

〈親権〉の成立

－ 明治民法の中の親・子ども・国家 －

広井 多鶴子

はじめに

- 1 戸主権と〈親権〉-教育権の所在
 - (1) 旧民法の教育権
 - (2) 明治民法における戸主の排除
2. 親の教育義務
3. 保護と教育の期間
4. 〈親権〉の喪失-国家の関与

おわりに

はじめに

明治民法（1898、明治31年公布・施行）は、「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル者ハ此限りニ在ラス」と親権を規定し(877条)、「親権ヲ行ウ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と、親の監護教育の権利・義務を規定している(879条)。

だが、明治初年には親権という法的な概念は存在しなかった。明治20年代まで親の権利と戸主の権利は未分離であり(1)、明治23(1890)年公布の旧民法（ただし施行延期）は、戸主権と親権を区分したものの、親の教育義務を規定するものではなかった。近代法上の親権の特質は、親に子どもの教育の第一義的な義務を負わせ、親権を子どもの教育と福祉のためのものとする点にあるとされるが、旧民法が親の教育義務を規定せず、明治民法が親に子どもの教育を義務づけたことからすれば、明治民法によって、はじめて近代的な親権が成立したものと考えられる(2)。

しかし、家族法の通説では旧民法が近代法と評価されるのに対し(3)、明治民法は武士階級に範をとった家父長的な封建家族を規定したものであり(4)、親子法もまた「絶対主義的天皇制権力」が温存培養してきた「封建的家父長制家族制度の一翼を成すもの」(5)であると捉えられている。このように明治民法が封建制度に基づくものであると評価される最も大きな要因は、「家」制度と戸主権の存在である。戸主を中心とする「家」制度では、「個人が抽象的・超世代的な縦のつながりに埋没し、そのために、個人の尊厳という思想は認められ」(6)ず、

こうした「明治民法の『家』の制度、特に戸主権の制度によって、子の保護のための親権という性格は著しく弱められ」(7)、親権は近代的な「『子のための親権』ではなくて、家父長的権力であった」とされるのである(8)。

親と学校との関係を歴史的に捉えようとする佐藤全の研究は、親権の成立過程の研究としても、今日最も詳細で本格的なものとして注目されるが、佐藤の評価も基本的には変わらない。佐藤は、旧民法の制定過程は「国家の編成単位を個人におく西欧の近代法の摂取と、それを『家』におく我が国の家父長制家族制度を支える儒教的イデオロギーとの相剋において推移」(9)したとする。そしてこの相剋の中であって、明治民法の監護教育条項は、起草者である梅謙次郎がフランス民法に強く影響された旧民法第一草案とドイツ民法草案を参照して起草した原案に即して規定されたものであり、「子の利益と権利に対応する親権者の義務を履行するための権利」(11)であったことを明らかにしている。

佐藤のこのような分析からすれば、当然、明治民法の親権は西欧の法制度を摂取した近代的な親権として捉えられるものと思われるが、必ずしもそうした評価はなされていない。佐藤は監護教育権が親に属するものとなる過程を分析しつつも、そこに歴史的な意味を見出さず、明治民法は「『家』を重視して個人の人格の尊厳を軽視し、父と母・夫と妻・息子と娘の本質的平等を無視するもの」と指摘する(11)。佐藤においても、明治民法の親権は、詰まるところ、「家」と戸主権に従属するものとして理解されているものと思われる。

以上のように明治民法の親権は、封建的な「家」制度に拘束され、戸主権に従属したものと評価されている。しかし、封建社会との連続性を強調し、明治民法の封建性を析出するという分析方法では、明治以降の「家」制度の変化を十分捉えることができず(12)、明治民法においてはじめて子どもの教育が親の義務として明記されたことの歴史的な意味も捉えられない。

結論的に言えば、明治民法が親に子どもの教育を義務づけたのは、「家」制度に還元しえない「自然」の愛情に基づく特別の関係として親子関係を認めたからであり(13)、このような近代的な親子関係を前提にすることによって、親権は戸主権から独立し、子どもの教育は戸主ではなく親の権限となるのである。したがって明治民法上の親権を近代的なものとして理解する本稿においては、民法が親に監護教育を義務づけるようになる歴史的過程とその前提となる親子関係を明らかにすることが第1の課題となる。

明治民法の親権が封建的特質を持つと評されるのは、「家」や戸主による拘束といった外在的な理由によるものだけではなく、親権の内在的な問題も指摘されている。その一つとして、親権の義務性という問題がある。近代的な親権は「親の支配権的な性格を脱し、もっぱら子の福祉のために存在する義務」(14)であるが、明治民法の親権は親の支配権であって、子に対する親の義務ではなかったというのである。しかし、近代的親権とされる現行民法と同様に、明治民法も監護教育を親の義務として規定しており、その規定を空文と見なして無視することは

できない。本稿の第2の課題は、明治民法が親権の義務性をどのようなものとして構想していたかを明らかにすることである。

親権の内在的な問題はもう一つある。それは子どもが親権から解放される条件と時期についてである。近代的な親権は子どもが成年に達すれば効力を失うのに対し、明治民法が親権の効力を未成年に限定しなかったのは、明治民法の親権が家族制度道德に基づく支配権だったからであると言われている。だが、明治民法においても親権の個々の効力は懲戒権を除いて未成年に限られており、独立の生計を立てない成年に対してのみ親の懲戒権が認められるにすぎない。こうした親権の限定と、子どもは生涯親に服従すべきものとする家族制度的な親子道德とを同質のもと見なすことはできないだろう。明治民法がどのような意味で親権の限定を行ったのかを分析することが第3の課題である。

第4の課題は、国家と親権の関係である。近代社会は家族を法的小および政策的統制の下に置き、家族に対する国家の監督を制度化したとされるが、明治民法において国家が親を直接的に監督する親権喪失制度がはじめて設けられたのは、近代社会のこうした特質を反映したものと言えるだろう。明治民法上の親権の持つ近代的特質を明らかにするには、親権喪失制度を設けることを可能にした明治民法の論理を明らかにする必要がある(15)。

以上が本稿の課題である。法典調査会における明治民法の審議過程と当時の民法注釈書から、これらの課題を検討していくことにしたい。

1 戸主権と〈親権〉-教育権の所在

(1) 旧民法の教育権

周知のように、1890年に公布された旧民法は日本の習慣や伝統に反するといった批判が出されて施行延期となり、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の3人によって改めて民法が起草されることになる。起草された法案は法典調査会での審議等を経て、1898年に公布、施行されるが、これがいわゆる明治民法である。明治民法の制定過程においては「家」制度を維持しようとする穂積八束らの家族制度論と、親権を子どもの保護のための制度と捉える梅謙次郎らの近代的親権論との間で論争が繰り広げられるが、戸主権と親権との関係、特に誰が子どもの教育の権限を持つのかという問題は、その重要な論点であった(16)。

前述したように、明治民法は親の教育の権利と義務を規定している。だが実は、一般に明治民法よりも近代的であると考えられている旧民法は、「親権ハ父之ヲ行フ」(149条)と規定するだけで、親の教育義務は書かれていない。親権の具体的内容も居所指定権と懲戒権のみであり、子どもの教育に関する直接的な規定はないのである。それは、旧民法の第1草案(1888年)で規定されていた「父母は其子ヲ養成シ訓戒シ及ヒ教育スルノ義務ヲ負フ」(190条)という条

項が元老院で削除されたからである。その理由は元老院議事録が公表されていないため必ずしも明らかでないが、「戸主にふり替えたため」(17)と推測されており、元老院では、実際、「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)という条文が新たに設けられた。

この244条は戸主の費用負担義務であったのだが、親の教育義務が削除されたため、この条文を次のように戸主の教育義務として解釈する見方もあった。つまり、父であっても「未タ戸主タル身分ヲ得スシテ家族ノ一員タルニ過キサル間ハ法律上其子ニ対シテ養料ノ義務アルハ勿論ナリト雖モ養育及ヒ教育ノ義務ニ至リテハ之ヲ負担スル事ナシ此ノ如キハ一見頗ル奇異ナルカ如シト雖モ家族制度ノ本質上自カラ然ラサルヲ得サルモノ」であり、「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ス」(18)というのである。

だが、親は子どもの教育に責任を持たないと考えられていたわけではない。当時においても、「父母ハ其子ヲ養育スルノ義務アリ」「子ノ養育ハ父母ノ義務ニシテ其権利ニアラサルナリ」、これは「我国固有ノ習慣ニ悖ルノ嫌ヒナシト雖モ我国ノ親族法ニハ頗ル悪弊アリ」(19)といった親権の解釈がなされている。旧民法は確かに親に親権を与えたのだが、教育の権限は戸主にあるといった解釈を生む余地のあるほどに実は不確定なものであり、教育権の所在は当時においてもなお論争的な問題だったのである。

(2) 明治民法における戸主の排除

戸主は教育に関する権限を持つかどうかという議論は、明治民法の制定過程においても繰り返されることになる。起草委員が法典調査会に提案した戸主の扶養義務についての当初の案は、「戸主ハ其身分及ヒ資力ニ応シテ家族ヲ扶養シ且教育スル義務ヲ負フ但家族カ自ラ其費用ヲ支弁スルコトヲ得ルトキハ此ノ限りニ在ラス」(747条)となっており、戸主の「教育スル義務」が規定されていた。

しかし、この「教育スル義務」について、起草委員の富井政章は、最初から旧法と同様に費用の負担義務として把握しており、「費用ヲ負担スル外ニ無形上ノ世話ヲスルト云フコトハ戸主ノ義務トシテハ漏レテモ差支エナイコトデハアリマスマイカ夫レハ親権ノ方ノ問題」(20)であると述べている。しかも梅謙次郎によれば、親が子どもを養うだけの資力を持っている場合、親の扶養義務の中には「教育ノ費用迄モ無論這入ラヌト困ル親ガ養フ資力ガナイトキニハ戸主ガ義務ヲ負フ」(21)のものであり、教育の費用負担もまず第一には親の責任として考えられていたのである。

これに対し磯部四郎は、戸主は「精神的ニ指揮シテイク義務」を常に持つべきであると主張する。そして、法案の但書では家族が費用負担をすれば戸主の教育の義務はなくなってしまうため、磯部は但書を「家族ニ特別ノ資力アルトキハ扶養及ヒ教育ノ費用ヲ支弁セスムルコトヲ得」とする修正案を提案する。磯部によれば、「戸主ト云フ者ハ一家ノ主デアリマスカラ一家

ノ事ニ就テ有形上無形上指揮シテ往ク権利及ビ義務」があり、したがって、親権者や後見人は「戸主ノ本務ニ欠ケルコトガアツタ時分ニ夫ヲ促シテ往ク」ものなのである(22)。

戸主に教育権を認めるべきであるという磯部の案には、長谷川喬、横田国臣、土方寧などが賛成するが、土方は「昔シノヤウニ戸主ノ権利ト云フモノヲ強クスルコトハ悪ルイト云フヤウナ精神ガ現ハレテ居ツタヤウデアリマシタガ私ノ考ヘデハ今日ニ在ツテモ矢張り戸主ト云フ者ニハ充分ノ権力ヲ与ヘ然ウシテ又夫レ丈ノ義務ヲ負ハセテモ宜イ」(23)と述べ、戸主権の強化を主張する。土方の発言は戸主権を制限しようとする法典調査会の雰囲気伺わせるが、家族制度を維持しようとする者にとっては、明治民法上の戸主権はきわめて貧弱なものだったのである(24)。

747条は結局「教育スル義務ヲ負フ」を「教育ノ費用ヲ負担ス」へと修正する案が梅から出され多数を得る。梅の主張は、戸主は「家ノ番人」として家の出入りに関する権限を持つが、教育に関する権限は持たない。その理由は「親ト云フ者ハ充分ニ注意ニ注意ヲ加ヘテ教育ノ方針杯ヲ定メルコトデアリマスカラ先ズ以テ是ハ親ニ任セルト云フコトガ一番宜シカラウ」(25)というものであった。親に教育の義務を科すことが「自然ノ人情ニ適フ」(26)という発想が、法典調査会で支持を得たのである。この条項は起草委員による整理会でさらに「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」と修正されて成案となるが、この修正によって「子ノ教育、懲戒、其財産管理等ハ専ラ親権ノ作用ニ属シ毫モ戸主権ニ関係」(27)ないということが、旧民法よりも、また明治民法の草案よりも一層明確になった。

このように明治民法においてはじめて教育はもっぱら親の責任となった。こうした発想を生み出したのは、「自然ノ愛情アル親ニ子ノ養育保護ヲ託スルハ最天則ニ適シ」(28)ているという認識である。その「自然ノ愛情」ゆえに親に教育権が与えられ、戸主は子どもの教育から排除されることになったのである。その意味で、明治民法上の親子関係は、家族関係一般や「抽象的・超世代的な縦のつながり」に埋没するものではなく、最も強い独自の関係として構想されていたと言えるだろう。

2. 親の教育義務

旧民法の草案では親の教育義務が規定されていたにもかかわらず、それが成案で削除された理由は二つ考えられる。一つは、前述したように、教育の義務を戸主にふり替えたからであり、もう一つは、親権は親の義務ではなく権利だという主張による(29)。旧民法草案の理由書では、「子ノ養育ハ親ノ義務ニシテ其権利ニ非サレハ其方法トシテ監護懲戒ノ権ヲ与フルト雖モ之ヲ真ノ権利ト見做スコトヲ得ス一切ノ権利ハ子ニ属シ父母ハ只義務ヲ有スルニ過キス」(30)と、親権は親の権利ではなく子どもに対する義務であると明確に述べており、この点が元老院で問

題になったものと思われる。明治民法の審議過程でも、親権は親の権利なのか義務なのかという問題は、以下で紹介するように再度議論になる。

明治民法の草案は親権者は子どもの「監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と、親権が親の権利であるとともに義務であることを明記していた。これに対し、穂積八束は「義務ヲ負フトイウコトハ省キタイ」と言う。なぜなら、「権利ヲ有シ義務ヲ負フ」というのでは、親権は同等の者の間の貸借関係のようになる。また義務についての「本案ノ趣意ハ公ニ対スル義務デアリ国家ニ対スル義務デア」って、それは教育令などに規定すればいい。したがって「親権ノ性質トシテ子ヲ監護シ教育スルト云フコトハ親ノ権力デアルト云フコトヲ申シテ置ケバ」よいと言うのである(31)。

穂積と同様の意見は、山田喜之助、尾崎三良から出されるが、いずれも、親の権利は子どもに対するものであり、また義務は国家に対する公法上の義務であるから、子どもに請求権を与えるような親の義務を規定するのは不適當であると主張する。

こうした穂積らの見方に対し、梅謙次郎は次のように自説を展開する。第1に、同等の位置にない場合は、権利と義務の関係ではなく、権力関係であるという穂積の解釈に対して、自分は「サウ云フ風ニ解釈シナイ」。第2に、民法上の権利・義務である以上、それは「社会ニ対シ国ニ対シテト言フノデナク私法上ノ関係カラ子カラ親ニ対シ親カラ子ニ対シテ定メタ」ものであり、だからこそ親権喪失の規定が導き出さる。第3に、親の権利とは、「義務ヲ盡スニ必要ナル権利」であり、「義務ヲ削ルト云フコトニナツタラ親権ト云フモノハ一種妙ナコトニナラウ」。そして第4に、「民法ハ教育制度ニ従ツテ教育スル権利ガアリ義務ガアル」ということである(32)。

このように梅は、親権は子どもに対する親の私法上の義務であると説く。ここで注目しておきたいのは、子どもの保護という親の義務が、対等な親子関係の上に成立するものではないという指摘である。民法においては、子どもは「無能力者」とされ、権利が制限されるが、梅は対等でない親子関係を前提にして、子どもの利益保護という観点から親子関係を再構成しようとしたのだろう。

結局は穂積らの義務削除の提案が少数で否決されたことからすれば、明治民法上の監護教育の義務は、国家・社会に対するものではなく、梅の言うように子どもに対する「私法上の義務」であり、義務を行使するための権利として成立したものと思われる(33)。

明治民法の注釈書も、管見の限りでは、親権を子どもに対する親の権利とし、親への服従を説く穂積八束的な親権解釈はほとんどない。たとえば宮田四八は唯一明瞭に「親権は子に対する権利なり」としているが、同時に「親権は主として子の利益を保護する目的より認められたもの」(34)であると言う。親権は親の利益のためのものであったが、そうした「弊風ハ親権ノ性質ノ変移ト共ニ一洗セラレ」(35)たという指摘もある。したがって、「親権ハ法律カ子ノ利

益ノ為メ親ニ与ヘタル権利ニシテ換言スレハ親タル者カ子ニ対スル養育ノ義務ヲ完全ニ盡スヲ得セシメンカ為父母ニ此ノ権ヲ与ヘタ」(36)ものなのである。

私法と公法の関係については、家族制度の崩壊を嘆く奥田義人も、「子ノ監護並ニ教育ヲ為スハ其子ニ対スル私法上ノ義務ナリ」(37)としており、親権を国家社会への義務として捉えているものは、穂積重遠など少数である。明治民法は「私法としての『家』制度の確立」であり、それによって「家」は公法上の地位を失い「何ら国家と対抗しない柔順忠実なその機関として機能する」(38)ようになったとされるが、子どもに対する義務という親権理解は、国家にとって忠実な私法上の機関として親権を位置づけるものでもあったのである。公法上の就学させる義務は国家に対する親の義務であり、民法上の親の義務もまた、「教育制度ニ従ツテ」教育スル権利であり義務であると捉えられることによって、学校と家庭は子どもの教育のための国家的な機関として位置づけられることになった。

3. 保護と教育の期間

親権の効力の期間を限定するかどうかという問題もまた、子どもの保護という近代的な親権論と家族制度論との重要な論争点であった。

旧民法の草案は、「子ハ其成年若クハ自治ニ至ルマテ親権ニ服従ス」(238条)と規定し、親権を脱する資格を持つ未成年の自治も認めている(353-4条)。それは「親権ハ父母ノ利益ノ為メ之ヲ与フルモノニ非スシテ子ノ教育ヲ尽スノ方法ニ過キサルモノナリ故ニ子成長スレハ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ナリ」(39)という親権理解によるものだった。

しかし元老院では「子ト云フ者ハ親ニ従フト云フノガ日本ノ道德デ是レハ外国ニ倣ウ必要ガナイト云フコトデ」(40)改正され、成案では「自治産」の制度は維持されたが、親権については未成年という限定が削除された。とはいえ旧民法が規定する二つの「身上ニ対スル権」の内、居所指定権は未成年に限定され、懲戒権のみ成年まで及ぶものとなった。

明治民法の草案は「未成年ノ子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」であり、自治産の規定はないが、旧民法の草案と同様に親権の行使を未成年の子に限定していた。だがやはりこれについても法典調査会で議論になる。梅謙次郎は「親権ハ子ノ利益ヲ謀ル者ト云フコトニナツタナラバ成年迄トスルノガ当然」であり、老いては子に従うのが「日本ノ慣習」であると説明する。これに対し穂積八束は親権において成年と未成年とを区別するのはよくないと発言するが、梅は、親権は親子関係ではなく「子ノ監護及ビ教育」であり、30、40になる者を監護するという事はないし、「親子関係ハ成年ニ達シタラナクナル」というようなことでもないかと反論する。

だが、多数の支持を得て成案に至ったのは尾崎三良の意見だった。尾崎は20歳になれば親の厄介になっている場合でも親権から脱し、独立者と同じように扱われるというのは「我が国ニ

適当シナイ」と主張した。この意見が支持された結果、成立した 877条の規定は草案から未成年の文字を削除し、「但独立ノ生計ヲ立ツル者ハ此限りニ在ラス」という但書を付けるものとなった(41)。

そのため「親権ノ効力」の一つ一つについて、未成年に限定すべきかどうか審議されたが、未成年に限定されないのは旧民法同様、懲戒権のみだった。つまり、独立の生計を立てない者は成年であっても親権に服するが、親権の効力は基本的に未成年に限定されており、独立の生計を立てない者のみ、成年でも親の懲戒権に服するものとなったのである(42)。

このように近代的な親権論と家族制度論が交錯する中で、成立した条文は非常に複雑なものとなったが、従来の研究では、とりわけ 877条が未成年に限定されなかったことに明治民法の特質が表われていると捉えられてきた。たとえば谷口知平は、明治民法は「実質的には未成年の子のみが親権に服するものと解せられていたけれども、形式的には子は生涯父の親権に服するかのごとく家族制度的孝道思想を現していた」(43)と指摘する。

しかし、この 877条の規定を「家族制度的孝道思想」として理解するのは、旧民法にはなかった但書が加えられたことの歴史的な意味を評価しないことになる。旧民法は「何等ノ制限ヲモ附セスシテ汎ク親権ハ父之ヲ行フ云々ト規定シタルヲ以テ解釈上成年ノ子ニ対シテ親権ヲ行フヲ得ルコトト」だったが、明治民法は「親権ニ服スル者ヲ未成年ノ子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」(44)のであって、立法者意思としては基本的に親権は未成年の子を保護する制度だったのである。

この立法者意思を反映して、法解釈においても、多くの民法注釈書が成年に対する親権は極めて「薄弱」か「有名無実」であり、親権は原則として未成年に対するものであると捉らえている(45)。にもかかわらず、明治民法が独立の生計を立てない成年は親権に服するとしたのは、独立の生計を立てない以上は一人前とはいえず、一人前でない以上は親には子どもを保護する権利・義務があるという発想によるものと思われる。こうした明治民法の保護の発想は、子どもは独立の生計を営もうとも、生涯親権に服すものとする「孝道思想」とは異質なものと言えるだろう(46)。

4. 〈親権〉の喪失-国家の関与

以上見てきたように、明治民法は親権を子どもの保護のための制度として構想するものであるが、子どもの保護を親に義務づけることは国家にとっても有益なものであった。

前述したように、親権は子どもの利益のためのものと捉える注釈書がほとんどだったが、同時に、親権が民法上に規定されたことの意味を国家や社会の利益との関係で指摘するものも少なくない。親権は「国家が良民を作る点より父母に命じた義務」(47)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」(48)ものであるからこそ、「親権は多少の制限干

涉及び援助を国家から受けることになる」(49)。その具体的な制度が親権の喪失であり、親権喪失の制度は明治民法ではじめて成立した。

親権喪失の条文は旧民法の草案では規定されていたが(254-5条)、成案では「我国ノ慣習トシテ親ガ子ニ対シテ親権ヲ行フニ外ヨリ干涉スルハ不都合」(50)であるとして削除された。明治民法の草案はこの制度を復活させ、親が親権を濫用したり「著しく不行跡」の時は、裁判所は親権の喪失を宣言することができるという条文(912条)を設けた。

法案は原案通り可決したが、その審議ではやはり 912条の削除が穂積八束から提案された。八束の主張は「元来親子ノ間ノ関係ニ付テ子ガ親ヲ訴ヘルト云フヤウナコトハ余リ望マシイコトデハ」ない。親権は「親ガ子ニ対シテ行フ所ノ権力」である以上、子どもが親を裁判所に訴え、裁判所で両者が争うというようなことになれば、「親権ノ実ト云フモノガナクナツテ仕舞ハフ親権ト云フモノハサウ云フ事ニ付テハ厭制的ノ性質ノモノデアル」(51)というものである。しかし八束に賛成するものではなく、かくして、旧民法では否定された親権喪失の制度は、明治民法において「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」(52)ものとして確立したのである。

このように、国家による親権への干渉を可能にする親権喪失制度は、穂積八束らの家族制度論者の主張を排して成立することになった。穂積八束は「我千古ノ国体ハ家制ニ則ル家ヲ大ニスレハ国ヲ成シ小ニスレハ家ヲ成ス」とする国家主義者であったが、穂積の主張する家は「人格者タリ権能タリ法人タリ」とするもので、穂積は一貫して、こうした法人たる「家」に対する国家の干渉や法の拘束を排除しようとしたのである(53)。

これに対し、国家的な規制の下に親子関係を置き、その干渉を求めたのが、子どものための親権という近代的な親権解釈である。親の恣意的な権力から子どもを保護する制度へと親権を転換させるには、親を監視する制度が不可欠であった。親権喪失制度は子どもの育成が国家的な関心となった時代において、子どもの保護を親に義務づける強制装置であり、「子どものため」という言葉は「国家の権限を呼び出す合言葉」(54)となったのである。つまり、子どもの利益を守るためのものとして制度化された親権は、国家がその内容や限界を法定し、親権の行使が許容範囲内のものであったかどうか、親が親としてふさわしいかどうかを監視する国家の役割を制度化するものでもあったのである。

おわりに

明治民法においては、戸主は子どもの教育に関して何ら権限を持たず、教育はもっぱら親の権限となった。それは親子関係が「自然ノ愛情」に基づく特別の関係として捉えられていたからであり、明治民法は家族制度に埋没しない最も強い独自の関係として親子関係を構想してい

たのである。その意味で明治民法の親権は、通常言われるように封建的な親子関係に基づく親の支配権であったのではなく、封建的な「家」制度から親子関係を析出することによって、子どもの保護を親に義務づける近代的な制度であった。

子どもの保護の義務化はまた、国家にとっても有益なものであった。親子関係を国家的な規制の下に置き、その干渉を求めたのは、天皇制国家のイデオロギーとされる封建的な家族制度論や「家族国家」観ではなく、子どものための親権という近代的な親権理解だったことに示されるように、近代社会においては、子どもの養育や教育はもはや国家的な統制から自由な自治的、恣意的な行為ではありえないものとなったのである。明治民法が親に子どもの教育を親に義務づけるとともに、その監視を行う親権喪失制度を設けたのは、こうした近代社会の特質を反映したものと言えるだろう。

- 注 -

(1) 手塚豊によれば、明治初年には親権者ということばはなく、一般未成年者に対する親権的なものは戸主の権利の中に包摂されており、第1次小学校令（明治19年）を経て、明治20年代の末頃になってようやく裁判の判例の中に「親権的な発想」が見られるようになったという（『手塚豊著作集第8巻明治民法史の研究（下）』慶応通信1991年P557-8）。また大竹秀男は親権と戸主権の区分が明確になるのは、明治7年から第1次教育令（明治12年）の頃であるとする（『「家」と女性の歴史』弘文堂1977年P266）。

(2) 手塚は、旧民法に比べ明治民法上の親権は全体的にみて一步前進しているばかりか、「19世紀西洋各国の水準に達して」おり、「半封建的性格を持つ明治民法の中で、親権の部分はもっとも封建制の少ない分野であった」（同上書P211）と指摘している。しかし「明治民法の半封建的性格は、すでに旧民法の裡に成熟し」（同書 P77）ていたと述べるなど、手塚の評価は一定しない。だが辻朗は、封建的特質が少ないとする先の手塚の見方を支持しており（「親権喪失宣告制度について」林良平他編『谷口知平先生追悼論文集 1 家族法』信山社1992年P294-5）、片野興三も、明治民法の親権は「家父長権的命令服従関係から転化」したものであり、「親権規定そのものが、天皇制家族国家法体制の確立とは矛盾した存在であった」と言う（「戦前日本教育権思想史研究（その1）-法体制確立期における親権」『北海道大学教育学部紀要19号』1972年P108-9）。

(3) 熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』法律文化社1987年P140-2 参照。

(4) 川島武宜『日本社会の家族的構成』日本評論社1950年参照。

(5) 西村信夫『戦後日本家族法の民主化下巻』法律文化社1991年P420

(6) 中川淳『家族法の現代的課題』世界思想社1992年P13

- (7) 戒能民江「親の教育権」川井健他編『講座現代家族法第4巻親権・貢献・扶養』日本評論社1992年P26
- (8) 西村信夫前掲書P418
- (9) 佐藤全『親の教育義務と権利-家庭教育と学校教育の役割分担に関する学際的研究』風間書房1988年P7
- (10) 同上書P132-3
- (11) 同上書P142
- (12) 利谷信義は、明治民法の「家」は、「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」であったとする（「家族観の変遷と家族法」『法律時報』1993年11月号P34）。また、「もともと近代の市民家族というものが、家父長制家族であった」と考える井ヶ田良治も、明治民法を「家父長制的近代家族」の法と捉える（「明治民法と女性の権利」女性史総合研究会『日本女性史第4巻近代』東京大学出版会1982年P65）。
- (13) 近年の社会史研究では、家族構成員の情緒的紐帯が強まり、親が子どもの教育に専心する「子ども中心主義」が近代家族の特質であると指摘されている（落合恵美子『近代家族とフェミニズム』勁草書房1989年参照）。
- (14) 戒能民江前掲論文P25
- (15) なお、明治民法の親権が近代的な性質を持つものであったという本稿の仮説は、ひいては天皇制国家と家族制度との関係の問い直しにもつながる。近年の研究では、天皇制のイデオロギー的な基盤とされる家族国家観は、実は核家族や近代家族とも親和的であり、「近代国家に普遍的な、家族を媒介とした政治手段の一変種」であったと指摘されている（牟田和恵「日本近代化と家族-明治期『家族国家観』再考」筒井清忠編『「近代日本」の歴史社会学』木鐸社1990年 P89参照）。
- 筆者の調べたところでも、封建道徳と考えられてきた「孝」は、国定教科書でも近代家族に適用しうるように修正されていた（尾花清、広井「学校が教える家族-国定修身教科書の分析」『大東文化大学紀要〈社会科学〉』32号1994年）。近代家族と天皇制国家が、実は相補的であったというこの仮説は、「近代家族こそは、近代学校とともに、近代国家の統治メカニズムを構成する場＝『社会的なるもの』である」（小玉重夫「家族の現在」教育科学研究会『現代社会と教育1 現代と人間』大月書店1993年P196-7）という指摘にも重なると思われる。
- (16) 戸主権と親権が競合するものに居所指定権と婚姻の同意権があり、これらについても親権と戸主権との関係が問題になってきた。居所指定権について言えば、明治民法では原則的に戸主権が優先されるものとされたが(880条)、親は離籍という制裁を覚悟すれば戸主の判断とは別の決定を行うことが可能とされた。親は戸主に先立つ子どもの扶養義務者であり、最終的な決定権は親が持つものと理解されていたのである。

- (17)手塚豊前掲書 P70、佐藤全前掲書P91 参照。
- (18)岸本辰雄『民法正義人事編卷之1（下）』1892年P14-5
- (19)磯部四郎『大日本新典民法積義人事編之部』長島書房1891年P531-2
- (20)法典調査会の議事録は以下の資料集による。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5法典調査会民法議事速記録5』商事法務研究会1984年P598
- (21)同資料叢書5巻P614 梅はまた、旧民法下で発せられた文部省令16号「学齡児童ヲ保護スベキ者ト認ムベキ要件」（1890年）は、戸主にも親と同じ様な責任を負わせることになると批判し、教育の費用も父母が負担すべきであるとする（同書6巻P427）。だが文部省令も「児童養育ノ義務」が親にあるのは「自然ノ理」と捉えている。
- (22)同資料叢書5巻P602
- (23)同資料叢書5巻P609
- (24)明治民法の戸主権の貧弱さを指摘する者は多い。たとえば奥田義人は以前、戸主は一家を代表し、公私法律関係の主体となっていたが、今は「只家族を監督する権義を有するのみ」であると言う（「我国家族制度の前途に就いて」『法学新報』法学新報社第12巻3号1902年P16-7）。辞書も「戸主権なるものは単に家族に対する監督保護の権利義務に止まることとなれり」（『大日本百科辞書法律大辞書』同文館1911年穂積重遠執筆 P1183-4）、「古代ノ家長権ト異ナル所ハ其強度及公法的義務ノ有無ノ点ニ存スルノミナラス絶対無限ノ包括的権力ニ非シテ個々ノ事項ニ関スル特定の権利義務ノ集合ニ過キササル点ニアリ」（山岡万之助監修『法学辞典』自治館編輯局編撰1933年 P769）と書く。
- (25)同資料叢書5巻P604
- (26)同資料叢書5巻P611 高木豊三発言
- (27)梅謙次郎『民法要義卷之4親族編』明法堂1899年P344
- (28)柳川勝二『親族法要論』清水書店1924年P337
- (29)大竹秀男前掲書P280
- (30)『民法草案人事編理由書』は石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編上』風間書房1959年所収 P183
- (31)前掲『日本近代立法資料叢書6巻』P427-8
- (32)同資料叢書6巻P427-9
- (33)片野興三は、法典調査会では「穂積八束的な親権解釈が、圧倒的に主流をしめた」（堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店1971年P294）という見方を批判している（前掲論文参照）。また、天皇制国家の思想的制約によって、公的義務説が戦前の通説であったという見方についても、佐藤全の研究によって、私法義務説が多数派であったことが明らかにされている（前掲書P163）。

- (34) 宮田四八『親族法』東京専門学校 発行年不明P186
- (35) 柳川勝二『親族法』日本法律学校 発行年不明P295
- (36) 柿原武熊『日本親族法講義』明治法律学校 発行年不明P647
- (37) 奥田義人『日本親族法』中央大学1916年度版P438、442
- (38) 福島正夫『日本資本主義と「家」制度』東京大学出版会1967年P232
- (39) 前掲『民法草案人事編理由書』P184
- (40) 同資料叢書6巻p420 磯部四郎の発言
- (41) 以上の論争については同資料叢書6巻 p418-421
- (42) なぜ懲戒権のみ未成年と限定されなかったのかは、法典調査会の審議では必ずしも明らかでない。877条が先のように修正されたことから、梅はその時点で旧民法と同様に「懲戒権ノ如キハ未成年ト限ラヌ方ガ宜イ」（同資料叢書6巻p419）と判断したようである。独立の生計を営まない成人の子を親権で保護する以上は、親は懲戒しうるものとしたのだろう。なお解釈書の多くが「監護教育ノ権利ヨリ生スル効果」（奥田義人『民法親族法論』有斐閣1898年P351）として懲戒権を捉えているのは注目される。
- (43) 谷口知平「親権（後見）」中川善之助他編『家族問題と家族法5親子』酒井書店1957年P295
利谷信義も未成年に限定されなかったため子どもの保護から親の支配権へと変化したとする（「親と教師の懲戒権」『日本教育法学会年報4』有斐閣1975年 P195-6）
- (44) 『民法修正案理由書』東京博文館蔵版1898年P142 なお本書は法典調査会が起草し、政府が民法審議に際し国会で配布したものである。
- (45) 掛下重次郎『民法親族』和仏法律学校1903年度版P279、中島弘道『民法親族法相続法論』清水書店1925年P491、野上久幸『親族法』三省堂1928年P402、末川博『増訂民法大意』弘文堂1933年P513など参照。
- (46) なおフランス、イギリスなどは未成年に限定していたが、ドイツ（普通法）、プロシア、ザクセンは日本と同様の規定であったとされる（同資料叢書6巻p419）。
- (47) 柳川勝二前掲『親族法要論』P346
- (48) 末広徹太郎『民法講話上巻』岩波書店1926年P247
- (49) 穂積重遠『親族法』岩波書店1933年P553
- (50) 前掲『民法修正案理由書』P155
- (51) 同資料叢書6巻p482-3
- (52) 前掲『民法修正案理由書』P156
- (53) 穂積八束前掲論文P402-5
- (54) 中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北海道大学法学論部『北海道大学法学論集』14巻3・4合併号 1964年3月 P439