
スクール・コンプライアンスからみた学校教育における 懲戒と体罰の範囲と限界について

樋口修資

抄録

今日、民間の企業活動以上に、学校経営における法令順守（スクール・コンプライアンス）の重視が求められている。こうした中で、学校教育法上、体罰が禁止されているにもかかわらず、学校における体罰事案が増大し、深刻化していることは、スクール・コンプライアンスの観点からも由々しい事態といえる。

本論考では、学校における体罰事案が根絶されない背景にある学校と教員の根深い体罰容認論を支えている、教員の幅広い裁量による「教育的懲戒」の手段の行使に焦点を当てつつ、「懲戒と体罰の範囲と限界」についての検証を行い、児童生徒の「最善の利益」に立って、体罰についての厳格な解釈と取扱いがなされるべきことについて考察するものである。

キーワード

スクール・コンプライアンス 懲戒と体罰に関する法制 親の懲戒権と教師の懲戒権
懲戒と体罰の範囲と限界 部活動における「体罰」

1 スクール・コンプライアンスと学校教育活動

(1) 民間の企業活動等においては、近年、「コンプライアンス」(法令順守)が重視されている。企業等の法令順守重視の背景には、企業等が法令に違反した行為・活動を行った場合、消費者・顧客、株主、社員そして広く社会一般の信用と信頼を失い、企業の事業活動を継続することが困難となり、経営破綻という結果を招くこともありうるからである。このため、企業等においては、日頃から、経営陣はもとより、すべての社員・従業員に対して事業活動の展開に当たって、コンプライアンスに従うよう、その徹底を図っているのが現状である。

一方、公教育制度の整備・運営に関わる教育行政の領域においても、「コンプライアンス」の重視が課題とされている。

教育行政は、公教育制度を国家の統治権の一環として、国家が自己の一行政作用として

取り上げることによって成立したものであり、その作用は、教育政策として議会によって定立された法に則って行政主体である国又は地方公共団体が教育政策を具体的に実現する作用であると定義付けることができる。

それゆえ、国民の教育意思が法律の形で議会によって制定され、憲法・教育基本法をはじめ数々の教育法令に基づき、教育行政はこれらを誠実に執行する責任があるのであるから、このような「公共性」の極めて高い教育行政においては、民間の企業活動以上に「法令順守」(コンプライアンス)が求められるのである。

教育基本法第6条では、法律に定める学校は、「公の性質を有する」ものであることが規定され、国公立の学校における教育事業が高い公共性を有することを明らかにしている。このような公共性の高い学校教育の事業活動に責任を有する学校の校長をはじめ教職員には、学校教育事業の展開に当たって、憲法・教育基本法をはじめ様々な教育法令に基づき適正に執行する教育責任、すなわち、「スクール・コンプライアンス」に基づく学校経営が強く求められているのである。

しかしながら、学校教育の現場においては、学校教育活動に係る法令順守(スクール・コンプライアンス)が十分徹底されていない現状が見受けられることも事実である。

例えば、各学校で編成実施される教育課程の国としての基準である「学習指導要領」は、「(一略一)各教科、道徳及び特別活動の内容に関する事項は、特に示す場合を除き、いずれの学校においても取り扱わなければならない」(中学校学習指導要領第1章総則第2内容等の取り扱いに関する共通的事項1)、「すべての生徒に履修させる各教科・科目は次のとおりとし、その単位数は、第2款の2に標準単位数として示された単位数を下らないものとする。」(高等学校学習指導要領第1章総則第3款各教科・科目の履修等1(1))と明らかにしていることは周知のところである。

しかしながら、平成18年頃、全国の高等学校で相次いで明らかとなったように、教科「地理歴史」のうち「世界史」の科目を生徒に必履修させることが学習指導要領上求められているにもかかわらず、進学対策を理由として、少なからずの高等学校において「世界史」の未履修問題が発覚したことは、法規たる学習指導要領に従い学校においては教育課程を編成・実施すべき責任があることから、スクール・コンプライアンスの観点から問題事例といえる。

また、学習指導要領においては、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」(小学校学習指導要領第6章特別活動第3指導計画の作成と内容の取扱い3)とされているにもかかわらず、学校の儀式的行事において、法的拘束力を有する学習指導要領における取扱いを順守しない教職員が一部見受けられることも、法令を順守すべき教育公務員の服務上の義務を懈怠するものであり、問題事例といえる。

さらに、「教育を通じて国民全体に奉仕する教育公務員の職務」(教育公務員特例法第1条)の特殊性＝高い公共性から、教育公務員には、争議行為の禁止(地方公務員法第37条)や政治的行為の制限(同第36条)の規制が課されているが、教育公務員の信用失墜行為(同第33条)などと併せて、未だこれらに関して不祥事が根絶されていない状況にあることは、スクール・コンプライアンスの観点からみて由々しいことである。

なお、学校管理下における児童生徒のいわゆる「学校事故」に関しても、教員が注意義

務や予見義務を欠いたことにより、児童生徒に人身事故が生じる事例が少なからず発生しており、児童生徒が安全安心な学校生活を送ることができるよう、学校と教員の安全配慮義務の遵守が求められている。また、学校プールの排水溝などが安全性を備えていない故に生じる児童生徒の溺死事故や校舎の屋上などからの転落事故などの痛ましい事例も、学校の施設設備の安全確保に対する学校側のコンプライアンスの順守が求められる一好事例であろう。

(2) さて、スクール・コンプライアンスに関して、この論文が研究課題とする「学校教育における懲戒と体罰の範囲と限界」についても、スクール・コンプライアンスの観点から多くの問題を含む事例が提供されている。

すなわち、学校教育法第11条により、学校の校長及び教員は、児童・生徒・学生に対して体罰を加えることは法律上禁止されているにもかかわらず、昭和22年の学校教育法制定以来、一貫して学校教育における体罰事案が跡を絶たない現状にあることはスクール・コンプライアンス上、由々しき事態であるといえる。

文部科学省が実施した「公立学校教職員の人事行政の状況調査」(平成23年度)においても、体罰を行ったことにより当事者責任として懲戒処分を受けた教育職員の数 は126人、訓告等を含めた懲戒処分などを受けた教育職員の数 は404人に上り、過去10年間毎年ほぼ400人前後の公立学校教育職員が体罰により懲戒処分等を受けていることがわかる。この調査により懲戒処分等を受けた教育職員については、学校における体罰事案の報告があったなかで懲戒処分等がなされたものの総数であり、公立学校における体罰事案の総数そのものは、これを上回っていることが予想される。

学校における体罰事案の現状については、平成25年3月、児童生徒に対する体罰の実態を把握し、体罰禁止の徹底を図るため、文部科学省が行った全国調査(国公私立の小・中・高校、中等教育学校、特別支援学校、高等専門学校を対象として平成24年度に発生した体罰の状況を調査)において、体罰の発生学校数は、4,152校、発生件数は6,721件に上り、体罰により被害を受けた児童生徒数は、14,208人という数字が報告されている。また、体罰時の状況として、小学校においては、「授業中」の発生件数が一番多く922件(59.1%)であるのに対し、中学校、高等学校では、「部活動」中の発生件数が一番多い(中学校で1,073件(38.3%)、高等学校で948件(41.7%))という特徴があり、学校教育における体罰問題は、学校管理下における教育活動に広がりを見せていることが推察される。また、体罰の態様についても、「素手で殴る」4,101件(61.0%)、「棒などで殴る」353件(5.3%)、「蹴る」617件(9.2%)、「投げる・転倒させる」179件(2.7%)、「殴る及び蹴る等」410件(6.1%)、「その他」1,061件(15.8%)と児童生徒への身体に対する侵害が加えられ、これらによる体罰の被害の状況として、児童生徒が「骨折・捻挫」、「鼓膜損傷」、「外傷」、「打撲」、「鼻血」などの身体上の危害を加えられており、深刻な状況にあるといえる。これらの体罰事案は、決して教育上の懲戒としての「愛のむち」などといえるものではなく、教員に許されている懲戒権の範囲を逸脱した児童生徒への身体的な侵害行為であり、児童生徒の人権を侵害するばかりではなく、児童生徒の安全安心な学校生活の確保に対する保護者の期待を裏切るものである。

本論考では、今日学校教育における喫緊の課題となっている「懲戒と体罰の問題」について、親権における懲戒権の範囲と限界並びに学校教育における教員の懲戒権との差異の

検証を含め、学校教育における懲戒と体罰の範囲と限界についてスクール・コンプライアンスの観点からこれを検証・考察しようとするものである。新しい時代の学校教育は、あくまでも「児童の最善の利益」(児童の権利に関する条約)を図るために営まれるものであり、学校生活における児童生徒の非違行為に対しては、学校の設置目的において許容される範囲内において、教育上の配慮を踏まえた「懲戒」という教育上の措置により対処することが基本であって、いかなる場合にあって、児童生徒の身体への侵害や肉体的苦痛を与えるような行為としての「体罰」を行使してはならないという学校文化を育んでいくものでなければならないことを学校教育関係者にしっかりと認識していただくことを強く期待したい。

2 親権における懲戒権と学校教育における懲戒権との差異

(1) 親権における懲戒権の範囲と限界について

民法第820条は、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育する権利を有し、義務を負う。」と規定し、原則として父母が共同して行使する「親権」(民法第818条第3項)の内容としての子の身上に関する権利義務の性格は、子への支配的権能ではなく、「子の利益のために」必要な監護・教育が行われるべきものであることを明示している。

その上で、民法第822条第1項では、「親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。」と規定し、「親の懲戒権」は、親が子に対して有する監護・教育の権利及び義務の遂行のために認められたものであり、子の監護・教育のために「必要な範囲内」で懲戒することができるものであることを規定している。

したがって、親の懲戒権は、親の子に対する監護・教育の目的を達成するために認められたものであることからして、その目的達成のために「必要な範囲内」でのみ許容されるものであることは明らかである。

この範囲を逸脱して過度な懲戒を加えたときは、親権喪失(民法834条)の原因となったり、子に対する不法行為による損害賠償責任の問題が生ずることがあり、また、場合によっては、傷害罪(刑法第204条)、暴行罪(同第208条)、逮捕監禁罪(同第220条)などの犯罪を構成することもあるとされる¹⁾。

また、児童福祉法では、「保護者が、その児童を虐待し、著しくその監護を怠り、その他保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する場合」には、都道府県はその子を児童福祉施設に入所させるなど一定の措置をとることができること(第28条第1項)とされ、親の懲戒権の濫用に対する歯止め措置が講じられている。

わが国では、長い間、子の「監護教育のためには、時に、「愛の鞭」を必要とする。」²⁾という社会通念が根強くあり、また、民法上、懲戒権の行使の手段が特に制限されていないことから、ややもすると、子に対する監護教育の必要上、「しつけ」と称して子に対する身体的・精神的侵害行為が許容される風土があったといえる。しかし、今日、家庭における児童虐待の問題が大きくクローズ・アップされる中で、親の懲戒権の行使は、あくまでも口頭での説諭をもって、子に対して懲戒を加えることを原則とすべきである。仮に、しつけ・訓育上やむを得ず一定の有形力を行使する場合においても、いやしくも子の心身に

傷害を来すような「児童虐待」に及ぶことがないよう、「子の利益のために」真に必要な範囲で有形力が行使されるべきものであって、その行使においても、顔面や頭部への殴る・叩くなどの行為や身体を蹴るなどの暴行行為にわたることがないよう、親の有形力行使にはおのずから限度（「必要な範囲」での懲戒の限界）があるものと解されよう。

周知のとおり、「児童虐待の防止等に関する法律」では、「児童虐待」の定義として、①児童の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること、②児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること、③児童の心身の正常な発達を妨げるような著しい減食又は長時間の放置など保護者としての監護を著しく怠ること、④児童に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応、児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うことが挙げられており（第2条）、このような児童虐待がおよそ親の懲戒権の範囲にとどまるものでないことは明らかである。親の親権の内容としての懲戒権の行使において、子の監護教育のための必要と称して子への身体的・心理的侵害行為等を行うことは許されないのである。

（2）親の懲戒権と教師の懲戒権との差異

親の懲戒権と教師の懲戒権との関連について、牧 証名（1992）は、「戦前においては、教員の懲戒権は親の子に対する懲戒権のアナロジーとしてとらえられていただけではなく、教員の懲戒権は公権力の行使として特別権力関係に基づくものとされていた。」と指摘し、戦前においては、教員の懲戒権は、「親代わり」(in loco parentis) として行使されるものであったとしている³⁾。

明治33年8月20日の小学校令改正では、「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体罰ヲ加フルコトヲ得ス」と規定され、明治23年10月7日の小学校令第63条の規定（「小学校長及教員ハ児童ニ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」）とは異なり、教師が教育上必要と認める場合には児童に対し懲戒を行うことを法令上認めるものであった。

これを判例で確認すると、久留米小事件福岡地裁判決（1930・11・26）において、「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩くが如きは夫の父兄が其の保護の下にある子弟に対し懲戒の方法として屢々施行し居れる事例にして此の事例に照らせば児童の保護訓育に任ずる小学校教員が児童に対し懲戒の手段として斯る程度の力を加ふことを得ずと為すは社会通念上妥当なる見解と謂うを得ざればなり」⁴⁾と判示されているように、親の懲戒権の事例に照らし教師の懲戒権も同一に認められるものとしている。

親の懲戒権が、子の監護・教育に必要な範囲内でその行使が認められ、民法上、懲戒の手段が特に規定されていないことと比べ、教員の懲戒権については、懲戒の手段として体罰をしてはならないことを明文化している以上、自ずと親の懲戒権と教師の懲戒権の内容と程度には差異があるといえる。

したがって、久留米小学校事件福岡地裁判決のように、「小学校教員が児童に対し懲戒の手段として斯る程度の力を加える」ことは社会通念上許容されるものであるとの判示は、親の懲戒権と教師の懲戒権を同一視するものであって、学校の教員には認められていない有形力の行使＝体罰を、「親代わり」の懲戒権の範囲内のものとして容認しようとするものであり問題を孕むものであった⁵⁾。

戦後、学校における体罰事案のリーディング・ケースとなった昭和30年5月16日の教員体罰暴行傷害事件大阪高裁判決では、教員の生徒に対する「殴打のような暴行行為は教育上必要があるとする懲戒行為としてでも、その理由によって犯罪の成立上違法性を阻却せしめるといような法意であるとは到底解されない」⁶⁾として、教員の懲戒行為としての殴打などの行為は、体罰に該当するとともに、刑罰法規にも触れるものであることを明らかにした。

この判決においては、親の懲戒権と教師の懲戒権との差異について次のように判示していることは傾聴に値する。

すなわち、「殴打の動機が子女に対する愛情に基づくとか、またそれが全国的に現に広く行われている一例に過ぎないとかいうことは、とうてい右の解釈（殴打の行為が刑罰法規に触れること一筆者）を左右するに足る実質的理由とはならない。」とするとともに、「所論は、親の子に対する懲戒権に関する大審院判例・・・を援用するけれども、前者の援用は主として親という血縁に基づいて教育のほか監護の権利と義務がある親権の場合、教育の場でつながるに過ぎない本件の場合とは本質的に差異のあることを看過してこれを混同するものであり、・・・ともに適切ではない。」と判示したことである。このように、親子という血縁関係に基づいてなされる親の監護教育の権利及び義務と学校教育という在学利用関係だけでつながりのある教員と児童生徒間の教育及び懲戒とは本質的な違いがあることに論及し、教員の懲戒権は「親代わり」としての権限であるとの戦前の伝統的懲戒観を払拭するものであった⁷⁾。

3 学校教育における懲戒と体罰

(1) 教員の懲戒権について

学校は、教育目的を達成するために必要な合理的範囲内で児童生徒の行為に一定の規制を加えることができ、児童生徒の学校の利用関係における規律違反に対して、学校は、教育上の必要からなされる生活・生徒指導の手段として「懲戒」を行うことが認められている。

このことを、学校教育法第11条では、「校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは、文部科学大臣の定めるところにより、児童、生徒及び学生に懲戒を加えることができる。」と規定し、実定法上も学校の校長及び教員に児童生徒等に対する懲戒権があることを明らかにしている。

明治以降の近代学校教育制度における「懲戒」の取り扱いを見ると、明治5年の「学制」では、教員の懲戒権についての明文の規定が置かれていないが、明治12年の「教育令」において、教員の懲戒とのかかわりで、第46条において「凡学校ニ於テハ生徒ニ体罰殴チ或ハ縛スルノ類ヲ加フヘカラス」と規定し、体罰禁止規定が盛り込まれた。

また、明治23年の「小学校令」では、「小学校長及教員ハ児童ニ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」(第63条)と規定され、教育令と同様の体罰禁止規定を置いたが、明治33年の「改正小学校令」では、「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体罰ヲ加フルコトヲ得ス」(第47条)と規定され、ここにおいて、初めて、学校の教員の懲戒権が明文上認められ、今日に至っているのである⁸⁾。

「懲戒」とは、親権者や教員のように子の保護、教育、監護の責にある特定の者が、その責に任ずる必要上加える一定の制裁であるとされ、懲戒は、学校における教育目的を達成するために児童生徒学生に対して行われるものであり、懲戒が学校の規律保持と生徒指導の一環としての児童生徒等への教育的効果という見地から、「教育的配慮」の下に行われるべきものであって、むしろ教育作用の一環としての性格を有していると捉えられるべきものである⁹⁾。

この点については、学校教育法施行規則第26条において、「校長及び教員が児童等に懲戒を加えるに当たっては、児童等の心身の発達に应ずる等教育上必要な配慮をしなければならない。」と規定され、教員の懲戒権の行使が、恣意的な懲戒の行為とならないよう、児童生徒の心身の発達に应じる等教育的配慮を行うなど、懲戒があくまでも児童生徒への教育的効果をねらいとして行われる教育的な措置であることを明らかにしているのである。

児童生徒等に対する懲戒には、①事実行為としての懲戒と②法的効果を伴う懲戒の2種類がある。

事実行為としての懲戒とは、子どもを叱ったり、授業中に一定の時間立たせたりするなど、法的な効果を伴わない事実行為であって、学校教育法上、校長及び教員がこれを行うことができることとされているものである。この事実行為としての懲戒と「行き過ぎた教育指導」としての体罰との範囲と限界が大きな問題であるが、これは後ほど取り上げることとする。

次に、法的効果を伴う懲戒については、退学や停学など、その懲戒の対象となる児童生徒学生が学校で授業を受けることができるという、学校と児童生徒学生との身分関係に法的な変動を及ぼすものであって、学校教育法上、校長のみがこれを行うことができるとされているものである。

法的効果を伴う懲戒については、学校教育法施行規則第26条第2項において、「懲戒のうち、退学、停学及び訓告の処分は、校長が行う。」とされ、校長が懲戒の処分を行うに当たっては、「懲戒処分を発動するに当り、右の行為が懲戒に値するものかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶべきかを決するについては、・・・学内の事情に通暁し直接教育の衝に当たるものの裁量に任す」(公立大学生退学処分取り消し請求事件最高裁判決昭和29・7・30) こととされている。

児童生徒学生への懲戒処分のうち、退学処分については、特定の学校において児童生徒学生が教育を受けることができるという法律上の権利(「学習権」)をはく奪する重大な処分であり、学校教育法施行規則においても退学事由が4項目に限定されていることからすると、退学処分の発動に当たっては、当該児童生徒学生を学外に排除することが教育上やむをえないと認められる場合に限って当該処分を選択すべきであり、その要件の設定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである(高専学生退学処分事件最高裁判決平成8・3・8) ことは、懲戒というものが、児童生徒学生の非違行為に対する教育上の制裁であるものの、あくまでも教育的配慮に立って行われる教育上の措置であることからして当然といえよう。

ところで、教員が行う事実上の懲戒の行為については、法的な効果を伴わないものであって、単に児童生徒等を叱ったり、授業中に一定の時間立たせたりするなどの事実行為をいうものとされる。この事実上の懲戒の範囲については、昭和23年12月の「法務調査意見

長官回答」に見られるように、「学校教育法第11条にいう「体罰」とは、懲戒の内容が身体的性質のものである場合を意味する。」とされており、児童生徒の身体への侵害行為にわたるものであってはならないことが明らかにされている。

近年の体罰事案の増大に対処して文部科学省が発出した平成25年3月の「体罰の禁止及び児童生徒理解に基づく指導の徹底について」(文部科学省初等中等教育局長・スポーツ青少年局長連名通知。以下「25年通知」という。)においても、「ここでいう懲戒とは、・・・児童生徒に肉体的苦痛を与えるものでない限り、通常、懲戒権の範囲内と判断されると考えられる行為として、注意、叱責、居残り、別室指導、起立、宿題、清掃、学校当番の割り当て、文書指導などがある。」とされており、あくまでも懲戒の内容が身体的性質にわたるものであってはならないことが明らかにされ、具体の懲戒として、その範囲内と判断される行為が挙げられ、事実上の懲戒の限界を明らかにしているのである。

しかしながら、学校における「行き過ぎた懲戒」によって、児童生徒等が被害を受ける事例が近年増大する中で、改めて、教員による事実上の懲戒行為の範囲と限界を「体罰」との関係性において検証する必要がある。

(2) 学校における体罰について

学校教育法第11条では、校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは、児童生徒等に対し懲戒を加えることができるとしているが、他方、体罰についてはこれを法律上禁止している。

学校教育法で禁止される「体罰」とは、懲戒の内容が身体的侵害となるものをいうが、「法務調査意見長官回答」(昭和23年12月22日)によれば、①身体に対する侵害を内容とする懲戒一なぐる・けるの類一、②被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒、例えば端坐直立等、特定の姿勢を長時間にわたって保持させるというような懲戒は体罰の一種と解されるとするものである。

ここで、体罰に関する教育法令上の扱いを遡ると、明治12年の「教育令」では、その第46条において、およそ学校においては体罰を加えてはならないと規定するとともに、体罰の内容として、「殴チ或ハ縛スルノ類」を法令上挙げている。旧教育法制下においては、その後も体罰は法禁されていたが、体罰の具体の例示である殴打や縛などの行為の類を体罰として禁止し、それに至らない程度の児童生徒への身体的侵害は、「懲戒」の範囲を逸脱するものとはいえないとするものであり、このような体罰についての寛大な解釈が、今日に至るまで学校における体罰がなかなか根絶されない背景にあるといえる。

戦前期の学校の教員による体罰事案のリーディング・ケースともいえるべき「東京市高等尋常小学校訓導体罰疑義事件」の大審院判決を見ると、戦前期における教員の懲戒と体罰の範囲と限界についての判例の動向がわかり、教員の体罰問題を考える上で参考となる。

この大審院判決では、「小學校長及ヒ教員カ懲戒権ヲ行フニ當テハ其職務上周到ナル注意ヲ用キ児童ノ身體ヲ傷ケ健康ヲ害スルカ如キ結果ノ発生ヲ避止スルノ義務」があるとし、これらの注意を怠り、為に傷害を与えるときは刑法第211条の制裁を免れないと判示された。ここでは、教員の懲戒権の行使は、職務上周到なる注意を払ってさえいれば、児童生徒の身体を傷つけ又はその健康を害しない限り、教員の懲戒の範囲とするものであり、児童生徒への身体的侵害行為一般が体罰とされているわけではないのである。そのことは、

体罰を行った被告教員が「之ニ訓戒ヲ加エンカ為メ其直立ヲ命スルカ如キハ被告ノ有スル懲戒権ノ適法ナル行使ニシテ何等ノ違法性ヲ有スルモノニアラス而シテ若シ此際七郎（体罰を受けた生徒）ニ於テ其命令ニ従ハス或ハ逃避セントスルカ如キコトアリテ被告カ七郎ニ対シ相当ノ力ヲ加ヘ其ノ懲戒権ヲ行使シタリトセハ敢テ不法ノ行為ト謂フヘカラス」¹⁰⁾と認定し、教員の懲戒権の行使による命令に対し、生徒が従わなかったり、逃げようとした場合には、「相当ノ力」を加えることも不法行為とはいえないとし、教員の懲戒権の範囲を広く認めているのである。また、授業を妨害し侮蔑的な言動を示した生徒に対し、憤慨した教員が訓戒を与えようとして生徒に直立を命ずるため生徒の胸を掴み牽いた際に誤って転倒させ、こぶや傷を負わせたことについても、教員の行為は懲戒権の範囲を越えているが、これについての教員の故意・過失の有無に関する証拠が不十分であるとして無罪判決が下されており、故意・過失の有無により、体罰に該当しない場合もありうるなど、実質的に懲戒権の範囲を広く認めるものであった。

また、先に紹介した昭和5年の小学4年生体罰慰謝料請求事件福岡地裁久留米支部判決（昭和5・11・26）においても、「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩くが如きは、・・・児童の保護訓育に任ずる小学校教員が児童に対し懲戒の手段として斯る程度の力を加ふることを得ずと為すは社会通念上妥当なる見解と謂ふを得ざればなり」¹¹⁾と述べ、傷害の結果を伴わない程度であれば、懲戒としては穏当な処置とはいえないが、それをもって直ちに懲戒の範囲を逸脱したもので、体罰に該当するとはいえないと判示しているのである。

このように、旧教育法制下においては、体罰は法禁されていたものの、殴打などの類に至らない程度の「軽く叩く」ような教員の行為については、児童生徒に傷害を来したり、健康を害したりしない限り、教員の懲戒権の範囲を逸脱するものではないと解されていた。このことが、今日に至るまで、「軽く叩く」など一定範囲の教員による有形力の行使を懲戒権の範囲内と捉える「通念」を支え続けるものとなったといえる。

しかしながら、戦後、憲法・教育基本法に基づく学校教育制度においては、すべて国民にひとしく「教育を受ける権利」(憲法第26条)を保障するとともに、「個人の尊厳を重んじ」(教育基本法前文)、「教育は、人格の完成を目指」す(教育基本法第1条)ものとされた以上、「国民各自が、一個の人間として、また、一市民として成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、自ら学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対し要求する権利を有する」(永山中学校事件最高裁判決昭和51・5・21)ことから、子どもの教育は、専ら子ども自身の利益のために、教育を与えるものの責務として行われるべきものとされたのである。このような戦後教育の理念からは、教員が如何に「教育的配慮」をもって懲戒の一手段として行ったものであるにせよ、子どもたちの人間としての尊厳を傷つけるおそれのある「身体への侵害行為」としての体罰が許されるはずはないといえよう。

戦後教育法制においては、戦前と同様、学校における懲戒と体罰の取り扱いについてはほぼ同様の規定(学校教育法第11条)がされているが、懲戒と体罰の範囲と限界に関しては、大きな変化があったことは、昭和23年12月の「法務調査意見長官回答」で見とることができる。ここでは、「身体に対する侵害を内容とする懲戒」が体罰に該当するとしただけでなく、「被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒」も体罰に該当するとしたのである。

戦後における学校体罰事件のリーディング・ケースとなった昭和30年5月16日の「教員体罰暴行傷害事件」大阪高裁判決では、教員の生徒に対する「殴打のような暴行行為は教育上必要があるとする懲戒行為としてでも、その理由によって犯罪の成立上違法性を阻却せしめるというような法意であるとは到底解されない」と判示したが、この判決では、教員の「殴打はこれによって傷害の結果を生ぜしめるような意思を以てなされたものではなく、またそのような強度のものではなかったことは推察できるけれども、しかしそれがために右殴打行為が刑法208条にいわゆる暴行に該当しないとする理由にはならない。」と断じたのである。体罰を行った教員側が主張する「軽くノックしたにとどまるという程度のもの」としても、それは、教員に与えられた懲戒権の範囲を逸脱したものであり、生徒にたとえ傷害を生じさせていないとしても刑法上の「暴行罪」の犯罪を構成するものであると厳しく認定しているのである¹²⁾。

また、体罰をめぐる民事事件では、高校教員による体罰・自殺事件にかかる損害賠償、慰謝料等請求事件（福岡地裁飯塚支部判決 昭和45・8・12）において、「教師は生徒の教化、育成という教育目的達成のため、問題行動のある生徒に対して必要に応じて叱責・訓戒などの事実上の懲戒を加える権限を有することは明らかであるが、他方において右懲戒権の行使には往々にして生徒の権利侵害を伴うことも少なくないから懲戒を加えるに際してはこれにより予期しうべき教育的効果と生徒の蒙るべき権利侵害の程度とを常に衡量し、いやしくも教師の懲戒権のよって来る趣旨に違背し、教育上必要とされる限界を逸脱して懲戒行為としての正当性の範囲を超えることのないよう十分留意すべきであって、かくしてこそ権利侵害を伴うことのあるに拘らず正当行為としてその違法性が阻却されるのである。」と判示した。本件において教員が生徒を「長時間監禁して授業を受けさせないばかりか昼食の機会も与えないでその間・・・(生徒の)態度を責め・・・平手で頭部を殴打するなどの暴行を加えた」行為は、身体的・精神的自由を侵害し、さらには体罰による身体への侵害にも及んだもので教員として許容される限界を著しく逸脱したものと認定した。本件判決においては、教員は、生徒への指導に当たって、絶えず教育的効果をも予測しながらその教育に努めるべきで、このことは生徒指導方法としての懲戒をなすに当たっては特に懈怠されてはならない注意義務であるとし、「懲戒を行うに当たって教育的効果を予測する注意義務」を懲戒の限界についての基準として積極的に示している。

このように戦後の体罰事案に関する判例の動向は、子どもの教育は専ら子ども自身の利益のために行われる性質上、教員の懲戒権は、「軽くノックする程度」の有形力の行使も含め、およそ児童生徒の身体への侵害に及ぶ行為は、児童生徒の人格と尊厳を傷つけるもので、体罰に該当することはもとより、場合によっては刑法上の暴行罪等にも該当するという考え方をほぼ維持してきた。

こうした判例の動向に対し、昭和50年代における対教師暴力や生徒間暴力などの校内暴力などが多発する「荒れた学校」の出現を契機にして、教員による体罰事件裁判における変化、すなわち、伝統的懲戒観への回帰ともいえるべき変化が現れた。

昭和56年の「水戸五中教師体罰刑事事件」東京高裁判決（昭和56・4・1）では、教育上の懲戒の手段として、有形力の行使は、必要最小限にとどめることが望ましいとしつつも、「いやしくも有形力の行使と見られる外形をもった行為は学校教育上の懲戒行為としては一切許容されないとすることは、本来学校教育法の予想するところではない」と判示し、本

件教員の行為は、動機・目的、態様・程度、当該生徒の年齢、健康状態や同人の言動の内容等を併せて考察すると、学校教育法第11条により認められる正当な懲戒権の行使として許容される限度内の行為であって、刑法第35条によりその違法性が阻却されるとして無罪とするものであった。教員の懲戒について、教育上の配慮をもって行われる場合には、一定の限度内で有形力の行使が許容されることを認めた本判決は、懲戒の意義について、次のような教育論を展開し、その伝統的な懲戒観を余すところなく明らかにしていることが特徴的である。

すなわち、「教師が生徒を励ましたり、注意したりする時に肩や背中などを軽く叩く程度の身体的接触（スキンシップ）による方法が相互の親近感ないしは一体感を醸成させる効果をもたらすのと同様に、生徒の好ましからざる行状についてたしなめたり、警告したり、叱責したりする時に、単なる身体的接触よりもやや強度の外的刺激（有形力の行使）を生徒の身体に与えることが、注意事項のゆるがせにできない重大さを生徒に強く意識させると共に、教師の生活指導における毅然たる姿勢・考え方ないしは教育的熱意を相手方に感得させることになって、教育上肝要な注意喚起行為ないしは覚醒行為として機能し、効果があることも明らか」だとして、「懲戒の方法・形態としては単なる口頭の説教のみにとどまることなく、そのような方法・形態の懲戒によるだけでは微温的に過ぎて感銘力に欠け、生徒に訴える力に乏しいと認められる時は、教師は必要に応じ生徒に対し一定の限度内で有形力を行使することも許されてよい」と判示した。

ここでは、教師が懲戒を行うに当たって、口頭の説教のみでは微温的で感銘力に欠け、生徒に訴える力に乏しいと認められる場合（この場合も教員による判断ということとなる）には、一定の限度内で有形力を行使することは、懲戒権の範囲内とするものであり、およそ体罰の範囲として「法務調査意見長官回答」でいう体罰＝「身体への侵害を内容とする懲戒」との判断基準を恣意的に拡張していること、また、懲戒行為としての一定の限度内の有形力の行使についての具体的な限界性が何ら示されておらず、教員の裁量と恣意に委ねられていることは大きな問題を孕んでいるといえよう。さらに、教員が生徒への懲戒を行う際に、「軽く叩く程度」の「身体的接触」(スキンシップ)による方法が教育的効果があるとする教育論—懲戒論については、親子という血縁関係に基づいて行われる親の子に対する「身体的接触」(スキンシップ)による一懲戒方法を、伝統的な「親代わり論」に立って、学校の教員にも拡張的に認めようとするものでありこれ自体が問題であると同時に、この「単なる身体的接触よりもやや強度の外的刺激（有形力の行使）を生徒の身体に与える」ことが教育上効果があると論じるに至っては、児童生徒の人権を著しく軽視し、学校における体罰容認論に加担、助長するもの以外の何物でもないといわざるを得ない¹³⁾。

なお、学校教育法第11条で禁止されている「体罰」は、児童生徒の身体への侵害を内容とする行為の一切をいうものであり、こうした行為は教育上の措置として法律で認められている「懲戒」には当たらず、したがって刑法第35条の「正当な業務による行為」には該当せず、その違法性は阻却されない。しかし、「教育法的判断」で体罰と認定される行為のすべてが、刑法上の「暴行罪」等の犯罪に該当するわけではなく、「刑法上の判断」として、教員の「有形力の行使」が著しく児童生徒への身体的侵害に当たる場合において刑事責任を問われると考えられるのではないか。すなわち、刑事上、「可罰的違法性のない」一定限度内の有形力の行使は存在しうるのである（ただし、「水戸五中事件」における教員の

有形力の行使について可罰的違法性がないとまで言っているのではもちろんない)。そうだとすれば、体罰を行った教員の刑事責任をただ回避するために、体罰教員の行為は、許容される限度内の有形力の行使であったとする東京高裁判決のような一部判決の理由付けは、体罰教員の行政責任すら曖昧にし、また、学校現場での体罰をエスカレートさえさせ、児童生徒の人権を損ねるとともに、体罰の横行を結果として許すものとなるおそれが強いのではないかと考えられるのである。

上記判決後の学校体罰事件裁判には、この東京高裁判決の影響が少なからず見受けられ、例えば、「中学校教員頭部出席簿たたき損害賠償請求事件」浦和地裁判決（昭和60・2・22）では、「学校教育における懲戒の方法としての有形力の行使は、そのやり方如何では往々にして生徒に屈辱感を与え、いたずらに反抗心を募らせ、初期の教育効果を挙げ得ない場合もあるので、生徒の心身の発達に応じて慎重な教育上の配慮のもとに行うべきであり、このような配慮のもとに行われる限りにおいては、状況に応じ一定の限度内で懲戒のための有形力の行使が許容されるものと解するのが相当」と判示され、「一定の限度内の有形力の行使」は、教員の懲戒権の許容限度内の適法行為であるとされたのである。

しかし、坂本秀夫（1995）は、「東京高裁判決は体罰裁判判決の主流になることはなかった。むしろ大勢は池原中事件大阪高裁判決と水戸五中事件東京高裁判決の間を動揺しつつ、前者に傾いているというべきであろう。」¹⁴⁾と考察し、その原因として、学校における体罰事案がますます増加し狂暴になる事件（例えば日頃から「身体に傷をつけない程度の体罰は許される」という生徒指導が行われていた高校で温厚な教員が私憤に駆られて狂暴な体罰を行い生徒を死亡させた「岐陽高校教員体罰死亡事故」水戸地裁土浦支部判決（昭和61・3・18）など）が相次いだことなどが、水戸五中事件東京高裁判決に対する皮肉な反証となったのではないかと分析していることを紹介しておきたい。

（3）懲戒と体罰の範囲と限界について

平成18年の教育基本法の改正により、学校教育は、「教育を受ける者が、学校生活を営む上で必要な規律を重んずる」ことを重視して行われなければならないこととされた（第6条第2項）。

これを受けて、平成19年1月に出された政府の「教育再生会議」の第1次報告では、「学校を再生し、安心して学べる規律ある教室にする」と提言し、「深刻ないじめや暴力、少年犯罪など昨今の状況は、学校の安全性すら揺るがしかねず、特に、一部の学校の荒廃に対しては早急の対策が求められています。」と指摘した。こうした現状認識に立って、教育再生会議は、「いじめている子供や暴力を振るう子どもには厳しく対処」する必要があるとして、指導や懲戒にもかかわらず、「いじめや暴力行為を執拗に繰り返すような反社会的な行動をとる子供に対しては、学校教育法に基づく市町村教育委員会による出席停止制度を活用する。」ことを勧めている。さらに、「暴力など反社会的行動を繰り返す子供に対する毅然たる指導、静かに学習できる環境の構築」のため、「国において、教員が毅然とした指導ができるよう、学校の指導や懲戒についての昭和20年代の「体罰の範囲等について」など関連する通知等を、18年度中に見直し、周知徹底の上、来年度新学期から各学校で取り組めるようにする」と提言した。

これを受けて、平成19年2月、文部科学省は「問題行動を起こす児童生徒に対する指導

について)(文部科学省初等中等教育局長通知平成19・2・5。以下「平成19年通知」という。)において、「体罰がどのような行為なのか、児童生徒への懲戒がどの程度まで認められるかについては、機械的に判定することが困難である。また、このことがややもすると教員等が自らの指導に自信を持ってない状況を生み、実際の指導において過度の委縮を招いているとの指摘もなされている」との認識を示しつつ、「ただし、教員等は、児童生徒への指導に当たり、いかなる場合においても、身体に対する侵害(殴る、蹴る等)、肉体的苦痛を与える懲戒(正座・直立等特定の姿勢を長時間保持させる等)である体罰を行ってはならない」とする体罰に関する方針を明らかにした上で、「学校教育法第11条に規定する児童生徒の懲戒・体罰に関する考え方」を示した。

しかしながら、平成19年通知における「懲戒・体罰に関する考え方」では、「教員等が児童生徒に対して行った懲戒の行為が体罰に当たるかどうかは、当該児童生徒の年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所的及び時間的環境、懲戒の態様等の諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに判断する必要がある」としており、懲戒の行為のうち、児童生徒への身体的侵害に該当するものまでも、「総合的に考え、個々の事案ごとに判断する必要がある」とし、懲戒手段として「有形力の行使」が行われたとしても、総合的な判断の結果、懲戒権の範囲内とされる場合があることを示している。このことは、昭和23年の「法務調査意見長官回答」にいう「懲戒・体罰の判断基準」を拡張し、児童生徒の人権への配慮を欠き、教員の体罰を容認し、これを助長するおそれがあるといわざるを得ない。

この点については、「平成19年通知」が、「児童生徒に対する有形力(目に見える物理的な力)の行使により行われた懲戒は、その一切が体罰として許されないというものではない」として、先の「水戸五中事件」や「中学校教員頭部出席簿たたき事件」の判決をわざわざ引用して、「いやしくも有形力の行使と見られる外形をもった行為は学校教育法上の懲戒行為としては一切許容されないとすることは本来学校教育法の予想するところではない」(昭和56・4・1東京高裁判決)、「生徒の心身の発達に応じて慎重な教育上の配慮のもとに行うべきであり、このような配慮のもとに行われる限りにおいては、状況に応じ一定の限度内で懲戒のための有形力の行使が許容される」(昭和60・2・22浦和地裁判決)と指摘しており、教員個々の裁量的な判断により一定限度内の有形力の行使を行うことについて、これを懲戒権の範囲と認める立場を示している。懲戒に当たって、児童生徒への身体的侵害の程度の軽重により、体罰か否かを判定する考え方は、教員側の懲戒に対する許容の範囲と程度についての考えを曖昧にし、それがかえって体罰を助長するおそれが強い。このように教員が相当と考える一定の限度内の有形力の行使を適法な懲戒権の行使とすることは、「平成19年通知」がいう「体罰による指導により正常な倫理観を養うことはできず、むしろ児童生徒に力による解決への志向を助長させ、いじめや暴力行為などの土壌を生む恐れがある」という結果を招来することになるといえる。

また、「平成19年通知」では、「個々の懲戒が体罰に当たるか否かは、単に、懲戒を受けた児童生徒や保護者の主観的な言動により判断されるのではなく、上記(1)の諸条件を客観的に考慮して判断されるべき」としているが、体罰の存否とその合・違法性は、もとより懲戒を受けた児童生徒側の主張にのみ依拠するものではないとしても、他方、学校と教員側の判断だけによるものではないことも強く指摘されてよい¹⁵⁾。

「平成19年通知」により、懲戒と体罰に関し、学校における解釈と運用が適切に行われ

るようになったかどうかは、その後の学校体罰事件の増大がこれを証明するという皮肉な結果となっている。とりわけ、平成24年末、関西地方の市立高校における部活動中の体罰を背景とした高校生の自殺事件が発生するに及んで、「平成19年通知」の見直しが行われることになったことはある意味で当然といえよう。

「平成25年通知」(平成25・3・13「体罰の禁止及び児童生徒理解に基づく指導の徹底について」文部科学省初等中等教育局長・スポーツ青少年局長連名通知)は、改めて体罰禁止の徹底を図るため発出されたものであるが、この改正通知では、「体罰は、学校教育法で禁止されている、決して許されない行為である」として、「児童生徒への指導に当たり、いかなる場合も体罰を行ってはならない。体罰は、違法行為であるのみならず、児童生徒の心身に深刻な悪影響を与え、教員等及び学校への信頼を失墜させる行為である。」との認識を示している。その上で、「日頃から自らの指導のあり方を見直し、指導力の向上に取り組むことが必要である。懲戒が必要と認める状況においても、決して体罰によることなく、児童生徒の規範意識や社会性の育成を図るよう、適切に懲戒を行い、粘り強く指導することが必要である」と児童生徒への教育指導の基本方針―体罰によらない適切な懲戒の原則―を明らかにしている。

この通知では、懲戒と体罰の区別について、「教員等が児童生徒に対して行った懲戒行為が体罰に当たるかどうかは、当該児童生徒の年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所的及び時間的環境、懲戒の態様等の諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに判断する必要がある。」としている。「平成25年通知」には、「平成19年通知」にみられた「児童生徒に対する有形力(目に見える物理的な力)の行使により行われた懲戒は、その一切が体罰として許されないというものではない」とする考え方(昭和56年東京高裁判決等の結論)は払拭されているものの、体罰か否かを「総合的に考え、個々の事案ごとに判断する」とする姿勢は「19年通知」と同様の立場に立っている。

この点については、昭和23年の「法務調査意見長官回答」では、「種々の条件を考え合わせて」体罰に当たるかどうかを判定するのは、「肉体的苦痛の有無」であって、「身体に対する侵害を内容とする懲戒」は、それが身体的性質を有する限り、諸状況の如何、程度の如何を問わず体罰に該当するとの判断基準が示されていることからして、「平成25年通知」の体罰基準に関する趣旨は十分徹底していないといわざるを得ない。

なお、体罰か否かを判断するに当たって、「平成19年通知」では、懲戒行為を受けた児童生徒・保護者の主観のみにより判断すべきではないとされていたものが、「平成25年通知」では、「懲戒行為をした教員等や、懲戒行為を受けた児童生徒・保護者の主観のみにより判断するのではなく」とされた点は、体罰の認定に当たって、懲戒行為をした教員等の主観的な判断にのみ依拠しがちな現状に対する反省に立っているといえよう。

また、「平成19年通知」及び「25年通知」においても示されているように、「児童生徒から教員等に対する暴力行為に対して、教員等が防衛のためにやむを得ずした有形力の行使」や「他の児童生徒に被害を及ぼすような暴力行為に対して、これを制止したり、目の危険を回避したりするためにやむを得ずした有形力の行使」は、それぞれ正当防衛及び緊急避難の正当な行為として「体罰」には当たらないことは自明であろう。

一方、部活動中における体罰事案が増大し、深刻化する中で、「平成25年通知」は、「部活動は学校教育の一環であり、体罰が禁止されていることは当然である。成績や結果を残

すことのみならず、教育活動として逸脱することなく適切に実施されなければならない。」として、部活動に当たる教員等に対し適切な部活動指導を要請している。

そもそも、教員による懲戒とは、児童生徒の非違的行為に対し児童生徒の人間形成のために説諭・訓戒等を行う教育上の措置であって、それが児童生徒への身体的侵害に及ぶなど「行き過ぎた懲戒」となるとき体罰に該当するものであることからすると、部活動中の生徒の技術力・身体的能力が未熟であるというだけで、「カツを入れる」、「気合を入れる」などと称して殴る・蹴る、竹刀で叩くなどの生徒への身体的侵害を行うことは、「行き過ぎた懲戒」の名にも値しない、単なる「暴行」の類であって教育上の措置では決していない。

確かに、運動部活動において、生徒の技術力・身体的能力又は精神力の向上を図ることを目的として、肉体的、精神的負荷を伴う指導が行われるが、「指導」と称し、部活動顧問の独善的な目的を持って、特定の生徒たちに対して、執拗かつ過度に肉体的・精神的負荷を与える指導は教育的指導とは言えない(平成25年通知)ことは自明である。

したがって、部活動中の「体罰」が、「体罰時の状況」の調査では、中学校・高校ともに多くみられるが、部活動中の「体罰」は厳格な意味では、教育上「行き過ぎた懲戒」とはいえず、生徒の非違的行為を懲らしめ、戒めるという「教育上の目的」すら有しない単なる「暴行行為」に該当するもので、体罰の範囲と限界を論ずるまでもないといえる。

以上、見てきたように学校における懲戒と体罰の範囲と限界をめぐることは、未だ「教育的配慮のもとに一定の限度内で、有形力の行使を行うことは懲戒権の範囲内である」とする古くて新しい懲戒観が残存しており、これをめぐる論争の渦中にあるといえるが、憲法・教育基本法制下における教育上の措置としての「教師の懲戒権」の行使は、あくまでも「児童の最善の利益」を目的として行われなければならないと、およそ児童生徒への身体的侵害にわたる懲戒行為は、有形力行使の程度や諸般の事情等を勘案するまでもなく、適法な懲戒行為とはいえないものであることを改めて学校関係者を含め社会一般の方々には理解すべきであろう。

【注】

- 1) 島津一郎・松川正毅編「基本法コンメンタール」第4版「親族」(別冊法学セミナー173号)日本評論社 2001年
- 2) 我妻栄「親族法」法律学全集23 有斐閣 昭和36年
- 3) 牧柁名「懲戒と体罰研究の理論的課題」(「懲戒と体罰の法制と実態」学陽書房1992年)
- 4) 坂本秀夫「体罰の研究」p24～25 三一書房 1995年
- 5) 利谷信義は、「親と教師の懲戒権」(「日本教育法学会年報」第4号1975年)において、「明治31年の民法親族編における親(父)の懲戒権と、明治33年における教師の懲戒権と、この両者がほぼ同じ時期に法制上確立された。…親と教師の懲戒権の確立も、その重要な一環を占めるものであり、教育勅諭とあいまって、国家権力に従順な「臣民」を養成する役割を与えられた。すなわち、子どもは、家族と学校において、親と教師の連係プレーの下に、「監護」・「教育」されたのであり、そのばあい子どもの行動を方向づける手段となったのが、親と教師の懲戒権に他ならなかった。」と、親と教員の懲戒権の同一視の背景にある社会・政治制度的な要因を指摘している。
- 6) 文部省初等中等教育局地方課編集「学校事故関係裁判例集」第1法規 昭和46年
- 7) 有地亨「親の懲戒権と教師の懲戒権」(季刊教育法第27号1978年)では、「親は自らの監護教育を教師に付託し、教師により親の監護教育が代行されるという関係は今日の公教育においても否定するわけにはいかない。その限りでは、教師の懲戒権は親の監護教育に伴う懲戒権に由来するとみてよい。」とし、教師の児童生徒に対する個別的教育活動に含まれる懲戒は基本的には「親の懲戒の代

行」であるとしている。しかし、問題は、親の懲戒権には「必要なる範囲内」において行われ、子の利益のためには一定の範囲において身体に対する懲罰を行うことが許容されるのに対し、教員の場合には、学校教育法上、懲戒の手段として体罰が現に禁止されていることから、両者の懲戒権の同質性を安易に認めることは、教員による「愛の鞭」を許容するおそれ強いということである。

- 8) 文部省「学制100年史」資料編 帝国地方行政学会 昭和47年
- 9) 鈴木勲編著「逐条学校教育法 第7次改訂版」p92~94学陽書房 平成21年
 なお、諸外国における体罰法禁の状況については、添田晴雄（「体罰」総論—比較研究のために—比較教育学研究47号）によれば、「全198国（または地域）のうち、学校の体罰が国全体で禁止されているのは、少なくとも108国で、少なくとも78国では国レベルでの法禁がない。ヨーロッパ・中央アジアでの法禁が徹底しつつある一方で南アジアやラテンアメリカでは法禁が進んでいない」、「イギリスでは1986年まで公立学校における体罰が法令禁止されておらず、私立学校も含めて全面禁止になったのが2003年である」、また、片山紀子（「アメリカで許容されてきた体罰の行方」比較教育学研究47号）によれば、「体罰についても州や学区によって採用はそれぞれ異なる。現在、多くはテキサス州やミシシッピ州、アラバマ州といった南部の州で認められている。一方で30州以上の州で体罰は禁止されている。」と報告されている。なお、体罰が容認されている米国の一部の州では、体罰は、わが国のように素手で殴る、足で蹴るといったものではなく、木の板でできたバドルという定められた道具を用いて、子どもの臀部を3~5回程度打つ形態をとり、体罰を行う権限は原則校長のみにあり、行う場所は校長室と限定されていることは留意されてよい。
- 10) 下村哲夫監修「大審院教育関係判例総集成2刑事・大正編」エムティ出版1991年
- 11) 利谷信義「旧法制下における体罰事件」『教育判例百選』（別冊ジュリスト41号）有斐閣1973年
- 12) 「暴行」とは、一般的に言えば、不法な有形力の行使とされる。刑法第208条でいう「暴行罪」は、他人の身体に「有形力の行使」＝「暴行」を加えたが、「傷害」を与えるに至らなかった場合に成立するとされる。したがって、「体罰」を加えたが、被罰者に身体的傷害を与えていないことを理由にして暴行に当たらないとの解釈は妥当とはいえないことは明らかである。
 小田中聡樹「体罰の暴行罪該当性」『教育判例百選』別冊ジュリスト41号）1973年では、「懲戒のための当該殴打行為が「体罰」に該するのであれば、それは法令による行為として違法性を阻却されるものではないことになるが、その場合でも実質的にみて違法性が阻却される余地が刑法上まったくないかが問題とされうるのであろう」と問題提起を行い、「教育上の事案の性質に鑑み、目的の正当性、手段方法の相当性、被害法益の軽微性、刑法の謙抑性などが実質的違法性の有無の判断基準として考慮されるべきであろう」と論じ、本件のような事例について、「体罰」該当性は当然としても、刑法上の「暴行罪」に該当するとして刑罰権を発動するには、教員と生徒との間の教育的信頼関係を維持し発展させる上で慎重さが要求されるとしている。
- 13) この東京高裁判決については、文部省で生徒指導の実務を担当する初等中等教育局中学校課長（当時）の遠山敦子も、「季刊教育法」47号（昭和58年4月）において、「この判決が示している、非行等の内容、懲戒の趣旨、教育的効果といった基準は、体罰が身体的侵害であることからすれば、強調しすぎると、主観的になり、体罰とそうでないものの区別をあまいにするおそれがある。」と批判し、「法務庁の見解に示されている、・・・できる限り客観的な判断基準により厳しく解釈すべきであると考える。」としていることは妥当であろう。
- 14) 坂本秀夫「体罰の研究」p75 三一書房 1995年
 神田光啓「高校教師体罰による死亡事故—岐陽高校事件—」『教育判例百選』別冊ジュリスト118号）では、「80年代の学校での体罰容認の風潮は、生徒の生活を細かく規制する校則の制定と、それと無批判に服従を要求される法意識の形成によって生み出されてきた」と指摘しつつ、こうした校則違反者への制裁・処分の方法として、体罰・暴行が横行してきたとみる。判決では、「生徒の校則違反については、教師は相応の説諭、指導をもってこれに臨むべき」であるとの判断を示し、「規則に違反したら制裁・体罰をもって指導する」管理指導を批判している。先の東京高裁判決に見られた「口頭の説教のみでは、微温的で、感銘力に欠け、生徒に訴える力に乏しい」との論でもって、有形力の行使を有力な懲戒権の発動として認める考え方が、このように学校における体罰容認論を後押ししていることは間違いない。
- 15) 安藤博「中学校教師体罰の刑事裁判—水戸五中事件—」『教育判例百選』別冊ジュリスト118号）では、「本件原審は、弁護側の主張する「被告人の行為は説諭として教育上有効な手段である、憤慨する心理状態ではない、目撃生徒の証言には信憑性がない」等をすべて不採用とし、本件行為を目撃した生徒4名の証言には「偽証を疑うような事由は見当たらず」、「私憤にかられた殴打行為である」と

して、近くで目撃した生徒4名の共通点、すなわち拳で頭頂部付近を強く叩いたという事実を重視して有罪とした。これに対し東京高裁は、事実認定において、本件行為は「生徒の行為をたしなめたもの」であり、原審認定の生徒4名の証言は「誇張の感を抱かせ」、「独自の先入観に基づき私情を交えた証言」として信憑性に乏しいとし、・・・被告人の動機目的は「教育目的」であるので、「見境もないほど憤慨するのは不自然」であり、原判決の「私憤」の認定は誤りとした。」と体罰の事実認定をめぐる生徒側、教師側の証言の信憑性をめぐる争いとして1審・2審の判断を紹介している。ここに見られるように、体罰の事実認定をめぐる争いが避けられない以上、19年通知のように、「懲戒を受けた児童生徒や保護者の主観的な言動により判断されるべきではない」とする立場は、体罰を行った教員を同僚等がかばい合う身内意識が強い学校現場において、学校と教員側に都合のよい判断に陥るおそれが強いといえ、客観的で公正なものとはいえないことは明らかであろう。