

わが国における親権概念の成立と変遷

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2012-06-20 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平田, 厚 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/12991

わが国における親権概念の成立と変遷

Historical Changes in Parental Power in Japan

平 田 厚

目 次

はじめに

第1章 わが国における親権法前史

第1節 古代における親の権利

1. 律令以前における親の権利
2. 律令における親の権利
3. 社会の転換と判例法の形成

第2節 中世における親の権利

1. 中世社会と家の成立
2. 御成敗式目と親の権利
3. 親の権利の実態と近世への変容

第3節 江戸時代における親の権利

1. 江戸時代における親子関係の法制度
2. 親の子に対する監護・教育
 - (1) 子の健康に対する配慮
 - (2) 子に対する教育
3. 親の子に対する人格的支配
 - (1) ライフサイクルとしての奉公
 - (2) 子売り, 子捨て, 子殺し (間引き, 子返し)

第4節 ま と め

第2章 旧民法における親権概念

第1節 親権概念の成立と展開

1. 明治民法以前の親の権利という観念
2. 旧民法の編纂課程
 - (1) 民法決議における親権

- (2) 皇国民法仮規則における親権
- (3) 明治11年民法草案における親権
- (4) 法慣習の調査と親権
- (5) 旧民法草案における親権
- 3. 旧民法における親権
- 4. 民法典論争とその後の行方
- 第2節 民法以外における親権の取扱い
- 1. 刑法における親権
- 2. 教育法における親権
- 第3章 明治民法における親権概念
- 第1節 明治民法と親権
- 1. 明治民法の成立と親権規定
- 2. 明治民法における戸主権と親権の抵触
- (1) 法典調査会総会（明治26年7月4日）での議論
- (2) 第128回法典調査会（明治28年10月23日）での議論
- (3) 戸主存続論の意義
- 3. 明治民法草案における親権規定に関する議論
- (1) 親権の基本規定
- (2) 監護教育権
- (3) 居所指定権
- (4) 懲戒権
- (5) 職業許可権
- (6) 財産管理権
- (7) 親権喪失
- 4. 明治民法における親権規定のその後の解釈と判例
- (1) 親権と戸主権との相克
- (2) 監護教育義務の法的性質
- (3) 子の引渡請求権
- (4) 親権の濫用
- 第2節 親権と社会法的規制
- 1. 親権と公衆衛生制度
- 2. 親権と義務教育制度
- 3. 親権と児童労働制限
- 第4章 日本文学における明治期の親権概念
- はじめに
- 第1節 明治中期における親権
- 1. 明治中期における孝の観念
- 2. 明治中期における教育監護と躰け

わが国における親権概念の成立と変遷

3. 明治中期における懲戒権の行使
4. 明治中期における親権の帰属と内実
5. まとめ

第2節 明治後期における親権

1. 明治後期における孝の変容
2. 明治後期における養育監護の状況
3. 明治後期における懲戒権の体罰化
4. 明治後期における家と親権
5. 明治時代から大正時代へ
6. まとめ

第5章 明治民法から現行民法へ

第1節 大正デモクラシーと親権

1. 大正デモクラシーと親子関係
2. 反動しての淳風美俗論

第2節 太平洋戦争と親権

1. 戦争と子ども
2. 国家総動員体制と親権

第3節 現行民法の成立

1. 民法改正の経緯
2. 民法改正の内容
3. 民法改正の議論

はじめに

親の子に対する愛情は、いつの時代でも存在した。しかしその反面、親の子に対する虐待も、いつの時代にも存在した。動物行動学的な視点からは、親の養育反応を触発する生得的解発機構が高次の脳機能によって広く被われてしまったところにその原因があると指摘されている⁽¹⁾。つまり、人間は生得的行動として子に対する虐待を抑止することができない存在なのである。したがって、国家が子の生命価値に対して関心を抱くようになると、法律によって親の濫用

(1) コンラート・ローレンツ（日高敏隆・丘直道訳）『動物行動学（下）』（ちくま学芸文庫、1997年）p.230

的行為を規制するようになる。もとより愛情の問題は法の対象ではなかった。そして、国家による規制と親の自由とがせめぎ合うこととなり、親権という概念が必要となってきたのである。そうだとすると、親子関係において親権が意識される局面は、子にとっての不幸な事態にはかならない。

わが国の親子関係、特に親権の帰属とその内容については、天皇制および家族制度の影響によって、家父長の権限がいつでも絶対的なものであったかのような幻想が残存している。そして、男子たる家父長がその家に属する子に対して生殺与奪の権利を保持していたかのような俗説も横行している。しかし、わが国の家族構造は、必ずしも父系であったわけではなく、父系・母系の双系であったとするのが現時点での歴史学や民俗学等の到達した結論である。そうだとすると、親は自分の子に対してどのような権利を保持してきたのか、その親とは父親を指すのか母親を指していたのかもしくはその双方だったのか、などの問題についても検討しなければならない。

現在、家庭の崩壊現象によって、強い親権を再構築せんとする言説がさかんにマスコミに登場している。しかし、そもそも親権は、歴史的に形成されてきたものであって、親であるがゆえに必然的に認められてきたものではない⁽²⁾。したがって、親権の内実を検討するに当たっては、歴史認識を全く欠いた議論をなすべきではないと考える。本稿は、歴史学や民俗学等の議論の当否に立ち入れないのは当然であるが、それらの達成した成果に依拠しながら、親権という概念の成立と変遷を検討しようとするものである。しかし親権の概念を検討するに当たっては、わが国における親権成立以前の親の権利がどのようなものであったかについても不問に付すことはできないであろう。その上で、本稿では、現行民法が成立・定着するまでの親権概念や法解釈の変遷をトレースして

(2) この点については、拙稿「イングランドにおける親権概念の変遷」明治大学法科大学院論集第1号(2006年)pp.233-435を参照。ただし、アプローチの仕方は、本稿と前稿とは異なっている。それは、イングランドにおける親権法の形成が内発的な社会経済的事実に基づいているのに対し、わが国では立法後進国として政治的な目的をもって外国の親権法を継受してきたという差異があるからである。そのため本稿では、社会経済的事実よりも立法に対する法意識に重点を置くこととする。

検討することとしたい。

なお、親権という概念は、近代市民法秩序の形成過程で生じた概念である。したがって、古代や中世において親権という概念を用いることは妥当でない。しかし本稿は、親子関係における権利について、法的支配権から子の福祉のための監護権へという変遷過程をトレースする試みであるため、近代法以前の親の権利とは、親であることに基づいた、何らかの社会的規範によって認められている権力、という意味で用いることとする。

第1章 わが国における親権法前史

第1節 古代における親の権利

1. 律令以前における親の権利

わが国の親子関係の歴史に関しては、「古代～中世を通して、(中略)子は親の私物視され、生かすも殺すも親の意のままのような状態に置かれ続けてきた」⁽³⁾といわれることが多い。本当にそうだったのだろうか。親が子に対して生殺与奪の権利を有していたというのであれば、親は、子に対して、所有権に類する権利していたことになる。確かに近代以降は、子の親に対する孝が説かれ、親には子に対する生殺与奪の権利があるかのような言説が広められていた。しかし、親の子に対する生殺与奪の権利が存在したというためには、親の子に対する殺人(間引き等を含む)、親による子の売買(債務奴隷化等を含む)、親による子の養育放棄(捨て子等を含む)等につき、違法判断に基づく何らかのサンクションが課せられることがなかったでなければならないだろう。

この点については、「大化前代の親権が強大であったことは、記紀にみられる子の殺害、遺棄、娘の婚姻に対する同意権、子女を自己の贖罪の具に供したという説話などから推定できる」のであり、「大化以後、大陸法の継受以前に

(3) 天沼香『日本史小百科 家族』(東京堂, 1997年) p. 71

は、売子の慣習に対する禁制は全くなかったか、若干あったとしても効果はなく、親権に属するものとされていたと考えて誤りないものと思う⁽⁴⁾と論じられている。しかし、国家体制が確立される前には、どのような社会的規制が存在していたかが不明なのであり、神話論理による説話だけから当時の社会的規制を直ちに推定することはできない。また、「『養育』という母の行為はきわめて日常的な営為」は、「外部に向き合い、男系原理に支配されやすい神話や説話などには現れにくい」⁽⁵⁾はずである。

上記のように日常的な営為が説話には反映されにくいことを指摘しながら、三浦佑之教授は、当時の説話に依拠して、父と娘との関係性につき、「家を担う父は娘を守り、その結婚においては許諾権をもつ。そこでは、娘は父に支配され、父の力を体現する存在となる。こうした父と娘との関係性は、娘の所有権が父にゆだねられているということを示している」⁽⁶⁾と結論づけている。しかし、説話をもって親の所有権を導くことには問題がある。また当然のことながら、婚姻の許諾権をもって所有権と同視することはできない。おそらくそこで言及されている所有権の観念が法的な概念とは異なっているのであろうが(三浦教授の立論は、象徴的なレベルでの議論のように思われる)、婚姻の許諾権以外、特に親の子に対する人格的支配権もうかがわれないうのである。

近年の遺跡発掘事例においては、葬送儀礼や墓域などにおいて、大人と幼児とでは明確に区別されていたことを示しており、「7歳までは神のうち」とする再生思想＝わが国独特の幼児観の芽生えがすでに縄文時代にあったとされている⁽⁷⁾。もしそのような思想があったとすると⁽⁸⁾、幼児殺害が行われたとしても、それが親の子に対する所有権の支配の結果として行われたわけではない

(4) 牧英正『人身売買』(岩波新書, 1971年) pp. 15-16

(5) 三浦佑之『万葉びとの「家族」誌』(講談社, 1996年) p. 50

(6) 三浦・前掲注(4) p. 70

(7) 森山茂樹＝中江和恵『日本子ども史』(平凡社, 2002年) pp. 47-51

(8) このような再生思想は、柳田国男『先祖の話』(筑摩書房, 1946年)が提唱したものであろう(ちくま文庫版(1990年) pp. 200-202)。しかし、その有無についていまだに議論が続いているところでもある。その詳細については、服藤早苗『平安王朝の子どもたち』(吉川弘文館, 2004年) pp. 4-7を参照。

との見方も成り立ちうるのであって、わが国の古代史における親の子に対する権利を、私権たる生殺与奪の権利として一律に規定してしまうことは不可能であろうと思われる。

そうすると、律令以前における親の権利の内実は、いまだ明確になっていないものといわざるをえない。しかし少なくとも、親が子に対して生殺与奪の権利を有していたなどという印象批評的な言説をいったん否定しておくことが必要であろうと思われる。

2. 律令における親の権利

8世紀初頭には、藤原不比等によって養老律令の編纂が開始された。養老律令の施行時期については明確となっていないが、757年(天平勝宝9年)とされている⁽⁹⁾。律令期になると、年齢によって子ども期が法的に確定することとなり、戸令第8の第6条で男女とも3歳以下は「黄」、16歳以下は「小」、20歳以下は「中」で、21歳をもって成人「丁」と定められた⁽¹⁰⁾。しかし、このように子ども期を定めたことは、子どもを保護するためであったのではなく、むしろその逆に「子に対する親の権利のみが一方的に確立され、子は親の従属物として位置づけられていく」⁽¹¹⁾ 端緒にすぎなかったといえよう。

養老律では、幼児売買や幼児殺害などが規制の対象となっている。捨て子に対する規制は養老律には見られないようである⁽¹²⁾。もっとも9世紀中期以降

(9) 中田薫「養老令の施行期に就て」『法制史論集 第一巻』(岩波書店、1926年) 所収 p.627, 石井良助『法制史』(山川出版社、1964年) p.47 (以下、石井(良)(1964年)として引用) など。

(10) 井上光貞ほか校注『日本思想大系 3 律令』(岩波書店、1976年) p.226。なお、年齢については、61歳を「老」とし、66歳を「耆」とした。

(11) 森山=中江・前掲注(7) p.80

(12) なお、捨て子については、「人通りの多い道端であれば、通りすがりの誰かが拾って育ててくれるかもしれない。その可能性にかけて道端に捨てたのである。」という親の心情も指摘されている(森山=中江・前掲注(7) p.83)。ジョン・ボズウェルは、イングランドにおいて、「親は、もっと資産があるかもっと高い地位にある人が子供を見つけて、もっと良い環境のもとで育ててくれるのではないか、という希望を持って子供を遺棄した」と、これと同様な指摘をしている(John Boswell, *The Kindness of Strangers*, 1988 The University of Chicago Press p.428)。

になると、天災による飢饉などによる影響から捨て子が増加し、官符類に捨て子の禁令が出されている⁽¹³⁾。9世紀初頭に成立したとされる日本霊異記には、子を養育しない母の説話が見られる(下巻第16)。これによると、子に惜しんで乳を与えなかった母親が「殃罪(つみ)と成らむ」⁽¹⁴⁾とされており、当時の仏教的規範意識としては、養育は母親の自由にすべきものではなく、その放棄は社会的に悪であったことが示されている⁽¹⁵⁾。なお、養老律では、奴婢については財物として扱っているのに対し、子については財物としては扱われておらず、また窃盗や強盗の対象とも観念されていない。

幼児殺害については、養老律では禁止されていたとされる。しかし、その闕訟律のほとんどは写本が残存していない。当時の律令の注釈書・法曹至要抄等によって、その欠けている部分を補うと、「闕訟律は教令に違犯する子孫を徒2年の刑に処し、また子孫を殴打して死に致せる祖父母父母を徒1年半の刑に処していたが、懲戒のために単に子孫を殴打し、または傷つくるに止まるものは、これを不問に付している」⁽¹⁶⁾といえる。また、「親が子を故殺しても、たかだか2年半の刑に服するだけである。(中略)過失によって殺した場合には無罪となっている」⁽¹⁷⁾とも論じられている。いずれにしても、親が子を故意に殺害した場合には、違法判断を受けたという意味で、親が子に対して生殺与奪の権利を有していたとまではいえないが⁽¹⁸⁾、その刑は非常に軽かったと考えることができるであろう。

次に、持統朝には天皇の詔によって、公然と親が子を売ることが承認されて

(13) 服藤早苗『平安朝の母と子』(中公新書, 1991年) pp. 170-180を参照。

(14) 中田祝夫全訳注『日本霊異記(下)』(講談社学術文庫, 1980年) p. 120

(15) この点について、三浦・前掲注(5) p. 176は、『『養育』をめぐって母子の間に生じた亀裂を、絶対的な善であるはずの母の養育権の放棄として認識したのが8世紀の倫理観だったとすることができる』としているが、このような仏教的倫理観がどの程度一般に浸透していたかについては別途検討を要するというべきであろう。

(16) 瀧川政次郎『日本法制史(上)』(講談社, 1985年) p. 276。なお、徒とは、勞役刑である(井上ほか・前掲注(10) p. 486)。これに対応する法曹至要抄の記載は、中巻第3条(売買条)にある。

(17) 森山=中江・前掲注(7) p. 80

(18) 大竹秀男『「家」と女性の歴史』(弘文堂, 1977年) p. 159を参照。

いたとされるが、養老律では、親が子を売って奴婢とすること自体は禁止している。しかし、賊盗律第7の第47条によれば、2親等の卑幼（弟妹・兄弟の子）および兄弟の孫・外孫を売って奴婢とした場合、2年半の徒刑に該当するが、子孫を売った場合であれば、1年の徒刑にとどまる。子ども自身が売られることに同意していた場合には、その刑はさらに一等減ずることとされていた⁽¹⁹⁾。これは著しく軽い刑であったというべきである。したがって、「親が子どもを売ること自体それほど悪いこととは意識されていなかった」⁽²⁰⁾あるいは「親が子を売るとは、他の場合とはちがって肯定的であった」⁽²¹⁾と評することもできよう。

ところで、そもそも養老律は唐律を継受したものであり、「中国では現実があってそれを基礎に法ができていたのに対し、日本では現実がどうであるかにおかまいなく法が先行した」⁽²²⁾ことは否定できないはずである。特に、養老律令の「編纂官に渡来系の人物が多く選ばれたことによって、戸令や戸婚律を中心とする家族法関係は大きな矛盾を抱えることになった。日本の在来社会の家族とは異なり、大陸の家族に近い生活慣習をもつ編纂官は、唐の家族法が日本の現実に合わないことを承知しながら、日本にも将来あるべき理想の家族像を示す考えから、あえて唐の家族法に大きな修正を加えなかった」⁽²³⁾とされている。

そうだとすると、養老律に規定された内容がわが国の社会的規範として実効性のあったものであったかどうかについては、疑問が残らざるをえないであろう⁽²⁴⁾。しかしわが国には、子に対する「自己の財物と同様の観念があった」

(19) 井上ほか・前掲注(10) p. 112

(20) 森山＝中江・前掲注(7) p. 81

(21) 牧・前掲注(4) p. 28

(22) 早川庄八『日本の歴史第4巻 律令国家』（小学館、1974年）p. 223

(23) 梅村恵子『家族の古代史』（吉川弘文館、2007年）pp. 68-69

(24) この点について家永三郎『日本道徳思想史』（岩波書店、1954年）p. 30は、「律令の条文にあらはれてゐる家族道徳思想の如きは、全く現実的意味をもたぬ空文と云つて過言ではなく、當時の國民の家族生活の中で実際に生きてゐた道徳思想は、もつとちがつた史料によつて求められなければならない」と論じている。

ために、子孫を売買する行為については、母法である唐律を改変して唐律よりも刑を一等軽くし、また、唐律が「略売」という文言を採用しているのに対し、養老律は単に「売」という文言をあえて採用したとも指摘されている⁽²⁵⁾。養老律に定められた内容は、子に対する「自己の財物と同様の観念があった」と断定することはできないが、ある程度はわが国の規範意識をも反映しているとみることができよう。

そうすると、律令期の親の権利については、養育の過程に苛酷な体罰が含まれていようと、故意に殺害しようとした場合でなければ、親の行為は違法とは判断されなかったという限りにおいて、親の子に対する権力行使は一定程度認められていたと考えられる。したがって、「律の規定によると、祖父母父母の教令に違反し、または祖父母、父母を告言する者は処罰された。もっとも、祖父母、父母は教令違反の子孫を殴打して、懲戒することは許されたが、これを殺すことは許されなかった」⁽²⁶⁾とみるのが穏当なところであろう。

瀧川博士は、これよりさらに強く、「祖父母父母は、その子孫に対して教令、懲戒をなす権利を有し、また子孫に対して同財を強制し、その特有財産を管理する等の権利を有した。子孫に教令をなす権利は、実に親権の中樞をなす権利であって、懲戒権はこの教令に違反する子孫を懲戒する付随の権利である」「祖父母父母が、子孫を売って人の奴婢となすことは律の禁ずるところであったが、実際には飢饉に際して、子供が親のために売られるのは決して珍しくない現象であった。されば当時父母が実際に有していた親権なるものは、律令に現れた親権よりもはるかに強いものであったのである」⁽²⁷⁾とされるのであるが、後述するように飢饉の場合の子売りについては多様な解釈の余地があり、必ずしもそこまで強い親の権利を推測させる史料は存在しないように思われる。

(25) 牧・前掲注(4) p. 28

(26) 石井良助『日本法制史概要』(創文社, 1947年) p. 64 (以下、石井(良)(1947年)として引用)。なお、石井(良)・前掲注(9)(1964年) p. 83も同旨。

(27) 瀧川・前掲注(16) pp. 276-277

3. 社会の転換と判例法の形成

しかし古代末期になると、養老律令が予想していなかった新しい社会的事態が出現するようになる。新しい事態に対して、対応する規範も解決する方法も存在しないとすると、公権力の正統性が問われざるをえなくなり、社会は混乱を極めることとなってしまいます。したがって、新しい事態に対応する新しい法を創設するか、または、新しい法理を判例法として形成するかしなければならない。鎌倉幕府は、その後者を選択することとなった。そこで中世は、「慣習法時代」と呼ばれ、慣習法が中世法の主要部分をなしたといわれることとなるのである⁽²⁸⁾。

鎌倉幕府が確立する前である12世紀前半には、明法博士坂上明兼によって、実践的な法規集として『法曹至要抄』が編纂されている⁽²⁹⁾。法曹至要抄の性格については、「慣習法にひろく基礎づけられ、またかかる慣習法の体系化を結果的にもたらしたもの」⁽³⁰⁾という評価も与えられている。確かに当時の慣習法である庁例も多数記載されており、後述するように鎌倉時代には大いに参照されたものではあるが、法解釈に対立がある場合に旧来からの解釈に反する自説による解説や回答書式も用意されている⁽³¹⁾。そうすると、法曹至要抄は、むしろ明法家である坂上家の法務マニュアル的な色彩を多分に保有していたといわざるをえない⁽³²⁾。しかし、その後鎌倉時代になると、法曹至要抄が御成

(28) 石井(良)・前掲注(26) pp.72-73 (1947年), p.123 (1964年)。なお、律令と慣習法との関係については、中田薫「古法雑観」『法制史論集 第四巻』(岩波書店, 1964年)所収 pp.1-67を参照。

(29) 棚橋光男『大系日本の歴史4 王朝の社会』(小学館ライブラリー, 1992年) pp.293-298

(30) 棚橋光男「法書『法曹至要抄』」『中世成立期の法と国家』(塙書房, 1983年)所収 p.157。なお、棚橋教授は、前掲注(29) p.389で自らこの著書につき、「その後の研究によって再検討すべき点が少ない」と述べている。ただし、当該部分が再検討すべき点に当たるかどうかは明らかではない。

(31) 長又高夫『日本中世法書の研究』(汲古書院, 2000年) pp.1-65

(32) 棚橋・前掲注(29) p.294は、「いまふうにいえば、『法実務のエッセンス』『エッセンシャル法実務』といった書名と考えていただければよい」としている。

敗式目の参考とされ、公家法の法典としての評価を受けるようになったのである⁽³³⁾。

法曹至要抄における親の権利に関する記載は、「いわゆる悔返（いったん譲与した財産をとりもどすこと）をはじめ、親権にかかわる法規が処分条のなかに設置されている」⁽³⁴⁾とされている。法曹至要抄下巻第12条（処分条）では、「処分子孫之物、子孫死後不返領事」とされ、子孫に財物を贈与した場合には取り戻すことができないとしているのであるが、その按文では、「於父母之令異財者、受領之子孫無有其罪、又己異後、不可悔還、況子孫亡有妻子者、妻子可伝領、父母更不返領之」⁽³⁵⁾とされ、子孫に罪がなければ取り戻せないとされているように読める⁽³⁶⁾。そしてここにいる罪とは、養老律に違反する行為に該当することであろうから、父母の教令違反があれば贈与した財物の取り戻しが可能となるというサンクションを付すことによって、父母の教令権が強化されたといえるのではないだろうか。

第5節 中世における親の権利

1. 中世社会と家の成立

日本史の時代区分については、いつから中世と規定すべきかという議論がいまだに続いている。ここでは、親子関係につき法制史的な検討を加えているため、当該目的からの便宜上、律令制からの転換を基準として中世を規定することとする。そうだとすると、「古代社会から中世社会への転換を一言でいうなら、『氏（うじ）から家（いえ）へ』ということになる」であろう。これは『氏』を単位とする社会から、『家』を単位とする社会への移り変わりを意味する。この「家」は、社会構成の単位であるとともに、年貢や公事を負担する支

(33) 長又・前掲注(31) p. 54。この点については、佐藤進一「御成敗式目の原形について」『日本中世史論集』（岩波書店、1990年）所収 pp. 305-311も参照。

(34) 棚橋・前掲注(29) p. 298

(35) 佐藤進一ほか編『中世法制史料集 第6巻』（岩波書店、2005年）pp. 329-330

(36) この解釈に関しては争いがある。長又・前掲注(31) pp. 206-228を参照。

配の基礎単位でもあった。そのため、家の負担を全うさせるためには、家父長の権限を強力にせざるをえない。したがって、「被支配階級であるが故に、支配階級の家よりも、家の存続とその代表である家父長の地位の温存が図られた」⁽³⁷⁾ ことも否定しえないように思われる。もっとも、「『家』構成員は、大なり小なり家主の生殺与奪権に隷従していた」⁽³⁸⁾ かどうかについては、前述したように留保を要する。

氏と家の違いについては、「氏」が「族長が血縁・非血縁を含む構成員を率いて、朝廷に奉仕する政治的な組織であり、天皇からあたえられるカバネによって秩序化されていた」のに対し、「家」は「一組の夫婦を中心として生活・経営を行う単婚小家族的な個々のイエが主として父系的に結合した集合体で、継承者と位置づけられた『嫡子』によって継承される存在であった」とされている⁽³⁹⁾。このように、「家の分立を可能にした背景には、12世紀が開発の時代、荘園公領制の成立期であったこと、鎌倉時代に地頭職など分割可能な所職が広汎に成立したことなどがあった」⁽⁴⁰⁾。しかし逆に言えば、このような開発可能性が減少していけば、家の分立は不可能となっていくのである。

ところで、家が分立した状態の場合、社会の構成単位としての家は、一定の自律性を備えていなければならないだろう⁽⁴¹⁾。単一の法令で個々の家の秩序にまで介入し、かつ、公権力をもって解決することなど、不可能になってくるといわざるをえない。後述する親の悔返にしても、「相続など御家人武士の家の内部問題に対しては、幕府の権力よりも親の権利の優先すること」⁽⁴²⁾ を認め

(37) 以上につき、田端泰子『女人、老人、子ども』(中央公論新社、2002年) p. 38

(38) 服藤早苗「『家』の成立と女性」戸田芳実編『中世の生活空間』(有斐閣、1993年) 所収 p. 21

(39) 以上、高橋秀樹『中世の家と性』(山川出版社、2004年) pp. 6-8

(40) 高橋・前掲注(39) pp. 43-44

(41) 石井進『中世武士団』(小学館文庫、1990年) p. 118は、「かつての通説」が「当時の主従関係は主人側が圧倒的に強い力を持ち、従者はそれに一方的に服従する、いわば絶対随順の関係にあった」としていたのに対し、「主従対論」の禁止を取り上げ、「幕府と御家人との関係で御家人側の自主性を認め、主人である御家人の従者に対するイエ支配権を承認したものとみるほうが正確」としている。

(42) 石井進『日本の歴史7 鎌倉幕府』(中央公論社、1965年) p. 410

ざるをえないだろう。そして、「家の内部問題には幕府は干渉しないことこそが『道理』である、との原則」⁽⁴³⁾が打ち立てられるのである。もっとも、御成敗式目の立法原理としての「道理」は、「武士社会に共通の理念として存在した『道理』の法文化」だったのではなく、「立法時点で権力にとってもっとも好ましいものを選択し、それを法文化したものであった」⁽⁴⁴⁾といえるだろう。

このように見てくると、中世を迎えて家が社会の構成単位とされたことにより、家父長制原理が明確になってくる。そして、個々の家に一定の自律性が肯定されたことにより、家長たる男子の嫡子が部分秩序の最高権力として現れることとなる。特に開発可能性が減少していけばいくほど、そうならざるをえないであろう。そうなってくると、家の内部における父権は、公権力が介入しない絶対的なものとして、子に対峙することとなるのである。

北条重時の家訓には、「人ノ子ハ劣ル親ニハマサラヌ」あるいは「親ノ言ム事ヲハ、何ニ僻事ト思トモ、一度モタカウヘカラス」との表現がある⁽⁴⁵⁾。ここには、親の優位性が宣言されている。父権と母権の優劣は示されていないが、支配単位としての家では、妻の地位は夫の地位に比して低く設定されており⁽⁴⁶⁾、政策的に父権の強大化が図られたことは否定しえないにしても、開発の時代における「自然に対峙しつつ開発領主として荒野を開き、勸農に努めてきた領主としての経験の豊富さがその理由になっている」⁽⁴⁷⁾ともいえるだろう。したがって、これらの開発の時代には、親の権利には父権だけでなく母権も含まれていたが、開発の時代が終わるとともに公権力の介入が呼び込まれ、父権が政策的に強大化されて家の存続が図られることとなっていく。

(43) 石井進・前掲注(42) p. 411

(44) 笠松宏至『法と言葉の中世史』（平凡社ライブラリー、1993年）p. 188。なお、笠松宏至『日本中世法史論』（東京大学出版会、1979年）pp. 1-49も参照。

(45) 桃浩行校訂解説『北條重時の家訓』（養徳社、1947年）p. 3, 11

(46) 田端・前掲注(37) pp. 36-38

(47) 田端・前掲注(37) p. 22

2. 御成敗式目と親の権利

鎌倉幕府は、上記のような武士社会の道理をもととして、法令を整えるべき必要性を抱えていたことになる。しかし、当時の律令などの公家法は、武士社会の実情に即したものではなかった。たとえば、女性に養子をとって所領を譲ることは武士の間ではしばしば行われていたが、公家の法律家はそれを認めない。また、別々の主人のもつ奴婢の間に生まれた子は、男の子は男親に女の子は女親につけるのが武士のならわしであるが、公家の法律家は奴婢の子はみな女親の主人に帰属すると考える⁽⁴⁸⁾。

そこで北条泰時は、「武士の『道理』をもとし、『先例』をとり入れながら、より統一的な武士社会の基本となる『法典』をつくらねばならぬ」⁽⁴⁹⁾と考へ、1232年（貞永元年）に「御成敗式目（貞永式目）」を完成させた。北条泰時が弟重時に宛てた書状によれば、「田舎では律令の法に通じているものなど、万人に一人もいないのが実情である。こんな状態なのに律令の規定を適用して処罰したりするのは、まるでケモノをワナにかけるようなものだ。この『式目』は、漢字も知らぬこうした地方武士のためにつくられた法律であり、従者は主人に忠をつくし、子は親に孝をつくすように、人の心の正直をたっとび、曲がったのをすてて、土民が安心して暮らせるように、というごく平凡な『道理』にもとづいたものなのだ」⁽⁵⁰⁾と述べている。前述のようにこの「道理」が「立法時点で権力にとってもっとも好ましいものを選択し、それを法文化したものであった」のであれば、これを文字通りに捉えるわけにはいかないであろうが、まさに「慣習法の時代」を象徴する意識表明であった。

御成敗式目は、全部で51か条の法典であり、その適用範囲、裁判上の大原則、刑事法、家族法、裁判手続法などが定められている。この時代は、御成敗

(48) 以上につき、石井進・前掲注(42) p. 398を参照。公家法については、法曹至要抄の雑事条12条（佐藤進一ほか編・前掲注(35) p. 319）を参照。

(49) 石井進・前掲注(42) p. 399

(50) 石井進・前掲注(42) p. 400より引用。

式目を中心とする「幕府法」、朝廷の「公家法」、荘園本所の「本所法」、御家人の「在所領主法」などの法体系が分立していたのである。前述したように、幕府法は、武家社会の慣習を法として規定することを建前とし、「家の内部問題には幕府は干渉しないことこそが『道理』である」という原則に立った。御成敗式目は、10年以上属していた奴婢の子の帰属につき、男子は父に女の子は母につけることを確認している（第41条）⁽⁵¹⁾。

親の権利との関係で重要なのは、第18条の「悔い返し」であろう。第18条は、「讓與所領於女子後依有不和儀其親悔還否事」として、「右男女之號雖異父母之恩惟同爰法家之倫雖有申旨女子則憑不悔返之文不可憚不孝之罪業・父母・亦察及敵対之論不可讓所領於女子歟親子義絶之起也・教令違犯之基也女子若有向背之儀・父母宜任進退之意・依之女子者為全讓狀竭忠孝之節父母者為施撫育均慈愛之思者歟」となっている⁽⁵²⁾。律令においては、子孫を放逐すること（義絶）までは認めていなかったのであるが⁽⁵³⁾、御成敗式目は女子にいったん贈与した財産も教令違反を理由として悔い返すことができるとし、親子関係の義絶も認めるに至ったのである。なお、父母の教令は、その死後にまで及び、父母の遺命に背く者は「死骸敵対」として処罰された⁽⁵⁴⁾。

法曹至要抄と同様に、武家法たる幕府法においては、父母の教令違反があれば贈与した財物の取り戻しが可能となるという「悔い返し」のサンクションが

(51) 佐藤進一ほか編『中世法制史料集 第1巻』（岩波書店、1955年）p. 24

(52) 佐藤進一ほか編・前掲注(51) p. 13。この読み下しは、「所領を女子に譲り与うるの後、不和の儀あるによってその親悔い返すや否やの事」として、「右、男女の号異なるといえども、父母の恩これ同じ。ここに法家の倫（ひと）申す旨ありといえども、女子はすなわち悔い返さざるの文を憑（たの）みて、不孝の罪業を憚るべからず。父母また敵対の論に及ぶを察して、所領を女子に譲るべからざるか。親子義絶の起りなり。教令違犯の基なり。女子もし向背の儀あらば、父母よろしく進退の意に任すべし。これによって、女子は讓状を全うせんがために忠孝の節を竭（つく）し、父母は撫育を施さんがために慈愛の思いを均しうせんものか」となる（田端・前掲注(37) p. 121）。

(53) 瀧川・前掲注(16) p. 276

(54) 瀧川・前掲注(16) pp. 420-421、石井(良)・前掲注(9) (1964年) p. 147 など。なお、「死骸敵対」の意味については、勝俣鎮夫「死骸敵対」網野善彦ほか『中世の罪と罰』（東京大学出版会、1983年）pp. 43-58 を参照。

実定法化された。また父母の教令違反に対しては、義絶というサンクションも付され、父母の教令権はいっそう強化された。義絶のサンクションは、親が子との連帯責任から自己の身を守るものとしても機能したようである。「今昔物語」には、家庭内で盗みを犯した7,8歳の男子を不孝（ふきょう：義絶）して証文まで作成しておいたため、その子が成人した後の犯罪行為について別当の追及を免れた話がある。この話は、当初、「なにもそこまでしなくても」と思われていたが、後では「極く賢かりける人かな」とその親が褒め称えられており⁽⁵⁵⁾、親の教令権の強さを象徴しているように思われる。

したがって、「親権の中心をなすものは、前代と同じく子孫を教令する権利であったが、この教令に違背する子孫を懲戒する権力は、前代におけるよりもはるかに強大であった」⁽⁵⁶⁾と評することができよう。ただし、親の権利が強大になったとはいえ、親の自由には一定の枷も存したことに注意が必要であろう。御成敗式目では、家のために貢献したにもかかわらず、継母などによって所領の配分に預れなかった場合、嫡子分の5分の1の配分を受けられることとして、一種の遺留分を留保している（第22条）⁽⁵⁷⁾。

3. 親の権利の実態と近世への変容

前項に記載した、法令に定められた父母の強大な教令権が、現実的に子にとって過酷な事態を将来してきたかどうかはまた別問題である。1585年（天正13年）にまとめられたルイス・フロイスの『日欧文化比較』によれば、「われわれの間では普通鞭で打って息子を懲罰する。日本ではそういうことは滅多におこなわれない。ただ（言葉？）によって譴責するだけである」⁽⁵⁸⁾と記載されて

(55) 池上洵一編『今昔物語集 本朝部（下）』（岩波文庫、2001年）pp.347-351

(56) 瀧川・前掲注(16) p.420

(57) 佐藤進一ほか編・前掲注(51) p.15

(58) ルイス・フロイス（岡田章雄訳注）『ヨーロッパ文化と日本文化』（岩波文庫、1991年）p.64。なお、外国人によるこのような観察は、江戸時代になっても枚挙に暇がないほど挙げられる。有地亨『日本の親子二百年』（新潮選書、1986年）pp.17-19などを参照。

おり、ルイス・フロイスの接した範囲がそれほど広汎ではなかったとしても、親による教令権の行使は、必ずしも暴力的なものであったわけではなかったのであろう。

また、当時の親の権利が教令権を中心とするものであったとする考え方についてもここで検討しておく必要がある。法で親の権利を定めるに当たっては、親の教令権を中心とした規定が整えられてくるのは、いわば当然であろうからである。なぜなら、家の自律性を一定程度認めたと、親の権利内容を定めようとする、家の自律性が壊れた時点での問題を取り上げざるをえないからである。すなわち、国家が介入する必要性のない当然の事態については、何も法に規定する必要性がないのであって、法の規定が教令権を中心としているからといって、親の権利の内実まで教令権が中心であったといえるわけではないように思われる。

たとえば、子が誘拐された場合における親の権利については、それを直接に定めた法令はない。しかし親が子を取り返せるのは、あえて法令に定めるまでもなく当然のことであらう。『看聞日記』には、子取り（誘拐）に対して子を取り返した例が挙げられており⁽⁵⁹⁾、これは当然の親の権利（親の権利に基づく返還請求権）として観念されていたのではなからうか。そうだとすると、親の権利は、当時の子殺し・子売り・子捨ての実態に照らして考えると、子に対する生殺与奪の権利とまでは必ずしもいえないが、少なくとも人格的支配権としては存立していたと評してよいように思われる⁽⁶⁰⁾。そこで以下では、親による子殺し・小売り・子捨てについてみておくこととする。

まず子殺しについては、間引きが挙げられよう。中世法においても、公家法を参考にして武家社会の慣習法の実定法化を図ったとすれば、子殺しが親の自由であったなどということではできないはずである。しかし、間引きは、極めて隠密な行為として行われるはずであり、歴史史料からその実態を解明すること

(59) 齊藤研一『子どもの中世史』（吉川弘文館，2003年）p. 140

(60) 保立道久『中世の女の一生』（洋泉社，1999年）p. 151は、「養育の恩義は『ヒト』の人格に対する支配権の根拠となった」と指摘している。

はできない。もっとも、農業生産性が安定していない時代には、自然現象に生活が左右されたのであって、飢饉となればいわゆる口減らしとしての間引きが行われたであろう。また、ルイス・フロイスが「日本の女性は、育てていくことができないと思うと、みんな喉の上に足をのせて殺してしまう」⁽⁶¹⁾と述べているところに鑑みれば、中世においては、広汎に間引きが行われていたであろうことを推測しうる。

次に中世においては、売買文書等の歴史史料に基づく限り、広汎に子の売買が行われていたといえるであろう。それではなぜ子が売買されたのだろうか。1330年(元徳2年)、讃岐国草木庄の住人である藤六・姫夜叉の夫婦が、隣接する詫間庄の「平地大隅段」に、8歳になるわが子の千松童を直銭五百文で売り渡した売買文書が残っている(『鎌倉遺文』30991号文書)⁽⁶²⁾。この文書では、親が「餓身」ゆえの「身命たすからんかため」に、売買したと述べている。売買によって、「此童も助かり、わか身ともに助かり候う」ということである⁽⁶³⁾。

売る親側の目的は以上のとおりであるが、買う側での目的はどのようなのだろうか。齊藤研一氏が調査した結果によれば、中世における人身売買関係文書のほとんどが7歳以上15歳未満の子が売買の対象となっている⁽⁶⁴⁾。従来は、将来の労働力の養成のためとする説が一般的であった⁽⁶⁵⁾。しかし齊藤氏は、中世文学・絵画史料・農書などから、子としての現在の労働力を目的とする売買であったのではないかと論じている⁽⁶⁶⁾。上記の売買文書では、「くち〜てんかう三月、逃亡は夫婦限命終、かゝり進可候」という瑕疵担保文言が付されて

(61) フロイス・前掲注(58) p. 51。ただし、そこには、「7歳までは神のうち」とするわが国に特殊な再生思想の影響があることも否定しえない。

(62) 竹内理三編『鎌倉遺文 第40巻』(東京堂出版、1989年) p. 21。中世における人身売買文書については、棚橋「人身売買文書と謡曲隅田川」前掲注(29)所収 pp. 347-357も参照。

(63) このような文書については、『薩藩旧記雑録』1338年(延元3年)4月8日付証文にも見える。森山=中江・前掲注(7) p. 90を参照。

(64) 齊藤・前掲注(59) pp. 100-106。保立・前掲注(60) p. 151も参照。

(65) 久留島典子「日本中世の村と扶養・相続」奥山恭子ほか編『扶養と相続』(早稲田大学出版部、1998年) pp. 27-30など。

(66) 齊藤・前掲注(59) p. 133

おり⁽⁶⁷⁾、そのような解釈を裏付けているといえよう⁽⁶⁸⁾。

最後に親による子捨てはどうであったろうか。これについても明確な史料は残っていないようであるが、おそらく「飢饉になれば、瘦せ細った子どもたちは山野に放棄された」⁽⁶⁹⁾であろう。戦国期には、戦禍だけでなく、寛正の大飢饉をはじめとして災害が連続している⁽⁷⁰⁾。「異本塔寺長帳」応永九年条には、「7歳以下は海川に捨て、7歳以上は下人に売る」との記載がある⁽⁷¹⁾。7歳以下を捨てることは、「7つまでは神のうち」という再生思想によるものであろうが、7歳以上は労働力として売買の対象となったものであろう。これがどの程度一般的な認識であったのかは定かでないが、年齢によって子捨てか子売りかが選択されたことを示すものとして興味深い。

また、「今昔物語」には、「己は驚の噉（くら）ひ残しぞかし」といういじめの罵言が出てくる⁽⁷²⁾。この種の説話は多く残されており、当時に子捨てが多かったことを示しているであろう。なお、今昔物語には、乞食に捕らえられた女が嬰兒を人質にして「此の子を棄てよも不逃じ」といいつつも、子を捨てて逃げた話もある⁽⁷³⁾。自分の身と恥を守るために子を捨てたのだが、この話を聞いた武者どもは褒め称え感心したという説話となっており、いかに再生思想が存したとはいえ、やはり子の生命は軽視されていたといわざるをえない。

それでは、捨てられた子のその後はどうなっていたのであろうか。「今昔物語」の説話のように、何者かに拾われて成長する場合もあったであろうが、当時の経済状況からすると多くは餓死したであろう。イングランドでは、16世

(67) 保立道久『物語の中世』（東京大学出版会、1998年）p.283。なお、同書によれば、「くち」とは癩癩、「てんかう」とは癩狂の意味であるとしている。

(68) 牧・前掲注(4) pp.119-120に引用された娘質置証文（1643年（寛永20年）2月16日）にも、そのような瑕疵担保文言が見られる。

(69) 保立・前掲注(60) p.146

(70) この点については、藤木久志『飢餓と戦争の戦国を行く』（朝日選書、2001年）、『土一揆と城の戦国を行く』（同、2006年）を参照。その連続性については、後者 pp.289-292の災害年表にまとめられている。

(71) 保立・前掲注(60) p.146

(72) 池上編・前掲注(55) p.19

(73) 池上編・前掲注(55) pp.395-397

紀までは修道院が、ついで修道院解散によって教区の救貧院が捨て子を保護していた。キリスト教博愛概念に基づくものではあろうが、救貧院による保護は、子の生命価値を尊重したというより、治安対策の色彩が濃いものであった⁽⁷⁴⁾。わが国でも、仏教的慈善思想から、忍性が施薬院、悲田院等を立てて、捨て子の保護にあたっている⁽⁷⁵⁾。また、キリシタンの「みぜりこるでいや（慈善の組）」などの慈善活動があった⁽⁷⁶⁾。しかしわが国の救済活動は、あくまでも慈善思想によるインフォーマルなものでしかなく、制度的な救済は全く存在しなかったのである。

その後は、戦国時代の分国法に至るまで、御成敗式目が大なり小なりの影響を与えていくが⁽⁷⁷⁾、その内容は時代状況の変化に伴って変容していくこととなる⁽⁷⁸⁾。「中世武士団のイエ支配権が弱まり、ついに解体されるとき、かつてその内部につつまこまれていた個人や小集団は独立した単位として出現する。その上に立つ権力は、かれら個人や小集団を支配するとともに、またかれら被支配者の動向によっても左右されるようになる」⁽⁷⁹⁾であろう。親の権利についても、「近世前期に入り、主君または領主がこれに干渉するようになった」⁽⁸⁰⁾のである。多くの分国法が親子関係について特に御成敗式目と異なる定めを置いていない以上、子は親に服従すべきものという観念は維持されたのであろうが、『結城家諸法度』で「親子相論事」で「親の非分」がある場合には「子の道理」を優先しており（第51条）⁽⁸¹⁾、「親の命よりも主人の命を重しとする江

(74) 拙稿・前掲注(2) pp. 239-243

(75) 野本三吉『社会福祉事業の歴史』（明石書店、1998年）pp. 34-37。なお、忍性の活動については、松尾剛次『忍性』（ミネルヴァ書房、2004年）pp. 26-52, 151-178を参照。

(76) 吉田久一『新版 日本社会事業の歴史』（勁草書房、1981年）pp. 55-60

(77) 勝保鎮夫『戦国法成立史論』（東京大学出版会、1979年）p. 257 以下を参照。

(78) 脇田晴子『大系日本の歴史7 戦国大名』（小学館ライブラリー、1993年）p. 153。なお、諸国における分国法の概要については、瀧川政次郎『日本法制史（下）』（講談社、1985年）pp. 11-20を参照。

(79) 石井進・前掲注(42) p. 466

(80) 石井(良)・前掲注(9)(1964年) p. 242

(81) 佐藤進一ほか編『中世法制史料集 第3巻』（岩波書店、1965年）p. 240

江戸時代的な考え」⁽⁸²⁾が成立してくることも指摘されている。

第6節 江戸時代における親の権利

1. 江戸時代における親子関係の法制度

江戸時代は、徳川氏がそれまでの戦国諸大名がその領国を支配している形式を存続させたため、幕府法と領主法とが多元的に併立する法体系となった。しかも幕府法は、全国の統合者として各大名を支配し、大名を通じて諸藩の人民にも適用される「統一的幕府法」と、大大名としての幕府御料地に適用される「領主的幕府法」の2つが存した。幕府法は、鎌倉・室町両幕府と同様に、慣習法を土台としており、律令のような基本的大法典を設けなかった。しかし江戸時代前期には、「武家諸法度」(1615年(元和元年))などの法典が整備され、後期には、それまでの判例を整理して新規の規律をも設けた「公事方御定書」(1742年(寛保2年))が制定された。公事方御定書の下巻は、主として刑法・訴訟法等に関する規定を収め、「御定書百箇条」と呼ばれている⁽⁸³⁾。

ところで、江戸時代における親子関係を規律する法制度は、武士階級と庶民階級とで異なっている。武士階級では、世禄と奉公に基づき、婚姻・養子縁組・相続等について主君の監督干渉を蒙り、一種独特の発達を遂げるに至った。これに対して庶民階級では、そのような監督干渉を受けなかったことから、一般に人情の自然に適していたとされる⁽⁸⁴⁾。中田博士は、武士階級間に行われた親族相続法を「封建法」と呼び、庶民階級間に行われた親族相続法を「普通法」と呼んでいる⁽⁸⁵⁾。しかしながら、養子等以外の親子関係の規律に関しては、武家法と普通法とで特に区別しては論じられていない。

江戸時代における親の子に対する権利は、上記の江戸時代の法体系の性質か

(82) 石井(良)・前掲注(9)(1964年) p. 242

(83) 以上につき、石井(良)・前掲注(9)(1964年) pp. 161-165を参照。

(84) 瀧川・前掲注(78) p. 249

(85) 中田薫「徳川時代の養子法」前掲注(9)所収 p. 375, 455

ら、中世からの教令権と懲戒権が中心をなすものとされている。親の教令違反に対する懲戒としては、子を座敷牢に監禁することができた⁽⁸⁶⁾。また親が子を打擲し、その結果、子孫を死に致らしめた場合であっても、律令と異なり、法的なサンクションはなかった。もっとも、「御定書百箇条」では、「短慮」にて非分なき子を殺した場合（「非分も之無実子養子を殺候親」）には「遠島」として処罰され、利得のために子を殺した場合（「親方之もの利得を以候ハ」）には「死罪」となっていた（第71条⑩）⁽⁸⁷⁾。したがって、親の子殺しは法令上許されていないし、親の不合理な懲戒には、一定の枷も存したのである。

親の教令違反に対する懲戒としては、中世における義絶・不孝に相当する、久離・勘当があった。久離とは、目上の親族が目下の親族に対して申し渡す、親族関係を断絶する行為であって、不行跡な親族の行為に対する刑法上の連帯責任（縁坐）を避けるためのものである。このうち、同等の親族に対する場合を義絶と称した。目上の者に対する親族関係の断絶行為は、逆離として禁止されていた。これに対して勘当とは、親が同居する子を放逐する行為であり、その主たる目的は懲戒にあった。久離も勘当も、幕府の管轄奉行所に届け出て、奉行所の帳面に登録しておくことが必要であり、単に口頭または文書で言渡しただけでは、内証久離または内証勘当として法律上の効果を生じさせなかった⁽⁸⁸⁾。

ただし、親の教令権・懲戒権が法的には非常に強大であったとしても、実際にそれが行使されたかどうかはここでも別問題である。1805年（文化2年）の町奉行所関係史料（「撰述格例」後編第八冊ノ下）には、浪人山下飯之助が「乱心者」と「放蕩者」を教諭によって治すとして、愚昧の親を騙して不当に

(86) 中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』（岩波文庫、1984年）p.170

(87) 奥野彦六『定本 御定書の研究』（酒井書店、1968年）p.740。なお、「親殺」はそれだけで「引廻し之上磔」である（第71条⑩ 同書 p.739）。

(88) 中田・前掲注(9) pp.577-593、石井(良)・前掲注(9)(1964年) pp.234-235。なお、石井良助『江戸時代漫筆』（井上書店、1959年）p.207によれば、「江戸幕府は縁坐の責任を制限する方針をとっていましたから、縁坐の責任はあまり大したものではなかったようで、むしろ、失踪者のおかずであろうところの犯罪行為に伴う社会的非難を受けないという点に重点が移っていったように思われます」と指摘している。

利益を得ようとした罪状などで遠島処分とされた判決文がある⁽⁸⁹⁾。これによれば、強大な懲戒権を持っているはずの親たちが、子の「乱心」や「放蕩」にほとんど手を焼いて山下にすぎりついたのであり、いつの時代でも法的な建前とは異なる実態が存していたことが窺われる⁽⁹⁰⁾。不孝の子に手を焼いた親は、場合によっては、奉行所に子の処罰を求めてもいた⁽⁹¹⁾。なお、子に対する親の権利は、武家においては中世におけると同様に父親が優越していたのであるが、農家においては母親が劣等視されていたわけではない⁽⁹²⁾。農業においては女性が重要な生産力となっており、明治時代の民法施行によって女性が財産権と相続権を失ってから、母親の相対的地位が低下していくことになるのである。

親の子に対する教令権と懲戒権については、確かに法的には非常に強力なものであったが、親の子に対する権利としては、それだけにとどまるものではない。江戸時代においても、子が誘拐された場合、当然に親の権利として子を取り戻すことができたであろう。また、親が子を養育・教育することも親の権利として観念されていたはずである。さらに、子を労働させることも親の権利として観念されていたのではないか。そのようにして親が子に対する人格的支配が可能であったとすると、教令権や懲戒権の上位概念として、親の子に対する人格的支配権を観念することができよう。

だからといって、親の子に対する生殺与奪の権利を観念することはできない。確かに法令上子殺しが禁止されていたとはいえ、間引きの習俗は廃れていなかった。また、人身売買や捨子に対する禁令はたびたび出されており、それらがたびたび出されているということは、むしろ逆にそれらが親の自由であるという法意識が存したのかもしれない。そうだとすると、親の子殺し（間引き、子返

(89) 藤田覚『大江戸世相夜話』（中公新書、2003年）pp.191-196

(90) 親が手を焼いていた実態としては、武陽隠士（本庄栄治郎校訂）『世辞見聞録』（岩波文庫、1994年）pp.86-87を参照。

(91) 森永種夫『流人と非人』（岩波新書、1963年）pp.21-24を参照。このような事例は、イングランドにおいて、親が矯正院に対して鞭打ちを依頼していたことを彷彿とさせる（拙稿・前掲注（2）pp.238-239）。

(92) 児玉幸多『新稿版 近世農民生活史』（吉川弘文館、1957年）p.255

しを含む)、子売り(子の売買、身売奉公を含む)、子捨て(養育放棄を含む)に関する法意識の有無も問わなければならないだろう。以下、親の子に対する監護・教育に関する権限を問い、親の子殺し(間引き、子返しを含む)、子売り(子の売買、身売奉公を含む)、子捨て(養育放棄を含む)などに対する法意識について検討することとする。

2. 親の子に対する監護・教育

(1) 子の健康に対する配慮

江戸時代は、災害と疫病と飢饉の時代でもあった。1657年(明暦3年)の大火(振袖火事)では、死者総計が江戸町方の人口28万余のうち少なくとも5~6万にも及んだと考えられている⁽⁹³⁾。その後も火事の被害は繰り返されている。幕府は、明暦の大火をきっかけとして、災害復興と防災都市化を図ることとなる。オランダの三角測量を用いて実地測量を行い、市街の建築密度を広くするなど、科学的かつ機能的な都市づくりが進められた⁽⁹⁴⁾。これは、イングランドにおける1666年のロンドン大火後のクリストファー・レンによる復興計画に対応する。しかしイングランドでは、急激な都市化による衛生状態の悪化を改善することができず、乳幼児をその最大の被害者とした⁽⁹⁵⁾。

わが国における衛生状態については、明暦の大火前には下水奉行が置かれ、かなり早い段階から都市衛生に配慮した町触れも出されている⁽⁹⁶⁾。明暦の大火後、下水奉行は廃止されたが、これは下水道がほぼ整備され、下水奉行を置いておく必要がなくなったからではないかと考えられている⁽⁹⁷⁾。「下水の処理方法はすべての都市計画に優先した」⁽⁹⁸⁾のである。確かに江戸では、腐敗した

(93) 黒木喬『明暦の大火』(講談社現代新書, 1977年) pp.190-193

(94) 河村茂『日本の首都 江戸・東京』(都政新報社, 2001年) pp.68-71

(95) 拙稿・前掲注(2) pp.316-317

(96) 東京下水道史探訪会編『江戸・東京の下水道のはなし』(技報堂出版, 1995年) pp.14-15, 49-53

(97) 東京下水道史探訪会・前掲注(96) p.21

(98) 鈴木理生『江戸の都市計画』(三省堂, 1988年) p.220

死体がいたるところに見られたかもしれないが⁽⁹⁹⁾、都市衛生システムとしては、同時代のロンドンなどよりも発達していたように思われる⁽¹⁰⁰⁾。中世ヨーロッパで猛威をふるったペストも、明治を迎えるまでわが国には上陸していない⁽¹⁰¹⁾。公衆衛生観念の発達によって、子の健康に対する配慮という考え方も生まれたであろう。

疫病については、立川昭二教授が『譚海』『耳袋』と小咄・川柳から抽出した江戸時代の疾病ワースト・テンに、疱瘡（種痘）・風邪（流行性感冒）・瘡毒（梅毒）の3つが入っている⁽¹⁰²⁾。疱瘡に対する対策としては、当初は祈祷であったが、その後隔離となり、寛政年間（1789～1801年）には人痘接種法が完成され、1849年（嘉永2年）にはジェンナーの種痘法（牛痘接種法）が実施されている⁽¹⁰³⁾。流行性感冒（インフルエンザ）に対する対応は、これも祈祷に始まり、施薬による対応へと変化していった。梅毒については、遊郭が感染源になっていることまでは知られていたようであるが、明治期を迎えるまで根本的な治療法はなかった⁽¹⁰⁴⁾。

また、飢饉には、疫病の流行がつきものであった。飢饉は、一定のプロセスをたどっている。それは、「凶作→一揆・騒動→地逃げ・非人化→強盗の頻発・餓死者の発生→疫病の流行による大量死→回復」といったプロセス⁽¹⁰⁵⁾であった。当時の記録には、「疫餓死」「飢疫」「疫旱」などの用語が随所に見られるが、江戸時代の人々が経験則として飢饉に疫病がともなっていたことを認識していたためであろう⁽¹⁰⁶⁾。飢饉に疫病がともなう原因としては、飢饉による栄養失調状態で抵抗力が著しく減退しているために感染しやすかったことが考えられる⁽¹⁰⁷⁾。

(99) この点については、氏家幹人『大江戸死体考』（平凡社新書、1999年）を参照。

(100) 拙稿・前掲注(2) pp. 316-319

(101) 酒井シヅ『病が語る日本史』（講談社、2002年）pp. 219-229

(102) 立川昭二『江戸 病草紙』（ちくま学芸文庫、1998年）pp. 44-57

(103) 酒井・前掲注(101) pp. 154-163

(104) 酒井・前掲注(101) pp. 164-172

(105) 菊池勇夫『飢饉の社会史』（校倉書房、1994年）p. 17

(106) 立川・前掲注(102) pp. 102-103

(107) 菊池・前掲注(105) p. 231

前述のとおり、疫病に対する対応は、祈禱から施薬などの医学的な対応にシフトしてきたのであるが、それは、18世紀後半から19世紀にかけて、「医療という行為が、時疫に苦しむ民衆を救うてだてとして俄にクローズアップ」⁽¹⁰⁸⁾されてきたからにはほかならない。18世紀には、科学的方法によって健康に対して配慮することを可能とする社会的条件が整ってきたのである。

なお、津軽金木町の寺院過去帳を集計した結果によれば、「飢饉の場合の食糧の欠乏に際しては、一家族のうち成人ことに男がまず死亡し、つぎに子どもまたは成人の女性という順に死んでゆくという事例が、過去帳に記載された記事の中から数多く見出される。家庭内では子供にできるだけ多くの食物を配分し、その生命を維持しようと親たちが配慮した結果ではないかと考えられる」が、これに対して、「伝染病の流行時には各集落一斉に幼少年の死亡が出現しはじめる。子どもの死者にくらべると成人の死亡者数は少なく、家族の子どもに対する配慮は全く効果を示さなかったとみられる」と指摘されている⁽¹⁰⁹⁾。

江戸時代は、自然に翻弄されながらも、効果の有無はともかくとして科学的な対応が図られてきたのであって、子どもの生命への危険に対しても、「7歳までは神のうち」と漫然と構えているわけにはいかなかったであろう。注意深く子どもを育てるという姿勢は、子どもを健康に育てるという方向にも向かうこととなった⁽¹¹⁰⁾。1703年（元禄16年）には、香月牛山が『小児必用養育草』を著し、科学的な子育てが啓蒙されるようになる。同書は、出産、授乳、食物、衣服、諸病、遊戯、躰、文字学習と、乳幼児期から少年期に至る保育および教育の全分野をカバーしている総合的育児書であった⁽¹¹¹⁾。自ら医師であった香月牛山は、「およそ人の親の子を愛する事や、天理の自然にして、あえてあてする事にしもあらず」としながら、「小児の療治は、大人よりもむずかしき業に定め置きたる事なり。いわんや世の人、医の道理をしらねば、兒子を養育

(108) 菊池・前掲注(105) p. 242

(109) 千葉徳壘・大津忠男『問引きと水子』（農文協，1983年）p. 98

(110) 森山＝中江・前掲注(7) p. 157

(111) 山住正己・中江和恵編注『子育ての書1』（平凡社，1976年）pp. 285-366

する業にくらく、ややもすれば生育しがたし。あわれむべき事なり」との理念のもと、子どもの健康に対する配慮に社会の目が向けられたことに応じて、子どもを心身ともに健康に育てるための知識を提供しようとしたのである。「子どもの出生と死に対する注意深いまなざし」を備えた「情愛家族」への歩みが始まったと評してよいであろう⁽¹¹²⁾。

(2) 子に対する教育

武士階級は、諸政策の設計者・実施者を養成しなければならなかった。しかし、各家庭では、もはや武芸・立居振舞などを計画的に教育しえなくなってきたのである。この必要にうながされて諸藩が建営したのが藩校である。明治維新前の藩校では、314校のうち250校が入学強制されており、その多くの藩校では7、8歳で入学するものとされていたようである⁽¹¹³⁾。そして、その教育内容は、当初は絶対多数が四書・五経を中心とする儒教であり、その後は「政治上の識見をやしなうための学」としての歴史であった⁽¹¹⁴⁾。そこでは知性よりも修行が重視された。知的好奇心を刺激することが重要な教育学的工夫であることを説く「日本のロックはいなかった」⁽¹¹⁵⁾のである。したがって、藩校は「本質的に藩のエリートを養成する教育機関」⁽¹¹⁶⁾であった。そうすると、武士階級における藩校の教育システムは、本質的には藩のための教育であり、子どものための教育ではなかったといわざるをえない。

そうだとすると、校則違反に対しては、厳格な体罰も行われたのではないかと考えられる。確かに校則では、授業中の私語、許可なしに席を離れること、廊下を走ることなど現代と変わらない禁止行為が挙げられていた。しかしそれらに対して適用される罰は、放課後の居残りや掃除が最も一般的であって、少なくとも3校では体罰が実施されたが、概して稀であったようであ

(112) 太田素子『江戸の親子』（中公新書、1994年）pp. 216-217

(113) 石川松太郎『藩校と寺子屋』（教育社歴史新書、1978年）pp. 68-75

(114) 石川（松）・前掲注(113) pp. 89-93

(115) R. p. ドーア（松居弘道訳）『江戸時代の教育』（岩波書店、1970年）p. 46

(116) 沖田行司『日本人をつくった教育』（大巧社、2000年）p. 107

る⁽¹¹⁷⁾。これは、武士としての誇りを重視した公的なエリート教育機関であったためであろうか。

これに対して庶民階級は、生産力の増強や流通機構の整備に伴い、読み書きそろばんが必須不可欠となった。こうした動向から自然発生したのが寺子屋（手習所）であるとされている⁽¹¹⁸⁾。寺子屋の実態は必ずしも明らかとなっていないが、江戸初期にはほとんど普及していなかったところ、ジグザグ的な変動を示しつつ、天明期・寛政期と天保期に激増し、さらには安政～慶応期には驚異的な増加現象を生じたようである⁽¹¹⁹⁾。商家では実際の必要性から多くの寺子を生んだであろうが、農家でもいわゆる零細農ですら多くの寺子を生んでいるようである⁽¹²⁰⁾。そしてその学習内容は、習字による手習いと手習い読むという習字・読書が中核となっていたが、大都会ではそろばんも教えられた。しかしそれだけでなく、習字という学習作業をとおして、生活全般にわたる道徳的な躰をも実施していたとされている⁽¹²¹⁾。

すなわち、寺子屋における教育システムは、武士階級における藩校の教育システムとは異なり、次に述べるライフサイクルとしての奉公に対する庶民階級の内発的要求に基づいているのであって、「親の意思による自発的なもの」⁽¹²²⁾であった。「農民が子どもらに文字を学習させる理由に奉公先で苦労させたくない、という親心がはたらきだした」⁽¹²³⁾のであろう。したがって、寺子屋における教育は、実用第一主義であった。ただし、18世紀前半には、赤本といわれる絵本が出版されており、「まごうかたない子ども用の本」⁽¹²⁴⁾が登場した。赤本は、教化の要素を含んでいるとはいえ、実用でない娯楽としての子どもの

(117) ドーア・前掲注(115) p. 92

(118) 石川(松)・前掲注(113) pp. 4-5

(119) 石川(松)・前掲注(113) pp. 145-151

(120) 石川(松)・前掲注(113) pp. 187-192

(121) 石川(松)・前掲注(113) pp. 206-211

(122) 森山＝中江・前掲注(7) p. 225

(123) 青木美智男『近代の予兆』(小学館ライブラリー, 1993年) p. 212

(124) 石川(松)・前掲注(113) p. 38. 赤本については、叢の会編『江戸の子どもの本 赤本と寺子屋の世界』(笠間書院, 2006年)を参照。

世界も誕生したといえるだろう⁽¹²⁵⁾。

なお、寺子屋においては、藩校と異なり、体罰が行われていたようである。罰の対象となるのは、「不品行にして他人に妨害を加ふる者」「怠惰にして学業未熟なるもの」「喧嘩争論するもの」「他人を欺き若くは盗するもの」などであったが、藩校と同様な叱責・説諭や「留置」（放課後の居残り）はもちろんのこと、「謹慎」（師匠のかたわらでの正座）、「茶碗と線香」（右手に線香、左手に水を満たした茶碗を持たせての正座）、「鞭撻」（竹竿で手足を打つ）などの体罰も行われた⁽¹²⁶⁾。しかしそれでも、19世紀のイギリスに対比すれば、温情主義的教育であったと指摘されている⁽¹²⁷⁾。

3. 親の子に対する人格的支配

(1) ライフサイクルとしての奉公

江戸時代における武士や農民にとってのライフサイクルには、奉公人としての時期が組み込まれていることが多い⁽¹²⁸⁾。17世紀後期には農村から都市への人口流入が進んだが、その背景には、出生率の上昇による人口増加があった⁽¹²⁹⁾。また、農村における開発の時代が終了し、農村における過剰な労働力が都市に吸収された⁽¹³⁰⁾。直系家族の単独相続制が導入されたことによって、跡継ぎ以外の子女が家から排出されると説明されることも多いが、近年の歴史人口学の研究成果によれば、「近代日本を特徴づけるほとんど画一的な長男相続は、明

(125) この点について、上笙一郎『日本子育て物語』（筑摩書房、1991年）p.200は、「〈児童文化意識〉の芽生え、これは、〈子育て〉の思想的・文化的側面における画期的な発展だ」と評している。なお、これには、知的欲求のある庶民生活文化が先行していたであろう（辻達也『江戸時代を考える』（中公新書、1988年）pp.121-178を参照）。

(126) 沖田・前掲注(116) p.40。なお、その罰の種類と頻度については、重松一義『江戸の犯罪白書』（PHP文庫、2001年）p.51の一覧表を参照。

(127) ドーア・前掲注(115) p.251

(128) 当時の村人の典型的なライフサイクルについては、森安彦『古文書が語る近世村人の一生』（平凡社、1994年）を参照。

(129) 鬼頭宏『人口から読む日本の歴史』（講談社学術文庫、2000年）pp.77-95

(130) 児玉・前掲注(92) p.264-272

治民法で制度化されたものであり、それ以前における農民の家の継承は、はるかに変化に富んだものであった⁽¹³¹⁾ことが明らかにされつつある。桐生新町の町人吉田家では、家の継承基準は「血統プラス器量」であって、長子相続ではなかったことが示されている⁽¹³²⁾。

そうだとすると、農村における過剰な子女が都市における奉公人となったのであって、必ずしも跡継ぎたる長男以外の労働力が過剰となったわけではない。しかしその過剰な労働力には、職を得られない男子や口減らしと家計補助を目的とする女子の奉公人が当然に存在した⁽¹³³⁾。確かに「親は、子どもが将来、独立して生業を営むことを願って、知人のつてを頼って年季奉公に出した」⁽¹³⁴⁾場合もあったであろうが、子売りにおいて後述するように、親が一時しのぎの所得を得るために年季奉公に出した場合もあったであろう。

なお、イングランドでは、16世紀後半から人口が増加し、18世紀には著しい人口増加現象が見られる。これは、人口の都市への流入と人口の自然増加に基づいている。この人口の自然増加は、結婚年齢の低下と出生率水準の上昇によってもたらされたとされている⁽¹³⁵⁾。近年のわが国における歴史人口学的研究によれば、イングランドと同様な要因を認めることができよう。しかし、わが国の人口は18世紀には停滞している。これがどのような要因に基づくのかは一義的に決定しがたいが、地域差や階層差はあるものの一般的には結婚年齢が上昇する傾向にあり⁽¹³⁶⁾、これがイングランドと異なる点である。女性の結婚年齢の上昇は、出稼奉公に出ていることを一要因として指摘できるであろう⁽¹³⁷⁾。また、実態を明らかにすることはできないであろうが、間引き等による出生調整が人口停滞に影響を与えている可能性も否定しえないと思われる⁽¹³⁸⁾。

(131) 速水融『江戸農民の暮らしと人生』（麗澤大学出版会、2002年）p. 198

(132) 高橋敏『家族と子供の江戸時代』（朝日新聞社、1997年）pp. 29-30

(133) 大藤修『近世村人のライフサイクル』（山川出版社、2003年）pp. 33-34

(134) 森山＝中江・前掲注（7）pp. 226-227

(135) 以上につき、拙稿・前掲注（2）pp. 268-269を参照。

(136) 鬼頭・前掲注（129）pp. 122-123

(137) 速水・前掲注（131）p. 158

(138) 高橋・前掲注（132）p. 13

ところで奉公人とは、江戸初期の法令では、「武家の封建関係において御恩に対する奉公」する従者のことを指しており、1669年（寛文9年）の御触書でも町人の使用人を「町人召仕」として奉公人と区別していた。しかし、1704-11年（宝永）の御触書では、武家奉公人・町方奉公人の語を使用しており、庶民の間における雇用関係にも転用されることとなった⁽¹³⁹⁾。武家奉公人は、広い意味での軍事的奉仕をなす家臣団を支える存在であり⁽¹⁴⁰⁾、中間のような「軽き武家奉公人」は武士と庶民との中間に位置するものではあったが⁽¹⁴¹⁾、中間には武士と同じ封建的規制下に置かれていた⁽¹⁴²⁾。

庶民の奉公人については、大別すると、毎年所定の時期に1年または半年の期間の奉公を契約する出替奉公（下男、下女、作男等）と、随時に1年以上の年季を定めて奉公する年季奉公との2種があり、年季奉公には、商家の番頭・手代・丁稚、職人の弟子、船頭・水主（かこ）・鉾夫等、遊女奉公のような勤奉公があった⁽¹⁴³⁾。これらの奉公は、継続的労務供給契約たる性質を持っているが、非継続的労務供給契約としては日用取と称される短期間労働も存在した⁽¹⁴⁴⁾。

出替奉公の日限は、1653年（承応2年）に2月15日と定められたが、1668年（寛文8年）以降は3月5日と定められた。年季奉公については、当初は3年季ついで10年季限りと定められていたが、1698年（元禄11年）に年季制限が撤廃された⁽¹⁴⁵⁾。もっとも当時の慣例では、番頭・手代・丁稚等の奉公期間は普通10年であるが長きは20年に及び、職人の弟子は10年を普通としたとされている⁽¹⁴⁶⁾。

奉公人請状の内容は、①年季を定めた奉公の合意（給金の合意を含む）、②請人による宗旨等の保障（キリスト教徒でないこと、公儀法度に背かないこと

(139) 牧・前掲注(4) pp. 82-84

(140) 森下徹『武家奉公人と労働社会』（山川出版社、2007年）pp. 18-19

(141) 石井良助『続 江戸時代漫筆』（井上書店、1961年）p. 173

(142) 森下・前掲注(140) pp. 75-76

(143) 石井(良)・前掲注(141) pp. 173-174

(144) 瀧川・前掲注(78) p. 233

(145) 石井(良)・前掲注(141) p. 177

(146) 瀧川・前掲注(77) p. 234, 石井(良)・前掲注(141) pp. 177-178

など)、③不履行・解除の場合の措置、などとなっている⁽¹⁴⁷⁾。奉公請状の当事者は、雇主の請人(保証人)と子女を奉公に出す親である。請人が当事者となっているのは、奉公人請状が奉公契約そのものではなく、奉公契約を前提とした一種の身元保証契約であるからにほかならない。また親が当事者となっているのは、親が子に対して労働力の行使を含む人格的支配権を有していたからである。「事実上親が子の利益のために奉公に出したこともあったであろう」が、「子の利益のために、子の後見人として、子を奉公に出すのではなくして、親の有している人法的支配権に基づいて、その子女を奉公に出した」のである⁽¹⁴⁸⁾。

奉公契約後は、奉公人は雇主たる主人に対して忠を尽くすべき義務を負い、主人は奉公人に対する私的刑罰権も保有していたとされている⁽¹⁴⁹⁾。そして、奉公人が逃げた場合、主人の訴えがあれば、御定書第43条「欠落奉公人仕置之事」に従って処罰された。金10両相当以上の金品を持ち出した場合は死罪とされている⁽¹⁵⁰⁾。また、『御仕置例類集』には、欠落後に博打に加わっていた藤次郎妻が遠島とされ、欠落して隠れていた遊女は主人に引き渡されるなどの例が挙げられている⁽¹⁵¹⁾。

16世紀以降のイングランドにおいては、徒弟制度のもとで、結婚して世帯を形成するまでの期間、他の世帯における奉公人として生活することがライフサイクルの一部となっていた。イングランドにおいても、わが国におけると同様、子の教育のための徒弟奉公(ラルフ・ジョスリンの場合)や貧困ゆえの徒

(147) 石井(良)・前掲注(141) pp.122-125, pp.179-180に引用されている元禄6年の京都の文例集に掲載された雛形を参照。なお、インターネット上、多数の奉公人請状の原文が公開されている。

(148) 以上につき、石井(良)・前掲注(141) pp.181-182。ただし、江戸時代後半期になると、親等の人主の記載のない請状も出てくるのであり、「債権法的な労務供給契約を結ぶという意識が強くなった」(同書 pp.182-183)と指摘されている。

(149) 石井(良)・前掲注(141) pp.185-190。なお、森山=中江・前掲注(7) pp.240-242も参照。

(150) 奥野・前掲注(87) pp.696-698。なお、同規定の意味については、同書 p.17を参照。

(151) 司法省調査部『御仕置例類集 第一輯古類集 四』(司法資料別冊第12号, 1941年) p.113, 170

弟奉公（エドワード・パーロウの場合）の双方が存在していたのであるが、いずれの場合も徒弟は親方に絶対的に服従しなければならなかった⁽¹⁵²⁾。このように封建制度下における奉公というシステムは、共通していたといつてよいと思われる。

(2) 子売り、子捨て、子殺し（間引き、子返し）

親の子に対する人格的支配の究極的な形態は、子売り渡す、子捨て去る、そしてさらに子を殺してしまう、という養育放棄行為に尽きるであろう。現代の視点で見ると、子売り渡す行為は、養育放棄ではあるが少なくとも子の生命は維持される。しかし営利性を伴うゆえに法意識としての正当化根拠は少ない。また子捨て去る行為は、養育放棄によって子を生命の危険にさらす可能性がある。しかし子にとってより良い養育環境を期待できる余地があれば法意識としての正当化根拠を備えうる。さらに子を殺してしまう行為は、養育をすべて不要にしてしまう。しかし「子のためにはそのほうが苦しみも少なく幸せである」という法意識としての正当化根拠（その当否はともかくとして）が語られる。

このように見てくると、子売りと子捨てには営利性があるか否かという差異があるが、子売りの営利性が取るに足りないものであれば、その差異は無視しうるであろう。飢饉の場合には、家を維持するために子売るか子捨てるのかは、わずかな差異しかなかったと思われる⁽¹⁵³⁾。子捨てと子殺しは生命を奪うか否かという差異があるが、子にとって養育環境を期待できないのであれば、子捨ても不作為の殺人行為にほかならない。しかも、営利を目的として捨子を保護し、手に余って殺害するという連鎖行為もあった⁽¹⁵⁴⁾。そうすると、

(152) 以上につき、拙稿・前掲注(2) pp. 243-246

(153) この点については、菊池勇夫『近世の飢饉』（吉川弘文館、1997年）pp. 19-23を参照。

(154) 氏家幹人『江戸の少年』（平凡社、1989年）pp. 71-77。なお、1767年のイングランドでは、貧窮児童を徒弟として受け入れていたエリザベス・ブラウンリッグが児童を虐待死させていた事件が発生している（拙稿・前掲注(2) p. 259）。

子売り、子捨て、子殺しは、いずれも相対的な差異の範囲内にある人格的支配形態だといってよいだろう。

塚本学教授は、捨子をひろって養育しようとする大経営の解体と捨子禁令の徹底化によって、捨子が子殺しへと近づいていくと指摘している⁽¹⁵⁵⁾。しかし会津藩では、養育事業の展開によって、公文書や教諭書の用語が「習俗が次第に嬰兒殺しから墮胎へ、さらには捨子（棄児）へと変化していった様子を映しだしている」⁽¹⁵⁶⁾とされている。そうだとするならば、単純な一方方向への展開仮説は成立しないであろう。ただ、いずれにしても、親の子に対する人格的支配の法意識があったことは否定しえないのであって、江戸時代における親の権利意識は、教令権をはるかに超えるものであったとはいえよう。

子売りについては、「江戸幕府は人売買の禁制を徹底しようとした。高札をたて、触書に述べ、年に何度かよみかされた五人組帳の前書のほとんどは人売買禁止の箇条をふくんでいる。ことに初期においては執拗なまでに禁令をくりかえしたし、違反者には厳罰をもって対処した」⁽¹⁵⁷⁾といわれている。そのため、養子契約（普通養子契約、一生不通養子の双方を含む）の形式に仮託した人身売買も行われていた⁽¹⁵⁸⁾。しかし人身の永代売買の禁止は、年季制限とともになされている。すなわち、年季制限をもって、本百姓から奴隸的身分への転化を否定したのであり、この人身売買の禁止は、人身の永代売買のみを対象とするものであったといえるだろう⁽¹⁵⁹⁾。結局、人身売買の禁止は、人道主義的な関心に由来するものではなく、「その支配体制の確立や治安の維持に関するかぎりにおいて立法された」⁽¹⁶⁰⁾にすぎないのである。

(155) 塚本学『生類をめぐる政治』（平凡社、1983年）pp. 206-233

(156) 太田素子『子宝と子返し』（藤原書店、2007年）p. 180

(157) 牧・前掲注(4) p. 104

(158) 石井(良)・前掲注(14) pp. 90-91, 98-102, 103, 107-112。ただし、そのような真正な養子契約だけでなく、真正の養子契約も当然に存在しており、その場合には実親から養親に一定の樽代金（持参金）や養育料が支払われている。同書 pp. 91-98, 103-107 を参照。

(159) 牧・前掲注(4) pp. 104-108

(160) 牧・前掲注(4) p. 214

子捨てについては、捨子に関する禁令がたびたび出されており、それに対する処罰も現実に行われていた⁽¹⁶¹⁾。しかし沢山美果子教授の研究によれば、近世後期の岡山藩では、捨子養育の仕組みが藩や共同体によって形成されており、拾われることを期待した捨子が多くあったことも明らかにしている⁽¹⁶²⁾。もっとも、飢饉や疫病の流行時には、そのような期待は無意味だったのではないだろうか。やはり、捨子は、あまり大きな悪とみなされていなかったところ、「幕府禁令を機会として、およそ元禄期——17世紀末に、強まり広がっていった」⁽¹⁶³⁾とも考えられるであろう。なお、捨子の保護については、まず引受人がいなかどうかを呼びかけ、誰も引受人がなければ、最後の手段として乞食に預けたとされている⁽¹⁶⁴⁾。

江戸時代における子殺しについては、1816年（文化13年）に成立したとされる『世事見聞録』で、「国所によりては、子供大勢出来て凌ぎかぬる時は、間引きといひて産みたる子を殺すなり。言語に断ちたる無情至極なり。しかしながら無道とも極めがたし。なかなか犬猫の如くすると一人の子を育つるは容易ならず、つひに家を潰す基となりゆく事なれば、よんどころなく子を殺すなり。この子を殺す科人はほかにあるべきなり」⁽¹⁶⁵⁾と記載している。また、西川如見『百姓囊』（1721年）や宮崎定雄『民家要術』（1831年）にも同様な状況が示されている⁽¹⁶⁶⁾。江戸時代後期に至ってもなお、子どもの数が多いというだけの理由で子殺しが継続していたのである。その背景としては、子殺しを子返し（神にお返しする）と呼んだことや葬送儀礼等から推定する限り、「7歳までは神のうち」とする再生思想による正当化もあったことは否定しえない

(161) 具体的禁制の内容と処罰例については、塚本・前掲注(155) pp. 219-231, 沢山美果子『性と生殖の近世』（勁草書房, 2005年）pp. 167-176, 妻鹿淳子『犯科帳のなかの女たち』（平凡社, 1995年）pp. 232-236を参照。

(162) 沢山・前掲注(161) pp. 161-258

(163) 塚本・前掲注(155) pp. 225-226

(164) 妻鹿・前掲注(160) pp. 236-250

(165) 前掲注(90) p. 113

(166) これらについては、山住正己・中江和恵編注『子育ての書3』（平凡社, 1976年）pp. 67-95, 155-156を参照。

であろう⁽¹⁶⁷⁾。

しかし前述したとおり、江戸時代においては、徐々に子の健康に対する配慮が親の責務として考えられるようになり、「情愛家族」への歩みも始まっていた。また、嬰兒殺しを禁止する法令も多々出され、理由のない子殺しに対しては、時として厳格な処罰を与えている⁽¹⁶⁸⁾。ただし、それはヒューマニズムに基づくものではなく、年貢のための労働力を確保するためであった⁽¹⁶⁹⁾。そうすると、いつまでも再生思想のみで子殺しを正当化できるわけではなかったはずである。この点については、「家を守る為の出生コントロールの性格」⁽¹⁷⁰⁾を持っていたことも指摘されている。子殺しの心理的基盤としては、端的に前近代的習俗と近代的思想とが混在していたというべきであろうが、いずれにしても、親が子の生命をコントロールすることは（やむを得ない事情があった場合もあるとはいえ）、いわば当然のこととして考えられていた可能性を否定できないのである。

第7節 まとめ

明治を迎えるまでのわが国の歴史において、子の生命はどのような理由に基づくとしても、軽んじられていたといわざるをえない。イングランドの歴史と対比させると、わが国では、親子関係における子ども本位主義へのパラダイム転換が生じなかった⁽¹⁷¹⁾。子の健康や教育への配慮という子ども本位主義への萌芽は見られるとしても、一貫して家としての生産性・経済性が優越していた。

(167) 千葉＝大津・前掲注(109) pp. 27-38

(168) 岡山藩における事例については、妻鹿・前掲注(161) pp. 225-231 に詳しい。

(169) 森・前掲注(128) pp. 22-23

(170) 太田・前掲注(156) p. 272。その論拠としては、同書 pp. 49-99 を参照。

(171) この点については、拙稿・前掲注(2) pp. 263-267 を参照。わが国では、『『子どもは未熟な大人』という欧米社会に根強くみられる児童観とは異なり、ある一定の年令に達するまで、なるべく人間の手をくわえないで、子どもを自然の状態においてその成長を見守るという児童観が日本にはあった』とも指摘されているが（沖田・前掲注(116) p. 36）、現実に子殺しなど親の手も加えられていたのである。

そのような意味では、その当時にわが国を訪れた外国人たちが描いたような子どもの天国では決してなかった⁽¹⁷²⁾。しかも明治時代になると（この点については、別途検証しなければならない）、政策的に家の絶対的優越とが図られるようになったのである。

したがって、わが国における親権制度を再構築するに当たっては、わが国の歴史上に独特な習俗や慣習を重視すべきではない。現代のわが国で、家庭の崩壊や親の権威の失墜が生じているのは確かであろうが、親権制度を再構築するに当たって、親の強大な教令権の復活を唱えるのは愚かな復古主義にすぎないのであって、子どもの尊厳を無視するに等しい行為である。わが国においては、子どもが成長する際の通過儀礼に表現されている子宝思想はあったものの、子どもの福祉が正面から問われることは少なかったといわざるをえないのである。

第2章 旧民法における親権概念

第1節 親権概念の成立と展開

1. 明治民法以前の親の権利という観念

明治初頭までは、わが国には、親権という言葉はなかった。親権は、諸外国の立法（主としてフランス法）を参考にして明治期に導入された用語である。しかし用語としてはともかく、律令以来のわが国の法制度において、親は子に対して教令権と懲戒権を保有していた。そして懲戒権に基づいて、親は子を折檻したり、座敷牢に監禁したり、また勘当して懲戒的に放逐したりすることもできた。したがって、わが国においても親の権利という観念はあったはずである。

しかし手塚教授は、「明治初年においては、親権者と呼ぶ言葉はない。親権は後見の中に包括され独立した存在ではなかったのである。しかも後見は未成

(172) 当時の児童虐待の諸相と処罰については、氏家・前掲注(154) pp. 51-81を参照。

年の戸主のみに付せられるものであったから、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いたように思われる」と論じている⁽¹⁷³⁾。ただし、手塚教授も、親の権利という観念があったことを否定しているのではなく、「民事慣例類集」の「親ノ権」の節で「親兄ノ教誡」との用語を使用していることに着目し、この「兄」が戸主たる兄を指すものと考えて、「親の権利と戸主の権利との未分離状態」があったと指摘している⁽¹⁷⁴⁾。

つまり、明治時代においては、法的に、親の権利と戸主の権利が判然と分別されていなかった（むしろ「させていなかった」というのが正しい。この点については第3章で論ずる）のであるが、少なくとも親であれば当然に子に対する懲戒権などの権利を有するとも考えられていたのである。同時代の諸外国においては、親権は監護に関する世話とそれに伴う懲戒権を内容とするものと考えられていた⁽¹⁷⁵⁾。そうすると、明治民法において親権制度を確立するに当たって、わが国の慣習法に照らしても、諸外国の法制度を継受しようとしても、いずれの場合も親の懲戒権を中心とする規定が整えられることになる。

ただし、そうだからといって、親権の内実まで懲戒権が中核であると考えられていたわけではない。親権概念は、家族の自律性を前提として組み立てられている。そのため、自律性の範囲内にある事柄は、あえて実定法化する必要性はない。しかしその自律性が壊れ、親による懲戒権の行使が「殺傷」という違法な事態に及べば、いつの時代でも国家が介入することとなっていた。そうすると、実定的な規定としては、親権の制限規定が必要だということになる。それが懲戒権の規定であるというにすぎない。親権の内実は、より広い人格的支配権として観念されていたのである⁽¹⁷⁶⁾。

(173) 手塚豊「明治民法施行以前」中川善之助ほか責任編集『親子 家族問題と家族法Ⅳ』（酒井書店、1957年）所収 p. 144

(174) 手塚・前掲注(173) p. 145

(175) 例えばイングランドに関して、拙稿・前掲注(2) p. 288等を参照。

(176) 以上につき、第1章を参照。

2. 旧民法の編纂課程

(1) 民法決議における親権

旧民法の編纂課程において、親権の中心規定として置かれることになったのは、やはり懲戒権であった。旧民法とは、ボアソナアの草案を主たる草案として、フランス民法を範として編纂されたものであるが、明治23年に公布され明治26年に施行が予定されたものの、その後のいわゆる民法典論争によって施行が延期されたものを指す。旧民法が編纂されるまでの経緯をたどっておくと、まず、1868年（明治初年）に制度寮が設置され、1870年（明治3年）に太政官制度分局となり、江藤新平が主唱者となって民法編纂会議が開催された。この民法編纂会議の結果が、「民法決議」であり、「わが国最初の民法草案、否明治以後における最初の近代的法典の草案である」⁽¹⁷⁷⁾と称されている。なお、民法決議の作成時期は明確になっていないが、明治3年8月27日以降明治4年8月18日以前であるとされている⁽¹⁷⁸⁾。

わが国で民法編纂が試みられるようになったのは、無秩序に膨れ上がる維新政府の行政事務について、大納言岩倉具視が江藤新平に改革意見書を求めたことに始まる。江藤新平は、これに答えて1870年（明治3年）7月頃、国政の基本方針に関する長文の答申書を提出した。この答申書では、30件の「建国の制度」という具体的政策の提言がなされており、国家組織の整備・制度化に始まり、その第20番目において、「次に民法を定む」とした。そこで上記制度局に民法編纂会議が発足することとなったのである⁽¹⁷⁹⁾。

江藤新平が民法典の編纂を提言したのは、①江藤が資本制的諸関係の法的基礎づけの必要性という内在的動機を有していたこと、②帝国主義的列強への対抗と条約改正の必要性という外部的事情が存したこと、③フランス民法典とい

(177) 前田達明・原田剛「民法決議 解題」前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004年）p.222。なお、以下の条文の引用は、すべて同書による。

(178) 石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979年）pp.9-10

(179) 以上につき、毛利敏彦『江藤新平』（中公新書、1997年）pp.67-75を参照。

う資本制社会のための包括的な体系的法典が模範として存在していたこと、などの理由に基づくものであろう⁽¹⁸⁰⁾。しかし江藤は、「日本と欧洲各国は各その風俗習慣を異にすといえども、民法無かるべからざるは即ち一なり。宜しく仏国の民法に基づきて日本の民法を制定せざるべからず」との意見によって、箕作麟祥にフランス民法を翻訳させ、「フランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。そうして直ちにこれを頒布しよう」という論であったとされている⁽¹⁸¹⁾。

民法決議においては、まだ親権は正面からは定められていない。ただし、父が失踪した場合の処置として、民法決議第2の141条に次のように定めている。「夫婦ノ間ニ幼年ノ子ヲ遺留シテ其父失踪セシ時ハ其母其子ヲ管照シ其子ノ教育及ヒ其財産ヲ支配スルコトニ付キ父ノ権ヲ行フ可シ」という裏返しの形で父権が定められているのである。しかし他方、同203条で「夫婦タル者ハ相與ニ其子ヲ養育スヘキ義務アリトス」と婚姻した場合の子に対する養育義務を定めている。したがって、親権よりも親の養育義務の実定化が先行したのである。これは、1870～1872年（明治3～5年）の「御国民法」においても同様である。

なお、親の子の婚姻に対する許諾・同意等については、同148条に「廿五歳ニ至ラサル男二十一歳ニ至ラサル女ハ其父母ノ許諾ヲ得シテ婚姻ノ契約ヲナスヘカラス若シ其父ト母ト其議ヲ異ニスルトキハ父ノ許諾ノミヲ以テ足レリトス」とし、同204条では「子ハ婚姻ヲ為シテ別ニ産業ヲ立ツル事及ヒ其他ノ事ニ因リテ別ニ産業ヲ立ツルコトニ付テハ其父母ニ対シテ訴ヲナスコトヲ得」とされている。この点については、「婚姻同意は、わが民法のたてまえでは、親権法からはずされて、婚姻成立のための要件という側面で把握されている。しかし歴史的・機能的には、親の権利（親権の身分的効力）の一つとして観察するのを妥当としよう」⁽¹⁸²⁾といわれている。

(180) 川島武宜・利谷信義「民法（上）」鶴飼信成ほか責任編集『日本近代法発達史5』（勁草書房、1958年）pp. 4-5

(181) 穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫、1980年）pp. 210-212

(182) 西村信雄＝椿壽夫「明治民法以後の親子法」前掲注(1)所収 p. 191

確かにこの婚姻許諾・同意権等は、「家の維持・利益保持のために戸主や父母が家族や子の婚姻について有する強力な許可権であった」⁽¹⁸³⁾と評することができよう。ローマ法においては、家長の同意は家族に対する支配権として現れていた。しかし、ゲルマン法においては、これが父母の後見的保護権として基礎づけられていたとされている⁽¹⁸⁴⁾。わが国の婚姻許諾・同意権も、戸主権とされたり父母の権利とされたりした歴史がある。また、父母と親権者とが概念的に分離する以前においては、婚姻許諾・同意権を親権の一部として考えることも可能である。しかし、後述するように旧民法は、フランス法にならって、この許諾・同意権を婚姻の成立要件として定めた。さらに、父母と親権者とが概念的に分離した後においては、この同意権を終始父母の権利として定めたのであり、親権者の権利として定めてはいない⁽¹⁸⁵⁾。ただし、この同意権の趣旨が未成年者の保護にあるのであれば、立法論としては親権に含めるべきものであろう⁽¹⁸⁶⁾。

(2) 皇国民法仮規則における親権

1872年(明治5年)には、民法編纂会議の最終案として、「皇国民法仮規則」が出来上がっている。ここでは、民法決議においては明確にされていなかった親権が正面から定められることになった。「民法第1 人事編」には、「親ノ権」という項目が設定され、次の9つの条文が置かれている。

108条 子タル者ハ其年齢ヲ問ハス父母ヲ尊敬スヘシ

109条 子ハ丁年(筆者注：21歳=131条)ニ至ル迄父母ノ管督ヲ受クヘシ

110条 子ハ丁年ニ至ル迄父ノ許可ヲ得スシテ其親ノ家ヲ離ル可ラス

111条 子其父ノ意ニ違フ行状アルトキ父之ヲ懲治スルニ左ノ方法ヲ用ユヘシ

112条 若シ子ノ未タ16歳ニ至ラサルトキハ其父裁判所ニ告テ1月ニ過サル時間其子ヲ禁錮セシムルコトヲ得ヘシ

(183) 久貴忠彦『親族法』(日本評論社, 1984年) p. 54

(184) 大原長和『新版 注釈民法(21)』(有斐閣, 1989年) pp. 231-235

(185) 大森政輔『注解判例民法 親族法・相続法』(青林書院, 1992年) p. 54

(186) 大森・前掲注(185) p. 53

113条 16歳以上丁年ニ至ル迄ハ6月ニ過サル時間其子ヲ禁錮セシムルコトヲ得ヘシ。

但シ裁判役ハ父ヨリ告タル禁錮ノ期日ヲ減スルコトヲ得ヘシ

114条 父ハ其子ヲ禁錮スル時間ノ費用ヲ償ヒ且相當ノ養料ヲ給與スヘシ

115条 父ハ裁判所ニ告タル禁錮ノ期日ヲ減スルコトヲ得ヘシ

116条 父死去後母其子ヲ禁錮セシメント為スニハ父ノ近親ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

ここで定められた親権とは、フランス法の影響を受けて設けられたものであった⁽¹⁸⁷⁾。しかしここに定められた親権は、武士階級における父権としての教令権と懲戒権とを指していると理解されたはずである。ここに示された母の懲戒権は、父の死去後であってしかも父の近親の承諾をもってのみ行使しうるものにすぎなかった。庶民階級では必ずしも父権ばかりが重視されたわけではなかったが、全国民に適用される法として定められた親権の内容は、父権の懲戒権を中心として構成されたのである。したがってこの仮規則の特色は、「家族法においては、フランス法すなわち市民法のもっとも基本的な原理が否定され、家父長制（戸主権）と長男単独相続制とがその骨組とされていること」⁽¹⁸⁸⁾にあった。

(3) 明治11年民法草案における親権

その後、1873年3月、「民法仮法則」によって身分証書の制度が提案された。これは、すでに実施されている戸籍に代えて、個人単位とする身分証書制度を導入しようとしたのであり、これに対する反感が民法編纂作業の桎梏となって残り続けることとなる。1873年（明治6年）4月、江藤新平が征韓論問題に巻き込まれて参議に転じることとなり⁽¹⁸⁹⁾、司法卿には大木喬任が任ぜられることとなった。この間、司法省ではボワソナードによる講義が開始されている⁽¹⁹⁰⁾。

他方、江藤新平が左院の副議長に任ぜられて以来、左院でも民法編纂事業が

(187) 手塚・前掲注(173) p. 147

(188) 川島ほか・前掲注(180) p. 9

(189) この点については、毛利・前掲注(179) pp. 185-201を参照。

(190) 大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』（岩波新書、1977年）pp. 50-57

継続されており、1873年（明治6年）9月、全93条の草案が完成している。左院の民法草案は、「わが固有法、いわゆる『慣習法』、『習俗法』を参考とすることが多かった」のであり、江藤新平がフランス民法典をそのままわが国にも施行しようとしたのと著しい対照をなしている⁽¹⁹¹⁾。実際に、この草案は、大宝令、法曹至要抄、貞永式目、政事要録などからの抜粋が行われているとされている⁽¹⁹²⁾。ただし、左院草案には、家督相続した幼年者に対する後見の定めはあっても、親権一般に関する規定は設けられていなかった。

1875年（明治8年）9月には、司法省第6局（翻訳課）局長及び第4局（民法課）副長に箕作麟祥が就任し、1877年（明治9年）10月、民法編纂委員牟田口通照及び箕作麟祥によって民法典の起草が開始された。この草案は、1878年（明治10年）9月に大木司法卿に呈上された。そこにおける親権に関する規定は、次のようなものであった。

第1編 人事

第5巻 婚姻

113条 満25歳ニ至ラサル男及ヒ満21歳ニ至ラサル女ハ其父母ノ許諾ヲ得シテ婚姻ヲ為スコラス若シ其父母ノ間ニ異議アル時ハ父ノ許諾ノミヲ以テ足レルトス

第9巻 父母ノ権

331条 子タル者ハ其年齢ヲ問ハス其父母ヲ尊敬ス可シ

332条 子ハ丁年ニ至ル迄又ハ後見ヲ免ルルニ至ル迄其父母ノ権ニ従フ可シ

333条 父母ノ結婚ノ間ハ父ノミ其権ヲ行フ可シ

334条 子ハ満18歳ニ至ルノ後義勇兵ノ召募ニ加ハル為メノ外交ノ許諾ヲ得シテ其父母ノ家ヲ去ル可カラス

335条 父其子ノ行状ニ付キ至重ナル戻意ノ事アル時ハ後ノ数條ニ記スル方法ヲ用ヒテ其子ヲ懲治スルコトヲ得ヘシ

336条 子ノ16歳未滿ナル時ハ其父滿1月ニ過サル時間其子ヲ禁錮セシムルコトヲ得可シ但シ之カ為メ初審裁判所長ハ父ノ求メニ從ヒ其子ヲ拘引スル命令

(191) 石井・前掲注(178) pp. 67-71

(192) 石井・前掲注(178) pp. 69-71

わが国における親権概念の成立と変遷

書ヲ渡ス可シ

337条 子ノ満 16 歳ノ齡ニ至リシ時ヨリ丁年ニ至リ又ハ後見ヲ免ルルニ至ル迄ノ時間ハ父ヨリ其子ヲ満 6 月ニ過サル時間禁錮スルノ願ヲ為スコトヲ得可シ但シ之カ為メ父ヨリ初審裁判長ニ其願ヲ為シ其裁判所長ハ検官ト商議シタル後其子ヲ拘引スルノ命令書ヲ渡シ又ハ之ヲ渡スコトヲ允許セサルコトヲ得可シ其裁判所長ハ其拘引ノ命令書ヲ渡シタル時ト雖モ父ヨリ願フタル禁錮ノ期日ヲ減スルコトヲ得可シ

338条 何レノ場合ニ於テモ拘引ノ命令書ノ外ハ裁判ノ方式ヲ用フルコトナカル可シ但シ拘引ノ命令書ニハ其拘引ヲ為スノ事由ヲ記スコトナカル可シ父ハ其子ヲ禁錮スル時間ノ費用ヲ償ヒ且相當ノ養料ヲ給ス可キノ保証書ヲ差出ス可シ

339条 父ハ已レノ定メタル禁錮ノ期日又ハ裁判所ニ願フタル禁錮ノ期日ヲ減スルコトヲ得可シ若シ其子禁錮ヲ免レシ後再ヒ不良ノ所行ヲ為ス時ハ前ノ數條ニ記スル所ノ如ク再ヒ禁錮スルコトヲ得可シ

340条 父ノ再婚ヲ行フタル時ハ前婚ノ子 16 歳未滿ノ齡ト雖モ之ヲ禁錮セシムルニ付キ第 337 条ニ記スル所ノ法則ニ循フ可シ

341条 父ノ死去セシ後ニ母其子ヲ禁錮セシメント為スニハ父ノ最親ノ親族 2 員ノ承諾ヲ得且第 337 条ニ記スル所ノ法則ニ循フコトヲ必要トス但シ其母ノ再婚シタル時ハ其權ナシトス

342条 子ノ其身ニ屬スル財産ヲ所有シ又ハ自カラ職業ヲ行フ時ハ 16 歳未滿ノ齡ト雖モ之ヲ禁錮スルニ付キ第 337 条ニ記スル所ノ法則ニ循フ可シ

343条 禁錮ヲ受ケシ子ハ覆審裁判所ノ検官ニ禁錮ノ赦免ヲ請フノ書ヲ出スコトヲ得可シ覆審裁判所ノ検官ハ初審裁判所ノ検官ニ其情実ヲ問ヒタル上已レノ意見ヲ覆審裁判所長ニ申述ス可シ其裁判所長ハ其旨ヲ父ニ告知セシ後諸般ノ証件ヲ得タル上ニテ初審裁判所長ノ言渡ヲ取消シ又ハ更改スルコトヲ得可シ但シ第 336 条ニ記スル所ハ此限ニ非ス

344条 第 335 条第 336 条第 337 条第 338 条第 339 条第 342 条第 343 条ニ記スル所ハ我カ子ナリト認メタル不適法ノ子ノ父母ニモ亦適用ス可シ

婚姻に対する許諾権は、父母に帰属するとしつつも、父母の意見が分かれた場合には父の意見が優先するとしている（113条）。父母の権利と題された第9

卷では、子は年令を問わず父母を尊敬しなければならないとし(331条)、未成年の子は父母の親権に従わなければならないと定めている(332条)。しかし箕作麟祥のフランス民法典の翻訳「親ノ権」にならって、「父母ノ権」というタイトルが付されたにもかかわらず⁽¹⁹³⁾、親権は父母の婚姻中は父のみが権利を行使しうるとして、父の絶対的優越が示されている(333条)。そして、父は、子に対する居所指定権(334条)、子に対する懲戒権(335条～344条)を保有する。母は、父が死去した後には父の近親者2名の承諾を得て懲戒権を行使しうるのであるが、母が再婚した場合にはその権利を喪失する(341条)。なお、婚姻に関する許諾権は、満25歳未満の男および満20歳未満の女について、父母・祖父母・親族会議に属するものとされた(113条, 115条, 121条)。

これらの条項を箕作麟祥の翻訳したフランス民法典と比較してみると⁽¹⁹⁴⁾、113条は、仏法148条の翻訳文と同一(「婚姻ノ契約」を「婚姻」に改めただけ)であり、331条ないし344条についても、「親ノ権」というタイトルの下にある仏法371条ないし383条の翻訳文とほぼ同一(用語等は若干修正されている)である。ただし、341条には、仏法381条にはない「但シ其母ノ再婚シタル時ハ其権ナシトス」という規定が付加されている点だけが異なる。

以上のように見ると、その規定ぶりは、フランス民法をほぼそのまま継受したものである。しかしその基本的な考え方は、父母の教令権と懲戒権を中心として定めてきた、わが国の中世以来の武家法に背反するものではないはずである。母は、父の死後でなければ、子を勘当する権利はなかったのであり⁽¹⁹⁵⁾、武家慣習法において母は父に劣後する親権しか保有していなかった。確かに、明治11年民法草案で懲戒権の行使について裁判所の関与を広く定めている点

(193) 原語の表題は、*puissance paternelle* であり、本来は「父権」と訳すべきであった(山口俊夫『概説 フランス法 上』(東京大学出版会, 1978年) p. 465)。もっとも、「表題を『父権』と訳すことは、用語には相応しいとしても制度の内容には必ずしも適合しない。内容的には、父母の親権を婚姻中父が行使することに盡きる」とされており(稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会, 1985年) p. 91)、怪我の功名というべきであろうか。

(194) 箕作麟祥訳「仏蘭西法律書 民法」前田達明編・前掲注(177) p. 4以下

(195) 中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』(岩波文庫, 1984年) p. 178

では新しいかもしれないが、江戸幕府法においても正式に勘当等の懲戒を行う際には管轄奉行所への届出が必要だったのであって、必ずしも画期的な定めというわけでもない。また、341条に仏法381条にはない「但シ其母ノ再婚シタル時ハ其権ナシトス」という規定が付加されている。フランス法においては母が再婚した場合、母は子の財産収益権を失うだけなのであるが（仏法386条）、ここで親権そのものを喪失するとしている。血縁よりも家の存続を重視する限り、母親が家を出た場合には親権を喪失するというのもわが国の武家慣習法では当然であったであろう⁽¹⁹⁶⁾。

そうだとすると、明治11年民法草案の親権法案は、必ずしもフランス法を盲目的に継受しただけのものではなかった。すなわち、明治11年民法草案における親権規定については、フランス民法の翻訳文をほぼそのままの形で採用してはいるが、わが国の武家慣習法に反しないことも認識していたのではない。少なくとも親権規定については日本の慣習をほとんど顧慮しなかったとはいえない。しかし、その規定ぶりは、「あまりにフランス法の翻訳的」であったのは確かであり、他の規定において「日本の慣習をほとんど顧慮しなかった」がために「施行に堪えないとされた」ことは否定しえないであろう⁽¹⁹⁷⁾。

(4) 法慣習の調査と親権

1879年（明治12年）、民法編纂会議にボアソナアドが参画することとなる⁽¹⁹⁸⁾。他方、司法省には、1877年（明治9年）に地方慣例取調局が設置され、民法

(196) この点について、「民法草案人事編理由書」では、「生存者再婚スルトキハ如何此場合ニ於テハ其情愛二途ニ分カレ其子ヲ思フノ情ハ配偶者ヲ愛スルノ情ノ為メ漸ク減少スルノ恐アルヤ明ナリ」とした上で、「母再婚スルトキハ其夫ノ権力ニ服従スヘキモノナレハ後夫其子ニ対シ親権ヲ行フニ至ルヘキヲ以テ再婚シテ他家ニ入ル者ハ親権ヲ行フヲ得サルモノトナセリ蓋シ從來ノ慣習ニ依レハ婚姻ニ由リ他家ニ入ル者ハ旧家ノ事ニ干渉スルヲ得スシテ実子アルモ殆ント其關係ヲ絶ツカ如キモノナレハナリ」としている。石井良助編『明治文化資料叢書 第3巻法律篇上』（風間書房、1959年）p. 185

(197) 石井・前掲注(178) p. 209

(198) 大久保・前掲注(190) p. 134。ただし、石井・前掲注(178) p. 208は、1880年（明治13年）からであるとする。

編纂のために日本国内各地の慣習を調査していた。その結果が、「民事慣例類集」（明治11年出版）であり、その訂正版である「全国民事慣例類集」（明治13年出版）であった。この調査は、司法省委員を各地方に派遣し、当該地方官が選択した慣例陳述人の陳述する民間慣行を採録するという方法によっている⁽¹⁹⁹⁾。ボワドナアドの民法編纂参加とこの調査結果との関係が問題となろうが、親族相続法に該当する部分は初めから日本人委員が起草する手筈となっており、ボワソナアドには依頼されていない。ボワソナアドも、日本には親族相続法について明確で詳細な旧慣があるうえ、早急な法典編纂の必要性は居留外国人に関係のある財産法の部分であるとしていたようである⁽²⁰⁰⁾。

したがって、「全国民事慣例類集」に記載された親族相続法の慣行が重要な意味を持つであろう。親権に関する記載としては、久離勘当についての慣行のみに触れているだけである。久離勘当については、およそ子弟が不行跡にて親兄の教戒に従わない場合には、その情実を申し出れば役場において説諭し、それでも改心しなければ勘当久離を願い出て、官においてその情実を探索し改心すべからざる者と認定した上で許可して除籍することが一般の通例であるとされているだけであり⁽²⁰¹⁾、それはあまり目新しい論点を含むものではなかったはずである。

しかし親子関係に関しては、「婚姻ノ事」の章の「第6款 財産分割・子女養育」にも記載がある。それによれば、離縁のときに夫婦間に生まれた子女につき、男子は夫に付し女子は婦に付して養育するという義務があることが一般の通例であるとされている。すなわち、離縁の場合の親権者は、男児は父、女児は母とされているのである。これは、中世以来の慣習法であった。江戸時代には父の優位性が確立され、武家法において母の権利が縮小していたのであるが、やはり慣習法としては各地に残っていたのである。したがって、「全国民

(199) 風早八十二解題『全国民事慣例類集』（日本評論社、1944年）pp.4-7。なお、各陳述人の名は、同書 pp.7-15 に掲げられている。

(200) 以上につき、大久保・前掲注(190) pp.135-136 を参照。

(201) 風早・前掲注(199) p.143

事慣例類集」で、これと異なる慣例も多々存しているという指摘があるのも当然ではあろう。

しかし明治13年版には、明治10年版になかった記載として、離縁の場合であっても夫の家が子を養育する慣習があるとの事例が16例も追加されている⁽²⁰²⁾。ここに個人主義原理ではない家原理に基づく慣例を誇大化しようとする意図がなかったとはいえない。また、風早八十二が指摘しているように、「過渡期の慣行調査たる本類集は、すでにこの新制度（筆者注：明治11年の三新法体制）による新しい慣例と旧慣とが併存してゐる事例をも散見せしめている」⁽²⁰³⁾。さらに、前述した「地方官が選択した慣例陳述人」がどのような人物であって、どのような陳述方法を採用したかを明らかにしなければ、その慣行の記載にさまざまなバイアスが掛かった可能性も否定できない。そうだとすると、ここに記載された慣行といえども、家原理を重視しようとする政治的かつ作為的な要素をも含んでいる可能性は否定しえないのであって、純粋なものであったかどうかには疑問が残るのである。このような疑問が顕在化した事件として、後述する民法典論争が生じたのである。

(5) 旧民法草案における親権

旧民法の編纂作業は、財産法と身分法とに分けて起草されることとなった。そのために1880年（明治13年）に民法編纂局が設けられて、起草担当の第1課分任員にボワソナアド、箕作麟祥、黒川誠一郎、磯部四郎が就任した⁽²⁰⁴⁾。しかし1886年（明治19年）には、財産法の草案の一部が内閣に提出されると同時に民法編纂局が廃止され、司法省に民法草案編纂委員が置かれて身分法の起草作業が継続されることとなった。しかしその後は「法律取調委員会」が設置されて所管を異動させながらも、この委員会が担当することとなった。身分法を起草した報告委員は、熊野敏三（参事官）、光妙寺三郎（検事）、高野真遜

(202) 風早・前掲注(199) p. 74-78

(203) 風早・前掲注(199) 解題 p. 20

(204) 石井・前掲注(178) pp. 212-218

(参事官)、磯部四郎(検事)、井上正一(司法書記官)などであり、1887年(明治20年)10月頃までに草案(第一草案)が出来上がっている⁽²⁰⁵⁾。そこにおける親権に関する定めは次のとおりである⁽²⁰⁶⁾。

第6章 親子ノ分限

第3節 親子ノ分限ヨリ生スル効果

190条 父母ハ其子ヲ養成シ訓戒シ及ヒ教育スルノ義務ヲ負フ

然レトモ子ノ教育宗旨及ヒ職業ヲ定ムルハ親権ヲ行フ者ニ属ス之ニ反スル合意ハ無効トス

第8章 親 権

第1節 父母其子ノ身上ニ有スル権

238条 子ハ其成年若クハ自治ニ至ルマテ親権ニ服従ス

239条 婚姻ノ継続スル間ハ父権ヲ行フ

若シ父之ヲ行フ能ハサルトキハ其間母此権ヲ行フ

若シ父母ニ中一人死去シタルトキハ生存者此権ヲ行フ但シ其再婚シテ他家ニ入ル時ハ此限ニ在ラス

240条 婚姻ノ無効若クハ離婚ノ裁判宣告アリタル後子ノ監護ニ任スル者親権ヲ行フコト能ハス若クハ之ヲ失ヒタルトキハ他ノ一方之ヲ行フ

241条 子ハ其服従スル父若クハ母ノ允許ヲ得ルニ非サレハ父母ノ家若クハ其指定シタル家ヲ去ル事ヲ得ス

若シ此允許ナクシテ子其家ヲ去リタルトキハ父若クハ母ハ地方裁判所長ニ請願シテ強テ之ヲ帰家セシムルコトヲ得

242条 子ハ其父若クハ母若クハ後見人ノ允許ヲ得ルニ非サレハ未成年中兵役ヲ出願スル事ヲ得ス

243条 父若クハ母ハ家内ニ於テ其子ヲ懲戒スルノ権ヲ有ス但シ過度ノ懲戒ヲ加フル事ヲ得ス

244条 父若クハ母其子ノ行状ニツ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事ヲ得

(205) 川島ほか・前掲注(180) p. 26。各役職については、星野通『民法典論争史』(日本評論社、1944年) pp. 8-9を参照。

(206) 本草案も、前田編・前掲注(177)によるが、同書では参考とされた諸外国の立法例「9国対比」も含まれている。本稿では、草案条文だけの引用にとどめた。

わが国における親権概念の成立と変遷

此請願ハ口頭ニテ之ヲ為スコトヲ得ヘク又拘引状ニハ其事由ヲ明示シ且ツ其他裁判上ノ書面及ヒ手續ヲ用ユル事ヲ得ス

入場ノ日数ハ 16 年未滿ノ子ナレハ 3 ヶ月又 16 年以上ノ子ナレハ 6 ヶ月ヲ超過スルコトヲ得ス但シ父若クハ母ハ常ニ裁判所長ニ請願シテ其日数ヲ延長シ又ハ減縮スルコトヲ得

245条 父母及ヒ子ハ裁判所長ノ決定ニ対シテ控訴院長ニ抗告スル事ヲ得
所長及ヒ院長ハ検事ノ意見ヲ聴キ裁判ス可シ

246条 父若クハ母ハ必要ノ事情アルニ於テハ同居スル成年若クハ自治ニ至リタル子ヲ其家ヨリ遠クル事ヲ得

子ノ財産管理

247条 父ハ一般ノ權利行為ニ於テ其未成年ナル子ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其子ノ財産ヲ管理ス

248条 此管理ニ於テハ第 329 条ニ列記シタル行為ハ尚ホ之ヲ管理所ト見做ス
父ハ地方裁判所ノ允許ヲ得ルニ非サレハ第 330 条ニ列記シタル行為ヲ為スコトヲ得ス此允許ハ必要若クハ利益ノ判然タルトキニ非サレハ之ヲ與フ可ラス

後見ノ章ニ於テ動産及ヒ不動産ノ売買ノ方法ニ関スル規則并ニ資本其他所得ノ利用法及ヒ利子ニ関スル規則ハ父ノ管理ノ性質ニ違ハサルニ於テハ之ヲ此管理ニ適用ス

249条 子ハ其父ト異ナル職業若クハ勞力ニ因リ獲得シタル利益并ニ相続贈与若クハ遺囑ニ因リ獲得シタル財産ノ所有權ヲ有ス

父ハ相続贈与若クハ遺囑ノ受諾ヨリ 2 ヶ月内ニ其財産ノ目録ヲ作ル可シ若シ之ヲ作ラサルトキハ其箇數及ヒ価額ハ世評ヲ以テスルモ之ヲ証スル事ヲ得

250条 父子ノ利益相反スルトキハ若クハ同父ノ權ニ服従スル數子ノ利益相反スルトキハ其住所ノ地方裁判所ハ其子ノ為メ臨時保管人ヲ命ス可シ

251条 父ハ其管理ノ止息シタルトキハ所有權并ニ所得ノ計算ヲ為ス可ス但シ子ノ養成及ヒ教育ノ入費ヲ支出ノ部ニ算入スル事ヲ得

此計算ニ付テハ地方裁判所ハ父ノ善意ト其常習トヲ斟酌シテ苛細ナル証明ヲ要ム可ラス

後見人ノ計算書差出ノ義務ニ関スル事項ハ之ヲ父ノ計算書差出ノ義務ニ適用ス

252条 父其権限内ニ於テ為シタル行為ハ子損失ヲ原由トシテ其無効ヲ請求スル事ヲ得ス

父法律ニ定ムル条件ヲ遵守セスシテ為シタル行為ハ当然無効トス

253条 本節ノ規則ハ母其子ノ財産ヲ管理スル場合ニ亦之ヲ適用ス

然レトモ母ハ常ニ其子ノ財産ノ管理ヲ辞避スル事ヲ得此場合ニ於テハ後見ヲ開始ス

親権ノ喪失

254条 刑法第352条ニ依リ處刑ノ宣告ヲ受ケタル父若クハ母ハ其総テノ子ニ對シテ当然親権ヲ失フ

255条 父若クハ母親権ヲ濫用スルトキ若クハ其不行跡ノ世上ニ著明ナルトキハ地方裁判所ハ檢事ノ請求ニ依リ其失権ヲ宣告スル事ヲ得

256条 生存者再婚シテ其配偶者前2条ノ所為ヲ犯ストキト雖トモ地方裁判所ハ生存者ニ對シテ失権ヲ宣告スルコトヲ得

婚姻ノ無効若クハ離婚ノ裁判宣告アリタル後子ノ監護ニ任スル父若クハ母ノ再婚シタル場合ニ前項ノ規則ヲ適用ス

257条 親権ヲ行ヒタル父若クハ母ハ其子ノ婚姻若クハ縁組ヲ承諾シ并ニ其子ニ自治ヲ與フルノ権ヲ失フ

258条 財産ノ管理ニ於テ父若クハ母重大ノ過失ヲ為シ若クハ不正實ノ所為アルトキハ地方裁判所ハ檢事ノ請求ニ依リ保管人ヲ命シ之ヲ管理ヲ委任スル事ヲ得

父若クハ母ノ浪費又ハ家事衰替ニ因リ子ノ財産ニ危険ヲ来スノ恐レアルトキ亦同シ

259条 血族姻族其他何人ト雖トモ本節ニ規定スル事實ヲ聞知シタルトキハ之ヲ檢事ニ通知ス可シ

子モ亦躬ラ之ヲ申述スル事ヲ得

地方裁判所ハ会議局ニ於テ父母及ヒ子ノ陳述及ヒ檢事ノ意見ヲ聽キ裁判スヘシ

260条 法律上父母ニ屬スル権ヲ変更スル合意ハ無効トス但シ第268条ニ規定スルモノハ此限ニ在ラス

(「第4節 庶出子ノ父母ニ特別ナル規則」は省略)

ここでは明確に「親権」という用語が使用されている。そして親権の内実と

しては、身上監護権と財産管理権とがあることが示された。まず身上監護権については、父母に帰属するとしつつも、父母の婚姻継続中は父のみが権利を行使しうるとして、父の絶対的優越が示されている（239条1項）。母は、父が身上監護権を行使しえない場合又は父が死去した場合には身上監護権を行使しうるのであるが、再婚した場合にはその権利を喪失する（239条3項）。父は、子に対する居所指定権（241条・242条）、子に対する懲戒権（243条～246条）を保有する。以上のように、身上監護権の内容については、基本的に明治11年民法草案と同様である。ただし、懲戒の手段に関して、感化場・懲戒場が付加された。同条の発想は、その規定ぶりからすると、フランス法よりもむしろイタリア民法222条に由来しているように思われる。

次に、本草案では、親権の第二の内実として、子の財産管理権が定められている。この財産管理権は非常に包括的なものであるが、やはりここでも父の絶対的優越が示されている（247条）。父と子の利益が相反する場合には、「臨時保管人」（現在の特別代理人）を選任すべきこととされており（250条）、子の財産に対する配慮が示されている。しかし父がその権限を濫用した場合については、無効を争うことができないとされており（252条）、子の財産に対する配慮よりも父の権限を重視しているといわざるをえない。

しかしながら、本草案は、親権は子の保護・教育のために与えられるものであって、親の利益のために認めたものではないとの理由が付され、その上で「一切ノ権利ハ子ニ属シ父母ハ只義務ヲ有スルニ過キス」と断言している⁽²⁰⁷⁾。また、子はいつまでも親の教令権に従わなければならないとされていたのに対し、成年に達した場合または婚姻によって自治を獲得した場合には、当然に終了するものとされている（238条）。さらに本草案では、親権喪失の規定も整えているのであって（254条ないし260条）、親権濫用の前に親権を喪失させることもできる。したがって、本草案は、『『家』の後退』を示しており、その基調が「自由民権論者の家族論と、きわめて類似している」と評されている⁽²⁰⁸⁾。

(207) 「民法草案人事編理由書」石井編・前掲注(196) p. 183

(208) 川島ほか・前掲注(180) pp. 38-39

それは、この草案が「西欧の近代市民思想を摂取してわが国の陋習を改めると
いう意図により作られ、進歩的な内容をもっていた」⁽²⁰⁹⁾からなのである。

3. 旧民法における親権

以上の草案に対し、その進歩的な内容は伝統の尊重に欠けるとして、前記法律取調委員会で修正され、しかも元老院での審議でもさらに大幅な削除と修正が加えられた。したがって、草案と法案とは全く別の形となってしまった。「草案に比べて、親権は権力的性格の強いもの」⁽²¹⁰⁾となってしまったのである。以下に1890年（明治23年）4月に公布された旧民法の親権に関する条文を掲げておく。しかし旧民法は、1893年（明治26年）1月に施行されるはずだったが、その後のいわゆる民法典論争によって施行延期の議論が巻き起こり、1892年（明治25年）5月には第3帝国議会の貴族院で延期案が可決され（123対61）、同年6月には衆議院でも延期案が可決された（152対107）。そのため、1896年（明治29年）12月31日まで施行が延期されることとなったのである。

人事編

第9章 親権

第1節 子ノ身上ニ対スル権

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コトヲ得ス

150条 未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ受クルニ非サレハ父母ノ住家又ハ其指定シタル住家ヲ去ルコトヲ得ス

子カ許可ヲ受ケスシテ其住家ヲ去リタルトキハ父又ハ母ハ区裁判所ニ申請シテ帰家セシムルコトヲ得

151条 父又ハ母ハ子ヲ懲戒スル権ヲ有ス但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満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

(209) 大竹秀男『「家」と女性の歴史』（弘文堂、1977年）p. 275。村上一博教授は、この進歩性につき、アコラス学説の影響を指摘している（「近代日本の家族法制とジェンダー」三成美保編『ジェンダーの比較法史学』（大阪大学出版会、2006年）p. 139-144）。

(210) 大竹・前掲注(209) p. 280

わが国における親権概念の成立と変遷

入場ノ日数ハ6ヶ月ヲ超過セサル期間内ニ於テ之ヲ定ム可シ但父又ハ母ハ裁判所ニ申請シテ更ニ其日数ヲ増減スルコトヲ得
 右申請ニ付テハ総テ裁判上ノ書面及ヒ手続ヲ用ユルコトヲ得ス
 裁判所ハ検事ノ意見ヲ聴キテ決定ヲ為ス可シ父、母及ヒ子ハ其決定ニ対シテ抗告ヲ為スコトヲ得

子ノ財産管理

- 153条 父ハ未成年ナル子ノ総テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス
 154条 父ノ管理ニ於テハ第194条ニ記載シタル行為ハ尚ホ之ヲ管理行為ト看做ス
 155条 子ハ特別ニ職業ヲ営ムニ因リテ取得シタル利益及ヒ相続、贈与又ハ遺贈ニ因リテ取得シタル財産ノ所有権ヲ有ス
 156条 父ハ管理ノ止ミタルトキハ子ニ其財産ヲ引渡ス可シ但収益ハ子ノ養育教育ノ費用及ヒ管理ノ費用ニ供シタルモノト看做ス
 157条 本節ノ規定ハ母カ子ノ財産ヲ管理スル場合ニ之ヲ適用ス
 然レトモ母ハ管理ヲ辞スルコトヲ得

(「第3節 嫡母、継父及ヒ継母ニ特別ナル規則」は省略)

以上の成案と前述した草案とを対比すると、以下のような表となる。

旧民法草案と旧民法における親権規定対照表

旧民法草案の規定と内容	旧民法の規定と内容
238条 基本規定（成年・自治で終了）	規定なし
239条 第1項 父権の優越性 第2項 母権の補充性 第3項 死去・再婚した場合	149条 第1項 父権の優越性 第2項 母権の補充性 第3項 家を去った場合の終了
240条 婚姻無効・離婚後の監護者	規定なし
241条 第1項 居所指定権 第2項 裁判所による帰家命令	150条 第1項 居所指定権 第2項 裁判所による帰家命令
242条 兵役出願許可権	規定なし
243条 懲戒権（過度の懲戒禁止を含む）	151条 懲戒権（過度の懲戒禁止を含む）
244条 第1項 感化場・懲戒場 第2項 その手続 第3項 入場の日数	152条 第1項 感化場・懲戒場 第2項 入場の日数 第3項 その手続
245条 抗告	152条 第4項 抗告

246条 成年・自治の子の離家措置	規定なし
247条 父の財産管理権	153条 父の財産管理権
248条 第1項 管理行為の意義 第2項 裁判所の許可事項 第3項 後見規定の準用	154条 管理行為の意義
249条 第1項 子の所有権取得規定 第2項 父の財産目録作成義務	155条 子の所有権取得規定
250条 利益相反規定	規定なし
251条 父の管理費用計算義務	156条 父の財産引渡義務と管理費用
252条 父の行為に対する不爭と無効	規定なし
253条 母の財産管理に対する準用	157条 母の財産管理に対する準用
254条ないし260条 親権喪失規定	規定なし

すなわち、草案段階において「進歩的」と評されていた諸点、① 親の義務という考え方（草案249条2項、251条など）、② 成年又は婚姻自治による当然終了（238条）、③ 親権喪失規定（254条ないし260条）がいずれも削除ないしは修正されている。したがって、旧民法における親権規定は、後述する民法典論争よりも前の段階で大幅にその性格を変容させてしまったのであり、民法典論争が与えた影響はほとんどなかったといって過言でない。旧民法で親権喪失規定がすべて削除されてしまったのが、明治民法では形を変えながらも復活するに至ったのであって、むしろ「この点では明治民法の方が、子の立場をよりよく保護している」⁽²¹¹⁾と評することも可能である。

なお、旧民法においては、婚姻に関する許諾権が父母・祖父母に属するものとし、20未満の場合には後見人・育児院長が補充的に許諾権を持つと定めた（38条～42条）。また、家族が婚姻しようとするときは年齢にかかわらず戸主の許諾を受けなければならないと定めた（246条）。

(211) 手塚・前掲注(173) p.165

4. 民法典論争とその後の行方

旧民法草案は、フランス法を中心とし、細部でベルギー法、オランダ法、イタリア法を採用したものであった。したがって、その指導理念はあくまでも個人主義的自由主義的であり、前述したような進歩性を備えていた⁽²¹²⁾。そのため、早くも1889年（明治22年）春には、旧東京大学法学部及び帝国大学法科出身者によって組織されていた法学士会（イギリス法学派）が「法典編纂に関する意見書」を発表し、民法典その他の諸法典の公布延期を求めた。そこでの論点は、政治的拙速主義と慣習故法の無視にあった。

その後もイギリス法学派は、増島六一郎「法学士会の意見を論ず」、山田喜之助「立法の基礎を論ず」、岡野敬次郎「英法の為に妄を弁ず」、菊池武夫「法典編纂論の方向」、江木衷「民法草案財産編批評」、奥田義人「箕作次官の演説を分析せよ」などが延期の論陣を張った⁽²¹³⁾。他方、これに対して司法省法学者及び明治法律学校出身者（フランス法学派）も反論を展開し、磯部四郎「法理精華を読む」、井上操「法律編纂の可否」、岸北辰雄「法典発布について」などの断行論が論じられた。断行派は「旧来の陋習を破り、天地の公道に基くべき」⁽²¹⁴⁾と論じたのである。

なお、1889年（明治22年）8月～9月には、植木枝盛が「如何なる民法を制定す可き耶」を発表し、個人主義に則った民法典を制定すべきであるとして、親子関係については次のように論じた。「親たる者その子を以て己れの私有物の如く感想し、親の年正に壮にしてその子を養育するは己れ老するの後に至りて己れを養わしむるがためなり計算し、子の幼なるに当りてこれを養育するが

(212) なお、星野・前掲注(205) pp. 22-23は、「近代ヨーロッパ立法例中最も合理的体系的進歩的なるものとされたドイツ民法第1、第2草案、或は多年行はれ幾多の優れた伝統、長所を持つ英米系法理が殆ど参考されてゐず、従って進歩的法理の採取不十分なる憾みある」と指摘している。

(213) 星野・前掲注(205) pp. 26-33

(214) 法治協会雑誌第1号論説「発行の辞とともに法治協会の主義綱領を明かにす」星野・前掲注(205) pp. 48-51より引用。

ために金銭を費やすことをば只だこれ後日に在って利息を己れに収めんと欲するがためなりというが如くに料見を定め、自家労働の結果を以て老後を送るの覚悟をなさず、老後は子のために養育せらるべき約束のものなりといわんが如く予算表を作り、かくの如き図面を撰んで自らこれに処することを常とする至りては実に弊害の極まる者と謂わざるべからず」⁽²¹⁵⁾として、醇風美俗論に痛切な批判を浴びせている。

しかし問題は民法典にとどまらず、1890年（明治23年）3月に商法典草案が公布されると、商法典実施延期運動も巻き起こってきた。フランス法を採用した民法典草案と異なり、商法典はドイツ人口エスエルに起草させ、ドイツ法的なものとなっていたことに決定的な欠陥があったからである。しかも商法典は、翌年より施行されることとされており、商法延期法案が早々と可決されるに至った。ここまでの経緯は、双方の議論とも納得しうる理論的内容を含んでおり、反対派も拙速主義を批判していても、わが国の慣習を考慮した立法化自体を否定するものではなかった。

しかるにここからの民法典論争は迷走を始める。議論は次第に英仏両学派の感情的対立を生んでいき、1891年（明治24年）8月には穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」⁽²¹⁶⁾が法學新報に公表され、ついに法律論ではなく、政治闘争に摩り替わっていくこととなる⁽²¹⁷⁾。穂積八束による「旧民法に対する非難は全く出鱈目といっていい程、的外れなものである」⁽²¹⁸⁾にもかかわらず、「覚えやすく口調のよい警句は、群集心理を支配するに偉大な効力」⁽²¹⁹⁾があった

(215) 家永三郎編『植木枝盛選集』（岩波文庫、1974年）p.195。なお、植木枝盛については、米原謙『植木枝盛』（中公新書、1992年）を参照。

(216) 長尾龍一編『穂積八束集』（信山社、2001年）pp.110-114

(217) 民法典論争を、断行派＝ブルジョア民主主義と延期派＝半封建主義とのイデオロギー闘争として捉えたのは、平野義太郎であった。平野義太郎『日本資本主義の機構と法律』（明善書房、1948年）pp.78-88を参照。しかし、当時の史料を確認できる今日では、そのような捉え方が的外れであることにはや異論はないだろう。本稿では、法律論的な議論を欠いているという意味で「政治闘争」と呼んでいるにすぎない。

(218) 中村菊男『増補版 近代日本の法的形成』（有信堂、1958年）p.224

(219) 穂積陳重・前掲注(181) pp.339-340。なお、同書p.339によれば、この煽情的なタイトルは、江木衷がつけたものである。

ため、極めて煽情的な役割を果たした。この論文は、「家長権ノ神聖ニシテ犯スヘカラサルハ祖先ノ霊ノ神聖ニシテ犯スヘカラサルヲ以テナリ、家族ハ長幼男女問ハスニ其威力ニ服従シニ其保護ニ頼ル」として旧民法を非難したのであるが、前述したとおり旧民法はすでに性格を変容させて家長権を強化させていたのである。この性格の変容を一言で述べれば、「子への愛情」から『家』への愛着⁽²²⁰⁾ への変容であったといえよう。

その後の論争は、一方で断行派は、諸法典実施の必要性につき、屈辱的な不平等条約を改正して法権を回復するためだとした。他方で延期派は、諸法典の実施はわが国の倫常を壊乱して経済を攪乱するなどとした。しかしその論拠は、たとえば親権については、「耶蘇基督ノ前ニ在テハ父子平等ニシテ尊卑ナシ」、「家制ヲ重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カ如キハ其当ヲ得タルモノニアラズ」などという事実誤認で成り立っていた⁽²²¹⁾。断行派がこれに対して正面から反駁したならば、理論的な深化も存したであろうが、残念ながらそうはならなかった。断行派も、延期派の醇風美俗論を肯定してしまったのであり、法理に関する論争にはなりえなかった⁽²²²⁾。そして、そのために断行派は延期派に敗北することとなったのである。したがって、ここにおける議論は極めて政治的なものであって、延期派の真意も、法典の実施延期にあったのではなく、「法典編纂その自体」への反対⁽²²³⁾ であり、「法典の永久的駆逐にあったと見るべき」⁽²²⁴⁾ であろう。

1893年（明治26年）3月、内閣に法典調査会が設置され、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎が起草委員に任命された。梅謙次郎は、民法典論争における断

(220) 神島二郎『近代日本の精神構造』（岩波書店、1961年）p. 258

(221) 星野・前掲注(205) pp. 150-156より引用。なお、それぞれの意見書を細かく検討することはしない。それぞれの意見書の問題点については、星野・前掲注(205)、中村・前掲注(218)、青山道夫『日本家族制度の研究』（厳松堂書店、1947年）pp. 1-39などを参照。

(222) 熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』（法律文化社、1987年）pp. 147-156。なお、中村雄二郎『近代日本における制度と思想』（未来社、1967年）pp. 90-95も参照。

(223) 熊谷・前掲注(222) p. 138

(224) 星野・前掲注(205) p. 100

行派最大の論客の一人であった。法典調査会は、1896年（明治29年）12月に審議を終了し、その「民法中修正案」は、1898年（明治31年）5月の第12帝国議会に提出された。この修正案については、わずか20日間の審議で可決され、同年6月に交付された。民法典論争で激しい応酬がやり取りされたにもかかわらず、このようにあっさりとして修正案が可決されたこと自体にも、民法典論争が理論的な対立でなかったことを窺わせる。このようにして成立したのが明治民法なのである。

第2節 民法以外における親権の取扱い

1. 刑法における親権

民法以外の法律で親権に関連するものは、子に対する懲戒権を制限する刑法、子の教育権と対立する可能性のある教育法、子の監護権に干渉する保健法などが挙げられる。しかし当時の保健衛生行政は、中等度以下の民衆を切り捨てる思想で行われたため⁽²²⁵⁾、現実には民衆の親権とほとんど対立関係になかったであろう。子の使役を制限する労働法（工場法）が成立するのは、明治が終わろうとする明治44年のことである。明治維新後に形成された法律の中で、最も早く着手されたのは刑法であった。1868年（明治元年）には、早くも「仮刑律」が編纂された。しかしこれは、「中国律、公事方御定書の精神そのままに、犯罪処分にあたる役人の内規」⁽²²⁶⁾にすぎないものであった。

もっとも、その名のとおり「仮刑律」は過渡的性格のものであり、1869年（明治2年）には律令法学者水本成美らによって新法典の編纂が開始され、翌1870年（明治3年）には「新律綱領」の名で全国に頒布された。これも「綱領」の名のとおり確定した法典ではなく、その後の追加修正が予定されていた。そして、その後の追加修正を加えた法典「改定律例」が1873年（明治6年）

(225) 毛利子来『現代日本小児保健史』（ドメス出版、1972年）p. 42

(226) 川口由彦『日本近代法制史』（新世社、1998年）p. 55

に頒布・施行された⁽²²⁷⁾。改定律例は、「逐条主義をわが国で初めて採用した法典」⁽²²⁸⁾であり、その条文数は318に及んだ。その刑罰は、フランス刑法の影響を受けて従来の笞・杖・徒・流が全部懲役となったものの⁽²²⁹⁾、その中身は「公事方御定書に様々な修正を加えつつ詳細に規定する形」⁽²³⁰⁾であったにすぎない。したがって、親の子に対する教令権の行使による行為は、たとえ子が死に至った場合であっても無罪であった⁽²³¹⁾。

このような幕府法を引き継ぐ刑法典は、近代国家にふさわしくなく、条約改正という目的のために適切でないことは明らかである⁽²³²⁾。そこで1875年（明治8年）には司法省に刑法草案取調掛が設けられ、近代的刑法典の編纂が行われるに至った。司法卿大木喬任が総裁、司法大輔山田顕義が委員長となり、鶴田皓（纂集長）、平賀義質、藤田高之、名村泰蔵、昌谷千里ほか合計11名が掛員となった。刑法典も、民法典と同様にフランス刑法を中心としてイタリア刑法草案・ベルギー刑法・ドイツ刑法などが参照された。ここでもボワソナアドの協力を求めたが、編纂方針は「日本側は編纂のイニシャティヴを自らの手に留保する方針で、ボワソナアドの役割は、一応の試案を提出するという、かなり限定されたもの」にすぎなかった⁽²³³⁾。そして、民法典より10年も早い1880年（明治13年）に旧刑法典は公布され、1882年（明治15年）に施行された。

旧刑法典の最大の特徴は、罪刑法定主義を明文化したところにある。律の体系が慣習や倫理に基づく規制であったのに対して画期的なことであった。旧刑法典には、そのほかにも特筆すべき点が多いが、親権との関係では、身分に基づく犯罪・刑罰の体系を否定したため、祖父母父母による殺傷権を含む懲戒権

(227) 以上につき、川口・前掲注(226) pp. 55-56、石井(良)・前掲注(9)(1964年) pp. 313-315を参照。なお、この点につき詳しくは、藤田弘道『新律綱領・改定律例編纂史』（慶応義塾大学出版会、2001年）を参照。

(228) 川口・前掲注(226) p. 56

(229) 石井・前掲注(9) p. 314

(230) 川口・前掲注(226) p. 66

(231) 川口・前掲注(226) pp. 67-69

(232) 石井・前掲注(9) p. 315

(233) 以上につき、大久保・前掲注(190) pp. 113-114

が廃止された。この点については、旧民法典において親は「過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」(151条但書)と定められたことと符合する。近代西欧刑法の通例であるとして、尊属に対する殺傷では刑が加重される点は残された⁽²³⁴⁾。

なお、1872年(明治5年)のマリア・ルス号事件の際、ペルー側弁護士に「遊女売買を許している日本政府に外国人を裁く資格はない」と痛烈に批判されたため、太政官布告295号によって人身売買は厳格に禁止された⁽²³⁵⁾。したがって、子売りに関しては、条約改正のためであったとはいえ、明治初頭に禁止されるに至っていた。

2. 教育法における親権

明治民法は、民法典論争を経て一部の武士階級にしか通用していなかった家父長制(戸主権)と長男単独相続制とを定めるに至った。しかし、そのような明治民法が社会的に存立しうするためには、「立法をその方向に動かしたいくたの要素が日本の社会に存した」⁽²³⁶⁾ことが必要であったはずである。このような視点から、民法の成立に先行した教育に関する法制が重要な意味を持つ。新しい社会を担う世代への教育は、新しい法制度を生み出していくこと及び従来の法制度を維持していくことの双方に有効に機能するからである。

明治政府は、当初、西欧文明の吸収に基づく富国強兵政策を実施した。そして1871年(明治5年)8月には、学制の前文として「学事奨励に関する被仰出書」(太政官布告第214号)において、「必ず邑に不学の戸なく家に不学の人なからしめん事を期す」とし、「高上の学に至ては其人の材能に任かすといへども幼童の子弟は男女の別なく小学に従事せしめざるものは父兄の越度(筆者注:おちど)たるべき事」とされた。これは、親権に対して重要な意味を持つ。子弟の教育を行う義務が父兄の権威に優先することになるからであ

(234) 以上につき、川口・前掲注(226) pp. 153-161

(235) 毛利・前掲注(179) pp. 163-166。なお、マリア・ルス号事件の推移については、尾佐竹猛『法窓秘聞』(批評社、1999年) pp. 265-349に詳しい。

(236) 熊谷・前掲注(222) p. 76

る⁽²³⁷⁾。しかも、学制の実施については、財源がほとんど用意されず、受益者負担の原則によって行われたため、児童を「生計をささえる大事な労働力」とした民衆にとって、「教育費を負担してまで就学させることは大きな苦痛であった」はずである⁽²³⁸⁾。このような学制は、もちろん子どもの学習権を認めるものではなかったが、国家の論理が家の論理に優越することを示した点で重要である。

しかし、明治10年代になると、上記の学制の建前が大幅に変更された。1879年（明治12年）9月、学制は廃止され、教育令（いわゆる自由教育令）が公布された（太政官布告第40号）。学齢児童を就学せしめることが父母及び後見人の責任とされた（15条）⁽²³⁹⁾。小学校の就学年限は最低4年だが1年の授業時間は4ヶ月以上であればよいため実質最低16ヶ月となり（16条）、小学校設置には地方の便法も認められ（18条）、授業料の徴収も学校の自主性に委ねられた（43条）。その翌年には早くも教育令が改正され、中央統制を強化するとともに、「学制以来あまり力を入れてこなかった修身を、全教科の先頭に置いて重視」⁽²⁴⁰⁾するようになる（3条）。そして1886年（明治19年）には、教科用図書検定条例を公布し、教育内容に対する統制も強めていく。

そしてついに1890年（明治23年）10月には、「教育ニ関スル勅語」が発布された。この勅語では、「我カ臣民克ク忠ニ克ク孝ニ億兆心ヲ一ニシテ世々厥ノ美ヲ濟セルハ此レ我カ国体ノ精華ニシテ教育ノ淵源亦実ニ此ニ存ス」とされた。確かに天皇に対する忠誠心以外の部分に示された徳目自体は、一般的にみてむしろ好ましいものであり、「その内容の中立性こそが、国民のあいだに天

(237) 熊谷・前掲注(222) p. 79。なお、布告原文については、国民教育研究所編『近代日本教育小史』（草土文化、1973年）pp. 53-54を参照。

(238) 石井寛治『大系日本の歴史12 開国と維新』（小学館ライブラリー、1993年）pp. 290-291。なお、山住正己『日本教育小史』（岩波新書、1987年）pp. 26-27も参照。

(239) 児童の就学義務が「父母後見人」にあるとするのは、1886年（明治19年）の小学校令でも維持され（4条）、戸主が除外されているが、これは「戸主の義務とは別に父母の義務が存在し、父母がない場合に後見が開始されるという思想の萌芽があらわれ始めたもの」と解されている（手塚・前掲注(173) p. 146）。

(240) 山住・前掲注(238) p. 38

皇信仰を植えつけるうえで、驚くほどの威力を発揮した」⁽²⁴¹⁾といえるだろう。しかし、儒教思想では親子間の「孝」を君臣関係に敷衍させた原理が「忠」とされていたところ、勅語ではその地位が逆転し、「孝忠一本の思想で、家庭内、国家内の上下関係の支柱となるモラルとしたいという教化政策が推し進められた」⁽²⁴²⁾のである。

またそれだけでなく、同年12月の内村鑑三不敬事件に象徴されるように、法的サンクションを伴った強制措置としてこの教化政策が推進されたことが重要であろう。内村は教育勅語の内容に反対したわけではなく、それを日常的に実践することを忘れて「御真影」と「御宸署」に拝礼させる形式に反対したのであり⁽²⁴³⁾、中立的な徳目的内容と強制的な天皇崇拜形式とが一体となって民衆支配を強めていく。このような明治政府による「孝」のイデオロギー戦略は、1886年（明治19年）の教科書検定制度では不十分として、1903年（明治36年）、直接的な内容統制である国定教科書制度へと突き進んでいくのである。

川島博士が指摘したように、封建的臣従の原理は、恩恵的封の贈与に対する反対給付としての奉仕を約束する契約関係であるのに対し、家父長的権力の原理は、養育などの親の抽象的恩に対する無条件の服従が強制される関係であった⁽²⁴⁴⁾。すなわち、前者の原理たる「忠」と後者の原理たる「孝」とは、全く異なる次元の価値であったにもかかわらず、明治政府は天皇制を中核として忠を孝の原理に同一化させ、忠孝一本に再編成していったのである。しかも親に対する報恩と戸主に対する報恩は、意味が異なっているはずであるため、あえて前述した「親の権利と戸主の権利との未分離状態」を生み出し、国家—天皇と家—戸主とを入れ子構造とする支配体制を構築していくのである。

そうすると、「明治政府の儒教教育は、武士階級のイデオロギーを全民衆に

(241) 坂野潤治『大系日本の歴史13 近代日本の出発』（小学館ライブラリー、1993年）p. 207

(242) 有地亨『日本の親子二百年』（新潮選書、1986年）p. 40

(243) 坂野・前掲注(241) p. 211

(244) 川島武宜「イデオロギーとしての『孝』」「イデオロギーとしての家族制度」（岩波書店、1957年）所収 pp. 88-125

教えこむということをその使命としていたのであり、したがってはじめてからの教説と、民衆の生活信条とのあいだにはずれがあった」⁽²⁴⁵⁾のである。したがってそこには、国家的強制システムによる有無をいわさぬ教化政策が必要となったのであり、法制度の構築においても、そのような作為的教化政策の視点が盛り込まれざるをえなかったのである。国家主義的教育システムの進行と同時並行的に進められた、旧民法草案から旧民法への作為的改悪、旧民法への民法典論争による理由なき論難は、以上の文脈において理解すべきであり、ここにおいて親権概念は極めて重要な変容を余儀なくされた。それは、明治民法が成立する以前に決着がつけられていたことを意味するのである。

第3章 明治民法における親権概念

第3節 明治民法と親権

1. 明治民法の成立と親権規定

旧民法は、いわゆる民法典論争の結果、1892年（明治25年）6月に施行延期法律案が貴衆両院で可決され、同年11月に同法が裁可公布されたことによって、1896年（明治29年）12月31日まで施行が延期されることとなった。しかし早くも1893年（明治26年）3月には、内閣に法典調査会が設置され、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎が起草委員に任命された。1897年（明治27年）3月には、法典調査会規則が改正され、同年4月に法典調査会委員が任命された。親権を検討した第151回（明治29年1月13日）ないし第153回（同月17日）に出席・発言した委員を中心に掲げておくと、箕作麟祥（議長：行政裁判所評定官）、横田國臣（司法省民刑局長）、村田保（司法省参事官）、田部芳（同）、南部甕男（同）、磯部四郎（同）、尾崎三良（同）、本野一郎（外務省参事官）、井上正一（判事）、長谷川喬（同）、土方寧（法科大学教授）、穂積八束（同）、

(245) 川島・前掲注(244) p.121

穂積陳重（同）、梅謙次郎（同）、富井政章（同）、などであった⁽²⁴⁶⁾。

法典調査会は、1896年（明治29年）12月に審議を終了して、民法中修正案が作成された。親権に関しては第151回から第153回までのたった3日間の審議であり、あっさりとして修正案が出来上がった。そして、民法中修正案は、1898年（明治31年）5月の第12帝国議会で提出され、わずか20日間の審議で可決され、翌6月に交付されたのである。条約改正を前提としたスピード可決であった。そして勅令により、1898年（明治31年）7月16日から施行されることとなった。これが、「条約改正の日程にあわせた、きわめて強引な議会通過であった」⁽²⁴⁷⁾ことは明確であろう。

しかし明治民法草案の審議中は、異例に短期間であるとはいえ、時に激しい議論にも及んでいる。親権の議論における主たる発言者は、起草者である梅謙次郎である。同じ起草委員であった穂積陳重は、梅謙次郎について、「同君はその雄健なる弁舌をもってこれに対する攻撃を反駁し、修正に対しても、一々これを弁解して、あくまでもその原案を維持することに努め」たのであり、「梅君は委員総会では非常に強いが、起草委員会では誠にやさしい。『内弁慶』ということがあるが、梅君は『外弁慶』である」⁽²⁴⁸⁾と評している。

そして梅謙次郎は、明治民法親族編を起草するに当たり、旧民法の議論において元老院がリベラルな旧民法草案から削除した条項をも復活させているのであり、そのことを捉えて磯部四郎委員から「軽ク言ヘバズるイト云フコトニナラウト思フ」と批判されている。これに対して梅謙次郎は、「(当時ノ元老院ノ多数ノ) 御方々モ今日御同論デアルヤ否ヤト云フコトハ分リマセヌ」と反論している。審議期間が当初からかなり制限されていることを認識の上、梅謙次郎は「自分ノ信ズル所ヲ向キ出シタ方ガ宜イ」と判断して、明治民法草案を旧民法とも相当異なるものとして起草したのではないだろうか⁽²⁴⁹⁾。もっとも法典調

(246) 『日本近代立法資料叢書6 法典調査会民法議事速記録六』（商事法務研究会、1984年）pp. 417-486

(247) 川口・前掲注(226) p. 286

(248) 穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫、1980年）pp. 325-327

(249) 以上につき、前掲注(246) p. 420

査会で明治民法草案はさらに細かく修正を受けている。このようにして成立したのが明治民法なのであって、旧民法と明治民法を全く同視することはできない。以下には、明治民法の親権に関する条文を挙げておく。その上で、旧民法草案・旧民法・明治民法の内容に関する差異について、各条項の異同を対照表にしておくこととする。

第1節 総則

877条

- 1項 子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス
- 2項 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

878条 継父、継母又ハ嫡母カ親権ヲ行フ場合ニ於テハ次章ノ規定ヲ準用ス

第2節 親権ノ効力

879条 親権ヲ行フ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

880条 未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ス但第749条ノ適用ヲ妨ケス

881条 未成年ノ子カ兵役ヲ出願スルニハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

882条

- 1項 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
- 2項 子ヲ懲戒場ニ入ルル期間ハ6ヶ月以下ノ範囲内ニ於テ裁判所之ヲ定ム但此期間ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得

883条

- 1項 未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ営ムコトヲ得ス
- 2項 父又ハ母ハ第6条第2項ノ場合ニ於テハ前項ノ許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得

884条 親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス但其子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

885条 未成年ノ子カ其配偶者ノ財産ヲ管理スヘキ場合ニ於テハ親權ヲ行フ父又ハ母之ニ代ハリテ其財産ヲ管理ス

886条 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ左ノ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ子ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

- 1 營業ヲ為スコト
- 2 借財又ハ保証ヲ為スコト
- 3 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル権利ノ喪失ヲ目的トスル行為ヲ為スコト
- 4 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル和解又ハ仲裁契約ヲ為スコト
- 5 相続ヲ放棄スルコト
- 6 贈与又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト

887条

1項 親權ヲ行フ母カ前条ノ規定ニ違反シテ為シ又ハ同意ヲ与ヘタル行為ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第19条ノ規定ヲ準用ス

2項 前項ノ規定ハ第121条乃至第126条ノ適用ヲ妨ケス

888条

1項 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行為ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ為メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族会ニ請求スルコトヲ要ス

2項 父又ハ母カ数人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行為ニ付テハ其一方ノ為メ前項ノ規定ヲ準用ス

889条

1項 親權ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ為メニスルト同一ノ注意ヲ以テ其管理權ヲ行フコトヲ要ス

2項 母ハ親族会ノ同意ヲ得テ為シタル行為ニ付テモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス但母ニ過失ナカリシトキハ此限ニ在ラス

890条 子カ成年ニ達シタルトキハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ハ遲滞ナク其管理ノ計算ヲ為スコトヲ要ス

但其子ノ養育及ヒ財産ノ管理ノ費用ハ其子ノ財産ノ収益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ス

891条 前条但書ノ規定ハ無償ニテ子ニ財産ヲ与フル第三者カ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ其財産ニ付テハ之ヲ適用セス

892条

わが国における親権概念の成立と変遷

- 1 項 無償ニテ子ニ財産ヲ与フル第三者カ親権ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財産ハ父又ハ母ノ管理ニ属セサルモノトス
- 2 項 前項ノ場合ニ於テ第三者カ管理者ヲ指定セサリシトキハ裁判所ハ子、其親族又ハ検事ノ請求ニ因リ其管理者ヲ選任ス
- 3 項 第三者カ管理者ヲ指定セントキト雖モ其管理者ノ権限カ消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者カ更ニ管理者ヲ指定セサルトキ亦同シ
- 4 項 第 27 条乃至第 29 条ノ規定ハ前 2 項ノ場合ニ之ヲ準用ス

893条 第 654 条及び第 655 条ノ規定ハ父又ハ母カ子ノ財産ヲ管理スル場合及ヒ前条ノ場合ニ之ヲ準用ス

894条

- 2 項 親権ヲ行ヒタル父若クハ母又ハ親族会員ト其子トノ間ニ財産ノ管理ニ付テ生シタル債権ハ其管理権消滅ノ時ヨリ 5 年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス
- 3 項 子カ未タ成年ニ達セサル間ニ管理権カ消滅シタルトキハ前項ノ期間ハ其子カ成年ニ達シ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ之ヲ起算ス

895条 親権ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主権及ヒ親権ヲ行フ

第 3 節 親権の喪失

896条 父又ハ母カ親権ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ検事ノ請求ニ因リ其親権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

897条

- 1 項 親権ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失当ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ検事ノ請求ニ因リ其管理権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得
- 2 項 父カ前項ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管理権ハ家ニ在ル母之ヲ行フ

898条 前 2 条ニ定メタル原因カ止ミタルトキハ裁判所ハ本人又ハ其親族ノ請求ニ因リ失権ノ宣告ヲ取消スコトヲ得

899条 親権ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辞スルコトヲ得

旧民法草案・旧民法・明治民法における親権規定対照表

旧民法草案の規定と内容	旧民法の規定と内容	明治民法の規定と内容
238条 基本規定	規定なし	877条 第 1 項 基本規定
239条 第 1 項 父権の優越性	149条 第 1 項 父権の優越性	877条 第 2 項 母権の補充性

第4項 母権の補充性 第5項 死去・再婚	第2項 母権の補充性 第3項 去家による終了	878条 継父等への準用
240条 婚姻無効・離婚後の監護者	規定なし	規定なし
規定なし	規定なし	879条 父母の監護教育権
241条 第1項 居所指定権 第2項 裁判所の帰家命令	150条 第1項 居所指定権 第2項 裁判所の帰家命令	880条 居所指定権
242条 兵役出願許可権	規定なし	881条 兵役出願許可権
243条 懲戒権	151条 懲戒権	882条 第1項 懲戒権
244条 第1項 感化場・懲戒場 第2項 その手続 第3項 入場の日数	152条 第1項 感化場・懲戒場 第2項 入場の日数 第3項 その手続	882条 第2項 懲戒場の日数
245条 抗告	152条 第4項 抗告	規定なし
規定なし	規定なし	883条 職業許可権
246条 成年・自治の子の離家措置	規定なし	規定なし
247条 父の財産管理権	153条 父の財産管理権	884条 父母の財産管理権
規定なし	規定なし	885条 婚姻した未成年者の配偶者に対する財産管理権
規定なし	規定なし	886条 母権への親族会の同意
規定なし	規定なし	887条 886条違反の取消権
248条 第1項 管理行為の意義 第2項 裁判所の許可事項 第3項 後見規定の準用	154条 管理行為の意義	規定なし
249条 第1項 子の所有権取得規定 第2項 父の財産目録作成義務	155条 子の所有権取得規定	規定なし
250条 利益相反規定	規定なし	888条 利益相反規定

わが国における親権概念の成立と変遷

251条 父の管理計算義務	156条 父の財産引渡義務 と管理費用	889条 父母の管理義務 890条 父母の管理計算義務 891条 前条但書の例外 892条 父母の財産管理の 例外 893条 委任規定の準用
252条 父の行為に対する 不爭と無効	規定なし	規定なし
253条 母の財産管理に対 する準用	157条 母の財産管理に対 する準用	規定なし
規定なし	規定なし	894条 親権に関する債権 の時効
規定なし	規定なし	895条 未成年子の戸主権・ 親権
254条 当然の親権喪失	規定なし	規定なし
255条 親権濫用等による 親権喪失	規定なし	896条 親権濫用等による 親権喪失
規定なし	規定なし	897条 財産管理権の喪失
256条 生存者に対する親 権喪失	規定なし	規定なし
257条 婚姻・自治等の権 利喪失	規定なし	規定なし
規定なし	規定なし	898条 失権宣告の取消
258条 保管人命令	規定なし	規定なし
259条 検事に対する通知 義務	規定なし	規定なし
規定なし	規定なし	899条 母の財産管理の辞任
260条 父母権の変更合意 の無効	規定なし	規定なし

このように、明治民法の内容については、親権規定に関する限り、旧民法よりもむしろ旧民法草案に近い。特に親権喪失規定については、「この点では明治民法の方が、子の立場をよりよく保護している」⁽²⁵⁰⁾と評されている。ただ

(250) 手塚・前掲注(173) p. 165

し親権喪失規定も、実際には骨抜きにされてしまい、「子の福祉のためでなく、夫側の親族が寡婦から親権を奪い、ときには子の財産で甘い汁を吸う目的に用いられていた」⁽²⁵¹⁾との指摘がある。しかし、親権規定全般については、少なくとも形式的には旧民法よりも明治民法のほうがリベラルであったが、民法典全体については、旧民法に比して明治民法のほうが子の立場をよりよく保護しているとは言えなかった。なぜなら、明治民法は、他方で戸主権を旧民法より強く定めてしまったからなのである⁽²⁵²⁾。この点については、節を改めて確認しておくべきであろう。

2. 明治民法における戸主権と親権の抵触

明治民法は、親権に関する規定を整えただけでなく、戸主権に関する規定をも整えた（732条ないし764条）。戸主は、その家族に対して扶養義務を負うが（747条）、家族の居所指定権を持ち（749条1項）、家族が戸主の居所指定権に違反した場合には、戸主は扶養義務を免れる（同条2項）。また戸主は、家族の婚姻または養子縁組に対する同意権を有し（750条1項）、家族が戸主の同意権に違反した場合には、離籍をなすことができる（同条2項）。親権者は、子に対する居所指定権（880条）を有し、在家の父母は子に対する婚姻同意権（772条1項）を有するのであるから、これらの戸主権は当然に親権と重複することになる。

(1) 法典調査会総会（明治26年7月4日）での議論

この点については、法典調査会でも議論となっている。1893年（明治26年）7月4日午後4時40分開催の第3回法典調査会総会⁽²⁵³⁾では、まず、末延道成委員が戸主削除案を次のように述べた。「戸主ト云フモノハ少シモ効能ノ無イ

(251) 西村=椿・前掲注(182)所収 p. 188

(252) この異同についてはここでは立ち入らないが、詳しくは、青山道夫「戸主権論」前掲注(221)所収 pp. 40-85を参照。

(253) 以下の総会での議論は、すべて『日本近代立法資料叢書12 法典調査会民法総会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）pp. 68-71より引用。

モノデア」って、「未成年者トカ無能力者トカ云フ様ナ者ニハ夫々ノ規定ガアルカラ戸主ガナクテモ差支ハナイ」だけでなく、「戸主ト云フモノガアルト商売上詐偽ノ因トナリ法律ノ行ハレザル因トナリ徴兵令ノ行ハレザル因トナル」という弊害がある。洪沢栄一委員も末延委員に賛成して、次のように述べている。「戸主ノ制度ハ余程古イ制度デアルカラ之ヲ廢スルニ就テハ随分強イ反対モアリマセウケレドモ日本ノ将来ノ為メニハ無イ方ガ宜イト思ヒマス」。

これに対して、起草者である穂積陳重委員は、次のように説明している。「4千万ノ人民ノ生活ヲ一篇ノ民法デ変ヘラレヤウトハ思」っていないのであり、「今ノ日本ノ戸主ノ位置ハ公法上ノミナラズ人民私ノ生活ニ於テモ戸主ガ中心トナツテ居ルノデア」るから、戸主の規定を入れたのである。「家族ノ中ニ独立生活ヲ営ム者ガ出来テ来ル」ときには分家すればよいのであって、「世ノ中ノ進歩ヲ害スル様ナ法律ハ作ラナイ積リデ」あるという説明である。

さらにこれに対しては、磯部四郎委員が次のように戸主廃止論を展開している。「日本ノ家族体ニハ戸主ノ権ヲ持ツ者ト親権ヲ持ツ者トニツ出来ル様ナ妙結果ガ生ズルデアラウト思ヒマス」し、「家族制度ハ戸主ガ無ケレバ成立ツテ行カヌト云フコトハ私共ニハ分リマセヌ」ゆえ、格別戸主の規定を設ける「必要ヲ見ナイ」としている。さらに磯部委員は、「戸主ノ権ト親権ト相触レル様ナ事ガ出来ハシマセヌカ」、「是迄ノ小供ハ親爺バカリニ頭ヲ張ラレタノガ是レカラハ親爺ト戸主ト二人ニ頭ヲ張ラレルコトニナルノデアリマスカ」という問題提起も行っている。

以上の議論によれば、戸主の規定を置くことに疑問が呈されていたのであるが、穂積起草委員としては、現実に戸主が存在しているから条文を置くべきだというにすぎず、社会が進歩していけば分家等によって戸主と親とが一致していくはずであると認識していたようである。つまり、穂積起草委員は、「戸主と血縁関係にたつ父親とが同一であり、戸主の統率する『家』と現実の家族生活は一致すると考えていたし、また、現実生活上の戸主をありのままに規定するだけであって、それ以上に『家』でもって家族生活を再編成しようとする意

図」⁽²⁵⁴⁾ はなかったのである。

(2) 第128回法典調査会(明治28年10月23日)での議論

その後の法典調査会では、戸主に関する各条項について討議が行われた。戸主に関する議論は多数回で内容も多岐に亘っているが、注意しなければならないのは、起草委員たちの意見が食い違っており、また、総会で戸主廃止を唱えた委員の意見も変遷していることである。そこでその焦点を形成した第128回法典調査会(1895年(明治28年)10月23日)での議論を見ておくこととする。まず、富井政章起草委員は、廃戸主案を提出している⁽²⁵⁵⁾。それは、「戸主ノ権利ガ勝ツト云フコトニ」なれば、「親ト云フモノハ子ノ利益ヲ図ルニ最も適當ナル意見ヲ持テ居ル」にもかかわらず、「親ガ其権利ヲ行フコトガ出来ヌト云フヤウナコトニナル」のはよろしくないという基本点な考え方に基づいている⁽²⁵⁶⁾。

しかし梅謙次郎起草委員は、「戸主ト云フ者ハ家ノ番人デアアル夫故ニ家ニ関スルコトニ付テハ戸主ニ権利モアリ義務モナケレバナラヌト云フコトハ言フ迄モナイ(中略)戸主ヲ置ク以上ハ認メナケレバナラヌト思ヒマス」から、「其点ニ於テハ或ハ既成法典ヨリ一層強ク戸主ノ権ヲ認メテ居ル積リデアリマス」と、恐らく政治情勢を踏まえて、「戸主ヲ置ク以上ハ」という留保付きながらも、戸主の家に対する権利を強化する旨の修正論を展開している⁽²⁵⁷⁾。もっとも、ここでの戸主は、離籍をサンクションとするだけの単なる戸籍上の「家の番人」を意味しているようであって、極めて観念的な家に対する権利を認めているのである。

横田國臣委員は、「戸主ト云フモノヲ置カヌノナラバ夫レハ宜シウゴザイマ

(254) 有地亨「明治民法と『家』の再編成」青山道夫ほか編『講座家族8 家族観の系譜』(弘文堂, 1974年) pp. 35-36

(255) 『日本近代立法資料叢書5 法典調査会民法議事速記録五』(商事法務研究会, 1984年) p. 601

(256) 前掲注(255) p. 612

(257) 前掲注(255) p. 604

スガ既ニ戸主ト云フモノガアル」ため、「一家ノ平和ヲ保ツ一家ヲ治メルト云フコトヲ戸主ト云フ者ニ」任せるのであれば、「戸主ハ唯錢ヲ出セバ宜イト云フノハ甚ダ戸主ヲ置クト云フ意思ニ反シテ来ル」⁽²⁵⁸⁾と述べている。すなわち、戸主について規定するかどうかはどちらでもかまわないが、規定するのであれば義務だけでなく権利を持たせるべきだというニュートラルな議論をしているにすぎないのである。

土方寧委員は、「戸主ト云フ者ハ家ノ財産ヲ管理シテ居ルト見ルベキ筈ト思フ」とし、この「家ノ財産」とは「戸主一己ノ財産デナクシテ家ニ附イタ財産」であるから、戸主は家産の管理者たる地位を持つのであり、戸主が「一家ノ財産ヲ浪費スルコトノ出来ヌヤウナ工夫」がないかと考えている⁽²⁵⁹⁾。すなわち、戸主は家産の管理者として意味があるのであって、戸主の権限よりもむしろ家産を重視する考えであった。

磯部四郎委員は、前述したように、法典調査会総会では戸主廃止論を主張していたのであるが、ここでは「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ノアルモノデアル」という認識を示し、「親権ヲ行フ者ナリ後見人ナリト云フモノハ夫レハ即チ戸主ノ本務ニ欠ケルコトガアツタ時分ニ夫レヲ促シテ往クト云フコトニナツタナラバ夫レデ一家ノ整理ガ就キ平和ヲ保テ往クコトガ出来ヤウカト考ヘマス」とトーンダウンしている⁽²⁶⁰⁾。これも政治的な妥協なのであろうが、今回は従来とは逆に戸主権を主として、親権や後見を補充的なものとするとの考えを示している。なお、これらの議論に対し、穂積八束委員は細かい点に触れるだけで、戸主がいかにあるべきかの議論には全く参加していない。

(3) 戸主存続論の意義

以上のように、法典調査会の委員たちの意見はさまざまであり、いずれにし

(258) 前掲注(255) pp. 599-600

(259) 前掲注(255) pp. 600-601

(260) 前掲注(255) p. 602

てもそれほど積極的な戸主存続論ではない。結局、現状を当て嵌めたにすぎないはずの戸主権の規定が、観念的な家の概念とともに徐々に一人歩きを始め、より空間的かつ時間的な家族構成員への支配権たる実体を備えるようになり、最終的には強大な家族支配権となっていたのである。当初の議論では、戸主というものが現に存在している以上、直ちに廃止するわけにもいかないし、分家によって戸主権と親権とが同一となるだろう、との推測に基づいて立法化されたにすぎなかったにもかかわらず、戸主権がそのように変容していった原因が問題となる。

確かに江戸時代から戸主は存在していた。しかし他方で、廃戸主の制度なども存在していたのであって、結局、戸主の地位は家族や親族のために存する地位にすぎなかったのである⁽²⁶¹⁾。そうだとすると、明治民法に定められた戸主の地位は、従来からの慣習とは相当に異なるものであったのであり、中田薫博士が大正3年の時点で「今日の民法は家族居住の指定、婚姻の承諾、離籍の言渡し等三、四の軽微なる権利を掲げて、これを戸主権と名づけ、戸主権と戸主の財産権との相続を称して、家督相続という、前古無類の新制度というべし」⁽²⁶²⁾としたのも頷けるところである。

しかし、戸主=親という同一化のもと、親に対するはずの報恩に基づく孝というイデオロギーを戸主にまで理由もなく及ぼすことによって、国家一天皇と家一戸主という相似形の支配形態が作り上げられた（共時的入れ子構造）。しかも、戸籍制度を通じて、万世一系の天皇と祖先崇拜を前提とする家との相似形も同時に形成されるものであった（通時的入れ子構造）。すなわち天皇制と家制度は、戸籍制度と戸主制度という両輪をもって、共時的かつ通時的な入れ子構造の支配形態を作り上げたのである。そして、その構造につき、教育制度を通じて徹底的に国民を教化する政策を採用した。その結果、日本国民は天皇の赤子であるという特殊日本的な家族的國家観が形成されることとなったのである。

(261) 高柳真三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、1987年）pp. 307-338

(262) 中田・前掲注(86) p. 197

北一輝は、これに対して「笑ふべきは法律学者のみに非らず、倫理学者にても哲学者にても、其の頭蓋骨を横ざまに万世一系の一語に撃たれて悉く白痴となる」⁽²⁶³⁾、「万世一系は日本国民が貴族階級の下に忠孝なりしが為めに皇室を打撃迫害すること甚しく為めに皇室は全く絶望に捉へられたるよりの結果にして乱臣賊子の歴史的ピラミッドなり」⁽²⁶⁴⁾、「日本国民は軀幹の小なるを以て遺憾としつゝある国民なりと雖も天皇より『玩具』と『砂糖』とを与えられて争を止むる『子供』にあらず。(中略)天皇一人『父母』の如く覚め、四千五百万人の凡てが『赤子』として只命のまゝに自己の意識なきとき、朕即ち国家にして四千五百万人は国家の外なる禽獣なりと云はざる限り、無意識なる赤子の集合たる国家は依然たる無意識の国家にして、或は以て原始的共産の社会たり得べし」⁽²⁶⁵⁾と痛罵している。

これらの北一輝の批判は、表現方法はともかくとして、正鵠を射たものであった。ただし、北一輝が天皇制支配構造における矛盾を克服するために採用した論法は、「科学的研究者としての冷静を以て云へば（何となれば吾人は歴史学を語りつゝあるものにして理由なき便佞阿諛をなす幫間的学者にあらず、又謂れなき罪惡を包蔵する盲動的慷慨業者にあらざるを以て）、現天皇が万世一系中天智とのみ比肩すべき卓越せる大皇帝なることは論なし」「吾人は想ふ、今日の尊王忠君の声は現天皇の個人的卓越に対する英雄崇拜を意味すと」⁽²⁶⁶⁾というものであり、全く根拠を欠く英雄論にすぎなかった。したがって、理由なき「国体論」と根拠なき「英雄論」の不毛な議論に終わったのである。

この点について有地教授は、「明治政府によって構築された家族国家理念について、それを内面化するとともに、民衆の間に儒教的家族主義を浸透せしめるのに力があつたのは明治民法ではなくて、天皇制またそれと結びつけられ、民間信仰と融合していた祖先崇拜の慣習、教育制度の3つの制度であつ

(263) 北一輝『北一輝著作集 第一巻』(みすず書房、1959年) p. 220

(264) 北・前掲注(263) p. 370

(265) 北・前掲注(263) pp. 428-429

(266) 北・前掲注(263) p. 357

た」⁽²⁶⁷⁾としている。確かに家族制度が確立する契機として、それら3つの制度の持つ意味は大きいであろう。しかし、それらの制度が民衆に浸透できたのは、強固な戸籍制度を前提として⁽²⁶⁸⁾、明治民法自体が戸主という曖昧な枠組みを許容したからこそである。その上でこそ、1908年(明治41年)に大修正を加えられた国定修身教科書とその解説運動による「家族国家観」が広汎な影響力を持ちえたのである⁽²⁶⁹⁾。明治民法がその草案にあった戸主規定を廃止していれば、家族制度も生き延びるチャンスはなかったといって過言ではない。

もっともわが国の政治には、法がどのように制定されようと、教育で決着をつければよいという発想も存在した。法治主義を頭ごなしに否定する極めて政治的な発想である。そのような発想は、岩手県令であった石井省一郎が、不平等条約改正のためには旧民法草案に個人主義的な要素を取り入れざるをえないという司法大臣山田顕義の答えに対し、「それならば致方がない、この上は教育の方面で善く始末をつけねばならぬ」と述べているところに象徴されているだろう⁽²⁷⁰⁾。しかしながら、そのような発想があるからこそ、戸主という存在につき、法が緩やかで多様な解釈を許容する余地を認めていれば、より政治的な運用が可能になることも自明であろう。明治民法の戸主に関する規定は、そのような余地を設けてしまったといわざるをえないのである。

それだからこそ、梅謙次郎は、明治民法施行後の1900年(明治33年)、「民法のことに就いてはふなら、家族制度の廃滅、及び、隠居制の廃滅、それから、養子制の減少、これだけは、今日において、断言して憚らぬ。是れは、百

(267) 有地・前掲注(254) p.52。なお、この点については、松本三之介「国家主義と『家』イデオロギー」青山道夫ほか編・前掲注(254)所収 pp.55-78も参照。

(268) この点を明確にしたのは、福島正夫『日本資本主義と「家」制度』(東京大学出版会、1967年) pp.1-16であった。二宮周平教授は、「戸籍は家を国民に目に見える形で表す重要な役割を担っていた」としている(二宮周平「近代戸籍制度の確立と家族の統制」利谷信義ほか編『戸籍と身分登録』(早稲田大学出版部、1996年) p.153。なお、祖先祭祀の果たした役割については、詳細に検討すべき問題であるため、別途論じることとした。

(269) この点を明確にしたのは、石田雄『明治政治思想史研究』(未来社、1954年) pp.6-20であった。

(270) 石田・前掲注(269) p.37より引用。

年といはず、ここ、二十年か、三十年の中には、恐らく、実施される事で、なぜかといふに家族制度といふものは、元来、封建の遺習であつて、到底、今日の社会の進歩に伴はない制度であるからだ⁽²⁷¹⁾と豪語した。法典調査会では政治的な妥協を行なわざるをえなかった梅謙次郎の面目躍如たる言説である。しかし残念ながら、梅謙次郎の断言するようにはならなかった。明治民法起草委員であった梅謙次郎自身が、戸主という曖昧な存在を「家の番人」として許容してしまい、そう簡単に廃滅には至らない枠組みを設定してしまったのである。

3. 明治民法草案における親権規定に関する議論

それでは、明治民法が成立するに当って、親権に関する規定については、どのような議論がなされ、どのような修正が施されたのであろうか。親権規定を討議したのは、第151回（明治29年1月13日）ないし第153回（同月17日）の法典調査会である。そこでの議論を要約しておくこととする。

(1) 親権の基本規定

親権の基本規定について明治民法は、877条1項で「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」と定めているが、草案は「未成年ノ子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」というものであった。この草案は、もともとの旧民法の規定に3点の修正を施したものであった⁽²⁷²⁾。

第1に、旧民法149条1項には身上監護権の基本規定として、「親権ハ父之ヲ行フ」という規定が置かれていた。しかし、起草者梅謙次郎の説明によれば、この規定は「身上ニ対スル権ニノミ関スル規定トハ思ハレマセヌ」し、「子ノ財産ヲ管理スル者」に養父を含むのは宜しくないとの理由で、親権者を「在家の父」に限定したものである。この点に関しては異論がなかった。

第2に、旧民法では親権に服する子を限定していなかったが、「親権ハ子ノ

(271) 平野義太郎『日本資本主義の機構と法律』（明善書房、1948年）pp.51-52より引用。

(272) 以下の引用はすべて、前掲注(246) pp.417-486による。

利益ヲ謀ル者ト云フコトニナツタナラバ成年迄ト云フコトニスルノガ当然」という理由で、「未成年の子」に限定した。しかし、この点については、「二十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」との異論（尾崎三良委員）が出され、「但独立ノ生計當ム成年者ハ此限ニ在ラス」という旨の但書を付すという修正案が可決されたものである。もっとも、後述する親権の効力に関する規定の適用は、懲戒権の規定を除いて未成年の子に限定したため、この基本規定は有名無実のものにすぎなくなっている⁽²⁷³⁾。そのような意味では、「家族制度論者からすれば親の権力性を残そうとするせめてもの拠点であった」にすぎないが、しかしそのために、『親』の立場が『家』の立場と重畳し、それによって親権法の近代的性格が往々阻止されえた⁽²⁷⁴⁾との指摘が妥当するだろう。

第3に、877条2項で「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」と定めているが、旧民法149条2項では単に「父死亡シ又ハ親権ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ」とされ、「父が知れざるとき」を含んでいなかった（なお、「家を去りたる時」については、旧民法149条3項で定めていた）。これでは、「父ノ知レザル私生児」に適用できず、誰が親権者かを明らかにする規定がないこととなるとの理由で修正されたものである。この点についても異論はなかった。なお、旧民法第3節に定めていた「嫡母、継父及ヒ継母ニ特別ナル規則」は、相談人を付することができることになっていたが、相談人を削除し、891条として後見規定を準用する旨の変更案がそのまま可決されている。

(2) 監護教育権

監護教育権については、879条が「権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と定めたことが論議の的となった。穂積八束委員は、「私ハ願ハクハ義務ヲ負フト云フコトハ省キタイト思フ」とし、その理由は「義務ヲ負フトアルト精密ニ言ヘバ同等ノ

(273) 穂積陳遠『親族法』（岩波書店、1933年）p. 560

(274) 西村=椿・前掲注(182) p. 190

者ノ間ニ行ハレル文字ノヤウニ思ハレル」からであるとした。また、親の義務を定める趣旨は「公ニ対スル義務デアル国家ニ対スル義務デアルトカ云フコトハ規定スルニ及バナ」というものであった（後者の点については、山田喜之助委員、尾崎三良委員も同意見）。

これに対しては、梅謙次郎委員は、「親権ト云フモノヲ民法デ規定スル以上ハ権利ト云フ者ヨリハ寧ロ義務ノ方ガ主デアラウ」とし、「此ニ謂フ権利義務ト云フノハ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めた」ものであると答えている。そしてその理由として、「此処ニ書クハ私法上ノ義務デ此義務アルガ為メニ後ノ親権喪失ノコトガ出テクル」のであり、「親ガ子ヲ教育セヌデモ宜シイ監護シナイデモ宜シイト云フコトハナカラウ」と述べている点は注目に値する。

結局この点については、原案どおり、親権は権利であって義務でもあることが確認された。しかもこの義務は、梅謙次郎委員によって、子に対する義務であることが明言されたにもかかわらず、多数の賛成を得て原案どおりに可決されたことを忘れるべきではないだろう。

(3) 居所指定権

居所指定権について、880条は「未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ス但第749条ノ適用ヲ妨ケス」と定めている。前述したように明治民法は、戸主が家族の居所指定権を持つことを定め（749条1項）、家族が戸主の居所指定権に違反した場合には、戸主は扶養義務を免れる（同条2項）という規定を置いている。そのため、親権の内容として居所指定権を定めるとなると、当然に戸主権との衝突が問題となる（長谷川喬委員）。

これに対して梅謙次郎委員は、「若シ父ガ戸主デナイ場合デアルト原則トシテハ父ハ其戸主ノ承諾スル場所ニ居所ヲ定メナケレバ」ならないのであって、「父ガ子ノ利益ノ為メニあそこニヤラネバナラヌト云フ理由ガ十分デアレバ戸主ノ命ニ違フテヤルコトハ出来」るが、その場合「制裁トシテ戸主ハ離籍マデ

スルコトが出来ル」ことになると説明している。すなわち、そのような意味で「親権ハ戸主権ニ譲ル」といわざるをえないものとされているのである。そのため、それを明確にするために、但書として「第749条ノ適用ヲ妨ケス」という規定が加えられて可決されている。

(4) 懲戒権

懲戒権について、882条1項は「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」と定めている。前述したとおり、この条項は、その適用対象を未成年者に限定していない。この点について、梅謙次郎委員は、「現ニ今ノ法典デモサウ為ツテ居リマスカラ夫レデ此条ニ付テハ『未成年』ト云フ字ヲ入レルト云フ発議ハセヌ積リデアリマス」と述べている。これに対して井上正一委員は、「私ハ『未成年』ト云フ字ヲ入レタイ」との意見を出しているが、村田保委員は、「實際ハ未成年者ヨリ成年者ガ困ルカモ知レヌ」との反論をなしており、結局、原案どおり未成年者に限定しないと可決している。

882条1項の「懲戒場」については、それが何を指しているのかが問題であるが、この点について梅謙次郎委員は、「懲治場ガ出来テ居ルカ知リマセヌガ可成ハ別ナ所ヘ入レルコトガ出来ルナラバ別ナ所ニ入レタイト云フ考ヲ持ツテ居リマスカラ夫レデ態ザト『懲治場』ト云フ字ヲ避ケマシタ」と説明している。現在までこの「懲戒場」は存在したことがないとされているが、立法者意思としては、かなり広い概念として設けたようである。

(5) 職業許可権

職業許可権について、草案では、「子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ営ミ又ハ兵役ヲ出願スルコトヲ得ス」としていた。しかし梅謙次郎委員は、職業と兵役の問題は性質が異なることを認識しており、親権の基本規定を未成年者に限定しないのであれば、兵役については未成年者に限らなければならないとしている。この点についても若干の議論はあるが、富井政章

委員などは、「親権ノ服従者ハ未成年者ニ限ラヌト為ツタ以上ハ私ハモウ横田さんノ言ハレル通り此処ラガ適用所ロデアラウ」と述べているにとどまる。

したがって、この条文は、兵役出願許可権と職業許可権とに分けられることとなり、881条の「未成年ノ子カ兵役ヲ出願スルニハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス」という規定と、883条1項の「未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ営ムコトヲ得ス」という規定とに分けられた。しかし、法典調査会の決議は、「職業ハ此儘ニシテ兵役ハ未成年ニ限ル」という横田國臣委員の意見が賛成多数であったはずである。それを踏まえて、「文章ハ起草委員ニ托シマス」というにすぎなかったはずであるにもかかわらず、職業許可権の対象が「未成年ノ子」になっているのは理解できない。この点を見落とすほど、立法化が急がれたということなのであろうか。

なお、職業許可権については、親権者が当該許可を取消・制限する場合には、親族会の認許を得ることを要するとの草案であった。しかし田部芳委員から、「元来日本ノ親族会ト云フモノハ誠ニ名前ハ善イヤウデアリマスガ實際ハ夫レ程効能ガ無イ却テ適用ニ害ノアルモノト云フコトヲ裁判所杯デモ僅カニ知ツテ居ル」との意見などが出され、その文言は審議によって削除された。これは、「親族団体を排除してでも親には親としての権利を与えるべきだ、という思想がすでにほぼ確定的に現われ」⁽²⁷⁵⁾ たものと評されているが、後述するように886条では、母親の親権行使に対する統制権者が親族会にほかならないことを示しているのであって、単に戸主＝父親、親族会、母親という権力序列を示しているにすぎないように思われる。

(6) 財産管理権

財産管理権については、884条から894条まで続くが、これも未成年者に限定する旨の修正を施したほかは、草案をほぼそのまま可決している。884条の草案には、親権を行なう父母は、財産管理行為について「其子ヲ代表シ又ハ之

(275) 西村=椿・前掲注(182) p.198

ニ同意ヲ与フ」として、同意権をも定めていた。それは、「子が全クノ無能力者デナクシテ不完全ノ能力者デ其法定代理人ガ同意ヲ与ヘレバ法律行為ガ出来ル」からであるとされていた。田部芳委員は、「之ハ或ハ無クテモ宜シイデハナイカ」と削除を提案したものの、削除に賛成する委員は少数にとどまり、削除案は否決された。

それにもかかわらず、成案ではこの親の同意権は削除されている。しかし逆に、草案にはなかった「但其子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」という但書が付されている。この但書は、上記のような親の同意権ではなく、子の権利を保護するための子の同意権であり、非常に重要な修正がなされたといえるだろう⁽²⁷⁶⁾。もっとも、「極言するなら、明治民法 884 条の『但書』を軽視もしくは無視したことが、日本の『産業の発達』をもたらした有力な一条件であった」⁽²⁷⁷⁾と評されるとおり、この但書は無力化されてしまった。マリア・ルズ号事件などにより、わが国における人身売買の実態を諸外国が非難していたため、おそらく条約改正に当っては上記但書のような配慮を要するという政治的な意図があったにすぎなかったのであろう。

886 条本文に定める「親権ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ左ニ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ子ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」という文言は、草案では、「親権ヲ行フ父又ハ母カ」となっていた。この点については、従来の慣習がどうであったかという議論がなされたが、梅謙次郎委員は「実ハ親権ハ一体日本ニハ是迄法律上認メタモノハナイ」とし、「昔ノ久離勘当ハ立派ナ親権デアリマスガ今ハ無ク為ツテ親権トシテハ日本ニハ存在シテ居リマセヌ」のであるから、「親権ノ慣習ト云フモノハ法律ノ表テニ顕ハレテ居リマセヌ」と述べている。そして、「母ガ後見人デアルトキハ親族会ノ決議ヲ得ヌト公債証書ヲ売ルコトモ何ヲスルコトモ出来マセヌ夫レハ明カニ明治 18 年以来極ツテ居ル慣習ト思ヒマス」としている。しかしながら結局、父の

(276) 西村=椿・前掲注(182) pp. 200-203

(277) 西村=椿・前掲注(182) p. 203

代理行為に関する制限は削除され、戸主＝父親、親族会、母親という権力序列を示したにとどまってしまった。

なお、888条「利益相反行為に対する特別代理人制度」、889条「親権者の注意義務」、890条ないし893条の「管理計算義務」、894条「財産管理に関する債権の消滅時効」、895条「未成年の子の戸主権・親権の代理権」については、さしたる議論もなされることなく、決議されている。

(7) 親権喪失

896条から899条までは、親権喪失に関する規定である。旧民法草案には、親権喪失に関する規定があったのであるが、旧民法では削除された。それにもかかわらず、ここで親権喪失に関する規定を復活させたことについて、梅謙次郎委員は、旧民法では「余り慣習ニナイコトデアルカライカヌト云フコトデ多分割ラレタノデアラウト想像」し、「一方ニ於テハ親権ヲ行フ者ニ対シテ法律ガ明カニ是レ丈ケノ権利ガアルゾト云フコトヲ認メマスルカラシテ又ソレヨリ生ズル所ノ弊害ト云フモノモ立法者ハ考ヘテ充分ニ之ヲ防イデ置カナケレバナラヌデアラウ」と述べ、そうしなければ「立法者ノ責ヲ尽シタトハ言ヒ難イデアラウ」と述べている。

これに関しては、草案段階では、「父又ハ母カ其子ニ対シ刑法第346条乃至第349条又ハ第352条ノ罪ヲ犯シ刑ニ処セラレタルトキハ其子ニ対スル親権ヲ失フ」という条項が最初に置かれていた。指摘されている刑法の規定は、16歳未満の男女に対する淫行勧誘の罪（刑法352条）などの子に対する犯罪である。しかしこの草案に対しては、「親ガ窮シテ子ニ売淫デモ勸メル是ハ余リ褻ムベキコトデハナイケレドモ親ノ為メニ身ヲ沈メルト云フヤウナコトハ随分有り来リノ慣習デアル」（長谷川喬委員）、「之ガ此処ニ在ルガ為メニ民法全体ガ汚レタト言ツテモ宜イト私ハ信ズル」（村田保委員）などの全く説得力のない理由で削除されている。ただし、その他の規定は、原案どおりに決議されている。

4. 明治民法における親権規定のその後の解釈と判例

(1) 親権と戸主権との相克

明治民法では、戸主が家族の居所指定権を持ち（749条1項）、また戸主が家族の婚姻または養子縁組に対する同意権を有している（750条1項）。親権者も、子に対する居所指定権を持ち（880条）、在家の父母が子に対する婚姻同意権を有している（772条1項）のであるから、親権や父母の権利と戸主権が当然に重複することになる。この点についての解釈論はどうなっていたのだろうか。

梅謙次郎は、立法時の議論において、戸主＝「家の番人」論を展開していたが、1899年（明治32年）に初版が発行された『民法要義 卷之四』でも次のように述べている。「世ニ親権ト戸主権トノ衝突ヲ恐ルル者アリト雖モ新民法ニ於テハ決シテ其衝突ナカラシメタリ」とし、その理由として、親権は子の身上及び財産上の利益を図るものであるが、戸主は家の利益を図るものであること、を挙げている。もっとも居所指定権と婚姻同意権においては権限が重なる。居所指定権について親権者は戸主権を害することができないが、親権者が戸主の扶養義務を免除するという制裁に甘んじれば（749条3項但書で未成年者の離籍は認められない）、子のために居所を指定することはできる。また、婚姻同意権についても同様に、親権者が離籍の制裁に甘んじれば、子のために婚姻を同意することができるとしている⁽²⁷⁸⁾。すなわち梅謙次郎の戸主権論は、戸主権＝「家の番人」としての戸籍のコントロール権、というべきものであって、戸主と親権者とは明確な機能分担があると認識していたのである。

牧野菊之助『日本親族法論』⁽²⁷⁹⁾、古山茂夫『親族法註解』⁽²⁸⁰⁾、和田于一『親子法論』⁽²⁸¹⁾も梅謙次郎と同旨であろうと思われる。穂積重遠『親族法』も同

(278) 梅謙次郎『民法要義 卷之四（第22版）』（有斐閣、1912年）pp. 343-345

(279) 牧野菊之助『日本親族法論』（巖松堂、1927年）pp. 374-375

(280) 古山茂夫『親族法註解』（酒井書店、1923年）p. 476

(281) 和田于一『親子法論』（大同書院、1927年）pp. 560-562

様な趣旨であろうが、「其子をして戸主の居所指定に背かした親たる家族に対する制裁については規定がないが、第749条が類推適用されるべきであらうか」と戸主の制裁手段を増やそうとする解釈論も展開している⁽²⁸²⁾。

谷口知平『日本親族法』は、より明確に、「戸主の命に従はなくとも、未成年者であるから、離籍せられることもなく、又戸主から扶養を受け得ないけれども、親権者の扶養を受け得るのであつて、戸主の居所指定権は殆んど空虚である、一方、親権者の居所指定権は監護教育の義務を尽さしめるために認められるのであり、又大家族制崩壊の今日では、むしろ親子の小家族的結合の緊密化が志ざさるべきであるから、親権者の命令の方に従ふべきものと解すべき」としている⁽²⁸³⁾。

柳川勝二『日本親族法要論』も、結論においては梅謙次郎のように解する。しかし、梅謙次郎と牧野菊之助が、戸主と親権者の意見が不一致の場合、子は親権者の命に従うべきだとする基本的な考え方であるのに対し、柳川勝二は「親権者自身戸主権ニ服スル家族ナルカ故ニ家族カ戸主ノ権利ヲ左右スル能ハサル点ヨリ其親権ハ戸主権ニ対シ其効力上一歩ヲ譲ラサル可ラサルモノ」と解している⁽²⁸⁴⁾。薬師寺志光『日本親族法論』でも、結論は梅謙次郎と同様であるが、「親権者の子に対する居所指定権は、戸主の居所指定権を排除する効力はない」と解している⁽²⁸⁵⁾。

しかし、奥田義人『親族法』では、戸主権と親権とが衝突した場合、常に「親権ヲ行フ者カ自ラ戸主権ニ服従スル」のが当然としている⁽²⁸⁶⁾。また近藤英吉『親族法・相続法』も、「未成年の子は、先づ戸主の居所指定に服従しなければならぬ」とする⁽²⁸⁷⁾。もっとも、戸主の居所指定権違反を理由とする戸主の離籍権(749条3項)については、濫用的事例が多かったため⁽²⁸⁸⁾、1941年

(282) 穂積・前掲注(273) pp. 570-571

(283) 谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房, 1935年) pp. 200-201

(284) 柳川勝二『日本親族法要論』(清水書店, 1924年) p. 348

(285) 薬師寺志光『日本親族法論 下巻』(南郊社, 1942年) p. 988

(286) 奥田義人述『親族法』(中央大学, 1898年) p. 309

(287) 近藤英吉『親族法・相続法』(三笠書房, 1939年) p. 61

(288) この事例については、青山道夫『判例身分法研究』(日本評論社, 1943年)を参照。

(昭和16年)3月1日法律第21号によって、「若シ家族カ正当ノ理由ナクシテ其催告ニ応セサルトキハ戸主ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ離籍スルコトヲ得」と改められたのであって、これらの少数説の存在理由は当該法改正によって失われたというべきであろう。

(2) 監護教育義務の法的性質

879条が「義務ヲ負フ」と定めているのは誰に対する義務であるのか、という論点については、立法者意思としては、公に対する義務は民法に規定する必要がないのであるから、子に対する義務であるというものであった。この点について、梅謙次郎『民法要義 卷之四』は、「子ノ發育ヲ保護センカ為メ」に父母の配慮を要するものとしている⁽²⁸⁹⁾。また牧野菊之助『日本親族法論』も、「子ニ対シ負担セル撫育ノ義務」であって、「子ノ利益ヲ目的」としているとしている⁽²⁹⁰⁾。薬師寺志光『日本親族法論』も、「此の義務は親権者が子に対して負担する私法上の義務にして国家乃至社会に対して負担する公法上の義務ではない」とし⁽²⁹¹⁾、外岡茂十郎『親族法概論』も、「純然タル私法上ノ義務」と明言している⁽²⁹²⁾。また、和田于一『親子法論』も、親権は放棄しえないがゆえに義務であるとするが、私法上の義務であるとも明言している⁽²⁹³⁾。

しかし、上田豊『民法釈義 親族編相続編』は、「親権トハ主トシテ子ノ利益ノ為ニ親ノ子ニ対シテ有スル権利」であるとしながら、義務の点については「国家生存ノ要件」であり、「公益上」の義務としている⁽²⁹⁴⁾。柳川勝二『日本親族法要論』も、「国家カ良民ヲ作ル点ヨリ父母ニ命シタル義務ナリ」としている⁽²⁹⁵⁾。また奥田義人『親族法』では、親権の目的につき、公益の保護が第

(289) 梅・前掲注(278) p. 350

(290) 牧野・前掲注(279) pp. 364-365

(291) 薬師寺・前掲注(285) p. 984

(292) 外岡茂十郎『親族法概論』(敬文堂, 1926年) p. 263

(293) 和田・前掲注(281) pp. 521-522, 526

(294) 上田豊『民法釈義 親族編相続編』(博文館, 1898年) pp. 147-149

(295) 柳川・前掲注(284) p. 346

一、子の利益の保護が第二、親の利益の保護が第三であるとして、公益を第一とする折衷的な説明となっている⁽²⁹⁶⁾。

このように、明治期・大正期の教科書では、意見が分かれていた。しかし概して、子の利益保護のための親権という視点を前面に打ち出しており、国家的視点はまだ微弱であったといえるだろう。しかし、穂積重遠『親族法』では、「今後はむしろ『親義務』として義務の方面から観察した方がよいと思ふ」としながら、「親が子を育てるのは、子に対する義務と云はんよりは、むしろ国家社会人類に対する義務と観念すべきである」とし、「次代の国民の發育につき国家が重大の利害関係を有することが意識されると共に、親権は多少の制限干渉及び援助を国家から受けることとなる」としている⁽²⁹⁷⁾。

このような言説は、イングランドにおいて、戦争国家化への進展とともに、1908年児童法が親責任を強調し、児童を「国家の財産」として利用しようとする帝国主義的な要請が出てきたことを髣髴とさせる。つまりそこでは、「児童を独立の権利主体としてその要求の声を聞いた結果ではなく、国家の最良の利益において家族に介入し、そのかぎりでの権利が承認されたにすぎなかった」⁽²⁹⁸⁾というべきであったのである。

他方、谷口知平『日本親族法』は、法典調査会で社会国家に対する義務ではないかという見解が唱えられたのは、「親権に家長権的な性質或は親の有する権力としての性質を認めることに由来してゐた」のであるが、「今日、親権にかかる権力的な性質を認めることは許されないので、子の保護監督といふ親権制度の目的より見て直接に国家に対する義務性を認めねばならぬ。斯く解するに依て監護教育権行使の限界及び濫用の防止が根拠づけられるのである」としている⁽²⁹⁹⁾。我妻栄『親族法・相続法講義案』も「子を監護教育すべき社会的義務」としている⁽³⁰⁰⁾。これらは、穂積重遠の論とは全く異なって、梅謙次郎

(296) 奥田・前掲注(286) p. 296

(297) 穂積・前掲注(273) pp. 551-553

(298) 川田昇『イギリス親権法史』(一粒社, 1997年) p. 284

(299) 谷口・前掲注(283) pp. 419-420

(300) 我妻栄『親族法・相続法講義案』(岩波書店, 1938年) p. 121

と同一の視点であるが、直接に国家・社会に対する義務と位置づけている。子の利益の直接性を指摘する限り、国家に対する義務と考える必然性はないのではないだろうか⁽³⁰¹⁾。

(3) 子の引渡請求権

子の引渡請求権については、今日も議論のあるところである。子を不法に手許に置く者に対して親権者が子の引渡請求権を行使しうることには異論はない(大判明治34年9月21日民録7輯8巻25頁, 大判大正7年3月30日民録24輯609頁など)。我妻栄は、「監護教育の必要上幼少の子を手許に置くために子の引渡請求権がある」としている⁽³⁰²⁾。

しかしその明文規定がないため、まず子の引渡請求権の法的根拠が問題となる。古山茂夫は、監護教育権に基づいて「不法ニ子ヲ抑留スル者ニ対シ其引渡ヲ請求スルコトヲ得」とし、強制執行もなしうとする⁽³⁰³⁾。判例も、「給付ノ訴ハ目的物カ物ナルニアラサレハ之ヲ提起スルヲ得サルノ法則アルナケレハ幼児ノ引渡ヲ請求スルノ訴モ法律ノ許ス所ナリ」とし、間接強制の方法によることを認めていた(大判大正元年12月19日民録18輯1087頁)。

この法的根拠としては、和田于一は、「子と雖も権利の主体にして権利の物体に非ざるか故に所有権侵害に因つて発生する返還請求権に基いて其引渡を請求するを得ないこと疑」いないが、「其解決は親権又は監護教育権の絶対性に求むる外はない」として、監護教育権から発生する「妨害排除請求権又は権利状態回復請求権」をその法的根拠としている⁽³⁰⁴⁾。また牧野菊之助も、監護教育権の内容として、「他人カ不法ニ幼者ヲ誘拐スルカ如キコトアラハ親権者ハ子ノ返還ヲ請求スルコトヲ得」としている⁽³⁰⁵⁾。他方、柳川勝二は、親権者の

(301) なお、この義務性に関する現行民法の解釈論については、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣, 1994年) pp. 87-89を参照。

(302) 我妻・前掲注(300) p. 124

(303) 古山・前掲注(280) p. 475

(304) 和田・前掲注(281) pp. 563-564

(305) 牧野・前掲注(279) p. 373

居所指定権を根拠とし、「第三者カ恣ニ未成年者ヲ抑留シタルトキハ親権者ハ其親権行使ノ妨害ヲ理由トシテ之カ引渡ヲ要求スルコトヲ得ヘシ」とする⁽³⁰⁶⁾。しかしいずれにしても、これらの立論は、物権的請求権のアナロジーとして考えられており、子の意思等に対する配慮は全く見られなかったといわざるをえない。

しかるに穂積重遠は、「此所謂『幼児引渡請求ノ訴』なるものは、子を所有物扱ひにする考へ方の遺物であつて、面白くない。それは実は親権妨害排除の請求に止まるべきであつて、意思能力のある子が自由意思で他人方に居り其他人に抑留の所為のない場合には、むしろ次の居所指定の問題である」と問題点を指摘した。現に判例では、「被上告人ノ親権ノ行使ヲ妨害スルコト明白ナルヲ以テ、右幼児ノ弁別力ノ有無又ハ其自由意思ニ出デタルト否トニ拘ラズ、被上告人ハ其親権行使ノ妨害ヲ除去スル手段トシテ上告人ニ対シ右幼児ノ引渡ヲ求ムル権利ヲ有スル」としていたのである（大判大正10年10月29日民録27輯1847頁。なお、大判大正12年1月20日民集2巻19頁も同旨）。

もっとも、形式的な法律上の養親が、事実上の養親のもとにある養子がわずかながらも資産を蓄積した段階で引渡請求をした事案においては、「其ノ居住ガ千代（筆者注：現在17歳）ノ意思ニ基クモノナル以上ハ、ヤス（筆者注：事実上の養親）ハ伊三吉（筆者注：形式的な法律上の養親）ノ親権ノ行使ヲ妨害セリト為スコト能ハズ」と判示している（大判大正12年11月29日民集2巻642頁）。基本的に、子の自由意思を中心に据えて考えることが重要である。しかしながら、子の自由意思による居住かどうかについては、子の年齢によっては、判定が相当困難な場合や子が親に操作されている恐れのある場合があることも否定しえない。「この引渡請求についても常に濫用を警戒すべく、行使を認める結果社会に害悪とならないことを限度としてのみ認容されるべき」⁽³⁰⁷⁾という基本認識を据えておくべきであろう。

(306) 柳川・前掲注(284) p. 347

(307) 谷口・前掲注(283) p. 420

(4) 親権の濫用

そこで次に親権の濫用について判例を見ておくこととする。身上監護権の濫用は、前記のように、子の引渡請求という現象形態を示すこととなるが、親権の濫用判例で多いのは、むしろ財産管理権の濫用事例である。明治民法のもとでは、父権が優越的地位を占めていたため、父による子の財産管理権の濫用には歯止めがなかったといわざるをえない。それに加えて、前述したように、「子の福祉のためでなく、夫側の親族が寡婦から親権を奪い、ときには子の財産で甘い汁を吸う目的に用いられていた」⁽³⁰⁸⁾と指摘されたような事情も存したのである。したがって、子の財産管理権の濫用に関する判例は、寡婦による子の財産管理に対する夫側親族からの申立によるものが多いこととなる。

父による子の財産管理権の濫用事例としては、親権者が自己の遊蕩費を捻出しようとしていることを知りながら、子の不動産を抵当に取って金員を貸し渡したという事案につき、「親権者ト取引ヲ為ス第三者ニ於テ親権者ノ行為ガ親権ノ濫用ヲ知リタル場合殊ニ親権者ノ其親権ヲ濫用スルコトニ成功シタル場合ニ於テハ、其行為ハ親権ヲ行フ者其人自身ト第三者トノ直接関係ニシテ親権ニ服スル子ト第三者トノ間ニ為サレタルモノト云フコトヲ得ザル可シ」と判示したものがあつた（大判明治35年2月4日民録8輯110頁）。悪意の第三者は、親権を濫用した親との法律関係は主張しえても、本人である子に対して当該法律行為の有効性を主張しえないという法律構成である。

いわゆる代理人の権限濫用については、現在、民法93条但書を類推適用して、悪意の第三者だけでなく、悪意有過失の第三者を保護しないとの法理が確立しており、親権の濫用にも同法理が適用されている（最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁）。この近年の事案も、寡婦による子の財産管理に関するものであり、当該子が成年に達した後に母親による代理行為の効力を争つたものであつた。ただし、上記判例は、一般的な濫用法理自体は肯定しつつも、親権者の広範な裁量の余地を認め、子に経済的利益をもたらすものでないこと

(308) 西村=椿・前掲注(182) p. 188

から直ちに濫用に当たるとはいえないとしている。

第2節 親権と社会法的規制

1. 親権と公衆衛生制度

明治初期から中期にかけては、急性伝染病が絶え間なく流行して、幼い子供たちの生命を奪っている。明治期中頃の乳児（1歳未満児）死亡率は1000人中約150であったが、明治期末から大正期に入って急激に上昇し、1918年（大正7年）に189.7となった。その後は次第に低下することとなる⁽³⁰⁹⁾。この原因となった急性伝染病とは、疱瘡、麻疹、コレラ、赤痢、疫痢、ジフテリア、発疹チフス、猩紅熱、インフルエンザ、狂犬病などである⁽³¹⁰⁾。

疱瘡に対する牛痘接種法は、前述したように江戸期に実施されていたのであるが（第1章第3節2（1））、1876年（明治9年）には天然痘予防規則が布達され、①生後1年以内に1回及び爾後5乃至7年の間隔で2回種痘を受けるべき義務、②送籍の際の種痘済証提示の義務、③流行時の臨時種痘、④厳格な罰則などを内容とする強制種痘の制度を設けた⁽³¹¹⁾。

これらの強制種痘の名宛人は親であって、身上監護権の一内容たる親の子に対する健康配慮権に対する介入措置であることは疑いない。しかもそれは、個人防衛（子の福祉）としての親権への介入ではなく、集団防衛・社会防衛としての親権への介入であった。集団防衛・社会防衛を理由とする親権の制限に関しては、当時としては異論がありようもなかったであろう。もっとも、この『強制』を基調とした種痘制度はかなり徹底したもので、各地の役場は細大もらさず未痘児を調べあげ、接種に際しては必ず巡査が立ち合い、子どもを手なずけるためにお駄賃として、瓦煎餅をうず高くもりあげてあるなどの苦心をしていた」とされるが、「それでもまだ種痘をすれば角が生えるといった迷信も

(309) 森山＝中江・前掲注(7) pp. 254-255。なお、毛利・前掲注(225) pp. 69-73も参照。

(310) 毛利・前掲注(225) pp. 29-30

(311) 毛利・前掲注(225) p. 37

あとをたたず、100%の実施は困難であった」ともされている⁽³¹²⁾。

急性伝染病に対して予防接種が義務づけられたのは、1948年（昭和23年）の予防接種法によってである。強制種痘と同様に、予防接種の義務化は親権に対する介入と評価することができよう。予防接種に関しては、その有効性と安全性に疑問が呈されることとなり（予防接種禍訴訟）、その義務化は自己決定権を侵害するという憲法問題にまで発展することとなった。予防接種の義務化は、親権の制限との関係では、正当性・妥当性が問題となるにすぎないが、1994年（平成6年）に予防接種法が改正され、義務接種から勧奨接種へと移行したため、少なくとも親権との相克は問題とならなくなったといえよう⁽³¹³⁾。

コレラの場合には、この時期には予防の確実な技術が存在しなかったため、一般的な公衆衛生施策に期待せざるをえなかった。しかし、下水道整備や衣食住の衛生的水準の向上を図るべきであったにもかかわらず、明治政府が富国強兵をすべてに優先させたため、費用を要する施策を敬遠し、海港検疫と病毒侵入後の事後策としての消毒、隔離に重点を置いてしまった。このような環境衛生の軽視が、わが国の公衆衛生の基本的欠陥となっているとされている⁽³¹⁴⁾。その他の伝染病も含む総合的施策としては、1880年（明治13年）に伝染病予防規則を公布している。

中世ヨーロッパに猛威をふるったペストは、1894年（明治27年）に中国広東省域に流行し、1896年（明治29年）にはわが国にはじめて上陸したとされている。このとき、伝染病研究所長北里柴三郎、東京大学教授青山胤道がペスト菌研究に携わっている。そして1898年（明治31年）に伝染病予防法が制定され、コレラ、赤痢、腸チフス、痘瘡、発疹チフス、猩紅熱、ジフテリア、ペストの8種類が法定伝染病に指定されている⁽³¹⁵⁾。

(312) 毛利・前掲注(225) p. 37

(313) この点については、西莖章『予防接種と法』(1995年、一粒社) pp. 1-6, 50-62を参照。

(314) 毛利・前掲注(225) pp. 38-39

(315) 酒井シツ『病が語る日本史』(講談社、2002年) pp. 219-223

2. 親権と義務教育制度

明治政府は、前述したように（第2章第2節2）、1871年（明治5年）に学制を設け、国家目標に即した画一的教育の強制を企図した。しかも、その説明文書たる「学事奨励に関する被仰出書」において、立身出世主義を強調し、それを理由とする受益者負担の論理を導いたのである。学制では、子の不就学を許さず、親には子を学校に出す責務が課せられている。すなわち、子を小学校にやる責務が、親権（学校にやる・やらないの判断権）に優先することが明確にされた。しかし、法制的な意味での義務教育制度は、6～9歳の尋常小学校4年間の就学義務制を創設した1886年（明治19年）の小学校令からであるとされている⁽³¹⁶⁾。そこでの子を小学校にやる義務は、国家に対する義務にほかならない。したがって、国家に対する公法上の義務は、親権という子に対する私法上の義務に優越するのである。

この点について堀尾輝久教授は、義務教育制とは子に対する親の民法上の義務に強制力をもたらしたものにほかならないという原理的理解のもと、「親の義務は、子どもに対する義務ではなく、国家社会に対する義務というすりかえ」が行なわれ、「親権の権利性から義務性への変化は、実は、家族（親）の教育権を奪い教育権を国家に集中するための媒介的意義を負わされた」としている⁽³¹⁷⁾。確かに、天皇制国家の形成を目的とする強制教育は、子に対する親の義務に強制力をもたらしたものでありえない。しかし義務教育制は、「親に就学させる義務を課することによって、親の就学させない自由（抽象的な教育の自由）を否定する契機をふくんでいた」のであり、「制度との関係で課せられる義務は、制度を創始し維持しつつある国家（社会）にむけられている」のであるから、「この義務は、国に対するものと解するほかない」であろう⁽³¹⁸⁾。

(316) 堀尾輝久＝兼子仁『教育と人権』（岩波書店、1977年）p.116、兼子仁『教育法（新版）』（有斐閣、1978年）p.139

(317) 堀尾輝久『現代教育の思想と構造』（岩波書店、1971年）pp.188-190, 306

(318) 奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権（2）』（有斐閣、1981年）所収 p.375。なお、この点については、兼子・前掲注(316) pp.97-98、内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、1994年）pp.90-94も参照。

なお、山崎真秀教授は、この批判を受けて、「義務教育制度自体が『子女』の『教育を受ける権利』充足のために、親・国民の信託によって国が『法律の定めるところにより』定立したものであるから、その『保護する子女』に対する義務を国（制度的には、教育行政の地方自治原則〔地方自治法〕2条に基づき、（中略）市町村・特別区教育委員会）を介して履行する、すなわち、学校をして『子女』の『教育を受ける権利』を充足せしめるための義務、と観念すべき」としている⁽³¹⁹⁾。しかし、国民が国＝教育委員会にそのような信託行為を行なっているというのは、あまりにも擬制的にすぎる。また、その信託行為を選挙を通じてしか撤回しえないというのでは、全く現実性のない理念にとどまるし、どのような国の履行行為についても正当化してしまう危険性もあるのではないだろうか。

それでは、当時の就学率はどの程度だったのであろうか。明治初期では、1873年（明治6年）28.13%、1874年（明治7年）32.30%、1875年（明治8年）35.43%、1876年（明治9年）38.32%、1877年（明治10年）39.88%、1878年（明治11年）41.26%とされているが、実際の出席率では30%前後と考えられている⁽³²⁰⁾。明治中期以降になっても、1889年（明治22年）次の文部省就学率は、男子64%、女子30%、男子完全就学率41%にすぎなかった。1899年（明治32年）次になると、男子85%、女子59%、男子完全就学率75%と上昇し、1903年（明治36年）次には、男子完全就学率が80%を超すとされている⁽³²¹⁾。

しかし、生計をささえる労働力として子を扱った民衆にとって、教育費を負担して子を就学させることに対しては、大きな抵抗を生んだはずであり、学校打壊しも起きたとされている⁽³²²⁾。したがって、学校就学が強制されていたとはいえ、その就学率は非常に低かったといわざるをえない。前述したように

(319) 山崎真秀『憲法と教育人権』（勁草書房、1994年）pp. 65-66

(320) 野本三吉『近代日本児童生活史』（社会評論社、1995年）p. 85

(321) 辻本雅史・沖田行司編『新体系日本史 16 教育社会史』（山川出版社、2002年）p. 297

(322) 野本・前掲注⁽³²⁰⁾ pp. 83-85

(第1章第3節2(2)), 庶民階級は江戸時代においてその内発的な必要性から寺子屋を自然発生させていたのであるが、「近代学校の出発は、寺子屋をそのまま吸収したとはいえ、その成立史と、具体的な学習内容まで含めて考えてみても、農民を中心とした民衆に支持をされない中でスタートしている」⁽³²³⁾と評することができよう。イングランドにおいては、19世紀半ばにケイ・シャトルワースが教育改革を行い、教育に無関心な親たちと闘った。しかし民衆は、シャトルワースの改革に賛同するのではなく、社会統制の色彩のない「おばさん学校(dame school)」を選択したのであって、民衆の内発的な要求を伴わない上からの教育改革の限界を示している⁽³²⁴⁾。わが国でこの「おばさん学校」に相当するものが「子守学校」(保児教育所)であるように思われる⁽³²⁵⁾。

大正期以降になると、「貧困でもなく無智頑迷でもないのに、わが子を学校に通わせない親たちが登場する」とされ、「子どもを大切にしないのではなく、何にも増して子どもを愛し尊重するまさにその故に、子どもを学校に通わせないという両親の出現、還元すれば、従来にない児童観・子育て観をもった親たちの誕生」が見られる。国家強制に従うのではなく、子に対する義務としての親権を自由に行使しようとした画期的な実践であった。これが「大正自由主義教育」あるいは「児童中心主義の教育」と言われる教育運動であり、子どもの自学自習主義を試みたとされている。しかしながら、立身出世主義を信奉する近代日本社会そのものがこのような主義の存続を許さなかったのであり、いずれ消滅していく運命となってしまったのである⁽³²⁶⁾。

3. 親権と児童労働制限

不平等条約改正問題をきっかけとして、児童の身売奉公は表向きには否定されるに至ったが、明治中期の経済変動が女中奉公よりも収入の多い女工へとシ

(323) 野本・前掲注(320) p. 85

(324) 拙稿・前掲注(2) pp. 340-342

(325) 子守学校については、野本・前掲注(320) pp. 87-100を参照。

(326) この点については、上・前掲注(125) pp. 273-283を参照。

フトさせていき、子どもたちを苛酷な工場労働へと駆り立てていった。児童労働のメリットは、安い賃金で労働力が得られることにある。特に10歳前後の子どもが積極的に低賃金で採用された事業分野は、製糸工業、紡績工業、織物工業などの繊維工業であり、これら産業三部門は、工場総数約6割、職工総数約3分の2、女子労働者が多数を占める、わが国における産業革命期の代表的産業であった。

1900年(明治33年)上半期の調査によれば、紡績工場76の職工総数約7万余人であったが、そのうち関西16工場における1901年(明治34年)8月調査では、10歳未満男女計16名(0.06%)、14歳未満男女計2,498名(10.11%)、20歳未満男女計9,050名(36.63%)となっている⁽³²⁷⁾。そして紡績工場の募集規則では、その多数が12歳ないし14歳を最低年齢としており、「この年齢以下の幼者傭使の彼らに不利なることはおのずから明らか」⁽³²⁸⁾であって、現実的な労働力として年少者が求められていたのである。

また製糸工業については、1898年(明治31年)の工場統計によれば、製糸工場総数2,163、職工総数10万7,841名であった。翌年の統計によれば、その男女内訳は女工93%であり、まさに「女工哀史」の世界である。前述した学校就学率の男女差は、労働に従事する男女差を反映している。長野県205工場の年少者内訳は、10歳未満男女計153名(1%)、14歳未満男女計2,189名(16%)、20歳未満男女計6,273名(46%)となっている。ここでも募集最低年齢は13、4歳であり、「生糸工業はその性質上器械よりはむしろ精巧なる手技を主とするものなるが故に、身心の発育いまだ充分ならざるこの年齢以下の幼者を使用するは工場主の利とする処にあらざるなり」と考えられている⁽³²⁹⁾。

さらに織物工業については、1900年(明治33年)の農商務統計表によれば、機業家の戸数37万1,780戸、織機台数77万3,412台、職工総数86万8,544名とされている。このうち10人以上の職工を傭使する織物工場総数1,291戸の

(327) 犬丸義一校訂『職事情(上)』(岩波文庫、1998年) pp.19-21

(328) 犬丸・前掲注(327) p.32

(329) 犬丸・前掲注(327) pp.221-225

男女内訳は女工 86%である。機業同業組合調査によれば、紡績工業・製糸工業とは異なり、14歳未満の女工数は著しく少ない。14歳以上25歳以下の者が大部分を占めている。ただし、徒弟もしくは見習生として労働する年少者は少なくないが、雑用に従事しているのであって機織を任せられるのは14、5歳からであるとされている⁽³³⁰⁾。

明治期における年少労働者の悲惨な労働状態については、『職工事情』や『日本の下層社会』などによって知ることができる。製糸女工の状況については、映画化された『あゝ野麦峠』⁽³³¹⁾からも知ることができよう。しかしここでは、女工に娘を出す親の状況について見ておくこととする。『日本の下層社会』には、「女工となるは多くは、其日の生活だにも堪へ得ざる貧家の児にして、其の父母は必竟生活に幾分の補助を貪らんが為に工女とせるのみ。憐む可き哉、一家の犠牲となれる者よ」⁽³³²⁾と記されている。

なお、製糸女工の実態については、官営模範工場として建設された富岡製糸場に赴いた和田英の『富岡日記』という貴重な記録もある。著者は、信州松代の旧藩士で当時の区長の子であり、家計のために富岡製糸場に赴いたものではなかった。県庁から1区につき16人ほど製糸場に出すべしという県庁の達しに対し、「血をとられるのあぶらをしぼられるのと大評判」になってしまい、「区長の所に丁度年頃の娘が有るに出さぬのが何よりの証拠だ」という噂を打破するための行動であった⁽³³³⁾。したがって、富岡製糸場に集まった女工は、農家の娘たちだけでなく、士族の娘たちでもあったのである。確かに工場内では、差別待遇や生活の圧迫もあったであろうが、まだ著しく苛酷な状態には至っていなかったといえよう。それが著しくなるのは、民間企業の利潤追及が激化してからのことである⁽³³⁴⁾。

(330) 犬丸・前掲注(327) pp. 291-307

(331) 山本茂実『あゝ野麦峠』(角川文庫, 1977年)。なお、この点については、西村信雄「近代日本における『親権』の歩み」『戦後日本家族法の民主化 下巻』(法律文化社, 1991年)所収 pp. 424-499に詳しい。

(332) 横山源之助『日本の下層社会』(岩波文庫, 1949年) p. 103

(333) 和田英『富岡日記』(中公文庫, 1978年) p. 11

(334) 楫西光速・帯刀貞代・古島敏雄・小口賢三『製糸労働者の歴史』(岩波新書, 1955年) pp. 17-26を参照。

大正期における女工の状態については、『女工哀史』や『製糸女工虐待史』などに詳しく描かれている。『女工哀史』では、女工募集人が親権者から前貸金（支度金）と引換に承諾書を差し入れて、子を女工に出すことが具体的な資料とともに紹介されている。そして、「五拾円や百円の端た金を先借して可愛い娘を女工にやる親も親なら行く子も子、そうせねば誰もが立ち行かぬ社会も社会だ。ああ——と歎息のほかはない」と慨嘆している⁽³³⁵⁾。『製糸女工虐待史』では、「或る百姓家に一人の娘があるとする。其の娘を唯だ家に置いて働かしても女の子であるから食物でも喰ふ位でロクな仕事の手助にもならぬ。其の娘を工場に出せば年末に、例え僅かにしろ纏た金を稼いでくる。（中略）（親の）借金は殆んど娘が工場から稼いでくる金を当にしてゐるのである」⁽³³⁶⁾と記している。

上記のように、児童労働は主として家計補助のために行なわれたのであり、児童労働を制限することは、親権と対立する契機を有する。イングランドにおいては、人道主義的な児童労働の禁止という理念と成人労働者の就業確保という現実的要請とが利害一致したことから、工場法制定による児童労働の制限と親権とがさしたる軋轢を生じることがなかった⁽³³⁷⁾。しかしわが国では、産業資本による利益追及の要請が圧倒的な力を持っており、1887年（明治20年）の「職工条例案」及び「職工徒弟条例案」以来、紆余曲折に30年近い年月を費やした⁽³³⁸⁾。その過程における議論では、産業資本側の有識者から、「児童労働の禁止と労働時間の制限は労働者に深刻な苦痛をもたらすであろうと、あたかもこうした状態が労働者にとって大きな恵みであるかの如く」主張されたのである⁽³³⁹⁾。まさに恥ずべき歴史だといえよう。そして1911年（明治44年）、

(335) 細井和喜蔵『女工哀史』（岩波文庫、1954年）pp. 92-99

(336) 佐倉啄二『復刻 製糸女工虐待史』（信濃毎日新聞社、1981年）pp. 29-30

(337) 拙稿・前掲注(2) pp. 310-315

(338) この経緯については、沼田稻次郎「労働法」鶴飼信成ほか編・前掲注(180) pp. 240-250、小林端五『工場法と労働運動』（青木書店、1965年）pp. 239-286を参照。

(339) 高野房太郎（大島清・二村一夫編訳）『明治日本労働通信』（岩波文庫、1997年）p. 161。なお、この点について詳しくは、小林・前掲注(338) pp. 239-251を参照。

ようやく工場法の成立を見ることとなり、就業年齢の制限規定（2条：12歳未満の就業禁止）、児童労働時間の制限規定（3条：15歳未満12時間）、児童の夜間労働禁止規定（4条：15歳未満午後10時から午前4時までの就業禁止）、児童の危険業務への就業禁止規定（9条、10条）などが定められることとなった。

ところが工場法には、さまざまな抜け道が用意されており、結局、「ザル法」であったといわざるをえない。就業年齢の制限規定には、「但し本法施行の際10歳以上の者を引続き就業せしめる場合はその限りに非ず、また行政官庁は『軽易ナル業務ニ付』いては10歳まで許可できる」旨の例外を設けていた。また、児童労働時間の制限規定にも、「本法施行後15年間を限り2時間以内の延長を認む」との例外を設けていた。さらに、工場法が常時15人以上の職工を使用する工場にのみ適用され、職工15人未満の零細企業には適用されないものであった⁽³⁴⁰⁾。しかも、1923年（大正12年）の工場法改正によって、一方で、工場法の適用範囲を10人以上使用工場に拡張し、最低就業年齢は14歳になり、就業時間制限も11時間へと短縮したが、他方で、就業年齢制限の14歳への上昇にも「12歳以上の者で尋常小学校修了者」を例外とする規定を設け、深夜業禁止規定を削除した。まさに、「繊維資本家に奉仕することを止めない」状態が続いたのである⁽³⁴¹⁾。すなわち、国民に対し、「天皇の赤子」として国家への忠誠を求めながら、産業資本の苛酷な要求に対しては保護しようとしなかったのが、「家族主義的国家」の実態にほかならなかったのである。

第4章 日本文学における明治期の親権概念

はじめに

本章は、前章までに検討した親権概念について、明治期の日本文学を題材と

(340) 以上につき、沼田・前掲注(338) p. 43を参照。

(341) 以上につき、沼田・前掲注(338) pp. 262-263。なお、この点については、土穴文人『戦前期労働法制論』（創成社、1983年）pp. 289-291も参照。

して、その様相を検証してみようという試みである。親子関係に関する法意識は、政府の統計や記録に表現されるものではない。しかし、正式な文献記録はなくても文芸作品は存在する。特にいわゆる明治の文豪たちは、自伝的な小説を書き残していることも多い。また、同時代の小説は、「日本人の精神と生活のもっとも偽りの少ない鏡」⁽³⁴²⁾でもある。もっともそこには、当然に限界もある。文士は裕福な生活を送れなかったかもしれないが、やはり中産階級以上の出身がほとんどである。ルポルタージュ的作品があれば対象範囲を拡大できようが、それもあまり期待できない。たとえば、夏日漱石『坑夫』はルポルタージュ的作品ではあるが、主人公とその親との関係が悪いことは窺われても、親子関係そのものの記述は一切出てこないのである。

また明治初頭には、文芸作品によって家庭内における日本人の精神と生活を推し量ることが困難である。明治初頭には仮名垣魯文や成島柳北などが活躍したが⁽³⁴³⁾、当時の作品は江戸以来の戯作・戯文の枠を出ていない。特に戯作は、「いずれも新時代にたいする本質的な理解を欠き、しかも一方においてそこに盛られた諷刺や否定は浅薄なもので、その卑俗な滑稽は、毒にも薬にもならぬ娯楽以外のものでな」⁽³⁴⁴⁾かった。「明治小説の歴史がここから始まる」⁽³⁴⁵⁾とされる坪内逍遙『当世書生気質』が発表されるのは、明治18年のことである。したがって、いわゆる民法典論争が巻き起こったころからの作品を対象として検討せざるをえない。他方、明治民法の施行は、明治31年である。もちろん、民法施行だけが絶対的な影響を与えたものではないが、前章で検討したように明治民法が家制度の枠組みを許容したことは否定しえないはずである。そこで本稿は、明治20年代を中期、明治30年以降を後期として、文学作品の中に現

(342) 中村光夫『日本の近代小説』(岩波新書, 1954年) p.1

(343) 仮名垣魯文については、坪内祐三編『明治の文学第1巻 仮名垣魯文』(筑摩書房, 2002年)、成島柳北については、『柳橋新誌』(日本近代文学館, 1971年復刻)を参照。

(344) 中村・前掲注(342) p.15。ここでは、文芸作品としての価値を問題としているのではなく、その歴史的史料としての価値を問題としているものである。

(345) 中村・前掲注(342) p.33

れる親子関係について検討しようと思う。

明治前期には、親子間の葛藤が必ずしも文学的テーマとなっていない。それが本格的に文学的テーマとなってくるのは、明治後期になる。すなわち、永井荷風や志賀直哉を待たなければならない。自由主義的な西欧の文化を受け入れる体制ができてきたにもかかわらず、逆に封建主義的な家制度が強化されたのが明治民法施行後であるからではないか。すなわち、近代的な自我と封建主義的な服従規範とが軋轢を生み、そこにおける葛藤が文学的テーマとして登場するに至ったからではないだろうか。したがって、わが国における明治期の小説や自伝を題材とし、それに明治期の日記や記録を補助的に利用して、わが国における親権に対する法意識の変遷をたどってみたい⁽³⁴⁶⁾。

ただし前述したように、小説や日記を題材とすることは、読み書きが可能な学識ある中流階級の作成した資料に限られるという限界がある。これは、フィリップ・アリエスの方法を批判した L. A. ポロック自身も認めていることである⁽³⁴⁷⁾。明治期のわが国における文盲率は非常に低かったようであるが、それでも小説や日記の作者の出身階層は中流階級までにほぼ限定されており、下層階級あるいは最下層階級にはほとんど及んでいないといわざるをえない⁽³⁴⁸⁾。外国人の記した日記などについても、その多くの観察は下層階級あるいは最下層階級には及んでいないのであって、同様なことが言えるだろう。したがって、オールコック以来の「日本は子どもの天国」という言説も割り引いて考えなければならず、そのような言説をもって徒に過去を讃美するのは妥当ではな

(346) なお、文学作品を素材として家族関係を検討したものとしては、玉城肇「明治文学に現はれたる『家』の問題——その一、その二」『日本家族制度批判』（福田書房、1934年）所収、瀬沼茂樹『近代日本文学のなりたち——家と自我』（河出書房、1951年）、佐古純一郎『家からの解放——近代日本文学にあらわれた家と人間』（春秋社、1959年）、川本彰『近代文学における「家」の構造』（社会思想社、1973年）、潮見俊隆＝阪本美代子「近代日本文学における家族」福島正夫編『家族 政策と法 7 近代日本の家族観』（東京大学出版会、1976年）所収などがある。

(347) ポロック（中地克子訳）『忘れられた子どもたち』（勁草書房、1988年）p. 158

(348) 1893年（明治26年）頃の東京における下層階級あるいは最下層階級の生活実態については、松原岩五郎『最暗黒の東京』（岩波文庫、1988年）などを参照。

い⁽³⁴⁹⁾。ここでの問題は、子どもを愛護し尊重したという事実が過去に存在したかどうかではなく、それを保障すべき法的枠組みが過去に存在したかどうかなのである。

そうだとすると、たとえ限定された素材に頼らざるをえないにしても、そのような視点から明治期の親権の存立構造を考察しておく意味が認められるであろう。なお、本稿における小説の取扱いについては、次のような方法によることとする。まず、自伝的小説である場合、その発表・刊行年次ではなく、小説に記載された過去の時期の意識を反映しているものとして、作者の成年から記載された時期に遡って取扱うこととする。次に、自伝的小説ではない場合、その発表・刊行年次の意識を反映しているものとして、発表・刊行年において取扱う。最後に、随筆や日記などについては、記載された時期の意識を反映しているものとして、記載された年において取扱うこととする。

第3節 明治中期における親権

1. 明治中期における孝の観念

明治民法における親権は、報恩に基づく孝の原理に基づいている。つまり、明治民法における家父長的権力の原理は、養育など親の抽象的な恩に対する無条件の服従が子に強制される関係であった⁽³⁵⁰⁾。しかし封建的臣従の原理は、恩惠的封の贈与に対する反対給付としての奉仕を約束する契約関係である。すなわち、封建性の原理たる「忠」と家制度の原理たる「孝」とは、全く異なる次元の価値であったにもかかわらず、明治政府は天皇制を中核として忠を孝の

(349) その一例として、渡辺京二『逝きし世の面影』（平凡社ライブラリー、2005年）pp. 387-426を参照。外国人による観察例については、上記理由から本稿では網羅的に引用することはしないが、同書が多くの言説を引用している。なお、同書については、「インテリの日本嫌いに愛想をつかしたらしい石原慎太郎氏」が「高く評価」しているとのことである（平川祐弘氏による同書解説 p. 594）。この対極に位置するものとして、佐古・前掲注(346)を挙げておく。

(350) 川島武宜・前掲注(244)所収 pp. 88-125

原理に同一化させ、忠孝一本に再編成していったのである。

当初の明治政府は欧化政策を採用していた。子供たちは漢学塾（私塾）へと通わされていたが、そこでは「忠君愛国の講義を判で押したように説いていた」のであり、「書生の教養はむしろこの漢学塾の躰けに繋がっていて、時の政府の教育方針は、欧化主義に迄って行ってしまった」と批判され、「漢学塾が明治学生に忠孝を鼓吹していたことは、忘れることはできません」と回顧されている⁽³⁵¹⁾。つまり、明治政府が欧化主義から忠孝原理に方向転換しても、民衆の側にそれを受け入れる素地があったのであろう。そのために当時の子供たちは、「能書家であり、従順な生徒であり、敬虔な息子であり、規律正しい臣民であり、古代の讚美者であり、健全だが活気のない孔子の道德の徒であり、礼儀正しく、形式主義者で、規律正しく、確かに世界中で最も統治しやすい国民を構成していた」⁽³⁵²⁾のである。それでは、明治中期における文学では、孝という観念についてどのように書かれていたのであろうか。

1887年（明治20年）に発表された二葉亭四迷（1864年（元治元年）生）の『浮雲』では、主人公の文三が「親より大切なものは真理」というお勢の言葉に感動するシーンがある⁽³⁵³⁾。しかし、文三はお勢に対して、「もうおっかさんと議論することはやめてください、私のために貴嬢を不孝の子にしてはすまない」⁽³⁵⁴⁾とも述べている。これに対して文三のライヴァルたる昇は、「何も足腰さするばかりが孝行じゃあない、親を人によく言わせるのも孝行サ」⁽³⁵⁵⁾と述べている。文三の言説は、従来からの不孝観を述べているが、昇は1871年（明治4年）に刊行された『西国立志編』（中村正直訳）における功利主義的な孝の観念を開陳している。

もっとも、これらの言説が必ずしも当時の通念であったわけではない。作者

(351) 篠田敏造『明治百話（上）』（岩波文庫、2005年）pp.131-133

(352) ブスケ（野田良之・久野桂一郎訳）『日本見聞記2』（みすず書房、1977年）p.

389

(353) 二葉亭四迷『浮雲』1967年旺文社文庫 p.30

(354) 二葉亭四迷・前掲注(353) p.64

(355) 二葉亭四迷・前掲注(353) p.76

が「与えられた体制と秩序とにたいする鋭い対立感」⁽³⁵⁶⁾を表現せんとしたものであろう。作者である二葉亭四迷も、「昇、文蔵（筆者注：正しくは文三）、お勢などには新思想を代表させてみた」⁽³⁵⁷⁾と述べている。しかしフィクションとはいえ、お勢の言葉である「親より大切なものは真理」と堂々と書き連ねることのできた時代であった。つまり、明治中期においては、家制度に基づく孝のイデオロギーはそれほど支配的ではないのであって、文三の言説にはその反映が見られるとしても、多様な孝の観念が存在したことを物語っているといえよう。

二葉亭四迷らが筆を絶った後、欧化主義に対する反動として起こった国粹主義運動を背景として、尾崎紅葉、山田美妙、石橋思案、丸岡九華らによって硯友社が結成されたが、彼らの小説も儒教の倫理観を打ち出すものではなかった。たとえば、1888年（明治21年）に出版された山田美妙の『夏木立』では、「仇を恩」などにごく一般的な倫理観は示されているが、「籠の俘囚（とりこ）」では親子間の愛情自体が「孝行」と呼ばれているにすぎない⁽³⁵⁸⁾。また、1892年（明治25年）に出版された巖谷小波の『當世少年氣質』でも、子にひたすら甘い親は頻繁に登場するが、子の親に対する報恩は全く出てこない。親に対する「孝心」は一度出てくるが⁽³⁵⁹⁾、ここでもやはり一般的な親子間の愛情を示しているにすぎない。

1909年（明治42年）に発表された『キタ・セクスアリス』では、森鷗外（1862年（文久2年）生）がその少年時のこととして「いかにも親孝行はこの上もない善い事である。親孝行のお蔭で、性欲を少しでも抑えて行かれるのは結構である。しかしそれを為し得ない人間がいるのに不思議はない」⁽³⁶⁰⁾と述べている。ここでも、親孝行と性欲とが同一次元で対比しているのであり、まさに孝という観念が多様に取り扱われていたことが窺われる。この小説は明治

(356) 小田切秀雄『二葉亭四迷』（岩波新書、1970年）p. 113

(357) 二葉亭四迷・「作家苦心談」前掲注(353)所収 p. 224

(358) 山田美妙『夏木立』（日本近代文学館、1971年復刻）p. 37

(359) 巖谷小波『當世少年氣質』（京文堂書店、1892年）ほるぶ出版復刻版 p. 52

(360) 森鷗外『キタ・セクスアリス』1949年新潮文庫 p. 65

42年7月1日発行の「昴」第7号に掲載されたのであるが、月末にはこの小説のために発売禁止の処分が付せられた。しかし、その発禁処分はポルノグラフィとしてであり、性欲と親孝行とを同じ次元で論じたことに対する禁止処分ではなかった。もっとも、現実の鷗外は、母親に対して絶対服従の姿勢を貫いていたようである⁽³⁶¹⁾。

2. 明治中期における教育監護と躰け

幕末の水戸における家庭内教育について貴重な記録がある。山川菊栄『武家の女性』であるが、そこでは、「家を尊ぶ建て前から、息子の躰けについては、学校と母親に任せておく者の多い今の父親より、当時の父親の方が熱心でした。というより男児の躰けは、父親の受け持ちであったという方が適当かも知れません」「若い間は主君はもとより、お客や上役の給仕をすることもあるので、いつ、どこへ出てもまごつかぬように、平生からしつけられるのでした」「女の方は己れを空しゅうして人に仕えるという、犠牲と服従の精神を涵養する点に重きがおかれ、女は大事にしてはいけない、粗末に育てよということになっていました」「ともかくも女たちが家庭で得た多少の教養や技術は、この大きな変革期（筆者注：維新のこと）の荒波を漕ぎぬけて、自分を救い、家族を救う上にも役立てば、新しい時代を育てる教育者の任務を果す上にも、大きな力となったのでありました」と記述されている⁽³⁶²⁾。すなわち、子女の躰けについて論じてはいるものの、そこで指摘されているのは、躰けというよりむしろ職業教育なのである。

この点について柳田國男は、「家族の構成の今よりもずっと複雑であったころには、秩序の道徳は法則として励行する必要があった。家の躰がしばしば懲罰の制裁を伴うたのもそのためであったが、家が親子だけになればもうそのままでするには及ばず、第一に問題の起こることもなかった」とし、「子女をめいめいの後の生活に適するように育てることは、以前ももちろん親々の本務では

(361) 小堀杏奴『晩年の父』（岩波文庫、1981年）p. 202

(362) 山川菊栄『武家の女性』（岩波文庫、1983年）pp. 179-184

あったが、いかんせん彼らの勤勞の用途は始めからはなはだ制限せられていた」のであって、「奉公はすなわち彼らの教育権の委讓であった」と指摘している⁽³⁶³⁾。

また宮本常一は、次のように指摘している。「娘は年頃になるとたいてい家を逃げ出す。そして町の方へ奉公に行くのである」それは、「もと米のほしかつた島に、明治に入ってもっともほしいものが金に変わってきたことに大きな理由があると思う。つまり明治10年から17, 8年にわたる窮迫というものが、島の人たちの骨身にこたえて金をほしがるようにさせたらしい」だから「出奔の形式をとった」。しかし、女中奉公よりも女工の方が収入の多いことに目をつけるように」なり、「村へ女工勧誘員がくるように」になると、「出奔形式から親の承認の形で出て行く有様になった」⁽³⁶⁴⁾のである。すなわち、明治中期の経済変動後には、ライフサイクルとしての奉公の意味が変化し、ここでは親の教育権の委讓どころか、経済性を求めて、子の自由意思による家庭外への移動が始まっているのである。

ただし、宮本常一は別の箇所では家庭内における教育についても指摘している。「母の子に対する教育は、子がよく働く人になってもらうことだけではなく、次には神を敬う人たらしめることであった」のに対し、「父と子の縁はうすい」のは、「父親が子を可愛がらないからではなく、父の子に対する躰の範囲が母とちがっていたからである。父の場合はその仕事を主として教え込んだのである」⁽³⁶⁵⁾したがってここでも、家庭内の教育は職業教育を意味しているのであり、躰けそのものではなかったのである。

もとより、江戸時代の教育については、武士階級では、各家庭ではもはや武芸・立居振舞などを計画的に教育しえなくなってきたため、この必要にうながされて諸藩が建営したのが藩校であるとされている。これに対し、庶民階級では、生産力の増強や流通機構の整備に伴って読み書きそろばんが必須不可欠と

(363) 柳田國男『明治大正史 世相篇(下)』(講談社学術文庫, 1976年) pp. 83-84

(364) 宮本常一『家郷の訓』(岩波文庫, 1984年) pp. 23-32

(365) 宮本・前掲注(364) p. 86, 101

なったため、自然発生したのが寺子屋（手習所）であるが、習字という学習作業をとおして生活全般にわたる道徳的な躰をも実施していたとされている。すなわち、武士階級にしても庶民階級にしても、躰けという機能は早くから外部化していたのであって、家庭内教育の機能は職業教育に特化していたといえよう。

したがって、「昔は家庭のしつけがちゃんとしていた」というイメージは当てはまらないのであって、それは家父長制による厳格な孝のイデオロギーが浸透した後のイメージであろう。明治初頭から中期における家庭内では、厳しい職業教育は行われたものの、むしろそれ以外の面では基本的に放任されていたと言って過言ではないだろう。それは、「親が明確な意図を持って〈教える—教えられる〉関係を子供との間に持とうとする文化が希薄であった」⁽³⁶⁶⁾と評することができる。明治期になっても、子どもは漢学塾（私塾）へと通わされたのであるが、「祖父母と両親とで、他人の飯を喰わさないと、人間の味が出ないといった訳で、ところてんのように押出された」⁽³⁶⁷⁾ようである。そうだとすると、道徳的な躰けであれ職業教育であれ、親によって家庭内で行われた教令違反に対する懲戒権の内容が問題となつてこよう。これについては、項を変えて論ずる。

なおそうは言っても、それぞれの具体的な家庭では、親の子に対する監護のあり方がさまざまであったであろうことは想像に難くない。医師であった森鷗外は、後述するように道徳的には子を全くといっていいほど「叱らない父親」ではあったが、衛生面では厳しかったらしい。娘である小堀杏奴は、「父は驚くべき潔癖と衛生思想を持っていた。（中略）私たちは子供の頃からどのくらい衛生についてはきびしく仕込まれたか解らない」⁽³⁶⁸⁾と指摘している点が興味深い。

(366) 広田照幸『日本人のしつけは衰退したか』（講談社現代新書、1999年）p.30。なお、本段落の記述は、同書 pp.25-32 を参考としている。

(367) 篠田・前掲注(351) p.127

(368) 小堀・前掲注(361) p.174

3. 明治中期における懲戒権の行使

広津柳浪は、1861年（文久元年）生まれであるが、表題どおりにその幼時を描いた「幼時」は、柳浪が8歳当時（明治2年頃）の話であることとなる。「幼時」は、1898年（明治31年）11月「太陽」に掲載された。そこでは柳浪が何の罪もない女兒に対し、自分の命令に反して無礼であると小刀で切りつけたが、伯父からその責任を問われて「腹を切れ」とも言われる。しかし結局は、母親から、翌日まで「裏の竹藪の隅に在る味噌蔵の内に自分を入れて、外から錠を掛けられて了った」だけに終わっている⁽³⁶⁹⁾。

広津家は元久留米藩士であり、そこには江戸時代における武家の養育意識がそのまま反映されているはずである。「維新になって、政治、社会体制は急変したけれども、家庭内での子のしつけには、それほどの変化があったとみない方が妥当であろう」⁽³⁷⁰⁾からである。そうすると、やはり武家では自尊心を求める養育がなされ、体罰はあまりなされなかったのであろう。これは、藩校において適用される罰が、放課後の居残りや掃除が最も一般的であって、体罰が実施されたことが稀であったとされていることとも符号する。

樋口一葉（1872年（明治5年）生）の「たけくらべ」は、1895年（明治28年）に発表されたが、女兒に対するものではあるが、そこでも「親でさへ頭に手はあげぬ」として身体的懲罰がなかったことを示している⁽³⁷¹⁾。これは、16世紀のフロイス以降、明治期のお雇い外国人たちが指摘してきた内容と合致している。しかしだからといって、それが子どもにとって天国であったとはいえない。後述するように、この時代には、子を売ることも倫理的な悪とは考えられていなかったのであって、体罰がなかったからといって、子どもの権利が尊重されていたわけではない。前者は後者の必要条件ではあるが十分条件であるわけではないのである。

(369) 坪内祐三編『明治の文学第7巻 広津柳浪』（筑摩書房、2001年）pp. 329-336

(370) 有地・前掲注(242) p. 29

(371) 樋口一葉『にごりえ・たけくらべ』（新潮文庫、1949年）p. 92

さらに森鷗外は、子どもに対して懲戒権を一切行使しない。小堀杏奴によれば、父鷗外は、『勝手にしろ』は父がいつも最後にいう言葉で、後は苦い顔でじっと本を見つめている⁽³⁷²⁾という存在であった。それに対して、鷗外の妻が懲戒権を行使しているのである。しかしその方法は、広津柳浪の場合と同様、「お蔵に入れる」という方法であった。「弟は駄々をこねて母にお蔵へ入れてしまおうとって脅かされていたものである」「母に叱られてお蔵に入れられそうになる」などの表現が頻出する⁽³⁷³⁾。

また室生犀星（1889年（明治22年）生）は、『幼年時代』『性に眼覚める頃』⁽³⁷⁴⁾をいずれも1919年（大正8年）に発表しているが、父親との関係にも触れており、ここでも登場するのは「やさしい父親」であって、犀星の父親が宗教者であることを差し引いても、全く子を叱責しない父親像が描かれている。さらに徳富蘆花（1868年（明治元年）生）は、1900年（明治33年）に発表した『思出の記』において、父は「あまりやさしかつた」のであって、「僕は父を愛して、母を敬した」と述べている⁽³⁷⁵⁾。

これに対して、庶民階級では、体罰もなされていた。江戸時代における庶民階級での躰けは、寺子屋に外部化されていたのである。したがって寺子屋においては、武士階級の藩校とは異なり、体罰が行われていた。罰の対象となるのは、「不品行にして他人に妨害を加ふる者」「怠惰にして学業未熟なるもの」「喧嘩争論するもの」「他人を欺き若くは盗するもの」などであったが、「謹慎」（師匠のかたわらでの正座）、「茶碗と線香」（右手に線香、左手に水を満たした茶碗を持たせての正座）、「鞭撻」（竹竿で手足を打つ）などの体罰も行われたとされている⁽³⁷⁶⁾。明治15、6年当時の私立小学校も、寺子屋の遺風を守っており、「うっかり怠けると煙管の雁首でばかり、悪戯がばれると尻をまくって竹

(372) 小堀・前掲注(361) p. 90

(373) 小堀・前掲注(361) p. 110, 118

(374) 室生犀星『幼年時代・あにいうと』（新潮文庫、1955年）、『性に眼覚める頃』（新潮文庫、1957年）

(375) 徳富蘆花『思出の記』（新潮社、1928年）pp. 8-9

(376) 沖田・前掲注(116) p. 40

杖で二十三十の叩き放し」であったとされている⁽³⁷⁷⁾。

1878年(明治11年)に英国から旅行として来日したイザベラ・バードによれば、村の学校における体罰について、教師からは「学校に居残りをさせることだけが現在用いられている処罰である」との説明を受けたようであるが、「悪い行いをすれば処罰として鞭で膝を数回殴られるか、あるいは人差指にモクサ(もぐさ)をつけて軽くお灸をすえられる」というものであった。そして、「これは今も行なわれる家庭内の懲罰である」と述べている⁽³⁷⁸⁾。もっとも、バードは、わが国の子育てについて、「私は、これほど自分の子どもをかわいがる人々を見たことがない。(中略)他人の子どもに対しても、適度に愛情をもって世話をしてやる」と観察している。また、子どもたちについては、「子どもたちは、私たちの考えからすれば、あまりにもおとなしく、儀礼的にすぎるが、その顔つきや振舞いは、人に大きな好感をいだかせる。(中略)彼らは子どもというよりはむしろ小さな大人というべきであろう」⁽³⁷⁹⁾と述べている。

谷崎潤一郎(1886年(明治19年)生)は、1917年(大正6年)に発表された自伝的小説「異端者の悲しみ」の中で、自分を起こすのに足蹴にしたとして、父親のことを「何と云う無教育な人間」「荒っぽい、野蛮な人間」と評している。また別の時には、「邪慳に章三郎の手頸を掴んで、腕が抜ける程引っ張り挙げた」のであり、「親父はいきなり章三郎の胸ぐらをこづいて、蛸谷(こめかみ)の辺を力まかせにぽかっとなげつけるのが、殆んど一つの慣例になっていた」ともされている⁽³⁸⁰⁾。他の小説にも折檻という表現は頻出しており、体罰が全くなかったわけではもちろんないだろう。谷崎家では、経済的に磊落してしまっており、そこに描かれている生活実態は下層階級のものに近いであろう。つまり、躰けという機能を外部化した家庭では体罰があまりなかったようであるが、外部化できなかつた家庭では体罰も行われていたのであって、体罰

(377) 山本笑月『明治世相百話』(中公文庫, 1983年) p. 15

(378) イザベラ・バード(高梨健吉訳)『日本奥地紀行』(平凡社ライブラリー, 2000年) p. 120

(379) バード・前掲注(378) pp. 131-132

(380) 谷崎潤一郎『刺青・秘密』(新潮文庫, 1969年) pp. 140-141, 146, 187

の有無だけで子どもの福祉を図るわけにはいかないのである。

4. 明治中期における親権の帰属と内実

まず明治中期における親権の帰属についてはどうだったか。当時の慣習法では、離婚の場合の親権者は、男児は父、女児は母とされることが多かった⁽³⁸¹⁾。離婚の場合における子の親権の帰属については、樋口一葉（1872年（明治5年）生）がいくつか書いている。1895年（明治28年）に発表された「にぎりえ」によれば、「太吉（筆者注：息子）は私につくといひまする、男の子なればお前も欲しかろうけれどこの子はお前の手には置かれぬ、何処までも私が貰って連れて行きます」と主人公が主張している。また、同年に発表された「十三夜」では、「離縁を取って出たが宜いか、太郎（筆者注：息子）は原田（筆者注：夫）のもの、其方は斎藤の娘、一度縁が切れては二度と顔見にゆく事もなるまじ」とされている⁽³⁸²⁾。

すなわち、後者によれば、離婚した場合の男児の親権者は父親であり、離婚して縁の切れた母親は二度と男児と会うこともできないとされている。しかし、前者によれば、男児であっても、父親が納得しようがしまいが、子供の意思に基づいて母親を親権者と決定することができるかと読める。もっともそれは言葉上の問題であって、そこまで子の意思が尊重されたわけではないだろうが、同書の他の文脈からは、父親の納得づくであれば男児の親権者を母親とすることにも問題はなかったようである。したがって、離婚の際に子の親権者を決定するに当たり、父親と母親との間で熟談が行われる余地もあったことは否定しえないように思われる。

明治20年代をリードした「紅露遺鷗」の一人、幸田露伴（1867年（慶応3年）生）は、「少年時代」で幼児期のことを書いており、「朝も晩もいろいろの事をさせられたのは、其頃下女も子守も居なかったのに、御父様は昼は家に居られないし、御母様は私の下に妹やら弟やらを抱へて居られたのでしたからは

(381) 風早八十二解題『全国民事慣例類集』（日本評論社、1944年）を参照。

(382) 樋口一葉・前掲注(371) p. 44, 62

非もない事でした」と述べているのであるが、眼病の灸治療に連れていく役割を担っているのは父親である⁽³⁸³⁾。より小さな弟や妹がいたからではあろうが、養育担当についても、離婚の場合と同様に男児は父・女兒は母とされていたのであろうか。

それでは、明治中期における親権の内実はどのようなものだったのだろうか。1912年（大正4年）に発表された夏目漱石（1867年（慶応3年）生）の自伝的小説『道草』には、次のくだりがある。漱石が養子先から実家に帰ったことであるから、9歳頃（明治8年頃）のことだろう。「実家の父に取っての健三は、小さな一個の邪魔者であった。何しにこんな出来損いが舞い込んで来たかという顔付をした父は、殆んど子としての待遇を彼に与えなかった。今までと打って変わった父のこの態度が、生の父に対する健三の愛情を、根こそぎにして枯らしつくした」「実父から見ても養父から見ても、彼は人間ではなかった。寧ろ物品であった。ただ実父が我楽多として彼を取り扱ったのに対して、養父には今に何かの役に立てて遣ろうという目算があるだけであった」⁽³⁸⁴⁾

このような親子関係のあり方は、庶民階級では江戸時代から一般的でもあった。合理的な理由さえあれば、子売ることも倫理的な悪とは考えられていなかった。1872年（明治5年）に日本政府に招聘されてフランス法教育に携わったブスケは、「苦境にある父や母はその娘を売るが、法律はそれに文句をつけるべきものとは思わない。この契約を無効にしようとしたり、『ヨシワラ』（吉原）の嘆かわしい女の募集方法をやめさせようとする企てがあったが、いずれも無駄だった。この慣習は今日に至るまできわめて強固である。貞潔で献身的な処女が、その父を貧困から救いだすためにまたはその婚約者の負債を払うために進んで苦役に身を投ずることが、小説には飽きるほど繰り返されている」⁽³⁸⁵⁾と述べている。このような小説の一つが、1890年（明治23年）に読売新聞に

(383) 幸田露伴「少年時代」『作家の自伝 81 幸田露伴』（日本図書センター、1999年）所収 p. 8, 16

(384) 夏目漱石『道草』（新潮文庫、1951年）pp. 236-238

(385) ブスケ（野田良之・久野桂一郎訳）『日本見聞記 1』（みすず書房、1977年）p. 94

連載された尾崎紅葉『おぼろ舟』⁽³⁸⁶⁾である。

以上は子の売買（人身売買）に近い実態であったが、明治中期には子の賃貸借も行なわれていた。1887年（明治20年）には、東京に「子を貸し屋」なるものが登場している。これは、「行商や物乞いをする時、子どもがいると同情を引きやすいというもので、子どもの賃貸料は1日5～8銭」⁽³⁸⁷⁾であったといわれている。明治20年における白米の値段は、10キログラムで46銭であった⁽³⁸⁸⁾。そうすると、子の賃貸料は、1日当り1合ないし2合程度であったことになる。浅草六区の女（私娼）が警察の目をたぶらかすためにも子を借りたとのことである。そのような話をもとに、「ほとんど全部を空想で」書いたものが、宇野浩二の『子を貸し屋』（1923年（大正12年）発表）である⁽³⁸⁹⁾。

夏目漱石に対して、森鷗外は随筆においても自己の父子関係についてほとんど語っていないが⁽³⁹⁰⁾、父親としての自己はかなり複雑であったようである。小堀杏奴によれば、「父は単なる父でなく、母でもありまたそれ以上私たちにとって絶対なものであった」⁽³⁹¹⁾というのである。家長である鷗外の家族に対するスタンスは、山崎正和氏によって詳細に描かれているが、「明治政府の多くの高官たちと違って、鷗外の青春には、『国家』に参加するにあたって『家庭』を捨てるという瞬間がなかった」⁽³⁹²⁾のであろう。

しかし、「ほんらい家族の長とは、より強い者のまゝに弱者を庇護する立場であって、本質的に『無力な強者』とでも呼ぶべき矛盾をはらんだ存在だといえる」のであって、「『父』にとって家族は絶えまなく彼に一体化を求めながら、しかも宿命的に、『父』の一体化を拒むようなしかたで成長していく存在なの

(386) 坪内祐三編『明治の文学第6巻 尾崎紅葉』（筑摩書房、2001年）pp.100-147

(387) 下川歌史編『近代子ども史年表 明治・大正編』（河出書房新社、2002年）p.130

(388) 週間朝日編『値段の〈明治・大正・昭和〉風俗史』（朝日文庫、1987年）p.159

(389) 宇野浩二『蔵の中・子を貸し屋』（岩波文庫、1951年）筆者解説 pp.205-206

(390) わずかに、14,5歳の頃、父親に同行する姿が描かれているだけである。森鷗外「私が十四五歳の時」『作家の自伝2 森鷗外』（日本図書センター、1994年）所収 p.160。

(391) 小堀・前掲注(361) p.72

(392) 山崎正和『鷗外 闘う家長』（新潮文庫、1980年）p.107

である」したがって、『父』は刻々に自己の一部が他人になって行く過程を生きるものであり、皮肉にも家族の養育とはこの自己否定をみずからの手で進める行為だといえる⁽³⁹³⁾ そうすると、「さしあたり少年にとって『父権』は自己の拡張のために闘いとるべき目標⁽³⁹⁴⁾ だったといえよう。

もっとも、これはあくまで理念としての家長であり、現実の家長は、もっと矛盾をはらんだ存在であったに違いない。谷崎潤一郎が描く父親は、「母親やその他の者に擱まると、寧ろ軽蔑されるくらいの好人物に見えるのだが、ただ総領の章三郎に対してのみ、猛獣のように威張りたがった。畢竟それは章三郎が、あまりに親の権力と云うものを無視して懸って、これまでに散々父の根性を僻めてしまった結果なのである。せめて表面だけでも、父の顔が立つように仕向けてやればよかった⁽³⁹⁵⁾」と回顧されている。ここでは、家長という存在が形式的かつ表面的な権威にすぎないことが明確にされている。

5. まとめ

以上を総合すると、明治中期までは、不平等条約改正が最大の政治的課題でもあり、政治レベルでは欧化主義の洗礼を受けていたとはいえ、庶民レベルでは江戸時代の文化・慣習が残っているのはむしろ当然であった。したがって、学校教育においても江戸時代以来の儒教教育が継続していたのであり、孝や忠というイデオロギーが庶民に浸透していく素地があったのである。しかし、明治中期までの孝という観念は、非常に一般的な観念にすぎず、家族制度や天皇制と結びついているものではなかった。

孝という観念が政治的に家族制度や天皇制と結び付けられていくのは、明治民法の施行を一つの画期とする。明治民法においては、戸主と天皇とを相似形とし、忠孝というイデオロギーで括ったのであるが、その元となる親に対する報恩観念を戸主にまで及ぼせることには理論的に無理があった。戸主が家族に

(393) 山崎・前掲注(392) pp. 115-116

(394) 山崎・前掲注(392) p. 237

(395) 谷崎潤一郎・前掲注(380) pp. 140-141

対してもつ統制権は、「家族に対する戸主の権利を法制化したというよりも、むしろ家族の行為について政府に対して責任をもつべき家長が、その責任を遂行するために政府から与えられた権限であった」⁽³⁹⁶⁾にすぎなかったのである。

それにもかかわらず、明治政府は、何らの合理的な理由も示すことなく、戸主と親とを同視することにより、忠孝イデオロギーを天皇制と家族制度に一貫させたのである。それゆえに、欧米の個人主義を理解した知識人層は、理由の示されない忠孝イデオロギーに翻弄されていかざるをえない。明治民法にはさまざまな要素が含まれているが、明治民法が戸主権と親権の両立を認めてしまったことにより、忠孝イデオロギーが家族制度と天皇制に結びついていったのである。

巖谷小波の「人は外形より内心」には、親に対する孝の観念などは一切語られていないが、「天子様のお写真を拝むのに、袴が無くつちや失敬だと思ふなあ」という表現が出てくる。同書の出版は1892年（明治25年）1月であり、約1年前の1890年（明治23年）12月に内村鑑三不敬事件が起きていることを彷彿とさせる。すなわち当時の天皇制は、『神』として宗教的倫理の領域に高昇して価値の絶対的実体として超出⁽³⁹⁷⁾していたのである。しかるに、その後、天皇制の性格は変貌し、「温情に溢れた最大最高の『家父』として人間生活の情緒の世界に内在して、日常的親密をもって君臨する」⁽³⁹⁸⁾ようになる。確かにこの変貌は、1908年（明治41年）から大修正を加えられた国定修身教科書とその解説運動による「家族国家観」の成立を直接の契機としているだろう⁽³⁹⁹⁾。しかし、そのような運動の展開が可能となったのは、明治民法が定めた戸主権と親権との両立と、それを前提とした家族と国家の入れ子構造が存在していたからにほかならない。忠孝イデオロギーがわが国の支配的原理となっていくに当たっては、そのような意味で明治民法が重要な役割を担っていたの

(396) 磯野誠一・磯野富士子『家族制度』（岩波新書、1958年）pp.11-12

(397) 藤田省三『天皇制国家の支配原理 第2版』（未来社、1982年）p.7

(398) 藤田・前掲注(397) p.7

(399) 石田雄『近代日本政治構造の研究』（未来社、1956年）p.22

である。そして、このような政治的な文脈で犠牲を払わざるをえなかったのは、まさに子の尊厳であったことを忘れるべきではないだろう。

第4節 明治後期における親権

1. 明治後期における孝の変容

明治後期の始まりを告げるのは、明治31年に国民新聞に掲載された、徳富蘆花の『不如帰』である。『不如帰』では、姑に対する孝と夫婦間での愛とに「一時に踏み難く岐ることある」のを主人公浪子が悩んでいる⁽⁴⁰⁰⁾。明治中期までの小説とは異なり、すでに孝のイデオロギーが夫婦間の愛情に優先すべきものとして登場してきているのである。浪子の夫武男からも「いつでも此家ではおかあさまが女皇陛下だからおれよりもたれよりもおかあさまを一番大事にするンだって、しょっちゅう言って聞かされるのですわ」⁽⁴⁰¹⁾と慨嘆されている。浪子が病気になった際、夫武男は姑から「妻が病気すっから親に不孝をすっ法はなか」⁽⁴⁰²⁾と非難され、ついには家をつぶさないように病気の妻とは離別するよう迫られ、妻の命よりも「川島家が惜しい」と言われる。そして、姑の言を否定する武男に対し、姑は「御先祖代々のお位牌も見ておいでじゃ。さ、今一度言って見なさい、不孝者めが!!」「妻が大事か、親が大事か。エ?家が大事?」と先祖までを含んだ家の論理で対抗するのである⁽⁴⁰³⁾。

田山花袋(1871年(明治4年)生)の『生』は、1908年(明治41年)に読売新聞に連載された作者周辺の実話小説である。ここでも主人公の母は、「誰に大きくして貰った。此母親の爲めに人並に育て上げられたのではないか。(中略)それなのに嫁の愛に溺れて、母親を粗末にするとは、男にも似合わぬ意気地なし、何の爲めに学問をした。『孔子様の教にはさう書いてあるか』」

(400) 徳富蘆花『小説不如帰』(岩波文庫, 1938年) p. 83

(401) 徳富蘆花・前掲注(400) p. 87

(402) 徳富蘆花・前掲注(400) p. 105

(403) 徳富蘆花・前掲注(400) pp. 112-117

「お前は親の恩を覚えているか」「お前達がかうして成長くなつたのは、誰のお蔭だ」と子どもたちを罵倒している⁽⁴⁰⁴⁾。

島崎藤村(1872年(明治5年)生)の『家』も、1910年(明治43年)、読売新聞に連載された自伝的小説である。この主人公小泉三吉を藤村自身だとすると、時代設定はほぼ明治30年代のこととなる。主人公の義兄である達雄は「青年の時代には、家の為に束縛されることを潔しとしなかったので、志を抱いて国を出た」のであるが、現在は「先祖は失意の人の為に好い『隠れ家』を造って置いてくれた」との感慨にふけり、「先祖の畏敬すべきことを知った」のである⁽⁴⁰⁵⁾。青年の心にじわじわと先祖への思いが押し寄せてきていることが窺われる。

すなわち、もはや維新当初の個人主義的観念は主人公たちの内心にとどまり、家制度による孝のイデオロギーが制度として支配的になってきたことが読み取れよう。もっとも『不如帰』での姑が、孝と愛とが両立しえない場合には「かの愛をすててこの孝を取るならん」と思い、独断によって武男が不在の間に浪子を離別させたことに対し、武男の激しい憤りに遭って、「いわゆる母なるものの決して絶対的権力をその子の上に有するものにあらざるを」知ることにもなるのである⁽⁴⁰⁶⁾。家制度が孝を重視したとはいえ、父権だけが絶対的とされたのである。

この『不如帰』は、時の頭官三島通庸、陸軍大将大山巖の家庭に起った悲話がモデルとされており、「社会の矛盾に眼をむけた写実主義の作品」として、「圧倒的な成功」を収めた⁽⁴⁰⁷⁾。それは、家の論理による妻に対する差別を肯定する制度の中で、妻(浪子)の人間性が圧殺されていくことに読者が同情したということであろう。しかし多くの読者にとってはそのような葛藤があるのであって、孝のイデオロギーに基づく家の論理が妻の人間性を否定してもいいと

(404) 田山花袋『生』(岩波文庫、1945年) pp. 84-85, 136

(405) 島崎藤村『家(上)』(新潮文庫、1955年) pp. 23-24

(406) 徳富蘆花・前掲注(400) p. 164

(407) 竹盛天雄編『新潮日本文学アルバム 別巻1 明治文学アルバム』(新潮社、1986年) p. 76

是認されないからこそ、当該小説は「圧倒的な成功」を収めたということでもある。

すなわち、孝の制度化による家族構成員の人間性圧殺の歴史がここから始まっているのである。夏目漱石は、1911年（明治44年）の講演「文芸と道徳」において、「昔の道徳すなわち忠とか孝とか貞とかいいう字を吟味して見ると、当時の社会制度にあって絶対の権利を有しておった片方にのみ非常に都合の好いような義務の負担に過ぎない」⁽⁴⁰⁸⁾と指摘している。まさに夏目漱石が指摘した「片方にのみ非常に都合の好い」国家体制が作り上げられようしていたのである。

1908年（明治41年）に発表された正宗白鳥の「何処へ」では、主人公菅沼健次の父親が「兄さん（筆者注：主人公健次のこと）は菅沼家には大事な宝だ、うんと勉強して立派な人間になって貰わにゃ、おれが御先祖に申し訳がないじゃないか。（中略）菅沼家は代々高潔な考えを以て忠孝と武勇を励んだ家柄で、系図に少しの疵もないんだ。だから健次もよく心得て、名誉を世界に伝えるようにせねばならん」⁽⁴⁰⁹⁾と語っている。夏目漱石が指摘した国家に都合のよい忠孝のイデオロギーは、中産階級の中にまで早くも浸透していつている様子が見て取れるのである。

2. 明治後期における養育監護の状況

徳富蘆花の『不如帰』では、明治中期の「やさしい父親」像をまだひきずっている場面も出てくる。これは前述したように、徳富蘆花自身の父親像でもあった。「厳父慈母と俗にも申しますに、あなたがかあいがってばかりおやんなさいますから、ほんとに逆さまになってしまって、わたくしは始終しかり通して、悪まれ役はわたくし一人ですわ」⁽⁴¹⁰⁾という妻の愚痴が出てくる。しかし時代は、そのような「やさしい父親」像が失われていき、「怖ろしい父親」像が支

(408) 夏目漱石「文芸と道徳」『私の個人主義』（講談社学術文庫、1978年）所収 p.115

(409) 正宗白鳥「何処へ」『何処へ・入江のほとり』（講談社文芸文庫、1998年）p.71

(410) 徳富蘆花・前掲注(400) p.41

配するに至る段階に来ていたのである。

藤村の『家』では、小泉三吉の兄（長男）である実につき、「家長としての威厳は何時までも変わらなかった。彼は、家の外では極めて円滑な人として通っていたが、家の者に対しては厳格過ぎる位」であったとされている⁽⁴¹¹⁾。家を担う家長としての顔は、もはや物分りのよい顔ではいられない。家長の責任が公的なものとされていくにつれ、厳格な顔となわざるをえないのである。家長と父親が重なり合えば、必然的に「怖ろしい父親」像となるであろう。

ただし子どもも、単に一方的に養育監護され、保護されるだけの存在ではない。明治文学は、子ども自身の力強さをも垣間見せる。1906年（明治39年）には、伊良子清白の『孔雀船』が刊行された。そのうちの「安乗の稚児」には、次のような有名な詩句がある⁽⁴¹²⁾。

とある家に飯蒸せかへり
男もあらず女も出で行きて
稚児ひとり小籠に坐り
ほゝゑみて海に対へり
荒壁の小家一村
反響する心と心
稚児ひとり恐怖をしらず
ほゝゑみて海に対へり

しかしながら、伊良子清白の描いたような子どもの自然で力強い世界は、もはや国家によって「武士道の精神」の名のもとに、操作されなければならない時代となっていたのである。前項で引用した1908年（明治41年）発表の「何処へ」（正宗白鳥）では、主人公の父親が「何とか中将の姦通事件」に触れて、「どうも軍人が腐敗しちゃ困るな、武士道の精神が衰えるとそんなことが出来

(411) 島崎藤村・前掲注(405) p. 47

(412) 伊良子清白『孔雀船』（岩波文庫，1938年）p. 88

て来るんさ。今の中に社会に士気を鼓吹しなければ、日本の国家も将来が案じられるて」と慨嘆し、「今じゃ学校教育も柔弱に傾いているからよくない、それに家庭で小さい時分から武士の魂を叩き込まんから、堅固な人間が出来ないんだ」と述べるに至っている⁽⁴¹³⁾。このおよそ百年前の言説は、現代において再び全く同形で繰り返されているのである。1914年（大正3年）に発表された岩野泡鳴（1873年（明治6年）生）の『毒薬を飲む女』では、小説に具体的に描かれないものの、「末の男の子は、父と云えば、恐れて少しも独りでは近よらない」⁽⁴¹⁴⁾と表現されている。

なお、明治後期に親が子にどれくらいの教育費を投入していたのかについては、神奈川県高座郡橋本村の地主で相原村（橋本村を合併）村長を務めた相沢菊太郎（1866年（慶応2年）生）の日記によって、その一端を知ることができる。相沢の長男茂治は、1903年（明治36年）4月に立川の府立第2中学に入学したが、遠隔地ゆえに寄宿舎生活となった。相沢の日記によると、明治36年及び明治37年の茂治にかかわる教育関係諸費は、明治36年75円49銭、明治37年87円96銭となっている⁽⁴¹⁵⁾。明治33年当時の小学校教員の初任給が10円～13円、明治39年当時の巡査の初任給が12円であったことから見ると⁽⁴¹⁶⁾、相沢家が非常に裕福であって菊太郎が「子煩悩を丸出しにした世間並みの親」⁽⁴¹⁷⁾であったとしても、教育費が非常に大きかったことが分かる。当時の中学校は、誰でもが通えるものではなかった。

3. 明治後期における懲戒権の体罰化

永井荷風（1879年（明治12年）生）の父親は、「内閣を『太政官』大臣を『卿』と称した頃の官吏」であったが、馬術に熱中した後、ふと大弓を始め

(413) 正宗白鳥・前掲注(409) pp. 68-69

(414) 岩野泡鳴『耽溺・毒薬を飲む女』（講談社文芸文庫、2003年）p. 168

(415) 以上につき、小木新造『ある明治人の生活史』（中公新書、1983年）pp. 147-151を参照。

(416) 週間朝日編・前掲注(388) p. 571, 577

(417) 小木・前掲注(415) p. 152

た⁽⁴¹⁸⁾。これは、「家長の権威は“武”をもって家族を守る義務にも結びついて
いた」ことを象徴している。したがって、「それだけに家の内側に向っては、
父はあたかもゼウスのように君臨しつづけている」のである⁽⁴¹⁹⁾。このような
父親の懲戒権行使の方法は、「云ふ事を聴かないと家を追出して古井戸の柳へ
縛りつけるぞ」⁽⁴²⁰⁾ というものであった。そして、主人公が可愛がっていた鶏
が狐に食べられてしまい、主人公が泣いていても、『泣虫ツ朝腹から何んだ。』
と父は鋭い叱咤の一声⁽⁴²¹⁾を残すだけである。もはやここには、明治中期ま
での「やさしい父親」像は見られない。

明治後期の懲戒権の行使については、「怖ろしい父親」像の形成とともに、
このように小説の中でも従来とは異なった厳しさを顕してきている。島崎藤村
の『家』でも、主人公小泉三吉が小説家であることを「あの可畏い阿爺（こ
わいおやじ）が生きていたら、「弓の折かなんかで打たれるような目に逢いま
す」⁽⁴²²⁾と話している。上記のように、永井荷風の家族に君臨する父親の趣味
も弓であった。明治後期の「厳父」を象徴する精神的修養方法が弓であったと
いうことであろう⁽⁴²³⁾。なお、日本が戦争国家へと進んでいく中で、弓術をは
じめとする武道が再評価されるようになり、1895年（明治28年）には、京都
の有識者によって大日本武徳会が設立されているという背景がある。

具体的な懲戒権の行使としては、明治中期までの小説と異なり、かなり体罰

(418) 永井荷風「狐」『現代日本文学大系 23 永井荷風集（一）』（筑摩書房、1969年）
所収 p. 175

(419) 磯田光一『永井荷風』（講談社文芸文庫、1989年）p. 27

(420) 永井荷風・前掲注(418) p. 175

(421) 永井荷風・前掲注(418) p. 177。なお、中島国彦編『新潮日本文学アルバム 23
永井荷風』（新潮社、1985年）に父久一郎の肖像を見ることができる。また、小田
切進監修『文芸まんがシリーズ 22 狐・すみだ川』（ぎょうせい、1992年）が父久
一郎の特徴をよく捉えている。

(422) 島崎藤村・前掲注(405) p. 14

(423) オイゲン・ヘリゲルは、1926年（大正15年）頃に阿波研造氏のもとに弟子入り
し、「日本人は弓を射ることを一種のスポーツと解しているのではない。（中略）徹
頭徹尾、精神的な経過と考えている」と指摘し（同述（柴田治三郎訳）『日本の弓
術』（岩波文庫、1982年）p. 10）、「かの武士道精神の根元がある」（同書 p. 65）と
結論づけている。

に関する記述が出てくるようになる。長塚節（1879年（明治12年）生）の農民小説『土』は、1910年（明治43年）に東京朝日新聞に連載されたものであるが、主人公である勤次が15歳の娘おつきに対し、「怒鳴りながら彼は突然おつきを擲った。おつきは麦の幹と共に倒れた。おつきは倒れたまましくしくと泣いた」⁽⁴²⁴⁾とのくだりがある。そしてこの暴力は繰り返される⁽⁴²⁵⁾。また、菊池寛（1888年（明治21年）生）は、1917年（大正6年）発表の『父帰る』で、主人公の堅一郎が弟の新一郎に対して、父親について「俺はまだその人から拳骨の一つや、二つは貰った事がある」⁽⁴²⁶⁾と記述している。

葛西善蔵（1887年（明治20年）生）の「椎の若葉」は、1924年（大正13年）に発表された小説であるが、「我輩の娘、いまは十四になるが、七八年前僕等がもっと貧乏な時代、郷里で親父どもの世話になっておった時分だったものだから義理ある母の手前、不憫ではあったが、娘の頬ぺたを打った。打って親父の家を出て、往来の白日の前に立って見て、涙を止めることが出来なかった。打つまじきものを打った、この手に呪いあれ、呪われた手である」⁽⁴²⁷⁾とある。親の手前、最愛の娘に体罰を加えなければ収まりのつかない時代となっていたのであろうか。

それでは、補充的な親権者とされた母親による懲戒権の行使あるいは代行の様子は、どうであったのだろうか。この点については、長野県の近代学校教育の草分けの一人とされる正木直太郎が清国の教官として赴任するに当たり、その子供たちが「六六日記」という日記形式の父親宛手紙を残しており、明治40年から明治44年まで、子供の目から見た社会の状況を知ることができる。記載はわずかにすぎないが、父親が不在である間の母親による懲戒の様子も記されている。それによれば、明治40年12月21日「俊二兄様が口ごたへをしたので母上にしされました。そして学校においだされました」明治42年5月

(424) 長塚節『土』（新潮文庫、1950年）p. 71

(425) 長塚節・前掲注(424) p. 155

(426) 菊池寛『父帰る』（新潮文庫、1952年）p. 21

(427) 葛西善蔵「椎の若葉」『椎の若葉・湖畔手記』（旺文社文庫、1976年）p. 165

19日「六郎がどうしても尾じぎをしませんから外へおんだされました」、明治42年11月4日「母上が子供の尻など叩かれた事もありました」などの記載がある⁽⁴²⁸⁾。おそらく母親による叱責は、小さな子供に対しては「尻を叩く」、大きな子供に対しては「家から出す」という方法が一般だったのであろう。

しかし、1915年（大正4年）に刊行された徳田秋声（1871年（明治4年）生）の『あらくれ』になると、母親による虐待行為も羅列されている。主人公お島は、養子に出されるのであるが、それまで「自分に深い憎しみを持っている母親の暴い怒と惨酷な折檻から脱れるために、野原をそっち此方彷徨っていた」のであるが、「どうかすると母親から、小さい手に焼火箸を押しつけられたりした」のであって、「焼火箸を捺つけられた痕は、今でも丸々した手の甲の肉のうえに痣のように残っている」ほどであった。しかも「父親に告口をしたのが憎らしいと云って、口を抓ねられたり、妹を窘めたといつては、二三尺も積っている背戸の雪のなかへ小突出されて、息の窒るほどぎゅうぎゅう押しつけられた」のである⁽⁴²⁹⁾。昭和初期の山本有三（1887年（明治20年）生）の『波』（1928年（昭和3年）連載）でも、きぬ子は、余所から借りた袴を過失によって鉤裂きに破いてしまったことに恐れおののき、父宇平から「どんなに打たれるだらう」と心配する。しかも宇平は、生活上の困難から再三きぬ子を持って飛ばしてしまうが、「おきぬはもう売つちやつたんだよ。食へねえからたゝき売つちやつたんだよ」と開き直っているのである⁽⁴³⁰⁾。

4. 明治後期における家と親権

明治後期における親権の帰属は、1898年（明治31年）7月の明治民法の施行によって、一義的に定められることとなった。父親の親権が絶対的優位に立つこととなり、母親の親権は常に補充的なものにすぎなくなったのである。しかも母親の親権行使は明文をもって特別な制限を加えられ、財産上の重要な行

(428) 正木直子編『六六日記』（新樹社、1988年）p. 47, 153, 182

(429) 徳田秋声『あらくれ』（新潮文庫、1949年）pp. 6-7, 30

(430) 山本有三『波』（岩波文庫、1930年）p. 51, 56

為について子を代理するには、親族会の同意を要するものとされた。さらに親権喪失規定は、父母平等になっているものの、「実際にはほとんど母が親権者であるばあいに限って用いられた」⁽⁴³¹⁾のである。そこで以下では、親権の内実を検討することとする。

自分を「われは明治の兒ならずや」と謳った永井荷風（1879年（明治12年）生）は、それまでの明治の文豪たちとは異なり、父との葛藤に悩んでいる。「私はもう親の慈愛には飽々したやうな心持もしました。親は何故不孝な其の兒を打捨てゝしまはないのでせう。兒は何故に親に対する感謝の念に迫められるのでせう。無理にも感謝せまいと思ふと、何故それが我ながら苦しく空恐ろしく感じられるのでせう。あゝ、人間が血族の関係ほど重苦しく、不快極るものは無い。親友にしる恋人にしる、妻にしる、其の関係は、如何に余儀なくとも、堅くとも、苦しくとも、それは自己が一度意識して結んだものです。然るに親兄弟の関係ばかりは先天的にどんな事をしても断ち得ないものです。絶ち得たにしても堪へがたい良心の苦痛が残ります。実に因果です。フアタリテです」⁽⁴³²⁾

永井荷風の葛藤は、父親個人への単純な反抗ではない。「父が見捨ててくれないこと自体が、奇妙にも負債と不自由感を形づくってしまう」⁽⁴³³⁾のであり、それほど強固な「家族共同体の粘着力」に取り囲まれた近代的自我が苦しんでいるのである。しかもそれでいて、「厳格な人である」父親は、荷風の苦しんでいる自我に対し、「つまらん職業に我が兒の名前を出されては却つて一家の名譽に関する」と家の論理をもって突き放すだけである⁽⁴³⁴⁾。もはやここには、明治中期までの「やさしい父親」像はなく、家の論理にどっぷりと浸かった「怖ろしい父親」像に変わってきているのである。なお荷風は、「共同体からの自由を何よりも欲した」⁽⁴³⁵⁾にもかかわらず、「江戸回顧の夢」に逃避していっ

(431) 大竹秀男『「家」と女性の歴史』（弘文堂、1977年）p. 294

(432) 永井荷風『監獄署の裏』前掲注(418)所収 p. 180

(433) 磯田・前掲注(419) p. 76

(434) 永井荷風・前掲注(418) p. 182

(435) 磯田・前掲注(419) p. 103

たところに⁽⁴³⁶⁾、荷風の過渡期的性格を読み取ることができよう。

永井荷風は、家族共同体の粘着力に苦しんだ。それは、「厳父慈母」という儒教的家族制度の描く図式であった。永井荷風の関心が向けられたのは、主として父親に対してであったが、芥川龍之介（1872年（明治25年）生）も母親に対してという意味では、永井荷風に近い場所にいる。芥川龍之介にとって、『家』は旧幕時代からのわずらわしさを秘めたものであったが、自然主義作家のように『家』からの重圧、『家』からの脱出をテーマにした作品は書かなかった⁽⁴³⁷⁾とされる。しかし、「親子」について、「人生の悲劇の第一幕は親子となったことにはじまっている」と言い、「子供に対する母親の愛は最も利己心のない愛である。が、利己心のない愛は必ずしも子供の養育に最も適したものではない。この愛の子供に与える影響は——少くとも影響の大半は暴君にするか、弱者にするかである」と論じている⁽⁴³⁸⁾。

確かに芥川のそれは母親によるものであって、直接的な家による重圧ではないが、「慈母」の粘着力であるといえるだろう。もっとも、国木田独歩（1871年（明治4年）生）は、1903年（明治36年）に発表した「女難」で主人公に、「母はまるでわたしのために生きていましたので、一人のわたしをただむやみとかわいがりました。めったにしかかったこともありません。たまさかしかりましてもすぐに母のほうからあやまるようにわたしのきげんを取りました。それでわたしはわがままな剛情者に育ちましたかというにそうではない」⁽⁴³⁹⁾と述べさせており、「慈母」の粘着性がいわゆるマザコン男を生産するのは、今に始まったことではなかったことも知られる。

正宗白鳥（1879年（明治12年）生。永井荷風と同世代）は、1908年（明治41年）発表の「何処へ」で、一家の総領息子である主人公健次に、次のように語らせている。「私は家へ帰ると気が滅入って仕方がないんです、一時間も

(436) 永井荷風「花火」前掲注(418)所収 p. 321

(437) 紅野敏郎編『新潮日本文学アルバム 別巻2 大正文学アルバム』（新潮社、1986年）p. 67

(438) 芥川龍之介『侏儒の言葉 西方の人』（新潮文庫、1968年）p. 52

(439) 国木田独歩『牛肉と馬鈴薯』（岩波文庫、1939年）p. 65

じっとして書物を見ちゃいられんです。何だかこう穴の中へでも入っているようで、気が落付かなくなるし、黴臭い臭いがして息がつまります。お父さんは住み馴れてるから、此家が一番いいと云うんだけど、私にゃ一日居りゃ一日寿命が縮まる気がする」そして、「鬱陶しい毒気が壁の隅から噴き出て、自分を圧迫する如く感じた」のである⁽⁴⁴⁰⁾。これを佐古純一郎氏は、「総領のニヒリズム」と呼んでいるが⁽⁴⁴¹⁾、磯田光一氏の指摘する家の粘着力に耐え切れない状態を指しているのである。

志賀直哉（1883年（明治16年）生）は、相馬藩二百石の武士であったその祖父が「家長らしい家長」であったのに対し、「新しい家長なる父が、性格的に変に家人をおびやかすほう」であったため、「祖父—父—直哉」という等差級数的な関係でなく、「祖父—父、直哉」という平面的な関係に立っていたことにより、直哉と父親との衝突が生じたのだと述べられている⁽⁴⁴²⁾。そして、自身の婚姻問題について、「父は僕を廃嫡するともこの事は許さぬ」と言ったことから⁽⁴⁴³⁾、親子関係が断絶する危機を迎えるのであるが、志賀直哉は婚姻の意思を貫く。もっともその親子関係は、志賀直哉の謝罪によって、実にあっけなく和解を迎えるのであるが⁽⁴⁴⁴⁾、家の粘着性に抗して婚姻の意思を貫いたことが重要であろう。

しかし、大正時代に入ってから坂口安吾（1906年（明治39年）生）は、家の粘着力による葛藤さえも認めていない。坂口安吾が1946年（昭和21年）に発表した「石の思い」では、「私は、『家』に怖れと憎しみを感じ、海と空と風の中にふるさとと愛を感じていた」と述べる。そして父親に対しては、「私は父の愛などは何も知らないのだ。（中略）父の愛などと云えば私には凡そ滑稽な、無関係なことだった。（中略）父親などは自分とは関係のない存在だと

(440) 正宗白鳥・前掲注(409) pp. 43-44

(441) 佐古・前掲注(349) p. 64

(442) 志賀直哉「ある男、その姉の死」『大津順吉・和解・ある男、その姉の死』（岩波文庫、1960年）所収 p. 206, 254

(443) 志賀直哉「大津順吉」前掲注(442)所収 p. 79

(444) 志賀直哉「和解」前掲注(442)所収 pp.160-163

私は切り離してしまっていた」としか論じていない。もっとも、そのような父親であっても、『家』の後継者である長男にだけは特別こだわっていたという意味で、家の粘着力は存したのである⁽⁴⁴⁵⁾。

また、太宰治（1909年（明治42年）生）になると、1948年（昭和23年）に発表した「家庭の幸福」で、「家庭の幸福は諸悪の本」と言い切り、同年発表の「桜桃」では、「子供より親が大事、と思いたい。子供のために、などと道学者みたいな事を殊勝らしく考えてみても、何、子供よりも、その親のほうが弱いのだ。少くとも、私の家庭に於いては、そうである。（中略）父と母は、さながら子供たちの下男下女の趣きを呈しているのである」と嘯いている⁽⁴⁴⁶⁾。こうなってくると、もはや家の粘着力どころか、家族との関係性自体に敵意しか残っていない。

5. 明治時代から大正時代へ

雑誌「白樺」が創刊されたのは、明治が終わろうとする1910年（明治43年）4月のことであった。その最初期のメンバーは、武者小路実篤、志賀直哉、木下利玄、有島武郎、里見弴などである。「自然主義者にあっては、自我の観念が道徳の既成概念や、古い権威の破壊の道具として用いられたに対して、白樺派の作家は、彼らと同じく古い秩序や権威をみとめませんでした。それらをすでに自然派の運動によって、力を失い、価値を失墜したものと見て、むしろそこにもたらされた精神の空白と荒廃からの再建を自己の使命とし」⁽⁴⁴⁷⁾ たのである。

その後の大正時代は、一高から東大に進む知的エリートたる優等生たち（山本有三、久米正雄、芥川龍之介、菊池寛など）が文学を担って行くのであり、そこにはもはや、『白樺』の人びとや荷風にみられるような、父と子の対立葛

(445) 坂口安吾「石の思い」『風と光と二十の私と』（講談社文芸文庫、1988年）所収 pp. 163-187

(446) 太宰治「家庭の幸福」「桜桃」『ヴィヨンの妻』（新潮文庫、1950年）所収 pp. 164-166

(447) 中村・前掲注(342) p. 178

藤、『家』との対決がそのまま文学的エネルギーとなることはなかった」⁽⁴⁴⁸⁾の
 であって、もはや日本文学から親子関係のあり方を汲み取ることのできない時
 代へと進んでいくのである。

たとえば、山本有三（1887年（明治20年）生）には、親子問題を主題とす
 る『嬰兒殺し』『生命の冠』『女親』などの戯曲（1920年（大正9年）発表）
 がある⁽⁴⁴⁹⁾。しかしそれらは、「人間の真情あるいは善意と、社会の冷酷な現実
 との衝突」⁽⁴⁵⁰⁾を描いてはいるものの、極めて主知的なスタンスを保っており、
 家の持つ粘着力に立ち向かう姿勢は有していない。小説『波』では、自分の子
 について、「子供なんてやつぱりこのボールみたいなものなのではないだらう
 か。祖父母の手から、父母の手へ。子から孫へといつた具合に、次々に手渡し
 されて行くものなのではないだらうか。（中略）その間、これは己のボールだ
 なぞといつて、懐に入れてしまつたり、他人のボールだからといつて、おつこ
 としたりしてはならない。ボールはお祖父さんのものでもないし、お父さんの
 もんもでもないし、また自分のものでもないのだ」と家制度の問題に近づきな
 がら、結局は、「社会の子供なんだ。人類の、宇宙の子供なんだ」と抽象論に
 飛躍してしまうのである⁽⁴⁵¹⁾。

また、久米正雄（1891年（明治24年）生）は、小学校校長であった父親が
 小学校火災の責任をとって自殺した事件について、『父の死』を1916年（大正
 5年）に発表した⁽⁴⁵²⁾。この小説における父親の自殺の原因は、火災が起こっ
 たにもかかわらず、御真影を持ち出せずに焼失させたことにあった。主人公で
 ある私は、父親が切腹して果てたことを賞賛する人々に対し、「私にはどうし
 てそれが偉いのか解らなかつた。がえらいのには違いないのだとみずからを信
 じさせ」、「何という妙な幸福を父の死が齎したことであろう！」という感慨に

(448) 紅野編・前掲注(437) p. 64

(449) 山本有三『嬰兒殺し』（改造社、1922年）

(450) 中村・前掲注(342) p. 202

(451) 山本有三・前掲注(430) pp. 340-341

(452) 久米正雄『父の死』『日本文学全集 87 名作集（二）』（集英社、1975年）pp.

ふけてしまう。小説の最後は「しかし…」という表現で終わり、それで心情的な治まりがついたわけではないことが示されるが、その想いはもはや天皇＝国家の問題にも及ばないのである。

6. まとめ

家族制度の進展とともに、親子関係、特に父子関係には大きな変化が見られる。明治中期までの「やさしい父親」像から明治後期の「怖ろしい父親」像への変化である。この点については、「明治20年前後をピークとして、家庭の団欒や家族員の心的交流に高い価値を付与する新しい家族のあり方（中略）が多く現れ」、「20年代後半から30年頃を転換点として各誌での家族の取り扱いが変わる」という牟田和恵教授の分析とも一致する。牟田教授の分析は、明治期の総合雑誌に現れた家族像を素材としたものであった⁽⁴⁵³⁾。

しかしそうだからといって、明治中期までの「やさしい父親」像が純粋な子に対する愛情であったと考えるのは、あまりにも短絡的すぎるであろう。明治中期までの「やさしい父親」像は、確かに子に対する愛情に支えられているだろうが、子に対する積極的な関わりが外部化された結果としての「やさしさ」ではなかったか、つまり、無責任であるが故のやさしさと思われる面があることも否定できない。それでも、明治中期までは、そのような「やさしさ」すらも感じられない、親による子の売買や賃貸借も横行していたのであるから、日本文学に描かれた親子関係はまだ牧歌的な部分であったといわざるをえないだろう。

しかし、明治30年頃を画期として、そのような「やさしい父親」像が「怖ろしい父親」像へと変化してくる。この「怖ろしい父親」は、子に対する精神的な関わりを持とうとせず、戸主＝一家の家長として君臨する存在であった。

(453) 牟田和恵『戦略としての家族』（勁草書房、1996年）pp.51-77。ただし、牟田教授が「20年代後半から30年頃を転換点として各誌での家族の取り扱いが変わる」と指摘しているのは、女性の性役割に関したものであって、筆者の問題意識とは異なる。

そして戸主=家長は、家の内部にいて愛情による関係形成の私的な責任を持ちながら、家の外部に対しては忠孝のイデオロギーに基づく公的な責任を負う矛盾した存在でもある。孝のイデオロギーが支配的になったとしても、この私的な責任を免れるわけではなく、それは報恩という正当化根拠を持たなければならなかった。そのため、菊池寛の『父帰る』では、主人公賢一郎が父に対し、「俺は父親から少しだって愛された覚えはない。俺の父親は8歳になるまで家を外に飲み歩いてたのだ。その揚句に不義理な借金をこさえて情婦を連れて出奔したのじゃ」「自分でさんざん面白い事をして置いて、年が寄って動けなくなったと云って帰って来る。俺はお前（筆者注：弟新二郎に対して）が何と云っても父親はない」⁽⁴⁵⁴⁾と豪語するのである。

この私的な権力及び責任と公的な責任との間の矛盾がいったん顕在化して、家族の中において戯画となってしまえば、谷崎潤一郎の描いたように、家長は「顔を立てておけばよい」存在にすぎないとあしらわれることにもなる。しかし、この矛盾が潜在化して、報恩に基づく孝のイデオロギーによって、有無を言わさぬ生の法的権力となってしまうと、家庭内での戸主=家長という存在は、「怖ろしい父親」像に結実してくるように思われる。

この戸主=家長の責任の二重性とその矛盾については、1949年（昭和24年）に発表されたものであるが、正宗白鳥の「人間嫌ひ」で総領息子によって語られる一節が最もよく表現しているように思われる。「総領に生れた私は、幼少の頃から、封建時代風に自分を一家の権威者のように見做してゐたが、祖先の家を潰さうと潰すまいと、自分の一存で出来るであらうかと、煤けた天井や、棟木や、蟲の喰った大黒柱などを見た。実質的には空虚でも、『家』といふ勿体ぶつた名前だけは、これ等の古材によつてまだ維持されてゐるようなものだ。（中略）この家をどうする？と、傍の者に訊かれたり、自分で考へたりするたびに、この国をどうするつもりか、この国をどうしたらいいかと相談してゐるような氣持になるのである」⁽⁴⁵⁵⁾

(454) 菊池寛・前掲注(426) pp.19-20

(455) 正宗白鳥「人間嫌ひ」『正宗白鳥集』（角川書店、1954年）所収 p.170

だからこそ、明治後期における近代的自我は、家族制度との葛藤に苦しみ続けざるをえなかったのである。内部に矛盾を抱えた生の権力は、理念で突き崩すことはできない。あくまでも報恩という情緒的な拠り所のみをもって、近代的自我を絡みとってしまうのである。島崎藤村や夏目漱石は、そのような現実と直面しながら、沈黙して佇んでいるしかなかった。しかし永井荷風は、家の粘着力に絡みとられないために、あらゆる束縛から逃走してしまうのである。また正宗白鳥は、総領のニヒリズムに陥るのである。他方、その後に登場してくる坂口安吾や太宰治は、永井荷風や正宗白鳥とは逆に、あらゆる家族の束縛を切り捨ててしまうのである。家の粘着力に正面から対峙しようとしたのは、志賀直哉一人であったといわざるをえない。ただし、その志賀直哉も、親との関係では自我を貫いたが、自分の妻に対してはやはり暴君たる家長であったと評されている。そこに明治民法の限界があり、明治民法が打ち立てた家制度は、親子関係に深い権力的支配性を刻印したのである。

第5章 明治民法から現行民法へ

第1節 大正デモクラシーと親権

1. 大正デモクラシーと親子関係

大正デモクラシーの歴史像は、非常に多義的になっている⁽⁴⁵⁶⁾。大正デモクラシーを担った吉野作造は、デモクラシーに「民主主義」の訳語を充てるのを避け、「民本主義」の訳語を造出したのであるが、それは立憲君主制を採用する大日本国憲法を前提として、主権論争を回避するためであった。また、産業資本主義の発展とともに大正モダニズムの登場と新中間層の形成が謳歌されるのであるが、その裏側ではデモクラシー論が帝国主義的膨張主義を後押しする議論と絡み合うことになる。したがって民本主義は、その表側の自由で民主的な顔の裏

(456) この点については、松尾尊弘『大正デモクラシー』（岩波書店、1974年）を参照。

側に、立憲君主制と帝国主義的欲望という顔を隠した体制にはかならなかった。

大正時代は、新中間層が形成され、鈴木三重吉主宰の『赤い鳥』がにわかに脚光を浴びた時代である。『赤い鳥』の描く子ども像は、西欧的な市民社会型のモラルを表現する「良い子」像が大半を占めている⁽⁴⁵⁷⁾。『赤い鳥』は、西洋的な「文化生活」を象徴する消費対象にもなったのであり⁽⁴⁵⁸⁾、第3章第2節2に述べた「大正自由教育」とも通底するものであった。また1917年（大正6年）には、社会主義者安部磯雄が『子供本位の家庭』などを出版するなど⁽⁴⁵⁹⁾、擬似西欧主義的であるとはいえ、ようやくわが国でも「子ども本位」のパラダイム転換の動きが生じてきたのである⁽⁴⁶⁰⁾。

しかしまさに擬似西欧的な消費文化であったがゆえに、同時期に隆盛してきた『少年倶楽部』の英雄主義的な立身出世主義に、『赤い鳥』も「大正自由教育」も駆逐されていくのである⁽⁴⁶¹⁾。『少年倶楽部』の英雄主義的な立身出世主義は、わが国における立身出世主義の世界像的な前提である「個人の野心の追求と国家の興隆との幸福な予定調和観」⁽⁴⁶²⁾に立脚しているものであり、大正デモクラシーの立憲君主制や帝国主義的欲望を批判する主体となるはずもなかったのである。このように大正時代は、擬似西欧的消費文化と英雄主義的立身出世主義に彩られた、それ自体多義的な価値観を反映させた時代なのである。

大正デモクラシーが家制度にもたらした影響については、いまだ明確にされていないと思われるが、ここにも大正デモクラシーの両義的な顔が存在するといっているのではないだろうか。吉野作造の2枚の写真をもとに、成田龍一教

(457) 河原和枝『子ども観の近代』（中公新書、1998年）p.100。逆に子どもの目から見た大正時代については、古島敏雄『子供たちの大正時代』（平凡社ライブラリー、1997年）が興味深い。なお、古島氏は、自由教育を受け、『赤い鳥』を購読している（同書 pp.330-372）。

(458) 河原・前掲注(457) p.86

(459) この点については、有地・前掲注(242) pp.69-89を参照。

(460) この点については、上・前掲注(125) pp.284-292を参照。

(461) 河原・前掲注(457) p.109を参照。

(462) 見田宗介『現代日本の心情と論理』（筑摩書房、1971年）p.195。なお、わが国近代の立身出世主義については、竹内洋『立志・苦学・出世』（講談社現代新書、1991年）、同『立身出世主義』（NHKライブラリー、1997年）を参照。

授は次のように述べている。「ともに吉野が40歳ころ、1920（大正9）年前後に写されたものだが、一方の吉野は、着流しで子どもたちと戯れている。しかし、他方の吉野は、家族や使用人を従え、家長然として一家を束ねている。この2枚の落差——家庭人として『私』を尊重する姿勢と、家長としての『公』の厳しい顔との乖離が、大正デモクラシーの時代がけっして単純なものではないことを物語っている」⁽⁴⁶³⁾

大正時代は、前述のように多義的な価値観に彩られているのであるが、そればかりではなかった。擬似西欧的な消費文化と英雄主義的な立身出世主義の裏には、第3章第2節3に述べた悲惨な児童労働があり、産業資本の圧倒的な力のもと国家からも見放されてしまった子どもがいることは、確かな現実であった。つまり、産業資本の力に圧倒されながらも、自らの立身出世を夢に見て、擬似西欧的な消費文化を楽しみ、西欧的な明るい家庭を築くことを目標にしながらも、公の役割として家庭を厳格に監視しなければならない、という二分三分に引き裂かれた自我こそが大正時代を象徴するものであろう。

2. 反動しての淳風美俗論

大正デモクラシーの影響により、擬似西欧的なながらもわが国にも子ども本位主義の思潮を生み出すこととなったのであるが、それは社会を支える社会経済的な諸条件が変容したからにほかならない。そのような社会経済的な変化を受けて、家庭のあり方も、西欧的な明るい家庭と公の役割としての厳格な監視という両義的役割を担うのである。したがって、家制度も、単純に報恩に対する孝というイデオロギーでは説明できなくなっていく。そうすると必然的に、家制度は弱体化の危機に瀕することとなる。そこで、戸籍制度・戸主制度・教育制度の三位一体体制を維持強化する方策が模索されることとなるはずである。

まず1914年（大正3年）戸籍法は、従来の個人単位の身分登記簿制を廃止し、人民掌握システムを戸籍簿に一元化した⁽⁴⁶⁴⁾。この改正は、身分登録等の

(463) 成田龍一『大正デモクラシー』（岩波新書、2007年）p. i

(464) 川口・前掲注(226) p. 359

近代化方向に逆行する反動的改革であったにもかかわらず、実は1898年（明治31年）の身分登録制度が全く地についていなかったため、社会的反響を全くともなわなかったとされている⁽⁴⁶⁵⁾。

次に寺内正毅内閣は、1917年（大正6年）9月、勅令第152号をもって「臨時教育会議官制」を制定し、臨時教育会議を内閣総理大臣の監督に属するものとして（官制第1条）、「内外ノ情勢ニ照シ国家ノ将来ニ」対処せんとしたのである。この臨時教育会議は、総裁平田東助、副総裁久保田譲、委員一木喜徳郎、嘉納治五郎、平沼騏一郎、沢柳政太郎ら38名をもって組織された。臨時教育会議第1回総会は、寺内首相の「教育勅語の御趣意を徹底する」との演説に始まるものであった⁽⁴⁶⁶⁾。沢柳政太郎は、文部省在職時代に修身教科書調査委員会等を歴任して国定教材づくりを担い、京都帝大総長時代には教授会の決定によらずに「研究を粗慢にする」7人の教授に辞表を提出させて辞職に追い込まれた後、成城小学校を設立した人物である⁽⁴⁶⁷⁾。この7人の教授の中には、乃木希典の殉死を時代錯誤と断じた谷本富教授が含まれている⁽⁴⁶⁸⁾。

臨時教育会議は、1919年（大正8年）1月、「就中諸般ノ法令ニ於テ我国家族制度ト相矛盾スルノ条項著シキ者アリ。教育ニ於テ家族制度ヲ尊重シ立法ニ在リテハ之ヲ輕視スルガ如キハ撞着ノ甚シキモノト謂ハザルベカラズ」との建議をなした⁽⁴⁶⁹⁾。米騒動によって寺内内閣は総辞職したが、原敬内閣は、1919年（大正8年）7月、勅令第232号をもって「臨時法制審議会官制」を制定し、第1回総会にて原敬首相は、「政府ハ臨時教育会議ノ建議ヲ容レ諸君ヲ煩ハシテ此建議ノ趣旨ヲ貫徹シ我淳風美俗ヲ維持スル為メニ必要ナル法律上相当ノ改正ヲ企図セラレンコトヲ希望ス」と訓示した⁽⁴⁷⁰⁾。そしてその直後に「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如

(465) 福島・前掲注(264) p. 38

(466) 以上、中村吉三郎『大正法制史』（清水弘文堂、1971年）pp. 20-21を参照。

(467) 山住・前掲注(238) p. 85

(468) 中内敏夫『軍国美談と教科書』（岩波新書、1988年）pp. 48-50

(469) 以上、中村・前掲注(226) pp. 21-22を参照。

(470) 堀内節編著『家事審判制度の研究』（中央大学出版部、1970年）p. 12

何」との諮問をなしたのである⁽⁴⁷¹⁾。悪名高い「淳風美俗」論の誕生であった。

すなわち、デモクラシーの影響に対し、政府は再び擬似復古主義をもって乗り切ろうとしたのである。しかし臨時法制審議会は、「家族制」から「個人制」への進化を標榜する穂積陳重が総裁であり、改正論者の平沼騏一郎が副総裁にとどまったため、「アンビバレントという苦しい立場」⁽⁴⁷²⁾とならざるをえなかったのも当然といえよう。なお、臨時法制審議会の委員は、総裁・副総裁のほか、一木喜徳郎、横田國臣、岡野敬次郎、鈴木喜三郎、美濃部達吉、磯部四郎、江木衷、花井卓蔵ら 25 名であった。そしてその幹事として、牧野菊之助（判事）、池田寅二郎（司法省参事官）、牧野英一（東京帝大教授）、穂積重遠（同）、鳩山秀夫（同）ら 12 名が就任している⁽⁴⁷³⁾。

法制審議会の決議答申した要綱は、1922 年（大正 11 年）の「家事審判所」設立の答申、1925 年（大正 14 年）の「民法親族編中改正ノ要綱」34 項、1927 年（昭和 2 年）の「民法相続編中改正ノ要綱」17 項である⁽⁴⁷⁴⁾。親権に関する要綱には、「民法親族編中改正ノ要綱」第 27 項「親権行使ノ制限」及び第 28 項「親権ノ喪失」がある。前者では、「母ノ親権行使ニ関シ親族会ノ同意ヲ要スル事項ヲ整理減縮スルコト」とされ、後者では、「親権ノ濫用又ハ著シキ不行跡ノ外父又ハ母ニ親権ヲ行ハシムヘカラサル重大ナル事由アルトキハ家事審判所ハ親権ヲ喪失セシムルコトヲ得ルモノトスルコト」とされていた⁽⁴⁷⁵⁾。

家事審判所構想については、「国家による紛争解決という面よりは、名望家による国家機関を利用した解決という方向への傾斜が強い」⁽⁴⁷⁶⁾ものであった。ただし、この構想に対しては、弁護士花井卓蔵委員の「法律ハ家庭ニ入ラズ、能フベクンバ家庭内親族内ノコトハ之ヲ其法律力デ争ハシメルト云フコトハ、避ケ得ラルル丈ケハ避ケタイト云フ考ヲ有ツテ居ル」として家庭の自律性を主

(471) 堀内・前掲注(470) p. 13

(472) 有地・前掲注(242) p. 108

(473) 堀内・前掲注(470) p. 11, 560-561

(474) その全文については、前田編・前掲注(177) pp. 1223-1229 を参照。

(475) 前田編・前掲注(177) p. 1226

(476) 川口・前掲注(226) p. 362

張していたことが注目に値する⁽⁴⁷⁷⁾。

民法改正要綱は、①親族規定の形式的拡張、②分家促進による家長権の再編強化、③父母の婚姻同意権に対する「正当ノ事由」なき拒否の制限、④単独相続制の修正、などを内容としている⁽⁴⁷⁸⁾。民法改正要綱は、司法省の「民法改正調査委員会」のもとで改正条文が起草され、1940-41年（昭和15、6年）頃に「人事法案」として整理されるに至った。この「人事法案」については、民法改正調査委員会が設けられ、委員長には富井政章が就任している。親族編については、穂積重遠委員が起草を担当することとなり、親権に関する規定としては、監護教育義務に関する文言の削除、子が成年に達したときの管理計算義務の削除などを内容とするものであった⁽⁴⁷⁹⁾。ただし、それらの内容が現実に立法化されることはなく敗戦を迎えることとなったのである。

第2節 太平洋戦争と親権

1. 戦争と子ども

明治民法から現行民法への改正を論じる前に、子どもたちにとっても重大な傷跡を残した太平洋戦争に関して簡単に触れておくこととする。わが国は、1894年（明治27年）の日清戦争、1904年（明治37年）の日露戦争、1914年（大正3年）の第一次世界大戦と参戦してきたのであるが、いずれの戦争も日本本土に直接の影響を及ぼしてはいなかった。そして、相次ぐ戦勝の報に国威は高揚しており、「昭和20年までは、子どもたちはほとんど皆、軍国少年であり軍国少女であった」⁽⁴⁸⁰⁾のである。

1931年（昭和6年）の満州事変以来、中国戦線では不穏な状況が続いてい

(477) 堀内・前掲注(469) pp. 826-827

(478) 以上につき、川口・前掲注(226) pp. 362-364。なお、改正要綱に対する批判については、青山・前掲注(221)を参照。

(479) 堀内・前掲注(469) pp. 957-959

(480) 森山＝中江・前掲注(7) p. 312

たのであるが、すでに報道規制と治安法制が整えられていたため⁽⁴⁸¹⁾、1937年（昭和12年）の日中戦争の拡大時にも、遠い世界の出来事のように思われていた。1938年（昭和13年）にある小学校3年生によって書かれた作文には、次のように記載されている。「僕たち子供は、戦争に行かれないけれども、銃後の護りをはかりして、兵隊さんと同じ様に、天皇陛下に忠義をつくします」⁽⁴⁸²⁾ このような作文には教師の筆が加えられているであろうから⁽⁴⁸³⁾、それが直ちに小学校3年生の心情であったとは考えられないが、そのような楽観的な気分とともに、すでに家に対する孝は置き去りにされ、天皇に対する忠の一元的支配になっていることが読み取れよう。もはや国家一家という入れ子構造による正当化すら不要な状況になっているのである。どうしてそのような状況が生れたのであろうか。

それは、戸籍制度・戸主制度・教育制度の三位一体に依存することなく、「教育で決着をつければよいという発想」が勝ち残ったということであろう。戸籍制度や戸主制度は、もはやいじる必要さえなくなっていたのである。その代わり、教育制度については、徹底した皇民教育が行なわれた。前述したとおり（第2章第2節2）、1880年（明治13年）には修身を全教科の先頭に置き、1886年（明治19年）に教科用図書検定条例を公布、1890年（明治23年）に教育勅語を發布、1903年（明治36年）に国定教科書制度の創設、と押し進めてきた。

そして1917年（大正6年）には臨時教育会議が設置され、「忠良ナル臣民」の育成が目標に掲げられた⁽⁴⁸⁴⁾。臨時教育会議は、2つの建議を行なった。1つは「兵式体操振興ニ関スル建議」（同年12月15日）であり、学校教育が軍事

(481) この点については、藤原彰『日本近代史Ⅲ』（岩波書店、1977年）pp.10-12を参照。

(482) 山中恒『子どもたちの太平洋戦争』（岩波新書、1986年）p.8より引用。

(483) 山中・前掲注(482) p.104 以下でも、勝手な教師の添削例が挙げられているが、筆者（1960年（昭和35年）鹿児島県生）の小中学校の経験でも、勝手な教師の添削や改作は枚挙に暇がないほどであった。ある生徒の作品を別の生徒の作品として出品・公開するなど日常茶飯事であった。

(484) 国民教育研究所編・前掲注(237) p.135（寺内首相の所信）

と密接に結びつけられたのである。ここで子どもは戦争の道具として考えられている。もう1つは「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」(1919年(大正8年)11月7日)であり、「国体ノ本義ヲ明徴ニシ之ヲ中外ニ顕彰スル」ことが指針として示されたのである⁽⁴⁸⁵⁾。ここに「ファシズムの端緒」を見ることができよう⁽⁴⁸⁶⁾。

その後も1924年(大正13年)「川井訓導事件」⁽⁴⁸⁷⁾、1933年(昭和8年)の国定教科書大改訂(サクラ読本)・「滝川事件」、1935年(昭和10年)「天皇機関説事件」などを経て、同年に「国体明徴運動」が起きる。そして1937年(昭和11年)、文部省は「国体ノ本義」を全国に発送するに至った。そこには、「抑、我が国は皇室を宗家とし奉り、天皇を古今に亙る中心と仰ぐ君民一体の一大家族国家である。故に国家の繁栄に尽くすことは、即ち天皇の御栄えに奉仕することであり、天皇に忠を尽くし奉ることは、即ち国を愛し国の隆昌を図ることに外ならぬ。忠君なくして愛国はなく、愛国なくして忠君はない」⁽⁴⁸⁸⁾と記載されていた。ここには入れ子構造であった家の影すらもない。天皇のみを頂点とする一元的支配構造が明らかにされたのである。

この点について竹内途夫氏は、次のように表現している。「満州事変が勃発するまでは、『国のため』に節約して、国の借金を返すのだと学校では教えても、家では国のためとはいわなかった。節約するのも『家のため』だった。ところが事変を境に、何事にも『お国のために』が罷り通るようになった。お国のためなら、何でも我慢しなければならなかった。親は金のいることは、何でも『お国のためじゃ』とあきらめさせた」⁽⁴⁸⁹⁾

もっとも、このような支配構造への転換はここで一気に図られたのではない。尋常小学校修身教科書の目標解説によれば、1903年(明治36年)の第1期本では「勇気を起さしむる」、1910年(明治43年)の第2期本では「忠義の心

(485) 以上につき、国民教育研究所編・前掲注(237) pp.142-143

(486) 山住・前掲注(238) p.99

(487) これについては、山住・前掲注(238) pp.111-112を参照。

(488) 山住・前掲注(238) p.126より引用。

(489) 竹内途夫『尋常小学校ものがたり』(福武書店、1991年) p.198

を起さしむる」という一般的な徳目が目標とされていた。しかしこれらに対し、1934年（昭和9年）の第4期本になると、「忠義の心を振興せしめ、天皇陛下の御為には一身を捧げて尽くすよう心掛けしむる」ことを目標とし、「戦場に出ない者でも、自分自身の職場を守って国の為に働くのが天皇陛下に忠義を尽くすことになる」との「注意」まで付されている⁽⁴⁹⁰⁾。このように、ファシズムの波は、それと気づかない間に徐々に子どもたちを取り囲んでいたのである。

2. 国家総動員体制と親権

1937年（昭和12年）に盧溝橋事件をきっかけとして日中戦争が拡大すると、「国民精神総動員実施要綱」が決定され、「挙国一致」「尽忠報国」「堅忍持久」の精神が子どもたちにも強制されることとなり⁽⁴⁹¹⁾、ついに完全な戦時教育体制に突入していく。1938年（昭和38年）には「国家総動員法」が公布され、戦時の国防目的をもってあらゆる人的物的資源を国家行政（その実質は軍部）の統制下に置くことができ、臣民の自由はすべて行政権力に白紙委任されることとなった⁽⁴⁹²⁾。1940年（昭和15年）は神武天皇即位以来紀元2600年であるとされ、近衛文麿首相によって「八紘一宇」の「皇謨」を「翼賛」することが宣言された。つまり「天皇を家長として」「天下を一つの家にする」ということである⁽⁴⁹³⁾。ここにおいて国家が一つの家であることが宣言され、天皇のみが唯一絶対の家長となり、個々の家における家長の権威は失われ、親権という観念さえ一顧だにされなくなったのである。

このような事態を象徴しているのが、1941年（昭和16年）の国民学校令公布と勤労動員の開始であろう。この年こそまさに太平洋戦争が開始された年である⁽⁴⁹⁴⁾。

(490) 中内・前掲注(468) p. 24

(491) 国民教育研究所編・前掲注(237) pp. 191-192

(492) 川口・前掲注(226) pp. 384-386

(493) 三國一朗『戦中用語集』（岩波新書、1985年）pp. 74-75、山中・前掲注(482) pp. 14-15を参照。

(494) 太平洋戦争の呼称はアメリカ軍側のものであり、そのまま使用することに問題がないわけではないが、15年戦争を指す一般的な呼称として用いることとする。この点については、家永三郎『太平洋戦争』（岩波書店、1968年）pp. iii-ivを参照。

国民学校令は、小学校令を改正し、その目的を「皇国ノ道ニ則リテ」「国民ノ基礎的練成ヲ為ス」と定め（同令第1条）、「教育ニ関スルノ勅語ノ旨趣ヲ奉体シテ教育ノ全般ニ亘リ皇国ノ道ヲ修練セシメ特ニ国体ニ対スル信念ヲ深カラシムベシ」という留意事項が示された（同令施行規則第1条第1号）⁽⁴⁹⁵⁾。小学校での教育は、「個人の自立のための心身の養成」が目的とされていたのであるが、国民学校では、「天皇と国家の命令にだけ従う思考しない人間、判断しない人間、心身ともに『天皇に帰一』する人間をつくりだすための『鑄型にはめる』教育」⁽⁴⁹⁶⁾が目的となったのである。勤労働員は、徴兵のために不足した労働力を補充するために、婦人・学生・生徒を勤労に動員するものであった。婦人の動員に対しては、家族制度・淳風美俗を破壊するという理由で反対もあったようであるが⁽⁴⁹⁷⁾、家族制度を顧慮することもなく敢行された。

そして戦時体制はよりエスカレートしていき、1943年（昭和18年）には「学徒戦時動員体制確立要綱」が閣議決定され、ついに学徒までが戦力として位置付けられることとなった。この動員には、「満蒙開拓少年義勇軍」という少年移民政策も含まれ、推定2万4,000人が襲撃による殺害・病死・凍死・餓死したとされている⁽⁴⁹⁸⁾。1944年（昭和19年）には「一般疎開ノ促進ヲ図ルノ外特ニ国民学校初等科児童ノ疎開ヲ強度ニ促進スル」要綱が閣議決定され、約35万人が集団疎開したとされる。この集団疎開中、沖縄からの疎開船対馬丸が撃沈され、700名以上の児童が犠牲となる事件も起きている⁽⁴⁹⁹⁾。この疎開は、決して児童の福祉に配慮したものではなく、「国家による未来労働力・未来戦力の保全策」⁽⁵⁰⁰⁾として行なわれたものにすぎなかった。この時期には、

(495) 国民教育研究所編・前掲注(237) pp.194-195

(496) 入江曜子『日本が「神の国」だった時代』(岩波新書, 2001年) p.4

(497) 山住・前掲注(238) p.135

(498) この点については、上笙一郎『満蒙開拓少年義勇軍』(中公新書, 1973年)を参照。

(499) 対馬丸事件については、多くの資料が刊行されているが、ここではドキュメンタリー・ノベルとして、石野径一郎『対馬丸事件』(講談社文庫, 1978年)を挙げておく。

(500) 上・前掲注(125) p.308

子どもは国の戦争資源としてしか取扱われなかったのであり、親権が介入する余地すらなかったといえよう。親権を振りかざす者は、非国民以外の何者でもなく、それだけで制裁を受けることとなったのである。

戦局はすでに決していたにもかかわらず、1945年（昭和20年）には、「決戦教育措置要綱」が閣議決定され、戦時教育令が制定されて、本土決戦の準備が整えられる。もはや教育の名に値しない教育令の内容となるのである。しかるに長崎・広島悲劇をもって敗戦の日を迎えることになるのであった。この間、国民も黙って従っていたかというところでもなかった。1943年（昭和18年）から1944年（昭和19年）初めにかけて、いわゆる「不敬造言」が急激に増加したとされる。その造言には、次のようなものもあった。「子供を育てても別に天皇陛下から貰うわけではないのに、大きく育ててから（子供を）持って行くなんてことをするのだから、天皇陛下にだって罰が当たるよ」⁽⁵⁰¹⁾

第3節 現行民法の成立

1. 民法改正の経緯

わが国は、1945年（昭和20年）8月15日、ポツダム宣言を受諾することにより、敗戦国家となった。そして、1946年（昭和21年）11月3日には日本国憲法が公布され、1947年（昭和22年）5月3日から施行されることになったため、それまでに民法ほかの法制度も日本国憲法に適合するよう改正しなければならないこととなった。民法改正は、戦前から持ち越されていた課題ではあったが、日本国憲法がその第24条で家族生活における個人の尊厳原理と両性の本質的平等とを明記したことから、戸主制度、妻の無能力、父権優先原理、長子相続制などは存続が許されないこととなり、新たな発想のもとに民法親族相続法編を見直さなければならないこととなったのである。

そこで1946年（昭和21年）7月2日、内閣に臨時法制調査会が設けられ、4

(501) 江口圭一『体系日本の歴史 14 2つの大戦』（小学館ライブラリー、1993年）p. 437

つの部会中第3部会が司法関係を担当することとなり、これと併行して司法省に司法法制審議会も設置された。これは、「司法法制が直接国民生活に関係するという重要性に照らし、これを法制調査会だけに委せず、もつと広く世論に聴くといった意味が多分にあつた」⁽⁵⁰²⁾ものとされている。法制調査会第3部会委員は、部会長有馬忠三郎（弁護士）以下22名の委員によって構成され、司法法制審議会では法制調査会委員第3部会の22名のほかに47名の委員を加えて69名で構成された⁽⁵⁰³⁾。司法法制審議会には3つの小委員会が設けられ、民法改正は第2小委員会が担当することとなり、民法改正要綱草案を起草するための起草委員および幹事が指名された⁽⁵⁰⁴⁾。民法改正要綱草案の起草委員には、我妻栄（東大教授）、中川善之助（東北大学教授）、奥野健一（司法省民事局長）などが任命され、幹事には、横田正俊（大審院判事）、堀内信之助（東京民事地方裁判所上席部長）、柳川昌勝（東京控訴院部長）、来栖三郎（東大教授）、川島武宜（東大教授）、長野潔（東京控訴院判事）、円山田作（弁護士）、村上朝一（司法事務官）などが任命されている⁽⁵⁰⁵⁾。

起草にあたる幹事は、ABCの3班に分けられ、A班は家・相続および戸籍法（横田・川島）、B班は婚姻（堀内・来栖）、C班は親子・親権・後見・親族会・扶養（長野・柳川）という分担とされた。幹事案は、1946年（昭和21年）7月20日までに作成され、同月22日から27日まで連日起草委員会を開催し、第一次要綱草案が作成された。その後第二次案および第三次案を経て、同年12月4日から第四次案に基づいて法制局の条文審査がはじめられている。そして前後23回の会談を経て、翌1947年（昭和22年）1月3日に説明が終了し、その結果第五次案が整理され、これを英訳して最高司令部に提出している。同年2月中旬には第六次案が作成されたものの、最高司令部から同年5月3日

(502) 中川善之助『新憲法と家族制度』（国立書院、1948年）p.16

(503) 中川・前掲注(502) p.16。なお、その後の委員数の変動と構成委員については、我妻栄ほか『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956年）pp.206-211を参照。

(504) この構成委員については、我妻ほか・前掲注(503) pp.206-207を参照。

(505) 我妻ほか・前掲注(503) p.6（村上朝一発言）

までの審議が不可能だと申入れがあり、急遽「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」を立案して日本国憲法と同時に施行することとした。最高司令部の担当主任はブレークモア氏であったが、上記第六次案には40項目にわたる修正意見が出され、同年7月7日やっと最終案（第八次案）を閣議にかけることが了承された。そして、条文を口語体書き下ろしたものが同年7月15日に閣議決定され、同月25日の国会に上程されている⁽⁵⁰⁶⁾。

これらの議論の出発点となったのは、法務省民事局で作成した「民法親族編及び相続編の改正につき考慮すべき諸問題」であったが、そこでは「家」「婚姻」「相続」に分けて問題が整理され、戸主制度や家督相続制度の見直しが提起されており、親権との関係では「子に対する親権行使に付ては父母に差等を設けざるべきか」という問題が取り上げられている。そしてこれを説明するものとして、「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案（第一案）」も作成され、「我国の家族制度は超法律的の伝統的存在にして、民法上の『家』は現実の家族制度と遊離し、単なる戸籍法上の観念である」という認識が示されているが、親権については次のような試案となった⁽⁵⁰⁷⁾。

- (イ) 子に対する親権は父先づ之を行ひ、父死亡其の他の事由により行はざる
とき母之を行ふものとする。 (現行通) 但し嫡出に非ざる子に対して
は母親権を行うこと。
- (ロ) 子の住所は父之を定むること。但し嫡出に非ざる子に付ては母之を定む
ること。
- (ハ) 子に対する扶養義務は父が負担すること。 (第二次的に母、後見人)
- (ニ) 親権行使の内容に付父母平等とすること。故に現行第 886 条及び第 887
条は削除すること。
- (ホ) 子が成年に達したるとき又は裁判ありたるときは父母より独立し、親権
より解放せられ得るものとする。 (米国法参照)
- (ヘ) 親族会は廃止し其の権限は裁判所 (家事裁判所) をして行はしむること。

(506) 以上につき、我妻ほか・前掲注(503) pp. 6-9 (村上朝一発言) を参照。

(507) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 211-213

ここで注意すべきことは、「家の制度の廃止ということについて、司令部の命令か、命令でなくとも勧告的なものがある、それに従ってこの家の制度の廃止を行ったのではない」のであり、司令部としては、「家族法といったようなものごときは、これを近代化し民主化するということはむしろ日本人自身の問題と考えたのであって、東洋の国に西洋的な家族関係の思想を標準として押しつけるというようなことは賢明とは考えなかったから命令しなかった」⁽⁵⁰⁸⁾ ことである。逆に、吉田首相や金森國務大臣が「新憲法ができて家制度は廃止する必要はない」し、「戸主権と家は残す、ただ戸主権の不当な行使は押える」という戦前からの発想を継続していたのに対して、我妻栄委員と中川善之助委員とが「いまさらそうなのは仕事ができない」と抗議したことが重要であろう⁽⁵⁰⁹⁾。

2. 民法改正の内容

以上のような経緯を経て、民法改正が着手されたのである。親権規定に関しては、司法省民事局の提案はやや微温的なものであったが、上記C案では、家族制度の払拭と父母の親権の平等化が行われた。「父母の共同親権というのは幹事で考えた」⁽⁵¹⁰⁾ ものである。C班案では、親権規定について、次のような指摘がなされている⁽⁵¹¹⁾。なお、各論的指摘につき、民法改正法案に反映されたものを○、反映されなかったものを×として最終的な案を付記し、それぞれの末尾に付することとする。

第5章 親権

- 1 親権は無能力の子に対するものとすべきか。
- 2 親権は父母共に在るときはその共同行使とすべきか。
- 3 母の親権行使についての制限を撤廃すべきか。

(508) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 13-14 (奥野健一発言)

(509) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 15-16 (我妻栄発言)

(510) 我妻ほか・前掲注(503) p. 31 (我妻栄発言)

(511) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 221-222

わが国における親権概念の成立と変遷

- 4 継父、継母及び嫡母の制度を廃止し、この場合の親権に代へ後見を開始せしむべきか。
- 5 親権者と子との間の計算関係の規定を削除すべきか。

第1節 総則

- 1 第 877 条 左の通り改むべきか。
無能力ノ子ハ其戸籍ニ在ル父母ノ親権ニ服ス（×。「未成年に達しない子」とした）
親権ハ父母共同シテ之ヲ行フ（○）
（父母ハ協議シテ親権ヲ行フ者ヲ定ムルコトヲ得協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム）（×）

- 2 第 878 条 削除すべきか。（○）

第2節 親権の効力

- 1 第 879 条 「親権ヲ行フ父又ハ母」を「親権ヲ行フ者」に改むべきか。（○）
- 2 第 880 条 「親権ヲ行フ父又ハ母」を「親権ヲ行フ者」に改め、但書を削るべきか。（○）
- 3 第 881 条 削除すべきか。（○）
- 4 第 882 条 左の通り改むべきか。
親権ヲ行フ者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少年救護院、矯正院其他之ニ準スル施設ニ入ルルコトヲ得（×。従来の規定を維持）
- 5 第 883 条 左の通り改むべきか。
無能力ノ子ハ親権ヲ行フ者ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ営ムコトヲ得ス（「無能力」を除き○）
（現行の第 2 項は第 6 条第 2 項を改正し、其の趣旨を表はすべきか）（×。従来の規定を維持）
- 6 第 884 条 本文を左の通り改むべきか。
親権ヲ行フ者ハ無能力ノ子ノ財産ヲ管理シ之ニ代ハリテ財産ニ関スル一切ノ法律行為ヲ為スコトヲ得（×。従来の規定を維持）
- 7 第 885 条 婚姻と共に未成年者は能力者と為るものとし、本条を削除すべきか。（○）
- 8 第 886 条及び第 887 条 削除すべきか。（○）
- 9 第 888 条 第 1 項を左の通り改むべきか。

親権ヲ行フ者ト其無能力ノ子ト利益相反スル行為ニ付テハ親権ヲ行フ者ハ其子ノ為メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得（△。「請求しなければならない」）

- 10 第 889 条 第 1 項中「親権ヲ行フ父又ハ母」を「親権ヲ行フ者」に改め、第 2 項を削るべきか。（○）
- 11 第 890 条乃至第 892 条 削除すべきか。（×）
- 12 第 894 条 左の通り改むべきか。

親権ヲ行ヒタル者ト其子トノ間ニ財産ニ付テ生シタル債権ハ其管理権消滅ノ時ヨリ 5 年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス（○）

子カ能力者ト為ラサル間ニ管理権カ消滅シタルトキハ前項ノ期間ハ其子カ能力者ト為リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ之ヲ起算ス（○）
（別 案）

本条を削除し、一般の時効に依るものとすべきか。（×）

- 13 第 895 条 本条を削除し後見を開始せしむべきか。（×）

第 3 節 親権ノ喪失

- 1 第 896 条 「父又ハ母」を「者」に改め、「又ハ検事」を削るべきか。（×）
- 2 第 897 条 第 1 項中「父又ハ母」を「者」に改め、「又ハ検事」を削り、第 2 項を削るべきか。（第 1 項×，第 2 項○）
- 3 第 899 条 左の通り改むべきか。

親権ヲ行フ者ハ已ムヲ得サル事由アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ財産ノ管理ヲ辞スルコトヲ得（○）

したがって、家族制度の払拭（戸主の権限の廃止、親権の対象を未成年の子に限定など）と父母の親権の平等化（父権優越の廃止、母の親権に対する制限の廃止、管理権の辞退の父母共通など）以外の点は、親権規定に関する限り、明治民法の規定はほとんど変更されていないこととなる。明治民法と現行民法を対照表にすると、次のようになる。なお、現行民法については、親権規定の実質的変更が全く行われなかったことから、2004 年（平成 16 年）公布の「民法の一部を改正する法律」（いわゆる現代語化法）に基づいた新民法典の条項を引用する。

わが国における親権概念の成立と変遷

明治民法と現行民法における親権規定対照表
(明治民法が実質的に変更された部分に下線を付して表示する)

明治民法の規定と内容	現行民法の規定と内容
<p>877条 1項 <u>子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス</u> 2項 <u>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</u></p>	<p>818条（親権者） 1項 成年に達しない子は、父母の親権に服する。 2項 子が養子であるときは、養親の親権に服する。 3項 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。</p>
<p>規定なし</p>	<p>819条（離婚又は認知の場合の親権者） 1項 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。 2項 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。 3項 子の出生前に父母が離婚したばあには、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。 4項 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。 5項 第1項、第3項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。 6項 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。</p>
<p>878条 <u>継父、継母又ハ嫡母カ親権ヲ行フ場合ニ於テハ次章ノ規定ヲ準用ス</u></p>	<p>削除</p>
<p>879条 親権ヲ行フ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</p>	<p>820条（監護及び教育の権利義務） 親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。</p>
<p>880条</p>	<p>821条（居所の指定）</p>

<p>未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ス但第749条ノ適用ヲ妨ケス</p>	<p>子は、親權を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。</p>
<p>881条 未成年ノ子カ兵役ヲ出願スルニハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス</p>	<p>削除</p>
<p>882条 1項 親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍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コトヲ得 2項 子ヲ懲戒場ニ入ルル期間ハ6ヶ月以下ノ範圍内ニ於テ裁判所之ヲ定ム但此期間ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得</p>	<p>822条（懲戒） 1項 親權を行う者は、必要な限度内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所ノ許可を得て、これを懲戒場に入れることができる。 2項 子を懲戒場に入れる期間は、6箇月以下ノ範圍内、家庭裁判所が定める。ただし、この期間は、親權を行う者ノ請求によって、いつでも短縮することができる。</p>
<p>883条 1項 未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ営ムコトヲ得ス 2項 父又ハ母ハ第6条第2項ノ場合ニ於テハ前項ノ許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得</p>	<p>823条（職業ノ許可） 1項 子は、親權を行う者ノ許可を得なければ、職業を営むことができない。 2項 親權を行う者は、第6条第2項ノ場合には、前項ノ許可を取り消し、又はこれを制限することができる。</p>
<p>884条 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス但其子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス</p>	<p>824条（財産ノ管理及び代表） 親權を行う者は、子ノ財産を管理し、かつ、その財産ニ関スル法律行為についてその子を代表する。ただし、その子ノ行為を目的トスル債務を生ずべき場合には、本人ノ同意を得なければならない。</p>
<p>885条 未成年ノ子カ其配偶者ノ財産ヲ管理スヘキ場合ニ於テハ親權ヲ行フ父又ハ母之ニ代ハリテ其財産ヲ管理ス</p>	<p>削除</p>
<p>886条 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ左ニ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ子ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス 1 營業ヲ為スコト 2 借財又ハ保証ヲ為スコト 3 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行為ヲ為ス</p>	<p>削除</p>

わが国における親権概念の成立と変遷

<p>コト</p> <p>4 <u>不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル和解又ハ仲裁契約ヲ為スコト</u></p> <p>5 <u>相続ヲ放棄スルコト</u></p> <p>6 <u>贈与又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト</u></p>	
<p>887条</p> <p>1 項 <u>親権ヲ行フ母カ前条ノ規定ニ違反シテ為シ又ハ同意ヲ与ヘタル行為ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第 19 条ノ規定ヲ準用ス</u></p> <p>2 項 <u>前項ノ規定ハ第 121 条乃至第 126 条ノ適用ヲ妨ケス</u></p>	<p>削 除</p>
<p>規定なし</p>	<p>825条（父母の一方が共同の名義でした行為の効力）</p> <p>父母が共同して親権を行う場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をし又は子がこれをすることに同意したときは、その行為は、他の一方の意思に反したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りではない。</p>
<p>888条</p> <p>3 項 <u>親権ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行為ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ為メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族会ニ請求スルコトヲ要ス</u></p> <p>4 項 <u>父又ハ母カ数人ノ子ニ対シテ親権ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行為ニ付テハ其一方ノ為メ前項ノ規定ヲ準用ス</u></p>	<p>826条（利益相反行為）</p> <p>1 項 <u>親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。</u></p> <p>2 項 <u>親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その一方のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない。</u></p>
<p>889条</p> <p>2 項 <u>親権ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ為メニスルト同一ノ注意ヲ以テ其管理権ヲ行フコトヲ要ス</u></p> <p>3 項 <u>母ハ親族会ノ同意ヲ得テ為シタル行為ニ付テモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス但母ニ過失ナカリシトキハ此限ニ在ラス</u></p>	<p>827条（財産の管理における注意義務）</p> <p>親権を行う者は、自己のためにするのと同一の注意をもて、その管理権を行わなければならない。</p> <p>2 項削除</p>

<p>890条 子カ成年ニ達シタルトキハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ハ遲滞ナク其管理ノ計算ヲ為スコトヲ要ス但其子ノ養育及ヒ財産ノ管理ノ費用ハ其子ノ財産ノ収益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ス</p>	<p>828条（財産の管理の計算） 子が成年に達したときは、親權を行つた者は、遲滞なくその管理の計算をしなければならない。ただし、その子の養育及び財産の管理の費用は、その子の財産の収益と相殺したものとみなす。</p>
<p>891条 前条但書ノ規定ハ無償ニテ子ニ財産ヲ与フル第三者カ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ其財産ニ付テハ之ヲ適用セス</p>	<p>829条 前条ただし書の規定は、無償で子に財産を与える第三者が反対の意思を表示したときは、その財産については、これを適用しない。</p>
<p>892条 1項 無償ニテ子ニ財産ヲ与フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財産ハ父又ハ母ノ管理ニ属セサルモノトス 2項 前項ノ場合ニ於テ第三者カ管理者ヲ指定セサリシトキハ裁判所ハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其管理者ヲ選任ス 3項 第三者カ管理者ヲ指定セシトキト雖モ其管理者ノ権限カ消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者カ更ニ管理者ヲ指定セサルトキ亦同シ 4項 第27条乃至第29条ノ規定ハ前2項ノ場合ニ之ヲ準用ス</p>	<p>830条（第三者が無償で子に与えた財産の管理） 1項 無償で子に財産を与える第三者が、親權を行う父又は母にこれを管理させない意思を表示したときは、その財産は、父又は母の管理に属しないものとする。 2項 前項の財産につき父母が共に管理權を有しない場合において、第三者が管理者を指定しなかったときは、家庭裁判所は、子、その親族又は檢察官の請求によって、その管理者を選任する。 3項 第三者が管理者を指定したときであっても、その管理者の権限が消滅し、又はこれを改任する必要がある場合において、第三者が更に管理者を指定しないときも、前項と同様とする。 4項 第27条から第29条までの規定は、前2項の場合について準用する。</p>
<p>893条 第654条及び第655条ノ規定ハ父又ハ母カ子ノ財産ヲ管理スル場合及ヒ前条ノ場合ニ之ヲ準用ス</p>	<p>831条（委任の規定の準用） 第654条及び第655条の規定は、親權を行う者が子の財産を管理する場合及び前条の場合について準用する。</p>
<p>894条 4項 親權ヲ行ヒタル父若クハ母又ハ親族会員ト其子トノ間ニ財産ノ管理ニ付テ生シタル債權ハ其管理權消滅ノ時ヨリ5年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス 5項 子カ未タ成年ニ達セサル間ニ管理權カ消滅シタルトキハ前項ノ期</p>	<p>832条（財産の管理について生じた親子間の債權の消滅時効） 1項 親權を行つた者とその子との間に財産の管理について生じた債權は、その管理權が消滅した時から5年間これを行使しないときは、時効によって消滅する。 2項 子がまだ成年に達しない間に管</p>

わが国における親権概念の成立と変遷

<p>間ハ其子カ成年ニ達シ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ之ヲ起算ス</p>	<p>理権が消滅した場合において子に法定代理人がないときは、前項の期間は、その子が成年に達し、又は後任の法定代理人が就職した時から起算する。</p>
<p>895条 親権ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主権及ヒ親権ヲ行フ</p>	<p>833条（親権の代行） 親権を行う者は、その親権に服する子に代わって親権を行う。</p>
<p>896条 父又ハ母カ親権ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ検事ノ請求ニ因リ其親権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得</p>	<p>834条（親権の喪失の宣告） 父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その親権の喪失を宣告することができる。</p>
<p>897条 1項 親権ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失当ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ検事ノ請求ニ因リ其管理権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得 2項 <u>父カ前項ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管理権ハ家ニ在ル母之ヲ行フ</u></p>	<p>835条（管理権の喪失の宣告） 親権を行う父又は母が、管理が失当であったことによってその子の財産を危うくしたときは、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その管理権の喪失を宣告することができる。2項削除</p>
<p>898条 前2条ニ定メタル原因カ止ミタルトキハ裁判所ハ本人又ハ其親族ノ請求ニ因リ失権ノ宣告ヲ取消スコトヲ得</p>	<p>836条（親権又は管理権の喪失の宣告の取消し） 前2条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人又はその親族の請求によって、前2条の規定による親権又は管理権の喪失の宣告を取り消すことができる。</p>
<p>899条 親権ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辞スルコトヲ得</p>	<p>837条（親権又は管理権の辞任及び回復） 1項 親権を行う父又は母は、やむを得ない事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を辞することができる。 2項 前項の事由が消滅したときは、父又は母は、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を回復することができる。</p>

3. 民法改正の議論

民法改正の議論において、親権規定で最も問題とされたのは、父母が離婚した場合の親権者の決定についてであった。明治民法において「其家ニ在ル父ノ

親権ニ服ス」とされていたのを父母の共同親権としたのであるが、「氏ヲ同シクスル父母」とするかどうかについては相当あとまで考えられていた。しかし、離婚した場合に「子ト氏ヲ同シクスル父母」、つまり離婚したときは「父之ヲ行フ」とし、父母が婚姻の際母の氏を称していた場合には「母之ヲ行フ」ということでまかなおうとしたところ、司令部および法制局から「父之ヲ行フ」というのは違憲の疑いがあるため、親権者は協議で決めたらよい、それを決めることを協議離婚の要件にしたかどうかという提案がなされ、最終的な形となった。

この点について起草者側は、「親権の所在を共同生活の実体に合せよう、とにかく実際の生活に即するようにきめようということが頭にあって、それに一番即するようにするには、まず氏を共同生活の実体に合うようにきめておいて、親権はその氏に合せることが一番おちつくところにおちつく」と考えていた。しかし司令部には、「氏と親権とを結びつけることは、要するに家の代りに氏を頭に置いて、それに実質上の権利関係を結びつけることになる。いいかえれば、家の温存になるのじゃないかという頭が初めからあったらしい」とされている⁽⁵¹²⁾。

これに対して我妻博士も、「何もそう憲法違反だといっていきり立つほどのことでもない。問題は、むしろ親権と氏とか實際生活とかの結びつきをあきらめてしまって、ただ親権そのものの協議といてしまって満足するかということだね」と述べているが⁽⁵¹³⁾、氏の果たした歴史的機能（天皇制支配の通時的入れ子構造）に照らして考えると、司令部の危惧のほうが適切であったように思われる。ただし、我妻博士は、「子と氏を同じくする親が親権者だとする方が、第三者に対する関係では、一層簡明である」としながらも、「氏を単なる呼称として、できるだけこれと法律関係を結びつけることを避けた方がよいという配慮に出でたものである」と説明している⁽⁵¹⁴⁾。

また、当初のC班案では、父母の共同親権が機能しないときは、「父母ハ協議シテ親権ヲ行フ者ヲ定ムルコトヲ得協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム」と

(512) 以上につき、我妻ほか・前掲注(503) pp. 163-166 (小沢文雄発言)

(513) 我妻ほか・前掲注(503) p. 168 (我妻栄発言)

(514) 我妻栄『改正 親族・相続法解説』(日本評論社, 1949年) p. 106

いう調整案が盛りられており、これは、「たとえていえば、子に2本の手綱をくっつけるわけですから、両方にひっぱられたのでは子供がたまらんとする趣旨で、何とかしてそこをうまく子供がついていけるような親権の行使の仕方しなければいけないということから、ただ共同してこれを行うといってもどうして行ったらいいかわからない。そこで、具体的にはこうしたらいいじゃないかという趣旨で書いた」とされている⁽⁵¹⁵⁾。

しかしこの点については、「父母共同して親権を行う場合に、父母の意見が一致しなかったらどうするのかということ、司判部でもちょっと疑問にしておいた」のであるが、「意見が一致しなかったら父にするかというようなことがあって、そういうめんどうくさいことをいうので、わざわざそこを全然書かなかった」ようである⁽⁵¹⁶⁾。ただし、我妻博士は、「もっとも、わが国の法律としても父母の意見が一致しないときは家庭裁判所が決定する、というような規定が必要なかもしれませんが。ただ、実際問題として、父の意見を抑えるために、母が敢然として家庭裁判所に申請することを期待しうるかどうか、それは問題ですが…」と述べている⁽⁵¹⁷⁾。この点については、結局、家族の自律性に委ねられたのである。

確かに、明治民法の親権規定と改正民法の親権規定とには、それほど際立った差異は形式的には認められない。しかし、わずかの条項変更であるにしても、以上の民法改正によって、「子は家の子でなくて、社会の子である、という考えが現代法の、従って新民法の基調である。子はもはや、家業を継ぐための子でもなく、家名や祭祀を守るための子でもなく、まして親の利益に奉仕せしめられるための子でもなく、よき社会人として、正しい国民となるべき子なのである。そうした社会のための子に、私生活上に於ける、正しい在り方を保障しようというのが最近親子法の性格である」⁽⁵¹⁸⁾と断じることが可能となったのである。

(515) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 31-32 (長野潔発言)

(516) 我妻ほか・前掲注(503) pp. 166-167 (奥野健一発言)

(517) 我妻ほか・前掲注(503) p. 167 (我妻栄発言)

(518) 中川・前掲注(503) p. 75