

第1回 監護権の規定の在り方に関する研究会

日時：令和元年6月25日（火）13:30～15:30

場所：公益社団法人商事法務研究会 2階B会議室

議事要旨

（商事法務） それでは定刻になりましたので、ただ今より「監護権の規定の在り方に関する研究会」（仮称）を開催させていただきます。本研究会の座長は、●●先生にお願いしていますので、研究会の立ち上げに当たりまして、まず一言ごあいさつを頂きますでしょうか。

（座長） ご紹介いただきました、学習院大学の●●です。3月まで東京大学にいましたが、4月から学習院の方に移っています。仮称ですが、「監護権の規定の在り方に関する研究会」ということで、後でご説明がありますけれども今回と次回の2回と非常に回数が限られていますが検討をさせていただければと思っています。

お集まりの先生方の中にはご記憶の方もいらっしゃるかと思いますが、前回2011年に親権法の改正がなされた際に監護・教育の在り方についてもかなり検討されましたが、先送りにされたところがあります。そのときに検討すべき点なども幾つか挙げられました。それらも含めてここで検討して、皆さまのご意見を頂ければと思っています。どうぞよろしくをお願いします。

（商事法務） ありがとうございます。それでは今後の議事進行は座長にお渡ししますので、よろしくお願いします。

（座長） では私がこの後進めさせていただきます。まず、会議の名称についてです。先ほど「監護権の規定の在り方に関する研究会（仮）」ということで始めましたが、正式な名称を定めたいと思っています。この点で改めてご提案を頂きます。

（法務省） 名称については他に特段のご意見をいただいていませんし、多少幅があるというところで、「(仮)」を取って「監護権の規定の在り方に関する研究会」でいかがでしょうか。

（座長） よろしいでしょうか。では会議の名称は、仮を取って「監護権の規定の在り方に関する研究会」にしたいと思います。

それからもう一つ、委員等名簿及び議事録の公表についてですが、この件に関する社会的な関心は非常に高いものがあります。そこで、委員名簿については公表することにし、また自由闊達、率直な意見交換をお願いするという観点から、委員名は示さずに、しかし詳細な議事要旨を作成して公益社団法人商事法務研究会のホームページで公表するということが望ましいのではないかと考えているのですが、いかがでしょうか。よろしいでしょうか。ではそのようにさせてい

たきます。

以上が事務的なことです。

それでは本題に入ります。「民法 822 条の規定の在り方の見直しについて」です。通常は最初に法務省から配布資料の説明をしてもらおうのですが、この研究会は本日と次回の 2 回の 2 時間ずつということで、非常に時間が限られていますので、配布資料の説明は省略して直ちに皆さんのご意見を頂くことにしたいと思います。

お手元の研究会資料をご確認ください。「第 1 はじめに」は飛ばして、「第 2 民法第 822 条の規定の見直しの在り方」に一般的なことが書かれています。その上で「第 3 民法第 822 条の規定の見直しに伴う論点整理」に、二つに分けて論点の整理がされています。

順番に従って、まず前半の「第 2 民法 822 条の規定の見直しの在り方」についてご意見を頂ければと思います。項目だけ申しますと、第 2 の 2 で「民法第 822 条の規定の削除」、3 で「懲戒という文言の改正」、4 で「懲戒権の行使として許されない範囲のさらなる明確化」という 3 項目が挙げられています。第 2 の 1 では、822 条の規定の見直しの方向性としてこの三つの方向性を挙げて、それぞれについて説明されています。この三つの選択肢を中心にご意見を頂ければと思います。

(●●) 前提についての質問です。資料の 4 ページの 4 で、今般の児童虐待の防止等に関する法律の改正について触れており、その第 14 条 1 項で体罰についての言及があり、「その他民法・・・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」という文言になっているという紹介があります。この規定の法務省としての理解は、体罰は子の監護・教育に必要な範囲に含まれないという整理かと思えます。そのこととの関係で児童虐待防止法の「その他」のところですが、これは「その他の」となっていないのはどういふふうを受け止めたらいいのかが、この後の説明との関係でよく分からない感じがしました。これは監護及び教育に必要な範囲を超える行為の例示ということではないという書きぶりになるのでしょうか。

(法務省) 厚生労働省が提出した法律ですが、ここは内部でも議論があったところです。親権者による「体罰」は今まで法文上存在しなかった概念で、それが初めて用いられたものであるという理解の下、法律の成立直前の時点では不明確な部分があったことを前提に、その段階ではご指摘のとおり監護及び教育に必要な範囲を超える行為に含まれない部分があったのかもしれませんが、今回、体罰を禁止する法律が成立したことによって、瞬間的にその部分はなくなったというような理解をしています。

(●●) いずれにしても体罰は、820 条の範囲を超える行為だという整理になっているのですね。

(法務省) はい。成立後はそういうふうです。

(●●) 分かりました。

(座長) 議論の前提として、現行の法状態がどうなっているかという確認ですね。今のご説明は、改正法が通ったことによって、体罰が 820 条で許されている範囲には入らないという解釈になったと理解しているということですか。

(法務省) 従前どうだったかは必ずしも明確ではないけれども、少なくとも成立後は入らないという理解をしています。

(●●) 別に今回見直すことに反対ということではないのですが、全体として確認しておきたいことがあります。児童虐待防止法でこういう規定ができて、当然体罰も 820 条の監護及び教育に必要な範囲に含まれないということは明確になったとは言えると思うのです。その上で、なお 820 条を見直す必要があるのかどうなのか。もちろん一定の範囲で見直すという話が元々あったということではありますが、少し確認したい気がするのです。この規定ができたので 820 条の話は解決済みだという見方は当然あると思いますが、それに対して今回見直しをすることの意義について、法務省からの説明はありますか。

(法務省) 難しいところとは思いますが、今回の児童福祉法等の改正法により体罰が禁止されました。この条項は一応訓示規定と解されていますけれども、懲戒権は健全な社会常識によって判断される場所、法律によって体罰が禁止されたことが健全な社会常識の重要な要素として考慮されますので、体罰が懲戒権の外に出ることが明確になったというところがあります。

ただ一方で、懲戒権の規定がなお児童虐待を正当化する論拠として利用されることがあるという指摘を踏まえて、今回成立した法律の附則において、この規定の在り方について検討するようということが定められました。議論をした結果、場合によってはこれで体罰の禁止が明確化されたからこのままでいいという結論もあり得るとは思いますが、そこも含めてご議論いただければと考えています。

(●●) あと 2 点。本当に賛成・反対ということではなくて、前提としての確認です。今回 820 条を見直すと、見直し方によっては児童虐待防止法の規定自体が変わるということはあるかということでしょうか。

(法務省) そこはあり得ると思います。

(●●) 第 3 点です。これは私の認識が正しいかどうかは分からないのですが、以前に親権制限についての法制審があったときに、820 条を削るのは部会の中でもあまり反対がなくて、むしろ削るという方向になっていたような気がします。むしろ最終的に法制審の総会の方から、これも正しい記憶かどうかは分からないのですが、刑事法の先生方からこの規定を完全に無くしてしまうと違法性阻却事由の手掛かりがなくなってしまうので困るという話があったと聞いたような記憶があります。これはオフィシャルな記録として残っているものではないし、前回の話とは関わりがないので考慮しなくていいのか、それともやはり考慮する必要があるのか。考慮する必要があるなら結構なのですが、私の記

憶自体が間違っているのかもしれませんが、そういうふうに説明を受けた記憶が何となくあるのです。

(座長) そういう話もあったかもしれませんが、それだけが決め手というわけではなかったのではないのでしょうか。

(●●) 分かりました。

(法務省) 今回議論していく上で、場合によっては刑事法関係の先生からのそういう指摘は将来的にあり得るかもしれません。その指摘を受けたときにどういうふうに考えるかを議論する必要はあると思います。

(●●) 別に違法性阻却事由として残す必要はないという考え方もあるので、どうしても残さなければいけないというわけでもないと思います。以上は確認だけです。

(座長) 後で付け加えられた二つのうちの最初の話は、選択肢は三つという形で書かれているけれども、もろもろ考えて現状を維持するという選択肢もあるはずだということですね。

(●●) あるかもしれないという話です。

(座長) スタートラインにおいてはあるかもしれないということですね。それからもう一つが前回のいきさつがどうだったかということなのですが、刑事法の方からそういう話が出たとすると、懲戒権という名の下に刑法上問題が生ずるようなことが起こるという前提が取られているということですね。

(●●) そうです。

(座長) 少なくとも当時は違法性阻却事由を残さなければいけないということだったのかもしれません。

(●●) でも別に違法性阻却事由を認めなくてもいいと思います。私は刑事法に配慮して残せという趣旨ではなくて、単純に確認しただけです。

(座長) この先、外に出ていったときにいろいろな意見があり得ることを考えると、懲戒権の規定を削除するのに対して反対意見が出るとするとどんなものなのかを想定しておく必要があります。刑事責任との関係で問題が生じはしまいかという議論がかつてあったとすれば、そういう議論が出たけれども、現在の時点で考えるともはやそのように言う必要はないのではないかということになるのではないかと思います。その他あり得る反論を想定してご意見を頂ければありがたいと思います。

(●●) そういう意味では、学校教育法 11 条との関係も論じておく必要があります。言葉の問題だけだと思いますが、懲戒権を削ると親は懲戒できない、しかし、先生は、体罰は許されないけれども、懲戒できるという解釈になりかねません。そうすると、先生が懲戒できてなぜ親が懲戒できないのかという議論が出てくると思います。その説明ないし整理は必要かと思えます。私自身は、懲戒権は削った方がいいという意見ではあります。

(座長) 民法の規定を変えることになると、整理が必要なものが出てくるかもしれないということですね。

(●●) 先生は従前から懲戒権は削除という意見だったと私は理解していますが、学校教育法との関係で今おっしゃった、学校の先生は懲戒できるけれども親はできないということに関して、先生は今どういうふうに整理しようと思っているのでしょうか。

(●●) 座長から、どんな反対論が出てくるかを考えなくてはならないと言われたので、そういう反対論が出かねませんねという趣旨で申し上げました。

(座長) 民法の方で懲戒という言葉をやめるなら、学校教育法もそれに合わせてもらわないと平仄が合わないことになりますね。

委員は、ご自身の考えは削除ですか。

(●●) 迷っています。削除に反対ではないのですが、自分で立場がはっきりしていません。今出ている提案であれば、例えば削除することになったら、他の学校教育法との関係で懲戒が一体どうなるのか。

実は児童虐待防止法の 14 条も、ある意味で懲戒を全部駄目だとは言っていない。この懲戒は駄目だという言い方だけをしているのです。そうすると一定の許される懲戒があるのかなという感じもして、その点であまりはっきりしないということです。

さらに言うと、しつけと言ったら問題は解決するかというと、これもよく分からないなという感じがしています。ひょっとしたら、今までのものとの整合性でいうと、懲戒の規定は残した上で、ただし体罰によるものは含まないという形でやるのは、恐らく学校教育法とか他の規定とも整合性はあると思うのですが、中途半端な立場だなという感じもして、よく分からないということです。積極的に残すとか残さないという立場はまだ決まっていなくて、許していただけだと思います。

(座長) 前回の 2011 年のときに、実質については懲戒権は体罰を認めるようなことは許容するものではないという点について異論はなく、規定上どうするかということでした。今回も最初に委員が確認されたように、現在この改正がされたということもありますし、仮にされていなくても 2011 年の段階である規定を直したことで、体罰は許されないという解釈でいけるというのがあの場での理解だったと思います。ですから、新法の規定がなかったとしても体罰は許されないという解釈は取れるわけですが、今回、新法の規定が

できたことによってその点がより明確になっている。そうすると、前回のように削除せよということではない解決もあるかもしれないというのが、委員のご意見ですね。

皆さんも、体罰をなお許容していいという方は多分いないと思いますが、あとはそれをどのように表現するか、そして法体系の中での整合性を保つためにどうすればよいのかということにつき、さまざまな角度からご意見を頂ければと思います。

(●●) 前回の親権法改正の法制審で、これは会議での議論だったか、あるいは法務省との会話だったのか記憶が定かではないのですが、児童虐待の問題を解決するためにはとにかく現状と桁違いのお金を入れて育児支援をしなくてはいけなくて、それができない前提で改正をしなければいけないことの難しさを確認し合ったことがあります。本当は親権制限、つまり強制的育児支援ができればいいのですけれども、継続的な監督を制度化する司法インフラや行政インフラの余力がないので、せいぜい停止しかできないという結論になったのでした。それは非常に残念なことでしたが、いたしかたないとなると、民法ができるのは観念的な改正だけで、そうなら、せめて体罰禁止を明文で書くことができないかという議論をしました。議事録に残っていないとすると、裏での議論だったのかもしれませんが、体罰禁止は絶対国会を通りませんといわれた記憶があります。昔、何年間かの時間を費やした婚姻法改正要綱が国会を通らなかつた徒労感の記憶があるので、そう言われると諦めざるを得ないかと思ったのですが、そのころの制約は取れたと考えていいのでしょうか。

(座長) 反対論が出るときに、嫌なものは嫌だといった議論はともかくとして、反対するときの理由が何か挙げられると思うのです。そういうものについては一定の応答ができないと困るのではないかということで、あり得る反応を想定してご意見をいただきたいということです。どのように議論しても反対なものは反対だという方もいるでしょうが、理屈として挙げられてくる反対論に対応できる理屈をあらかじめ準備しておくことは必要かと思っています。

(●●) 先ほどの委員の懸念に関して言うと、当時と違うのは児童虐待防止法の方でこういう規定が設けられたということはやはり大きいのではないかという気がします。その上で考えていたのは、具体的な方向性はみんなそんなに違わないと思うのです。どういう書き方をするかが一番メッセージ性が強いかを考えたときに、規定を削除するのが一番強そうに見えるのですが、実は削除してしまつたら何も残らなくなるだけです。一方で、残した上で、ただし体罰はこれに含まれないと書くのは、中途半端な解決に見えるけれど体罰が許されないことが明示されるので、それなりにメッセージ性は強いという考え方もある気がします。まだ固まっているわけではありませんが、書き方の問題として。

(●●) 現在の 822 条の文言では、監護・教育に必要な範囲内で子の懲戒をすることができるとなっている規定が削除されるということは、すなわち懲戒はおよそできないということになりますか。できるとされていた規定がなくなったことで、できないという解釈になるという理解ですか。

(●●) そこは分かりません。

(座長) そこは分かりません。820条があるからという考えがある。

(●●) 820条がなくても、親子の関係で当然できる。間接的に言うと、これがどう改正されるかは分からないけれど、児童虐待防止法などを見ると懲戒の話が書いてある。あるいは学校教育法で、先生も懲戒できるなら親ができるのは当たり前だろうという形になってしまうと、全然できないという結論はあり得るとは思いますが、そうではなくて野放しになってしまうという結論もあり得るのかなと思います。

(●●) もう1点、例えば4のように、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と、そうでない懲戒権の行使は許されるという意味として理解され得る可能性があるということですか。しつけみたいなのは許されるというイメージですか。これは駄目だと書いてあったら、メッセージ性として、それは絶対駄目と読み取れることもできるし、そうではないものは許容されていると読み取るという二つの可能性があると思います。この書きぶりだと、両方の読み方があり得ます。私の質問が分かりにくいのですが、広い意味で懲戒権というものがあり、それは許されるけれども、その中で体罰だけが駄目だということを今回の改正で言いたいのか。

(座長) それをどうするかは皆さんの意見次第です。

(●●) そうですよ。

(●●) 前の法制審でもそうだったと思いますが、結局、懲戒というのが何を意味しているのが最後までうまく共有できなかったのではないかという気がします。体罰以外の懲戒と言ったときに何が入るのかも、人によってずれがあったように記憶しています。その意味では、今の質問に対してそんなにきれいに答えられないと思うのですが、その部分まで決めないと全部を規定することができないと考えるのか、少なくとも今回は体罰は明らかに排除されるということさえ規定すればいいのか。

帰ってきなさいという時間に遅れたときに、玄関を閉め切って外で待っていなさいというのが体罰に当たるか、懲戒に当たるかという話をしたような記憶があるのです。私は許されるかなと思っていましたが、別の委員は体罰だと言っていたような気がします。

(●●) 許されると考えたときに、懲戒には当たるということですか。

(●●) 懲戒には当たる。しつけなのか。

(●●) もう一つの可能性として、しつけは懲戒の範囲ですかね。

(●●) 分からないけれど。

(座長) いずれにしても体罰は許されないということについては一致していて、削ってしまっても何もなくなったとしても、解釈としてはそうなるみんな考えている。ただ委員は、許されないことは書いておいた方がいいだろうということですね。

(●●) どちらが目的を達成するのに適切な書き方かというだけの話です。

(座長) あとは懲戒権という言葉が残るのがいいのかどうかということなのだろうと思います。そこに何を含めるかは、先ほどの外で立っていなさいというのが何に当たるのかということにもよると思います。懲戒権、しつけ、いずれでもないというのが、一直線上に乗るかどうかは分からないけれど、懲戒権というものがある方が、親の何かを保てると思う人が相対的に多いかもしれない、とみんな思っているということなのではないでしょうか。

(●●) そもそも親が何かをすることができる、親が何かをすることができないというように書くのが、この場合に適切なのか。比較法的にみると、子どもを主体とした規定を設けている法律もあります。親の観点からいくと、これができて、これができないという話になりやすいかもしれませんが、例えば子どもはこういう形で教育を受ける権利を持つとか、子どもはこういう形でおおよそ教育されることはできないと書く可能性もある。そういったことでどこまで問題が解決できるかは分かりませんが、今の民法の書きぶりは全て主体が親になっているので、何ができるか・できないかという親の権限の話になりやすいのかなと若干思ったのです。かといって、子どもを主体とした規定によって問題が解決できるとは、必ずしも言えないと思うのですけれど。

(●●) 子どもから書くというのは、暴力によらないで教育を受ける権利があるというような書き方になるのでしょうか。

(●●) そうです。ドイツはそうです。

(座長) それは後ろの方の話にも関わるかもしれませんが、820条の書きぶりが、今のままでいいのかという問題に関わってきます。

(●●) 822条の規定を残すべきかについて、私もここに来るまでは822条の懲戒でできることは820条の監護・教育と重なるので削除してもよいと思っていました。しかし、先ほど来のご意見を拝見して、ある種の民法のメッセージ性を考えたときに、822条を削除すること、その理由を説明することで、例えば虐待のような行為はいけないというメッセージが短期的には送れたとしても、長期的なことを考えると、こういうことはできない、あるいはこの範囲でのみできるということを明確にした方がいいのではないかという方に意見がやや傾いています。ただご提示いただいている三つ目の案の許容されない範囲の明

確化はどこまでうまくできるのだろうかということも思っています。体罰はもちろん駄目だけれど、精神的な罰・加害を与えることも駄目ですということも、どこまで言語化できるのかということは迷っています。また、やはり先ほどもご指摘があったように、懲戒で何をイメージしているのかを、少なくともこの場で共有しないといけないのではないかと思います。820 条の監護と教育がそもそも何なのか、学説は必ずしも一致していないと思います。先ほどの遅く帰ってきたから鍵を閉めて入れないというのも、広い意味では教育と見る方もいるかもしれません。監護・教育とはそもそも何なのかを含めてある程度共有しないと、議論の土台がないかもしれないと思っています。

(座長) 学校教育法は、マニュアル化されているような気がします。どうなっているのでしょうか。

(●●) 学校教育法はさっきネットで調べてみましたが、懲戒とは何かということがいろいろマニュアル化されて説明があります。

(座長) 懲戒権はあって、体罰は禁止なので、体罰に当たらない懲戒はあり得るという前提ですね。

(●●) そうです。

(座長) 条文のつくりがそうなっているから、そこがないと意味がないですね。

(●●) 私は、削除の方がいいと思っています。削除によってもたらされる意義もあるように思っています。

フランス法を少し調べてみたのですが、ナポレオン法の原始規定では懲戒場に拘禁することが主な懲戒の内容でした。それを育成扶助という制度、つまり親の監護が不適切な場合に子をサポートするためのさまざまな公的な扶助を行う制度に置き換える形で法改正が進んでいくことによって、懲戒という言葉が民法典から消えています。そのような歴史的な経緯を考えると、日本の民法においても当初は懲戒場と懲戒権が結び付いており、その後懲戒場という規定がなくなった以上、民法の中に残しておくこと自体を考え直す必要があると思っています。懲戒という言葉が持つ中身を確認することから新たな立法を考えるというやり方もあるかもしれませんが、そのような歴史的な経緯を持った概念自体をなくすことにも積極的な意味はあるのではないかと思います。そういう意味で、削除する方向も一つの重要な選択肢として考えた方がいいのではないかと考えています。

(●●) 今おっしゃったように、懲戒場に入れるときに裁判所の許可が必要だというところが眼目であったように思います。そのあたりの条文を手がかりに、フランス親権法は、育成扶助の制度を発展させてきました。

私も懲戒権という言葉自体が強すぎると思うのです。児相の現場の方は、しつけという言葉も大嫌いだと言われます。虐待親は、みんなしつけだと言うのだそうです。言葉自体

が持っている力は大きいので、私はできれば削った方がいいと思います。

(●●) 平成23年の時点でも、削除の意見はそれなりにあったと理解しています。それから8年たった現在でも相変わらず児童虐待は全く収まりを見せないという現状を踏まえると、決して民法822条のあの条項が残ったからそうなったというわけではありませんが、私は全面的な削除の方が望ましいと考えています。

(●●) 先ほどの懲戒場に関わるお考えは大変勉強になりましたが、私なりにお考えをどう受け止めたかを申しますと、歴史的に見て822条で言っている懲戒は、要するに懲戒場に入れることを指して使われてきたものである、しかるに懲戒場という制度が民法から消え去ったのであって、懲戒という概念は歴史的使命を終えたのである、従ってこの規定は削除すべきだというのは、十分説得力のある話だと感じました。

そうすると、この規定を削除することの意味をどう説明することになるのでしょうか。懲戒というのは懲戒場に入れることであって、そういう制度はないので規定は削除することにした。一方、懲戒という言葉について、違う理解をする見解が研究会資料4ページの(注1)などで紹介されています。そこでは必ずしも懲戒場に入れるということではなくて、監護・教育上の必要から身体または精神に苦痛を与える制裁というようなことが言われているのだけれども、元々822条が言っている懲戒はそれを指すのではなくて、それが削除されました。ということは従来懲戒として言われてきた別の理解については、822条の削除によって影響を受けるものではなく、820条の監護及び教育をする権利を有し義務を負うという範囲内で行えるという考え方もあり得るし、それは体罰を含まないといった議論はそちらの問題として残っていく。そういうことになるのでしょうか。

そうだとすると、822条を削除するのはいいとして、理屈の上では、そのことが児童虐待等の問題に対して与えるインプリケーションがあまりない改正になるのかなという感じがします。それはそれでいいのかどうかはよく分からないところがありますが、そういう問題点もあるという感じがしました。

(●●) 先ほどの私の説明は、フランスで歴史的にこのような流れがあったという話です。日本法では、懲戒場に拘禁することと822条の懲戒権が密接に結び付いていたかという点、必ずしもそうではないので、日本法でも懲戒権と懲戒場は結び付いたものであり、片方がなくなったので他方もなくすべきだという話だけでは多分説明がつかないと考えています。

しかし、起源をさかのぼると懲戒場と密接に結び付いていたものが、母法であるフランス法でも、1958年ですからはるか昔になくなっている以上、日本でもこの概念の必要性自体が問い直されるべきであるというのが、先ほど申し上げたかったことです。

(●●) 実は私もここに来るまでは削除してしまえばいいという考えでした。ただ、いろいろな話を自分で話ながら、少し変わってきてしまいました。

おっしゃる趣旨はよく分かるのですが、一方でこの規定を取ったとすると、監護・教育のためにということで、これは子の監護・教育なのだという形で体罰をされる可能性があ

るわけです。現行法で懲戒なのだということと同じです。先ほど指摘された問題も、この規定を削ったとすると、今度は 820 条の問題で体罰が許されるのかどうかという話になってしまって、結局明文の規定は置かれていない。

822 条で懲戒という言葉がひょっとすると強すぎるかもしれないし、あるいは適当ではないという気持ちも分かるのですが、それはともかく、全部削ってしまうと、体罰が許されないということをどこにも書くことができなくなる。820 条に書くというのはあるかもしれませんが、ちょっと居心地の悪い形になるでしょう。

その意味では、先ほど言ったよう 822 条を削るのが一番いいのかどうかは、体罰が許されないことを読み手に伝えるにはどうするのがいいのかという形で議論することが適当ではないかという感じがします。

(座長) 懲戒権の規定を削ってしまって、体罰禁止を書き込むという選択肢もありますね。

(●●) それもあるかもしれません。

(●●) それは前からそう思っていました。

(座長) 820 条に書き加えるのは書きにくいかもしれないけれど、独立に規定を立てて、子どもの側から書くかどうかは別にして、体罰は許されないことを書くという選択肢はあるかもしれない。

(●●) あると思います。体罰だけではなく、暴言虐待も含めて、屈辱的な教育は駄目だとか。

(●●) その方がいい気がします。全部削ってしまうだけだと、必ずしもうまく伝わらない可能性があります。

(座長) 委員も、仮に懲戒権を削って、体罰は許されないと別途書くことについては反対ではないですね。

(●●) もちろんです。体罰が、これまでの理解でいえば身体的な体罰だけに限られるのは違うと思っています。精神的虐待も、肉体的な体罰と全く同等な被害です。そのあたりのことも整理して書き込むということであれば、全く賛成できると思います。

(座長) 今出ているのは二つの軸で、一つは懲戒という言葉はどうするかで、これを残す必要があるのかという話と、他方で積極的に体罰あるいはこれに準ずることを許さないことを明示すること。これらは両立はする。

(●●) 両立はします。

(座長) それぞれについて、それぞれがどういう効果を持つだろうかということでしょうか。

(●●) 今、文部科学省のホームページを見ていたのですが、認められる懲戒というのが書いてあって、放課後等に教室に残留させる、授業中教室内に起立させる、学習課題や清掃活動を課す、学校当番を多く割り当てる、立ち歩きの児童・生徒を叱って席に着かせる、練習に遅刻した生徒を試合に出さずに見学させるなどは許される懲戒行為だという書きぶりです。学校教育法との整理は必要かもしれません。

(座長) 最近フランスは何か改正がありましたか。

(●●) 特にないと思います。

(座長) そうですか。この間フランス人の女性法学者と会ったときに、懲戒権の規定を改正するという話をしていたら、フランスのお母さんはみんなたたいているというようなことを言っていました。

(●●) 日本は、もともとは優しい育児をする伝統だったのではないのでしょうか。16世紀に来日したルイス・フロイスが、この国の人々は驚くべき優しい育児をしている、まるで70歳の老人に対するように子どもに対して、ヨーロッパ人はもっと厳しいと書いています。そういう優しい伝統が、本来はあったのだと思うのです。戦時中の軍国主義が小学校を介して下りていって、それが日本人の体罰を増やしたのではないかという論文を読んだことがあります。それから保育園や幼稚園で、健康に育てて虐待をしていない母親の制止の仕方について調べた研究があります。そうするとやはりヨーロッパ人とは違っています。ヨーロッパ人ないしはアメリカ人であれば、それをしてはいけないと命令形で制止するのだけれども、日本人の母親は「あなたがそんなことをしたら、お母さんは悲しい」というアプローチで制止している。そういう優しい育児は、われわれの文化の中にまだ生きていたと思うのです。

(●●) 命令形で「これをしては駄目でしょ」と厳しく怒るのは、別に構わないですよ。

(●●) それはまあ構わないでしょう。

(●●) 先ほど、肉体的なものだけではなくて、精神的なショックを与えるものも駄目だという話がありました。きつく叱られると子どもは泣くし、あれは精神的にはそれなりにショックを受けていると思うのですが、あれは体罰ではないということでもよろしいですか。

(●●) もちろんです。

(●●) ただ、暴言虐待は、子どもに大きな悪影響を及ぼします。

(●●) 要するに、適法な懲戒とかしつけというものがあるかどうかだけの問題です。適法な懲戒とかしつけが観念できないのであれば全部削ってしまえばいいと思うのですが、それだけで済むのかがよく分からない。

(座長) 今おっしゃったような問題について、それが許されるということをごどこに書いてくれているのですかという質問がやはり出るでしょうね。

(●●) 体罰の禁止だけを書くにしても、例えば暴力を用いたしつけは許さないというふうに書けば、両方とも入ると思います。

(座長) なるほど。

(●●) 「しつけをすることができる。ただし」というふうに書かなくても。そんなにこだわるほどの話ではないのかもしれませんが、学校教育法の方で、それが適当かどうかはともかくとして、許される懲戒がある中で、より密接であるはずの親子の関係のところは何もなくて、体罰の禁止だけがあるという形でいいのかどうかは慎重に判断した方がいいのかなという気がします。

(座長) 体罰の禁止がある程度メッセージとして出た方がいいのではないかという意見がかなりありました。他方で懲戒を巡っては、懲戒権の歴史的ないきさつを考えると、懲戒という言葉は削除した方がいいということと、削除するのはいいかもしれないが一定の行為が適法に行われるということはどこかで何とか確保しないとまずいかもしれないという意見が出ました。あとは学校教育法との整合性についても考える必要があるのではないかとということでした。

言葉の問題は、ある意味では民法の側でいいものが見つかったら、学校教育法もそれに合わせてもらうことも可能かもしれませんが、実質として先ほどの文部科学省のホームページに許される懲戒として挙げられたようなもの全てがいいかどうかは分かりませんが、一定のことが許されるとしたら、それが許されないと思われてしまうようなメッセージを出すことに対する抵抗は多分出てくるので、そこはある程度配慮が必要かと思います。

(法務省) もしアイデアがあればですが、「3 懲戒という文言の改正」に関して、しつけと懲戒という言葉の他に、置き換えのアイデア等を伺えれば大変ありがたいのですが。

(座長) しつけは、法制局としてはどうなのですか。

(法務省) 議員立法ではございますが、児童虐待防止法にしつけという表現はございま

す。

(●●) しつけは、現場では非常に危ない言葉になっているみたいです。

(座長) しつけ、あるいは先ほど適法な懲戒として挙げられたものなどを、ある程度概念的に定式化できるような表現もいいかもしれません。一言で言えない方が、むしろいいのかもしれませんが。しつけと言うと、これはしつけだからと言われるなら、かくかくしかじかのことという長い方がむしろいいかもしれない。かくかくしかじかのことだからとは、普通の人は言わないでしょうから。

(●●) あるいは禁止の側から書くかです。屈辱的な思いを与えることをしてはいけないとか。

(座長) それだとできることを言っていることになりませんか。

(●●) できることを言う必要があるというご判断なのですね。

(●●) 例えば、子の監護・教育のために必要な行為は、子に屈辱を与える形ではしてはいけないとか。

(●●) そうですね。820条を受ける形で。

(法務省) 懲戒という言葉にはサンクシヨンの要素があるので、本来は普通の人ややったら許されない違法な行為という前提が少しあるような気がしています。監護・教育という言葉はある意味でニュートラルな形で、相手に対して不利益を与える、あるいはサンクシヨンの側面があることが読み取れるかどうかが問題です。

ここに来る前に報道で見てきたところですが、民法の規定は虐待を防ぐためだけにあるわけではなくて、ごく普通のしつけなり親権者の方々にも当然影響のある話なので、その人たちが厳しく叱ってちゃんとした方に導くことが萎縮するのも困ると思います。

そういう意味で、監護・教育よりもう少し強いことも必要があれば親権者としてできるし、やらなければいけないけれど、先ほど指摘されたようにしつけという言葉は行き過ぎているのかもしれないとなると、何かいい言葉がないかというのが法務省の趣旨です。

(●●) 私の感覚だと、きつく叱ること自体も監護・教育に入る事柄になりますので、より程度がきつい事柄について、あえてカテゴリー化して名前を付ける必然性があるのかどうか。

(法務省) 適切な例か分かりませんが、食べ物を粗末する子におやつを抜くとか、次のお小遣いをあげないという形で、財産的あるいは精神的に不利益を与える。叱るということを超えて、悪いことをしたからサンクシヨンを与えるという形で良い方向に導くこと。

これが駄目だということもあり得ると思いますが、もしこれが一定の範囲で許されるのだとすると、そういう形で良い方向に導くこと、そういう形での教育が萎縮しないような言葉が何かないかという趣旨です。

(●●) 委員は、おやつを抜くのも監護・教育に含まれているという立場だと思うのです。

(座長) その立場はあり得るとは思いますけれども。

(●●) それだけだと伝わらないですね。

(●●) それが全ての人に共有されているかというとはよく分からない。厳しく叱るのも、おやつ抜きも全部駄目と言われてしまったと思う人たちもいるかもしれない。

(座長) 監護・教育は、ある種の積極的なアクションを含んでいるという前提だと思いますが、そういう前提に立たない人たちもいます。仮にそうだとすると、監護・教育という目標を実現するための行為の限度みたいな書き方で書く。そのための行為をどのように表現すればいいかとおっしゃっているのですね。

(●●) 先ほどの委員の発言趣旨もそうだと思いますが、例えば、暴力を用いた監護・教育は許されないという書き方をした場合には、おやつを抜くなどのように、暴力を使うのではない積極的な行為は適法な監護・教育に含まれるというニュアンスがもう少し明確になるのではないかと思います。

懲戒という言葉は強いと思うのですが、私はしつけという言葉もかなり強いのではないかという感じもしますので、そこは置き換えてもあまり変わらないかもしれない。

(座長) フランス語では、懲戒は correction で、しつけは discipline ですか。

(●●) ドイツ語では Erziehung という言葉を使います。Ausbildung が教育、言葉で教える人間相手の世界で、Erziehung というのは小さな子どもや動物に対して使う言葉で、まさしく言葉が通じない者に対して体で覚えさせるというニュアンスです。

(●●) その言葉は比較的長い間残って、まだ使われている。

(●●) まだ使っています。

(●●) ただ、Erziehungsrecht という形で懲戒権という言葉は完全に法文上からなくなっています。

(座長) 懲戒はあるのですか。

(●●) 懲戒という言葉はもうありません。Erziehungは教育ではなくて、養育と訳す場合もありますし、なんとなくぼやかした意味で訳されているように思います。

(●●) それは日本語に翻訳するときにぼやかしただけです。ドイツ語のニュアンスとしては、やはり犬に対するしつけというレベルの言葉です。

(座長) 動物だとフランス語ではdresserでしょうか。

(●●) 何歳くらいまでだったらErziehungで、何歳からAusbildungかというのを、ドイツ語では分けている。子どもは、暴力を伴わないErziehung、しつけを受ける権利を有している。

(●●) 権利を持っている。

(座長) 権利を持ってしまうのですね。

(●●) そうですね。子どもが持っている。

(●●) 子どもの権利です。しつけを受けるのだけれども、暴力を伴わないということです。

(座長) 暴力を伴わないところが権利なのですね。

(●●) 養育などと訳されています。

(●●) それは意図的な誤訳だと思います。養育という言葉も辞書にはあるかもしれませんが、Erziehungは違うと思う。

(座長) ぎりぎり今のところが最後の問題になってくるところかという感じがします。

それではまた戻ることあるとして、後半の第3、822条の規定の見直しに伴う論点整理の方に移りたいと思います。1に820条の関係をどう整理するかがかなり長く書かれています。2は体罰以外の懲戒権の濫用に対する対応が必要であるということです。そうしたことをどう考えるか。

第4は、親権という言葉はどうするか。先ほどこれに触れる発言もありました。こういう問題が、822条を削れば済むのか、他にあるだろうかということです。

こちらについて既に議論が出ていますが、重点を周りに移した形でご議論いただければと思います。いかがでしょうか。

(●●) 821条の居所指定権の規定についてです。削除という学説の紹介もありますが、

資料にもあるように子の引渡請求や子の奪い合いの問題が依然としてあるので、削除ではなく、子の居所については何らかの条文は残しておいた方がよいのではないかと思います。

それに加えて、子の居所について両親の意見が一致しない場合にどのように扱うのか。また、離婚までいかなくても別居をしている際に、論理的には両親双方が居所指定権を有しているわけですが、どちらにより強い居所の決定権があるのかという点についても、もし今回併せてこの点について検討する余地があれば、検討した方がよいのではないかと思います。子の居所をどこに定めるかということが子の奪い合いの問題のスタートなので、そのような点の検討も機会があればしていただきたいと思います。

諸外国を見ると、最近では子どもの居所を変更する際に両親が別居している等の場合は相手方に通知をしなくてはならないという規定がある国もあります。居所の指定という言葉が適切かという問題はありますが、子どもの居所の規定についてはもう少し比較法等も踏まえて、もし可能であれば充実させていただきたいと思っています。

居所指定権とも重なりますが、民法の規定では監護・教育について基本的に両親に争いがないような形が前提にされているので、両親に議論がある際にどうするのかといったことも検討できるならばしてもいいのかもしれません。本筋とは少し外れますが。

(座長) 前回の2011年のときに、これを削除しない理由として何か言わなければいけないということで、821条・822条は820条の中にあると考えれば、822条も821条も要らないことになりますが、821条は要らないと今は直ちには言えないでしょうと言いました。法制審で言ったのか、民事局で言ったのかは忘れましたが、そういうことを申し上げたことがあります。

居所指定権はかなり昔の古い規定で、今はたまたまこれがあるからこれを手掛かりにしているいろいろなことをやっているのだけれども、822条を直すのなら、併せて直せるものなら直した方がよい。あるいは、821条と822条は違う事柄なので切り離して考えることができる、822条だけ手を付けて、821条は残すことが正当化できるのであれば、それはそれでいいと思います。

(●●) 821条については、資料にも書いてありますが、二つの問題があると思います。資料の(注1)に記述があるように、親が子どもに対して監護・教育をするために命令できるという事柄からできた規定で、そもそもその点についてどこまで現在条文として必要性があるのかも検討しなくてはなりません。

『注釈民法』で書いてあった例では、家出をしていたり、夜中にふらふらしている子どもを家に連れ帰るみたいなものもここに入ると書かれています。あるいは寮などに入れることもここに入っているとすると、現在においても全く無意味ではないと思います。まず一段階目の問題として、子どもへの命令としてそういった権利を行使することが監護・教育との関係でわざわざ規定する必要があるのかということがあります。820条の中でもカバーできると思えば、要らないと思います。

他方で、子どもの引渡請求の根拠として使われることは確かにあると思いますが、この点の一つ目の問題とは異質な側面が含まれていると思います。というのは、820条が定め

る親の権利・義務に対して、居所指定権というのは子どもの引渡しと親権者あるいは監護者の争いが起こった場合の規定として持ち出されているように思うからです。現在のまま残して、居所指定権を引渡請求権の問題としてだけ定めるのか、本当にその規定のままここに残しておいていいのか。もし見直すのであれば、先ほど委員が指摘されたように、抜本的に引渡請求に関する規定を設けた方が望ましいように思います。ただ、この規定自体が子の引渡請求権の根拠であるとの理解については、学説上必ずしも一致しているわけではないと思いますし、引渡請求権の性質はかなり争いがあります。話がまとまっていないのですが、まず一段階目、つまり子どもの監護との関係でこの規定が必要なのかどうかについて、私は現在要らないと思っているのですが、その点については少なくとも一致しているのでしょうか。わざわざ書く必要があるのですか。

(●●) 要らないという意味は、書かなくても当然だからですか。

(●●) そうです。820条で。

(●●) 居所指定はできるのだと。

(●●) そうです。

(●●) 先ほどの指摘の中に引渡しの話があって、日本の場合、離婚後は単独親権であることを前提としていることになると思いますが、親権者が指定した場所に居所を定めるけれど、変更があった場合には親権を持っていない親にも通知することを規定として置くイメージですか。

(●●) 親権を持っていない親までは通知することまでは考えておりません。本来親権を持っていない親という意見もあるとは思いますが、現状では、可能であれば、まずは双方が親権を持っている場合、例えば別居時ということです。

(座長) フランス法は共同親権が前提ですが、片方が勝手に動かしてもいいのですか。

(●●) 駄目です。

(座長) そうすると、動かすときには必ず相手方の同意を得ていることになるのですが、どういう場合に通知が必要になりますか。

(●●) すみません。フランスでは勝手に動かしてはいけないというのは、子と同居している親は、自らの居所の変更を、他方の親に事前に通知しなくてはいけないということです。他方の親がその居所の変更不同意の場合、裁判官に申立てができるということになります。

(座長) 片方が制限されているのですね。

(●●) 説明が不十分で申し訳ございません。片方が親権・居所指定権を制限されている場合に限らず、双方が有している場合も通知が必要ということになります。

(●●) ご指摘は非常に重要な点だと思います。両親は1対1ですから、多数決で決まらないのに、父親と母親の意見が違ったときにどうするのかを、日本法は全然書いていません。居所の問題だけではありません。父親は、公立の小学校でたくましく育てたいが、母親は、自分が育った私立の幼稚舎に入学させたいと主張するときも意見が合わないわけです。そういう場合の決定方法が、日本法は書いていないという問題をずっと抱えてきています。

私は大学生のときから、これはおかしいと思っていました。講義の後、先生に「父親と母親の意見が違ったらどうなるのですか」と質問したら、「そういう夫婦は離婚するから、離婚するときに単独親権になって決まる」というお答えでした。絶対この答えはおかしいと思いました。そして研究室に残って調べたら、そのころはまだ母法では、父親が決定権をもつと書かれていて、それから父と母が平等になると、司法が関与して決定することになっていったのです。その問題を、ずっと日本は放っています。

居所の問題に限らず、意見が違うときにどうなるのかを書き込むという手はあると思います。

(●●) 一応説明としては、子の監護に関する事項として審判事項に含まれるという説明をしていますが、裁判所に持ち込まれても答えようがありません。公立学校に行く方がいいのか、私立に行く方がいいのかと聞かれても裁判官は困るだろうなという話です。だから書き込むとしても、結構大変ですね。

(●●) 大変です。

(座長) それはかなり大変な話になると思います。

(●●) 元の話に戻すと、これは前半の話にも関わっていると思います。822条を削るなら、822条を削った上で821条と823条を残すのかという感じにはなりませんし、形を変えても822条が残るのだとすると、逆に822条だけが残って他が消えるのかと。あまり意味のないバランス論かもしれませんが、全体の体裁としてはそのイメージがある気がします。

(座長) 822条だけ削除するのはおかしいという話を前回したので、削除するならば821条も削除というのもあり得ます。しかし、子の引渡しの問題については対処しなければいけないということになるという話ですね。子の引渡しについて対処するのならば、立ち入った方がいいということだったと思います。

822条が、懲戒という言葉がなくなって、体罰禁止を書き込んだとしても、残るのならば、821条まで触る必要はないということも言えるかもしれません。少なくとも削除しな

くてもいい。

(●●) ある意味で、822条を全部削ったときの扱いが違うのかなという感じです。821条にどんな意味があるのだというのはよく分かりますが。

(座長) 821条は、規定としては古くさい規定です。指摘があったように、それから出発して解決できない問題はあるのだけれども、821条があっても積極的に困っているわけではない。並びの問題だと思います。削除するならそういうことも考えなければいけないかもしれない。

(●●) 822条を削除するのなら、821条がそんなに意味がないなら削ればいいし、823条も場合によっては6条にくっつけて規定すれば、きれいに解決する感じもします。元々どちらかというイメージで、今日ここに来るまでは考えていました。

(座長) 先ほど何人かの方から出ましたが、体罰以外の懲戒権の濫用については何かご意見はありませんか。

(●●) 資料の11ページに私の発言を引用していただいています。本当は書いた方がいいと思っています。精神的虐待、言葉による暴力はすごく悪影響があるという小児精神科医の研究成果もあります。言葉は、記憶を止めるピンの役割をします。ネグレクトだとそのときは命の危険はあるけれども一過性で、救出後はむしろ本人は覚えていないことがあります。でも、言葉による虐待は絶えず脳の中でリフレインされて、そのたびにいわば脳を損ねるので非常によろしくないのだそうです。だから、書けるのなら書きたいと思いますが、このような発言をしたころは、とても無理だ、体罰禁止すら無理だという、今とはだいぶ雰囲気の違いがあったので、せめて体罰禁止だけは書きたいということでした。

(●●) 反対という趣旨ではないのですが、体罰の禁止は何となく懲戒ということが許されてきて、その中に何となく体罰が含まれてきたというコンテキストの中で、やはり体罰は許されないというニュアンスだと思うのです。

それに対して、肉体的・精神的虐待ははなから許されない行為だという理解だとすると、親権の制限として書く事柄ではなくて、本来不法行為の問題というレベルの話なのかという気もするのです。どちらにしろ、やってはいけないことを書くのはいいのですけれど、少し出発点のスタンスが違う気がしました。

(座長) 体罰以外の懲戒権のところ、10ページの2の(1)で精神的虐待と書いてあるけれど、虐待は駄目ですね。

(●●) 虐待ははなから許されていないと思います。

(座長) それは2011年の段階で許されていないですね。

(●●) それは最初の 820 条の規定から、絶対許されない行為だと思います。

(座長) 子の利益を書くことによって、そのことを明確化したという理解だったですね。

(●●) そういうことではないかと思います。

(座長) 何か書き加えるとすると、もっと緩やかな、周辺的なものを拾うという形になるのでしょうか。

(●●) 屈辱的な思いをさせるようなことはいけないとか。

(●●) 児童虐待防止法などで書いていることを、どこまで民法で書くのかという問題があると思います。児童虐待防止法などで許されない行為が挙がっていて、親子に関わる話なら全部民法に書く必要があるのかというと、そうではないという気がします。

(●●) これも確認なのですが、体罰との関係では、元々児童虐待防止法の虐待の中に、身体に外傷が生じ、または生じるおそれのある暴行を加えることとあるのですが、これよりは少し広い概念ということでしょうか。外傷が生じるおそれのない暴行でも暴行があるとして、それは体罰に当たるので、そこは広いということなのではないでしょうか。そのあたりの境界が微妙な感じもします。

(法務省) 今回の改正で入った「体罰」をどのような概念で捉えるのかについて厚生労働省の方で検討しているところですが、ご指摘のとおり、広い概念になり得るものだと考えています。

(●●) 外傷を与えない体罰も学校教育法では体罰に含まれています。放課後に児童を教室に残留させ、児童がトイレに行きたいと訴えたが一切室外に出ることを許さないというのも体罰です。

(●●) それは単に教室に留め置いたからではなくて、トイレに行かせないからですか。

(●●) 別室指導のため給食の時間を含めて生徒を長く別室に留め置き、一切室外に出ることを許さないというのも、つまり被罰者に肉体的苦痛を与えるのは体罰ということになっています。宿題を忘れた児童に対して教室の後方で正座で授業を受けるように言い、児童が苦痛を訴えてもそのままの姿勢を保持させたというのも体罰です。身体的危害を加える、傷を与えるというよりはるかに広いと、学校教育法の解釈としては、文科省は考えています。肉体的苦痛を与えるのは体罰だと。

(●●) 肉体的苦痛を与えるのが体罰で、それに平行して精神的な苦痛を与えること

が精神的な体罰に当たるので、それが体罰と並びで許されないという規定を民法に置くことは考えられるということになるのでしょうか。懲戒の定義として、4ページの(注1)を見ると、身体または精神に苦痛を与える制裁とあります。身体に苦痛を与えるというのは程度問題なのでしょうか。

(●●) 私もピンとこないのですが、先ほどの例で、宿題をしなくて教室にずっと立たせているのは懲戒権として許されて、でも正座をさせて、痛いと言ったら体罰になるのですよね。程度問題でしょうか。

(●●) 必要な限度を超えて苦痛を与えるということなののでしょうか。

(●●) ちょっと立っていなさいというのは許されるけれども、1時間ずっと立たせていると体罰になるという、程度問題ではないでしょうか。

(●●) 懲戒と体罰は苦痛における程度問題であり、体罰と虐待についても程度問題でしょうか。

(●●) 程度問題だろうか。

(●●) ちょっと違うニュアンスですか。

(●●) 私自身がよく分からないのは、虐待という表現で呼ばれてきたときには、それは教育でも監護でもなくて、不法行為だという捉え方ではないかと思います。体罰と言っているときは、それが適正なのかどうかはともかくとして、教育やしつけの一環であるというニュアンスをどこかに伴いつつ、しかし許されない範囲の話だということなのかなと思ったので、単なる程度問題だろうということを先ほど申し上げたのです。

ただ、今の話を伺って、学校教育法を前提として、適法な懲戒と、一定のところまでいくと体罰になるということだと、体罰を禁止する場合でも、体罰の定義は一体何なのかという話を書かないと意味がないことになるかもしれません。

4ページに挙がっている、於保・中川先生のものあるいは新基本法コンメンタールは従来の考え方を前提としての話なので、ここで懲戒とはこういうものだと言われていて、その定義を前提にしてしまうと議論が成り立たないと思います。

(座長) 先ほどの話とも関連しますが、民法にはあまり細かくは書き込めない。

(●●) 細かく書き込むのがいいののかも分からないですし、細かく書き込んで、挙げ句の果てに他のさまざまな規定と不整合の状況が出てくるのも避けるべきだと思います。

(座長) 先ほどご発言がありましたが、体罰禁止と書いたときに、残りはいいいという反

対解釈になるのか、体罰が駄目なら体罰に準ずるものも駄目だという拡張解釈になるのか。それは両方あり得ますね。

(●●) あり得ます。

(座長) 少なくとも体罰は駄目だと書いたのであって、それに準ずるものも駄目だという趣旨だという説明自体は可能だと思います。

なかなか難しいのですが、やはりある程度の具体例を挙げることは必要ですね。先ほどから文科省の解釈が示されていますが、どういうものがこれに当たり、どういうものがここに含まれるのか。適法な懲戒行為、懲戒という言葉は使わないとしても、適法な行為に当たるのはこういうことだと具体例が求められる。体罰といわれているものはこういうものであって、虐待とはどういう関係なのかについてもある程度の整理は必要になるような気がします。これはどうですかといろいろ細かいものを挙げられると、それはなかなか難しいですけども、それぞれのカテゴリーに含まれる中心的なものとしてどんなものがイメージされるかが、もしある程度出せるなら、出した方が議論しやすいような気がします。

(●●) 先の話になるのかもかもしれませんが、例えば中間試案を出してパブリックコメントになったときに、一体どの話をしているのかが分からないと、ものすごく抽象的な空中戦になってしまって、話がかみ合わないまま賛成・反対になっていくと思います。

学校教育法で挙げられている文科省の例は、学校を場面に行っている具体例なので、そうではなくて、家庭を舞台にしたケースで、こういった例がこうなるというものについて、具体的にみんなが結論として共有できるのであれば、あとは書き方の問題だけになりますし、その部分が共有できないことになる、より実質的な問題があるということになるのではないですか。

(座長) そういう意味では、コアになる例を挙げて議論した方がいいような気がします。しかし、肉体的・精神的な苦痛を全く与えない懲戒・しつけ行為、全くというのは、やはりあり得ないでしょうね。

(●●) 例えば厳しく叱ったらショックを受けるというのは、ここで禁止されている事項ではないですよ。それで泣いたからといって通報されるという事案でもないと思うのです。一方で、たたいたりということになれば別です。

肉体的・精神的にショックを受けるという被害の側の形だけで書くとうまく書き切れなと思います。

(座長) 先ほどの虐待との区別の話ですが、いつも強く叱っているのは、継続的な行為としては虐待に当たるかもしれませんね。

(●●) そうだと思います。おやつ抜きはしつけ・懲戒であるかもしれないけれど、夕飯抜きが毎日続くとネグレクトになると思います。実際最近のケースでもそうです。しつ

けと称して。あれはしつげでも懲戒でもなくて、体罰ですらなくて、単なる虐待なのだと思います。

(座長) 監護権の行使である以上、目的との関係で親の側が一定の配慮をしていなければいけないのでしょう。

(●●) それが820条の「子の利益のために」という言葉が入っていることの意義だと思います。

(座長) それがなくなると、それは監護権の行使ではなくなる。

(●●) それがなくなって、親が腹が立ったからやるというのは、820条外の話だと思います。

(座長) 皆さんの間に、実質においてはそんなに大きな差はないと思います。あとほどのように書くのがいいのかということと、外に出たときに実質において異なる考え方に立って、これは駄目なのか、あれはいいではないかと言われそうなことは何でしょうか。われわれはこれは駄目だと思うけれど、いいと言う人もいるという問題もあります。

(●●) 大学で教えていて、体罰を受けて育った人は手を挙げてと言うと、半分以上は手を挙げます。かなり広く経験があるようです。そうすると、そのこと自体を非とは考えていない人は自分が育ったように育てるということがあるので、かなりのパーセンテージの人が体罰禁止だけでもショックを受けるのではないかといまだに思っています。この話が外に出ていったときに、どこまで皆さんがコンセンサスを持ってくれるかということ、相当幅はあると思います。

ただ、体罰禁止については書けるところまで世の中が煮つまってきているのではないかと思っています。

(●●) 体罰を受けた子が半分くらいいたというときの、体罰の中身を知りたい。逆に言うと、体罰を受けたことはないと言って手を挙げなかった子は、昔お尻はたたかれたけれど、あれは体罰ではないと思っているかもしれません。

(●●) ちょっとお尻をたたくというのも含めてと言っています。

(●●) なるほど。それで半分ですか。

(●●) 半分強です。

(●●) もう少し多いのかと思いました。

(●●) 私自身は一切お尻もたたかれないという形で育ったし、自分でも子どもをそうやって育てた経験もあるので、体罰禁止、お尻をたたくのも禁止で全く違和感はないのですが、今の日本だとかなりの人が違和感を持つでしょう。

(●●) 頭を殴るとなったら体罰だと思うのですが、頭の上をコツンというのが体罰に当たるかどうかというと、判断が分かれる気がします。

(座長) 先生がコツンとやると、今は体罰だと児童・生徒は言うのでしょうかね。

(●●) やはり言われますかね。

(座長) 言うでしょう。フランスではみんなそう言うと言っていました。児童・生徒はそう言う。ただし、フランスの学校は処分が厳しい。中学校でも暴力行為は退学になります。日本はそこまでやりますかというところがありますから。

(●●) コンセンサスをつくるのは難しいでしょうね。

(座長) そうかもしれないですね。体罰禁止に対して、正面から禁止しなくていいという意見を言う人は少ないと思うけれども、どうですかと言われたときに、サイレントな人たちが反発を示すということは依然としてあるかもしれないという認識ですね。どうでしょうか。

(●●) 分からないな。何となくまとまりそうになっても、具体例を挙げて議論していくと、それぞれの価値観の違いが結構出てくるのでしょうか。

(●●) そうなのです。

(●●) 大学生をコツンとやるのは体罰で駄目だというのは、大学生なら言葉が通じる世界だからということがあって、ものすごく小さい子どもで、駄目だと言って全部が通じるかどうかというのでは、違いが出てくる可能性はある気がします。

(●●) 11 ページの (2) で 820 条の規定の在り方として、「権利を有し、義務を負う」を「義務を負い、権利を有する」と語順を入れ替えるという提案が示されています。私も義務性を強調するために「義務を負い、権利を有する」に変えるなら、今行われている議論がそのきっかけになるのかなと思っています。かりに「義務を負い、権利を有する」にすると、何かしら不都合はあるのでしょうか。

(法務省) 不都合が出てくることはないと思いますが、この改正でやることの正当化が必要だと思っています。「第4 おわりに」に書きましたが、親権という言葉自体についても親責任にするなどいろいろな立法論がある中で、822 条のここまでだけを触ることをど

のように説明するかだと思います。親権という言葉の問題自体は将来的な課題としたまま、820条の語順を入れ替えることについてどのような理由付けをして、それを正当化するかというところが課題になってくると思います。

(●●) 前回の法制審でも問題になって、今のような説明であまり変わらなかったのだと思うのですが、本来義務としての性格の方が強く、それを再確認するというのであれば、理由になるのではないのでしょうか。親権という言葉を残しつつも。

(座長) 今回の改正に結び付けて言うのなら、懲戒かしつけかどう言うかは分からないけれども、そのような権限を行使するときの限度を示すことと併せて、義務性を強調するという説明ではないでしょうか。将来的にこれを全体としてどういうものにするかはともかくとして、取りあえず現在は義務性を強調することが懲戒権の濫用的な行使を防ぐ上で一定の有効性を持つのではないかという理由付けをすることになるのでしょうか。

(●●) これは私自身の理解に過ぎないのかもしれませんが、親権は子どもとの関係でいうと基本的には義務としての性格の方が強くて、子どもに対して教育をし監護しなければいけない、その教育や監護の方法が制限されているということです。権利性があるとしても、子どもに対して支配者として権利を持っているというニュアンスではなくて、むしろ他者に介入されずに、国家に介入されずに親は自分の子どもをどういうふうに育てていくのかについて権限があるというニュアンスだとすると、子どもとの関係で体罰を禁止して、子どもとの関係での義務性を明確にするのは、座長と同様に、説明は成り立つのではないかという気はします。

(座長) 仮に体罰を禁止するというところまでが書いて、そこからはみ出す部分は書くのが難しいとしたときに、820条を併せて変えることによって、方向性としてはこちらなのだということをこの改正で示したという説明は、前回820条に子どもの利益を入れてそういうことを言ったわけですが、それはある程度言える部分もあるかもしれません。ただ、あまりやると際限がなくなってしまうので、今回はどこまでやるかという線引きが必要です。前回は、親義務という話が研究会の段階では結構言われていましたね。

(●●) 出ていました。

(座長) かなり言われていたのだけれど、最後に放棄したのはどうしてだったか。今回の改正のポイントはそこではないという感じだったのでしょうか。

(●●) どうだったか、遠い昔のことです。

(●●) 私自身は研究会のときは、あまり言葉によって事態が変わると思っていなかった記憶があります。親権を親義務とか親責任に変えることによって、何か動くとはあまり思っていませんでした。それよりは体罰禁止を書く方がずっと実があると思っていまし

た。

(●●) 親権という言葉は、もちろん親権というと親の権利という感じで見るとはあり得ると思いますが、元々のドイツ法と比べるとそんなに強い言葉ではありません。ドイツ法では *Elterliche Gewalt* です。*Gewalt* はゲバ棒のゲバルトで、暴力を含む実力行使ですから、親の実力行使というすごく強い言葉だったのです。それが変わったというのと親権は随分ニュアンスが違う言葉です。だから義務と権利を逆にするのは十分いい選択だと思いますけれど、言葉まで頑張って変えるほどかなという感じはします。

(●●) それと、実効的な親権制限の方法について論じず、非常に抽象的な議論だけがされていたことに対する不満もあります。親権について自然後見にするとかいう議論です。さらに親権は義務だけなのだという学説すらありますが、そんなはずはなく、親権には権利の側面がもちろんあるはずで、そのようなこれまでの民法学界の学説の議論に対する不満もあって、ここで言葉を変えることに私はあまり情熱を持ってませんでした。研究会では、それよりも具体的に子どもが救えるようなことを書き込みたい、せめてははっきり体罰は禁止ということを書き込みたいという立場でした。親権という言葉自体には、先ほどのご意見のように、本当にそんなに激しい力はありませんように思います。でもそれは違う、ここで変えた方がいいという意見があれば、もちろん反対はいたしません。でもそうすると、あちこちの法律に波及します。

(●●) 親権が単なる義務だという考え方の学説があることはあります。そう言えるのなら親義務でいいと思うのですが、第三者の介入を受けないとか国家の介入を受けずに許された範囲で親が自分の判断で子どもを教育し監護することができるという部分が全く消えていいのかは気になります。

(座長) 虐待のケースでは、親権者は権利があるからと多分言います。それに対して義務性を強調することはそれなりに意味があると思いますが、それには最初に出た、順番を変えるだけでもいいのかもしれない。

他はいかがでしょうか。それではまだご意見があると思いますが、一応研究会資料についてご意見を頂いたこととさせていただきます。次回は取りまとめになります。今日のご意見を踏まえて研究会資料を書き直していただいて、改めてご議論を頂き、取りまとめを図る。何が論点になり得るのかを、明らかな形で示せればと思っています。

それでは本日はこれで閉会します。どうもありがとうございました。