
論 説

子ども虐待⁽¹⁾への刑事法的介入

岡 田 行 雄

1. はじめに

厚生労働省が、2012年度に全国207ヶ所の児童相談所が対応した18歳未満の子どもの虐待相談件数は、前年度比11.5%増の66,807件となり、過去最多を更新したと発表したことが大きく報じられるなど⁽²⁾、子どもへの虐待は大きなニュースとなるとともに、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大や、その処罰を重くする必要性が説かれるようになって久しい。

しかし、刑法は、子どもの成長発達という、子どもの権利条約に挙げられており、また日本国憲法からも導き出される権利を保障するためであっても、直ちに発動されるべきものではない。「刑法が発動するのは、…刑法以外の社会統制手段では十分でないときに限られなければならない」(内藤1983:55)と説かれ、刑事手続をも視野に入れ、処罰が大きな弊害を生じさせる時は、刑法の発動を認めるべきではないとも指摘されてきたからである(内藤1983:56)。もっとも、子ども虐待に対して全く刑法が発動されていないわけではない。それが、刑法典に規定されている犯罪に該当する場合もあり、現実には、刑事手続の結果処罰されている例もある。

(1) 本稿においては、引用文にある場合を除いては、原則として児童虐待をすべて子ども虐待という語に置き換えている。

(2) 毎日新聞(西部本社版)2013年7月26日付朝刊など参照。

論 説

他方で、そうした子ども虐待ケースにおいて、親などの保護者が被疑者として捜査の対象となり、刑事罰が科せられるという形での刑事法的介入が、児童相談所の職務を困難にするなど、刑事法以外による子ども虐待への対応手段を機能不全に陥らせるだけでなく、子どもの保護、即ち、子どもの成長発達権保障と矛盾する危険性も指摘されて久しい。

そこで、本稿においては、近時の子ども虐待ケースへの刑事法的介入の現状を踏まえた上で、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大を志向する近時の実務・理論の動向だけでなく、子ども虐待ケースへの刑事法的介入それ自体についても、刑事法理論及び日本国憲法が提示する価値の観点から検討を加えることを通して、刑事法的介入と同時に他法による介入手段が存在する、子ども虐待ケースへの刑事法的介入のあり方を明らかにすることにしたい。

2. 子ども虐待問題への刑事法的介入の現状

(1) 統計における子ども虐待への刑事法的介入

上で見た児童相談所が対応した子ども虐待の件数は、1990年度以降年度毎に公表されるようになり、1999年度からは、身体的虐待、ネグレクト、性的虐待、心理的虐待と虐待の態様別に分類されたデータも公表されるようになった。

その件数をまとめたものが表1である。これによれば、児童虐待防止法などの立法作業を通して、子どもの虐待がマスメディアなどによって大きく取り上げられるようになってからは、児童相談所が対応した子ども虐待の件数は一貫して上昇傾向にあり、上で見た最新の件数は、統計が公表されるようになった当初の件数の50倍強になることがわかる⁽³⁾。また、態

(3) もっとも、2000年前後から児童相談所の対応した子ども虐待件数が急増した

子ども虐待への刑事法的介入

様別のデータが公表されるようになった1999年度の全件数と比べると2010年度のそれは5倍弱となっているが、身体的虐待の件数は3倍強、性的虐待のそれは3倍弱の増加に止まるのに対して、ネグレクトは5倍強、心理的虐待に至っては9倍強と身体的虐待や性的虐待に比べると増加率が高いこともわかる。

表1 児童相談所が対応した子ども虐待の件数⁽⁴⁾

年度	総数	身体的虐待	ネグレクト	性的虐待	心理的虐待
1990年度	1101				
1991年度	1171				
1992年度	1372				
1993年度	1611				
1994年度	1961				
1995年度	2722				
1996年度	4102				
1997年度	5352				
1998年度	6932				
1999年度	11631	5973	3441	590	1627
2000年度	17725	8877	6318	754	1776
2001年度	23274	10828	8804	778	2864
2002年度	23738	10932	8940	820	3046
2003年度	26569	12022	10140	876	3531
2004年度	33408	14881	12263	1048	5216
2005年度	34472	14712	12911	1052	5797
2006年度	37323	15364	14365	1180	6414
2007年度	40639	16296	15429	1293	7621
2008年度	42664	16343	15905	1324	9092

ことが、必ずしもその実際の発生件数の激増を意味するわけではないとの指摘もある。それによれば、戦後の社会的荒廃のなかで子どもが「社会的児童虐待」ともいべき状況下に置かれていた時代においては、家庭内での個別の虐待は認知されなかっただけで、少子化が進行し、一般家庭における子育てが手をかけお金をかけたものとなっていく中で、現代においては、保護の怠慢・拒否や子どものへの暴力が一層目立つ社会現象にならざるをえないところから認知が進んだに過ぎず、子どもの虐待は近年漸増している可能性はあるものの、激増しているとはいえないと推定されている（竹中2002：3-4）。

- (4) 厚生統計協会「厚生指標 増刊：国民の福祉の動向」38巻12号（1991年）以降（2012年/2013年より、「厚生指標 増刊：国民の福祉と介護の動向」と改題）の統計表等に基づき作成した。虐待態様別の数字が公表されていない年度は空欄とした。

論 説

2009年度	44211	17371	15185	1350	10305
2010年度	56384	21559	18352	1405	15068

他方、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の現状を示す統計上のデータとしては、『平成12年警察白書』において1999年の児童虐待事件の検挙件数が公表されて以降、それが身体的虐待、性的虐待、怠慢又は拒否などと分類され、毎年公表されるようになったデータがあるに過ぎない。検察統計や司法統計によって把握可能な、検挙以降の刑事手続において、子ども虐待に関する事件がどのように処理されたかを示すデータは公表されていない。従って、子ども虐待に関する刑事事件に関する公訴提起の状況や、公訴提起後に有罪となった場合の処罰内容を統計上把握することはできないのである。そこで、このような限界はあるにせよ、少なくとも子ども虐待ケースが捜査の対象となったという意味で、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の頻度を把握することができる、子ども虐待事件の検挙件数をまとめたものが表2である。これによれば、子ども虐待事件全体の検挙件数もこの間、ほぼ一貫して上昇しており、1999年と比べると、2011年のそれは3倍以上となっていることがわかる。また、態様別のデータによれば、同期間で、身体的虐待のそれは4倍強、性的虐待も3倍弱に増加したにもかかわらず、ネグレクト類型に該当すると思われる怠慢又は拒否は減少し、心理的虐待は2011年によりやく1件が計上されたに過ぎず、児童相談所が対応した子ども虐待の件数の態様別の動向とは違いがあることもわかる。

表2 子ども虐待事件の態様別検挙状況⁽⁵⁾

年	検挙件数	身体的虐待	性的虐待	怠慢又は拒否	心理的虐待
1999年	120	62	34	24	
2000年	186	124	44	18	

(5) 警察庁編『平成12年版警察白書』(大蔵省印刷局・2000年)以降の各年の『警察白書』に基づき作成した。『警察白書』には、子ども虐待事件の検挙人員が掲載されているものもあるが、近年では明示されていない。態様の表記は、『警察白書』のものによった。また、心理的虐待について記載のない年は空欄とした。

子ども虐待への刑事法的介入

2001年	189	136	32	21	
2002年	172	119	33	20	0
2003年	157	109	29	19	0
2004年	229	176	39	14	
2005年	222	156	55	11	
2006年	297	199	75	23	
2007年	300	211	69	20	0
2008年	304	205	82	17	0
2009年	334	234	91	9	0
2010年	352	270	67	15	0
2011年	384	270	96	17	1

このような相違は、ネグレクトや心理的虐待を警察が認知することの困難性に由来するとの推認も可能であろう。

他方、児童相談所が対応した件数と比べると、検挙件数は、全体で見ても、その100分の1程度でしかなく、公表されている数字で見ると、子ども虐待を刑事事件として立件することについては謙抑的な運用がなされていると評価することも可能であろう。

(2) 裁判例から窺える刑事法的介入の現状

このように、公表された統計を通して、子ども虐待ケースに対する刑事法的介入の現状を把握するには限界がある。そこで、以下では、子ども虐待事例に関する注目される刑事裁判例を取り上げることを通して、近時の子ども虐待ケースに対する刑事法的介入の動向を概観しよう。

まず、身体的虐待に関連して、暴行罪ないし傷害罪などの作為犯については、管見の限り、その犯罪構成要件解釈が問題となった裁判例は近時見当たらないように思われるが、このような身体的虐待を傍観していた者に不作為犯が成立するか否かについては注目すべき裁判例の動きがある。

かつて、内縁の夫が3歳6ヶ月の子どもの顔面を数度にわたり平手で殴打した後、引き続き、その頭部を5回にわたり手拳等で殴打した結果、これらの暴行から生じた硬膜下出血、くも膜下出血等の傷害に伴う脳機能障害で子どもが死亡した傷害致死事件に関連して、内縁の夫がこうした折檻を行うことを知りながら、子どもが短い悲鳴を上げ意識を失うまで、この

論 説

折檻を止めようとしなかったとして、この子どもの母が、傷害致死幫助罪で起訴された事案があった。

この事案につき、第1審の釧路地方裁判所は、不作為による幫助の成立を否定し、被告人に無罪判決を言渡した（釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁）。それによると、まず、「作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度および要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視しうることが必要」との不真正不作為犯類型による幫助犯成立の要件が提示される。その上で、この要件に照らして、本事案において、不作為の幫助犯が成立するか否かの検討が加えられる。その結果、この被告人に、子どもに対する内縁の夫による暴行を阻止すべき作為義務はあったが、被告人も、この内縁の夫による暴行の被害に遭い、さらに酷い暴行を受けることを恐れ、内縁の夫から逃げ出せずにいたという事実を考え併せると、その作為義務の程度は極めて強度とはいえず、しかも、この内縁の夫の暴力を被告人の実力によって阻止することは著しく困難であった以上、被告人の不作為を、作為による傷害致死幫助罪と同視できないとして、不作為による幫助の成立が否定されたのである。

しかし、この釧路地裁による無罪判決に対しては検察官による控訴がなされ、これを審理した札幌高等裁判所は、事実誤認及び法令適用の誤りを理由に、原判決を破棄し、被告人の不作為を傷害致死幫助罪に該当するとして、懲役2年6月執行猶予4年の有罪判決を言渡した（札幌高判平成12年3月16日判タ1044号263頁）。それによると、まず、原判決が掲げる「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した」という要件は、不作為による幫助犯の成立には不要と解され、被告人は、内縁の夫の短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知した上で子どもをその下に置いていたなどと第1審とは異なる事実認定もなされた上で、被告人の作為義務の程度は極めて強度であると、これも第1審とは異なる判断がなされ

子ども虐待への刑事法的介入

た。そして、内縁の夫が子どもに暴行を行った寝室に被告人が移動し、監視するだけでも、暴行に対する心理的抑制になりえたとの判断に基づき、暴行を阻止できる作為は容易であり、この作為がなされなかったことが、内縁の夫の暴行を容易にしたとして、不作為幫助の成立が肯定されたのである。

こうして、刑事裁判の実務において、身体的虐待を、それを認識しつつ止めなかった者について、まずは、傷害ないし傷害致死などの不作為幫助犯として処罰されるようになったと言えよう⁽⁶⁾。

ところが、その後、1歳2ヶ月の子どもが泣き出したことから、この子どもを殺害しようと決意した母が子どもをこたつの天板に叩き付けるなどの暴行を加え、この子どもを急性硬膜下血腫により死亡させた際に、とめなかったらどうなっても知らない旨の警告的な言動があったにもかかわらず、背中を向け、これを制止しようとしなかった夫が殺人の共謀共同正犯として公訴提起される事案も現れた。そして、大阪高等裁判所は、子どもに暴行を加えた母には、被告人に警告を発した時に、被告人に制止してほしいという気持ちがあり、この時、被告人が制止していれば母は犯行を止めた可能性が高かったにもかかわらず、被告人の態度によって、母は子どもの殺害を容認したと理解したと言え、被告人もこのような事情を熟知しながら、子どもに死んでほしいという気持ちから、あえて母を制止しないという行動に出ることによって、母による殺害を容認したと言えるとして、暗黙の共謀に基づく殺人の共謀共同正犯の成立を肯定した点は原審を是認した上で、被告人による量刑不当の主張は容れて懲役15年を言渡した（大阪高判平成13年9月21日LEX/DB28075274）。

このように、実務において承認されている共謀共同正犯理論によれば、

(6) なお、その後、同種事案につき、傷害致死幫助罪の成立を認めたものとして、広島地判平成16年4月7日判タ1186号332頁、名古屋高判平成17年11月7日LEX/DB28115095などがある。

論 説

それまでは幫助犯とされてきた不作為が、共謀が認められることによって、「突如として、…共同正犯性を獲得することになる」(曾根2004:71)のである。

次に、ネグレクトによって、子どもが死亡した場合の裁判例に注目してみよう。この点に関する近時の裁判例を検討した櫻庭総によれば、1990年代当初は、この場合、子どもを監護・養育する義務がある親が保護責任者遺棄致死罪に問われ(櫻庭2010:170)、両親のどちらもが育児を放棄していた場合、身体的虐待ケースにおける不作為事案とは異なり、両親ともども保護責任者遺棄致死罪の正犯として処罰されてきたとされる(櫻庭2010:161)⁽⁷⁾。

しかし、実母が3歳の子どものに十分な飲食物を与えなかったことなどによって極度の低栄養により餓死させたというネグレクト事案において、子ども及び実母と同居していたのみで、法律上の身分関係のない被告人も、不作為の殺人罪で公訴提起された事案につき、第1審のさいたま地方裁判所及び第2審の東京高等裁判所は、それぞれ不作為の殺人罪の成立を肯定し、懲役8年が言渡されるに至った。

さいたま地裁の判決によれば、被告人は、同居している実母に生計は依存していたものの、その生活費の管理するようになった上、実母が子どもに十分な食事を与えないだけでなく、医療機関による治療を受けさせることも明確に拒否していたため、被告人以外には子どもの生命を救うことができる者がいないことを理解するに至ったことなどから、被告人には子どもに対する治療機会提供義務があったにもかかわらず、実母の態度が硬く、面倒に巻き込まれたくないとの思いもあり、子どもが死んでしまってもやむを得ないとの認識の下、あえて子どもを放置したと、不作為の殺人罪成立の根拠が説かれた(さいたま地判平成18年5月10日LEX/DB28115252)。

(7) 例えば、両親ともにネグレクトによって子どもを死なせた保護責任者遺棄致死罪の成立が認められたものとして、神戸地判平成14年6月21日LEX/DB28075605と神戸地判平成14年10月25日LEX/DB28085170などがある。

子ども虐待への刑事法的介入

そして、被告人からの控訴を受けた、東京高裁も、被告人には身分関係に基づく作為義務が生じることはないが、被告人が実母とその子どもを自室に住ませ、約9ヶ月にわたって3人で一緒に生活してきたなどの事情を総合考慮すると、条理ないし社会通念から見て、不作為の殺人罪における作為義務とその違反があったとして、原審の判断を肯定したのである（東京高判平成19年1月29日高等裁判所刑事裁判速報集（平19）号107頁）。

ところで、以上で概観した、虐待の結果、子どもが死亡した場合に、殺人罪の成立が認められた裁判例においては、当然殺人の故意も認定されている。しかも、2001年の大阪高裁の判決においては、こたつの天板に打ち付けられて死亡した子どもの姉にあたる子どもに、母と父が共謀の上、必要な栄養を与えず餓死させた不作為についても殺人の共謀が認められた上で、原審による未必の故意に止まるとの判断が誤りとされ、確定的故意が認定された。ちなみに、その理由は、母には子どもを餓死させることにためらいの気持ちがあったとしても、全体的な法的評価を加えると、確定的殺意に該当するとみるのが相当であり、長期間を要する不作為態様の殺人の場合、不作為者が殺人に関して一時的に逡巡する場合があったとしても、直ちに、未必の殺意による犯行になるとは考えられないという点に求められている。

以上で概観した裁判例の動向からは、子ども虐待に関連する不作為犯について、作為義務の実質的判断を通して、その成立範囲が法的な意味における親に限られない形で、拡大されるとともに、刑法的評価が、かつてに比べて、より法定刑が重いものにされる可能性が高まっていることが看取される。その理由は、以下の2点に求められる。まず、不作為による傷害致死の幫助と不作為による殺人の共謀共同正犯、さらには、不作為による保護責任者遺棄致死と不作為による殺人を明確に区別する基準が、上で見た裁判例において、必ずしも提示されているわけではないこと⁽⁸⁾。次に、

(8) このことは、不作為犯正犯と不作為共犯との区別についても妥当する。櫻庭

論 説

故意についても、例えば、未必の故意に止まるとされた原審の判断が否定され、確定的故意が認定された東京高裁の判断に端的に現れているように、それが餓死についての事実認識の有無に基づいて認定されるのではなく、一定の状況下で一定の内心を持つことに関する評価によって判断されることを通して、従来以上に、その認定が裁判官の裁量に委ねられやすくなっていること⁽⁹⁾。櫻庭による、「90年代当初は、身体的虐待は傷害致死、ネグレクトは保護責任者遺棄致死として構成されていたが、⑤判決（筆者注：大阪高判平成13年6月21日の意）で確定的故意による殺人が認定されて後は、直接の行為者が未成年である場合…をのぞき、作為、不作為を問わず殺人で起訴、有罪とされる事案が多くなっていることが窺える」（櫻庭2010：170）との指摘は正鵠を射ていると言えよう⁽¹⁰⁾。

仮に、従来は傷害致死罪ないし保護責任者遺棄致死罪に該当するとされてきた行為について、殺人罪が成立するようになったとすれば、殺人の法定刑が傷害致死等よりも下限・上限ともに高いことから、量刑も重いものとなることが考えられる。この点に関連して、櫻庭は、事案としてはある程度類似している事案につき、2000年に保護責任者遺棄致死罪で有罪とさ

は、複数人がネグレクトに関与した事例において、どちらも正犯とされる裁判例が生じる理論的背景として、この場合に、因果性の程度に応じて正犯と共犯を区別するという思考がなされないという問題が伏在することを指摘している（櫻庭2010：163）。

- (9) 半田靖は、故意の認定において、事実認定と法令の適用、当てはめ、法的評価の区別を意識しないで、法的評価という作業を進めると、「本来、事実として認定すべき作業を割愛して、法的評価の問題として、いわば一括処理をしてしまうように思われる」と、故意に関する事実認定がおろそかになる危険性を指摘している（半田2008：55）。このような危険性が現実化すれば、死という事実認識を抜きに、死という事実を認識できるはずの状況であったということで、殺人の故意としての非難・評価が加えられることになる。この点については、玄2011：27も参照。
- (10) 従来の裁判例においては、不作為の殺人は、それが不真正不作為犯であり、罪刑法定原則との関係で強い疑問が学説から提起されたこともあって、その成立につき謙抑的であると評価されてきた（生田2002：166）。しかし、上で概観した裁判例を通して、ネグレクトによる死亡事案につき不作為の殺人の成立を肯定することに裁判所が積極的になっているように見受けられる。

子ども虐待への刑事法的介入

れた被告人に対する量刑は懲役3年であったのに対し、2007年に不作為の殺人罪で有罪とされた被告人に対するそれが懲役15年という開きが生じていると指摘している（櫻庭2010：171）。なお、最近の裁判員裁判においては、1歳の子どもに両親が継続的に暴行を加えた上、父親がその子どもの頭部分を平手で強打し、頭部を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、約1ヶ月後に急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた事案につき、両親それぞれに傷害致死罪の成立が認められた上で、検察官の求刑であった懲役10年を超えて、それぞれに懲役15年の有罪判決が言渡された（大阪地判平成24年3月21日LEX/DB25481018）。その量刑事情においては、子ども虐待が社会的に大きな問題と認識される社会情勢下で、子どもを保護すべき立場にある親が、幼児を理不尽な暴行で虐待することによって死亡させた傷害致死の事案では、その行為責任は重大なものと評価されるべきこと、本件暴行の態様が、殺人罪と傷害致死罪の境界線に近いものとの評価が相当であること、さらに本件が不保護を伴う常習的な虐待の延長としての犯行と言え、その動機は甚だ身勝手なものと言うほかないことなどが挙げられている⁽¹¹⁾。

以上で概観した裁判例を通して、子ども虐待ケースについては、子ども虐待が社会的に問題とされるようになった1990年代当初に比べると、より広範な者にその刑事責任が問われるだけでなく、法定刑がより重い犯罪として処理されるとともに、量刑も重くなっている傾向が看取される。

確かに、子ども虐待事件の検挙件数を見る限り、刑事法的介入は必ずしも幅広くなされているとは言えない。しかし、公訴提起された個別の子ども虐待ケースを概観した限りでは、不作為犯という形で処罰される者の範

(11) なお、判決には被告人である両親から控訴があったが、大阪高等裁判所は、「検察側の求刑を大きく上回っているからといって、破棄しなければならないほど重すぎて不当ではない」として、どちらの控訴も棄却している（大阪高判平成25年4月11日）。この控訴審判決の概要については、毎日新聞（西部本社版）2013年4月12日付朝刊など参照。

論 説

囲は確実に広がっており、同時に虐待行為者とされた者に対する刑事制裁は厳しくなっていると見えよう。言い換えれば、子ども虐待ケースに関与したとされる者の処罰を限定する方向ではなく、むしろ拡大する方向に、刑事裁判実務は進んでいると評価されるべきであろう。

こうした評価が正しいとすれば、今後、児童相談所が対応したケースの増加に相応して、従来以上に、子ども虐待ケースに対する刑事法的介入の強度が増し、その介入の範囲がさらに広がる可能性は高まっていると言わなければならない。

3. 刑事法的介入のさらなる拡大に向けた理論の動き

(1) 児童虐待罪立法に向けた動き

次に、子ども虐待に対する刑事法的介入に関する理論の動向を見よう。

確かに、上で見たような、裁判例の動向を、子ども虐待ケースの厳罰化、重罰化と捉え、それが子ども虐待防止に補完的ではなく、むしろ逆機能にしか作用しないのであれば、見直されるべき旨の指摘（櫻庭2010：175）や、子ども虐待に対する刑事規制の積極化に異を唱える見解（保条2003：159）も見られる。

しかし、裁判例の動向を踏まえても、なお、以下のように、子ども虐待ケースに対する刑事法的介入を、児童虐待罪などの立法を通して、さらに拡大・強化すべきとの見解も見られる。

例えば、岩井宜子と渡邊一弘は、保護者による子どもの虐待には、「子どもには逃げ場がなく、また訴える術も知らずにただ恐怖と苦痛に耐えるしかない」であり、他人が幼児を虐殺する以上の責任非難が認められるということをも前提として、「児童虐待処罰に対応する犯罪構成要件を設けることにより、児童虐待は犯罪であるという認識を社会に広めることによる一般予防効果」、「通告への抵抗を減少させ、顕在化を促進するという効

果」、そして「刑罰効果により加害者に犯罪にあたる行為を行ったことの自覚がもたらされたり、施設内処遇や社会内処遇において必要なケアを受ける契機になるという観点からの特別予防効果への期待」を根拠に、子どもの虐待傷害罪・虐待致死罪、子どもへの性的虐待罪などに関する立法を提言している（岩井＝渡邊2012：294）⁽¹²⁾。

さらに、こうした立法提案に関連して、「長期にわたる虐待行為は一回の傷害や傷害致死で評価できない部分があり…、虐待行為の継続性・常習性を正当に評価しうる犯罪構成要件の創設」も、その検討の必要性が説かれる（岩井＝渡邊2012：295）。そもそも、密室において子どもが繰り返し虐待される事案においては、その日時の特定が困難な場合があることは指摘されてきた（例えば、岩佐2011：110、性的虐待については、奥山2012：309）⁽¹³⁾。従って、こうした立法提案の狙いには、個別の虐待行為の日時が必ずしも特定されなくとも、包括的に処罰できるようにすること、換言すれば、捜査機関側の立証を緩和することも伏在していると言えよう。

なお、こうした子ども虐待罪の法定刑については、具体的な内容が示されているわけではない。しかし、その保護法益に身体の安全、性的自由に加えて子どもの健全な発達を含めて解する立場や、主体を保護者に限定しつつも、本来保護すべき責任ある者による侵害行為にはより強い責任非難を認めるとの立場に立てば、現存の傷害罪・強姦罪・強制わいせつ罪等の

(12) この他、子ども虐待を誤って通報した者への刑事免責規定の新設も提案されている（岩井＝渡邊2012：294）。なお、これに先立って、安部哲夫も、保護者による子どもへの虐待傷害罪及び虐待致死罪や子どもへの性的虐待罪の新設を課題として指摘していた（安部1998：297）。また、林弘正も、強姦罪と強制わいせつ罪について、14歳未満の子どもを客体とする構成要件の新設という形で、子どもへの性的虐待罪に関する立法を提案していた（林2011：100）。

(13) その要因としては、子ども虐待に関する刑事事件の証拠がそもそも少なく、被害者に供述能力がない場合が少なくないことが挙げられ、虐待が長期にわたった場合、発覚に結びついた一度きりの虐待行為しか訴因として取り上げられないため、虐待が深刻であるほど、実務的には立証が困難であることも指摘されてきた（板垣ほか2001：312）。

論 説

法定刑よりも厳しく設定されるべきであり、子ども虐待は重大な犯罪であるという認識を社会に広めることによる一般予防効果を期待する観点からも、同様の帰結が望ましいことになると指摘されている。そして、法定刑の設定に際しては、加害者ケアと家族再統合を目的とした施設内処遇および社会内処遇を整備し、それらが効果的に運用されうる期間の設定という特別予防目的も踏まえらるべきことも付言されている（岩井＝渡邊2012：300）。

(2) 保護観察処分の遵守事項としてのケア受講命令導入

ところで、かつて岩井は、虐待を受けた子どもの救済に関連付けて、子どもにとっては、家庭の修復が最善の利益であるとした上で、「虐待行為の多くは犯罪を構成する。刑罰は刑務所に入れることのみではなく、種々の態様のものが考えられうるのであり、保護観察処分の遵守事項として、『ケア受講命令』を発することも可能であろう」との改革の方向性を示唆した（岩井2000：26）。

もっとも、ここで岩井が示唆したケア講座の内容は明らかではない。しかも、ここでの保護観察処分が刑罰の一種として新たに導入されるべきものなのか、あるいは、現存する仮釈放ないし刑の執行猶予に際して採られている措置なのかも判然としない。

しかし、この示唆が、仮に、2003年から大阪などで児童相談所、教育委員会、病院、人権協議会、NPO団体、児童養護施設などの主催で実施されたMY TREEペアレンツ・プログラムという、子どもへの虐待的言動やネグレクトが顕著な保護者に対象を限定した、セルフケアと問題解決能力を付けるためのプログラム⁽¹⁴⁾の受講を、保護観察中の特別遵守事項として強制すべきという趣旨であるならば、従来は科せなかった刑事処分に付随する強制的な措置を科せるようにするという意味で、ないしは、従来は

(14) このプログラムについては、森田2012：209を参照。

子ども虐待への刑事法的介入

不可能であった、プログラムを受講しなかったという遵守事項違反を契機に刑事施設への収容を可能にするという意味で、子ども虐待ケースへの刑事法的介入を拡大する提案の一種と位置付けられるべきであろう。

(3) 警察の介入拡大を正当化する見解

三枝有は、個別の子ども虐待ケースにおける児童相談所の対応を批判的に検討した上で、児童虐待防止法において、警察の位置が児童相談所への援助的立場に過ぎないことを問題視し、いわゆるストーカー防止法やDV防止法が警察による私生活への不可侵や民事不介入原則を大幅に修正していることを背景に、「子どもへの虐待行為がさらなる重大な結果を生じさせないためにも予防的観点から警察の介入行為を認めるべきであろう」と指摘する（三枝2012：331）。しかも、「児童相談所とは別の視点から、警察が虐待により重大な結果を生じる危険性を排除するという予防的観点を重視すれば、事態が深刻化する前に警察が介入行為を行い児童を救出するということも十分に可能であるし、またなすべきである」（三枝2012：332）と指摘した上で、修復的司法の観点から、このような刑事法的介入の早期化を正当化しようとしている（三枝2012：333）。

このような子ども虐待ケースへの警察介入の拡大を支持する理論も、警察の介入が、児童相談所の活動の支援ではなく、刑事警察としての独自の活動である以上、まさに子ども虐待ケースを刑事事件として立件することを、より容易にする志向性を持つものと言うべきである。従って、こうした見解も、子ども虐待ケースに対する刑事法的介入の拡大を志向するものと位置付けられるべきであろう。

4. 子ども虐待ケースへの刑事法的介入拡大の問題点

(1) 理論上の問題点

確かに、子どもが虐待から保護されるべきであるという点には異論はない。しかし、その保護のために、直ちに刑事法的介入が拡大されるべきなのであろうか。

そこで、子ども虐待ケースへの刑事法的介入を拡大させる可能性が高い刑事裁判例の動向や、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大を主張する見解の理論的妥当性について、以下で検討してみよう。

まず、身体的虐待を、それを認識しつつ止めなかった者について、傷害ないし傷害致死などの不作為幫助犯として処罰することについては、その前提となる不作為幫助の成立要件では、いかなる場合に不作為による幫助において正犯の実行を容易化することが作為による幫助におけるその容易化と同程度の処罰価値を帯びるのか不明確なままであるとの指摘がなされている（保条2003：207）。また、そもそも、札幌高裁の判決によって幫助とされたような不作為が、正犯行為を困難にしないというものに過ぎない場合、それが、幫助の要件とされる、正犯者の実行行為を容易にし、促進するものに該当するのにかにも疑問が呈されている（曾根2004：73）。このように、身体的虐待を、単に認識しつつ止めなかったに過ぎない者について、傷害ないし傷害致死などの不作為幫助犯が成立するとした場合に、幫助犯の成立範囲を不当に拡大するのではないかとの共犯理論上の問題点が指摘されているのである。しかも、共犯理論上の問題点はこれに止まらない。母による暴行を制止しなかった不作為について、殺人の共謀共同正犯の成立を認めた大阪高裁の判決にも、不作為の幫助には止まらず、なぜ、共謀があっただけで、直ちに正犯となりうるのかという疑問に答えるだけの根拠が必ずしも明示されていないとの問題点も指摘されている（曾根

2004：71)。従って、このような裁判例は、共謀共同正犯の成立範囲を不当に拡大させかねない理論的問題点を孕むものと言えよう⁽¹⁵⁾。

それでは、ネグレクトの結果、子どもが死亡した事案が、保護責任者遺棄致死罪ではなく、不作為の殺人罪に該当するという裁判例についてはどうであろうか。そもそも、不真正不作為犯に対しては、個々の刑罰法規にその成立要件が明確に規定されていないという点に、罪刑法定原則から実質的に見た場合の最も深刻な問題性があるとも指摘されてきた（内藤1983：226）。そして、周知のように、不真正不作為犯の処罰が直ちに罪刑法定原則に反しないとしても、作為による構成要件実現の場合との同視可能性の確保は必要であるなどとして（山口2007：75）、理論的には、不真正不作為犯成立の大前提となる作為義務の内容とその発生根拠を明確化することが課題とされ、その明確化に向けた理論的営為が積み重ねられてきたと言って良い。このような理論的課題が残されている状況下において、上で見た、ネグレクトによって子どもが死亡した事案につき、同居していた男性にも殺人罪の成立を認めさせたさいたま地裁と東京高裁は、それぞれ、その作為義務を、被告人が自分以外には子どもの命を救う者がいないことを理解するに至った事情などから治療機会提供義務として肯定し（さいたま地裁）、あるいは、実母とその子どもを自室に住ませ、約9ヶ月にわたって3人で一緒に生活してきた事情なども加えて、条理や社会通念に照らして肯定した（東京高裁）が、その判断は、不作為の殺人罪における作為義務と不作為による保護責任者遺棄致死罪における作為義務とがどのように異なるのかを明示したのではない。従って、このような裁判例を契機に、不作為の殺人の前提となる作為義務の内容とその発生根拠が明示されないまま、

(15) 櫻庭は、この事案について黙示の共謀が認められた背景には、この母による暴行を実質的に主導したのが被告人であるとの判断が伏在しているように思われると指摘した上で、こうした被告人の母に対する心理的な影響が、母に対する心神耗弱を認めるという形では取り上げられず、共謀共同正犯を認める形でのみ取り上げられることの不当性を示唆している（櫻庭2010：161）。

論 説

緩やかに解されるとなれば、作為義務の内容やその発生根拠が従来以上に不明確となる点に理論上の問題点があると言わざるをえない。

しかも、ネグレクトに不作為の殺人を認める裁判例の理論上の問題点は、作為義務とその発生根拠を不明確にさせるだけでなく、殺人の故意を認める点にも及ぶ。即ち、ネグレクトによる子どもの死亡事案で、殺人罪の成立が肯定された裁判例に見られたように、殺人の故意が法的評価に基づいて認定されることは、作為義務ある者が、不作為によって生じる子どもの死という結果を実際には認識できていなかったとしても、その死を認識できたはずであるという評価に基づいて容易に殺人の故意が認定されることをも理論的に容認することになる。しかし、このような故意の認定は、「最低限『分かっていた』という事実が認定されずに、分かるはずの状況だったということで故意としての非難・評価を加える」ことに他ならず、「重い非難・評価の基礎となる事実の存在を確定していないに等しい」。つまり、本来ならば重い過失に当たるはずのもので、故意が認定されるという理論的に見て筋違いな帰結を生じさせるのである（半田2008：40）。

また、子ども虐待をめぐる裁判例からは、離婚、一人親家庭、不安定な就労状況、借金、親類との疎遠な関係といった特徴が、実行行為者だけでなく、幫助ないし、共同正犯とされる者にも共通に見出だされ、児童相談所等による社会的支援を受けていなかったことなどが明らかになることも少なくない。もっとも、量刑にあたっては、そのような被告人の置かれている状況が、被告人の「だらしなさ」や人格の未熟性を示すものとして言及されるだけでなく、社会的支援を拒絶したとして責任を加重する方向で用いられる傾向も指摘されている（櫻庭2010：172）。しかし、被告人にとって、変更することが困難な状況を、量刑を重くする方向で用いることは、適法な行為の選択が容易だった場合に、刑事責任を問うことが許され、この選択の容易さに応じて量刑もなされねばならないという責任原則に反するものであり、理論的に見て妥当とは言い難い。

次いで、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大を主張する諸見解に

ついて検討しよう。

まず、子どもの虐待傷害罪・虐待致死罪、子どもへの性的虐待罪などに関する立法提案の趣旨は、虐待傷害罪・虐待致死罪については、傷害や傷害致死などで処罰されている行為をより重く処罰することであり、性的虐待罪については、その内容は必ずしも明らかではないが、「『幼年者への性的濫用』を処罰する構成要件を設けることなども考えられる」（岩井＝渡邊2012：299）という示唆からは、処罰範囲を拡大することにあると言える。このような重罰化や処罰範囲の拡大は、その対象者に対する人権制約の拡大を意味する。確かに、対象者の人権制約を拡大する立法提案であっても、それが、子どもの成長発達という、日本国憲法に照らしても、正当な権利を保障するものであり、しかも、他の社会統制手段によってはその保障が十分ではないというのであれば、必ずしも理論的に問題があるわけではない。しかし、重罰化に一般予防効果があることは実証されていない（宮澤1991：300、津富2002：18）。また、虐待した者が再び子どもを虐待しないようになる効果、言い換えれば、特別予防効果を重い刑事罰が持つのかについても疑問がある⁽¹⁶⁾。従って、従前から処罰されていた行為に対する刑罰をさらに重くすることに、子どもの成長発達権を保障する効果があるとは必ずしも言えないように思われる。加えて、従前から処罰の対象とされてきた虐待行為よりも、さらに幅広い範囲の虐待行為を処罰の対象とするための前提となる、他の社会統制手段、即ち児童虐待防止法、児童福祉法、及び民法などによる虐待を受けた子どもを保護する制度では、子どもの保護が十分ではないと言えるのかについても疑問がある。周知のように、近時民法の改正により親権停止制度も新設されたばかりだからである⁽¹⁷⁾。もちろん、これらの制度が必ずしも十分に機能していないこと

(16) 奥山真紀子は、虐待親に刑事罰を与えたからといって養育能力が上がるわけではなく、事実、子どもを虐待死させた親が出所してきても決して養育能力は上がっていないと指摘している（奥山2012：310）。

(17) 親権停止制度は、平成23年法律第61号に基づく民法改正によって導入された。

論 説

はしばしば指摘されてきた。しかし、それが機能するような制度の改善やその制度の担い手の質・量を強化することが優先されるべきであり、そうした刑事法的介入以外の手段を強化する取り組みを抜きにして、刑事法的介入を拡大すべきという立法提案は、刑法の謙抑主義に反する不当なものと言わざるをえない。従って、こうした立法提案は「ultima ratioとしての刑事制裁」(林2006:101)という、刑事制裁の性格を変えてしまう危険性も有しているのである。

次に、保護観察中の遵守事項としてケア受講命令を位置付けようとする見解について検討しよう。もっとも、既に見たように、論者は、保護観察の意義やケア講座の内容を明らかにしていない。そこで、仮に、子ども虐待を行ったとされる犯罪者に対する自由刑の執行猶予や刑事施設からの仮釈放に際しての保護観察中に、上で取り上げた、MY TREEペアレンツ・プログラムのような、子どもの養育方法などを学ぶなどの講座を受講することを特別遵守事項として設定し、対象者にそれを義務付けるものとして検討することにする⁽¹⁸⁾。ところで、この特別遵守事項は、理論的には、あくまでも対象者の社会復帰のために必要な限度で自由を制限して、行動指針を示すためのものである(正木2012:89)。また、日本国憲法13条によって示される、人権制約を可能な限り最小限にすることという要請からは、たとえ自由制限が認められるにしても、それは、例えば、対象者が再び子どもを虐待することなく生活するという点で、子どもの成長発達権保障となるだけでなく、対象者にとっても、再犯の疑いをかけられて刑事手続の対象となることがないという点で利益になる範囲で必要最小限のものでなければならない。この点から見た場合、子どもの適切な養育方法を学ぶことのないまま親となり、虐待に至った場合には、一見すると、子ども

親権停止制度の意義等については、許2011:65などを参照。

(18) 一般遵守事項は、保護観察の対象者全てが遵守しなければならないものであるから、ケア受講をこれに位置付けることはできない。

子ども虐待への刑事法的介入

の養育方法を学ぶ講座を受講する義務を課すことは、対象者の社会復帰のために必要な限度で自由を制限して、行動指針を示すためのものであり、その自由制限と釣り合う利益も生じると言うこともできよう。しかし、ここでの自由制限は、例えば、飲酒が犯罪の直接の契機となってきた対象者に「飲酒をしないこと」という遵守事項を課すこととは明らかに異なる。そうすると、子どもの適切な養育方法を学ぶプログラム受講を特別遵守事項に位置付けることが理論的に妥当だと言えるためには、それが対象者の社会復帰のために必要最小限の自由の制限でなければならず、同時に、子どもの養育方法を学ぶなどの講座を強制的に受けさせることが、子どもの虐待を繰り返さず、適切に養育するという効果を対象者に生じさせるものでなければならないはずである。ちなみに、上で取り上げたMY TREEペアレンツ・プログラムを受講した者の暴言や暴力が明らかに減少している旨の指摘はある（森田2012：213）。しかし、これは任意にプログラムを受講した者についての効果であり、受講の強制じたいが、このような効果を生むか否かは現段階では不明と言う他ない⁽¹⁹⁾。そうすると、受講強制という自由制限が、対象者の社会復帰のために行動指針を示すためのものであったとしても、それが必要最小限のものであることと、再び子ども虐待

(19) アメリカで、裁判所が治療命令という形でカウンセリング受講命令を受けた虐待親に対してカウンセリングを行った経験のある西澤哲は、カウンセラーとしては、義務付けられている受講の期間中に、受講者にもう少し続けてみたいと思わせることを目標としている旨発言している（刑事政策研究会2011：138）。この発言からは、カウンセリング受講の強制そのものに、直ちに虐待を防止する効果があるわけではないことが窺える。なお、2006年9月1日からは、性犯罪者に対して保護観察中に特別遵守事項として性犯罪者処遇プログラムの受講が義務付けられてきたが、近時公表された性犯罪者処遇プログラムについての効果検証によれば、2007年9月1日から2011年12月31日までに保護観察を開始し、このプログラムを修了した性犯罪者（受講群）と、2006年4月1日から2006年8月31日までに保護観察を開始し、このプログラムを受講していない性犯罪者（非受講群）との間で、2012年3月31日までの最大4年間の再犯の有無について追跡調査したところ、性犯罪再犯については、受講群は非受講群と比べて推定再犯率が有意に低かったものの、強姦を犯した受講群の場合は、有意差は認められなかったとされる（法務省保護局2012：4）。

論 説

をしないようにする効果を生じさせる効果があることについては疑問が残ると言わざるをえない。従って、子ども虐待を行った保護観察対象者の特別遵守事項として、子どもの養育方法を学ぶなどの講座を受講する義務を課すことは、理論的に見て、妥当とは言い難いのである⁽²⁰⁾。

最後に、子ども虐待が疑われる事案に予防的観点から警察の介入行為が早期になされるべきとの見解について検討しよう。この見解においては、警察の介入行為が、犯罪予防のための行政警察活動なのか、司法警察作用としての犯罪捜査なのか判然としていない。確かに、司法警察活動と行政警察活動との区分のあり方をめぐっては争いがある（内藤2007：550）。しかし、その区分自体は理論的には必要なものであり、否定されているわけではない。従って、このような区分を明確にしないまま、警察の介入行為を拡大させようとする主張には、警察活動に関する理論的な問題が残されていると言えよう。しかも、このような行政警察活動か司法警察活動かの区分も不明確なまま警察活動を拡大すべきという見解には、戦前及び戦時中を彷彿とさせる警察による人権侵害⁽²¹⁾の拡大をも容認するという日本国憲法から見ると由々しき問題もあると言える。仮に、そのような人権侵害の拡大を容認する趣旨ではないとしても、こうした見解には、行政警察活動に名を借りた事実上の司法警察活動を通して犯罪捜査への日本国憲法35条などによる規制を潜脱させる危険性も高めるという日本国憲法上の別の問題が残らざるを得ないように思われる⁽²²⁾。

(20) なお、佐伯仁志は、刑事政策研究会の座談会において、カウンセリング受講について、「例えば保護観察の遵守事項という形では可能かもしれませんが、行政命令として出して、しかも罰則で担保するというのは、かなり難しい気がします」と発言している（刑事政策研究会2011：139）。

(21) 行政検束が刑事事件の捜査において悪用された事実など枚挙に暇がない（青木1971：30）。

(22) このような問題を踏まえて、大矢武史は、子ども虐待が疑われる家庭へ随行した警察官による私住居内への立ち入りも、憲法35条の規定の適用を当然に受けるべきものと思われると指摘している（大矢2005：14）。

(2) 刑事法的介入と子どもの権利保障との矛盾

以上の検討からは、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大には、刑法のみならず、日本国憲法に照らしても理論的に見て大きな問題があることが明らかになった。

それでは、子ども虐待ケースへの刑事法的介入を拡大させなければ、問題はないのであろうか。換言すれば、子ども虐待が疑われる場合に刑事法的介入を行うこと自体には、何の問題もないのであろうか。この点を検討するために、子ども虐待が疑われる事件に関する捜査手続と、子ども虐待が、刑事裁判の結果、犯罪に当たると認定された上で科される刑罰について、それぞれ、虐待からの子どもの保護、即ち、子どもの成長発達権保障の観点から見た問題について、以下で検討することにした。

まず、親にその子どもの虐待の疑いが捜査機関からかけられた場合について、その子どもの成長発達への影響を検討してみよう。

このような場合には、既に、児童相談所が虐待の通告などを受けて子どもの保護に向けた職務行為に入っていることが少なくない。津崎哲郎は、警察が親に虐待の疑いをもち、暴行や傷害の嫌疑で親を逮捕・勾留した場合に、児童相談所実務において次のようなプラスが生じることを指摘している。

プラスの視点で言えば、いわゆる難儀な親の対応に関して、警察が前面に出ることになるので、現在児童相談所の職員がもっとも困難を感じている親の執拗な攻撃、恫喝から解放される利点がある。また単に児童相談所の職員が攻撃されなくてすむという内輪の都合だけでなく、子どもの処遇や次の展開が冷静かつ適切な方向で判断し、それを実行できると言う利点にもつながることになる（津崎2005：162）。

他方で、津崎は、経済的に家族を支えている親が逮捕・勾留される場合、当該家族の生活がたちまち破綻の危機にさらされるだけでなく、専業主婦

論 説

の母親が逮捕・勾留される場合も、他の子どもを含めた家庭の生活は維持できなくなるという危機にさらされると指摘する（津崎2005：163）。さらに、以下のような捜査が児童相談所の業務を困難にさせるとの津崎の指摘は注目に値する。

刑事的対応は全く家族の生活事情を斟酌する余地に欠けるので、児童相談所のワーカーが虐待があったとしてもソーシャルワーク的に親や家族を指導、改善させたいと思っている場合、この目論見は全く否定されることになってしまう。つまり、ソーシャルワーク的視点に立てば、警察の対応は児童相談所の実務にとってマイナスという受け止めになる可能性が出てくる。さらに言えば警察の判断と動きは全く独自の立場でなされて協議の余地が生じにくいし、またしばしば児童相談所に対して加害者告発の手続きを要請されたり、児童相談所が所持しているケース資料の全面提供を要請されたりするので、いっそうソーシャルワーク的援助がしにくくなるという矛盾を抱えることになる（津崎2005：163）。

つまり、それまでに児童相談所が親による虐待を疑い、あるいは、それを認識しつつも、何とか、その親の置かれている状況を把握・理解し、その親との信頼関係をまず構築した上で、必要な助言などの援助を通して、適切な親子関係を再構築すべく関わろうとしている時に、警察が、その親に虐待の疑いをかけて、児童相談所から得られた情報を基に捜査を行っていることを、その親が知れば、ソーシャルワークの基礎となる信頼関係は最早構築できなくなってしまうというのである。このように、子ども虐待の事案に、捜査機関が関与することが、児童相談所の職務を困難にしていまい⁽²³⁾、結果として、子どもの成長発達を阻害してしまうという場合も

(23) 多田伝生は、彼が勤務する児童相談所が告発した事例を見る限り、親などの保護者と関係がとれなくなったり、保護者が児童相談所との関係を警戒する事

生じうるのである。

さらに、子ども虐待が疑われる事件の捜査において、被害を受けたと思われる子どもが捜査官の質問を適切に理解し、供述する能力を持っている場合に行われる、その子どもへの事情聴取にも、子どもの成長発達を阻害する可能性がある。仲真紀子は、日本においては、捜査官が子どもに適切に尋問する取り組みは、部局・個人レベルの試みに止まっていて、組織全体のガイドラインとしては確立していないと指摘している（仲2004：まえがき）。そうだとすれば、不適切な尋問によって、子どもの成長発達が直接的に害されることも当然生じうる。あるいは、不適切な尋問によって得られた不正確な供述が原因となって、虐待を行っていない親が、誤った有罪判決を受けることで間接的に子どもの成長発達が阻害されることもありえよう。

次に、親が子ども虐待を理由に科刑されることが子どもの成長発達に生じさせる問題点について検討してみよう。この点に関して、かつて、石川稔は、次のように、虐待親への科刑が虐待の防止だけでなく子どもの利益と矛盾しかねないことを説いた。

親が子を虐待すれば、虐待の態様によって暴行罪、傷害罪、監禁罪、保護責任者遺棄罪などを構成する。しかし、親に刑事罰を科することによっては、家庭を崩壊させることはあっても親子関係を修復するということはまずありえない。…刑事罰は被虐待児の利益になることは少ないし、虐待を防止するにはほとんど役立たないのである。懲役刑を科すると、家庭生活を損^マうだけでなく、子の監護者を見付けなければならない事態がしば

例はないとも指摘している（多田2005：8）。しかし、たった1つの事例であっても子ども虐待ケースの捜査によって、児童相談所の職務に支障が生じ、結果的に子どもの成長発達が害される事態が生じうるのが妥当と言えるのかが問われなければならない。

論 説

しば生ずるし、罰金刑を科するとしても、必ずしも裕福でない虐待家庭においては生活費の減少をもたらすのである（石川1979：317）。

もちろん、この石川の指摘は、子ども虐待が社会問題として大きく取り上げられるようになる以前のものである。しかし、その後は、このような矛盾は解消されたと言えるのであろうか。残念ながら否と答えざるをえない現状がある。例えば、親が逮捕・勾留される段階から、あるいは子どもが児童福祉法に基づいて児童相談所によって一時保護される段階から、親子分離がなされ、子どもが児童福祉施設に措置されることもあるが、児童福祉施設への入所措置が取られたからといって、その子どもの成長発達が必ずしも確保されるわけではない。児童福祉施設においても、虐待を受け傷ついた子どもにとって必ずしも十分なケアが行われているわけではなく、施設から専門的な病院に通院させる場合、それに人員を取られて、さらにケア不足に拍車がかかり、虐待に対応するための専門知識や技術を有する職員が整っているわけでもないので、施設内で再度心の傷を負ってしまうこともあるとの指摘もなされている（齊藤＝藤井2012：39）。また、児童福祉施設の職員によって子どもが虐待を受ける危険性もある⁽²⁴⁾。このように、例えば、虐待した親が刑事施設に収容されることを契機に、児童福祉施設に入所することになる虐待被害を受けた子ども達の成長発達権は必ずしも保障される構造にはなっていないのである。しかも、刑事施設において受刑した親の養育能力が高まるものではなく（奥山2012：310）、まして虐待した親とその被害を受けた子どもを確実に再統合する制度があるわけでもない。従って、児童福祉施設を退所することになった子どもの成長発達権も必ずしも保障される構造にはなっていないのである。また、

(24) 児童養護施設においては、「しつけ」の名の下に体罰が横行していたことについては、児玉2002：212を参照。また、倉田賀世は、施設にいる子どもに対する虐待予防策に関しては未整備の状況であり、施設内虐待という問題を考えた場合、早急な対応が求められていると指摘している（倉田2011：106）。

子ども虐待への刑事法的介入

ある虐待親を厳しく処罰することの持つ一般予防効果が実証されていない点は既に触れたが、こうした処罰が、以下のように、むしろ処罰された親と似たような状況にある他の親を虐待に追い込む可能性もある。

虐待親自身が身動きが取れず思考停止状態になってしまっているネグレクト死事件において、そのような一般予防効果は極めて疑問であり、むしろ同じような立場にある親たちをいよいよ追い込んでしまうという逆効果とさえなっている（キャプナ弁護団有志2004：193）。

このように、ある虐待親を厳しく処罰することは、その親によって虐待された子どもだけでなく、他の親や保護者が監護する子ども達の成長発達をも阻害しかねないという意味で、子どもの保護との矛盾を来たしうるのである。

従って、子ども虐待ケースへの刑事法的介入そのものがなされるべきかということ自体が再検討される必要がある。

5. 子ども虐待ケースへの刑事法的介入のあり方

(1) 子ども虐待事件に関する捜査のあり方

以上の検討から、子ども虐待ケースへの刑事法的介入の拡大に理論的な問題があるだけでなく、子ども虐待ケースへの刑事法的介入そのものにも、子どもの成長発達権保障と矛盾しかねないという問題があることが明らかになった。

そこで、以下では、子ども虐待ケースへの刑事法的介入はどのようなものでなければならないのかについて検討を加えることにしたい。

まず、子ども虐待ケースについて捜査機関が捜査を行うことが、児童相談所による活動を阻害しかねない問題を踏まえて、子ども虐待ケースに関

論 説

する捜査のあり方を検討しよう。

児童虐待防止法には、児童相談所長による警察署長への求援助の規定（10条1項）があり、同法により、援助要請を受けた警察署長は、必要と認めるときは、速やかに、所属の警察官に児童相談所の職務執行を援助するために必要な法令上定められた措置を講じさせるよう努めなければならないこととされた（同条3項）。これに基づき、警察官は児童相談所職員による職務執行の現場に臨場し、保護者等が暴行、脅迫等により児童相談所職員による職務執行を妨げようとする場合に、警察官職務執行法による警告や住居への立ち入りを行うなどの措置も取られるようになった（高橋2012：239）。そして、警察庁と厚生労働省のそれぞれで、警察と児童相談所との連携強化の取り組みが進められ（高橋2012：242）、2011年4月1日の段階で、警察官が児童相談所に配置された自治体は35にも及ぶようになった（高橋2012：244）⁽²⁵⁾。

このような状況下において、例えば、行政警察活動である、児童相談所職員による臨検や子どもの搜索等への警察官の援助と犯罪捜査との分離があいまいであれば、児童相談所の職員に話したことが警察官に筒抜けになるので、虐待を疑われた親は児童相談所職員の質問にも何も答えなくなるなど、その親と児童相談所職員との間の信頼関係構築がますます困難になることが容易に想起される。逆に、こうした活動の中での、黙秘権の告知もなされないままでなされた、虐待が疑われる親と警察官とのやりとりを基に⁽²⁶⁾、後日、親が被疑者としての取調べがなされる際に尋問に答えざ

(25) このような正規の警察官が児童相談所に配置される他、大阪市のように警察官OBが配置される例もある（刑事政策研究会2011：121）。

(26) 最高裁判所は、行政手続においても、その手続自体が捜査手続と類似し、そこで得られた資料が後の捜査及び訴追の資料として利用されることが予定され、「実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する」ものであれば、憲法38条1項による供述拒否権の保障が及ぶものと判示している（最判昭和59年3月27日刑集38巻5号2037頁）ことからすれば、こ

子ども虐待への刑事法的介入

るを得なくなるとすれば、事実上黙秘権行使が困難になるという日本国憲法に反しかねない問題も生じることになる。従って、警察官による児童相談所の職務を援助する活動がかえって児童相談所の重要な職務を妨げることなく、黙秘権の保障を全うするためには、行政警察活動としての児童相談所の職務への援助行為と捜査とは厳格に区別されなければならない。

ところで、そもそも子ども虐待という社会問題には、捜査機関による捜査を契機とする刑事法的介入の他、児童相談所を中心とする福祉法的介入、家庭裁判所を中心とする民事法的介入などの対応手段が併存している。もっとも、捜査機関は、捜査にあたって様々な権限を有し、かつ、刑事法以外による問題対応手段に支障を来たさないようにする刑事訴訟法上の制約はないに等しいため、一旦、捜査が開始されると、既に見た津崎の指摘からも明らかなように、子ども虐待への他の対応手段に対してあたかも優先されているかのごとき状況となる⁽²⁷⁾。しかし、子ども虐待の疑いのある事件への捜査が、児童相談所の職務の本質であるケースワークを困難にし、そのことが、子どもの成長発達権保障という子どもの権利条約や日本国憲法の要請と矛盾を来たしかねないという状況を放置して良いのであろうか。このような状況を放置する場合、例えば、捜査機関が児童相談所に対して、子どもやその家庭状況などに関する記録の提供を刑事訴訟法197条に基づき求めたとしても、児童相談所が、その職務に支障を来たすおそれがあるとして応じられない場面が生じるであろう。さらに、そうした記録を押収しようとして、裁判所に令状を請求し、令状が発布されたとしても、刑事訴訟法103条に基づく公務上の秘密を理由に、国の重大な利益を害する場

の場合のやりとりにも、黙秘権保障が及ばなければならないように思われる。(27) 津崎の指摘に見られるように、捜査機関による独自の判断と動きがあり(津崎2005:163)、捜査機関は児童相談所が保有する子どもに関する全ての情報開示を求めてくるとの指摘もある(多田2005:12)。なお、児童相談所へのアンケート調査を通して、警察の対応で困った点として、捜査の動きが先行し福祉的配慮に欠けるという意見も挙げられている(高橋2012:246)。

論 説

合に当たるとして児童相談所が押収の承諾を拒むことも否定できない⁽²⁸⁾。

もちろん、子ども虐待が刑法上の犯罪に該当する場合がある以上、子ども虐待の疑いがある限り、捜査への着手も当然であり、捜査への制約はなされるべきでないとの異論もありえよう。しかし、独占禁止法のように、私的独占、不当な取引制限等の重要な独占禁止法違反の犯罪について、経済構造等について専門的知識を有する公正取引委員会に独占告発権を与え、公正取引委員会の告発がなければ刑事訴追を行うことができないようにして、行政手続や行政処分を刑事手続や刑事処分に優先させている立法例もある。子ども虐待という社会問題についても、刑事制裁以外に複数の問題への対応手段が法制度上存在している中で、刑事法的介入が、他の対応手段が果たすべき役割を阻害し、結果として、子どもの保護やその成長発達まで阻害する場合にまで、その端緒となる捜査が常に優先されるべきとは言えないであろう。

さらに、刑法が有すべき謙抑性、断片性、適応性という性格によれば、たとえ重要な利益を保護する場合であっても、刑法による保護が新たな弊害を生む場合などには、刑法による保護は控えられるべきこととされる(内藤1983:55)。そうだとすれば、その趣旨を一歩進めて、刑法による保護が可能な場合であっても、そのための刑事手続が、その保護に向けた他の法制度の機能に弊害を生じさせる場合には、その発動、即ち捜査手続自体も控えられるべきと言うことができよう。言い換えれば、虐待が疑われている子どもを保護するための様々な制度があり、捜査が刑事法以外によ

(28) 児童相談所が保有する記録の押収が、児童相談所の職務との矛盾を来し、その職務の遂行を阻害するのであれば、刑事訴訟法103条が押収を拒絶できる要件として掲げる「国の重大な利益を害する場合」に当たると解される余地がある。なお、大矢は、児童相談所が知り得た情報を犯罪捜査の端緒及び訴追の資料とすることを無制限に許すならば、行政手続と刑事手続の区別が曖昧になり、警察権力の不当な干渉を招く虞があるとして、児童相談所などが行政手続上で取得収集しえた情報や調査結果の取扱い等に関して、適正手続の観点から慎重に検討する必要性を指摘している(大矢2005:14)。

子ども虐待への刑事法的介入

る保護をむしろ阻害する場合には、捜査は控えられるべきなのである。

この帰結を具体的に敷衍するならば、たとえ捜査機関が児童相談所よりも先に子ども虐待にあたる疑いのある事件を認知した場合であっても、児童相談所によって保護されるべき、虐待被害が疑われる子どもがいる場合には、まず、児童相談所への虐待の通告を行うことが捜査を進めることよりも優先されるべきことになる。その上で、当該事件に関する捜査は、児童相談所からの告発を待って開始されるべきである。また、捜査が開始される場合であっても、それによって児童相談所の職務などが阻害されるべきではないのである。

(2) 子ども虐待者への刑事法的介入のあり方

次に、子ども虐待ケースについての捜査・訴追が進められ、それが犯罪に該当すると判断された場合の刑事法的介入、つまり科刑のあり方について検討を加えよう。

この点を検討するにあたっては、まず、子ども虐待の要因として、子育ての協力者がいないこと、産後うつ病、経済的貧困、望まない妊娠、子どもの障がい、世代間連鎖などが挙げられることが少なくない（斉藤＝藤井 2012：28）ことが注目されるべきである。仮に、犯罪としての虐待行為がこれらの要因から生じており、その要因を虐待行為者の力で除去することができないのであれば、正に、その子どもを虐待せずに適切に養育するという適法行為を選択することが困難であったと言わざるを得ない。規範的責任論の観点からは、このように適法行為が困難であった場合には、責任非難をすることはできない以上、適法行為の期待可能性がないことを理由に、虐待行為者が処罰されてはならないはずである。あるいは、適法行為の期待可能性が残されているとしても、大きく減じられているのであるから、やはり厳しい処罰がなされてはならないはずである。

加えて、刑罰に一般予防効果を求める立場から見た場合も、「一般予防に関しては通常の状況にある者に対して一定の規範が妥当することを知ら

論 説

せることが重要なのである」から、上で挙げられたような、ある意味では異常な状況下で子ども虐待行為が生じているのであれば、行為者が処罰される必要はないはずである（林1991：175）⁽²⁹⁾。さらには、自由刑による虐待親に対する特別予防効果も疑問視されている以上、刑罰に特別予防効果を求める立場から見た場合も、長期間の社会からの隔離を伴う厳しい刑罰は必要ないはずである。仮に、規範的責任論から見ても刑事責任があり、行為者に刑罰を科すことに虐待の予防効果が見込まれる場合であっても、行為者が刑事施設に長期間収容されることによって、行為者が養育していた子ども達の成長発達への悪影響が生じるのであれば、そのような悪影響が収容期間を可能な限り短くする量刑事情として考慮されるべきであろう。

以上の検討を通して、子ども虐待がたとえ犯罪に該当するとしても、原則として、その科刑はより控えめなものでなければならないという意味で、子ども虐待問題への刑事法的介入が謙抑的なものでなければならないという帰結が導かれることになる。

ところで、後藤弘子は、子ども虐待が犯罪に該当する場合であっても、少年法を参考に、「未成熟」な親に処分を科すことで、親に対する再教育を行う義務が国家にはあるとした上で、少年司法類似の一定の強制力をもったシステムの構築が必要となると指摘している（後藤2004：60）。その趣旨が、現行の刑事法的介入では子ども虐待を防止することができない点にあるとすれば、異論はない。しかし、子ども虐待を行ったことを理由に、単に虐待者にある種の強制を伴う処分を科すということに力点があるのだとすれば、その処分の名称はどのようなものとなろうとも、刑事法的介入と同様の問題を引き起こすことになるという疑問を禁じえない。

従って、子どもを虐待から保護するためには、そのような意味での類似のものも含めた刑事法的介入以前に、福祉法的介入や民事法的介入が適正

(29) 従って、このような帰結から見ても、虐待に至るメカニズムを解明する弁護活動は重要である。このような弁護活動については、岩城2002：72を参照。

子ども虐待への刑事法的介入

な手続に則って進められるよう、制度の整備やそうした制度の担い手の量と質を高めることが必要である⁽³⁰⁾。管見の限り、児童相談所のマンパワーをとっていても、子ども虐待ケースに適切に対応できるものとは言い難い⁽³¹⁾。また、子ども虐待の要因として挙げられている状況を解消すべく、様々な法制度が十分に機能しているとも言い難いように思われる⁽³²⁾。あるいは、虐待した親とその被害者である子どもとを再統合するためのプログラムの発展もこれからの課題として残っている⁽³³⁾。

このような刑事法的介入以外の諸課題が数多く残っている状況下で、単に子ども虐待ケースに刑事法的介入を繰り返し、あるいはそれを拡大するとしても、様々な要因が背景にある子ども虐待が防止されることはなく、その要因を解消する課題への取り組みが放置される限り、むしろ子ども虐待が増加し続けることは疑いないように思われる。しかも、そのような帰結は、社会問題への対応の最終手段であり、犯罪予防効果が期待されている刑法や刑事制裁の価値を損ねるのみであり、到底妥当とは言えないのである。子ども虐待のように、刑事法的介入以外の複数の介入手段が法的に制度化されている場合であっても、刑事法的介入は可能な限り控えられねばならず、その意味で最終手段でなければならない理由はここにある。

(30) この他、前田忠弘は、子ども虐待の克服に向けて、「男性に従属する女性」というジェンダーバイアスを許容する土壌を、学校教育の現場で耕しなおすことから始める必要性を指摘している（前田2008：415）。

(31) 児童相談所に所属し、子ども虐待などの子どもが直面する様々な問題に取り組むことが任務とされる児童福祉司が、専門職としての扱いを受けていないにもかかわらず、1人当たりの担当ケース量は多く、希望しないにもかかわらず任用されることなどから、嫌われる職となっていることについては、斉藤＝藤井2012：7参照。

(32) むしろ近時の生活保護制度の改革などは、貧困に苦しむ一人親と子ども達世帯の家計をさらに苦しめる方向に進んでいると言わざるを得ない。

(33) 小長井賀興は、子ども虐待を含む家族間暴力の対応には、被害者だけでなく加害者への支援を含むべきであり、問題の抜本的解消と予防のためには、当事者の権利擁護と社会参加を目指す継続的支援が必要であると指摘しており（小長井2011：253）、示唆に富む。

6. 結びに代えて

本稿における検討を通して明らかになったことをまとめると、以下のようになる。

第1に、子ども虐待ケースへの刑事法的介入を拡大させる刑事裁判例や理論の動向には、幫助犯や共謀共同正犯の成立範囲を不当に拡大させかねず、不真正不作為犯成立の前提となる作為義務の内容やその発生根拠を不明確にするなどの刑法理論上の問題の他、刑法の謙抑性や保護観察理論、さらには日本国憲法の観点からも問題があること。

第2に、子ども虐待ケースへの刑事法的介入自体にも、児童相談所の職務を困難にすることを通してだけでなく、直接的に子どもの成長発達を妨げる可能性があるために、それが日本国憲法や子どもの権利条約が保障する子どもの成長発達権と矛盾を来たしうること。

第3に、第1と第2で明らかになった帰結を前提にすると、子ども虐待ケースへの捜査は、行政警察活動と明確に区別されねばならず、保護されるべき子どもがいる場合には、児童相談所による告発を待って捜査は開始されるべきという意味で、謙抑的でなければならないこと。

第4に、子ども虐待が犯罪に該当する場合であっても、様々な要因を背景として虐待行為に至った虐待者への科刑は可能な限り控えられなければならないという意味で、刑事法的介入は最終手段でなければならないこと。

もっとも、本稿が示しえた帰結は、子ども虐待への刑事法的介入のあり方の大綱的なもの過ぎない。従って、その詳細を明らかにするとともに、それを論証することが今後の課題である。

また、本稿における検討を通じて、子ども虐待だけではなく、刑事法的介入に加えて他の法的な対応も用意されている社会問題の領域にも、刑事法の発動が他の法的な対応を却って難しくし、日本国憲法が提示する価値

子ども虐待への刑事法的介入

に反するような事態を招くという弊害を伴う場合には、同様に刑事法的介入が謙抑的になされなければならないという帰結は妥当するようにも思われる。こうした、近代刑事法理論と日本国憲法が示す価値に合致した犯罪対策のあり方に関する検討を行うことも大きな課題である。これらの諸課題への取り組みを、今後も重ねていくことを約して筆を擱くこととしたい。

参考文献

- 青木英五郎（1971）『裁判官の戦争責任〔増補版〕』日本評論社
- 安部哲夫（1998）「刑事的アプローチ」萩原玉味＝岩井宜子編著『児童虐待とその対策——実態調査を踏まえて——』多賀出版289頁－303頁
- 生田勝義（2002）『行為原理と刑事違法論』信山社
- 石川稔（1979）「児童虐待——その法的対応——」中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会編『現代家族法体系3——親子・親権・後見・扶養』有斐閣305頁－340頁
- 坂垣嗣廣ほか（2001）「児童虐待に関する研究（第1報告）」法務総合研究所研究部報告11号
- 岩井宜子（2000）「児童虐待問題への刑事規制のあり方」ジュリスト1188号21頁－26頁
- 岩井宜子＝渡邊一弘（2012）「立法論としての『児童虐待罪』」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止』有斐閣289頁－301頁
- 岩城正光（2002）「厳罰主義では何も解決しないことを立証する」季刊刑事弁護30号69頁－73頁
- 岩佐喜彦（2011）「児童虐待と刑事司法について」ジュリスト1426号106頁－111頁
- 大矢武史（2005）「児童虐待に対する警察官の援助に関する一考察」法政論叢43巻2号1頁－21頁
- 奥山眞紀子「虐待事例の事件化に関して——事例の分析」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止』有斐閣302頁－312頁
- キャプナ弁護団有志（2004）「児童虐待に対する刑事司法の現状とあるべき姿につ

論 説

- いての考察」子どもの虐待とネグレクト 6 巻 2 号187頁－195頁
- 許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点」法律時報83巻 7 号65頁－71頁
- 倉田賀世「社会保障法学的見地から見た児童虐待法制のあり方」法政論叢47巻 2 号102頁－118頁
- 刑事政策研究会（2011）「[座談会] 児童虐待」ジュリスト1426号112頁－144頁
- 児玉亮（2002）「児童養護施設における施設内虐待防止の取り組み」上野加代子ほか編『児童虐待時代の福祉臨床学』明石書店212頁－226頁
- 後藤弘子（2004）「児童虐待防止法の改正とその問題点」現代刑事法 6 巻 9 号54頁－61頁
- 小長井賀與（2011）「家族間の暴力をめぐる対応のあり方について」町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉』尚学社240頁－255頁
- 斉藤幸芳＝藤井常文（2012）『児童相談所はいま』ミネルヴァ書房
- 三枝有（2012）「児童虐待への刑事的介入」子どもの虐待とネグレクト14巻 3 号328頁－334頁
- 櫻庭総（2010）「刑事判例研究 近時の児童虐待事案に関する判例動向 [東京高裁平成19.1.29判決]」九大法学101号149頁－178頁
- 曾根威彦（2004）「児童虐待と刑法理論」現代刑事法 6 巻 9 号69頁－75頁
- 高橋幸成（2012）「警察と児童相談所」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止』有斐閣236頁－251頁
- 竹中哲夫（2002）『子ども虐待と援助：児童福祉施設・児童相談所のとりくみ』ミネルヴァ書房
- 多田伝生（2005）「児童虐待に係る刑事告発事例について」北海道児童相談所研究紀要27号 1 頁－15頁
- 津崎哲郎（2005）「児童虐待と警察の関わり」子どもの虐待とネグレクト 7 巻 2 号160頁－165頁
- 津富宏（2002）「厳罰化の時代に」国際関係・比較文化研究 1 巻 1 号13頁－39頁
- 内藤謙（1983）『刑法講義総論（上）』有斐閣

子ども虐待への刑事法的介入

- 内藤大海（2007）「おとり捜査の研究（一）」北大法学論集58巻2号531頁－584頁
- 仲真紀子（2004）『子どもの面接法』北大路書房
- 林弘正（2006）『児童虐待 その現況と刑事法的介入 改訂版』成文堂
- 林弘正（2011）『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ [増補版]』成文堂
- 林美月子（1991）『情動行為と責任能力』弘文堂
- 半田靖（2008）「故意の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』成文堂25頁－55頁
- 玄守道（2011）「裁判員裁判と未必の故意」犯罪と刑罰21号11頁－27頁
- 法務省保護局（2012）「保護観察所における性犯罪者処遇プログラム受講者の再犯等に関する分析」<http://www.moj.go.jp/content/000105239.pdf>
- 保条成宏（2003）「児童虐待に対する刑事処罰とその限界（1）——『不作為による幫助』の事案をめぐって」中京法学38巻2号157頁－211頁
- 前田忠弘（2008）「児童虐待の刑事対応」前野育三先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『刑事政策の体系』法律文化社400頁－419頁
- 正木祐史（2012）「非拘禁的措置と保護観察の意義」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』現代人文社73頁－93頁
- 宮澤節生（1991）「法の抑止力」木下富雄＝棚瀬孝雄編『法の行動科学』福村出版284頁－307頁
- 森田ゆり（2012）「虐待する親の回復と法改正の必要性—MY TREEペアレンツ・プログラムの実践から」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止』有斐閣208頁－222頁
- 山口厚（2007）『刑法総論 第2版』有斐閣

付記

本稿は、2012年7月1日に北九州市立大学において開催された、九州法学会シンポジウム「児童・高齢者・障害者虐待問題と法——社会保障法学、民事法学、刑事法学から」における「虐待問題と刑事法——子ども虐待への刑事法的介入を中心に」と題する報告に大幅に加筆・修正をしたものである。報告当日に頂戴した、様々なご質問やご示唆に心より謝意を表したい。