慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	刑事規制の限界に関する一考察 : 子どもの人権保障の視点から
Sub Title	A Study on the Limit of Criminal Sanction -From the Viewpoint of Human Right Protection for Children
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.11 (1986. 11) ,p.1- 38
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861128-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑事規制の限界に関する一考察

——子どもの人権保障の視点から——

中谷瑾子

一　はじめに
二　子どもの生命の保護と刑事規制の限界
三　子どもの身体の保護と刑事規制の限界
四　「性」行為に関する刑事制裁と子どもの人権
五　おわりに

まえがき

筆者は、最近、ジュリスト増刊総合特集四三号『子どもの人権』（一九八六年六月）に、「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」というテーマで執筆する機会を得た。しかし、特集号の性質上、紙幅の関係から、内容的にかなり省略せざるを得なかったし、また、校正の段階になってから入手し得た資料などもあって、積み残した部分が多かった。そこで、今回、ジュリスト編集部の諒解を得て、比較的紙幅の広い本誌に本稿を掲載して貰うことにした。従って、前記拙稿とオーバー・ラップする箇所も少なくないことを予めお断りし、御寛恕を得たい。

一　はじめに

古来、東洋の法制においては「法三章」をもって尊しとなす習慣があったが、現代でも、とくに刑事規制に関しては同じく、必要最小限にとどめるべきであることに異論はないであろう。何となれば、一般の理解に従えば、「刑罰」は、実質的には人権侵害的な内容をもつものであり、それ故に、それはウルティマ・ラチオ（*ultima ratio*　最後の手段）であるからである。

刑事規制の限界を子どもの人権保障の観点から論じようとするとき、子ども自身に向けられた刑事規制（広く保護処分を含む）の当否とその刑事制裁実現の過程における人権保障のあり方が検討されなければならないのはもとより、子どもの人権を侵害する成人の行為（さらには広くいわゆる有害環境）に対する刑事規制による「間接的」な子どもの保護（人権保障）のあり方も十分検討されなければならない。

本稿は、右の両面から問題を論じようとするものであるが、これら広汎な問題のすべてについて詳論することは、却って焦点を拡散し、混乱を生じる惧れがないでもないので、ここでは、子どもの生命の芽生えから誕生、生育の過程に応じて、生命、身体、自由の保護に関して、法解釈上も社会的にも問題となっている諸論点のうち、とくに重要と思われる問題に限定して、保護の客体としての子どもに対する法的・福祉的視座から見た援助と規制のあり方と子どもの主体的立場から見た子どもの人権保障のあり方について検討を加え、現行法制上の問題点、とりわけ法的介入の要否、過不足につき、子どものより一層厚い保護と、同時に、その主体的人権保障重視の立場から検討したい。

二　子どもの生命の保護と刑事規制の限界

――生命科学の進歩と新たな刑事規制の要否――

1　胎児は「子ども」か

数ある「人権」の中で、最高の法益が「生命」であることに疑はない。「おとな」であれ、「子ども」であれ、同一である。民法は、「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」（民一条ノ三）と規定しているので、子どもの生命は、原則として出生後に保護の対象となるのであって、胎児は、出生後の「子ども」と同一視されているわけではない。しかし、胎児と雖も全く保護の対象外にあるわけではなく、民法上、損害賠償の請求権と相続については、既に生まれたものと看做され（民七二一条、八八六条）、また優生保護法の許容範囲をこえた堕胎については、堕胎罪が成立するものとして、その生命が保護されているのである。さらに眼を外に転じれば、西ドイツでは、人間の尊厳（基本法一条一項）、個人の生命、身体の不可侵権（基本法二条二項一文）の保障は、胎児に及ぶと考えられている。そうなると、かりに妊娠初期であっても、無条件で妊娠を中絶することは、胎児の侵害として許されなくなる。[1] もっと徹底したのは、一九八三年のアイルランド第八次憲法改正法であって、「国は、胎児の生命に関する権利を認め、母親の生命に関する同等の権利を尊重しつつ、胎児の権利を法律において尊重し、法律によって可能な限り保護し擁護することを保障する」という第四〇条新三項を追加規定したのがそれである。[2] このような考え方に真っ向から対立するのが、一九七〇年代の妊娠中絶立法例に支配的だったいわゆる「期限（期間）規定」モデルである。[3] 立法ではないが、米国の連邦最高裁判所の一九七三年一月二二日の判決（Roe v. Wade, 410 U. S. 113, Doe v. Bolton, 410 U. S. 179）もこの立場を明確に宣言したものといえる。この判例についてはすでに多数の紹介があるので、[4] 今更ここで詳細に取り上げる必要はないが、要するに婦人の堕胎決定権は、憲法上保障されているプライバシーの権利に包摂されるものであり、妊娠初期第1三半

期の終りまでのステージでは、堕胎決定およびその実現は、妊婦の主治医の医学的判断に委ねられなければならず、その後、胎児が生存可能となるまでのステージ（おおむね第2三半期）では、母体の健康を保護するという利益を促進するために、州は、母体の健康に合理的な関係のある方法で、堕胎規制を行うことができる。最後に、胎児が生存可能となった妊娠最終段階では、潜在的な人間の生命を保護するという利益を守るために、州は、適切な医学的判断において、堕胎が母体の生命または健康を保護するために必要である場合を除いて、堕胎を禁止することもできるというものであった。それはまた、憲法に規定された「人」という語は、未出生の者 unborn を包摂してはいないし、「未出生の者は、法律上、完全な意味で人として認められたことは、かつてなかった」という判断を含むものでもあった。英・米では、伝統的に不法行為法上、出生前（胎児）の侵害に対する損害賠償を否定して来たこと、比較的最近になって、英国では Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (1976 c. 28) によって、未出生児の保護を画期的に拡大し[5]、米国でもほとんどの州で、侵害の時に胎児が生存可能または胎動後であったことを条件とはするが、損害賠償が認められるようになったという[6]。一九七〇年代後半以降の、胎生期の状態に関する研究の驚異的ともいえる進歩は、胎児に対するより厚い法的保護を要請するものといえる。その意味で、西ドイツで一般に考えられているように、受胎から出生までの胎児は、「生成中の生命 „werdendes Leben"」であり、「子ども」ではないが、子どもに準じるものとして一定の法的保護が与えられるべきものと考えられる。

右のように胎児の生命も保護の程度に差こそあれ、母親とは独立の保護客体と考えると、石井講師[7]のように堕胎権を婦人の家族形成権の一種として完全にプロ・チョイスの立場を主張することは、困難になる。同時に、胎生期の成育過程が明らかになればなるほど、その期間の胎児に対する侵害行為だけ[8]ではなく、胎児治療行為の適否も法的責任の対象となるものと思われる[9]。

（1）西ドイツ連邦憲法裁判所の一九七五年二月二五日の判決（一九七四年六月一八日の第五次刑法改正法による期間規定を違

憲とした）についてはBVerfGE 39 1, 39 ff. 宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪規定違憲判決について」ジュリスト五八七号（一九七四）参照。また一九七四年の第五次刑法改正法（期間規定モデル）から一九七六年の第一五次刑法変更（一部改正）法（適応規定モデル）への立法経緯に関しては、中谷「妊娠中絶に対する法的規制の在り方—とくに西ドイツにおける法改正をめぐる諸見解を参考にして」ジュリスト六七八号（一九七〇）三八頁以下（のちに補論つきで日本医事法学会編『医事法学叢書五巻医療と生命』〔一九八六〕一〇九頁以下所収）および中谷「訳者あとがき」ユルゲン・バウマン編著、中谷＝人見（宏）訳『堕胎是か非か—西ドイツ中絶自由化をめぐる論争』（一九七七）三五六頁参照。

(2) この法律については、斎藤憲司「アイルランドの憲法と宗教—一九八三年の第八次憲法改正による「胎児の権利」条項の新設をめぐって—（上）（下）」レファレンス四〇三号（一九八四）五七頁以下、四〇四号六八頁以下とくに（下）（レファレンス四〇四号）八一頁以下参照。

(3) 妊娠初期の一定期間は、中絶の適応の存否を問わず、原則として妊婦の希望次第とする期限（または期間）規定モデルFristenmodellは、胎児の生命の保護（プロ・ライフ）よりは、妊婦の産むか産まないかの自己決定権を優先させるもの（プロ・チョイス）といってよいが、その根元的な考え方は、ソ連のレーニンの考え方に繋がるといってよい。ソ連の一九二〇年の堕胎自由化法は、より徹底して、期間を定めず、妊婦の希望次第で公的病院における医師の手術を認めるものであった（但し妊娠一〇週を経過した後は、手術を求められた医師に拒否する自由を認めてはいるが——）。従ってこれと同趣旨の一九五五年のソ連の妊娠中絶再自由化法は、東欧諸国に大きな影響を与えた。しかし一九六〇年代までの自由主義諸国の堕胎処罰緩和立法は、スカンジナビア諸国をはじめ、米国諸州の改正法、英国人工妊娠中絶法（Abortion Act 1967）に至るまで、一定の中絶適応の要件を具備した場合（医学的、優生学的、倫理的、さらには社会的諸適応）にのみ中絶を適法化するものであったのに対し、一九七〇年代の立法としては、一九七二年の東ドイツ妊娠中絶法はもとより、西側諸国の立法、例えば一九七三年のデンマーク刑法、一九七五年のスウェーデン妊娠中絶法、オーストリア新刑法（一九七五年一月一日施行）九七条、フランスの妊娠中絶法（いわゆるヴェイユ法。五年間の暫定施行期間を経て、一九七九年一二月三一日法律一二〇四号により永久法となった）、一九七八年のイタリア妊娠中絶法など、その規定方法の詳細にわたっては、ニュアンスの差はあるものの、いずれも妊娠初期の一定期間（前掲記載順に一二週、一〇週、一八週、三ヵ月、一〇週、九〇日）は、中絶適応の存否を問わず、妊婦の希望次第（ナッツクヴェスト）とするものであった。このような世界の立法動向の中で、一旦期間規定を公布したのち、これを違憲として結局適応規定モデルを採用した西ドイツの立法経緯が注目されたのである。中谷・前掲注（1）『医事法学叢書五巻』参照。な

お、米国のロウ判決と比較検討したものとして K. Kommers, Abortion and Constitution, 25 Am. J. Comparative, L. 255 (1977) も参照。

(4) 前注（1）参照。

(5) このイギリスの立法については、関弥一郎「イギリスにおける『胎児侵害』責任立法—とくに Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 について」横浜国大人文紀要第一類哲学・社会科学一三輯（一九七七）二三頁以下および同「不法行為法における『胎児の被害法益』—わが国および英米諸国の問題状況概観(1)」前掲横浜国大人文紀要一頁以下、中谷「生命の発生と刑法」『現代刑罰法大系三巻個人生活と刑罰』（一九八二）三頁以下とくに八頁以下、一一頁注（17）参照。

(6) 石井美智子「堕胎問題の家族法的分析—家族形成権の概念を基礎として—（一）」社会科学研究三五巻四号（一九八三）一五〇～一五三頁参照。

(7) 石井・前掲論文（一）九七頁以下および「同（二）」社会科学研究三六巻五号（一九八五）六一頁以下は、憲法上女性に保障されたプライバシー権として堕胎決定権を認めた米国連邦最高裁のロウ判決を評価しながら、それではなお不十分として、婦人の幸福追求権の一環を成す家族形成権（社会権）として「堕胎権」を基礎づけようと試みている。本論攷は大変な労作であり、そこに示された堕胎法案は、建設的な示唆に富むものとして評価されるが、基本的に、論者の「社会権」に対する理解には疑問があり、その社会権としての家族形成権が「家族法」の中で考えられるのも、「家族」の中で「婦人」にだけ認められることにも説得力に欠けるものがあるように筆者には思われる。

(8) その一例としての胎児性水俣病に対する業務上過失致死傷罪の成否については肯定・否定両立場から多数の論説が発表されている。その主なものについては、中谷「胎児に対する加害と過失傷害罪の成否—肯定説といわゆる罪刑法定主義の感覚—」法学研究五三巻一二号（一九八〇）九四～九五頁注（2）参照。なお最新の論攷として、土本武司「胎児傷害」判例タイムズ六一二号（一九八六）二頁以下も参照。熊本水俣病事件に対する最高裁判決も一九八六年中には出るものと予測されている。その他、人工妊娠中絶、とりわけセレクティブ・アボーションも大きな問題であるが、後（二—2）に詳論する。

(9) 現在では、血液不正合の場合の胎児の血液交換や胎児の手術なども可能となっている。

2　セレクティブ・アボーション（質的・量的）の問題

子ども（人）の延長線上、人に準じて保護されるべき客体として胎児を考えるとき、何といっても問題となるのは、人工妊娠中絶の是非であるが、その是非、許容範囲に関する一般論については、筆者はすでに繰り返し論及したので[10]、ここでは、最近、とくに論議の多い *selective abortion*（選択的妊娠中絶）の問題にのみ論及することとする。

母体の生命・身体に対する危険を回避するための緊急避難的妊娠中絶を除く大多数の中絶は、本質的に、妊婦の任意の（＝自己決定権に基づく）選択的中絶ともいえるが、ここでいうセレクティブ・アボーションは、より限定的な、量と質を基準とした選択の場合に限る。

これがとくに論じられるようになったのは、何といっても、羊水穿刺をはじめ、各種出生前診断法が発達、普及した結果、ダウン症候群などの染色体異常、代謝異常その他の先天性異常、多胎妊娠などの早期発見・診断が可能となり、その診断をふまえて、障害児を中絶したり、多胎児のうち一部を中絶する減数手術を行ったりすることができるようになったからである。とくにその具体的事例がショッキングなものであるため、社会の関心を集めるようになったのである。

すでに一九六〇年代の中頃カリフォルニアで風疹が流行し、その影響を蒙ったと思われる胎児を中絶した行為が堕胎罪を成立させるかが問題となったのが、米国における堕胎罪処罰緩和にインパクトを与えたといってよい。また先天性風疹症候群の誕生をめぐっては、米国でも西ドイツでもいわゆる損害賠償責任が認められ[11]、わが国でも理由こそ医師の説明義務違反としてではあるが、医師に損害賠償（慰謝料）責任を認めている[12]。この場合は、障害児の中絶をむしろ正当化するのが前提となっている（これを中絶適応とするのがいわゆる「胎児条項」である）。わが優生保護法一四条一項には、他の多くの立法例に見るような胎児条項はない。昭和四七年から四九年にかけて（第六八国会から七二国会にかけて）、厚生省では優生保護法一四条一項四号から「経済的理由」の文言を削除し、新たに胎児条項を追加する

などの改正案を上提したが、強い反対にあって、結局実現しなかった。[13] 爾来、わが国では、胎児条項という諸外国の立法では当然正当化される条項も、[14] 障害者差別、弱者切り捨て論として反対が強く、立法化の見込みは全くない。従って、優生保護法一四条一項をまともに解釈する限り、先天性風疹症候群児を産まないで済ます（中絶する）に十分なだけの説明義務を尽さなかったという理由で慰謝料賠償の責任を認めることは、表むきの解釈としては、論理矛盾といわなければならない。しかし、現実には同法一四条一項四号の拡大解釈……障害の子が生まれると養育のために物質的・経済的・身体的負担が重く、結局母親の健康を害するおそれがある……によってこの条項を適用しているのである。前掲判決は、この現実をふまえたものであるから、医療サイドで、胎児条項がないのに、この場合に中絶をすすめるようなアドバイスはできない。従って、医師に法的責任を認めるのは不当だというのは、形式論理かもしれない。しかし、裁判所が、実定法上正式に許容していない行為を、司法判断として積極的に是認されているものとしていることには疑問が残らないわけではない。「生命」という至高、最重要の法益（人権）の保護といっても、胎生期と出生後では、明らかに軽重の差があるものと認めることは、前記アイルランド憲法第八次改正法四〇条新三項のような規定がある場合を除き、各国立法例の示すとおりで、わが国でも基本的にその立場をとることは、殺人罪の法定刑（死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役）と堕胎罪のそれ（妊婦本人は一年以下、第三者による同意堕胎は二年以下、業務上堕胎致死で六月以上七年以下、最も重い不同意堕胎致死でさえ傷害致死と同じく二年以上の有期懲役にとどまる）とを比較すれば、明らかである。先天異常の素質をもつ胎児の中絶を許容し（胎児条項）、出生前診断で未然にその出生を阻止すべきであったのに、これを怠って障害児が生まれた場合は、ロングフル・ライフ訴訟を提起するなどは、いずれにせよ生命の「質」が問われていることを意味するもの[15]と解される。そしてこの点では、出生直後のいわゆる「早期安楽死」、「死なせる権利」にもつながるのであり、まさに生命倫理が問われると同時に、刑事規制の要否・限界が問われることにもなる。

(10) 前注（1）に引用の論文のほか、古い順に「堕胎罪処罰の限界—道徳と法における選択の論理、外国の立法例を中心として」犯罪と非行一九号（一九七四）三八頁以下、「これからの優生保護法に望まれるもの・法理論の立場から」日本医師会雑誌八八巻三号（一九八二）二八七頁以下、「妊娠中絶に対する法的規制の限界」『性と法律』現代性教育研究一九八三年六月号五八頁以下、「中絶・堕胎罪のとらえ方」『女の人権と性—わたしたちの選択』（一九八四）二八頁以下、「優生保護法と堕胎罪おんなの自立と妊娠・出産調節　あるべき法規制を求めて」法セミ増刊総合特集シリーズ30『女性そして男性』（一九八五）一七三頁以下、「医療行為の限界」ジュリスト八五二号（一九八六）二〇頁以下とくに二二～二三頁、K. Nakatani, The Status of Abortionin Japan and Some Issues, Keio Law Review, No. 5, 1985, pp. 11-29 など。

(11) 先天性風疹症候群児出産をめぐる訴訟は、アメリカでは一九六七年の Gleitman v. Cosgrove (rubella case) 22, 227 A. 20, 689, 711 (New Jersey 1967) ほか。なお、「ロングフル・ライフ Wrongful Life」という西ドイツでもそのまま借用されている表現が最初に用いられたのは一九六三年のイリノイ控訴審裁判所判決であったという。Zepeda v. Zepeda, 190 N. E. 2d 849 (1963). 西ドイツでは一九八三年一月一八日の連邦裁判所の判決がある。後者の事例ではすべての審級で両親（とくに母親）に対する慰謝料・損害賠償は認めたが、子の請求は却下した。いわゆるロングフル・ライフ訴訟といえる。アメリカのケースについては保木本一郎「遺伝子工学の法的統制論序説—憲法学的アクセス—」『公法の課題』（田中二郎先生追悼論文集）（一九八五）四八五頁以下、西ドイツのケースについては、vgl. OLG München NJW 1981, 2012（第二審）および BGHZ 86, 240（判例集における本件の見出しが „Nicht ermöglichte Abtreibung (wrongful life)" と明示されていることも注目を惹く）。なお、Arztrecht, 6/1983, 153 ff. さらに、ハンス＝レオ・ヴァイヤース（能見善久訳）「医療過誤責任の基本問題」ジュリスト八一九号（一九八四）一三二頁以下も参照。ちなみに、西ドイツのケースは、一九七七年二月二四日生まれの子に関するものであるが、西ドイツでは、一九七六年六月二一日より、胎児の障害を理由とする中絶が認められたこと（西独刑法二一八条a二項一号＝胎児条項）も考慮する必要がある。その他、石井「治療としてのリプロダクション——人工授精・体外受精の法的問題」ジュリスト増刊総合特集『日本の医療——これから』（一九八六）一九八頁以下、も参照。

(12) 東京地判昭和五四年九月一八日判例時報九四五号六五頁（慰謝料総額六六〇万円）、東京地判昭和五八年七月二二日判例タイムズ五〇七号二四六頁（慰謝料総額三三〇万円）参照。

(13) この改正案は、第一に優生保護法一四条一項四号中「身体的又は経済的理由により」を削り、母体の「健康」を「精神又は身体の健康」に改めて同号を「妊婦の継続又は分娩が母体の精神又は身体の健康を著しく害するおそれのあるもの」とし、

現行五号を六号として、前記四号改正規定を新五号とし、第二に、同項三号の次に新四号として「その胎児が重度の精神又は身体の障害の原因となる疾病又は欠陥を有しているおそれが著しいと認められるもの」といういわゆる胎児側適応（胎児条項）を追加し、第三に優生保護相談所の業務を規定している二〇条に「適正な年齢において初回分娩が行われるようにするための助言及び指導その他妊娠及び分娩に関する助言及び指導並びに」を加える、というものであった。この改正案の提案から廃案に至る経緯については、中谷・前掲注（10）引用の「優生保護法と堕胎罪・」および石井「優生保護法による堕胎合法化の問題点」社会科学研究三四巻四号（一九八二）一一三頁以下、とくに一五七頁以下参照。

(14) もっとも、ルドルフ・シュミットは、胎児条項の正当性を疑問視する。後述3—(2)参照。

(15) 生命の「質」を問うことができるかについては、次項（二—3）で取り扱う。

3 重症障害新生児を「死なせる権利」、「早期安楽死 Früheuthanasie」と子どもの人権

(1) 医学がまだこれほど進歩する以前は、重症の障害児は、出生しても、やがて間もなく死ぬべき運命にあった。ところが、未熟児哺育その他小児科治療法が急速に進歩するにつれて、重度の障害をもって生まれた新生児でも、治療によって、相当長期間生き長らえさせることができるようになった。[16] しかし、重度の障害をもち、苛酷とも思われる治療法を駆使しても生き長らえさせることが、その子ども本人にとっても、両親にとっても最善、至福であるかどうかは、一概に答えの出せる問題ではない。そこで、その重症障害新生児が、一定の要件を充たすときは、可能な特段の濃厚治療はあえて行わないで、死ぬにまかせる（「死なせる」）ことが許されるかどうかが大きな問題となる。医療においては、古来、いわゆる「ヒポクラテスの誓い」[17]に従い、延命こそが医の倫理とされて来た。しかし、現代医学の発達は、治療の可能性、蘇生可能の範囲を著しく拡げ、なお拡げつつある。その結果、本人も家族も希望する限度をこえて、むりやり生き長らえさせられかねない場合さえ考えられるようになった。そのような状況下でいわゆる「尊厳死」が主張され、一九七六年のカリフォルニア自然死法 Natural Death Act を嚆矢とする一連の立法が誕生するに至ったのである。[18]

重症障害新生児について、延命のため可能なあらゆる治療、処置をとるべきか、むしろ死ぬにまかせるか、安楽死を認めるか、といった問題は、今にはじまる問題ではない。しかし、前述のように、医療が今ほど治療の可能性を拡げる前は、それ程大きな問題ではなく、いわば阿吽の呼吸で産室内で処理されて来たといえる。しかし、一九七〇年代に医療技術と医療機器のめざましい発達により、この問題は新しい局面を迎えた。最近わが国でも社会的に強いショックを受けた、米国のインファント・ドウ事件(一九八二年、後述)とベビイ・ジェイン・ドウ事件(一九八三年、後述)は余りにも有名であるが、実は、一九七一年のホプキンス事件、一九七四年のベビー・ホール(Baby Houl)事件をはじめ、多数のケースが報告されている。[19] しかし何といっても、司法・立法・行政の対応まで発展するきっかけを与えた最近の前掲二つのドウ事件が最も重要と思われる。これらの事件については、すでに上原正夫氏によるタイムリーな速報、[20] 丸山英二助教授による詳細な紹介[21]があるので、これを参照されたい。とはいえ、本稿の読者の便宜のため、以下に概要のみ紹介しておくこととする。

a、インファント・ドウ事件　いわゆる「死なせる(または死ぬにまかせる)権利」論議の発端となったのは、このケースであった。

この子は、一九八二年四月九日、インディアナ州ブルーミントン市のブルーミントン病院で生まれたが、ダウン症候群の染色体異常児であるうえ、気管食道瘻を併発する食道閉鎖症[22]を有する重症障害児であることが判明した。この子に対する処置として、気管食道瘻を矯正する手術を受けさせる為に別の病院に即座に転院させる(小児科医の主張)か、ブルーミントン病院にそのまま置いて、ただ当面の苦痛の除去のための手当を施すだけで死ぬにまかせる(産科医の提案)かの選択が迫られた。ドウの両親は、ドウには受容できる最低限の生命の質が存在しないと感じて、出産の翌日、産科医の勧める治療方針に従うとの決断をして、治療、水分、栄養を差し控える趣旨の同意書に署名し、ドウは生後七日目に死亡したというのである。本件については、ドウに治療を与えるために種々の申立や上訴が行われ

（医師や州職員による）、マスコミもこれを大きくとり上げ、社会的に大問題となったが、結局、裁判所は、ドウの両親には子供のために適切な治療方法を決定する権利があることを認めた。

b、ベビー・ジェイン・ドウ事件　右のドウ事件より一年半後の一九八三年一〇月、ニューヨーク州でいわゆるジェイン・ドウ事件 Baby Jane Doe Case がおきた（前掲注15参照）。このケースでも、この子の両親は、延命のための二分脊椎と水頭症の矯正手術に同意することを拒み、「その代りに十分な栄養、抗生物質の投与、露出した脊髄嚢瘤の被覆よりなる『保存的（conservative）』治療を行うことを選んだ」[23]のであるが、この両親の措置に反対した「生きる権利（Birthright）」を主張するバーモント州のウォッシュバーン弁護士が、この子のための訴訟後見人の任命と、大学病院に矯正手術を命じるよう求める訴えをニューヨーク州の事実審裁判所に提起したことにはじまって、州および連邦の裁判所にいくつもの訴訟が提起され、すべての審級の裁判所で審理が行われたが、結局、連邦最高裁は、病院に対して矯正手術を命ずることを求める請求を却下したというのである。

右の二つのドウ事件を通じて、とくに注目されるのは、この問題に関する米国の司法・立法・行政の対応である（詳細は、前掲丸山論文を参照されたい）。いかに重症の障害児といえども、原則的に救命措置がとられるべきこと、その担保のために、警告の貼り紙掲示義務を含む「暫定的終局規則 interim final rule」を作り、更に、結局は、そのような子の生死を決定する権限は両親にあるという司法判断をふまえ、一定の要件を具備する場合にはそのような子を「死ぬにまかせる（＝死なせる）権利」を認める社会保健福祉省の「終局規則」を公表し、注目を集めた（一九八五年四月一五日）。これは、一九八四年の児童虐待改正法（Child Abuse Amendments of 1984）に関連する。この改正法では、児童の虐待・放置の予防・矯正のための連邦の補助金の交付を受けるための条件として、医療上の放置の通報に対応するための手続または綱領のいずれか、または、双方を、州の児童保護サービス制度の中に置くことを要求しているのであるが、その中に「障害児に対する治療の差控えの防止」も含まれている。しかし、治療に当る医師の合理的な

医学的判断において、a、乳児が慢性的かつ不可逆的な昏睡状態にあるとき、b、治療が、(i)死の過程を長びかせるに過ぎないとき、(ii)乳児の生命を脅かす症状すべてを改善または矯正するために効果的でないとき、(iii)その他の点で乳児の生存に関して事実上無益であるとき、c、治療が、乳児の生存に関して事実上無益であり、かつ、その治療自体が非人道的であるとき、のいずれかに該当する場合には、(適切な栄養、水分、薬剤の補給・投与はなされなければならないが)治療を与えなくても「医学的に適応とされる治療の差控え」には含まれない、とされている。この法律の規定する「医療上の放置の通報に対応するための手続・綱領」の要件の実施のための規則を「提案規則」として公告し、一般の意見を公募したのち、発表されたのがここにいう「終局規則」というわけである。

右のほか、ごく少数の州ではあるが、州制定法において、子の死を惹起させ、またはこれを容認する意図をもって、生きて生まれた乳児から食料、栄養、水、酸素を奪うこと、子の救命に必要な治療および手術を故意に否定することを禁ずるなど、重症障害新生児の保護のための法律をつくった州もある。たとえば、一九八二年九月のルイジアナ州法(La. Rev. Stat. Ann. §§ 40: 1299. 36. 1-3 (West, Supp. 1984))は、右のような規定をし、とくに子の「生命の質」の考慮を禁ずるものであった。[24] しかし、未熟児哺育、(重症)新生児治療の進歩は、皮肉にも延命の要否の判断に際して生命の「質」を考える機会を提供することになったといってよい。ファイナル・ルールはそのような事態に対応するものであったが、それだけに一般の批判にさらされざるを得なかったのである。[25]

(2) 重度障害新生児と西ドイツにおけるいわゆる「早期安楽死」(sog. Früheuthanasie)[26]論

右のアメリカにおける重症障害新生児を死なせる権利をめぐる問題と類似の問題が、西ドイツでは、とくにいわゆる「早期安楽死」の是非の問題として論じられる。

アメリカのファイナル・ルールにおける重症障害新生児を死ぬにまかせることを許容する考えは、いわば消極的安楽死にとどまるといえなくもないが、西ドイツでは、ナチス時代に「いわゆる生きる価値のない生命の毀滅」„Verni-

chtung sog. lebensunwerten Lebens"」として、重度の精神障害者に対する積極的な安楽死を認めた経験があるだけに、生命の「質」を問うことに対する慎重な配慮をしながらも、これを是とする精神的風土がないわけではない。しかし、当然に、重症障害新生児であっても、積極的に生命を短縮する行為を「安楽死」と認めるわけにはいかない。問題はこのような子を「死ぬにまかせる sterbenlassen（カウフマンの用語にしたがえば Liegenlassen）」[27]ことが許されるかどうかである。医師には常に救命義務があると考え、「人間的に特に悲劇的な場合」にせいぜい両親についてのみ看護義務の履行を期待できないとするルドルフ・シュミット[28]、特別な合併障害のある限界事例においてのみ医師の裁量的判断を認めようとするカウフマン[29]、医師の治療義務をより広い範囲で否定することもできるとするハナク[30]など見解は分れるが、エーザーは、これはもはや個人の死の援助 Sterbehilfe が問題なのではなく、社会に役立つ優生学が問題なのであり、そこでは、もはや、生命を生物学的―量的に考察するのではなく、人的―質的に考察することが問題になっていることを明らかにするべきであろうとしている[31]。

重症障害新生児の救命（というよりは、より正確には「死ぬにまかせる」こと）の是非論は、アメリカにおいても西ドイツにおいても、結局は「生命の質」を考えざるを得ない現状を明示するものである。同時にこれに対する法的対応がアメリカでは「児童虐待防止及び措置法」の改正の中で行われていることからも明白なように、正に意思能力さえもたない新生児の（人権）保護の問題である。更に、この重症障害新生児を死ぬにまかせること（刑法上は不作為による嬰児殺）について、シュミットが出生「前」か「後」かによって適法な優生学的適応にもとづく妊娠中絶か、殺人かの区別があることを西ドイツにおける有名な事例をあげて問題としていることも注目される（この観点からシュミットは、中絶適応から優生学適応を除外すべきだとする）。筆者もかねて妊娠中絶と嬰児殺とは、その実質において連関性のある（下級審の嬰児殺判決例の中にもその点を指摘したものが二、三にとどまらない）ことに注目して来た。シュミットの提案の是非は別論として、両者を含めて法的対応、とくに刑事規制の限界が考えられるべきであろう。わが優生保護法

には、西ドイツ刑法二一八条a二項一号や英国の一九六七年妊娠中絶法一条b項のような胎児条項は規定されていないものの、現実には優生保護法一四条一項四号（いわゆる医学的―経済・社会的適応）の拡大解釈適用が認められているので、同種問題が考慮されてよいが、これまでそのような明確な問題意識は、わが国では認められない。今後刑法ないし優生保護改正運動の中で討議が深められることが望まれる。筆者自身は、少なくとも現行法体系の中では、前述のように、出生前と出生後とでは「ヒト生命」の保護の強度に差を認めているので、胎児条項は一部の反対はあっても許容できる（勿論その適応がある場合にも産むか産まないかを決定するのは、原則として妊婦自身であって、他人が中絶を強要することも、反対に出産を強要することも許されないと解する）が、出生後の、ランドのいわゆる「新しい態様の嬰児殺“new infanticide”」[32]を殺人の違法阻却とすることは出来ない。それは、極めて特殊な、「限界事例」の場合にのみ、行為者の責任が阻却される（「期待可能性」の法理による）か、せいぜい免責が認められるべきものと考える。アメリカのファイナル・ルールのような形で医療行為の限界に関するガイドラインを行政サイドで明示することは、おそらくわが国の法制度や慣習上は必要とされないものと考える。

(16) この問題についてわれわれに深刻な問題意識をもたせたのは、一九八二年インディアナ州でおきたドウ事件 Infant Doe Case（後述）であったが、その翌年ニューヨーク州でおきたシェイン・ドウ事件 Baby Jane Doe Case では、該児は、背柱破裂の重症児で、医師の診断によると、手術をしなければ、寿命は数週から二年、手術をすれば二〇年、但し、てんかんの発作を伴う重度の精神薄弱で、麻痺も残り、寝たきりで、常に尿道と膀胱の感染にさらされる一生になるだろう、とのことであったという。つまり、進んだ医療を受ければ、二〇年近く生き延びられるが、その生涯はせいぜい二〇年の短命にすぎず、しかも暗く、悲惨なものである、この二〇年の延命を幸福と考えるか、痛苦と考えるかは各個の生命観、人生観による。

(17) 「ヒポクラテスの誓い」については、今更解説の要はないであろうが、念のため、ごく簡単で入手し易い解説として以下の一点だけをあげておこう。ヒポクラテス『古い医術について　他八篇』小川政恭訳、岩波文庫（一九六三）とくに一九一頁以下。

(18) 尊厳死、自然死法についても文献は極めて多数を数えるが、わが国における代表的なものとして阿南成一『安楽死』（一九七〇）、宮野彬『安楽死から尊厳死へ』（一九八四）、内藤謙「尊厳死㈠～㈢」法学教室四三号八五頁以下、四四号五九頁以

下、四五号七六頁以下（のちに内藤『刑法総論（中）』（一九八六）五四四頁以下所収）のみをあげておこう。その他、以上に列挙の文献に引用の参考文献を参照されたい。なお、宮野教授によれば、一九八五年までにこの種の立法（自然死法、尊厳死法など名称はまちまち）は、米国の約半数（二四）の州に見られるという。

(19) これらについては宮野・前掲書（前掲注（18））三二一頁以下参照。

(20) 上原正夫「『誤って生れてきた』と誰が判定するのか（上）」判例タイズム五一三号（一九八四）九六頁以下。

(21) 丸山英二「重症障害児に対する医療とアメリカ法―二つのドウ事件と裁判所・政府・議会の対応―（上）（下）」ジュリスト八三五号（一九八五）一〇四頁以下、八三六号八八頁以下。その他、同「先天性障害児の出生とアメリカ法」『日本の医療――これから』（前掲注11）二一二頁以下も参照。

(22) この疾患は、食道が胃に届かないで気管に通じているもので、そのままの状態では、もし哺乳をすれば、乳は、胃ではなく、肺に入り、窒息してしまうというのである。

(23) 丸山・前掲論文（前掲注21）（下）ジュリスト八三六号八八頁参照。

(24) 丸山・前掲論文（前掲注21、23）九五頁以下参照。もっともこのルイジアナ州法においても、子が深い昏睡状態にあって治療しても回復の可能性がない場合と治療または手術によって得られる生存の利益よりも、生命・身体に対する危険性の方が上まわる場合には、例外的に治療を行わないことが許されていた。

(25) たとえば、「暫定的終局規則」を無効とした一九八三年四月一四日のコロンビア地区連邦地裁判決 American Academy of Pediatrics v. Heckler, 561 F. Supp. 395 (D. D. C. 1983) およびこれを肯認した一九八六年六月九日のアメリカ合衆国連邦最高裁判所判決（Bowen v. American Hospital Association, 54 U. S. L. W. 4579 (U. S. June 9, 1986)。その紹介として丸山「重度障害児医療と合衆国最高裁判所」ジュリスト八六八号（一九八六）三九頁以下参照。なお連邦政府保健福祉省の通知・規則の詳細については、丸山「重症障害新生児に対する医療についてのアメリカ合衆国保健福祉省の通知・規則(1)(2)」神戸法学雑誌三四巻三号（一九八四）六四四～六一六頁、同三五巻一号（一九八五）三六四―三二四頁参照。

一九八五年四月一五日のファイナル・ルールが、障害児の将来の生命の質に関する主観的な見解に基づく医療差控えを認めたことにならないのか、結局は生命の質を暗黙のうちに考慮していることになるかについても争いはある。See, Nancy K. Rhoden, Treatment Dilemmas for Imperiled Newborns: Why Quality of Life Counts, S. Cal. L. Rev. Vol. 58: 1283, pp. 1286, 1313-1317. なお Nelson Lund, Infanticide, Physicians, and the Law: The "Baby Doe" Amendments to the Child

Abuse Prevention and Treatment Act, Am. J. L. M. Vol. 11 (1980) pp. 1-29, esp. pp. 12-21 (V Sanctity of Life vs. Quality of Life) も参照。（この論文については別稿において紹介の予定。）

(26) この「早期安楽死 Früheuthanasie」という用語は、エーザーに由来する。Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch, in: Auer／Menzel／Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe; Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht, 1977, S. 141 ff. カウフマンも、後掲論文で「いわゆる早期安楽死」について論じているが、この用語は、とりつくろいの言葉であるとしており、またルドルフ・シュミットに至っては、はっきりと多くの誤解を招く危険があるから、この表現は不当であり、この公式化は採用しない方がよいとしている。Vgl. Rudolf Schmitt, Eugenische Indikation vor und nach der Geburt, Klug-FS II, 1983, S. 333. いずれにせよ、その実態は、それが積極的な作為であるかぎり、かつて非難の的となったヒットラーの安楽死計画における「生きるに値しない生命の毀滅 Vernichtung lebensunwerten Lebens」（これについても文献は多数あるが、シェンケ＝シュレーダーのコンメンタール二二版の一二八八頁に列挙の諸文献、とくに Karl Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, 1948, Helmut Ehrhardt, Euthanasie und Vernichtung »lebensunwerten« Lebens, Forum der Psychiatrie, NR. 11, 1965. を挙げるにとどめる）と異ならないから、これと同様、正当化されないというのが一般である。ただ、問題は、そのような重症障害新生児に積極的な治療を加えずに不作為によって死ぬにまかせる行為が正当化されうるかにある。この点に関する文献も極めて多いが、それら豊富な文献をあげている基本的なもののみを（その豊富な引用文献と共に）列挙するにとどめる。Arthur Kaufmann, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sog. Früheuthanasie, JZ 82, 481 ff., Ders., Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, MedR 83, 121 ff., Ders., MedR 85. 35 ff., Sohönke - Schröder - Eser, 22. Aufl. 1985, Rdn. (21), 24, 32a Vor. §§ 211 ff.

(27) Kaufmann, JZ 82, S. 484.

(28) Schmitt, a. a. O., (前掲注26) 334 ff.

(29) Kaufmann, JZ 82, S. 486 rechts.

(30) Ernst-Walter Hanack, MedR 85 35 ff.

(31) Schonke - Schröder - Eser, a. a. O., Rdn. 32a Vor. §§ 211 ff.

(32) Lund, supra note 25.

4 「エホバの証人」の輸血拒否と子どもの人権

欧米ではかなり以前から、[33] わが国でも最近、「エホバの証人」[34]（正確には「エホバの証人」の信者）による輸血拒否が問題となっている。

わが国で公刊物にあらわれた最初のケースは、昭和四九年、北海道の美唄でおきた成人の事件（日本医事新報二六五九号（一九七五）九一頁）であり、一部で関心が寄せられていたが、最近、即ち昭和六〇年六月六日川崎でおきたケースは、当人がまだ一〇歳の子供で、「エホバの証人」の信者である両親が、交通事故にあって手術を必要とする子供に輸血することを拒否したため、この子が死亡したという痛ましい事件であった（以下これを川崎事件と略称する）。[35]

「エホバの証人」の輸血拒否の事例で、医師の強制的な加療の是非を考えるにあたっては、患者の同意ないし自己決定権が基準となるものと考える。従って治療を必要とする本人が成人で、意識が明確で、しかも輸血を拒否している場合には、かりに輸血が唯一の救命手段であった（つまり輸血拒否＝死を意味する）としても、医師が患者の意思を尊重して輸血以外の次善の治療を行うにとどめ、そのために患者が死亡したとしても、医師は何ら法的責任を問われることはないと考える。しかし、当事者が子供で、同意能力がなく（イギリスでは一六歳未満の子供）、法定代理人である両親に代諾権があり、その親が二人とも「エホバの証人」の信者で、子供への輸血を拒否した場合（川崎事件がまさにそうであった）が問題になる（もっとも、成人でも意識不明その他判断能力を喪失しているときは同様に代諾権が問題になるが、本稿のコンテクストにおいては論外とする）。この場合も一般の同意原則に従うかぎり、医療サイドとしては、輸血を伴う手術は不可能となる。両親による輸血拒否が当然に救命可能な生命をみすみす見殺しにする結果が明らかな場合にも医師は手を拱いていなければならないのかが当面の緊急問題である。アメリカには「エホバの証人」の信者の輸血拒否事例に関する判例が多数あるが（その詳細については、前掲唄論文が極めて有益である。そこには一九五〇年代から一九七〇年代前半までの代表的な判例一七例の詳細な紹介と分析がある）、これらは、輸血拒否にあって困惑した医療関係者、

または、時として、州の福祉行政局が、裁判所に後見人の任命もしくは輸血への許可命令（宣言判決訴訟）を申し立て、司法介入による解決を得たものである。その基本的な考え方は「宗教を自由に行使する権利は、社会や子を伝染病とか死にさらす自由をふくまない。……両親は、自分自身殉教者になることは自由であるかもしれない。しかし、だからといって子が自ら選択し完全に法的な裁量をなしうる年齢に達する前に子を殉教者たらしめることが自由だということにはならない」というプリンス事件判決（Prince v. Massachusetts 321 U. S. 185. なお唄論文一三八頁参照）に代表される。また、西ドイツでは、旧法時代の第一審判決ではあるが、輸血を拒否して子供を死に至らせた父親が不救助罪（旧三三〇条c、一年以下の軽懲役または罰金）に問われた事例がある。[36] 西ドイツでも、そのような場合には親の監護権の濫用として臨時の保護者を選任して、その同意で輸血を行うことも可能であり、また、親の意に反して輸血を強行することも、一種の緊急避難として正当化することができるとされる。

わが国にはこのような場合に適用されるべき特別規定（たとえば西ドイツの不救助罪）も司法慣行もない。しかし、代諾権行使の法理からいえば、法定代理権を有する親といえども一〇〇パーセント子の死の結果を招来するような治療拒否の権利はなく、従って、医師のレーゲ・アルティスに適った方法で、プロ・ライフの原則の下に（親の輸血拒否に反しても）治療・輸血を行うことが許されると考える。反面、川崎事件に関しては、わが国の刑法学者の間には、親に対して、不作為による殺人、少なくとも保護責任者遺棄致死罪（刑二一九条。二年以上一五年以下の懲役）が成立するとする見解も有力に主張されているが、筆者は、かりにそれが形式的に右条項に該当するとしても、親としては義務（子供の生命保護の義務と信仰上の義務）の衝突の場合にあたり、前者の法益が優先するので、違法とはなるが、期待可能性の法理において、責任が阻却ないし減弱するものとして、犯罪が不成立、ないし、かりに犯罪が成立するとしても、刑の酌量減軽の対象となりうるものと考える。

「ヨホバの証人」の輸血拒否問題は、患者の自己決定権の尊重が「死ぬ権利」、「死なせる権利」まで認めることに

なるのかの重大な問題とも関連している。成人の問題は本稿では対象外であるから、子供に関する限り、前述の重症障害新生児の場合とは異なって、輸血による積極的な治療（手術）によって一〇〇パーセント、少なくとも多少の後遺症は残るとしても健康体に戻れるのであるから、それにも拘わらず、輸血をしないで、子どもが死ぬにまかせるのは、どう考えても「死なせる権利」を口にできないはずのものである。子どものプロ・ライフの原則を貫こうとするかぎり、問題解決に際して、アメリカ流の司法介入を認めることは、まさに、一見、人命救助の最良・最終の方策のように思われる。しかし、私生活のすみずみまで司法が介入することを認めることは、わが国の伝統にはないことであり（わが国ではむしろ「法は家庭に入らず」の古諺が認められてきた）、必ずしも歓迎すべきではない。筆者は、どちらかといえば、パターナリスティックなわが国の医療の在り方は、もっと患者の自律性尊重の方向へ軌道修正されるべきだと考えて来た者ではあるが、アメリカにおける「エホバの証人」の輸血拒否に対する司法介入の制度や、患者の自己決定権を最大限に保障するインフォームド・コンセントの法理の背景を考えると、これらの制度、法理をそのままわが国に導入することが真に患者、子どもの幸せになるかについては、疑問が残るといわなければならない。[37]

「エホバの証人」の輸血拒否に関連して、子どもの人権を保障するために、これに対する刑事制裁の実現をはかるよりも、対症療法として即効的な司法介入を認めるよりも、アメリカのプリンス事件において展開されたような法理を社会的に普及・確認し、臨床上の具体的対応の手続を確立することが望ましいように考える。[38]

(33) アメリカにおける「エホバの証人」の輸血拒否問題については唄孝一「アメリカ判例法における輸血拒否―『死ぬ権利』論の検討過程における一つのデッサン―」東京都立大学法学会雑誌一八巻一・二合併号（一九七八）一〇一～一九二頁参照。

(34) 「エホバの証人」というのは、一八八四年、C・T・ラッセルによって始められたキリスト教の一派で、「モルモン教」、「セブンスデイズ・アドベンティズム」、「クリスチャン・サイエンス」と並んでアメリカの四大新興宗教の一つといわれる。組織の正式名称は「ものみの塔聖書冊子協会」という。「ものみの塔」とは、始祖のラッセルが、機関誌として "The Watch Tower" を発行して伝導を行ったことに由来するという。信者は全世界に約三百万人、アメリカに約七十万人、日本では、戦

後間もない昭和二三年に支部、二八年に正式の法人団体「ものみの塔聖書冊子協会」が組織され、信者も徐々にふえて、現在は約十万人を数えるという。

輸血拒否の理由は、ものみの塔聖書冊子協会出版の『エホバの証人と血の問題』および『輸血――エホバの証人がそれを受けない理由――医療に携わる方たちへ』という印刷物に詳しい。これによると「肉を、その命である血のままで食べてはならない」（創世紀九ノ三、四、新口）という聖書の命令は、輸血にもあてはまるとして絶対的にこれを拒否するのであるが、医療を受けること自体を拒否するのではない。「ただ一つ、血を使用しないでほしいという事を一貫して求めている」のであり、「身体的な条件のために一定の制約の課される患者に対しても、その制約の中で最大の努力を尽くされるのと同じように、この宗教上の制約というわくの中で最善の手を尽くしてくださるようにとお願いするのです」というのである。また、「エホバの証人」の輸血拒否は信教上のものであり、生き続けることを願って医師の助けを求めているのであるから、「自殺」や「死ぬ権利の行使」とは全く異なるものであることを強調し、この立場が正当化されるべき理由として、

(1)人は各自身体保全の権利（自己決定権）を有すること。

(2)輸血には数多くの副作用があり、一方、輸血を避けるための医療技術が様々に発達して来ており、輸血拒否が医学的に見て道理に外れたものとは言い切れないこと。

(3)宗教上の信念を無視して輸血することは、信者たる患者にとって、肉体上の病気が癒されても、神との関係における霊的生命とみなすものが損なわれ、無意味な生活、死より悪いものをもたらすのであるから、「人の全体」を扱うべき医療としては、避けるべきであること。

などをあげている。そして、輸血をしなかったことによる結果については医師、病院に対して訴訟を起こさないと保証し、反対に輸血を強行した場合は、暴行罪、医療過誤として訴えるかもしれないと警告している。同パンフレットには、輸血拒絶書の書式も記載されているが、「エホバの証人」の信者は、パンフレット『輸血――エホバの証人がそれを受けない理由……』の最後の空白の頁に「上記のことは、エホバの証人の一人として、わたくし自身の信念を表わすものです。宗教上の理由でわたくしは輸血を受け入れることができません。このことに関するすべての責任をわたくしは喜んで負います。そしてわたくしの信念を尊重していただければ幸に存じます。」と自筆で記入し、それに署名したものを持って医師のところへ行くことが多いという。

(35) 本件については中谷「輸血拒否―医師のジレンマと司法介入の是非」三田評論八六五号（一九八五年一二月号）二〇頁以

下、橋本雄太郎・中谷「患者の治療拒否をめぐる法律問題」判例タイムズ五六九号（一九八六）八頁以下参照。

(36) Vgl. OLG Hamm NJW 68, 212.

(37) 多民族集合国家であるアメリカでは、何事も立法により、または司法手続において明確に定まっていることが要請されること、日本とアメリカとでは歴史的・文化的背景を異にし、考え方を異にし（我妻洋『日本人とアメリカ人ここが大違い』（一九八五）参照）、現実に日本の五十倍もの法曹人口を前提とした医療訴訟の激増と賠償額の高騰がこの法理の背景として考えられる。

(38) その意味で医事法研究会（慶應義塾大学医療をめぐる法律問題研究会有志）「医師・患者間の意思不一致時の医師の対応」日本医事新報三二一四号（一九八五）八九頁以下とくに九〇頁のフロー・チャートが参考になろう。

三　子どもの身体の保護と刑事規制の限界

1　身体的児童虐待

筆者は、別稿（中谷「児童虐待と刑事規制の限界」団藤古稀三巻〔一九八四〕二〇九頁以下。以下においては中谷「児童虐待」と略称する）において、「身分から契約へ」という標語で近代法の発展を特徴づけたS・H・メインにならって、現代法の展開は、子どもの保護の視点からいえば「『子どもの人権無視から子ども（さらには胎児を含めて）の人権の保障・福祉の確保へ』と特色づけることができ」るとした。(39)

子どもの人権のうち、最大かつ最重要の保益は、「生命」であったが、これに次ぐ第二の法益は「身体」であり、その保障は、何といっても、第一に、児童虐待の防止にある。

児童虐待（詳細については中谷・前掲「児童虐待」参照）については、一八七四年におこった有名な Mary Ellen の死が最初の実例といわれているが、欧米（約一〇年遅れて日本）で、法、医、社会福祉、行動科学等の諸分野で数多くの

研究業績が発表されるに至ったきっかけは、周知のように、一九六一年秋、アメリカの小児科学会のシンポジウムで、コロラド大学医学部の小児科教授ケンプ（C. H. Kempe）が「被虐待児症候群」（„the Battered Child Syndrome"）という概念を提唱したことにある。それは、両親または養育・保護責任者による児童の虐待を対象とするものであるが、わが国では、最近、さらに、教師による「体罰」と同年齢者による「いじめ」など、校内暴力の一種としての「虐待」がとりわけ社会問題化している点に特殊性があるように思われる。[40] なお以下四で扱う「性的虐待」も児童虐待の一種であるが、とくに女子児童・少年に対する虐待として重大な意味をもち、しかも、他方、加害者だけでなく、被害者である少年自身の性行為の自由、選択の許される領域に対する刑事制裁がとくに論じられるべき問題でもあるので、一般の身体的児童虐待とは区別して論じることとする。

2　暗数の高い児童虐待

児童虐待は、無力な子どもが被害者になることが多い（やや極端に思われるが、西ドイツでは、子どもに対する犯罪の被害者は、一歳以下が七割以上の圧倒的多数を占めている—表参照）ので、いきおい、どこの国でも暗数が高く、従って、その実態は、正確には捉え難いが、アメリカでは、一九六三、四年以降、各州で児童虐待の通報を義務づける法律（Child Abuse and Neglect Reporting Act）が制定され、この通報は、医師・看護婦・学校教師・保護観察官・福祉相談員など特定の人の職業上の義務とされたことにより、「明るみに出る」虐待数は、飛躍的な増加を示した。とくに、一九七四年には、児童虐待防止および措置法（Child Abuse Prevention and Treatment Act）が制定され（但し一九八四年児童虐待改正法 Child Abuse Amendment Act 1984 によって重要な改正が為されたことは前述のとおり）、保健・教育・福祉省所属の国立児童虐待問題研究所が設立され、児童虐待の調査研究と防止、治療に当ることになった。このような積極的な児童虐待対策の推進により、アメリカでは、数多くの統計（推計）が発表され、一九七七年には総計一〇〇万件を数える厖大な数が報告されている（うち児童放置・養育の欠如が七〇万～八四万件位、身体的虐待が一〇万～二〇万件、性的

西ドイツにおいて子どもに対する犯罪の理由で有罪判決を受けた者と被害児の数（年齢別）（1984年）

罪　名（西ドイツ刑法の条文）	第一審有罪者数	被害児の年齢（歳）						被害児総数
		1歳	2歳	3～5歳	6～8歳	9歳～		
養護義務または教育義務の違反　（170条d）	52	18	7	5	—	—		30
児童の性的虐待（濫用）（176条1，2，3，5項）	1,907	1,013	313	167	27	12		1,532
同上致死　（176条4項）	5	3	—	—	—	—		3
児童に対する強姦　（177条1項）	115	95	3	4	—	—		102
謀　殺　（211条）	13	8	3	—	—	2		13
故　殺　（212条）	16	10	1	—	—	—		11
故殺の比較的重くない事態　（213条）	1	—	1	—	—	—		1
嬰児殺　（217条）	9	9	—	—	—	—		9
過失致死（交通事故を除く）　（222条）	19	11	—	—	—	—		11
遺　棄　（221条）	1	—	—	—	—	—		—
傷　害　（223条）	437	221	20	3	1	1		246
危険な傷害　（223条a）	251	117	14	3	—	1		135
保護を命じられた者に対する虐待（223条b）	204	115	18	4	—	—		137
重い傷害　（224条）	1	—	—	—	—	—		—
傷害致死　（226条）	3	3	—	—	—	—		3
その他	42	20	3	1	—	—		24
計	3,076	1,643	383	187	28	16		2,257

（注）Statistiches Bundesamt Wiesbaden, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 1, Ausgewahlte Zahlen für die Rechtspflege, 1984による。

虐待・近親相姦が六万～一〇万件ぐらいであろうとされている）。また、アメリカ救助協会の調査結果として、児童虐待の件数は、一九七六年に四一万三〇〇〇件、一九八一年に八五万一〇〇〇件、一九八二年に九五万三〇〇〇件が報告され、しかもこれらは、実数の一〇～二五％に過ぎないとされている。[41] 西ドイツでも、児童虐待の暗数は六万～一二万件とも推計されているほか、[42] 狭義の児童虐待（西独刑二二三条に含まれる）、児童の性的虐待（一般に性的濫用と訳されている。西独刑一七六条）については、警察犯罪統計によって、少なくとも顕数を知ることができ、更には、上の表に見るように、子どもに対する犯罪につき、有罪判決を受けた者とその被害児の数（年齢別）とを知ることができる。

しかし、わが国には、児童虐待に対する直接的な刑法規定は皆無であり、司法統計

上、西ドイツに見られるような、子どもに対する犯罪を一つのグループとして計上する試みも、寡聞にして筆者の知るところではない。のみならず、児童虐待に関する調査も研究も質・量ともにまだ十分とはいえない段階にある。したがって、児童虐待に対する刑事規制の要否、限界を論じるに足りる前提資料は必ずしも十分とはいえないかもしれない。しかし、わが国における児童虐待の実態を知る手がかりが全くないわけではない。[43]

前述のように、アメリカで児童虐待の「明るみに出る」例数が飛躍的に増加したのは、児童虐待の通報を義務づける法律の制定による。わが国にもこの種の規定が全くないわけではない（児福法二五条参照）。そこでは「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認める児童を発見した者は、これを福祉事務所又は児童相談所に通告しなければならない。」と規定しているが、本条には、立法過程では列挙されていた要保護児童も、特定の通告義務者も規定されていず、要保護児発見者全員をすべて通告義務者とし、しかも、その義務違反に対する何らの制裁をも規定していないため、この通告制度は有効に機能していないのである。その証拠に、「日本全国の小中学校で定期的に行なわれる体格検査や健康診断も児童虐待の早期発見には極めて有効なはず」という我妻洋教授の適切な指摘[44]にもかかわらず、これまでの調査例では、学校からの通告は四～一〇％に過ぎず、医師からの通告は皆無である。[45]児童虐待の予防と治療、子どもを児童虐待の被害から守るためには、まず虐待の実態をつかむことが先決であるから、さしあたり、児童福祉法二五条の通告義務者を特定し、通告をある程度強制する必要があるように思われる。

3　児童虐待対策

アメリカでも児童虐待の発生を防ぐ「第一次防止プログラム」は存在せず、せいぜい児童虐待の再発を防ぐための「第二次防止プログラム」が散在しているにすぎないといわれる。わが国の調査例について児童虐待の加害者別の原因、動機を見ると、全体として養育拒否のほか、実母では、精神異常、実父では、家庭不和、酒乱などが高率であり、被害者側では尿便失禁その他の精神遅滞、身体障害などがあげられる。とくに加害者が継父の場合には被害者の反抗

的態度、継母の場合は愛情の欠如が約半数の第一位となっていることが注目される。[46] その意味で第二次防止プログラムとしては、親も子も治療を必要とする場合が多く、従って第一の児童虐待対策としては、できるだけ早期に虐待親または被虐待児に対し必要な治療とカウンセリングを行うこと、次いで必要に応じて子どもを一時親からひき離したり、思いきって親権の停止、喪失を認めることも必要であろう。

しかし、他方、児童虐待に対しては、親を罰し、子どもを里子に出す以外に手はないとか、子どもを虐待する親は治療不可能なのだというような悲観的な考えが専門家の間にも、一般のアメリカ人の間にも、広くゆきわたっていると我妻教授は指摘している。[47]

子どもの虐待・放置に対して刑法典に規定のあるアメリカでも、虐待・放置の容疑で親が刑事訴追を受けることは稀であり、刑事訴追は虐待・放置事件の処理・予防には適当でない[48]とも「親に刑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ことはまずありえない」[49]ともいわれる。

筆者とて虐待防止対策として、まっ先に最も強烈な刑事制裁をと考えているわけではない。とくに正当な親権（懲戒権）の行使と虐待との限界を明確に確定することは、時として困難であることを考えると、なおさら、所詮、刑罰はウルティマ・ラチオなのであるから、児童虐待対策としても刑事制裁は万策（たとえばアメリカでは子どもの虐待の問題を処理しようと努めている親たちの self-help group ともいうべき „Parent Anonymous" の運動が注目される）尽きたあとの最後の出番をまつものでなければならないことに異論のあるはずもない。その意味でも、日本の「法は家庭に入らず」という立法上の基本原則は、まさにその先見性を評価されるべきものと考える。ただ現に無力な子どもを悩ましし、傷つけ、生涯拭い切れないような後遺症を心身に残す児童虐待・放置から子どもの人権を守るのに、日本の現行法は、アメリカや西ドイツのそれと比べて（そこでの法制も必ずしも功を奏しているとはいえないが）、著しく不十分といわなければならない現行法制を再検討する必要をより強く主張すべきときは、すでに到来しているといわなければな

らない。

(39) 中谷・前掲「児童虐待」二一一頁。

(40) 安藤博「生徒の人権と学校教育」刑法雑誌二七巻一号（一九八〇）二〇三頁以下参照。

(41) 我妻洋「児童虐待」『家族の崩壊』（一九八五）一七二頁以下参照。

(42) Vgl. R. Wolff, Der Schwierige Versuch, Neues zu Schaffen. Zur Entwicklung des Kinderschutz-Zentrums Berlin, in: Bernecker／Merten／Wolff (Hg.), Ohnmächtige Gewalt, 1982, S. 121, Günther Kaiser, Kindesmißhandlung gestern und heute aus kriminologischer Sicht, in: Haesler (Hg.), Kindesmißhandlung, 1983, S. 18 f. なお、中谷・前掲「児童虐待」二五一頁、後注ｂも参照。

(43) 中谷・前掲「児童虐待」は、当稿執筆時までにわが国で行われた五つの調査報告を紹介・検討しているが、その後、①厚生省の委託調査研究班が二度目の児童虐待の実態調査を行い、その結果報告書を公刊している。日本児童問題調査会委託調査研究（児童虐待調査研究会）報告『児童虐待―昭和五八年度・全国児童相談所における家族内児童虐待調査を中心として―付昭和四八年度―児童の虐待、遺棄・殺害事件に関する調査結果について』（一九八五）。②また、全国養護施設入所児の人権侵害状況調査も第二回目が実施され（昭和六〇年二月）、その調査結果も全国児童福祉研究会議編『児童福祉年報―児童・家庭問題の動向と施設の役割』として公刊された（昭和六〇・七・二）。なお、養護施設入所児の人権侵害状況調査第一回目は昭和五四年に実施されており、拙稿「児童虐待」においては「第四調査」例としてその結果を扱っている、本注①、②の新調査結果の詳細については吉沢英子「親による子どもの権利侵害」前掲まえがき引用のジュリスト増刊総合特集『子どもの人権』一三三～一四一頁参照。

(44) 我妻・前掲書（注20）二〇七頁。

(45) 中谷・前掲「児童虐待」二三九頁表11―a、二四〇頁図3参照。

(46) 中谷・前掲「児童虐待」二三三頁以下、二三五頁表10参照。

(47) 我妻・前掲書二〇八頁。

(48) Katz-Ambrosin-McGrath-Sawisky, Leagal Research on Child Abuse and Neglect: Past and Future, 11 Fam. L. Q.,(1977), pp. 154-155.

(49) 石川稔「児童虐待」『現代家族法大系三巻』（一九七九）三一七頁。

四　「性」行為に関する刑事制裁と子どもの人権

1　総説

わが国における性行為に対する刑罰規定は、欧米のそれに対してかなり謙抑的であることについては多くの指摘するところである。しかし、刑法以外でも児童福祉法三四条一項六号は、児童保護のための禁止行為として「児童に淫行をさせる罪（一〇年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金）を規定し、東京、千葉、長野（この県は青少年保護条例そのものがない）を除く四五の道府県の青少年保護条例にはいわゆる「淫行」処罰規定（「淫行」または「みだらな性行為」に対し罰金三万円から懲役二年に至るまちまちの刑を規定している）がある。この三者（刑法・児福法・青少年保護条例）は立法目的を異にし、構成要件にも必ずしも平仄の合わないところがある。さらに、女子少年の場合は少年法にいわゆる「虞犯」行為の中に「不純異性交遊」があげられる（昭和六一年版犯罪白書によると同五九年の女子虞犯処分者は一七四七人で、そのうち、不純異性交遊は三四一人で、格段に多数の家出（一四九七人）、交友不良（三七一人）に次いで、第三位を占めている）。つまり、男子少年にとって非行とされないものが女子少年の場合は「虞犯」（非行）として扱われるのである。

右のように大ざっぱに見ただけでも、「性」行為に関する刑事規制はこれを統合的に見ると、矛盾・不公平、従って不当なものがあるといわなければならない。

2　刑法上の問題

問題は二点ある。一は姦淫同意年齢を一三歳以上としていることの是非であり、二は近親相姦の規定を欠くことの当否である。第一点はとくに青少年保護条例におけるいわゆる淫行処罰規定との関係で問題になるので、後述することにする。

第二の近親相姦規定については、（原）父殺し禁忌と共にインセスト・タブーは社会の最も基本的なモラルとされ

て来た。しかし、わが国では旧刑法制定にあたって、ボワソナードの説得により、これを非犯罪化したルーツについては、筆者がくり返し紹介したところである。[50] その後、戦前は、実証的研究により、嬰児殺事例の中に近親相姦に由来する妊娠が相当数あったところから、近親相姦の規定を設けるべきだとの提案もあった。[51] しかし戦後の嬰児殺事例から近親相姦に由来するものは次第に減少し、とくに最近では、筆者の知る限り稀有といってよい。これは戦後、優生保護法（二条・一四条）により人工妊娠中絶が可能になったため、そのような望まない妊娠は中絶するか、いっそ開き直って出産・育児にふみきるかの選択をするようになったからであろうと推考する。従って昔のように、嬰児殺対策としての近親相姦立法の必要はない。

しかし最近、欧米では性的児童虐待として近親相姦がクローズ・アップされ、とりわけ父娘相姦が問題とされている。我妻教授は、一九五五年から一九七九年にかけて、「性的児童虐待」の刑法犯事例として、法廷に持ち出されたり、クリニックで精神療法の対象となった五つの近親相姦の研究報告を紹介している。[52] この調査例によれば、総数五〇六件中、親子相姦は四二〇件で、八三・八％に上り、その中では、父娘相姦が三九九例で九四・一％（総数に対しても七八・九％）と多数を占め、母と息子との相姦は、僅かに一二件で二・八％（総数比二・四％）に過ぎない。この五調査例は、もっとも件数の多い一例が一九五五年に調査が行われている他は、すべて一九七〇年代に行われている。これは、アメリカで一九六五～七五年の間に価値観が根底から変り、家族モラルが急速に変化し、家族崩壊がはじまり、同時に父娘相姦が世間の目を集め出したのが一九七〇年代に入ってからであるためと思われる。ちなみに、最近の西ドイツの警察犯罪統計によれば、児童虐待における被害児の男女比は僅かに男子が多いものの、大差はない。ところが児童の性的虐待となると、統計上の数は、経年比較において減少傾向にあるにもかかわらず、男女比における女性比は、増加傾向にあることが注目される。

このようにして、父娘相姦は、アメリカだけでなく、西ドイツにおいても大きな社会問題とされ、一九八四年七月

には、西ドイツの代表的な週刊誌シュピーゲルとシュテルンがほぼ同じ頃相前後してこの問題を特集して話題を呼んだほか、テレビや新聞でもこの問題がとりあげられ「犯罪者としての父親たち」[53]と題する本なども出版されている。このように父娘相姦の問題が急にとりあげられるようになった背景には、性の解放、ポルノの解禁といった社会的風潮の中で、最も根源的な社会的モラルとしての近親相姦禁忌（インセスト・タブー）がゆらいで来た、少なくとも近親相姦に対して人びとが抱いて来た嫌悪感、罪悪感が稀薄化した、という現実がある。さらに欧米では児童虐待が一九六〇年代後半からとくに社会問題とされ、横暴な父親の性欲から少女の人権を守れと主張するウーマンリブ運動家たちの発言が大きな役割を果たしたことなどがあげられる。それによってインセストというこれまで社会で口にすることが憚かられた被害体験を公表する勇気のある女性がふえた結果だと思われる。

近親相姦の実数としては、何といっても、兄弟姉妹間の相姦が最多のはずであるが[54]、親子の相姦ほど深刻な問題と考えられていないため、統計にはあらわれないのであろう。近親相姦の中でもとりわけ父娘相姦が問題なのは、幼い頃にそのような性体験をもつことにより、「児童の人格の健全な発達を妨害し、その精神に深い外傷を残（し）」（我妻）、ましてその結果妊娠、出産ということになれば娘は一層傷つくことになるからである。しかも無理矢理父親に性的関係を持たされるのは一割程度で、九割は抵抗なく父親の性行為を受け入れ、意外にも父親との性的関係をもつことによって、家庭内での自分の特権的立場に喜びを味わう者が多いという（わが国の症例として後掲西川論文[55]の〈症例1〉もこれに近いといえる）。そして、だからこそ父娘相姦は娘の精神的発達に著しく有害なのであり、「児童虐待」と呼ばれなければならないのだともいわれるのである[56]。

わが国における児童虐待に関する調査のうち、注目すべきものとしては、筆者の知る限り、さきに拙稿（「児童虐待」）において扱った五調査と前掲厚生省の昭和五八年度委託調査研究（前掲注43①）の計六調査を数えるが、この種の調査は暗数が高く、統計数値も不十分であることは調査の性質上避け難いものがある。ただ、一九七九年、「国際児

童年」を記念して、全社協と全養協とが協力して、全国の養護施設に収容中の児童の人権に関する調査（筆者のいわゆる第四調査）で、わが国でも初めて性的児童虐待一五四例が報告され、さらに、一九七五～一九八一年の七年間にわたる東京都児童相談所による児童虐待調査（筆者のいわゆる第五調査）によって、女児に対する性的虐待ないし父娘相姦の実態の一部が明るみに出たといってよい。最新の昭和五八年度調査でも、児童虐待四一六例中四六例の性的暴行が報告され、事例分析が行われている。

裁判例としても、昭和四八年四月四日の最高裁判所大法廷の尊属殺違憲判決（刑集二七巻三号二六五頁）の一事例は、周知のように父娘相姦により五人もの子どもを産んだ娘が、この地獄のような生活から脱け出し、将来の平和な生活を得ようとして、その非道な実父を殺害したものであったし、児童相談所長の申立てにより、親権喪失の宣告が為された珍しい事例（東京家八王子支審昭和五四・六・一六家裁月報三二巻一号一六六頁）は、実父がまず長女に対し、中学二年時より性交を強要して虐待し、その後長女が実母と共に行方不明になったあと、本件の次女に対しても、中学一年時よりたびたび性交を強要したため、同女が家出をして中学校教諭に救助を求め、児童相談所に一時保護されたところ、この父親は親権をたてにとり、同相談所に引取り方を強引に要求し、児童本人も施設も、ともに困惑の末、申立てが行われたというものである。

このような父親には刑事罰もやむを得ないのではないか。「親に刑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ことはまずありえない」[57]とも「刑法上の対応は即席的効果はあるが、将来に禍根を残す」[58]とも、さらにはどんな悪い親でもいないよりましともいわれる。基本的にその主張は正当ではあるが、右のような場合には、家庭はすでに崩壊しているのであって、今更崩壊を恐れなければならない正常な「家庭」は、そもそも存在しないのである。

近親相姦を処罰する規定はともあれ、せめて親による性的虐待に対する処罰規定がわが国にもあれば、右のような

娘たちは、これほど悲惨な体験を続けずに済み、また被害者（娘）が加害者に、加害者（父親）が被害者になることもなかったかも知れないのである。精神衛生法に規定する措置入院（同法二九条）の対象となるほどには異常ではない場合に、右のような刑罰規定があれば、一般の通報その他で、父親を逮捕・勾留することにより、とりあえず娘を非道の親から引き離し、養護施設収容その他相当の措置を講じることも可能になるのである。

なお、男女両性に平等に強姦罪の成立を認め、とくに家庭内・外における性的利用から青少年を保護することにウエイトを置き、たとえ両当事者が血縁関係にあろうとも、成人間の同意に基づく性行為に干渉することは避けるという方針で、旧第六章第五条の子孫との姦淫、兄弟姉妹との姦淫を規定した近親相姦規定の削除を提案したスウェーデン性刑法改正案（一九八三年一月）は、インセスト・タブーへの挑戦ないしその見直しとして筆者は注目していたが、一九八四年七月一日施行の新規定は、結局旧規定をほぼそのまま残留させた。インセスト・タブーは、スウェーデンのような性行為の自己決定権を重視する国においてもなお、容易には打破できないモラルであることを示すものとして、興味深いものがある。[59]

筆者は、近親相姦については、スウェーデンの改正案と新法との中間、すなわち少なくとも子孫との姦淫を可罰的なものとするのが望ましいと考える。

以上、要するに、私は、性的虐待を含めて、児童虐待に関する限り、わが現行刑法の「謙抑主義」は、実は、子どもの人権の保護という視座を欠いていたことに由来するのではないかと惧れるのである。

このような危惧をもち、子どもの人権保障のための法の整備を必要と解することは、無用の「処罰拡大」（？）論として、斉藤豊治教授からは「時期尚早」と批判された。[60] しかし、多少なりとも立法例を参照するならば、あるいは「時代錯誤（アナクロニズム）」との批判ならば、やや、的はずれの感はあるものの、理解できなくもないが、「時期尚早」との批判は、事実認識に欠けた公式主義のように思われる。

ただ、子どもの保護のため、国が積極的な施策に乗り出すことに対しては、国家による過干渉だとする声は大きい。現にアメリカでは、児童虐待の際のステートによる介入と、ファミリー・プライバシーとのバランスをどこでとるかについて論議が活発で、Goldstein, Freud, Solnit の共著 Before the Best Interest of the Child, 1979 による基準の提示が参考にされている。ここでは、同じ三人の前著書 "Beyond the Best Interest of the Child, 1973" の徹底した子ども中心的な、ステートは子どもの保護に万全を期すべきで、そのためには遠慮なくファミリーに介入していくべきだとしていた考えに代えて、子どもにとって親はかけがえのない存在であってステートないしリーガルシステムは親の代りにはなれない、従ってステートの介入はミニマムであるべきだと主張する。このような考え方はわが国でも児童虐待に関する論者の大多数のとるところといってよい。しかし、アメリカと日本では前提としている刑事規制が異なる（アメリカでは、近親相姦を規定していない州刑法はないし、その他の詳細な児童虐待に関する規定、更には児童虐待通報法の整備など）ことにも注目する必要がある。

(50) 中谷・前掲「児童虐待」二四三～二四五頁および二四八頁注（48）所掲の諸論文参照。
(51) 不破武夫『刑の量定に関する実証的研究』（一九四三）二七頁、三〇頁。
(52) 我妻・前掲書（前掲注41）二一九頁第2表参照。
(53) B. Kabermann／I. Lohstöter, Väter als Töter, 1984.
(54) 最新の昭和五八年度調査（前掲注43①）でも加害者の圧倒的多数（八五％）は父親であった。
(55) 西川祐一「親の性的暴行」小児看護六三号（一九八三）七二八頁以下。
(56) 我妻・前掲書三一八頁、二三五頁。
(57) 石川稔「児童虐待」『現代家族法大系三巻』（一九七九）三一七頁。
(58) 中村好子「子の虐待・子どもと法律」法セミ三二八号（一九八二）五二頁。
(59) この点につき情報未確認のまま執筆した中谷・前掲「児童虐待」は本文のように訂正しなければならない。なお、スウェーデン刑法第六章については、旧法、改正法、新法（英文）を対照して訳出ずみであるので、いずれ公刊の機会を得たいと考

えている。

(60) 斎藤豊治「刑事法学の動き」法律時報五八巻六号（一九八六）一四五頁。

3 児童福祉法および青少年保護条例上の問題

児童福祉法上、性に関する刑事規制として最も問題になるのは、三四条一項六号の「児童に淫行をさせる行為」である。その法定刑は一〇年以下の懲役または五〇万円以下の罰金と重く、現象面でも三四条違反行為のうち本号違反が過半数である。この規定に関しては、とくに「淫行」の意義と「淫行をさせる」行為の意義が問われる。「淫行」の意義については、刑法一八二条の「淫行勧誘罪」にいう「淫行」の意義とは異なって、男女間の性交に限定されず、その他の性交類似行為をも含むというのが判例（最決昭和四七・一一・二八刑集二六巻九号六一七頁）・学説といえる。(61)

筆者がここでとくに問題にしようとしているのは後者であり、とくに自己が淫行の相手方となる場合が児童福祉法三四条一項六号の「淫行をさせる行為」に該当するかどうかである。これを肯定する立場もないではないが、判例（東京高判昭和五〇・三・一〇家裁月報二七巻一二号七六頁ほか）、多数説は、教唆犯が成立する場合は別として自己が直接児童と淫行した場合は包含されないと解している。前説のような解釈も不可能ではないが、児童福祉法三四条一項列挙の各号の規定形式とりわけ「……させる行為」を規定している二五号の規定の解釈上も、多数説を正当とすべきであろう。しかし、それが判例・通説だからこそ、児童福祉法、売春防止法の規制対象外におかれている、行為者自身が淫行の相手方となった場合を捕捉するために、青少年保護条例のいわゆる淫行処罰規定ができたとも考えられる。

青少年保護条例における「淫行」処罰規定の意義と合憲性についてはかねて疑義がもたれていたが、最近最高裁判所大法廷判決（最大判昭和六〇・一〇・二三刑集三九巻六号四一三頁）を契機として活発な論議が見られる。これを詳論する紙幅はないが、問題点は多い。

青少年保護条例では、刑法では犯罪とはならない一三歳以上一八歳未満の者について、「淫行」「みだらな性行為」に関し、合意がある場合にも処罰しようとしている。刑法と青少年保護条例とは目的を異にしているから、両者の抵触は問題にならないというのが判例・通説といってよい。しかし、青少年の保護、健全育成を目的とするからといって、性的自己決定権という極めてプライベートな領域における自由を満一八歳まで否定することが妥当かどうか、著しく疑問のもたれるところである。子どもを権利主体として尊重することこそ真の子どもの人権の保障だとするならば、青少年保護条例における「淫行」処罰規定は、少なくとも年長少年にかかわる限り過剰介入というべきではないだろうか。しかし、反面、刑法が性行為同意年齢を一三歳としているのは、「人生僅か五十年」といわれていた短命で、早婚主義という社会慣行のあった立法当時、「性的自己決定権」といった観念などあるはずもなかった社会的背景を考慮すべきで、立法論としては、性行為の意味を大体理解でき、婚姻可能年齢でもある一六歳ぐらいまで、統一的に引き上げるのが望ましい（もっとも、改正刑法草案は、強姦、強制猥褻罪の同意年齢を一四歳までひき上げている。立法例でも、西ドイツ、イタリア、オーストリアなど、一四歳とするものが多い。但し、ニューヨーク州刑法のように、一七歳としているものもある）。立法論として早急に検討されるべきであろう。

児童福祉法にしろ、青少年保護条例にしろ、一六、七歳にもなり、本人が性行為に同意し、もしくはむしろ希望していた場合にも処罰の対象とするのは、とくに児童福祉法の場合、刑がかなり重いこと、青少年保護条例の場合、ほとんどが非親告罪とされていること、刑罰に地域格差（罰金三万円から懲役二年まで）があることなどから極めて問題である。前述最高裁判決は「淫行」の意義を著しく限定して淫行処罰規定を合憲としたが、本判決は「『かくれた』違憲判決」とさえいわれ、現に、伊藤、谷口、島谷三裁判官は、多数意見の限定解釈は、解釈の枠を逸脱したものであり、本条例は、憲法三一条に違反し、無効である、としている。筆者も違憲説に組みするものである。

(61) 宮沢浩一・安部哲夫「児童福祉法・青少年条例」『判例刑法研究八巻』（一九八一）三七九頁以下参照。

五　おわりに

子どもの人権保障の視点から刑事規制の限界を考察するとき、本稿において論じた、実体的な生命・身体の保護に関する刑事規制の問題のほかに（しかも保護されるべき子どもの法益は、本稿で論じた生命・身体に尽きない）刑事手続過程における子どもの人権の保障のあり方という、大きな問題がある。とりわけ最近、具体的な事例（柏のみどりちゃん殺し事件）において問題が明らかになった、少年の保護事件の再審否認の問題がある。

子どもの人権を保障するには、子どもが冤罪に泣くことのないように制度を整備しなければならないが、少年の刑事手続を規定している少年法には、確定した保護処分決定に対する再審制度はないので、かねて問題とされていた。実質上は少年法二七条の二第一項の解釈適用によって救済をはかって来たが、具体的事例において、なお不十分なことが判明した。この問題は、結局は少年手続が現在から将来までパレンス・パトリエ式のパターナリズムを徹底し続けるか、少年手続にもデュー・プロセス法理を導入すべきかなど基本問題が掘り下げられなければならない。つまり、少年法の根本的な在り方が問われなければならない大問題である。冒頭にふれたジュリストの拙稿ではこの問題についてもごく簡単にふれておいたが、これは独立して扱うにふさわしい大きな問題であるため、あえて本稿の論点からは除外した。

こうして、本稿は、自ら設定した極めて限定された範囲内で刑事規制の限界を考察してみた。

筆者は、現行の刑事規制の中で、子どもの保護のためという視座がほとんど欠落している分野と、ただ、理念的な保護（パターナリスティックな介入の正当化）をお題目のように唱えながら、子どもを独立一個の主体としては全く見ていない部分とのアンバランスな状況があることを明確にし、将来、子どもが真に幸せになるための刑事規制の在り方

を提言したつもりである。[62]

それにしても医療、技術の驚異的な進歩は、一方で多くの疾病の治療を可能にして長寿社会を実現したが、他方で「新しい態様の嬰児殺」に見られるように、胎児を含めて子どもの現存を脅かす強力な威力をもち、従来と全く異なった種類の子どもの受難の時代をつくり出しかねないことを教えるところがあったように思う。要は、いま、私たちは人間生命に対する明確な視座をもつことが要請されているのであり、そこから私は、刑事規制の可能性も限界も明らかにされるべきだと考える。

(62) なお、最近、石川稔教授が「われわれは家族法だけでなく、子どもに関するすべての法を点検し検討を加えていかなければならないのである。単に子どもの人権を抽象的に説く時代は終った。今日求められているのは、子どもの人権を法制度のなかで具体的に保障していくことである」としておられるのは、全く正論であり、筆者もかねて同旨の主張をくり返して来たのである。但し、ここにいう「子どもに関するすべての法」の中に刑法も含まれるかについては、石川教授の従来の主張から考えて必ずしも判然としないが、少なくとも、実質的な刑罰法規でもある児童福祉法、青少年条例などは当然に考慮に入れられているに違いない。

〈参考文献〉

紙幅の関係で本文中に引用の文献のほか逐一註記することを省略したが、特に参照した若干の文献を列挙しておくこととする。

二について

中谷「医療行為の限界――生命科学の進歩がもたらしたもの」ジュリスト八五二号（一九八六）。

三について

池田由子『児童虐待の病理と臨床』（一九七九）、「特集／被虐待児症候群」小児看護六三号（一九八一）、米倉明「子どもの虐待」『アメリカの家族』（一九八二）。

児童虐待に関する欧米の文献は数え切れないほど多い。中谷「児童虐待」に引用の外国文献とそこに引用の文献。日本での医学的文献について、やはり拙稿を参照されたい。

四について

『総特集近親相姦』現代思想臨時増刊六巻六号（一九七八）、中谷「性行為に関する刑事規制の限界――とくに姦通罪と近親相姦について」杏林社会科学研究一巻一号（一九八四）、安部哲夫「青少年保護育成条例と少年の人権」法セミ増刊『少年非行』（一九八四）、宮沢浩一「青少年の性犯罪に対する法規制」ジュリスト増刊総合特集二五号『人間の性』（一九八二）、高塩純子「青少年と風俗環境浄化の現況と課題」法律のひろば三七巻五号（一九八四）、阿部泰隆「青少年保護条例による『いん行、みだらな性行為』の処罰（上）（下）」法律時報五七巻四号、五号（一九八五）、小谷文夫「条例の禁止する青少年に対する『みだらな性行為（いん行）』、『わいせつな行為』について」捜査研究二八巻一一号（一九七九）、田中昌弘「『みだらな性行為』の概念」『裁判官の身分保障』（一九七二）、小泉祐康「児童福祉法」『注解特別刑法7』（一九八二）、亀山継夫「児童に淫行をさせる罪（その一）（その二）」研修三四六号、三四七号（一九七七）、法律時報増刊「青少年条例」（一九八一）、奥平康弘編『青少年保護条例（条例研究叢書7）』（一九八一）、北島敬介『福祉犯罪――解釈と実務』（一九七九）、宮崎礼壹「青少年保護育成条例における『いん行』処罰規定の趣旨とその合憲性」警察学論集三八巻六号（一九八六）、高橋省吾「福岡県青少年保護育成条例大法廷判決」ジュリスト八五三号（一九八六）、杉本啓二「青少年条例における淫行処罰規定と少年事件」判例タイムズ五八六号（一九八六）

五について

荒木伸怡「少年審判と誤判救済について」ジュリスト八〇三号（一九八三）、木谷明「柏の少女殺し事件再抗告審決定」ジュリスト八〇三号、土本武司「少年の保護処分に対する〝再審〟」法律時報五五巻一一号（一九八三）、三井明「少年冤罪事件と少年審判の課題」法セミ増刊『少年非行』、福田雅章「少年保護事件における〝再審〟――柏の少女殺し事件」ジュリスト『昭和五八年度重要判例解説』（一九八四）、松浦恂「少年保護事件の再審」判例タイムズ五八五号（一九八六）、澤登俊雄「少年の『利益』と少年法制の課題」法セミ増刊『少年非行』