

《論 説》

子どもと成年期に関する一考察

——成年期の二重性——

小 野 秀 誠

- I はじめに
- II 法史の中での変遷－子どもの発見－
- III 日本法と比較法
- IV むすび

I はじめに

1 主体としての人、客体としての人

(1) 近代民法では、権利の主体と客体は、人と物の峻別から出発する。人は、基本的に権利の主体にとどまり、客体とはならない。もっとも、この区別は、必ずしも万能のものではない。概念の周辺はつねに不明確である。古くは、死体や臓器の所有権が問題となり、近時の先端技術においても、人の一部である臓器や受精卵が、ときとして権利の客体としての地位におかれるような場面が生じる。

また、人がしばしば権利の客体となることは、近代以前の法でも生じた。典型的なものは、権利能力をもたない奴隷であった。生物学的な人と法的な人は、区別されたのである。これに対し、近代法は、基本権の観点から、人の客体化・人身売買のような反倫理的行為を禁じるから、このような特殊な類型を論じる必要はない¹⁾。

1) わがくには、マリア・ルース号事件に端を発する太政官布告において、芸娼妓を

しかし、人格の平等を旨とする近代法のもとにおいても、行為能力の制限は存在する。近代法もごく最近まで、女性に対する無能力者の扱いを長期にわたり存続させていた。わがくにでも、妻の無能力の制度が廃止されたのは、戦後のことである（明治民法14条以下、旧民法人事編68条をも参照）。債務拘禁も、19世紀の末まで多くの国で存続した²⁾。他方、高齢者に対しては、新たな意味での保護が必要とされている。しかも、20世紀後半に創設された成年後見の制度は、今日でも、必ずしも満足しうる状態ではない³⁾。こうして、しばしば形式的な権利能力の平等だけではたりない場面が生じる。時代により人のおかれてきた立場は、実際にはかなり異なっているのである。

(2) 一貫して、やや特殊な地位におかれてきたのが、子どもである。「子ども」の観念は、出生直後から成年直前まで多様であり、法的な主体性には相当の相違がある。そして、古い法が、その客体性を強調してきたのに反し、新しい法は、より主体性を強調している。ただし、後者の場合でも、内容にはかなりの相違がある。もっぱら制限能力者として、親権や後見のもとにおこうとする場合と、固有の主体性を尊重しようとする場合とがある⁴⁾。前者は、結果的に、

解放し（明5年＝1872年10月2日の太政官布告295号は、人身売買の禁止と年期奉公人（娼妓芸妓）の解放）、さらに司法省達では芸娼妓を牛馬と断じ、法的主体性を否定した（1872年10月9日の司法省達22号）。こうした便宜的な扱いは、民法の制定（明29年＝1896年）後には許されず（旧1条＝現3条、権利能力の平等）、公序良俗に関する90条の問題となる。

- 2) 債務拘禁は、19世紀のイギリスにみられ、ディケンズの小説などにはしばしば登場する。たとえば、「奇妙な依頼人」(The Old Man's Tale about a Queer Client, *Pickwick Papers*, Chapter XXI. In which the old man launches forth into his favourite theme, and relates a story about a queer client) に登場するマーシャルシー監獄 (debtors' prisons, the Marshalsea) である。
- 3) 最高裁は、成年後見人の選任につき、2000年代の初めに第三者を原則とする方針を打ち出したが、2019年には、方針を転換し、身近な親族が望ましいとした。第三者にも不正が多く、かついたずらに報酬が高かったり不明確であるなどの理由で、成年後見の数が伸び悩んでいるからである。報酬算定の見直しを行われた。認知症高齢者は500万人を超えるとされるが、制度の利用は、2018年に21万8000人にとどまる。
- 4) 受精卵や胚などの先端医療では、もっと先鋭な問題があり、卵自体の主体性を認め

法的な処理の技術として主体性を認めたにすぎず、実質的な管理権は親権者や後見人のものである。いわば擬似主体にすぎない。

また、主体性や独立性は、本人のためではなく、国家や公法の観点から認められることもある。たとえば、徴税や徴兵のためである。近代法の下でも、人は、必ずしも自由になったのではなく、従属性や客体性から無縁となったわけではない。こうした擬似的な主体性は、しばしば本来の主体性を害している。成年期の揺れはこうした多様性にもとづくものでもある。

本稿は、このような子どもの地位をその沿革に（とくに成年年齢と親権に）そくして検討しようとするものである。子どもの地位は、一見すると、有史以来さほど変化がないようにも思われるが、実際には、時代による意識は異なり、それによって法制度にも、かなりの揺れがある。その揺れは、現在でも、成年年齢、婚姻年齢、後見年齢などの相違や扱いを理解する上で意味をもっている。この相違は、子どもについての名数論や大人の側の理由によって決定されてきたことの反映であり、今日でも完全に克服されたわけではない。とりわけ中世においては、子の成熟度のような具体的な状態よりも、名数論やアリストテレスのような古代の哲学者の意見が重要だったのである。

2 子どもの地位の変化

(1) 社会史家のアリエスによれば、中世末期まで、子どもを独自の社会的な集団とみる社会意識は稀であり、子どもは、独立した社会集団としては存在しなかった。乳児死亡率が高かったことから、社会の関心は、子どもが大人になることだけにあり、生き延びた子どもは、ただちに大人と扱われたのである。子どもの法的な地位は、親の財産、つまり権利の客体としてのみであり、主体としてのものではなかった⁵⁾。

るのか、母体の産む自由を尊重するべきかは大きな争点となる。本稿では立ち入らない。【倫理】(民法における倫理と技術、2006年) 10頁以下参照。

- 5) Philippe Ariès, *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, 2e éd., 1973. アリエス・杉山光信ほか訳・《子供》—アンシャン・レジーム期の子供と家族生活(みすず書房、1980年)。初版は、1960年であるが、イギリスで翻訳(1962年)され、アメリ

カで大きな反響を呼んだ。

アリエスは、フランスのジャーナリスト、歴史家 (Philippe Ariès, 1914.7.21-1984.28) である。1914年に Blois で生まれた。パリ大学で歴史学を学び、アクション・フランセーズで活躍した後、独自に歴史研究を続け、教職にはつかなかった。「子供の誕生」(*L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, 1960) で中世からの子供観の形成を研究するなど、従来の歴史学が目向けなかった人の意識や感情の領域に注目した (たとえば、死の意識について。(*L'Homme devant la mort*, 1977))。歴史学の新たな分野を開拓した (心情の歴史, *l'histoire des mentalités*)。歴史学と社会学、人類学などの人間諸科学との関係を強調するアナル学派 (*l'école des Annales*) に属する。1978年に、社会科学高等研究所 (*École des Hautes études en Sciences Sociales*) の研究長 (*directeur d'études*) となり、1984年に、ツールーズで亡くなった。業績は多い。アリエス・i 以下の「日本語版への序」と389頁以下の「記者あとがき」参照。

Les Traditions sociales dans les pays de France, 1943.

Histoire des populations françaises et de leurs attitudes devant la vie depuis le xviii^e siècle, 1948. (Points Histoire, 1971にもある)

Attitudes devant la vie et devant la mort du xvii^e au xix^e siècle, 1949.

Sur les origines de la contraception en France, extrait de *Population*. No 3, 7/9 1953, p.465.

Le Temps de l'histoire, 1986. (*L'univers historique*のシリーズ)

Deux contributions à l'histoire des pratiques contraceptives, extrait de *Population*. no.4, 10/12 1954, p.683.

L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime, 1960. (*L'univers historique*, 1973にもある)

Essais sur l'histoire de la mort en Occident: du Moyen âge à nos jours, 1975. (Points Histoire, 1977にもある)

L'Homme devant la mort, 1977. (*L'univers historique*, 1977にもある)

Histoire des populations françaises et de leurs attitudes devant la vie depuis le xviii^e siècle, réédition corrigée de l'ouvrage paru en 1948, 1979. (Points Histoire 1971にもある)

Images de l'homme devant la mort, 1983.

M. Winock と共著の *Un historien du dimanche*, 1980.がある。

没後に共著や論文集も公刊されている。

そこで、前近代の子どもは、「小さな大人」とみなされていた。客体としての地位を脱するとすぐに、大人として扱われたのである。子どもが再「発見」されたのは、16世紀以降の啓蒙の時代であり、啓蒙思想家のルソー（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778）は、人間の発達段階として子ども期を設定した⁶⁾。17世紀の絵画によれば、子どもは、まだ大人の服を小さくしただけの服を着ていたが、19世紀には、固有の「子ども服」が利用されている。過渡期の18世紀（場合によっては19世紀にも）には、男児に女兒の服を着せることもあった⁷⁾。子どもの服装だけを例としても、子育てを重視する家族生活が形成

G.Dubyと共編のものとして、*Histoire de la vie privée*, 5 tomes, 1985-1987. (I. De l'Empire romain à l'an mil; II. De l'Europe féodale à la Renaissance; III. De la Renaissance aux Lumières; IV. De la Révolution à la Grande Guerre; V. De la Première Guerre mondiale à nos jours). および *Histoire de la vie privée*, 2001.

Essais de mémoire: 1943-1983, 1993. (L'univers historique のシリーズ)

Le Présent quotidien, 1955-1966 (Recueil de textes parus dans *La Nation française* entre 1955 et 1966), 1997.

- 6) ルソー・エミール (*Émile ou de l'éducation*, 上・今野一雄訳・1962年) 283 頁 (第3 篇)。同エミール (中, 1963年) 5 頁 (第4 編)。ルソーは、女を未完成の男とする考えは誤りとするが、少なくとも生物学的には、青年期における男性の変成をもって、女性を大きな子どもにあたるとする (6 頁)。ただし、男女の平等は強調されている (下・1964年5 頁以下、第5 編)。後注7) をも参照。

その先例として、フェヌロンがいる。フェヌロンは、女子教育論で著名であるが、その 3～ 5章は、幼児教育であり、男女に共通する点をもっているからである。フェヌロン・女子教育論 (1969年、志村鏡一朗訳) 118 頁。Fénelon, *De l'éducation des Filles*, 1687; Fénelon, *Instructions for the Education of a Daughter*, (transl.by Hickes), 1707 (1994); Fénelon, *Über die Erziehung der Mädchen*, (hrsg.Esterhues), 1956.

- 7) アリエス・35頁以下。16世紀では、たとえば、ブリュゲル (ca.1525 ～1569) の著名な絵画「子どもの遊び」 (*A Detail of Children's Games*, 1560) や「農民の婚礼」 (*The Peasant Wedding*, 1566) でも、子どもらしい服装はしていない。大人を小さくしただけである。アリエスは、11世紀の細密画に遡る記述をしている (35頁、50頁以下、123 頁。翻訳書には多数の付図がある)。

近時の生物の発達学によれば、人の基本形は女性であり、外形的な男性性は、性

されたのである。「子どもの発見」の一端である。子どもは、たんに小さな大人でなく、大人の能力をもたない者、発展途上の者として、特別な社会的地位を獲得したのである。

(2) 啓蒙の精神は、社会の発展と進化をモデルとすることから、子どもは、未来の開明的な社会の担い手として期待される。そこで、子どもは、たんなる親の財産ではなく、主体たる者として、社会的に保護されるものとされた。また、教育の重要性が強調されたことから、親には、啓蒙の精神を教えるための義務が課せられ、そのための社会や法の制度が考案された。こうして、子どもは、親の財産ではなく、親が自由になしえない国家の財産であり、同時に貴重な将来の担い手となったのである⁸⁾。

ホルモンによって後発的に変形されたものとされる。これに対し、近世までの観念では、人の基本形は男性であり、子ども→変声期(変成期)→大人であった。ルソーによれば、思春期にいたるまで男子と女子は「見たところ全然ちがわない」。しかし、男性が子どもの状態をぬけだすのに反し、女性は「子どもとは別のものにならない」とする(ルソー・エミール中5頁以下、第4編)。無意識的に、男性を基本形とすることを前提としたのである。第2期に少年に少女の服装をさせることは、子ども期の引き延ばしである。これに対し、少女は早い時期から大人と一緒にされていた(アリエス・52頁、58頁)。

子ども期の意識は、まず少年について覚醒されたが、少女は、長期にわたり伝統的な生活要式にとどまり、大人の女性と区別なしに一緒にされていた。これは、現代文明が、本質的に男性的に構成されていることが影響しており、女性の変化についての認識が遅れをとっているからである(同・60頁)。

- 8) 中世の教育の特徴については、アリエス・132頁以下参照。ビザンチン帝国では、古典による世俗の教育が行われたが、ガリアでは消滅し、教会による教育がこれに代わったのである。司教座聖堂学校は、当初は聖務日課と、詩篇、聖歌を教えるだけであったが、これに古典ローマの自由学問が付け加えられた。自由学問は、イタリアから、学問の伝統が修道院の中で保たれていたイギリスとアイルランドを経由してガリアにもたらされた。すなわち、「形式科」の3学〔ラテン語〕文法、弁証学〔論理学〕、修辞学)、「実質科」(幾何学、算術、天文学、音楽)と神学が加えられた。これに、神学と法学が専門分化し、医学が加えられ、教師と学生の組合団体が結成されることによって、最初の大学が誕生した。ただし、小さい学校にとどまるもの

子どもが主体的地位を獲得したということは、成年にいたるまでのモラトリアムの期間が承認されたことにはかならない。中間期としての子どもは、法的に特殊な地位が与えられ(未成年者)、社会一般的な地位からは隔離されたのである。従来の疑似主体とは異なる。

(3) もっとも、社会的な存在以外に、生物学的な発展段階としての子どもがいることは、中世においても、現在においても異ならない。中世には、多様な年齢が、法によっても、社会的階層によっても、地域、性別や事案によっても機能した点において、人の性質を考えるうえで、出発点となる。

人は、その生物学的な実態により、胎児の出生後、名称を変える。これが日常の分類である。まず、乳児となり、母乳やその代替物によって養育される。次いで、話す能力を獲得したころから、幼児・児童もしくは子どもとしての期間に入る。身体的な成長がこれに続き、成熟すると青年期となる。さらに、身体的な成長が止まる時期に、人は成人となる。最広義では、成人にいたるまでの期間は、すべて「子ども」に含まれるが、とくにラテン語では用語が豊富であり、この時期を3つに分類する。

第1は、話すこともできない幼児をいう(*infans, infantia*)。

第2は、狭義の子ども(*puer, pueritia*)であり、第1と第3の間にある者を指す。場合によっては、第1の段階の者も包含される⁹⁾。その区分は、必ずしも

も多かったのである。中世の大学の発展については、独法108号48頁、注33、および、ハイデルベルク大学に関する別稿参照。

これに対し、比較的早くに、イギリスには、保護される子どもに対する法(*Child Protection Act*)と、親の子どもに対する教育義務に関する法(*Compulsory Education Act*)とがあった。近代以前では、スパルタが子どもを将来の国家の基礎として育成したことが著名であるが、これはスパルタが軍事国家であり、将来の戦士として子どもを重視したという稀な例による。しかし、多くの国家は、子どもの教育に無関心であった。第2期における教育については、Shahar, 後注17), p.162f.

- 9) ルソー・前掲書(前注6))上97頁では、*infans*は *puer* に含まれ、「話すことができない者」を意味し、*infans*が終わると人生の第2期に入るとする。アリストテレスでは、*pueritia*は、分別をもち始める年齢をさしている。*iuventus*は、ローマ古典期からの用法である。

明確ではない。

第3 は、成熟期、青年期の者をさす。成長した者 (*adulescens, adolescentia*)、性的に成熟した者 (*pubertas*) である。成熟期には、男女の差が反映され、男子は15歳、女子は13歳が、年間の成長の割合がもっとも高いものとして選択される¹⁰⁾。

話す能力や成熟の度合いや成長の割合といった身体的特徴が出発点であることから、抽象的な概念である暦年齢や具体的な効果にもとづいて計測される精神年齢とは異なる。そして、効果にもとづいて計測される年齢が多様であることから、各々の年齢は、多様なものとなる。社会的な自立の時期であったり（元服や、後見を免れること）、経済的自立の時期であったりする（相続や家産の承継）。負担の場合もある（納税や兵役）。目的に従って、多様なものとなる。地域的な相違や変化もみられる。

しかし、発達を認識するための要素は異なっても、年齢の区分に関しては、目的別に大きな類似はみられる。具体的な年齢でみれば、第1の時期は、7歳以下の者であり、乳幼児を指している。第2の時期は、7歳から14歳（女子は12歳）である。男女の成長時期の差は、法の規制にも反映されている。別の用語 *iuventus* は、性差が明確になった時に始まり、男で14歳、女で12歳である。

10) ルソー・前掲書（前注6）上283頁は、この時期を青年期とする。生物学的な成熟については、日本では、女子で12歳2.3か月（初潮年齢）、男子はそれよりも1～2年遅いとされる（田中治彦「18歳『成人』と教育の課題」教育学研究84巻2号（2017年）168頁）。

Shahar, 後注17), p.21f. は、中世の子どもの区分について、early childhood (*infantia*, 2歳から7歳), middle childhood (*pueritia*, 7歳から、女子で11歳か12歳。男子で14歳), adolescence (*adolescentia*, 12歳か14歳から大人まで) とする。その他の者の区分についても詳しい。

イシドロスによれば、青年期は、14歳から28歳、アリストテレスによれば、45歳まで続くとされる。その後は、壮年期 (*senecté*) と鈍重期 (*pesanteur*)、老年期 (*viellesse*) である。老年期の最後の期間は、ラテン語では *senies* で、フランス語では、*viellesse* である（アリエス・23頁以下参照）。

第3の時期は、15歳から成人するまでの時期である¹¹⁾。とくに法的な規制は抽象的な基準によることを通例とするから、日常用語よりも一般的である。この比較的画一的な扱いが、ローマ法に採用されて、その特徴となった(後述II 1)。さらに、このローマ法的な用法は、中世初期の教父や神学者によっても受容され、後代にも影響を与えた。

(4) 人生の諸時期は、紀元前6世紀のイオニアの哲学者にまでさかのぼる記述と身体的説明に由来し、中世における古代思想の借用者がローマ帝国末期の文献から再び採用し、さらに16世紀に学問の普及から、初期の印刷書籍にまで影響を与えた¹²⁾。

年齢に関する、こうした数字が広まったことについては、数の象徴主義やキリスト教的な名数論が寄与している。すなわち、アウグスティヌスに由来する数字の基本を7とし、7とその倍数に重要な意味があるとする考え方の下には、神学的な意味づけがある。7は、天地創造の日数でもある(創世記1章3節)。この場合には、人生の第1期と第2期の間の数字は7で、第2期と第3期の間の数字は、14となる。後者の場合には、伝統的な15歳ではなく、14歳が基準となる。こうした人生の諸区分が宗教上の原理と対応し、人間を理解する方途となるとの観念は、中世的には普遍的な特徴であった¹³⁾。13世紀の百科全書的

11) カーザー・ローマ私法概説(柴田光蔵訳、1979年、原著10版、1977年)126頁。

12) アリエス・前掲書22頁。

13) アリエス・前掲書23頁以下。ただし、人間の発達に数字を対応させることが行われても、4や9でも区切ることができる。また、7の変形として、8もある。8日目(ひいては永遠)を意味するとして重視するからである(たとえば、アーヘン大聖堂の内陣である(カール大帝の墓所)。ビザンチン様式の8角形の堂 Octagon が、16角形の現在の聖堂によりカバーされている。Germany, A Phaidon Cultural Guide, compiled by Redaktionsbüro Harenberg, Schwerte, 1985, pp.7)。特定の数字に意味をもたせることは、惑星の影響や占いの説明にも行われた。こうした名数論に対しては、バートンによる反対論がある。後注17)の Wilson をも参照。

日本では、江戸時代まで太陰太陽暦と数え年が用いられていたことから、数え年21歳を満20歳に読み替えるとの説明が、立法時にされたことがあるが、西欧では、カエサル以来(のちのキリスト教会も同様に)、太陽暦であるユリウス暦、1582年か

な文学上の人の発達区分にもその影響がある。中世の知識階級は、キリスト教の教父の見解を媒介として、古代の用語法に従ったのである。こうした数字は、のちに、多くの民法が 21 歳を成年とした場合（今日からみれば、いささか中途半端な数字である）にも影響している（後述のALR などにも7、14、21歳の区分がみられる）。

もっとも、知識階級と民衆の意識は必ずしも同じではなく、中世ラテン語、あるいは各国別のロマンス語の中では、それぞれの用語の揺れや混合がみられる（たとえば、*enfance* と *puérité*, *jeunesse* と *adolescence*, *vieillesse* と *sénilité* の混乱）。新しい用語も生じた（*âge adulte*, *vieillesse* など）¹⁴⁾。起原においては学者の用語法であったものが、しだいにごく身近な言葉になることもある。繁雑に用いられ、ごく普通の観念が、学問の領域から日常経験の世界にとりこまれていくのである。

(5) 日常用語には揺れがあることから、法律用語ほど確固たるものではなく、地域や階級、状況によって異なり、変動を生じるのは稀ではない。しかも、それは逆に、慣習法のような不文の法に影響を与える。中世の慣習法について、ボーマノワールは、男子の相続人は、満15歳で、女子は満12歳となる時に成年となるとする。ボーヴェージ慣習法（1280年ごろ）522 節の例である¹⁵⁾。成人

らはグレゴリオ暦が用いられているから、21歳を基準とする起原は数え年にあるわけではない。後注42) 参照。

14) アリエス・前掲書21頁、28頁。

15) Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique, (par Salomn), t.1, p.251, (§ 522), p.264 (Des enfans qui sont sous aage, n^{os} 551.未成年者の後見人). Ib., t.3 (Commentaire historique et juridique (par Hubrecht), p.78 (Des sous-âgés).

埜浩「ボマノワール・ボヴェジ慣習法」(著作集2・1992年) 198 頁によれば、「522 われらの慣習によれば、男性相続人は彼が満15歳となる時、婦女は彼女が満12歳となる時、成年に達すること確実なり」。同所の例によれば、男女の成年年齢の相違から、以下のような場合が生じる。封について未成年後見をうけている兄妹がいて、妹が12歳で成人に達すると、兄が15歳で成年に達するまで、年少でありながら、妹はその封の保有者となることができる。それでも、男女の差が問題となることはな

年齢については、男女の相違や地域の特性に着目した記述がみられるようになる。アンシャン・レジューム末期のフランス古法では、成年年齢は、25歳であり、解放されない未成年者は、親権に服し、25歳以上の成年者は、すべての権利を取得しえた¹⁶⁾。

社会的な特性も、重要な意味をもつようになり、ここからは成人年齢の分裂が生じる。たとえば、貴族階級であれば、領地の主体となりうる時期であればたりが（相続争いを予防するために、年齢は低くなる傾向がある）、農民であれば、個人的成熟期は重要ではなく、親の死亡によって、実際に土地を取得するときに重要となる（経験を要し、またあまり若くては重い労働に耐えられないからである）。成人年齢が当然に経済的自立になるわけではない。こうして、抽象的には、社会的・経済的な自立として一括される年齢も、階級によって異なるものとなる。12歳もしくは15歳は、青年期の入口であり、20歳から21歳は、青年期の出口に位置している。いずれも選択可能であり、生物的な成長

いようである。

中世法は、未成年者の能力を抽象的にとらえるというよりは、事例や時代に応じて、個別的にとらえていた。Cf. Brissaud, Manuel d'histoire du droit français à l'usage des étudiants en licence et doctorat, 1908, § 164（未成年者の能力）、§ 166（解放）、§ 167（成年による解放）。ただし、公的な制限は強く、未成年者は、裁判所に訴えることも応じることができない（§ 205）。また、Olivier-Martin, Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, t.I, 1922, p.178（未成年者）、p.185（親権と解放）。Histoire du Droit Français des origines à la Revolution, 1948, p.271. にも若干の記載がある。

- 16) Pothier, Oeuvres de Pothier (par Bugnet), t.IX, 1846, Traité des personnes et choses, titre V, p.48 (n^{os} 23, 124).

そして、本文のような法的な完全成年の観念は、19世紀には、すでに一般人の意識にも反映されている。ユゴー（Victor-Marie Hugo, 1802-1885）のレ・ミゼラブル（Les Misérables, 1862, 豊島与志雄訳「レ・ミゼラブル」1987年）の第3部マリウスの部には、マリウスが、祖父（父は死亡している）に結婚の許可をうけにきたところ、以下の祖父の答えがある。「二十五歳になっていないのが残念だ。二十五歳にさえなっていりゃあ、結婚承諾要求書をさしつけてやるんだがな。あんな奴あってもなくてもいいんだがな」。

期が任意に選択される契機となっている¹⁷⁾。この入口と出口にあたる年齢は、しばしば成年のもつ意味によって、使い分けられた。ごく簡単には、多くの場合に、客体としての人の場合には入口の時期が、主体としての人の場合には出口の時期が用いられた。

すなわち、人生の区分の判断基準は、まず身体的成長のプロセスによるが、生活上重要なのは、社会的な、とくに経済的な自立の時期である。そこで、年齢の区分と効果について全体的には一致があるが、個別の用語と年齢は多様なものとなってきたのである。

そもそも年齢が中世人の意識にとって重要なものになるには時間がかかった。再度、アリエスによれば、16世紀になって初めて、年齢を記述する習慣が一般化した。個人の年代記が浸透し、Collège の論文に年齢の記入がされるのが16世紀、肖像画への記入がされるのが15世紀、一般化するの16世紀である。これらは知識階級の年齢意識であり、民衆に係わる主任司祭が年齢の登録を求めるようになるのは、ようやく18世紀である（教区の記録簿に生年月日を記入することは、フランソワ1世(1494-1547,位1515-1547)によって初めて司祭に義務づけられた。アリエス・19頁、318頁以下）。中世の終焉により、人は、ようやく名数論を離れて年齢を意識し始める。さらには、国家が子どもの年齢に関心をもつようになるのである。

17) Shahar, *Childhood in the Middle Ages*, 1990, p.247f. また、前注10)をも参照。Cf. Wilson, *The Infancy of the History of Childhood; an Appraisal of Philippe Ariès, History and Theory*, 19, 1980.

人生の諸時期はたんに生物学的な段階だけではなく、社会的な役割にも照応しているのである（アリエス・26頁）。入口と出口の選択は、社会だけではなく、しばしば親子でも行われ、親は、都合により子を、子ども扱いしたり、大人扱いすることがある。

II 法史の中での変遷－子どもの発見－

1 子どもの能力と親権

(1) 近代自然法にいたるまで、親子法の基本は、子に対する父親の権威ないしは権力によって基礎づけられていた。ローマ法の家父権 (*patria potestas*)、あるいはゲルマン法の家父の監督権 (*Munt, mundium*) である。父親は、子に対してだけではなく、妻や家父以外の親族を含む家団体に対しても、強い支配権を行使しえた。当初は、たんなる支配権であり、保護のための監護権ではなかったが、しだいに後者のようなものに変化したのである。とりわけ、国家が、その濫用を禁じ、子の利益のための保護を求めたからである。もっとも、その場合の子どもの保護は、個人的な子どもの利益ではなく、家門や家産の保護、抽象的には、親の延長としての子どもの利益であった。したがって、これを現代的な意味の子どもの利益と混同してはならない。

初期のローマ法によれば、父親は、子に対する包括的な権利さえも行使できた。すなわち、その起原が所有権であることから、所有権と同様に、使用、収益、処分である（場合によっては、殺したり譲渡することも可能であった）。家においては、家父は頭であり、家族は物同様に客体にすぎなかったのである（家子としての地位）¹⁸⁾。

18) Brissaud, op.cit. (前注15)), § 30. 女性の不自由や解放もその延長である。§ § 31 et s. シュワーベン・シュビーゲルでも、緊急の場合に、夫が妻や子を売却する権利までもが認められていた。売却権については、アダム・スミス「法学講義」(水田洋訳・2005年) 160 頁以下にも、父の子に対する権威の絶対性の例として掲げられている。ただし、「この権力はしだいに弱まり」消滅した。「父は、為政者によって告げられたとおりの判決文を口述しただけ」となったのである (162 頁)。この変質は、スミスの時代の国家観を反映している。近代国家は、中間者を排除して、子を直接把握したからである。

権利がしばしば所有権に仮託されることは、稀ではない。たとえば、公害のさいの、妨害排除である。わが民法が金銭賠償を原則としたことから、妨害排除は、所有権

(a) ローマ法では、自由な人間は、出生の時から権利能力をもっている。しかし、行為能力を獲得するためには、より高い成熟年齢が要求される。後者は、ローマ法では、かなり細かく段階づけられていた(Alterstufen)¹⁹⁾。

①幼児(infantēs; infans, infantia)は、十分に話すことができない者であり、行為能力をもたない。古典期後の時代では、これは7歳にまで及ぶ。

②未成熟者(impuberes)は、性的成熟期に達する前の若者であり、男子では、時代による変遷ののち14歳満了の時、女子では、古くから12歳の満了の時に成熟者(puberes)とされた。幼児期より上の未成熟者は、法律行為が可能であるが、後見人の助成が必要である。

古法によれば、成熟期に達すると、完全な法律行為能力と不法行為能力が当然に生じたが、生活関係が複雑になると、年齢の関係も複雑になった。前200年ごろのラエトーリウス法(Lex Laetoria)は、新しい年齢段階を導入し、25歳未満の者(あるいは年少者 minores)には、一定の保護が与えられ、保佐人を付すことが行われ、2世紀後半からは、すべての行為について保佐人を付すものとされた。今日の未成年者の後見制度の起原である。

こうした段階づけが、前述した(I 2 参照)子どもの身体的、あるいは日常的な段階を反映していることはいうまでもない。なお、ローマの家長権は、その強力さ(濫用)が問題になるが、法律には一定の合理化の装置がおかれている。ローマ法特有の回避方法が定められていたのである。すなわち、父が息子を3回売却した場合には、息子は父から自由となる(12表法の第4表2)。家長権の拘束を免れるために、握取行為によって、信頼できる人に名目的に売却す

や占有権を出発点として、人格権が形成されたのは、その後だったのである。

19) カーザー・前掲書(前注11)126頁。Kaser, Römische Recht, 9. Aufl., 1976, § 14 II (S.66ff). 船田亨二・ローマ法(2巻、1969年)192頁以下。ローマ法は、形式的であり、胎児の保佐人(curator ventris, Ulp.D.37.9.1,17)も存在可能であった。ただし、これは、子のためというよりも、親のため(相続による後見)であった。

adulescens (adolescentia)は、大人であるが、日常用語としては、puer (pueritia)があり、これは、infansを包含することもあり、かなりあいまいな用語であった(アリエス・前掲書7頁)。

るのである。買主が、息子を法廷譲渡で解放し、これを繰り返すと、息子は家長権から解放される²⁰⁾。また、法的な解放(emancipatio)の制度が生じ、家長の権威を国家的に制限することも可能となった。

(b) 古典期後には、幼児期より上の未成熟者と年少者の地位は接近したが、後見と保佐の相違などは残存した。中世の1548年のライヒ警察条例が初めて、すべての未成年者を後見のもとにおいたことによって、成熟期は、婚姻適齢や遺言適齢に意味をもつだけとなった。

ローマ法 infantia 7- 12-14 18-20 -25 完全成年(perfecta aetas)



また、コンスタンティヌス帝以降、成年宣告は、男子については満20歳、女子については満18歳に達した者に、皇帝の恩恵(venia aetatis)として与えられた²¹⁾。

もっとも、その場合でも、家長としての父親の権威は失われなかったから、家子は、有効な婚姻生活を行い、嫡出子をもつことができるが、財産能力をもたなかった。つまり、ローマ法では、家子の地位の離脱は、家長とならないかぎり困難なままであった。成年による解放も、完全なものではなかったのである。

20) 柴田光蔵・ローマ法の基礎知識(1973年)86頁。

21) カーザー・前掲書129頁。もっとも、恩恵は、他面では、徴税や兵役の負担能力をも意味していたから、属州民への市民権の付与と同様に、国家権力による家子の把握という意味をも有している。低年齢化や一律化は、おおむねこうした客体としての把握にもとづいている。

なお、家長権については、カーザー・前掲書(前注11)480頁以下、家子の地位については、483頁を参照。家長は、懲戒権の極端な場合には、生死の権までを有した。そして、殺人は早くに禁じられたが、譲渡権はそうでなかったのである。

(c) 中世イタリアの制度も、ローマ法を受け継いでいる。18歳と25歳の2つの段階があり、父がいなければ、男子は、18歳で成年となり、公私ともに一人前の市民の権利を取得した。父がいる場合には、18歳で、納税や市内の警護などの公的な義務をおい、市民であれば都市の政治に参加することもできた。しかし、相続や契約の締結などの民事的な権利は25歳まで認められず、父権に服した。民事の権利をもたせるには、父権からの解放が必要である(商人裁判所に登記)。25歳になれば、父権は消滅し、民事的な権利を取得した²²⁾。25歳の成人は、完全な権利の取得に結合していたのである。当時の市民国家を反映したものである。

(2(a) ローマ法に比すると、ゲルマン法の父親の権利は弱い。munt(保護権)は、家父の専権を認めるものではない。もっとも、だからといって、近代法ほど子の権利を肯定するものでもない。

ゲルマン法にあつては、成年(Mündigkeit)は、元来は、一定の事実(武装能力、性的成熟)とともに開始した。ローマ法が、精神的能力や成熟度による区分をするのに対し、もっとも重視されたのは武装能力であつた(それを欠くと法的に一人前とはならない。infra aetatem)。この方法による場合には、成人となる具体的な年齢は区々となる。また、ローマ法のような種々の区分がな

22) 清水廣一郎・中世イタリア商人の世界(1993年)31頁。分割相続が原則であつたことについてもふれる。

なお、封建法でも分割相続が行われた。フランスやドイツの封建制のうち不動産法では、長子の相続権は、日本の家督相続ほど厳格ではなく、重要なもののみが相続され、他は分割された。たとえば、宗教改革の時代に、ヘッセン侯のフィリップ寛大侯=1世(Philipp I. dem Großmütigen, 1504-1567)は、1527年にマールブルク大学を創設したが、その死後、1567年に、領土は4子に分割相続された。①ヘッセン・カッセル(領土の約半分)、②ヘッセン・ラインフェルス、③ヘッセン・マールブルク、④ヘッセン・ダルムシュタットである。②、③の断絶後、①と④の相続争いが生じ、30年戦争(1618年から48年)においても、争いは継続した。①はカルヴァン派で、④はルター派であつたが、①はプロテスタント側で、④はカトリックの皇帝側に立って争つた。日本の南北朝時代(1336年から)と同じく、相続争いは深刻であつた。政治や財産が、宗教よりも優先したのである。ヘッセンの対立については、マールブルク大学に関する別稿による。

く、成熟か否か (reife od. Unreife) のみが区別される²³⁾。ゲルマン法は、この具体性と単純性により特徴づけられる。

しかし、フランク時代以降、確定した期日が形成され、最初は早くに(10歳、12歳ランゴバルトなど)、フランク時代に14歳、のちには18歳(金印勅書)、21歳または24歳(12歳の2倍)となった。各地の年齢に関する相違は、しばしば固有の名数論の反映でもある。年齢の区分が区々となったが、ザクセン・シュピーゲルでは、人は、12歳で「その年に」(zu seinen Jahren) 達し、21歳で「その日に」(zu seinen Tagen) 達したのである²⁴⁾。そして、この2段階の年齢の区分が有力となった。ただし、中世の慣習は多様であり、また、封建制度の下では、封地の相続の必要から、貴族の未成年期は、一般人よりも短くなるのが通常であった(皇帝、選帝侯、ラント領主など)。ローマ法からうける影響もあった(25歳の成年である)。ローマ法の継受後は、impuberes とminores の

23) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 1895, S.381ff.; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I, 1893, S.320ff. (§ 40).

成年年齢ではなく、責任能力の問題であるが、それが区々となる著名なものとしては、わがくにでも、①少年店員の豊太郎事件(大判大4・5・21民録21輯692頁)と、②光清撃ツゾ事件(大判大6・4・30民録23輯715頁)がある。①では、11歳11か月の店員が、使用者Aのために自転車で輸送中、Bに傷害を与えた事件で、使用者責任の前提として、責任能力が肯定された。②では、12歳2か月の子どもAが遊戯中、空気銃を友人Bに発射したために、失明させた事件で、BがAの親権者に、監督義務者の責任を追求したところ、責任能力が否定された。責任能力が一律に年齢で定められるのではなく、行為の態様や子どもの生育程度を考慮する例として引用される。

24) ミッタイス・ドイツ私法概説(世良晃志郎・広中俊雄訳、1961年、原著3版、1959年) 78頁(Mitteis-Lieberich, Deutsches Privatrecht, 7.Aufl., 1976, § 10, III, 2)。殺されぬまでも、父の死亡後に生まれる子(postumus)の地位は、不安定であった。

Gierke, aa.O., S.382f. シュトッペは、ザクセン法の21歳のほか、14歳、15歳、16歳、18歳の期日があったとする。vgl. Stobbe, I, S.321ff. また、Mündigenと Unmündigenの区分は、武装する男子に関するものであった。中世の歴史については、後述の Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, I, 1842 (Neud.1987)にも記述がある(S.80ff. § § 10、11)。

区分も採用されている。

しかし、これらの成年の期日になっても、家長の権力（die väterliche Gewalt）が、ただちに終了したわけではなかった。ゲルマン時代には、子が独立の世帯を立てることが必要であり、中世には、家からの離脱（forisfamiliatio, 裁判所での行為による）が必要であり、のちには、暗黙の父権免除（Emancipatio saxonica, tacita）が認められた。形式的な年齢ではなく、実質的な独立性が必要とされたのである。子を主体として把握することは、ローマ法の援用で妨げられたのである。

そこで、子の能力については、ローマ法の年齢主義とゲルマン法の事実主義が対立することになった。ちなみに、わが明治民法でも、独立の生計をたてないうちは成年の子でも親権に服すべきものとされた（旧 877条1 項但書参照）。

中世初頭について、親の権力の強さとその制限が知られている。タキトゥス（ca.55-120）によれば、ゲルマニアでは、「子の数をかぎり、あるいは〔遺言または嗣子がきめられた〕あとに生まれた子を殺すなどは、忌むべき行為とされ、そこにおいては良習俗が、よそにおける良法典よりも、有力である」。

これは、ローマとの対比で語られており、ローマでは、遺産相続の関係から、「子の数をかぎり」、父の生前に、遺言書が作成されるか、相続人の決定したあとに生まれた子（agnatus）を殺害することが行われたといわれている²⁵⁾。ローマ法は、まだ成文法となっていなかったから（529-534 年に公布された。ローマ法の成文化は、ゲルマン部族法典の成立に影響されたものである）、批判者による良法典とは、慣習法あるいはアラリックによる Lex romana vissgotorum, 506（アラリック2 世の在位は484-507 年）のような例が考えられている。能力によっては、ローマ法よりは、人としての地位があったということである。

(b) ドイツでも、ローマ法の継受が、初めてローマ法による年齢の段階（7歳と25歳）を導入した。この第2の段階で、すべてのムント権力は消滅し、それは法定代理権に転化されたのである。逆に、それ以前は、未成年者には、す

25) タキトゥス・ゲルマニア（泉井久之助訳・1979年）92頁。

べて独立の行為能力はないものとされた。19世紀までには、ローマ法とほぼ同一の段階が肯定されている。普通法は、古典ローマ法をさほど修正したり合理化しなかったのである。すなわち、①7歳までの子ども、②男子で14歳、女子で12歳、③21歳までの未成年(Minderjährige)の区分である。また、18歳から20歳の未成年者は、国家や君主の解放によって成年となることが可能であった²⁶⁾。もっとも、不法行為では、今日でも、7歳以上の場合には、個人的な判断力によって能力が決定される(ド民828条2項参照)²⁷⁾。

父権からの離脱を成年に結合したのは法典編纂の産物である。婚姻による成年(Heirat macht mündig)は、スイス民法14条2項に採用されている(ド民にはなし)²⁸⁾。それ以前は、より早くに成年に達しても、父権は長く残されたのである。

(3)(a) 上述のように、ローマ法も、成人(成熟)年齢の概念を知らなかったわけではない。たしかに、ローマ法では、おおむね男の15歳と女の13歳が成年とされた。ゲルマン法においても、成年(成熟)年齢は存在した。中世法においても、男は15歳で、女は12歳で成年とされた²⁹⁾。

しかし、成年年齢は、近代法においてはおおむね父権からの解放を意味するが、普通法では、そう大きな機能を果たしたわけではなかった。すでにみたように、この成年年齢は、ただちに父権の消滅をもたらすものではなかったからである。父権の消滅には、さらに、息子が独立した生計を確保することが必要であったし、娘も婚姻することが必要であった。そして、これらには、いずれも父の承認が必要な事項に属したのである。ローマ法的な二重構造の残滓ともいえる。

このように、家長の強い権限は、子どもが成年になったからといって消滅し

26) Windscheid-Kipp, Pandekten, I, 1900, S.206 (§ 54) .

27) ミッタイス・前掲書142頁(§ 20, III, 2) .

28) ミッタイス・前掲書79頁。

29) Beaumanoir, 522. 塙訳・前掲著作集(2・1992年)3頁、198頁。似たものとして、わが封建法で、元服による成人の扱いがある。フランスの封建法(土地法)には、わが封建法に近いところがまみられるが、人事法でも同様の傾向がみられる。

たわけではない。他方で、中世の時代が下るにつれて、教会権力が、このような父親の無制限な権力に対抗する勢力となった。教会は、社会生活を支配する規範を主張するさいに、家族関係に介入する権利をも主張したからである。しかし、それは寛容の精神にもとづくものであり、法的には例外に属したから、自制を求めるにすぎず、家に対する父親の支配が、基本的な性格を変えることはなかった。依然として、家父は、家子に対して刑罰や懲戒を加える権利を有し、家族の生活を決定することができたのである。

そこで、息子が婚姻し、固有の世帯＝家をもつことによって、父権から解放されるかは、依然として父親の判断に服した。また、娘が結婚して夫権に服することによって、父権から解放されることについても同様であった。娘の結婚は、もっぱら父親の決定事項であった。そして、中世の国家は、必ずしも家の中には立ち入らなかったから、家の内部の事項は家父に放任されたのである³⁰⁾。

30) シュヴァーブ・ドイツ家族法(鈴木祿彌訳・1986年) 216 頁以下、220 頁(以下、シュヴァーブ・訳で引用する)。Hauskind(家子)については、233 頁参照。

この①シュヴァーブ(Dieter Schwab, 1935.8.15-)は、Paul Mikatの弟子で、ギーゼン大学やレーゲンスブルク大学の教授であった。エルランゲン大学の②シュヴァーブ(Karl-Heinz Schwab, 1920.2.22-2008.1.17)は、ローゼンベルクの弟子で、民訴法、民法の学者であった。エルランゲン大学のほか、ミュンヘン大学の教授であった。②については、エルランゲン大学に関する別稿で扱う。両者は、別人である。

① D. シュヴァーブは、1935年に、ヴェルツブルクで生まれた。父も学者であった(Dr. Robert Schwab)。1954年から、ミュンヘン、ヴェルツブルクの各大学で法律学を学び、1958年に、第一次国家試験に合格、1960年に、ヴェルツブルク大学のPaul Mikatの下で学位をえて(Die geistigen Grundlagen der Selbstverwaltungsidee des Freiherrn vom Stein, 1960)、第二次国家試験に合格。1966年に、ボーフム大学に移籍したPaul Mikatの下で、ハビリタチオンを取得した(Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, 1967)。1971年に、ハビリタチオンの対象を拡大した(Die Selbstverwaltungsidee des Freiherrn vom Stein 1971, いわゆる拡大論文 erweiterte Dissertationである)。

1968年に、ギーゼン大学で正教授となった。1974年に、レーゲンスブルク大学教授、2000年に、定年となった。専門は、民法、家族法、ドイツ法史、教会法である。離

このような子どもの地位は、家族の形態を反映している。かつて家族とは、世襲財産と社会秩序を維持するための社会制度そのものであった。そして、人が多産であるときには、財産維持の限度を超える子どもは、家を出される原因ともなった。

婚法や家族法の概説書などに定評があり版を重ねている。

Einführung in das Zivilrecht, 1974, 2. A. 1975, 3. A. 1977, 4. A. 1980, 5. A. 1982, 7. A. 1987, 8. A. 1989, 10. A. 1991, 11. A. 1993, 12. A. 1995, 13. A. 1998, 14. A. 2000, 15. A. 2002. これは、レーニツヒにより継続されている。Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 17. A. 2007.

Handbuch des Scheidungsrechts, (hrsg.) 1977, 2. A.本書は、22. A. 2014, 23. A. 2015と版を重ねている。

Tendenzen im Recht des Geschiedenenunterhalts, 1983.

Familienrecht, 1980, 3.Aufl., 1984. 民法では、この家族法の著作が著名である。鈴木緑弥訳・ドイツ家族法(1986年)。

Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 2. A. 1987 (§ § 1773-1895), 3. A. 1992 (§ § 1773-1921), 4. A. 2002 (§ § 1896-1921).

Familienrecht und deutsche Einigung (hrsg.) 1991.

Schwab/Töpper, Meine Rechte bei Trennung und Scheidung, 1995, 2. A. 1997, 3. A. 1999. 以下は、この継続である。Schwab/Görtz-Leible, Meine Rechte bei Trennung und Scheidung, 4. A. 2004, 5. A. 2006, 7. A. 2011.

Schwab/Wagenitz, Familienrechtliche Gesetze, 1997, 2. A. 1998, 3. A. 1999, 4. A. 2002.

Geschichtliches Recht und moderne Zeiten, 1995.

Henrich/Schwab, Eheleiche Gemeinschaft Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999.

Die eingetragene Lebenspartnerschaft, (hrsg.) 2002.

Schwab/Löhnig, Falltraining im Zivilrecht, 2003, 2. A. 2005, 3. A. 2007.

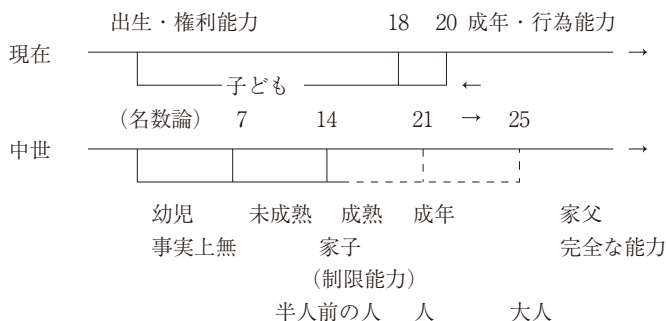
Prüfe dein Wissen - Familienrecht (begr. v. Günther Beitzke), 10. A. 2003. 11. A. 2006, 12. A. 2013.

Familienrecht in Praxis und Theorie - Festschrift für Meo-Micaela Hahne zum 65. Geburtstag (hrsg. v. Schwab/Dose), 2012.

(b) 古法時代のフランスでは、息子は30歳(19世紀には25歳)、娘は25歳まで、婚姻には親の同意が必要であった。教会は、秘蹟の1つである婚姻には、両性の自由な合意を尊重してきた。しかし、国家は、婚姻を教会に委ね、司祭に戸籍作成権を付与した代わりに、婚姻への制約という妥協を求めたのである。

生物的な自立能力からすると、6～8歳の幼児には親からの解放はほとんど無意味であり、他方で、今日的な見地からすると(成年による親権からの解放のために)、成年後の父権の拘束はほとんど無意味である。幼児と上述の成年年齢の間が「子ども」であるが、子どもの死亡率が高かったことから、その法的地位は不明確なままであった。いわば、必ずしも人としての数に入れられなかったのであり、そして、この時期をすぎると、ただちに大人の扱いをうけたのである³¹⁾。まず、大人になるための見習い期間である家事使用人に、ついでそれぞれの身分や家柄に応じた徒弟修業に入る。こうして、特別の場所や学校に隔離されることもなく、早い時期から全体としての社会的な共同生活に組み込まれたのである。

中世法と近代法



31) アリエス・前掲書23頁。この時期をすぎると、子どもは、すぐに大人といっしょにされた。そこで、子どもを説明するための特別の用語は、14世紀以前にはないし、子ども用の服、玩具、本、また子どもだけの遊びなども16世紀以前に見られない。子ども時代という新しい概念の誕生は、西欧社会では、ほぼ17世紀以降のことである(同・123頁)。

幼児死亡率の高い中世では、成年に達したこと（父権からの解放はない）に意味があったわけではなく、そうした時期を脱したことにより、いわばようやく人として認知されたにすぎない。そして、その前身の子どもの法的な地位は、子どもとしての固有のもの（権利能力はあるが、配慮をうける存在）ではなく、たんに家父の支配をうける半人前の人にすぎず（小さな大人）、能力者である大人になるための期間としての意味はない。しかも、中世で重要なことは、家産のある家父による取引であり、家父でない者は、取引の主体としては、もともと予定されていない。成年よりも、家父となることのほうが重要だったのである（日本風にいえば、父親が隠居しない限り、完全な子の解放はない）。このような位置づけは、女性の無能力者扱いと連続する。女性はずねに過渡期（年少期）を脱することがなく、父親の権力を脱したのちは、夫の権力に服したからである。そこで、この過渡期はしばしば女性で代表され、伝統的な「女・子ども」の扱いということになる³²⁾。

かつての子どもは、「小さな大人」にすぎなかったから、子どもは、物としての時期をすぎると、大急ぎで大人として、家族を脱して社会に帰属した。貧しい家庭では、そこで仕事についたのである。これに対し、子どもが再発見されると、子どもに特別の配慮をするようになり、子どもは家族に隔離された。教育の仕方も、徒弟としての修行ではなく学校によることになったのである。

フランス革命では、ローマ法的な複雑な能力に関する段階は廃止され、21歳をもって成年とし、能力の区別をした。フランス民法典はこれによる（388条）。さらに、1974年7月5日法では、18歳となった。

(c) アリエスが指摘した「中世に子どもはいなかった」ことは、法的にも、子どもが「小さな大人」の扱いをうけることに示されている。家子の地位が低かったことから、制限能力者である子どもは、独自の性格をきわだたせること

32) ちなみに、宗教的な意味もあるが、ヨーロッパで、男児に女装させたのは、その反映ともいえる。特別な子ども服というものはなかったのである。日本でも服装は子どもも大差なかったが、髪形は、稚児まげで、元服後に結い直したのである（平家物語には、木曾義仲の言として天皇の童形が言及されている。平家物語 8巻・法住寺合戦、新訂平家物語・中（富倉徳次郎校註・昭45年）225頁）。

ができず、無かせいぜい半人前の人と扱われた。いわば物としての扱いである³³⁾。「子どもの誕生」には、子どもの独立とそれを担保する近代国家の誕生が必要である。

アンシャン・レジームのもとでは、子どもは、放任され、貴族の子どもでさえ、従僕に「飼育」されるのみであったのは、子どもとしての特殊性が認められなかったからである。その養育の基本は放置であった³⁴⁾。これに反し、子

33) アリエス・前掲書23頁、44頁、123頁。また、子どもの誕生に必要なのは、その死亡率の低下である。再度、ユゴーのレ・ミゼラブル (Les Misérables, 1862) の第3部マリウスの部によると、以下の記述がある。「年齢は11か12くらいに見えた。しかしよく注意して見ると、15歳にはなってるらしかった。・・・彼女は長く小さいままでいてそれから急ににわかに伸びてゆく虚弱なたちの子供だった。赤貧がそういう哀れな人間を作り出すのである。彼らには幼年時代も少女時代もない。15歳でまだ12歳くらいに見え、16歳では既に20歳くらいにも見える。今日は小娘で、明日ははや一人前の女である。あたかも一生を早く終えんがために年をまたぐかのようである」(豊島与志雄訳・1987年)。

なお、中世に子ども期が観念されていなかったことは、子どもが無視され、見捨てられていたことを意味するのではない。子ども期という観念は、たんなる子どもに対する愛情のことではなく、子どもに特有な性質が意識されたことである(アリエス・同122頁)。

34) Shahr, op.cit., p.121f. 放置は、中世からの継続である。幼児死亡率が高かったことから、子どもが親の関心を引くには、幼年期を経て生存が確実になる必要があった。そして、近代の初期になっても継続しているのである。のちの外務大臣タレイラン(1754-1838)は、その幼少期に「外出の時だけは一番よい着物を着せられたが、そのかわりふだん家にいるときは、いつも裸に近い状態で、食うや食わずのありさまだった」「これが、彼の年代と階級とに属する、すべての児童にとっての共通な運命だったのである」。18世紀初頭においてすら、子どもは、実質的に「無」にすぎず、これは身分を問うものではなかったのである。クーパー・タレイラン評伝(上 1979年・曾村保信訳) 8頁。

近代の初めにおいても、貴族やブルジョアの娘は、修道院でなければ、教育掛による教育をうけたが、その実質は、母親の小間使いや子守にすぎなかった。この時期には、修道院と家庭の教育があったにすぎない。前者は偏狭で、後者は放埒であった。これに対するものとしては、一方では、堅実な母親による家庭教育が、フェヌロン、ルソーの教育観であり、他方には、修道院を世俗化して、女子コレージュに

どもの特性を認める近代的な教育は、より多くの責任を親に課すのである。無能力者の監督義務者の責任は、ゲルマン的な家長の責任の流れともいわれる。しかし、これは、子どもに対する責任ではなく、第三者に対する責任である。

2 近代の変化

(1) 近代初頭の警察国家や官憲国家(Obrigkeitsstaat)は、中世とは異なる立場から、家父の家族に対する支配を肯定するものであった。すなわち、国家は、みずからの理想に似せて、家を位置づけようとした。父親の子に対する権威は、国家の臣下に対する権威の小さなモデルであったから、子は従順であることが必要であった。そこで、子の反抗は、国家の権威をおとしめるものと考えられ、公法的な制裁が加えられた。家には、国の組織の一部としての地位が与えられ、国が家庭の秩序や教育に責任をもつものとされたのである。家の内部は、自由ではなくなり、家父さえもが、家族の国家に対する忠誠に責任をおわなければならないものとされた³⁵⁾。

よる集団的な教育を求める動きがあった(アベ・ド・サン・ピエール)。フェヌロン・女子教育論(1969年、志村鏡一朗訳)の解説162頁、167頁。

そして、男子も、中世には、たかだか聖堂付属のラテン語学校が中心であり、あとは教会の付属学校から、専門職を養成する大学で教育をうけるほかはなかったのである。

35) シュヴァーブ・訳220頁以下参照。

家だけではなく、近代国家は、国家と個人の間に中間団体を直接支配しようとした。とくに、官僚国家であるプロイセンは、大学支配を強め、法学部の卒業を国家試験にした。教会に対しても、国家の関与を肯定した(ラント教会制、*cuius regio, eius religio*)。独法 106号40頁参照。

国家子の観念は、国家が一定の目的のために子どもを擁護することであるが、古くには、スパルタの教育がある。今日でも「スパルタ教育」という用語に残っているが、軍事国家としての体制を維持するためであった(前注8)参照)。子どもには、未来の国家体制を支える機能が期待されたのである。

ただし、16世紀以降の親権の変化は、家庭内では、父権の強化であり、妻の地位はしだいに剥奪された。家族にも君主制が誕生した(アリエス・333頁)。この変化は、父が国家に対して譲歩した分を、妻からとりあげたからである。

国家の権威が高まったために、相対的には父権の権威は後退した。父権は、国家の権威の道具となったからである。そのような見地から、ときには、父権からの子の解放もありえた。十分な監護の能力を有さない父親からは、国家的な見地から子を解放することが可能となった。子は、訴訟によって、婚姻の許可をえることも可能となったし、家庭外の教育に、国家が責任をもつことも生じたのである（Staatskind, parens patrie, 家子 Hauskind に対する国家子）。

国民国家の形成期に、初期の国家も、このような普遍的な権威の拡充によって、その存立を確保したのである。したがって、子の権利の拡大は、必ずしも子のための配慮にもとづいていたわけではなく、国家と家父の権威の争奪の結果にすぎなかったとも位置づけられよう。

中世の末には、親子関係を心理的・情緒的にとらえる傾向も生じたが、それは、ただか文学的な世界に属するものであり、法の世界では、国家が放任するか制限を加えたかの相違はあるが、基本的には父権による支配は継続したのである。父権が後退すると、逆に国家の権威をもって補完する状況も生じた。

(2)(a) 子どもおよび子ども時代は、ヨーロッパ 17 世紀という時代の〈まなざし〉によって、ようやく発見されたのであるが、18世紀まで青少年期は、まだ子ども期と混同されていた。子ども（puer）と、青少年（adolescens）は区別されないまま使用されていた。

より大きな混同は、今日でも無縁とはいえない。すなわち、子どもの観念は従属・依存に観念に結びつけられていたことから、息子、下男、少年も、封建的従属関係に属する語となっている。そこで、青年期に達しても、依存や従属の最低の地位から抜け出ることなしには、子ども期を脱することはできず、「子ども」や「少年」（petit garçon）は、従僕や職人など、他人に従属している低い身分の人の親称としてその後も継続しているのである³⁶⁾。

このような家産あるいは国家子の地位に根本的な変動を与えたのは、近代自然法思想である。自然法理論は、親子関係に、まったく新しい意味づけを与えた。父権による支配とは逆に、子のための配慮の義務という観点である。親に

36) アリエス・前掲書27頁。用語の混同については、同28頁をも参照。

は、啓蒙の新たな道徳的な役割が課される。時間はかかったが、独自の法と制度が創設されることになった。

子どもは、たんなる対象として財産や支配の客体となる地位を脱して、未来の主体としての地位に昇格した。すなわち、啓蒙社会の未来の創造者という新たな役割を担うことになった。啓蒙的な未来と進歩が尊重され、大人とは社会的に別のカテゴリーを獲得したのである。この期間に着目したのが、啓蒙思想家のルソーであり、人間の発展段階としての独自の機能を求めることになった。

子に関して行う決定の権限は、親「権」とはいつても、子のための教育目的の手段と位置づけられる。このことは、一面では、子に対する国家と父権の間の権利の争いが、最終的に前者の勝利に帰したことを意味する。国家は、家長を媒介することなく、直接子をも支配しようとしたのである。中間諸団体の排除は、近代国民国家の特質の1つである。ここでも、子は、親の無制限な対象物ではなく、国家子 (Staatskind) となるのである。大陸法だけではなく、イギリス法でも、*parens patrie*の伝統から、国家が子の養育に責任をもつとの考え方が登場した。

他面で、人に対する近代国家の関係は、必ずしも無限定の支配ではなく、人権概念を根拠としている（おもに憲法による制約）。ここでは、子は、たんなる客体であることをやめ、人権の担い手でもあったから、子は、権利を有して、親権と対立したのである。子の地位は、親にとっての客体から、親と同等の主体に変化した。親子の関係は、子に対する国の関与によって、しだいに対等なものになったのである³⁷⁾。

子どもは、人生に入っていくために十分に成熟していないことから、これを世間から隔離された体制のもとにおく必要性が認められた。教育への配慮が社会に認識され、ついには社会を変換する。家族は、財産や姓名を伝えるだけの

37) 近代法のもとでは、人に対する制限は一方的に与えることはできないから、契約または基本権によって説明されなければならない。契約による無制限の処分を禁止するためにも、基本権としての制約が必要となる。

以下の17世紀の学校については、アリエス・385頁。中世の学校の発展については、別稿で扱う。

私権の制度であることをやめ、道徳的・精神的な機能を取得し、家族が魂と身体を形成する。身体生理的な世代と法律的制度との間の間隙を、教育が埋めることになるのである。17世紀の学校の発展は、子どもの教育について、親がもつようになった新しい配慮の結果である。

また、啓蒙期は、中世的な大家族の分解の時期でもあり、国家が直接に子どもを把握することにより、固有の性質をもつ子どもが法的にも誕生した。子どもは、国家の財産となり、たんなる親の財産ではなくなる。反面、子どもは、国家にとっての客体となり、未来社会の創造の道具となったのである。

子の立場が向上したことから、親子の間にも、法的紛争が生じることとなった。他方、官憲国家の伝統のもとでは、父権に対する国家の干渉の見地も存続したから、親権の行使は、後見裁判所の監督のもとにおかれた。たとえば、親が子を虐待した場合、子が非行をなし、あるいは親が扶養しない場合に、後見裁判所は、親の教育権を剥奪することができた（ALR II 2 § 90, 91）。こうして、裁判所のもとでは、親子が当事者として平等の地位を獲得したのである。

また、息子の職業選択にあたって、父親は、息子の性向を配慮するべきものとされ、14歳に達すれば、後見裁判所によって父の決定を争うことも可能となったのである（ALR II 2 § 109-113, ABGB § 148 旧規定, Sach.BGB § 1804など）³⁸⁾。

(b) 財産の均分相続は、17、18世紀以降顕著になったが、財産が分割されると、それまでは世襲財産と父の権威を中心に結集していた大家族が、一对の夫婦から成る小さな単位へと変貌し、夫婦のきずなを維持するために子どもが重要な意味を担い始めた³⁹⁾。親は、個人としての一人一人の子どもに関心を

38) シュヴァープ・訳220頁以下参照221頁。親権が、成熟した子の妨げになる場合として、シューマン（Robert Schumann, 1810-1856）とクララ（Clara Josephine Wieck, 1819-1896）の結婚の例があり、父親 Wieckの反対により、結婚は裁判所の許可によるものであった（シューマン30歳、クララ20歳で、裁判の翌日に21歳となった）。Wieckの反対は4年ごしで、離婚した実母の同意はえていた。

39) 日本では、明治民法のもとで、家制度の整備が行われ、戦後解体されたが、実際

もたなければならなくなった。財産の主体として、あるいは相続人として考慮する必要が生じたからである。前者において、親と子の関係は、後見人と被後見人の関係となり、場合によっては、利益相反も生じる可能性があり、これは、子どもが完全に親に従属した中世法ではありえなかった現象である。

しかも、この小家族の形態を維持するには、子どもを一定期間両親の保護の下に置くことが必要とされて、子ども時代はある程度の長さに範疇化され、未成熟性と依存性も強調され、特別な教育の必要性が注目されることになった。

さらに、近代国家は、学校の内容にも関心をもち干渉しようとしたから、近代の学校制度の誕生は、子ども時代の発見と軌を一にしている。特別の存在と意味づけられた子どものために、一定期間社会から隔離し、同年齢集団で特別なプログラムの下に生活させる学校という場が用意された。義務教育はその帰結である。就学中は、経済的・精神的に両親に依存するから、両親と子どもの結びつきが強まり、家族のきずなも強化され、子どもは近代家族の中心に位置づけられた。

こうして、家父長制から、個の発見が行われ、近代民法は、夫婦、親子の単位を基本とした。近代の家族は、子どもだけではなく、大人をも、共同の社会生活から引き離したのである。もっとも、現在は、この均質的な家族が解体し、家族ごとに内容の異なるパッチワークの家族へと変質している。家族の役割がアウトソーシングされ、人は、ふたたび社会へ回帰している。

(c) 固定された成年年齢 (fester Mündigkeitstermin) は、啓蒙の時代に初めて登場したわけではない。しかし、近代法のもとでは、人はすべて出生によって、権利能力を取得するとされた。また、成年 (Volljährigkeit) 年齢の到達によって、一律に親による配慮は終了するものとされた。ここで初めて、子どもが人として認知され、かつ成人との中間期が、法的に意味のあるものとされたのである。

には、維持できない状態であったともいえる。大土地所有も解体し、戦後の小規模勤労世帯の増加の下では、大規模家族は存続しえなかったからである。大家族は、家産や領地、tenureを中心にまとまっていたのである。

成年年齢は、当初は遅く、しばしば 30 歳近いものであった（ローマ法の完全成年は25歳）。寿命の短い時代のゆえに、人生の半分にも達することがある。この年齢は、しだいに低減し、成年に達した者は、当然に父権の拘束を免れるようになったのである。そのような年齢は、フランス民法典で 21 歳、ABGB で 24 歳、時代的に遅れるドイツ民法典では、制定時に 21 歳であった（1975 年から18歳。2 条）。

(d) 中世法の二重基準（14歳と21歳）は、形式的に、近世法にも受け継がれている（20歳と25歳）。こうした二重基準は、もともと子どもの無視を前提に、できるだけ早く義務をおわせる方途であった。他方で、親や社会の都合によって、権利の取得に関しては遅くしている。この二重基準を克服するためには、まずは、子どもの発見が必要である。近代法の20歳と25歳の基準は、養育期間を介在させ、これを上方に並行移動した。近世の特徴を反映したものである。ついで、二重基準であることの認識が必要である。早期の子どもの主体性を肯定することである。下方への移動である。ただし、それが、事実上の切捨てとならないことが必要である。しかし、親や国家の都合による低年齢化の例のみが多い。後述のように、選挙権の付与ですら、こうしたご都合主義と無関係ではない。

Ⅲ 日本法と比較法

1 古代から中世

(1) 日本法の出発点は、律令である。律令は封建時代には失われたが、明治政府は、王政復古（1868年）を建前とし、平安時代の太政官制をモデルとしたことから、古代の律令も参照された。

もっとも、参照されないものも多かったから、実質的には、西欧のモデルにあてはめて選択し、建前をもって理由づけただけともいえる。たとえば、慶応4年から明治2年までの太政官制（太政官の下に、立法諮問の議政官、6つの行政官府、司法の刑法官）や、明治2年から3年までの2官6省の太政官制や、

明治6年から18年までの太政官制（神祇官、太政官、正院、左院、右院、元老院、大審院）などは、三権分立を形式的には志向する（実質はない）など、古い律令にない特徴を有している。とくに、明治8年の元老院、大審院の設置は、沿革的に行政権の付属にすぎなかった立法権と司法権の分離を形の上では目ざしている⁴⁰⁾。律令時代にはないものであり、その用語も、実質的にはほとんど翻訳である。

大宝律令（702年、養老律令は757年）では、人の年齢を6つに区分し、（緑児）3歳（小子）16歳（小丁）20歳・21歳以上（正丁）61歳（老）66歳（耆）の区別があったが、この区別は、租庸調など、納税と兵役の基準にすぎない。刑事責任は、これとは別で、成年期に関する規定はなかった。男子は、奈良時代以降、元服によって社会的に成人となった。元服の年齢は、時代と身分によって相違したが、公卿は12歳から20歳で、武士はおおむね15歳であったとされる⁴¹⁾。

1000年以上も前の律令が注目されるのは、明治9年の太政官布告の原因となった内務省の伺の根拠が大宝律令の規定であったとされるからである。数え年で21歳を満20歳とみたのである。ただし、伺の発端も、徴兵令の改正案で、兵役が21歳（満20歳）からとなっていたこととの整合性にある、と指摘されている⁴²⁾。

(2) 日本の律令のモデルとなった中国の制度でも、南北朝時代の北魏から唐代まで行われた土地制度である均田制以外には、あまり明確ではない。北魏

40) 木下真弘・維新旧幕比較論（宮地正人校注・1993年）68頁参照。

41) 高木侃「民法第3条について－その成立経過－」関東短期大学紀要23集（1978年）83頁以下、84頁注8。同論文は、日本の民法の制定過程についての詳細な研究である。近時のものとしては、飯田高「日本における『成年』制度の成り立ちと社会的意義」ジュリ1528号（2019年）78頁がある。

42) 高木・前掲論文 85 頁、飯田・前掲論文 78 頁。田中・前掲論文 169 頁など、これを指摘するものは多い。梅謙次郎・民法原理がこれに言及したことから（後注85）、古くから注目されている。田中・前掲論文170 頁は、教育の観点から、成人年齢よりも 6334 制の学校の区切りがより重要とする。中学卒業が15歳、高校卒業が18歳、大学卒業が22から23歳となり、20歳は人生の区切りの年となっていないからである。戦前は、徴兵年齢が20歳であり、重要な区切りとなっていた。永田菊四郎「民法第3条について」日本法学19巻5号（1953年）399 頁、401 頁も、言及している。

(439年に華北を統一)の均田制では、男15歳以上に田50畝、女子にはその半分を給した。隋(587年に中国を統一)唐(618年)の田制では、丁男と中男18歳以上には口分田80畝、永業田20畝が付与される⁴³⁾。そして、この中国をモデルとした日本の班田収授制(名目上は646年の大化の改新から、実際には戸籍が作成された670年以降とされる)では、基本的に6歳以上の男子に2段(女子は、3分の2)が支給され、具体的には、年齢による区別が存在した⁴⁴⁾。

ただし、以上の年齢区分は、土地法と納税の關係にすぎず、私法的な關係では、中国の子は、親子關係ではほとんど物的な扱いをうけた。天然果実の扱いであり、再婚禁止期間の定めがなく、前婚で懐胎し再婚後に生まれた子は、後夫の子となり、質妻が質の期間中に生んだ子は、質取主の子になったという⁴⁵⁾。また、婚姻年齢は、男子は、15、6歳以上で、女子は、13、4歳以上であったが、一応の基準にすぎず、厳密ではなかった⁴⁶⁾。

親子關係は、「答によって象徴される権力支配」が、古くからの特徴である。子は、成人になっても、親権に服した⁴⁷⁾。成年は、冠礼式により、男は20歳(弱冠)であるが、礼俗により、15から16歳から20から21歳程度で、実際には統一されていなかった⁴⁸⁾。ただし、律令を参照した明治時代の日本の法制局では、この20歳のみを唐制の成年とみたようである⁴⁹⁾。

近代の立法では、すべて満20歳をもって成年とされている。まず、清朝の立

43) 仁井田隆・中国法制史(1963年、増補版)283頁。

44) 仁井田・前掲書284頁。

45) 仁井田・同218頁。ほとんど動物の扱いである。ローマ法の子の売却を彷彿させる。寺田浩明・中国法制史(2018年)28頁は、抽象的に父親の専権性についてふれる。おもに清代に関する記述であり、律令にはあまりふれていない。

46) 仁井田・同254頁。

47) 仁井田・同273頁。未成年後見については、同276頁。

48) 仁井田・同278頁。

49) 立法作業において、外国法への参照が真実のものか、たんに日本の律令を補強するだけの素材なのかには疑問もある。今日でも、都合のよい例だけをつまみ食いすることは、ままみられる。

法作業では、1911年の大清民律草案で、20歳成年とされた⁵⁰⁾。しかし、同年、辛亥革命が起り、清朝が倒れたことから、法律として制定されることはなかった。ついで、1932年の中華民国の民法12条でも、20歳成年とされた⁵¹⁾。中華民国は、国共内戦で1950年に台湾にわたり、民法も台湾民法となった⁵²⁾。中華民国民法は、実際には、大陸よりも台湾のみで適用された歴史が長い。さらに、1937年の満州国民法4条は、ほぼ日本法をモデルとしたから、多くの共通点を有し、成年も20歳とした⁵³⁾。

(3)(a) 日本でも、成年年齢は必ずしも統一されていない。

武家政権の時代に、未成年者を童形といい、元服によって成人となったが、室町時代では、元服に関係なく、15歳未満の者は、文書の加判ができない⁵⁴⁾。戦国時代の分国法では、15歳をもって成年とするのが通常で、江戸時代の庶民は、15歳で元服したが、地方によっては婚姻によって成年となった⁵⁵⁾。また、江戸時代には、男子15歳になれば元服をして一人前となることが一般の風習であるが、全国民事慣例類集には、22歳から16歳までを幼年とする地方があったとする説もある⁵⁶⁾。

中田薫博士は、「十五歳未満を幼年となすこと徳川時代の普通法なり」とする。

50) 前田達明編・史料民法典(2004年)1492頁。

51) 前田・前掲書 1603 頁。

52) 戦後においても、「満二十歳為成年」である。陳忠五・民法(2009/10年)A-14頁。また、社会的に広く参照される論語は、伝統的な社会意識を反映するものであろう。論語でいけば、15歳で学問に志し(「吾十有五而志于学」)、三十歳で自立する(「三十而立」)ことから、15歳成年で、30歳が完全成年ということになろう(為政、第2、4)。成年期の入口と出口を象徴している。

53) 前田・前掲書(前注50))1717頁。民法担当の参事官は裁判官で、万歳規矩楼(大阪地裁判事)、川喜多正時(大阪地裁判事)、千種達夫(東京地裁判事)であった。顧問は学者で、穂積重遠、我妻栄、中川善之助、松本烝治、田中耕太郎、池田寅二郎、村上貞吉らであった。前田・前掲書 1703 頁。

54) 石井良助・日本法制史概要(1952年)160頁。

55) 石井・前掲書 99 頁。

56) 滝川政次郎・日本法制史(下・1985年)182頁。

その典拠も、全国民事慣例類集第1篇9章1款の記述である。しかし、成人式である「元服は法律上の要件にあらずして、単に成人たることを公示する社会的儀式に過ぎ」ず、15歳の時にする必要がない⁵⁷⁾。成人年齢が、地域により異なるのは、一般の慣習である。

婚姻年齢についても、「男女子とも大抵15歳以上を通例」とする⁵⁸⁾。親権の行使として、「父母は子を懲戒する権利を有」した。具体的には座敷牢や勘当があり、それらも懲戒権の行使とされた⁵⁹⁾。

(b) 刑事責任についても、15歳が基準とされた。そこで、公事方御定書(下巻)百箇条79条にも、「拾五歳以下之者御仕置」は、大人よりも軽く罰するものとする。

79条「拾五歳以下之者御仕置之事」の項目の中で、殺人、放火の場合でも、15歳まで親類預置・遠島のみとされ、盗みでは、「大人之御仕置より一等軽く可申付」とする⁶⁰⁾。ただし、これは、犯罪能力がないからではなく、形の執行を延ばし、あるいは軽減するものである。

一例として、「八百屋お七」の場合があり、これは、井原西鶴の好色五人女の第4話に登場する。火付け犯は15歳を過ぎれば火あぶりで、15歳未満は罪を減じて遠島の定めであった。そこで、奉行は助命するために「十四歳であろう」と謎をかけたが、お七は正直に「十六歳」と答えたことから、火あぶりとなったとされる。江戸の刑法が15歳を基準としているとの社会意識が前提となっている。

(4) 多くの場合に典拠とされている全国民事慣例類集は、「凡ソ十五歳未満ヲ幼年ト称スルコト一般ノ通例ナリ。其中稍異ナル条款左ノ如シ」とし、原則を15歳として、各地に異なる慣習のあることを述べる。ただし、土地による相違なのか、事柄による相違なのかは必ずしも判然としない。かなり混合してお

57) 中田薫・徳川時代の文学に見えたる私法(1984年、初版は1923年)123頁。

58) 中田・同128頁。

59) 中田・同170頁。

60) 大久保治男・江戸の刑法－御定書百箇条－(1978年)139頁以下。

り、わかりにくい⁶¹⁾。以下に、とくに例外となる場合を中心に、各地の慣習を参照しよう。

(慣習上の成年年齢)

何年以下の後見の定めはない。筑後国三潞郡。

幼年の定めはない。筑後国御井郡。

婚姻するまで幼年で、家産の進退をなしえない。上野国邑楽郡。筑前国早良郡那珂郡。

23歳までを幼年とし、後見のある例がある。陸奥国津軽郡。

22歳未満を幼年として、財産の処置を許さない。磐城国白河郡。

21歳になれば、後見人から家政を引き受ける。越中国射水郡。

20歳、後見を免れる。山城国愛宕郡葛野郡。播磨国飾東郡。大隅国曾於郡。

20歳にならないと、身代自由にならない。羽前国村山郡。

18、9歳で婚姻するまで幼年とする。丹後国興謝郡。

17、8歳、婚姻するまで。相模国鎌倉郡。

17歳で、後見を免れ、商家では、20歳前後。陸奥国宮城郡。日向国臼杵郡。

17歳以下を幼年とする。伊予国宇和郡。

16歳以下を幼年とする。越後国蒲原郡。佐渡国雑太郡

15、6歳まで後見をつける。備中国窪屋郡。

15歳になって戸主になれるが、17、8歳から20歳で婚姻するまでは、能力(才不才)による。信濃国佐久郡。

15歳、それ以下は「ツブシ」納税、村役を免除する。相模国足柄郡。

それ以下は、財産取扱をなしえない。近江国滋賀郡。

14歳以上は、諸役を勤める。伯耆国会見郡。13歳以下を幼年とする。

これらの慣習をみると、抽象的な年齢だけであれば、15歳を原則とし、地方によって13、16、17、18、19、20、22、23歳、あるいは婚姻の時をもって成年

61) 司法省版・全国民事慣例類集(1976年版)317頁以下(「後見ノ事」)。

としていたといえるが⁶²⁾、民法的な事柄で、財産処分自由などは比較的高く20歳以上、婚姻は17、18歳ごろで、納税や賦役などは、14、15歳ごろであったようにもみえる。西欧と同じく、権利年齢と義務年齢のダブルスタンダードが、「成年」の実態を不明確なものとしているのである。

2 近代法の時代

(1) 明治9年太政官布告41号「自今満貳拾〔二十〕年ヲ以テ丁年ト相定候條此旨布告候事」つまり、20歳をもって成年とした。その根拠となったのが、名目上は律令であったことは、前述の通りである。

(2)(a) 民法草案人事編、ボアソナード民法草案4条は、フランス民法488条を参照したが、成年を20歳とした。法文は、ほぼ次の旧民法と同様である。直接には、明治9年の太政官布告によるものとされる⁶³⁾。

旧民法人事篇3条「私権ノ行使ニ関スル成年ハ満二十年トス。但法律ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス」。

(b) 旧民法のモデルは、1804年のフランス民法典である。その388条では、まず未成年の規定がある。21歳に満たない者は、未成年とされる (*Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis.*)。

ただし、20世紀の後半に、成年年齢の引下げが行われ、18歳が成年とされた (*L.74-631, 5 juil.1974* では、*l'âge de dix-huit ans accomplis.*)。

62) 高木・前掲論文 85 頁は、このようにまとめている。

63) 高木・前掲論文 86 頁。なお、近時の諸国の法定年齢については、山口直哉編・子どもの法定年齢の比較法研究 (2017年) がある。アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス、韓国について、公法、私法、刑法に応じて記述されている。これに対し、本稿では、おもに歴史的な記述を中心とし、法文に即して検討する。

1958年の韓国民法でも、20歳成年とされる (4条)。前田・前掲書 (前注50)) 1815 頁。ただし、韓国では、2011年の民法改正で成年年齢が20歳から19歳に引き下げられた (2013年施行)。その理由は、選挙法などとのバランスである。金亮完「韓国における民法上の成年年齢」山口編・前掲書 337頁。

上の 388条は488 条と対になっており、こちらは成人に関する規定である (La majorité est fixée à *vingt et un ans* accomplis; à cet âge on est capable de tous le actes de la vie civile, sauf la restriction porté au titre du Mariage.)。満21歳をもって成人年齢とする。同時に、これが、婚姻の規定の制限を除いて、民事の行為能力を示すものであるとする。逆にいえば、民法の成人規定は、財産法的な行為能力の規定にすぎないことを明らかにしている。

こちらも、1974年法で、18歳に引下げられた (L.74-631, 5 juil.1974 では、La majorité est fixée à *dix-huit ans* accomplis; à cet âge on est capable de tous le actes de la vie civile. 1 項)。現414条である。

(c) フランス民法の影響を受けたベルギー民法388 条は、フランス民法と同じ規定を有したが、L.19 janvier 1990 の1 条により、18歳を成年年齢とした (Le mineur est l'individu de l'un et der l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de *dix-huit ans* accomplis.)。§ 388 De minderjarige is de person van het mannelijke of vrouwelijke geslacht die de volle leeftijd *van achttien jaren* nog niet bereikt heeft (W.van 19 januari 1990.art.1)。

1838年のオランダ民法353 条は、体裁はフランス民法と同様であったが⁶⁴⁾、23歳をもって成年とした。20世紀の立法である新民法233 条でも、21歳とした (新民法は、1969年以降編ごとに施行。第 1編が人と家族である。Boek 1 Personen- en familierecht, 1-449 条 まで)⁶⁵⁾。Minderjarigen zijn zij, die de

64) 1838年のオランダ民法については、vgl.Haanebrinn, Code civil Neerlandais, 1921, p.84.(De la minorité).新民法は、1809年、1811年、1838年の民法典に次ぐ、第4番目の民法典である。前2 者はフランス民法典とほぼ同様であったが、1838年法は、物権変動に形式主義を入れるなど、内容上かなり独自性のあるものであった。いうまでもなく、これはグロチウス以来のオランダの物権変動の伝統である。フランス民法典の忠実な再現であるベルギー民法典とは異なる。新民法の体系は、形式的にもフランス民法典からは離れている。

65) 各国の立法事情については、【大学】(大学と法曹養成制度、1999年) 335 頁、オランダについては、同336 頁。ごく簡単には、Schrage, Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches, JB 1994, S.501ff. 沿革についても詳しい。

ouderdom *van een en twintig* jaren niet hebben bereikt en niet gehuwd zijn of gehuwd zijn geweest. 1988 年代に、EUの勧告をうけて18歳に引下げた。もとの年齢が高かったことから、引下げは比較的遅い。

(3)(a) 日本の現行民法の制定過程でも、旧民法にならって、当初から20歳が前提とされた。周知のように、法典調査会の民法審議は、意思表示の項目まで(99条まで)は、まず主査会で審議され、さらに総会で審議されるというプロセスによった(明26年～同27年3月まで)。旧民法の審議のおりには、条文の起草委員と審議委員が分離されていたことから⁶⁶⁾、それに近いともいえるが、現行民法の審議では、起草委員が、総会でも審議に加わることから、議論はしばしば重複する。そこで、明27年4月6日の100条以下の審議は、一本化されたが、それ以前は、同じ条文について、主査会と総会で、1度ずつ(合計2回)審議されている⁶⁷⁾。

民法主査会原案3条「満二〇年ヲ以テ成年トス。但法令ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス」⁶⁸⁾。

上述の旧民法人事篇3条、フランス民法典388条、488条が参照されている。内容は、「既成法典ノ字句ヲ修正シタルニ過キ」ないものとされるが、他の法典審議の場合には、この文言は、旧民法の断行論者に配慮した緩衝論にすぎない。かなり大きな変更をした場合にも、同様の文言がおかれる。旧民法は延期されたものの、その権威は依然として大きかったからである。しかし、本条については、文字通り字句の修正だけである。

66) こうした起草委員と審議委員を分ける方法は、適正な手続を目指したものであり、仲間うちの馴れ合いを防止するためである。旧民法の審議のおりも、分けられていた。今日でも、諸外国では、とくにフランスではしばしば用いられ、参照するべきものをもっている。これに対し、現在のわが国には、不透明性が指摘されるとおりである。加藤雅信・民法(債権法)改正—民法典はどこにいくのか(2011年)10頁以下。行政の下請けとなることを予防するうえでも、手続の適正は重要である。

67) 統一された審議の第1回が、明27年4月6日である(法典調査会・民法議事速記録、商事法務版、1頁以下。日本近代立法資料叢書1・1983年)。

68) 法典調査会・民法主査会議事速記録(日本近代立法資料叢書13・1988年)188頁以下。

(b) 原案時には、諸外国の当時の成年年齢が参照されており、それによれば、フランス法と同じ21歳が多く（イタリア、スペイン、ロシア、アメリカの多くの州⁶⁹⁾）、高い方では、25歳（スペイン）、24歳（オーストリア、ポルトガル）、23歳（オランダ）、22歳（イギリス⁷⁰⁾）、低いもので、20歳（唐）という分類であった。また、当時の法制局の見解では、日耳曼（ゲルマン）は20歳ということになっており、これは、ドイツ（おそらく普通法）を指すとするものである⁷¹⁾。しかし、実際には、普通法とドイツ民法では、21歳である。このような誤解（あるいは希望か誘導）が、日本の「現行法」とされる20歳を補強した可能性もある。

ドイツ民法典第1 草案25条によれば、幼年期が満7 歳までで、未成年が満21 歳までである（Das Kindesalter dauert bis zum zurückgelegte 7., die Minderjährigkeit bis zum zurückgelegten 21.Lebensjahre.）。普通法的な幼年期の区別が残されていた。

ただし、ドイツ民法典の文言は、第2 草案以降修正され、BGB 2 条でも、幼年の区別を廃して、未成年に一本化した（Die Volljährigkeit tritt mit Vollendung des 21.Lebensjahres ein.）。

ドイツ民法典の理由書によれば、ドイツ法の21歳は、1875年2 月17日の成年

69) アメリカの多くの州では、1970年代に引下げが行われた。徴兵年齢18歳と選挙年齢21歳の均衡が求められたからである。投票と納税のバランスは、独立戦争のさいのスローガンでもある。年齢のもつプラスとマイナスの側面をいいあてている。

70) 中世末期のイギリスも21歳であったとする説もある。また、Shahar, op.cit., p.247によれば、イングランドの成人年齢には地域差があり、14歳から15歳か、20歳から21歳であった。こうした二重の構成は、大陸の慣習とあまり変わらない。

なお、近代の成年年齢は、1969年に18歳に引下げが行われた。その間の事情について、田中・前掲論文172 頁は、イギリスの成人年齢引き下げをした1967年の委員会報告にふれる。すなわち、1215年のマグナカルタは騎士年齢を21歳としたが、それは、それまでの15歳では重装備に耐えられないことから、引き上げたのであり、こうした理由が今日的意味をもたないことから、18歳の引下げが提案されたとする。しかし、なぜ18歳になるのかは不明である。

71) 民法審査会議事速記録188 頁の参照条文に詳しい。

法 (Gesetz betz.das Alter der Großjährigkeit) によるものである⁷²⁾。幼年期 (7 歳以下の Kinder) は、意思能力がまったくない時期で、それ以降はその薄弱な時期であり、この区別は、普通法と、プロイセン法 (ALR I 1 § 25, 1875年7月12日法1条)、オーストリア法 (21条)、ザクセン法 (47条)、ヘッセン民法草案 (4部1の47条)、スイス1881年6月22日法4条にあり、ドレスデン草案23条にもある。ただし、バイエルン法草案 (1部3条) は、8歳とする。こうした区別は、審議の過程で不要なものとされた⁷³⁾。あとは字句の修正である。

これらにつき、若干付言すると、BGB の成年年齢も 20 世紀に修正され、1974年法以来、18歳とされた (Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters, 31.7.1974; BGBlI 1713)。§ 2 Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des *achtzehnten Lebensjahres* ein.)。

もっとも、不法行為年齢については、もっと生物学的な年齢による区別が行われており、828 条 (Minderjährige) では、(1) 7 歳に達しない者は、他人に加えた損害について責任をおわない (nicht verantwortlich)。(2) 7 歳以上10歳に達しない者は、自動車、鉄道またはロープウェー (einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn) の事故にさいし他人に加えた損害につき責任をおわない。侵害が故意によって起こされた場合は、この限りではない。(3) 18歳に達しない者は、加害行為の当時、責任を認識するのに必要な判断力を有しないときに

72) Motive, I, S.52f.; Mugdan, I, S.381. ギールケの分類によれば、普通法では、25歳が成年年齢であるが (大貴族では18歳)、プロイセン法とオーストリア法では、24歳、その他の法では、23歳と22歳、ザクセン法では21歳とする。Gierke, aa.O. (前注23)), I, S.384f.そして、本文のライヒの1875年2月17日法と、プロイセンの1869年12月9日法で、21歳の成年年齢が採用されたのである。

プロイセン法では、24歳の成年は、19世紀初頭に遡る。ただし、1812年3月11日の勅令で市民権を有するユダヤ人を除いた年齢であり、ユダヤ人は20歳で成年となった。Vgl.Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrecht, Bd.1, 1842, S.86ff. (§ 13)。

73) Protokolle, S.101f.; Mugdan, I, S.581f.

は (die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht)、他人に加えた損害について責任をおわない。その責任が1 項、2 項により排除されていない場合に限る。

この828 条2 項は、2002年8 月1 日法により改正された (Art.2, G.v.2002.7.19; BGBl.I, S.2674)。旧2 項=現3 項の一部は削除された。聾啞者についても、18 歳未満の者と同様としていた。Das gleiche gilt von einem Taubstummen.)。

法の体系の異なる 1975 年の東ドイツ民法 (Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik) でも、成年年齢は、18歳とされた (§ 49 Ein Bürger, der das 18.Lebensjahr vollendet hat, ist volljährig また、第2 文では、成年者は、自分の行為で、民法上の権利義務を基礎づけることができるとしていた。Handlungsfähigkeit)。ほぼ同時期に、18歳成年が実現していたわけである。また、同50条では、満6 歳に満たない子どもには、行為能力はなく (2 項)、満6 歳から18歳までの未成年者は、法定代理人の同意により権利義務を基礎づけることができるとした (1 項)。こうした幼年 (Kinder) を区分する点も、沿革に従ったものである。さらに、東西ドイツの再統一は、1990年であった。

(c) 逆に古い時代では、プロイセン法 (ALR I 1 § 25) は、幼年 (Kinder) と未成年 (Unmündige) を区別し、前者は7 歳、後者は、17歳に達しない者とした。ただし、同26条は、「未成年 (Minderjährigkeit) は、出生地や身分の区別なしに、満24歳まで継続するものとした」。未成年として、中世的な15歳と近代的な24歳がともに規定されている点で興味深い。成熟年としての青年期と、法的な成年期の区別となっている。

ドレスデン草案 (Dresdener Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866) は、1815年のドイツ連邦の債権法統一のための草案であることから、人の能力は、もっぱら契約締結の要件としてだけ規定されている。

23条「満7 歳にならない者 (幼年)、ならびに精神障害により、または一時的に理性を失った者は、契約を締結することができない。そのような者によりされた契約は無効とする」。未成年者 (Minderjähriger) のした契約には、取消権が付与されたが (26条)、ラント法によって契約を締結できる年齢

(Großjährigkeit)に達しえない者は、契約を締結しても、契約上の権利をえたり、義務を負担するには、法定代理人の同意を必要とするとした。すなわち、成年年齢は、ラント法により決するものとされたのである(24条)⁷⁴⁾。

普通商法典(ADHGB, 1861 年)には、年少者の成年や能力に関連する規定はない。ただし、女性の能力に関する規定はあり、営業的商行為をする女性は、商人(Handelsfrau)となり(6 条1 項)、商行為に関しては、女性に関する個別のラント法の規定を援用することはできない(同条2 項)。ただし、妻は、夫の同意なしには、Handelsfrau となることはできない(7 条1 項)⁷⁵⁾。未成年者の無能力の場合と同じで(日民6条参照)、妻の無能力を前提とした規定である。

制限能力者の問題は、基本的に裁判所による解放によって解決するのが、ドイツ法系の立法であるから(ド民112 条参照)、ADHGB もこれと当時の各ラントの規制を前提としている⁷⁶⁾。ちなみに、ドイツ民法112 条は、未成年者の独立した営業活動に対しては後見裁判所の同意を要件としている⁷⁷⁾。

(d) 日本の法典調査会の主査会での議論の争点は、2 点である。第1 は、但書の削除をするかどうか(横田国臣)、第2 は、本文の妥当性である。「法令ニ特別ノ規定」がある場合は当然であって、こうしたものをおくと、どこでも同様の規定が必要になり繁雑だからというものである。これに対し、梅謙次郎は、成年が民法上「色々ノ場合」に違うからであるという。たとえば、婚姻年齢(旧民法では男子は17歳以上、女子は15歳以上)や遺贈の可能な年齢である(20歳以下)。つまり、異なった年齢のおかれることが、あらかじめ予定されているからというのである。ただし、削除案につき決をとったところ、少数であり、但書は原案通りとなった。

本文の 20 歳を成年年齢とすることについては、木下広次の質問、すなわち

74) ドレスデン草案については、Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrecht, 1866, S.3863f., S.3868f.

75) Reyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1878, S.16ff.(Art.6).

76) Reyßner, ib., S.12f.(Art.4)。

77) 第1 草案67条、第2 草案86条、Motive, I, S.142, Mugdan, I, S.430; Protokolle, S.171f., Mugdan, I, S.692f.

旧民法によったのか、「又ハ特ニ意味」があったのかに対して、梅謙次郎は、旧民法で「尤モト思ヒマシタ」とし、また、明治9年の太政官布告も20歳とし、これまでの慣習でも21歳となっているものがあり、これは今日の満20歳である、「日本人ハ此位ガ適當カト思ヒマス」とする。西洋でも、今は21歳が多く、20歳というものもある。「二十年ト云フノカ日本人ノヤウナ寿命ノ短カイ所デハ是ガ適當ト思ヒマス」と答えている⁷⁸⁾。

この議論について、高木教授は、寿命が短いことを理由にして成年をより低い時期に規定するのは、一見矛盾するとする⁷⁹⁾。矛盾の内容は種々考えられるが、いきなり寿命が登場するところは唐突とはいえる。

(4)(a) 明治26年10月27日の民法総会（第4回法典調査会）の議論も、あまり異ならない。民法総会に提出された3条も、原案は主査会のものと同一である⁸⁰⁾。

民法総会原案3条「満二〇年ヲ以テ成年トス。但法令ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス」。

審議の過程で、山田東次の但書の字句修正案（法令を法律とする。命令では不足とする）や、横田国臣の但書削除案が提出された。後者は、この規定は成年といっても能力に関する規定であるから、能力以外の点で20歳以下の場合を例として但書をおくことに意味がないとする。梅謙次郎は、皇室典範で、天皇・皇太子等に18歳成年の規定があり、それが「令」の例であるとした。これに対しては批判が多く、江木衷の「教科書メイタ事は書カナイト云相談ニナツテ居ル」ことから削除が主張された。決をとったところ、削除案が多数を占めた。

78) 民法主査会議事速記録・195頁。

79) 高木・前掲論文 89頁。

また、当時の日本に戸籍や年齢統計があったわけではないので、具体的な年齢を比較すること自体があまり理由となっていない（最初の国勢調査は1920年。旧戸籍法は1871年制定であるから、法典調査会の当時、まだ寿命を論じるほど時がたっていたわけでもない）。江戸時代に、地域の人別調や檀家の人別調はあったが、必ずしも網羅的なものではない。寿命などは、ほぼ推測と思われる。

80) 法典調査会・民法総会議事速記録（日本近代立法資料叢書12・1988年）79頁以下。

この論点は、民法の成人年齢が、行為能力の基準にすぎないということだけである。行為能力以外の年齢が異なることは当然の前提とされている⁸¹⁾。

(b) これらの法典調査会の審議をうけて、民法修正案理由書でも、たんに「本条ハ既成法典ノ字句ヲ修正シタルニ過ス」とするのみである。「私権ノ行使」に関する部分を削除したのは、民法上当然だからである。旧民法1条の無能力者以外は、みずから私権を行使できる旨の規定は当然として削除したとする⁸²⁾。

なお、民法修正案理由書には、いくつかの版があり、未定稿の民法修正案理由書には、条文と参照された外国法が規定されている（これは法典調査会・民法議事速記録にあるものをそのまま再録したものである。広中編の理由書では省略されている）。その3条では、人事編3条、フランス民法典388条、488条、イタリア民法240条、323条、オランダ民法385条、オーストリア民法21条、ザクセン民法47条、スペイン民法320条、スイス1881年6月20日法1条、チューリヒ私法典10条、グランヴンデン民法16条1項、ロシア民法160条、ドイツ民法典第1草案11条、ベルギー民法草案384条、486条などが参照されている。このドイツ民法典第1草案の数字は誤りである。また、巻末に付属の法典質疑要録には、成年に関する言及はない（12条の遺贈と贈与の能力についてのみ規定。9頁以下）。

(c) 旧イタリア民法（1865年法）は、フランス法系の立法であり、その240条では、21歳にならない者は未成年であり（È minore la persona che non ha ancora cimpito gli *anni ventuno*.）、21歳になった者を成年とした（art.323 La maggiore età è fissata agli *anni ventuno* compiti）。フランス民法と同様に、

81) 民法総会議事速記録・82頁。そこで、高木・93頁は、民法3条の審議の実質的内容は、「明治9年太政官第41号布告を踏襲したにすぎない」とする。

82) 広中俊雄編・民法修正案の理由書（1987年）63頁。

未定稿本・民法修正案理由書の方では、723条までの各条文と理由（通し頁はなく、項目ごとに頁が付される。たとえば、不法行為では、708条から723条がまとめて1から17頁となっている）の後ろに、「法典質疑要録」288頁が合本されている。100条の代理より前は、法典調査会において提出された外国法が詳しく再録されているが、代理から後には、ほとんど省略されている（旧民法の規定しかない）。

表裏から規定されていたのである⁸³⁾。

(d) 成人年齢を補充する規定として、現行の6 条に相当する旧民法財産編 550 条1 項は、「商業又ハ工業ヲ営ムノ許可ヲ得タル自治産ノ未成年者ハ、其営業ニ関スル行為ニ付テハ、之ヲ成年者ト看做ス」とした(句読点を追加)。

(5)(a) 参照された諸外国の成人年齢は、その後大幅に変更され、とくに低年齢化が行われている。おおむねヨーロッパ諸国では、18歳である。

スイス民法 (SZG, 1907) 14 条は、かつて20歳を成年とし(1 項)、婚姻により成人となとした(2 項)。しかし、現行法は、1993年から18歳を成年とする(Mündig ist, wer das 18.Lebensjahr vollendet hat)。直接には、1991年に、選挙権の年齢が18歳に引き上げられたことによるものである。成年の用語に、Mündigが用いられている点は、ゲルマン法的であり、スイス民法がゲルマン法的であるとする論拠の1 つにもなる。

オーストリア民法 (ABGB) 21条は、14歳までの未成熟者(Unmündige)と19歳(もと21)までの未成年(Minderjährige)を区別する。

21 条(1)未成年者(Minderjährige)と、未成年以外の事由で、自分の事務をみずから処理できない者は、法の特別な保護のもとにおかれる。

(2)未成年者とは、19歳に達しない者をいう。未成年が延期され、または短縮されるかは、特別に規定される。未成年のグループの中には、14歳に達しない未成熟者(Unmündige)と、7 歳に達しない子ども(Kinder)がいる。

現行のオーストリア一般民法 (ABGB) 21条2 項は、18歳にならない者を未成年とする(Unter Minderjährigen sind Personen zu verstehen, die das *achtzehnte Lebensjahr* noch nicht vollendet haben;)。14歳以下の子ども、7 歳以下の子どものグループ分けがある点は、ALR や普通法の構成を残すものである。

(b) イタリア民法(1942年)は、商法や労働法をも包含する統一法典であるが、その2 条も、当初は成年を21歳とした。1975年から18歳としている(La maggiore età è fissata al compimento del *diciottesimo anno*)。また、成年に

83) 旧イタリア民法について、Franchi, Codice civile, 1921, p.32, p.41. また、未成年者は、婚姻によって解放され、成年とみなされた(310 条)。Franchi, op.cit., p.40.

よって、異なる年齢の定めがない行為を遂行する能力が取得される(1項)。18歳は、もともと労働契約の締結の能力年齢であったが、一元化されたのである。また、18歳以上は、裁判所による能力の解放が可能であった(391条)。さらに、未成年者は後見に付され(343条)、婚姻や商業によって後見から解放される(390条、397条)。ほかに、未成年者のした契約の取消(1425条)、未成年者の贈与能力(774条)など個別の規定も多い。

スペイン民法315条も、成人は、18歳とする(*diecioch anos cumplidos*)。旧法では、21歳であった。1978年に、民主化(1975年にフランコの死)をうけ、EU加盟(1986年)に向けて改定されたのである。

1972年9月19日のEU評議会決議(28号)で、構成諸国に対し18歳成年が勧告された。この勧告の影響は大きく、北欧は、すべて18歳成年である。また、民主化後の東欧も、EU加盟との関係で18歳成年を受け入れている⁸⁴⁾。かつての「長い子どもの時期」は、ふたたび短縮化している。現象的には、中世回帰ともいえる。

(6)(a) 梅謙次郎の民法原理では、明治9年の太政官布告41号が満20歳を成年とし、旧民法がこれを採用し、西洋諸国に比すると早いようであるが、スイスでは、20歳を定年とし、他の諸国は21歳から25歳であり、「日本人ハ他ニ比シテ世間的知識ノ発達頗ル早キカ故ニ之ヲ満二十年トシタルハ固ヨリ適当ノ事」とする。かつて法典調査会で述べた、日本人は寿命が短いから成年年齢を下げるとの論拠は言及されず、日本人は発達が早いとの論拠にすり変わっている⁸⁵⁾。

(b) 梅謙次郎の民法要義でも、明治9年の太政官布告41号を挙げているが、同時に、皇室典範の20歳成年(普通の皇族)にふれる(典範14条)。天皇・皇太子・皇太孫は、18歳成年(同13条)とする⁸⁶⁾。また、成年年齢と異なるもの

84) 北欧も、EU指令に従い、すべて成年年齢を18歳としている。

85) 梅謙次郎・民法原理 1巻・総則(明治37年=1904年、1991年復刻合本) 66頁。梅が法典調査会で述べた寿命が短いという理由が、ここでは発達が早いという理由に変わっている(前注78)参照)ことから、いずれも科学的な根拠はなく、たんに情緒的な理由だったと推察される。

86) 高位の貴族、とくに皇帝や国王、選帝侯、ラント領主の成年年齢の低いことは、中世法に由来する。プロイセンの王室典範を通じて、わがくにでも採用された。Vgl.

として、婚姻は、男17歳、女15歳、父母の同意権は、男30歳、女25歳とし、15歳以上は養子たることが可能で、遺言も15歳以上で可能ということを指摘している。例外事項を多数言及しているのは、法典調査会において削除された但書（法令上の例外）が念頭にあったからであろう。したがって、原則の説明はほとんどないといってよい⁸⁷⁾。

富井政章の民法原論では、20歳成年について、これを「従来ノ慣例ニ依リタルモノナリ（明治9年4月1日41号布告）」とし、さらにこの原則には例外がある（多くの学者は、これを「特別ノ成年期ト曰ヘリ」）とする。おもな論拠は、慣例である⁸⁸⁾。

IV む す び

1 法定年齢の引下げの動向と特別法

(1) 近時、各種の法定年齢の引下げが問題となっている。すでに、2015年に公職選挙法が一部改正され（2016年6月施行）、2016年の参議院選挙から18歳以降の者に選挙権が付与された。また、2017年に、成人年齢を20歳から18歳に引き下げる民法の改正が行われ、2022年から施行される。少年法でも、18歳への引下げが計画されている。

端緒は、憲法論議から、選挙法の成人年齢の引下げが率先して行われたことである。2007年5月の憲法の改正手続に関する法律では、国民投票の年齢を18

Gierke, a.a.O. (前注23)) I, S.385f.

87) 梅謙次郎・民法要義 1巻・総則（明治44年復刻＝1911年、1984年）14頁。民法要義の記述はきわめて少ないが、民法原理はやや詳しい。民法要義にある部分は、民法原理の65頁の部分だけであり（皇室典範など）、日本人は発達が早いという部分や唐制への言及が消えている。梅自身、あまり実質的な理由にならないと考えたのであろう。

88) 富井政章・民法原理 1巻総論（大正11年復刻＝1922年、1985年）146頁。高木・前掲論文は、富井博士の慣例主義に対し、梅博士の太政官布告＝現行法主義には相違があるとの見解である。

歳以上と定めた。具体的には、2014年の国民投票法の改定で、2018年6月から18歳の者に権利を認めることとされた。各種の法定年齢の中でも、選挙権・被選挙権には比較的高い年齢が設定されてきた沿革に反するが、若年者の政権与党支持率が高く、改憲作業のさいに有利になるものとして、18歳の国民投票権が肯定されたのである⁸⁹⁾。政治的見地が優先する異例のものとなった⁹⁰⁾。

(2) また、各種の法律には、20歳成年の例外が多数規定されている⁹¹⁾。

各種年齢の基準時

30歳 参議院や都道府県知事の被選挙権

25歳 衆議院や市町村長の被選挙権、特別養子の養親(731条)

20歳 民法の原規定(旧3条)、少年法、未成年者飲酒禁止法、自転車競技法、(公職選挙法旧9条)、公証人法、公認会計士法、弁理士法、税理士法、医師法、薬剤師法

89) 齋藤・前掲論文205頁によれば、18歳選挙権に賛成する人の割合は4～6割程度で賛否が拮抗しており、被選挙権については、現行年齢からの引下げへの賛成は、2～3割で、18歳への引下げでは賛成は0.5割程度とする。また、大村敦志「民法4条をめぐる立法論的覚書」法曹時報 59 巻9 号2 頁も、成年年齢の引下げと憲法論議との関係を指摘する。

アメリカの選挙権年齢の引下げが、徴兵年齢との適合性を理由としていたことに比べると、対照的である。アメリカでは、選挙権には、独立の時のスローガン「代表なければ課税なし」にみられるように、負担との均衡が意図されている。前注69) 参照。

90) ここでも、成年年齢が未成年者ではなく、大人の都合で定められるとの操作が加えられている。しかし、2019年7月の参議院選挙で、18・19歳の投票率は31.33%にとどまっている。

91) 田中・前掲論文43頁、大村・前掲論文9頁など。永田・前掲論文403頁は、これを画一制の緩和とする。齋藤宙治「子どもの各種法定年齢をめぐる一般人の法意識」法社会学84号(2018年)203頁は、法意識調査の結果、法定年齢の項目は、政治参加、結婚・契約、刑事司法、歓楽の4カテゴリーに分類されるとしている。個別の法定年齢については、少年法の年齢を低くする態度の背景に、犯罪に対する厳格な態度があるなどの指摘もある。

18歳	男子の婚姻年齢（731 条）、選挙権、労働基準法、児童福祉法、皇室 典範の成年
17歳	（明治民法の男子の婚姻年齢・旧765 条、旧民法人事編30条）
16歳	（女子の婚姻年齢・旧731 条）
15歳	（明治民法の女子の婚姻年齢・旧765 条、旧民法人事編30条）

特別法による、こうした種々の例外は、現象的には、多様化であるが、実質的には、人の成熟期に関する恣意的な選択である。沿革的には、一般的な基準の年齢は、義務や負担に関しては低年齢、権利に関しては高年齢としてきた。これは、後述2 に述べるような基礎がある。

(3) 成年年齢の引下げについては、種々の意見がある。古くに、穂積重遠・民法総論（1939年）126 頁は、「一般に成年期を繰下げて、例えば満18年としたらどうであらうか」と述べている。成年規定のほかに、これを補うものとして、フランス民法の解放（émancipation）、スイス民法の婚姻による成年、ドイツ民法の成年宣告と、日本民法の営業許可などの制度が必要なことを根拠とする。

また、鳩山秀夫・日本民法総論（1927年）58頁は、スイス民法14条が20歳定年とするが、他のヨーロッパ諸国では、21歳を成年とし（英仏独伊）、オランダが23歳、オーストリアが24歳とすることを指摘する。そして、20歳は原則で例外があり、解放や成年宣告などの制度があり、「画一的二区別スルノ制度ヲ採ラバ少シク成年期ヲ低下スルヲ適当トセン」とする⁹²⁾。どの程度「低下」するのは明確ではない。

永田・前掲（前注42）論文420 頁は、20歳を基準とする法律が多いことから、国民の祝日に関する法律においても（成人の日）、当時の国会では、「満18歳とすることに意見が一致」したが、「満20歳に達した者を成人と解すべき」とする。

我妻栄・民法講義 I（1965年）68頁は、成年年齢の画一性について、無能力者制度の必要上やむをえないとし、特殊の事情があれば、未成年の規定を緩和

92) 注において、上記の穂積説を引用している。

するものとして、諸外国には成年宣告、解放の制度があるとし、日本法でも、戦後の改正によって、スイス民法と同じ制度（753条の婚姻による行為能力の取得）を採用したことを指摘する。年齢自体の適否については言及がない。

成年年齢の適否をめぐる論点は、従来あまり多くはない。近時の議論は、おおむね前述の憲法論議から生じた選挙年齢の引下げに触発された実践的なものである。

田中・前掲文論（前注10））177頁は、今日では、成人概念の揺らぎがあるとする。民法の成人年齢と学校教育の段階との間に乖離があり、人生の節目としての意識がもちににくいとする。

大村・前掲（前注89））論文11頁は、成年・未成年の多元化・相対化を述べる。未成年を①完全未成年と②準成年に二分し、成年も③初成年と④完全成年に二分するとする。①はさらに10～12歳までの幼年と半成年に分けられ、②は15歳以上とし、③成年を18歳とし、25歳までは支援人を必要とし、④のみが大人である⁹³⁾。

さらに、飯田・前掲（前注41））論文83頁以下も、統一的な成人年齢のほかに、種々の緩和があるとし、成長プロセスが段階的であることから、成年・未成年の概念を多元化・相対化すべきものとする。

おおむね18歳へ引き下げることが妥当とするものと、多元化を主張するものが多数のようである。ただし、内容に大差はなく、大筋としての18歳と20歳の区分に注目するか、多元的な特別法にそれぞれ理由があることから、それを生かすことに注目するかにすぎない。

2 区分のもつ意味

(1) すでにみたように、人の成熟度に従った生物学的な区分と、その社会的、さらには法律的な区分とは異なる。生物学的な区分は、数字によって決定する

93) ローマ法を彷彿させるが、はなはだ複雑である。机上では、年齢による区別は容易であるが、実際には人による相違が大きく、複雑なわりに実効性が乏しいというのが、ローマ法の教えるところである。

ことが可能であるが、社会的・法律的な区分には、沿革的な、それぞれの目的が重要なことはいうまでもない。ただし、それをまったく個別に考えるのでは曖昧になるので、大きく2つに大別することが有用であろう。

沿革的な区分では、客体としての成年と主体としての成年とがある。客体としての成年とは、人を税や兵役の対象としてとらえる場合の成年の時期である。義務年齢といってもよい。これは、国家にとっては、低いほど有利なために、数字的には、低年齢化する。そして、人の成熟期(15歳から18歳あるいは20歳)には幅があるために、成熟期の下方が選択される傾向がある。中世の元服が15歳を中心とするのは、この趣旨である。元服後は、兵士たりうるという意味をもっている。義務教育も、中学3年で15歳までである。ここには、まだ、子どもを早く社会に入れて、大人として活用するとの意図が現れている。中世的な成年といえる。国家にとって負担年齢が低いほどよいというのは、20歳成年の時代でも、たとえば、かつて大学卒業まで待っていた年金の掛け金の支払を、大学在学中でも20歳になれば徴収するようになったことに現れている。

これに対し、主体としての成年には、大人として満足な能力をもつことが前提となるから、必然的に高くなる。経済的自立が必要であり、中世まで自立の手段は限定されていたから、数字的には、高年齢化するのである。権利年齢ともいえる。ローマ法の25歳の完全成年はこれである。家父の強い権力を前提とする思想とも一致する。ここには、選挙権の年齢を高く設定することや、他の国政に参加することへの制限などが、沿革的にみられた。年長者は、若年者の能力を過少評価するのがつねであるから、なかなか能力を肯定しなかったのである。また、前述の擬似主体の場合には、その実質は親の権威の正当化にすぎないから、権威の存続のために、高い年齢が選択される。

しかし、人の成熟期を無視して、あまりに高い年齢を設定することは不便であることから(大人になった子にとっては、親による干渉でもある)、近代以降には、一般的な解放(Emanzipation)の制度導入され、成熟年齢とのギャップを埋めることが行われた。

(2) ここから現代の区分との間は、ほんの一步である。現代的な区分は、単純に成熟期の上方を選択するものである。これが、近現代の成年であり、おお

むね18歳から20歳である。もちろん、この年齢に達しても、契約や種々の自己決定に十分な能力が備わるとはいえないが、成熟期に達した者を、「完全成年」まで制約することは不要である。代理を考ええない選挙権や自己決定の必要な場合にも、自然的な成熟期を考えることになる。近代法による成年年齢の低減は、これを反映している。

ただし、まだ成熟期の入口と出口の齟齬の問題は残っている。15歳でも、大人の仲間入りをする必要がある者がある。しかし、成熟期には幅があることから、これが18歳または20歳にいたる者もいる。そこで、この場合には、擬似的な主体扱いが行われるのである。親権者や後見人による保護の制度である。近代より前の時代には、権利を与えず、義務のみを負担させる場合でもあった。啓蒙の時代から、子どもの保護の思想が登場したことも有益であった。主体として制約をうけることの反面として、保護を与えるものである。

成熟期の出口としての18歳と20歳の区別は小さい。現代人が早熟になったとの理解からすれば、18歳が基準となり、20歳は、あたかもかつての「完全成年」に近づくであろう。その場合には、年金の掛け金も18歳から徴収するということになるかもしれない。国家にとっては、負担年齢は低いほど有利なのである。中世世界への接近である。これに対し、保護的観点を残すかどうかは、その目的に従って、限りなく制度設計や政策論と不可分になろう⁹⁴⁾。

3 「親権」についての若干の考察

(1)(a) 近代法制定後の時代も、「子ども」に対する扱いは、必ずしも平坦ではなかった。理念的な啓蒙の思想は、むしろ錯綜している。一方で、家族法は、国家の後見的干渉を肯定しながら、他方では、家族は人的、内密の関係であり、国の干渉を避けるべきことが理想とされた。家族内の事柄に裁判所を介入させるような法的紛争も敬遠されたのである。19世紀には、むしろ後者が増大し、

94) 自己決定や自律がどこまで貫徹されるかが問題である。擬似主体論は、親権者や後見人がどこまで機能するかにもよっており、彼らが無能や悪辣であれば、むしろ本人自身に、主体としての地位を与えるのがベターということになる。

父権（夫権も）の権威や家の完結性が増大した。国家的な統制への反対も生じたのである。その場合には、国の関与は、婚外子や親のない子どもにだけ強まった（養育院など）。また、親子の関係を情緒的にとらえる傾向が強まった⁹⁵⁾。

(b) 20世紀は、子の世紀であると同時に、男女同権の世紀でもある。父親だけではなく、母親にも、子に対する配慮の権限が認められた。当初は、夫の優越があったが、しだいに同権となったことから、子の養育に関して父母の間に紛争が生じることになり、その解決には、公的な判断が必要となった。そこで、家族内の子についても、教育や監護に関する国の関与が増大する結果となった。20世紀の後半には、婚外子の増大という現象もみられた。親のない子どもや婚外子に対して、国の関与が求められたことはいうまでもない⁹⁶⁾。

これらの結果、国の子に対する関与が強まり、公法が重要な意味をもつにいたったのである（Jugendschuzrecht, Jugendhilferecht, Schulrechtなど）⁹⁷⁾。伝統的な Staatskind の復活ともいえる。

もっとも、公的教育の増大は、必ずしも家族の機能が減少することを意味しない。親子の人的な関係の増大は、子どもの人格形成や教育にとって重要な意味をもつものと考えられるからである。

子の権利は、人権と人格にもとづくから、国家に対してもたんなる客体ではありえない。ドイツ法では、教育と養育を、国に対して求めることができる（青少年福祉法＝JWG 1 条、社会法＝SGB 8 条）。そして、このような権利が、親子の関係にも影響を与えている。14歳の者に宗教上の成年（Religionsmündigkeit）を与え（Gesetz über die religiöse Kindererziehung）、また、成年年齢を21歳から18歳に下げること（1975年）も、行われた。

さらに、1979年に、ドイツ民法は、親権に代えて、「親による配慮の権利」（1626 条以下、Elterliche Sorge）を定めた。配慮は権利というよりも義務に近い。

95) シュヴァーブ・訳222 頁は、19世紀の間に、親に対する呼称がIhr から親称の Du に変わったことがその反映とする。

96) シュヴァーブ・訳223 頁以下参照。

97) シュヴァーブ・訳223 頁以下参照。

子の親に対する権利が強化され、親権は義務的なものと変りつつある⁹⁸⁾。

フランス法でも、父権は、1970年の家族法改正まで、*puissance paternelle*であった。改正によって、*autorité parentale*（両親の権威）となったのである。その趣旨は、親の権利からの転換であり、対外的には親の権威であるが、対内的には義務でもある。そして、この権威は、子の利益のために（*pour finalité l'intérêt de l'enfant*）行使されるべき権利であり義務である（2002年改正の371-1条1項）。この権威は、子を安全・健康および精神において保護するためのものである（*フ民371-2条1項*）⁹⁹⁾。

(2) 形式的には、未成年者は親権に服することから、成人年齢は、親権の範囲を決定する。しかし、近時、選挙年齢が成人年齢に先行する形で18歳に引き下げられたことは、成人年齢は、親権とも必然的な関係はなかったことを示している（たとえば、年少の成年者に対する親の義務という関係の可能性）。

日本法のもつ規定は、なお前世紀的な観念にとらわれてきた。

旧民法人事編149条「親権ハ父之ヲ行フ

②父死亡シ又ハ親権ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ

③父又ハ母其家ヲ去リタルトキハ親権ヲ行フコトヲ得ス」

同151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

98) シュヴァーブ・訳224頁以下参照。Diederichsen, NJW 1980, S.1; ders. FamRZ 1978, S.461; Dieckmann, AcP 178, S.298; Beizke, FamRZ 1979, S.8.

1900年の民法典では、親権は、*Elterliche Gewalt* であり、父のみが有した（1626条、1627条）。

99) Cf. L. n° 70-459 du 4 juin 1970; L. n° 2002-305 du 4 mars 2002. この2002年の改正は、親は、子の扶養と教育に貢献するべきものとし、また、親の義務性は、子から成人に達したことから当然に消滅するものではないとすることに反映されている（371-2条2項。2002改正）。他方、371条は、子は、父母を尊敬すべきものとする（*honneur et respect*）。法律上の義務とすると、違反に対する制裁が問題になることから、これは、徳義上の義務にすぎない。ただし、子は、親の許しなしに、家を去ることはできない（371-3条）。Cf. F.Boulanger, D.2005, C.2245 (*autorité parentale et responsabilité parentale*); Catala, 1804-2004 Le code civil, Dalloz, 2004, p.341 (*métamorphose du droit de la famille*).

得ス」

親権は、父が行い、その死亡時にのみ母が行い、家を去った場合には、父母ともこれを行うことはできないのである。この規定は、明治民法でも、ほとんど異ならない。もっとも、旧民法では、親権の内容は、ほとんど懲戒権に尽きるが、明治民法では、義務の観念、とくに教育義務が付加された。もっとも、懲戒権や懲戒場の規定は維持されている(881条)。

明治民法 877条「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

②父ガ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」

同879条「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」

同882条には、親の懲戒権の規定があった(現行の822条相当)。

(3)(a) 梅・要義 342頁以下では、「我邦ニ於テハ、従来法律上確然親権ヲ認メルタルノ迹ナシ。唯事実ニ於テ、多少之ニ類スルモノナキニ非スト雖モ、戸主権熾ナリシカ為メニ十分ノ發達ヲ為スコトヲ得サリシナリ」。戸主権が苛烈だったことから、親権が十分に發達していないとするのである。そして、維新後に、戸主権の必要が減少したことから、「親権ノ必要ヲ生シ」たとする¹⁰⁰⁾。

そして、親権と戸主権の関係については、衝突するものではなく、対象を異にするものとする。すなわち、親権は、「子ノ心情及ヒ財産上ノ利益ヲ図リテ之ヲ設ケ、戸主権ハ家ノ利益ノ為メニ之ヲ認ムルカ故ニ、其目的自ラ同シカラ

100) 梅・要義4の342頁以下。平井一雄教授は、梅謙次郎は、親権は権利というよりは、むしろ義務であるが、国家に対する義務ではなく、私法上、親から子に対してのつもりとする。そして、梅は、親権と戸主権の対立を考え、親権は、戸主権から子どもを守るものとしていたのに反し、その後の考えでは、戸主権＝親権のようになっていると指摘される。平井一雄「佛蘭西法律書」書物のある情景(2007年)206頁以下、210頁。さらに、「戦後において親権法の改正に携わった人たちの親権の性格についての理解不足、梅謙次郎がすでに喝破していたことへの理解のなさを嘆かざるをえない」とされる(同・211頁)。

サルモノアリ」。子の教育、懲戒、財産の管理はもっぱら親権の作用に属し、戸主権は、家族の居所を定め、婚姻、養子縁組の拒否、その他家族が家を出たり、他の家から家に入ることの拒否の権利にすぎないとする。

梅の説明にもかかわらず、明治民法の877条は、父の親権も、父が家にあることを要件とするから、戸主の権利が優越する。そして、明治民法では、戸主である父は、親権とともに戸主権をも行使しえたから、その結果は、必然的に苛烈となる。

戦後の民法の改正において、家や戸主の制度は廃止されたが、その改正のさいに、戸主権の観念が、親権に承継されたことから、いわば親権の拡張が行われた。

明治民法880条では、親権者は、未成年の子の居所を指定できた。他方、749条によれば、家族は戸主の意に反して居所を定めることはできなかった(1項)。また、749条2項は、家族が戸主の指定した居所にない間、戸主は、その者に対する扶養の義務を免れるとする。そこで、880条は、但書において、749条の適用を妨げないとした。梅は、戸主でない親権者と戸主の意見の衝突について、子は、親権者の命に従うべきものとした。親権者が子の利益のために、戸主の意見に従わない場合には、749条2項の制裁を顧みずに、自分の意見で子の居所を定めるべきとするのである。「親権者ノ命令ハ絶対的」であるが、「戸主ノ命令ハ単ニ第749条ノ定メタル制裁あるのみ」だからという¹⁰¹⁾。親権の行使が絶対というのは、戸主権の行使を妨げるという文脈にすぎない。戦後

101) 梅・352頁以下(880条)、46頁以下(749条)。

親権を義務ととらえると、822条は実質的に不要となり、その趣旨は、820条でたりる。ドイツ民法典は、未成年の子を配慮する(sorgen)義務と権利を有するとする(1626条)。その内容は、子の福祉(Wohl des Kindes)といて概括的なものにとどまらず(1627条)、子の不妊化(Sterilisation)、割礼(Beschneidung)の禁止といったごく具体的なものにまで及んでいる(1631c条、1631d条)。1900年のオリジナルな規定では、親権は子の身上と財産をを配慮する「権利と義務」の順であった(1627条)。「子の福祉」は、歴史的に制約された用語であり、変遷してきたことは、すでにみたとおりである(親や国家の利益を代弁することもあったのである)。

の821 条は、形式的には明治民法の880 条の承継にすぎないが、親の権利性がより拡大されているのである。

民法制定後の戸主権の制限については、著名な大判明34・6・20民録6 輯47 頁は、「戸主ハ何等ノ理由ヲモ俟タス随意ニ居所ニ関スル命令ヲ下シ、家族ヲシテ其居ニ安セサレシメ其命ニ従ハサルヲ口実トシ離籍ヲ為スカ如キモ亦本条〔旧749 条・居所指定権〕ノ規定ノ許ルス所ナリト謂フヘカラス。換言スレハ民法749 条ノ権利ハ戸主カ其家政ノ整理ニ必要ナル範囲内ニ於テノミ行使スヘキモノニシテ、絶対無限ニ行使スヘキ権利ナリト謂フヘカラス」として、749 条の権利は、戸主が家政の整理に必要な範囲内で行使するべきものとした。権利の濫用に対する制限を述べた初期の事例となっている。

(b) 梅と対照的なのは、穂積八束である。彼によれば、「我国ハ祖先教ノ国」であり、「権力ト法トハ家ニ生レタリ」。国家も「家制ヲ推拡シタ」のであり、「権力ノ種」は同一である。「家父権ハ神聖」であり、家は家父権により統治されるものであり、「家父ハ家属ニ対シ殆ント無限ノ威力アリ」とする。そして、家父は、夫や父という身分によって、この権力を有するのではなく、権力の源泉ハ「祖先ノ霊ニ在リ」とするのである。家のモデルは、国家であり、家父の権力は、家の中では絶対的である。国家子の觀念が適合的であり、家父の権力が制限されるのは、国家に対する関係だけである¹⁰²⁾。

(4) 戦後の改正で、戸主制度は廃止・削除されたことから、親権の規定のみが残された。また、父母の共同親権となった(825 条参照)。

102) 穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」法新5 号8 頁。「祖先ノ霊ノ神聖ニシテ犯スヘラサル」ことを強調する(9 頁)。合理的説明というよりは、宗教的な信念に近い。

本稿では立ち入りえないが、スイス民法296 条以下でも、親権は、両親の配慮(Die Elterliche Sorge)に転換されている。内容も、子の福祉(Wohl des Kindes)のための義務的なものとされている(301 条)。オーストリア一般民法144 条でも、内容は、配慮、養育、財産を管理する両親の世話(Obsorge)とされている。子の福祉(Kindeswohl)による権利・義務の履行が必要とされている(145b条)。各論的には、ドイツ民法と同様に、生殖不能(Fortpflanzungsunfähigkeit)を目的とする医学上の方法に同意できないことが明示されている(146d条)。

818 条「成年に達しない子は、父母の親権に服する。

②子が養子であるときは、養親の親権に服する。

③親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う」。

820 条「親権を行う者は、＜子の利益のために＞ 子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」。これ（＜> 内）は、2011年（平成23年）の改正である。

ただし、懲戒の規定は、822 条に残されている。「親権を行う者は、＜第 820 条の規定により＞（必要な範囲内で自ら）＜監護及び教育に必要な範囲内で＞その子を懲戒することができる（その子を懲戒し、または家庭裁判所の許可をえて、これを懲戒場にいれることができる）」。（2011 年改正で、2 項を削除）

827 条「親権を行う者は、自己のためにするのと同じの注意をもって、その管理権を行わなければならない」。

4 国民国家の関与と親子

（1）古い親子観によれば、子は親の付属物であり、権利の対象にすぎなかった。客体としての子である。親権は、無限定に行使された。そして、成熟していない国家も、これを放任した。中世には、子どもは、法的に無だったのである。種々の制約が課され、完全成年のように、そこから脱することも困難であった。権利としての成年は、高齢化したのである。

これに対し、近代の初頭に、子どもが「発見」された。幼児死亡率が下がり、比較的長い中間期が生じたからである。また、啓蒙の精神が、国家の新しい機能を求めた。理性的な精神の育成である。また、近代の国民国家は、中間的諸団体を排して、直接に国民を把握しようとしたから、家族もその例外ではない。さらに、国家が国力の充実を目的とするようになると、強い能力のある国民の育成が必要とされた。学校の制度が整備されるようになる。文化的な側面では、親子の情緒的な関係が発展した。

国家が家庭に介入するようになると、家長の地位に変動が生じた。子の育成は、一方では国家に対する義務となる。親権の義務化は、子どもの権利を強めたから、成人年齢の低下につながる。伝統的に、権利に関する成年年齢は高く、

義務に関する成年年齢は低かったからである。他方で、国家に似せて家を再構成するときには、家長の威信が高められる。近代以降の、男女の不平等はこの延長にある。

(2) 自然法・啓蒙の時代の思想は、歴史法学のもとでも、基本的にはうけつがれてきた。国家の家庭への介入が拡大すると、親子の関係では、家長の権利性の弱体化を招く。また、啓蒙の精神が求めたのは、国権の拡大ではなく、子の成長に対する親の後見にすぎない。そうだとすれば、親権は、親の権利ではなく、子に対する義務ではないのか。強権的な国家をモデルとする家長の権利の拡大は、それに便乗したものにすぎない。モデルになりうるのは、啓蒙の精神に合致する場合だけである。

国民国家による家族関係への介入は、家族を一体化して、すべてを法律内に取り込む点に特徴がある。たとえば、婚姻の世俗化、法律婚、人の登録による把握である。その前提は、国民国家による個人支配、大家族の分解の時期、子どもの誕生、女性の自律、家族関係の契約化である。

しかし、現在は、家族の全面的な見直しが迫られている。伝統的な家族は、分解の過程にある。財産的な関係でも、家族のアウトソーシングはかなりの比重を占めるにいたっている。たとえば、扶助に代わる公的年金の増大、養育や介護の外部化などである。夫婦関係でも、同棲や事実婚の増加がある。家庭のアウトソーシングは、親子関係についても例外ではない。保育園の増大、少子高齢化などである。高齢化は、起草者風に考えれば、成人年齢の上昇につながるはずであるが(権利としての成人)、アウトソーシングの対象とする関係から下降している。貧困層の拡大も、下降圧力を強めている。子どもをできるだけ早く独立させ、社会に送り込むことが目ざされている。義務としての成人への擬制であり、中世への回帰である。単純な短縮化は切り捨てにつながる。格差と貧困化の結果、少なくとも一部の階層の短縮化が危惧される。教育と技能の習得といった中間期の補強が必要となる。自立や自助という名の切り捨ては、中世のかつて来た道である。

