

# 旧民法編纂過程における懲戒権の生成過程とフランス民法の受容

小 口 恵巳子

## 1. はじめに

現行民法上、親には、子を監護教育するための手段として懲戒権（第822条）が付与されている。ただし、子に対する懲戒行為が無制限に承認されているわけではない。懲戒権は監護教育にとって「必要な範囲内」で行使されなければならない、その範囲を逸脱する場合には刑罰に処せられるか、もしくは親権喪失規定（834条）により親権を剥奪されるなどの制裁が加えられる。

このような現行民法の懲戒権規定は、明治民法をほぼ踏襲しており、失権制度についても、明治民法にすでに確立されていた制度を引き継いだものである。失権制度は、子の保護の観点からみれば的確に運用されているとはいえず、その問題性が指摘されている。

周知のとおり、我が国は明治初年からフランス民法をモデルとして民法典の編纂が推し進められた。しかし、親権剥奪規定も、上述の現行民法における親の一般的懲戒権を定める規定内容（第822条1項前半部分）も、当時のフランス民法にはない。失権制度の意義を問い直すために、そして何より、懲戒権が、現行民法上、親の権利として承認されていることを問い直すために、モデルとしたフランス民法にはない親権剥奪規定および親の一般的懲戒権規定が、現行民法に規定されるに至った理由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、明治民法が旧民法を土台にして成立した歴史的意義を重視し、旧民法までの民法編纂過程に焦点を当て、旧民法第一草案を中心に、親の懲戒権について比較法的観点から歴史的 analysis を行う。その際、我が国がフランス民法典を継受した時期である19世紀末のフランス民法学における学説および法思想が、特に第一草案に与えた影響を探る。それによって、我が国の民法において、どのような経緯で親の一般的懲戒権および失権制度を確立し、懲戒権に対する国家の制約の道が開かれるに至ったのかについて検討を加えたい。

## 2. 明治初年の民法諸草案における懲戒権と御雇外国人ブスケ

我が国の民法編纂事業は、江藤新平主導の下に、フランス民法を模範として、明治3（1870）年以來推進された。この江藤主宰の司法省民法編纂会議（明治5年10月～同6年7月頃）には、日本最初の御雇外国人として招聘されたフランス人、ジョルジュ・ブスケ<sup>1)</sup>（以下、ブスケとする）が法律顧問として深く関与した。

さて、司法省民法会議の議事録「民法口授」（1873）と草案「箕作訳民法書入本」（1873）には、懲戒権に関して、ブスケの革新的な法思想を見出すことができる。

まず、「民法口授」における質疑応答の中で、特に注目される点は、ブスケが、当時の日本には懲治す

る場所がないとした上で、子を懲治するために「禁錮ヲ法律上ニ定」めたり裁判所が「捕捉ヲ命」ずるなどは日本の習慣と異なると指摘し、第375条（引用者注：フランス民法の第375条～383条に懲戒権が規定されている。）を「此度ノ如ク改メ且三百八十二条迄ヲ刪去ス可シ」と解説していることである。つまり、ブスケは、子を拘禁することを親に認める懲戒権規定が法律上明文化されていること自体を改める必要があると指摘し、改正案を民法編纂会議に提示したのである。このように懲戒権規定の縮小改正案を示したことは、日本の民法編纂事業に少なからぬ影響を与えたと考えられる。

次に、「箕作訳仏民法書入本」の親権関係条項には、これまでとは全く異なる重要な訂正が施されており注目される。本草案では、明確に父の子に対する苛虐行為を親権の濫用と捉え、子の救済を図るために「父至重の道理なく子を悪く扱うときは母または尊属親の願出または検職の公請によって父は親権を喪失する」として、当時のフランス民法典にも明文化されていなかった親権喪失を規定している。これが誰の手により書き込まれたかは、資料による裏づけがないため不明である。しかし、民法編纂会議で指導的役割を果たし、立案にも深く関わっていたブスケの考えにもとづく書き込みであると推察するに十分である。また、当時の起草関係者には十分な法律知識がなかったことを踏まえれば<sup>2)</sup>、彼らに親権喪失規定を設けるべきだとする共通理解ができていた、と想定するには相当の無理がある。したがって、「箕作訳仏民法書入本」に示された懲戒権規定は抑制的に規定しており、ブスケの法思想を導入した可能性が非常に高いといえる。いずれにせよ、父が懲戒権を濫用した場合には、その他の家族あるいは検察官の申請により、父権が喪失されるべきことが、明治初年の民法編纂時点で具体的に示されたことは、極めて重要である。起草関係者に新たな法思想を認識させ、その後の懲戒権条項の制定過程に少なからぬ影響を与えた。しかし、結局、ボアソナード<sup>3)</sup> 参画以前の草案には、ブスケの法思想は反映されず、失権制度は明文化されなかった。

### 3. 旧民法における懲戒権の特徴

旧民法編纂には、ブスケに続きフランスから召喚されたボアソナードが参画し、その指導の下で行われることとなった。教育政策の転換による「忠孝一致」の教説による思想的統一、そして「国体民族」への適合という、当時の政治的な立法方針の決定にもかかわらず、ボアソナードの指導下にあった一部の司法官僚によって起草された旧民法人事編の第一草案（明治21（1888）年10月頃までに成立したとされる。以下第一草案とする。）は、極めて反伝統的・市民的なものとして高く評価されている。

このような第一草案への評価が正当だとするならば、司法省民法編纂会議における民法諸草案ですでに示されたように、懲戒権規定の縮小改正や失権規定の必要性が、第一草案に具体的に明文化され、親権の絶対性の緩和が図られなければならない。

ところで、周知のように旧民法公布の直後、法典論争が起こり、明治25（1892）年に施行延期が決定された。明治民法施行までの間、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。そのため、旧民法公布後の注釈書では基本的に「理由書」の法解釈を踏襲している。したがって、ブスケやボアソナードの法思想を含め、フランス民法の受容による懲戒権規定への影響を探るには、「理由書」で示された指針の検討が重要となる。

まず、第一草案では、親の養育義務（第190条）は、「親子ノ分限」の章に規定されている。第192条には、親権者の養育・教育義務の不履行に対する「訴権」ならびに「親権喪失の宣告」が明文化された。

第一草案の親権法は、親権の範囲を未成年に限定し、「親権ハ父母ノ利益ノ為メ之ヲ与フルモノニ非ス

シテ子ノ教育ノ為メ之ヲ与フ・・・一切ノ權利ハ子ニ属シ父母ハ只義務ヲ有スルニ過キス」として、親権の義務的性格を前面に押し出し、親権の権力性を否定した。親権の目的は「子の教育」に置かれ、親権の手段である懲戒権についても教育の手段に限定された。明らかに子の利益の保護を第一義とした理念に基づいて親権が設定されている。第一草案の親権法は、「子の利益」を尊重する近代法の親権理念を継受したとみなされる。

後述するように近代法のモデルとしたフランス民法は、父に専断的権利を認める強大な懲戒権を規定し、強力な家父長権を認めている。このような「子への支配・服従」という枠組みをもつフランス民法の父権法は、権威主義的性格が顕著であり、個人主義的近代法原理を定めたものとは言い難い（ナポレオン民法原始規定についての詳細な検討は後述する）。起草者が、親権は親の義務にすぎず権利は子にあること、そして後述するように、「子の利益」を図るためにフランス民法に修正を加えていることをことさら強調していることから、モデルとしたフランス民法の問題性のある程度認識した上で、近代法の理念に基づき第一草案の親権を規定したということになる。

このような本草案における懲戒権は、極端に縮小改正されている。内容において最も注目される部分は、「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」としている点である。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、懲戒権規定自体に、親の懲戒行為に対する制限規範を内包させ、法的介入の対象外の親の一般的懲戒権規定が設けられた。加えて、親が権力を濫用したときには「制裁ヲ設クルノ必要」があるとして、フランス民法においてさえ、当時実現されていなかった失権制度が確立された（ただし、懲戒の程度は社会通念に従うものであり、その最終的判断は裁判官に一任されている）。そして、親権剥奪規定における趣旨説明中に、「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。「打擲」を懲戒の範囲外とすることによって極めて消極的な体罰承認に止め、教育目的のための制裁の行使を最小限に止めようとしたことがわかる。

失権規定の立法趣旨説明では、「父母其権力ヲ濫用シ其子ニ対シ残酷ノ所業ヲ行ヒ又ハ父母ノ不行跡其子ノ教育ヲ害スヘキト雖モ父母ハ親権ヲ保有スル」というフランス民法の欠点が指摘されている。また、本条と同じく、第192条についても、「仏国民法ノ規則ノ如ク教育ノ義務ハ全ク死文ト為リ更ニ其効益ヲ見サルノ覆轍ニ陥ルヘシ」と、フランス民法の欠陥を指摘し、制裁規定の必要を述べている。起草者は、当時のフランス民法の欠陥や学説および判例の動向をある程度理解した上で、積極的にフランス民法の立法上の欠陥を補い<sup>4)</sup>、失権規定を制定しなければならないと考えていたことがわかる。このような趣旨説明に現れる発想は、起草者が極めて革新的なフランス法思想を受容していたことを物語るものである。

この失権制度の確立こそブスケ、そしてボアソナードの法思想の影響ではないかと思われるが、この点に関してはフランス法思想の受容状況をさらに詳細に検討した上で判断しなければならない。

ちなみに、法律取調報告委員として人事編起草にあたった岸本辰雄と井上正一が、明治法律学校の教師在任中に講じた『仏国人事法講義』には、明確に親の子に対する義務の不履行あるいは父権の濫用に対する訴権もしくは裁判所による父権の制限が示されている。第一草案に見られるような法思想を彼らがすでに吸収していたことがわかる。加えて、ボアソナードが編成したと思われる民法の目次には、「第五卷 親ノ権ノ事」第五節「親ノ権ノ終ル事」が採用されている。これは、親権剥奪規定を予定していたものと考えられる。とすれば、明治初年の段階から、ブスケによって提示された親権濫用に対する失権制度の確立の必要性という新たな法思想が、ボアソナードの強力な指導のもとで確実に吸収され、親権抑制のための国家の介入および制約の必要性を起草関係者に認識させ、本草案に失権制度として結実したのではない

かと推測される。

さて、元老院による大修正により、旧民法（明治23（1890）年公布）における親権規定は、著しく後退した。旧民法は、第一草案の「子の利益」尊重の理念に基く親権制約諸規定ならびに親の養育義務規定を削除した。これによって親権の及ぶ範囲は子一般に拡大し、親権の絶対性および権力性が復活した。親の一般的懲戒権は、第一草案からほぼ無修正のまま継承されたが、親権に準じてその効力を拡大した結果、法的に無制約となり権力的支配的性格が復活強化された。旧民法における懲戒権は、フランス民法の懲戒権の絶対性に勝るとも劣らない強大さとなった。

このような規定上の懲戒権の性格の変化とは対照的に、旧民法公布後も法解釈は、「理由書」に基づき行われた。旧民法公布後の注釈書では、「理由書」を指針とした解釈が行われ、体罰は消極的承認に止められた。注目されるのは、旧民法の懲戒権規定自体に懲戒行為を制限する「但過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」が明記されたことによって、失権規定を失ってもなお「公力ヲ以テ直チニ之ヲ差止ムルコトヲ得ルノ効果ヲ生スル」（岸本1892：185）との見解が示されていることである。さらに岸本は、理由書の趣旨を踏まえ「必スシモ刑法ノ規定ニ触ル可キ所為ノミヲ指セシニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タス」、「但書ノ効力トシテハ其懲戒カ刑法上ノ犯罪ヲ構成スルト否トニ論ナク」過度の懲戒と判断する親の行為は公力を以って中止させることができるとする（岸本1892：184,186）。すなわち、刑法上の犯罪を構成するような懲戒行為は、当然議論の余地なく公力を以って中止させるべき行為であり、たとえ犯罪を構成せずとも過度の懲戒に含まれるとされた。このように、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たことで、民法上に失権制度を確立させた第一草案の理念は生き続けた。規定自体に制限的文言を明記したことの意義は大きかったといえる。

ただし、政府の政策方針転換の影響がみられることにも注意しなければならない。特に、懲戒の程度の最終判断を任された裁判官は、親の事情を最大限に配慮し、むしろ親の立場を強化させる方向での法解釈を展開した。最も象徴的なことは、親権が「親の利益」でもあり、その理由は「親子間ニハ名誉ノ連結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が唱えられたことである<sup>5)</sup>。

本稿では、このような法解釈を「名誉の連結説」と定義する。

この「名誉の連結説」によって、懲戒権には親の名誉保持のための制裁手段としての位置づけが与えられた。しかし、この段階では、懲戒が教育的な行為として抑制的に捉えられており、懲罰権は親の懲戒権の中核的位置を与えられていなかったといえる。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。

以上を踏まえると、旧民法の懲戒権の法的性格は、第一草案において中核規定であった親の養育義務規定が削除され、懲戒権の効力を成年にまで及ぶものとしたことにより、教育の手段から大きく変容し、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ることになったと考えられる。しかし、旧民法編纂過程において、第一草案における懲戒権の法規定の特徴については、その形を変えることなく継承され、それと同時に、立法趣旨についても基本的には踏襲され旧民法公布後の法解釈の基底をなしていたことによって、親権の権力性を復活させる一連の修正による影響は最小限にとどめられたとみることができる。

最後に、懲戒の程度の判断基準に関するねじれともいえるべき法解釈上の問題があることを指摘しなければならない。



第一草案における懲戒権は、「往々過度残酷ニ流ル、」当時の親の有り様を批判し、過度の懲戒を禁じるために、親の一般的懲戒権を新たに規定した。さらに、但し書き（「過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」）によって、社会の実態に対して先取りして枠組みを提示した。ところが、「理由書」に示された解釈では、起草者が最も懸念する風俗及び開化の程度という、社会の実態に合わせる態度を示した。すなわち、否定したはずの世の中の通念に依拠するものであった。現実の社会における親の「止ムヲ得サル事情」を勘案して、厳格な枠組みにしばることを留保したのである。したがって、裁判官が社会の実態の何処に基準点をおくかで、但し書きを明記した趣旨そして「子の利益の保護」という理念は、貫徹され得ない、という可能性を孕んでいる。一つの規定に、「社会の実態に合わせはてならない」という論理と「社会の実態に合わせる」という全く相反する二つの論理が併存している。立法者が第一草案において確立しようとした我が国の近代民法における懲戒権とは、このような両義性をもつものであった。

ただし、起草者は、彼らの考える「子の利益の保護」の観点から逸脱しない限りで厳格な枠組みにしばることを留保したものと推測される。起草者にとっての「子の利益」を尊重する親権法の確立とは、フランス民法の父権および懲戒権の絶対性を制約することで達成されると捉えられていたものと思われる。つまり、フランス民法父権法の家父長的性格を象徴する欠点を排除さえすれば、そして、親権は「子の利益」のためにあり子に対する義務であるという大原則を打ち立てていれば、多少現実の社会に追従する形の規定あるいは解釈を示しても、子を教育する親の義務が十分果たせると考えたのではないか。とすれば、起草者の理解の範疇における「子の利益」に徹することと、本来の「子の利益」という近代法の理念に徹することの間には明らかなズレがあったことになる。したがって、今日から見れば、慣習風俗に追従したかのような法解釈ではあるが、彼らなりに第一草案の理念を貫徹しようとした結果に過ぎない。

以上みてきたように、第一草案には、フランス民法にはない親の一般的懲戒権規定と親権剥奪規定が定められた。第一草案に規定された、その理由を解明するためには、フランス民法における懲戒権の特徴ならびに我が国がフランス民法を継受した当時のフランスにおける懲戒権をめぐる議論を明らかにする必要がある。

## 4. フランス民法における父による懲戒権の特徴

### (1) ナポレオン民法原始規定における父による懲戒権

懲戒権による子に対する監禁措置は、アンシャン・レژیーム期に、治安維持のために国家によって認められた制度として確立した。国家は、治安維持の目的を果たすために、子の監禁措置を背後から支えた。ただし、原則として、裁判所などの許可を必要とし、決して父の専断的権利を認めるものではなかった。ちなみに、監禁の第一の理由は、「家族の名誉」を維持することにあった。そして、アンシャン・レژیーム末期には、懲戒権を抑制する考え方が芽生え、革命期に引き継がれ、やがて懲戒権そのものの解体が図られることとなる。

革命期前期の議会は、父権についてルソーの思想に沿った考え方を示したとされる。1789年に可決された人権宣言の趣旨に従って、《父権専制 despotisme》は批判され、父権ならびに懲戒権抑制のための法改革がいち早く着手された<sup>6)</sup>。そしてカンバセレスの第一草案は、父権および懲戒権を廃止し、親の子に対する監護と保護の規定のみを定めた。

しかし、テルミドールの政変（1794年）により、革命的民主主義が終焉を迎え、反動期に入り、革命

の行き過ぎに対する是正が行われることとなった。テルミドール以降、民法典は、革命を終わらせ社会を再び秩序づけるという政治課題をも担った。家族法の分野では、権威主義的な考え方が現れた（波多野 2007:72）。革命の行き過ぎに対する反動は、ナポレオンによる統領政府樹立後の 1799 年に提出されたジャックミノ草案において顕著となる。ここに父権および懲戒権が突如として復活した。統領政府は、秩序維持のために必要なものとして父権を復活させ、制裁手段を父に与えたのである。

1804 年に公布された民法典は、妥協の産物というよりもむしろ反動の産物であった。

フランス法典の起草者は、上下関係からなる家族を基礎とし、国家に有用な社会の枠組みを再建しようとした（アルペラン 2007:124-125）。かといって、アンシャン・レジームに戻ったわけではない。民法典は、革命期法の理念を引き継ぎ、父権は未成年に限定され、父権の条文の文言において、puissance paternelle の代わりに autorité が用いられた。

だが、フランス民法は、かなりの部分で強力な父権を復活させ強化した。父権は、婚姻中、父の単独行使であり、直系尊属の干渉も排除して父による独占を強化し、父の優越性は微動だにしない。そして、父権の章には、成年となっても父母に対する尊敬を義務づける道德義務規定が再び置かれ、懲戒権、法定用益権が認められた。しかし、親の子に対する監護と保護とを義務づける具体的条文は規定されなかった。

このような家父長的絶対的権力への譲歩、革命期法の理念の後退は、父権の章の半数を占める父による懲戒権規定に特に顕著である。まず、懲戒権規定は、特定の矯正施設への拘禁について明記していない。そして、16 歳未満の子（個人財産を有さずおよび職業に従事していない子）について、裁判官は、父の申請に対する拒否もいかなる審査もできず、父の専断を承認する内容となっている<sup>7)</sup>。さらに、新たに問題を起こした子に対して、同一の方法で、同一の拘禁措置ができることが明記されている。とすれば、16 歳未満の子は、原則は 1 ヶ月だが、繰り返し拘禁されうることになり、それに対して裁判所は何ら介入し得ないことになる。このように懲戒権は、旧体制下の懲戒権を凌駕する異例の強大さとなった<sup>8)</sup>。

そのような懲戒権を反映するように、実務上、刑務所への拘禁が一般化するとともに、父は、半永久的に子を拘禁することが可能となった。事実上、刑罰の執行に近い効果を発揮したといえる。このような懲戒権の絶対的性格をさらに決定的にしたのは、父権濫用に対する父権剥奪規定の欠落であった。フランス民法父権規定は、国家が介入し得ない絶対的権限を父に付与した。すなわち、親の一般的懲戒行為においても拘禁においても父は意のままにできたのである。懲戒権規定の内容と父権剥奪規定の欠如は、父権規定の家父長性格を決定的なものとしたといえる。このように、フランス民法の懲戒権制度は未成年に限定されてはいるが、事実上、アンシャン・レジーム期の懲戒権を復活強化したものであり、明らかに「子への支配・服従」という構造を有している。このことは、「子の利益」の尊重が近代法の理念<sup>9)</sup>であるとするならば、実定法としてのフランス民法と近代法の理念との間に、ズレがあることを意味する。言い換えれば、「フランス民法＝近代法」とするならば、「子の利益」の尊重が近代法の理念ではなくなることを意味する。このことを踏まえると、「子への支配・服従」という枠組みをもつフランス民法父権法に限ってみれば、「近代法的」ではないといえる。

## (2) 19 世紀末フランスにおける懲戒権をめぐる動向

さて、ブスケ、ボアソナードが相次いで来日したのは、パリ＝コンミュン宣言後に成立した第三共和政に入っても間もなくの時期である。

フランスでは、第二帝政期に、国家の治安維持のために父権の強化が望まれたのに対して、第三共和政

の初期から懲戒権をめぐる事態は大きく転換した。懲戒権の「危機」の時代に突入し、第三共和政的発想が出現する。第三共和政期において、懲罰から救済すべき子どもという枠組みへとパラダイムチェンジし、改革者たちは子どもを処罰の対象から被害者とみなすようになった。また、裁判実務においては、具体的に民法典の欠陥の修正が図られることとなる。それは、裁判所が失権制度のないナポレオン法典の欠陥が障壁となり、増大する父権の濫用に対して対処できない現実を前にして、父権の剥奪の必要性を痛感したからであった。

このような父権の絶対性の緩和の象徴的動向として、フランスにおいて初めて父権の剥奪に関する「虐待され、精神的に遺棄された子の保護に関する法律」(1889年)が制定された。1889年法は、失権制度をもたない民法典の欠陥を補うべく、フランスにおいて初めて父権剥奪規定を設けた。失権制度が確立したことによって、父権に制限が加えられ、懲戒権に対する国家の介入および制約を可能にする道が開かれたことは、「子の利益の保護」の観点から画期的であったといえる。ただし、特別立法という形式であり、民法典を改正するものではなかった。したがって、民法上の父権の絶対性が直接緩和されたわけではない。

さらに、日本にとって何より重要なことは、日本がフランス民法を継受した時期のフランスでは、懲戒権制度は盛んに利用され、懲戒権は「成功」を収めていたことである。しかも、少女に対する懲戒権の行使においては、性的行動それ自体が非行として捉えられ、それが家あるいは家族の名誉を汚すという理由で拘禁されていた。このような拘禁のあり方は、「子の利益」を図る近代法の理念が懲戒権制度に反映されなかったことを象徴するものである。

### (3) 19世紀末フランスにおける父による懲戒権の解釈論

我が国がフランス民法を継受した時期ならびにブスケ、ボアソナードの思想形成の時期は、総じて註釈学派の最盛期であったと考えられる。

さて、その最盛期の註釈学派の王と称されたのが、第二帝政下においてカーンの法学部長であったドゥモロンブである。

ドゥモロンブの見解<sup>10)</sup>からは、当時、フランスにおいて父権がどのように位置づけられ、なぜ父権が支持されていたかを知るための重要な言説が見出せる。それは、父権は「主として子のため」であるが、「父母」、「国家」そのすべてのためにも設定されたという言説である。しかも、最終的には、父権を親に与えることによって、社会にとって、良き市民 *bons citoyens* が得られるからであるとしている。要するに、当時フランスにおいて、父権は、「子にとっても、父母にとっても、国家にとっても」良いものだと考えられていた。そして、良き市民の形成、すなわち治安維持のために不可欠なものとして父権は支持されていたといえる。

彼は、父権の章を、夫権に加えて、家族の統合を完全にするために、家庭内の新たな司法権 *magistrature* を作る章であると位置づけている。つまり、父権の章には、家族の統治権あるいは支配権の制度が書かれており、夫権と父権とを統合させて、家族の統治を完全なものにすると認識していることが読み取れる。

また、彼は、父権を父や国家のために有用であるとする立場から、懲戒権についても、父権と同様に、「子のためであり、家族のためであり、そして国家のためである。したがって、父の権威の行使を妨げるような条件を父に課すべきではない」としている。これがドゥモロンブの父権および懲戒権に対する根本的な考え方であり、当時のフランスにおける通説的考え方であったといえる。

ところが、ドゥモロンブの学説には、法に従ったままでは子の立場が不利になると考えられる場合には、法の欠陥を暗に指摘し、法の枠組みを超えるような解釈を示す傾向が見受けられる。

まず、父権の効力についての解釈では、父権を支持する見解とは逆方向の注目すべき見解が示されている。それは、子の教育が目的であり、父権はその手段に過ぎないとし、いわば、現代と変わらない注釈をしていることである。

そして、父権とともに懲戒権も教育の手段と位置づけ、父の専断的権利を認める懲戒権規定を過度な規定であると考えている。彼は、幼少の子の場合や、申請者の父が異常な行動をする場合には、父の権威による方法 *par voie d'autorité* の適用を除外する必要があるし、裁判所長はそのような父の協力者たる必要もないし、逮捕命令を却下するのは義務でもあると指摘している。しかし、このような裁判所の権限は、民法上の明文規定からは直接に導き出すことはできない。

子の利益を図ることに主眼をおく彼の考えが顕著に表れているのは、父権剥奪に関する解釈部分である。民法を絶対視する立場からすれば、本来、民法に規定されてないことについての法解釈を示す必要はない。しかし彼は、とりわけ子に対する父の虐待行為に対して警告を発し、刑法第 335 条が父母に対して父権の剥奪を宣告する場合を除いて、父母が常にその権限およびその属性のすべてを保持することは、親による子の虐待を考慮すれば「当然受け入れ難い」とする。彼は、父権の本質は後見および保護権限にあるとして、裁判官の抑制権限などを承認する過去の判例を支持する。ちなみに、このような裁判官の積極的介入により、子の保護を図ろうとする法思想は、親の養育義務の不履行に対する解釈においても見出される。このように彼は、「現在ある条文」を正当化するものの、絶対視はしておらず、必要に応じて、父権剥奪規定があるべきだと考え、註釈学派の枠を超えた解釈論を展開している。

ドゥモロンブの見解を見る限り、民法典が施行されておよそ 50 年後には父権の制約の必要性および懲戒権の濫用に対する制裁の必要性が考えられ始めていたことが読み取れる。国家の治安維持のために父権の強化が望まれた第二帝政期に、註釈学派の権威者によって、法の不備を指摘され、国家の介入による父権および懲戒権に対する制約の必要性が唱えられていたことは、法学者をはじめ多くの人々に、子の立場からの懲戒制度の問い直しを認識させた可能性があり、その意味で極めて重要である。

そして、このような法解釈の傾向は、同様に最盛期の註釈学派を支えた一人であり、明治初年から民法典編纂に深く関わった人物たちにより支持されていたムールロンの学説<sup>11)</sup> にも見出される。ムールロンの注釈書では、註釈学派の立場から民法典を完全否定することはないものの、ドゥモロンブ以上に父権を抑制的に捉える解釈を示し、やはり民法典の欠陥を踏まえて註釈学派の枠組みを大きく逸脱する解釈論が展開されている。ムールロンの法解釈には、ドゥモロンブによって基礎づけられた父権および懲戒権に対する国家の制約についての考え方が、より明確なものに発展していることが読み取れる。

これに対して、旧民法第一草案家族法起草関係者が私塾に通うなど、彼らと少なからぬ関係にあった急進的共和主義者のアコラスの父権および懲戒権に関する法解釈<sup>12)</sup> は、結論から言って、父権と懲戒権を根本的に非難する立場を取る。当時の支配的な父権論の代表ともいえるドゥモロンブの通説的法解釈に対しても批判を加えている。

アコラスは、子を権利主体と位置づけ、父子関係は対等であるとする。子の主要な権利の中で最も重要な要素は子の教育の義務（民法第 203 条）であるとして、ドゥモロンブと同様に親の子に対する教育の義務が子の権利の中核となる解釈を示している。そして、親は子に対して債務者にすぎないと位置づけ、親がその子に対して有する諸権利は、真の権利ではなく子に対する諸義務を履行するための手段に過ぎな



いとする。

父権の濫用に対しては、父権剥奪規定の有無にかかわらず、裁判所の裁量権限によって父権を剥奪すると解している。そして濫用について、「濫用は、扶養、養育、そして一般に教育が欠落する場合、また、粗悪な処遇のある場合や墮落の手本となる場合」が該当すると説き、子の育成は、「暴力を用いてなされることではない」として、体罰を否定している。また、親の教育義務の不履行に対する子の訴権については、ドゥモロンブと同様の見解を示している。

以上のことから、従来、註釈学派が衰退し始める 1870 年代以降が法学的にも大きな変革の時期であるとされてきたが、すでに変化は 1850 年代から始まっていたといえる。しかし、治安維持のために父権の強化が企図されていた 60 年代までは、父権の濫用を懸念しつつも、法学者たちの論調は、父権を支持する議論の枠内にとどまっていた。アコラスの主張も、そのような 19 世紀半ばから次第に蓄積された父権や懲戒権をめぐる議論の延長線上にある第三共和政的考え方であると捉えられる。

ブスケやボアソナードが来日した 70 年代には、法学の世界では、父権および懲戒権を抑制するためには、公権力の介入によって制約する必要があるという考え方が、ほぼ通説化されていた可能性がある。たとえ通説化されていなかったとしても、子どもを懲罰から救済すべき「被害者」として位置づけ、1889 年法における失権制度の確立へと向かう父権の絶対性緩和の動きは、60 年代から徐々に準備されていたことは間違いない。そのことは、父権濫用に対して、父から監護権を剥奪する判例を蓄積していった実務の動向に如実に現れている。そして法学の世界では、父母の養育義務の不履行および父権の濫用に対する公権力の介入の必要性について、それぞれの立場を超えた「共通見解」が構築されていたのである。このような父権あるいは懲戒権の転換期に、ブスケやボアソナードが法学研究あるいは実務に携わっていたことと、彼らの親権剥奪規定の必要性の認識とは密接に関係していたと思われる。何より、これら二人の御雇外国人の考え方は、彼らの独自の思想でもなければ、当時新たに唱えられた学説でもなかったことだけは疑いない。

以上のことを踏まえると、フランス民法における懲戒権とは、アンシャン・レジーム期に確立された子の監禁制度の近代法上への再現に過ぎなかったと考えられる。革命によって《父権専制》は否定されたにもかかわらず、懲戒権制度に革命の精神を生かすことはできなかった。フランス民法父権規定は、アンシャン・レジームと完全に断絶してはならず、したがって、必ずしも整合的な近代法体系ではなかったといえる。

フランス民法典に明らかなように、懲戒権とは、国家と家族があたかも同盟関係のように連携して秩序を乱す子を拘禁し家庭内あるいは社会から隔絶する制度である。結局、懲戒権は、子の教育目的というよりはむしろ、近代法という枠組みの中で、「子の利益」という近代法の理念に巧妙にカムフラージュされた父や国家のための秩序維持手段であった。我が国は、このような懲戒権制度を近代法の理念に基づいた近代法の制度だとして継受したのである。

このように、フランス民法父権規定は、「子の利益の保護」という理念と内実との間に明らかな矛盾を内包していた。矛盾は、自ずと内在的限界を導いた。19 世紀後半には、その矛盾を象徴する懲戒権に対する批判的論調が強まり、懲罰から「救済すべき子ども」という枠組みへとパラダイム転換が図られることとなった。

ボアソナードが、当時のフランスにおける父権の絶対性緩和の動きを我が国の親権法に取り入れようとしていたことは極めて意義深い。それは、ブスケによって我が国にもたらされた失権規定の必要性が、さらに影響力の強いボアソナードによって、より具体的に示されたことで、民法上に具体化する道は十分準

備されていたといえるからである。我が国の民法典編纂関係者は、民法典編纂事業の早い段階から、父権および懲戒権を親にとっても国家にとっても必要なものだとする法思想を受容すると同時に、フランス民法典には欠陥があり、その欠陥を修正し、民法上に失権制度を確立することを当然のこととして受け取ってきたといえる。

## 5. フランス親子法思想および法学説の受容

さて、第一草案においてフランス民法には欠落していた懲戒権ならびに親権剥奪規定を定めた旧民法第一草案家族法起草者たちは、第一草案親権法に、彼らの受容した法思想をどの程度反映させたのだろうか。ちなみに、親権規定は、熊野敏三が起稿している<sup>13)</sup>。

熊野は、親権の目的は、あくまで「子ノ利益」を図るためにあり、「一切ノ権利ハ子ニ属シ父母ハ只義務ヲ有スル」に過ぎないと、親権の義務的性格を強調している。この熊野の法思想は、親は子に対して債務者に過ぎないと位置づけるアコラスの解釈に酷似している。

しかし、熊野は、アコラスに影響されながらも、親権および懲戒権を規定した。それは、編纂当時の社会状況を鑑み、そして井上のように父権を維持する立場（前述の注釈書において表明している）をとる者との見解の相違があったからではないかと考えられる。

ちなみに、当時翻訳されたフランス民法注釈書にも、父権を維持しながらも、父権を義務に過ぎないものと性格づける法解釈が見出される。また、父権を原則的には父母に共通のものとする立場から、積極的に母の父権の行使を認めるドゥモロンブの学説は、ムールロンそしてアコラスの学説にも踏襲されている。これらの法思想が第一草案の親権規定に反映していることだけは間違いないようである。いずれにせよ、熊野は、アコラスの影響を受け、親権の義務的性格を強調する親権設定趣旨を述べたものといえよう。

さて、熊野は、親権と同様に、懲戒権を養育・教育の義務であると性格づけ、教育の手段と位置づけた。親権および懲戒権を権利ではなく義務にすぎないとする法思想は、アコラスの影響と考えられる。しかし、そもそも父権を第203条の親の養育義務（婚姻の章に定められている。）の手段規定と位置づけ、父権の目的は教育にあり、懲戒権は、その手段にすぎないとする法解釈は、ドゥモロンブをはじめとする法学者のほぼ共通した見解である。この見解において、懲戒権は教育の手段として位置づけられている。このような法思想は、前述の井上の法解釈にも影響を与えている。つまり、第一草案の懲戒権は、当時のフランスにおける通説的法解釈を導入した結果、教育の手段として位置づけられたといえる。

ところで、第一草案第243条には、親の一般的懲戒権が規定されたのであるが、フランス民法には明文化されておらず当然この規定についての法学説は示されていない。しかし、これまで見てきた法学説では、虐待などの過度の懲戒行為に対して国家が介入し制約をする必要性が強調されている。すなわち、明文規定を設けるまでもなく承認されてきた親の一般的懲戒行為において、親の権利濫用があった場合には、国家が介入し制約すべきだとする法思想である。

このような法学説を受容した熊野は、親の一般的懲戒行為の抑制を図るには、親の一般的懲戒権の明文化とともに、親の一般的懲戒権を制約する文言を条文に明記すべきと考えたのではないだろうか。そしてさらに、制約規定と失権規定とが連動し有効に制約できるようにしたのではないかとと思われる。つまり、懲戒権に対する国家の制約という法思想が受容され、親の一般的懲戒権規定と条文自体への制約原理の明文化の必要性を観念させたものと考えられる。

そして第一草案は、「打擲」を懲戒の範囲外とする極めて消極的な体罰承認にとどめた。アコラスは、明確に「手を使う懲戒の習慣」を懲戒の範囲外としている。したがって、熊野によるこの説明も、おそらくアコラスの影響によるものであろう。しかし、懲戒権を教育の手段と位置づけ過度な懲戒行為を不当なものとする見解は、アコラスに限ったことではない。ブスケは、親族法の講義「民法大意」(1875年頃)において「親タル者ノ權威ハ其子ヲ毆責スルニ至ル可カラス」と、明らかに、子を殴って責め立てるような親の行過ぎた懲戒行為を否定している。また、ドゥモロンプをはじめとする法学者たちは、子の虐待に象徴される親の一般的懲戒権の濫用の行使を問題視し、懲戒権を抑制すべきだと考え、親の一般的懲戒行為が過度に及ぶことを不正なものとして位置づけた。ただし、過度の懲戒の程度については、学説が一致していたわけではない。起草者らは、「子の利益」を図るために、明確に体罰を否定するアコラスに倣い極めて消極的な体罰承認にとどめ、懲戒権の制裁手段としての性格を消失させようとしたものと考えられる。

以上のように、第一草案は、アコラスの法思想に多くの点で影響された草案であるといえる。第一草案親権規定は、当時のフランスにおける通説的法解釈を土台にアコラスの法思想を最大限に取り込み、「子の利益」を保護する親権理念に基づき、親の子に対する義務を中軸にして、父権を廃して親権を採用した。そのことによって、親権における父の優越性を希薄化するとともに義務的性格を強調した。アコラスに影響されながらも、起草者が、親権および懲戒権を定めたのは、社会規律維持のためには、親権および懲戒権を否定して変革してしまうことは、むしろ逆効果であると考えたからである。しかし、このような彼らの社会の実態を考慮する立法態度が、逆に、失権制度の確立をも実現させた。

それを可能にした背景に、加えるべきもう一つの要因がある。旧民法公布までの我が国の民法編纂過程が、フランスにおける、1889年法制定にみる父権の絶対性の緩和の象徴的動向と、時期的に重なり合っていたことである。この偶然の一致ともいべき状況が、旧民法第一草案における失権制度確立をもたらしたといえる。

つまり、明治20年頃までに我が国が受容したフランス法思想と法学説は、民法典の欠陥を指摘し、民法上への失権制度の確立を目指すものであった。それに加えて、我が国の極めて性急な民法典編纂事業が、その新たな法解釈を編纂関係者に所与のものと受け取らせるという大いなる誤解を生じさせた。すなわち、我が国は、フランスにおける事情を全く理解しないまま、1889年法成立以前の懲戒権制度をめぐって葛藤していた時期の法思想を受容したのである。

そして何にも増して重大な要因として付け加えるべきは、法思想上の理解のズレがあったものと考えられることである。すなわち、親が家庭内で子を教育する権利は、前国家的な権利であるという観念が欠落していたからこそではないかと考えられる。欠落していたからこそ、家庭内での懲戒の範囲を自在に規定することを可能としたのではないだろうか。

最後に、旧民法人事編の注釈書において、「名誉の連結説」はどのような経緯で唱えられるに至ったかという問題が残されている。

このような法解釈は、名誉を重視した徳川時代の懲戒権思想に特徴的であるが、当時のフランス法思想にも極めて類似の法解釈が見出される(ムールロンは「名誉の連結説」と酷似した法解釈を示している)。紙幅の関係上、ここでは、このことを指摘するにとどめる<sup>14)</sup>。

## 6. むすび

旧民法公布までの民法編纂過程における懲戒権の生成過程は、規定上に現れた特徴のみに注目するならば、大局において、モデルとしたフランス民法の欠点を改め、懲戒権に対する国家の制約を図る過程であったと見ることができる。それは、第一草案において親権剥奪規定とともに、極端に縮小された懲戒権規定および親の一般的懲戒権が新たに規定されたことに如実に表れている。親の一般的懲戒権は、懲戒権を国家がより有効に制約することを可能とし、懲戒権行使をある一定限度内に制限したのである。そして、この規定内容が一貫して維持された背景には、民法編纂関係者の、家庭内で子を教育する親の権利に対する、前国家的権利性の観念の欠落が多分に影響しているものと思われる。

そして何より、旧民法が親の一般的懲戒権および親権剥奪規定を定めた背景には、我が国の民法典編纂が、フランスにおける懲戒権制度の転換期と時期的に重なり合っていたことが最大の要因としてある。すなわち、1889年法成立以前に父権濫用に対する早急な対応を迫られていたフランスにおいて展開された通説的法解釈を導入したことによって、親の一般的懲戒権規定と親権剥奪規定の明文化が実現した。

しかし、極めて縮小した抑制的懲戒権を規定するにとどまり、懲戒権を完全に排除したわけでも、拘禁規定を廃したわけでもなく、拘禁規定を存置したまま教育の手段に純化しようとした。それは、第一草案が、フランスにおける過渡的な法思想を受容し、それを体現したものであったからに他ならない。要するに、「子の利益」を尊重するために、実質的には懲戒権の絶対性を排除し制約はしたが、フランス民法懲戒権規定の枠組みから脱却することなく、その骨格を受け継いだのである。

第一草案が、拘禁規定を存置したまま、「子の利益の保護」の観点から懲戒権を制約し教育の手段に純化しようとしたことも、第一草案の理念と矛盾した法解釈を示すに至ったことも、結局、フランス民法の懲戒権をめぐる議論の対立や葛藤が、旧民法編纂過程における懲戒権の生成過程にそのまま引き継がれたことが主要な要因であったといえる。

明治民法はそのような旧民法を土台として編纂された。明治民法は、旧民法を土台としながら、親権剥奪規定を明文化した。このことは、明治民法が第一草案をモデルとした可能性を示唆している。だとすれば、第一草案と同様にフランス民法およびその法思想の影響が考えられる。我が国の民法において、親の一般的懲戒権を規定するとともに、失権制度を確立するに至った要因を解明してゆくためには、旧民法公布以降の外国法および法学説との関係に着目しながら、明治民法編纂過程における懲戒権の生成・展開過程を検討する必要がある。

### 注

- 1) ブスケは、明治5（1872）年に来日し、同9年に帰国している。来日前はパリ控訴院の弁護士をしていた人物である。
- 2) このことは、「民に権」があることが理解できなかったことに象徴される（大槻文彦（1907）『箕作麟祥君伝』丸善 p.102 参照）。
- 3) ボアソナードは明治6（1873）年に来日した。召喚した最大の目的は、法典編纂に協力してもらうためであったとされる。
- 4) そのことは、フランス民法には明記されていない、矯正のための特別の施設（「感化場若クハ懲戒場」）を明記したことにも現れている。



- 5) 裁判官の法解釈については、井上操（1891）『民法詳解』寶文館、樋山廣業（1891）『民法人事編俗解』岡島寶文館を参照した。
- 6) 人権宣言第1条は、万民の平等を宣言した。「個人の解放を標榜する革命期の思想は、父権の専制的性格を批判し、それによる束縛から子を解き放つべく試みた」（田中通裕（1993）『親権法の歴史と課題』信山社 p.26）。
- 7) フランス民法第376条「子が16歳未満であれば、父は、1ヵ月を超えない期間、子を拘禁させることができる。そのために、区の裁判所長は、父の申請に基づいて、逮捕命令を交付しなければならない。」
- 8) なぜなら、アンシャン・レジーム期では、原則として裁判所などの認可を必要としていたからである（Veronique Demars-Sion, *L'enfermement par forme de correction paternelle dans les provinces du nord au XVIII<sup>e</sup> siècle*, *Revue historique de droit français et étranger*, 2000, pp.429-472 参照）。
- 9) 「子の利益」の尊重が、果たして近代法の理念であるのか、という根本的問題があるが、ここでは「子の利益」の尊重を近代法の理念と、仮定して考える。この問題を解明することは、今後の課題とせざるを得ない。
- 10) ここでは、1854年版の *Course de Code Napoléon* に基づいて父権および懲戒権に関する法解釈を分析する。
- 11) 1869年出版の *Répétitions Écrites sur le premier examen de CODE NAPOLÉON* の父権の解釈に見出される。
- 12) 1874年版の *Manuel de droit civil* に基づいて父権および懲戒権に関する法解釈を分析する。
- 13) 親権規定は、熊野敏三が起稿し、光妙寺三郎・磯部四郎・井上正一・黒田綱彦・高野真遜らとの「共同討議」によって成案に至ったとされる。
- 14) 拙稿「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－」比較家族史研究 20号 pp.64-95 で論じている。

[引用文献]

- Émile Acolas, *Manuel de droit civil : Commentaire philosophique et critique*, t1, G. Bailliére, Paris, 1874.  
C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t4 et t6, A. Durand et L. Hachette et C, Paris, 1854.  
M. Frédéric Mourlon, *Répétitions Écrites sur le premier examen de CODE NAPOLÉON*, t.1, A. Marescq Ainé, Paris, 1869.  
Bernard Schnapper, La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935) in, “Voies nouvelles en histoire du droit la justice, la famille, la répression pénale (XVI<sup>e</sup>ème- XX<sup>e</sup>ème)” ,1991,P.U.F. (初出 1980 年)  
アルペラン J.-L. (2007) 「コード・シヴィルの二〇〇年」石井三紀編『コード・シヴィルの 200 年』創文社  
ブスケ「民法大意」ボアソナード＝ブスケ述／井上操他訳（1878）司法省蔵版『質問録』第3号  
波多野敏（2007）「フランス民法典：多様な読解と柔軟性」石井三紀編『コード・シヴィルの 200 年』創文社  
井上正一＝岸本辰夫講述（1888）『仏国人事法講義（全）』明法堂  
岸本辰雄（1892）『民法正義』新法註釈会出版

「箕作訳民法書入本」(1944) 手塚豊「明治初年の民法編纂」『司法資料別冊』21号司法省秘書課  
「民法草案人事編理由書」(1959) 石井良助編『明治文化資料叢書3巻法律編上』風間書房  
司法省写本『民法会議筆記 民法口授 訴訟法口授』(堀内節旧蔵)