

《論説》

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル 法律について(2)

——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)

一 教育所法の概要

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—法典調査会での議論

(本号)

三 孤児法案と教育所法案

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

(以下、未刊)

3 孤児法案の修正

4 教育所法案

四 教育所法のその後

むすびにかえて

(3) 旧法と棄児一法典調査会での議論

ア) 修正案の提出

子が父の家に入り、父の知れざる子が母の家に入り、父母共に知れざる子は一家を創立するという旧法第 733 条の規定は、旧法の原案(民法第一議案甲第 48 号)には含まれていなかった。父母の知れざる子について一家を創立することを認める修正案は、第 138 回法典調査会(明治 28 [1895] 年 11 月 20 日⁸²⁾)に起草委員から提出された。

修正案 起草委員提出

第七百四十二条 父母ノ知レサル子ハ一家ヲ創立ス

梅謙次郎は、修正案を提出した理由について、次のように説明する⁸³⁾。

是は元の案になかった、語り言ふを待たないと云ふ位であつた尤も明文がなかつたら斯う云ふことになる父母か知れば其時に当然父母の家に這入ると云ふことになる所がそれに付いては我々の間でも色々協議をしましたのが勿論父母の知れざると云ふのは一日か二日か知れぬのが此中に這入るのでない法律上知れざるものと看做される語り棄児と云ふやうな場合に此箇条の適用があるさうすれば是は元の法典にあつたので既成法典の二百五十五条、私共は是はなくても此通りになると云ふ考えてあつた併し或は疑が起るかも知れぬ且つ一家を創立するときは外の場合でも書かなければいかぬと云ふので例へは離籍せられたるときも一家を創立すと云ふことになつて居るから是だけ書かぬと云ふのは可笑しいから實質上に於ては別段御異議もなからうと考へたので語り實質を改めたのではない寧ろ明了にする積

82) 第 138 回法典調査会の日付は、後掲注 83) のいずれにおいても 11 月 2 日となっているが、第 137 回が 11 月 15 日、第 139 回が 11 月 22 日であり、誤りである。第 138 回の日付については、民法成立過程研究会『明治民法の制定と穂積文書』83 頁(福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』(日本立法資料全集別巻 1, 信山社, 1989) 所収)によつた。

83) 『法典調査会民法議事速記録』(一橋大学附属図書館蔵)〔以下『民法議事速記録』〕46 卷 28 丁裏-29 丁表 [53 頁]。本稿では、法典調査会の議事録は、特に原文で引用する場合を除き、カタカナを平仮名に直し、筆者の判断において改行したものを掲げる。なお、検索の便を図るため、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五』、同『法典調査会民法議事速記録六』(日本近代立法資料叢書 5・6, 商事法務研究会, 1984) の該当頁を [] 内に示す。

りて此条を置いた

梅の説明によれば、父母が法律上知れないものとみなされる棄児にこの箇条の適用があること、旧民法人事編第255条にあったものを原案に置かなかったのは、規定がなくてもこのとおりになると考えたこと、この箇条を置くことにしたのは、疑いを避けること、一家を創立するときは、他の箇条でもそれを書かなければならないので、ここだけ書かないのはおかしいこと、実質上は別段異議もなからうと考えた、つまり、実質を改めたのではなく、むしろ明瞭にするつもりでこの条を置いたことである。

この説明に対し、富井政章は、「此規定ニ付テハ少シ疑ガアル」と述べ、「初メノ案ニ入レナカツタノハ只言ハズトモ当然ト云フコトデハナカツタ」として、富井の考えを示した⁸⁴⁾。

父母の知れざる子と云ふのは棄児とか迷子であるどちらにしても極小さいものであるさう云ふものを法律上当然一家を創立すと云ふのは如何なものであらうか私通の子姦通の子さう云ふ者は多くは父母の知れざる子ではない只父が知れぬと云ふことは多いが母は多くの場合に於ては知れて居る一寸芸者のやうな者さう云ふ者は幾ら不体裁の場合でも母とは親子の関係が生ずるのみならず戸籍上は母の方に附くのであらうさうして見れば普通の子で父母の知れざる子と云ふ者は少なからう多くは棄児である父母の中どちらかが知れて居れば一家を創立することにならぬ其場合に権衡がどうであらうか知れないと言ふても父母があるに違いない只知れないと云ふだけで一家を創立すると云ふのは理屈上どう云ふものであらうか

併し実際知れて居らぬものを戸籍上誰の籍に付けるのかそこが困難なものであるそこはどうか戸籍法で始末を付けることになれば其方が善くはないかと思ふ殊に小さな子である小さな子が一家を創立すると云ふのは是れから先長い間一本立て行くと云ふのは困るか知れぬと云ふ考えがある

富井は、1・2日あるいは3・4日父母がわからないときは知れざるという解釈にはならず、そうなると、どこかで「知レサル」とする区域を付けることになり、不確かなものとなって困ること、また、一家を創立してしま

84) 『民法議事速記録』46巻29丁表-30丁裏 [53-54頁]。

うと、手続を経ないと父母の家族になることはできないこととして、戸籍法の方で考えるほうがよいとの考えを示した。そして、民法に規定を置くとしても、認知のない間は一家を創立したものとみなすと規定するほうが良いと述べた。

規定を置くならば斯う云ふことにしたならば理屈丈けは宜からう父母の知れざる子は知れる迄は認知なき間は一家を創立したるものと看做すさう云ふものとして扱ふを得ず許して扱ふけれども知れたらば当然父母の籍に附くべきである知れなければその間一家を創立したるものと看做すと云ふことにしたら善くはないか

とはいえ、富井は、実際の利害については迷うので、本案のとおりではないかなという考えはないので、疑いを述べたに留まることを示して発言を終えた。

梅は、この富井の発言を「反対説」とし、「説明ノ範圍デ弁駁シテ置カナケレバナラヌ」、「我々ハ其御論ニハ些ツ共感服シナイ」とかなり詳細に反論を加えた⁸⁵⁾。まず、富井の反論が迷児に関するものであり、そういう場合でもこの箇条の適用があっても差し支えなく、富井のいうように、「父母ノ知レヌ間ハドウスルカ無籍者ニシテ置クコトハ出来ヌト云フコト」であることを確認する。それを、富井のいうように戸籍法で決めるということについては、こういうものを民法に入れるべきものか入れるべきでないかということが決まって、それから戸籍法に入れるので、民法に決まっていなことを戸籍吏が決めるということではできべきはずでないし、そういう場合であってもこの箇条の適用があつて宜しいと明言する。

そして、この箇条が、「十ノ八九ハ棄児ニ適用サレル」ことを前提に、棄児についての本条の適用について、次のように説明する。

棄児と云ふ者は自分の子としたくないから棄てるので後日になつて後悔すれば父なり母なりが認めれば宜いがそれは仕方がない富井君は曰く小さな子が一家を創立するのは生意気だと言はれるが少しも構わぬ只戸籍上独立

85) 『民法議事速記録』46巻30丁裏-32丁表 [54-55頁]。

の籍を持つと云ふことにしかならぬ其者が大きくなれば妻を持つてあらう子も拵へるであらうさう云ふときになつてから富井君の言はれるやうに大きくなつて父母が認めれば其棄児の大きくなつたものは勿論妻も子供も連れて這入ると云ふことになる第一に其親が資産でもある人でなければ認めませぬ認めたくはあるが之を認めると妻や子も這入つてくるから認知せぬというので認知と云ふ意思を之に依て妨げられる棄てられた方の子であつても多少親は分つて居るが棄てられたものであるから子の方から親に対する愛情がない殊に棄てた子という者はぶらんさん〔筆者注：原文のまま〕⁸⁶⁾で居つたか知らぬ自分は養育院か何かに這入つて学問をして立派な役人になり又は商人になつて居る親の家に這入ることを好まぬそれでも富井君の御論にすると其不徳義なる棄てた者の家に這入らなければならぬと云ふことになるさう云ふことをせんでも宜い親が入れたければ入れる夫れ故に一家を創立すということにした方が宜しいと云ふので斯う致しました父母の知れさるということは漠然として居ると云ふ御話でありましたがそれは知れさるといふ者はいつも漠然として居る丁度生死の分明ならさると云ふのとそれから往方知れさると云ふのと同じであつて争が起れば裁判官の認定に任かせる棄児であるから父母の知れざるということは是れは仕様のないことであると思ふ

梅の説明に対し、土方寧が、私生子の場合に父も母も認知しないときについて尋ねたところ、梅は、認めなければ法律上〔筆者注：父母の〕知れざる子であり、後になって父を探し、母を探して親子の関係ができれば、知れざるではなく、知れるのであると答えた⁸⁷⁾。

ところが、この後の法典調査会では、富井に同調する意見や原案に疑問を提示する意見等が出、梅は、さらに原案の説明をすることになった。それらの意見は、当時の棄児に関する取扱いを前提にしながら、家と戸籍に

86) ぶらりさん、ぶらのさん、ぶらんのさんともいう。職がなくぶらぶらしている人(大久保忠国・木下和子編『江戸語辞典』(東京堂出版、1991)), なすこともなくぶらぶらしている人、無為徒食の人(『日本国語大辞典(第2版)』11巻(小学館、2001))。

87) 『民法議事速記録』46巻32丁表[55頁]。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(2)(許)

ついでに理解が委員の間で異なっていることを窺わせるものとなっている。以下、やや詳しく紹介する。

イ) 削除説の主張

まず、高木豊三が、議論としては尤もであろうが、富井に同意であるとし、次のように述べた上で、もし富井が修正案として出さないのであれば、自分が本条の削除説を出すと発言した⁸⁸⁾。

現に梅君の説明にも此条の適用を見る場合は多くは棄児の場合である如何にもさうであると考える此棄児なる者は一家を創立すると言つた所が梅君も御覚悟の通り名義上無形の者である富井君は戸籍法でどうか規定したいと云ふことでありますが戸籍法に属しますか行政法に属しますかそれはどうか知りませぬが私は斯う云ふ場合は無宿者の迷児と云ふ者は外の欧羅巴辺りでも市町村の子と云ふことになつて居る決して別に一家を創立すると云ふことはない日本では家があり戸籍があると云ふことでありますが現に今日の状況では棄児迷児と云ふ者には一家を創立すると云ふことは無論ない養育院のある所は養育院に入れませうが全国の中で養育院を立て居る所は少ない市町村が兎に角養つて居ると云ふのが今日の実際に行はれて居る有様であるそれで結局民法が実施されるに至つても斯う云ふものを一々戸籍吏に届けて往つて一家を創立すると云ふ必要はあるまい若し市町村なら市町村の厄介者とする、外へ付けやうと言つても何処へもくつ付けやうがない若し籍に入れると言へば市の籍に入れるより外ないそれを戸籍に入れて一家を創立すると云ふ必要はあるまい是れは戸籍の方にさう云ふことが規定になるか行政法の方に規定になるか兎も角も民法でさう云ふことを規定する必要はないと思ふ若し富井君が修正案として御出しになりませぬければ私が進んで削除説を出します

この高木の発言に対し、横田國臣は、第742条については異論はあるまいと思つており、この案で宜しいと思つたと述べた上で、市町村の子という考えを、しかし棄児の養育については別の話であるとして、次のように述

88) 『民法議事速記録』46巻32丁表-33丁表 [55頁]

べて、退ける⁸⁹⁾。

今の棄児を養育すると云ふことは別の話で市の子にするとか村の子にするとか村と云ふ者が戸主になるとか云ふやうな規則を出すと大変六かしくなる仮令ひ棄児でなくても今生れた子が父母が死んだならば皆養育院にやらなければならぬそれは一家を創立すると云ふことにして置けば宜い之に付て別段市の子にすると云ふことは決して面白いことはないと思ふ

しかし、これについて、考えてもらいたい点があるとして、さらに次のように述べる。

斯う云ふ者が一家を創立するならば戸主の親族でない者も一家を創立せざるまいそれが私は変です親は人の家族であつて子は一家を創立すると云ふのは誠に可笑しい親は親族であるが子は親族でなくなつて仕舞う是は此に入れるか何か別段に規則を御立てになるのでありますか

ところが、高木は、起草委員の説明で文章には疑いはなく、しかし、横田が、市の方に属するというを驚いたようにいったことに驚いたとして、横田の発言を非難した。横田は、これまで、家もない者が一家を創立するというのではないという主義であつたのに、「町ノ真中ニ捨ラレタソレガ一家ヲ新立スルノハ賛成ダト云フノハ以テノ外ノコトデ主義ヲ御変ヘニナルノハ御都合デアリマセウガ市ノ戸主ト云フ者ハアリサウモナイ」とかなり手厳しい。そして、次のように述べた⁹⁰⁾。

棄児をして居るものは今日は既に非常な数である斯う云ふ者を養育院の帳簿に入れて置いて教育もしてやれば職業も教へてやるそれが家を立てるやうになつて一家を創立し初めて独立の者になるそれ迄の間は市の養育院にあつて何の不都合もない養育院の子供を一家を創立して悉く戸籍に載せると云ふのが実に不思議千万なことであると思ふ今日も実際に行はれていることで之を削って置いて実際差し支へはないと思ふ

高木の意見は、満13歳になるまでは立戸を認めないという当時の棄児の籍の取扱いを、民法制定後も実質的に変更する必要はない(独立するまで

89) 『民法議事速記録』46巻33丁 [55-56頁]

90) 『民法議事速記録』46巻33丁裏-34丁表 [56頁]。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

は家として認めない(戸籍に載せない)というものである。このような意見の背景には、戸籍に載る家は、独立した、実質を伴ったものでなければならぬという考えがあり、棄児が、棄児であるというだけの理由で(棄児であるために父母が知れないというだけの理由で)家を新立すること(戸籍に登録すること)ことは望ましいことではないという考えがある。それは、棄児には乳幼児が多いので、乳幼児が一家を創立することへの疑問によるものかもしれないが、棄児でない乳幼児が戸主になることに何の疑問も示されていないことを考えると、やはり、棄児が一家を創立することへの疑問が大きいものと思われる。

旧法において、「家ト云フノハ無論籍ヲ云フノテ有形ノ建物ヲ指スノテアリマセヌ或ハ籍ト書カウト思ヒマシタガ何ンタカ戸籍簿臭イカラ民法テハ家ト書キマシタノテアリマス」⁹¹⁾ というものである。明治31年戸籍法によれば、戸籍は、一戸毎に、即ち民法上の家毎に編製され、家の構成員である戸主及び家族の身分事項等が記載された⁹²⁾。入家・去家は入籍・除籍として処理され、家の異同は戸籍の異同でもあった⁹³⁾。このような旧法及び戸籍法の立場からすれば、家は戸籍と同意義の、いわば形式的観念的な存

91) 第125回法典調査会(明治28[1895]年10月16日)における富井の発言(『民法議事速記録』42巻71丁[498頁])。

92) 戸籍は1戸毎に1本を作り、戸主及び家族の氏名や身分事項等を記載した(明治31年戸籍法175条、176条)。

93) 第125回法典調査会において、家族の範囲を定める原案第738条(旧732条1項)をめぐる、穂積八束から民法にいう「家ニ在ル者」の意味、「家ニ在ル者」と戸籍との関係について質問があり、家族たると否とは戸籍によって定めるのかという質問があった。長谷川喬からも同様に、「家ニ在ル者」というのは戸籍内にある者ということならば、戸籍内にある者と書いてはいけないのかという質問があった。富井は、全く戸籍内のことであるが、そう書くとの前の方も改めなければならず、民法のように純然たる私法上の権利義務の訴えを定める法律には、戸籍というような字よりは家という字のほうが宜しかろうというただ感じの上の違ひがあるので、籍といわないのであると答えている(『民法議事速記録』42巻81丁裏-82丁表[504頁])。もっとも、離籍については、離家とはいえないので、他に言い方がないと説明している(同83丁表[505頁])。

在であり、一家の創立といっても、梅のいうように「戸籍上独立ノ籍ヲ持ツト云フコトニシカナラヌ」ものであるから、家の実質を問わず、直截に棄児による一家の創立を認めることになる。従来のように、棄児が満13歳になるまで家を認めないこと、即ち戸籍を認めないことは、その間、棄児が無籍となることになり、家の制度を認めて日本国民(臣民)を家(戸籍)の仕組みの中で把握しようとする立法政策に反することになる。

それに対し、高木の意見は、家が戸籍によって登録されるものであることを認めつつ、登録されるべき家の実質を重視し、実質を伴わない家が戸籍に登録されることを認めようとししない。実質を伴わない家であってもその創立を認めて戸籍に登録しようとする梅の立場は、高木には到底納得できるものではなかったであろう。

このような考え方は、同様に削除説を主張した土方寧の意見にもみることができ。

土方は、高木の発言の後に、「理屈カラ言フト斯ウナラナケレバナラヌト思フ」といいつつ、赤ん坊が一家を創立することは、日本の習慣に合わない⁹⁴⁾と述べる。

日本の人民として家族に非ざる者はない家の家族でない⁹⁴⁾と云ふやうな者はないことになつて居る赤ん坊であらうがそれが一家を創立すると云ふのは家と云ふ趣意に背く人の住まつて居る家と云ふことではありますまいしそれから又もう一つ日本の家と云ふ者の先祖代々の血筋を受けて来た⁹⁴⁾と云ふことはない此場合に一家を創立すると云ふやうな大げさなことを言ふのは従来の日本の思想とは合はぬそれ故に日本の家族制度の結果としては家のない者はないさうかと言つて家と云ふことを普通の場合に付て言ふならば赤ん坊が其一人の身体を以て家とすることは日本の習慣にも合はぬ

そして、棄児の法的取扱いについて、次のように言う。

実際棄児とか孤児とか云ふ者は行政上別に取扱う規則があります併しそれ

94) 『民法議事速記録』46巻34丁表-35丁表 [56-57頁]。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

が不十分と云ふならば此処も改めたが宜い無籍者で宜いと思ひますそれで私は孤児棄児の類は無籍者として未成年の内は行政法の管轄で定めて置いて此点だけは高木君に御賛成を願ひたいが無籍者である間は一人でも宜い男でも女でも、女の方は年が長じて夫の家に這入るから宜しいが男の方は女房を貰う子が出来るさう云ふ時分には普通の規則で元、親が知れぬものである女房を持つて子が出来るそれが血統を継いで家族の根本になるのでありますから其場合には一家を創立しなければ困るそれは市とか村とか云ふ者の子にしても宜いけれどもそれが丁年になつたならば一家を創立することを得と云ふ趣意にしてもらいたい丸で削り放しにして置いて成長して妻帯して一家を構へると云ふ時期がきたならば無籍者としては困るさう云ふときには一家を創立することができると云ふことにして置きたい若し賛成がなければ残念なから置いて置くより消す方が宜いと思ひますから削除に賛成します

「丁年ニナツタナラバ」一家を創立し得る、「成長シテ妻帯シテ一家ヲ構ヘルト云フ時期ガ来タナラバ」無籍者としては困るというのは、独立して「一家ヲ構ヘル」ような者でないといふ一家を創立させるべきではないといふ考え方を示すとともに、家を血統の継続するものであり、そのような家だけが法律上も家として、戸籍への登載を認められるべきだといふ考え方を示すものであろう。棄児にはそのいずれもが欠けているので、家の中に位置づけられることができず、従つて、戸籍も与えられない、それらが備わるときまでは「無籍者」で良いといふのである。

ウ) 削除説への反論と再反論一家と籍

こうした削除論の主張に対し、梅は、「只今哀シイ御論ガ出マシタ」と述べ、この議場で〔筆者注：富井の論の〕賛成者はなかりうと思つたので、〔筆者注：先例等を〕調べてこなかつたこと、先見の明がなかつたと悔やむのである。そして、戸籍法例という本の中に、明治16年7月25日滋賀県伺があり、それによると、棄児が一家を創立することにはっきりなつてゐること、その時はその地の戸籍吏が新たにその者をすぐに書き込むといふ

ことになっていることを説明する⁹⁵⁾。そして、棄児の養育と籍との関係について、次のように述べ、無籍者は、行政上の取扱いでも非常に不都合なことが出てくること、また、未成年の間は籍がないが、成年に達したら一家の創立を認めることの方がかえっておかしいと指摘する⁹⁶⁾。

さう云ふのを養育院で養育することは横田君の言はれる通り養育すると云ふことと籍を持たせると云ふこととは丸で別問題で市の子とすると云ふことは途轍途方もないことで無論さう云ふことはあり得ない小さな子が家を持たぬで名目だけ家を立てると云ふことは分らぬと言はれますが横田君の言はれる如く親が死んで小さな子が残つて居る者が幾らもあるそれであるから戸籍上の家と云ふ者は無論無形の者であつて其家のあるために財産も何も要さぬ、それですから此棄児であらうと何んであらうと籍を持たして置く方が宜からう

無籍者と云ふのは行政上の取扱でも非常に不都合なことが出て来ることは私の喋々を待たぬことである土方君は半分賛成のやうな反対のやうなでありましたが其御精神は詰り成年になつたならば一家を持つやうにしたいと云ふやうな御演説がありましたそれは訳けの分らぬ御考へと言はなければならぬ何ぜならば籍を持つに付ては成年に限ると云ふならば宜いが籍を持つに付ては成年者たることを要せぬ即ち其籍は人の籍でなければ自分の籍、自分の籍であるならば自分が戸主であるそれでありますから戸主となるには成年者でなければならぬと云ふことであるならば御尤もであります

が戸主は乳呑子でも直ぐに戸主になつて差支えないそれだから棄子〔筆者注：原文のまま〕が今から家を持つと云ふことは可笑しくないそれより未成年の間は籍がないが成年になつたら戸主になると云ふことこそ却て可笑しい是れはどうか此儘にして置かれんことを希望します

この梅の発言に対し、土方は、「終リノ一点丈ヶ駁撃致シタイ」と述べ、

95) 『民法議事速記録』46巻35丁表-36丁表 [57頁]。確かにこれは、棄児が満13歳になったときの当時の取扱いであるが、戸籍法例という著書も、明治16年の滋賀県伺も、筆者は確認することができなかった。

96) 『民法議事速記録』46巻35丁裏-36丁表 [57頁]。

次のように反論を加えた⁹⁷⁾。

梅君の御説は家と籍とを混じて居る様に思ふ無籍者にして家の家族と云ふ者も這入る日本の国民が事実にて何やら分らぬものがあつてはならぬが戸主という名義になつて家と云ふ者がないだけの話である戸籍法になくても行政上の監督の下にあつて宜しいと思ふ其者が生長して女房を持つて子が出来た未成年者の女房だから無籍者だと云ふことでは行政上の取締りが困るから家を立てると云ふ事実に叶つてくる梅君の言はれるには赤ん坊一人でも戸主になると云ふのは如何にもさうであるが前からあつた家の子を受け継ぐと云ふのは又違つて語り無籍者が生長して女房が出来子が出来て無籍者に枝葉が出来ては困るから其時には一家を創立すると云ふことにしたい梅君の御考へは語り一家を戸籍と同視せられて居ると思ふ家と云ふ觀念が私の思ふ様でないと思ふことに帰すると思ふ

土方のこの発言は、先の発言を敷衍するものであるが、梅が家と籍を同視していることをはっきりと批判している。また、棄児が成長し、妻子を持つようになつても無籍者のままだと、無籍者が増えることになつて困るので、一家を創立させるという考えも示されている。

梅は、それまでの棄児の法的取扱いを前提にしつつ、家族制度を認めた旧法の建前から、棄児にも家を認めて戸籍を持たせることが民法上(形式上)必要なこと、家は、戸籍に登録されるが、その戸籍は、実際の居住関係や生活共同関係を反映しない、単なる身分関係の変動の記録でしかないもので、このような取扱いに何ら法的な問題のないことを説明しているにすぎない。「戸籍上ノ家ト云フ者ハ無論無形ノ者」であり、棄児であっても「籍ヲ持タシテ置ク方ガ宜カラウ」という梅の発言は、このような旧法及び明治31年戸籍法の原則を前提に、社会生活を送る便宜上籍が必要であり、そのために棄児は一家を創立しなければならないことを述べているのである。

しかし、土方や高木は、まさにこの点をめぐって、梅の説明に猛然と反

97) 『民法議事速記録』46巻36丁 [57頁]。

発する。彼らのような考えは、この土方の発言の直後にされた、重岡薫五郎の発言にもみることができる。重岡は、高木の発言に同意を示しつつ、この規定を置く必要のあることに理解を示す⁹⁸⁾。

私の考へは一家を創立すると云ふ事柄は随分大事な事柄であつて只猥りに家さへ殖へれば宜いと云ふ理屈はなからう詰り家か殖へるのは宜いことでありますが薄弱な家が殖へて社会の構造が加はるのは善くないと思ふ高木君の御説は至極御同意であつて棄児とか何んとかいうことに独立の出来るやうにするのは宜いがどうも今迄の立法の例では斯うならなければならぬと思ふ先刻議した七百七十条でも戸主死亡して相続人がなければ家族が一家を創立すると云ふ⁹⁹⁾ 此中には三歳七歳の赤ん坊があるかも知らぬ其関係から四百二十七条〔筆者注：742条〕の一家を創立すと云ふ此末文を御採用になつたのであらうと思ふ

重岡は、高木のいうように、棄児が(独り立ちする前に)家を創立することへの疑問を示しつつ、旧法の建前からそれを認めざるを得ないことを率直に認めているのである。

エ) 修正案再考の提案—原則の提示の必要性

ここで、奥田義人は、第742条について、この規定を置く前に原則を定めておく必要のあることを述べ、以後、その点をめぐって議論が交わされることになる。

奥田は、第742条に異論はないと思うが、これがここに定まるといふことになると、その前に、一つ原則が定まらなると不都合であるといふ¹⁰⁰⁾。

其趣意は例へば子は親の指揮に従ふ者である或は家族の配偶者に子が出来るとか妾に子が出来るとか私が戸主でなくして私が妾を持つて子を生んだと云ふ場合には生れた子は当然戸主の家族になるのでありませうかどうかとも

98) 『民法議事速記録』46巻36丁裏-37丁表 [57-58頁]。

99) 民法第一議案甲第49号「第七百七十条 戸主死亡シテ家督相続人ナキトキハ絶家シタルモノト其家族ハ各一家ヲ創立ス」。「絶家シタルモノト」の次に「シ」の字が落ちてゐる。『民法議事速記録』46巻4丁 [40頁]。

100) 『民法議事速記録』46巻37丁表 [58頁]。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

疑はしい

議長の箕作麟祥が奥田に対し、「サウ云フ条ヲ入レヤウト云フノデスカ」と尋ねると、奥田は、「サウ云フヤウナ所カラ子ト云フ者ハ親ノ次ニ附ク者テアルト云ウコトニナラヌト此七百四十二条ノ規則ガ出テ来ナイト思フノデアリマス」と答える¹⁰¹⁾。

梅は、この奥田の意見を「御尤ノコトデアリマス」と認めつつ、既に第738条にその意味を含ませていると思うと述べる¹⁰²⁾。第738条は、「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス」と規定するもので、第125回法典調査会において、議論の末、一応原案のとおりに決したものである¹⁰³⁾。梅が、「広クスウ云フコトニナツテハイケマセヌガ戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者並ニ直係〔筆者注：原文のまま〕卑属……」と発言したところ、奥田は、次のように述べた¹⁰⁴⁾。

それはそれで宜いかも知れませぬが今も私は穂積君と一寸相談したのでありますが大分困難な場合が出て来ると思ふ私が戸主でなくして妾を持つて居るそれに子が出来たそれを戸主に養育の義務を持たせる¹⁰⁵⁾と云ふことになると八け間ましい問題が出て来る是は或は熟考を要しはしないかと思ふ横田國臣も、自分も先ほどそのことを質問したが、答えがなかったといい、配偶者を家族とした以上は、それは当然のものとして認めて宜しいと述べた¹⁰⁶⁾。

その後、奥田から、第742条について、まず未定で、起草委員の再考を煩すことにしたいこと、今のことについては、我々からこの次までに考えて案を出すということの許可を求める発言がされ、穂積陳重から、事によつ

101) 『民法議事速記録』46巻37丁裏 [58頁]

102) 『民法議事速記録』46巻37丁裏 [58頁]。

103) 『民法議事速記録』42巻70丁以下 [498頁以下]。

104) 『民法議事速記録』46巻37丁裏-38丁表 [58頁]

105) 原案第747条(民法第一議案甲第48号)では、戸主は、その身分及び資力に応じて家族を扶養し、かつ教育する義務を負うものとされていた(旧747条参照)。

106) 『民法議事速記録』46巻38丁表 [58頁]。

たら親子の方で考えるかもしれないとの発言がされた¹⁰⁷⁾。

ここで、議長の箕作麟祥は、削除説が出たので、それについて決することを提案するが、それに対し、穂積八束から養子縁組に関連して重要な問題提起があった。この点については、次に述べることとし、削除説についての結果をみると、賛成少数ということで、削除説は否決され、原案の趣意はこのとおりに決することとなった¹⁰⁸⁾。

オ) 養子縁組との関係

穂積八束の質問は、この条が実際に適用されるときに生じ得る一かなり重要な一法律的な問題点を指摘するものである¹⁰⁹⁾。

(略) 私は適用上心得て置きたいのは實際上養育院とか何んとか行政上斯う云ふものを取扱う實際はさう云ふ者を育るとか何んとかして欲しいと云ふ者があればその者に直ぐにやるとか養子にやるとか云ふことにして居るのでありますが民法で一家の戸主があつて戸主権を認めるさうして戸主と云ふ者が養育院に住つて居ると自然そんなことは出来ないやうな訳になつて来るのでありますか此事は特別法のことであるから差障らぬものでありますか

この指摘を受けた穂積陳重は、少なくとも養子の問題については調査中であるとしつつ、「ドウモ養育院杯ニ居リマス者ガ一番貫ヒ手ガアル戸主デアツテモ、其場合ニハ明文ヲ設ケテ戸主デアツテモ隠居ヲ為スコトヲ得ト云フコトニシテ戸主デアツテモ差支エナイト思フ」と述べた¹¹⁰⁾。

次いで、横田國臣が、この問題に関連して、幼者(未成年者)の縁組の承諾に関し、次のように発言した¹¹¹⁾。

幼者と云ふ者は無論承諾が薄弱であります但し養子となるに親がやれば親の

107) 『民法議事速記録』46巻38丁表 [58頁]。

108) 『民法議事速記録』39丁裏 [59頁]。

109) 『民法議事速記録』46巻38丁裏 [58頁]。

110) 『民法議事速記録』46巻38丁裏-39丁表 [59頁]。

111) 『民法議事速記録』46巻39丁表 [59頁]。

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

権利でやる外の者がやれば外の者の権利でやると云ふことに御定めになる御積りでありますか養子にやつても其者が成年になつてから追認する迄は向ふに養はれて居つて其後に追認するものであるかそれに依て只今の問題は決するのであらうと思ふ是れは養子にやる程の自由ではないか知らぬが矢張り人の家督相続人になることでありますから孰れの場合でも其養育院からしても貰ひたいと云ふ者にやる併し本当に其家の養子となると云ふことは其奴が成年に成つてから認めると云ふことになるのか或はやりさえすればいつでも養子になるのかと云ふことで決することであらうと思ふ

穂積陳重は、「其問題ハ随分重大ノ問題」で、起草委員の内でも十分に熟議していないので、起草委員を代表しては何とも答えることは出来ないとしつつ、個人的には「幼少ノ時ニ人ノ家ニ貫ハレタ者ハ幾ラカ成年ニナツテ或ル場合ニハ制限ヲ設ケラレル方ガ相当デアラウカ」と思うが、どういうことになるかは分らないと発言した。

これは、本条が適用されると、棄児は、創立した家の戸主となるが、戸主のまま養子に出ることができるのか、また、棄児は幼者である場合に、その縁組の承諾を誰がするのか、また、そのような承諾の効力について問うものである。この問題は、穂積陳重も認めるように、法律的には重要な問題であるが、ここで決定することはなく、起草委員は、奥田の問題提起も含めて熟考することとした。

カ) 再修正案の提出

第 138 回法典調査会での議論を受けた修正案は、第 141 回法典調査会(明治 28 [1895] 年 11 月 27 日)に提出された¹¹²⁾。

修正案 起草委員提出

第七百四十二条子ハ父ノ家ニ入ル父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立ス [筆者注: 原文のまま]

梅は、この修正案について、初めの案でもこのつもりであったが、明文が

112) 『民法議事速記録』47 卷 3 丁 [139 頁]。

ないと多少疑いのあること、次の箇条のように制限のあることも必要なので、まずこういう原則を掲げておいて、それから例外を置くというのが当然の順序であると説明した。また、規定の位置につき、親子の所でもよろしいと思ったが、親子の所は家の問題ではないので、ここがよろしかろうこと、条文の体裁につき、元の案のではいかにも突出の嫌いがあるので、1項・2項・3項と分けないと形が悪いと思ってこのようになったことを説明している。

この修正案については、議長の箕作から、1項と2項を続けることにしてはどうかという提案があり、梅は、続けて書けばよろしいようだが、文章上少しまずい、しかし、これは、整理までに考えて置くと答えただけで、それ以上の議論はされていない。

次いで、次の修正案が起草委員から提案された¹¹³⁾。

修正案 起草委員提出

第七百四十三条 家族ノ私生子ハ戸主ノ承諾アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス

私生子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル

私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス

これは、第138回法典調査会での奥田の意見を踏まえて提案されたもので、特に議論もなく、原案に決した。

第743条については、後にさらに修正を加えられ、両条は、旧法第733条及び旧法第735条となった。

この後、棄児の一家創立について法典調査会で議論された様子はない。また、穂積八束や横田國臣の指摘した養子縁組に関連する問題については、後に、20歳未満の子の婚姻や縁組に対する父母の承諾等に関連して議論されたが(後述する。)、それらを考慮した規定が旧法に置かれることはなかった。その結果、旧法が施行されて2年後に、孤児法案が帝国議会に提出されることになったのである。

113) 『民法議事速記録』47巻3丁裏-4丁表 [140頁]。

三 孤児法案と教育所法案

前章において、民法編纂前の棄児の法的取扱いを概観し、旧民法及び旧法が棄児に一家の創立を規定したこと、法典調査会ではその点に対する疑問が示され、棄児が養子になるときに問題の生じ得ることが指摘されたが、旧法にはそれに関連する規定は設けられなかったことをみた。

本章では、孤児法案が必要とされるに至った背景や孤児法案の内容、また、帝国議会での審議について検討し、実際に教育所法として成立したことで孤児法案が解決を目指した不便は解消されたのか、さらには、法典調査会で指摘された問題は解決されたのかについてみることにする。

孤児法案の目的は、前述したように、孤児の解釈を定めること及び孤児が法律行為をする場合の便宜を与えるために孤児に法定代理人を定めることにあるとされている。孤児法案の孤児には、棄児や迷児のほか、本籍の判明している遺児も含まれるが、ここでは、主として棄児を念頭に置いて検討する。このようなことが最も問題となるのは、実際には、主に教育所に収容された棄児や迷児についてであると考えられるからである¹¹⁴⁾。

1 孤児(棄児)と法律行為

(1) 未成年者による法律行為

まず、未成年者が法律行為をする際の民法の原則的な規律について確認する。

民法上、未成年者は無能力者であり、法律行為をするためには、法定代理人の同意を要する(旧4条1項本文)。ここで法定代理人とは、親権を行う父若しくは母(家に在る父若しくは母。旧877条)〔以下、「父又は(若しくは)母」の意味で「父・母」と表記する。〕又は(未成年者の)後見人で

114) 棄児や迷児でない遺児については、親族等による保護(「家」による保護)がされ、また、理論的には旧法による対応で足りるはずであるが、実際には、遺児も教育所に収容され、棄児と同じように、法律行為をする際に不便を生じていたことは、後にみるとおりである。

ある。ただし、法定代理人の同意を要するのは、財産上の行為についてである。親族編については、親権を行う者又は後見人に未成年者の財産に関する法律行為についての代表権を認めるが(旧884条, 旧923条1項), 財産以外の行為については、法定代理人はなく、それぞれに規定するところによる¹¹⁵⁾。

子が婚姻をするには、男は満30歳、女は満25歳に達するまでは、その家に在る父母の同意を得ることが必要である(旧772条1項)。父母共に知れざるとき、死亡したとき、家を去ったとき、又はその意思を表示することができないときは、未成年者は、その後見人及び親族会の同意を得なければならない(旧772条3項)。本条に違反した婚姻は、同意をする権利を

115) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之一 総則編』(第33版, 明治44[1911]) (復刻版, 有斐閣, 1984) 17-18頁。この点で問題となるのが明治35年の民法中改正法律(明治35年法律第37号)附則第1項である。同法は、旧法第743条に第2項及び第3項を付加し、家族が分家をするときに、戸主の同意を得て、本家に在る自己の直系卑属を分家の家族とすることを認め、直系卑属が満15年以上であるときは、その同意を得ることを定めたものである。旧法にはこの旨の規定がなく、旧法第737条の手続による必要があったため、問題が生じていた。旧法第737条によれば、戸主の親族で他家にある者は、戸主の同意を得てその家族となることができるが、未成年者は、親権を行う父・母又は後見人の同意を得ることを要した。身分に関する行為は、通常は、意思能力があれば単独ですることができ、法定代理は認められないが、親族入籍によって他家の家族になることは、財産のみならずその身上にも関わることなので、親権を行う父・母又は後見人の同意を要することとし、この点においては、財産に関するのと同様の能力を要するものとされたのである(梅『民法要義四』25頁)。しかし、意思能力のない者には旧法第737条は適用されず(梅『民法要義四』25頁)、その結果、不当な結果が生じていた(詳しくは「第16回帝国議会議院国有森林原野入会ニ関スル法律案, 民法中改正法律案, 不動産登中改正法律案, 登録税法中改正法律案委員会会議録(速記)」第2回及び同第3回参照)。民法中改正法律附則第1項は、意思能力のない直系卑属については、法定代理人が代わって旧法「第七百三十七条第一項ノ規定ニ依リテ分家ノ家族ト為ル手続」をすることを認めた。親族入籍をはじめとする家籍の移動は、財産に関する行為ではないので、法定代理人ではなく、「親権ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人」がすべきものとも考えられるが、分家の家族となる「手続」なので、あるいは、財産に関するのと同様の能力を要する行為なので、法定代理人が代わってすべきものと考えられたのだろうか。それとも、「親権ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人」の意味で法定代理人という文言を使ったのだろうか。

救育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(2)(許)

持つ者から裁判所に取消しを請求することができる(旧783条)。

満25歳に達しない者が協議上の離婚をするには、旧法第772条の規定によりその婚姻について同意をする権利を有する者の同意を得ることを要する(旧809条)。

養子縁組については、まず、養子となるべき者が15年未満のときは、その家に在る父母がこれに代わって縁組の承諾をするをすることができる(旧843条1項)。満15年以上の子が養子となるには、その家に在る父母の同意を得ることを要する(旧844条)。また、縁組又は婚姻によって他家に入った者がさらに養子として他家に入ることを欲するときは、実家に在る父母の同意を得ることを要する(旧845条)。これらの場合、父母共に知れざるときについての旧法第772条第3項の規定が準用される(旧846条1項)。なお、旧法第844条から旧法第846条までの規定に違反した縁組は、同意をする権利を有する者から、その取消しを裁判所に請求することができる(旧857条1項)。

養子が15年未満のときの協議上の離縁は、養親と、養子に代わって縁組の承諾をする権利を有する者との間で行う(旧862条1項)。満25歳に達しない者が協議上の離縁をするには、旧法第844条の規定により縁組について同意する権利を有する者の同意を得ることを要し、かつ、この場合にも旧法第772条第3項の規定が準用される(旧863条)。

このように、未成年者は、財産上の法律行為には法定代理人(親権を行う父・母又は後見人)の代理又は同意を、財産以外の行為には家に在る父母の承諾・同意か、後見人及び親族会の同意を必要とする。棄児ではない(父母の知れている)未成年者にとっては、このような規律によっても問題を生じることはないが¹¹⁶⁾、棄児は、家に在る父母も親権を行う父・母もいないので、後見人を選任する必要がある。この点に留意しながら、次に、棄児が法律行為をする際の問題について概観する。

116) なお、家族が婚姻又は養子縁組をするには戸主の同意が必要であるが(旧750条)、棄児は自身が戸主であるため、この点は問題にならない。

(2) 棄児と法律行為

棄児は、父母が共に知れないため、一家を創立する(旧733条3項)。棄児の戸籍は、旧法に付随する明治31年戸籍法の下で、次のように編製される(以下、特に示さない限り、ここでの参照条文は明治31年戸籍法のものである。)¹¹⁷⁾。

棄児を発見した者は、24時間以内に、その旨を戸籍吏に届け出ることを要する(75条1項)。棄児発見の届出があれば、戸籍吏は、子に氏名を命じ、かつ、付随する衣服、物品、発見の場所、年月日時その他の景況並びにその子の出生の推定年月、氏名、男女の別、引受人の氏名、職業、本籍地及び所在地又は育児院の称号並びに場所及び引渡しの日を調書に記載し、届書に添え置く(同条2項)。この調書は、登記については、届書とみなされる(同条4項)。

この第4項の規定の趣旨は、次のとおりである¹¹⁸⁾。明治31年戸籍法は身分登記の制度を設けており、身分登記は、同法第4章(身分ニ関スル届出)の規定により、届出をした事項を記載することを要する(22条)。第75条第1項の届出は、単にその棄児を発見した旨を記載したものにとどまり、同条第2項の事項も、戸籍吏の作成した1個の調書にすぎない。第22条の規定により第75条第1項の届出に記載した事項を記載するならば、棄児の身分登記には、単に棄児発見の事項のみを登記するにとどまってしまう

117) 棄児発見時の取扱い等については、公布されなかったが、明治15年元老院会議附議戸籍規則に規定がある(福島正夫編『「家」制度の研究—資料篇一』(東京大学出版会、1959)101頁以下)。民法草案人事編は、第466条及び第467条に棄児に関する規定を置いたが(関連して、「民法第一草案の身分証書草案」福島正夫編『「家」制度の研究—資料篇二』(東京大学出版会、1962)24頁以下も参照)、旧民法には規定はなく、旧民法に付随すべき戸籍法として起草され、貴族院で可決されたものの、衆議院で否決された明治23年戸籍法案には規定が置かれていた(35条以下。「明治二十三年戸籍法案および説明書」(福島正夫編『「家」制度の研究—資料篇一』(東京大学出版会、1959)109頁以下参照)。明治31年戸籍法では、第75条以下に規定が設けられている。

118) 白井水城『戸籍法詳解』(訂正増補第3版、明法堂・有斐閣、1898〔明治31〕)〔以下、白井『戸籍法詳解』〕177頁。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について(2)(許)

う。それでは事実を知ることができないので、同条第2項の調書に記載した事項をも登記させるために、第4項が、特に登記については、同条第2項の調書を届書とみなす旨を規定したのである。

明治31年戸籍法の下では、戸籍吏は、身分登記をし、又は戸籍に関する届出を受理したときは、戸籍の記載をすることを要した(178条以下)。

戸籍吏は、棄児発見の届出があれば、明治31年戸籍法第75条第2項の手続をし、第4項により本籍人身分登記簿出生の部に登記をした¹¹⁹⁾。この場合、別に一家創立の手続をとる必要はなく、この登記に基づいて、郡市区町村を記し、地番を付さない戸籍を編製する¹²⁰⁾。棄児発見の登記をして新たに戸籍を編製したときは、一家を創立したものであって、棄児は、この家の戸主となる¹²¹⁾。

棄児発見の手続によれば、戸籍吏の権限により棄児の戸籍が作成されるが、棄児には父母がなく、親権を行う者がない。そのため、未成年後見を開始し(旧900条一号)、棄児が法律行為をするためには、後見人を選任しなければならない。

後見人は、最後に親権を行う者が遺言によって指定することができ(旧901条1項)、この規定によって家族の後見人となる者がいないときは、戸主がその後見人となる(旧903条)。しかし、棄児には、これらの規定によっ

119) 明治31年10月12日民刑第1538号民刑局長回答(司法大臣官房文書課『親族相続戸籍ニ関スル訓令通牒録』(戸籍学会、明治40〔1907〕)〔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/2938563>〕〔以下『通牒録』〕599)。棄児発見の登記例として明治32年10月19日民刑第1817号民刑局長回答(『追徴録』1296)参照。

120) 明治31年11月17日民刑第1753号司法省民刑局長回答(『通牒録』835、836)、明治31年12月5日民刑第1981号民刑局長回答(『通牒録』907)。なお、戸籍には、通常の記載事項(176条)のほかに特殊な事項を記載することを要し(180条2項)、棄児の戸籍には、例えば、発見の年月日時、引受人の氏名、職業、本籍地及び所在地又は育児院の称号、場所及び引渡しの日月日を記載した(白井『戸籍法詳解』412-413頁)。

121) 明治32年3月23日民刑第2403号民刑局長回答(『通牒録』1140)。

て後見人となる者がない。そのため、親族会が後見人を選定しなければならない(旧904条)。親族会を開くべき場合には、会議を要する事件の本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、検事又は利害関係人の請求によって、裁判所が招集する(旧944条)。親族会員は3人以上で、親族その他本人又はその家に縁故ある者の中から裁判所が選定する(旧945条)¹²²⁾。未成年者に親権を行う者がなく、親族もない場合でも、本人又はその家に縁故ある者を以て組織した親族会において後見人を選任する¹²³⁾。棄児については、裁判所は、棄児発見者、引受人その他本人の利益に関わる者等本人に縁故ある者の中より会員を選定して親族会を招集することができる¹²⁴⁾。

後見人選任のために招集された親族会は、棄児のために後見人を選任し、直ちに後見監督人を選任することを要する(旧911条2項)。後見人選任と同一の決議を以て選任することもできるが、同時に選任されなかった場合には、直ちにさらに親族会を招集し、後見監督人を選任することを要する¹²⁵⁾。なお、無能力者のために設けた親族会は、その者の無能力の止むまで継続する(旧949条前段)。この親族会の招集権者は、最初の招集の場合を除き、本人、その法定代理人、後見監督人又は会員である(旧949条後段)。

なお、「届出ノ闕漏其他ノ事由ニ因リ本籍ヲ有」しない者は、裁判所の許可を得て、就籍の届出をすることもできる(197条)。棄児発見の届出は、発見した子について出生の届出があるか否か分明でなく、かつ、届出義務者がなく、又はその所在が不明な場合にすることを要する¹²⁶⁾。他方、就籍

122) 明治31年9月9日民刑第1273号民刑局長回答(『通牒録』207)。

123) 明治31年10月3日民刑第1393号民刑局長回答(『通牒録』474)。

124) 明治32年3月23日民刑第2403号民刑局長回答(『通牒録』1140。丹野④155-156頁には、東京孤児院に収容された孤児のために親族会を招集した事例が紹介されている。

125) 野上久幸『親族法』(三省堂、1928)〔以下、野上『親族法』〕481頁。

126) 明治31年9月22日民刑第972号民刑局長回答(『通牒録』348)。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

届は、出生届をする義務者¹²⁷⁾のない場合にすべきものとされ¹²⁸⁾、棄児発見の届出をする場合と状況が重なる部分がある。棄児を、出生届がされていない(届出の義務者もいない)ために本籍を有しない者とみれば、就籍の届出によることも可能であろう¹²⁹⁾¹³⁰⁾。ただ、一般に、届出をすべき者が未成年者であるときは、親権を行う者又は後見人が届出義務者となり(46条)、未成年者の就籍も、後見人から届け出なければならない¹³¹⁾。そのため、就籍の手続による場合には、まず棄児について親族会を招集し、後見人を選

127) 嫡出子は父(父ができないとき等に母)が、庶子は父が、私生子は母が、出生の届出をする義務を負い、これらの者が届出をすることができないときは、戸主、同居者、分娩に立ち会った医師又は産婆、分娩を介抱した者の順に届出の義務を負った(71条)。

128) 明治31年9月21日民刑第1390号民刑局長回答(『追徴録』341)。

129) 白井『戸籍法詳解』412-413頁は、明治31年戸籍法第180条について、棄児発見届により新たに家を立てることは、身分の変更を生ずるもので、これを登記し、その身分登記に基づいて戸籍を編製するものであるが、無籍戸主の就籍は、身分の登記をすべきものではないので、登記によって戸籍を編製することができず、就籍の届出に基づいて戸籍を編製すると説明する。

130) 棄児の戸籍を、棄児発見届により編製するか、それとも就籍届によるべきかについては、出生届と就籍届の異同も含め、困難な議論がある(現行法についてであるが、我妻栄ほか『戸籍Ⅰ 出生』(有斐閣、1958)19頁以下、185頁以下、263頁以下等に詳しい)。安達憲忠「浮浪児又は棄児遺児に対する法規上の取扱に就て」慈善2編4号(1911〔明治44〕)〔以下、安達「法規上の取扱」〕63-64頁には、司法省の戸籍記載例では、棄児あるいは父不詳母不詳と記載しなければならず、「是が殆ど刑罰的なものであります」として、貰いたい人(養子を望む者)も貰ってくれず、渋沢栄一(東京養育院院長)がこのことについて司法大臣に意見を提出したという。今日では、棄児発見届による事務処理は例外的な措置で、これに基づく戸籍の記載は子にとって好ましいものではないという観点から、他の手続によることができる場合にはそれにより、できるだけこれを避けることが望ましいとされ(加藤令造〔岡垣学補訂〕『全訂戸籍法逐条解説』(日本加除出版、1985)366-367頁)、(出生届によることができない場合には)就籍の手続によるべきとされているようである(「就籍と棄児発見について」戸籍672号58頁(1998))。

131) 明治31年9月21日民刑第1390号民刑局長回答(『追徴録』341)。区裁判所判事からの何で、10歳の幼者で、父母が死亡し、父の知人が引き取って養育していたが、出生届がされておらず、無籍なので、その就籍の手続を問うたものである。

任して、その後見人が裁判所の許可を得て就籍の届出をしなければならない¹³²⁾。

このような手続を経て選任された後見人は、後見監督人の監督の下、親族会の同意を得て、その職務を行った(旧910条以下、旧917条以下参照)。棄児の婚姻等については、後見人の同意に加えて親族会の同意が必要であり(旧772条3項及び本項を準用する旧846条1項、旧863条2項)、後見人は、関係する事件毎に親族会の招集を裁判所に請求しなければならない(旧944条、旧949条)。また、親族会は、後見人を免黜することもできた(旧917条3項、旧919条3項)。

このような規律が必要になったのは、民法が、取引行為だけでなく、婚姻や養子縁組も法律行為(契約)と構成したからである。権利本位の構成をとる民法は、個人に権利を与え、それを尊重することで私法的秩序を維持しようとする。個人は等しく権利能力者(法的人格者)とされ、その私法的生活関係は、個人の自由な契約によって形成される。夫婦や親子のような身分関係も、夫と妻、親と子との権利義務関係として構成され、また、婚姻や養子縁組は、当事者間の契約として規律される¹³³⁾。未成年者も契約の当事者とされるが、行為無能力者であるため、自らが法律行為をすることは認められず、法的な保護者が必要となる。通常は親が保護者となるが、親のない未成年者には、親に代わる保護者としての後見人が必須の機関となる。

棄児に後見人を選任することは、民法の建前からすれば当然の手続であり、また、選任された後見人がその権限を行う際の規定も用意されており、その意味では、何ら問題はないといえる。しかし、明治前期には、幼年の戸主のために後見人を置くことは認められていても、そうでない者(幼少

132) 丹野④156頁以下には、教育所法施行後のものであるが、東京孤児院に収容された孤児の後見人に院主(院長)を選任し、就籍の手続を進めた事例が紹介されている。

133) 我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店、1965)特に31頁以下、235頁以下等。

の家族や無能力者)の後見は認められていなかった¹³⁴⁾。従って、棄児や迷児の後見は、全く問題にならなかったというべきであろう。旧法はそれを改め¹³⁵⁾、家族は勿論のこと¹³⁶⁾、棄児であっても後見人をつけることにしたわけだが、それまでの棄児の法的取扱いとはかなり異なるものとなったことは否めない。

これに関連して、民法草案人事編は、未成年の子が婚姻するには、父母の承諾、父母共に死去し又はその意を表することができないときは父系の祖父母の許諾、父母も父系の祖父母も死去し又はその意を表することができないときは親族会の許諾を得ることを(47条-49条)、親子の分限が確定していない庶出子については親族会の許諾を受けることを規定した(50

134) 高柳真三「明治前期の後見と仲継相続」同『明治前期家族法の新装』(有斐閣、1987)339頁〔初出は1943〕、我妻栄「民法施行前の親族会」『判例に現れたる親族会』(判例民事法別冊附録、有斐閣、1955)663頁以下等参照。

135) 梅『民法要義四』397-398頁によれば、従来¹³⁴⁾の慣習では、戸主に限って後見人を付すべきものとしていたが、民事訴訟法の実施以来、家族に後見人がないために実際に非常に不便を生じていたこと、民法の制定により能力の規定及び各人の身分・財産に関する規定が精密になった以上は、家族についても後見人を付さざるを得ないという。奥田『親族法論』379-382頁以下によれば、旧慣の後見法はその不備が著しく、父母の保護するものなき幼者等に対する後見若しくはこれに類似の制度は、事実上行われたことに疑いはないが、法律上の制度としては全く公認されたことがないこと、明治初期の後見法は、幼少の相続者に後見人を付すべきことを命じたもので、近代欧州諸国の後見とは大いにその性質を異にし、後見人を付するのは、「幼少ノ戸主又ハ癡癲白痴〔筆者注：原文のまま〕ノ戸主ニ限り後見人ノ職務ハ被後見人ニ代リテ其戸主権ヲ代理行使スルヲ以テ其主眼ト」したものであること、旧慣における後見は、主として官庁に対する願届、若しくは訴訟行為等を為すにあたり幼年戸主の代理たらしめるべき必要に出たもので、後見人と被後見人との私の関係については法律はほとんどこれを放任したため、被後見人の財産が多額のものについては一種の営利の源の観があったこと、そこで旧法は、旧慣を棄て、主として欧州諸国の後見法を参酌して後見法の規定を設けたことが説明されている。

136) 未成年者の戸主に親権を行う者がなくても、後見人を置く必要がないときは、親族の意見により後見人を置かなくてもよいかという何に對し、明治32年3月9日民刑第185号民刑局長回答(『通牒録』1107)は、未成年者に後見人を付するのは、未成年者の利益を保護すべき公益上の理由があるからであるとして、後見人の選任を指示する。また、家族であっても、必要があれば後見人を設置する(明治31年10月27日民刑第1132号司法省民刑局長回答(『通牒録』724)。

条4項)。未成年者の縁組には、父母の承諾を要するが(204条)、父母共に死亡し又はその意を表することができないときは親族会の承諾、育児院に在って父母の知れざる子については院長の承諾を必要とした(205条)。また、後見に関連して、親子の分限の確定していない未成年者があるときは、検事の請求によってその地の地方裁判所が後見人を指定するものとしたが(275条)、育児院に在る未成年者の後見については、特別法によって規定するとして、民法には規定を置かなかつた(277条)。

それに対し、旧民法人事編は、子は、父母の許諾を受けなければ婚姻することができず、父母共に死亡し又はその意を表することができないときはその家の祖父母の許諾を、父母も祖父母も死亡し又はその意を表することができないときは、満20歳未満の者に限り、後見人の許諾を受けるものとした(38条-40条)。しかし、父母の知れざる子は、20年未満に限り、後見人の許諾を受けるものとし(41条)、育児院に在って父母の知れざる子は、20年未満に限り、院長の許諾を受けるものとした(42条)。養子縁組については、満15歳未満の子の縁組には父母の承諾を、満15歳以上の者は父母の許諾を受けるものとし(115条)、父母が死亡し又はその意を表することができないときは、その家の祖父母の許諾を(116条)、父母も祖父母も死亡し又はその意を表することができないときは、20歳未満の子に限り、第115条及び第116条に定めた年齢の区別に従って、後見人の承諾又は許諾を得るものとした(117条)。私生子についても、この年齢の区別に従って、母の承諾又は許諾によるが、父母の知れざる子については、第117条の規定が適用された(118条)。また、育児院に在って父母の知れざる子の縁組については、満20年未満の子に限り、上記の年齢の区別に従って、院長が承諾又は許諾することとした(120条)。

しかし、後見に関する上記2箇条は、(民法草案人事編第275条に規定する「其地ノ地方裁判所」が区裁判所と修正されて)再調査案(230条、232条)及び元老院提出案(240条、241条)まで維持されたものの、旧民法には規定されなかつた。

教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について (2) (許)

子の婚姻や縁組に対する父母等の承諾・許諾に関するこれらの規定は、いくつかの修正を受けて旧法に引き継がれたが(前述)、育児院に在る父母の知れざる子の婚姻や縁組について院長が承諾ないし許諾をする旨の旧民法の諸規定は、旧法には引き継がれなかった。その理由として、これらの場合には、むしろ育児院長を後見人にするほうが良いこと、また、後見のところに育児院長についての規定がないことがあげられている¹³⁷⁾。

しかし、後見人の選任手続をはじめ、その権限の行使に関する旧法の規定はかなり煩雑で、後見人は、後見監督人や親族会の監督を受けながらその職務を行わなければならない。被後見人には一定の財産があることを前提に、その財産を適正に管理させること¹³⁸⁾、また、被後見人が戸主であるときには、後見人が戸主に代わってその権利を行うことも認められていたので(旧934条1項)、その適正な行使を確保することも目的としていたのであろう。しかし、棄児については、いずれの事情も考慮する必要はないのが普通である。棄児に後見人をつける必要があるとしても、旧法の後見の規定をそのまま適用する必要があるのかどうか、特に育児院や養育院の院長が後見人となる場合については、検討の余地があろう。

この点に加えて、棄児は、自身が戸主であるために、その婚姻や養子縁組にあたってさらに手続を踏まなければならない場合があった。例えば、棄児が女性の場合、彼女は、創立された家の女戸主となるため、婚姻をする場合には、入夫婚姻によるか、他家に入ることを欲するときは、裁判所の許可を得て、隠居することを要した(旧754条)¹³⁹⁾。女戸主は、年齢に

137) 『民法議事速記録』46巻170丁裏-171丁表 [131-132頁], 52巻106丁 [677頁]。後者では、養育院にいる子の養子縁組に関連して議論がされているが、詳しくは、孤児法案及びその修正に関連して、三2以降で検討する。なお、前掲注124)の丹野④の事例は、教育所法施行前に、旧法の規定により育児院長を後見人に選任した事例である。

138) 戸主の財産は、戸主個人の財産ではあるものの、実質的には家の財産でもあるので、こうした規制は、被後見人たる未成年者の利益を保護するためだけのものとはいいい切れない側面も持つ。

139) ただし、無籍のまま婚姻することもできる(明治32年1月10日民刑第2289号民刑局長回答(『追徴録』1014)。さらには、無籍者の男子も、また、無籍者同

拘らず(満60歳未満でも)隠居することが認められていたが(旧755条)、隠居するためには家督相続人がいなければならない、実際には難しかったのではないだろうか。入夫婚姻も、同様に難しかったものと思われる。

また、新たに家を立てた者は、その家を廃して他家に入ることができる(旧762条1項)。廃家は、未成年者でも単独ですることができたが、身分に関する行為なので、意思能力を備えていなければならない¹⁴⁰⁾。このことは、当時の棄児の保護策として重要な位置を占めていた養子縁組¹⁴¹⁾をする際に、重大な障害となったものと思われる。救育所から養子に出される子どものほとんどが乳幼児で¹⁴²⁾、法的には意思能力がなかったからである。この点について、次にやや詳しくみることにする。

(3) 棄児と養子縁組

民法編纂前の養子縁組、とりわけ棄児の養子縁組がどのように行われたかは、はっきりしない¹⁴³⁾。しかし、明治初年の棄児の保護策が江戸時代の

士でも、通常の婚姻をすることができる(明治32年10月5日民刑第1107号民刑局長回答(『追徴録』1311, 1312))。

140) 野上『親族法』112頁、穂積重遠『親族法』(岩波書店、1933)〔以下、穂積『親族法』〕130頁以下。大審院昭和10年4月8日判決(民集14巻511頁)参照。

141) 安達憲忠「養子及び雇預に就て」慈善1編3号(1910〔明治43〕)66頁によれば、東京養育院では、子を養子に出すことが1番成績が良く、また、雇預職工の徒弟にやることも成績が良いので、なるべく小さい時から外に出しているという。子のない者が我が子として育てていくのが1番成績が良く、子どものためには仕合せだが、その代わり、養子にやった後は、一切の交際を断つ、交際をするに貰ってくれないともいう。ここでの交際が何を意味しているのかははっきりしないが、いずれにしても、実親の保護を受けられない棄児等の養子縁組は、慣例に従って(漫然と)行われていたのではなく、縁組が子の利益になることも確認した上で行われていたことがわかる。

142) 例えば、明治20〔1887〕年から明治35〔1902〕年に東京養育院に収容された棄児の半数は1歳未満であり、6歳以上は13パーセント(303名中40名)にすぎない。その多くが、貰い受けられ、あるいは養子に出されている。松本・前掲注31)81頁、87頁以下参照。

143) 棄児でない、実親と養親とが揃っている養子縁組については、高柳真三「明治初年の養子法」同『明治前期家族法の新装』(1987、有斐閣)1頁以下〔初出

それをほぼ踏襲していることを考えると、この点についても、江戸時代の捨子の養子縁組の手続が参考になるように思われる。

前述したように、江戸時代には、捨子は、奉行所の監督の下、捨子のされた町村が養育し、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。例えば、大阪御池通での捨子の養子縁組は、次のように進められた¹⁴⁴⁾。町内で捨子が発見されると、子どもが捨てられていた家の家主(軒^{のき}親)と町年寄が町奉行所に届け出る。奉行からは必ず町内で養育するように命じられ、また、貰人があれば、請人(保証人)を探して、奉行所へことわりに来るように命じられる。捨子は、近隣の乳の出る家に預けられる。次に、町は、捨子の養子先を探し、貰人が見つければ、その身元を確認する。貰人が確定すると、軒親と町年寄、貰人・請人・貰人の家主(貰人が借家人の場合)・町年寄がそろって奉行所へ行き、連名で捨子養育の願書を提出する。奉行所の許可が得られれば、捨子が引き渡され、その際に町側から養育料が貰人に渡される。捨子の処遇は、専ら子を発見した町が責任を負い、貰人の確定等もすべて町が行っているが、縁組には、奉行所に願い出て、その許可を得なければならない¹⁴⁵⁾。

明治初年も、棄児の処遇は、ある程度は同じように行われたのではないだろうか。明治12〔1879〕年の資料によれば、戸長は、市町村内において

は1927)、手塚豊「明治以後の親子法 明治民法施行以前」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅳ親子』(1957、酒井書店)130頁以下等参照。

144) 小堀一正『近世大坂と知識人社会』(清文堂、1996)232頁以下。

145) 海原亮「都市大坂の捨子養育仕法—『年々諸用留』の事例から」住友史料館報40号(2009)89頁以下にも、大阪の住友家で発見された捨子の処遇についての詳細な記述がある。捨子を発見すると、その旨とその所で養育することを(住友と町年寄が連名で)奉行所に届け出る。町奉行所は、追って貰人が見つければ申し出るように指示するが、養子先を見つけるのは捨子を見つけた町・住友である。養子先が見つかったときは、相手側の事情を調べ、貰人に請人を立てて捨子の受入れを町奉行所に願い出る。捨子を養育している町と貰人の町・村との間で子の引取りに関して覚書が交わされる。町奉行の正式な許可が下されると、子が引き渡され、捨子を預かっている町・住友側から養育料が渡される。なお、小堀の事例も含め、養子先を見つけるために仲介人のいたことが示されている。

棄児又は迷児があれば、直ちに警察署に報告し、かつ、速やかにその手当をする。まだ乳を必要とする子であれば、乳のある女性に託し、その手当を怠ってはならない。親元が不分明なときは、預り人又は貰受人を捜索して相定め、その旨所管の庁に届け、かつ、養育米を請願する等成規のようにする¹⁴⁶⁾。戸長は、棄児の処遇に責任を負っており、それは、捨子に対する町村の関わりを想起させる。

実際の届出等についての詳細は不明だが、棄児を拾い上げて養育する者が棄児養育届を、また、棄児を養子に貰い受ける者が棄児養子ニ貰ヒ受届を、県令宛に提出するという書式をみることができる¹⁴⁷⁾。明治19年式戸籍では、加籍目録・除籍目録に棄児拾上ケ、棄児引受、棄児引受替等が規定されているが、それらに相応する届出として、戸長(市区町村長)宛の、拾い上げて養育する者から提出する棄児拾上ケ届、また、新たに引き受けた者及び前引受人から提出する棄児引受替届をみることができる¹⁴⁸⁾。

これらの手続において、棄児の養子縁組は、棄児と貰親とを当事者とする契約というよりも、棄児を保護する権限を持つ戸長がその権限を行使し

146) 市岡正一編『戸長動向諸規則心得 巻ノ四』(1879〔明治12〕、耕文堂)〔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/789713>] 46丁裏。なお、府県職制並事務章程廃止府県官職制制定(明治11年7月25日太政官第32号達(輪郭附))では、戸長職務の概目として、「第三 戸籍ノ事」及び「第七 迷子捨児及ヒ行旅病人変死人其他事変アルトキハ警察署ニ報知ノ事」が規定されている。

147) 大島守人編『諸願届書式』(1877〔明治10〕)〔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/786673>] 26-27丁。棄児養育米願の書式も同所参照。ただし、これらの書式がどの程度使用されていたものなのかは不明である。

148) 宇都宮源平編『石川県戸籍届例』(改新堂, 1888〔明治21〕)〔国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/ingo:ndljp/pid/792371>] 28丁, 30丁。棄児拾上ケ届により、棄児の籍が作成されるが、戸主も本籍も記載されない。棄児が引受人に引き受けられるか、養子となった場合には、棄児の籍は除かれる(戸籍登記書式第二(前掲①)参照)。前者の場合、棄児は、引受人の戸籍に附籍される。なお、棄児拾上ケ届は、実際に拾い上げた者が養育して届け出る場合と、拾上げ人とは別の養育者から届け出る場合とがあり、棄児の取扱いの進行を考えると、後者の届出の方が多かったものと思われる。

て行うもので、一種の行政的なプロセスと評し得るものである。棄児の縁組は、貰親と棄児を預かっている戸長との間で取り決められ、戸長は、棄児の利益を考慮して縁組手続を進めるものの¹⁴⁹⁾、棄児の代理人(法的な意味での)として縁組に関わっているわけではない¹⁵⁰⁾。諸届出も、引受人(貰受人)から出されている¹⁵¹⁾。

このような縁組の手続が旧法では認められないことは明らかである。旧法の下では、まず、棄児に戸籍を作り、後見人をつけなければならない。棄児発見届によるのであれ、就籍の届出によるのであれ、いずれにしても、

149) 法的には戸長の権限だが、棄児が教育所等に收容されていた場合には、その教育所等が棄児の縁組を手配することが多かったのではないだろうか。例えば、東京養育院の「幼童縁組並雇預け及官給養育米料保管手続」(明治28年6月13日東京市訓令第79号)によれば、東京養育院で保育する幼童の貰受け等については、東京養育院が責任をもってその業務を担当していたことが窺える。東京養育院は、その保育幼童の貰受けの許可を得た者にはこれを引き渡し、その旨東京府又は東京市参事会へ届け出る(1条)。また、東京養育院保育の幼童の貰受けを東京府又は東京市参事会に願した者があり、東京養育院にその意見が諮問されたときは、東京養育院は、同院において探究した事情及び意見を申報する(3条)。『養育院60年史』358頁以下、特に364頁以下参照。

150) 棄児であるから、父母の承諾は問題とならないが、たとえ父母がいる児童であっても、教育所に收容されているものについては、父母の権限はあまり重視されていなかったように思われる。例えば、東京養育院の「幼童縁組並雇預け及官給養育米料保管手続」(前掲注148)によれば、東京養育院保育の幼童を職工の徒弟とし、又は店舗の走童とすることを望む者があるときは、東京養育院は、雇預として、その者に幼童を預けることができた(2条)。この雇預を望む者があるときは、その預り人の性質素行職業家計の程度及び雇預とする目的等を審査し、将来幼童の利益となるべき者に限ってこれを許可するものとされ(4条)、また、雇預とする幼童の父母が判明する場合には、一応その父母の承諾を得るものとされた(5条)。児童の雇預の手配は、東京養育院が行い、雇預をした幼童が満13歳に達するまでは委員長がその監督責任を負うので(6条)、父母の承諾は、雇預のものに対する父母の(法的な意味での)同意というよりも、東京養育院の手配した雇預を父母が了解するという程度の意味しかないように思われる。

151) 前述した明治32年3月23日民刑第2403号民刑局長回答(『通牒録』1140)(前掲注121)は、棄児の定籍は一家創立の戸主と同視することができないので、後見人を選任する必要はなく、養育者たる貰受人を以て親権を行う父・母又は後見人とみなし、貰受人1人の届出を以て足るとして養子縁組の登記をするべきかという戸籍吏からの伺に対する回答である。

裁判所に請求して親族会を招集しなければならない。後見人が選任されても、後見人は、後見監督人や親族会の監督を受け、養子縁組であれば、親族会の同意も得なければならない。しかも、棄児は、養子縁組をして養親の家に入るために廃家しなければならない、しかし、意思能力がなければ廃家することもできない。

このように、棄児の養子縁組は、旧法の制定に伴い、従来の手続に比べ、格段に煩雑なものとなった。育児院や養育院に在る棄児について、その院長を後見人に選任した場合にも、このような煩雑さを免れることができない。そのため、「孤児ノ婚姻離婚養子是等ヲ致シマスニ複雑ナ手数ガゴザイマス、其複雑ハ民法ニ関シマス、ソレ故大キニ其孤児ノ養子其外ニ有附クコトガ不便ニナリマシテ」¹⁵²⁾と衆議院本会議で報告されたように、棄児の養子縁組は難しくなり、棄児の保護の点からもそれは看過し得ないほどになっていたものと思われる¹⁵³⁾。穂積八東は、法典調査会で、棄児に一家の創立を認めることで養育院に収容されている棄児の養子縁組ができなくなるおそれのあることを指摘したが、それは、杞憂ではなかったことになる。

孤児法案は、こうした状況を背景に、民法の結果の複雑な手数を「簡便ニ致シマシテ差支ナイヤウニ」¹⁵⁴⁾するために、帝国議会に提出されたのである。(未完)

152) 衆議院議事速記録 27号 554頁〔寺田彦太郎〕。

153) 衆議院の特別委員会で、法案提出者の1人である横山富次郎は、棄児には親族がないので、法定代理人がなく、また、法定代理人を選定すべき親族会を組織するに由なきを以て、民法上一家を創立するにも拘らず、その法律行為に法定代理人の同意を得ることができない、従って、民法上有効な婚姻又は縁組をなすことができず、「是レ豈大ナル不幸ニアラスヤ本案提出ノ理由ハ実ニ爰ニアリ」と説明している(「孤児法案(横山富次郎君外七名提出)委員会議録」『帝国議会衆議院委員会議録、第14回帝国議会』(明治33〔1900〕)〔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/784070>〕〔以下「衆議院委員会議録」〕794丁。実際には、親族会を組織することはできるが、煩雑な手続を経る必要のあったことは既に述べたとおりである。

154) 衆議院議事速記録 27号 554頁〔寺田彦太郎〕。