

親権の登場

— 明治前期の親の位地 —

広井多鶴子

はじめに

親が子どもの教育に責任を負うのは、今日では当たり前のことである。このことを法律上明記しているのは、民法の親権規定である。現行民法 818 条は、未成年の子は「父母の親権に服する」として、父母の「共同親権」を規定し、820 条は、親権者は「子の監護及び教育する権利を有し、義務を負う」と、親の「監護教育権」を規定している。親は親権という特別な権限を、法律上も持っているのである。

ところで、私たちには当然のことに思えるこうした親の責任と権限は、歴史的に見ると、実はそれほど自明のことではない。明治初年には、子どもに対する排他的な権限を親に与える親権といった法的な概念はなく、親の権限は戸主権や後見制度に包摂されていたとされる（手塚豊：57 頁、大竹：266 頁）。親権が法律上に明記されたのは、1898（明治 31）年に制定・施行された明治民法（民法第四編親族）においてである。明治民法によってはじめて、親にのみ子の監護教育に関する権利と義務を与える親権が、法制度上確立したことになる。

とすれば、明治民法制定までの法制度の変遷を辿ることによって、今、私たちが当然と考えている親の役割と権限が、いつ、どのように登場し、制度化されていったかがわかるはずである。本稿では、明治初年の地方の慣例から明治民法が制定されるまでの指令や法制度を見ていく中で、親の役割と権限がどのように変化していったのかを考察する⁽¹⁾。

具体的な分析に入る前に、まず、親権の形成過程を捉えるための視点を明らかにしておきたい。第 1 は、子に対する権限を持つ主体として、「親」あるいは「父母」という概念が、法制度上いつ登場したかである。後述するように、明治初年の法制度では、「子孫」に対する権限の主体として、「尊親」や「尊属親」「祖父母父母」「父兄」「父祖」といった語が用いられており、親はこうした家制度上の尊属の一員として位置づけられていたと考えられる。このことは、もちろん、親が子に対して権限を持っていなかったということではない。だが、戸主＝親として持っていた権限や尊属の一員として持っていた権限と、親として有する権限とは区別して考える必要がある。親権の形成には、当然のことながら、親が戸主や他の尊属と区別され、かつ、親に親としての権限が認められなくてはならない。

だが、親と戸主や他の親族が概念的に区分されていたとしても、それによって、ただちに親権

が形成されたとは言えない。戸主や他の親族も同時に子に対する権限を持ちうるからである。したがって、第2に、戸主や他の親族が関与する際、親に優先性や独自性が認められているかどうか問題である。

大竹秀男は第1次教育令(1879、明治12年)、手塚豊は第1次小学校令(1886、明治19年)を挙げ、これらが子を就学させる責任を「父母後見人等」に課したことに、親権概念の形成を見出している。これらの規定では「父母」は他の親族と区別され、就学責任者の筆頭に置かれている。だが、小野義美は、第1次教育令の就学規定では、「親権者(又は後見人)と戸主の相互関係は未だ明確ではない」とし、1890(明治23)年の第2次小学校令において、「後見との関係はもとより、戸主権との関係においても、独自の親権制度の展開が認められる」と分析している(小野義美:23頁)。

小野義美が指摘するように、第2次小学校令の就学義務規定は、親に戸主とは別の独自の役割と優先的な任務を与えたという意味で画期的である。第2次小学校令が制定された1890(明治23)年は、親権を規定した旧民法が制定された年でもある(ただし、施行延期)。その意味で、1890年代は、親権という概念が法制度上に登場し、親としての独自の役割が定められた時期であると考えられる。しかし、親の優先性や独自性が認められても、なお戸主や他の親族の関与は残りうる。親権が親にのみ認められる排他的な権限である以上、第3に、子どもの教育に関して、戸主や他の親族の関与が否定されたかどうかを見ていかななくてはならない。

第4は、親の優先性や独自性の根拠である。なぜ親には戸主や他の親族とは異なる独自の権限があると考えられるようになったのか。本稿では、親の「自然」の任務や「子の利益」といった言説に着目し、こうした言説が法理念として登場してくる過程を分析する。

1 地域と親族の関与—明治初年の慣例

(1) 勘当・久離

まず、幕末から明治初年にかけて行われていた地域の民間慣例を見てみよう。法制度が整備される以前の慣例では、親はどのように位置づけられていたのだろうか。

司法省が民法編纂のために民間慣行を調査・収集した『全国民事慣例類集』には、「勘当久離」に関する全国の慣例が収録されている⁽²⁾。勘当・久離は、1871(明治4)年制定の戸籍法と、1880(明治13)年の旧刑法による連座制の廃止によって認められないものとなったが、それ以前は広く行われていた。これは「凡子弟不行跡ニテ親兄ノ教誡ニ従ハサル者」を官に願い出て、除籍する制度である(民事慣例類集:259-260頁)。これによって、親族関係が断絶し、「親兄」は「子弟」に対する監督責任を放棄するとともに、勘当した子が何か罪を犯したとしても、連座制を免れることができた。

では、この勘当・久離は誰の権限だったのか。『全国民事慣例類集』の記述では、主に「父兄ノ権」「親兄ノ権」と書かれている。「戸主ノ権」「親ノ権」といった表現も散見されるが、そう多くはない。子はほとんど「子弟」と記されており、勘当・久離の権限は「子弟」に対する「父兄」や「親兄」の権限として捉えられている。

大多数を占めた「父兄」や「親兄」といった表現は、「子弟放埒ナル所行アルトキハ親勘当ト号シ戸主ノ権ニテ其家ヲ放逐」する（三河国額田郡）とあるように、実際には多くの場合、戸主＝親（父）を指していたものと思われるが、この事例でも勘当・久離は戸主としての権限なのか、親としての権限なのかは判然としない。安芸国沼田郡・安芸郡では、勘当は「親ノ権」であり、兄が弟を勘当することはできないとしているが、この事例を除いて、親と戸主の権限を区分するような発想は見られない。したがって、小野義美は、勘当・久離の権限は、多くは親と戸主のどちらの権限か「意識的な区分がなされないまま、双方に帰属するものとして把握されて」いたと分析している（小野義美：24頁）。

つまり、明治初年までの慣例では、勘当・久離は戸主の権限なのか、親の権限なのか明確ではなかった。それは、實際上、親が戸主であることが多かったからだろうが、それだけではないだろう。おそらく、子に対する権限が戸主や親など誰か1人に帰属する専権であるといった発想があまりなかったからではないか。勘当・久離には、親や戸主のみならず、親族や地域の組合（五人組）などが深く関わっていた⁽³⁾。実際、勘当のための願い出には、「親類連署」「親類一同協議」「親類組合連署」「組合宿老連署」「親族組合庄屋連署」「親類組合町村役人連署」「戸主親類連印」などが必要であった。勘当・久離は、親や戸主の専権的な権限ではなく、親族のみならず、五人組等の地域の組合や役人などの関与と承認の中で行われていたのである。それゆえ、子に対する権限が戸主にあるのか親にあるのかといった問題が問われることは、あまりなかったものと思われる。

(2) 後見

『全国民事慣例類集』から、もう1つ、後見に関する慣例を見てみよう。今日、未成年後見といえば、主に親のいない子を保護する親権の代替制度である。だが、こうした後見制度が確立したのは明治民法においてであり、明治初年までの後見は、「幼年」が家督相続した場合に、「親類中人望アル者或ハ番頭手代ノ内ヨリ選任シテ商業取引及ヒ公私ノ家事ヲ裁断スル」制度である（民事慣例類集：275頁）。後見人は「幼主ノ父母同様ノ権」を有し、「幼主ヲ教育スルヲ義務トス」（阿波国）といった記述があるように、「公私ノ家事」の中に幼主の「教育」も含まれていたものと思われる。だが、後見人は幼年の戸主に対してのみに設けられた制度であることから明らかなように、幼年戸主の代行として家の財産を管理することが主な任務であった。

そのため、後見人を置くのは、財産管理が必要な庶民の上層部であった。実際、「中等以下ノ者」は「公然タル後見ノ名義ナシ」（岩代）、「農家ニテハ後見人ヲ置カス、組合ニテ世話」をする（相模）、「男子幼年ナレハ其寡婦戸主トナリテ其成長ヲ待ツ習慣ニテ後見人ト云事ナシ」（越中国）、「大抵母アル者ハ後家名前ニテ内外ノ取引ヲ為」す（丹後国）などと書かれている。

では、後見人を設ける上層部の庶民の場合、誰が後見人になったのか。「後見人ハ伯叔父ヲ撰ムヲ例トス」（近江国）と書かれているように、伯父などの親族が最も多かったものと思われる。「本家」から選んだり（加賀国）、幼年戸主の母または姉に「他ヨリ入賀シ幼主ノ親分後見」を行ったりする場合もある（越中国）。だが、親族に適当な者がいない場合には、「他人」から選ぶことも少なくなかった。「後見タルヘキ者ハ親族ヲ以テスル者アレトモ多ク雇人手代番頭ヲ用フル事ナ

り」(摂津国)とあるように、商家などでは番頭などを後見人とした。さらには、「朋友」や「組合」や「村役人」が後見人となったり、「官ヨリ人選」する場合もあった。つまり、誰が後見人となるかは、地域や階層、職種などにより様々であり、「血属ノ親疎ヲ問ハス後見ニ堪ユエキ适当ノ人物」(羽前国)を選んでいたものと思われる。そのため、母がいるからといって、母が優先的に後見人となるといった発想は見られない。「血属ノ親疎」は後見人選定の際、それほど重要な要素ではなかったのだろう。

他方、後見人に対する親族や組合の関与は多くの地域で見られる。後見人を選定する場合はもちろん、後見人が財産処分などを行なったり、家に「変事」があったりする場合は、親族協議や親族組合連署が必要だった。後見においても、親族や地域の関与は不可欠だったのである。

以上、『全国民事慣例類集』から明治初年までの民間慣例を簡単に見てきたが、そこから分かることは、第1に、勘当・久離は、戸主の権限なのか、親の権限なのか明確ではなく、「子弟」に対する「父兄」や「親兄」の権限として捉えられていたということである。第2に、後見人の選定は必ずしも血縁関係の親疎が基準となっていたわけではなく、したがって、父がいない場合、母が優先的に後見人になるといった発想はなかった。そして、第3に、勘当・久離にしても、後見人にしても、親族や地域が関与していたということである。とくに、五人組などの地域の関与は、明治初年以降の法制度と大きく異なる点である。

2 戸主と尊属の権限—1870年代

(1) 教令権

明治政府は、明治初年以降、全国的に統一された新たな制度作りに着手する。だが、1870年代はまだ法制度がほとんど整備されておらず、親の地位と権限については、先の慣例とそれほど大きな違いは見られない。この時期の法律や指令を見てみよう⁽⁴⁾。

まずは刑法関係である。1870(明治3)年に最初の刑法関係の法律として、「新律綱領」が制定される[1-1-181]。同法は「凡子孫。祖父母父母ノ教令ニ違反シ。及ヒ奉養欠クルコト有ル者ハ杖一百」というように、「祖父母父母」の「子孫」に対する強大な「教令権」「督責権」を規定している。しかも、「教令」に違反した「子孫」を「督責」し、「邂逅ニ死ニ致シ。及ヒ過失殺スル者ハ。各論スルコト勿レ」。つまり、祖父母父母が誤って子孫を殺しても、罪は問わないというのである。

新律綱領は1873(明治6)年に改定され、「改定律例」が出される[1-1-408]。改定律例は、教令に違反した「子孫」を「非理ニ毆殺スル者」は、わずか2年半ではあるものの、懲役に処すと修正を加えた(230条)。改定律例はまた、捨て子に関する「父母」の罪(第112条)や子孫の略売(第147条、第150条)、嬰兒殺し(第164条)に関する刑罰を新たに設け、祖父母父母に加える刑罰を強化した。他方、子孫が犯した罪に対する刑罰は、総じて軽減されている。

しかし、教令権をはじめ、様々な刑罰の主体は新律綱領と同様、「祖父母父母」と「子孫」である。しかも、改定律例は、「凡祖父母ト称スル者ハ。曾高同シ。嫡孫承祖ハ。父母ト同シ」という規定を設けた(第81条)。曾祖父母は、新律綱領の「五等親図」では「三等親」、高祖父母は「四

等親」に位置づけられているが、司法省はこの規定に関し、「玄孫ノ高祖父母ニ対セシ犯罪ハ祖父母ト同ク論ス可シ」と述べている [1874、明治7年1月15日指令、1-2-311]。「曾孫^{ヒヒコ}」や「玄孫^{ヤシハゴ}」も、子孫として孫と同様に位置づけられていたのである。

このように、1870（明治3）年の新律綱領と1873（明治6）年の改定律例が定めた教令権の主体は、「祖父母父母」であった。新律綱領が定めた「五等親図」では、父母は「一親等」、祖父母は「二親等」となっているが、同法では、祖父母と父母の法的位置づけにほとんど違いは見られない。しかも、この祖父母父母には曾祖父母や高祖父母も含まれた。教令権は祖先の子孫に対する権限であり、子孫である以上、子は祖父母などの祖先にも従わなくてはならないと考えられていたのだろう。

新律綱領の「等親制」は、今日の「親等制」とは違って、血縁関係の親疎にのみ基づいて等級が定められているわけではなかった。血縁の近しさのみによって親族関係を順序づける「親等制」の確立は、明治民法の制定を待たなくてはならなかった⁽⁵⁾。もちろん、新律綱領の「等親制」が血縁の親疎を全く考慮に入れていないということではないが、同法が定めた教令権においては、少なくとも直系尊属の間では、血縁関係の親疎によって子に対する地位や権限が異なるとは考えられていなかったのだろう。

(2) 出願懲治

新律綱領の制定を受け、1872（明治5）年に「監獄則」が制定される [1-1-351]。監獄則は、「平民其子弟ノ不良ヲ憂フルモノ」が願い出た場合に「懲治監」に入れるという「出願懲治」（情願懲治）の制度を設けた（10条）。この懲治監に「子弟」を入れるよう出願する資格を持っているのは誰なのか。監獄則にそもそも出願者の規定がないことから明らかなように、この当時、出願者の資格や範囲は明確ではなかった。そのため、伺や指令では「父母」「戸主」「父兄」「親族」など、様々な語が用いられていた。

たとえば、1874（明治7）年7月9日の司法省指令では、「父母ヨリ其子孫ノ不良ヲ憂ヒ懲戒ノ為メ一時懲治監ニ入レンコトヲ情願スレハ即チ聴ス可シ」と書かれている。また、父母のない戸主が放蕩無頼で家を保ち難い場合、その戸主が「成丁未成丁ヲ論セス親族ヨリ情願スレハ懲治監ニ入ルルヲ聴ス」としている [1-2-490]。1876（明治9）年11月20日の内務省指令は、「懶惰無頼」の者が「父母妻子ヲ飢餓セシメ」、組合親戚も助けられない場合には、「親戚連署願出ヲ以テ懲治監ニ入レ」ることができるとする [1-2-1238]。この事例では父母がいるはずだが、願出は「親戚連署」である。また、1875（明治8）年の「熊谷懲役場内規」では、「懲治監入場願ノ例」が挙げられているが、ここでは「願人父兄」「親類総代」「戸長」の氏名と印鑑を記入するものとなっている（重松一義：124頁）。「父兄」が「願人」である。

このように、この当時の出願者の資格や範囲は明らかではない。前記の「熊谷懲役場内規」からすると、主には「父兄」が出願者だったと推測されるが、この場合も戸主としての出願なのか、親としての出願なのか分からない。親族は依然大きく関与しているが、他方、かつての慣例に見られた地域や組合の関与は見られず、出願懲治に関わるのは親族に限定されている⁽⁶⁾。

だが、1876（明治9）年に出された警視庁布達「懲治監入並出監手続」では、出願者がかなり明確になっている。この布達では、父の場合は「最近ノ親戚一名」、母の場合は「其子ノ父ノ最近ノ親戚二名」、兄の場合は「最近ノ親戚二名ノ連印」をもって「申出ベシ」としている（重松一義：162頁）。つまり、同布達は、①出願者を父、母、兄として、②父を母と兄よりも優位に置き、③親族に「最近ノ」という制限を設けた。ここでも出願資格は基本的に戸主であることが前提になっていると思われるが、父、母、兄という血縁関係に限定し、親族に「最近ノ」という限定を設けている点が注目される。血縁関係の親疎に関する配慮が窺われる。

(3) 後見

前述のように、かつて後見制度は主に庶民の上層部で行われていたが、明治政府は1873（明治6）年1月22日の「華士族家督相続法」（太政官第28号布告）で、「幼少ニテ家督為致候節ハ親族又ハ他人ニテモ相当ノ者相撰後見可為致事」と定め、華士族が幼年にて相続する場合は、後見人を置くこととした〔4-3492〕。同法は翌年、平民にも適用されることになった〔4-3493〕。

では、この当時、誰が後見人になったのか。同法は「親族又ハ他人」から「相当ノ者」を選ぶとしか定めていない。当時の伺と指令から、後見人の選定方法などについて見てみよう。

後見人となる優先順位の第1位は「父祖父」である。隠居した父と祖父が後見を行なう場合は、わざわざ後見人になる必要はなく、したがって、後見人を選ぶための親族協議も必要なかった。明治初年の後見制度は、父と祖父に対して、親族に優先する地位を与えたのである。それは、「其子ヲ補佐シ内外ノ事務相弁シ候ハ父タル者ノ責任」であると捉えられたためである〔1877、明治10年7月12日内務省伺、4-3514〕。しかし、「父タル者ノ責任」を語り、「父祖父」と父を祖父の前に置きつつも、当時の指令では父と祖父に権限の差は見られない。

父と祖父のこのような地位は、「欧州各国ノ成規ニ拠リ取捨増減」して作成したとされる「左院上申案」でも同様である〔1875、明治8年6月2日以前に作成。未完成の後見人規則。4-3666〕。同案の第2条では、「同籍ノ父祖」の中から1人を後見人とし、父祖がいない場合、親族会議の上、「母祖母親族或ハ父祖ノ朋友」から選ぶとしている。父と祖父は「同籍ノ父祖」という意味で同等なものに見なされていたのであり、父を優先するという発想はみられない。そうである以上、父の優先的な地位は、親としての任務に基づくものというよりは、元戸主であり、同籍の尊属であるという地位によるものではないかと考えられる。

このように、父と祖父は他の親族より優先的な地位にあったが、親族の権限もなお大きかった。1877（明治10）年9月5日の太政官指令では、「血縁ノ親疎ニ拘ラス専ラ幼者ノ身分家産ニ於テ有益ノ人物」を選ぶという趣旨から、父がいても「放蕩」などのため「家事調理」が困難な場合は、親族協議によって他の者を後見人にする事ができるとした〔4-3514、同旨 4-3519〕。親族は父であれ、祖父であれ、後見人として認めないという決定を下すことができたのである。

優先順位の2番目は「母祖母」である。1875（明治8）年11月17日の内務省指令は、実継母がいない場合、あるいは、いても「一家ノ保督」ができない場合に後見人を立てるとしている〔4-3605〕。1879（明治12）年6月23日の内務省指令は、外祖父よりも、「尊親」である祖母を後見

人とすることを認めている〔4-3612〕。前述の明治初期の慣例では、母が優先的に後見人になるといった記述はなく、その意味では、後見人としての母の位置づけは上昇したと言えるだろう。

だが、母祖母が後見人になるには親族協議が必要であり、母祖母の意向よりも親族協議の決定が重視された。たとえば、1877(明治10)年、長崎県は、実母は「戸主ノ最モ近親者」につき、母方のみの親族協議で実母を後見人として認めていいかという伺を出す。これに対し内務省は、母方の親族のみの連署では認められない。親族協議が整わない場合は、「裁判処分」によると指令した〔12月12日、4-3649、4-3652も同様〕。親族協議が整わない限り、母を後見人とする届は受理しないとしたのである。しかも、母祖母が後見人になるには、寡婦であるといった制約があり〔4-3499〕、また、母祖母がいても伯叔父などの親族が後見人となる例は少なくなかった。母は親であるという理由で直ちに後見人として認められたわけではなかったのである。

このように母祖母の位置づけが不安定なのは、「親族ノ後見人ハ戸主ヲ可相撰事」とされたことから分かるように〔1876年6月29日内務省指令、4-3606〕、当時の後見制度が幼年の保護や教育よりは、戸主の代行を目的とするものだったからだろう。1875(明治8)年に、敦賀県は、後見人は「亜父二等シキモノニ看做シ其幼主ヲ教育庇蔭スルノ一端二期スルモノ乎」という伺を出したが、太政官はそれに対し、後見人は幼者等の「身体財産ヲ監護スル者」と答えるに留まっている〔4-3666〕。後見人の任務として財産管理以上に幼年の保護と利益が強調され、それとともに、血縁関係が重視されるようになるのは、もう少し後のことになる。

(4) 小 結

1870年代、親は尊属の一員として権限が認められたが、親であるがゆえに権限が認められたわけではなかった。それがこの時期の第1の特徴である。新律綱領と改定律例が定めた「子孫」に対する教令権は「祖父母父母」という尊属の権限であり、親としての権限ではなかった。後見制度では、「同籍ノ父祖」である父と祖父、次いで母と祖母が優先的な地位にあったが、父と祖父、母と祖母、母と祖父の区別や優先順位が問題となることはなかった。少なくとも直系尊属の間では「子孫」に対する地位や権限に差があるとは考えられていなかったのである。

第2に、戸主としての権限と親としての権限を区別するという発想も見られない。出願懲治は「子弟」の不良を懲治するための制度であり、したがって、主な出願者は「父兄」「親兄」、つまり戸主たる親か兄であった。後見人となるのは、まず、かつての戸主である祖父と父であり、他家の場合は男性であれ、女性であれ戸主を選ぶものとされた。出願懲治の出願にしる、後見にしる、基本的に戸主の権限の一環として位置づけられていたと考えられる。

なお、1872(明治5)年に発せられた学制も、この点は同様である〔1-1-319〕。学制序文は、「人ノ父兄タル者」は「其愛育ノ情ヲ厚クシ其子弟ヲシテ必ス学ニ従事セシメサルヘカラサルモノナリ」、「幼童ノ子弟ハ男女ノ別ナク小学ニ従事セシメサルモノハ其父兄ノ越度タルヘキ事」と述べている。学制は「愛育ノ情」を人々に説きつつも、子を小学校に就学させることは、親の任務というよりは「子弟」を育成するための「父兄」の任務として捉えていた。

第3に、親族は従来の慣例と同様、「子孫」や「子弟」の育成を監視する大きな権限を持ってい

た。出願懲治は親族の連署が必要であり、父と祖父ですら、「家事調理」の能力がない場合には親族が後見人として認めないという決定を下すことができた。親族の範囲については、1876（明治9）年の警視庁布達「懲治監入並出監手続」が「最近ノ親戚」という制限を設けたことに見られるように、血縁関係の親疎によって制限しようとする動きがみられる。だが他方、1975（明治8）年5月24日の「控訴上告手続」（太政官布告第93号）のように、幼年の囚人に代わって上告することのできる親族の範囲を、新律綱領の「五等親図」で定められた最大限の「五等親」まで広げておこうとする発想もあった⁽⁷⁾。

第4は、かつての慣例に見られた地域や組合の関与が排除されていることである。明治維新後の地方行政制度の確立過程で、五人組が廃止ないし再編されていったことがその背景にあるのだろう。子育てに関する地域や村の関与が否定されることによって、子孫や子弟の育成は戸主や親族のみが関与しうる営みとして限定されていったものと思われる。

3 親と戸主や他の親族との区別—1880年代

(1) 刑法・監獄則

その後、新たな法制度が策定される中で、1880年前後から、親の地位と権限について注目すべき動向が現れる。

まずは、1880（明治13）年に布告、1882（同15）年に施行された刑法（旧刑法）である。旧刑法の制定で注目されるのは、新律綱領と改定律例に規定されていた祖父母父母の教令権が削除されたことである。これにより、祖父母父母は教令に違反したり、奉養を欠く子孫に対し、「杖一百」といった罰を加えることができなくなった。しかも、子どもの身体に創傷を負わせた場合は、もはや教令権の行使とは見なされず、祖父母父母にも刑法上の「殴打創傷ノ罪」や「過失殺傷ノ罪」「擅二人ヲ逮捕監禁スル罪」などが加えられることとなった。もっとも、「子孫」の「祖父母父母ニ対スル罪」は残る。改定律例と同様、祖父母は「高曾祖父母外祖父母同シ」、子孫は「庶子曾玄孫外孫同シ」（第115条）。

旧刑法の制定により、懲治監は「懲治場」へと変更になり、1881（明治14）年には監獄則も改正された[2-1-873]。1872（明治5）年の監獄則では、出願懲治の出願者は明記されていなかったが、1881年の改正監獄則第18条では、「尊属親」が出願者とされ、かつての「子弟」という語は、「放恣不良ノ者」へと変わった。つまり、「尊属親」が「放恣不良ノ者」を「矯正帰善」するために懲治場に入れることができるとしたのである。同法の改正を受けて、1881（明治14）年以後の指令では、出願者はほぼ「尊属親」に統一されている。

では、この「尊属親」とはどの範囲までを指すのか。1884（明治17）年10月14日の指令は、「養実祖父母父母兄弟父母ノ兄弟姉妹ニ限り候」と述べ（重松一義：166頁）、これまでかなり無限定だった親族の範囲を祖父母と父母、兄弟、おじ・おばに限定した。

なぜ尊属親に限定したのか。監獄則の立案者である小原重哉は、『監獄則注釈』で、次の様に書いている。不良の子を「懲治シ矯正スルヲ得ル者ハ独リ尊属親ノミ何ニトナレハ他人ハ或ハ名ヲ懲治ニ借り幼者ニシテ長者ヲ凌キ倫序ヲ攪乱スルノ弊害ヲ生スルアラン」（小原重哉：72頁）。

ここでは、尊属親と他人とを分け、尊属親こそが子を懲治・矯正することができるという血縁関係への信頼感が示されている。改正監獄則は、親を他の尊属と明確に区分するものではないが、「子孫」を懲治する責任は戸主の責任というよりは、尊属という血縁者の責任として捉えていたのだろう。

小原は他方で、白耳義国（ベルギー）では基本的に父が出願者であり、フランスでは「親子ノ間ニ施用スル父母ノ^{モチマヘノケンリ}天権ハ父母共ニ存セハ父之ヲ行フ」ことを紹介している（小原重哉：80頁）。小原は「父母ノ^{モチマヘノケンリ}天権」というフランス法の論理を参照し、血縁関係に期待を寄せつつも、出願権を親に限定することはなかったのである。

(2) 代人と民事担当人

1880（明治13）年7月17日には、訴訟手続きを体系的に定めた治罪法が布告され（太政官布告第37号）、1882（明治15）年に施行された[2-1-839]。それに伴って、1881（明治14）年12月28日に「治罪法中無能力者法律ニ定メタル代人及民事担当人區別」（太政官布告第73号）が制定された[2-1-884]。同布告は「未丁年者」を「無能力者」とし⁽⁸⁾、未丁年者に代って訴訟を行う「代人」を「未丁年者ノ父若クハ母又ハ親族後見人」、そして、「民事担当人」を「未丁年者ノ父若クハ母又ハ同居ノ親族ニシテ監督ヲ為ス者」と定めた。つまり、父または母がまず未丁年者の代人と民事担当人になるのである。小野義美は同布告をめぐる元老院での審議において、「自然法的観点から親権者としての父母の責任を位置づける」発想が見られると評価している（小野義美：18頁）。元老院での審議を見てみよう。

同布告案は1881（明治14）年11月30日と12月9日に、元老院で審議される。元老院の審議では、主として民事担当人の範囲が問題になった。民事担当人というのは、未丁年者などの「無能力者」が「他人ニ損害ヲ與フルニ其要償ノ担当人」である。当初、原案では、民事担当人は「父若クハ母」に限定されていた。その理由として、内閣委員の清浦奎吾は次のように述べる。

まずは、父母としての義務である。清浦は、「父母其子弟ヲ教育スルハ法律上ノ義務ニアラスシテ天然自然ノ法ナリ故ニ父母ノ教育至ラサルヨリシテ子弟他人ヲ損害セハ父母之ヲ代償スルハ当然ノ義務ナリ」と述べる（元老院前10：339-340頁）。子弟の教育は「天然自然ノ法」に基づく親の義務であるからこそ、親にのみ責任を負わせるべきだと主張したのである。

これに対して、柴原和は、父母が民事担当人となるのは当然としつつも、「我国ノ習慣タルヤ父母亡スルトキハ長子其家督ヲ繼承シテ弟妹教育ノ事ヲ監ス此時ニ方リ家督タル長子家庭教育ノ不淑ヨリシテ其弟妹タル者他人ニ損傷ヲ與ヘ」た場合、法律に明文がないからといって、「兄長タル者ハ責ニ任セスト云テ可ナルヤ」と反論した（元老院前10：339頁）。兄長たる者にも戸主としての「家庭教育」の責任があるというのである。

これに対して、清浦は、兄長には「天然自然ノ法」としての責任はない。もし兄長にまで責任の範囲を拡張すれば、「祖父母曾祖父母伯叔母父」にまで及ぼさなくてはならないとして、責任の範囲を制限すべきだと反論する。この限定論が、清浦が賠償責任を父母のみに帰するもう1つの理由である。清浦としては、実を言えば、「子弟ノナセシ損害ヲ父母之ヲ償フ」ことも「不都合」

だと言う。それは、「元来本邦ノ慣習ハ他人ニ損害ヲ與フルモ犯人相当ノ処刑ヲ受クレハ其刑ニテ既ニ之ヲ償フモノトセリ」という認識によるものだった。だが、今や新刑法治罪法が成立して「幼者ノ為ニハ父母之ヲ代償スルノ道ヲ開ク」こととなった。このことは「従来ノ陋習ヲ破ルニ足レリ亦美事ナラスヤ」と述べるものの、清浦は実はこうした歴史認識から、子の罪の代償を負う範囲をできるだけ限定したかったのである（元老院前10：340-341頁）。

面白いのは箕作麟祥の議論である。箕作は、未丁年者の損害を「父母祖父母」が償うのは「理ノ当然」であると言う。それは「父母ハ子弟ヲ指令」する権があるからである。したがって、もし親が子弟を「統制指令」ができない場合は、その理由を裁判所に供出すれば、「其担当ヲ免ルヘキモノトス」。けだし、父母は子弟を撰ぶ権がないからだという（元老院前10：342頁）。箕作においては、親の責任は免れえるものだったのである。

原案は結局修正されることになり、柴原和、箕作麟祥らが修正案を作成した。父母がいない場合に、責任を負う者がいないのは實際上「不都合」である。だが、他家にある兄にまで責任を及ぼせるわけにはいけないとして、「同居ノ親族ニシテ監督ヲ為ス者」、すなわち家督相続をした兄長＝戸主が民事担当者に加えられることになった（元老院前10：344頁）。

かくして、「父若クハ母」がまず民事担当人および代人となることになった。同法は、父母に優先的な責任を与え、親がいる場合、親にのみ責任を帰した。それは、清浦奎吾によれば、父母には「天然自然ノ教育義務」があるからである。清浦のこの「天然自然ノ教育義務」論により、同法はこの時期、親の責任を最も明確に位置づける法となった。同法がこうした親の責任を明記したのは、「民事担当人等ノ法律皆外国ノ輸入品」（細川潤次郎）であり、「我国ノ法律規則外国ニ由ラサル者ナシ」（箕作麟祥）と指摘されたように、西欧の法制度を参照して法が制定されたからだろう。

もっとも、清浦の「天然自然ノ教育義務」説にしても、子の賠償責任を負う範囲をできるだけ狭めたいという責任の限定論と結びついていた。「父子ハ五常五倫ノ中ニ於テ最モ親密ナル者」といった意味づけを行っている者もあった（細川潤次郎）。また、同法が父母に第一義的な責任を課したのは、父母が戸主であることを暗黙の前提にしているからであり、父母が戸主でない場合は想定されていない。そしてまた、父母がいない場合、戸主たる兄もまた責任を負うことになった。それは実際上の都合からではあるが、戸主もまた未丁年者の教育と監督に責任を負っていると考えられていたのである。その意味では、父母を優先的に代人や民事担当人とした同法も、親と戸主との区別を明確にしたとは必ずしも言えない。

(3) 後 見

後見人制度には、この時期、次のような変化が見られる。第1に、家の財産管理以上に「幼者」の「利益」や「保護」が強調されるようになることである。たとえば、1883（明治16）年1月9日の内務省指令は、後見人は「幼者ヲ保護シ自己ノ意旨ヲ以テ本人ノ為ニ事ヲ執行」するものであると述べている〔4-3620〕。1870年代の指令が、「幼者ノ身分家産ニ於テ有益ノ人物」を選ぶとし、後見人は幼者の「身体財産ヲ監護スル者」としていたのに対し、この指令では、後見人の任

務すべてが幼者「本人ノ為」として意味づけられている。1887（明治 20）年 7 月 23 日の司法省指令案もまた、「後見人ハ身体ノ労働ヨリハ寧ろ精神上ノ動作ヲ以テ幼者ヲ保護スヘキ者」であると述べる〔4-3632〕。

したがって、後見人解任の理由もまた、前述の「一家ノ保督」や「家事調理」の能力から、「幼者ノ利益」に反するかどうかにか点が移っていった。1878（明治 11）年の三重県の伺は、「後見ノ権利ハ専ラ後見ヲ受クル者ノ為メニ與フル私権」であると述べ、幼年戸主（養子）の後見人である「実家ノ父兄」の解任を求めた。これに対し、内務省は「幼者ノ為メ不利ナル後見人ヲ親族協議ニテ改撰スル儀ハ不苦」とした〔2月 26 日、4-3608〕。1885（明治 18）年 6 月 8 日の内務省指令も同様であり、「幼少者ノ為有益ノ人物ニアラサル親族視認スル場合」、後見人の解任を認めている〔4-3627、4-3557 も同様〕。

幼者の利益や保護という視点から、後見人の人数も問題とされた。1880（明治 13）年の内務省指令では後見人を何人置くかは親族の判断に任されていた〔4-3594〕。だが、1882（明治 15）年の福岡県の伺は、後見人を 2 人以上置くのは、「幼者保護上ニ於テモ各意見ノ異ナルヨリ却テ害ヲ與フルノ恐アル」とし、司法省はこれに対し「伺之通」と答えている〔11 月 16 日、4-3597〕。先に明治初年までの慣例では、子どもに対して権限を持つ者を 1 人に限定するという発想はなかったのではないかと述べたが、ここでは、幼年者の保護という点から、意見の一貫性が重視され、それゆえに後見人を 1 人に限定している。

後見人選定に関わる親族の範囲も問われた。近傍の親族のみで後見人を選定していいかという山形県の伺に対し、1886（明治 19）年 11 月 19 日、司法省は「近傍重ナル親族ノミノ協議ヲ以テ」定めると、「或ハ被後見者ノ不利益ナル事」もあるとして、「被後見者ノ利益ニ関スル親族ハ総テ協議ヲ要スヘキモノトス」と回答している〔4-3661〕。

さらに、1887（明治 20）年の滋賀県伺は、親族協議の上、15 歳になれば後見を免れることができることになっているが、治罪法により丁年未満者は「無能力」と定められた以上、15 歳を過ぎても後見人を付すべきではないかと言う〔4-3542〕。1890（明治 23）年の山口県の伺も同様の趣旨から、「幼者ハ総テ後見ヲ付ス可キモノト心得可然哉」と述べている〔4-3557〕。もっとも司法省の回答は、いずれも法律が制定されるまでは従来通りというものであったが。

第 2 の変化は、母と祖母の地位と役割がかつてよりも重視されるようになったことである。それはまず、他家にある母や祖母を後見人として認めたことから窺うことができる。前述のように、母と祖母は他の親族に優先して後見人になることができたが、他家にあって非戸主の場合にどうなのは、実ははっきりしていなかった。そのため、1881（明治 14）年に愛知県は、「他家ノ家族タルモ実母ノ続柄」をもって後見人となれるかどうかと問うたが、この時点では内務省は明確な回答を示さなかった〔7 月 4 日、4-3616〕。

しかし、翌 1882（明治 15）年、内務省は、親族協議の上、他家の非戸主である実母が後見人となることを認める〔8 月 29 日、4-3617〕。同年 12 月 11 日の内務省指令では、愛知県の伺に対して、さらに明確に「以後母祖母ハ自他ノ区別ヲ問ハス親族協議之上後見人タルヘキヲ得ヘキト可心得事」と回答した。内務省がこうした見解を明示したのは、伺の中で、名古屋裁判所管内豊

橋裁判所が、他家の家族の実母を後見人と認めたことが示されていたからだろう。

このように、母と祖母に関して戸主という拘束がはずされたのは、幼者の利益と血縁関係が結びつけられ、母が後見人となることが、すなわち「幼者ニ有益」であると捉えられるようになったからでもある。1884（明治 17）年に出された山口県の伺は、「親子ノ如キハ幼者ニ有益ナルコト論ヲ俟タス」。したがって、「親戚ノ有無ニ拘ラス実母子ニ有リ候ハ母非戸主ナルモ」、後見人として認めていいかと問うた。内務省の回答は「伺ノ通」〔7月2日、4-3624〕。

母と祖母の位置づけの変化は、親族協議に関しても見ることができる。1886（明治 19）年の山形県の伺は、後見人の選定は第一に家の「尊属親」つまり「実母又ハ祖父母」を主とする以上、その尊属親の連署がないものは受理しないのかと尋ねた。司法省は「伺ノ通」と回答〔11月19日、4-3666〕。尊属の一員としてだが、母の同意が後見人の選定には不可欠であるとされた。

第3は、戸主と後見人の任務について区別する発想が見られるようになったことである。それは、1つには、戸主が後見人になるという前提が崩れたことから分かる。前述のように、かつては親族や朋友などが後見人になるには戸主である必要があった。だが、1878（明治 11）年の指令では、男性の場合は「可成戸主ヲ撰ムヘキ事」となり、制限が緩められる〔3月29日内務省指令、4-3609〕。時代は下るが、1896（明治 29）年12月21日の司法省回答では、「男子ニ付テハ制限ナキ」により、非戸主の従弟でも後見人になれるとした〔4-3646〕。この間に、男性は戸主でなくてもよくなったのである。もっとも、女性の場合は明治民法が制定されるまで戸主という制限がはずされることはなく、同じ家にいる実の伯母や姉でも、後見人になれなかった。

もう1つは、幼年戸主が附籍の場合も、附籍先の戸主とは別に後見人を定めるとされたことである⁹⁾。1884（明治 17）年、東京府は、他家の附籍となっている幼年戸主は、附籍先の「戸主ノ保護ノ下ニ在ル」ため、別に後見人を置かなくてもいいのではないかという伺を出したが、内務省は「後見人ヲ要スル」と回答した〔11月13日、4-3535〕。また、翌年、「附籍主ト後見人トハ権限モ相異」なるため、幼年戸主には必ず後見人を付けるべきかという栃木県の問いに、内務省は「伺之通」と回答している〔2月25日、4-3537〕。戸主と後見人の役割の違いが認識されることによって、附籍先の戸主とは別に後見人を置くものとされたのである。

このように、1880年代、後見人の役割は幼者の利益を守ることに重点が置かれるようになり、それとともに母、祖母は自家か他家か、戸主か否かを問わず、後見人になることができるようになった。さらに、男性が後見人になる場合は戸主に限定されなくなり、附籍の幼年戸主にも附籍主とは別に後見人が置かれるようになった。後見人は戸主の代行ではなく、幼年保護という独自の任務があると位置づけられるようになったものと考えられる。

(4) 教育令

子を就学させる責任についても、この時期、大きな変化が見られる。1872（明治 5）年の学制では、「一般人民華士族〔卒〕農工商及婦女ノ学ニ就クモノハ之ヲ学区取締ニ届クヘシ若シ子弟六歳以上ニ至リテ学ニ就カシメサルモノアラハ委シク其由ヲ学区取締ニ届ケシムヘシ」と書かれているが（第12章）、就学させる責任の所在は明確ではなかった。これに対し、1879（明治 12）年

の第1次教育令第15条は、「学齡児童ヲ就学セシムルハ父母及後見人等ノ責任タルヘシ」と規定し、はじめて就学させる責任を「父母及後見人等」に課した⁽¹⁰⁾。学制の「子弟」に替え、「学齡児童」という語を用いた点も注目される。

第1次教育令のこの規定は、翌1880(明治13)年の第2次教育令第14条、および、1885(明治18)年の第3次教育令第10条にそのまま引き継がれる。1881(明治14)年には、文部省達第3号「就学督責規則起草心得」が出されるが、ここでも「父母後見人等」が就学できない理由を学務委員に申し出(第2条)、学務委員は「父母後見人等」に欠席の理由を質としている(第5条)[2-1-854]。また、森有礼文政下の1886(明治19)年には、新たに小学校令が制定されたが、同法第4条は「父母後見人等ハ其学齡児童ノ尋常小学校ヲ卒ラサル間ハ就学セシムヘシ」とし、教育令同様、「父母後見人等」が学齡児童を就学させると規定している。

なぜ、「父母後見人等」なのか。第1次教育令についての元老院会議では、山口尚芳から後見人ではなく「姉兄」とすべきだという意見が出される。父母とともに「戸主タル権」を有する姉兄が責任を負うべきだというのが山口の主張である(元老院6:143-144頁)。だが、この意見に賛成者はなく、本条に関してこれ以上の議論はなされなかった。

第2次教育令の「制定理由」では、なぜ「父母後見人」なのかは書かれていないが、なぜ就学の責任を課したのかについて、次のように説明している。「社会ノ集力即チ政府ナル者此等私人ノ利害ヲ推定シテ其間ニ干涉シ幼者ノ権利ヲ保護スルハ勢ノ已ム可カラサルモノトス」「児童タル者未タ己レノ利害ヲ判断スル能力無ク而シテ父母又之ヲ賦フニ方リテハ則チ政府ヲ除クノ外又之ヲ擁護スル者アラサレハナリ」。「社会ノ集力」である政府が、「幼者ノ権利ヲ保護スル」ために、「普通教育ノ責ヲ父母ニ課スル」というのである(発達史第2巻;182-183頁)。父母が就学責任を負うことは、ここでは当然のことと捉えられている。

では、戸主は責任を負わないのか。1883年(明治16)年、高知県は「其父母トハ戸主タルト否トヲ問ハス其責任ヲ有スルモノニシテ」、就学の責任を尽くさない者に対する処分も、「父母ト後見人」に限るのか、それとも、「父母後見人等」とは「父母祖父母伯叔及兄姉等幼者ニ非ラサル戸主ト後見人ヲ指ス」のかという伺を出している。文部省の回答は「後段伺之通」。つまり、父母、祖父母、おじ、兄姉などの戸主と後見人を指すというのである。高知県はまた、郡長学務委員が就学督責に関し説諭する場合、「時宜ニ依リ父母後見人(若クハ戸主後見人)ノ外一家ニ於テ児童ノ尊族ナル親者ヲ喚起」していいかと尋ねているが、文部省は「伺之通」と回答している[11月1日、2-2下-3421]。

第1次教育令は、その条文からすると、戸主ではなく父母に就学責任を課したものと読める。だが、前記の指令からすると、親は戸主であることが前提となっており、親が戸主でない場合については明らかではない。小野義美は、教育令の規定を「就学義務者としては、第一次的に親権者たる父母、第二次的に後見人であり、戸主は何れの場合も併存的な責任者である」と解釈している(小野義美:19頁)。だとすれば、親は親である以上、戸主でなくても、就学責任を負うことになる。だが、教育令は同時に戸主にも責任を課したのである。

(5) 小 結

1880年代は、「父兄」という語に代わって、「父母」が法制度上に登場した時期である。民事担当者と代人は基本的に「父若クハ母」がなり、就学責任は「父母後見人等」が負うこととなった。父母には「天然自然ノ教育義務」(清浦奎吾)があるという言説も、法の審議過程に登場した。父母こそが第一義的に子に対する責任を負うという発想が登場したのである。

しかし、戸主と親との区別は必ずしも明確ではない。基本的に父母＝戸主という前提になっているからである。父母が戸主の場合には、民事担当者としても、就学責任者としても、親は他の親族に優先する地位を得ることが明確になった。だが、父母が戸主でない場合については、戸主と親との優先順位やそれぞれの任務内容の違いに関心が払われた様子はない。戸主もまた親と同様に子を教育する責任があると考えられていたのである。

親と尊属との区別も明確ではなかった。改正監獄則は、フランスの「父母ノ^{モチマヘノケンリ}天 権」を参照し、血縁関係を重視したにもかかわらず、出願者を「尊属親」とし、父母とはしなかった。後見制度も父祖父、母祖母という枠組みを崩すことはなかった。この時期、親としての権限が認められつつあったが、親にのみ権限を与えるには、なお逡巡するものがあったのだろう。

一方、子の利益や保護という言説が、法制度の理念として認められるようになった点は重要な変化である。とくに後見制度は幼者の利益のための制度として捉えられるようになり、後見人の人数や解任の理由などが、子の利益という点から問題となった。また、親が子を後見することが、すなわち「幼者ニ有益」だといった主張も見られるようになる。

「子孫」や「子弟」といった語が法制度上、ほとんど使われなくなったことも重要である。旧刑法では「子孫」の「祖父母父母ニ対スル罪」が残るものの、改正監獄則は「子弟」から「放恣不良ノ者」へ、第1次教育令は、学制の「子弟」から「学齡兒童」に替わる。治罪法では「未丁年者」、後見人に関する指令では、1870年代から主に「幼者」が使われている。一般的、抽象的な法律用語が子どもに当てはめられることによって、子どもは家の「子孫」や父兄の「子弟」であることを脱して、法的・国家的な意味づけが与えられたと言えるだろう。

4 親権の登場—1890年代

(1) 後 見

1890年代の後見制度の変化としては、第1に、父が戸主である祖父に優先することが明らかになったことが挙げられる。1895(明治28)年9月30日の大審院判決は、次のように明言した。幼年の子に後見人がおらず、戸主たる祖父と同居の実父がいる場合、「幼者保護ノ為メノ自然ノ代理者」が父であるのは「親等上」言を俟たない。祖父側は戸主が法律上の代理人となるのが我が国の慣習法だと言うが、同居する父がいる場合にはそのような慣例はない(大審院1:91頁)。このように大審院判決は「自然」「親等」「幼者保護」といった概念によって、父の権限を意味づけることによって、父は父であるがゆえに戸主に優先する権限を持つことを明確にしたのである。

第2に、母が親族協議に優先して後見人となりうるようになった。前述のように、1870年代には、親族協議が整わない限り、母を後見人とする届は受理されなかった。しかし、1889(明治22)

年6月26日の司法省指令では、継母と祖母が父方の親族と対立したケースに対して、「継母後見届ハ其儘受理シ親族中異議アルモノハ裁判処分ヲ受ケシムヘシ」とした〔4-3553〕。親族協議が整っていないにも関わらず、継母を後見人とする届を受理するというのである。

また、大審院判決は、母に親族協議の決定に優先して後見人を「選定スル権」を認めた。1894（明治27）年12月19日の大審院判決は、「父又ハ母ハ其子ノ後見人ヲ選定スル権ヲ有スル」は言うまでもないとし、母が娘の後見人を選ぶにあたり、「親族ノ協議ヲ経ザリシトテ直チニ無効ヲ主張スルヲ得ズ」と述べた（明治27年大審院自7月至12月：418-463頁）。

このように、父母の優先的な権限が明確になった背景には、1890（明治23）年に制定された民法人事編（旧民法）がある。旧民法第149条は、「親権ハ父之ヲ行フ父死亡シ又ハ親権ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ」と定め、親権が父母にのみ認められる権限であることを明記した。旧民法は法典論争によって施行延期となるものの、同法の制定以降、親権という概念を用いて、親の権限を説明する判決が出されるようになる。それが第3の変化である。

たとえば、1893（明治26）年10月16日の大審院判決は、結局のところ、母の訴えを否定したものの、親権という概念を採用している。この裁判は、親族により後見人を改選された母親が、その取り消しを求めたものである。判決は、母側は「普通ノ親権ヲ論」じて原裁判を非議するが、母はかつて虚偽の負債を作り、幼者をして身代限をなさしめた以上、「仮令実母ナルモ^{みだ}りニ親権ヲ主張シ後見人ノ選定ヲ非議スルコトヲ得ス」とした（明治26年大審院自5月至12月：350-356頁）。母が後見人になることを否定したこの判決でも、「普通ノ親権」が認められていること、母の訴えを否定する根拠が唯一、幼者の利益であること、かつ、母親側の主張において、親権が親の優越性と親族からの干渉の排除を主張する有力な論拠となっていることがわかる。

また、前述の1894（明治27）年12月19日の大審院判決では、母が分家により幼年戸主となった娘の後見人を選ぶのは「親権ノ範囲」であると捉える（明治27年大審院自7月至12月：421頁）。後見人の選定権が親権の一環として位置づけられたことにより、母の親族からの優位はもはや疑いえないものとなった。

親権が登場することにより、親権と後見との関係自体が問われることにもなった。明治民法施行の直前、1898（明治31）年3月17日に出了された大審院判決は次のように述べる。後見人の選定は「親権ノ作用ノ一ニシテ之レカ為メ親権ヲ讓渡シ又ハ委任ヲ為シタルモノニ非ス然レハ母ハ他人ヲ後見人ニ選定シタル後ト雖モ後見人ノ権利ニ相触レサル範囲ニ於テ仍ホ親権ヲ行フコトヲ得」（大審院3：48頁）。この判決は、親権を後見人に「讓渡」したり「委任」したりしえない親独自の権利として認めたのである⁽¹¹⁾。

(2) 就学させる義務

1890（明治23）年の第2次小学校令第20条は、「学齡児童ヲ保護スヘキ者ハ其学齡児童ヲシテ尋常小学校ノ教科ヲ卒ラサル間ハ就学セシムルノ義務アルモノトス」と規定した。この小学校令は、「学齡児童ヲ保護スヘキ者」を定め、就学させることをはじめて義務として明記した。

では、「学齡児童ヲ保護スヘキ者」とは誰か。翌年文部省は、省令第16号「学齡児童ヲ保護ス

ヘキ者ト認ムヘキ要件」を発し、次のように「学齡児童ヲ保護スヘキ者」を決めた（発達史第3巻：122頁）。①父母が戸主の場合は父母、②父母が戸主でない場合には父母と戸主、③父母が死亡、失踪、心神喪失などにより、義務を履行できない場合は戸主である後見人、④後見人が戸主でない場合は後見人と戸主。ただし、「授業料及其他就学ニ関スル費用ハ戸主之ヲ負担スヘキモノトス」。また、学齡児童が戸主の場合は、①父母、②父母が死亡、失踪、心神喪失などにより、義務を履行できない場合は後見人。就学の費用は幼年戸主の財産より支弁する。

このように、同省令は、第1に、父母が戸主の場合は父母のみが就学義務を負い、第2に、父母が戸主でない場合、父母は戸主とともに義務を負うこととした。第3に、父母と戸主の任務を分け、戸主に授業料等の費用を負担させ、第4に、幼年戸主の場合、父母は後見人でなくても義務を負い、後見人の責務を父母が義務を負えない場合に限定した。第5に、「学齡児童ヲ保護スヘキ者」を父母、戸主、後見人の3者とし、他の尊属や親族を除外した。

なぜ、こうした順位が定められたのか。同省令に関する文部省の「説明書」は、「明治二十六年ヨリ施行セラルヘキ民法人事編ノ規程ト本邦旧来ノ慣行トヲ考ヘ」て策定したと述べている（発達史第3巻：122頁）。「説明書」は言う。子を就学させる義務は「人親ニ負ハシムルコト自然ノ理ナリ故ニ民法ニ於テハ児童養育ノ義務ヲ父母ニ帰シ随テ之ニ親権ヲ与ヘタリ」。「解スル者曰ク親権ハ父母其子ヲ養成教育スルノ方法ナリト」。したがって、父母を「学齡児童ヲ保護スヘキ者」と定めたのは、「民法ノ旨趣ニ悖ラサルナリ」。

つまり、第2次小学校令は、父母＝戸主という前提に立っているものの、親権という理念に基づいて父母の「児童養育ノ義務」を根拠づけることによって、子を就学させる義務を第一に親に課したのである。そして、その上で親の義務と戸主の義務を区別している点がとくに注目される。親と戸主の任務の区別は、これまでには見られない新たな動向である。

では、戸主の義務とは何か。戸主は「一家ノ長タルモノニシテ其ノ家族ノ養成教育ノ費用ヲ負担スヘキハ当然トス」。費用の負担は「父母又ハ後見人ニ負ハシムルコト能ハス」。つまり、授業料を負担する義務は一家の長たる戸主のみが負うとし、戸主の任務は「一家ノ長」として、「家族ノ養成教育ノ費用ヲ負担」することにあるという。

このように「説明書」は、戸主の義務を教育費用の負担とした。旧民法244条も「戸主ハ家族ニ対シテ養育及ヒ普通教育ノ費用ヲ負担ス」と、戸主の費用負担を定めた。しかし、この当時、戸主の任務は費用負担に限定されていたとは必ずしも言えない。「説明書」が「戸主ハ亦父母ト同シク学齡児童ヲ保護スルノ任ニ当ラサルヘカラサルナリ」と書いているように、戸主は親とともに子を教育する義務を負うとする説も、なお有力だったのである。

実際、1894（明治27）年10月8日の大審院判決は、戸主である祖父に子（孫）を「保育ス可キ義務」を課している。これは、幼児を預かった者が、離婚して実家に戻った母親の父、つまり幼児の祖父に対して、幼児の引き取りを求めた裁判である。祖父側は、「子ヲ保育シ且居住ヲ定ムルハ父母ノ権利義務ニシテ父母以外ノ責任ニ非サルナリ」と主張した。これに対し、判決は、「戸主タル者ハ其家族ニ属スル者ヲ保育ス可キ義務アルハ我国ノ習慣ナリ故ニ戸主ノ孫タル小児ヲ預リ居ル者ヨリ其引取ヲ請求スルトキハ戸主タル者ハ之ヲ拒ムヲ得ス」。戸主は家族を「保育ス可キ

義務」がある以上、子（孫）を引き取らなくてはならないと決したのである（明治27年大審院自7月至12月：159-164頁）。

1890年代は、旧民法の制定により、法制度上でも、司法上でも、親権という概念が認められるようになった時代である。その結果、親と戸主の権限が区分され、子の教育は親権に基づく親の権限として捉えられるようになった。しかし、なお父母が戸主であるかどうかが問題とされ、父母が戸主でない場合、戸主が子の教育に関与する余地が残されていたのである（広井1994）。

おわりに

1870年代の慣例や法制度では、親は「親兄」「父兄」「尊属」「尊親」「祖父母父母」の一員と見なされ、子は「子孫」や「子弟」として位置づけられていた。親の権限は基本的に戸主権の一環、あるいは尊属や親族の一員としての権限であり、親独自の権限ではなかった。

だが、1870年代末から、親の地位や権限は少しずつ変化していく。まず、「父母」という概念が民事担当人に関する法や教育令に登場し、父母が戸主である場合には、子に対する優先的な地位と権限を持つことが明らかになった。それは、父母の「天然自然ノ教育義務」（清浦奎吾）や「父母ノ天^{モチマヘノケンリ}権」（小原重哉）、「幼者ノ利益」といった西欧の法理念が参照されたからである。その意味で、この時期は、父母の親としての権限や責任を前提に、法制度が整備されはじめた時期であると言えるだろう。

しかし、戸主と親との関係は明確ではなかった。親は戸主でなくても責任を負うことになったと推測されるが、この点はあまりはっきりしない。他方、戸主は父母とともに家族を教育する責任があると考えられており、親と戸主の権限の内容が区別されることはなかった。また、出願懲治では、血縁関係が重視されることによって、親族の範囲が狭められたが、尊属の一員として親を位置づける発想は維持された。後見制度でも、親の他の親族からの優位性は明確になりつつあったものの、なお父祖父と母祖母は同じ位置づけを与えられていた。

だが、1890年代になると、親が戸主や他の尊属や親族に優先する独自の地位と権限を持つことが明らかになる。それは、1890（明治23）年に旧民法が制定されたことによって、親権が司法上も法制度上も認められるようになったからである。大審院判決は、父を「幼者保護ノ為メ」の「自然ノ代理者」として意味づけることによって、父は戸主である祖父よりも優位にあることを明らかにした。第2次小学校令も、「親権ハ父母其子ヲ養成教育スルノ方法」であると解して、子を就学させる義務を親に課し、戸主の義務は就学費用の負担とした。

このように見てくると、旧民法の制定によって親権が確立したかのように思える。だが、旧民法が法典論争により、結局のところ施行延期となったことに示されるように、なお親権と戸主権との関係をめぐる問題が残されていた。親が子どもの教育に関して優先的な権限を持つとしても、戸主もまた子の教育に責任を持つと考えられていたからである。親権は親のみが持つ排他的な権限である以上、戸主の関与が排除されなくてはならない。子の教育の権限を親のみに与える親権の確立は、つまるところ、明治民法の制定を待たなくてはならなかった。

【注】

- (1) 本稿は、拙稿（広井 1999）をほぼ全面的に書き直したものである。なお、本稿の傍点は筆者が付したものの。必要に応じて、平仮名でルビを付けた。カタカナのルビは原典のもの。
- (2) 『全国民事慣例類集』は、1877（明治 10）年版と 1880（明治 13）年版がある。本稿は、風早八十二が 1880 年版を元に、1877 年版の記述を加えて編集した『明治文化全集』収録のものを参照した。
- (3) 「組合」とは「旧政府ノ法制ニ従ヒ五人組ト称ス」ものであり、「吉凶相助ケ患難相救ヒ不動産質入売買ニハ必ス関係シ其証書ニ連印スルノ義務」があった（民事慣例類集：281 頁）。
- (4) 「指令」は、全国各地の下級庁から寄せられた「伺」に対して、関係諸官庁が発した回答である。親族関係に関する法制度は、明治民法制定まで整備されなかったため、膨大な伺が各地から寄せられた。
本稿では、主に堀内節『明治前期身分法大全』と外岡茂十郎『明治前期家族法資料』に収集された伺と指令を参照した。〔 〕内の数字は、堀内節『明治前期身分法大全』に記された資料番号。〔 〕内の数字は、外岡茂十郎『明治前期家族法資料』の資料番号。たとえば、[4-1-111] という数字は、外岡茂十郎『明治前期家族法資料』の第 4 巻第 1 冊に収録されている第 111 番の資料という意味である。頁は省略。
- (5) かつて「親類」について「何等親ヲ称スルト云定例」はなかった（民事慣例類集：259 頁）。新律綱領の「五等親図」は、はじめて親族の範囲と等級を定めたものだが、この等親制は、世数によって血縁の親疎を計算する今日の親等制とは本質的に異なるものであり、「父権的家族制度における親族秩序の封建制とその思想を如実に示していた」とされる（中川高男：106 頁）。「五等親図」は旧刑法の制定により廃止となるが、以後、民法制定まで親族の範囲を規定する法律はなかった。そのため、1882（明治 15）年 9 月 4 日の内務省指令は、親族の範囲は「続柄ノ遠近ト交際ノ親疎」を問わないとした [2-2-上-3009]。この当時、親族という概念はきわめて曖昧なものだったのである。この点については、拙稿（2002）参照。
- (6) 神谷力は実際の事例として、1882（明治 15）年の戸主（父）、親類（叔父）連名の願書と、翌 1883 年の戸主（兄）、母、親戚惣代、組合惣代連署の願書を紹介している（神谷力：130-131 頁）。後者の願書からすると、組合惣代の関与は、実際には継続していたことがわかる。また、戸主と父両方の肩書きが書かれていること、戸主の兄とともに母が署名している点が注目される。
- (7) 控訴上告手続第 35 条は、「囚人幼年（十五年未滿ヲ云）ニテ、上告ヲ為スノ権利アルコトヲ知ラサルトキハ、其親族（五等親ヲ云）代リテ為メニ上告スルコトヲ得」と規定する [1-1-530]。また、翌 1876 年、訴訟の際の代言人（弁護士）に関する「代言人規則」（司法省布達甲第 1 号）が制定される [1-1-585]。同布達は、「詞訴代人」となりうる「至親」の範囲を「父子兄弟又ハ叔姪」に限定したが、松山裁判所の判事補彦坂秀山は、これを批判する上申書を提出した。「親族ハ等ク親疎ヲ論セス彼我相助ケ有無相通シ以テ交誼ヲ厚フスルハ人間ノ常務天然ノ法」であり、五等親までの親族にはことごとく詞訴代人となる権利を与えよというのがその主張である [1-2-1406]。この当時の親族に関する捉え方を表すものとして興味深い。
- (8) 1876（明治 9）年 4 月の太政官第 41 号布告は、「自今滿二十年ヲ以テ丁年ト相定候」とし、満 20 歳を「丁年」と定めた [1-1-595]。成年制度の成立については、拙稿（2001）参照。
- (9) 「附籍」は 1871（明治 4）年の太政官布告第 170 号戸籍法（壬申戸籍）で設けられた。附籍は、「此迄

厄介ト号セシモノ或ハ縁故アリテ養育スルモノ等」(第二十九則)を指す[1-1-197]。附籍は家の正式な構成員、つまり家族とは認められず、戸籍上には、戸主、家族の後に記載された。

- (10) 文部省案が作成した草案「日本教育令」第31章では、「凡父母及後見人等学齡児童ヲ就学セシメサル者ハ其義務ヲ盡ササル者トス」となっていた(発達史第2巻:145頁)。だが、元老院に提出された案(第15条)では、義務から責任に修正されている(発達史第2巻:151頁)。
- (11) 後見に関するものではないが、1895(明治28)年7月3日の大審院判決も親権を論じている。この裁判は、子の財産を処分した養父に対して実父が起こしたものである。判決は実父の訴えを否定する一方、養父は養子に対し「其親権ヲ行ヒ其財産ヲ自己ノ財産ニ於ケル如ク処理シテ他人ノ干渉ヲ受ケサルコト実父ノ実子ニ於ケルト同一ナルヲ通例トス」と述べた(大審院第1巻:34-36頁)。同判決は親権は他人の干渉を受けない排他的な権限であることを明らかにしている。

【参考文献】(あいうえお順)

- 大竹秀男『「家」と女性の歴史』弘文堂、1977年。
- 小野義美「明治前期における親権制度(1)」『宮崎大学教育学部紀要社会科学』54号、1983年。
- 神谷力『家と村の法史研究』御茶の水書房、1993年。
- 重松一義『少年懲戒教育史』第一法規出版、1976年。
- 手塚豊『手塚豊著作集第8巻明治民法史の研究(下)』慶応通信、1991年。
- 中川高男「親等の計算」青山道夫他編『新版注釈民法(21)親族(1)』有斐閣、1989年。
- 広井多鶴子「〈親権〉の成立」『日本教育政策学会年報』第1号、八千代出版、1994年。
- 広井多鶴子「父と母の制度史」渡辺秀樹編『シリーズ子どもと教育の社会学第3巻』教育出版、1999年。
- 広井多鶴子「〈未成年〉のはじまり」群馬女子短期大学『国文研究』第28号、2001年。
- 広井多鶴子「〈家族〉の範囲(前)」『高崎健康福祉大学紀要』第1号、2002年。

【資料】

- 小原重哉『監獄則注釈』王香堂蔵、1882(明治15)年。
- 風早八十二編「全国民事慣例類集」『明治文化全集第9巻法律篇』1929(昭和4)年。
復刻版、日本評論社、1992年。(民事慣例類集と略)
- 教育史編纂会『明治以降教育制度発達史』第2巻、第3巻、1938年。(発達史と略)
- 『元老院会議筆記』前期第10巻、元老院会議筆記刊行会、1964年。(元老院前10と略)
- 『元老院会議筆記』第6巻、元老院会議筆記刊行会、1964年。(元老院6と略)
- 『大審院民事判決録第1巻 明治28年度』東京法学院、1896年。(大審院1と略)
- 『大審院判民事決録3巻 明治31年』東京法学院、1896年。(大審院3と略)
- 『大審院蔵版 明治26年大審院判決録 自5月至12月』文生書院、1986年。
- 『大審院蔵版 明治27年大審院判決録 自7月至12月』文生書院、1986年。
- 外岡茂十郎編『明治前期家族法資料』早稲田大学、1967年。
- 堀内節編『明治前期身分法大全』中央大学出版部、1981年。