

## 児童虐待における刑事法の在り方

三 枝 有

### ． 序 論

中本先生の御退職に当って思うことは、常日頃より、先生は刑法各論の講義に当って最も新しい刑事法上の話題を事例として取り上げ解説されていたことである。刑法理論は、とかく抽象的で現代的感覚を欠いたものになりやすいものである。常に現代的感覚を持ち話題性に富んだ事例で講義に臨まれていた中本先生に敬意を表するとともに、先生の意図するところを汲ませて戴き、先生の御退職に当り、近年話題性を帯びてきた児童虐待を取り上げ、その現状と問題点を考察するものである。

児童虐待行為は、加害者である保護者自身が「しつけ」という美名の下になすことが多く、そのために犯罪としての加害意識が希薄であるだけでなく、いわゆる「気づかれざる犯罪<sup>(1)</sup>」として被害者である児童にも犯罪行為の対象となっているとの意識が極めて薄いのである。虐待行為の多くは密室的にしかも一定程度の期間継続されながら行われ、第三者からは発見されない場合が多い。しかも、親子などの特殊な人間関係をベースとしていることから、被害者側に被害意識、処罰感情が起こりにくく、置かれた状況に甘んじがちである。のみならず、被害者自身が自己にも責任があるという意識を形成することがままある。このような気

づかれざる犯罪としての特殊性をもつ児童虐待の被害実態に関して、1961年に C. H. Kempe<sup>(2)</sup> がアメリカ小児科学会の児童虐待に関するシンポジウムで「被殴打児童症候群 (the Battered-Child Syndrome)」を提唱してから40年近くを経て、ようやく日本でも2000年5月17日に参議院本会議で「児童虐待の防止等に関する法律 (児童虐待防止法)」が可決し成立した<sup>(3)</sup>。この法律の施行以降、児童虐待事件の認知件数ならびに検挙人員は急激に増えており、この法律の制定自体が、児童虐待の届出や検挙を促進したことは事実である。そもそも韓国と同様に儒教的考え方が色濃く残っているわが国の社会においては<sup>(4)</sup>、親がその子どもを虐待するということが自体、本来考えられない、否考えてはならないこととしてタブー視されていたのも事実である。しかし、実際は全く逆であったといえる。日本が高度経済成長の中にあり経済的のみならず社会的にも安定し、旧来の価値観が社会通念として生きていた時代でさえ、おぞましい児童への虐待行為は、すでに社会に存在していたのである。

1973年4月4日の最高裁判所大法廷では、多数意見が、父親による性的虐待からの逃避行動として彼の娘が行った父親殺しについてこれを支持するという極めて異例な判決を打ち出した<sup>(5)</sup>。判決は、いわゆる親殺しを死刑もしくは無期懲役のいずれかで極めて厳格に処罰する刑法200条の存在そのものに違憲判決を出すことにより、15年間以上も続いた性的奴隷の状態から娘を解放したものである。判決は、第2次大戦以前からの親は無条件に尊敬されるべき存在であるという封建的な社会観を突き崩すきっかけとなるものであったといっても過言ではない。この事件では、娘は14歳の時に実の父親により姦淫されて以来、25歳までに5人の女子を出産していたのであり、近親相姦という子どもの人格ならびに身体の健全な発達に多大の侵害を与えるのみならず、子どもの精神に深刻な傷を負わせる虐待行為がなされていたのである。しかしながら、近親相姦自体は、現行の刑法上は犯罪として取り扱われていない。その結果、父親による娘の姦淫行為は、一般の強姦罪と同様のものとして取り扱わ

れることになる。わが国の刑法は、親族間の性交を特別に処罰するドイツ刑法173条のように子どもという地位にもとづく特別な保護の必要性を犯罪構成要件として予定していないのである。そのことは、勿論、児童への虐待行為を許容したわけではないが、敢えて積極的に児童という不安定にしてひ弱な存在を特別に保護法益とする必要性を感じてはいないといっても過言ではあるまい。

上述した昭和48年の事件の存在で分かるように現実には、社会倫理観が安定していた時代からすでに児童への虐待は存在していたのであり、ただ被害者が児童という非力な存在であり、しかも家庭内という秘密性の高い場所においてなされていたことから顕在化しなかつただけなのである。日本では児童虐待への対応は、まさしく近年において降って湧いたように取り扱われ、その対応もいまだ試行錯誤の状態といつてよいのである。児童虐待は、まさに古くから存在しているにもかかわらず、新しい問題として対処しなければならないのである。それゆえに、児童に対する虐待行為を積極的に防止するために特別に立法された児童虐待防止法は、形式的には社会的必要性に対応した形で生まれたといつてもよからう。しかし、児童の福祉を阻害する行為を処罰対象としている児童福祉法の特別法的存在として児童への虐待を禁止した児童虐待防止法の実質的存在意義は、今だ貧弱なものである。今この時期に敢えて児童虐待防止法を中心に児童虐待を検討することは、同法自体が2003年には見直しを予定している(児童虐待防止法附則2条)ことから意義あることといえよう。

この論文では、現代における児童虐待の実態とその背後に潜む日本的な思想を把握しながら、児童虐待を防止するために刑事罰がいかなる役割を果たすべきかについて考察するものである。その結果として、わが国では従来の制裁としての機能を強く持ってきた刑罰が、児童虐待行為について新たな規範意識形成機能を発揮し、さらには一般予防機能を超えた行政による福祉的介入を容易にするための積極的な補助的機能を

果たすべきことを論証することで、刑罰規定の積極的導入を提言するものである。

・ 児童虐待の実態とその背景

( 1 ) 児童虐待の実態

児童虐待は、その多くが親権者により、しかも家庭内という密室でなされることから実態の把握が極めて困難である。のみならず、親による虐待という事実を社会がタブー視したことが、逆に、社会が虐待行為を子どもに対する「しつけ教育」として正当化する傾向が強く見られた。

児童虐待についての具体的数値としては、厚生省が1990年度から全国の児童相談所 (175箇所) で、児童虐待を理由として受理した通報について統計を採り始めて以来、10年間に実に16倍以上の数17725人 (2000年) になっている (表1)。しかも、折檻による死亡は、虐待による死亡の30%前後を占めており、特に3歳から4歳の児童に集中している。2001年に警察が受理した児童虐待の相談件数は1574件で、最近の5年間では3.1倍の伸びとなっている。検挙した虐待事件は189件 (検挙人員は216人) になり、被害児童は194人、内61人、実に31%が死亡している<sup>(6)</sup>。児童虐待の件数は、児童虐待の事件が相次いだ1999年頃から社会意識が変化し児童虐待への関心が高まったこともあって数値が急激に増加してきている。

もっとも、アメリカでは、Child Protective Service (CPS) によれば<sup>(7)</sup>、1999年に児童虐

(表1) 児童虐待相談処理件数 (年度別)

年 度	件 数
1990	1101
1991	1171
1992	1372
1993	1611
1994	1961
1995	2722
1996	4102
1997	5352
1998	6932
1999	11631
2000	17725

社会福祉行政業務報告による

待にあった子どもの数は全米で107万人に上り、子ども1000人に15人の割合になっている。さらに、2000年には1356人の子どもが身体的虐待やネグレクトにより死亡している。1日に4人近くが死亡し、その4/5が5歳以下の児童である。このような事態に対して、相互に関連したシステムティックな福祉的措置を採っているのみならず、強権的発動も行い、各州レベルで警察による介入を積極的に行っている。また、子どもへの福祉予算を増加させ福祉行政的対応をおこなっている。このような法システムの構築は、児童虐待に対して国家や州が積極的に対処しなければならないという姿勢を感じさせるものである。そこには、児童虐待は特殊な家族関係でのみ生じうる異常な状態という意識ではなく、どんな家庭でも起こり得る事態であり、社会全体としてサポートしなければならないという事実認識がある。<sup>(9)</sup>

児童虐待先進国であるアメリカに比較すれば、人口的に見ても1/2程度であること考えた場合、わが国の明確になっている児童虐待の件数は、極めて少ないといえる。しかしながら、厚生省の暗数分析によれば2000年の時点で全国の児童虐待の実数は約30000件はあるものと推定している。刑法上の犯罪被害者となった子どもの数が410507人(2001年)であることからしても、決して少ない数ではない。2001年の全人口が約1億2600万人で、その内の4%程度の588万人が0~4歳児であることから被害の実態は現時点では1%にも満たないといえるかもしれないが、1995年からの5年間の虐待行為による死亡人員が563名となっており、その深刻さを表している。もっとも、児童虐待防止法は、児童への虐待行為を直接的には刑罰の対象としていないことから、具体的な刑法犯罪が成立するまでは刑罰により処罰されることはない。しかも、刑法には独自の刑法理念にもとづく謙抑主義思想が存在し、被害者が児童であることと無関係に機能する。それゆえに、児童虐待の暗数に比較して実際の児童虐待に関する刑法犯の検挙件数は必ずしも多くはなっていない(表2)。

全国児童相談所における家庭内暴力調査の報告によれば、虐待の種類

〔表2〕児童虐待に係る刑法犯の検挙件数・検挙人員

1999-2001

区分	総数	殺人	傷害	傷害致死		暴行	強姦	強制わいせつ	保護責任者遺棄等	重過失致死傷	その他
検挙件数											
1999	120	19	42	15	1	12	3	20	4	19	
2000	186	31	92	20	4	15	9	13	2	20	
2001	189	31	97	23	8	4	5	17	3	24	
	(100.0)	(16.4)	(51.3)	(12.2)	(4.2)	(2.1)	(2.6)	(9.0)	(1.6)	(12.7)	
検挙人員											
1999	130	20	48	18	1	12	3	22	5	19	
2000	208	35	105	26	4	15	9	17	3	20	
2001	216	38	109	32	9	4	5	23	3	25	
	(100.0)	(17.6)	(50.5)	(14.8)	(4.2)	(1.9)	(2.3)	(10.5)	(1.4)	(11.6)	

注 1 警察生活安全局の資料による。 出典：平成14年版犯罪白書

2 無理心中及び出産直後の嬰兒殺を除く。

3 「その他」は、児童福祉法違反・青少年保護育成条例違反及び覚せい剤取締法違反である。

4 ( ) 内は、平成13年における構成比である。

〔表3〕児童虐待に係る刑法犯の罪名別加害者と被害者との関係

(2001年)

加害者	総数	殺人	傷害		暴行	強姦	強制わいせつ	保護責任者遺棄等	重過失致死傷	その他
			傷害致死	傷害						
総数	216	38	109	32	9	4	5	23	3	25
父親等	136	10	78	19	7	4	5	6	2	24
実父	50	5	30	5	5	1	1	3	1	4
養父・継父	31		14	3		1	1	2		13
母親の内縁の夫	46	4	31	9	2		3	1	1	4
その他	9	1	3	2		2				3
母親等	80	28	31	13	2			17	1	1
実母	74	26	27	10	2			17	1	1
養母・継母	2		2	2						
その他	4	2	2	1						

注 1 警察庁生活安全局の資料による。 出典：平成14年犯罪白書

2 無理心中及び出産後の嬰兒殺を除く。

3 加害者の「その他」は、曾祖父(母)、祖父(母)、伯父(母)、叔父(母)、兄(姉)、父母の友人で保護者と認められる者等をいう。

4 罪名の「その他」は、児童福祉法違反、青少年保護育成条例違反及び覚せい剤取締法違反である。

としては、身体的虐待が49%で最も多く、続いてネグレクト40%、心理的虐待6%、性的虐待5%の順となっている。また、虐待を行う者としては、実母51%、実父29%であり、性的虐待以外のすべてで母親が父親を上回っている。<sup>(10)</sup>このことは、日本の社会では、女性が育児の中心であることと決して無関係ではない。現代日本の児童虐待の本質には、育児トラブルが大きく関わっていることは明白である。<sup>(11)</sup>もっとも、刑事事件にまでなると刑法犯で処罰される程の重大な虐待を行うのは母親よりは父親であり、傷害罪や暴行罪がその典型である(参照、表3)。しかしながら、殺人罪の数値は父親よりも母親の方が多くなっている。死亡にいたる虐待を見た場合、態様として最も多いのが無理心中であり、続いて折檻死、ネグレクト、発作的殺人の順となっている。このことから、母親による殺人の多くは、育児に疲れた精神的不安定状態にもとづく発作的な一時的感情からの殺人行為が主である。また、加害者は20代前半から30代前半の親に集中しており、虐待の被害者である児童は、全体として新生児、乳児が多く、年齢が増すにつれて死亡数は減少している。

さらに副次的に問題なのは、児童虐待の後遺症が十分にケアされないため、非行や犯罪にいたる子どもたちが多くなっていることである。このことは、非行性のある子どもを対象とする全国の児童自立支援施設(57施設、1405名)への調査でも、約60%の子どもたちが虐待を経験していたこと、少年院の在監者の50%の子どもが虐待の経験があるとの報告からも明白である。児童虐待の精神的影響は、虐待時の一過性のものではなく、子どもの人生そのものに大きく影響することを示すものである。のみならず、虐待を経験した児童が大人になったときに自分の子どもにも虐待行為を行う可能性が極めて高いことも重大な問題である。このことから、単に虐待を押し止めるべく刑罰を科すだけでなく、虐待した親と被害者である子どもの双方への福祉的アプローチによる援助で家庭の修復を図って行くことが不可欠である。そして、このような福祉的・治療的介入による対処を可能にするためにも刑罰による裏付けが必要に



なるのである。ただし、ここでの刑罰はあくまで謙抑的存在であり、その役割は、制裁や予防よりも補助的・支援的役割であり、福祉的行政活動を支援することを最優先できる行政罰であることを忘れてはならない。

## (2) 児童虐待を生み出す思想背景

わが国では、児童への虐待行為、特に親による虐待については、家庭内のしつけ教育という観点から社会的に許容されやすいという性質がある<sup>(12)</sup>。例えば、身体的虐待、つまり物理的暴力については、加害者である親のほとんどが親権の一部である懲戒権の行使であると考えがちである。すなわち、しつけのための必要悪として虐待行為を認識しており、社会もこのような考え方に同調的である。また、心理的虐待や養育放棄についても、親権の行使としての養育方法の問題であり、第三者が口をはさむべきことではないと考えられてきた。そこでは、子どもは1個の人格であるというよりは、むしろ親の所有物のように扱われがちであったといえる。同様な考え方から、墮胎についても胎児は母親の体の一部と考えて、胎児の墮胎行為を許容する判例理論を容易に展開している。ここでは、胎児の個体としての独立性を問題にするのではなく、胎児の生命が親の手にゆだねられるのみならず、むしろ胎児の創造者は神ではなく親であり、親の物として扱われるという社会意識を形成させてきた。このような意識の背景には、現代日本では、多神教ないしは無神教といってもよい状況にあり、生命の起源については受精からと考える人が多いのにもかかわらず、個体としての尊厳については親との間の従属性を強く認め、人間としての尊厳を胎児や児童に認めようとしめない傾向が強くあるように思われる。<sup>(13)</sup> 結果として、出生後でさえも私の子どもという意識が強く残っており、子どもの個性や独立性を尊ばず、親の価値観への従属を要求する「子どもの私物化」の傾向が強いといえる。そして、このような社会意識が児童虐待を生み出す原因の1つになっていると思われる。

このことは、児童虐待という悲惨な結末は、行き過ぎた愛情の偶然の

産物であり、一般的には存在しない不運な出来事ではあるが、犯罪とまでは言い難いという社会的価値観を生み出し、さらにこの価値観は親が愛する子どもを虐待することなどあり得ないという社会意識を形成するにまで至っている。この結果として、許し難い虐待行為に対しても、刑罰という最も強力な制裁を科すことに社会そのものが消極的な態度を示してきた。そして、2000年に制定された児童虐待防止法にも、刑罰規定は盛り込まれず、虐待防止のための刑罰という強力な一般抑止力を欠いた極めて消極的な法律になっている。むしろ、刑罰規定を明確な形で置くことによって、子どもは私物化されるものではなく、「社会の子ども」であり個としての存在であることを明確に認識させた上で、国民に対して虐待はいかなる家庭でも起こり得る最悪の結果であり、常に社会は意識して虐待の予防に努めなくてはいけないという規範意識を形成させるべきであった。

#### ・ 児童虐待防止法と刑罰

19世紀後半に欧米で児童虐待が社会問題になると、わが国も国際社会の動向に合わせて1933年に「児童虐待防止法」を制定した。しかし、この法律は1931年の満州事変の勃発以来の失業者の増大や農村の困窮により、児童に乞食行為をさせたり、見世物にしたり、身売りしたりなどの虐待につながる行為を防止するための法律で、14歳未満を対象とされていたが、実際にはほとんど機能しなかった。そして、1947年に成立した児童の福祉の積極的増進をはかることを基本精神とする児童福祉法に吸収される形で廃止された。その後、日本において児童虐待への社会的関心が深まり、ようやく2000年に児童虐待防止法が成立するにいたった。しかしながら、この法律の制定はまさしく社会の人々が希求した成果として誕生したというよりも、1994年に批准した「子どもの権利条約 (Convention on the Rights of the Child)」にもとづき、国連子どもの権利委員会において「日本に対する総括所見」(CRC/C/15/Add.90)が

採択され、日本に対し児童虐待対策の積極的な取り組みが求められたことなどの「外圧」による影響が極めて大きいといえよう。すなわち、子どもの権利条約の19条では、「締約国は、児童が父母、法定保護者又は児童を監護する他の者による監護を受けている間において、あらゆる形態の身体的もしくは精神的な暴力、傷害もしくは虐待、放置もしくは怠慢な取扱い、不当な取扱い又は搾取（性的虐待を含む）から、その児童を保護するため、すべての適当な立法上、行政上、社会上及び教育上の措置をとる。」として締約国たる日本にも児童虐待への積極的な対応を要求してきたのである。このことは、単に児童虐待防止法の制定を促すだけでなく、刑法規定の積極的な運営により子どもへの虐待行為を排除することが求められているといえよう。

このようないわば世界的要請を受けて制定された児童虐待防止法であるが、実際の法規としての内容については、1997年に当時の厚生省が児童福祉法の取扱いについて出した「児童虐待等に関する児童福祉法の適切な運用について」（平成9年6月20日児発434号）の内容となんらかわりのないものといえよう。<sup>(14)</sup>そこには、敢えて児童福祉法の特別法として児童虐待を刑罰をもってしても徹底的に排除しようという意気込みは薄く、単に条約批准国としての世界への対応策としての立法姿勢しか見えてこない。この点については2003年の法規見直しの際に、より積極的、効果的な改正議論を望むものである。

児童虐待防止法が禁止する児童への虐待行為とは、次のようなものである。まず、「児童虐待」とは、保護者（親権をおこなう者、未成年者の後見人、その他児童を現に監護する者）がその監護する児童（18歳に満たない者）に対して児童虐待行為をすることをいう。法が禁止する児童虐待行為には4つの形態がある。すなわち、児童の身体に外傷が生じ又は生じるおそれがある暴行を加えること（身体的虐待）、児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること（性的虐待）、児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時

間の放置その他の保護者としての監護を著しく怠ること (怠慢又は拒否 neglect), 児童に著しい心理的外傷を与える行動をおこなうこと (心理的虐待) である。<sup>(15)</sup> これらには無理心中および出産直後の嬰兒殺を含まない。

しかし、これらの禁止行為を行った場合について、児童虐待防止法では具体的な刑罰規定を置いていないため処罰されることはない。実際の虐待行為については、刑法上の犯罪に該当する場合についてのみ刑法の各規定により処罰されることになる。しかし、現実には刑事司法機関が児童虐待を刑法上の犯罪として取り扱い、虐待行為者の刑事責任を追及するケースは、実際の虐待行為に比較して極めて少数である (参照, 表 2)。このことは、既に . ( 2 ) で述べたように児童虐待に対する社会の認識が十分に高まっていなかったことが最大の理由と考えられる。親による虐待については、第三者から見て「しつけ」と区別しにくいのみならず、虐待行為をしている加害者自身も虐待という意識がない場合がある。このため適法な懲戒権の行使との線引きが難しく、親子間の私的な問題として許容される傾向が社会的に強かった。まして、第 2 次大戦後は、戦前の公権力による自由への著しい制限への反動として、児童相談所や警察などの公的機関による私生活への介入は、「法は家庭に入らず」や「民事不介入」の原則的思考方により忌み嫌われてきた。それゆえに、児童虐待は、子どもへの肉体的、精神的影響を考慮する場合、極力早期に発見することが重要であるにもかかわらず、刑罰を裏付けにした積極的な公的機関の介入は不可能な状態であった。

さらに、児童虐待防止法では、虐待者を保護義務のある者に限定している ( 2 条)。ただし、保護義務者については、法的に保護義務を負わない内縁関係にある夫でも児童を事実上監督・保護する立場にある以上は児童虐待防止法上の「保護者」にあたる。<sup>(16)</sup> 保護義務者を限定していることは、保護義務者以外の者による虐待行為は、刑法の犯罪構成要件で扱われ、保護義務者の虐待行為については児童虐待防止法により一層厳

しく処断されるかのようにも思われる。しかし、実際には児童虐待防止法には具体的処罰規定が欠けている。これに対して、児童虐待防止法3条の「何人も、児童に対し、虐待をしてはならない。」との規定からすれば、より徹底した法規制が必要であったと思われる。最低限のものとして、2条の対象者には特別刑法としての刑罰を科しうる規定が必要であろう。こう考えてはじめて「何人」に対しても単なる努力義務ではなく法的義務として一定の行政処分ないし行政罰を課することが可能となる。このことは、児童虐待の早期発見に重要な役割を果たす5条の早期発見義務ならびに6条の通告義務においてもいえることである。早期発見義務は、児童への虐待を発見しやすい立場にある学校教職員や医師などの専門職にある者に、本来は法的義務として課すべきもので、これを担保するために刑罰規定を設けるのが一般的である<sup>(17)</sup>。しかるに児童虐待防止法では、早期発見義務は単なる努力義務とし、義務の懈怠などの違反行為に付いては刑罰規定が存在しないのである。児童への虐待行為の早期発見の重要性を掲げながら実質上は画餅に等しい規定となっている。同様に、6条の児童虐待に関する学校教職員や医師などの通告義務についても、虐待を発見した一般人については道義的義務であるとしても、少なくとも専門職にある者については、通告を刑罰に裏付けられた法的義務と考えないとすれば、虐待を見て見ぬ振りをするを法が許すものであり、承服し難い規定である。児童虐待行為の侵害の重大性と密室性を考慮すれば、早期発見義務はともかく、少なくとも通告義務については、3年後の見直し項目に入っているが、専門家に対しては刑罰にもとづく法的義務として課されるべきものと思われる<sup>(18)</sup>。特に、6条2項が専門家に対して職務上知り得た虐待の事実を児童相談所等に通告しても守秘義務違反にならない旨の規定をしていることと合わせて考えた場合、より強力な通告義務を課し得るものと思われる<sup>(19)</sup>。

次に、虐待の存在が疑われる場合については、行政機関が行う児童の安全の確保や児童の一時保護(8条)ならびに家庭への立入りおよび調

査もしくは質問 ( 9 条 ) が、不可欠となる。これらの行政活動を有効に行う場合、児童虐待防止法10条の警察官の援助は不可欠であり、この援助行為を裏付ける行政罰は、なくてはならない制度である。<sup>(20)</sup>特に、家庭という特殊な環境に入り込み、社会的必要性からとはいえ親子の關係に立ち入り、行政機関がパターンリスティックに行動するためには、明確な合理性と刑罰による支援は不可欠である。従前の児童福祉法29条の立入調査権のような家庭裁判所の承認手続を必要としないで調査権を行使できるようにした9条は画期的なものだけに、確実に保護義務者の人権への配慮は必要ではある。2000年11月20日付で厚生省児童家庭局長が出した「『児童虐待の防止等に関する法律』の施行について」(児発第875号)に示された警察官の具体的対応のように、児童虐待防止法そのものに明確に警察官の職務権限とその限界を示すべきであろう。そのうえで、職務妨害行為に対する罰則を、児童福祉法62条のような罰金刑のみにするのではなくより抑止効果の発揮できる自由刑などの刑罰に変更すべきであろう。特に、一時保護や立入・調査などは、児童を虐待から保護できる重要な行政活動であることを考える場合、適正手続の要請も重要であるが、十分な保護的活動を保証されるものでなくてはならない。この点について、児童虐待防止法の一層の充実が望まれる。そして、このような刑罰による担保システムが整って、はじめて、児童への虐待行為は、すべての人々が忌み嫌うものとして何人も虐待行為をなすことを許されないと高らかに宣言できるのである。

## ・ 児童虐待への刑事法の対応と役割

### (1) 総論

児童虐待を犯罪視しようという場合に、いままで大きな壁として立ちふさがってきたのが「法は家庭に入らず」という家庭を神聖視する原則であり、警察権の家庭内への介入に対する伝統的危惧感である。プライバシーの権化ともいえる家庭の中への警察権力の積極的介入は、個人の

権利と自由への著しい侵害であり、市民社会の崩壊へもつながりかねないという警戒感から、たとえ福祉的であっても家庭への公権力の介入を忌み嫌う傾向を強く持ってきた<sup>(21)</sup>。しかしながら、暴力的な行為への積極的な保護対応を期待するなら、現実の社会において公権力、特に警察への依存度は高まらざるをえない。そして、むしろプライバシー保護を義務付けてチェックの対象にするには、公的機関の方が適切といえよう。虐待の呪縛からの解放を第1番に考える場合、警察の介入を阻むことは、家庭内という極めて密室性が高い場において専制的支配従属関係にある子どもと加害者との関係を全く無視した現実離れた考え方である。このことは、ドメスティック・バイオレンス規制のために、2001年4月6日に成立した「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」の立法過程ならびにその内容を見ても明らかである<sup>(22)</sup>。もちろん、警察などの公的権力への安易な信頼と依存は戒められるべきであるが<sup>(23)</sup>、警察権の家庭内への介入そのものを、権威への従属志向にもとづく市民の安易な考え方として批判することは妥当ではない<sup>(24)</sup>。

児童虐待に対して、早期の福祉的観点からの介入行為は、不可欠の予防策である。そして、このような介入行為を迅速に可能にするのが、行政刑罰による裏付けである。この裏付けなくしては、介入行為による児童のみならず家族への援助を十分に行うことはできない。このような積極的予防効果を引き出すための刑罰、特に行政刑罰の活用は重要である。他方、行政法上の義務を前提としない自然犯的な行為に対する刑罰は、特別法上であるか刑法上であるかを問わず、制裁として以上に一般予防的に機能するのみならず社会規範の強化に強く機能するのである。

児童虐待をいかに取り扱うかの考え方は、児童虐待行為に対して最終的に刑罰をもってしても規制すべきものと考えているか否かの点で、大きく分かれてくる。刑罰、特に刑法上の犯罪として扱われるか否かは、国民の意識に大きな差が生じる。わが国では、児童虐待については、刑法上に敢えて特別の規定を用意するほどのものではないと考えられた。

旧来の個別的犯罪構成要件の範疇で十分に対応できると委員会でも考えたようである。<sup>(25)</sup>これとは対照的に、ドイツでは、児童虐待に対して児童を保護対象とした特別な犯罪構成要件を刑法上に規定したのである。ドイツ刑法170条dは、16歳未満の者に対する養護又は教育の義務に著しく違反した結果として、身体的もしくは精神的な発育に著しい障害が生じた場合について、3年以下の自由刑又は罰金に処すとして、児童へのネグレクト行為を処罰するのみならず、同法223条bでは、18歳未満の者に対して保護義務を持つ者が、明確に著しく「虐待」ないしは配慮義務を悪意をもって怠った者については、3月以上5年以下の自由刑を科し得るとしている。もちろん、このような犯罪構成要件をわが国の刑法は規定していない。すなわち、児童への虐待行為は、刑法上の対一般人への各犯罪と同様な取扱いをされ、量刑上なんらかの反映がなされるという程度のものである。しかし、単に保護すべき義務があったというだけで、これに対応する懲戒権を無視して量刑を重くすることは困難であろうし、行き過ぎた愛情を超えた行為であるとの証明を可能にする証拠・証言が得られにくいのが児童虐待の特質である。この点で、児童虐待行為の処罰を安易に刑法に依存した児童虐待防止法は、制裁の点のみならず一般予防の観点でも妥当とはいえない。

そもそも、児童虐待防止法が対象とする虐待行為の1つである性的虐待を見ても、刑法の予定した刑罰以上の処罰を要求しているといって過言ではない。すなわち、比較的検討した場合、児童福祉法34条1項6号は、「児童に淫行をさせる行為」を処罰している。34条1項6号違反を処罰する60条1項が規定する刑罰は、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金という児童福祉法が禁止する他のすべての禁止行為よりも重い処罰である。これに対して、刑法上の強制わいせつ罪(176条)は、6月以上7年以下の懲役である。このことは、淫行をさせる行為が、児童に対して精神的、肉体的に極めて著しい影響を与えるもので、人道上最も重く処罰すべき性質のものであるからである。<sup>(26)</sup>判例は、中学校の英語教



師が児童である女子生徒にバイブレーターを使用して自慰行為に至らせた事案において、「淫行」には、性交類似行為を含むとした上で、児童に対して直接であると間接であると物的であると精神的であるとを問わず、事実上の影響力を及ぼして児童が淫行することに原因を与えあるいはこれを助長する行為である「させる行為」を行った場合<sup>(27)</sup>に当るとして被告人に懲役2年、執行猶予3年の有罪判決を下している<sup>(28)</sup>。

このように、児童の心身に与える影響がかなり間接的で有害性が大きいとは思われないような場合であっても、児童が要保護性の高い地位にあることから、パターンリスティックな観点により児童への加害行為を厳罰に処するのである。それゆえに、児童虐待防止法2条に違反した児童への性的虐待行為を行った場合については、当然に児童福祉法に違反した場合、すなわち10年以下の懲役又は50万円以下の罰金を超過した刑罰が科されなくてはならない。なぜなら、児童虐待防止法はその犯罪主体を限定し、児童に対して保護義務を有する「保護者」のみとしていることから、この地位を悪用して支配従属性の強い関係をもとに精神的にも肉体的にも抵抗不可能な児童に対してわいせつな行為をしないしさせる場合について処罰対象としたものであり、単なる「淫行」行為を対象とする児童福祉法よりも一層強い違法性を生じさせるものと考えられるからである<sup>(29)</sup>。

しかし、児童を虐待から護る法として登場したのが児童虐待防止法であり、その3条がすべての人に対して虐待を禁止したにもかかわらず、虐待行為をした者を直接に処罰する規定をもっていない。虐待行為者は、刑法上の犯罪行為として証明された場合につき、刑法犯として処罰されるのである。このことを大前提とする以上は、児童虐待行為は、刑法上の犯罪以上に重く処罰することは不可能であり、特に忌まわしい性的虐待行為については、児童福祉法で予定された以上に違法性が強い性交類似行為が行われても、児童虐待防止法が児童福祉法の特別法的色彩を持つにもかかわらず、実際には児童福祉法上の最大限の処罰を求めること

さえ不可能なのである。それゆえに、児童虐待防止法が虐待行為につき直接の処罰規定を欠いていることは、重大な欠陥であり、最大限の刑を科そうとする場合には、児童福祉法との関係から大きな矛盾を生じることになる。のみならず、性的虐待を明確に犯罪視しないときには、単なる性の逸脱行為として取り扱われ、性的虐待の暗数を増加させるのみで、性的虐待につき被害認識がされず、被害としての認識が行政にない以上は、福祉行政的な活動対象としても取り扱われなくなる可能性が高いのである。少なくとも、刑罰上の不均衡を回避できる立法上の方策を今回の法規見直し時期に考える必要が十分にある。

## (2) 各 論

児童虐待防止法は、児童への虐待行為があった場合、その違法性の程度により3段階のレベルに分けて家族への介入行為を考えている。すなわち、児童相談所の介入を必要とする行政処分レベル、親権喪失のような民事的処分レベル、そして最終的に刑法上の犯罪として取り扱う刑事処分レベルである。

刑事処分のレベルとして該当する具体的犯罪としては、身体的虐待が刑法上の暴行罪 (208条)、傷害罪 (204条)、過失致傷罪 (209条) に該当し、児童の生命を奪った場合には、殺人罪 (199条)、傷害致死罪 (205条)、過失致死罪 (210条) に該当する。性的虐待については、強制わいせつ罪 (176条)、準強制わいせつ罪 (178条)、強姦罪 (177条)、準強姦罪 (178条) に該当する。ネグレクトは、保護責任者遺棄罪 (218条) になり、育児放棄の結果が児童の生命を奪う結果となった時は、保護責任者遺棄致死罪 (219条) または不作為による殺人罪 (199条) が成立する。しかし、これらの罪名は児童虐待ならではの特色を示すものでも、また児童虐待であるがゆえに厳罰に処されたという意識をも国民に植え付けるものでもない。以上の虐待行為に対して、心理的虐待については、そもそも犯罪が成立しないとする主張もあるが<sup>(31)</sup>、虐待行為と Post Traumatic Stress Disorder などのような精神障害との因果関係を立証でき

れば少なくとも暴行罪(208条)から傷害罪(204条)は成立させられると思われる。特に、暴行罪については人の身体に対する不法な有形力の行使であれば足りることから、かなり軽度の虐待行為であっても「暴行」として認定されることがある<sup>(32)</sup>。もっとも、親などの保護者による懲戒権の行使として違法性阻却の問題が発生することから、かなりの程度の精神障害を発生させていない限りは、たとえ虐待行為と障害との間の因果関係が認められても違法性が阻却される可能性が高いといえよう。特に、育児放棄としてのネグレクトによる精神障害の場合にいたっては、そもそも不作為と精神障害との間の因果関係さえ認め難いものであろう。実際の平成13年の児童虐待検挙件数を見ても、心理的虐待の検挙件数はゼロである<sup>(33)</sup>。心理的虐待は、日頃の生活の中の言動で、反復されることによって生じるものであることから、刑事上の立証も難しい。それゆえに、心理的虐待については、福祉行政的活動を先行させるような行政罰の導入を推し進めるべきで、いきなりの刑法の介入は考えるべきではなく、また児童への心理的効果面からみても妥当ではなからう。

ところで、表1と表2・3とを比較しても明白なように、実際に児童相談所で処理された件数に比べて刑事事件として刑法上の刑罰の対象となった事例はあまりに少なすぎる。このことは、日本の刑法が謙抑主義にもとづき厳格な解釈・適用をおこなっているとしても異常な数字といえよう。そこには、刑法の適用を困難にしている種々の事情が存在しているのである。これらの事情を児童虐待防止法が排除できないときには、児童への虐待を根絶させるための裏付けを欠くことになり、1933年の児童虐待防止法と同様に存在意義なき法となる運命を辿ることになる。

刑事司法を積極的に活用して児童虐待防止法を意義あるものにするためには、次のようなことが問題となる。まず第1に、児童虐待は密室性の高い家庭内で起きることが多く、外部による介入が難しい。そのため犯罪の実態が把握できず、犯罪が暗数化する傾向が強い。暗数を白日の元にさらすことが、厳格な手続を要求する刑法による対応を可能にする

ための大前提である。そのためには、様々な福祉的・教育的行政活動や NGO による支援活動を活性化させる必要がある。特に、福祉的行政活動は虐待予防面からの効果が期待できるだけでなく、背後に行政罰を備えることにより、直接的な刑法の適用を控えさせるという謙抑的機能をも期待できる。そして、少なくとも、このような意味において最低限「法は家庭に入らず」の原則を打ち破る必要性がある。第 2 に、虐待の被害者が児童であるため、本人による告訴が期待できない。特に、日本においては、ある程度まで子どもが成長していても、親と子という関係を考える場合、<sup>34)</sup>で示した最高裁の判例のように親への従属性から刑事司法機関に自ら親を告訴することは考えにくい。児童が自ら訴え出ない場合、虐待の事実気づく可能性が高いのは、児童の生活における周囲の第三者である医者、保健婦や教師などである。そして、これらの第三者が確実に発見した虐待行為を行政機関に報告することが児童を虐待から救う有効策であり、この通告システムを構築することが不可欠である。この点で児童虐待防止法は、保護が必要とされる児童を発見した場合に福祉事務所または児童相談所に通告する義務（6 条）を課している。しかし、すでに述べたように、発見者が通告を怠っても行政上の刑罰が科されないため実効性に乏しいものになっている。通告制度が機能しない場合には、密室性の高い虐待行為を早期に発見することは不可能といえよう。通告にもとづく行政判断による家庭への立入調査権（9 条）や親の親権剥奪による親からの児童の分離保護などの方策は有効には機能しない。のみならず、刑事訴追を成功させるためには、虐待の証拠が不可欠である。しかしながら、児童虐待については被害者である児童自身の証言を確保し難いことから、第三者の通告は有力な証拠となる。このことからアメリカのような通告義務者に罰則まで科すという強力な児童虐待通告制度が必要となることは明白である。

児童虐待に対して積極的に刑事罰により対応していくときには、児童の証言確保の困難性ならびに児童の証言の証拠能力の問題がある。<sup>(34)</sup>この

点を無視しては、公判を維持することは極めて困難であり、刑事訴追を認めた意義がなくなるのである。このように様々な問題点を残してスタートした児童虐待防止法であるが、少なくとも児童への虐待行為を特別法的に独立した形で取り上げ問題視した社会的意義自体は高く評価できるものである。

児童虐待は統計数値上も増加の傾向にあり、その対応は急務といえようが、虐待による死亡件数はアメリカの1/10程度とまだまだ軽症の段階であり、今この時期に積極的な対応を採ることが予防的観点からも不可欠といえよう。その意味でも、制定後3年を経て検討時期にある児童虐待防止法の法規内容の充実と刑罰活用の再検討、さらに児童福祉法などの他の関連法規との関係調整を是非とも行わなければならないのである。

## ・ 結 論

刑法が予定した刑罰の対象となる行為は、本来、社会倫理に反する行為である。児童虐待を防止するためには、刑法が強くもつ社会倫理性を逆に利用して、刑法により児童虐待行為を積極的に処罰することで、社会悪としての烙印を明確に押しつけていく必要がある。それは、刑罰規定化による新たなる規範意識の形成である。<sup>(35)</sup> 児童虐待行為を刑法の対象とすることで、虐待行為への社会的イメージの曖昧さを払拭し、児童虐待は「悪」というより明確な規範意識を形成するのである。<sup>(36)</sup> 悪は悪として積極的な制裁を与えるという思想以上に、児童虐待が「しつけ教育」の名のもとに社会的に曖昧化されないためにこそ刑法の積極的適用により、虐待を忌み嫌う社会意識を形成しなければならない。このような観点に立ち、虐待を国民的レベルで排除しようとする場合には、ドイツのように刑法規定に児童虐待を取り込む必要がある。<sup>(37)</sup> これに対して、児童虐待について厳罰処分を望む場合には、特別法である児童虐待防止法に刑罰規定を置くことで、対応する方がより効果的といえよう。まして、

被害者の立場からすれば、虐待は犯罪であり被害者自身は悪くないとの確信こそが、被害からの回復に必要なのである。<sup>(38)</sup>このような虐待行為の明確な悪のレッテル貼りこそが、虐待への予防につながり、虐待家庭への福祉的行政活動を効果的なものにするのである。こうした考え方は、潜在的被害者に目を向けた、積極的一般予防の考え方であり、刑事罰による社会一般に対するコントロールを意図したものである。<sup>(39)</sup>しかしながら、忘れてはいけないことは、親に刑罰を科すことによって、家庭を崩壊させることはあっても、親子関係を修復することはありえないということである。<sup>(40)</sup>日本の社会では、親と子の関係は極めて親密なものであり、成人後も結婚せず親元を離れないで生計を共にする子どもたちのことを「パラサイト・シングル」というぐらいの社会現象になってきている。<sup>(41)</sup>それゆえに、刑罰は第一次的には福祉的観点に立ち、児童相談所などの行政機関の介入行為を容易にするための支援の意味をもつべきである。しかし、悪質な児童虐待行為には、いつでも積極的に刑罰を科しようという体制を維持しておくことが、虐待行為の早期発見に貢献する積極的な一般予防を可能とするのである。<sup>(42)</sup>と同時に、児童虐待の背景に虐待者の心理的・病理的問題がある場合、刑罰という不利益が威嚇となつて虐待者を虐待行為から遠ざけることは期待しがたい<sup>(43)</sup>というのも事実である。それゆえに、福祉行政を先行させるための積極的一般予防としての刑罰使用の考え方は、適切な処罰による規範妥当性の確証、遵法市民の規範意識の覚醒及び再確立<sup>(44)</sup>そして社会統合を目的とするものである。

ところで、児童虐待の中でも、特に被害の深刻さ、発見の困難さを伴うものとしての性的虐待がある。現在のわが国の刑法では、近親相姦は一般の強姦罪と同一に取り扱われ処罰されるため2年以上の有期懲役にすぎない。親からの性的虐待については、その精神的影響の大きさからしても一般の強姦罪や強制わいせつ罪とは比較にならないものとして、刑法上、別個の犯罪構成要件を規定し、重罰に処すことで規範意識を高めるインセンティブがあるのみならず、十分な制裁ならびに抑止効果を発

揮させる必要がある。<sup>(45)</sup>しかし、現実の児童への性的虐待について、近親相姦罪が機能する場面は、多くはないであろう。むしろ、刑法上の犯罪として国民に明確に認識させることでの規範意識の覚醒・形成効果が大きいといえよう。そして、本来の予防効果は、福祉的行政による介入行為を支援する行政罰によって果たされるべきものである。

21世紀の現代社会では、従前の価値観では測りきれない様々な侵害行為が発生してきている。新たな犯罪的行為として意識される虐待行為については、刑法のもつ多様な機能を重視して、「刑罰は最後の手段 (ultima ratio) である」との考え方を原則的に維持しながらも、これを修正して積極的な刑罰運用をなす必要があるのである。以上のような観点に立って、現実の実務においては、規範意識の形成、積極的予防を狙いとした児童虐待行為への積極的な刑罰適用を行うべきであろう。同時に、児童虐待防止法の見直しに当っては、従前述べたような刑罰が持つ役割を十分に意識しながら、行政罰、刑法上の処罰などの各々がもつ独自の機能面に十分に配慮した新たな立法上の工夫を再検討すべきである。

(注 記)

- (1) 1947年にアメリカでサザランド (Edwin H.Sutherland) が、「気づかれざる犯罪」として典型的なホワイトカラー犯罪を分析し、その問題性を提起して以降、従来の犯罪形態とは異なった犯罪への分析が進んでいる。Sutherland, E.H., *White Collar Crime*, New York: The Dryden Press, 1949. 参考, 岩井弘融『現代社会の罪と罰』日本放送出版協会 (1973年) 169頁以下。
- (2) Kempe, C.Henry, Silverman, F.N.Steele, B.F., Droegemuller, W., Silver, H.K., *The Battered-Child Syndrome*, JAMA vol.181, No.1, pp. 17-24 (1962).
- (3) 児童虐待防止法の成立過程については、後藤弘子「児童虐待防止法の成立とその課題」現代刑事法18号(2000年)48頁以下を参照。
- (4) わが国の文化については、その「重層性」に特徴があり、韓国が受けた儒教の影響とは幾分異なったものを形成している。大陸から少し離れた島

である日本では、伝わった種々の文化様式が、他からの強い圧迫や否定をこうむることなく保存されながら蓄積し、その種々の組み合わせや改変によって文化が形成されているのである。参照、和辻哲郎、『続日本精神史研究』『和辻哲郎全集第4巻』岩波書店(1989年)307頁以下。

- (5) 最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。
- (6) 参照、『青少年白書(平成14年版)』内閣府(2002年)23頁以下。
- (7) アメリカにおける近年の児童虐待の実状は、CPSによれば、2001年の虐待の形態による割合は、ネグレクトが63%、身体的虐待が19%、性的虐待が10%、心理的虐待が8%となっている。また、1998年から2000年の虐待死についての平均では、身体的虐待による死亡が51%、ネグレクトからの死亡が43%となっており、5歳以下の子どもの死亡が78%、その内で1歳以下の子どもの死亡が半分を占めている(参照、Current Trends in Child Abuse Prevention and Fatalities: The 2000 Fifty State Survey (2002), Working Paper No.808)。
- (8) アメリカにおける児童虐待への法的対応については、樋口範雄「アメリカ法から見た児童虐待防止法」ジュリスト1188号(2000年)41頁以下参照。
- (9) アメリカにおいては、既に1960年代から児童虐待は国家的関心事となり、連邦レベルでは、1974年に the Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA) が制定されている。この法では、各州がおこなう具体的な児童虐待の防止、調査ならびに訴追などについて、その活動を支援し補助金を交付するのみならず、強力な刑罰規定をもち通報義務などを課している。さらに、アメリカ全土の児童虐待情報を取り扱う National Clearing house on Child Abuse and Neglect Information や National Center on Abuse Prevention Research などがあり、活発に援助活動、情報発信・啓蒙活動を行っている。
- (10) 参照、『青少年白書(平成14年版)』内閣府(2002年)26頁以下。また、2000年段階での詳細なデータは、内山絢子「児童虐待の実態分析」現代刑事法18号(2000年)16-23頁および石川稔「児童虐待をめぐる法政策と課題」ジュリスト1188号(2000年)2-4頁。
- (11) 児童虐待の背景を社会現象としての少子化社会にあるとして、親の溺愛、過干渉さらには、子ども同志の接触の機会の減少から社会性が喪失していることなどを問題視する考え方がある(野崎伸一「児童虐待防止法と厚生省の取組みについて」ジュリスト1188号(2000年)11頁)。確かに、社会・経済状況の悪化は、様々な面で家庭を脅かし、親の精神状態に影響する。そして、このような観点から児童虐待を捉えることは社会問題視するには極めて好都合といえよう。しかし、この点を強調することは、虐待者の責



任を社会に転嫁するにすぎない。このような問題の把握の仕方は、虐待の遠因にはなりえても虐待行動と直結するものではありえない。

- (12) アメリカの刑事法におけるような castle doctrine に類似した考え方ではあるが、日本ではプライバシーよりは、むしろその家の所有者による管理権の一環として他者を排除する傾向が強く、一般に家の所有権を所持する父親の権限が強く現れていたといえる。
- (13) 日本人の宗教観は、世界的にも稀な極めて複雑なものになっている。年末には寺々の鳴らす除夜の鐘の音を聞き新年を迎え、正月には神社に参拝する。死者はお寺で供養され、結婚式はキリスト教教会でおこなう。このように生活の中で関わる宗教は極めて多様である。一般に、多神教という場合には、1つの宗教が多数の神をもつことをいうが、日本では様々な宗教が抵抗感なく受け入れられているという意味で多神教といっている。そして、このような宗教に対する希薄観は、自己の絶対観を形成しやすく、死生観にも大きく影響を与えている。このことは児童虐待の遠因として虐待行為の正当化にもつながっていると思われる。参照、加藤周一他『日本人の死生観』岩波書店(1977年)。
- (14) 同旨、後藤弘子、前掲(3)論文51頁。
- (15) 参照、Child Abuse Prevention and Treatment Act, USCA42 § 5101 et seq. Pub.L.93-247, § 3, Jan.31, 1974, 88 Stat.5.
- (16) 参照、厚生省児童家庭局長が2000年11月20日出した「『児童虐待の防止等に関する法律』の施行について」(児発第875号)。
- (17) 特に、アメリカにおける通報義務については、安部哲夫「刑事法的アプローチ」萩原玉味・岩井宜子『児童虐待とその対策』多賀出版(1998年)300頁以下を参照。西澤哲『子どもの虐待』誠信書房(1994年)183頁。
- (18) このような通告義務違反に刑罰まで科す制度については、日本では反対者が多いのが現状である(柏女霊峰『児童福祉改革と実施体制』ミネルヴァ書房(1997年)134頁)。しかし、単なる努力義務としての通告義務は意味のないものであり、罰則による裏付けは不可欠である。
- (19) 早期発見について刑罰規定の重要性を説きながらも人々の意識変化と通告体制の整備に期待をかける考え方として岩井宜子「児童虐待の早期発見のための対応策」現代刑事法18号(2000年)43頁以下がある。
- (20) 平川宗信『刑法各論』有斐閣(1995年)279頁では、児童を虐待親からとりあえず引き離すのに刑罰は有効な手段であり、児童保護機関による福祉的措置の端緒・契機ともなりうるとしている。
- (21) 警察への不信感は、戦前のみならず戦後の1960年代の学生闘争時代にも強く形成されている。そして、今日においても、警察による不祥事や犯罪

- 率の悪化などにより、社会には根強く警察権力への不信任が存在している。このことは、2002年12月に行われた朝日総研レポート見ても、1978年に比較して警察をある程度以上信用している人が69%から65%へと減少し、あまり信用していないもしくは信用していないが25%から33%へと伸びていることから理解できる(参考、「朝日総研レポート160号」朝日新聞社(2003年))。
- (22) 配偶者間の暴力などの虐待行為も、家庭内という密室にておこなわれることが多い。それゆえに児童虐待と同一の警察による対応上の問題がある。南野千恵子他『DV防止法』ぎょうせい(2001年)2頁以下。
- (23) 参考、田村正博「警察の被害者対策の在り方について」警察学論集49巻4号10頁。
- (24) 村井敏邦「刑事法の現在と未来」法学セミナー 502(1996年)26頁。このような考え方に対して、すでにジェンダー論の立場から私的領域における男性支配への抵抗という形で扱われてきているが(参考、N.K.D.Lemmon, *Domestic Violence Law: A Comprehensive Overview of Cases and Sources*, Austin & Winfield, 1996), 児童とその親との関係であればなおさら支配的であり、公的機関による介入の必要性は高いのである。
- (25) 青少年問題に関する特別委員会では、石田勝之委員長により提出された案により児童虐待防止法案が作成されたが、この案では虐待に対する具体的刑罰規定を予定していなかった。これに対して、1999年12月2日に出された民主党の「児童虐待の防止及び対策に関する立法案(特別法)要綱素案」によれば、児童虐待致死傷罪の創設も予定されていた。
- (26) 参照、児童福祉法規研究会『最新・児童福祉法、母子及び寡婦福祉法、母子保健法の解説』時事通信社(1999年)393頁以下。
- (27) 参照、最判昭和47年11月28日刑集26巻9号617頁。このような判例の見解に対して、広きに失し罪刑法定主義に違反する可能性があるとして反対する学説に加藤久雄「児童に淫行をさせる行為」ジュリスト1157号(1999年)164-165頁がある。
- (28) 参照、最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3018頁。
- (29) 最判平成10年11月2日刑集52巻8号505頁。判例に否定的な見解として前野育三・佐藤進監修『実務注釈児童福祉法』信山社(1998年)235頁。
- (30) このような関係とは逆の方向への解釈して、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」の対象となる児童買春行為は、児童に対する同様な犯罪的性的行為であるのかかわらず、金銭授受が介在することによって可罰的評価が減少すると考えられ3年以下の懲役または100万円以下の罰金となっている。参照、園田寿『解説・児童

- 買春・児童ポルノ処罰法』日本評論社(1999年)17頁以下。
- (31) 安部哲夫「刑事法的アプローチ」萩原玉味他『児童虐待とその対策』多賀出版(1998年)292頁。
- (32) 判例は、プラスバンド用の大太鼓や鉦などを連打した音による暴行をみとめており(最判昭和29年8月20日刑集8巻8号1277頁)、また走行中の車への嫌がらせのための幅寄せ行為についても有形力の行使として暴行行為を認めている(東京高判昭和50年4月15日刑月7巻4号480頁)。
- (33) 平成14年版『警察白書』によれば、児童虐待の態様別検挙状況は、検挙総数189件のうち、身体的虐待136件、性的虐待32件、怠慢又は拒否21件で心理的虐待は0件となっている。心理的虐待は外傷などがないこともあり、警察的観点からは判明しにくい虐待行為といえる。
- (34) 特に、性的虐待の場合における証言能力について、林弘正『児童虐待その現況と刑事法的介入』成文堂(2000年)220頁以下。
- (35) このことは、すでに公害犯罪について藤木博士が、公害による汚染自体が犯罪であるという認識を明確にするための刑事立法の必要性を説いていることから伺われる(藤木英雄『公害犯罪』東京大学出版会(1975年)12頁以下)。
- (36) 三枝有「刑事法学と社会倫理」法政論叢38巻1号(2001年)107-115頁。
- (37) 刑法典への新たな追加を提言する説として、林弘正、前掲(34)書151頁以下。
- (38) 参照、針間克巳『性非行少年の心理療法』有斐閣(2001年)43頁以下。
- (39) 高橋則夫「刑事司法の機能」宮澤浩一他『犯罪被害者の研究』成文堂(1996年)244-245頁。参照、平野龍一「現代法と犯罪」平野龍一編『現代法11』岩波書店(1965年)3頁以下。
- (40) 石川稔『児童虐待』『現代家族法体系3』日本評論社(1979年)317頁。
- (41) 今日定着した用語となっている「パラサイト・シングル」は、社会学者の山田昌弘氏により、親に依存した豊かな生活を送る現代の未婚の若者たちを表した造語である。参考、山田昌弘『結婚の社会学』丸善ライブラリ(1996年)。
- (42) 一般予防効果について消極的な見解として、瀬川晃「児童虐待と刑事法」現代刑事法18号(2000年)41頁。
- (43) 吉田恒雄「児童虐待に関する法制度」吉田恒雄編『児童虐待への介入』尚学社(1998年)27頁。
- (44) 金尚均「現代社会における刑法の機能」刑法雑誌40巻2号39頁。参照、林幹人『刑法の基礎理論』東京大学出版会(1995年)14頁以下。
- (45) 現行の刑法は、1880年に公布された旧刑法を改正して1907年に公布され

たものであるが、その審議の過程でボアソナード (Gustave Emile Boissonade) により近親相姦は社会のモラルに委ね、刑罰で禁圧すべきものではないとして削除された。近親相姦を刑法に規定し積極的に処罰すべきとする考え方として中谷瑾子「ボアソナードと謙抑主義 近親相姦非犯罪化のルーツ」時の判例1101号 (1981年) 2頁。近親相姦が刑法上処罰されないことについての従前の肯定的な説として、小野清一郎『刑法講義各論』(1950年) 133頁がある。