

## 戦前期における附添人論(1) : 「少年保護」における公平さと社会性

武内, 謙治  
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/20236>

---

出版情報 : 法政研究. 78 (2), pp.134-85, 2011-10-07. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 戦前期における附添人論 (1) ——「少年保護」における公正さと社会性——

武内 謙治

## I はじめに

- 1 問題状況
- 2 附添人をめぐる議論の時代区分
- 3 検討の対象と方法

## II 旧少年法制定過程における附添人論

- 1 「辯護人」規定と「輔佐人」規定
- 2 「附添人」規定をめぐる議論
- 3 帝国議会における「附添人」規定をめぐる議論
- 4 小括

(以上本号)

## III 旧少年法下の附添人論

## IV 考察

## V むすびにかえて

## I はじめに

### 1 問題状況

日本弁護士連合会が、2007年11月の第50回人権擁護大会において「全面的な国選付添人制度の実現を求める決議」を行い、2009年12月には「全面的国選付添人制度に関する当面の立法提言」を公表しているように、現在、国選付添人制度<sup>(1)</sup>の拡充が

<sup>(1)</sup> 2000年の「少年法等の一部を改正する法律」(平成12年12月6日号外法律第142号)により「附添人」の語は「付添人」に改められている。本稿では、法律上の表記にしたがい、2000年改正以前の制度については「附添人」、その改正後の制度については「付添人」の語を用いる。

少年司法をめぐる重大な政策課題となっている。

戦後、国選附添人制度の実現は、少年法改正論議が起こるたびに重要な課題とされてきた。にもかかわらず、それが初めて実現をみたのは、2000年の少年法改正においてであった。しかし、その制度の対象となる事件の範囲は、検察官の審判関与や抗告受理申立て制度と強く関連づけられており、極めて限定的なものである（現行少年法22条の3第1項、32条の5第1項）。2007年改正により観護措置に着目する形で（同22条の2第2項、32条の4第2項）、2008年改正では被害者等の審判傍聴に関連づけて（同22条の5第2項）、その対象範囲の拡大が図られている。確かに、この対象範囲の拡大がもつ理論的な意味は決して小さくない。しかし、現在の制度設計で十分であるわけでは決してない（武内 2006；武内 2008；武内 2009）。

1960年代初頭の時期まで自覚的に言及されていたように（少年係裁判官会同（昭34・11）1960：40-41；少年係裁判官会同（昭35）1961：73-74）、旧少年法には国選附添人制度が存在していた。しかし、それへの言及とともに必要性が指摘されていた、制定趣旨や旧少年法の制度運用における位置づけの解明は、戦後の少年法の研究史において重要課題のひとつであり続けているにもかかわらず、この間十分になされえたとはいいがたい。

他方、実際上国選付添人制度をめぐる議論の基盤に据えられている弁護士付添人の役割をめぐるのは、依然として、家庭裁判所の協力者論（二面性論）、弁護人的役割論、そしてパートナーシップ論の激しい対立が見られる。現在の時点において国選付添人制度のあり方に関する議論は、弁護士付添人の役割に関する議論と一応の区別をすることが理論上可能であり、またそうすることが有益である（武内 2008：202-199[F53-56]）。しかし、当然のことながら、このことは、これまでの歴史の中でふたつの議論が密接に関連しあいながら展開してきたことを否定するものではなく、また、弁護士付添人の役割論がそれ自体として理論上の重要な検討課題であることを否定するものでもない。むしろ、弁護士付添人の役割が、どのような背景の前、どのような脈絡の中で議論されてきたのか、少年司法における国選付添人制度をめぐる議論との関連をも含めて、その歴史的な意味合いを確認しておく必要性は高い。

## 2 附添人をめぐる議論の時代区分

附添人の制度や役割をめぐる議論の歴史的な展開は、少年法をめぐる立法動向に相応して、旧少年法下の戦前期、現行少年法の施行から少年法改正論議が起こるまでの戦後第一期、少年法改正構想に端を発する少年法改正論議期と重なる戦後第二期、少年法改正論議後1990年代初頭までの戦後第三期、1990年代半ばからの新しい少年法改正論議を視野に入れた戦後第四期に区分することができる。附添人の役割論に焦点を当てれば、家庭裁判所の協力者論（二面性論）は、戦後第一期に、弁護人的役割論とパートナーシップ論は、それぞれ戦後第二期と第三期に出現している。

戦後期において、附添人の役割論が特に国選附添人制度をめぐる立法論議との関連において有している意味は一貫しているわけではない。殊に家庭裁判所の協力者論（二面性論）が歴史的文脈において有している意味は一樣ではなく、国選附添人制度創設・拡充の主張と親和性をもつ形からむしろそれを抑制する形態へと変化してきているといえる。<sup>(2)</sup>

翻って、戦前期においては、附添人の役割をめぐる議論が自覚的かつ対立的に展開されていたわけではない。しかし、自覚的な議論がなかったこと自体が、戦前期における少年司法制度や少年保護のあり方を反映しており、自覚的な議論としては戦後第一期に出現した家庭裁判所の協力者論（二面性論）の伏線をなしていると考えられる。戦後期における議論の前提を確認する意味においても、「少年保護」のあり方と関連づけて戦前期における附添人をめぐる議論の展開を分析しておく必要性は高い。

## 3 検討の対象と方法

本稿は、以上に述べた問題関心の下で、戦前期における附添人規定の変遷とそれをめぐる議論を分析することを目的とする。

旧少年法の制定過程全般に関しては、すでに守屋克彦と森田明による詳細な歴史分析が存在している（守屋 1977；森田明 2005）。また、旧少年法の制定過程における附添人規定の変遷を分析した研究もすでに存在している（服部寛子 2005）。本稿

<sup>(2)</sup> 戦後期における附添人の役割と国選附添人制度をめぐる議論の展開については、別稿において分析を行いたい。

は、用いる資料の所在についてこれらの先行研究に多くを負っており、旧少年法制定過程における議論の分析を行うにあたって『日本立法資料全集18 大正少年法（上）（下）』所収の資料を中心的に用いる。しかし、本稿は、特に旧少年法制定過程初期の分析にあたり、これまで研究の蓄積のある在朝法曹の議論に、在野法曹でありながら旧少年法の起草作業に関与した花井卓蔵の議論を——なかんずく少年司法制度の民主的・社会的基盤に関する議論に焦点を当てて——重ね合わせて、評価を与えたいと考えている。また、旧少年法施行後の法運用と附添人規定の理解については、これまで検討の対象とされてこなかった実際に法運用にあたった少年審判官たちの論稿を取り上げ、分析を行うことにしたい。

検討の方法としては、旧少年法の制定過程や制度運用における福祉的側面と司法的側面——とりわけ手続や処分賦課の公正さの担保方法——の両面にわたる議論を把握し、それとのかかわりで附添人にどのような位置づけが与えられていたのかを明らかにしたい。

本稿の結論を先に簡潔に述べておけば、旧少年法において担い手を弁護士のみに限定しない少年審判所の職権による国選附添人制度が創設された直接的な理由は明らかではない。しかし、関連する規定の変遷や附添人に期待された役割を勘案すれば、少年審判官が適正な処分賦課を行うための資料の提供や意見の陳述という保護者に対するものと同様の役割に対する期待が旧少年法の国選附添人制度には強く投影されていたと考えられる。旧少年法が運用に移された後も、附添人制度には十分な注意が向けられていたとはいえない。これまでの一般的な理解とは異なり、実際に少年法の運用にあたった少年審判官の中には、保護処分の不利益性を全面的に否定せず、事実認定の問題や自由権的権利保障、手続や処分の公正さに注意を払った見解を示す者も存在する。しかし、それでもなおこの角度から附添人制度がとらえられることは稀であったといえる。少年司法制度創設時においてその社会的基盤は必ずしも堅固なものではなかった上、刑罰に代わるものとしての保護処分の賦課そのものと保護環境整備が重要課題であったこともあり、福祉と司法の両側面において少年審判所を中心とする閉じられた制度運営の色彩が強かったことも、その背景事情のひとつをなすと考えられる。

## II 旧少年法制定過程における附添人論

### 1 「辯護人」規定と「輔佐人」規定

#### (1) 「辯護人」規定の登場——「幼年法立案ノ諸問題」と「未成年者ノ懲治及び保護ニ関スル法律案」

よく知られているように、付添人に関する現行少年法10条は、旧少年法(1922(大11)年4月15日公布(法律第42号)、翌年1月1日施行)42条を継承したものである<sup>(3)</sup>。旧少年法42条は、次のような3つの項からなる規定であった。

少年審判所審判ヲ開始スル場合ニ於テ必要アルトキハ本人ノ為附添人ヲ附スルコトヲ得  
本人、保護者又ハ保護団体ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ附添人ヲ選任スルコトヲ得  
附添人ハ弁護士、保護事業ニ従事スル者又ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツヘ  
シ

第1項は、審判開始時に少年審判所が職権により附添人を付するという、いわゆる裁量的国選附添人制度を定めるものであった。この旧少年法42条の立法趣旨はどこにあったのであろうか。

旧少年法42条へと結びつく規定が、立法作業における最初期の段階から存在していたことはすでに知られている(服部寛子 2005)。すなわち、1913(大2)年12月に、刑事訴訟法改正主査委員会の特別部会として組織された「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」に提出された「幼年法立案ノ諸問題」は、「幼年法」の立案にあたって問題となる事項として、手続のみならず処分や執行に関する規定も包含すべきか、感化法との調和をどうすべきか、強制教育以外の処分を懲治処分として認めるべきか、懲治・刑事事件を取り扱う機関はどこにすべきか、未決勾留をどのように扱うべきか、審判の公開をどうすべきかといった諸問題とならんで、「辯護人輔佐人ノ干與ヲ如何ニスヘキカ」を挙げていた(立法資料全集(上)1993:313)。これと同時に提出された「未成年者ノ懲治及保護ニ関スル法律案」も、10条に次のような規定

<sup>(3)</sup> 柏木 1949に付された「少年法條文對照表」は現行法10条と旧少年法42条の関係を「對應はしているが内容の変更されているもの」として説明している。

を置いている（立法資料全集（上）1993：315）<sup>(4)</sup>。

未成年者ニ對スル事件ニ付キ本人又ハ前條第一項ニ掲ケタル者辯護人ヲ選任セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ辯護人ヲ付スコトヲ要ス〔原改行〕但シ其事件簡明ナルトキ又ハ輕微ナルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キ辯護人ヲ付セサルコトヲ得

この規定に前置された9条は、「裁判所ハ成ル可ク未成年者ノ父母其他監護義務アル者、現ニ監護ヲ爲シ又ハ之ヲ爲シタル者、親族、教師ヲ審訊ス可シ」（1項）、「前項ニ掲ケタル未成年者ノ利益ノ爲メ事實ノ申立ヲ爲スコトヲ得」（2項）と定めていたから、10条において弁護人を選任しうる者は、少年本人やその父母、他に監護義務のある者、現に監護を行っている者、親族、教師と広範囲に渡っていたことになる。そしてまた、この条項は、但書において簡明又は輕微な事件を例外として予定していたとはいえ、弁護人選任が行われていない場合には裁判所が職権によりこれを付するという、国選弁護制度を構想していたことになる。

「幼年法立案ノ諸問題」と「未成年者ノ懲治及保護ニ関スル法律案」という2つの法案の登場以前に、年少者に対する国選弁護規定を設けた経験が、日本になかったわけではない。1890(明23)年に制定された刑事訴訟法(明治刑事訴訟法)は1899(明32)年3月22日の「刑事訴訟法中改正法律」により179条ノ2の規定を新設している。そこでは、「左ノ場合ニ於テ被告人自ラ弁護人ヲ選任セサルトキハ裁判所ハ檢事ノ申立ニ因リ職權ヲ以テ弁護人ヲ付スコトヲ得」として、「被告人十五歳未満ナルトキ」もその場合のひとつとして挙げられ、職権による国選弁護制度の対象に含められていた。<sup>(5)</sup>「未成年者ノ懲治及保護ニ関スル法律案」は、内容面でいえば、国選の必要

<sup>(4)</sup> 「幼年法立案ノ諸問題」には「山岡万之助提出」との朱書きが確認できること、「未成年者ノ懲治及保護ニ関スル法律案」は小山温の名で提出されたものの実際には泉二新熊作成とみられることについては、森田明 2005：119；岩村ほか 1936：16-17〔泉二発言〕。

<sup>(5)</sup> この規定は、当初の議会提出案には含まれておらず、貴族院の特別委員修正案として入ったものである（第十三回帝国議會貴族院議事速記録第三十號（1899（明32）年2月22日）435頁）。この規定の新設には、予審問題が最大の焦点となる中で、対外的に「最も文明的」と考えられる規定の存在を示すこともその狙いとして反映していたといえる（第十三回帝国議會貴族院議事速記録第三十號（1899（明32）年3月4日）632頁）。明治刑事訴訟法の1899年改正については、小田中 1976：154-172を参照。なお、旧少年法の制定作業において重要な役割を果たした谷田三郎は、この「十五歳未満の被告人には官選辯護人を附すること」を旧少年法制定以前の「犯罪處罰の上では少年成年の區別を認めて居ない」状態下での「誠に些々たる」例外として挙げている（谷田 1920a：44；谷田 1920b：12）。

的弁護制度を構想した点で、明治刑事訴訟法よりもさらに踏み込んだ側面をもって  
いたといえる。

## (2) 「辯護人」規定から「輔佐人」規定への変遷——花井卓蔵の見解を基軸として

### (a) 第一次成案における「輔佐人」規定

しかし、1914(大3)年3月1日の「少年法案」(第一次成案)において採用されたのは「幼年法立案ノ諸問題」に表記が見られた「輔佐人」規定であった。そこで「辯護士」は「輔佐人」として手続に関与するものとして位置づけられた。第一次成案の41条は、次のような3つの項から成るものであった(立法資料全集(上)1993:341)。

審判開始ノ決定アリタルトキハ本人ハ輔佐人ヲ用フルコトヲ得  
保護者及ヒ保護團體ハ本人ノ利益ノ爲メ輔佐人ヲ付スルコトヲ得  
輔佐人ハ辯護士、少年ノ保護事業ニ従事スル者其他少年審判官ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ  
充ツ可シ

第一次成案は、犯罪少年に対して、審判官を兼任する判事が「刑ノ言渡ニ代へ」て特別処分を裁判所で行うこと(5条・59条)を予定する一方で、触法事件と真犯事件に関して、司法機関ではなく準司法的な性格をもつにとどまる行政機関が管轄権をもつこと(18条・20条・27条)を構想していた点に特徴をもつ(森田明 2005:123)。この制度体系の中で、「輔佐人」規定は真犯・触法少年事件を管轄する少年審判所における手続で適用されるとともに(41条)、犯罪少年事件を管轄する刑事裁判所における公判手続でも準用されることが予定された(68条)。

第一次成案41条の1項では、「輔佐人」の選任が問題となるのは「審判開始ノ決定アリタルトキ」であることが明らかとされている。しかし、それと同時に、少なくとも一読の上では国選付添人制度をとっていると理解することが難しい規定ぶりにとられたことになる。

なぜ、第一次成案において「輔佐人」規定が出現するに至ったのか。第一次成案に先だって1912(明45)年2月9日から1914(大3)年3月1日にかけて4回に渡っ



て開催された「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における議論からは、「裁判」機構ではなく「審判」機関が事件を扱うという構想と、少年事件の処理にも弁護士との関与を求める主張の双方を取り込む形で、「輔佐人」規定が現れたことが窺われる。すなわち、「幼年法立案ノ諸問題」と「未成年者ノ懲治及保護ニ関スル法律案」という2つの法案を土台とした議論が行われ、第一次成案にも影響を与えたと考えられるこの特別委員会では、「裁判説」に立つのか「非裁判説」に拠るのかという審判機関の性格・構成が争点となっており、最終的には「非裁判説」によるべきことが決定されている。その一方で、この議論の過程において、すでに感化法改正論議において裁判権主義の支持を表明していた花井卓蔵が「強制辯護」制度を導入すべきことを主張している。「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」の場では、花井を除いて「強制辯護ヲ必ス附スルコト」を求める積極的な議論は見当たらない。かといって、審判機関の性格を「裁判ト見サル」ことが決定されたにもかかわらず、これを徹底して弁護士が手続にかかわる制度を否定する議論が見られるわけでもない。

確かにこの2つの議論は、一見相容れないかのようにみえる。しかし、次の事柄を考慮すれば、「非裁判説」に拠ることを前提とする審判機関において、「辯護人」規定をそのままの形で継承せず、かといって「辯護士」を排除するわけではない「輔佐人」規定を置くことは可能であったといえる。すなわち、①「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」では、小山温の主張により少年審判機関の性格として「非裁判説」を採用することが決定されているが、それは「委員制度」を伴うものであった。特定の地域住民の参加を前提とするこの「委員制度」の採用は、在朝の起草者たちにおいては主として刑事政策上の理由から根拠づけられたものであったが、在野法曹の立場から刑事訴訟手続における陪審制度の導入を積極的に支持した花井においても司法への民衆参加の脈絡でとらえられうるものであった。②感化法改正論議において裁判権主義を支持し、「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」において「強制辯護」制度の導入を主張した花井も、少年事件への教育的対応についてむしろ積極的な態度をとっていた。当時の職業裁判官に対し花井が有していた厳しい視線とも相まって、「委員制度」は教育的な脈絡においても花井の立場から支持しえたものであり、その前では花井自身による「強制辯護」規定導入論も相対化させられえた。③谷田三郎や泉二新熊といった在朝の有力な起草者たちは、少年「裁判所」ではな

く少年「審判所」という機構をとった理由を「裁判所」に対する一般人の眼差しに求めた。独立した少年審判機関を設けることが必要であることと、少なくとも従前の「裁判所」のあり方が少年事件についてはふさわしくないという点では、花井も結論を同じくした。こうした諸事情の上で、「委員制度」を結節点として、「辯護人」規定は「輔佐人」規定に包摂されえたと考えられる。以下、このことを具体的にみることにする。

#### (b) 「委員制度」の構想と「輔佐人」制度

「裁判権主義」と「行政権主義」の対立は、すでに1908(明41)年2月に内務省が第24回帝国議会に提出した「感化法中改正法律案」をめぐるみられる(森田明2005:106-111)。「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における審判機関の性格・構成に関する対立もこれと同質のものといえるが、最終的には、小山温が主張した「非裁判説」を前提とする「委員制度」の採用が決定されている。すなわち1913(大2)年12月28日に開催された第3回の会合において、「刑ヨリ離レテ特別處分ト爲シ又場合ニ依リ刑ヲモ科スルヲ可トスル故單獨判事ニテ可ナラン」という鈴木喜三郎の意見や「犯罪ヲ認ムル以上ハ其機關ハ裁判官トシタシ」という豊島直通的主張に対し、小山は「區裁判所ニテ取扱フコト、シ判事一人ト他ニ市町村長教員僧侶、徳望家等ヨリ二人ヲ選出シ都合三人ニテ組織シタシ」と主張し、その理由となるところを次のように説いたのであった。「犯罪豫防ニ付テハ人民ニ其觀念薄シ仍テ往昔ノ五人組制度ノ如キモノヲ設ケテ此觀念ヲ涵養スルノ必要アリ〔、〕從テ未タ刑罰トシテ裁判スルニ非サルモノハ裁判ノ形式ニ依ラサルヲ可トス」(立法資料全集(上)1993:327-328)。<sup>(6)</sup>

この「裁判ト見サル」委員制度の構想は、最終的には1918(大7)年9月27日の案で姿を消すに至るものの、第一次成案とそれに連なる同年12月18日の案における参与員制度へとつながっている。小山が「區裁判所」や「犯罪豫防」の語をもち出

<sup>(6)</sup> 「要ハ自治的ニ犯罪豫防ヲ考ヘシムルニ在リ、「裁判ト見サル」考えに対しては、鈴木や豊島のような正面からの批判のほか、この時点では、谷田三郎が示したような「委員制度ハ至極可ナルモ實際上日本ニ於テハ果シテ眞面目ニ行ハル、ヤ否ハ疑問ナリ」との疑問も示されていた。この「委員制度」の人的構成は、1919(大8)年12月に内務省が作成した「児童保護委員法案」と近似するものをもっていたものの(立法資料全集(上)1993:498)、その目的はあくまで犯罪予防という刑事政策目的に据えられていた。

して説明していることから窺われるように、この構想は比較的狭い地域管轄を前提としており、なおかつ刑事政策的な考慮に裏づけられたものであった。この「委員制度」は、刑事裁判所とは独立して少年事件を取り扱う機関の必要性を説く際に刑事政策上の意味を強調した在朝の起案者たちの見解と折り合いがつくものであったといえる。例えば、旧少年法施行直後の時期においてはであるが、谷田三郎は、新派刑法学の登場にみられるような刑事政策の潮流の変化を説き、「第一、犯罪は社會自體に於ける内疾患なりとの見解と、第二、犯罪に對する社會の罪の認識と、第三、犯罪人に對する療養救治の思想との三者が新犯罪觀に於ける特徴」であり、「少年犯罪茲に不良少年の觀察に至りては、前に挙げた三個の特色が最も濃厚に且つ最も鮮明に現はれて居る」との認識を示した上で、「刑罰に因る懲戒は一時的姑息の策に過ぎないから、眞に犯罪防遏の目的を達するには保護教養の法を採らねばならぬ」と述べている（谷田 1921a：10、16）。「少年裁判所の設けなき國は文明國の仲間外れのやうに見做される勢になつて」いるという認識（谷田 1920c：33；谷田 1921d：84）があったにせよ、その核心は「今日のように少年犯罪者が多くなって來ると、少年にのみ適用する少年刑法、少年のみを裁判する少年裁判所と、言ふものが出來ねば、少年犯罪者を善導することが出來ない」（谷田 1919：150）という考えにあったといえる<sup>(9)</sup>。早い時期から「少年者ニ對スル刑罰ハ後見的ナル懲治刑 (Zuchtstrafe)

(7) 第一次成案は「少年審判所ニ參與、少年保護司及ヒ書記ヲ置ク」(22条1項)、「參與ハ審判ニ付キ意見ヲ陳述ス」(同2項)、「參與ハ少年審判官ノ申立ニ因リ各年度ノ始ニ於テ司法大臣之ヲ命ス」(23条1項)、「少年審判官ハ參與名簿ヲ作り參與ヲ命セラレタル者ノ氏名ヲ登録可シ」(同2項)との規定を置いていた。また、1918(大3)年12月18日の少年法案には、「審判ヲ開始スル場合ニ於テハ參與名簿ニ登録セラレタル者ノ中ヨリ二人ノ參與ヲ指定ス可シ」(35条1項)、「參與ノ選任、待遇及參與名簿ノ作成ニ關スル規程ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」(同2項)、「參與、少年保護司及輔佐人ハ審判期日ニ於テ意見ヲ陳述スルコトヲ得」(39条)、「少年審判所取調ヲ終リタルトキハ參與ノ意見ヲ聽キタル後以下八條ノ規定ニ從ヒ審判手續ヲ終決ス可シ」(42条)との規定が置かれていた(立法資料全集(上)1993:339、423)。

(8) この主張がなされた1913(大2)年には、司法官の大規模な異同を伴った、区裁判所の権限を拡張する方向での裁判所の機構改革が行われるとともに、前年には312を数えた区裁判所のうち事件数の少ない128ヶ所が廃止されている(前山 1996:30-31)。この制度改革との関連は不明であるが、起草者たちが、地理的にみて比較的狭い管轄を念頭に置いて少年審判所を構想したことは確かである。泉二新熊も、少年法施行にあたって、「少年審判所は少なくとも各地方裁判所所在地に設置せられざるべからず進んでは英獨に於けるが如く各區裁判所程度の裁判所に之を置くを以て理想とすべきなり」(泉二 1923:124)と述べている。泉二は、さらに時代が下り、法制定10年を経過しても少年審判所の設置が進まない状況下において、少年法を全国実施するための方策として区裁判所の民事部で少年事件を扱わせることを提唱している。その際、少年法作業当時の事情を次のように回顧している。「實は少年法制定の當時にも私共はさういふ意見を有つて居つたのであります。併しながらさういふことをやるといふと、少年審判所が何時迄も出來ないからやらない方が宜い、少年審判所設置の機運を遅らせる恐れがあるといふので、其の制度を採るにいたらなかつたのであります」(泉二 1934:14-15)。

ナラサルヘカラズ」こと(山岡 1910: 52)を指摘していた山岡萬之助は、犯罪少年や「不良少年」、少年年齢にある者の自殺者数などを引き合いに出しながら社会政策の脈絡において少年保護の意義とらえ、「社會連帯の精神」をもってこれを行うことの重要性を指摘している(山岡 1921a: 13; 山岡 1921b: 4; 山岡 1921d)。しかし、その上で、「舊來の鎮壓主義から豫防主義に代る」(山岡 1920: 12)刑事政策の中で「少年法は犯罪豫防を最終の目的とするもの」(山岡 1921b: 3)との認識の上で少年審判機関を新たに設置する必要性を説いたのであった。ここで「保護教養」や「善導」はあくまで犯罪予防の手段とされ、委員制度もこの観点から根拠づけられたのであった。

こうした「委員制度」の採用へと至った「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における審判機関の性格・構成をめぐる議論の過程で、花井は「強制辯護」につき、次のような主張を行っている。

「第一強制豫審(十四歳以上)即チ感化教育ノ見込アル者ハ之ヲ離シテ名譽ヲ保護シタシ〔、〕第二公判ニ於テ一人ノ判事、其事件ノ裁判ヲ爲スニ付テハ小山説ノ者ヲ證人鑑定人トシテ必ス呼出シ性行、教育ノ程度、行為ノ如何、資産等ヲ調査シテ判断セシム、次ニ強制辯護ヲ必ス附スルコト次ニ公開禁止トシタシ」(立法資料全集(上) 1993: 327)。

この場では審判機関の性格・構成をめぐる花井自身の見解が詳らかに展開されているわけではない。しかし、花井は、感化法の改正にあたり裁判権主義と行政権主義の対立に踏み込み、裁判権主義をとるべきことを主張した際にも、「強制辯護の制度を採る事」<sup>(10)</sup>を併せて指摘しており、「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における花井の指摘はこれと相当に重なっていたといえる。その意味で、「強制辯護」導入

<sup>(9)</sup> これと同様の犯罪原因観・刑事政策観は、泉二によっても示されている(泉二 1922)。

<sup>(10)</sup> 花井は次のような観点から感化法を改正する必要性を説いている。「不良少年の行為を事實的に裁判する権能を、行政官に授くるは不穩當にして且危険である。少年の運命並に其の父母の責任に重大なる影響を及すべき感化院入院の許否決定の権能を行政機關に一任するは、少年の保護を本旨とする感化法の精神に反する」、「感化院收容の事たる、少年の保護を目的とするものなれども、自由の制限甚きが故に、必要な場合に於て、之が處分を強制するが如きことあらんか、法律上之を争はねばならぬ。憲法上獨立の保障ある裁判官をして、判定せしむべきこと勿論である」(花井 1912b: 118-119)。その上で、立法上注意すべき事柄として論じられたのは、次のような事柄であった。「事件の審理に於て、素行、經歷、性質、生活状態、四圍の境遇等を精密に調査すること。法廷は之を公開せず、父母、後見人、宗教家、教員、主人等少年の一身に關係ある者を立會はしむる事。強制辯護の制度を採る事。未決拘留を爲さざる事等である」(花井 1912b: 119-120)。

論は、花井において、年来の主張である裁判権主義と最もよく整合するものであったといえる。

しかし、このことはそのまま、花井において「強制辯護」制度と整合的な裁判権主義の実現が至上命題であったことを意味するわけではない。むしろ花井において裁判権主義の採用よりも優先すべき事柄が存在したと考える余地は十分にある。注意を向けたいのは、「非裁判説」の上に立つ「委員制度」が、広い意味では司法への民衆参加の要素をもちえたということである。よく知られているように、花井は、陪審制度を積極的に支持し、制度導入後はその対象範囲を拡大する必要性を説き、さらには起訴陪審制度を導入すべきことにまで主張を展開させている（花井 1931a；花井 1931b；花井 1931c：1405）。それは、職業裁判官の組織と裁判手続のあり方への厳しい批判（花井 1891a；花井 1891b）に基づいたものであり、裁判手続や裁判組織の民主化の要求を反映するものであった。

「私は陪審を以て自治司法として迎へたい。自治行政の空氣を入れて司法を自治化する。自治化とは或意味に於て民衆化、社會化である。自治行政に人情ある如く、自治司法にも人情が欲しい。自治行政に國民道德、國民經濟の觀念が必要なる如く、自治司法にも其れが欲しい。自治行政に一致心を必要とする如く自治司法にも其れが欲しい。而して行政に自治する國民司法にも自治して貰ひたい」（花井 1937：37 [強調傍点原文]）。

花井は、日本における陪審の沿革を「先帝の詔らせ給ひたる大御心」や1873（明6）年から行われた参座制度に求める一方で（花井 1921：41-42；花井 1928a：18；花井 1931c：61-62）、「民意立法民意司法は立憲政治の眞髓」（花井 1931c：52）であると認識していた。前者は、時代の制約とともに、市民革命との結びつきを強調して陪審制度を欧州に特有の制度と位置づける議論を退けるためのロジックとしての色彩が強く、花井の主張の軸はむしろ後者にあったとみるのが妥当であろう。この花井において「委員制度」は、在朝の起草者たちから犯罪予防目的をもつものとして位置づけられたとはいえ、積極的な評価を与えるに値する構想であったといえることができる。このことは、後に第42回帝国議會衆議院少年法案外一見委員会の第3回會議（1920（大9）年2月10日）の場において、参与員制度の構想を起草過

程で落とし、参審制度もとらなかった政府案に対して、花井が、陪審制度が実施された暁には少年裁判もこの対象に含むべきことにも言及する形で、次のような疑念を示したことによっても裏づけられる。

「私ハ陪審ガ實行セラル、折ニハ、老人裁判、少年裁判、婦人裁判、學生裁判ト云フモノニハ無論法ヲ設ケテ、陪審ニフセザルベカラズト云フ主義ヲ以〔有〕テ居ルノデゴザイマスガ、少年審判ナドニ就テ、最モ慈愛ノ深イ父モ無ク、後見人モ無イ場合ニ、同ジク同胞デアリナガラ、親ガアレdeal、境遇ガアレdealカラ、何トカ救ツテヤリタイト云フ同情ヨリ、情深イ民間人、而モ保護ニ經驗アル民間人ヲ之ニ参加セシメルト云フコトハ、本法制定ノ精神的理解トシテハ、是以上ニ私ハ無イト信ズルノデアリマスガ、是ニ就テノ政府ノ御考ハ如何デアリマセウカ、少年審判ニ對シテ、役人デナケレバイカヌ、役人本位——人員デハ迎モ此目的ハ達セラレナイト云フ確信ガアルノデアラウカドウカト云フコトヲ伺ヒタイ」(立法資料全集(上) 1993: 549)。<sup>(11)</sup>

「役人本位」に対する懐疑の強さは、「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における「委員制度」に対し花井が特段の反対を示さず、「委員ヲシテ審廷ニ立テ必ス意見ヲ述ヘシメ其意見ノ陳述ナケレハ裁判ヲ爲スヲ得サルコトトシタシ」(立法資料全集(上) 1993: 328) とのみ述べていることの意味深さを裏面から照し映している。委員の意見陳述をこれほどまでに重視した花井が、刑事政策的考慮を強調する小山らとは別の角度から、「委員制度」を支持した可能性はむしろ高いというべきであろう。<sup>(12)</sup>

花井が「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における「委員制度」に積極的な評価を与えたと考えられる根拠は、司法の民主化要求にのみ求められるのではない。少年事件への教育的対応という脈絡においても、それが支持された可能性は十分に

<sup>(11)</sup> 花井が「少年犯罪」とならんで「老年犯罪」や「女性犯罪」にも強い関心を寄せていたことは『刑法俗論』の構成からも明らかである(花井 1912b: 41-144)。この発言には、こうした花井の関心も同時に投影されている。

<sup>(12)</sup> 花井は、陪審制度をめぐる議論の中で参審制度に触れた際には、それを「日本では実現不可能」であり「それこそ憲法、裁判所構成法の違反となる」と評している(花井 1931c: 60)。しかし、起訴陪審の導入をも主張した花井が、陪審制度拡充を主張する脈絡で刑事訴訟手続における参審制度を消極的に位置づけながら、少年法をめぐる議論においては形態を問わず民衆参加を担保する仕組みの必要性を説いたと理解しても不自然ではない。



ある。花井は、感化法改正論議の折に裁判権主義の支持を表明するのと同様に早い時期から、少年事件への教育的対応の必要性とその脈絡における職業裁判官による審理の不適切性を指摘している。

「犯罪少年に対する裁判官の如きものは所謂今の裁判官に委ねずして教育家、宗教家並びに徳望信用に於て一代の儀表たるべき人を推して此任に應らしめたいと思ふ（…）今の裁判官は罪を見る事は知つて居るが人を見る事は知らぬ、此故に罪も悪み人も憎むのである、裁判の本能は罪を悪んで人を悪まずで、（…）國家は實際に存在する現實の道德的生命であるから仁慈道德の念を以て犯罪に對せねばならぬ、殺すよりは活かす、罪するよりは救ふと云ふことにせねばならぬ、殊に憐れむべき少年に對して其様なくてはならぬ」（花井 1912a：46-47）。

こうした評価は、先に確認した第42回帝国議會衆議院少年法案外一見委員会の第3回會議の場において展開された政府案への批判の礎石となっており、なおかつ陪審導入論における職業裁判官批判とも通底していたとみることができる。

「知識のある者の感情程憂ふべきものはない。況んや法律上の知識を蓄へ多年罪人を取扱ひ人を見れば賊と思ふと云ふ先入感情が頭を支配する。此頭の持主に對して其感情を緩和する爲に、常識の空氣を法延に入るとのである。之が陪審である。知慧はない。併道理は分つて居る。難しいことは解らぬ。併、人間生活の基準は心得て居る此素人の常識をして事實の認定をなさしむるのである。而して固定せる裁判官の頭に緩和劑を投ずるのである」（花井 1928a：16；花井 1928c：4 [強調傍点原文]）。

花井が陪審制度をめぐる議論にあたって強調した「正義の感念の奥に潜める仁慈の精神」の必要性（花井 1937：43）は、少年事件に対する教育的対応という局面においても姿をみせていたといえる<sup>(13)</sup>ことができる。

<sup>(13)</sup> 花井は、陪審制度の意義を確認する脈絡において法律や裁判にも「仁慈の精神」が必要であることを説く際に、1909（明42）年に起こったという14歳2ヶ月の中学生を放火の罪により懲役6年に処した事例を引き合いに出している。そこで、「少年法實施前とは云へ、如何にも人情味がなき過ぎる」、「陪審ありしならば如何に本件の事實を認定したであろうか」（花井 1937：47）と花井が述べていることは、その思考において少年法制と陪審制度の問題が交錯していたことを象徴的に示唆している。

こうした花井の教育主義的な思考は、少年審判所の設置場所に関する議論においても強く現れている。花井は、参審制度や参与員制度を採らないことが明らかとなっていた第42回帝国議会衆議院少年法案外一見委員会の第7回会議（1920（大9）年2月19日）において、裁判所内に少年審判所を設置することに強く反対している。

「如何ナル場合ニ於テモ裁判所ニ於テハ少年審判所ハ開カヌノデアルト云フ答ヲ確的〔衍〕ニシテ戴キタイト思フ、少年法制定ノ趣旨ト云フモノハ、此點ハ非常ニ重大ナルモノトシテ、全ク裁判所ヲ離レテ、寺デモ學校デモ、已ムヲ得ザル場合ニハ開イテ宜イケレドモ、裁判所ノ關門ハ一切潜ラセナイヤウニナツテ居ルカノヤウニ承ツテ居リマスルシ、自分モ左様ニ信ジテ居ルノデアリマスガ、ドウモ已ムヲ得ナイ場合ニハ裁判所デアルト云フヤウナコトデ、裁判所ニ引ツ張り出シテ、罪人ト列ベテ少年ノ審判ヲスルト云フコトニナツタナラバ、少年法ノ精神ノ破壊ニナルノデアリマス」(立法資料全集(上)1993:605)。

「眞ニ已ムヲ得ザル場合ニ於テハ裁判所デスルト云フ御言葉ハ、ドウモ裁判所デアリタイト云フ意味ヲ含マシテ居ルヤウニ私ハ考ヘテ居リマスガ、議論ハシマセヌガ、ソレハドウモ廢メテ貫ハハケレバナラス、私ハ附添ニ辯護士ガアルト云フコトモ衷心ニハ好マナイノデアリマス、検事、判事、裁判所、辯護士ト云フヤウナ、犯罪ニ關スル觀念ヲ少年ノ頭ニ刻マシメルヤウナ事ハ、教育主義ノ少年法ノ精神デナイ、尤モ此法律ハ行政法ト刑事法ト一緒ニナツテ居ルカラ、何事モ已ムヲ得ヌト云フ所カラ、裁判所ニ伴レテ行キハシナイカ〔、〕斷ジテサウ云フ事ヲヤツテハナラスト云フコトヲ私ハ此處デ注意致シマス」(立法資料全集(上)1993:606)。

「附添ニ辯護士ガアルト云フコトモ衷心ニハ好マナイ」とまで述べているここでの議論は、「保護ニ始マリ保護ニ終ルベキ少年法」(立法資料全集(上)1993:576)という花井が抱く少年法の理想像の強さを反対方向から示している。<sup>(14)</sup>「如何ナル場合ニ於テモ裁判所ニ於テハ少年審判所ハ開カヌ」ことが「少年法制定ノ趣旨」であると理解する花井の危惧が向かったのは、「罪人ト列ベテ少年ノ審判ヲスル」ことのみに対してではない。少年審判官の資格を判事に限定しない構想が現れていた段階で

<sup>(14)</sup> 花井は、「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の第10回会合の場において「裁判所ノ刑事手續」を定める第一次成案の第5章の全部を削除することを求めている(立法資料全集(上)1993:413)。花井の「少年法の後見裁判所・少年審判の純化の主張」(森田明 2005:128)は、それほどまでに深いものであったといえる。



あったとはいえ、<sup>(15)</sup> 参審員制度や参与制度がとられていない状況下では、花井のいう「教育主義」のために「全ク裁判所ヲ離レテ」審判を開くべきことの意味も物理的な距離に尽きていなかったとみるべきであろう。この意味で、陪審制度推進論を支えた次のような花井の言は、そのまま、旧態依然とした人的・物的体制のまま「裁判所」と距離を近くして少年審判所が設置されることへの危惧ともなっていたと考えられる。

「諸君、今日我國民は裁判に對して果たして信頼をして居るでありましょか、國民は如何に裁判に對して恐怖の念を抱いて居るかと云ふことを考へて見なければならぬ」(花井 1921 : 45 [強調傍点原文])。

ここまでの検討を踏まえて、第一次成案における「輔佐人」規定を意味づけてみる。「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における「強制辯護ヲ必ス附スル」という花井の要求は、確かに、「感化法中改正法律案」をめぐる議論で現れていたような「立憲主義的デュープロセスに立つ司法審査主義」とも称しうる考えの上にある「裁判権主義」の脈絡でとらえることができる(森田明 2005 : 108)。しかし、「強制辯護ヲ必ス附スル」という要求は、職業裁判官への批判的な眼差しとも相俟って、花井が同時にもちあわせていた2つの思考の前では相対化されうるものであったと考えられる。ひとつは「自治司法」の考えであり、もうひとつは教育主義である。「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」の場において、職業裁判官のみの審理によらない「委員制度」を採用する構想が決定されていたことを考えれば、なおさらこれを軸として「辯護」規定と「非裁判説」的な少年審判所を設立することを両立させることは、花井においても困難なことではなかったと考えられる。<sup>(16)</sup>

<sup>(15)</sup> 1918(大7)年9月27日案において参審制度の構想は消えるが、後述するように、法案作成作業の最終段階にあたる1920(大9)年2月の少年法案(議會提出法案)では少年審判官が判事に限られないことを明らかにした規定が現れている。

<sup>(16)</sup> 「刑事政策的保護」か「児童福祉的保護」か、「司法手続的保護」か「行政手続的保護」かという問題図式にあてはめれば(守屋 2005 : 19)、在朝法曹の起草者たちの多くが「刑事政策的保護」の色彩を強くもつ「行政手続的保護」の立場に立つのに対して、花井の議論はどちらかといえば「児童福祉的保護」に近い「司法手続的保護」の立場にあったと理解することができる。

## (c) 少年審判所と「保護の精神」

ところで、裁判に対する国民の信頼や「恐怖の念」に関する花井の議論は、窮極的な目的を教育に据えるのか犯罪予防に置くのかの違いはあるにせよ、「真に子供の保護の目的を達するやうにする」(泉二 1921a: 16)という観点から、少年「裁判所」ではなく少年「審判所」という機構をとったことに関する谷田三郎や泉二新熊といった在朝の有力な起草者たちの説明とも軌を一にしており、朝野の別を問わず、少年「審判所」を設立するという結論それ自体は起草者間で共有できるものであったと考えられる。

「少年犯罪ニ関スル法律案特別委員会」における「委員制度」案を引き継ぎ、参与員制度(22条、23条)を伴う「少年審判所」を構想した第一次成案は、触法事件と虞犯事件を管轄する機関を司法機関ではなく準司法的な性格をもつ行政機関としていた。すでに先行研究で明らかとされているように、参与員制度とともに「少年審判所」という機構のあり方は「保護の精神」と直結していた(森田明 2005: 122-125)。このことは、次のような谷田の説明からも明らかである。

「少年事件ハ其取調ハ可成温和ナル手續ヲ執リ保護ノ精神ヲ失ハサルコトニ努メントシ於此刑事裁判所ハ不可ナリトシテ別ニ審判所ヲ設クルコトトシ其取扱者モ審判官トシ且廣ク事情ニ通シタル者ノ立會ヲ必要トスルヨリ地方ノ有力者等ヲ立會セシメ其意見ヲ聞クコト、シ假リニ之ヲ参与ト稱セリ」(立法資料全集(上) 1993: 348)。

「其取調ハ可成温和ナル手續ヲ執リ保護ノ精神ヲ失ハサル」ために少年「審判所」の設立が必要であったことの実質的な理由づけは、当時の起草者たちにより旧少年法施行前後に明らかにされている。山岡のように、少年「審判所」の設立の意味を調査制度との関連でとらえる説明(山岡 1921c: 27-28)もみられる<sup>(17)</sup>が、ここで着目

<sup>(17)</sup> 山岡は、「少年審判所ハ少年審判官ガ其長トナル所ノ單獨官廳デ、司法官廳デモナクレバ、純粹ナ行刑官廳デモナイ、何ガ故ニ司法官廳トシナカツタカ、ソレニハ深イ意味ガアル」と述べ、その「深イ意味」を次のように記述している。「少年法ニ於テハ其子供ガ如何ナル行動ヲ爲シタカトイフコトノミニ關係ハシナイ、本人ノ當時ノ性質及ビ境遇、其總テヲ取調べテ、是ニ最モ適シタル所ノ措置ヲ講ズルノデアリマス。行爲ガ重イカラ、輕イカラトイフコトハ全ク標準ニナラナイ、即チ過去ノ事實ヲ標準トスルニ非ズシテ、將來ニ於ケル彼ノ教養ヲ目的トシテ措置ヲスルノデアリマス。斯ウイフ事實ガアツタカラ本人ヲ斯ウ措置スルトイフノデアハナイ、ソレダカラ司法トイフモノトハ全然其性質ヲ異ニスル。從ツテ司法官廳ニ於テ之ヲ爲スコトヲ適當ト認メナイデ、少年審判所

したいのは、裁判所に対する一般の人々の眼差しに焦点を当てた議論である。谷田は、次のように論じている。

「我國の社會に於ては一般に裁判所に對して親しみを有たないのみならず、無暗に畏怖の念を抱き、法廷に立つことを非常の苦痛なるが如くに感じ、而して一たび裁判所の呼出を受けた者は忽ち疑惑の雲に包まれ、物議の種となることは實際上蔽ふべからざる事實である。故に若し保護處分を裁判所の所管に屬せしめ、少年を裁判所の訟廷に呼出すことになれば、之が爲め本人の身上に一大波瀾を引き起すは勿論、其の一家一門を騒かし、隣佑郷黨を驚かすと共に、本人は世の中から別人種の如く視られ、復た浮む瀬のないやうな悲運に陥る虞がある。斯くては少年保護の目的を達せざるのみか、却て其趣意に戻るのであるから、保護處分を爲す機關は之を裁判所外に求むるのが相當である。然るに裁判所外には此の仕事を託するに適當な官衙が一も現存して居ないから、本法案は茲に少年審判所なるものを新設し、舊來の裁判所に伴ふ官僚的形式と威壓的容姿を改め、簡易通俗な手續の下に鄭寧親切を旨とする温情的態度を以て事に當らしめ、此の如くにして裁判所に對する社會の氣分を一新せんことを計つたのである」(谷田 1921b : 7-8 ; 谷田 1921c : 5-6)。

「裁判所に於て之をなすは乾燥無味にして又一般の裁判所を見る眼が、直ちに配所であると云う様に思ふからそれで刑事處分に非ざる趣旨を表はさん爲に茲に審判所と名付けて行政官の下に於て之をなす事にした」(谷田 1922 : 409-410)とも述べている谷田と同様の事柄を、泉二はやや実利主義的な観点から次のように論じている。

「吾輩ノ所見デハ其名稱形式ハ少年裁判所トシテモ又少年審判所若クハ少年保護委員會トシテモ其實質上ノ代精神ハ皆同一ニ爲スノデアツテ畢竟少年其者及周圍ノ事情ヲ精査シテ其保護教育上最善ノ手段ヲ採ルコトヲ目的トスル機關タルベキ點ニ於テ少シモ違フベキ理由ガナイノデアアル。從テ吾輩ハ少年裁判所デモ少年審判所デモ大所高所ヨリ觀レバ同ジコト考ヘルノデツマリ何レデモ宜シノデアアル。唯現今ノ裁判所ガ一般社會ヨリ誤解ヲ受ケテ居ル爲メ先ズ名稱ヲ審判所トシ裁判機關ト法律上別個獨立ノ機關デアルト云フ形式ヲ採ラナケレバナラナカツタ

---

トイフ特別ナル官廳ヲ設ケタノデアリマス」(山岡 1921c : 27-28)。

ノハ裁判所ノ信用ノ點カラ視テ遺憾トセザルヲ得ナイノdeal」(泉二 1921b : 4)<sup>(18)</sup>。

「從來裁判所といふと、まるきり閻魔の廳見たやうな風に常に考へられて、裁判所程怖い所はない、裁判所といふものは人民を保護するのでなくして、常に地獄見たやうな所だと一般に考へられて居るのが實際の事實である。(…)本來當然の目的を達すべく行動すれば、常に裁判所は人民の保護者である譯である。だから理屈から言へば保護者であるべきで、相當なる人民の友達であるべきであるけれども、實際今までの所ではさういふ風に考へられて居ない。裁判所に行くことが非常に悪いやうに考へられて居る。さういふ裁判所に少年を引張つて来て審判をするといふことは、彼奴は裁判所に行つたのだから、あの子供は良い者でないといふので、其子供の將來が目茶々にされて仕舞ふ。其審判があるから、日本では裁判所と言はず、少年裁判所と云つて、之を裁判所とせず、特別の機關であるといふことを法案に明らかにしたのであります」(泉二 1921a : 17)<sup>(19)</sup>。

これらの説明では、在朝の起草者たちが少年審判所設置という至上命題の下で、一般人の「裁判所」に対する眼差しの問題から、「裁判ト見サル」性格を審判機関に与えたことが明らかにされている。谷田の説明に顕著にみられるように、「舊來の裁判所に伴ふ官僚的形式と威壓的容姿を改め」る必要があり、「裁判所に對する社會の

<sup>(18)</sup> 泉二は、「要スルニ吾輩ハ形式ガ少年裁判所dealカ少年審判所dealカ少年保護委員會dealカニ付テハ理論上重キヲ措カナイ。唯實際ノ組織ガ能ク少年本人及家庭並ニ他ノ事情ヲ研究シテ少年保護矯正ノ目的ヲ達スル爲適切ニ出來テ居レバ宜シイノdeal」(泉二 1921b : 7-8)として、山岡と同様の理由づけを用いている。泉二は、直接には諸外国の法制度に触れる文脈で「少年保護委員會」に言及しているのであるが、1919(大8)年12月に内務省が作成していた「児童保護委員會案」の存在も意識があったと推測しても不自然ではなからう。もっとも、泉二自身は、小河滋次郎の「非少年法案論」を激しく批判している(泉二 1921a : 14-15)。

<sup>(19)</sup> 泉二は、「少年裁判所法」ではなく「少年法」という名を法律に冠したことも同様の思考があったことを懐述している(岩村ほか 1936 : 19-20頁 [泉二発言])。また法案作成にあたり各国の制度を比較した上でどのような機構をとるべきか「大分考えた」ことを明らかにし、ドイツのような「少年裁判所」制度ではなくアメリカに倣って少年審判所を設けた事情を次のように述べている。「ドイツのやうなシステムで行けば全國に普及することは譯ない。各區裁判所の判事、検事のうち特に少年に就いて理解ある者を少年判事又は少年検事として置いて、さうして出來得べくんば法律上小矯正院のやうなものに適當な所に設けるやうにすれば、全國一齊に施行することは可能であると云ふことを考へたが、然しとにかく當時は、裁判所といふものはなんとなしに國民の間に厭な氣持を與へるといふ空氣が漂つて居つた。裁判所といふ言葉が嫌はれるといふ模様であつた。また實際少年の取扱ひをするといふことに就いては一般から何んとか侮辱されたやうに嫌はれる。それで裁判所といふものにならないで別なものにするといふシステムの方を探つた」(鹽野ほか 1937 : 49 [泉二発言])。同様の事柄は、戦後、山岡によつても指摘されている。「その当時は區裁判所に全部審判所を置いて區裁判所判事が一方を向けば刑事裁判をやる、反対を向けば少年審判をやる、こういうことも立案中に盛に論じたのですが、どうも刑事という臭がしてきていけないというのでこれは刑事、司法という氣分のないやうにしてしまふというので、審判所ができたわけがあります」(山岡ほか 1953 : 12-13 [山岡発言])。このような「少年審判所」設立の趣旨は、少なくとも旧少年法が施行された直後の時期においては、少年審判官にも共有されていた(植田 1928 : 73-74)。

気分を一新」するために少年審判所を設立するという解決策は、少なくとも旧来の裁判官や裁判所のあり方を改める必要があるという点では、花井と共通した認識であったといえる。<sup>(20)</sup>

こうした実質的な考慮の中で「辯護人」規定が「輔佐人」規定へと変遷を遂げ、「辯護士」の関与も「輔佐人」の枠組みにおいて認められる制度が構想されたと考えられる。

### (3) 「輔佐人」の役割——第一次成案をめぐる「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」における議論

#### (a) 「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」

第一次成案の41条をめぐるのは、「輔佐人」制度の要否に関する議論はみられないものの、「辯護人」の関与を認めるか否かについて議論が存在する。

第一次成案を審議したのは、1914（大3）年3月18日から同年11月13日にかけて11回開催された「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」である。この9回目の委員会（10月14日開催）において、谷田は、「少年法ニ於テ期日ニ辯護人ヲ用ユルノ可否ハ各國争ノアル所ナリ」と述べた上で、他国では弁護人を加えているところもあるものの、フランスでは保護者の出席をもって弁護人を必要ないものとして扱っていることを強調している。これに対し、花井は「参考書ニ依レハ今日ハ辯護士ヲ加フル傾向アリ」と述べ、「辯護士ハ加フルヲ可トス」と主張している。また、ここでは、横田喜三郎が「保護事業ニ従事スル者ノ中ニハ辯護士モアルベシ〔、〕然ラハ之ヲ削ルモ實際ハ辯護士アリ先ス存スルヲ可トス」との意見を述べている。

このやりとりの結果、1項が「審判ヲ開始スル場合ニ於テハ本人ハ輔佐人ヲ用フルコトヲ得」との規定に、3項が「輔佐人ハ辯護士又ハ少年審判官ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツ可シ」との規定に改められることになった。その一方、2項は

<sup>(20)</sup> 同様の認識は、戦後、現行少年法の立法趣旨を説明する際にも、家庭裁判所創設の理由として繰り返されることになる（第2回国会衆議院司法委員会議録第47号（1948（昭23）年7月1日）2頁、4頁を参照）。1947（昭22）5月13日の司法大臣官房保護課による「少年法の改正草案に対するルイス博士の提案についての意見」が、旧少年法下の「少年審判所」設立の経緯を踏まえ、「刑事処分に付するため意見を少年審判所から裁判所に移送するようにすれば少年審判所が暗い官庁になる虞がある」と述べて、「少年審判所を明い明かな官庁としておくこと」は「今回の改正においても、（…）不動の方針として堅持されなければならない」と指摘していることが注目される（制定関係資料集 1970：38）。

原案を維持することとされている（立法資料全集（上）1993：401-402）。

第一次成案と比較した場合、「審判開始ノ決定アリタルトキハ」という表現が「審判ヲ開始スル場合ニ於テハ」という言葉に変えられたほか（1項）、輔佐人となりうる者が「辯護士、少年ノ保護事業ニ従事スル者其他少年審判官ノ許可ヲ受ケタル者」から「少年ノ保護事業ニ従事スル者」が削除され、「辯護士又ハ少年審判官ノ許可ヲ受ケタル者」に改められている（3項）。これがそのまま、同年12月18日の「少年法案」37条として現れることになったわけである（立法資料全集（上）1993：423）。

#### (b) 「輔佐人」の性格・役割をめぐる議論

このように、第一次成案においては「辯護人」規定ではなく「輔佐人」規定が現れているが、この「輔佐人」の資格から「辯護士」が削除されたわけではなかった。この「輔佐人」の性格はいかなるものであり、それにはどのような役割が期待されたのであろうか。

第一次成案は44条において「少年保護司及ヒ輔佐人ハ審判期日ニ於テ意見ヲ陳述スルコトヲ得」と規定していた。「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の10回目の会合（1914（大3）年10月21日）では、この規定に焦点を当てる形で、民事訴訟法上の「輔佐人」との異同やその「職分」が問題とされている。

「輔佐人ハ民事訴訟法ノ輔佐人ト性質ヲ同クスルヤ或ハ辯護人ノ性質ナルヤ」という平沼騏一郎の質問に対する谷田の回答によれば、「輔佐人」は「バイスタンド」の翻訳であり、民事訴訟法の輔佐人と同様の性質をもつ。この回答を受けて発された、「民事訴訟法ノ輔佐人ト同様ナリトスレハ四十四條ノ規定ナクトモ當然陳述スルヲ得ヘシ」という平沼の指摘と、この条項にいう「意見トハ如何」という質問に対して、谷田は、「處分上ニ付テノ意見ヲ陳述スルヲ得セシム」と述べ、「保護者ニモ審判ニ付種々ノ意見ヲ述ヘシムルモ其權利ヲ與フルニアラズ」と回答している。さらに、「保護者ハ尤モ意見陳述ノ必要アルヘシ」という平沼の主張に対して、谷田は「外國ノ立法例ニ倣ヒタルカ保護者ノ意見ヲ徴セサル不適當ナル保護者等アリテ徒ラニ其權利ヲ主張スルコトアラハ却テ障害ヲ來ス虞アルヲ以テ權利トシテ認メサルモノナラン然レトモ本條ニ加フルモ差支ナシ」と応え、「保護者ヲ處分スル規定ヲ要ス可シ」という小山の指摘に対し「然リ本法ト相俟テ必要ナリ」と同調を示している（立

法資料全集（上）1993：403-404）。

また、このやりとりの流れの中で「輔佐人ノ職分ヲ定メテハ如何」という小山の発言を受けて、花井は「四十一條ニ輔佐人ノ職分アリ四十四條ハ之ト少シク異リタル職分ヲ規定シタルモノト見ルヘキナリ若シ然ラストセハ不必要ナリ」と指摘し、平沼も「同感若シ必要アリトセハ四十一條ニ少シク規定ヲ加フレハ可ナリ又民事ノ輔佐人ト同一トセハ不必要ナリ」と主張している。これに対し、小山と谷田は、「民事訴訟ニハ輔佐人ノ職分ヲ規定スルモ本法ハ本法トシテ規定ノ要アルヘシ」、「本條ヲ削除セハ意見ヲ聽カスシテ處分スルモ差支ナキコト、ナル」、「四十一條ハ附添人トシテ事實上ノ輔佐ヲ爲スモ獨立シテ意見ヲ述フルハ本條ニ依ル」、「四十一條ハ事實的の四十四條ハ評論的ナラン」と反論している。さらに、「輔佐人カ本人ニ代リテ釋放ヲ願フハ差支ナルヘシ〔、〕果シテ然ラハ本條ハ不必要ナラン其以外ニ必要ナシ」という平沼の指摘に対して、谷田は「本人ノ利益ニ反スルコトハ性質上許サ、ルモ保護司自身ノ意見トシテ陳述スル場合ナシトセズ」と応えており、「規定ナクトモ意見ヲ述フルコトハ差支ナルヘシ」という花井のさらなる主張に対しては「法文ヲ存セサレハ種々ノ議論ヲ生スヘシ」と反論している。「本法ハ可成堅苦シクシタクナシ〔、〕若シ必要アラハ審判官ニ於テ聽クコト、セハ可ナラン」、「二十年來ノ經驗上法文ナクトモ差支ヲ生スルコトナルヘシ」という平沼と花井のさらなる指摘の後、「輔佐人」の語について「谷田君ノ趣意ヲ採用シテ文字ヲ削ルナリ」との主張が花井からなされているが、これについても谷田は次のように応答している。「終ニ臨ンテ再言センニ辯護人ヲ輔佐人トスル場合モアルヘク其他ノ者ヲ輔佐人トスル場合モアルヘキカ此等ノ場合ニ於テ審判廷ニテ意見ヲ陳述セシムルノ趣旨ナリ〔、〕若シ本條ヲ削除スレハ意見ヲ陳述スル得ストノ説ヲ生スルニ至ルヘシ〔、〕斯クナリテハ法ノ趣旨ニ副ハス必要ナシスルモ注意ノ爲メ存スルヲ可トス」。最終的に、44条の規定から「輔佐人」の語を削除する説に賛成のため挙手したのは3人にとどまり、削除説は否決されている（立法資料全集（上）1993：404-405）。

ここでの議論は、少年保護司と輔佐人を並列する規定に関係するものであるだけに明瞭さを欠く部分も少なくない。しかし、この議論からは次の点を確認することができる。

第1に、「バイスタンド」の翻訳である「輔佐人」は民事訴訟法の「輔佐人」と同



様の制度と考えられたものであった。また、その意見陳述は処分に関するものであることが念頭に置かれていた。保護者に対する処分に関する規定の必要性すら伴っていた、不適當な保護者の存在を示唆して意見陳述を親の権利としなかったという説明からは、こうした保護者に代わって輔佐人に処分に関する意見を述べさせることへの期待があったことも窺われる<sup>(21)</sup>。

第2に、こうした「輔佐人」の役割の二重性である。谷田の説明によれば、41条の規定は「附添人」として「事実上の輔佐」を行うためのものであるのに対し、44条は「獨立シテ意見ヲ述フル」ことを根拠づける規定である。民事訴訟上の輔佐人と同じということであれば、輔佐人は当然に意見陳述をなしうるはずであり、これに関する規定は不要なのではないかという花井や平沼の問題提起に答える形で谷田や小山がこの規定を残すことの根拠として持ち出したのは、2つの事柄であったといえる。すなわち、①44条を削除すれば輔佐人や少年保護司は意見陳述を行えないとの理解を生む可能性があり、少年審判所が意見を聴かないまま処分を行う危険性があるため、少年法中にも輔佐人の職分に関する規定が必要であること、そして②輔佐人や少年保護司は、その「職分」において「本人ノ利益ニ反スルコトハ性質上許サハル」ものとはいっても「自身ノ意見トシテ陳述スル場合」がありうる、ということであった。前者は、最後に谷田が強調しているように、「輔佐人」の資格を弁護士以外の者に限定しなかったことから要請された事柄であったといえる。後者に関して、確かに谷田は「保護司自身ノ意見トシテ陳述スル場合ナシトセス」と少年保護司の役割に引きつけて説明しており、輔佐人の場合も同様に理解していたかは明確ではない。しかし、この主張が、意見陳述規定がなくても「輔佐人カ本人ニ代リテ釋放ヲ願フハ差支ナカルヘシ」という平沼の指摘への応答として行われているという文脈から考えて、「保護司」の場合は例示であり、同様のことは「輔佐人」

<sup>(21)</sup> 1913(大2)年12月の「幼年立法案上ノ諸問題」は、「幼年法」作成にあたって検討すべき事項の一つに「幼者ヲ教養スル義務ヲ怠リタルモノハ刑罰ニ處スヘキヤ」を挙げていた。泉二は「下書きの案が省かれた箇所」のうちの「主要なもの」として「少年の墮落の原因は父兄、その他の保護者がつくる、監督放任又は精神的遺棄(Mental abandonment)によるものであって、それが少年教育の最大缺陷であるから、少年を精神的に遺棄したものを、制裁するといふ意味で、その父兄又は保護者を處罰する、といふ規定」があったことを後日の回想として明らかにしている(泉二1942:13;鹽野ほか1937:33-34[泉二発言])。ここでの議論は、こうした当時の立法関与者の認識を反映していたともいえ、1918(大7)年12月10日の少年法案(第二次成案)において一説して国選附添人制度と認識できる規定が現れていることの評価に際しても重要なものとなる。



にも妥当すると考えられていたとみるのが自然であろう。そうであるとすれば、ここでは「本人ノ利益」とは切り離された「自身ノ意見」の陳述がありうるものが前提とされていたことになる。

そして、第3に、こうした輔佐人の意見陳述の重要性である。「保護者ニモ審判ニ付種々ノ意見ヲ述ヘシムルモ其權利ヲ與フルニアラズ」との言からも明らかな通り、保護者の意見陳述は権利性をもつものではなかった。これとの関係で、輔佐人の意見陳述が権利に裏づけられたものであったのかは、明らかではない。しかし、それにもかかわらず、少なくとも少年審判機関による処分決定にとってこの意見を聴取することは重視されていたといえる。44条を残すための議論として「本條ヲ削除セハ意見ヲ聽カスシテ處分スルモ差支ナキコト、ナル」との危惧は、そのことを端的に表している。

谷田により少年法上のものと「同様」と説明されている民事訴訟法の輔佐人制度は、すでに1890(明23)年制定の民事訴訟法に規定されていたものであった。その71条1項は、弁護士に関しては輔佐人となるのに裁判所の許可を求めなかったものの、「他ノ訴訟能力者」の場合にはそれを要求し、裁判所にその許可を取消す権限も認めていた。<sup>(22)</sup>この点に着目すれば、裁判所の許可の要否を弁護士であるか否かで区別する第一次成案中の「輔佐人」規定は、当初から民事訴訟法上の規定と相当に類似した体裁をとっており、「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の議論を受けて3項の「少年ノ保護事業ニ従事スル者」が削られたことで、その規定ぶりはさらに民事訴訟法上の「補佐人」規定に接近したといえることができる。民事訴訟法学の分野において、「演述」の範囲には種々の異なる理解があったものの、「輔佐人ノ職務ハ訴訟代理ニ非ス畢竟當事者ニ代テ演述ヲ爲スニ過キ」ない(高木 1895: 224-225[原文には強調傍点あり])と理解されていたことに鑑みれば、第一次成案の「補佐人」規定とそれに関する谷田の説明は、少年の代理人ではない役割を少年法案上の「補佐人」に期待していたと考えることができる。もっとも、民事訴訟法上、輔佐人の

<sup>(22)</sup> 1890(明23)年制定の民事訴訟法71条は「原告若クハ非行ハ辯護士ヲ輔佐人ト為シ又ハ何時ニテモ裁判所ノ取消シ得ヘキ許可ヲ得テ他ノ訴訟能力者ヲ輔佐人ト為シテ共ニ出頭スルコトヲ得其輔佐人ハ口頭弁論ニ於テ權利ヲ伸張シ又ハ防禦スル為メ原告若クハ被告ヲ補助スルモノトス」(1項)、「輔佐人ノ演述ハ原告若クハ被告即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサルトキニ限り原告若クハ被告自ラ演述シタルモノト看做ス」(2項)という条文を置いていた。

役割は「口頭弁論ニ於テ権利ヲ伸張シ又ハ防禦スル為メ原告若クハ被告ヲ補助スルモノトス」と明記されていたのであった(71条1項)。後述するように、旧少年法制定下、附添人規定は少年の権利を伸張するものではないという理解はむしろ珍しくないものであった。このことを考えれば、谷田が少年法上の「輔佐人」の性格を民事訴訟法上の「輔佐人」と「同様」と説明しながらも、民事訴訟上には明記されていたその役割を少年法案上明記しない一方で、あえて44条において「輔佐人」の意見陳述に関する規定を残したことの意味は小さくなかったといえる。

### (c) 手続の公正さに関する議論と「輔佐人」

弁護士であっても代理人としては位置づけず、主として処分に関する意見陳述を期待するという「輔佐人」の位置づけは、「審判」機構のあり方のみならず、手続の公正さを担保する手段に関する議論を反映する側面をもっていたといえる。「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」では、手続の公正さや対象となる少年の自由権の権利保障と関係する議論もみられる。

第一次成案は、一事不再理効に関する規定を置いていなかった。しかし、「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の4回目の会合(1914(大3)年7月9日)において、花井は「裁判所カ特別処分ヲ爲シタル場合ニ検事ノ公訴ハ満サレタルモノト認ムルヤ」との問題提起を行っており、これを受けて谷田は「法律ヲ以テ少年裁判所ニ特別処分ヲ認メタル以上ハ之ニ對シ再ヒ公訴ヲ起コトヲ得ス」との回答を寄せている(立法資料全集(上)1993:364)。これが後に1918(大7)年9月27日の「少年法案」61条として結実し、旧少年法の63条にまで引き継がれたと考えられる<sup>(23)</sup>。

他方、「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の場において議論の俎上にのぼりながら、最終的に実現をみることがなかったのが忌避申立制度である。第一次成案は、

<sup>(23)</sup> 「少年裁判所ニ於テ第三條ノ処分ヲ爲シタル少年ニ對シテハ審判ヲ經タル事件ニ付キ刑事訴追ヲ爲スコトヲ得ス」(61条本文)という1918(大7)年9月27日の少年法案の規定は、1918(大7)年12月10日の第二次成案59条本文、翌年2月24日の第三次成案64条本文を経て、同年7月7日の法律取調委員会最終法案68条本文に至るまでほぼそのまま継承されている。しかし、1920(大9)年2月の議会提出法案では、「第四條ノ処分ヲ爲シタル少年ニ對シテハ審判ヲ經タル事件又ハ之ヨリ輕キ刑ニ該ルヘキ事件ニシテ處分前ニ犯シタルモノニ付ニ付キ刑事訴追ヲ爲スコトヲ得ス」として、審判の対象となった事件よりも軽く、その処分前に犯した事件についても一事不再理効が及ぶものとされている(立法資料全集(上)1993:429;443;463;505)。これが、旧少年法63条となったわけである。

21条に「少年審判官審判ノ公平ヲ維持スルコト能ハサル嫌疑ヲ生ス可キ事情アリト  
 思料スルトキハ職務ノ執行ヲ避ク可シ」という回避に関する規定は置いていたもの  
 の、忌避規定を置かなかつた。審判官が回避しない場合どのように対処するのか、  
 忌避規定を設ける必要はないのかという問題が、不服申立て手段を設けることの  
 是非とともに、「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の7回目の会合（1914（大3）  
 年7月27日）の場で議論されている（立法資料全集（上）1993：385-386）。ここで、  
 「回避セサルトキハ如何ニスルヤ」という鈴木之疑問に対し、谷田は「回避セサル  
 コトナカラント信ス」と、また泉二は「今日ノ裁判官ハ回避ヲ要セサルモノ迄モ回  
 避ノ風アリ加之審判官ハ少年ノ利益ヲ保護スルヲ本旨トスル故本條ノ規定ニテモ十  
 分ナリト信ス」という、楽観的な回答を寄せている。これを受けた「抗告ハ許スヤ」  
 という花井の質問に対して、谷田は「抗告ノ規定ナシ然シ回避セサル如キ場合ニハ  
 抗告ヲ許スモ不可ナカルヘシ」と答え、「審判ノ内容ニ付テハ容喙シ得サルモ審判ノ  
 仕方ニ付テハ監督権作用ニテ矯正シ得ヘシ」という倉田勇三郎の指摘に対して、「夫  
 レハ可ナラン」と応じている。他方、「回避ヲ必要トセハ忌避モ必要ニアラスヤ」と  
 いう横田秀夫の問題提起に対して、谷田は「忌避ハ水臭シ此位ニテ可ナリト考ヘタ  
 リ」と述べ、倉富と共に、誰が見ても穏当を欠く場合には「監督権ノ作用ニテ矯正」  
 することの妥当性を説いている。ところが、「監督権ノ作用ニテ矯正」することの内  
 実について谷田と倉富の理解は同じではなく、「監督権者カ不都合ト見レハ何時ニテ  
 モ變更セシメ得ル趣旨ト爲スヤ」という谷田に対し、倉富は「審判官カ適當ナリト  
 認メテ爲シタル處分ノ内容迄モ變更スルヲ得サルモ後ニ至リ處分ノ適當ナラサルコ  
 トヲ発見シタルトキハ監督官ハ再審ヲ命ジテ差支ナカルヘシ」と述べている。この  
 発言を受けて「監督権ニ委カストセハ寧ロ抗告ヲ許スヲ可トセサルカ」として主張  
 を転じた谷田を、「本條ノミニ抗告ヲ許スコトトスルヲ可トス」という鈴木之発言が  
 後押しし、横田もこれに賛意を示している。しかし、こうした議論の流れは、「外國  
 ニテハ上訴ヲ許ス〔、〕然レトモ一方ニハ處分ノ變更ヲ許シアリ又一方ニハ審判官ノ  
 威信ヲ重カラシムル爲ニ上訴ヲ許ササルカ適當ナルヘシ」という泉二の発言を契機  
 として変化している。「監督官又ハ其他ノ者ノ申告ニ依リテ變更スル途尠ナシトセ  
 抗告ノ必要ナシ」と述べる小山に、花井が「原案ノ儘ヲ可トス」と続き、「本條ノ場  
 合ハ監督官ノ變更ヲ許スコトヲ明ニシタシ」という横田とそれに賛同を示す鈴木之

発言を挟みながらも、最終的に「原案ノ儘存置」することが異議なく決定されている。結局、この回避・忌避をめぐる議論は、「審判官ハ少年ノ利益ヲ保護スルヲ本旨トスル」、「一方ニハ處分ノ變更ヲ許シアリ又一方ニハ審判官ノ威信ヲ重カラシムル爲ニ上訴ヲ許ササルカ適當ナルヘシ」という泉二の主張を基軸として、裁判所の内部的な処理によることとされたのである。

ここでの議論は、回避や忌避の問題が、抗告や保護処分の変更・取消しと密接に関連づけられて議論されていたことを示している。抗告制度を容れなかった旧少年法下では、最終的には保護処分の変更・取消しを柔軟に運用することにより対応を図ることが予定されていたのであった<sup>(24)</sup>。

旧少年法63条の一事不再理効に関する規定の法的性格については立法過程において詳らかな説明があるわけではない。しかし、後述するように、この規定は、刑事訴訟法上の理論では説明することが困難な規定ぶりをとったこともあり、旧少年法の実務運用では、刑事政策的効果からみた刑事処分に対する保護処分の優越性とならんで、保護処分を受ける少年の心的な安定性を強調する形で、政策的なものとして理解されるのが一般的であったといえる。このことを考えれば、旧少年法において保護処分に対する一事不再理効は必ずしも少年側に権利性を認めずとも理論構成しえたものであり、その差が、立法上保護処分の一不再理効を認める一方で忌避申立制度は認めないという立法態度となって表れたと理解することが可能である。

「真に子供の保護の目的を達するやうにする」という起草者たちに共通する至上命題は、少なくとも構想の上では公正さの問題をも解決しうるような形でのパターンリスティックな国家の側の配慮を土台にするものであったといえる。「輔佐人」規定にも、こうした立法態度は通底しており、それは判断者への資料の提供が主たる役割として期待された制度であったと理解できる。

<sup>(24)</sup> ここでの議論は、忌避規定を設けない点では旧少年法を継承する一方で、保護処分の変更・取消し制度を廃止すると同時に抗告制度を設けた現行少年法において、忌避をどのように考えるか、大きな影響を与えうるものでもある。

## 2 「附添人」規定をめぐる議論

### (1) 「附添人」規定の登場——1918年9月27日案

「附添人」という言葉が法案上初めて現れたのは、少年法案の審理が再開された1918(大7)年9月27日の「少年法案」(1918年9月27日案)においてである。その41条は、「輔佐人」の語を「附添人」に代え、やはり3つの項から成る次のような規定を置いた(立法資料全集(上)1993:428)。

審判ヲ開始スル場合ニ於テハ本人ハ附添人ヲ用フルコトヲ得  
保護者及ヒ保護團體ハ本人ノ利益ノ爲メ附添人ヲ付スルコトヲ得  
附添人ハ少年審判官ノ指定シタル辯護士其他ノ者ヲ以テ之ニ充ツ可シ

「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の議論を受けた1914(大3)年12月18日の「少年法案」37条と比較した場合、「輔佐人ハ辯護士又ハ少年審判官ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツ可シ」とされていた規定が「附添人ハ少年審判官ノ指定シタル辯護士其他ノ者ヲ以テ之ニ充ツ可シ」と変化しており、弁護士についても「少年審判官ノ指定」が及ぶことされている(3項)。この変化の理由は、「附添人」という言葉の出現と同様、直接に確認することはできない。もっとも、後者の問題については、先に見たように「不良少年ニ関スル法律案主査委員会」の第10回目の会合において、第一次成案4条の「輔佐人」の説明として「四十一條ハ附添人トシテ事實上ノ輔佐ヲ爲ス」(立法資料全集(上)1993:428)と述べられており、「附添人」という言葉が用いられている。この会合の場において「輔佐人」の法的性格や役割に関して民事訴訟法上の制度と関連づけた激しいやりとりがあったことを想起すれば、「輔佐人」規定から「附添人」規定への変遷は、民事訴訟法上の「輔佐人」と一応は切り離して制度を理解することを明確化する目的があったと推測することができる。

この「附添人」規定の出現につき、森田明は、1922(大11)年の「少年法案理由」が審判手続の性格を「保護處分ハ(…)自由ナル處分ヲ爲ス行政ト同シカラス、(…)少年ノ保護ヲ目的トスルモノナレトモ、人身ノ自由ニ關係ヨ有スルモノナルヲ以テ法ノ準繩ニ從ヒ處分ヲ爲スヲ要ス、(…)少年審判所ハ法ヲ離レテ便宜ノ處置ヲ爲ス

コトヲ許ササルモノナリ」(立法資料全集(下)1994:931)と述べていることを手がかりとして、「事実認定が困難な審判にあたって手続の公正の観点からの配慮を払おうとしたもの」ではないかとの仮説を示している(森田明 2005:152)。

確かに、ここで併せて指摘されているように、1918(大7)年9月27日案では、召喚に応じない場合の罰則を伴う形で、「少年審判所ハ調査ノ爲メ必要ナル證人及ヒ鑑定人ヲ訊問スルコトヲ得」という証人・鑑定人の訊問に関する規定が設けられている(33条1項<sup>(25)</sup>)。また、この法案では、少年審判所が保護処分を行った場合には刑事訴追することができないという一事不再理効を定めた規定(61条)が現れている。この限りにおいて、1918(大7)年9月27日案は、刑事法令でみられるのと類似した規定を一定程度取り込んでいるという意味で、従前の法案よりも刑事法的色彩を強めたといえることができる。しかし、証人・鑑定人の訊問は「調査ノ爲メ」のものと位置づけられたものであった。同法案の32条1項が「少年審判所ハ事實ノ取調ヲ保護者ニ命シ又ハ之ヲ保護團體ニ委託スルコトヲ得」と規定していたことを考えれば、「事實ノ取調」と「調査」には一応の書き分けがあったと推測できる。また、本法案では同時に、1914(大3)年12月18日案までは存在した参与制度に関する規定が削除されており、後述するように、証人・鑑定人の訊問に関する規定はこの代替として新設されたと考えられる。さらに、従前の法案では、保護処分のうち訓戒を課す場合に保護者を立ち会わせた上で、本人に対し非行を指摘し、将来遵守すべき事項を諭告すべきものとされていたものが、本法案では「保護者又ハ附添人」の立会いが求められている(47条<sup>(26)</sup>)。これらのことを考えれば、「附添人」規定が手続の公正さを担保する側面をもったことは否定しえないとしても、その主たる役割は、保護者に準じるものとして処分に関する資料の提供やそれに関する意見を述べることにあり、この観点から「附添人」規定の整備が行われたと理解するのが素直であろう。

<sup>(25)</sup> この罰則規定は、1918(大7)年12月10日の第二次成案以降は削除されている。

<sup>(26)</sup> この規定は、1918(大7)年12月10日の第二次成案まで義務的なものとして継承された後(46条)、1919(大8)年2月24日の第三次成案において「成ルヘク(…)立會ハシムヘ」きものと規定され(49条2項)、旧少年法に結実している(48条2項)。

## (2) 参与員制度の消滅と民主性

少年司法の民主性や専門性と関連して、参与員制度・参審制度がこの法案において消えた理由を考察しておくことは、附添人規定の意味を考える上でも重要である。

後に、1920（大9）年2月10日に行われた「衆議院少年法案外一件委員会」の3回目の会合において、諸外国に立法例のある参審制度がとられていない理由の説明を求める花井に対して、谷田が「官吏以外ノ人ヲ審判官ニ加ヘマスカト云フ事ハ、可ナリ詳シク討議セラレマシタ所」と前置きした上で「内情」として語っているのは、①一般人の参加は刑事訴訟法上も大問題であり、陪審制度の採用もなお確定してはいないこと、②少年事件は「事件ヲ荒立テズシテ」迅速に処理する必要があり、この目的を達成するためにはなるべく「簡易ナル機關」の方がよいこと、そして③少年事件には特別な知識経験が求められること、である（立法資料全集（上）1993：547-548）。このうち③については、次のように敷衍されている。

「少年審判所ノ置カレマスノモ、只ノ判事検事デハドウシテモ少年ノ人ト爲リヲ判断シ、少年ニ就テノ適切ナル處分ヲ案出スルニハ不十分デアルト云フ所カラ、斯様ナ機關ガ置カレマシタ次第デアリマシテ、是ハ全ク特別ノ知識経験ノアル人ニ、極リ〔ク〕自由ニ判断ヲサセルト云フノガ、本來ノ根本ノ精神ニナツテ居ルノデゴザイマスカラ、是等ノ趣意ニ依リマシテ、此少年事件ハ寧ロ此方ノ専門ノ一人一人ノ判断ニ委シタ方ガ、或ハ適切デハアルマイカ」。

「成程多クノ人ノ、或ハ保護司ノ方カラモ材料ヲ持出ス、或ハ御醫者サンノ方カラモ材料ヲ持出ス、又本案ニ就キマシテモ、附添人ノ制度ヲ認メ、尚ホ審判官ガ普通ノ訴訟ノヤウニ唯々雙方ノ主張ヲ聽イテ判断ヲ與ヘルトハ、或ハ彈劾ヲ受ケテ其行爲ヲ斷ズルト云フノデハナクシテ、進ンデ少年ノ利益ヲ圖ルト云フモノデゴザイマスカラ、是ハ今日ノ我國ニ於キマシテハ、特ニ陪審ノ事ナドニ就テモ、一般ノ犯罪ノ方ガ決ッテ居ラス折柄デアリマスカラ、寧ロ單獨ニ致シタ方ガ宜カラウト云フ考デ（…）現在ノヤウナ形ニ改メタ次第デアリマス」（立法資料全集（上）1993：548-549。繰り返し符合の二の字点は同の字点に改めた）。

谷田の説明では参与制度・参審制度をとる必要がない理由として、少年保護司や医師からの「材料」の提供、審判官の態度とならんで「附添人ノ制度ヲ認メ」たことが「少年ノ利益ヲ圖ル」文脈で指摘されている。<sup>(27)</sup> 処分決定と関連づけた資料提供



の役割が附添人に期待されていたことが、やはりここからも窺われる。

この確認の上で注意を向けたいのは、花井の批判を受けて「親ニ成り代ルト云フ精神」から少年審判官の資格との関連づけを図った、山岡の次のような説明である。

「保護處分ト致シマシテハ親ニナリ代ル精神デナケレバナラヌノデ、審判官ノ資格ヲ決メマスニ就テ、段々（…）判事ニハ限ラナイト云フコトニ進ンデ参リマシタノデ、何モ判事ガソレ程足りナイ、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、判事ハ法律ノ智識有リ、且ツ廣ク色々ナ事件ヲ扱ヒマスカラ、色々ナ事柄ヲ知り得ベキ者、又將來ニ於テハ是非トモ其處マデ努力シテ往カネバナラヌモノト考ヘテ居リマスガ、民間ニ於キマシテモ幼年事業其他保護事業ニ就テ、特ニ経験アル人デアリマスレバ、廣ク一般ヨリ審判官ニ採用スルト云フ規定ヲ根本ニ致シマシタ、ソレデスカラ、少シモ資格ヲ限定ハ致シマセヌ、智識サヘ有レバ直ニ試験モ何モ經ズシテ、詮衡ニ依ッテ採用スル、サウシテ判事ヲ兼〔ヌ〕ルコトヲ得ルト云フ立場ニナリマシタモノデスカラ、其精神トスル所ハ一層其處ニ現ハレテ居ルト存ジマス」（立法資料全集（上）1993：550。繰返し符合の二の字点は同の字点に改めた）。

山岡の説明は、少年審判官が「段々（…）判事ニハ限ラナイト云フコトニ進ンデ参」ったことを参与制度・参審制度をとる必要がない理由として強調している。

しかし、法案の変遷を追ってみれば、参与制度が消えるのが1918（大7）年9月27日案であるのに対し、少年審判官が判事に限られないことを明らかにした規定が現れるのは法案作成作業の最終段階にあたる1920（大9）年2月の少年法案（議会提出法案）においてである。この法案が「少年審判官ハ判事ヲシテ之ヲ兼セシムルコトヲ得」（21条1項）と規定するまでは、「少年審判官ハ判事ヲ以テ之ニ充ツ」（1918（大7）年9月27日案19条）、「少年審判官ハ地方裁判所又ハ區裁判所ノ判事ヲ以テ之ニ充テ司法大臣之ヲ命ス」（1918（大7）年12月10日第二次成案20条及び1919（大8）年2月24日第三次成案21条）、「少年審判官ハ控訴院、地方裁判所又ハ區裁判所ノ判事ヲ以テ之ニ充テ司法大臣之ヲ命ス」（1919（大8）年7月7日法律取

<sup>(27)</sup> 先に確認した、「情深イ民間人、而モ保護ニ経験アル民間人ヲ是ニ参加セシメルト云フコトハ、本法制定ノ精神的理解トシテハ、是以上ニ私ハ無イト信ズル」立場から花井が行った「役人本位」批判は、この説明に対するものである。



調委員会最終法案)と定められていたにすぎない。そして、この変遷は、少年法案につき閣議請求の見込みがあることから事前に司法省が内務省に対して行った意見の照会である1919(大8)年9月2日の「少年法案ニ関スル件」に対する内務省からの回答を受けたものであったと考えるのが素直である。同年10月30日の内務省による「少年法案ニ関スル意見(案)」は「少年審判所ノ組織ニ關スル件」と「少年法ノ支配スル少年ノ最低年齢ニ關スル件」から成っており、前者に関して次のように述べている。

「本法案ニ於テハ少年審判所ノ審判官ハ控訴院、地方裁判所又ハ區裁判所ノ判事ヲ以テ之ニ充ツ(第二十二條)トアリテ其ノ審判所ニ就テハ明示セサルモ裁判所ノ建設物中ニサグメラルヘキコト、察セラル少年審判ノ局ニ當ルヘキ者ハ克ク少年ノ心理ニ通曉シ少年ニ對スル同情ト理解トヲ有スル者ナラサルヘカラス即チ本法案ノ如キ判事ニ限ラス加フルニ兒童心理ニ通曉スル者、兒童保護ニ關シ經驗ヲ有スル教職員、社會事業家等ヲ添加セシムルヲ要ス又其ノ場所ハ少ナクトモ教育的ノモノナルヲ要スヘシ故ニ若シ本法案ノ如ク名ハ審判官ト稱スルモ裁判官カ裁判所ニ於テ審判スルカ如キハ少年保護ノ目的ヲ達スル上ニ於テ甚タ不十分ナルノミナラス裁判又ハ裁判所ニ對スル我邦傳來的社會心理ノ改マラサル本日少年ノ心理ヲ傷害スルノ危険誠ニ渺カラサルモノアルヘシ乃チ審判所ノ組織ニ關シテハ大ニ考慮ヲ要スヘク此ノ儘ニテハ同意シ難シ」(立法資料全集(上)1993:406)。

この回答は、「裁判又ハ裁判所ニ對スル我邦傳來的社會心理」をも問題とする点で、谷田や泉二といった少年法案の初期の起草者たちと視点を共有しながらも、「少年ノ心理ニ通曉シ少年ニ對スル同情ト理解トヲ有スル者」が審判にあたるべきことを主張し、審判主体を判事に限定すべきでないとの考えに立つ点で花井の主張と重なっており、なおかつそれを徹底したものであったといえる。1920(大9)年2月の少年法案(議会提出法案)は、この内務省の回答を受けて、少年審判官を判事に限定しないよう改めたのである。<sup>(28)</sup>それは、司法省と内務省の対立の中で少年法案を成立

<sup>(28)</sup> そこには、1919(大8)年12月23日付で内務省が作成した「兒童保護委員法案」が社会事業従事者、教育従事者、学務委員、医師・産婆、警察官吏などを市町村長が兒童保護委員に選任することを構想していたこと(立法資料全集(上)1993:498)からの影響の存在も推測される。

させるために司法省がとった譲歩のひとつであったといえる。

このように法案の変遷を追ってみれば、山岡の説明とは異なり、参与制度・参審制度の不採用は、少年審判官が「段々（…）判事ニハ限ラナイト云フコトニ進ンデ参」ったことよりも時期的に先行していたことになる。

それでは、参与制度・参審制度の不採用の理由はどこにあったのであろうか。この点、参与制度の不採用を証人・鑑定人の制度と関連づけている泉二の回想が注目される。

「あれは事実の決定する権限は認めない、結局意見を述べる位のもので、それでは結局證人と鑑定人とかいふやうなことで、裁判所に呼んで幾らでも調べる事が出来るから、さういふ者は要らないぢやないかといふやうなことで、參與は削られてしまった」（岩村ほか 1936：16-17 [泉二発言]）。

法案の内容の変遷とも適合するこの説明が正しいものであるとすれば、旧少年法の起草者たちにとって参与制度の意義は処分に対する意見の陳述に集約されるものであり、その民主的性格には——「自治司法」の実現にこだわりをみせた花井を除いて——目が向けられていなかったことになる。<sup>(29)</sup> 少年審判官の資格を判事に限定しない制度がとられたものの、それは内務省との折衝の結果という色彩が強いものであり、そこにどれだけの民主的・社会的な契機が内包されていたかには疑問が残る。

谷田が参審員・参与員制度不採用の理由として少年保護司や医師による「材料」の提供と並列して「附添人ノ制度ヲ認め」たことを挙げていることに表されているように、これと同様の事柄は、ほぼそのまま「附添人」制度についても妥当すると

<sup>(29)</sup> 泉二によるこの説明は、実質的な内容において、戦後における参与制度やレフェリー制度をめぐる少年係裁判官たちの議論とも部分的に重なっている。この点については、少年係裁判官会同（昭35）1961：11-63を特に参照。その議論からも窺われるように、戦後第一期から第二期の初期における国選附添人制度に関する議論は、検察官関与のみならず、参与員制度やレフェリー制度とも関連づけて行われていたことには十分な注意を要する。これについては、参照、少年係裁判官会同（昭27）1953：92、少年係裁判官会同（昭35）1961：63-74、少年係裁判官会同（昭36）1963：61-66、少年係裁判官会同（昭43）1968：22-37。

<sup>(30)</sup> 旧少年法の制定に携わった者のこうした認識は、日本における少年法制定運動がいわば「上から」のものであったことと無関係ではないであろう。後に触れるように、少年司法の社会的基盤は、旧少年法施行後、少年司法運営に従事した少なくない者により問題とされ、泉二においては旧少年法施行10年の時点で（泉二 1934：16-17）、また山岡においては戦後の時点で同様の事柄が問題とされている（山岡ほか 1957 [山岡発言]：43）。しかし、この問題が、旧少年法制定時に認識されていたかには疑問がある。

理解しても、大きな誤りではないように思われる。花井がいうところの「役人本位」の考えは、自由権的権利保障の局面においても民主的契機の担保という点においても、少年審判所の外の担い手と結びつけることまでには届かず、結びつきがあったとしても、判断者のための資料収集や意見陳述の枠内にとどまる、極めて弱いものでしかなかったというべきであろう。

### (3) 裁量的国選附添人制度の登場——第二次成案

その後、「附添人」に関する規定は、1918（大7）年12月10日の少年法案（第二次成案）40条において2項立ての体裁をとり、これがほぼそのまま1919（大8）年2月24日の少年法案（第三次成案）43条に引き継がれている（立法資料全集（上）1993：433、441<sup>(31)</sup>）。第二次成案の40条は次のような体裁をとっている。

審判ヲ開始スル場合ニ於テハ本人ノ爲メ附添人ヲ附スルコトヲ得  
本人保護者又ハ保護團體ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ附添人ヲ選任スルコトヲ得

ここでは、一旦「附添人」となりうる者の資格に関する規定が削除されている。それとともに、裁量による国選付添人制度と理解できる条文が1項において再び出現している。この変遷の上で、1919（大8）年6月29日の「少年法修正案」により、1項を「少年審判所審判ヲ開始スル場合ニ於テ必要アルトキハ本人ノ爲メ附添人ヲ附スルコトヲ得」と改めるべきこととされ（立法資料全集（上）1993：454）、この1項と2項の体裁が後の法案にそのまま引き継がれている。しかし、1919（大8）年7月7日の少年法案（法律取調委員会最終法案）は、45条において、「附添人」の語を「付添人」に替えた上で、さらに「付添人ハ辯護士、保護事業ニ従事スル者又ハ少年裁判所ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツヘシ」という、1914（大3）年12月18日の「少年法案」37条と類似した3項を加えるに至っている（立法資料全集（上）1993：461）。1920（大9）年2月の少年法案（議会提出法案）42条は、この法案の「付添人」の字句を再び「附添人」に改め、旧少年法42条と径庭のない次のような

---

<sup>(31)</sup> 第三次成案は、2項において「本人」と「保護者」の語の間に読点を加えているにすぎない。

規定ぶりをとったのである（立法資料全集（上）1993：503）。

少年審判所審判ヲ開始スル場合ニ於テ必要アルトキハ本人ノ爲附添人ヲ附スルコトヲ得  
本人、保護者又ハ保護團體ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ附添人ヲ選任スルコトヲ得  
附添人ハ辯護士、保護事業ニ従事スル者又ハ少年裁判所ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツヘ  
シ

1919（大8）年7月の「少年法案理由（案）」は法律取調委員会最終法案45条の趣旨について、次のように説明している。

「本條ハ審判ヲ爲ス場合ニ於テ本人ノ爲附添人ヲ用ウルコトニ關スル規定ナリ附添人ハ少年審判所職權ヲ以テ之ヲ附スル場合ト本人其他ノ者ニ於テ之ヲ選任スル場合トヲ認メタリ職權ヲ以テスル場合ハ少年審判所ニ於テ手續上必要アリト思料スルトキ相當ナル者附添人ヲ命スルモノナリ次ニ本人其他ノ保護者又ハ保護團體ニ於テ附添人ヲ選任スルニハ少年審判所ノ許可ヲ要ス而シテ辯護士又ハ保護事業ニ従事スル者ハ當然附添人タルコトヲ得ヘント雖モ其他ノ者ニ至リテハ少年審判所ノ許可ヲ受ケタル者ニ限り附添人タルヲ得ヘキモノト爲セリ蓋シ辯護士又ハ保護事業ニ従事スル者ニ非サル者ハ附添人タル資格ニ於テ缺クル所アル場合アルヲ以テナリ」（立法資料全集（上）1993：478）。

なぜ3項立てで起草されてきた「附添人」規定が第二次成案において2つの項にまとめられ、法律取調委員会最終法案で再び3項立てに戻されたのか、また、なぜ1918（大7）年9月27日の少年法案では「審判ヲ開始スル場合ニ於テハ本人ハ附添人ヲ用フルコトヲ得」（41条1項）とされたものが、「審判ヲ開始スル場合ニ於テハ本人ノ爲メ附添人ヲ附スルコトヲ得」（40条1項）として第二次成案において一読して裁量的な国選附添人制度と理解できる規定ぶりかとられたのか。現在、附添人を国選で、また少年審判所の職権によって選任することにしたことの趣旨を直接明らかにする資料を自由にはできない。しかし、1918（大7）年9月27日の少年法案と同年12月10日の少年法案（第二次成案）を比較してみれば、他の点には大きな変化がないにもかかわらず、附添人に関する規定の直後に置かれている保護者

などの呼出に関する規定に変化が生じている。すなわち、前者では「審判期日ニハ本人、保護者及ヒ附添人ヲ呼出ス可シ但保護者ニシテ其責任ヲ盡ササルモノ又ハ遠隔ノ地ニ在ルモノニ付テハ此限ニ在ラス」(42条2項)(立法資料全集(上)1993:428)と規定されていたのに対し、後者においては但書が「但實益ナシト認ムルトキハ保護者ハ之ヲ呼出ササルコトヲ得」(41条2項)(立法資料全集(上)1993:433)と改められている<sup>(32)</sup>。後に、「少年法案理由(案)」において「審判期日ニ於テハ本人ヲ取調べ保護者及ヒ附添人ノ意見ヲ聽クヘキモノナルヲ以テ之ヲ呼出スコトヲ必要トス但シ本人ノ保護監督ヲ等閑ニ付スル者ニシテ審判ニ干與セシムルモ實益ナシト認メラルルモノナルトキハ其呼出ヲ爲ササルコトヲ相當トス」(立法資料全集(上)1993:478)と説明されているように、「實益ナシト認ムルトキ」には保護者が「其責任ヲ盡ササル」場合もが実質的に含まれていたといえる。しかし、「實益ナシト認ムルトキ」は「其責任ヲ盡ササル」場合や「遠隔ノ地ニ在ルモノ」よりも広く、判断者の評価を容れる余地が大きい概念であるといえる。先に触れた通り、旧少年法の起草者たちは、立法作業の当初から不適切な養育などとの関連において保護者の問題に関心を寄せていたのであった。そのことをも考え併せれば、第二次成案は、審判で意見陳述を行うべき保護者を呼び出さない場合を実質化し、その対象範囲を拡大させたのに伴い、保護者が審判廷に現れない事態が生じることを想定して、一読して国選附添人制度と理解できる規定を40条1項に置いたという推測が成り立ちうる。担い手を弁護士に限定せず、「審判ヲ開始スル場合」を対象とする制度が構想されたことも、こうした性格と整合するものといえる。

他方、附添人に対して期待されていた役割は、どうであろうか。初期の段階から少年法の立法作業に携わっている山岡は、これと重なる時期にあたる1919(大8)年7月8日付の法律新聞において、「辯護人」の役割について踏み込んだ記述を残している。

「右の目標を達する爲め第一に裁判所検事局其他關係人の共同一致した働きを必要とする。即

<sup>(32)</sup> この規定は、1914(大3)年3月1日の第一次成案と同年12月18日の少年法案では「審判期日ニハ本人、保護者及輔佐人ヲ呼出ス可シ」(42条2項、38条2項)とされており、但書は存在していなかった(立法資料全集(上)1993:341、423)。第二次成案後の法案では、これと同じ規定が継承されている。

ち辯護人、少年の保護者に於ても犯人改善の目的に向かつての手續を爲すことに共同して材料を提供しなくてはならぬ。「少年事件の審理に關係する者は、少年を不當に庇護し又は之を制壓することは絶対に避けねばならぬ。辯論も是の意味に従ふことを必要とするから検事は公益上より法律秩序を維持し、社會の要求する所を明かにする爲め犯行を論述すると同時に、被告の利益を充分に保護する態度を以て臨み、辯護人と争ひを生ずるが如きことなきを注意すべく、辯護人も亦被告を強ひて青天白日の身たらしめんと努め、索強附會の辯論を爲し、少年を其爲したる行爲が必ず非行に非ざるが如き感を得せしむることなきを要す」(山岡 1919: 4-5)。

確かに、この指摘は、山岡が数字を挙げながら少年犯罪の状況を説明し、「少年法に對する科刑は大に注意することを要」するため「少年に對する特別の裁判部を設けて慎重に刑を量定するに至つたのは、一の進歩としなくてはならぬ」と述べた上で、「少年犯に對する科刑を適當ならしむるには、審理に付き成年と異にしたる手續を必要とする。殊に公判に於て少年の羞恥心を害せざること其他の悪影響から遠ざからしむる爲めに別段の手續をしなくてはならぬ」と主張している文脈の上でのものである。この意味で、山岡が論じているのは、厳密には、必ずしも「少年審判所」において「附添人」に期待される役割ではない。しかし、「少年に信任を得せしむる」ために「検事の求刑と判事の宣告とは、隔りの無き様にしなくてはならぬ」こと、「裁判は少年をして深く之を信ぜしめねばならぬものであるから、検事の控訴はこれを慎まなければならぬものであると同時に被告よりの控訴も亦之れなき様にしなくてはならぬ」こと、「少年事件の審理は急速なるを要すること」、「公判の嚴肅を害せざる限りは形式に拘泥せざること」、「審理關係者の態度、語調等常に少年の教育的意味を忘れざる様にしなくてはならぬ」ことなどの指摘(山岡 1919: 5)は、檢察官の位置づけなどに相違はあるものの、そのまま少年法案の制度の骨格を説明できる内容をもっていたといえる。

「犯人改善の目的に向かつての手續を爲すことに共同して材料を提供」という役割が、附添人に対しても期待されていたと推測することは、旧少年法施行直後の時期における山岡の次のような説明とも符合しているといえる。

「附添人の資格は誰でもよろしいので、子供のことに就いて十分述べ得るものでなければなり

ません、辯護士でも差支ありませんが、子供の未來を如何にするかといふことを考へるのであつて、刑事辯護の如く検事と議論を上下するのとは趣が違ひます」(山岡 1922: 25)。

### 3 帝国議会における「附添人」規定をめぐる議論

#### (1) 自由権的権利保障の観点からの少年法案批判

##### (a) 弁護士層による少年法案の評価

旧少年法が成立をみたのは、帝国議会における4度の審議を経た末のことである。第42回帝国議会では衆議院の「少年法案外一件委員会」による審議は行われたものの、貴族院における審議は行われていない。貴族院における審議まで行われた第43回、第44回帝国議会においても少年法案は成立せず、最終的にそれが成立をみたのは第45回帝国議会においてである。森田明が明らかにしているように、その最大の原因は、平沼騏一郎に代表される司法部の政治的拡大に対する危惧をも背景にもつ感化院関係者や内務省の抵抗にあった。しかし、少年法案に対して行われた批判は、小河滋次郎の「非少年法案論」に代表されるような「感化教育主義」の観点からのものに尽きない。そこには、制度の公正さの担保など「立憲主義」的といえる観点から強くなされた批判が含まれている(森田明 2005: 164-166)。

在野法曹である弁護士層は、当時、少年法案をどのように評価していたのであろうか。確認できる限られた資料による限り、少年審判所を中心として少年法制を整備すること自体には強い反対は見られなかったといえる。例えば、福島一郎は、1918(大7)年7月3日付の法律新聞において、「今日に於て少年裁判所法の制定は國家の將來の爲に一日も待つ事の出来ぬ問題となつた」との認識から、少年法案ができ上がったことを「衷心の欣喜蔽ふべくもな」と述べる一方で、①裁判官・留置場・矯正職員として如何なる人を選ぶべきか、②一般市民の態度と関係して果たしてボランティアが存在しうるか、③不良少年の品行ないしは犯罪の搜索権限を誰に与えるのか、④審判機関に付属する「科学的デパートメント」の設備の不在をどうするかという、4つの事柄を「杞憂」として示している。

具体的な議論は、各々、次のようなものである。①少年と裁判官が顔を突き合わせて話し合う、あたかも慈父が子どもの過ちを聞きただし、非を論ず少年裁判に適當な人物を当時の判事から求めることは難しく、その一方で民間の宗教家などから



選任するという英断を許さないというのであれば、少年裁判所の前途は悲観すべきものとならざるをえない。また、裁判所のみならず留置場や「感化院」という関連する制度に人を得ることができると否かが、日本の「少年裁判」にとっての大難関である。<sup>(33)</sup>②「官僚主義」の日本社会でボランティアが存在しえ、国立感化院と同一の資格を私人に認めるだけの「雅量」があるのか、もし民間に篤志家がおらず、立法者や執法者に理解がなく、普通の裁判と同様に「裁判所は國民と離れ社會と離れて、儼然として判決執行を講ずると云ふ状態」であれば不良少年の感化は永久に絶望である。③「プロベーションオヒサー」によってではなく警察が犯罪少年を検挙し、そこで作成された調書によって判決が行われるようなありきまでは「不良少年裁判」の目的は到底達されない。④少年裁判所に付属する「サイエンテヒツクデパートメント」が存在して初めて少年裁判所の判事は最も適当な判決を下すことができるが、日本においてその専門家を必要なだけ求めることができるか、それに十分な経費を確保できるか（福島 1918a；福島 1918b）。

福島の指摘は、いずれも、現在の視点からみても少年司法にかかわる事柄の本質を突いていたといえる。しかし、「吾人はこれを氣にしつゝも、尚ほ少年裁判所法の制定の一日も早からむことを望み、且社會が一團となつて漸次その理想の域に進むことに努力しなければならない」（福島 1918b）と福島自身が述べているところからも明らかなように、その主張は理念として少年審判機関を設置することを否定するものではなく、それを実現するための現実的な課題を指摘するものであったといえる。<sup>(34)</sup>

#### (b) 帝国議会における議論

少年法案が、特に第43回帝国議会における衆議院の「少年法案外一件委員会」による審議を中心として直面したのは、しかし、こうした福島の議論と同質性をもちながらも、各論的な問題については起草者たちが思い描いた制度の根本を揺るがし

<sup>(33)</sup> 弁護士であった不破清警も、同様の観点から旧少年法施行直後の時期に、少年審判官の役割の大きさを指摘している（不破 1923）。

<sup>(34)</sup> そこには、「無より有を生ぜしめることは得ない」、「よし害ある少年裁判所でも、有は無に優るが故に一日も早く其の有が實現して其の「マイナス」Xが「プラス」「X」となる希望の下に法曹界、教育界は勿論社會一般の努力が實現せられん事を望むの情に堪えない」という考慮もあった（福島 1918b：6）。



かねない、弁護士議員たちによる批判であった。その議論は、少年司法制度の民主的側面にかかわる問題と自由主義的権利保障にかかわる問題を含んでいたといえる。前者については、花井卓蔵による少年審判所の設置場所に関する問題提起や参与員制度・参審制度導入の主張として現れている。これについては先にみた。ここでは後者の問題の概要について確認しておくことにする。

自由主義的権利保障の問題と関係して、弁護士資格をもつ議員から文字通り繰り返し批判が加えられたのは、審判の公正さ、誤判問題、そしてこれらと密接にかかわる不服申立てや忌避申立て規定の不存在という問題であった。

例えば、永井作次は、第43回帝国議会における衆議院の「少年法案外一件委員会」第2回会議（1920（大9）年7月12日）において、虞犯などを例に出し、少年審判においても事実認定が問題となりうることを指摘し、「若シ誤ッテ此認定ヲスルヤウナコトガアリマスレバ、甚ダ少年保護ノ目的デ出来マシタ本法ガ、却テ其少年ヲ保護セズシテ、殺スコトノ結果ヲ生ズルコトニナル」ことから、新制度下で少年審判所の審判官や少年保護司に経験がないことを考えても、誤りを正す手段を設けるべきことを主張している。これに対し、政府委員である豊島は、少年審判官には経験のある専門家をあてなければならないこと、手続としても、少年保護司が調査を行い、保護団体が附添人としてかわり、保護者や附添人は必ず呼び出され、審判で意見陳述することができるようになっていたことを強調し、「是ダケノ専門家ノ知識ヲ集メテ處分ヲスルコトニナリマスレバ、決シテ誤リハナイ」と説明している（立法資料全集（下）1994：646-647）。

永井と同様の質問は、審判官がいかに老練でも間違いがないとは考えられないことから、本人や保護者・附添人に処分の取消しを求める規定が必要ではないか、という形で北井波治目が第3回会議（1920（大9）年7月13日）において行っている。これに対する谷田の回答の要諦は、少年審判所の決定に関して裁判所への抗告を認めれば「木ニ竹ヲ接イダヤウナモノ」となることと、「少年裁〔審〕判所ト云フ如キ機關ヲ設ケタ所以ハ〔、〕少年ノ事柄ハ特別ノ智識経験ヲ有スルモノデナケレバ、適當ニ又眞實ニ公平ニ處置ヲスルコトハ出来ナイ」というものであり、「普通ノ權利義務ト云フ觀念ハ避ケテシマッテ、温情ニ信賴スルト云フコトヲ主義ト致シマシテ、不服ノ途ヲ設ケナカッタノデアリマス」という点にあった（立法資料全集（下）1994：

667-669)。元来少年法は特別法なのであるから、ある審判官が行った審判に誤りがあれば、別の審判官に審判させる制度や別の少年審判所で審判を行わせるといった特別の規定を設ければよいのではないかという永屋茂の主張に対しても、谷田は、再審なども一案ではないかと考えたものの、「主トシテ法制ノ立法ガ六ヶ敷イ、組織ガ六ヶ敷イト云フノデ、寧ロ主トシテ少年審判官、少年審判所ニ信賴スル、是ガ主タル法案ノ趣旨デゴザイマスカラ、其方ノ理由デサウ云フ不服トカ何トカ云フヤウナ權利義務ノ事ニシナイト云フコトガ主タル理由デアリマシテ、不服ノ途ノ事ハ打切りニシタ次第デアリマス」と述べている（立法資料全集（下）1994：669-670）<sup>(35)</sup>。

豊島の説明にみられるように、保護者や附添人の意見陳述は広い意味における誤判問題と関連づけられてもいたことが窺われるものの、一連の説明の核心は、谷田が指摘した少年審判官の専門性という点にあったといえる。「普通ノ權利義務ト云フ觀念」とは異なる「眞實」な「公平」さという議論は、戦後展開された実質的権利保障論と通じる面をもっている。しかし、ここでその概念は、少年の権利としてではなく、「温情ニ信賴スル」主義として表現されたのであった。

この「温情ニ信賴スル」主義から少年審判官の専門性を軸として自由権的権利の制度的保障を否定するという点においては、忌避申立てについても同様の事柄が妥当していたといえる。永屋茂は、第3回会議において、「一方ニ於テハ憲法ノ精神ヲ尊重シタイ、一方ニ於テハ此少年法ト云フモノヲ謳歌スルノデアリマスカラ、其矛盾ハ調和シテ見タイ」ことを強調しながらも、行政機関である少年審判所が処分と言渡しを行うことが憲法違反なのではないかを糾している。永屋は、また、これと同じ観点から、誤判の問題、そして保護処分といえども人身の自由にかかわる問題であることを指摘しながら、本人の利益のために処分が行われるといっても、審判官が公平を失するおそれがあることから回避の規定が設けられたのであれば、忌避や除斥も設けられるべきことを主張している。これに対し、山岡は、回避規定は「除斥忌避ト云フモノヲ包容シテ規定ハ致シ」たことを指摘するとともに、「此法律ハ審

<sup>(35)</sup> その代わりにやや強調して説明されているのが、少年裁判所は保護処分の継続中にいつでもこれを取消することができることであった（立法資料全集（下）1994：647）。起草者たちの構想が、制度的担保こそ与えていないものの、自由権的権利保障を完全に否定するものではなく、パターンリスティックな配慮に包摂できるものと位置づけるものであったことは、ここからも窺われる。

<sup>(36)</sup> 回避規定が「除斥忌避ト云フモノヲ包容シ」たものであるという山岡の説明が、起草過程においてどこまで共有されたものであったかは確認することができない。しかし、こうした理解は、旧少

判官ヲ信ジ、審判官ガ最モ適當ナル裁〔審〕判ヲシテ行ク」ものであり、「極ク自由ナ頭デ自由ナ處分ヲスルコトニナリマスカラ、必ズヤアア云フ手續以上ノ効果ガ舉ッテ來ルコトガ出來ル」ことを強調している(立法資料全集(下)1994:655-662)。

### (c) 少年審判官の専門性

このように、旧少年法の審議過程では、自由権的権利保障を担保するための制度をめぐる議論は、ほぼすべて、少年審判官の専門性に収斂しているといつてよい。山岡が強調したように、「結局幼〔少〕年審判ハ人格ノ問題デア」る(立法資料全集(下)1994:661)とすれば、それに対し、「少年犯罪或ハ少年ノ心理状態ニ精通セラレタ審判官ノミヲ得ルト云フコトハ、困難デハナイカ」(永井)、「神様ノヤウナ、親以上ニ其少年ニ對シテ温情ヲ以ッテ接シテ下サルト云フヤウナ、サウ云フ人が果シテ得ラレルカドウカ、私ハソウ云フ人ヲ得ルコトハ六ヶ敷イト思フ」(北井)、「サウ云フ適當人が唯今ノ所デドウモ得ラレマイト思ヒマスガ、ソレドウ爲サルカ」(樋口秀雄)(立法資料全集(下)1994:646,669)という反応ないしは疑念が表明されることはごく自然なことであったといえる。

「最モ困難ナ問題デアリマス、人が得ラ〔レ〕ルカ得ラレヌカト云フコトハ、一體日本ノ方デ左様ナ人物ガアルカドウカト云フコトハ是ハ銘々ノ見ル所ニ依ッテ違ヒマスルシ、是ヲ八釜シク論ジテ見マシタ所デ、議論ハ水掛論ニ相成ラウト信ジマス、吾々ノ考デ見マスルト、絶對ニ無イトハ思ハレヌ」(立法資料全集(下)1994:670。繰り返し符号の二の字点は同の字点に改めた)。こうした開き直りともとれる谷田の説明は、少年審判所設置という野心的な試みの背後にある理念の強さを垣間見せると同時に、現実的な見通しが十分にあったわけではなかったことをも示唆している。

小河滋次郎は、内務省による少年法案反対の下支えともなった、感化的教育観から議論を起こした「非少年法案論」において、「名は同じく少年裁判制度であっても、米國に於けるものと、我が少年法案の採用せんとする所のものとは、其の内容に於て雲泥も沓ならざるの相異がある」と述べ、その「沓ならざるの相異」のひとつとして審判主体の問題に言及している。「名は判事とか裁判官とか謂ふと雖も、實は親

---

年法と同様に、回避に関する規定を少年審判規則上もちながら忌避申立て権を明記してはいない現行少年法の解釈に対しても、重要な示唆を与える。

権者たり保護者たり後見人たり辯護人たり教育者たるの職務を兼有する大親分の如きものである。何故に少年裁判に辯護人を附せざるかと言へる質問に對して、『判事としての余の立場は、少年の利益保全を計るに専らなることに於て、啻に辯護人の其れに譲らざるのみならず、寧ろ其れ以上に努力せざるべからざるの義務がある、また何ぞ辯護人を煩はすの要あらんや云々』と答へたるリンゼーの言は、眞に能く米國に於ける少年判事なるものゝ實體を闡明し得たものであると信ずる」(小河 1920: 20-25)。

こと自由権的な権利保障が不必要であることを主張する際の理由づけに限定すれば、谷田の説明は、小河が指摘する「米國に於ける少年判事」と少なくとも類似する像をもち出すものであったといえる。しかし、小河の議論は、少年審判所設置の前提となる現実的な民主的・社会的基盤の有無まで射程に収めており、人的資源の現実的な見通しや少年司法制度を取り巻く現実の社会環境への懸念というレベルでは、むしろ自由権的な権利保障を審判官の裁量や配慮に取めずに制度的に担保する必要性を説いた帝国議會における質問者たちの疑問と重なり合うものであった。その点で、小河の議論は、帝国議會に提出された少年法案を挟み撃ちした感化的教育の立場と立憲主義的立場との共鳴を象徴するものであったともいえる。谷田らの議論は、参与員制度を立法過程において構想から落とす一方で、問題を審判官の教育能力や専門性に収斂させたものの、それは過去の経験と実践の蓄積に十分に支えられたものではなく、本質において未来志向とならざるをえないものであった。<sup>(37)</sup> 換言すれば、谷田のいう「温情ニ信頼スル」主義は、実践として現実の社会地盤をもつものでは必ずしもなく、観念的な色彩が強いものであり、その意味でも、人權論とはなお遠い隔たりをもっていた、とみることができる。「温情ニ信頼スル」主義を礎石とする制度や議論がふたつの角度から挟み撃ちに遭ったのはそれゆえのことであったと理解できる。

<sup>(37)</sup> 旧少年法の施行前においても、三井久次などにより、1913(大2)年から「少年裁判」の試みが実際上あり、1917(大6)年から制度化されていったことはよく知られている(鈴木 1935: 278; 坂田 1972: 218; 少年審判官三井久次 1997: 44)。しかし、それが谷田らの議論に堅固な基盤を与えるほどのものであったとは考えがたい。

## (2) 附添人をめぐる議論

附添人規定について帝国議会で問題とされたのは、附添人に抗告権を認めるべきかという、自由権的権利保障と直結する問題のほか、附添人の選任形態や裁判所による附添人の選任が必要となる場合に関する問題であった。

前者の、附添人に対する抗告権の付与に関する問題は、先にみた第3回会議の場における北井による問題提起がこれにあたる。後者の附添人の選任形態については、第42回帝国議会における衆議院の「少年法案外一件委員会」第7回会議（1920（大9）年2月19日）で問題にされている。ここで、富島暢夫は、費用負担の問題とともに弁護士を選任は権利とした方がよいのではないかとの問題提起を行っている。附添人選任の際、どのような場合に少年裁判所の許可が必要となるかという、これに端を発する横山金太郎をも交えた議論と、それに対する山岡の説明には、「本人、保護者又ハ保護團體ハ少年裁判所ノ許可ヲ受ケ附添人ヲ選任スルコトヲ得」と規定する少年法案42条2項と「附添人ハ辯護士、保護事業ニ従事スル者又ハ少年裁判所ノ許可ヲ受ケタル者ヲ以テ之ニ充ツヘシ」という3項に関する議論が混在しており、噛み合っていない部分が多くみられる。しかし、そのために却って弁護士付添人の選任が必要な場合に関する説明まで含まれており、当時の国選附添人制度の趣旨の把握を試みる際に有益なものとなっている。

この場において山岡は、財産を有する場合には費用の徴収が可能である制度となっていることとともに、附添人選任方法の基本が、「是ハ保護ノ精神デゴザイマスカラシテ、總テ審判官ノ方デ少年ノ爲メニナルコトヲ命ズルト云フコトハ、職權デ出來ルコトニナツテ居」ることを説明し、「辯護士ノヤウナ辯護ニ携ツテ居リマス人デアリマスレバ、左様ナ事モ制限スル必要ハ無イ」と述べている。その上で、1項から3項までの書き分けに関する横山金太郎の質問に対して、次のような回答を寄せている。

「此少年裁判所ニ必要デアレバ、保護者及ビ保護團體ハ許可ヲ得レバ附ケル事が出來ル、斯ウ云フ事ニ致シマシタノハ、詰リ保護ノ精神ヲ以テ審判所ハ常ニ審判ニ當ツテ居ルノデアリマスカラ、審判所ノ見ル所ニ於テ、附添人ハ要ラナイ、直チニ家庭ニ引渡スベキモノデアル、又ハ訓戒ヲ直チニスベキモノデアル、斯ウ云フヤウナ時ニ、本人ノ考デハドウ云フ處分ヲサレルカ

分カラナイカラ、附添人ヲ附ケタイト云フ時ハ、附ケサセルヤウナ次第デアリマス、直チニ處分スベキ場合ニ於テモ、尚ホ且ツ附添人ガ出テ來ルト云フコトニナツテ參リマス、ソレ故本人ノ利益本位デアリマスカラ、左様ナ無益ナ手續ヲ避ケル爲メニ、此二項ハ設ケラレタノデアリマス」(立法資料全集(上)1993:597-598)。

ここでいう「左様ナ無益ナ手續」が具体的に何を指しているのかは鮮明ではない。しかし、この説明が42条1項から3項までの書き分けに関する質問に対する回答であり、なおかつ「本人、保護者又ハ保護團體ハ少年審判所ノ許可ヲ受ケ附添人ヲ選任スルコトヲ得」と規定した2項に関する説明であることを考えれば、「保護ノ精神ヲ以テ(…)常ニ審判ニ當ツテ居ル」<sup>(38)</sup>審判所が、手続の有益・無益の判断をなしうることを前提として、「本人ノ利益」に関して本人などと少年審判所の判断が異なる場合、最終的には後者の判断が決定的なものとなることを明らかとした説明であると理解するのが素直であろう。ここでの議論はまた、こうした少年審判所の視点からすれば「直チニ家庭ニ引渡スベキモノデアル、又ハ訓戒ヲ直チニスベキモノデアル」場合には「附添人ハ要ラナイ」と考えられることをも前提としている。この点については、次のように重ねて説明されている。

「先刻申シマシタ通り訓戒ヲスル、若クハ書面ノ制約ヲスルト云フコトハ、極メテ明瞭ナ場合ガアリマス、刑事訴追ノ如ク検事ハ必要ノ無イモノハ不起訴ニ致シ、ドウシテモ之ヲ罰シナケレバナラスト云フ者ヲ起訴シテ、法廷ニ立ツタ被告ニ對シテハ、是ハドウシテモ辯護スル人ヲ立テネバナラスト云フコトハ、多クノ場合ニ於テアリマス、是ハ如何ナル場合デモ、凡ソ少年ニ就テ四條ノ要件ガアリマスレバ、總テノ者ガ審判所デ極メテ分カリ切ツテ居ル場合ニハ、即チ輕ク處分ヲスル、是ニハ附添人ヲ附ケルト云フ必要ガ無イト思ヒマス」(立法資料全集(上)1993:600)。

<sup>(38)</sup> 山岡は、「ソレカラ此人ノ方デアリマス、附添人ニドンナ人ガナレルカト云フコトニナリマスレバ、辯護士、保護事業ニ従事スル者ハ、當然何等ノ許可ヲ要シナイ、ソレカラ又一度許可ヲ得タ者ハ、無論何等ノ許可ヲ要シナイ、其他ノ者デアリマスレバ、刑事訴訟法ニ於テモ矢張個々ニ許可ヲウケナケレバナラス、其度毎ニ許可ヲ受ケナケレバナラス」と3項に関する説明をこれに続けていることから、この部分の説明は2項に関するものと理解するのが素直である。

少年審判所が実質的に附添人の要否を判断できると理解されていたことは、別の角度からも裏づけることができる。第45回帝国議会の衆議院における「少年法案外一件委員会」の第3回会議（1922（大11）年2月17日）の場では、荒川五郎が、①学校長が審判において意見を述べる希望をもつ場合にどのような方法があるのかという質問を行い、これを皮切りとして、②「審判期日ニハ本人、保護者及附添人ヲ呼出スヘシ但シ實益ナシト認ムルトキハ保護者ハ之ヲ呼出ササルコトヲ得」という43条3項における「實益ナシト認ムルトキ」とはいかなる場合か、③実益がない場合には「保護者」を呼び出さなくてもよいことになっているが附添人についても同様であるのかを質している。第1の問題については、山岡が、附添人として適当な者であれば審判に出席でき、「先生ノ如キハ附添人トシテ出テ參ル方ガ相當デアラウ」と説明し、第2の問題に関しては、宮城長五郎が、「必要不必要デナク、呼出シテモドウモ効果ガアルマイ」という趣旨であり、「繼兒ヲ虐メテ居ル親」といった「斯ウ云フ者ハ呼出シタ所デ子供ヲ保護スル爲ノ審判デアルカラ、繼親ヲ呼出シタ所デドウモ實益ハアルマイト云フヤウナコト」であると説明している（立法資料全集（下）1994：1002-1004）。その上で、第3の問題について、宮城は次のように説明している。

「此四十三條ノ三ヲ御覽ニナリマスト云フト、如何ニモ偏頗ナヤウニ思ハレマスルガ、本來附添人ト云フ者ハ、四十二條ニ於キマシテ——四十二條ノ第一項ニ依リマシテ、必要アルトキハ本人ノ爲附添人ヲ附スルコトガ出來ル、審判所デ附添人ヲ附スルカ附セナイカト云フコトヲ決メルノデアリマシテ、既ニ附添人ヲ附スルコトガ宜イト云フコトニ相成リマシタル以上ハ、而シテ四十二條ノ二項三項ニ於テ、附添人ハ斯ウ云フ者デアルト云フコトニ決メテ居リマス、サウ云フ者ガ出テ來タ場合ニ、實益ガナイカラト云ウテ、是ハ拒ムコトハ出來ヌト云フ理屈ニ相成ルコトデアラウト思ヒマス」（立法資料全集（下）1994：1004）。

この説明は、附添人については43条3項但書の適用がなく、「實益」がないことを理由として保護者を呼び出さないことがあっても附添人にはそれが無いことを明らかにする点で、先に確認した国選附添人制度の趣旨の理解についても重要な示唆を与えている。その一方で、この説明は、42条による附添人選任の局面において少年



審判所の実質的な判断が行われることを明確にしている。

先にみたように、後の第43回帝国議会では、附添人に対する抗告権付与をめぐる議論があった。また、同じく第43回帝国議会の衆議院「少年法案外一件委員会」の第2回会議（1920（大9）年7月12日）の場では、附添人に関して「本人ノ爲メニ附添人ヲ用ユルコトモ出來ルノデアリマス、即チ刑事事件デアリマスレバ辯護人ト云フヤウナ譯デ、少年ノ爲メニ色々言譯ヲスル爲メニ附添人ヲ用ユルコトモ出來ル」（立法資料全集（下）1994：642。繰り返し符号の二の字点は同の字点に改めた）との説明が行われている。こうした一連の説明からすれば、特に弁護士附添人の選任が、手続の公正さや適正さを担保するという手続的側面においてとらえられていた可能性を完全に排除することはできない。しかし、「凡ソ少年ニ就テ四條ノ要件ガアリマスレバ、總テノ者ガ審判所デ極メテ分カリ切ッテ居ル場合ニハ、即チ輕ク處分ヲスル、是ニハ附添人ヲ附ケルト云フ必要ガ無イ」という山岡の説明は、むしろ実体的な処分<sup>1</sup>の輕重と処分を決定するための資料への関心を強く滲ませているといえる。附添人選任の必要性は、やはり主として実体的な側面<sup>2</sup>でとらえられており、適正な処分決定と関連づけてとらえられるものであったと理解される。

#### 4 小括

以上に、旧少年法の立法過程に焦点を当て、附添人制度や附添人の役割に関する議論をみた。旧少年法の立法過程において、附添人制度や附添人の役割に関する議論は、必ずしも多いものではなく、またそれ自体が中心的な論点であったわけでもない。しかし、「辯護人」規定から「輔佐人」規定へ、さらには「附添人」規定へ、という規定の変遷は、少年「裁判所」とするの<sup>3</sup>か「審判所」とするの<sup>4</sup>かという審理機関の性格づけの問題だけでなく、参与員制度の採否の問題、そして忌避申立権や不服申立権の保障に代表される少年に対する自由権的権利保障や手続の公正さの担保方法の問題とかかわり、それをめぐる議論を反映していたと考えられる。

国選附添人制度につき、審判が開始された事件に関して、担い手を弁護士に限定しないような形態により、国選で、そしてまた少年審判所の裁量による形で、附添人を選任する制度がなぜ創設されたのか、その直接的な根拠は不明瞭である。しかし、関連する規定の変遷や附添人に期待された役割から考えれば、公正な判断の担

保や広い意味での誤判問題と関連づけた説明も断片的にみられるものの、この制度の主眼は、「實益」がないために保護者を審判に呼び出さないなどの場合に、少年審判所が保護処分を行うために正確な判断を担保するための資料収集にあったと推測される。

こうした国選附添人制度は、少年審判所の公正さを担保するための他の制度と同様、少年の権利保障にではなく、「温情ニ信賴スル」主義と表現される後見的な配慮を軸として構想されたものであった。このことは、一面において、仮に少年の権利保障を基盤に置かなくても、また手続的権利保障にではなく国家による後見的配慮やパターンリズムに拠ったとしても、検察官の審判関与とは全く無関係に、国選附添人制度を存立させることは可能であり、むしろ実体的な処分選択の正確性を正面から見据えれば、判断機関の立場からもそれが必要となること、そしてまたそうした制度が日本の少年司法の歴史の中では存在していたことを示している。しかし、他面において、この制度を支えた「温情ニ信賴スル」主義は、公正さや民主的契機をも含めて問題を少年審判官や少年審判所の教育能力や専門性に収斂させながらも、一方では人権保障に、他方では実践と経験の蓄積に基盤を置くものではなかった。そこでは公正さや自由権的権利保障の問題も保護処分の変更・取消し制度を審判官の裁量で柔軟に活用することで対処できるはずのものと位置づけられたのであった。この点で、「温情ニ信賴スル」主義は、制定時点において限界と課題を抱えていたといえる。「温情ニ信賴スル」主義に基盤を置く制度構想が立憲主義的批判と感化的教育という双方の立場から挟み撃ちに遭ったのは、この限界と課題の存在を象徴的に示すものであったといえる。制定時に、観念的なパターンリズムともいえる基盤の上で課題を抱えていた旧少年法下において、どのような担い手により、どのような実践が積み重ねられたのか。また、それがどのような理論に結びついたのか。この点に注意を向けながら、次に、旧少年法下における附添人制度やその役割をめぐる議論を検討することにする。

(未完)

## 参考文献

- 岩村通世＝金澤次郎＝太田秀穂＝小川恂藏＝山岡萬之助＝秋山要＝泉二新熊＝鈴木賀一郎＝森山武市郎＝大竹武七郎 (1936) 「座談会」少年法を語る」少年保護 1 卷 4 号2-46頁
- 植田桑三郎 (1928) 「少年法の大綱」少年保護婦人協会編『少年保護の法理と實際』刀江書院53-142頁
- 小河滋次郎 (1920) 『非少年法案論』
- 小田中聰樹 (1976) 『刑事訴訟法の歴史的分析』日本評論社
- 柏木千秋 (1949) 『新少年法概説』立花書房
- 法務省刑事局 (1970) 『少年法及び少年院法の制定関係資料集 (少年法改正資料第 1 号)』 (= 制定関係資料集)
- 最高裁判所事務総局 (1953) 『昭和27年 9 月開催全国少年係裁判官会同要録(家庭裁判資料32号)』 (= 少年係裁判官会同 (昭27))
- (1960) 『昭和34年11月開催全国少年係裁判官会同要録(家庭裁判資料66号)』 (= 少年係裁判官会同 (昭34・11))
- (1961) 『昭和35年11月開催全国少年係裁判官会同要録(家庭裁判資料68号)』 (= 少年係裁判官会同 (昭35))
- (1963) 『昭和37年11月開催全国少年係裁判官会同要録(家庭裁判資料75号)』 (= 少年係裁判官会同 (昭37))
- 最高裁判所事務総局家庭局 (1968) 「昭和43年 2 月開催少年係裁判官会同協議概要」家庭裁判月報20 卷11号1-154頁 (= 少年係裁判官会同 (昭43))
- 坂田仁 (1972) 「少年審判官三井久次」家庭裁判月報24卷 2 号215-238頁
- 鹽野季彦＝長島毅＝大森洪太＝池田寅次郎＝泉二新熊＝皆川治廣＝吉益俊次＝岩村通世＝徳永榮吉＝大谷尊由＝石井豊一郎＝小林錡＝山田わか＝阿部真之介＝西村公明＝濱本浩＝光行次郎＝森山武市郎＝鈴木賀一郎 (1937) 「少年法公布十五周年記念少年保護座談会」少年保護 2 卷15号22-58頁
- 鈴木賀一郎 (1935) 「少年審判所の展望」日本少年保護協会東京支部編『東京少年審判所十年史』日本少年保護協会東京支部276-299頁
- 高木豊三 (1895) 『民事訴訟法論綱第一卷第二卷』
- 武内謙治 (2006) 「公的付添人制度」葛野尋之編『少年司法改革の検証と展望』日本評論社160-187頁
- (2008) 「国選付添人制度の展望と課題」法政研究75卷 1 号204-162 [F51-93] 頁
- (2009) 「国選付添人制度拡充への理論的課題」自由と正義59-68頁
- 谷田三郎 (1919) 「少年の監獄と裁判」變態心理 3 卷 2 号149-150頁
- (1920a) 「少年法に就て」法曹記事30卷11号35-46頁
- (1920b) 「少年法に就て」監獄協會雜誌33卷10号1-18頁
- (1920c) 「少年法に就て」監獄協會雜誌33卷11号19-40頁
- (1921a) 「少年法に就て」法曹記事31卷 2 号1-20頁
- (1921b) 「少年法に就て」法曹記事31卷 4 号1-18頁
- (1921c) 「少年法に就て」監獄協會雜誌34卷 4 号1-13頁
- (1921d) 「少年處遇の最近立法」變態心理 7 卷 1 号84-85頁
- (1922) 「少年法に就て」大日本仏教慈善會財團編『社會事業研究所講義録』397-414頁
- 服部寛子 (2005) 「付添人制度の研究(1)——1922年少年法成立過程における議論——」龍谷大学大学院法学研究 7 号137-160頁
- 花井卓蔵 (1891a) 「判事の評議を公刊すべし」法学新報 1 卷 7 号23-25頁
- (1891b) 「判事論」法学新報 1 卷 5 号 4 - 7 頁
- (1912a) 「不良少年の救済策を講ぜよ」日本辯護士協会議録167号40-47頁

- (1912b) 『刑法俗論』 博文館
- (1921) 「陪審と参座制」 日本辯護士協會議録25巻 5号38-53頁
- (1928a) 「陪審法論」 正義 4巻10号1-51頁
- (1928b) 「陪審法論」 法律新聞2899号16-20頁
- (1928c) 「陪審法論」 法律新聞2900号3-8頁
- (1931a) 「起訴陪審と検事制度」 正義 9巻10号30-56頁
- (1931b) 「起訴陪審を論じて検事制度の改革に及ぶ」 法学新報41巻12号1-25頁
- (1931c) 「陪審管見」 法学新報41巻10号50-62頁
- (1937) 「陪審法の精神」 法学新報33巻 7号32-58頁
- 福島一郎 (1918a) 「少年裁判法制定に就て (一)」 法律新聞1433号4-5頁
- (1918b) 「少年裁判法制定に就て (二)」 法律新聞1434号5-7頁
- 不破清賢 (1923) 「少年法は宜しく消念法たるべし」 法律新聞2080号3-4頁
- 前山亮吉 (1996) 「大正期の司法行政」 『日本法曹界人物事典別巻〔解説=人名索引〕』 ゆまに書房  
23-42頁
- 泉二新熊 (1921a) 「少年法と保護事業」 輔成会会報 5巻 3号11-27頁
- (1921b) 「少年法ト司法警察官吏」 警察協會雜誌247号1-17頁
- (1922) 「少年法の通過に際して (一)」 法律及政治 1巻 1号41-51頁
- (1923) 「少年法の施行に際して」 法曹會雜誌 1巻 1号96-131頁
- (1934) 「少年法の使命遂行」 徳風 8号6-17頁
- (1942) 「少年法の回顧と展望」 少年保護 7巻 1号19頁
- 森田明 (2005) 『少年法の歴史的展開——<鬼面仏心>の法構造』 信山社
- 森田明編 (1993) 『日本立法資料全集18大正少年法 (上)』 信山社 (=立法資料全集 (上))
- (1994) 『日本立法資料全集19大正少年法 (下)』 信山社 (=立法資料全集 (下))
- 守屋克彦 (1977) 「少年の非行と教育——少年法制の歴史と現状——」 勁草書房
- (2005) 「少年法改正の歴史と少年法」 齊藤豊治=守屋克彦編『少年法の課題と展望第1巻』  
成文堂1-36頁
- 山岡萬之助 (1910) 「刑事未成年者ヲ論ス」 法学志林12巻 7号47-54頁
- (1919) 「少年犯に就て」 法律新聞1567号4-5頁
- (1920) 「少年法の起草精神」 法律新聞1689号12頁
- (1921a) 「少年の保護処分」 国家医学雜誌408号1-13頁
- (1921b) 「少年保護制度に就て」 法律新聞1791号3-4頁
- (1921c) 「少年法ニ就テ」 日本法政新誌18巻 4号18-31頁
- (1921d) 『社會保護事業講話』 清水書店
- (1922) 「少年法矯正院法に就て」 東京府社會事業協會報20号17-26頁
- 山岡萬之助=宮城タマヨ=前田偉男=内片孫一 (1953) 「[座談会] 少年法の今昔物語」 更生保護 4巻  
4号4-13頁
- 山岡萬之助=岩村通世=滝川秀雄=秋山要 (1957) 「保護の大先輩にきく」 更生保護 8巻 2号40-46頁
- 「少年審判官三井久次」 (1997) 罪と罰35巻 1号43-39頁