

# 親の懲戒権の歴史

## － 近代日本における懲戒権の「教育化」過程 －

広井 多鶴子

はじめに

### I 懲戒権の制限-戸籍法と刑法

1. 「勘当・久離」の廃止
2. 刑法上の懲戒権

### II 「教育化」のはじまり-「出願懲治」制度

1. 懲治監と懲治場
2. 感化法の制定

### III. 教育の手段としての懲戒権-明治民法

1. 旧民法と明治民法
2. 親権のおよぶ範囲
3. 懲戒権の期限
4. 懲戒権と教育
5. 民法上の懲戒場

おわりに

はじめに

親は自らの懲戒権に基づいて、自分の子に対し体罰を含む懲戒行為を行うことができる。親の懲戒権を規定しているのは民法であるが、今日最も詳細な民法の注釈書には、親が子を懲戒する場合、「しかる・なぐる・ひねる・しばる・押入に入れる・蔵に入れる・禁食せしめるなど適宜の手段を用いてよい」(1)と書かれている。

こうした親の懲戒権は、言うまでもなく日本に特殊なものではない。多くの国がこれを実定法上、または慣習法上肯定してきた。明治以降、日本で民法が編纂された際に、主に参照されたフランスのナポレオン民法(1804年制定)(2)もドイツ民法(1896年制定)(3)も、体罰を含む親(父)の懲戒権を認めている。「身体刑から自由刑へ」という刑罰の近代化の流れの中で、大人に対しては人身の自由を侵害する私的な刑罰が禁じられたにもかかわらず、親の子に対する体罰は、懲戒権として法定されることによって、近代社会においても正当な行為として存在し続けてきたのである。

近代の懲戒権は、しかし、無制限に体罰を認めたわけではない。近代法では、親権はもはや親の支配権ではなく、子どもを教育する親の義務であると捉えられている。こうした親権理解によって、懲戒権もまた「親権者の権威のためではなく、子の監護教育目的のために認められた権利にすぎない」(4)。このような理解を懲戒権の「教育化」と言うのであれば、この「教育化」こそが、近代の懲戒権のメルクマールと見なされてきた。換言すれば、近代社会において、教育のみが子どもに対する力の行使を正当化し、理由づけるものとなったのである。

さて、こうした近代の懲戒権の理念からすると、日本における明治以降の懲戒権の歴史は、どのように評価されるだろうか。親の懲戒権をはじめて法制化したのはいわゆる旧民法(1890〔明治23〕年制定)である。しかし、旧民法は施行延期となったため、実際にはじめて効力を持ったのは、明治民法(1898〔明治31〕年公布・施行)であった。旧民法と明治民法は、それぞれ次のように懲戒権を規定する(5)。

- 旧民法 151条 父又ハ母ハ子ヲ懲戒スル権ヲ有ス但シ過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス  
152条 子ノ行状ニ付キ重大ナル不滿意ノ事由アルトキハ父又ハ母ハ区裁判所ニ申請シテ其子ヲ感化場又ハ懲戒場ニ入ルルコトヲ得 (以下略)
- 明治民法 882条 親権ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範囲内ニ於テ自ラ其子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ懲戒場ニ入ルルコトヲ得 (以下略)

これらの懲戒権規定に関し、利谷信義は次のように評価する(6)。旧民法の第一草案の懲戒権は子の教育のために認められた近代的なものであったが(7)、実際に制定された旧民法は「子に対する親の支配権である親権を担保するもの」(8)となり、明治民法もまた「子を教育する手段としての懲戒権に徹するものではなく、家族秩序の維持手段としての性格が、つよく前面に出て」(9)いる。利谷はこのように、「封建的」「家父長的」といった評価を避けつつも、明治民法の懲戒権を親の「支配権」として特徴づけており、少なくとも教育の手段としての近代的な懲戒権とは見なしていない(10)。

利谷が明治民法を以上のように評価するのは、子が成年に達すれば「其養育ヲ終ヘタルモノニシテ子ハ独立ノ権ヲ有スヘキヤ当然」(11)であるにもかかわらず、「未成年ノ子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」という草案から未成年の文字が削除され(877条)、親権の効力が子一般に拡大されたからである。つまり、明治民法が親権の効力を子一般に拡大したことが、その前近代性を示す証左として非常に重視されているのである。

だが、明治民法もまた子一般に対する無限定の親権を認めたわけではない。明治民法は近代の親権の中心的な機能とされる監護教育権(879条)など、個々の親権の効力のほとんどを未成年に限定した。唯一懲戒権だけは成年にも効力がおよんだが、それも独立の生計を立てれば効

力を失った。したがって、成年に対する懲戒権の効力は大きく限定されていたのであり、懲戒権も基本的には未成年に対するものだったと考えられる。だとすれば、明治民法の懲戒権は、教育の手段に徹するものではなかったとしても、基本的には教育の手段として理解されていたのではないだろうか(12)。従来の研究では、なぜ 877条の規定から「未成年」の文字が削除されたかに関心が集中してきたが、親権の効力の制限が懲戒権の歴史的特質を判断する重要な視点である以上、親権に対して大幅な制限が加えられた歴史的な過程とその意味こそ明らかにする必要があるのである。

このように、これまでその強大さと前近代性が強調されてきた親の懲戒権であるが、明治初年以降の懲戒権の歴史を辿っていくと、実は、その効力の制限の歴史であったことがわかる。管見では、明治初年以降の親の懲戒権には、以下に述べるように、民法の制定を含め、4つの大きな歴史的転換があった。明治民法の懲戒権をこうした歴史的過程の中に位置づけるとき、それはすでに明治初年の親の権力とは異質なものであることがわかる。結論的に言えば、明治民法の懲戒権は、親の子に対する力の行使の制限という歴史的過程において成立し、さらにその力の制限を教育の枠組みへと転換させる上で、画期的な位置を占めるものだったのである。

## I 懲戒権の制限—戸籍法と刑法

### 1. 「勘当・久離」の廃止

親の懲戒権の第1の転換は、「勘当・久離」の廃止である。勘当・久離は1871(明治4)年の戸籍法による除籍の禁止と、刑法による連座制の廃止のために認められないものとなったが、以前は子どもへの懲戒手段として広範な地域で行われていた。これらは戸主や親が不行跡の子に対し親族関係を断絶する制度であるが、民間慣行を収集した『全国民事慣例類集』によれば、「凡子弟不行跡ニテ親兄ノ教誡ニ従ハサル者」について、「其情実ヲ申出レハ役所ニ於テ精々説諭シ尚改心セサルニ及ヒ勘当久離ヲ願出レハ官ニ於テ其情実ヲ探索シ改心スヘカラサル者ト認定セシ上許可シテ除籍スル」というのが「一般ノ通例」(13)であったとされる。

当時の懲戒権の強大さを象徴的に示すものとされるこの勘当・久離は、その強大さだけでなく、次の点で明治民法以降の懲戒権とは大きく異なる。それは第1に、懲戒権を行使する主体である。『全国民事慣例類集』では「父兄ノ権」「親兄ノ権」「戸主ノ権」「親ノ権」といった表現が用いられているが、勘当・久離の権利は親と戸主の区別が意識的になされないままに、「双方に帰属するものとして理解され」(14)てきたとされる。また、「親類組合連印ノ願書」が必要であったり、「親類一同協議」で決定する場合も少なくないことからすると、勘当・久離の権限は親にのみ属するものではなく、家族・親類の関与の中で行使されたものと思われる。

第2は、明治民法では、懲戒の対象は未成年と独立の生計を立てない成人に限定されていたのに対し、勘当・久離にはこうした制限がなかったことである。勘当・久離は「不行跡」の子を「懲らしめる」ものである以上、多くはかなりの年齢に達した子に対するものと推測されるが、15歳以下の「幼年」や女子に対しても行われたとされ(15)、他方、親がすでに隠居している場合でも、戸主である子を勘当することができたという(16)。勘当・久離における親の権力の大きさが伺われる。

第3の違いは、子どもを養育する親の義務に関してである。勘当・久離は懲戒とはいっても、それは実際は子どもの保護と教育の放棄である。明治民法下では子どもの監護教育は親の義務であり、養育放棄という手段によって子を懲戒することは認められない(17)。そのため親が子どもを懲戒場に入れる場合でも、それは後述するように教育の放棄ではなく、教育の「委託」であり、親権の「代行」として捉えられるようになった。それに対し勘当・久離は、その後の子の行く末には責任を持たず、勘当・久離された子が無宿になり、さらに悪事をなし、重刑に科せられる者も少なくなかったという。

しかし、こうした養育放棄が簡単に行い得たかどうかは、地域によって相当異なる。子弟を勘当するのは「親兄ノ権ニアリテ官へ願出レハ直ニ許可シ帳外トナル」(伊勢)所もあったが、親が願い出ても「官ニテ容易ニ許サ」(三河)ない所もあった。また、「家ヲ放逐スルノミ」(近江)で、「官ノ許可ヲ受テ除籍スル例ナシ」(岩手)という所もあった。こうした多様な現実から、子の養育義務に関する「官」の側の理解の内容や関与の仕方が、地域毎に大きく異なっていたことが推測される。このことはまた、国家が親に一律に放棄不可能な養育義務を課した明治民法とのもう1つの大きな違いである。

勘当・久離が戸籍法によってなぜ廃止されたのかは必ずしも明らかでない。おそらく、親の懲戒権の見直しによるというよりは、「無籍無産の徒の取締り」(18)を行い統一的な国家体制を形成しようとした戸籍法の趣旨に基づくものと思われる。だがこの「無籍無産の徒の取締り」による勘当・久離の廃止は、親の懲戒権のあり方を大きく変えるものだったのである。

## 2. 刑法上の懲戒権

懲戒権の大きな転換の第2は、刑法による懲戒権の制限である。明治以降の最初の刑法である「新律綱領」(1870〔明治3〕年)では、「祖父母父母」が「教令」に違反した「子孫」を「督責」し、「遯后ニ死ニ致シ。及ヒ過失殺スル者ハ。各論スルコト勿レ」(19)と尊属親の強大な教令権を保障していた。教えに従わない子を誤って殺しても罪には問われなかったのである。親ではなく「祖父母父母」がその主体である点も注目される。

だが、新律綱領の強大な懲戒権は、徐々に制限されていく。その後に制定された「改定律例」(1873年)は、新律綱領と同様、「儒教倫理に基づき、祖父母父母の強大な教令権及び懲戒権

（督責権）」(20)を保障したものと言われるが、子孫が教令に違反した場合、それを「非理ニ毆殺スル者」は、わずか2年半ではあるものの、懲役に処すという制限を設けたのである(230条)(21)。

そして、日本におけるはじめての近代的な刑法と評価される(22)旧刑法(1880〔明治13〕年公布)において、ついにこうした祖父母父母の強大な教令権および懲戒権は否定されることになる。この旧刑法では、改定律例に規定されていた祖父母父母の子孫に対する特権的条項は廃止され、一般の犯罪と同様に、祖父母父母にも刑法上の「殴打創傷ノ罪」や「過失殺傷ノ罪」、「擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪」などが適応されることとなった。そしてそれにより、親はもはやいかなる場合にも、子の身体に「創傷」を負わせたり、「健康ヲ害スル」ような行為をしてはならず、また「常識アル人」が「残忍酷薄」と認めるような懲戒手段は「懲戒権ノ範囲外」であり、「不法行為」となった(23)。かくして、明治初年にはほとんど無制限に認められていた祖父母父母の懲戒権は、ここに至って大きく制限が加えられたのである。

## II 「教育化」のはじまり-「出願懲治」制度

### 1. 懲治監と懲治場

懲戒権に関する第3の変化は、親が子を懲戒場に入れて子を懲治する「出願懲治」制度(または請願懲治、情願懲治)の整備・確立である。

親が放蕩の子を他領の親類に預けたり、願い出て「官獄」に入れるといった制度・慣習は従来から存在した。だがそれは、『全国民事慣例類集』によれば、「官ニテ厳戒シ手鎖足鎖ヲ加エテ拘留シ或ハ其家ニ付シテ監守セシムル」(伊賀)といった監禁や、「辺土ノ村」(対馬)へ移したり、「遠島」(大隅)にするとといった「流罪」であった(24)。つまり、懲戒・懲治といっても、その多くは刑罰と同義の懲罰主義であり、子どもに直接的に働きかけることによって、精神的な矯正をはかるものではなかったのである。

1872(明治5)年の「監獄則」(25)は、「平民其子弟ノ不良ヲ憂フルモノアリ此監ニ入シコトヲ請フモノハ之ヲ聴ス」と、「平民」の要請によって子を「懲治監」に入れることを定めた(10条)。この懲治監は、20歳以下で、懲役満期の後も「悪心」の止まない者、21歳以上で同様の者、懲役満期者で復籍しがたい者などを収容する監獄であり、未成年者と成年者、刑余者と真犯・非行少年などが混在している。したがって懲治監は未成年者のための施設ではないが、刑余者や未成年者に「営生ノ業ヲ勉励セシ」めて社会的自立をめざすものとされた。

その後懲治監は、旧刑法の制定に伴う監獄則の改正(1881〔明治14〕年)(26)で、「懲治場」へと変更になった。この懲治場は「放恣不良ノ者」を「矯正帰善」するために「尊属親」が願い出た8歳以上20歳以下の者と、刑法の不論罪(27)が規定する「懲治場ニ留置スル幼年ノ者及

ヒ音唾者」を「懲治スル所」と位置づけられた(18・19条)。これにより出願懲治にはじめて年齢制限が設けられ、懲治場は主に未成年者のための施設となったのである。そしてそれに伴い、懲治場では「農業若クハ工芸」(47条)といった作業や実業のみならず、「毎日三四時間読書習字算術度量図画」といった教科を教えるものとされ(94条)(28)、「懲治人に対する刑罰にあらざる施設内処遇が明定」(29)されるに至った。だが、監獄内併置の懲治場は、「少年に対する保安・保護処分の施設を監獄が包含する」(30)ことを意味しており、未成年のための懲治場も、成人に対すると同様の懲罰主義的傾向から免れえなかつたとされる(31)。

## 2. 感化法の制定

こうして、未成年者のための懲治場で実施されるようになった出願懲治制度だが、1889(明治22)年の監獄則改正では、その規定が削除され、一旦は法制度上消滅することになる。だが、その削除は出願懲治制度の否定ではなく、不良少年は監獄ではなく私立の感化院(32)に委ねるという趣旨によるものだった(33)。

その後、出願懲治の制度は1900(明治33)年に制定された「感化法」(34)において復活する。その2年前に明治民法が成立したが、明治民法の規定する「懲戒場」に該当する公的施設がなかったことも、感化法制定の一因であった。

感化法により、①8-16歳未満で親権者のいない不良少年、②懲治場留め置きを言い渡された「幼者」と、さらに、明治民法の規定に対応するため、③裁判所の許可を得て懲戒場に入れるべき者が、感化院に収容されることとなった(5条)。そのため基本的には満20歳を超える者は感化院に入れないが、③だけは例外的に20歳以上も入院可能となった(6条)。それは、明治民法の懲戒権が成年にも及ぶものとされたためであるが、その懲戒権が実際に行使される場合は、感化院という未成年のための施設だったのである(35)。

感化院はまた、院長が親権を「代行」し(8条)、「独立自営ニ必要ナル教育ヲ施シ実業ヲ練習セシメ女子ニ在テハ家事裁縫等ヲ修得セシム」ものとされた(施行規則5条)。従来の懲治場では、「刑罰ばかりでなく広義の教育を含む処遇」が主張されたのに対し、感化法ではそれがさらに拡大・変質し、「国が親にかわって刑罰ではない広義の教育を施す」(36)ことになったのである。実際に、同法制定以降に設立された「公私立の感化院はいずれも強制と自由拘束という法的統制の契機を最小限にまで縮小した家族舎制の開放処分方式」をとり、「家族的温情による薫陶」を理念とした。感化院は、大人と区分され、犯罪者と区分された「不良少年を対象とする親権代行的な特殊教育制度」(37)となったのである。

以上見てきたように、明治初年以降、出願懲治制度は大きく変化した。まず第1に、「遠島」などの流刑や「手鎖足鎖」による拘禁といった身体刑が否定されることによって、施設に収容

する自由刑が採用された。しかもそこでは「懲罰主義」ではなく、実学や教科を身につけることによって心身を矯正し、社会的自立をめざす「教育主義」が志向されることになった。

第2に、旧刑法の施行と監獄則改正以降、不論罪の幼年犯罪者や不良少年は、大人とは別の懲治場に収容されるようになり、成人と少年の区分が明確になった。

そして第3に、感化法において、はじめてこうした不良少年の施設は監獄から区分され、感化院は「不良少年に対する犯罪予防」(38)のための教育施設として純化した。

こうして、かつては監禁され、島流しにされた不良少年たちは、監獄とは区別された未成年者のための施設である感化院において教育されるようになったのである。

### Ⅲ. 教育の手段としての懲戒権-明治民法

#### 1. 旧民法と明治民法

民法上に懲戒権が規定されることによって、親の懲戒権はさらに大きく転換した。1890(明治23)年に制定された旧民法は、「過度ノ懲戒」を禁ずる(151条)とともに、「子ノ行状」に「重大ナル不滿意ノ事由」がある場合、区裁判所に申請して、子を「感化場」または「懲戒場」に入れることができるという出願懲治の制度を定めた(152条)。

しかし、旧民法は西欧に範をとったものであり、日本の伝統や慣習に反するという穂積八束らの批判(法典論争)によって施行延期となり、その後改めて明治民法が編纂されることになる。こうした経緯から、明治民法は近代的な旧民法を反動的に修正したものという理解がある(39)。しかし、以下の点で、明治民法は旧民法以上に親の権力を制限するものだった。

①旧民法は「親権ハ父之ヲ行フ」(149条)と規定するだけで、親の教育義務が明確ではないが、明治民法は「未成年ノ子の監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と、親の教育義務を明記した(879条)(40)。

②旧民法では成年一般に親の懲戒権が及んだのに対し、明治民法では「独立ノ生計ヲ立ツル」成年には懲戒権は及ばないものとした(41)。

③旧民法が「過度ノ懲戒」を禁じたのに対し、明治民法は懲戒を「必要ナル範囲」に限定することによって、懲戒権の制限をより「明瞭」(42)にした。

④旧民法では子を懲戒場に入れる期間を親が増減することができたが、明治民法ではその日数を減らすことはできても、増やすことはできないものとした。

⑤明治民法は、親が親権を濫用したり「著シク不行跡」の場合に、裁判所が親権の喪失を宣言できる「親権喪失制度」をはじめて設けた(912条)。

## 2. 親権のおよぶ範囲

このように明治民法は、旧民法以上に親の恣意的な懲戒権の行使を制限した。中でも、明治民法が子の教育を親に義務づけるとともに、懲戒権を「必要ナル範囲」に限定したことは、大きな変更だったと思われる。親に子の教育義務を課し、懲戒権を必要な範囲に限定したからこそ、懲戒と教育がより直接的に接合しうるようになったのである。しかし明治民法は、親の教育義務を未成年に限定する一方、懲戒権は成年にまで及ぶものとした。この懲戒権と教育義務の期間のズレは、どのように理解しうるのだろうか。ここではまず、法典調査会(43)での親権の期限に関する議論を見ていきたい。

まず第1にわかることは、明治民法の親権は基本的に未成年の子の利益を守るための親の義務だということである(44)。だからこそ監護教育権などの個々の効力は未成年に限定されたのであり、起草委員の梅謙次郎も「親権ハ子ノ利益ヲ謀ル者トイフコトニナツタナラバ成年迄トスルノガ当然」(45)だと主張した。確かに、穂積八束は成年と未成年で区別を設ける必要はないと発言したが(46)、穂積の意見が支持を得たわけではない。政府が国会に配付した審議資料でも、「親権ニ服スル者ヲ未成年トシ而シテ独立ノ生計ヲ立テサル者ハ成年ニ達スルモ親権ヲ脱スルコトヲ得ストシタ」(47)と、親権が基本的に未成年に対するものであることを明記している。さらに民法の注釈書も、その多くが成年に対する親権は「有名無実」か極めて「薄弱」であると捉えている(48)。

第2に、では、なぜ「独立ノ生計」を立てない成年は親権を脱することができないのか。この但し書きが挿入されたのは、主に尾崎三良の意見が支持された結果だった。尾崎は「20ニナレバドンナ子デモ独立シテ仮令ヒ親ノ厄介ニナル者デモ親権ニ服シナイト云フコトハ我が国ニ適当シナイ」、「マダ独立モ出来ヌ一向分別ノ附カヌ者」を「独立ノ者ト純然看做スト云フコトハ如何デアラウカ」(49)と主張した。独立しない成年にも親権の効力をおよぼそうとする尾崎の主張は、確かに未成年に限定する起草委員案よりその効力を拡大するものだった。だが、尾崎の案も、子どもは自ら生計を立てることによって親から独立するという観念と、独立することによって子は親権から脱するという観念を前提にしており、この意味で、尾崎の提案する親権もまた、独立しない子の保護・監護という理念に基づくものと思われる。

明治民法の注釈書において、親権がなぜ独立の生計を立てない成年におよぶのかについて説明したものはそう多くないが、柿原武熊は、成年に達した子が独立の生計を立てる以上は、もはや親の保護を必要とせず、独立しない場合は親が子を監督し保護する必要があるからだと説明している(50)。薬師寺志光も、独立の生計を立てない場合、「親権の目的たる独立生存能力を完全に取得しない」ためであると言う(51)。いずれも親権は独立しない子の保護のための制度として理解しており、他方、子は生涯親に服従するものだといった「孝道」思想を説いているものは見当たらなかった。

かくして、親の権力を拡大しようとする企ては、独立の生計を立てない成年にも効力をおよぼすということで結実した。だが、それはもはや「孝道」思想に基づく子の服従という観念の制度化とはほど遠いものであった。何より親権は子を親に服従させるための権力ではなく、子を保護し教育するための制度だった。だからこそ、親権は明治民法において、子の年齢と自立の能力を基に制限されることになったのである(52)。

### 3. 懲戒権の期限

では、なぜ懲戒権のみ独立しない成人にも効力がおよぶものとなったのか。この点については、実は、法典調査会の議事録を見てもあまり明らかではない。

当初、梅謙次郎は、旧民法は懲戒権のみ成年までとしているが、それを正当化する十分な理由がないとして、懲戒権も未成年に限定すべきだと述べた(53)。しかし、親権の規定から未成年が削除されることになった時点で、「懲戒権ノ如キハ未成年ト限ラヌ方ガ宜イ」(54)と考えたようである。なぜそう考えたのかは説明していないが、梅が具体的に想定していたのは、「乱暴デ仕方ガナイ持余シテ親ガ懲戒場ニ入レル場合」(55)だった。未成年に限定すべきだという意見も出されるが、少数で否決され、十分な審議がなされないままに、懲戒権の効力は独立の生計を営まない成年にもおよぶこととなったのである。

なぜ懲戒権のみ成年にまで効力がおよぶのかに関して説明を加えている注釈書は多くはないが、管見では、次のような説明が見い出された。

①非行を矯正し、国民を形成するための手段として懲戒権を捉えるもの。牧野菊之助は、懲戒は子の改過遷善をはかり忠良な国民を養成するものであって、成年と未成年とを問わないと捉える(56)。

②家族制度や慣習上との関係で説明するもの。角田幸吉は、懲戒権はそもそもは未成年に限定すべきだが、独立しない成年は父母の「教戒に服せしむる必要があるから家族制度を採る我が民法としてはこれを維持すべきであろう」(57)と述べる。柳川勝二も、成年者でも独立自営の力のない者は、父母の「保護監督ノ下ニ立ツ」という旧来の慣習を打破することが、国情によって許されないためであると言う(58)。

③独立しない子の身上保護監督という視点から説明するもの。野上久幸は、懲戒権はそもそもは教育の権利より流出したものと考えなくてはならないが、教育権が未成年の子に対するものとなっているため、成年にも効力のおよぶ懲戒権は「子の身上の保護監督を目的とする親権の一作用に基づくもの」(59)と捉える。

明治民法が成年に対する懲戒権を認めたのは、善良な国民の形成のためか、「家」制度を維持するためか、あるいは子の保護のためか。前述したように、明治民法の親権が基本的に独立しない子の保護の制度である以上、③の理解が最も忠実な民法解釈ということになる。だがそ

れだけでは、わざわざ成年にまで効力をおよぼすことの動因としては弱いように思える。また、これまでの研究では、その理由をもっぱら「家」制度に求めてきた。しかし、明治民法の注釈書では、「家」制度との関連で懲戒権を捉えるものではなく(60)、他方、多くの注釈書が懲戒権を国家社会の利益と関わらせて説いていた。この事実は、「家」ではなく、直接国家との関係で懲戒権を位置づける必要性を提起しているように思われる。

国家と親権の関係については、次のような経緯が想起される。それは、国家の親権に対する干渉は「不都合」であるという元老院や穂積八束らの保守的な家族制度論を否定して、親権に対して国家が直接的に介入する親権喪失制度が、明治民法においてはじめて成立したことである(61)。この親権喪失制度は、「親権ノ濫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」(62)ものと捉えられており、子どもの保護と国家の利益とを直結させるがゆえに、国家の親権への関与を正当化するものであった。

このように、子どもの保護と国家の利益が直結するものとして構想されたのが明治民法の親権であるとすれば、懲戒権もまた国家との関連で、次のように仮説的に把握することができるだろう。つまり、未成年者と未だ独立しえない浮浪遊蕩の者を親の保護監督下に置くことによって、国家社会の利益を守ろうとする装置が明治民法の懲戒権だったのである(63)。

#### 4. 懲戒権と教育

次に問題となるのは、懲戒権と教育の関係である。成年にも効力がおよぶことにより、懲戒権は教育の手段としては理解されなくなったのだろうか。

梅謙次郎はこの点に関し法典調査会で、懲戒権は「教育監護ノ中ニ籠ルコトハナイ」(64)と述べており、ベストセラーとなった『民法要義』でも、「懲戒権ハ主トシテ教育権ノ結果ナリト雖モ我邦ニ於テハ之ヲ未成年ニ限ラサルヲ以テ必スシモ教育権ノ結果ナリト為スコトヲ得ス」(65)として、懲戒権と教育権を区分している。だが別の書では、懲戒権は「教育権ノ結果ト云ツテモ宜イ」と言い、同時に、懲戒権は教育権とは「範囲ノ異ツテ居ル」から「別ナモノト見レバ見ルコトガ出来ル」(66)とも言う。

こうした梅の躊躇は、しかし、民法の注釈書ではほとんど解消されている。民法注釈書の多くが懲戒を教育権の手段として捉えているからである(67)。たとえば、樋山広業は、親が子を懲戒するのは「監護権及ヒ教育ノ義務ヲシテ完カラシムルノ状態ニ置カントスル」(68)ためであると言い、奥田義人は、したがって、民法の言う「必要ナル範囲」とは、「監護及ヒ教育ニ必要ナル範囲ヲ意味スルモノト看做スノ外ナシ」(69)と述べる。さらには、懲戒権は監護教育権の主要な効力である以上、成年におよぶという規定は「其当ヲ失シテ」(和田于一)(70)おり、成年には効力は及ばないという徹底した解釈もある(奥田義人、穂積重遠)(71)。

他に非行の矯正手段として懲戒権を捉えるものもあるが(72)、それも教育の一環と考えれば、その多くが教育の手段として懲戒権を捉えていることになる。そして、こうした解釈以外には見出しえなかった以上、懲戒を教育の手段とする解釈は、通説をなしていたと言えるだろう。しかしなお、懲戒は非行の矯正であって、教育ではないという理解も可能ではある。明治民法の審議でも、懲戒場の性格をめぐって、次のような議論があった。

## 5. 民法上の懲戒場

旧民法は子を「感化場又ハ懲戒場」に入れると規定していた。明治民法ではこれを懲戒場のみとしたが、その理由を梅謙次郎は次のように説明する。

感化場というのは「教育上ニ属ス」ものであり、親の「教育権ノ範囲内」であるので、裁判所を一々煩わす必要はない。それに対し、懲戒場は「身体ヲ拘束スルトカ苦痛ヲ与ヘルトカ云フモノ」であり、「子ヲ監禁スル」ことである以上、父といえども勝手にはできず、裁判所の許可が必要である(73)。

梅はこのように教育と懲戒を分け、当時民間で運営していた感化院を教育施設として把握した(74)。他方、刑法上・監獄則上の「懲治場」については、「刑事ノ被告人」と「普通ノ唯ダ暴バレ小僧」とを一緒にするのは危険であり、できたら懲治場とは違う所に入れたいので、民法上の規定は敢えて懲治場とはせず懲戒場にしたのだと梅は説明している。

要するに、明治民法制定当時は民法の規定に合致するような公的な懲戒場は存在せず、「将来ニ於テハ之ニ付キ一定ノ規定ヲ設クル必要」(75)があると梅は考えていた。そのために制定されたのが感化法である。前述したように、刑法上の出願懲治が、監獄内の懲治場において実施されたのに対し、明治民法上の出願懲治は、感化法により、監獄から分離した感化院において実施された。かくして、教育権とは区分された懲戒権の行使に基づき感化院に収容された非行少年たちは、そこで教育的な処遇を受けることになるのである。

こうした懲戒と教育の事実上の一体化は、1908(明治41)年の感化法改正でより進行する。懲戒は裁判所の許可があるが、教育はその必要がないというのが梅の説明だったが、改正感化法では、裁判所の許可を必要とする者(懲戒権の行使)の他に、親権者が出願し地方長官が認めた18歳未満の者(教育権の行使)を感化院に収容することになったからである(5条)(76)。このように、懲戒＝非行の矯正と教育の差異は、実際の懲戒制度の中ではほとんど無化され、感化院は教育権の行使の場であると同時に、懲戒権の行使の場でもあったのである。

## おわりに

明治初年以來、親の懲戒権は大きく変化した。明治初年の「親兄ノ権」は、懲戒のために子を「官獄」に入れて監禁したり、勘当・久離により、養育を放棄することが可能だった。こうした懲戒は、子の心身に対する懲罰と同義であり、しかも、懲罰によって、誤って子を死なせても親は罪に問われなかった。

だが、このような強大な懲戒権は、その後徐々に変化していく。まず、勘当・久離の制度が廃止され、旧刑法が親の行為を犯罪とする限界を定めた。親が懲戒のために子を施設に收容する場合も、その場所は監獄内の懲治場から、監獄とは異なる感化院へと変化し、そこでは懲罰ではない教育が行われるようになった。そして、明治民法が親に教育を義務づけ、教育という目的を達するに必要な範囲内に懲戒を制限することによって、はじめて懲戒は教育の手段として捉えられるようになった。

こうして懲戒という子どもに対する力の行使は、教育的な行為として理解されるようになった。このことは、子どもに対する力の行使が、教育的な懲戒と非教育的な暴力あるいは虐待(77)へと区分されたことを意味する。近代社会は、このようにして、子どもに対する力の行使から非教育的な暴力を排除しようとしてきたが、懲戒が教育的な行為として理解されたからこそ、子どもに対する力の行使は、子どもの利益を守るものとされる近代法において肯定され続けてきたのである。子どもに対する力の行使の否定ではなく、国家的な規制によって、親の権力を教育の枠内において限定的に使用させ、それによって、国家の秩序維持を図ったのが、近代の懲戒権であるだろう(78)。

## - 注 -

(1) 於保不二雄・中川淳編『新判注釈民法(25)親族(5)』有斐閣1994 p.116 明山和夫・國府剛執筆部分。

(2) ナポレオン民法 375条は「子の行動について非常に重大な不満の事由を有する父は、以下の懲戒手段 (les moyens de correction) を有する」として、親の「監置請求権」を認めた(ただしこの「監置請求権」は1970年の「新親権法」で削除)。また、「監置請求権」とは区別される日常的な懲戒権は、「監護権の存在からも出てくる」が、「自然に慣習上存する」(谷口知平『現代外国法典叢書(14) 佛蘭西民法[1] 人事法』有斐閣1937 p.361)ものとされる。梅沢収「フランス近代における親の懲戒権と教師の懲戒規定」牧証名他編『懲戒・体罰の法制と実態』学陽書房1992、田中通裕『親権法の歴史と課題』信山社1993年参照。

(3) ドイツ民法1631条は「子の身上監護は、子の教育監督および居所指定の権利義務を包含する。父は教育権により子に対し相当の懲戒手段（Zuchtmittel）を用いることができる。父の申請により後見裁判所は適当な懲戒手段を用いて父を援助する」と規定する。この条文の第2項は、1979年の「新監護法」によって、「屈辱的教育手段は認めない」と変更になったが、同法において、体罰が認められるのかどうかは、明らかでないといわれる。河野亮子「近代ドイツの親子関係と懲戒権」牧証名他編同上書参照。

(4) 於保不二雄他編前掲書 p. 115 明山・國府筆部分

(5) なお、現行民法（1948年施行）の規定は次の通り。

822条 親権を行う者は、必要な範囲内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる。（以下略）

このように、親の懲戒権の規定は明治民法も現行民法もほとんど変わらないにもかかわらず、家族法研究の多くは、両者の間に大きな転換があったと捉えている。それは、「家」制度という「封建的家父長的家族」から、「近代家族」へと、戦後、家族は大きく変化したと理解されているからである（中川淳『家族法の現代的課題』世界思想社1992p. 13）。こうした理解に基づいて、親権についても、戦前は「家」のため、または親のための親権であり、「親子関係は封建遺制たる『家』によって着色されていた」（西村信雄『戦後日本家族法の民主化下』法律文化社 1991 p. 416）が、戦後ようやく子どものためのものとなったといわれる。

だが、こうした「家」に関する通説的理解に対し、近年、「家」は「近代形成期における歴史＝社会的構築物」（上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』岩波書店1994 p. 94）であるとして、＜近代的「家」＞という視点から「家」の再評価が行われている。本稿もこうした視点に多くを負っている。

(6) 親の懲戒権に関する歴史研究は非常に少ない。利谷の研究が代表的なものだが、他に、田辺俊治と有地亨の研究がある。田辺俊治「＜親の懲戒権＞に関する一研究（その1）」筑波大学『教育学研究集録』3集1980、「＜親の懲戒権＞に関する一考察」日本教育行政学会編『日本教育行政学会年報7 教員研修の諸問題』教育開発研究所1981、有地亨「親の懲戒権と教師の懲戒権」『季刊教育法』27号エイデル研究所1978

田辺も有地も、明治民法の親権を近代的なものとして捉えないという意味では、利谷の評価と一致するものと思われる。田辺は明治民法の懲戒権を封建的家父長制度と把握し、有地は「懲戒権は家長権を保障するものとしての色彩が濃い」（p. 83）と指摘する。

(7) 旧民法第一草案の懲戒権規定は次の通りだが、制定されたものとほとんど変わらない（『民法草案人事編理由書』、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に所収 p. 187）。

243条 父若クハ母ハ家内ニ於テ其子ヲ懲戒スル権ヲ有ス但シ過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得

ス

244条 父若クハ母ハ其子ノ行状ニ付キ重大ナル不満ノ事由ヲ有スルトキハ地方裁判所長ニ  
請願シテ其子ヲ相当ノ感化場若クハ懲戒場ニ入ルルコトヲ得（以下略）

(8) 利谷信義「親と教師の懲戒権」日本教育法学会編『日本教育法学会年報』4号1975 pp. 194-6

(9) 利谷信義「旧法体制下における体罰事件」『別冊ジュリスト』No. 41 有斐閣1973 p. 118

(10) 利谷が、明治民法の懲戒権を封建的、家父長的と評価しないのは、明治民法が「戸主ノ法」を「近代的な法典の枠組みを媒介として定着」させた（「明治民法における『家』と相続」東京大学社会科学研究所『社会科学研究』23巻1号 1971 p. 104）と捉えるからだろう。しかし、明治民法上の「家」が「明治政府による上からの近代化政策に対応する新しい組織原理」（「家族観の変遷と家族法」『法律時報』日本評論社1993年11月号p. 34）だとすれば、懲戒権にも「新しい組織原理」としての特質があるものと思われる。利谷は、懲戒権の「反動性」は指摘するものの、「新しい組織原理」としての特質は明らかにしていない。

(11) 前掲『民法草案人事編理由書』p. 184

(12) なお、山本正憲は、「懲戒権は、主として監護・教育の手段としてなされるものであるから、旧法下（明治民法下-引用者）においても、親権に服する者は、実質的には未成年の子に限られていたとあってよい」と指摘する。於保不二雄他編前掲書 p. 21

(13) 司法省『全国民事慣例類集』1880、吉野作造編『明治文化全集第8巻法律編』日本評論社1929所収 p. 259以下の事例は同書による。

(14) 小野義美「明治前期における親権制度（1）」『宮崎大学教育学部紀要社会科学』54号1983 p. 24

(15) 中田薫『法制史論集第1巻』岩波書店1926 p. 580、石井良助『家と戸籍の歴史』創文社1981年 p. 235

(16) 徳田彦安「日本に於ける勘当義絶及久離の研究」日本社会学会『社会学雑誌』36号 1927. 4 p. 80

(17) 穂積重遠『親族法』岩波書店1933 p. 551

(18) 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』東大出版1959 p. 173 参照。

(19) 外岡茂十郎編『明治前期家族法資料第1巻第1冊-家族関係法規集』早稲田大学出版1967 p. 75

(20) 小野義美前掲論文 p. 26

(21) 外岡茂十郎編前掲資料集 p. 180

(22) 利谷信義前掲「親と教師の懲戒権」p. 194 なお旧刑法は外岡茂十郎編『明治前期家族法資料第2巻第1冊-家族関係法規集』早稲田大学出版1968所収

- (23) 『大審院刑事判決録』10輯2号 p. 125
- (24) ちなみに「遠島」は江戸時代、死刑に次ぐ重刑であり、15歳以下の「幼年」の最高刑だったとされる。石井良助『日本刑事法史』創文社1986 p. 70
- (25) 外岡茂十郎編前掲資料集『第1巻1冊』 p. 151
- (26) 児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成 上巻』ドメス出版1978 pp. 246-7
- (27) 旧刑法では、犯罪時に12歳未満の者と 啞者は罪を論じないが、8歳以上の者は情状により懲治場に留置できる(79-82条)。
- (28) この規定は「わが国における監獄教育に関する規定上の濫觴」とされる(守屋克彦『少年の非行と教育』剋草書房1977 p. 24)。だが実際には明治20年頃まではほとんど空文であり、「懲治場・幼年監は成人懲役場の自由刑執行と変わるところはなかった」という。重松一義『少年懲戒教育史』第一法規1976 p. 151
- (29) 土持三郎「少年院の沿革と教育理念」朝倉京一他編『日本の矯正と保護2少年編』有斐閣1981 p. 18
- (30) 平松義郎「刑罰の歴史-日本-」莊子邦雄他編『刑罰の理論と現実』岩波書店1972 p. 75
- (31) 重松一義前掲書 p. 159-160
- (32) 池上雪枝が日本初の私立感化院を大阪に設立(1884年)。以来、留岡幸助の家庭学校など、私立感化院は感化法制定まで全国9ヶ所に設置された。
- (33) 平松義郎前掲論文 p. 82-3
- (34) 感化法および同法施行規則は、前掲『児童福祉法成立資料集成上巻』所収 pp. 217-9
- (35) 感化院への出願懲治の実態は明らかではないが、1921年の武蔵野学院の調査(内務省社会局調査「感化教育資料」)では、調査数100名の内、保護者が直接出願した者は7名、児童鑑別委員会または児童保護委員を経て入院した者は8名で、これらの中に20歳を超える者は含まれていないと思われる。また、1925年の東京府の調査(東京府内務部社会課「本府に於けるフィールド・ワークとしての児童保護事業」)では、985人中保護者からの依頼は88人(8.93%)で、全員未成年。児童保護事業の進展に伴って、家庭や雇主、学校などの第一次的保護者からの依頼が増えているが、児童の年齢は下がっているという(両調査とも、社会福祉調査研究会編『戦前日本社会事業調査資料集成第5巻児童保護』剋草書房1990所収)。成年の出願懲治は、1881年頃はかなりあったが(重松一義前掲書 p. 167)、その後減少したものと推測される。
- (36) 齋藤薫「感化法成立の経緯」『お茶の水女子大学人間文化研究年報』17号1993 p. 225
- (37) 森田明「少年裁判手続きにおける『保護・教養』の観念」 芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』有斐閣1985 pp. 788-9 感化院は各道府県に設立するものとされていたが、1908年までに実現したのは東京、大阪、神奈川、埼玉 秋田のみだった。

- (38) 土持三郎前掲論文 p. 21 なお、懲治場が消滅したのは、改正刑法（現行法）制定（1908年）以降だった。
- (39) 中川淳前掲『家族法の現代的課題』 p. 17
- (40) 拙稿「〈親権〉の成立」『日本教育政策学会年報第1号転換期の教育政策を問う』千代田出版1994参照。
- (41) ただし旧民法には自治産の制度がある(214条)。
- (42) 法典調査会における梅謙次郎の発言。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6法典調査会民法議事速記録6』商事法務研究会1984 p. 437
- (43) 法典調査会は1893（明治26）年の法典調査会規則により設置された。伊藤博文総理大臣を総裁とし、委員は31名。穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が起草に当たり、法典調査会はこの起草委員案を審議した。
- (44) 佐藤全『親の教育義務と権利』風間書房1988 p. 133
- (45) 前掲『速記録』 p. 419
- (46) 同上書 pp. 420-1
- (47) 『民法修正案理由書』東京博文館蔵版1898 p. 142
- (48) 掛下重次郎『民法親族』和仏法律学校1903 p. 279中島弘道『民法親族法相続法論』清水書店1925 p. 491
- (49) 前掲『速記録』 p. 419
- (50) 柿原熊武『民法親族編講義』明治法律学校 発行年不明 pp. 648-50 同旨牧野菊之助『日本親族法論』巖松堂1908 p. 365-6
- (51) 薬師寺志光『日本親族法論下巻』南郊社1942 p. 960
- (52) 梅謙次郎は、ドイツ（普通法）、プロシア、ザクセンなどが、独立の生計を立てるかどうかで親権の期限を区分しているが、「今日ノ開化ノ度デハ成年迄ト云フコトガ適當」（前掲速記録p. 419）と述べる。だが、親権の効力が子の年齢と能力（自治産など）という2つの原理で区切られ、いずれにせよその効力の範囲が限定づけられたのが近代の親権であるとするれば、明治民法もこうした文脈の中に位置づけることができる。
- (53) 前掲速記録 pp. 418-9
- (54) 同上書 p. 428、p. 437
- (55) 同上書 p. 432
- (56) 牧野菊之助『法律教科書親族法』東京専門学校1901 p. 123
- (57) 角田幸吉『日本親子法論』有斐閣1941 p. 475
- (58) 柳川勝二『親族法要論』清水書店1924 p. 339
- (59) 野上久幸『親族法』三省堂1928 p. 409

(60)本稿執筆に際し調べた明治民法の注釈書27冊（著者23人）の内、懲戒権を「家」制度維持のためと説いたものはなかった。他方、たとえば宮田四八は、懲戒は「子の非行を矯正して善良の国民たらしむる」手段だと言い（『親族法』東京専門学校発行年不明1928 p.190）、末広巖太郎は、子の監護教育は「国家将来の為に良き後継者を作り残すことを目的」とすると捉える（『民法講話（上巻）』岩波書店1926 p.247）。

(61)拙稿前掲論文 pp.162-3 参照。

(62)前掲『民法修正案理由書』p.156

(63)なお、近代社会において、「子供こそは、国家の干渉がなされるべききわめつけの領域」とであると指摘されている。ミシェル・ペロー「私的領域と権力」『思想』岩波書店1988.3 p.33

(64)前掲速記録 p.432

(65)梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』明法堂1899p.355

(66)梅謙次郎『民法講義』明法堂1901 pp.209-211

(67)懲戒権を教育の手段と捉えているのは、以下に紹介するものの他に、古山茂夫『親族法註解』酒井店1923p.477、柳川勝二前掲書 p.350、野上前掲書 p.409、薬師寺志光前掲書 p.993、角田幸吉前掲書 p.487、谷口知平『日本親族法』弘文堂書房1935 p.424。

(68)樋山広業『改正日本民法講義』田中宋栄堂1898 p.953

(69)奥田義人『民法親族法論』有斐閣1898 p.351

(70)和田于一『親子法論』大同書院1927 p.590

(71)奥田義人は、懲戒権は「監護教育ノ権利ヨリ生スル効果」にすぎないため、「懲戒ハ未成年ノ子ニ対シテノミ行フヲ得ヘキモノナルコト明瞭ナル可シ」（前掲書 pp.351-2）と述べる。同旨、穂積重遠前掲書 p.573

(72)懲戒権を非行の矯正手段とするのは、先に紹介した牧野菊之助、宮田四八の他、柿原熊武前掲書p.652

(73)前掲速記録 pp.435-6 この梅の発言からすると、直接国家が親に対して監視し規制する懲戒場が存在することが、懲戒権の効力を成人にも認めることになった一因とも考えられる。成人を懲戒場に入れることに対して、国家の監視が可能だからである。

(74)同上書 pp.436-7 民間の感化院も場合により懲戒場にしようとも述べており、梅の感化院の評価は実は一定していない。梅謙次郎前掲『民法講義』p.212

(75)梅謙次郎前掲『民法要義卷之四親族編』pp.356-7

(76)なお、この懲戒権と教育権の二重化＝事実上の一体化の制度は、少年教護法（1933年制定）でも維持される。また、地方長官による入院認可制度の導入は、手続きの簡素化という批判があるが（利谷信義前掲「親と教師の懲戒権」p.194）、簡素化によって親の権力を強化したとは必ずしも言えない。懲戒場における刑事司法・裁判の懲罰主義に対抗する、行政・社会事業の

教育主義という流れが背景にあるからであり（森田明前掲論文参照）、地方長官による入院認可制度は、より教育的な処遇をめざしたものとも理解しうる。1908年感化法と教護法は前掲『児童福祉法成立資料集成上巻』所収 p. 221、pp. 232-6

(77) ちなみに児童虐待防止法は1933（昭和8）年制定。

(78) 本稿では論及しえなかったが、1900年小学校令47条において法定された教師の懲戒権もまた、近代社会における子どもに対する力の行使の「教育化」という枠組みで捉えうるものと考えている。