

〈 論 説 〉

公立学校における体罰

宮原 均

はじめに

学校教育法11条は「校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは…児童、生徒及び学生に懲戒を加えることができる。ただし、体罰を加えることはできない。」と規定している。この文言からすると、教員等は、たとえ教育上の必要があったとしても、「体罰」を加えることは禁止されている⁽¹⁾。しかしながら、本当に「体罰」を加えることなく「教育上の必要」を満たし、「教育目的」を達成できるのであろうか。

学校においては（本稿では、児童、生徒への体罰を問題としているので、学校とは、小・中・高校を意味している）、単に学習科目の教授がなされるだけでなく、長時間にわたる共同生活が営まれている。児童・生徒（以下、「生徒等」という。）は、学習や学校生活等で様々なストレスを感じ、その解消の仕方も同時に学ばなければならない。また、彼らの育ってきた環境は様々で、それぞれの性格・能力・嗜好・意欲等は大いに異なっている。こうした多数・多様な生徒等を相手に、少数の教職員が教育環境・秩序を維持しながら教育を行うことには、かなりの困難が伴うものと思われる。そこで、学校教育法（学教法）は、懲戒の権限を教員等に認めているが、「体罰」を用いることは一律に禁止している⁽²⁾。

この懲戒権は「教育上の必要」という「目的」を達成するために行使されるが、「体罰」によらねば「目的」を達成できない場合は皆無なのか、検討する必要があると思われる。例えば、口頭による指導・叱責によっても、当の生徒

等の態度が一向に改まらないばかりか、その態度が他の生徒等にも伝播していく場合、あるいは生徒等の生命・身体への危険が切迫していて、口頭の注意等によっては回復し難い損害の発生が避けられないことが予想される場合、更には、教職員や他の生徒等への暴力が現に振われ、またそのおそれがある場合において「体罰」を行使する必要性はないのであろうか。

この点について、最高裁判所は、「有形力」の行使すべてを学教法が禁止する「体罰」とは考えていないことに注意が必要である。最三判平成21年4月28日民集63巻4号904頁においては、小学校の教員が、女子児童をじゃれつくようにして蹴っていた2年生の男子を制止し、口頭で注意したところ、この教員の臀部を2回蹴って逃げて行ったのでこれを捕まえ、その胸元の洋服をつかんで壁に押し当て、大声で「もう、すんなよ」と叱った行為が「体罰」にあたるか問題となった。最高裁は、この行為は「児童の身体に対する有形力の行使であるが、他人を蹴るといふ…悪ふざけをしないように…指導するために行われたものであり、悪ふざけの罰として…肉体的苦痛を与えるために行われたものでないことが明らかである…その目的、態様、継続的時間等から判断して、教員が児童に対して行うことが許される教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法11条ただし書にいう体罰に該当するものではない」とした。

最高裁は、教師による生徒等への「有形力」の行使のうち、肉体的苦痛を与えることを目的とする「罰」と「教育的指導」とを区別し、後者についてはこれが行われた「目的、態様、継続的時間等」の観点から判断して、その範囲を逸脱していないものについては、学教法により禁止されている「体罰」にはあたらないとしている。しかしながら、「有形力」の行使のうち、肉体的苦痛を与える「罰」と「教育的指導」、更には「教育的指導」の範囲を逸脱しているものとそうではないものとを截然と区別することは可能であろうか。また当事者でもある教員に、この「区別」を行うことを全面的に委ね、瞬時に正確に判断することを期待することは可能であろうか。

とりわけ、教育現場における教員と生徒の関係を考えると、教員の「有形力」行使に対しても、生徒等は一般的には、無防備で批判を許されない立場に

あるはずである⁽³⁾。この状況の中で、教員に「有形力」の行使を認めるならば、その思い込みや感情の発露としての暴力やリンチとみまがう暴行⁽⁴⁾を許す契機となるのではないか、懸念される。しかしその一方で、一定の「有形力」の行使が「体罰」にあたとされるならば、自らが正しいと考える指導を行うことを教員に躊躇させる、萎縮的效果を生じないか⁽⁵⁾、このことが果たして教育現場の実態に即したもののか、また、教育目的の達成につながっていくのか、問題となるのである。

そこで、本稿においては、学教法11条を中心に、その沿革をたどり、実際の裁判例を基に学説を整理しながら「体罰」に関する問題点を指摘・検討していく。そして、従来の日本における議論が、「有形力」の行使が「教育的指導」の範囲内であるかどうかを実体的に考察することを中心としており、今後は、生徒等の、体罰からの自由の範囲及びその手続的な権利の側面からの検討の余地があることを指摘したい。

第1章 体罰に関する法令と行政解釈の推移

「体罰」の問題を考える前提として、その法令上の位置づけを改めて確認しておく。まず、学教法11条は「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。ただし、体罰を加えることはできない。」とし、これを受けて学校教育法施行規則（施行規則）13条が懲戒について具体的な定めをしている。同条1項は、校長及び教員が懲戒を加える際には「児童等の心身の発達に應ずる等教育上必要な配慮」を行うことを求め、同条2項においては、懲戒の種類として「退学、停学及び訓告」が挙げられ、校長がこれを行い、退学の場合のみ、その理由が列記されている（同条3項）。

ところで、施行規則13条においては「体罰」「有形力の行使」についての言及は一切なされず、その根拠は、法11条に戻り、校長及び教員は「…懲戒を加えることができる。ただし、体罰を加えることはできない。」に求められる。そこで、施行規則に列記されている懲戒を「法律上の懲戒」、法11条に基づく

懲戒を「事実行為としての懲戒」と呼ぶのが一般である⁽⁶⁾。

次に、上述のとおり学教法11条ただし書は、その文言上「体罰」を無条件に禁止している。しかしながら、このような法令による「体罰」の一律禁止は、明治時代から引き継がれてきたものであることは重要である⁽⁷⁾。

戦前の法令

まず、明治12年の教育令（明治12年太政官布告第40号）46条は「凡学校ニ於テハ生徒ニ体罰（殴チ或ハ縛スルノ類）ヲ加フルヘカラス」と規定していた。この体罰禁止の規定は、いったんは削除されたが、第二次小学校令（明治23年勅令第215号）63条において「小学校長及教員ハ児童ニ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」として復活した。

その後、明治33年の第三次小学校令（明治33年勅令第344号）47条においては、小学校長・教員には、教育上必要な懲戒権が認められるとし、ただし「体罰」についてはこれを禁止するとしている。すなわち「小学校長及教員ハ教育上必要アリ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」とし、現行学教法11条とほぼ同様の規定がこの時点で置かれている。

更に、昭和に入って国民学校令（昭和16年勅令第148号）20条においても、体罰の禁止が定められている。すなわち「国民学校職員ハ教育上必要アリト認ム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ズ」とされている。

戦後の行政解釈

このように第2次大戦前において、少なくとも法令の文言上は「体罰」は一律に禁止され、ほとんど変わることなく現行の学教法に引き継がれてきたが、戦後は、禁止される「体罰」の内容を具体化する行政解釈が示されていった。

昭和23年12月22日「児童懲戒権の限界について」（法務庁法務調査意見長官回答）においては、禁止される体罰には、なぐる、けるのほか、端坐や直立等の

特定の姿勢を長時間にわたって保持させ「肉体的苦痛」を与えることも含まれるとした（その他、「肉体的苦痛」という観点から、放課後に教室に残留させることは許されるが、用便や食事に配慮しなければならないとしている）。

更に、昭和24年8月2日「生徒に対する体罰禁止に関する教師の心得（通達）」（法務府）においては、教室での残留に際しての用便・食事への配慮に加えて、遅刻した生徒の教室からの締出し、授業中騒いだ生徒の退室、盗みの場合等における自白の強制、掃除当番等の回数を増やすこと等とは異なる、不当な差別や酷使、軍事教練の色彩を帯びる合同登校等がそれぞれ禁止されることが、許される指導と比較しながら、わかりやすく解説されている。しかしながら、こうした行政解釈が示されること自体、実際の教育現場においては、その名称はともかく、肉体的・精神的苦痛を伴う有形力の行使がなされ、「体罰」禁止が徹底していなかったことが窺える。

平成19・25年文科省通知

しかし、平成19年には「体罰」に関するこれまでの行政の考え方に変化が現れている。同年1月の教育再生会議第一次報告において、暴力等の反社会的行動を繰り返す生徒等に対し、教員等が毅然とした指導を行う必要があるとされ、これを受けて同年2月5日「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」（以下「平成19年文科省通知」という。）が示された。これによれば、従来どおり「体罰は、いかなる場合においても行ってはならない」としながらも、何が「体罰」にあたるかは、生徒等の「年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所及び時間的環境、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」としている。また、生徒等の暴力行為に対処するための有形力の行使は、正当防衛や緊急避難となりうるとし、この場合には「体罰」にはあたらないとしている。

平成19年文科省通知については、まず、学級崩壊等の教育現場の荒廃が背景にあり、これに対処するため、現場の教員が毅然とした態度で教育・校内秩序の維持にあたることができるよう、一定の「有形力」の行使も可能であること

が示唆されている。もっとも、学教法11条の「体罰を加えることはできない。」の文言は依然として残っているので、同じ有形力の行使であっても「体罰」にあたるものとあたらないものとを区別し、前者に対する絶対的禁止を維持しつつ、一定の有形力の行使であっても、諸条件の総合考慮・個々の判断により「体罰」にあたらないならば、これが許されうるとしている。

この通知は、教員による有形力行使に道を開くものであるが、何が禁止される「体罰」にあたるかについては、その方向性・考慮要素を示すにとどめたといつてよいと思われる。また、正当防衛や緊急避難に際して一定の有形力の行使が許されるのは当然であるが、この点を改めて確認しなければならないほどに教育現場が荒廃していることを窺わせるものである。

その後、文科省は平成25年3月13日「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（通知）」において、「体罰」にあたるかどうかを判断するための考慮要素について、平成19年文科省通知とほぼ同様のもの、すなわち「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」を示し、これら諸条件の総合考慮に基づく個々の判断がなされるべきとしている。しかし、注目すべきは、これらの判断が主観的ではなく、客観的になされるべきことが改めて求められている点である。「単に、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、諸条件を客観的に考慮して判断すべきである」としている。

以上、「体罰」に関する法令と行政解釈の沿革をたどってきたが、法令の文言は、その具体的内容を明らかにすることなく、一貫して「体罰」を禁止し、何が「体罰」にあたるかについては、行政解釈が具体化に努めてきたといえる。そして、当初の行政解釈は禁止される「体罰」の例を挙げるなどしてこれを抑制・縮小する方向、いうならば「べからず集」的な解釈を示す傾向があった。しかし平成19年通知においては、事情の総合考慮を行ったうえで、一定の有形力の行使を肯定する解釈を行っている。

このように、一定の「有形力」の行使を容認する行政解釈は、実際の事件や裁判例に影響され、また影響を与えていると思われる。以下、裁判例の流れを確認しておこう。

第2章 裁判例の傾向

明治憲法下における体罰と民事・刑事責任

「体罰」の問題は、明治憲法下においても裁判で争われていた。大審院は、懲戒権を行使するにあたり、児童の身体を傷つけ、その健康を害することを避けるべき職務上の義務を教員等が負い、したがって、教員が過失により児童に傷害を負わせた場合には、業務上過失致死罪が成立するとしている（大審院・大正5年6月15日・大審院判決録22巻1111頁。もっとも、この事件では、具体的に被告人がいかなる作為をなすべきであったか、もしくはいかなる作為を避すべきであったのに避しなかったか説示しておらず、理由不備があるとして破棄されている。なお、教員による生徒への傷害行為は、その両親への名誉毀損ともなるとの大審院の判断が示されている。大審院・昭和4年4月18日・大審院民事判例集8巻286頁）。しかし、大審院は、こうした場合に教員等の責任が追及されうるとしているが、「体罰」はすべて禁止されるのか、あるいは身体を傷つけない程度の「有形力」の行使であれば、「責任」は生じないのか、明確ではない。この点については、福岡地裁久留米支部の判決（昭和5年11月26日）であるが、親の懲戒を例として、一定の「有形力」の行使を肯定しているのが注目される。すなわち、身体に傷害を与えない程度に軽く叩く行為は、親によって、その保護下にある子弟への懲戒として用いられていることからすれば、教員もこの程度の力を加えることは社会通念上、妥当であるとした⁽⁸⁾。

このように、明治憲法下においても「体罰」の問題は提起され、「有形力」を用いて子どもの身体を傷害することは放置できず、民事・刑事の責任を問われることを明らかにしている。しかしながら、身体に傷害を与えない程度に叩く行為は、親による懲戒が許されるのと平行に、教員にも許されるとし、「有形力」の行使すべてが禁止されているわけではないことが指摘されてい

る。また、子どもの身体に傷害が及んだ場合にも、教員に「過失」がなければ業務上過失致死罪は成立しないとしているが、この場合の「過失」の内容とはいかなるものであろうか。結果として、子どもにケガをさせることになったとしても、教育上の配慮の下、予見・回避可能性の有無を問題とすることになるが、作為にせよ不作為にせよ、具体的にどのような事態が想定されるであろうか。まさに、この点が「教育上の必要性」という観点から議論されるべきことになるのである。

戦後における生徒等の人権尊重と有形力の行使

戦後、日本国憲法の施行に伴い、子どもの人権への配慮が重視されるようになったこともあり⁽⁹⁾、体罰に対しては厳格な姿勢で臨む裁判例が現われてきた。特に、大阪高裁昭和30年5月16日高刑集8巻4号545頁は、暴行罪に関して教員の刑事責任を認めたリーディングケースとされている。ここでは、小学生の頭をこぶし又は平手で1回殴打した教員の行為が問題となっているが「殴打のような暴行行為は、たとえ教育上必要があるとする懲戒行為としても、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、とうてい解されない」とした。

この裁判例によれば、たとえ、教育上の必要があるとの判断がなされていても、「殴打」という「有形力」が行使されさえすれば、暴行罪は成立することになるのであろうか。もしそうであるとすれば、「殴打」という外形により、禁止される「体罰」を形式的に判断することが可能となり、その範囲は極めて明確になる。しかしながら、教育上の必要があったとしても、傷害に至らない程度の「殴打」も一切教員には許されないとするならば、このことは、はたして教育現場の実情に適うものであるのか、なお検討の余地があるように思われる。そういう意味で、正当な懲戒権の行使と暴行罪の成立範囲を考察しようとするのが、東京高判昭和56年4月1日判例タイムズ442号163頁である。

この事件では、見ず知らずの他人に対してなされた場合には暴行罪にあたる行為、すなわち右手の拳を軽く握り、手の甲を上にして自分の肩あたりまで拳

げて生徒の頭部をコツコツと数回たたく行為は、学教法11条の「懲戒権の行使」の範囲内であるとされた。そして、この結論に至るための判断基準が示されている。すなわち「生徒の年齢、性別、性格、成育過程、身体的状況、非行等の内容、懲戒の趣旨、有形力行使の態様・程度、教育的効果、身体的侵害の代償・結果等を総合して、社会通念に則り、結局は各事例ごとに相当性の有無を具体的・個別的に判定する」としている。

この判決は一般社会においては暴行罪にあたりとされる「殴打」であっても、教育現場における「懲戒権の行使」としてなされた場合には、許されうるとしたが、問題になるのは「有形力の行使」が「懲戒権の行使」にあたるかをいかにして判断するかである。東京高裁は詳細な考慮ポイントを掲げるが、結局は、諸要素の総合考慮から社会通念に従って判断されるとしている。同じ、有形力の行使・殴打であっても、それがなされる背景は様々であり、それらに丁寧な考察を加えながら「暴行罪の成否」及び「懲戒権の範囲」を考えることは、複雑な教育現場・教育作用を考える上で適しているといえよう。しかし、その反面、結論を導き出すための、指針・方向性を指し示すだけで、具体的事件を解決するための基準としては不十分で、この点については判例の集積を待つということにとどまっていると思われる。

こうした中で下されたのが、冒頭で紹介した平成21年最高裁判決である。じゃれつくように小学6年生の女子を蹴っていた小学2年生の男子児童を教員が制止し、こうしたことをしないように注意したところ、その臀部を2度蹴って逃げたのでこれを捕まえて、胸元をつかみ「もう、すんなよ」と叱ったこと（本件行為）が、教育的指導の範囲であり「体罰」にはあたらないとされた。ここでは、教員が「立腹して本件行為を行った」こと、本件行為は「やや穏当を欠くところがなかったとはいえない」としながらも、「目的、態様、継続時間等」から「体罰」にはあたらないとされた⁽¹⁰⁾。

結論に至るにあたり、本件行為の「目的」は、あくまで指導のためで、これを離れて専ら「肉体的苦痛」を与えるためになされたとはいえないこと、胸元をつかんで至近距離から怒鳴りつけたことは、やや穏当を欠くとはいえ、傷害

をあたえるような「殴打」からは程遠いこと。更に、用便や食事に配慮せずに「継続」して長時間の反省を迫ること等とは異なって、極めて短時間であったことを踏まえ「教育的指導の範囲を逸脱するものではな」と判断されたものと考えられる⁽¹¹⁾。

この判断は、前記・東京高判昭和56年に影響されていると思われるが、すでに紹介した昭和昭和23年12月（法務庁法務調査意見長官回答）の「殴る、蹴るのほか、端坐や直立等の特定の姿勢を長時間にわたって保持」させることが体罰にあたること、また、平成19年文科省通知において、何が「体罰」にあたるかは、生徒等の「年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所及び時間的環境、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」を踏まえ、その枠内でなされた判断ということができる。

この平成21年最判を判例法理の一応の到達点とすれば、学説は「体罰」についてどのように考えてきたのか、次に紹介しよう。

第3章 学説の対立

以上のとおり、裁判例の傾向は、「有形力」の行使であっても「体罰」にはあたらず許容されうる場合があるとしているが、学説は、こうした一定の「有形力」の行使を擁護する立場とこれを厳格に捉えるべきとの立場に分けることができる。ただし、生徒等の暴力を制止するための有形力の行使、すなわち正当防衛については肯定する見方がとられているので確認しよう。

正当防衛

まず、正当防衛が「体罰」にあたるかどうかを、「有形力」が「事前」又は「事後」に行使されたかの区別から判断する見解がある。すなわち「体罰は、事後において非違行為を戒め、将来の行動を正すために、身体に物理的な力や肉体的苦痛を与えるものであり、現に、児童生徒が暴力を振るい又は振るおうとしているような場合において危険を避けるなどのため、制止したりするなど正当防衛的な行為を行うことは、体罰ではなく、当然認められなければならない

い」とする (遠山敦子「学校における懲戒と体罰禁止の法制」季刊教育法47号21頁 (1983年))。

次に、正当防衛的な「有形力」の行使は、それ以後の指導にも役立つとして肯定しつつも、抑止の程度を超えないようにすることの必要性を説く見解がある。「現に行なわれている暴力行為や損壊行為を抑さえる程度のものであれば、それは必要なものであり、以後の継続的指導を可能とするものである」。しかし、逆に「抑止の程度をこえる体罰は、生徒の側は懲戒とはとらず…教師による暴力ととろう…その懲戒が懲戒たることを子どもが認識・納得しうるものでなければならぬ」とする (山岸秀「校内暴力と教師の体罰」季刊教育法47号30-31頁 (1983年))。

更には、正当防衛的であっても、一般社会とは異なる、教育現場にふさわしく、生徒等への教育的指導という観点から有形力の行使がなされるべきとの見解がある。「刑法的には正当防衛といえても、学校教育法11条で禁止した体罰に該当するか否かの判断を、子どもの人権を中心概念とする教育法的判断を下す余地を残しておくべきではなかろうか…防衛行為は刑法上相当なものでなければならぬが、それが教育法上も相当なものであったか否かをもう一度判断すべきである…刑法とは異なり、子どもの人権中心に、日頃の教師の教育活動、子どもとの関係というものも考慮に入れて判断」されるべきであるとしている (山岸・前掲論文31頁)。

以上の見解から、教員による「有形力」の中には、正当防衛等の違法性阻却事由が当てはまるケースもあると考えられ、この場合は、禁止される「体罰」から除外される。しかしながら、その違法性阻却の範囲・内容等の判断に刑法・民法の考え方をそのまま持ち込むのではなく、教育的指導の観点から再度、その「有形力」行使を検討する必要があるとの見解も示されている⁽¹²⁾。次に、正当防衛等とはかかわりがない状況での有形力の行使について、いかなる見解が示されているか紹介しよう。

有形力の行使に肯定的な見解

まず、一定の有形力の行使を肯定的にとらえる考え方がある。その根拠は、口頭による叱責等によっては得られない感銘力を生徒等に与えることができる点に求められている。「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ともに、教師の生活指導における毅然たる指導・考え方の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覚醒行為として機能し、効果があることや、単なる口頭の説教にとどまる場合は、微温的すぎて感銘力に欠け、生徒に訴える力に乏しいこともあるので、教育作用としての本来の機能と効果を教育の場で十分に発揮させるためには、一定の限度内で有形力の行使を許してもよい場合があると考えられている」（伴義聖・吉野芳明「判批」判例地方自治323号8-9頁（2010年））。

また、最判平成21年で問題とされた行為についてであるが「口頭による注意に付随する行為」であったことを重視し、「本件行為は、有形力の行使であるが、口頭による注意を目的とする、いわばそれに付随する行為であり、しかも、具体的な状況から相当な範囲を超えないと判断された」としている（北村和夫「判批」ジュリスト1398号69頁（2010年））。

有形力の行使に否定的な見解

このように、一定の有形力を肯定的にとらえる考え方に対して、否定的な考え方も有力に主張されている。まず、懲戒において許されるのは叱責、訓戒までであるとし、その根拠を教育基本法に求める見解がある。「教育の論理と形態とは、子どもの心身の発達段階にたいする配慮（学校法施規13条1項）だけでは足りない。懲戒とのかかわりでは、基本法1条があらためて読みなおされるべきである…本条が示す教育の理念は、強制と暴力による教育と相容れないばかりではなく「人間の尊厳を傷つけるおそれのある懲罰の方法や処理…を、すべて禁ずる」…はずであろう。この原則を貫くとき、懲戒の方法として許されるのは叱責、訓戒までである」（山吉剛「教師の懲戒権・体罰をめぐる判例の動

向」季刊教育法27号108頁 (1983年))。

こうした教育上の理念に基づき、「体罰」に否定的な見解が示されるだけでなく、「体罰」が、教育に必要な教員と生徒等との人間関係を破壊することを指摘するものがある。「体罰教師の弁護論として常に出てくるのがその教育熱心さである…だが、熱心のあまりつい手が出たということを安易に認めることは危険である…熱心な教育というものは教師と子どもとの間の（そして教師と父母との間の）信頼関係をつくるものであるが…体罰は逆にそれをさまたげるものである」（山岸・前掲論文28頁）。

同様に、「学校において体罰を行うことは、通常、教員が感情的になり、また、児童生徒が反発して、子弟の信頼関係を損い、教育的な効果も期待されない…親が4、5歳までの自分の子供に対し…善悪のけじめをつけさせるために、手や尻をたたくといった体罰を加えることは、当然認められるべきことであるが、学校における教育指導を家庭におけるしつけと同視して考えることはできない。学校においては、教員と児童生徒の間の人間関係…を破壊するような体罰を認めるべきではなく、また…児童生徒の人権を保証する趣旨からも、禁止する必要がある」との見解も示されている（遠山・前掲論文20頁）。

確かに、一般論や理念から考察すれば、「体罰」の禁止は当然であると思われるが、問題は、こうした一般論が果たして教育現場でどこまで通用するか、ということと思われる。そこで、平成21年最判及び平成19・25年通知は、総合考慮により一定の有形力の行使は「体罰」にあらず、「教育的指導」の範囲内として許されるとした。しかしながら、このことは、本来禁止されるべき「体罰」の範囲を縮小し「有形力」の範囲を拡大させることになるとの批判がある。すなわち「体罰禁止を認めてはいるが、問題なのは体罰の範囲を狭く限定し、懲戒権の行使として、体罰に至らない「有形力の行使」を認めていることである。さらに問題なのは、事実上の懲戒手段として、口頭による説諭・訓戒・叱責を原則としながら、「有形力の行使」を例外的に認めていること」であると（星野安三郎「判批」季刊教育法41号146-47頁 (1981年))。

更に「従来当然に体罰とされていた行為領域に、「体罰に当たらない有形力

の行使」というグレーゾーンが設定され、体罰の概念が相対的に縮小される…さらに教育的効果なども総合して個別的に判定される有形力行使の相当な範囲は、ケースバイケースで融通無碍となり、客観的基準のないままにエスカレートしていく危険性を否定できない」との見解も示されている（後藤巻則「判批」判例評論614号179頁（2010年））。

教員等の裁量と基準の明確化

このように、「体罰にあたらぬ有形力の行使」を認めることは、禁止される「体罰」の範囲を縮小させる結果になり易く、そこで、両者を区別する客観的基準が必要であるとされている。すなわち「体罰か否かの判定は、個々の事例に即して行われなければならないものであるが…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、強調し過ぎると、主観的になり、体罰とそうでないものの区別をあいまいにするおそれがある…児童の年齢・健康・場所及び時間的環境といった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」としている（遠山・前掲論文22頁）。

一定の「有形力の行使」を肯定することにより「体罰」の範囲が縮小されることを懸念する背景には、教員等には教育上の「裁量」が認められており、「有形力」が問題となる事実上の懲戒においては、子どもの権利に侵害をもたらしやすく、しかも教員等の責任を追及することは困難であることが指摘されている。すなわち「事実上の懲戒の内容については原則として教師の裁量にゆだねられ…教師が行う事実上の懲戒は、外見上何らかの程度で子どもの権利侵害にわたりやすいにもかかわらず、一般的に適法とされる。懲戒権者たる教師は適法な懲戒行為につき刑事上、民事上、行政上の責任を免れる効果がある」としている⁽¹³⁾。

更には、「教師による懲戒や体罰の場に居合わせるのは、教師と子ども達だけということが多い。そこで、被害者側が体罰の事実を立証しようとする、同僚教師や子ども達から証言を引き出すことが必要であるが…子ども達から加

害教師に不利な証言を得ることには難しい面がある」と指摘されている（後藤・前掲判批182頁）。

以上のとおり、学説においては「体罰」と区別される「有形力の行使」を肯定的にとらえる考え方と否定的にとらえる考え方がある。いずれの見解も理由のあるところであるが、現実の「有形力の行使」と「体罰」とを区別するための基準が難しく、このことが禁止される「体罰」の範囲を縮小させ、一方、肯定される「有形力の行使」を拡大させることにつながるのではないかと、特に、そもそも教員等には、いかなる場合に、どのような「教育的な指導」を行うかについての裁量が認められ、なおかつ、現実がいかなる有形力が行使されたかを認定することは困難であるため、その責任が問われることなく、追認されるおそれがあることが懸念されているのである。

生徒等の手続上の権利

ところで、これらの議論は、「有形力の行使」が「体罰」にあたるのかを判断するためにいかなる考慮が必要とされるか、という点に焦点を絞り、専ら教員等に認められる権限行使の範囲を、実体的に考察することから検討されている。これに対して、懲戒の対象となった生徒等に保障されるべき手続上の権利について言及するものがある。「学校教育法11条による「懲戒」事由が発生した場合…学校長や教員は「直ちに」に「ママ」懲戒を加えることができるか…「懲戒」を行った教員は、その事実について校長や教育委員会に報告したり、さらに親権者である両親に報告する義務はないかどうか」問題になると指摘されている（星野・前掲論文144頁）。

では、こうした手続が私憤等による懲戒の抑止に役立つとして、具体的にどのような手続が求められるかが問題になるが、この点に関して、法令に定めがなく、教員等の裁量に委ねられるとの指摘がある。「懲戒は、教育的な観点から行われる学校の自律的な作用であるから…懲戒を行うべきかどうか…どのような種類、態様の懲戒を選ぶべきかなどについては、懲戒権者の自由裁量が認められる」としつつも、手続について無関心でよいというのではなく、「法的

な効果を伴う懲戒などについては、学校として内規を定めるなどにより、教育的な配慮を十分に行い、公正な手続きによって懲戒を決定できるようにすることが望ましい」としている（遠山・前掲論文19頁）。

以上、「体罰」について整理してきたが、その内容を確認しておく、まず、法令上は、明治憲法下から一貫して「体罰」は禁止されてきたものの、何が「体罰」にあたるか、その具体的内容は定められることなく、行政解釈がその役割を担ってきた。この行政解釈によれば、当初は体罰として禁止されるものを具体化する方向であったが、その流れが少しずつ変わり、一定の「有形力の行使」は「体罰」にあらず許されるとされるようになった。しかしこのことは、本来禁止されるべき「体罰」の範囲を縮小させ、また「体罰」とこれ以外の「有形力の行使」との区別が困難なこともあってグレーゾーンを生じ、このことは更に「体罰」の範囲を広げ、子どもの権利侵害を放置することにならないか、懸念されている。これらは、主として懲戒権限の範囲について実体的な考察が加えられているが、手続的な視点からの問題提起もみられる。

こうした議論から窺えることは、懲戒権限の実体的考察によりこの問題に対処することには限界があるということである。法令上の文言は「体罰」を一律に禁止しており、このことは、有形力の行使により肉体的苦痛を与えることによる教育を排除すべきとの理念に支えられている。しかし、教育現場の実態から、こうした理念の貫徹は困難であることが認識され、「体罰」に該当しない「有形力の行使」を、諸事情の総合的考慮から判断する流れになっている。しかし、このことにより、教育指導において何が許され、何が許されないのかの基準がやや不明確となり、教員等による指導を萎縮させる、あるいは逆に「有形力の行使」を重視する、等の両極端な実務をもたらすことが懸念される。そして、忘れてはならないのは、その不利益を被るのは、教育を受ける権利を有する生徒等であるということである。萎縮した指導により教育環境が整わないことも、教育に藉口した感情的で理不尽な暴力に曝されることも、いずれも放置されてはならない。

これらの問題に対応するための一つとして、生徒の手續上の権利に着目することが考えられる⁽¹⁴⁾。「有形力の行使」において特に問題なのは、教員等による無防備な生徒等への感情的な暴行である。最高裁が指摘するように、「有形力」は教育的な配慮が尽くされた上で行使されることが必要であり、これを担保するためには何らかの事前の手續がとられることが有効であると思われる⁽¹⁵⁾。

しかし、いかなる事前手続きがとられるべきか、また可能であるかは現実には困難な問題である。特に「間髪を入れない」状況において「有形力」を行使する必要があった場合には、事前手続きをとる暇はなく、これに馴染まないかもしれない。しかしながら、「有形力の行使」に際し、慎重で総合的な教育上の配慮が行われることを出来る限り担保することは必要であると思われる。現在、この手續を保障する法令上の具体的な規定は存在しないが⁽¹⁶⁾、憲法上の手續保障に関して議論した合衆国最高裁の判例があるので参考までに紹介しておこう。

第4章 イングラハム事件（1977年）と生徒の手續上の権利

イングラハム事件（1977年）（*Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651（1977））においては、パドルによる懲戒が問題となったが、この懲戒に先立って告知・聴聞の機会が生徒等に与えられるべきことを修正14条・デュープロセス条項が保障しているかが問題になった。多数意見はこれを消極に理解したが、4名の裁判官が反対意見にまわり、最高裁の内部は激しく対立している。多数意見は、パドルの懲戒に先立って告知・聴聞の手續を保障するならば、教員が最善と考える教育指導の実践を萎縮させること、パドルの懲戒が適正になされる環境は整っており、事前手續の必要性は薄いこと、事後的な損害賠償請求等により救済が可能であること等を挙げている。

他方、反対意見は、多数意見においては、事後的な損害賠償請求により救済は十分であるとの根拠は示されていないこと、告知・聴聞の手續が教育指導に萎縮の効果をもたらすことが過大に評価されていること、更には、身体上の不

利益は、財産上の不利益とは異なって事後的な救済では不十分である、と批判している。

以下、判旨をやや詳しく紹介するが、アメリカにおける体罰の沿革について言及されているので、まず、それを紹介しておこう。

アメリカにおける体罰の沿革

アメリカにおいては、コモンローにより、伝統的に体罰の権限が教員らに認められてきたことが重要である。生徒等に懲戒として体罰を加えることは、植民地時代にまで遡ることができ、当時の私的で任意の教育から、現在の強制的な公教育への移り変わりの中で、体罰はほとんどの地域で、継続して行われてきた。確かに、殴打等による身体への攻撃からの自由は、個人の絶対的な権利のひとつとして位置づけられていたが、教師が、自分の担当する生徒等に対して穏やかな矯正 (moderate correction) を行うことは、身体への攻撃とは考えられてこなかった。そこで、今日においても教員等は、教育に必要であると合理的に考えるならば、生徒等に有形力を行使することが認められているのである。しかし、その一方で、体罰が「過度又は不合理」であれば、教員等は民事および刑事の責任を問われるのである (see Ingraham, 430 U. S. at 660-61)。

そこで、コモンローは体罰の「合理性」を判断するためにあらゆる状況を考慮してきたが、その中でも最も重要とされてきたのが、生徒等の行った違反行為の深刻さ、その態度や過去の行い、その年齢及び強靱さ、加えられる体罰の性質及び厳しさの程度、更には、同等の効果をもたらす、より厳しくない手段の選択可能性である (see id. at 662)。

このようなコモンローの考え方は、23州のうち21州において立法の中に取り入れられ、更に、2、3の州のみであるが、事前・事後の手續に関心がもたれてきた。すなわち、「体罰」について生徒等の親の承諾、親への通知、校長のみに限定した体罰の行使、成人の証人の面前で行われること、である。以上のコモンローの多くは州の法律に取り入れられ、また、これが取り入れられていない場合にも、これらの考え方をあてはめることによって判断がなされてきたの

である（see id. at 662-63）。

このような伝統の下で、体罰について合衆国憲法の観点から検討を加えたのがイングラハム事件（1977年）である。この事件は、コモンローの考え方を取り入れたフロリダ州法の下で提起され、合衆国最高裁は、体罰に際しての手續の問題を合衆国憲法修正14条「デュープロセス」の観点から検討しているので紹介しよう⁽¹⁷⁾。

イングラハム事件（1977年）・事実の概要

フロリダ州のA郡では、州法と学則に基づいて、学校内の規律を維持するために体罰が用いられていたが、品位を欠き、若しくは不当に厳しい体罰、又は、校長若しくは担任教員と事前に相談することなく行われる体罰は禁止されていた。また、体罰に関する方向性や制限は、A郡教育委員会の指針に明確に定められていた。それによれば、体罰は、反抗的な生徒に対して、パドルを用いて臀部を打つというものであり、パドルは長さ2フィート以下、幅3～4インチ、厚さ1.5インチの木製の平たいものである。通常は、このパドルを用いて1～5回殴打し、生徒には目立った傷は与えられず、停学や退学の方がこれよりも厳しいと考えられていた。

この事件でBは、教員が命じたことへの反応が遅かったとして、校長室で20回以上、パドルでひどく殴打され、結果として、治療が必要な血腫ができ、何日か登校することができなかった。Bは、かつても軽微な事柄を理由に何度かパドルによる殴打をうけた。そのうちの2回は、腕を殴打され、1週間満足に腕を使うことができなかった。

原審は、デュープロセス条項は、生徒には告知・聴聞の機会及び実体上の権利を保障しておらず、反抗的な生徒へのパドル殴打は、善行を促すための手段として、また、いたずらな生徒には、責任や行儀を理解させるための手段として、受け入れられてきたとした。

最高裁は原審の判断を支持した。

判 旨

修正14条の「自由」と身体への苦痛

修正14条は、「生命、自由、財産」を「デュープロセス」なく剥奪することを禁止している。そこで、対象となっている利益が「生命・自由・財産」にあたるのか、次に、どのような手続が「デュー」であるのか、2段階に分けて考察する必要がある。連邦システムの中で、「自由」の輪郭を歴史的に正確に描き出すことは難しいが、身体への制裁からの自由が含まれると常に考えられてきた。不品行を理由として子どもを制止し、少なからず身体的な苦痛を与えることによって懲戒を行うことを決定した場合には、修正14条の自由が巻き込まれていることは確かである（see id. at 674）。

デュープロセスの可変的内容

デュープロセスは、他の法的ルールとは異なって、時、場所、状況と無関係に、固定された内容を有する技術的な概念ではない。この分析には3つの異なる要素が必要である。第1に、影響される私的な利益、第2に、そうした利益が侵害される危険性と手続的な安全弁の可能性、第3に、手続要件の機能及び財政的・行政的負担を考慮すべき政府利益である。

第1要素 生徒等の身体の利益

生徒等は、公立学校の管理下にあつて体罰を受けない自由を有するが、この自由には限界があり、コモンローでは、生徒等への穏和な矯正であればこれへの救済は認められてこなかった。すなわち、用いられた有形力の行使は、その目的に照らして合理的であるならば、正当化されるのである。生徒等の有する身体の安全に関する利益と、限定的で一定程度の体罰が必要であるとの伝統的な見解との間にはバランスがはからなければならない。懲戒としてなされる体罰が、このコモンローで認められた範囲に止まっている限り、実体的権利の侵害とはならないのである（see id. at 675-76）。

第2要素 利益侵害の危険性と手続の機能

フロリダ州法では、体罰の合理性・必要性は教員と校長が判断するが、それには賢明さと謙抑さが求められ、もしも、体罰が過度であったと認定されたならば賠償請求に応じなければならず、更に悪意 *malice* が認定されれば、刑事制裁を受けることになる (see *id.* at 676-77)。パドルによる懲戒は、教員の面前で行われた行為を対象とし、通常は、生徒等の実体的権利を深刻な程度に侵害し、重大な損失をもたらすことはない。学校の環境はオープンであり、パドルの濫用には民事・刑事の責任が課せられるため、教員等には不必要又は過度の体罰を行わないことが期待できる (see *id.* at 677-78)。

第3要素 手続の負担

修正14条によって保護されている利益に恣意的な侵入をうけないために、ある種の事前の聴聞は必要であるとされている。しかし、一律に憲法上の手続要件を課すならば、これに従うよりも、体罰を行わないことを選択するかもしれない。事前の告知・聴聞を実施することによってもたらされる混乱を避けるために、効果の点では劣るにもかかわらず、別の懲戒手段に頼ろうとするかもしれない。学校の規律を維持するためにいかなる手段が必要かつ適切かについての判断は、州の法律に従う学校の裁量に一般的にゆだねられている (see *id.* at 679-82)。

濫用の可能性の低さ、学校のオープンさ、既に存在するコモンロー上の救済に鑑みると、過誤によって子どもの実体的な権利への侵害がもたらされる危険性は最小限にとどまると考えられる。更に、こうした危険は、手続要件を憲法上課すことにより減少するかもしれないが、主要な教育上の責任領域への深刻な侵入を許すことになる。体罰はコモンローにより認められているので、デュープロセス条項によって事前に告知・聴聞が求められているとは結論しない (see *id.* at 682)。

以上のとおり、多数意見は、生徒の身体への自由は、その剥奪にあたりデュープロセスが必要とされる「自由」に該当するが、教員による生徒等への

穏和な矯正は合理的制約として自由の剥奪にはあたらないとした。問題なのは、具体的なパドルによる懲戒が穏和な矯正にあたるかどうか、その濫用をいかにして防止するかを、事前手続きの必要性という観点から分析するということである。これについて、多数意見は、学校はオープンな環境であり、また、事後的な民事・刑事の責任追及によりパドルによる懲戒の濫用の可能性は最低限度にとどまり、逆に一律な事前手続きは、教員等の教育上の裁量を不当に狭めるとする。これに対して、反対意見は、多数意見が、事前手続きの負担及び事後的救済の有効性を共に過大に評価していると批判している。

ホワイト裁判官の反対意見（ブレナン・マーシャル・スチーブンス各裁判官が加わる）

パドルによる懲戒にあたり、初歩的な事前手続 precaution を履践しても学校の懲戒手続にそれほどの負担をもたらすことはない。対象となっている生徒に、パドルによる懲罰について告知するのにわずかの時間が必要であるにすぎず、その生徒がこれを争うならば、証拠を示して説明し、その生徒が事実を語るための機会が与えられなければならない（see id at 700）。

スチーブンス裁判官の反対意見（単独）

デュープロセスなくして生命、自由、財産を奪うことは憲法上禁止されているが、その文言上は、これに先立って聴聞を行うことが求められているわけではなく、多数意見は、事後的な救済も、時としては十分であるとの結論に至っている。しかしながら、財産上の利益のみが侵害されている場合には、損害賠償を認めることにより当事者に満足を与えることができるが、身体的な制限や制裁の場合にはこれと異なる（see id. at 701）。

結 語

以上、体罰に関する問題点について検討してきたが、日本においては、制定法上「体罰」の禁止が明治憲法下から一貫して維持されている。しかし、教育

現場においては、一定の有形力の行使は避けられず、体罰にあたるものとあたらないものとの、いかなる基準により、どのように行っていくかが課題となっている。

従来、その検討は、教員等による懲戒権限の適法な範囲を画定するとの視点から、主として行われてきたように思われる。しかしながら、体罰は、有形力の行使という「事実行為」であり、また、身体の安全への直接の侵害という性質から、事後的な民事・刑事の責任追及の場面において、その権限行使の適法性を議論するだけでは限界がある。そこで、生徒等の身体の自由という観点から、その教育現場における範囲と限界について議論すると同時に、その事前の防御の必要性から、彼らの手続上の権利・教員等の手続上の義務について、憲法レベルでの検討が必要であると思われる。

注

- (1) 「日本の現行法は体罰そのものを全面的に禁止する規定の仕方をしており、懲戒の対象たる児童等の行為、体罰を加える方法・身体の部分、教師の教育的意図等を体罰の制約条件とするような規定の仕方をしていない」との指摘がある。今橋盛勝「体罰の教育法的検討」季刊教育法27号114頁（1978年）。
- (2) 後述のとおり、従来、日本においてはいかなる体罰が「違法」又は「適法」か、という議論はなされず、一定の有形力の行使が体罰にあたるか、という形で議論されてきた。すなわち「学校教育法11条の体罰の解釈に対して、体罰の目的の正当性の有無、手段方法の妥当性の有無等によって、適法な体罰と違法な体罰に分類し、判断のメルクマールを確立しようとする法解釈は、日本の場合、学説としても存在していない…「体罰」に該当する体罰行為は許されないという解釈を認めた上で、「体罰」にはいらない体罰的行為、法的に許容された体罰的行為が存在しうるか否かという問題が残され続けている」。今橋・前掲注（1）115頁。
- (3) 横田光平「判批」自治研究87巻7号137頁（2011年）は「学校教育において教師と子どもとの非対称な関係」に鑑みて、有形力の行使に関し、「教員に教育上の裁量を広く認めるよりも、むしろ厳格な比例原則的考慮」に基づいた違法性の判断がなされるべき

であるとしている。

- (4) 例えば、千葉地判・平成4年2月21日判例時報1411号54頁、神戸地姫路支部判・平成12年1月31日判例時報1713号84頁。
- (5) 教員に課せられるべき責任について草野巧一「判批」判例地方自治325号89頁（2010年）は次のようにまとめている。「法は体罰禁止規定の違反に対して、直接罰則を規定していないが、人の身体に向けられた不法な有形力の行使は、刑法上の暴行（罪）に該当し、体罰を行った教員は、正当行為（刑法35条）等の違法性阻却事由が認められない限り、暴行・傷害・傷害致死罪等の刑事責任を科せられる可能性がある。また、教員が違法な体罰を行った場合の民事責任（損害賠償責任）について、公務員教員の場合は、国・地方公共団体が国家賠償法上の賠償責任を負担し、公務員個人は賠償責任を負担しない」。
- (6) 「事実行為としての懲戒」が法11条を根拠として認められているとすることにより、教員等による生徒等に対する有形力の行使は、たとえ刑事・民事責任の構成要件に該当したとしても、「法令に基づく行為」として違法性が阻却されることになる。すなわち「事実行為としての懲戒を含め懲戒を行うことのできる根拠を学校教育法11条で規定していることの意義としては、この規定を根拠に行われた懲戒の内容が犯罪の構成要件に該当するものであったとしても、刑法35条にいう「法令ニ因リ為シタル行為」（現行刑法35条「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」―筆者注）として違法性を阻却され、犯罪は不成立になるということがある…ただし、体罰については、禁止されている」。遠山敦子「学校における懲戒と体罰禁止の法制」季刊教育法47号19頁（1983年）。
- (7) 「体罰」の一律禁止がすでに明治憲法下においても定められながら、現在も規定され、その範囲が議論され続けていることこそが問題である。なぜ、法令と現実が乖離するのか、なぜ、体罰は法令による一律禁止にもかかわらず、なくなることはないのか考察されなければならない。今橋・前掲注（1）120頁も「体罰に関する法規、行政解釈、学説と判例…の検討を通じて、体罰に関する厳しい法の存在を認識することができ…〔他方〕体罰の実態〔は〕…裁判、人権擁護局人権侵害事件数、公務員法による懲戒処分者数や新聞報道事件からは推定することができない深さと広がりをもっている。これら二つの現象はまさに見事なコントラストをなしており…体罰を禁止する法と乖離した体罰

の実態は、なぜ存在するのか…検討しなければならない」と指摘している。

- (8) この判決については未見。今橋・前掲注（1）116-17頁による。なお、教師の懲戒権を親の代理権の行使という見地から肯定しようとするには批判がある。有地享「親の懲戒権と教師の懲戒権」季刊教育法27号88-89頁（1978年）は、学級全体に対する一般的指導と親の教育指導との違いを強調する。すなわち「教師の教育活動は多様であって、学校教育は教師の個別的な教育活動に待つ領域と一定の教育計画に従って多人数に対し集团的、継続的な教育活動を行い、学級全体に対する一般的な指導教育の活動をなすべき領域とがある。親の懲戒権の代行関係が生ずるのは、前者の教師の個別的な教育活動の領域であり…後者に属する教師の教育活動では…児童・生徒が学校秩序を乱したり、その本分に反する行為をした場合に、学内秩序を維持するとともに、本人や他の児童らの将来を戒める…この懲戒処分には、親の懲戒権の代行関係は生じえない」としている。

- (9) この点について後藤巻則「判批」判例評論614号183頁は「戦前においては教師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おり、懲戒権が子どもの人権保障の原理を基礎とするものたりうるはずはなかったが、戦後においては、子どもの人間的尊厳を侵害するような懲戒は許されない…また、懲戒は、義務違反に対し罰を与える制裁行為であるから、その行為の根拠に十分な合理性がなければならない」と指摘している。

なお、永井憲一・広沢明「生徒指導をめぐる問題事例と裁判——生徒の人権研究の素材として——」季刊教育法47号35頁（1983年）は、生徒指導による生徒の人権侵害という観点から、髪型、プライバシー、辱め、取調べ、思想信条、政治活動、オートバイに関わる事例を整理している。

- (10) 最三判平成21年4月28日民集63巻4号904頁。この事件をやや詳しく紹介しよう。まず、事実関係であるが、Aは事件当時、B公立小学校の2年生の男子（身長130cm）である。Cは、Bの教員であるが（167cm）、1時限終了後に、Bの校舎1階の廊下で、コンピューターをしたいと駄々をこねる3年生をしゃがんでなだめていた。そこへ通りかかったAは、Cの背中に覆いかぶさるようにして肩をもんだため、CがAに離れるように言ったがやめなかったので、右手でAを振りほどいた。そこへ、6年生の女子数人が

公立学校における体罰〔宮原 均〕

通りかかり、Aは、同級生の男子1名と共に、彼女等にじゃれつくようにして蹴りはじめたので、Cはこれ制止し、Aに注意をあたえた。その後、Cが職員室に向おうとしたところ、AはCの臀部を2回蹴って逃げ出したので、CはAを捕まえて、その胸元の洋服をつかんで壁に押し当て、大声で「もう、すんなよ」と叱った。Aはその日の夜、自宅において泣き叫び、食欲も低下して、通学に支障をきたすようになったが、後に通院・治療により回復した。この間、Aの母親は、Bに対して激しい抗議行動を続け、Bを被告として損害賠償請求を行った。原審は、BにAへの慰謝料等の支払いを命じた。その理由は、胸元をつかむという行為は不穏当な行為であり、Aの年齢、身長差、Cとの面識のなさ等からAの受けた恐怖心は相当なものであったとし、これらを総合すれば、本件行為は社会通念に照らし、教育的指導の範囲を逸脱し「体罰」にあたるとした。最高裁は、破棄自判し、Aの請求を棄却した。最高裁は、Cの行為は「児童の身体に対する有形力の行使であるが、他人を蹴るという…悪ふざけをしないように…指導するために行われたものであり、悪ふざけの罰として…肉体的苦痛を与えるために行われたものではないことが明らかである…その目的、態様、継続の時間等から判断して、教員が児童に対して行うことが許される教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法11条ただし書にいう体罰に該当するものではない」とした。

- (11) 本件行為は、口頭による注意に付随する行為であるとして「体罰」には当たらないとする見解がある。北村和夫「判批」ジュリスト1398号69頁（2010年）は「本件行為は、有形力の行使であるが、口頭による注意を目的とする、いわばそれに付随する行為であり、しかも、具体的な状況から相当な範囲を超えないと判断された…すなわち…制止して、口頭による教育的指導を行う目的で行った行為であり、また、きわめて短時間で、肉体的苦痛を与える行為でもなかった…具体的事情から、口頭による教育的指導の一環として必要最小限の有形力の行使であるとした」。
- (12) もっとも、この見解においては、具体的にどのような事態が想定されているのか必ずしも明らかではない。例えば、生徒による暴力等に対する教員の防御・反撃行為が、過剰防衛とされる可能性が一般社会におけるよりも高くなる、あるいは、急迫性や不正の認定に関し、教育現場の特殊性に照らして別途考慮されるべきということであろうか。
- (13) 山吉剛「教師の懲戒権・体罰をめぐる判例の動向」季刊教育法27号101頁（1978年）。

懲戒にあたり教育上の裁量を強調する立場にあっても、その逸脱・濫用があった場合にはこれを違法としている。遠山・前掲注（6）19頁は「〔懲戒は〕懲戒権者の自由裁量に属するものであるが、体罰を加えた場合や全くの事実誤認に基づき行われた場合、社会通念上著しく妥当を欠くと認められる場合には、裁量権の逸脱、濫用として、司法審査による救済の対象となる」としている。

- (14) 山岸秀「校内暴力と教師の体罰」季刊教育法47号33頁（1983年）は「わが国の教育法制においては懲戒のための手続的保障が全くない。すなわち子どもは懲戒の前に無権利状態のまま置かれているのである」と批判している。
- (15) 「有形力」の行使にあたり、教育的配慮を尽くさせるためには、生徒等に「事前」の告知・聴聞・弁解・防御の機会等を与えることのみならず、「有形力」を行使した教員に状況報告を義務づけ、更には、生徒等が簡易・迅速に利用できる不服申立て制度の設置等の事後的な手続の整備等が考えられる。
- (16) 行政手続法は、第3章において不利益処分必先立つ聴聞手続きについて詳細に定めるが、これらは同法3条1項7号により、学校における生徒等に対する処分には適用除外とされている。ましてや「有形力」の行使としての「事実行為」について行政手続法の適用を考えることは困難と思われる。
- (17) なお、この事件では、体罰に関する実体的考察として同法修正8条「残虐刑罰の禁止」の観点からも分析されているので、紹介しておこう。修正8条・残虐な刑罰の禁止が、学校における生徒等へ体罰にも及んでいくかについても、最高裁内部において見解が対立している。多数意見は、主として、修正8条の沿革から、この規定は刑事手続に限定して適用されるべきであるとした。他方、反対意見は、刑事手続において残虐刑罰が禁止されるならば、同様の制裁は教育上の懲戒にも当然適用されるべきとする。まず、多数意見から確認しておこう。修正8条の文言は、1689年イギリスの権利章典を継承する1776年のバージニア権利宣言に由来することはよく知られている。確かに、アメリカの憲法制定者は、判事が拷問等を行うことのみを懸念していたのではなく、議会が、犯罪や刑罰についていかなる判断を下すかについても関心を有していた。しかし、この条文の適用対象が刑事手続であることについては、イギリスとアメリカとは同じであったのである（see *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651, 665—66 (1977)）。本件において

は、生徒等へのパドル等による殴打にも修正 8 条が適用され、監獄内の囚人への職員による殴打と同様に、生徒等への殴打にも救済が認められるとの主張がなされている。しかし、修正 8 条をその歴史的なコンテキストから切り離し、公立学校の伝統的な懲戒の場面に及ぼすことは不適切である。囚人と生徒等は、社会から一定の隔離をされている点では共通しているが、状況は全く異なる。囚人は、家族や友人と共に生活する自由を奪われるが、そのことは、囚人自らが犯した犯罪に対する制裁の一部になっており、ただ、不必要に苦痛を与えることが残虐・異常な刑罰として修正 8 条によって禁止されるのである (see id. at 668—69)。これに対して、生徒等は学校の時間中でも、帰宅することを物理的に阻止されないし、放課後になれば帰宅する自由がある。学校にいる間も家族や友人のサポートを受けることができる。公立学校の開放性及びコミュニティの監視によって、修正 8 条が囚人に対して保護しなければならない権限の濫用に対しては、十分な保護が与えられている (see id. at 670)。学校での体罰が認められているほとんどすべてのコミュニティでは、コモンローによる保護がなされている。公立学校の教職員が、コモンロー上、体罰を行う権限が認められるのは、その体罰が子どもに対する適切な教育及び規律にとって合理的に必要である場合に限定されている。これを越えた体罰がなされた場合には、民事および刑事の責任を負担することになるのである (see id. at 670)。

ホワイト裁判官の反対意見 (ブレナン・マーシャル・スチーブンス裁判官が加わる)

犯罪を行った場合において科すことが認められていない制裁は、より軽い行為、例えば学校の規律違反に対する制裁としても、科せられるべきではない。殺人犯に対して耳を切除することが憲法上許されないならば、遅刻をした生徒にそのような制裁をすることも同様に、憲法違反となる。ある刑事上の制裁が、非人間的又は野蛮であるため、残虐・異常とされるならば、同じ制裁が、教室内での行為への制裁としてなされたならば、非人間性・野蛮性が薄れるとすることは疑問である。問題は、規律違反の生徒への殴打が punishment にあたるかではなく、残虐・異常であるかである (see id. at 684)。憲法制定者が、刑事という文言を修正 8 条に盛り込まなかったのは、この条項の意図するところが、非人間的又は野蛮な罰則を禁止するということであって、罰則がなされる行為の性質いかんにかかわらずということである (see id. at 685)。エステル事件 (1976

年）(Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976)) では、囚人の医療上の必要性を意図的に無視することは、修正 8 条により禁止されている残虐異常な罰則としているが、このことは、刑罰ではなく監獄職員による不法行為が対象とされていた (see id. at 688 n. 4)。

多数意見は、生徒等には修正 8 条の保護は必要ないとし、その理由として権限の行使の濫用の可能性が監獄の場合よりも低いとしているが、これを示す証拠は存在しない。むしろ、監獄での体罰が認められることはめったにない (see id. at 690)。また、公立学校における体罰がすべて修正 8 条により禁止されるというのではなく、いかに過酷であつても修正 8 条によって制限されないとすることが問題なのである (see id. at 691)。誤った事実に基づく罰則、過度な罰則に対してコモンロー上の救済が及んだとしても、コモンロー上の免責によって個人的な責任から免れる。すなわち、職務遂行において good faith, non malice であれば、不法行為責任から免れるのである (see id. at 695)。

—みやはら ひとし・東洋大学法学部教授—