

# 明治民法編纂過程における親の懲戒権

——名誉維持機能をめぐって——

小口 恵 巳 子

キーワード：明治民法編纂過程 懲戒権 名誉 懲罰 フランス親子法思想

## 1 問題の所在

明治 23 (1890) 年 10 月 7 日、法律 98 号いわゆる旧民法が公布された。しかし、周知の通り、法典論争の結果、旧民法は明治 25 (1892) 年、施行延期が決定された。これによって、旧民法が全く意味を成さないものになったかといえば決してそうではない。その後編纂された明治民法の土台となったのはもちろんのこと、旧民法公布後、明治民法施行までの間、裁判官は、実質的に旧民法に従い法を運用していたとされる。運用に際しては、旧民法典編纂に参画し指導的役割を果たしたポアソナードが意図していたように、旧民法の原案である第一草案の立法趣旨説明が記された『民法草案人事編理由書』(以下理由書とする)が法解釈上の指針となった。

この理由書において、親権は「子の利益」を図るものであると位置づけられた。にもかかわらず、少なからぬ数の旧民法人事編注釈書において、親権を「親の利益」とし、その理由は「親子間には名誉の連結があり、子の名誉は親の名誉である」からとする解釈が示されている。

懲戒権をめぐる解釈論において、従来支配的であったのは教育の手段なのか懲罰の手段なのかを対比された議論であった。しかし、歴史的事実として、民法編纂当時上記のような解釈が行われていたことは、視点を変えて見た場合、実は名誉のための手段という隠れた論理があったことを窺わせるものである。当時の学説において、このような解釈が取り上げられた背景には、文化的・歴史的に、懲戒権の社会的役割として、名誉のために行使されてきたという事実があったからではないかと推察される。懲戒権と「名誉」との関係に注目し、名誉のための手段としての性格が懲戒権に付与されていたのか

を明らかにする必要があると考える。

本論文では、このような問題意識を踏まえ、旧民法を中心に明治民法制定までの民法編纂過程に焦点を当て、親の懲戒権の歴史的分析を行う。それによって、懲戒権には親あるいは「家」の「体面を保つ」ことを目的とした名誉保持手段としての性格、いわゆる「名誉維持機能」が付与されていたのか、付与されていたとすればどのような経緯で付与されるに至ったのかについて検討を加えたい。

## 2 前史：刑法上の親の懲戒権に現れる特徴

先行諸研究によれば、徳川時代は、儒教的な法規範の実体化によって統制を図ったとされる。<sup>(2)</sup>親権の中心は、教令権と懲戒権であった。親権は、子に対する一種の生殺与奪の権として強大であった。一方、恭順・服従を義務付けられた子による親に対する違背行為は、「不孝」罪として、天下の大罪と位置づけられていた。

支配者である武士階級の文化は、名誉を根幹としていた。このような武士階級の行動規範は、「名誉と廉恥の保持をその行動原理の第一義」とする名誉道德規範<sup>(3)</sup>であり、特に、家名は家の名誉であって、それを汚すことは単なる個人の恥であるばかりでなく、家門の恥辱<sup>(4)</sup>と考えられ、「家」の面目維持が第一義的な問題とされていた。このような武士階級の文化においては、暴力と名誉とが武人としての自尊心の抜き難い構成要素となっており、名誉を護るための暴力行使が重要な行動規範として位置づけられていた。その名誉に基づく暴力は、体制側にとっては常に危険なものとしてあった。幕府は、名誉保持のための暴力行使を抑制するために、暴力による私的報復を法的に限定し、秩序化した<sup>(6)</sup>。それが幕藩法体系に現れた「敵討」<sup>(7)</sup>を始めとする私的刑罰権だとされている<sup>(8)</sup>。

以上のように幕府は、儒教的法規範と、名誉道德規範の両面から、家族関係および親子関係を規範統制した。しかし、この両規範は、「家」の名誉と親に対する「孝」と、どちらを優先すべきかという場面において、対立概念となる場合がある。しかし、武士の場合は、武士道にかなった生き方を全うすること、すなわち武士としての名誉を得ることが、「家」の名誉につながる<sup>(9)</sup>ことであり、延いては親への「孝」につながるものと考えられていた。つ

まり、「名誉」は「孝」を含む上位概念としてあった。

このような徳川時代の統制原理の下で、親の懲戒権はどのように意義付けられ機能していたのだろうか。

私的刑罰権として御定書下巻四十九条に規定されている「娘の不義」に対する父親による懲戒<sup>(10)</sup>、いわゆる「親が子に対して有する殺害権」<sup>(11)</sup>は、家長権の一部として幕府法によって許された「夫の姦夫姦婦成敗（妻敵討）」<sup>(12)</sup>と同様の意味を持つものであり、密夫密婦の殺害は密婦を出した「家」が存続するための条件だった<sup>(13)</sup>。この規定は、懲戒権が「家の名誉」を守ることを目的とした、刑罰と同義の懲罰権として機能していたことを端的に示すものである。そのことは、後に、旧民法人事編注釈書において、古賀廉造が、親権設定の理由は我が国の悪習慣を完全に打破することだとして、次のように述べている<sup>(14)</sup>ことからも明らかである。

我国封建ノ時代武士ノ家ニ在テハ親ハ其子ニ対シテ殆ト生殺与奪ノ権ヲ有セシコトヲ例之ハ武家ノ子女ニシテ不義ノ行ヲ為シテ其家名ヲ汚スコトアレハ不義ハ御家ノ法度ナリト称シテ其親ハ立ロニ其女ヲ手打ニシ恬トシテ憚ル所ナキカ如クナリシ（中略）従来我国ニ行ハル、習慣ニ於テモ父母ハ子ニ対シテ重大ノ権力ヲ有セリ然レトモ其権力ハ子ヲ養育スルノ必要ヨリ起リシニアラスシテ父母自身ノ利益ノ為メニ又ハ家名ノ維持ノ為メニ其子ニ対シテ無上ノ権利ヲ有シタルモノナリキ民法ハ此習慣ヲ打破セント欲シ茲ニ親権一章ヲ設ケシナリ

古賀は、親による私刑的懲戒行為である「親が子に対して有する殺害権」が、親や「家」の「名誉維持」を目的として行使されていたことを非難している。「親が子に対して有する殺害権」が、親や「家」の名誉保持のための手段であったことがここに改めて確認される。すなわち、懲戒権行使には、名誉保持のための懲罰としての意味があり、懲罰機能と名誉維持機能とは、密接不可分な関係にあったといえる。

明治新政府は、維新当初の新体制維持のために、法制面において、このような徳川時代の法意識を積極的に踏襲し、律令法思想を前代以上に強化し復活させるという方策をとった。

明治2（1869）年に、刑法官判事試補鈴木唯一から、「刑法ヲ待タス、私人命ヲ絶ツヲ禁止スルノ議」<sup>(15)</sup>が提出されている。この議案には、2つの異なる私刑的制裁行為の禁止が訴えられている。第一は、「無礼討」の禁止であ

り、第二は、罪を犯した家族に対する家長による殺害行為の禁止を要求するものである。後者は、社会的実態として、家長の家族に対する家族処罰行為があったことを裏付けるものである。司法官僚からの指摘自体が、むしろ国家がこのような私刑的制裁行為を承認してきたことの何よりの証拠といえる。このような親の行為について、当時の法学者児玉淳一郎が、「若シ其子ノ国法ニ背キ大悪ヲ為スコトアルトキハ公裁審判ヲ待ズシテ親トシテ妄リニ其子ニ自殺ヲ促シ我が面目ヲ潔フセント欲ス」<sup>(16)</sup>ものだ、と批難しているように、懲戒権は「娘の不義」に限らず名誉のための手段としてあったことが確認される。

しかし、政府は、明治3（1870）年に公布した我国初の刑法「新律綱領」において、強固な律令制を復活させ、私的刑罰権を確実に存続させた。「無礼討」は廃止されたものの、親に授与された教令権に子孫が服従するのは当然であり、違背する子に対する懲戒の結果、死に至ったとしても無罪とした。つまり、政府は、親の家族処罰行為としての殺害を刑法上に保障することで、懲戒権の私的刑罰機能を継承したのである。

その後、フランス刑法を範に編纂され、明治13（1880）年に公布された「旧刑法」によって、教令権と懲戒権は否定された。しかし、実際は、我が国の刑法の家族主義的特徴は、形式上の近代化の進行により次第に薄められていくが、決して失われることはなかった。旧刑法は「祖父母父母ニ対スル罪」を設け、「新律綱領」の直系親に対する主要な犯罪に対して、フランス刑法以上に厳酷な刑の加重が行われるなど、律令法の精神が継承<sup>(17)</sup>された。

このような律令法の精神の継承は、後の旧民法人事編起草担当者である井上正一、磯部四郎の著した注釈書においても見出される。そこでは「孝道」を根拠に子に対する厳酷な刑の加重を正当化する解釈を行っている。さらに、妻の姦通に対する夫の殺傷行為を減刑する規定についても、ポアソナードが、フランス刑法第324条における「夫婦住居ノ家宅内」という「場所」の要件を排除して、夫の立場をより保障しようとしたのに対し、井上、磯部はさらに「本夫カ姦夫又ハ姦婦ノ逃クルヲ追フ之ヲ姦所ノ外ニ殺傷シタル場合」（「改定律例」と同内容）についても、当然適用すべきとして、夫の立場、名誉を最大限に保護しようとした。さらに妻の姦通を「一家の恥辱」あるいは「子孫の恥辱」と捉え、「家」全体の名誉をも法的保護の対象としようとした。あくまで刑法上のことではあるが、彼らが、旧幕時代以来の伝統的法観念に

囚われていたことは明らかである。

以上のように、国家権力による家父長の権力の承認を通して、家族内の秩序維持を図るという構造の中で、懲戒権は、名誉保持のための懲罰として機能し、親あるいは「家」の「名誉保持」を主要な目的として行使されてきた。

### 3 旧民法編纂過程以前の民法諸草案における懲戒権

「新律綱領」公布と同年の明治3年には、江藤新平主導の下に、フランス民法を範に民法典編纂が開始された。

ポアソナードが参画した旧民法編纂過程以前の民法編纂事業諸草案において、懲戒権条項が規定されたのは、司法省明法寮の民法編纂会議（明治5年4月から同年後半）および司法省民法会議（明治5年10月～同6年7月頃、同9年6月～同11年4月）における諸草案のみである。司法省明法寮諸草案および旧民法以前の民法編纂過程最後の草案である「明治十一年民法草案」の親権条項に共通する特徴は、フランス民法における親権条項の法定収益権の部分が全て削除されている点にある。もともとフランス民法における親権条項は、その半分が懲戒権で占められていたため、同諸草案の親権条項は、親権の大半が懲戒権条項で占められる結果となった<sup>(18)</sup>。その結果、懲戒権中心の親権法の構成となり、懲戒権には前代への法の回帰が見られる<sup>(19)</sup>。

懲戒権は、親権の中心的規定と位置付けられ、律令法思想の伝統を踏襲し、民法上にその絶対性を保障しようとしていたと考えられる。この点について、当時の立法関係者がいかなる親子法思想を抱いていたかを知る必要がある。

さて、前述のような親権法の特徴を持つ明法寮最終草案の「皇国民法仮規則」について、川島は、「我が国で起草された総合的な民法典草案の最初のものであり、その草案の内容は、大体において後の左院民法草案に受けつがれるものであり、後に旧民法・明治民法という形で発展してゆく民法典の骨格を最初に現したものとして、その歴史的意義は極めて重要である」と評価している<sup>(20)</sup>。

川島に従えば、明法寮諸草案の親権条項の特徴は、左院民法草案（明治6～7年前半）に受け継がれたはずである。左院民法草案の特色は、我が国固有法、いわゆる「慣習法」、「習俗法」を参照することが多かった点にあるとされている<sup>(21)</sup>。左院民法課の原案で、さらに院議を経た上で左院草案となるは

ずのものであったとされる「婚姻法」に対する各課から徴された意見は、当時の立法関係者の法思想を知る上で重要である。立法関係者の親子法思想を知ることのできるだろう。

当時の立法関係者は、フランス民法の規定を範として、「本邦ノ慣習習俗モ亦久シ細カニ彼此ノ利害ヲ顧計シテ取捨折衷」し、家族関係を規定するに当たっては、特に「義理ノ至当人情ノ至適ヲ以テ論ス」としており、いわゆる「義理」と「人情」の規範を基準とし、「義理ノ当否」に基づいて検討すべきとしている。このような左院の民法草案における家族規範について、川島が「家族集団内で構成員が「権利」をもたずいわゆる義理＝人情規範によって行動を規定され、戸主が外部に対して家族構成員を代表した、という点では、すべての家族がほぼ共通であった、と推定している。そうして、民法草案は、そのような家族集団を表現したものと考えられる<sup>(22)</sup>」と述べているように、当時の立法関係者は、「義理＝人情規範」を基準とし、家族の行動を規定しようとしていた。

この「義理＝人情規範」においては、「すべての家族〈成員個々〉は彼らの私（人情）を家の公（義理） $\leftarrow$ ＝家の存続〉のために捧げることを最高の道徳<sup>(23)</sup>」とし、親子関係における義理とは「孝」であるとされていた。そして何より、「義理」の規範は、徳川時代の「武士の義理」に象徴されるように、一種の「名誉の道徳」規範を自己の内的規範として確立したものであった<sup>(24)</sup>。これらのことを考え合わせれば、当時の立法関係者は、旧幕時代と同様、「名誉道徳規範」を重視した親子法思想によって、家族関係、親子関係を規範統制しようとしていたものと考えられる。したがって、旧民法編纂以前においては、刑法、民法を問わず、伝統的親子法思想に基づいて親子間の行動を規定しようとしていたといえる。懲戒権に期待されていたのは、前代から継承された親あるいは「家」の「名誉保持」という社会的役割であったといえる。

## 4 旧民法編纂過程における懲戒権

### (1) 教育政策の反動化

「明治十一年民法草案」が明治12（1879）年に廃棄され、旧民法の編纂が

着手された明治10年代半ばから、明治政府は復古政策へと転じていった。この政策転換がいち早く着手され、かつ顕著に推し進められたのが、教育政策においてであった。明治12年頃から、政府は、武士階級の儒教倫理に基づく「家」を再編し、それを基礎にして、天皇を頂点とする絶対主義体制の形成、確立を目的とした「家」の再編を、儒教教育を通じた教育政策によって展開しようとした。<sup>(25)</sup>

先行諸研究によれば、明治政府は天皇制国家体制を確立するために、特に法律と教育とを手段とすることによって家族に対する統制を行ったとされる。我国の民法編纂はそのような儒教的教育政策に深く影響された。<sup>(26)</sup>教育政策において親子関係に求められた行動規範がいかなるものであったのかを知るとは、民法に期待された親子関係規範を知る上での重要な手がかりを提供するものといえよう。

では、具体的に儒教的教育政策に現れた親子思想とはいかなるものであったのだろうか。学校教育への儒教道徳導入において中心的役割を果たした元田永孚は、国民教化政策の方向性を決定付けることになった『幼学綱要』において、「孝行」を第一の徳目とした。<sup>(27)</sup>そこには、「孝」の教説として、人間の間生まれながらの上下尊卑の別を認め、上下尊卑の序を絶対不可侵のものとする封建社会の道徳が説かれている。<sup>(28)</sup>引用されている儒教の古典の中の「孝経」には、「身体髪肌。受<sub>レ</sub>之父母<sub>一</sub>。不<sub>レ</sub>敢毀傷<sub>一</sub>。孝之始也。立<sub>レ</sub>身行道揚<sub>レ</sub>名於後世<sub>一</sub>。以<sub>レ</sub>顯<sub>レ</sub>父母<sub>一</sub>。孝之終也」というように、親孝行は最終的に、身を立て、名を上げることであるということが示されている。このような観念は、後に、<sup>(29)</sup>修身教科書によって、「立身出世」し、親と「家」との名を上げる義務と同時に親の「名誉保持」義務が教えられ、生涯「親の名誉」を汚してはならないとされた。さらに看過されえないのは、その後の修身教科書において、一人の不名誉が最終的には家郷全体の不名誉であるとする、<sup>(30)</sup>「恥の連帯」という道徳倫理が教義内容とされたことである。まさしく、徳川時代の名誉道徳規範が、国家によって承認され、国民全体に義務付けられたといえる。<sup>(31)</sup>

最後に、懲戒権との関係で注目されるのは、親が子に対して、いかなる苛虐な行為を加えても、子は決してそれに逆らうことなく、心から親を敬し、親に仕え、考を尽くすことが美徳であることが説かれている点である。<sup>(32)</sup>このように子自身に問題行動がなくとも、親の恣意的な理由で懲戒され、しかも

そのような親に対して、子は徹底して恭順の義務を果たすという教えが見出される。その背景には、生後いかなる具体的恩恵をうけなくとも、ただ生まれた<sup>(33)</sup>ということそれだけによって、生来的に親の権力に服すべきである、という親子思想がある。したがって、これらの教義内容を考え合わせれば、教育は、民法上の懲戒権に対しても、刑法上の懲戒権と同様に、家族内の秩序維持のための絶対権として、また、親あるいは「家」の名誉保持のための懲罰として機能するよう方向づけようとしたといえる。

## (2) 第一草案における懲戒権

旧民法編纂過程を取り巻く前述のような教育政策の動向にもかかわらず、家族法関係民法組合の五名のメンバーである井上正一、磯部四郎、光妙寺三郎、高野真遜、熊野敏三<sup>(34)</sup>ら、フランス法学派を主体とする若手メンバーによって起草された旧民法人事編の第一草案は、近代法的原理によって家族法全体が貫かれており進歩的内容をもつ。

第一草案において、親権は「子ハ其成年若クハ自治ニ至ルマテ親権ニ服従ス」(238条)と規定され、対象範囲は未成年の子に限定された。理由書は、親権が「父母ノ利益」のために与えられたのではなく「子ノ教育ノ為」に与えるものであり、子の教育は「父母ノ義務ニシテ其権利ニ非サレハ其方法トシテ監護教育ノ権ヲ与」えたとしても「真ノ権利」ではなく、一切の権利は子にあり、父母は義務があるに過ぎないことを示した。明らかに近代法の「子の利益」の親権理念を継受した考え方であり、親権は子の教育を目的に設定されており、懲戒権についても教育の手段として限定された。

教育の手段とされた懲戒権は「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コトヲ得ス」(243条)と、現行民法第822条1項前半部分に相当する内容が規定された。フランス民法とは異なり、懲戒権の主体に母を加え父権の独占から解放するとともに、法的介入の対象外とする親の一般的懲戒行為を承認し、公権力介入の手続規定との区別が図られている。さらに画期的であるのは、但し書きに懲戒行為を制限する文言が明文化されたことである。理由書には、「我国ノ如キ父母……懲戒モ往々過度残酷ニ流ルハ」、ゆえに「過度ノ懲戒ヲ禁」じる必要があるという趣旨のもとに、過度の懲戒を加えた場合は「親権ノ喪失ヲ宣告」されることが明記された。そして、本草案には、懲戒権の絶対性を排除し、「子の利益」の親

権理念が、名実共に矛盾なく生かされるように、親権喪失規定が設けられ、理由書において「打擲」を親権濫用に該当するという指針が具体的に示された。さらに付言するならば、子の立場の保護を趣旨として、フランス民法第382条の子の救済権を援用して、裁判所の決定に対する不服申し立ての権利を規定し、子自身に抗告権を認めている。

このように第一草案における親権法は、懲戒権の絶対性を保障し、かつ失権規定が確立されていないというフランス民法の欠点を踏まえつつ、親権を抑制して、「子の利益」を最大限に図ろうとしており、進歩的親子法思想を持つ起草者の意図を反映した内容となっている。

しかし、本草案にはいくつかの限界が見出される。まず、懲戒の程度は、社会通念に従うものとされ、その最終判断は裁判官に一任されているために、懲戒の程度の限界範囲は裁判官の価値判断如何に左右されるとともに、当時の社会通念に従う結果がもたらされた。さらに決定的なのは、我が国の「勘当」の慣習に相当する「子の放逐規定」が設けられたことである。「子の放逐規定」は、広義の懲戒権規定と捉えることができる。さらに、その他の尊属親にまで対象範囲を拡大した「尊敬義務規定」が設定された。<sup>(36)</sup>あくまで推定の域は出ないものの、これらの規定は、井上、磯部らの払拭しきれない伝統的法観念を体現したものといえる。

以上のように、本草案に見出された限界によって、懲戒権の及ぶ範囲が条件付きで子一般に拡大され、親の専断によって何らチェックすることなく行使できる点など、懲戒の程度・手段に関しての法解釈上の問題点が残された。しかし、本草案における懲戒権は、教育の手段として位置づけることを第一義とし、教育の目的を果たすための懲罰行為を抑制的に捉えることによって、体罰を消極的に承認するにとどめ、制裁手段としての性格を消失させた。懲戒権規定自体に親の一般的懲戒行為を制限する文言を明示し、懲戒が過度に及ぶことを禁じ、フランス民法においてさえ実現し得なかった失権制度を確立させたことで、絶対的・片務的権力としての懲戒権からの転換が図られた。これによって、懲戒権の法的性格は180度転換したといえる。

### (3) 旧民法における懲戒権

その後、第一草案は、審議修正を経て、元老院に付議された。元老院による人事編の審議は、従来の慣習になじまない条項を排除するという基本方針

<sup>(39)</sup>  
で大修正が行われた。

審議修正の過程で出現したのは、我が国の慣習を強く保持しようとする司法関係者の法観念であつた。<sup>(40)</sup> そのような彼らにあつても、「子の放逐規定」は、「勘当」の慣習と同一であるとし、その問題性を指摘している。<sup>(41)</sup> 「子の放逐規定」によって、「勘当」という我が国の慣習を民法上に規定しようとする立法者の意図がここに改めて確認される。結局、元老院提出案の段階で、「子の放逐規定」および「尊敬義務規定」は削除され、懲戒権の権力的性格が一旦は抑制された形となつた。

しかし、大修正を経て成立した旧民法では、親権の及ぶ範囲を未成年に限定した規定<sup>(42)</sup>、親の養育義務規定、さらに実親子関係に関する親権喪失規定が全て削除された。<sup>(43)</sup> これによって、親権の及ぶ範囲は子一般に拡大し、親権の法的性格において、親の義務性が弱められ、親の権力性が強化された。懲戒権も、親権に即し親の権力性を強めたものとなつた。

このように、旧民法における親権及び懲戒権の法的性格は大きく変容し、絶対性および権力性が復活した。特に失権制度の廃止は、「過度ノ懲戒ヲ禁ス」の文言を有名無実にして、第一草案の進歩性を骨抜きにし、懲戒権は子に対する親の支配権として機能するものとなつた。

元老院での審議史料を欠いているため、親権と名誉を結びつける具体的議論は確認できない。しかし、元老院の方針および規定上に現れた特徴を踏まえれば、旧民法の親権規定は、家族統制の一翼を担う教育政策における親子関係規範が実体法上に具現化されたものと捉えられる。したがって、親子間の行動は、旧民法編纂以前と同様に、伝統的親子法思想に基づいて規定され、懲戒権は、家族秩序あるいは社会秩序維持のための重要な手段としての役割を果たすことを期待されていたと考えられる。

#### (4) 旧民法人事編注釈書における解釈論

##### ① 裁判官の法解釈

既述のように、旧民法公布後、裁判官は、「理由書」を法解釈上の指針として、旧民法に従い法を運用したとされる。法解釈の実際について、控訴院評定官井上操、判事樋山廣業の注釈書を基に検討する。<sup>(44)</sup>

懲戒程度の判断を一任された裁判官である井上、樋山の解釈も、基本的には理由書の趣旨を踏襲するものであつた。しかし、彼らの解釈には、理由書

の解釈と決定的な違いが見出される。

第一に、親権が「親の利益」でもありとし、その理由は「親子間ニハ名誉ノ連帯アレハ子ノ名誉ハ即チ父母ノ名誉」であるからだとする解釈を示したことである。

本稿では、このような親権と親の「名誉」とを結びつける見解を、「名誉の連結説」<sup>(45)</sup>と定義する。

第二に、懲戒の程度に関して、その判断基準に、父母の「位置身分」あるいは「能力ノ有無」を斟酌すべきことを付加した。裁判官の判断基準の根本には、親権は「子の利益のため」としつつも、親の事情を最大限に配慮し、むしろ親の立場を保障しようとする親子法思想がみられる。

第三に、特に樋山の解釈において、親権は成年にも及ぶとした上で、「名誉の連結説」に「孝道」を結びつける法解釈が示されている。<sup>(46)</sup>さらに重要なことは、懲戒権を「制裁スルノ権」と捉え、この「名誉の連結説」を根拠とすることによって、子が「浮浪ノ徒、悪人ノ群トナリ子ハ為メニ罪人ト為リ父母ハ為メニ名誉ヲ汚スニ至ル可シ故ニ本条ニ於テ一層ノ嚴重ナル懲戒ヲ加フル権ヲ与ヘタリ」というように、懲戒権の親の名誉維持機能を強調したことである。これによって、教育の手段とされたはずの懲戒権には、同時に、制裁手段と親の名誉保持手段としての位置付けも与えられた。このことは、懲戒権が、第一草案のごとく子の保護を目的として行使するものではなくなることを意味する。このような樋山の法解釈は、元老院の方針および旧民法の規定上に現れた復古的特徴に同調するものであり、<sup>(47)</sup>何より、当時の政策方針に最も忠実であったと見ることができる。

以上のように、懲戒の程度を実質的に判断する役割を担っていた当時の裁判官には、第一草案に対する司法関係者の修正意見と同様に伝統的法観念が強くあらわれる傾向がみられた。井上、樋山の親子法思想は、彼らに特徴的であったというよりはむしろ裁判官に一般的であったと推察される。

## ② 「名誉の連結説」が唱えられた経緯

旧民法人事編の注釈書に唱えられた「名誉の連結説」は、懲戒権の伝統的性格を継承したゆえの法解釈とも取れなくはない。そして、何より、「世間に名誉を博し」あるいは「社会に名誉を博し」という言葉に象徴される親への報恩を唱える親子法思想は、「立身出世」という、維新以来、国民に対し

て、幼い脳髄に「身を立て名を挙げ」の理想を焼き付けてきた名誉概念<sup>(48)</sup>に通じる。しかし、フランス民法を範に民法編纂が行われたことを考えれば、フランス親子法思想を受容した可能性も十分考えられる。いずれにせよ、懲戒権の法的性格を捉える上で、どのような経緯で唱えられるに至ったかを明らかにする必要がある。

この点に関して、井上正一と岸本辰雄の講義録『仏国人事法講義』には、極めて注目すべき法解釈が示されている。ちなみに父権（親権に同じ 小口注<sup>(50)</sup>）の章は井上が担当したとされる。

井上は、まず、父権とは「子ニ対スル父ノ権利」であるとし、この権利を父に付与する第一の目的は、「子ノ利益」を図ることだと述べている。そして、父権を付与する理由として「凡ソ人其初生ニ在テハ蒙昧無智ナルカ故……スル孱弱者ハ必ス之ヲ保護シ之ヲ訓導シ以テ身ヲ立ツルノ好方便ヲ与へ」なければならず、その責任は「其子ヲ生ミシ父母」にある、したがって、それを全うするために父母に「若干ノ權威」が必要となると述べ、「子の利益」の親権理念に基づく趣旨説明を行っている。

また、父権の限界に関して、法律は「社会ノ秩序ト風儀ニ依憑シ藐然其限界ヲ指示」するのみであるが、幼者に対し「酷薄苛虐ニ渉ル場合」には、裁判所が親子間に干渉して、父権の濫用を禁制させるべきとしている。ここには、明確に父権の濫用に対する訴権もしくは裁判所による制限の必要性が示されている。したがって、井上は、第一草案の親子法思想を既に受容しており、そのような親子法思想をもって起草に当たったといえる。

しかし、このように「子の利益」の親権理念に基づき、父権を抑制的に捉える一方で、彼は、父権が「父母の利益」でもあること、しかもその理由は、子が社会で名誉を得ることで父母の幸福が果たされるからだと言っている。彼の法解釈には、「名誉の連結説」と同様の解釈が見出される。すなわち、これは、フランス親子法思想に、父権と「名誉」を結びつける非近代的法思想があった可能性を示すものである。

事実、かかる解釈は、後に井上正一自身が、当時翻訳された<sup>(51)</sup>仏民法注釈書の主要なものとして掲げたムールロンの父権の解釈に見出される。ムールロンの注釈書には、井上がムールロンに依拠して述べたのではないかと思われるほど、井上と酷似した説が唱えられている。<sup>(52)</sup>ムールロンは、父権を抑制的に捉えながらも、父権は「第一 其子ノ利益、第二 父母ノ利益、第三 国

ノ利益」のためにあるとし、父母の利益でもあるとするその理由は「人タル者ハ其子、成丁ノ後、公衆ノ為メニ尊敬セラルヲ見ルヲ以テ最モ其幸福ト為ス」からであると、「名誉の連結説」に共通する説を唱えている。

このようなムールロンの法解釈は、彼独自のものではなかった。アコラスは、その注釈書において、当時の法学の権威ドゥモロンブの父権の解釈を否定している。そのドゥモロンブは、「名誉の連結説」を唱えてはいないものの、父権は「子の利益、父母の利益、国家の利益」それぞれのためにあるとして<sup>(54)</sup>いる。つまり、父権を「父母ノ利益」でもあるとする解釈は、当時の通説的法解釈であったといえる。

では、父権と名誉を結びつける親子法思想はムールロンの独自の説なのだろうか。当時翻訳された注釈書のいくつかにその手がかりが見出される。例えば、ピコーは、父権について、「父母ハ常ニ其子ヲシテ己レヲ敬シ且己レノ榮譽ヲ害セサラシメ又之ヲ教育シ之ヲ懲治スルノ権アルナリ」と、教育と懲戒権を「父母の榮譽」と結びつけた見解を述べている。<sup>(55)</sup>

このように、「名誉の連結説」は、我国の刑法の流れを汲む説というよりは、むしろフランス親子法思想を継承したものであったといえる。

ちなみに、アンシャンレジーム期の懲戒権には、「名誉のファクター」が存在したことが明らかにされている。<sup>(56)</sup>当時、全ての社会階級で、名誉は、社会的集団の全体によって共有される価値であった（特に一般大衆にとっては、唯一の守るべきものとなることがあった）。家族の名誉を守ることが、子の監禁の説明の第一の理由となった。すなわち、当時の社会では、「名誉の死守」が第一義としてあり、それを理由に子どもの監禁が許されていた。つまり、懲戒権に「名誉維持機能」が付与されていたという、歴史的に類似の状況がフランスにもあった。しかもフランス民法の親権規定は、アンシャンレジーム期の懲戒権の絶対性を継承し、決して近代性格とはいえない内容となっている。したがって、革命期を経てその後どのように変化したかは現時点では未解明であるが、父権と「名誉」とを結びつける非近代的法思想が、日本民法にも継承されてきた可能性は十分考えられる。

いずれにせよ重要なことは、フランス親子法思想には、父権を「父母の利益」でもあるとする、「子の利益」に徹しきれない通説的法解釈があり、しかも我国と同様に、父権には「名誉のファクター」が存在していたことである。つまり、民法上の懲戒権に設定し直す際には、刑法上の懲戒権を否定し

なければならなかった。当然、伝統的懲戒権行使の意義をも否定する必要があると思われたはずである。ところが、近代法思想として受容したはずのフランス親子法思想に、我が国の伝統的懲戒権行使の意義に相通じる法解釈が存在し、その必要性が失われ、逆に御墨付を得る結果をもたらした。このことによって、より一層、民法上の懲戒権と名誉が連結することを容易にしたと考えられる。それを象徴するのが、樋山に見る新たな「名誉の連結説」の提唱である。

#### (5) 旧民法編纂過程における「名誉の連結説」をめぐる議論

以上見てきたように旧民法編纂過程の前後には、親権と「名誉」を結びつける親子法思想が見出され、編纂関係者も、確実にそれらの法思想を受容していたと考えられる。

にもかかわらず旧民法編纂過程では、表面的には親権と「名誉」を結びつける議論がなされなかった。それはなぜなのか、理由書の趣旨説明から、二つのことが推測される。

第一に、「此権力ノ性質ヲ誤解スヘカラス親権ハ父母ノ利益ノ為メ之ヲ与フルモノニ非ス」とする親権の設定理由に端的に示されているように、起草者らは、「此思想ハ我国ノ親族法ニ反スヘシト雖モ從來ノ慣習ヲ維持スルヲ得ヘカラス」、「其原則ヲ一変セスンハ是等ノ不都合ヲ改正スルヲ得ヘカラス」と断言している。その背景には、理由書においても指摘されているように、父母の権力を濫用した「残酷ナ所為」や弊習が行われており、第一草案が想定する親子関係とは相当乖離した状況があった。つまり起草者らは、親が「親権ヲ誤解シ父母ノ利益ノ為」と考えることによって、子に対して「権力ヲ濫用シ残酷ヲ行フ」ことを懸念した。ゆえに彼らは、親権と「名誉」を結びつける法解釈は、伝統的懲戒権行使の意義と結びつき易く、極めて誤解を招きかねないと判断し、採用しなかったものと推測される。

第二に、失権規定に関して、「此規則ハ之ヲ我国ニ適用スルトキハ多少ノ不都合ヲ生スヘシト雖モ」、「其矯正ノ方法ヲ設ケ其適用ノ如キハ多少之ヲ用捨スルモ可ナリ」と、消極的な見解を示していることに現れていると考える。起草者は、失権規定について、現時点での積極的適用は考えておらず、むしろ布石を置く程度の消極的適用を観念していた。つまり、失権制度は、我が国の当時の社会には受け入れ難いということ十二分に理解した上で、フラ

ンス民法の欠点を踏まえ、因習を打破することに重点を置き、予防線の意味で、あえて一步先んずる設定を試みたものと考えられる。これは、第一の理由の延長線上にある。第一草案は、「子の利益」を最大限図ることを企図して、封建的慣習をできるだけ払拭し、「我国ノ醜俗ヲ一洗」することに重点を置いた。<sup>(58)</sup>であるからこそ、親が権力を濫用し「其子ニ対シテ残酷ノ所為ヲ行ヒ又ハ父母ノ不行跡其子ノ教育ヲ害スヘキトキ」には、「父母ノ義務ニ対シ制裁ヲ設クルノ必要」があると積極的に判断したのである。当然の帰結として、親や「家」の「名誉維持」を目的として行使されてきた親による私刑的懲戒行為は、子に対する権力の濫用として制裁の対象となり、その背後にある親子法思想も否定せざるを得ないものと考えられた。したがって、第一の理由と同様に、親権と「名誉」を結びつける法解釈は、採用されなかったものと推察される。

以上のように、日本が近代法モデルとして継受したフランス民法の親権規定は、懲戒権の絶対性を承認する家父長制的性格を持つものであった。加えて、親自身や家族の名誉のために懲戒権を利用してきたという歴史的経緯や、社会的事実が、我が国にも、フランスにも存在した。これに対して、起草者らは、名実ともに「子の利益」の親権理念に徹するためには、家父長制的な色彩の濃いフランス民法親権規定の欠点を改める必要があると判断し、懲戒権規定自体に制限的文言を明記し、さらに失権規定を確立させた。そのような立場からは、実際の法運用の指針となる理由書には、親権と「名誉」を結びつける説は、採用すべきではないと判断したと思われる。

ちなみに、理由書の趣旨説明には、「子の利益」に徹した法解釈を示すアコラスに酷似した法解釈が見出される。例えばそれは、父権濫用に対する父権剝奪の必要性を説く次の文言に現れている。<sup>(59)</sup>

凡ソ父権ヲ濫用セル有レハ則チ法術ニ於テ其権ヲ褫奪スルコトヲ得ル……  
父権ヲ濫用スルトハ餌食、保護其他総テ教育ヲ欠キ或ハ粗暴ノ遇視ヲ為シ  
或ハ放蕩淫逸ノ行為有ラシメタル場合ヲ謂フ……平常鞭打チ加ヘテ以テ懲  
戒スルノ行為ヲモ包含スト

アコラスの説明は、「理由書」の過度の懲戒についての趣旨説明に酷似している。起草者らが、仮にアコラスに影響されたとするならば、アコラスは父権を「父母の利益」とする法解釈を否定しているのであるから、当然「名誉の連結説」を唱える余地はない。

しかし、旧民法の編纂事業は、皇国思想を基礎とした儒教的忠孝の教義によって徹底した思想的統一を図る国家をあげての政策転換の過程の一つに例外なく組み入れられていた。為政者における民法に対する考え方も変化し、民法の親子関係に、教育政策イデオロギーが取り込まれざるを得ない状況であったといえる。そして、天皇制支配の基礎を確立する大日本帝国憲法が公布され、憲法の精神への適合が求められる状況の中、元老院は、第一草案の親権規定に現れる進歩性を骨抜きにした。その結果として、親権が子に対する親の支配権となった以上、親権は当然「親の利益」のためにあるものと捉えられる。これらの諸要因によって、「名誉の連結説」が、公然と唱えられるに至ったものと考えられる。再び、そして新たに民法上の懲戒権に「名誉維持機能」を付与する法解釈が、構築された。ただし、それは、私的刑罰権に付着した我が国の伝統的法観念ではなく、あくまでフランス親子法思想に準じた名誉と親権を結びつける法解釈であった。

確かに、旧民法における懲戒権は、子に対する親の支配権である親権を担保するものとなった。<sup>(61)</sup>しかし、後述する明治民法とは異なり、親権が成年にまで及ぶことを明記する具体的規定を欠いている。このことが、理由書が指針として生き続ける要因の一つとなったものと推察される。「第一草案」の理念は生き続け、いずれの解釈においても体罰が消極的承認に止められた。懲戒が教育的な行為として理解されたからこそ抑制的に捉えられたのであり、親の懲戒権の中核に懲罰権は位置づけられなかったといえる。したがって、明治民法施行以前においては、懲戒権行使の目的として、教育の手段、懲罰手段、名誉保持手段の三つの性格が比肩する重層構造をなしていたものと考えられる。

## 5 明治民法編纂過程における懲戒権をめぐる議論

### (1) 「家」制度の確立と統制原理における「名誉道德規範」の復活

このような旧民法をめぐる、法典論争が起こっている。その結果、延期派が勝利し、旧民法は明治 25 (1892) 年、ついに施行されないことが決定されたのは周知の通りである。しかし、明治民法典編纂は、旧民法を土台とし、それを修正する方向で進められた。起草委員には穂積陳重、富井政章、梅謙

次郎の三氏が任命されている。

さて、延期派の代表的な論客である穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」における主張は、家長を尊敬し、その権力に服従し、家を以て社会構成の基礎とすべきであることおよび「祖先教」が我が国の家族制度および建国の基礎であり、今日までこれによって国家の倫理を維持してきたとこと、これを維持強化しなければ国体の精華と社会の倫理を維持できないとするものであった。<sup>(62)</sup>このような考え方は、旧民法公布と同年の明治 23 (1890) 年 10 月 30 日に発布された「教育勅語」を主導的理念とする教育政策の目指す方向と重なり合うものである。<sup>(63)</sup>

明治民法は、教育政策に方向付けられるとともに、穂積八束が強く主張した「家」制度を取り込み、「家」制度を再編・定着させるための法的支柱を確立した。<sup>(65)</sup>明治民法の「家」制度は、古い日本の封建体制に由来した家族制度を確立させた。しかし、その内実は、「制度の根底たる「家」が規格化、平準化されたように、同じく改革され旧幕時代のままではなくなっている」<sup>(66)</sup>。だが、旧幕時代も明治民法も、その制度の根底には「家」がある。したがって、家族制度の確立によって、「家」と結びついた統制原理が、法制度上正當化される可能性は十分考えられる。<sup>(64)</sup>

そのことを証明するのが、明治民法に新たに設定された養子の離縁事由である。養子に関して裁判上の離縁事由を規定した第 866 条第 5 号に、「養子ニ家名ヲ汚シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ」と、「家名ヲ汚ス」ことが制裁要件となって明文化された。梅も、「養子ヲ為スハ多クハ家名ヲシテ断絶セシメス家産ヲシテ益々盛大ナラシメンコトヲ欲シテナリ然ルニ之ニ家名ヲ汚シ又ハ家産ヲ傾クヘキ所為アルトキハ養親カ養子ヲ為シタル目的ニ反ス」から離縁を請求されて当然とする見解を示している。<sup>(67)</sup>前代と同様、「家」の名誉保持のための制裁が法的に保障され、「家の名誉」が法益とされた。

また、裁判上の離婚事由「配偶者カ自己ノ直系尊属ニ対シテ虐待ヲ為シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ」(第 813 条第 8 号)に関する梅の「直系尊属ニ対シテハ孝道ノ限ガ尽シテ居ルモノト法律ガ認メタノデアアル然ルニ配偶者ガ尊属タル父母祖父母ニ対シテ虐待ヲスルトカ重大ナル侮辱ヲスル行為ガアレバ其孝行心アルベキ子孫ニ取ッテハ見ルニ堪ヘヌコトデアアルカラ離婚ヲ請フ外ナイト認メタノデアリマス」<sup>(68)</sup>という発言が端的に示すように、

「儒教的法規範」が統制原理に組み入れられた。したがって、明治民法は、旧制度と同様に、「儒教的法規範」および「名誉道徳規範」の両面によって家族関係、親子関係を規範統制しようとしたといえる。

## (2) 明治民法における親権および懲戒権の性格

梅謙次郎の起草した親権規定の原案では、親権は「未成年ノ子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス（後略）」(890条)と規定され、親権の及ぶ範囲が未成年に限定された。そして、第892条には「親権ヲ行フ父又ハ母ハ其子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」とあり、我が国の民法において初めて監護教育権が設定されている。懲戒権は「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相当ノ懲戒場ニ入ルルコトヲ得（後略）」(894条)と規定され、その行使の範囲が「必要なる範囲内」に限定された。そして再び失権制度が確立されている。原案における親権法の規定上に現れる特徴を見る限り、「子の放逐規定」を設けていた第一草案以上に子の立場を保護した内容となっている。

しかし、解釈上ではむしろ後退しているといえる。

確かに、親権を「未成年」に限定したことについて、起草担当者である梅は、「親権ハ子ノ利益ヲ謀ル者ト云フコトニナツタナラバ成年迄ト云フコトニスルノガ当然ト思ヒマス<sup>(69)</sup>」と説明している。また、親権を「未成年」に限定することに対する穂積八束らの反対意見に対して、「親権ト云フ者ハ……詰リ子ノ監護及ビ教育デアリマス三十四ニナル者ヲ監護スルト云フコトハアリマセヌ教育モ亦同様<sup>(70)</sup>」であるとし、親権の目的は監護教育にあり、その効力は未成年に限定すべきであることを改めて強調している。さらに、監護教育権の趣旨説明において、梅は「本条ハ身上ニ関スル効力ノ原則ヲ定メタルモノ」であり、法律上「親権ノ制ヲ設ケタル所以ノモノ他ナシーニ子ノ発育ヲ保護センカ為メナリ<sup>(71)</sup>」と説明し、監護教育権規定が身上に関する親権の中核であり、子の監護教育を法律上保障するために親権関係条項が設定されたことを明らかにしている。このように、梅ら起草者の趣旨説明には、第一草案と同様に「子の利益」を中核に据えた解釈が行われている。したがって、親権の効力として規定された懲戒権も本規定の原則に従い行使されるべきものであり、未成年に限定され、教育の手段と位置づけられた。

ところが、このような親権解釈を展開した梅にして、教育の手段であるは

ずの懲戒権を「打擲スル権」と捉え、「打擲」を親権濫用行為と位置づけていた第一草案とは相反する見解を示している。<sup>(72)</sup>この梅の見解に対して編纂関係者は何ら疑義を呈しておらず、共通理解となっていたことが窺われる。ここでは、懲戒権は教育的手段から制裁手段へと変容した。つまり、規定上の第一草案をしのぐ進歩性とは異なり、法解釈においては、第一草案において目指された「子の利益」保護に徹した立場から後退し、教育目的の制裁を積極的に許容する立場へと転換した。このような懲戒権は、我が国の伝統的法観念の影響と同時に、規定上の特徴を踏まえれば、むしろフランス民法の親権規定の家父長制的性格を継承したものであるといえる。

さて、以上のような特徴をもつ親権規定は、審議過程において、穂積八束を始めとする親権の絶対性を主張する編纂委員による修正が加えられ、成案では「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年ハ此限ニ在ラス（後略）」（877条）と規定されることとなり、親権は独立の生計を立てない限り成年の子にも及ぶものとなった。したがって、親権は、公布の段階では、子に対する親の支配権となつた。<sup>(73)</sup>このように親権の及ぶ範囲が成年にまで拡大されたことを受けて、前述の監護教育権規定は、新たに「未成年」の文言が加えられ未成年に限定されたが、「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（後略）」（882条）と規定された懲戒権は、親権規定の中で唯一成年にまでその効力が及ぶものとして確定した。したがって、懲戒権は、親権同様、子に対する親の支配権として機能するものとなった。だが、公布を目前にした帝国議会で、穂積陳重は、「懲戒ト云フノハ教育ノツツノ方法」と述べ、懲戒権が教育的手段であるとしている。<sup>(74)</sup>この穂積の発言と、梅が監護教育権を親権の中核と位置づけたことを踏まえれば、原則的には懲戒権は教育の手段とされていたといえよう。

このように成年にまで効力が及ぶものとなった親権に対して、穂積陳重は、親権は「親ノ利益」のためにもあると断言している。<sup>(75)</sup>このような親権の解釈と、明治民法が、親子関係を「名誉道德規範」によって規範統制しようとしていたことを合わせ考えれば、これまで見てきたように、親権あるいは懲戒権と「名誉」を結びつける議論が俎上にのぼることは十分考えられる。はたして、親あるいは「家」の面目保持のためには制裁を必要とするという主張が、審議内容の随所に見出される。

例えば穂積八束は、親権の設定意義について次のように述べている。<sup>(76)</sup>

親権ト云フモノヲ置ク以上ハ……家ノ体面トカ其親子ノ社会上ノ体面モ考ヘテ見テ宜シイモノデアツテ……子供ガ役者ニ為リタイトカ……成年以上デアサウ云フヤウナ人モ……道楽息子デアルトカ道楽娘デアツテサウ云フ事ヲシタイト言フノヲ親権デ以テソナナ事ヲ止メルコトガ出来テモ私ハ些ツトモ差支ナイコトト思ヒマス

また、穂積陳重は、制裁の意義について、次のように説明している。<sup>(77)</sup>

息子ガ道楽者デ女郎ヲ女房ニシタトカサウ云フ者ヲ家ニ入レルトカ云フヤウナコトニ為ツテハ家ノ面目ニモ関スルトカ先祖ニ対シテモ済マヌトカ又ハ外聞ニモ関ハルトカ云フヤウナコトモ得ル……離籍ト云フコトハ独り其人ニ対スル制裁ト云フコト計リデナシニ戸主ガ体面ヲ保ツトカ又家ノ面目ヲ保ツトカ云フコトデ一体ニ此方ガ目的ヲ達スルコトガ得ラレルト思ヒマス

両者の見解からは、子が道楽者であった場合、家長（親ないし戸主）や家の体面が汚される、ゆえにそのような子どもに対して制裁を加えてでも家長や「家」の体面を保持しなければならないとする共通した法観念<sup>(78)</sup>が見出せる。親権の行使および制裁の意義には、「名誉」が重要な要因として存在している。

この見解には、親権を「家の名誉」のための手段として位置づけるという旧民法の段階では示されなかった論理の飛躍が見出せる。すなわち、「親の名誉」という問題は、個人としての親の「名誉」という表現にはなっているが、親個人の名誉にとどまる問題としてあるのではなく、「家の名誉」を護る責任者としての家長の問題としてあるのであり、「親の名誉」は常に「家の名誉」に直結する問題としてあった。その意味で「親の名誉」は「家の名誉」に従属した関係で、「親の名誉」が汚されることは、「家の名誉」が汚されることに同じであったといえる。これについて、作田が「日本の中間集団は、特に徳川集権制の成立いらい、中央＝社会からの透視を拒むことができなかつた」として、「家族外の世間の基準に従って家族成員が裁かれた時、家族は彼を世間の非難から護るどころか、家族の体面を傷つけたという理由によって、世間の彼に対する非難に同調する。それは世間の中にあつての家族の自立性の弱さからくるやむをえない措置なのである」と、論じていることは、家族は「世間」に規制され、従属した関係にあり、そのような家族に

としては家族全体の名誉を護ることが最優先事項であったという示唆的な論点を提示している。<sup>(79)</sup>

つまり、刑法上の親権および懲戒権の機能を否定することに力点を置く「第一草案」の理念が生き続け、なおかつ「家」制度が確立されていない状況にあっては、実質的には「家の名誉」が観念されていたとしても、表面上は「親の名誉」にとどめざるを得なかった。それが、明治民法において、「家」制度が確立され、「儒教的法規範」および「名誉道德規範」の両面によって家族関係、親子関係を規範統制するという明確な統制原理が前面に打ち出されたことにより、画一的な型にはめられた「名誉」が作られ、伝統的観念を表面化させることを押しとどめていた障壁が取り払われ、一見飛躍とも取れる親権と「家の名誉」を結びつける解釈が示されたものとする。

いずれにせよ、懲戒権の効力が成年にまで及ぶものとして確定し、なおかつ教育目的の制裁を積極的に許容する立場へと転換した明治民法において、子に対する制裁が、名誉のための手段であることが正式に位置づけられたことは、梅の「教育権ノ結果ナリト為スコトヲ得ス」という文言が如実に表しているように、懲戒権が子の保護を目的とした教育の手段としての性格を逸脱し、「暴pare者」の「厄介払ヒ」を目的とした懲罰手段として<sup>(81)</sup>、いわば親ないし「家」の利益保護のための手段ともなったことを示している。懲戒権が親や「家」の「名誉保持」を主要な目的として行使されることを正当な懲戒行為であるとみなすことが、裁判実務における法解釈の具体的指針として確立されたといえる。

以上のように、親権と「名誉」を結びつける法思想が、明治民法編纂過程においては具体的な議論となって現れた。明治民法の親権法は、第一草案と同様に「子の利益」の親権理念を踏襲しつつも、フランス民法の親権規定の家父長制的性格を継承し懲戒が制裁目的に行使されることを積極的に承認し、その上、その制裁を親あるいは「家」の名誉保持のための手段として意義付けた。したがって、懲戒権には、教育の手段という近代的性格が付与されたものの、第一草案とは異なり、懲罰および名誉保持が主要な手段として位置づけられたといえる。

## 6 むすび

我が国には、文化が許容する懲戒の理由付けとして、親や「家」の名誉保持があった。つまり、我が国の伝統的懲戒権は、懲罰機能と名誉維持機能を伴ったものであった。

一方、我が国が民法編纂に着手した時期のフランスにおける民法学の有力な学説では、親権が、子にとっても、親にとっても、国家にとっても有用であると考えられていた。そのような通説的法解釈の中に、我が国の伝統的懲戒権行使の意義に相通じる親権と「名誉」を結びつける法解釈があった。フランス民法継受に際して、懲戒権の絶対性を保障する家父長制的性格の親権規定とともにこのようなフランス親子法思想を受容したのである。その受容は、民法上の懲戒権においてもなお、我が国の伝統的懲戒権に付与されてきた役割を正当なものとして保障する結果をもたらし、懲戒権と名誉が連結することを容易にしたといえる。

懲戒権をめぐる二つの法思想の流れが合流し、特に、旧民法公布後の裁判実務における法解釈において、積極的に日本固有の倫理を組み込み、懲戒権を制裁の手段と捉え、懲戒権行使の意義と名誉とを連結させる見解が示されたことは、教育のための制裁の言外の意味には名誉があることを決定づけたと考えられる。

明治民法は、近代法の形式をとる民法上に、「家」制度を確立させたことによって、「家の名誉」を法益とし、かつ、その侵害行為に対しては、制裁も辞さないとする法規範を構築した。これによって、親権は「家の名誉」のための手段でもあるという位置づけが明確に示された。しかし、旧民法公布の段階で既に出されていた「親の名誉」にあっても、「名誉の連結説」に「孝道」を結びつける法解釈が示されていることに象徴されるように、純粹に親のみの名誉が観念されていたわけではなく、実質的には伝統的観念としての「家の名誉」がそこには当然含まれ観念され解釈されていたのであって、表面化するかしないかの差が法解釈上に現れたにすぎないものと捉えられる。したがって、フランス親子法思想には少なくとも表面的には見出されない「家」の名誉保持が親権行使の意義として設けられたことは、旧民法と明治民法との間の断絶と捉えられるが、底流をなす法観念においては一定の連続

性があったということがいえよう。<sup>(82)</sup>つまり、明治民法においては、受容したフランス親子法思想を自明の論理とし、むしろそれを礎としつつ、我が国の伝統的懲戒権行使の意義を最大限に生かす方向での法解釈が行われていったものと推察される。

このような明治民法における親権法は、近代法の「子の利益」の親権理念を継受し、あくまで監護教育権が親権効力の原則であるとして位置づけたが、「子の利益」の理念に徹するものではなく、フランス民法と同様に教育のための制裁を積極的に承認した。つまり、懲戒が第一義的には教育的な行為として理解されながらも、その教育の目的達成のための不可欠な要素として制裁が位置づけられていたのである。これによって制裁手段としての性格は懲戒権の中核に位置づけられた。そして、その制裁の意義には、親や「家」の名誉を守ることが制裁の主要な目的としてあった。したがって、明治民法施行の段階で、懲戒権は、外形的には近代民法上の親の権利として教育の手段と位置づけられたといえるが、その中核には懲罰手段とともに名誉保持手段が位置づけられたといえる。

## 注

- (1) ポアソナードは、民法編纂局閉局に伴い、「編纂委員の翻訳した草案の註釈に基づいて、立法理由説明書を法律の頒布と同時に公にすれば、裁判官に対して拘束力はないものの、解釈を容易にし、またこの註釈によって訓令を作って裁判所に布達することもできる」という趣旨の意見書を提出している（大久保泰甫＝高橋良彰（1999）『ポアソナード民法典の編纂』雄松堂、62頁）。
- (2) 旧民法制定以前には、この言葉は存在せず、古法及び慣習における親の権限を現行法に相当する概念として、便宜上「親権」と捉える。
- (3) 笠谷和比古（2001）『武士道その名誉の掟』教育出版 34-51、124頁参照。
- (4) 「国体の本義」には、家名について「我が国の家の生活は、現在の親子一家の生活に尽きるのではなく、遠き祖先に始まり、永遠に子孫によって継続せられる。現在の家の生活は、過去と未来をつなぐものであって、祖先の志を継承発展させると同時に、これを子孫に伝える。古来我が国に於て、家名が尊重せられた理由もここにある。家名は祖先以来築かれた家の名誉であって、それを汚すことは、単なる個人の汚辱であるばかりでなく、一連の過去現在及び未来の家門の恥辱と考へられる」と説明されている（文部省「家族国家論・資料」（1965）『現代のエスプリ別冊「家」』112

頁)。

- (5) 「家」と名誉の関係について、池上は、「家」は真に名誉文化の揺籃であった。「家」の血筋の連続性とその財産の保護とが「家」のメンバーにとっての重大関心事となり「家」の名誉は、先祖代々の家系を永続させたいというこの欲望と密接に繋がっていた」と論じ(池上英子(2000)『名誉と順応』NTT出版、68頁)、谷口は、「個々の武士の行動は、所属する「家」に規制されるとともに、その「家」も含めて武士社会からの評価の対象となっていた」と論じている(谷口真子(2002)「赤穂浪士にみる武士道と「家」の名誉」『日本歴史』650号7月号、40頁以下参照)。このように、武士個人の名誉に関わる問題は常に「家」の名誉あるいは「家」の存続に直結する問題としてあった。
- (6) 池上前掲書(注5)191頁以下参照。谷口真子(2005)『近世社会と法規範』吉川弘文館、11頁。
- (7) 「無礼討」以外の私的刑罰権は、武士のみならず庶民に対しても認められていた(谷口前掲書(注6)150頁以下)。
- (8) 私的刑罰権については、石井良助(1992)『刑罰の歴史』明石書店114-116頁。名誉文化と私的刑罰権との関係については、池上前掲書(注5)238頁以下参照。
- (9) 谷口前掲書(注6)225-240頁参照。
- (10) 御定書下巻四十九条「縁談極置候娘と不義いたし候男并娘共に切殺候親無構」(司法省版(1895)『徳川禁令孝後聚第三帙』)。
- (11) 石井前掲書(注8)115頁。
- (12) 御定書下巻四十八条「密通之男女共ニ夫殺候ハ> 無粉においてハ 無構」
- (13) この点について、谷口は、17世紀後半からみえる忠孝道德の重視によって、家父長が近世社会の根幹を支える「家」の責任者として重んじられることと平行して、忠孝イデオロギーの表現とみなされた実力行使には、正当性が認められたとして、「敵討」並びに「妻敵討」を位置づけている(谷口真子(2004)「近世身分制社会における実力行使と法規範」『歴史学研究』No.794、67-70頁)。また、氏家は、妻と娘の不義密通について、「イエの女の不義密通に対する“血の制裁”という意味では、両者は共通している」、「親の許さぬ相手と駆け落ちした“いたざら娘”に対する死の掟。これもまた妻敵討の一種」と述べている(氏家幹人(1996)『不義密通』講談社選書メチエ、189頁)。
- (14) 古賀廉造(1886)『民法人事編講義』東京和仏法律学校、408頁。
- (15) 第一

……然ルニ我邦ノ風習、士人タル者、下民ノ無礼悪口ヲ咎メテ、私ニ之ヲ殺スノ権アリ、国法之ヲ許シテ禁ゼス、然レドモ下民士ノ無礼悪口ヲ咎メテ、之ヲ殺スノ権ナシ。……仮令無礼悪口ヲ以テ、大罪トスルモ、国家刑法ノ処分ヲ待タズシテ士人私ニ之ヲ殺スハ、又非ナリト云フベシ。宜シク此風習ヲ禁止シ、(後略)

## 第二

臣僕妻妾子女、仮令罪過非遠アルモ、君父タル者律法ヲ待タズシテ、私ニ之ヲ殺戮スル事モ、亦宜シク禁ス可シ。

(議案録附決議録(1955)『明治文化全集 第一巻 憲政編』日本評論社、141-142頁)

- (16) 児玉淳一郎(1873)『人間交法』養如春舎、2-3頁。
- (17) 福島正夫(1974)「公法諸制度と家族制度」中川善之助他編『家族問題と家族法 I』酒井書店、406-426頁。
- (18) フランス民法の親権規定は、第371条から387条までの全17条となっており、そのうち懲戒権は第375条から381条までの全7条を占めている。明法寮最終草案「皇国民法仮規則」の懲戒権は親権規定全9条中6条を占め、「子其父ノ意ニ違フ行状アルトキハ父之ヲ懲治スルニ左ノ方法ヲ用ユヘシ」(111条、112~116条省略)と規定されている(東京大学社会科学研究所(1970)「皇国民法仮規則」15-16頁)。なお、我が国が継受したフランス民法の父(親)権を規定する第9章の表題は、「puissance paternelle」となっている。表題を父権と訳すのは、制度の内容には必ずしも適合しないとされている(田中通裕(1993)『親権法の歴史と課題』信山社、7-48頁参照)。本稿においても、親権と表現することとする。
- (19) この点につき詳しくは、拙稿「旧民法における親の懲戒権」『法社会学』60号、169-172頁参照。
- (20) 川島武宜=利谷信義(1958)「旧民法制定以前」鶴飼信成他編『講座日本近代法発達史5』勁草書房、7-9頁。
- (21) 石井良助(1979)『民法典の編纂』198頁。向井健(1982)「民法典の編纂」福島正夫編『日本近代法体制の形成 下巻』日本評論社、340-341頁。
- (22) 川島=利谷前掲書(注20)17-18頁。
- (23) 門脇厚司(1967)「日本的「立身・出世」の意味変遷」『現代のエスプリ』No.118、69-70頁。
- (24) 源了圓(1996)『義理』三省堂、64-119頁参照。
- (25) 有地亨(1977)『近代日本の家族観 明治編』弘文堂、42-43頁。
- (26) 熊谷は、「明治31年に、民法のなかにきわめて大きな比重をもってそれに対する規定がおかれるためには、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。それら諸要素の中で、教育が果たした役割はきわめて大きかった。教育との関連を無視しては、「家」を中心とする民法編纂史は論じえない」と指摘している点は、傾聴に値する（熊谷開作（1987）『日本の近代化と「家」制度』法律文化社、76頁）。

- (27) 元田永孚編（1881）『幼学綱要』宮内省蔵版。『幼学綱要』について、山中永之佑（1981）「教育制度」福島正夫編『日本近代法体制の形成』上巻日本評論社、385頁参照。
- (28) 木下明（1957）「親子思想の諸問題」中川善之助他編『家族問題と家族法Ⅳ』酒井書店、80頁。
- (29) 第十一課「身を立て、家を起こし、以て父母祖先の孝をつがむことを思ふべし。是、大なる孝行なり。子、父の志を継ぎなすを、大孝といふ。」第十二課「わが一生の間、身をつゝしみ、行を正しくして、わが身をはづかしめず、父母の名けがさざる、これ、亦、孝の道において、重んずる所なり。」東久世道禧「小学校修身教科書」高等科卷一。
- (30) 川島武直（1957）『イデオロギーとしての家族制度』岩波書店、97頁。
- (31) 見田は、修身教科書には「一人の不名誉が家郷ぜんたいの不名誉となろうという日本のおしえ」が教示されていること、そして、この「恥の連帯」では、最終的に個人の恥じるべき行為が国家の恥に結び付けられていることを明らかにしている（見田宗介（1967）「日本人の立身出世主義」『現代のエスプリ』No. 118、至文社、52頁）。
- (32) 元田前掲書（注27）20頁参照。
- (33) 川島前掲書（注30）93頁。
- (34) 大久保＝高橋前掲書（注1）162-163頁。
- (35) フランス民法懲戒権規定第376条は、16歳未満で個人財産・職業を有しない子に対する父の懲戒権行使に対して、裁判官は、父の要求を審査するのみで、それを拒否できない父の専断を承認する内容となっている（田中前掲書（注18）33-48頁参照）。
- (36) 第一草案における懲戒権の特徴につき詳しくは、拙稿（注19）172-177頁参照。
- (37) 第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サクルコトヲ得
- (38) 第189条 子ハ終身其父母ニ孝養ヲ尽シ其他尊属親ニ対シテモ尊敬ヲ致ス可シ
- (39) 「人事編修正の目的は、我国慣例の實際に戻らざるを主とし、西洋宗教的の事は一切之を除き、無益の手續を要することを省き、親子訴訟を為すべき事を削除し、既に全く原案を削りたるもの五十条にして、其他少しづ

つの修正はほとんど各条にあり。近頃実には果敢なる修正にして、草案とは全く面目を一新したる有様なり」という審査状況であったとされる。石井前掲書（注 21）232-233 頁。

- (40) 明治 21 年 10 月に各地方長官と各裁判所に送付された理由書付の第一草案に対する司法関係者の修正意見に見られる特徴である（民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書（1989）『日本近代立法資料叢書 16』商事法務研究会）。
- (41) 再調査案の修正意見においても、法律取調委員会は、本規定を問題視し、削除意見が提出されている。
- (42) 磯部四郎は、後に法典調査会で、元老院において削除された理由について「未成年ノ子ト云フコトハ第一ノ草案第二ノ草案ニモ這入ツテ居リマシタガソレガ元老院辺リデソレデハ到底行ハレヌト云フコトデ実ハ子供ト云フモノハ親ニ従フト云フノガ日本ノ道德デ是レハ外国ニ倣フ必要ガナイト云フコトデ御改正ニナリマシタ」と述べている（第 151 回法典調査会）（法典調査会民法典議事速記録（1984）『日本近代立法資料叢書 6』商事法務研究会、420 頁）。
- (43) 親権喪失規定の削除は、親権の行使に対して外から干渉することは我国の慣習として不都合であると考えられたためと推測されている（手塚豊（1957）「明治民法施行以前」中川善之助他編『家族問題と家族法Ⅳ』158-159 頁）。
- (44) 井上操（1891）『民法詳解』寶文館、樋山廣業（1891）『民法人事編俗解』岡島寶文館。  
井上操は、明治 6 年、司法省法学校に入学し、明治 19 年、東京大学法科大学教授に任ぜられたが、同年 4 月、判事に任じ、東京始審裁判所詰となる。ついで 7 月、大阪控訴院評定官に転じ、大阪事件の公判のため、同院に開設された臨時重罪裁判所の裁判長に任ぜられ、同 23 年には大阪控訴院部長に進んだ人物である。樋山廣業については、詳細は不明である。
- (45) 「名誉の連結説」を唱えるいずれの注釈書においても、子が世間あるいは社会から名誉あるいは尊敬を得ることで親は最大の幸福を得ることになるから、その目的を達成させるために親権を親に付与するのである、と解釈している点において共通している。ちなみに、延期派の奥田義人、伊藤悌治の二人もこの説を説いている。
- (46) 樋山は、親権を「父母ノ利益」でもあるという理由を次のように述べている（樋山前掲書（注 44）209 頁以下参照）。  
父母タルモノハ我カ子ノ無知文盲ヲ希フカ蠢愚ヲ望ムカ蓋シ人ノ父母タルモノ誰レカ其子ノ賢ト其子ノ幸福トヲ欲セサルモノアランヤ必ラスヤ成長

ノ後人々ノ尊敬ヲ受クルコトヲ喜フモノナリ而シテ其子ヲ教育シ以テ其子ノ人ト為リシニ及ンテヤ世ノ人々ニ尊敬ヲ受ケ愛慕ヲ受ケタルニ於テハ其業ミハ如何斗リソヤ其喜ヒハ幾許ナリヤ財産ニ換フルコトヲ得サルヘシ其時ニ至リテ其父母ハ最トモ幸福ナル地位ヲ得テ孝道ヲ尽シタリト云フ可シ此効果ヲ見ントセハ親權ヲシテ法律上認メ以テ子ヲ教育スルノ義務ノ方法ト為サルヘカラス

以上親權ハ子ノ利益ノミナラス父母ノ利益ヲモ顧ミテ以テ制設シタルモノナリト断言セサルヘカラス

- (47) 管見の限りでは、多くの注釈書に我国の伝統的親子法思想を取り込む法解釈が見出され、理由書に忠実な見解のみを述べている論者の方がむしろ少なかったことは座視し得ない。ちなみに井上操の注釈書には樋山説のように「孝道」と結びつけられた解釈は見当たらないものの、柿崎欽吾＝板谷兵吉＝近藤誠（1891）『日本民法人事編要義』の序文の中で、制定された憲法の本源は「五倫五常ニ在リ」として、人事編は一個の小憲法であるから「長幼ノ序朋友ノ信モ亦之ニ依テ立ツヘキナリ」と論じ、基本的には儒教的法規範を以て親子関係を統制しようと観念していたことが見出される。
- (48) 見田前掲書（注 31）45 頁。
- (49) 父權トハ子ニ対スル其父ノ權利ナリ而シテ此權利ヲ父ニ与フルノ目的ハ第一子ノ利益ヲ計画スルニ在リ凡ソ人其初生ニ在テハ蒙昧無智ナルカ故……斯ル孱弱者ハ必ス之ヲ保護シ之ヲ訓導シ以テ身ヲ立ツルノ好方便ヲ与ヘサル可カラス此責ニ任スル者ハ……其子ヲ生ミシ父母之ヲ担当セサル可カラス……父權以テ之ヲ監護シ其肉体ヲ養育シ其精神ヲ發達シ以テ独立ノ成人タラシメサル可カラス然ラハ則チ父權ハ養育鞠成ノ良器機ニシテ之ヲ父ノ掌裏ニ歸セシムルハ尤モ当ヲ得タルモノト云フ可キナリ而シテはレ唯タ子ノ利益ノミナラス又タ從テ父母ノ利益ト云ハサル可カラス如何トナレハ其子成長シテ聰明ノ人トナリ社会ニ名譽ヲ博スルニ至ラハ有形無形父母ノ幸福又タ果シテ如何ソヤ從テ亦タ社会モ其余沢ヲ蒙ルニ至ラン其利益果シテ如何ソヤ即チ父權ハ一家ヲ齊成スルノ柱石ニシテ一家ハ社会ノ根本ナリ（井上正一＝岸本辰雄（1888）『仏国人事法講義』明治法律学校）
- (50) この当時、puissance paternelle は、父權、父タルノ權、親ノ權など、いくつかの訳語が当てられており、統一されていなかった。井上は、「父權」を訳語として当てている。
- (51) 井上は、翻訳された仏民法注釈書の主要なものとして、箕作麟祥『仏国民法釈義』、ムールロン著・谷井元次郎訳『仏国民法覆義』、アコラス著・小島龍太郎訳『仏国民法提要』、ピコー著・加太邦憲訳『仏国民法釈義』、

ユック著・光妙寺三郎訳『伊仏民法比較論評』、ボードラカンチヌリー著・松室致他訳『仏国民法正解』など10冊を掲げている（井上正一「仏国民法ノ我国ニ及ホシタル影響」法理研究会（1905）『仏蘭西民法百年記念論集』73頁）。また、旧民法編纂以前から民法編纂に深くかかわった箕作麟祥、磯部四郎の二人もそれぞれムールロンの注釈書を参照して、フランス民法注釈書を執筆している。

- (52) 第一 其子ノ利益○凡ソ人タル者ハ其未タ幼稚ノ時ニ方テハ悉ク無知蒙昧ナル者（中略）

其父母タル者常ニ之カ監督ヲ為シ且ツ之ヲ教訓シ以テ漸ク一個ノ人ヲ成スニ至ラシムル者是ナリ（中略）父タルノ権ハ其父母ヲシテ其子ヲ補助シ其身体及ヒ心志ノ教育ヲ遂ケシメンカ為メ恰モ之ニ其器機ヲ授クルカ如ク然カルナリ

第二 父母ノ利益○蓋シ人タル者ハ其子、成丁ノ後、公衆ノ為メニ尊敬セラルルヲ見ルヲ以テ最モ幸福ト為ス可キ者ナルニ由レリ

第三 国ノ利益○現ニ父タルノ権ハ一家ノ道義ヲ嚮導ス可キノ原質タリ而シテ一家ハ社会ヲ組成スルニ附キ第一欠ク可カラサルノ原質タルヲ以テナリ

（ムールロン著・谷井元次郎訳（1873）『仏国民法覆義 第一帙 第三巻』司法省蔵版、281-282頁）

原著 M. Frédéric Mourlon, *Répétitions Écrites sur le premier examen de CODE NAPOLÉON*, 1869, p 517 には、父母の利益について以下のように記されている。

*Dans l'intérêt des père et mère* : car l'homme n'est jamais plus heureux que lorsqu'il est témoin des succès de ses enfants et de l'estime publique dont ils jouissent.

- (53) アコラスは、ルソーの支持者であったベルン大学教授で、パリコミュニケーション下では一時的にパリ大学法学部長を勤めたと思われる。（Bernard Schnapper, *La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935) "Voies nouvelles en histoire du droit"*, 1991, p 545.）。

- (54) アコラスは、ドゥモロンブの説を「父子ニ分存スルカ如シ然レトモ此説旨タル甚タ笑フニ堪ハサル者トス」と否定し、あくまで父権は「子の利益」のためにあると説く（アコラス著・小島龍太郎訳（1884）『仏国民法提要』司法省蔵版 309～310頁）。

原著 Émile Acolas, *Manuel de droit civil a l'usage des étudiants*, 1869-71, E. Thorin et chez l'auteur, p. 387 には、ドゥモロンブ説について下記

のように記されている。

Le droit est-il dans l'enfant? Est-il dans le père? Est-il dans les deux?—Dans les deux, répond M. Demolombe. —Cela n'est pas possible, car cela implique contradiction; l'enfant et le père ne peuvent être respectivement débiteurs et créanciers de la même chose pour la même cause; il faut de toute nécessité choisir.

- (55) Je réponds que la puissance paternelle a été créée dans l'intérêt de tous:

Des enfants;

Des père et mère;

De l'État lui-même.

C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t.6, 1854, p. 211

ドゥモロンブは、第二帝政下において、「注釈学派の王者」と呼ばれたカーンの法学部長であった（Bernard Schnapper 前掲書（注 53）539 頁。碧海純一他編（1981）『法学史』東京大学出版会、200 頁参照）。

- (56) ピコウ著・加太邦憲訳（1883）『仏民法訳要』司法省蔵版、61 頁。  
ピコウ以外にも、ボワステル著・黒川誠一郎訳（1886）『天然法』、ボンヌ・箕作麟祥訳（1871）『泰西勸善訓蒙』に、父母の権利と名誉を結びつける解釈が見出される。
- (57) Véronique Demars-Sion, L'enfermement par forme de correction paternelle dans les provinces du nord au XVIII<sup>e</sup> siècle, in, *Revue historique de droit français et étranger* vol. 78-no. 3, 2000, p. 456-463.
- (58) 手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）おける戸主権（一）」『法学研究』26 卷 10 号、9-14 頁。
- (59) また、子の保護の第一責任者たる父母というものは、「元来其子ニ対シテハ所有主タリ責主タル地位ニ在ル者ニ非スシテ却テ負担主タル地位ニ在ル者トス」と説いており、第一草案の親権の趣旨説明に通じる解釈が見出される（アコラス前掲書（注 54）305-306 頁）。
- (60) 明治 10 年代の自由民権運動の高まりの中で、自由民権の法思想に対抗して示された政府首脳の内閣立憲政体に関する建議において、井上馨は、民法とは「務テ皇国古来ノ風習慣習ヲ採リ、其未タ足ラサルノ部分ノミ或ハ条理ニ基キ、或ハ他国ノ良法ヲ酌取」と述べている（利谷信義（1963）「明治前期の法思想と裁判制度」『法律時報』35 卷 6 号、日本評論社、8 頁参照）。
- (61) 利谷信義（1975）「親と教師の懲戒権」『日本教育法学年報』4 号、195 頁。

- (62) 我妻栄 (1948) 『家の制度 その倫理と法理』 酣燈社、16-17 頁。
- (63) 先行諸研究によれば、「教育勅語」は、発布後、学校教育と家庭教育を徳育の点で統合して、「家」を国家の基本的な編成単位とする家族国家観を醸成するための国民道徳教育の主導的な理念としての役割を果たすことになったとされる。
- (64) 熊谷は「民法実施に至るまでの法と教育との交渉は、ヨーロッパから市民法を継受しようとした法の動きに対し、忠孝などという日本固有の倫理を教育面で強調することによって、法の内面にまで固有の「家」倫理を定着させるといって展開されたということが出来る」と指摘している (熊谷前掲書 (注 26) 76 頁)。
- (65) 玉城肇 (1965) 「近代日本における家族構造」『現代のエスプリ別冊「家」』 至文社、139 頁。
- (66) 福島前掲書 (注 17) 406 頁。
- (67) 梅謙次郎 (1899) 『民法要義』 有斐閣書房、327-328 頁。
- (68) 第十二回帝国議会貴族院民法中修正案外二件特別委員会速記録第三号 (1986) 『貴族院議事速記録』 東京大学出版会、66 頁。
- (69) 前掲速記録 (注 42) 419 頁。
- (70) 前掲速記録 (注 42) 421 頁。
- (71) 梅前掲書 (注 67) 350 頁。
- (72) 梅は、「子ガ少々不都合ガアツテモ之ヲ父母ガ打擲スル権ガアリ」と述べている (前掲速記録 (注 42) 418 頁)。
- (73) 利谷前掲書 (注 61) 196 頁。
- (74) 前掲速記録 (注 68) 69 頁。
- (75) 前掲速記録 (注 68) 68 頁。
- (76) 前掲速記録 (注 42) 444 頁。
- (77) 法典調査会民法典議事速記録 (1984) 『日本近代立法資料叢書 5』 商事法務研究会、558 頁。
- (78) 一方が親権についての議論であり、他方が戸主権についての議論であるという違いはある。しかし、実態を踏まえ考えた場合、家長が親なのか戸主なのかは区別し難い場合が多分にある。加えて、懲戒権は、特に成年まで及ぶものとなったのであるから、親権だけの問題にとどまらないものと考えられる。
- (79) 作田啓一 (1967) 『恥の文化再考』 筑摩書房、14 頁。また、井上は、明治政府が武士の家族をモデルとした「イエ制度イデオロギー」によって、家族生活を統制するようになり、最終的には、「同心円的に幾重にも重層化した「世間」が、国家を頂点に整序づけられた」ことを論じ、その中で、

社会一般に共通した〈家族観〉は〈イエ永続の願い〉であるとして、「家族の人びとを「イエ」に従属する存在とみなす点では、各層をこえてひろく共通していた」と述べている（井上忠司『「世間体」の構造』NHKブックス、60-62頁）。本稿では、「親の名誉」が「家の名誉」に従属していると位置づけたが、この問題に関しては、さらに詳細な検討が必要であると考える。この点については、紙面の関係上、別稿にゆずる。

- (80) 梅前掲書（注 67）355 頁。
- (81) 成年の子に対する懲戒権行使の意義についての梅の発言（前掲速記録（注 42）442 頁）。
- (82) ここで問題となるのは、フランス親子法思想との関係である。確かに、フランス民法典には我が国のような「家」制度はない。だが、ボンヌの『泰西勸善訓蒙』には、「族人相互ノ務……其他族人ハ皆其祖先ヲ同ウシ共ニ一家ヲ為スモノナリ故ニ互ニ親愛シ互ニ保護シ其家名ヲ損セス之ヲ子孫ニ伝フルヲ以テ其務ト為ス可シ」として、「家名ヲ損」ねないことが、祖先を同じくする「族人」の責務であるとする、我国の「家」という集団的名誉を護ることを第一義とした伝統的家族道德思想に通じる言説が見出される（ボンヌ著・箕作麟祥訳（1871）『泰西勸善訓蒙 下』中外堂、14 頁）。このことは、フランス社会の実態として「家の名誉」を保持するという観念があったことを窺わせるものである。また、近年の研究により、このような「家名」に関する問題を含め、フランス社会の実態がこれまで指摘されてきたような個人主義社会ではない側面を有していたことが明らかにされつつある。

[附記] 本稿は、法史研究会第 108 回例会ならびに比較家族史学会第 47 回研究大会における報告を加筆・修正したものである。発表の機会を与えていただいた諸先生方に記して御礼申し上げる。

（お茶の水女子大学大学院博士後期課程 明治民法編纂史）