

民法における出生について

貝 田 守

I. はじめに

権利能力とは、人が私法上権利を得、義務を負うことのできる法律的人格である。言いかえれば、私法上の権利あるいは義務の主体（にない手 Träger）となりうる資格のことであって、この主体が権利能力者と呼ばれる¹⁾。権利能力をもっている者は義務の主体でもなければならぬから義務能力者であるが、義務能力という言葉は、権利本位に形成されて来た近代法のもとでは通常使われなくて、権利義務能力という意味において権利能力という言葉が使用されている。権利能力 Rechtsfähigkeit と並んで同義の語として人格 Persönlichkeit が使われる場合もある。この語は（ドイツにおいても同様の意味に使われるが）通常一般の用法である「人格ある者」というような意味の使用とまぎらわしいのであまりよい用語ではないが、法律用語としては権利能力の意味に使われることが一般的である²⁾。

今日文明的世界において、人（自然人および法人）がこの権利能力をもつ者であることは普通のこととなっているが、これは、すべての人間は（法人はさておき）生きている限り平等であるという観点からの、権利能力平等の原則の確立によるものである。この権利能力平等の原則を直接うた

-
- 1) 権利能力はドイツ語の Rechtsfähigkeit の訳語であり、民法1条ノ3「私権ノ享有」は、フランス語の Jouissance des droits civils から来た語である。英語では capacity にあたる。
 - 2) Rechtspersönlichkeit 法的人格という意味においてスイス民法 Das Zivilgesetzbuch 31条に使われている。„Persönlichkeit” の意味について vgl. Peter Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 58.

った規定をもつ国もある³⁾が、わが民法は、

第1条ノ3 私権ノ享有ハ出生ニ始マル

として、出生という権利能力発生時点を示すことによって、当然のこととしてこの権利能力平等の原則を含ましめていると理解されている。

このような人間一般の属性として全自然人に対して権利能力がみとめられるまでには、長い歴史的な経過があった。ローマ法では、奴隷 *servus* は権利能力をもたなかった事はもとより、外国人 *peregrinus* も私法人格をもたず、ローマ市民でも家長の権力に服する者（他権者 *alieni iuris*）は権利能力についてその他の者（自権者 *sui iuris*）と区別せられて制限されていたほか、いろいろな制約を伴っていた⁴⁾。中世の農民もいわゆる荘園の農奴という形において権利能力に大きな制限を負わされていた。今日では1804年3月21日（共和12年風月30日）のフランス民法以来、近代民法典は、自然人はすべて権利能力をもちうるものとしている。

この権利能力は、自然人については生きている限り失なわれることはなく、死がその生命を肉体より引き離すまで存続するわけで、そのほかに権利能力を喪失する事由はない。これについて、ローマ法においては権利能力の消滅は複雑であり、死亡の他、人格消滅（あるいは減少）*capitis deminutio* によっても終了した。これに反してゲルマン法は死亡によって権利能力を当然には終了させず、平和喪失 *Friedlosigkeit* が権利能力を終了させた。これがフランスにおける民事死 *mort civile* として残っていた。英国において1879年 *Civil Procedure Acts Repeal Act* で廃された法益剝奪 *outlawy* も同様な制度であった。

しかし今日では権利能力消滅は死亡のみによって起り、いかなるその他の事由によるも消滅、剝奪、放棄、制限することはできない⁵⁾。近代法に

3) 例えば、フランス民法8条。スイス民法11条。

4) 原田慶吉、羅馬私法綱要3頁以下。

5) 参照、吉田 久・貝田 守「民法における死亡について(一)」法学新報70巻9号696頁。

においては、権利能力の規定は強行規定であり、わが民法には詳しい規定はないが、スイス民法では「何人といえども権利能力または行為能力の全部または一部を放棄することはできない。何人といえども自己の自由を譲渡し、または法律もしくは善良の風俗を害する程度において、自由の行使を制限することはできない。」と定めている（同法27条）。

では権利能力の始期は何時であるか。それは民法1条ノ3で明文をもって示されたごとく「出生」の時である。そしてこの原則に対して胎児すなわち出生前の子供について、何らかの形において制限的権利能力（広い意味において）を認めようとするのが各国の近代的法規制のあり方であり、わが国もその例にもれないが、この小論では、「出生」とはどういうことか、胎児の地位はいかなるものかという事を明らかにして、権利能力の理解についてあるべき姿に近づこうとするものである。

Ⅱ. 自然的出生

(1) 人間は生きている限り当然に権利能力を有して居り、生存中は絶対に喪失することはないのであるが、法は「人」としてこの自然人 *natürliche Person* と同時に法人 *juristische Person* にも権利能力を与えている。しかし、その生成および内容について、この2つのものは大いに異なるので、（ことにいわゆる権利能力なき社団・財団については考えられなければならない問題はあるが）ここでは自然人についてのみ考察し、法人については別に論及したいと考えている。

自然人の権利能力は出生の時に始まる。これはわが民法1条ノ3の規定であるが、諸外国においても権利能力の始期については同様の規定をもっている。ドイツ民法1条は「人の権利能力は出生の完了と共に始まる。」⁶⁾とし、スイス民法11条には「何人も権利能力を有する。すべての人間のた

6) BGB. §1. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.

めに、法律秩序の範囲内において、権利義務を有する平等の能力が成立する。」と定め、権利能力平等の原則を示し、 ついで同法31条1項はその始期について「人格 (Persönlichkeit) は生児の出生完了に始まり、……」と規定しているが、フランス民法は権利能力取得の時期についての直接規定をもたず、権利能力平等の原則を示した規定（「すべてのフランス人は私権を享有する。」⁷⁾ 同法8条)をもってこれを間接的に示して居り、学説上その始期は出生に始まるとされている。ローマ法においても自然人の権利能力 *caput* の開始は、人の形態を備えた生児が生きて生まれた時に始まるというのが、古法より一貫したものであった⁸⁾。英法においても法律上の能力 *legal capacity* は出生から死亡に至るまでこれを有する⁹⁾ことは同じである。

(2) 権利能力取得の原因たる出生の要件については古来多くの問題が提起されている。

ローマ法においては、①出生の完成と、②生きて生まれたこと、③早産子 *abortus* でないこと (胎児として少なくとも6月間母胎内にあったこと)、④人間の形態を有すること (すなわち鬼子 *monstrum* 怪物 *prodigium* でないこと) が要件とされた。鬼子・怪物には人格は与えられず、それを遺棄または殺害する自由は、いわゆる王法および十二表法以来の規定であり、子の出生が他の関係に影響を及ぼす場合にも、このような子の出生は何等の影響も及ぼさない。生きて生まれたことの証拠として、*Proculiani* 学派は発声を要件としたが、*Sabiniani* 学派は証拠方法の無制限を説いて *Iustinianus* 帝法の採用するところとなった。そして生活能力は要件とはされていなかった¹⁰⁾。

7) *Tout Français jouira des droits civils.* (Code Civil des Français Art. 8.)

8) 原田, 前掲1頁。

9) 田中和夫, 英米私法概論 47頁。

10) 原田, 前掲1~2頁。船田亨二, ローマ法入門 70頁。

フランス民法には直接出生に関する規定はないが、725条に、

相続をするには相続開始の時に必ず生存することが必要である。

それ故に、次に掲げた者は相続をすることができない。

1° 未だ懐胎されていない者

2° 生存能力 (viable) がない生児

とあり、また906条3項に、

ただし、贈与または遺言は子が生存能力 (viable) を有して生まれた場合にのみその効力を生ずる。

とあるので、一般に人格 *personalité* を与えるためには生きて生まれる *naître vivant* だけでは足りず生存能力をもって生まれる *naître viable* が必要とされる¹¹⁾。だから子が生まれてすぐ後に死んだ場合には、生きて生まれた *naître vivant* とはいえても生存能力をもって生まれた *naître viable* といいうるか問題である。この決定は結局は医学上の鑑定を要することになるが、通常は生存能力 *viabilité* が推定され、反対者がそれを欠く事について立証責任を負うことになる¹²⁾。

ドイツ民法1条は明文で出生の完了 *Vollendung der Geburt* を要件とし¹³⁾、スイス民法もこれと同様である(同法31条1項)¹⁴⁾。ドイツ民法は出生に関してそれ以上の事を要求していない¹⁵⁾。この「出生の完了」とは母体からの自然的または技術的分離による¹⁶⁾。母体にある間は

-
- 11) 生存に必要な全器官と共に生存能力が必要である。Colin et Capitant, *Traité de Droit Civil*, Tome I. N° 578.
 - 12) 現代外国法典叢書, 仏蘭西民法〔Ⅱ〕財産取得法(1) 26~27頁, (木村健助)。同じく生存能力を要件とするのはイタリヤ民法724条, 764条; スペイン民法では24時間の生存を要件としている。
 - 13) ドイツ普通法も同じ, Enneccerus-Kipp-Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band (Allgem. Teil) 1. halbbd. 15. Aufl. S. 480.*
 - 14) Tuor, *op. cit.*, S. 58.
 - 15) H. Lange, *BGB. Allgem. Teil, 6. Aufl. S. 134.*
 - 16) Soergel-Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) I. Band 9. Aufl. § 1. 1. (S.53.); W. Erman, Hand Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band 3. Aufl. § 1. 1. (S 2.)*

まだ人ではないのであって「母の胎内の一部」*pars viscerum matris* であり、生きて生まれなかつたら決して法的主体とはなりえない¹⁷⁾。生きている徴候 *Lebenszeichen* は重要であるが、母体から出現した後ほんの少しでもそれがあれば権利能力が与えられる。しかし、生存能力 *Lebensfähigkeit* は必ずしも必要ではない¹⁸⁾。ドイツ普通法ではこれを要するとした説もあったが、立証の困難性のために現行法ではこの要件は否定されている。子供が出産行為の間生きていてもその完了の前に死ねば権利能力は得られない¹⁹⁾。臍帯切断は必要としないこと判例である²⁰⁾。双児や三つ児等については特別の規定はないが、それは例外的に王位承継の確定の目的などに重要であったもので、私法的には世襲専用権 *Lehen* とか世襲地 *Stammgüt* あるいは信託遺贈 *Fideikommiß* のような場合出生の順序が問題となる。そしてそれは生まれ出て来る時の順序による²¹⁾。鬼子 *Monstrum* や奇形は人間の存在として生きて生まれた限り権利能力を有する²²⁾。この点ローマ法と大いに異なるわけである。性は男か女であるはずであるが、中性 *Zwitter*, *Hermaphrodit* は優越した方の性に決定され、権利能力取得については変わらない²³⁾。

(3) 以上が諸外国の出生に関する要件の考え方であるが、わが民法の規定はフランス法的言葉で(「私権ノ享有」²⁴⁾)ドイツ法的表現をしている。そして「出生ニ始マル」というのはドイツ民法1条の「出生の完了と共に始まる (*beginnt mit der Vollendung der Geburt*)」と同義に考えられている。そしてこの「出生」とはいかなる場合を指すかについて古

17) Enneccerus-Kipp-Wolff, *ibid.*

18) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 25. Aufl. § 1. 1) b) (S.10.)

19) P. Oertmann, *Bürgerliches Gesetzbuch I. Band Allgem. Teil*, 1908, § 1. 3. (S. 4.)

20) ドイツ大審院刑事部 RGSt. 53, 435 ; ドイツ最高裁 KG DJZ 1931, 503.

21) Oertmann, *op. cit.*, § 1. 4. (S.5.)

22) Oertmann, *op. cit.*, § 1. 2. (S.4.); Palandt, *ibid.*

23) Soergel-Siebert, *op. cit.*, § 1. 4. (S. 54.)

24) フランス民法の *La jouissance des droits civils* より来ている。

くから議論のあった所である。

出生に権利能力取得の要件を求めなければならないが、特にその出生の時点（始期）が問題となる。この出生の時点の決定に関して最も説が分かれており、その主要なものは陣痛説、一部露出説、全部脱出説、独立呼吸説、臍帯切断説である。

陣痛説は、胎児が人となるのは分娩行為によるものであり、そしてこの分娩行為は陣痛の時に始まるから、この時こそ人となる時であるとするものである。

一部露出説は、胎児が分娩の際排臨（胎児の先進部が外部から見えかくれする状態）に至った時これを出生とみるものであり、刑法では母体と別個の人としての生命を保護するという立場より一部露出説が判例²⁵⁾・通説によって採られている。

全部脱出説（全部露出説と一般に呼ばれているが、露出したというよりは母体より脱出あるいは分離している事が要素とされているので、このように呼ぶ。）は民法における通説である。すなわち「出生とは、胎児が生命をもって母体から完全に露出することであって、その時に生まれたと認められるのである。」²⁶⁾ この説の特徴は視覚的方法において認識できる時を把握している点において客観性が大であり、したがって出生の時期を明瞭ならしめるのでこの説を採る論者は多い²⁷⁾。（出生の時点決定以外の他の要件も付加し

25) 「胎児が未だ母体より全然分離して呼吸作用を始むるに至らざるも、既に母体より其一部を露出したる以上、母体に関係なく外部より之に死亡を来すべき侵害を加うるを得るを以て、殺人罪の客体となり得べき人と謂うを妨げざるものとす」（大判・大正8年12月13日刑録 25輯 1367頁。）

26) 石本雅男，民法総則 131頁。

27) 岡松参太郎，註釈民法理由総則篇（上）18頁。川名兼四郎，日本民法総論 36頁。穂積重遠，民法総則（新法学全集）16頁。遊佐慶夫，新訂民法概論総則篇 75頁。吉田 久，改訂日本民法論総則篇 39頁。末川 博，新版民法（上）36頁。於保不二雄，民法総則講義 43頁。我妻 栄，新訂民法総則（民法講義 I）50～51頁。小池隆一，民法総論 21頁。松坂佐一，民法提要総則 57頁。宗宮信次，新訂民法総論 21頁。明石三郎，民法要説 24頁。小脇一海「胎児論」（ソーシャル・サイエンス 2号）42頁。他

て表現され、かえって不明瞭となっている場合も多いが。)

独立呼吸説は「自己ノ肺臓ヲ以テ呼吸スル時ニ独立ノ生存開始スルモノト解²⁸⁾」して居りこの説の支持者も前説についで多い²⁹⁾。いわゆる呱呱の声をあげる *die Wände beschreien* ことになるが、生児の第1呼吸はこの泣き声(うぶ声)を伴うのが通常であるので聴覚的判断による点判然としており、しかも医学上も独立の生活の第1歩としてみられ、これと一致するなど特長がある。そして全部脱出説を採りつつ肺呼吸に重点を置いている説もある³⁰⁾。

臍帯切断説はその子が母体とは別の独立した存在となるには、母体から切り離されることが必要であるとし、少くとも臍帯切断までは独立別個の存在と認めえないとするものである。

出生についての問題解決の標準は医学上の見解ではなく民法の立法理由である³¹⁾との考え方はそのとおりであるが、出生に関する要件の決定および事実の認定については、結局出生そのものが生理的事実現象である以上医学的知識の助けを得なければ正しい結論が得られないのではないだろうか³²⁾。もちろん生理的観察をもってただちに法律概念を確定するということ³³⁾はその目的ではなく、医学的知識を解釈の一助とするのみであることはいうまでもない³⁴⁾。

医学的立場からいえば陣痛は分娩行為に通常先行し、その先ぶれをなすものではあるが、常に先行するとは限らず、ことに技術的分娩処置を必要とする場合が相当数あり、その場合には陣痛が先行しないことがある上に、

28) 鳩山秀夫、増訂改版日本民法総論43頁。

29) 近藤英吉、民法要義 11頁。勝本正晃、新民法総則 53頁。柚木 馨、判例民法総論上巻 199頁。

30) 吉田、前掲 40頁。Lange, op. cit., S. 134.

31) 我妻、前掲 51頁。

32) 参照、吉田・貝田、前掲 702頁。

33) 遊佐、前掲 76頁に「生理的観察ヲ以テ直チニ法律概念ヲ確定スルコトハ正当ナラザルが故ニ」とある。

34) 本稿の医学的知識は世界大百科事典、11巻 157頁以下(久慈直太郎)によるところが多い。

もちろんこの陣痛説によると医学的出生よりもあまりに早すぎて（人によっては排臨前12時間以上のことがある）支持し得ない。

一部露出説がとりあげている時点は排臨の時期であるが、この時期は割合長く20分から1時間にも及ぶことがある。しかも排臨の現象面からみても、確定的な時点を得る基準としては採り難い。ただし、刑法における支持の多いのは、刑法の出生は傷害罪、墮胎罪と殺人罪とについての区別の要点として問題であり、胎児が生まれる前の加害行為は母体に対する傷害罪、母自身の手による場合は墮胎罪となるのに対し、生まれた後の加害行為は常にその子に対する傷害罪または殺人罪となる点より、加害行為が行なわれる時点で客体が認識し得るかどうかが、外部から直接危害を加えうるかどうかという事が中心となっているためである。

呼吸を子が自分の肺臓で始める時が最も医学的であり、独立の生命の開始たるにふさわしい時ではある。胎内より全部娩出されて、ただちに新生第1回の呼吸をしようぶ声をあげるのであり、その時臍帯中の血管はまだ拍動を続けており、その子の呼吸につれてその役目を失って次第に拍動は弱くなり、ついには血行が停止する。しかし、時にはただちに呼吸を開始せず医師の処置の必要な場合があり、出生の時点決定については判断によって左右される要素をもっているので、全部脱出説の方がより正確であるといえることができる。けだし、全部脱出してもし仮死状態で呼吸しなくとも、その新生子は生命をもった仮死状態であって呼吸した時が出生ではなく、やはり（呼吸は生きているしるしとして必要ではあるが）全部脱出の時に出生したものであると考えられるからである。

出生の時点を確認することは、胎児が人となり権利能力を確定的に取得する時期を決定するために重要であると共に、子が死産か生まれてから死んだかによって権利能力が与えられるかどうかが決まるのであって、その判断の基準としても非常に重要なことである。ことに出生の要件としてい

かなる説によるも「生きて生まれる」³⁵⁾ ことが必要であって、その生きて生まれたかどうかを判断する時点の基準となっている点で、全部脱出説が極めて明瞭でありすぐれている。そして「生きて生まれる」ことの判断をなす場合において、呼吸を新生子みずから独立してなしたかどうかという点が考えられるわけである。出生の要件を正確に考えるならば以上のごとく2段階で判断されなければならない³⁶⁾。そして新生子は独立して呼吸を始めたならば、呼吸開始がたとえ遅れたとしても、母体からその子の体が全部脱出した時点に出生したものであって、呼吸開始の時に出生とみるわけではない。双児について生まれた時期は独立呼吸説によれば、娩出の順序によって例えば長子が次子かを定めるのではなく、呱呱の声をあげた時によって決定されるが、卑見では呼吸の始期の順序とは関係なく、呼吸さえし始めれば「生きて生まれた」ものであるから、長子が次子かの決定は娩出された順序によることになる。三つ児以上の場合も同様である³⁷⁾。ただし双児三つ児等の問題は旧法下において家督相続人が決定される場合に問題とされたのであるが、現在相続については平等な共同相続主義を採って居り、実益は大してない³⁸⁾。

新生子が独立して呼吸を始めた以上「生きて生まれる」要件は満たすわけであり、そこに生存能力 *viabilité*, *Lebensfähigkeit* あることは要求されない。フランス民法においては先にのべたごとく生存能力ある *naitre viable* が要求されているが、新生子はごく短い間でも自己の力で呼吸するならば「生きて生まれた」ものであり、それで足りるのであるから、わが民法の出生においては生存能力ある出生は要求されていないので

35) フランス民法と異り、同法にいわゆる *naitre vivant* でよく、生存能力 *naitre viable* まで要求しない。ドイツでもこれで足り、生存能力 *Lebensfähigkeit* は必要ではないとしている。Soergel-Siebert, op. cit., §1.1. (S. 53.)

36) 参照、岡松、前掲同所。

37) 同旨、石田文次郎、現行民法総論 52頁。川名、前掲 36～37頁。

38) 石本、前掲 132頁。

ある³⁹⁾。ただし、学説はその表現においてあるいは「自己の生活能力によって生活を始めること」⁴⁰⁾とか、「生活機能を営む人間が出来ること」⁴¹⁾とか、あたかも生存能力を必要とするかのごとき表現もあるが、それ程強い意味ではないと考えられる。「生きて生まれた」ことはそれについて争いがある場合には、主張者において挙証しなければならないとの説⁴²⁾があるが、これは出生児の死産児に対する比率⁴³⁾からみても当然に生きて生まれたことを推定されるものと考えられるので、反対者において挙証責任を負うものと解せられる⁴⁴⁾。呼吸を始めた新生子の臍帯拍動は漸時止まるので自然的に母体からの連絡は断たれるわけであり、既に用が無くなった臍帯については、これが切断されたか未だあるかという事は、新生子の出生の時点とは関係のないことである。ドイツでもそうであるごとく、わが民法上も臍帯切断の有無は要件とされない⁴⁵⁾。

奇形児（鬼子・怪物）は前述のごとくローマ法では人から出でたものであっても人としては扱われなかったのであるが、今日、人の娩出するものは「生きて生まれる」限り人として権利能力が与えられる⁴⁶⁾。しかし、権利能力は「人」に与えられるのであるから、「人」と認め難い様なもの、あるいは呼吸しないものについては「生きて生まれた人」とはみることができないゆえに、権利能力に値する人とはならない⁴⁷⁾。性は男女のいずれかに決定せられるべきで、中性は認め得ない。中性的な子は主たる性の

39) 岡松、前掲 19頁。松坂、前掲 58頁。星野 通、新民法総論・38頁。

40) 於保、前掲同所。

41) 末川、前掲同所。

42) 岡松、前掲 18～19頁。

43) 後註 89) 参照。

44) 近藤英吉、相続法論（上）53頁。同、「胎児の法律上の地位」民商法雑誌 10巻 4号 608頁。

45) z. B. Soergel-Siebert, *ibid*; Lange, *ibid*. 川名、前掲 36頁（出生ハ、人間カ母体ヲ分離シ、母体ニ依ラスシテ生存スルヲ得ヘキニ至リタルコトヲ意味ス）。遊佐、前掲 76頁。小池、前掲 21頁。吉田、前掲 39頁。

46) 近藤、前掲民法要義11頁。吉田、前掲 40頁。松坂、前掲 58頁。於保、前掲 43頁。

47) 遊佐、前掲 76頁。

方に決定されるべきである⁴⁸⁾。

(4) このような出生の要件を満した新生子は、完全な人としてその出生をみたのであり、この時その子は完全な権利能力を有することになり、権利および義務の主体となり得るのである。ただし、未成年者として親権者または後見人の保護の下におかれる事になる。しかし後にのべるように、胎児の間にも制限的権利能力を認める立場に立てば、出生というのは権利能力が完全なものとなる一つの転換時点であるといえることができる。

なお、新生子出生にあたって手続上戸籍簿に記載されなければならないが、それには届出がなされなければならない(戸籍法49条)。この届出は報告的届出である。戸籍簿に正確に事実を反映させるため届出期間が定められ(出生の日から起算して14日以内。同法43条、49条)、これに反するときは過料(500円以下。同法120条)に処せられる。届書には①子の男女の別、②嫡出子または嫡出でない子の別、③出生の年月日時分、④出生の場所、⑤父母の氏名及び本籍、もし日本の国籍を有しないときはその旨、⑥その他命令で定める事項(出生当時の母の住所、同じ母が出産した児であって、出生当時に生存する者(当該子を含む)、既に死亡した者および妊娠六箇月以上の死産児の数(以下略)のごとく人口動態調査のための記載事項。戸籍法施行規則55条)を記載し、出生証明書を添付しなければならない(同法49条)。出生に関しては他人の子を養子にする目的で、しかも養子であることを隠して実子のごとく届出する等⁴⁹⁾、虚偽の届出も行なわれる例多く、届書受理についてはこの出生証明書の添付を要すべき場合にこれを欠く届書は受理すべきでなく、受理に当っては記載に注意するようとの民事局長通達がある(昭和22年1月13日民甲通達17号)。

届出によって出生となるわけではもちろんなく、届出がなくとも出生の

48) 鳩山、前掲 45頁。等々力茂富、民法総論 30頁。

49) 嫡出でない自分の子を実子として届出するのは、認知としての効力が認められる(大判、大正15年10月11日 民集5巻703頁)が、本文の場合には認知にもならない(大判、昭和4年7月4日民集8巻686頁)。

事実によって権利能力取得がある（大判，昭和4年7月4日民集8巻686頁）こと当然である。そして戸籍簿の記載は正確を期してはいるが，真実との相違もあることであって，死亡の場合と同様⁵⁰⁾ 戸籍簿の記載は有力な証拠であり一応の証明力を有するも，出生年月日時分，死産，出生後死亡等に関しての記載に対する反対者は反証を挙げることによって戸籍簿と異なる主張もできるわけである。反証の方法は医師・産婆の証明その他証拠方法の手段は限定されない。判例にも戸籍記載事項について反証をゆるすとの趣旨のものがある（大判，大正11年1月16日民集1巻1頁。大判，明治41年10月9日民録14輯974頁）。戸籍簿の記載と異なる事実を主張する場合には，戸籍簿を訂正してからでなくともできる。「戸籍簿は法令により作成される公簿であるから，その記載内容は特段の事情がない限り真実を記載したもとして尊重すべきであるが，しかし戸籍簿の記載と異なる身分関係を主張することもとより許され戸籍訂正の手続を経なければこれと異なる身分関係を主張できないとする根拠は存しない。」との判例がある（福岡地裁飯塚支部判，昭和34年10月30日下級民集10巻2292頁）。

Ⅲ．擬制的出生——胎児

(1) 出生によって人は権利能力を取得する。そして出生に至るまでの子は胎児とよばれる。胎児は受胎後約2ヶ月に至る迄は人の形をなさずこれを胎芽と呼んで区別されている。だから権利能力の対象となる胎児という概念も胎芽の時期を除いたものと考えなければならぬ⁵¹⁾。そしてまた，その頃その母が懐胎を確認するという事実も重要なことである。このような胎児が出生に至るまでの間は原則的には権利能力はなく，したが

50) 参照，吉田・貝田，前掲 697頁，699頁。

51) 宗宮（前掲22頁）は受胎後出生までを胎児とされ，何時受胎したかは懐胎後280日で出生するを普通とする実験則 その他の事情によってこれを決するとされ，中川善之助，相続法（法律学全集）53頁，は懐胎せられていてまだ出生していない者とされる。

つていかなる法律的権利義務の主体ともなりえないというのは酷であるという見地から、立法的に胎児を既に生まれたものとみなして、これに権利義務の主体となり得る資格を与えようとする方法がある。これは胎児——未だ出生していない子——に出生を擬制するものであるが、この方法に立法上2種のものがある。その一は一般に胎児を既に生まれたものとみなす方法であり、他は個々の権利関係について個別的に胎児を保護する規定をもつ方法である。

一般的保護の立法は、ローマ法以来の法諺 *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. (胎児はその利益が問題とせられる場合には、既に生まれたものとみなされる。) に基づいているといわれる。ローマ法においては、原則的には母体を離れていない胎児は、母体の一部または肉 *mulieris portio vel viscerum* として、未だ権利の主体ではないが、その出生の見込のゆえに、それが出生したならばうける事のできる利益、特に相続権を認められ、その財産管理者 *curator ventris* によって利益を保護せられたのであって、前示法諺と同趣旨の法源がローマ法にあった⁵²⁾。(別説によれば *Augustus* より *Hadrianus* の時代では、胎児は人とみなされたが、後ストア哲学の影響により、人の中に算入されず、その利益に関する限りにおいてのみ、権利の主体たることを認められた。⁵³⁾) ドイツ普通法も明らかにこの一般的保護の原則を採る規定をもっていた。けれどもドイツ民法はこの原則を一般的に受け入れなかった⁵⁴⁾。スイス民法は一般的保護主義を採り、同法31条2項に「出生前の胎児は生きて生まれることを条件として権利能力を有する。」と規定し、また、子は生きて生まれた限り懐胎の時から相続能力をもつものとする

52) 原田、前掲2頁。なお船田(前掲70～71頁)によると、*Iustinianus* 帝法においては、人格が出生により発生する原則に対する例外として一般的意義を有し、それに基づき中世においてこの法諺が作られた。

53) 原田、前掲同所。

54) *Oertmann, op. cit.*, § 1. 5. (S. 5); *Enneccerus-Kipp-Wolff, op. cit.*, S. 481; *Lange, op. cit.*, S. 135.

も規定している（同法544条）。同様の規定はわが国のいわゆる旧民法人事編にあり、その1条は「凡ソ人ハ私権ヲ享有シ……」とし、2条には「胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス。」と規定していた。

個別的保護の立法はドイツ・フランスおよびわが現行民法の採る所であり、英判例法でも大体同様の立場をとる。

ドイツ民法では、胎児の権利保護のため多くの規定をもっているが、最も代表的な規定としては相続に関する1923条2項があげられる。すなわち「相続開始の当時未だ生存していないが、既に胎児である者は、相続開始前に生まれたものとみなす。」とし、これは2108条1項で後位相続 *Nacherbe* に準用されている。この他遺贈について2178条、扶養請求権について844条2項2文（不法行為に関して）、1716条（私生子に関して）、1963条1文（遺産に関して）等の規定があり、また胎児の将来の権利を保護するためにその必要ある場合において、その保護のためこれに監護人 *Pfleg-er* を附するという1912条も注目しなければならない⁵⁵⁾。

フランス民法においても種々の個別的保護の規定をもっている。すなわち先に掲げた（本稿Ⅱ.(2)）725条（相続）の他に、贈与・遺贈に関して906条1項「生前贈与を受ける能力あるためには、贈与の時に懐胎されていることで充分である。」同2項「遺言によって財産を受ける能力あるためには、遺言者死亡の時に懐胎されていることで充分である。」（3項は前示）との規定がある⁵⁶⁾。不法行為については胎児保護の規定を欠くが、胎児出生後被害当時の事情に遡って求償権を行使し得べきものと認められるのが普通である⁵⁷⁾といわれる。

英法では、財産法において、懐胎された子供は未だ生まれなくとも少なくともその利益の為には生まれたものとして取扱われる。それは遺贈や財

55) vgl. Soergel-Siebert, op. cit., § 1. 2. (SS. 53,54.)

56) cf. Colin et Capitant, op. cit., 3 N° 576 (P. 340.)

57) 菱谷精吾，増訂三版不法行為論 381頁。

産分与を含むものである。しかし、生きて生まれなかったならば、それは存在しなかったかのごとくになる⁵⁸⁾。けれどもこの擬制は寛大に適用され、遺言や捺印証書等に living, born 等の言葉があるときは、その中に胎児も含まれているものと解釈される (Blasson v. Blasson (1864), 2 De G. J. & S. 665, 46 E. R. 534)⁵⁹⁾。不法行為による損害賠償請求権は、鉄道会社の過失による衝突事故で負傷した母の胎児が、その結果不具で生まれたアイルランドの事件において、子供は賠償請求出来ないとの判決がある (Walker v. Great Northern Ry, Co. of Ireland (1891) 28 L. R. (Ir.) 69.)。後に、非常によく似た状況の事件においてカナダ最高裁判所が賠償を認めた判決がある (Montreal Tramways v. Leveille (1933) 4 D. L. R. 337)⁶⁰⁾。海事裁判所は胎児の父が船員の過失による船舶衝突によって死亡した場合に、胎児も出生後 Fatal Accidents Act, 1846 to 1959 に基づく損害賠償請求権をもつと判決している (The George and Richard (1871) L. R. 3 A. & E. 466) が、胎児が父の死後生まれたときこの権利をもつのである⁶¹⁾。しかし以上は純粋に英国裁判所の判例とは言い難く、損害賠償請求権についての原則は確立されていないようである。なお米国において American Restatement (s. 869) は未だ生まれない子供に関する侵害が過失に基づく場合に訴権を否定したが、故意または重過失になされた場合は尋問 (question) を開くことを許された⁶²⁾。

わが現行民法は個別的保護主義をとり、損害賠償請求権 (721条)、相続 (886条) および遺贈 (受遺能力, 965条) について胎児を生まれたものとみなす規定を置いている。すなわち、

第721条 胎児ハ損害賠償ノ請求権ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス
第886条 胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。

58) W. Geldart, Elements of English Law pp. 55~56.

59) 田中, 前掲 47頁。

60) Salmond, The Law of Torts 13. Ed. P.81; Geldart, op. cit., P. 55.

61) Salmond, op. cit., P. 651; 田中, 前掲 48頁。

62) Salmond, op. cit., pp. 81~82.

前項の規定は、胎児が死体で生まれたときは、これを適用しない。

第965条 第886条及び第891条の規定は、受遺者にこれを準用する。

一般的保護主義は胎児に生ずべきすべての利益権利の保護をなすことができる点すぐれているが、具体的には個々の権利について明確でない場合がある。それに対して個別的保護主義は個々の権利が判然として明確であるが、網羅的でなく、フランス民法の不法行為に関する損害賠償請求権とか、わが民法の認知請求権のごとく欠陥が出る場合が多い。立法論的に言えば一般的保護主義の方がすっきりし、権利保護に手落ちを出さない点が良いと思われるが、個別的保護主義も、これらの規定を制限的のものと解さず、例示的のものと解し、胎児の利益のため必要ある場合には、解釈上権利能力を認めるならば、両者いずれも結果的には大きな差異は生じないであろうとみられる説⁶³⁾もある。胎児保護の規定を類推適用あるいは準用するわけであろうが、無制限にこれが許されるのかについて疑問を抱きつつも、後に述べるごとく(Ⅲ.(3))これに従うのが妥当であろうと考える。

(2) わが民法の「胎児はすでに生まれたものとみなす」というのは、胎児にいかなる法律上の地位を与えるのかについて従来から議論の分れる所である。

(a) 一説は権利能力を有するのはあくまでも人(出生後)であって、胎児には権利能力を与えるものではなく、生きて生まれることを条件として、そこで生ずる権利能力が当該事実のあった時まで遡ると解する法定停止条件説(人格遡及説)である。これは判例・通説の採るところであり、旧法下における明治40年の決議⁶⁴⁾以後法曹会決議もこれによっ

63) 谷口知平編、注釈民法(1) §1ノ3、V 160頁(谷口知平)。

64) 我民法上私権ノ享有ハ出生ニ始マルヲ原則トスルカ故ニ権利能力ハ出生ト同時ニ発生シ其以前ニ発生スルコトナキヲ本則トセサルヘカラス唯便宜上特ニ胎児ノ利益ヲ保護スル必要アル場合ニ別段ノ規定ヲ設ケタルノミ而シテ此等特殊ノ場合ニ於テ胎児ハ既ニ生レタル者ト看做スト云フハ其出生以前ニ権利ノ主体トナリ得ヘント云フニ非スシテ出生シタルトキハ既往ニ遡及シテ権利能力アリトスルニ外ナラサルナリ(明治40年12月14日法曹決議、法曹18巻3号50頁。)

る⁶⁵⁾。判例は相続に関して「胎児ハ出生ニ因リ始メテ相続開始ノ時ニ遡リ相続権ノ主体ト為ルモノニシテ、開始前ニ於テ人格ヲ享有スルモノニアラス」(大判, 大正6年5月18日民録23輯831頁)⁶⁶⁾とし、また損害賠償請求権について「出生ノ時ニ遡リテ権利能力アリタルモノト看做サルヘント云フニ止マリ胎児ニ対シ此ノ請求権ヲ出生前ニ於テ処分シ得ヘキ能力ヲ与ヘントスルノ主旨ニアラサルノミナラス仮令斯ノ如キ能力ヲ有シタルモノトスルモ我民法上出生以前ニ其ノ処分行為ヲ代行スヘキ機關ニ関スル規定ナ」しとしている(大判, 昭和7年10月6日民集11巻2023頁)。

この説は旧法時代より多くの支持を得て今日に至っている。この説の論者は、権利能力は出生と共に取得されるのが民法1条ノ3の原則であって、この立法趣旨からいえば停止条件説が忠実な解釈であるとし⁶⁷⁾、また886条2項は胎児のときには権利主体ではない意味を明言している⁶⁸⁾として、胎児の間に制限的といえども権利能力を認め得ないとする。そしてまた、胎児について法定代理人ないし保佐人のような制度を(明文上)もっていないわが国では胎児に権利能力を認めることは難しく、現行法解釈上採用し難いとされる論者もある⁶⁹⁾。胎児に権利能力を与える事による好結果は認めつつも現行法上採りえないとするものようである⁷⁰⁾。

(b) 二説は制限的権利能力説(法定解除条件説)といい、胎児について死産を解除条件として既に懐胎中から権利能力を有せしめ、したがってその法定代理人をも認めようとする説である。この説は少数説といわれながら今日では相当の支持を得ており、有力なものともみられるに至ってい

65) 詳しくは近藤, 前掲論文 598~599頁参照。

66) 同旨判例, 大決, 大正10年3月7日民録27輯 449頁。

67) 星野, 前掲 39頁。中川善之助編, 註釈相続法上 47頁(青山道夫)。

68) 宗宮, 前掲 22頁。

69) 柚木, 前掲 199~200頁。同, 判例相続法論 130~131頁。吉田, 前掲 41頁。なお昭利2年の民法相続編中改正の要綱第8には「相続ニ関シ胎児ノ利益ヲ保護スル為メ, 管理人ヲ置クコトヲ得ルモノトシ」ていこうとする立法案が出されているのは注目されるところである。

70) 中川, 前掲 55頁。この他停止条件説を採るのは穂積重遠, 相続法大意 41頁。鳩山, 前掲 44頁。遊佐, 前掲 77~78頁。石田, 前掲 53頁。青山道夫, 家族法論 277頁。川島武宜, 民法(=) 123頁。遠藤 浩, 世界大百科事典14巻 142頁。

る⁷¹⁾。例えば相続について折角胎児の相続権を保護する規定をおいてあっても、出生まで権利行使はできないで単に出生してから相続回復の請求権をもつにすぎないというのでは不当であり⁷²⁾、また胎児について死産の場合は、一旦得た権利を既往に遡って失うものだと解すべきであるとし⁷³⁾、また「法律が胎児を特に保護している趣旨からしても、また、人間は瞬間にして出来るものではなくして、生成過程を経て出生するように、法律事象も質量的に変動すると解する見地からも、胎児の保護は、胎児の出生後のみでなく、生成中の胎児のまま、その権利が保護されているものと解すべきである。」とされる⁷⁴⁾。

胎児の法定代理人については種々説がなされているが、大体において生まれた場合に親権者たるべき者が胎児の権利を管理し得ると解すべきだとされるもの⁷⁵⁾と、出生前には権利能力は有するが行為能力は代行する機関がないのでこれはないとされるものがある⁷⁶⁾。

相続に関する886条2項の解釈はこの説によりつつ、不法行為に関する721条は無条件人格説(胎児は無条件に権利能力を取得し、死産の場合はその時にその権利能力が消滅してしまうもの)によって理解される論者もある⁷⁷⁾。

(3) 旧法時代論議の最も多かったのは家督相続に関してなされるものであった。そして昭和37年の改正までの888条2項(代襲相続に関する出生擬制規定)の解釈につき論じられることも多かった。前者は制度的解消で問題はなくなったし、後者については昭和37年の改正で一応問題を落着

71) 我妻 栄・立石芳枝, 親族法(法律学体系コンメンタール篇2) 380頁。

72) 松本 丞治, 「家督相続人たる胎児ヲ論ス」私法論文集第2巻 287~289頁。

73) 仁井田益太郎, 親族法相続法論 391頁。

74) 於保, 前掲 43頁。

75) 松坂, 前掲 59頁。舟橋諄一, 民法総則(法律学講座) 36頁。中川善之助監修, 註解相続法 37~38頁(山畠正男)。於保, 前掲 44頁は親権制度の適用を主張される。

76) 勝本前掲 53頁。この他制限的権利能力説をとるものは、我妻, 前掲 52頁。谷口知平, 「胎児の権利能力」判例演習民法総則 13頁。吾妻光俊, 民法総則 36頁。小池, 前掲 21~22頁。坂 義彦, 民法 13頁。等々力, 前掲 31頁。資本主義民法研究会, 民法講義総則(森泉) 72~73頁。

77) 小脇一海, 「民法第721条並に第886条の解釈について」愛媛大学紀要第4部社会科学1巻4号 344頁, 347頁。

かせた⁷⁸⁾のであるが、なお原則的に相続、不法行為の問題があり、胎児の法律的地位を保護する基本的問題は相変わらず残っているわけである。この解釈上問題の焦点は、1は胎児の認知請求権を明文上認めてはいないという事であり、他は胎児の法定代理人または保佐人の制度を考えられはしないかという事である。

わが民法が胎児について一般的保護主義を採用していない以上、認知について胎児からの積極的な請求権を認めていないこと判例であり⁷⁹⁾、このことは規定の不備であるから立法的に解決さるべきだということも一応もつともである。しかし新法に改正する時(昭和22年)787条(認知請求権)に但書をつけて、父の死後3年経過するまでの認知請求権をその子の側に認めたことによって、胎児の認知請求権を認めなくてもよいようになった⁸⁰⁾かにみえる。しかし、これは胎児の側からいえば、いささかも改善されたわけではなく、また胎児は相続権をもつのであるが、胎児の間に父が死亡した場合は嫡出子は相続回復請求権だけでももつが、嫡出でない子は生きて生まれてから認知請求権を行使しても相続権の制限を受け(910条参照)または相続回復請求権をもつ場合もあるというのに過ぎないので、あまりに妥当でないと思われ、しかも胎児は母を代理人として認知請求もできないとする判例⁸¹⁾の立場では全く胎児の保護はないといい得る。そこで胎児に認知請求権を与え母を代理人とするか、母に母としての資格で認知請求権を与える⁸²⁾という立法論もある。しかしこの問題は規定を欠く場合必然的に現われる欠陥であり、個別主義を採る以上避け難いものである。そこでこの欠陥をカバーして一般的保護主義に近づかんとすれば、いきおい規定の類推適用あるいは準用という形をとる⁸³⁾か、またはこれ

78) 拙稿「代襲相続」法律のひろば16巻 12号 46～47頁参照。

79) 明治43年東京地裁判決、新聞43号 22頁。明治36年前橋地裁判決、新聞186号 5頁。大正2年4月11日東京地裁判決、評論2巻民法 180頁。反対、近藤、前掲論文 621頁。

80) 谷口、前掲 13頁。金山正信、「胎児の法的地位」法学教室8号 133頁。末川 博編、民事法学辞典増補版 下巻 1292頁(深谷松男)。

81) 大判、明治32年1月12日民録1輯7頁。

82) 末川編、前掲事典同所(深谷)。

83) 近藤、前掲論文 597頁。反対、小脇、前掲論文(ノ) 46頁、47頁。

らの規定を制限的なものと解さず、例示的のものとして解し、胎児の利益のために必要な限り解釈上権利能力を認めることにしなければならない⁸⁴⁾。わが国の規定はドイツ民法(草案)を模範としたものであるといわれているが、その源のドイツにおいても *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* の原則は根本原則であって個別主義の下においても類推できるものとして考えられているのである⁸⁵⁾。そして民法1条ノ3との関係については、生きて生まれた人に完全な権利能力を与えるものと考えるとき、このような人でなければいかなる権利能力も与えないものと考え、これを絶対視することは誤⁸⁶⁾であり、胎児も「生成中の人」である以上権利能力を制限的に認めていく事は法理にもとるものとは考えられないと思う。そして擬制的出生規定の意味は胎児に制限的権利能力を認めたものと解し、法定代理人が当然存在すると考えられなければならない⁸⁷⁾。

この制限的権利能力は制限された事項について権利を認めるための権利能力ではなくして、質的に制限された権利能力という意味である。質的に制限された権利能力とは、胎児というものの性質上与えられた権利もおのずから制約を受ける——例えば消極的に管理・保全の権限を含むが積極的に処分権限を含まないごとく——という意味の権利能力である。すべての胎児は、懐胎の時(胎芽を除く)からこれをもつと解する⁸⁸⁾。

胎児に権利能力を認めると、民法1条ノ3の原則に反するとしての反対説に対しては、この権利能力は「生成中の人」の権利能力という意味で原則とは別に当然に「人」の権利能力の中に含まれているものであり、原則を破るための例外を求めたのではないと言いたい。

生きて生まれるかどうかは不明であり、死産の時第三者に不測の損害を

84) 同旨、谷口編、前掲 160頁(谷口)。

85) Lange, op. cit., S. 135.

86) 近藤、前掲論文 602頁。

87) 舟橋、前掲36頁は「胎児である間も、生まれたものとみなされる範囲で、権利能力があり、したがってまた、法定代理人が存在する、と解するのが、正当であろう。」とされる。

88) 参照、我妻、前掲 52頁。

与える場合があるとして制限的権利能力を認める事に反対する考えもあるが、最近の出生率と死産率をみても⁸⁹⁾、死産率は圧倒的に低いことより

年	出生数	死産数	出生率	死産率
昭和36 (1961)	1,589,372	179,895	89.83%	10.17%
昭和37 (1962)	1,618,616	177,363	90.12	9.88
昭和38 (1963)	1,657,402	175,327	90.43	9.57

(厚生大臣官房統計調査部人口動態統計課「人口動態統計」より)

して胎児のうちから権利能力を与えていても、その訂正率は非常に少ないことを示しており、しかも医学の進歩とか諸種の事情から死産数は、出生数の増加とは逆に、年々減少しつつあるので、第三者に対して損失を与える可能性はいよいよ少なく、反対説の根拠は浅いのではないと思われる⁹⁰⁾。また、双児の場合もあるから1人の胎児として扱うことは問題があると反論される⁹¹⁾が、双児の比率は全出生子の1%内外にすぎないのであり、特に外国と異なり日本人の場合は低いのであって問題は少ないと考える。

胎児は出生の擬制により未成年者の範囲に入るのものであるとも考えられるから、その法定代理人は通常の未成年者の法定代理人の範囲から選ばれることになるであろう⁹²⁾が、一步進めて考えてみると胎児の真の利益のためを想う母が最も適任であろう。しかしそれにこだわる事はない。その権限は胎児の権利能力が質的に制限をうける範囲で制限をうけることは当然であり、管理保全の範囲におよそ止まり処分権限は持たないことになるであろう⁹³⁾。損害賠償請求権などでは、前示昭和7年10月6日の判例のご

89) 別表参照

90) 同旨、舟橋、前掲 35～36頁。他

91) 中川、前掲 55頁。金山、前掲 133頁。

92) 中川監修、前掲 37～38頁(山畠)。小脇、前掲論文(愛媛大学紀要) 345頁。

93) 参照、石本、前掲 132頁。

とく処分権限なきがゆえに困るのではないかという問題があるが、損害賠償について請求権はあると考えられ、その他についてはそれ程急いで（最長10ヶ月を待たないで）解決をしなくてはならないものか疑わしいし、処分権限は濫用される危険もある。胎児の法定代理人制度については手続がかなり面倒になるような場合もある上に、もし母が胎児の出生まで何等の手続もしなければ無意味になるとの批判がある⁹⁴⁾が、代理権の範囲を管理保全に限定し処分権限は当然持たず、出生までわずかの間待たせる事とするわけであって、さまで面倒な場合は考えられないし、代理人たる母が何もなきない事は、たまたまそういう者がいるかもしれないということであって、法律解釈問題の批判としては当たらないのではなからうか。その母が懐胎を知らないこともありうるとしての批判⁹⁵⁾については、卑見では、先にのべたように胎児は胎芽の時期を除いて考えらるべきものであり、しかもその意味の胎児は、その母が懐胎を知った時から始まるわけだから、当を得ていないと考えられる。知らない間に懐胎され胎芽の時期を過ぎている胎児については、その母がまだ懐胎を知らないという事は通常考えられないことであるが、もしそういう場合があるとすれば、胎児に制限的権利能力はあるがその発現をみず、したがって法定代理人たる母もその代理権を行ない得なかったにすぎない。

なお手続上の問題として現在、懐胎が決定的であると医師が判断した場合、母子手帳を保健所において交付しているが、これを一つの証明手段として用いることが考えられる。

Ⅳ. む す び

以上のごとく出生について自然的出生の意味を定め、擬制的出生としての胎児の地位を質的な制限的権利能力者と考えるとき、現行法のままでもその解釈によって正しい法の運用が望めるであろうと思うのである。胎児をこのように考えるとき、出生というものは制限的権利能力者から完全な

94) 中川編, 前掲 48~49頁(青山)。

95) 金山, 前掲 133頁。

権利能力者となる一つの転換時点であるという事になり、出生はその法律効果を発生する法律事実ということが出来る。そして胎児がこのような制限的権利能力を取得するのは、先に述べたようにその母が懐胎を知った時からである。この権利能力は、出生が完全に行なわれなかった場合には、はじめからなかったものとなるのであり、死産を解除条件とすることは変らない。立法論的にはスイス民法31条2項を参考にしてもう一步進め、懐胎の中より権利能力ありとはっきり定めておく方が疑問を生ぜず、より望ましい⁹⁶⁾。胎児の代理人についても規定の必要性を説かれる説も多い⁹⁷⁾。以上のごとく解釈するとしても、各論的にはまだまだ検討を要する点もあると考えられるので、これらについては続いて考察を進めて行きたい。

96) 同旨、中川、前掲 55頁。

97) 例えば前掲昭和2年相続法改正要綱第8の他、川島武宜、民法総則（法律学全集）66頁。我妻、前掲 52頁。我妻 栄・有泉 亨、民法I総則・物権法 29頁。中川編、前掲 49頁（青山）。