

懲戒権に関する照会事項（ドイツ）

第10回法制審議会民法（親子法制）部会報告資料

2020年9月8日

木村敦子（京都大学法学研究科）

本報告では、ドイツ法¹における懲戒権等の規定について扱う。

1. ドイツ民法における親権に関する規定について

親権の内容について、法律の規定（又は判例法。以下、法律の規定と合わせて「規定等」という。）上、どのように規定されていますか（例えば、親権者等は、子に対する監護教育権、財産管理権又は法定代理権等をそれぞれ有するかなど）。規定等がある場合には、その内容を明らかにしてください。

1. ドイツ民法の規定

1) 概観

(1) 配慮権（親権）に関する規定

ドイツ民法（BGB）1626条1項「親は、未成年子を配慮する義務を負い、権利を有する。親の配慮（権）は、子の身上並びに子の財産を配慮するから成る。」

(2) 配慮権の内容

親の配慮（権）の内容としては、①身上配慮、②財産配慮が含まれる（民法162条1項第2文）。また、法定代理権が認められている（民法1629条1項第1文）。

(3) 配慮権行使の指導理念——子の福祉

配慮権行使の指導理念としては、子の福祉が念頭に置かれている（民法1627条）。

また、親の配慮権行使に対する裁判所の介入や判断にあたっては、子の福祉を基準とすることが定められている（民法1666条、1697a条）。

¹ 日本語文献として、多数の論稿がある。本稿をまとめるにあたり、とくに参照した論稿は、下記のものである。

・親権について 西谷祐子「海外制度調査報告書（ドイツ）」

(<http://www.moj.go.jp/content/000033298.pdf> 2020年8月26日アクセス時点)

ドイツ家族法研究会「資料と紹介 親としての配慮・補佐・後見（1）——ドイツ家族法注解——」民商142巻2号（2010年）111頁。

・懲戒権等について

岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利——ドイツ民法アピール」早稲田法学80巻3号（2005年）1頁。

深町晋也「家族と刑法——家庭は犯罪の温床か？ 第12回（最終回）子が親から『しつけ』を受けるとき」書齋の窓（2019年）663号4頁。

荒川麻里「ドイツにおける親の体罰禁止の法制化——『親権条項改正法』（1979年）から『教育における暴力追放に関する法律』（2000年）まで——」教育制度研究紀要3号（2002年）11頁。

2) 歴史的経緯からみる親権規定の特徴

(1) 用語・概念

(ア) BGB 制定時

- ・親の支配的色彩（嫡出子について、民法 1626 条「子は未成年の間は親権に服する。」）
- ・父権中心の発想（民法 1627 条「父は親権に基づき、子の身上ならびに財産について監護する権利を有し、義務を負う」）。

(イ) 1957 年「男女同権法²」

父だけでなく、母の親権も認められるようになる（民法 1626 条³）。

(ウ) 1979 年「親の配慮に関する法の新規整のための法律⁴」

親権（elterliche Gewalt）から親の配慮（権）（elterliche Sorge）へと用語（概念）が変更される。

(2) 親の配慮（権）の義務的性質

1997 年改正⁵により、親の配慮（権）の義務的性質を明らかにするため、民法 1626 条 1 項の文言は、「義務を負い、権利を有する」と記載されている。

II 懲戒権に関連する規定について

- (1) 上記 1 と関連して、親権者等の権限として子の非行・過誤に対して教育のために、叱責を加えたり、腕をつかむなど子の身体に対して有形力を行使したりする行為など（Discipline）をすることは許容されていますか。これらを許容又は禁止する明文の規定等がある場合には、その内容を明らかにしてください。
- (2) 上記(1)で規定等がある場合には、その規定等に基づく法的効果を明らかにしてください（例えば、親権者等は、彼らが保護又は監督する子に対する一定の条件の下での合理的な有形力の行使によって損害賠償責任や親権停止の考慮要素とされないなど。）
- (3) 前記(1)に関連して、以前は懲戒権に相当する規定はあったものの、改正により削除等されたという場合には、その改正の経緯等について明らかにしてください。

² Gestz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebite des bürgerlichen Rechts, BGBl. 1957 I, S. 609.

³ BGB1626 条「1 子は未成年の間は、父及び母の親権に服する。2 父及び母は、以下の規定に別段の定めのない限り、親権に基づき、子の身上ならびに財産について監護する権利を有し、義務を負う。」

⁴ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BGBl. 1979 I, S. 1061.

⁵ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, BGBl. 1997 I, S. 2846. 同法は、1998 年 7 月 1 日に施行された。本稿では、「1997 年改正」として紹介する。

以下では、ドイツの懲戒権等に関する規定の変遷を中心に取りあげる。

ドイツ法では、BGB 制定時には懲戒権が定められており（民法 1631 条 2 項）、その後同規定が削除された後も親による懲戒権行使は認められるものと解されてきた。その後、いくつかの改正を経て、2000 年「教育からの暴力排除と子の扶養法に関する法律⁶」により、暴力によらずに教育を受ける子の権利が認められ、体罰等の禁止を定めた規定（民法 1631 条 2 項）が設けられた。民法学においては、この規定により体罰や精神的侵害に当たる行為が「一切」禁止されることとなったとの解釈が示されている。

1 BGB 制定時（1896 年）から戦後

BGB 制定時には、民法 1631 条 2 項において、父に懲戒権が認められていた。

【民法 1631 条 2 項】

「父は教育権に基づき、子に対して相当の懲戒手段（Zuchtmittel）を用いることができる。父からの申立てに基づき、後見裁判所は適切な懲戒手段を用いることにより、父を支援しなければならない。」

父による懲戒権には妥当性/被要請性（Gebotenheit）要件のみが課され、懲戒権行使は養育目的に限られるものと解されていた⁷。

相当な範囲を超える懲戒権の行使については、子の保護のために、親権・監護権の剥奪、子の引渡し等が認められた（民法 1666 条⁸）。

2 1957 年男女同権法

1957 年男女同権法により、父に懲戒権を定める民法 1631 条 2 項第 1 文で定められていた規定は、削除される。もっとも、この改正の目的は、男女同権の考えを反映させることにあり、子の法的地位を改善することではなかった⁹。

⁶ Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts, BGBI. I 2000 S. 1479.

⁷ Peter Huber/ Holger Scherer, Die Neuregelung zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung, FamRZ 2001, 1. それによると、判例（RGSt 41, 98, 99; KG, Recht 1908, 211）の理解として、本文で示したような内容が説明されている（もっとも、本報告にあたり、判例原文にあたることはできていない）。

⁸ 民法 1666 条「父が子の身上の監護をする権利を濫用し、子を放置し、または破廉恥ならびに不道徳な行為について責を負うことによって子の精神的または身体的福祉が危険にさらされるときは、後見裁判所は危険の防止のために必要な処分を行わなければならない。後見裁判所は、とくに、教育の目的で、子を適切な家庭または教護院もしくは感化院に収容することを命ずることができる。」（日本語訳として、岩志・前掲 3 頁を参照した）。

⁹ BT-Drucks. 2/224 S. 56, 60. BGB1631 条 2 項の「措置」によって、懲戒の概念は置き換えられることになったとされる（Huber/ Scherer, a.a.O. (Fn. 7), FamRZ 2001, 1）。

【民法 1631 条¹⁰】

1 子は、未成年の間は、父及び母の親権に服する。父及び母は、以下の規定に別段の定めがない限り、親権に基づき、子の身上及び財産について監護する権利を有し、義務を負う。

2 後見裁判所は、申立てに基づき、子の教育に際して、適切な措置によって両親を支援しなければならない。

1) 懲戒権の肯定

立法者は、この改正によって、民法 1631 条 2 項の内容に実際上の影響はないとの理解を示していた。そのため、身体への懲戒をする権利は、この改正後も依然として許容されていた¹¹。

2) 懲戒権の根拠

懲戒権の根拠条文がないため、その理論的基礎をどこに求めるのかについては、さまざまな見解が主張された。

- ・慣習法上の権利として認める立場¹²
- ・民法旧 1631 条 2 項 1 文に依拠する立場¹³
- ・親の教育権に基づくとする立場¹⁴

3) 懲戒権の行使

(1) 懲戒権の行使例

コンメンタールでは、懲戒権の一例として、必要最低限の食事しか与えない、短時間閉じ込めること、夜間の外出禁止、殴る、平手打ちが挙げられている¹⁵。

(2) 許容される範囲

- ・教育手段としての懲戒は、教育の目的の枠内であり、かつ、子の健康や精神状態に配慮して望ましい程度においてのみ許容される。
- ・この限度を超える教育的措置は、配慮権の濫用として、民法 1666 条により裁判所の介入が認められる。また、正当化事由としての懲戒権が否定されるため、刑事訴追の可能性が認められる¹⁶。

¹⁰ 日本語訳として、岩志・前掲 3 頁。

¹¹ Huber/Scherer, a.a.O.(Fn. 7), FamRZ 2001, 1;BT-Drucks. 14/1247, S. 1.

¹² BGHSt11, 241, 249.

¹³ たとえば、Soergel/Lange, BGB, 10.Aufl., 1971, § 1631, Rz. 9

¹⁴ BGH NJW 1954, 1615; MünchKomm /Hinz, Bd.5, 1978, § 1631, Rz. 12

¹⁵ Kruger/ Breetzke/ Nowak, Gleichberechtigungsgesetz Kommentar, 1958, S. 548.

¹⁶ BT-Drucks. 8/2788, S. 35 参照。

3 1979年「親の配慮に関する法の新規整のための法律」

1) 改正内容

(1) 改正内容

1979年改正により、民法1631条2項が新たに挿入された。

【民法1631条】

1 省略

2 屈辱的な教育処置 (Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen¹⁷) は許されない。

3 後見裁判所は、申立てに基づき、身上配慮の行使において適切な場合に両親を支援しなければならない。

(2) 改正の目的

屈辱的な教育措置は許されないことを示すことで、「すべての人間が、成人になるにあたり、自主的で自己責任をもって行動することが可能になるのは、その自尊心及び自己価値感情を発展させることができた場合に限られる」という重要な観点を親子関係の法律上の指導モデルとして付け加えることができるとされた¹⁸。

2) 屈辱的な教育措置

この屈辱的な教育措置には、不適当な体罰 (Körperstrafen) だけでなく、教育を理由としては正当化できない程度に子の名誉や自己評価を侵害するようなその他の行為も含まれる¹⁹。後者の例として、子をあざ笑ったり、第三者の軽蔑の目にさらしたりすることが挙げられている²⁰。

・屈辱的かどうかの判断は、体罰の方法 (裸にする、手足を縛る) や、その程度や長さ (暗闇に閉じ込める、長期間子を無視する) による²¹。

・体罰は、それだけではただちに屈辱的な教育措置にあたらないとされた。たとえば、許容される行為として、手をたたく、罰として (臀部などを) 殴ること (Tracht Prügel) が示されている²²。

3) 規定の意義

この規定の目的は、違反した場合の制裁ではなく、アピール・指導機能にある²³。具体

¹⁷ 「品位を貶める」という訳語があてられることもある (深町・前掲8頁参照)。

¹⁸ BT-Drucks. 8/2788, S. 35

¹⁹ BT-Drucks. 8/2788, S. 35

²⁰ さらなる具体例として、子が公衆の面前や同級生の前で、その過誤を記したプレートに首を付けるよう強いられることが示されている (BT-Drucks. 8/2788, S. 48)。

²¹ Uwe Diederichsen, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 3.

²² Diederichsen, a.a.O. (Fn. 21), NJW 1980, 3.

²³ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

的には、多くの虐待が初期段階において教育的措置として行なわれていることから、両親に教育的措置と虐待との区別を強く意識させることが意図されていた²⁴。

もっとも、この規定に対しては、定義及びその法的効果等が非常に不明確であると批判があった²⁵。

4) 懲戒権行使の一般的禁止の否定

(1) 懲戒の禁止——否定

この改正では、屈辱的な教育措置が禁止されるという表現が用いられており、懲戒権を一般的に禁止する旨の規定は設けられなかった²⁶。というのは、あらゆる身体的懲戒（körperlichen Züchtigung）を厳格に禁止することにより、当該行為が虐待の程度に至らない場合であっても、当該行為が犯罪として扱われることが懸念されたからである。むしろ、前述したように、両親への指導的效果を目的とした規定を設けるべきだと考えられた²⁷。

(2) 正当化事由としての懲戒権

そのため、教育を目的とした動機が認められ、懲戒権行使にあたる場合には、傷害罪の客観的構成要件を満たす場合でも、（慣習法上）当該行為は、親の教育権から派生する権利の行使として、正当化されると考えられた²⁸。

5) 子に対する暴力の利用の一般的禁止の否定

79年改正では、子に対する暴力の利用の禁止という表現も用いられなかった。その理由として、この表現には身体以外の精神的に残酷な行為が含まれないことが挙げられている。一方で、子の保護を目的とする行為も含まれるため、暴力の利用の一般的禁止は広すぎることも問題とされた²⁹。

4 1997年親子関係改革法

1) 改正に至るまでの議論

(1) 正当化事由としての懲戒権への疑問³⁰

²⁴ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

²⁵ BT-Drucks. 8/2788, S. 48.

²⁶ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

²⁷ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

²⁸ また、BT-Drucks. 12/6343, S. 4 参照。また、Torsten Noak, Zur Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht, FamRZ 2002, 404. その後の改正議論の契機となった判例（1986年11月25日連邦通常裁判所決定）は、刑法上の傷害罪の正当化事由として、懲戒権の存在を挙げる。

²⁹ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

³⁰ このほか、子ども権利条約の批准（1992年）（BT-Drucks. 12/5359, S. 4; BT-Drucks. 12/6343, S. 4）やオーストリアで暴力及び虐待禁止を明記する改正が行なわれたという外在的要因も挙げられている（荒川・前掲14頁）。

学説上、民法 1631 条 2 項に違反する行為は、刑法上、傷害罪、監禁罪、脅迫罪、侮辱罪等で処罰されるべきとする見解が支配的となる³¹。

たとえば、いわゆる「水ホース事件」(1986 年 11 月 25 日連邦通常裁判所決定)³²において、判例は、親は、慣習法に基づく権利として身体的懲戒権を配慮権の範囲内で有するとし、懲戒権が正当化事由にあたるとした。しかし、こうした理解に対しては、とくに、「子がした行為への当然の罰として、子を殴ること (verdiente Tracht Prügel)」が正当な教育的措置として許容されていることが問題視された³³。

(2) 懲戒権の禁止をめぐる議論

(1) で示した議論状況下で、90 年同盟／緑の党³⁴、並びに SPD³⁵は、それぞれ、暴力によらない教育の義務づけを提案するいわゆる「懲戒禁止法」案を提出した。たとえば、前者の提案では、①身体的虐待に限らず、子にとって屈辱的な措置を子に対する暴力として捉えるべきであること、また②屈辱的措置は、子の利益のため、つまり教育的措置であるかどうかを問わず、許されないものとされた³⁶。しかし、いずれの法案に対しても政府が反対し、成立に至らなかった³⁷。その反対理由として、暴力の絶対的禁止を定めることによって、両親の養育権が大きく制限され、両親が処罰される可能性が広がるということが述べられていた。

(3) 97 年改正の内容

79 年改正により定められた文言(「屈辱的措置」)が不明確であるとの批判をうけて、その内容を明確化することが目的とされた。

2) 改正内容

【民法 1631 条】

2 屈辱的な教育処置(Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen)、とくに身体的ならびに精神的虐待(körperliche und seelische Mißhandlungen)は許されない。

(1) 身体的虐待と精神的虐待の明示

屈辱的な教育処置として、身体的虐待と精神的虐待が挙げることで、屈辱的教育措置の内容が明確に示された³⁸。

³¹ BT-Drucks. 12/6343, S. 4.

³² JZ 1988, 617. 娘(8歳)がめがね2本と双眼鏡をわざと壊したとして、父が、母の指示またはその同意のもと、水ホースで、娘の臀部と大腿部を赤くみみずばれになるほど殴った事案。

³³ BT-Drucks. 12/5359, S.1 und 5f.

³⁴ BT-Drucks. 12/5359.

³⁵ BT-Drucks. 12/6783.

³⁶ BT-Drucks. 12/5359, S.1.

³⁷ BT-Drucks. 13/8511, S. 65.

³⁸ Huber/Scherer, a.a.O. (Fn.7), FamRZ 2001,2; Noak, a.a.O. (Fn. 28), FamRZ 2002, 404. この文言の

(2) 身体的虐待の禁止

ここでの「身体的虐待」という概念は、刑法 223 条（故意の傷害）に関する学説・判例を手がかりとして、身体の健康をごく軽微なものにとどまらない程度に侵害する、有害かつ不適切な行為として解されている³⁹。

(参照) 刑法 223 条

「他の者を身体的に虐待し又はその健康を侵害した者は、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。」

(ア) 教育的措置の区別

身体的虐待と精神的虐待が許容されないと定められることで、許容される教育的措置とそうでないものの区別が具体的な形で明示された。

(イ) 概念の柔軟性

立法者によれば、親の行為の「不適切性」の判断において、身体への物理力の行使の動機やきっかけも考慮することができるとされていた⁴⁰。

学説においても、軽微な懲戒行為は、教育目的によるものであり、子の年齢、心身の状態に鑑みて適切である限り、教育措置として許されると考えられていた。許容される具体例として、かるく平手打ちをすることや尻を叩く行為、痛みを伴う程度に腕をつかむことが挙げられている⁴¹。

3) 刑法上の正当化事由としての懲戒権の否定

(1) 正当化事由としての懲戒権の否定

97 年改正により、身体的虐待の範疇に含まれる教育的措置は、屈辱的措置として許容されないことが明文化された。これにより、当該措置が（刑法上）懲戒権を根拠に正当化されなくなったとされる⁴²。

(2) 刑法上の議論

(ア) 正当化事由の否定

97 年改正により民法 1631 条 2 項により身体及び精神的虐待が禁止されたことをもって、刑法 223 条の意味における虐待が、親の教育権から正当化されえないことが明らかになった⁴³。

改正にあたって、立法者に従来の規定に比べて禁止対象を拡大するとの意図はなかったようである (BT-Drucks, 12/6343, S. 15 参照)。

³⁹ BT-Drucks. 13/8511, S. 65

⁴⁰ BT-Drucks. 13/8511, S. 65.

⁴¹ Familienrechtsreformkommnetar—FamRefK—/Rogner, 1998, § 1631, Rn.6

⁴² BT-Drucks. 14/1247, 4 und 6; Noak, a.a.O. (Fn. 28), FamRZ 2002, 404. BT-Drucks. 12/6343, 15 でも、「懲戒権はもはや存在しておらず、あらゆる身体的虐待は禁じられることが明らかにされている」との指摘がある。

⁴³ BT-Drucks.14/1247, S. 4.

(イ) 構成要件該当性での検討

もっとも、屈辱的措置が行なわれた目的（教育目的であること）は、刑法 223 条の構成要件該当性において考慮されうるとの見解が主張されている。その意味で、正当化事由としての懲戒権から、構成要件該当性において懲戒目的が考慮されうるという形にかわったとの整理がなされている⁴⁴。

具体的には、暴力の行使が教育目的であることは、刑法 223 条の要件である「身体虐待」の定義・判断基準の要素である「有害性」や「不適切」の中で判断されることになる⁴⁵。

5 2000 年教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律

1) 改正の契機

改正の背景には、ドイツ国内で、家庭内での体罰が広く行われていること、及び親の暴力の犠牲となった子は後に自らも暴力をふるうことが問題視された⁴⁶。そこで、「このような暴力の循環を断ち切り、暴力は適切な教育措置ではないことを明確にする⁴⁷」ことを目的に、子の暴力によらない権利を明文化することとされた。

(参照)

立法資料では、いくつかの民間研究におけるデータが示されている⁴⁸。

①家庭内での子に対する暴力の暗躍

1994 年 Bussmann による 3000 人成年へのアンケート調査⁴⁹

教育方法として、子を平手打ちしたことがある：61.2%

罰として（臀部などを）殴ったことがある（Tracht Prügel）：20.6%

②家庭内で被った暴力が、青少年による暴力行使と連鎖していること

1997 年 Pfeiffer による調査⁵⁰

深刻な虐待を受けた青少年の 37 パーセントが、自らも暴力をふるったとする

⁴⁴ Andreas Hoyer, Im Strafrecht nichts Neues?—Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB—, FamRZ 2001, 523; Noak, a.a.O. (Fn. 28), FamRZ 2002, 404.

⁴⁵ まず、刑法 223 条傷害罪の要件である「身体的虐待」は、判例によると、次のように解されている。すなわち、「身体的虐待」とは、「身体的健康をささいな程度を超える程度において侵害する、有害で、不適切な取り扱い」（BGHSt, 14, 269; 25, 278）とされる。そのうえで、身体的虐待にあたるか否かは、次のように判断される（Hoyer, a.a.O. (Fn. 44), FamRZ 2001, 522f）。①身体的健康の侵害の程度：身体的健康へのわずかな侵害であれば、要件をみたさない。②有害性及び不適切性の判断：身体への作用のきっかけ、動機が考慮される。

⁴⁶ BT-Drucks. 14/1247, S. 3.

⁴⁷ BT-Drucks. 14/1247, S. 3.

⁴⁸ 以下の内容紹介は、BT-Drucks. 14/1247, S. 4 の記述を抜粋したものであり、報告者自身によるそこに記載されている原典（後掲注（49）、（50）に記載した資料）の確認はできていない。

⁴⁹ Bussmann, Changes in Family Sanctioning Styles and the Impact of Abolishing Corporal Punishment, in: Frehsee u.a.(Hrsg.), Family Violence Against Children, 1996, S. 43).

⁵⁰ Pfeiffer u.a., Ausgrenzung, Gewalt und Kriminalität im Leben junger Menschen, 1998, S. 95.

(これに対して、懲戒を受けたことがない子の場合 18%)

2) 改正内容

【民法 1631 条】

2 子は暴力によらずに教育される権利を有する。体罰 (Körperliche Bestaften)、精神的侵害 (seeliche Verletzungen) およびその他の屈辱的な処置 (andere entwürdigende Maßnahmen) は許されない。

III 現行法の内容——2000 年改正を受けて

体罰禁止に関する規定

- (1) 前記 1 と関連して、親権者等による子に対する体罰等 (精神的な侵害等を含む。) を禁止する規定等がありますか (ただし、民法の不法行為等、主体及び客体を限定しない一般的な規定は除きます)。規定等がある場合には、その内容を明らかにしてください。
- (2) 上記(1)で規定等がある場合には、体罰等の範囲 (その規定の解釈) を明らかにしてください。

1 暴力によらずに教育を受ける権利

1) 暴力によらない教育

親が暴力による教育を「すること」が制限されているのではなく、子に暴力によらない教育をうける「権利」が認められている。

(1) 趣旨——なぜ、「子の権利」として構成されているのか?

(ア) 子の尊厳、人格の尊重

「子は自らの尊厳を備えた 1 人の人として、そして権利義務の担い手として、親に対してもその人格を尊重するよう求めることができる。⁵¹⁾

(イ) 親に対する意識改革⁵²⁾

簡素な要請とすると、親が自分の教育スタイルと違うとして受け入れないこともありうる⁵³⁾。「個々の子のために」暴力によらない教育を書き記しているということが、重要な意味を持つとされる。

2) 規定の意義

立法者としては、すでに 97 年改正により正当化事由としての懲戒権が否定されていることから、今回の改正により教育における暴力の排除を明文化したことをもって、刑

⁵¹⁾ BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

⁵²⁾ BT-Drucks. 14/1247, S. 7.

⁵³⁾ BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

法上の処罰範囲を拡大する意図はないとする⁵⁴。今回の改正では、むしろ、家族による暴力に広範に対応するため、多彩な公的援助による支援を活用することが期待されている⁵⁵。

3) 民法 1631 条 2 項第 1 文と第 2 文の関係性

暴力によらずに教育を受ける権利の具体化として、2 項の体罰、精神的侵害及びその他の屈辱的な措置が示されている。

2 体罰の禁止

1) 体罰の禁止

(1) 「体罰」の禁止

「Misshandlungen (虐待)」ではなく、「körperlichen Bestrafungen (体罰)」という文言が用いられている⁵⁶。

(2) 趣旨

体罰が虐待程度にまで達していないものであっても、およそ一切の体罰は認められないことを意味している⁵⁷。教育学及び児童心理学の知見から、体罰は子にとって屈辱的なものであるとの理由から、子に体罰を加えないことが要請されている⁵⁸。

2) 体罰以外の処罰行為の許容

子が重大な落ち度ある行為をした場合に、お小遣いを減らしたり、テレビを見ることを禁止するなどの措置をすることは許容されると考えられている⁵⁹。これは、一切の制裁を禁ずることを両親から奪うことは、親の権利への過度な介入として憲法上許されないと考えられたことによる。

3 精神的侵害

1) 精神的侵害

⁵⁴ BT-Drucks. 14/1247, S. 6.

⁵⁵ BT-Drucks. 14/1247, S. 3.

⁵⁶ ①懲戒という言葉が用いられなかった理由については、次のような説明がされている (BT- Drucks, 14/1247, S.7)。

・懲戒という概念を用いることで、züchtig (慎み深い) や Zucht und Ordnung (規律正しい) といった隠れた積極的な連想を持たせるというデメリットがあるとされる。

・他方で、日常用語として、虐待と言う概念と同じように、懲戒という概念は、体罰のうちでも重大な形態のみと結び付けられてしまうことが懸念されている。

②虐待と言う言葉を用いない点については、BT-Drucks. 14/2097, S.8 参照。

⁵⁷ BT-Drucks. 14/1247, S.8.

⁵⁸ BT-Drucks. 14/1247, S.8

⁵⁹ BT-Drucks. 14/1247, S.7. ただし、民法 1631 条 2 項の「その他屈辱的な措置」にあたる場合には許容されない。

精神的「虐待」という概念は狭く解される可能性があるとして、「精神的侵害」という文言が用いられている⁶⁰

2) 意味内容

侮辱的、軽蔑的な態度をとること⁶¹

(具体例)

- ・ 子との交流において極端に冷淡な態度をとること
- ・ 兄弟姉妹、友人、親族の前で恥をかかすこと
- ・ 1人にする
- ・ 暗闇に閉じ込めること
- ・ 無視すること

3) 判断基準

体罰の場合とは異なり、その行為態様・その目的ではなく、結果（精神的侵害が生じたこと）に着目して、当該精神的侵害の有無が判断される⁶²

4 その他の屈辱的措置⁶³

1) 意義

民法 1631 条 2 項において、「屈辱的措置」とは、体罰及び精神的侵害を包摂する上位概念として位置付けられている。

同項において、「その他の屈辱的措置」という文言が定められたのは、次の点が考慮されたためである。つまり、精神的侵害を侵害結果の有無で判断するとすると、子がとりわけ鈍感であったり、軽蔑的発言を子が知らなかったため実際に精神的侵害を被ることがなかったりする場合には、そうした行為が許容されてしまう⁶⁴。そのため、侵害という「結果」に焦点を置くことなく⁶⁵、子自身が精神的侵害を被っていると感じていないとしても、問題となっている措置が客観的にみて精神的侵害をもたらすものを屈辱的措置として禁止する必要があるとされた⁶⁶。

2) 屈辱的措置の判断基準

ここでの屈辱的とは、立法理由で示されていたように、子の名誉及び自己価値感情を教育的措置を動機としても正当化できない程度に侵害されることを意味する⁶⁷。

⁶⁰ BT-Drucks. 14/1247, S.8.

⁶¹ BT-Drucks. 14/1247, S.8.

⁶² BT-Drucks. 14/1247, S.8.

⁶³ 教育的措置という文言から「措置」という文言に改正されていることから、教育目的でない場合においても、屈辱的措置は許されないと解するものとして、Huber/Scherer, a.a.O. (Fn.7), FamRZ 2001, 799.

⁶⁴ BT-Drucks. 14/1247, S.8

⁶⁵ Soergel/Preisner, BGB Familienrecht, 3/2, 2017, 13. Aufl., 2017, § 1631 Rn. 39.

⁶⁶ Bamberger/Roth/Veit, BGB Bd.4, 4. Aufl., 2019, § 1631Rn.23.

⁶⁷ BT-Drucks. 14/1247, S.8.

屈辱的かどうかの判断については、従前と同様、処罰の方法や措置の程度や長さによって判断される。

5 体罰にあたる行為に関する検討

1) 検討課題

(1) 体罰にあたるとされる／されない行為一例

あるコンメンタール⁶⁸によれば、体罰にあたる行為として、次のようなものが列挙されている。

- ・ 罰として殴ること
- ・ 手や物でたたくこと
- ・ 平手打ち
- ・ 軽くぺちっとたたく
- ・ ぐいっとつかむ（ただし、危険を避ける場合は除く）
- ・ 髪や耳をひっぱる
- ・ 乳幼児にとって危険な行為であるゆさぶり行為
- ・ 縄で縛ったりすること

もっとも、後述するように、これら全ての行為が体罰にあたるかどうかについては、見解が分かれている。

他方で、一般的に、乳児をおむつ交換台にくくりつける、赤信号を渡らないようにつかんでおく行為は、子や第三者を危険から回避させるために役立つ行為として許容されると考えられている⁶⁹。

(2) 検討課題

ある行為が体罰にあたるかどうか、その判断基準は必ずしも明らかではないことが指摘されている⁷⁰。

2) 身体への軽微な程度の暴力

上記1)で体罰にあたる行為として列挙した行為の中には、97年法下では軽微な懲戒行為として許容されていたものが含まれている（具体的に問題となる行為として、尻をたたく、腕をつかむ、平手打ち⁷¹）。学説上、軽微な身体へ懲戒行為については、2000年改正後の民法1631条2項によっても許容されるかどうかについては、否定説と肯定説に分かれる。

(a) 許容されるとする見解

一部の論者は、子への影響がわずかな行為は、屈辱的措置にあたらず、民法1631条

⁶⁸ Rakete-Dombek, Kaiser/Schnitzler/Friederich, Anwaltkommnetar BGB, Bd. 4, 2005, § 1631 Rn. 12.

⁶⁹ BT-Drucks. 14/1247, S.8.

⁷⁰ Michael Coester, Elterliche Gewalt, in ; Perspektiven des Familienrechts, FS für Dieter Schwab zum 70. Geburtstags am 15. August 2005, 2005, S. 750.

⁷¹ もっとも平手打ちについては、97年法下でも許容されないとする見方も示されている。

2項の定める禁止行為から除外されるとする⁷²。

(b) 許容されないとする見解（有力）

軽微な有形力の行使にあたるものでも、一切許容されないとする見解も有力に主張されている⁷³。その根拠として、民法 1631 条 2 項の文言⁷⁴、及びそこに示された立法者意思（いかなる態様の体罰であっても、屈辱的行為にあたる位置付け、それを許さないとしている⁷⁵）が挙げられている。

3) 目的・態様をめぐる判断

親の措置の目的・態様に着目した整理として、次のような内容が紹介されている⁷⁶。

(1) 体罰の禁止

体罰とは、「子がした行為に対して、制裁を加える目的で身体に有形力を行使すること」との説明がされている。民法 1631 条 2 項では、体罰、つまり過去の行為に対する戒め、制裁は一切禁止されている⁷⁷。

(2) 子を従属的地位に置く行為（Beugegewalt）

身体への暴力によって、子を服従させる・従属させる状態に置くことは、――過去の行為への戒め、あるいは将来の行動の監督を目的とする場合のいずれにおいても――民法 1631 条 2 項により禁止されている⁷⁸。

（例）子を遊び場から家に連れ帰るために必要があれば有形力を行使することは許されるが、親の命令に子が従うまで（子の意思が暴力に屈するまで）叩くことは許されない

(3) 子や第三者を危険からの回避を目的とした行為が許容される。

(4) 教育的措置の直接的履行としてとられる有形力の行使

親による指示や禁止の遵守を目的とした教育措置を実現するために、子を引き留めたり、抱えて運ぶなどの有形力が行使される場合は、配慮権の行使として許容されている。

（例）スーパーでお菓子を買ってもらえず泣き叫ぶ子への対応など、子に言い聞かせることができない場合

ただし、具体的な行為態様が適切かどうかについては、必要性及び相当性の原則に基づき判断される⁷⁹。

⁷² Dieter Schwab, Familienrecht, 27. Aufl., 2019, Rn. 803.

⁷³ Coester, a.a.O.(Fn. 70), S. 750f.

⁷⁴ Huber/Scherer, a.a.O. (Fn.7), FamRZ 2001, 799.

⁷⁵ Coester, a.a.O. (Fn. 70), S. 751.

⁷⁶ 以下の内容は、主として、Coester, a.a.O. (Fn. 70), S. 753 の整理・見解に加えて、いくつかのコメントールの記述を参考にしたものである。

⁷⁷ Huber/ Scherer, a.a.O. (Fn. 7), FamRZ 2001, 799; Coester, a.a.O. (Fn. 70),S. 752 und 753.

⁷⁸ Coester, a.a.O. (Fn. 70), S. 751f.

⁷⁹ Coester, a.a.O. (Fn. 70), S. 756.

- ・必要性の原則：暴力によらない措置の可能性
- ・相当性の原則：当該行為による効果と子の人格権の侵害を衡量する

4) 家族法における懲戒権の終焉⁸⁰——報告者の整理

2000年改正により、——少なくとも家族法の意味において、あるいは民法学者の理解として——懲戒権の存在は（完全に）払拭されたとみることができる。

(1) 身体への侵害の程度を問わないこと

1997年改正より、刑法上の正当化事由としての懲戒権は否定されていた。しかし、97年法では、虐待という文言が用いられており、とくにその虐待が重大な侵害という意味で狭く解されてしまう可能性があった⁸¹。今回の改正では、身体的虐待の場面に限らず、体罰一般を念頭におくこと、懲戒権が否定され得ることが明らかになった。

(2) 暴力行使の目的を問わないこと

従来理解によると、民法1631条2項では身体的虐待とそうでない措置が区別され、教育を目的とした体罰は許容される余地が残されていた。しかし、今回の改正をもって、目的いかなを問わず、体罰行為は一切禁止されることとなった。その意味において、懲戒権が（完全に）払拭されたとと言える。

6 刑法上の問題

1) 見解の紹介

民法1631条2項に違反する行為が、刑法の傷害罪等との関係でどのように評価されるか。

これについては、次の二つの点を分岐点として、考え方がいくつかに分かれている⁸²。

①民法1631条2項は、いかなる体罰も一切禁止するものと解すべきか否か。

②①において、民法上いかなる体罰も禁止されるとの立場を採るとしたうえで、刑法上も同じように考えるか否か。

(i) 第一の見解は、民法1631条2項において、いかなる体罰も一切禁止されていると解すが、刑法の傷害罪等については、その構成要件として不適切性等の要件を常に満たすとは限らないとする（民法学者によって主張されている見解のいくつかは、この見解を述べているように思われる）⁸³。

(ii) 第二の見解は、民法1631条2項において、いかなる体罰も一切禁止されていると

⁸⁰ Staudinger/Salgo, BGB Familienrecht § § 1626–1633; RKEG, 15. Aufl., 2015, § 1631, Rn. 72ff. und 78 参照。

⁸¹ BT-Drucks. 14/1247, S.4.

⁸² ここでは、報告者が理解し、整理できた限りの内容のみを紹介している。学説の全てを検討できたわけではなく、十分な整理ができていない点をあらかじめお詫びしておく。

⁸³ Coester, a.a.O. (Fn. 70), S. 751; Soergel/ Preisner, BGB, § 1631, Rn. 37.

解し、当該行為は、刑法においても傷害罪の要件・判断要素（不適切性・有害性）を満たすものとする。そのうえで、教育目的等の事情は、起訴便宜（刑訴法 153、153a 条）または刑の減輕をもって対処されうるとする⁸⁴。

(iii) 第三の見解は、民法 1631 条 2 項により禁止されているのは、体罰のうち、「屈辱的な措置」とみなされるものに限られるとする⁸⁵。つまり、適切かつ具体的な場合に適切な体罰は、屈辱的なみなされない。これによると、屈辱的な措置とされない体罰については、刑法 223 条においても、有害かつ不適切な措置という要件に該当しないとする。

2) 刑法上の議論の特徴

日本の刑法研究者によるドイツ法の分析によれば、刑法上の議論として「親の教育権（基本法 6 条 2 項）を尊重する観点から、なるべく処罰を否定したいという理解が、ドイツ刑法学において広く共有されている⁸⁶」との理解が示されている。

7 違反の効果

1) 原則

2000 年改正は、「刑罰よりも援助を（Hilfe statt Strafe）⁸⁷」を掲げ、「家族における犯罪化をすることなく、教育における暴力を排斥すること」を目的とする。すなわち、民事・刑事上の制裁——配慮権の剥奪や刑事訴追——を課すよりも、まず、葛藤状況を克服するために当事者を支援することが第一次的目的とされる。そのため、立法者は、民法 1631 条 2 項に違反した場合について具体的な法的効果、制裁の内容が記載されていない。

2) 支援の内容——社会法典にもとづく支援⁸⁸

支援内容は、社会法典第 8 編にある青少年援助（子の給付請求権⁸⁹、親による家庭で

⁸⁴ Beulke, Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl.49, 2019, Rn. 607 参照。刑法上の支配的ないし有力な見解とされる。このほか、Hoyer, a.a.O. (Fn. 44), FamRZ 2001, 523f.も参照。

⁸⁵ Beulke, a.a.O. (Fn. 84), Rn. 608. 刑法上の支配的ないし有力な見解とされる。民法学の立場からこうした解釈をするものとして、Palandt/ Diederichsen, BGB 60. Aufl. 2001, § 1631 Rn. 10.

⁸⁶ 深町・前掲 8 頁。

⁸⁷ BT-Drucks. 14/1247, 5.

⁸⁸ ミヒャエル・ケスター（佐々木健訳）「ドイツにおける家庭内暴力と子ども保護」立命館法学 332 号（2010 年）1349 頁等も参照。

⁸⁹ とくに、子に対する暴力との関係で重要とされるのが、子が、配慮権者に知られることなく助言を受けられるということである（社会法典第 8 編 8 条 3 項）。

教育の援助⁹⁰、一時的な緊急保護措置として、子を適切な施設等に引き取る等)⁹¹に基づくものとなる。

3) 民法上の法的効果

(1) 民法 1666 条による家庭裁判所の介入

(ア) 民法 1666 条による裁判所の介入

民法 1631 条 2 項違反があったとしても、民法 1666 条の要件を満たさない限りは、裁判所による介入は認められない。

(参照) 民法 1666 条

「1 子の身体的、精神的、若しくは情緒的福祉または財産が危険にさらされ、かつ、親が危険を防止しようとしないうち、または危険を防止できる状態にないときには、家庭裁判所は危険の防止するために必要な措置をとらなければならない。」

(イ) 民法 1666 条の要件

民法 1666 条の要件との関連では、子の福祉の危殆化が認められるかどうか、が問題となる。この点について、原則として、散発的に行われた体罰は、家庭裁判所の介入をもたらさないとの考えが示されている⁹²。

(ウ) 具体的措置 (民法 1666 条 3 項⁹³)

公的援助 (児童及び青少年援助の給付等) を受けるよう親に求めること (民法 1666

⁹⁰ とくに、社会法典第 8 編 16 条 1 項 3 文が、家庭への援助において意味を持つと指摘されている (Bamberger/Roth/Veit, BGB, Rn. 25)。社会法典第 8 編 16 条 1 項は、次のように定める。「母、父、そのほかの教育権者及び青少年は、家庭における教育の一般的援助が給付される。この給付は、母、父及びその他教育権者がその教育責任をよりよく担うことに資する。この給付は、家庭内での衝突状況が暴力によらずに解決されるための方法を示さなければならない。」

子の福祉にとって適切とされる教育が保障されない場合には、配慮権者は、青少年の教育にあたって、その成長に適切かつ必要な援助を請求できる (社会法典第 8 編 27 条 1 項)。具体的には、教育助言 (28 条)、教育補助 (30 条)、全日保育 (33 条)、施設での全日教育 (34 条) が挙げられている (BT-Drucks. 14/1247, 6)。

⁹¹ BT-Drucks. 14/1247, 6.

⁹² BT-Drucks. 14/1247; MünchKomm/ Huber, BGB Familienrecht II, Aufl. 7., Rn. 31. しかしながら、この 2000 年改正により体罰が禁止されたことをもって、1666 条以下の検討において、これまでよりも、体罰 (の禁止) がより重要な意義を持つことになったとされる (Huber/Scherer, a.a.O. (Fn.7), FamRZ 2001, 800; MünchKomm/ Huber, § 1631, Rn. 31)。

⁹³ このほかには、1666 条 3 項では、次のような行為が挙げられている (日本語訳として、西谷・前掲を参照)。

- ・ 2 号 義務教育を受けさせるよう親に求めること
- ・ 3 号 一時的又は一定期間内の家族等の住居の使用禁止、住居周辺への接近の禁止、子の居住場所の探索禁止
- ・ 4 号 子との接触または面会申入れの禁止
- ・ 5 号 配慮権者の意思表示の代替

条3項1号)や、親権の部分的・全面的剥奪(同項6号)等の措置がとられる⁹⁴。

(2) 子の親に対する不履行請求権

一般的には、子は、親に対して、不履行請求権ないし履行請求権を有しないと解されている⁹⁵。

(3) 損害賠償請求権

民法1664条または民法823条(不法行為責任)に基づく損害賠償責任が認められる。

①民法1664条による損害賠償責任⁹⁶

(参照)1664条1項

「親は、配慮権の行使の際に、子に対して、自己の事柄と同一の注意をなさなければならない。」

②不法行為(民法823条1項・2項)による損害賠償請求権

民法1631条に違反した行為により、法益侵害が生じた場合⁹⁷。

IV 居所指定権もしくは職業許可権に関連する規定

(1) 前記1と関連して、居所指定権又は職業許可権に関連する規定等がありますか。規定等がある場合には、その内容及びその意義(一般的な親権に関する規定との関係で独自の意義を有するか)について明らかにしてください。

(2) 上記(1)に関連して、以前は懲戒権に相当する規定はあったものの、改正により削除等された場合には、その改正に際して、居所指定権又は職業許可権に関連する規定等について、改正の要否に関する検討の有無及び内容を明らかにしてください。

1) 親権(身上配慮権)の内容

(1) 身上配慮の内容

親権には、身上配慮と財産配慮権が含まれる(民法1626条)。

前者の身上配慮の内容については、とくに、民法1631条1項において、養育・教育・監督・居所指定に関する権利義務が定められているほか、いくつかの明文規定が設けられている。

ドイツ民法においては、1631条において身上配慮権について一部の内容のみが列挙され

⁹⁴ 家庭裁判所は、相当性の原則に従い、子の福祉の危険を除去するためにできるだけ介入の程度が低い措置をとることが要請される(BGB1666a条)。詳しくは、西谷・前掲25頁。

⁹⁵ BT-Drusck,14/1247; 詳細な検討をするものとして、Huber/Scherer, a.a.O. (Fn. 7), FamRZ 2001, 800。

⁹⁶ 支配的見解は、民法1664条は、責任基準にとどまらず、請求権の根拠にもなるとする

⁹⁷ ただし、支配的見解は、不法行為が親の配慮権と内部的関係を有する場合には、民法1664条による責任の軽減が、不法行為責任にも妥当するとされる(Huber/Scherer, a.a.O. (Fn. 7), FamRZ 2001, 801)。

ている。こうして民法に明示的に掲げられているものは、身上配慮の内容のうちで不可欠の構成要素として示されているものと考えられている⁹⁸。

(2) 民法 1631 条

民法 1631 条は身上配慮の内容とその限界を定めている。同条 1 項は、身上配慮の内容として、「子を養育〔世話〕し、教育し、監督し、またその居所を指定する権利と義務を含む。」と定める。もっとも、その文言には「とくに」という表現が用いられていることから明らかなように、ここで示されている内容は、あくまで身上配慮の例示にすぎない⁹⁹。

(ア) 養育

身体的世話（食事を与える、衛生、健康、医療、衣服、精神的健康へのケア¹⁰⁰）¹⁰¹

(イ) 教育

子を自己責任ある人格へと成長させること¹⁰²

(ウ) 監督

居所指定権の内容は、自ら危険にさらすことや第三者によって危険にさらされることから子を保護することを意味する¹⁰³。監督と教育は相互に密接に結びついているとされる。

(エ) 居所指定権

子が長期または一時的に滞在する場所・住居を、選択、指定すること。

居所指定権は、親が子の世話、教育及び監督を行うにあたって、不可欠な権利である。

(例) 子の入院、寄宿舎に入れる、学校教育・職業教育のために別の住居に住まわせる
・子の自由を剥奪する居所指定には、家庭裁判所の許可が必要である（民法 1631b 条第 1 文¹⁰⁴）。

・家庭裁判所の基準：子の福祉（民法 1631b 条第 2 文¹⁰⁵）

子の福祉、とくに、重大な自己又は他人に危害が及ぶことを回避するために必要であり、かつ、そのほかの手段（公的援助など）では当該危険を回避できないときに限られるとする。

⁹⁸ Soergel/Preisner, § 1631 Rn. 14. BGB 制定時には、基本的に、親の教育権（Erziehungsgewalt）に基づく権利を個別具体的に定める必要はないと考えられていた（Motiv, Band IV, S. 398f.）。

⁹⁹ MünchKomm/Hubner, Rn.1.

¹⁰⁰ AnwaltKomm/Rakete-Dombek, Rn.6.

¹⁰¹ 「養育」という文言は、1979 年の配慮法改正において、新たに付け加えられたものである。基本法 6 条 2 項では、親の権利として、教育に加えて、養育にかかる権利も認められている。この点をふまえ、成長する子にとって、基本教育と同じく「特別に」重要であると考えられたことによる（BT-Drucks. 8/2788, S. 47）。

¹⁰² BT-Drucks. 8/2788, S. 34; AnwaltKomm/Rakete-Dombek, Rn.6.

¹⁰³ MünchKomm/Huber, § 1631, Rn. 4.

¹⁰⁴ 1979 年改正によって規定された。

¹⁰⁵ この規定は、Gestz zur Erleochterung familiengerechlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohl, BGBl. I, S.1188 によって設けられた。

(3) 職業選択

親の職業選択権は、配慮権に含まれるものと解されており、独自の規定は設けられていない¹⁰⁶。もっとも、職業選択に関する事柄については、親は子の適性及び希望を考慮しなければならない旨が定められている（民法 1631a 条）¹⁰⁷。

(4) その他の明文規定

このほかに、明文規定として設けられているのは、子の引渡請求権（民法 1632 条）、自由剥奪を伴う収容の制限（民法 1631b 条）、子の不妊化手術の禁止（民法 1631c 条）、男子割礼に関する規定（民法 1631d 条）が定められている。

¹⁰⁶ Motiv, 398f. 参照。

¹⁰⁷ 民法 1631a 条は、1979 年改正によって設けられた規定である。