

体罰法禁下における体罰正当化の論理

竹 中 暉 雄

はじめに

本稿は、1879（明治12）年「教育令」46条（体罰の禁止）のモデル国、文部省刊行雑誌による欧米体罰禁止論の紹介、体罰法禁「外圧」説などに関して論じた別稿（「明治初期文部省刊行雑誌における体罰否定論の紹介」『教育学年報②』世織書房、1993年9月）の続編である。

1879年「教育令」46条は、その割註で体罰の例を示した。そのために、殴ることや縛ることが体罰に当たることは自明のこととなった。けれどもやがて、その例示が消され、さらに懲戒条項が新設されたことによって、殴っても傷を負わせなければ体罰に該当しないとの拡大解釈が生まれ、それを容認する判例も出るようになった。そこでは、物理的な傷のことにのみしか問題とされず、体罰が与える精神的な傷については多くは考慮の外に置かれ、考慮された場合にも軽視ないし無視されたのであった。

「戦前における学校体罰法禁条項の最もドラスティックな変化」¹⁾と言われるのは、それまでの1890（明治23）年「小学校令」における「小学校長及教員ハ児童ニ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」（63条）が、1900（明治33）年に「小学校長及教員ハ教育上必要ト認メタルトキハ児童ニ懲戒ヲ加フルコトヲ得但シ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」（47条）に転換された事実である。条文が示すとおり、直接的な体罰禁止条項が、法規上初めて登場した教師の懲戒規定の但書きへと〈格下げ〉されたのであり、確かに重大な意味をもつ変化であった。この懲戒規定は当初の文部省原案にはなく、法制局の手が入った段階で突如として出現したことが明らかにされている²⁾。そしてこの懲戒規定が、のちに見るように体罰肯定論をひきだし、裁判においても体罰教員にとっ

て極めて有利な状況を準備することになったのである。

けれどもこの「ドラスティックな変化」の前に、もう一つ無視できない変化が起こっていたことも指摘しなければならない。それは、1880（明治13）年「教育令」46条にも引継がれた「殴チ或ハ縛スルノ類」という体罰の例示が、1890年「小学校令」ですでに消されていたことである（1886年「小学校令」には体罰禁止条項はなかった）。

この例示に関してはこれまで、あたかも元老院が体罰を部分的に容認したいがために無理に文部省原案に挿入させたかのように否定的に評価されて、「（例示）以外は体罰と認めないという限定の意味をもっている」³⁾とか、「（例示）以外は体罰とはならないとの解釈を生み出す側面をももっていた」⁴⁾というように述べられてきた。しかし実際の元老院での審議過程からは、元老院がそのような意図をもっていたとはとても考えられない⁵⁾。逆に、もしこの例示がその後もずっと存在していけば、当然「殴れば体罰になる」との観念が広く形成されていったはずなのである。ところが1890年にこの例示が消されたことによって、体罰の定義が曖昧となり、殴ることがすぐに体罰になるわけではないとの解釈を生み出す素地が作られたのである。体罰の定義が曖昧になったうえで懲戒規定が出現したのであるから、懲戒行為がどこまで許容されるのかも曖昧にならざるをえなかった。

1 師範学校と陸軍

小学校教員を中心とした教育界の体罰に関する世論傾向はどうであったか。それは、代表的な教育ジャーナリズム『教育時論』に掲載された社説や論説が、主として体罰容認・有用ないし体罰不可欠の立場のものであったことから推測ができる⁶⁾。1890（明治23）年に体罰禁止条項が復活すればその廃止を主張し、1897（明治30）年に体罰で訴えられた教員がでた時には（後述）、親が訴えたこと自体を「未曾有の椿事」と報じ、逆転無罪となればそもそも体罰禁止ということがいかに不当であるかを論じた⁷⁾。したがって1900（明治33）年に懲戒規定が誕生すれば、教育者の「権限」の「一段の進歩」とし

て歓迎されるとともに、他方で体罰禁止条項が残存したため、強い不満が表明されたのであった。明治初期、文部省が盛んに西欧の体罰否定論を紹介し、かつ教育現場での議論にも体罰否定の傾向があったにもかかわらず、なぜこのような変化が生まれたのであろうか。

教員の世界に体罰肯定のエートスが醸成されていった理由の一つとして推測されるのは、私的制裁を横行させた軍隊という暴力組織の影響であろう。軍隊自体が一種の国民教育制度でもあったが、小学校という本来の国民教育制度の主たる任務の一つは、そうした暴力組織に相応しい成員を養成しそこへと送り込むことであった。もはや生存者が数少なくなった軍隊体験者の一人は、陸軍内務班での生活を次のように表現している。

「内務班にいと、一日中、どこかで怒号の声、殴打の音が絶えない。神経も萎縮する。平手打ち、げんこつ、果ては竹刀・帯革・革の上靴（軍靴を改造したもので、裏には鉄のビョウが打ってある）という刑具が加わる」「みずからの『人間』を捨てさせるこうした体罰は、相手国の人間をも無視させるものとなろう。恐怖の私刑と、人間を辱しめる体罰と、それが個性も何もすりつぶしてしまうのである」「自由な発想も、人間の尊厳もない土壤に、画一的な精神的価値を植えつけようとする、それが旧軍隊の教育の実体だったのである」（カッコ内は原文）⁸⁾。

初代文部大臣森有礼が師範学校に兵式体操や全寮制を採用し、寮での生活は軍隊の内務班を模範としたことは余りにも有名である。その理由について、それまでの寄宿舍や下宿での勝手気儘な生活に大いに不満を抱いていたことが指摘されている。寝室と自習室とが同じといったような「無秩序、規律なき生活態度が人格形成の上に決定的なマイナスであると考えられた」ためであるという⁹⁾。

ところがその結果として生まれた陰の側面も無視できなかった。陸軍大佐山川浩が校長に任命された東京師範学校の「寄宿舍内諸規則」は、「命令及

ヒ示達等ハ決シテ誹議スルヲ容サス直チニ之ヲ服行スヘシ若シ或ハ命令ニ於テ不便アリトスルモ必ス之ヲ服行シタル後ニアラサレハ敢テ恫訴嘆願等ヲナスヲ許サス」と上級生への絶対服従を求めた¹⁰⁾。こうした規定は体罰を誘発しやすい。その一つの典型を福岡県師範学校に見ることができる。1886（明治19）年、入学直後に森による「師範学校令」が制定されたという野口援太郎の回想によれば、「(舎監が) 次第に下士上りの軍人に代つて仕舞つたので、寄宿舍の空気は益々軍隊化」し、「古参生徒と新参生徒との間の関係も、丁度古兵新兵の間のそれと同様」になり、また「以前から寄宿舍には蒲団押だとか拷問だとかの蛮風制裁はあつたが、兵營式に転化してからは、此の弊風は益々悪化した」という。「どうかすると口頭でいぢめられる許りでなく、鉄拳の乱下も屢々ありがちのこと」であった¹¹⁾。

こうした例は多くの師範学校でも見られ、「上級生は下級生に対して実力行使による鉄拳制裁を行い、これによつてその權威を保つというが如く、軍隊の階級性の低劣な面のみを模倣」する風潮が生まれたのであった¹²⁾。

師範学校卒業生はこのような擬似軍隊生活を体験したのである。けれども水原克敏によれば、東京高等師範学校の「軍隊式分団編成の寄宿舍教育の方針」は1895(明治28)年7月の規則改正によつて変更され¹³⁾、また「師範学校ルネッサンス」が1900（明治33）年ころから始まったという指摘が、すでに石戸谷哲夫によつてなされている。1894（明治27）年には「世界主義」の西園寺文相が師範学校寄宿舍の管理を機械的にしないように師範学校長に訓示し、1900年5月の全国師範学校長会議における樺山文相の諮問事項に対する校長会の答申も、兵式的寄宿舍を家族的に改革することを含んでいた。師範学校でのひどい体罰を経験した野口援太郎が、新設された姫路師範学校の校長として寄宿舍の自治制度など自由主義的な大改革を実施したのは、1901（明治34）年10月のことであった¹⁴⁾。

ともあれ、その後は中等学校のなかで師範学校の寄宿舍だけが、ことさらに暴力的であったということはないかも知れない。しかしそれでも師範学校と軍との間には、他の中等学校にはない特別の関係が存在した。六週間現役

兵制度がそれである。

一ヵ年現役志願兵制度はすでに1883（明治16）年12月28日の「徴兵令」（太政官布達46号）で設けられていたが、私立学校卒業生はすべて一律にこの特典、つまり本来なら三年間の徴兵期間が一年間に短縮されるという特典から排除されていた。1889（明治22）年1月21日の改定「徴兵令」（法律1号）では、文部大臣が認めた私学は除外されなくなったが、その代償として私学のカリキュラム上の自由は大幅に制限されざるをえなくなった。

この改定に際して森文相は、諸学校の卒業生や官公立学校教員のみならず「学術上ノ公業」従事者一般に対しても平時の徴兵を猶予する構想を抱いていたが、それは実現しなかった。けっきょく諸学校卒業生も最低一年間の現役兵服役は義務づけられ、しかもその間の諸費用の全額は自己負担という、特典獲得へのブレーキは残されたままであった。「富国を担う知的エリート養成に直結する中等、高等教育の保護育成」を目指した森の課題の達成は、国民皆兵の徹底を図る陸軍省や、有産階級保護の方針をとる内務省などの勢力に阻まれたのであった。一年志願兵制度は、日本の近代化が「富国と強兵」という二つの課題を同時に抱えたところに生じた基本的矛盾の表われであり、また「その妥協的産物」であったという¹⁵⁾。

ところがこの改定「徴兵令」は、諸学校の中でも官公立師範学校の卒業生に対してのみは「六箇月間陸軍現役ニ服スルコトヲ得」と現役期間を半減させ、しかもその上、「其服役中ノ費用ハ当該学校ヨリ之ヲ弁償スルモノトス」と二重の特権さえ与えたのであった（11条3項）。改定直後の同年2月5日、森文相は府県学務課長への演説の中で、「師範学校ニ於テハ平生ノ訓練技術養成等ハ皆余程厳シクナツテ居ルカラ一年ニ及バナイ六ヶ月デ沢山デアル」「師範学校内ニ於テ為シ得ル様ナ事ハ陸軍ニ頼ムニ及バン」「野営演習（などやれないことを）陸軍ニ入テ能ク為シテ貰イタイ」と、この特典の意味について説明した¹⁶⁾。

そしてこの6ヵ月という期間はさらに「徴兵令」の一部改定によって、6週間にまで短縮されたのである。

「徴兵令」13条3項改定（明治22年11月12日，法律29号）

満十七歳以上満二十六歳以下ニシテ，官立府県立師範学校ノ卒業證書ヲ所持シ，官立公立小学校ノ教職ニ在ル者ハ六週間陸軍現役ニ服セシム，其服役ニ関スル費用ハ官給トス

条文を比較すれば分かるように，それまでの「服スルコトヲ得」という特権から，「服セシム」というように選択の余地のない義務へと変化したのであるが，それでも現役期間3年の6週間への短縮は，師範学校が「一種の徴兵忌避場裡」となっていると指摘されるほど¹⁷⁾，一般に魅力的だったのである。

軍隊生活を経験することだけなら，すべての成人男子に課せられた義務であった。軍隊生活の経験者がすべて暴力肯定主義者になるかといえは，そうも言えない。師範学校卒業生に与えられた6週間現役という〈義務特権〉の裏には，実は「（教員不足の今日）長ク師範学校ノ卒業生ヲ兵役ニ就カセルハ其点ニ於テ困ル」（さきの森演説）という本音が隠されてはいたが，しかし問題は，彼らが一般人および他学校卒業者よりもいっそう軍人らしくなることと引換えに，それを国家からプレゼントされたことにある。例えば「師範学校規程」（明治40年4月17日）の第1条（特に注意すべき事項）の第3項は，「規律ヲ守リ秩序ヲ保チ師表タルヘキ威儀ヲ具フルハ教員タル者ニ在リテハ殊ニ重要トス故ニ生徒ヲシテ平素長上ノ命令訓誨ニ服従シ起居言動ヲ正シクセシメシムコトヲ要ス」であった。

師範学校の卒業生が全国の小学校教員の過半数を占めるようになるのは，ようやくにして明治の末年であるが，教育界でのエリートとしての彼らのエートスが他の教員たちに与えた影響は否定できないであろう。

2 「傷つけなければ体罰ではない」

教員の世界における体罰容認の雰囲気ができ上がったのち，教員の懲戒

体罰法禁下における体罰正当化の論理

「権」なるものを認知し、殴っても体罰に該当しない場合もあるという考え方に最終的な司法的決着をつけたのは、1916（大正5）年6月15日の大審院判決である。

この事件・裁判の経過、新聞・雑誌上における議論およびその整理については、廣田照幸による詳細な研究がある¹⁸⁾。前年の1915年1月29日、東京市江東尋常小学校で他学年の教室に入って授業妨害をした生徒とトラブルを起こした訓導を、生徒の父親が傷害罪「刑法」204条によって告訴し、同時に損害賠償を求めたのである。しかし教師の暴力によってケガをしたという生徒側と、生徒が誤って転んでケガをしたという教師側の主張が対立した。そしてこの事件をめぐる裁判においても教育界は、単に教師側主張の支持をするに留まらずに体罰肯定の論陣を張り、多くの小学校教員が裁判を傍聴し、また裁判支援運動を展開したのであった。

東京区裁一審判決（大正4年7月10日）は罰金20円、損害賠償金10円、東京地裁二審は傷害罪ではなく業務上過失傷害罪（「刑法」211条）で罰金20円、完納不能の場合は労役場留置10日間の判決を出した（大正4年12月24日）¹⁹⁾。被告教員側は上告したが、その趣意は要するに以下の三点にあった。

「刑法」211条を適用するためには、①当該教員の職務権限、つまり自分の受持以外の生徒への訓戒も業務に当たるのか、②当該教員の業務上必要な注意とは何か、またいかなる過失があったのかについて具体的に明らかにする必要があるにもかかわらず二審判決はそれをしていない。さらにまた、③「刑法」35条は「法令又ハ正当ノ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」と規定しており、被告の行為は「小学校令」47条によって「国家事務タル児童教育上」生徒に懲戒を加えようとした正当な職務行為であり、犯罪として処罰すべきものではない。

被告弁護団6名の中には、例えば磯部四郎や、大逆事件被告を弁護した鵜澤總明および花井卓蔵など当時著名な弁護士が含まれており、支援運動の裾野の広さをうかがわせていた。大審院は①に関しては、校長・教員の「懲戒権」は全校生徒に及ぶこと、②に関して「児童ノ身体ヲ傷ケ其健康ヲ害スル

カ如キ結果ノ発生」を避けるのが校長・教員の職務上当然の注意義務であり、それを怠って負傷させれば単なる過失傷害より重い「刑法」211条に該当するとの見解を示したが、二審判決における過失理由の明示については上告側主張を認め「判決理由ニ不備アルモノ」と原判決破棄、横浜地方裁判所への移送の判決を下した。なお③は、後述するように極めて重要な論点であるが、ここでは全く触れられていない。

この大審院判決は、「教育令」における体罰の例示「殴チ或ハ縛スルノ類」が消されたあと、懲戒行為の限界として禁じられている体罰に対し、「児童ノ身体ヲ傷ケ其健康ヲ害スルカ如キ結果」を発生させる行為との定義を与えることになった。逆に言えば、殴ったり縛ったりする行為であっても「児童ノ身体ヲ傷ケ其健康ヲ害スルカ如キ結果」を発生させない場合は体罰に該当しないことを認めたのである。したがって判決は、生徒が教師の懲戒上の命令に従わなかったり逃げたりする場合に教師が「相当ノ力ヲ加ヘ其懲戒権ヲ行使」したとしても、「敢テ不法ノ行為ト謂フヘカラス」とものべている。またこの判決では身体的な傷のことのみに問題とされていて、体罰が児童に与える精神的な傷のことは全く意識されていないことも指摘しておかねばならない。

裁判が移送された横浜地方裁判所は、懲戒行為に際し生徒が受けた傷害について被告に故意または過失があったかどうかの証拠が不十分として、無罪の言渡しをした（大正5年9月18日）²⁰⁾。この判決は教育界への影響を配慮して、「懲戒権の行使に際し偶々発生したるもの」については刑事上の責任は問えないとも述べているので、「教育者の懲戒権を巧妙に保護するに苦心した跡が充分に見える」と評されている²¹⁾。また戦前において「体罰問題について最も盛んに論じられたのは、この事件をきっかけとした大正四～五年の時期であった」²²⁾という。そして体罰問題に関して盛んに論じられた結果は、体罰容認世論のさらなる強化であった。

すでに1890（明治23）年「小学校令」の解説書「新法令取調要領」において文部省は体罰のことを「身体ニ苦痛ヲ与フルモノ」と説明し、それに従っ

て明治期の教育法令解説書でも、体罰とは「直接ニ身体ニ苦痛ヲ加フルノ懲罰」と定義され、直立や居残りは体罰には当たらないということを確認するのが一般的であった。したがって「笞杖」による「殴打」などが禁止されるのは当然のことであり、傷を与えるか与えないかといったことは全く問題とはされていなかったし²³⁾、懲戒の内容としては譴責、直立、留置などのみで、〈傷を与えない程度の殴打〉などがあげられることはなかったのである²⁴⁾。

ところがいまや上述のような社会的背景の中で、「懲戒ノ手段トシテ体罰（殊ニ輕微ナル殴打）」も施すことができないとすれば児童教育上の目的を達成することができない場合もあるとの体罰容認論が司法当局者の側から現れるようになったのである。禁止されるのは「傷害行為又ハ傷害ヲ生シ得ル性質ノ行為」である。では「小学校令」47条は何のためにあるのか。それは「濫用」は「蛮俗」となるので、「此濫用ノ弊」を防ぐがためである²⁵⁾。論者は、東京帝大卒業後40年にわたる司法官生活を送った泉二新熊^{もとじしんくま}である（大正4年大審院判事、大正12年司法省行刑局長）。

また、大正デモクラシーの先導者として一般に評価される美濃部達吉さえもが、先の大審院判決に関する評釈においてははっきりとした体罰「肯定」論をのべているのも注目に価しよう。

美濃部によれば、中等学校以上の学校では懲戒権は「身体刑」にまで及ぶべきではないが、尋常小学校は義務教育であるので退学処分はできず、停学処分も容易にはできないので、それらに代わる手段として「或る程度迄の身体刑が許さるるのである」という。しかし身体に傷害を加えるまでになってはいけないのは勿論であって、もし傷害を加えた場合には、「其の傷害が不可抗力其の他教員の責に帰すべからざる事由に基づく場合の外は」傷害罪の責任を免れない²⁶⁾。

美濃部は、尋常小学校では退学処分の代わりとして「或る程度迄の身体刑が許さるるのである」と、あたかも自明のことのよりにのべているが、しかし「小学校令」47条との関係について全く言及していないのは、およそ法学者として不可解としか言いようがない²⁷⁾。また教師自身が体罰で生徒を傷つ

けたにもかかわらず、それが「不可抗力」であったとか、あるいは「教員の責に帰すべからざる事由」によるということがあり得るのか、極めて疑問でもある。例えば体罰を受けた生徒がたまたま特異体質であったために予想し得ない結果が起こったという場合でも、そういうことがあり得るからこそ体罰は禁止されていると考えるべきであろう。

3 体罰教員雇用の責任者は？

さて、体罰の結果であることが明白な傷害をめぐって損害賠償請求の訴訟がなされた場合には、徳島遊動円木事件の場合とは違って、直接の加害教員が存在するので、その教員の責任は免れえない。しかしその教員の雇用者の賠償責任ということになると、やはり徳島事件と同様に、必ずしも問題は明確ではなかった。

1926（大正15）年5月10日、東京府荏原郡^{えばらくん}松澤村立尋常高等小学校の代用教員Mが授業中に運動場において尋常科四年生徒Kに殴る蹴るの体罰を加え、一時人事不省に陥らせるとともに、全身数ヶ所に「治療二ヵ月ヲ要スル重傷」を負わせるという事件が発生した。そのために生徒と両親は、M教員と村とを相手取って損害賠償請求の訴訟を起こしたのであるが、その内容は、「頭脳ニ来シタル障碍ノ如キハ将来完全ニ治療恢復スルヤ否頗ル疑問」であり、かつその後「通学ヲ忌避スル」など精神的身体的に多大の苦痛を与えた生徒本人に対し慰藉料1,000円、父に617円9銭（名誉毀損500円、治療費117円9銭）、母に500円（名誉毀損）の支払い、その他というものであった。

これに対し被告教員は、たとえ「多少ノ傷害」を与えたとしても、小学校教員としての「訓戒」をなした「公務執行行為」の偶然の結果であり、私法上の責任はないと争い、被告松澤村も、仮に教員に不法行為があったとしても、教員の「任用解職監督ハ府県知事郡長ノ権限」なので「民法」715条（使用者の義務）にいう「使用者」には該当せず、従って賠償責任はないと抗弁した²⁸⁾。

松澤村の主張について検討してみると、確かに小学校長・教員は、判任文

体罰法禁下における体罰正当化の論理

官と同一の待遇を受ける国の官吏であったし（明治24年勅令218号2条）、その任用も解職も府県知事が行ない（明治33年「小学校令」44条）、懲戒処分を行なう権限を持つのも知事であった（同令48条）。この事件の場合、加害者Mは正教員ではなく代用教員であったが、代用教員の場合、1900（明治33）年「小学校令施行規則」では、「進退」「懲戒処分」とも市立小学校においては市長が、町村立小学校においては郡長が行なうことになっていた（168条、169条）。しかしその後、1911（明治44）年7月31日に「市町村立小学校代用教員ノ採用、解職及懲戒処分ハ市町村立小学校准教員ノ例ニ依ル」（168条。169条は削除）と改訂され（文部省令24号）、代用教員にも「小学校令」の44条や48条が準用され、府県知事の監督の下に置かれることになっていた。

東京地方裁判所一審判決は、大体において原告側の主張の事実を認め、教員の生徒への慰藉料50円、父親への診療費81円63銭の支払いは認めたけれども、母への慰藉料などその他の請求は棄却し、特に村の賠償責任については松澤村の抗弁を全面的に受け入れて否定した。これを不満とした原告は、今度は松澤村に対し、生徒へ1,000円、父へ617円9銭、母へ500円、教員Mに対しては生徒へ950円、父へ535円46銭、母へ500円の支払い、その他を求めて控訴した。

1928（昭和3）年3月20日の東京控訴院判決文によると、生徒Kは体操の授業の開始時に整列をせず、級長の制止を無視して投石をしていて体罰を受けたという。同判決もまた以下のように、教員Mの賠償責任については認めたが、松澤村の責任は認めなかった。

①「全治約三、四週間ヲ要スル創傷」は、Mが「故意又ハ過失」によってKの「身体権ヲ侵害シタル不法行為」であることは疑いがない。教育上の公務執行としての懲戒行為の結果であるので私法上の責任はないとのMの主張は、体罰を禁止した「小学校令」47条との関係で理由がない。

②両親の「名誉権」を侵害したという証拠は存在しない。

③「小学教育事務ハ国ノ事務ナルコト明」であり、また代用教員の任用・解職・懲戒処分も「府県知事カ国ノ行政官庁トシテ行フモノ」であること明

瞭なので、市町村には「民法」715条による賠償責任はない²⁹⁾。

控訴院判決については二つのことを注意しなければならない。その一つは、教員Mへの慰藉料請求額950円がわずか50円に減額された、その減額の理由である。判決は、生徒Kの年齢（事件当時満9年6ヵ月）、「創傷ノ程度」「師弟関係」そしてその他「諸般ノ事情」を「参酌」して「精神上ノ苦痛ニ対スル慰藉料ハ金五十円ヲ以テ相当」と認めたという。ここでは1916(大正5)年大審院判決の場合とは違って、生徒のうけた精神的苦痛のことが取上げられている。けれども明らかにそこには、年齢が小さければ、また師弟という関係においては、精神的苦痛は小さいはずだとする裁判官の予断が存在している。

その二は、判決が述べる理由で教員が市町村の被用者でないのなら国の被用者ということになり、従って損害賠償の責任は国にあるという結論になるが、しかしこの点については全く触れられていないということである。

K生徒側は二審判決を不服として同様内容の上告をした。1929(昭和4)年4月18日の大審院判決はどう判断したであろうか。結論は上告棄却で、もって教員Mのみの50円の損害賠償が確定したのであった。

上告審では、生徒側は特に松澤村の損害賠償義務を認めさせるために、次の二点から論陣を張った。

①「小学校令」が、市町村長は「(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」(60条) とのべるのを、小学校教育事務は国の事務であり市町村の事務ではないと解釈する原判決は「早計」である。それは確かに市町村の「固有ノ事業」ではないけれども、「国ノ委任ニ基キ法規ニ準拠シ自己ノ職務トシテ遂行スルモノ」である。小学校というのは、「人ト物トニ依リテ構成セラルヘキ市町村・・・ノ営造物」であり、だからこそ区域内の学齢児童を就学させるに足る小学校を設置し管理するのである。原判決は「文字ノ末ニ拘泥シタル皮想ノ見解」である。

②小学校教員は、国の委任により国に属する教育事務を「代行」する市町村の「委託」により事務の執行をするものなので、市町村と教員との法律関

係は「雇傭又ハ準委任」に該当する。およそ事業経営の最大要素は「経費ノ支弁」であり、教員俸給等はすべて市町村負担であるから(小学校令51条)³⁰⁾、採用等の権限が府県知事にあるのは単に「形式的」で、「実質的私法上ノ教員雇入レ」は断じて知事ではなく市町村の掌握するところである。原判決には、「教員使用ノ片鱗」のみを見て法律の解釈を誤った違法がある。

以上のように、小学校という営造物の管理責任が市町村か国かどちらにあるのかという問題は、大正時代の徳島遊動円木事件裁判におけるのと全く同様であった。特に、委任された以上は固有事務と同様であるとする生徒側主張は、織田萬(京都帝大教授)のそれと同じであり、また小学校が市町村の営造物であるとの見解は徳島事件における大審院判決(大正5年)に沿うものであった³¹⁾。

さて大審院は上記①に対しては、「小学校令」60条は「小学校教育ヲ市町村ノ事務ト為シタルモノニ非ス」「小学教育ガ国ノ事務ナルコト明ナリ」と断定し、②の論点は、「任用監督ヲ為ス者」と「費用ヲ負担スル者」とは必ずしも同一である必要はないとかわし、もって松澤村は「民法」715条にいう使用者にあらず、損害賠償の責任はないと判決したのであった。

大審院はすでに徳島遊動円木事件訴訟において、「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、市町村立小学校は市町村の営造物であるという判例を出している(大正5年6月1日)。だから市町村は「民法」717条の土地工作物の占有者・所有者にあたり、賠償の責任があるとしたのである。この判例において小学校が市町村の営造物であると判断された重要な論拠は、やはり「自己ノ費用ヲ以テ」ということである。その点、上告論旨の②と一致している。

したがって徳島事件における大審院判例の論理にしたがうならば、たとえ営造物の一方の構成要素である教員については任用・監督者に関する規定が別にあったとしても、上告論旨②の通り、教員の使用者は経費負担者である市町村になるはずであった。しかし大審院は、土地工作物の場合と教員とを

あえて分けて考え、市町村は実際に「費用ヲ負担スル者」ではあるが、「民法」上の使用者ではなく責任はないとしたのである³²⁾。営造物の構成要素である土地工作物と教員とをこのように分離して考えると、教員が過失によって見過ごした土地工作物の瑕疵が原因で事件が発生した場合はどうなるのか、問題が生まれよう。

大審院判決の考え方では、教員の使用者はいったい誰になるのか。教員は誰かに雇用されているはずなのである。このことについては二審判決と同様に、大審院は沈黙したままである。しかし市町村がそうでないとすれば、考えられるのは国しかない。大審院の論理の帰結するところは、教員の不法行為の賠償責任は費用負担をする市町村にはなく、「任用監督ヲ為ス者」つまり国にあるということになってしまう。

美濃部達吉は徳島事件に関して、市町村立小学校は国家の営造物であるが、しかし賠償責任は費用の負担者である市町村が負うべきであると考えていた。その彼にとってこのような大審院判決に納得がいかなかったのは当然であり、彼はこの判決の結論は正当だが理由については「不当」であると以下のように論評した。

美濃部によると、「民法」の規定をそのまま適用すれば、小学教育は国の事業であるので、これに関する不法行為の賠償責任は小学校の経済に関係のない国にあるという「不条理」なことになってしまう。そこで形式上の事業主と事業の「経済主体」とが分離されている小学教育のような場合には、「民法」上の事業主は「経済主体」のほう、つまり市町村であると解釈しなければならないのである。この点では生徒側上告論旨②と同じである。

それでは市町村に賠償責任があるかといえば、美濃部は「ない」とする。なぜなら、賠償責任といった「民法」の適用があるのは「校舎の管理」というような「純然たる経済的な作用」に対してのみで、「児童の教育及懲戒」といった「権力的作用たる性質」をもつものには適用がないからである。したがってこの事件での「代用教員の暴行」の場合も、「児童に対する懲戒権の発動」として行なわれたのであるから、賠償責任は教員個人にはあっても

市町村にはないのである。そこで大審院判決は結論のみ「正当」ということになるのであった³³⁾。

ここには大審院判決にはみられなかった、小学教育についての「権力的作用」という本質規定がある。1900（明治33）年「小学校令」で初めて登場した懲戒規定「児童ニ懲戒ヲ加フルコトヲ得」（47条）は、既述のように1916（大正5）年の大審院判決で「懲戒権」と規定され、そして美濃部においては小学教育における「権力的作用」の中の「懲戒権の発動」としていっそう積極的に位置づけられることになった。

上記の評釈は、官公立学校の生徒は「特別権力関係」の下に置かれていると考えていた美濃部の教育思想と一致している。けれども他方では彼は全く逆に、「権力ノ行使」をその本質としない「保育行政」のなかに教育行政を分類し、また「権力ノ行使」を本質としない学校など非営利的な「公企業」の場合は私企業類似の性質をもち、従って「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」は「民法ニヨリ損害賠償ノ責任ヲ生ズ」とも考えていた。この点の矛盾についてはすでに指摘した通りである³⁴⁾。

では、大審院の結論に対して異義を唱え、小学校教員の不法行為には市町村が賠償責任を負うべきだと考える法学者は戦前にはいなかったのであろうか。ここに少なくとも末弘すえひろいづたろう厳太郎（東京帝大教授）がいる。彼は関東大震災による惨状を目の当たりにみて1924（大正13）年に東京帝大セツルメントを設立し、また当初「民法」を担当していたが後に労働法学を開拓、第二次大戦後は労働三法の立案に参画し初代の中央労働委員会委員長を努めた人物である。

彼もまた、費用負担関係を見捨て「単に任免監督の形式的法律関係だけを標準」として考える大審院判決は「明に不穏当である」と批判した。この点では美濃部と同じであるが、しかし末弘の場合は以下のように市町村に賠償責任があるとする点で、美濃部とは正反対の結論となるのであった。そしてまた小学校という建造物の物的施設と人的施設とを分けて考えて損害賠償の有無に差をつけることにも反対であった。

末弘が言うには、大審院はすでに遊動円木事件判例（大正5年）や懸垂梯子事件判例（大正7年10月21日）において、校舎その他の物的設備の瑕疵による損害については市町村に賠償責任を負わせている。遊動円木判例の場合、市町村の責任の根拠を「民法」717条（土地工作物の占有者・所有者の責任）に求めているので、物的施設の瑕疵による責任だけは説明できたが、「事物の性質上何等之と区別して取扱はるべきでない人的施設の瑕疵」による責任については説明できないのである。懸垂梯子判例においては同じく物的施設による損害ではあったが、それが「土地工作物」ではなく動産であったため、責任の法的根拠はむしろより一般的な「民法」709条（一般の不法行為）に求められたのである。

「民法」709条

故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル
損害ヲ賠償スル責ニ任ス

ここで懸垂梯子事件というのは、神田区立小川小学校三年の男生徒が、放課後に校庭に侵入して肋木に立て掛けてあった懸垂梯子（105kg）で戯れている時にそれが転倒して負傷し、10日後に死亡した事件のことである。生徒の両親は区の保管責任を追求して損害賠償の請求を行なった。二審東京控訴院判決（大正6年12月13日）では、事故発生当時、この梯子は支柱からはずされて肋木に立て掛けてあったのであるから「民法」717条による損害賠償請求は正当でないとし、さらに区の故意・過失も認められないとして控訴を棄却した。大審院はしかし二審判決を破棄し、控訴院に差戻す判決を下したのであるが、その中で判決は、梯子は「土地ノ工作物」であるとの両親側の主張は「失当」であるにせよ、生徒の死亡がもし区側の故意または過失に起因するのならば「民法」709条により区に「損害賠償ノ責任アリト為ササル可カラサルコト勿論ナリ」と論じていた³⁵⁾。

そこで末弘は、小学校という施設において発生した損害には、その施設が

「偶々物的なると人的なるとに関係なく」、その実質上の施設者である市町村が責任を負担するのが「正当」であると主張するのである。法規上、小学教員の任免監督権は国家にあるが、それはそのことによって「小学教員の資質を全国的に向上せしめ規準化せしめむとする政策的考慮」にすぎず、教員が実質上、市町村によって管理される小学校で使用されている以上、彼等と市町村との間には「民法」715条にいう「使用被用の関係あり」と考えることができる。したがって大審院判旨は「余りに教員任免の法律的形式関係に捉はれて、第七一五条の精神を誤解してゐる」と³⁶⁾。

このように、不法な体罰によって被害を受けた場合に、教師本人のみならず、雇用者である市町村にも損害賠償の責任があると考えた法学者が、美濃部達吉と同じ東京帝国大学にもいたのである。しかし戦前においては多数意見とはならず、以上見てきたように、国や市町村の責任は曖昧にされたままであった。

4 体罰正当化の論理と「刑法」35条

松澤村事件では、国や市町村の責任は曖昧にされたままであったが、教師自身の損害賠償責任は認められた。しかし体罰を行なった教師の責任がいつも厳しく追及されたわけではない。1897（明治30）年1月27日、石川県能登郡の小学校准教員が穴水警察分署長M警部から「刑法」425条9項違反によって科料一円の即決判決を受けた事件は、正式裁判を教員が要求した結果、2月26日七尾裁判所で無罪となった。検事は控訴したが、3月10日金沢地裁でも「証拠不十分」によりやはり無罪となった³⁷⁾。

「刑法」425条（明治13年7月17日、太政官布告36号）
（違警罪）左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ三日以上十日以下ノ拘留ニ処シ又ハ
一円以上一円九十五銭以下ノ科料ニ処ス
九 人ヲ殴打シテ創傷疾病ニ至ラサル者

大正時代の江東小学校事件でもけっきょく教師は逆転無罪の判決を受けたが、それも事実関係が明確でなかったという理由であった。もともと体罰事件というのは、証人となるのは自分自身、命令服従関係に縛られた児童ばかりという閉鎖的な学級王国内での事件なので、教師の故意・過失を実証することは極めて困難なことなのである。

1929（昭和4）年11月18日、病弱で欠席しがちの小学四年生が国語の作品に自分で認め印を押してきたことが分かったため担任から体罰を受けた。その結果、傷害・発熱・うわごと・幻覚などを起こし、ついに初等教育さえ放棄せざるをえなくなったとして、生徒が慰籍料2,000円と謝罪広告とを請求する訴訟を起こした。この裁判においても、十数回にわたって殴打されたとする生徒側と、「机を隔てて二回ほど指頭を以て軽く」叩いただけで、生徒側が訴える傷害は、ドッジボールの激突や結膜炎・中耳炎・結核性肺門淋巴腺炎など別の理由のためだとする被告側の主張とが対立した。福岡地裁久留米支部での一審判決（昭和5年11月26日）は、三、四回の殴打のみを認定。また三人の医師の診察の結果、左耳鼓膜の損傷、「左側鼓膜下後部」の裂傷について二人までが体罰との因果関係を認めていたにもかかわらず、けっきょく教師の体罰によっては「何等の傷害を加えたるものにあらず」として請求を棄却したのであった。

この判決は一面では、「懲戒の手段として児童を叩く」といったことは、たとえ傷を負わせない程度のものであれ、訓育を主たる目的とする小学校教員の執るべき「穏当なる処置」とは言えないとのべている。これは結果的に、傷さえ負わさなければ体罰も懲戒手段として許されるという大審院見解に疑問を呈することになっている。しかも今回の事件の場合、印鑑を自分で押してきたというだけで、他に何等「教員に対し侮辱反抗等不遜の態度」に出たわけでもない「体質虚弱」の児童であったのである。そこで判決は、「教育者本然の使命に鑑み聊か冷静を缺きたるの感なしとせず」と述べて、教師の「自省」を求めたのである。

それなら損害賠償を認めるべきなのに、結論は一転して、児童を叩いた行

為は少し穏当ではないが「懲戒権の範囲内の行為」として「是認」せざるをえず、児童がうけた「精神的苦痛」に対しても教師は責任を負う必要はないとの、慰藉料請求の棄却であった。つまり生徒の「精神的苦痛」まで認識されながら、しかし「懲戒権の範囲内」ということで無視されてしまったのである³⁸⁾。

この論理飛躍を橋渡しするために利用されたのは、親子関係からのアナロジーである。判決は言う。「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩く」くらいは、「父兄」がその保護下の「子弟」に対し懲戒の方法としてしばしば使う事例であるので、小学校教員が「斯る程度の力を加ふることを得ず」とするのは「社会通念上妥当なる見解」とはいえないと。

当時の「民法」親族編（明治31年公布施行）には、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範囲内ニ於テ自ラ其ノ子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ懲戒場ニ入ルルコトヲ得」（882条）とあった³⁹⁾。明治21年の「身分法」第一草案には存在した「過度ノ懲戒ヲ加フルヲ得ス」との但書きが削除されていたけれども、もちろんいかなる懲戒でも容認されていたわけではなく「必要ナル範囲内」という制限が付いていた。この「必要ナル範囲内」に関して、1904（明治37）年2月1日の大審院判決は、「(いかなる場合でも) 死ニ至シ其身体ニ創傷ヲ負ハシメ又ハ其健康ヲ害スルガ如キ所為ハ断ジテ之ヲ避止」すべきで、懲戒の手段・方法は「苟クモ常識アル人」が「残忍酷薄」と認めないものでなければならないとの見解を示し、二本の棒で子の喉を挟み「呼吸困難ノ苦悶」に陥らせたまま数時間放置した懲戒は、身体に傷を負わせたわけではないけれども、「正シク法律ノ許サハル残酷ノ処為」であると「刑法」323条（制縛監禁罪）の成立を認め、もって被告の上告を棄却していた⁴⁰⁾。

教師の生徒に対する体罰を、親の懲戒権とのアナロジーから正当化する考え方は、学監マレーの「日本教育法」（明治10年）や1854年「ペンシルベニア州学校法」（文部省『米国学校法』下、明治11年）に見られる。しかし他方、1890（明治23年）「小学校令」に関する文部省部内向け解説「新法令取調要領」は、この考え方を否定する立場に立っていたし⁴¹⁾、伊澤修二もまた

すでに、教師には生徒を訓戒する権利はあっても、父母と違って生徒の「身体ヲ保衛スルノ責」はなく、したがって体罰の権利などないと、この考え方を否定していた⁴²⁾。

1929（昭和4）年の福岡地裁久留米支部判決が、いままたこの親子関係アナロジーを援用したのは、はっきりとした体罰禁止条項をもつ「小学校令」の世界のなかで体罰を容認しやすくするためであったと考えられる。父母による「残酷」な懲戒行為を禁じた1904年大審院判決（前掲）も、懲戒の手段として「制縛監禁」「殴打」という体罰自体は容認していたからである⁴³⁾。しかしその場合でも、傷を負わせる体罰は認められないので、生徒の負傷は教師の体罰によるのではないことにしなければならない。こうして両者の因果関係は久留米支部判決では、利谷信義が「かなり教師側に有利な事実認定がなされた印象をうける」と評しているように⁴⁴⁾、非常に無理して否定されざるをえなかった。原告生徒側は控訴したが、後に取下げた。

ところで既述のように、1900（明治33）年「小学校令」に「懲戒」条項という法令上の根拠が新設され、しかもそこで禁じられている「体罰」からはすでに1890（明治23）年段階で例示が消されて定義が曖昧になっていたため、「傷を与えない限り体罰ではない」との体罰容認論が生みだされてきたのであった。そしていまここで新たに注目しなければならないのは、この「懲戒」条項と、「刑法」（明治40年4月24日、法律45号）の第35条「法令又ハ正当ノ業務ニ因リ為シタル行為ハコレヲ罰セス」⁴⁵⁾とをドッキングする発想である。

例えば刑吏による死刑執行という殺人行為も、外科医による手術という傷害行為も、それらが犯罪にならないのはこの「刑法」35条があるからである。教師の懲戒という名の暴力行為についても同様に考えようというのである。この発想が最初に出てきたのは、恐らくすでに見た大正期の江東小学校体罰事件裁判での被告弁護側上告趣意であったと思われる。というのは、明治時代の刑法解説書で、35条の「法令行為」の例として「民法」による親権者の懲戒をあげる例はあっても⁴⁶⁾、「小学校令」47条の懲戒をあげているものはないからである⁴⁷⁾。35条について特に研究した書も、「懲戒権の行使」以上

に詳しくは論じていない⁴⁸⁾。

大審院の判決はこの論点については全く触れなかったが、その後、刑法解説書はいわゆる「法令行為」の例の一つに小学校教員の懲戒を入れるようになっていった。ただ、親権者と小学校校長教員の懲戒を「国家的作用」ではないが「社会生活及び文化に役立つものとして是認」される行為、つまり「社会的作用」の一つとする説⁴⁹⁾、同様にそれらを「職務行為」「警察許可ニ基ク行為」から区別される「教育行為」と分類する説⁵⁰⁾、逆に「懲戒」を親権者のみに限定し小学校教員や感化院長等の懲戒は「職務行為」に分類する説⁵¹⁾など、同じ「法令行為」とはいつても、小学校教員による懲戒の位置づけについては異説があった。

しかしいずれにしても、「刑法」35条が規定する「法令行為」によって容認されるのはあくまで「懲戒」行為であって、その依拠する同じ法令が同時に禁止している体罰までもがすぐに容認されるわけでは決してない。

ところがある大審院検事によれば、「小学校教師ハ小学校令第四十七条ニ依リ生徒ニ対シ懲戒権アリ、従ツテ是等権利ノ範囲内ナルニ於テハ、タトヒ暴行、監禁等ニ涉ルコトアリトスルモ法令行為タルモノトス」と、公序良俗の範囲内という条件つきながら、教師の「暴行」までもが容認されてしまうのであった⁵²⁾。

学校事故・事件に関する戦前の有名な研究書に『学校事件の教育的法律的实际研究』（昭和8年）がある。著者は十余年間の初等中等教員の体験を経たあと大学を卒業した弁護士・河野通保である。彼は、当時の学校教育の冷酷無情さ、「人権蹂躪の危険性」を論じている。しかし坂本秀夫が指摘するように、教師の野蛮さがどこに由来するのかの分析はせず、赤化教員の発見方法を紹介するなど「教師にヒューマニズムを説く著者とは別人のようである」⁵³⁾。このような矛盾は懲戒に関する記述にもはっきりと現れている。一方で「侮辱、罵言、嘲弄を浴びせて自暴自棄に陥らせるのは最も醜悪である」とか、「強圧威嚇をやる教師」のことを「低価値の者」と呼び、懲戒権の濫用を戒めていた⁵⁴⁾。ところが他方では「小学校令」47条を「教育者の懲戒権」

の「積極的根拠」,「刑法」35条を「消極的根拠」として位置づけ,教師が生徒を懲戒する際には「この二規定によつて自分は堂々其権利を行使してゐることを自覚してほしい」とのべて,続けて「懲戒権の本質」つまり「国家が法律で認めた重大な特権」について以下のように説明している。

一般人が左の様な事をすればそれぞれ罪になる。即ち

イ, 故なく他人の封書を開けば文書開披罪(刑法百三十三條)となり

ロ, 人に暴力を加へれば暴行罪(刑法二百八條)成立し

ハ, 不法に人を捕へたり監禁すれば逮捕監禁罪(刑法二百廿條)となり

ニ, 人を威脅すれば脅迫罪(刑法二百廿二條)となり

ホ, 公然他人の悪事を発いて名誉を傷つけば名誉毀損罪(刑法二百三十條)となり

ヘ, 公然他人に侮言を発すれば侮辱罪(刑法二百三十一條)となり

ト, 暴力を以て他人の物を取り上げれば強盜罪(刑法二百三十六條)となり

チ, 他人の物を毀せば器物毀棄罪(刑法二百六十一條)となり

リ, 他人の信書を隠せば信書隱匿罪(刑法二百六十三條)となる

のであるが, 教育者が生徒の教育上必要があつて是等の行為をなした場合は罪とならぬ譯である(刑法三五條)⁵⁵⁾。

まさしく教師には, 何をしても許されるといった専制君主的特権が与えられているかのごときであり, ここまでくれば, もはや体罰の単なる「容認」論ではなく, より積極的な「肯定」論である。かつて保科百助は, 子どもの「我儘氣随」の言動を制止するのに, 明治初年までは「化け物が来るぞ, 神仏の罰を蒙るぞ」と言ったのに, 明治15, 6年以後は「巡查に告発^{いづく}るぞ」と脅かすようになり, さらに近年(明治後期)になつては「学校の先生に密告^{いづく}るぞ」と変わってきたという。つまり「学校先生はこれ, 化け物以上の怖るべき者」になつたのである⁵⁶⁾。テストによる評価のことがその理由として考えられていたのであるが, 教師が「化け物以上」の存在である理由はそれだ

けでは極めて不十分であったのである。

しかしいくら「刑法」35条を援用したとしても、教師によるイからりまでの行為が罪にならないとは、法令上すぐには断言できない。言うまでもなく、「小学校令」47条の「懲戒」がこれらの行為を含むとか、これらの行為が教師の「正当ノ業務」にあたるとの明文は存在しなかったからである。「暴行」を認めるためには、禁止されている「体罰」との関係についても明らかにしなければならなかった。にもかかわらず、そのような手続きは何も経ないでこのような解釈が当然のように生み出され、現実にそうした行為が学校では容認されていたのはどうしてだろうか。

法令上の体罰禁止を無力化していった歴史的背景は、明治民法における親の懲戒権との関連で論じられている。例えば「明治民法の親の懲戒権と、明治三三年小学校令の教師の懲戒権とは、(秩序確立という)共通の性格をもつ」とか(カッコ内は引用者)⁵⁷⁾、教師の懲戒権は「学校行政上の根拠」よりも、「両親の委託を基礎とし、両親の懲戒権を根拠として発したといいうる」と説明される⁵⁸⁾。明治期にも、二つの懲戒権は「同一趣旨」によると説く教育法令書もあった⁵⁹⁾。

もちろんこうした説は無視できない。事実、1930(昭和5)年福岡地裁久留米支部判決は、親の懲戒権を援用するものであった。

しかし体罰肯定論を支えたのは、親子といった私的關係から類推される、親の代りとしての教師観のみであったのだろうか。それとは別に、公法上の権力関係に立つ教師、〈天皇の官吏〉としての教師観もあった。生徒教師関係を公法上の権力服従関係とみた美濃部達吉などの思想である。彼は「小学校令」が定める懲戒について、営造物の作用としての、民事訴訟の対象とはなりえない「公法的性質の懲戒罰」と説明していた⁶⁰⁾。

懲戒権の堂々とした行使を勧めた河野通保の教師観の本質も、けっきょくのところその著書の第一章「学校精神の中心たる御尊影と勅語に関する問題」の中の次の一文に明瞭である。

「御尊影は極めて神聖に取扱はねばならぬ。苟も其の尊厳を害する様なことがあればそれのみで我が帝国の教育者たる資格は失ふのみならず国法は直ちに峻嚴の制裁を加へるであらう」⁶¹⁾

小学校教員を含め公立学校教員はすべて、勅令218号（明治24年）により待遇官吏であり、待遇官吏は官吏と全く同様に、直接間接に天皇によって任命され「国家ニ対シテ公法上ノ特別服従関係」に立ち、したがって「一ニ国家ノ権力ニ服従シ国家ニ対シテ一般臣民ノ如ク其ノ自由ヲ主張シ得サル身分」にあった⁶²⁾。一方、官公立学校という営造物の利用者である生徒も、「特別ノ服従関係」の下に置かれると考えられた。本来、営造物というのは、直接に公衆の利用に供せられ「事実的ノ利益」を与えることを目的とする国や公共団体の施設のことであり、権力行使の場ではなかったが、「営造物ノ種類ニ依リテハ之ヲ利用スル者カ特別ノ服従関係ニ立ツコトアリ」とされ、学校や病院がその例とされたのである⁶³⁾。

こうした思想はプロイセンの行政法理論における特別権力関係論（das besondere Gewaltverhältnis）を導入したものである。その代表的人物であるO.マイヤーによれば、営造物のなかでも「権力・紀律」（Gewalt-und Zucht）に関するものはとりわけ公法的性質の業務と考えられ、私経済的な活動とは区別された。マイヤーはその例として兵營や監獄、救貧院、医療施設などを挙げているが、「公立学校についても同じことが言える」のであった⁶⁴⁾。また彼は、「学校や病院、郵便車、屠殺場などの事業に関与するものは誰でも、そこに留まっている限り、その個人的自由の一定部分を自から失う」とも述べて、営造物権力の説明を次のように続ける。

「そうした人は誰でも、営造物の秩序に従わねばならないが、それはその目的のために結んだ〔実際は結んでいないが〕契約上の義務のためではなく、その人を取り囲む営造物の活動自身が法的な強者であるからである」
「すべての恣意的な動きを押さえつける（unterdrücken）ために、あらゆる

るところでその背後に、営造物職員の権力行使が存在している。それが、営造物の建物管理権（Hausrecht）であり、人はそのもとに置かれるのである」（強調は原文）⁶⁵⁾。

要するにプロイセン学校法のある解説書（1933年）が言うように、「公の学校は公権力（öffentliche Gewalt）を行使する」のであり、「公の学校の学校活動は、通説によれば刑法一一三条の意味における公務執行であり、教員に対する抵抗は国家権力に対する抵抗」となるのであった⁶⁶⁾。

こうして日本でも大正期以降も、営造物の作用が公の行政作用である以上、その利用者と営造物主体とは「一種の特別権力関係」を形成すると考えられた。美濃部達吉が論じたように、「営造物の行ふ権力作用」は、教育・感化といった「倫理的作用」を目的とする営造物の場合において最も顕著となり、その命令権の範囲もいっそう「広大」となり、直接学業に関する事項以外に、居住や服装の自由の制限など、「一般の生活行動にまで命令権を及ぼし得る」のであった⁶⁷⁾。教師の懲戒権の内容の肥大化は必然であった。

自分の子が教師から体罰をうけたことを怒って訴えている親に対して、久留米支部判決のように親子関係を援用して、「お前も子を叩くことがあるだろう」と体罰を正当化することには論理的な滑稽さがあり、他方、学校という公法上の場に親子や家庭の私法的論理を持込むことは、国家教育体制にとっては不都合でもあった。

大正期の江東小学校体罰裁判に関し、次のような意見が雑誌に掲載されていた。

「軍隊教育は国家の事業なるが故に、之が教育上たとへ上官が部下に対し、体罰を加ふる事あるにもせよ、兵士の父兄の告訴を受くるが如き不権識^(ママ)の事無之と同様、小学教育も国家の事業なれば、教師が児童に体罰を加ふる事あるにもせよ、教師は父兄保護者等の申告により、刑法上の処罰を受くる事なき事」を要望する⁶⁸⁾。

〈国家の事業をしている教師の体罰には刑事上の責任を免除せよ〉というこの意見は、ある意味では「奇妙な論」⁶⁹⁾ではあるが、しかし先にみたような、「小学校令」47条と「刑法」35条とが、そしてまた営造物権力関係のことが意識されていたとすれば、決して「奇妙な論」ではなかった。

1942（昭和17）年段階でのある体罰必要論は、親による体罰教師告訴を批判して次のように述べる。

「教師と児童とその親とは公の関係にたつてその間柄を構成する。随つて親が国家の任ずる国民教育者の教育に対して私的立場より干渉干与する事は絶対に許されぬ。国家教育たる小学教師は児童を国家の命ずる所に向かつて教育するに微塵も児童の家庭の私に依つて煩はさるべきでない」「教師は児童を、その親から恰も家庭教師の如く託されるのでなく、国家を通じて託されるのである」⁷⁰⁾

学校教育に対する家庭の干渉を遮断するためには学校を家庭に擬えてはならず、正当なる公権力行使の場に、親の懲戒権アナロジーなど不必要であるばかりでなく、むしろ障害物ですらあった。

おわりに

官吏が本属上司の職務命令に絶対的な服従義務を負うのにはやむを得ない理由がある。各人がそれぞれ独自の判断をしていたのでは統一のとれた行政は不可能だからである。そこでたとえ上司の間違った命令に従った場合でも、従った本人の罪を問わないために、旧「刑法」76条や「刑法」35条が設けられたのであった。問題はそのような命令服従の権力関係を、学校という場にそのまま持込み利用者（生徒）をもそこに巻込むことの当否である。

学校も、「学校教育法」など法の目的とするところを実現する場であるから、けっきょくは行政の場であるともいえる。とすれば、学校が公立学校と

いう営造物であるかぎり、そこから権力関係をなくすことはできなくなってしまふ。

けれどももともと営造物とは、1894（明治27）年段階における一木喜徳郎（当時、帝国大学教授）によれば、私人の力の及ばない場合に「人民ノ発達ニ必要ナル条件ヲ備フル」ために国家が設けるものであり、それは「命令」による「警察機能」に対置されるべき性質のものであった。したがって営造物は「命令権ノ作用」を持たず、また地方団体の担うべき重要な機能こそ営造物行政であった。一木は学校を国家の営造物として暗示してはいたが、その学校において「業ヲ授クルハ毫モ命令権ニ関係ヲ有スルコトナシ」と断言していたのである⁷¹⁾。明治期の教育書のなかにもこの考え方に従って、小学校のことを「国家命令権ノ作用ニ依ラズ、直接ニ公衆ノ利益ニ供スル営造物ノ一ナリ」と定義するものもあった。学校には生徒への命令権や懲戒権があるので多少は命令権を行なうように見えるが、「直接ニ臣民ノ国家ニ対スル、服従関係ニ基クモノニアラズシテ、営造物ノ主タル作用ニアラザルナリ」と⁷²⁾。

戦後、一般行政から教育行政が独立したのは何のためであったのか、よく考えてみる必要がある。コメニウスやフレーベルが目指したような愉快で楽しい楽園として学校が蘇生するためには、まず何よりも非権力的な本来の営造物定義にもどり、生徒を命令服従の権力関係から解放することが先決条件となろう。図書館や博物館あるいは公民館を、それらが営造物であるからという理由で特別権力関係の場とする考え方は、現在は通用しないのであるから。

ところがその戦後においても、「刑法」35条が規定する正当な行為の中に教師の懲戒行為も含まれることが刑法学界で一般に認められている。そして学校での体罰についても、教師の人格で秩序を保つべきではあるけれども、「現実の問題としては、最小限度の体罰を用いることがやむをえない措置として是認されなければならないような事例も否定しがたい」として、体罰行為がただちに「刑法」35条の適用を排除されるものでないことを認めたらうと、改めてその体罰が社会通念上相当であるかどうか判断すべきであるとの

説もある。この説は、外形的には犯罪の構成要件をそなえている行為でも、「健全な社会通念」によって「日常性、通常性」が認められ、「何ら処罰感情を喚起することがないもの」については罪にしないという「社会的相当性」を重視するものである⁷³⁾。

1981（昭和56）年4月1日の水戸五中体罰事件東京高裁判決は、被告教師側が証拠提出したこうした主張を容れて、被告教師の行為はもし「見ず知らずの他人」に対してなされたならば「有形力の不法な行使として暴行罪が成立する」ことを認めながら、刑法35条により違法性が阻却され暴行罪は成立しないと逆転無罪の判決を下したのであった⁷⁴⁾。

退学・停学・訓告の処分以外の懲戒の内容は法令上明確でない。しかし「形式的に職権ないし権利の行使の行為であっても、それが濫用にあつたときは、もはや違法性は阻却されない」⁷⁵⁾はずであり、学校教員の懲戒についても「その許容性の限界」が「具体的な場合における懲戒の必要性とそのための手段および結果」から問題とされなければならない⁷⁶⁾。そして繰り返されるが、刑法35条の「法令行為」として違法性が阻却されるのはあくまで「懲戒」の行為であつて、戦前も戦後も当該法令はわざわざその「懲戒」の中から「体罰」を除外しているのである。監禁・暴行や脅迫、文書開披、名誉毀損などまで正当な懲戒行為の中に含めた戦前の考え方は、「基本的人権尊重を基調とし暴力を否定する日本国憲法」（1955年5月16日、体罰の暴行罪該当を認めた大阪高裁判決）の下では、もはや許されることではないであろう。

注

- 1) 牧柁名・今橋盛勝・林量俣・寺崎弘昭編著『懲戒・体罰の法制と実態』（学陽書房、1992年）33頁。
- 2) 同上書、34頁。
- 3) 利谷信義「親と教師の懲戒権」『日本教育法学会年報④』（1975年）197頁。
- 4) 牧・今橋・林・寺崎、前掲編著、5～6頁。
- 5) 竹中「明治初期文部省刊行雑誌における体罰否定論の紹介」『教育学年報②』

体罰法禁下における体罰正当化の論理

- (世織書房, 1993年9月) 225頁。
- 6) 牧・今橋・林・寺崎, 前掲編著, 37頁以降, および廣田照幸「大正期における一体罰事件をめぐる議論の展開」『教育学年報①』(世織書房, 1992年9月) 参照。
 - 7) 「生徒殴打事件」『教育時論』明治30年3月5日, 「生徒殴打事件につき」同誌, 明治30年3月25日。
 - 8) 尾川正二「旧軍隊の教育と機構」桃山学院大学教員有志『十五年戦争の証言』(1985年) 122頁, 123頁。
 - 9) 海原徹『明治教員史の研究』(ミネルヴァ書房, 1973年) 134頁。詳しくは, 水原克敏『近代日本教員養成史研究』(風間書房, 平成2年) 579頁参照。
 - 10) 水原克敏, 前掲書, 584頁。
 - 11) 野口援太郎「師範教育の変遷」国民教育奨励会『教育五十年史』(民友社, 大正11年) 371頁, 372頁, 373頁。
 - 12) 唐澤富太郎『教師の歴史』(講談社, 昭和30年) 62頁。
 - 13) 水原克敏, 前掲書, 587頁。
 - 14) 石戸谷哲夫『日本教員史研究』(講談社, 昭和42年) 327頁。
 - 15) 掛本勲夫「徴兵令と教育」, 鈴木博雄編著『日本近代教育史の研究』(振学出版, 星雲社発売, 1990年) 571～572頁。
 - 16) 大久保利謙編『森有礼全集①』(宣文堂書店, 昭和47年) 676頁, 677頁。
 - 17) 守屋荒美雄『法令上より観察したる小学校教員』(六盟館, 明治40年) 195頁。
 - 18) 廣田照幸「大正期における一体罰事件をめぐる議論の展開」『教育学年報①』(世織書房, 1992年9月)。
 - 19) 判決日は, 二審判決文では12月24日, 大審院判決文では12月28日となっている。
 - 20) 以上, 大審院判決, 横浜地裁判決については『大審院教育関係判例総集成②』(エムティ出版, 1991年) 168～177頁, 178～179頁。
 - 21) 河野通保『学校事件の教育的法律的实际研究(上)』(文化書房, 昭和8年) 239頁。
 - 22) 廣田照幸, 前掲論文, 274頁。
 - 23) 松本順吉(文部書記官)『小学校令並小学校令施行規則註釈』(明倫館, 明治34年) 78頁。その他, 豊田五郎(師範学校教諭)『小学校令詳解』(集英堂, 明治33年) 65頁, 草刈融(法学士)『小学校教員之法律関係』(松華堂, 明治39年) 109頁, 守屋荒美雄『法令上より観察したる小学校教員』(六盟館, 明治40年) 211頁など。
 - 24) 山路一遊『学校管理法』(金港堂, 明治39年) 193～194頁, 渡辺辰次郎(広島

高師教授)『実験学校管理法』(宝文館, 明治44年) 459頁, 篠田利英(東京女高師教授)・西山愨治(ドクトル・オブ・ペダゴジー)『新撰学校管理法教科書』(三省堂, 明治44年) 193頁など。

25) 泉二新熊『日本刑法論下巻(各論)』(有斐閣, 大正13年増訂35版) 525~526頁。

26) 美濃部達吉『評釈公法判例大系(下)』(有斐閣, 昭和8年) 309頁。

美濃部は中等学校では「身体刑」は許されないといい, 実際, 中等学校での体罰が訴訟対象となった裁判記録は戦前にはない。しかしそのことは, 中等学校での体罰が存在しなかったことを意味しない。「教育令」時代は中等学校を含めて「凡学校ニ於テ」体罰が禁止されていたのであるが, 「教育令」が廃止され体罰禁止条項が「小学校令」に引き継がれた段階で, 中等学校での体罰禁止条項は消えてしまい, 訴訟の根拠法令が無くなったのである。例えば「中学校令施行規則」(明治34年3月5日)で「学校長ハ教育上必要ト認メタルトキハ生徒ニ懲戒ヲ加フルコトヲ得」(53条)と懲戒条項が設けられたが, 体罰禁止の但書きはなかった(明治34年3月22日「高等女学校令施行規則」31条で準用)。

27) ただし, 『日本行政法(下)』(有斐閣, 昭和15年)では体罰は否定されている(764頁)。

28) 以上, 一審判決文から。大審院蔵版『大審院民事判例集⑧』(法曹会, 昭和4年) 296~297頁。

29) 以上, 二審判決文から。前掲『大審院民事判例集⑧』298~300頁。

30) すでにこの当時の「市町村義務教育費国庫負担法」(大正12年3月28日改正)では, 市町村立尋常小学校教員俸給の一部は, 毎年度4,000万円を下らない範囲で国庫が負担することになっていた(1条, 2条), この主張は不正確である。

31) 竹中「徳島遊動円木裁判にみる戦前公立学校の性格」『桃山学院大学人間科学』第3号(1992年)参照。

32) 以上, 大審院判決文から。前掲『大審院民事判例集⑧』288~295頁。

33) 美濃部達吉, 前掲書, 315~317頁。

34) 竹中, 前掲「徳島遊動円木裁判にみる戦前公立学校の性格」90~91頁。

35) 『大審院教育関係判例総集成④』(エムティ出版, 1991年) 336頁。なお再控訴審では区に賠償責任ありとされ(大正9年11月5日), 区の上告も棄却されて(大正10年6月28日), 生徒両親側の勝訴が確定した。なお再控訴審判決日は, 再控訴審判決文では11月29日, 再上告審判決文では11月5日となっているが, 5日が正しい(『読売新聞』大正9年11月6日)。

- 36) 末弘巖太郎「小学校代用教員の不法行為と市町村の責任」『法学協会雑誌』48巻7号(昭和5年)168~172頁。
- 37) 「生徒殴打事件」『教育時論』明治30年3月5日,「生徒殴打事件につき」同誌,明治30年3月25日。
- 38) 教育判例研究会編『学校事故・学生処分判例集②』(ぎょうせい,昭和47年)860~866頁。
- 39) 現「民法」にも同様の条項がある。「親権を行う者は,必要な範囲内で自らその子を懲戒し,又は家庭裁判所の許可を得て,これを懲戒場に入れることができる」(822条1項)。
- 40) 『大審院教育関係判例総集成①』(エムティ出版,1991年)144頁,145頁。
- 41) 竹中,前掲「明治初期文部省刊行雑誌における体罰否定論の紹介」215頁。
- 42) 伊澤修二『学校管理法』(丸善商社書店,明治15年)31頁。
- 43) 重松一義『少年懲戒教育史』(第一法規,昭和51年)は,1901(明治34)年「感化法施行規則」について「ある意味で感化院に教育的配慮ある所を示す適切な指示ともなった」とし,その例の一つに「八,体罰を施す場合は最も重大なる悪行あるに非ざればこれを科せざることを可とす」をあげている(381~382頁)。牧・今橋・林・寺崎の前掲編著はこれを再引用して逆に,「感化院での体罰を最終的には認めている」と消極的評価を与えている(36頁)。けれども「感化法施行規則」(明治34年8月6日,内務省令23号)自体にはそのような条項はなく,第7条に「在院者ニ対スル懲戒及検束ノ方法ニ付テハ内務大臣ノ許可ヲ経テ地方長官之ヲ定ムヘシ」とあるのみである。引用されたのは,どこかの府県のものであろう。
- 44) 利谷信義「旧法制下における体罰事件」『教育判例百選<第二版>』(別冊ジュリスト64号,1979年9月)121頁。
- 45) 旧「刑法」(明治13年7月17日,太政官布告36号)76条「本属長官ノ命令ニ従ヒ其職務ヲ以テ為シタル者ハ其罪ヲ論セス」の改定。
- 46) 例えば,山田正賢『改正刑法講義』(非売品,明治40年)262頁。
- 47) 磯部四郎『改正刑法正解』(六合館,明治40年),林儀一郎『改正日本刑法講義』(修学堂書店,明治40年),和田干城『改正刑法刑事訴訟法講義』(精華堂書店,明治41年),秋野沆編『改正刑法刑事訴訟法註釈大全』(修学堂,明治41年),斎藤孝治・大原弥一郎『改正日本刑法積義』(青木嵩山堂,明治42年),諸法会編『勝本(勘三郎)博士刑法講話』(巖松堂書店,明治45年)など。
- なお草刈融『小学校教員之法律関係』(松華堂,明治39年)にはすでに,放課

後の留置などは刑法上の監禁罪にみえるが、「教員ノ行為ハ師弟関係ニ基ク権利者ノ行為」であるので監禁罪にはならないとの記述がある（109頁）。しかし刑法35条に直接言及してはいない。

- 48) 黒田誠『行為の違法』牧野英一編『刑事学叢書』第二編所収（有斐閣，大正5年）31頁。同書の第三版（大正13年）も同じ。
- 49) 小野清一郎『刑法講義』（有斐閣，昭和7年）122頁。
- 50) 瀧川幸辰『刑法講義』（法友会，大正15年）109～110頁。
- 51) 宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房，昭和7年）89頁。
- 52) 平井彦三郎『刑法論綱（総論）』（松華堂書店，昭和5年）381頁。
- 53) 坂本秀夫『生徒懲戒の研究』（学陽書房，昭和57年）72頁。
- 54) 河野通保『学校事件の教育的法律的实际研究（上）』（前掲）262頁。232頁。
- 55) 同上書，233頁。
- 56) 須藤實『にぎりぎん式教育論（下）五無齋保科百助・その思想と生涯』（銀河書房，1987年）225頁。226頁。
- 57) 利谷信義，前掲「旧法制下における体罰事件」122頁。重松一義『少年懲戒教育史』（前掲）も同様（385頁）。
- 58) 莊子邦雄『刑法総論』（青林書院新社，1969年，1971年第4版）322頁。
- 59) 守屋荒実雄『法令上より観察したる小学校教員』（前掲）203頁。
- 60) 美濃部達吉『日本行政法（下）』（有斐閣，昭和15年）646頁。
- 61) 河野通保，前掲書，8頁。
- 62) 松浦鎮次郎『教育行政法』（東京出版社，明治45年）155頁。
- 63) 同上書，316頁。
- 64) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Teil, Leipzig, 1896, S.322, S.336.
- 65) *Ebenda*, S.336.
- 66) 兼子仁『教育法〈新版〉』（有斐閣，昭和53年）143頁。

なおここで言及されているドイツ刑法（Strafgesetzbuch, 1871.5.15）第113条というのは，次のような条文である。「法律や，行政官庁の命令・規定，あるいは裁判所の判決・処分を執行する権限を有する公務員が，合法的にその職務を遂行するに際して，暴力によって，あるいは暴力を伴った威嚇によって抵抗した者，あるいはそのような公務員が自分の職務を合法的に遂行中に暴力を加えた者は，2年以下の自由刑（Gefängnis），あるいは500ターレル以下の罰金刑に処す（第1項）（Reichs-Gesetzblatt, S.149）（国会図書館蔵）。

体罰法禁下における体罰正当化の論理

- 67) 美濃部達吉『日本行政法（下）』（前掲）643～645頁。
- 68) 金原善三郎「教育時論記者足下」『教育時論』（大正4年7月5日）。
- 69) 廣田照幸，前掲論文，279頁。
- 70) 草場弘『国民学校師道論』（清水書房，昭和17年）322頁。牧・今橋・林・寺崎，前掲編著（47～48頁）から教示を受けた。
- 71) 一木喜徳郎「日本行政法ニ於ケル营造物ノ観念」『国家学会雑誌』第8巻第93号（明治27年11月15日）。
- 72) 草刈融『小学校教員之法律関係』（松華堂，明治39年）6頁，7頁。
- 73) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂，昭和50年）187頁，126頁。『刑法講義各論』（弘文堂，昭和51年）では，暴行と認められる場合でも「違法性阻却事由」に当たる事例に「懲戒権の行使」が含まれている。相手に「無用な被害」を与えないようにする注意義務はあるが，「殴打そのものは本来正当」であるという（197頁）。
- 74) 今橋盛勝・安藤博編『教育と体罰〈水戸五中事件裁判記録〉』（三省堂，1983年）366頁，370頁から。
- 75) 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社，1957年，1990年改訂第3版）203頁。
- 76) 中山研一『刑法総論』（成文堂，昭和57年）292頁。

Justification of Legally-Prohibited Corporal Punishment in Japanese Schools

Teruo TAKENAKA

ABSTRACT

Following the Meiji Restoration, corporal punishment in schools was prohibited by government ordinance in 1879. However, its definition became very vague after specific examples disappeared from the ordinance in 1890. Subsequently, a clause concerning disciplinary punishment was newly added to the ordinance.

As a result, the point of view was born that violence as a disciplinary punishment would be permitted if it did not inflict any injury upon pupils. This justification of corporal punishment was supported on the one hand by the idea that the teacher was acting as substitute for parents, and on the other hand by the idea that the teacher was a governmental official who exercised authority over the people.

Eventually, in the period of Showa fascism, the former idea, which had been justified by relating the teacher-child relationship to the blood relationship between parent and child, came increasingly to be replaced by the latter idea, which premised a special power relation (*das besondere Gewaltverhältnis*).