

胎児の権利能力と登記

池田秀敏

1 はじめに

民法は、人が権利能力を獲得する始期を出生としつつも（民法3条1項）、胎児については、損害賠償請求及び相続において、「既に生まれたものとみなす」としている（民法721条、866条1項）。法律関係一般に権利能力を認める一般主義に対し、このように限定的に権利能力を認める方法は個別主義と呼ばれる。旧民法は一般主義を採用していたが、それでは適用範囲が広すぎるとして、現民法は個別主義を採用するに至っている*1。

この「既に生まれたものとみなす」の意味するところについては、学説が2通りの解釈を示してきた。一つは、胎児として権利能力を取得するのではなく、生きて生まれてきた場合には、損害賠償請求権の取得時期や相続開始時に遡って権利能力を取得するとする停止条件説（または人格遡及説）と呼ばれる考え方である。もう一つは、胎児は、損害賠償請求権や相続権を取得できる権利能力を有するが、死産となった場合には、遡ってその権利能力を失うとする考え方で、解除条件説（または制限的人格説）と呼ばれている*2。

判例は、停止条件説の立場をとっているとされているが、一方において、不動産登記実務では、明治以来一貫して胎児のための相続登記が認められてきている。すなわち、相続を原因とし、胎児を所有者とする所有権移転登記が認められている。判例が停止条件説に立ち、出生前の時点における胎児としての権利能力を認めていないにもかかわらず、不動産登記上は、出生前の

*1 米倉明『民法講義総則(1)』62頁（有斐閣、1984年）

*2 谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1)〔改訂版〕』〔谷口知平・湯淺道男〕257頁（有斐閣、2010年）

胎児にも権利主体としての地位が認められ、相続に基づいて所有権を取得したものと公示されているのである。判例の立場と異にした不動産登記実務が、長年にわたって継続してきた例は非常に珍しいと言えるが、本稿では、こうした不動産登記実務の意義を検討してみたい。

2 判例及び学説の状況

(1) 2つの大審院判例

まず、判例の立場をあらためて確認しておこう。

相続については、大審院大正6年5月18日判決（民録23輯831頁）があり、この判例は「胎児ハ出生ニ依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非」ずと判示している。これは、昭和22年の民法（家族法）改正前における家督相続制度のもとでの判例であるが、改正前の民法968条には、「胎児ハ家督相続ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス」とする現行法と同様の規定が置かれていた。基本的には、胎児が相続権の権利主体となり得るかについて判示されたものであり、現行法上も同じ論点に関する判例とみてよい。

また、損害賠償請求については、大審院昭和7年10月6日判決（民集11巻2023頁、阪神電鉄事件判決）が「胎児ガ不法行為ノアリタル後生キテ生レタル場合ニ不法行為ニ因ル損害賠償請求権ノ取得ニ付キテハ出生ノ時ニ遡リテ権利能力アリタルモノト看做サルベシト云フニ止マ」るとしている。

この2つの大審院判例により、判例は停止条件説の立場をとっているものと理解されている。もっとも、かねてから判例は胎児の出生前の権利能力を否定しているか否かが曖昧であるとの指摘がある*3。とくに昭和7年大審院判決については、その文言について、いくつかの読み方があり得ることが指摘されているところである*4。

*3 近藤英吉「胎児の法律上の地位」民商法雑誌10巻4号600頁（1939年）

*4 幡野弘樹「胎児の権利能力—阪神電鉄事件」別冊ジュリスト〔民法判例百選Ⅱ第6版〕195号8頁

例えば昭和7年大審院判決における「出生ノ時ニ遡リテ」との文言は、出生の時点が何らかの法律効果における遡りの終点のようにも読めなくはない。しかしながら、その文脈からすれば、出生した時を契機として、損害賠償請求権の取得時期や相続開始時に遡って権利能力があったものとみなされるとの意味であろう。また、同判決中には「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……」との判示事項があることから、胎児の時点における権利能力が否定されたのは「処分」に限定され、「保存」については判断されていないという読み方もある。そのように読めば解除条件説が否定されてはいないというのである。後述の胎児の母に法定代理権を認め、その権限の範囲を保存行為に限定する学説に符合する読み方でもあり、魅力を感じるものではある。

しかし、昭和7年大審院判決の根幹にあるのは、胎児には「損害賠償請求権ノ取得」について「遡リテ権利能力」が認められるに過ぎないという法解釈である。胎児の出生前における権利能力を否定したものであって、停止条件説に立っていると評価せざるを得ない。

(2) 最高裁判例の状況と今後の展望

最高裁判決には、この論点における何らかの立場を明らかにしたものはない。最高裁平成18年3月28日判決（民集60巻3号875頁）は、胎児であったときに発生した交通事故によって出生後に傷害が生じ、後遺障害が残存した者が自動車保険の無保険者傷害条項に基づく保険金を請求した事案について、当該保険金請求を認容している。しかし、出生後になされた請求であり、胎児の出生前の時点における権利能力の有無に関する解釈上の争点は問題とはならない事案であった。そのため、同判決は、保険金請求を認める前提として、単に民法721条が損害賠償請求権については胎児に権利能力を認めていることを指摘したに留まっている。

おそらくは今後も、しばらくは最高裁判例によって胎児の出生前の権利能力に関する解釈上の争点に決着がつけられることはないであろう。そもそも、

最高裁平成18年判決の事例のように、胎児が出生した後になされた権利行使について判断するのであれば、出生前の時点における権利能力の有無が争点となることはない。このような争点が浮上してくるような具体的な事案は極めて希だといえる。

2つの大審院判決を振り返ってみると、胎児の出生前における権利能力の有無が争点となった背景事情については、現在では消失している部分が多々ある。とくに相続に関する大正6年大審院判決の事案は、昭和22年の民法（親族・相続編）改正以前のものであり、家督相続を前提として、胎児の権利能力に関する争点が浮上したものである。胎児の母は大正3年5月に妊娠したものと認められているが、その後、父が生前の大正3年11月に養子縁組をし、この父が死亡した後の大正4年2月に胎児が出生するに至ったという事案であった。家督相続権の順位を定めた旧民法970条1項5号は、1号から4号までの規定に基づく順位が同順位である場合には、「年長者」が優先するものと定めていた。そして、養子縁組によって嫡出子の身分を取得した場合には、家督相続に順位を判定する上では、嫡出子の身分を取得した時に生まれたものとみなされるものとされていた（旧民法970条2項）。すなわち、養子は養子縁組の日には嫡出子の身分を取得することから（旧民法860条）、その日に生まれたものとして「年長者」か否かを判定することになる。一方、旧民法968条では、「胎児ハ家督相続ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス」とされていた^{*5}。そのため、胎児側は、大正3年11月の養子縁組に先立つ大正3年5月に妊娠が認められるのであるから、胎児がその時点で生まれたものとみなされる結果、家督相続権において優先すると主張したわけである。要するに、現行法下においては、およそ争点となり得ない問題が争われた事案であった。

もう1つの昭和7年大審院判決の事案は、鉄道事故で死亡した被害者（胎児の父）に関する示談交渉の権限を親族一同がある人物に委ね、その人物が

^{*5} 旧戸籍法（大正3年3月31日法律第26号）127条は、胎児の母が胎児の家督相続届を出す旨を定めていた。この事案における届出の有無は不明である。

決定した示談金を被害者の父が受領したというものであった。いったん示談契約がなされたにもかかわらず、裁判に至った背景には、提訴した被害者の内縁の妻が上記のような示談処理に納得していなかったことが推察される。同判決は、仮に出生前にも胎児に権利能力があるものとし、処分行為をなす能力があるとしたとしても、「処分行為ヲ代行スヘキ機関」はないため、示談交渉を委ねられた者の代理行為は有効ではないとした。現在においても、死亡事故に伴う損害賠償交渉が代理人によって遂行されることは珍しくはない。ただし、現在であれば、代理人も交渉相手も、被害者の相続人である配偶者（胎児の母）の意思確認を慎重に行ったうえで示談契約を結ぶであろうし、死亡事故という重大な事案について、胎児の出生前に代理人による早期決着がなされることもあまり考えられない。同様の紛争が生じる可能性は完全には否定できないにしても、裁判上の争いにまで発展する事案は極めて少ないものと思われる。

(3) 学説の状況

現在においては、現実の事案で生じる争点でないためか、学説における議論はほとんどなされていない。

立法者は停止条件説の立場であったとみられ^{*6}、かつては停止条件説をとる学説も多くみられた。しかし、戦後は解除条件説が多数であり、「現在の通説」^{*7}と言ってよいであろう。仮に停止条件説によった場合、胎児の父が死亡し、その父に子がないとすると、胎児が出生する前の時点において、第二順位の直系尊属または第三順位の兄弟姉妹に相続権を認めることになる。出生後の胎児がこれらの者がいったん取得した相続財産を取り戻さなければならないとすると、胎児の保護に欠けることになるというのが解除条件説をとる学説に共通する理由である。

^{*6} 第76回法典調査会における穂積陳重発言『法典調査會民法議事速記録七』280頁（商事法務）

^{*7} 新田孝二「胎児の権利能力」法学セミナー242号96頁（1975年）

もつとも、胎児の父母に法定代理権を認めるか否か、代理権の権限の範囲については、論者によって異なっている。

胎児に出生前の権利能力を認め、かつ、その出生前に様々な処分行為がなされることまで認めてしまうと、胎児が死んで生まれた場合には法律関係が複雑となる。胎児が出生するまでの間は、確定的な行為がなされるべきではないというのが共通の問題意識といえる。そのため、かつては単に親権の保護を与えればよいとする見解もあったが*⁸、胎児の出生前の時点においては、保存行為（民法103条）の範囲に限定するという見解が有力である*⁹。同様の見解として、出生前の胎児のために確定的な行為をすることはできないとして、具体的には遺産分割や損害賠償請求権の放棄はできないが、仮差し押さえのような権利保全手続や登記は可能だとするものがある*¹⁰。また、立法論として、父母に法定代理権を認めた場合、父母と胎児との間の利益相反が生じやすいことから、胎児財産管理人の制度を設けるべきだとする見解も多い*¹¹。もつとも、親子間の利益相反は、胎児でも出生後の子でも同じように生じ得る問題であるし、親権行使の適切性一般の問題として論じる必要があるとの指摘もあるところである*¹²。

いずれにせよ、戦後は前述の2つの大審院判例に賛同する学説はみられない状況になっており*¹³、胎児の出生前にも制限的な権利能力を認めることを前提に、その財産管理に関する明文の規定を欠く現行法において、親権者

*⁸ 於保不二雄『民法総則講義』44頁（有新堂，1951年）

*⁹ 我妻栄『民法総則』52頁（岩波書店，1965年）、石田穰『民法総則』80頁（悠々社，1995年）

*¹⁰ 船越隆司『民法総則—理論と実際の体系1』35頁（尚学社，1997年）

*¹¹ 我妻・前掲52頁、川島武宜『民法総則』66頁（有斐閣，1965年）、水辺芳郎『民法総則』47頁（法律文化社，1982年）、米倉・前掲注65頁。なお、ローマ法においては、胎児の将来の権利取得に対してもつ期待権を確保するために、胎児の補佐人の任命が可能であった（マックス・カーザー著・柴田光蔵訳『ローマ私法概説』124頁・創文社，1979年）。

*¹² 河上正二「民法総則講義第1部第三章 「人の法」としての民法」法学セミナー538号87頁（2003年）、同旨・鈴木ハツヨ「胎児の権利能力・未認知子の損害賠償請求」別冊ジュリスト〔民法判例百選第2版〕77号15頁

にどのような法定代理権または管理権限を認め、胎児の権利能力を実質化するかに焦点が移行しているといえる。

3 不動産登記実務上の胎児の扱い

(1) 明治31年民刑局長回答

不動産登記実務では、明治31年10月19日民刑第1406号民刑局長回答以来、一貫して胎児のための相続登記が認められてきており、現在もなお、この取り扱いが維持されている。

この明治31年の先例は、まず「胎児ノ家督相続ハ民法第968条第1項ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做シ而シテ其胎児カ死体ニテ生レタルトキハ第二項ニ因リ適用セストアルヲ以テ将来ニ確定スヘキモノナルモ胎児ノ相続不動産ハ現行登記法ニ於テモ登記スヘキモノナリ哉」との問いに対し、「貴見ノ通」と回答している。次に、「登記スヘキモノトセハ若シ胎児カ死体ニテ生レタルトキハ戸籍法第136条ノ如ク母又ハ相続人ヨリ前項ノ登記取消請求ヲ為スヲ得ヘキ哉」との問いに対し、「相続人ヨリ登記取消ノ請求ヲ為スコトヲ得ヘシ」と回答している。

旧民法第968条は、現行法と同様に第1項において「胎児ハ家督相続ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス」としつつ、その第2項において「前項ノ規定ハ胎児カ死体ニテ生マレタルトキハ之ヲ適用セス」としていた。この先例が出されたのは、民法が施行された直後であり、まだ大正6年大審院判決が言い渡される前であった。判例の態度がまだ明確ではなく、民法の文言に忠実な処理がなされたようである。

なお、この先例において、胎児のための相続登記がなされた場合の登記上の権利者の表記方法について、「亡何某妻何某胎児」と記載するものとされたが、この取り扱いは現在でも踏襲されている^{*14}。

^{*13} 中川善之助・泉久雄『相続法〔第4版〕』74頁（有斐閣，2000年）は、判例と同様に出生前の胎児に権利能力を認めるべきではないとしているが、立法論としては権利能力の始期を懐胎の時とするのが好ましいとしている。

(2) 昭和29年民事局回答

昭和22年の民法（親族・相続編）改正後も、登記実務において、明治以来の取り扱いを維持することを明らかにしたのが昭和29年6月15日民事甲第1188号民事局長回答である。

この先例における質問は「胎児は「亡何某妻何某胎児」として、相続登記すべきであるとの明治31年11月19日民刑第1406号民刑局長回答は今なお維持されておりますか。昭和7年10月6日大審院判決（大審院判例集11巻2023頁以下）によりますと、わが民法では出生以前には、胎児の行為を代行すべき機関に関する規定がないので、胎児は出生以前にはその遡及的に享有すべき権利の行使又は処分をなし得ない旨判示していますので、右登記は不可能のように思われますから、御伺いいたす次第であります」というものであった。

すなわち、胎児を所有者とする登記は不可能ではないかとの問題意識を、昭和7年大審院判例が判示した停止条件説を踏まえて問いかけるものであった。そして、これに対する回答は以下のとおりであった。

「民法第886条の規定は胎児にも相続能力を認めたものと解されるから、胎児のための相続登記をなし得る旨の明治31年11月19日民刑第1406号民刑局長回答の趣旨は現行法の下においても維持すべきである。」

つまり、この先例は、胎児のための相続登記を認めた従前の取り扱いを維持する旨を単に回答したものに留まらない意義を有する。質問にあった昭和7年大審院判例の見解に対し、民法は「相続能力」を認めているとの解釈論を示しており、判例とは異なる立場から回答をしたものといえる。もっとも、「権利能力」ではなく、「相続能力」との文言を選んだ点において、判例の立場を真っ正面から否定したわけではないとも読めなくはない。文案作成にあたっての工夫が窺えるところである。

さらに興味深いのは、この先例が法定代理についても言及している点である。すなわち、質問には、胎児の相続登記を認めるとした場合に「胎児の法

*14 平成21年2月20日法務省民第二第500号通達「不動産登記記録例」191

定代理人となる者は、胎児を懐胎している母でしょうか」という点、及び「胎児出生までに遺産の分割の登記ができますか」という点が含まれていた。これに対し、「この場合には未成年者の法定代理の規定が胎児にも類推適用される。しかし胎児の出生前においては、相続関係が未確定の状態にあるので胎児のために遺産分割その他の処分行為をすることはできない。」と回答している。

これは、胎児につきその親権者に代理権限を認めつつも、その権限の範囲から確定的な行為を除き、あるいはその権限を保存行為に限定し、処分行為の代理は認めないとする近時の有力説に類似する解釈論を示しているといえる。この先例が当該学説の影響を受けていたことは明らかである。

4 不動産登記実務における取り扱いとその意義

(1) 未分割遺産の共有関係の問題

最初に、不動産に関する物権変動を公示するという不動産登記制度の目的の観点からみたときの、胎児のための相続登記の意義について触れておきたい。相続開始によって被相続人が所有していた不動産は相続人に承継され、共同相続であれば共同相続人の共有となる（民法898条）。この相続承継と共有状態をどのように公示すべきかという問題である。

胎児が出生するか否か確定するのを待つというのも一つのやり方ではある。しかし、妊娠や流産といった事実を現行の不動産登記制度の中でどのように確認するのかという技術的な問題がある。また、未分割の段階であっても相続分の譲渡や、個々の財産の持分権譲渡が認められている以上は、その物権変動の公示が必要であり、その前提となる相続を原因とする所有権移転登記は認めざるを得ない。

その場合、所有権者は胎児として公示すべきか、直系尊属または兄弟姉妹として公示すべきかという問題が必然的に生じる。確定時に効果が遡及するとはいっても、未確定の段階において、リアルタイムで法律効果を明確にしておかなければならない場合があり得る。登記実務は、そのような未確定段

階におけるリアルタイムの要請に応えなければならず、そして、この問題に関し、前者の立場を選択したということができる。

(2) 胎児の権利保全の意義

それでは、登記実務における先例がとった選択は、相続関係において、実際にどのような影響をもたらしているのであろうか。その影響を探ることによって、先例がこのような立場をとっている実質的な理由が見えてくるように思う。

この点については、逆に胎児のための相続登記が否定された場合に、どのような事態が生じるかを考えてみるとよい。

弊害が生じやすいのは、胎児の父が死亡し、その父に子がいない場合である。この場合、胎児の母が被相続人の配偶者として相続権を有するとして、仮に胎児の出生前における相続権を否定してしまうと、出生前の時点では第二順位である被相続人の直系尊属、あるいは第三順位である被相続人の兄弟姉妹の相続権を認めることになる。このような事案においては、次に述べるとおり、後に出生するであろう胎児の権利を害する登記がなされる可能性がある。

一般に所有権移転登記は登記権利者と登記義務者の双方による共同申請が原則であるが（不動産登記法60条）、相続登記の場合、登記義務者である被相続人がすでに死亡しているため、登記権利者である相続人側のみの登記申請となる（同法62条2項）。そして、共同相続の場合、登記実務においては、遺産分割がなされる前の法定相続分の従った相続登記は、保存行為（民法252条但書）にあたる行為として、共同相続人の1人だけの申請が許されている。相続登記の申請にあたっては、登記原因証明情報として（不動産登記法61条）、相続によって当該不動産が被相続人から相続人に承継されたことを証明する情報が必要となる。しかし、法定相続分に従った保存行為としての相続登記の場合、戸籍全部（一部）事項証明書等によって被相続人と相続人との身分関係を証明すれば足り（不動産登記令別表二十二参照）、証明情報の取得に困難を来すことはない。そのため、このような相続登記は共同相

続人の1人が単独で、非常に容易に申請できるといえる。しかも、戸籍に胎児の存在が記録されことはないため、胎児が出生すると相続権がないことが確定する者であっても、戸籍による証明による限りは相続人として登記申請することができてしまう。

このことは、被相続人の直系尊属または兄弟姉妹が、自らの権利獲得の意図をもって、あるいは胎児の相続財産の承継に対する妨害の意図をもって、自らを所有権者とする相続登記を実現することが非常に容易であることを意味する。さらに、そのような相続登記により、相続権がないにもかかわらず登記上権利者となった者であっても、その登記上の持分権を第三者に自由に移転することが可能となる。もちろん、実体法上、相続によって所有権を承継しているわけではないから、登記上所有者として表示されていても無権利者に過ぎない。しかし、不動産登記法上、権利に関する登記については登記官に形式的審査権しかなく、実体法上の所有権移転の有無にかかわらず、所有権移転登記をすることは可能である。被相続人が所有していた1つの不動産について、登記上持分権を有する者が、被相続人の多数の兄弟姉妹及びこれらの者からの多数の転得者という事態は、全く生じ得ないわけではない。

このような登記がなされてしまった後、出生後の胎児が、不動産登記上、本来の登記名義を取り戻すには困難を伴うことになる。真実の権利関係に基づかない登記であっても、その登記を是正するための申請にも、共同申請の原則が適用されるため、権利者として登記されている者の協力が不可欠である。もともと胎児による権利承継に反対していた者たちから協力を得るのはほぼ不可能であろうから、登記手続を求める訴訟を提起し、確定判決に基づく登記申請（不動産登記法63条2項）を行うほかはない。また、登記上の持分権を自由に移転することが可能であることも考えると、本案訴訟だけでなく、処分禁止の仮処分決定を得ておくことも必要であろう。

こうした事態を防止する手段として、胎児への相続登記を単純に容認するという方法は、胎児の権利保全の観点からみて合理的といえる。

もっとも、胎児への相続登記を認めるにしても、その胎児の存在について

の証明に困難を伴うとすれば、権利保全の手段とはなり得ないところである。しかし、この点についての登記実務の取り扱いは大膽である。登記申請にあたり、胎児の存在を示す添付書類は不要という取り扱いであり、医師や助産婦が作成した診断書なども不要とされている^{*15}。こうした態度からみても、登記実務が胎児の権利保全を重視していることが窺える。

このような取り扱いによって、胎児の母（被相続人の妻）と、被相続人の直系尊属または兄弟姉妹とは、相続登記の申請において、対等性が保たれているといえる。いずれの側においても、戸籍全部（一部）事項証明書等の登記原因証明情報を用意する必要があり、それで足りるという意味で対等だということである。実際に胎児のための相続登記が必要となるのは、被相続人の直系尊属または兄弟姉妹が相続問題において争う姿勢を示し、相続登記申請に及ぶ可能性が生じた場合であろう。仮にここで、懐胎の証明を求めるとすれば、登記申請の準備段階において、胎児の母（被相続人の妻）が一步出遅れることになる。したがって、このような取り扱いには、胎児の権利保全のための手段を実質化する意義があり、かなり大膽なものとはいえ合理性があるといえる^{*16}。

(3) 死産の場合

次に、胎児への相続登記がなされた後、胎児が死体で生まれた場合の登記手続を確認してみよう^{*17}。そのような場合には、錯誤を原因とする所有者の更正登記をすることになる^{*18}。登記権利者を相続人とし、登記義務者を

^{*15} 登記研究191号72頁

^{*16} 胎児の存在を証明する書類を添付する必要がないとした理由は、登記官に胎児の存否に関する実質的な審査権がないことにあるようである（登記研究79号45頁参照）。平成16年の不動産登記法改正において「登記原因証明情報」の提供が必要となったことから、新たな通達等において、相続による権利承継を証明する情報として、医師の診断書等の提供を求める取り扱いに転換する可能性は否定できないところである。

^{*17} この点、明治31年先例では、家督相続について胎児のための登記がなされ、その後胎児が死産となった場合には、相続人が「登記取消請求」をなすべきものとされていた。

^{*18} 前掲通達「不動産登記記録例」240

胎児とする共同申請となるが、この場合、胎児の母が代理人となるため（登記手続上の胎児の代理については後述する）*19、相続人としては胎児の母に協力を求めることになる。この場合でも、胎児の母による任意の協力を得られなければ訴訟提起を余儀なくされるため、相続人による登記名義の回復は困難を伴うことになる。

とはいえ、被相続人の直系尊属または兄弟姉妹への相続登記がなされ、後に胎児が出生した場合に比べると、胎児が死体で生まれた場合の紛争処理の手法は比較的単純で済むといえる。胎児が権利者として登記されていたとしても、登記実務は胎児による処分行為を否定しており、その持分権が第三者に移転されることはない。そのため、相続人としては、胎児の母を相手方とすれば足り、多数の関係者を交渉や訴訟の相手方*20とする必要がない。当然、処分禁止の仮処分決定を得ておく必要もなく、相続人の負担は比較的軽いといえるだろう。

こうした側面からみてみると、胎児のための相続登記を認めた場合のデメリットはそれほど大きなものではないといえる。もちろん、懐胎の証明が不要だという取り扱いを前提にすると、虚偽の登記申請も可能であり、胎児のための相続登記については濫用のおそれがないわけではない。しかし、これはあくまでも被相続人の直系尊属または兄弟姉妹が相続登記申請に及んだ場合との比較でしかないが、解決方法が簡易だといえることは確かである。

(4) 胎児の母による代理について

ここで、胎児のための相続登記について、母の法定代理を認める登記実務の取り扱いについて触れておきたい。

前述の通り、昭和29年民事局回答は、胎児にも未成年者の法定代理の規定

*19 河瀬敏雄・小林良次『図解・相続登記事例集〔第4版〕』98頁（日本加除出版、2013年）。

*20 この場合の訴訟については、民事訴訟法上、胎児に当事者適格を認めるか否かという問題があるが、それ以前に、本来は性質上職権に委ねられるのが適当な登記でもあることから、登記官を被告とする行政訴訟が選択されるべきかも検討されるべきである。

が類推適用されるとしている。しかし、この先例は、同時に胎児が出生するまでは遺産分割が許されないとしており、そうであれば、法定相続分に従った相続登記について、代理構成をとる必要性はない。この種の相続登記の申請は保存行為として、相続人の1人が共同相続人全員のためにすることが可能である。すなわち、胎児の母は、被相続人の妻という相続人の地位に基づいて登記申請ができ、それによって同時に胎児を所有者とする相続登記が実現できる*21。

したがって、この取り扱いの意義は、胎児のための相続登記申請の実現とは別のところにあるといえる。実際に法定代理を認めることが不可欠となるのは、胎児が死体で生まれ、所有者の更正登記をする場面であろう。

この更正登記における登記義務者は胎児である。しかし、胎児が死体で生まれた場合には、解除条件説の立場に立って胎児の出生前の権利能力を認めたとしても、権利能力は遡及的になかったことになる。死産となった胎児について相続は生じないため、この登記義務者の地位を承継する一般承継人（不動産登記法62条）はいない。申請による登記を実現するとすれば、代理構成によるほかはない。

しかし、不動産登記法は、委任による代理権限は本人の死亡によって消滅しない旨を定めているが（同法17条1号）、これは民法が定める任意代理権消滅事由について、例外を定めたものとされている*22。一方、法定代理については、それぞれの法定代理制度の規律に委ねられていると解されている*23。民法の原則によれば、代理権が本人の死亡によって消滅することからすると（民法111条1号）、死産となった胎児について、母にその法定代理権を認めることには難点があるといわざるを得ない。そもそも、はじめから

*21 この保存行為としての相続登記は、共同相続人全員について申請する必要がある、そのうちの1人が自分の持分のみについて登記申請することは認められていない（昭和30年10月15日民甲第2216号民事局長回答）。

*22 鎌田薫・寺田逸郎編『新基本法コンメンタール不動産登記法（別冊法学セミナーNo206）』（安永正昭）64頁（日本評論社、2010年）

*23 登記研究編集室編『不動産登記実務の視点I』94頁（テイハン、2012年）

権利能力を有しない存在を「本人」としたうえで、その代理を認めることには理論的な問題があるといえる。

胎児のための相続登記がなされた後、死産となった場合については、登記申請の主体となるべき登記義務者がはじめから存在しなかったことになるのであるから、申請による登記にはなじまない。職権による登記（不動産登記法71条1項・25条13号、不動産登記令20条2号参照）の方が理論上は無理のない方法といえるだろう。しかし、胎児のための相続登記がなされると、同時に被相続人の妻の持分についての登記がなされるが、胎児が死産となったとしても、この妻の部分については何ら瑕疵がなく、全部を抹消するという手法は適当ではない。一方で、仮にその瑕疵のない部分を残しつつ相続登記を一部抹消し、被相続人名義とした場合には、登記上表示される所有関係が妻と被相続人の共有となってしまうという問題が生じる。また、この相続登記については、最終的に第二順位または第三順位の相続人を登場させる必要があることから、職権による登記の抹消という方法では、適正な相続登記を実現することができないという特殊性があるといえる。

胎児が死体で生まれた場合であっても、母の法定代理による登記申請を認めているのは、便宜上そのような方法によらざるを得ないからであろう。

5 不動産登記実務に対する評価

以上の不動産登記実務の取り扱いについては、まとめると次のように評価することができる。

胎児の出生前の段階において、胎児を所有者とし、相続を原因とする所有権移転登記が認められているが、この取り扱いは、物権変動を公示するという不動産登記の目的にかなったものであり、また、胎児の権利保全のために一定の役割を果たしており、合理性があるといえる。登記申請における代理について、未成年者の法定代理の規定の類推適用を認め、胎児の母を代理人とする登記申請を認め、かつ胎児が死産となった場合にもその代理権限の存続を認めていることについては、法令上の根拠があいまいであり、また理論

上も問題がある。ただし、胎児のための相続登記を実現するのであれば、こうした代理に関する便宜的な取り扱いも必要になってくるものと理解できる。

そして、このような取り扱いについては、停止条件説をとった2つの大審院判例の立場とは異なるものであることが明らかである。つまり、明治以来、判例の規律とそれとは異なる登記実務が併存してきたということになる^{*24}。かくも長きにわたって、2つの立場が判例と登記実務とに併存し続けることができたのは、解釈論上の違いがあるとしても、現実に矛盾が表面化するような事案が生じ得なかったからであろう。戦後の登記実務における先例は胎児が出生する前の遺産分割や持分譲渡のような処分を否定していたため、登記上の取り扱いが、実体法上の紛争に過剰に影響を与えることもなかったといえる。そうしてみると、両者の立場は現実にはそれほど遠いものではなく、実務においても一種の棲み分けが可能だったともいえる。

判例とは異なる見解にたちつつも、長期間にわたってこのような先例が維持され、その間に大きな支障が生じてこなかった実績は高く評価されるべきである。もともと登記実務における昭和29年の先例は、胎児に出生前の時点においても制限的な権利能力を認めつつ、親権者の権限を保存行為（民法103条）の範囲に限定する有力説の影響を受けたものであった。長期間にわたってこのような先例が維持され、その間にこの有力説へ支持が広がってきたことは、この規範が優れていたためであろう。いずれにせよ、登記実務が果たしている胎児の権利保全の意義を否定するのは相当ではなく、今後も登記実務における取り扱いが支持されることが望ましい。今後の解釈論の方向性としても、この有力説を軸とした議論がなされるべきと考える。

^{*24} 相続税の課税実務は、判例と同様の停止条件説に基づいている（相続税基本通達11の2-3）。