

《論説》

## 感化法と親権(2)

——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

(1) 青山法学論集 63巻 2号 (2021)

一 感化法の概要

二 感化院に入院し得る者

1 不良行為者

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

(本号)

(2) 懲戒場対象者の入院

三 入退院の手続

1 入院の手続

2 退院の手続

四 感化院長の権限

1 感化院長の権限

2 感化教育と親権

3 感化法における親権の規律の検討

4 成年在院者に対する権限

(エ) 旧法第882条の成立

第11回帝国議会に提出された民法中修正案では、懲戒権に関する規定は第879条にあり<sup>117)</sup>、第12回帝国議会に提出された民法中修正案では、こ

## 感化法と親権 (2) (許)

れが第 882 条となり<sup>118)</sup>、旧法として成立した。第 11 回帝国議會に提出された民法中修正案第 879 条の規定は、次のとおりである。

第八百七十九条 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

これまでの案では、第 1 項に「相当ノ懲戒場」とあったが、「相当ノ」と字句が削除され、単なる「懲戒場」になっている。この修正は、いつ、どのようにして行われたのだろうか。また、なぜ修正の必要があったのだろうか。

親族編・相続編の整理会は、民法前三編の整理と異なり、そ「の任務が以前よりもはるかに実質的なものに進展し、細かな字句の問題や成文化の技術的な点は整理委員に一任して、整理会では実質上の修正を行うこととな」った<sup>119)</sup>。また、「最後の整理会である第二五回整理会の終了後も、(可能性としては政府提出冊子『民法中修正案』の印刷完了後も)起草委員の推敲は続いていた」<sup>120)</sup> という。親権に関する規定が整理会で検討されたのは第 19 回整理会 (1897 [明治 30] 年 7 月 23 日) 及び第 24 回整理会 (同

117) 『民法中修正案 法例修正案 商法修正案 (議會解散ノ為メ議決ニ至ラサリシモノ)』公文雑纂明治 30 年第 1 卷 (国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/das/meta/M00000000000000232018>), 広中『民法編纂史の研究』587 頁。公文雑纂の検索にあたり、大山和寿青山学院大学教授のご協力を賜った。

118) 『民法中及法例ヲ修正シ、明治六年第百三号布告ヲ改正ス・国籍法案及不動産登記法案衆議院解散ノ為メ議シニ至ラス』公文類聚第 22 編第 28 卷 (国立公文書館デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/item/1675976>)。条文番号が手書きで修正されている。

119) 福島正夫・清水誠「解説」『法典調査会民法整理会議一覧表 昭和 31 年 1 月』4 頁 (福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』(日本立法資料全集 別巻 1, 信山社, 1998) 所収)。

120) 広中『民法編纂史の研究』546 頁。

年12月17日)においてであるが、議事録からみる限り、本条への言及はない。すると、本条の修正は、整理会にかけることなく、整理委員の間で、12月24日の帝国議会の提出までのわずか1週間の間に行われたものなのだろうか<sup>121)</sup>。

次に、なぜこのような修正が行われたのだろうか。前述のように、法典調査会では、「相当ノ」懲戒場により「親カ内ニ檻テモ造ツテ入レル」ことも認められるという議論があった。しかし、「相当ノ」がなくなり、単なる「懲戒場」となったからには、内に檻を作って入れること、すなわち私宅への留置はもはや認められないということになるのだろうか。また、名称は感化場でも、懲戒の方法を用い、身体を拘束したり苦痛を与えるものは、子を監禁するもので、法律上は懲戒場であるという説明もあったが、これらの感化場の扱いは、「相当ノ」という語が規定からなくなることで、変わることになるのだろうか。

これらについて検討する前提として、まず、帝国議会でされた議論についてみることにする。

第12回帝国議会において懲戒権及び懲戒場に関して実質的な議論があったのは、1898〔明治31〕年6月7日に開かれた、貴族院の民法中修正案外二件特別委員会においてである<sup>122)</sup>。

最初に質問があったのは、法案第877条第1項本文(旧第877条と同一)

121) 長沼「作成過程」115頁は、整理の段階で「相当ノ」の部分が削除されたとする。

122) 衆議院では、1898年6月2日の本会議での委員長報告において、平岡萬次郎が民法中修正案への反対演説を行い、その中で、懲戒場に入れて放逐するではなく、勘当の制度の復活を主張している(第12回帝国議会衆議院議事速記録11号181頁)。穂積陳重は、貴族院の特別委員会においてこのことに触れ、懲戒場(議事録では懲戒所)に入れることは現行法でもできるので、少しも変わっていないと説明している(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1号4頁)。なお、平岡は、衆議院の特別委員会で、親族法に勘当の慣習を認めていない理由を質問しており、穂積が、御一新以来すべて禁止され、もう30年間日本にはないと答えている(第12回帝国議会衆議院民法中修正案特別委員会速記録3号27頁)。

## 感化法と親権 (2) (許)

についてである。「独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」というと、親権に服さないということになり、勝手なことをしても宜しい、自分の意思の欲するところによって宜しいということなのかという曾我祐準の質問に対し、穂積陳重は、親権は、親の権利ともいい親の利益ともいうようなものであるとして、その具体的な内容を旧法の規定に即して説明した。その中で、「親ノ言フコトヲ聞カナケレバ懲戒場ヘ入レルトカ云フコトガ出来ル」と答えている<sup>123)</sup>。

関連質問の後、曾我が兵役の出願許可について戸主の許可を要せず、親だけが関係することにした訳を質問したところ、穂積は、戸主の許可を受けなければならないのは戸籍上の関係を生ずる婚姻や養子縁組のようなもので、兵役に就いたり営業をするのは、最も自分の利益を重く図ってくれる親に相談するだけにし、戸主の許可を受けないことにしたこと、兵役だけを別に掲げたのは第 879 条から来たことで、「未成年ノ間ハ其子ノ監護教育ト云フモノハ親ガ主トシテ義務ヲ負ッテ居ル」ものであり、兵役を出願することと学校にいることとどちらが宜しいかという「判断ハ一ニ父又ハ母ガ八百七十九条ニ拠ッテ判断ヲスル権利ヲ持ッテ居ル」のでここに掲げたと説明した<sup>124)</sup>。

この説明の直後に、懲戒権に関する第 882 条の規定が議論になっている<sup>125)</sup>。まず、三好退蔵とのやり取りをみてみよう。長くなるが、引用する。

○三好退蔵君 此八百八十二条に「懲戒場ニ入ルルコトヲ得」と云ふことがありますが此懲戒場と云ふのは矢張政府の立て、居る今の懲治監懲治場と云ふものばかりに限るのでありますか、或は私立の感化其の他のものは之には籠って居らないのでありますか

○政府委員(穂積陳重君) 是は実は懲治場と初めは書かうとも考へて居りました、併し懲治場に入れますのは不適當な場合がありますから、兎に

123) 第 12 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 3 号 8 頁。

124) 第 12 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 3 号 8-9 頁。

125) 第 12 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 3 号 9 頁。

角裁判所の許可と云ふものがありますから、それ故に独り懲治監懲治場には限りませぬ、適当な感化院等が段々出来て参りますれば裁判所がさう云ふ所が宜いと認めますれば其中へ入れても差支ないと云ふ積りであります

○三好退蔵君 総て感化院へ入れるにも裁判所の許可を得なければならぬと云ふことになりますか

○政府委員(穂積陳重君) 勿論でございます [下線部は原文のまま]

懲戒場の意義に関する三好の質問に対し、穂積は、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こと、懲治監・懲治場に限らず、「適当ナ感化院等」でも、裁判所が宜しいと認めれば入所を認めると答えた。この説明の意味については、既にみたとおりである<sup>126)</sup>。それを受けて、すべての感化院の入所にも裁判所の許可が必要なのかを三好が問うと、穂積は、「勿論デゴザイマス」と答えた。その結果、裁判所の許可は、裁判所が宜しいと認めた「適当ナ感化院等」だけでなく、「総テ感化院」に入所させることについて必要なものになってしまい、先の説明との間に矛盾が生ずることになってしまった。

この穂積の返答は、久保田譲の次のような質問を招くことになる。

○久保田譲君 今の御問の続きで、感化院と云ふのは懲戒場ではないやうであります、感化院は一の教育場で、悪い浮浪の者を教育する所で懲戒すると云ふ精神とは違ふと思ひますが、之を感化院へ入れると云ふことまで裁判所でやると云ふことは変なことになりはしないかと思ひます

この質問に対し、穂積は次のように答え、それがさらに久保田の追及するところとなった。

○政府委員(穂積陳重君) 懲戒と云ふのは教育の一つの方法と云ふ考で本

---

126) 本稿(1) 青法 63 巻 2 号(2021) 45-46 頁(以下、頁数のみを掲げる)。

## 感化法と親権 (2) (許)

案には立て、あります、決して唯それに怨があつて苦痛を与へると云ふのが目的ではないのであります、本案の懲戒と云ふのは教育の一つの方法であると認めて居ります

○久保田譲君 それでは尚ほおかしいことで、裁判所の許可を経てさうして懲戒場に入れると云ふことは一向分らない、御承知でございませうが今の感化院は座敷牢へ入れて置くと云ふやうなものではない、全く所謂感化の力で人を感化して、悪い奴を感化して行く、決して窮屈は感ぜぬのであります、昔流の酷い牢へ入れると云ふやうな所ではありません、全く進歩した懲戒教育の方法でありますから教育をするのに裁判所の許可を得ぬならぬといふことはどうも余程おかしいやうに思ひます

○政府委員(穂積陳重君) 久保田さんへ申上げて置きますが勿論感化院は教育を目的と致して居るので、それで此懲戒場と申します所が並の学校の如きものでありますならば少しも差支はないのであります、兎に角感化と云ふものにも種々の方法があるやうに承知致して居ります、並の学校へ入れるなどとは自ら場合が違ひまするので、それ故に兎に角懲戒の方法に依つて教育を為さうと云ふ所に入れるには其親権を持つて居る者が学校に入れて……又久保田君の御説の如く懲戒の効力が感化は少いと云ふことであれば本案の懲戒場には這入りませぬのでございます

久保田の質問は、感化院が教育の場であるのに対し、「悪イ浮浪ノ者ヲ教育スル所デ懲戒スルト云フ精神」の懲戒場「トハ違フ」ものであり、すべての感化院を本条の懲戒場として裁判所の許可を要するとする穂積の説明はおかしいと攻撃する。すると、穂積は、懲戒を教育の一の方法とし、苦痛を与えるのが目的ではないと答える。しかし、この答えは、穂積の説明の矛盾をより明白にすることになり、久保田の厳しい追及が続くことになる。

穂積の最後の説明の趣旨はやや判然とせず、返答に窮しているような印象も受ける。感化にも種々の方法があり、「並ノ学校」に入れるのとは場合が違ふという説明からすると、「総テノ」感化院への入所に裁判所の許可を要するということになりそうである。「兎ニ角懲戒ノ方法ニ依ツテ教育ヲ為サウト云フ所ニ入レルニハ其親権ヲ持ツテ居ル者が学校ニ入レテ」の部分

で穂積が何をいおうとしたのかはよく判らないが、「懲戒ノ方法ニ依ッテ」教育をしようとする所に入れるには裁判所の許可を要するというのをいおうとしたのではないだろうか。そして、「久保田君ノ御説ノ如ク」「懲戒ノ効力が感化ハ少イ」、すなわち、感化院では、懲戒の効力は少なく、むしろ教育の力で感化するというのであれば——このような感化院が、久保田のいう「進歩シタ懲戒教育ノ方法」をとる感化院ということなのだろうか——本案の懲戒場には含まれないといっているであろう。

この貴族院委員会でのやり取りから、穂積は、親権が未成年の子に対するもので、その主眼は監護教育権であり、懲戒権もそこに位置付けられることを前提にしていることが窺える。しかし、「適当ナ感化院等」ではなく、すべての感化院も本条の「懲戒場」に含めるとしたことは、やや理解に苦しむ。三好や久保田がこの点を糾したのは当然であろう。しかし、もし穂積の説明の趣旨が(上述のように)「進歩シタ懲戒教育ノ方法」をとる、つまり教育を目的とする感化院は本条の「懲戒場」ではないという点にあるのだとしたら、そうでない感化院、子の監禁を目的とするような感化院は、まさに本条の「懲戒場」としてその入所には裁判所の許可を要することになる。そうすると、「適当ナ感化院等」だけが本条の「懲戒場」に含まれるという最初の説明は維持されていると解することもできる<sup>127)</sup>。ただ、成年の子に対しても懲戒権の及ぶことについて穂積がどのように考えていたかはよくわからない。梅のように、成年子に対する懲戒権は、監護教育とは無関係のものと考えていたのだろうか<sup>128)</sup>。

127) 小口『親の懲戒権』182-183頁は、穂積が懲戒権も教育の手段であることを認め、「感化院」も懲戒の場として承認したものとする。しかし、本文のように解釈すると、懲戒と教育とを区別して考えているということもできるように思われる。

128) 小口『親の懲戒権』183頁は、穂積は、懲戒権を教育の一つの方法と位置づける親子法思想に基づいた主張も斥けなければならなかったという。その背景には、梅『民法要義四』355頁にあるように、懲戒権は、成年子にも適用されるため、教育権の結果とみることができないという解釈上の矛盾のあることを指摘する。小口は、懲戒権は、「成年に対しては「厄介払ヒ」を目的とした懲罰手段と

また、これらのやり取りは、私宅への留置については一切触れず、あくまでも施設への入所に関して行われている。感化事業がさらに発展し、不良子弟を収容し得る「適当ナ感化院等」が作られていけば、私宅留置の必要性は減っていく。不法監禁の問題を生じさせないためにも、私宅への留置を認めるべきでない」と起草委員たちはどこかの段階で判断し、そのことを示すために「相当ノ懲戒場」から「相当ノ」を削除したのだろうか<sup>129)</sup>。

ちなみに、梅は、『民法要義』の中で、懲戒場とはいかなる場所なのかは民法において定めていないだけでなく、民法施行法その他の法令においても未だに定めたものがないので、裁判所は、親権者の意見を聴き、「適当ノ

---

位置付けられた」とするが(184頁)、成年子については、懲戒場に入れること(子の監禁)に主眼があるのだとしたら、強いて教育権と関連付ける必要もないのかもしれない。本稿(1)47-48頁参照。

129) 私宅への留置、また、「内ノ檻」という文言からは、精神病患者監護法(明治33年法律第38号)に定める私宅監置が想起される。同法は、後見人、配偶者、親権を行う父又は母、戸主、4親等内の親族に精神病患者を監護する義務を課し、監護義務者には精神病患者の監置を認めた(1条、2条)。監置は、精神病院のほか、私宅でも行うことが認められたが、精神病院の不足等の理由から私宅監置が広く行われ、多くの問題を生じさせることになった。呉秀三・榎田五郎『精神病患者私宅監置ノ実況及び其統計的観察』(内務省衛生局『精神病患者私宅監置ノ実況』(1920)(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/985160>)134-135頁によれば、当初内務省衛生局の起稿した同法の原案の内容は、ほとんど監獄法と異ならず、中央衛生会会議でそれを修正していったが、同法にいう「監置」の語は、同会委員の片山國嘉及び梅謙次郎が協議して選択したものであること、このふたりの意見としては、同法により精神病患者を一定の場所に留置する処置は、犯罪者を監獄に監禁することとは、その意味において自ずから違いがあるので、これを監禁と称することはできないこと、また、同法には、病者の治療・保護に関する条項が少しも明記されていないので、「彼処置ハ又之ヲ保護ト称スルヲ得ザルガ故ニ、結局ハムコトヲ得ズシテ、保護ト監禁トノ中間ヲ取りテ監置ナル文字ヲ選択シタルモノ、如ク、又同法中ニ見ル監護テフ文字モ同様ニシテ定メラレタルモノニシテ、何レモ其中ニハ保護テフ意義ヲモ包含セシメンコトヲ期シタルナリ」という。同法は、旧法制定後に制定されたものだが、この説明をみる限り、同法と旧法(及び人事編)に規定される「監護」は全く別の概念ということになる。なお、精神病患者監護法や私宅監置等の詳細につき赤倉・前掲注88)のほか、赤倉貴子「明治33年「精神病患者監護法」の問題点と新法成立に向けての活動——大正8年「精神病院法」成立の背景」六甲台論集(法学政治学篇)48巻2号(2001)1頁参照。

懲戒場ヲ指定スルコトヲ得ヘシ」としつつ、将来はこれについて一定の規定を設ける必要があるとする<sup>130)</sup>。この短い説明からは確定的なことはわからないが、あくまでも「適当ノ懲戒場」としており、感化院のことには一切触れていない。

他方、奥田義人は、本条にいう「懲戒場」は、「刑法ニ所謂懲治場（刑法七九、八〇、八二）ニ同シ」で、「犯罪タル所為ヲ為シ然カモ其智能足ラサル故ニ刑罰ノ制裁ヲ加フルコト能ハサルモノニ対シ国力懲戒シ矯正スル目的ヲ以テ設立セルモノ」であり、「慈恵ノ目的ヲ以テ単ニ不良ノ少年ヲ感化スルカ為ニ設立セル感化院の類」は懲戒場ではなく、子を感化院に入れるのは教育の目的に出るもので、裁判所の許可を受けずにすることができる<sup>131)</sup>と説明している。奥田の説明は、法典調査会での梅の趣旨説明と同様で、明確に感化院を除外する。

こうした議論にもかかわらず、感化法は、懲戒場対象者が感化院に入院し得ることを正面から認めることとなった。次にこの点をめぐる議論をみることにする。

## (2) 懲戒場対象者の入院

小河滋次郎は、1912〔大正元〕年に行われた講演の中で、感化教育は未成年者に対してのみ施すものであり、成年以上の者に施すのは普通の感化教育ではないこと、民法(旧法)の懲戒処分は6か月を超えることができないが、このように期間を予定することのみならず、これを6か月という短い期間内に限定して、感化の目的を全うし得るかと批判し、民法の懲戒処分は感化教育の一種ではないことは明らかであると断言する<sup>132)</sup>。

130) 梅謙次郎『民法要義四』356-357頁。

131) 奥田義人『親族法論』353頁。

132) 小河滋次郎「感化事業と法制関係」〔1912年の講演の記録〕小河博士遺文刊行会編『小河滋次郎著作選集 上巻』(日本評論社、1942〔以下、小河「感化事業と法制関係」〕302頁。小河滋次郎「感化事業と法制関係」慈善4編3号(1913)68頁以下も参照。本稿では、特に断らない限り、前者を引用する。なお、同様

## 感化法と親権 (2) (許)

この小河の批判は的を射たものである。しかし、旧法は「懲戒場」と規定しているにとどまり、旧法制定時には感化院を「懲戒場」に含めることは想定していなかった。感化院を旧法に定める懲戒場として、懲戒場対象者を入院させることにしたのは感化法である。なぜ感化法は懲戒場対象者の感化院への入院を認めることになったのだろうか。その経緯や帝国議会での議論についてみることにする。

1897〔明治30〕年6月、内務省警保局長寺西長輝は、英照皇太后崩御による恩賜金処分に関する地方長官会議において、私見として「感化保護事業組織要項」を配布した<sup>133)</sup>。これは、犯罪予防のための出獄者保護と不良少年の感化教育のための方策など、その運営方法の説明を主たる内容とするものであり、感化事業に関する法律の制定を意図したものではなかった<sup>134)</sup>。ただ、感化保護事業は官民協力をもってあたらなければ効果をあげることが困難なこと(一)、この事業に対し、地方長官は十分の保護を与えると同時に、この監督の権を掌握することが必要なこと(二)とともに、感化院に入るべき不良少年については次のように記されている。

十六、感化院に入るべき不良少年は丁年以下にして大凡左の種類の人たるべし

- 一、幼にして父兄の抱るべきなく動もすれば犯罪に陥るの危険ある者
- 二、幼年囚若は幼年懲治人にして満期放免となるも之が引取人なき者
- 三、父兄より特に自費を以て入院を乞ひたる者

さらに、父兄が子弟の入院を乞うときは、子細にその事情を取糺し、十分にその必要ありと認めたもののほかは入院を許すべきでないこと、さもないと、感化院は、懶惰なる父兄の責任をのがれる器械となってしまうこと、

---

の指摘は、生江「現行感化法に就て(下)」救済研究3巻3号(1915)〔以下、生江「現行感化法(下)」〕83-84頁にもある。

133)「寺西警保局長の感化保護意見」監獄雑誌8巻6号(1897)1頁。

134) 長沼「作成過程」102-103頁。

また、一たび入院を許可した上は、みだりに退院させるべきでないことも記されている(十七)。この、父兄より自費をもって入院を求める者は、監獄則に定めていた請願懲治にほぼ該当するものと思われるが、それが懲戒場対象者を意味しているかどうかははっきりしない<sup>135)</sup>。

感化法は、1899〔明治32〕年の末に、第14回帝国議会において監獄費国費支弁法(府県監獄費及府県監獄建築修繕費ノ国庫支弁ニ関スル法律(明治33年法律第4号))が成立し<sup>136)</sup>、それによって地方費(府県費)に余裕ができるとの想定の下に、政府が急速上程した法案であるという<sup>137)</sup>。監獄費国費支弁法は、11月22日に衆議院に提出され、12月20日に成立した。内務省は、長年の懸案であった同法が成立する見通しとなったことから、感化法案を第14帝国議会へ提出するための閣議を要請する「感化法案ノ件」(秘甲第428号)を11月8日付で内務大臣西郷従道から内閣総理大臣山縣有朋に提出している<sup>138)</sup>。法案は、法制局の審査を経て、1900〔明治33〕年2月16日に議院に提出され、2月23日に成立した。

上記「感化法案ノ件」(秘甲第428号)には、不良行為者及び懲治処分対象者についての記述はあるが、懲戒場対象者についての記述はない。しかし、そこに添付された「感化法案」(以下「内務省案」)第5条には懲戒場対象者が含まれている。法制局の審査の結果修正された法案が「感化法案」(以下「政府案」)として衆議院に提出されたが<sup>139)</sup>、本稿との関係で注意されるのは、感化院の在院期間を満20歳までとする内務省案第6条に但書

135) 長沼「作成過程」103頁は、この段階では、懲戒場の機能を入れて検討する動きはなかったとする。

136) 詳細につき姫嶋『明治監獄法成立史』特に第9章参照。

137) 生江孝之「内外に於ける感化法の比較」慈善7編1号(1915)〔以下、生江「内外感化法」〕30頁、生江孝之「現行感化法に就て(上)」救済研究3巻2号(1915)75頁、「感化法施行三十年記念座談会」感化教育18号(1930)〔以下「30年記念座談会」〕340-341頁〔大久保利武発言〕等参照。

138) 「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>)。

139) 第14回帝国議会衆議院議事速記録30号616頁。

## 感化法と親権 (2) (許)

が付加され、懲戒場対象者に関しては20歳を超えても在院することを認めたことである<sup>140)</sup>。この修正については、「内務省側は感化院の中に民法上の懲戒場機能を加えることは了解したものの、感化院そのものはあくまでも未成年期間中の児童保護施設であると前提して、成年後の懲戒場への在所・入所者を考えていなかったようであるが、内閣法制局との検討段階で成年者であっても入所しつづけるものとして、押し切られたようである」という指摘がある<sup>141)</sup>。内務省案にも懲戒場対象者は含まれていたこと、また、前述の「感化保護事業組織要項」第十六の三も併せ考えると、この可能性はかなり高いように思われる。

では、なぜ内務省は感化院に懲戒場としての機能を持たせることしたのだろうか。この点に関しては、帝国議会での感化法案の審議が参考になるように思われる。

感化法案の提案理由として議会で説明されているのは、第1に、近年増加傾向にある不良少年を収容して適当な感化教育を施す必要があること、第2に、現行刑法下で不論罪のために懲治処分の言渡しを受けながら普通の監獄に拘禁している懲治処分対象者に、不良少年とともに、適当な感化教育を施すことができるようにする必要があること、第3に、民法で親権の効果として浪費の悪習ある子弟に対し裁判所の許可を得て懲戒場に入れることができる規定になっているが、「實際ニ於キマシテハ未ダ懲戒場ナルモノ設備ヲ見ルニ至ラヌ」ため、これらの種類に属する子弟に対しても、不良少年と同様に、適当な場所に収容して感化教育を加える必要があること、の3点である<sup>142)</sup>。第3の点については、衆議院の特別委員会で、「實際ニ於キマシテハ懲戒場ト云フモノ設備モ何モマダ出来テ居ラナイ」、こ

140) 前掲注138)「感化法ヲ定ム」。両案の対比は長沼「作成過程」103-105頁でみることができる。

141) 長沼「作成過程」106-107頁。同115頁注26)にもある生江「内外感化法」37頁には、伝聞ではあるが、「此のことに就きましては内務省では余程議論のあつた点のやうに聞いて居ります」と記されている。

142) 第14回帝国議会衆議院議事速記録30号617頁〔小松原英太郎(政府委員)〕。

れらに対しても、不良少年等と同様、ほぼその性質を同じくしているようなものなので、あわせてこの感化院というものを設け、そこへ入れて「適当ノ懲戒ノ手段ヲ施スコトガ出来ルヤウニ致シマスルコトガ、民法ノ働キヲ全ウスル上ニ於キマシテ必要デアル」<sup>143)</sup> とより詳しく説明されている。また、貴族院の特別委員会でも、冒頭の趣旨説明において、「實際ニ於キマシテ所謂懲戒場ナルモノハ未ダ出来テ居リマセヌノデアリマス、而シテ此種類ニ属シマスル子弟ニ対シマシテモ、何カ適当ナル場所ヲ設ケマシテ之ヲ収容致シテ感化教育ノ目的ヲ達スルヤウニ致サヌナラス」<sup>144)</sup> と説明している。

これらの説明からは、旧法の制定時には懲戒場を設置するつもりだったが、それができなかったため、感化院にその代わりをさせることにしたことが窺える。法典調査会では、梅が懲戒場という新たな施設を設けることも考えていた可能性のあることは既に述べた<sup>145)</sup>。「懲戒場」がまだできていないという上記の説明は、新しく「懲戒場」を作るつもりであったことを示唆する。しかし、それがまだできておらず、しかし、旧法は既に施行されているため、速やかに「懲戒場」を設ける必要がある。現に議会では、懲戒場が未だに設けられていないために、裁判所がこの処分を与えることができないという説明もされていた<sup>146)</sup>。感化法の早期の成立は、内務省の事情もさることながら、旧法の要請としても必要とされていたのである<sup>147)</sup>。

143) 第14回帝国議会衆議院感化法案審査特別委員会速記録1号1頁〔小松原英太郎〕。

144) 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〔小松原英太郎〕。

145) 本稿(1)45頁以下。1908〔明治41〕年の感化法改正の際に、まだ設置されていない国立感化院についての規定が改正法案にあることが議会で問題となったとき、政府委員の床次竹二郎は、民法の中に懲戒場というものがあるが、どこに建てるということなしに懲戒場というものがあるという例のあることを答弁している。第24回帝国議会貴族院感化法中改正法律案特別委員会議事速記録1号5頁。

146) 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〔小河滋二郎(説明員)〕。

147) 長沼「作成過程」115頁。生江「現行感化法(下)」84頁には、懲戒場というものは法律に置いて認められているけれども、懲戒場なるものは他に場所がな

## 感化法と親権 (2) (許)

小河が、議会で、感化法が成立した場合は、民法のいう懲戒場を設けるつもりはなく、感化院を懲戒場とみなす考えであると述べていることも<sup>148)</sup>、このことを裏付けるものといえよう。

懲戒場対象者を感化院に入院させることを認めざるを得なくなったとしても、成年者をも対象とすることは、感化教育を支持する立場からは受け入れがたいことであったことはいうまでもない。感化教育はなるべく早期に行うことが必要であり<sup>149)</sup>、成年に近い者や成年者に行っても効果はあまり期待できないからである。

また、感化教育は、成年に達したとき(感化法6条)のほか、その前でも、感化教育の目的を達したとき、及び、他の方法によりその目的を達し得る見込みが確実になったときに終了する<sup>150)</sup>。しかし、成年に到達したときを除き、感化教育の目的を達するために必要な期間を感化院入院時に具体的に定めることは困難である。感化法も、感化院からの退院は、まず親族又は後見人が地方長官に出願しなければならないことを規定する(感化法12条。詳しくは三参照)。しかし、懲戒場対象者の在院期間は、未成年者も含めて6か月を超えることができず(旧882条2項)、この6か月という期間は、感化の目的を全うするには短すぎる。その意味で、懲戒場対象者の感化院入院の目的は——未成年の懲戒場対象者にとってさえ——感化

---

く、やむを得ずこれを感化院に托するというようなことになり、今なお〔許注：1915年当時〕依然としてこれが存在している、と述べている。生江はさらに、「斯う云ふ別派のもの、即ち感化院の精神と背反して居るもの」とし、懲戒場は、感化院の意味からいえば余程異なったものであると明言する。生江「内外感化法」37-38頁も参照。

148) 第14回帝国議会衆議院感化法案審査特別委員会速記録1号3頁。望月長夫が、法律成立後は別に懲戒場を作らず、総て感化院に入れることにして、懲戒場を作らないという考えなのかを問うたのに対し、小河は、「是ニ依リマシテ民法ノ懲戒所〔許注：原文のまま〕ト云フモノハ、設ケヌ積リデアリマス、是ハ懲戒所ト見做ス考デアリマス」と答えている。

149) 小河「感化事業と法制関係」306頁以下。小河は、年齢の最下限の規定の撤廃を提案する(311頁)。同様の指摘は「30年記念座談会」337頁〔大野緑一郎〕にもある。

150) 小河「感化事業と法制関係」342頁。

にあるのではなく、むしろ、単にある期間、感化院という一定の場所に収容しておくことにある<sup>151)</sup>といっても過言ではないように思われる。しかし、懲戒権の目的が子の監禁にあるのだとしたら、このような短期の期間でも、懲戒のためには十分にその目的を達することになる。

感化法案の審議の際には、懲戒場対象者の数はごく少数であると見込まれているが<sup>152)</sup>、感化院が「懲戒場」として懲戒場対象者を入所させることで、感化法に異質の要素が持ち込まれることになったことは否めない<sup>153)</sup>。「懲戒場」が作られない以上、やむを得ない部分もあったのかもしれないが<sup>154)</sup>、そのことが感化教育にどのような影響を与えたのか、また、懲戒場対象者の実際の処遇はどのようなものだったのかなど、その実態は不明なところが多い<sup>155)</sup>。

### 三 入退院の手続

#### 1 入院の手続

感化院に入院するための手続は、不良行為者、懲治処分対象者及び懲戒場対象者で異なっている。

不良行為者については、行政庁は、第5条第1号に該当すべき者があると認めたときには、地方長官に具申し、必要があればその者を仮に留置することもできる(感化法10条)。ここで行政庁とは、多くは警察官や市町

---

151) 生江「現行感化法(下)」84頁。

152) 第14回帝国議会衆議院感化法案審査特別委員会速記録1号1頁〔小松原英太郎〕、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〔小河滋二郎〕。

153) 第14回帝国議会衆議院感化法案審査特別委員会速記録1号6頁では、小松原が「三〔許注：第3号〕ハ少シ特別ナモノデ」と説明している。

154) 生江「現行感化法(下)」84頁は、前掲注147)の記述に続けて、そういう種類の人間を感化院内に収容しなければならないことは甚だ矛盾したことであるが、「他の必要上是れ又今日に於ては已むことを得ざることであらう」とする。

155) 「30年記念座談会」350頁には、親からの出願が多い兵庫県の感化院は明るい感化院になるという発言がみられる。懲戒場対象者の在院期間は、この後の感化法の改正や矯正院法の制定に際しても議論となっている。後述する。

## 感化法と親権 (2) (許)

村吏で、これらの者が第5条第1号に該当すべき不良少年と認めた場合には、必要があればその者を留め置く<sup>156)</sup>とともに、地方長官にその事情を具申し、その者が該当して感化院に入るべきか否かを裁決してもらう<sup>157)</sup>。第1号の要件、すなわち「適当ノ親権ヲ行フ者」等の適当・不適当は地方長官が認定するのである<sup>158)</sup>。なお、第5条第1号の処分に不服のある者は、訴願を提起することができる(感化法13条)<sup>159)</sup>。

懲治処分対象者は、刑事手続において懲治場留置の言渡しを受けている(明治13年刑法79条・80条)。

地方長官は、これら二者に該当する者を感化院に入院させようとするときは、入院命令書を交付し、地方長官がその旨を感化院長に通知する(感化法施行規則(明治34年内務省令第23号)1条1項・4項)。この通知を受けた感化院長は、入院命令書を査閲した後に、入院させる(感化法施行規則2条)。

---

156) 留置が必要になるのは、実際にはまことに少なからうが、悪戯が過ぎて、放っておくと放火でもする恐れのあるような種類、逃げてしまうような種類、また、少し県庁所在地を離れているところではどうしても留置の必要があると説明されている(第14回帝国議会貴族院感化法特別委員会議事速記録1号5頁〔高木兼寛、小河滋二郎〕)。なお、留置は、「ホンノ仮リノ場合」であり、その所在地に感化院がないこともあるので、その場合には町村役場なり警察の留置場に留め置いて逃がさないようにする、感化院に入れるまでの間足止めしておくつもりであるとも説明されている(第14回帝国議会貴族院感化法特別委員会議事速記録1号7頁〔松平乗承、小河滋二郎〕)。

157) 実際の手続については、1908年の感化法改正の際の議会での説明が参考になる。町村役場では平素から掏児や手癖が悪いなど子どもの状況を把握しており、その中からひどいのを役場から県知事に申し立てたり、警察署も徘徊や不都合なことをしているということを認めると地方長官に上申し、地方長官がそれらの取締まりの結果、そのままにしておくより収容するほうがよろしいと認めるときに収容するという手続になっているという(第24回帝国議会貴族院感化法中改正法律案特別委員会議事速記録1号4頁〔床次竹二郎〕)。

158) 第14回帝国議会貴族院感化法特別委員会議事速記録1号5頁〔松平乗承、小河滋二郎〕。

159) 第14回帝国議会貴族院感化法特別委員会議事速記録1号7頁〔小河滋二郎〕。

他方、懲戒場対象者は、裁判所の許可を得た上で、「親権ヲ行フ父母<sup>160)</sup>又ハ後見人<sup>161)</sup>ハ裁判所ノ決定書ヲ地方長官ニ呈出シ入院ヲ出願」し、地方長官が入院を許可したときに、入院命令書を交付する(感化法施行規則1条2項・3項)。それに続く手続は、不良行為者及び懲治処分対象者の場合と同様である(感化法施行規則1条4項, 2条)。親権を行う父又は母は、子を懲戒場に入れるための旧法第882条による裁判所の許可を得るためには、子の住所地の区裁判所に申立てをすることを要する(非訟事件手続法(明治31年法律第14号)92条)。

ここからわかるように、懲治処分対象者及び懲戒場対象者は、裁判所による懲治場留置処分又は懲戒場入所の許可という司法判断を経ているのに対し、不良行為者については、裁判所の関与はなく、地方長官の判断だけで入院が認められる。しかも、不良行為者の認知も行政庁(警察官, 市町村吏)に委ねられ、仮の留置さえ認められるのに対し、手続上は訴願の提起が認められるにすぎない。内務省案では、訴願の提起のほか、第5条第1号の処分を受けた者の父母、後見人若しくは親族がその処分を違法とするときは、行政訴訟を提起することを認めていたが(内務省案15条)、法制局の審査の結果、この規定は削除されてしまったため、不良行為者の入院の手続に司法の判断が加わることはなくなってしまった<sup>162)</sup>。

160) 旧法では父母が共同で親権を行うことはないので、これは、父母が共同で出願するという意味ではなく、「親権ヲ行フ父若クハ母」が出願するという意味に解すべきであろう。

161) 未成年者の後見人は、旧法の第879条から第883条まで及び第885条に定めた事項につき、親権を行う父又は母と同一の権利義務を有するが、未成年者を懲戒場に入れるためには、親族会の同意を得ることを要する(旧921条)。

162) 長沼「作成過程」106頁は、内務省案の段階では、不良行為者の入院の行政処分も最終的には司法判断の帰結するところに従うという立場であったのに対し、この修正により、「この場合の行政処分はあくまでも司法判断の余地のない国家公権に基づくものであるという立場に変わった」とする。

## 2 退院の手続

在院者の親族又は後見人は、在院者の退院を地方長官に出願することができるが、この出願を許可され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ができない (感化法 12 条)。退院の出願の不許可に対しては訴願の提起が認められる (感化法 13 条)。また、地方長官は、何時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る (感化法 7 条 1 項)。

内務省案では、父母・後見人・親族による退院の出願、不許可の場合に再出願まで 6 か月間の経過を要すること、および不許可に対する訴願の提起は政府案と同様であるが (内務省案 13 条, 14 条)、加えて、地方長官は、感化院長の意見を聴いて、在院者を何時でも退院させることができた (内務省案 7 条)。また、仮退院も、地方長官が感化院長の意見を聴いて行うものとしていた (内務省案 8 条)。しかし、法制局の審査の結果、内務省案第 7 条は削除され、内務省案第 8 条からは、感化院長の意見聴取の部分が削除された。実際には、地方長官は、感化院長の意見を聴いて、在院者の仮退院を判断したものと考えられるが、法文からは感化院長の意見の聴取は不要なので、地方長官は、感化院長の判断を覆したり、制約することが可能となる<sup>163)</sup>。また、内務省案第 7 条の削除により、親族や後見人が退院を出願しない在院者や親族又は後見人のいない在院者の退院は、困難なものになるおそれがある<sup>164)</sup>。

いずれにせよ、入退院の手続における地方長官の権限は非常に強化され

---

163) 長沼「作成過程」106 頁は、単に法文を簡略化したところもあるが、「権威主義的、形式主義的な手続に後退させる修正であった」とする。

164) 長沼「作成過程」106 頁は、本人の立ち直りが早く、感化院も指導の終了を判断したとしても、地方長官が退院を認めなければ、20 歳になるまで在院しなければならないこと、また、出願資格を持つ者のない未成年者の社会的自立は認められないことを指摘する。なお、小河「感化事業と法制関係」343 頁は、感化法 12 条につき、感化法の精神として親族等の出願がない場合でも、地方長官が自ら進んで、あるいは感化院長の申請によって、退院処分をなし得る職権があると解釈してよいという。

ており、感化院長がそれに関与する余地はほとんどない<sup>165)</sup>。特に不良行為者については、ほぼすべての手続が行政の判断だけで行われることに注意する必要がある。

#### 四 感化院長の権限

##### 1 感化院長の権限

感化院長は、在院者及び仮退院者<sup>166)</sup>に対し、親権を行うことが認められ、在院者の父母又は後見人は、在院者及び仮退院者に対し、親権又は後見を行うことはできない(感化法8条1項・2項)。ただし、懲治処分対象者及び懲戒場対象者の財産の管理に関しては、これらの規定は適用されない(感化法8条3項)、これらの者の財産の管理に関しては、感化院長は親権を行わず、在院者の父母又は後見人が親権・後見を行うことになる。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、必要な検束を加えることもできる(感化法9条)。

感化院長が在院者及び仮退院者について行うことができるのは、旧法第5章に規定された親権、すなわち、旧法第879条から旧法第894条までに

---

165) 議会では、感化院長には対象者の入院の許否権があるかが問われ、感化院への入院には院長の許否を要しないことが明言されている(第14回帝国議会衆議院感化法案審査特別委員会速記録1号3-4頁〔望月長夫、小河滋二郎〕)。感化院長は地方長官の監督下に置かれることを示すものであろう(田中『未成年者処遇制度』97-98頁)。長沼「作成過程」106頁では、仮退院に関連してであるが、感化院の運営は地方長官の統轄権の下にあることを指摘する。

166) 小河・前掲注103)『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』〔以下、小河『未成年者刑事制度』〕第17章20-22頁。小河は、各国の立法例に、感化処分終了後に至るも必要に応じて相当の期間又は成年に至るまでの間、感化院長又は教養監督機関による当該の者に対する親権又は後見の権利の行使を継続する規定のあることも紹介し、親権継続の規定は、当該者の利益になるのみならず、感化教養の効果を生かすために最も必要であるとする。この時機が多くの誘惑に接し、かつ、生活の実際に処して未だ独立の判断を下すのに慣れていない危険の時機だからである。特に感化法の仮退院のことは触れていないが、この説明は、仮退院者に対する感化院長による親権の行使にも当てはまる。なお、本書は小河の学位論文であり、1903〔明治36〕年に刊行されたと推測されている(『小河滋次郎著作選集 上巻』3頁)。

## 感化法と親権 (2) (許)

定める監護教育権、居所指定権、兵役出願許可権、懲戒権、職業許可権及び財産の管理権である<sup>167)</sup>。在院者<sup>168)</sup>の父母は、これらの権限を行うことができなくなる。また、後見人には、親権を行う父又は母と同様の権限(旧 921 条)及び財産管理権(旧 923 条以下)とが認められているが、後見人も、これらの権限を行うことができなくなる。

なお、旧法では、子の家に在る父母又は後見人は、親権とは別に、子の婚姻の同意や養子縁組の承諾等の権限を認められているが(旧 772 条、旧 809 条、旧 843 条から旧 846 条、旧 862 条・旧 863 条等)、これらの権限は親権ではないので、子が感化院に入院した後も、家に在る父母又は後見人が行うことになろう<sup>169)</sup>。

感化院長は親権(監護教育権)を行うので、懲戒権も当然に行うことになるが、感化法は、特に明文で検束を加えることができる旨を規定する。この点につき、議会では、親権の作用の懲戒にすぎず、親の懲戒権の範囲にとどまるつもりであること、懲戒の手段としては、禁足を命ずること、必要に応じて場合により一食又は二食の減食をすること、一室に閉禁すること等を考えていること、この規定がないと不法監禁であるというような疑いを来すので、明文を掲げたほうが明瞭になって宜しかろうという考えで検束という字を加えたことが説明されている<sup>170)</sup>。懲戒の手段として一室に

---

167) 親権を行う父又は母に、未成年の子に代わって親権の行使を認める旧法第 895 条が感化院長に適用されるかは判然としない。適用を認めるのは妥当ではないが、適用を否定すると、未成年の子に対する親権を喪失したとされる(後述)父又は母が代わって親権を行うことになってしまう。

168) 感化法 8 条 2 項により親権・後見の行使ができなくなるのは「在院者」の父母又は後見人であり、「仮退院者」の父母又は後見人とされていないのは、仮退院者は、正式に退院したわけではないので、まだ在院しているとみているのであろう。

169) 許「教育所法(4)」150 頁参照。

170) 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 4 頁〔小河滋二郎〕。感化法に定める検束については、後に矯正院法の制定にあたり、感化院と矯正院との違いに関連して、活発な議論が行われている。例えば、1922〔大正 11〕年の矯正院法案の審議では、感化院の検束の方法には、独居、謹慎、禁足、真立端座等の方法があることが説明されている(第 45 回帝国議会貴族院少年法

監禁することをあげて、不法監禁の疑いを避ける必要性を述べている点は、民法における懲戒権の説明と共通し、興味深い。なお、感化法施行規則では、在院者に対する懲戒及び検束の方法については、内務大臣の認可を経て、地方長官が定めるものとされ(7条)、同規則の公布に伴い発せられた内務省地方局長通牒では、懲戒方法及び検束方法を定めるにはよく注意を加え、最も重大なる悪行のある場合でなければ体罰を加えるようなことはできないとしている<sup>171)</sup>。

こうした感化院長の親権の行使に関しては、検討しなければならない問題がいくつかある。第1に、感化院長が在院者及び仮退院者に対して親権を行うことは、法律上どのように説明されるのか。特に、在院者の父母又は後見人が親権又は後見の行使が認められなくなるが、これも法律的にどのように説明されるのか。また、旧法上、親権を行うのは家に在る父又は母、即ち父母の一方であるのに対し、感化法では「在院者ノ父母」となっているのは、父母双方の親権の行使を認めない趣旨なのか<sup>172)</sup>。第2に、旧法には、一定の行為について、親権を行う父若しくは母又は後見人の同意が必要とされているが(旧737条2項、旧743条等)、感化院長は、親権を行う者として、これらの行為に同意をすることになるのか。第3に、成年に達した在院者(懲戒場対象者)に対し、感化院長はどのような権限を認め

---

案外一件特別委員会議事速記録2号5頁〔山岡萬之助(政府委員)〕。また、その前年には、府県の感化院には謹慎室があり、中には、院長の次の室に入れておく所もあるなどいろいろあるが、大体は隔離した部屋に謹慎を申し付けること、それによって検束をするのは少し手ひどいが、不良程度の強いものにはそういう方法も必要なので、大体認可していること、また、期間については条文に規定がないので、院長が適宜判断するといった説明がある(第44回帝国議会貴族院少年法案外一件特別委員会議事速記録3号2-3頁〔澤柳政太郎、田子一臣(政府委員)〕。もっとも、次の委員会では、謹慎期間は3日が通例で、国立感化院だけが7日であると説明されている(第44回帝国議会貴族院少年法案外一件特別委員会議事速記録4号4頁〔山岡萬之助)〕。後に改めて検討する予定である。

171) 内務省地方局長通牒地甲第64号「感化法施行規則制定ニ付注意事項ノ件」(1901〔明治34〕年8月)『少年矯正』217頁。

172) 後見人は一人なので(旧906条)、後見人についてはこのような問題は生じない。

## 感化法と親権 (2) (許)

られるのか。総じて、こうした感化法の規定は、親権に関する旧法の規定と整合しているのか。

これらの問題を考えていく前提として、まず、感化法制定時に議会でのような議論が行われたのかを確認しておく。

感化法の制定が議論された第 14 回帝国議会では、貴族院の特別委員会の終了間際に、次のようなやり取りがあった<sup>173)</sup>。

○高木兼寛君 若しも是が此処にお前は親である、併しお前は親権を適当に行ふことが出来ぬとか出来るとか云ふやうな言渡を裁判所ですると云ふやうなときには困難なものではありませぬか

○説明員 (小河滋二郎君) 随分困難と考へて居りますが、併ながら民法などに規定がありまして裁判官が宣告をする場合が随分あります、併し必ず困難であると思へます

○高木兼寛君 さうするとお前は親であっても一人前の能力が無いと云ふことを言渡す訳でありますな

○説明員 (小河滋二郎君) それはもう實際は凡そ此下等社会中には子供に拘摸をさせたり、乞食をさして食って居る種類の者が沢山あります、行政処分でやるものは何れさう云ふ種類の者に限るのであります

この短いやり取りから窺えるのは、下等社会には、子どもに拘摸や乞食をさせるような親が沢山あり、そのような親には親権を行う一人前の能力がないので、(裁判手続ではなく) 行政処分によって、親が親権を行う能力がないという言渡しをすることができると考えられていたことである。

このやり取りの前に、小河は、「適当ノ親権ヲ行フ者」(感化法 5 条 1 号)の意味に関連して、極く下等の社会には、親が強いて子に乞食をさせたり、何か悪いことをさせたりして、子を使うというような「極ク親権ヲ濫用スルヤウナ種類ガ沢山アリ」、このような種類の者は適当の親権を行う者では

---

173) 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。

ないと説明していた<sup>174)</sup>。この説明からは、子に拘摸や乞食をさせるような親は親権を濫用していると小河が考えていたことも判る。

旧法では、父又は母が親権を濫用した場合には、裁判所は、子の親族又は検事の請求により、その親権の喪失を宣告することができた(旧896条)。上述の高木の質問は、この場合を想定したものであろう。それに対する小河の返答からは、下等社会の親で子供に拘摸をさせたり乞食をさせたりする種類の者は親権を濫用しているので、そのような親からは親権を喪失させること、民法ではそれは裁判所の宣告によらなければならないが、下等社会の親に限っては、行政処分により親権を喪失させることができると考えていたことが窺える。つまり、在院者に対する父母の親権の行使が認められなくなるのは、子の感化院への入院によって父母は親権を喪失すると考えられていたからではないだろうか。感化法第8条第2項が「父母(略)ハ親権(略)ヲ行フコトヲ得ス」と規定しているのは、このことを表しているであろう<sup>175)</sup>。

他方、この小河の説明は、懲治処分対象者と懲戒場対象者の父母には——不良行為者の父母ほどには——当てはまらないはずだが、彼らも、子の感化院への入院によりその親権を喪失すると考えられていたのだろうか。これらの場合、裁判所による懲治場留置処分又は懲戒場入所の許可という司法判断が介在していることは、親権喪失の効果を認めることと何か関連があるのだろうか、それとも、司法判断の有無とは無関係に、親権喪失の効果を認めるのだろうか。あるいは、そもそも親権喪失の効果は、これらの父母には生じないのだろうか。

174) 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5頁。本稿(1)13-14頁参照。

175) 旧法では、親権の帰属と行使は一体的なものと考えられ、親権の帰属する者が親権を行う場合に「親権ヲ行フ」と規定されたので、「親権(略)ヲ行フコトヲ得ス」という規定は、親権の帰属を否定される場合、すなわち親権を喪失した場合を指すことになろう。旧法における親権の帰属と行使につき、許『親権と監護』第3章(特に57頁まで)を参照。

## 感化法と親権 (2) (許)

ところで、旧法では(現行法でも)、未成年者に親権を行う者がいない場合には、後見が開始する(旧 900 条 1 号)。従って、もし父母が親権を喪失するのであれば、未成年者には親権を行う者がいなくなり、後見が開始するはずである。しかし、感化院長は親権を行うのであって、後見を行うのではない。なぜこの場合に後見が開始するとされなかったのだろうか。

感化法が行政処分による親権の喪失を定めるものであることは、感化法の制定時にはそれほど明確にはされていない。このことが明確に説明されるのは、1908〔明治 41〕年の感化法改正の際の議論においてである。この感化法の改正は、前年の刑法改正(明治 40 年法律第 45 号)により、14 歳未満の者の行為は不可罰とされたこと、また、懲治場を廃止し、不良少年はもっぱら感化院に収容することとなったことを受けたもので、感化法そのものの改正が問題となったものではなかった。しかし、衆議院の第 3 回委員会で、委員長の花井卓蔵は、政府委員の床次竹二郎に対し、感化院長の権限に関する説明を執拗に求めている<sup>176)</sup>。

まず、花井は、旧法第 896 条及び人事訴訟手続法第 31 条の規定をあげ、感化法が行政権を以て親権の喪失を定める理屈上の根拠はどこにあるのかを尋ねた。床次は、「此感化法ノタメニ民法ノ親権喪失ノコトハ、自然特例ヲ以テ取除ケラレタモノト考ヘテ居リマス」と答え、この点は、今回の改正案でもそのままに、改正をしないつもりであると答えた。やや判然としない説明だが、感化法は、民法の親権喪失の特例であるといっているのであろう。

花井は、質問の趣意を改めて説明し、「現行感化法ニ之ヲ認メテ居ルコトノ適当デアルヤ否ヤト云フコトニ疑ヲ起シマシタ、故ニ若シ不適当デアルナラバ、此場合モ序ニ其点ヲモ修正ヲ致シタイト云フ趣意デ御尋ヲスルノデス」とさらに質問を続ける。しかし、床次は、感化法が犯罪者にあらざる不良少年を行政上の手続によって収容するのは、裁判上の手続や警察の

---

176) 第 24 回帝国議会衆議院感化法中改正法律案委員会議録(速記) 第 3 回 9-10 頁。

手を経ないで収容するほうが良いこと、「懲罰若クハ裁判ト云フヨリハ、教育ヲスル訓育ヲスルト云フ考ヲ重ク取ツタ方が宜イヤウニ考ヘ」るので、将来もこの主義をとっていきたい考えであると述べ、それが適当なことを主張する。

しかし、花井はこの説明が自分の質問の趣意に副っていないといい、民法及び人事訴訟手続法に規定されているとおり、親権の喪失は必ず判決によらなければならないことになっているので、「此民法ノ規定ヲ行政権ヲ以テ奪ハレタル根拠如何」を再び質問する。しかし、床次は、子どもの教育感化という点を重く取り、裁判上の手続を経て決めるよりは行政官の手で認定によってやったほうがよろしいという考えであるという説明を繰り返した。

花井は、この説明にも納得せず、さらに床次に質問を続ける。この後のやり取りは、本稿での検討にも重要な関連があると考えられるので、長くなるが引用する。

○委員長(花井卓蔵君) 感化法を小供が教育する主義で出来て居ると云ふことは能く分つて居りますが、問はさうでない、如何なる場合に於ても、親権の喪失を宣告するには、裁判の手に拠らなければならぬと云ふことに民法が認めて居るのを、行政権が感化院に収容されるもの、親に限っては、実質上喪失の宣言をなすと同一なることをするのは、理屈上如何なる根拠があるかと云ふ問であります——ちょっと関係の条文を御覧を願ひます

○政府委員(床次竹二郎君) 感化法の八条で見ますと、感化院長が親権を行ふ結果として、父母後見人は親権を行ふことが出来ぬやうであります、感化院に収容した以上は、感化院に於てそれだけの親権を行はなければ、十分に教育の目的を達し得ないと思ふのであります、在院児童に対しても尚父母が勝手に親権を行うては、十分に感化が行へないから、親権は、感化院長に行はしめて宜いと思ふのであります

○委員長(花井卓蔵君) 尚適切でないのであります、民法と云へる法律の

## 感化法と親権（２）（許）

規定に拠って、親権の喪失と云ふことは裁判の手續を経るに非らざれば為すこと能はざる旨の規定がある、其規定を侵して裁判手續を経ずして感化院長に直ちに親権を授けられたる理屈上の根拠如何と云ふのであります、政府委員の感化院長に親権を行はしむる必要ありと云ふの御答は、事実問題として之を諒とするのであります、理屈上の根拠は何処にありますか、更に切言すれば、民法上の権利を行政権が侵す根拠は何処にありますか、他にも斯う云ふ類例がありますか

○政府委員（床次竹二郎君） 他に類例があるかと云ふことは確とは申し上げられませぬ、蒞蒞摺で御廻ししたのに、行政でやるのもありますが、あれも行政庁でやるのか、或は裁判所の権力も及んで居るのか分りませぬが、或は私の考では行政庁でやって居るのでないかと思ひますが、その点をはっきり申し上げられませぬ、要するに分らぬと申すよりありませぬ、日本に於て他の類例如何に拘らず、裁判所で手續を経ないで、親権を行ふやうに致しました趣意は、畢竟するに感化を目的とする上に於ては、其方が宜しいと云ふところから之を行政庁に移したもので、即ち民法に対して特別の規定を挙げたと思ふので、行政上の手續でやった方が感化の目的を達する上に於て、其方が宜いと云ふところから其主義を採った訳と思ひます

○委員長（花井卓蔵君） どうも能く理屈の根拠と云ふ御尋としては御答が分りませぬが、もう宜しうございます（以下略）

花井は、感化院に収容される者の親に限り、行政権が実質上喪失の宣告をなすと同一なことをする理論上の根拠を問うのに対し、床次は、感化院に入院した以上、父母ではなく感化院長が親権を行わなければ、十分に教育の目的を達し得ないことを述べる。花井は、だからこそ行政権が親権の喪失を認めることの不当性をいうが、床次は、行政上の手續でやった方が感化の目的を達するうえでよろしいという説明を繰り返すだけで、その理論上の根拠について明確に説明しない。

同様の議論は、これに続く第４回委員会でもより厳しく、かつかなり詳

細に行われているが、会期も迫っていること、刑法施行後に不都合があれば、十分に考究して改めるべきは改めたほうが宜しいという床次の答弁を受け、他日の改正を期することとして法案は委員会を通過した<sup>177)</sup>。

貴族院でも、衆議院でこうした議論のあったことに言及され、床次は、行政官の取調べによって収容するという現在の主義は是なるものと信じているが、「将来其取調ヲシタ上ニ唯今執ッテ居ル所ガ悪ルケレバ換ルベシ、又実行シタ上ニ不都合デアルト思フ時分ニハ改正ヲスルト云フコトヲ言明シテゴザイマス」として、将来の改正への含みを持たせている<sup>178)</sup>。

こうした議論について、本稿との関連で注意されるのは、感化院長が親権を行い、父母が親権を喪失するとされる根拠が特に不良少年に対する感化教育の特性に求められている点である。行政処分によることを批判する花井でさえ、その点については問題としていない。では、なぜ感化教育の必要性からこのようなことが正当化されるのだろうか。次に、この点についてみてみよう。

177) 第24回帝国議会衆議院感化法中改正法律案委員会議録(速記)第4回15頁以下。詳しくは本稿(3)以降で検討する予定である。

178) 第24回帝国議会貴族院感化法中改正法律案特別委員会議事速記録1号4頁。貴族院特別委員会では、政府側から、例えば、感化院への入院について、アメリカの児童裁判所のように特別の裁判所を設けたり、ドイツのように後見裁判所の決定に任せたり、宗教家や裁判官等からなる特別の設備で決定するところなどがあり、諸国の立法を研究して、のちには感化制度が完備することを望んでいる(同2号10頁〔小山温(政府委員)〕)、これは、感化法のみならず、刑法、特別法の問題となり、十分に講究して適当な方法を目付けるとすることについて、内務省でも異議はない、この法案通過のうえ、十分に講究しなければならない(同2号11頁〔井上友一(説明員)〕)等の説明があったほか、委員からも、入院の判断については慎重な取扱いを希望し、本改正案実施の上で詳細を取り調べ他日完全なものを作成してほしい旨の要望も表明され(同3号18頁〔波多野敬直〕)、今後の調査研究により法改正を図ることが示唆されている。花井は、このような意図のあることを既に見越して、衆議院の委員会であのような質問をしたのかもしれない。

## 2 感化教育と親権

感化法に親権に関する規定を設けること、具体的には感化院長に親権の行使を認めることは、内務省で感化法案を立案した小河滋次郎や窪田静太郎の考え、特に小河の考えによるところが大きいように思われる。

小河によれば、感化教育とは、「未成年者ニ對シ親権者ノ意思ニ依リ又ハ其意思ニ反シテ法律ノ規定ニ基キ國家カ其機關（行政或ハ司法官衙）ニ依テ命令セシメ或ハ之ヲシテ直接ニ執行シ又ハ國家ノ監督ノ下ニ適當ナル個人（家族）若クハ營造物（公私立感化院）ニ於テ執行セシメル所ノ強制的教育法」<sup>179)</sup>、「広き意義に於ける未成年者に対して親権者の意思に依り、又は其の意思に反して法律の規定に基き國家が機關をして命令せしめ、或は之をして直接に、又は國家の監督の下に適當なる個人の「家庭」、若くは、「營造物」（公私立感化院）に於て執行せしむる所の道德的教養法」<sup>180)</sup>をいう。感化教育は、國家が刑事政策上の必要に基づいて施行するところの一種の強制教育法である<sup>181)</sup>。

感化教育は、民法に規定する親権を侵害することになるにもかかわらず、なぜ正当化されるのだろうか。

小河は、民法のいう監護教育について、教養という文字のほうが広く且つ適切に児童保護の意義をあらわすことができるとし、このような児童の教養はその親の自然的権利に属すべきものであることを認める。しかし、社会生活が複雑になり、児童教養の任務が重くなるにしたがって、分業の必要が起こり、各種の学校教育の力を借りなくてはならなくなるが、学校教育は、社会生活に必要な外部の条件の具備即ち学力・体力の健全な発達

179) 小河『未成年者刑事制度』第4章1頁。

180) 小河「感化事業と法制關係」296頁。後年、小河滋次郎「何をか感化教育と謂ふ」『小河滋次郎著作選集 上巻』（日本評論社、1942〔初出は1917〕）162頁では、「教育年齢に在る教育可能の未成年者に対し、本人及公共の利益の爲めに、立法の規定に基づき、一定の条件を具備する場合に、國家が其の代表機關をして命令を爲し或は國家の直營として之を執行し、或は國家の監督助成の下に一人又は公共団体をして執行せしむる所の、格段なる教育」と定義されている。

181) 小河『未成年犯罪者刑事制度』第4章6頁。

を遂げさせるものであり、内的条件即ち精神的道德方面の教養は家庭が主として任ずることにしなければならないという<sup>182)</sup>。

親には子を教養する権利があるととも、これを「教養せざるべからざる義務」を有する。民法(旧法)第879条もこのことを認める。もし親がこの当然尽くすべき教養の任務を尽くさないのならば、国家は、当然に親に向かってその子を適当に教養すべきことを要求することができる。もし親が国家の要求を充たさないか、充たすことのできない事情のある場合には、「国家は親に代わつて自ら当該児童の教養に当ることにせねばならぬ。即ち国家は親権を奪つて自ら親権の働きを為すべき権能を有する訳である」<sup>183)</sup>。けだし、「一個人たる親の身分に属する児童教養の権利は国家の有する広く且つ大なる一般的教養監督の権力に対抗することは出来ぬ。児童の将来は国家前途の利害休戚に関係すること至大なるものあるは勿論なるが故に、若し親又は親に準ずべき者が児童教養の任務を怠り、若くは教養の任務を全くし能はずと認めらる場合に於ては、之に代つて其の児童保育のことに任ぜざるを得」ない<sup>184)</sup>。親による教養義務の懈怠は、子の遺棄・虐待や不良行為等となり、犯罪の増加の原因となって、国家の法的秩序の保全を害するに至る。「国家ハ社会及ヒ当該幼者ノ利益ヲ保護スルカ為ニ此ニ親権ニ代ツテ其義務ヲ全フスル所ナカルヘカラス」<sup>185)</sup>と。

182) 小河「感化事業と法制関係」292-298頁。

183) 小河「感化事業と法制関係」295頁。同様の記述は、小河『未成年者刑事制度』第4章3-6頁、小河滋次郎『未成年犯罪者ノ處遇』(1903)〔鮎川潤監修『戦前期少年犯罪基本文献集 明治・大正編Ⅰ 第3巻』(日本図書センター、2009)〕〔以下、小河『未成年犯罪者ノ處遇』〕186-189頁にもある。特に後者では、教育の程度・種類の決定や学校の選択、宗教教育等すべて親権者の判断に任せるという梅謙次郎の説明(梅『民法要義四』351頁)に対し、教育とは、「良民的生活ニ必要ナル一般ノ徳育及智育ヲ与フル」ことであるとして、教育の程度や方法の取捨選択だけでは親権教育の任務を尽くしたということではできず、学校は、親権教育の任務を補助する一機関にすぎないと批判している。

184) 小河「感化事業と法制関係」295-296頁。同様の記述は、小河『未成年者刑事制度』第4章にもみられる。

185) 小河『未成年犯罪者ノ處遇』188-189頁。

## 感化法と親権 (2) (許)

この素朴な国親思想<sup>186)</sup>(及びその根底にある国家教育観)からすれば、親権を適切に行うことなく、子の教育の義務を尽くしていない父母から親権を奪い、国家がこれに代わって親権を行う(親権の一部としての教育権を行う)ことは、いわば当然のことといえよう<sup>187)</sup>。

しかし、感化教育は、「広キ教育ノ意義ニ於ケル特別且ツ最終ノ手段ナリ家庭又ハ学校ノ教育ヲ以テ其目的ヲ達スルコト能ハザル最終ノ場合ニ於テ始メテ特別手段トシテ之ヲ適用スルヲ以テ基本則トナスヲ要ス」<sup>188)</sup>。故に、あらかじめ厳密にこれを行い得る場合を規定すること、これを行う場合にも、親権、学校教育その他当該個人関係の実況を省察して、なるべく他の手段、例えば両親の親族朋友又は慈善的保護の施設等をして任意的に子を監護又は教育させる方針をとる必要がある<sup>189)</sup>。感化教育を行い得る場合を厳密に法律に規定することの重要性を小河は十分に認識していたことが判る。

他方、窪田は、1898〔明治31〕年から欧米の貧民救済社会事業の調査を命じられ、感化事業等も視察し、特に英国の感化事業に関する理解が深かった。帰朝後、1899〔明治32〕年に、東京市養育院の関係者に欧米の感化事

---

186) 感化教育における国親思想については田澤『感化教育』、特に49頁以下、131頁以下等参照。

187) 小河が1895〔明治28〕年から参加した万国監獄会議では、未成年の犯罪者(又は犯罪のおそれのある者)に対する父母の親権の剥奪や国家による親権・後見がしばしば議論されていた。また、小河は、1897〔明治30〕年の講演において、英独法のほか、万国監獄会議での議論を紹介し、日本では、「無告漂浪の無頼児は社会文明の進歩と共に、殊に都会熱鬧の地に於て、比年増加せるにも拘はらず、刑法上、僅かに儀式的懲治場留置の規定あるのみにして、民法及び其他の法令に於ては未にも親権に対して、公権関与の程度及び方法を規定したるものあるを見ず」と批判している(小河滋次郎「教育と犯罪の間」教育公報206号(1897)9頁)。なお、小河と万国監獄会議については田中『未成年者処遇制度』23頁以下を、万国監獄会議については正木亮『国際監獄会議』(法務省総合研究所研究部史料18、1966)も参照。

188) 小河『未成年犯罪者ノ處遇』189頁。

189) 小河『未成年犯罪者ノ處遇』189-190頁。

業の状況を述べる機会があった<sup>190)</sup>。養育院では、1891・92〔明治24・25〕年頃から、浮浪少年が年を取るにしたがって悪化して拘摸や窃盗のようなものになることに気づき<sup>191)</sup>、その事情を調査していた<sup>192)</sup>。窪田ら内務省関係者は、速やかに感化に関する法律制度を設けることの必要性を教えられ、具体的には、例えば、不良少年の教育にあたる者が教育上ある程度の懲戒を加える必要を認めても、少年に対する親権又は後見人の権利がないので、その処置をとることができず、思うような教育を施すことができないこともわかったという。そこで、小河と窪田らが協議し、小河が主として感化の方法等に関する要綱を立案し、窪田がこれを地方制度や行政法規に照らして法文に仕上げてできたのが、明治33年感化法であるという<sup>193)</sup>。

190) 窪田は1899年とするが(窪田静太郎「社会事業と青淵先生」『窪田静太郎論集』(日本社会事業大学, 1980〔初出は1928〕)436頁)、長沼「作成過程」119頁注6は、これを窪田の記憶違いとし、渋沢栄一の日記を引いて、1900年10月としている。感化法案が衆議院に提出されて成立したのは1900年2月であり、もし養育院関係者との懇談が1900年10月だとすると、その後に感化法案を立案することはあり得ない。ただ、10月の懇談の前に、既にこうした法制度の必要性を認識していた可能性はあり得る。

191) 渋沢栄一「東京市養育院の過去及現在と将来に対する希望」東京市養育院月報1号(1901)〔『復刻版東京市養育院月報』第1巻(不二出版, 2008)〕。東京市養育院『養育院六十年史』(1933)〔以下『養育院六十年史』〕476頁では、1894・95〔明治27・28年〕の日清戦争前後より養育院収容外の棄児・孤児で悪化したものが市中に増加したとする。

192) 渋沢栄一編『窮児悪化の状況 附収養法』(東京市養育院, 1898)〔国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/798741>〕参照。これは、安達憲忠「乞児悪化ノ状況」(1895)に手を加え、東京市養育院感化部創設の際の寄付金募集のために公刊されたパンフレットである(古林世士子「解説」児童問題視研究会監修『日本児童問題文獻選集2』(日本図書センター, 1983)80-81頁)。養育院では、1896〔明治29〕年7月に意見を付して東京市参事会に上申したが、1897〔明治30〕年7月に英照皇太后崩崩に伴う恩賜金が養育院に下付されるにあたり、感化部の設置が条件とされ、同年10月に養育院に感化部を設置することが東京市議会で可決された。感化部入院規則等も整備され、1900〔明治33〕年7月、本院(大塚)で感化部が開始された。詳しくは『養育院六十年史』475頁以下のほか、長沼友兄「東京市養育院感化部の成立と渋沢たち」渋沢研究7号(1994)3頁参照

193) 窪田・前掲注190)437頁。「30年記念座談会」337頁では、窪田は、「其の骨

## 感化法と親権 (2) (許)

もっとも、小河と窪田が感化法の立案に具体的にどのように関わったかについては、なおはっきりしないところが多く、内務省内での立案過程等に関しても同様である<sup>194)</sup>。しかし、立案にあたり、感化院に入院し得る事由(感化教育を行い得る場合)を規定すること、また、感化教育が、親権を行う父母が子の教育義務を尽くしていないときにそれに代わって行われるものである以上、そのための権限を感化教育の実行機関<sup>195)</sup>に認める規定を置くことは、当然のことと考えられたのであろう。ただ、実際に感化法に設けられた規定がその目的になかった適切な規定であったのか、また、親権に関する旧法の諸規定と整合するものであったのかどうかは、なお検討しなければならない問題である。以下、項を改めて検討する。

### 3 感化法における親権の規律の検討

最も問題となるのは、感化院長が親権を行うこと、父母や後見人が親権や後見の行使ができなくなることを法律的にどう説明するかであろう。以下、父母について検討する。

既にみたように、感化法制定時、小河は、議会で、下等社会には子どもに拘摸や乞食させるような親が沢山あり、そのような親は親権を濫用しているものであり、適当の親権を行う者ではないなどと説明していた。

---

子即専門的の規定の趣旨は小河君の考案で之を行政制度に会わせて知事の職責や府県の負担等を定め法文に書き上げたのは自分である」と述べている〔原泰一代弁〕。

194) 詳しくは田中『未成年者処遇制度』55-66頁参照。田澤『感化教育』175頁は、小河が中心となったとする。窪田は、「自分は小河君が感化法の必要を唱道するに対し直に共鳴した」という(「30年記念座談会」338頁)。また、窪田の記憶では、「自分等が立案してから内務省に於て差したる議論もなくスラスラと通過して議会提出せられた」ともいうが(「30年記念座談会」338頁)、長沼「成立過程」102頁は、政府部内でも限られた範囲内での作業であったことを示唆する。

195) このような権限は、実際に子の感化教育を担当するもの(入所施設(の責任者))ではなく、その判断を行う公的機関(議会、行政機関、裁判所等)に認めることもあり得る。感化法は、感化院長に権限(親権の行使)を認めたが、その理由につき後述参照。

この説明には、旧法からみて検討しなければならない問題点がいくつか含まれている。以下、子には家に在る父母がいる場合を念頭に検討する<sup>196)</sup>。

まず、不良行為者が感化院に入院するためには、「適当ノ親権ヲ行フ者(略)ナクシテ」という要件を満たす必要があるが(感化法5条1号)、これは具体的にどのような場合を意味するのだろうか。

旧法では、家に在る父が親権を行い、父の不知・死亡・去家のほか、「親権ヲ行フコト能ハサルトキ」<sup>197)</sup>に家に在る母が親権を行う(旧877条)。親権を行うのは家に在る父又は母のどちらか一方である。そして、未成年の子に対して「親権ヲ行フ者」がないときには後見が開始するが(旧900条1号)、ここで「親権ヲ行フ者」がないときとは、親権を行う父も母もない場合をいう<sup>198)</sup>。

では、感化法第5条第1号の「適当ノ親権ヲ行フ者(略)ナクシテ」も旧法第900条第1号と同様に解すべきなのだろうか。例えば、父が親権を行う(これが通常の行使形態である)子について遊蕩等が認められる場合には、「適当ノ親権ヲ行フ者(略)ナクシテ」と認定して感化院に入院させることになると思われるが、この場合に家に在る母が親権を行う可能性についてはどのように考慮したらよいのだろうか。子の感化院入院によって父は親権を行うことができなくなるので、家に在る母は、旧法第877条第2項の規定により親権を行うことになるのだろうか。すると、感化法第8条

196) 小河のいう下等社会が常に貧困層(貧民、細民、窮民)を意味するわけではないが、関連のあることは否定できない。また、そうした貧困層では、婚姻や出生の届出をする者が少ないことや貧困家庭に多くの子どもたちのいることがしばしば指摘されている(横山源之助(立花雄一編)『下層社会探訪集』(社会思想社、現代教養文庫、1990)、横山源之助「東京貧民の状態」横山源之助『日本の下層社会』(岩波書店、岩波文庫、1985)所収、中川清編『明治東京下層生活誌』(岩波書店、岩波文庫、1994)等)。ここでは、問題の所在を明確にするために、家に在る父母のいる場合を取り上げる。

197) 法律的な不能として父が未成年者であるとき、親権喪失の宣告を受けたとき、事実上の不能として父の不在、心神喪失の状況にあるときなどがあげられる。奥田『親族法論』343頁。

198) 梅『民法要義四』399頁、奥田『親族法論』387-388頁。

## 感化法と親権 (2) (許)

第2項は、この場合に母による親権の行使を認めないために、在院者の「父母」が親権を行うことができないと規定したのであるか<sup>119)</sup>。つまり、不良行為者の父母は、法的にはそのいずれが親権を行っていようと、子の感化院入院によりともに親権を行うことができなくなり、その時に親権を行っていなかった父母の他方が親権を行う可能性が排除される。この意味で、この規定は、旧法第877条第2項の特則を定めるものなのだろうか。すると、旧法第900条第1号における「親権ヲ行フ者」と感化法第5条第1号における「親権ヲ行フ者」の意味は異なることになるのだろうか。

第2に、繰り返し触れているように、未成年者に親権を行う者がいないときには後見が開始する(旧900条1号)。もし子の感化院入院により父母双方が親権を行うことができなくなるのであれば、後見が開始するのが旧法の原則的立場である<sup>200)</sup>。しかし、感化院長が行うのは親権であり、後見を行うのではない<sup>201)</sup>。在院者に父母も後見人もいないときでさえ、感化院長は親権を行うとされる。また、小河の説明は、下等社会の親つまり不良行為者の親についてのもので、懲治処分対象者及び懲戒場対象者についてのものではない。しかし、感化院長は、どの入院事由によるものであれ、在院者に対して親権を行うことが認められる。後二者については、財産を管理する権限が除外されているが、この区別はどのような理由に基づくものなのだろうか。

まず、感化法による父母の親権の喪失は、民法上の手続を踏んだものではないので、後見開始事由にあたらないと考えられたのかもしれない。し

---

199) これは、旧法が母にも親権の行使を認めているために生ずる問題でもある。

200) 後見は、「親権ヲ行フ能ハサルトキ」に開始するが(奥田『親族法論』388頁)、これを旧法877条2項と同義と解すると、法律上の不能の場合だけでなく、事実上の不能の場合も含まれる(奥田『親族法論』343頁。前掲注197)。子の感化院入院(それによる感化院長の親権行使)は、法律上の不能ではなくても、事実上の不能に該当するといえよう。

201) 後見人は、親権を行う父又は母と同一の権利義務を有するが(旧921条、旧923条)、親権を行うのではない。感化法8条2項も、後見人は後見を行うことができないと規定する。

かし、感化院に入院した未成年者については後見を開始する必要がないということのほうが理由としては大きいように思われる。もし後見の開始を認めると、だれを後見人（又は、救育所法に倣えば、後見人の職務を行う者）にするかという問題が生ずる<sup>202)</sup>。また、後見人には、親権と同様の権限及び父母の権利義務に相応する権限（子の婚姻や養子縁組等に関する同意権・承諾権等）の両方が認められるが、感化教育に必要なのは前者、特に監護教育権及び懲戒権であり、後者の権限は不要である。救育所法の対象となる未成年者について、監護に関する諸権限に加えて、身分に関する行為の権限も必要とされたのと状況が異なる。さらに、後見監督人や親族会の設置も問題となろう<sup>203)</sup>。

また、施設における感化教育は家族的な体制の中で行われ、施設の長はそのような家族における「親」（親代わり）の立場（*in loco parentis*）にあるので、父母と同様の権限を行うことが認められることが望ましいと考えられている<sup>204)</sup>。「親」代わりの感化院長が後見を行うのは、たとえ法的には親権と同様の内容であるとはいえ、感化教育の目的から考えると望ましいことではなく<sup>205)</sup>、この点からも感化院長が親権を行うとする必要がある

202) 私立の感化院の院長が在院者の後見人になることの妥当性が問題となるのではないか。救育所法では、公設の救育所長は後見人の職務を行うが、私設の救育所にある未成年者については、地方長官が後見人の職務を行うべき者を指定した（救育所法1条）。同様の規定は既に孤児法案2条にあり、私設の救育所の所長の中には法定代理人として不適切なものがいるために、このような規定が設けられたものである（許「救育所法(3)」122頁）。感化院長の資質や人選が問題となることは、1908年の感化法改正時に議会で議論されている（第24回帝国議会貴族院感化法中改正法律案特別委員会議事速記録2号8-9頁）。

203) 詳しくは許「救育所法(3)」, 許「救育所法(4)」123-140頁参照。

204) 田澤『感化教育』125頁以下、特に134-135頁参照。前掲注185)も参照。

205) 1951〔昭和26〕年の児福法第5次改正に際し、施設長の権限について、児福法47条を削除し、入所中の児童に対し、監護教育の義務や懲戒の権限を規定することが考えられたが、入所中の児童の監護教育についての熱意の上において格段の差異があるとう社会福祉事業者からの強い要請もあり、「親権を行う」という従前の規定が存置された（阿川清道「親族法改正の問題点について(6)」戸籍144号(1960)9-10頁）。養護施設関係者は、この提案を、施設長の親権（いわゆる親権代行権）の削除ととして強く反発しているが（松島正義「親権代行権」

## 感化法と親権 (2) (許)

と考えられたのかもしれない。ただ、感化院長には親権しか認められないので、(実際には稀であろうが) 在院者の婚姻や養子縁組にあたり、父母も後見人もいない在院者についてはその同意や承諾をする者がいないという事態が生じ得る<sup>206)</sup>。

ところで、旧法では、婚姻や養子縁組のほかに、未成年者の身分に関する行為について親権を行う父若しくは母又は後見人の同意を要するとする規定がある。未成年者の親族入籍への同意(旧 737 条 2 項)及び未成年家族の他家相続・分家・廃絶家再興への同意(旧 743 条本文)等である。しかし、これらの制度は、家族制度の要請から設けられたもので、親権の内容とはほとんど無関係であり、感化教育にも関連がない。したがって、これらの規定については、感化院長を、その同意が必要な「親権ヲ行フ」者と解すべきではないだろう。では、在院者のためにこれらの行為が必要になったときにはいったい誰が同意をするのだろうか。不良行為者の家に在る父又は母は親権を行うことができず、懲治処分対象者と懲戒場対象者の父母には財産管理権しかない。それとも、子が感化院に入院したとはいえ、父母は事実上親権を喪失するだけであり、しかも具体的に制約されるのは監護教育と懲戒だけなので、これらの規定については、家に在る父又は母が親権を行う父又は母として同意をするのだろうか。

第 3 に、なぜ懲治処分対象者と懲戒場対象者については、財産管理権が除外されたのだろうか<sup>207)</sup>。他方、不良行為者については、なぜ財産管理権

---

その歴史」全国社会福祉協議会編『親権と子どもの人権』(全国社会福祉協議会、1980) 97 頁)、法律的にみれば、この反発に誤解に基づく部分のあったことは否めない。しかし、その根底には、施設長が「親」代わりとして児童の面倒を見るのだから、親権を行う(代行する)のは当然である、あるいは、親権を行うからこそ児童を保護することができるという信念のようなものがあるように思われる。詳しくは許「救育所法 (4)」162-167 頁参照。

206) 在院者に家に在る父母又は後見人があるときは、父母又は後見人が同意・承諾をするが、父母も後見人もないときは、感化院長等適当な者を後見人に選任することになる。

207) 感化法制定時も 1908 年の感化法改正時も、財産管理権について議会では議論されていないようである。

も含めて親権全体の行使が認められたのだろうか。感化教育に必要な権限は主として監護教育権及び懲戒権にあることに鑑みると、不良行為者についても財産管理権を除外してもよかったのではないだろうか。

旧法では、管理の失当による管理権の喪失は認めているものの(旧897条)、監護教育の権利等を濫用した場合には、親権全体を喪失させる(旧896条)。不良行為者の親は監護教育の権利を濫用している(教養の義務を尽くさない)とされるので、後者に倣い、親権を喪失させ、感化院長が親権を行うことにしたことがまず考えられる。ただ、懲治処分対象者や懲戒場対象者も、親による親権(監護教育権)の行使が適切ではなかったために懲治処分の対象となるような犯罪行為や懲戒場入院の原因となるような行為を行った場合もあり得る。その意味で、不良行為者の親ほどではないにしても、懲治処分対象者や懲戒場対象者の親も親権(監護教育権)を濫用していることになるので、彼らについても、感化院に入院した以上は、感化院長が親権を行う必要があると考えたのかもしれない。財産管理権が除外されたのは、例えば懲戒場対象者の中には資産家の子弟が含まれることもあり、その入院期間も6か月と短期であることから、その財産の管理や後述する法律行為の代表・同意は、感化院長ではなく、親権を行う父又は母に委ねることがむしろ適当と考えられたのであろうか。では、懲治処分対象者について財産管理権が除外されたのはどのような理由に基づくのだろうか。

他方、感化院長が不良行為者について財産管理権を行うことの意義はどこにあるのだろうか。これらの者について多額の財産の管理が問題となることは、実際にはあまり考えられないが、例えば在院中の作業等による収益を、親ではなく、院長が管理するために、財産管理権が必要となることが考えられる<sup>208)</sup>。また、財産管理権の中には、未成年の子の財産に関する

208) 小河は、貴族院の特別委員会において、在院中の業により収入が出る見込みであること、その適当な部分は感化生に与え、あるいは貯蓄をさせるようにしたいと考えていると説明している(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4頁〔高木兼寛、小河滋二郎〕)。感化法施行規則6条本文によれば、感化院長は必要に応じて在院者を労務に就かせることができた。しかし、もしそ

## 感化法と親権 (2) (許)

法律行為についての子の代表権 (旧 884 条, 現 824 条) 及び同意権 (4 条 1 項, 現 5 条 1 項) が含まれるので, 例えば, 不良行為者が退院する際に, 感化院長が代表又は同意して, 徒弟や奉公の契約等を締結することが可能となる<sup>209)</sup>。こうした契約は, 感化院での教育や職業訓練が成果をあげ, 不良少年が親の悪影響を断って自立するときに必要になる<sup>210)</sup>。親が契約の締結を妨害することを防ぐために, 親以外の者に契約締結の権限を認めたのかもしれない。

しかし, 懲治処分対象者と懲戒場対象者について財産管理権を除外したことは, 感化院長の権限と父母の権限との間で説明困難な状況を招いてい

---

うだとすると, 同様に院内で作業を行う懲治処分対象者や懲戒場対象者については, 感化院長ではなく, 親権を行う父又は母が財産管理を行うことになるのだろうか。

209) 矯正院法は, 矯正院の長に, 已むことを得ない事由のある場合に, 少年審判所の許可を受け, 親権者又は後見人の職務に属する行為をすることを認めるとどまる (矯正院法 11 条)。最初に矯正院法が提出された第 42 回帝国議会での説明によれば, 親権・後見の関係は, 少年法の施行においては大体これを制限しないという立場で, 権利としての親権・後見は残すという英国法の流儀であり, 従って少年法には何も書いていない〔許注: 規定していない〕こと, それ故に, この処分の感化矯正だけについて制限があるだけであるとされている。この矯正院法の規定については, 少年を徒弟に出すような場合, 親が承知しないというような場合に, 矯正院の長が後見の職務を行って契約書に同意するような各個の行為だけに親権・後見の権利を行うという説明がされている (第 42 回帝国議会衆議院少年法案外一件 (少年法案矯正院法案) 委員会議録 (速記) 第 2 回 10 頁〔山岡萬之助 (政府委員)〕)。なお, 山岡は, 「感化院ノ方ハ, 全然親権ヲ奪フト云フコトニナッテ居リマスガ, 何レ感化法ヲ此前政府委員ヨリ説明致シマシタヤウニ, 改正スルコトニナリマセウト思ヒマスノデ, 多少動クダラウト思ヒマス」とも述べていることが注意される。感化法の改正や矯正院法における親権の規律については本稿 (3) 以降で検討する予定である。

210) 小河は, 英国で感化院収容生徒の善後法を講ずる手段として, 陸海の軍務に従事させることや移民を行っていることを例に挙げ, 「感化教養ノ最終目的ハ終了以後ニ於ケル処世法ノ完備セルコトニ由テ始メテ之ヲ全フシ得ヘキモノナルカ故ニ苟クモ感化教育ノ周到適実ヲ計ラントナラハ深ク此点ニ注意ヲ加フル所ナルヘカラス」とする (『未成年者刑事制度』第 17 章 23 頁)。日本でも同じ方法をとることができるかどうかは別として, 退院後の職業的自立を可能とするような感化教育の必要性を述べており, 感化院長に財産管理権を認めることはこれに資するものということができよう。

るのではないだろうか。この場合、感化院長は財産管理以外の親権を行い、親権を行う父又は母は財産管理権を行うという形で、親権の内容をいわば分割して行うことになるのだろうか。

親権を行う者以外の者が親権の内容の一部を行うことは、旧法でも認められている。例えば、父母が離婚する場合、子の監護は親権を行う父に属するのが原則であるが、家を去る母（父が家を去るときは父。以下、父についての説明を省略する。）を監護者と定めることもでき、この場合、母は、監護に関する権利義務を認められる（旧812条、旧819条）。しかし、監護の範囲外では父母の権利義務に変更を生じないので、監護以外の権利義務は親権を行う父が保持し、したがって教育権も財産管理権も父が行う<sup>211)</sup>。また、親権を行う者が管理権を有しないときや管理を辞しているときは、財産管理だけを行う後見人が選任される（旧900条、旧901条、旧935条）。この場合、親権を行う者には財産管理権がない。しかし、感化法の規律は、このいずれとも異なるものである<sup>212)</sup>。

また、親権を行う父又は母は、感化法によって感化院長の権限から除外された財産管理権を行うことになるが、この場合、通常と同じように管理を行うことになるのだろうか。それとも、何か制約があるのだろうか。

関連して、旧法には、親権の効力として、監護教育権及び懲戒権のほか、居所指定権（旧880条）、兵役の出願許可権（旧881条）及び職業許可権（旧883条）が明文で定められている。これらの権利も、感化院長に認められるのだろうか。認められるとしてもその実際上の意義はどれくらいあるのだろうか。

居所指定権及び兵役の出願許可権は、子の監護教育に関する権利から生ずる効果なので<sup>213)</sup>、親権を行う感化院長に認められることになりそうであ

211) 前掲注68)のほか、許『親権と監護』14-16頁参照。

212) 子の感化院入院時に既に親権を行う者に管理権がなく、後見人が選任されている場合には、感化院長は、（財産管理以外の）親権を行い、後見人が財産管理権を行うということになるのだろうか（旧935条）。

213) 奥田『親族法論』346-349頁。梅は、居所指定権を監護権の適用にすぎない

## 感化法と親権 (2) (許)

る。しかし、はたしてそのように解してよいのだろうか。

居所指定権は、子の監護教育のために適した居所を指定し、そこで子を生活させる権利である。例えば、感化院長は、必要に応じ、在院者を適宜公私の施設又は私人に託して教育を施させることができる(感化法施行規則6条本文)。また、仮退院者については、感化院長が適切な居所を指定し、そこで生活させることが必要な場合もあろう。これらは、一見すると感化院長の居所指定権によるもののようにみえるが、むしろ、感化教育を具体的に行うために感化法上認められる権限であって、居所指定権によって根拠づける必要はないのではないか。

旧法上居所指定権が具体的に問題となるのは、子が親権を行う父又は母の居所指定に従わない場合、及び親権を行う父又は母の居所指定に反して第三者が自己又は他者のもとに子を居住せしめる場合である。前者の場合、明文の規定はないが、親権を行う父又は母は、子に対し、その指定した場所に居所を定めるべき給付訴訟を起こすことができると解されている<sup>214)</sup>。後者の場合、意思能力のない未成年者については、親権を行う父又は母は、第三者に対し、親権に基づく子の引渡しを請求することはできるが、意思能力のある未成年者が自由意思でそこにとどまる場合には認められない<sup>215)</sup>。

---

とするが(梅『民法要義四』352頁)。居所指定は、子の教育のためにも必要となるので、監護教育権の効果と解すべきではないだろうか。

214) 梅『民法要義四』353-354頁。人事編150条は、子が許可を受けずにその住家を去ったときは、父又は母は、区裁判所に申請して帰家せしめることを認めていたが、旧法はこの規定を削除した。この義務の性質上強制履行できる性質のものであるため、そのことを明文で規定しなくても、この権利を認めた以上は、裁判所に請求して帰らせることはできるという理由による(第152回法典調査会『民法議事速記録』50巻2丁裏-3丁〔梅謙次郎〕[433頁])。しかし、この判決を強制執行できるかについては学説は分れている(野上久幸『親族法』(三省堂, 1928)405-406頁以下は強制執行を認め、薬師寺志光『日本親族法 下巻』(南郊社, 1942)989頁は認めず、谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房, 1935)423頁は明らかでないとする)。

215) 判例等も含め野上・前掲注214)406頁以下のほか、許末恵「「拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」に対する民法からのコメント(1)——英国法も参考にしつつ」法時91巻4号(2019)111-113頁等参照。

感化法の文脈では、在院者が感化院や委託先の施設・私人の所から無断で移動した場合や仮退院者が指定された居所から無断で移動した場合等に同様の問題が生じる。これらの場合、実際にどのような扱いがされていたかははっきりしないが、強制的に在院者を復院させる権限は感化法にはなく<sup>216)</sup>、また、感化院を逃走した場合には、一定の期間が過ぎれば退院者とするという立場であったという<sup>217)</sup>。感化院長が親権を行うのであれば、親権を行う父又は母と同じような請求をすることができるように思われるが<sup>218)</sup>、そのようなことはしないのであれば、感化院長に居所指定権を認める実益はほとんどない。むしろ、戸主の居所指定権(旧749条)との関係が問題となるなど<sup>219)</sup>、弊害さえ生じ得る。

216) 矯正院法は、仮退院者が指定の条件に違背したときには、少年審判所の許可を受けて仮退院を取り消すこと(14条)や、在院者又は仮退院者が逃走したときは、少年審判所及び矯正院の職員に逮捕する権限を認める(15条)。感化法にも、仮退院者が指定の条件に違背したときの復院の規定はあるが(7条2項)、逮捕権限の規定はない。感化院は、あくまでも家庭的教育をするところとされ、このような強制的権限のないことが、矯正院と区別される一つの指標とされた。この点も含め、感化院と矯正院との関係については、改めて検討する予定である。

217) 第45回帝国議会貴族院少年法案外一件特別委員会議事速記録2号2頁〔山岡萬之助(政府委員)〕。

218) 児福法についてであるが、「児童福祉法において児童に対し強制的措置をとる場合について」(昭和25・7・31児発第505号各都道府県あて厚生省児童局長通知)によれば、教護院、児童養護施設等より児童が逃亡した場合には、児福法47条の施設長が行う親権をもって、その児童の意思に反しても、強制的に児童を連れ戻すことができるとする。「施設長が行う親権をもって」という点に加え、「強制的に」の具体的な意味が問題となろう。児福法の下では、教護院(児童自立支援施設)を逃走(無断外出)した子の連戻しについて、特に親権を行う者や後見人が連戻しを拒んだ場合をめぐって、困難な議論があるが、そこでは、児福法47条による施設長の「親権代行権」が当然のこととして論じられている。六車明「教護院から逃走した児童の連戻し」家月38巻6号(1986)1頁、古川行男「少年法6条3項(児童福祉法27条の2)の送致事件について」家月39巻10号(1987)35-36頁、大塚正之「教護院送致に関する諸問題」家月43巻3号(1991)49頁以下、森純子「強制的措置をめぐる諸問題」家月44巻10号(1992)26頁以下等。

219) 旧法880条は、旧法749条の適用を妨げないため、在院者が家族である場合に、戸主の居所指定権との関係が問題となる。親権を行う父又は母の居所指定との関係では戸主の居所指定が優先するが、その効果は、戸主の指定に従わないと

## 感化法と親権 (2) (許)

また、兵役出願の許可権も、その実際上の意義はほとんどないように思われる。旧法制定時の徴兵令によれば、満 17 歳以上 20 歳未満の者は、志願により現役に服することができた(徴兵令(明治 22 年法律第 1 号) 10 条, 徴兵令中改正追加法律(明治 28 年法律第 15 号)により 12 条となる。)。しかし、例えば海軍では、一定の犯罪歴のある者(禁固以上の刑に処せられた者、賭博犯の処分を受けた者、刑事被告人)が志願兵となることを許さない(海軍志願兵徴募規則(明治 22 年勅令第 68 号) 第 4 条, 海軍志願兵徴募規則(明治 31 年勅令第 83 号) 第 5 条, この規則を廃止した海軍志願兵条例(明治 32 年勅令第 71 号) 第 5 条)。感化院に入院する者は、これらの要件には該当しないが、1903〔明治 36〕年に改正された海軍志願兵条例(明治 32 年勅令第 20 号) 第 5 条ノ 2 によれば、身体完全でない者、品行方正でない者、無教育の者、海軍軍人の服役に適さない者は、志願兵に採用することができない。感化院に入院した者はこの規定に該当することもあると思われ、実際上兵役を出願することはほとんどなかったのではないだろうか<sup>220)</sup>。

職業許可権は、子の身上に関する権利であるが、子の財産にも関連する側面を持つ<sup>221)</sup>。未成年の子は、親権を行う父又は母の許可を得て職業を営

---

きに戸主が扶養義務を免れる点にある(家族が未成年者の場合、離籍することはできない。旧 749 条 3 項但書)。この規定の実際上の意義は乏しいが、感化院長の居所指定との関係でも同様に解すると、感化院長の指定した居所と異なる居所を戸主が指定した場合において、在院者が戸主の指定に従わないときは、戸主は在院者に対する扶養義務を免れることになる。このような帰結は、在院費の徴収(感化法 11 条)という政策面からみて問題があるだけでなく、在院者への戸主の支援や在院者の社会復帰を妨げることになりかねない。逆に、扶養義務を免れるために、戸主が不当な居所指定をするおそれもある。

220) それに対し、満 17 歳から満 40 歳までの男子の日本帝国臣民は兵役に服する義務を負うが、現役は、満 20 歳以上の者が服する(徴兵令 1 条, 3 条)。重罪の罪に処せられた者は兵役に服することが許されないが(7 条)、感化院に入院したことのある者であっても、この要件に当たらない限り、兵役に服する義務を負う。

221) 梅は、職業許可権は旧 879 条(監護教育権)の適用とし(梅『民法要義四』357 頁)、奥田は、子の身上と財産とに関係を有する権利であるとする(奥田『親族

むことができる(旧883条1項)。他方、一種又は数種の営業を許された未成年者は、その営業に関しては成年者と同一の能力を有するが、営業に堪えない事跡があるときは、法定代理人は、親族編の規定に従い、その許可を取り消し、又は制限することができる(旧6条)。しかし、旧法第883条第2項は、父又は母が「第六条第二項ノ場合ニ於テハ」前項の許可を取り消し、又はこれを制限することができる<sup>222)</sup>と規定する。すると、懲治処分対象者や懲戒場対象者については、旧法第6条により営業を許可する法定代理人は、財産管理権を行う父又は母になるのだろうか<sup>223)</sup>。他方、旧法第883条第2項によりその許可を取り消し、制限するのは親権(監護教育権)を行う感化院長になるのだろうか<sup>224)</sup>、それとも、法定代理人たる父又は母になるのだろうか。

なお、感化法施行規則は、感化院長に、必要に応じて在院者を労務に就かせることを認めるが(6条)<sup>225)</sup>、これは感化教育の必要から感化院長に認められる権限であって、感化院長の親権から根拠づける必要はないのではないか。

感化教育、特に施設に収容して行う感化教育にとって、監護教育及び懲戒の権限が不可欠であることは否定できない。しかし、そのために、感化院長が「親権ヲ行フ」こと、その反面、父母の親権の行使を認めない(親権を喪失させる)とする必要があったのだろうか。上記の検討からも明ら

---

法論』354頁)。しかし、後見人については、旧921条が被後見人の身上に関する権限を、旧923条が財産に関する権限を定めており、そこでは、職業許可権は旧921条に規定されている(奥田『親族法論』432頁)。

222) 後見人が営業の許可を取り消し、又は制限するには、親族会の同意を得ることを要する(旧921条但書)。

223) 法定代理は、財産に関する行為についてのみ認められる(旧884条)。梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之壺 総則篇』(有斐閣, 1984, 1911〔明治44〕年版復刻)16頁以下参照。

224) 例えば法定代理人たる父又は母が営業を許可したにもかかわらず、感化院長が、感化教育の立場からそれを取り消したり、制限したりすることができることになるのだろうか。

225) 前掲注208)参照。

## 感化法と親権 (2) (許)

かなように、こうした感化法の規律は、旧法の規定に照らし、合理的に説明することの困難な場面を生じさせている。また、感化院長は「親権ヲ行フ」とされるにもかかわらず、実質的に行うことのできる権限はかなり限定的である。

前述したように、1908年の感化法改正の議論にあたり、政府委員の床次竹二郎は、感化法第8条につき、「感化院ニ収容シタ以上ハ、感化院ニ於テソレダケノ親権ヲ行ハナケレバ、十分ニ教育ノ目的ヲ達シ得ナイト思フノデアリマス、在院児童ニ対シテモ尚父母ガ勝手ニ親権ヲ行ウテハ、十分ニ感化ガ行ヘナイカラ、親権ハ感化院長ニ行ハシメテ宜シイト思フノデアリマス」と説明していた<sup>226)</sup>。確かに、感化院に入院させて感化教育を施す以上、父母がそれに矛盾するようなやり方で親権を行うことが認められないことはいうまでもない。しかし、そのために、父母の親権を喪失させる必要があったのだろうか。感化教育に必要な権限の行使だけを感化院長に認め、その限りで父母の親権の行使を制限するという構成は考えられなかったのだろうか。

懲治処分対象者と懲戒場対象者について財産管理権を除外したのは、彼らについては財産管理権の必要はなく、感化教育に必要な権限だけを感化院長に認めるという規律の必要性が既に認識されていたことを示唆する。感化法は、感化院長が「親権ヲ行フ」という原則を崩すことなく、「財産ノ管理ニ関シテハ (略) 適用セズ」としてそこから財産管理権を除外したが、この比較的単純なやり方でさえ (単純なやり方だったからこそ、というべきかもしれないが)、感化院長の親権と家に在る父又は母の権限とについて説明困難な状況をもたらしていることは上にみたとおりである。これは、感化院長の行う親権から財産管理権を除外したことに問題があるのではなく、そもそも感化院長に親権の行使を認めるという構成に無理があったた

226) 第24回帝国議会衆議院感化法中改正法律案委員会議録 (速記) 第3回9-10頁。

この床次の説明は、裁判手続によらずにそのような重大な結果を認めることへの花井のさらなる反発を招いたことも既に述べた。

めではないだろうか。にもかかわらず、なぜ感化法はそのような構成をとったのだろうか。

2でみたように、感化教育の基盤は、国家は、子の教養の義務を尽くさない親から親権を奪い、自ら親権の働きをすることにある。感化法第8条が感化院長に親権の行使を認めたのは、この感化教育の理念を端的に示すためだったのではないだろうか。子に遊蕩・乞丐・悪交をさせるような親は、子の教養の義務を尽くさず、親権を濫用しているのだから、そのような親から親権を奪い、国家がいわば感化院長を通じて親権を行うことは感化教育からみて当然である。感化法第8条の主眼は、この理念をいわば実定法上も明らかにすることにあるので、その内容が旧法の規定と整合するものかどうかを厳密に検討することはそれほど重要なことではなかったのかもしれない。行政処分による感化院の入院により父母の親権喪失の効果が生ずることも、そのほうが感化教育の効果が上がるというのであれば、当然に認められるのであって、司法の判断をあおぐ必要はないと考えられたことの背景にも、このような考えがあったのかもしれない。

感化法の制定に際し、議会において旧法の規定を具体的に参照した議論がほとんど行われなかったのも、このためだったのではないだろうか。感化法の規定は、旧法に照らしても何の問題もないと考えられたのか、それとも、多少の問題はあっても、感化教育の目的の実現のためにはとるに足らないもので、検討の必要はないと考えられたのかは判らない。いずれにしても、感化教育の目的を達するために、多少の法的問題点はあっても、感化院長が親権を行うことが優先したのであろう<sup>227)</sup>。このような立場では、感化院長による親権行使(その前提としての父母の親権喪失)以外の法的構

227) 前述したように、1908年の感化法改正にあたり、手続上の問題を指摘した花井卓蔵でさえ、「政府委員ノ感化院長ニ親権ヲ行ハシムル必要アルト云フ御答ハ、事実問題トシテ之ヲ諒トスルノデアリマスガ」として、感化院長による親権の行使を是認する(第24回帝国議会衆議院感化法中改正法律案委員會議録(速記)第3回10頁)。ただ、このように考えていくと、懲治処分対象者及び懲戒場対象者について財産管理権を除外して感化院長の権限を限定した理由がますます問題となる。

## 感化法と親権 (2) (許)

成、例えば、父母の親権を喪失させることなく、感化教育にとって必要な権限だけを感化院長に認め、父母がその権限の行使を妨害することを阻止するといった法的構成をとる選択肢はほとんどとり得なかったのではないか。それほど不良行為者の親——下等社会の親——に対する不信感は根強く、それを放置することによる犯罪の増加への懸念、そして感化教育への期待が大きかったのかもしれない<sup>228), 229)</sup>。

それに対し、救育所法は、孤児法案として議会に提出された当初から、旧法の施行に伴って孤児の養子縁組等が複雑・困難になり、その保護に問題が生じているという実際上の問題に対処するために必要な法規制を行うものであった。そうした不都合をもたらした具体的な旧法の規定の修正を目指したものであり、恤救に関わるという一般的な言及は別として、何か理念や原理原則を明らかにすることを目的としたものではなかった。議員提出法案であるが、政府もそのような法律の必要性を認めていたし、さらにいうならば、旧民法から旧法への編纂過程において、既に梅謙次郎がそのような特別法の必要性を認めていた。衆議院の委員会では孤児法案から民法に関わる部分は削除されたが、救育所法の規定は、旧法の規定と整合するものとなっている<sup>230)</sup>。

いずれにしても、感化法が感化院長に親権の行使を認めたことを法律的

---

228) 父母が親権を喪失しているならば、感化院長が行う親権は、家に在る父又は母の有する親権(代行)ではなく、自身に帰属する親権ということになるのだろうか。すると、感化法は、旧法の原則(前掲注 39)参照)と異なり、感化院入院の処分により、家に在る父又は母以外の者に、親権の帰属を認めたことになるのだろうか。そのようなことが、いくら法律に規定があるとはいえ、可能なのだろうか。親権の帰属と行使については前掲注 175)を参照。

229) 田中『未成年者処遇制度』98 頁は、小河の議会での説明について、下層社会に属する者の親権に対する政府の関与、すなわち、社会を犯罪から予防するという一般予防の立場から、ある社会層(「下等ノ社会」)に属する者の親権行使の適切さが国家によって判断されようとしていたと指摘する。特に当時の貧困層に対する社会の冷淡な眼差しについては、前掲注 196)に掲げた文献の随所にみることができる。

230) 詳しくは許「救育所法(1)～(4)」, 梅の立場については許「救育所法(3)」147 頁以下、孤児法案の修正については同 151 頁以下参照。

に、特に旧法の親権・後見の規律を踏まえて、合理的に説明することはかなり難しいように思われる。もちろん、こうした児童保護施設に未成年者を入所させて監護する場合に、未成年者に対する権限をどのように規制するか、特に親権を行う者の権限との調整をいかに図るかは、現在もお解決の困難な問題である。感化法は、そうした調整が困難なことを踏まえ、感化法第8条のような規定では感化院長の親権行使及び父母・後見人の親権・後見について法律的な説明が難しいことを承知の上で、感化法の理念を明確に示すために、あえて第8条のように規定したのかもしれない。それが適切な規律の仕方だったかどうかは、この後の感化法の改正をめぐる議論の中で再び問われることになる。

#### 4 成年在院者に対する権限

ところで、感化院に入所する懲戒場対象者のうち満20歳を超える者については、感化院長はどのような権限を有するのだろうか。

旧法では、子は、年齢を問わずにその家に在る父の親権に服するが、独立の生計を立てる成年者は除かれる(旧877条1項)。成年の懲戒場対象者は、感化院に在院している間は独立の生計を立てているとはいえないので、感化院長の親権に服することになると考えられる<sup>231)</sup>。

しかし、親権の具体的な効力は、懲戒権を除き、未成年者に対してしか認められない。すると、感化院に在院する成年の懲戒場対象者については、感化院長も懲戒権だけを行うことになるのだろうか。しかし、感化院長の懲戒権は、在院者が在院中に行った行為に対するもので、子を(懲戒場としての)感化院に入院させることができる父母の懲戒権とは異なるものである。また、このような懲戒権を行う前提として、子を教養すること、すなわち感化教育を行う必要があるように思われるが、感化院では、成年者に対する監護教育を認めることになるのだろうか、それとも、成年者につ

231) この意味でも感化院長に親権が帰属することになるのだろうか。前掲注228)参照。

## 感化法と親権 (2) (許)

いては監護教育とは異なる根拠でそのような感化教育を行うことになるのだろうか<sup>232)</sup>。

さらに、成年に達している以上、財産管理権は感化院に在院する成年者自身が行うことになるが、そのようなことができるのだろうか。それとも、感化教育の目的に反するので、在院中の管理権の行使は認められないことになるのだろうか。やはり疑問が残る。 (未完)

(児童福祉法案 (英文) (昭和 22 [1947] 年 8 月 5 日) に倣い、本稿の英文タイトルを改めた (『児福法集成上』 582-583 頁参照。)

---

232) 小河「感化教育と法制関係」302 頁は、20 歳以上の者を収容できるアメリカの「レホルメトリー」の例をあげ、これは一種の刑罰処分であるとする。矯正院は 23 歳までの懲戒場対象者を収容するものとしており (矯正院法 1 条, 2 条), この問題に関しても本稿 (3) 以降で検討を加える予定である。