

《論説》

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル 法律について (3)

—— 児童福祉法と親権に関する予備的考察 ——

許 末 恵

はじめに

(青山法学論集 60 巻 1 号 (2018))

一 救育所法の概要

二 孤児 (棄児) をめぐる法的諸問題

1 孤児の意味

2 棄児の民法上の地位

(1) 旧民法人事編第 255 条

(2) 民法編纂前の棄児の扱い

(3) 旧法と棄児一法典調査会での議論 (青山法学論集 60 巻 2 号 (2018))

三 孤児法案と救育所法案

1 孤児 (棄児) と法律行為

(1) 未成年者による法律行為

(2) 棄児と法律行為

(3) 棄児と養子縁組

2 孤児法案

(本号)

(1) 孤児法案の概要

(2) 孤児法案の必要性

3 孤児法案の修正

4 救育所法案

(以下, 未刊)

四 救育所法のその後

むすびにかえて

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

2 孤児法案

(1) 孤児法案の概要

ここでは、孤児法案の内容を概観し、孤児法案は、どのような方法で旧法のもたらした手数や不便を解決しようとしたのかをみる。参照の便を図るため、孤児法案及び孤児法案理由書を再掲する。

孤児法案

第一条 未成年者無資力ニシテ扶養スヘキ者ナキトキ又ハ扶養スヘキ者ノ居所分明ナラサルトキハ之ヲ孤児トス

第二条 救育所ニ在ル孤児ニ付テハ其ノ所長ヲ以テ法定代理人トス

私立救育所ニ在ル孤児ニ付テハ其ノ救育所所在地ノ府県知事其ノ法定代理人ヲ指定ス

第三条 救育所ニ在ラサル孤児又ハ救育所長法定代理人タラサル孤児ニ付テハ本籍地ノ市町村長、本籍地ノ知レサル者ハ発見地ノ市町村長ヲ以テ其ノ法定代理人トス

市制町村制ヲ施行セサル地ニ在リテハ市町村長ニ該当スヘキ者ヲ以テ其ノ法定代理人トス

第四条 孤児ノ法定代理人ハ其ノ父母ニ代リテ親権ヲ行フ

第五条 孤児ノ婚姻、離婚、養子縁組及離縁ニ付テハ其ノ法定代理人ハ父母ニ代リテ同意又ハ承諾ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ民法第七百七十二條第一項、第八百九條、第八百四十三條第一項、第八百四十四條、第八百四十五條、第八百六十二條及第八百六十三條第一項ノ規定ヲ準用ス

第六条 民法第七百六十二條第二項ノ規定ハ孤児ニ付テハ之ヲ適用セス
附 則

本法ハ明治三十三年四月一日ヨリ之ヲ施行ス

孤児法案理由書

孤児ハ民法上ノ一家創立者ニシテ其ノ法律行為ハ民法ノ規定ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ要ス然ルニ孤児ハ實際上親族ヲ有セサル者ナレハ従テ法

定代理人ヲ選定スヘキ親族会ヲ開クコトヲ得ス故ニ特ニ本法ニ依リ法定代理人ヲ定ムルノ必要アリ是本案ヲ提出スル所以ナリ

孤児法案は、まず、孤児の解釈(定義)を定める。孤児とは、無資力で扶養すべき者のない未成年者又は扶養すべき者の居所が不分明の未成年者という(孤児法案1条)。ここで「扶養スヘキ者」が旧法上の扶養義務者¹⁵⁵⁾と同義なのかははっきりしないが、いずれにしても、この定義によれば、孤児といっても、ふた親が共に死亡している子に限られない。また、孤児法案は、救育所¹⁵⁶⁾に在る孤児だけでなく、救育所にない孤児にも適用される(孤児法案3条1項)。棄児や迷児だけでなく、本籍が判明していても扶養すべき者がいない未成年者は、孤児として、孤児法案の適用を受けることになる。

次に、孤児法案は、このような孤児に法定代理人を定め、その法定代理人が父母に代わって孤児に関する諸権限を行うことを規定する。

155) 旧法の扶養義務者を指すのであれば、直系血族及び兄弟姉妹(旧954条1項)並びに戸主(旧747条)である。

156) 救育所とは、教育をして居る所の性質という意味に解釈し、養育院又は孤児院等を包含するが、本法の成立により、これらを救育所という名前に変更するという主意ではない(貴族院議事速記録31号705頁〔柴田家門〕)。柴田は、政府委員で、内務省地方局長である。なお、大審院昭和20年8月29日判決(民集24巻2号49頁)は、救育所法第1条及び明治33年勅令第144号第1条が救育所に在る未成年の孤児の後見人の職務の執行に関する規定を置いているが、私人が孤児を自己の家庭に引き取り、事実上家庭の一員として養育する場合には、この孤児の後見人の職務及び職務執行に対する親族会の同意については、普通一般の未成年者に対すると同じく民法の規定によって律して支障がないこと、救護法(昭和4年法律第39号)は、救護施設の名称の下に養老院・孤児院・病院その他の同法による救護を目的とする施設をあげ、他の施設及び私人の家庭等と区別していることから、「結局該法令ニ所謂救育所トハ例ヘハ孤児院等ノ如ク一定設備ノ下ニ孤児ノ救護養育ヲ目的トスル特殊ノ施設ヲ指称スルモノト解スルヲ相当トス」とし、明治33年内務省令第11号にいわゆる救育所の意義も趣旨であるとして、棄児が区役所の委託を受けて(棄児を発見した)私人の家庭において養育されている場合には「救育所ニ在リタル者」ではないとした。本判決の詳細並びに明治33年勅令第144号及び明治33年内務省令第11号については34で検討する。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

教育所に在る孤児については、その所長を法定代理人とし（孤児法案2条1項）、私立教育所に在る孤児については、その教育所の所在地の府県知事がその法定代理人を指定する（同条2項）。第1項の教育所は、各府県において設立した公設のものを指し、第2項の私立教育所とは、一私人の設立に係るものを指す¹⁵⁷⁾。私設の教育所に在る孤児の法定代理人について、その所長ではなく、教育所所在地の府県知事が指定するものとしたのは、私設の教育所の所長の中には法定代理人として不適切な者がいるためである¹⁵⁸⁾。また、教育所にない孤児又は教育所長が法定代理人でない孤児については本籍地の市町村長を、本籍地の知れない者については発見地の市町村長を、その法定代理人とした（孤児法案3条1項）。

こうして指定された法定代理人は、孤児の父母に代わって親権を行う（孤児法案4条）。また、孤児の婚姻、協議離婚、養子縁組及び協議離婚（以下「婚姻縁組」と総称する。）については、法定代理人は、父母に代わって同意又は承諾をすることができる（孤児法案5条前段）。この場合に準用されている諸規定（孤児法案5条後段）は、家に在る父母が子の婚姻縁組に同意・承諾をする場合についての規定で、これらの場合、家に在る父母は親族会の同意を得る必要がない。従って、法定代理人が孤児の婚姻縁組に同意・承諾をする場合も、親族会の同意を得る必要がない。

このように、孤児法案の法定代理人は、法律の規定又は教育所所在地の府県知事の指定により定まるので、後見人のように親族会が選任する必要がない。そして、法定代理人は、父母に代わって、親権を行う。

孤児法案理由書は、孤児法案の提案理由として、孤児には實際上親族がなく、後見人を選定すべき親族会を開くことができないので、法定代理人

157) 衆議院委員会会議録 794 丁〔横山富次郎〕。

158) 孤児の運命を重要視したので、私立の場合には、孤児の利益を重んずる趣旨からこのような差を設けたという（衆議院委員会会議録 795 丁〔横山富次郎〕）。また、公設の教育所は東京養育院 1 か所だけで、他はみな私設の教育所であり、全国に 63 か所あるという（貴族院議事速記録 31 号 704 頁〔曾我〕）。東京養育院の院長は、渋沢栄一が、亡くなる昭和 6〔1931〕年まで務めていた。

を定める必要があることをあげている。しかし、孤児であっても、親族会を開くことはできる。ただ、そのためには、煩雑な手続を踏まなければならない。孤児法案は、孤児の法定代理人を選任する際も、その法定代理人が孤児に関する諸権限を行使する際も、親族会の関与を不要とすることで、旧法によって生じた不便を解消しようとしたのである。

しかし、孤児法案の規定の内容には、やや判然としないところがある。

そもそも法定代理人は、孤児について、「其ノ父母ニ代リテ」親権を行うことができるのだろうか。

旧法は、親権を行う父・母がその未成年の子に代わって親権を行うことを認める¹⁵⁹⁾(旧 895 条)。一般に親権の代行と呼ばれるが、民法の定める親権の代行は、親権を行う父・母 (A) が、自己の親権に服する未成年の子 B に代わって、B の子 C (A の孫) に対する親権を行うことを認めるものである。これは、A が B に対して行う親権の効力の一つであり、A は、B が C に対して行うべき親権を代わって行う。親権は、父・母がその家に在る子に対して有する権利及び義務であり、法律上の親子関係(親子の身分関係)及び同一の家に在ることを要する¹⁶⁰⁾。この要件は、AB 間及び BC 間の双方において満たされていなければならない。つまり、B が、C の家に在る父・母として C に対する親権を有していることを前提に、A は、この親権

159) 親権を行う父・母がないときは、後見人が未成年者に代わって親権を行う(旧 934 条 2 項本文)。後見に服する未成年者に子がある場合、後見人が被後見人たる未成年者に代わってその子に対して親権を行うこととしたものである。後見人は、「未成年者ノ子ノ身上及ヒ財産ニ付キ親権者ノ職務ヲ行フベキモノ」(梅『民法要義四』489 頁)だが、この場合、後見に関する旧第 917 条から旧第 921 条まで及び旧第 924 条から旧第 933 条までの規定が準用されるので(旧 934 条 2 項但書)、実質上、後見人が未成年の親及びその子に対する後見を兼ねるのと同じ結果になっている(奥田『親族法論』452-453 頁)。

160) 奥田『親族法論』335-336 頁。旧法下では、未成年者は、婚姻後も親権に服するので、親権に服する子が自己の子を有することがあり得るが、自らが親権に服しながら自己の子に対して親権を行うのは不当なので、旧第 895 条により、子に対する親権を行う父又は母が、その子に代わって、その孫に対しても親権を行うものとした(奥田『親族法論』371 頁)。

を、B に代わって行うのである¹⁶¹⁾。

孤児法案の規定によれば、法定代理人は、「其ノ父母」、即ち孤児の父母に代わって親権を行う。孤児法案の「孤児」には法律上の父母のいるものも含まれるので、その場合には、その父・母に代わって親権を行うことはあり得るが、ふた親の死亡した者や法律上の父母がいない（父母が知れない）棄児・迷児には親権を行うべき父・母がいない。この場合、法定代理人は、誰が孤児に対して有する親権を、その者に代わって行うのだろうか。また、死亡しているかもしれない父・母の親権を代わって行うことも認める趣旨なのだろうか¹⁶²⁾。

161) 旧法における親権の規定、特にその帰属と行使に関しては、許末恵『親権と監護——民法第766条、第818条及び第819条の成立』（日本評論社、2016）〔以下、許『親権と監護』〕48頁参照。なお、同書における「親権ニ服ス」（旧877条1項）の意味に関する筆者の検討（特に49頁以下）について、ここで補足しておきたい。ここでの「親権」は、フランス民法では「親の権威」であり、親権（父権）とは区別されるべきものであったにも拘らず、民法編纂過程において「親権」という訳語が充てられていった。この経緯については、小口恵巳子『親の懲戒権はいかに形成されたか——明治民法編纂過程からみる』（日本経済評論社、2009）に詳しい。しかし、筆者は、両者ともに「親権」として検討しており、その点では不適切な記述を含むものであったことをお詫びしたい。筆者の検討は、「親の権威」を「親権」と訳した後の規定の意義についての検討である。

162) 「親権者」を「未成年の子に対する身上および財産上の権利義務を有する者」とした上で、親権代行者を「親権者でなくて親権を行う者」（南敏文監修、高妻新著、青木惺補訂『最新体系・戸籍用語事典』（日本加除出版、2014）438頁）と解するのであれば、孤児法案における法定代理人も、（家に在る父・母という意味での）親権者ではないが親権を行うので、親権代行者ということができる。また、この定義によれば、児福法第47条により、施設長が、入所中の児童で親権を行う者又は後見人のないものに対して親権を行う場合も親権の代行にあたるということができる（青木義人『戸籍法』（1951、日本評論社）292頁）。しかし、児福法第47条は、施設長が親権を「代わって行う」とは規定していないので、これを親権の代行と呼ぶことの妥当性が問題となる。児童に親権を行う者又は後見人のある場合も含めて施設長に親権の行使を認めていた制定時の児福法第47条の規定の方がむしろ民法上の親権の代行に近いともいい得るが、施設長による親権の行使は、法律によって施設長に認められた権限の行使であって、たとえ親権を行う者がある場合であっても、親権の代行とはいえないのではないだろうか。民法に定める親権の代行と、児福法第47条のように、親権を有しない者や父母以外の者が親権を行う場合とは区別して考えられるべきであろう。関連し

また、法定代理は、財産上の行為について認められるものである。親権を行う父・母は、子の財産管理にあたり、その財産に関する法律行為について子を代表する(旧884条)から、法定代理人とされるのである。法定代理人が親権を行うという孤児法案の規定の仕方には混乱がみられるように思われる。

法定代理人に「父母ニ代リテ」婚姻縁組について同意・承諾を認める孤児法案第5条の規定にも、問題がある。第4条と同様に、法定代理人は、父母の有する同意権・承諾権を代わって行うと解される余地がある上に、そもそも法定代理人がこれらの行為についての権限を行うことができるのか問題となる。

前述したように、親権が認められるためには、法律上の親子関係(親子の身分関係)及び同一の家に在ることを必要とする。これらの要件に外れる者が親権の内容である権利義務を行う必要がある場合には、後見によらなければならない。たとえ親であっても家を異にする場合には、後見人として後見の事務を行うことになる¹⁶³⁾。また、婚姻縁組といった財産以外の行為に対する同意や承諾も、家に在る父母の権限であって、親権を行う父・母の権限ではない。孤児法案によるこれらの権限は、旧法における法定代理人の通常の権限を超える(逸脱する)ものであり、もしそれを認めるのであれば、家に在る父母でも後見人でもない法定代理人がこれらの権限を行う根拠を示す必要がある。旧法による不便をあげるだけでは、やや説明不足であろう。

また、孤児法案第6条により、旧第762条第2項の規定は、孤児には適用されない。旧第762条は、新たに家を立てた者がその家を廃して他家に入ることを認めつつ(第1項)、本家の相続又は再興その他正当の事由により裁判所の許可を得たときを除き、家督相続によって戸主となった者がそ

て、親権喪失等の審判事件を本案とする保全処分として親権者の職務代行者が選任された場合(家事事件手続法174条・175条)等も問題となろう。

163) 奥田『親族法論』336頁。この点から、感化法が感化院長に在院者及び仮退院者に対する親権の行使を認めたことが問題となる(感化法8条1項)。別に検討を加える予定である。

の家を廃することを認めない(第2項)。孤児法案によれば、本籍が判明していても、扶養すべき者がいなければ孤児とされるので、家督相続により戸主となっている者が孤児法案の孤児とされる可能性がある。孤児法案が旧第762条第2項の規定の適用を排除したのは、このような子であっても、家を新たに立てた者と同様に、廃家を認め、婚姻や養子縁組によって他家に入ることを可能にするためであろう¹⁶⁴⁾。しかし、廃家には意思能力が必要であり、特に意思能力のない幼児の戸主の廃家が困難であることにはかわりはない。従って、廃家の許可だけでなく、廃家の要件としての意思能力の問題も解決しなければ、孤児の縁組を進めることには結びつきにくい。しかし、これは、身分に関する法律行為の能力に関する一般的な規律や旧法の家族制度にも関わるものであるため、「恤救ノ点」¹⁶⁵⁾に関する孤児法案では踏み込めない部分だったのだろうか。

このようにみえてくると、孤児に法定代理人を定めて親権の行使(代行)や婚姻縁組についての同意・承諾を認めることは、その趣旨は理解できるが、関連する旧法の規定との間にやや整合性を欠き、また、法律構成としても粗削りなところがあることは否めない。このようなやり方をとったのは、親族会の関与を不要にするためであったが、孤児法案の趣旨を民法の規律にひきつけてみるならば、孤児については、後見人の選任を容易にし¹⁶⁶⁾、

164) 孤児法案の適用を受けるような未成年者が相続した家は、その未成年者に後見人を付してまで維持すべきような家ではなく、未成年者も、その家による保護を受けることができなかったがために、「孤児」となったのであろう。このような未成年者が、棄児等と同様に、養子縁組等によって保護される必要のあることにはかわりはなく、そのためには、その家を廃することも認められるという考えが背景にあるものと思われる。

165) 衆議院議事速記録 20 号 381 頁〔横山富次郎〕。恤救に関する事項は、内務省の管轄である。

166) 孤児法案が扶養すべき者の点から孤児を定義したのは、実際に救育所等に保護されていた——孤児ではない——棄児・迷児・遺児を、その法的地位の違いを捨象してすべて孤児として保護しようとしたためであったと思われる。安達「法規上の取扱」は、明治44〔1911〕年になっても、親のない子、親があっても親がいない同様の境遇にある子供でありながら、法規ができていないために、取扱い上非常に困ることがあること、行旅病人、孤児、遺児、棄児等で扱いの異なる

また、孤児の後見人がその職務を行う際の様々な手続(手数)を軽減することのほうが望ましいように思われる。

はたして、孤児法案は、衆議院の特別委員会で修正を受けることになったが、その経緯について検討する前に、孤児法案を必要とすることになった民法の関連規定がどのように確定していったかについて、ここでみておくことにする。

(2) 孤児法案の必要性

孤児法案の提案理由にもあるように、孤児や棄児の婚姻や養子縁組が煩雑になったのは、民法(旧法)が制定されたためである。しかし、旧民法には、これらの場合につき、育児院の院長の権限を認める規定が置かれていた¹⁶⁷⁾。ここでは、それらの規定について紹介するとともに、旧法でそれらの規定が設けられなかった経緯について概観し、孤児法案が必要になった背景について検討する。

ア) 民法草案人事編

まず、未成年の子の婚姻に対する父母の同意に関する民法草案人事編の関連規定を次に掲げる(以下、民法草案人事編の条文は、「草」を付して引用する。)。なお、民法草案人事編での成年年齢は満20歳(草4条)、婚姻適齢は、男子満17歳、女子満14歳である(草40条)。

第四十七条 成年ニ至ラサル男女ハ父母ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス
父母其意ヲ異ニスルトキハ父ノ許諾ヲ以テ足レリトス

ことを指摘しているが、孤児法案の提案時には、状況はより困難であったと思われる。しかし、扶養義務の点から後見開始事由を定めることはほとんど不可能であり、そのために、孤児法案は、孤児の定義を広くしたのであろう。

167) 三1(2)(青法60巻2号(2018)195頁)参照。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

父母ノ中一方死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足レリトス (仏第百四十八条, 第百四十九条)

第四十八条 父母共ニ死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ父系ノ祖父母ノ許諾ヲ請フ可シ

祖父母其意ヲ異ニスルトキハ祖父ノ許諾ヲ以テ足レリトス

祖父母ノ中一人死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一人ノ許諾ヲ以テ足レリトス (仏第百五十条)

第四十九条 父母及ヒ父系ノ祖父母悉ク死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ親族会ノ許諾ヲ受ク可シ (仏第百六十条)

第五十条 父母又ハ父ノミニ対シ親子ノ分限確定セル庶出子ハ其父ノ許諾ヲ得ルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス

母ノミニ対シ親子ノ分限確定セル庶出子ハ其母ノ許諾ヲ受ク可シ

右二項ノ庶出子ニ付テモ亦前二条ヲ適用ス

親子ノ分限確定セサル庶出子ハ親族会ノ許諾ヲ受ク可シ (伊第六十六条, 仏第百五十九条)

未成年の子 (正出子) は, 婚姻にあたり, 父母, 父系の祖父母又は親族会の許諾を, 親子の分限の確定した庶出子はその父若しくは母又は親族会の許諾を, 親子の分限の確定していない庶出子は親族会の許諾を受ける必要がある。尊属親は, 自身が出席するか, 公正証書により許諾を与えるものとされ, また, 親族会の許諾は, 決議書によって証すべきものとされた (草 59 条)。草第 47 条から草第 51 条¹⁶⁸⁾に定める許諾なく行われた婚姻は, 婚姻当時の許諾を与えるべき者又は許諾を受けるべき者からその無効を請求することができた (草 90 条 1 項)。

次に, 民法草案人事編は, 双方協議による離婚を認めるが, 裁判所の宣告が必要である (草 119 条—草 129 条)。また, 夫婦は, 父母又は尊属親の許諾を得ることを要した (草 120 条)。

168) 草第 51 条は, 養子の婚姻に対する養家の父母祖父母の許諾についての規定である。

第二百十条 如何ナル場合ニ於テモ離婚スル夫婦ハ第四章第一節¹⁶⁹⁾ノ規則ニ従ヒ各其父母又ハ尊属親ノ許諾ヲ得ルコトヲ要ス但シ其死去シ若クハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ此限りニ在ラス(仏第二百七十八条)

本条は、協議の離婚に関する唯一の条件で、軽率な離婚の防止を担保するものである。離婚の許諾が婚姻の許諾と異なるのは、未成年者に限らず、成年者であっても必要なこと、父母・祖父母兩人の許諾を得ることが必要なことである¹⁷⁰⁾。

民法草案人事編の縁組には、普通の縁組のほか、婚姻に因る縁組(草212条、草213条)、遺囑に由る縁組(草214条、草215条)があった。このうち、普通縁組の形式は契約により、養親又は養子の住所若しくは居所の身分取扱人の前で、証人2人立会いの下に為す(草203条)。また、未成年者の縁組は、それを為す地の地方裁判所の認可を得なければ、未成年者に対して完成しない(草206条。裁判所の認可を得た縁組は、契約の日からその効果を生ずる。))。

未成年者の養子縁組に関する規定は、次のとおりである。

第二百四条 未成年者ノ縁組ハ其父母ノ承諾ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得但シ其子現場ニ在ルコトヲ要ス(仏第三百四十六条)

父母ノ中一人死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一人ノ承諾ヲ以テ足レリトス

第二百五条 父母共ニ死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ親族会

169) 「婚姻ヲ為スニ必要ナル条件」の節で、草第40条から草第51条までの規定から成る。

170) 『民法草案人事編理由書 上』第5章4丁裏-5丁表。同書は、この説明に続き、離婚の防避のために、父母・尊属親の許諾を得ることができない場合には親族会の許諾を得ることとし(但書の削除)、尊属親の許諾の方式もあわせ、本条の修正を提案している(「如何ナル場合ニ於テモ離婚セントスル夫婦ハ第四章第一節ノ順序ニ従ヒ各其父母祖父母又ハ親族会ノ許諾ヲ得ルコトヲ要ス尊属親ハ自身出席スル場合ノ外公正証書ヲ以テ其許諾ヲ与フヘシ」)(5丁)。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

其縁組ヲ承諾スルコトヲ得

育児院ニ在リテ父母ノ知レサル子ノ縁組ハ院長之ヲ承諾スルコトヲ得

普通縁組については、婚姻の場合と異なり、父母双方の承諾が必要である(草 204 条)。婚姻について父母の間で意見を異にする場合には父の許諾で足りるが、縁組については父母双方の承諾を要する。縁組は、親子の関係を变ずる重大なことなので、父の権力により専決することは許されない。また、父母双方の死去又は表意不能の場合、婚姻については父系祖父母の許諾を要するものとされたが、縁組については親族会の承諾を要するものとされる(草 205 条 1 項)。子の利益を保護するため、老衰した祖父母よりは親族会が最も適当だからである¹⁷¹⁾。また、父母の知れざる子の婚姻については親族会の許諾を要するが、育児院に在る子の縁組については院長が承諾することができる(草 205 条 2 項)¹⁷²⁾。

未成年者の代表人は、契約より 1 か月内に契約書の謄本を地方裁判所長に差し出し、裁判所は、縁組の条件の完備の有無、縁組が未成年者のために不利益とならないか、養親が不名誉な者ではないかを考査し、検事の意見を聴き、理由を付さずに縁組の允許の可否を宣告する(草 207 条)。育児院長は、父母、後見人と並び、未成年者の代表人である¹⁷³⁾。裁判所が未成年者の縁組を認可しないときは、縁組は成立しない(草 220 条 3 号)。

なお、民法草案人事編には、離縁に関する規定は設けられていない。

後見は、未成年者の父母の死去又は親権の喪失若しくは行使不能により開始する(草 266 条)。生存して親権を行う父又は母は、血族姻族又は他人の中から後見人を指定する権利を有するが(草 270 条)、指定のないときは、

171) 『民法草案人事編理由書 下』第 7 章 15 丁裏。なお、遺囑の縁組は、養子が受諾することによってその効力を生ずるが、養子の未成年中に遺囑の開始したときは、草第 204 条及び草第 205 条にあげられた者が縁組を受諾する(草 215 条)。

172) 縁組後に父母がその子を認知したときも、縁組は、父母の承諾がないので無効となるのではなく、適法に成立した縁組なので、認知に拘わらず、その効力を有する。『民法草案人事編理由書 下』第 7 章 15 丁裏-16 丁表。

173) 『民法草案人事編理由書 下』第 7 章 17 丁裏。

父系の祖父、次に母系の祖父が後見人となる(草272条)。これらの後見人がないときは、親族会が後見人を選定する(草273条)。

親子の分限の確定していない未成年者や育児院に在る未成年者の後見に関連する規定は、次のとおりである。

第二百七十五条 親子ノ分限確定セサル未成年者アルトキハ検事ノ請求ニ依り其地ノ地方裁判所後見人ヲ指定ス

父母共ニ知レサル子ノ出生シタル申述ヲ受クル身分取扱人ハ之ヲ其地ノ地方裁判所ノ検事局ニ通知セサル可カラス(白第三百九十六条)

第二百七十六条 父母双方若クハ父ノミニ対シ親子ノ分限確定セル庶出未成年者ノ父死去スルトキハ後見ハ遺託後見人ニ属シ之ヲ欠クトキハ父系ノ祖父ニ属シ又之ヲ欠クトキハ親族会後見人ヲ選定ス

母ノミニ対シ親子ノ分限確定セル庶出未成年者アリテ其母死去スルトキハ後見人ノ設定ハ前項ノ例ニ従フ

第二百七十七条 育児院ニ在ル未成年者ノ後見ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス

草第275条の規定により、父母共に知れざる子に後見人が指定されることが確保される。

草第277条については、育児院の規則とその入院する未成年者の親族の権利とは抵触しないことを必要とするので、後見のことも特別法に譲らざるを得ないと説明されているが¹⁷⁴⁾、それが具体的に何を意味しているのか

174) 『民法草案人事編理由書 下』第9章6丁裏。『日本学術振興会 民法草案人事編(完) 民法草案人事編 九国対比』221丁(日本学術振興会、一橋大学附属図書館蔵)には、育児院に養育される子で親族や後見をなすべき人を有しない者は育児院の管理に委附する旨のイタリア法第262条、救育院に在る子は、その入院中、該院の事務を管理する委員の後見を受けるべきものとするオランダ法第421条、裁判官は、棄児又は捨て去られた子のため後見人を任ずることができるとするアメリカ・ルイジアナ州法第296条等の規定があげられている。なお、本書は、法務大臣官房司法法制調査部監修『民法草案人事編(完)』(日本近代立法資料叢書16、商事法務研究会、1989)、前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004)613頁にも収録されている。

は不明である。

ちなみに、民法草案人事編における親族会は、区裁判所判事及び未成年者の最近親族4名から成り、区裁判所判事を親族会の会長とする(草283条)。親族会の会員は、未成年者の尊属親、父母、兄弟、伯叔父で、これらの親族を欠くときは、区裁判所判事は、未成年者の父系若しくは母系の親族中から親族会員を選定し、親族を欠くときは、未成年者の父母と親懇なことを知られた人を選んで会員とする(草284条)。親子の分限の確定しない未成年者は、親族を有しないが¹⁷⁵⁾、この場合、区裁判所判事は、管内において市町村会議員たる資格を有する者の中に就いて親族会員を選定する(草288条2項)。この規定により、親子の分限の確定しない未成年者にも親族会¹⁷⁶⁾を置くことができるので、その婚姻や縁組等に必要な許諾・承諾等を得ることが可能となる。また、育児院に在る父母の知れざる子の縁組は院長が承諾するが(草205条2項)、婚姻については草第288条により置かれた親族会の許諾を得ることになると思われる¹⁷⁷⁾。なお、区裁判所判事が親族会の会長になることやその権限等をみると、民法草案人事編における親族会は、かなり公的な性格を有していたことが窺える。

イ) 旧民法人事編

旧民法人事編(以下、旧民法人事編の規定は、「人」を付して引用する。)では、成年年齢は満20歳(人3条)、婚姻適齢は、男子満17歳、女子満15歳で(人30条)、女子の年齢が1年引き上げられた。

175) 『民法草案人事編理由書 下』第9章11丁裏。

176) 親族ではない者の集会を親族会と呼ぶのは妥当ではないようだが、「是等ノ人ヲ以テ親族ニ充ツルノ意ニ因」て親族会の名称を保存したという(『民法草案人事編理由書 下』第9章11丁裏)。

177) 婚姻について育児院の院長の権限を定める規定が置かれなかった理由は不明である。民法草案人事編再調査案以降には規定が置かれているので、単なる規定漏れかもしれないし、育児院に在る子の婚姻は、縁組ほど重要ではなかったからなのかもしれない。育児院に収容された子の多くは、婚姻適齢に達する前に育児院を(縁組や就職等により)退院したものと考えられるからである。

子の婚姻に関する規定は、次のとおりである¹⁷⁸⁾。

第三十八条 子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス
父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾
ヲ以テ足ル

継父又ハ継母アル場合ニ於テ其配偶者タル母又ハ父ノ死亡シ又ハ其意思
ヲ表スル能ハサルトキハ継父又ハ継母ノ許諾ヲ受ク可シ其許諾ニ付テハ
第九章第三節ノ規定ヲ適用ス

第三十九条 父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖
父母ノ許諾ヲ受ク可シ
祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許
諾ヲ以テ足ル

第四十条 父母、祖父母悉ク死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ満
二十年ニ至ラサル者ニ限り後見人ノ許諾ヲ受ク可シ

第四十一条 父母ノ知レサル子ハ二十年未満ニ限り後見人ノ許諾ヲ受ク可
シ

第四十二条 育児院ニ在リテ父母ノ知レサル子ノ婚姻ハ二十年未満ニ限り
院長ノ許諾ヲ受ク可シ

子は、未成年者に限らず¹⁷⁹⁾、父母の許諾を受けなければならなくなった。
父母の死亡・表意不能の場合には、父系の祖父母ではなく、その家の祖父
母の許諾を¹⁸⁰⁾、また、いずれも死亡・表意不能の場合には、20歳未満の

178) 以下に紹介する諸規定は、再調査案以降、多くの修正を加えられ、確定して
いったが、本稿では、特に関連の深い規定についてのみその経緯を紹介すると
どめる。

179) 再調査案33条1項、元老院提出案46条1項では、父母の許諾は男満30歳、
女満25歳まで必要とされたが、審査会案で年齢制限がなくなり、確定した。な
お、元老院提出案及び審査会案等については、明治文化資料叢書刊行会編『明治
文化資料叢書 第3巻 法律編 下』(風間書房、1960)によった。

180) 再調査案がその家の祖父母と改め(再調査案34条1項、元老院提出案47条
1項)、父母・祖父母間で意見を異にするときに父・祖父の許諾で足りるとする

者に限り、親族会ではなく、後見人の許諾を受けることとなった¹⁸¹⁾ (人 38 条-人 40 条)。

注意されるのは、父母の知れざる子の婚姻に関する規定 (人 41 条, 人 42 条) が整備されたことである。これらの規定は、民法草案人事編の庶子に関する規定が削除されたために設けられたものである。再調査案は、私出子の婚姻についての父母の許諾について民法草案人事編の規定を維持し (36 条 1 項から 3 項)、棄児についての規定を新たに設け、棄児は、親子の分限の確定しない私出子と同様に、親族会の許諾を受けるべきこととした (36 条 4 項)。育児院に在って父母の知れざる子は、20 歳未満に限り、院長の許諾を受けることも新たに規定された (37 条)。元老院提出案は、親子の分限の確定しない私出子及び棄児についても、20 歳未満の者に限って親族会の許諾を要するものと修正し (49 条 4 項)、それが審査会案でも維持されたが、父又は母の家に属する私出子に関する規定 (49 条 1 項から 3 項) が削除されてしまった¹⁸²⁾ ため、人第 41 条及び人第 42 条の規定が設けられた。また、親族会ではなく後見人の許諾に修正されている。

旧民法人事編では、20 歳未満の父母の知れざる子は後見人の許諾を (人 41 条)、育児院に在る父母の知れざる子は院長の許諾を (人 42 条) 受ける。前者は、家はあるが父母の知れざる者、後者は、家がないために育児院に在って父母の知れざる者である¹⁸³⁾。これらの子には人第 38 条から人第 40

規定を維持したが (草 47 条 2 項・草 48 条 2 項、再調査案 33 条 2 項・34 条 2 項、元老院提出案 46 条 2 項・47 条 2 項)、その後、第 2 項が削除された。

181) 再調査案 35 条、元老院提出案 48 条では親族会の許諾だったが、審査会案で後見人の許諾に改められ、確定した。

182) 人第 38 条第 1 項及び第 2 項の規定を適用すれば足りるという理由による。磯部四郎『民法釈義 人事編之部』(1891 [明治 24]) [『民法 [明治 23 年] 釈義 人事編之部 (上)』『同 (下) 法例釈義』(復刻版, 信山社, 1997)] [以下、磯部『民法釈義』] 150-151 頁。

183) 磯部『民法釈義』149 頁。

184) 磯部『民法釈義』150 頁。旧民法人事編では、後見人は、親権の内容をなす個々の権能の行使を認められている (「摂行」とされたのは、そのためだろうか。)。旧民法人事編は、親権を行う父・母については監護教育に関する明文の規定を欠

条の規定を準用することができないので、親権を摂行する後見人又は管理権を有する院長の許諾を受けるべきものとした¹⁸⁴⁾。育児院に在る父母の知れざる子については、後見人を選定するよりも、実際に後見人の職務を行う院長の許諾を受けるものとするのが便利であることは明らかである¹⁸⁵⁾。ただ、民法草案人事編にあった・育児院にある未成年者の後見に関する規定(草 277 条)は、再調査案及び元老院提出案で、「育児院ニ在リテ父母ノ知レサル未成年者」と適用対象を明確にした上で維持された後に削除されてしまったので(後述する。)、院長がどのような権限に基づいて許諾を与えるのかははっきりしない。父母の知れざる子の例としては、棄児、父母の何人たるを知らずして託された幼児にして遂にその家で成長した者等があげられている¹⁸⁶⁾。

未成年者の後見人は、親権を行う父又は母が指定し、指定のないときはその家の祖父又は成年の戸主になるが、これらの後見人がないときは親族会が選定する(人 164 条—人 167 条)。父母の知れざる子については親族会を設けることはできないが、人第 176 条は、「親族会ヲ設クル能ハサルトキハ区裁判所其事ヲ行フ」と規定していたので、区裁判所が後見人の選定やその他の親族会の任務を行う¹⁸⁷⁾。

くのに対し、後見人については「未成年者ヲ監護シ其教育ヲ担任ス」と規定し、ただ、未成年者の在来の住居又は教育方法を変更するときは親族会に協議すべきものとしている(人 184 条。草 316 条も参照)。監護及び教育は、後見人の負担する最も重要な義務であり、後見義務の一大原則である(磯部『民法釈義』632—633 頁)。後見人には、懲戒権並びに未成年者の行為の代表権及び財産管理権も認められる(人 185 条・人 186 条、草 317 条・草 318 条)。しかし、育児院の院長の管理権については、明文の規定はなく、管理権の具体的な内容も不明である。後見について定める人事編第 10 章の第 6 節(人 183 条から人 197 条まで)は、「後見人ノ管理」として、後見人に被後見人の身上及び財産に関する諸権限を認めているので、それを指しているのだろうか。

185) 熊野敏三『民法正義 人事編 卷之壹(上)』〔熊野敏三・岸本辰雄『民法〔明治 23 年〕正義 人事編卷之壹(上下)』(1891〔明治 24〕)〔復刻版、信山社、1996)〕〔以下、熊野『民法正義』〕183—184 頁。

186) 磯部『民法釈義』150 頁。

187) 熊野『民法正義』183 頁。この規定は、審査会案から置かれている。

救育所ニ在ル孤兒ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

人第 38 条から人第 42 条に定めた許諾なく行った婚姻は無効とされ、許諾を与えるべき者又は許諾を受けるべき者から無効を請求することができる (人 60 条 1 項)。

協議の離婚についての父母等の許諾は、次のように規定されている。

第七十九条 離婚セントスル夫婦ハ婚姻許諾ノ為メ第四章第一節¹⁸⁸⁾ニ定メタル規則ニ従ヒ各其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス

第 4 章第 1 節の規定には、父母、祖父母、後見人のほか、育児院の院長も婚姻の許諾をすることが定められていたが (人 42 条)、本条には、育児院の院長があげられていない。しかし、育児院に在って父母の知れざる男女双方が 20 歳未満で、院長の許諾を受けて婚姻し、その後協議の離婚をする場合には、院長の許諾を得ることを要する。明文の規定がないのは、院長の監督下にある夫婦が協議の離婚をしようとする場合は極めて少なく、これを明文に特掲する必要のないことによるが、「婚姻許諾ノ為メ第四章第一節ニ定メタル規則」はすべて協議離婚にも適用すべきことを黙示しているので、法律の精神は明らかに院長の許諾を受ける趣旨である¹⁸⁹⁾。

次に、養子縁組に関する規定を掲げる。

第百十五条 満十五年ニ至ラサル子ノ縁組ハ父母之ヲ承諾スルコトヲ得
父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ニ於テ
縁組ヲ承諾スルコトヲ得
父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖父母若シ其
一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ニ於テ縁組ヲ
承諾スルコトヲ得

188) 「婚姻ヲ為スニ必要ナル条件」の節で、人第 30 条から人第 42 条までの規定から成る。

189) 熊野『民法正義』347-348 頁。しかし、磯部『民法釈義』287-290 頁には、育児院の院長に関する記述はない。

第百十六條 満十五年ニ至リタル者ハ父母ノ許諾ヲ受ケテ縁組ヲ承諾スルコトヲ得

父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖父母ノ許諾ヲ受ク可シ若シ祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

第百十七條 父母、祖父母悉ク死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ二十年未満ノ者ニ限り前二条ニ定メタル年齢ノ區別ニ従ヒテ後見人之ヲ承諾シ又ハ其許諾ヲ与フ

第百十八條 私生子ノ養子縁組ニ付テハ母之ヲ承諾シ又ハ其許諾ヲ与フ父母ノ知レサル子ニ付テハ前条ノ規定ヲ適用ス

第百二十條 育児院ニ在リテ父母ノ知レサル子ノ縁組ハ二十年未満ニ限り第百十五條及ヒ第百十六條ニ定メタル年齢ノ區別ニ従ヒテ院長之ヲ承諾シ又ハ其許諾ヲ与フルコトヲ得

養子となる子の年齢に応じて、父母の関与の仕方が区別されている（この区別は、現行法でも維持されている）。15歳未満の子の縁組は父母が承諾し、満15歳以上の者は、父母の許諾を受けて縁組を承諾する（人115条1項、人116条1項）、父母の一方が死亡又は表意不能のときは他の一方の承諾・許諾を（人115条2項、人116条2項）、父母共に死亡又は表意不能のときはその家の祖父母の承諾・許諾を（人115条3項、人116条3項）、そして、父母・祖父母悉く死亡又は表意不能のときは、20歳未満の子に限り、人第115条及び人第116条に定めた年齢の区別に従って、後見人が承諾・許諾をする（人117条）。私生子についても、この年齢の区別に従い、母が承諾・許諾をするが、父母の知れざる子については、人第117条の規定が適用され、後見人が承諾・許諾をする（人118条）。育児院に在って父母の知れざる子の縁組は、20年未満の子に限り、院長が承諾・許諾をする（人120条）。

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

人第 116 条から人第 120 条に定めた許諾なしに行った縁組は、許諾を与えるべき者又は許諾を受けるべき者からその無効を請求することができる (人 132 条 1 項)。

人事編には離縁に関する規定が設けられた。関連する規定は、次のとおりである。

第三百三十七条 養子ヲ為シタル者及ヒ養子ト為リタル者ハ協議ヲ以テ離縁ヲ為スコトヲ得

然レトモ十五年未満ニテ養子ト為リタル者ノ離縁ハ満十五年ニ至ラサル間ニ限り養子ヲ為シタル者ト縁組承諾ノ権ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ為ス

第三百三十八条 離縁ヲ為サントスル養子ハ縁組許諾ノ為メ定メタル規則ニ従ヒ其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス

第三百四十三条 養子ノ満十五年ニ至ラサル間ハ縁組承諾ノ権ヲ有スル者ヨリ離縁ヲ請求スルコトヲ得

人第 137 条及び人第 138 条は協議の離縁¹⁹⁰⁾、人第 143 条は裁判離縁に関する。

協議の離縁は、養子をした者及び養子となった者との協議により行う (人 137 条 1 項)。15 歳未満で養子となった者の離縁は、満 15 歳に至らない間は、縁組承諾権を有する者がその協議を行うが (人 137 条 2 項)、満 15 歳に至った者は、自らその協議により離縁をすることができる (人 137 条 1 項)。また、離縁をしようとする養子は、縁組許諾の規則に従い、父母・祖父母・後見人の許諾を受けることを要する (人 138 条)。

人第 138 条は、縁組許諾権者として、父母、祖父母及び後見人をあげるだけで、育児院の院長をあげていない。本条は、協議離婚における人第 79

190) 旧民法人事編での協議離縁は、離縁協議書に縁組証書、離縁のために必要な許諾書等を添え、身分取扱吏に届け出ることによって効力を生ずる (人 139 条、人 146 条)。

条と同一の理由に基づくもので¹⁹¹⁾、人第79条も院長をあげていなかった。しかし、協議離縁における院長の許諾の必要性に関しては議論がある。

育児院に在って父母の知れざる20歳未満の子が縁組をするときには院長が承諾・許諾をするが(人120条)、その子が満15歳に至らないうちに離縁をするときは、院長がその協議をする(人137条2項)¹⁹²⁾。しかし、満15歳になったが未だ成年に至っていない間は、子が単独で協議離縁をするのか、それとも院長の許諾を受けることを要するのか。磯部四郎は、人「第120条ヲ反対ニ適用シテ」当然に院長の許諾を受けることになりそうだが、法律上明文のない以上、満15歳に至った者には「自己ノ意思ヲ以テ協議離縁ヲ為シ得ルノ権」があるものといわざるを得ず、かつ、実際にも、縁組によって既に育児院を去った者と院長との関係はもはや解消したとみなされるべきであるから、人第138条から院長は除外されたとする¹⁹³⁾。それに対し、岸本辰雄は、父母が実子の縁組を許諾して他家の養子としたときは、実家の家族たる関係を解脱して養家の嫡出子たる地位に移るが、その離縁の場合には父母がなおその許諾を与えるべきではないのか、院長と子との関係は、血縁の父子の関係と同じということはできないが、かつて一たびは相互間の関係を解消した点では異なるところがない、かつ、院長は、実際「父母タリ後見人タル地位」にあるものなので、他家の養子となった後何等の関係なしとして顧みざるべきものではないとして、本条の「父母、祖父母又ハ後見人」は例示にすぎず、継父母・嫡母等(人119条参照)と共に、育児院長も本条に含まれると解すべきであるとする¹⁹⁴⁾。

なお、人第143条により養子が15歳未満の間に裁判離縁の請求をする

191) 磯部『民法釈義』498頁、岸本辰雄『民法正義 人事編 卷之壹(下)』〔熊野敏三・岸本辰雄『民法〔明治23年〕正義 人事編卷之壹(上下)』(1891〔明治24〕)(復刻版、信山社、1996)〕〔以下、岸本『民法正義』〕221頁。

192) 磯部『民法釈義』499頁。

193) 磯部『民法釈義』499-500頁。

194) 岸本『民法正義』222-223頁。岸本は、続けて「一タヒ育児院ヲ去リシ孤児ハ其養家ヨリ離縁スルヤ單身營々四顧依倚スル所ナキ可憫ノ境遇ニ陥ラサルヲ得ス法律豈此ノ如キ残忍的意思若クハ不注意アルモノナランヤ」と述べている。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

「縁組承諾ノ権ヲ有スル者」には、育児院の院長が含まれる¹⁹⁵⁾。

他方、後見については、親子の分限の確定しない未成年者について、検事の請求により地方裁判所が後見人を指定することを定めた草第 275 条の規定が、「区裁判所」に修正されて、再調査案 (230 条)、元老院提出案 (240 条) では維持されたものの、削除された。親族会は、再調査案以降の修正により、3 人以上の未成年者の最近親族及び未成年者に縁故ある者を以て構成されることとなり (人 171 条 1 項)、また、親族会を設けることができないときは区裁判所がその事務を行うことが規定される (人 176 条) 等、後見人の選定が容易になったことが関連しているのかもしれない¹⁹⁶⁾。

また、育児院に在る未成年者の後見に関し、特別法を以て規定するとした草第 277 条の規定も、「父母ノ知レサル未成年者」とした上で、再調査案 (232 条)、元老院提出案 (241 条) までは維持されたが¹⁹⁷⁾、結局削除されてしまった。削除された理由は不明である。特別法の内容にもよるが、その必要性がないと考えたためなのだろうか、それとも、その必要はあるが、民法に規定を置くことを避けたのだろうか。

このようにみえてみると、旧民法が確定するまでの過程では、育児院に在る父母の知れざる未成年者の婚姻や養子縁組について、院長の許諾・承諾の権限を認める規定の必要性が認められていたこと、また、育児院の院長は、実際に後見人の職務を行う (熊野)、実際「父母タリ後見人タル地位」にある (岸本) と表される等、後見人の職務を行うものと認識されていたことがわかる。他方、院長は、婚姻や縁組の許諾・承諾については明文で規定されているにも拘らず、協議離婚や協議離縁に関しては、規定の仕方が

195) 岸本『民法正義』236 頁。磯部『民法釈義』515 頁は、人第 115 条、人第 117 条から第 120 条に掲げた者より離縁の請求をなし得るとしているの、育児院の院長も含める趣旨と思われる。

196) 後見人の指定を請求する検事の権限が整理されたことも理由の 1 つとして考えられるが、筆者の仮説である。

197) 再調査案第 232 条及び元老院提出案第 241 条「育児院ニ在リテ父母ノ知レサル未成年者ノ後見ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」。

曖昧なため、その許諾の権限については議論がある等、その権限は必ずしも明確とはいえないところがある。それが、離婚や離縁のときに院長の許諾を求めることが(實際上)困難であることによるのか、それとも単なる規定漏れなのか、また、育児院に在る未成年者の後見に関する規定が削除されたことと関連があるのか等、多くの疑問がある。

ウ) 旧法

旧法の規定の概要は既に述べたとおりである(三1(1))。旧法での成年年齢及び婚姻適齢は、旧民法と同一である。

旧法は、子の婚姻について、父母の不知、死亡、去家又は表意不能の場合には後見人及び親族会の同意を得るものとし(旧772条3項)、この規定を協議離婚、養子縁組及び協議離縁の場合に準用することとしたが(旧809条、旧846条1項、旧863条2項)¹⁹⁸⁾、育児院に在る父母の知れざる子の婚姻や縁組に関連する規定は設けられていない。親族会の設置ができないときに区裁判所がその任務を行うことを規定した人第176条も削除された。しかし、これらの改正は、育児院に在る子や院長の権限についての無関心によるものではない。以下、こうした修正が行われていった経緯について概観する。

(i) 子の婚姻に対する父母の同意(旧772条)

子の婚姻に対する父母の同意に関する規定は、第140回法典調査会(明治28〔1895〕年11月25日)において、未成年者の婚姻についてのみその父母の承諾を必要とするものとして提案された。

198) 養子が15歳未満の間は、その縁組につき承諾権を有する者から離縁の訴えを提起することができる(旧867条1項)。縁組につき承諾権を有する者は、旧第846条による旧第772条第2項・第3項及び第773条の準用により定まる(前述)。

救育所ニ在ル孤兒ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

甲第五十号議案 (明治 28 年 11 月 13 日配布)

第七百七十八条 未成年者カ婚姻ヲ為スニハ其父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但養子ハ其養父母ノ承諾ノミヲ以テ足ル
父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ承諾ノミヲ以テ足ル
父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表スルコト能ハサルトキハ後見人ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

梅謙次郎は、本条の提案理由を次のように説明する¹⁹⁹⁾。本条は、人第 38 条から人第 42 条までの規定に相当するが、修正点は 3 つある。第 1 に、人事編では「子」とあったのを「未成年者」としたこと、第 2 に、人事編では父母のない場合には祖父母の許諾を要するものとしていたが、それを止め、後見人が許諾するものとしたこと、第 3 に、育児院の院長が育児院に在って父母の知れざる子の婚姻を許否するというのを廃したことである。本稿に関連するのは第 2 及び第 3 の点である。

祖父母の許諾をやめたのは、祖父母は多くは後見人となるので、後見人として許諾を与えるほうがよいこと、親に代わるべき者は後見人のほうがよいことという理由による。

次に、育児院の院長の許諾は、「必ズシモ事柄ヲ廃スルト云フ積リデハナイ無論私人ノ考ヘハ事柄ハ廃シタクナイ方デアリマス」、しかしながら、この場合にはむしろ院長を後見人としたほうがよいという理由による。院長を後見人にするのに不都合があれば、他に後見人がつくが、それを差し置いて育児院長の承諾を請うというのは穏やかではないこと、育児院長が後見人となるならばその者の許諾、後見人とならないならば後見人の承諾を得るといふほうがよいこと、外国法では、スペインの法典だけが院長が後見人となるとしていること等を梅は説明する。

199) 『民法議事速記録』46 卷 166 丁裏-171 丁 [129-132 頁]。

梅は、旧民法人事編の「始メノ草案」にも言及する²⁰⁰⁾。

人事編の始めの草案を読んで見ると是は後見の所に至つて此事が言つてあつて此処には何とも言ふてない後見の所に特別の規定があつて育児院にある子供の後見は育児院長がする其精神は蓋し其場合には育児院長とか又は夫れに代はるべき人が後見を為すと云ふことであつたらうと思ひます其方が極めて穏当であつて此事丈に育児院長を引張り出して後見の所に引つ張り出さぬと云ふのは権衡を得ないやうに思ひますから寧ろ此点は始めの草案のやうにした方が宜からう夫れで此事は掲げぬことに致しました

ここで「始メノ草案」というのがどの案を指しているのかははっきりしないが、前述のように、育児院に在る父母の知れざる子の婚姻についての院長の権限の規定が設けられたのは再調査案以降であり、民法草案人事編では、婚姻のところに規定はなく、後見のところに規定があったことを考えると、民法草案人事編を指しているものと思われる。

梅によれば、この「始メノ草案」は、「此事」(育児院に在る子の婚姻の許諾のことか。)について、「此処」(婚姻のところの意か。)には何も規定せず、後見のところに特別の規定があり、子どもの後見は育児院の院長がすること、その精神は、院長又はそれに代わるべき人が子の後見を為すということであり、その方が極めて穏当であるという。それに続く梅の発言の意味することも必ずしも明確とはいひ難いが、もしそれが、子の婚姻の承諾のことについてだけ院長のことを規定し(「此事丈ニ育児院長ヲ引張り出シテ」)、後見のところに院長のことを規定しない(「後見ノ所ニ引ツ張り出サヌ」というのは権衡を得ないので、「始メノ草案」のようにした方がよいということをいっているのだとすると、梅は、この段階では、民法草案人事編と同じように、後見のところに育児院の院長に関する何らかの規定を設ける意図があったのかもしれない。そのため、父母のない場合には後

200) 『民法議事速記録』46巻171丁表[132頁]。

見人が子の婚姻について承諾することとし、育児院に在る父母の知れない子の婚姻への承諾も後見人によるものとしたこと、院長は、後見人として同意することにして、ここ(婚姻のところ)には特別の規定は設けないことにしたのである。

いずれにしても、育児院に在る子の婚姻について院長が——後見人としてであれ——承諾することは、院長の権限(「事柄」)を廃止するつもりはない、梅個人としては廃したくないという発言からみる限り、旧法でも、人事編と同様に認める趣旨であったということができないのではないだろうか。

本条について、法典調査会では、未成年者の婚姻についてだけ父母の承諾を要するとされた点についてのみ問題となって激論が交わされたが、第2及び第3の点については異論なく、議論もなかった。結局、男子は満30年、女子は満25年に達するまでは父母の(「承諾」ではなく)同意を得ることとなり、また、父母の不知・死亡等の場合には、後見人に加えて、親族会の同意をも必要とすることで本条は確定した²⁰¹⁾。いずれにしても、育児院に在る子の多くは後見人となるべき親族を有しないので、院長を後見人にし、院長は、後見人として婚姻や縁組への同意等をするようになった²⁰²⁾。

(ii) 子の縁組に対する父母の承諾・同意(旧843条、旧844条)

第160回法典調査会(明治29〔1896〕年2月3日)では、子が養子とな

201) 父母の承諾を要する子の年齢めぐっては、第141回法典調査会(明治28〔1895〕年11月27日)でも議論され、結局人事編の規定に戻り(『民法議事速記録』47巻31丁裏以下〔155頁以下〕)、修正案まで用意されたが(第144回法典調査会(明治28年12月4日)『民法議事速記録』48巻2丁裏-3丁表〔235頁〕)、整理委員会によって年齢制限及び親族会の同意が加えられて確定した(第16回民法整理会(明治30〔1897〕年7月9日)『法典調査会民法整理会議事速記録』5巻65丁以下〔法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法整理会議事速記録』(日本近代立法資料叢書14、商事法務研究会、1988)378頁以下])。

202) 『民法修正案理由書』(博文館、1898〔明31〕)〔以下『民法修正案理由書』〕51頁。人第42「条ヲ削除シ単ニ本条第二項ノ規定ノミトスルモ實際ノ事実ニ於テハ甚シキ差異ナカルヘシ」とする。

るときに、その年齢に応じて家に在る父母の承諾を要する規定が提案されたが、そこでも、育児院の院長の権限については、同様の認識が示されている²⁰³⁾。

これらの規定の当初の案は、次のとおりである。

甲第五十六号議案 (明治29年1月24日配布)

第八百四十五条 養子ト為ルヘキ者カ15年未満ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ為スコトヲ得

父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ニ於テ前項ノ承諾ヲ為スコトヲ得

父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ後見人ハ親族会ノ認許ヲ得テ承諾ヲ為スコトヲ得

第八百四十六条 成年ノ子カ養子ヲ為シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト為ルニハ其家ニ在ル父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス此場合ニ於テハ第七百七十二條第二項、第三項及ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ準用ス

第845条は、15歳未満の子が養子となるときに、家に在る父母が子に代わって縁組の承諾をすることとしたが、父母の一方が知れないとき等については、婚姻の例に倣っている。また、父母共に知れないとき等は、後見人は、婚姻の場合とは異なり、親族会の認許を得て、承諾することとした。これに関連して、田部芳から質問があった。

田部は、まず、養育院に在る者について承諾を与える者についてどのように考えているかを尋ねた。「サウ云フ場合ニ特別法ト云フコトモ妙テアリマスガ其場合ハ院長トカ何ントカ云フ者カ代ツテ承諾ヲスルト云フヤウナ規定ヲ置カスト往ケマイカト思」うがどうだろうかという。

穂積陳重の返答は、次のとおりである。長くなるが、引用する。

203) 以下の引用はすべて『民法議事速記録』52巻106丁〔677頁〕。

救育所ニ在ル孤兒ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

御尤ものことでありますが私はつい説明を落としましたが既成法典にはありましたが実は前に述べました通り養育院にも往つて見て見ました実際の所は院長が承諾を与へて養子とか縁女とかに往く者が極めて多い其事は養子の処も婚姻の所も固より見てあつたのでありますが既成法典は婚姻の所も養父母の承諾と云ふことがありましたがあそこは省てあります其時に梅君から御説明ありましたが如何てありますか斯う云ふ積りてあつたのであります婚姻のときから吾々はあの箇条は實質上はなくてはなりませぬ養育院に在る者に付きましては其院長と云ふ者が即ち後見人と云ふことに為るから後見人の場合あれを他の後見人と同じ位置に置くやうに認めるさうすると後見人は云々と云ふ方の所に這入る積りて実は婚姻の所も此所も省てあるのてあります〔筆者注：下線部は原文でも平仮名〕

穂積の説明の内容は必ずしも明確ではないが、婚姻や縁組について、既成法典(旧民法人事編)にあったような・育児院の院長が承諾をするという規定は實質上なくてはならないこと、養育院に在る者については、その院長が後見人ということになるから、——「あれ」が院長を指すと解すると——院長を他の(民法の認める通常の)後見人と同じ位置に置くやうに認めると、院長は後見人に含まれることになるので、婚姻と縁組のところでは院長の承諾に関する規定を省いたということのようである。

この返答を受けて田部は、親族会がないときはどうかと質問し、梅が「親族カナケレハ友達、友達モナケレハ区裁判所トイウコトニ為リマス」と答えている。

次いで田部は、養育院に在る者には親族会も多分できないが、そういう場合には後見人の方にそういう規定ができるのかと尋ねた。穂積は、「後見人ノ方ニ出来ルカ又ハ他ノ所テ親族会ニ代ルヘキモノヲ置クカ何処カテ始末ヲ付ケル積リテアリマス」と答えている。

こうした議論からは、婚姻や縁組に対する父母の承諾・同意の要件が整理されるに伴い、それらの承諾・同意を得られない子のための規定も整備されていったことがわかる。また、養育院・育児院に在る父母の知れざる

子の婚姻や縁組については特別の規定が必要なことは、旧民法の編纂過程の当初から認識され、また、その修正である旧法の制定過程においても認識されていたこともわかる（「あの箇条ハ実質上ハナクテハナリマセヌ」）。民法草案人事編及び旧民法人事編では、婚姻や縁組といった行為毎に育児院の院長が許諾・承諾をするという形で規定が置かれていたが、旧法では、まず、婚姻に対し、父母の不知・死亡等によりその承諾が得られない場合には後見人の承諾を得るものとし、それを協議離婚、養子縁組及び協議離縁の場合にも準用するという規定の仕方になり²⁰⁴⁾、育児院に在る父母の知れざる子に関しては、院長は後見人として承諾・同意を与えることになった。なお、院長を「後見人ト同シ位置ニ置ク」という穂積の発言からは、院長が後見人の職務を行う旨の特別法を設ける可能性（従って、その旨を、民法草案人事編におけるように、旧法に規定する可能性）のあったことが示唆される。また、梅の返答からは、この段階では、親族会の任務を区裁判所に行わせる人第176条の規定も維持される可能性のあったこともわかる。

しかし、結局は、後見のところにも親族会のところにもそのような規定が設けられることはなかった。次に、この点に関する法典調査会での議論をみることにする。

(iii) 後見及び親族会——育児院に関連する旧民法人事編の規定の削除
旧民法は、「第十章 後見」で未成年後見のことだけを規定し（人161条から人212条まで）、これらの規定を「第十二章 禁治産」に規定する禁治産者の後見に適用するという形式をとっていたが（人226条）、旧法は、両者をあわせて規定することとなった。また、旧民法では、親族会に関する規定は、後見の章の1節として置かれていたにすぎないが、旧法では、

204) そのためか、法典調査会では、協議離婚及び協議離縁についての承諾に関してはあまり議論されていないし、育児院に在る子への言及もない（協議離婚につき第149回（明治29年〔1896〕1月8日）及び修正案につき第151回（同年1月13日）、協議離縁につき第162回（同年2月7日）等）。

救育所ニ在ル孤兒ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

後見以外の場合にも親族会が必要とされることが増えたため、独立の章として置かれることになった(「第六章 後見」「第七章 親族会」)²⁰⁵⁾。

法典調査会での後見に関する議論において、育児院に関して特に何か議論された様子は窺えない²⁰⁶⁾。後見人は、最後に親権を行う者による指定又は法律の規定により定まり、それらによって後見人となる者がいないときは、親族会が選定することが提案された。

甲第五十八号議案(明治 29 年 4 月 20 日配布)

第九百九条 前三条ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族会之ヲ選定ス

この規定は、人第 167 条の未成年者に関する規定及び人第 224 条第 4 項の禁治産者に関する規定を 1 つにまとめただけのもので、実質において変更したところはないと説明されている。質問もなく、原案に決した²⁰⁷⁾。

育児院への言及が見られるのは、親族会に関する議論においてである。

旧法は、親族会について、新たに章を設けて規定することになったほか、戸主が成年であるときは家族のために親族会を設けることを要しないと規定した人第 173 条、及び、親族会を設置できない場合に区裁判所による任務を認める人第 176 条を削除した。

梅謙次郎は、人第 176 条を削除した理由として、親族会の設立を容易にしたことをあげる²⁰⁸⁾。親族会の組織次第ではこの規定は必要かもしれない

205) 第 166 回法典調査会(明治 29 年 4 月 22 日)『民法議事速記録』54 卷 97 丁-98 丁 [841-842 頁]、第 171 回法典調査会(同年 5 月 11 日)『民法議事速記録』56 卷 52 丁 [110 頁]。

206) 後見の規定は、甲第 58 号議案(明治 29 年 4 月 20 日配布)から甲第 60 号議案(明治 29 年 5 月 9 日配布)にわたり、法典調査会では、主として第 166 回会議(明治 29 年 4 月 22 日)から第 171 回会議(同年 5 月 11 日)において議論されている。

207) 『民法議事速記録』54 卷 169 丁 [881 頁]

208) 『民法議事速記録』56 卷 53 丁 [110-111 頁]。

が、親族会員は5人とし、本人の親族中から裁判所が選定する、親族がないときには本人に縁故ある他人を以て代えても宜しいということになり²⁰⁹⁾、たとえ親族がなかったとしても、縁故のある者を5人位は集められないことはなかろうと考えた、親に死に別れてしまった小さい子供、祖父母もない、頼り所のない者を赤の他人が引き取って養っている場合には、その養っている人を始めとして、その人に近い親類、極端に言えば「向フ三軒両隣り」でも縁故がある、何とかして縁故のある者を5人集めることのできないはずはないという。

続いて梅は、育児院、養育院に在る子については、後見の通常の規定が当てはまらないことを説明し、特別法の必要性を訴える。長くなるが、引用する²¹⁰⁾。

成程棄児杯て育児院、養育院と言つても何んでも宜いか兎に角其児の為に設けられて居る所の建物に這入つた者は縁故ある者かないとは言はれるかも知れませぬか育児院に這入つた小供に付ては是非特別法が要らうと考へます此事に付ては曾て婚姻の所で一寸一言致したことかありますか今の法典では婚姻の許可に付て早く言ふと棄児であります棄児は育児院に居るときは育児院長の許可を得て婚姻をすると云ふことかありますあれは仮りに削つて置きました其理由はあちらの婚姻の方には父母のない者は後見人の許可を受くることになつて居ります育児院長と云ふ者は後見人として宜からうと云ふ考えて削つて置きました今度後見の規定を書くに付て育児院のことも書かうと思ひましたか段々考へると中々書けない何故書けないかと言ふと普通の規則を適用することは出来なからうと思ひます何んとなれば育児院長を後見人としてそれに後見監督人を置き親族会を設けると云ふやうなことは出来ぬと考へますそれてありますから是非特別法が要る其特別法か民法と一緒にしなければ仮りに民法施行条例の中に此事を規定して置く必要かあるであらうそれは民法施行条例の議事に上つた時に充分に

209) 甲第60号議案 第950条第1項「親族会員ハ五人トシ親族中ヨリ裁判所之ヲ選定ス但親族ナキトキハ本人ニ縁故アル他人ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得」。

210) 『民法議事速記録』56巻53丁裏〔111頁〕。

救育所ニ在ル孤兒ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

御議論下さることを願ひます例へば院長か後見人になつたときには後見監督人は要らないさうして親族会と云ふものも本当の親族かあれば宜いか本當の親族かなければ行政官庁の下に置いて監督をして宜しいとか何んとか云ふことと済まうかと思ひますさうして細かい規定は特別法で極まらうと思ふ詰り此後見の規定は育児院にある所の子供には嵌まらないと云ふことにならずはなるまいと思ひます〔筆者注：下線部は原文でも平仮名〕

梅は、育児院の院長は後見人とすることにして、後見のところに育児院のことを書こうと思ったが、普通の規則を適用することができないので、なかなか書けないという。育児院に在る子について院長を後見人すると、それに後見監督人を置き、親族会を設けるといふようなことはできないと考えたからで、特別法が要る、その特別法が民法と一緒に出なければ、仮に民法施行条例の中にそのことを規定しておく必要があると説明する²¹¹⁾。特別法の内容としては、後見監督人は不要であること、親族(会)がなければ、行政官庁の下に置いて監督することを認めること等が考えられ、民法の後見の規定は、育児院に在る子については当てはまらないことを明言する。

この説明に続き、梅は、外の未成年者や禁治産者であっても縁故のある

211) 当初の民法施行法案は、総則・物権・債権の3編が既に公布され、1898〔明治31〕年から施行予定であつたのに対し、親族編が未公布であつたため、親族編に規定されている親族の定義や後見制度に関する規定を数多く含んでいた。梅は、第2回(明治30〔1897〕年4月28日)の会議で、特に無能力者に関する規定において、未成年者には法定代理人、禁治産者には後見人が必要であるが、旧民法人事編を修正した親族編の実施に至るまでは特別法が行われることになること、未成年者及び禁治産者は等しく後見人を附すべきものとしたが、その後見人の選任及び権限は、民法の規定と大いに異なっていることから、「余輩ハ民法第一編乃至第三編ノ実施ト同時ニ本法〔筆者注：民法施行法〕ヲ施行シ而シテ未成年者及ヒ禁治産者ニ対スル法定代理人及ヒ後見人ニ関シテハ親族法ノ実施ニ至ルマテ特別法トシテ本法ヲ実施セラレンコトヲ希望スルモノナリ」と述べている(『法典調査会民法施行法議事要録』(国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367607>) 1巻17丁裏-18丁表〔法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法施行法議事要録』(日本近代立法資料叢書14, 商事法務研究会, 1988) 10頁])。

者を5人集められないことはないと思うので、人第176条のような規定は必要ない、また、このような規定を置くと、親族が遠い親族が等といって遁れて煩を避けようとする虞があつて却って宜しくないので、人第176条を削ったと説明する²¹²⁾。

このように、育児院に在る子については、民法の後見に関する規定は適用されず、特別法が必要なことは、旧法の制定時から認識されていた。にも拘らず、そのような特別法が民法と同時に制定されることはなかったし、民法施行法(明治31年法律第11号)に特別の規定が設けられることもなかった。これは、ある意味では民法の欠缺ともいい得るものであり、旧法の施行後程なくして孤児法案が提案されることになったのは、いわば必然のことであつたということができよう。

3 孤児法案の修正

衆議院の特別委員会(孤児法案(横山富次郎君外七名提出)委員会)は、3回の会議を開き、孤児法案に修正を加えて、救育所法案として貴族院に送付した。以下、会議録によりその経緯を概観する²¹³⁾。

第1回会議(明治33〔1900〕年2月9日)では、法案の趣旨や孤児法案の内容に関する議論がされたが、孤児法案に対する政府の意向を聞いた後に可否を決すべく、決議は次回まで延期された。

第2回会議(2月12日)では、冒頭、横山富次郎委員が、孤児法案に対する政府の意向を尋ねた。政府委員の柴田家門(内務省地方局長)は、「政府ニ於テモ孤児法ヲ設クルノ必要アルヲ認ム仍テ之レカ案ヲ立テタル数回然レトモ未タ以テ完全〔筆者注：原文のまま〕スルニ至ラス今尚調査中ニ在リ」故に孤児法案に対しては反対ではないが、同意を表することもできない、「願クハ政府ニ於テ十分ノ調査ヲ遂ケタル後法案トシテ議會ニ出スヘ

212) 『民法議事速記録』56巻54丁裏-55丁表[111頁]。その後、親族会の構成員は3名で足りることとなり、確定した(旧945条)。

213) 以下の引用は、衆議院委員会会議録793丁-800丁。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

キヲ以テ須臾ク見合ハサレムコトヲ望ム」と答えた。

そこで、犬飼眞平委員が、本期議会開会中に政府は法案を提出し得る見込みなのかを問うと、柴田は、「前述ノ通孤児ニ関スル法案制定ニ付テハ種々都合アリテ政府ニ於テモ非常ニ困難ヲ感シ居ルモノナレハ」、本期議会中には提出し難しく、「可成的次期議会ニハ其ノ運ヒニ定ラシメム」と答える。それに対し、横山富次郎は、「本員ハ本案提出者ノ一人ナリ依テ政府ノ不可トスル個所ハ之ヲ訂正シ本期議会ニ於テ議了セムコトヲ望ム」との意見を述べ、また、横山通英委員も、「孤児ニ関シテハ特別ノ法律ヲ設定スルノ要アルヲ認メラレタルヲ以テ若シ本案ノ不都合ノ個所ヲ修正セハ政府ニ於テハ異議ナカラム」と問うた。すると、柴田は、「然リ本案ノ不都合ナル点ヲ修正スル以上ハ敢テ異議ナシ」と答えた。

この後の議論は、孤児法案の不都合な部分を明らかにして孤児法案を修正することに向けられていく。

柴田は、横山富次郎に対し、孤児法案の骨子が第2条にあることを確認した上で、第3条の削除を要望した(孤児法案の第2条は、教育所に在る孤児についてはその所長を法定代理人とし、私立教育所に在る孤児については教育所所在地の府県知事が法定代理人を指定することを定める規定、第3条は、教育所に在らざる孤児又は教育所長が法定代理人でない孤児については本籍地の市町村長、本籍地の知れざる者については発見地の市町村長をその法定代理人とする規定である。)。柴田は、削除要望の理由として、實際上、教育所²¹⁴⁾に在らざる孤児に関して本法を制定して法定代理人を選定する必要はなく、加えて、もし本法を施行するに至っても、第3条の実施にははなはだ困難を生ずることを述べる。横山富次郎は、第3条が不都合ならばこれを削除することもできるとしつつ、なお司法省の意見を聞くことを求めた。司法省所管事務政府委員(波多野敬直)は、内務省の意見と異なる点はないが、なお一応の調査の上答弁すると述べ、次回会議に

214) ただし、衆議院委員会会議録では、この柴田の発言並びに後述する修正案の名称及び第1条には、「教育場」と記載されている(799丁)。

持ち越された。

この特別委員会第2回会議では、政府も孤児に関する法律の必要性のあることを認め、立案も数回されたことが明らかにされている。政府委員の柴田は、なおも未完成で調査を要するというが、どのような調査がなお必要なのか、また、孤児法案に対しても反対ではないが、同意を表することもできないというが、どのような内容であれば同意することができるのか、いずれも具体的なことは判らない。さらに、孤児に関する法案制定について「種々都合」があり、政府においても非常に困難を感じているというが、その「種々都合」が具体的に何を意味するのかも不明である。調査が不十分なために法案をまとめることに困難があるということなのだろうか、それとも、議会での法案審議の手續上の困難があるということなのだろうか。

とはいえ、孤児に関する特別法を制定する必要のあることに異論はなく、この後は、孤児法案の内容のうち、政府にとって不都合な個所を修正することで、孤児法案の今期議会での成立を目指すことになる。柴田は、教育所に在る孤児についてその所長を法定代理人とすることを規定する第2条が孤児法案の骨子であることを確認し、教育所にない孤児等について市町村長を法定代理人とする孤児法案第3条の削除を要望しているところを見ると、内務省も、教育所の所長に入所する孤児について何らかの権限を認めるような内容の法律案を考えていたのであろう。第3条の削除の理由は、規定の必要性和実効性のないことと説明されているが、衆議院での委員長報告では、第3条は、民法に関わることで、種々の手数がかかるために削除したと報告されている(後述)。

第3回会議(2月14日)では、まず、司法省の政府委員(川村謙三)が司法省の意見を述べる。川村は、「民法上後見又ハ親権等ノコトハ〔筆者注：旧法〕第四編親族編中規定シテ余所ナク孤児ニ関シテモ取テ不都合ヲ生スルコトナシ」、故に、特に孤児に限り本法のような法律を設ける必要はないが、「疑義ヲ避クル為之レカ特別法ヲ制定スルコトニ付テハ復タ反対スヘキモノニアラス但本案全体ニ付テハ全然同意スルヲ得ス何レ御修正アリタ

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (3) (許)

ル上復タ意見ヲ述フヘシ」と述べた。

この川村の答弁からは、司法省は、孤児に限って孤児法案のような法律を設ける必要を認めず、親族編における後見又は親権の規定で十分であり、孤児について不都合を生ずることがないと考えていたことがわかる。しかし、この答弁は、民法草案人事編から旧民法、そして旧法の制定に至るまでのこの点をめぐる議論と矛盾する。もちろん、例えば教育所(育児院)の所長(院長)が、民法に定める手続に従って、教育所に在る父母の知れざる子の後見人となり、後見人として子の婚姻や縁組に同意することが認められるという意味では、教育所に在る孤児に関しても民法に規定して余すところがないということとはできるかもしれない。しかし、梅は、民法の後見の規定が育児院に在る父母の知れざる子には当てはまらず、院長が後見人の職務を行うとしても、後見人の監督等に関連して特別の規定を要すること、そのような特別法は、民法の施行と同時に必要となることを訴えていた。また、民法により孤児に関して不都合を生ずることがないという答弁は、民法(旧法)の施行により実際に教育所に在る父母の知れざる子の縁組等に不都合を生じているために孤児法案が提出されたという事情を無視している。

ところが、川村は、疑義を避けるため、特別法を制定することについては反対すべきものではないという。この疑義とは、具体的には何を意味し、それを避けるための特別法とは、どのような内容のものなのだろうか。また、なぜ特別法の制定については反対すべきものではないとするのだろうか。そのような法案は恤救に関わることなので、民法そのものの改正に踏み込むものでなければ、反対する立場にないという趣旨なのだろうか。さらに、川村は、本案全体については同意することはできないというが、では、孤児法案の規定の中には司法省が同意できる部分があるということなのだろうか。

この答弁の後、委員会は討論に移り、村瀬庫次委員が、内務省において起案のとおり修正するように要望する。これが、教育所法案である。村

瀬は、修正の理由として、「前回ニ於テ本案提出者横山富次郎君ハ本案ノ旨趣ニシテ貫徹スル以上ハ如何ニ修正スルモ可ナリト述ベラレタリ」、修正案が原案と異なるのは、原案の第3条を削除しただけで、あえて孤児法案の旨趣を変更したものではない、法文を簡明にしたにすぎないと述べた。委員会は、この修正案を「挙手者多数」によりそのまま可決した。

本会議で、委員長の寺田彦太郎は、特別委員会での審議について、第2条はよいが、「第三条ハ民法ニ係リマシテ種種手数ガ掛リマスサウ」なので削除して、「唯此孤児ノ諸般ニ関連ナク安ラカニ出来マスヤウニ法ヲ立テタイト申ス所デ」数回の会議の末、修正し、後見人としたこと、「種々民法ヘモ関連シタ差支モ出来マセヌヤウデゴザイマセヌ是デ先ヅ一時孤児ノ処置ガ簡便ニ整」うこと、外にこれは「慈善家ノコトデゴザイマシテ差支ハ」ないこと、委員会は、修正案を全会一致に可決すべきものと決議したことを報告している²¹⁵⁾。

いずれにしても、孤児法案の立法目的であった、孤児に法定代理人を定めることについては、教育所に在る孤児に限ってではあるが、政府の賛成は得られた。もっとも、教育所法案では、教育所の所長は、孤児の法定代理人になるのではなく、孤児について後見人の職務を行うことになった。また、孤児法案からは、必要性や実効性のない規定、民法に関わる規定が削除され、全6箇条だった孤児法案は、全3箇条の教育所法案となった。

次節では、教育所法案の規定を検討することにより、こうした孤児法案の修正の意義について考えることとする。 (未完)

215) 衆議院議事速記録 27号 554頁〔寺田彦太郎〕。本会議での議論の概要につき本稿(1)青法60巻1号103-105頁参照。