

離婚後の子の帰属

— 明治民法はなぜ親権と監護を分離したか —

はじめに

1. 明治前期の慣例と指令
2. 子の帰属をめぐる離婚裁判
3. 旧民法の制定-「家」と子の帰属
 - (1) 明治初年の民法草案
 - (2) 旧民法第一草案
 - (3) 旧民法
4. 明治民法の制定-親権と監護の分離
 - (1) 法典論争
 - (2) 明治民法

おわりに

はじめに

現在、離婚の際、母親がすべての子どもの親権者になる割合は約八割りである(1)。母子家庭の平均収入は父子家庭よりはるかに低いが、それでも母親が子どもを引き取る例が多いのは、子どもにとっては何より母の存在が大切だと考えられているからだろう。しかし、母親が父親よりもすべての子を引き取るケースが増えたのは、1966年のことである。それ以前は、父親が子どもを引き取ることの方が多かった。

母親が子を引き取るようになった前提には、戦後の民法改正がある。現行民法は、協議離婚の場合、父母の協議によって親権者を定めることができるが、戦前の明治民法(明治31、1898年制定・施行)は、離婚後も基本的に「家ニ在ル父」が親権を行使し、場合により、父母の協議で監護者を母にすることができたにすぎない。しかも、その協議が整わない場合は、父が監護者になると決められていた(812条)。

明治民法は、このように母を父の劣位に置く不平等な法制度であったが、明治民法制定当時の西欧家族法もまた、多かれ少なかれ父の優位を規定していた。たとえば、1896年制定のドイツ民法では、離婚の際は無責の配偶者が監護し、双方有責の場合は、女子および6歳以下の男児

は母が監護するが、母の監護は子を代理する父の権利には影響がないとされた（1635条）。フランスのナポレオン民法（1804年制定）も、監護権は無過失者に与えられたが（302条）、母が監護者になる場合でも、「父が依然として親権の行使すを保持するとの構成がとられた」（2）。つまり、「日独仏いずれの法制のもとでも、かつては原則として父が親権（行使）者であることを前提としつつ、離婚後においては母にも子を監護させることの現実的要請があるため、母にも（身上）監護を与えることを余儀なくされた。そしてそこでは『親権と監護の分属』という構成がとられた」のである（3）。このように西欧近代の家族法が親権と監護を分離した上で、父を母の優位に置く不平等な法制度である以上（4）、明治民法もこうした近代法の枠組みの中に位置づけうるだろう。

しかし、明治民法の親権と監護については、必ずしも近代的制度としては理解されてこなかった。それは、主として「家」制度との関係で親権と監護が捉えられてきたからである（5）。たとえば、石川稔は、明治民法の不平等は、「子は『家』の子として『家』によって法的保護が与えられているという考え方に基づいていたと思われる。したがって、旧法では、子の利益はもちろん親の利益も考慮される余地のない法構造であった」（6）と述べる。「親権＝父権の段階から実質的に父母平等親権に至る過程において、母に全き親権を与えることを躊躇し、しかも子の福祉の要請から僅に賦与されたのが監護権である」と指摘した岡村益の先駆的な研究においても、明治民法については、「氏＝家の論理が親権者を決定したため監護権分離の現象を来した」と把握されている（7）。白石玲子は、西欧近代法の比較法史的研究から、親権と監護の分離には子どもの利益論に結合する形で、「育児は母＝女性の役割」とする「性別役割分担論」が存在していたとする新たな知見を提示しているが、明治民法については、「旧民法の家制度に基づく『家』本位の監護者決定方法を承継した」（8）と評価している。

だが、明治民法ははたして「家」制度に基づくがゆえに親権と監護を区分したのだろうか。後述するように、旧民法（明治23年、1890年制定）は「家」に子を帰属させるために親権も監護も父が行うとしていた。明治民法はこうした旧民法の規定をあえて修正して、母が監護者となる途を開いたのである。そうである以上、「家」制度との関連のみで、親権と監護の分離を捉えることはできないだろう。本稿は、明治民法がなぜ親権と監護を区分したのかについて明らかにするために、明治初年の慣例や指令から明治民法制定に至るまでの歴史的過程を分析する。明治民法制定以前には、離婚後の子の帰属について、様々な制度や慣習、構想があったのであり、明治民法がそれらをどのように改変し、また何を継承していったのかを考察する中で、明治民法の歴史的特質を明らかにしていきたい。なお、先行研究については西暦、史料などについては元号を用いることとした。

1. 明治前期の慣例と指令

近世社会では、離婚した場合、「江戸時代の慣習法では男子は夫方へ、女子は妻方へ引き取るという制が行われていたが、幕府法では、男女とも夫方で扶養する方針がとられていた」と言われている(9)。明治初年に全国の慣例を調査した『全国民事慣例類集』(10)でも、「凡ソ離縁ノトキ夫婦間生レシ子女アレハ男子ハ夫ニ附シ女子ハ婦ニ附シテ養育スルノ義務アル事一般ノ通例ナリ」と書かれている。庶民の間では、離婚の際、性別によって子を分ける習慣が広く行われていたことわかる。だが、『全国民事慣例類集』に書かれた具体的な事例を見ると、「稍異ナル条款」のためか、子どもをすべて父方が引き取る慣例の地方の方が、子の性別で分ける地方よりも多い。幕府法もかなり浸透していたものと思われる。

しかしながら、父の家で子を養育することが通例の地方でも、「示談」や「契約」によって、母方が子どもを引き取ることを認める場合がかなりある。「女子ヲ送付スル事中人以下ニ多シ」(美濃国)、「女子ニ限り許諾スル事アリ」(信濃国)、「嫡男ヲ除キ弟妹等ヲ付与スル事モアルナリ」(羽前国)といった記述が見られる。通常は父方がすべての子を引取る地方でも、なお子の性別や相続人かどうかは、母方への引取りを認める際の判断基準となっていた。また、地方によっては、母が事情により嫡男を引き取る場合や、一時的に乳幼児を養育する場合があった。階層によって違いがあったことも伺える。つまり、近世末から明治初年の「家」制度では、必ずしも父が子どもを全て引き取っていたわけではなかったのである。

このように、子の引取りの慣例は地域や階層によってかなり異なっていたと思われるが、明治政府は当時の様々な慣例をどのように統一しようとしたのだろうか(11)。

明治8年5月5日の白川県に対する内務省の指令では、妻が「長男」(幼児)を連れ帰ると「双方熟議ノ上」出願したのに対し、「離縁ノ妻長男ヲ連レ帰り候儀ハ不相成候事」とし、ただし、「疾病等ノ事故ヲ以テ相続人ニ不相立者ハ連レ帰り不苦候」と指令している〔1608〕。同年11月29日の指令でも、「子女」を連れ帰ろうとする妻に対して、長男は「廢篤疾等ノ事故」以外には連れ帰ることができないとしている。だが、女兒に関しては、たとえ一人っ子であっても、夫の家の貧困ゆえに連れ帰ることを認めている〔明治8年8月9日指令、1609〕。この時期の指令では、子どもの性別と相続人としての適格性が重視され、親族協議が整っても、嫡男は母が連れ帰ることができなかつたのである。

しかし、明治11年7月11日の東京府に対する指令では、「子女病身ニ非スト雖モ該家亦貧ニシテ乳養難相成等無余儀情実ニヨリ」、妻が連れ帰ることを認めている〔1611〕。明治12年3月4日の指令では、戸主が「極貧」で「疾病」にかかり、「幼弱」の「長次男」を「養育」することができないため、親族協議によって母方に送籍したいという申し出に同意している〔1612〕。明治13年10月4日の指令でも、夫が失踪し、戸主となるべき長男が「幼年」で生計を立てられな

いため、妻が長男を連れ帰ることを認めている〔1613〕。このように、明治11年以降の指令では、長男であってもやむを得ない場合は母方への帰属を認めるようになる。したがって、以前のように、長男の相続人としての適格性を問う指令も、男女の違いによって区別する指令も見あたらない。

母への携帯が認められた止むを得ない事情としては、夫の実刑や逃亡などもあるが（12）、多くは貧困のため子を養育しえないという理由である。しかし、明治22年4月25日の司法大臣の指令では、こうした事情は静岡県からの伺には何ら記述されていないにもかかわらず、「親族協議願出シ長女廃嫡ノ上携帯」することを認めている〔1622〕。同年5月7日の司法大臣の指令でも、妻が「子女携帯復籍」する「無余儀次第」の中身は明らかでないが、同様に回答している〔1623〕。さらに、明治29年5月9日の指令では、「独子」が「未タ幼稚ニシテ養育困難」という理由だけで、「廃嫡ノ上携帯復籍ヲ聴許シ苦シカラス」とする〔1631〕。まして、「嗣子権ヲ享有セサルモノ」については、「願済セシムヘキ事柄ニハ無之」〔明治27年4月23年指令、1629〕。

以上のように、明治初年の指令では、相続人の男児については、基本的に母が引き取ることが認められなかったが、嫡男以外は親族協議に委ねられていたものと思われる。だが、明治10年代になると、性別や相続人としての地位による区別はかなり弱まり、それとともに、嫡男であっても、事情により、母が子を引き取ることが認められるようになる。村上一博は、これらの指令について、離婚後の妻への子の帰属は、もっぱら子の相続人としての地位、適格性が判断の基準とされ、「離婚後の子の将来における利益という観点から親権者あるいは監護者を決定したり」することはなかったと評価している（13）。確かに、相続人とそれ以外の子との区別が全くなくなることはなかったが、明治11年以降、事情によっては、相続人であっても、母への携帯が認められるようになることは、歴史的変化としてもっと評価されていだろう。とりわけ、「未タ幼稚ニシテ養育困難」という理由のみで、「独子」を母が携帯することを認めた明治29年5月9日の指令は、幼児を育てる母の役割を認めたものとして注目される。

2. 子の帰属をめぐる離婚裁判

次に、明治期の判例から、離婚の際の子の帰属に関して見ていく。離婚裁判を担当した下級審の民事判決録はほとんど公刊されておらず、その閲覧も困難とされるため、ここでは、村上一博氏が収集・復刻された判決の中から、関連する33件の判決（明治10年から32年）の分析を行いたい（14）。33件のうち、相手方に対し子どもの引き渡しを求める裁判が、実に24件を占める。他方、子の取り戻しを求める裁判は5件、母方から教育料のみ請求したケースが3件、認知請求が1件である。

子どもの引き渡しを求める24の判決のほとんどは、離婚後に出産した子や、婚姻の儀式や入籍をしないまま懐胎した子、私通により生まれた子について、父方が自分の子として認めない場合である。判決では、うち16件が父方に子を引き取るよう求め、7件が母方に引き取りを求めている（残る1件は手続き論で却下）。

父方に引き取るように命じた判決は、戸籍に「明記シアレハ今ニ至テ私生ナリトノ申分ハ採用シ難シ」（15）とするものや、「仮令婚姻ノ式ハ未タ行ハサルニモセヨ其夫婦ノ実跡アルモノトス」（16）といった理由から、父の婚姻中の子として認めたものである。婚姻がどうかの判断基準は一樣ではないが、婚姻中の子として認定される以上は、父が引き取るものと見なされている。他方、「私生」の子は父との間に「挙ゲタル兒子ナリトスルモ強テ之ヲ引渡サントスルヲ得ザルモノナリ」（17）として、母が養育するよう命じている（18）。

このように、子の引き渡しを求める裁判では、婚姻中の子であるかどうかが最大の判断基準であり、相続人であるかどうかや、子の性別は何ら問題とされないまま、婚姻中の子は父に帰属するものと見なされている。また、こうした裁判の多くが離婚後に生まれた嬰兒の引き渡しを求めるものであったが、子どもの幼さが判決の際に考慮された形跡はない。離婚の際、一定年齢まで母方で養育をするという取り決めを行っているものもあるが、母方がむしろ「実子ナルニ付襁褓中ヨリ」父方に引き取るよう求めていることに示されるように（19）、幼児であるから母方が育てるべきだといった規範は、被告・原告双方の主張にも、判決にも見られない。

一方、子の取り戻しを求める裁判では、父方と母方のどちらがふさわしいかを問う判決も見られる。もっとも、父と母が争った判決は、5件の取り戻し請求裁判の内、2件のみである。その内の1件、明治10年の高知裁判所の判決（20）では、離婚の際、長男が15歳になるまで母方で養育する契約を行ったが、7歳の時点で父が引き取りを求めている。判決は、「抑モ子ヲ養育スルハ父母ノ責任ニシテ最モ父ヲ先ニスルハ自然ノ道タリ然レハ則チ其父ニ於テ之ヲ教育センコトヲ求ムルニ他ノ者ノ之ヲ拒ム能ワザルハ更ニ言フ俟ザルナリ」と述べている。父と母の両方に子の養育責任があるとしながらも、父の教育責任を優先することが「自然ノ道」という。

もう一つの明治21年の東京控訴院の判決（21）では、日本人の夫がアメリカ人の妻に2人の子女の引き渡しを求めている。夫は自分が主として子の養育費用を負担してきたと述べるが、妻は「小兒ヲ控訴人ニ委ネ置クハ小兒ニシテ不品行ヲ見習ハシメ小兒養育ノ道ニ非サル」と主張している。判決は、夫が子どもを「教育スヘキノ方法等ヲ詳述スルニアラサレハ被控訴人カ幼児ニ対スル慈母ノ愛情ヲ保タンコトノ意望ニ反シ之カ請求ヲ排斥スヘキノ必要ヲ認メサレハ其教育ヲ受クルノ幼児ニ於テ之ヲ拒マサル以上控訴人ハ其請求ニ応セサルモノトス」と結論づける。明治10年の高知裁判所の判決が「自然ノ道」とした父の養育責任は、この判決では必ずしも自明なものではなくなっている。父の優位をゆるがしたのは、子どもの教育や子どもの意志、

そして「慈母ノ愛情」であり、これらが加味された結果、母が子を引き取ることが認められたのである（22）。

なお、明治民法制定以前、指令や判決で母が子を養育するものと見なされた場合には、子は母方に転籍され、母方に帰属することになった。そのため、「婦へ付セシ子ハ其夫タリシ者終身子視セサル事ニテ其子ノ身上総テ婦タリシ者ノ存意ニ任ス事ナリ」（『全国民事慣例類集』）といった状況が広範に見られたものと思われる。後述するように、こうした状況が民法制定の際に問題とされることになる。

3. 旧民法の制定-「家」と子の帰属

(1) 明治初年の民法草案

民法の編纂は明治初年からすすめられた。「民法第一人事編」第70条（明治5、1872年）、および、「公民法法仮規則」第70条（同年）は、ともに「夫婦ノ間ニ生レシ子離縁ノ後ハ其父之ヲ引受クヘシ但事情ニヨリ其母又ハ親族引受モ亦妨ナシ」と規定する（23）。「箕作麟祥訳仏蘭西民法」を基にした新草案（明治5年10月以降）でも、「原告タルト被告タルトヲ間ハス其父之ヲ養フ可シ」としている（24）。これらの法案は、いずれもフランス民法の模倣と言われるが、離婚時の子の引取りについては、フランス民法とはかなり異なる独自の規定となっている。その理由は、「日本ニテハ婦人其子ヲ携へ帰ル時ハ夫タル者忽ニ家督相続人ヲ失フ故ニ此条ハ其父ノ方ニテ其子ヲ引受ルトナシタシ」（25）ということであり、家督相続人を確保するために父が養うことにしたものと考えられる。

他方、「左院の民法草案」58条（明治6年）と、いわゆる「明治11年民法」273条（人事編の起草は明治9年）は、上記の法案とは異なり、フランス民法と同様に無責の配偶者が子を引受けるものとした（26）。

なお、以上の草案では、離婚後の子の帰属に関する規定では、子を「引受ける」あるいは「養う」という言葉が使われており、「監護」という言葉は見あたらない。「監護」は次に見る旧民法第一草案ではじめて民法上に登場する用語であると思われる。また、上記の草案の段階で、「引受ける」あるいは「養う」ということと、離婚後の親権や戸籍上の帰属がどのように捉えられていたのかはよくわからない。次に見る旧民法人事編第一草案には、監護と親権を一致させる規定があり、こうした点が配慮されているが、これらの法案の段階では、子を「引受ける」と戸籍上の帰属などについては、十分な思慮はめぐらされていなかったものと推測される。

(2) 旧民法第一草案

上記の草案は結局採用されず、明治23（1890）年の「民法人事編」（旧民法）が最初に制定された民法となる。旧民法の第一草案（明治21年）は、親権と監護を一応区分しつつも、「夫婦ノ中子ノ監護ニ任スル者ハ親権ヲ行フ」（144条）と、親権者と監護者を一致させている点が特徴的である。この規定はフランス民法にはなかったため、「白耳義新案」に倣ったとされる。監護者＝親権者は、協議離婚の場合は協議で決定し、裁判離婚の場合は、フランス民法と同様に、「離婚ノ裁判宣告ヲ得タル直者ハ子ノ監護ニ任スベシ」（143条）と規定している。それは、「夫婦中無罪ノ者」が「子ノ教育ヲ為スニ適当ナリ」と見なされているからだが、「不良ノ配偶者ト雖モ不良ノ父母タルヘキニ非サレハ法律ハ場合ニヨリ子ノ利益ノ為之ヲ他ノ一方ニ委任スルコトヲ允許ス例ヘハ乳児ノ如キハ之ヲ其母ノ監護ニ付スヘキカ如シ」（27）として、裁判所が監護者を変更できるものとした。監護者の決定に際し、父を優先する規定が条文上ないこと（28）、乳児を養育する母親の役割が認められていること、そして、監護と教育の区分がほとんどなされていない点が注目される。

草案がこのように親権と監護を一致させながら、なお親権とは別に監護を設けたのは、「離婚ノ後ト雖モ父母ハ其子ニ対シ親権ヲ有スル」（29）とされたからである。145条は、「何人ニ子ノ監護ヲ付シタルヲ問ハス父母ハ其子ノ養成及ヒ教育ヲ検視スルノ権利ヲ有シ各其資力ニ応シテ費用ヲ負担ス」と規定している。この条文は、「夫婦ノ間特約アルニ非サレハ子ハ当然夫ニ属シ」、「婦ハ其子ヲ産ミ棄テニシ更ニ他家ヘ嫁シ其ノ前婚ノ子トハ殆ント親子ノ関係ヲ断ツモノノ如シ」といった「悪風」に対する批判に基づいている。「親子ハ天倫ニシテ父母タル者其子ノ養成及ヒ教育ニ任シ其費用ヲ負担スヘキ義務ヲ辞スルヲ允許スヘケンヤ又子ノ養成及ヒ教育ハ社会ノ公益ニ関スルモノナレハ特約ヲ以テ之ヲ変更スルコトヲ允許スルヲ得ンヤ」（30）というのが批判の根拠である。つまり、一方では親子関係を「天倫」の関係としつつ、もう一方で子の養成や教育を「社会ノ公益」に関係するものと見なすことによって、親権は特約や離婚によっては変更しえない父母の義務として捉えられているのである。

(3) 旧民法

第一草案は、再調査案および元老院提出案で大幅に修正され（31）、成立した旧民法は第一草案とはかなり異なるものとなった（32）。旧民法は、親権と監護権について、次のように規定する。

第90条 離婚ノ後子ノ監護ハ夫ニ属ス但入夫及ヒ婿養子ニ付テハ婦ニ属ス然レトモ裁判所ハ夫婦、親族又ハ検事ノ請求ニ因リ子ノ利益ヲ慮リテ之ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ付スルコトヲ得

第149条 親権ハ父之ヲ行フ父死亡シ又ハ親権ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ父又ハ母其家ヲ去リタルトキハ親権ヲ行フヲ得ス

旧民法は第一草案と同様親権と監護を分け、親権は「子ノ利益ノ為メニ存スルモノトシ天然ニ子ノ保護者タル父及ヒ母ニ属スル」(33)とした。だが、旧民法は、第一草案にあった協議で監護者を決める方法も、裁判離婚で「直者」に監護権を与える方法も、監護者が親権を行うという規定も採用しなかった。そして、親権も監護も、ともに父が行うと定めたために、離婚後、母が親権を行使することはもちろん、監護の任にあたる道もほとんど閉ざされ、唯一、裁判所に訴えて監護者を変更する道が開かれていたに過ぎない。

なぜ旧民法は、このように修正されたのか。旧民法の起草者である熊野敏三と岸本辰雄が著した『民法正義人事編』は、次のように説明する。「家族制度ノ主義ニ於テハ或点ヨリ觀察スルヤ子タル者ハ夫若クハ婦ノ子ト云フニ非スシテ寧ロ其家ニ属スル如キモノナレハ子ノ監護モ亦タ離婚ノ後其家ニ止マル可キ者ヲシテ之ヲ為サシムルヲ至当トス」(34)。子は「家」に属するため、監護も親権も家にある父が行うものとしたというのである。さらに、親が「家」を去り、監護を他人に付した場合には、親はもはや「養育及ヒ教育ヲ檢視スルノ権利」を有さず(35)、戸主が子の教育や養育の責任を持つことになるという。実際、旧民法は、「戸主ハ家族ニ対シテ養育及ヒ普通教育ノ費用ヲ負担ス」(244条)と規定しており、「天然ノ保護者」であるはずの親の権利は、戸主権にかなり制限されていた(36)。

また、149条の親権について、同書は、「我邦従来ノ慣習トシテ夫又ハ母カ其家ヲ去リテ他家ノ關係ニ入ルトキハ実家ノ事ニ干渉スルヲ得スシテ縦令実子アルモ殆ト親子ノ關係ヲ絶ツカ如キモノト看做シタル族制主義ノ精神ニ基キ此ノ如ク規定シタルニ外ナラサルナリ」(37)と説く。第一草案で「悪風」と批判された状況は、ここでは「族制主義」として肯定されている。旧民法が親権も監護も「家」にある父に与えたのは、第一草案とは別の意味で、すなわち、子を「家」に帰属させる「族制主義」ないし「家族制度ノ主義」によって、親権と監護を一致させようとしたものと言えるだろう。ただし、旧民法26条は「直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負フ」と、直系親族相互の扶養義務を定めており、この点が後述するように、法典論争で問題となる。

一方、第一草案の条文を引きついだ点は、子の監護者の決定について、裁判所が「子ノ利益ヲ慮リテ之ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ付スルコトヲ得」と規定していることである。草案では裁判離婚場合だけであったが、旧民法は協議離婚の場合にも裁判所が監護者を変更できるものとした。なぜこうした規定が挿入されたのか。この点に関しては、「夫レ本条ハ一ハ家族制度ノ主義ヲ奉シタルニ依ルト云フト雖モ亦タ父母ノ中尤モ適當ナル者ヲシテ其子ヲ監護セシメ其子ヲシテ尤モ利便ナル地位ニ在リテ適當ナル養育及ヒ教育ヲ受ケシムルニ在リ」(38)と

説明されている。そして、「其子尚襁褓ノ内ニ在リテ母ノ懷ニ養ハルルニ非サレハ其生命ヲ保ツコトヲ得サルカ」、または「夫ノ行状極メテ放逸」の場合、「戸主タル婦カ品行壊敗シテ只管姦夫ニ惑溺」しているような場合に、裁判所が監護者を変更することができるとする(39)。旧民法においても、草案と同様、「子ノ利益」という理念が肯定されていること(40)、「襁褓ノ内」にある乳幼児は母が監護する必要があると考えられていること、そして、監護、養育と教育はほとんど区別されていないことがわかる。

4. 明治民法の制定-親権と監護の分離

(1) 法典論争

周知のように、旧民法は法典論争において批判が高まり、施行延期となる。法典論争では、母の親権と離婚後の母と子の扶養義務が論点となっている。

法典実施延期派の代表的論文とされる『法学新報』社説「法典実施延期意見」は、「家制ヲ重ンズルノ習俗ニ於テハ父権ノ外ニ母権ナルモノヲ認メ之ヲ総称シテ親権ト称スルガ如キハ其当ヲ得タルモノニアラズ。或ハ父死亡シ母之行フコトアルベシト雖モ母ノ行フモノハ母権ニアラズシテ父権ナリ、即チ母ハ父ニ代ハリテ父権ヲ行フモノニ外ナラス」と、母に親としての権限を認める親権という法概念自体を批判している。

また、旧民法26条の直系親族相互の「養料ヲ給スル義務」は、離婚後の母と子の扶養義務を認めるものであるとして、次のように述べる。「従来ノ制度慣例」において、「先婦ヲ以テ親族中ニ加ヘズ法律上親子関係ナキモノト」したのは、「家制ノ理論ヨリ必至ノ結果」だが、それは父と義母に対する「情義」を重んじたからであり、「従来制度ノ慣例或ハ人情ノ忍ブベカラザル所アルカ如シト雖モ一家ノ齊理上宜クスノ如クセザルベカラザルモノアリ」。にもかかわらず、「羅馬法ニ起因スル理論」に基づいて、離婚後の母と子の扶養関係を認めるとなると、父や継母、さらには母の後夫の感情を害し、「一家ノ紛紜ヲ来ス」ことは疑いを容れない(41)。延期派は従来ノ慣行が「人情」に背くものであると認めつつも、「一家ノ齊理上」から、離婚後の母と子の扶養義務を否定したのである。

これに対し、法典実施断行派は、「親権は人倫に基づく父母の権なり、父母か其子の身上及び財産上に有する監督の権なり」と指摘しつつ(42)、離婚後の母と子の扶養義務についても次のように反論する。「我国何レノ世ニカ離別ノ父母ト其子女トノ実系ヲ絶滅シ親子ノ関係ナキモノト為シタルコト有ル又何レノ時ニカ継父母ノ情義ニ拘ハリ其实父母ノ餓寒ニ迫マルヲ座視傍觀スルガ如キ乖倫ノ事有ル吾輩ハ断ジテ此事ナキヲ確言ス縦シ旧来ノ習慣ニ於テ之アリトスルモ民法ガ之ヲ規定シタルハ則チ倫常ヲ維持スルモノナリ」(43)。断行派は、母が親権を

有するのは「人倫」に基づくものであり、離婚後の親子間の扶養義務もまた「自然ノ情義」（44）に基づくものであると反論したのである。

法典論争で焦点になったのは、このように、「人情」や「人倫」「自然ノ情義」と「家」制度との関係であった。延期派からすれば、母に親としての権利を与える親権という法概念自体が「家」制度に反するものであり、離婚後の母の親権や監護は言うに及ばず、「自然ノ情義」に基づく親と子の扶養関係すら認めがたいものだった。

（2）明治民法

法典論争を経た後、改めて民法が起草され、明治31（1898）年ようやく明治民法が制定・施行となる。明治民法の親権と監護に関する条文は次の通りである。

第812条 協議上ノ離婚ヲ為シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其 監護ハ父ニ属ス父カ離婚ニ因リ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ属ス前二項ノ規定ハ 監護ノ範囲外ニ於テ父母ノ権利義務ニ変更ヲ生スルコトナシ

第819条 第812条ノ規定ハ裁判上ノ離婚ニ之ヲ準用ス但裁判所ハ子ノ利益ノ為其監護ニ付キ之ニ異ナリタル処分ヲ命スルコトヲ得

第877条 子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス（第2項略）父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

このように明治民法は、法典論争で批判されたにもかかわらず親権を規定し、旧民法と同様、親権と別に監護を規定した。だが、旧民法とは異なり、監護者の決定を父母の協議に委ね、協議で合意に至らない場合、家にある父が監護するものとした。これは、指令などに見られた親族協議を否定し、父母に監護者の決定を委ねるものでもあった。そして、裁判離婚の場合のみ、「子ノ利益」のために裁判所が監護者を変更できると定めたが、ここでも旧民法90条にあった親族による監護者変更の訴えは削除されている。離婚の際の監護者の決定は、親権と同様、基本的に親のみが決定すべき事項であり、親の権限としたのである。

明治民法の起草委員案は法典調査会で審議されたが、上記の監護に関する条文については、反論も議論もないまま、字句の訂正のみで成立した。起草委員案がそのまま通ったのである。では、なぜ明治民法は親権とは別に監護を規定したのか。起草委員の梅謙次郎は、「子ノ監護ナルモノハ場合ニ依リ之ヲ父ニ委スルノ利ナルコトト母ニ委スルノ利ナルコトトアリ例ヘハ一定ノ年齢ニ達セル男子ハ概シテ父ノ監護ヲ受クルヲ利トス之ニ反シテ女子及ヒ幼孩ノ男子ハ寧ロ母ヲシテ其監護ヲ為サシムルヲ利トス」（45）と述べている。梅謙次郎は、子どもの監護は

親権者とは別の母又は父が行う方が子どもの利益になる場合があり、特に幼い子は母が監護することがふさわしいと考えている。

こうした理解は明治民法の注釈書でも、共通のものであったと思われる。たとえば、旧民法の実施延期派だった奥田義人は、「子ノ監護ハ親権ヲ行フ父又ハ母ニ属ス」としつつ、「然トモ協議ヲ以テ離婚ヲ為ス場合ニ於テハ法律上ノ親権ニ関スル規定ニ依ラス夫婦間ニ於テ任意ニ子ヲ監督スヘキモノヲ定ムルヲ子ノ為メ及ヒ離婚スル夫婦ノ為メニモ利益ナリトス」と指摘する(46)。柳川勝二も、「子ノ監護即子女ヲ養育シ教育スルコトハ親権ノ作用ナルヲ以テ其子ニ対シテ親権ヲ有スル者ニ於テ監護ヲ為スヘキモノトスルヲ至当トス」とし、しかし、実際上は、「父ニ之ヲ監護セシムルコトノ却テ子ノ養育上ノ不利益ナルコトアリ其最著キ場合ハ子カ乳児ナルトキノ如シ」(47)と言う。監護は本来親権の効力と捉えつつ、しかし、「離婚の場合に於て子の監督保護に付ては子の利益の為特に之を考慮せざるへからず」という認識から、「子の監護は必ずしも親権を有する者に限るを得ず。即父に監護を委ぬるより母の監護を適当とする場合あり、例者乳児の如し」(48)と捉えられているのである。子ども、特に乳幼児の利益への着目が、親権と監護の分離をもたらしたことがわかる。

このように、母が養育する方が望ましい場合があると捉えられているにもかかわらず、明治民法はなぜ協議で監護者が決まらない場合は、父が行うとしたのか。起草委員の富井政章は、「普通ノ場合ニ於テハ夫ニ属スルトスルカー一番今日實際ノ有様ニ適ツテ当ヲ得タモノト考エマシタノデ既成法典ニ倣ツテ監護ハ夫ニ属スト致シマシタ」(49)と述べる。旧民法と同様、「家」を同じくする親、通常は父が監護を行うのが実情に合致していると捉えられている。だが、こうした説明は管見の限り注釈書では見い出せず、多くは、前述のように、監護は親権の一部である以上、協議で決まらない場合は「親権を行ふ者に於て、子の監護をなすべきものとす」と説明されている(50)。

では、親権はなぜ母に与えられなかったのだろうか。812条第3項は、監護を母に委託したとしても、父の親権には変更がないと規定している。この点について、富井政章は、「子ガドノ家ニ属スル或ハ扶養ノ義務トカ然ウ云フ事ハ皆此公益規定デアリマス監護ヲ定メルニ付テサウ云フ事ニマデ変更ヲ及ボスコトガアツテハ為ラヌト考ヘマシタ」(51)と説明している。梅謙次郎も同様に、「子ノ教育、懲戒、其代表及ヒ其財産ノ管理ノ如キハ総テ」親権者の「権内ニ属ス」。「蓋シ親権ハ公ノ秩序ニ関スル権利義務ニシテ当事者ノ意志ヲ以テ左右スルコトヲ許ササルモノナレハナリ」(52)と述べる。親権は「公の秩序に関する規定であるから、特に法律の規定なき限り当事者の任意に処分することは許されない」というのが、戦前の「通説」的な親権理解であった(53)。

親権が「公益規定」と理解されたのは、子どもの養育や教育が親の国家的、公的任務として捉えられていたからである。つまり、そもそも親権は、「国家が良民を作る点より父母に命じ

た義務」(54)であり、「国家将来の為に良き後継者を作り残すことを目的とする」(55)ものであった。だからこそ、明治民法は旧民法の制定過程において、「我国ノ習慣」として、親に対し「外ヨリ干渉スルハ不都合」(56)であるとして削除された親権喪失制度をはじめ制度化するようになった。明治民法の親権喪失制度は、「親権ノ乱用ヲ防キ子ノ利益ヲ保護スルモノニシテ併セテ国家ノ公益ヲ維持スル」(57)ものとして成立したのであり、これを実現したのは、親権に対する国家の干渉を排除しようとした穂積八束らの「家」制度論ではなく、親権を子どもの利益のための制度と解する法論理であった(58)。

以上見てきたように、旧民法が親権と監護を事実上一致させたのに対し、明治民法は父母の協議によって、母が子を監護する途を開いた。その結果、明治民法において、はじめて親権と監護の分離が明確になり、親権と監護の範囲をいかに設定するかという新たな問題が生じるようになった。旧民法や旧民法第一草案では、子の養育も教育も監護もほとんど同義であり、明確な区分はなされなかったが、明治民法の立法者は、「子ノ教育、懲戒、其代表及ヒ其財産ノ管理ノ如キハ総テ」親権者の「権内ニ属ス」(梅謙次郎)と解釈した。したがって、母が子を監護する場合でも、子どもの教育の権限は父が持つこととなり、母に認められた監護の範囲はかなり限定されたものであった(59)。だが、旧民法と違い、明治民法が親権と監護を分離したからこそ、その後、親権と監護の線引きをめぐる、なかなか決着のつかない議論が引き起こされることになるのである(60)。

おわりに

明治民法が親権と監護を分け、基本的に離婚後母に監護しか認めなかったのは、今日感覚からすれば、「家」制度に基づく古くさい前近代的な家父長制に見える。しかし、明治民法は、次のような意味で、それまでの慣習や制度、理念を改変しつつ、それに近代的な意味を付与して、新たな父と母の関係や役割を創出した近代の制度であったと考えられる。

第一に、明治民法の親権は、離婚後母の親権行使を認めず、すべての子を父の親権下に帰属させる新たな家父長制を確立した。こうした明治民法制定の背景には、性別や相続上の地位で父母が子を分けることを否定し、基本的に父方が子を全て引き取るものと見なした明治初年以降の指令や裁判がある。だが、明治民法施行以前には、事情によっては、母が子を引き取ることも認められており、その場合には、子は母方に送籍され、戸籍上、子は母方に帰属することになった。明治民法の親権はこうした従来の制度を廃止し、子の戸籍上の母への帰属を否定することによって、改めて、母に対する父の優位を確立しつつ、父に子を帰属させる制度であった(61)。だが、このことは他方で、離婚率が世界的にも歴史的にも特異に高かったとされる

当時において、離婚裁判に見たような子どもを引き取ろうとしない父に、子の引き取りと保護・養育を義務づけるものでもあった。

しかしながら、明治民法が父の優位を正当化した論理は、旧民法や法典実施延期派が主張したような「家」制度論ではなかった。旧民法は子は親というよりも「家」に属するがゆえに、親権を規定しつつも、戸主の教育責任を定めた。法典実施延期派は、親権は母に親としての権限を認めるものであるとして、親権という法概念自体が「家」制度に反すると主張した。だが、明治民法は、このような「家」制度理解や戸主の関与を否定して、親権を子の「自然」の保護者である親のみが有する権限としたのである。確かに明治民法もまた、親権と「家」とを一致させたが、離婚後母に親権行使を認めなかったのは、こうした「家」の論理ではなく、親権は国家社会の利益に直接関わる「公益規定」であるがゆえに、当事者の協議によっては変更しえないという法論理であった。つまり、親権は、子どもの養育や教育が、「家」の利益というよりは、むしろ、国家・社会の利益に直接関わるものとして捉えられるようになる中で、国家が親に子どもの養育と教育を義務づける制度として成立したのである。だからこそ、明治民法においては、戸主は「子ノ教育、懲戒、其財産管理等ハ専ラ親権ノ作用ニ属シモ戸主権ニ関係」(62)しないものとなり、あわせて、親族自治を否定して、国家が「子ノ利益」のために直接親子関係に介入する親権喪失制度や裁判制度を導入したのである(63)。

第二に、明治民法は、以上のような父の優位を確立する一方で、母の監護をはじめて制度化した。旧民法第一草案は、親権と監護を分けつつも、監護者と親権者を一致させ、母が親権と監護の両方を行いうるものとした。成立した旧民法は、親権も監護も父の権限とした結果、母が監護する可能性はほとんど閉ざされた。これに対し、明治民法では、監護者の決定を父母の協議に委ねたため、母が子を監護することが可能となったのである。だが、かつて、場合によっては戸籍上も母方に子を帰属させることができたことからすれば、監護のみを母に委ねる明治民法の制度は、母の権限を縮小させ、母に負担のみ強いものであった。他方、これまで子どもを引き取ることが認められなかった母にとっては、子の養育を正式に要求することを可能にする法制度の成立をも意味したのである。

明治民法が母の監護を認めたのは、単なる現実的な必要性によるものではない。明治民法が規定した母の監護は、乳幼児の養育には母が不可欠であるという新たな母役割の規範化であり、その制度化であった。明治民法施行以前においても、母方が一時的に乳幼児を預かる慣習は行われていたが、明治初期の指令や裁判では、子の帰属を決める際に、子が幼少かどうかや子の教育を考慮することはなかった。だが、明治20年代になると、母の愛や子どもの教育に配慮する判決が出され、幼少であることのみを理由として、母が子を引き取ることを認める指令も発せられるようになる。また、旧民法第一草案では、子の利益のために「乳児ノ如キハ其母ノ監護ニ付スヘキ」と説明され、裁判所の判断によってしか母が監護することを認めなかった旧民

法においても、「襁褓ノ内」にある乳幼児については、裁判所が母を監護者にしうると解釈された。明治民法が母の監護を規定したのは、このような子どもの利益・教育への着目ゆえであり、「女子及ヒ幼孩ノ男子」は母が監護すべきであるという規範・思想に基づくものであった。良妻賢母思想や育児天職論が誕生し、普及した明治20年代から30年代において(64)、明治民法もそうした新たな思想から無関係ではありえなかったのである。

第三に、明治民法は、親子関係を「自然」な血縁に基づく特別な関係と捉えることによって、離婚しても母と子の親子関係が継続することを明らかにした。離婚後、親子関係が断絶することについて、旧民法第一草案は「悪風」と批判したが、旧民法は「家」制度に基づく「族制主義」として肯定した。だが、旧民法は直系親族同士の扶養義務を規定しており、法典実施延期派はこの扶養義務すら、「一家ノ紛転ヲ来ス」ものとして批判した。これに対し、明治民法は監護規定によって、離婚後も母が親としての役割を担うことを認めた。もちろん、父が親権と監護の両方を行う場合には、母はほとんど子に関わりえないが、そうした場合でも、明治民法は、法典論争で批判された直系親族同士の扶養義務を規定することによって、「離婚に因り父母の婚姻が解消するとも、子その他の自然血族との親族関係には、何等の影響をも及ぼさない」(65)ものとした。それは、前述のように明治民法が、旧民法や法典実施延期派の「家」制度論を否定し、親子関係は「自然ノ情義」に基づく特別な関係であると見なしたからである。だからこそ、監護者の決定も、従来の親族協議ではなく、父母の協議に委ねられることになった。

このように、親子関係の「自然」という理念を基礎とする以上、離婚によって「家」が異なっても、母が子の親であることを否定することはできない。また、父も母も同様に「自然」の親である以上、「自然」を親権の根拠に置くことは、父の優位を脅かすことにもなる。明治民法はそれゆえに、妻に対する夫権と子どもの教育の一貫性という論理で、親権行使における父の優位を確保しようとした(66)。そして、両者が競合する離婚という場面では、一方では親権によって父の優位を確保しながら、他方で、親としての役割を監護に限定しつつも、母に認めざるをえなかったのである。

- 注 -

(1) 1998年の統計によると、妻が全児の親権を行う場合は79.2%、夫、16.5%、その他、4.3%である。『人口動態統計』厚生統計協会、2000年、446頁。

(2) 田中通裕『親権法の歴史と課題』信山社、1993年、254頁。

(3) 田中通裕同上書、256頁。

(4) 近年、こうした近代法の持つ不平等を、「近代家父長制」として概念化する研究が行われている。江守五夫『歴史の中の女性』彩流社、1995年、参照。

(5) 「家」と親権に関する先行研究とその評価については、本報告書序章参照。

(6) 石川稔『家族法における子どもの権利』日本評論社、1995年、171～2頁。また、有地亨は「乳児の監護養育という現実にたいして、いわば家のための親権の厳格性を多少緩和せざるをえなかった妥協の産物であった」と捉えている。「未成熟子にたいする監護教育義務」『民商法雑誌』46巻3号、有斐閣、1962年、439～440頁。

(7) 岡村益「母の親権-監護権分離現象をめぐって-」『福島大学学芸学部論集』7号、1956年、35、38頁。

(8) 白石玲子「親権者としての母の地位」『阪大法学』42巻2・3号、1992年、436頁。

(9) 高柳真三『明治前期家族法の新装』有斐閣、1987年、393頁。

(10) 司法省『全国民事慣例類集』明治13年、216～9頁。吉野作造編『明治文化全集第8巻法律編』日本評論社復刻版、1992年、所収。

(11) 堀内節編『明治前期身分法大全第2巻婚姻編Ⅱ』中央大学出版部、1974年、に収録された指令を参照した。〔 〕の数字は同書に記された分類番号である。

(12) 夫が逃亡・失踪した場合、明治16年までは母が「子女」を携帯することができたが〔一四八六、一六一三、一六一四〕、明治22年以降の指令では、「跡相続ヲ為スヘキ子女」の携帯は認められなくなる〔一六二一、一六二六、一六二七、一六三〇〕。

(13) 村上一博『明治離婚裁判史論』法律文化社、1994年、157頁。同旨、加藤美穂子「明治前期における離婚法(2)」『法学新報』中央大学法学会、第77巻第7・8・9号、1970年、143、145頁。

(14) 以下の資料集を参照した。村上一博①「明治期の離婚関係判決(2)」『同志社法学』189号、1985年。②「同(3)」同誌190号、同年。③「続明治期の離婚関係判決(二)」同誌199号、1987年。④「続々明治期の離婚関係判決」同誌211号、1990年。⑤「明治期の離婚関係判決(Ⅳ)(2・完)」『日本文理大学商経学会誌』第11巻2号、1993年。⑥「明治期の離婚関係判決(そのⅤ)」明治大学法律学研究所『法律論集』67巻1号、1994年。⑦前掲『明治離婚裁判史論』192～206頁。

(15) 東京高等裁判所、明治10年7月判決。村上一博前掲書⑦、199頁。

(16) 大阪高等裁判所、明治12年5月判決。前掲資料集③、199頁。

(17) 高知地方裁判所、明治16年4月5日判決。前掲資料集④、189頁。

(18) これらの判決は、明治6年太政官公布第21号の「妻妾ニ非ル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルベキ事」という規定を根拠としている。「徳川時代までのわが法律制度においては、父を有しない母だけの子は存在しなかった」とすれば、この布告

が「私 生児」を誕生させたことになる。手塚豊『明治民法史の研究（下）』慶応通信、1991年、51頁。

(19) 大阪上等裁判所、明治12年5月判決。前掲資料集③、197頁。

(20) 高知裁判所、明治10年12月判決。前掲資料集④、182～3頁。

(21) 東京控訴院、明治21年6月13日判決。村上一博前掲書⑦、201～3頁。

(22) 村上一博は、明治20年代に入ると、「子の養育にとって、父母のいずれが相応しいかを、実質的に判断した判決例が登場する」と分析する。前掲書159～160頁。

(23) 湯沢雍彦編『日本婦人問題資料集成第5巻家族制度』ドメス出版、1976年、所収。177、186頁。

(24) 手塚豊『明治民法史の研究（上）』慶応通信、1990年、107頁。

(25) 司法省民法会議でのジョルジュ・ブスケに対する質疑。堀内節編『民法口授』68頁。福島正夫編『〈家〉制度の研究資料編二』東京大学出版会、1962年、所収。ただし、明治初期の民法草案はみな、協議離婚ではどちらが子を引受けるかを契約し書面に明記するとしており、母が子を引取ることを否定したわけではないと思われる。こうした規定はフランス民法原始規定280条と同様であるが、フランス民法のこの条文は、1884（明治17）年7月27日法第1条によって廃止された。

(26) 「左院の民法草案」は石井良助『民法典の編纂』創文社、1979年、所収、103頁。「明治11年民法」は、松山経済専門学校商経研究会『研究彙報』第11集、1944年、41頁。

(27) 『民法草案人事編理由書』122頁。石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編上』風間書房、1959年、所収。

(28) ただし、「婚姻ノ継続スル間ハ父親権ヲ行フ」（239条）とし、訴訟中の監護も父に属すと規定している（134条）。

(29) 同上書、123頁。

(30) 同上書、125頁。

(31) 再調査案および元老院提出案では、離婚後の子の監護は父が行うものと規定し（102条、114条）、親権に関し、「家」との関係をはじめ明記した。ただし、協議離婚の場合は、協議で母が監護者になる可能性が開かれていたものと思われる（88条、100条）。また、監護者とならなかった者の教育権を規定した条文は、元老院提出案で削除された。石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編下』風間書房、1960年、所収。

(32) 村上一博は、旧民法第一草案は「成規とほぼ同旨」であり、「妻に夫と同様な監護権を認め ているわけではない」と評価している。前掲書、162～3頁。

(33) 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編巻之老（下）』新法註釈会、明治24年、278～9頁。復刻版『日本立法資料全集別巻63』信山社、1996年。

- (34) 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壺（上）』新法註釈会、明治24年、410頁。同上復刻版。
- (35) 同上書（上）、411～2頁。
- (36) 「我邦家族制度ノ主義ニ依リ家族一般ニ対スル養育及ヒ普通教育ノ義務ヲ負担スル者ハ偏ニ戸主ニ属シ其父タル資格ヲ以テ其子ニ対シテ義務ナシトスルニ在ルナリ」と捉えられている。同上書（下）、14頁。
- (37) 同上書（下）、281頁。
- (38) 同上書（上）、410～1。
- (39) 同上書（上）、388頁。
- (40) 民法が親権を設定したのは、「親権ヲ有スル者ノ直接ノ利益ノ為ニ非シテ親権ニ従フ者ノ直接ノ利益ノ為ニシタルモノナリ」とされる。同上書（下）、275頁。
- (41) 星野通『民法典論争資料』日本評論社、1969年、所収。175頁。
- (42) 法協協会「弁妄書」『日本之法律』第4巻6号、明治25年、51～2頁。
- (43) 和仏法律学校校友会「法典実施断行意見」明治25年、星野通同上書、227頁。同旨、梅謙次郎「法典実施意見」明治25年、星野通同上書、240頁。
- (44) 水町袈裟六「法典実施意見書ニ対スル弁駁」明治25年、星野通同上書、254頁。
- (45) 梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』和仏法律学校明法堂、明治32年、206頁。
- (46) 奥田義人『民法通義』清水書店、明治43年、557頁。
- (47) 柳川勝二『日本親族法要論』清水書店、大正13年、256頁。
- (48) 川辺久雄『親族法講義』日本大学出版部、昭和5年、195～6頁。富井政章も、裁判所が子どもの利益のために監護者を変更する例として、親の状況が子どもに害を与える場合だけでなく、母が乳児を養育する場合を挙げている（『法典調査会民法議事速記録六』商事法務研究会、1984年、409頁）。なお、監護者を協議で決めることについては、帝国議会に提出された『法典修正案参考書』では、旧民法は「父母ノ協議ヲ許サス是現行法ニ反シ實際ノ便利ヲ顧ミス且協議離婚ノ性質ニ悖レルモノ」であると説明している（法典質疑会、1898年、123頁）。起草委員の梅謙次郎も、「協議離婚ノ場合ニハ元来当事者ノ意思ニ因リテ成ルモノナルカ故ニ法律ハカメテ干涉ヲ避ケ原則トシテハ子ノ監護モ亦夫婦ノ協議ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトセリ」と、当事者の意思を尊重するためであるとする（梅謙次郎前掲書、207頁）。
- (49) 前掲速記録、372頁。
- (50) 川辺久雄前掲書、196頁。牧野菊之助は「元来子ノ監護ハ親権ノ範圍ニ属シ家ニ在ル父又ハ母ニ於テ親権ノ作用トシテ監護権ヲ有スル」と述べる。牧野菊之助『日本親族法』法政大学、明治41年、317頁。
- (51) 前掲速記録、372～373頁。

(52) 梅謙次郎前掲書、208頁。

(53) 青山道夫「離婚と子の監護」穂積重遠他編『家族制度全集法律編離婚』河出書房、1937年、261頁。たとえば、岡村司は、監護の範囲以外では親権に影響をあたえないのは、「親権ノ規定ハ所謂公益規定ニシテ当事者ノ意思ヲ以テ之ヲ変更スルコトヲ得サレハナリ」（『親族法講義要 領』金刺芳流堂、大正11年、164頁）と指摘し、柳川勝二は、「親権ハ公ノ秩序ニ関シ当然法律ニ依テ命セラレタル権利ニシテ之ヲ放棄スルコトヲ得ス又絶対ニ之ヲ他人ニ移転スルヲ得サルモノ」（前掲書、256頁）と述べている。なお、前述のように、旧民法第一草案の理由書でも、子の養育や教育は国家社会の公益として説明されている。しかし、旧民法第一草案では、母の親権も公益規定の範囲に含められていたのに対し、明治民法では父の親権のみにすり代わっている。つまり、公益規定という論理は、旧民法第一草案では、離婚後、父はもちろん、母の親権も消滅しえないことを主張する論理であったのに対し、明治民法では、母の親権行使を否定し、父が親権を保持することを正当化する論理となっている。また、旧民法第一草案や旧民法は、親権と監護を一致させていたために、監護も公益規定の範囲に入るが、明治民法では監護は公益規定としては捉えられないことになる。

(54) 柳川勝二前掲書、346頁。

(55) 末広徹太郎『民法講話上巻』岩波書店、大正15年、247頁。

(56) 前掲『法典修正案参考書』215頁。

(57) 同上書、215～6頁。

(58) 親権喪失制度および親権と国家の関係については、拙稿「〈親権〉の成立」『日本教育政策 学会年報』第1号、1994年、参照。

(59) ドイツ民法の監護概念は広く、子の教育や居所指定権が含まれる（1636条）。

(60) 監護と教育の関係をめぐっては、監護とは、「子ノ幼少年時代ニ於ケル身辺ノ保護義務ニ過キサルモノ」（中島玉吉『民法積義卷之四親族編』金刺芳流堂、昭和12年、438頁）とする限定論から、子のために監護者を定めるのは、親権者の監護を子のために不利なりとして之を排除する趣旨なりと解すべきであるから」、親権者の教育権は制限され、監護者は居所指定権や懲戒権を有するという拡大論まであった（薬師寺志光『日本親族法上』南郊社、昭和14年568、573頁）。青山道夫前掲「離婚と子の監護」参照。

(61) なお、明治民法では、父が「家」を去る場合は母が親権者となるが、白石玲子によれば、こうした離婚件数は全離婚件数の10.5から12.5%を占めたという。明治民法の規定する「家」制度によって、欧米諸国と異なり、母を父よりも優位に立たせる場合が生じることになったと白石 は指摘する（白石玲子前掲論文、431、435頁）。

(62) 梅謙次郎前掲書、344頁。旧民法244条の戸主の教育費用負担義務は、明治民法では削除され、戸主の扶養義務（747条）のみ規定されることになった。

(63) 子どもの利益と権利という論理こそ、「国家が親子関係に介入して『子供法』を組織してゆくにあって掲げた、制度創出のイデオロギー」であったと指摘されている。森田明「子供と法」宮沢康人他編『子供の世界』日本放送出版協会、1992年、316頁。

(64) 良妻賢母思想の成立過程とその近代性については、小山静子『良妻賢母という思想』勁草書房、1991年、本報告書第4章、参照。

(65) 近藤英吉『親族法講義要綱』弘文堂、昭和13年、117頁。

(66) 拙稿「〈母の親権〉の誕生」日本女性学会『女性学』4号、新水社、1996年、参照。

初出：広井多鶴子「離婚後の子の帰属-明治民法はなぜ親権と監護を分離したか-」比較家族史学会『比較家族史研究』15号弘文堂2001年