、熊本水俣病刑事事件上告審決定において、独立の行為客体として特別に規定されている場合を除き、胎児は「母体の一部を構成するものと取り扱われていると解される」とした上で、「業務上過失致死罪の成否を論ずるに当たっては、胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにほかならない。そして、胎児が出生し人となつた後、右病変に起因して死亡するに至つた場合は、結局、人に病変を発生させて人に死の結果をもたらしたことに帰するから、病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採ると否とにかかわらず、同罪が成立するものと解するのが相当である。」として業務上過失致死罪が成立すると判示している（最決昭和 63 年 2 月 29 日、刑集 42 卷 2 号 314 頁）。

例えば、胎児治療のように、母体に特段の影響を与えることなく、あるいは、母体とは別個に胎児に直接損害が与えられた場合に、従前想定していなかった事柄に対して、民法上、いかなる法構成によって、その責任を問うこととなるのか等、胎児の法的地位なども含めて、検討されなければならないであろう。

- (74) 松本恒雄（一橋大学教授）委員の発言。なお、「母体だけでなく、胎児や新生児を含む周産期医療における契約における当事者は誰であるかということで考えていくというのがよい」との発言がなされている（前掲註（20））。