

ローマ法における胎児とその出生

岩
田
健
次

目次

- 一、 まえがき
- 二、 胎児とその法的地位
- 三、 胎児の保護
- 四、 胎児の出生
- 五、 あとがき

自然人は、法上の主体としては、原則として、出生により権利能力を享有し、死亡（失踪宣告その他をも含む。）により享有を終了するというのが、近代法の原則であるとの解釈が行なわれている。しかし、それは、一応の原則であって、自然科学的な原理として法学に導入するような方法で解釈されるべきものか否かは問題である。この点に關しては、古代・中世を通じて、近代法よりも人の出生の問題が、はるかに重要性を帯びていたため、実に綿密な配慮がなされていた。たとえば、ローマ法において、遺言作成後に相続が開始し、胎児が自権相続人として存する場合にあっては、当該遺言にその胎児に關し、相続人に指定するか、その相続を廢除するかを定めないでならん言及していない場合には、当該遺言は全部破壊されて、無遺言相続（広義の法定相続）が開始するに至るといふ一つの事実からでも判明するであろう。もちろん、胎児の法的地位を極端に強化することは、弊害を伴う場合が多く、ローマ法の以上に述べた方針のもとでは、受遺者・共同相続人が胎児の母に多少の財物を贈与して、墮胎を勧める悪習が起つたなどの事実があるほどである。しかしながら、現代日本法のように、ある特定の場合には、胎児につき言及するけれども、その実現を裏付ける規定や解釈が確立していない状態よりは、数段すぐれている。民法以外においては、特定の法を除けば（多くは母胎保護を目的とする行政法）、法規定の中に胎児の概念の存しない場合が、ほとんどである。たとえば、法律としての皇室典範中には、胎児なる概念・文言はない。したがって、胎児たる皇子・皇孫と皇位繼承との關係は、解釈によるか、政治的に解決するかのほかにないことが現状である。

本論では、それらに対する問題を解決する前提として、ローマ法における胎児とその出生の問題に限定することに

する。そして、日本民法や皇室典範中における胎児の問題は、将来新たに立法されることを期待して、現行の解釈について一言及するにとどめたいと思う。

二 胎児とその法的地位

胎児は、ローマ法にあっては、特別の法術語を持たない。しかし、それなりに、色々と表現してあって、そこには古代法的な明確さが見いだせる。

conceptus (懐胎された児) が、一番法源としては、まこと語と思われる。その他 *is, qui in ventre est* (母の胎内にある児) とか、*is, qui in utero est* (胎宮にある児) とか、*is, qui nasci speratur* (出生の期待される児) とかの説明的な語もよく用いられる。*partus* (生(前)児)、『*venter* (胎内児)』、*fetus* (元来は、動物の胎生物。後世、*foetus* と誤って書いた。) なども用いている。*embryo* (元来は、胎羊) は法文では見ないが、医学的には胎児として、用いられたらしい。それから、*nasciturus* (生まれようとする児) という語も、法文にはない。後世、文法上の関係で、発明した語である。最近の法学者は、胎児について、*nasciturus* を用いることを、避けるように勧めている傾向がある。英法でも、*in ventre sa mere* (母の胎内にある児) という、ラテン語と古フランス語とを混せて用いている。

胎児の法的地位については、胎児の利益に関する問題が発生するたびに、既に生まれたものとみなされるといふ一般原則が有名である。反面、胎児は、胎児たる地位において、他人特に親に利益を与えるものではないという反対の原則も生ずる。これは、たとえば、胎児が存在するというこのために、父が胎児を自分の子の数の中に算入し

て、ローマにおいて三人以上の子があれば、「有子の父」として、官職への就職の順位が優先されたり、その他後見義務を免除される目的のために、胎児を子の中に算入することはできない。

胎児という場合、ローマ法では自由人の子として出生すべき胎児を問題にして、以上のように取り扱っている。女奴の胎児には、以上のように保護することはない。しかし、ローマ帝政中に、女奴の胎児も出生すれば、ある程度の保護を与えるに至っている。すなわち、自由人たる母の胎児は、懐胎の時から、その利益に関するかぎり、保護されて、いわゆる「解除条件説的」に保護されているのである。相続権においても、扶養請求権でも、胎児は胎中において、既に生まれたものとしての保護を受けるのである。もちろん、かかる保護は一応のものであるけれども。そして、胎児が双生児であろうと、三生児であろうと、多生児である場合にも保護が行なわれたものと考えられる。これに反して、女奴の胎児は、初めは一切法的な保護を与えないのを原則としつつも、法的には出生以後には、ある程度の保護を与えていて、いわゆる「停止条件説的」に保護されていたと思われる。

ローマ法において胎児が、将来生児として生れるときの利益について問題が生ずる場合には、既に現存している者として保護を受けるといふ一般原則は、合法婚姻からの嫡出児に妥当するものである。非合法婚姻による胎児には、必ずしも妥当するものではないか、準正 (Legitimatio) によるとか、女奴が解放されて自由女となり、それからの準正によるとかして、時後的には保護される事実上の保護手段が存在する。

D. 1, 5, 7

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

『胎児は、それが生児として生まれるときの利益について問題とされるたびごとに、現存する者とみなされて保護を受ける。ただし、胎児は、その出生前にあっては他人には利益を与えることがない。』

との、パウルスPaulusの単巻書は、綿密に事実を表示する。胎児は、その父または母に対して、生前に利益を与えるものではないが、その利益になるべき財産を保護するために、法は胎児保佐人(curator ventris)の附与を通例認めている。これは後述のように、ただ胎児の財産の保全・保存を図るためばかりでなく、胎児の胎児としての地位の保護、すなわち他人による母の墮胎への勧告の禁止といった面をも包括する。また、胎児保佐人の附与がなければ、胎児の受けべき財産の保存を認めないといった趣旨でもない。

中世に *nasiturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur.* (胎児は、その利益が問題となるときは、そのたびごとに、既に生まれたものとみなされる。) という法諺は、直接ローマ法源からは見いだせないし、表現の方法が詩文的である反面、色々の解釈を許すあいまいな表現である。

胎児の出生については、サビニアニ学派は、発声がなくても、生まれればよいとしている。帝王切開して生れてもよいとし、手足が四つそろい、鬼子や怪物として生まれたものでなければ、出生後すぐに死亡してもなお、自権相続人が生まれたものとして、遺言を破懐するものとする。

日本民法においては、胎児は特定の個別的な場合、すなわち、損害賠償請求権(七二条)・相続(八八六条一項)・受遺者として(九六条)・認知される場合(この場合には、「胎内に在る子」といって表現となっている七八三条一項)に關しては、『既に生まれたものとみなす』という擬制を取る。この胎児の権利能力附与について、生きて生まれることを停止条件とするか、死んで生まれることを解除条件とするかという点で見解が分かれるとする。停止条件と見ると、胎児には胎児中には権利能力がないことになり、

生きて生まれた時に、遡って権利能力を認められると考える。これに反して、解除条件的と見ると、胎児自身に権利能力を認めるが、死産を解除条件とするだけで、当該問題の時期に、母を法定代理人または事務管理者として、損害賠償請求なり遺産の分割、管理をなさしめようとする。しかし、よく考えると、これらの二説は、互いに相反して二者択一的にのみ解釈されるものでもない。もちろん、停止条件的とみるか解除条件的とみるかの原則は必要であろうが、母の懐胎を知らずに、他の共同相続人なり、排除されるべき相続人（直系尊属または夫の兄弟姉妹）が善意で行為をなす場合、その他隔地者同志であつて母の懐胎を知りえなかつた場合は、停止条件的とならざるをえない場合が多くなる。しかし、他の共同相続人なり、排除されるべき相続人なりが、母の懐胎の事実を知っておりながら、悪意で、胎児の権利を侵害することの防止には、解除条件的な見解の方がすぐれている。

立法論としては、解除条件説の方がすぐれていることは論を待たない。解釈論としては、実際は非嫡出子たるべき胎児への考慮から、停止条件説の方がすぐれている点もあるが、反面、嫡出子たるべき胎児への保護に欠ける停止条件説は支持者が激減している。現代法にあつては、嫡出子・非嫡出子にも共通した、平等的な解釈が前提とされるから、困難な問題が生じ、実に明確さを欠く結果になっている。

三 胎児の保護

胎児は合法婚姻のものであるかぎり、非常な保護を受けるべきであるとのローマ法の立場は、*missio in possessionem ventris nomine*（胎児のための占有附与）の制度と、墮胎の禁止の両面から見られる。

「胎児のための占有附与」とは、法務官が、胎児のために、相続財産またはその他の必要財産を、母側の申請によ

り、一応占有することを認めたとをいう。

これは、胎児の受けるべき財産が、他の共同相続人や相続債権者から不当な取扱いがなされないことを目的として設定されたものである。胎児に、占有が附与される場合には、さらに、母による財産管理の失当のないことをも実現するために、胎児保佐人の申請をなすことを常とした。ある場合は、強制した。胎児保佐人の任務は、第一に、母胎の健康を図ることであり、すなわち、胎児自体が完全に出生することに努力することであり、第二に、必要な場合は、胎児の財産の管理である。財産の管理は、保管を主な目的とし、損傷・腐敗すべき物の売却、正当な債務の弁済などの限られた行為をするにとどまる。

法務官は、胎児のために附与された財産が、母の父その他の他人に不当に移転しないように、厳重な監視を行なった。多くの例にあつては、母の父に占有が移転することを防止するもののように、嚴重な監視を行なった。

日本法では、血族者、配偶者およびその血族者間などの近親者の権利関係に基づく訴訟は、多くは表面に出ないが、ローマ法では、かかる血族者または近親者や配偶者との関係の判例法が実に多数存在している。母が胎児のための占有財産を隠秘にまたは詐術により他人の占有にまかせることまでも訴権の対象としている。

胎児が出生して、父子関係について争訟がある場合には、ローマ法では争訟の決定はその子が成熟期（男一四年、女一二年）に達するまでは延期されて、その間相続財産となるものは、一応その子のために附与されて後見人が管理をなすことを認めている。これ、カルボニアム告示（*Carbonianum edictum*）である。これは、現代的な感覚からは、妥当であるとはいえないが、その期間中に、その子が、正当な子であるか否かを観察する目的と幼児保護の思想とが存在するのであろうか。

一方、墮胎の禁止は、法文としては嚴禁に近い。すなわち、セウエルスⅡアントニヌス兩帝の勅法により、人工的に墮胎した母は輕流刑に処せられる。けだし夫から子を奪う不法な行為としてとらえている。もっとも、社会生活上、墮胎の禁止が徹底したか否かの事実上の問題については疑問がある。

胎児の保護は、事実上はともかく、少くとも法制上では、ローマ法では、非常に徹底していると思われる。もちろん、それは、嫡出子たるべき胎児を中心としており、非嫡出子たるべき胎児・奴隸となるべき胎児などには、法制上の保護は表面には、あまり表われない。

四 胎児の出生

プランキアヌム元老院議決 (Senatusconsultum Plancianum) は、父が父子関係について、合法婚姻のものの胎児の出生に内し、確認を附与すること (agnoscere 現代法の認知とは範圍が異なるが、認知とでも積するより仕方がない。) につき、綿密な規定を定めてい

る。生児の認知については、(一)認知をすべき男と(二)虚偽の子を押しつける女とについて規定している。これは、初めは婚姻後に生れるべき胎児についての問題である。近代法のように、婚姻の解消の日から三百日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したものとの推定などのような(參七二)包括主義はとらない。もっとも、七か月目で、胎児が出生することもあるとのギリシアの医聖ヒポクラテスの見解はローマ法にも採用されている(民同項は二百日後)。

まず、離婚後数えて三〇日以内に元の妻側は、元の夫側に、元の妻が懐胎していることを通告をすることを許可している。元の夫側のなにも人にも会う機会を有しない場合は、元の夫の家に通告すべきであるとする。家とは、都市では住宅であるが、田舎または自治市では、婚姻のためにかまど (Tares) の神の在するに所通告すべきものとす

る。この通告は、夫から始まるものでなく、元の妻から始まるものである。これに対して元の夫は、監視人を送るか、または元の妻が自己により懐胎したのではないと主張して通告するか、しなければならぬ。以上は、単に行爲の手續にしかすぎないが、それに対応する法的効果が与えられている。すなわち、元の妻が三〇日以内に懐胎していることを元の夫側に通告を行なわなかったときは、元の夫はその生児につき認知するか認知しないかは自由であり、認知を強制されることはない。ただし、それはその児が、父子関係確認の訴えをなしえないというのではなくして、父子関係が裁判官により決定されるまでは、元の夫はその児を扶養することを強制されることはないといった消極的なものである。他方、元の妻が三〇日以内に懐胎していることを元の夫側に通告をしたにもかかわらず、元の夫が証人をたてて嫡出性を否認するか監視人を派遣するかしなければ、元の夫はその胎児の扶養を強制されるけれども、出生後元の夫がその生児は眞実の子ではないとの訴訟は別に成立しうるものとする。その他、妻側が、派遣された監視人を拒絶した場合にも、妻側が通告をしなかったと同じ法的効果が生じ、元の夫がその生児を認知して扶養すべきか否かは、元の夫の自由となる。ここに述べた、三〇日というのは、離婚後数えて継続した日数をいうものであり、やむをえない場合に限り、法務官は日数の伸長を認める場合もある。

以上のように、作為・不作為に対応して、一応それに相当する効果を与えているのであるが、これは一応の推定条項であり、事実においては、この一応の推定条項に従って胎児の法的地位が定まる場合も多いが、生まれた後には、父子関係は別個の訴訟として別に定めうることにしている。

プランキアヌム元老院議決は、離婚後に出生すべき生児に関するものであるが、別の元老院議決により、婚姻継続中に生まれるべき子の場合にもまた適用されることとなっている。

その後、元の方から、元の妻が自己により懐胎していると主張する場合が発生し、勅法により非常に綿密な規定がなされている。すなわち、離婚後に、元の夫が、元の妻が懐胎していると主張し、妻が否定をするという特殊な場合においては、プランキアヌム元老院議決は適用できないから、別個に勅法を定めたのである。第一に、元の妻が懐胎しているか否かの確認のために、三人の確実な助産婦をして元の妻を検査させて、その多数決によって、元の夫側から派遣された監視人が元の妻側に送られることを承認するとしている。この場合は、元の夫側が子を欲している場合であるから、その点において重大な差違を生じて来る。三人の確実な助産婦は、法務官によって招致されるべきものである。しかして、この場合においては、元の夫は三〇日といった日数には関係なくその主張をなしうるものである。

もし、夫の死亡後、妻が懐胎しているとの主張が夫の近親者からなされる場合もある。この場合は、嚴重な手続を置いている。すなわち、一か月に二度、自由人たる婦人五名が送りよこされて、彼女らすべて同時に母胎を検査すべきであるが、元の妻の意に反しては、検査中に母胎に触れるべきでない。そして、彼女は法務官の指定した婦人の家において出産すべきことを命じている。彼女は、出産予定の三〇日前に、事案の利害関係人に母胎を監視すべき者を送る旨の通告をすべきである。出産室はただ一つの出入口であるべきであるとしている。燈火を三個も燃やすようにする。けだし、生児のすり替えを防止する意味である。そして、胎児も生児も幼児も、ともに嚴重な監視がなされて、すり替えのないようにすべきであるとしている。これは、階級（元老院議員階級その他。）と家族との威信を保障するためになされるものである点で濃厚である。相続に関する利害関係人は、夫の子であるとの立証がなされるときは、遺言は破壊され、無遺言相続が開始するので、出生時にも出生後にも、すり替えが行なわれて、夫の子でない

との主張がなされないよう嚴重な手続をする。

日本民法は胎児には、認知請求について何も述べていない。扶養請求についても述べていない。述べていないから、何らの請求権をも持たないと解釈しなければならぬ。これは、主として非嫡出子たる胎児への配慮としてしか解せられないが、将来何らかの立法上の配慮がなされるべきことである。これは、嫡出子たる胎児の場合にも影響して来る問題であり、胎児すり替え防止の規定もない。

五 あとがき

胎児の法的地位とその出生に関して、ローマ法の概況を述べたが、その見地においては日本民法を見た場合において、古代法との比較において、胎児の地位が法上考慮される割合が日本民法では、はなはだ低いと考える。しかも、別の問題について、別の疑問が生ずる。それは、皇室典範に関連して、胎児の概念の存在しないことである。形式的にいうと、規定の存在しない場合には、一切の請求権なしとの簡単な解釈で十分であるかどうかは、はなはだ疑問である。かえって十分な解決に至らないことが多いと思われる。

胎中天皇という例は一例（応神天皇）があるらしいが、実際上は生ずる可能性は少ないことは事実である。これに対応して考えられる所を述べると、

(一)皇室典範には胎児という概念は一切生じないものとして解釈する。この場合には、皇位継承の順序は、嫡男系嫡出長系主義のみを取るから、たとえば、皇長子たるべき胎児のみあって、天皇が崩じた時は、遠傍系の男系の皇族が、皇嗣として直ちに即位して、胎児たる皇長子は出生後も皇位継承には関係のないものとする。

(二) 皇室典範にも、胎児という概念を導入して、民法八八六条を類推適用して、胎児たる地位で、皇位継承に参加する。解釈論としても、一番無難なものと思われるが、その場合にも民法の場合と同じく問題は残る。

(三) 皇室典範においては、胎児たる皇子の概念の有無が明確でないので、特別立法によって、当該問題に関する皇室會議の議決を行なうという。すなわち、政治的解決を図る。

(一) は形式論理的には、間然する所はない。ただ、皇位継承は、血縁に従って流れることを本体とし、やがて出現することのほほ確実な胎児を全然無視して、皇位継承を決定することは、著しく人の法感情に背く傾向にある。その点
が、最大の欠点である。

(二) は、少し解釈を加えたものであるが、人の法感情に一番適合するという長所がある。しかしながら、皇位継承に
関して、胎児に関する停止条件説と解除条件説との対立が当然生ずるに至る。停止条件説をとるならば、出生される
までは、次順序者たる皇族が暫定的に皇位継承して、たとえば、皇長子たる親王が出生されれば、皇位を譲られ、内
親王の場合には、そのまま皇位継承を存続されるものとなる。解除条件説をとるならば、いわゆる胎中天皇であるか
もしれないものとして、胎児が出生されるまでは、即位は空位の状態で、胎児が出生されたのちに、皇長子たる親王
が出生された場合は、皇位継承をされ、内親王の場合は、次順序者たる皇族が皇位継承される、というように解釈され
る。人の法感情によく適合するとしても、実際の場合には、きわめて複雑な過程を取るといふ欠点がある。

(三) は、それ自体としては、非難される点はないが、皇室典範の本旨としては、疑問のある政治的解釈法であり、一
部の人の法感情に背くことも起りうる。

現行皇室典範では、崩御以外においては皇位継承が生ずることなく、天皇および皇族は養子を取ることができず、

皇位継承に関して天皇の遺言の可能性が規定されていないことなどと、皇嗣が直ちに即位するという原則などを総合して考慮するならば、独自の折衷的な見解も可能である。つまり、たとえば、皇長子たるべき胎児のみおられるような場合においても、次順序者である皇族が皇嗣として、直ちに即位すべきであり、もし、皇長子が出生された場合には、嫡男系嫡出長主義の原則において、当然に将来皇太子たるべく、かくして次順位者で皇位継承した天皇が崩じた時には、直ちに皇嗣として即位するという説である。

規定や概念の存在しない場合には、色々な解釈が自由になしうるが、この問題は、胎児の法的地位に関する一つの現代的問題として将来、立法がなされるか解釈の統一がなされる必要のある問題である。

日本民法に戻って、胎児について、『既に生まれたものとみなす』とする規定の意味につき、既に、民法相統編中改正要綱昭和二年臨時法
制審議会決議第八には、胎児の利益保護に関して、相統に關し胎児の利益を保護するため、管理人を置くことができ旨を定め、かつ胎児の出生によりて家督相続人の順位に変更を生ずることあるべき場合につき相当の規定を設けるべき旨を決議している。当然の決議であり、現代においては、後半の家督相続人云々の文言は意味がないが、前半の部分、すなわち、相統に關し胎児の利益を保護するため、管理人を置くことができる旨の規定は、新民法の際には、見送られたが、その潜在的な必要性は増加こそすれ減少することはない。名称は胎児の保佐人でも、胎児の財産管理人でもよいようであるが、さらに胎児の法定代理人としてもよい。そして、それは、母やその直系尊属および兄弟姉妹以外で、胎児の出生につき、利害関係を有することのない者であることが望ましい。けだし、かかる管理人は、ただ胎児の財産管理を行なうばかりでなく、胎児の出生を安全に行なわせることも配慮すべきものであるから。そうすれば、胎児は、相統について、『既に生まれたものとみなす』という規定の意味に關して、胎児の相統

能力附与について、生きて生まれることを停止条件とするか、死んで生まれることを解除条件とするかの問題は、直接表面に表われることなく、ただ利害関係者の取る態度によって、その意味が左右される結果となって非常に明白なものとなる。さらに、かかる管理人を設定するとすれば、不法行為の損害賠償とか相続関係とかについてはかりでなく、胎児側から、父と推定される者に対する認知請求権・扶養請求権をも認められることを至当とする。けだし、以上の要件を満足せしめて、初めて胎児について、利益の保護が完全になるといえるものであるから。

ただ、現行法としての解釈に当っては、胎児のための管理人とか法定代理人とかは存在せずに、ただ事務管理者とか母を当然の法定代理人とかするといった解釈がされるにすぎなくて、ここでは、胎児の法的地位に関し、権利能力附与に関して、生きて生まれることを停止条件とするか、死んで生れることを解除条件とするかという点での見解が分かれる。

私は解除条件説を取る。権利能力は出生に始まるとする原則的規定は、同じ平面における胎児の法的地位を相続その他において、既に生れたものとする特別の立場と相反するものでなくして、むしろ、後者を優先的な例外規定としてみる。そして、かりに権利能力を胎児に附与するとしても、出生前においては胎児の財産などの処分行為を代行すべき機関が存在しないから、胎児はその権利能力を有効に行使することができない。したがって、胎児の権利能力は存在しないという論に対しては、胎児が権利能力を有効に行使することができないということは事実であるが、そのために、胎児は権利能力を有することがないとの判例の立場は、どういう因果関係でそうなるのか疑問である。胎児が権利能力を有効に行使しえないというのは当然であって、双生児か三生児かわからない胎児が、法定代理人と推定される母からでもその権利によって処分行為をしてもらっては困るのである。胎児の権利能力とは、処分などを含め

た積極的なものでなく、恐らく自己に与えられるべき財産の保護その他の受動的な権利であるにすぎない。

停止条件説を取る場合にも、一つの重要なことを見過してはならない。すなわち、胎児の出生により、共同相続人かまたは排除されるべき直系尊属または兄弟姉妹などは、胎児の存在を知った後、知りうべきであった後においては、処分行為をなした場合は、胎児のためにあらゆる損害賠償をすべきだということである。これさえ、訴訟上・解釈上確保されておれば、停止条件と解除条件との立場の相違は殆んど存しない。しかし、かかることの立証は胎児側にとって、立証の困難性のために、胎児の有利に解釈することを至当と考える。停止条件説では、胎児の地位が、訴訟上、不当に冷遇されてくる。ローマ法によれば、非合法婚姻による胎児に課せられた条件と同一となる。誇張すれば、日本法の過去の多数説における胎児の地位は、嫡出の胎児であれ、非嫡出の胎児であれ、奴隷の胎児と同一の法的地位において解釈してこられたわけである。そして、かかる冷遇された地位の原因は、家督相続上の問題および私生児その他一夫一婦制の外の諸制度（明治時代には、まだ濃厚に社会生活の上に残っていた。）に由来するものと考へざるをえない。そうした歴史的認識なしに、日本民法上、胎児には、法定代理人の制度がないとか、私権の享有は出生に始まるといった、原則論だけで、胎児を奴隷の胎児と同視するとき停止条件説を主張する説は、よほど前近代の頭の持主にして初めて維持されるものであろう。

今、一例をあげると、ある人が家外者たる女性の胎児に遺贈をなし、胎児中に相続が開始したとする。胎児は受遺者として、既に生まれたものとみなされる（（民九六五条）八八六条）が、停止条件説を採れば、胎児中は受遺者となることができず、一応相続財産は推定相続人としての相続人に帰属することになる。しかし、胎児が出生後、初めて受遺者として、遺贈分の財産請求が遡ってなしうるとする。しかし、その遺贈に相続税が課せられる程度の額であるとする

と、その関係において、著しく胎児の不利となることになる。相続税が相次に課せられるものか、推定相続人が一次的相続税を支払い、受遺者は推定相続人から贈与を受けることになるのか、実に錯乱した関係となる。また、推定相続人は胎児中のみ所有権があるから、著しく低い価格で売却をなしその証明を取り、実は買主と結託して、胎児の受けるべき額を低くするのが人情といえて、しかもかかる不正行為の立証は殆んど不可能に近い。同じ事態は、嫡出児たる胎児にも妥当する。ただ、別問題であるが、嫡出児たる胎児への遺贈は、九〇三条の関係で、特別受益者の相続分となり、別個の問題を包摂する。法理論的には、停止条件説より解除条件説の方が一層明快である。ただ、非嫡出児たる胎児には、停止条件説の方がすぐれているから、非嫡出児には停止条件説、嫡出児には解除条件説と使い分ける方がよいという折衷説もありうる。これは、解釈論というよりは立法論である。けだし、現行日本民法は、かかる嫡出・非嫡出の差別待遇を組織的に行なっているとも思われないからである。いずれか一方を解釈論として取るとするならば、解除条件説をむしろ是とする。解除条件説を成立せしめるため障害となるべきことも、解釈上容易に排除しうる。すなわち、民法上胎児は出生以前にその処分行為を代行すべき法定代理人が存在しないから、胎児はその権利能力を有効に行使用することができないので、停止条件説を取る方が、処分行為を促進し、取引の安全になるとする。しかし、処分行為ができないことを理由にするのは、相対的に見た場合には、何の理由付けにもならない。遺言者なら、財産管理を信託銀行に託すこともできるし、母や母の親権者も、事務管理をなすことができ、しかも何の障害もあるとはいえない。将来の立法では、ただ胎児に法定代理人とか財産管理人とかの制度を制定すれば、事足りるというより、更に、胎児でなくても、少女たる娘が、将来生むことあるべき子のための、財産管理を信託銀行に託するといった遺言が生ずることは当然に考慮されなければならない。それから、私権の享有は出生に始まるという

(民三)原則が存在すること強調する説は、殆んど無意味に近い。けだし。かかる条文が他の条文(七二条・八八)を事実上排除するとする考え方を徹底すれば、逆に、被相続人が遺言しても、それは、死亡時までの事項に限って有効で、死亡後の事項については効力のないものだとの暴論に等しい。ただ、解除条件説は、現行法上は、胎児の財産については、保存行為を中心にして、原則としては、処分行為の対象にはならない。しかし、長くても八か月で有効に処分行為の対象にはなりうるもので、どのような実害があるかを問いたい。

胎児は、民法上は、いずれにしても形式的には保護されているけれども、他の部面、すなわち、退職手当金・災害補償としての遺族補金償などにおいて、死亡者に対して子でなくして、胎児であるものは、多くは言及していない。* 普通は、かかる遺族として、

(一) 配偶者(届出をしていないが、死亡者の死亡当時事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。)

(二) 子、父母、孫、祖父母および兄弟姉妹で死亡者の死亡当時主としてその収入によって生計を維持していたもの

(三) (二)に掲げる者のほか、死亡者の死亡当時主としてその収入によって生計を維持していた親族

(四) 子、父母、孫、祖父母および兄弟姉妹で(二)に該当しないもの

を掲げている。民法上の相続人と比較すると、子・父母・孫・祖父母および兄弟姉妹に制限しており、甥姪の代襲相続を認めない点などにおいて、制限的であり、内縁配偶者、被扶養者を認める点において拡大的である。その範囲や順位については、ここでは問題としないけれども、子の範囲に胎児を包含していないことは、片手落ちである。けだし、交通事故その他の場合に、父母が先に殆んど同時に死亡し、その直後に胎児が生きて出生することもありう

るからである。そのほか、内縁の妻を第一順位にしながら、その胎児を排除する結果、思わざる事態によって、かかる胎児に不利益を与える結果となることもあるから。もちろん、このいわゆる内縁関係とは、結婚と同一の関係にあるものだけに限定しており、しかも婚姻の届出のないものだけに限る意味でなければならない。したがって子・孫には、胎児と、かかる厳格な意味の婚姻と同一関係にあるが届出のしていない関係の子・孫にも拡張するのが正当であらう。法理的な一貫性から見れば、そうなる。

胎児とその認知（民法的な意味の）については、問題が残る。父は、非嫡出子たる胎児を任意に認知できるが、この場合には、母の承諾を必要とする（民七八三）という立場をとる。

非嫡出子たる胎児は、胎児中は、父に対して父子関係の存在を明らかにする認知の訴えを提起しえないものとする（七八七条中に、胎児が入らないから）。かかる胎児の母は、あるいは、法定代理人としても、あるいはか自己の資格においても、胎児の認知を請求しえないとする判例（大判・明治三二年一月）は、当時においては立派な存在理由が有したかもしれないが、なお今日遵守されるべきであるかは、疑問である。「父の搜索」を禁止するという、中世的な遺産の一部である。立法論としては、今日では、不当であって、将来は胎児中にも、認知の訴えを請求し、提起することという原則が望ましい。

胎児と認知との関係では、胎児は父の利益とか父の任意のためにのみ存在して、自己の利益を主張しえないという立場にある。と同時に、認知そのものに、一般的な（嫡出子に近い）関係の成立を認めるという原則よりも、別に、相続権は認められないが、一種の身分関係を認め、扶養その他の財産的責任のみに限る方向を取るべきであらうか。

この問題についての、現在の状態からすれば、なるほど、七八七条の規定からは、胎児中は、認知の訴を提起することはできないが、母は、法定代理人としても、または、自己の資格においても、胎児の認知の一応の請求権までも与えられない意味にも取れない。裁判所（家庭裁判所または地方裁判所。）は、かかる一応の潜在的な請求権に基づき、父の血液型・指紋・掌紋などの生理学的考察を行なえる場合には行ない、万一、交通事故・急病その他で、父の急死の場合でも、一応の証拠を残しうるようすすべきであろう。

以上、要するに、胎児は、父または母のために存在するのでなくして、胎児は法上は胎児の利益のために存在するといった解釈―これは、古代法の中に、存し、中世には一時没し、近代になって、また再生して来た考えである。―が、将来胎児の問題解決の鍵であろう。

* 恩給法第七二条には、「胎児タル子」として、言及してある。その点では、行き届いた立法であり、近時の立法も、形式的には範とすべきであろう。