

## 親の懲戒権

——明治民法編纂過程における体罰正当化の過程——

小 口 恵巳子\*

### The Parental Right to Discipline :

The Justification of Corporal Punishment in the Compilation Process of Meiji Civil Law

KOGUCHI Emiko

#### abstract

Parents have been considered, in applicable cases, as being remitted legal responsibility, on the ground that the parental right to discipline is recognized legally as parental right. Behind this is the problem that both on practices and theories, a certain interpretation has approved without questioned since Meiji Era, that corporal punishment should be regarded as just execution of parental right from the standpoint of private chastisement as a means of discipline.

In order to ascertain why such an interpretation has been justified, this paper attempts a historical analysis of the parental right to discipline found in the first half of clause 1, Article 822 of Civil Code, focusing on Meiji Civil Law compilation process and Supreme Court judgment of February 1, 1904.

The conclusions is that following three characters were given to the disciplinary right of parents: means for education, punishment and recovering lost honor, at the stage of the Meiji Civil Law enforcement. Corporal punishment was approved so positively that "beating" was positioned within the range of discipline, and chastisement right was put at the core of the disciplinary right of parents. And disciplinary action "as long as necessary" was determined as the reason for rejection of illegality in Supreme Court judgment above.

Key words : the compilation process of Meiji civil law, the parental right to discipline, the right of chastisement , beat, honor , the justification of corporal punishment

#### 1 はじめに

現行民法第822条には、「親権を行うものは、必要な範囲内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる。(後略)」と、親の懲戒権を認めている。懲戒権が親の権利として法律上認められていることは、通常人であれば刑法上、あるいは民事上の責任を負わなければならない場合も、親はそれを免れるという法律上の効果をもつ [利谷 1975 : 192]。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。しかし、民法上、懲戒の程度・手段の限界範囲については一切明記されていない。「必要な範囲内」を逸脱する

---

キーワード：明治民法編纂過程、懲戒権、懲罰権、打擲、名誉、体罰正当化

\*平成15年度生 人間発達科学専攻

か否かの判断は裁判官の裁量に任されている。したがって、裁判官がいかなる基準に基づいて親の懲戒行為を判断するかが極めて重要である。

現行民法の懲戒権規定は明治民法をほぼ踏襲しており、懲戒という言葉は戦前の法制から引き継がれたものである [利谷 1975: 192]。懲戒権の限界範囲についても、戦前において示された判断基準が踏襲されている。

明治 37 年 2 月 1 日の大審院判決は、懲戒権の範囲について初めて司法判断を示した。本判決は、現在も実務、学説ともに通説となっている。

通説では、懲戒とは「子の非行、過誤を矯正善導するために、その身体または精神に苦痛を加える制裁であり、一種の私的な懲罰手段である」と解釈され、懲罰目的での懲戒権行使が承認されている。つまり、懲罰をする権利が懲戒権の中核に位置付けられているのである。また程度・手段については、有形力の行使を認め、その限界範囲は、社会通念に従うとされている [於保 = 中川 1994: 14-7]。

親の懲戒権は、本来、監護・教育の手段として位置づけられており、教育目的のみに行使されなければならない。しかし、実際には法的に容認されることで、社会的にも懲罰目的による行使が許容されてきた。むしろ教育目的を掲げることで、その実態が隠されてきたといえる。法律上、私的懲罰権を親に保障することの問題性を、より鮮明に顕在化させ、懲戒権の意義を根本的に問い直すためには、なぜ前述のような法解釈が正当化されてきたのか、その根源に遡って究明する必要がある。

懲戒権と体罰問題との関連を検討した先行研究では、主に教師の懲戒権との関連での研究が行われ、教師の生徒に対する体罰を正当化する根拠とされてきた親の懲戒権それ自体が体罰を法的に正当化してきた側面について、究明を試みる研究はほとんどみられない。そこで本稿では、特に民法第 822 条 1 項前半部分に注目し、旧民法編纂過程から明治民法施行までの民法編纂過程および明治 37 年 2 月 1 日の大審院判決に焦点を当て、法典調査会の審議を中心に、親の懲戒権の歴史的分析を行う。また、旧民法、特に第一草案における懲戒権との比較を通して明治民法の懲戒権における懲戒行為としての体罰の位置づけを明らかにし、大審院判決において示された解釈との連関を探る。それによって、我が国の民法が、いかにして親の懲戒権の中核に懲罰権を位置づけ、体罰がその有効な手段として正当化されるに至ったか、明らかにしたい。

## 2 旧民法における懲戒権の特徴

我が国は、明治 3 (1870) 年に、フランス民法を範に民法典編纂を開始した。旧民法身分法第一草案 (以下第一草案とする) は、当時の復古主義による政策方針の転換の動きにもかかわらず近代法的原理で貫かれ、明治民法編纂過程において最も進歩的内容をもつものとして、明治 21 (1888) 年 10 月頃までに成立した。しかし元老院による大修正により、その進歩性を骨抜きにされ、明治 23 (1890) 年 10 月 7 日に公布された旧民法における親権規定は、大きく後退した内容をもつものとなった。

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、ボアソナードのもくろみ通り<sup>1)</sup>、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。子の立場をより保護しようとする第一草案の理念が生き続けていたといえる。

したがって、懲戒権と体罰との関係を考えるには、「理由書」で示された指針の検討が重要となる。

第一草案における親権規定には、「子の利益」を尊重する近代法の親権理念が継受されている。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シテ子ノ教育ノ為メ之ヲ与フ・・・其方法トシテ監護懲戒ノ権ヲ与フ」として、親権の目的は「子の教育」に置かれた。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。そして何より、懲戒権の絶対性を排除し、「子の利益」を尊重する親権理念が、名実共に矛盾なく生かされるように、「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、懲戒権規定自体に懲戒行為を制限する文言が明記された。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、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「打擲」<sup>ちやうちやく</sup> が親権濫用行為と位置づけられた。すなわち、「打擲」を懲戒の範囲外とする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。これ

により懲戒権は制裁手段としての性格を失った。近代法モデルとして継受したフランス民法は、失権規定を持たず、懲戒権の絶対性を保障するという欠点を持つものであった<sup>2)</sup>。第一草案は、維新後もなお実社会に残る因習を打破し、「子の利益」に徹するために、そのようなフランス民法の親権規定の家父長的性格を払拭することを第一義としたのである。

旧民法公布後の注釈書には、第一草案のこのような立法趣旨が確実に継承されている。そして、いずれの法解釈においても積極的に体罰を肯定する見解は見当たらない。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文言が明記されていたことによって、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<sup>3)</sup>。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。

ところで、懲戒の程度・手段の限界範囲について、法律取調報告委員であった岸本辰夫が示す「過度の懲戒の判断基準」が特に注目される。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て中止させることができるとする〔岸本 1892: 184, 186〕。すなわち、旧民法公布の段階では、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むとした。

一方、政府の政策方針転換の影響がみられることにも注目しなければならない。懲戒判断のキーパーソンである裁判官の法解釈には、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へと後退した解釈が示されている<sup>4)</sup>。例えば、父母の「位置身分」、「能力ノ有無」を斟酌すべきとして、その判断基準に身分性を付加している。そして最も象徴的なのが、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を示したことである<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<sup>6)</sup>。

「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<sup>7)</sup>。ここに至り、懲戒権には、教育の手段に加え、懲罰手段および名誉維持手段としての性格が加わった。したがって、明治民法施行以前の懲戒権には、この三つの性格が重層的構造をなしていたといえる。

しかし、明治民法施行以前は、子の立場をより保護しようとする「第一草案」の理念は生き続け、第一義的には教育の手段という位置づけを行い、懲罰行為を抑制的に捉えており、親の懲戒権の中核に懲罰権は位置づけられていなかったといえる。

### 3 明治民法編纂過程における懲戒権

#### (1) 原案における懲戒権の性格

明治民法典の編纂は、旧民法を修正するという形で行われた。起草委員には穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が任命されている。法典論争で延期派が勝利した結果、明治民法は、「家」制度を再編・定着させるための法的支柱を確立し〔玉城 1968: 139〕、明治 31 年に施行された。

明治民法の原案における親権は、「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、親権の及ぶ範囲は未成年に限定された。第 892 条は「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」と規定し、親権の効力として我が国の民法において初めて監護教育権が親の独自の権利として確立されるとともに、親に子の監護教育を義務付けた。懲戒権については「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)と規定された。ここには、見過ごすことのできない重要な修正が施されている。第一草案において、懲戒権の絶対性を抑制する上で極めて重要な役割を果たしていた但し書きの文言「過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」が削除され、「必要ナル範囲内ニ於テ」懲戒できるとされたことである。しかし他方で、第一草案以上に進んだ内容の失権制度が新たに確立された。この失権規定では、強制的に親権剥奪となる、親の未成年子に対する姦淫猥褻などの犯罪の適用範囲を拡大し、さらに第一草案では親権濫用に対する親権喪失の請求権者は検事のみであったのに対して親族を加えるなど、第一草案以上に子の立場を保護する制度とした。

さて、親権の起草を担当した梅は、第百五十一回法典調査会において<sup>8)</sup>、親権の立法趣旨を次のように述べている。まず、親権の効力については、「親権ハ子ノ利益ヲ謀ル者」と述べているように、第一草案と同様、近代法の「子の利益」の親権理念を継受している。梅は、親権は親の権利というよりも義務であり、親には子に対して教育を受けさせる義務があるとしており、第一草案の立法趣旨に即した解釈を示している。このような立場をとる梅は、「親権ト云フ者ハ……子ノ監護及ビ教育デアリマス」と説明し、教育権を親権の内容として規定すべきと主張した。したがって、監護教育権は、「元来此父ガ子ヲ教育スル権利義務ヲ有スルト云フヤウナ事柄ハ親権ノ最モ重要ナルモノ」であると位置づけている。そして、このような位置づけの基で、監護教育権が「身上ニ関スル効力ノ原則ヲ定メタルモノ」であり、法律上「一ニ子ノ發育ヲ保護センカ為メ」であるとして、子の監護教育を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〔梅 1899 : 350〕。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、監護教育の手段としての性格を与えられたといえる。

そして、梅が失権制度を確立しようとした第一の理由は、第一草案と同様に、親権を設定した以上は「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」ぐ必要があると考えたからであり、旧態を打破しようとしたからであった。

以上のように原案における親権規定は、第一草案以上に子の立場を一層保護した進歩的内容をもつ。そして、趣旨説明には、第一草案と同様に「子の利益」を中核にすえた解釈が行われている。したがって懲戒権も、未成年に限定され、教育の手段と位置づけられた。しかし、後述するように、このような進歩性とは裏腹に、解釈上では第一草案の解釈との決定的相違によりむしろ後退してしまったといえる。

## (2) 審議過程における議論と懲戒権の性格

後述のように、確定された明治民法では、親権は成年にまで及ぶものとされている。親権が成年にまで及ぶものに確定した後の審議において、梅は、「懲戒場ニ入レル場合ニモ当嵌メルデアリマスカラ是レハ教育監護ノ中ニ籠ルコトハナイ」として、懲戒権は監護教育の手段ではないという見解を示している<sup>9)</sup>。

では、懲戒権は何の手段として行使されるもののだろうか。

懲戒権規定の審議における議論の中心は、「懲戒場」に置かれた。梅は、「感化場若クハ懲戒場」を「懲戒場」のみに改正した理由について「感化場」ト云フノハ純然タル感化丈ケデ……寧ロ之ハ教育上ニ属ス……之ハ教育権ノ範囲内デ能々裁判所ヲ煩スコトヲ要セズ父ガ勝手ニ出来ル事」だから削除したと述べている<sup>10)</sup>。要するに、「感化場」が懲戒の場ではなく教育の場所だと考えられたから削除されたのである。裏を返せば、公権力の介入を必要とする「懲戒場」は教育の場でないことを意味する。さらに「此箇条ノ精神ト云フモノハ子ヲ監禁スルノデアリマス」と説明し、「懲戒場ニ入レルト云フコトハ公ケノ牢ニ入レル」ことを意味すると述べている<sup>11)</sup>。つまり、梅にとって、親に対して懲戒権を法律上承認することの意義は「身体ヲ拘束スルトカ苦痛ヲ与ヘル」ために「裁判所ニ御願ヒ申シテ懲治檻入ヲ願ウ」ことであった<sup>12)</sup>。したがって懲戒権とは、第一義的には、教育の場ではない公の懲戒の場に「子ヲ監禁スル」ことであるということになる。つまり、「懲戒場」は「懲治檻」と同義と捉えられていたといえる。彼の懲戒権に対するこのような立場は、まさしくフランス民法の懲戒権規定の精神を受け継ぐものといえよう。

なぜ「懲治檻」と規定しなかったのかということになるが、実は、梅は、一旦は「懲治場」にしようとした。だが「刑事ノ被告人ト一緒ニスルト云フコトハ危険」という理由から「懲治場」という文言を避けたと説明している<sup>13)</sup>。この点は、通常の犯罪者とは区別するために「感化場若クハ懲戒場」という特定の場所を明示した第一草案を踏襲するものである。しかし、「懲治檻」の文言に象徴されるように、彼にとって教育権の範囲外の「懲戒場」とは、あくまで「懲治」の場であり、懲戒権設定の主眼は子の制裁にあったと考えられる<sup>14)</sup>。

では、「教育監護ノ中ニ籠ルコトハナイ」とされた懲戒の「必要ナル範囲内」とは制裁の範囲を意味するのだろうか。

先に指摘したように、懲戒権規定には重要な修正が見られる。「必要ナル範囲」に改正した理由について梅は、「必要ナル範囲内ニ於テ」とした方が「幾分か明瞭ニ為ラウ」と考えて改めたという説明をしている<sup>15)</sup>。つまり、「実ニ已ムコトヲ得サル場合ニ於テノミ懲戒ヲ為スヘキコトヲ明カニセリ而シテ其方法モ亦自ラ其範囲ヲ脱スルコト

ヲ得サルモノトス」と説明しているように〔梅 1899 : 355-56〕、梅の意図したところは、懲戒の方法の限界範囲を旧民法以上に「明瞭」にすることであった。そして、但し書きを削除はしたが意図するところは両者ともに全く同じであった。つまり、親権および「感化院」についての説明を踏まえれば、「懲戒場ニ入レル場合ニモ当嵌メル」から監護教育の手段ではなくなるのであって、親が「随意」に行使できる公権力の範囲外の懲戒行為の範囲とは、教育権の範囲内ということになるだろう。したがって、親の一般的懲戒行為の限界範囲を示す「必要ナル範囲内」とは教育の範囲を意味するといえる。

しかし、規定自体に親の一般的懲戒行為を制限する文言を欠落させたことの意味は重い。穂積八束の「既成法典デハ・・・過度ノ懲戒ヲ加フルコトハ出来ヌト書イテアリマスシ又此法典ニ於テモ必要ナル範囲内ニ於テ懲戒ヲ行フコトガ出来ルトアリマシテ必要ナル範囲内ト言ヘバ則チ過度ノ懲戒ヲ加フルコトハ出来ヌト云フノト同ジ意味デアルト云フコトヲ梅さんが御説明ニナツタ<sup>16)</sup>」という発言が物語るように、本規定が過度の懲戒行為を明文で禁止しているわけではなく、あくまで解釈上での禁止に止めたに過ぎず、むしろ「必要ナル範囲内」であれば懲戒権を行使できるという積極的承認に転換したことを意味する。

そのような範囲内でどの程度の懲戒が承認されるのだろうか。この法解釈において、第一草案との決定的な相違が見出される。

それは梅が、親権の趣旨説明において懲戒権を「打擲スル権」と表現していることに現れている<sup>17)</sup>。

さらに、梅は、継母から子に対する虐待について、「虐待ト懲戒ノ範囲ハ六ヶ敷イ継母ト雖モ矢張り子ニ対シテハ親権ハ行ハナイニシタ所ガ實際教育監督ハ夫ヲ助テシナケレバナラヌト云フノガ日本ノ慣習デアル子ニ悪ルイコトガアツテ叱ル、叱ル極ガ打擲グル極ガ少シ度数ガ多イト虐待ト云フモノニナル」と、答弁している<sup>18)</sup>。

梅の見解には、家庭内の子の教育のためには「打擲グル」ことは当然であるという立場が示されている。つまり、梅は、虐待にならない程度までなら、懲戒における相当程度の体罰は許されるとしている。このような梅の法観念は、伝統的懲戒思想によるものというよりむしろ、梅が第一草案家族法の起草者ほどの進歩性を持ち得ず、家父長的な色彩の濃いフランス民法親権規定の精神に忠実な親子法思想を抱いていたことによるものと考えられる。

そして、このように懲戒権を「打擲スル権」とする観念は梅に限ったものではなかった。成人に対しても打擲の必要性を承認する発言すら見出せる<sup>19)</sup>。懲戒権を「打擲スル権」とする認識は編纂関係者に共有されていたといえよう。ここから、親の一般的懲戒行為において、体罰が有効な手段として積極的に承認される方向へ大きく転換したといえる。

以上のように、原案の規定上の「進歩性」とは異なり、「立法趣旨」においては、フランス民法親権規定の家父長的性格を継承し、教育目的の制裁は許されるものとされた。第一草案において目指されたほどの「子の利益」保護に徹したものではなくなった。この起草方針の転換に伴い、第一草案とは一転して「打擲」は懲戒の範囲内に含まれるとされ、体罰を積極的に承認する結果となった。つまり、「必要ナル範囲内」であれば子の教育のためには制裁目的の体罰を積極的に承認することになった。

### (3) 明治民法における懲戒権

親権規定の審議では、親の絶対的権利を主張する穂積八束らの意見が取り入れられ、原案の進歩性は失われ家父長的性格を持つものとなった。

まず、親権の効力は、結局「独立ノ生計ヲ立」てない限り成年にまで及ぶものとなった。つまり親権は、梅が想定した未成年の子に対する監護教育の範囲を逸脱し、成年の子にまで及ぶものとなった。したがって、明治民法の親権は、再び支配権としての性格を帯びるものとなった〔利谷 1975 : 196〕。この修正に応じるように、帝国議会の審議において、穂積陳重は、親権の性格について「親ノ権利」もしくは「親ノ利益」であると述べている<sup>20)</sup>。明治民法公布の直前に、「子の利益」尊重の親権理念がさらに希薄化されたといえる。

監護教育権は、梅が趣旨説明で明らかにした監護教育権の「精神ニ本ヅキ」、「此子ト云フノハ未成年」となるべきことを強く主張する梅の意見が採択され、未成年に限定された<sup>21)</sup>。

だが、懲戒権は、親権効力の中で唯一親権に即して成年にまでその効力が及ぶものとして確定した。

梅は、親権の及ぶ範囲が成年の子にまで拡大されたことを契機に、懲戒権の審議以前に既に「懲戒権ノ如キハ

未成年ニ限ラヌ方ガ宜イ」と、見解を改めている<sup>22)</sup>。それは、梅の「八百九十条ガあの通りニ議決ニ為ツタ以上ハ即チ此所ラノ場合ハ必ズシモ成年デ区切りヲ付ケヌ<sup>23)</sup>」という言葉からも明らかなように、論理的・一貫性を追求するならば、親権が成年にまで及ぶものとなった以上、「親権ノ効力」規定についても同様に成年にまでその効力が及ぶものにならなければならないと考えていたからである。であるからこそ、「八百九十条ガア改マリマシタノデ八百九十四条ノ子ノ懲戒ノコトハ未成年デナイ者ニモ這入ル<sup>24)</sup>」として、180度解釈を転換させたのである。したがって、「未成年」に限定することの方がむしろ例外ということになるだろう。

結局、懲戒権の効力の範囲を成年にまで拡大することに対する反対意見は否決された。したがって懲戒権は、親権同様、親の子に対する支配権として機能するものとなった。しかし、帝国議会で、穂積重陳は「懲戒ト云フノハ教育ノツツノ方法」と、懲戒権が教育の手段であるとしている<sup>25)</sup>。この穂積の発言と、梅の監護教育権が親権効力の原則であるとする位置づけを踏まえれば、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。ただし、梅の「懲戒権ハ主トシテ教育権ノ結果ナリト雖モ我邦ニ於テハ之ヲ未成年者ニ限ラサルヲ以テ必ズシモ教育権ノ結果ナリト為スコトヲ得ス」[梅 1899 : 355] という説明からも明らかなように、穂積八東が未成年に限定された監護教育権の効力と懲戒権の効力との関係について「成年ノ者ヲ監護スル権ハ無ト云フコトニ為ル監護スル権ノ無イ者ヲ懲戒場ニ入レル・・・趣旨ガ能ク分ラヌ<sup>26)</sup>」と指摘したところの矛盾があり、監護教育の手段として純化できない逸脱部分がある。それは、「懲戒ノ方ハ極稀レナ場合デアリマスガ大キク為ツテモ暴バレ者テ始末ニ困ルト云フヤウナ場合ニハ唯ダ法律ノ目カラ見レバ厄介弘ヒテ此八百九十四条テ始末ヲ付ケル」と梅が説明するように<sup>27)</sup>、成年に対しては「厄介弘ヒ」を目的とした懲罰手段と位置づけられたからである。

懲戒権の性格を考える上で重要な発言がみられる。それは、親権を設定する意義について穂積八東が「家ナラバ家ノ体面トカ其親子ノ社会上ノ体面モ考ヘテ」と述べていること<sup>28)</sup>、および穂積重陳が家族に対する制裁の意義について「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」と述べていることである<sup>29)</sup>。ここには、子に対して制裁を加えてでも親あるいは戸主そして「家」の体面を保持しなければならないとする共通した考え方がある<sup>30)</sup>。そもそも明治民法は「家」制度を確立し、例えば養子の離縁事由に「家名ヲ汚ス」ことが制裁要件として明記されたことから明らかなように<sup>31)</sup>、「家」の名誉保持のための制裁が法的に保障されたといえる。したがって、親権の行使および制裁には、「名誉」維持が重要な目的とされ、懲戒権には親あるいは「家」の名誉維持機能が付与されたといえる。

最後に、失権規定であるが、強制的な親権剥奪規定は、我が国の慣習として不都合であるという考えにより削除された。しかし、親権濫用規定については、強制的な親権剥奪規定が削除されたことから親権濫用規定がなければ「其子ノ不幸ナルノミナラズ間接ニ・・・国ノ為ニ慨クベキコト」になるとして<sup>32)</sup>、これまで以上にその必要性を強く主張した梅の意見が採用され、削除されなかった。他方、失権回復規定が新たに設定され、親の立場をより保護するものとなった。梅は本規定が必要な理由について「一ニハ父母ノ名誉ノ為一ニハ子ノ利益ノ為メ必要ナル所ナリ」と説明している [梅 1899 : 394]。本規定は子の利益を標榜しつつも、第一に親の名誉を回復するために設定されたということになる。しかし、形式的にせよ、失権制度が確立したことで、懲戒権が事実上「子の利益」を守るために機能し、親の一般的懲戒行為は制約される結果となった。失権制度が、懲戒権の絶対性を緩和したことの意義は大きい。

以上のように、明治民法の懲戒権は親権の効力の中で唯一親権に即し対象範囲を成年にまで拡大した。その結果、親権および懲戒権は支配権として機能することとなった。したがって、懲戒権は、子の教育手段として徹底した第一草案とは異なり、家族秩序の維持手段としての性格を、強く前面に押し出したといえる [利谷 1973 : 118]。そして、有効な秩序維持手段として、体罰が積極的に承認されることとなった。しかし、「身上ニ関スル効力ノ原則」として、親権の最も重要な規定と位置づけられた監護教育権が未成年に限定されたことで、未成年に対する懲戒権は原則的には教育の手段と位置づけられた。だが、その教育の目的を達成するためには、制裁が不可欠の要素として位置づけられた。さらに、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。

## 4 明治37年2月1日の大審院判決における法解釈

梅謙次郎の立法目的は、裁判規範の定立であったとされる。明治37(1904)年2月1日の大審院判決では、梅の意図に添った司法判断がなされたのであろうか。

知能発育不十分の長男が不従順であることに怒った父親が、頭部を棒二本の間に挟み両端を杭と樹木に結びつけ、縄で両手を背後に縛り小屋に押込め棍棒で数回殴打し、約3時間監禁した。この行為によって、父親が制縛監禁罪で訴えられたケースである<sup>33)</sup>。

弁護士から提出された上告趣意書の主張は、次のように整理できる。

第一に、「子ノ非行ヲ矯正」することの目的は、「善良ノ国民」を育成することであり、子によって失墜された「父祖ノ名誉及家名」を回復することにある。第二に、第一の目的達成のために、教育の手段である懲戒権が親に付与されている。第三に、「打擲」が有効な懲戒手段であることは「学説ノ殆ト一致スル所」である。そして、親の一般的懲戒行為は、「自己ノ一存」で自由に行使できる。

本判決以前に出版された注釈書の法解釈は、弁護士の主張と概ね一致する<sup>34)</sup>。例えば梅も、懲戒手段について「叱責スルコトアリ或ハ之ヲ打擲スルコトアリ或ハ之ヲ一室内ニ監禁スルコトアリ此等ハ皆親権者カ自己ノ一存ニテ施スコトヲ得ル」[梅1899:355-56]と、同様の見解を示している。ちなみに、このような解釈は、梅自身が示した立法趣旨に通じるものであり、「打擲」を有効な懲戒手段として承認するという法解釈が民法施行後確実に通説化したことがわかる。ただし、梅を始め法学者は、懲戒権行使の目的が「親あるいは家の名誉維持」にあることを明確に説示していない。しかし、学説には親権を「親ノ利益」とするものや親権と名誉を結びつける「名誉の連結説」を唱える見解が散見される。このことは、旧民法人事編注釈書の法思想が継承されていることの証左であり、明治民法編纂過程における立法趣旨を踏襲するものと考えられる。したがって、明治民法が「家の名誉」を法益としたことを踏まえれば、懲戒と名誉を結びつける法解釈があながち弁護人の特異な意見であるとして、無視しきれものではない。

裁判官は、次のように判断を示した。

まず、懲戒の程度・手段に関しては、「必要ナル範囲」ヲ逸出サセル限リハ、「制縛監禁シ又ハ之ヲ殴打スルノ必要」があれば、「法律上之ヲ為スコト」ができる。つまり本判決は、子に対する体罰をも含めて正当な懲戒行為とみなしている[有地1978:38]。弁護人の主張を容認して「打擲」を懲戒の範囲内としており、「其子ノ身体ニ拘束又ハ拷責ヲ加フルコトヲ得」としているように、相当な体罰をも積極的に承認する梅の示した「立法趣旨」に忠実な法解釈である。看過し得ないのは、「其行為ニシテ苟クモ法律ニ定ムル「必要ナル範囲内」ヲ逸出セサル限リハ刑法上ノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ勿論ナリ」と、たとえ外形上刑法上の犯罪を構成していても「必要ナル範囲内」の懲戒行為と認められる限り刑事責任を免れると明言している点である。つまり、一般的には刑法上の責任を負う場合であっても、親の正当な懲戒行為として法的に承認されることを意味する。このことは、「必要ナル範囲内ニ於テ」懲戒できると規定されたことで、「必要ナル範囲内」であれば子の教育のためには制裁目的の懲戒権行使を積極的に正当なものとして承認する結果がもたらされ、体罰の積極的容認へ実質的な転換を果たしたことを証明するものである。

ところで、当時の裁判官に見出されるこのような解釈上の変化は、失権規定の説明で梅が「殴打創傷ノ如ク軽イ罪位ニ問ハルルコトガアルカモ知レマセヌガソレダト言ツテ・・・当然親権ヲ失ハシメルト宜シクナイ<sup>35)</sup>」と、前述の岸本の見解とは180度転換した見解を述べたことに端を発していると思われる。親の一般的懲戒行為は「必要ナル範囲内」と判断される限り、一般人とは異なり原則的には刑罰に処せられないものとなったと言っても過言ではないだろう。そして実際には、旧法制下の刑法上の懲戒権と類似の効果をもたらしたといえよう。

次に、懲戒の程度の最終判断は裁判官に一任されるとした上で、判断を下すべき要件として「其親子ノ社会上ノ地位」が示され、司法判断に身分性の要素が加えられた。ちなみにこの法解釈は、すでに旧民法公布後の司法判断に見出されるものであった。したがって、旧民法公布以降、実務においては、一貫して、この判断基準が原則となっていた可能性がある。そして、「苟クモ常識アル人ノ認メテ以テ残忍酷薄ナリトスルモノ」であってはならないとして、親の懲戒権の一般的な限界を示し[利谷1975:199]、懲戒権の限界範囲は社会通念によって定められるとした。

さて、裁判官と弁護人の示した法解釈はほぼ一致している。したがって、本件の裁判官は、基本的には当時の通説と同じ立場を採っていたものと思われる。ただし、懲戒権が教育の手段であること、並びに懲戒権の「体面を保つ」機能については明示していない。

当時の裁判官は、懲戒の程度・手段並びに判断を下すべき要件に関して、本件裁判官と同様の見解を示している。特に、判断に身分性を加える解釈は、裁判官に特有なものであり、旧民法公布後の裁判官は統一的な法解釈を行っていたことが窺われる。また、梅の法解釈との類似性が見出されることから、懲戒権は原則的には教育の手段と捉えていたと考えられる。一方、懲戒権と名誉を結びつける見解はない。ただし、旧民法公布後の裁判官の解釈が継承されている点と、明治民法では「家の名誉」が法益とされていること、そして審議過程での議論を考慮すれば、親権および懲戒権と名誉を結びつける解釈が行われていた可能性も十分考えられるが、現段階では検証できない。

以上のように、本判決は、これまで以上に親の権利の絶対性・優越性を重視し、親の立場を強化した。第一に、懲戒の限界範囲を社会通念に従うものとした。第二に、懲戒の程度・手段に関する最終判断を裁判官の裁量に任せ、身分性の要素を懲戒権行使の判断の要件とした。さらに決定的なことは、明治民法の立法趣旨に添って、親の一般的懲戒行為における体罰をはじめとする相当広範囲の有形力の行使を正当化することによって、親の一般的懲戒行為は、家族秩序維持のために一般人に求められる行為規範とは明確に区別され、「必要ナル範囲内」に行使されるのであれば違法性を阻却するという裁判規範が確立されたことである。親の一般的懲戒行為は、旧法制下における懲戒権と類似の効果をもつ私的懲罰手段として機能するものとなった。

## 5 むすび

明治民法の親権法は、近代法の「子の利益」の親権理念を継受し、新たに規定した監護教育権を親権の効力の原則と位置づけ、懲戒権を監護教育権の原則に従うものとし、教育の手段として行使されることを大前提とした。また、子の立場をより保護しようとする第一草案の理念を継承し、民法上に失権制度を確立した。しかし、それらの理念に徹するものではなく、特に教育目的の制裁の行使を最小限に止めようとした第一草案からは大きく後退し、懲戒権の絶対性を保障するフランス民法と同様に教育の目的を果たすための制裁の行使を積極的に承認した。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、明治民法が「家の名誉」を法益としたことで、親や「家」の名誉を守ることを制裁の主要な目的とした。したがって、明治民法の懲戒権は、外形的には近代民法における教育の手段と位置づけられたが、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。

このように性格づけられた明治民法における懲戒の程度・手段は、旧民法とは一転して「打擲」を有効な懲戒の範囲内とし、体罰をはじめとする有形力の行使を積極的に承認するものとした。このような立法趣旨が、裁判官に対する指針となり、明治37年2月1日の大審院判決によって、「必要ナル範囲内」での懲戒行為であることが、違法性阻却事由となった。このように、制裁目的での体罰には正当性が付与され、親の懲戒権の中核には懲罰権が位置付けられた。このことは、「私的領域」における親の一般的懲戒行為が、裁判規範によって権威づけられ、「親のしつけに口を挟まない／挟めない」状況がもたらされたことを意味する。したがって、このような裁判規範が確立されたことと、「法は家庭に入らず」原則の確立とは決して無関係ではないといえよう。そして何より、懲戒権規定が白紙条項であることにより、懲戒の程度の限界範囲の判断は裁判官の裁量に委ねられた。その裁判実務における法解釈において、「必要な範囲」での行使と認められる限り、親は法的責任を免れるという裁判規範が確立されたことで、我が国の私法において体罰が有効な実行手段として正当化されるに至ったといえよう。

## 註

- 1) ボアソナードは、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＝高橋 1999 : 62]。



- 2) フランス民法第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、父の要求を審査し、それを拒否できない、父の専断を承認する規定内容となっている。
- 3) 岸本辰夫同様に、但し書きの効力を認める見解が散見される。
- 4) 樋山廣業1891『民法人事編俗解』と井上操1891『民法詳解』参照。
- 5) このような法解釈は、名誉を重視した徳川時代の懲戒権に見られる法思想に特徴的であるが、フランス親子法の移入とともに受容した親子法思想にも極めて類似の法解釈が見出される。法の継受によって、これら二つの法思想が、我が国の民法上の懲戒権にどのような影響をもたらしたかについての究明は、紙数の関係上、別稿にゆずりたい。
- 6) 「名誉の連結説」については、拙稿「旧民法における親の懲戒権」法社会学60号pp167-84で論じている。
- 7) 罪人ト為リ父母ハ為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 [樋山1891: 219]。
- 8) 第一百五十一回法典調査会の審議内容については、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』pp410-32参照。
- 9) 前掲速記録(注8)p432。
- 10) 前掲速記録(注8)p435。
- 11) 前掲速記録(注8)p418, p436。
- 12) 前掲速記録(注8)p418。
- 13) 前掲速記録(注8)pp436-37。
- 14) 明治5年の「監獄則」によって、不良の子弟を懲治監に入監させ懲治できる、「出願懲治」制度を確立した。「懲治」の制度は、刑罰と同義の懲罰主義に基づくものであり「懲治」とは懲罰を意味した。明治14年の改正で懲治場と改称されたが、明治22年には刑法の不論罪の適用者を懲治する場所として限定され、「出願懲治」制度は廃止された。しかし、法解釈上は懲戒のための「懲治場」への入場は可能とされた [小野1983: 26]。
- 15) 前掲速記録(注8)p435。
- 16) 前掲速記録(注8)p483。
- 17) 前掲速記録(注8)p418。
- 18) 第十六回民法整理会議での答弁 [民法整理会議事速記録1988: 398]。
- 19) 尾崎良三の発言(前掲速記録(注8)p419)。
- 20) 第十二回帝国会議での発言 [貴族院特別委員会速記録1986: 68]。
- 21) 前掲速記録(注8)p427。
- 22) 前掲速記録(注8)p428。
- 23) 前掲速記録(注8)p437。
- 24) 前掲速記録(注8)p432。
- 25) 前掲速記録(注20)p69。
- 26) 前掲速記録(注8)p438。
- 27) 前掲速記録(注8)p442。
- 28) 前掲速記録(注8)p444。
- 29) 第二百二十六回法典調査会での離婚事由をめぐる議論においてなされた答弁 [法典調査会議事速記録1984: 558]。
- 30) 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する。
- 31) 明治民法第866条の5参照。
- 32) 前掲速記録(注8)p482。
- 33) 判決内容は『大審院刑事判決録』明治37年度第10輯pp122-28参照。
- 34) 参看した注釈書は、判事境澤彌太郎の『親族法論綱』(1904)と前橋裁判所長柿原武熊の『民法親族編講義』(1900)、他6冊である。当時の裁判官の解釈は、境澤と柿原の注釈書を参照した。
- 35) 前掲速記録(注8)p477。

## 引用文献

- 有地亨1978「親の懲戒権と教師の懲戒権」『季刊教育法』27号  
 『大審院刑事判決録』明治37年度第10輯 東京法学院  
 樋山廣業1891『民法人事編俗解』岡島寶文館

## 小口 親の懲戒権

- 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  
法典調査会民法整理会議事速記録 1988 『日本近代立法資料叢書 14』商事法務研究会  
法典調査会民法典議事速記録 1984 『日本近代立法資料叢書 5』商事法務研究会  
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  
井上操 1891 『民法詳解』寶文館  
石井良助 1979 『民法典の編纂』風間書房  
岸本辰夫 1892 『民法正義』  
第十二回帝国議會貴族院民法中修正案外二件特別委員会速記録第三号 1986 『帝国議會貴族院委員会速記録 6』東京大学出版会  
旧民法第一草案人事編理由書 1959 石井良助編『明治文化資料叢書第 3 法律編下』風間書房  
於保不二雄 = 中川淳編 1994 『新版註釈民法 (25) 親族 (5)』有斐閣  
小野義美 1983 「明治前期における親権制度 (一)」宮崎大学教育学部紀要社会科学 54 号  
大久保泰甫 = 高橋良彰 1999 『ボアソナード民法典の編纂』雄松堂  
玉城肇 1968 「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  
利谷信義 1973 「旧法制下における体罰事件」別冊ジュリスト 41 号  
同 1975 「親と教師の懲戒権」日本教育学会年報  
梅謙次郎 1899 『民法要義卷之四親族編』有斐閣書房

(2005 年 12 月 1 日受理)