



Title	第四報告 子どもの権利と親としての義務 - 家族法の見地から -
Author(s)	石川, 恒夫
Citation	北大法学論集, 44(1), 105-139
Issue Date	1993-06-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15518">http://hdl.handle.net/2115/15518</a>
Type	bulletin (article)
File Information	44(1)_p105-139.pdf



[Instructions for use](#)

## 子どもの権利と親としての義務

— 家族法の見地から —

石川 恒 夫 (北星学園大学)

はじめに

只今ご紹介頂きました北星学園大学の石川恒夫でございます。まず、この「子どもの権利を考える」日仏国際シンポジウムにおきまして、家族法の見地から「子どもの権利と親としての義務」というテーマで考える機会とこのような形での問題提起の役割を私に与えて下さいました主催事務局に深く感謝申し上げます。

また、子どもの権利をめぐる諸問題について造詣の深い研究者として、またフランス刑事法・犯罪学の分野における

第一人者であられるポアチエ大学ピエール・クーブラ教授の優れたご報告を午前中に伺い、これを受ける形でここに参加できますことを誠に光栄に存する次第であります。

早速、報告に入らせて頂きますが、若干の前置きをさせて頂きます。

まずは、表題を「子どもの権利と親としての義務」とさせて頂きましたことについてであります。「子どもの権利」と並べて、単に「親の義務」としたのではなく、「親としての義務」としてありますことにご留意願いたいのであります。次に、私の報告の構成について触れておきます。報告は、全体を貫く「子どもの権利」を縦軸に、「親としての義務」を横軸として設定し、考察を進めるものであります。

横軸の第一は、わが国の民法が規定する親権であります。

その第二は、親として子どもの生活を確保し、維持してゆくための、いわゆる生活保持義務であります。

この二本の横軸以外にも、何本かの横軸を設定し、縦軸である「子どもの権利」との接点を考察することの重要なことを充分認識しつつ、報告時間の関係からこれらはすべて省かせて頂きましたことをご了承頂きたいのであります。前置きは、以上であります。

## 一 「子どもの権利」という視点設定の重要性と「親とは」の認識の必要性

「子どもの権利」という縦軸に対して二本の横軸を設定し、考察を進めてゆくわけではありますが、それぞれの軸をどのように理解し、また認識するかということがまず問題になるわけであり、具体的な問題の報告に入る前に、ここで言及しておかなければなりませんことは、わが国の家族法、それは実体法としての民法親族編を主として対象とする

わけではありますが、それは「子どもの権利」という積極的な視点で諸規定が構成されていないということがあります。少なくとも、そこでは、子のための親子法が強調されていながら、「子どもの権利」という積極的な視点が欠如していることは、否めないことであります。

### 1. 親に対する子どもの権利についての視点設定の重要性

まず、指摘されるべきことは、親に対する子どもの権利についての視点設定の重要性という点であります。すなわち、親と子の関係を規定する家族法の分野において、「子どもの権利」が、その理解において、またその解釈運用において明確に意識されることが極めて重要なことであると考えるわけであります。

家族法における理解において、またその解釈運用において明確に意識されるべき視点は、「親の保護の対象としての子どもの権利という視点」であり、「親という大人と子どもとの関係における社会的未成熟者・無力者の権利であるとの視点」であり、「親子関係における子の権利という視点」であります。

### 2. 子どもにとって「親とは」の認識の必要性

しかし、「子どもの権利」についての明確な認識、「権利性の視点」の確認・強調のみで問題は終わらないのであります。問題は、家族法の分野において、「親たる者」を「子ども」との関係においてどのように理解するかにかかわっております。

「子ども」と「親たる者」との権利・義務関係は、多様ではありますが、少なくとも「子どもにとって親とはいかなる存在であり、親たる者としていかなる存在であるべきなのか」の認識がこれまた明確にされていることが必要なのであ

ります。

子どもにとつては、親たる者には「子どもの利益に対する配慮者（子どもの側から考えることができる者）」であることが、また「無力者である子どもに対する保護者」であることが、そして「保護者の保護を常に必要としている子どもの身上監護・性格形成・社会的適応能力形成に対する配慮者」であることが期待されるのであります。

## 二 親権（身上監護義務・財産管理義務）

### 1. 「親権」は「子どもの権利」とどう関わるか

申すまでもなく、親権につきましては、民法親族編の第四章がこれに当てられているわけでありませぬ。まず、第八八条は、成年に達しない子が父母の親権に服することを規定し、父母の婚姻中は、それを父母が共同行使することを規定しています。その第八二〇条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と親権者の側からこれを規定しています。この規定の沿革について、多くを言及する時間ありませんが、明治民法が、その第八七九条で「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定していたものを受けているわけでありませぬ。既に、明治民法のもとにおいても、親権は、文言上、権利であり、同時に義務であるとされているのであります。

親権者の権利義務の内容としては、子の身上監護、財産管理に関わる事項のほか、法定代理人としての未成年者の法律行為の同意権および取消権、代表権など多くのものを含んでいるのであります。

明治民法の制定過程以来、親権は、権利か義務か。とりわけ、義務として理解した場合、それは国家・社会に対する

義務なのか。それとも子に対する義務なのかなどと、これらの論点は、いまだに論点たりえているところがあります。

(1) 親権の対内的義務性・対外的権利性と親権の後見性・児童福祉性

親権の法的性格付けを取えるならば、「親権の対内的義務性・対外的権利性」と「親権の後見性・児童福祉性」として表現できるのではないかと考えるわけがあります。

すなわち、「親権はなによりも子どものための義務である」ということ、これが「親権の対内的義務性」であります。そして、それは同時に、「親の責任の外部に向けての権利主張としてのそれである」ということ、これが「親権の対外的権利性」であり、まさに、子どもの権利実現のために、子どもに対して親としての義務を尽くすための権利であるという性格であります。

しかし、それだけではなく、「権利主体としての子どもの人格、これに伴う権利を保障する責任・義務」としてのそれ、すなわち、「親権の後見性・児童福祉性」であります。

このような親権を、父母が婚姻中は、共同して行使するのであります。

(2) 親権の二面性

一般的に、また通常の場合は、親権者が子どもの利益を代表すると推定されるのであります。しかし、親同士が子どもの利益をめぐって争っている場合、というよりは、親同士が自己の利益をめぐって争っている場合には、親の利益は必ずしも子どもの利益と一致しないという結果が生まれざるをえないのであります。

すなわち、親の利益・権利と対立する「子の権利・利益を強くかつ広く認識する場合には、親子間の利益が相反する領域も広く認識することになり」、「子どもの権利」の視点からは、このような利益の対立相反状況に対する対応が必要とされるのであります。

すなわち、なによりも子どものための義務であると性格規定されるべき親権は、常に「権利主体としての子の権利・利益を擁護し、その福祉を実現するために行使」されているわけではありません。親権者たり得るか否かの資格審査無しに、未成年者の親であるということだけで親権者となつていくわけでありませぬ。これは、まさに、「一般的に、また通常の場合には、親権者が子どもの利益を代表すると推定される」からであります。すなわち、子の養育・監護の責任は、親に親権者として負わせることが、子の福祉にかなうという理解を基礎としているわけでありませぬ。

これは、親権者が存在しない場合に、これを代行する役割をもつて選任される後見人に対しては、親でないがゆえにこれを監督する機関として後見監督人制度を設け、後見の事務につき、また後見の終了について特段の規定を置くなど、多様な法的規制が設けられているのとの違いに良く表れているところであります。

ところが、親権行使が、実は「子の権利・利益・福祉を害する親権の行使」であつたり、行使されるべき親権が行使されないということがあります。それは多くの場合、その行使、不行使が親権者の意思に全面的に委ねられているからであります。

この問題は、「子どもの権利」にとつて、まさに重要な事柄でありますので、後ほど、「3. 親権の不行使・不行使（親権の濫用）」と「子どもの権利」のところで言及するものであります。

ここで、「親権の二面性」として、表現したものは、親権が「権利主体としての子の権利・利益を擁護し、その福祉を実現するために行使」されるものとして、プラスの性格・機能が果たされるために強い権利であり、義務であるがゆえに、「子の権利・利益・福祉を害する親権の行使」であつたり、行使されるべき「親権が行使されない」というマイナス効果を生み出す性格をも内在せしめているということでありませぬ。

児童福祉法第二五条以下は、保護者のない児童・保護者に監護させることが不適当な児童に対する福祉行政機関の行

政上の職権福祉措置権を規定しております。その一つに、第二七条一項三号および同条三項の里親・保護受託者への委託および養護施設・教護院への入所措置がありますが、この委託および入所措置は、第二七条四項において、「その親権を行う者又は後見人の意に反して、これをとることができない。」として、児童福祉の専門機関である児童相談所などの判断に基づく行政上の職権福祉措置権に対する親権の優越性を規定しております。もとより、家庭裁判所の承認(審判)に基づく措置権行使の場合には、親権に対する福祉措置権の優越性を規定しているわけですが、児童福祉法の運用過程において、福祉措置権と親権のとりわけマイナス効果を生み出す性格の側面との関係は深刻な問題をはらんでいるわけであります。

(3) 親権者の決定・変更と子どもの権利

親権者の決定・変更の問題ではありますが、典型的な場合として、父母の離婚の場合を中心にして考察することに致します。

わが国の離婚は、その九〇パーセントが協議離婚、調停離婚が九パーセントを占めております。すなわち、九九パーセントの離婚は子にとって親の合意に基づく離婚であります。このパーセンテージは、かなり長期にわたり大きく変化しておりません。この場合に、離婚当事者間の未成年の子の親権者・監護者の決定は、離婚当事者の合意によって決定されるわけであります。これは、離婚によって共同親権行使・共同監護ができなくなるという認識を前提としているわけであります。このところ、年度により変化はありますが、離婚総件数は一六万件に近いところがあり、そのうち未成年の子のいる離婚の割合は、六〇パーセント台にあります。

離婚は、夫婦にとつては、破綻した婚姻の清算であり、再出発を意味致します。また、子どもにとつては、家庭内離婚状態がもたらす異常環境からの解放でもあります。

しかし、父母の離婚において最大限に考慮されなければならないのが、これまでとは違った環境に置かれることとなる「親の保護の対象としての子ども」の権利であり、「社会的未成熟者・無力者である子ども」の権利であります。

① 父母の離婚に際しての、親権者・監護者の決定は、父母の協議のみで可能であるのが現行の制度であります。父母の利益・都合が優先することになりやすく、それは、結局のところ、子の利益と父母の利益との不一致をもたらすことになるということについて、より多くの配慮がなされるべきであります。

「子どもの権利」の視点から、協議離婚による親権者の決定には、家庭裁判所の確認を必要とするのが妥当であります。

② このようにして、決定された親権者も、その後の事情によって、変更されることがあるわけです。しかし、子の親によって一方的に変更することはできないのでありまして、親権者の変更は、子の利益のために必要があるとき家庭裁判所によってなされるわけであります。しかし、その子の親を含めた広く親族による家庭裁判所への申立てを待つてなされるところから、親やその他の親族の利益と子の利益との調和が問題となるのであります。

③ これら協議離婚・調停離婚における親権者（監護者）の決定・変更には、親の感情的利益を優先せしめるのではなく、「子どもの権利」の視点から、可能な限り子どもの意思・意向を聴取反映し、またその感情を尊重することによって、子どもの利益を優先せしめることが必要であります。これが、「子どもの権利」を積極的なものとして実あらしめる「親たる者の」、また「親としての」義務であります。

家事審判規則五四条、七〇条および七二条は、監護者・親権者の指定・変更の審判をするにあたって、子が一五歳以上であるときは、意見陳述の機会を与えるべきものとしていますが、一般的に、子が一〇歳以上であれば、その要望は考慮されてしかるべきであります。

家庭裁判所は、子にとって、父母のいずれが親権者としての適格性を有しているか、父と母それぞれの性格・行動傾

向・健康状態・家庭事情・物的生活環境・資産関係・経済的能力・扶養能力・精神的生活環境・愛情、子と父と母との親和性・親近性、親族の援助協力・監護教育上の能力、家庭教育（しつけ）能力、将来の幸福感、監護、養育の事実といった一切の事情を考慮して決定するものであります。

親権者の指定については、特段の事情がない限り、監護適格者に監護権はもとより親権をも帰属せしめてしかるべきであります。

また、親権者でない監護者から親権者の変更の申立てがあつた場合には、監護の継続性から特段の事情がない限り親権者の変更が認められてしかるべきであります。

（4）親権者と子の利益相反行為の特別代理人による代理行為と「子どもの権利」

親権者の利益と子の利益が相反し、子の利益が害される可能性を含む特定の利益相反行為については、子の利益のためこれを代理する特別代理人が子を代理することによって、子の利益が守られるという制度を置いております。民法第八二六条の規定するところであります。しかし、特別代理人の選任申請は、子と利益が相反する親権者に委ねられており、これに基づき選任される特別代理人は、親権者の「ロボット」であり、「影武者」であるところから、この制度の実効性が問題とされているところであり、子どもの権利の観点から制度の見直しが必要であります。考え方として、類似のものを引き合いに致します。夫婦別産制の問題であります。すなわち夫の財産権と妻の財産権の帰属管理の明確化の強調、現象的にはその逆の夫婦共有財産制の導入の強調も、実質的には、夫婦間の経済的弱者であつた「妻の権利」に焦点を合わせるといふところにこの問題の原点があるわけであり、同様に、父母との関係において子どもという経済的弱者の権利に焦点を合わせることによつて、子どもの財産権と父母の財産権の帰属の明確化・管理の適正化が、強調されてしかるべきであります。

## 3. 親権は子どもの権利保護・実現のために有効に機能しうるか

## (1) 「親たりえている者」の親権と「子どもの権利」の保護・実現

ここでの基本的な問題は、「親」とは、血縁という生理的な関係によって子と結び付いた存在ということであり、むしろ「子」との関係において規定される社会関係的な存在であるということでもあります。前者のそれに後者のそれが伴っているところに、親権者たりうる「親たる者」を見出すことができるのであります。

「親」が「親たる者」たりえていないところに、また「子どもの権利」に対して「親」の利益を優先させるところに、親権者の決定をめぐる親同士の権利（利益）の対立があるのであります。

このことは、離婚後においても、同様であり、親権者の利益と非親権者の利益との対立、生みの親の権利（利益）と育ての親としての監護者の権利（利益）との対立が、しばしば子どもの奪い合いをもたらすのであります。

「親」が「親たる者」たりえていない限り、また「子どもの権利」に対して「親」の利益を優先させている限り、親権は子どもの権利保護・実現のために有効に機能しえないということになります。

## (2) 非親権者の面接交渉権から子の非親権者に対する面接交渉権へ

離婚した「親」が「親たる者」たりえている限り、「子どもの権利」の観点からは、「親権者」である「親」も、「非親権者」である「親」も、子どもと等しい関係に置かれるべきであります。

このことから、いわゆる面接交渉権なるものは、非親権者の子に対するそれとしてではなく、「子の非親権者に対する面接交渉権」として、捉え直されるべきであり、再構成されるべきであります。

## 4. 親権の不当行使・不行使（親権の濫用）と「子どもの権利」

(1) 親権の喪失と「子どもの権利」

① 親としての義務履行である親権行使が適切になされない場合があります。親の監護義務違反であります。このような親の監護義務違反によって「子どもの権利」の実現が阻害されている場合の有効な対応策が必要であります。

② 「子どもの権利」、「子どもの福祉」の実現が阻害され、侵害される場合の一つに、親権の濫用があります。親の長期にわたる行方不明、放任、すなわち遺棄・放置などの監護不在、逆に程度を超えた懲戒行為、さらには虐待、暴行などの人格破壊行為がこれにあたるわけでありませう。

「親権者の著しい不行跡」といわれるものでありますが、親権者の道義的・倫理的に非難されるべき行為は、親権者による子の監護をおろそかにさせ、その結果、子の人格形成に悪影響を及ぼし、結局、子の利益を害することになるおそれがあります。民法は、これら「親権の濫用」、「親権者の著しい不行跡」の存在を親権の喪失原因とする親権喪失の宣告制度を規定しています。

また、これとともに、親権者の管理の失当により子の財産を危険ならしめた場合の財産管理権の喪失宣告制度を規定しています。親権のすべてとその一部である財産管理権の喪失宣告は、家庭裁判所の審判によってなされるわけですが、その申立権者は、民法上は、子の親族と検察官とされ、これに児童福祉法上は、児童相談所長が加わります。しかし、これらの親権者の権利喪失宣告は、厳格な要件のもと、慎重な運営がされています。親権および財産管理権の剥奪でありますから厳格で、慎重な運営がなされるのは当然であります。

親権および財産管理権喪失の宣告申立ての背景には、常に親の間で、また親族間における利害の対立があります。ところで、検察官による申立て、児童福祉の観点からの児童相談所長による申立ては、極めて稀であります。

このような実状は、「子どもの権利」の実現という視点からして、この制度が有効に働いている制度といえるかどうか疑問を示す材料であります。

親権の濫用を規制するという仕方では、「子どもの権利」への着眼が定着してくるという意義は、重要であります。

そうして、この制度が、単に悪しき親に対する懲罰としての消極的機能にとどまらず、「子どもの権利」保護のために、積極的な機能をもたしめることが期待されるのであります。

この制度の運用においては、親権者として不適切であるという視点とともに、より強く子にとって不適切であるという視点が必要でありますし、検察官の請求の活用が期待されるわけであります。

### 三 扶養義務としての生活保持義務（養育費負担義務）

ここで、二つ目の横軸を問題に致します。

ここで問題にされますのは、無力者である子どもに対する保護者、保護を常に必要としている子どもに対する最良の配慮者である親の子どもに対する生活保障の義務であります。これは、「親としての」子どもに対する基本的な義務であります。

① これを「子どもの権利」の視点から置き換えますと、親に対する基本的な子どもの権利として、その生存と発育を確保するための経済的生活保持請求権としての「養育費支払請求権」ということになります。しかし、民法は、これを「子どもの権利」としての「養育費支払請求権」としての視点で規定していません。そのみならず、親の子どもを扶養する義務、すなわち養育費負担義務としても、これを明文をもって規定していません。

② 子が親に認知されていない場合、子と親の一方とが別居している場合、親が離婚している場合などにおいては、生活保持請求権を実質的に満たすことについて、事実上様々な障害が存在しております。これらの障害を克服し、生活保持請求権としての養育費支払請求権を実質的に保障する方途が講じられる必要があります。子どもの親に対する権利である養育費支払請求権は、一般に、家庭裁判所の関与しない子どもの養育費の負担をめぐる協議または家庭裁判所における調停により、親同士の合意（意思）によってその内容が決定されるという括弧付きの権利であります。子どもの親に対する権利として、養育費支払権を親の意思によって処分されない客観的な内容をもった独立の権利であるとの視点でこれをとらえた場合には、親権者（監護者）の決定と同様に、親の別居・離婚の場合には、これを親の協議に全面的に委ねるのではなく、家庭裁判所が決定することが必要とされるのであります。

③ 父母の婚姻破綻により、離婚により、あるいは、未婚により子と別居している親に対する子どもの生活保持請求権を保護し、確保するための現行の履行確保制度・強制執行制度は、実効性・効率性の点において限界があります。

養育料債権の給与からの天引き、養育料取立てに対する行政機関の関与、行政機関が代替して養育料を支払い、国から扶養義務者に求償するための有効な方法が講じられなければならないのであります。

④ 子どもの生活保障、すなわち「子どもの生活保障証明請求権」の履行確保は、私的な親子間の権利義務の問題にとどまらず、「子どもの権利」としてこれを正面に見据えたとき、国家機関の積極的な介入を正当化する社会的問題であるとの認識が必要とされるのであります。そこからは、「子どもの生活保持請求権」の履行確保のための司法と行政の有効な提携、あるいはそのための司法機関の行政機関が制度化されるべきであります。

全体討論
------

**司会** 討論の形式ですが、まず三人の方から補足的な発言をお願いして、それからクローヴァ先生に若干のコメントをいただき、そのあと自由な討議に入っていくことに致します。

最初は、札幌弁護士会で少年問題対策委員会の委員長をしておられます岩本勝彦先生の方から、子どもの人権一一〇番に関連したお話をいただきたいと存じます。それでは、よろしくお願ひします。

**岩本** ご紹介いただきました弁護士岩本です。普段から実務に携わっております私たちの経験したことなどをお話しします。とくに、今年初めて子供の悩みごと一一〇番というのを五月二三日に実施しております、それについての実施結果をかい摘んでお話しするというところで、後の討論の材料としていただければ幸いです。

私は札幌弁護士会の少年問題委員会の委員長をしております。この委員会は、二〇年ほど前に少年法の改正ということが大きくクローズアップされた時に、少年法改正を阻止しようというところで、少年法改正問題対策委員会として発足したもののなのですが、その後少年法の改正という作業は、ほとんど止

まった状態になっております。近時、子どもに関する様々な問題というのが、大きく取り上げられるような状態になりましたので、少年問題をもう少し広い範囲で捉えようということで、現在のような委員会になっております。

子どもの人権に関する様々な問題が多く発生していることは、皆さんご存じのとおりですし、子どもの権利条約批准の問題ということもありまして、我々弁護士といたしましても、子どもの人権をいかに擁護するかということについて関心が高まってきている状態にあるわけです。例えば、去年の十二月一日には、少年非行を考える市民フォーラムというのを開催致しまして、弁護士が少年問題でどんな活動をしているか、特に少年事件の場合に——少年が刑事事件を行った場合、弁護士は、弁護士としてではなく付添人という形で活動するのですが——その活動ぶりがどんなものなのか、といったことについての市民向けの劇をやりました。また、もう一つの例としては、札幌弁護士会では、少年付添人に関して、経済的弱者に関しましては無料で弁護士を付添人としてつける、ということを今年の七月から実施しております。少年が事件を起こしまして知っていたら弁護士がいけない、などというときには、弁護士会に接触していただければ、当番制になっておまして毎日弁護士が待機し

ております。連絡いただきますと、少なくとも四八時間以内には、弁護士がその子どもさんに接触するということが可能になっております。

さて、子どもの悩みごと一一〇番ですが、初めての試みなので、開始当時ビラを市内の主だったところに配布し、ポスターもだいぶ作りまして、我々としてもいろいろと工夫しました。その時に、今日お配りしてあります資料の中にもある「子どもの人権一一〇番（子どもの悩みごと一一〇番）実施にあたってのお願い」という案内の文書を皆さんに配布しました。大いに宣伝に努めました。五月二三日に開催しましたときには、おそらくすべてのテレビ局が取材にきました。我々としては、はたして、弁護士が主催するこの子どもの人権一一〇番に対してどれだけ反応があるかが心配だったわけですが、一〇時ジャストに始めましたところ、五本用意した電話が一斉に鳴りだしました。直ちに担当者が相談に入ったわけですが、この種の相談というのは非常に時間がかかるもので、だいたい一件について三〇分くらいかかるのが普通でした。その電話が終わるや否や、次の電話が入ってくるという状況で、うれしい悲鳴をあげました。この五月二三日というのは土曜日だったんですが、その日の午前中の電話はほとんど母親からの電

話で、午後からの電話は子どもさんからの電話が多い。なぜかといいますが、その日の昼のニュースでテレビ各社が電話相談をやっているというのを流したんですね。そうしますと、子どもさん達は昼のニュースをみて、午後にもんなかけてきたという形で、親からの相談も子どもさんからの相談も結構あった。札幌弁護士会会報六月号の報告にございますとおり、相談件数は三八件でした。

この中で一番件数が多かったのはやはり登校拒否（最近の専門家の用語では不登校）の問題です（九件）。例えば資料にもあるとおり、高校一年の男子の母親から、「入学してすぐに、一、三人のグループから、死ねといわれた。靴を隠されたり、辞典を破られたりした。それから学校を休むようになった。校長から生活指導があつたが、いじめはなくならない。このままであれば転校したい。」というような相談がございました。また、中学校二年生男子の母親からは、担任からのいじめ、というのがきておりましたけれども、その種の相談が結構多かったということです。今日お配りしたところで一つ関心を惹くのは、中学校なんです、子どもが学校へ行きたいけれども、逆に、学校側から、「子どもの素行があまり芳しくないのです、他の生徒に与える影響が大きいので来てもらっては困る」と、逆登校

拒否とというような事案がありまして、我々はこれは問題がある事案だということで、すぐ調査に入りました。この、子どもの悩みごと一一〇番のあった日に新聞社がかなり取材にきていまして、「特にその逆登校拒否という大問題があるので、弁護士会として調査する」ということを新聞に談話として載せてもらったんですが、そうしましたところ、後に学校側が態度を変えましてですね、学校にきてもよろしいということ子どもに言ってきました。特定の学校名を明かしたわけではないんですが、こういう例はあまりないので、学校側で、ひよつとするとこれは自分の学校の例である、ということを考えられたのか、学校側が対応を変えたという事案がございます。現在では、この子は、休み休みですけれども、学校に行っているというふうになっております。

もう一つ付け加えたいことなんですが、このように悩みごとを持つ子ども・母親の相談をする施設は、札幌市内にはかなりの数あります。札幌市内には、札幌市の児童相談所、北海道の児童相談所など、教育委員会などが設けた子どもの悩みごと相談所が十指にあまるほどありますし、命の電話にも子どもからの電話が結構入っているそうです。しかし、そういう社会資源がありながら、今回、たった一日の弁護士会主催の相談に対し

て、三八件もの対応があった、ということは、普段、子どもの悩みごとを引き受ける組織・体制が必ずしも十分に機能していないのかな、ということを感じました。それから、この三八件の内一二件は札幌市内のものではありません。函館、釧路、上富良野、その他全道各地からきました。札幌以外の地域でもこういうことに対する対応が必ずしも十分になされていない、ということが感じ取られたわけでありまして。

**司会** どうもありがとうございます。実際に問題に携わっている方ならではの具体的なお話だったと思います。では、続きまして、北大法学部助手の大島佳代子さんから発言を伺います。大島さんは、学校における子どもの人権を、特にアメリカ合衆国との関係で研究されております。では、よろしく。

**大島** 私に与えられましたテーマは、合衆国における子どもの人権をめぐる議論ということですが、現在わが国におきまして、学校現場における子どもの人権の問題を考える場合に、憲法学説におきましても教育法学説におきましても、合衆国の議論の状況が非常に影響を与えているといえるかと思えます。もちろん、ここでは合衆国の議論の状況がそのまま日本に輸入されているというわけではないのですが、合衆国の議論の特徴に限って、若干の補足説明をしたいと思っております。

まず第一に、合衆国の議論の、特に日本との比較において特徴的なこととしまして、わが国にみられるような、「教育権は国民に存するののか、それとも国家に存するののか」といった、教育権の所在をめぐる二者択一的な議論はなされていないということが挙げられます。合衆国では、親には、その自然的関係に基づきまして、わが子を扶養・保護・教育する権利が伝統的にコモン・ロー上の権利として認められておりましたし、他方、義務教育制度が普及し、公教育の必要性が社会的に認められるようになりまして、公教育を施す州政府の権限も認められるようになってまいりました。そこで、親の権利と州政府の権限（どちらも教育を施すという意味での権利と権限）が衝突した場合には、いずれが子どもの最善の利益を代弁しているかとの観点から、親または州政府にどのような権利（権限）が、どの程度認められるかという形で、問題の解決が図られることとなります。つまり、バランスシグによる問題解決の方法がとられています。例えば、実際に裁判を通しまして、親の教育権の内容として具体的に認められてきたものとしましては、私立学校選択権、中等教育就学義務拒否権、家庭教育選択権、危険な学校への就学拒否などが挙げられるわけですが、わが国と比較致しますと、

親の教育権が保障されているという印象を受けます。但し、このように合衆国の親の教育権が保障されている背景としては、宗教の問題というのが非常に大きいわけでありまして、つまり具体的に申しますと、特定の宗教的価値観に基づいてわが子を育てる親の信教の自由の問題が深く関わっているといえます。

また、校内や校外での生徒の行動であるとか自由の規制につきましては（合衆国では、校則は学校が決める州もございまして、教育委員会が決める州もございまして、州によって様々なのですが）、親に代わって規制する権限が学校側（州政府）にあるとされておりまして。このような「親代り論」によって、学校（州政府）に規制権限があるとされてきました。そして、子どもの行動や自由をコントロールする親の権利が優越するような場合を除きましては、規制権限の濫用がない限り規制は合理的であるとされてきました。ところが、一九六九年のティンカー判決において初めて、行動や自由を制限される生徒自身に焦点が当てられるようになったわけです。この事件は具体的にどのような事件かと申しますと、ベトナム戦争に反対する意思表明として黒腕章を着用してきた生徒らが停学処分を受けたわけです。その中には、日本でいう中学生も含まれており、合衆国では中学生でも停学処分を受けるわけです。そこで、その生徒達

が連邦憲法で保障された表現の自由を侵害されたとして訴訟を起こしたケースであります。連邦最高裁は、生徒らは「表現の自由という憲法上の権利を、校門をくぐるなり捨て去ったとはいえない」と述べたうえで、生徒の表現行為は、教室の内を外を問わず、学校活動を実際に混乱させたり、他の生徒の権利を侵害しない限り、憲法によって保障されると判断しました(いわゆるティンカー・ルール)。この判決以後、従来はほとんど合理性を欠くものとされてこなかった学内での生徒の行動・自由に対する規制が、生徒の憲法上の権利の保障といった観点から問題とされるようになったわけです。

わが国でも、近年、細かすぎる校則が生徒の人権を侵害するものとして問題となっており、先ほどの中村先生のご報告でも出されたような具体的な問題は合衆国でも同じように起こっております。ただ、わが国とはかなり違った問題状況もございまして、それが、合衆国の特徴の第二点として挙げられる懲戒手続の問題です。具体的に申しますと、懲戒処分と事前手続の関係につきましては、わが国では懲戒処分に先立ち告知・聴聞をなすべきとの法律上の規定もありませんし、また判例によればそれが憲法上要請されるともされていないわけです。これに對しまして、合衆国では、懲戒処分に先立つ告知・聴聞が

何らかの形で必要であることが連邦憲法修正第一四条のデュー・プロセスの要請するところとされております。すなわち、告知・聴聞を受けることが連邦憲法上の権利だとされているわけです。懲戒処分が制裁的効果の本質とする不利益処分であること、更には先ほど来しばしば言及されていますように、子どもの権利条約の第一二条二項が明文で手続保障を掲げていることから考えましても、わが国でも、このような合衆国の動向(とりわけ懲戒処分における事前手続の保障)には傾聴に値するものがあると思われれます。以上です。

**司会** どうもありがとうございます。それでは補足発言の最後になりますけれど、東邦学園短期大学の戒能民江先生にいらしていただいておりますのでお願いしたいと思います。戒能先生は、特にイギリスを中心に子どもの問題を研究されてこられたのですけれども、今日は日本の子どもの虐待問題についてお話いただけるということでありまして、では、よろしくお願ひ致します。

**戒能** 私は子どもの権利論が日本の家族や家族法に対して持つ意義を少し考えてみたいと思っております。その際、なぜ子どもの権利論が台頭してきたか(日本で本当に台頭してきているかどうかというのが問題なんです)ということを考える必

要があるのではないかと思います。

ところで、子どもの権利論の着想は、今までのお話の中にも出てきましたように、子どもを保護の客体・対象だけではなくて、権利主体・独立した人間として考える、言い換えるならば、家族構成員の自律 (autonomy) という点にあると思います。しかし、日本の家族を考えるときに——これを日本の特別な問題としてみてよいのかどうかには問題もあるかと思いますが——、その家族の中のそれぞれのメンバーの自律の問題とは別に、日本社会における家族そのものの自律という大問題があるのではないかと思うんですね。先ほどのご報告でも、子どもの権利条約第一二条の子どもの意見表明権が重要なポイントとされながら、フランスでもそのような機会があってもなかなか実質が伴わないというお話がありましたし、日本でもそういうことがいわれるわけです。けれども、日本の場合、子どもにも社会の中の自律した存在として意見表明権があると、もし言われたとしても、それだけで権利を保障していることになるのだろうか、親自身も意見表明権行使の能力を子につけさせているといえるのだろうか、という問題があると思うんです。とりわけ、日本の子どもの場合は、競争社会、受験社会、あるいは企業社会の中で、一定のレールの上を歩かせられる。そこで、今のお

話にあったアメリカのような親の教育権ないし家族の自律性のもとで子どもの自律は、今の段階ではあまり保障されているとは考えられない状況にあるのではないかと思います。つまり、日本の子どもたちは、たとえ意見表明権が規定されても、その意見を表明する能力を形成できるような状況には置かれてこなかった、日本の社会は、そういう状況づくりをそもそも怠ってきたんだ、その点をまず確認しておかなければいけないと思うのです。

さて、そこで、子どもの権利論が家族や家族法にとって持つ意義です。親子関係でみますと、日本の親は子どもに対して、「煮ても焼いても勝手だ」という所有物意識がありますが、子どもの権利条約の考え方は、この所有物意識を否定し、子どもを自分とは違う存在であるという他人性の承認を要求している。この考え方で行くと、子ども自身の判断を尊重しなければならぬという義務を親に課しているのだと思います。ですから、問題の性格あるいは年齢に応じて、子どもの選択に介入せずその選択を尊重するということになると思います。そこで、子どもの権利論は、日本の家族にとって、その家族の中で個が尊重されるといふ家族の関係、できる限り平等な関係に近づけて行くように求めていることになる。そのときにも、親子の間

で、考え方の対立や利害の対立が出てきますから、そこで相互に話し合っていくように、新しい家族の関係を組み直していくべきだという主張の高まりが、子どもの権利論の台頭のもつている意義なのではないかと思えます。

それでは、なぜ子どもの権利論が台頭してきたかということですが、やはり子どもの権利が侵害されているという状況、子どもの権利を問題にせざるを得ないような状況が出ているということだと思えます。具体的な問題として、児童虐待というのがあるわけです。子どもの権利条約でも、子どもに家族環境のもとで養育を受ける権利が保障されているわけですから、第一の責任を持つ親自身が——先ほどの石川先生のご報告にもありましたように——それに反するような場合に、代わってその子どもをどう保護するか、子どもが教育を受ける権利をどう保障していくかという問題が出てきます。児童虐待の実態そのものも必ずしも分かっているわけでも何でもなくて、つい最近一九八九年に全国の児童相談所長会は半年で一千万件、一年に直すと二千万件くらいの児童虐待があると報告していますが、それは表面に現れただけで、実は年間で一百万件は下らないだろうともいわれています。そして、電話相談（大阪と東京で、一九九〇年と一九九一年に始まっていますが）の状況を見ると、

児童虐待は、例外的な特別な家族だけではなくて、日本の家族一般が抱えている問題の氷山の一角と捉えた方がいいのではないかと思えます。

このような児童虐待の場合、「親権の濫用である」といえるわけですが、子どもの権利論の考え方からすれば、そもそも親権の内容そのものの組み直しというのが必要になってくるのではないのでしょうか。具体的にいいますと、民法八二二条の懲戒権が問題になると思えます。この懲戒権は必要な範囲内において懲戒することができるというものであり、その必要な範囲内というのは監護教育のためということなのですが、その中身としては保護を具体的にどう保障していくかという問題と、もうひとつやはり、家族法の親権規定そのものが児童虐待を生み出すような法の構造を持っているということを問題にしなければならぬと考えます。つきつめていえば、子どもの権利条約の考え方と懲戒権とは矛盾してしまうのではないかと。つまり、子どもというのは自分でいろいろ試行錯誤しながら判断能力をつけていくもので、そこに親の社会が援助し配慮をしていくということが子どもの権利論の考え方であるならば、一方的な懲戒権は矛盾してくる。親子における子どもの権利というものを考え

るときに、親子双方方向の関係、つまり子どもの方からも親に対して請求する権利があると考えていくならば、懲戒権というのは親から子どもへの一方的な関係になる、ということ——これは学校の体罰がなぜなくならないかともつながっていくわけですが——をやはり子どもの権利論で徹底化していかないと、子どもの権利が実現するということにはならないのではないかと考えています。

**司会** どうもありがとうございます。それでは、今までの話を受けてクローヴァ先生の方から中間総括的なご発言を伺いたいと思います。

**クローヴァ** それでは、発言された方の一人一人に対していくつか申し上げることにいたします。まず最初の新倉先生ですが、子どもの定義という非常に重要な問題を取り上げられました。確かに、年齢の限度はフランスでは問題になりませんが、日本では問題になるようです。国際条約は、一八歳未満の者が子どもである、ただし成年となる年齢がそれ以下の場合には別だ、と定義していますが、日本では成年は二〇歳です。ですからもし日本が条約に署名することになったとしても、それによって一八歳未満の子どものついては義務を負いません。一八歳から二〇歳までの子どもについては義務がありません。

中村先生の発言を注意してお聞きしましたが、青少年保護の県条例について二、三申し上げます。フランスでは問題がちよつと違う形で生じます。もちろんポルノグラフィを青少年に売却、提供することを禁ずる法文はありますが、それは国の法律で、刑法典の補充法であり、実際にはほとんど適用されていません。この点である程度の寛容主義があり、これらの書籍はこのキヨスク、本屋でも売られています。教科書の問題についても、問題の起こり方が少し違います。各学校が生徒に与える教科書を決めることができるようになっていきます。公教育では、一定の段階、大体、第二学年（中等教育の第五学年、リセの第一学年。年齢は通常一五〜一六歳。）まで、この教科書は無料で支給されます。続く最終学年（*classe terminale*）では、学校が決めますが、文部省のコントロールの下で、また、生徒の親の連合会と合意をして決めます。したがって、特別に難しい問題もなく、結局は学校が押しつけているわけです。ただ場合によってお金を払わなければなりません。髪型やバイクの運転の問題は、完全に子どもの自由です。私立学校では少しそうでないところもあります。公立学校ではどんな髪でも構いません。いずれにしてもフランスでは規律は学校の中でしか強制されません。学校長は学校の外で起こることに対しては何の権限も持つ

いてません。で、生徒はしばしば小型オートバイで、さらには一八歳になると自動車で学校へ来ます。これは、学校の中で別の特殊な問題、すなわち、学校の中で車の駐車問題の原因になっています。また、乗物、小型オートバイ、自動車の盗難が学校の中でも非常に多いのです。体罰についてですが、これは親にも、教諭 (instituteur)、教師 (enseignant) にも認められていません。しばしば裁判所に持ち込まれ、ちょっとした被害でも親や教師が子どもに与えたとして罰せられる事件があります。故意の傷害 (coup et blessure) の非常に小さい犯罪の場合にのみ、刑事で正当化事由 (un fait justificatif) を認めています。例えば平手打ちが非常に軽かったときには、違法性を阻却されます (être justifié)。しかし、このような場合を越えると、訴追、処罰され、体罰は全く容認されていません。

石川先生の発言ですが、まず、教育的援助の措置は、フランスでは親権 (autorité parentale) を行使する者の合意がなくても採ることができます。もちろん裁判官は、両親の合意を得るよう努めねばなりません、そして可能なときには、子どもをその家庭にとどめねばなりません、これらの措置は親の意見に反してでも採ることができるのです。離婚後の親権の帰属については、合意による離婚 (divorce par consentement mutuel) の

場合でも、有責離婚 (divorce pour faute) でも、裁判官のみが決定できます。子どもと親の利害とが対立する行為のときには、特別後見人 (tuteur ad hoc)、すなわち、その特定の行為を処理する後見人を選任することができます。が、この選任が実効的であるかは疑わしい。石川先生は夫婦財産制についても話されましたが、子どもは夫婦財産制の選択には、未だ生まれていないので関係がありません。しかし、婚姻の解消、したがって夫婦財産制の解消の時点では、子どもの利益がしばしば法文に規定されています。フランスには夫婦財産制の複雑な制度があります。法定財産制は両親が特定の制度を選択しなかった場合に法律が両親の意思を補充するもので、後得財産共通制です。それは婚姻後取得した財産に限定された共通制で、各配偶者はその固有財産を保持します。両親は婚姻の時点で夫婦財産制を選択でき、また婚姻中にそれを変更できます。提示されているこの他の三つの制度として、すべての財産が共通になる包括共通制、別産制、デンマーク、スエーデン、ノルウェーなどのスカンジナビア諸国から来た全く独創的な制度で、フランスでは減多に使われない後得財産参加制があります。後得財産参加制では、婚姻中は別産制と同じですが、解消の時点ではあたかも共通制のように分割するのです。

離婚後の面接交渉権の進展として、それが親の権利であると同時に子どもの権利でもあるべきだといわれたことには賛成です。また、フランスでも同じことですが、扶養定期金(*pension alimentaire*)の主要な問題は実効性の問題だということにも賛成です。なぜなら、夫婦の一方に扶養を支払うよう判決を下すだけでは十分でなく、その実効性を確保することが必要ですが、これは非常に難しいことで、一連の問題が生じます。で、フランスではこの実効性のために特別の手続きがありますが、親が払うことができないので、実際にはしばしば社会的な機関(*organismes sociaux*)に頼らざるを得ません。

弁護士岩本さんの発言については、弁護士の方々のそのような興味深い率先的な活動を称賛いたします。正直に言いますと、フランスではそのようなことを想像するのは難しい。弁護士は沢山のことを率先していますがこの点ではそうでなく、未成年者との関係で自発的になされた唯一のことは、フランスの北にあるリール市の弁護士会で、未成年者を守るために一定の弁護士を専門化したことくらいで、それ以上のものではありません。ただ、虐待された子どもについては、国のレベルで電話その他の連絡システムが作られています。一九八九年七月一日の法律が、電話をする子ども達が利用できるサービスの設置を、

各県、県議会の議長に義務づけました。虐待された子ども達のための緑の番号(*numero vert*)、つまり無料でかけられる番号です。しかし、これは虐待された子ども達に限られており、日本でなされている無料の世話とか、弁護士リストとかは問題になっていません。

大島さんはアメリカと日本の比較されましたが、それについては私が付け加えることはありません。が、お話しされた懲戒手続(*procédure disciplinaire*)は、フランスでもアメリカと同じように生徒達の聴聞を当然含んでいます。私自身、大学ですぐ懲戒手続に何度か関与したことがあります。そこでは特に弁護士の出席がてごわいもので、非常に重要です。実際に、アメリカと同じ問題を抱えています。懲戒手続は、刑事的な意味での刑罰(*peine*)はありませんが、一つの制裁の手続と考えています。それは、フランスも参加しているヨーロッパ人権宣言の表現で言えば、「刑事的な要素(*un élément de la matière pénale*)」を有しますから、刑事事件の一つであり、したがって、防禦権(*droit de la défense*)を尊重しなければなりません。

戒能先生は、特に児童の虐待に関する統計を出されましたが、虐待の、知られている数値と現実の数値との間には非常に大きな差があることは確かです。いわゆる犯罪の闇の数値(*chiffre*

note)で、この領域では、この数値は非常に大きい。特に性的暴力は、子どもに対してしばしば父親や母親が行っている。このために、先ほどお話しした緑の電話を設置したのです。懲戒権を問題にすべきだということ、日本民法典八二二条については、あなたのおしゃったことに同意できます。家族一般に関する戒能先生の見方を尊敬します。フランス法について言いますと、全体として、段々と子どもに権利を与えていること、家族の権利が減少しているのがわかります。家族が次第に重要性を失うのがフランス法の主要な特徴のように思われます。最初の段階では家族が父と母と子からなるいわゆる核家族に縮小しましたが、現在はこの家族の内部で子どもの権利が増大するのにつれて両親の権利が減少しています。そのうえ同時に、フランスでは国家と団体(associations)が、おそらく家族を侵害する形で、大きな重みを持つようになっていくことを付け加えねばなりません。これをしばしば、乱暴な用語ですが、社会的な権力(pouvoir social)と呼び、これが徐々に家族の権力に取って代わろうとしています。これはおそらく遺憾なことですが、また後で議論できればとおもいます。

**司会** いまご指摘された点の中でもいろいろ論点があるんですけれども、参加者から質問を提出いただいております。そこ

で、この質問に即して順序を組み立てまして、その中で適宜いまの応答の中で出てきた問題についても可能なかぎり取り入れていくという形にしたいと思います。大きく分けると、日本の状況に関する報告として、新倉先生の方から刑事法、ついで中村先生から憲法関係、さらに石川先生から家族法とあつたわけですが、だいたいそのように分野を分けることができると思えます。そこで、それぞれクレーヴァ先生に対する質問、あるいは日本側の報告者に対する質問が出ておりますので、今申し上げた順番でやっていくことにしたいと存じます。最初に、後藤俊哉さんからいくつか質問いただいておりますけれど、刑事法関係の部分をまずご質問いただけますか。

**後藤** 法学部の四年生の後藤と申します。まず刑事法関係で、犯罪を犯した少年に対する処遇なんですけれども、これはクレーヴァ先生のご説明の中ではレジュメの二枚目の教育方法の進歩ということで、学際チームによって進められてると書かれてありました。これは僕の聞いたところによると民事関係の少年に限ったことだと思つたんですけれども、最もふさわしい保護へ、監督および教育の各処分、というふうに書かれてまして、この処分をどうするかというのは青少年司法保護局がやるんだということでした。

その処分は教育的な処分ということになるんだろうと思えますけれども、そういうプログラムはどういうところで考えて作るのか、また、日本の場合はその種の処分はどういうところでプログラムを組むのか、あるいは立法論としてそういう処分のプログラムを組むような専門的チームを作ることではできないのかということについてそれぞれご説明いただきたいと思えます。

**クーヴラ** 刑事でなされる種々の処分は、通常は教育的処分 (mesure educative) です。そして、教育的処分であるときには、民事でなされる処分、つまり子どもが保護を要する状態にあるときになされる処分と同じです。教育的処分でないのは、刑事処分 (mesure répressive) で、これはもちろん教育的な性格を有することもありますが、それは別の問題です。ここでは取り上げません。刑事処分には、公益奉仕労働、罰金あるいは刑罰の免除 (dispense de peine) 等々と、社会復帰を目的とする処分があります。教育的処分であろうと教育目的のための刑事処分であろうといずれも犯罪 (infraction) があることが必要です。犯罪がなければ刑事の問題ではありません。ということで、よく犯罪を確認しながら単なる教育的処分をすることがあります。そのうえ重要な判例があり、子どもが、特に非常に小さい

子どもがその行為につき規範意識 (conscience) を持っていないときには、刑事において裁判官が教育的処分をするのを禁じます。なぜなら、低年齢の子ども、特に七歳未満の子どもは自分の行為につき規範意識を持っていないからです。ですから彼らに対してはいかなる処分も、教育的処分も採ることができません。

**司会** 同じ質問が日本に関しても出ているので、新倉先生の方からお願います。

**新倉** 日本もフランスと基本的には同じなんですけれども、処分を多様化していこうという方向をとっています。また、刑罰はできるだけ使わずに、刑罰以外の処分を使おうということが基本なんです。ただその中でも、自由を拘束する度合の強い処分とそうでない処分とがあります。クーヴラ先生の方から公益奉仕労働の例についてご紹介がありましたけれど、これは、例えば、公園の草取りをするというようなことですね。それはどうして必要なかということですが、程度に応じて今までは施設 (日本ですと少年院) に収容して、そこで改善教育をしようとしてきたんですけれど、それだとどうしても少年に施設癖がついて、少年がなかなかうまく社会復帰できない。だから、むしろ社会の中で処遇していこう、そのための処遇のプログラ

ムを増やそうということで、例えば、公園の草取りなんかをひとつのサンクションあるいは援助教育として、非行少年に対する処分として新たに考えていく。日本でもそういう方向は考えられるわけですが、フランスの方が処分の多様化が非常に進んでいる。別の観点でいうと、非訟型の処分を増やしていくということ、刑罰でも、できるだけ自由刑を回避して、それよりも少し拘束程度の低いもので対応していくという動きがあるわけです。

それからもうひとつの点、学際的チームによる小規模な開放施設がフランスにはあるということとの関係で言いますと、日本では少年院があるんですが、少年院はあまり好まれない。なぜ好まれないかというと、やはりたくさんの少年を入れて、集団訓練をしているというシステムだからです。フランスでは、先ほどご紹介しましたけれど、施設の規模を小さくして、かついろいろな専門家をかわらせたチーム——そこには行動科学の専門家がいたり、ケースワーカーがいたり、あるいは心理学の専門にする職員がいるのですが——による処遇という、多様な面から少年に関わっていくようにするシステムが作られています。基本的には日本もそうあるべきだと私たちも考えているんですけど、予算の問題があったり、あるいは日本では少年院を

作ることに對して地元の人も冷たいというような、非常に苦しい状況にあります。しかし、基本的な方向としてはやはり大規模な施設型ではなくて、もう少し小規模に、できるだけ個人的な接触ができるような形で処遇をやる必要がある。国連では五年ごとに社会防衛会議というのを開いてますけれど、少年に対する処分をできるだけ外へ開かれたものにしてほしいという方向性は、この社会防衛会議によってもずいぶん前から出されているわけです。そうした方向をそれぞれの国の実情に合わせて少しずつ実施しているというのが、現在の状況です。

また、最後にもうひとつ出されていたご質問は、処遇プログラムは誰が決めるのかという点ですが、日本では、処遇プログラムというのは二通り考えられます。日本では非行少年事件は全件送致主義ですから、家庭裁判所に全部集められるわけですね。しかも、家庭裁判所は単に振り分け機関ではなくて、同時に非行少年を処遇する機関なんです。家庭裁判所が、少年を少年院に送るという決定をすることはありますけれど、それ以前に家裁の調査官やその周りにあるいろいろな社会的資源を使って、非行少年に一定の処遇を施す場合もあります。ひとつの例としては、処分を決める前の中間的な段階で、民間篤志家の人に頼んで補導委託ということで実際の処遇をやっています。

す。つまり、家庭裁判所にも処遇プログラムを決める仕組みがあるということです。また、少年院についていえば、これは法務省の管轄ですから、ここでの処遇内容は法務省が決める。ですから二元化しているというふうにもいえるのです。しかし、いずれにしろ、ひとつの官庁（役所）が全部丸抱えにして処遇プログラムを決めていくというやり方には、どうしても限界があるわけです。担当する議員の構成が非常に偏ってしまうわけで、法務省の場合は少年関係には法務教官が当たりますが、単なる監督とか監視とかいう役割ではなくて、少年を教え導いていくのにふさわしい資格をもった職員をできるだけ選ぶほうとしてきています。専門職という位置づけで少しずつ職員の種類のバラエティを増やしていますが、それでもやはりソーシヤルワーカーとかケースワーカーを少年院に取り込むというのは縦割行政のもとではなかなか難しいようです。これに対して、フランスでは——私の記憶に間違いがなければ——、国がおおまかな方針を作ったうえで、各県ごとに置かれている *Conseils départementaux de prévention de délinquance* という犯罪防止機関がその方針の実施段階を担う。つまり県単位で、処遇のプログラムを決めていこうという仕組みができているわけです。そういう意味で、総合的なプログラムを作るような機構を、コ

ミュニティ・レベル、できるだけ地域社会に近いところで作っていくということに大事だと思いますが、日本ではそれはまたないという段階です。

**司会** どうもありがとうございました。それでは、刑事法関係の次の質問になりますけれども、石川先生の方から少年係判事の点に関してご質問が出ていますので、石川先生から一言お願いします。

**石川** クーヴラ先生には、先ほど少年係判事のことについてお触れいただいたんですが、少年係判事の機能ないし役割の実際の働きについて、もう少し補足説明をいただけますとありがたいでございますか。

**クーヴラ** また発言することになり恐縮です。新倉先生がおっしゃったことについてですが、抑止的な側面 (*Aspect répressif*) よりも予防的な側面 (*Aspect préventif*) を強調されたことは全く正しいと思います。しかし、フランスのシステムが良いと主張しようと思いません。フランスのシステムは一つの実験です。未成年者に関する分野で実際になされていることに現在のところは全く満足していません。教育的処分も刑事処分も、一般には満足なものではありません。実際に非行の内部に非行を回避する措置を採る方が優れています。というわけで、非行

防止市町村委員会 (comités communaux de prévention de délinquance) と県委員会 (comités départementaux de prévention de délinquance) を作りしました。これらは公的な職員 (personnalité officielle) に対置される機関で、毎年集まって、とりわけ恵まれない地域で、例えばバカンスに行けない子ども達のためにバカンスを組織したり、スポーツ大会を開くなど、限定された行動計画を決めます。しかし現実には、これらの非行防止委員会は非行の防止以上のことをしており、恵まれない子どもはどんな子でも、たとえ非行をしていなくても引き受けています。この委員会の正確な有効性を測ることが未だにできていません。現在この委員会を評価するための委員会を作っているところですよ。

次に、少年係判事 (Juge d'enfant) についてですが、これは、他の司法官と同じ資格の司法官で、検察官や裁判官などすべての司法官と同じ養成を受けています。原則として三年間の任期で任命され、実際には非常に長く少年係判事であることはなく、その後は他の任務の裁判官になることが多い。この少年係判事は、民事の裁判官であると同時に、刑事の裁判官でもあります。安全、健康、精神 (morale) が危険にある児童に対し教育的援助の責任を持つのは彼であり、また、非行少年について責任を

持つのも彼です。この裁判官はこの二つの行動態様に跨がって役割を果たすための全権限を持っていますが、犯罪の方は無視し、民事の枠内で単なる教育的処分をすることもできます。以上がその職務です。が、法文の上では民事でも刑事でも少年係判事は大きな権限を持っているのですが、実際は非常に違います。というのは、彼らが苦情をいっているところですが、現実には少年係判事は、その権限を少年裁判所 (tribunaux pour enfants) に付いている教育局 (service éducatif) によって部分的に剝奪されており、結局のところその決定の幅は、考えられるほど大きくなく、非常にしばしば、決定をする前に、教育的な機関 (organisme à caractère éducatif) に対し、何ができるのか、使用できる教育者 (éducateur disponible) があるか、施設に空きがあるかを尋ねなければなりません。理論的には少年係判事はすべての手続の支配者 (maître) であるのに、実際には、これはどこの国でも同じだと思うのですが、財政、人員等々の点でできる範囲にしばられています。

**司会** ありがとうございます。一応、刑事法関係でペーパーが出てるのは以上ですけれども、特に今の議論との関係でございまして、いかがですか。もし、ないようでしたら時間の関係もございまして、憲法関係の方に移っていきたいと思います。今

のところ二つほど質問が出ておりまして、ひとつはクーヴラ先生に、もうひとつは中村先生にということです。まず、クーヴラ先生への質問を先にさせていただきますけれども、これは中村睦男先生からの質問でございます。中村先生、よろしく。

**中村** 私の報告で時間の関係からカットした問題点なのですが、日仏の比較検討ができるテーマではないかと思ひまして質問させていただきます。それは、公教育・公立学校の宗教的中立性と個々の生徒の信教の自由との対立の問題です。これに関わるケースとして、日本では日曜日訴訟というのがありました。東京地裁昭和六一年三月二〇日に判決が出され、その判決は第一審で確定しております。これは次のような事案でした。日本では日曜日は公立学校の授業がありませんが、父母の授業参観は日曜日にやることが多いと思います。このケースでも日曜日に授業参観することで子どもは登校の義務があったわけですから、このケースのプロテスタント系牧師さんの子どもは自分の宗教上の理由から、教会付属の日曜学校に行きたいとして、学校は欠席したわけです。その子どもは学校で欠席の記載を受けたため、欠席記載について処分の取消と損害賠償を求めた事件であります。結局、東京地裁では、原告である生徒と親が負けました。負けた理由は、各宗教団体が宗教活動として、

日曜日に集会を持つ自由はあるが、しかし、それに対して更に、公教育の必要性の方が優先するということでありまして、そのなかで公教育の宗教的中立性と個々の生徒、あるいは家庭の信教の自由との関係におきましては、「宗教行為に参加する児童について公教育の授業日に出席することを免除する」ということでは、宗教、宗派ごとに重複・競合の日数が異なることから、結果的に、宗教上の理由によつて個々の児童の授業日数に差異を生じることを容認することになって、公教育の宗教的中立性を保つ上で好ましいことではない」という議論をしているわけです。これと関係する例として、フランスでは、公立学校で、イスラム教の家庭の子どもがイスラム教のチャドルを着用して、学校に行きたいとしたのに対して、公教育の中立性との関係をめぐつて大きな論争になったということを知っていますので、この点についてご質問致します。

**クーヴラ** 日本で何が起こっているのかは分かりました。フランスでは公立学校と私立学校とを区別する必要があります。私立学校はしばしばキリスト教系、カトリックかプロテスタントで、その教育の中で宗教活動を組織しています。公立学校について言いますと、司祭や牧師を参加させることがあります。特定の時間に限られ、そこに子ども達は場合よつては出られま

すが、経験によればこの授業に出る者は一般に多くありません。そして、この教育は実際には学校の外でなされます。したがって、フランスでは宗教上は中立性(neutralité)を尊重しています。これは、多くのフランス人が執着している政教分離(laïcité)の原理です。この原理は、あるイスラムの少女がヴェールを被るうとした事件で大変ゆさぶられました。ご存じと思いますが、眼だけを残して頭を完全に覆い、他の人には何も見えないチャドルというものです。少し前にこの事件は大変な騒ぎになり、文部省は命令的な決定(désion impérative)をすることを欲せず、各学校長がその学校の枠内で問題解決の手立てをするに任せました。そして一般には、宗教的な自由を尊重する、一定の範囲で自らの宗教を表明することは勿論できる、しかしその宗教を強要し他人を挑発することは禁止する、という立場が採られました。もつとも学校内部の規律の枠内では一般に、この最も極端なイスラム原理主義の立場(cette position maximale intégriste)を人々に知らせることは認められていません。付け加えますと、ここで問題になっているのははや子どもの権利ではなく、むしろ父親の権利です。なぜなら、現実にはイスラム法において非常に大きな権力を持っている父親がその娘にヴェールを着けることを押しつけているのですから。だから

この制限は、実は、父親がその観点を押し付け、その宗教的な見解、いやほとんど政治的な見解を主張するのを阻止するためなのです。

**司会** どうもありがとうございます。それでは、もうひとつ、中村先生に対する質問になると思うんですけども、先ほど発言していただきました北大法学部の学生の後藤俊哉さんからですが、よろしいですか。

**後藤** 純然たる僕の感想なんですけれども、補足説明で戒能先生から、子は親の所有物だというふうな伝統的観念がある、親の懲戒ということが民法に書かれていてそれが教師の懲戒につながるんじゃないかというご指摘がなされてきました。全く僕もその通りだと思ひまして感銘を受けました。けれども、問題は、それに対してどうするか、そういう子ども観をどう変えていくかということなんです。親は自分が育てられたように育てるんじゃないかという気がします。例えば、子育てをどうするかなんていうことは学校では教えないわけですし、子どもは人権の主体だといえながらもそうであることを子どもにもどう教えるか。教えたからといってトランプじゃないわけですから、ここで人権を使うよというわけにはいかないんで、実際的な問題を踏まえた議論が欲しいところです。僕もこういうことに興

味がありますんで、これからもう少し勉強していきたいと思っ  
ているんですけども、教育権論にしても大島先生が言われま  
したように対抗関係、二者択一的な対抗関係で論じるべきでは  
ないという気がします。机上の空論のような雰囲気がいまま  
ずっと強かった気がするんです。

**司会** ご発言の趣旨は「教育に関しての憲法論は判決を待っ  
てからの批判ばかりで歯がゆい。学界ももっとリードすべきだ  
と思う」ということですので、こういうご指摘を踏まえて中村  
先生の方から一言おっしゃっていただければと思いますけど。

**中村** 法律論は判決を待ってからようやく出始める、という  
最後の点は恐らくその通りでしょう。法律論は何か問題が出て  
きてから、法律的にどう解決するかを論ずるものですから、そ  
こが教育法を論ずる際の非常に難しいところで、常に後追いに  
なる。例えば、教育法学会には、教育学者と法学者が入ってい  
ますが、その間の意識のずれというのが大いにある、法学者  
は後から出てきた問題ばかり議論していて現実起こっている  
問題にうまく対応できていないのではないかとという批判が、教  
育学者からよく出されます。ただ、私は法律家としてどうして  
も自分の守備範囲を考えることが大事だと思っています。

ところで、今の質問とは直接関係ないのでですけども、一言つ

け加えておきたいことがあります。子どもの人権ということ  
を考えますと、日本では、判例なり具体的事例で問題になってい  
るのは、学校における子どもの人権に関わるものが圧倒的に多  
くあります。ところが、フランスの状況に関する先ほどクーヴ  
ラ先生の報告では、学校の問題は学校会議における生徒の意見  
表明との関連ぐらいでしか出てこなくて、あとは少年刑法の問  
題なり、あるいは家族法の問題です。そこに日本の特殊性があ  
って、日本ではすべてを学校あるいは学校の先生に期待してし  
まう。従って、学校の先生が過大の任務を負わされているため  
に、「校則が厳しすぎる」と言っても、「それは厳しくせざるを  
得ない」と反論されるわけです。社会全体が学校の先生にすべ  
てを期待している。その一番大きな要因は、家族が子どもを育  
てる義務と学校の先生が生徒を教育する義務との分離がきちん  
となされていないということにあります。つまり、先ほどのク  
ーヴラ先生の例では、フランスでは、生徒の学校外での活動は、  
バイクに乘ろうが髪型をどうしようが、学校外で何をするのか  
に関して全く学校は関知しない。逆にいえば、それは家庭の責  
任であるということでした。ところが、日本では、すべてを学  
校の責任とみる傾向があります。つまり、万引があれば、商店  
あるいは警察はまず学校に電話をかけて、学校の先生になんと

かしろと言ってくる。そうすると学校の先生が万引をした生徒をもらいさげに行く。こういうように、すべてが学校の先生に期待されてますので、実際上は本意ながらも校則を厳しくしたり、あるいは懲戒を行ったという面があるのではないかと思います。そういう意味では、日本の場合、学校との関係では、子どもの権利を認めなければいけないということは当然であるとしても、そうすると学校だけではなく、家庭なり社会なりあるいは国家なりの方で、子どもの教育を図るというシステムをきちんと考える必要があるのではないかなというように考えております。

**司会** それでは、よろしければ家族法関係の質疑に移りたいと思います。

**後藤** フランスの法制では、不遇な少年に対して施設が開放的であるとか、例えば昼間だけ施設に通う制度があるということでした。これは、ゼロか百かという制度ではなくて、いろいろと制度の段階を認めているように感じられたのですが、それに對して日本はどうなのでしょう。例えば、親権喪失の宣告制度が日本にはあるとおっしゃられていたんですけども、それは、親権について、ゼロか百かにするというような制度なのか、それとも、「かくかくしかじかだけは制限するけれども、とりあ

えず親子一緒に住んでもいい」というような段階的な制度なのかということをご説明していただきたいと思えます。

**石川** ご指摘の問題が純粹に家族法の問題かどうか分かりますが、親権喪失にかかわる問題ではございます。親権喪失制度は、全く親権全部を剝奪するあるいは残すかつまり申立が却下されるかのいずれかでありまして、そういう意味ではオール・オア・ナッシングという仕組みになっております。この点、養護施設あるいは教護院のサイドから見ると、児童を児童福祉施設に入れますとも親権者が来て連れて行くといった場合に実効性がないわけです。この場合、報告で申し上げましたように、児童相談所長は親権喪失の申立をする可能性はありますけれども、いろいろなことを考慮しますとそれは殆どできないという実態があります。それは、親権とはまさに子どものための義務でもあり権利でもあるという点を親権者が強調しますものから、やはり施設側としては強い権利には譲歩せざるを得ないという関係、つまり報告で申し上げました親権の優越性という問題に絡むものでございます。

つまり、補足致しますと、もうひとつのシステムは、財産を管理する権限がもちろん親権の中に含まれておりますけれども、その分だけを消滅させるというシステムです。しかし、そ

れは部分的な消滅でありまして、そういう意味では残りの身上監護の分は残って参ります。ただし、先ほど触れられた児童福祉施設の関係は、財産管理の問題ではなく身上の問題でありますので、特に児童福祉施設の現場サイドからは、親権の一時停止という制度が考えられないかということ、かなり早くから指摘されているところであります。この点、身上監護についても、オール・オア・ナッシングではなく、中間的な一時停止あるいは一定の期間（例えば、児童福祉施設に預けられている間は親権者は連れ戻したりすることができないこととするような制度の日本での導入ということ、私は考えてよいのではないかと思っております。以上でございます。

**司会** もしクーヴラ先生のお話の中のフランスとの関係で何かあれば。

**クーヴラ** フランス法では現在のところ親権(autorité parentale)の部分的な喪失という制度があるように思えます。反対に、できるだけ長くできるだけしばしば両親の、あるいは少なくとも一方の権利(autorité)を残そうとし、内部で親権の半分をさらに細分化することは避けようとしています。したがって、それは全部か無ですが、多いのは全部を維持するほうであり、親権の剝奪を考えるのは親が重い犯罪の有罪判決を

受けるなど（親権の保持が）不可能な場合だけです。最大限、親権の全体を維持することに努めており、部分的な維持ではありません。

**司会** ほかに家族法関係で如何でしょうか。岩本さん、弁護士としての経験を踏まえられて、この問題との関連で何かご質問ございませんか。

**岩本** 五月に「子どもの人権相談」をしたときに釧路からきた相談の実例なんですけれども、一六才の女の子がおりまして、父は実の親なんですがお母さんは義理のお母さん、その母親との仲が非常に悪くて、家出をしたい、というケースがありました。彼女は非常に自立心の強い子でして、自分でどこか働き先をみつけてそこで働きたい、こう考えているわけですね。今、仮住いで釧路市内にいますんですが、自分できちんと働くためにどこかに行っても、必ず「親はどこにいますか」、「ご両親の了解をとっているのか」ということを聞かれるわけですね。ところが、親に告げますと連れ帰られてまたそこで虐待を受けるというふうな形になっておりまして、どうしたらいいだろうかという相談を受けました。

こういう場合どうすればいいのか悩んだ末、結果的には児童相談所に紹介しまして一応そこでアドバイスを受けるということ

とを指導したんですが、児童相談所に聞きましたら相談所でもその場合にどうすればいいのか非常に困っている状況にあるようです。こういう問題は多々ありまして、つい一、二ヵ月前の新聞報道をみましたところ、この問題に関して親権を一部制限するような——民法の条文をいじるかどうかは別ですけども——行政上の取扱で、相談所が親の了解なしに何らかの法措置を講じることが出来るものとするようなことを——たしか厚生省で——考えている、ということが大きく報道されてましたので、今後何か具体化していくんではないかというふうに思います。以上です。

**司会** どうもありがとうございます。時間の関係でこれが最後の質問ということになるかと思いますが、瀬川先生から子どもの権利条約の批准に関連した質問が出ておりますのでお願い致します。

**瀬川** 子どもの権利っていうのは多分二、三〇年前は法律学者は誰も考えなかったと思うですね。冒頭に学部長の荒木先生がおっしゃったんですが、例えば女性のフェミニズムの問題だとか、北海道ですと少数民族のアイヌの問題だとかが最近になって皆の意識が上がってきたわけですが、このことは、よく考えてみると私たちが学校で習ってきた近代法のあり方が少し崩

れ出していることを意味するのではないか。つまり、社会のいろいろなマイノリティの問題を、フランス革命から産業革命を通して今日に至るまで無視して突進してきた社会が、そういう問題も組み入れないといけないようになってきているんじゃないかと思うんです。その観点から、子どもの権利を考えると、フランスで賛否の論議があったのか、そのとき賛否それぞれの理由はどういうものだったのかということをお聞きしたい。何かそこに近代法の変容に関する手がかりがつかめるかなと思つて質問を致しました。

**クーヴラ** 瀬川先生が述べられた動き、現在進行している展開についてはその通りだと思います。フランスで反対があったかということですが、ありませんでした。子どもの権利に関する国際条約は問題なく署名され、議会ではっきりと批准され、反対はほとんどありませんでした。フランスの観点からは、この条約は結局のところ大したものをもたらずものではありません。そのうえ、午前中に申しましたように、フランスではこの条約をフランス的に解釈します。墮胎の例を今朝言いましたが、妊娠の中絶は条約に署名することの障害になりませんでした。もつともいくつかの個別の点については同意しないとさえ言えたでしょう。しかし、全体としては条約は容易に受け入れら

れました。しかしこの条約は、私には結局のところ人権宣言条約 (Convention de la déclaration des droits de l'homme) の精神の延長にしか見えません。市民の人権を承認した時から出発して、次の第二段階においては、子どもは人間である、小さい人間、あるいは生成中の人間であり、彼もまた権利を有していると言わなければならない。それは、精神病者や老人、その他の恵まれない種類の人々についてそう言うのと同じです。したがって、子どもにも固有の (réservé et réservé) 権利があると言うのはフランス的なものの考え方の中にあるのです (dans l'esprit français)。現実にその権利を作用させ実現させるのは非常に難しいことがよく分かっているのですが、さらに言えば、国家が、共和国の検察官を通して訴権を行使することができ、家族に関する福祉諸団体 (associations familiales) が特に諸手続の開始について大きな権力を持つことができるのですが、にもかかわらず、子どもにも固有の権利があると考えているのです。

**司会** どうもありがとうございます。それでは時間が参りましたので、今日のシンポジウムはこれで幕を閉じたいと思います。最後まで熱心に討論に参加していただきました。どうもありがとうございます。とりわけ、クーヴラ先生には貴重なご指摘をいただきました。ありがとうございます。