

子どもの自律・保護と国家の役割 ——大正末期から昭和初期における 児童保護法規解説書の検討——

宮盛邦友

The autonomy and the protection of the children and Japanese national role
— through examination of the commentary books of the children protection law
from the Taisho last years to the Showa early years —

Kunitomo MIYAMORI

How did the Japanese nation regard the “autonomy” and the “protection” in the case of the establishment of the children protection law? I examine “Syonen Hogo no Houru to Jissai (Principle of Law and Fact of the Boys Protection)” (1928) which is the commentary book of the laws about juvenile delinquency edited by Syonen Hogo Fujin Kyokai (association of the women to protect the boys) and “Jido Gyakutai Boushi Hou Kaisetsu (Child Abuse Prevention Law Commentary)” (1934) which is the commentary book of the laws about child abuse written by Megumi Fujino from the viewpoint of “intention of the legislatrix”, “the basic character of the law”; and “the problem of the children protection administration” to clarify this problem.

The Japanese nation performed the following interpretation about relations of the “autonomy” and the “protection” in the case of the establishment of the children protection law.

1. The Japanese nation did not regard the autonomy as the protection for opposition.
2. The Japanese nation protected it complementally to support the collective autonomy of the children and the parents such as the juvenile delinquency or the child abuse.
3. The Japanese nation took the role called the duty of the protection condition maintenance positively to guarantee the personal autonomy of children such as the juvenile delinquency or the child abuse.

the heterogeneity and the inefficiency are showed. Second, the problems of the some statistical methods, such as hierarchical model, fixed effect model, data envelopment analysis and stochastic frontier model, are examined.

目次

はじめに

はじめに

1. 国家機関に関わる人物によって書かれた児童保護法規の解説書—立法者意思—
2. 児童保護法規の子ども観と法構造—法律の基本的性格—
3. 児童保護行政における国家の二つの役割—児童保護行政の課題—

おわりに

近年の、いわゆる、「子ども問題」に対処する仕方で、児童虐待の防止等に関する法律（2000年成立・2005年最終改正）、児童福祉法（1947年成立・2005年最終改正）、少年法（1948年成立・2005年最終改正）、そして、教育基本法（1947年成立・2006年改正）などの、子ども関連法の立法・改正作業がおこなわれている。

児童虐待防止法・児童福祉法などの目的をみると、「児童虐待を受けた児童の保護及び自立の支援のための

措置等を定めることにより、児童虐待の防止等に関する施策を促進する」(児童虐待防止法第1条)というように、子どもの「保護」の側面を通して、「自律」を支援しようとしているが、一方、少年法・教育基本法などの目的をみると、「少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」(少年法第1条)というように、子どもの「自律」の側面を通して、「保護」をおこなおうとしている。このように、子ども関連法の子ども観は、「保護」的子ども観と「自律」的子ども観に分裂しているのである。

ところで、戦前日本における児童保護法規は、産業化の中で帝国主義化がすすんだ1890年代にはじまる、「社会問題としての子ども」を保護せざるを得ないような状況が生まれてきたことを背景として、1903(明治36)年には刑法、感化法が改正され、1911(明治44)年には工場法、1922(大正11)年には少年法、1929(昭和4)年には救護法、1933(昭和8)年には児童虐待防止法、少年教護法、1937(昭和12)年には母子保護法が、それぞれ制定された、という歴史的経緯をたどっている。児童保護法規に関する先行研究は、それらの法律の制定過程に着目したものはあるが、国家が、成立した法律の中で、子どもの「保護」と「自律」をどのように関係づけているか、という視点からの研究はなく、そこでは、もっぱら、これらの法律が、慈恵的保護思想として子どもをとらえていた、と理解されてきた。¹⁾

この子どもの「保護」と「自律」の関係について、森田明は、注目すべき問題提起をしている。森田は、少年法や教育法を含む未成年者保護法の先行研究を包括的にふまえた上で、アメリカ児童法にみる判例の展開や児童の権利条約の成立過程にみられる「自律」が、「保護主義の興隆と没落」の中から生まれてきたのと同じ論理を、日本の大正少年法にもみることができる、と指摘している。さらに、「保護とオートノミーという一見矛盾した二つの『子どもの権利』をめぐる法概念は、実は過去一世紀間に持続的に生じた、親の自然的保護と権威の後退・衰弱という同一の根から誕生してきた、法の世界での双生児であることが明らかとなった」²⁾ のであり、「『子どもの人権』は、言わば語の優れた意味での『保護』とかみあってはじめて、子どもを実質的に独立と責任の主体へと導く条件となりうるのではないかと、「保護」と「自律」を関係づけてい

る。³⁾ 森田は、法律の制定過程や判例解釈を中心に、このような関係づけをおこなっているが、森田の議論では、国家が、成立した法律の中で、「保護」と「自律」をどのように関係づけているか、という展開は不十分である。

森田の「保護」と「自律」をめぐる議論の背景には、子どもの保護主体は親となるが、その親がいない場合には、親に代わって国家が子どもの保護主体になるという、「パレンス・パトリエ *parens patriae* (国親思想)」を問題にしようとしていることがある。

パレンス・パトリエは、「イン・ロコ・パレンティス *in loco parentis* (親代わり)」とあわせて、「パターナリズム *paternalism* (干渉されるその人のためという理由での干渉)」論と呼ばれている。パターナリズムは、「親として、……権力者＝支配者＝保護者として、被権力者＝被保護者の前に立って」おり、このような構造の中では、「保護」は、「支配」と同じものとなる。子どもの自律を問題の中心におくと、すべての保護はパターナリズムとなり、否定されることになる。しかし、「『他人のために』という親切、思いやり、善意、時には義務感が、パターナリズムの源である」⁴⁾ ことから考えれば、すべてのパターナリズムが否定されるのではなく、子どもの自律を支えるために、どのような親・子関係の中で、親は子どもに対して、どのような保護をおこなうのか、という親の役割の内容を問題としなければならないことになる。

また、「憲法学において『パターナリズム』と呼ばないのは、『福祉国家』、『社会国家』ないし『社会権』との説明で足りる」⁵⁾ との指摘より、パターナリズムは、国家と個人の関係も問題としなければならないが、子どもの権利については、世取山洋介の「子どもの人間的な成長発達に不可欠のこのような『愛情』および『精神的な安心』は、主体的かつ自主的な人間的なはたらきかけによってのみ実現可能であり、形式性をその本質とする法律による義務付けによってそれを実現することはそもそも不能である」として、親・子と国家・子どもの関係については、「子どもの成長発達の保障との内容的原理を“権利”および“法”という概念によって実現することを求める『子どもの権利』にあっては、主体的かつ自主的な人間的なはたらきかけが作用すべき領域および法律の作用すべき領域—すなわち国家権力のはたらく領域—は区別されざるをえない」⁶⁾ という指摘から考えれば、国家が子どもの保護をおこなう

場合には、親が子どもの保護をおこなう場合と違って、子どもの自律を支えるために、国家は子どもに対して、どのような保護をおこなうのか、という国家の役割の内容を問題としなければならないことになる。

そこで、子ども理解をめぐる、国家が、成立した法律の中で、子どもの「保護」と「自律」の関係をどのように理解しているかを明らかにするために、少年非行および児童虐待に関する「解説書」の検討を試みることにしたい。解説書を取り上げる理由は、次の三点である。第一は、法律の制定過程の中では、多様な見解があるが、法律制定後に、国家は、整合性をもって、どのように法律を理解していたのだろうか、という、「立法者意思」を明らかにするためである。第二は、制定された法律は、子どもをどのように理解していたのか、という「法律の基本的性格」を明らかにするためである。第三は、法律の制定にあたって、どのように児童保護問題を解決し、乗り越えようとしたのか、という、「児童保護行政の課題」を明らかにするためである。

もっとも、成立した法律を検討するということは、広い意味での法解釈研究となる。内野正幸が、憲法解釈について、「憲法における法源は憲法典に限定される」⁷⁾と述べているが、このようなとらえ方は、法解釈についても、法源は法典に限定される、とあてはめることができる。ここでいう法は、渡辺洋三が提起した、「法源としての法」・「イデオロギーとしての法」・「制度としての法」という「三つの意味における法」⁸⁾のうち、「法源としての法」にあてはまるものである。そして、「法源としての法」を解釈する多様な「イデオロギーとしての法」を、「制度としての法」にまで高めていくためには、厳密な意味での法典だけでは不十分であり、法典を補足し、国家の意思を表す「イデオロギーの法」として、「解説書」が位置づけられる、と考えられる。よって、本章では、法解釈の重要な手がかりとして、国家機関に関わる人物によって書かれた「解説書」の検討をおこなうものである。

取り上げる史料は、本章では、少年非行に関わる法律の解説書である少年保護婦人協会編纂『少年保護の法理と実際』(1928・昭和3年)⁹⁾、児童虐待に関わる法律の解説書である藤野恵『児童虐待防止法解説』(1934・昭和9年)¹⁰⁾である。これらの解説書については、これまでに、いくつかの解説はあるものの、その内容まで具体的に検討した先行研究はない。¹¹⁾

以下、本論文では、大正末期から昭和初期における少年非行および児童虐待に関する解説書を、「立法者意思」・「法律の基本的性格」・「児童保護行政の課題」の視点から分析することを通して、国家は、児童保護法規を制定する際に、「保護」と「自律」をどのように考えていたか、を明らかにする。

1. 国家機関に関わる人物によって書かれた児童保護法規の解説書—立法者意思—

本章で検討する少年非行ならびに児童虐待に関する解説書は、以下のような概要のものである。

『少年保護の法理と実際』は、「保護事業の発達を図る目的を以て、一大婦人講習会を開き多数の講師を聘し、七十有余名の修了者を出したのであつたが、今や其の講述を筆記して」¹²⁾出版されたものである。本書が解釈している児童保護法規は、少年法(1922・大正11年)、感化院法(1900・明治43年)、矯正院法(1922・大正11年)などである。具体的な内容は、さしあたり、以下の目次をみることで、理解することができると思われる。カッコ内は各章の執筆者である。

序(牧野菊之助)

序(小山松吉)

少年保護の根本問題(宮城長五郎)

少年法の大綱(植田象三郎)

少年少女に関する民法(長島毅)

少年少女に関する刑法(大原昇)

少年少女と刑事政策(木村尚達)

少年少女保護に関する関係法規(鈴木賀一郎)

次に、『児童虐待防止法解説』は、「一般社会の同法(児童虐待防止法—筆者注)に対する深き理解を基調とし同法運用の第一線に立つ者が真に同法を把握して、夫々の場合に対処して誤らざる」¹³⁾ために、出版されたものである。本書が解釈している児童保護法規は、児童虐待防止法(1933・昭和8年)などである。執筆は藤野恵で、具体的な内容は、やはり、以下の目次を通して理解することができるだろう。

第1章 児童虐待防止問題

第2章 児童保護問題に於ける本法実施の意義

第3章 英獨沸に於ける児童虐待防止制度の概観

第4章 保護児童の範囲

第5章 保護児童の発見

第6章 保護処分 の性質

第7章 保護処分に要する費用

第8章 国庫補助

第9章 児童虐待の予防

第10章 児童の住所、居所、従業所に於ける立入調査

第11章 行政救済

第12章 制裁規定

ここまで、これら二つの書を「児童保護法規の解説書」としてきたが、そもそも、これらの書を児童保護法規の解説書としてあつかうことは妥当だろうか。そのことを明らかにするために、第一に、解説書に関わっては、どのような主体によって書かれているのか、第二に、児童保護に関わっては、誰に対して書かれたものなのか、を検討することにしたい。

第一の検討課題である主体について。

『少年保護の法理と実際』は、少年保護婦人協会によって発行されている。少年保護婦人協会は、「我国名流の婦人に依りて設立せられ、少年の保護を以つて目的とし母性愛の修養に及ぶことを信条とし少年審判所及少年保護に関する各種事業の後援を為すものであつて、専ら少年の不良化を防止し、且必要ある者に対し救護を為さんことを期し」¹⁴⁾、「設立以来少年少女保護相談所商工少年指導所を設け、又娘の家及六踏園を經營し着々保護事業を遂行し、曩に婦人講習会を開きて少年問題に関係ある法規の講座を設けて多数の修了者を出し」¹⁵⁾ている団体であるが、他にどのような活動をおこなっていたのか、などの詳細は不明である。本書に限っていうと、執筆者の肩書きから、この団体にどのような人々が関わっていたかをうかがいすることができる。その肩書きを列挙すると、大審院長・検事総長・大審院検事・鹿児島検事正・控訴院検事・司法省書記官・司法省調査課長・東京少年裁判所長となっており、国家機関の司法関係者といふことができる。また、この中には、宮城長五郎や小山松吉など、少年法の制定に関わった人物も入っており、本書には、立法者の考え方が書かれているとみることができる。

『児童虐待防止法解説』は、藤野恵によって執筆されていることは先に紹介したが、発行は、労働立法研究所という団体によってなされている。労働立法研究所は、「我が国情ニ則リ穩健中正ヲ基調トシテ労働立法並ニ社会立法ニ関スル調査研究並ニ之ニ関スル知識ノ普及發達ヲ図リ以テ國務ノ円滑ナル処理ト国家ノ永遠ノ

安泰及ヒ發展トヲ期スル」¹⁶⁾ことをその目的としており、役員は、総裁が司法官または内務省社会局出身の国務大臣または国務大臣経験者より一名をはじめとして、司法省または内務省社会局関係者を中心とする顧問・所長・会計顧問・評議員によって構成されている。役員の中には、『少年保護の法理と実際』の執筆者である牧野や長島も顧問としてその名を連ねている。また、評議員の中に、内務省社会局保護課長・社会局書記官という肩書きで、藤野がいるのである。藤野は、法案起草時に、内務省社会局保護課長であり、法制定時には、いくつかの法律の解説を書いていることから、本書にも立法者の考え方が書かれているとみてよいだろう。¹⁷⁾

このようにみても、両書は、国家機関に関わる人物によって書かれた書であり、公定解釈を示しているといふことができる。

第二の検討課題である対象について。

『少年保護の法理と実際』は、「保護事業に従事する者」に対して書かれたものである。本書の執筆理由は、「保護事業に従事するものの不断の努力に待たざるを得ないことながら一般に家庭に恵まれず世間には齒ひせられず放縦なる生活を続け墮落の淵に陥りたる者を救済するに在るものなれば、須らく母性愛を高潮して之に臨むに慈悲博愛を以つてし教ゆるに作法作業を以つてし精神修養と作業訓練とを併せ行ふことが肝要」¹⁸⁾というように、家庭生活に恵まれない子どもに対して援助することが保護事業に従事する者の課題であり、保護事業に従事する者を援助をする必要性があったからである。

『児童虐待防止法解説』は、「同法運用の第一線に立つ者」¹⁹⁾に対して書かれたものであり、司法省・内務省関係者や弁護士を対象としていると考えられる。なぜ児童虐待防止法運用の第一線に立つ者を対象としているかといえば、同法が、「児童ヲ保護スベキ責任アル者」(第2条)に対してつくられた法律であるから、本書は、親と子どもに介入するための知見を、提供しようとしていると考えられる。

このようにみても、両書は、児童保護事業に関わる専門家に対して書かれた書であり、児童保護事業に関わる専門家を通して、児童保護法規が対象としている子どもと親に資するために書かれていた、とも解釈することができる。

以上の検討より、これら二つの書は、国家の意図を

反映した、立法者による、児童保護法規の解説書として妥当性をもっているということがいえる。

2. 児童保護法規の子ども観と法構造—法律の基本的性格—

次に、児童保護法規の基本的性格を明らかにするために、児童保護法規の解説書であるこれら二つの書が、「児童」をどうとらえ、「法規」をどうとらえていたのか、を具体的にみていく。児童をどうとらえているのか、ということは、どのような「子ども観」であるのか、ということであり、「法規」をどうとらえていたのか、ということは、どのような「法構造」になっていたのか、ということに置き換えて検討することが可能であろう。そして、この検討は、イン・ロコ・パレンティスを掘り下げるものである。

前者の検討課題である子ども観について。

子ども観が明確なのは、児童虐待防止法である。同第1条には、「本法ニ於テ児童ト称スルハ十四歳未満ノ者ヲ謂フ」と規定されている。

『児童虐待防止法解説』では、「児童を単なる親の所有物乃至従属物視する過去の観念より児童の社会人たるべき可能態としての独立性と重要性とに目覚めた近代的児童観を構成した」という、子どもを一人の人間として認めた子ども観をふまえた上で、「児童は唯りその弱者として保護を受くべきものに止まらず、夫自身が社会の保護を受くべき権利を有するものとさへ認めらるるに至つた」として、子どもを権利主体としてとらえている。一方で、置き去りや誘拐などの虐待をはじめ、深夜の辻占売、獅子舞などの門付き、幼年にして芸妓酌婦などの業務に従う者、というような虐待酷使が日常的におこなわれており、「次代国民としての児童それ自身の健康性能等の発達を妨ぐることは謂ふまでもないが、更にそれが社会文化の進展向上を画する上に一大障害となるものであることは謂ふを俟たないであろう」²⁰⁾ というように、子どもの発達疎外という状況が、将来おとなになるべき子どもの生存・成長を阻むものであり、社会の発展に障害をもたらすと考えていたのであった。ここから、自律的かつ保護的存在として子どもをとらえていることが分かる。

先に指摘したように、同法は、「児童ヲ保護スベキ責任アル者」である保護主体に対してつくられた法律で

あるから、子どもをどうとらえているかということと同時に、その子どもの親をどうとらえているのか、を検討する必要がある。この点も明確であり、「児童を保護すべき責任ある者とは親権者、後見人、の如く民法上児童の監護義務を有する者、その他法令上又は契約上監護義務を有する者は勿論、同居者、雇主の如く社会通念上児童を保護すべき責任ある者と認めらるる者は総て之を包含するものであると同時に、必ずしも一人たることを要せず数人存する場合あることは勿論であ」と書かれている。直接的に、子どもの成長・発達を支える親はもちろんのこと、子どもの成長・発達に関わるあらゆるおとなを児童保護責任者としてとらえていることが分かる。そして、児童虐待防止法と民法の接点にあるのが、親権者である。民法第879条には、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定されている。ただ、天皇制国家体制の中での親権者であるから、「保護責任者たる親権者又は後見人の有する親権及び後見は、本邦の美風として伝へられて居る家族制度の根源ともなつて居るものであるから、之等の権利を抑制するが如きことがあつてはならない」²¹⁾ というように、児童虐待防止法では、親権者の定義の仕方そのものを問いなおす、ということまでは想定していなかった。²²⁾ そのことは、本法制定の趣旨が、「保護責任者に対する処罰の如きは固よりその目的とする所ではなく、従つて保護処分は児童そのものの幸福と安全とに重きを置」²³⁾ くとされていることから理解することができる。

一方、少年法はどうであろうか。同第1条には、「本法ニ於テ少年ト称スルハ十八歳ニ満タサル者ヲ謂フ」と規定されている。

『児童保護の法理と実際』では、児童保護法規の解釈としては、明確な子ども観を打ち出していない。しかし、法律の基本的性格をおさえる意味で、注目すべきは、「少年」のとらえ方と「不良」のとらえ方である。

少年法のいう「少年」とは、「少年少女」両方を意味しており、「『少年少女』と対したのではなくして、青年老年と言うやうな文字に対した」表現であるという。年齢については、「十八歳に一日でも足りない者は十八歳に満たざる者であるから、此の法律が適用され十八歳と言う声を聞いたならば、もうこの法律では取扱はない」²⁴⁾ としている。年齢主義を採用することで、おとなと子どもを概念的に区別したのであった。また、少年少女と表現しているのは、男・女によって、非行

の種類が違うと考えていたのではないと思われる。²⁵⁾

また、「不良」とは何か、というと、「刑罰の制裁を以て法律命令が禁止して居る事柄を為した少年少女及び其の儘打棄てて置くと自ら法令が禁止して居る事柄を為すに至る虞れのある少年少女」、つまり「道徳的に善良ならざる少年少女」・「道徳的に普通ならざる少年少女」を指している。しかし、不良少年は、普通よりも劣っている少年だけを指すわけではない。「従来不良少年なるものは多く低能児である、劣つて居る者であると言はれたが、吾々が実際に不良少年を扱つて見ると決して低能児ばかりではない、優秀なる児童が不良少年の中に居ることを発見し、「普通人より優れた者」と「普通人より劣つて居る者」²⁶⁾の両方を不良少年と呼んだのであった。そして、不良の主な行為は、強盗や窃盗などであった。

このように、どのような子ども観かをみると、子どもと子どもを育てる親を問題にすることで、具体的に子どもをとらえようとしていたのであった。そして、ここには、戦間期の、親権の義務性を軸とした子どもの権利論の先駆者の子ども観との共通性も見出すことができる。²⁷⁾ また、「従来は親権を権利の方面から観察したが今後はむしろ『親義務』として義務の方面から観察した方がよいと思ふ。……さういふとすぐにそれでは養ひ育てて貰ふのが子の権利になつて面白くないといふ批難があるかもしれないが、義務に対応する受益者が必ず権利者であると考へるのが抑々因はれた話で、親が子を育てるのは子に対する義務といはんよりはむしろ国家社会に対する義務と観念すべきである」²⁸⁾ というような、子どもの権利に対する親義務ではなく、国家社会への義務であるという、当時有力であった東京帝国大学教授の穂積重遠の解釈とはやや異なる親・子関係のとらえ方を示しているのであった。

後者の検討課題である法構造について。

『児童虐待防止法解説』では、「本法制定の根本趣旨が、主として人道主義的立脚点よりする児童保護の精神に在る」²⁹⁾ ことをふまえた上で、本法が、民法、刑法、警察虞犯罰令、救護法、少年教護法など、さまざまな児童保護法規との関係の中で機能することが期待されている。中でも、民法の親権規定との関係は深い。例えば、児童虐待防止法第2条に規定されている保護処分の一つである委託処分については、「委託といふ行政処分は事実上親権及び後見を剥奪するの結果を生ず

ることとなる」³⁰⁾ というように、委託処分と親権の関係が問題になるのである。

これらのことは、『児童保護の法理と実際』でも、同様の記述がみられる。少年法を、「不良少年少女の保護に関する問題を解決する根本法」と位置づけた上で、関連する諸法令として、矯正院法、感化院法、刑法、刑事訴訟法、監獄法、司法警察職務規範、民法、工場法、小学校令、中学校令、高等女学校令などが存在していることを紹介している。例えば、矯正院法・感化院法の規定と民法第882条の規定で関係するのが、懲戒場であり、ここに、矯正院法・感化院法と民法の親権規定の接点があるのである。例えば、「感化院法を見ても、矯正院法を見ても、感化院にはどんな少年を入院せしむべきかと云う中に、四つ掲げられてあります。其の第三場に『裁判所の決定に依り懲戒場に入るべき少年』と云う事がありますが、是は民法の第八百八十二條に依つて出て来て居ます」³¹⁾ と説明がなされている。

このように、単一の法律だけで子ども問題をとらえるのではなく、児童保護法規を総合的にとらえ、中核に民法の親権規定を置き、その中で少年法ならびに児童虐待防止法を位置づける、という法構造をとっていたのであった。そのことは、内務省社会局社会部長の富田愛次郎によっても、「児童保護の問題は、制度と致しましても、一つの体系があるべきもので……特別の法律を成しているものもあるし、大きな法典の中に子どもの保護として存在しているものでもあります」³²⁾ と説明されている。

以上の検討より、児童保護法規の基本的性格は、親権の義務性を軸とした子どもの権利をふまえたものであり、かつ、児童保護関連法制の中でそれぞれの法律を位置づける、ということが明らかとなった。

3. 児童保護行政における国家の二つの役割—児童保護行政の課題—

児童保護法規を子どもと親に定着させるためには、現実には、具体的な制度をつくる必要がある。どのような理念に基づいて制度化し、それを運用したのかをみることは、国家が、児童保護問題を解決し、乗り越えるために、どのように子どもの権利を保障しようとしたのか、を明らかにすることにつながるだろう。そ

して、この検討は、パレンス・パトリエを掘り下げるものである。

児童保護制度については、感化院・矯正院・病院などがあるが、ここでは、先ほど指摘した懲戒場と委託保護処分を通して検討してみることにする。

まず、懲戒場についてであるが、『児童保護の法理と実際』では、「懲戒所に入れる権利を何故裁判所に委ねたかと云へば、子供の利益を剥奪し子供の自由を奪ふと云ふやうな重大なる関係でありますからして、個人たる父母の専断に委せて置くと云ふことは危険であると云ふ風に認めて、裁判所が決めると云ふことに致した」と懲戒に関する運用を決めている。しかし、先に指摘したように、親権の中にある懲戒権との関係がある。そこで、「子の重大なる権利に対して、子の利益を保護するが為に完璧を期すると云う趣旨からして、裁判所の決定でも不当なる点があるならば、抗告をしてさうして適当なる決定にさせねばならぬと言ふことを法律（矯正院法―筆者注）が認めて居る」というように、親に代わって国家が、直接、子どもに懲戒をおこなうのではなくて、親の懲戒権の補充として国家が懲戒をおこなう、という運用をしようとしたのであった。また、「子供の性質や行状が非常に悪化してお父さんやお母さんが自ら懲戒しただけでは逆も効果を挙げる事が出来ないと云うやうな場合には裁判所に請求して其の許可を受け、さうして子供を懲戒場に入れることが出来る」³⁵⁾ ようにするという、児童保護の条件整備もおこなっていたのであった。

次に、委託保護処分であるが、こちらも、親権との関係が問題となる。『児童虐待防止法解説』では、「保護責任者が児童を虐待し又は著しくその監護を怠り因て刑罰法令に触れ又は触る虞ある場合、換言すれば児童が社会人としての可能体としてその心身の発達を著しく阻害せられ、これに依つて一般社会に害悪を及ぼすべき行為を為したる場合であつて、斯の如き場合に於ては仮令親権又は後見が事実上の制限を受くることありとするも国家の干渉を受くることは亦公益上止むを得ざることと謂はねばならぬ」³⁴⁾ と、親が保護責任を負えない、あるいは、負わない時には、親権が一定制限されるとしている。これも、国が積極的に親権を制限することができるとしているのではなく、あくまで親が子どもの発達疎外をしているという条件付きで、消極的に親権を制限することができる、としているのである。また、保護処分に要する費用について、児

童虐待防止法第5条では、「本人又は其ノ扶養義務者ヨリ弁償ヲ得ザル費用ハ道府県ノ負担トス」と規定しており、「抑も本法に依る保護処分は地方長官が之を行ふものであり且つ処分の性質が社会公益に關すること大なるものあるの實際に徴してこれを道府県の負担とすることを便宜とするのみならず、他種法令に於てもその例に乏しからざるが故である」³⁵⁾ からこそ、国家が財政的負担をしたのであった。

穂積重遠も、親権と児童虐待防止法・少年教護法の関係について、「今度の法律は親権に干渉して居りますけれども、これは極く必要な限度に於て親権に干渉するのであつて、決して親権を無視した訳でも何でも無い」と述べ、これらの法律を運用していくにあたっては、「法律の下に於て實際の仕事をする人がなくてはならぬ。それはお役人では出来ない。お役人にはまだして戴かなければならぬことが外に沢山あります。……本当にこの法律を活かすためには、お役人の方面と民間の方面とが力を合せることが重大な問題であります」³⁶⁾ というように、児童保護行政における国家の二つの役割を解釈している。

しかし、ここで注意しなければならないのは、国家が子どもの権利を保障するための制度をつくったとは単純にはいえないことである。例えば、藤野が国際連盟・児童の権利に関するジュネーブ宣言（1924年）を紹介するなどして、³⁷⁾ 国際的な子どもの権利の潮流の中に日本の児童保護法規を位置づけようとしている姿勢はみられるものの、先に指摘したように、児童保護法規は民法の親権規定と深く関係しており、本来的には、親権規定の改正をおこなう必要があつたにも関わらず、実際にはおこなわれなかつた。なぜならば、国家が法律によって臣民の自由を制限する以外に、臣民は自由を束縛されることはないが、例外として、「親と子の間に於てのみ、一方の意思を以て他の一方の意思の自由を、制限することが出来る」³⁸⁾ というように民法を運用しており、さらに、家族制度と天皇制を重ね合わせていたため、子どもと親権者の関係を変更することは、臣民と国家の関係を変更せざるを得ない、ということにつながるからである。しかし、一方で、国家として少年非行や児童虐待などの問題に対応せざるを得ない、という矛盾をかかえてもいた。だから、社会秩序の安定と現実起こっている社会問題としての子ども問題の解決のためという観点だけをもって、強いられた選択として制度をつくったということになる

だろう。

このように、国家は、児童保護法規を制度化することで、条件付きではあるが、親権の補充的保護をおこない、かつ、児童保護のための保護条件整備をおこなうという、二つの役割を担っていたのであった。そのことを通して、社会問題となっている非行や虐待の子どもの権利を保障しようとしたのであった。

おわりに

少年非行と児童虐待の解説書である『少年保護の法理と実際』と『児童虐待防止法解説』は、国家機関に関わる人物によって書かれた、国家の意図を反映した書である。そして、児童保護法規の基本的性格としては、親権の義務性を軸とした子どもの権利をふまえたものであり、かつ、児童保護関連法制の中でそれぞれの法律を位置づけたものである、という趣旨の説明がなされている。さらに、国家の役割は、条件付きではあるが、児童保護法規を制度化することで、親権の補充的保護をおこない、かつ、児童保護のための保護条件整備をおこなう、というものであった。

そこから、大正末期から昭和初期の児童保護法規は、保護と自律を対立的にとらえていたのではなく、①非行や虐待などの子どもと親の集団的自律を支えるために、国家が補充的に保護をおこなっていたのであり、②非行や虐待などの子どもの個人的自律を保障するために、国家は積極的に保護条件整備義務という役割を担っていた、という解釈が導かれる。

このような国家の役割と対極的な役割規定をしていたのが、義務教育法制である。教育は国家に対する義務なのであり、国家は教育によって子どもの自律を支え保護をおこなうという観点はみられなかった。かつて、留岡清男は、「児童観と教育」論文の中で、「文部省が取り上げる児童の教育問題と、厚生省が取り上げる児童の保護問題と、司法省が取り上げる児童の行刑問題とは、それぞれ異つた生ひ立ちをもち、それぞれ異つた歴史をもつているのであつて、そこにおのづから児童観の分岐と分裂とがみられる」³⁹⁾と鋭く先駆的な指摘をしたことがあるが、まさにその通りである。

さらに、少年法や児童虐待防止法などが、実際にどのように運用され、子どもの生活実態がどのようにかわったのか、をみることで、子どもの権利の定着過程

を明らかにすることができると思われる。だが、その後日本は総力戦体制へと突入したことを考えると、実際には、国家が子どもの権利保障へ向けて動かなかつたことは容易に想像できる。

最初に指摘した森田明が議論している、子どもの「保護」と「自律」の関係について、保護主体が、親・おとななのか、または国家なのか、によって、その内容が変わるということになる。

現代において、子どもの権利条約第12条【意見表明権】の解釈の一つである、「関係性の権利」⁴⁰⁾は、「保護か自律か」、あるいは「保護も自律も」ではなく、子どもと子どもの権利を保障する主体の関係に着目している。この関係性の権利を保障するためには、親がどのような方法で権利保障するのかを問題とするだけでなく、どのような国家がどのような方法で権利保障するのかも問題にしなければならないのである。

〈付記〉

史料引用にあたり、旧字体は新字体に改めた。

- 1) 例えば、森田明『未成年者保護法と現代社会——保護と自律のあいだ——』、有斐閣、1999年、森田『少年法の歴史的展開——〈鬼面仏心〉の法構造——』、信山社、2005年、赤羽忠之「日本における少年保護思想の成立——その児童観および教育観を視点として——」『非行と教育を考える』、北樹出版、1984年、(初出は、家庭裁判所調査官研修所調研紀要)創刊号、1962年、所収)、重松一義『少年懲戒教育史』、第一法規、1976年、など。
- 2) 森田明「家族の崩壊と『子どもの権利』考」、前掲『未成年者保護法と現代社会』、280頁。
- 3) 森田明「子どもの保護と人権」、前掲『未成年者保護法と現代社会』、22頁。
- 4) 花岡明正「パターナリズムとは何か」澤登俊雄編『現代社会とパターナリズム』、ゆみる出版、1997年、47・16頁。
- 5) 植村勝慶「性表現が規制される理由——憲法・『リベラリズム』・『パターナリズム』——」澤登前掲『現代社会とパターナリズム』、57頁。
- 6) 世取山洋介「子どもの権利」堀尾輝久・河内徳子編『平和・人権・環境 教育国際資料集』、青木書店、1998年、59-60頁。
- 7) 内野正幸「厳格憲法解釈論の素材」『憲法解釈の論理と体系』、日本評論社、1991年、30頁。
- 8) 「法源としての法」とは、法令集に書かれている

法であり、「イデオロギーとしての法」とは、さまざまな機関や人々の一定の価値判断にもとづいて解釈された法であり、「制度としての法」とは、国家権力の解釈による法である。渡辺洋三「憲法問題の基本的理解のために」『1980年代と憲法』、岩波書店、1981年、参照。

- 9) 少年保護婦人協会編纂『少年保護の法理と実際』、刀江書院、1928年。
- 10) 藤野恵『児童虐待防止法解説』、労働立法研究所、1934年。なお、上笙一郎編『日本く子どもの権利』叢書8 日本検察学会編『児童虐待防止法解説』・藤野恵『児童虐待防止法解説』・下村宏他『児童を護る』、久山社、1995年、によって復刻されており、以下、引用はこれによる。
- 11) 例えば、齋藤薫『日本検察学会編『児童虐待防止法解説』・藤野恵『児童虐待防止法解説』・下村宏他『児童を護る』解説』上、前掲『日本く子どもの権利』叢書8』、など。
- 12) 小山松吉「序」、前掲『少年保護の法理と実際』、9-10頁。
- 13) 藤野恵「児童虐待防止問題」、前掲『児童虐待防止法解説』、5-6頁。
- 14) 小山、前掲「序」、9頁。
- 15) 牧野菊之助「序」、前掲『少年保護の法理と実際』、1頁。
- 16) 「労働立法研究所規則」、前掲『児童虐待防止法解説』。
- 17) 当時、内務省の囑託には、生江孝之がおり、児童保護法制の制定にあたって、諸外国の動向を詳しく調査していた。詳しくは、宮盛邦友「生江孝之にみる教育と福祉の架橋——子どもの権利の観点から——」社会教育・生涯学習研究所編『年報』第4号、2008年(予定)、参照。
- 18) 牧野、前掲「序」、2頁。
- 19) 藤野、前掲「児童虐待防止問題」、6頁。
- 20) 同上、1-2・4頁。
- 21) 藤野恵「保護処分の性質」、前掲『児童虐待防止法解説』、32-33・35-36頁。
- 22) この時期の親権概念のとらえ方の変遷については、宮盛邦友「戦間期日本における子どもの権利に関する判例の展開——「親権」を手がかりにして——」、日本教育学会第64回大会・自由研究発表、東京学芸大学、2005年、参照。また、国家は、子どもを育てるおとなを教化することで子どもにも影響を与えようとしたのではないかと考えられる。宮盛邦友「大正期における国家の家族認識——臨時教育会議・再考——」『季刊教育法』153号、エイデル研究所、2007年、宮盛邦友「家族・親権・子どもの権利——臨時教育会議における論議の分析を通して——」日本教育法学会編『年報第36号 教育基本法体制の危機と教育法』、有斐閣、2007年、参照。
- 23) 藤野、前掲「保護処分の性質」、35頁。
- 24) 植田桑三郎「少年法の大綱」、前掲『少年保護の法理と実際』、56頁。
- 25) 同様の指摘につき、宮盛邦友「戦間期日本における子どもの権利認識の社会的基盤——日本学童会編著『悪童研究』の分析を通して——」、日本教育政策学会編『年報第12号 教育政策と政策評価を問う』、八月書館、2005年、参照。
- 26) 宮城長五郎「少年保護の根本精神」、前掲『少年保護の法理と実際』、3-6頁。
- 27) 詳しくは、宮盛邦友「戦間期日本における子どもの権利思想——平塚らいてう・下中弥三郎・賀川豊彦の思想と実践を中心に——」、中央大学『大学院研究年報第33号文学研究科篇』、2004年参照
- 28) 穂積重遠「親族法」、岩波書店、1933年、552頁。また、穂積は、別の論文でも、「親が子を育てる義務があるからといつたとて、その権利者が子である必要はない。子に対して義務を負ふのではなく、国家社会人類に対して親は義務があるのである」と述べている。穂積重遠「親権の尊重と制限」児童擁護協会『児童を護る』、1933年、42頁。
- 29) 藤野恵「行政救済」、前掲『児童虐待防止法解説』、69頁。
- 30) 藤野、前掲「保護処分の性質」、38-39頁。
- 31) 鈴木賀一郎「少年少女保護に関する関係法規」、前掲『少年保護の法理と実際』、363・370頁。
- 32) 富田愛次郎「児童虐待防止法の話」、前掲『児童を護る』、24頁。
- 33) 鈴木、前掲「少年少女保護に関する関係法規」、378-380頁。
- 34) 藤野、前掲「保護処分の性質」、39-40頁。
- 35) 藤野恵「国庫補助」、前掲『児童虐待防止法解説』、50頁。
- 36) 穂積、前掲「親権の尊重と制限」、45-46頁。
- 37) 藤野、前掲「児童虐待防止問題」、2-4頁。
- 38) 鈴木、前掲「少年少女保護に関する関係法規」、371頁。
- 39) 留岡清男『生活教育論』、西村書店、1940年、42頁。
- 40) 大江洋「関係の権利論 子どもの権利から権利の再構成へ」、勁草書房、2004年、参照。