
論 説

児童虐待への刑事的対応

丸 山 雅 夫

はじめに

I 児童虐待防止法の変遷

- (1) 旧児童虐待防止法から児童福祉法へ
- (2) 児童虐待防止法の制定とその後の改正

II 児童虐待事案への刑事的対応—現状

- (1) 既存の構成要件による対応
- (2) 虐待事案の発見と立件

III 児童虐待事案への刑事的対応—立法論とその検討

- (1) 立法の象徴性
- (2) 立法の実質的根拠

むすびに代えて

はじめに

2012 年度に全国の児童相談所が扱った児童虐待相談対応件数（速報値）は 66,000 件強にのぼり¹⁾、統計を取り始めた 1999 年度（約 11,000 件）から毎年増加の一途をたどりつつ、すでに当初のほぼ 6 倍の件数を記録するまでになっている（〔表 1〕参照）。もちろん、この数字をただちに児童虐待件数そのものの急増現象として捉えることができるかについては、異論の余地もあり、慎重な判断が必要である。また、その一方では、虐待に起因する悲惨な事案（特に被害者が死亡するような事案）の報道もすでに日常化したものとなっており、そのような事案が発生するたびに児童相談所の対応（の拙さ）が厳し

〔表1〕 児童虐待相談件数の推移

| 年 度 | 平成 15年度 | 平成 16年度 | 平成 17年度 | 平成 18年度 | 平成 19年度 | 平成 20年度 | 平成 21年度 | 平成 22年度 | 平成 23年度 | 平成 24年度 |
|------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| 件 数 | 26,569 | 33,408 | 34,472 | 37,323 | 40,639 | 42,664 | 44,211 | 56,384 | 59,919 | 66,701 |
| 対前年比 | 111.9% | 125.7% | 103.2% | 108.3% | 108.9% | 105.0% | 103.6% | — | — | 111.3% |

注1 福祉行政報告例による件数。

2 平成22年度の件数は、東日本大震災の影響により、福島県を除いた集計である。したがって、平成22年度と平成23年度については、全体としての対前年比は求めている。

く批判されてもいる。こうした状況のもとで、児童虐待への対応は、国の総力を挙げて取り組むべき重要な課題であり、今後も同じような状況に変化はないと思われる。このような現状を受けて、行政においては、厚生(労働)省が、関係専門機関の適切な対応に向けて、1999年に「子ども虐待対応の手引き」を策定し、関連法令の改正に伴う改定(2000年、2005年、2009年)を経て現在に至っている²⁾。また、各児童相談所での対応についても、児童相談所運営指針(平成2年3月5日雇児発133号)および市町村児童家庭相談援助指針(平成17年2月14日雇児発0214002号)にもとづく措置が講じられているところである。こうした動きのもとで、司法分野に対しても、児童虐待防止に積極的に関わるべきことが要請されており、刑事司法も決してその例外ではありえない。

児童虐待への刑事的対応については、後述するように、これまでも、その不充分さが指摘されていただけでなく、児童虐待関連犯罪の積極的な立法の必要性までが主張されている。そこで、本稿においては、そうした指摘や主張を前提としながら、児童虐待事案への刑事的対応のあり方について考察することにしたい。なお、児童虐待との関連では、両親の離婚等に伴って親権をめぐる争いに起因する子の奪い合いが問題になることが多く³⁾、場合によっては未成年者略取・誘拐罪(刑224条)⁴⁾等の成否が争われることも少なくない。しかし、本稿では、紙幅の関係もあり、もっぱら児童虐待そのものに関わる事案に限定して検討する。

注

- 1) 統計上の数値は、前提となる統計手法等との関係で、通常、完全に一致することではなく、それぞれの統計の間で若干の違いが見られる。ただ、いずれにしても、1年間に65,000件を優に超える相談対応件数は相当に深刻なものであると言わなければならない。
- 2) 2009年改定の内容とその解説については、社会福祉法人恩賜財団母子愛育会日本子ども家庭総合研究所編『子ども虐待対応の手引き 平成21年3月31日厚生労働省の改正通知』（有斐閣、2009年）を参照。
- 3) この問題における実務動向については、東雪見「親権と刑法」町野朔/岩瀬徹編『児童虐待の防止 児童と家庭，児童相談所と家庭裁判所』（有斐閣、2012年）147頁以下、日高義博「親権の行使と未成年者誘拐罪」町野朔ほか編・岩井宜子先生古稀祝賀論文集『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社、2011年）416頁以下、参照。さらに、萩原由美恵「子の奪い合いとその法的対応——未成年者略取罪・誘拐罪の成否と関連して」『中央学院大学創立40周年記念 春夏秋冬』（成文堂、2006年）342頁以下参照。
- 4) 法令名の表記については、文脈から法令名が明らかな場合は省略することにし、そうでない場合は一般的な例に従って略記する。

I 児童虐待防止法の変遷

(1) 旧児童虐待防止法から児童福祉法へ

児童虐待への対応を念頭に置いたわが国の法制度は、1933年に制定された旧児童虐待防止法（昭和8年法律40号）に始まる。それは、児童の身体等に対する直接的な虐待（現在の社会が一般にイメージしている「児童虐待」）への対応というよりも、「使役型」としての虐待（搾取の対象）から児童を保護するという側面が強いものであった⁵⁾。同法は、14歳未満の者を保護の対象として（1条）、「地方長官ハ軽業、曲馬又ハ戸戸ニ就キ若ハ道路ニ於テ行フ諸芸ノ演出若ハ物品ノ販売其ノ他ノ業務及行為ニシテ児童ノ虐待ニ涉リ又ハ之ヲ誘発スル虞アルモノニ付必要アルト認ムルトキハ児童ヲ用フルコトヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得」と規定していた（7条1項）。そのうえで、「前項ノ業務

及行為ノ種類ハ主務大臣之ヲ定ム」として（同2項）、不具・畸形の閲覧、乞食、公衆の娯楽を目的とする危険な業務（軽業、曲馬等）、物品販売業務、演技業務（歌謡、遊芸等）、酒間の斡旋業務（芸妓、酌婦、女給等）を禁止対象行為とし（昭和8年内務省令21号「児童虐待防止法第7条ニ依ル業務及行為ノ種類指定ノ件」）、その違反者に対して1年以下の懲役または千円以下の罰金を科すことを規定していたのである（10条）。

その後、第2次大戦後の1948年には、戦後の大規模な法制度の改編に伴って、旧児童虐待防止法は、少年教護法（昭和8年法律55号）および母子保護法（昭和12年法律19号）とともに、児童福祉法（昭和22年法律164号）へと統合され、廃止されることになった。すべての児童に対する一般的保護を目的として制定された児童福祉法は⁶⁾、旧児童虐待防止法上の禁止行為のほとんどを引き継ぐとともに（34条1項）、その違反に対する罰則も受け継いだ（60条⁷⁾。そして、このような対応は、現在に至るまで、基本的に変わっていない。ただ、児童福祉法においては、現在問題になっているような身体的虐待等の事案を直接的に念頭に置いた特別な対応は、その後も規定されることがなく現在に至っている。その背景事情としては、身体に対する直接的な虐待事案が顕在化することが少なく、社会の関心を集めることがなかったことを指摘できるかもしれない。たとえば、1980年代前半までの日本における「家庭内の暴力事件」としては、ドメスティック・バイオレンス（DV）問題も一般的には表面化しておらず、少年や若年成人による親殺し事案（20歳の予備校生の金属バットによる両親殺害〔1980年〕等）がセンセーショナルに報道されたこともあって、子どもに対する虐待は、「アメリカでは大問題であるが、日本では事情が全く異なる」と考えられていた節がある。また、身体的虐待ないしは性的虐待の事案の多くは、刑法典上の犯罪（暴行罪、傷害罪、傷害致死罪、殺人罪、強制わいせつ罪、強姦罪など）を成立させうるものであることから、それ以上に特段の個別的対応までは必要がないと考えられていたようにも思われる⁸⁾。このような、刑法典以外の特段の対応を不要とする認識は、現在に至るまで相当に根強く残っていると見てよい。

(2) 児童虐待防止法の制定とその後の改正

1 しかし、1980年代の後半頃から、身体に対する直接的な虐待や性的虐待を中心として深刻な児童虐待事案が顕在化することになり、児童虐待への個別的対応の必要性が強調されるとともに、刑事的対応の積極的な活用も提言されるようになっていた⁹⁾。また、1989年に国連総会で採択され、1994年にわが国でも発効した「児童の権利に関する条約」(平成6年条約2号)においても、保護者等による虐待・搾取等から児童が保護されるべきことが明示されていた(19条)。さらに、この条約を受けた「国連・子どもの権利委員会の総括所見：日本」(1998年5月)第40項は、わが国に対して、子ども虐待事案の詳細な情報・データの収集と調査のほか、加害者に対する制裁の必要性を勧告していた。このような状況を背景として、2000年には、児童福祉法とは異なる観点のもとで、児童虐待への個別的対応を目的とした「児童虐待防止等に関する法律」が議員立法の形で成立することになったのである(平成12年法律82号)¹⁰⁾。

同法は、保護者による4種類の虐待行為(身体的虐待、性的虐待、ネグレクト、心理的虐待)を定義したうえで(2条)、児童相談所その他の対応システムの連携強化と体制の整備、人材の確保と資質向上(4条)、専門職(学校の教職員、医師等)に対する早期発見の努力義務(5条)、被虐待児童の発見者に対する通告義務の明示と守秘義務の解除(6条)、通告を受けた機関の守秘義務(7条)、速やかな一時保護(8条)と立入調査・質問(9条)、警察官による援助(10条)、保護者に対する指導と規制(11条~13条)、親権喪失制度の活用(15条)等を規定することによって、「児童虐待の防止等に関する施策を促進することを目的」(1条)とするものであった¹¹⁾。同法の成立によって、現在の社会がイメージしているような「児童虐待」そのものへの直接的な具体的対応が根拠づけられることになった。しかし、同法は、罰則規定を置かなかつたために、違反行為に対する事実上の強制力を担保するような構造にはなり

えていなかった。ここから、刑事法的視点を抜きにして総合的な施策を考えることは期待できないとする立場からは、「3年後の見直しの際には、その点をも含めた検討が必要である」とされていたのである¹²⁾。

2 児童虐待防止法が単行法として独立した後も、被害者の死に至るような深刻な事案等を含めて、児童虐待事案は増加傾向を続け、児童虐待が緊急に対応すべき課題であることに変化は見られなかった。そうしたなかで、同法施行から3年後の見直し時期(2003年11月)が到来することもあって、同法の見直し作業が進められた結果、2004年には、児童福祉法の改正とともに、虐待防止対策の強化を主たる内容として児童虐待防止法が改正されることになった(平成16年法律30号)。この改正(第1次改正)は¹³⁾、2条に規定する虐待の定義を、保護者以外の同居人による虐待にまで拡大するとともに(2条各号)、児童にドメスティック・バイオレンスを見せること自体も虐待になるとした(同4号)。また、早期発見義務の対象者を、児童福祉職務関連の個人から業務関連の団体に拡張する(5条)一方で、通告の対象を、「児童虐待を受けた児童」から「児童虐待を受けたと思われる児童」にまで拡大して(6条)、児童虐待事案の探知の実効性を確保しようとした。さらに、国・地方公共団体(行政)による措置との関係では、それらの責務等の拡充を明記したうえで(5条)、通告等によって虐待(容疑)を探知した際の措置(8条)、児童の安全確認・一時保護における警察署長への援助要請と援助義務(10条2項・3項)、保護者に対する指導(11条)をそれぞれ新たに規定する一方で、子どもの自立支援に対する一般的義務(13条の2)を明示した。また、親との関係でも、面会・通信の制限等を強化するものになっている(12条、12条の2)。これらの改正によって、虐待防止へのより実効的な対応が期待されたのである。

2007年には、「児童の権利利益の擁護に資すること」を目的として、さらに徹底した対応を内容とする改正(第2次改正)が実現することになった(平成19年法律73号)¹⁴⁾。この改正では、児童の安全確認等のための立入調査等の権限が強化される(8条1項2号・3号、同2項)とともに、保護者に対する出頭

要求・再出頭要求の規定が新設され（8条の2、9条の2）、捜索・臨検手続の規定が新設されている（9条の3～9条の9、10条の2～10条の6）。また、指導に従わない保護者に対する措置を明確化する（11条4項・5項、13条）とともに、保護者に対する面会・通信等の制限の強化（12条3項、12条の4）などが明記された。さらに、限定的ではあるものの、被虐待児童に対する接近禁止命令の導入（12条の4第1項）を受けて、命令違反に対して罰則（1年以下の懲役または100万円以下の罰金）が規定されることになった（17条）。なお、同時に改正された児童福祉法においても、要保護児童対策地域協議会設置の努力義務が明記され（25条の2）、立入調査拒否・妨害に対する罰金額が30万円から50万円に引き上げられている（61条の5）¹⁵⁾。

3 以上に見たように、児童虐待防止法の制定以後、児童虐待の防止を目的とした施策は、行政の対応を中心として徐々に強化されてきており、その意味では積極的に評価することができる。しかし、児童虐待対策一般との関係で言えば、必ずしも統一的な法制度として整備されているわけではない。まず、「使役型（搾取型）」の虐待に対しては、旧児童虐待防止法を取り込んだ児童福祉法において、罰則規定による担保を含めて対応する制度が続いている。他方、1990年代以降から特に問題視されるようになった「直接型」とでも言うべき虐待（社会が一般に「虐待」としてイメージし、特に問題視している事案）については、虐待それ自体を直接的に捕捉する罰則規定を持たない児童虐待防止法が対応する制度になっている。このため、特に後者との関係で、刑事的対応の是非とあり方が、立法論を含めて問題にされているのである。

注

- 5) 吉見香「戦前の日本の児童虐待に関する研究と論点」教育福祉研究18号（2012年）61頁表1から明らかなように、調査期間にズレはあるものの、被虐待児に占める虐待類型の割合としては、搾取型のものがほとんどであり、身体的虐待（傷害・遺棄その他）の割合は1%程度にとどまっていた。
- 6) 須田浩靖「児童福祉法 制定前夜」時の法令1268号（1985年）55頁以下。
- 7) 虐待関連罰則の解説については、平野龍一ほか編『注解特別刑法7 風俗・軽犯罪法編』（青林書院新社、1982年）所収の、小泉祐康「児童福祉法」16頁以下参照。

- 8) たとえば、児童虐待防止法が制定される前後の虐待事案に対する刑事判例（いずれも実刑判決が確定）として、判例タイムズ1072号（2001年）257頁以下に、水戸地判平成12年3月23日（母親と養父による傷害致死事案）、水戸地土浦支判平成12年2月18日（養父による傷害致死事案）、千葉地判平成12年2月4日（母親による保護責任者遺棄致死事案）が紹介されている。さらに、前田忠弘「児童虐待の刑事対応」前野育三先生古稀祝賀論文集『刑事政策学の体系』（法律文化社、2008年）403頁以下参照。
- 9) たとえば、中谷瑾子「子どもの人権と刑事規制―刑法・少年法・児童福祉法・青少年保護条例」ジュリスト増刊総合特集43『子どもの人権』（1986年）29頁以下。
- 10) 立法過程の詳細については、林弘正「児童虐待防止法の立法過程と課題」同『児童虐待II 問題解決への刑事法学的アプローチ〔増補版〕』（成文堂、2011年）218頁以下参照。
- 11) 山本真実/小林和弘/厚生省「児童虐待の防止等に関する法律の概要〈特集〉」厚生55巻9号（2000年）7頁以下、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頁以下、後藤弘子「児童虐待防止法の成立とその課題」現代刑事法2巻10号（2000年）48頁以下、参照。
- 12) 後藤・前出注11）52頁。また、林弘正「児童虐待をめぐる現況と課題」刑事法ジャーナル12号（2008年）11頁は、刑事的対応が存在しないことについて、「短時日の間に立法化しなければならなかった児童虐待防止法の成立経緯に起因するともにも行政のセクショナリズムが真因である」と指摘している。
- 13) 奥克彦「より強力な児童虐待防止法へ」時の法令1719号（2004年）30頁以下、同「児童虐待防止法の一部を改正する法律」ジュリスト1276号（2004年）90頁以下、参照。
- 14) 菊澤信夫「児童虐待防止法等の改正及び児童虐待防止に向けた取組について」警察学論集60巻10号（2007年）153頁以下、岩井宜子「児童虐待防止法改正の意義と課題」刑事法ジャーナル10号（2008年）87頁以下、磯谷文明「児童虐待の実態と法的対応」刑事法ジャーナル12号19頁以下、参照。
- 15) なお、その後も、子ども・子育て支援法の成立・改正との関連で児童虐待防止法の改正が行われているが（平成24年法律67号）、現時点で未施行である（2015年10月1日施行予定）。

II 児童虐待事案への刑事的対応—現状

(1) 既存の構成要件による対応

1 現行の児童虐待防止法が虐待それ自体に対する罰則規定を持っていないのは、同法の規定する虐待行為のほとんどが刑法典上の犯罪を成立させるものであるために、特に犯罪化するまでの必要はないと考えられているからだと思われる。事実、刑事政策的な観点からのアプローチを別にすれば¹⁶⁾、刑法理論学においては、児童虐待の問題はこれまで特に目を引くものではなかったと言ってよい。いわゆる「釧路せっかん死事件」判決（札幌高判平成12年3月16日判例時報1711号170頁〔確定〕¹⁷⁾も、内容的には児童虐待の事案であったにもかかわらず、(不真正)不作為犯と共犯をめぐる論点として議論されるにとどまっていた¹⁸⁾。

2 児童虐待防止法が定義する虐待行為と刑法典上の犯罪との関係を見れば、身体的虐待(2条1号)については、暴行罪(208条)、傷害(致死)罪(204条, 205条)、監禁(致死傷)罪(220条, 221条)、殺人罪(199条)が問題になりうるし、性的虐待(同2号)については、強制わいせつ・準強制わいせつ(致死傷)罪(176条, 178条, 181条1項)、強姦・準強姦(致死傷)罪(177条, 178条, 181条2項)が問題になりうる。また、ネグレクト(保護の怠慢・拒否)および心理的虐待(3号, 4号)については、保護責任者遺棄(致死傷)罪(218条, 219条)が問題になりうる¹⁹⁾。このように、児童虐待行為は、具体的な結果が発生した時点で、刑法典上の犯罪としても立件・処罰が可能なものである。その限りで、虐待に起因する重大な法益侵害については、現行刑法典の犯罪体系は、相応の対応が可能な構造になっていると言ってよい。このことから、学説の一部は、児童虐待は刑法典に規定する犯罪類型で十分に捕捉しうるとして、児童虐待に特化した犯罪構成要件の立法は不要であるとしている²⁰⁾。また、多くの論者も、明言まではしていないものの、そのように考えている

ように思われる。したがって、児童虐待関連行為を特に犯罪化すべきだとする主張は、既存の犯罪構成要件では対応できない事案があり、そしてそうした事態が見逃ごせないものであることなど、現行の対応では不十分であることを根拠として展開されなければならないことになる。この点では、何よりも、性的虐待との関係で問題になる強制わいせつ罪や強姦罪が親告罪として構成されている点について、性的虐待事案への適切な対応という観点から再検討の必要がある。

他方、犯罪構成要件のあり方とは別に、刑罰法規の運用（その適用や量刑）との関係でも、現状に対する批判はありうる。それは、特に、刑法の最終手段性（ウルティマ・ラティオ）との関わりで問題にされる。たとえば、岩井博士は、児童虐待防止法の成立に際して、親族を被害者とする犯罪の割合について、殺人（42.6%）と傷害（4.3%）、強姦（0.6%）、強制わいせつ（0.2%）をそれぞれ比較したうえで、「身体的虐待は暴行罪・傷害罪、性的虐待は強姦罪、強制わいせつ罪を構成するはずなのに、致死状態になってはじめて犯罪として捉えられるという実態が見て取れる」という批判を展開されていた²¹⁾。この指摘は、児童虐待事案に対する刑事的対応に過度の抑制がかかっているとするものであり、児童虐待事案を刑法典上の犯罪構成要件で捕捉することの限界ないしは問題性を明らかにするとともに、虐待関連犯罪の立法化による対応の必要性を示唆するものでもある。しかし、最近の統計数字による限りでは、このような状況はすでに解消しているように思われる。たとえば、2012年度の児童虐待の実数を見れば、検挙人員486人のうち、殺人31人、傷害225人、傷害致死10人、暴行76人、重過失致死傷1人、強姦33人、強制わいせつ33人、保護責任者遺棄14人、逮捕監禁3人、その他60人となっている（〔表2〕参照）。また、こうした傾向は、経年的にも確認することができる（〔表3〕参照）。さらに、児童虐待の多くを占める13歳未満の子どもが被害者となった刑法犯の被害者数を見ても（〔表4〕参照）、刑法典上の犯罪としての処断が特に躊躇されているというわけではないように思われる。こうした事実からすれば、ウルティマ・ラティオとしての刑法が謙抑的でな

〔表2〕 児童虐待に係る事件 検挙人員（被害者と加害者の関係別・罪名別）
 （平成24年）

| 加 害 者 | 総数 | 殺人 | 傷害 | 暴行 | | 重過失 致死死傷 | 強姦 | 強 わいせつ | 制 わいせつ | 保護責任 者遺棄 | 逮捕 監禁 | その他 |
|---------|-----|----|-----|------|----|-------------|----|-----------|-----------|-------------|----------|-----|
| | | | | 傷害致死 | 暴行 | | | | | | | |
| 総 数 | 486 | 31 | 235 | 10 | 76 | 1 | 33 | 33 | 14 | 3 | 60 | |
| 父 親 等 | 378 | 5 | 181 | 4 | 69 | — | 33 | 33 | 5 | 2 | 50 | |
| 実 父 | 186 | 4 | 91 | 1 | 44 | — | 10 | 10 | 4 | 1 | 22 | |
| 養父・継父 | 100 | 1 | 34 | — | 15 | — | 14 | 16 | 1 | — | 19 | |
| 母親の内縁の夫 | 77 | — | 48 | 2 | 8 | — | 7 | 5 | — | — | 9 | |
| その他(男性) | 15 | — | 8 | 1 | 2 | — | 2 | 2 | — | 1 | — | |
| 母 親 等 | 108 | 26 | 54 | 6 | 7 | 1 | — | — | 9 | 1 | 10 | |
| 実 母 | 102 | 26 | 48 | 6 | 7 | 1 | — | — | 9 | 1 | 10 | |
| 養母・継母 | 4 | — | 4 | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| 父親の内縁の妻 | 2 | — | 2 | — | — | — | — | — | — | — | — | |
| その他(女性) | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | — | |

原注 1 警察庁生活安全局の資料による。

2 無理心中、出産直後の殺人及び保護責任者遺棄を含まない。

3 加害者の「その他」は、祖父母、伯（叔）父母、父母の友人・知人等で保護者と認められる者である。

4 罪名の「その他」は、強要、未成年者略取並びに暴力行為等処罰法、児童買春・児童ポルノ禁止法、児童福祉法、青少年保護育成条例及び学校教育法の各違反である。

出所 法務省法務総合研究所編『平成25年版 犯罪白書』（2013年）170頁。

ればならないにしても、その発動が過度に抑制されているわけではない。かつて見られたような、親族間の犯罪における処罰のアンバランスは、あるいは、その認知や立件の場面における問題として捉えることができるのかもしれない。

3 また、刑事事件として立件され、刑事裁判を経た児童虐待事案における量刑の程度も、児童虐待を伴わない通常の事案と比べて、一般的に有意的な差はなく、個別事案における具体的事情の違いにもとづくものとして説明が可能なものようである。したがって、量刑の不整合（軽すぎるという印象）を回避するためにより重い法定刑を規定する虐待構成要件を立法するような必要性は、特に存在しないものと言えよう。もっとも、殺人罪が問題になる親子心中事案については、これまででも、裁判結果の不当性（量刑の軽さと執行猶予率の高さ）が一般に指摘されており²²⁾、その背景事情として「日本の悪しき文化（子どもを親の所有物であるかのように扱う風潮）」の存在が指摘され

〔表3〕 児童虐待に係る事件 検挙件数・検挙人員の推移（罪名別）

（平成13年～22年）

| 区分 | 総数 | 殺人 | 傷害 | | 暴行 | 重過失致死傷 | 強姦 | 強 わいせつ | 制 わいせつ | 保護責任者遺棄 | 逮捕 監禁 | その他 |
|--------|---------|-------|--------|-------|-------|--------|-------|-----------|-----------|---------|----------|-----|
| | | | 傷害致死 | 児童殺 | | | | | | | | |
| ① 検挙件数 | | | | | | | | | | | | |
| 13年 | 189 | 31 | 97 | 23 | 8 | 3 | 4 | 5 | 17 | — | 24 | |
| 14 | 172 | 19 | 94 | 18 | 5 | — | 7 | 4 | 20 | 1 | 22 | |
| 15 | 157 | 23 | 80 | 17 | 6 | 3 | 6 | 3 | 16 | — | 20 | |
| 16 | 229 | 30 | 128 | 22 | 16 | 3 | 15 | 8 | 12 | 1 | 16 | |
| 17 | 222 | 24 | 125 | 17 | 9 | 2 | 16 | 7 | 7 | — | 32 | |
| 18 | 297 | 48 | 133 | 15 | 14 | 2 | 14 | 26 | 20 | 1 | 39 | |
| 19 | 300 | 39 | 156 | 15 | 16 | 1 | 22 | 10 | 16 | 2 | 38 | |
| 20 | 307 | 45 | 135 | 19 | 19 | 2 | 16 | 18 | 18 | 5 | 49 | |
| 21 | 335 | 23 | 183 | 12 | 22 | 4 | 26 | 18 | 7 | 4 | 48 | |
| 22 | 354 | 27 | 201 | 14 | 35 | 1 | 16 | 10 | 16 | 4 | 44 | |
| | (100.0) | (7.6) | (56.8) | (4.0) | (9.9) | (0.3) | (4.5) | (2.8) | (4.5) | (1.1) | (12.4) | |
| ② 検挙人員 | | | | | | | | | | | | |
| 13年 | 216 | 38 | 109 | 32 | 9 | 3 | 4 | 5 | 23 | — | 25 | |
| 14 | 184 | 20 | 101 | 20 | 5 | — | 7 | 4 | 25 | 1 | 21 | |
| 15 | 183 | 26 | 98 | 25 | 6 | 4 | 6 | 3 | 20 | — | 20 | |
| 16 | 253 | 33 | 142 | 29 | 16 | 3 | 16 | 8 | 16 | 1 | 18 | |
| 17 | 242 | 25 | 141 | 19 | 9 | 3 | 16 | 7 | 8 | — | 33 | |
| 18 | 329 | 49 | 153 | 19 | 15 | 3 | 14 | 27 | 27 | 1 | 40 | |
| 19 | 323 | 39 | 171 | 17 | 16 | 1 | 22 | 10 | 21 | 3 | 40 | |
| 20 | 319 | 45 | 144 | 23 | 18 | 3 | 16 | 17 | 21 | 5 | 50 | |
| 21 | 356 | 25 | 196 | 14 | 22 | 5 | 26 | 18 | 9 | 6 | 49 | |
| 22 | 387 | 29 | 220 | 18 | 37 | 1 | 16 | 11 | 20 | 7 | 46 | |
| | (100.0) | (7.5) | (56.8) | (4.7) | (9.6) | (0.3) | (4.1) | (2.8) | (5.2) | (1.8) | (11.9) | |

原注 1 警察庁生活安全局の資料による。

2 無理心中及び出産直後の嬰兒殺を除く。

3 「その他」は、現住建造物等放火並びに暴力行為等処罰法、覚せい剤取締法、児童福祉法、児童買春・児童ポルノ禁止法、青少年保護育成条例及び学校教育法の各違反である。

4 ()内は、平成22年における構成比である。

出所 法務省法務総合研究所編『平成23年版 犯罪白書』(2011年)179頁。

〔表4〕 13歳未満の子供が被害者となった刑法犯 被害者数の推移（罪名別）

（平成15年～24年）

| 年次 | 総数 | | 殺人 | | 傷害 | | 暴行 | | 恐喝 | | 強姦 | 強制わいせつ | | 略取誘拐・人身売買 | |
|-----|---------|--------|-------|--------|--------|--------|--------|--------|-------|-------|---------|--------|--------|-----------|--------|
| | 女子 | | 女子 | | 女子 | | 女子 | | 女子 | | | 女子 | | 女子 | |
| 15年 | 4,555 | 2,972 | 93 | 43 | 536 | 177 | 945 | 536 | 668 | 91 | 93 | 2,087 | 1,926 | 133 | 106 |
| 16 | 4,295 | 2,638 | 111 | 59 | 615 | 217 | 1,115 | 600 | 560 | 60 | 74 | 1,679 | 1,519 | 141 | 109 |
| 17 | 3,704 | 2,256 | 105 | 49 | 546 | 167 | 1,136 | 588 | 357 | 35 | 72 | 1,384 | 1,275 | 104 | 70 |
| 18 | 3,142 | 1,819 | 110 | 48 | 553 | 160 | 1,055 | 537 | 256 | 36 | 67 | 1,015 | 911 | 86 | 60 |
| 19 | 2,844 | 1,594 | 82 | 36 | 529 | 163 | 933 | 427 | 230 | 15 | 81 | 907 | 814 | 82 | 58 |
| 20 | 2,718 | 1,565 | 115 | 52 | 472 | 145 | 867 | 390 | 194 | 25 | 71 | 936 | 839 | 63 | 43 |
| 21 | 2,572 | 1,469 | 78 | 30 | 490 | 135 | 754 | 309 | 184 | 20 | 53 | 936 | 865 | 77 | 57 |
| 22 | 2,651 | 1,586 | 77 | 36 | 463 | 130 | 705 | 308 | 197 | 20 | 55 | 1,063 | 975 | 91 | 62 |
| 23 | 2,601 | 1,569 | 76 | 34 | 488 | 150 | 700 | 324 | 170 | 12 | 65 | 1,019 | 923 | 83 | 61 |
| 24 | 2,748 | 1,663 | 67 | 24 | 492 | 145 | 843 | 379 | 121 | 6 | 76 | 1,054 | 960 | 95 | 73 |
| | (100.0) | | (2.4) | | (17.9) | | (30.7) | | (4.4) | | (2.8) | (38.4) | | (3.5) | |
| | | [60.5] | | [35.8] | | [29.5] | | [45.0] | | [5.0] | [100.0] | | [91.1] | | [76.8] |

原注 1 警察庁の統計による。

2 一つの事件で複数の被害者がいる場合は、主たる被害者について計上している。

3 「総数」は、この表に掲げた犯罪による被害者数の合計である。

4 「略取誘拐・人身売買」は、平成16年までは略取誘拐のみ的人员である。

5 ()内は、平成24年における構成比である。

6 []内は、平成24年における女子比である。

出所 法務省法務総合研究所編『平成25年版 犯罪白書』169頁。

ていた。その意味で、心中事案だけは、児童虐待一般の問題とは別に、従来と異なる運用を考えなければならないものである。

(2) 虐待事案の発見と立件

1 刑法犯として起訴された児童虐待事案が適正に裁かれ、相応の処断刑で処遇されるためには、虐待事案の認知と立件が適切なものであることが当然の前提となる。岩井博士によって指摘された親族間の犯罪における対応のアンバランスの根本原因は、この点にあったと考えることができるかもしれない。虐待事案の認知と立件が躊躇されるような実態があるとすれば、そもそも、刑法典上の犯罪として処断することの意義は格段に低下することになるからである。この関係では、児童虐待事案の早期発見と通告義務の履行の担保、通告を受けた児童相談所の対応、そして検察官の訴追判断との関係が特に検討されなければならない。児童虐待事案の発見と刑事立件は、ふたつの流れに大別される。ひとつは、被害届や告訴・告発等にもとづいて捜査機関が虐待(容疑)事案を直接的に発見・探知する場合である。これは、通常の犯罪の発見過程と異なるところがなく、特段の問題を生じるものではない。ただ、虐待のどの段階を通報者が犯罪として認識するかによって発見や立件の程度に差が生じる可能性があるため、この場面でも、児童虐待関連犯罪の立法化の意義は完全には否定できない。もうひとつは、児童相談所への通告をワンクッションとして刑事立件につながる場合である。児童虐待防止法および児童福祉法が前提とする虐待事案の発見は、このような場合を念頭に置いたものとなっており、児童福祉法制への係属と刑事司法への係属の区分が問題になる。

2 児童虐待の早期発見と通告義務については、すでに見たように、児童虐待防止法の立法当初から、「児童の福祉に職務上関係のある者」(学校の教職員や医師、保健師など)に早期発見の努力義務が明示されており(5条)、さらに「虐待を受けた児童を発見した者」(主体に限定はない)のすべてに児童福

祉法 25 条にもとづく通告義務が明示されるとともに（6 条 1 項）、職務上の守秘義務違反に対する免責が規定されていた（6 条 2 項）。そして、その後の改正により、早期発見すべき者の範囲が「児童の福祉に業務上関係のある団体」（児童福祉施設や病院など）に拡張される（5 条 1 項）とともに、通告義務との関係でも、「虐待を受けたと思われる児童」を発見した者による福祉事務所・児童相談所への通告を、児童福祉法 25 条にもとづく通告とみなすことが明示されることになった（6 条 1 項・2 項）。こうした規定ぶりは、特に職務上ないしは業務上の発見義務を負う者（児童福祉関係職員・団体）との関係では、児童虐待事案の早期発見と早期対応を期待させるものになっている。また、25 条通告としての「みなし」は、通告手続の煩わしさを軽減する方向に機能しうるものである。〔表 1〕から確認できる児童相談所の児童虐待相談対応件数の顕著な増加傾向は、虐待事案そのものの増加はあるにしても、そのほとんどが児童虐待防止法の制定とその後の整備の結果であると評価することもできよう²³⁾。

ただ、その一方で、福祉関連職員・団体と同じように通告義務を負う一般人との関係では、深刻な結果が生じた場合（致死事案）などを別にすれば、事実上、それほど効果を期待できるものではないように思われる。たとえば、誤通報の場合の免責が条文上に明記されておらず²⁴⁾、刑法 35 条の一般的な正当行為としての違法阻却として扱わざるをえない点や、親権の行使の制限（14 条）をも顧みない親の存在等、深刻な結果が発生する以前の段階（捜査機関による発見・探知が困難な段階）では、一般人通告を躊躇させる要因は多く存在する。ましてや、「虐待を受けたと思われる児童」の存在を通告する事態は、極めて例外的なものとなろう。児童虐待を発見した一般人による通告については、非行少年を発見した一般人による通告（少 6 条 1 項）の場合と同じように、「見て見ぬふり」をされる事態が容易に想定され、法改正や啓蒙活動で改善するには大きな限界があり、ほとんど期待することができないと言わざるをえない。

3 次に、通告等によって虐待事案を探知した児童相談所のあり方は、刑

事的対応との関係で大きな問題を生じるものである。児童相談所は、児童福祉法 12 条にもとづいて地方自治体に設置された行政機関であり、要保護児童の保護措置等について広範で強力な権限を行使することが認められている(25条以下)。児童虐待との関係でも、児童虐待防止法 8 条以下および児童福祉法 33 条の 10 以下に、児童の一時保護、保護者への出頭要求、立入調査、臨検・捜索、保護者への指導、面会等の制限など、警察官による援助をも背景とした強力な措置を取りうる事が明記されている。したがって、児童相談所に通告された虐待(容疑)事案について、児童相談所は、これらの保護的措置による対応を当然の前提としたうえで、刑事的対応が必要ないしは相当と判断される事案だけを刑事司法システムに委ねる構造になっている。しかし、社会の一般的なイメージとは異なり、有形力の行使(暴行)による虐待が疑われるような事案であっても、ただちに刑事的対応が実現することになっているわけではない。何よりも、児童相談所は、保護的措置(児童相談所での対応の継続)に委ねる事案と刑事司法システム(刑事事件としての扱い)に移管すべき事案の振り分けを行わなければならないのである。この点は、14 歳未満の非行少年について、児童福祉機関先議主義が採られ、児童相談所による振り分けが予定されている(少3条2項)のと同様の構造のものである。

そして、このこととの関係で、被虐待児が死亡してしまった事案を中心として、児童相談所の対応(の拙さ)が厳しい批判にさらされ、「問題をいつまでも抱え込まずに、早い段階で刑事的対応によって厳しく対処すれば、被害者の死だけは回避できたはずだ」とのマスコミ論調が一般化している。こうした批判の適否については、判断材料となるデータもないため、「早い段階で刑事的対応ができていれば悲惨な結果を招かなかった事案もあったかもしれない」という程度のことしか言えない。しかし、その一方では、行政機関としての児童相談所については、そのあり方(特に、専門職の配置をはじめとする人的体制や人事異動の実態)が地方公共団体によって大きく異なることが、一般に指摘され、厳しい批判の根拠ともなっている。また、累次の児童福祉法の改正によって、児童相談所の管轄領域が拡張される一方で、分散化してい

く傾向も見られ、児童虐待事案への適切な対応が一層困難になっているとも言われている²⁵⁾。したがって、個々の事案における刑事的対応の是非を論じる前に、児童相談所のあり方を改善したうえで、適切な判断を担保する体制を整備することが喫緊の課題であると思われる。

4 刑事司法システムに組み込まれ、捜査機関において刑事立件された事案について、検察官は、刑事訴追の要否を裁量的に判断する権限（起訴裁量権）を与えられており、犯人の性格や犯罪の軽重等にもとづいて「訴追を必要としないとき」には公訴を提起しないことができる（刑訴248条）。また、そもそも公判を維持することができない場合や有罪判決の獲得が見込めない場合には、不起訴の裁定をしなければならない（法務省訓令事件事務規程75条2項17号）。発見・探知された虐待事案が刑事裁判に係属しない場合には、このふたつのタイプがある。しかし、こうした扱いは、通常の事件処理と共通のものであり、児童虐待事案に特有のものではない。児童虐待事案も、家庭内という閉鎖的空間で起こることが多いために、有罪立証のための証拠収集に一定の困難があることを別にすれば、通常の刑事事件における訴追判断と特段の違いがあるわけではない。児童虐待事案だから検察官が訴追を躊躇する、というような事実まではないものと思われる。

注

- 16) 刑法学会のワークショップにおける刑事政策的なアプローチの報告として、安部哲夫「児童虐待と刑事規制」刑法雑誌39巻3号（2000年）516頁以下、同「児童虐待と青少年保護の周辺」刑法雑誌40巻3号（2001年）423頁以下。さらに、林弘正『児童虐待 その現況と刑事法的介入〔改訂版〕』（成文堂、2006年）、同・前出注10）。
- 17) 事案は、3歳の子どもの持つ母親と同棲していた男性が子どもを「せっかん死」させたのを、実母が漫然と見過ごしていたというもので、特に母親の刑責が争われたものである。裁判所は、「せっかん死」させた男性に傷害致死罪（作為犯）が成立することを当然の前提としたうえで、母親に不作為による傷害致死幫助罪の成立を肯定した。
- 18) たとえば、日高義博「児童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として」警察学論集53巻12号（2000年）61頁以下、曾根成彦「児童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として」現代刑事法6巻9号（2004年）69

頁以下、平山幹子「児童虐待と刑法理論——不作為による共犯を中心として」*刑事法ジャーナル* 12号 23頁以下、町野朔「『釧路せっかん死事件』について——不真正不作為犯と共犯に関する覚書き」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）297頁以下。なお、橋本正博「判解」*ジュリスト* 1202号『平成12年度重要判例解説』（2001年）148頁以下、大塚裕史「判批」西田典之ほか編『*刑法判例百選Ⅰ* 総論〔第6版〕』（2008年）172頁以下。

- 19) さらに、佐久間修「家庭内暴力における傷害罪と遺棄罪——児童虐待および高齢者虐待を中心として」*警察学論集* 57巻 10号（2004年）132頁以下、池本壽美子「児童虐待と刑事処罰の実際」*法の支配* 136号（2005年）107頁以下、参照。
- 20) たとえば、瀬川晃「児童虐待と刑事規制」*現代刑事法* 2巻 10号 38頁以下。
- 21) 岩井宜子「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。
- 22) 岩井宜子/渡邊一弘「女性による殺人罪の量刑の変化」*専修法学論集* 102号（2008年）5頁以下によれば、このような傾向は、現在でも確認できるものとされている。
- 23) 川出敏裕/金光旭『*刑事政策*』（成文堂、2012年）427頁。
- 24) 他方、児童福祉法 33条の12第4項は、刑法その他の法律にもとづいて守秘義務を負う者については、虚偽または過失による通告を別として、守秘義務違反を免責すべきことを明示している。
- 25) たとえば、後藤弘子「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 60頁。

III 児童虐待事案への刑事的対応 —立法論とその検討

(1) 立法の象徴性

1 以上のような現状のもとで、かねてより、刑事政策的な観点から、刑法典上の犯罪類型とは別に、新たな犯罪類型を設けて児童虐待事案に対処すべきだとの提言が積極的になされてきた。こうした見解に共通するのは、児童虐待への対応は、発生した違法結果（刑法典上の犯罪で対処しうる）に着目するだけでは充分でなく、発生に至るまでの過程の問題性や反社会性（刑法典上の犯罪類型では対処しえない事案がある）に着目すべきだとする認識である。たとえば、尊属殺人罪規定（刑旧 200条）の違憲判断を導いた事案も、その実態の背景には、被告人に対する実父の性的虐待そのものが存在していた²⁶⁾。こ

の事件は、当時、憲法理論上ないしは刑法理論上の論点として大きな注目を集めはしたが、児童虐待事案としての実態に注目して議論されることはほとんどなかった²⁷⁾。同様のことは、すでに言及したように、「釧路せっかん死」事件についても指摘することができる。

2 また、立法化を提言する立場に共通する前提は、何よりも、「児童虐待は犯罪である」ことの認識が社会に決定的に欠落している（希薄である）ということにある。ここから、児童虐待関連の犯罪類型を新設することによって、社会の規範意識を高めるべきことが提案される。たとえば、中谷博士は、尊属殺違憲判決を導いた事案に言及しつつ、児童虐待に対するウルティマ・ラティオとしての刑事制裁の必要性を指摘している²⁸⁾。たしかに、児童虐待の増加の一因に社会一般の関心の低さがあることは否定できないし、児童虐待関連犯罪を立法すれば、社会の規範意識の向上に寄与するであろうことも否定できない。その意味での象徴性（象徴的立法）は理解しうるものである。しかし、その一方で、社会の規範意識を高めるだけの目的に罰則規定を利用することは、刑法の謙抑性との関係で問題がある。ウルティマ・ラティオとしての刑法の謙抑的な性格は、刑罰法規の発動の場面だけに限らず、立法（犯罪化）の場面でも軽視することはできない²⁹⁾。「児童虐待に関するかぎり、わが現行刑法の謙抑主義は、児童の人権保護の視座を欠いた[ものである]」との指摘³⁰⁾の適否は別にしても、犯罪化の是非の判断に当たっては、観念的な象徴性もさることながら、最低限、実質的な観点からの立法の必要性が認められなければならないのである³¹⁾。

3 この点との関連では、公害犯罪の立法化過程に言及したうえで、「刑罰規定化による新たな規範意識の形成」を正当化できるとする主張が見られる³²⁾。たしかに、公害犯罪処罰を目的とする「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」（昭和45年法律142号）の立法化に際しては、特に藤木博士が強調したように³³⁾、当時の社会に公害を「犯罪」視する意識が希薄であった事実が重視されたことは否定できない。しかし、同法の成立は、社会に公害を犯罪として認知させるためだけに制定されたわけではない。むしろ

ろ、立法の実質的根拠は、当罰的な公害事案を当時の業務上過失致死傷罪で対処することの不充分さを根拠として、公害事案への適切な対応を実現するための犯罪類型を創設する必要性が認められたことにこそある。しかし、こうした立法目的にもかかわらず、同法の規定する公害犯罪は、構成要件の規定ぶりとの関係で、適用場面が極めて限定される（ほとんど適用されないであろう）ことが制定当初からすでに予測されており³⁴⁾、現実もそのような形で推移した³⁵⁾。公害犯罪処罰規定は、実質的な必要性にもとづいて立法されながらも、象徴的立法としての意義にとどまったものである。

また、1999年に成立した「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に関する法律」(平成11年法律52号)における児童保護(児童買春と児童ポルノの処罰)との共通性に言及する立場も見られる³⁶⁾。たしかに、児童買春および児童ポルノの犯罪化は、児童に対する特別な保護という観点では児童虐待防止と共通の側面を持っており、社会の規範意識の覚醒と強化に寄与するものではある。しかし、それ以上に、既存の犯罪類型(刑法上の強制わいせつ罪や強姦罪、わいせつ物頒布等罪〔175条〕や強要罪〔223条〕、青少年保護育成条例にもとづく淫行処罰)では十分に捕捉ないしは対処できない当罰的行為に積極的に対処しようとする点に、新たな犯罪類型を創設したことの実質的な意義が存在する。児童買春罪の構成要件化によって、経済的対償を伴う性交等を重く処罰することが可能になり³⁷⁾、児童ポルノ罪の構成要件化によって、従来のわいせつ物規制から漏れていたものが規制対象とされることになった³⁸⁾。したがって、公害犯罪処罰法ないしは児童ポルノ処罰法の立法と児童虐待関連犯罪の新設とを、ただちに同列のものとして論じることはできない。

では、児童虐待関連犯罪を創設することに実質的な意義や理由はあるのだろうか。

(2) 立法の実質的根拠

- 1 新たな犯罪構成要件の創設の是非や可否との関係で検討すべき点は、

既存の犯罪類型（構成要件）では捕捉できない当罰的行為があるかということ、既存の犯罪類型の法定刑では十分な対応ができない場合があるか、ということのふたつである。

特に前者との関係で強調されているのが、保護者による性的虐待への対応の不充分さであり、旧刑法の制定過程で議論された親族相姦（近親相姦）罪の復活³⁹⁾や一定の身分者間での性的虐待を捕捉する規定の創設⁴⁰⁾が提言されている。親族間の不適切な性的関係については、改定律例（明治6年太政官布告206号）に処罰規定が存在していたが（261条）、旧刑法の制定過程において、近親相姦はモラルの問題であり、刑罰で禁圧すべきものではないとするボワソナードの助言にもとづいて、刑法上の犯罪とすることが見送られていた。他方、改正刑法仮案（1940年）394条以来、改正刑法準備草案（1961年）317条および改正刑法草案（1974年）301条1項は、被保護者に対する偽計・威力にもとづく姦淫の処罰規定を提案していた。改正刑法草案301条1項は、「身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する十八歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者は、5年以下の懲役に処する」との規定の創設を提案し、それを親告罪として構成していた（302条）。これは、児童虐待そのものを全く念頭には置いていなかったものの、保護・監督関係にある者の偽計・威力による姦淫を処罰する点で、刑法典上の強姦罪では捕捉できなかった事案への対処を可能にする内容の提案であった⁴¹⁾。

たしかに、性的虐待の典型である強姦ないし強制わいせつに係る事件について、加害者と被害者の関係を2012年度に限って見ても、総数33人のうち31人が父親等（実父、養父・継父、母親の内縁の夫）であり、その他（男性）はわずか2人にすぎず、保護的立場にある者による事案がほとんどである（〔表2〕参照）。こうした事実からすれば、性的虐待に着目した犯罪類型を新設することは、一定の説得力を有しており、そこに立法の実質的根拠を見ることが出来る。また、このような形で性的虐待罪を新設するのであれば⁴²⁾、それを親告罪とするのは、虐待行為者である保護者による告訴は全く期待できな

いため、児童保護という立法趣旨を完全に没却することになる。したがって、立法する際には、非親告罪として構成するか、公的な告訴代行機関の設置を考慮する必要がある⁴³⁾。さらに、青少年保護育成条例の淫行処罰規定に見られたような、被害者の同意の効果に制限を加えることも考慮する必要があると思われる。

2 性的虐待以外の身体的虐待についても、長期にわたる虐待行為は1回の暴行罪や傷害(致死)罪では十分に評価できない部分があるとして、保護者による身体的虐待の継続性・常習性を正当に評価しうる犯罪構成要件(傷害罪や傷害致死罪の加重類型としての「児童傷害罪(身体的虐待罪)」や「虐待致死罪」)を新設することが提案されている⁴⁴⁾。たしかに、1回の虐待行為で暴行・傷害(致死)結果が生じた場合においては、暴行罪・傷害(致死)罪での処断は十分に可能ではある。しかし、継続性・常習性に着目した虐待行為への特別な対処が必要ということであれば、その限りで、新たな犯罪類型を設ける提案も説得性を持つ。また、そうした犯罪類型は、事実上、告訴・告発・立件を早期化する機能を営むことにもなる。

ただ、実際の立法の是非や可否といった具体的な結論は、こうした必要性の程度をどの程度に評価するかで異ならざるをえないものである⁴⁵⁾。

3 さらに、既存の犯罪類型における法定刑では適切な対応ができない場合も、加重特別類型としての構成要件を新設することは考慮に値する。しかし、この点については、既存の強制わいせつ(致死傷)罪・強姦(致死傷)罪、傷害(致死)罪、保護責任者遺棄(致死傷)罪との関係では、致死類型における有期自由刑の上限が20年に引き上げられたこともあり(12条1項, 13条1項)、既存の法定刑で対応が不十分になるような事態はほとんど想定されえない。他方、傷害に至らない暴行行為の繰り返しによる身体的虐待の場合は、暴行罪の法定刑の上限(2年以下の懲役)では適切な対応ができない事案が存在することも否定できない。したがって、暴行罪よりも重い法定刑を持つ児童虐待罪を創設することによる対応の可能性は一概には否定できないように思われる。

4 以上のように、性的虐待および身体的虐待に対する犯罪類型の創設については、象徴的立法としての意義だけにとどまらず、一定の必要性を認めることができる。ただ、それらを立法する場合にも、いくつかの問題がある。ひとつは、それらの犯罪類型を刑法典と児童虐待防止法のいずれに新設するかということである。この点についての見解を明示する立場は少ないが、多くの論者は、暗黙のうちに、刑法典への挿入を考えているもののように思われる。しかし、ドイツ刑法と異なり、個別的な問題（環境犯罪や組織犯罪、交通犯罪など）への対処を特別法（単行法）に委ねることの多いわが国においては、刑法典上の犯罪としてではなく、児童虐待の防止を目的とする児童虐待防止法上の犯罪類型として規定されるのが適切であろう⁴⁶⁾。その点で、それは、環境犯罪の処罰規定や児童買春・児童ポルノの処罰規定と同様の構造を持つことになる。

また、児童虐待関連の犯罪類型を新設する場合にも、具体的な構成要件の創設に当たっては、どのような虐待行為を当罰的・可罰的なものとするかは相当に困難な問題である。たとえば、児童虐待防止法上の身体的虐待（2条1号）、性的虐待（同2号）、ネグレクト（同3号）、言動・態度による虐待（同4号）のすべてを包括する児童虐待罪を立法することは不可能であるし、それぞれに個別的に対応する構成要件を作る場合であっても、すべての虐待行為が当然に当罰的・可罰的なものとされるわけでもない。たしかに、早期の児童保護という観点からは、虐待の定義（範囲や内容、行為者）は緩やかである方が望ましい⁴⁷⁾。他方、虐待の定義を緩やかにすればするほど、刑罰によって禁止すべき当罰的・可罰的行為との間の不整合が大きくなることが予想される。この場面においても、ウルティマ・ラティオとしての刑法の謙抑性、さらには刑罰法規の非体系性・断片性は、当然の前提となっている。立法技術を含めたさらなる検討が必要な場面である。

注

- 26) 事案は娘が実父を殺害したというものであるが、その概要は次のようなものであった。被告人の実父（被害者）は、被告人が満14歳になって間もない頃に被告人

を強姦し、その後も無理に姦淫行為を続け、母や親族の協力のもとに被告人が父から逃れようとするたびに連れ戻し、15年間にわたってこうした関係を続けることを余儀なくさせて、その間に5人の子を出生させたというものである。同僚との結婚話を脅迫的態度で拒絶されたことを契機として、思い余った被告人が父親を殺害し、当時の尊属殺人罪で起訴された。最高裁は、執行猶予が絶対に不可能な尊属殺人罪の法定刑のあり方は、殺人罪の法定刑に対する「著しく不合理な差別的取扱い」であり、「憲法14条1項に違反して無効である」とした（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）。

- 27) たとえば、香川達夫「判解」ジュリスト臨時増刊『昭和48年度重要判例解説』（1974年）132頁以下、田尾勇「判解」『最高裁判所判例解説 刑事編 昭和48年度』（法曹会、1975年）109頁以下。
- 28) 中谷瑾子「児童虐待と刑事規制の限界」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第3巻』（有斐閣、1984年）246頁。さらに、阿部哲夫「児童虐待の刑事法的対応について」北陸法学7巻1号（1999年）15頁以下、同「児童虐待の実態と諸問題—児童虐待防止法（平成12年）制定後の状況を中心に」現代刑事法6巻9号52頁、岩井・前出注14）22頁、三枝有「児童虐待防止法の改正と刑事規制の在り方」日本法政学会50周年記念『現代法律学の課題』（成文堂、2006年）345頁以下。
- 29) 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）47頁以下参照。
- 30) 中谷・前出注28）247頁。
- 31) 他方、井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価—ドイツとの比較を中心に」刑法雑誌43巻2号（2004年）280頁は、「理論の側からする立法批判は、刑法の謙抑性とか侵害原理とか象徴的刑法とか、そのような抽象度の高い命題から演繹されるものである限り、それは説得力を持ち得ない」とする。これは、刑法理論における謙抑性の過度の強調を批判するものであるが、一方では、実質的根拠の希薄な立法を批判するものでもあることに注意を要する。さらに、井田良「刑事立法をめぐる方法論的諸問題」ジュリスト1369号（2008年）54頁以下参照。
- 32) 三枝有「児童虐待における刑事法の在り方」中京法学37巻3・4号（2003年）285頁。
- 33) 藤木英雄『公害犯罪』（東京大学出版会、1975年）12頁以下。
- 34) 芝原邦爾「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」ジュリスト471号（1971年）60頁以下。
- 35) 事故によって大気中に有害物質を排出させた2件の事案について、公害犯罪処罰法にもとづく起訴に対して、最高裁は、いずれも業務上過失致死傷罪で処断している（最判昭和62年9月22日刑集41巻6号255頁〔大東鉄線工場塩素ガス噴出事件〕、最判昭和63年10月27日刑集42巻8号1109頁〔日本アエロジル工場塩素ガス流出事件〕）。公刊の判例集による限り、その後、同法規定の公害犯罪の成否が問題になった事案は見当たらない。なお、丸山雅夫「環境媒体汚染 A 水・大気」町野

朔編『環境刑法の総合的研究』（信山社，2003年）430頁以下。

- 36) 岩井宜子/渡邊一弘「立法問題としての『児童虐待罪』」町野/岩瀬編・前出注3) 295頁以下。
- 37) 詳細については、西田典之「児童に淫行をさせる罪について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第3巻 現代社会と刑事法』（成文堂，2000年）291頁以下参照。
- 38) さらに、園田寿「児童買春・児童ポルノ処罰法の成立」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第3巻』307頁以下、岡田好史「児童ポルノ禁止法における児童ポルノの規制をめぐる問題」町野ほか編・前出注3) 402頁以下、参照。
- 39) 中谷瑾子「ボワソナドと謙抑主義—近親相姦非犯罪化のルーツ」時の法令1101号（1981年）2頁，同「児童虐待の現代的意義と修正を必要とする昨今の現状—少子化時代，パラサイト・シングルの時代という社会的背景と児童虐待」現代刑事法2巻10号9頁。
- 40) 林・前出注12) 14頁。
- 41) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』（1961年）283頁〔中野次雄〕，法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975年）297頁以下。なお，平場安治/平野龍一編『刑法改正の研究2 各則』（東京大学出版会，1973年）327頁以下〔松尾浩也〕。さらに，諸外国における立法の動向や現状については，大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』（信山社，2014年）157頁以下の，第9章（アメリカ〔斉藤豊治〕），第10章（フランス〔島岡まな〕），第11章（ドイツ〔高山佳奈子〕），第12章（イギリス〔川本哲郎〕），第13章（韓国〔崔鐘植〕）の該当部分をそれぞれ参照。
- 42) 具体的な構成要件の提案として，林・前出注16) 154頁，同・前出注10) 100頁以下，同・前出注12) 14頁。ただ，それぞれの論稿において提案されている具体的な構成要件には，若干の相違が見られる。
- 43) 岩井・前出注21) 23頁。
- 44) 岩井/渡邊・前出注36) 295頁。
- 45) 身体的虐待に対する犯罪構成要件の具体的提案として，林・前出注16) 152頁。
- 46) 他方，林弘正「児童虐待防止法」法学教室255号（2001年）77頁は，児童虐待防止法の性格の理解に応じて決定されることになるとする。
- 47) たとえば，性的虐待の定義に対する批判として，森田ゆり「虐待する親の回復と法改正」アディクションと家族24巻4号（2008年）311頁以下。

むすびに代えて

以上，児童虐待の防止に向けた取り組みの一環として，立法論をも含めた

刑事的対応のあり方について検討してきた。本稿の結論は、児童虐待関連の犯罪類型の創設について、立法の意義と一応の必要性は認めることができるとするものであり、その場合には、児童虐待防止法の中に規定すべきだとするものである。また、立法技術的な難点が克服できるならば、このような結論は、社会的にも受け入れられるものと思われる。

他方、当罰的な事案に相応の形で刑罰権の発動が認められるとしても、虐待事案のすべてが刑罰権の発動で適切に解決されるというものでもない点には、注意を要する。児童虐待のほとんどが広義の家族関係の中で発生していることからすれば、刑事的対応による問題解決は、家族関係の崩壊を意味するものだからである。このこととの関係で、刑事的対応につながる立入拒否罪の適用について、児童相談所と保護者との関係や親子関係の修復といった観点から、「拒否の態様が極めて悪質な場合など限定的に行われるべきである」ことが指摘されている⁴⁸⁾。また、「家族の再統合」を重視する立場からは、より根本的に、「親への刑罰は、家庭を崩壊させることはあっても、親子関係を修復することはまずあり得ない」との指摘も見られるところである⁴⁹⁾。たしかに、「子どもは家族のもとで養育することが望ましい」と考えるのであれば、刑罰による威嚇ではなしに、虐待に走る「未成熟な親」に対する(再)教育のシステムを構築するといった対応も必要不可欠であろう。この点との関係で、国家の後見的役割として、少年司法類似の一定の強制力を持ったシステム(刑罰ではなく処分を課す)の構築や各種ダイヴァージョンの有効な運用方法の導入についての提言は、傾聴に値する⁵⁰⁾。ただ、児童虐待が児童福祉の問題であり、親子・家族・家庭のあり方に関わる問題である以上、安易な刑罰権の発動の前に、できる限りの福祉的対応の努力が払われるべきことが当然の前提でなければならない。

他方、刑罰権の発動が家庭の崩壊を意味するとしても、そのことを理由に刑罰権の発動をすべて否定することまではできない。刑法典上の犯罪類型で処罰してきた従来への対応も、すでに「崩壊してしまっている家庭や親子関係」に対して刑罰権が発動されたものである。したがって、問題の本質は、

福祉的対応を継続すべき虐待事案と刑事的対応も止むを得ない虐待事案とを正確に判断して区別したうえで、それぞれに適切な対応を考えるということになる。そして、このような判断と振り分けの役割は、依然として、児童問題の専門機関である児童相談所が担わなければならないし、それこそが現実的なものでもある。その意味で、刑事的対応をより強化する場合であっても、さらには新たな刑事的対応を導入する場合であっても、児童虐待防止に向けた取り組みの成否は、何よりも今後の児童相談所のあり方にこそかかっている。児童虐待に限らず、児童福祉一般についての広範な管轄権と重責を担っている児童相談所について、執務体制の整備と適正化を図ることこそが喫緊の課題となっているのである⁵¹⁾。

注

- 48) 菊澤・前出注 14) 170 頁。
- 49) 保条成宏「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（2003 年）46 頁。
- 50) 後藤弘子「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 59 頁以下、岩井/渡邊・前出注 36) 301 頁。
- 51) 川出/金・前出注 23) 428 頁。

〔追記〕 本稿の校正段階で、1 歳 8 カ月の子どもを虐待死させた両親に対する傷害致死事案に関して、検察側の求刑（懲役 10 年）を大きく上回る処断刑（懲役 15 年）を言い渡した大阪地裁判決（裁判員裁判）とその結論を維持した大阪高裁判決について、最高裁は、原判決を破棄して、父親に懲役 10 年、母親に懲役 8 年の刑を言い渡した（最判平成 26 年 7 月 24 日判例集未登載）。この判決は、直接的には、裁判員裁判における量刑のあり方について判断したものである。しかし、その一方で、全くの依存的存在である子どもを虐待死させた事案という点では、児童虐待事案における検察官の求刑のあり方が問題になりうるものでもあった。