

徳島遊動円木裁判にみる 戦前公立学校の性格

竹 中 暉 雄

はじめに

近代公教育制度の確立とは、法令的な裏づけによって、一定の安定した持続的な学校教育制度が生み出されたことを意味する。日本での義務教育制度の確立は、市町村の学校設置義務、親の学齢児童就学履行義務、就学の社会的保障義務の三要件が初めてそろい¹⁾、かつ1941（昭和16）年の「国民学校令」に至るまで大幅な改変が行なわれなかった1900（明治33）年の「小学校令」によってであると考えるのが、一応妥当な線であろう。しかしその時にすぐに、近代公教育制度の本質が明らかになり、それが必然的に内包する問題点が一般に意識されたかといえ、必ずしもそうではない。その制度が確立し、そしてそれが日常性のなかに埋没していけばいくほど、なおさらのことそうである。

日常化した近代公教育制度の本質と問題点がいちどに鮮明に表面化するのには、学校現場においてなにか事件や事故が発生し、その日常性が破られた時である。例えば、子どもを就学させない親がでてきたり、法令で禁止されているはずの体罰が行なわれたり、壊れていた設備のために負傷したり死亡した生徒が出た時などである。そして過料の請求や損害賠償請求などに関して裁判が行なわれた時、そこでは、教育制度をつくっている国家の見解と、教育制度の中に囲われている個々の生徒や親の側の見解とが、公教育を巡って最も熾烈に対立し、普通は意識しない、ないしはできない公教育制度の隠された側面、つまり子どものためではなく国家のための制度という特性が明るみにさらされるのである。

本稿は、徳島市立寺島尋常小学校²⁾遊動円木（円棒）事件を学校体育史

的背景の中でとりあげて、このことの検証を試みるものである。

注

- 1) 牧証名編『公教育制度の史的形成』(梓出版社, 1990年) 34頁。
- 2) 現在の徳島市立内町小学校(1948年に改称)。

1

1913(大正2)年12月25日、翌日の終業式をひかえ授業が早くすんだ放課後の午前10時40分、運動場の遊動円木に乗ってやく10人の友人たちと一緒に遊んでいた同校3年生の桑一(9歳3カ月余, 明治37年8月30日生)が、腐っていた支柱2本が折れたために墜落し、「左前額部に二カ所の裂傷」を負い、「四辺は見る見る血の海と化した」。傷の深さは骨に達する重傷であった。校長以下各教員は、翌日の終業式の準備のため教員室で会議中であった。入院した桑一を同校男女教員が交替して看護し、校長と助役とは26日、徳島県庁に出頭して事件の報告を行なった¹⁾。

桑一はしかし、出血多量による貧血のため、27日午前3時(ワ第4号一審判決書では午後4時)に死亡し、校長が市と交渉した結果、28日午後3時から同校校庭で校葬を行なうこととなった²⁾。同日午後4時すぎからは、金光教会出張所で葬儀が執行され、会葬者は県会議員、助役、市内各小学校長、学務委員、新聞記者ら60余名、および桑一の同級生200余名で、寺島小学校長、徳島新聞記者、市内小学校長代表の弔辞があり「盛葬を極めた」³⁾。

事故当初桑一の父親は、「今回の負傷は最早如何とも詮方なし例令此儘死亡することありとも不運と諦むる外なしと観念し居たり。(しかし)多数児童を預かる学校当局者としては将来斯かる危険を演出せしめざる様今後における他の児童の為め成べく常に充分の注意を拂はれたきものなり」とのべるにすぎなかったが⁴⁾、翌1914(大正3)年1月29日付で両親の〇夫妻は、徳島市長を相手どり、慰謝料および損害賠償請求の訴訟に踏み切った。内容は、

両親に対し慰謝料それぞれ5,000円、および糸一が20歳から55歳まで働いたとしてその間の所得（つまり逸失利益）、1カ月30円として12,600円の損害賠償金との計22,600円の支払い、訴訟費用は被告負担とすることであった。また訴訟理由は、寺島尋常小学校を管理する徳島市長が遊動円棒の腐朽に気づかなかつたのは、市長の管理不行届で市長に直接過失の責任があり、市長は市の被傭者と解されるので、市には「民法」715条（使用者の責任）による賠償責任がある、というにあった⁵⁾。

『徳嶋毎日新聞』は事故の原因について、事故の直前（大正2年11月）に西側の支柱が腐敗していることに気づいてそれを取り替えた際に東側の支柱をそのままにしておいた「学校当局不注意の責は免がれざるべし」、同校教員によれば、「過日来該支柱は手にて押せば揺ら揺らと為し居たり」とのことであったと、当初は学校側に批判的であった⁶⁾。しかし公判が始まるとその分、弁護活動に精彩を欠く原告（O夫妻）側弁護人に対して批判的となった。

1914（大正3）年2月24日の第1回口頭弁論で、訴状にある徳島市長とは市長個人の意味か、市の代表としての市長の意味かと被告側弁護人から質問された原告側弁護人は「狼狽気味」で、けっきょく訴状を訂正して再提出することになった。そこで原告側は2月24日付で、「被告徳島市長一坂俊太郎」を「被告徳島市 右代表者 徳島市長一坂俊太郎」と変更し、この時同時に、父に対する慰謝料と賠償金に対してのみ、1月30日から判決執行済みに至るまで年5分の利率に相当する損害金を付して賠償することを求めた⁷⁾。しかしまた3月12日の第2回公判でも原告側弁護人は、「言辞曖昧」「確言的にあらざりし」とか、「甚だ見苦し」「前後不揃の答弁あり」とか評された⁸⁾。

被告徳島市長側の抗弁の主要な論点は以下の通りである。

①市長は市の被傭者ではない。「民法」715条は被傭人と傭人の関係における責任で、市長のように市会において公吏として選挙された身分のものに適用などできない。

②市長は「小学校令」60条で「国家行政事務」の一部を委任され、「国ニ

代リテ」管理しているのであって、「市ヲ代表シテ」管理しているのではない。

③市長の学校関係は「公法上の関係」であるので、「民法」の知るところではない。

④そのうえ円木は過去に修理もされ、大正2年11月にも専門家に鑑定させて安全を確かめていたので、過失はない。

⑤遊動円木には3人以上乗らないように指導していたので、「過失は学校の命令を奉ぜざる被害者に存す」。

⑥慰謝料の額は不当であり、また損害賠償金の算出方法にも根拠はない。

判決は3月24日にあったが、結果は原告の敗訴であった。主たる理由は、被告側の抗弁の①と③を認めるもので、市長が市立小学校を管理する職責を有することは、「市制」87条2号⁹⁾、「小学校令」60条¹⁰⁾から明らかであるが、その管理は「公法上ノ関係」であり、現行法規上、市長が「公法上ノ行為」で他人に損害を与えたとしても、市がその責を負うべき規定はない。また市長は「市会ノ選挙推薦ニヨリ就任」するもので、市と市長とは民法上の雇用関係ではないので、本件に「民法」715条の適用はないというにあった。要するに「(原告が主張する)原因事実自体ニ於テ賠償ヲ求ムヘキ法ノ根拠ヲ欠クヲ以テ失当タルヲ免レス依テ爾余ノ点ニ付テハ判断ヲ要セサルモノ」というのであったから、原告側の完全な作戦負けであった¹¹⁾。

『徳嶋毎日新聞』(大正3年3月13日)は、原告側は有利ではあるが、もし「原告の敗訴となれば訴訟の形式に欠くるものありしと信ず」と論じていたが、まさしくその通りになったのである。そしてまた「勝敗何れにせよ本問題は、大審院の法廷に容らざれば最後の解決を見ざるものならむ」という予想もまた、後述するごとく的中するのであった。

敗訴した原告側は9月17日付で、今度は「民法」717条(土地工作物の占有者・所有者の責任)を適用して、再度市長を相手に13,000円の慰謝料請求訴訟を提起した。内容は、父に対し8,000円、母に対し5,000円の慰謝料、そして今回はそれぞれに対し訴状送達の日から判決執行済みに至るまで年5分

の損害金を付加し、さらに訴訟費用は被告負担ということであった。

理由としては、徳島市の所有であり、その機関である市長が占有する工作物である遊動円木の「保存ニ瑕疵」があったために事故が発生し、「衆一ノ死亡ニ因リ受ケタル苦痛ノ慰藉」を求めることが述べられた。つまり今回は慰謝料のみの請求となったのである。

被告徳島市側は以下の点で抗弁し請求棄却を求めた。

①本訴はすでに判決済みの（ワ）4号事件と同一であり、一事不再理の原則に反する。

②市長は「国ニ代リテ」管理するのであり「市ノ為メニ」管理するものではない。

③小学校教育は国の事務に属し、しかも「公法上ノ行為」であるので、民法の関知する所ではない。

④遊動円木の所有者・占有者は徳島市ではない。たとえそうであるとしても、それは「公法上ノ関係ニ属ス」ので「民法」の適用は受けない。

⑤徳島市は遊動円木の管理には十分な注意を払ってきたし、また同時に3人以上乗ることも禁止してきたので、事故の発生はむしろ被害者の「過失ノ責任」である。

⑥慰謝料の額が不当で請求に応じがたい。

1914（大正3）年12月26日、徳島地裁は原告側請求の一部を認める判決を下した。つまり徳島市は慰謝料として、父親に600円、母親に400円の計1,000円、さらに本件訴状送達の大正3年9月19日以降、年5分の割合の遅延「損害金」を慰謝料に付加して支払うことを求めたのであった¹²⁾。

人間の命は本来、金額に換算できる問題ではないので、8,000円や5,000円という慰謝料、また当初の損害賠償額12,600円が正当か不当であるかは判断のむずかしい点であるが、当時の物価水準を知るために参考資料を掲げておくと次のようになる¹³⁾。

1910（明治43）年 総理大臣年俸 12,000円

東京府知事年俸 4,500円

1911（明治44）年 文官高等試験合格高等官初任給（基本給のみ） 55円

1913（大正2）年 大学卒銀行員初任給（基本給のみ） 40円

1918（大正7）年 小学校教員初任給（基本給のみ） 12～20円

ところでこの一審判決では慰謝料の額が大幅に削られ、また訴訟費用も原告・被告各一部負担とされたのではあるが、それでも実は後述するような理由があったために、これは原告側の大きな「勝訴」として考えられてきた歴史的に画期的な判例なのであった。『徳嶋毎日新聞』（大正3年12月27日）も、「市長敗訴」と報じた。

この徳島事件の裁判は、国家賠償史上欠かすことのできない事例として有名であり、「旧憲法下におけるわが国家責任法理の状況を語る上においては逸すべからざる古典的判例として、ひろく知られている」¹⁴⁾。したがって国家賠償関連図書においては必ず触れられる事件ではあるが、そこにおいて言及され引用されるのは、1916（大正5）年の大審院判例のみであるのが常である。大審院判例という重みのゆえに、ある意味では当然のことではあるけれども、大審院はこの裁判では、下級審の判決を変更したり修正したのではなく、逆にそれを追認したのみであるので、学校事故に対して最初に損害賠償の道を拓いた徳島地裁判決のことを忘れることはできないのである。

注

- 1) 『徳嶋毎日新聞』大正2年12月26日、27日。なお二審判決文中、事件発生日を大正2年12月15日としている箇所（『大審院教育関係判例総集成』④、エムティ出版、1991年、249頁）は「二五日」の誤り。それに関係して衆一が「一二日後死亡」とする解説（同上書⑤、308頁）は「二日後」の間違いである。なお徳島地裁一審判決書（ワ第4号）自体の中にも2カ所「十五日」とする誤記がある。
- 2) 『徳嶋毎日新聞』大正2年12月28日。なお実際に校葬が行なわれたどうかは確認できない。
- 3) 同前、12月29日。
- 4) 『徳嶋毎日新聞』大正2年12月26日。
- 5) 徳島地裁「大正3年3月24日（ワ）第4号判決書」。「徳島市小学校損害賠償事件 訴状判決書」『教育時論』（1094号、大正4年9月5日）付録。

- 6) 『徳嶋毎日新聞』大正2年12月26日, 27日。
- 7) 「徳島市小学校損害賠償事件訴状判決書」『教育時論』(1094号, 大正4年9月5日) 付録。
- 8) 『徳嶋毎日新聞』大正3年2月25日, 3月13日。
- 9) 新「市制」(明治44年4月7日) 第87条「市長ハ市ヲ統括シ市ヲ代表ス
②市長ノ担任スル事務ノ概目左ノ如シ
二 財産及営造物ヲ管理スル事但シ特ニ之カ管理者ヲ置キタルトキハ其ノ事務ヲ監督スル事」
- 10) 「小学校令」(明治33年8月20日) 第60条「市町村長又ハ町村学校組合長ハ市町村又ハ町村学校組合ニ属スル国ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小学校ヲ管理ス」
- 11) 以上判決文資料は, 徳島地裁「大正3年3月24日(ワ) 第4号事件判決書」。
- 12) 「徳島市小学校損害賠償事件訴状判決書」『教育時論』(1094号, 大正4年9月5日) 付録。徳島地裁「大正3年12月26日(ワ) 第34号事件判決書」。
- 13) 週刊朝日編『値段史年表 明治・大正・昭和』(朝日新聞社, 昭和63年)。
- 14) 雄川一郎「旧法制下における小学校施設の事故と損害賠償責任」『教育判例百選<第二版>』(別冊ジュリスト, 1979年9月)

2

徳島遊動円木事件裁判は, 小学校という教育の場における初めての慰謝料請求訴訟であった。徳島地裁判決は, 公共団体である徳島市に慰謝料支払いを命じたのであり, その意義は大きかった。それでは徳島地裁はどのような論理で, 従来は大審院判例に拘束されてできないとされてきた, 公権力発動の場での事故に対して「民法」の適用を認めたのだろうか。

判決は, 被告側抗弁の①を, (ワ) 第4号訴訟と本訴(ワ) 第34号とは適用する「民法」の条項が異なるので, 同一の訴訟とはいえないと排斥したあと, 徳島市に慰謝料支払いの責任がある理由を以下のようにのべている。

①小学校教育は国の事務に属するものではあるが, 「小学校令」2条によれば, 小学校を「設置経営」するのが市町村であることは明らかであり, 営造物の設置者は特に法の例外がない限り, その所有権の帰属者である。

②市長が市の代表者であり市の営造物の管理者であることは、「市制」87条により明らかであるので、市長が小学校建造物の占有者でもある。

③「営造物ノ要素タル土地建造物ノ所有権ハ一般所有権ト同シク私権ノ性質ヲ有シ国家又ハ公共団体ハ一私人ト同様ノ地位ニ於テ之ヲ所有スルモノト解スルヲ相当トスルカ故ニ之カ所有占有ノ関係ハ私法関係ニ属」す。

④遊動円木の西側の支柱2本は、1911（明治44）年3月の建造以来一度も修繕していないにもかかわらず、1913（大正2）年11月の検査時においても単に外部から検査したに止どまり、内部の腐蝕の有無などは確かめていない。

⑤多人数の同乗は禁止されてはいたが、小学3年生といった「幼者」に必要な指導者の直接監督はなかった。仮に「犯禁」の事実があったとしても、本訴請求原因の当否を左右するものではない。

⑥徳島市も遊動円木の保存に全く注意を払わなかったわけでもないことなどから、慰謝料の額は減額する。ただしその「賠償義務」は「損害発生」の日からあるので、訴状送達の日からの年5分の「損害利息」請求は正当である¹⁾。

以上の判決理由のうち、一番重要なのが③であることは言うまでもない。営造物の要素として土地建造物を別個に分離し、その所有・占有関係は私法関係であるとするすることで、公権力発動の場における事故にも「民法」の適用を認めようとしたのであった。

しかし被告徳島市は判決を不服として大阪控訴院へ控訴し、原告側も慰謝料の額を不服として付帯控訴を行なった。

○夫妻側は、今度は父親に対し4,000円、母親に対し3,000円と慰謝料を少し減額し、同時にやはり1914（大正3）年9月19日から判決執行済に至るまで年5分の割合の損害金の付加を求めた。

○夫妻側弁護士によれば、死亡した糸一は「体躯健全」「学術操行共に優良」で、将来に優秀な人物になることはおよそ推定できた。○夫妻は湯屋を営業し、その営業収入は毎月50円を下らず、糸一が20歳になって家業を継げば、月30円の収入はあるはずであった。「朝に満腔の喜悦を以て愛児を校舎

に送りし時夕に無残の死骸を迎ふ可しとは誰が想像し得可けん」。夫妻は「愛児の死骸を擁して暗涙に咽ぶのみ、人生の悲惨何物か之に過ぐるものあらん」。夫妻がすこしでも精神上的苦痛を和らげるために訴訟に及んだが、一番ではわずかな慰謝料を認めたのみで、その他の請求はすべて排斥したために付帯控訴に及んだのである。

これに対し徳島市側は、以下の6点から抗弁した。

①最初の訴訟（ワ第4号）で原告側は「民法」715条（使用者の責任）によって立論したにもかかわらず、次の（ワ）第34号では遊動円木支柱の腐朽は工作物の瑕疵であるとして「民法」717条（土地工作物の占有者・所有者の責任）を適用して賠償請求しているのは、「一事不再理の原則」に違反している。

②そもそも尋常小学校は徳島市ではなく国の営造物であるので、遊動円木の占有者もまた徳島市ではない。市町村長が「(市町村に属する) 国ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小学校ヲ管理ス」(小学校令60条) する場合、それは徳島市を代表してではなく国の委任により国の機関としてである。

③仮に遊動円木の占有者が徳島市であるとしても、その占有は「私経済的動作」ではなく、「公共の利益」のための「公法上に属する」ことであるので、たとえその保存に瑕疵があって他人に損害を与えたとしても、「民法」717条の適用はうけない。

④問題の遊動円木には同時に3人以上乗ることは禁止されていたにもかかわらず、衆一はやく9人と同時に乗って「激動」させたために事故が起きたのであって、責任は徳島市ではなく被害者にある。腐朽は遠因であり、「義務違背」が近因である。

⑤徳島市はすでに明治45年6月、大正元年12月、大正2年11月に遊動円木に修繕を加え、なお大工の「堅固なり」との鑑定を信じていたので過失責任はない。

⑥以上のすべてがたとえ認められなかったとしても、〇夫妻が請求する慰謝料の額は不当である²⁾。

大阪控訴院は1915（大正4）年5月24日に、控訴および付帯控訴をともに棄却、控訴費用は控訴人（徳島市）の負担、付帯控訴費用は被控訴人（O夫妻）の負担とする判決を下した。争点に対する控訴院の判断は以下の通りである。

①最初の訴訟では「民法」715条に該当する、本件訴訟では「民法」717条に該当する事実関係を主張するもので「両者全く請求原因を異にするもの」であり、一事不再理の原則には反しない。

②小学教育は「性質上国の事務」ではあるが、「小学校令」60条によってその一部分は市に「委任」されたのである。その委任事務の執行に必要な営造物として建設された小学校は、国ではなく市の営造物であり、この場合市長は市の機関としてこれを管理する。

③その管理は、徳島市の「国に対する義務」であると同時に、管理の中に含まれる営造物の占有は「私法上の占有」である。

④遊動円木には同時に3人以上乗ることは確かに禁止されていたが（教員からの告知、円木支柱への警告板の打ち付け）、それが徳島市の委任により行なわれたかどうか不明である。そもそも糸一は当時まだ満9歳で「知慮浅薄にして是非の弁別力を有せざるもの」であった。またこの禁令を最初に破る結果になった原因が糸一なのか他の生徒なのか、さらに糸一が支柱の腐朽を知っていたのかどうか不明であり、糸一に過失責任があるとはいえない。

⑤折れた2本の支柱は当時、地表に接する部分が非常に腐敗していて、指で押せばその周辺部は容易に崩壊するほどであった。大正2年11月に大工に見せたときも、外形だけの検査にとどまり、円木の保存に相当の注意を払っていたとはいえない。

⑥徳島市は「少なからざる痛苦」を感じたO夫妻に慰謝料を支払う義務があり、その額は一番通り、遅延損害金も一番通り³⁾。

徳島市は大審院へ上告した。理由は以下のとおりである。

①尋常小学校は国の営造物であり、市の営造物ではない。

なぜなら、「小学校令」6条は、市の尋常小学校設置義務を規定している

が、国の教育事務を市に委任するとした明文規定はどこにもないからである。かえって二審判決が援用する「小学校令」60条は、教育事務が国の事務であることを明示し、それを市長に管掌させるとしているにすぎない。

校舎等は市の所有物であるとしても、小学校という営造物は物だけでは成立せず必ず人が必要である。ところが小学校長・教員は判任官待遇の国の官吏であり（明治24年勅令218号）、その任免も市町村長ではなく府県知事が行ない（小学校令44条）、また俸給その他の給与進退職務及び服務は文部大臣が定める規定によることになっている（同45条、46条）。

現行法では、国税の徴収は市町村の事務であるが（国税徴収法5条）、戸籍事務・徴兵事務は市町村長の仕事となっている（戸籍法2条、徴兵事務条例21条）。ところで「小学校令」60条によって小学校を管理するのは市町村長であって市町村とはなっていない。この場合、市町村長は「国ノ為メニ教育事務ヲ管掌シ小学校ヲ管理スルモ市ノ為メニ之ヲ管掌管理スルモノニアラサレハ」、市に小学校を管理する権能はなく、施設の占有権もない。

したがって、控訴院が「損害ノ賠償」を市に命じたのは、「小学校令」60条を誤解したために「民法」717条を不法に適用した違法の裁判である。

②仮に市立小学校が市の管理に属すとしても、市立小学校は公法の規定によって設置された公の営造物であり、「其営造物ニ対スル行政主体ノ作用ハ即チ行政ノ発動」である。そもそも国または行政団体がその行政の発動である行為不行為について私法上の責任を負担するのは、「私経済的行為」の場合か、少なくとも個人と「平等関係」にたつ場合に限り、「私人ト不平等関係ノ関係」にたつ「専ラ公共ノ利益」のための場合は、公法の適用をうけ「権力服従ノ関係ヲ以テ支配」されるので、「民法」など私法の適用はうけない（大審院明治43年3月2日判決）（第4節(2)参照）。

小学校教育は初等教育普及のため「国力人民ニ強制シテ義務教育ト為ス所ノモノ」で、小学校の設置・管理は市の私経済のためではなく、「公共利益ノ為メニ為サルル行政作用」であるので、たとえ管理に過失があったとしても、「河川法」・「砂防法」におけるような特別の規定がない限り、私人に対

し私法上の「損害賠償」を負担すべき理由はない。

本件の場合も、「営造物ノ利用者カ利用ノ結果受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルモノニシテ」、営造物の利用者でないものが損害を受けた場合と異なり、当事者間の関係は「全然権力服従ノ不平等」であるので、「民法」の適用は違法である。

③同時に3人以上乗るなという禁令は未だ「知慮浅薄」の条一には無効であったとの控訴院判決は、「公法関係ト私法関係ヲ混同」して違法である。

なぜなら、「教育行政ノ具」である「営造物ノ利用関係」においては、利用開始と同時に「営造物管理規則又ハ営造物管理者ノ命令ニ拘束セラルヘキ公法上ノ義務ヲ負担」するのであり、特別の規定がない限り「利用者ハ其意思能力又ハ行為能力ノ有無如何ヲ問ハス其管理規則ニ拘束セラルルヲ原則トス」るからである。

そうでなければ例えば郵便局は、「民法」上「無能力者」である未成年者などの郵便・電信の発送依頼を拒否することができるようになる。

・④(i) 教員が市の特別の委任なしに行なった場合の「同時に3人以上乗るな」との訓告は生徒に対し無効であるかのごとき二審判決は、「小学校ナル営造物管理ノ性質ヲ誤解シタル不法ノ裁判」である。

(ii) 小学3年生がこの訓告の意味が理解できないほど「知慮浅薄」とした二審判決は、「我国少年ノ常態ニ反スル妄断」であり「経験法則ニ反シテ事実ヲ確定シタル不法ノ裁判」である。

(iii) 生徒が営造物使用の制限を認識する能力を欠いた場合に、「公ノ営造物ノ利用関係カ当然変シテ私法上ノ関係」になる理由が不明であるので、「裁判ニ理由ヲ備ヘサル違法」を免れず。

⑤二審判決は、地表以下の腐朽の有無を検査しなかったことのみをもって徳島市の過失としたが、市は3人以上の同乗を禁じていたのであるから、3人以内の同乗でも挫折するほどの腐朽状態であったのかどうか判決では示されていず、したがってこの点においても「裁判ニ必要ナル理由ヲ付セサル違法」がある。

⑥二審判決は、3人以上同乗の禁止を最初に破ったのが糸一なのか他の生徒なのか不明であるので糸一の責任とはいえないとして、徳島市に保存の瑕疵責任があるとしている。しかし禁を最初に破ったのが糸一なら彼に、他の生徒の場合ならその生徒に責任はあるのである。いずれにしても事故の「直接原因」は不明のままなので、徳島市に「民法」717条を適用した当否は判別できず、この点でも必要な理由を示さない違法の裁判である⁴⁾。

大審院が大いに困惑した様子は、判決日が何度も延期されたことからうかがわれる。「市長の敗訴 円棒事件上告棄却」を報じる『徳嶋毎日新聞』（大正5年6月3日）によれば、その後東京始め各地の小学校でも同様の問題が勃発し、教育界に影響するところ甚大であるため、「慎重審議の要ありとし其の判決も昨報の如く無期延期」となったのに、1916（大正5）年6月1日「俄に開廷の上市長の上告を棄却すとの判決言渡し」となったという。また『東京日日新聞』（大正5年6月2日）は、学校事故で死傷した児童の例は少なくないが、「被害者は学校管理者の不注意の為に此禍を惹起したりとするも損害賠償又は慰謝料請求の途なきものと思惟し単に当局を攻撃するに止どまりしが今回大審院に於て右は損害要償又は慰謝料を請求するの途あるものとの新判例を示せり」と報じ、「審理に審理し判決期日を延期する事八回に及」んだとのべている⁵⁾。

こうして大審院は、徳島市側の上告論旨をすべてはねつけ、上告棄却、上告費用は上告人の負担とする判決を示し、○夫妻側の「勝訴」、つまり慰謝料1,000円（夫600円＋妻400円）が確定したのであった。

各論点に対する判決理由は以下の通りである。

①「市制」2条、「小学校令」2条、6条、51条によれば、「元来小学教育ハ国ノ事務ナレトモ市カ国ノ委任ニ因リ市ニ属スル事務トシテ自己ノ費用ヲ以テ小学校ヲ設置スルモノ」なので、小学校は国の営造物ではなく市の営造物である（明治37年10月11日大審院判決⁶⁾参照）。したがって市長が「小学校令」60条に基づいて小学校を管理するのは市の機関としてであり、遊動円木の占有権も市に属する。

②小学校の管理は確かに「行政ノ発動」ではあるが、その管理権中に含まれる校舎・設備に対する占有権は、「公法上ノ権力関係」に属するものではなく「純然タル私法上ノ占有権」であるのみならず、私人と不平等の関係の占有でもないので、「民法」717条の徳島市への適用はなんら不法ではない。

③二審判決はあくまで、②におけるように私法上の不法行為に関する規定の適用という立場に立っているで、この抗弁には理由がない。

④(i) 二審判決の趣旨は、営造物使用条件は営造物の管理者である市が決めるべきで教師単独では決められないというにあるので、あえて営造物管理の性質を誤解しているとはいえない。

(ii) 二審判決は「民法」の不法行為に関する規定を適用する点からすれば「禁令」はなんら効力をもたないとするもので、「経験法則ニ反シテ事実ヲ確定シタルモノ」とはいえない。

(iii) 二審判決は②が示すように私法上の観点にたっているので、この抗弁には理由がない。

⑤二審判決が、その認定した事実に基づいて、遊動円木の占有者・所有者としての徳島市に「其保存ニ付キ相当ノ注意ヲ為ササリシモノト認定」したのは妥当で違法ではない。

⑥二審判決は、「禁令」は衆一等の知力の程度のものに対しては私法上の効力がなく、仮に効力があるとしても、「禁令」を破ったのが衆一なのかどうか上告人は「釈明」できず、したがって彼に責任があるとはいえないと判示しているもので、不法ではない⁷⁾。

注

1) 徳島地裁「大正3年12月26日民事(ワ)第34号事件判決書」

2) 『大審院教育関係判例総集成』④(エムティ出版, 1991年) 248頁~255頁から。

3) 同上。

4) 『大審院民事判決録』⑧(新日本法規出版, 1966年) 341頁~346頁。

5) 全く同一の記事が『法律新聞』(大正5年6月8日)にも掲載されている。この画期的判例も第1次世界大戦中であることもあってか、『東京朝日新聞』『大阪朝日新聞』

『読売新聞』では報道されていない。

- 6) 「師範学校ハ国家ノ建設ニシテ生徒ニ学資ヲ支給スルハ国家其者ナリ」, したがって学資を償還しなければならないときには国庫に納入すべきで, 県に償還請求の権利はないとする上告人に対し, 大審院は「府県立師範学校ハ府県ノ経営ニ係ル营造物」であるとした判決(『大審院民事判決録』③, 1257頁)。
- 7) 前掲『大審院民事判決録』⑧, 341頁～346頁。

3

この大審院判決によって, これまで公益性をもつ公の营造物における占有関係を公法関係とみなして, そこへの「民法」717条の適用を否定してきた通説・判例が覆され, 小学校という明らかな公の营造物での瑕疵に基づく事故に対して, 損害賠償が可能な道が拓かれたのであった。

「学校事故救済法制上に画期をもたらしたそのような例も大勢を支配するものではなく, 前掲のような事故の多くは十分な賠償を支払われるまでにはいたらず」¹⁾といった評価もあるが, しかしこの判決以後は, 「重懸梯子・金棒など小学校の施設の設置又は保存の瑕疵に基づく損害賠償について, 同趣旨の判決がなされ」ることになり(例, 大審院大正10年6月28日, 大審院昭和7年1月25日), 小学校以外のその他の公の营造物についても, 「民法」717条の適用が認められるようになった。そればかりではなく, 河川改修工事など「営利的要素をふくまない非権力的公行政たる作用」について, それまで「民法」715条の適用を否定してきた従来の判例に対しても「決定的な影響」を与えることになったのであり(大阪控訴院大正6年12月6日, 大審院昭和11年6月15日など), その点でまさしく「画期的な判決」であった²⁾。

ところで徳島での事故発生当時, すでにこの種の運動器具のために児童が「非業の死」を遂げた例が大阪府や香川県, 近くは徳島県板野郡にあり, 香川県では遊動円木は厳禁されていたという³⁾。しかし事件はまだ全国的なニュースとはならなかった。

徳島事件が教育界に大きな反響を呼び始めたのは、大阪控訴院判決（大正4年5月24日）がでたころからである。学校での事件によって、市町村の責任が、場合によっては学校当局・教員の責任も追及されかねないという、これまで全く意識されなかった困惑が教育界を襲った。『教育時論』（大正4年6月15日）によれば、もし市が敗訴すれば「将来市町村及び学校当局として由々敷」こととして「（徳島）県の一問題」となっていたが、控訴院判決でさらに、「全国市町村長及び学校当局の大に研究すべき問題」となった。ある小学校長は、「（新判例は）全国一般に於ける小学校生徒の、体育運動上に大なる影響を及ぼす」「体育が漸次衰微して来る虞れ」もあるので、近日の校長会議で「善後策を講じたい」と語っている⁴⁾。

9月5日の同誌は付録として「徳島市小学校損害賠償事件訴状判決書」を徳島市役所から取り寄せて掲載し、同時にまた徳島事件および教師の体罰が両親から告訴された江東小学校事件について、「最近の二例に依つて考へんに、学校教育の外形たる校舎設備に於て、又其の内容たる訓育に於て、萬一の場合を想像し来れば、教育家は殆ど手も足も出し様無き、窮境に在りと云はざるべからず」との一文も載せた⁵⁾。さらにまた次号の社説は徳島事件をとりあげ、「学校の如きは、思慮なく注意なく、殊に危険の危険たるをも辨へざる、頑是なき児童の多数を収容する所なれば、市町村は又最も之に注意せざるべからず」と「警告」し⁶⁾、文部省普通学務局の渋谷徳三郎は、徳島事件の大阪控訴院判決後に、「全国の市町村が、小学校に於ける此の損害賠償の一新判決例を対岸の火災視せざらんことを希望」していた⁷⁾。

大審院の判決の直後には、「至極適当な判決」という大場博士の評が掲載されている。もともと徳島事件にそのままあてはまる条項が「民法」にはない。近い条項の717条と715条の「二条を混せて其の立法の精神に遡つて考へれば、（徳島市が）賠償の責に任ずるのが当然」である。殊に「民法」は「刑法」と異なって字句にそのままあてはまらなくてもその精神を酌んでしかるべき処置をするのが適当である。「従来此種の事件で泣き寝入りとなつて居たものは少なくない」が、新判例でこれまでの「疑点」が解決されたの

は喜ばしいと⁸⁾。

しかしこの解説は、これまで公益性をもつ公の営造物における占有関係を公法関係とみなして、そこへの「民法」717条の適用を否定してきた従来の通説・判例を覆し、公法関係の中に私法関係を認めることによって、小学校という明らかな公の営造物での瑕疵に基づく事故に対しても、損害賠償が可能な道を拓いたという大審院判決の一番の論点には触れていない。

『教育界』は判決要旨のみを報じた⁹⁾。

大審院判決直後には、遊動円木と滑走台（すべり台）との廃止・奨励論議が紹介されている。ともに「体育上には有益」なので「各小学校に設備してある」が、よく負傷者を出し、東京の浜町小学校・王子小学校でも同様の事故があったという¹⁰⁾。ただし徳島での事故は、遊動円木遊びそれ自体がひき起こしたものではなく、支柱の腐朽によるものであった。そこで、この種の事故の発生における行政責任を追及する意見も教育界において強かったことも指摘しておかねばならない。

『教育時論』社説（前出）は、この点についても論じていた。「(学校の) 設立維持者の不注意なる為め、或は経済の節約の為め、学校の建設及び維持上、当然なすべきことをなさずして、或は児童に負傷せしめ、或は之に疾病を醸さしむる等の事あらば、これ実に人の子を賊するものにして、其の責任や、独り損害賠償金、又は慰謝料の支拂によりて、以て解除せられたりと思ふべからず」と¹¹⁾。

その他、事故の背景を論じる意見に次のようなものがあった。

「三省訓令」¹²⁾の結果、市町村が校舎設備にあまり予算をつけなくなった¹³⁾。したがって、いったん暴風地震がくれば倒壊を免れないような「老朽校舎」が放置され、たとえ改築するにしても「改築委員」などが「私腹」を肥やすために、「請負師の手抜き」が容認されてしまう。そのために二階や鴨居が墜落し「多数児童に損害を與えたる例」は決して珍しくない。もし市町村に建築修繕の資力が十分でない場合には、郡や府県が補助しなければならない¹⁴⁾。

また、「由来市区町村吏は、学校より応急の修繕とか、又は危険物の除却とかを申し出づることあるも、査察の為め来校することも容易ならず、而して之を査察したる上も、修繕又は除却等には、相当の費用を要するを以て、会計法の七面倒なる為め之を実施すること亦殊に容易ならず」「教育界に斯かる不祥事の頻発するは、実に忌はしき限りなれども、又当事者警醒の刺激剤となり、後事の警めたるべけん」¹⁵⁾。

注

- 1) 学校事故研究会編『学校事故の法制と責任』(総合労働研究所, 1977年) 138頁。
- 2) 杉村敏正「徳島小学校遊動円棒事件」『続判例百選<第二版>』(別冊ジュリスト, 1965年5月)
- 3) 『徳嶋毎日新聞』大正2年12月27日。
- 4) 『教育時論』(1086号, 大正4年6月15日)「小学生の怪我賠償」
- 5) 同上誌(1094号, 大正4年9月5日)「教育社会の窮境」
- 6) 同上誌(1095号, 大正4年9月15日)「学校関係者に警告す」
- 7) 『帝国教育』399号(大正4年10月)「小学校に於ける損害賠償に関し市町村の注意を促す」
- 8) 『教育時論』(1112号, 大正5年6月15日)「徳島市訴訟問題」。なお同一の談話が『徳嶋毎日新聞』(大正5年6月5日)にも掲載されている。
- 9) 『教育界』(15巻11号, 大正5年9月3日)「小学児童の負傷死亡の損害賠償請求に関する新判決例」
- 10) 『徳嶋毎日新聞』(大正5年6月4日)。
- 11) 前掲『教育時論』「学校関係者に警告す」
- 12) 「三省訓令」というのが何を意味しているのか、現在のところ明確にできない。関係しそうな訓令として、「戊申詔書」以後において「特ニ意ヲ用ヒ学校ノ施設ヲシテ土地ノ情況ト民力ノ程度トニ適応セシメンコト」を求めた、1909(明治42)年9月4日文部省訓令11号、「地方行政事務ノ刷新ヲ図リ整理委員ヲ設ケ」ることを求めた、1912(明治45)年1月24日内務省訓令1号がある。
- 13) 前掲『教育時論』「教育社会の窮境」
- 14) 同上誌(1095号, 大正4年9月15日)「学校関係者の恐慌」
- 15) 同上誌(1118号, 大正5年5月5日)「小学校の災厄頻発」

以上、地裁、控訴院、大審院にいたる裁判経過をみてきた。この節では、一番から大審院を通じて争われた二つの主要な争点から、戦前の公立小学校の性格について検討を加えていくことにする。

(1) 尋常小学校とは国の営造物か市の営造物か

小学校を管理する場合の市長は国の機関か市の機関か

徳島市側は小学校は国の営造物といい、裁判所は市の営造物と判断した。

このような見解の対立が生まれた理由は、「市制町村制」(明治21年法律1号)に基づく「地方学事通則」(明治23年法律89号)、「小学校令」(明治23年勅令215号)で初めて「国ノ教育事務」という言葉が使われ、92条では「教育事務トハ専ラ小学校教育ノ範圍ニ属スル事務ヲ謂フ」と説明されたけれども、小学校をめぐる国家と市町村の関係は必ずしも明らかでなかったからである。

1890年(明治23)年「小学校令」制定過程の研究によれば、当初の文部省案では、「市制町村制中市町村営造物ニ関スル規定ハ市町村立小学校ニ適用スルノ限ニ在ラス」との条文が予定されていた。市町村立学校はたとえ市町村の経費で設立維持されたとしても市町村会などが干渉できない国の営造物であることを言外に示すためであった。しかし最終的にはこの条文は全文削除されてしまった。理由は、枢密院の強硬な意見に折れて内閣が、「小学校令」の形式を、予定されていた法律から勅令へと変更したからである。勅令で法律(市制町村制)に例外をつくることはできなかった。同条文の趣旨はその代わりに「地方学事通則」の中で、「市町村立学校長其他(中略)ノ執行スル国ノ教育事務ハ市制(中略)町村制(中略)ニ依ルノ限ニ在ラス」(第7条)と表現されたのであったが、外部からは分かりにくかった(国立教育研究所編『日本近代教育百年史』第4巻, 1974年, 45頁, 49~50頁, 61

頁)。

そこで当時、各地から文部省へいろいろな問い合わせが行なわれている。その回答をみれば、文部省自身は小学校と国家との関係についてどう考えていたか、分かるはずである。

「小学校令」11条が「市町村」と「市参事会町村長」と使い分けをしていることに関し、別段の意味があるのかとの宮城県の照会（明治24年5月8日）に対し文部省は、本来「国政事務」である小学校事務を、その性質によって（甲）市町村という自治体の全体に委任する場合、（乙）市参事会町村長に委任する場合、（丙）市町村長に委任する場合に区別しているので意味があると回答している（明治24年6月3日）。

甲の場合は市町村は「固有事務」のごとく市町村会の議決をもって処理し、乙の場合は市参事会町村長においてやはり市町村の「固有事務」のように処理するが市町村会の議決は必要としない。丙の場合は市町村長において「全ク国ニ隸シ国政事務トシテ」管掌すべきであるという。「小学校令」11条に即していえば、尋常小学校と高等小学校の併置およびその廃止、正教科専修科補修科の設置廃止、修業年限の決定などは「市町村ノ負担」に関係するので（甲）、教科目の加除などは「市町村会ニ於テ議決スヘカラサルモノ」なので（乙）というわけであった¹⁾。

とすれば、遊動円木事件で問題となる「市町村ニ属スル国ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小学校ヲ管理ス」るのは「市町村長」であるので（明治23年小学校令70条）、「全ク国ニ隸シ国政事務トシテ」管掌・管理する（丙）の場合となるのである。

また島根県が国の教育事務と市町村のそれとの区別について照会してきたとき（明治24年6月16日）、文部省は次のように回答している（8月12日）。

市町村の教育事務とは、「小学校令」43条によって「市町村」に「委託」された財政的負担、11条1項によって「市参事会町村長」に「委任」された教科目の加除などであり、国の教育事務とは、「小学校令」21条（就学猶予免除関係）や22条（家庭その他における就学の許可）によって「市町村長」

に「委任」された事務である²⁾。

さらにまた、「小学校ハ国ノ教育ヲ執行スル場所」ではあるがその「執行スル事柄ノミ国ノ事務ニシテ校舍校地等ハ純然タル市町村ノ営造物」であるかとの島根県からの問合わせ（明治24年6月23日）に対し、文部省は「市町村ノ営造物ニアラスシテ市町村ノ財産トス」と回答していたが（9月24日）³⁾、しかし国の営造物であるとも断言はしていず、なんとも歯切れが悪い。

小学校がどこの営造物であるのかにこだわった府県がまだあった。1894（明治27）年になってなお愛知県が、市町村立小学校は市町村の営造物といえるのか、「市町村制ノ正文上疑義有之候ニ付」と、尋ねてきたとき、文部省は苦しい回答をせざるをえなかった。

「右所属ノ如何ヲ研究スルハ学問上重要トハ存候ヘトモ行政上ニ於テハ強テ其如何ヲ論究セサルモ差支有之間敷」、現行法令上では市町村の営造物に関する規定を市町村立小学校に適用して処理しておけば、「實際之取扱上毫モ支障ヲ感スルノ點無之義ト被存候」⁴⁾。けれども、小学校の主体が曖昧なままであっては、学問上はともかく、現実の行政上こそ、差し支えがないはずがなかったのであるが、以上から少なくとも、「市町村長」に委任された教育事務は国の事務であるとの認識を文部省がもっていたことが確認されるのである。

小学校が国の営造物であるという明文は「小学校令」にはなかった。しかしまた徳島市側主張のとおり、「国ノ教育事務」である小学校教育を市に「委任する」という条項もないのである。単に「市町村ニ属スル国ノ教育事務」（明治33年小学校令60条）という言葉のみがあり、「属スル」の意味がいまいであった。ただ、市町村に小学校設置義務が課せられ（明治33年小学校令6条）、そのための費用は市町村負担とされていたことは（同51条）、条文上ははっきりしていた。

したがって問題は、「市町村ニ属スル」ということで小学校教育は国から市町村に委任されているのか、いないのか、委任されているとすればどこまでかということになる。

明治末年に、プロイセン・ドイツの特別権力関係論に基づき、国家の立場からの教育行政理論をまとめた松浦鎮次郎（文部官吏）によれば、小学校が国家の営造物であることは明白であった。その一番の根拠となるのは、1888（明治21）年「市制町村制」の「理由書」が、市町村が扱う事務を「軍事警察教育」など「全国ノ公益ノ為ニスルモノ」と、「農業経済交通事務衛生事務」など「一市町村局部ノ公益ヨリ生スルモノ」に分け、そのうち後者を市町村固有の「共同事務」としていることである。この市制町村制の主義に呼応して教育法規も教育事業を国の事業とし、学校や図書館といった「教育的営造物」を国の営造物とする主義を採用したのである。

もし小学校や図書館を市町村が設置維持するからという理由で市町村の営造物であると考えれば、法規上説明がつかないいろいろな矛盾が生じてくる。例えば、校長・教員・図書館員は法律である「市制町村制」に従って市町村において任免すべきであるにもかかわらず、特別の勅令によって彼らは判任官待遇であり、よってその任免は府県知事が行なうことになっている。また授業料は営造物の使用料であるため、「市制町村制」の規定でその新設変更は内務・大蔵の両大臣の認可を受けることになっているけれども、「小学校令」（明治33年）では府県知事の認可を受ければよく（57条）、またその規程（施行規則第6章参照）は文部大臣が定めることになっているのである（59条）。

では、教育が国の事務であるにもかかわらず、府県や市町村が中学校や小学校を設置維持できるのなぜか。それは「中学校令」や「小学校令」などによる「国家ノ特別ノ委任」によるからである。しかしそれは「単ニ設置維持スルノ権能」のみの委任であり、「営造物トシテノ経営事務及其ノ営造物ニ関シテ為ス所ノ種種ノ事務ノ如キハ依然国ノ事務」であり「地方団体ノ事務」ではなく、委任によって国家の営造物であるという「本来ノ性質」に少しの変動も生まれるわけではないのである。

校長・教員が児童の教育をするのは「国ノ機関トシテ国ノ事務タル営造物其ノモノニ属スル事務」を行なうのであり、市町村が校長・教員の給与を払

い施設・設備をととのえるのは「委任事務」としてであり、市町村長が小学校の管理をするのは「国ノ委任ニ依リ国ノ機関トシテ国ノ事務」を行なうのである。したがってもし逆に、市町村や郡が、法規による委任がないにもかかわらず教員養成所や中学校類似の学校を市町村制による営造物として設立すれば、それは違法行為ということになるという⁵⁾。

以上が松浦の見解であった。

しかし「国ノ教育事務」という用語がもともと無定義で曖昧であるので、たとえば図書館や美術館・博物館の設置、通俗講演会の開催、学術講演会の実施も「国ノ教育事務」に属することになってしまう。そのうち図書館だけは「図書館令」(明治32年勅令429号)第1条によって道府県郡市町村が設置することが認められていたけれども、その他のものについては特別の法令はなかったから、府県市町村はこれらにタッチできなくなってしまふ。そこで松浦も、「法ノ精神」は恐らくそうではなく、「国家カ特ニ自己ノ事務トシテ保留スル所ノ教育事務トハ学校図書館ノ如キ狭義ノ教育的営造物ニ関スル事務」を意味しているという推測的解説をつけ加えざるをえなかった。けれども、明治後半期以降、国家が積極的に社会教育にも関与していった事実からすれば、国の教育事務が狭義の営造物事務、とりわけ学校と図書館のみに限定されるとの松浦の推測は間違っていたといえる。

小学校が国の施設であるというのは決して松浦の個人的見解にとどまらず、当時の教育行政理論の多数派であり、また一般的な通念でもあった。

「惣太郎、よく聴け、学校といふものは・・・陛下の御旨を奉ずる、国の仕事を、便宜上、市町村がおあづかりしてゐるだけのことなのだ・・・学校の経費は、勅令其他の法律に依って便宜、おあづかりした町や村で負担し、支出するのだ。小学校の先生たちを、村の雇人だなどと思つたら、とんでもない間違ひだぞ」⁶⁾

これはのち、東京浅草で差別に苦しむ子どもたちの教育の開拓者となる坂本龍之輔(1870~1942)の明治28(1895)年ころの言葉として書かれたものであるが、明治憲法下の教育界の一般的観念をきわめて巧みに描写している。

ところが遊動円木裁判の結果、本来「国ノ教育事務」である小学校の設置維持が市町村に部分的に「委任」されたのだとの見解を越えて、小学校は市町村の営造物であるという司法的決着をみることになったのである。

けれども営造物というものは単なる建物を意味するものではなく、それは教育内容・方法をはさんで教員と生徒が展開させる教育活動といういわばソフト面と、そして土地建造物というハード面とで構成される。すると、営造物の構成要素として不可欠な教員は、松浦鎮次郎の見解や大審院での徳島市側抗弁のとおり、「判任官ヲ以テ待遇ス」（明治24年勅令73号「市町村立小学校校長及教員名称及待遇」）、「判任官ト同一ノ待遇ヲ受ク」（同年勅令218号同改正）と規定されて国の官吏として遇されていたのである（待遇官吏）。1911（明治44）年10月30日には、各都道府県小学校長中3名まで「奏任待遇」となることも可能となった（勅令273号）。そしてまたその任免も、市町村長ではなく府県知事によって行なわれることになっていた（小学校令44条）。

だからこそ、なにか儀式を行なう場合、市町村長や市町村助役などと判任官待遇の市町村立小学校長・教員との席次について、各府県は迷わざるをえなかったのである。1891（明治24）年7月6日の山形県からの伺いに対し文部省は、「総テ職務上監督ヲ為スモノヲ以テ上席トスヘシ」と回答したが、「吏員校員等性質ノ異ナルモノハ席次ヲ格別ニ為ス様取計ヘシ」との但書きがついていては、当事者は大いに頭を悩まさざるをえなかったであろう⁷¹）。

しかしこのような点に対する大審院判決の説明はまったくない。

また小学校を管理する市町村長が国の機関か市の機関かに関して徳島市側が、日本の現行法規上、「市町村」と「市町村長」とは区別されているので、「小学校令」60条における「市町村長」は国の機関であると主張していたことに対しても、大審院は何の釈明もせず「市の機関」とであると断定している。このようなわけで、小学校が市町村の営造物であるとの大審院の判断には、その後にも根強い批判・疑念が残されたのであった。

しかし、大審院判決と同じ立場にたつ法学者もいた。織田萬（京都帝大教授）はその一人である。

織田によれば、小学校経営事務というのは、確かに市町村の「固有事務」ではなく「委任事務」ではあるが、ひとたび地方団体に委任された以上は「其団体ノ固有事務ト相竝ヒテ自治事務」となるのである。にもかかわらず、委任した事務の管理に関して国家がいろいろ干渉することも多いことから、「教育事務カ純然タル国家事務ニ属シ自治事務ニ属セサルカ如ク思惟スル者」がいるが、これは「誤解」である。そもそも旧「地方学事通則」(明治23年)8条や「小学校令」(明治33年)55条・61条などで「故ラニ」「国ノ教育事務」という文字が使われているのはこの誤解によるものである。これらは「自治事務ノ何タルコトヲ知ラサル者」で、「国ノ教育事務」というのは、教育事務が本来国家事務であることを表現するに熱心の余りにでた言葉であると考えざるをえないという。

「委任」された以上は「自治事務」であるという立場に立てば、小学校は当然、市町村の営造物であることになる。ある営造物が国家に所属するか市町村に所属するか不明の場合が往々にしてあるが、所属の決定は「設備ノ計算」つまり「営造物ノ設置及維持ニ関スル負担ト利益トノ帰スル所」によって行なうのが適当である。

「小学校は国の営造物である」とする徳島市側抗弁に対する詳しい釈明は大審院判決の中ではのべられていなかったが、織田の論のなかでは以下のように展開されている。

①小学校教員の任免権を国家機関である府県知事に与え、またこれに官吏の待遇を与えているのは、教育が本来国家事務である性質をもち、国家がその事務の担当者を重視していることの証明にはなっても、営造物の所属を決める証明にはならない。

②「小学校令」が授業料の徴収について、「市制町村制」に基づく内務・大蔵両大臣の認可ではなく、府県知事の認可を経るように決めているのは「特例」にすぎず、それだけで市町村営造物でないと断定はできない。

③もし授業料が市町村営造物の使用料であるとするれば、命令(小学校令)が、法律(市制町村制)を変更する違憲となるので、小学校が市町村営造物

であるはずがないとの説は、教育事務が委任事務であることを「忘却」して「無用ノ想像」をしたものである。

④「小学校令施行規則」は授業料の上限のみを規定し、その範囲内で市町村は自由に額を決めることができ、また他の市町村の児童に対しては授業料の増額が認められているのは、小学校が市町村営造物であることの証拠である。したがって小学校国家営造物説は、教育事務が本来国家事務であることのみを唯一の論拠とした「浅薄」なる「謬見」「牽強附会」である。

以上要するに織田は、「教育営造物ニ至リテハ其一切ノ設備ハ悉ク地方団体ノ計算ニ於テ為サレ国家ハ毫末モ之ニ参加スルコトナシ又何ヲ苦ミテカ故ラニ之ヲ国家ノ営造物トセンヤ」との論拠から、市町村立小学校を市町村の営造物であると認めた大審院判決を「洵ニ正当ノ解釈」であると支持したのであった⁹⁾。

ただし織田は、市町村に「委任」された事務は「自治事務」であるが、市町村の機関つまり市町村長に委任された事務は依然として「国家事務」であるので、これを混同してはならないと主張する⁹⁾。この点では、市長は市の機関たる資格において小学校を管理するとした大審院とは相違していた。

「市町村ニ属スル国ノ教育事務」(小学校令60条)という言葉によって、本来国に属する教育事務が市町村に「委任」されたのだと考える点では、松浦も織田も一致している。けれども、松浦の場合は既述のように、「単ニ設置維持スルノ権能」のみ委任されたのであって、営造物の経営自体は依然として国の事務であるとするのに対して、織田の場合は、委任された以上は自治事務に属し経営主体も市町村であるとする点で違っていた。

文部省普通学務局の渋谷徳三郎も、大審院判決に批判的で、営造物の主体は、どこが費用負担するかによってではなく、「経営する事業の性質」、つまり「単に市町村の公益」のみのための事業であるか、「国家全般の公益」のための事業であるかによって決めるべきであると論じていた(大正5年10月)¹⁰⁾。

下村寿一もまた、「市町村が自己の計算を以て之を設置維持するが故に、

小学校なる営造物を以て市町村の営造物なりと解釈するのは速断に失する」と、暗に織田説を批判し、したがって同時に大審院判決をも「妥当でない」と批判している。営造物の主体は、「之を公衆の利用に供する主旨目的の存するところを観察して」推定すべきであり、また校長・教員が官吏待遇であり、その任免権、その給与・旅費などの決定権者、授業料徴収のことなどから帰納して、小学校は国の営造物とみなすのが「至当」であると。

当然その場合、市町村長が小学校を管理するのは「国の機関」としてであり、もしそうではなく「市制町村制」で規定されている市町村長の営造物管理権の原則を「小学校令」に援用したものだとするれば、現行「小学校令」制定当時（明治33年）の「市制」（旧市制）により、「市町村立小学校ハ市ニ在リテハ市参事会之ヲ管理ス」となったはずであるとする¹¹⁾。

大審院判決と同じように、小学校を市町村の営造物とし、営造物利用の法律関係にも、公法関係とともに私法関係もありうる¹²⁾としていた織田の考え方は、実は帝国憲法下における地方自治的領域を意識的に拡大して解釈し、かつ「個人ノ自由」「教育ノ自由」を認め、「或ル学説ヲ教フルコトヲ命令シ又ハ之ヲ禁止スルカ如キハ絶対的ニ之ヲ為スコトヲ得サルナリ」¹³⁾とする彼の自由主義的な立場と関連していたのである。

織田は極端な中央集権も地方分権も有害であるとしつつ、「国家ハ行政ノ統一ヲ図ルト同時ニ努メテ地方団体ノ生氣ヲ保タシムルコトヲ必要トス現今ノ国家ニ於テハ殊ニ然リ」¹⁴⁾と考えていたし、また国家による教育行政の必要性を縷々のべたあと、しかし「国家カ教育ノ方針ニ関シテ有スル所ノ勢力ハ決シテ無限ノモノニ非ス」とものべ、次のように続けている。

もしその及ぼす勢力が過大でそのために「自由思想ヲ圧迫」するようなことがあっては、かえって「教育ノ目的ヲ阻碍シ国家ノ患害ヲ惹起」せざるをえない。国家は各人に教育によって「精神的資財」を分配するが、しかし「其資財カ個人ノ所有ニ帰シタル以上ハ其人ノ個性 individualité ヲ構成シ如何ナルカヲ以テスルモ之ヲ奪フコトヲ得ス此個性ノ発現ハ即チ各人ノ思想ノ自由ト為リ国家ノ干渉以外ニ立ツモノトス」¹⁵⁾。

しかし織田の、そして大審院の小学校＝市町村営造物説は、ひとつの「理論」としてはともかく、当時の法制下における小学校の「現実」の説明としては、やはり無理があったといえよう。

設置維持の経費をどこが負担するかによっては営造物の主体を決めることができない例として、下村は国立公園の例をあげていた。自治体や私人が負担することもあったからである（国立公園法4～7条）。織田自身も、国家の営造物でありながら府県の負担に属している例に国道や河川法による河川があることを認めている。けれども彼はそれらは「全ク特例トシテ視ルノ外ナシ」というのである¹⁶⁾。

また営造物というものについて織田は、「営造物ノ成立ニハ必ス特定ナル物的若クハ人的ノ手段アリテ其手段ハ繼續シテ存シ且包括シテ其効用ヲ完ウスルモノタルコトヲ要ス」¹⁷⁾とのべていた。つまり物的手段と人的手段とが一体となってある目的のために「公衆ノ利用ニ充ツヘキ設備」が営造物なのである。ところが教育の目的や内容・方法に市町村議会が関与できるものでは全くなく、また不可欠の一方の要素である人的手段は官吏待遇である。そういう場合に物的手段・人的手段の経費負担のみを根拠に、小学校が市町村の「自治事務」に属する市町村の営造物であるとするにはかなりの無理があった。その無理を説明せざるをえなくなると、「特例」であるとか、教育は本来国の事務である「委任事務」であるからとか逃げなければならなかった。

最後に、戦前の憲法学の大家、美濃部達吉（東京帝大教授）の見解についてみてみる。

美濃部は遊動円木事件の大審院判決について、それまで「公益の為にする国家又は公共団体の事業に付いては、全然民法の適用が無い」としてきたのを改めた結論自体は、「大に賞賛すべきである」と評価していた。けれども彼は、判決自体にはいくつかの点で大いに批判的であり、小学校は市の営造物であるとしたこの点も「不当である」と考えていた。

彼によっても、小学校教育というのは明らかに国の事務であり、したがって「公立の小学校は疑もなく国の営造物」であった。そのうえ美濃部の場合

は、「市は決して教育事務を委任せられて居るものではな(い)」とし、「唯之に要する経済的の負担を命ぜられ、従つて又必要なる校舎其の他の物的設備を整へ、校長教員の給料を支弁すべき義務を負ふに止まる」のであるという。小学校教育を行なうものが国である以上は、教育を行なうために校舎を占有するものもまた国であり、「占有権ハ国ニ属スルモノニ非スシテ市ニ属ス」とした大審院判決をこの点でも「不当」とした。

したがって、「小学校令」60条「市町村長ハ市町村ニ属スル国ノ教育事務ヲ管掌シ市町村立小学校ヲ管理ス」によって小学校を管理する市長は、決して市町村の機関としての市長ではなく国の機関としての市長なのである。大審院での徳島市側主張と同じ理屈を美濃部ももっていた。

それならば賠償責任も国にあるはずになるが、ところがそうならず、結局大審院の結論のとおりそれが市にある根拠は、「市立小学校に関する経済的の負担は総て市に属し、経済上の関係に於いては市が其の主体たるものであるから」であった。「損害賠償義務」は「経済的負担の一に外ならぬ」のであった¹⁸⁾。

遊動円木事件をきっかけにして、それまで特に意識されず、あるいは無意識的に自明のこととされてきたこと、つまり小学校というものの主体をめぐって初めて意識的な議論が行なわれることとなった。小学校がどこの営造物であるのか、司法裁判所と行政当局の間で、また学者間で見解が対立した。小学校、あるいは一般に学校とは、意外にあやふやな存在であったことが分かるのである。

(2) 小学校の施設の占有は「公法関係」か「私法関係」か

今日においても何かの訴訟に踏み切るといふにはかなりの決断が必要となる。その手続きの煩わしさを想像しただけで躊躇してしまう。ましてや、戦前においては、国家や市町村を相手に例えば損害賠償を請求したりするには、相当な勇気と、それなりの覚悟が必要だったはずである。それは単に当

時は、一般に学歴が低く、権利意識もいまほど高くなく、官尊民卑の風潮が濃厚であったからだけではなかった。

あらゆる権力が天皇に集中していた戦前においては、「国家無責任の原則」というのが存在し、天皇の国家が国民に損害を与える場合のことを想定していなかった。1931（昭和6）年に、再審で無罪の判決をうけたものなどを対象とした「刑事補償法案」（法律60号）が政府提出されたときに衆議院議員一松定吉は、「国家ガ権力ノ発動ニ依ッテ、国民ノ権利ヲ侵害致シタヤウナ場合ニ於キマシテモ、必ズシモ国家ガ之ニ対シテ損害賠償ヲシナケレバナラナイトカ、或ハ補償ヲシナケレバナラナイトカ云フ、当然ノ義務アリトハ考ヘラレナイノデアリマスケレドモ」「（これに対し）相当救助ノ方法ヲ講ジマスコトハ、最高道徳ノ代表者ヲ以テ任ズベキ近代国家ニ在リテハ、正ニ為サネバナラナイ事デアル（が）、今日マデ我国ニ於テハ此意味ノ救助ノ方法（は）講ゼラレテ居ナカッタ」とのべている¹⁹⁾。

けれども、いかなる損害にも賠償しないということではなかったし、またこのような原則が最初から確立していたわけでも決してなかった。もし確立していたのなら、この種の訴訟は初めから存在していなかったはずであるが、事実はそうではない。国や行政機関の責任を追及するいろいろな訴訟が行なわれていくなかで判例が積み重ねられ、告訴に対抗する原則が確立されていったのである。

まず国家が行なう権力的作用であるが、これに関しては文字どおり「国家無責任」の原則が承認され、国家の賠償責任は「公益」あるいは「公法行為」「行政行為」の名称のもとに否定されていた。そしてそれは基本的に旧憲法下では変更されることはなく、また学説も「その大筋において、判例の傾向と軌を一にし」ていたという²⁰⁾。

国家賠償に関する大審院判決の最も初期のものの一つは、1896（明治29）年4月30日の国有河川改修工事にからむもので（上告人・兵庫県知事）、「公益ノ為メ必要ナル事業」なので、「県知事ノ職務上ノ過失ニ付イテハ国家ハ之レカ損害賠償ノ責ニ任セス」としている²¹⁾。土木工事が一私人に与える

損害など救済される余地などないとした、1907（明治40）年2月22日の次のような大審院判決も同様の例である。

「凡ソ行政行為ニ因リテ一私人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ法令ニ特別ノ規定アラサル限りハ其損害ニ付キ私法上ノ責任ヲ生セサルコトハ従来本院ノ判例トスル所ニシテ本邦ノ法制上之ヲ是認セサルヲ得ス」

上告側は過去の判例に抵抗し、「従来法ヲ論スル者動モスレハ官吏ノ不法行為ニ対シテハ国家ハ其責任ナシ又ハ行政行為ニ基クモノハ私法上ノ賠償責任ナシト主張スレトモ国家モ他ノ公共団体モ一ノ人格ヲ有スル以上ハ・・・不法行為ヲモ為シ得ルナリ左レハ近世ノ学者ハ国家又ハ公法人ノ不法行為能力ヲ認メ国家及公法人ニ賠償責任アルコトヲ正当ノ議論トシ（なければならぬ）」と抗弁したけれども、国家無責任の主張に勝つことはできなかった²²⁾。

また1903（明治36）年5月28日の大審院判決では、「国家ハ其機関タル官吏ノ公権執行ノ行為ニ付テハ毫モ民事上ノ責任ヲ負フモノニ非ス」としている。そして上告側の、「（国家と行政官とは本人と代理人との関係と同じであるから）行政官ノ為シタル不法行為（国税滞納処分の際に「不法」に財産を差し押さえ損害を与えた）ノ結果個人ニ損害ヲ加ヘタル時ハ国家ハ本人トシテ賠償ノ責ヲ盡サ、ルヘカラサルコト尚個人間ノ関係ト異ナルコトナシ」との主張は、「凡ソ国家ノ行為ハ法律上常ニ正当ナラサルヘカラス此故ニ若シ・・・官吏ノ処理ニシテ違法ナランニハ之ヲ国家ノ行為トハ認ムヘカラス（したがって）国家ハ之ニ対シテ賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラサルナリ」²³⁾として、退けられた。さらに同じ年の12月14日には、それが「公法上ノ行為ニ属ス」場合には、たとえ行政官の事務ミスによって個人に損害を与えたとしても、国家には民事上の責任はないとの判断が示された²⁴⁾。

美濃部達吉も以上のような点については異議はなく、「統治権の作用は私人の行為とは性質を異にし民法の規定の適用を受くるものではないから、・・・仮令それに依り違法に他人の権利を侵害することが有つても・・・国家はそれに付き損害賠償の責に任ずるものではない」と考えている²⁵⁾。いうまでもなく「統治権」を「総攬」するのは天皇であった（大日本帝国憲法4条）。

それならば、官吏自身には損害賠償の責任は生じたのか。

故意または過失によって他人の権利を侵害した者に損害賠償の責任が生まれるとの「民法」の規定（709条）は、当然にそれが官吏であったとしても適用されると考えられていた（大審院明治39年5月14日）。けれども、官吏の職務執行中の行為については何も規定がなかった。特定の公・官吏、例えば判事・検事・裁判所書記・執達吏・司法警察官などについては、たとえ被告が無罪の判決を受けたとしても、悪意または重大な過失があるか、または刑法上の罪を犯した場合でなければ職務執行上の責任は問われないとの規定があり（刑事訴訟法14条）、それと同様の規定は不動産登記法（13条）、戸籍法（6条）などにもあったが、それ以外にはなかったのである。

大審院は1906（明治39）年5月14日、上告側の「（官吏の職務執行に故意や過失があってもなお賠償責任はないというのでは）世上官吏程特権ヲ有スル者ハアル可ラス」との主張に対し、「官吏ノ職務執行ニ付加ヘタル損害ナル以上ハ前掲特定ノ官公吏ノ外之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラス」との判決を打ち出したが²⁶⁾、しかしその後、「職権を濫用して故意に他人の権利を侵害した場合に個人責任を認め（た）」大審院判例もあった²⁷⁾。美濃部達吉も、官吏も無責任という見解については批判的で、たとえ官吏の職務上の行為であっても、「故意又は過失に因り違法に他人の権利を侵害した場合には、民法第七〇九條に依る不法行為の要件の備はつて居るもので、官吏は個人として同條に依り損害賠償の責に任せねばならぬ」と考えていた²⁸⁾。

ところで国家は権力的作用以外に非権力的作用つまり事業経営や物の管理なども行なう。そこで旧憲法下では、国の「営利事業」として営む鉄道など「私経済作用」については、私法上の法律関係としてとらえ、「民法」の不法行為上の救済を与えていた。例えば、鉄道工事は「公益事業」であり、鉄道は「官設」ではあるが、「其利益ヲ国庫ニ収ムルモノナレハ工事若クハ運輸ニ関シ其担当者カ過失懈怠ノ所為アリテ人ニ損害ヲ被ラシメタル場合ニ於テハ国庫ニ於テ之レカ損害ヲ賠償ス可キハ当然（で）公安ヲ維持スル為メ施行スル治水若クハ護岸工事ノ類ト同一ニ論スルヲ得サルモノトス」と考えられ

ていた（大審院，明治31年5月27日²⁹⁾。

しかし大審院は、「民法」が適用される国営事業の拡大解釈は許さなかった。火薬製造事業について大審院は、煙草や塩の専売と異なって「軍事的行動ノ一部」に属し「公共ノ利益」のためのものであるので、板橋火薬製造所の所員は「国家ノ一機関」として行動し、したがって「其行為ニ付キ個人ニ損害ヲ加ヘタリトスルモ国家ハ法令ニ特別ノ規定アラサル限り私法上ノ責任ヲ負フヘキモノニ非サルナリ」としたからである（明治43年3月2日³⁰⁾。

そこで問題は、小学校はじめ各種の学校というところが、「民法」の適用をうけることができる私的な、私法上の場であるかどうかである。どう考えても、鉄道事業と同様の「営利事業」「私経済作用」ではない。学校教育とは、天皇が発する「臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル」命令（勅令）に基づいて存在する、まさに「公益のため」の公権力作用の場であり、たとえそこにおいて過失や不法行為があったとしても、国家や公共団体による賠償責任という発想が最初から存在しなかった世界であった。したがって、「(戦前は)いわゆる国家無責任の思想から、公権力作用の絶対的優位性が法制原理として採用されており、今日の国家賠償法のような立法もなかった」のであるが、だから「すべて学校事故は民事事件として民法の不法行為責任の問題として処理されていた³¹⁾」という解説は、少し不正確といわざるをえない。

そうではなく徳島事件までは、「明治憲法には官公吏の不法行為にたいする国・地方公共団体の損害賠償責任についての規定がなく、諸法令も同様の原理にもとづいて制定されていたので、一般的にいて学校事故にたいする救済は法制的に行われなかったとあってよい」のであり³²⁾、さらにいえば、「国・公立学校における教師の教育活動(は)公権力作用の一種と考えられていたことから、児童・生徒が教育活動にともなう学校事故に遭遇しても救済が法制上補償されなかった」のである³³⁾。

また戦前は、行政事件について裁判を求める場合は行政裁判所に訴えることになっていたが、しかし「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」(行政裁判所法16条)と規定されていたので、国公立学校での事故についての損

害賠償をどこへも訴えることができなかった。「民法」では不法行為により損害を受けた時は、裁判で賠償を請求できた（同法709条）。「しかし民法は国民と国民の関係を規律するために制定されたものであるから（私法）、国民と国家の関係を判断するためには適用されないとされた結果、国民はこの規定で国を相手にして賠償を請求できなかった」のである³⁴⁾。そこに一石を投じたのが、徳島遊動円木事件であった。

そうした状況のなかでO夫妻は、徳島市、ある意味では国家を相手どって、学校内事故における損害賠償請求という、日本最初の訴訟に踏み切ったのである。そのようなことがあえてできた彼らがどのような経歴の持ち主であったのか、よく分からない。ただ、兵庫県三原郡の出身で、死亡した糸一を含め三女二男の家族であったこと、台湾の基隆で14年間暮らし、事故の前年の4月に神戸市へ戻り、さらに8月18日、つまり事故のわずか4カ月前に徳島市寺島にきたところであることと（『徳嶋毎日新聞』大正2年12月28日）、該地では「湯屋」を経営していたこと（二審判決文）が分かるのみである。

さて徳島地方裁判所が、公法上の関係である小学校の管理運営から、その中に含まれる校舎設備を分離し、それに対する占有権は「純然タル私法上ノ占有権」であるという論理によって、従来はできないとされてきた公法関係への「民法」の適用を認めたことはすでにみてきたところである。したがって控訴院・大審院での裁判では、徳島市側はこのような分離の可否、ないし「不当性」について抗弁すべきであったにもかかわらず、その点の抗弁はなぜか全くなされないまま、大審院で確定してしまったのである。

ところで大審院判決は、小学校の管理に公法的関係とともに私法的関係をも認めたいうでのものであるので、その意味においては、公法的関係においては「民法」の適用はないとしてきた「それまでの判例の法理を正面から破るものではなかった」といえる³⁵⁾。

しかし美濃部達吉は、その法理を正面から破ることこそ正当であると考えていた。つまり彼は既述のように、遊動円木訴訟の大審院判決の結論については「大に賞賛すべき」と評価していたが、しかし「公の行政作用に関して

国家又は公法人に不法行為が有れば、一般に賠償責任が有ることを承認したのではな(い)」点において大いに不満だったのである。したがって、小学校という営造物から校舎設備のみを分離させ、その占有権は純然たる私法上のものであるとして「民法」を適用させた判断に対しては、「牽強附会の嫌を免れない」「正当の見解とは認め難い」と極めて厳しかった。

美濃部の考えでは、小学校の校舎・設備も「公物」であり、したがって国家や公法人がそれを占有・管理するのもまた「公の行政権の作用」であって、これを一私人が自分の所有物を管理するのと同視して、「純然たる私法上の占有権の作用」などと解することはできない。それでも「民法」に定める不法行為があるときには、国家や公法人には賠償責任が発生するのである。

ではその場合、賠償責任は国か徳島市かどちらに発生するのか。美濃部の見解ではすでにみたように、小学校は国の営造物であり、したがってその管理権は当然国に属し、遊動円木などの占有権もまた国に属す。にもかかわらず徳島市に賠償責任が生まれるのは、小学校に関する「経済的負担」が市に属するからであった。「民法」717条の解釈にあたっては、小学校とか道路・河川のように、その管理権と経済的負担の主体が異なっている場合には、経済的負担をするものが同条の「占有者」に該当すると「多少修正して解釈することが必要」であるという。なぜなら損害賠償も経済的負担の一つであるからであった。

けれどもここで重要な点は、美濃部は「公の行政権の作用」についても「一般に国家又は公法人が賠償責任を負はねばならぬ」とはいいながら、決して「一般に」そのことを認めていたのではなかったということである。「法律が国家又は公法人の権威を認め、其の権威に対しては人民は訴願行政訴訟等の手段に依つて之を争ひ得るの外之に服従しなければならぬものとせられて居る場合」においては、「仮令誤つて人民の権利を侵害することが有つても、「民法」の意義に於いての不法行為と見るべきものではない」としていたからである³⁶⁾。学校における教育活動そのものは、まさしくそういう「場合」、徳島市側上告論旨の言葉を使えば、「権力服従ノ関係ヲ以テ支配セ

ラルヘキ」「行政ノ発動」に該当した。

美濃部については、「(明治憲法下) 学校教育もまた『権力作用』と解されることが通説」であり、「美濃部達吉などのように、それを非権力的性質においてとらえようとする説は異説とされた」³⁷⁾とか、「明治時代の法令準拠主義学校管理に対する、大正時代の[学校の自律性を認めようとする]新しい学校経営論の登場は、以上のような[美濃部の]行政法論を背景とするものである」³⁸⁾とする評価がある([]内は引用者)。

1909(明治42)年の『日本行政法』以来、行政を「警察行政」と「保育行政」とに二分し、教育行政を後者に分類してきた美濃部には、もちろんそのように評価される側面があった。

彼においては、警察が「命令又ハ強制ノ作用」であって「権力ノ觀念ヲ離レテ其ノ作用ヲ思考スルコト」ができないのに反して、保育の作用は「権力ノ行使ヲ其ノ本質ト為サズ」³⁹⁾、したがって保育作用のひとつ「公企業ノ経営」に含まれる「教育ニ関スル国家ノ作用」は、「権力ヲ以テ命令シ強制スルコトニ非ズシテ、主トシテ国民ノ福利ノ為ニ健全ナル教育施設ヲ完成スルコト」にあったのである⁴⁰⁾。

にもかかわらず美濃部はまた一方では、公の営造物の利用という特別権力関係の中に学校を含めて考えていた事実も看過するわけにはいかないのである。

公の営造物において提供するのが単純な経済的作用ではなく、「教育感化等の倫理的性質を有する」場合には、「一種の特別権力関係」が成立する。「例えば学校又は感化院に在つては、在學生又は在院生は教育感化の目的の為に必要な限度に於いて、学校又は感化院職員の包括的な命令又は懲戒に服する義務ある」。普通の官公立学校への入学は「自由意思に依る合意」により、義務教育学校への入学は「義務付けられた合意」により、感化院への強制収容は「国家の単独の意思に基づく」けれども、いずれの場合にしても、学生・生徒は特別権力関係の下におかれるのである⁴¹⁾。

しかも、「営造物の行ふ権力作用は、教育・感化の如き倫理的作用を目的

とする営造物に於いて最も著しい」のであって、「其の命令権の範囲は一層
広大であつて、直接に学業に関する事項の外に、居住の自由を制限して一定
の寄宿舎・・・に居住することを命じ、服装の自由を制限して一定の制服を
着用することを命ずる等、一般の生活行動にまで命令権を及ぼし得る」とい
うのであった⁴²⁾。

ところが彼が、学校＝非権力的機関という説をもっていたことは既述のと
おりである。「(学校を含む) 総テ公企業ハ権力ノ行使ヲ本質ト為サザルモノ
ナルヲ以テ・・・或ル程度ニ於テハ私ノ事業ト類似ノ性質ヲ有シ」、ある範
囲においては「私法ノ適用ヲ受クルコトヲ免レ」ないのである。したがって
「官立又ハ公立ノ学校ハ非営利的ナル典型的ノ事業」であるので、「校舍其ノ
他土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リ、又ハ其ノ職員ノ職務上ノ
不法行為ニヨリ、他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於イテハ、民法ニヨリ損害賠
償ノ責任ヲ生ズ」とも論じられていた⁴³⁾。

確かに彼が、工作物等の「瑕疵」による事故によって国家や公法人に損害
賠償責任が「一般に」発生するとの説であったことは、すでに遊動円木事件
の評釈で確認してきた。しかしここで問題となるのは、「其ノ職員ノ不法行
為」によっても損害賠償責任が生まれるとする後半の部分である。

公務員の職務上の行為が他人に損害を与えた場合、たとえそれが不法行為
であったとしても、その職務が公法上に属する限り国家には損害賠償責任は
生じないとする美濃部の説についてはすでにのべた。しかし今ここで「職員
ノ不法行為」によっても損害賠償の責任が生じると美濃部がのべているのは、
学校という所が、その「実質」において非権力的な「私人ノ事業」と同じで
あると考えるからであった。そのはずであった。しかし、そのような考え方
と、さきにみた「学校＝特別権力関係」説とはどうしても矛盾してしまう。

体罰によって負傷し一時「人事不省」に陥った生徒・両親からの損害賠償
請求事件に対して大審院は、1929（昭和4）年4月18日、「小学校ノ代用教
員ハ市町村ノ被用者ニ非サルヲ以テ代用教員カ小学児童ニ対シ傷害ヲ加フル
モ市町村ハ之カ責任ヲ負フヘキモノニ非ス」との判決要旨を示した。この判

決を美濃部は、判旨結果は「正当」であるがその理由とするところは「不当」であると評価した。この理由では、国家に損害賠償責任があるように受け取れてしまうからであった。工作物の「瑕疵」による事故ならば、経済的負担をしている市町村が賠償すべきなのであるが、この事例の場合はそうはならない理由を、美濃部は次のようにのべている。

「民法」715条（使用者の責任）が国または公法人の事業に適用されるのは、「経済的な性質の事業」についてのみであって、「権力的作用」の場合は、たとえ不法行為があったとしても、個人の責任が生じるのみで、事業主に責任は生じない。小学校についても、「校舎の管理といふやうな作用は純然たる経済的な作用」であるので「民法」の適用をうけるが、「児童の教育及懲戒」はむしろ「権力的作用たる性質を有するもので、仮令それが違法に行われたとしても、国又は市町村が其の事業主として民法に依る賠償責任を負ふものでないことは、尚警察官が暴行を為し、刑事が囚徒を凌虐しても、国家が賠償責任を負ふものでないのと同様である」⁴⁴⁾。

これほど大きな理由の懸隔があるにもかかわらず、「判旨結局に於いて正当たるを失はない」というのもおかしな話であるが、美濃部がここでは学校や教育というものをどのように理解していたかが明白である。彼の思想における諸限界についてはすでに指摘がある。⁴⁵⁾そしてここでも、美濃部の矛盾は解けないままである。

注

- 1) 『文部省例規類纂』第1巻（大空社復刻版，昭和62年）7～10頁。
- 2) 同上書，11～14頁。
- 3) 同上書，303～305頁。
- 4) 同上書，第2巻，42～43頁。
- 5) 松浦鎮次郎『教育行政法』（東京出版社，明治45年）414～422頁。
- 6) 添田知道『小説教育者』（第二部）（玉川大学出版部再刊，1978年）193～194頁。
- 7) 前掲『文部省例規類纂』第1巻，37～38頁。
- 8) 織田萬『教育行政及行政法』（富山房，大正5年）132～135頁，140頁，145～149頁。

- 9) 同上書, 43頁。
- 10) 渋谷徳三郎『教育行政上の実際問題』(敬文館, 大正11年) 160頁。
- 11) 下村寿一『教育行政撮要』(岩波書店, 昭和8年) 60~62頁, 101~102頁。
- 12) 織田萬『教育行政及行政法』(富山房, 大正5年) 53頁。
- 13) 同上書, 108頁。
- 14) 同上書, 41頁。
- 15) 同上書, 94頁。
- 16) 同上書, 148頁。
- 17) 同上書, 138頁。
- 18) 美濃部達吉『評釈公法判例大系(下)』(有斐閣, 昭和8年) 314頁, 308~310頁。
なお経済上の負担者にも責任があるとするこの考え方は, 現「国家賠償法」第3条に引き継がれている。
- 19) 1931(昭和6)年2月22日「官報号外・衆議院議事速記録」第17号
- 20) 古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣, 1971年) 4~5頁。
- 21) 『大審院民事判決録』①(新日本法規出版, 1966年) 509~510頁。
- 22) 同上書⑤, 75頁。
- 23) 同上書③, 658頁。
- 24) 同上書, 848頁。
- 25) 美濃部達吉『日本行政法』上巻(有斐閣, 昭和11年) 350頁。
- 26) 前掲『大審院民事判決録』④, 781頁
- 27) 古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣, 1971年) 199頁。なおこの公務員個人の賠償責任についての学説には, 否定説・折衷説・肯定説があった。戦後においても「深刻な対立」がある(197頁)。
- 28) 美濃部達吉『日本行政法』上巻(有斐閣, 昭和11年) 346頁。
- 29) 前掲『大審院民事判決録』②, 131頁, 134頁。
- 30) 同上書⑥, 72頁。
- 31) 学校事故研究会編『学校事故の法制と責任』(総合労働研究所, 1977年) 16頁。
- 32) 同上書, 137頁。
- 33) 同上書, 138頁。
- 34) 吉田嘉高『教育裁判の解説と対策』(晃洋書房, 昭和57年) 14頁。
- 35) 雄川一郎「旧法制下における小学校施設の事故と損害賠償責任」
- 36) 美濃部達吉『評釈公法判例大系(下)』(有斐閣, 昭和8年) 313~315頁。
- 37) 堀尾輝久『天皇制国家と教育』(青木書店, 1987年) 58頁。

- 38) 伊津野朋弘「大正期教育行政論における非権力性論」『北海道教育大学紀要』(第一部C)第20巻第1号, 1969年7月。
- 39) 美濃部達吉『行政法撮要』(改訂第三版, 有斐閣, 昭和7年) 181頁。
- 40) 同上書, 492~493頁。
- 41) 美濃部達吉『日本行政法』上巻(昭和11年) 135頁。
- 42) 同上書, 下巻(昭和15年) 644~645頁。
- 43) 美濃部達吉, 前掲『行政法撮要』202頁。
- 44) 美濃部達吉『評釈公法判例大系』下(有斐閣, 昭和8年) 317頁。
- 45) 家永三郎『美濃部達吉の思想史的研究』(岩波書店, 昭和39年) 98~124頁。

5

ところで問題の遊動円木であるが、それはたまたま、例えば校長の思いつきなどによって校庭に設置されていたのであろうか。実は決してそうではなく、日本の小学校などへの遊動円木の普及にはそれなりの社会的理由があった。

人間が二本の足で立ったり歩いたり走ったり跳んだり、あるいはまた屈んだり体を傾けたり片足で立ったりとかいろいろな動作ができるのは、近代体育の父グーツムーツ(J. C. F. GutsMuths)ものべているように、「肉体のバランスをとる器用さ」によるのであり、人間は無意識のうちにかなり複雑な平均運動を行なって、体のバランスをとっているのである。逆にいえば、そういうバランス運動ができるようになって初めて、人間が誕生したのである。そしてこのバランスをとる技術こそが、「肉体的な機敏さという素晴らしい、かつ有益な特性を人間に与え、さらにそのことによって数え切れない危険から人間を救い出しているのである」¹⁾。

地面の上ではなく、地面から離れた空中に固定された丸太の上でいろいろな動作をすると、かなり高度な平衡感覚が要求されるが、それだけに冒険的な面白さも倍加されるので、昔から子どもはそのような遊びを好み、そしてそのことによって知らず識らずのうちに平衡器官を鍛え、バランス感

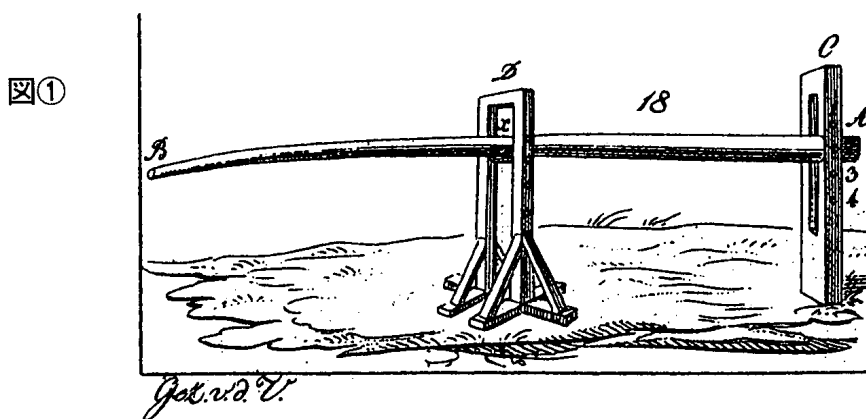
覚を磨いてきたのである。江戸時代の葛飾北斎描く「子供の戯」のなかでも、丸太の上で遊ぶ子どもの姿がある。

この、人間をして人間たらしめている平衡感覚を意識的に鍛える運動遊具に固定円木がある。のちの平均台である。この器具が体育のための用具としてはっきり位置づけられ始めたのは、ドイツ近代体育の誕生と一致すると考えられる。

1774年に設立されたバゼドウ (J. B. Basedow) の汎愛学院は自然的・遊戯的体育をめざしたが、その教師ジモン (Johann Friedrich Simon) が考案した運動具のひとつに「地面からやく4フィート上に設定された長い円棒」があった。この円棒は、「その太いほうの端と中間とで支柱によってしっかりと固定されていたが、その細いほうの半分は固定されないまま」であった。生徒たちはこの円棒の、始めは固定された部分の上で、そして徐々に「揺れ動く部分」の上で体のバランスをとることを学ぶのであった²⁾。

また同じ汎愛学派のザルツマン (C. G. Salzmann) の『健康とそれを維持する手段について』(1781)でも、身体運動の一つとして「横木上歩行」があげられていたし³⁾、彼の学校にも平均棒 (a balance-beam) が設置されていた⁴⁾。

そのザルツマンの学校の教師であったグーツムーツも、彼の体育施設に欠くことのできない平均運動のための器具についてのべているが、ジモン考案のものとはほぼ同じである。その主要部は、「やく60フィートほどの、全く丸

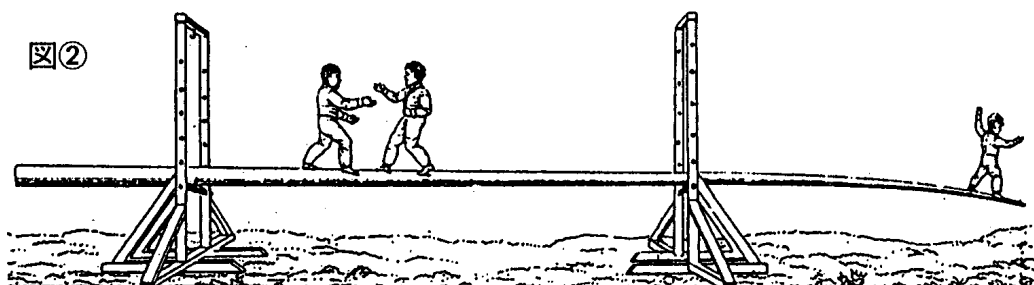


出典 : GutsMuths, *Gymnastik für die Jugend*, 1793, Tafel II.

い水平のドイツウヒの円棒AB」⁶⁾である(図①参照)。円棒は、高さの調節が可能な支柱Cと架台Dで支えられているが、当然x Bの部分は「振動する」(schwanken) ようになっている。しかも架台Dは移動可能なので、「振動」の幅も調節できるのである。ただしグーツムーツはこの器具に、特に名前をつけていなかった。

グーツムーツの影響を強くうけたヤーン(F. L. Jahn)は、ギムナジウムやベルリン大学の学生たちを指導して、ベルリン郊外のハーゼンハイデに「最初のツルネン施設」を建設するが、1811年5月に整えられた体育器具の第一は「かなり太い丸太」が利用された「揺動木」(Schwebebaum)であった。図②は、「ハーゼンハイデにおける最初の体育活動の様子を記述したボルネマン」⁶⁾の教科書に掲載されているものである。ヤーンの生徒デュール(C. E. L. Dürre)によれば、「たいていの者にとっては平均をとりながらの歩行は大変むずかしく、とりわけ揺動する先端部においてむずかしかった。何人かはかなり不器用で足を滑らして落ちてしまった」という。揺動木上での落とし合い(Schwebekampf)が特に好まれ、ヤーンの協力者フリーゼン(K. F. Friesen)はこの遊びにかけては無敵であった。まだ鞍馬の類いがなかった当時に最初に鞍馬がわりに揺動木の太いほうの端を利用したのもフリーゼンであった。

1811年から12年にかけての冬に、ヤーンはグーツムーツなどについての理論的研究を重ね、1812年春から近くで新しい運動場を作り直しはじめたが、その時にもやはりグーツムーツ流の「揺動木」が設置された。しかし「考え



Tafel aus Bornemanns Lehrbuch von 1814

出典：Neuendorff, *Geschichte der neueren deutschen Leibesübung*,
Bd. II, S.153.

られていたであろう新しい訓練法については、何も分からない」という⁷⁾。

ヤーンと、その高弟アイゼレン (E. Eiselen) による『ドイツ体育』 (*Die deutsche Turnkunst*, 1816) の第1章は17種の運動についてのべているが、その第5番目は「平均 (揺動)」 (Schweben) であり、「平均 (揺動)」とは「静止状態および運動状態でのバランスの保持」であると説明されている。そしてそのための器具の一つに「揺動木」 (Schwebebaum) と名づけられたものが含まれていた。「枝節のない松か樅のまっすぐにのびた、ほっそりとした幹」と説明されているが、その付図をみるとグーツムーツの場合とほとんど同一の形をしている。そしてこの「揺動木」の上で、前進・後退、すれ違い、座りこみ・立ち上がり、落とし合いといった訓練をすることになっていた⁸⁾。

グーツムーツやヤーンの以上のような器具のことが、これまで「遊動円木」とか「遊動木」と訳されてきたが⁹⁾、それでは丸太の両端を綱や鉄鎖で支柱からぶら下げた本来の「遊動円木 (棒)」と誤解されてしまう。なおヤーン流の「揺動木」 (固定円木) はシュピース (A. Spiess) 以降、もっぱら女子のための運動用具、つまり今日のいわゆる平均台として発展していった。

ところで寺島小学校に設置されていたような本来の遊動円木となると、「揺動木」「固定円木」よりもはるかに高度な遊具ということになる。極めて不安定な丸太のうえで、ふらふらする感覚を楽しみながら、歩いたり、落とし合いをしたりするのである。遊びながら平衡感覚を鍛えるという点ではこれほど優れた遊具もないが、しかしそれだけに危険度も高まらざるをえない。

子どものための代表的な運動遊具である「ぶらんこ」は、斉の桓公が北方を征服しに行ったときに、現地の娘が木の枝から下げた細縄に腰をかけて揺さぶっている姿をみて中国に伝えたという説もある。古くは「半聖半仙の戯」といわれ、平安時代には日本に伝わっていた。嵯峨天皇が「鞦韆^{しゅうせん}」についての漢詩を残しているほどであるので、当時は貴族階級の大人 (男子) の遊びであったと想像できる。江戸時代になると完全に一般の子どもの遊びとなり、文化・文政期には「ぶらんこや桜の花を持ちながら」 (一茶) とあるように、

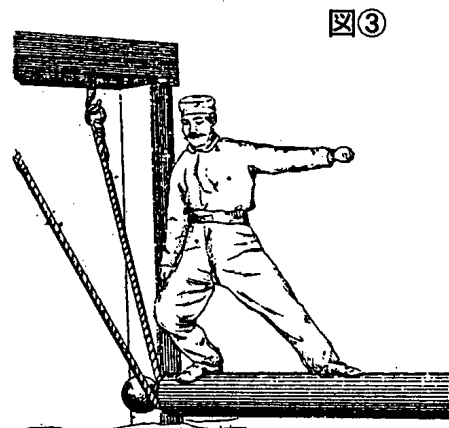
それまでの「ゆさはり」「ゆさふり」から、「ぶらんこ」と呼ばれるようになっていた¹⁰⁾。しかしこの遊具はまた、ヤーンの『ドイツ体育』においても Sc hwebereck としてとりあげられていた¹¹⁾。

ところが「ぶらんこ」は、明治維新时期にフランスから、兵式体操のための用具として再導入された。フランス陸軍伝習『新兵体術教練全』(明治元年)には、固定角棒(平均台)とならんで「ブラリンコ」が紹介されている¹²⁾。この「ぶらんこ」はかなり早くから小学校に取り入れられていて、すでに1873(明治6)年10月に長野県小県郡の高瀬学によって起草された「学校設立ニ付教師心得草」には、「ぶらんこ」の図が載せられている。しかし遊動円木となると同県でもかなり遅く明治30年代であり、例えば小県郡大門尋常高等小学校の備品台帳に「固定円木」「遊動円木」がでてくるのは、1902(明治35)年以降購入品になってからである¹³⁾。

実は、固定円木・遊動円木もまた、他の器械体操器具と同様に、当初は兵式体操の器具として日本に導入されたのであった。例えば、陸軍省『躰操教範』(高尚器械之部)(明治21年)には「遊動円木」を使った訓練が次のように紹介されている。

第一演習 側面振動(図③参照)

円木上ニ上り右(左)足ヲ五十^{センチメートル}知米
右(左)方ニ踏開キタルキ右(左)足ニ
力ヲ加ヘテ之ヲ伸シ右(左)手ヲ側方ニ
開クト同時ニ左(右)臑^{ひかがみ}ヲ屈シ円木ヲシ
テ右(左)方へ振動セシム然シテ其左
(右)方へ振り戻ル^ル前ト反対ノ動作ヲ
ナシツ、数回ニシテ自然円木ニ大振動ヲ
與フ



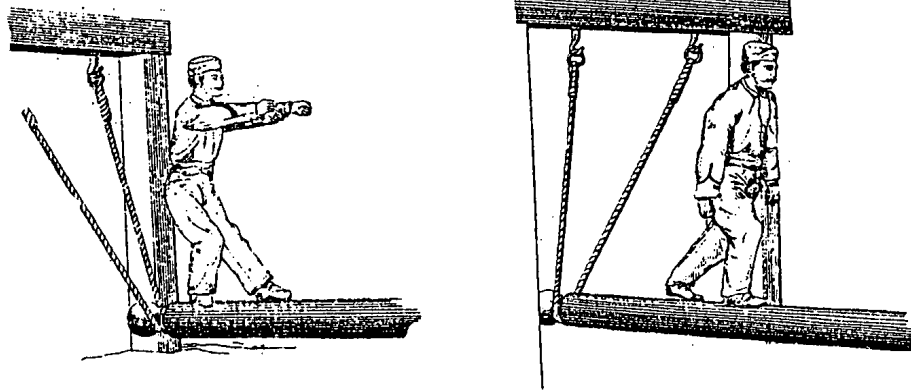
図③

出典：陸軍省『躰操教範』(明治21年)

第二演習 正面振動(図④参照)

円木上ニ上り左(右)脚ヲ三十^{センチメートル}知米突踏出シタル^ル左(右)脚ニテ円木

図④



出典：前掲『躰操教範』

ヲ強ク踏ミ両臂ヲ前ニ振り出スト同時ニ右（左）臑ヲ屈シ円木ヲシテ前方ニ振動セシム而シテ其後方へ振戻リタル^片左（右）脚ヲ少シク屈シ両手ヲ垂下シツ、円木ノ振動ニ従ヒ側面振動ノ如ク数回之レヲ行フ

第三演習 ^{クリアン} 操歩

正面振動ノ動作間円木ノ振戻ルヲ見テ速ニ右（左）足ヨリ一少複歩前進シ円木ノ前方へ振動スル間其場ニ止リ再ヒ振戻ル^片又前ノ動作ヲナシツ、陸続他端ニ至リテ止ム

第四演習 ^{オヒアツ} 追歩

操歩ト同要領ヲ以テ円木ノ前方へ振動スル^片一少複歩前進シ却テ円木ノ振戻ル間其場ニ止ル此ノ如クシテ陸続他端ニ至ル

第五演習 ^{ハイメンムキ} 背面向

正面振動，操歩，追歩等ノ動作間円木ノ前方へ振動ヲ起ス^片両足尖ニテ迅速ニ背面シ直ニ後方ニアル足ヲ前方ニ移シ円木ノ振動ニ従ヒツ、其場ニ止ルカ或ハ続テ前進ス

（以上41～42葉）

また陸軍外山学校『高等器械体操術教程』（明治35年）も、「遊動円木」による（1）振動，（2）操歩，（3）追歩，（4）背面向を紹介し、『躰操教範』と同様の図と説明をつけている（15～16葉）。

けれどもその後まもなく，確認できた1891（明治24）年以降の『躰操教範』

からは、遊動円木は固定円木とともに消えてしまい、代わって「梁木上ノ行進」が登場することとなった。当初、陸軍での軍事教練の一種目として導入された遊動円木は、しかしやがて教育界で再生することとなる。

日本の小学校で体操の必修が確定したのは、日清戦争後の1900（明治33）年「小学校令」からである。1886（明治19）年「小学校令」下の「小学校ノ学科及其程度」においてもすでに、学科のひとつに上げられていたけれども、未だ態勢が整わず、1890（明治23）年「小学校令」では「土地ノ情況ニ依リ体操ヲ欠クコトヲ得」とされていた（第3条）。それが1900年「小学校令」第19条で「尋常小学校ノ教科目ハ修身，国語，算術，体操トス」と規定され、屋外および屋内体操場の設置が義務づけられた。また「施行規則」第10条で、「尋常小学校ニ於テハ初ハ適宜ニ遊戯ヲ為サシメ漸ク普通体操ヲ加ヘ」、土地の状況によっては体操の時間の一部、または授業時間外に「適宜ノ戸外運動」や水泳をしてもよいこととなった。遊びながらの、また休憩中・放課後における身体の訓練がめざされるようになったのである。そして特に兵式体操を重視した森有礼の意向により、すでに1886年以降、学校での体操は普通体操と兵式体操の二本立てとすることになっていたが、器械体操というのは兵式体操の中に含まれていたのである。そして将来における小学校での遊動円木の普及が早くから意図されていたことは、すでに1888（明治21）年8月21日文部省訓令第1号「尋常師範学校設備準則」が、体操科器械として「梁木」（高所通過訓練用の固定木）などとともに「平行横動木」の設置を定めていたことから分かる¹⁴⁾。

日露戦争を体験するとなおさら学校体育の重要性が認識されるようになって、1904（明治37）年10月、文部省は沢柳政太郎普通学務局長を委員長とする「体操遊戯取調委員」を任命し、「遊戯ニ関スル調査」を全国に命じた。それを受けた長野県東筑摩郡役所は同年12月8日、松本尋常高等小学校に対し12日までに報告をするよう求めている。その回答によると、「現ニ学校ニ於テ実行セル遊戯」で「教科外ニ行ハシムルモノ」の一つに「遊動円木」があり、それは主として高等科の、主として男子において、唱歌を加えず、一

年中常に行なわれる遊戯に分類されていた¹⁵⁾。

また文部省は1905年10月18日には戦後教育に関する訓令第3号のなかで、「我國民ノ体格ハ尙改善ヲ要スルコト甚切ナルモノアリ、教育ノ事ニ当ル者ハ学校ニ於テハ勿論学校外ニ於テモ一層ノ注意ヲ加ヘ益々体育ヲ奨励」することを命じた。その直後の11月30日には、さきの「体操遊戯取調委員」からの報告書が提出された。いわゆるスエーデン式体操の採用が基調になっているが、「体操科ノ目的」のひとつ「生涯中最モ多ク遭遇スベキ運動特ニ職業及兵役ノ義務ニ服スルニ適スベキ練習ヲ與フルコト」が、時代状況をよく物語っている。

そしてこの報告書の「体操演習ノ種類」の第3、「全身運動（調和運動）」のなかに、「平均台、固定円木及游動円木上ノ行進」が含まれ、そして小学校、中学校、師範学校等における「体操教授用器械等」の6番目に「固定円木」、7番目に「游動円木」が指定されたのであった¹⁶⁾。取調委員の一人、高島平三郎が翌年に出した共著書は、「遊動円木上ノ行進」について次のように説明している。

円木上に一端より他端に向て立ち、左（右）足を前に踏出し、其足にて円木を強く踏み、右（左）臑を屈し、円木を前方に振動せしめ、其の円木の後方に振戻りたる時、再右（左）臑を屈す。かくして二三回振動をつゞけし後、円木の振り戻るを見て、左（右）足を一步前進し、而して円木の前方へ振動する間其位置に其の俣休み、再び円木の振戻る時、又後なる足を一步前進し、而して左右交互に前進し他端に達す。

熟練するに従ひ、円木の振戻りたる時、二歩づつ前進して、進行するを得べし。亦円木行進中、中途に於て左（右）転回をなし、逆行進を行ひ得べし。尙修練の重なるに従ひ、後行進側行進をも行ひ得るに至るべし¹⁶⁾。

ところが報告書がでたあと、1906（明治39）年10月4日、陸軍大臣寺内正毅は文部大臣牧野伸顕に意見書を送り、「普通教育」での体操の兵式体操へ

の統一、体操教員への満期除隊下士官の採用を求めた。しかし牧野はこれを拒否したため、陸軍省と文部省共同の第一回学校体操調査会が1907（明治40）年9月26日にもたれた。その後両者の主張は平行線をたどったが、けっきょく1910（明治43）年1月に両者による「学校体操統一案」ができあがり¹⁸⁾、それに基づいて日本で最初の「学校体操教授要目」（文部省訓令第1号）が出されたのは、まさしく徳島遊動円木事件が発生したのと同じ1913（大正2）年の1月28日のことである。この「要目」について、兵式体操への一本化を求める寺内陸相の要望を牧野文相が拒否した結果、「兵式体操は正式に締め出された」との評価があるが¹⁹⁾、しかしこの「要目」は両省の妥協の産物であり、「兵式体操」が「締め出された」のは名称のみにすぎなかった。小学校の「体操」は、狭義の「体操」と「教練」「遊戯」に3分類され、それまで兵式体操に含まれていた徒手体操と器械体操は「体操」に移され、「教練」は単なる集団動作だけではなく執銃訓練をも含み、「むしろ欧米のカリキュラムよりも軍事訓練が重視され」ていたのである。「青年団訓練のモデルになったドイツでさえも、執銃教練を体育に採用しなかった時代に、日本のカリキュラムでは明らかに軍事的訓練が強調されている」のであった。「遊戯」のなかに加えるとされた「手旗信号法」も、実質的には軍事訓練の一種であった²⁰⁾。

そしてこの「要目」においても、「体操科教授時間以外ニ於テ行フヘキ諸運動」の第2「撃劍及柔術遊戯並其ノ他ノ運動」の第1グループとして、「鞞しゅうせん、遊動円木、回轉塔、攀登諸器ノ運動」があげられていた。1913年7月16日に「小学校令施行規則」が改訂されたが、この「要目」の制定もその理由の一つであった。そしてこの「要目」に準拠して書かれた、例えば大阪府天王寺師範学校教諭兼田嘉蔵他『小学校体操遊戯教授書』は、「第三着に設備せば可なるもの」の中に固定円木と遊動円木を入れている²¹⁾。

以上のように、遊動円木は、特に日露戦争後の社会状況のなかで学校その他において可能ならば設置すべき運動遊具の一つとして推奨され普及していったのである。1905（明治38）年京都府師範学校制定の「体育奨励規定」の第

4条は、「女子部生徒ニ課スベキ運動」6種のうちの第3に「遊動円木」をあげ、女子高等師範学校教授下田次郎による群馬・千葉・茨城・栃木の師範学校・高等女学校学事報告（1906年）は、「女生徒の体操は一層力を入れるを要す」「女子の学校に於いては『テニス』・遊動木・綱飛ビ・大弓・『ピンポン』を普通とす」とのべている²²⁾。また同じく1906年3月9日付「京都市第一高等小学校女児童体育ニ関スル実施状況」でも、体育奨励の一環として「遊動円木」を設置したことが報告されている²³⁾。

1909（明治42）年に文部省が調査した優良小学校のひとつ福岡県早良郡草江高等小学校の充実した運動施設のひとつに「^(ママ)運動円木」があった。また既述の京都市第一高等小学校には「^(ママ)運動円木」2、「固定円木」1、「鞞韃」7、「横架梯子（雲梯）」1、「鉄棒」15があり、それらは「強ヒテ珍ラシキモノナラズト雖モ京都市内ニ於テハ多ク見ザルノ設備」であったという²⁴⁾。しかし1916（大正5）年に「和服で下駄履き姿」で入学した体育史研究家佐藤友久によれば、福島・新潟県境の山村の小学校にも遊動円木があって、「よく乗って相手と押し合ったり、相手と動く円木上ですれ違い交換したりして遊」んだという²⁵⁾。

すでに述べたように、徳島市立寺島小学校に遊動円木が設置されたのは1911（明治44）年のことであったが、それには以上のような社会的背景があったのである。もともとは軍事訓練のための兵式体操、そのための器械体操の器具として、「十二階段」（跳下台）・「梁木」・鉄棒・木馬（跳馬）などとともに導入された遊動円木は²⁶⁾、危険性を伴うがゆえにある種の魅力を秘めた遊具として、子どもたちを引きつけていった。1937（昭和12）年4月、学習院中等科に入学した三島由紀夫は、中学生たちに対してさえもっていた遊動円木の魅力について、次のような回想を残している（『仮面の告白』）。

校舎のわきの遊動円木から一年生どもを追ひ払ふのが、二年生の冷酷なたのしみだった。遊動円木みたいな子供らしい遊びは軽蔑してゐるくせに、お腹の中ではまださういふ遊びに未練のある二年生が、一年生を無理に追払ふ

ことで、その遊びを何か本気でなく・あてつけ半分にやってみると見せかける体裁のよさをも、併せ得るわけだった。一年生たちは遠くのはうから輪をつくって、二年生同志の、多少見物を意識した乱暴な勝負を眺めてゐた。適度に揺れてゐる遊動円木から墜落させ合ふ勝負であつた。

注

- 1) GutsMuths, *Gymnastik für die Jugend*, 1793, Schnepfenthal, 1804, S. 356~357.
- 2) F. E. Leonard, *A Guide to the History of Physical Education*, Lea & Febiger, 1947, reprint, 1949. p. 69.
- 3) 成田十次郎『近代ドイツ・スポーツ史 I』(不昧堂出版, 昭和52年) 66頁, 75頁。
- 4) F. E. Leonard, *ditto*, p. 70.
- 5) GutsMuths, *a. a. O.*, S. 361~362, Tafel II.
- 6) ハンス・グロル著, 高嶋実訳『近代体育教材史』(プレスギムナスチカ, 1978) 93頁。
- 7) 以上 E. Neuendorff, *Geschichte der neueren deutschen Leibesübung vom Beginn des 18. Jahrhunderts bis zur Gegenwart*, Bd. 2, W. Limpert (Dresden), S. 139, S. 146.
- 8) C. Euler h. g., *F. L. Jahns Werke*, 2. Band, Rud. Lion, 1885, S. 54~55.
- 9) 例えば, 成田十次郎『近代ドイツ・スポーツ史 I』(不昧堂出版, 昭和52年) 339頁, 金子茂編『現代に生きる教育思想④』(ドイツ I) (ぎょうせい, 昭和56年) 243頁, 梅根悟監修『世界教育史大系31』(講談社, 昭和50年) 82頁, 76頁, 79頁, 岸野雄三他編『体育・スポーツ人物思想史』(不昧堂出版, 昭和54年), ハンス・グロル著(高嶋実訳)『近代体育教材史』(プレスギムナスチカ, 1978) 48頁など。
なお現代ドイツ語で Schwebebalken, Schwebebaum といえは、いわゆる平均台のことである。
- 10) 酒井欣『日本遊戯史』(復刻版, 第一書房, 昭和58年) 408~411頁。
- 11) F. L. Jahn, *Deutsche Turnkunst (Zum zweiten Male und sehr vermehrt herausgegeben)* G. Reimer, 1847, S. 56.
- 12) 田辺良輔編『新兵体術教練全』(養素亭, 明治元年)。岸野雄三監修『近代体育文献集成⑮』(日本図書センター) 所収。
- 13) 長野県教育史刊行会『長野県教育史』第5巻(昭和49年) 699頁, 701頁。
- 14) 『明治以降教育制度発達史』第3巻(昭和13年) 566頁。

徳島遊動円木裁判にみる戦前公立学校の性格

- 15) 前掲『長野県教育史』第12巻(昭和52年)539～541頁。
- 16) 「普通教育ニ於ケル体操遊戯取調報告」『官報』第6760号付録(明治39年1月15日), 『教育時論』付録(明治39年1月25日)
- 17) 高島平三郎・富永岩太郎『体操及遊戯法精義』(前編体操之部)(同文館, 明治40年)242～243頁。前掲『近代体育文献集成⑫』所収。
- 18) 今村嘉雄『日本体育史』(不昧堂, 昭和45年)467～472頁。
- 19) 山住正巳『日本教育小史』(岩波書店, 1987年)97頁。
- 20) 竹之下休蔵・岸野雄三『近代日本学校体育史』(東洋館出版社, 昭和34年)109～110頁。
- 21) 兼田嘉蔵他『小学校体操遊戯教授書』(伊藤文弘堂, 大正3年)420頁。
- 22) 能勢修一『明治体育史の研究』(逍遙書院, 昭和40年)140頁。
- 23) 京都府立総合資料館『京都府百年の資料』⑤(昭和47年, 京都府)441頁。
- 24) 文部省調査『全国優良小学校実況』(金港堂, 明治42年)39頁, 426頁。
- 25) 佐藤友久『体操六十五年の回想』(道和書院, 昭和57年)4頁, 6頁。
- 26) 木下秀明『兵式体操からみた軍と教育』(杏林書院, 昭和57年)は, 軍が兵式体操を通じて学校体育および学校慣行に与えた影響についてまとめているが, その第2は器械体操を中心とする「体操教材」である(198～199頁)。

お わ り に

以上、徳島遊動円木事件を通して、このような裁判がなければ、日常的にはあまり意識されることのなかった戦前小学校の「性格」について検討してきた。市町村立小学校が「国の営造物」であるのか「市町村の営造物」であるのか、行政当局および学説多数派と大審院判決および学説少数派とが対立し、このような基本的事項が実はあまりはっきりしていなかったことが分かった。

この問題は現在では、「地方自治法」別表第二「市町村が処理しなければならない事務」の(二五)「学校教育法の定めるところにより、小学校及び中学校を設置し、及び管理し、並びに学齢児童及び生徒の就学に必要な経済的援助を行うこと」や、「学校教育法」29条「市町村は、その区域内にある

学齡児童を就学させるに必要な小学校を設置しなければならない」によって解決され、したがって「市立の学校は市の施設であることが明らかである」という¹⁾。

しかし、小学校設置義務が市町村にあるということだけで、小学校が市町村の営造物であるといえるのなら、戦前の「小学校令」にもその旨の明文はあったのである（明治33年、第6条）。また営造物というのを単に建物としてとらえるのではなく、戦前と同じように、ある目的を達成するための人的・物的手段の統一物として考えるならば、教員給与は半額国庫・半額都道府県負担であるので、校舎設備の経済的負担によってのみでは所属を決めることはできなくなる。また何よりも、その営造物の目的やその達成のための教育内容の決定権が市町村にない状況で、小学校が市町村の営造物であると言えるのか、はなはだ疑問となってしまうのである。

「国民の教育に関する意志が表明されている」法律を執行し、その行政に対して国会に責任を負うのは文部省のみであるから、「国の教育行政機関」のみが「国民の教育に関する総意を実現できる唯一の主体である」というのが、最近の文部省の公式見解である²⁾。小学校が市町村の営造物か国家の営造物か、この問題は実はある意味では、今もあいまいなままなのである。

遊動円木事件訴訟における徳島地裁判決によって、それまでの大審院判例によってできないと考えられてきた学校事故に対する損害賠償請求への道が拓け、しかも大審院自身、その判例を変更してこの道を確認することとなった。その意味でこれは画期的な裁判であった。そして戦後は「国家賠償法」（1947年）第2条によって、この問題については「立法的に解決されており、その意味では、本件判決は、判例としては過去の存在となった」といわれる³⁾。

けれども学校においては施設・設備の瑕疵による事故以外の事故もよく発生する。また戦後は、公務員の不法行為による損害に対しても、「国家賠償法」（1947）第1条が適用され、被害者救済が行なわれるようになった。したがって美濃部によって、それが権力作用であるからという理由で「民法」715条の適用外とされた違法な懲戒（体罰）にも、損害賠償請求が可能となっ

ている。しかしその場合には、「国家賠償法」第1条によって「(問題は)立法的に解決されている」とは決していえない。なぜなら同法を学校に適用すれば、学校教員が「国家賠償法」第1条に規定する「公権力の行使に当る公務員」となってしまうからである。そのために、学説・裁判例ともに「深刻な対立」がみられる。

しかし他に被害者を救済できるより適切な法規がないために、教育作用が「権力作用であるか非権力作用であるかを詮索することなく」、1条の「公権力」の意味を広く解釈して「国家賠償法」の適用を認める学説があり、これが「裁判例の大勢」となっているという⁴⁾。つまり戦後の判例は、①消極説、②特別権力関係の側面をもつことを理由とする肯定説、③公権力の行使が広く非権力的作用をふくむことを理由とする肯定説に分かれているが、「近年の判例は大体第三説に固まりつつある」のである⁵⁾。

また「今日、もっとも妥当と思われる解釈は、やはり公権力広義説・教育非権力説=国賠法一条一項適用の型である」ともいわれている。すなわち「この見解は、『公権力の行使』をいわゆる経済取引的な私経済行政を除いた非権力行政をふくむ公的行政活動をすべて指し、そして非権力的作用たる学校教育活動もそれに含む」とするのである。この解釈の妥当性の第一、「教育の非権力性」という教育法原理が、今日では学説・判例で定着してきているので(たとえば1967年の最高裁学テ判決でも、教育は「支配的機能」ではないとされている)、「国公立学校の教育活動を国賠法上の『公権力の行使』とみなしても、教育の非権力原理を侵すおそれは殆どなくなった」というのである⁶⁾。

しかし果たしてそう安心していられるだろうか。

遊動円木裁判判決によって、学校とか学校教育というものの性質、つまり公権力発動の場であり、権力服従の関係であるという考え方が揺らぐことは全くなかった。むしろ、それまで学者や官僚の世界でのみ意識されてきたことが公の場で再確認されてしまったともいえるのである。では戦後においては、学校教育は権力関係であるという考え方は否定されたであろうか。否定

した判例もある（1954年9月東京高裁，1965年4月松山地裁西条支部）。しかし古来の教育思想史が教えるごとく，例えば暗闇から光明への「向け変えの技術」（ソクラテス）とか，「自己の発達を今や遅しと待ち構えている自然に援助を提供する技術」（ペスタロッチ）とか，「経験の再構成」（デューイ）とか，あるいはまた「愛しながらの闘争」として展開される「実存的交わり」（ヤスパース）への準備とか，教育はさまざまに定義されてきたけれども，いまなお公立学校教育ということになれば，外国人教諭採用禁止の論拠に使われている文部省の公式見解によれば，「公権力の行使または国家意思の形成」になってしまうのである。

こうして，徳島遊動円木裁判で提起された二つの問題は，未だ過去の遺物とはなりえない今日的な性質のものであるといえよう。

注

- 1) 雄川一郎「旧法制下における小学校施設の事故と損害賠償責任」『別冊ジュリスト』（教育判例百選第二版）1979年9月。
- 2) 文部省内教育法令研究会『教育法令コンメンタール』①（第一法規，昭和62年）1804～1805頁。
- 3) 雄川一郎，前掲論文。
- 4) 古崎慶長『国家賠償法の理論』（有斐閣，昭和55年）109～110頁。
- 5) 遠藤博也『国家補償法』上巻（現代法律学全集61）（青林書院新社，1981年）149頁。
- 6) 佐藤司『講座教育法』第1巻（総合労働研究所，1980年）188頁～189頁。

付 記

本稿の執筆に際しては，特に下記の諸機関から資料閲覧上の便宜をはかっていただいた。深く感謝の意を表したい。

徳島地方裁判所

東京体育大学図書館

大阪体育大学図書館

筑波大学図書館

早稲田大学図書館

秩父宮スポーツ記念図書館

Character of Public Schools in Prewar Japan :
An Analysis of the Tokushima "Swinging Pole Case"

Teruo Takenaka

It's supposed that the modern public school system in Japan was established in 1900, but the nature of this system had to remain unknown to the nation still after that. The substantial character of a public school system, of which we are usually unconscious, can be clarified only when some incident happens in school and our everydayness is broken.

This paper tries to verify the fact through an analysis of the case related to a swinging pole accident which took place in a Tokushima municipal primary school in 1913. This "swinging pole case" is a famous classic example indispensable when we tell of the jurisprudence on national indemnity under the Meiji-Constitution.

In the process of the trial, it became an important issue whether a primary school should belong to State or to a municipality, and whether possessing an institution of a primary school is public law-related or private law-related. The Supreme Court judged that a primary school should belong to a municipality and that there could be a double meaning in its possession, but such a fundamental issue could not be settled and remained obscure even after this judgment in the controversy among the jurists.

As a result of this Supreme Court's judicial precedent, it became possible for the first time to apply the civil law (the article of reparation for damage) to accidents that happened in public schools. However, the thought itself that school education should be ruled by the special power relation (*das besondere Gewaltverhältnis*), which depended on the order-obedience relation, did not waver at all.

Even today problems brought forward by the Tokushima Case hardly seem to be fully solved.