

我が国の体罰禁止法制と体罰概念の解釈

— 「法務庁法務調査意見」と「文部科学省初等中等教育局長通知」を中心として —

A study on the corporal punishment prohibitive law system of Japan, and the interpretation of a corporal punishment concept

— Center on “a Judicial-affairs agency judicial-affairs investigation opinion” and “a notice of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Elementary and Secondary Education Bureau chief” —

小澤文雄*

Fumio KOZAWA

キーワード：体罰、身体侵害、肉体的苦痛、有形力の行使、法務庁法務調査意見、
文部科学省初等中等教育局長通知

Key word : Corporal punishment, Personal injury, Bodily pain, Use of material power, Judicial-affairs agency judicial-affairs investigation opinion, Notice of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Elementary and Secondary Education Bureau chief

要約

我が国では、戦前のかかなり早い時期から現在に至るまで一貫して体罰は法制上禁止されている。そこで、本稿では、まず、戦前と戦後の体罰禁止規定がそれぞれどのようなものであったか、すなわち、体罰禁止法制の変遷を概観した。

しかし、戦前と戦後の体罰禁止規定は、いずれも体罰の定義を明確に定めていないことから、体罰概念の解釈については、行政、判例、学説のいずれにおいても対立・混乱がみられる。そこで、次に本稿では、戦後の体罰概念の解釈に大きな影響を与えてきた「法務庁法務調査意見」と「文部科学省初等中等教育局長通知」を中心として、体罰概念を整理・分析し、行政側の体罰概念の解釈について検討した。その結果、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、体罰概念そのものについては、「法務庁法務調査意見」の考え方を踏襲しているが、体罰概念の解釈については、いくつかの違いや問題点がみられた。一言でまとめれば、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、「法務庁法務調査意見」に比べ、体罰の範囲を相対的に限定・縮小化しているといえよう。

* 東海学園大学教育学部教育学科

Abstract

In Japan, the results of legislative prohibition of corporal punishment has been consistently carried out from the quite early time of prewar days until now.

So, in this paper, first, the corporal punishment prohibitive regulations of prewar days and the postwar period was discussed, respectively, and changes of the corporal punishment prohibitive law system surveyed.

Although all corporal punishment prohibitive regulations of prewar days and the postwar period have defined the definition of corporal punishment clearly, the interpretation of a corporal punishment concept has seen confrontation and confusion and also in its administration, in judicial precedents, and in theory.

Then, below, the corporal punishment concept was arranged and analyzed focusing on "a Judicial-affairs agency judicial-affairs investigation opinion" and "a notice of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Elementary and Secondary Education Bureau chief" which have had a big influence on the interpretation of a postwar corporal punishment concept, and this paper considered the interpretation of the corporal punishment concept along side its administration.

As a result, although "a notice of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Elementary and Secondary Education Bureau chief" has succeeded the view of "a Judicial-affairs agency judicial-affairs investigation opinion" about the corporal punishment concept itself, some differences and problems are seen about the interpretation of a corporal punishment concept.

If it collects at a word, compared with "a Judicial-affairs agency judicial-affairs investigation opinion", "a notice of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Elementary and Secondary Education Bureau chief" reduces the range of corporal punishment relatively.

1. 問題の所在

我が国では、明治12（1879）年の教育令において、「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」（46条）と規定され、世界的にもかなり早い時期に体罰禁止が明文化されていた。その後、体罰禁止規定は、小学校令、国民学校令に―教員の懲戒権規定の但し書に繰り入れるなど形を変えながら―引き継がれてきた。また、戦後においても、昭和22（1947）年の学校教育法で、「校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは、監督庁の定めるところにより、学生、生徒及び児童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」(11条)と規定され、懲戒行為としての体罰を明確に禁止している。このように我が国では、戦前のかかなり早い時期から、現在に至るまで一貫して体罰は法制上禁止されている。

しかし、戦前の法令も戦後の学校教育法及び関係法令も、体罰の定義を明確に定めていないことから、体罰概念の解釈—どのような行為が禁止されている体罰に当たるのか、どこまでを体罰とみなすか—については、行政、判例、学説のいずれにおいても対立・混乱がみられる^{1) 2)}。

例えば、行政解釈では、昭和23年12月22日に出された、法務庁法務調査意見「児童懲戒権の限界について」(以下、「法務庁法務調査意見」と略称)は、『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」と定義し、そして、なぐる・けるなどの「身体に対する侵害内容とする懲戒」だけでなく、「被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒」もこれに当たるとし、体罰概念を広くとらえている。この定義・概念規定は、教育現場でも長く使われてきた。これに対し、平成19年2月5日に出された、文部科学省初等中等教育局長通知「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」(別紙)(以下、「文部科学省初等中等教育局長通知」と略称)は、前述の「法務庁法務調査意見」の定義・概念規定を基本的に踏襲しながらも、「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」ではないと解釈するなど、体罰の範囲を相対的に限定・縮小化している。

また、判例においても、体罰禁止規定、体罰概念の解釈について対立がみられる。例えば、その後の判例に大きな影響を与えたリーディングケースと評価されている、大阪高判昭和30年5月16日(池原中学校事件)(刑事事件)³⁾は、戦前のさまざまな体罰容認論・擁護論を排斥し、学校教育法11条但し書の体罰禁止規定は、全面的、絶対的に体罰を禁止したものと厳しく解釈している⁴⁾。そして、同様の判断を示す判決は、数多くみられる。例えば、静岡地判昭和63年2月4日(民事事件)⁵⁾は、「いやしくも体罰が加えられたといえる以上は、たとえ懲戒行為としてなされたものであつても、……法律上は違法な行為であつて、体罰に違法なものと適法なものがあるというが如き見解は……採らない」として体罰を全面的に絶対禁止するとともに、「体罰とは、事実行為としての懲戒のうち、被罰者に対して肉体的苦痛を加える制裁をいい、殴る・蹴る等その身体に直接有形力を行使する方法によるものと、正座・直立等特定の姿勢を長時間にわたつて保持させる等それ以外の方法によるものとが含まれる」と判示し、体罰概念を広く認めている。

これに対し、東京高判昭和56年4月1日(水戸五中事件)(刑事事件)⁶⁾は、「いやしくも有形力の行使と見られる外形をもつ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事は、本来学校教育法の予想するところではない」と判示し、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を設定し、体罰の範囲を相対的に限定・縮小化しようとしている⁷⁾。また、最近の最高裁判所の判決(最判平成21年4月28日(民事事件)⁸⁾も、教師が有形力を行使した場合であっても、「その目的、態様、継続時間等か

ら判断して」体罰に該当しない場合があることを判示し、体罰の範囲の限定・縮小化の傾向を示している。このように判例においても体罰概念の解釈については、対立・混乱がみられる。

さらに、学説においても対立、混乱がみられる。すなわち、体罰禁止規定は全面的、絶対的に体罰を禁止したものであり、身体への実力行使のほか「肉体的苦痛を与える懲戒」を広く体罰と考えるのが支配的学説⁹⁾とされているが、他方、こうした考え方に疑問を示す学説もみられる¹⁰⁾。

このように、体罰概念の解釈については、行政、判例、学説のいずれにおいても対立・混乱がみられるが、本稿では、そのなかで、戦後の体罰概念の解釈に大きな影響を与えてきた「法務庁法務調査意見」と「文部科学省初等中等教育局長通知」を中心として、体罰概念を整理、分析し、行政側の体罰概念の解釈について検討する。

そして、こうした体罰概念の解釈問題を検討するためには、我が国の体罰禁止規定はどのようなものであったのか、その変遷を考察することが不可欠である。そこで本稿では、まず、以下において、我が国の体罰禁止法制を戦前と戦後に分け概観をする。

2. 我が国の体罰禁止法制¹¹⁾

(1) 戦前の体罰禁止法制

我が国において、教員の児童・生徒に対する体罰禁止を最初に規定したのは、明治12（1879）年の教育令（いわゆる自由教育令）46条であり、これは、世界的にみてもかなり早い時期であった¹²⁾。同条の原案は、「凡学校ニ於テハ生徒ニ体罰ヲ加フヘカラス」であったが、審議の過程で、元老院の議によって原案にはなかった「殴チ或ハ縛スルノ類」という注が付け加えられ、成案は「凡学校ニ於テハ生徒ニ体罰（殴チ或ハ縛スルノ類）ヲ加フヘカラス」と規定された。注が付け加えられた理由は、体罰の例示であり、体罰内容の限定ではなかったが¹³⁾、他面において、体罰概念について、「殴チ或ハ縛スル」こと以外は体罰にならないとの解釈を生み出す側面をもち、体罰禁止の実効性に疑念を抱かせるものであった¹⁴⁾。その後、同条の規定は、明治13（1880）年の教育令（いわゆる改正教育令）にそのまま引継がれた。

しかし、その後、体罰禁止規定は明治18（1885）年の教育令で姿を消し、また、明治19（1886）年の小学校令にも規定されなかったが、明治23（1890）年の第2次小学校令63条で、「小学校長及教員ハ児童ニ体罰ヲ加フルコトヲ得ス」と再び規定された¹⁵⁾。

これらの教育令・小学校令における規定の体裁は、いずれも体罰を正面から禁止するものであって、懲戒権そのものに触れたものではなかった。その後、体罰禁止規定を教員の懲戒権規定の但し書に繰り入れたのが、明治33（1900）年の第3次小学校令47条であった。同条は、次のように規定している。「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」。ここにおいて、校長と教員の懲戒権が法制上確立する¹⁶⁾とともに、懲戒権の限界を体罰をもって画するという体裁がとられたのである¹⁷⁾。この規定はその後の小

学校令の改正においてもそのまま維持された。そして、昭和16（1941）年、小学校令は国民学校令に改正されたが、同令において懲戒権及び体罰禁止は、「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」（同令20条）と規定され、今日の学校教育法に継承されている。しかし、小学校令（国民学校令）が、体罰禁止を正面から規定するのではなく、懲戒権規定の但し書に繰り入れたことは、「体罰禁止を徹底する方向とは逆の効果をもったこともまた否定できない¹⁸⁾」といえよう。

以上のように、我が国では、かなり早い時期から体罰禁止が明文化されてきた。それにもかかわらず、戦前の教育現場においては、親の懲戒権と教師の懲戒権を同一視し、親に許される程度の殴打行為（身体に対する侵害）は、教師にも認められる（体罰にならない）と主張したり、体罰を「愛の鞭」として認めようとする体罰容認論・擁護論が根強く主張されてきた。また、体罰を「練成」という言葉に変えて行なうなど、体罰禁止規定は事実上空洞化、有名無実化していた¹⁹⁾。

こうしたことは、戦前の裁判例（福岡地久留米支判昭和5年11月26日²⁰⁾）においてもみられる。本件は、小学校4年生の児童が成績物に無断で親の認印を押して提出したのを怒り、担任教師が児童の頭部を3、4回殴打した事件である。

判決は、本件担任教師は「職務に熱心にして責任の感念強^マく其の性格も率直にして真面目なる事実並に……原告の家人と被告とは特に親密にして被告も原告の病弱なるを思ひ平素原告を愛撫し居りたる事実を総合考覈すれば被告の原告を叩きたる右所為は悪意に出でたるものにあらずして寧ろ……教育上の必要に基き懲戒の目的を以て為されたるものと認定するを妥当とすべし」と判示している。ここでは、体罰を「愛の鞭」として認めようとする考え方が示されている²¹⁾。そして、判決は、続いて次のように判示する。

「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用し居れる事例にして此の事例に照せば…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、果して然らば被告が原告を叩きたる所為は懲戒の手段としては稍穏当ならずと雖叙上の如き事情の下に於ては其の有する懲戒権の範囲内の行為として之を是認せざるべからざる」。

判決は、親の懲戒権と教師の懲戒権を同一視し、親が「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩くが如き」は、懲戒の方法としてしばしば行われているから、本件教師の殴打行為そのものは、親が行う懲戒行為程度のものであって、社会通念上教師の懲戒権の範囲内のものとみることができ、言い換えれば、殴打行為でも体罰にならないものがあるとしている²²⁾ ²³⁾。

(2) 戦後の体罰禁止法制

戦後の教育体制は、憲法26条の「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」という規定や、教育基本法1条の「教育は、人格の完

成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期して行われなければならない」という規定にみられるように、個人の尊重や基本的人権の尊重を基盤としている。

これらの規定を踏まえ、昭和22（1947）年3月31日に学校教育法が公布されたが、その11条は、教員の懲戒権及び体罰禁止について次のように規定していた²⁴⁾。

11条 校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは、監督庁の定めるところにより、学生、生徒及び児童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。

この学校教育法11条は、戦前の小学校令及び国民学校令の規定をそのまま引き継いだ形式となっている。しかし、戦後、日本国憲法・教育基本法が制定され、個人の尊重や国民の基本的人権の保障が明確にされ、教育法体系の基本原則が子どもの権利保障の体系に構造的に転換した以上、懲戒権及び体罰禁止規定の文言は同じであっても、その意味・内容は戦前とは変わっているはずである²⁵⁾。それにもかかわらず、規定の意味・内容の変化を十分理解せず、文言の連続性に依拠する形で、その意味・内容も戦前と同様であるとする考え方（戦前と同様な体罰容認論・擁護論）が根強く残っている。例えば、「学校教育法案の作製並びに通過の爲に眞に文字通り不眠不休の努力を續けた²⁶⁾」、文部省学校教育局庶務課長・内藤馨三郎は、学校教育法公布直後の昭和22（1947）年8月5日に発行された「学校教育法解説」で、体罰について次のように述べているが、立法関係者として、体罰禁止規定の意味・内容の変化を十分理解できないままであるように思われる。

「撲つたり蹴つたりすることは勿論體罰であるが、1時間起立させておくことは體罰であるかどうか。小學校の6年生を1時間起立させておくことは體罰ではない。しかし1年生を1時間起立させることは體罰になろう。同じ6年生を1時間起立させておくにしても、虚弱な児童と健康な児童とでは事情が異なるし、教室で起立させておくのと吹雪の運動場に立たせておくのとも事情が異なる。何れにしても法律の規定としては表現が困難なので、この邊の判断は校長及び教員の良識に俟つ外はないが、今述べた事例の如きは、大體の基準として認められてよいであろう（傍点引用者²⁷⁾」。

内藤が挙げている具体的な事例は、後述の「法務庁法務調査意見」にもみられるもので、妥当と考えられる。しかし、「この邊の判断は校長及び教員の良識に俟つ外はない」として、何が体罰に当たるかという体罰概念の解釈を、最終的に校長及び教員の主観的な、しかも「良識」というあいまいな基準に委ねていることは問題と思われる。校長及び教員の主観的「良識」如何によっては、体罰概念はどのようにでも解釈でき、戦前と同様な体罰容認論・擁護論につながる恐れがあるからである。

こうした考え方が生まれる理由は、次の2点にある。すなわち、①学校教育法の起草者は文部省であったが、立法過程の途中で挿入された体罰禁止規定は、文部省の「教育的意図」によるものではなく、法制局が旧法制との調整のための「法整備的意図」によって挿入したものであること、したがって、文部省は本当に体罰禁止を規定する意図があったか疑問であること、②戦前の体罰禁止規定の空洞化、有名無実化についての反省・検討はなされないままであったこと、したがって、立法者あるいは現場の教師においても、体罰禁止規定の意味・内容の変化を十分理解できないままであったことである²⁸⁾。

そして、一部とはいえ、こうした戦前と同様な体罰容認論・擁護論が根強く主張されたことが、体罰禁止規定や体罰概念の解釈に混乱をもたらす一因ともなっている。

3. 行政側の体罰概念の解釈

体罰禁止規定や体罰概念の解釈に当たっては、行政機関の提示した基準が、有権的解釈として大きな影響力を持っている。以下において、これらについて検討をする。

(1) 法務庁法務調査意見「児童懲戒権の限界について」(昭和23年12月22日・法務庁調査2 発18

号 国家地方警察本部長官、厚生省社会局、文部省学校教育局あて 法務調査意見長官回答)

法務庁(後の法務省)法務調査意見「児童懲戒権の限界について」(「法務庁法務調査意見」)は、昭和23(1948)年12月22日に、高知県警察隊長の照会²⁹⁾に対し回答する形で、法務庁長官兼子一から国家地方警察本部長官斎藤昇あてに送付されたものであるが、同時に写し送付先として厚生省社会局、文部省学校教育局があげられている。そして、文部省学校教育局長より各都道府県教育委員会あてに「法務庁法務調査意見」に関する通牒が出され、教育界における周知徹底が図られている。

「法務庁法務調査意見」では、体罰概念、懲戒権の限界が、具体的に示されているが、以下において、その要点を示す³⁰⁾。

[第1問]

学校教育法第11条にいう「体罰」の意義如何。たとえば放課後学童を教室内に残留させることは「体罰」に該当するか。また、それは刑法の監禁罪を構成するか。

[回答]

1 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。すなわち

(1) 身体に対する侵害を内容とする懲戒—なぐる・けるの類—がこれに該当することはいうまでもないが、さらに

(2) 被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒もまたこれに該当する。たとえば端座・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せられなければならない。

2 しかし、特定の場合が右の(2)の意味の「体罰」に該当するかどうかは、機械的に判定することはできない。たとえば、同じ時間直立させるにしても、教室内の場合と炎天下または寒風中の場合とでは被罰者の身体に対する影響が全くちがうからである。それ故に、当該児童の年齢・健康・場所のおよび時間的環境等、種々の条件を考え合わせて肉体的苦痛の有無を判定しなければならない。

3 放課後教室に残留させることは、前記1の定義からいつて、通常「体罰」には該当しない。ただし、用便のためにも室外に出ることを許さないとか、食事時間を過ぎて長く留めおくとかいうことがあれば、肉体的苦痛を生じさせるから、体罰に該当するであろう。

4 右の、教室に残留させる行為は、肉体的苦痛を生じさせない場合であつても、刑法の監禁罪の構成要件を充足するが、合理的な限度をこえない範囲内の行為ならば、正当な懲戒権の行使として、刑法第35条により違法性が阻却され、犯罪は成立しない。合理的な限度をこえてこのような懲戒を行えば、監禁罪の成立をまぬかれない。

つぎに、然らば右の合理的な限度とは具体的にどの程度を意味するのか、という問題になると、あらかじめ一般的な標準を立てることは困難である。個々の具体的な場合に、当該の非行の性質、非行者の性行および年齢、留め置いた時間の長さ等、一切の条件を総合的に考察して、通常理性をそなえた者が当該の行為をもつて懲戒権の合理的な行使と判断するであろうか否かを標準として決定する外はない。

この「法務庁法務調査意見」は、体罰を「懲戒の内容が身体的性質のもの」と明確に定義している。そして、①「身体に対する侵害を内容とする懲戒」（「身体侵害」）だけでなく、②「被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒」（「肉体的苦痛」）も体罰に含まれるとし、体罰概念を広くとらえている。そのなかの、①「身体侵害」については、なぐる・けるのような「身体侵害」は、戦前においても体罰に当たるとされてきたが、「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩く」ような「身体侵害」は、体罰に当たらないとされてきた（福岡地久留米支判昭和5年11月26日）。これに対し、「法務庁法務調査意見」は、「身体侵害」は無条件で、その程度のいかんを問わず体罰に該当するとしている（[回答]の2の記述から明らかなように、「種々の条件」を考慮して体罰該当性を判断するのは、②「肉体的苦痛」の場合に限られる）。すなわち、「身体侵害」については、例外を一切認めておらず、軽く叩く程度は体罰に当たらないという戦前の考え方は完全に否定されているのである³¹⁾。したがってまた、後述の「文部科学省初等中等教育局長通知」のいうような「有形力の行使」は、ほぼ一切が体罰に当たることになる³²⁾。

他方、②「肉体的苦痛」が体罰に当たるという考え方は、戦前にはなく、新しく設けられた、厳しい基準である。例えば、正座や起立など特定の姿勢・行為を長時間強制することは、戦前にはよくみられたが、これらは、この「肉体的苦痛」という基準によって体罰とされたのである。また、放課後教室に残留させることも、「用便のためにも室外に出ることを許さないとか、食事時間を過ぎて長く留めおく」場合は、肉体的苦痛を生じさせるから、同様に体罰に当たるとされたのである。しかし、どの程度ならば「肉体的苦痛」に当たるかは、機械的に判定できず、「当該児童の年令・健康・場所的および時間的環境等、種々の条件」を考慮して判定せざるを得ない。つまり、「肉体的苦痛」の度合いは、程度問題、量的な概念の問題とされたのである。したがって、「肉体的苦痛」は、現実の判断基準としてはあいまいな基準である³³⁾。

その後、法務府（昭和24（1949）年に法務庁を改称）は、上述の「法務庁法務調査意見」を踏まえ、昭和24（1949）年8月2日に「生徒に対する体罰禁止に関する教師の心得」（以下、「法務府発表」と略称）を公表した。ここでは、「最近児童生徒に対する体罰問題がやかましい折柄教師の児童懲戒権がどの程度まで認められるか」について検討したものを、教師の心得として7カ条にまとめたとしている。

- (1) 用便に行かせなかつたり食事時間が過ぎても教室に留め置くことは肉体的苦痛を伴うから体罰となり、学校教育法に違反する。
- (2) 遅刻した生徒を教室に入れず、授業を受けさせないことは例え短時間でも義務教育では許されない。
- (3) 授業時間中怠けた、騒いだからといって生徒を教室外に出すことは許されない。教室内に立たせることは体罰にならない限り懲戒権内として認めてよい。
- (4) 人の物を盗んだり、こわしたりした場合など、こらしめる意味で、体罰にならない程度に、放課後残しても差支えない。
- (5) 盗みの場合などその生徒や証人を放課後訊問することはよいが自白や供述を強制してはならない。
- (6) 遅刻や怠けたことによつて掃除当番などの回数を多くするのは差支えないが、不当な差別待遇や酷使はいけない。
- (7) 遅刻防止のための合同登校は構わないが軍事教練的色彩を帯びないように注意すること。

(2) 「法務庁法務調査意見」「法務府発表」の検討

以上の「法務庁法務調査意見」と「法務府発表」は、戦後の子どもの権利保障を重視する教育法体系の基本原理に沿い、戦前の体罰の実態を見極めた上で、厳しい基準を示したものである³⁴⁾。それゆえ、教育界でも高い評価を受け³⁵⁾、体罰認定基準として承認され、広く用いられてきた³⁶⁾。

しかし、問題点もいくつかある。

第1の問題点は、この「法務庁法務調査意見」や「法務府発表」が、関係行政機関である文部省ではなく、法務庁（法務府）から出された点である。すなわち、当時の文部省の内部には、依然、戦前の体罰容認論・擁護論が残存し、ある程度の「身体侵害」（有形力の行使）は許されるとの考えがあったため、文部省としてはこのような意見を出しにくく、法務庁が文部省を飛び越して、異例の行政指導として意見や発表を出したのではないかという疑念である³⁷⁾。この点につき、篠原清昭は「過去の文部省の見解は、身体に侵害を加える行為のすべてが体罰として禁止されるわけではないとして、傷害を与えない程度に軽く叩くような行為は、父兄が子どもに対して懲戒として通常用いる方法であり、教師によるその行為が教育的配慮に基づくものであるかぎり事実上の懲戒として許されるとしてきた³⁸⁾」と指摘し、文部省と法務庁の間に体罰概念の解釈に隔たりがあったとしている。この両者の体罰に関する考え方の違いが、法務庁が文部省を飛び越して意見や発表を出した理由であり、それが体罰禁止規定や体罰概念の解釈に混乱をもたらす一因ともなっているように思われる³⁹⁾。

第2の問題は、「法務庁法務調査意見」は、「体罰」の言葉にとらわれ、「肉体的苦痛」のみを挙げており、「『言葉の暴力』に代表される精神的苦痛を与える懲戒が体罰の範疇から除かれている⁴⁰⁾」という点である。子どもにとって、体罰の恐ろしさは、「肉体的苦痛」だけではない。侮辱感や屈辱感といった「精神的苦痛」も大きな要素である。「肉体的苦痛」を与えなければ、どんなに「精神的苦痛」を与えても体罰に当たらないということは、体罰の実情を無視するものといえよう⁴¹⁾。また、前述のように「肉体的苦痛」は主観的基準であり、どの程度ならば「肉体的苦痛」といえるのかという具体的基準がない。すなわち、「肉体的苦痛」の度合いは、程度問題、量的な概念の問題だから、現実の判断基準としてはあいまいである。「身体侵害」という客観的基準に並べるなら、「肉体的苦痛」という主観的基準より、「特定姿勢・行為の強制」という客観的基準が望ましいという批判がある⁴²⁾。

(3) 文部省初等中等教育局長通達「学校における暴力事件の根絶について」（昭和32年7月16日・文初中第393号 文部省初等中等教育局長から各都道府県教育委員会教育長・各都道府県知事・付属学校をもつ各国立大学長・各国立高等学校長あて）

文部省は、昭和32（1957）年7月16日、初等中等教育局長名で「学校における暴力事件の根絶について」と題する通達を出し、そのなかで、児童生徒に対する懲戒は、真に教育的な配慮をもって慎重適確にすべきこと、体罰は絶対的・全面的に禁止されている旨を述べている。しかし、体罰概念については、何ら触れられていない。

以下において、全文を示す。

最近、教職員の児童生徒に対する体罰事件、生徒の暴行事件等があいついで発生していることは、まことに遺憾であります。

このことは、学校における規律の弛緩、指導の不徹底に起因する点があると思われるので、学校は特に下記事項に留意し、いつさいの暴行行為の根絶に努めるよう貴職におかれては格段の配慮をされるよう願います。

記

- 一 教職員は、つねに自らの人格の向上に努め、愛情をもって適切な指導を行うとともに、厳正な態度をもって学校秩序の維持を図らなければならない。
- 二 児童生徒に対する懲戒は、教育上の必要に基いてなされるものであつて、真に教育的な配慮をもって慎重適確にすべきである。いやしくも一時の感情に支配されて軽率な処分をするようなことがあつてはならない。
- 三 体罰は、法律により厳に禁止されているところである。教職員は児童生徒の指導にあたり、いかなる場合においても体罰を用いてはならない。

(4) 文部科学省初等中等教育局長通知「問題行動を起こす児童生徒に対する指導について」別紙「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」（平成19年2月5日・18文科初第1019号 文部科学省初等中等教育局長銭谷眞美から各都道府県教育委員会教育長、各指定都市教育委員会教育長、各都道府県知事、附属学校を置く各国立大学法人学長あて）

平成19（2007）年1月24日に公表された、教育再生会議の第1次報告「社会総がかりで教育再生を～公教育再生への第一歩～」は、教育再生のための当面の取組として7つの提言を挙げている。その1つに、「学校を再生し、安心して学べる規律ある教室にする」がある。そのなかで、「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（18年度中に通知等を見直す）」を挙げ、「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」ことを提言している。

この提言を受け、文部科学省は、平成19（2007）年2月5日、初等中等教育局長通知「問題行動を起こす児童生徒に対する指導について」を出し、そのなかで「学校の秩序を破壊し、他の児童生徒の学習を妨げる暴力行為に対しては、児童生徒が安心して学べる環境を確保するため、適切な措置を講じることが必要」であること、そのためには、「教育委員会及び学校は、問題行動が実際に起こったときには、十分な教育的配慮のもと、現行法制度下において採り得る措置である出席停止や懲戒等の措置も含め、毅然とした対応をとり、教育現場を安心できるもの」とするよう求めている。そして、「この目的を達成するため、各教育委員会及び学校は、下記事項に

留意の上、問題行動を起こす児童生徒に対し、毅然とした指導を行う」ことを強調し、留意事項として、「1 生徒指導の充実について」と「2 出席停止制度の活用について」を挙げた後、「3 懲戒と体罰について」を挙げ、次のように述べている。

「懲戒・体罰について」

- (1) 校長及び教員（以下「教員等」という。）は、教育上必要があると認めるときは、児童生徒に懲戒を加えることができ、懲戒を通じて児童生徒の自己教育力や規範意識の育成を期待することができる。しかし、一時の感情に支配されて、安易な判断のもとで懲戒が行われることがないように留意し、家庭との十分な連携を通じて、日頃から教員等、児童生徒、保護者間での信頼関係を築いておくことが大切である。
- (2) 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萎縮を招いているとの指摘もなされている。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。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からである。
- (3) 懲戒権の限界及び体罰の禁止については、これまで「児童懲戒権の限界について」（昭和23年12月22日付け法務庁法務調査意見長官回答）等が過去に示されており、教育委員会や学校でも、これらを参考として指導を行ってきた。しかし、児童生徒の問題行動は学校のみならず社会問題となっており、学校がこうした問題行動に適切に対応し、生徒指導の一層の充実を図ることができるよう、文部科学省としては、懲戒及び体罰に関する裁判例の動向等も踏まえ、今般、「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」（別紙）を取りまとめた。懲戒・体罰に関する解釈・運用については、今後、この「考え方」によることとする。

ここでは、「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」（別紙）（全文は後述）の作成理由が述べられている。すなわち、①体罰概念や懲戒の限度を機械的に判定することは困難であり、そのことが「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萎縮を招いて」いる。この状況を解消するため、明確な基準を示す必要があること、また、②過去に「法務庁法務調査意見」が出されているが、現在はその時とは状況が異なっており、「問題行動は学校のみならず社会問題となつて」いる。そこで、「問題行動に適切に対応

し、生徒指導の一層の充実」を図れるようにするため、新たな基準を作成する必要があること、という2つの理由から、この「考え方」を作成したとしている。そして、その背後には、生徒指導における「毅然とした指導」（教育再生会議）、「毅然とした対応」「毅然とした指導」（文部科学省初等中等教育局長通知）が必要であるという考え方がある。

「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」（別紙）

1 体罰について⁴³⁾

- (1) 児童生徒への指導に当たり、学校教育法第11条ただし書にいう体罰は、いかなる場合においても行ってはならない。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。
- (2) (1)により、その懲戒の内容が身体的性質のもの、すなわち、身体に対する侵害を内容とする懲戒（殴る、蹴る等）、被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒（正座・直立等特定の姿勢を長時間にわたって保持させる等）に当たると判断された場合は、体罰に該当する。
- (3) 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であり、特に児童生徒一人一人の状況に配慮を尽くした行為であったかどうか等の観点が重要である。
- (4) 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のではなく、裁判例においても、「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」としたもの（昭和56年4月1日東京高裁判決）、「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」としたもの（昭和60年2月22日浦和地裁判決）などがある。
- (5) 有形力の行使以外の方法により行われた懲戒については、例えば、以下のような行為は、児童生徒に肉体的苦痛を与えるものでない限り、通常体罰には当たらない。
 - 放課後等に教室に残留させる（用便のためにも室外に出ることを許さない、又は食事時間を過ぎても長く留め置く等肉体的苦痛を与えるものは体罰に当たる）。
 - 授業中、教室内に起立させる。
 - 学習課題や清掃活動を課す。
 - 学校当番を多く割り当てる。
 - 立ち歩きの多い児童生徒を叱って席につかせる。

(6) なお、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は、もとより教育上の措置たる懲戒行為として行われたものではなく、これにより身体への侵害又は肉体的苦痛を与えた場合は体罰には該当しない。また、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、目の危険を回避するためにやむを得ずした有形力の行使についても、同様に体罰に当たらない。これらの行為については、正当防衛、正当行為等として刑事上又は民事上の責めを免れうる。

(5) 「文部科学省初等中等教育局長通知」の検討

文部科学省初等中等教育局長通知・別紙「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」（「文部科学省初等中等教育局長通知」）は、体罰とは「懲戒の内容が身体的性質のもの」であり、「身体に対する侵害を内容とする懲戒」（「身体侵害」）と「被罰者に肉体的苦痛を与えるような懲戒」（「肉体的苦痛」）の両者が含まれるとしている。このことから明らかなように、体罰概念そのものについては、従前の行政解釈（「法務庁法務調査意見」）を基本的に踏襲したものである⁴⁴⁾といえよう。しかし、前述のように、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、「法務庁法務調査意見」を「見直す」（教育再生会議）という考え方で作成されており、体罰概念の解釈についても、いくつかの「見直し」がみられる。つまり、「法務庁法務調査意見」を基本としながらも、体罰概念の解釈については、それとは異なった考え方もみられるのである。

しかしながら、その体罰概念の解釈には問題点もある。以下、詳論する。

①第1の問題点は、「文部科学省初等中等教育局長通知」が、「法務庁法務調査意見」と異なり、「肉体的苦痛」だけでなく、「身体侵害」の場合も程度問題、量的な概念の問題としている点である。

「法務庁法務調査意見」は、前述のように、「肉体的苦痛」が体罰に該当するかどうかは、「機械的」判定が困難で、「当該児童の年齢・健康・場所的および時間的環境等、種々の条件を考え」判定しなければならない。つまり、「肉体的苦痛」の度合いは、程度問題、量的な概念の問題であるが、「身体侵害」は、無条件で、その程度のいかんを問わず体罰に該当するとしていた。

これに対し、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、(2)で体罰概念を提示する前に、(1)で「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」判定しなければならないとしている。つまり、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、「肉体的苦痛」の場合だけでなく、「身体侵害」の場合も「諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに」体罰該当性を判定しなければならない。言い換えれば、「肉体的苦痛」だけでなく、「身体侵害」の場合も程度問題、量的な概念の問題としているのである。この考え方によれば、戦前にみられたような「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩く」ような「身体侵害」は、程度の軽い問題だから、

体罰に当たらないとされる可能性がある。その結果、体罰の範囲は、「法務庁法務調査意見」に比べ、相対的に限定・縮小化されることになる。

そして、こうした考えが、次に述べる「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（一定限度内の「有形力の行使」は体罰に当たらない）とする考え方につながっていると思われる。

②第2の問題点は、「文部科学省初等中等教育局長通知」が、「法務庁法務調査意見」ではみられなかった、体罰とは相対的に区別される「有形力の行使」の概念を取り入れている点である。すなわち、「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、「有形力の行使」であっても、一定限度内で「体罰」に該当せず、許されるものがあるとしている点である。

以下、「有形力の行使」の問題点について具体的に検討する。

まず問題となるのは、「身体侵害」「肉体的苦痛」と「有形力の行使」は、どのような関係にあるのか必ずしも明確とはいえない点である⁴⁵⁾。つまり、「文部科学省初等中等教育局長通知」の(2)に示されていることと、(4)(5)に示されていることとの関係性が不明確なことである。

次に問題となるのは、一定限度内の「有形力の行使」は許されるとする考え方そのものである。これに対しては、次のような批判がある。すなわち、「実力行使（有形力の行使）に、『慎重な教育上の配慮』を期待しうるかは大いに疑問であり、また、融通無碍な『一定限度』という限定は限定として機能しえず、文科省解釈には体罰禁止という教育法上の基本原理をなし崩しにする危険性⁴⁶⁾」があるとの批判や、「教師の物理的な力の行使をいっさい禁じた学校教育法 11 条の趣旨を変え、その限度をもっぱら教師の裁量に委ねる「有形力の行使」を認め事実上体罰を容認するもの⁴⁷⁾」であるとの批判がある⁴⁸⁾。

思うに、一定限度内の「有形力の行使」であるかどうかは、「当該児童生徒の年齢、健康、…等の諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに判断」される（「有形力の行使」の問題は(4)で記述されている以上、(1)の体罰該当性の判断基準が適用されるのは当然である）。言い換えれば、一定限度内の「有形力の行使」であるかどうかの問題も、前述の「肉体的苦痛」の場合と同様、程度問題、量的な概念の問題ということになる。したがって、「一定限度」という基準は、現実にはあいまいで、融通無碍な基準であり、「一定限度」は限度として機能しない危険性は避けがたいと思われる。その結果、体罰の範囲を相対的に限定・縮小化し、体罰容認の考え方につながる可能性がある。

③第3の問題点は、「文部科学省初等中等教育局長通知」が、体罰該当性の有無は、「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」として、体罰該当性の判断に当たって児童側の「主観的な言動」を排除している点である。

しかし、なぜ、児童側の「主観的な言動」を排除しなければならないか、その理由は明らかで

はない。被罰者である児童側の「体罰である」旨の一方的主張を鵜呑みにしない趣旨とも考えられるが、他方、児童側の「主観的な言動」－例えば、「痛い」「もうやめてください」などの主張－を排除して、「体罰」の有無を正確に判断することができるのだろうか。児童側の「主観的な言動」を排除することは、体罰の範囲を縮小化することにつながるように思われる。

以上検討した点を総合すると、「文部科学省初等中等教育局長通知」は、「法務庁法務調査意見」に比べ、体罰禁止規定を緩やかに解釈し、体罰の範囲を相対的に限定・縮小化しているように思われる。こうした考え方の背景には、いじめや暴力など問題行動を起こす児童生徒が多発する一方で、適切な対応に苦慮する教師が多くいるという状況があると思われる。そして、このような状況に応じて、「教育再生会議報告」や文部科学省初等中等教育局長通知「問題行動を起こす児童生徒に対する指導について」が、「毅然とした指導」「毅然とした対応」を繰り返し求めていることが、影響していると考えられる。

注)

-
- 1) 星野豊『『体罰の禁止』とその法的解釈』『教職研修2009年10月号』教育開発研究所・2009年、101頁、坂田仰「教育的指導と適法な有形力行使の範囲」坂田仰・山口亨編著『教育紛争判例詳解』学事出版・2011年、59頁参照。
 - 2) こうした体罰概念の解釈についての対立・混乱は、教育界だけでなく、一般社会においても、体罰を厳しく禁止する考え方がある一方で、体罰容認の考え方が根強くあることがその背景になっていると考えられる（兼子仁『『体罰』法禁の教育法的検討』『季刊教育法62号』エイデル研究所・1986年、26頁参照）。
 - 3) 高等裁判所刑事判例集8巻4号545頁、学校事故・学生処分判例集（以下、学判と略称）3巻866頁。
 - 4) 若穂井透「中学教師体罰にもとづく損害賠償」『教育判例百選（第三版）』有斐閣・1992年、119頁、今橋盛勝「体罰判例の教育法的検討」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、67-68頁、坂本秀夫『体罰の研究』三一書房・1995年、57-58頁、62頁、浪本勝年・箱田英子・岩崎政孝・吉岡睦子・船木正文『教育判例ガイド』有斐閣・2001年、110-111頁、河内祥子「社会の変化による体罰のとらえ方」坂田仰編『法律・判例で考える生徒指導（第2版）』学事出版・2005年、28頁など参照。
 - 5) 判例タイムス（以下、判タと略称）664号121頁、判例時報（以下、判時と略称）1266号90頁、学判3巻941・92頁。
 - 6) 判時1007号133頁、判タ442号163頁、学判3巻931頁。
 - 7) 市川須美子『学校教育裁判と教育法』三省堂・2007年、89-90頁、後藤卷則「公立小学校の教員が、女子教人を蹴るなどの悪ふざけをした2年生の男子を追いかけて捕まえ、胸元をつかんで壁に押し当て、大声で叱った行為が、国家賠償法上違法とはいえないとされた事例」『判例時報2066号（判例評論614号）』判例時報社・2010年、179頁参照。
 - 8) 判時2045号118頁、最高裁判所民事判例集63巻4号904頁。

- 9) 例えば、兼子仁は、『教育法（旧版）』において「『肉体的苦痛を与える懲戒』をひろく体罰とみる解釈……が確定している（傍点引用者）」（兼子仁『教育法（旧版）』有斐閣・1963年、148頁）としている。また、『教育法（新版）』でも「法禁される『体罰』は広く、身体への実力行使のほか『肉体的苦痛を与える懲戒』を含むものと解されている（傍点引用者）」（兼子仁『教育法（新版）』有斐閣・1978年、435頁）としている。今橋盛勝は、体罰の概念を、「①学校教育法関係の下で、②教員が、直接または間接に、生徒らに対して行う、③教育目的をもった、④懲戒行為のうち、⑤生徒らの肉体に苦痛を与える行為をいう」と定義している（今橋盛勝『体罰の法概念・法意識・法規範・法関係』牧柁名・今橋盛勝編著『教師の懲戒と体罰』エイデル研究所・1982年、54頁、今橋・前掲『体罰判例の教育法的検討』、66頁）。市川須美子は、「なぐる・けるといった直接的実力行使だけでなく、『肉体的苦痛を与える懲戒』を広く体罰として禁止するこの行政解釈（「法務庁法務調査意見」を指す。引用者注）が、通説的に定着していた」（市川・前掲『学校教育裁判と教育法』、84頁）と述べている。
- 10) 例えば、星野・前掲『『体罰の禁止』とその法的解釈』、102頁、星野豊「児童に対する教員の有形力行使と『体罰』の解釈」『私法判例リマックス41号』日本評論社・2010年、64頁、長尾英彦『『体罰』概念の混迷』『中京法学44巻3・4号』2010年、194-196頁参照。
- 11) 本章の記述に当たっては、牧柁名「懲戒・体罰研究の理論的課題」及び寺崎弘昭・金次淑子「日本における学校体罰禁止法制の歴史」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、3-10頁、25-65頁を参照した。
- 12) このように世界的にみてもかなり早い時期に体罰禁止規定が制定されたのは、「教育令制定の推進者であった文部大輔田中不二磨は自由主義者であり、明治初期の文明開化の風潮に力を得」（坂本・前掲『体罰の研究』、17頁）たからという指摘がある。また、当時、明治政府の悲願であった条約改正の障害として日本の拷問などへの非難がクローズアップされており、そうした国際的な圧力が背景にあったことも影響している（利谷信義「親と教師の懲戒権」『日本教育法学会年報4号』1975年、197頁、利谷信義「旧法制下における体罰事件」『教育判例百選（第2版）』有斐閣・1979年、121頁、寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、31頁）。さらに、沖原豊は、体罰禁止規定制定の理由として、日本人の性善説的子供観・フランスの規定の影響・残虐な要素を法から取り除こうとする国際的圧力の3点を挙げている（沖原豊『体罰』第一法規・1980年、199-202頁）。
- 13) 寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、28-29頁参照。
- 14) 牧柁名「教師の懲戒権の教育法的検討」牧柁名・今橋盛勝編著『教師の懲戒と体罰』エイデル研究所・1982年、21頁、牧・前掲「懲戒・体罰研究の理論的課題」、5-6頁参照。
- 15) 体罰禁止規定が、明治18（1885）年の教育令、明治19（1886）年の小学校令で規定されなかったのは、以前の自由教育令、改正教育令に比べ全体の条項数が減少したためであり、明治23（1890）年の第2次小学校令で復活したのは、条項数が増大したためである。しかし、こうした全体の条項数の増減によって、消滅したり、復活したりする体罰禁止規定は、戦前の教育法制での位置づけはそれほど重いものではなかったことが推察される。また、自由教育令の場合は、「凡学校」（「凡学校」とは、自由教育令第2条で「小学校中学校大学校師範学校専門学校その他各種学校」とされている）とされており、体罰禁止は小学校の場合に限定されていなかったが、復活した小学校令では、小学校についての一規定となって

- おり、その他の学校の体罰禁止規定はみられない（寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、32-33頁参照）。
- 16) 校長と教員の懲戒権がなぜ規定されたかについては、次のような指摘がある。すなわち、前々年に明治民法が制定され、親権者の懲戒権が規定されたことなど当時の法体制との整合性を法制官僚が考慮したこと、親権者の懲戒権が家秩序の維持に奉仕すると同じように、校長と教員の懲戒権も学校秩序の維持を目指していた、言い換えれば、教師を通して国家権力が子どもの支配を強化するためであったこと、である（利谷・前掲「親と教師の懲戒権」、197頁、利谷・前掲「旧法制下における体罰事件」、122頁、寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、34-35頁、坂本・前掲『体罰の研究』、20頁参照）。
 - 17) 利谷・前掲「旧法制下における体罰事件」、121頁、寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、34頁参照。
 - 18) 寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、36頁。利谷は、明治23年までのように正面から体罰を禁止する規定は、「一般の懲戒権を背後に予想するとしても、一応体罰の発生防止に力点があった」（利谷・前掲「旧法制下における体罰事件」、121-122頁）としている。
 - 19) 牧・前掲「懲戒・体罰研究の理論的課題」、8頁、寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、36-48頁参照。
 - 20) 法律新聞3221号4頁、学判3巻860頁。
 - 21) 坂本・前掲『体罰の研究』、25頁参照。
 - 22) 利谷・前掲「旧法制下における体罰事件」、121-122頁、坂本・前掲『体罰の研究』、25頁参照。
 - 23) 東京高判昭和56年4月1日あたりから使用され始めた、「有形力の行使」の概念を用いて、本文の記述を説明すると、「〈体罰〉までには至らない〈懲戒〉の手段としての〈有形力の行使〉」があるということになる。そして、こうした「論理によって体罰禁止規定は形骸化されていた」（若穂井・前掲「中学教師体罰に基づく損害賠償」、118-119頁）のである。
 - 24) 本文に示した規定は、学校教育法公布当時のものであり、その後この規定は改正され、現在は、「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」（11条）という規定になっている。
 - 25) 牧・前掲「教師の懲戒権の教育法的検討」25頁、牧・前掲「懲戒・体罰研究の理論的課題」、8-9頁、今橋盛勝・安藤博・北村泰三「資料編・解説〔懲戒・体罰に関する通達〕」牧柁名・今橋盛勝編著『教師の懲戒と体罰』エイデル研究所・1982年、275頁、坂本・前掲『体罰の研究』、29頁、永井憲一編『基本法コンメンタール〔教育関係法〕』日本評論社・1992年、84頁（市川須美子執筆）参照。
 - 26) 内藤馨三郎『学校教育法解説』ひかり出版社・1947年、「序」（当時の文部大臣高橋誠一郎による内藤の紹介の序文）。
 - 27) 内藤・前掲『学校教育法解説』、58頁。なお、内藤の『学校教育法解説』の発行は、昭和22年8月5日であり、「法務庁法務調査意見」（昭和23年12月22日）より前である。
 - 28) 寺崎・金次・前掲「日本における学校体罰禁止法制の歴史」、54-60頁、河内・前掲「社会の変化による

体罰のとらえ方」、26-27参照。

- 29) 高知県警察隊長から法務庁への照会は、「児童懲戒権の限界について」（昭和23年6月16日）と「児童懲戒の実例について」（昭和23年7月27日）の2回行われている（本文の「法務庁法務調査意見」は、この2回の照会に対する回答である）。照会の1回目において、その理由を次のように述べている。「従来生徒教育法において、受持教師が児童を教育する場合、主観的にその必要と認めたる際、受持児童に対し軽微なる殴打、放課後一定時間校留等を実施し何等問題を惹起せず却って良き教育の成果を挙げて来た……が一部職員中には民主主義教育の真意を解せず、父兄の顔色を躊躇として窺知しあるいは児童そのものに阿付迎合する者無しとせず為る児童の不良化を促進せしむる結果を招来していることは洵に遺憾な事である。斯る風潮を看過するにおいては之等少年達の将来に大きな不安を感ぜざるを得ない……、この機会に学校職員の真摯なる児童懲戒権を確立し、以て及ばざるはこれを及ぼし過ぎたるはこれを匡正し真に民主主義的教育が普遍的に実施され所謂民主主義国家として立つ我が国の次代の国民育成の指針と致したく…何分御教示賜りたく稟申致します（傍点引用者）」（「児童懲戒権の限界について」昭和23年6月16日）。ここでは、「軽微なる殴打」は「却って良き教育の成果を挙げて来た」のに、戦後においては、「父兄の顔色」をうかがい、「児童そのものに阿付迎合」し、「児童の不良化」が促進されているのは、「洵に遺憾な事」として、「体罰禁止を厳格に解そうとする法解釈、教育思想への懸念」（今橋・安藤・北村・前掲「資料編・解説〔懲戒・体罰に関する通達〕」、275頁）が示されている。

また、照会の2回目において、その理由を次のように述べている。「近時新聞紙上に…学校教職員の学童に対する暴行事件の記事が散見せられ、亦学校教職員においても徒らに学園の自由の声に脅へ受持不良児童に対して必要と思われる懲戒手段も加へ得ない傾向にあつて心身両面より最も重視さるべきこれら成育期の学童の放縦と不良化を矯正す為の見地より識者教職員中には『学童に対する必要な懲戒行為は是認されるべきである』との説を唱える者があるが一方父兄等の中には『学童と唯も人権を尊重さるべきであるから教職員の懲戒行為は違法となる』との見解を持するものあり『民主主義教育と懲戒権』の問題は…警察当局としてもこれに対する与論ならびに学校教職員の態度如何によつては青少年の防犯並に補導上勘からず影響があると認められるのでつぎの具体的問題について指示を仰ぎたい（傍点引用者）」（「児童懲戒の実例について」昭和23年7月27日）。ここでは、懲戒行為の是非について揺れ動く、警察の姿が浮き彫りにされている。

- 30) 「法務庁法務調査意見」は、「問い」に「回答」という形式で記述されている。「問い」は〔第1問〕から〔第8問〕までであるが、本文では、その中心である〔第1問〕とその〔回答〕を示した。〔第2問〕以降の「問い」に対する「回答」は、その要約が、「生徒に対する体罰禁止に関する教師の心得」（後述参照）に示されている。
- 31) 坂本・前掲『体罰の研究』、36、70、162頁参照。
- 32) 坂田・前掲「教育的指導と適法な有形力行使の範囲」、59頁参照。
- 33) 坂本・前掲『体罰の研究』、36-37、70、162-163頁参照。
- 34) 「法務庁法務調査意見」「法務府発表」は、本文で述べたように具体的事例を挙げ、懲戒と体罰の判断基準を示している。これらは、①「体罰に当る懲戒」、②「体罰でないが違法不当な懲戒」、③「適法な懲戒」の三種類に分けられる。そのなかで、②「体罰でないが違法不当な懲戒」の具体例として、③遅刻

児童生徒を教室に入れず授業を受けさせないこと、懲戒方法として教室外に退去させることを挙げている。児童・生徒の学習機会を奪い、学習権の侵害に当たるという理由にもとづく解される。また、①尋問にあたって威力を用いることや自白・供述の強制、不当な差別待遇、酷使に当たるような掃除当番は、一般人権保障から当然許されず、違法・不当な懲戒に当たるとしている（今橋・安藤・北村・前掲「資料編・解説〔懲戒・体罰に関する通達〕」、275頁参照）。

- 35) 兼子・前掲『教育法（旧版）』、148頁、兼子・前掲『教育法（新版）』、435頁、坂本・前掲『体罰の研究』、34、39頁など参照。
- 36) 「法務庁法務調査意見」「法務府発表」は、公表後間もなく、文部省関係者の著作において引用されている。例えば、昭和25（1950）年に発行された、宮地茂（文部省文化財保存課長）『新教育法令読本』日本教育振興会・1950年（159-160頁）、また、昭和27（1952）年に発行された安達健二（文部事務官）『校長の職務と責任』第一公報社・1952年（168-172頁）、さらに、昭和33（1958）年に発行された有倉遼吉・天城勲（文部省大臣官房会計参事官）『教育関係法Ⅰ』日本評論社・1958年（80-81頁）で、それぞれ「法務庁法務調査意見」「法務府発表」が引用されている。
- 37) 篠原清昭・原田信之編著『学校のための法学－自律的・協働的な学校をめざして－』ミネルヴァ書房・2004年、143頁、河内・前掲「社会の変化による体罰のとらえ方」、27頁参照。なお、篠原は、文部省を飛び越して法務庁が「法務庁法務調査意見」「法務府発表」を出したため、「やや学校現場の事情すなわち教育指導の特性をあまり考慮しない『司法介入』があることも否定できない」として、例えば、「食事時間が過ぎても教室に留め置くこと」を体罰とすることは、児童等の給食指導の妨げになるとしている。しかし、「法務庁法務調査意見」は、「放課後に教室に残留させる（傍点引用者）」場合に、「食事時間を過ぎて長く留め置くこと」は体罰になるとしているのであって、篠原が指摘する場面とは異なるように思われる。
- 38) 篠原・原田・前掲『学校のための法学－自律的・協働的な学校をめざして－』、143頁。篠原はその根拠として、文部省初等中等教育局教務関係研究会編『教務関係執務ハンドブック』第一法規・1976年が、「時には、叩くことが最も効果的な教育方法である場合もあり、いわゆる『愛の鞭』として許される程度の軽微な身体への行為ならば行っても差し支えない」と述べていることを挙げている。なお、前述のように、学校教育法に関する文部省の立法関係者も、戦前とは、体罰禁止規定の意味・内容が変化していることを十分理解しておらず、体罰容認論・擁護論につながりかねない考え方を示している。
- 39) 河内・前掲「社会の変化による体罰のとらえ方」、27頁参照。なお、文部省は、「法務庁法務調査意見」「法務府発表」の公表後は、公式には、これらの考え方を受け入れている。例えば、注36)で指摘したように、文部省関係者は、「法務庁法務調査意見」「法務府発表」をそれぞれの著作で引用・紹介している。また、文部省は、文部省初等中等教育局長通達「学校における暴力事件の根絶について」（昭和32年7月16日）で、「体罰は、法律により厳に禁止されているところである。教職員は児童生徒の指導にあたり、いかなる場合においても体罰を用いてはならない」として、体罰を絶対的・全面的に禁止するとしている（通達の全文については、本文後述参照）。
- 40) 坂田仰「体罰と懲戒処分・理念と現実の乖離」『学校・法・社会（第2版）』学事出版・2005年、123頁。
- 41) 坂本・前掲『体罰の研究』37、163頁参照。同様に、大橋渡も「肉体的苦痛は少なくとも、制裁として罰

札を首に下げさせるなど、被罰者の精神的苦痛や屈辱感をことさらに加えるような行為は体罰に相当する」としている（大橋渡「市立中学校の教諭が体罰として非行生徒を砂浜に首まで生き埋めにしたことは違法か」学校事故法律実務研究会編『学校事故の法律実務第1巻』新日本法規出版・1987年、594ノ2ノ5頁）。また、伊藤進も「担任教諭の行為が有形力の行使で、指導方法として不当であり、肉体的苦痛を与える場合だけではなく、『精神的苦痛』を与える場合も体罰とみるべきではないか」、「もっとも、担任教諭の行為により『精神的苦痛』が生ずる場合、有形力の行使が体罰になるかどうかという観点から捉えるのではなく、権力的立場にある教諭による『いじめ』であるとの観点から捉える必要がある」としている（伊藤進「小学生が担任教諭から体罰を受け、帰宅直後に自殺を図り死亡した場合、学校側に対する損害賠償請求は認められるか」学校事故法律実務研究会編『学校事故の法律実務第1巻』新日本法規出版・1987年、628ノ15頁）

- 42) 坂本・前掲『体罰の研究』、36-37、162-163頁参照。
- 43) 「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」（別紙）は、「1体罰について」述べた後、「2児童生徒を教室外に退去させる等の措置について」次のように述べている。

(1)単に授業に遅刻したこと、授業中学習を怠けたこと等を理由として、児童生徒を教室に入れず又は教室から退去させ、指導を行わないままに放置することは、義務教育における懲戒の手段としては許されない。(2)他方、授業中、児童生徒を教室に入れず又は教室から退去させる場合であっても、当該授業の間、その児童生徒のために当該授業に代わる指導が別途行われるのであれば、懲戒の手段としてこれを行うことは差し支えない。(3)また、児童生徒が学習を怠り、喧騒その他の行為により他の児童生徒の学習を妨げるような場合には、他の児童生徒の学習上の妨害を排除し教室内の秩序を維持するため、必要な間、やむを得ず教室外に退去させることは懲戒に当たらず、教育上必要な措置として差し支えない。(4)さらに、近年児童生徒の間に急速に普及している携帯電話を児童生徒が学校に持ち込み、授業中にメール等を行い、学校の教育活動全体に悪影響を及ぼすような場合、保護者等と連携を図り、一時的にこれを預かり置くことは、教育上必要な措置として差し支えない。
- 44) 吉田卓司『生徒指導法の実践研究』三学出版・2008年、110頁、判時2045号118頁、市川多美子「最高裁時の判例〔公立小学校の教員が、女子数人を蹴るなどの悪ふざけをした2年生の男子を追い掛けて捕まえ、胸元をつかんで壁に押し当て、大声で叱った行為が、国家賠償法上違法とはいえないとされた事例〕」『ジュリスト1438号』有斐閣・2012年、89頁参照。
- 45) その結果、「体罰とは、右の事実行為としての懲戒のうち、被罰者に対して有形力の行使等をもって肉体的苦痛を加える制裁をいうもの（傍点引用者）」（大橋・前掲「市立中学校の教諭が体罰として非行生徒を砂浜に首まで生き埋めにしたことは違法か」、594ノ2ノ4頁）というように、「有形力の行使」と「肉体的苦痛」の問題を混同する見解が出てくる。
- 46) 市川須美子「中学生が教師に胸ぐらをつかまれ、ほったたを平手で打たれたことは体罰に当たるか」学校事故法律実務研究会編『学校事故の法律実務第1巻』新日本法規出版・1987年、580頁、なお、市川の同旨の記述が『学校事故の法律実務第1巻』、588-589、594、628頁にある。また、市川・前掲『学校教育裁判と教育法』、90頁参照。
- 47) 船木正文「訪問教育中の県立養護学校教諭が障害児に対してした暴行行為は慰謝料賠償責任を生ずるか」

学校事故法律実務研究会編『学校事故の法律実務第1巻』新日本法規出版・1987年、634ノ11頁。

- 48) こうした「有形力の行使」に対する批判に対して、星野豊が次のように述べているのが注目される。「実際、学校教育においては一切の有形力の行使はすべからず体罰として禁止されるべきであるとして、具体的な事情を一切考慮しないことは、学校や教員を不必要に萎縮させてしまいかねず、極端な場合、教育的指導が真に必要な事実を看過ないし放置したり、児童生徒間での非行による被害を受けた側に対して不必要な宥恕を求めたりする等、学校教育としての責任を事実上果たせなくなる事態が生ずる恐れすらないではない。その意味で、個別具体的な事実に照らして、学校教育法で禁止される「体罰」に該当するか否かを判断する、との近時の裁判例の傾向は、一般論としては支持されてよいものと思われる」（星野・前掲「児童に対する教員の有形力行使と『体罰』の解釈」、64頁）。