

# 〈母の親権〉の誕生

## － 近代家父長制分析の一試論 －

広井 多鶴子

### I 母の後見

- 1 幕末の後見制度
- 2 後見制度の再編と母の位置
- 3 後見人としての資格
- 4 親族会の拘束

### II 母の親権

- 1 旧民法の制定
- 2 法典論争
- 3 明治民法の制定
- 4 親権の解釈

## はじめに

今日、子どもの養育に第一義的な責任を持つのは親、すなわち父と母の両方である。このことを端的に法律上に規定しているのは民法上の親権であり、現行民法八一八条は、親権は父母が共同して行うものとしている(1)。

しかし、周知のように、この共同親権制度は戦後の民法改正（一九四八年施行）ではじめて採用されたものである。これに対し、現行民法の旧規定である明治民法（一八九八 [明治三一] 年制定・公布）は、次のように母と父を差別し、母を父の補充として位置づけていた(2)。

- 八七七条 ①子ハ其ノ家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但シ独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス
- ②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

なぜ明治民法は母に父の補充としての地位しか与えなかったのだろうか。これまでの研究では、かつて外山光広が指摘したように、「家父長制的家族制度思想の法的残滓」(3)によると理解されてきた。つまり、「封建的家父長制家族制度」である「家」制度の残存(4)という日本の特殊性と前近代性に、明治民法におけるセクシズムの原因が帰せられてきたのである。

だが、母を父の補充と位置づけたのは日本の民法だけではない。フランスのナポレオン民法（一八〇四年制定）は、子は成年に達するまで「父母の權威（autorité）の下にありつつも（三七二条）、婚姻中は父だけが「この權威を行使する」（三七三条）ものとした。ドイツ民法（一八九六年制定）は、母に子の「心身を監護する権利および義務」の履行を認めたという意味で画期的だが、意見の一致しない場合は父の意見による（一六三四条）など、「父の親権が第一次的ないし本来的であって、母の親権は第二次的・補充的にとどま」（5）っていたとされる。

このように、西欧近代の家族法でも「夫婦（男女）平等や親子平等は実現」しなかったことから、渡辺洋三は、近代市民家族法の下でも「近代家父長制の支配が維持される」と捉える<sup>6)</sup>。一方、フェミニズムも近代社会そのものが男性優位の制度を再生産すると主張し、そのシステムを〈近代家父長制〉として概念化してきた<sup>7)</sup>。このように、近代社会のシステムそのものが父の優位を維持するものであるとすれば、明治民法の親権の不平等もまた、特殊日本的な封建制度の残存としてではなく、近代国家が生み出す近代固有の家父長制として再把握することができるだろう。

ところで、前出の八七七条については、「家に父があるときは父のみが親権者とされ」、父がいないときなどに「初めて、母が親権者となった」と解されている<sup>8)</sup>。しかし、実はこれは正確な理解ではない。明治民法は母に親権を認めなかったのではなく、母を二次的な親権者（親権行使を制限された潜在的親権者）と位置づけたからである<sup>9)</sup>。このことは一見ささいな差異に見えるが、母の権限の歴史を把握する上では見逃しえない。というのは、母に親権を認めつつ、その行使を制限して、母を父の補充と位置づけたことこそが、明治民法の親権の〈近代家父長制〉的特質を表すものと考えられるからである。

本稿はこのような視点から、明治初年から明治民法制定までの親権の制度化過程を分析する。明治初年には子どもに対する排他的な権限を親に付与する親権という法的な概念は存在しなかった。「親権は後見の中に包括され独立した存在」（10）ではなく、しかも「戸主権と親権との区分」もはっきりしていなかった<sup>11)</sup>。こうした段階から親権の制定に至るまでの母の位置づけの変化を辿ることによって、今日からすれば時代遅れの古い制度としか思えない明治民法の親権制度も、封建的な家父長制度を否定することによって、はじめて母の親権を誕生させた新たな〈近代家父長制〉であることがわかる。

## I 母の後見

### 1 幕末の後見制度

今日未成年後見といえ、主に親のない子を保護する親権の代替制度だが(12)、こうした近代的な後見制度が確立したのは明治民法制定後である。明治初年までの後見は、父の死亡などにより「幼年」（多くは一五歳未満）が家督相続した場合に、「親類中人望アル者或ハ番頭手代ノ内ヨリ選任シテ商業取引及ヒ公私ノ家事ヲ裁断スル」（13）制度であった。したがって、後見は親権と同様に幼年を保護する制度であるが、戸主に対してのみ設けられたという点からすれば、親権とはかなり性質が異なり、基本的には幼年戸主の代理として家の財産管理をする制度であった(14)。そのため後見制度は一定の財産と地位のある階層において行われ、「町役村役等ヲ務ル家筋ニテ幼年戸主タルトキハ必ス後見人ヲ置」（三河）くものとされた。他方、「農家ニテハ後見人ヲ置カス、組合ニテ世話」をする（相模）、「中等以下ノ者」は「公然タル後見ノ名義ナシ」（岩代）というように、後見人を置かない場合も少なくなかった。

では、母は後見人になりえたのだろうか。『全国民事慣例類集』には、「父母祖父母存在スレハ別ニ後見人ヲ置カサル例ナリ」「母ヲ以何ノ誰後家ト唱ヘ家長タラシムル事アリ」というように、母自らが家長または後家として家を治める事例や、母がいれば他に後見人を置かないという事例が書かれている（信濃、加賀、出雲など）。その他には、「母或ハ伯叔母等へ後夫ヲ迎へ」、幼者をその「継嗣」とする後夫の中継相続は記載されているが（羽後、越中）、母が後見人になるという記述はない。宮下美智子によれば、江戸時代の零細農家では、母自ら後家と称して家の代表になる場合が多いのに対し、上層農家では、家の維持が家父長によってなされるため、幼年であっても子が相続し、母は母として子を後見したとされる(15)。したがって、父が死亡し、子がまだ幼年の場合、①幼年の子に相続させ、親族等から後見人を選ぶ、②母が母として幼年戸主の代理となる、③母が相続する、④後夫や養子や婿が中継相続をするといった方法がとられたものと思われる(16)。

以上は武士階級を除く庶民の場合だが、幕府法は基本的に旗本御家人に対して後見制度を認めていなかった(17)。そのため武士の場合、幼年者が家督を相続せざるを得ない時には、近親の成年者を養子に迎えて中継相続人とし、幼年の実子はその養子となり、実子が成長後、家督を相続するという形態が広く行われていたとされる(18)。したがって相続権のなかった武士の母は、庶民のように父の死後、家長となって子に対する権限を行使することはできず、母としての権限も、中継ぎの養子が子の養父になることにより、その養父に奪われることになったものと思われる(19)。

## 2 後見制度の再編と母の位置

明治政府は主に庶民の上層部で行われていた後見制度を華士族に適用し、一八七三（明治六）年一月二二日の「華士族家督相続法」（太政官布告第二八号）において、「幼少ニテ家督為致候節ハ親戚又ハ他人ニテモ相当ノ者相撰後見可為致事」と定めた(20)。そして、同年、二六三号布告が家督相続は必ず「総領ノ男子」が行うものとしたため、「総領ノ男子」が幼年の場合には後見人を置くことが原則となった。二八号布告はさらに、嗣子がおらず、養子も不可能な場合には女戸主とすることを明記し(21)、武士の女性が戸主になることをはじめて認めた。翌年同法は平民にも適用になるが(22)、後見人の任務や選出方法などについて全国から多数の伺が寄せられる。明治前期の後見制度はこうした伺に対する指令によって形造られたのであり、以下、これらの指令を三つの視点から分析する。

第一は、母が後見人となる順位についてである。一八七七（同一〇）年九月五日の太政官指令は、「父祖父後見致シ候節ハ、別ニ後見人ノ名称ヲ附スルニハ不及儀ト相心得可然哉」という伺にも、また、「母ヲ以テ後見為致候ハ親族協議ノ上タルヘキ事ト相定メ可然哉」という問いにも、「総テ伺ノ通」と答えている(23)。父と祖父が幼年戸主を後見する第一の地位にあり、しかも、父と祖父だけはわざわざ後見人になる必要はなかったのである。このような父と祖父を特別視する発想からすれば、母は父のみならず祖父よりも後に位置づけられていたことになる。実際、一八七五（同八）年六月二日の太政官指令で公表された「左院上申案」は、後見人は「同籍ノ父祖ノ中一人ノ任」ずるが、父祖がいない場合には「親族会議ノ上母祖母親族或ハ父祖ノ朋友」の中から選ぶとした(24)。このことは、当時の後見制度が戸主の代行を目的にするものであり、そうである以上、母よりも「総領男子」の系譜である祖父を優先するものであったことを示している。

明治前期の後見制度は、このように母を父祖の劣位に置いたが、後見人にも女戸主にもなりえなかった武士の母に、はじめて子に対する公的な権限を与えるものでもあった。母は父が死亡した場合のみならず、「放蕩其ノ他ノ事故ニテ家事調理難致場合」(25)や「不療ノ疾病」(26)の場合にも、後見するものとされた。一方、母がいても別に後見人を選定することは可能であり、実際、叔父などの親族が後見人となる例は少なくなかったと思われる。だが、一八七五（同八）年十一月一七日の内務省指令は、実継母がいない場合、あるいは、いても「一家ノ保督」ができない場合に後見人を選定するとし(27)、翌年七月一三日の内務省指令も、「其母寡婦アリテ後見人トナリ家事整理」すれば他より後見人を選任しなくてもよいかという千葉県伺に、「伺之通取計ヘキ事」(28)と答えている。基本的に母は他の親族よりも優先的な地位にあったことがわかる。

後見人としての母の位置は、その後より確かなものになっていく。その背景には、戸主などの「家」制度上の身分より、親子という「自然」の関係を重視する法制度の整備（教育令・治

罪法)があるものと思われる(29)。そうした中で、一八九五(同二八)年九月三〇日の大審院判決は、それまで不問に付していた戸主と父の優先順位を問い、幼年の子に戸主たる祖父と戸主でない父がいる場合、「幼者保護ノ為メ」の「自然ノ代理者」たるべき者は、当然父であると宣言した(30)。同年一二月六日の大審院判決もまた、母は「幼年ナル子ノ身体及ヒ財産ノ保護ヲ為スヘキ権義ヲ有スル」(31)と、母に親としての権限を認めた。管見の限りでは、祖父と母の優先順位が公然と問われることはなかったが、母は後見人という肩書きがなくても、子に対する権限を持つことを明らかにしたこの判決は、祖父と母のかつての優先順位を逆転させ、父の補充としての地位を母に与えるものであっただろう。

### 3 後見人としての資格

第二は後見人の資格についてである。母が後見人となるに際し、最も問題になったのは母が寡婦かどうかということだった。一八七四(明治七)年四月一九日の太政官指令は、幼年戸主には後見人を置くべきであり、寡婦に後夫を迎えて戸主とすることは認められないと断言した(32)。翌年四月二七日の内務省指令では、「寡婦ノ如キハ後夫ヲ迎候儀ハ不相成」(33)と、後夫を迎えること自体を否定する回答を行っている。後夫による相続は庶民の間では最も普通に行われた相続形態であるとされるが(34)、後見制度はこうした従来の習慣を否定したのである。

しかし、伺が相次ぐ中で、一八七六(同九)年六月五日の太政官布告五八号は、子女ある寡婦が夫を迎えて前夫の相続人とするのは「一般難差許定規」ではあるものの、「極貧」で「子女幼少」の上、後見人もいない場合には「地方長官限り聴許不苦」とした(35)。例外としてではあるが、後夫を迎えることが認められたのである。また、それにより、後夫が「後見若シクハ隠居ノ姿」で幼年戸主を補佐することも可能となった(36)。このような変化は母の婚姻の制限を緩和するものだったが、後夫は例外的に肯定されたにすぎず、一般には母が後夫を迎えるのは「倫理上ニ於テ不都合」(37)であると考えられていた。そうであるがゆえに、「有夫ノ婦」は「尊属タルノ場合ト雖後見人タルハ穩当」でないとされ、有夫の母と祖母は後見人になり得ないと指令されたのである(38)。したがって、後夫を迎えれば、母であっても子の後見人にはなり得ず、子に対する権限は基本的に後夫が持つことになった。

だが、こうした制限は、一八九二(同二五)年四月一六日の内務省回答で取り払われることになる。同回答は「母祖母其配偶者ノ有無ヲ問ハス子孫ノ後見人」になりうると述べており、これにより母と祖母は「夫ヲ差措イテ」後見人になることができるようになった(39)。その他にも、一八八二(同一五)年の内務省稟議は、「自家ノ母祖母ト他家ニ在ル母祖母トノ區別ヲ問ハサル事」(40)として、「家」の制限を取り除いた。さらに、一八九〇(同二三)年二月一七日の司法省指令は、「亡父ノ妾」も後見人となることを認め(41)、翌年三月一六日の司法省回答は、附籍(厄介)の母も後見人として認めた(42)。明治一〇年代半ば以降、とりわけ二〇

年代は、後見人になる際の母に対する資格制限が取り払われた時代であり、父や祖父と同様に、母も母であることによって後見人になることが認められるようになった時代であると言えるだろう。

#### 4 親族会の拘束

第三は、母と親族会の関係である。明治政府は二転三転しつつも、概ね父と祖父が後見人になる場合には親族会の協議はならず、母と祖母の場合は親族会の協議を要すると指令した(43)。このことは父母の不平等の制度化だが、他面、以前は父が「勘当・久離」といった懲戒行為を行う場合に親族会が相当程度関与していたことからすると(44)、後見制度は親族会の関与を排して、父と祖父に子に対する専権的な地位を与えたものと言えるだろう。

なぜ父と祖父には親族会の協議がならず、母と祖母には必要なのか。この点を直接説明している指令は見あたらなかったが、太政官は「婦女ハ往々男子ト自ラ権衡ヲ異スルニ付母ヲ以テ後見為致候ハ親族協議ノ上タルヘキ事ト相定メ可然哉」という問いに「伺ノ通り」と答えている(45)。また、一八八九（明治二二）年の香川県の伺では、母祖母の「多クハ他ヨリ入嫁セシモノナルニ依リ該家家族ニ於テ之等ノ特権ニ一任スルヲ不可トシ親族連署ノ要否ニ付往々故障ノ媒タルヲ免レス」(46)という地方の実状が訴えられている。「他ヨリ入嫁」した母は、父と「自ラ権衡」が異なるものと考えられていたのだろう(47)。

こうした中で、親族会と母の対立が生じることも少なくなかったと思われる。一八七七（同一〇）年一二月一二日の内務省指令は、母方と父方の親族が対立している長崎県の事例に対し、母方の親族連署だけでは母を後見人として認めることはできず、協議が整わなければ「裁判処分」によると指令している(48)。財産目当ての叔父に母祖母が対抗した茨城県の事例についても、内務省は決着がつかなければ裁判で決めると指令した(49)。いずれも母と親族会の優先順位を明示しないまま、親族会の承認がない限りは母を後見人と認めないとするものだった。さらに、一八八二（同一五）年一二月一三日の内務省指令は、親族会に「放蕩無頼ニ依リ一家ノ浮沈ニ関シ捨置キ難キ事情アル」後見人の母を解任する権限を認めており(50)、当時の親族会はかなり重要な位置を占めていたと言えるだろう。

しかし、その後親族会と母の位置は逆転する。亡父の兄と継母祖母が対立している徳島県の事例について、一八八九（同二二）年六月二六日の司法省指令は、「継母後見届ハ其儘受理シ親族中異議アルモノハ裁判処分ヲ受ケシムヘシ」(51)と指示した。親族協議が整わないにもかかわらず継母と祖母の意向を認めたのである。そして、一八九四（同二七）年一二月一九日の大審院判決は、「父又ハ母ハ其子ノ後見人ヲ選定スル権ヲ有スル」は言うまでもないとして、母の選定権をも認めるとともに、母が娘の後見人を選ぶ際に「親族ノ協議ヲ経ザリシトテ直チニ無効ヲ主張スルヲ得ズ」(52)と判断したのである。もっとも、親族会の決議によって選定さ

れた後見人は、「実母ト雖モ相当ノ理由ナク之ヲ取消ヲ得ス」(53)という判決も出されており、母の意向が親族会に常に優先するとは言えない。だが、同判決は逆に見れば、相当の理由があれば母は親族会が選んだ後見人を解任できるということを認めるものでもあった。ここに至って、母は基本的に親族会の意向に優先して、自ら後見人になる権限のみならず、後見人の選定権すら持つものと考えられるようになったのである。

以上、後見制度の変遷をたどってきた。明治初年の後見制度の再編は、自ら後家として家の維持に当たっていた農民の母にとっては、戸主の座を子に奪われることに帰結した(54)。同時に、後見人という新たな地位が与えられたが、このことは女性を自立的な相続者の地位から下ろし、母という存在へと局限化するものと言えるだろう。しかも、母が後見人になるには親族会の協議を経なければならず、後見人の肩書きも親族会の承認も不要であった父と祖父に比べると、その権限には大きな格差があった。この父祖を最優先する構造は、明治民法の制定まで維持されたが(55)、それは後見制度が幼年戸主の代理という基本的な性格をついに脱することができなかったからである(56)。

しかし、明治一〇年代半ばごろから、母の地位は変化し始める。後見人となるための制限や親族会の拘束が取り払われ、母は母であるがゆえに後見人として認められるようになる。こうした傾向は明治二〇年代に入ると一層明瞭になるが、その背景には一八九〇(明治二三)年の旧民法(いわゆるポアソナード民法)の制定があるだろう。民法の制定によって母の地位がどのように変化したのかについては、章を改めて考察していきたい。

## II 母の親権

### 1 旧民法の制定

民法の編纂は江藤新平を中心に明治維新直後から進められた。一八九〇年の旧民法の制定までに、「民法第一人事編」(一八七二年)、「皇国民法仮規則」(同年)、「明治一一年民法草案」などの法案が作成されたが、これらはいずれも本稿の冒頭に見たナポレオン民法の模倣であったとされる(57)。だが、おもしろいことに、ナポレオン民法第九章のタイトルは「父権」(De la puissance paternelle)であるが、上記の民法草案では一貫して「親ノ権」や「父母ノ権」という表現が用いられていた(58)。

以上の草案は結局採用されず、一八七九(同一二)年に改めて民法の編纂が開始される。こうして制定された旧民法は「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」(一四九条)と親権を規定し、母を父の補充として位置づけた。同時に、後見を親権の代替の制度として再編し、「後見ハ未成年ノ父又ハ母ニシテ生存スル者ノ死亡ニ因リテ開始ス」(一六一条)るものとした。

なぜ旧民法は後見とは別に親権を設けたのか。それは、「子ヲ養育シ及教育スル等ノ本務ハ自然ニ父母ニ属ス」(59)という自然法思想によるものと思われる。そのため、「祖父母其他ノ尊属親ハ勿論戸主ノ如キモ父母ニ非サル限ハ親権ヲ有セサルモノ」となり、父母のみが親権を「享有」することとなった(60)。したがって、フランス民法のように父権と称するのは「名実相副ハサル所」があるため、「我立法者ハ新タニ之ヲ名ケテ親権ト称」したという(61)。そして、「父母ノ其子ニ対スル天稟ノ愛情」に信頼を置く以上、また、「我邦風俗ノ敦厚ニシテ親子ノ情濃厚ナル」がゆえに、父が死亡した場合に、母はわざわざ後見人になる必要はなく、直ちに親権を行うこととなった(62)。

このように旧民法は、はじめて父母が親権を「享有」することを認めた画期的な法律だった。親権制度においては、母が祖父に優先して子に対する権限を持つことはもはや明らかであり、しかも、後見制度とは違って、親権者となるのに親族会の承認を得る必要はなくなった。その意味で、親権は親としての自明の地位を母に与えたのである。

## 2 法典論争

親に親権を認めた旧民法は、しかし、法典論争によって施行延期となる。その要因の一つに、母の親権の問題があった。法典延期派の代表的論文と言われる『法学新法』社説の「法典実施延期意見」は、次のように言う。華族や豪族旧家は、父がいない場合には「適任ノ後見人ヲ選定シ、専ラ未亡人ノ左右スルコト能ハ」ず。それを、貧富を挙げて同一の家制にするのは害が生じる。また、民法は「父権ヲ名ケテ親権ト謂フ」。だが、「家制ヲ重ンズルノ習俗ニ於テハ父権ノ外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。或ハ父死亡シ母之ヲ行フコトアルベシト雖モ母ノ行フ所ノ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ズ」(63)。このように法典延期派は、父権こそが家制を重んじる習俗に合致するものであり、家制に反する親権は「倫常ヲ壊乱」すると主張したのである。

これに対し、断行派の水町袈裟六は、「家長タルモノハ父ヲ通則トスルヲ以テ従来親権ヲ称シテ父権ト謂ヒシノミ然レトモ此権ハ必シモ父ニ属スルニ限ルニ非ス我邦現時ノ慣行ニ於テモ母カ戸主タルモノ鮮カラス」と反論した(64)。法治協会起稿「弁妄書」も次のように言う。父が死亡した場合に後見人を選定するのは「士分以上」であり、「中等以下」では後見人を選んだとしても名義だけで、実際は母が後見の実務を執っていた。つまり、民法の規定は「汎く行はれた慣習」に基づいており、「我が家訓の許す所」であって、しかも母が子を教導するのは「最も望むべきの事」である。そもそも「親権は人倫に基づく父母の権」だが、通常父一人がこれを行うのは、「教戒指導并財産管理の方法一途に出づるを要するか為のみ」である。し

たがって、父が親権を行えない時に母がこれを行うのは、父の代行ではなく、「固有の親権」の行使である(65)。

以上のように断行派は、庶民の間では父がいない場合に母が親権を行使してきた事実とともに、親権は「人倫に基づく父母の権」であるという認識を法典の妥当性の根拠に据えた。つまり断行派は、旧民法の注釈書の解釈と同様に、親権は父あるいは戸主の権限ではなく、親であることによって生じる「固有の権限」であり、そうである以上、父のみではなく母も親権を所有すると主張したのである。

### 3 明治民法の制定

だが、法典論争は結局、民法商法施行延期法案の成立（一八九二年）によって延期派が「勝利」し、改めて法典調査会において民法が編纂されることになった。民法の起草には、延期派の穂積陳重、富井政章と断行派の梅謙次郎があたった。このような経緯を経て、ようやく一八九八（同三一）年に制定・施行となった明治民法だが、同法八七七条は旧民法と同様に母の親権を認めた。それはなぜなのか。法典調査会では次のような議論がなされた。

「民法出テ、忠孝亡フ」で有名な穂積八束は言う。我が国では家というものは「男性ノ家デアツテ女性ノ家デハナイ」。そもそも親権と家長権とは「根本ガ同ジ」であり、子に対して権力を行う者は父である。父がおらず母が行う場合でも、それは「父ニ代ツテ父権ヲ行フト云フ訳デ両親ガ同一ノ権利ヲ持テ居ルト云フ精神デハナイ」ため、親権ではなく父権とした方がよい。穂積のこの発言は、法典延期派同様、親権という概念自体を否定するものだった。

これに対し起草委員の穂積陳重は、「親権ト云フ字ノ精神ハ固ヨリ父丈ケニ限ル積リデハアリマセヌ」。「父ヲ先キニシ母ヲ後ニスルト云フ様ナ事」は既成法典（旧民法）にもあるように必ず出てくるが、父権として父だけにすれば、父が無い場合に子は親の保護を受けられなくなる。そのため「双方ニ通ズル親ト云フ字」を置きたいと述べた。また、戸主権と親権が抵触するのではないかという磯部四郎の質問には、戸主にも民法上の権限があるが、「親子ノ間ノ自然ノ関係モ亦認メ」なくてはならないため、「親権ハ認メテ置カネバナリマセヌ」と答えている(66)。

母の親権を認めるかどうかについては、法典調査会ではこれ以上の議論はなされていないと思われる。少なくとも当の八七七条の審議の際には、この点は話題にもあがらなかった(67)。それは、親権の審議の前に行われた戸主権に関する議論の中で、「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」(68)しないことが明確にされたからかもしれない。戸主が子の教育に関して権限を持ち得ないのは、親こそが「子ノ利益ヲ図ルニ最モ適当ナル意見ヲ持テ居ル」(69)からであり、そうである以上、「教育ノ指導杯ニ就テハ無論親権デ

ナケレバナラヌ」と富井は言う(70)。そのため、教育の費用も戸主ではなく親が支払うべきものとされた(71)。

こうして見てくると、法典延期派の主張と明治民法の間には大きな隔たりがあったことがわかる。明治民法の親権は法典延期派ではなく、実は論争に「敗北」したはずの法典断行派の主張に沿って制定されたのである。しかも、旧民法にあった戸主の教育費用負担義務を削除し(72)、親の監護教育義務を明記したという意味で、明治民法は旧民法以上に子の養育を親の権限に純化するものだった(73)。明治民法においては、父が親権を行使しえない場合に母が親権を行うのは、もはや疑い得ない当然の前提であり、他方、母の親権を否定する穂積八束の発想は、他に支持する者もなく、アナクロニズムにすぎなかったのである。

#### 4 親権の解釈

では、当時の民法注釈書はどのように母の親権を捉えていただろうか。注釈書の親権解釈の特徴は、第一に、その多くが親権は親子という「自然」の関係を基礎とすることによって、子どもの利益を守る制度であると捉えていることである。たとえば、川原閑舟らは親が子の教育を行い、子が親の監護教育に服するのは「天然自然ノ道理」であると指摘し(74)、法典延期派だった奥田義人も、親権は「親子ノ自然ノ性質」(75)に根拠を置くものであると言う。

第二に、だからこそ「母ト雖モ今日ニナツテハ父ガナイ場合ニ於テハ矢張父ト同シ権カヲ持ツモノト云フコトニシタ方ガ宜シイ」のであって、父は親権、母は後見というように、父を「一層上ノモノ」とする必要はないため(76)、「子ノ天然ノ保護者タル父及ヒ母共ニ親権ヲ有セシメ」(77)ることとなった。それは、「維新後家族制度ノ稍衰シ」、外国法を受け入れる中で、個人の権利が著しく発達した結果、「父母ノ間ニ區別ヲ設クル理由ナシトシテ母ノ親権ヲモ認メタ」からであり(78)、親権は「親たる以上は父母双方に於いて享有す」べきものである(79)。このように、親権は親に属するものである以上、母も親としての「自己ノ固有ノ権利」(80)を有すると理解されている。

第三に、しかしだからといって、父母の両方が親権を行使すれば、「一家の統率上に支障ある」。そのため、「母に対して夫権を有する父のみ」が親権を行うことにより(81)、「意見ノ衝突ノ結果」、子に「不利益ヲ来ス」ことを避ける必要がある(82)。つまり、「父又ハ母ハ等シク親権ヲ享有スヘキ能力ヲ有スト雖モ」、二人が同時に親権を行えば、「教養ノ方針一定」しないおそれがある以上、夫権の下にある母は親権を行使することができない(83)。親権の行使を父に限定する理由については、「女子ヨリ男子ハ適任」(84)であると指摘するものもあるが、ほとんどの注釈書は以上のように、子の保護教育の一貫性による子どもの利益の保護に求めている(85)。

こうして明治民法は、親権制度において、母は父と同様に子に対する権限を〈所有〉するものであることを正式に宣言した。しかし同時に、「一家ノ統率」という夫権（86）によって、親権〈行使〉の平等性を否定し、父親の優位を新たに確定した。だが、もはや穂積八束流の家制度論に基づく男性優位の絶対性を主張するものではなく、父母の抽象的平等性と子どもの教育の一貫性という新たな論理を獲得することによって、改めてその家父長制的特質を正当化するものだった。その意味で明治民法の親権は、「伝統的な家権威の直接的な派生物」ではなく、「夫婦平等の洗礼をうけた近代市民社会」（87）の中で新たな意味づけがなされた〈近代家父長制〉として把握することができるだろう。

## おわりに

「家」制度に組み込まれ、共同体と親族関係に拘束されていた父は、明治初年以降、徐々にそうした束縛を脱し、子に対する専権的地位を確立していった（88）。その結果、父はもはや「家」制度によって自らの権威を正当化することができず、親であること自体に権威の源泉を求めざるをえなかった。そして親子関係の「自然」によって自己の権限を正当化した時、母の存在は否定しえないものとなった。

一方、母は明治初年以降、後見人の地位を得、さらに親権を手にした。確かにそれは父の補充という地位でしかなかったが、母こそが「家族中最も信用するに足り且未成年者を慈愛すること深」（89）い存在であると認められたことの歴史的な意味を軽視することはできない。明治民法がはじめて親権を制度化したことによって、母は子の養育に関して、戸主や祖父や他の親族に優先する地位と権限を公的に獲得したのである。

これまで一般に明治民法は、母の親権を否定したものであり、近代の平等思想とはかけ離れたものであると思われてきた。だが、こうして見てくると、実は、はじめて母と父の抽象的平等性の上に、父の補充として母を位置づけた〈近代家父長制〉だったことがわかる。すなわち、親権は母を父と同じ〈親〉という枠組みの中に入れることによって、親としての平等性を確保しつつも、同時に、その枠組みの中で母を父の統制下に置く新たなジェンダー秩序を確立するものだったのである。

## － 注 －

1 「八一八条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。（中略）親権は父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。但し、父母の一方が親権を行うことが出来ないときは、他の一方が、これを行う。」

親権とは子の養育に関する親の任務と権限の総称であり、その具体的な効力として現行民法は、監護教育権（八二〇条）、居所指定権（八二一条）、懲戒権（八二二条）、職業許可権（八二三条）、財産管理権（八二四条）などを規定している。明治民法にも同様の規定があり、親権内容には実は「顕著な性格のないし構造的な変遷は見られない」（於保不二雄他編『新判注積民法（二五）親族（五）』六六頁、有斐閣、一九九四年）。

2 明治民法では、母が子に代わって重大な経済行為を行う場合、親族会の同意を要し（八八六条）、さらに、財産管理権を辞退することもできた（八九九条）。

3 外山光広「近代日本における親権法の変遷と女性の地位」『同志社法学』八巻三号、一八六頁、一九五六年。

4 西村信雄『戦後家族制度の民主化下』四二〇頁、法律文化社、一九九一年。こうした「家」制度の評価に対し、近年「家」を近代の構築物と捉える研究が進められている（上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』岩波書店、一九九四年。参照）。だが、母の親権を歴史的に研究したものは外山の他にはほとんどなく、明治民法の評価は、今日も基本的に変わらない。大脇雅子「法律における女性観」女性学研究会 編『講座女性学一女のイメージ』一〇七―一〇八頁、勁草書房、一九八四年。大木基子「明治の国家と女性」脇田晴子他編『日本女性史』二〇〇―二〇二頁、吉川弘文館、一九八七年。

5 於保不二雄他編前掲書一頁。

6 渡辺洋三「現代家族法の研究課題」『家族史研究1』八三―八四頁、八七頁、大月書店一九八〇年。江守五夫『歴史の中の女性』彩流社、一九九五年。拙稿「親の制度史序説」群馬女子短期大学『群馬女子学園創立六〇周年記念論文集』一九九六年参照。

7 ケイト・ミュレット『性の政治学』自由国民社、一九七六年。ジュリエット・ミッチェル『精神分析と女の解放』合同出版、一九七七年。上野千鶴子『家父長制と資本制』岩波書店、一九九〇年参照。

8 中川善之助『現代法学全書親族法下』四七三頁、青林書院、一九五八年。同様の理解は、以下のように多数存在する。外山光広前掲論文、一八六頁。島津一郎『家族法入門』二六五頁、有斐閣双書、一九六四年。福尾猛市郎『日本家族制度史概説』二一九頁、吉川弘文館、一九七二年。有斐閣、一九八六年。有地亨『家族法概論』三頁、法律文化社、一九九〇年。

9 大竹秀男『「家」と女性の歴史』弘文堂、二九三頁、一九七七年。於保不二雄他編前掲『新判注積民法（二五）親族（五）』二頁、一七頁。

10 手塚豊『明治民法の研究（下）著作集第八巻』五七頁、慶応通信、一九九一年。

11 大竹秀夫前掲書、二六六頁。

12 我妻栄『法律学全集二三親族法』三五二頁、有斐閣、一九六一年。

13 司法省『全国民事慣例類集』二七五頁、一八八〇年。吉野作造編『明治文化全集第八巻法律編』日本評論社、一九二九年所収。以下の事例は同書の二七二～二八一頁。

14 『全国民事慣例類集』には、「幼主ヲ教育スルヲ義務トス」（阿波）という記述もあるが、後見人が幼年戸主の養育にどう関わっていたのかはよくわかっていない。

15 宮下美智子「近世『家』における母親像」脇田晴子編『母性を問う下』二七頁、人文書院、一九八五年。母が後見する際に後見人という肩書を要したかどうかは「後家自身が幼年当主の後見人タリシコトアリ」（中田薫『徳川時代ノ文学ニ見エタル私法』二五三頁、明治堂書店、一九二五年）という指摘がある一方、金沢藩の百姓相続では女後見人はあり得なかったとも言われる（服藤弘司『相続法の特質』六五一頁、創文社、一九八二年）。本稿は『全国民事慣例類集』の分析から後者の説に従う。

16 江戸時代の農家族でも長男単独相続が一般的だったが、当主の死亡後は後夫の中継相続の他、妻や娘、母親の中継相続もかなりあり、天保末期には（一八四〇年頃）、成人男子がいるにもかかわらず女性が相続する「自立的相続人」が登場するようになったとされる（大口勇次郎『女性のいる近世』一〇二頁勁草書房一九九五年）。

17 石井良助『日本相続法史』一三七頁、創文社、一九八〇年。ただし鎌田浩によれば、後見制度は武士においても意外に広い範囲で行われていたとされる。『幕藩体制における武士家族法』一五五頁、成文堂、一九七〇年。

18 高柳真三『明治前期家族法の新装』三四〇頁、有斐閣一九八七年。

19 脇田修は武士の母にも親権が認められていたと指摘するが（「幕藩体制と女性」女性史総合研究会『日本女性史第三巻近世』二一頁、東京大学出版会、一九八二年）、他方、「教育者としての母親が現実にはほとんど存在しなかった」（山住正己他『子育ての書一』二四頁、平凡社、一九七六年）とも言われる。武士の母にどのような権限があったのかはよくわかっていない。

20 外岡茂十郎編『明治前期家族法資料第一巻第一冊』一五八頁、早稲田大学出版会、一九六七年（以下『資料集』）。次の二六三号布告も同書同頁。

21 大竹秀夫前掲書二六八～二七一頁参照。さらに、同年二月二三日の正院指令により、女戸主には後見人をつけるという旧来の習慣も廃止された。明治以降の家族制度の再編は、一般的には武士階級に範を取ったものと言われているが、女戸主にしろ後見制度にしる、必ずしもそうとは言えない。むしろ明治以降の変遷は、武士家族の 武家法と庶民の法が「混合し融和する過程」であるとともに、「封建的家族制度が近代的家族制度へ改装」する過程である（高柳真三前掲『明治前期家族法の新装』三三九頁）と捉えた方がリアルだろう。

22 一八七四年四月一九日太政官指令。堀内節編『明治前期身分法大全第四巻』一五四頁、中央大学出版部、一九八一年（以下『大全』）。

- 23 一八七七（明治一〇）年九月五日の太政官指令。『大全』一六〇頁。
- 24 『大全』二二一頁。
- 25 前掲一八七七年九月五日太政官指令。『大全』一六〇頁。
- 26 一八七八（明治一一）年五月六日内務省指令。『資料集第二卷第二冊上』六四頁、一九六九年。
- 27 『資料集第一卷第二冊』四一八頁、一九六七年。
- 28 『大全』一五七頁。
- 29 一八七九（明治一二）年の教育令は、「父母及後見人等」（一五条）に子どもを就学させる第一義的な責任があると規定し、治罪法の「無能力者」等に関する布告案でも（一八八一年）、父母が未丁年者の第一義的な「民事担当者」となった。一方、後見人の任務についても「幼者ヲ保護シ自己ノ意旨ヲ以テ本人ノ為ニ事ヲ執行」と指摘されるなど（一八八三年一月九日内務省指令『大全』一九八頁）、子の保護と利益がより明確に打ち出されるようになる。この点については稿を改めたい。
- 30 『大審院民事判決録第一集』九一頁、東京法学院、一八九五（明治二八）年度。
- 31 同上書二四頁。
- 32 『大全』一五四頁。
- 33 『大全』一五五頁。同旨、一八七五（明治八）年八月五日太政官指令。『大全』一五六頁。
- 34 石井良助前掲書一八五頁。
- 35 『資料集第一卷第一冊』二八六頁。
- 36 『大全』一五九頁。
- 37 一八七三（明治八）年九月一九日の飾磨県伺。『資料集第一卷第二冊』四二四頁。
- 38 一八八五（明治一八）年八月四日内務省指令。『大全』一六八頁。
- 39 『資料集第三卷第二冊』四三七頁、一九七一年。
- 40 『大全』一九八頁。
- 41 『大全』一七四頁。
- 42 『大全』二〇六頁。
- 43 一八七九（明治一二）年七月の内務省指令は父母ともに親族協議を要するとし（『大全』一九五頁）、一方、一八八五（同一八）年七月二九日の同省指令は父母ともに親族協議不要と指示した（『大全』一六八頁）。だが、この他の多くの指令は、父が後見人になる場合には不要だが、母の場合には親族協議を要するとしている。
- 44 前掲『全国民事慣例類集』二五九―二六四頁。拙稿「親の懲戒権の歴史」日本教育学会『教育学研究』六三卷二号、一九九六年参照。

- 45 前掲一八七七年九月五日太政官指令。『大全』一六〇頁。
- 46 『資料集第三卷第二冊』二〇一頁。
- 47 大竹秀男は、母祖母の場合に親族会の協議を要したのは「实际的配慮」にすぎず、母祖母は他の親族に優先して後見人になりえたのであり、「自然権としての親権」という発想が後見制度の基礎にあったと言う（「日本近代化始動期の家族法」『家族史研究4』二七頁、大月書店、一九八一年）。だが、母が他の親族に優先するかどうかだけでなく、父祖父に対する母祖母という図式と、後見人になる際の親族会の関与の否定があつて、はじめて近代的な母の「自然権」の成立と言えるだろう。
- 48 『資料集第二卷第二冊下』四〇四頁、一九七〇年。
- 49 『資料集第二卷第二冊上』一五四頁。一八七八（明治一一）年六月二〇日の内務省指令も同旨（『資料集第二卷第二冊上』九四頁）。
- 50 『大全』一九六頁。放蕩などの場合には父も解任され得たが（前掲一八七七年九月五日の太政官指令）、後見人解任に関する明治政府の指令はかなり揺れ動いた。石井良助前掲書一六三～四頁。
- 51 『大全』一七三頁。
- 52 『大審院民事判決録』一八九四（明治二七）年度、五九二頁。
- 53 一八九五（明治二八）年一月六日大審院判決。前掲『大審院民事判決録第一集』一八頁。
- 54 一八七六（明治九）年一〇月三日の内務省指令は、母ではなく子が相続するものとしたが、母の中継ぎ相続は実際には続けられ、一八八七（明治二〇）年一月一〇日の大審院判決は、母の中継相続を認めた。
- 55 母祖母には親族協議は必要だが父祖父には不要とする指令は明治民法制定近くまで継続的に出された。一八九五（明治二八）年一月二六日指令。『大全』一七六頁。
- 56 内務省は、戸主でない幼者に「後見ヲ附スル義ハ公認スヘキモノニ非ス」と答えており（一八九一年一〇月三日司法省指令。『大全』一八七頁）、明治前半の後見制度は幼年一般を保護する制度とはなり得なかった。
- 57 佐藤全『親の教育義務と権利』三二頁、風間書房、一九八八年。だが、もちろん民法上の親権が従来の慣行を無視した全くの輸入品であったとは考えられない。近世末期から明治初年にかけての親の位置と権限の変化については今後の研究課題としたい。
- 58 同上書一五、三〇頁。湯沢雍彦編『日本婦人問題資料集成』一七九、一八八頁、ドメス出版、一九七六年。
- 59 森順正『民法人事編講義』二七二頁、和仏法律学校講義録出版部、発行年不明。一八九一（明治二四）年の文部省令第一六号は、親に子を就学させる義務を課し、戸主は費用負担義務を負うものとした。

- 60 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之一』二六九頁、新法註釈会出版、一八九三（明治二六）年。熊野も岸本も旧民法の起草者である。同旨、井上操『民法註解人事之部』六頁、寶文館、一八九一（明治二四）年。
- 61 同上書二七八頁。
- 62 同上書二八三頁。同旨、磯野四郎『大日本新典民法積義人事編之部』五三九頁、長島書房、一八九一年（磯部も旧民法起草者）。なお、ナポレオン民法は父母の一方が死亡した場合、生存者は親権を有するものの、後見人として子の財産管理を行なった。稲本洋之助『フランスの家族法』一〇七頁、東京大学出版会、一九八五年。
- 63 『法学新報』第一四号、一九九二（明治二五）年五月。星野通編『民法典論争資料集』一七五頁、日本評論社一九六九年所収。
- 64 水町袈裟六「法典実施意見書ニ対スル弁駁」一八九二（明治二五）年五月。星野通編前掲書二五四頁。
- 65 法協協会起稿「弁妄書」『日本之法律』第四卷六号五一～五二頁、博文館、一八九二（明治二五）年六月。
- 66 以上の論議は次の資料集による。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一二法典調査会民法総会議事速記録』七一頁、商事法務研究会、一九八八年（以下『資料叢書』）。
- 67 『資料叢書六法典調査会民法議事速記録六』四一七～四二二頁、一九八四年。
- 68 梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』三四四頁、明法堂、一八九九年。
- 69 富井政章の発言。『資料叢書五』六一二頁、一九八四年。
- 70 富井政章の発言。『資料叢書五』六一六頁。
- 71 梅謙次郎の発言。『資料叢書六』四二七頁。
- 72 旧民法二四四条は戸主が「養育及ヒ普通教育ノ費用ヲ負担」するものとしていたが、明治民法七四七条は戸主の「扶養ノ義務」のみを規定した。
- 73 拙稿「〈親権〉の成立」『日本教育政策学会年報第一号轉換期の教育政策を問う』一九九四年参照。
- 74 川原閑舟他『改正新民法注釈』一〇五三頁、積善館、一八九八（明治三一）年。
- 75 奥田義人『民法親族法論』三三六頁、有斐閣、一九〇八（明治四一）年。
- 76 梅謙次郎『民法講義』二〇七～二〇八頁、明法堂、一九〇一（明治三四）年。
- 77 奥田義人前掲書三四一～三四二頁。
- 78 仁井田益太郎『親族法相統法論』二八二頁、有斐閣、一九一五（大正四）年。
- 79 宮田四八『親族法』一八四頁、東京専門学校蔵版、発行年不明。
- 80 柳川勝二『日本親族法要論』三四〇頁、清水書店、一九二四（大正一三）年。

- 81 宮田四八前掲書一八四頁。なお、父がいても母は固有の懲戒権を行使するという説もある。末弘巖太郎『民法雑記帳（下）』二二五頁、日本評論社、一九五三年。
- 82 柳川勝二前掲書三四〇頁。
- 83 樋山広業『改正日本民法講義』九四九頁、田中宋栄堂、一八九八年。同旨、牧野菊之助『日本親族法論』三六三頁、巖松堂、一九〇八年。古山茂夫『親族法註解』四七一頁、酒井書店、一九二三年。柿原武熊『民法親族編講義』六一四頁、明治法律学校、発行年不明。
- 84 外岡茂十郎『増訂親族法概論』四六八頁、敬文堂書店、一九二六（大正一五）年。だが、外岡も子の監督保護の統一性をもう一つの理由としてあげている。
- 85 このことは、男女の能力の平等を認めたということではない。母が重大な経済行為を行う場合に親族会の同意を要するのは、「元来女子ハ理財ノ術ニ達セ」ず（樋山広業前掲書九五九頁）、「智慮充分ならざるを通例」（和田于一『親子法論』六八三頁、大同書院、一九二七年）とするためだった。他方、こうした母への制限は、母は他家から来たものという考えに基づいているという批判もあったが（末弘巖太郎『民法講話上巻』二四八頁、岩波書店、一九二六年）、注釈書の多くがこうした「家」の論理より母の能力を理由としていたのは注目される。明治民法は母の親権行使を、「家」の論理よりもむしろ能力という近代の論理によって制限したのである。
- 86 ナポレオン民法も妻の夫への服従を明記しており（二一三条）、この夫権による妻の支配もまた、近代法の一つの歴史的特質と言えるだろう。稲本洋之助前掲『フランスの家族法』参照。
- 87 江守五夫前掲『歴史のなかの女性』一七三頁。
- 88 明治民法の審議過程では、父が親権を行使するのに、いちいち親族会を開く必要はないという専権性の論理が支配的だった。『資料叢書六』四五一～四六一頁。
- 89 ボアソナード『新法典駁議弁妄』一八九二（明治二五）年、青山道夫『日本家族制度論』七六頁、九州大学出版会、一九七八年所収。