

## 児童虐待への法的対応と親権制限のあり方

水野紀子

### I はじめに

都市化・産業化が進むにつれて家族が社会から孤立した存在となり、閉ざされた家庭の中で行われる暴力が深刻な結果をもたらすことが知られるようになった。とりわけ脳を形成する段階の子どもたちにとって、家庭で暴力を見たり体験したりしながら育つことは、共感力を培うことができず、致命的な結果をもたらしてしまう。そうした子どもたちは、虐待を生き延びたとしても精神的脆弱性を抱えがちで、自尊感情がもてず自傷・他害をしてしまい、極端な場合には反社会性人格障害者となって社会の抱える大きな負担になる。欧米では、被虐待児の追跡調査などが行われてこの認識が社会に共有されるようになっており、行政や司法における児童虐待に対する取り組みが進んだ。最近では、親と引き離す必要がある被虐待児について、愛着障害を育て直すためには施設より養育家庭での保護が望ましいとされて、脱施設化の傾向にある。

しかし急速に社会変化が生じた日本社会では、人々の認識がなかなか追いつかず、欧米諸国に比較すると、対応がいわば数周遅れの状態にある。地域社会の関与という事実上の安全弁はもはや失われてしまったが、それに代わる社会の介入を準備する点で、日本は著しく遅れている。児童虐待に対応するには、とりあえず親子を引き離すとしても将来の再統合を視野に入れて、子とともに加害者である親を救済し支援する対策をとらなければ有効ではないが、加害者に対する厳罰を主張す

る政治家の発言にみられるように、日本ではそのコンセンサスも十分に形成されているとはいえない。

それでも児童虐待は、被害がわかりやすく見えやすいため、マスコミ世論も喚起されやすく、行政や立法においても、到底不十分であるとはいえ、ある程度の対応が進んできた。児童虐待防止法の立法や児童福祉法の改正が行われて、これらの公法的規制は内容的には親権行使に対する制約となっている。これらの対応と改正されないままの民法の親権法とは、整合性がつけられていない。そのために、一方では、児童相談所による「一時保護」や児童虐待防止法の面会通信制限・接近禁止命令等のように行政権の判断のみによって強力な親権制限が行われると同時に、他方では、子にとって必要な救済に対して妨害として働く、いわゆる「親権の壁」が実務現場を苦悩させている。この衝突を解消すべく、親権の一時ないし一部停止、子どもの親権制限申立権、私人以外の未成年後見人を可能にすることなどの親権法の改正が提案されるようになってきている。解釈論としても、医療ネグレクトに対応するために保全処分によって職務代行者を選任する裁判例が現れ始めた<sup>1)</sup>。また民法766条を利用して里親や親族など、親権者以外の第三者に監護権を認める解釈<sup>2)</sup>が提案されている。

本稿は、児童虐待などの濫用的な親権行使をどのように制限するかという観点から、親権制限を中心に法的対応を考察するものである。本誌の読者が法律専門家に限られないことを考慮して、民法の意義や比較法的観点から見た日本の民法・親

権法の特徴などについて概説することからはじめたい。

## II 日本の民法と親権法の特徴

### 1 民法の意義

西欧の近代法体系は、大別すると判例法系である英米法と、法典国法であるヨーロッパ大陸法に分けられる。日本法は、明治時代に大陸法体系を継受したため、民法典をもっている。民法は、市民社会を構成する私人間の権利義務を定める基本法である。人々が共生するためには、対立する多くの法益を調和させて均衡をとらなくてはならない。民法は、その均衡を、施政者や裁判官の裁量にまかせず、法によって保障しようとする。また、民法は体系をなしている。民法の概念体系は、各条文の細かな規定から導かれる概念が彫琢されて相互に結びつけられて整序され、組み立てられることによって、欠落のない一つの世界を形成する。その体系性があるゆえに、民法は日々生起する新たなあらゆる事案に対応できる実用的な存在となる。妥協と共生の秩序である民法学は、短い言葉による危うい正義の対極にあって、観念の暴走に対する防波堤となり、民主主義の基礎となるものである。民法が機能を果たすためには、民法以外の多くの法が民法と協働しなくてはならないが、民法を基本とし民法に立ち返ることによって、それらの法規の矛盾がないことが保障される構造となっている。

民法は、家族についても基本法となる。たとえば夫婦の離婚という場面では、離婚を望む配偶者と望まない配偶者、嫡出子、配偶者の恋人、その間に出生した非嫡出子などの権利や法益は、それぞれに一定の正当性をもちつつ相互に衝突するが、民法はそれらの法益を調整して均衡を図る。親が子を育てる場面を規律する親権法においても、同様である。親が子を養育する権利と義務、子が親によって健康にはぐくまれる権利、親の虐待によって侵害されている子の基本的人権を守る国家の権利と義務、虐待経験によって精神をむしろまかれていない健全な成人によって構成される社

会の利益など、多様な法益の調整が図られなければならない。本来であれば、親権行使の限界についても、民法がその基本法となるはずである。

### 2 親権法の歴史と現行規定

親権とは、父母が未成年の子を一人前の社会人となるまで養育するため、子を監護教育し、子の財産を管理することを内容とする親の権利義務を総称する概念である。親権は、もともとはローマ法の家長権 (*patria potestas*) を受け継いだ父権 (*puissance paternelle*, *väterliche Gewalt*) であったが、西欧諸国における近代以降の親権法の発展史は、父に対する母と子の地位向上の歴史といわれる。親権は、かつては子に対する権力であったが、現在はむしろ子を監護する義務という側面が強くなっている。また、父権という言葉が示すように、古くは父のみが親権者であったが、母も親権者となって共同親権が原則となった。親権は、複数の権利と義務がひとまとまりとなったものであるが、それらの権利義務はつねに子の利益のために認められるものである。親権という言葉そのものも、かつての父権という表現から、支配の意味を稀薄にした両親の親権 (*autorité parentale*, *elterliche Sorge*) を表す言葉に変更された。

親権概念が日本に導入されたのは、1898年の明治民法の立法による。当時すでに日本民法の母法である西欧法は親権の義務的性格を認識していたから、日本民法の親権法もそれを継受した。すなわち明治民法は、親権者は未成年子の監護及び教育をする権利を有し義務を負うとする規定 (明治民法879条、現行民法820条) を立法し、また親権喪失規定をもっていた。これらの規定に対して、当時の保守派は、親子間は権利義務の関係ではなく子が親に服従する権力関係であると主張して反対したが、その反対に抗して立法されたものである。明治民法は原則として父を単独親権者としていた (明治民法877条) が、戦後の民法改正によって両親の共同親権となった。この共同親権への改正は、比較法的に見てもごく早い時期に属する。現行民法では、父母の婚姻中は、原則として、父母が共同して親権を行い (民法818条)、離婚する

ときは、どちらか一方を親権者と定める(民法819条)。嫡出でない子(非嫡出子)の親権は、原則として母が行い(民法819条4項)、養子は養親の親権に服する(民法818条2項)。

親権の内容は、子の身上の監護教育権と財産上の管理処分権に大別される。日本民法は、きわめて広範な権限を親権者に認める点で、特徴的である。西欧法では親権者の重要な代理行為にあらかじめ裁判所の許可を要件とするのが一般的であるが、日本法には西欧法にみられるこのような子の保護規定がなく、親権者の財産管理の権限濫用を事前にチェックする機能がなく、たとえば子の財産の処分行為についても、形式的に利益相反行為にならない限り無制限に可能であり、利益相反行為であっても特別代理人を選任することによって可能となる(民法826条)。

身上の監護教育権についても、児童虐待のような親権者の親権濫用行為から子を保護するために、親権に制約を加えることが必要である。民法は親権喪失規定をもっており、親権を濫用し又は著しい不行跡のあったときは、家庭裁判所は請求により親権又は財産管理権の喪失を宣告することができる(民法834条・835条)。しかし実際には、民法の親権喪失規定は、児童虐待のような濫用行為への制限としては、ほとんど有効に機能しない。親権行使への介入は、親の周囲にいる親族などの私人では対応しきれないものであるため、行政権が親権濫用を発見して介入し、親権喪失を申し立てるルートが主になるべきであり、日本民法もこのルートとして検察官の申立権を規定している。しかし日本民法がこの点でモデルにしたフランス民法は、民事においても積極的に活動する検察官制度を前提にしており、フランスにおいては、児童福祉部門の行政から連絡を受けた児童事件担当の検察官が司法に親権制限を申し立てるのが親権制限の通常のルートであるが、日本の検察官はこのような活動をする体制になっていない。また、明治民法がモデルにした大陸法の民法における親権法は、時代とともに発展を遂げ、現在では親権行使にあたって司法と行政が協力して監督する、機能的な親権制限制度を作り上げている。

もっとも後述するように、それらの国の現行民法を条文上、日本民法に導入することが、日本法の抱える問題を解決するものとは思われない。体制のないところに条文を継受しても有効に機能しないのは、現行の検察官の申立権規定と同様となるであろう。

親権法の現行規定の改正を考える前に、日本家族法の特徴を確認しておきたい。というのは、家族に対して有効な介入ができないという親権法の特徴は、親権法に限らず、日本家族法全体を貫く基調となっており、その由来と特質を理解した上で、親権法の問題を考える必要があると思われるからである。

### 3 日本民法の特徴

民法は私人間の権利義務関係を規律する法規であり、したがって家族法も家族間の権利義務関係を定めた法規であるから、それらの権利義務関係は最終的には裁判によって担保される。しかし明治民法の立法時には、家族倫理の維持はもっぱら教育と道徳に任せるべきもので、家族員の権利義務として法律に規定すべきではないという強い反対論があった。これを受けて、旧民法第一草案の段階ではまだかなり濃厚であった継受法の特徴が、明治民法では、日本法固有の習俗を取り入れて日本的に変形させられた。起草過程においては、西欧民法の特徴を継受していた旧民法第一草案が法律取調委員会や元老院で審議されるうちに、夫や親権者の行為が権限濫用にわたらないように裁判所の許可にかけた条文や協議離婚を裁判所の認可にかけた条文や離婚後扶養を定める条文などが削除されて、権利義務の内容を実効的に規制する規定が失われた。明治民法は、こうして家庭内の権限に基づく行為を実効的に規制する力を削がれた旧民法の条文をもとに、明治前期に整備されていた戸籍制度を基礎にして、戸籍に体现される「家」を基幹の家族制度として家族法の規定を整備した。

このような家族法は、現実の家族に対して何らかの実効力をもつ法としての性格が薄くなる。とりわけ、主要な身分変動のほとんどすべてが戸籍

行政への届出のみによって行われるものとされたこと、なかんずく離婚についてすべてを当事者の自由に任す協議離婚制度が存在することが、日本民法の最大の特徴といえよう。欧米法では、離婚当事者間に争いがない場合であっても、原則として離婚はすべて裁判離婚とされている。離婚後の経済的な給付や子の監護について司法による公的な監督が必要とされており、家族間に暴力が介在するときは合意は不可能であると考えられるからである。届出のみで成立する日本の協議離婚制度は、比較法的にはきわめて特異な制度である。

さらに主要な身分変動のみならず、家族間の権利義務の具体的内容についても、日本民法は、その規定を欠くことにより、あるいは規定する場合でも当事者の協議に内容決定を委ねることによって、内容を規定しない「白地規定」となっている。戦後の改正は、このような明治民法の基本的性格を変更するものではなかった。むしろ男女平等の要請により決定権限を夫に帰すことができないことや諸子平等の要請のため、協議に委ねる領域が増加して、権利義務の具体的内容の「白地規定」性は、改正によってより顕著になった。このような家族法は、家族間の権利義務を定めて権限行使が濫用にわたらないように制限するとともに婚姻や親子という身分関係に従った法的効果を家族に保障する法というよりも、相続という効果を除けば、戸籍の登録基準を定める法と墮してしまいがちであった。

日本国憲法の男女平等規定に従って「家」制度を廃止した改正民法は、当時まだ多くの男女不平等規定をもっていた西欧諸外国の民法よりも、男女平等という点では徹底したものであった。理念的には、大きな転換であったが、これほど男女平等という点で徹底できたのは、西欧民法の内容の多くを、つまり権利義務の内容を実効的に規定して夫や父に権限を委ねると同時にその限界を規制する規定を、日本民法がもともと欠いていたゆえでもあった。そして内容を決定しなければならぬところでは、当事者の協議と裁判所の裁量に委ねた。

日本の離婚手続きは、夫婦間で合意が成立しな

ければ、調停前置主義により調停を経て裁判にいたる。調停は裁判に比べればはるかに安価で利用しやすい手続きではあるが、あくまでも互譲の精神による合意の成立をめざす。そこでは公権力が法に基づいて当事者間に強制的な介入をする契機がない。「家庭裁判所は『福祉的性格』をうた」うが、「それはあくまでも当事者のもつ意欲や能力や資源をもとにして、当事者がそれらを適切に活用できるように、うしろから援助するにとどまるものである。家庭裁判所が先に立って、新たな事実を創造できるものではない」<sup>3)</sup>とされている。つまり弱者が救いを求めたときに、公権力が家庭に介入して弱者を救済するという家族法になっておらず、当事者の自力救済を前提とするのである。

近時の西欧法は、ドメスティック・バイオレンスに対応する立法を積極的に行っているが、日本法から眺めると、それよりはるか以前から、家族を守るために積極的に機能してきたものに見える。扶養請求権については、扶養権利者は弱者であるために、債権者が裁判所に請求する通常の執行手続きとは異なる特別な執行手続きが必要であり、多くの国は行政が立て替え払いをして取り立てを代行する手続きを設けている。また扶養料を懈怠した債務者には、刑事罰を科すことも厭わない伝統がある。新しいドメスティック・バイオレンス対策法も、従来の刑法と民法の家族介入機能を活かして、刑事手続きと民事手続きの迅速な連携をはかる立法である。さらに子の奪い合いにも積極的に介入し、自力救済を封じて、子の引き渡しについても強制執行や刑事罰を用いて実効化をはかってきた。このような外国の家族法のあり方は、日本法と相当に異質なものである。

比較法的に見たときの日本法のこの偏りを、基本的人権の擁護という理念から本来ならば正する力を持つはずである憲法論は、残念ながら日本ではその力を持ってこなかった。つまり戦前の状態への警戒心から、憲法は主に国家権力からの自由の保障の根拠として機能しており、家族内への国家介入については、それを否定する論拠とさえされてきた。しかし形式的な自由と平等は、他人間の関係においては基準となるルールであったとし

でも、家族間の関係には妥当しない。家族内部は、実際には決して平等ではなく、意思すら抑圧する力関係の差があり、当事者の相互依存はきわめて強く、そこから離脱することは容易ではない。家族は、法による弱者の保護がなければ、実質的な平等が保たれないどころか、悲惨な抑圧や収奪も生じうる場所である。

#### 4 日本親権法の特徴

日本民法の親権法は、前述したように、きわめて広範な権限を親権者に認める点と、親権者の親権行使に公的介入をする準備がない点で特徴的である。西欧法では親権者の重要な代理行為にあらかじめ裁判所の許可を要件とするのが一般的であるが、日本法には西欧法にみられるこのような子の保護規定がない。親権者は子の財産を処分できる大きな権限をもつ。また、父と母の共同親権を規定しながら、親権行使に当たって父母が一致しなかった場合の手当がない。そして児童虐待の場合に典型的であるように、親権行使の態様が子の健康な成長を阻害しているときにその親権行使に介入する有効な手当をもたない。

戦後改正によって共同親権行使が立法されたとき、介入方法が議論になった。GHQは、両親の意見の不一致の場合について手当をすべきだと要請したが、日本側の起草委員は、親権が行使できない結果になるが、「それで日本の社会に不都合は生じまい」と答えている。日本人起草委員の発想には、家庭内での合意にすべてを委ね、その合意は事実上、強者が弱者を抑圧して行われるものであったとしても致し方がないとする判断があり、弱者が実際に力をつけて自力救済するまで、法は関知しないという態度がみられる。この態度は、親権法のみならず、離婚法などにおいても顕著で、日本家族法の、西欧諸外国に見られない特色となっている。

その後、国内の学説が提案した改正論は、親権後見統一論や1959年の法制審議会民法部会小委員会における仮決定・留保事項に見られるように、親権という概念そのものを問う視点が主なものであって、親権者同士の意見の不一致や不適切な親

権行使の場合に公権力が介入する手段を親権法に組み入れる提案ではなかった。また学説の議論も、親権の義務性を強調することに主眼が置かれ、権利性を否定する学説すら現れたが、義務性を強調することの結果であるべき公的介入の方法については、あまり議論されなかった。

親権概念については、欧米諸外国には英米法と大陸法の相違のみならず各国法ごとにそれぞれ特色があるが、その相違にかかわらず、各国法は、親権の行使に公権力が介入する必要性を承認し、その手段を実効的に具体化することを親権法の任務としている。すなわち親権は権利であると同時に義務であることは当然のこととされており、親権法の主要な任務は、親権と国家介入の微妙な調整にある。具体的な公的介入方法を考えていない日本法と比較すると、大陸法と英米法の相違や各国法の相違は、共同親権者間の調整や危険な親権行使への介入など、それぞれの場面に着目してみると、それほど違いがないようにも思われる。日本法において公的介入が盛んに論じられるようになるのは、児童虐待が社会問題となってからであった。

共同親権行使における両親の対立には、児童虐待ほどには社会的関心は向けられていないが、こちらも実態は深刻である。公的介入が行われない現行の日本法に対して「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(ハーグ子奪取条約)への批准が国際的に強く迫られている。一般には日本人配偶者が子を連れて日本に帰国してしまう問題だと理解されているが、この背景には大きな問題が横たわっている。共同親権者間のトラブル、とくに両親間の子の奪い合いに対する、日本と外国との制度設計が全体的にまったく異なっているために、欧米諸国間のように当事者を相互に自国内の制度に乗せる約束をするだけではすまない、その体制がそもそも日本国内にないという問題である。つまり家族に対する公的介入について、彼我にはあまりに大きな「常識」の違いがある。前述したように、先進諸国においては、子の奪い合い紛争における自力救済を抑圧するために、両親間の親権行使紛争に強制力をもって介入し、刑事罰も駆使

するが、その前提をもたない日本がこの条約を批准することには困難がある。しかし先進諸国にはこのような日本法の状況は想像がつきにくく、条約への日本の不参加への理解は得られそうにない。そしてこのように実効的な介入のない日本では、子の奪い合い紛争が自力救済に任される結果、監護親が自衛的に他方の親の悪口を聞かせたり、子の行動を制限したり、他方親との面会を正当な理由なく拒絶することが少なくないが、これらは、児童虐待に相当するといえるであろう。

### III 日本法の背景と現状

#### 1 家族法の特徴がもたらしてきたもの

扶養料や離婚給付などの経済的側面の家族の保護と、ドメスティック・バイオレンスや児童虐待という暴力からの家族の保護を比較すると、前者は伝統的な家族法の任務であったが、後者は家族法の比較的新しい課題である。また両者の相違としては、前者には第一義的には民法が対応するが、後者は刑事法や行政法がより前面に出るということはいえるかもしれない。しかし民法の家族法が後者の保護に無縁であるはずはない。日本民法の母法であるドイツ法もフランス法も、児童虐待に対応できるようにすでに改正されて久しい親権法はもとより、男女間のドメスティック・バイオレンスに対応するための民法改正も近年は積極的に行っている。また両者の保護は截然と分かれるわけではなく、経済的暴力がドメスティック・バイオレンスに含まれるように、内容的には重なっている部分がある。また前者の経済的保護が確保されていれば、家庭内の暴力の問題への予防となり、生じた場合の深刻化を相対的に防げるといえる意味でも、両者は相関している。家庭内の暴力は、加害者の個人的なパーソナリティの影響が大きい問題ではあるが、いわば周囲の海温が低ければ氷山が出来やすいように、家庭を取り巻く周囲の条件が弱者にとって厳しいものであった場合に、暴力の問題が生じやすい。妻や子に対する暴力やしつけという口実の体罰が違法な行為であるという認識が社会に共有されることも社会の海温

を上げる効果があるが、それより直接的に当事者に効果があるのは、妻子を困窮のうちに放置することを不可能にする法による保障である。家庭内における暴力は、加害者が被害者をストレス解消の道具とし、被害者を暴力によって支配する問題であるが、当事者間の経済的力関係が、法によって制御されずにむきだしのものとして家庭内で働いたときに、その問題が生じがちである。前者の保護が確実になされるのであれば、つまり生活費や養育費の確実に迅速な執行が保障され、離婚することは経済的な強者に大きな負担がかかることであるという認識が当事者に共有されていれば、夫と妻の経済力の差は相対化されるため、婚姻期間中の平等もより保ちやすくなり、家庭内の支配の構造は緩和される。夫に不当に支配されている妻は、そのストレスから児童虐待の危険性が高まるものであり、またそもそも支配や暴力のある家庭内で生育することが子どもに深刻な悪影響を与える児童虐待である。家庭が社会から孤立して存在するようになって以来、これらの問題とその影響はきわめて深刻なものとなっているが、日本社会の対応は非常に遅れている。その背景には、法が家族をまんべんなく守るべきであるという前提に立たず、その認識の象徴である安上がりな協議離婚制度をもった家族法の特徴と歴史が、少なくとも一つの大きな要因としてあったと思われる。

#### 2 行政と司法の不備

以上に述べてきた、家族に介入しない日本家族法の特徴には、その前提でもあり背景ともなっている行政と司法の不備がある。親権法改正を考えるに当たっても、もっとも障害となるのは、この点である。

日本社会は、家族への公的援助・介入を最小限にとどめ、弱者の生活保障を家族に過度に依存してきた。しかも家族の互助は任意的に行われるものとされ、強制的な扶養料の取り立ては整備されてこなかった。戦後改革によって憲法の生存権保障を理由に公的扶養が強く要求された反面、私的扶養は解消されるべき必要悪と位置づけられて、この場面での伝統的な不備はむしろ積極的に温存

された。その後、高度経済成長を経て、金銭的な給付については最低限度の下支えである生活保護法が制度化されてきたが、日本の社会福祉は、金銭的な給付以外の支援において伝統的に極めて弱体であった。社会福祉のうちでも、家庭内の暴力からの救済措置は、金銭的な給付にとどまらない、より具体的な人手を要する特別な介入支援が必要となる。家庭内の暴力に対抗することは、加害者に対する制約や監督を伴い、被害者を保護するという、すべて具体的な人手のかかる援助である。とりわけ児童虐待への介入は、専門性をもつ人的資源の投入が必要である。虐待の結果として多くの脆弱性を抱えた被虐待児の養育は、マンツーマンでも対応しきれないほど大変な仕事である。これらの行政的支援は、限られた国家予算を重点的に配分すべき領域であるが、伝統がないためにコンセンサスが形成されない。

司法についても、諸外国に比して国民当たりの裁判官数が圧倒的に少ないという構造的なインフラの不備を抱えている。協議離婚制度をはじめとする日本家族法が、家族の自己決定と自助努力をいわば最大限に尊重するものであったのは、この不備も影響した結果であったろう。離婚時の合意が至上とされる結果、弱者の意思決定がいかに虚構であったとしても既成事実として通用することになる。その合意が虚構でないとしても、妥当なものであることは保障されていない。とりわけ親権においては、子の保護のためには離婚時の合意が妥当なものでなければならないが、その合意の妥当性保障のために公的な判断が関与する機会が設けられていない。

親権行使に対する公的介入においては、司法的な関与は、二重の意味で必要とされる。まずなにより、行政権による介入によって親権という重要な権利が制約されるのであるから、それを正当化する司法的な手続きが憲法上も原理的に要請される。私生活への国家介入は、常に危険性をはらむ。また介入現場の実際的な利便性からも、司法介入は有益である。社会福祉のケースワーカーなどによる育児の援助においては、親権の部分的・一時的制限が必要であるが、援助者が制限の判断

者を兼ねていると、親権者の攻撃は援助者に向けられることになって、実務的な困難が大きくなる。司法が制限の判断を担当してくれれば、ケースワーカーは親権者と一緒に親権行使を改善して、制限を撤廃してもらえるように「司法の理解を求める」という態度で援助することができるが、それができない現状では、ケースワーカーが親権者に寄り添う作業に支障を来してしまう。しかし司法的なインフラの不備は、おそらく行政的な援助の貧困以上に簡単に解消されるようなものではない。

### 3 児童福祉法と児童虐待防止法

民法の親権法が児童虐待に対応できないまま、法的には、児童福祉法・児童虐待防止法が親権行使を制限する法的な根拠となってきた。2000年5月、児童虐待の防止等に関する施策を促進することを目的として立法された児童虐待防止法は、児童虐待の定義、児童虐待の禁止、児童虐待の防止に関する国及び地方公共団体の責務並びに児童虐待を受けた児童の保護のための措置等について定めるものであり、児童の福祉に関する総合的基本法である児童福祉法とともに児童虐待の防止のための制度を構成するものである。2004年には児童虐待防止法の一部改正により、児童虐待の定義の見直し、児童虐待の通告義務の範囲の拡大等が行われ、また、児童福祉法の一部改正により、市町村の役割の明確化、要保護児童対策地域協議会の法定化、要保護児童に係る措置に関する司法関与の見直し等が行われた。さらに、2007年には、両法の改正により児童の安全確認等のための立入調査等の強化、保護者に対する面会・通信等の制限の強化、保護者に対する指導に従わない場合の措置の明確化等が立法された<sup>4)</sup>。

これらの単行法による公法的規制は、英米法的な立法であるが、司法が裁判所侮辱罪のような刑事罰に担保される強権をもちつつ柔軟に対応する英米法的前提を欠き、また大陸法の民法や刑法という網羅的な体系法と矛盾するという構造的な課題を抱えている。「親権の壁」との衝突は、必然的にもたらされる構造的なものであったといえるだ

ろう。

比較法的な観点から見たとき、とりわけ司法が関与することなく行政権が強力な親権制限を行うことができる点で、これらの法は特徴的である。一時保護は原則としては2月を超えてはならないとされているが、児童相談所長又は都道府県知事において必要があると認めるときは延長が可能であり、実務においては2月を超えて一時保護が行われることも少なくない。司法の関与なく2月間も親子を引き離せる行政権限は、その点だけをとればあまりに巨大である。さらに一時保護及び同意入所等の場合にも、児童相談所長等において、児童との面会・通信の全部又は一部を制限することができるものとされており（児童虐待防止法第12条第1項）、児童に強引に接近して連れ戻そうとする保護者によって苦悩している現場に必要であると判断されて、接近禁止命令（同法第12条の4）の制度も創設された。比較法的にみると、親権者の子との交流権は親権者に最後まで残る権限であって、諸外国では、ひどい虐待親であっても厳重な監督下で交流が保障され、よほどのことがない限り交流権は奪われず、まして司法の関与なく奪われることは考えにくい。

しかし日本法のこれらの強大な行政権限は、過度に使われるどころか、必要な場合のごく一部分でしか使われていない。現在まで接近禁止命令の発令実績がゼロ件であることが示すように、これらの権限を駆使して児童を守ろうにも、そもそも児童相談所のマンパワーがまったく足りないからである。現状では、親権制限に司法審査を要求すると、そのための書類作成の負担に現場が耐えかねて、児童の必要な保護を断念する可能性のほうが、親権を不当に制限する可能性より、はるかに高いと予想される。

現行法において司法が児童虐待に関与する主な場面は、家庭裁判所が行う施設入所等の措置の承認及び措置の期間の更新の承認（児童福祉法第28条第1項、第2項）、いわゆる28条審判である<sup>5)</sup>。28条審判の裁判においては、家庭裁判所は、激しく対立する児童相談所と親権者の間に立つ中立的な裁定者として、行政権が不当に親権を制限する

ことのないように、膨大な書類審査に基づいて慎重な審議を行い、同意に代わる審判として措置の可否のみを決定する。このような審判のあり方は、機動性をもって行政権と協力して児童の保護にあたる諸外国の司法の態度とは、相当に異なっている<sup>6)</sup>。この背景には、裁判官の人数の圧倒的な不足や行政の人手不足という前述した理由が根本にあり、その結果、裁判所が現場と日常的な交流なく存在しており、28条審判に至る事例は年間ようやく三桁に届くくらいのごく例外的なものにすぎないという事情がある。そして、国家権力からの自由にはごく敏感であっても、国家権力が私人間に介入して人権を守るという点ではきわめて消極的であった、日本の憲法学や刑法学の従来の傾向もまた、その一助となっていたように思われる。

このような司法の従来の態度が著しく変更され、機動的に保護命令を出す体制が可能になるのであれば、司法の関与が望ましいことはいうまでもない。ドメスティック・バイオレンスの保護命令が簡便に出される最近の傾向が、児童虐待でも展開される可能性があるであろうか。成人が保護を求める場合と異なり、児童と親との引き離しを命じることには、司法は、より慎重にならざるを得ないであろう。

## IV 改正の方向

### 1 司法を中心にした対応の可能性

民法体系は、その中で矛盾なく完成された世界を構築することをめざす。日本人の発想に近い東洋法の伝統では、短い単純な言葉で語られる倫理宣言に近い法になりがちで、そのような法は相互に矛盾する内容をはらむため、権力者が恣意的に利用する道具になってしまうリスクが高い。数多くの言葉と概念を駆使して、妥協と共生の秩序を作り上げてきた民法は、少なくとも度し難い人間社会を何とか平和裡に運ぶ知恵と技術をローマ時代から蓄積してきた成果である点で、社会にとって安全なものであることは間違いない。家族の保護も、家族に介入する力を民法にもたせ、救済策



を民法体系と整合的に制度化したときに、自ずから安定的に実行可能なものにすることができるだろう。

そのような民法体系に依拠した親権法の例を、日本親権法の母法であるフランス法に見てみよう。フランス民法は、司法を中心にした親権制限を採用している。児童虐待に対応するのは、育成扶助の*assistance éducative*といわれる親権の部分的制限制度が中心である。育成扶助の判決を受けると、司法の監督下で親権行使をすることとなり、実際にはケースワーカーが週に何度も頻繁に訪れて子の様子を見ながら親の育児を支援・指導する。判事は、ケースワーカーと密に連絡をとって情報を共有しながら、時にはケースワーカーからの電話一本で、臨機応変に必要なに応じて細かい命令、たとえば教育や医療に関する日常の指示から親子分離までを命じる。育成扶助の対象となっている子自身が、自分の担当判事は誰であるかという認識と親しみをもっており、その判事が自分について決定するのだと理解している。このような親権制限下にある子の数は、年間約20万人であり、育成扶助の判決は年間約10万件にのぼる。日本の人口はフランスの約2倍であるから、同じ水準で処理されるとすると、親権制限の判決が年間、約20万件下され、約40万人の親権制限下の子どもたちがいなくてはならないことになる。

そして、それを担当している少年担当判事 *le juge des enfants* は、被虐待児と非行少年は実際には同じ対象であるため、児童虐待と非行少年だけを管轄する。この少年担当判事の人数が、日本の家庭裁判所の全判事数にほぼ等しい。日本の家庭裁判所の判事は少年事件の他にも離婚や後見などの多くの家事事件を管轄しているが、フランスにおいてはそれらは後見判事や家事事件判事などのほかの判事が担当する。そして少年担当判事の活動を支えるケースワーカーたちは、教育士という訓練を受けた国家資格をもつ人々である。児童臨床心理に詳しい教育士という専門家たちが、行政や司法で大勢働いていることによって、少年担当判事は親権者を監督するコントロールが可能になる。

司法をコントロールタワーとするこのような親

権コントロールが、いかに魅力的に見えても、現在の日本で可能であろうとは思われない。日本の家庭裁判所判事が、年間40万件の親権制限判決を下した上で、その監督をし続ける制度設計は現実問題としてはあり得ないであろう。

## 2 行政を中心にした制度設計の可能性

児童福祉法は英米法系の立法であり、行政権が子の保護を設計して実行し、親権制限が必要になる時点で司法の許可を得るしくみとなっている。日本法の制度設計としては、行政の拡充のほうが司法の拡充よりもまだたやすいため、現実的な改善策としては、行政を中心とした児童福祉法・児童虐待防止法を根拠とした改善を模索するしかないと思われる。結果として民法の親権法と児童福祉法などの衝突は残ることになるかもしれないが、両者の関係について民法の体系性と合致した統一的な解釈を確立することによって、衝突を回避すべきであろう。たとえば委託措置がとられている場合について、児童福祉法第47条第2項の施設長・里親等の権限規定を前提に、親権者は施設長等がその権限行使として行う措置に抵触する限度で親権を行うことができないことなどの施設長等の措置が親権者の親権に優先することを明示する枠組みを確立するのである。また立法においても、体系的な配慮が必要であるため法制審議会を経由して改正に時間がかかる民法には、原理的な規定を置き、児童福祉法などの立法を柔軟に行うことで対応するほうが現実的であろう。少なくとも当分の間は、民法の親権法における親権制限と児童福祉法などの親権制限とは、二重構造とならざるを得ない。

民法の親権喪失制度が有効に機能しないために、親権の部分的制限や一時的制限についても立法すべきであるという立法論がある。しかし現在でもすでに児童福祉法や児童虐待防止法によって実質的な部分的ないし一時的親権制限が加えられている。もちろん民法の親権法にもこのような制限規定を設けたほうがよかるが、民法にこのような制限が立法されることによって事態が画期的に変わるわけではない。親権が子の福祉のための

義務であることは民法理論においても確立しているのであるから、「親権の壁」がこれらの法の救済を妨害しないように民法の統一的な解釈を定立すれば、とりあえずは間に合うであろう。むしろ立法的な問題として実際にも重要な課題であり意見が対立する点は、児童福祉法や児童虐待防止法の今後の改正において、どこまで司法のチェックを要請する条文を設けるかどうかである。

### 3 司法と行政の協働の設計

行政権が親権者の意思に反して親権行使に介入する場合に、事前にあるいは事後において、司法のチェックを要請する条文を設けることは、現在の児童福祉行政の現場にとってどのような意味を持つだろうか。たしかに行政権による親権行使への介入は、つねに私生活への過剰介入という危険をはらんでいる。しかし日本の現状では、子どもの人権を守るために必要な介入を怠っている国家の不作為のほうが、はるかに深刻である。司法審査においても、実際には虐待の心理や児童の被害などについて専門的な能力を持った人材が裁判官をサポートしなければならないが、そのような人材を養成して配置するとすれば、むしろ救済現場である児童福祉行政の必要性のほうが圧倒的に高いと思われる。行政権行使の事前審査はあきらめて、親権者による不服申し立てを利用しやすく整備することで、当面はしのぐしかないのではなからうか。

行政が裁判所の許可を得られないと動けないことになると、それが救済活動のボトルネックになってしまうであろう。今でも児童相談所の現場は、親が反対するだけでも手を焼いて消極的になりがちである。例えば、施設に預けるより里親に委託したほうが子にとってははるかに望ましい場合でも、里親に委託すると子が里親になつてしまうかもしれないと危惧する実親が反対すると、劣悪な環境である施設に措置してしまうのが、現在の児童相談所の実情である。まして一時保護にも多量の提出書類を書いて裁判所に赴かねばならないとなれば、現場はさらに消極的になってしまうであろう。将来的には不法行為法によって、そ

のこの国家責任が問われる可能性はあるけれども<sup>7)</sup>。

ドイツ法の手続補佐人 *Verfahrensbeistand* 制度を参考に、日本法においても、子の代弁人制度を設けて子の意見表明権を重視するとともに子の保護をはかるべきだという意見がある。しかしながら日本の現状を前提にすると、この立法提案にも積極的になれない。意見表明権の尊重が、もし両親間の子の奪い合いで子に両親を選ばせることになってしまえば、その選択を迫ること自体が残酷な精神的虐待である。そうではなく子の状況を裁判手続きに反映する手段として提案するのだとすると、この制度によって家裁調査官制度の調査を凌駕する画期的な効果もたらされるであろうか。

決定的問題は、子の真のニーズを聞き取る能力のある者が担当できるかどうかである。児童心理を熟知して子の希望を聴取するノウハウを体得しており、偏見から自由であって、精神病理や人格障害、家庭内暴力のメカニズム等を知る専門家ではなくてはならない。子の代弁人を設ける提案は、この条件がないと子の福祉にならない。たとえば暴力にさらされてきた当事者や子とその支配もたらしたゆがみから精神的な健康を回復しておらず、いわゆるエンパワメントされていないままの状態ですべてサポートなく意見聴取される危険は大きい。そしてこの能力を身につけるには、相当の教育訓練期間が必要であり、素人の弁護士が講習を受けたくらいでは到底足りない。

いずれにせよ、行政においても司法においても、このような専門家が大量に必要である。子の保護に携わる体制がなにより必要である。子の意見聴取手続きが、親権をめぐる紛争解決手続きにおいてプロフェッショナルな第三者が子自身の状況を確認することを意味するのであれば、それはもちろん望ましい改正であろう。しかし専門家を公金で雇って配置するとしたら、司法手続きにおけるよりも行政の現場のほうが必要性は高い。また司法的インフラの不備のもと、協議離婚制度を維持することを前提にしたとき、その全体を改正する制度設計の中でなければ、司法手続きに子の代弁人制

度を組み込むのは難しいものと思われる。すべては総合的に関連しているからである。

条文の文言を一部改めることによって解決することのできない問題が家族法には非常に多い。もちろん文言の観念的象徴的効果が大きい場合もある。たとえば親権者の懲戒権が教育権に含まれるものとして条文から削除され、体罰禁止も謳われたら、その改正は望ましい効果があると思われるが、国会でコンセンサスが得られるかどうかは心許ない。しかし観念的な効果ではなく、真に実質的な機能を果たし具体的な効果をもたらす改正は、背景に人手と費用のかかる実行体制を必要とする。単に観念的に、親権者に対して児童の権利を対抗させれば解決できるものではない。親権喪失や制限の申立権を子に認めるべきだという議論は、その実際の機能について十分に考えられたものであるのか、疑問なしとしない。

西欧諸外国と比較すると、この領域における日本の遅れは著しく、さながら荒涼たる砂漠のように思われる。もとより今後は司法の協力も必要であるが、インフラの不備や司法の現状を無視して司法関与を要求することは、砂漠に信号機だけを設置するようなものであろう。まずは児童の救済に当たる現場の専門家の人手を増やすことによって、砂漠に井戸を掘り、道を造らなくてはならない。もともと日本の伝統になかった制度を想像することは難しく、国民の「ニーズ」として要求する声も上がりにくいが、育児環境の変化と困難は先進諸国に共通のものであり、比較法的な視点から日本の限界と特徴を見通して設計された、プリンシプルを持った政策が望まれる。日本は孤立した家族にあまりに多くの負荷を担わせすぎてきた。今後はあらゆる場面で社会が育児を見守り、日本を子どもに優しい社会に変えていくことが求められているように思う。

## 注

- 1) 後掲・吉田彩2008。
- 2) 離婚後の両親間の子の監護について定める民法766条を利用して、里親や祖父母などの第三者に監護権を認める解釈は、否定する高裁判例が続いている。第三者に監護権を認めた方が当該

事案の解決としては妥当な結論を導くものであろうが、公的なサポートなく親権者と対立して子を守る役割を私人に直接的に託す解釈論であることを考えると、将来的な問題の解決としては賛成できない。児童相談所が介入して子を守るべきであろう。

- 3) 佐竹洋人1984「怨念アプローチと鎮魂アプローチ」『家調協雑誌』14号, p. 73。同じく家裁調査官の執筆による飯田邦男2008, p. 122が、「佐竹氏の指摘するところは、家事事件を担当していると、まさに実感である」として引用する。
- 4) 改正の経緯について、後掲・馳浩2008参照。
- 5) 司法介入の機会としては、28条審判のほか、①民法の定める親権喪失宣告（民法第834条）等（家庭裁判所）、②一時保護（児童福祉法第33条）、施設入所等の措置（同法第27条第1項第3号）、面会通信制限（児童虐待防止法第12条）、接近禁止命令（同法第12条の4）等の行政処分に係る行政訴訟（地方裁判所）、③臨検捜索許可状の発付（児童虐待防止法第9条の3）（地方裁判所・家庭裁判所・簡易裁判所）がある。
- 6) 中立的な裁定という古典的な裁判から後見的・調整的・形成的な裁判への変容について、ドゥニ・サラス、山元一2006「民主主義における裁判官の役割（講演）」『法学』70巻1号参照。
- 7) 社会福祉法人が運営する養護施設で児童が他の児童によって暴行されて重傷を負い、被害者が法人やその被用者に監督すべき義務を怠ったことを理由に賠償責任を求めたケースで、最高裁判平成19年1月25日判決民集61巻1号1頁は、国または地方公共団体が国家賠償法に基づく損害賠償責任を負うときは被用者個人も使用者の法人も賠償責任を負わないと判示した。児童相談所は、通報される虐待ケースに対応しきれない状態であり、多くの子どもたちは虐待される家庭の中に放棄されているが、そのことの国家責任は問われない。しかしもし児童相談所に通報があったにもかかわらず、人手不足で対応できないうちに児童に人身被害があったら、国家賠償が認められることになる可能性はあろう。

## 参考文献

- 水野紀子(1998)「比較法的にみた現在の日本民法一家族法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年』有斐閣
- 細谷泰暢(2002)「フランスにおける離婚訴訟の審理について」『家裁月報』54巻5号
- 2003年5月30日日本弁護士連合会「児童虐待防止法制における子どもの人権保障と法的介入に関する意見書」
- 床谷文雄ほか(2004)「〈特集〉ドメスティック・バイオレンスと法」民商法雑誌129巻4・5号

飯田邦男 (2005) 『虐待親への接近－家裁調査官の目と技法－』民事法研究会  
水野紀子 (2006) 「家族」北村一郎編『フランス民法典の200年』有斐閣  
友田明美, マーチン・H. タイチャー (2006) 『いやされない傷—児童虐待と傷ついていく脳』診断と治療社  
中村恵ほか (2007) 「〈特集〉親権の比較法的研究」民商法雑誌136巻4号5号  
古橋エツ子編 (2007) 『家族の変容と暴力の国際比較』明石書店  
岩井宜子編 (2008) 『ファミリー・バイオレンス』

尚学社

吉田彩 (2008) 「医療ネグレクト事案における親権者の職務執行停止・職務代行者選任の保全処分に関する裁判例の分析」『家裁月報』60巻7号  
馳浩 (2008) 『ねじれ国会方程式・児童虐待防止法改正の舞台裏』北國新聞社  
水野紀子 (2008) 「家族法の弱者保護機能について」鈴木禄弥先生追悼・太田知行・荒川重勝・生熊長幸編『民事法学への挑戦と新たな構築』創文社  
\_\_\_\_\_ (2009) 「特集・家族法改正 親権法」ジュリスト1384号  
(みずの・のりこ 東北大学教授)