

# 児童虐待と憲法による「子どもの人権」保障に関する一考察

## —合衆国憲法判例 DeShaney 判決の検討を中心として—

### Child abuse and constitutional protection of “children’s human rights” -Especially on DeShaney v. Winnebago County Dep. of Social Services-

法学研究科法律学専攻博士前期課程修了

高木 詠子

Eiko Takagi

序

- I. 日米両国における憲法による「子どもの人権」保障と児童虐待対応
- II. 合衆国憲法第 14 修正デュー・プロセス条項と DeShaney 判決に至る判例の変遷
- III. DeShaney 判決
- IV. DeShaney 判決の評価

結び

序

#### 1. はじめに

近年、児童相談所に寄せられる虐待相談件数は急増しており、平成 23 年度には、59,919 件と過去最多を更新した。相談内容も年々複雑化・深刻化しており、虐待死は、検証が始まった平成 15 年度以降、ほとんどの年で 50 人を超えている<sup>1</sup>。児童虐待は、わが国における重要な社会問題として各分野で研究・調査が行われており、法律学の分野においても例外ではない。しかし、憲法学では、「子どもに関する議論は、総論的な子どもの基本的人権についてなされ、…児童虐待はほとんど取り上げられていない<sup>2</sup>。児童虐待には、子どもの生命に対する権利、生存権、身体的自由権、親の教育権、適正手続きの保障等、憲法上の様々な問題が関係しているにも関わらずである<sup>3</sup>。そこで本稿では、児童虐待と憲法による「子どもの人権」保障のありかたについて検討を試みたい。その際、虐待対応の「先進国」であるアメリカの合衆国憲法判例 DeShaney 判決を中心に考察し、わが国の児童虐待対応

<sup>1</sup> 厚生労働省「平成 23 年度 福祉行政報告例の概況」厚生労働省ホームページ（2012 年 12 月 14 日）  
<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/gyousei/11/index.html>。

<sup>2</sup> 福岡久美子「児童虐待に関する憲法学的試論」阪大法学 53 巻 3・4 号 1044 頁（2003 年）。

<sup>3</sup> 福岡・同上 1045 頁。

への示唆を探る。

## 2. 問題の所在

児童虐待対応において最も重視すべきことは、当然のことながら、「子どもの人権」（特に生命・身体そのもの）を守ることである。将来の社会を支えていく宝である子どもが、本来愛情を持って子の最善の利益のために行動すべき親によって、理不尽に傷つけられ、踏みにじられ、未来への可能性すら強奪する虐待死等の悲惨な結果に陥ることは、何としても防がなければならない。そもそも「子ども」<sup>4</sup>は、健全な大人へと成長するために周囲による手助けが必要不可欠な存在であり<sup>5</sup>、その意味で親と国家の責任は重い。中でも、いわば虐待対応における「子どもの最後のセーフティネット」である国の対応のあり方は、特に重要な問題である<sup>6</sup>。

## 3. 課題設定

アメリカにおける児童虐待対応の歴史は独立戦争前に遡るほど古く、CPS（日本の児童相談所に相当する州の行政機関）への相談件数・検挙件数は日本の100倍以上と、まさに「虐待対応の先進国」と言ってよい様相である<sup>7</sup>。アメリカで1989年に出されたDeShaney判決は、児童虐待対応における合衆国憲法上の政府の責任に関する先例である。本件では、州児童保護局のずさんな対応の結果として、児童が父親の虐待により深刻な精神障害を負ったことについて、州当局に責任を問えるかが問題となった。連邦最高裁は、「第14修正デュー・プロセス条項は、政府による援助を求める積極的な権利を与えるものではない」こと<sup>8</sup>、例外的にこの権利が認められる「特別な関係」法理も本件では認められないことを理由に訴えを退けた。内田によれば、DeShaney判決法廷意見は、第14修正デュー・プロセス条項における「ステイト・インアクション」法理（政府の不作为について憲法によって責任を問うことができるかをめぐる一連の判例法理）の一般原則を確認し、その例外的場合の存否について初めて正面から判断を示した判決である<sup>9</sup>。本判決が、「ステイト・インアクション」法理をどのように理解し、具体的に適用したかという検討を通して、「国の子どもの保護する義務」のありかたについて考えたい。

<sup>4</sup> ここでいう「子ども」は、子どもの権利条約の定義に従い「18歳未満」をいうものとする。日本の国民投票法附帯決議においても成人年齢引き下げを志向する姿勢が示されており、今後の動向を考えれば18歳とすることが望ましいと考える。

<sup>5</sup> 米沢広一「未成年者と人権」高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第三版〕』66頁（有斐閣、1999年）参照。

<sup>6</sup> この問題について考える一つの足がかりとして、2012年10月に広島県府中町で起こった小5女児虐待死事件が挙げられる。本件は、DeShaney判決に類似した事案である。『毎日新聞』地方版/広島2012年10月4日、10月20日、及び『毎日新聞』東京版2012年10月7日。

<sup>7</sup> 相原真人「アメリカおよびイギリスとの比較に見るわが国児童虐待対応システムの課題」静岡福祉大学紀要第5号79頁（2009年）参照。

<sup>8</sup> 樋口範雄『アメリカ憲法』296-298頁（弘文堂、2011年）。

<sup>9</sup> 内田真利子「アメリカ合衆国憲法第一四修正デュー・プロセス条項における『ステイト・インアクション』法理の憲法的考察（一）—DeShaney事件連邦最高裁判所判決を基軸として—」早稲田大学大学院法研論集第70号55-56頁（1994年）参照。

本稿では、まず、日米両国における憲法による「子どもの人権」保障と児童虐待について概観する。次に、DeShaney 判決以前の「ステイト・インアクション」法理の形成について検討した上で、DeShaney 判決の事実関係および判決内容について確認し、学説の評価を検討する。特に、筆者が最も共感する Tribe 教授の評価を詳しくとりあげ、筆者の考える、DeShaney 判決を通してみた「ステイト・インアクション」法理のありかたを述べる。最後に、結びとして、児童虐待に関するアメリカの判例理論が、日本にあてはめたときにどのような示唆を与えるかを検討し、今後の展望を述べる。

## I. 日米両国における憲法による「子どもの人権」保障と児童虐待対応

### 1. 「子どもの人権」論の歴史

「子どもの人権」は、「人権」観念一般とは、別の歴史的過程の所産であったという<sup>10</sup>。発見された「子ども」は、純真で弱いために守り兼ねなければならない存在であり、「保護を受ける権利」を与えられていたにすぎなかった<sup>11</sup>。しかし、19世紀半ばに始まる「子どもの権利」論やそれに関する運動、さらに1960年代のアメリカで「自由・自己決定」志向が顕著になったことをきっかけに、子どもを「権利・自由の主体」としても捉えようとする動きが広まっていった。この背景には、アメリカの児童放射線医師ヘンリー・ケンプが提唱した、「被虐待児症候群（Battered child syndrome）」の拡大があったといわれる。この潮流は各国に波及し、特に1980年代頃からは、子どものおかれている状況が地球規模で悪化しているとの認識を反映して、1989年、国連は「子どもの権利条約」を採択した。この条約は、18歳未満を「児童」と定義し、「従来の権利のほか、子ども自身の自立・自律権に重きをおいた新しいタイプの権利を盛り込んで、充実した子どもの権利のカタログを示している」<sup>12</sup>。本条約は1990年に発効し、日本は1994年に批准した。こうして、子どもは「保護の対象」であると同時に「権利・自由の主体」であるという、一定の共通認識が明らかになった。以上のような経過を経て、今日、「子どもの人権」は言葉として定着したといつてよい状況となっている。

### 2. 日本での日本国憲法による「子どもの人権」保障

日本国憲法において、子どもの人権享有主体性は当然認められるものとされ、同時に、成人とは異なる制約可能性があることも自明のこととされてきた<sup>13</sup>。この制約が許容される理由は、子どもの持つ特質にある。その特質とは、米沢によれば、①「心身の未成熟性」、②「依存性」、③「成長可能性」の3つである<sup>14</sup>。子どもは、心身ともに未成熟で傷つきやすく、健全な成人へと成長するために

<sup>10</sup> 佐藤幸治「子どもの『人権』とは」自由と正義38巻6号5頁（1987年）参照。

<sup>11</sup> 佐藤・同上 6頁参照。

<sup>12</sup> 芹沢斉「未成年者の人権—青少年の成熟度との関連で—」芦部信喜先生古稀祝賀論文集『現代立憲主義の展開上巻』234頁（有斐閣、1993年）参照。

<sup>13</sup> 芦部信喜『憲法 第4版』85—86頁（岩波書店、2007年）。

<sup>14</sup> 米沢・前掲注（5）75頁。

は外部からの援助が必要不可欠であり、また人格的に発展途上にあるため可塑性に富んだ成長可能性をもつ存在である。子どもは、成長するために親や国家による保護を必要としており、子どもにとって保護と自律は互いに結びついている<sup>15</sup>。子どもの保護を実現すべき第一義的な存在は、親（養育権者）である。親の養教育権は、日本国憲法上も、13条、19条、20条等によって保障され、家族の自律は憲法24条1項、13条、24条2項によって要請されている。

しかし、親の養教育権も濫用されることがあり、「親の下に放置しておけば、未成年者の将来に過酷で取り返しのない負担が生じ得る場合には、国家によって未成年者を親の下から引き離すことが正当化される」<sup>16</sup>。親によって児童虐待が行われた場合の親と国の関係は、まさにこの場合に該当する<sup>17</sup>。したがって、「親の保護が不十分である場合に、子どもを保護するために国が関与することは、憲法上許容されていると考えてよい」<sup>18</sup>。根拠条文としては、憲法13条の幸福追求権から子どもの生命・身体の自由の保障を導き出すことや、25条の生存権における「健康で文化的な最低限度の生活」の保障の中に見いだすことができる。

ところで、この国による「関与」は、国の「義務」としては認められないのだろうか。すなわち、憲法は親の養教育権の濫用から子どもを保護する具体的義務（義務違反に対しては国家賠償を請求しうる）を国家に課しているかという問題である。これは、次章から検討する DeShaney 判決の中心的論点である。憲法から直接要求される国の積極的義務は、25条の具体的権利性についてのバランス<sup>19</sup>を考慮すれば、「原則として、…『発達』、『学習』を達成するための最大公約数的基礎としての『無償の義務教育』（憲法26条2項）まで」<sup>20</sup>というのが一般的な理解である。国家が過度に介入することによる、子どもの将来の可能性を抑圧する危険性や、親の養教育権・家族の自律を侵害する危険性に留意した結果の結論であろう。しかし、私はこのような形式的帰結をよしとしない。本稿でとり上げる児童虐待の場合のように、子どもがおかれた具体的な状況に鑑みれば、一定の場合に国の積極的義務が認められうる应考虑すべきである。

### 3. アメリカでのアメリカ合衆国憲法による「子どもの人権」保障

アメリカにおいても、子どもの基本的な特質や、子ども一親一国の三層構造は日本と同様である。

---

<sup>15</sup> 芹沢・前掲注(12)233頁参照。なお、家族による保護と子どもの自律については、山崎将文「憲法における人権と家族」憲法論叢16号58-60頁(2009年)において詳しく説明されている。

<sup>16</sup> 米沢・前掲注(5)75頁。親の養育権については、浮田徹「憲法における家族の保護と社会保障についての一考察」憲法論叢14号134頁(2007年)を参照した。

<sup>17</sup> 米沢・前掲注(5)82頁。

<sup>18</sup> 米沢・同上81頁。

<sup>19</sup> 憲法25条生存権については、最高裁判所判例において直接25条を根拠として国家に対して給付判決を請求しうる具体的権利とは認められていない。学説においては、法的権利説のうち、憲法25条を直接の根拠として裁判所の給付判決を求めうとする具体的権利説と、憲法25条を直接の根拠として裁判所の給付判決を求めることはできず、国が25条を具体化する立法をしない場合に国の不作為の違憲確認訴訟を提起できるのみとする抽象的権利説の争いがある。芦部・前掲注(13)254-256頁参照。

<sup>20</sup> 米沢・前掲注(5)82頁。

アメリカ合衆国憲法における人権規定は、修正条項に規定されており、子ども<sup>21</sup>には、一般的に、第5修正、第14修正で保障されるような基本的人権が認められる。同修正は、「何人も、法のデュー・プロセスによらずに生命、自由または財産を奪われない」と規定しており、この「自由 (liberty)」に第1修正から第8修正までの基本的人権の大部分が組み込まれている。

次に、親および州の子どもを保護する義務については、親は、子どもに対する第一義的な権威をもち、子どもの養教育に果たす親の優位性は連邦最高裁からも承認されている。親子関係を州の介入から守ることについては、連邦最高裁により、親同様に子どもも憲法次元の権利をもつ<sup>22</sup>。一方、州は、伝統的にパレンス・パトリエの権限行使が認められており、場合によっては親から子どもを保護する特別な責任があるため、子どもを保護する州の利益は必要不可欠のものと考えられてきた。これは、子ども・親の自由を制限する州の児童保護措置等を正当化する論拠となっている。連邦最高裁も、子どもを保護する広範な州の権限と第1修正（請願権）に基づく親の主張とを較量した上で、州の権限の方が優位すると判断した<sup>23</sup>。

#### 4. 小括

子どもはその特質により、周囲による保護や手助けが必要不可欠な存在である。そのため、保護の責任を第一義的に負うべき親に虐待された場合に、自ら行政の児童保護機関に行くことも、自ら虐待の事実を告げることも困難な場合がほとんどである。虐待から子どもの生命・身体を保護するためには、周囲が気付き適切に対応するしかない以上、情報が集まり、対応の中心となる行政機関の役割は極めて重い。本章では、児童虐待における行政機関の関わり方はどうあるべきかという問題が、子どもの保護においていかに重要であるかを確認した。次章からは、この問題に関するアメリカの先例である、DeShaney 判決の検討に入る。

## II. 合衆国憲法第14修正デュー・プロセス条項と DeShaney 判決に至る判例の変遷

### 1. 第14修正デュー・プロセス条項における「ステイト・インアクション」法理

まず、第14修正は、DeShaney 判決の上訴人が第5修正とともにその主張の根拠としている条文である。第5修正は連邦政府を、第14修正は州を名あて人にして、「何人も、法のデュー・プロセスによらずに生命、自由または財産を奪われない」と規定している。この保障には、狭い意味の公正な手続きを要請する手続的デュー・プロセスと、「その決定の基礎となるルールの公正」まで要請す

<sup>21</sup> 樋口（憲法）・前掲注（8）234-235頁参照。なお、アメリカにおける成人年齢は、一般に各州で定められており、1971年に確立した連邦の投票権を21歳から18歳に引き下げた第26修正に応じて、多くの州で18歳とされている。

<sup>22</sup> 片山等「アメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の概況」自由と正義38巻6号69頁（1987年）参照。

<sup>23</sup> 片山・同上 70-73頁参照。

る実体的デュー・プロセスが含まれる<sup>24</sup>。実体的デュー・プロセスが保護する「自由」は、原則として、政府による介入・干渉を受けないという消極的自由である。これは、同修正の「生命」についても同様である。ただし、連邦最高裁は、「政府によって一定の自由が奪われているような状況で、当該個人と政府との間に『特別な関係』(special relationship)があるとみなされる場合は、例外的に、政府に積極的な作為義務が認められ」と判断した<sup>25</sup>。次に、「ステイト・インアクション」とは、「州<sup>26</sup>による不作為」を意味し、この不作為に違法性が認められるためには、作為義務の存在が必要となる<sup>27</sup>。

すなわち、第 14 修正デュー・プロセス条項における「ステイト・インアクション」法理とは、第 14 修正デュー・プロセス条項における政府の不作為について合衆国憲法によって責任を問うことができるのかをめぐる一連の判例法理のことである<sup>28</sup>。この法理の前提となる「一般原則」は、「合衆国憲法は、国民が政府による基本的なサービスを要求する一般的権利を一切創設しておらず、政府は、サービスを提供する積極的義務を負っていない」という考え方である。そして、「ステイト・インアクション」法理の本質的な部分である、例外的に政府の積極的作為義務が認められる「一定の場合」は、当事者間に「特別な関係」が存在する場合などが該当する。この法理は、DeShaney 判決において提起された、「政府の積極的作為義務は存在するか」という問題の判断規準となる法理であり、この法理をいかに理解するかによって、DeShaney 判決法廷意見の妥当性を問うことが可能になると思われる。そこで以下では、この「一定の場合」に関する判例を年代順に 5 つ取り上げ、概観する<sup>29</sup>。

## 2. DeShaney 判決に至る判例の変遷

### (1) Boddie 連邦最高裁判決

1971 年の Boddie v. Connecticut<sup>30</sup>は、第 14 修正デュー・プロセス条項の保障について、実体的デュー・プロセスをも含めた形で認定し、「ステイト・インアクション(州の不作為)」を違憲として州の積極的義務を認めた、画期的な判決である<sup>31</sup>。上告人ボディらは州の社会福祉年金の受給者であり、善意に基づいて離婚を求めているが、コネチカット州法が定める訴訟提起にかかる諸費用の支払

<sup>24</sup> 田島裕『アメリカ憲法』130-135 頁(弘文堂、2011 年)参照。

<sup>25</sup> 樋口(憲法)・前掲注(8)296-297 頁参照。

<sup>26</sup> 本論文において「州(state)」という用語は、州、カウンティ(county)、およびそれぞれの諸機関、職員などを広く包含する概念として使用するものとする。

<sup>27</sup> 蔡茂虎「行政の規制権限不行使と司法審査—アメリカにおける不作為(inaction)の場合-1」名古屋大学法政論集 140 号 88-89 頁(1992 年)参照。

<sup>28</sup> 内田真利子「アメリカ合衆国憲法第一四修正デュー・プロセス条項における『ステイト・インアクション』法理の憲法的考察(二)—DeShaney 事件連邦最高裁判所判決を基軸として—」早稲田大学大学院法研論集第 73 号 1-3 頁(1995 年)参照。

<sup>29</sup> 「ステイト・インアクション」法理の詳細な変遷については、内田(二)・同上 3-17 頁を参照。

<sup>30</sup> Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971).

<sup>31</sup> 本判決の紹介にあたっては、内田(二)・前掲注(28)7 頁、および福岡久美子「児童虐待に関する合衆国憲法判例」阪大法学 45 号 153-154 頁(1995 年)を参照した。

い能力が無かったために、州裁判所に離婚訴訟を提起できなかった<sup>32</sup>。そこで上告人らは、これを不服としてコネチカット州法の違憲を主張し、訴えを提起した。

法廷意見は、①結婚が社会に持つ重要な基本的利益に鑑みて、結婚とその解消には州の承認が必要であること、②州の裁判所に訴えることが、国民が結婚を解消するための唯一の方法である以上、上告人のおかれている立場は、「討論の場を与える唯一のフォーラムからの排除」と似ていること、③本件において個人の権利よりも優先されるべき州の利益は存在しないことを理由に<sup>33</sup>、「経済的貧困者が離婚訴訟に要求される訴訟手数料を支払うことができないことのみを理由としてその離婚訴訟の提起を認めないことは、第 14 修正によって保障された法のデュー・プロセスを否定するものであり、州法は憲法違反として無効となる」と判断した<sup>34</sup>。

## (2) Estelle 連邦最高裁判決

1976 年の *Estelle v. Gamble*<sup>35</sup>は、第 14 修正に組みこまれた第 8 修正に基づいて、受刑者のケアに対する政府の積極的責務を認めた判決である<sup>36</sup>。州刑事施設の受刑者ギャンプルは、施設内における労働中に数度にわたって負傷した。彼は、刑務所職員らが、彼の負傷に対する適切な医療措置の提供を怠ったことにより、法のデュー・プロセスによらずに第 8 修正の「残虐または異常な刑罰を受けない自由」を侵害されたと主張して、合衆国法律集 42 編 1983 条<sup>37</sup>に基づく民事訴訟を提起した。

法廷意見は、①第 8 修正の禁止する「残虐または異常な刑罰」には、不必要または無制約な苦痛を惹起するような処罰も含まれること<sup>38</sup>、②この基本原則は、被拘禁者に対して医療ケアを提供する政府の責務の根拠となること、③本件において、医療ケアについて刑務所職員に頼らざるを得ない受刑者の重大な医療上の要求に対する「意図的な無関心 (deliberate indifference)」は、第 8 修正の禁止する「不必要または無制約な苦痛の惹起」に該当する<sup>39</sup>ことを理由に、刑務所職員の義務違反は、憲法違反であるとした<sup>40</sup>。

## (3) Youngberg 連邦最高裁判決

1982 年の *Youngberg v. Romeo*<sup>41</sup>は、精神薄弱者に対する政府の積極的な保護義務が認められた判

<sup>32</sup> *Boddie*, at 372–374.

<sup>33</sup> *Id.* at 376–379.

<sup>34</sup> *Id.* at 379–383.

<sup>35</sup> *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976)

<sup>36</sup> 本判決の紹介にあたっては、内田 (二)・前掲注 (28) 9–11 頁、および、福岡 (合衆国憲法判例)・前掲注 (31) 140–141 頁を参照した。

<sup>37</sup> 合衆国法律集 42 編 1983 条は、「州法の外観の下に (under color of state law) 合衆国憲法および連邦法で保障された権利を剥奪された場合に、被害者は、コモン・ロー上、エクイティ上、またはその他の適切な救済を与えられる」と定める。

<sup>38</sup> *Estelle*. at 102–103.

<sup>39</sup> *Id.* at 104.

<sup>40</sup> *Id.* at 105–106.

<sup>41</sup> *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S.307 (1982).

決であり、第 14 修正デュー・プロセス条項によって政府の作為義務が認められる場合を *Estelle* 判決から拡大した<sup>42</sup>。ロメオは重度の精神遅滞者であり、州法に基づいて強制的にペンシルベニア州立施設に收容されたが、抑制できない自傷行為や他の被收容者の暴力によって頻繁に負傷していた<sup>43</sup>。これを知った彼の母親は、職員の行為（不作為）によってロメオの有する憲法上の諸権利が剥奪されたとして、合衆国法律集 42 編 1983 条に基づく民事訴訟を提起した。

法廷意見は、まず、本件のような強制的に施設收容された者は、第 8 修正の「意図的な無関心」の基準ではなく、第 14 修正により保障される自由の利益と州の利益との比較衡量によって判断するべきであるとした<sup>44</sup>。そして本件の論点は、ロメオが、①安全な收容環境を提供される権利、②身体的拘束からの自由、③訓練を提供される権利といった実体的諸権利を有するか否かである。①については、受刑者と比較することで、②については、自由の核心であるとして重要性を強調することで、ロメオの権利を認めた<sup>45</sup>。③についても、「一般的に、州は実体的なサービスを提供するという憲法上の責務を一切負っていない」が、ある者が「施設に收容され、その結果として完全に州に依存している場合には、…一定のサービスおよびケアを提供する責務が存在する」こと等を理由に権利を認め、職員らの行為は憲法違反であるとした<sup>46</sup>。

以上のように、*Boddie* 判決、*Estelle* 判決、*Youngberg* 判決ともに、「ある個人がその必要を満たすために行為する自由が、州によって何らかの拘束を受けているために、その必要を満たすことが不可能である場合」に、政府は積極的な作為義務を負うと考えられる。この理解を、児童虐待に関する次の 2 つの下級審判決において確認する。

#### （４） Jensen 第 4 巡回区連邦控訴審判決および Estate 第 3 巡回区連邦控訴審判決

##### ① Jensen 第 4 巡回区控訴審判決

1984 年の *Jensen v. Conrad*<sup>47</sup>は、州の監護下に置かれていない虐待児童の保護に関する初めての判決であるとともに、傍論において初めて「特別な関係(special relationship)」法理について明言した判決である<sup>48</sup>。本件は、「児童虐待の通報を受けた州社会保障局のずさんな対応<sup>49</sup>によって、児童が虐待死するに至った」という 2 つの事案に関するものである。

法廷意見は、「州当局は子供を保護することについて誠実であった」と判断して、訴追免責にした。しかし、傍論において、被害者または加害者が、事件当時または事件前に州の法的保護の下にあり、

<sup>42</sup> 本判決の紹介にあたっては、内田（二）・前掲注（28）13－16 頁、および福岡（合衆国憲法判例）・前掲注（31）141 頁を参照した。

<sup>43</sup> *Youngberg*, at 307.

<sup>44</sup> *Id.* at 317－318.

<sup>45</sup> *Id.* at 315－316.

<sup>46</sup> *Id.* at 309.

<sup>47</sup> *Jensen v. Conrad*, 747 F. 2d 185 (4th Cir. 1984).

<sup>48</sup> 本判決の紹介にあたっては、福岡（合衆国憲法判例）・前掲注（31）142－143 頁を参考にした。

<sup>49</sup> *Jensen*, at 187－188.



（要件①）州が特定の集団や個人に積極的な保護を与える意思を表明しており（要件②）、そして州が原告の状況を知っていたときには（要件③）、当事者間に「特別な関係」が存在し、第 14 修正デュー・プロセス条項に基づく州の憲法上の責任が認められるとの見解を示した<sup>50</sup>。

## ②Estate 第 3 巡回区控訴審判決

1985 年の *Estate of Bailey Oare Cr v. County of York*<sup>51</sup>は、Jensen 判決の傍論で述べられた「特別な関係」の存在を認めた判決である<sup>52</sup>。本件は、「州当局が、児童を一度母親から切り離してその監護下に置いた点」を除けば、Jensen 判決と同様の事案である<sup>53</sup>。

法廷意見は、まず、本件と Jensen 判決の事実関係が異なることは、「特別な関係」法理の採用を妨げないと述べた。そして、当局が、アレタを一時的に母親の監護から切り離して州の監護下に置き（「特別な関係」の要件①②を満たす）、アレタが暴力を受ける「特別な危険(special danger)」に直面していることを知っていたこと（同じく要件③を満たす）により、当局と児童の間には「特別な関係」が存在する。よって、当局が児童を虐待から保護しなかったことは、第 14 修正デュー・プロセス条項に違反するとした<sup>54</sup>。

### 3. 小括

以上のように、先例は、第 14 修正デュー・プロセス条項に関するステイト・インアクション法理の「一般原則」を確認する一方で、例外的に政府の積極的作為義務が認められる「一定の場合」を拡大してきた。しかし、続く DeShaney 判決は、この流れを大幅に後退させるものであった。

## Ⅲ. DeShaney 判決

1989 年に出された DeShaney 判決は、衝撃的に報道され社会的に話題になり、法学の分野においても多くの論文が発表された<sup>55</sup>。本判決は先例として拘束力を有しており、今日でも再検討が試みられている。本章では、DeShaney 判決原文<sup>56</sup>および浦田・内田両氏による DeShaney 判決全文訳<sup>57</sup>を参考に、本事件の事実関係と判決内容について概観する。

### 1. 事実関係

DeShaney 判決は、4 歳のジョシュア・デシェイニが、父親の虐待によって重度の精神障害を負っ

<sup>50</sup> Id. at 194 .

<sup>51</sup> *Estate of Bailey Oare Cr v. County of York* , 768 F.2d 503 (3d Cir.1985)

<sup>52</sup> 本判決の紹介にあたっては、福岡（合衆国憲法判例）・前掲注（31）143－144 頁を参照した。

<sup>53</sup> *Estate*. at 505－506.

<sup>54</sup> Id. at 510－511.

<sup>55</sup> 福岡（憲法学的試論）・前掲注（2）1050-1051 頁。

<sup>56</sup> *DeShaney v. Winnebago County Dep. of Social Services*, 489 U.S.189(1989)

<sup>57</sup> 浦田賢治監修、内田真理子訳「デシェイニ対ウィンエベイゴウ・カウンティ社会福祉局事件判決」早稲田法学 70 卷 2 号 5－48 頁（1994 年）。

た事案であり、州社会福祉当局が、「虐待の事実を確信していたがなぜか積極的な行動を起こさず、虐待から救い出されるはずのジョシュアに大きな損害を与えたこと」が問題となった<sup>58</sup>。州当局は、父親の元妻、医師等から虐待の通報を受け、ジョシュアを一時的に病院の監護下に置いた<sup>59</sup>。また、特設の「子ども保護班」が結成されたが、結局子ども保護事件は却下（終結）され、医者への反対もむなしくジョシュアは父親の下へ帰された。その後当局は、数度の病院からの通報や自宅への訪問により虐待の存在を確信していたが、不自然なことに積極的な行動を起こさず、結果、ジョシュアは父親の激しい虐待によって重度の知的障害を負い、残る人生を施設の中で送ることを余儀なくされた<sup>60</sup>。

ジョシュアとその母親は、合衆国法律集 42 編 1983 条に基づき、「州および州当局らは、法のデュー・プロセスによらずに、第 14 修正の保障するジョシュアの自由を侵害した」と主張して、訴えを提起した。

## 2. 判決内容（法廷意見と反対意見）

### （1） レーンクイスト首席判事による法廷意見

法廷意見は、「本件の事実関係は紛れもなく悲劇的である」という言葉に始まり、しかし結論としては上訴人の主張を退けて救済を否定した。その主たる根拠は、①「第 14 修正デュー・プロセス条項の解釈」、②「合衆国憲法上の救済と州法上の救済の役割分担の観点」、③「州や担当公務員の責任を認めた場合の影響への政策論的な危惧」の 3 つである<sup>61</sup>。

レーンクイストは、まず、「先例も、第 14 修正によって、政府の援助を要求する積極的な権利を認めておらず、一般論として、州が私的な暴力から個人を保護しないことはデュー・プロセス条項に違反しない」と述べる<sup>62</sup>。さらに、本件の虐待（作為）の加害者はあくまで父親であり、「州の行為は、ジョシュアの危険性を増加させない『単なる』不作為であったに過ぎない」という<sup>63</sup>。ただし、強制入院の患者等のように、「州がある人の身柄を拘束し、その意思に反して監護下に置き続ける場合」には、例外的に、州は憲法上の「安全と福祉に配慮する義務」を負う。しかし、本件でジョシュアに危険が生じたのは、父親の監護下にあったときであり、あてはまらない<sup>64</sup>。

さらに、州法上の不法行為理論によって、積極的な保護を与えるべき「特別な関係」が認定される場合があるが、先例によれば、州の公務員による不法行為すべてが憲法上の違反になるのではなく、

<sup>58</sup> *DeShaney*, at 191–194.

<sup>59</sup> 監護措置は、州少年裁判所の決定を得て行われた。ウィスコンシン州法によれば、裁判所による監護は、「当該子どもを拘留しなければその子どもが…他人からの危害にさらされるであろう相当な理由が存在する」場合に認められる。浦田・前掲注（57）20 頁参照。

<sup>60</sup> *DeShaney* 事件控訴審判所判決によれば、州から呼び出されたジョシュアの母親が到着した際に、担当ケースワーカーは「いつの日か電話のベルが鳴ってジョシュアが死ぬであろうことは私には分かっていました」と語っている。浦田・前掲注（57）8 頁参照。

<sup>61</sup> 樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁—子どもに対する公的保護責任と一九八三条訴訟」樋口陽一＝高橋和之編『現代立憲主義の展開（芦部信喜先生古稀祝賀）上』255–257 頁（有斐閣、1993 年）、および内田（一）・前掲注（9）63 頁参照。

<sup>62</sup> *DeShaney*, at 194–196.

<sup>63</sup> *Id.*, at 196–197.

<sup>64</sup> *Id.*, at 197–201.

本件では「特別な関係」は認められないとした。したがって、本件はアメリカ合衆国憲法上の問題ではなく、州において州法上の責任を問うようなシステムを作れば済むと述べた<sup>65</sup>。

また、もし州当局が不必要な早期介入により親子を引き離したならば、おそらく親子関係への違法な介入であるとして、父親の方からもデュー・プロセス条項に基づく訴えが提起され（「両刃の剣」の状態）、ソーシャルワーカーは途方に暮れてしまう。以上のように述べて、連邦最高裁は、ジョシュアの請求を退けた。

## （２）ブレナン判事及びブラックマン判事による反対意見

ブレナン判事による反対意見<sup>66</sup>は、まず、法廷意見が「州には、一般的に、市民の基本的な需要を満たす義務がある」という、誰も求めている宣言について議論を振りかざし、さらに、作為と不作為の区分を用いて、本件では不作為の責任は問えないとした点を批判する。そもそも本件の州の行動は不作為ではないし、作為・不作為という区分自体に意味がない。重要なのは、「児童保護のシステムを作り、虐待の通報を州当局に集中させ、かつその後の保護措置の決定権限を独占させることによってその他の援助の手が入れないようにしておいて、実際に州当局が効果的な援助をしなかった」という事実である。機能しないシステムなどない方が、まだジョシュアが救われる可能性があった<sup>67</sup>。ブレナンは以上のように述べて、児童保護局とジョシュアの間には「特別な関係」が成立しており、州は、当局の「著しい過誤」について責任を負うとした。

ブラックマン判事による反対意見<sup>68</sup>は、まず、「法廷意見は政府の『作為』と『不作為』との間に厳格な境界線を引こうとした点において形式主義的であり、そのために本件で本来認定されるべきであった州の責務を認定しそこなった」と非難する。次に、「第 14 修正に関する先例は、人がどのような読み方を選択するかによって広くも狭くも読むことができ」、本件において提起された問題は未だ未確定のものであること、そして最後に、「感情に従った」読み方を採用することこそが、根本的正義（fundamental justice）の要請に合致し、また裁判の領域から同情を追放する必要がないことを認めると述べた<sup>69</sup>。

## IV. DeShaney 判決の評価

### 1. 学説による評価

#### （１）一般原則を否定する学説

DeShaney 判決に対するアメリカの学説による評価は、その大半が批判的見地に立っている。とは

<sup>65</sup> Id, at 201–202.

<sup>66</sup> 樋口（一九八三条訴訟）・前掲注（61）257–258 頁参照。

<sup>67</sup> *DeShaney*, at 203–212.

<sup>68</sup> 内田（一）・前掲注（9）68–69 頁参照。

<sup>69</sup> *DeShaney*, at 212–213.

いえ DeShaney 判決が明言した、第 14 修正デュー・プロセス条項に関する政府の不作为に関する「一般原則」（本修正は政府による基本的なサービスを要求する一般的権利を一切創設していない）の存在自体については、アメリカの論者の大半が認めているように思われる。筆者もこの立場である。そこで、まずは「一般原則」の存在自体を否定する立場の学説を紹介する。例えば、Cass R. Sunstein、David A. Strauss、Aviam Soifer などがそうである<sup>70</sup>。彼らは、憲法上、「作為」と「不作为」、もしくは「消極的行為」と「積極的行為」を区別すること自体に疑問を唱え、法廷意見が示した「一般原則」は、合衆国憲法上存在するべきではないと力説する。

例えば Sunstein は、憲法思想における政府の「中立性 neutrality」概念に注目し、「中立性」の判断が、富・機会・優越的地位・生来の素質をめぐる「既存の配分 existing distributions」に依拠していることを問題視する。これは、法廷意見が採用した、ある権利を「積極的」と「消極的」に分ける分類についても同様であり、このような憲法思想は、「法準則自体が、富・機会の配分や優越的地位それ自体を創り出す主体となり得ることを無視した、法理論に叶わず、憲法思想として極めて不当なもの」であるとして拒絶した<sup>71</sup>。

## （２）一般原則を肯定して「特別の関係」が認められる場合の拡張を試みる学説

次に、「一般原則」の存在自体は認める論者らにとっては、この原則をどのように解釈し、具体的事例に適用するかが問題となる。これは結局、「一般原則」の下で今後どのようにして積極的権利の拡充を図りうるか、すなわち「例外」として積極的権利が認められる「特別な関係」が承認される場合を、いかにして拡張していくかという問題である<sup>72</sup>。

注目に値するのが、「DeShaney 判決は、『例外』の契機になる『特別な関係』を特定できておらず、連邦最高裁判所の判例上、『例外』の範囲は未確定である」とする見解である<sup>73</sup>。例えば Eaton & Wells は、法廷意見が、「州がジョシュアの危険を発生させた訳ではなく、より危険にさらされやすい状況に陥れるようなことは行っていないから、州が一切行動しなかったと仮定した場合に想定されるよりも悪い立場に上诉人を放置したわけでもない」点を強調していることに着目する。そしてこれは、州が、人の身体を拘束しなくとも何らかの形で危険を生ぜしめ、その人をより危険にさらされやすい状況に陥らせうることを、そのような場合には、州に憲法上の作為義務が生じ得ることを示唆している、と解釈した<sup>74</sup>。Eaton & Wells によれば、連邦最高裁のとったアプローチは、州に憲法上の責務を認める余地を十分に残している。

<sup>70</sup> 彼らの学説の紹介にあたっては、内田真利子「アメリカ合衆国憲法第一四修正デュー・プロセス条項における『ステイト・インアクション』法理の憲法的考察（三・完）—DeShaney 事件連邦最高裁判所判決を基軸として—」早稲田大学大学院法研論集第 74 号 43—45 頁を参考にした。

<sup>71</sup> 内田（三）・同上 45 頁。

<sup>72</sup> 彼らの学説の紹介にあたっては、内田（三）・同上 47—48 頁を参考にした。

<sup>73</sup> 内田（三）・同上 47 頁参照。

<sup>74</sup> 内田（三）・同上 48 頁。

筆者は、この Eaton&Wells の理解に同調する。そして、これと相反する、DeShaney 判決を「施設収容またはそれと類似する状況の下に市民を置いているのではない限り、政府は市民を危害から保護する憲法上の責任を負わない」という極めて厳格な法理を示したものとする理解の採用を拒否する。このような理解は、「DeShaney 判決の文言という形式的見地」<sup>75</sup>によって否定される。また、筆者自身の主観的立場、すなわち、児童虐待のような行政機関による子ども保護の要請が極めて高い事案において、ジョシユアが置かれた具体的状況に照らせば、「特別の関係」が認められるべきであるとの考え方からも否定される。

## 2. Tribe 教授による評価

最後に、筆者が最も共感する、Laurence H. Tribe の評価<sup>76</sup>を紹介する<sup>77</sup>。Tribe は、まず法律をより適切に理解するために、物理学に基づく、「湾曲している法的空間 (Curving Legal Space)」という考え方 (空間は中立ではなく内部の者同士が互いに影響し合う) の採用を勧める<sup>78</sup>。そして、ブレナン判事の反対意見に同調し、彼が、①法廷意見の作為・不作為の区別自体に反対し、「州の事前の行為」を重視したこと、②Youngberg 判決や Estelle 判決が示したのは、「州が市民の私的救済源を切った場合には市民を助ける義務を負わなければならない」という憲法上の権利の一般論であると主張したことを称賛する<sup>79</sup>。しかし Tribe によれば、②の考えは、むしろ Boddie 判決から引き出されたものである。Estelle 判決や Youngberg 判決において、「その必要を満たす手段」から個人を引き離したのは、「州による収容=特定の個人を対象とした州の事前の行為」だが、Boddie 判決では、「法律構造自体」である。つまり、「法律が、ある必要 (失敗した結婚の解消) の実現について、州の独占、すなわち『湾曲している法的空間 (Curving Legal Space)』を作り出したにもかかわらず、その必要を実現せず、…かえってある人々を特に攻撃を受け易い立場にしたならば、この法制度を作り出したこと自体が、デュー・プロセスに反する州の作為的行為 (state action) となる」<sup>80</sup>。この Boddie 判決の説明のうち「必要」の部分に「親からの救済」をあてはめると、この説明は、DeShaney 判決にそのままあてはまる。両事件の事実関係は極めて類似しているのである。したがって、ジョシユアを孤立させ彼に危険を及びやすくしたのは、政府の法制度によって作り出された州の独占である<sup>81</sup>。

結局、Tribe によれば、DeShaney 判決の重大な欠陥は、「私たちの知る限り世界中で最も弱い立

<sup>75</sup> 内田 (三)・同上 48 頁参照。

<sup>76</sup> Laurence H. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers can Learn from Modern Physics*, 103HARV. L. REV. 1, at 12 (1991).

<sup>77</sup> Tribe の学説の紹介にあたっては、福岡・前掲注 (31) 153-155 頁、および、内田 (三)・前掲注 (70) 36-37 頁を参考にした。

<sup>78</sup> 福岡・前掲注 (31) 153 頁参照。

<sup>79</sup> この点について、福岡は、「Tribe が主張するように、ブレナン判事の考えは Boddie 判決から引き出されたものである、とまで言えるかどうかは疑問である」として否定的である。福岡・前掲注 (31) 154 頁参照。

<sup>80</sup> Tribe・前掲注 (76) at 1-3. および、福岡・同上 154 頁参照。

<sup>81</sup> Id. at 4-8. および、福岡・同上 155 頁参照。

場にある人々のうちの一人—虐待されている子ども—に目を向けたとき、虐待をそのまま放置するような形で州自らが政治的背景をすでに変えてしまっているかもしれないということは問題とされなかった」ことである<sup>82</sup>。また、法廷意見は、単に「州自身が虐待の加害者としてその子どもを殴打したのか」という問題のみ検討したが、むしろ「一定の要求の実現（虐待する実親からの保護）をめぐって法が州による独占を創設し、その結果として少なくとも一部の個人を本来であれば与えられたはずの援助から事実上遠ざけてしまうような形で法体系を設定していたのか」という問題こそが検討されるべきであった。この問題の検討によって認定される「作為」の範囲は、法廷意見のそれとは比べものにならないほど広い。Tribe の主張する、このような「作為」概念を採用すれば、DeShaney 判決は、まさに州の作為により権利侵害が行われたと認定できる事案である<sup>83</sup>。

また Tribe は、「ジョシュアに損害を与えた直近の行為である州の不作为」よりも、「事前の行為（法制度によって作り出された州の独占）」を重視し、本件は「ステイト・インアクション」法理の例外について検討すべき場合ではないと考えているようである。

### 3. DeShaney 判決を通して見た「ステイト・インアクション」法理のありかた

DeShaney 判決法廷意見は、「ステイト・インアクション」法理の一般原則（一般的に政府に憲法上の積極的な保護義務はない）を確認した後、「ステイト・インアクション」法理の本質である、例外的に政府の作為義務が認められる「特別な関係」の存否について検討しているように見える。しかし、その内容は、「政府は積極的作為義務を負わない」という結論を担保するための、至極形式的なものである。ジョシュアという一人の子どもをとり巻く具体的事情（子どもの特性に基づく虐待からの保護の必要性、州が彼の苦境を知っていたこと、そして、合法的な救済手段は州当局によって独占されていたことなど）をないがしろにしてその救済を拒絶したことは、到底是認できない。児童虐待のような、特に保護の必要性が高い事案についてみれば、法廷意見の判断は、夜警国家観の下であればともかく、行政機能が飛躍的に増大した今日においてはもはや時代錯誤的な主張であろう。本件では、例外としての「特別な関係」の存否について、真摯な検討がなされるべきであった。

筆者は、本件に「特別な関係」法理を適用する際に、Tribe の洞察を借りて、「不作为」概念を拡大する必要があると考える。まず、先例によれば「特別な関係」が認められるためには、虐待児童が一時的にでも「州の監護下」に置かれる必要がある。法廷意見では、「あくまで病院における一時保護が行われたにすぎず、その措置を行ったのは裁判所であって州当局ではない」ことを理由にこれが否定された。しかし、Tribe の見解を「ステイト・インアクション」法理に当てはめ、州の不作为の範囲を拡大することで、「個人を州の独占的な救済システム（児童保護システム）の下に置き、そのシステムが機能した結果、裁判所による監護措置が行われた」と捉えることができる。これで、①ジ

<sup>82</sup> Id, at 9–10. および、内田（三）・前掲注（70）46頁参照。

<sup>83</sup> Id, at 10–12.

ジョシュアは一時的に「州の監護下」に置かれたとみなすことが可能である。さらに、度重なる通報やケースワーカーによる住居訪問の記録等によれば、②州が父親の暴力に晒されているジョシュアの危機的状況を知っていたことは明らかである。このような理解によって、「特別な関係」の存在を認められることができると考える。結論として、ジョシュアの州による保護サービスを受ける具体的権利が認められ、その救済が可能となる。もちろん、筆者はすべての場合にこのような不作為概念の拡大が認められるべきだとは考えていない。しかし、児童虐待のような特に保護の要請が強い事案について、州当局による何らかの関与があった場合には、その具体的事情を勘案した上で、「特別な関係」を認め、その救済に応じるべきである。

DeShaney 判決後の児童虐待に関する同様の事件は、下級審判決<sup>84</sup>しか出されておらず、「DeShaney 判決をいかに把握するかをめぐって各裁判所が混乱状態に陥っている」<sup>85</sup>。しかし、これらの判決が採用する理論は、「憲法上、州には積極的な保護義務はなく、たとえ州が保護を怠ったとしても責任を負わないが、一旦、監護権を変更するなど介入した場合には、子どもを安全な状況におく義務が生じ、危険な状況におくこと（危険な実親の下に帰す場合も含む）は許されない」とするものが多い<sup>86</sup>。一概には言えないが、一応筆者の示した方向で判断が行われていると言って良いだろう。今後も、判例の動向に注目していきたい。

## 結び

### 1. 日本の虐待対応への示唆について

以上で検討してきた児童虐待に関するアメリカの判例理論が、日本におけるこの問題に対して、いかなる示唆を与えるかについて検討したい。その際、アメリカにおいては連邦法と州法との二元性によって問題が一層複雑になっていることや、児童虐待を取り巻く状況の日米間の差異から、単純に日本の場合に当てはめることはできない点に注意が必要である。しかし、「子どもの生命・身体を守る」という児童虐待対応の根本目的は共通しているから、何らかの示唆を得られるはずである。

アメリカのデュー・プロセス条項に基づく虐待児童の権利保障の問題は、日本においては、まず、日本国憲法 31 条「適正手続条項」が関係しそうである。31 条は、一般的には刑事事件に関する条文と考えられているため、本条が行政事件にも適用されるのが問題となる。この点については、成田新法事件（最高裁平成 4 年 7 月 1 日大法廷判決）の最高裁が、一応行政事件にも適用されるような言い方をしているが、その対象はかなり限定的である。結局、31 条は、実際には行政事件にほとんど適

<sup>84</sup> 筆者が調べた限りでは、原告の主張を認めた判決は Ford v. Johnson, 899 F.Supp.227(W.D.Pa.1995)、Currier v. Doran, 23 F.Supp.1277(D. N.M.1998) など、認めなかった判決は、S.S. by Through Jervis v. McMullen(186 F.3d 1066 [8th Cir.1999])、S.S. ex rel. Jervis,(225 F.3d 960 [8th Cir.2000]) などがある。

<sup>85</sup> 内田（三）・前掲注（70）43 頁。

<sup>86</sup> 福岡久美子「国家の家庭への介入—児童虐待とドメスティック・バイオレンス—」憲法論叢 13 号 101 頁（2006 年）。

用されていない<sup>87</sup>。このように、デュー・プロセス条項の扱いについては、日米間で相当の隔たりがある。そこで、日本においては、むしろ 13 条の「幸福追求権」を根拠として、虐待児童の生命・身体の自由の保障を組み立てうると考えられる<sup>88</sup>。これに具体的権利性が認められるかについては、あくまで合衆国憲法第 14 修正に関するものだが、DeShaney 判決の検討の中で述べた「特別な関係」に入れば作為義務が認められるという法理に基づいて考えると、個別具体的な事情を勘案して、児童虐待において政府が児童と「特別な関係」を持つに至った場合には、作為義務が認められ、具体的権利性が認められると解するべきである。

では、この具体的権利が政府によって侵害された場合に、その救済を求める手段についてはどう考えるべきであろうか。訴訟形態としては、アメリカでは 1983 条訴訟によることになるが、日本では国家賠償請求訴訟が考えられる。しかし、日本においては、児童虐待に関する政府の対応の違法性を主張して国家賠償を請求した訴訟は存在しない。筆者が調べた限りでは、行政の職員と同視できる者（保育ママなど）が加害者として虐待を行った場合の国賠訴訟や、虐待の加害者（親など）に対する刑事訴訟などしか発見できなかった。おそらく、「そのような訴訟自体、起こっていないか、たとえ起こっていても和解などで解決されているのではと思われる。日本においては、児童相談所等の措置の透明性も低く、権利意識も強くないなどのためであろう」<sup>89</sup>。しかし、訴訟が提起されていない理由はともあれ、政府が虐待児童を一度その保護下に置きながら、結果として虐待死などの悲惨な事態を招来した場合には、責任の所在が明確にされる必要がある。そして、その結果としての国家賠償を認めていくべきである<sup>90</sup>。そうすることで、児童虐待対応について、将来における行政の公務執行等の適正が担保され、子どもへの深刻な損害を招くような違法行為の防止に繋がるはずである。

<sup>87</sup> この点について佐藤は、「この判決…をみると、31 条の行政手続への適用ないし準用を明示的に認めたものとはいえず、…行政手続に及ぶ範囲はかなり絞り込まれている」と述べる。佐藤幸治『日本国憲法論』192-193 頁（成文堂、2011 年）。

<sup>88</sup> 米沢は、「親の保護が不十分である場合に、子どもを保護するために国が関与することは、憲法上許容されていると考えてよいだろう。」と述べ、根拠条文として 13 条や 25 条をあげる。米沢・前掲注（5）81 頁。また、佐藤も同じ趣旨のことを述べている。佐藤・同上 178-179 頁参照。

<sup>89</sup> 福岡・前掲注（2）1063 頁。

<sup>90</sup> 実際に国家賠償が認められるかについては、国家賠償法 1 条に基づく要件を検討することにより、肯定できると考えられる。要件は一般的に 7 つ挙げられ、①「国または公共団体」が、②「公権力の行使」（不行使も含む）によって、③「職務を行うについて」なした行為で（職務行為関連性）、④「故意または過失」により、⑤「違法」な加害行為を行い、⑥「損害を加えた」こと、そしてこれらに⑦因果関係があることである。筆者の考える場合に当てはめると、自治体の児童相談所等が（①）、児童保護措置の不行使によって（②・③）、児童の生命・身体に深刻な損害を与えた（⑥・⑦）のであるから、④・⑤以外の要件を満たす。要件④の「過失」とは、客観的な注意義務違反を言い、予見可能性および回避可能性がある場合に認められる。児童保護措置について、政府が一度児童を保護下に置きながら、国が示した対応指針や各自治体の一般的な対応水準に反するずさんな対応を行った場合には、この要件を満たすことができる。要件⑤の加害行為の「違法」性は、行為不法説によれば憲法や法律の違反によって認定することができ、結果不法説によれば結果としての損害の内容を重視して認定できる。筆者の考える児童虐待の場合には、政府の不作为は憲法 13 条に違反するのであり、その損害も子どもの生命・身体に対する深刻なものであるから、この要件も満たすことが可能である。また、不作为責任が認められるためには作為義務が存在することが必要となるが、本文で述べたように、これも認められる。したがって、要件をすべて満たし、国家賠償請求が認められると考えられる。室井力、芝池義一他『行政事件訴訟法・国家賠償法 第 2 版』515-545 頁（日本評論社、2006 年）参照。



## 2. まとめ

近年、子どもを取り巻く状況は、いじめや虐待、貧困の増加などによって悪化している。中でも児童虐待は、子どもを守り育て共に愛情を育むべき親によってなされる点で、子どもの心身に将来にわたる大きな傷を負わせ、また最悪の場合には死に至らしめる深刻な問題である<sup>91</sup>。しかも、乳幼児など低年齢の子どもに対する場合が多く、かつ家庭などの閉鎖空間で行われる点で顕在化しづらいため、地域、学校、病院などによる見守りと行政機関による積極的な対応の必要性は極めて高いものである。

筆者の知人に、幼少時代、父親の家庭内暴力の被害にあっていた方がいる。その方は言う。「あの頃は地獄だった。警察も行政も、家庭内のことだからと全然助けてくれなかった。でも今は違う。警察も行政も助けを求めれば来てくれる。本当に良い時代になった」、と。しかし、筆者は、現在は「本当に良い時代」への途上段階であると思う。今も愛する親からの虐待によって苦しむ子どもたちを助け出し、これ以上、理不尽に未来を奪われる子どものいない社会が構築されることを、切に願うばかりである。筆者も、「国民の権利利益の維持・増進のためにしかその存在意義を認められない行政機関」<sup>92</sup>の職員の一員として、努力を惜しまぬ所存である。

---

<sup>91</sup> 太田由加里『子どもを虐待死から守るために一妊婦健診・乳幼児健診未受診者から見えること』20頁、(ドメス出版、2011年)。

<sup>92</sup> 蔡茂虎「行政の規制権限不行使と司法審査—アメリカにおける不作為 (inaction) の場合—1—」名古屋大学法政論集 140号 95頁 (1992年)。