

第2回 監護権の規定の在り方に関する研究会

日時：令和元年7月16日（火）16:30～18:30

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

（座長） 皆さんおそろいですので、第2回監護権の規定の在り方に関する研究会を始めます。本日は報告書の取りまとめに向けて、第1回で頂いたご意見を見え消して資料に織り込んだものを報告書の案という形で出しています。これについてご意見を頂ければと思います。

前回ご意見をいただいたように、822条の規定の在り方の見直しということで、822条を中心にして、それに関わる問題に言及しています。お気付きの点からさらにご意見を頂ければと思います。

赤で書き加えてあるのは前回の議論の内容をまとめた形がほとんどで、「研究会では」という形で書かれています。その他、学校教育法関係の注などがあり、最後に別紙で体罰の例として考えられるものが参考として掲げられています。

（●●） 前回の議論で、学校教育法の手入れをすべきと私が発言して、赤字で入れていただいているのですが、そのときに、学校教育法は親権と違って学校の秩序維持という観点から親権とパラレルではない整理ができるのではないかという指摘がどなたかからありました。親は懲戒権がないのに教員だけ懲戒権があるのかということになるといけないので、いずれにせよ学校教育法は手を入れないといけないと思いますが、こういう示唆があったことを書き加えておくと、学校教育法に手を入れるときにいいことを考えついでいただけるかもしれないという気がしました。

（座長） 具体的にはどこに書き込むことが考えられますか。

（法務省） 3ページの赤字で加えた所の後に入れてはどうでしょうか。

（座長） 今のことをコンパクトに言うと、親権の場合との異同というか、同じ面はあるが、違う点にも留意しつつ検討する必要があるということでしょうか。

（●●） はい。

（座長） それはそういう形で織り込み可能ですか。

（法務省） はい。併せて、前回確かに学校という場の秩序維持の他に、年齢にも幅があるという指摘がありました。学生は一定の年齢に限られますが、親権は赤ん坊からずっと続いてくるものだということです。法務省内部で議論しているときには、学校の先生は教えることのプロで、逆に言えば学校の場合での関わりになるけれども、親はいろいろな

人がいる一方で、最後の責任を負い、子供にずっと関わっていかなければいけない。そこに差は出てくるのかもしれないといった意見がありました。異同についての着眼点みたいなものがあれば、併せてご示唆いただければ、まとめて記載します。

(座長) その点について何か指摘があれば、指摘を踏まえた形で加筆ができますが、いかがでしょうか。

(●●) 難しいですね。

(●●) 今ご指摘があったような、学校の先生が子どもに関わるのは学校の場合だけで、親は子どもとずっと関わっていくという違いを記載することによって、場合によっては、そうであるから親にはより強力な権限を認めるべきだということにもなりそうです。そこはあえて書く必要があるのでしょうか。違いとしては確かにご指摘のようなことがあるけれども、それを書き込むことによって、改正で目指そうとしているものと違うことになってしまう可能性があるのではないかということを感じていました。

(●●) 話題を変えることをお許しください。14ページの(注2)に関して、離婚後共同親権が今すごくホットになっているので、注意をしなければいけないと思います。

(注2)の「離婚後と嫡出でない子の共同親権を立案した」というこの部分は確かにそのようなのですが、全体としては児童虐待対応が非常に手厚く進むという前提の下でこの条文を書いたところがあります。現在の前提の下では、私は離婚後共同親権に反対です。ここで寝た子を起こすのがいいのかどうかは分からないのですが、この本のこの部分を書いた人間としては、大前提を踏まえた上で書いたのが、あなたはこのごろ書いていることが違うのではないかと非難を浴びています。つまり、離婚後共同親権に反対だとはっきり書いたら、あのときと違うだろうと言われているのです。児童虐待対応が非常に手厚く行われるという前提でこれは書いていて、それがなくなると共同親権にしてしまうと被虐待者が逃げる自由を奪うというリスクがすごくあるので、現在の児童虐待対応を前提としたときには、私自身は離婚後共同親権には反対なのです。筋としては、将来的には共同親権がいいと思いますが、不適切な親権行使に対して社会が子供を守る力がない現状で、安易に離婚後共同親権は入れられないと思っています。離婚後共同親権の問題が(注2)だけ引用されていると、そちらの方向へ誘導することになりはしないかというのが、その文章を書いた人間として非常に気になっています。

(座長) 一つ前の学校教育法の問題についてはご発言がなかったので、後ほど改めてお話しさせていただきたいと思っています。

「おわりに一残された課題」の所は、今回は監護権規定の在り方に関する研究会が問題を絞っていることについての説明で、その限度で、ここに書かれていること自体は、こういうことなのかと思います。(注2)で引用されていることを相対化しておいてほしいということですか。

(●●) そうです。

(●●) 引用絡みのことです。今の委員の意図とは逆方向の話になるのかもしれませんが、民法改正委員会家族法作業部会というのは純粋な研究会なので、家族法作業部会という形で略して引用するのもややミスリーディングなのかなという気がします。私自身も関わっていたのですが、最終的にはそれぞれの責任で該当部分について執筆されています。この部分でいうと委員のお名前です。むしろ意図したことと逆方向になるのかもしれませんが、何の説明もなしに使われると、やはり法制審の部会みたいなイメージになります。

(座長) どこかで説明してあった。

(●●) 3ページの(注2)に「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)」とありますが、少なくとも私的な研究会であることを入れないと適切ではないと思います。

私自身は、あれは作業部会の提案ではなくて、最終的には作業部会での議論を経た個々の研究者の提案だったと思っています。

(座長) では注釈書と同じで、執筆部分および執筆担当者を書く。

(●●) 無難ではないでしょうか。

(座長) 委員は共同親権について他にも書いていますね。

(●●) 最近、反対意見を書いています。

(座長) それも引用してもらったらどうですか。

(●●) はい。たとえば、プレジデントオンラインで検索したら出てきます。

(●●) 両方並べただけでは変節したと思われてしまいませんか。先ほどの前提を言わないと。

(●●) ありがとうございます。家族法部会の本は、全体としては育児支援の充実を前提として書いていたのですが、どうやって引用したらいいのか。

(●●) 書いてしまったら、その後は自らコントロールできないのです。

(座長) そうですね。

(●●) 育った子供と同じです。

(座長) 難しいのですが、家族法作業部会というのは変えてもらって、研究者の研究会の中で試案としてこういうことが言われているという形にする。あるいは、「当時の〇〇においては」というように、「当時は」と明示してはどうですか。

(●●) 今日は別だと。でも、明日もまた別になるかもしれない。

(●●) 全体の前提となる留保をいちいち書かずに、条文だけいじって、とにかく条文の提案をということだったのです。児童虐待対応が手厚く行われるという前提の下でという留保があったのですが。

(座長) 家族法作業部会という書き方を何とかしてもらるのが最低限で、あとは、二つ載ると確に対比されて変わったと思われるかもしれませんね。

(●●) 変節したと言われてしまう。

(座長) その方が委員の全体としての考え方を表している。こういうことであればこうなるけれど、そうでなければこうはならない。それは、考え方としてはあり得る話です。一般論として、この問題について積極的に立法せよという人もいますし、原理的にはそうかもしれないけれど実際にはいろいろ不都合があるという意見もいろいろなところにあります。(注2) だけでいいのかという問題はありますが、しかし、「おわりに」で書いているのに、たくさん注が付くのもどうなのかという気もしますね。

(●●) そうですね。(注2) を削ってしまうという手もありますよね。

(座長) (注1) を挙げておいて、(注2) がないというわけにはいかない。

(●●) 反対論を書くとか。

(座長) どうでしょうか。

(法務省) 他の●●先生とか二宮先生の所と合わせて、立法論は家族法作業部会を主語にせずに「〇〇教授は」という形で全部書き下すようにしようと思います。その上で14ページの(注2)をどうするかは、委員次第かと思います。

(●●) こういう前提でこんなものを書いているというのを付け加えていただくとうれしいです。

(座長) 共同親権導入は、委員だけが言っていたわけではないですよ。

(●●) それはそうです。

(座長) 他の文献も挙げることは可能ですね。これだと委員だけが主張しているみたいだ。

(●●) 共同親権については今すごくホットな状況なので、賛否両論が激しく出ているはずです。親子断絶防止法案が駄目になって共同養育支援法案になって、今は離婚後共同親権になっているので、賛否両論激しい状況であることを書くといいかもしれません。

(座長) 難しいですね。現在のホットな立法論に踏み込まないで、こんなこともしばらく前から議論になっているということを書いて、その例として挙げる。

(●●) 離婚後共同親権制度の導入自体はこの提案だけではなくて、主張も多くなされていて、一方でそれに対して慎重な見方もあるというような、一般的な書き方でもいいのではないか。ある意味で、この問題を議論するときは共同親権は当然だという形で議論している人たちも大勢います。いちいち引かなくてもいいのではないかなという気がしますけど。

(座長) 検討して、引用しなくても議論が成り立つならそうする、ということにしますか。

(法務省) (注2) 自体を落としてしまうということですか。

(座長) そうです。あるいは別のものにする。

(法務省) その場合、(注1) はそのままですか。

(座長) (注1) はどうしましょうね。

(●●) 共同親権の問題を本文にどうしても書かなければいけないということであれば、親権という用語自体に関する改正提案をはじめとして各種の改正提案がされているということでしょうか。

(注3) も指摘があるのですが、これは文献を引いていません。このあたりを一つの注にまとめて、各種の提案の内容として、離婚後共同親権制度の導入などの提案があり、その他例えばということで(注3)の内容をまとめて、文献なしで記載するというようなこともあり得るかなと思います。(注1)は、現在のままで維持する。

(座長) (注2)は、文献がたくさんあるから引かないというのはあるのかもしれませんが、項目は消しにくい感じがします。(注1)、(注2)、(注3)の中で何が一番ホットかという(注2)です。一般的な形で、積極的な考え方も多いけれども、実務的な慎重論もある

るといったことを（注2）に書いてもらえればいいでしょう。

（●●） 今は、教科書レベルでも共同親権を書いているものが多いのではないですか。私自身は慎重にしか書いていませんが、割に積極的に書いている人もたくさんいるのではないかと思います。

（●●） 二宮先生は何か書いていらっしゃるのではないでしょう。

（●●） 二宮先生の家族法改正の研究会で、「戸籍時報」で。

（●●） 家族＜社会と法＞学会の改正提案がありますし、改正作業をずっとやったというのもあります。もう7、8年前だと思いますが、親権に関する検討もやっていて、そのときも改正提案が出ていたと思います。

（●●） 違うものを引いてもらえば。

（●●） あるいは、これをそのまま残すとしても、たくさん並べる。

（座長） これはたくさん並べない方がいいです。

（●●） どちらでもいいと思うのですが、逆に言うと、（注1）もこんなに詳しく書かなくてもいいのかなという気はします。

（座長） もう少し簡単でもいいですね。別に二宮さんだけが言っているわけではないから。

（●●） そうなのです。親権という言葉自体も見直す考え方や、という形でもいい。

（●●） それはすごく昔から、終戦直後からありました。自然後見にすべきだとか。イギリス法は、親権は自然後見にしているとか。それこそ大昔からあります。

（座長） あります。だから（注1）も（注2）も一般論にして、こういう議論があると、ざっくりと書けばいい。

（●●） 学校教育法との関係に戻るのですが、3 ページの赤字部分はこの位置でいいのか少し疑問に思っています。822 条を削除する場合にはうんぬんと書いていますが、3 ページの一番上の赤字部分に追加でもいいのではないかと思います。822 条を削除することだけで学校教育法との関係が問題になるのではないので、見直しの方向性の所で全部書いた方がより適切ではないかと思うのです。

(座長) 削除するかどうかにかかわらず、822条について検討して、何らかの態度を決めるのならば、併せてこの問題についても考えなければいけないということにしたかどうかということですね。

(●●) はい。

(座長) それで別に支障はありませんね。ご指摘に従って場所を動かして、少し修文していただくことにしましょう。

(●●) 2ページ目の赤字追記部分の5行目から「他方で」から始まる文章は、前回の議論が反映されたものだと思います。私は議論に参加していたので、この文章だけでも何が言いたいかを読み取れるのですが、この文章だけを読んだ人が、それまでの文脈の流れから何を意図して削除する必要があるかを正確に読み取れるのか少し不安です。そもそも今回の児童福祉法に関する法律で体罰禁止が定められたことは、第1では書かれていません。今回の法改正に伴って見直しが必要だとは書かれていますが、体罰禁止について明文化されたということは一度も触れられておらず、ここに突然その記述が出てきて、それがあるから見直ししなくてもいいというふうになると、読んでいる人はここで何が言いたいのかが読み取りにくいと思いました。

前回の意見の趣旨だと、児童福祉法の方で親権者による体罰は駄目だということが明記されたので、わざわざ民法の規定は改正しなくとも、そこからどういうルールが具体化して読み取れるかは分かるはずだということだったと思うのですが、この文脈の中で「他方で」とパッと出てきて分かるのかなと思ったのです。

(●●) 今の懸念はそうなのだろうと思いますし、冒頭に書かれていたように、民法822条は改正されて「子の利益のために」という文言が入れられて、さらに今回児童虐待防止法、児童福祉法の一部の改正ということで親権者の体罰禁止が明文で定められたことによって、子の利益のためにという意味内容も明確にされたとした上でという説明を付けたらいいということですね。

(●●) そうです。

(●●) そうでなくて特別法で定められたからそれでいいと言うと、随分無責任な印象になるということだと思うのです。

(座長) 具体的には大きな流れとして「はじめに」の中に位置付けた方がいいということでしょうか。

(●●) 「はじめに」の中で書いていたことを、もう一度第2の見直しの方向性の所で書いてもいいと思います。「他方で」の後で、「前述したように」という形で。

(座長) つまり、「体罰禁止が定められたことを踏まえると」の意味を明確にする。

(●●) 822条には、元々、子の利益のためにという言葉がビルトインされている。それが必ずしも明確ではなかったかもしれないけれど、今回の改正法によって児童虐待防止法でこれが定められたことによって禁止が明確になったという説明をすればいいということですよ。

(●●) そうです。もう一つは、「はじめに」に親権者の体罰禁止が児童福祉法の改正で定められたことを書く必要があるのかどうかはよく分からなかったのですが、突然ここで出てくる話になっています。

(座長) そこは微妙なところがあります。2 ページの赤字部分が、どういう意味を持つのかをもう少し書き加えたらどうかというのはそうだと思いますが、もっと大きな流れとしてそれを捉えると、むしろ「はじめに」は要らないのではないかという気もしてくる。

(●●) そうですね。

(座長) 「はじめに」で言っている感じになると、それはそれでまたミスリードするような感じがします。

(●●) 「他方で」という程度にしたと。

(座長) 児童福祉法を改正して、それで一定の対応がされているということを前提にはできるけれども、はしがきで、それでいいという流れをつくるのは必ずしも適当ではないので、そのことを重視するのならば822条をいじる必要もないという考え方もありうるところで書いていると思います。「はじめに」に書くとしても、書き方に多少工夫が必要な感じがします。

(●●) 書かなくてもいいのかもしれませんが、よく分かりません。

(法務省) 23年改正のことを「前述したように」という形でここで引いて、5ページにどういう規定が入ったかが書いてありますので、「後記のとおり」みたいな形で合わせて引いてきて、その両方を踏まえると現状維持も一つの選択肢ではないかという指摘があったという形でまとめるぐらいの方がいいかなと思いました。

(座長) 微妙なところですがよろしいですか。でも、ある程度議論につながりを示すことは必要ですね。

(●●) 7ページの(注2)です。820条および821条から823条の整理の話で、確かに前回私も820条を整理することに伴って、その他の規定も削除する必要性が高まるという

話をしたのですが、もし 821 条から 823 条までの規定が全くなくなってしまうと、820 条しか親権に関する内容についての規定がなくなります。今、821 条から 823 条は、親権の具体的な内容のカタログとしての意味内容も持っていると思っています。本当に全く削除していいのか、あるいは 820 条の見直しに伴って、その他の規定も削除する必要性が本当に高まるのかどうかは若干疑問に思ったところです。感想に過ぎないのですが。

なぜそれが書かれているかと言われると、若干不自然なものだけが具体化されている点はあるのですが、かといって具体的な内容として、カタログとして示されているものが全く要らないのかどうか。

(座長) 全く要らないという話は、具体的にはどこから出てくるのですか。

(●●) この段落で書かれていることは、削除するものとして 822 条が典型的なものであるとなっているけれども、そうであれば 822 条の懲戒権の規定のみならず 821 条も 823 条も整理するというふうに書かれています。全て削除しろとは書いていないのですが、全体的なトーンとして削除しろと読める。居所指定権や職業許可の話も、全体としてこれらの事柄はもう書かなくてもいいというトーンに読めたのですが、私の読み間違いですか。

(座長) 居所指定権は要らないかもしれないけれども、子の引渡請求の根拠条文が要るのではないかという話がありました。

(●●) そうですね。

(座長) 整理するというのは削除するという意味かという話にもなるわけですが、必ずしもそうではないですね。

(●●) 7 ページの (1) の 2 行目で「規定の関係を整理が必要になる」というのは、「関係の整理」ですね。

(座長) 削除するというのは、「そうであれば」と受けているので、前と同型の構造で整理するというのが、取りあえず念頭に浮かぶということですね。しかし整理の仕方は一つではないので、822 条を削除したら他の条文はどうなるかを考えなければいけないという話です。必ずしも 822 条と同じ扱いになるわけではないということが、もう少し表に出せますか。そこは修文を少し工夫してもらいましょう。

(最高裁) 報告書の構成についてですが、「第 2 民法第 822 条の規定の見直しの在り方」の中で、「1 見直しの方向性」ではこれまでの議論の整理とそれに対する本研究会での議論が書かれており、「2」はこれまでの議論と問題点の指摘のみ、「3」はこれまでの議論の整理とこの研究会での指摘、「4」はこれまでの議論の整理のみが書かれています。こういう構成でいいのでしょうか。

(座長) 内容が全てパラレルな形になっていないということですね。

(最高裁) 過去の議論の整理がされているだけの所と、この研究会でこういう意見が出たというところまで整理されている部分が同列で書かれているのですけれど、そういう構成でいいのかということです。そういうものとして作るというのであれば、それでいいのですが。

(法務省) 2ページの「1 見直しの方向性」で三つの方向性を挙げて、本研究会でそれぞれの見直しの案について支持があったことをまとめて最初にした上で、どれかの見直しの方向性に特異なことだけ後ろに書き込むという形で書いています。4についての固有の指摘が今のところはないので、「本研究会においては」という指摘が書かれていないという状況です。

(●●) 先ほどの、児童虐待防止法の改正を踏まえると現状維持という選択肢はあり得るという指摘があったということは、見直しの方向の意見ではないからこちらにわざわざ書くことはないということですか。そういう意見もあったみたいなことを「前述のように」という形で加えると、形式美としてはいい感じがします。見直しの必要はないかもしれないということだとすれば違うかもしれませんが。

この規定を踏まえて 822 条の規定の改正の要否について検討する必要があるという指摘はあったのではないかと思うのですが、あまりそういうあれではないのですか。

(最高裁) 見直しの方向性でこの三つが考えられるということを取りあえず整理したという体裁で、それぞれについて議論したということだけであれば、それはそれでいいと思います。「4」の最後が、親権制度部会における議論の紹介で終わっているところが気になっただけですので、こだわるわけではありません。

(●●) 2ページの一番下の「なお」から始まる段落は、許される行為を具体化するというふうに整理していますが、逆に許されない行為が明確に具体化できて、それを書くという形であれば、4とある程度関連する話ではないでしょうか。

(座長) 4にここで議論したことが書かれていなくてよいのかということと、最後の部分がこれで終わっていていいのかということもあります。総論があつて各論があるという議論なので、いわば結びは総論の中に含まれているという前提で作られていると思いますが、終わり方としてどうなのかという指摘だと思います。しかし、さらに後ろがありますから。形式的には、確かに4についても何かある方が据わりはいい。ただ原案は、第2の1に全部書いてあるから、重複しては書かないということだと思います。

(法務省) 作成したときは、そのように考えていました。

(●●) 書いた方がいいのではないですか。

(座長) 重複しても書いた方がいいということですね。

(●●) これだけだとこの研究会以前の話をまとめただけで終わってしまう。基本的には肯定的な方向で受け止められて、今後の議論が必要だという方向性なのだと思いますので、そのことを重ねて書いた方がいいという気はします。言われてみると、確かに今の終わり方は唐突に途中で切れていて、それに対して何もコメントしないという形で終わっていますので。

(座長) 第2の1の「なお」の所をもう少し短くして、抽象化して、それに対して4の方を少し増やすような形で同じことを繰り返すということでしょうかね。

(●●) 少なくとも4の話は、先ほど指摘されたように、許容されているものは一体何なのか、あるいは許容されていないものは何なのかということについてある程度共有する認識をつくって議論しないと、この話は先に進まないというところではつながってくると思います。

(座長) 中身については多分皆さんご異論があるわけではないので、書きぶりの問題として、4が従来の議論の整理だけではないということが分かるように工夫をしてください。

(法務省) 分かりました。

(●●) 10ページの職業許可権についても、これまでの議論の話だけで終わっています。特段前回は議論がなかったので書きようがないのかもしれませんが。

気になったのは、医療行為の同意権についてかなり行数を割いて書いていることです。●●先生のご意見としては再構成することが書かれていたと思いますが、必ずしもその提案を本文中に書く必要があるのでしょうか。それはなぜかというと、医療行為に関する同意権は家族法の関心からだけではなくて、医事法全般についての問題点にまでかなり拡大してしまう事柄になっています。あえて本文まで書いてしまうよりは注に落とすか何かした方が、全体的な収まりとしていいと思ったのです。唐突な感じがしたのですが、そんなことはないですか。

(座長) 職業許可権については議論していないし、財産管理権も別に何もしていないので、そこは言いつ放しになっていますが、これらは付随的な問題で、ここで必ずしも意見を取りまとめる必要はないので、それ自体はまとめはなくてもいいと思います。医療行為の同意権は注でもいいかもしれませんが。取りあえずは民法に書いているものについてどういう対応をすればいいかという話なので、こちらはそういうことにしましょう。

(法務省) 医療同意の関係は、全部注に移すということですね。

(●●) 少なくとも「もっとも」以下の段落は要らないでしょう。多分、そんなに詳しく議論されていなかったと思います。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示されているというところまでは本文で構わないと思いますし、注に残せばいいと思いますが、次の「もっとも」以下の部分は、ここで正面から議論したわけではないのと、職業許可権と連続する話として位置付けるかどうか自体が議論のあるところだと思いますので、削っていいのではないかなという気がします。

(座長) 「その上で民法 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がされている」とありますが、再構成と書いたのだったか。代わりに 823 条に上げたかどうかと書いてありますか。

(●●) そういうふうに読めますね。

(座長) 再構成すると言うと、職業許可権といわれているもののうちの何かを残して模様替えするみたいな話になってきますが、これは別に移してしまって、医療行為の同意権の話が親権の問題として取り上げるのだったら、代わりに差し替えてここに置いたらどうかということを書いたのかと思いますけれど、それは別にいいです。ここをどう読まれても、さしたる影響はないので構いません。

(●●) ただ、職業許可権の下節の中に入っていると居心地が悪い。その他の問題という形で、例えば医療についての同意権を親権の具体的内容として定めることも考えられるという示唆があったとか。職業許可権に置き換わるものとして同意権を位置付けなければいけないという必然性はないですよ。

(座長) それはありません。

(●●) これだけ見ると、職業許可権を医療の同意権というふうに理解するのかと、ちょっと意外性が強すぎるかなと。

(座長) しかし、ついでに書いてあるからここに収まっていて、医療の同意権について、この後書いてありますけれど新たに項目を立てるほどでもないでしょう。

(●●) 最初の方で、820 条関連を見直して懲戒の規定がなくなるなら他の規定は全部なくなるかどうかという話の中で、別の問題として医療についての同意権に関して規定することも可能性としては考えられるとか、その程度の書き方をするのでいいのではないかと。注の中で結構ですが。

(座長) だんだん思い出してきました。医療行為の同意権の問題は、実は虐待の問題ともつながっているところがあります。ネグレクトの問題があるので。

(●●) そうですね。

(座長) そういうこととの関係で医療行為の問題を位置付ける必要があるのではないかと
いう話は、あるのかもしれないですけど。

(●●) それなら、その他で一つ項目を立てたらいいのではないですか。ものすごく短
くていいのですが。他のは、今あるものを削るという話だけですが、問題の立て方として、
今あるものとは違うもので立てられる可能性があるものもあるかもしれないというのは、
短くても論点として挙げておいたらいいかなという気がします。

(座長) どこに書くかですね。

(●●) 7 ページで、「その規定を存置する場合には必ずしも必要性が高いとは言えない
のではないかと指摘があった」と書いてあります。そういう指摘があったのかもしれ
ませんが、ここは 822 条の規定を削除せずにそのまま置いておけば、その他の規定は見直
さなくても良いという趣旨ですよ。でも今の全体の話だと、整理の必要性としては他に
も検討されるべき項目があるというのは、820 条とか 822 条の規定の在り方いかんを問わ
ずある話なので、この書き方をもう少し工夫してもらるか、書き方を改めてもらえと
ありがたいと思います。

(●●) 赤字の所の「整理」は、削除の意味に使っている感じに読めます。

(●●) そうですね。

(座長) どうでしょうか。

(●●) 例えば、今の赤字の所は「民法 822 条の規定の見直し方にもよるところがあり、
例えば、同条の規定を削除する場合には他の規定も削除することも考えられるが」とか。
「整理の必要性の程度は」と言うと、ちょっとつながらない。広い意味での整理の必要性
は、削除するかどうかにかかわらずあるのですよね。

(座長) そうなのです。削除すると、それと併せて整理の必要性は顕在化するとい
うことだと思います。今は特に触らないからそのままになっていて、821 条から 823 条もいじ
らないし、医療同意権についても特に何もしない。しかし、1 カ所触るのならば、削除だ
けではなくて、加える方も問題になるかもしれない。加除が問題になるかもしれない。

削除する場合には 821 条以下の規定の見直しが必要になるということを書いて、その際
にはこれらの規定を削除する他、その他のことを加えることも考えられる、みたいなこと
にすることはありますか。医療同意権についてはさきほどの部分をこっちへ吸収してし
まって、職業許可権の後ろに付いていた所は削る。修文できますか。

(法務省) 7ページの末尾を書いたのは、822条が削除になると、822条の内容が820条で書かれていて、独立の項目は要らないから削除になる。そうだとすると、821条も820条に含まれているのではないかということを検討する必要性が高い。一方で、例えば822条の懲戒という言葉だけを変えて独立した規定は残るのであれば、822条は820条の具体的な現れであれば、他の所が論理必然的に触らなければいけないということにならないのではないかという趣旨をここに書きたかったためです。

そのことと新しく加えるべき規定があるかないかを検討する必要があるというのは違う話だと思っています。こことは少し違う話なので、この文脈で書き切れることではない気がします。

(座長) そうすると、今の所は整理が削除というように方向付けられているというニュアンスを少し緩めてもらうことにして、このまま維持して、医療同意権はもうやめましようか。

(●●) あまり議論されていませんでしたが、私は個人的には入れておいてもらった方がいい。以前の親権制度部会でも問題にはなったけれど、見送られてしまいましたし。

(座長) しかし、居場所が難しい。

(●●) 居場所として考えられるのは、財産管理権の前に入れるか、財産管理権の後にその他という形で入れるかのどちらかだと思います。

(座長) 後でしょう。

(●●) 周辺的な問題にはなるけれど、単に削除するという方向以外の議論も論点としてあるという形で少しでも触れておいてもらった方がいいのではないかという気がします。

(座長) 数行ですむならばそうしましょうか。(4)までは条文があるから、その後ろの方がいいと思います。

(●●) 11ページの(4)財産管理権ですが、「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」として、826条の例を挙げているのですが、ここを講義するときには労働基準法でそもそもこのただし書は無意味になっているみたいのところから入ります。未成年者の行為自体を目的にする契約はできないというところをまず挙げるのが第一義的かと思ったのです。間違いだと言うわけではありませんが、労働基準法で骨抜きになっているような古い規定があるというのを、普通は講義の中では最初にするかと。

(座長) 今のままの財産管理権でいいのかという議論は、昔からあります。

(●●) そうですね。

(座長) これもあまりたくさん書く必要はない。

(●●) そう思います。

(座長) 本文で挙がっているのは「前掲・中田編 146 ページ」があるからですよ。

(●●) 今回は親権の話を見直すわけではなくて、監護権とはいうけれど主として虐待に関わるような話なので、財産管理権の話はそんなに詳しく触れる必要はないでしょう。むしろ医療同意権の話は虐待に関わってくるので取り上げたらいいと思います。

(座長) (4) の最初のパラグラフが 4 行ありますが、「後者については立法論が存在しないというわけではないものの、今回の検討の対象とすることは必要ではないと考えられる」といった感じでしょうか。

(●●) あるいは先ほどの「本研究会の検討対象には必ずしも含まれない」とか、そういう感じの書き方でもいいのではないかと。

(座長) 財産管理権についての立法論は、探せば複数見つかると思いますが、それを例示する必要もないということですね。

(●●) この話をやり始めると、先ほど離婚後共同親権の話がありましたが、それも含めて全部関連して議論しなければいけないという問題になっていきます。それは今回の検討課題ではないわけですよ。特にこれは「はじめに」で基本方針を示しているので、とりわけ懲戒と虐待の関係に絞ってということでもいいのではないかと思います。

(座長) そういう形でいいですね。

(●●) 利益相反行為よりは、私がまず第 1 に挙げた 824 条のただし書の「その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない」というのが、その子の行為を目的とするような債務を生ずべき行為などはできないと労働基準法でなっています。そういう意味で子供の労働契約はできないというのは、むしろ虐待との関係では、挙げるのなら近いかと思ったのです。いずれにせよ整理はお任せします。

(座長) 具体例はいいですよ。

(●●) いいと思います。

(座長) 最初の方で先送りした学校教育法との関係について、何か付言しておくことが

ありましたら、お願いします。

(●●) そこでなくてもいいですか。

(座長) では、この問題については研究会の席上ではなかなか出ないので、先ほどの限りで整理をしていただくということにします。その上で先に進みたいとおもいます。どうぞ。

(●●) 12ページの精神的虐待に対する対応についてです。どこがいけないというわけではないのですが、前回、そもそも虐待はいけないという議論がありました。体罰の禁止という親権の行使内容ではなくて、とにかく虐待はいけないという別概念になってしまうという議論です。虐待している親も、しつけをしているだけであって虐待はしていないと主観的には考えていることが少なくありません。

この発言を引用されているのですが、精神的虐待がいけないことはもちろんです。精神的虐待はしていいという意見はありません。「精神的虐待も含むコンセンサスが取れるようになれば」と言ってしまうのですが、精神的虐待がいけないというのははっきりしています。ただ精神的な、若干の苦痛を与えるようなしつけについて、虐待との違いがうまく書けません。言葉の場合は、精神的虐待と叱責との線がうまく引けないというのが難しい。でも、こうやって書いてしまっていると、少したじろぎます。

(●●) 引用するからそうなるのですが、赤字で足してもらった部分はそんなに変わったことを言っているわけではありません。「コンセンサスが得られるであれば」というのが本文の中に入っているのはちょっと奇妙な感じがするのですが、「現在においては精神的な苦痛を与えることについても、その限界を明示するのが望ましいという指摘があった一方で、体罰の禁止とはその性質が異なり、許容される苦痛の程度が」という形で本文を残して、注を削ってしまってもいいのではないかという気がします。

(●●) それなら、ホッとします。

(●●) ●●先生だけが言っていて議論になっているのではなくて、みんなこの問題があることは共有しているのではないですか。

(●●) 暴言虐待は非常に悪いという意見が強いのです。ネグレクトとか体罰は子供の命に関わってくるので深刻だけれども、子供の脳に対しては、言葉は記憶を留めるピンの役割をするので、「お前はクズだ、ばかだ」と言ったのがずっと子供の脳の中で繰り返されてしまいます。ネグレクトから救出した子供は案外後遺症がなくすくすく育ったりしますが、暴言虐待を受けていると予後がずっと悪いという小児精神科医の意見もあるので、精神的虐待はもちろんよくないという書きぶりに改めて、ここでそれをうまく書くことができないというニュアンスの本文の方がいいと思うのですが、難しいですね。

(●●) 注文としては、すごく難しいことを言っている。

(●●) すみません。

(●●) 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という形で、その改正に伴う難しい問題があるというのが2段落目で述べていることなので、少なくとも現時点の報告書としてはこれでもいい気もします。

(●●) 今の議論の若干の続きになるのですが、赤字部分の5行目の「苦痛の程度が同様であるのかも判然としないため」という、こういう理由付けではないと私は考えています。この表現は変えていただければと思います。書きづらいというのはよく分かるのですが。

(座長) 理由付けをするとしたら、どういう文言がよろしいですか。

(●●) すみません、今考えているところです。

(●●) 行為の違法性を判断するのが難しいということではないですか。体罰だものすごく物理的なものだから分かりやすいのですが、それに対して当該行為の違法性なのか、許容性なのか、不許容性なのかは分かりませんが、それを判断するのがより困難であり、慎重に検討する必要があるのではないかということではないでしょうか。

(座長) そうですね。

(●●) そうすると「コンセンサスが得られるのであれば」を削り、「許容される苦痛の程度が同様であるのかも判然としないため」も削り、そしてそこをどういうふうに変えるのですか。

(座長) 今のお話は「体罰の禁止とはその性質が異なり」の中身を説明しようという話ですね。

(●●) そうです。

(座長) 体罰の禁止の体罰ですら、外延を画するのが難しいわけで、有形力の行使という指標がないものを捉えるのは、さらに難しいということですよ。

(●●) 「有形力の行使を伴わない精神的な苦痛を与える行為については、体罰以上に違法性を判断することが困難であり」という言い方は駄目ですか。

(●●) 今の文を生かすとすれば、「許容される苦痛の程度を明確にすることが容易でな

いため」とか。

(●●) そうですね、それでもいい。

(座長) 懲戒とかしつけは、何らかの形で苦痛が生ずるのですか。苦痛が生じないものは許されるのですか。精神的な苦痛。苦痛ですか。苦痛と書いてありますね。

(●●) 虐待だとはっきり駄目と言えらると思うのですが。

(●●) 気になるのは、許容される苦痛という言い方が、そんなにおかしいことを言っているわけではないと思うのですが、苦痛を与えること自体が駄目なのではないかという議論との関わりで、つまらない形で揚げ足を取られるのは嫌だと考えるとすると、どうなのですかね。

(●●) 許容される叱責ですか。言葉の。

(●●) 許容されない行為の程度が明確ではなく。

(●●) 許容されない行為。

(座長) 赤字の2行目に「精神的な苦痛を与えることについても」と書いてあるので、苦痛を与えるということがこの文章の前提になっているのです。

(●●) 抑圧。精神的虐待。

(●●) コンセンサスを取った上で、「現在においては親権者による有形力の行使を伴わない行為についても、その限界を明記するのが望ましいとの指摘があった一方で」。そうすると指摘の趣旨は違うのかもしれませんが、そうすれば苦痛という言葉を使わなくても済みます。

(座長) 「一方で、体罰の禁止とはその性質が異なり、許容される行為の程度が」。

(●●) 「許容されない行為の程度が必ずしも明確ではないため」。

(座長) 「慎重に検討する必要があるのではないかという指摘があった。」

(法務省) 中身を伴うので併せてですが、15 ページに学校教育法の事例を付けています。15 ページの一番下にある丸は有形力と関わりのない形で、被罰者に肉体的苦痛を与えるようなものという考え方です。つまり、有形力を使うか使わないかで体罰を完全に切り分けられるかということ、児童虐待防止法上の体罰の定義次第かもしれませんが、必ずしもそんな

なに簡単ではないような気がしています。要するに、苦痛の性質が肉体的なものか、精神的なものかという区別だとすると、有形力の行使を伴うか伴わないかという形で切り分けて、範囲が明確かどうかという議論をするのがそんなに簡単ではない気がしています。

(●●) 肉体的な苦痛を伴わない行為についてのとかですかね。これは精神的な苦痛ですよ。

(座長) 難しい。肉体的な苦痛を伴わないというのは、そうなのかもしれないですけどね。体罰はみんな精神的苦痛を伴っている。今のままで、書き直しをしてもらうのは気の毒なので、もう少し指針を明らかにしたいのですが、できるだけ現在のものを残せる形で、修文が楽な形で書くとすると、どうなるのでしょうか。

切り分けが難しいというさきほどの話を、もう一度話してください。

(法務省) 許される行為の範囲が明確になるかならないかで、体罰と精神的苦痛を分けるという話もありましたが、少なくとも学校教育法上の体罰というのは有形力の行使を伴うかというよりは、感じた痛みが肉体的な性質のものかどうかという形で切り分けられているように見受けられます。そうすると、苦痛が要するに肉体的か精神的かの違いなので、外形的に許容される行為の程度が明確かどうかという形で体罰とそれ以外が差別化できるかどうかというところが疑問になってくるのではないかと。

(●●) そうだとすると、先ほどあったように、「体罰の禁止が定められた現在においては、肉体的苦痛を伴わない行為についてもその限界を明示するのが望ましいとの指摘があった一方で、そうした行為については許容されない範囲の程度が必ずしも明確に定まらないので」という書き方でいいのではないですか。

(法務省) 肉体的な痛みと精神的な苦痛がそれほど違うのかというところが若干疑問です。そこは違うし、許容される水準も違うかもしれないという実質的な議論があるのであれば、そちらを決めきらないと書けないということはある得だと思います。

(座長) 肉体的な苦痛があるのは、比喻でいうと権利侵害があるのにあたるけれども、肉体的な苦痛がない場合には明確な権利侵害がない。いまは実質の話ではなく、基準の話をしているだけなのです。続けますが、そこはそういうものがないので、総合考慮で違法性の範囲を決めなければいけない。さきほどのお話はそういうことですね。不法行為で二分法が取られているのと同様の構造があるのではないかということ、さきほどから言っている。そこには差がある。

(●●) 多分違法性の判断が違うのではないかと気はしますし、学校教育法を前提として、これが確固たる体罰の概念なのだからということをやりと始めると収拾がつかないと思うのですが、取りあえずここでは体罰の禁止。

体罰は、肉体的苦痛を伴うものですよ。精神的苦痛だけを生じる体罰はあるのですか。

ないですね。そうだとすると、肉体的苦痛を伴う場合以外についても、要するに叱責というか言葉による暴力についても検討する必要があるし、しかしそれについてはもう少し慎重に判断しなければいけないという意見があった。そこまではそんなに大きくずれはないのではないと思うのですが。

(座長) 体罰について学校教育法で一つの考え方を出しているのだけれども、それと明らかに不整合にならない方が、現段階ではいいと思います。その意味では、学校教育法を踏まえて書く必要があると思います。厳密に体罰以外の、ここで言うところの精神的な苦痛を与える何かについて、今の段階でそれほど詰める必要はない。そんなに突き詰めない形で、しかし矛盾が生じない程度で書けませんか。先ほど委員がおっしゃったのはいいような気がしますが、書きにくいですか。

(法務省) 大丈夫です。

(座長) ではそれをお願いします。

(●●) 今の所で、大きなタイトルが「体罰以外の懲戒権の濫用に対する対応」になっており、(1)で精神的虐待に関する対応で、(2)が820条の規定の在り方になっていますが、(1)と(2)で書かれている内容にかなり違いがあると思います。(1)はタイトルに合っていると思うのですが、(2)はどうなのでしょう。この項目立てでくれる内容なののでしょうか。そもそも体罰以外の懲戒権の濫用に対する対応の、精神的虐待に当たるものをここに書くのがいいのですか。このままで良いとしたら、少なくとも(2)と内容の性質がかなり異なると思うので、もっと明確に切り分けた方が良くはないかと思いました。もし(1)と(2)がこのままでいいとおっしゃるのであれば、その趣旨を説明していただきたいというのが1点です。(1)の精神的虐待に対する対応が、ここにあるのが分かりやすいのかというのが2点目の質問です。

(座長) 精神的虐待に対する対応が(1)に来るからいけないかもしれない。(2)も体罰以外の懲戒権の濫用だから、精神的虐待に対応するのだけれど、(1)は具体的な基準を考えましょうという話です。(2)は基本原則で対応しましょうという考え方だと思うのです。

(●●) (1)は5ページの「懲戒権の行使として許容されない範囲のさらなる明確化」で、今書かれていることを体罰に関しての話として(1)として、それ以外の精神的虐待に関するということで(2)という形で後ろに続けるというのもあり得るのではないですか。書かれている内容は、典型的な体罰以外の場合にも許されない場合があるのではないかと、ただ、それが明確化することができるのかどうかという論点が書かれているので。

(座長) おっしゃることはよく分かるのですが、全体が体罰から出発しているので、5ページの4も、その下での議論になっているのです。より広いものについては後ろにまとめましょうという発想ではないでしょうか。4だけを考えればおっしゃったようなことにな

と思いますが、全体からちょっとはみ出さないかという感じもしているのでしょう。

(●●) 大きくは第3で、822条の規定の見直しに関する論点整理なのです。この中で他はみんな820条との関係になっているのですが、精神的虐待に関する部分は実は820条との関係ではなくて、ストレートにどんな行為が許されるのかということです。

(座長) そうすると、はみ出してもいいのかな。むしろ、4ははみ出しても構わないと考えて、現在の位置に置かれている方が、その中ではみ出している。

(●●) ずっと見てきたときに、ちょっと異質な話があるのかなと。あまり大きな見直しになると大変だから。特にこだわることではないので。

(座長) 12ページの2の(1)は、822条で対応するのでは駄目なのですか。

(●●) 私自身がよく分からないのは、822条の規定を残すか残さないかにかかわらずある問題ではないかという気がするのです。

(座長) 820条との関係の整理という問題がある。

(●●) 体罰が主として議論の対象になっているのは確かですが、体罰が許されないことについては、規定を残すか残さないかにかかわらず研究会で共有されているのではないのでしょうか。そうだとすると、次の問題として、典型的な体罰以外の問題で精神的虐待に当たるものについても許容されるかどうかは、懲戒の規定を残すか残さないかにかかわらず存在する問題なのかなという気がしたのです。

(座長) それは分かりましたが、今の話だと、第2の外にあった方がいいのではないかと思います。

(●●) そうかな。

(座長) 第2の外にあった方がよくて、その意味ではこの場所でも悪くない。ただ(1)と(2)の並びはあまりよくないので、その説明が付くように何か工夫をする。一つは、表題を何とかするというのがミニマムな対応策かなと思ったのですが、どうでしょうか。

(●●) 座長一任。

(●●) 最後の手段ですね。

(座長) 実質は先ほどの赤字の所を書き直してもらおうということで、この話がどこかにあることが大事だと思います。

(●●) そうだと思います。

(座長) あとは居心地のいい場所ということですが、それは複数の可能性がありそうなので、あまり動かさないで対応できるのならば、動かさない方が負担は小さいと思います。その上で(1)と(2)の並びが悪ければ少し説明を加えとか、見出しを変えとか、そういう対応をしていただくということにさせてもらえますか。

(●●) 今で全然構わないのですが、「2 体罰以外の懲戒権の濫用に対する対応」で(1)の話全部書いてしまって、「(2) 民法 820 条の規定の在り方」をランクを上げて3にすれば、それで済むのではないですか。

(●●) ただ、1が「民法 820 条との関係の整理」で、2が体罰以外で、3で820条となると、1と3で820条というのが。

(●●) 1は820条との関係で他の規定の扱いで、こちらは820条自体。ただ、場所的に気持ちが悪いなら、2と3を入れ替えたらいいと思います。あるいは、820条の規定の在り方を最初に持ってくる。

(●●) それが一番きれいですね。

(●●) 2番目に820条と他の規定の関わりを書いて、3番目として今回の主たる検討対象ではなかったけれど、体罰以外の懲戒権の濫用に関して整理するというふうにすればいいのかもしれない。大きく入れ替えないという前提で考えた方がいいかなと思ったのです。

(座長) 今の整理は、第3の中では据わりがいいと思いますが、現在第3の1が820条との関係の整理になっているのは、前の話との流れからです。そうするとやはり(2)を3として並べた方がいいのかもしれない。820条の規定の在り方はかなり根本的な話なので、距離感としては一番遠い所にあるような気がします。あとは表現ぶりで、820条の規定そのものの在り方などと、1との違いが視覚的に分かるような見出しを立てる。そうしましょうか。ではその方向でお願いします。

他はいかがでしょう。それでは頂いたご意見を取り入れた形で修正します。その留保の下で取りまとめがされたものと扱わせていただきます。法務省の方で修正していただき、最後は私が調整して、私の責任で確定するという事でお認めいただければと思いますが、よろしいでしょうか。ありがとうございます。

急な話で、しかも2回でまとめるということで、皆さんには大変ご負担をお掛けしました。ただ前回2011年にやっているからということで、今回は何も準備せずに法制審でこの問題をやるというのはいろいろな意味で不安が残るということで、急遽お集まりいただきました。実際に報告書を取りまとめると、いろいろな論点があることが改めて確認されたと思いますので、法制審での議論に資するところが大きいのではないかと思います。

ご無理をお願いして、日程を調整していただいたことについて改めてお礼を申し上げますとともに、この先の審議についてもさまざまな形でご支援を頂ければと思っています。本当にありがとうございました。これで閉会します。