

【研究ノート】

親の懲戒権を削除し、体罰の禁止を明示した
民法改正の刑法解釈への影響について

中村邦義

社会安全・警察学研究所 所員
京都産業大学法学部 教授

一. はじめに

本稿では、親の懲戒権を削除し、体罰の禁止を明示した民法改正によって、親の子どもに対する暴行罪や傷害罪等の成否にいかなる影響がありうるのかということについて若干の検討を試みたい。

令和4年12月に民法等の一部を改正する法律案が成立し、民法822条で親権者の子に対する懲戒権の規定が削除されるとともに、民法821条では、親権者は、「子どもの人格を尊重するとともに、子の年齢及び発達の程度に配慮しなければならず、かつ、体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない」ということが規定された。そして、これと平仄を合わせて、児童福祉法33条の2や同47条で親権者に類似する措置を行う児童相談所長等や親権者の児童に対する懲戒を削除し、体罰禁止に関しても児童福祉法33条の2や同47条および児童虐待の防止等に関する法律14条でも、民法821条とほぼ同様の規定に改正された。それでは、これらの法改正が刑法解釈にいかなる影響を与えうるのであろうか。

二. 民法改正や児童福祉法改正は刑法解釈に影響を与えうるか

厚生労働省「体罰等によらない子育ての推進に関する検討会」が2020年2月に講評した「体罰等によらない子育てのために」という報告書の5頁では、「身体に、何らかの苦痛を引き起こし、又は不快感を意図的にもたらす行為（罰）である場合は、どんなに軽いものであっても体罰に該当」する、としつつも、体罰の禁止は「親を罰したり、追い込むことを意図したものではない」としている。そして、刑法解釈への影響（処罰範囲の拡張）は意図していないように見える。

たしかに懲戒権を削除し、体罰の禁止を明示する立法者の意思は、親権者等による子どもへの不適切な対応を積極的に処罰していくことを意図しているわけではないのかもしれない。

しかしながら、上記のことは、実際に裁判実務において暴行罪や傷害罪などの刑法解釈に影響が及ばないということの保障にはならない。なぜなら、わたしたちはこれまでも実際の裁判実務において立法者の当初の説明とは明らかに反する法解釈がなされることがあることもしばしば目の当たりにしてきているからである。

たとえば、大審院昭和15年8月22日判決が、刑法129条にいう「汽車」には自動車代用のガソリンカーも含まれると解釈したことはよく知られている¹。立法当時、「汽車、電車」と列記すると、石油「エンジン」をもって運搬する車ができたとしても、これも汽車、電車にあらざるがゆえに、これを転覆焼燬した者に対して刑法を適用することができなくなるから、「汽車、電車」の後に「その他一定の動力を用いて多数の貨客運搬の用に供するもの」という修正をするべきで

¹ 大判昭和15年8月22日刑集19巻540頁。

あるという提案が、小川平吉委員によってなされた²。これに対して、磯部四郎委員から、殊に刑法は一旦定まったからといって、一条一句改正することができないものではない、物が増えて将来この適用で不十分であればいつでも一条一句を足すことは容易いことであるから、概括的にして刑法の適用の精神を誤ってはならず、今のところはこのままで十分であるとの反論があり³、小川委員の修正案が否決されたという経緯が議事録に残っている。つまり、この議論の過程をみれば、ガソリンカーは意図的に対象から外されていたとみることができるのであり、将来は必要に応じて法改正でその対象を追加すればよいとの認識であったことが窺われるにもかかわらず、判例はその法改正を経ることなくして法解釈でこれに含めたということになるのである。

また、東京地裁昭和46年3月19日判決が、それをもって殴り掛かった時点からプラカードも刑法208条の2の「凶器」に含まれると解釈したこともよく知られている⁴。これも立法当時は、表現の自由、集団行動の自由などの人権を侵害するのではないかという観点から、亀田得治委員が「プラカード、…こういうものは、先ほどの定義からいうと、直ちに人をして危険を感じしめるものではないから、これはここでいう凶器ではないというふうに理解していいですか」と質問したのに対して、政府委員である竹内壽平委員から「プラカードの棒であるとか、そういうふうなものは凶器にならうはずがない。一見、社会通念上、危険の感を抱かせるものではございませんので、そういうものは凶器に当たらない、かように解釈をいたしております。」と説明していたことが議事録に残っているのである⁵。

これらのことからわかることは、いくら立法者による限定的な説明があったとしても、後の裁判所による法解釈によって異なる結論が導かれる可能性があるということである。

刑法解釈論では刑法35条の正当化事由として考えられてきた親の懲戒権であるが、これはそもそもこれまでもさまざまな法領域での法改正が大きな転機になってその範囲が変遷してきているとの指摘がある。広井教授によれば、親の懲戒権には4つの転換点があったとされる⁶。すなわち、

第1の転換点は、1871（明治4）年の戸籍法による除籍の禁止と刑法による連座制の廃止によって「勘当・久離」の廃止である。懲戒場に入れることは教育の委託であるのに対して、勘当・久離は懲戒といっても子の行く末に責任を持たない教育の放棄であった⁷。

第2の転換点は、1873（明治6）年の改定律例230条で儒教倫理に基づく教令に子孫が違反した場合に、それを「非理ニ毆殺スル者」は2年6月の懲役に処するという制限が設けられたことである。それまでの1870年の新律綱領では教えに従わない子を誤って殺しても罪に問われていなかったが、1880（明治13）年の旧刑法では、祖父母父母の子孫に対する特権的条項は廃止され、祖父母父母にも刑法上の「殴打創傷ノ罪」や「過失殺傷ノ罪」、「擅二人ヲ逮捕監禁スル罪」などが適用可能になった⁸。

第3の転換点は、親が願い出て子どもを懲戒場に入れる出願懲治制度の確立である。従来は親が願い出て放蕩の子に対する懲罰として官獄に入れていたが、1872（明治5）年の監獄則10条は子を「懲治監」に入れることを定め⁹、旧刑法の制

² 倉富勇三郎ほか監修〔松尾浩也増補〕『増補刑法沿革総覧』信山社（1990年）1827頁。

³ 倉富勇三郎ほか監修〔松尾浩也増補〕・前掲（註2）1829頁。

⁴ 東京地判昭和46年8月26日刑月3巻3号444頁。

⁵ 昭和33年4月21日 第28回国会 参議院法務委員会会議録32号144～147。

⁶ 広井多鶴子「親の懲戒権の歴史——近代日本における懲戒権の「教育化」過程——」教育学研究63巻2号（1996年）119頁以下、120頁。

⁷ 広井・前掲（註6）120頁。

⁸ 広井・前掲（註6）120頁以下。

⁹ 徳川時代の慣習法（勘当）において、不行状な子弟を官に願い出て「入牢あるいは手鎖を加え懲治」という制度があり、その継承と

定に伴って1881（明治14）年には監獄則が改正され、「懲治場」となり、主に未成年者のための施設となった。その後、1889（明治22）年に監獄則改正で出願懲治の規定が削除され、1900（明治33）年に感化法が制定され、明治民法の懲戒場に対応するものとして感化院が位置づけられたことで、国が親にかわって刑罰ではない広義の教育を施すことになった¹⁰。

第4の転換点は、明治民法が旧民法以上に親の恣意的な懲戒権の行使を制限したことである。すなわち、旧民法が親権は父が行うとしていたのに対して、明治民法は親の教育義務を明記した。旧民法が成年一般に親の懲戒権が及んだのに対して、明治民法は独立の生計を立てる成年には懲戒権が及ばないとした。旧民法が過度の懲戒を禁止したのに対して、明治民法が懲戒を必要な範囲に限定することで懲戒権の制限を明確にした¹¹。旧民法が懲戒場に入れる期間を親が増減できたのに対して、明治民法は親がそれを減らすことはできても増やすことはできないとした。明治民法は親による親権濫用に対して裁判所が親権の喪失を宣言できるようにした¹²。

明治初年の「親兄ノ権」は、懲戒のために子を「官獄」に入れて監禁し、勘当・久離により、養育を放棄することが可能であり、子の懲戒＝懲罰で、誤って子を死なせても親は罪に問われなかった。しかし、勘当・久離の制度が廃止され、旧刑法が親の行為を犯罪とする限界を定め、親が懲戒のために子を収容する施設も監獄内の懲治場から、感化院に変化し、懲罰ではない教育が行われるようになった。そして、明治民法が親に子の教育を義務づけ、それに必要な範囲内に懲戒を制限したことで、懲戒は教育の手段として捉えられることになった。このことは、子どもに対する力の行使が、教育的な懲戒と非教育的な暴力ないし虐待とに区分され、教育的な懲戒であるかぎり子どもの利益にかなうと考えられてきた。それゆえ、子どもに対する力の行使の一切を否定するのではなく、国家的な規制によって、親の権力を教育の枠内において限定的に使用させることで、国家の秩序維持を図ったのが、近代の懲戒権である¹³、というのが広井教授の分析するところである。

このようにみると、それぞれの法領域における法改正が他の法解釈にも十分に影響を与えるということがすでに過去の例によって示されてきているといえよう。

三. 判例・裁判例

それでは次に、これまでの刑事裁判実務において、懲戒権はどのように扱われてきたのか、暴行罪・傷害罪・監禁罪がどこまでの範囲で懲戒権によって正当化されてきたのかということについても概観してみたい。

見ることができるが、国家権力の介入が明文化されたことで親の懲戒権がそれまで以上に強力なものになった（小口恵巳子「旧民法における親の懲戒権」法社会学60号（2004年）167頁以下、169頁、181頁）。

¹⁰ 広井・前掲（註6）121頁以下。

¹¹ ただし、旧民法身分法第一草案において、懲戒権の絶対性を抑制する上で極めて重要な役割を果たしていた但書の文言である「過度ノ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス」が削除され、「必要ナル範囲内ニ於テ」懲戒できるとしたことは、見過ごすことができない修正との評価もある（小口恵巳子「親の懲戒権——明治民法編纂過程における体罰正当化の過程——」人間文化論叢8号（2005年）163頁以下、165頁）。

¹² 広井・前掲（註6）122頁。ちなみに「親権喪失」規定設立の背景として、御雇外国人ブスケとボアソナードが招聘された時期のフランスは、顕著な社会的・経済的变化に伴い、懲戒権行使に値しない父親が増加し、増大する親権濫用に対する法的措置を迫られていた時期を迎えていたことが彼らの法思想に影響し、フランスでも実現していなかったこの制度を彼らがわが国の民法で実現させようとしたのではないかとされている（小口・前掲（註9）176頁）。

¹³ 広井・前掲（註6）124頁以下。

明治民法下では、知能発育不十分の長男が不従順であることに怒った父親が、頭部を棒2本の間に挟み両端を杭と樹木に結びつけ、縄で両手を背後に縛り、小屋に押し込め棍棒で数回殴打し、約3時間監禁した制縛監禁の事案で、必要なる範囲を逸脱しない限りは、制縛監禁またはこれを殴打する必要があるれば、法律上これをなすことができるとして、子どもに対する体罰を含めて正当な懲戒行為とみなしたものがあつた¹⁴。

しかし、その後は、6歳の娘に対して、板の間および風呂場に突き倒し、手でその顔面および臀部を殴打し、さらに裸にして浴槽内に頭まで押し込み、風呂から上がってぼんやりと裸のまま風呂場の廊下に立っている同女を後ろから突き倒す等した事案で、懲戒権の行使として正当な範囲を越えた措置であり、社会通念上許すべからざる行為であると判示したもの¹⁵や、9歳の子どもの盗癖を矯正するために両手を針金で縛り、用便等の僅少の時間以外はその制縛を解かず（2日目に制縛が解かれ）、2日半余りにわたり継続して押入に押し込め、その戸を釘付けした逮捕監禁の事案で、行動の自由を極度に奪うもので社会通念上、親の子に対する懲戒権の行使として必要な範囲内にあるものとは到底認められないと判示したものがある¹⁶。また、妊娠7か月で具合が悪かった継母である被告人が、理由もなくめそめそ泣きだしてやまない4歳の継子の頭部に手拳で3～4回強打し、転倒させて茶箆の角に側頭部を打ちつけさせ、さらに再び泣きだした同児を寝かしつけるために前後3～4回激しく揺さぶり転倒させて敷居に後頭部を強打させて脳出血で死亡させたとして傷害致死罪の成立を認めた事案ではあるが、その判断の中で、「およそ親権を行う者は、その子の悪癖等を矯正するため殴る、捻るなどの適宜の手段方法を用いて、その身体に対し或程度の有形力を行使する等の措置に出ることは、法が親権者に懲戒権を認めた趣旨に鑑みて許されるものと解すべきである」と判示したものがある¹⁷。この昭和47年京都地裁判決では、民法に親権者の懲戒権の規定があつたことから「殴る、捻る」という手段を用いることができると考えられていたことがわかる。

なお、教職員による体罰が懲戒権の行使にあたるかが争われた事案としては、中学校の女性教師が平手および軽く握ったこぶしで生徒の頭部を数回軽く殴打した行為で違法性を阻却した事案¹⁸がある。これは、動機・目的、態様・程度、当該生徒の年齢、健康状態、同人の言動の内容等をあわせて考察すると、正当な懲戒権の行使として許される限度内の行為であると判断されたものである。また、中学校の助教諭が、教室から逃げ出した生徒を教室に連れ戻すために追跡し、連行に応じない同人を抱き起したり手を引っ張ったりしたため、同人の精神的昂奮による失神状態を招いたことが傷害罪に問われた事案で、学校教員としてなすべき正当な業務によるものとして無罪を言い渡したものがあつた¹⁹。さらに、高等学校の清掃や給食時の生徒指導を担当する技能員が食器を片付けるよう注意したのに無視した生徒に対し、その頸部を右手でつかんで食堂に押し戻す暴行を加え、加療約1週間の頸部挫傷の傷害を負わせた行為で違法性を阻却した事案²⁰がある。これは、有形力の行使がつねに体罰として処罰の対象となるわけではなく、行為当時の状況下において社会の健全な精神に照らして許容される範囲内の行為であるかを個別的に判断するべきであるとし、被告人の行為がルールを守らせるための指導として意味があつたこと、有形力が激しい態様のものではなかつたこと、生徒のグループは社会的常識を欠く身勝

¹⁴ 大判明治37年2月1日刑録10輯122頁。明治民法における懲戒の程度・手段は、旧民法とは一転して「打擲」を有効な懲戒の範囲内とし、体罰をはじめとする有形力の行使を積極的に承認する立法趣旨が、裁判官に対する指針となり、本判決によって「必要ナル範囲内」での懲戒行為であることが、違法性阻却事由となつた（小口・前掲（註11）170頁）。

¹⁵ 東京高判昭和35年2月13日下刑集2巻2号113頁。

¹⁶ 東京高判決昭和35年2月1日東高刑時報11巻2号9頁。

¹⁷ 京都地判昭和47年1月26日刑月4巻1号189頁。

¹⁸ 東京高判昭和56年4月1日判時1007号133頁、判タ442号163頁、刑裁月報13巻4・5号341頁。

¹⁹ 旭川地判昭和32年7月27日判時125号28頁。

²⁰ 横浜地判平成20年11月12日季刊刑事弁護59号（2009年）207頁。

手な行為を繰り返しており、口頭の注意のみでは指導の効果が上がらなかったこと等を指摘したうえで、正当な業務行為の範囲を逸脱したものとは言えないとし、仮にこのような程度の有形力の行使も一切許されずに処罰の対象となるというのであれば、素行が悪く教職員の口頭の指導にも容易に従おうとしない生徒らは、自分の身体に触れられたという程度でも容易に教職員を警察に告訴するという風潮を生み出しかねないと判示している。これは学内の秩序維持にかかわる視点をあわせて示したものとみることができる²¹。

これに対して、中学校の教師が生徒の頭部を手で傷害に至らない程度に殴打した行為で暴行罪を認めた大阪高裁昭和30年判決の事案²²がある。それは、基本的人権を尊重し暴力を否定する憲法の趣旨と、これを受けて刑法の暴行罪の刑が重くされ、親告罪から非親告罪にされたということからもこういうように理解される²³。大塚博士や小田中博士はこの大阪高裁昭和30年判決に賛成の立場を示した²⁴。これに対して、藤木博士は、体罰を禁止する学校教育法11条但書は教師の職務上の心得を定めたものであり²⁵、その違反に民事上行政上の責任が生ずることは別として、現実の問題としては、最小限度の体罰を用いることがやむをえない措置として是認されなければならないような事例も否定しがたいものと考えられる²⁶、としていた。

また高等学校野球部の監督が反抗的な態度を取る1年部員に対して頬を3回平手打ちし、頭部を1回げんこつで殴打し、背後から右太もも辺りを右足で1回蹴る暴行を加えた行為で父親が生活面のしつけや野球の指導に関して被告人が被害者に対して手を上げる指導を容認していたとしても、親権者の懲戒権を学校の教育指導者に委託したのではなく、仮に親権者が懲戒権を委託したとみても、教育指導者としての正当な懲戒権行使の範囲を逸脱した行為であるから、親権者による委託の範囲も逸脱していたものであるとして暴行罪を認めた事案²⁷、児童等の矯正施設を標榜する風の子学園の園長が、両親に入園者を「内観」として3日か4日間くらい飲まず食わずで閉じ込めておくと、心配はいらないと説明し、14歳の子に対し飲食物も与えず4日間にわたりコンテナの中に閉じ込めるなどした行為で、両親から監護・教育権の行使を委ねられたことが一応認められるが、すでに意思能力がある子の自由を實力で拘束し、一定の場所に閉じ込めておくことまで許されるものではないとして監禁罪を認めた事案²⁸などがある。

²¹ 深町晋也「児童虐待に対する刑事的介入の限界と親の懲戒権」警察学論集74巻8号（2021年）39頁以下、57頁。ちなみに、本件を担当した弁護士人からは、荒れる教育現場がしばしば見受けられる昨今の情勢を十分配慮したものとなっているとの評価もなされている（岡田尚＝志田一馨「生徒に対する正当な指導として違法性阻却」季刊刑事弁護59号（2009年）110頁以下）。

²² 大阪高判昭和30年5月16日高刑集8巻4号545頁。

²³ 齊藤誠二「教師の体罰と暴行罪」判例時報897号（1978年）3頁以下、同『刑法各論I〔新訂版〕』多賀出版（1979年）346頁。

²⁴ 大塚仁『注解刑法〔増補第二版〕』有斐閣（1977年）180頁、小田中聰樹「体罰と暴行罪該当性」兼子仁編『教育判例百選〔第三版〕』有斐閣（1992年）110頁以下。

²⁵ 藤木英雄『新版刑法演習講座』立花書房（1970年）77頁によれば、学校教育法11条但書の体罰禁止規定は、戦前の軍国主義的な教育のひとつのあらわれとしての体罰を無反省に加えた教育姿勢に対する深刻な反省に基づくもので、刑法35条の適用除外まで意図したつよい趣旨のものではないとされる。

²⁶ 藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂（1975年）187頁。

²⁷ 名古屋高判平成28年3月23日LEX/DB文献番号25542710。

²⁸ 広島地福山支判平成7年5月17日判時1535号30頁。また、福岡高判昭和51年5月26日判時835号112頁は、学習塾の教師が、中学生である塾生らに対し居眠りや宿題の忘れ等を理由に暴行を加えるなどして、暴行や傷害罪に問われた事案で、入塾に当たり、被害者の父母から、それぞれ厳しくやってもらいたいと依頼されて学習指導に当たっていたという事情から、被告人は懲戒権を有していたとしつつも、竹刀を用いたり、手拳で連続的に殴打したり、足蹴にするなどの暴行は懲戒のための行動として許される範囲を明らかに逸脱しているとして原審の有罪判決を維持した。

四. 比較法的な概観

以下では、ドイツ、オーストリア、スイスにおいて、それぞれ民法上の懲戒権の規定が削除されたこと（そしてドイツとオーストリアでは体罰の禁止も明記されたこと）が刑法解釈に与えた影響について、法改正前後の議論を手掛りとして概観してみることにしたい。

1. ドイツ

ドイツでは、1794年のプロイセン王国の一般ラント法に両親と教師の懲戒権が規定され、1845年12月11日のプロイセン地方の小学校の校則などにも教師の懲戒権が規定された²⁹。ライヒ裁判所も教師による生徒に対する身体的な懲戒は身体傷害罪の違法性を阻却するとしていた³⁰。そこでは教師の教育の権利と義務から懲戒権が導かれると考えられていた³¹。親の懲戒権もその監護権と教育権によって支えられ、1896年8月18日のドイツ民法1631条2項で「父親は、教育権に基づいて子どもに対して適切な懲戒手段を用いることができる」と定められ、1957年6月18日の男女平等法では両親の懲戒権が認められた³²。また両親の懲戒権は、基本法6条2項からも導かれるので、法律の根拠を必要としないと考えられた³³。

しかし、20世紀には生徒らに対する身体的な懲戒を認めることへの疑念が高まり、第2次大戦後には教師の懲戒権の行使は政府の行政規定によって廃止されるか、著しく制限されることになった³⁴。1970年代以降にはほとんどすべての州の学校法で生徒に対する身体的な懲戒が禁止された³⁵。2000年には、ドイツ民法1631条2項が「子どもは暴力のない教育を受ける権利がある。体罰、精神的な侵害、その他の尊厳を傷つける措置は許容されない」と規定したが、これは、スウェーデンの親権法（*Elterngesetz*）と軌を一にしたものであるといわれている³⁶。これ以降、学説上はなお両親の懲戒権についてはこれを肯定しようとする見解もあるものの、ドイツの判例は、両親の懲戒の正当化を否定し、身体傷害罪を理由とする可罰性を肯定するようになった³⁷。下級審レベルではあるが、何度も注意をしたのに誕生日会でレモネードをテーブルの上に吐いた自分の2歳3か月の娘に1回平手打ちをした母親に財産刑を言い渡した事案もある³⁸。

²⁹ M. Böse, Das Züchtigungsrecht von Eltern und Lehrern als Rechtfertigungsgrund?, *Criminal Justice and Policing* No.4 (2018) S. 13 ff., S. 14; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳] 「両親や教師には、正当化事由としての懲戒権があるのか？」 *社会安全・警察学* 4号（2018年）3頁以下、5頁。

³⁰ RGSt 15, 367 (377).

³¹ RGSt 35, 182 (183) ; 40, 432 (433).

³² M. Böse, a.a.O. (Fn.29), S.16; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註29）7頁。

³³ M. Böse, a.a.O. (Fn.29), S.16; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註29）7頁。

³⁴ M. Böse, a.a.O. (Fn.29), S.14; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註29）5頁。

³⁵ 齊藤・前掲「教師の体罰と暴行罪」（註23）6頁、同・前掲『刑法各論I』（註23）352頁；M. Böse, a.a.O. (Fn.29), S. 15; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註29）6頁。

³⁶ C. Roxin / L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Aufl., 2020, S 916, §17 Rdnr. 34. ドイツに影響を与えたとされるスウェーデンでは、30年という長い歳月をかけて非暴力の理念と人間観を国民の意識に浸透させていきながら、同時に子育て支援制度も充実させていったといわれている（安藤博「親の懲戒権の行方」 *週刊教育資料* 1536号（2019年）35頁以下）。

³⁷ この問題をめぐるドイツの学説の検討については、M. Böse, a.a.O. (Fn.29), S. 17 ff.; マーティン・ベーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註29）8頁以下を参照のこと。

³⁸ AG Burgwedel, Urteil vom 10. 11. 2004 – 64 Ds 3642 Js 8475/04 (20/04) [juris]; JAmt 2005, S. 50 f.

2. オーストリア

オーストリアでは、かつては、オーストリア民法旧 145 条が両親に対してやり過ぎない程度にその健康に害を及ぼさない方法で子どもを罰する権利を与えていたが、1977 年 6 月 30 日の連邦議会によってこの規定は削除された³⁹。その後、1989 年のオーストリア民法旧 146 条 a では、暴力の行使などが許容されない旨が規定され、現在は、オーストリア民法 137 条 2 項で「両親は、未成年の子どもの福祉を促進し、子どもたちに配慮し、安心感を与え、注意深く育てなければならない。いかなる暴力の利用も身体的または精神的な苦痛を与えることも許容されない。できるかぎり両親は双方の合意のうえで子どもの世話をすべきである」と規定された⁴⁰。この点では今回の民法改正で懲戒権の規定を削除し、体罰を禁止したわが国の状況と非常によく似た状況になっている。

1977 年の懲戒権規定の削除に関しては、ノヴァコフスキーはそれによって懲戒権が否定されたということの意味しないとした⁴¹。なぜなら、子どもの教育は親の権利であるのみならず、親の義務でもあるから、義務の衝突を援用することで正当化することができると考えたからである⁴²。オーストリア民法 146 条 a が懲戒のための暴行や身体的または精神的な苦痛を与えることを禁止している。それゆえ、懲戒の目的で行われたとしても、身体傷害罪は不適切なものと思なされることになる⁴³。オーストリア民法 146 条 a によれば、両親は命令をしてそれを遂行する際には、子どもの年齢・発達・性格を考慮しなければならない。オーストリア民法 146 条 1 項によれば、両親にはその他に教育、特に身体的・精神的・心理的・道徳的な能力の発達を保護し、子どもの素質・能力・傾向・発達の可能性を促進するとともに、学校や仕事での訓練を保護する責任がある。わずかな身体的苦痛を与える体罰が、これらの責任のいずれかを達成するための適切な手段であると考えられる場合、たとえば子どもが怠惰や反社会的な態度で行動する傾向を矯正するために、義務の衝突によることが出発点となる⁴⁴。学校教育法 47 条 3 項は、教師に「体罰、攻撃的な言動、集団的懲罰」を禁止している。他方で、職業訓練法 11 条は、未成年の実習生の両親またはその他の法律上の保護者は、教師と協力して、実習生がその義務を果たすように奨励しなければならないと規定しているので、この場合には義務の衝突として懲戒が認められる可能性があるとする⁴⁵。

しかし、キーナプフェル／ヘプフェルは、1989 年にはオーストリア民法 146 条 a と青少年福祉法 (Jugendwohlfahrtsgesetz) 2 条 2 項 2 文で子育てにおける暴行の禁止が規定されたことにかんがみると、両親の懲戒権をまだ認めることができるのかどうかは疑問であるとする⁴⁶。

この点に関連して、マレッツキーも、1989 年に児童福祉および青少年福祉法 (Kinderschafts- und Jugendwohlfahrtsrecht) が暴力のない教育の理念を示しており、オーストリア民法 146 条 a は未成年の子どもが両親の指示に従わなければならないが、暴行や身体的または精神的苦痛を与えることを法律が明確に禁じており、両親の懲戒権はすでに 1977 年に廃止されて存在せず、殴打 (Schläge) や平手打ち (Ohrfeigen) などの体罰は禁止されているから、刑法上は身体傷害罪や強要罪に問われるとする⁴⁷。

³⁹ F. Nowakowski, in: E. Foregger usw. (Hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1984, §3 Nachbem Rz. 31.

⁴⁰ E. Filler, Vom "archaischen Züchtigungsrecht" zum "absoluten Gewaltverbot" (https://www.gewaltinfo.at/betroffene/kinder/gesetzliches_gewaltverbot.php) [2023 年 11 月 26 日アクセス]

⁴¹ F. Nowakowski, a.a.O. (Fn.39), §3 Nachbem Rz. 31.

⁴² F. Nowakowski, a.a.O. (Fn.39), §3 Nachbem Rz. 31; O. Triffterer, Österreichisches Strafrecht : Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 109.

⁴³ O. Triffterer, a.a.O. (Fn.42), Rdnr. 109.

⁴⁴ F. Nowakowski, a.a.O. (Fn.39), §3 Nachbem Rz. 31.

⁴⁵ F. Nowakowski, a.a.O. (Fn.39), §3 Nachbem Rz. 31.

⁴⁶ D. Kienapfel / F. Höpfel, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2001, S. 17 Rdnr. 7.

⁴⁷ O. Maleczky, Zur Strafbarkeit der „G'sundn Watschn", ÖJZ 1993, S. 625 ff.

そして、ノヴァコヴスキーらが義務の衝突を援用することで体罰を正当化しようとしたことについて、マレツキーは、それは「今や時代遅れとなって久しい」としている⁴⁸。たしかに教育は親の権利であるのみならず、親の義務でもあるから、義務の衝突のルールを援用することができるという出発点そのものは正しいが、軽度の身体的苦痛や身体への攻撃が子どもに対する適切な手段であるという前提が過去のものであって正しくないというのである⁴⁹。

ちなみに、フックスは、1977年に懲戒権が法律で明確に廃止され、1989年にオーストリア民法146条aが子育てに暴行を用いることができないと規定していたとしても、それは立法者が殴打などの抑圧的な暴行を禁止したかっただけであることがわかっているとし、必要な教育措置を直ちに実施するために必要かつ適切な強制力は引き続き認められているとする⁵⁰。たとえば教育を受けさせる法律上の義務には、その義務を果たすための必要な手段も含まれるので、警察が逃亡した子どもを連れ戻すために有形力を行使するのと同様に、親も子どもの逃走を阻止するための有形力を行使することはできなければ不合理であるから、個人の自由に対する必要な制限や、命令を執行するために必要な措置は、たとえそれが自由の剥奪や強要という犯罪に当たるとしても、子どもを育てる権利・義務によって正当化されるとする⁵¹。それゆえ、必要に応じて危険な物や不適切な物を子どもから強制的に取り上げたり、テレビのスイッチを切ったり、子どもが本来の役割（勉強）をするように強制的に机に向かわせることは認められるとする⁵²。

3. スイス

スイスでも、かつては、スイス連邦裁判所が公立学校の教師⁵³や第三者⁵⁴にも懲戒権を認めていた。

シュルツも、懲戒権を行使するために、両親が子どもの自由に対して軽い制限を加えたり、平手打ちなどの暴行行為をしたりすることもあるとし⁵⁵、またスイス連邦裁判所が判示したように、公立学校の教師の懲戒権は、名誉毀損または暴行行為を理由とする処罰を阻却するとして、親や教師の懲戒権を認めていた⁵⁶。他方で、一棟の住宅の管理人である第三者が、その家を汚した他人の子どもに対して懲戒した事案でも、懲戒権を認めたスイス連邦裁判所の判断に対しては、シュルツは、判例が正当化事由を認めた法的な根拠が明らかではなく、他人の子どもに対する第三者の懲戒を正当化事由とすることには断固として拒否すべきであるとしていた⁵⁷。

しかし、その後、スイスでは児童福祉法（Kinderschaftsrecht）で懲戒権を削除する法改正が行われたことから、両親に懲戒権があるのかどうかも議論されることになった。

シュバルトは、スイス民法278条は親に懲戒権を認め、スイス民法405条2項は保護者にも懲戒権を認めていたが、

⁴⁸ ノヴァコヴスキーは教育手段として軽微な暴行が適切であるかどうかは、反権威主義の傾向の行く末に懸かっているとしているが（*F. Nowakowski*, a.a.O. (Fn.39), §3 Nachbem Rz. 32）、マレツキーはノヴァコヴスキーがどうやら暴力のない教育と反権威主義を同一視しているらしいことは残念なことだとしている（*O. Maleczky*, a.a.O. (Fn.47), S. 626）。

⁴⁹ *O. Maleczky*, a.a.O. (Fn.47), S. 626.

⁵⁰ *H. Fuchs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, S. 126 f.

⁵¹ *H. Fuchs*, a.a.O. (Fn.50), S. 126 f.

⁵² *H. Fuchs*, a.a.O. (Fn.50), S. 126 f.

⁵³ BGE 72 (1946) IV 176.

⁵⁴ BGE 89 (1963) IV 71.

⁵⁵ *H. Schultz*, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, ein Grundriss, Bd. 1, die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 2. Aufl., 1974, S. 163.

⁵⁶ *H. Schultz*, a.a.O. (Fn.55), S.169.

⁵⁷ *H. Schultz*, a.a.O. (Fn.55), S.183.

新しい児童福祉法はこれを否定し、1978年1月1日のスイス民法301条と302条は、両親に子どもの福祉を考慮して子どもの世話と養育を命じると規定するので、両親には子どもを教育する義務があるから、両親ないしは保護者に懲戒権の形式的な根拠が依然として存在するのかどうかは明らかではなく、現在の知見から懲戒が教育的に適切であるかどうかとも明らかではないとする⁵⁸。そのうえで、シューバルトは、新しい児童福祉法によって連邦法の下では親の懲戒権がすでに疑問視されているので、教育学の知見が教師の懲戒権に批判的である以上は、教師には最初からそのような権利を与えることはできないという⁵⁹。そして、もし仮に州法で教師の懲戒権を明示的に定めていたとしても、それは連邦法に違反するもので正当化事由とはならないとする⁶⁰。それゆえ、教師による懲戒は、正当防衛や緊急避難の要件が存在する場合にしか正当化されないことになる⁶¹。欧州人権裁判所が、15歳の少年に対し、露出した臀部に棒の棒で3回殴打し、皮膚の腫れと痛みが約1週間半続いたという事案で少年の品位を傷つける体罰で禁止されるとしたことも考慮に値するという⁶²。そして、シューバルトは、両親に現代の教育学の成果を紹介することは刑法の課題ではないから両親が子どもに対して行った暴行は懲戒権として正当化される余地があるが⁶³、それは暴行行為のみが許容されるのであって、いかなる状況であっても身体傷害罪は許容されず、特殊な懲戒道具（棒）を用いることはこの限界を超える危険があることを理由として許容されないという⁶⁴。あまりにも頻繁に暴行を用いることは懲戒権の濫用となる⁶⁵。懲戒は、子どもの特定の誤った態度をきっかけとする必要があり、その種類と範囲において教育目的の達成に必要なかつ適切でなければならず⁶⁶、行為者には主観的にも教育の意思が必要であるとする⁶⁷。

シュトラテンヴェルトは、未成年者の監護権が両親や後見人による懲戒権をどの程度許容することになるかということが問題となるが、それは次第に制限されてきており、たとえ教育目的であっても体罰が許容される範囲は狭まりつつあるとする⁶⁸。それはせいぜい暴行行為までであり、それ以上のものは懲戒権でカバーされない⁶⁹。教師の懲戒権は州の規制の対象となるが、慣習法で正当化することはできないとする⁷⁰。そしてシュトラテンヴェルトは、行為者が自身のサディズムを自由に解放するために子どもの悪戯を口実として使用するだけであれば、その体罰には最初から教育的効果がないから、決定的に重要な要素は行為者の教育目的であるとする⁷¹。

⁵⁸ M. Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben Art. 111-136 StGB, 1982, S. 220, Art. 126 N 11.

⁵⁹ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 221, Art126 N15.

⁶⁰ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 221, Art126 N15.

⁶¹ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 222, Art126 N17.

⁶² M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 222, Art126 N19.

⁶³ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 220, Art126 N12.

⁶⁴ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 223, Art126 N24.

⁶⁵ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 223, Art126 N25.

⁶⁶ M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 223, Art126 N26.

⁶⁷ この行為者の教育の意思は子どもの態度に対する怒りや憤激があっても否定されない (M. Schubarth, a.a.O. (Fn.58), S. 223, Art126 N27)。

⁶⁸ G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 3. Aufl., 2005, §10 N96.

⁶⁹ G. Stratenwerth, a.a.O. (Fn.68), §10 N96.

⁷⁰ G. Stratenwerth, a.a.O. (Fn.68), §10 N96. なお、シューバルトのように連邦法に違反するから州法によって正当化することもできないのかどうかについては触れられていない。

⁷¹ G. Stratenwerth, a.a.O. (Fn.68), §10 N104. それゆえ、純粋なサディズムから子どもを殴る父親は、教育義務を何ら果たしていないので、たとえ懲戒自体が許容されるような子どもの非行の機会に行われた体罰であって、客観的に正当化される状況であることにまったく疑問の余地がないとしても、正当化の目的が追求されていないかぎり、既遂犯の不法が完全にそのまま残ることになる (G.

トレクセル／ノルも、児童福祉法の改正により、子どもに対する両親の懲戒権は削除されたので、これが依然として認められるのかどうかは決して疑いがないわけではないが、もちろん禁止されているわけではないとする⁷²。ただし、許容されるのはスイス刑法 126 条に定められる軽度の身体的な懲戒のみであり⁷³、それもその行為をくり返し行う場合には、捜査当局によって暴行罪で訴追される（スイス刑法 126 条 2 項）⁷⁴。そして立法者がどのような条件の下で軽度の身体的な懲戒が許容されるかを詳細に定めることは現実的ではないとしている⁷⁵。

リークリンも、懲罰的な性格をとまなう教育の手段としての体罰は、それが教育目的で役に立ち、十分な理由が行われ、行為が重大でないかぎり、親と子の関係において慣習法の下で限定的な範囲で許容されているとする⁷⁶。ただし、スイス刑法 126 条 2 項 a によれば、その懲戒をくり返すと暴行罪で処罰の対象となり、実際に身体に傷害を負わせた場合には傷害罪となるとしている⁷⁷。

五. おわりに

比較法的な概観でもみたように、19 世紀までは当然のように認められていた親や教師の懲戒権が、20 世紀には疑問視されるようになり、1970 年代以降には懲戒権の規定が削除されていくと同時に、2000 年以降には「暴力のない教育」ということが強調されるようになった⁷⁸。それによって教師によるあらゆる体罰が処罰の対象とされ、親による体罰も処罰の対象となるか、あるいは軽微な暴行の限度でのみ処罰の対象から除外されるに過ぎないという扱いに変遷していく傾向がみられた。ちなみに、ドイツとオーストリア、スイスでの議論を比較すると、その中ではスイスが親の懲戒に対して最も寛容であるように見える。これはおそらくスイスで体罰の禁止が法律で明記されないで来たこととも関係しているであろう⁷⁹。

今般、わが国では、民法で親の懲戒権の規定が削除され、体罰の禁止が定められたので、ここで概観した諸外国（とりわけドイツやオーストリア）と同様の状況になっていくのではないかと推測される。少なくとも上述した昭和 47 年京都市裁の判示に見られたような民法の懲戒権規定の存在を前提とした正当化の理由づけはできなくなるので、暴行罪や傷害罪、監禁罪として処罰される危険性が高まったということは否定できないであろう。

Stratenwerth, aa.O. (Fn.68), §10 N110)。

⁷² *S. Trechsel / P. Noll*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., 2004, §10/B.

⁷³ スイス刑法では、平手打ちや殴打行為は、刑法 126 条の暴行を構成する（天田悠『治療行為と刑法』成文堂（2018 年）335 頁）。

⁷⁴ *S. Trechsel / P. Noll*, aa.O. (Fn.72), §10/B.

⁷⁵ *S. Trechsel / P. Noll*, aa.O. (Fn.72), §10/B.

⁷⁶ *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Verbrechenslehre, 3. Aufl., 2007, S. 12, §1 N31.

⁷⁷ *F. Riklin*, aa.O. (Fn.76), S. 12, §1 N31.

⁷⁸ *E. Filler*, aa.O. (Fn.40) によれば、1979 年にスウェーデン、1983 年にフィンランド、1987 年にノルウェー、1989 年にオーストリア、1994 年にキプロス、1997 年にデンマーク、1998 年にラトビア、1999 年にクロアチア、2000 年にブルガリア、イスラエル、ドイツ、2003 年にアイスランド、2004 年にウクライナ、ルーマニア、2005 年にハンガリー、2006 年にギリシア、2007 年にオランダ、ニュージーランド、ポルトガル、ベネズエラ、スペイン、トーゴ、2008 年にコスタリカ、リヒテンシュタイン、ルクセンブルク、モルドバ、2010 年にアルバニア、コンゴ、ケニア、ポーランド、チュニジア、2011 年に南スーダンなどが子どもの教育における暴力の禁止を法律で明記したとされる。

⁷⁹ 深町晋也『家族と刑法——家庭は犯罪の温床か？』有斐閣（2021 年）194 頁では、ドイツやオーストリアとは異なって、スイスでは体罰の禁止を定める動議がたびたび否決されていることも詳論されている。

他方で、「孤育て」という造語もあるように⁸⁰、核家族化が進んでいるわが国では周囲に頼ることができない環境での子育てが多くなりがちであり、子育てしやすい環境ではない家庭もあること、親自身が育った環境も体罰による教育の下で育っていたという場合も考えられるし、育てやすい子どもと手のかかる子どもがいることも厳然たる事実であろう。正当防衛や緊急避難に近い緊急の状況下では反抗期の子どもに対して親がある程度の実力を用いなければならないことも十分に考えられる。もちろん、近代法が身体刑から自由刑に移行したことにかんがみるならば、体罰を認め続けることには問題がある。また、ブースマンによれば、体罰はそれ自体が子どもの尊厳を傷つけるのみならず、家庭内の暴力はエスカレートし、子どもは暴力の経験によって心配性や対人恐怖症や薬物中毒になったり、みずからも攻撃的な態度を取る傾向を持ったり、共感力が欠如するようになり、葛藤を解決する手段として暴力を習得することにもつながり、しばしば暴力犯罪などの犯罪傾向が高まると分析されている⁸¹。そうだとすれば、暴力のない教育が望ましく、緊急の状況下には、体罰を用いることは妥当でもなければ有効でもないことが明らかではある。

しかしながら、体罰をする親もその多くは何も好き好んでそのような行動に出ているのではなく、実際の場面ではそのようにせざるを得ないという追い込まれた気持ちで行ってしまっている場合が少なくないと考えられる。そのため、それが犯罪であるとレッテル貼りをするだけでは何ら現実問題の解決には至らないであろう。

父親が彼にとっては当然と思っていた平手打ちを理由としてさらし者にされねばならず、父親だけに責任があるということになれば、親子の信頼関係の危機であり、これによって家庭の平和や子どものその後の成長に対して生じる害悪は、たとえ許容できないものであったとしても平手打ちをすることによってすべてが再びうまく戻ったという場合よりもずっと重大となる可能性がある点が問題である⁸²。そして、「体罰はいけない」というメッセージを捜査機関や刑事裁判所が正面から受け止めることで、より低い当罰性しか有しない行為について処罰範囲を拡張することは、子の教育に悩みを抱える親を「追い込む」ことになり⁸³、また、親が「犯罪者」として処罰されることになり、親子の再統合にいかなる影響が生じうるかも慎重に検討されなければならないという指摘もある⁸⁴。

それゆえ、国家が体罰によらない子育て方法を開発し、その内容を具体的に示し、親権を行う者に対して子どもの権利を遂行するために支援を受ける権利を保障し、虐待する親を救済する仕組み（治療プログラム）、経済的支援、専門家（心理・保健・医療・保育）による相談と援助体制なども必要であるという提案もなされているが⁸⁵、まさにそれこそが社会における先決問題であると考えられる。少なくともそのような環境が整備されるまでは、子育てがうまく行かず体罰に至ってしまったケースでもまだ深刻な虐待までには至らない（少なくとも死傷結果までは発生していない）と判断される事案では警察による微罪処分や検察による不起訴処分などの対応と行政支援をすることで対応することの方が親を処罰することよりも望ましいのではないと思われる⁸⁶。

⁸⁰ 片岡洋子「自己責任と成果主義の『孤育て』の背景を考える」教育 61 巻 1 号（2011 年）103 頁以下。

⁸¹ Kai-D. Bussmann, Das Recht auf gewaltfreie Erziehung aus juristischer und empirischer Sicht, FPR 2002, S. 289 ff.; 同旨のものとして、M. Böse, aa.O. (Fn.29), S. 17; マーティン・ペーゼ [中村邦義 訳]・前掲（註 29）9 頁以下；C. Roxin / L. Greco, aa.O. (Fn.36), S. 917, §17 Rdnr.36; 安藤・前掲（註 36）36 頁も、体罰はその影響として子どもに暴力を学習させるから、体罰をなくすことは子どものさまざまな問題行動・非行を減らすことになり、社会的にも有益であるとする。

⁸² C. Roxin / L. Greco, aa.O. (Fn.36), S. 921, §17 Rdnr.49.

⁸³ 深町・前掲（註 21）72 頁。

⁸⁴ 深町晋也「刑法が家族の問題に関わるとき」法学セミナー 799 号（2021 年）53 頁以下、同・前掲（註 78）204 頁。

⁸⁵ 安藤・前掲（註 36）37 頁。

⁸⁶ ニュージーランドでは軽微な事件のほとんどが起訴されず警告となり、支援サービスを受けており、重要なのは処罰よりも支援である（安藤・前掲（註 36）37 頁）。