

《論説》

感化法と親権(1)

——児童福祉法と親権に関する予備的考察 その2——

許 末 恵

はじめに (本号)

一 感化法の概要

二 感化院に入院し得る者

1 不良行為者

(1) 適當の親権を行う者若しくは適當の後見人がないこと

(2) 遊蕩又は乞丐を為し、若しくは悪交があると地方長官が認めたこと

2 懲戒場対象者

(1) 旧法第882条の成立

(ア) 原案第890条とその修正——親権に服する者

(イ) 原案第892条とその修正——監護教育権

(ウ) 原案第894条——懲戒権

(エ) 旧法第882条の成立 (次号)

はじめに

児童福祉法(昭和22年法律第164号。以下、法令や条文等に引用されている場合等を除き、「児福法」と略称する。)は、児童福祉施設¹⁾の長(以下「施設長」)が入所中の児童(満18歳に満たない者。児福法4条1項)で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年

1) 児福法において児童福祉施設とは、助産施設、乳児院、母子生活支援施設、保育所、幼保連携型認定こども園、児童厚生施設、児童養護施設、障害児入所施設、児童発達支援センター、児童心理治療施設、児童自立支援施設及び児童家庭支援センターをいう(児福法7条1項)。

感化法と親権 (1) (許)

後見人があるに至るまでの間、親権を行うことを認める(児福法 47 条 1 項本文)。ただし、民法第 797 条の規定により縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない(児福法 47 条 1 項ただし書)。また、施設長は、入所中の児童で親権を行う者又は未成年後見人のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のため必要な措置をとることができる(児福法 47 条 3 項)^{2,3)}。

施設長による親権の行使は、1947〔昭和 22〕年の同法制定時から認められていたものである。制定時の規定は、「児童福祉施設⁴⁾の長は、必要があると認めるときは、入所した児童に対して親権を行うことができる。但し、親権者のある者の財産の管理については、この限りでない。」というものだった。しかし、親権の行使を施設長に一律に認めていることの不当さや

-
- 2) 同様の権限は、後の児福法改正(児童福祉法の一部を改正する法律(平成 16 年法律第 153 号)、児童虐待の防止等に関する法律および児童福祉法の一部を改正する法律(平成 19 年法律第 73 号)、児童福祉法等の一部を改正する法律(平成 20 年法律第 85 号)、民法等の一部を改正する法律(平成 23 年法律第 61 号)等)により、児童相談所長(以下「児相長」)その他の者にも認められている。児福法 47 条 2 項・3 項、同法 33 条の 2 第 1 項・第 2 項、同法 33 条の 8 第 2 項参照。
 - 3) 2011 年の法改正(平成 23 年法律第 61 号)により、児童の親権を行う者又は未成年後見人は、この規定による措置を不当に妨げてはならないこと、この規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するため緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、とることができることが規定された(児福法 47 条 4 項・5 項、同 33 条の 2 第 3 項・第 4 項)。児相長につき児福法 33 条の 2 第 3 項・第 4 項参照。
 - 4) 児福法制定時の児童福祉施設は、助産施設、乳児院、母子寮、保育所、児童厚生施設、養護施設、精神薄弱児施設、療育施設及び教護院で(児福法 7 条)、教護院は、「不良行為をなし、又はなす虞のある児童を入院させて、これを教護することを目的とする施設」とされていた(児福法 44 条)。1997〔平成 9〕年の児童福祉法等の一部を改正する法律(平成 9 年法律第 74 号)により、教護院は、児童自立支援施設と改称され、「不良行為をなし、又はなすおそれのある児童及び家庭環境その他の環境上の理由により生活指導等を要する児童を入所させ、又は保護者の下から通わせて、個々の児童の状況に応じて必要な指導を行い、その自立を支援することを目的とする施設」となり、2004〔平成 16〕年の改正により、退所者への相談その他の援助を行うこととなった(平成 16 年法律第 153 号)。

親権者のいる場合の権限の調整についての規定の不備等から、1951〔昭和26〕年の同法の第5次改正（児童福祉法の一部を改正する法律（昭和26年法律第202号））により、現在のような規定に改められるとともに、児童に親権を行う者又は未成年後見人がある場合にも監護・教育・懲戒の措置をとることができることが定められ、また、保護者の定義も改められた（児福法6条）。

児福法の立案過程では、施設長に入所児童に対する親権の行使を認める規定は、初期の案からみられる⁵⁾。1946〔昭和21〕年10月に成ったとされる「児童保護法要綱大綱案」⁶⁾に続く同年11月4日の「児童保護法仮案」⁷⁾第29条は、「教護院長は在院者に対して、親権を行ふ。但し親権者又は後見人⁸⁾のある者の財産管理についてはこの限りでない。」と規定し、教護院長に親権の行使を認めた。同仮案では、教護院は、特別児童保護施設の一つで、18歳未満の者であって、刑罰法令に触れる行為若しくはこれに準ずる不良行為をなし、又はこのような行為をなす虞のあるものを收容して、これを教育保護する所とされていた（2条6号、9条2号）⁹⁾。この規定は、少年教護院の院長に同様の権限を認めていた少年教護法（昭和8年法律第55号）第15条の規定に倣ったものと思われる¹⁰⁾。

5) 児福法の立案過程をはじめ、その立法に関連する資料については、児童福祉法研究会編『児童福祉法成立資料集成 上巻』『児童福祉法成立資料集成 下巻』（1978・1979、ドメス出版）、〔以下『児福法集成上』『児福法集成下』〕、寺脇隆夫編『続 児童福祉法成立資料集成』（1996、ドメス出版）〔以下『続児福法集成』〕参照。

6) 『児福法集成上』519頁以下。

7) 『児福法集成上』522頁以下。

8) 本稿で「後見」「後見人」という場合には、特に断らない限り、未成年後見、未成年後見人を指すものとする。

9) 前述の児童保護法大綱案（昭和21〔1946〕年10月15日）では、特別児童保護施設の一つとして、14歳未満の不良児を收容してこれを教育保護する所としての児童教護院のほか、14歳以上の不良児を收容してこれを教育保護する所としての矯正院を設置し、その入退院の手続規定を設けることを定めていた（第22、第24）。

10) 少年教護法における「少年」とは、14歳未満の者で不良行為を為し又はその

感化法と親権 (1) (許)

ところで、児福法の立案時、未成年者を入所させる施設の長に認められる入所児童に関する権限には、少年教護法のように施設の長に親権の行使を認めるもののほかに、次のようなものがあった。

まず、教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律(明治33年法律第51号。以下「教育所法」)は、公設の教育所に在る未成年の孤児について、その所長が後見人の職務を行うことを認めていた(1条1項¹¹⁾。救護施設等に収容された未成年者に親権者及び後見人の職務を行う者がいないときは、市町村長又はその指定した者が後見人の職務を行うことを規定する救護法(昭和4年法律第39号)第16条もこの型に属するものということができよう¹²⁾。

また、矯正院法(大正11年法律第43号)は、矯正院長に、やむを得ない事由がある場合に、少年審判所の許可を受けて、未成年の在院者及び仮退院者のため、親権者又は後見人の職務に属する行為をなすことを認めていた(11条)。

これらの施設は、対象とする入所者の年齢や属性のほか、施設の目的・性格等も異なるため、その長の権限を規定の文言により形式的に比較することにはあまり意味がない。専ら未成年の孤児及び孤児以外で教育所法の規定を準用すべき者(教育所法3条)¹³⁾で教育所に在るものを対象とする教育所と、父母のある未成年者を対象とする少年教護院や矯正院とでは、その長の権限の内容に違いの生ずることはいうまでもない。しかし、少年教

虞のあるものをいう(1条)。少年教護院長は、在院者に対し「親権ヲ行フ但シ親権者又ハ後見人アル者ノ財産管理ニ付テハ此ノ限ニ在ラズ」と規定されていた(15条)。

11) 私設の教育所に在る未成年孤児については、教育所所在地の地方長官が後見人の職務を行うべき者を指定した(1条2項)。詳しくは、許末恵「教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について——児童福祉法と親権に関する予備的考察(4・完)」青法61巻3号(2019)〔以下、許「教育所法」(4)〕125頁参照。

12) 詳細は許「教育所法(4)」142頁以下参照。

13) 棄児・迷児・遺児その他父又は母において親権を行い難い状況にある未成年者。詳細は許「教育所法(4)」131頁以下参照。

護法が親権者・後見人のある在院者について、財産管理権を除き、直截に親権の行使を院長に認めるのに対し、矯正院法は、少年審判所の許可を得た上での親権者又は後見人の職務に属する行為の実行だけを院長に認める。この規定の仕方の違いはどのような理由によるものなのだろうか。また、それぞれの規定により施設の長に認められる権限の内容にはどのような違いがあるのだろうか。

他方、児福法における施設長の権限についても、成案が得られるまでの過程で、変遷があった。前述の「児童保護法仮案」直後に成った「児童保護法要綱案」(1946〔昭和21〕年11月26日)¹⁴⁾では、教護院長は、やむを得ないときに在院者に対して親権者又は後見人に職務に属する行為をすることを認められるのに対し(第30)、養育院の院長は、収容した児童の扶養育成と親権の行使(親権者又は後見人のある児童の財産管理を除く)を認められる(第47)。その後、「児童福祉法要綱案」(1947〔昭和22〕年1月2日)¹⁵⁾では、乳児院長、養護院長又は教護院長には、勅令の定めるところにより収容した児童に対する親権の行使(児童に親権者又は後見人があり、かつその監護が適当であると認める場合の児童の財産管理を除く)を認めている(第48)。この規定は、この後の案でも維持されたが、最終案に至る過程で修正が加えられ、成案と成っている¹⁶⁾。

いずれにしても、未成年者の入所する施設の長には(どのようなもので

14) 『続児福法集成』75頁以下。この案での教護院とは、不良行為をし又は不良行為をするおそれのある児童を教護する施設(第23)、養育院とは、保護者のない児童、現に保護者の監護を受けていない児童又は保護者の監護の適当でない児童を養育する施設(第43)である。

15) 『続児福法集成』84頁以下。

16) 児童福祉法案(昭和22〔1947〕年6月2日)39条(『児福法集成上』561頁以下)、児童福祉法案(昭和22〔1947〕年7月4日)48条(『続児福法集成』110頁以下)は、勅令の部分削除した上で、児童福祉施設(一定の施設を除く)の長に(財産管理を除く)親権の行使を認めていたが、法制局の審査を経た「児童福祉法案」(昭和22〔1947〕年7月21日)45条(『児福法集成下』823頁以下)では、除外される施設を示す語句が削除され、「必要があると認めるときは」という語句が加えられた。

感化法と親権 (1) (許)

あれ) 親権を行う者や後見人と同様の権限を認める方向では一貫している。しかし、注意しなければならないのは、親権や関連する父母の権利義務について規定する民法が、児福法の制定と同時期に、大きく改正されたことである(民法の一部を改正する法律(昭和 22 年法律第 222 号))。

筆者は、前稿¹⁷⁾において教育所法を取り上げ、同法が、当時の民法(明治 31 年法律第 9 号。以下「旧法」)に規定する親権や父母の権利義務を考慮して教育所長の権限を定めるに至った経緯について検討した。教育所法は、旧法の制定・施行により、教育所に入所する未成年の孤児について、特に養子縁組等が困難になったことをうけて制定されたものである。同法は、当初、孤児法案として議会に提出され、そこでは、教育所長を法定代理人に指定し、親権の行使を認めることを規定していたが、衆議院の特別委員会において旧法に関わる部分が削除され、適用対象を限定して、教育所法として成立した。教育所長に後見人の職務を行うことを認めたのは、旧法の規定する父母の権利や親権・後見との整合を図った結果であった¹⁸⁾。

同様に、少年教護法、救護法及び矯正院法における施設の長の権限も、旧法の関連規定を前提に定められたものである。では、これらの権限を定めるにあたり、旧法の関連規定は、どのように考慮されたのだろうか。とりわけ、施設の長に直截に親権の行使を認める少年教護法の規定は、親権を行うのは家に在る父母でなければならず、それ以外の者は後見を行うという旧法の建前(旧 877 条、旧 900 条 1 号)と抵触するような印象を受ける。この規定を定めるにあたり、このことは問題にならなかったのだろうか。

17) 許末恵「教育所ニ在ル孤児ノ後見職務ニ関スル法律について——児童福祉法と親権に関する予備的考察(1)」青法 60 卷 1 号(2018)〔以下、許「教育所法(1)」〕93 頁、「同(2)」青法 60 卷 2 号(2018)〔以下、許「教育所法(2)」〕169 頁、「同(3)」青法 61 卷 2 号(2019)〔以下、許「教育所法(3)」〕119 頁、許「教育所法(4)」。教育所法を取り上げた理由につき許「教育所法(1)」98-100 頁参照。

18) 孤児法案の修正とその意義につき許「教育所法(3)」151 頁以下、許「教育所法(4)」124-140 頁参照。

少年教護法の前身は、感化法である。感化法は、救育所法と同じ1900〔明治33〕年に制定された後、1908〔明治41〕年、1922〔大正11〕年に改正された後、少年教護法の制定によって廃止された。感化院長と少年教護院長に認められる権限は、規定の仕方に違いはあるものの（後述）、施設の長に（一定の在院者に対する）財産管理を除いた親権の行使を認める点では共通している。

そこで、本稿は、感化法を取り上げ、同法が感化院長に親権の行使を認めるに至った経緯等について検討する。感化法が親権の行使を直截に感化院長に認める規定を設けたのはどのような理由によるものなのか。旧法の関連規定との関係について、どのような議論が行われたのか（あるいは、行われなかったのか）。財産管理権が除外された理由はなにか。

これらの検討により、児福法における施設長の権限と民法の親権との関係を検討するための基礎的な知見が得られるものと考えられる。旧法の改正により民法の親権や父母の権利義務に関する規定が大きく改められたにもかかわらず、児福法が少年教護法と同様の規定を置いたのは、旧法の改正を考慮に入れた上でのことなのだろうか。そこでは、どのような議論が行われ、どのような事情が考慮されて、少年教護法と同様の規定が置かれることになったのだろうか。しかし、そもそも施設長に親権の行使を認めることの妥当性は問題とならなかったのだろうか。これらの疑問は、児福法のみならず、民法の観点からも検討しなければならない問題であるが、その出発点として、なぜ感化法が感化院長に親権の行使を認めたのか、その経緯について明らかにする必要がある。

感化法・少年教護法については既に多くの研究が行われているが、感化院・少年教護院が民法の定める「懲戒場」とされたことから、それに関連する研究が目を引く。親権との関係では、片野興三¹⁹⁾、土井洋一²⁰⁾、細井

19) 片野興三「戦前日本教育権思想史研究（その1）——法体制確立期における親権」北海道大学教育学部紀要19号（1972）99頁、片野興三「『国家教育権』論のイデオロギー構造——親権とのかかわりにおいて」北海道大学教育学部紀要24号（1975）71頁。

感化法と親権 (1) (許)

勇²¹⁾によるもののほか、法学の分野では森田明²²⁾、田中重紀子²³⁾の研究が、また、特に懲戒権との関連では利谷信義²⁴⁾、広井多鶴子²⁵⁾、長沼友兄²⁶⁾によるものがある。懲戒権については、有地亨²⁷⁾、田辺俊治²⁸⁾による研究のほか、近時は、法制審議会による審議に関連する論考²⁹⁾がある。懲戒権を含む民法の親権規定の成立に関しては、小口恵巳子の詳細な研究³⁰⁾がある。

特に感化院長に認められた親権行使に関しては、これらの研究に加えて、田澤薫³¹⁾の研究をあげなくてはならない。田澤は、感化法ないし感化教育思想の背景にはいわゆる国親思想があり、それが親代わりとしての施設(施設長)に親権の行使を認める方向に機能していることを明らかにしている。本稿は、基本的にはその考えに拠りつつも、感化法が感化院長に親権の行使を認めたことについて、旧法の規定に照らして検討を加えることを意図するものである。同じく内務省の所管する救育所法の制定に際し、議会で

-
- 20) 土井洋一「児童福祉法第四八条の歴史的性格——法成立過程を中心に」大正大学研究紀要(仏教学部・文学部) 62 輯(1976) 187 頁。
 - 21) 細井勇「親権と児童の権利——感化法に関する一考察」福岡県社会保育短期大学研究紀要 24 号(1991) 88 頁。
 - 22) 森田明『少年法の歴史的展開——〈鬼面仏心〉の法構造』(信山社, 2005)。
 - 23) 田中重紀子『近代日本の未成年者処遇制度——感化法が目指したもの』(大阪大学出版会, 2005)〔以下、田中『未成年者処遇制度』〕。
 - 24) 利谷信義「親と教師の懲戒権」日本教育法学会年報 4 号『地域住民と教育法の創造』(有斐閣, 1975) 191 頁。
 - 25) 広井多鶴子「親の懲戒権の歴史——近代日本における懲戒権の「教育権」過程」教育学研究 63 巻 2 号(1996) 119 頁。
 - 26) 長沼友兄「感化法案の作成過程とその背景」非行問題 206 号(2000)〔以下、長沼「作成過程」〕100 頁。
 - 27) 有地亨「親の懲戒権と教師の懲戒権」季刊教育法 27 号(1978) 82 頁。
 - 28) 田辺俊治「〈親の懲戒権〉に関する一考察——戦後家族法の分析を通して」日本教育行政学会年報 7 巻(1981) 209 頁。
 - 29) 白須真理子「民法 822 条における親権者の懲戒権——改正の議論を理解するために」法セミ 781 号(2020) 1 頁、久保野恵美子「親権者の懲戒権への家庭裁判所の関与について」論ジュリ 32 号(2020) 50 頁等。
 - 30) 小口恵巳子『親の懲戒権はいかに形成されたか——明治民法編纂過程からみる』(日本経済評論社, 2009)〔以下、小口『親の懲戒権』〕。
 - 31) 田澤薫『留岡幸助と感化教育——思想と実践』(勁草書房, 1999)〔以下、田澤『感化教育』〕。

は、旧法の規定を考慮に入れた議論が行われたが、感化法についてはどうだったのか。1908年の感化法の改正や少年教護法の制定に際しては、行政処分による親権制限に関連して議会で論戦が交わされたが、感化法制定時にそのことは問題にならなかったのか。感化院に入所するのは、親が適切に監護教育をしてこなかった子であり、従って、そのような親に代わって(「代わって」の意味も問題となるが、ひとまずおくとして)感化院長が入所児童に対して親権を行うことは当然のことと考えられたのかもしれないが、そのようなことが旧法の規定に照らして正当化され得るのか。

筆者の主たる関心は、懲戒権というよりも、感化院を含む児童保護施設の長に認められた権限の在り方、そのような権限について民法の観点から説明することにある。上記の諸研究には本稿でも随所で言及することになるが、本稿は、あくまでも民法の観点からこの問題を検討するものであることを確認しておきたい³²⁾。

以下、特に明示しない限り、感化法という場合には制定時のものを指し、その後改正された感化法については、改正年を付して引用する。また、旧法と対比する形で参照する民法の規定も、特に明示しない場合には、2011年の改正前の民法の規定を指すものとする。なお、資料の引用に当り、縦書きのものは横書きにしたほか、一部を除き、旧字体を新字体に改めた。

以下の筆者の記述には、感化法や少年教護法、さらには少年法等に関する多くの誤解や誤りが含まれているものと恐れている。また、資料の取り扱いについて不適切な部分も少なくないと思われる。ご海容をお願いするとともに、ご教示を賜ることができれば幸いである。

32) 例えば、片野・前掲注19)北海道大学教育学部紀要24号78頁は、旧法下での親権解釈の変遷をたどりつつ、感化法構想に大きな影響を持った小河滋次郎の親権解釈における国親思想の影響を指摘するが、そこでも指摘されているとおり、これは、監護教育の権利義務(旧879条、現820条)に関連して、親権が誰のだれに対する義務かという、親権の権利性・義務性という意味での親権の性質論に関わる、いわば抽象的な解釈にとどまる。

感化法と親権 (1) (許)

一 感化法の概要

まず、感化法の規定のうち、本稿での検討に関連するいくつかの規定について概観する。

感化院は、北海道及び府県に設置すべきものとされ(感化法1条)、地方長官がこれを管理した(感化法2条)。感化院に入院し得る者、感化院の入院・退院に関する手続及び感化院長の権限に関する規定は、次のとおりである。

第五条 感化院ニハ左ノ各号ノ一ニ該当スル者ヲ入院セシム

一 地方長官ニ於テ満八歳以上十六歳未満ノ者之ニ対スル適当ノ親権ヲ行フ者若ハ適当ノ後見人ナクシテ遊蕩又ハ乞丐ヲ為シ若ハ悪交アリト認メタル者

二 懲治場留置ノ言渡ヲ受ケタル幼者

三 裁判所ノ許可ヲ経テ懲戒場ニ入ルヘキ者

第六条 入院者ノ在院期間ハ満二十歳ヲ超ユルコトヲ得ス但第五条第三号ニ該当スル者ハ此ノ限りニ在ラス

第七条 地方長官ハ何時ニテモ条件ヲ指定シテ在院者ヲ仮ニ退院セシムルコトヲ得

仮退院者ニシテ指定ノ条件ニ違背シタルトキハ地方長官ハ之ヲ復院セシムルコトヲ得

第八条 感化院長ハ在院者及仮退院者ニ対シ親権ヲ行フ

在院者ノ父母又ハ後見人ハ在院者及仮退院者ニ対シ親権又ハ後見ヲ行フコトヲ得ス

第五条第二号及第三号ニ該当スル者ノ財産ノ管理ニ関シテハ前二項ノ規定ヲ適用セス

第九条 感化院長ハ命令ノ定ムル所ニ依リ在院者ニ対シ必要ナル検査ヲ加フルコトヲ得

第十条 行政庁ハ第五条第一号ニ該当スヘキ者アリト認メタルトキハ之ヲ地方長官ニ具申スヘシ此ノ場合ニ於テハ仮ニ之ヲ留置スルコトヲ得前項留置ノ期間ハ五日ヲ超ユルコトヲ得ス

第十一条 地方長官ハ在院者ノ扶養義務者ヨリ在院費ノ全部又ハ一部ヲ徴収スルコトヲ得

前項ノ費用ヲ指定ノ期限内ニ納付セサル者アルトキハ国税徴収法ノ例ニ依リ処分スルコトヲ得

第十二条 在院者ノ親族又ハ後見人ハ在院者ノ退院ヲ地方長官ニ出願スルコトヲ得

前項出願ノ許可ヲ得サル在院者ニ関シテハ六箇月ヲ経過スルニ非サレハ退院ヲ出願スルコトヲ得ス

第十三条 第五条第一号又ハ第十一条第二項ノ処分ニ不服アル者又ハ第十二条第一項ノ出願ヲ許可セラレサル者ハ訴願ヲ提起スルコトヲ得

感化院に入院し得る者は、満8歳以上16歳未満の者で、適當の親権を行ふ者若しくは適當の後見人がなく、遊蕩又は乞丐をなし、若しくは悪交があると地方長官が認めたもの（以下「不良行為者」）、「懲治場留置ノ言渡ヲ受ケタル幼者」、すなわち、当時の刑法により不論罪のために懲治処分の言渡しを受けた幼年者（以下「懲治処分対象者」³³⁾、そして、裁判所の許可を経て懲戒場に入るべき者（以下「懲戒場対象者」³⁴⁾）の三種である（感化法5条）。

感化院は、満20歳を超えて在院することはできないが（感化法6条本文）、懲戒場対象者については例外が設けられている。懲戒場対象者は、旧法第882条を受けた規定で、同条は、次のように定めていた。

第八百八十二条 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懲戒場ニ入ルルコトヲ得

子ヲ懲戒場ニ入ルル期間ハ六ヶ月以下ノ範囲内ニ於テ裁判所之ヲ定ム但此期間ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得

33) 刑法79条・80条により、満8歳から16歳までの者について認められる。懲治場は、「不論罪ニ係ル幼者及ヒ瘡痍者ヲ懲治スル所」（監獄則（明治22年勅令第93号）1条6号）である。懲治場については後述する。

34) この二つの呼び方は、田中『未成年者処遇制度』83頁に倣った。

感化法と親権 (1) (許)

旧法では、子は、独立の生計を立てる場合を除き、成年に達した後も家に在る父母の親権に服したため(旧 877 条 1 項)、親権の効力の一つである懲戒権も、成年の子に対して行うことが可能であった。そのため、感化法は、懲戒場対象者については、満 20 歳を超えても感化院に在院することを認めた(感化法 6 条但書)³⁵⁾。

感化院長は、在院者及び仮退院者に対して親権を行うことが認められ、在院者の父母又は後見人は、親権又は後見を行うことができない(懲治処分対象者・懲戒場対象者の財産の管理については、この限りではない。感化法 8 条)。また、感化院長は、命令の定めるところにより、在院者に対して必要な検束を加えることができる(感化法 8 条)。

地方長官は、在院者の扶養義務者から在院費の全部又は一部を徴収することができる(感化法 11 条 1 項)。旧法上の扶養義務者は、戸主(旧 747 条)、直系血族及び兄弟姉妹(旧 954 条)であるが、感化院に入所する子について実質的に扶養義務を負うのは、直系尊属(父母)又は戸主のことが多いと思われる(複数の扶養義務者間の順位につき旧 955 条参照)。

感化院からの退院は、在院者の親族又は後見人から地方長官に出願する(感化法 12 条 1 項)。この出願の許可を得ることのできなかった在院者に関しては、6 か月を経過しなければ、退院を出願することはできない(同条 2 項)。また、地方長官は、いつでも、条件を指定して、在院者を仮に退院させることができた(感化法 7 条)。

なお、第 5 条第 1 号又は第 11 条第 2 項の処分に不服のある者、第 12 条第 1 項の出願を許可されなかった者には訴願の提起が認められる(感化法

35) この但書の規定は、内務省の原案にはなく、法制局との協議の段階で追加されたものである(長沼「作成過程」115 頁)。なお、6 条但書は、満 20 歳を超えても在院することを認めるだけなので、入所時に満 20 歳を超える者が感化院に入所できるかどうかが問題となる。不良行為者及び懲治処分対象者は、刑法及び感化法の規定により 16 歳未満でなければならないが、懲戒権についてはそのような規定は旧法になく、成年者に及ぶこと、また、後述の法典調査会での議論などを考慮すると、認められることになろう。広井・前掲注 25) 13 頁、長沼「作成過程」106-107 頁、田中『未成年者処遇制度』83 頁も成年者の入所を認める。

13条)。

以下、ここで取り上げた規定を中心に、その意味や問題点についてやや詳しく検討する。

二 感化院に入院し得る者

感化院に入院し得るのは、満8歳以上16歳未満の不良行為者及び懲治処分対象者並びに懲戒場対象者である。懲治処分対象者については次章で検討することになるので、ここでは、不良行為者及び懲戒場対象者について検討する。

1 不良行為者

感化法第5条第1号に該当するためには、満8歳以上16歳未満の者であること、適当の親権を行う者若しくは適当の後見人がないこと、及び、遊蕩又は乞丐をなし、若しくは悪交があると地方長官が認めたことの3点を満たす必要がある。

(1) 適当の親権を行う者若しくは適当の後見人がないこと

「適当ノ親権ヲ行フ者」は、もともとの内務省の案では「親権ヲ行フ適当ノ者」だったが、法制局との協議の結果、「適当ノ親権ヲ行フ者」に修正された³⁶⁾。議会では、本号の意味につき、「親権ヲ行ヒマス者ハ現ニアリマシテモ其人間ガ適当ノ親権ヲ行フコトガ出来ナイ場合」という説明のほか、次のように説明されている³⁷⁾。

36) 「感化法ヲ定ム」公文類聚第24編第31巻(国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/item/1644297>)。内務省の案については、長沼「作成過程」103-105頁も参照した。後見人については、内務省の案でも「適当ノ後見人」だったので、「後見人」と対置されるべきは「親権ヲ行フ者」であるとして修正されたのかもしれない。

37) 第14回帝国議会貴族院感化法案特別委員会議事速記録1号5頁〔小河滋二郎(原文のまま。以下同じ)〕。明治41年の感化法の改正により、感化法5条1号は、「満八歳以上十八歳未満ノ者ニシテ不良行為ヲ為シ又ハ不良行為ヲ為ス虞ア

感化法と親権 (1) (許)

「極ク下等ノ社会ニ行キマスルト親ガアリマシテモ強ヒテ其子ニ乞食ヲサセルトカ、或ハ何カ悪イコトヲナシテ、子ヲ使フトカ云フヤウナ極ク親権ヲ濫用スルヤウナ種類ガ沢山アリマス、サウ云フ種類ノモノハ是ハ適当ノ親権ヲ行フ者デナイト申シタノデアリマス」

旧法では、子は「家ニ在ル父」の親権に服し、父が知れないとき、死亡したとき、家を去ったとき又は親権を行うことができないときに「家ニ在ル母」が親権を行った(旧 877 条)。後見は、未成年者に対して「親権ヲ行フ者」がないとき又は「親権ヲ行フ者」が管理権を有しないときに開始した(旧 900 条 1 号)。ここで「親権ヲ行フ者」がないとは、親権を行うべき父も母も知れないとき、死亡したとき、初めから家にいないとき、子の出生後に家を去ったときなど、父も母も共に親権を行うことができない状態にあることを意味する³⁸⁾。旧法では、親権を行うのは家に在る父母に限られ、家に在る父母以外の者が親権を行うことはない³⁹⁾。

感化法第 5 条第 1 号にいう「適当ノ親権ヲ行フ者(略)ナクシテ」が、議会での説明のように、「親権ヲ行フ者」(家に在る父又は母)がいるが、その者による親権の行使が適当でない場合を指すのであるならば⁴⁰⁾、「適当ノ

り且適当ニ親権ヲ行フモノナク地方長官ニ於テ入院ヲ必要ト認メタル者」と改正されることになるが、小河の説明は、むしろこの改正法に当てはまるように思われる。明治 33 年法の規定は、その文言にもかかわらず、このように解釈されるべきものと考えられていたのか、それとも生江・後掲注 40) のように解釈されるべきものなのか、後に改めて検討する。なお、帝国議会速記録については、帝国議会会議録検索システム (<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/>) によった。

38) 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』(有斐閣, 1912, 復刻版, 1984)〔以下、梅『民法要義四』〕399 頁。

39) 親権の要件は、父又は母の身分のあること、及び同一の家に在ることの 2 点である。奥田義人『親族法論』(有斐閣, 1898)〔以下、奥田『親族法論』〕335-336 頁。

40) しかし、生江孝之「内外に於ける感化法の比較」慈善 7 編 1 号 (1915) 38-39 頁は、明治 41 年の改正後の感化法 5 条 1 号についてこの解釈をとり、改正前の感化法については、「単に親権者無くといういふやうな意味になりまして、適当の親権者無くというやうな意味になつて居ります」と説明する。

後見人ナクシテ」の意味も、「親権ヲ行フ者」すなわち家に在る父母がないために後見が開始した子の後見人による後見の行使が適当でない場合を指すことになろう⁴¹⁾。

感化法第5条第1号では、親権を行う者や後見人について「適当ノ」という限定が付されている。これは、親権を行う者による親権の行使や後見人による後見の行使が適当な場合には本号の適用を排除する趣旨であろう。では、その「適当」性はどのように判断されるか。これに関連するのが次の要件である。

(2) 遊蕩又は乞丐を為し、若しくは悪交があると地方長官が認めたこと

親権を行う者による親権の行使や後見人による後見の行使が適当でないために「遊蕩又ハ乞丐ヲ為シ若ハ悪交アリ」と地方長官が認めた者は、感化院に入院し得る。条文をみる限り、未成年者の遊蕩・乞丐・悪交は、父母・後見人による親権・後見の不適当な行使の結果でなければならないが、両者の間に厳密な因果関係を要するというよりも、未成年者の遊蕩・乞丐・悪交があると認められれば、そのこと自体が親権・後見の不適当な行使を示すという程度の意味しかないのではないだろうか⁴²⁾。

本号の「遊蕩」及び「悪交」の具体的な内容については、議会で次のよ

41) 旧法では、後見人は、最後に親権を行う者が遺言により指定するが(旧901条)、指定がなくても、家族については戸主が後見人となり(旧903条)、それでも後見人たるものがないときは、親族会が選任した(旧904条)。未成年の子に後見人がないという事態は、法律的にはあまり生じないが、実際には、子に財産があるというような事情のない限り、かなり生じたのではないだろうか。この、後見人がない場合は、生江・前掲注40)の解釈によれば、「適当ノ親権ヲ行フ者(略)ナクシテ」に該当することになろう。いずれにせよ、この場合も感化法5条1号の事由に該当することにはかわりはない。

42) 親権を行う者も後見人もいない未成年者が遊蕩・乞丐・悪交をしているときも含む趣旨であろう。なお、後に検討するが、5条1号の処分について不服のある者は、訴願を提起することができる(13条)。自らの親権行使の適当性を主張する者は、13条により争うことになる。第14回帝国議会議案貴族院感化法案特別委員会議事速記録1号7頁〔小河滋二郎〕。

感化法と親権 (1) (許)

うに説明されている。長くなるが、引用する⁴³⁾。

此遊蕩と云ふ文字に付きましては今高木さんの御疑になりました通り此字には余程苦しみましたのでありますが、中には随分十六歳でも不良少年は女遊びとか道楽をする者が沢山ありますので、何もせずにそこらを徘徊浮浪して悪遊びをすると云ふやうな種類のやつ、それを遊蕩と指します考えであります、或は浮浪とか徘徊とか云ふ字を使ひましたら宜しからうと云ふ詮議もありましたが、詰り遊蕩と云ふ字の方が広うございまして、浮浪徘徊若は悪遊びをすると云ふものを総て籠めて遊蕩と云ふ字にしました、悪交と云ふのは御承知の通り拘摸の家に宿泊をして居りまして拘摸の種類の者と交際をするとか、或は博奕打と交際して博奕打に手先に使われると云ふやうな種類であります、尚ほ人に依りましては醜業婦であるとか、ああ、云ふ所へ交際をするやうな奴もある、さう云ふ者を総て悪交と云ふ字に含ませる積りである

通常の遊蕩(道楽等)にあたると考えられるものだけでなく、浮浪徘徊や悪遊びも遊蕩の中に含めるという説明からも明らかなように、第1号に規定する不良行為者の対象は、広く解されている。なお、この答弁について、小河滋次郎が用いた説明資料と思われるものがあり、そこでは次のように説明されている⁴⁴⁾。

「感化法第五条第一号に該当する者と認むる種類凡そ左の如し

一現に食物若くは金銭を請ひ受くる者若くは些少の物品販売を口実とし乞丐類似の所業を為す者

二一定の保護者なく浮浪徘徊する者

三賭博拘摸其の他不法行為の疑いある者又は其家に寄寓し不正の習慣に

43) 第14回帝国議会貴族院感化法案特別委員会議事速記録1号7頁〔小河滋二郎〕。高木兼寛の質問の答えたものである。原文の片仮名を平仮名に改めた。

44) 「感化法施行に関する事項」監獄協会雑誌13巻4号(1900)41頁。資料の位置付けにつき長沼「作成過程」116-117頁参照。

感染し易き虞ある者」

感化法の起草にあたっては英国法を参照したことが指摘されており、この説明もそれに倣ったものと考えられている⁴⁵⁾。後に改めて検討する。

2 懲戒場対象者

懲戒場対象者を感化院に入所させることをめぐっては議論があるが⁴⁶⁾、本号の意味を検討するためには、まず、旧法に懲戒権の規定が置かれた趣旨を知る必要がある。詳細は先行研究⁴⁷⁾に譲り、ここでは、旧法が成立するに至るまでの経緯を概観する。

(1) 旧法第 882 条の成立

旧法第 882 条は、民法人事編(明治 23 年法律第 98 号。以下「人事編」)第 151 条及び第 152 条を修正したものである。

人事編における親権の規定は、条数も少なく、内容的にも不十分なところが多かった。親権は、父母が子を養育する方法であり、その目的を達するためには種々の配慮手段があるが、これらは風俗慣習及び父母の愛情にゆだねるべきものであって、法律に規定すべきではなく、法律には、父母がその義務を尽くすために最も重要なものだけを規定したためである⁴⁸⁾。

具体的には、親権は、子を監護する権、子を懲戒する権及び子の財産を管理する権の三種から成る⁴⁹⁾。前二者は、「子ノ身上ニ対スル権」として第 9 章第 1 節に未成年の子の住家の指定(150 条)及び懲戒権(151 条・152

45) 長沼「作成過程」117 頁、田中『未成年者処遇制度』86-87 頁。

46) 詳しくは本稿(2)で検討するが、特に成年者を含む点や入所期間の制限は、感化教育の目的にそぐわない。

47) 小口『親の懲戒権』、特に第 3 章までを参照。

48) 『民法草案人事編理由書 下巻』39 丁裏、磯部四郎『民法釈義 人事編之部』(1891、復刻版、信山社、1997)〔以下、磯部『民法釈義』〕541 頁。

49) 岸本辰雄『民法正義 人事編 卷之壹(下)』(新法註釈会、1891、復刻版、信山社、1996)〔以下、岸本『民法正義』〕270 頁

感化法と親権 (1) (許)

条) が、第 2 節には子の財産の管理が規定された (150 条から 157 条まで)。

親権は父が、父の死亡又は行使不能の場合には母が行うが、父又は母が家を去ったときは親権を行うことができない (149 条)。嫡母・継父・継母に関しては特別の規定が置かれている (158 条から 160 条まで)。

子の身上に関する人事編の規定は、次のとおりである。

民法人事編

第九章 親権

第一節 子ノ身上ニ対スル権

第百四十九条 親権ハ父之ヲ行フ

父死亡シ又ハ親権ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ

父又ハ母其家ヲ去リタルトキハ親権ヲ行フコトヲ得ス

第百五十条 未成年ノ子ハ親権ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ受クルニ非サレハ

父母ノ住家又ハ其指定シタル住家ヲ去ルコトヲ得ス

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

第百五十一条 父又ハ母ハ子ヲ懲戒スル権ヲ有ス但過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス

第百五十二条 子ノ行状ニ付キ重大ナル不滿意ノ事由アルトキハ父又ハ母ハ区裁判所ニ申請シテ其子ヲ感化場又ハ懲戒場ニ入ルルコトヲ得

入場ノ日数ハ六ヶ月ヲ超過セサル期間内ニ於テ之ヲ定ム可シ但父又ハ母ハ裁判所ニ申請シテ更ニ其日数ヲ増減スルコトヲ得

右申請ニ付テハ総テ裁判上ノ書面及ヒ手續ヲ用ユルコトヲ得ス

裁判所ハ検事ノ意見ヲ聴キテ決定ヲ為ス可シ父、母及ヒ子ハ其決定ニ対シテ抗告ヲ為スコトヲ得

旧法は、これらの規定に大幅な修正を加えた。条数も増え、内容的にも整備されたほか、親権の喪失に関する規定も設けられた。子は、独立の生計を立てない限り、成年に達した後も親権に服するものとされたが (旧 877 条)、実質的な親権の効力は、未成年の子に対するものに限定された。特

に、人事編は、監護権につき、子の住家に関する規定しか置かなかつたが⁵⁰⁾、旧法第879条は、親権を行う父又は母は、未成年の子の監護及び教育の権利義務を有することを規定した⁵¹⁾。

親権の部分の起草は、梅謙次郎が担当し、第151回(1896〔明治29〕年1月13日)から第153回(同年1月17日)までの法典調査会で議論されている。当初、起草委員は、人事編を修正して親権に服する子を未成年の子に限るとした原案を提出したが、法典調査会での反対を受け、人事編と同様に成年の子も親権に服するものと修正された。このことは、監護教育権及び懲戒権に関する規定の議論にもさまざまな影響を及ぼすこととなった。そこで、まず、親権及び監護教育権に関する規定についての法典調査会での議論を概観してから、懲戒権に関する原案第894条についての議論を検討することとする。

これら3箇条の原案(甲第五十四号議案)は、次のとおりである。

甲第五十四号 (明治二十九年一月十一日配布)

第五章 親権

第一節 総則

第八百九十条 未成年ノ子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス

父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ
其家ニ在ル母之ヲ行フ

(第891条略)

第二節 親権ノ効力

第八百九十二条 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

50) 親権は子の教育・教養のために父母に認められるが、教育・教養のために子がどこに住むかは重要なので、子の住家に関する規定を設けて監護の権を父母に与えたと説明されている。『民法草案人事編理由書 下巻』39丁裏、磯部『民法釈義』541-542頁、岸本『民法正義』285頁。

51) 監護教育権を、戸主権の内容としてではなく、親権の内容として規定したことで、親の独立の権利であるとともに、子の監護教育を親に義務付けたことは、高く評価されている。小口『親の懲戒権』162-163頁。

感化法と親権 (1) (許)

有シ義務ヲ負フ

(第 893 条略)

第八百九十四条 親権ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍内ニ於テ自ラ其子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ相当ノ懲戒場ニ入ルルコトヲ得
子ヲ懲戒場ニ入ルル期間ハ六个月以下ノ範圍内ニ於テ裁判所之ヲ定ム但此期間ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得

(ア) 原案第 890 条とその修正——親権に服する子

原案第 890 条は、人事編第 149 条を修正したものである。親権に服する者を未成年の子に限定した上で、親権を行う者を家に在る父、父に一定の事由があるときに家に在る母とした。

人事編を修正した趣旨として、梅は 3 点を挙げる⁵²⁾。第 1 に、人事編第 149 条の規定は、子の身上に対する権だけでなく、財産に関する権にも関わるので、総則の方に掲げるほうが穏当であること、第 2 に、人事編には父が知れざる場合についての規定がないので、これをもうけたこと、第 3 に、懲戒権との関係である。長くなるが、引用する⁵³⁾。

第三に改めました点は百四十九条には「親権ハ父之ヲ行フ」と広くあつて其子が三十歳になつても四十歳になつても将た五十歳になつても父が親権を行ふやうに見える左り乍ら次の箇条を見ますと次の百五十条の監護権に関する規定それから百五十三条以下の財産に関する規定いづれも未成年と云ふ字が使ふてあります未成年の子に特別の事になつて居りますさうすれば残る所懲戒権丈けで此懲戒権は既成法典の如くであると子が三十四十乃至五六十になつても父が矢張り懲戒権を行ふことを得ると云ふことになつて居る私共の考へました所ではどうも三十四十乃至五六十の年齢に達した

52) 第 151 回法典調査会『民法議事速記録』49 卷 153 丁裏以下〔法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 六』（日本近代立法資料叢書 6, 商事法務研究会, 1984) 417 頁以下〔以下, [] 内に該当頁を掲げる〕。

53) 『民法議事速記録』49 卷 156 丁裏以下〔418-419 頁〕。引用にあたり、原文の片仮名を平仮名に改めた。

子が少々不都合があつても之を父母が打擲する権があり又は裁判所に御願ひ申して懲治檻入を願う云ふことは日本の慣習になからう又さう云ふ必要はないと考へます、好しさう云ふ者は懲治檻に入れても直ることはないと思ふ残念なことでもありますけれども致し方はない又民法の上で以て懲戒権を認める必要のあるのは主として裁判所に迄訴へてそれを公の建物の牢見たやうな所に入れるのでこそ此民法に規定を置くと云ふことが必要になつて来ますが実際の所は固より父子の関係として出来得るだけは子の善くなることを努めるでありませう、それで善く直らぬ者は仕方がありませぬ其中に若し公けの秩序を乱すやうな者があれば裁判所が捉まへて公の処分をする此条文があつても三四十の者を捉まへて懲治檻に入れると云ふことはないと思ひますさうして見たならば此場合に於て成年の後迄も親権が継続して居ると云ふことは十分の理由なきことと考へましたから親権は未成年に限る者と改めました〔下線部は原文のまま〕

梅は、人事編について、人事編第149条は、親権の対象を未成年者に限定していないが、住家及び子の財産に関する規定(人事編150条、153条)では「未成年」と明示していること、懲戒権に関する人事編第151条には「未成年ノ」という限定はないが、内容から考えて成年者に適用はないことから、親権が成年に達した後も継続していることには理由がないとして、親権を未成年に限ると改めたと説明する。その中で、民法に懲戒権の規定を設ける意義は、父母には子を打擲する権利があること、裁判所に申し立てて懲治檻に入れることができることの2点にあるが、成年に達した者(梅の説明では30歳以上)についてはそのようなことは日本の慣習にはなく、その必要はないこと、30歳・40歳で公の秩序を乱す者は、裁判所が捉えて公の処分をするのであって、この条文によって懲治檻に入れるということはないこと⁵⁴⁾をあげている。また、梅は、この説明の後で、戸主権と親

54) この部分の梅の説明が何を意味しているかは判然としない。成年に達した者が公序を乱す場合には、裁判所の判断を経た刑事処分(「裁判所カ捉マヘテ」「公ノ処分」)が下されるので、民法の懲戒権の規定により裁判所が懲治檻に入れるということはないということを行っているのだろうか。

感化法と親権 (1) (許)

権と分け、親権は子の利益を図るものということになったならば、成年までとするのが当然と思うとも述べている⁵⁵⁾。

しかし、法典調査会では、親権に服する子を未成年の子としたことに批判が集中した。「二十ニナレバドンナ子デモ独立シテ假令ヒ親ノ厄介ニナル者デモ親権ニ服シナイト云フコトハ我が国ニ適當シナイト思フ既成法典ガ漠然トシテ居ルノガ却テ妙味ガアリハセヌカト思フ」「私共ノ願ヒハ既成法典ノ如ク單簡ニシテ置キタイト思フ」という尾崎三良の発言を受け、磯部四郎も、(人事編)第一草案・第二草案が未成年の子といていたのを元老院で、子というものは親に従うというのが日本の道德であり、外国に倣う必要はないということで改正になったのであり、それをさらに改正するには注意が必要であると発言する。

その後、穂積八束が親権について成年と未成年を区別することを批判する意見を述べると、梅は反論を加え、親権と親子の関係とは異なること、親権はつまり子の監護及び教育であり、三十四十になった者を監護する、教育するという事はないこと、成年が20年で早すぎるというは宜しいが、一旦20年を成年としておきながら、親権の方はそれではいけないというのは了解しかねると述べた。

55) 『民法議事速記録』49巻158丁表[419頁]。親権を戸主の権限とするか父母の権限とするかについては、第128回法典調査会(1895〔明治28〕年10月2日)において問題となっている。原案747条が「戸主ハ其身分及ヒ資力ニ応シテ家族ヲ扶養シ且教育スル義務ヲ負フ但家族カ自ラ其費用ヲ支弁スルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス」としたことをめぐって議論となり、教育権は親権に規定するので、この規定は戸主の費用負担に関する規定とし、その旨の修正が議決されている(民法決議案(明治29年1月15日配布)755条「戸主ハ其身分及ヒ資力ニ応シテ家族ノ扶養及ヒ教育ノ費用ヲ負担ス但家族カ自ラ其費用ヲ支弁スルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス」)。しかし、議会に提出された民法中修正案では、単に戸主に扶養義務を課す規定となっている(旧747条「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」)。法典調査会での議論につき『民法議事速記録』43巻67丁以下[法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 五』(日本近代立法資料叢書5, 商事法務研究会, 1984)597頁以下]参照、また、小口『親の懲戒権』168頁参照。教育の費用負担については、後掲注(62)・注(63)参照。民法中修正案については後述する。

しかし、ここで横田國臣が尾崎の意見に賛成して「独立ノ生活ノ出来ル者ダケニシタ方ガ宜カラウト思フ」と発言し、結局、尾崎が「但独立ノ生活ヲ営ム成年者ハ此限ニ在ラス」という修正を提案して、可決された⁵⁶⁾。

修正案は、第152回法典調査会(1896〔明治29〕年1月15日)の最後に、起草委員から提出されている⁵⁷⁾。

修正案 起草委員提出

第八百九十条第一項 子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス⁵⁸⁾

この修正の結果、個々の親権の効力の規定について、必要に応じて原案の「子」に「未成年ノ」の字を加える修正が施されることになった。監護教育(原案892条, 旧879条), 居所指定(原案893条, 旧880条), 職業・兵役の出願の許可(原案895条, 旧881条・旧883条)⁵⁹⁾, 財産管理(原案897条, 旧884条), 子の配偶者の財産管理の代行(原案898条, 旧885条), 利益相反行為(原案900条, 旧888条), 子の戸主権・親権の代行(原

56) 『民法議事速記録』49巻158丁裏-162丁表[419-422頁]。小口『親の懲戒権』169-170頁参照。

57) 『民法議事速記録』50巻66丁[467-468頁]。

58) その後、第19回民法整理会(1897〔明治30〕年7月23日)において、2項に「家ヲ去リタルトキ」を加える修正をしたことが梅から説明され、了承されている(『法典調査会民法整理会議事速記録』〔以下『整理会議事速記録』〕6巻110丁裏-111丁表〔法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法整理会議事速記録』(日本近代立法資料叢書14, 商事法務研究会, 1988)467-468頁]。

59) 原案895条は、職業許可と兵役出願許可とを1箇条で規定していたが、法典調査会では、「未成年ノ」という字を入れるべきか否かで議論となり、兵役出願許可についてののみ「未成年ノ」の字を入れることになった(第152回法典調査会『民法議事速記録』50巻12丁裏-24丁表[438-444頁])。その結果、未成年の子の兵役出願許可に関しては、893条の次に新たに894条の規定を置き、895条は、(成年の子も含む)職業許可についてののみ規定するという修正案が通った(第155回法典調査会『民法議事速記録』51巻2丁裏-3丁裏[520-521頁])。しかし、整理案の段階で、後者についても「未成年ノ」という字を加えることになった(第19回民法整理会『整理会議事速記録』6巻111丁[468頁])。

案 910 条, 旧 895 条) 等である。ここでは, 監護教育に関する原案第 892 条の修正について概観する。

(イ) 原案第 892 条とその修正——監護教育権

監護教育に関する原案第 892 条については, 父母が監護教育の義務を負うとする点, 及び, 未成年の子に限定することの可否に関して議論が交わされた。この 2 点は, それぞれが独立してというよりも, 複合して論じられている印象があるが, ここでは, 後者に重点を置いて検討する⁶⁰⁾。

原案第 890 条が親権の対象を「未成年ノ」子に限ったため, 原案第 892 条には「未成年」という字がなかった。そこで, 梅は, 冒頭, 「先刻ノ議決ノ精神ニ本ツキマシテ此子ト云フノハ未成年ト云フコトニナルベキデアリマス文章ハ跡デ能ク改メマス」と述べてから, 本条の趣旨説明を行った⁶¹⁾。人事編には本案のような明文がないこと, 教育については民法に規定がなく, 明治 24 年 11 月文部省令第 16 号⁶²⁾に規定があるが, 元来, 父が子を教育する権利義務を有するというような事柄は親権の最も重なるものであり, 民法に規定をした方が穏当と考えたこと, 文部省令の規定することに民法と矛盾しているが⁶³⁾, 文部省令は憲法発布前の勅令であるから少し疑

60) 詳細は高橋大輔「子どもを養育する義務規定の成立前史——明治民法 879 条の成立まで」筑波法政 41 号 (2006) 19 頁, 特に 27 頁以下参照。

61) 第 151 回法典調査会『民法議事速記録』49 卷 171 丁 [427 頁]。

62) 小学校令 (明治 23 年勅令第 215 号) 20 条は, 満 6 歳から満 14 歳に至る 8 箇年を学齢とし, 学齢児童を保護すべき者に学齢児童を尋常小学校教科終了まで就学させる義務を課した。明治 24 年文部省令第 16 号によれば, 本条の学齢児童を保護すべき者は, 父母, 父母共に戸主でないときに父母及び戸主, 父母死亡等によりその義務を行うことができないときに後見人, 後見人が戸主でないときに後見人及び戸主の順でなる (1 条。学齢児童が戸主のときにつき 2 条参照)。児童を保護すべき者は, 授業料を納める義務も負った (小学校令 44 条)。

63) 民法では戸主の教育の義務は教育の費用を負担する義務であるが, 省令ではそうではないことなどを梅はあげる。戸主の義務につき, 前掲注 55) 参照。なお, 1900 (明治 33) 年の小学校令 (明治 33 年勅令第 344 号) では, 学齢児童保護者は, 「学齢児童ニ対シ親権ヲ行フ者又ハ親権ヲ行フ者ナキトキハ其ノ後見人」である (32 条 4 項)。また, 同小学校令では, 市町村立尋常小学校においては, 特

わしいこと、勅令では学齢児童としかなく、学齢に達しない者と学齢に達した成年について規定がないのは少し不完全と思ったことを梅は説明している⁶⁴⁾。

すると、穂積八束は、「此処ヲ未成年トスルト何処ガ成年ニナルカ跡デ能ク御熟考ヲ願ヒタイ」と述べた後、その外のこととして、「義務ヲ負フト云フコトハ省キタイと思フノデアリマス」と発言した。本案の趣意は公に対する義務、国家に対する義務であることで、民法に規定する必要はなく、教育令等にその主義が現れていればよい、親権の性質として子を監護し教育することは親の権力であるということをいっておけば、別に教育する権利があり教育を受けさせる義務があるということはいわなくてよいというのである⁶⁵⁾。

すると、梅は、次のように発言した。

私は此子と云ふことを未成年と云ふことには毛頭考へない懲戒権の如きは未成年と限らぬ方が宜い只既成法典の百五十条の場合とか財産の管理の場合とかは未成年と云ふ字が冠つても宜いが監護と云ふのはどう云ふことかと言へば減多に飛出されたり遠方に往つたりしてはいかぬと云ふので次の教育と云ふ言葉を出す言葉である今日の学齢児童は小学校の規定しかないことで大きくなつて尚ほ志があつて学問をしたくも子の方で親に教育を是非させて呉れと云ふことを迫ることは出来ぬそれ故本案に規定を置いたのである

梅は、この説明に続いて、「第二ニ穂積八束さんノ御質問ニ御答ヘシマスガ」と前置きをして、親権は民法に規定する以上、権利というよりもむしろ

別の事情がなければ、授業料を徴収することはできないとされた(57条)。

64) 『民法議事速記録』49巻171丁表-172丁表[427頁]。前掲注62)・注63)も参照。

65) 『民法議事速記録』49巻172丁裏-173丁裏[427-428頁]。なお、穂積は、「子ハ父ノ親権ニ服ス」(原案890条1項)とあるのは、「只服従スルノ意味デ書イタ」とも述べている。

感化法と親権 (1) (許)

る義務が主であること、もしこれが権利でないならば、民法に規定するのは間違いで、公法に規定しなければならないが、民法の規定という以上、公法を離れて規定しなければならないこと、民法は、教育制度に従って教育する権利があり義務があるということをみておけばよいこと、「此ニ請フ権利義務ト云フノハ社会ニ対シ国ニ対シテト言フノデナク私法上ノ関係カラ子カラ親ニ対シ親カラ子ニ対シテ定メタ積リデアル」と答えている⁶⁶⁾。

この梅の説明のうち、穂積の質問に答えた部分の意味は比較的明快だが、「未成年」に関する前半の部分は、やや判然としない。「懲戒権ノ如キハ未成年ト限ラヌ方ガ宜イ」と述べている⁶⁷⁾ところをみると、懲戒権は成年者にも及ぶという立場をとっているように思われるが、そうになると、原案第890条での説明と矛盾することになる。また、監護教育の内容として、教育を重視し、監護については、「教育ト云フ言葉ヲ呼出ス言葉」とであると説明するだけで、ほとんど触れていないことも興味を引く⁶⁸⁾。

この後、法典調査会では、横田國臣、山田喜之助、尾崎三良等が穂積の意見に賛成する意見を述べたが、ここでは、横田と尾崎の発言に注目したい。横田は、上述の梅の発言の直後に、次のように発言した。長くなるが、引用する⁶⁹⁾。

私は八百九十条に於て改正のあつたに拘はらず此箇条は至当のものと考へ

66) 『民法議事速記録』49巻173丁裏-174丁裏[428頁]。

67) 句読点がないため、この文とその前の文とのつながりをどう解するかで梅の発言の意味が変わる可能性がある。

68) 梅は、『民法要義四』で、旧法879条を「親権ノ身上ニ関スル効力ノ原則ヲ定メタ」もので、親権は、「子ノ教育ヲ保護センカ為メ」のものとしつつ、「監護ノ意義ハ説明ヲ要セスシテ明カナリ」として、専ら教育について説明する(350-351頁)。他方、協議上の離婚に際し、子を監護すべき者を定める旧法812条につき、子の「監護以外ニ於テハ毫モ親権ニ影響ヲ及ホサルコト固ヨリナリ例ヘハ子ノ教育、懲戒、其代表及ヒ財産ノ管理ノ如キハ総テ第五章ノ規定ニ従ヒ親権ヲ有スル者ノ権内ニ属スヘク」と説明する(208頁)。なお、旧法編纂過程における「監護」の語につき高橋・前掲注60)34-37頁参照。

69) 『民法議事速記録』49巻174丁裏-175丁表[428-429頁]。

るそれで此義務を負ふと云うことを削ることにしたならば親子の関係ならば或はさうしても宜いか知らぬが私は非常な想像か知らぬが自分の子と云ふ者が——幼年者が他の者を傷つけると全く父母から其義務を負はなければならぬ子の教育を外の者がして呉れても親が負はねばならぬと思ふ私は幼年者とそれから今の丁年者と云ふ者の親権は幾分か変へたほうが宜からうと思ふ丁年を超えた以上は親が教へたければ教へると云ふので宜からう又幼年のやうに三十にも四十にもなつた者を監護して居らなければならぬと云ふことは不用である私が丁年以上の者に付いても親権がある方が宜いと云ふのはそれは大変無頼者であつて親の言ふことも聞かず金を使つて仕舞うとか乱暴なことをやると云ふ場合には此丁年以上の者に付ても必要と認めるが只守りをして貰うとか教育をして貰うとか云ふことは別に必要はないと思ふ

横田は、成年者についても親権を認めるが、その内容は、未成年者に対するものと異なり、監護や教育は必要ないが、無頼者で親の言うことを聞かず、金を使うとか、乱暴なことをやるような成年者については親権が必要であるという。監護教育以外の親権で無頼者等について必要なものが具体的に何を意味するかはこの発言からは明らかではないが、原案第890条や梅の先の発言等から考えると、懲戒権のことを意味しているようにも思われる。

横田の次に発言した山田は、穂積の意見に賛成し、親が子を教育する義務は国家に対する義務で、子に対する義務ではないこと、もし義務であるならば、民法典に一節をもうけて義務編を設けることを提案する。しかし、梅は、民法に書くのは私法上の義務であることを再び強調する。

続いて尾崎は、本条については「未成年」の字を加えない方が良いとした上で、次のように発言する⁷⁰⁾。

70) 『民法議事速記録』49巻176丁裏-177丁表[429-430頁]

感化法と親権 (1) (許)

成程始終極端の御話が出て四五十になつたものを監護してやらぬでも宜いと言はれるがさう極端なことを言はぬでも随分大きくなつても監護と云ふことがある子供が旅をして分らぬときは人をやつて尋ねるとか危うい所に往くならばそれを止めるとか船は波が荒いからいけぬと云ふことは随分言ふことであるその権利のないと云ふことになつては不都合である又教育も普通教育で済むこともありませう又中等以上の人間であつたならば二十計りで限るに及ばぬ是は矢張り未成年と云ふ字は入れぬでも差支なからう

そして、尾崎は、監護も国家に対する義務であるとして、「義務」という字を削ることも提案する。尾崎の発言は、横田と異なり、成年者に対する監護や教育の権限の必要性を述べるものであるが、ただ、その内容からみて、それが親権として認めなければならないほどのものなのかは疑わしい。

法典調査会では、この後も専ら親の義務に関する意見が交わされ、「未成年」という字を加えるかどうかについて採決が行われて、賛成多数により加えることとなった。なお、「義務ヲ負フ」を削除する案は否決されている。

この採決の直後、会議の終了直前に、穂積八束と梅との間で次のようなやり取りがあった⁷¹⁾。

穂積八束君 一寸伺ひますか次の八百九十三条以下は監護教育の講釈見たやうなことで無駄なことではないのでありますか若し無駄なことであるなら……

梅謙次郎君 初めの案の通りにすればさう見ても宜かつたのであります但し八百九十条がああ改まりましたので八百九十四条の子の懲戒のことは未成年でない者にも這入るという考へであります成程八百九十二条の必要のあるのは教育の為に必要であるか監護の為に必要であると云ふ場合になりませうが場合に依ては乱暴で仕方がない持余した親が懲戒

71) 『民法議事速記録』49巻180丁裏-181丁表[432頁]

場に入れる場合にも当嵌めるのでありますから是れは教育監護の中に籠
ることはないと思ひます

梅は、親権の対象を未成年の子に限った原案のとおりならば、第 893 条以下
の規定は(穂積のいうように) 監護教育の講釈(監護教育の具体的な内容
という意味だろうか。)と見てもよかったが、原案第 890 条が修正されたの
で、懲戒は未成年でない者も対象とするという考えである、第 892 条(第
894 条の誤りと思われる。)が必要になるのは、教育監護のために必要であ
るという場合になろうが、場合によっては乱暴で仕方がない、持て余した
親が懲戒場に入れる場合にもあてはめるので、これは「教育監護ノ中ニ籠
ルコトハナイ」⁷²⁾と説明する。穂積は、原案第 893 条以下が無駄であるな
らば、規定を削除することや審議を省くことを提案したかったのかもしれ
ないが、梅は、懲戒は成年に達した者にも及ぶので、そのようなことはし
ないことを示したものであろう。また、「乱暴デ仕方がナイ持余シタ親ガ懲
戒場ニ入レル場合」は、監護教育のために必要なことではないこともこ
こでは示されている。

このようにみてくると、懲戒権の対象に関する梅の説明は、原案第 890
条提案時とその修正後とで、矛盾しているような印象を受ける。梅は、懲
戒権の対象について、どのように考えていたのだろうか。もともと懲戒権
は成年者に対しても認められるが、民法の規定するようなやり方は(実現
不可能、執行不可能という意味で)成年者には実行できないので、未成年
者に限った原案を提案したのだろうか。しかし、それが修正されてしまっ
たので、元の考えに戻ったのだろうか。また、懲戒権は、未成年者につい
ては監護教育のために認められるが、成年者については、そうではなく、
乱暴で親が持て余しているような者を懲戒場に入れるために認められると

72) 「籠る」には、中にはいって外に出てこないという意味があるので、ここでは、
懲戒は、監護教育の中に入らない(含まれない)ことを意味しているものと思わ
れる。

感化法と親権 (1) (許)

考えていたのだろうか⁷³⁾。

(ウ) 原案第 894 条——懲戒権

(i) 法典調査会での議論

懲戒権に関する原案第 894 条は、第 152 回法典調査会 (1896 [明治 29] 年 1 月 15 日) で議論されている。原案第 894 条の文言は、原案第 890 条の修正の前後で変更はなく、その対象は、未成年に限られない「子」である。

梅は、原案第 894 条について、人事編第 151 条及び第 152 条と同じであるが、次のように修正したと説明する。第 1 に、「過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」を、幾分か明瞭になると思って「必要ナル範囲内ニ於テ」としたこと、第 2 に、「感化場又ハ懲戒場」とあったものから「感化場」を削ったこと、第 3 に、「其日数ヲ増減スルコトヲ得」とあったものを「短縮スルコトヲ得」と改めたこと、第 4 に、人事編第 152 条第 3 項・第 4 項は手続上の規定であり、手続上の規定は民法に掲げないので、省いて手続法に入れることにしたこと、の 4 点である⁷⁴⁾。

感化場を削った理由につき、梅は次のように説明する⁷⁵⁾。

之は深い意味も無いのでありますが「感化場」と云ふのは純然たる感化丈けて——字の如く感化丈であるならば寧ろ之は教育上に属すべきものと思ひます夫れてあれは之は教育権の範囲内で態々裁判所を煩すことを要せず父か勝手に出来る事であらうと思ひます夫故に此場合は要りますまい若し又感化場と云ふ名はあつても矢張り幾分か懲戒の方法を用いるもので身体を拘束するとか苦痛を与へるとか云ふものであれば矢張り法律の上から見れば懲戒場であります詰り此箇条の精神と云ふものは子を監禁するのであ

73) こうした疑問に対する一つの説明として小口『親の懲戒権』171-176 頁がある。後にその一端について検討する。

74) 『民法議事速記録』50 卷 6 丁裏以下 [435 頁以下]。

75) 『民法議事速記録』50 卷 7 丁 [435-436 頁]。

ります其監禁することは幾ら父と雖も勝手には出来ぬ幾ら父と雖も裁判所の許可を得なければならぬと云ふことであらうと思ひますから「感化場」と云ふと懲戒しない性質の所に入れるものまで裁判所の許可を受けると云ふことに見えて不都合と思ひますから削りました

梅の説明によれば、感化場を削った理由は、第1に、感化は教育の範囲内のことなので、裁判所を煩わせる必要はなく、(教育権を行う)父が勝手にできることであり、不要なこと、第2に、感化場という名称であっても、懲戒の方法を用いるもので、身体を拘束したり苦痛を与えるものは懲戒場であること、第3に、本条の精神は子を監禁することにあり、父といえども勝手にはできず、裁判所の許可を得なければならないこと、もし本条に「感化場」というと、懲戒しない性質の所に入れるものまで裁判所の許可を受けるように見えて不都合なことにある。梅は、人事編第152条に規定する「感化場」と「懲戒場」とを区別し、前者は教育の範囲内で懲戒しない性質のものであること、それに対し後者は、懲戒する性質のもので、懲戒の範囲内にあり、子を拘禁するものであると捉えていることが判る。

法典調査会では、この梅の説明を受け、「相当ノ懲戒場」の意義についての質疑が行われた。まず、長谷川喬が次のように発言する。長くなるが、引用する⁷⁶⁾。

一寸伺ひますが此「相当ノ懲戒場」と云ふことは私は疑つて居りましたが只今の御説明に拠ると感化院に入れるのは此処に含むものてない勝手に入れて宜しいと云ふこととありましたが此感化院と云ふものはどんな規則に為つて居るか知りませぬが此処で見ると「相当ノ懲戒場」とありますからあれは「相当ノ懲戒場」と云ふ中に這入らぬと云ふことも六かしい御承知の通り刑法では十二歳未満の犯罪に付ては懲治場に入れると云ふ一つの定まつた規則があります懲治場ならば懲治場に入れて呉れと云ふことかある

76) 『民法議事速記録』50巻8丁裏[436頁]

感化法と親権 (1) (許)

から出来るがここと言ふと「相当」であるから裁判所が勝手に定めて宜しい其時に或人の考ては之は感化院へ入れると云ふやうな説もあらうと思ひます誠に其範囲が六かしい又場所も定め悪くと思ひます既に懲治場と云ふものかあるとして見れば之を「懲治場」としたら如何てございませうか〔下線部は原文のまま〕

この発言には明確に理解し難いところがあるが、前半では、「相当ノ懲戒場」には、感化院に入れることは含まれないというが、それは難しいのではないかという趣旨をいい、後半は、それを受けて、「相当ノ」の判断が難しいので、既に懲治場があるので、「懲治場」としてはどうか、という趣旨のことをいっているように思われる。

これに対する梅の説明は、次のとおりである。長くなるが、引用する⁷⁷⁾。

恰度今長谷川君の仰せられたことは心着きましたがあちらと文字を揃へた方が宜くはないかと思ひましたが唯だ私が疑ひましたのは今日はどう為つて居るか能く知りませぬが裁判所に刑事の被告人が出ましてさうして年齢の理由で以て放免された者と又普通の唯だ暴はれ小僧と一緒にすると云ふことは如何てあらうか唯だ暴はれて親の言ふことを聴かないで始末に了へないと云ふので一つ懲戒場に入れたら宜からう例へは無闇と近所の子供と喧嘩をして困ると云ふやうな事丈で別に盜坊をすると云ふやうな者でもない者を刑事の被告人と一緒にすると云ふことは危険であらうと思ひます夫れて懲治場が出来て居るか知りませぬが可成は別な処へ入れることが出来るならば別なところに入れたいと云ふ考えを持つて居りますからそれで熊さと「懲治場」と云ふ字を避けましたが成程「懲戒場〔許注：原文のまま〕」と言ふと感化院と云ふやうなものもあるやうに見えるという疑ひかあると云ふことは御尤もて其辺は十分御考を願ひます〔下線部は原文のまま〕

梅は、文字を揃える（「懲治場」とする）ことも考えたが、刑事被告人で年

77) 『民法議事速記録』50巻9丁 [436-437頁]。

齢を理由に放免された者(不論罪の者)と、刑事被告人ではなく、暴れたり無闇と喧嘩をして親の手におえないという者とを一緒にすることは危険であるから、できるなら別の所に入れたいという考えで「懲治場」という字を避けたと説明する。ただ、「懲戒場」というと感化院のようなものもあるように見えるという疑いがあることはもっともであるという。感化院に入れることは本条の対象に含まれないと明言したにもかかわらず、「懲戒場」には感化院のようなものもあるように見えるという紛らわしさのあることを認めている。

これらのやり取りの意味について考える前に、感化場や懲戒場とは区別された「懲治場」について、簡単にみておくことにする。

(ii) 懲治場、感化場、懲戒場

懲戒権の対象となる子を感化場又は懲戒場に入所させるという考えは、民法草案人事編(以下「第一草案」)からみられる。第一草案では、懲戒権について、次のように規定していた。

民法草案人事編

第八章 親権

第一節 父母其子ノ身上ニ有スル権

(第238条から第242条まで略)

第二百四十三条 父若クハ母ハ家内ニ於テ其子ヲ懲戒スルノ件ヲ有ス但過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス

第二百四十四条 父若クハ母其子ノ行状ニ付重大ナル不満ノ事由ヲ有スルトキハ地方裁判所長ニ請願シテ其子ヲ相当ノ感化場若クハ懲戒場ニ入ルルコトヲ得

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

入場ノ日数ハ十六年未満ノ子ナレハ三箇月又満十六年以上ノ子ナレハ六箇月ヲ超過スルコトヲ得ス但シ父若クハ母ハ常ニ裁判所長ニ請願シテ其

感化法と親権 (1) (許)

日数ヲ延長シ又ハ減縮スルコトヲ得 (仏第三百七十五条以下、伊第二百二十二条)

第二百四十五条 父母及ヒ子ハ裁判所長ノ決定ニ対シテ控訴院長ニ抗告ヲスルコトヲ得

所長及ヒ院長ハ検事ノ意見ヲ聴キ裁判ス可シ (伊第二百二十三条)

第二百四十六条 父若シ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

これらの規定につき、『民法草案人事編理由書』は次のように説明する⁷⁸⁾。子の教育は、最も困難な事業であり、その目的を達するには多少の懲戒権を用いる必要がある。法律は、懲戒権を与えるが、過度の懲戒を加えることを禁じ、もし過度の懲戒を加えるときは、親権の喪失を宣告することができる。懲戒が過度かどうかは、裁判官の査定による。もし子の性質が不良で、尋常の懲戒を以て改心させることができないときは、法律は、一層厳酷な懲戒処分を用いることを認める、すなわち、その子を「勾留セシムルノ権」である。第 245 条は、その手続を規定するものである。子を勾留すべき場所は、「特別ノ懲戒場タラサルヘカラス若シ之ヲ普通ノ監獄ニ入ト罪囚ト同居セシムルトキハ懲戒ニ非ラスシテ却テ悪性ヲ進ムルニ至ルヘシ」として、監獄に入れて犯罪者と同居させることを認めない⁷⁹⁾。ここでは、懲戒場は、監獄とも感化場とも区別されているが、『民法草案人事編理由書』に感化場についての説明はない。

第 246 条は、成年又は自治に至った子の父母に認められた権限である。子が成年に達し、又は自治に至れば、子に対する父母の親権は終了し、何

78) 『民法草案人事編理由書 下巻』40 丁表-41 丁裏。第一草案も含め人事編編纂過程における懲戒の規定に関し、詳細は小口『親の懲戒権』95 頁以下参照。

79) 小口『親の懲戒権』97 頁は、これを「矯正のための特別の施設」とし、また、同 173 頁は、第一草案の懲戒権の規定は、「感化院」が子の矯正すなわち教育を目的とする施設であることを重視し、「懲戒場」にも同じ意義をもたせたものとする。ただ、民法草案人事編理由書には、「感化場」についての説明がなく、また、「懲戒場」と懲治監・懲治場との異同についてもこれ以上の説明がないため、筆者には判断のつきかねるところがある。後述する。

の権力もない。もし子とその父母を軽蔑し、また放蕩に流れるなどの事情があるときも、父母はこれを教諭するほかない。その無形の権力を以て子の改心が得られないときは、如何ともしがたいが故に、「止ムコトヲ得サルノ事情アルトキハ」父母はその同居の子を家より遠ざけることができるものとしたものである⁸⁰⁾。

なお、第一草案の親権に関する規定は、その後の編纂過程で大きな修正を受け、懲戒権に関しても第246条が削除されるなどして⁸¹⁾、人事編第152条の規定となったが、感化場又は懲戒場に入れる権利は維持されている。

では、懲戒場と区別された懲治場とは、どのようなものだったのだろうか⁸²⁾。

明治5年の監獄則(明治5年11月27日⁸³⁾達第378号)第10条によれば、懲治監は、監獄に付設され、「二十歳以下懲役満期ニ至リ悪心未タ悛ラサル者或ハ貧寒営生ノ計ナク再ヒ悪意ヲ挟ムニ嫌アルモノ」を留めて営生の業を勉励させるほか、「平民其子弟ノ不良ヲ憂フルモノアリ此監ニ入ンコトヲ請フ者ハ之ヲ聴ス」として、不良の子弟についての平民からの請願懲治(出願懲治、情願懲治ともいう。)を認めていた⁸⁴⁾。また、同条は、懲治

80) 『民法草案人事編理由書 下巻』41丁裏-42丁表。子の生活が窮するときは、必要の養料を支給すべきとされている。小口は、246条を「子の放逐規定」と呼び、いわゆる「勘当」とは異なり、養料を支給する点からみて、独立せず、親の保護下にある成年子に対する親の一般的懲戒権ともいうべきもの、家から遠ざけるという罰を与えるものではなく、その子の独立を促すという教育目的を促すために規定されたとした上で、親権の効力を未成年に限定しておきながら、その枠組みを逸脱する規定を置くことで、第一草案の内実は矛盾を抱えたものとなったとする。小口『親の懲戒権』97頁-99頁。

81) 詳細は小口『親の懲戒権』105頁以下参照。

82) 懲治制度の詳細につき矯正協会編『少年矯正の近代的展開』(矯正協会, 1984〔以下『少年矯正』〕)第2章参照。

83) 日付は法令全書に拠った。なお、姫嶋瑞穂『明治監獄法成立史の研究』(成文堂, 2011)〔以下、姫嶋『明治監獄法成立史』〕44頁注27)参照。以下、監獄法については本書によるところが大きい。

84) 旧習に倣い、士族については自宅仕置(自宅懲戒)を採ったものであるという(重松一義『少年懲戒教育史』(第一法規出版, 1976〔以下、重松『少年懲戒教育史』〕118頁)。後掲注87)・注88)も参照。

監には「二十一歳以上ト雖モ逆意殺心ヲ挟ム者」を収容したり、脱籍無産復籍の難しい者を、懲役刑終了後に懲治監に移して工芸を習わせ、独立の生計のめどが立った後は、本人の望む地に入籍させることなども規定するなど、その対象者は多岐にわたり、「複合的な性格の施設」⁸⁵⁾であった。

請願懲治には裁判所の判断が関わらないため、その手続が問題となる。1873〔明治6〕年2月7日付の東京府に対する司法省の回答は、この場合も裁判所の決定によるものとしたが、1874〔明治7〕年に撤回され、監獄則第10条に従い、行政指導によって懲治監への収容を図る旨の回答がされた⁸⁶⁾。1876〔明治9〕年には、警視庁から「不良子弟懲治檻入出願手続」が区長戸長に布達された⁸⁷⁾。それによると、それまでは東京府庁へ願ひ出していたが、今後はその区警視署へ出願すること、不良子弟の懲治監入りを願う事由を詳記し、父は最近親戚1名、母は子の父の最近親戚2名、兄は最近親戚2名連判の上、該区戸長の奥印を受けて、申し出ることなどが定められている。なお、この手続は、不良子弟を私宅に監置する場合にも参照されることになった⁸⁸⁾。

85) 姫嶋『明治監獄法成立史』33頁。

86) 『少年矯正』11-12頁。

87) 「不良子弟懲治檻入出願手続」明治9年3月10日警視庁布達2ノ第163号。同年8月7日の警視庁甲第2号達により、以後、懲役署へ願ひ出るものとされた。いずれも太政類典第2編第363巻(国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/item/1387143>)、『少年矯正』14頁。

88) 私宅への留置は、「私宅内に押し込める座敷牢の慣行」(長沼「作成過程」111頁)と呼ばれるように、不当監禁の問題を生ずることは否めない。1878〔明治11〕年5月31日付の警視庁布達甲第38号「瘋癲人等私宅ニ鎖鋼スル者出願手続」は、「瘋癲人看護及不良ノ子弟等教戒ノ為メ不得已私宅ニ於テ鎖鋼セントスル者ハ明治九年三月十日元警視庁ニ於テ区戸長へ相達候懲治檻入願手続ニ照準シ其事由ヲ詳記シ親族連判ノ上(略)所轄警視分署へ願出認許ヲ可受(以下略)」とした(太政類典第3編第33巻(国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/item/1337468>))。願出は、その父兄や親戚等非理によるものでないかどうかを精細に調査した上で認許すべきこと、また、鎖鋼認許後は父兄や親の取扱いに注意し、もし苛酷の処置があると察するときは臨時に出張検視すべきことなどを定めた取扱心得も示されている。詳細は赤倉貴子「明治33年「精神病者監護法」の成立」六甲台論集47巻3号(2001)10-11頁参照。

監獄則は、英国の監獄制度及び法の影響を受けたとされているが、脱籍無産者と請願懲治の幼年者を懲治監で処遇する着想はフランス法の影響を受けているという⁸⁹⁾。いずれにしても、刑罰を受けた者とそうでない不良少年(請願懲治による者)とを分けずに収容する点、また、懲治のために入所する者とそうでない者とを区別していない点などは、当時から批判されていた⁹⁰⁾。

明治14年の改正監獄則(明治14年太政官第81号達)は、監獄に懲治場を設けて懲治人を懲治する所とした(1条3号)。懲治人とは、刑法(明治13年太政官第36号布告)第79条・第80条・第82条に従い、懲治場に留置する幼年の者及び瘡啞者並びに「尊属親ノ請願ニ由テ懲治場ニ入タル者」である(19条)。刑法の規定によれば、罪を犯す時に12歳未満の者は、その罪を論ぜず、ただし、満8歳以上の者は、情状によって満16歳に過ぎない期間、懲治場に留置することができ(刑法79条)、満12歳以上16歳未満の者で、是非弁別なく罪を犯したものは、その刑を論ぜず、ただし、情状により、満20歳に過ぎない期間、懲治場に留置することができた(刑法80条)。瘡啞者はその罪を論ぜず、ただし、情状により、5年に過ぎない間、懲治場に留置することができた(刑法82条)。請願懲治は、「放恣不良ノ者ヲ懲治場ニ入レ矯正帰善セシメント其尊属親ヨリ願イ出トキ」に認められたが、裁判手続によることなく、戸長の証票を具することとされ、在場期間は6か月を1期として2年を超えることはできない(18条、20条1項)⁹¹⁾。

懲治人は、年齢に従い、16歳未満の者と満16歳以上の者、満16歳以上20歳未満で再び懲治場に入る者と初めて入る者はその居房を別にするもの

89) 姫嶋『明治監獄法成立史』31-34頁。

90) 留岡幸助『感化事業之発達』(警醒社、1897)〔国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/798734>〕109-110頁。

91) 20条2項には、入場を願い出た尊属親から、「懲治人ノ行状ヲ試ル為メ宅舎ニ帯往セント請フトキハ」その情状により許すと規定されている。

感化法と親権 (1) (許)

とされ (21 条), 同一区画内にある留置場・監倉・懲治場・拘留場・懲役場は, 牆壁をもって区画されることとされた (36 条)。懲治監の名称を改めたとはいえ, 幼年犯罪者等とそうでない者を区別せずに入所させている点は改められていない。

人事編纂時に言及された懲治場は, 時期的に明治 14 年監獄則に規定する懲治場を念頭に置いていたものと思われる。しかし, 監獄則は, 明治 22 年に改正され (明治 22 年勅令第 93 号), 尊属親が願い出て不良の子弟を懲治場に入れる請願懲治は廃止されることとなった。

明治 22 年監獄則では, 懲治場は監獄の一種で, 「不論罪ニ係ル幼者及瘡啞者ヲ懲治スル所トス」とされ (1 条 6 号)⁹²⁾, 懲治人は「不論罪ニ係ル幼者及瘡啞者」だけとなった。請願懲治が廃止されたのは, 請願懲治人に対して懲治場が悪影響を与えていたこと, 幼年者は更正が期待できるので, 犯罪者ではない不良少年はもはや監獄で取り扱うべきではないという理由による⁹³⁾。請願懲治の廃止により, 明治 22 年監獄則における懲治場は, (幼年犯罪者のための) 監獄としての性格を強めることになった⁹⁴⁾。また, 懲

92) 前掲注 33) 参照。

93) 姫嶋『明治監獄法成立史』111 頁。同所に引用された「勅令監獄則改正草案説明書」によれば, 「尊属親ノ情願ニ係ル不良ノ子弟ヲ監獄ニ入ルルハ之ヲ矯正帰善セシメント欲シテ返テ悪行黠行ヲ習ハシムルニ至ノ弊アルヲ認メ」本案ではこれを削ったこと, 「幼年者ハ一旦不良心ヲ起スト雖其思想未タ定ラサルモノナルカ故ニ之ヲ教育スルトキハ純然タル良民ニ復帰スルノ望ミ多キモノナレハナリ」と説明されている。ただし, 「勅令監獄則改正草案説明書」を直接参照することはできなかった (なお, 田中『未成年者処遇制度』21 頁注 17) も参照)。小河滋次郎『日本監獄法講義』(1890) [国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/796008>] [以下, 小河『日本監獄法講義』] 14 頁も, 「情願懲治ノ規定ヲ廃シ所以ノモノハ蓋シ彼ノ放恣不良ノ子弟ヲ矯正帰善セシメンカ為メニ之ヲ懲治場ニ入ル、トキハ之ヲ矯正セント欲シテ反ツテ反対ノ悪結果ヲ見ルノ恐リアルノミナラス事理上, 此種ノ子弟ハ其父兄又ハ私立ノ感化院等ニ於テ収養感化スヘキモノタルヲ認メタレハナリト信ス」とする。後掲注 95) も参照。

94) 他にも, 未決拘禁処遇法の整備や刑余別房留置制度の廃止等, 明治 22 年監獄則は監獄の純化を図ったという (姫嶋『明治監獄法成立史』111-113 頁)。

治場から除かれた不良子弟は、専門的な感化組織を持つところに入所させることが意図されたようである⁹⁵⁾。

明治22年監獄則によれば、懲治人は、年齢に従い、満8歳以上16歳未満の者、満16歳以上20歳未満の者、満20歳以上の者でその監房を別にするとし(12条)、また、同一区画内にある地方監獄・拘置監とは墙壁をもって区画されるものとされた(14条)。また、懲治人には、受刑者と異なり、教誨や農業・工芸教育等が用意されていた(明治14年監獄則47条、明治22年監獄則20条)。

監獄則の規定をみる限り、懲治場は、収容された懲治人の特性に応じた処遇をすることを意図していたが、実際にはほとんどほとんどその目的を果たすことができなかったようである。実際、感化法案を審議する貴族院の特別委員会で、説明員の小河滋次郎は、懲治場のありさまについて、懲治場の設備は極めて不完全で、監獄則により監獄の一部になっていること、各府県において懲治人の数はごく少ないため、懲治人の入る建物がなく、一つの区画に幼年囚(刑罰を受ける者)と同一の場所に置くとところもあること、専門的な設備(教育、職業訓練)も十分でないことを述べている^{96,97)}。

95) 小河『日本監獄法講義』51頁は、明治22年監獄則12条の解説において、不良の子弟を入監させるのは、刑法の規定によるものはやむを得ないが、そうでない者は、「之ヲシテ矯正善良ナラシメント欲シテ反ツテ悪行ヲ習ハシムルノ弊アルヲ以テ此種ノ者ハ渾ヘテ専門的ノ感化組織ヲ有スル場所ニ托スルノ得策ナルヲ認メタレハナリト信ス(第一条注釈参看)」とする。なお、「監獄則改正草案説明書」(「内務大臣請議監獄則改正案ノ件」(諸雜公文書明治21年3月28日(国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/img/2513653>))内の「監獄則改正草案 外二説明書副フ」所収)には、「情願入ヲ止ルトキハ不良ノ子弟ヲ持チシ父兄等ハ其懲治訓戒ノ術ニ困却スルナルヘシ之ヲ私家ニ監禁スレハ法律ニ触レ之ヲ社会ニ放任スレハ身家ヲ覆亡セシムルノ恐レアリ」とし、これらの者のために「必ス欧米ノ授職学校ニ倣ヒ一ノ懲治改良ノ場所ヲ設ケサル可ラス」として、そのための処分を要望している。

96) 第14回帝国議会議事録貴族院感化法案特別委員會議事速記録1号2頁。懲治場の不備と実質的な監獄内処遇のため、裁判官の中には、本来不論罪に処すべき者であっても刑罰を科すこともあったという(同1頁〔小河滋二郎〕)。

97) 明治5年監獄則による懲治監の設置は日本の行刑における教化主義の始まりと評価されるが、実際には、未成年犯罪者は増加の一途をたどり、また、教科教

感化法と親権 (1) (許)

他方、不良少年に対する感化制度の必要性は、明治初期から叫ばれ、1883〔明治16〕年に初めて大阪で池上感化院が開かれ、1885〔明治18〕年には東京感化院（神宮教院感化院）、翌年には千葉感化院が開設されるなど、各地に民間の感化院が設立されていった⁹⁸⁾。先の説明にあったように、明治22年監獄則により懲治場から排除された不良子弟は、このような感化院に入所することが望ましいと考えられていたものと思われる⁹⁹⁾。

岸本辰雄は、人事編第152条にいう感化場は、「今日東京ニ設立シアル感化院ノ類」をいい、官立・私立を問わず、「無頼ノ少年ヲシテ善ニ向ハシメントスルノ目的」をもって、多少の報酬を受け、若しくは受けずして、他人の子弟を預かるところ、懲戒場は、監獄署内に設置されるもので、その目的は、感化場と異なるところはなく、その方法に多少寛嚴の同じでないところがあるだけであると説明している¹⁰⁰⁾。岸本のいう「今日東京ニ設立シアル感化院」が東京感化院かどうかは別として¹⁰¹⁾、この説明をみる限

育も不完全で、懲治場は期待されたような結果を残さなかったという（田澤『感化教育』39頁以下、173頁以下。齋藤薫「感化法成立の経緯」お茶の水女子大学人間文化研究年報17号（1993）〔以下、齋藤「経緯」〕224頁）。秋山要「矯正院に於ける少年犯人の成績」法時6巻2号（1934）35頁には、「懲治場即犯罪学校の観を呈するに至つた」という辛辣な一節がある。

- 98) 明治初期の幼年者の処遇や感化法制定前の感化事業の状況につき、田澤『感化教育』、田中『未成年者処遇制度』、守屋克彦『少年の非行と教育』（勁草書房、1977）11-20頁、倉持史朗『監獄のなかの子どもたち』（六花出版、2016）、『少年矯正』特に第一編のほか、長沼友兄「明治十年代の感化事業への胎動」非行問題203号（1997）76頁、長沼友兄「明治初年代における欧米感化事業との出会い」非行問題204号（1998）81頁、社会局『感化事業回顧三十年』（社会局、1930）〔鮎川潤監修『戦前期少年犯罪基本文献集 昭和編Ⅰ 第5巻』（日本図書センター、2011）〕、小林仁美「1900年の感化法制定に関する一考察」奈良女子大学人間文化研究科年報5号（1989）39頁、長沼「作成過程」等も参照。
- 99) 例えば、1886〔明治19〕年の神宮教院感化院規則2条2号には、入院を許可される者として、満10歳以上20歳以下の少年で「己ニ父兄ノ情願ニヨリ懲治場ニアルモノ」や刑期終了後も本籍がなく、親戚等もない者、居所不定で犯罪の憂いのある者があげられている（『少年矯正』132頁）。

100) 岸本『民法正義』297頁。

101) 長沼「作成過程」113頁は東京感化院とする。

り、感化場は、当時各地に設立されていた感化院を指していたものと思われる。それに対し、懲戒場は、感化場と目的を同じくするが、その方法の寛厳に違いがあるとし、「監獄署内」に設置されるとしているところを見ると、懲治場のことを懲戒場と捉えていたように思われる。ただ、岸本は、懲戒場の目的を感化場と異なるところはないとしているが、民間の感化院が各地に設立されるようになった経緯を考えると、このような説明には疑問が残る。もっとも、当時の感化院の中には拘禁設備を持つものもあったこと¹⁰²⁾、他方、懲治場でも（実態は別として）教育的処遇を重視していたこと¹⁰³⁾などを考えると、感化場と懲戒場との違いや懲治場とは区別された懲戒場の意義は、それほど重要なことではなかったのかもしれない。

いずれにしても、旧法編纂時の懲治場は明治22年監獄則に規定するもので、尊属親の出願による不良子弟の懲治場入所は認められなくなっていた。このことを前提に、再び法典調査会での議論をみることにしよう。

102) 田澤『感化教育』145頁。

103) 小河滋次郎は、感化法案の貴族院特別委員会での審議にあたり、政府委員として、刑法の懲治という意味は感化教育という考えであり、実際においてもなるべく教育を施す取扱いをしていたと答えている（第14回帝国議会貴族院感化法案特別委員会議事速記録1号1頁）。また、明治22年監獄則の懲治場につき、「其目的ハ刑ノ執行ニハ非スシテ唯タ懲治ヲ施シ教誨感化シテ其行状ヲ改悛セシムルニアリ」として、懲治場を監獄の一種とみなすことは事理の宜しきを得たものではないと批判し、不良少年の懲治事業の如きは有志人民の設計に一任し、政府はただ保護監督するにとどめ、その組織は監獄の規制と全く異にするように主張している（小河『日本監獄法講義』13頁）。小河は、本来の（理想としての）懲治は感化教育であるべきことを述べているものであろう。なお、小河滋次郎『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』（1903?）〔小野坂弘監修『小河滋次郎監獄学集成 第3巻』（五山堂書店、1989）〕第4章2-3頁では、旧法882条は懲戒といい、刑法79条・80条は懲治と称し、感化法5条2号・3号には、他の種類の者と共に懲治に付せられた者に感化を施すとの規定があるが、法文によってその用語が同じでないにすぎず、その処分の性質はともに等しく感化教育に外ならないとし、懲治又は懲戒の名称については、学者の間に異議があるが、保護教養の意義を無視・紊乱する弊害があるので、将来は、なるべく感化教育というような名称のもとに統一することが望ましいとする。田澤「経緯」225頁も参照。

感化法と親権 (1) (許)

(iii) 再び、法典調査会での議論

梅は、先の説明からみても、明らかに懲戒場と懲治場とを区別していた。そして、梅（と長谷川）のいう懲治場は、監獄則の懲治場であることはほぼ間違いないように思われる。

懲治場という文字を避けたという梅の説明の後に、田部芳が次のような質問をした。この質問をきっかけに、再び本条の対象となる子の年齢が問題となる。以下、長くなるが、引用する¹⁰⁴⁾。

田部 芳君 此間議決に為つた結果として本条には年齢と云ふものは置かぬことに為りませうが之も絶対的に年齢の数を置かぬと云ふことも往けぬと思ひます即ち「未成年」と云ふことでは往かぬと思ひますが併し非常に年を取るまで入れられては困りますからどうも未成年の上で——その辺は銘々の感覚で違うかも知れませぬが例へは三十歳とか三十五歳とか云ふ何か制限を置かぬと往かぬと思ひますが併し此間の議決の結果で年齢に制限を置くと前の議決の精神に反すると思ひますけれども四十二に為つた者とか五十に為つた者を子だからと云つて懲戒場に入れられては困るが如何でございませうか

横田國臣君 此「相当ノ」と云ふことか入つて居る以上は親か内に檻でも造つて入れると云ふことならば夫れをも許す積りでありますか

梅謙次郎君 私は其積りであります身分でもある人は其の方か却て宜しいかも知れぬ

穂積八束君 只今田部さんの御注意の点は前の八百九十二条か修正に為つて此「未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」と云ふことは懲戒も監護の一つの場合と看れば「未成年」とは書てありませぬが矢張り自ら未成年であると云ふ解釈か出はしますまいか文章の上でさう云ふ憂ひか無いではないかと云ふことを一寸伺ひたい前に「親権ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」とありますから懲戒は矢張り監護の一部であると看做して自から懲戒を

104) 『民法議事速記録』50 卷9 丁裏-10 丁裏 [437 頁]。

為す権利は未成年の子供であると云ふことに解釈されはしますまいか一寸其処を伺ひます

梅謙次郎君 私共の初めの考も今田部君の言はれたやうな考てありましたけれとも八百九十条かあの通りに議決に為つた以上は即ち此処の場合には必ずしも成年で区切りを付けぬと云ふことに為ると信じて居ります夫故に此八百九十二条、八百九十三条に特に「未成年」と云ふ字を入れて置きましたから此処は何んとも言はなければ此所丈けの監護の方法と為り又は教育の助けと為るのでありますが夫れてなくても懲戒丈けは出来ると云ふことに現に今の法典でもさう為つて居りますから夫れて此条に付ては「未成年」と云ふ字を入れると云ふ發議はせぬ積りてあります前に「未成年」とあつて此処に這入らぬて而して八百九十条の方に広く「子」と書てあれば多分解釈上では疑ひは起るまいと思ひます〔下線部は原文のまま〕

梅は、これらのやり取りの中で、「相当ノ」懲戒場には自宅内の檻に入れることも含むつもりであることを明言する。本条の趣旨説明で、梅は、「此箇条ノ精神ト云フモノハ子ヲ監禁スルノテアリマス」とし、感化院という名称であっても、懲戒の方法を用いるもので、身体を拘束したり苦痛を与えたりする施設は懲戒場であり、そのような懲戒場に子を監禁することには、裁判所の許可を得なければならないと述べていた。横田とのやり取りからは、たとえ自宅であっても、「檻テモ造ツテ入レルト云フコト」は、この監禁にあたるので、裁判所の許可を要すると梅が考えていたことがわかる¹⁰⁵⁾。

梅は、原案第890条の趣旨説明において、成年者(30歳・40歳になった者)を父母が打擲する権利があつたり、懲治檻入りを願うことは日本の慣習にはないけれども、「民法ノ上デ以テ懲戒権ヲ認メル必要ノアルノハ主トシテ裁判所ニ迄訴ヘテソレヲ公ノ建物ノ牢見タヤウナ所ニ入レルノデコ

105) 「監獄則改正草案説明書」(前掲注95)に、不良の子弟を私家に監禁すれば法律に触れる旨の記述があったことが想起される。

感化法と親権 (1) (許)

ソ此民法ニ規定ヲ置クト云フコトが必要ニナツテ来マス」と述べていた。ただ、そのときは、そのような者を懲治檻に入れることはないので、親権は未成年者に限ると説明していた。

これらの説明から考えると、梅は、懲戒として身体を拘束し、苦痛を与えることは子の監禁であり、子の監禁に裁判所の許可が必要と考えていたこと、したがって、子の監禁を行う場所が「公ノ建物ノ牢見タヤウナ所」であるか¹⁰⁶⁾、「感化院」という名称の施設であるか、あるいは自宅の「檻」であるかはそれほど重要なこととは考えていなかったといえることができるのではないだろうか。

他方、「裁判所ニ刑事ノ被告人カ出マシテサウシテ年齢ノ理由テ以テ放免サレタ者ト又普通ノ唯タ暴ハレ小僧ト一緒ニスルト云フコトハ如何テアラウカ唯タ暴ハレテ親ノ言フコトヲ聴カナイテ始末ニ了ヘナイト云フノテ(略)別ニ盜坊ヲスルト云フヤウナ者テモナイ者ヲ刑事ノ被告人ト一緒ニスルト云フコトハ危険テアラウト思ヒマス」という説明には、親の言うことをきかない乱暴な少年(不良子弟)を幼年犯罪者と同じところ(懲治場)に入所させることへの梅の危惧が示されている。また、その後の「夫レテ懲治場カ出来テ居ルカ知リマセヌガ可成ハ別ナ処ヘ入レルコトカ出来ルナラハ別ナ所ニ入レタイト云フ考エヲ持ツテ居リマスカラソレテ熊ザト「懲治場」ト云フ字ヲ避ケマシタ」という説明からは、単に「懲治場」という文字を避けただけでなく、不良子弟は、懲治場とは別な所へ入れることができるならば、別な所へ入れたいという考えも梅にあったことが判る。

106) 梅は、第152回法典調査会において、原案896条に関連しても、懲戒場への入所を公の牢に入れることに例えている。同条は、親権を行う父又は母による子の職業許可やその取消し・制限に親族会の認許を得ることを規定したもので、親族会の認許というのは慣習に反するという批判が寄せられたため、梅は、「前ノ懲戒場ニ入ルト云フコトハ公ケノ牢ニ入レルノテアリマスカラ夫レハ裁判所ノ許可ヲ受ケスト往ケマスマイガ」、職業を営むことについて日本の慣習として裁判所に出るというのはすこぶる国情に適しないと説明している(『民法議事速記録』50巻29丁表[447頁])。なお、親族会の認許を得ることは、採決の結果、削除された(『民法議事速記録』50巻31丁表[448頁])。

ただ、梅は、この発言の前に、「今日ハドウ為ツテ居ルカ能ク知りマセヌガ」と述べているので、当時の懲治場についての梅の理解や、感化院や懲治場のほかに不良少年を入所させる施設が当時あったのかどうかなど、懲戒場と懲治場について梅がどのように考えていたのかを詳しく知ることはできない。また、先にみたように、明治22年監獄則は請願懲治を廃止しているの、懲治場とも感化院とも異なる「懲戒場」という新たな施設を設け、そこに裁判所の許可を得て不良子弟を入所させることを考えていた可能性もあり得る¹⁰⁷⁾。

後に、民法中修正案を審議する第12回帝国議会の貴族院の特別委員会において、政府委員の穂積陳重は、本条に関する三好退蔵の質問に答え、「是ハ実ハ懲治場ト初メハ書カウトモ考ヘ居リマシタ、併シ懲治場ニ入レマスノハ不適當ナ場合ガアリマスカラ、兎ニ角裁判所ノ許可ト云フモノガアリマスカラ、ソレ故ニ独リ懲治監懲治場ニハ限リマセヌ、適當ナ感化院等ガ段々出来テ参リマスレバ、裁判所ガサウ云フ所ガ宜イト認メマスレバ其中ニ入レテモ差シ支エナイト云フ積リデアリマス」と説明している¹⁰⁸⁾。当初は懲治場と書こうと思ったが、懲治場に入れるのが不適當な場合もあるので、懲治場という語を避けたという穂積陳重の説明は、懲戒権の対象となる子が懲治場に入所することが適切ではないことがあること、おそらくは前述したような懲治場の問題点を認識していたことを示すものであろう。しかし、懲治監や懲治場に限らず、適當な感化院等ができてきて、裁判所が許可すればそれに入所させることも差し支えないという説明からは、梅や穂積にとって重要なのは子の監禁であり、それに裁判所の許可が必要なことなのであって、裁判所が「宜イ」と認める限り、子が入所する具体的な施設の種類の——懲治場であろうと、「適當ナ感化院等」であろうと——

107) 長沼「作成過程」114-115頁は、「民法に規定する懲戒場は、新たに設置されなければならなかった」とし、懲戒場は、「単に子をこらしめ、「子ヲ監禁スル」ために一期六か月（これをくり返すことも可能）だけ入れる施設」であり、教育に属する・懲戒しない性質の感化場と区別されるとする。

108) 第12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3号9頁。

感化法と親権 (1) (許)

あまり重要なことではないと考えていたことが窺える。条文が「懲治場」の語を避けたのは、それを明示することで、懲治場以外の施設が含まれなくなる恐れが生ずることを避けるためであろう。起草段階では明確に否定されていた感化院への入所も、「適当ナ」ものであれば可能なことを穂積陳重が明言したのも、子の監禁が懲戒権の不可欠な要素であること、子が監禁される施設は、裁判所が判断するものであり、裁判所が「宜イ」と認める限り、その種類を限定する必要は考えたためではないだろうか¹⁰⁹⁾。この「適当ナ感化院等」は、既存の感化院で適当なもののほか、新たに設けられるであろう「懲戒場」をも含む趣旨だったのかもしれないが¹¹⁰⁾、いずれにしても、子の監禁が懲戒権の不可欠な要素であることは否めない。この点も含め、議会でのやり取りについては、後に改めて検討する。

この後、法典調査会では、懲戒場に入れる期間について議長の箕作麟祥と梅との間でやり取りがあった後、再び井上正一から「未成年」という字を入れたいという発言があり、箕作が、(原案)第890条との関係で「頓珍漢」になるが、決を採ることを提案する。そこで穂積八東が次のように発

109) もっとも、穂積は、すべての感化院入所に裁判所の許可が必要かという三好の質問に「勿論デゴザイマス」と答え、その点を突いた久保田譲の質問に対する説明に窮する場面もあった。これらのやり取りについての小口『親の懲戒権』182-183頁の検討に対し、筆者の理解はやや異なる。本稿(2)で詳しく検討する。

110) 子の職業や兵役への出願に家に在る父母の許可を必要とした原案895条に關しても、原案890条の修正に伴い、「未成年ノ」子に限るかどうかが議論となった。梅は、監護権・教育権がなくなっているのにやはり親の許可を受けなければならぬというのはどうであろうかと発言したのに続き、「懲戒ノ方ハ極稀レナ場合テアリマスガ大キク為ツテモ暴ハ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ハ厄介弘ヒテ此八百九十四条テ始末ヲ付ケルト云フコトニ為ラウト思ヒマス」と発言している(『民法議事速記録』50巻19丁裏[442頁])。小口『親の懲戒権』173-174頁は、原案896条に関する議論(前掲注106)について、梅にとって懲戒権とは、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」ことであり、「懲戒場」は「懲治檻」と同義と捉えられていたが、規定上は「懲治檻」という文言を避けたと説明する。原案895条に関する議論からも同様の指摘ができるが、懲戒場には懲治場以外の施設も含まれる可能性があるので、懲戒場を懲治場と同義と言い切ることに筆者は躊躇がある。

言した¹¹¹⁾。

全体私の考にすれば私の前に賛成をした考は八百九十二条には監督と云ふやうな強いものには「未成年」丈けを置いて貰ひたい趣意で言つたのでありますが若し最初からさう云ふ議論ならば懲戒の方の議論に付て或は制限を置いた方が善くはないかと思ひますが何しろ之は文字か呵しい未成年の者を監護する権があると言ふと其裏を考へて見ると成年の者を監護する権は無と云ふことに為る監護する権の無い者を懲戒場に入れると云ふと——どうも私は趣意が能く分らぬやうに思ひますが

梅は、「私ハ徳義ヲ守ツテ賛成ハシマセヌ」と発言し、村田保は、「實際ハ未成年者ヨリ成年者カ困ルカモ知レヌ未成年子ハ始末カ付クガ成年ニ為ルト始末ノ付カヌコトカアラウト思ヒマス」と発言したが、結局、「未成年ノ」という字を入れるかで採決し、賛成少数で、原案に決した。

この穂積八束の発言は、先にあげた田部芳の発言を受けた穂積八束の発言とともに、原案第892条が修正され、成年の子に対しては監護教育権が及ばなくなったにもかかわらず、本条によって懲戒権が認められ、懲戒場に入れることができることの問題性を指摘するものである。梅は、先の発言に対する返答の中で、「此処ハ何ントモ言ハナケレハ此所丈ケノ監護ノ方法ト為リ又ハ教育ノ助ケト為ルノテアリマスガ夫レテナクテモ懲戒丈ケハ出来ルト云フコトニ現ニ今ノ法典テモサウ為ツテ居リマスカラ夫レテ此条ニ付テハ「未成年」ト云フ字ヲ入レルト云フ發議ハセヌ積リテアリマス」と述べていた。何も言わなければ（「未成年ノ」という限定がなければ、という意味だろうか。）ここだけの（原案第894条だけの）監護の方法・教育の助けとなるが、それでなくても（監護の方法・教育の助けではなくても）懲戒だけはできる、つまり、成年の子に対する懲戒権は監護教育権とは無関係であると梅は述べているのである。このことは、これまでの議論も併

111) 『民法議事速記録』50巻11丁裏[438頁]。

感化法と親権 (1) (許)

せ考えると、成年の子であっても懲戒場に入れること (子を監禁すること) を認めることを意味することになろう¹¹²⁾。

このあと、親権に関する諸規定は、第 19 回整理会 (1897 [明治 30] 年 7 月 23 日) で検討され、家に在る母が親権を行う事由として父が「家ヲ去リタルトキ」を加える修正 (民法整理決議案第 884 条, 民法整理案第 877 条), 及び、親権を行う父又は母が職業を許可する子を「未成年ノ」子とする修正 (民法整理決議案第 890 条 1 項, 民法整理案第 883 条) が加えられた¹¹³⁾。しかし、懲戒権に関する規定は、条文番号の変更があっただけで、民法決議案、民法整理決議案でもそのまま維持されている (民法決議案第 887 条, 民法整理決議案第 889 条)¹¹⁴⁾。

1897 [明治 30] 年 12 月 24 日、民法中修正案は、第 11 回帝国議会に提出されたが¹¹⁵⁾、翌 12 月 25 日に衆議院が解散したため、同法案が審議されることはなかった。その後、1898 [明治 31] 年 4 月 15 日には最後の整理会である第 25 回整理会が開かれているが、議事録をみる限り、親権に関しては、検討の対象とされていないようである。しかし、この整理会終了後も起草委員による推敲は続き、修正された「民法中修正案」が同年 5 月 19 日に、第 12 回帝国議会に改めて提出され、成立した¹¹⁶⁾。

整理会の議事録では、懲戒権に関する規定が修正された旨の記載はない。しかし、第 11 回帝国議会に提出された民法中修正案 (第 879 条) では、第

112) 懲戒権は監護教育の手段ではなく、その主眼は子の制裁にあった (小口『親の懲戒権』172 頁, 174 頁)。

113) 前掲注 58) 参照。

114) 親権に関する規定については第 24 回整理会 (明治 30 年 12 月 17 日) でも検討されているが、本稿には直接関連しないため、ここでは取り上げない。

115) 第 11 回帝国議会衆議院議事速記録 1 号 2 頁。

116) 詳細は、広中俊雄「民法中修正案」(後二編を定める分) について——政府提出の冊子、条文の編纂」民法研究 2 号 (2000) 37 頁, 同「第一二回帝国議会における民法修正案 (後二編) の審議」民法研究 3 号 (2002) 1 頁 (『広中俊雄著作集 5 民法編纂史の研究』(信山社, 2020 [以下, 広中『民法編纂史の研究』]) 541 頁, 414 頁所収。以下, 広中『民法編纂史の研究』を引用する)。また, 広中俊雄「幸運だった民法典」ジュリ 1137 号 (1998) 2 頁も参照。

1項の「相当ノ懲戒場」から「相当ノ」の字が削除され、単なる「懲戒場」となっている。そして、この規定はそのままに、民法中修正案は第12回帝国議会に提出され、旧法第882条として成立した。「相当ノ」の語の有無は、本条の解釈にあたりかなり重要な意義を有するものと思われるが、それを削除するというこの修正は、いつ、どのように行われたのだろうか。また、その趣旨はどのようなものだったのだろうか。以下、項を改めて検討する。

(未完)