

《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 (1)

—— 児童福祉法と親権に関する予備的考察 ——

許 末 恵

はじめに

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 (以上、本号)

(3) 旧法と棄児一法典調査会での議論

三 孤児法案と救育所法

四 救育所法のその後

むすびにかえて

はじめに

親権は、民法上、子の父母が行うものとされているが(818条3項、819条3項・4項)、児童福祉法(以下、条文に引用されている場合等を除き、「児福法」とする。)は、児童福祉施設<sup>1)</sup>の長(以下「施設長」<sup>2)</sup>)や児童相談

---

1) 児福法において児童福祉施設とは、助産施設、乳児院、母子生活支援施設、保育所、幼保連携型認定こども園、児童厚生施設、児童養護施設、障害児入所施設、児童発達支援センター、児童心理治療施設、児童自立支援施設及び児童家庭支援センターをいう(児福7条1項)。なお、同法制定時は、助産施設、乳児院、

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

所長 (以下「児相長」) が児童<sup>3)</sup>に対して親権を行うことを認めている。

- (a ①) 施設長は、入所中の児童等<sup>4)</sup>で親権を行う者又は未成年後見人<sup>5)</sup>のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う (児福 47 条 1 項本文)。
- (b ①) 児相長は、小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親<sup>6)</sup>に委託中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う (児福 47 条 2 項本文)。
- (c ①) 児相長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う (児福 33 条の 2 第 1 項本文)。
- (d) 児相長は、親権を行う者のない児童等について、その福祉のため必要があるときは、家庭裁判所に対し未成年後見人の選任を請求しなければならないが (児福 33 条の 8 第 1 項)、この請求に係る児童等 (小規模住居型児童養育事業を行う者若しくは里親に委託中若しくは児童福祉施設に入所中の児童等又は一時保護中の児童を除く。) に対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う (児福 33 条の 8 第 2 項本文)。

なお、これらの場合でも、民法第 797 条の規定により縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なけ

---

母子寮、保育所、児童厚生施設、養護施設、精神薄弱児施設、療育施設及び教護院だった (児福 7 条)

- 2) 本稿では、児福法第 7 条以外の施設の長についても施設長と略称することがある。
- 3) 児童とは、満 18 歳に満たない者をいう (児福 4 条 1 項)。
- 4) 児福法では、満 18 歳に満たない者を児童といい (児福 4 条 1 項)、児童又は児童以外の満 20 歳に満たない者を児童等という (児福 6 条の 2 第 1 項)。
- 5) 「後見人」には成年後見人 (禁治産者の後見人) を含める場合もあるが、本稿ではもっぱら未成年後見人 (未成年者の後見人) について論ずるものとする。
- 6) 小規模住居型児童養育事業及び里親の意味につき、児福法 6 条の 3 第 8 項、同法 6 条の 4 参照。

ればならない(児福47条1項ただし書, 同47条2項ただし書, 同33条の2第1項ただし書, 同33条の8第2項ただし書)。

他方, 児福法には, 児童(等)に親権を行う者又は未成年後見人があるものについても, 施設長や児相長, その他の者に監護・教育・懲戒に関して必要な措置をとることを認める規定がある。

(a②) 施設長は, 入所中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても, 監護, 教育及び懲戒に関し, その児童等の福祉のため必要な措置をとることができる(児福47条3項)。

(b②) 小規模住居型児童養育事業を行う者又は里親は, 受託中の児童等で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても, 監護, 教育及び懲戒に関し, その児童等の福祉のため必要な措置をとることができる(児福47条3項)。

(c②) 児相長は, 一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても, 監護, 教育及び懲戒に関し, その児童の福祉のため必要な措置を採ることができる(児福33条の2第2項)。

なお, 児童の親権を行う者又は未成年後見人は, これらの規定による措置を不当に妨げてはならず(児福47条4項・33条の2第3項), また, これらの規定による措置は, 児童(等)の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは, その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても, とることができる(児福47条5項, 同33条の2第4項)。

施設長の親権行使(a①)は, 昭和22[1947]年の児福法制定時から認められていたものである(昭和22年法律第164号)。制定時の規定は, 「児童福祉施設の長は, 必要があると認めるときは, 入所した児童に対して親権を行うことができる。但し, 親権者のある者の財産の管理については, この限りでない。」というものだった。しかし, 親権の行使を施設長に一律に認めている点の不当さや親権者のいる場合の権限の調整についての規定の不備等から, 昭和26[1951年]の同法の第5次改正(児童福祉法の一部を改正する法律(昭和26年法律第202号))により, 現在のような規定に改め

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(1)(許)

られるとともに、児童に親権を行う者又は後見人がある場合にも監護・教育・懲戒の措置をとることができること(a②)が定められ、また、保護者の定義も改められた(児福6条)<sup>7)</sup>。

児相長による親権行使(b①, c①, d)や、児童に親権を行う者又は未成年後見人がある場合の監護・教育・懲戒の措置を施設長以外の者にも認めること(b②, c②)は、比較的近時の同法の改正によるものである<sup>8)</sup>。

しかし、そもそも児福法は、なぜ施設長に親権の行使を認めたのだろうか。児福法の第5次改正は、施設長による一律の親権の行使に問題があることを指摘していたが、そのような行使を認めた児福法第47条のもともとの立法趣旨はどこにあったのだろうか。また、そのような親権行使のどの部分が不当とされたのだろうか。児福法の第5次改正により、児福法第47条について指摘された諸問題は解決されたのだろうか。これらの諸問題が解決されたのであればまだしも、もし解決されていないのだとしたら、後年の児福法改正により児相長にも施設長と同様の形で親権の行使を認めたことは適切なことなのだろうか。また、たとえ児福法第47条に問題がなくなったとしても、施設長に親権の行使を認めるのと同様の規定の仕方でも児相長に親権の行使を認めることは妥当なのだろうか。児童に対する施設長と児相長の関わり方の違いを考慮に入れると、児相長に何らかの権限を認める必要があるとしても、施設長と全く同じ権限の行使を認める必要があるのかどうかは問われなければならないのではないだろうか。こうした問

---

7) 第5次改正後の児福法第47条と類似した規定を持つ法律として、らい予防法(昭和28年法律第214号)がある。同法は、国立療養所の長に、未成年の入所患者で親権を行う者又は後見人のないものに対し、親権を行う者又は後見人があるに至るまでの間、親権を行うことを、親権を行う者又は後見人のあるものについても、監護、教育等その者の福祉のために必要な措置をとることを認めていた(同17条。懲戒に該当する権限については同16条参照)。らい予防法は、平成8〔1996〕年に廃止された(らい予防法の廃止に関する法律(平成8年法律第28号))。

8) 児童福祉法の一部を改正する法律(平成16年法律第153号)、児童虐待の防止等に関する法律及び児童福祉法の一部を改正する法律(平成19年法律第73号)、児童福祉法等の一部を改正する法律(平成20年法律第85号)、民法等の一部を改正する法律(平成23年法律第61号)等。

題を検討するためにも、やはり施設長に親権の行使を認める理由が明らかにされる必要があるだろう。

児福法第47条の立案にあたっては、戦前の児童保護立法が参考にされている。これらの法律は、制定当時の民法(明治29年法律第89号、明治31年法律第9号)〔以下「旧法」〕に規定された父母の権利義務や親権に関する規制を前提に、それぞれの立法趣旨や政策目的に応じて必要とされる規定を設けたものである。児福法には、戦前の児童保護立法を総合した一面もあるので、施設長に親権の行使を認めるにあたり、これらの児童保護立法の趣旨や政策目的はどのように考慮されたのか(あるいは、されなかったのか)を検討することは、児福法第47条の立法趣旨を考える上で不可欠の作業となる。また、改正された民法(民法の一部を改正する法律(昭和22年法律第222号)〔以下、「新法」とも表記する。〕における父母の権利義務や親権に関する規定との関係も改めて検討する必要があるだろう。

児福法第47条の成立及び第5次改正については、主に児童福祉(法)学の立場から、倉岡小夜<sup>9)</sup>、許斐有<sup>10)</sup>、丹野喜久子<sup>11)</sup>による研究がある<sup>12)</sup>。こ

9) 倉岡小夜「養護施設入所児童の親権の考察」聖徳学園短期大学紀要15号(1982)33頁。

10) 許斐有「要養護児童の親権問題—施設長の親権代行を中心として—」ソキエタス9号(1982)46頁、許斐有「児童福祉法上の「保護者」をめぐって」児童福祉法研究3号(1982)53頁、許斐有「児童福祉法上の親権規定の成立・展開過程」淑徳大学研究紀要22号(1988)43頁等。

11) 丹野喜久子「児童福祉法の展開—児童養護に関連する法改正をめぐって」全国社会福祉協議会・養護施設協議会編『養護施設の40年 原点と方向をさぐる』(全国社会福祉協議会、1986)28頁〔以下、丹野①〕、丹野喜久子「児童福祉法第47条の今日的検討とその課題—施設長の親権代行規定の成立過程—」埼玉純真女子短期大学研究紀要5号(1989)75頁〔以下、丹野②〕、丹野喜久子「幻の1950年児童福祉法全面改正」新しい家族30号(1997)60頁〔以下、丹野③〕等。

12) 中川良延「児童福祉法の制定とその意義—わが国における児童福祉政策の出発点」福島正夫編『家族 政策と法2 現代日本の家族政策』(東京大学出版会、1976)267頁は、民法の立場から児福法の成立について検討したもののだが、児福法第47条への言及はみられない。

これらの先行研究では、随所で民法や親権・未成年後見に言及されているが、民法の規定の解釈を前提にした作業は、必ずしも十分に行われているとはいい難い<sup>13)</sup>。著者らの専門領域からみてやむを得ないこととはいえ、児福法における親権に関連する諸規定、特に施設長に親権の行使を認める規定については、親権や未成年後見に関する民法の規定に照らし合わせてその意味を検討する必要がある、こうした作業を経ない限り、これらの規定の意義や目的を理解し、また、これらの規定が立法の目的に即したものになっているのかどうかを判断することは難しいと思われる。

また、児福法以外の法律も含めて、未成年者に配慮すべき公的機関や(親権を行う者又は未成年後見人以外の)私人の権限等については、鈴木ハツヨによる研究<sup>14)</sup>がある。鈴木は、親権を行う者又は未成年後見人の権限については民法に規定があるものの、その他の者については、法律の規定が体系的整合的でなく、その権限等も親権を行う者又は未成年後見人との権限との優劣関係も不明確であるとする。こうした公的機関や私人が未成年者の保護に関わる際の政策目的は様々であり、従って、諸法律の間で体系的な規律が行われないことは、ある程度はやむを得ないとしても、民法との整合性、特に保護機関や私人に認められた権限の内容や親権を行う者又は未成年後見人の権限との関係について不明確であることは否めない<sup>15)</sup>。こうした問題は、これらの法律の立法にあたって、民法との整合性を十分に図らなかったために生じたものなのか、それとも、民法における親権の意味が不明確なために生じたものなのかが問題となる。

本稿は、こうした問題意識に基づいて、児福法第 47 条を手がかりに児福法と親権との関連について検討する前提として、救育所ニ在ル孤児ノ後見

---

13) また、例えば、児福法の解説等における民法の規定についての説明には、必ずしも適切とはいえないものがみられる。それぞれ関連する箇所を指摘する。

14) 鈴木ハツヨ「未成年者保護制度序説」民事研修 169 号 (1971) 17 頁〔『子供の保護と後見制度』(創文社、1982) 3 頁所収〕。

15) 鈴木・前掲注 14) は、民法の観点から関連諸法を検討する先駆的な業績であるが、(執筆当時の) 諸法律についてのいわば総論的な検討にとどまっている。

職務ニ関スル法律(明治33年法律第51号)〔以下「教育所法」〕を取り上げ、戦前の児童保護立法における親権に関する規定の一端について検討しようとするものである。教育所法を取り上げるのは、次の理由による。

教育所法は、後述するように、旧法の制定・施行を受けて制定された法律である。同年には感化法(明治33年法律第37号)も制定され、感化院は、旧法第882条に定める懲戒場でもあった(感化5条3号)。ところで、教育所法によれば、教育所の所長等は、教育所に在る未成年の孤児に対して後見人の職務を行(教育所1条)、感化法によれば、感化院長は、感化院の在院者又は仮退院者に対して親権を行う(感化8条1項)。いずれの施設も、今日の児福法上の児童福祉施設に該当するものだが、その長が入所者に対して行うのは、前者では後見、後者では親権である。このような違いはなぜ生じたのだろうか<sup>16)</sup>。

第2に、教育所法は、児福法の制定によってではなく、同法の第5次改正によって廃止されたが、児福法第47条の改正を検討する過程では、教育所法に倣い、施設長に後見人の職務を行わせるとする案もあった。しかし、児童福祉関係者(施設関係者)からの反対もあって、この案は容れられず、上記のような規定となった<sup>17)</sup>。その理由の一つとして、「後見人の職務を行う」というのは合理的であるが、後見人選任の実情に鑑みると、児童福祉施設に収容されている児童の監護教育については実際的ではないことがあげられているが<sup>18)</sup>、どのような点が合理的と判断されたのだろうか、また、そのように判断する根拠はどこにあったのだろうか。この点も含め、児福法の第5次改正、特に児福法第47条の改正については、別の機会に改めて検討を加える予定であるが、まずは教育所法について、後見人の職務を行うという規定を設けた経緯も含め、検討しておく必要がある。また、

16) 感化法と親権との関係については、別稿を予定している。

17) 阿川清道「親権と後見」戸籍誌第百号記念論文集『身分法の現在および将来』(帝国判例法規出版社、1958)127-128頁。

18) 阿川清道「親族法改正の問題点について(6)」戸籍144号(1960)10頁。

その廃止がなぜ児福法の第5次改正によらなければならなかったのかという問題もある。

第3に、教育所法は、旧法の施行により実際に生じた児童保護上の問題に対処するために制定されたものである。教育所法については、旧法の教科書に一般的な説明があるほかは、角田幸吉<sup>19)</sup>及び丹野による研究<sup>20)</sup>があるにすぎない。しかし、法案の提出理由をみても、また、帝国議会での審議過程をみても、旧法との関係が議論となっており、旧法の規定の文脈で、民法の立場から教育所法を検討する意義は小さくないと考える。

とはいえ、教育所法をはじめ、同法の制定を必要とした当時の社会状況、社会福祉制度の概要等、以下の筆者の検討には、社会福祉学、社会政策、刑事政策、法史学等の立場からみて、不正確ないし不適切なものが多々含まれているものと思われる。旧法の規定の解釈についても、同様に不正確ないし不適切な部分が多くあるものと恐れている。ご海容をお願いするとともに、ご教示を賜ることができれば幸いである。

本稿では、資料の引用にあたり、本稿末に掲げた戸籍等の書式を除いて、縦書きのものを横書きに改め、原則として新字体に改めた。また、法令・判例等を示す場合を除き、和暦〔西暦〕の順に表示した。ただし、参考文献等については原則として西暦により、明治・大正の資料に限って西暦〔和暦〕の順に表示した。

## 一 教育所法の概要

教育所法は、感化法とほぼ時期を同じくして成立した<sup>21)</sup>。同法は、全3

19) 角田幸吉「棄児の家籍・廃家・縁組」法学志林42巻1号(1940)101頁、角田幸吉『日本親子法論』(有斐閣, 1941)等。

20) 丹野②のほか、丹野喜久子「東京孤児院の歴史」昭和63年度科学研究費補助金(総合研究A)研究成果報告書(研究代表者・宇都栄子)『社会福祉実践史の総合的分析』(1989)149頁〔以下、丹野④〕、丹野喜久子「東京孤児院の歴史」社会事業史研究19号(1991)13頁〔以下、丹野⑤〕。

21) いずれも第14回帝国議会の会期終了間際に提案されて成立した。教育所法(孤児法案)は、明治33〔1900〕年1月29日に衆議院に提出され、2月22日に貴族

箇条と施行日を定めた附則とから成る。

**教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律 (明治 33 年法律第 51 号)**

第一条 公設ノ教育所ニ在ル未成年ノ孤児ニ付テハ其ノ所長後見人ノ職務ヲ行フ

私設ノ教育所ニ在ル未成年ノ孤児ニ付テハ其ノ教育所所在地ノ地方長官ニ於テ後見人ノ職務ヲ行フヘキ者ヲ指定ス

第二条 前条ニ依ル後見人ノ職務執行ニ関シテハ勅令ヲ以テ別段ノ規定ヲ設クルコトヲ得

第三条 教育所ニ在ル未成年者ニシテ孤児ニ非サル者ト雖本法ノ規定ヲ準用スヘキモノハ主務大臣之ヲ定ム

**附 則**

本法ハ明治三十三年四月一日ヨリ之ヲ施行ス

第 2 条及び第 3 条に規定する勅令及び内務省令は、次のとおりである。

**教育所ニ在ル孤児ノ後見職務執行ニ関スル特例 (明治 33 年勅令第 144 号)**

第一条 教育所ニ在ル孤児ニ関シ後見人ノ職務ヲ行フ者カ其ノ職務ヲ執行スルニ当リ親族会ノ同意ヲ要スル事項ハ公設ノ教育所ニ在リテハ之ヲ設立セル公共団体ノ行政庁、私設ノ教育所ニ在リテハ其ノ教育所所在地ノ市町村長ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

第二条 後見人ノ職務執行ニ関シ後見監督人及親族会ニ属スル職務権限ハ公設ノ教育所ニ在ル孤児ノ後見ニ付テハ其ノ教育所ヲ設立セル公共団体ノ行政庁、私設ノ教育所ニ在ル孤児ニ付テハ其ノ教育所所在地ノ市町村長ニ属ス

第三条 主務大臣又ハ地方長官ハ孤児ノ後見職務ニ関シ監督上必要ナル命令ヲ発スルコトヲ得

第四条 孤児ニ非スシテ教育所ニ在ル未成年者ニ対シ後見人ノ職務ヲ行フヘキ場合ニ於テ其ノ者ノ父母ノ所在分明ナルトキハ身分ニ関スル事件ニ限り其ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

第五条 本令ニ規定スル市町村長ノ職務ハ市制町村制ヲ施行セサル地ニ於

---

院本会議で可決されて、3月13日に公布された。感化法は、2月16日に衆議院に提出され、2月23日に貴族院本会議で可決されて、3月10日に公布された。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

テハ之ニ準スヘキ者之ヲ行フ

教育所ニ在ル孤児ニアラサル棄児迷児等ノ後見職務ニ関スル件<sup>22)</sup> (明治 33 年内務省令第 11 号)

棄児、迷児、遺児其ノ他父又ハ母ニ於テ親権ヲ行ヒ難キ情況ニアル未成年者ニシテ教育所ニ在ルモノノ後見ニ関シテハ孤児ニ非サル者ト雖明治三十三年法律第五十一号ノ規定ヲ準用ス

教育所法は、当初、「孤児法案」の名称で衆議院に提出された、議員提出法案である。衆議院の特別委員会で審議され、内容を修正された上で、「教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律案」〔以下、教育所法案〕に修正されて、貴族院に提出され、可決された<sup>23)</sup>。

孤児法案の内容は、次のとおりである<sup>24)</sup>。長くなるが、教育所法の趣旨や内容を理解するためにも必要なので、全文を次に掲げる。

#### 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 教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

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

第三条 教育所ニ在ラサル孤児又ハ教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

22) この内務省令の名称は、日本法令索引 (<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/>) のものによった。以下、法令等の名称については、特に断らない限り、日本法令索引のものによった。

23) 丹野④ 155 頁及び丹野⑤ 16 頁には、孤児法案は審議未了で不成立となり、これに代わって政府提案「教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律案」が原案通り可決されたとあるが、誤解かと思われる。

24) 第 14 回帝国議会衆議院議事速記録〔以下「衆議院速記録」〕 20 号 381 頁。帝国議会の議事速記録については、日本法令索引及び帝国議会会議録検索システム (<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>) によった。

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

孤児法案理由書は、その目的を次のように説明する<sup>25)</sup>。

#### 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從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

孤児が法律行為をする場合に法定代理人の同意が必要となるが、孤児には實際上親族がないため、法定代理人を選任するための親族会を開くことができない。そこで、この法案により法定代理人を定める必要があるというのである。

提案者である横山富次郎は、本案提出の大意を次のように説明する<sup>26)</sup>。

第1は、孤児の解釈を決めるということである。従来、慣習上、棄子(棄児)や遺児という用語があり、法律上の孤児についての解釈が決まっていないので、それを定めることである。第2は、孤児が法律行為を行う場合の便宜を与えることである。孤児が婚姻や養子縁組等をするにあたり、旧

25) 「教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律ヲ定ム」公文類聚第24輯第34巻2(1900〔明治33〕)〔国立公文書館デジタルアーカイブ〕。

26) 衆議院速記録20号381頁〔横山富次郎〕。孤児法案は、横山外7名により提出された。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

法が〔筆者注：明治 31〔1898〕年 7 月 16 日に〕施行されて、大いに不便を感じることがある、つまり、親族会議を招集したり、法定代理人を選定したりする必要があり、養子に行かれなかったり、もらう側も躊躇したりといったことがあるので、便宜を与えるためである。「事柄ガ救恤ノ点ニ関シテ居ルコト」なので、賛成のあることを希望するとも述べている。

衆議院での孤児法案の特別委員会は、3 度開かれた。6 箇条の原案を 3 箇条に削除・修正し、全員一致で孤児法案を可決すべきものと決議し、本会議でも、議会を省略して委員長報告のとおりに確定した<sup>27)</sup>。貴族院に送られた後も同様に、委員会は、同法を必要のものと認めて可決し、本会議でも議会を省略して、教育所法案は可決された<sup>28)</sup>。

衆議院本会議では、孤児法案の目的や法案提出の経緯について、委員長から次のような説明がされた<sup>29)</sup>。孤児法案は、孤児の婚姻・離婚・養子縁組等について民法上複雑な手数がかかるために不便を来しており、これを簡便にして差支えないようにすることを目的とするものである。政府としても、これを簡便にする法案を立てたいが、会期(第 14 回)も迫っており、第 15 議院に提出できるかどうかは答えられないとされたために、委員会で民法に関わる条文を削除し、修正した。

貴族院本会議での委員長報告でも、次のような説明がされている<sup>30)</sup>。この法案は、民法〔筆者注：旧法〕制定施行後にその必要が感じられたものである。公設又は私設の教育所にある未成年の孤児に対して後見人がなくてはならないようになった。政府は、救助法全般について規則を立てるつもりで今調査中であるが、この議会までに間に合わず、その一部分であるところの教育所にいる孤児だけの法律ができることは政府も賛成である。「衆

---

27) 衆議院速記録 27 号 554 頁〔寺田彦太郎〕。

28) 第 14 回帝国議院貴族院議事速記録〔以下「貴族院速記録」〕 28 号 638 頁、31 号 705 頁。

29) 衆議院速記録 27 号 554 頁〔寺田彦太郎〕。

30) 貴族院速記録 31 号 704-705 頁〔曾我祐準〕。

議院へ出シマシタ当時、十分政府ガ是ナラバ差支ナイト云フ所ノ案ヲ衆議院ノ委員会ニ提出サレテ大ニ修正」し、「政府ハ全然之ニ賛成」である。これは民法の結果である。

ここであげられた孤児の不便とは、具体的にはどのようなことだったのでろうか。孤児法案は、この不便をどのように解決しようとしたのでろうか。また、孤児法案の修正は、なぜ必要となったのでろうか。これらの点を明らかにするために、救育所法制定までの孤児の扱いや旧法の施行に伴って生じた法的問題等について、章を改めて検討する。

## 二 孤児(棄児)をめぐる法的諸問題

### 1 孤児(棄児)の意味

そもそも孤児とは、どのようなものを指すのでろうか。

一般的には孤児とは親のいない子を意味するが、孤児法案では、孤児を扶養すべき者の有無から定義している。従って、孤児法案での孤児は、両親と死別した子だけを指すわけではない。また、議会での説明にもあり、関連して、棄児及び遺児という用語も使われている。ここでは、棄児及び遺児の意味について、東京養育院<sup>31)</sup>の資料を手がかりに、みることにする。

明治の初期の頃は、東京府内で迷児がある場合には、一定の掲示場又は道しるべ碑に張札をし、30日を経過してなお見当たらないときは、家出同様に取り扱いって搜索した。明治7[1874]年からは、30日経過後は棄児とみ

31) 養育院は、明治5[1872]年10月15日に東京に創立された後、経営主体等の変更に伴い、東京市養育院、東京府養育院あるいは東京都養育院と呼ばれる。本稿では、資料等を引用する場合を除き、東京養育院と表記する(東京養育院の呼称は、松本園子「明治期の東京養育院入所児童」淑徳短期大学研究紀要40号(2001)85頁註1)によった)。なお、東京養育院に関する記述は、主に『養育院六十年史』(東京市養育院, 1933)〔以下『養育院60年史』〕、『養育院七十年史』(東京市役所, 1943)〔以下『養育院70年史』〕、『養育院八十年史』(東京都養育院, 1953)〔以下『養育院80年史』〕及び東京都養育院『養育院百年史』(東京都, 1984)〔以下『養育院百年史』〕によった。

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

なし、各区の扱所に収容した<sup>32)</sup>。

明治5年に創立された東京養育院は、その創立時から府内の窮民及び乞食<sup>33)</sup>を収容していたが、その中には児童も含まれていた。明治6年3月からは、各区の行旅病人及び棄児を東京養育院に収容することを開始している<sup>34)</sup>。明治16〔1883〕年1月、東京養育院は、行旅病人の収容所と指定され<sup>35)</sup>、明治18(1885)年9月には区郡から送致される棄児を収容養護することとなったが、明治19〔1886〕年4月からは棄児及び迷児の全部を東京養育院に収容することになった<sup>36)</sup>。

この頃の棄児や迷児がどのような意味だったのかははっきりしないが、明治29〔1896〕年に、「<sup>すてこみなしこまよいこ</sup>棄児遺児迷児」として次のような説明がされている<sup>37)</sup>。長くなるが、引用する。

<sup>すてこみなしこまよいこ</sup>  
棄児遺児迷児

棄られて歩行すると能はざるものは是を棄児と名け。棄らるるも歩行し

32) 『養育院60年史』250-251頁。明治9年8月9日内務省指令は、明治9年7月8日付大阪府伺に対するもので、明治5年2月に、掲示する30日間の費用はその所で負担し、その後は棄児取扱いの成規によって取り計らうのかという伺が大蔵省にされ、伺のとおりとされたことを前提とするものだが(外岡編『資料』1巻2冊1185。引用の仕方については後掲注49)参照)、この明治5年の資料を確認することはできなかった。こうした明治初期の迷児の保護策が江戸時代のそれに倣ったものなのかどうかとも筆者の到底明らかにし得ないところであり、とりあえずは岩橋清美「近世都市江戸における迷子の保護」千葉経済論叢48号(2013)1頁参照。

33) 引用する資料の中には、今日では不適切と考えられる用語も使われているが、本稿では、特に断らない限り、資料に示されたとおりに表記する。

34) 明治6年3月3日付会議所から各大区世話掛宛通達(『養育院60年史』86-87頁)。養育院に収容する経費は、まず発見した町内で相応額を負担し、その幾分かを会議所で補足する主義をとった。

35) 明治16年1月4日付東京府知事指令(『養育院60年史』245-246頁)。

36) 明治18年9月8日付指令、明治19年3月16日付指令(『養育院60年史』256頁、『養育院80年史』230頁)。

37) 安達憲忠『東京市養育院沿革及実況』(東京市養育院、1896〔明治29〕)〔国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/798822>] 13頁。本文中の振り仮名を省略した。

得るもの是を迷児と名く、俱に本院に送付せられ三十日を経過して親元知れざるものは棄児に組入らるるの定めなり、其中には真の迷児なきにあらざれども迷児は数日の内に必ず親元判明するが常なり。此等棄児は皆棄られたる地の区役所又は町村役場に於て姓名を付し推測の年齢をも付して拾ひ揚げられたる地に籍を置くものたり。遺児は其種類種々なり例へば両親死亡し又は逃亡して親戚故旧の養育するものなきものあり、親の犯罪に依て監獄に送られ一時親戚故旧の養育するものなきものあり、仮令棄られたるものにてもし本籍判明なるものあらば遺児として養はるるものなり。

これによれば、棄てられて歩行することができないものを棄児、棄てられても歩行できるものを迷児と名づけるが、東京養育院に送付されて30日を経過しても親元が知れなければ、迷児は棄児に組入れられること、棄児は、棄てられた地の区役所又は町村役場において姓名を付し、推測の年齢を付し、拾い上げられた地に籍を置くこと、遺児の種類は様々で、例えば両親が死亡又は逃亡し養育する親戚故旧のないもの、親の犯罪によって監獄に送られ一時的に養育する親戚故旧のないものがあること、たとえ棄てられた者でも、本籍が判明すれば、遺児として養われることが説明されている。

この説明は、明治32〔1899〕年にも維持されている<sup>38)</sup>。なお、昭和8〔1933〕年の資料では、幼弱の児童で、棄児とは扶養者に遺棄されたもの、遺児とは養育者の死亡又は失踪等のため扶養する者を失ったもの、迷児とは路頭に彷徨し差当り扶養者を発見することのできないものとされている<sup>39)</sup>。

38) 『養育院 80 年史』231 頁註に引用された「明治三十二年刊東京市養育院実況」参照。

39) 『養育院 60 年史』588 頁。昭和 7〔1932〕年 1 月以降は、救護法(昭和 4 年法律第 39 号)の施行に伴い、東京養育院に収容の窮民は、救護法窮民・市費窮民・院資窮民の 3 種となり、棄児・遺児・迷児の分類及び名称も廃止されて、救護法窮民か市費窮民のいずれかに包括されるようになった(『養育院 60 年史』542 頁。590 頁も参照)。なお、東京市社会局『東京市内に於ける棄児の調査』(1937)(近現代資料刊行会『日本近代都市社会調査資料集成 1 東京市社会局調査報告

## 教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

上記の東京養育院の説明によれば、遺児とは、両親の死亡のほか、逃亡や入獄等により両親の養育を受けられず、かつ、養育してくれる親戚故旧のないものをいう。棄児であっても本籍が判明すれば、遺児となる<sup>40)</sup>。これらは、未成年者で扶養すべき者がいないという孤児法案第1条前段の定義にほぼ相当するものといえよう。また、親元の判明しない棄児及び迷児は、扶養すべき者の居所不分明という同条後段の定義にほぼ相当するものといえる。従って、棄児・迷児・遺児とされるものは、孤児法案にいう「孤児」にほぼ該当するといえることができそうである。

では、これらの孤児は、法律上どのように取り扱われていたのだろうか。次に、民法(戸籍法)における孤児、特に棄児の法的取扱いについてみることにする。

### 2 棄児の民法上の地位

遺児の中には、戸籍が明らかなものもいるが、そうでないものもあり、また、棄児や迷児については、その氏名は勿論のこと、戸籍が明らかでないものが多かったと思われる。従って、これらの子については、氏名のない者については氏名を定めた上で、戸籍を作成することが問題となる。ここでは、棄児の戸籍の問題、すなわち民法上どのように取り扱われていたかについて検討する。

旧法では、子は父の家に入り、父の知れざる子は母の家に入るが、「父母共ニ知レサル子」は、入るべき家が明らかではないので、一家を創立する

---

書57] (1995, SBB 出版会) 所収) のはしがき1頁では、同調査の対象となったのは、13歳以下の幼少年及び乳児で、棄児とは、生活難その他の事由により扶養者より故意に遺棄されたもの、遺児とは、両親その他の死亡、行方不明等にて取り残され扶養者なきに至れるもの、即ち普通の孤児に含まれるもの、迷児とは、外出先において同道者とはぐれ若しくは自ら他出して道に迷い自宅不明に至れるものを指称するとしており、説明も具体的である。

40) 養育してくれる親戚故旧がないために棄てられたということになるのか。

ものとされた(旧733条)。ここで「父母共ニ知レサル子」とは、主として棄児迷児をいうとされた<sup>41)</sup>。

父母の知れざる子が一家を創立するという規定は、明治23〔1890〕年の民法(明治23年法律第98号)〔以下「旧民法」〕人事編第255条に既に置かれており、旧法はそれを引き継いだものである。しかし、法典調査会では、この規定をめぐるかなり激しい議論が交わされ、削除論さえ主張されていた。

そこで、まず、旧法の規定のもとになった旧民法の規定について紹介し、民法編纂前の棄児の扱い等について概観してから、法典調査会での議論について検討することにする。

#### (1) 旧民法人事編第255条

旧民法人事編では、「第十三章 戸主及ヒ家族」(第243条から第261条まで)において、第255条が次のように規定していた。

##### 民法人事編

第二百五十五条 父母ノ知レサル子ハ一家ヲ新立ス

この規定は、民法草案人事編から既にみられるものである。理由とともに次に掲げる<sup>42)</sup>。

##### 民法草案人事編

第三百九十五条 父母ノ知レサル子ハ其認知ヲ受ケサル間ハ一家ヲ新立シタルモノト為ス

(理由) 本条父母ノ知レサル子トハ棄児又ハ迷児ノ類其父母ノ詳カナラサ

41) 奥田義人『民法 親族法論 全』(第4版, 有斐閣書房, 1899〔明治32〕)〔以下, 奥田『親族法論』〕47頁。梅謙次郎『民法要義 卷之四親族編』(第22版, 1912〔明治45〕)(復刻版, 有斐閣, 1984)〔以下, 梅『民法要義四』〕16頁では、母が自己の氏名を隠して子の出生届をした場合も含まれるとする。ただし、いずれにも、棄児や迷児の意味の説明はされていない。なお、棄児・迷児の場合以外に一家を創立する場合については、とりあえず大里智彦『旧法親族・相続・戸籍の基礎知識』(テイハン, 1995)124頁以下参照。

42) 『民法草案人事編理由書 下巻』第12章2丁。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(1)(許)

ル者ヲ云フ此種ノ者ハ從來其町村ノ預リトシ町村ノ籍末ニ記シ養育スト雖モ其引受人タル戸主ニ從屬スル家族ト為スヲ得ス其所属明ラカナラサルニ依リ特ニ一家ヲ新立シタルモノト看做シー戸主ノ權ヲ有セシメントスルニ在リ但他日父母ノ認知ヲ受ケタルトキハ新立シタル家ヲ廢シ父母ノ籍ニ從屬スルモ又ハ新立ノ儘一家ヲ維持スルモ本人ノ望ニ任スルノ意ナリ

この規定は、民法草案人事編再調査案では「第三百六十二条 父母ノ知レサル子ハ当然一家ヲ新立ス」となり、そのまま元老院提出案第 368 条となった。審査会案では「当然」の語が削除され、「父母ノ知レサル子ハ一家ヲ新立ス」となり、条名も変更されて、確定したものである。

磯部四郎によれば、人事編第 255 条は、父母の知れざる子のために例外を設けたものである。棄児又は迷児の類で父母の詳らかでない者は、その市町村の預かりとし、市町村の籍末に記入してこれを養育するも、その引受人たる戸主に従属する家族とすることができず、その所属が分明でないので、法律上特に一家を新立したものとみなし、一戸主の権を有させるほかないと説明する<sup>43)</sup>。

龜山貞義は、もう少し詳しい説明を加えている<sup>44)</sup>。

「父母ノ知レサル子」とは「棄児又ハ迷児ノ類ニシテ其父母ノ何人ナルカラ詳ニシ難キ者」を謂ふ。棄児に付ては明治四年六月二十日の布告を以て(中略)其処分を所預りと貰受との二つと為せり。所預りとは、其棄児を発見したる町村に附託するの謂にして、貰受とは、養育を引受けんと申出る者に附託するの謂なり。而して、其棄児の氏名詳ならざる者は、仮に氏名を命し、所預りの場合に於ては其町村の籍末に記し、貰受の場合に於ては其貰受人の戸籍に附し、或は、其情願に依り養子と為すことを許したり。今

43) 磯部四郎『民法積義 人事編之部』(1891〔明治 24〕)(復刻版, 信山社, 1997) 805-806 頁。

44) 龜山貞義『民法正義 人事編 卷之貳(下)』(1891〔明治 24〕)(復刻版, 信山社, 1996) 51-53 頁。原文をそのまま引用した部分(カギ括弧)を除き、原文のカタカナを平仮名に直し、筆者の判断で句読点を付した。

や本条に於ては、父母の知れざる子は一家を新立すと明定し、其教育方法の如きは一に行政法則の定むる所に任すと雖も、兎に角孰れの場合に於ても、必ず一家を新立するものと為し、引受人あるときと雖も、其引受人の家族と為すことを得せしむ（〔筆者注：人事編〕第百十八条第二項及び第百二十条に従ひ、養子と為すことを得るは勿論なり）。是れ此子の属す可き家不分明なりとて引受人の家に属せしむ可きの理なければなり。

左れば父母の知れざる子は、当然に一家を新立して其戸主と為る可く、若し其生家の氏詳ならざるときは、新たに氏を命すること従前の例に依るの外なかる可し。然り而して、一旦一家を新立したる上は、他日父母を認知することあるも、必しも父母の家に入ることを要せず。其新立したる家を廃して父母の家に入るも、又は其新立したる家を維持するも、固より本人の選ぶ所に任せざる可からず。

この説明からも明らかなように、父母の知れざる子が一家を新立するのは、子の属すべき家が不分明だからである。この規定は、家の制度の確立に伴って必要となったもので、その前は、父母の知れざる子といえども、一家を新立する必要はなかったことがわかる。この点を確認するために、旧法施行前の棄児等の扱いについて概観する。

## (2) 民法編纂前の棄児の扱い

### ア) 棄児の保護—棄児養育米の支給

江戸時代から捨子（棄児）<sup>45)</sup>の問題は深刻で、墮胎・間引きと並び、捨子は厳しく禁じられてきたが、捨子を保護し養育することも行われていた。捨子は、捨子のされた町村が養育する責任を負ったが、子の貰受けを希望する者があれば、子をその者に与えて養育させた。また、19世紀には、諸

45) 棄児は、明治以降の法令等で用いられるようになった語で、それまでは捨子の語が用いられていた（後掲・確井「捨子禁令（上）」1頁、沢山美果子『江戸の捨て子たち』（吉川弘文館、2008）〔以下、沢山『江戸の捨て子たち』〕150頁以下等参照）。なお、「棄」の字には、生子をすてるという意味が含まれているようである（白川静『字通』（平凡社、1996）247-248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 (1) (許)

藩で、捨子養育米の支給が一般的に行われるようになった<sup>46)</sup>。

明治初期の政府は、旧幕府の施策を踏襲しており、棄児に関しては、江戸時代と同様に、棄児を禁ずるとともに、拾われた子の保護及び養育を図っている<sup>47)</sup>。改定律例(明治6年6月13日太政官第206号(布))は、子女を棄てる父母に刑罰を科して、棄児を禁止した<sup>48)</sup>。

46) 捨子禁止の法令は、徳川綱吉の時代からしばしば出されるようになった。捨子は、貧困のほか、母の死亡・奉公等による乳の確保の困難等、さまざまな理由から行われたと考えられている。詳しくは、徳田彦安「日本に於ける捨子の研究」史学7巻4号(1928)1頁, 8巻1号(1929)27頁, 碓井隆次「江戸時代の捨子禁令—近世以降の児童問題(上)」「同(中)」「同(下)」〔以下, 碓井「捨子禁令(上)」「同(中)」「同(下)」〕社会問題研究7巻3号(1957)1頁, 4号(1957)34頁, 8巻1号(1958)38頁, 柴田純『日本幼児史』(吉川弘文館, 2013)〔以下, 柴田『日本幼児史』〕, 特に88頁以下, 沢山『江戸の捨て子たち』等参照。捨子については歴史学及び歴史学以外でも多くの研究がされているが、本稿での引用はほとんど割愛した。

47) 碓井「捨子禁令(中)」39頁のほか、池田敬正『日本社会福祉史』(法律文化社, 1986)〔以下, 池田『日本社会福祉史』〕, 柴田『日本幼児史』165-166頁, 沢山『江戸の捨て子たち』150頁等参照。児童の収容施設も明治初期から作られている。詳しくは、宇都栄子「児童養育保護政策における棄児取扱について—明治初期の法規・先例を中心として—」日本女子大学紀要(文学部)21巻(1971)〔以下, 宇都①〕194頁のほか、池田敬正『日本社会福祉史』, 室田保夫「解説」室田保夫・峰谷俊隆編『子どもの人権問題資料集成 戦前編 第1巻 子どもの養護Ⅰ』(不二出版, 2009)3頁等参照。なお、戦前から現在に至るまでの棄児の数については、川崎二三彦「センター図書室で棄児を追う」子どもの虹情報研修センター紀要6号(2008)135頁以下にまとめられている。

48) 改定律例戸婚律立嫡違法条例第112条。父母(養父母を含む)には懲役100日を科し、継父母には一等を加重した。なお、同第113条は、「財ヲ図リ。人ノ子女ヲ乞養シテ棄ル者」には懲役10年、殺した場合には死刑(斬)を科しており、実子を遺棄した場合と預かった子を遺棄した場合とで軽重のある点も、江戸時代と同様である(碓井「捨子禁令」(中)参照)。石井良助「明治民法施行前の扶養法」中川善之助他編集『家族問題と家族法Ⅴ 扶養』(酒井書店, 1958)104頁は、第112条につき、「子女を棄てる父母を罰しているから、その前提として、親の子に対する扶養義務を認めたものといえることができる」とするが、この規定からそのようにいえるのかどうか、筆者には判断し難い。なお、改定律例人命律移地界内死屍条例第206条は、地界内の棄児や病者を他所に移した者に懲役70日を科しており、前述の遺棄に関する規定とこの規定とは、明治13年刑法(明治13年7月17日太政官布告第36号)の遺棄罪の規定(第336条から第340条まで)にほぼ相応するものと考えられる。

明治4〔1871〕年には、棄児養育米の支給を認める太政官達が出されている<sup>49)</sup>。

棄児養育米給与ノ方ヲ定ム (明治4年6月20日太政官(達))

従来棄児教育ノ儀所預リノ分ハ養育米被下貰受人有之分ハ不被下候処自今預リ貰受二不拘棄児当歳ヨリ十五歳迄年々米七斗ツ、被下候間実意養育可致事

この達は、所預りの場合に限って棄児が10歳に達するまで養育米を支給していたそれまでの行政例<sup>50)</sup>を改め、個人が貰い受けて養育する場合にも支給すること、支給する養育米の量を減らしつつ、支給年齢を15歳まで引き上げることが認められたものである<sup>51)</sup>。明治6〔1873〕年には、年齢計算が満年齢によるものに改められたことに伴い、棄児養育米の支給を満13歳までに改める布告が出されている<sup>52)</sup>。また、棄児に関するものではないが、三つ子を出産した貧困者に養育料として一時金を支給する布告も出されている<sup>53)</sup>。

- 
- 49) 明治初年の法令先例等については、日本法令索引、日本法令索引〔明治前期篇〕(<http://dajokan.ndl.go.jp/SerchSys/index.pl>) によったほか、外岡茂十郎編『明治前期家族法資料』(早稲田大学, 1967~1978)を参照した。後者を参照したものについては、外岡編『資料』の後に巻・冊・番号を掲げてその出典を示すこととする。
- 50) 明治3年12月日欠民部省答議(明治3年11月日欠度会県伺)第二ヶ条によれば、10歳まで年米1石5升を支給するものとされていたようである(外岡編『資料』1巻2冊15。「棄児養育米給与方」太政類典第1編第82巻19〔国立公文書館デジタルアーカイブ〕も参照)。なお、明治初年の棄児の取扱いについて、外岡・前掲注49)を用いてまとめたものに、宇都①188頁及び宇都栄子「児童養育保護政策における棄児取扱について—明治二一年~二七年の先例」日本女子大学紀要(文学部)23巻(1973)53頁がある。
- 51) 「棄児養育当歳ヨリ十五歳マテ年々米七斗ツ、給与」太政類典第1編第82巻20〔国立公文書館デジタルアーカイブ〕。小川政亮「恤救規則の成立—明治絶対主義救貧法の成立過程」福島正夫編『戸籍制度と「家」制度』(東京大学出版会, 1959)297頁参照。
- 52) 「棄児養育米被下ハ自今満十三年ヲ限リトシ及年齢定方」明治6年4月25日太政官第138号(布)。
- 53) 「三子出産貧困ノ者へ養育料ヲ給与ス」明治6年3月3日太政官第79号(布)。

イ) 棄児と明治4年戸籍法一附籍

このように、棄児には養育米が支給されるので、棄児であることを公証する必要があり、戸籍の上に棄児である旨の記載がされることになった。では、そもそも棄児の籍(戸籍)はどのようなものだったのだろうか。

明治初期の戸籍法は、脱籍浮浪者の取締り(復籍)を目的として形成されていったが<sup>54)</sup>、棄児等についても、明治3年の脱籍無産ノ輩復籍規則に既に規定があり、父母が脱籍して流寓中に出生した子で、両親を失い、出生地も不明の者は、「夫迄居附候地ノ籍へ編入可致事」としていた<sup>55)</sup>。翌年改定された同規則では、一般的に迷児棄児について同様の取扱いをするものとしている<sup>56)</sup>。

国民(臣民)を対象とする明治4年の戸籍法(明治4年4月4日太政官(布)も、「本来全国の戸口調査、浮浪人取締という行政的ないし警察的な目的」をもつもので、「身分登録の諸規定は、むしろ従属的な地位を占めた」と評されている<sup>57)</sup>(以下、明治4年戸籍法によって編製された戸籍を

54) 山主政幸「明治戸籍法の一機能—脱籍取締りについて」福島正夫編『戸籍制度と「家」制度』(東京大学出版会, 1959) 171頁。なお、柴田純『江戸のパスポート』(吉川弘文館, 2016) 257-259頁は、これが、江戸時代の宗門人別改帳に記載された人口の減少を防ぐための政策に対応するものであることを指摘する。後述する平賀の指摘も参照。

55) 「脱籍無産ノ輩復籍規則ヲ定ム」明治3年9月4日太政官(布)「父母其元籍ヲ脱シ流寓中出産之子両親ヲ失ヒ生所不相分者ハ夫迄居附候地之籍へ編入可致事」。その意味につき、山主・前掲注54) 187頁参照。

56) 「脱籍無産ノ輩復籍規則更定」明治4年4月23日太政官(布)「第三条 一 元来迷児棄児等ニテ生所不相分者ハ夫迄居付候地ノ籍へ編入可致事」。

57) 福島正夫「明治初年における戸籍の研究—地方法令を通して」穂積先生追悼論文集『家族法の諸問題』(有斐閣, 1952) [以下、福島①] 481頁, 482頁。福島正夫「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」福島正夫編『戸籍制度と「家」制度』(東京大学出版会, 1959) 133頁は、その基本的使命は、「新戸口調査による新戸籍の編製」であり、身分登録法というよりも、むしろ「戸籍編製法」としての側面が強いと指摘する。また、福島正夫・利谷信義「明治以後の戸籍制度の発達」中川善之助他編『家族問題と家族法Ⅶ 家事裁判』(酒井書店, 1957) 299頁も参照。

「壬申戸籍」と呼ぶ。)。壬申戸籍は、戸を単位として編製されるが、戸は、屋敷ないし家屋単位に調査されたことにもあるように、住所(居住地)を基に戸籍を編製しようとした<sup>58)</sup>。

第4号戸籍書式中「戸籍同戸列次ノ順」には、戸主以下、祖父母、父母、妻、子、孫のほか、傍系親族を含む広範な親族があげられているが、実際に同一戸籍への入籍を認められたのは、戸主と婚姻関係及び親子関係のある者(配偶者、祖父母、子等)にほぼ限られていた。また、同戸異姓を禁ずることは当時の戸籍編製上の原則であったので、戸籍編製の単位としての戸は、結局、戸主及び戸主の配偶者のほかは、戸主と同姓の直系親族から構成されることになる<sup>59)</sup>。それに外れる者は、入籍ではなく、附籍によって処理された<sup>60)</sup>。

附籍は、明治4年戸籍法第29則に、次のように規定されている。

第二十九則

此迄厄介ト号セシモノ或ハ縁故アリテ養育スルモノ等ハ其族属ト続柄ヲ肩書ニシ其事由ヲ其名前ノ上ニ記スルコト式ノ如クスヘシ

「厄介ト号セシモノ」とは、例えば一戸を立てる力がなくて親族縁故の者の厄介となり、その家に寄食するような者を、また、「縁故アリテ養育スルモノ」とは、厄介と同様に、例えば一家絶滅した者の子弟等一戸を立てる

58) 明治4年戸籍法第1則「臣民一般(略)其住居ノ地ニ就テ之ヲ取メ」。戸籍は、各区ごとに番号を定めてその住所を記し、屋敷番号を記して定めていった(同第7則)

59) 平賀「戸籍制度について」戸籍制度八十年記念論文集『身分法と戸籍』(帝国判例法規, 1953〔以下、平賀「戸籍制度」〕324-326頁, 339-342頁のほか、藤原怜子「明治前半期における「家」制度—扶養法を通じて」日本史研究63号(1962)53頁以下等参照。

60) 附籍については、福島①のほか、神谷力「明治初年の戸籍法上に於ける「附籍制度」の研究(1)」「同(2)」愛知学芸大学研究報告(人文科学)3輯(1954)59頁, 5輯(1956)61頁, 神谷力『家と村の法史研究』(御茶ノ水書房, 1993), 特に「第二章 附籍と「家」」〔以下、神谷『家と村の法史研究』〕, 藤原・前掲注59)53-56頁等参照。また、附籍を扱った先例等については、堀内節『民法施行前の人事法規に就て』(司法研究報告書28輯12, 1940)210頁以下も参照。神谷の研究によれば、附籍には多様な形態のあることがわかる。

ことができないために、親族縁故の家に移り、養育を受ける者をいう<sup>61)</sup>。附籍は、従来(江戸時代)、一戸を立てることができず、独立の生計を維持できない者を親族や縁故者が引き取って扶養していた慣行を改め、扶養者の戸籍の末に附記することとしたものである。これらの者は、その家の籍末に記載されるが、戸主(附籍主)と同姓ではないので、同籍(戸内)とすべきではない<sup>62)</sup>。第4号戸籍書式によれば、名前の上に「附籍」と記載されるので、附籍と呼ばれた<sup>63)</sup>。

壬申戸籍は、居住関係の変動の記録と身分関係の変動の記録という二つの機能を同時に営むことを目的としており、明治4年戸籍法は、居住静態の把握を通じて身分関係の静態をも把握しようとするものであるとともに、6年毎の戸籍改により、それぞれの動態をも記録することを意図していた<sup>64)</sup>。しかし、人口移動が頻繁になるとともに、実際の居住関係の移動が必ずしも身分関係の変動を伴わないことも増え、生活関係の共同が身分関係と一致しない場合も増えていく。戸籍が実際の居住関係の変動や生活共同関係を反映することは次第に困難となり、居住関係の記録としての機能は失って、身分関係の変動の記録としての機能を徹底化していくことになる。戸籍は、「純然たる身分関係のみを反映するものに転じ、戸籍に表象された親族団体は現実の生活共同の契機を完全に捨象した抽象的な明治民法の「家」に結実」する「戸籍の観念化」が、明治31年の民法及び戸籍法(明治31年法律第12号)〔以下「明治31年戸籍法」〕により完成することになる。しかし、それに至るまでの間は、居住関係の動態を把握するため

---

61) 市岡正一編『註釈改正戸籍法全』(1882〔明治15〕)111-112頁〔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/792377>〕〔以下、市岡編『戸籍法』〕。

62) 市岡編『戸籍法』112頁。

63) 附籍による戸籍記載の実例として、神谷『家と村の法史研究』174頁以下参照。

64) 平賀健太「戸籍制度」313頁以下参照。平賀は、明治4年戸籍法が国内総人口の把握を目的とするものであったことを重視しており、脱籍浮浪者の取締りも人口把握のためのものであったことを指摘する(315頁注8)。

の別個の制度が必要となり、その一つが附籍の制度であった<sup>65)</sup>

棄児も、引受人<sup>66)</sup>がいるときは、引受人の戸籍の末に、附籍によって記載された。附籍の制度は、明治31年戸籍法によって廃止されたが、旧民法や旧法の制定時に棄児の籍の問題として起草者等の念頭にあったのは、明治19年式戸籍によるものも含め、この附籍による棄児の取扱いと棄児による戸の新立であった。

### ウ) 棄児と戸籍

ここで、棄児の戸籍上の取扱いについて、明治初期の先例及び明治19年式戸籍(戸籍法中出生死去出入及寄留等届出方並違背者処分(明治19年9月28日内務省令第19号)、戸籍取扱手続(同年10月16日内務省令第22号)、戸籍登記書式(同年10月16日内務省訓令第20号))により概観する。

棄児は、引受人がある場合には、13歳になるまでは、引受人の戸籍に、肩書棄児と記載され、その年齢を過ぎたら、実父母不詳と記して、他の附籍あるいは無家の部に編入する(明治8年12月4日内務省指令(明治8年1月日欠岩手県伺)第3条<sup>67)</sup>、明治10年11月1日内務省指令(明治10年7月31日三重県伺)第2条<sup>68)</sup>)。棄児の生年月日は、戸長等の立会いの下に、身体骨格等を検査して、見定める(前掲明治6年4月25日太政官布告

65) 平賀「戸籍制度」321-324頁(引用は324頁)。平賀は、居住関係の動態を把握するための制度として、附籍のほか、同居者の戸籍及び寄留の制度をあげる(324-326頁)。

66) 本稿では、先例等を引用する場合を除き、棄児を実際に引き取って養育する者の意味で引受人の語を用いる。先例等では、養育人、預り人、拾揚人、拾上人等の語も用いられ、また、養子縁組をする場合とそうでない場合とを区別していることが多いが(養子縁組については貰受という語を用いる。平井雄一郎「区内預り」から「養育院」へ―「棄児救育」合理化の一局面」社会経済史学61巻6号(1996)82頁)、龜山・前掲注44)では、貰受と養子とを区別しているようである。なお、「棄児引受ノ意味」(明治19年11月16日内務省回答(外岡編『資料』2巻2冊下4039)では、「棄児引受トハ引受ケ養育スル者ヲ云フ」としている。

67) 外岡編『資料』1巻2冊923。

68) 外岡編『資料』1巻2冊1418。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

第 138 号)。棄児の姓名についても、この時に適宜付与すべきものとされた (前掲明治 10 年 11 月 1 日内務省指令第 2 条但書)。

13 歳になるまでに棄児を養子に貰い受ける候補者があり、棄児養育米の支給を受けなくなるに至れば、直ちに実父母不詳と記載する (前掲明治 8 年 12 月 4 日内務省指令)。棄児養育米を受給する限り、棄児の肩書を消すことはできず (前掲明治 8 年 12 月 4 日内務省指令、明治 9 年 2 月 22 日内務省指令 (明治 9 年 1 月 27 日岩手県伺)<sup>69)</sup>)、棄児が戸主又は養子女となったときでも、棄児養育米の支給を受ける間は、削除することはできなかったが (明治 13 年 3 月 29 日内務省指令 (明治 13 年 3 月 19 日群馬県伺)<sup>70)</sup>)、養育米を受けない者は、戸主又は養子女であると否とに拘らず、棄児の名称を削除した (明治 15 年月日欠内務省指令 (明治年月日欠長崎県伺)<sup>71)</sup>)。こうした処理は、養育米支給の対象者を明確にしておくためのほか、棄児に対する養育米であることを明確にするためのものと考えられている<sup>72)</sup>。

棄児を養育する教育所がなく、棄児の養育を望む者もない場合には、郡内又はその町村の養育に帰すべきものとされた (明治 13 年 9 月 8 日内務省指令 (明治 13 年 8 月 9 日山形県伺)<sup>73)</sup>)。

明治 19 年式戸籍の下では、棄児の戸籍は、次のように取り扱われていた。

69) 外岡編『資料』1 巻 2 冊 1037。

70) 外岡編『資料』2 巻 2 冊上 2232。

71) 外岡編『資料』2 巻 2 冊上 3082。戸籍書式の実例として、市岡編『戸籍法』63-65 頁参照。

72) 宇都① 194 頁。特に明治 8 年以降、養育米は現物から金銭によって支給されることになったので、後者の目的は重要であろう。内務報告例 (明治 19 年 9 月 27 日内務省令第 17 号) 第十三号 棄児並養育費により、前年末の棄児の数、その出入、本年末の棄児の数、養育米支給延人員、養育費の石高・石代金の報告が求められている。なお、引受人が、棄児が 13 歳になる前に自費で棄児を養育することを申し出た場合には、棄児が 13 歳になるまでに支給されるはずであった養育米の分を、棄児が 13 歳になったときに賞与として受け取ることができた (明治 10 年 4 月 23 日内務省達 (乙第 43 号))。詳しくは宇都① 202 頁以下参照。

73) 外岡編『資料』2 巻 2 冊上 2386。

まず、棄児は、一旦は拾いあげた町村の籍簿に登録した<sup>74)</sup>上で引受人の籍に入れるが<sup>75)</sup>、引受人が養子女とするときは、直ちに入籍することもできる(明治20年7月日欠内務省回答第32項(明治20年7月日欠岡山県質疑)<sup>76)</sup>)。棄児に引受人又は養子女としての貰受人がない間でも、戸籍登記書式第二のとおり、拾上げの申出又はその筋への引渡等により直ちに加籍すべきものである(明治26年4月7日内務省指令(明治26年3月29日北海道庁伺)<sup>77)</sup>)。

なお、棄児の年齢につき、前掲明治6年第138号布告によれば、戸長が生年月日を見定めるものとされたが、戸籍登記書式第二によれば、「推測何年何月生」とのみあり、生日までは記載しない書式となったので、生日までは記載する必要はない(明治21年5月24日内務省回答(明治21年5月17日静岡県問合)、明治23年7月31日内務省回答(明治23年7月26日群馬県照会)<sup>78)</sup>)。

棄児は、満13歳になれば、新たに戸を立てる<sup>79)</sup>。なお、他人の引受となってその籍内にある者であっても、養子女とならず、別に一戸を立てるべき力のない者は附籍とし、一戸を立てさせるのが筋であるとして、13歳以後もその籍に置くことの可否を問う岡山県の質疑に対し、一戸を立てるのはそのとおりだが、必ずしも附籍とするに及ばないとの回答が出されている(前掲明治20年7月日欠内務省回答第33項)。

また、遺児(孤児)については、棄児に準じて養育米を支給し(明治7年12月13日太政官指令(明治7年11月28日内務省伺)<sup>80)</sup>)、迷児について

74) 登記目録書式第三 加籍目録 棄児之部(後掲②)。戸籍登記書式第二(後掲①)も参照。

75) 登記目録書式第十四 管内異動目録 管内送入籍之部(後掲③)。戸籍登記書式第二(後掲①)も参照。

76) 外岡編『資料』2巻2冊下4172。

77) 外岡編『資料』3巻2冊5174。

78) いずれも外岡編『資料』3巻2冊4311, 4761。

79) 登記目録書式第十五 管内異動目録 異動之部 棄児立戸(後掲④)。

80) 外岡編『資料』1巻2冊598。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(1)(許)

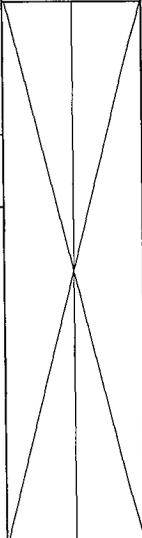
も、既に述べたように、棄児同様に取り扱い、養育米を支給することされている<sup>81)</sup>。

(未完)

---

81) 前掲注32) 参照。迷児で引取人のない者は、棄児に類するものとし、30日間掲示の後、棄児の例にならい、姓名を付し、養育米を支給する(明治[12]年[12]月日欠東京府指令(明治年月日欠深川区伺)(外岡編『資料』2巻2冊上2130)。

①

戸籍登記書式第二											
何府何郡何町											
何年何月何日何町何番地地先ニ於テ拾上④											
△何年何月何日何町平民氏名養子ト為ル④											
何年何月何日何町通何処ニ於テ拾上④						棄 兒					
△何年何月何日何県何郡何村平民氏名引受ト為ル④						棄 兒					
推測何年何月生						△—氏—名—					
△—氏—名—						推測何年何月生					

△印は朱字又は朱線。

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (1) (許)

②

登記目録書式第三  
明治何年加籍目録  
棄児之部  
第 号

棄児

氏

推測何年何月生  
名

右何月何日何村何番地ニ於テ拾上ケ

③

登記目録書式第十四  
明治何年管内異動目録  
管内送入籍之部  
第 号

何町何番地平

民氏名引受棄児  
氏 名

右何町預リノ処引受ク何月何日届出

④

登記目録書式第十五  
明治何年管内異動目録  
異動之部  
第 号

何町何番地平

氏

推測何年何月生  
名

右棄児ノ処満十三歳ニ達シタルヲ以テ新ニ一戸ヲ立ツ

(明治 19 年内務省訓令第 20 号別冊 (官報 990 号附録) 及び明治 20 年内務省訓令第 35 号 (外岡編『資料』2 卷 2 冊下 1156) をもとに許作成)