

## 民法第822条の規定の在り方の見直しについて

## 第1 はじめに

民法第822条は、「親権を行う者は、第820条の規定による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」として、親権者の懲戒権を定めている。

民法第822条の規定については、平成23年民法改正の際に、児童虐待を正当化する口実に利用されているとの指摘があったことを踏まえ、規定の見直しがされ、親権者の懲戒権は、子の利益のために行使されるべきもので、子の監護及び教育に必要な範囲を超える行為は懲戒権の行使に当たらないことを明確にする改正が行われた（注1）（注2）。もっとも、この改正がされた後も、依然として民法第822条の規定が児童虐待を正当化する口実に利用されているという指摘がされており、令和元年6月19日に成立した「児童虐待防止対策の強化を図るための児童福祉法等の一部を改正する法律」の附則第7条第5項においても、「政府は、この法律の施行後2年を目途として、民法第822条の規定の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」とされているところである（注3）。なお、平成23年民法改正の際には、民法第822条の規定を削除することも検討されたが、親権制度全般を見直す際の課題と整理することも考えられるなどの指摘を踏まえて見送られた経緯がある。

このように、親権制度の中でも、民法第822条の規定の在り方については早急に検討を加える必要性が高いと考えられることから、本研究会においては、この点を中心に検討することとしているが、同条の規定の在り方について様々な意見があり得る上、その規定を見直す場合には、これに伴って整理を要する点もあるものと考えられる。

そのため、本研究会においては、民法第822条の規定の見直しの在り方のほか、その見直しに伴って検討が必要と思われる論点を整理することを目的として検討を行うこととしている。

（注1）この改正に併せて、懲戒場に該当する施設が存在しないことから、民法第822条のうち、懲戒場に関する部分が削除された（改正前の同条は、第1項において「親権を行う者は、必要な範

囲内で自らその子を懲戒し、又は家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる」とし、第2項において「子を懲戒場に入れる期間は、6箇月以下の範囲内で、家庭裁判所がこれを定める。ただし、この期間は、親権を行う者の請求によって、いつでも、これを短縮することができる」としていた。)

(注2) 懲戒権に関する規定は、旧民法から存在しており、明治民法も微修正を加えたのみでこれを承継し、戦後の改正の際にも特段の修正は加えられなかった。

(注3) 本文の法律案が衆議院厚生労働委員会において可決された際には、「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について適切な措置を講ずるべきである」として、「法施行後2年を目途として検討される民法の懲戒権の在り方については、児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、規定の削除を含め、早急に検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずること」との附帯決議がされている。

## 第2 民法第822条の規定の見直しの在り方

### 1 見直しの方向性

民法第822条の規定の見直しの方向性について、これまで指摘されてきた内容としては、①同条の規定を削除する、②同条の「懲戒」という文言を改める、③同条の懲戒権の行使として許されない範囲を更に明確化する、という3つが挙げられる。

### 2 民法第822条の規定の削除

平成23年民法改正に先立つ法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会（以下「親権制度部会」という。）においては、懲戒権は親権の一内容に含まれると整理することが可能であるため、民法第822条は独自の存在意義に乏しいなどとして、その規定の削除を主張する意見があった。すなわち、従前は、懲戒権の行使として、家庭裁判所の許可を得て子を懲戒場に入れることも法文上可能であり（注1）、このような強制の根拠として同条の規定にも法令上の存在意義があったが、前記第1のとおり、平成23年民法改正の際に懲戒場に関する部分が削除されたため、同条の規定を存置する意義はないなどとして、同条の規定を削除することが主張されている（注2）（注3）（注4）。

もつとも、民法第822条の規定を削除する場合には、親権制度部会でも指摘されていたとおり、それによって、正当なしつけもできなくなるのではないかという懸念に 대응することが必要になるものと考えられる（注5）（注6）。

（注1）子を懲戒場に入れるのに家庭裁判所の許可が必要とされていたのは、それが「身体の著しい拘束であり、子の監護教育にも重大な関係を及ぼすことであるので、その必要の有無や期間の決定などについて家庭裁判所が関与するのが適当である」ためとされていた（於保不二雄＝中川淳編新版注釈民法（25）〔改訂版〕111頁〔明山和夫＝國府剛〕）。

（注2）民法改正委員会家族法作業部会（以下「家族法作業部会」という。）においては、民法第820条の教育に含まれる以上の懲戒権を規定することは、児童虐待との関係で危険が大きいことなどを理由に、民法第822条の規定を削除するという提案がされている（中田裕康編「家族法改正 婚姻・親子関係を中心に」145頁）。

（注3）大村敦志教授は、懲戒権が監護・教育権に含まれると考えられることなどを理由に、民法第822条の規定を削除するという提案をしている（大村敦志「民法読解親族編」254頁）。

（注4）二宮周平教授は、懲戒権が監護・教育権の行使範囲に含まれるため、あえて規定する必要はないとして、「削除すべきである」としている（二宮周平「家族法（第5版）」235頁）。

（注5）家族法作業部会においては、「子は、暴力によらずに教育される権利を有する」という条文を設けることが提案されている（前掲・中田編145頁）。

（注6）大村教授は、「親権を行う者は、子に対してしつけ（discipline）を行うことができる、という趣旨の規定を置いた方がよいかもしれない。もつとも、懲戒（correction）の場合と異なり、しつけには「暴力 violence」の行使は含まれず子を「尊重 respect」して行わなければならない旨を注記することも必要だろう」とする（前掲・大村256頁）。

### 3 「懲戒」という文言の改正

親権制度部会においては、民法第822条の規定を削除しないとしても、懲らしめ、戒めるという「懲戒」の語（注1）については、見

直すことが相当であるという意見があり、具体的な用語としては、「しつけ」の語（注2）が提案されていた（注3）。

もともと、親権制度部会においても指摘があったとおり、民法の条文上、親権者に「しつけ」をする権利を認めるとすると、児童虐待を行うような親権者は、これまで「懲戒」であると主張してきたものを「しつけ」であると主張することとなり、どの程度の効果があるかは不透明であるとも考えられる。

（注1）前掲・於保＝中川編108頁〔明山和夫＝國府剛〕では、「懲戒とは、親権者による子の監護教育上から見ての子の非行、過誤を矯正善導するために、その身体または精神に苦痛を与える制裁であり、一種の私的な懲罰手段である」とされ、新基本法コンメンタール親族229頁〔田中通裕〕では、「懲戒とは、子の非行に対して教育のためにその身体または精神に苦痛を与える制裁である」とされている。

（注2）法令用語としての「しつけ」という語は、児童虐待の防止等に関する法律第14条第1項にしか存在しておらず、同項にいう「しつけ」とは、「監護・教育の目的からある規範を内在化させるための行為」をいうものとされている。

（注3）大村教授が「しつけ」の権利について言及していることにつき、前記3の注6を参照。

#### 4 懲戒権の行使として許容されない範囲の更なる明確化

前記第1の「児童虐待防止対策の強化を図るための児童福祉法等の一部を改正する法律」による改正後の児童虐待の防止等に関する法律第14条第1項は、「児童の親権を行う者は、児童のしつけに際して、体罰を加えることその他民法・・・第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲を超える行為により当該児童を懲戒してはならず、当該児童の親権の適切な行使に配慮しなければならない」として、親権者による体罰の禁止を定めている。法務省は、懲戒権の行使として許容される行為の範囲は時代の健全な社会常識により判断されるものと考えられるとしており、児童虐待の防止等に関する法律第14条第1項の存在が健全な社会常識の重要な要素として考慮され、同項にいう体罰に含まれる行為（注1）（注2）（注3）については、少なくとも上記の改正後は、民法第822条にいう子の監護教育に必要な範囲には含まれないと解釈され、懲戒権の行使として許容されないもの

と整理している。

親権制度部会においては、民法第822条の規定を削除しないとしても、懲戒権の行使として体罰を加えることは許容されないことを明確化することが相当であるという意見があった（注4）（注5）。

（注1）児童虐待の防止等に関する法律第14条第1項の「体罰」に含まれる行為について、厚生労働省は、学校教育法における「体罰」の定義を参考に、ガイドライン等で周知することを予定しているとされている。

（注2）学校教育法における「体罰」の意義は、「平成25年3月13日文部科学省初等中等教育局長、スポーツ・青少年局長通知『体罰の禁止及び児童生徒理解に基づく指導の徹底について（通知）』」によれば、「(1)教員等が児童生徒に対して行った懲戒行為が体罰に当たるかどうかは、当該児童生徒の年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所的及び時間的環境、懲戒の態様等の諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに判断する必要がある。この際、単に、懲戒行為をした教員等や、懲戒行為を受けた児童生徒・保護者の主観のみにより判断するのではなく、諸条件を客観的に考慮して判断すべきである。」、 「(2)(1)により、その懲戒の内容が身体的性質のもの、すなわち、身体に対する侵害を内容とするもの（殴る、蹴る等）、児童生徒に肉体的苦痛を与えるようなもの（正座・直立等特定の姿勢を長時間にわたって保持させる等）に当たると判断された場合は、体罰に該当する。」とされている。

（注3）学校教育法における「体罰」については、事例判断であるが、「被上告人は、休み時間に、だだをこねる他の児童をなだめていたAの背中に覆いかぶさるようにしてその肩をもむなどしていたが、通り掛かった女子数人を他の男子と共に蹴るという悪ふざけをした上、これを注意して職員室に向かおうとしたAのでん部付近を2回にわたって蹴って逃げ出した。そこで、Aは、被上告人を追い掛けて捕まえ、その胸元を右手でつかんで壁に押し当て、大声で「もう、すんなよ。」と叱った（本件行為）というのである。そうすると、Aの本件行為は、児童の身体に対する有形力の行使ではあるが、他人を蹴るという被上告人の一連の悪ふざけについて、これからはそのような悪ふざけをしないように被上告人を指導するために行われたものであり、悪ふざけの罰として被上

告人に肉体的苦痛を与えるために行われたものではないことが明らかである。Aは、自分自身も被上告人による悪ふざけの対象となったことに立腹して本件行為を行っており、本件行為にやや穏当を欠くところがなかったとはいえないとしても、本件行為は、その目的、態様、継続時間等から判断して、教員が児童に対して行うことが許される教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法11条ただし書にいう体罰に該当するものではないというべきである。」と判示した判例がある（最高裁平成21年4月28日第三小法廷判決・民集63巻4号904頁）。

（注4）家族法作業部会や大村教授がこの点について言及していることにつき、前記2の注5及び注6を参照。

（注5）国際連合の児童の権利委員会による第4回・第5回対日審査総括所見においては、「委員会は、学校における体罰が法律によって禁止されていることに留意する。しかしながら、以下につき深刻に懸念する」として、「民法及び児童虐待防止法は、特に、適切なしつけの行使を許容し、体罰の許容性について不明確である」とされている。

### 第3 民法第822条の規定の見直しに伴う論点整理

#### 1 民法第820条との関係の整理

(1) 民法第822条の規定を見直す場合には、民法第820条と民法第821条から第823条までの規定の関係を整理が必要になると思われる。すなわち、民法第822条の規定を削除する場合が典型的であるが、その前提として、同条の規定は、民法第820条の親権者の一般的な権利義務の規定に含まれるものと整理することとなると考えられる（注1）。そうであれば、民法第822条の懲戒権の規定のみならず、民法第821条の居所指定権の規定や、民法第823条の職業許可権の規定についても、民法第820条の規定との関係を整理する必要があるものと考えられる（注2）。

（注1）民法第820条から第823条までの規定については、民法第820条の規定の一部を具体化したものが民法第821条から第823条までの規定であるという説明が一般的な整理であるとされている。

（注2）親権制度部会においても、その時点で懲戒権に関する民

法第822条を削除しない理由として、懲戒権に関する規定の削除は、居所指定権など他の親権に関する規定の在り方と併せて考えるべき問題であることが挙げられていた。

(2) 居所指定権（民法第821条）

民法第821条は、「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない」として、親権者の居所指定権を定めている。居所指定権は、親権者による監護・教育の実を上げるために、親権者に認められる権利であるとされている。

居所指定権についても、従前は強制履行の手段があり、その根拠として民法第821条の規定にも法令上の存在意義があったが、現在ではそのような手段はなく、削除することも考えられるとの指摘がある（注1）（注2）。他方で、立法論として懲戒権に関する民法第822条の規定を削除するという立場においても、諸外国の例などを参考に、民法第821条の規定は存置して良いと指摘するものもある（注3）。

仮に、居所指定権に関する民法第821条の規定を削除する場合には、同条の規定が子の引渡請求の根拠とされることが多く、その機能を阻害しないために、その削除と併せて、「親権を行う者は、子の身体を拘束する者に対して、その引渡しを求めることができる」という趣旨の規定を置けば良いとの指摘がある（注4）。もっとも、子の引渡しを求める請求権の性質については、親権者による親権の行使に対する妨害の排除を求める請求権であると理解する考え方が一般的であるが、その根拠については様々な議論がある（注5）ほか、子の自由意思の取扱いや、相手方も親権者である場合の請求の可否など個別の論点の検討も必要になると考えられる。

（注1）大村教授は、「現行民法では明治民法880条但書〔戸主の家族に対する居所指定権を定める同法第749条の適用を妨げないとする規定〕はもはや維持されていない。戸主権が廃止されたことの当然の帰結である。この結果、居所指定権に関する現行規定（821条）は、特別な意味を持たなくなった。もともと、居所指定権は監護・教育権の内容をなすと考えられていたが、特別な規定がいないならば、あえて規定を置くまでもないとも言える。立法論としては削除も考えられるところであるが、子の引渡請求との関係で若干の考慮

が必要になる」とする（前掲・大村253頁）。

（注2）二宮教授は、居所指定権についても、監護・教育権の行使範囲に含まれるため、あえて規定する必要はないとして、「削除すべきである」としている（前掲・二宮235頁）。

（注3）家族法作業部会においては、「民法821条の定める居所指定権は、明治民法の残滓であるとして廃止説があるが、現行フランス民法371-3条、ドイツ民法1631条にも定められているものであり、存置してよいと思われる」とされている（前掲・中田編145頁）。

（注4）前掲・大村256頁

（注5）前掲・於保＝中川編85頁〔明山和夫＝國府剛〕では、「判例、学説ともに以前から監護教育権に関連して、監護教育の職分を遂行するために、親権者が子の引渡請求権を有するものであることを認めてきた（中略）。もっとも、その性質、要件、行使の方法、効果などの個々の点ではいろいろの論点が多い」、「子の引渡請求をもって後述居所指定権（821）の効果であるとする見解もあるが（中略）、居所指定は子に意思能力の備わっている場合に限って有意味なことであるから、子の引渡請求の根拠を一律に居所指定権に求める見解は妥当ではない」とされている。

### (3) 職業許可権（民法第823条）

民法第823条第1項は、「子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない」として、親権者の職業許可権を定めている。職業許可権は、「監護教育と財産管理の両面に関係する権能であるとする見解（中略）が従来に通説であったが、最近はそれを専ら子の監護教育にのみ関係する親権機能であるとする説（中略）が有力となっている」とされている（注1）。職業許可権については、監護・教育権に包摂されるものではないと考えるのであれば、懲戒権に関する民法第822条の規定の見直しに伴う整理をすることが必要でないとも考えることもあり得るものとも考えられる。

なお、職業許可権については、民法第5条及び第6条に付随する形で改正する提案がされている（注2）。その上で、民法第823条については、医療行為に関する同意権として再構成するという示唆もされている（注3）。

もっとも、医療行為に関する同意権については、必ずしも親権に関するものに限らず、一時的に意識を失った患者に関するものや、成年後見人の権限などとしても問題となっているところである（注4）。そのため、懲戒権に関する民法第822条の規定の見直しに伴う整理の範囲内で対応するのは困難であるとも考えられる。

（注1）前掲・前掲・於保＝中川編116頁〔明山和夫＝國府剛〕では、「職業許可の機能自体は、未成年者の財産行為能力を補充するものではなくて、要するに子が一般的に職業につけるのか、そしてまた、当該職業に堪えうるものかなどの能力ないし適性判定を内容とする身上監護作用であって、子に多額の経費を要する専門教育を受けさせるべきかの判断と同類のものである。われわれは、専門教育を受けさせることをもって財産管理権の効果の面をもつとは見ることができないのと同様に、本条の職業許可をもって財産管理権の効果の面をもつとはいえないであろうと考える」とされている。

（注2）大村教授は、民法第5条第3項及び第4項並びに第6条を次のように改めることを提案している（前掲・大村257頁）。

「改正提案（5条の2） 法定代理人が目的を定めて又は目的を定めずに処分を許した財産については、未成年者は自由に処分することができる。

改正提案（6条） 法定代理人が種類を定めて許した職業に関しては、未成年者は成年者と同一の行為能力を有する。

改正提案（6条の2） 前二条の場合において、未成年者がその財産の処分又は職業の遂行に適さない事由があるときには、法定代理人はその許可を取り消し、又はこれを制限することができる。」

（注3）大村教授は、「医療行為に関する同意には、監護・教育の範囲内に入るものと入らないものがあるだろう。重大な行為であり、子の人身・人格に関するものに関しては、裁判所が関与すべきかもしれない。もっとも、裁判所に適切な判断ができるかという問題もあるので、適正な第三者機関に委ねるという制度の方も考えられる。なお、この機関に法律家が

参加することは求められてよい」とする（前掲・大村 257 頁）。

（注 4）「成年後見制度利用促進基本計画」（平成 29 年 3 月 24 日閣議決定）では、「医療の処置が講じられる機会に立ち会う成年後見人等が医師など医療関係者から意見を求められた場合等においては、成年後見人等が、他の職種や本人の家族などと相談し、十分な専門的助言に恵まれる環境が整えられることが重要であり、その上で、所見を述べ、又は反対に所見を控えるという態度をとるといったことが社会的に受け入れられるような合意形成が必要と考えられる」とし、このような考え方を基本として、同計画における検討を進めることとされている。

(4) 財産管理権（民法第 824 条から第 832 条まで）

親権の内容は、身上監護と財産管理に大別することが通例とされており、前者の一つの現れである懲戒権に関する規定を改正することとしても、後者については、それに伴って整理をすることは必要でないと考えられる。

なお、このことは、財産管理権についての立法論が存在しないということの意味するものではなく、例えば、利益相反取引に関する民法第 826 条については、家庭裁判所が特別代理人の適任者を探することは困難であるという批判がされており、利益相反行為について家庭裁判所の許可を必要とするものとするなどの改正提案がされている（注）。

（注）前掲・中田編 146 頁

## 2 体罰以外の懲戒権の濫用に対する対応

(1) 精神的虐待に対する対応

民法第 822 条の規定を削除せず、懲戒権の行使として体罰を加えることが許容されないことを明確化する場合が典型的であるが、その規定の見直しに当たっては、これと併せて、精神的虐待の防止につながるような改正をすることが考えられる（注）。

（注）家族法作業部会における検討の過程では、「体罰自体にも大きな抵抗がある、危ないことをした子をパッと止めて、お尻をペンと叩くという行為をいけないと言うのかという抵抗はすごくあるだろうと思います。そこに精神的な虐待が加わると、

『いけない』と言って叱ることが虐待になりはしないかというリアクションもあるだろうと、躊躇するのです。体罰禁止を書くことでさえ、現在の日本にとって非常に難しいだろうと思いますが、おそらく伝統的には日本よりはるかに体罰を容認する文化であったドイツでさえ体罰禁止に踏み切ったのですから、体罰禁止まではあえて書こうと思いましたが。(中略) 将来的には精神的虐待も含むコンセンサスがとれるようになれば、私も反対するつもりはありません。」という発言があった。(前掲・中田編 282 頁 [水野紀子])。

## (2) 民法第 820 条の規定の在り方

民法第 822 条の規定を見直す場合には、必ずしも論理必然ではないと考えられるものの、併せて、民法第 820 条の規定の在り方を見直すことも考えられる。

親権制度部会においても、同条の規定振りについて、監護・教育についての権利と義務の順番を入れ換えた「子の利益のために、子の監護及び教育をする義務を負い、権利を有する」という文言が提案されていた(注 1)(注 2)。

(注 1) 家族法作業部会でも、「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義務を負い、権利を有する」という規定振りが提案されており、権利と義務の順番を入れ換えた趣旨は、「義務性の強調のため」とされている(前掲・中田編 131 頁以下)。

(注 2) 大村教授は、「最近では、児童虐待との関係で、改めて親権の義務性を強調する見解が説かれており、それらの見解は、『親権』を『親義務』に改めないまでも、最低限『義務を負い、権利を有する』としてはどうかと提案している(中略) これは梅〔謙次郎〕の考え方とも一致する」とする(前掲・大村 248 頁)。

## 第 4 おわりに一残された課題

以上では、差し当たり、民法第 822 条の規定の在り方を検討するのに最低限必要と思われる事項に限定して検討を行った。

民法の親権に関する規定については、「親権」という用語自体に関する改正提案(注 1)や、離婚後共同親権制度の導入を始めとした親権

の帰属に関する改正提案（注2）がされている。本研究会では、これらの改正提案に関する検討を加えることはできないが、これらの点も含めて（注3）、平成23年民法改正の際にも指摘されていたところであるが、今後、親権制度全体を踏まえた検討が行われることが期待される。

（注1）二宮教授は、「英国では、親であることから生じる日常的な実態を反映し、親の立場にある者の多様な責任を強調するために、『監護権 custody』から『親責任 parental responsibility』へ、ドイツでは、子が自立した個人に成長するために子を保護し援助する義務を伴うことを的確に表現するために、『親の権力 elterliche Gewalt』から『親の配慮 elterliche Sorge』に変更された。フランスでは、男女平等を実現するとともに子の利益保護をより進めるために『父権 puissance paternelle』（puissanceには権力という意味がある）から『親の権威 autorité parentale』に変更された。オーストラリアでは、英国同様に『監護権 custody』という言葉は用いられず、親双方の親責任のもとで、ペアレンティング（parenting 養育）と呼ばれる。親が親責任を果たせない場合には、親以外の者が『後見（guardianship）』として子を保護する。意識改革という見地からも、親権の名称は、たとえば、『親責任』など（中略）、今日的内容にふさわしいようなものに変更すべきである」としている（前掲・二宮230頁）。

（注2）家族法作業部会においては、「親権の帰属については、現行法の表現・判断をなるべく尊重したが、離婚後と嫡出でない子の共同親権を立案した」とされている（前掲・中田編134頁）。

（注3）このほか、例えば、民法第818条第2項との関連で、養親の親権と実親の親権との関係を整理する必要があるとの指摘もされている。

以上