

《論説》

感化法と親権 (5)

——児童福祉法と親権に関する予備的考察 その 2——

許 末 恵

- はじめに (1) 青山法学論集 63 巻 2 号 (2021)
- 一 感化法の概要
- 二 感化院に入院し得る者
- 1 不良行為者
- 2 懲戒場対象者
- (1) 旧法第 882 条の成立
- (ア) 原案第 890 条とその修正——親権に服する者
- (イ) 原案第 892 条とその修正——監護教育権
- (ウ) 原案第 894 条——懲戒権
- (エ) 旧法第 882 条の成立 (2) 同 63 巻 3 号 (2021)
- (2) 懲戒場対象者の入院
- 三 入退院の手続
- 四 感化院長の権限
- 五 英国法との対比 (3) 同 64 巻 1 号 (2022)
- 1 窪田静太郎による英国の制度の紹介
- 2 英国の矯正学校法及び授産学校法の概要
- 3 検討
- 六 感化法第 1 次改正 (1908 年) (4) 同 64 巻 3 号 (2022)
- 1 刑法の改正
- 2 感化法の改正
- 七 感化法第 2 次改正 (1922 年) (5) 本号
- 1 少年法、矯正院法の制定
- (1) 少年法及び矯正院法の成立
- (2) 対象者——「少年」
- (3) 「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ又ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル

感化法と親権 (5) (許)

少年」

- (4) 保護処分
- (5) 少年審判所の組織・手続
 - (ア) 少年審判所の組織
 - (イ) 少年審判所の手続
- (6) 矯正院の長の権限
 - (ア) 「懲戒場」としての矯正院
 - (イ) 矯正院の長の権限

七 感化法第 2 次改正 (1922 年)

感化法は、1922〔大正 11〕年に少年法が新たに制定されたことに伴い、再び改正されることになった。今回も感化法独自の改正ではなく、少年法の制定に伴う整備的な改正である。ここでは、本稿の検討に必要な限りで少年法及び矯正院法の制定について概観し、それを受けた感化法の改正について検討する。なお、以下の記述では、大正 11 年制定の少年法につき、旧少年法又は大正少年法と呼ぶことがある。

1 少年法及び矯正院法の制定

(1) 少年法及び矯正院法の成立

既にみたように、1907〔明治 40〕年の刑法改正により、14 歳未満の者の犯罪はその規制から外れたため、少年の犯罪について特別の法律を設ける必要があったが、実際に少年法の制定に向けた検討が始まったのは 1911〔明治 44〕年になってからである⁴³⁸⁾。

438) 1910〔明治 43〕年に衆議院で少年に対する特別法の制定につき議員から督促的質問があったとのことだが(『東京少年審判所十年史』(財団法人日本少年保護協会東京支部、1935)〔以下『東京少年審判所 10 年史』16 頁〕、確認することができなかった。具体的な立案に向けた作業は、1911(明治 44)年 9 月 19 日に、法律取調委員会中刑事訴訟法改正主査委員会第 91 回会議において、刑事訴訟法改正案第 5 編第 2 章「監置及懲治ニ関スル手続」の条項を審議したときに、「懲治ニ関スル手続規定」を削除することに伴い、少年に関する法律の制定の必要性が議論されたことに始まる。そのときは、主査委員の中から特別委員が任命

少年法案及び矯正院法案が最初に帝国議会上に提出されたのは、1920〔大正9〕年の第42回帝国議会上においてである。このときは、衆議院の委員会では可決されたが、議会の解散により成立しなかった。次に、同年7月の第43回帝国議会上に提出され、衆議院は全会一致で通過したものの、貴族院では審議未了となり、成立しなかった⁴³⁹⁾。翌1921〔大正10〕年1月の第44回帝国議会上に提出された際は、衆議院は全会一致で通過したものの⁴⁴⁰⁾、貴族院での審議が滞り、会期が終了して不成立となった⁴⁴¹⁾。司法省

されたが、別個の査査委員会を設けることにして、改めて少年に関する法案の審議が開始された。詳しくは『少年矯正』第2編、特に272頁以下のほか、『東京少年審判所10年史』1-60頁、守屋『少年の非行と教育』65頁以下、森田①第9章、森田②特に第1部、鳥居和代「1922年少年法の成案過程——法の適用範囲の問題を中心に」お茶の水女子大学人間文化研究年報24号(2000)144頁等参照。関連する資料については、『少年矯正』のほか、森田明編『大正少年法(上)』『大正少年法(下)』(信山社、日本立法資料全集18・19、1993)〔以下『大正少年法上』『大正少年法下』〕参照。

439) この議会上は、衆議院解散後の特別会上で、会期も1か月しかなく、このように重要な法案を特別議会上で審議する必要があるのかがしばしば問題となった。司法省は、法案提出までにかなり時間がかかっていること、新規事業で少年審判官や少年保護司等の人的準備や物的準備に時間がかかるため、法案を早期に成立させて次回議会上で予算措置を図り、早期に実施したいと説明したが、少年法案への反対意見も強く、賛成を得られなかったようである。例えば第43回帝国議会上貴族院少年法案外一件特別委員会議事速記録〔以下、本章では「第43議会上(貴)少年法案議事速記録」と略称〕2号5-6頁〔鈴木喜三郎〕参照。なお、第42回議会上に提出された少年法案は、第4条、第18条及び第61条に修正を施した上で可決されたため(第42回帝国議会上衆議院少年法案外一件(少年法案矯正院法案)委員会議録(速記)〔以下、本章では「第42議会上(衆)少年法案会議録」〕8回46-47頁)、第43回議会上には、その修正を加えた法案が提出されている(第43回帝国議会上衆議院少年法案外一件(少年法案矯正院法案)委員会議録(速記)〔以下、本章では「第43議会上(衆)少年法案会議録」〕2回4-5頁〔鈴木喜三郎〕)。ただし、第18条への修正(第2項の新設)は、第23条への修正となった。後掲注442)も参照。

440) この議会上での衆議院の委員会上は、前議会上からの長い質問応答があつて尽きているとして、第2回で質問を打ち切る動議が出され、逐条審議は行われず、松下禎二と清瀬一郎の反対があつたほか、原案通りに可決された(第44回帝国議会上衆議院少年法案外一件(少年法案矯正院法案)委員会議録(速記)〔以下、本章では「第44議会上(衆)少年法案会議録」〕2回12-13頁)。

441) このときは「少シク行違ノ点」があつて通過の妨げとなったという(第45回

は、内務省と協議の結果、少年法案第 28 条に第 2 項を新設して感化院と矯正院との調整を行い、矯正院法案からそれまで置かれていた第 1 条の規定を削除した(後述)。また、文部省の意見に従い、少年法案第 23 条を修正した⁴⁴²⁾上で、1922〔大正 11〕年 2 月の第 45 回帝国議会上に法律案を提出し⁴⁴³⁾、ようやく成立した。なお、感化法を修正する法律案(感化法中改正法律案)は、3 月になってから、少年法の制定に伴い必要な改正として貴族院に提出された⁴⁴⁴⁾。

帝国議会上院少年法案外一件(少年法案矯正院法案)委員會議録(筆記記録)〔以下、本章では「第 45 議會(衆)少年法案會議録」〕1 回 1 頁〔山内確三郎〕。具体的には、「未ダ内務、文部、其他トノ話ガ十分ニ熟セザルモノガアッタ」、特に内務省との間で感化院と矯正院との関係等につき異論があったためである(第 45 回帝国議会上院少年法案外一件特別委員會議事速記録〔以下、本章では「第 45 議會(貴)少年法案議事速記録」〕1 号 6 頁〔大木達吉〕)。第 44 回議會の貴族院の委員会で、内務省の政府委員は、少年法案については司法省から協議を受け、閣議決定したが、矯正院法案については、司法大臣の管轄において少年の刑事政策で保護を図るということで、協議は受けていないため、意見は言えないと発言している(第 44 回帝国議会上院少年法案外一件特別委員會議事速記録〔以下、本章では「第 44 議會(貴)少年法案議事速記録」〕3 号 3-4 頁〔若王子文健、田子一臣、勘解由小路資承、松田源治〕)。『東京少年審判所 10 年史』34 頁も参照。

442) 教育に経験を有する者からも少年保護司を選ぶことができることを明示するため、「教育ニ経験ヲ有スル者」という文言を付加した。

443) 第 45 議會(貴)少年法案議事速記録 1 号 6 頁〔山内確三郎〕。各議會での司法省側の事情については、山岡萬之助「少年法制定事情を語る」少年保護 1 巻 4 号(1936)3 頁以下参照。なお、1921〔大正 10〕年 6 月 23 日に司法大臣大木達吉から内閣総理大臣原敬に対し、少年法案を第 45 回帝国議会上に提出するための閣議を請う「少年法案請議ノ件」に添付された少年法案〔以下「請議案」〕では、それまでの議會提出案と異なり、少年を「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シタ」18 歳未満の者と定義し、そのおそれのある少年を除外するという重大な修正を含んでいたが、法制局の審査を経た提出案では、従来の案と同じく、後者を含むものとなっている。詳しくは鳥居和代「旧少年法の成立過程——「保護」と「教育」の関係をめぐって」日本の教育史学 45 集(2002)103 頁、特に 112 頁以下を参照。また、「少年法ヲ定ム」公文類聚第 46 編第 25 巻(<https://www.digital.archives.go.jp/item/1648605>)参照。

444) 第 45 回帝国議会上院貴族院議事速記録 24 号 541 頁。なお、感化法中改正法律案は、少年法案外一件特別委員会に付託され、第 3 回以降の委員会で審議されている。そのため、委員会の名称も少年法案外二件特別委員会となったが、議事

少年法(大正11年法律第42号)、矯正院法(大正11年法律第43号)及び感化法中改正法律(大正11年法律第44号)は、1923〔大正12〕年1月1日から施行されたが(大正11年勅令第487号)、少年審判所は、当初、東京と大阪だけに設置された後⁴⁴⁵⁾、漸次各地に設置され、1942〔昭和17〕年には、控訴院所在地である名古屋、福岡、広島、仙台及び札幌の7か所に設置されて、全国に施行されるに至った⁴⁴⁶⁾。

両法案をめぐってはどの議会でも活発に議論されているが、その根底には、感化法と少年法との関係に関する疑義にあった。少年法を制定したのは、近時における刑事政策及び社会政策が「幼少年ヲ保護シテ不良行為ヲ防止シ依テ社会ヲ保安スルコトヲ以テ理想ト」して、「幼少年ノ保護ニ関シ特別ノ規定」を設けているので、本法案もこの趣旨に従ったものであり、少年法の定める保護処分、刑事処分、刑法・監獄法・刑事訴訟法等に関する特則は、少年を「教養シテ順良ナル国民」たらしめようとするものである⁴⁴⁷⁾。議会でも、少年法の目的は「少年ノ感化保護教養ニ在ル」⁴⁴⁸⁾、「懲罰ヲ加ヘルトカ、或ハ制裁ヲ加ヘルト云フヤウナ趣意デハナクシテ、徹頭徹

速記録の引用は前掲注441)に従う。なお、第45回帝国議会貴族院少年法案外二件特別委員会議事速記録の第5号及び第6号は欠落しているが、第6号に相当する部分については、概略を『第45回帝国議会貴族院委員会会議録』916頁以下でみることができる(『大正少年法上』77頁)。

445) 少年審判所設置ノ件(大正11年勅令第488号)。

446) 大正11年勅令第488号少年審判所設置ノ件中改正ノ件(昭和16年勅令第1237号)(1942〔昭和17〕年1月1日施行)。その後、昭和21年勅令第295号により静岡、長野、京都、高松、金沢、松江、福岡及び秋田に、昭和22年勅令第134号により前橋、神戸及び旭川に少年審判所が設置された。詳しくは『少年矯正』367-374頁参照。

447) 司法省保護課編纂『少年法案理由書 附矯正院法案理由』〔以下、それぞれ『少年法案理由書』『矯正院法案理由書』と略称〕(少年保護叢書第1輯、財団法人日本少年保護協会、1936)(<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1452222>)1頁。これらは、もともと第45回帝国議会提出用に作成されたもので、1922〔大正11〕年2月に刊行された(『大正少年法上』76頁)。体裁は異なるが、法曹会編『少年保護制度参考書』(法曹会、1921年10月)にも収録されている。

448) 第42議会(衆)少年法案会議録3回11頁〔植原悦二郎、谷田三郎〕。

感化法と親権 (5) (許)

尾不良少年ヲ愛護スルト云フ精神カラ出来テ居ル」⁴⁴⁹⁾と説明している。しかし、こうした目的は、感化教育とも共通するものである。そのため、議会議では、少年法そのものの意義・必要性、感化法との関係、具体的には感化院(国立感化院も含め)のほかには矯正院を設ける必要性、保護処分を行う少年審判所の性格(少年審判官、少年保護司の資格も含め)、保護処分の手続、所管官庁等に関して繰り返し問題となった。特に感化事業関係者からの批判は激しく⁴⁵⁰⁾、議会でも厳しい意見が示されたが、それに対する司法省の説明には必ずしも説得的とはいえないところもある。

これらの論点は、相互に関連しつつも、それぞれが独立の検討に値する難問であるが、ここでは、本稿と関連の深いいくつかの事項に限り、帝国議会議での議論を中心に検討する。なお、少年法及び矯正院法は、上述した修正を除くと、ほぼ原案通りに成立しているので、以下、特に断らない限り、成立した法律による条文を参照し、必要に応じて修正前の条文を引用することとする。また、特に明示しない限り、本節で引用する条文は少年法のものである。

ところで、少年法という法律名についてであるが、これは、少年に関す

449) 第43議会(衆)少年法案会議録2回3頁〔鈴木喜三郎〕。

450) 「全国ノ感化事業者ハ、悉ク本案ニ反対シテ居ルノデアリマス」(第45議会(衆)少年法案会議録1回4頁〔荒川五郎〕)。1920〔大正9〕年1月には、第42回議会議に提出される予定の少年法案に対し、小河滋次郎は『非少年法案論』を公にして、反対の論陣を張った(『少年矯正』301頁以下及び『大正少年法下』1155頁以下に収録)。委員会の審議でもこの論文にしばしば言及されている。内務省が少年法案に対して批判的であったこともいうまでもない。社会事業調査会は、1921〔大正10〕年に、保護処分に関する少年法案の規定を削除する修正案も含む少年法案及び矯正院法案に対する建議書をまとめている(「少年法案及矯正院法案に関する特別調査委員報告書」内務省社会局『社会事業調査会報告』(1922〔大正11〕年)36頁以下〔社会福祉調査会編『戦前期社会事業史料集成17』(日本図書センター、1985)))(『大正少年法下』1178頁にも収録)。司法省と内務省との関係等詳しくは前掲注438)及び注443)に掲げた諸論稿のほか、森田明「少年法の歴史的展開——〈児童福祉政策的保護〉と〈刑事政策的保護〉の確執」猪瀬慎一郎・森田明・佐伯仁志編『少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇』(有斐閣、2001)1頁等参照。

る各種の規定を網羅するという意味で「少年法」と命名されたものである⁴⁵¹⁾。名称については様々な議論があり、「少年審判法」「少年取締法」「少年ニ関スル特別ノ法規」⁴⁵²⁾というような名称も考えられたようだが、司法省は、本法は、少年の処分に関する特別法であり、中には少年の実体刑法上の特別規定も、少年を取り調べる刑事訴訟手続に属すべき法規定も、少年の監獄処分についての特別規定も含まれること、本法における少年審判は、専門的に少年審判所という一種の特別な裁判所で裁判をすること（ただし、後述参照）から、少年審判法という、法の内容の範囲が非常に狭くなり、あたかも少年審判所の審判手続のみを規定するようなことになってしまうこと、ヨーロッパでもいろいろな案があること、少年についての立法の最も完全に整っているイギリスの法律は、日本のように漠として、「チルドレン・アクト」即ち子供法、少年法という名前を取って、この中に少年に関する種々な特別規定を網羅していること、我が法は、先例としてイギリスの例を襲ったといて差し支えないこと、少年法という名称は、漠然とし過ぎていて憾があるが、すべてのものを網羅する適当な名称がないので、これに落ち着いたと説明している⁴⁵³⁾。

451) 『少年法案理由書』1頁。

452) 泉二新熊「少年法案の成立を語る」少年保護1巻4号(1936)18-19頁によれば、「不良少年法」「未成年者犯罪処分法」「未成年者の保護及び懲治に関する法律」「未成年法」「少年裁判所法」「少年審判所法」等色々な提案があり、ベルギー法では「少年裁判所法」という法律により少年裁判所が少年を保護する中心的働きをしていることを強調しているが、当時は、裁判という言葉、少年裁判所法という言葉嫌ったという。

453) 第43議会(衆)少年法案会議録2回6-7頁〔山移定政、谷田三郎〕。旧少年法及び現行少年法の制定について米国法の影響のあったこと、特に旧少年法の制定にあたり、米国の少年裁判所について紹介した穂積陳重の講演「米国ニ於ケル小児裁判所」法協25巻9号(1907)1258頁が大きな影響を与えたことは軽視できない(本稿(4)注436)、注437)のほか、波床昌則「新旧少年法の成立過程におけるアメリカ少年法の影響」司法研修所論集1977-2号399頁(1997)等参照)。議会の審議でも、米国の少年裁判所(子供裁判所)にはしばしば言及されている。確かに米国法の影響は大きかったが、例えば、谷田三郎「少年法に就て(承前)」法曹記事30巻12号(1920)7頁以下では、欧米での刑罰制度改革

感化法と親権（5）（許）

法律名に関するこの説明にも表れているように、少年法は、少年に対する保護処分について規定するとともに、少年に関する刑法・刑事訴訟法・監獄法の特別法でもある。本稿は、このうち、保護処分に関する少年法の規定を中心に検討する。

（2）対象者——「少年」

まず少年法の対象となる少年についてである。関連する規定は、次のとおりである。

第一章 通則

第一条 本法ニ於テ少年ト称スルハ十八歳ニ滿タサル者ヲ謂フ
（第二条・第三条略）

第二章 保護処分

第四条 刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ又ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル少年ニ対シテハ左ノ処分ヲ為スコトヲ得

- 一 訓戒ヲ加フルコト
- 二 学校長ノ訓戒ニ委スルコト
- 三 書面ヲ以テ改心ノ誓約ヲ為サシムルコト
- 四 条件ヲ附シテ保護者ニ引渡スコト
- 五 寺院、教会⁴⁵⁴⁾、保護団体又ハ適當ナル者ニ委託スルコト
- 六 少年保護司ノ觀察ニ付スルコト

（監獄改良運動）や少年裁判所運動等が紹介され、欧州各国での少年に関する特別処遇法に触れており、欧米諸国の法律を参考にしていることが判る。また、具体的な法律の立案にあたっては、英国法を参考にした部分も少なくないと思われる。英国は、1908 年児童法のようにまとまった制定法を有し、議会報告書等も広範に利用できることなどから、参考にしやすいのではないだろうか。なお、谷田の論考は、1920〔大正 9〕年 6 月 23 日に開催された第 3 回時局講演会での講演の記録で、第 42 回議會に提出された法案についてのものである。

454) 第 42 回議會に提出された案では「寺院」には「教会」を含む趣旨であると説明されていたが、それを明確にするために修正され、第 43 回議會提出案では「教会」の語を付け加えている。前掲注 439) 参照。

七 感化院ニ送致スルコト

八 矯正院ニ送致スルコト

九 病院ニ送致又ハ委託スルコト

前項各号ノ処分ハ適宜併セテ之ヲ為スコトヲ得

第五条 前項第一項第五号乃至第九号ノ処分ハ二十三歳ニ至ル迄其ノ執行ヲ継続シ又ハ其ノ執行ノ継続中何時ニテモ之ヲ取消シ若ハ変更スルコトヲ得

少年法第 1 条は、「本法ニ於テ少年ト称スルハ十八歳ニ滿タサル者ヲ謂フ」として、新たに「少年」という範疇を設けた⁴⁵⁵⁾。少年の年齢は、矯正院へ収容する少年の年齢や矯正院長の権限、さらには親権とも関連するので、しばしば問題となっている。

まず、新たに 18 歳という年齢を設定して「少年」の定義を設けたのは、少年法について保護をすべき限界は各国で一様ではなく、「我国ハ十八歳ト申セバ、数ヘ年二十歳ト云フコトニナルカラ、先ヅ其位ノ限度ノ者マデハ保護ヲヤラナケレバナラスト云フ趣意カラ、十八歳ノ主義ヲ採ツタ」ためである⁴⁵⁶⁾。『少年法案理由書』では、ヨーロッパ大陸の制度に従い、18 歳未満の者については特別な取扱いをし、その性格を改善するのを適当と認めたためとしているが⁴⁵⁷⁾、実態としては数え年で考えていたことも関連しよう⁴⁵⁸⁾。また、満 20 歳は、民法による当時の成年年齢である。

下限についての規定はないが、規定を置くことが極めて困難で、行為の方から考えるという。実際には、第 4 条にあるように、刑罰に触れる行為を為し、又はそれを為すおそれがある者なので、「意志ヲ備エタ者デナケレ

455) 閣議請議案では、「十八歳ニ滿タサル者ニシテ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シタモノヲ謂フ」とされ、刑罰法令に触れる行為を為す虞のある者を除外していた。鳥居・前掲注 443) 109 頁以下参照。

456) 第 42 議會 (衆) 少年法會議録 1 回 3 頁〔鈴木喜三郎〕。

457) 『少年法案理由書』2 頁。

458) 年齢の規定にあたり、数え年から考えて法律上の年齢 (満年齢) を定める例は、改正刑法が旧刑法にあった未成年者の刑の軽減規定を削除したことにもみることが出来る。本稿 (4) 221 頁以下。

感化法と親権 (5) (結)

バナラ」ず、「七歳以上ニナラヌト意志行為ト云フコトハ認メラレヌ」ので、「六七歳以上ノ小学児童デナケレバ、行為ガ無イ」ことになり、「自然ニ小学児童ノ間ニ於テ、七八歳ノ所ニ自然標準ガ出テ来ル」と考えられるが、7歳以上18歳未満と決めることはできず、「自然ニ意志行為ヲ為スト云フ度合デ決マル」という⁴⁵⁹⁾。つまり、明示して区切ると、一日でも年齢に合わないとは処分ができないという杓子定規なことになるので、「結局此行為ヲ為スト云フコトハ、意思能力ガ無ケレバナラヌノデアリマスカラ、学齢児童ノ程度ト云フモノ」になり、「此法ノ運用ハ其程度デ受ケルモノデアル」というのである⁴⁶⁰⁾。このように、行為の方から見るので、主体の能力は関係なく、行為自体が刑罰法令に触れる（おそれがある）かどうかだけを見るので、刑法の責任年齢（14歳）とも関係ない⁴⁶¹⁾。

なお、少年の年齢は、戸籍で確認する⁴⁶²⁾。また、「少年」は、男性だけでなく、男女を含む意味である⁴⁶³⁾。

問題は、第5条との関連である。後述するように、第4条に定める保護処分には一時的保護処分と継続的保護処分とがあるが、そのうち、継続的保護処分とされる寺院等への委託（5号）、少年保護司の観察（6号）、感化院送致（7号）、矯正院送致（8号）及び病院への送致・委託（9号）は不定期刑とされ、その期限を定めていない。第5条は、これらの処分につき、23歳までその執行を継続することができることを規定した。この23歳という年齢は、処分の効果が表れるのに必要な期間から計算して、定められたものである。18歳まではこれらの処分をすることができるが、18歳で処分をした場合に、その執行を2年間とすると、20歳となり、「二年デハ

459) 第42議会（衆）少年法案会議録5回23-24頁〔花井卓蔵、山岡萬之助〕。

460) 第43議会（衆）少年法案会議録3回19-20頁〔鵜澤聡明、山岡萬之助〕。

461) 第42議会（衆）少年法案会議録5回24頁〔横山勝太郎、山岡萬之助〕。刑事責任年齢に達していない年少の少年が現に犯罪を犯している実情が考慮されたようである（鳥居・前掲注438）145-146頁）。

462) 第42議会（衆）少年法案会議録6回32頁〔井戸文四郎、山岡萬之助〕。

463) 第43議会（衆）少年法案会議録3回16-17頁〔矢野丑乙、谷田三郎〕。法律的にみて「者」の字は常に男女を包含すると解釈するという。

足リナイ、十八歳ノ時処分シタノハ矢張二十三歳迄ヤル必要ガアル場合ガアラウ」⁴⁶⁴⁾、また、18歳から23歳までは5年間あり、その間には少年が良くなるか悪くなるか、決しなければならず、3年位、つまり21歳になる頃には改善し得べき者は十分に改善しているが、3年で切ってしまうと不安があるので、5年としたと説明されている⁴⁶⁵⁾。このように、処分の効果が表れるのに必要な期間から逆算して処分時の年齢を定めるやり方は、感化院に入院し得る者の年齢を16歳から18歳に引き上げた第1次感化法改正(1908年)でも援用されていた⁴⁶⁶⁾。「少年」の定義から機械的に処分の執行期間を定めているわけではないことは注意される。

(3) 「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ又ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル少年」

「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ」た少年だけでなく、「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル少年」〔以下、「虞犯少年」と呼ぶことがある。〕⁴⁶⁷⁾に対しても保護処分を行うことについては、議会でもしばしば問題となっている。司法省は、こうした虞犯少年についても保護処分を加えないと保護処分の目的を徹底することが困難になること、保護処分の目的は教養にあるが、教養を徹底するには予防という精神も含めておかなければならないこと、

464) 第42議会(衆)少年法案会議録7回35頁〔富島暢夫、山岡萬之助〕。

465) 第44議会(貴)少年法案議事速記録1号3-4頁〔三宅秀、山岡萬之助〕、第45議会(衆)少年法案会議録2回3頁〔荒川五郎、山岡萬之助〕。24歳、数え年25歳では相当の一人前になるので、それ以上(の年齢の者)に少年法の処置をするのは「極メテ調子ノ合ハナイコト」であるという(第44議会(貴)少年法案議事速記録1号4頁〔山岡萬之助〕)。

466) 本稿(4)241-242頁。

467) 請議案では、保護処分の対象となるのは刑罰法令に触れる行為をした「少年」だけであった(前掲注443)参照)。なお、第45回議会提出案に至るまでの虞犯少年の規定については鳥居・前掲注438)を、旧少年法における虞犯少年の概念については小西暁和「旧少年法下の「虞犯少年」」早稲田大学社会安全政策研究所紀要1号(2009)113頁、小西暁和「大正11年少年法における「虞犯少年」規定とその運用」比較法政研究(国士館大学)32号(2009)29頁等を参照。

感化法と親権 (5) (許)

英米にも立法例のあることを理由として挙げ、具体的には「放浪性ヲ有スル少年」「保護者カラ遺棄サレタ少年」の例を挙げている⁴⁶⁸⁾。

より詳細な説明は、第45回議会の貴族院の委員会での山内確三郎(政府委員)の説明にみることができる⁴⁶⁹⁾。

扱少年と云ふことは然らばどう云ふ標準を以て是を定めるかと云ふことに付ては、各国の立法例は一様でないと承はって居る、本案は十八歳未満の少年、是を以て少年法の適用を受くべきものとしたし、其少年にして「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ……」是を露骨に言へば犯罪を犯したと云ふ事になるので、併ながら犯罪を犯した否やと云ふ事は、さう仔細に摘発すると云ふ事は却って面白くないのであります、其点に付て犯罪を犯したると云ふ様な文字を避けまして、寧ろ「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ」即ち犯罪を未だ犯さずと雖も、もう殆ど犯罪を犯す性癖と云ふものが顕著にあるものは、即ち法案の「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル少年」即ち十八歳未満の少年「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ又ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル」ものを所謂不良少年と云ふ事に本案は定めて居るのであります、本案をして適用する事になるのであります、刑罰法令に触るる行為を為した少年を保護する必要は、是は言ふまでもない所であります、刑罰法令に触るゝ行為を為す虞ある少年に至りまして其間の差は僅一髪、是等は保護処分にならなければ直ちに犯罪を犯すに至るものであります、

〔下線部は原文のまま〕

これらの少年については「犯罪を犯した」という文言を避けたこと、また、刑罰法令に触れる行為を為すおそれのある少年は、犯罪を犯していないけれども、犯罪を犯した少年(犯罪少年)との差はほとんどなく、保護処分にならなければ直ちに犯罪を犯すことになることが説明されている。衆議院では、虞犯少年の方が犯罪少年よりも不良性が強く、これに保護処分を加

468) 第43議会(衆)少年法案会議録2回5頁〔豊島直通〕。このような者は、窃盗でもしなければ生活していくことができなくなるような状況になるという(第42議会(衆)少年法案会議録5回25頁〔山岡萬之助〕)。

469) 第45議会(貴)少年法案議事速記録1号2頁。

えて良く教養をしなければたちまち犯罪少年になることは明らかであるとも説明している⁴⁷⁰⁾。「犯罪」を犯したか否かの仔細な摘発は却って面白くないという説明も注意される。

山内は、田所美治の質問に答えて、この点をさらに詳しく説明する⁴⁷¹⁾。

それから犯罪を犯したる……さう云ふと語弊がありますが、刑罰法令に触れる行為を為した者、或は刑罰法令に触るる行為をなすの虞れあ〔許：る〕者と云ふ、此区別は自ら分るのであります、此二つが自ら分れるのは、実際行為を為したか否かと云ふ問題にあるので、併ながら少年審判所に於て審判するのに、さう的確に犯罪を起したかと云ふ事実を認めなくて宜からうとは思ひます、併ながら犯罪を犯した者であると云ふことになれば、大体の調べに於て分る訳であります、犯罪を犯した者、それから犯罪を犯さざる者……犯罪を犯す虞ある者でありますと、是は罪を犯して居ない者と見なければならぬ、然らば其少年はどうして之を見るかと申しますれば、是が即ち審判所の審判を要することと、保護司の活動を要する事であります、其家庭に付てのみならず、其他諸般の事情に於て其者の行動を見て、是は此儘に置いたならば、犯罪を犯すと云ふことを見たときには、諸般の事情を以て判断しなければならぬ、或は医者 of 診断も要りませうし、其他総て調査の方法を以て之を決めると申上げる外致方がないので、斯うなりまして〔以下略〕

ここでは、犯罪少年と虞犯少年との区別は、実際に行為をしたのか否かという問題にあるのではないこと（そのため、審判に際し、犯罪を犯したという事実は認めなくてよいという。）、後者については犯罪を犯していないものと見なければならぬが、家庭その他諸般の事情から見て、そのままにしておくとならば犯罪を犯すと見たときに少年審判所が保護処分をすること、それは調査を以て決めることが説明されている。

このように、「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ」た少年と「刑罰法令ニ触ル

470) 第45議会（衆）少年法案会議録1回1頁〔山内確三郎〕。

471) 第45議会（貴）少年法案議事速記録1号6-7頁〔山内確三郎〕。

感化法と親権 (5) (許)

ル行為ヲ為ス虞アル少年」とは——行為の点では違いがあっても——保護処分の必要性からは、ほとんど違いがないと考えられている。第44回議会では、「犯罪行為ヲ為スノ虞アル不良少年」は、約して言えば「準犯罪少年」であるが、犯罪少年との区別は「間髪ヲ入レザルモノ」で一步踏み出せば犯罪少年である、「処々徘徊シテ居ルヨウナ人間」も、違警罪を犯しているが、それに触れない少年でも、無駄な金を使ったり、学校に行かなかったり、寄席や芝居や活動写真に行ったりするような者である、という説明もされている⁴⁷²⁾。ここで虞犯として例示された行為からは、明治33年感化法第5条第1号の「遊蕩又ハ乞丐ヲ為シ若ハ悪交アリト認メタル者」という文言が想起される。1908年の改正により感化法はこうした具体的な行為の明示を避け、「不良行為ヲ為シ又ハ不良行為ヲ為スノ虞」のある者を入院させることとして、犯罪を犯した少年を対象に取り込んだが、少年法は、逆に、「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル少年」と規定することで、未だ犯罪を犯していない少年をも対象とすることになり、その意味で両法の適用対象は重なり合うことになった。

ところで、刑罰法令に触れる行為を為すおそれのある少年に対して少年法第52条から第54条までの処分(寺院等への委託、少年保護司の観察、感化院・矯正院・病院への送致・委託)をする場合には、「適当ナル親権者、後見人、戸主其ノ他ノ保護者アルトキハ其ノ承諾ヲ経」(55条)なければならないとして⁴⁷³⁾、強制的に処分を行うことを禁じている。『少年法案理

472) 第44議会(貴)少年法案議事速記録1号7頁〔鈴木喜三郎〕。谷田三郎「少年法に就て」法曹記事30巻11号(1920)42-43頁は、少年法の対象は、刑罰法令に触れる行為(犯罪行為)を為した少年、即ち犯罪少年と、そのおそれのある少年、即ち、「未だ犯罪を為したる事跡なきも、若し其儘に打放して置いたならば必然犯罪を為すに至るべき危機に臨む所の少年」で、犯罪少年に準じて特別の取扱いをするので準犯罪少年と呼ぶものがあり、不良児、遺棄児、放浪児、無監護児などいろいろな種類の少年を含むという。

473) 請議案では、虞犯少年を除外したために、この規定も削除されていたが、虞犯少年を再び対象に取り込んだことから、議会への提出案ではこの規定が復活している(鳥居・前掲注443)109頁以下参照)。

由書』では、刑罰法令に触れる行為をした少年は、国家の法網に触れたもので、相当の処分を加えるのは当然であり、保護者の容喙を許さないが、単に刑罰法令に触れる行為を為すおそれがある程度では、「保護者ノ保護監督ノ権能ヲ無視スルコト」はできないと説明されるが⁴⁷⁴⁾、議会ではより詳しく、この法の精神は、懲罰を加えるとか、制裁を加えるというような趣意ではなく、「徹頭徹尾不良少年ヲ愛護スルト云フ精神」からできているので、刑罰法令に触れる行為を為すおそれのある少年に対しては、保護者の意思に反してもこれを保護する必要はないが、刑罰法令に触れる者であれば、公安維持の上からも、保護者の承諾の有無にかかわらず、此処分をすることができる、刑罰法令に触れる行為を為すおそれのあるにとどまる少年については、「無暗ニ家庭ニ立入ル」べきではないから、保護者の承諾のある場合に限って保護処分を行うことにして、「徹頭徹尾、案ノ精神ハ妄リニ家庭教育ニ踏込ンデ、強制的ニ少年ヲ保護スルト云フ趣意デハナイノデアル」と何度も説明されている⁴⁷⁵⁾。もっとも、ここでいう「家庭教育」の内容は問題となろう⁴⁷⁶⁾。

474) 『少年法案理由書』44頁。

475) 第43議会(衆)少年法案会議録2回3頁〔鈴木喜三郎〕。貴族院でも「先ヅ以テ家庭教育ニ俟タシムルコトヲ主眼トシテ取りマシタ」と述べている(第43議会(貴)少年法案議事速記録1号1頁〔鈴木喜三郎〕)。「家庭ト調和ヲ取りマシタ」とも説明されている(第42議会(衆)少年法案会議録1回1頁〔鈴木喜三郎〕)。

476) 本条は、強制的な処分による親子関係への過度な介入を回避することを目指したものとされるが、ここでの親子関係の意味することが問題となろう。谷田三郎「少年法に就て(承前)」法曹記事31巻3号(1921)24頁は、本条につき、少年保護司の観察に関する処分と並んで外国の立法例と異なるところで、「他国の立法に例のない所」であり、「我国に於ける特別の家族関係殊に親子主従の情誼を斟酌したに外ならぬ」と述べている。森田①228-229頁は、「アメリカ・パレンス・パトリエが、「家族の分解」という社会的現実を前提にして生まれた能動的リーガル・パターンリズムであったとすれば、わが少年法は、社会的・歴史的に長い伝統を持つ自然的な「親子」関係を前提にして、かつこれを念頭におきつつ形成されたものである」とし、谷田のこの一節を引用した上で、「こうした歴史的社会的条件の中へ、アメリカ型の「保護」に強く傾斜した能動的なパターンリズム原理を直輸入することは、一方の犯罪少年については「愚母

なお、本条の「保護者」について、親権者、後見人、戸主等の明示はあるが、その意義は必ずしも明らかではない。保護者の定義を設けなかったのは「定メ難イコト」であるためで、民法上の親権者のほかに、徒弟に対して親方が保護している場合には親方が保護者に含まれるが、「ソレ等ノ範圍ヲ嚴格ニ極メルコトハ六ヶシイ、ドウシテモ仕事ニナ」るので、「審判官ノ認定デ、ソレガ保護者デアル——適當ナル保護者デアルト云フコトニ認メテ、法律ヲ旨ク運用シテ行ク外、遣リ方ハ無イ」という⁴⁷⁷⁾。結局、具体的な事案ごとに、承諾をするのに「適當ナル」保護者を審判官が判断するということになる。また、「適當ナル保護者」なので、例えば少年を虐待したり、乞丐や興行に使役し、その他教養上有害なことに従わせるような者の承諾を得ることは無益で、必要はない⁴⁷⁸⁾。保護者が数人ある場合には、本人の保護監督に直接の責任を有する者の承諾を以て足りる⁴⁷⁹⁾。なお、保護者が同意をしない場合には、第 51 条による働きかけをするものの、保

カ其寵兒ニ対スル」の弊(小山温)をもたらしかねないと同時に、他方不良・虐待少年については、法の手によって自然の親子関係を破壊しかねないものと観念された」と述べる。そして、「日本法は子どもの「権利」よりは、自然の親子の「関係」を重視する特質を持って」おり、このことが少年法に「言わば二重の意味で「責任主義によって制御されたパターンリズム」という性格を与えることになり、この規定は「パレンス・パトリエの換骨奪胎的吸収」という旧少年法の性格をよく映し出しているという(森田② 237-240 頁も参照)。しかし、谷田のいう「特別の家族関係殊に親子主従の情誼」の意味を慎重に検討する必要があるのではないだろうか。森田のいうようにそれが「社会的・歴史的に長い伝統を持つ自然的な「親子」関係」、「自然の親子関係」を意味するのだとしても、その具体的な内容はどのようなものなのか。当時の家族制度(旧法下での家族制度)における(理念的な意味も含めた)親子関係を意味していた可能性はないのか(鈴木喜三郎は、第 42 議会(前掲注 475)において、「所謂家長ノ承諾ヲ求ムル」とも述べている。)、同様に、米国における「家族の分解」と評価し得るような状況についても、当時の歴史的社会的な背景や法状況のほか、教育制度、家族や(要保護)児童に対する社会福祉制度等も検討した上で判断する必要があるのではないだろうか。

477) 第 42 議会(衆)少年法案会議録 5 回 27 頁〔花井卓蔵、豊島直通〕。

478) 『少年法案理由書』44 頁。第 42 議会(衆)少年法案会議録 2 回 9-10 頁〔磯部尚、山岡萬之助〕。

479) 『少年法案理由書』44 頁。

護者に引き渡さざるを得ない⁴⁸⁰⁾。

さらに、ここであげられた「親権者」の語義もはっきりしない。矯正院法第11条にも「親権者」の語が使われているが、旧法には「親権者」の語は使われていない。おそらくは、民法上親権を行うとされる・家に在る父又は母(旧法877条)を指しているものと考えられるが、後に詳しく検討する。

「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞」は、未だ行為を行っていないので、その判断は慎重にされる必要があるが、これは手続にも関連するので、手続のところであわせて検討する。

(4) 保護処分

保護処分とは、谷田三郎によれば、刑事処分に対する名称で、「少年犯罪を予防救治する目的を以て、国家が犯罪少年並に準犯罪少年に対して施行する教導監護の措置」をいい、犯罪行為に対する権力的制裁ではなく、少年に対する温情的救治である⁴⁸¹⁾。保護処分は、「国が犯罪少年及準犯罪少年の父母に代つて in loco parentis 其監護を引き受け保護者の為すべき事を実行すると云ふ考に出て居る」⁴⁸²⁾。

少年法第4条の規定する9種の処分は、犯罪傾向を有する少年全体を包括するもので、一時的なものと継続的なものに分かれ、不良の程度が単純な者には一時的処分を行い、その程度が漸く進み、慣習性に陥った者には積極的に処分を加え、反社会的慣習を除こうとするとされる⁴⁸³⁾。訓戒(1号、2号)、誓約(3号)及び保護者への引渡し(4号)が一時的なものとし

480) 第45議会(衆)少年法案会議録2回5-6頁〔荒川五郎、宮城長五郎〕。「成べく保護者ノ意嚮ヲ尊重シテ、保護者ガサウ云フ所ヘヤッテモ不服ハナイト云フ場合デナケレバヤラスコトニスルガ穩当デアラウ」という趣旨なので、保護者に引き渡すより外はないという。

481) 谷田・前掲注476)2頁、4-5頁。

482) 谷田三郎「少年法に就て(承前)」法曹記事31巻4号(1921)13頁。

483) 『少年法案理由書』4頁。

れ、他の処分は継続的なものとされる⁴⁸⁴⁾。継続的処分は、委託、収容及び観察の三種から成り⁴⁸⁵⁾、不定期とされ、少年が23歳になるまで執行を継続することができるが、その前でも処分の必要がなくなれば、何時でも取り消すことができ、また、執行の継続中に、他の処分に変更することができる(5条)。保護処分の種類を多くしたのは、少年の個別処遇の趣旨を貫徹するためであり、第4条第2項がこれらの処分の併用を認めたのもこの趣旨に出るものである⁴⁸⁶⁾。

第4条がこのような規定になった理由については、次のように説明されている。「刑罰法令ニ触ルル行為」「刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞」は、刑法の範囲よりもずっと広く、もし事実の上から法規的に規定すると、三百条も四百条も書かなければならなくなるが、そうなると、純粹の法規的条文になり、いわゆる裁判でやらなければならなくなる、しかし、保護処分は、「道徳法ト云フコトヲ根拠ニシタモノ」、「所謂感化法」である、それ故、どういう人にどれを当てはめるかということは規定せず、「漠然トシタモノデ、人ノ自由ニ関係ガアルカラ善イカ悪シイカ、斯ウ云フ問題ニナリマスルト、是ハ是デナケレバナラヌ」ということは、感化法でも諸外国の立法例にも示されていることである、と⁴⁸⁷⁾。

484) その他の分類につき、谷田・前掲注476) 7-8頁参照。

485) 委託とは個人に対して少年の保護を委託するもの、観察とは少年保護司の観察に付すること、収容とは、官公私立の感化院及び矯正院に少年を収容することをいう(『少年法案理由書』5-6頁)。谷田・前掲注476) 7頁によれば、委託とは、法律上本人を引き取る義務のない者と合意の上でその者に身柄を預けることをいい、送致とは、法律上引取りの義務ある者に送り付けることをいうが、病院には、法律上引取りの義務のある者でない者の二種類があるので、第9号には「送致又ハ委託」と併記したという。

486) 谷田・前掲注476) 21頁、個別処遇については谷田三郎「少年法に就て(承前)」法曹記事31巻2号(1921)18-19頁参照。個別処遇の観点から旧少年法を検討したものに、小玉亮子「近代日本における子どもの「保護」の制度化過程——1922年少年法の個別的処遇の展開に焦点をあてて」横浜市立大学論叢社会科学系列44巻1・2・3合併号(1993)169頁がある。

487) 第43議会(衆)少年法案会議録2回7頁[山岡萬之助]。

保護処分 of 目的は、刑罰や制裁ではなく、本人の保護を図ることにあるので、不利益を生ずることはないという。「此法案ノ制定ノ精神カラシテ、幼年ノ保護ニ対シテハ、何処マデモ幼年ノ利益ヲ計ルト云フコトデ、不利益ノ意味ヲ生ズルト云フコトハ、初カラナイト云フ頭カラ、此保護処分ハ出来テ居リマス」⁴⁸⁸⁾、「処分ト云フ事ハ必ラズシモ制裁ヲ加ヘルトカ、懲罰ヲ加ヘルト云ル意味デハナイノデアリマス、即チ一ノ措置ヲスルト云フコトデアリマシテ、処分ナル文字ニハ左様ナ意味ハ含ンデオラス」⁴⁸⁹⁾、「保護処分ト云フコトハ、本人ノ将来ヲ如何ニスルヤ、彼レノ身上ノ関係境遇ヲ審査致シマシテ、此人間ヲドウシテヤルカ、此人間ヲ如何ニ保護スベキカ、斯ノ如キ觀念デヤリマスル」、「少年ニ対シテ責任ヲ問フニアラズシテ、或ハ制裁ヲ科スルニアラズシテ、之ヲ保護スルノデアル、斯ウ云フ意味合デ」⁴⁹⁰⁾あるという。

他方、保護処分は、「一ノ行政処分」であり、「懲罰刑罰ヲ附スル意味ヲ以テノ処分」ではないので、大日本帝国憲法〔以下「明治憲法」〕第23条にいう「逮捕監禁尋問処罰」という条項には触れない⁴⁹¹⁾。

このように、保護処分が少年を保護するためのもので、少年に不利益を与えるものではないという論理は、保護処分を行う少年審判所が司法裁判所ではないとされたことと密接に関連し、そのために、手続にも様々な特則を設けることになった。次項で検討する。

488) 第42議会(衆)少年法案会議録6回29頁〔山岡萬之助〕。後掲注510)も参照。

489) 第43議会(衆)少年法案会議録2回3頁〔鈴木喜三郎〕。

490) 第44議会(衆)少年法案会議録2回2-3頁〔山岡萬之助〕。

491) 第42帝国議会衆議院議事速記録8号108頁〔鈴木喜三郎〕。保護処分は「幾多ノ自由ヲ制限シ、身体ノ拘束ヲスル所ノ方法」なので、明治憲法23条に該当するのではないかという横山勝太郎の質問に対する説明である。

(5) 少年審判所の組織・手続

(ア) 少年審判所の組織

少年審判所は、少年に対し保護処分を行うために設置されたものである(15条)。少年審判所は、司法大臣の監督に属するが、司法大臣は、控訴院長及び地方裁判所長に少年審判所の監督を命ずることができる(17条)。

少年審判所には、少年審判官、少年保護司及び書記を置く(18条)。少年審判官は、「判事ヲシテ兼ネシムルコト」ができ、また、判事たる資格を有する少年審判官は、判事を兼ねることができる(21条)。判事は、「俸給アル又ハ金銭ノ利益ヲ目的トスル公務ニ就ク事」ができないので(裁判所構成法(明治23年法律第6号)72条第三)、特に本条を設けて、判事が少年審判官を兼ねることができるようにしたものである⁴⁹²⁾。しかし、少年審判官は、「一ノ行政官」であり、司法官ではないので、適当な者があれば、判事以外の者を任用することもできる(判事が兼任するときは、性質上行政官となる)⁴⁹³⁾。少年審判官は、「特別ノ学術技芸」を有する専門家であり、法律上の知識がなければできないけれども、裁判官でなければならないという主義ではないという⁴⁹⁴⁾。

このような少年審判所は、行政機関なのか、裁判所なのか。先の説明では、「特別ノ裁判所」と言及されているが、制度上は行政庁であり、裁判所として構成することは避けられている。この点は、少年審判官の資格、そして少年審判所の要ともいべき少年保護司に人を得ることができるかなどの点と相まって、繰り返し議会で問題となった。

492) 『少年法案理由書』21頁。長島毅『裁判所構成法』(現代法学全集12、日本評論社、1929)158頁によれば、当時の取扱いとしては、一般に兼職には俸給を支給しないことになっているので、判事が一般行政官を兼ねるような場合は、裁判所構成法上の禁止には触れないが、裁判の公正を保持する上に適当でないと指摘する。少年法21条の場合には、このおそれはないのだろうか。

493) 第42帝国議会衆議院議事速記録8号108頁〔鈴木喜三郎〕、第42議会(衆)少年法案会議録1回4頁〔野村嘉六、鈴木喜三郎〕。

494) 第42議会(衆)少年法案会議録2回6頁〔富島暢夫、豊島直通〕。豊島は、文官任用令の例を挙げている。

まず、『少年法案理由書』の説明をみてみよう⁴⁹⁵⁾。少年審判所は、法に従って判断を為す一種の審判官庁である。司法は、民事・刑事の事件を裁判するものであるが(裁判所構成法2条)、保護処分は、民事でも刑事でもなく、司法の性質を有するものとは言えない。しかし、法の範囲内において国利民福を増進するために自由な処分を行う行政と同じではない。保護処分は、社会の保安とともに、当該処分を受ける少年の保護を目的とするものであるが、人身の自由に関係を有するものなので、法の準網に従って処分をすることを要する。従って、少年裁判所は、行政監督の指揮下に立つものではない。このように、少年審判所は、「司法官庁ニモ非ス又行政官庁ニモ非スト雖法ニ従ヒテ保護処分ヲ為ス点ニ於テ寧ロ司法官庁ニ類似シタル性質ヲ有スルモノ」とした。故に、少年審判所は、法を離れて便宜の処置をすることを許されない。

この説明によって少年審判所の性格が明らかになったということは難しいが、少年審判所は、なぜこのような組織とされたのだろうか。

初めて少年法案を提出した第42回議会における司法省の説明では、感化事業関係者からの激しい反対に抗して少年法案を提案した理由について、次のように説明されている⁴⁹⁶⁾。

府県知事の判断で感化院の入院・退院を行う感化法での手続では、取調べが不十分である。多くは警察の手で調べ、そこで処分までも決めて、上にあげていき、そのまま決定している。少年の身上等の調査も不適切で、

495) 『少年法案理由書』17-18頁。

496) 第42議会(衆)少年法案会議録2号5-6頁〔谷田三郎〕。第43議会(貴)少年法案議事速記録2号7頁では、谷田は、感化院や矯正院への収容は、精神は保護救済であるが、父兄からすれば本人の自由を束縛し、また、父兄の経済又は親権に制限を加えることになり、これらも重大な人権に影響するので、このように重要な人権の主張に影響する事柄を「単純ナル行政ノ系統ノ感化院ニ一任シテ置ク」ということは、現代の各国の根本法では認められておらず、「斯様ナ施設ハドウシテモ一種特別ナ裁判ノ形ニ依ッテ嚴重ナ保護ト、サウシテ充分ナ取締ノ下ニ行」わなければならない、「矢張り司法処分デ裁判所ト云フモノデ致シテ居ルヤウニ思ヒマス」と述べている。

感化法と親権 (5) (許)

処分の結果もあまり好成績をあげていない。そこで、「特別ニ少年ヲ取扱フ所ノ役所ガアツテ、其道ニ堪能ナル者ガ其事務ヲ取扱ハナケレバナラスノdeal」、こういう考えから、アメリカやヨーロッパでは、「少年裁判所、少年ノ特別ノ裁判官、或ハ少年保護司」というようなものが出来上がっている。従来の単純な行政処分とか、単純な司法処分の取扱いでは適切な調べ、適当の処分もできず、成績も上がらないので、それを救済するために、少年審判や少年裁判所を拵えたのである。「殊ニ此少年ノ取扱、是ハ少年ニ対スル保護ノ觀念ニ出デ、ハ居ル」が、結果において、感化院や矯正院に入れるとか、「其他多少其人ノ自由ヲ拘束スルト云フ処分」をすることである。少年の父兄に対しては、「或ハ親権ヲ停止スル、又後見ノ権利ヲ制限スル」というようなことになる。また、少年を感化院・矯正院に入れると、それによって生じた費用の負担という結果も惹起する。即ち、少年本人の自由にも、少年の父兄の権利の消長にも大いに影響する。このように、権利に重大な関係を持つ少年の処分の言渡しをするのは、行政官の一本の行政命令を以て処断するべきものではない、どうしても裁判所の命令によらなければならないものである。即ち、いずれの国でも少年裁判所というものがあり、判事が皆やっているのである。そこで、我々の案でも、「其考ノ方ガ正当デアラウ、重大ナ権利ニ影響ガアル事柄ハ、行政官ノ一片ノ命令デ以テ決シテシマウト云フコトハ、大体今日ノ法制ノ立方〔原文のまま〕カラ見マシテ、相当ヨクモノdeal」、本案では、「一ツノ独立ノ裁判ヲ造リマシテ、此所デ慎重ナ手續ヲ執ッテ、サウシテ此途ニ堪能ナ人ノ裁判官ガ相当ナ処分ヲスル」という主義を採ったのである、と。

それに続いて、アメリカ・イリノイ州シカゴ市の少年裁判所の例やヨーロッパ諸国の例を挙げて、アメリカの制度が効果をあげていることを確認したが、法律取調委員会での検討により、一種独特の制度、わが国特有の制度を作ったという。大抵の国では、普通裁判所で普通判事がやっているが、「本案ハ普通裁判所デナクシテ、審判所ト申シマシテ、一種ノ裁判所、純粹ノ司法裁判所デナク、サウカト云ッテ純粹ノ行政官庁デモナイ、一種

「少年的ノ審判機関」という「各国ニ殆ト例ノナイ」ものを設けたのである、と。

少年法が必要になったのは、刑法改正の結果、刑法の規律から外れることになった(犯罪)少年の処遇について、特に矯正院への収容等の判断にあたっては、裁判所がその判断をする必要があったためでもある。にも拘らず、司法省は、少年審判所という日本独自の制度を設け、少年法の目的を「少年ノ感化保護教養」にあるとし、保護処分は、制裁刑罰ではなく、あくまでも少年を保護するものとする。もしそうであるならば、感化法に加えて少年法を新たに設ける必要があるのか、感化法で足りないと言われる部分は感化法の修正によって対応すべきではないか、という疑問が生ずるのは当然である。また、少年法の所管を、司法省ではなく、内務省か文部省に認めるべきではないかということも、改めて問題となる。

この点に関しても、司法省は、次のように説明する⁴⁹⁷⁾。少年法の規定する事柄は、内容により、内務省の所管にしても相当なもの、文部省の仕事にしたほうが適当とみられるものもあるが、「斯様ナ限界ヲ嚴重ニドノ点迄ガ司法ノ仕事デ、ドノ点迄ガ行政教育ノ仕事デアルト云フ事ノ限界ヲ、極メテ嚴重ニ割スルコト」はできず、各国の例も一樣ではない。ヨーロッパやアメリカ等の多数の法制によれば、少年、殊に不良少年でもう既に法に触れ、あるいは法に触れんとする准犯罪少年は、刑事政策に属するものとして、内務省の取締まりから引き離している。日本で少年審判所とっているものは、外国では少年裁判所という名前にしており、刑事政策、即ち犯罪を減少させる、犯罪の予防の見地から出ている。そして、アメリカの裁判所は、日本の裁判所と違って、行政的性質を帯びているように心得るが、仕事はチルドレン・コートで判事がやっている、英国では、1908年児童法の規定により、裁判所が簡易手続によって普通の裁判官がやっている。大陸諸国(フランス、ベルギー、ノルウェー、ハンガリー、ドイツ、オー

497) 第43議会(貴)少年法案議事速記録2号4-5頁〔谷田三郎〕。

感化法と親権 (5) (許)

ストリア等)でも裁判所が取り扱う司法事項である。「我国デハ併シナガラ之ヲ生粹ノ裁判所ノ仕事ニスルコトハ余リ角ガ立チ過ギル虞レガアルカト申スノデ、少年審判所ト云フ裁判所的ノモノデハゴザイマスケレドモ、事実カラ云ヘバ行政官衙ニ属シマスル審判所ヲ特ニ創設シテ之ヲ規定スルコトニナ」った、と。

第44回議会の衆議院の委員会では、少年法と憲法との関係について尋ねた清瀬一郎⁴⁹⁸⁾が「少年審判所ト云フモノヲ、司法権ト行政権トノ中間物ダト云フ風ニ言ハレテ居リマスガ、中間物ト云フ事ハ一体アル筈デナイ」として、「何故起案者ハ少年審判官ヲ、最後ニ審判スル人ダケハ矢張司法官タル資格ヲ有ツ者カラ採ルト云フ制度ヲ御採用ニナラナクッタカ」と問うと、山岡は、「是ハ本案ノ根本問題ニ触レテ参リマス」として、まず、保護処分が司法の実質を持つものであるかどうかについて、大略、次のように説明する⁴⁹⁹⁾

今日までの司法という観念は、その訴訟の目的物に関係し、関係者の間に権利関係を決定するものが司法である。言い換えると、この事実に対して法律を適用するというのが司法である。このことにおいては、帝国臣民は、裁判官の裁判を受ける権利を奪われることはない。この観念に該当するものであれば、審判所というものを裁判所に作ることは憲法の精神に抵触することになる。ところが、「此少年審判所ノコトハ、事実ト云フコトニハ特段ナル関係ガ無イ」、それ故に、本法においては、少年を保護し、及び少年審判官をして調査せしめる範囲は、主として一身上の関係である。彼の経歴と今日の境遇、教育の程度、身心の状況、こういう人格の関係が土台である。事件の関係も取り調べることは取り調べるが、この事件の関係に対して彼をいかに処置するやという問題ではない。それ故に、放火を

498) 第44議会(衆)少年法案会議録2回1-2頁。少年保護司による少年の同行(逮捕)について規定する少年法36条、扶養義務者の費用負担について規定する少年法61条・非訟事件手続法208条と明治憲法23条・24条・58条との関係に関してである。

499) 第44議会(衆)少年法案会議録2回2-3頁〔山岡萬之助〕。

しても、矯正院に送ることもあれば、訓戒をして親に引き渡すこともある。これが刑事司法だと、火を放けた者は火を放けたということを確定して、これに法規を適用する。この根本的な差から、立案の際にいろいろ議論があった。区裁判所の判事をして、裁判するときは刑事判事となり、向い直つてやれば審判官としてやるということも論じられたが、「保護処分ト云フコトハ、本人ノ将来ヲ如何ニスルヤ、彼ノ一身上ノ関係境遇ヲ審査致シマシテ、此人間ヲドウシテヤルカ、此人間ヲ如何ニ保護スベキカ、欺ノ如キ観念」であり、司法裁判所というものに適合しない。それで、審判所を裁判所から離したのである。ここには、深い意味があるので、実質上において、いわゆる司法裁判所というものではない。故に、少年に対して責任を問うものではなく、あるいは、制裁を科するのではなく、これを保護する、こういう意味である。費用徴収についての非訟事件手続法の準用については、審判所は「司法ニ近い意味味合ノモノ」であるので、同法の準用は正当であると考え、⁵⁰⁰⁾「是ハ純粹ナル行政ニモ非ラズ、司法ニモアラズ、一種ノ審判ヲ為ス官署デアル」、と。

清瀬がこの説明で漏れているとして、さらに、少年法を作る必要性と、審判所を設けて処罰するとどのような差支えがあるのかを問うと、山岡は、「御意見トシテ御尤デアリマス」といいつつ、これまでの審判所や行政庁の立法例が憲法に抵触するものではないとして、感化法、精神病患者監護法、登記戸籍の例をあげる⁵⁰⁰⁾。

さらに清瀬が「何故我国デハ司法官ニ扱ハシメナイノカ、何カ事情ガアルノカ」と尋ねると、山岡は、諸外国ではいずれも司法判事に取り扱わせているが、これは、この法案の効果を十二分にあげたいという研究の結果であると説明する。区裁判所の刑事裁判官が少年に対して刑事処分を行い、行わないほうが適当な場合には保護処分をするということは便宜で、審判所を別に設けなくても済み、経費の点でも便宜である。しかし、国民の観

500) 第44議会(衆)少年法案会議録2回3-4頁。ただ、この説明では、故意に的を外しているような印象を受ける。

感化法と親権 (5) (許)

念が裁判所を何か恐れ所であると解している者が多いという説があり、それは一顧に値するので、「以前ニ無イモノヲ作り上ゲル為メニ、欺ノ如ク裁判所カラ離レタ審判所ヲ設ケル次第」であるというのである⁵⁰¹⁾。

このような説明に清瀬が「ソレハ奇怪ナ事ヲ聴クモノデアリ」、「全然賛意ヲ表スルコトハ出来ヌ」というと、谷田三郎は次のように説明する。当初は、ヨーロッパ諸国の例に倣い、純然たる司法裁判官にこの処置を決定させる案だった。しかし、「我国ニ於テハ非常ナ反対ガアル」、「殊ニ感化院ニ従事シテ居リマスルノ人々ハ〔中略〕殆ド毎年有ラユル機会ヲ捉ヘテ此裁判主義反対論ヲ主張シテ」いる。その内容は、裁判主義を採って裁判官に少年の処置を講ぜしむることになると、どうしても威圧的になる、真の温情を以て少年を取り扱うということは望めない、日本では、欧米に一步進んで、感化院のことは行政官の処置でやっており、少しも不法なことは起こっていない、欧米の裁判主義は寧ろ古い法制で、行政主義でなければならないというもので、在野在朝の法曹、法律学者にも広まっている。法律取調委員会では、諸外国の風潮や日本の今日の情勢も十分に考えた末に、「是ハ真中ヲ行クガ宜シイ、純然タル司法裁判デモイカヌ、又純然タル行政裁判デモイカヌカラ、ソコデ以テ真中ノ道ヲ行クコトニシヤウ」というので、本案が成立した。個人的には裁判官がこの処置を執るということが論理的には一番正確だと思うが、ただ、アメリカやイギリスは、「司法行政ノ合ノ子〔許注：原文のまま〕ノヤウナモノデアッテ」いるので、英米の実際にも適している、と⁵⁰²⁾。「生粋ノ裁判所ノ仕事ニスルコトハ余リ角ガ立チ過ギル虞レガアル」といったのは、こうした反対論を指すものであろう。

この説明は、かなり率直な内容を含んでいるが、第45回議会では、もう少し法律的な説明が加えられている⁵⁰³⁾。外国の立法例では、人の自由に

501) 第44議会(衆)少年法案会議録2回4頁。

502) 第44議会(衆)少年法案会議録2回4-5頁。谷田・前掲注482)1頁以下も参照。少年法案の成案が得られるまでの議論につき詳細は森田②第1部参照。

関係する事柄は、「広キ司法処分」という意味で、司法の範囲に属しているのが通例であるが、本案では、外国の実例も参酌し、「我国ノ国情ヲ考慮」したこと、日本では、感化院の入院を、大陸法のように裁判所ではなく、地方長官が行ってきたこと、本案の処分は、「最モ強キ処分ニナル、所謂自由ノ拘束ヲ十分ニ加ヘ」る「矯正院」があるので、司法系統においてこれを取り扱うのが適当であらうこと、犯罪は司法が所管するので、犯罪少年は司法が所管すべきであること、今日の刑事政策は予防政策に変わっているので、犯罪を犯すおそれのある者についても犯罪予防の観点から自由を拘束し得ることをあげ、また、少年法制定の由来をあげつつ、裁判や判事に対する国民の捉え方(イメージ?)が西洋と異なっていること、これまで感化処分を地方長官が行ってきたことから、「司法裁判ト行政トノ範囲外ニ一ツノ施設ヲ要」することになったこと、行政と司法との間の審判という施設の範囲が広がっていること(特許審判、簡易保険、労働保険を例に挙げている)、「サウ云フ次第デ種々ナ事情ヲ綜合致シマシテ審判施設ヲ以テ少年ニ臨ムコトガ最モ適當デアラウ」という次第で審判所を設けた、という。

また、犯罪少年は、犯罪をしたものであるから、当然司法処分に付せられるべきものであるのに、行政庁で審判し、保護処分に付するというのは、「犯罪ヲヤッタ人間デアッテモ裁判所ノ手が及バヌ」ということになり、行政庁が裁判所の範囲に立ち入ってくるような心持ちがするが、そのような例が他国にあるのかを尋ねられると、山岡萬之助は、犯罪を犯した者は刑罰を受けるということが原則であるが、刑を科さないで特別な保護処分をすることは、少年犯罪ばかりではなく、犯罪を予防するという意味でこのような傾向が大勢となっているという。新刑法は、必要のあるときにだけ刑を科すという立場にあり(起訴便宜主義)、罪を犯しても刑を科すことにはならない、そこで、このような者に対しては保安処置、いわゆる保護処

503) 第45議会(貴)少年法案議事速記録2号1-2頁〔山岡萬之助〕。

感化法と親権 (5) (許)

置をすべきで、刑以外に保護処置があるという意味合いからも少年法を制定して、少年に対して保護の処置を講ずるというわけで、諸国の立法例では、裁判所が保護処分をする所が大部分であるが、日本では、特別な審判庁というものを作ってやる、「是ガ少年……子供ニ対スル保護処置トシテハ我国ノ習俗ノ上ニ於テ最モ好キ影響ヲ与ヘルデアラウ」という考えである、外国でも、刑事裁判所に限らず、後見裁判所等いろいろな機関がやっている、という⁵⁰⁴⁾。

このように、1907〔明治 40〕年の刑法改正以来の懸案を解決するために少年法を成立させるため、それに対する反対、とりわけ裁判権主義に対する激しい反対を考慮した結果、少年審判所という独自の制度を設けるに至ったという経緯からみて、少年審判所の性格を法的にあるいは論理的に、合理的に説明することはかなり難しくなっていることは否めない。ただ、不良少年の処遇をめぐる政策は、司法・行政（文部、内務）が協力して取り組むべきものであることはいうまでもなく、その意味で、抽象的に少年審判所の性格について論ずるよりも、司法か行政かは不明確なままではあるが、そのようなものとして置かれた少年審判所だからこそ果たし得ると期待された役割や機能を果たすために、具体的にどのような仕組みが設けられたのか、その仕組みが少年の教育・保護に有効で適切なものなのか、また、感化法について問題となったような点は配慮されているのか、といったことのほうが重要なように思われる。このような観点から、次に、少年審判の手続について、特に問題となるいくつかの点を検討し、改めて少年審判所の性格について考えることにしたい。

(イ) 少年審判所の手続

少年法は、新たに少年審判所による保護処分の制度を設け、通常の裁判手続にはみられないような特則を設けている。こうした特則は、少年審判

504) 第 44 議会（貴）少年法案議事速記録 4 号 3-4 頁。伊澤多喜男の質問に対する説明である。

の本質や少年審判所の性格に関わるものもあれば、感化法に対する批判を踏まえて置かれたものもあり、議会でも繰り返し議論された。ここでは、審判手続の概略について述べ、関連して、刑事処分に関する特則についての概要を紹介した後に、本稿の主題と関連するいくつかの事項について検討する。

(i) 少年審判所の手続の概要

少年審判所の手続は、刑事手続と違い、「恩愛、温情、慈愛」を主として行うものなので、刑事訴追手続のような厳重な法則をとらず、いわば「宥メテ愛シテ以テ不良性ヲ感化セシメルト云フ精神ノモノ」であり、丁寧に審判をし、本人の納得するようにしてやらなければならない。厳格な手続の下に取締りをして少年に畏懼の念を起こさせることは努めて避けなければならないという精神で、厳重な手続はない。審判に付すべき事案も、18歳未満の少年で刑罰法令に触れる行為を為した少年又はそのおそれのある少年である(除外例がある)⁵⁰⁵⁾。

審判を行うのは少年審判官で、単独で審判をする(19条)。少年審判所は単独制の官庁で、少年審判官は、少年審判所の事務を管理し、職員を監督する(20条1項)。少年保護司は、少年審判官を補佐して、審判の資料を提供するとともに、少年の観察事務を掌る(23条)。少年を少年保護司の観察に付すべきものと認めるときは、少年保護司に対し、少年の保護監督につき必要な事項を指示して観察に付す(53条)。なお、少年保護司は、少年の保護又は教育に経験を有する者その他適当な者に対し、司法大臣が囑託することができる(23条2項)。適当な者は、社会事業に従事する者、学校教員等で、男女を問わない⁵⁰⁶⁾。

505) 第43議会(貴)少年法案議事速記録1号1頁〔鈴木喜三郎〕。第42回議会では、厳格な形式を取らず、「謂ハバ家庭的ニ審判ヲスル」ことが主眼となっており、手続上の方式は緩やか〔「誠ニ寛ナルモノ」〕で、厳正な方式を執らないことになっていると説明している(第42議会(衆)少年法案会議録1回1頁〔鈴木喜三郎〕)。

感化法と親権 (5) (許)

少年審判所が保護処分をすべき少年のあることを認知した者は、少年審判所又はその職員に通告する (29 条、30 条)。ただし、大審院の特別権限に属する罪を犯した者や刑事手続により審理中の者は、少年審判所の審判に付さない (26 条、28 条)。少年審判所は、審判に付すべき少年ありと思料したときは、事件の関係及び本人の性行、境遇、経歴、心身の状況、教育の程度等を調査する (31 条 1 項)。心身の状況に付いては、なるべく医師に診察をさせる (31 条 2 項)。これは、審判をするかどうかを判断するために必要な調査を行うもので、審判の準備手続ともいべきもの (準備調査) である。少年審判所は、少年保護司に命じて、必要な調査をさせる (32 条) ほか、事実の取調べを保護者に命じたり、保護団体に委託したりすること、参考人に出頭を命じて、調査のために必要な事実の供述又は鑑定をさせることができる (33 条、34 条)。なお、事情に従い、仮の処分をすることができる (37 条～39 条)。

少年審判所は、調査の結果により審判を開始すべきものと思料するとき、審判期日を定める (40 条)。少年審判所は、必要のあるときは本人のために附添人を付することができる (42 条)。審判期日には、少年審判官・書記は必ず出席するが、少年保護司の出席は必須ではなく、また、本人・保護者・附添人を呼び出すが、実益のないときは、保護者は呼び出さなくてもよい (43 条)。少年保護司、保護者及び附添人は、審判の席において意見を陳述することができ、この場合には、相当の事由のあるときを除き、本人を退席させる (44 条)。審判は公行しないが、少年審判所は、本人の親族、保護事業に従事する者その他相当と認める者の在席を許すことがで

506) 『少年法案理由書』22-23 頁。本条では、文部省の意見を容れ、「教育ニ経験ヲ有スル者」を明示した (前掲注 442) 参照)。議会では、女性は、少年審判官には任命しないが、少年保護司には任命することが言明されている (第 42 議会 (衆) 少年法案会議録 3 回 12 頁 [植原悦二郎、谷田三郎] (「理論カラ申シマスレバ、審判官モ女性ヲ以テ之ヲ充テル方ガ宜イ事デアルノデアリマセウガ」、そこまでは考えていないという。))、第 43 議会 (貴) 少年法案議事速記録 2 号 5 頁 [高田早苗、谷田三郎] 等)。

きる(45条)。

具体的な処分の手続については、第46条以下に規定がある。前述したように、刑罰法令に触れる行為を為すおそれのある少年に対して、寺院・教会・保護団体又は適当な者への委託(4条1項5号、52条)、少年保護司の観察(4条1項6号、53条)、感化院・矯正院・病院への送致・委託(4条1項7号～9号、54条)の処分をする場合には、「適当ナル親権者、後见人、戸主其ノ他ノ保護者アルトキハ其ノ承諾ヲ経」なければならない(55条)。

保護処分の執行により生ずる費用のうち、寺院・教会・保護団体その他適当な者への委託又は病院への送致・委託により生じた費用に関しては、国庫からの支弁が認められる(60条)。感化院・矯正院は、国庫又は地方費からその費用が支弁されるので、本条からは除外されている。

少年法においても、本人又は扶養義務者からの費用の徴収が規定されている。第35条(参考人の費用)、第60条の費用、並びに矯正院において生じた費用は、少年審判所の命令により、本人又は本人を扶養する義務を負う者より、非訟事件手続法第208条の規定を準用して、全部又は一部を徴収することができる(61条)⁵⁰⁷⁾。

(ii) 少年に対する刑事法の特則の概要⁵⁰⁸⁾

刑法に関する特別規定としては、次のようなものがある。犯罪を犯す時に16歳未満の者には、死刑及び無期刑を科すことはできず、死刑又は無

507) 第42回議会に提出された案では、感化院で生じた費用も本条により徴収することができるとなっていたが(少年法案61条)、感化法11条には、地方長官が在院費を徴収する旨の規定があり、委員会でその矛盾が指摘された(第42議会(衆)少年法案会議録7回36頁〔小田切磐太郎、豊島直通〕)。第43回議会からは、感化院の語が削除された修正案が提出されている(第42議会(衆)少年法案会議録8回46-47頁〔磯部尚〕、第43議会(衆)少年法案会議録4回24頁〔谷田三郎〕)。

508) 以下の記述は、岩村通世『少年法』(現代法学全集6、日本評論社、1928)29頁以下によった。

感化法と親権 (5) (許)

期刑を以て処断すべきときは、10 年以上 15 年以下の懲役又は禁錮を科す (7 条。例外がある)。また、少年に対しては、原則として不定期刑主義が採用されている (8 条)。少年に対する仮出獄の要件が緩和され、仮出獄期間中に刑の執行を終了させる規定も設けられた (10 条、11 条)。さらに、少年に対しては労役場留置の言渡しをしない (13 条)。

出版法 (明治 26 年法律第 15 号) 及び新聞紙法 (明治 42 年法律第 41 号) の特別規定も設けられ、審判に付せられた事項や少年に対する刑事事件について予審又は公判に付せられた事項は、新聞紙その他の出版物に掲載することができず、違反した場合には、編集人・発行人・著作者等に刑事罰が科される (74 条)。

刑事訴訟法に関する特則としては第 62 条から第 73 条までの規定が、監獄法の特則としては、特に設けた監獄又は普通監獄内に分界を設けた場所に少年を収容することを定める第 9 条及び拘置監での独居を定める第 67 条第 2 項等の規定がある。

また、少年の時に罪を犯した者が死刑・無期刑以外の刑の言渡しを受け、その執行終了後又は執行免除後は、人の資格に関する法令の適用については将来に向かって刑の言渡しを受けなかったものとみなして、その保護を図っている (14 条。執行猶予の言渡しを受けた者は、その猶予期間中刑の執行を終えたものとみなされる。)。

(iii) 少年審判手続の問題点

少年審判の手続は、通常の刑事裁判の手続と比べて、形式にとらわれない、その意味で柔軟なものとなっているが、そのために、適正な手続保障という観点からの問題のあることは否めない。議会では、審判に対する不服申立ての手段が認められていないこと、及び、少年審判官の回避は規定されているが (22 条)、除斥や忌避は認められていないことなどが繰り返す問題となった。司法省も認めているように、保護処分、特に矯正院・感化院への委託が少年の自由を拘束し、親の親権を侵害する側面があるため、

たとえ保護処分そのものが妥当なものであったとしても、そこに至るまでの手続では相応の手続が用意されるべきであり、不服申立てや除斥・忌避が認められても然るべきと思われるが、なぜこれらは認められなかったのだろうか。

まず、回避に関する少年法第22条の規定についてみてみよう。同条は、「少年審判官審判ノ公平ニ付嫌疑ヲ生スヘキ事由アリト思料スルトキハ職務ノ執行ヲ避クヘシ」として、少年審判官の回避を規定するが、除斥や忌避の規定はない。『少年法案理由書』では、保護処分は、人身の自由に関係を有するものなので、その審判も公平を期さなければならないが、保護処分は、司法とその性質を異にするものなので、除斥や忌避の規定の必要はなく、回避についてのみ規定した、少年審判官は、除斥又は忌避されるべき場合には、自ら進んで職務執行を避けるべきであると説明されている⁵⁰⁹⁾。

しかし、議会では、初めて法案が提出された第42回議会のときからこの点は問題となった。まず、衆議院の委員会で、横山金太郎が、少年の方から忌避をする途を開くのが適当ではないかと質問したのに対し、司法省政府委員(山岡萬之助)は、一面から考えともっともな質問であるが、この法案の制定の精神は、幼年者の保護にあり、幼年者の利益を図るものであって、不利益を生ずることはないということを説明する⁵¹⁰⁾。

一面から考へますと、御尤もな御質問になりますことでございますが、此法案の制定の精神からして、幼年の保護に対しては、何処までも幼年の利益を計ると云ふことで、不利益の意味を生ずると云ふことは、初からないと云ふ頭から、此保護処分は出来て居ります、刑事、訴追になりますと、一面には監獄に入れて之を改悛せしめると云ふことはありますけれども、一面から言へば責任を問ふと云ふことが土台で、即ち不利益を与へると云ふことが一面に土台になりますので、それだから随って当事者権として忌

509) 『少年法案理由書』21-22頁。

510) 第42議会(衆)少年法案会議録6回29頁。この後のやり取りは同29-30頁による。

感化法と親権 (5) (許)

避権を認めなければならぬことになるのでございますが、此法は本人に不利益を与へると云ふことは全く精神上無いのでございますから、其故に規定として忌避と云ふことを置くのは、精神に抵触致しますから、其規定は避けましたので、そこで実際の運用に行きますと、勿論二十二条の働からして、左様な場合に除斥忌避等の問題の起ります場合には、やめる方が至当でございまして、審判官となる人は、其位な考を有たなければ審判官になれぬのでございますから、此法文に依って実際の必要を充す考でござい
ます

保護処分は幼年者の利益を図るもので、不利益を与えることがなく、忌避の規定を置くことはその精神に抵触すること、実際の運用では、少年審判官になるような者は、除斥や忌避の問題が生ずる場合には第 22 条により回避するので、この規定だけで足りるという、『少年法案理由書』に沿った説明をしている。

この説明に対し、野村嘉六は、忌避を受けるような人は審判官にはないということだが、今日の判事には常識が欠けていて、法文そのままを適用するような人もいるので、政府委員の考えるような結果を得ることができ
るのかを問うと、山岡は、運用によって実現可能と考えると答えた。

次いで横山が再び第 22 条について、審判官と「少年トノ自分関係カラシテ、或ハ寛ニ失スルト見ラレテモ苦シイ、又自分ト少年トノ間ニ何カ特殊ノ事情ガ蟠ッテ居ッテ、厳ニ失シタト見ラレテモ困ルト云フヤウナコト」も回避の理由になると思うが、こういう事情の生じてきたときには、上訴の途もないので、「公平的確ヲ期セナケレバナラヌ」、忌避の制度を置いた方が法の精神上一層策を得るのではないかと尋ねると、山岡は、「法ノ精神ガ本人ノ利益ヲ計ラスト云フコトハナイノデゴザイマスカラシテ、不利益ノ裁判ヲスル、偏鄙ナ裁判ヲ受ケルト云フコトカラ忌避スルト云フコトハ、此精神ニ抵触致スルトデゴザイマス」と答え、意見の違いなので承知してもらいたいと締めくくっている⁵¹¹⁾。

山岡(司法省)の考えは、保護処分は、刑罰のように本人の責任を問うた

り、不利益を与えたりするものではなく、本人の利益のためにするものであるから、不利益を避けるための忌避の必要性はない、不利益の裁判・不公平な裁判を受けることのないように忌避を認めることはその精神に抵触するというものである。審判の公平性は、少年審判官が（忌避や除斥の場合も含めて）回避することで確保されるという考えも、基本的には保護処分は不利益処分ではないということに基づくものであろう。

もちろん、このような説明で議員の納得を得られるわけはなく、後続の議会においても繰り返し質問が寄せられている。

第43回議会では、上記の答弁では疑問が解けないと質問した永屋茂に對し、山岡は、「御質問ノ趣旨ハ御尤ナ筋合デアリマス」としながら、第22条は、「職務ノ執行上ノ必要カラ」、「審判官ハ此審判ニ付セラルベキ事案ニ就キマシテハ、職務上必ズ之ヲ執ラナケレバナラス」、「審判所ニ審判官ガアル以上ハ、如何ナル事件ガアリマシテモ、避ケルコトガ出来ナイ」が、それを避ける必要のために置いたに過ぎないという。そして、「避ケナイデ行クノガ然ルベキデアル」という趣旨から、「不利益ヲ与ヘルコトガ保護ヲスル精神ニ於テ、刑事処分其他懲戒処分ト云フモノデアリマスレバ、是ハ忌避、除斥、回避ト云フコトノ規定ハ必要デアリマス、詰リ本人ノ責任ヲ問ヒ、不利益ヲ与ヘルモノデアリマスカラ必要デアリマスガ、是ハ本人ニ對シテ利益ノ処分デアリ、其処分ガ名誉上ニモ何等ノ影響ハナイノデアリマス」と述べて、除斥・忌避（さらには回避）の規定が不要であることを説明する。継続的処分であれば、取消し・変更ができ、一時的処分も本人に特殊の影響を及ぼさず、感化院や矯正院に入院しても、本人に「永イ影響ハナイ」ので、「斯様ニ除斥忌避ト云フモノヲ〔許：回避に〕包含シテ規定ハ致シマシタ」といい、少年審判官は「適当ナ人」であるので、除斥・忌避を受けるような場合は回避する、「此法律ハ審判官ヲ信ジ、審判官ガ最モ適當ナル裁判ヲシテ行ク」、「結局幼年審判ハ人格ノ問題デアリマス」と

511) 第42議会(衆)少年法案会議録6回29頁-30頁。

感化法と親権 (5) (許)

いうのである⁵¹²⁾。そこで永屋が、審判官が回避すべき事由があるにも拘らず、職務執行を避けないということがあったらどうするかと尋ねると、山岡は、その審判官を監督する行政監督の問題になるが(少年法 17 条)、個々の点において回避しなかったからといって、監督作用によって動かすことはできず、審判官に任してあるという⁵¹³⁾。

この説明から判るのは、少年法の諸制度は、知識経験を有し、人格的にも優れた少年審判官が適切にそれらを運用することを前提に作られていることである。確かに少年審判官には、通常の法律的知識に加えて、備えておくべき資質のあることは否定できないが、だからといって、そのような資質のある審判官が運用することを前提に制度を構築することが不適切であることは言うまでもない。担当者(少年審判官)の能力や資質にその運用(効果)が大きく依存するような制度は、国家制度としての正当性・妥当性を疑わせるとともに、たとえそのような能力や資質を持った担当者であっても、その者が常に適切に制度を運用するという保障はないので、どのような者が担当しても制度の適切な運用が確保されるような仕組みを置く必要がある。そのような仕組みの一つが、ここで問題となっている回避・除斥・忌避である。しかし、少年法は、審判官による回避だけを認め、除斥・忌避に該当する場合も審判官が回避するとして、少年や保護者の申立てによる忌避を認めない。少年審判の手続は、少年審判官に対する信頼を土台にして、そのパターンナリストティックな運用によって進行することがここにはよく表れているといえよう。

また、審判に対する異議申立てや不服申立ての仕組みのないこと、誤った審判が下された場合の救済についても問題となった。この場合の司法省の言い分は、保護処分は、十分に調査をして、適当な保護処分をする方法を組織しているので、誤った処分はないこと、その上で、処分の効果によって処分の取消し・変更が必要な場合には第 5 条の規定によるので、心配は

512) 第 43 議会 (衆) 少年法案会議録 3 回 10-11 頁。

513) 第 43 議会 (衆) 少年法案会議録 3 回 11 頁。

ないというものである。

第44回議会の衆議院の委員会で、清瀬一郎が、先の質問に続けて、少年審判官や保護司が違法なことをした場合に抗告やこれに対する救済方法を認めないつもりかを尋ねると、政府委員の谷田三郎は、少年審判所という制度を設けた理由について説明した上で、この制度が保護制度で処罰制度ではないこと、感化院・矯正院に収容して人の自由を拘束することになっても、費用負担の規定により財産上の責任を持たせることになっても、「本来是ハーツノ保護ノ趣旨カラ出テ居リマス所ノ特別ノ処分デゴザイマシテ、其結果ニ於テ、或ハ人ノ自由ヲ拘束シ、或ハ財産上ノ負担ヲ科スルト云フコトニナリマシテモ、是ハ保護カラ出テ居ルノdealカラ、敢テ是ハ権利ノ侵害ト云フヤウナ——或行為ニ依ッテ権利ノ侵害セラレタモノdealト云フヤウナ觀念ニハ、無理ニ当テ箝メナクテモ宜シイデアラウト云フノガーツノ根本觀念」であると説明している。そして、立案過程でもこの問題については様々な議論があったが、審判が専門的なものなので、これを他の裁判官や上級の裁判官がその処分の当否を判断することはできないこと、訴願や抗告を許すと、その訴願や抗告の機関に審判官の当否を判断するだけの人間を置かなければならず、実際には難しいこと、また、不服を認めると、どういう所にどういう方法で不服を申し立てるかということについて、法律上困難な問題が沢山あり、この解決が難しいといった立法上の困難があり、法案には、不服の途を特に規定しなかったという。しかし、救済手段がないのではなくて、司法大臣の監督があるといい、具体的には、もし不当な処分がある場合には、「之ニ十分ノ戒飭ヲ加ヘ、サウシテ変更セシムルト云フヨウナコトヲ努メル考」であり、また、不当な処分を受けて心外であると思う者は、「法文ニハ現レテ居リマセヌガ」監督官庁である司法大臣にその旨を申し出て、相当の処置を執らせるという途は開かれている、という。また、違法処分についても、審判官や少年保護司等、特に審判官が審判をするについて法律に違反するという場合を想像することは甚だ難しいが、もし間違ったことがあれば、取り消すことができる、「ソレハ

感化法と親権 (5) (許)

審判官自身ニ申出デテ」審判官は何時でもその審判を取り消すことができるという規定があると説明する⁵¹⁴⁾。

十分に調査しているので、適当な保護処分をする方法を組織しているから、誤った処分はないという司法省の言い分の根拠となっているのは、まず、準備手続としての調査 (31 条・32 条)、次いで審判手続を開始する場合の附添人の選任 (42 条)、審判期日における本人・保護者及び附添人の呼出し (43 条)、少年保護司・保護者・附添人による意見の陳述 (44 条 1 項)、そして、保護者及び保護団体による参考となる資料の提出 (33 条 2 項) である。

このように「専門ノ知識ヲ備ヘテ居ル者、又ハ少年ヲ直接保護シテ居ル者ガ集マツテ各々意見ヲ闡ハシテ審判ヲスルコトニナリマスカラ、最モ適当ナル処分ガ行ハレルコト、考ヘル」、この処分が誤ったときには、却って教養の上で妨げとなることがあるが、「是ダケノ専門家ノ知識ヲ集メテ処分ヲスルコトニナリマスレバ、決シテ誤リハナイコト、存ジマス」というのである⁵¹⁵⁾。

審判手続では鄭重な手続をとることについては、この前の第 43 回議会でも問題となっている。不良行為を為すおそれのある者にさえ矯正院入院という重大な処分を行い得る、その前提となる不良性の判断について問われた山岡が、「ソレ故ニ審判ノ手続ト云フコトガ大事ニナルノデゴザイマス」として、次のように説明している⁵¹⁶⁾。

前にも申しましたやうに審判の手続と云ふものは非常な鄭重な手続を執るのでございます、鄭重なる手続を執って、其人に信頼して、所謂道徳的に処分して行く、法規的の処分に非ずして、所謂保護処分でありますからして、其状況を審査致しまして、一面に訓戒を言ふものは訓戒、其状況に依

514) 第 44 議会 (衆) 少年法会議録 2 回 5-6 頁 [清瀬一郎、谷田三郎]。

515) 第 43 議会 (衆) 少年法案会議録 2 回 5-6 頁 [豊島直通]。永井作次の質問に対する説明である。

516) 第 43 議会 (衆) 少年法案会議録 2 回 7 頁 [山岡萬之助]。

りまして矯正院に送る、思ひ通りのことを致すのでございます、其所に不安がありましては、実は此法案の実行と云ふものは誠に如何であらうかと云ふことになるのであります、当局と致しましては、此点は人に重きを置く、今日迄の如く刑法と云ひ、刑事訴訟法と云ふ、厳格な規定を置いて、法規に依って処分をなす、人が処分するのではない、寧ろ法規が処分をするのである、殊に手続法は此外に無いのでございますから、即ち人が土台になりますから、必ず此衝に当る人は、その経験上より致しまして、適当な処分ができると考へます、〔略〕

〔感化法では、地方長官の単独処分により、行政命令一本で感化院に収容を命ずることを説明して〕然るにさう云ふ単純な行政命令では、幼年の自由に関係がありますから、不十分である、是非共審判所と云ふ外国にもあります如き、鄭重なる手続に案を作り上げまして、〔略〕

保護処分と云ふものは、法規的処分でなくして、単に本人を教養し、本人の利益になるやうに十分な御了解を得なければならぬのであります、〔略〕

明確な説明とはいいい難いが、審判手続は、その人(少年審判官)に信頼して道徳的に処分をする、刑法や刑事訴訟法の規定に従った法規的処分ではなく、保護処分であるから、状況を審査して、「思ひ通りノコトヲ致ス」が、経験ある人(審判官)が担当し、しかも、少年の自由に関係があるから審判所を設けて鄭重な手続をとるので、処分を誤ることがないという。

しかし、審判所の鄭重な手続があるからといって、保護処分に不服申立てを認める必要はないということにはならない。司法省も、たとえ誤った審判はない(はず)だとしても、「保護処分ト雖、結果カラ見レバ人ノ自由ヲ拘束スルヤユニナルノデ、殊ニ最モ其影響ヲ受ケル本人、保護者ニサウ云フヤウナ処分変更ヲ求ムル権能ヲ与ヘテ置クガ宜イ」ということは、理論上は確かなものであることを認めているが、それをとらなかつた理由として、少年審判所の専門性や不服申立ての方法の法律構成の難しさをあげ、「結局審判官保護司トフ云〔原文のまま〕者ハ、寧ロ柔カナ者デ、普通ノ權利義務ト云フ觀念ハ避ケテシマツテ、温情ニ信賴スルト云フコトヲ主義ト」

し、不服の途を設けなかったという⁵¹⁷⁾。少年審判官や少年審判所を信頼するという少年法の趣旨から、「サウ云フ不服トカナントカ云フヤウナ権利義務ノ事ニシナイ」ということを主たる理由として、「不服ノ途ノ事ハ切リニシタ」とも説明している⁵¹⁸⁾。第44回議會での説明は、この説明をより法律的な内容で繰り返したものといえよう。

また、第43回議會では、感化法は訴願を認めているが、少年法がそれを認めないことについても、少年審判所・少年審判官の専門性から説明されている。すなわち、感化法では、感化院の入院を命ずる行政官庁は少年のことにについて特別の知識や経験を有しておらず、巡査等のあまり綿密でない調査を土台にして感化院入院を命ずるようなことも行われたようであり、このような事態に対しては、訴願なり、その他の不服を申し立てて処分の取消しを求める方法が備わっていなければならない。少年法案は、素人のずさんな材料と浅薄な知識経験に基づく行政処分や少年専門の判事検事がないために少年についての裁判所の処分が適切さを欠くという欠陥を顧みて、作成した。少年審判所という少年について専門の知識経験を有している機関に少年のことを調べさせて、少年のために最も適当と認むべき処分をさせるということにしたのであるから、感化法が訴願を許しているという例は、直ちには本案に当てはめて論ずることはできない。「此案デハ審判官ハ裁判官デハアリマスガ、其实国カラ委託ヲ受ケタ親ノヤウナモノデアリマス、判罪〔原文のまま〕ノ責任ヲ問フトカ、或ハ不法ヲ弾劾スルト云フコトデナクシテ、親ノ如キ温情ヲ以テ少年ノ為メニ図ッテヤラウト云フ」のである。少年のことにについては、特別の知識経験を有している人を以て審判所を組織するつもりであるから、ここで言い渡す処分は、「専門家が十分子供ノ利害ヲ計リ、利害ヲ考ヘテ致シタ処分」であって、これを

517) 第43議會(衆)少年法案會議録3回13号〔谷田三郎〕。北井波治目の質問に対する説明である。

518) 第43議會(衆)少年法案會議録3回14頁〔谷田三郎〕。永井茂が、他の審判所に移すというやり方もあるのではないかと尋ねたのに対し、他の審判官に再審させるドイツを例に挙げ、考慮してみたことの結果についての説明である。

普通の行政官庁に再審をさせるとか、あるいは司法官衙に抗告させるというようなことは、「適々玄人ノ専門家ノ処分ヲ素人が詮議シテ是非ヲ判断スルト云フコトナ」る。この案の精神としている少年審判所なり、少年審判官と云ふものは、「子供ノ利益ヲ十分図ッテヤッテ居ルモノデアリマス、サウシテ又十分周密ナル審査ヲ致スノデアリマスカラ、之ニ信賴シテ寧ロ不服ノ申立トカ訴願ノ方法ハ設ケナイ方が宜カラウト云フ考」で、感化法を踏襲しなかった次第である、と⁵¹⁹⁾。

これ等の記述には、審判官は、「国カラ委託ヲ受ケタ親ノヤウナモノデ」「親ノ如キ温情ヲ以テ少年ノ為メニ図ッテヤラウ」というものであるから、審判官の判断にすべてを委ねておけばよいという発想が強くみられる。少年審判所の判断は、犯罪の責任を問うたり、不法を弾劾するものではなく、少年の利益を図って少年にとって最も適切な処分を行うものであり、専門機関である少年審判所において、丁寧な手続をとって調査を行い、十分な知識と経験を有する少年審判官が担当するのであるから、誤ることはない。当事者（少年、保護者、附添人）は、利益処分の対象にすぎないので、少年保護司の調査対象となり、審判の席で意見を陳述することはできるが、調査内容に対して疑義を申し立てたり、権利として陳述をしたりすることはできない。処分そのものに対する不服申立ては、審判官への信頼を疑わせることになるので、認められないが、処分の発効後は、審判官が、必要に応じて処分の取消し・変更ができる（5条）。審判の公平に疑義を生ずる事由があるときも、審判官から回避することはできるが、当事者による忌避・除斥は認められず、むしろ審判官が忌避・除斥の場合も含めて回避することが当然のように期待されている。しかし、保護処分は、少年の利益を図るものなので、少年に悪影響はないし、不利益を及ぼすこともない。

審判官が親のような者、親に代わる者という説明は、既に第42回帝国議会の審議にも表れている。花井卓蔵が、「子ヲ見ル親ニ如カズ、少年裁判

519) 第43議会（衆）少年法案会議録4回22頁〔谷田三郎〕。鮎川盛貞の質問に対する説明である。

感化法と親権 (5) (許)

官ノ最善ナルモノハ、適当ナル親権者ニ限ルベキコト論ヲ俟タズ、是ガ若シ不可能デアッタナラバ、之ニ代ルベキ後見人ニ如クハナシ」、後見人の多くは「厚キ親族、信用スベキ親族」であり、「最善ナル少年審判官ハ、是等ノ者ニ限ルベキウモノデアラウ」と述べて、役人である少年審判官がどのようにその目的を達するのかを問うたところ、政府委員の山岡萬之助は、「保護処分ト致シマシテハ、御意見ノ通り、親ニ成リ代ルト云フ精神デナケレバナルマイト思ハレマス」、「保護処分ト致シマシテハ、親ニナリ代ル精神デナケレバナラス」ので、審判官の資格を決めるについても、判事には限らないし、「判事ニハ親ニ成リ代ル智識ガ無イト云フコトハ考ヘテ居リマセヌ」と答えていた⁵²⁰⁾。少年審判官は、親(ただし、適当なものでなければならぬ)に代わって保護処分を行う、親に成り代わるだけの知識があるというのである。

こうした説明の根底にあるのは、強烈な国親思想である。「勿論子ヲ愛シマスルハ親ニ如クモノハナイノdeal、併ナガラ、親無ク、保護者無ク、又他ニ適当ノ教育ヲ与ヘル者ノ無イ、寄ル辺ナキ者ニシテ不良性ヲ帯ビタモノdealナラバ、国家ガ之ヲ愛撫スルト云フコトハ、国家ノ任務dealノデアリマス」と述べ、この精神に基づいて少年法案ができていることを闡明にする鈴木喜三郎の説明は、その証左の一つといえよう⁵²¹⁾。

こうした一連の司法省による説明の内容には、感化法第1次改正のときに議会で繰り上げられた内務省による感化法(及びその行政権主義)擁護の主張や感化教育に関する小河滋次郎らの主張に酷似するところがある。内務省によれば、感化教育が効果を上げるためには、裁判権主義ではなく、行政権主義によらなければならないが、司法省も、司法裁判所による少年の処分を認めず、かといって純粋な行政庁でもない少年審判所による保護処分によって少年の保護教育(感化教育)を行うと説明する。感化法に対しては、警察や町村役場の不十分な調査に基づいて地方長官が単独で処分す

520) 第42議会(衆)少年法案会議録3回13-14頁。

521) 第43議会(衆)少年法案会議録2回3頁。

ることを非難していた司法省は、少年保護司による調査や丁寧な手続をもとに、知識経験のある人格者たる少年審判官が少年の利益を図るために保護処分をするのだから、誤った処分をすることはないとして、処分に対する不服申立てを認めない。司法機関としての性格も有する少年審判所の審判官には判事を充て得ることにしながら、その手続には、処分の公正さを確保するための手続保障を欠き、しかもそのことは、保護処分が少年の利益を図るものであるという、非常に形式的な論理で正当化されている。

司法省は、裁判権主義による必要性を認めつつ、結局は行政権主義的な仕組みに拠らざるを得なくなったために、議会で多く寄せられた・その点を問う質問に対して十分に納得し得る説明をすることが難しくなっているように見える。司法省のいうように、いわゆる裁判権主義だけでは犯罪少年の処遇には適切に対処することはできないこと、また、調査をした多くの外国でも通常の司法裁判(刑事裁判)とは異なった手続を設け、また、少年保護司のような組織も必要になってくることはいうまでもない。他方、司法省の指摘するように、感化法が地方長官に少年の処分を一任していること、また、そうした処分の裏付けとなる調査を確保する仕組みの欠如など、いわゆる行政権主義によることの不当性も明らかである。しかし、少年法による保護処分も、結局は少年審判官の人的な特性(優れた人間性及び知識経験)に大きく依存した仕組みであり、彼の判断を支える仕組み(調査、少年保護司等)が置かれているしても、保護処分が利益処分であるというという理由から彼の判断が誤る可能性を認めないなど、地方長官による処分とは違った意味で少年審判官が独断的な処分を下す危険性のあることは否定できない。議会でしばしば表明された司法省担当者による国親思想は、感化法や感化教育に関して表明されてきたそれよりも強まっているような印象があるが、それは、裁判権主義を貫徹することが困難であるが故に、そのような理念を持ち出すしかなかったためなのかもしれない。数多くの外国法の調査によっても、こうした問題点を解決するための手掛かりを見出すことが難しかったのだろうか、それとも、その導入には困難が

感化法と親権 (5) (許)

あり、結局、少年審判や少年審判所という日本独自の仕組みを設けざるを得なかったのは、感化事業関係者や内務省からの激しい抵抗や批判があったことに加えて、日本社会の特質に配慮したからなのだろうか。このような少年法が「完全ナル感化法」なのだろうか。少年法と感化法との関係については、後に改めて検討する。

(6) 矯正院の長の権限

矯正院に関しては、感化院のほかに矯正院が必要になるのかという点が大きな議論となったが、この点については次項で検討することとし、ここでは、矯正院の長の権限に焦点をあて、特に親権との関係について検討する。

矯正院も、親元から子を引き離して少年を収容し、その保護教育を図る以上、その長などには親権に相当する権利の行使が認められる必要がある。しかし、感化法のように、地方長官の処分により父母や後見人の権限を失わせることは、感化法第1次改正の際に厳しく批判されている。また、これまでの検討からも明らかなように、少年法による保護処分によっても父母の権利(親権を含め)が制限される結果になることについては繰り返し言及されている。そのためか、矯正院法では、親権に関連する規定は、感化法におけるそれとはかなり異なっている。

既に紹介した規定も含め、矯正院法の本則全文を次に掲げる。なお、矯正院に関しては、矯正院処遇規程(大正11年司法省令第34号)が定められている。

ところで、第42回議會から第44回議會までの提出案では、第1条に「矯正院ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為シ又ハ刑罰法令ニ触ルル行為ヲ為ス虞アル十二歳以上ノ性状特ニ不良ナル者ヲ収容スル所トス」という規定を置いていたが、第45回議會への提出案ではこの規定は削除されたため、成案では条数が繰り上がっている。そのため、以下の記述では、第42回議會から第44回議會での法案の条数には「法案」を付すほか、必要に応じ

てどの規定かが判るように注記することとする。

矯正院法 (大正 11 年法律第 43 号)

第一条 矯正院ハ少年審判所ヨリ送致シタル者及民法第八百八十二条ノ規定ニ依リ入院ノ許可アリタル者ヲ収容スル所トス

第二条 矯正院ニ収容シタル者ノ在院ハ二十三歳ヲ超ユルコトヲ得ス

第三条 矯正院ニハ特ニ区割シタル場所ヲ設ケ少年審判所、裁判所又ハ予審判事ヨリ仮ニ委託シタル者ヲ置ク

第四条 矯正院ハ収容スヘキ者ノ男女ノ別ニ従ヒ之ヲ設ク

第五条 十六歳ニ滿タサル者ト十六歳以上ノ者トハ分界ヲ設ケタル場所ニ各別ニ之ヲ収容ス

第六条 矯正院ハ之ヲ国立トス

第七条 矯正院ハ司法大臣ノ管理ニ属ス

第八条 司法大臣ハ少クトモ六月毎ニ一回官吏ヲシテ矯正院ヲ巡察セシムヘシ

少年審判官ハ隨時矯正院ヲ巡視スヘシ

第九条 在院者ニハ其ノ性格ヲ矯正スル為厳格ナル規律ノ下ニ教養ヲ施シ其ノ生活ニ必要ナル実業ヲ練習セシム

第十条 矯正院ノ長ハ命令ノ定ムル所ニ依リ在院者ヲ懲戒スルコトヲ得

第十一条 矯正院ノ長ハ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ於テハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ未成年ノ在院者及仮退院者ノ為親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為ヲ為スコトヲ得

第十二条 矯正院ノ長少年審判所ヨリ送致シタル在院者ニ対シ執行ノ目的ヲ達シタリト認ムルトキハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ之ヲシテ退院セシムヘシ

第十三条 矯正院ノ長ハ少年審判所ヨリ送致シタル在院者ニシテ収容後六月ヲ経過シタルモノニ対シ少年審判所ノ許可ヲ受ケ条件ヲ指定シテ仮ニ退院ヲ許スコトヲ得

仮退院ヲ許サレタル者ハ仮退院ノ期間内少年保護司ノ觀察ニ付ス

第十四条 仮退院者指定ノ条件ニ違背シタルトキハ矯正院ノ長ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ仮退院ヲ取消スコトヲ得

感化法と親権 (5) (許)

第十五条 在院者又ハ仮退院者逃走シタルトキハ少年審判所及矯正院ノ職員ハ之ヲ逮捕スルコトヲ得

少年法第二十五条ノ規定⁵²²⁾ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第十六条 本法ニ規定スルモノヲ除クノ外在院者ノ処遇ニ関スル規程ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

矯正院ノ長ハ司法大臣ノ認可ヲ受ケ在院者ノ処遇ニ関スル細則ヲ定ムヘシ

第十七条 前二条ノ規定ハ少年審判所、裁判所又ハ予審判事ヨリ仮ニ委託シタル者ニ付之ヲ準用ス

(ア) 「懲戒場」としての矯正院

矯正院は、少年審判所より送致した者及び旧法第 882 条の規定により入院の許可のあった者(懲戒場対象者)を収容するところである(1 条)。この結果、旧法第 882 条に定める「懲戒場」には、感化院だけでなく、矯正院も含むことになった。懲戒場対象者の内でも不良性の強い者は矯正院に収容する必要があると考えられたようである⁵²³⁾。

感化法では、懲戒場対象者は、親権を行う者又は後見人が裁判所の許可の決定書を地方長官に提出して入院を出願し、地方長官が入院を許可して、入院命令書を交付することになっている⁵²⁴⁾。入院期間は、6 か月以下の期間を裁判所が定める(旧法 882 条 2 項)。感化院には 20 歳までしか在院できないのが原則であるが、懲戒場対象者は、20 歳を超えても在院することができる(感化法 6 条)。これらの点は、その後の改正でも変わっていない。なお、感化法第 1 次改正により認められた出願入院は、民法上の懲戒の方

522) 少年法 25 条は、少年審判所及び少年保護司が、その職務を行うにつき、公務所又は公務員に嘱託をし、その他必要な補助を求め得ることを規定するものである。例えば、逃走した少年を逮捕する際に、公務所・公務員に対して補助を要請することが認められる。

523) 後掲注 545) のほか、第 45 議会(貴)少年法案議事速記録 1 号 3 頁〔山内確三郎〕参照。

524) 感化法施行規則 1 条 2 項・3 項。本稿 (2) 17 頁参照。

法としての感化院の入院ではないし、出願入院の場合には、裁判所に入院の許可を申し立てる必要はない⁵²⁵⁾。

裁判所の許可は、非訟事件手続法(明治31年法律第14号)第92条により、子の住所地の区裁判所に申し立て、裁判所は、懲戒場への入所が適当かどうかを判断し、決定を以てその許可を与え、もしくは許可を与えない。許可を与えた裁判に対しては、子及び検事は、抗告をすることができる(非訟事件手続法20条、92条2項)。

旧法第882条の規定により矯正院に収容する場合も、非訟事件手続法による裁判所の矯正院収容の許可によるものとされたようである⁵²⁶⁾。在院期間は23歳まで(矯正院法2条)、18歳で収容しても23歳までの5年の間に教養すれば、矯正は可能であるが、刑罰類似の処分と解すべきではないと説明されている⁵²⁷⁾。なお、感化法や少年法、矯正院法によって入院の要件期間等が定められているので、旧法第882条第2項の規定は空文になったという指摘があるが⁵²⁸⁾、懲戒場対象者の入院の要件・期間等は民法及び非訟事件手続法の規定により、入院の許可の申立てを受けた裁判所が定めることになっていることになっているので、この指摘はあたらないのではないだろうか⁵²⁹⁾。

(イ) 矯正院の長の権限

矯正院法第11条は、未成年の在院者及び仮退院者に対する矯正院の長⁵³⁰⁾

525) 本稿(4)247頁注389)参照。

526) 第45議会(貴)少年法案議事速記録1号3頁〔山内確三郎〕のほか、野上久幸『親族法』(三省堂、1928)409頁、薬師寺志光『日本親族法論 下巻』(南郊社、1942)995頁。ただし、後者は、少年教護法についてである。

527) 第45議会(貴)少年法案議事速記録1号3頁〔山内確三郎〕。山内は、懲戒という文字は当を得ず、しかし、民法を改正する訳にはいかないのでそのままにしたが、教養して不良性を矯めるというのが民法の精神においても同様であると説明している。前掲注464)、注465)も参照。

528) 穂積重遠『親族法』(岩波書店、1933)574頁。

529) 野上・前掲注526)410頁及び薬師寺・前掲注526)は、懲戒場には感化院・矯正院のような公設のものとその他の私設のものを含むとする。

感化法と親権 (5) (許)

(以下「矯正院長」)の権限について規定するが、「感化院長ハ(略)親権ヲ行フ」と直載に規定する感化法第8条と異なり、已むことを得ない場合に限り、少年審判所の許可を得て、未成年の在院者及び仮退院者のために、親権者又は後見人の職務に属する各個の行為をすることを認める。また、感化法は、感化院長の行う親権には当然に懲戒も含むが、確認的な意味で命令の定めるところにより必要な検束を加えることができると規定する(同法第9条)⁵³¹⁾のに対し、矯正院法第10条は、そもそも矯正院長が在院者を懲戒することを認める。

『矯正院法案理由書』によれば、第11条を設けた所以は、感化法第8条が感化院長に在院者・仮退院者に対する親権の行使を認め、親権及び後見人の権利を排除したが、このように広い権利を矯正院長に与えることは、実益がないだけでなく、「實際上未成年者ノ保護ニ関シ支障ヲ来スヘキコトアルヘキヲ慮リ」、第11条は、単に必要已むことを得ない場合、例えば少年が養子縁組をしようとする場合において、親権者又は後見人の承諾を得ることができないような場合においてのみ、少年審判所の許可を受け、必要な各個の行為を為し得べきものとしたものであるという⁵³²⁾。また、第10条は、在院者の懲戒について規定したもので、「懲戒ノ権ハ矯正院ノ長ニ属シ」、その方法範囲は命令の定めるところによるべきものとした。懲戒の種類は、一つでは足りず、体罰から譴責に至るべく、法律を以ていちいち規定することが難しいので、命令に譲ったものであると説明する⁵³³⁾。

この『矯正院法案理由書』による矯正院法第11条の説明には、旧法の規定に照らして、不明確な部分がある。まず、旧法上、養子縁組について

530) 矯正院長は、院長という官名に使うが、矯正院「ノ」長という場合には、代理をする者でもよいという意味である(第45議会(衆)少年法案会議録3回6-7頁〔吉良元夫、山岡萬之助〕)。本稿では、資料等を引用する場合を除き、「矯正院長」と略称する。

531) 本稿(2)20-21頁参照。

532) 『矯正院法案理由書』66-67頁。

533) 『矯正院法案理由書』66頁。

承諾をするのは「家ニ在ル父母」であって、「親権者」ではないし、「親権者」という語が何を意味するのかもはっきりしない。旧法では、15歳未満の子が養子となる場合には「家ニ在ル父母」の承諾を、満15歳以上の子が養子となる場合にはその同意を要し(旧法843条、旧法844条)、家に在る父母のいないときには後見人が承諾・同意をした(旧法846条。子の婚姻について家に在る父母・後見人等の同意を規定する旧法772条2項・3項の準用)。養子縁組に承諾をするのは「家ニ在ル父母」又は後見人であって、「親権者」ではない。旧法には「親権者」という語は使われていないので、『矯正院法案理由書』の説明における「親権者」が何を意味するのかは不明である。もしそれが「親権ヲ行フ」者の意味だとしても、親権を行うのは家に在る父又は母であり(旧法877条)、親権を行う者が養子縁組に承諾をするものとする、家に在る父(父の不知・死亡・去家等のときに母)が承諾をすれば足りることになってしまい、旧法の規定に反することになる。このため、『矯正院法案理由書』の説明では、誰が養子縁組に承諾することになるのかがはっきりしない。そもそも旧法での親権は身分行為(婚姻、養子縁組等)に関する権限を含まず、親権を行うとされる感化院長でさえ養子縁組に承諾・同意をすることはなく、また、感化教育の建前からみても、その必要はないと考えられることについては既に述べた⁵³⁴⁾。しかし、『矯正院法案理由書』のこの説明では、矯正院長には養子縁組についての権限が必要となる場合のあることを認めていることになるが、そのようなことがはたしてあり得るのか、疑問である。親権者又は後見人の職務に属する行為として、一体どのような行為が想定されているのだろうか。

第10条の解説によれば、同条により在院者に対する懲戒権は矯正院長に属することが明らかにされている。感化法と異なり、矯正院長の懲戒権は、矯正院法第10条の規定によって認められた権限ということになる。

これ等のことを念頭に置きつつ、矯正院法がこのような規定を設けた趣

534) 本稿(2)、特に35頁以下参照。

感化法と親権 (5) (許)

旨等について、議会での議論をみてみよう。親権に関する問題は、収容者の年齢とも関連して議論になることが多いので、その点も併せて検討する。

初めて矯正院法案が議会に提出された第 42 回帝国議会では、まず、矯正院法に感化法のような親権・後見に関する規定のないことについて、花井卓蔵が質問している。長くなるが、引用する⁵³⁵⁾。

○花井卓蔵君 私は欠席致すかも知れませぬから、もう一遍伺って置きます、此少年法竝に矯正院法の施行に於て、親権ですな、親権竝に後見権と云ふものに対する関係は、感化法などには大体規定が有るやうであるが、是は二法共に規定が無い、但し部分的には或は肯定して居るやうな所もあるし、或は制限して居るやうな所もあるし、規定して居るやうな条文は見えますけれども、主義の上から繙ねたならば、親権はどうなるものか、後見権はどうなるものかと云ふことだけは、一つ根本問題として伺って置きたいと思ふ

○山岡政府委員 一寸申上げて置きますが、実は親権、後見権の関係は、少年法の施行に於ては、大体之を制限しないと云ふ立場で、権利としては親権、後見権を残すと云ふ英国流儀でありまして、少年法には随って何も書きませぬので、それ故に此処分の感化矯正だけに就て、制限があるだけでございまして、感化院の方は、全然親権を奪うと云ふことになって居りますが、何れ感化法を此前政府委員より説明致しましたやうに、改正することになりませうと思ひますので、多少動くだらうと思ひます、矯正院の方は此十二条〔11 条〕に於きまして各個の行為だけを——即ち少年を徒弟に出すと云ふやうな場合に、親が承知しないと云ふやうな場合には、矯正院の長に於て、後見の残務〔原文のまま〕を行つて契約書に同意をする斯う云ふ風な各個の行為だけを、親権、後見の権利を行はしめると云ふことになりました次第でございます

○花井卓蔵君 判りました

この説明は、少年法及び矯正院法における親権・後見に関する基本的な

535) 第 42 議会 (衆) 少年法案会議録 2 回 10 頁。本稿 (2) 38 頁注 209) も参照。

考え方を示すものとして重要である。まず、少年法については、英国法に倣い、親権・後見を制限せず、親・後見人に残すこととして規定を置かなかったこと、それ故、この処分の感化矯正だけについて制限があるだけで、従って、矯正院法の方で制限を置いているだけであり、しかも、各個の行為について親が承知をしないような場合に限り、矯正院長に後見の職務を行わせて、契約書に同意することにしたことである。ここで例としてあげられた少年を徒弟に出すこととは、徒弟契約を締結することであるから、親権・後見の内の財産管理に関わる行為であるが、山岡の説明では、矯正院長は、少年に（親権を行う）親がいる場合でも、後見人の職務を行うことになってしまう。矯正院長が「後見人ノ職務ニ属スル行為」を行うのは、少年に後見人がある場合に限るのではないだろうか。それとも、少年に親（親権を行う父又は母。法文での「親権者」）がある場合にも、矯正院長は、「後見人ノ職務ニ属スル行為」を行うということなのだろうか⁵³⁶⁾。では、矯正院長は、どのような場合に「親権者」の（職務に属する）行為を行うことになるのだろうか。

ちなみに、ここで参考にした英国法が具体的にどの法律を指すのかは示されていないが、議会の議論でもしばしば言及される1908年児童法の規定をみると、例えば、「少年犯罪者 (Juvenile Offenders)」と題する同法第5部は、少年の刑事手続に関する特則及び少年裁判所 (juvenile courts) の組織に関して規定するだけで、親の権利についての規定は見当た

536) この場合の法的構成としては、親は、その個別の行為に関して親権（財産管理権）を行うことが（喪失であれ、停止であれ）できなくなり、その部分だけ後見が開始されて、矯正院長は「後見人ノ職務ニ属スル行為」を行うことになるという解釈のほか、親権を行う父又は母が個別の行為について承知をしないことによって子に不利益が及ぶという側面に注目して——親権を行う父又は母と未成年の少年との間に利益相反関係があるわけではないが——その個別の行為に関しては矯正院長がいわば特別代理人的な地位に立って、必要な承諾等を行うという解釈（旧法888条、現行民法826条参照）が考え得る。前者は、親権を行う者のない場合を後見開始事由とする民法の規定（旧法900条1号）に反し、「後見人ノ職務ニ属スル行為」に限るとはいえ、受け入れられないように思われる。後者にも無理のあることは否めない。なお、後掲注539) 参照。

らない。他方、矯正学校及び授産学校に関する諸法律を統合した同法第4部「矯正学校及び授産学校」の中には、管理者の権限及び親の費用負担に関する規定が置かれている。同法により認証された矯正学校・授産学校（認証学校（certified school））の管理者は、同法により送致を提案された若年犯罪者・児童の受入れを拒むことができるが、一旦彼らを引き受けた場合には、在学期間中は、彼らの教育、訓練及び衣食住の提供（to teach, train, lodge, clothe, and feed him）を引き受けたものとみなされる（52条）。また、管理者には、彼らの同意を得た上で徒弟に出し、また、軍務を含む職業への従事等への手配をすることが認められているが、この場合、それらの行為は、「管理者が彼らの親であるかのように有効」とされる（70条）。認証学校に収容された若年犯罪者・児童の親又はその扶養責任を負う者が認証学校の費用を負担することについても規定されている（75条）⁵³⁷⁾。山岡が徒弟の例をあげたのは、児童法の規定が念頭にあったためなのかもしれない。

さらに、「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為ヲ為ス」という矯正院法の文言は、救育所の所長は「後見人ノ職務ヲ行フ」と規定する救育所法第1条の文言とも異なっている。救育所法は、救育所にある未成年の孤児等について、旧法の制定に伴って養子縁組等の手続が煩雑になったことに対応するために、救育所長に後見人の職務を行うことを認め、また、後見監督に関する特例を設けるために制定されたものであり、その権限は、後見人に認められる権限全般に及ぶと解される⁵³⁸⁾。しかし、「感化矯正ダケニ就テ、制限ガアル」に過ぎない少年法・矯正院法が少年の身分に関する父

537) 1908年法に至るまでのこれらの規定につき本稿(3)43-49頁を、1908年法の訳文として本稿(3)28頁注245)参照。なお、『少年保護制度参考書』(前掲注447)にも、「英国幼年者法」として訳文が掲載されていることを補足する。

538) 後見人は、親権を行う父又は母と同一の権利義務(旧法921条)及び子の婚姻や養子縁組に関する家に在る父母と同様の同意権・承諾権等(旧法772条・846条等)を有する。詳しくは許「救育所法(1)」～「救育所法(4)」参照。救育所長の権限については特に「救育所法(4)」125-130頁参照。

母の権限を規制する規定を置く必要はないので、「職務ニ属スル行為ヲ為ス」という限定的な文言が用いられたのではないだろうか。ただし、「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為」という表現には疑問がある⁵³⁹⁾。

また、この議会では、懲戒場対象者と矯正院の在院期間に関しても議論されている。衆議院の委員会で、横山金太郎が、矯正院法案第2条・第3条〔1条・2条〕が、旧法第882条の規定による懲戒場対象者の入院を認め、かつ、23歳までの在院を認めたことと、民法上の親権が20歳以上の者に及ばないこととの関係を問うたのに対し、山岡萬之助は、これは、懲戒権の行使としての矯正院への入院を認めたもので、民法の解釈として、親権は20歳までというのが大体であるが、「法文ノ上カラ行ケバ、親権ト云フモノハ其所迄デ止マラナイモノデアルト云フ解釈」があり、その解釈によると何歳までも行けるということになってしまうので、矯正院としても適当ではなく、23歳以上は置かないという考えでこのようにしたという。すると、横山が、親権は未成年者に限り、第3条〔2条〕の規定は、「寧ロ二十三歳マデ親権ノ拡張ヲスルト云フ意味」で定めたものなのかと尋ねると、山岡は、「拡張シタト云フノデアリマセヌ、二十三歳以上ハ、親権ノ行使デ来マシテモ置カナイ、斯ウ云フ風ニ厳正ニシタノデアリマス」と説明する⁵⁴⁰⁾。

旧法では、子は、独立の生計を立てるまでは、成年に達した後も親権に

539) 救護法(昭和4年法律第39号)第16条には「親権者及後見人ノ職務ヲ行フ者」という文言があり、ここで親権者の職務を行う者とは、親権を行う実父母・養父母のほか、感化院長等をいい、後見人の職務を行う者とは、後見人のほか、教育所法による後見人の職務を行う者をいうと解されていたようである。しかし、民法上親権を行う父又は母(実親・養親・継親)は、親権者の職務を行うものではないし、「親権ヲ行フ」とされた感化院長が親権者の職務を行うといえるかは問題である。同様に、後見人はあくまでも後見人であって、後見人の職務を行う者ではない(詳しくは許「教育所法(4)」142頁以下参照)。もっとも、矯正院法は、親権や後見の内容をなす各個の行為についての権限だけを矯正院長に認める趣旨で規定されているので、この表現が適切とはいえないが、救護法におけるような問題は少ないのではないだろうか。これらの文言の意味することについては改めて検討することとしたい。

感化法と親権 (5) (許)

服する(旧法 877 条 1 項)。親権の内容をなす具体的な権利義務のほとんどは未成年の子に対するものとされているが、懲戒権は、成年に達した子に対しても行使し得るものとされる(旧法 882 条)⁵⁴¹⁾。山岡の説明の前半部分は、この点を必ずしも適切に説明したものとはいえないが、矯正院法案第 3 条〔2 条〕の規定が親権の拡張を認めたものではないという説明は適切なものといえよう。懲戒場対象者については、18 歳を超えていても矯正院に収容することができるが、23 歳を超えて在院することはできないということになるのだろうか⁵⁴²⁾。

しかし、第 43 回帝国議会では、矯正院が懲戒場対象者を収容することについての疑義が出されている。重要な議論がされており、長くなるが引用する⁵⁴³⁾。

○永屋茂君 矯正院法の第二条〔1 条〕に矯正院に収容すべき者は少年審判所より送致したるもの及民法第八百八十二条の規定に依り入院の許可ありたるものに限る」〔原文のまま〕とあります、其民法第八百八十二条と矯正院法との関係に就て私は疑義が起ります、矯正院と云ふものは、勿論懲戒場ではないのであらうと私は思ふ、勿論矯正院法の第十一条〔10 条〕に「矯正院ノ長ハ命令ニ定ムルトコロニ依リ在院者ヲ懲戒スルコトヲ得」とありますけれども、是あるが為めに矯正院が懲戒の場所であるとは言へない、それから屢々政府よりの御説明を承っても此矯正院法であらうが、少年法であらうが、総て少年を拘束するとか、懲戒するとか云ふやうな固い意味合でなしに柔い意味合と云ふことを終始仰有るけれども、兎角固い

540) 第 42 議会 (衆) 少年法案会議録 7 回 38-39 頁〔横山金太郎、山岡萬之助〕。

541) 本稿 (1) 17 頁以下参照。

542) 第 45 議会 (衆) 少年法案会議録 3 回 5 頁。民法による場合、はじめから 18 歳を超えている者も収容するのかという荒川五郎の質問に対し、山岡は、23 歳以上の者も親権の下にあるが、民法による収容は「附属ノ処理」なので、少年保護からは 23 歳で打ち切るという立場から、「ソレ以上親権ノ行使ニ依ッテ収容スベキ者ハ無イ、其以下ノ者ハ何時デモ収容スルコトニナリマス」と答えている。

543) 第 43 議会 (衆) 少年法案会議録 3 回 19 頁。

意味合に取れる、是迄の吾々の考等に依ってさう云ふやうに思へるそれを排斥したいと云ふことに就て、非常に政府に於ては努力して居られるやうに見える、所が民法第八百八十二条の規定に依って入院をさせると云ふことになりますと、民法第八百八十二条は所謂懲戒場に入れると云ふ事の規定である、さうすると矯正院と云ふものは懲戒場であると云ふことに、民法の上から見られるやうな形になって来る、事は小さい様でありますけれども、あれだけ政府が努力して柔い法律だと云ふことを仰有って、さうして矯正院へ入れるとか、懲戒に付するとか云ふやうな考を持たせぬことに努力する御趣旨を立てるのには、何等立言の方法、条文の書方等に於て、今一層の御考はないものでありませうか

○山岡政府委員 此点は御尤もな御質問でございまして、一体斯ふ云ふ事を此処に書くか書かないかと云ふことの点を考へねばならぬ点であります、矯正院は刑罰法令に触る、行為を為し、又は刑罰法令に触る、行為を為す虞ある者だけで元来は宜いのであります、所が感化院法に於て斯う云ふ規定を置きまして、感化院では矢張裁判所に於て懲戒場入りを決定したものを収容することに感化院法が出来て居るのであります、そののまあ善い悪いを論じて行くと云ふと、論じやうもあらうけれども、それにもありますし、又一面親に成り代って処置をすると云ふのが此案の精神でございまして、あの文字は旧式であります、元来懲戒場に入れるとか、何とか云ふことは——此案の第四条第一号に「訓戒」とするとある、是も実は考へた言葉であります、旧式に行けば譴責すると行かなければならぬ、是は外国の刑法にあつても譴責となつて居る、旧式の十九世紀的に行けば譴責としなければならぬ、それを訓戒と改めた、さう云ふやうに此案は総て何処までも精神の現れるやうに腐心したのであります、第一民法にあ、云ふ文字を使つて居りますから、あれは早晚改正する時期であらうと思ひます第一裁判所に於て矯正院或は感化院に入ることを決定すると云ふことが、既に此趣旨に合はないのでありますが、其改正のありますまでは、姑く形式的に此規定を忍ぶ外はないと考へて居るのであります

○永屋茂君 二条〔1条〕を削除しますと、何処が差支が出来て来ますか

○山田〔原文のまま〕政府委員 是はどうも今日の所では、民法の親が進

感化法と親権 (5) (許)

んで入れたいと云ふ場合の規定を書かねばなりませぬ、何処へでも逃げて行ってしまうやうな子供がある場合に、何処かで処置をしたいといふのも今日幾らもある例であります、此規定を置かなければ、何時民法を改正するか分らぬ、其時まで棄て、置かなければならぬ、今日も既に幼年法の制定は十年も後れて居るのでありますから、是は是非とも加へて置きたいと望む次第であります

〔下線部は原文のまま〕

永屋の主張は明快である。まず、矯正院は旧法第 822 条にいう「懲戒場」ではなく、矯正院長に懲戒権があるからといって、矯正院が「懲戒場」とは言えないと述べた上で、矯正院法も少年法も、少年を拘束するとか懲戒するといった固い意味合いではなく、それらを排斥するように努力しているのに、旧法第 822 条の規定によって入院させるということになると、矯正院が懲戒場であるということになるので、何か立言の方法や条文の書き方等において一層考慮する考えはないのかを尋ねているのである。

すると、山岡は、永屋の意見に同意を示しつつ、既に感化法が懲戒場対象者を入院させることになっていること、また、「一面親ニ成り代ッテ処置ヲスルト云フノガ此案ノ精神」であり、民法の文言は旧式であって、早晚改正する時期があらうと考えられ、「第一裁判所ニ於テ矯正院或ハ感化院ニ入ルコトヲ決定スルト云フコトガ、既ニ此趣旨ニ合ハナイ」のであるが、その改正があるまでは、しばらく形式的にこの規定で我慢する外はないと考えていると答える。

このやり取りからは、矯正院は民法に定める懲戒場ではないこと、しかし、既に感化法が懲戒場対象者の感化院への入院を認めているので、矯正院法もそれに倣ったことが明らかになる。感化院や矯正院への入院・収容に旧法第 882 条が裁判所の許可を要するとしていることは、「一面親ニ成り代ッテ処置ヲスル」という矯正院法の精神に合わないものとして、民法の採る裁判主義に対して否定的である。ここでは、少年法の採る保護主義に発する裁判権主義への懐疑が、いわば民法に対しても向けられたことになるが、感化法第 1 次改正時の花井卓蔵による感化法への批判及びそれに

同調する司法省の意向等を考えると、この山岡の説明には首をかしげざるを得ない。また、20歳以上の収容者に対する矯正院長の権限も問題となる⁵⁴⁴⁾。

永屋がこの規定の削除の可能性を尋ねたのに対し、山岡が「民法ノ親ガ進ンデ入レタイト云フ場合ノ規定ヲ書カネバナリマセヌ」と答えているのは、もし削除してしまうと、矯正院が旧法第882条の規定により入院の許可を受けた者を収容する所であることを定める規定がなくなってしまうことになるが、そのためには民法(旧法)及び感化法を改正しなければならないと述べているのではないだろうか(ここで、山岡のいう「幼年法」が何を意味しているのかは不明であり、「少年法」の誤記の可能性がある)。

このことは、次の第4回の委員会において、山岡が矯正院法第1条〔法案第2条〕について行った説明からも示唆される。これは、感化院と矯正院との関係について議論になった場面での答弁であるが、民法及び親権との関連で重要な説明を含んでいると思われるので、関連部分を引用する⁵⁴⁵⁾。

〔略〕次に又二条の問題が起りました、是は民法の八百八十二条に依りますれば親権行使は苟も家にある限りは、二十歳を越えましても、尚ほ親権を行はれるのでありますからして、何歳に至りましても親権者に従はなければならぬ、〔判読できず〕⁵⁴⁶⁾に依て懲戒することも出来るのでございまして、そこで又此処に収容することを許す、而して感化院にも此規定がありますから、それと是とは関係はどうなるかと申しますと云ふと、それが一種の要件として、決りまして、矢張裁判所に於て不良性の強い者は矯正院に容れ、不良性の弱い者は感化院に容れる、二条に一条は籠て居るものである、斯様な事でありました、尚ほ親権は三十歳に至るも尚ほ行はれるのでありますから、三条〔2条〕に於きましては矯正院に入院する者の最高限度を、二十三歳を超えることを得ずと云ふことを此規定の中に

544) 感化院の成年在院者に対する感化院長の権限に関する本稿(2)47-48頁参照。

545) 第43議会(衆)少年法案会議録4回24頁。

546) 『大正少年法下』は、「是」を補う。

感化法と親権 (5) (許)

入れました訳でございます、それが問題になって居りましたが、〔略〕次に十二条〔11 条〕であります、是は論すれば随分問題になる規定であります、少年法の関係を司法に於て処理致しますことも、そこで感化院法の方に於ては全部の親権を停止して仕舞ふ、斯う云ふのであります、是はそれとは趣を異にして之に関係を持つのであります、親権後見の關係と云ふものは、是はそれ自身が司法省の關係に存して居る事柄であります、全く一部の制限になって居ります、何れが宜いかと云ふことも問題になりますが、両方とも先例があると云ふことでありまして、何方にも理由はあらうと思ひますが、是は成べく心を親権の範圍若くは後見の範圍に立入らぬやうに、少年法案は元々親に成り代つて、其子の利益を保護すると云ふ立場でありますから、親の權利は成べく存して置く、そこで親がやらぬ限りは少年審判官は之に立入らぬと云ふ精神であります、其精神の延長と致しまして、親権を止めて仕舞ふ必要はないと云ふ意味から、特別にやる場合に親が承諾しないと云ふ時に於ては、感化院長に於て仮會議を命じ、親権或は後見人の地位に立つてする斯様な意味で一部の行使を認めましたので、是は此案の一の重要な点に属するのであります、其他に於ては別段問題に起つて居りませぬ

前半の部分では、懲戒場対象者については、感化法に倣つて、裁判所の決定によって、不良性の強い者を矯正院に入れること、旧法では親権（懲戒権）が子の成年後にも及ぶことを述べた上で、矯正院では 23 歳までしか収容しない規定を置いたことを説明する。第 42 回議會での説明の繰り返しになるが、内容的にはより適切なものになっている。後半の部分は、やや判然としない部分もあるが、矯正院長の権限に関する第 11 条について、より詳しく説明するものである。親権・後見に関しては司法省が関係するという事柄であるが、感化法のように親権を全部停止することも、少年法のように一部を制限するということもあり得る。いずれにも理由はあるが、「親権ノ範圍若ハ後見ノ範圍ニ立入ラヌヤウニ」、少年法案は、「元々親ニ成り代ツテ、其子ノ利益ヲ保護スルト云フ立場」であるから、親の權利はなるべく残し、止める必要はなく、親が承諾しないときに限つて、親権又は

後見人の立場に立って一部を行うということにしたという（なお、「感化院長」とあるのは、「矯正院ノ長」の誤りと思われる）。

この説明には、いくつかの疑問がある。まず、感化法の規律について、親権を停止すると述べている点である。これまでは、感化法については、親は親権を喪失する（奪われる）と説明されていた⁵⁴⁷⁾。だからこそ、感化法が地方長官の処分によってこのような効果を認めることに批判があったのである。しかし、ここでは、親権は停止すると述べられている。少年法について「親権ヲ止メテ仕舞フ」必要はないというの、「停止する」必要はないという意味で述べているのであろうか。しかし、ここでの親権の停止の意味することは不明である。旧法では、親権を行うのは親権が帰属しているからであり、親権を行うことができないというのは、親権の帰属を失ったこと（喪失）を意味すると解され⁵⁴⁸⁾、これまでの感化法に関する説明でもそのように理解していたはずである。しかし、この後の審議でも、感化法における父母の親権については、「停止」と説明されていく。

また、親権をなるべく親に残し、矯正院長が親権者の立場に立ってその一部を行使する理由づけとして、「元々親ニ成リ代ッテ、其子ノ利益ヲ保護スルト云フ立場」をあげているが、これが理由づけとして十分なものかどうかは疑わしい。というのも、感化法も同じ趣旨の法律のはずだからである。

同じ第43回議会では、貴族院の委員会でもこれらの規定について議論されている。まず、第1回委員会では、法案の提出理由の説明の中で、政府委員の鈴木喜三郎は、第11条について、いわゆる不良少年を教養するという矯正院長の職務の重大性から、「此目的ノ為メニハ懲戒権ヲ有ッテ居ルシ、又一面ニハ已ムコトヲ得ザル場合デアッタナラバ、審判所ノ許可ヲ

547) 第42回議会での山岡の説明（前掲注535）参照。

548) 許『親権と監護』、特に第1章から第3章を参照。親権の「一部ノ制限」をされた親は、その部分の親権を失う（喪失、剥奪）のか、それともその行使だけを制約される（停止）なのか。なお、前掲注536）も参照。

感化法と親権 (5) (許)

受ケマシテ、親権又ハ後見ノ職務ノ一部ヲ行フコトガ出来ル」ということにし、「殊ニ急ナル場合若クハ親権者、後見者〔原文のまま〕ノ許可ヲ受クルコトノ出来ナイヤウナ場合ニ於テ、矯正院長ガ代ッテ是等ノ職務ヲ執ルコトガ出来ルト云フコトヲ許シタ次第」であると説明している⁵⁴⁹⁾。

第2回委員会では、山根武亮が20歳以上の者に対する処分、23歳までの矯正院収容を認めている点について、疑問を呈している⁵⁵⁰⁾。20歳ということは一人前ということであり、この処分を受けて23歳まで行くということは、「其人ノ身分ニ対シテソレダケノ公権ナリ人権ト云フモノヲ抑制セラレルコトニナル」のか、他の法律にも関連して影響しないかの疑問を持つというのである。

この質問に対し、山岡萬之助は、次のように答えている。長くなるが、引用する。

誠に是は本案の精神に係致します重要な御問ひでございます、十八歳までを幼年と致しますことは、是はもう以前は十六歳までは世界共通のことでありました、此頃幼年期をもう少し延ばしまして、幼年として保護するが至当であると云ふ傾向になりまして、二年程延べて十八歳と云ふことに大陸はなつて居ります、そこで十八歳までも幼年期として特別の保護処分を加へるということになります、それが唯今仰せの通り二十三までは其処分をしたならば継続することが出来る、斯う云ふことにはなりますが、それが人格の制限になるのであるか、或は保護になるのであるかと云ふことが大切の点でございます、是は段々提案理由を政府委員より申上げた通り、保護と云ふことが土台でございまして、今日の監護教育を補充する精神でありまして、言葉を別にして申しますれば、人権を補充して親に代つて行くと云ふのでございます、そこで親の親権は今日に於きましては我国では二十歳を超しましても尚ほ親権があると云ふことになって居ります、保護の最後の程度は外国に於きましては、先づ成年期と云ふことが、感化

549) 第43議会(貴)少年法案議事速記録1号2頁。

550) 第43議会(貴)少年法案議事速記録2号8-9頁。以下の引用も同所からである。

院其他の点は制度になって大体居りますので、それが此何所までも土台になると云ふことが大切な議論になりまして、二十七歳或は二十八歳まで保護して行ったが宜くはないかと云ふ説もありまして、それでは余り長いであらうと云ふ所から、二十三歳と云ふ所に落付きましてございますが、是は親権に代って行くのでございまして、親権は矢張り二十歳を越してもあるのでございます、さて親権と云ふ関係になるかと云ふことを付加して申上げて置きます、是は是れまでの感化法に於きましては、親権を全部停止して感化院長の方で見で〔原文のまま〕行くことになって居りますが、此案の精神では親の足りない所を補ふて行くといふ立場でありまして、要するに親に代りさへすれば、親のある間は一部制限にして親権は残して置くことにしてありますので、唯必要な度合に於て行政法と相俟ちまして一部の親権を行使することが出来る、斯様な次第でありまして、我国に於きましては、家にある間は親権に服従すると云ふ次第からして、二十三歳までと限りました、まあ是れ以上までと云ふ説もありましたが、實際を申上げますれば、十八歳が最後の処分でありますから、それから三年と云ふので大抵は片付くのであらうと考へます、まだ二年ありますから、それまでに片付くと思ひますので、まあ満二十二歳で終了致すことと存じ居ります

この説明に対し、山根は、年齢のことを尋ねたのではなく、この処分を受けることにより、選挙権・被選挙権のような人の人格や身分に関する資格に障害があるのかどうかを尋ねているとして、改めて質問をしたが、山岡は再び次のように答えた。

親権との関係は唯今申上げたやうに、親権を奪はないのでございまして、唯僅に必要な場合に於て矯正院長が教化を行ふ場合が、親権と関係があります、其他全体としては自由の拘束と云ふことが加はります、それは感化院、矯正院へ這入りました時であります、其他一時処分であつて訓戒をする、親に引渡す者は少年保護の管轄に属する、單純の処分を加へた時には別に何等影響もないのであります、詰り此保護すると云ふ趣旨であります⁵⁵¹⁾

感化法と親権 (5) (許)

第 44 回議會の貴族院第 1 回委員會でも、政府委員の鈴木喜三郎は、法案提案理由の説明の中で、次のように説明している⁵⁵²⁾。

それからして或る場合に於きましては此矯正院へ収容して居る間に於て、勿論親権者であるとか後見人の権利を全部停止してしまふとか、之を取上げてしまふと云ふことは、無いのでございまして、不良少年が矯正院収容中と雖も親権者若くは後見人がその行為を行ふことは出来るのでございすからして、時に依つて必要な場合に於ては、親権者若くは後見人が其代表行為を為すことが出来ないやうな場合もありますに依つて、法律は矯正院長に許すに親権若くは後見人の職務を行はしむることを許して居るのでございす、

感化法では親権を全部停止して感化院長が行うことになっているが、矯正院では、親権は奪わないこと、親や後見人の権利を全部停止するとか取り上げるということはないこと、矯正院法は、親の足りないところを補っていくもので、親のいる間は親の親権の一部を制限し、矯正院長は、一部を行使することができ、必要な場合、親権者又は後見人がその代表行為をすることができない場合に限つて、親権者又は後見人の職務に属する行為を行うことを認めたことというこれらの説明をみると、矯正院長の権限は、感化院長のそれに比べて限定的であるかのような印象をうける。この場合、矯正院長は、親や後見人の有する権限のうち、「已ムコトヲ得サル事由アル場合」に「少年審判所ノ許可」した特定の具体的な「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為ヲ為ス」ことで、その限りで、親や後見人の権限は制限され、矯正院長はそれを——法律構成は別として——行うことになるが、ここで想定される行為とはいったいどのようなものなのだろうか。矯正院

551) この説明も山根の質問の趣旨に沿うものではなかったため、この後山根が再び質問し、山岡は、「自ラ停メラレテ居リマスダケデ、人ノ値打ノ方カラ申シマスレバ、何モ制限ニハナリマセス」こと、徴兵も、矯正院に拘束される期間は延期されるだけで、「別ニ根本ハ失フトイウコトハナイ」と答えている。第 43 議會 (貴) 少年法願議事速記録 2 号 9 頁。

552) 第 44 議會 (貴) 少年法案議事速記録 1 号 2 頁。

長の権限は、本当に感化院長のそれよりも限定されているのだろうか。

矯正院長には、矯正院に収容された少年の処遇に関連して、感化院に入院した児童に関するのと同様に、監護教育懲戒等の権限が必要となるはずである。それに関連して、ここで山岡が「唯僅ニ必要ナル場合ニ於テ矯正院長が教化ヲ行フ場合ガ、親権ト関係ガアリマス、其他全体トシテハ自由ノ拘束ト云フコトガ加ハリマス」と述べたことが注目される。矯正院長が教化を行うのが「僅ニ必要ナル場合ニ於テ」なのかどうかは別としても、「全体トシテハ自由ノ拘束」があるならば、そのことに関連する規定（少年及び親権者・後見人の権利等に及ぼす影響も含めて）が置かれて然るべきではないだろうか。しかし、矯正院法第10条の規定は懲戒権を、第11条の規定は限られた場合の各個の行為についての権限を認めるものであって（「唯僅ニ必要ナル場合」とはこれを指しているのだろうか。）、矯正院における処遇において必要となるような権限を一般的に定めたものとは解し難い。

これに関連して、第45回議会の衆議院の委員会では、本条に関する詳細な説明がされている。長くなるが、引用する⁵⁵³⁾。

○荒川委員 第十一条——矯正院長は已むことを得ざる事情ある場合には、親権後見人の職務を行ふとありますが、已むを得ざる場合とは、其少年の養子縁組を為すという場合の如きを指すので、此場合には更に実際の保護者には関係なく、其職務行為を執られると云ふのでありませうか

○宮城政府委員 此点は現行感化法と余程趣を異にして居るのであります、現行感化法に依りますと、感化院長は在院者及仮退院者に対し、親権後見人権の一切を行使し、在院者の父母又は後見人は在院者及仮退院者に対して、親権又は後見人権を行ふことが出来ないと云ふことになって居るのであります、所が本法はそれと違ひまして、どうしても父母後見人が其権限を行使することの得ない状態に在る場合に於て、矯正院長が親権後見人の権限を行ふことに致すと云ふ意味になって居るのであります、単に

553) 第45議会（衆）少年法案会議録3回5-6頁。

感化法と親権 (5) (許)

養子縁組を為すとか云ふ場合のみに限りまぬせぬ、其者の持つて居る財産権を処分する場合に、親権者後見人が其権限を行使することが出来ない、さう云ふ場合に已むを得ず矯正院長は、親権後見人の権限を行使せよと云ふ、斯う云ふ規定もあります

○荒川委員 感化院長よりは、矯正院長が強き地位に立つて居るものと思ひます、然るに本案は感化院長の権限よりは狭くしてある、其可否を論ずるではありませんが、既に感化院規則の如くする必要を認めぬとして本条の規定された以上は、それに応じて感化院の規則も相当改正の方向を執らるべきものと思ひます、然るに矯正院法には斯く定めて、感化院に関する規定に付ては、更に手を入る、処置を執られぬのでありますか

○山岡政府委員 此親権の問題に付ては是は実は人の親権を喪失せしむるや否と云ふことは、実に重大なる事でありまして、輒すく論すべき事柄ではない、我国では民法制定以来親権法と云ふものが出て参りましたが、まだ国民一般の者がどうも極めて親権を軽んずる、自分の子に対して完全なる親権があるに拘らず、之を完全に行使せぬのみならず、其責を負はないと云ふことのあるのは甚だ遺憾である、親権と云ふものは実に親族法の根本でなければならぬ然るにそれがそれ程の意味を持つて居らぬ、外国に於きましては、感化院として親権の全部を剝奪し居る所と居らない所とあります、居る所では非常な手続をして剝奪をすることになって居ります、感化制度に於きましても色々になって居ります、英国の如きは親権に停止して居らぬ、我国で矯正院法を制定するに當ては、英国の制度に倣ひまして、親権を或る部分だけ制限すると云ふことに止めた、親権を強く取ったらどうかと云ふ御説も一面の見方であります、併し今日未成年監獄の方は、親権については何等の権限は無いのであります、さう云ふ次第でありますから、親権を持たなければならぬと云ふものではないのであります、教化の主義を基礎として、本人を教化するに必要なだけの親権を行使しなければならぬと云ふ、其教化をするに付き必要なだけ行使するのでありまして、是が最も適當であると思ふ、随て感化法を如何にするかと云ふ御質問になられること、と思ひますが、感化法は固より政府として申せば、政府のものに違いないのであります、所管が、内務省に属して居りますので、在

来親権を全部行使する事になって居る、感化法の一部修正を致すことになって居ります、内務省に於て段々と修正案を作つて居るのであります、併し是は如何になりますか、今日明言する訳には参りませぬ

まず、宮城長五郎は、矯正院長の行う行為について、荒川の質問にもあつた養子縁組をあげるほか、少年の財産権の処分もあげているが、おそらく荒川は、『矯正院法案理由書』の説明を参照したのであろう。また、矯正院長の権限が感化院長のそれよりも狭くなっているという荒川を理解を宮城は否定せず、英国の制度に倣つて、親権の一部制限にとどめたことを述べた上で、矯正院法は、「教化ノ主義ヲ基礎トシテ、本人ヲ教化スルニ必要ナダケノ親権ヲ行使シナケレバナラスト云フ、其教化ヲスルニ付キ必要ナダケ行使スル」のであるという。しかし、「本人ヲ教化スルニ必要ナダケノ親権」が具体的にどのような権限なのかについては明確には示していない。そして、矯正院法に合わせて感化法の改正も意図されていることを説明する。

矯正院は、「性状特ニ不良ナル」(第42回帝国議会から第44回帝国議会までに提出された少年法案第1条)犯罪少年及び虞犯少年を収容するところである。矯正院では、「在院者ニハ其ノ性格ヲ矯正スル為厳格ナル規律ノ下ニ教養ヲ施シ其ノ生活ニ必要ナル実業ヲ練習セシム」(矯正院法9条)。矯正院では、次項で検討するように、逃走防止の設備を設けるなど、感化院よりも「厳格ナル規律」の下に処遇を行うので、少年の自由の拘束の度合いも大きい。また、不良性が強いということは、それだけ親が適切にその権利を行使しなかった結果であり、したがって、そのような親に代つて国家が少年を保護し、教育する必要は大きいはずである。「感化院長ヨリハ、矯正院長ガ強キ地位ニ立ッテ居ルモノト思ヒマス」と荒川が述べたのは、このことを指しているのであろう。いくら父母の親権は奪わないといつても、矯正院に収容された子に対して親が権限を行使することは不可能であり、だからこそ矯正院長は、「親ニ成リ代ッテ処置ヲスル」、「親ノ足りナ

感化法と親権 (5) (許)

イ所ヲ補フテ行ク」ために、少年の収容処遇に必要な「教化ニ関スル親権」及び「自由ノ拘束」に関する権限、「教化ノ主義ヲ基礎トシテ、本人ヲ教化スルニ必要ナダケノ親権ヲ行使シナケレバナラス」のである。

では、矯正院法第 11 条は、このような教化に関する親権の行使を矯正院長に認めた規定なのだろうか。同条にいう「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為」の例としてあげられた徒弟契約等の代表行為や財産権の処分は、いずれも財産管理に関するもので、矯正院での処遇（教化、自由の拘束）に直接関連するものとはいえず、その意味で矯正院長に認められるべき教化の権限には含まれていないと解すべきであろう。ただ、矯正院長には、財産管理に関する権限も必要になることがあり⁵⁵⁴⁾、そのために置かれた規定と解することはできる⁵⁵⁵⁾。もしそうだとすると、矯正院法が親や後見人の権利を制限せず、ただ、必要な場合に限ってその職務に属する行為を行うことだけを認めたものという司法省の説明には疑問がわく。

では、矯正院長の教化に関連する権限は、矯正院法ではどのように規定されていると考えるべきなのだろうか。

まず、この理解によれば、教化に関連する権限を矯正院長が行うこと、その限りで父母・後見人のもつそれらの権限が制限されることについては、矯正院法には明文の規定がないことになる。感化法でさえ父母・後見人の親権・後見の行使を認めず、感化院長に親権の行使を認めていることを考えると、感化院よりも強い拘束を収容者に加え得る矯正院について矯正院法が同様の規定を置くことは十分に考え得るところであり、そのような規定を欠くことの方が問題は大きい。しかも、矯正院は、感化院と同様に「親ニ成り代ッテ処置ヲスル」とされる施設である。

なぜ矯正院法にはその旨の規定がないのだろうか。まず考えられるのは、

554) 徒弟契約の締結は、矯正教育の結果、少年の自立や社会復帰が可能になったことを意味する。

555) 感化法 8 条 2 項が、懲治処分対象者及び懲戒場対象者について、感化院長による財産管理の権限を認めなかったことが想起される。本稿 (2) 32 頁以下、特に 36 頁以下参照。

保護処分が、行政庁とされる少年審判所により、司法手続としての実体を伴わない手続において言い渡されることである。感化法第1次改正の際の花井の批判にもあったように、親権の喪失や制限は、裁判上の手続によらなければならないはずのものであるが、少年法による保護処分がその要請を充たしているとはいい難く、矯正院送致という少年審判所の保護処分によって親の権利が制限されることを法文に規定することはかなり困難である。親の権利を制限する規定が置けない以上、矯正院長による親権の行使を正面から認める規定を置くことも難しい。そのため、法文に書くことができたのは、親の権利には「感化矯正ダケニ就テ、制限ガアル」ので、「已ムコトヲ得ザル事由アル場合」に限って、「少年審判所ノ許可ヲ受ケ」て、「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為」を行うことが認められるということだけだったのではないだろうか。

それに対し、保護処分の一つとしての矯正院送致は少年に不利益をもたらすものではなく、少年法の定める手続を経ているので、手続上の保障として十分であるという解釈も成り立つ。この解釈によると、矯正院長の権限(父母・後見人)の権限について(感化法8条のような)一般的な規定を置くこと、矯正院長に「教化ニ関スル親権」及び「自由ノ拘束」に関する権限を認める規定を置くことは可能であろう。にも拘らず、その旨の規定は置かれなかった。これをどのように説明したらよいのだろうか。

まず考えられるのは、少年法の採る保護主義である。「保護ト云フコトガ土台デゴザイマシテ、今日ノ監護教育ヲ補充スル精神デアリマシテ〔略〕人権ヲ補充シテ親ニ代ッテ行ク」という少年保護の建前からすれば、適切に親権を行わない親に代って国家が親権を行うのは当然であり、矯正院長が少年に対して親権を行うことも当然と考えることもできる⁵⁵⁶⁾。しかし、感化法の採る行政権主義の問題性や各国の法制が裁判主義を採っていることから、少年法や矯正院法にそのような規定を置くことはさすがにできな

556) 感化院長が在院者に対する親権を行い、父母が親権を失うことについて、感化教育の建前から正当化されていることが想起される。本稿(2)27頁以下参照。

感化法と親権 (5) (許)

かったのではないだろうか。また、矯正院収容者の年齢は比較的高い（と想定される）ことも考慮された可能性がある⁵⁵⁷⁾。

これに関連して注目されるのは、矯正院法第9条の規定である。本条は、矯正院における処遇について規定したものであるが、その規定の仕方には英国1908年児童法との類似性がみられる。前述したように、同法は、認証学校の管理者が若年犯罪者・児童を引き受けた場合には、教育・訓練・衣食住の提供を引き受けたものとみなすが(52条)、そこには親のもつ親の諸権利への言及はない。また、管理者が徒弟等の手配をした場合には、親がしたのと同様に有効であることも規定するが(70条)、管理者に、それに関連する親の諸権利を認める旨の規定はない。しかし、管理者がこれらの権限を行使すれば、親は、実質的にはそれらの権限を行うことができなくなる⁵⁵⁸⁾。

矯正院を在院者の「性格ヲ矯正スル」ために「教養ヲ為シ其生活ニ必要ナル実業ヲ練習」させるところと規定する矯正院法第9条も、少年の父母や矯正院長の権限に触れるところがない。しかし、矯正院に収容した少年に教養・実業訓練を行うためには、そのために必要な権限が矯正院長になければならない。また、矯正院に収容された少年は、矯正院内で衣食住の提供を受けることになるが、それはあくまでも「厳格ナ規律ノ下ニ」あり、「自由ノ拘束」を受けることになる⁵⁵⁹⁾。少年の親は、子に対する親権を適切に行っていなかったとはいえ、親権を剥奪されたわけではないが、子が矯正院に収容されれば、矯正院での処遇(矯正教育)のために、親権の行使を制限される。矯正院法第9条は、矯正院での処遇について定めながら、

557) 子が成長するにつれ、親の行使する親権のうち、とりわけ監護教育に属する権限は、次第にその範囲を縮小し、謙抑的になっていくのが普通である。成年に近づいていく未成年者にとっては、成人と同じように、自由の拘束に伴う権利制限のほうが意味が大きいのではないだろうか。

558) 本稿(3)43頁以下、感化法と対比した53頁以下参照。

559) ちなみに、感化院は、在院者に「独立自営ニ必要ナル教育ヲ施シ実業ヲ練習セシメ女子ニ在テ家事裁縫等ヲ修習セシム」ところである(感化法施行規則5条)。

その処遇のために必要となる矯正院長の権限について規定したものとみることもできるのではないだろうか。

第9条の意義をこのように解すると、第11条は、教化と関連しない権限である財産管理権について定めたものと解し得る。少年が矯正院に収容されても、親や後見人はその財産管理権を制限されないので、徒弟契約の締結や財産権の処分等の行為を行うことができるが、必要なときにそれを行わないときには、矯正院長が「親権者又ハ後見人ノ職務ニ属スル行為」として、少年審判所の許可を得て行うことができる。第44回議会の貴族院での鈴木の説明は、このことを述べていたのであろう。

そして、第11条の規定によっても、矯正院法の他の規定によっても、矯正院長が養子縁組に関する権限を認められることはない。矯正院長が親に成り代わるのはあくまでも「教化ニ関スル親権」及び「自由ノ拘束」に関してであり、その権限も「教養ヲ為シ其生活ニ必要ナル実業ヲ練習」させることに限られるので、子の身分関係(法的親子関係)に関わるような権限は含まれない。例えば、矯正院に在院中又は仮退院中の少年について養子縁組をすることが必要になった場合でも、それに承諾等を与えるのは家に在る父母又は後見人であり、矯正院長には、矯正院長としてそれに関与する権限はない。たとえ少年にとって利益になると考えられるような養子縁組に父母等が承諾等を与えない場合であっても、矯正院長は、それを覆して縁組に承諾等を与えることはできない(逆に、少年に不利益となるような養子縁組に父母等が承諾等を与える場合にも、矯正院長は干渉することはできない)。そう解しないと、「我国に於ける特別の家族関係特に親子主従の情誼」(谷田三郎)⁵⁶⁰⁾を軽視することになってしまうのではないだろうか。

懲戒に関する第10条の規定を設けたのは、「厳格ナル規律」の下での矯正院での処遇における懲戒の重要性に鑑みて、矯正院長の懲戒権に明文の

560) 前掲注476) 参照。

感化法と親権 (5) (許)

根拠を与えるとともに、その行使に一定の枠をはめることも目的としたのかもしれない。この点も含め、感化院との関係に関連して、次項で改めて検討する。

(未完)