

Title	教師による体罰と暴行罪の成否
Sub Title	
Author	安部, 哲夫(Abe, Tetsuo)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：慶應法学会法律学関係 (1983. 10) ,p.171- 190
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000004-0171

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

教師による体罰と暴行罪の成否

安部 哲夫

- 一 はじめに
- 二 刑事裁判例の検討
—— 体罰の定義を中心に ——
- 三 体罰と暴行罪の成否
- 四 おわりに

一 はじめに

昭和五六年四月一日、東京高等裁判所は、いわゆる「水戸五中事件」の原審水戸簡易裁判所の判決を覆して、暴行罪の成立を否定する判決を下した。⁽¹⁾ この高裁判決は確定し、刑事事件そのものには終止符が打たれたわけであるが、この事件を契機として、教師による体罰に関する論議が喧しく巻き起こされた⁽²⁾。本判決の教育法的意義をめぐる議論⁽³⁾から、体罰の是非に関する議論⁽⁴⁾、果ては、少年非行と体罰との関連⁽⁵⁾にいたるまで、様々な形で、それぞれ分野の専門家達が、教師による体罰の問題を考察してきた。刑事法の領域からも、この問題を取り扱った論稿⁽⁶⁾や判例評釈⁽⁷⁾が、既にいくつか現われている。ここでまた、体罰と暴行罪の成否につき論ずることは、屋上屋を

重ねるものと評される向きもあろう。しかし、この問題について、刑事法の分野で十分な検討がなされたかという点、必ずしもそう断言することはできないように思われる。たとえば第一に、学校教育法の禁ずる体罰の意義に関して、前記東京高判は、「体罰に至らない有形力の行使」という表現を用いた。その点をひとつの理由として、教育法上後退した判決とする見方が一般であるが、果たしてそうであるのか否か、体罰の定義を刑事裁判例を通して、再び、検討する必要がある。第二に、懲戒行為および体罰が暴行罪の成立にどのように関連するのか、従来の学説を検討しながら、刑事法的に理論構成する必要もあろう。その際、第三として、正当な懲戒行為の枠からはずれた「体罰」であっても、可罰的違法性の理論を用いることにより、暴行罪の成立を否定する余地の有無について検討する必要もある。こうした点を明らかにしておかない限り、教育法を研究する人々と、刑法を専攻する者との議論は、うまく噛み合わないのではないかと筆者は考えたからである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

ところで、体罰が暴行罪との関連で問題となるのは、学校教育法一条が次のように規定するところに起因している。

「学校教育法一条 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。」

従って、前段の規定により、たとえ教師の懲戒行為が監禁や脅迫あるいは暴行という犯罪構成要件に該当するものであっても、教育上必要な範囲内での懲戒行為である限り、それは「法令による行為」ということで、刑法三三一条により、その違法性は阻却され、当該犯罪は成立しないことになる。ところが、但書規定によって、体罰は違法な行為となるので、当該犯罪の違法性は阻却されないことになる。もっとも、これは違法一元論の立場によった立論であり、この理論構成には疑問なしとしない。この点は後に考察する。いずれにせよ、体罰であるか、それとも

正当な懲戒行為であるかの判断は、刑法上の効果に重大な影響を与えるわけである。刑事裁判例の多くが、体罰の意義あるいは、懲戒権の範囲を中心に判旨を構成したのも、それ故のことである。

では、いかなる場合が懲戒行為で、どのような行為が体罰なのかを、刑事裁判例を概観しながら検討していくことにしよう。

- (1) 東京高判昭五六・四・一判時一〇七号一三三頁、判タ四四二号一六三頁。
- (2) 学校教育、生活指導関係の雑誌を見ただけでも、次のような特集が組まれている。『月刊・生徒指導』(学事出版)は、昭和五三年三月号において「体罰を考える」を特集し、『季刊教育法』(総合労働研究所)は、二七号(昭和五三年)にて、「体罰と教師の懲戒権」と題し、『月刊・教育の森』(毎日新聞社)では、昭和五六年七月号に「体罰に教育効果はある?」を、『少年補導』(大阪少年補導協会)では、昭和五六年八月号に「体罰肯定の流れの中で」を、それぞれ特集した。また、昭和五三年一〇月から五四年三月まで、『月刊・学校経営』(第一法規)は、「体罰の国際比較」を連載している。さらに、最近このテーマに関し、牧征名・今橋盛勝編著『教師の懲戒と体罰』(総合労働研究所)昭和五七年)が上梓された。本書の巻末にある資料・文献一覧は、有用である。
- (3) 多くの論稿があるが、星野安三郎「生徒懲戒における『有形力行使』の適否」季刊教育法四二号(昭和五六年)一四三頁以下と、長谷川幸介「体罰判例の教育法的検討」(前掲牧・今橋『教師の懲戒と体罰』一三五頁以下)を摘示するにとどめる。
- (4) 京都市教育長が、体罰禁止は時代遅れとした発言に端を発し、教育界内においても体罰の是非をめぐって論議がなされている(昭和五六年三月の各紙新聞)。
- (5) 少年非行、とりわけ校内暴力が蔓延してきたのは、教師が形ばかりの教育に逃避し、生の人間味のある、場合によっては力をふるってでも生徒を説得するという熱意が、教師の側に欠けているからで、生徒を指導、訓育していく手段として体罰を科すことを恐れてはならないとする論調が一方にあるし(教育現場担当者の声に多い)、他方、体罰、すなわち教師の暴力もしくは暴力的傾向が、生徒を一層暴力化へ導くこととなるとする論旨もみられる。
- (6) 山火正則「学校事故と刑事責任」(『学校事故の法制と責任』(昭和五二年)二四四頁以下、斎藤誠)、「教師の体罰と暴行罪」判時八九七号(昭和五三年)三頁以下、木谷明「学校事故と刑事責任」(『現代刑罰法大系第三卷・個人生活と刑罰』日本評論社、昭和五七年)二二四頁以下、安藤博「体罰判例の刑法的検討」前掲牧・今橋『教師の懲戒と体罰』一五一頁以下がある。
- (7) 木村裕三「懲戒行為の限界」名城法学三巻一号(昭和五七年)九〇頁以下、瀬田川昌裕「学校教師の懲戒行為が暴行罪に問われた事例」秋田法学二巻一号(昭和五七年)五〇六頁以下、吉田卓司「教員による懲戒行為と違法阻却」法と政治三三巻二号(昭和五七年)一四三頁以下。

(8) 星野安三郎「日本における懲戒法制の諸問題——子ども・親・教師の権利と関連して——」立正法学論集一五卷一―四合併号(昭和五七年)一五五頁以下、とくに一六八頁、および前註(3)の論稿参照。

(9) 木村助教教授、瀬田川講師もともにこの点を示唆している。前註(7)の評釈参照。

(10) さらに、刑事法の領域でも、体罰事件の被害者としての児童、生徒のおかれている状況について、十分な認識が必要であり、そのための研究も重要である。

二 刑事裁判例の検討

——体罰の定義を中心に——

体罰判例の検討に際し、大阪高判昭和三〇年五月一六日高刑集八巻四号五四五頁と、昭和五六年の前記東京高判とが、しばしば対比されている。しかし、刑事判例として両判決を見る限り、後述するように、両者にそれほど開きはない。なぜなら、両者は、教育上必要とされる相当な力の行使は、懲戒行為の範囲内にあつて、体罰ではないとする点では、同じ一本の線で結ばれているものと解されるからである。しかも、ある程度の力の行使も懲戒行為であるとする考え方は、戦前の判例からひきつがれているように思われる。その点を明らかにするために、まず戦前の裁判例を検討してみる。

(一) 戦前の裁判例

戦前にも、現行の学校教育法一一条の規定する内容と同旨のものが存していた。小学校令四七条(明治三年八月二〇日)がそれである。⁽¹⁾

「小学校令四七条 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」

この小学校令四七条但書に違反したのとして争われた事件二つをあげておく。

①大審院判決大正五年六月一日、刑録二二輯一一一頁

これは、一年生の「書き方」の授業を妨害した三年生の児童を懲戒する目的で、直立を命じようと、その児童の胸をつかんでひきつけたところ、誤ってひき倒し、よって負傷させた事案である。

本ケースは、懲戒権の主体の範囲を担任以外の教師にも及ぶとしたものであり、その点でも重要な判例である。

また、教師の懲戒権の限界について、「相当ナ力ヲ加ヘソノ懲戒権ヲ行使」することも、体罰ではなく、正当な懲戒行為の範囲内にあるものとした。ただし、「校長及教員カ叙上(小学校令四七条)ノ懲戒権ヲ行フニ付キテハ須ク周到ナル注意ヲ用ヒ、苟モ之カ為メニ児童ノ身体ヲ傷ケ其健康ヲ害スルカ如キ結果ノ発生ヲ避免スヘキハ校長及教員タル職務上当然ノ義務」として、当該教員がこの結果回避義務を怠ったものであれば、業務上過失傷害罪(刑法二二一条)が成立するものであるとした。

②福岡地裁久留米支部判決昭和五年一月二六日、法律新聞三二二二一四頁

本件は、民事事件(慰籍料請求事件)ではあるが、戦前における体罰の意義について、裁判所の見解を知らうえで役に立つ。事案は、病弱の児童が、父兄の認印をもらってくるように言われた国語成績品に、自分で押印してきたことがわかったので、担任教師がこの児童を殴打したというものであった。判決は、三、四回叩いた事実を認定したものの、それが体罰であることについては否定している。勿論、判旨は体罰それ自体を容認するものではない。むしろ教師が、「真の懲戒を加ふるに当りても児童の性行体質其の他諸般の事情を参酌し体罰に亘らざる範囲内に於て寛政宜しきを得ざるべからざる」ものとして、誠に体罰を科すことを戒め、さらに「懲戒の手段として児童を

叩くが如きは縦し夫れが傷害の結果を伴はざる程度のものなりとは云へ訓育を主たる目的とする小学校教員の執るべき穩当なる処置と謂ふべからず」として、当該教師に、自省をうながしさえしている。しかし、この程度の懲戒行為は、「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」という理由から、相当な懲戒権の行使と考えられている。しかも、「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」であるとして、親による懲戒権行使の慣例を援用して、教師の懲戒権の内容を形成している点も見逃し得ない。これは、親の懲戒権のリーディングケースともなっている明治三七年の大審院判決（明治三七年二月一日、刑録一〇輯一二二頁²）を念頭においてのことであり、その意味では、親も教師も同等のレベルで、児童を訓育し、その必要上力の行使もある程度まで許されるといふ考え方が、戦前の一連の裁判例の基底にあったものと考えられる。

(二) 戦後の裁判例

昭和二二年四月一日に施行された学校教育法は、戦前の小学校令と同旨の内容であったが、教育観の変容により、この規定の理解にもその影響が現われた³。個人の尊厳、平和主義を高揚する新しい憲法の下に、暴力の否定が唱えられるのは当然の理であり、教師の懲戒行為も、ここで新たに検討し直されることになる。そこで、禁じられた体罰の定義が問題となったが、旧法務庁の通達「児童懲戒権の限界について」（昭和三年一月二二日調査発第一八号⁴）が、ひとつの指針を与えている。これによれば、殴る、蹴るの典型的な暴行行為は勿論、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もので、たとえば端座、直立等、特定の姿勢を長時間保たせることも体罰

の一種とされている。また、「体罰禁止に関する教師の心得(昭和二四年八月二日法務府発表)」⁽⁵⁾は、用便に行かせなかったり、食事時間が過ぎてても教室に留めおくなど、場所の移動についての強制的な停止も、体罰に該することがあることを指摘している。

このように体罰についての捉え方ないしは姿勢が、戦前の裁判例のそれとははっきりと異なってきたわけであるが、そうした背景の中から、次の大阪高裁の判決が登場してくる。

①大阪高裁判決昭和三〇年五月一六日、高刑集八巻四号五四五頁⁽⁶⁾

事案は、中学校教師である被告人らが、写生にことよせて野球に興じた生徒らの頭部を手拳および平手で殴打したというものである。弁護士は、軽くノックしたにすぎないとして事実関係を争ったが、裁判所の認めるところとならず、次のように判示して暴行罪の成立を認めた。

「基本的人權尊重を基調とし暴力を否定する日本国憲法の趣旨及び右趣旨に則り刑法暴行罪の規定を特に改めて刑を加重すると共にこれを非親告罪として被害者の私的処分には任さないものとしたなどに鑑みるときは、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ふような法意であるとは、とうてい解されない」と。

また控訴趣意の第一点が、親の懲戒権に関する前記明治三六年の大審院判例を援用して、教師の懲戒権もこれと軌を一にするものと論じたのについて、「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と教育の場につながるにすぎない本件の場合とに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る」として、その主張を斥けたのも本判決の特徴である。

本判決をうけてか、文部省初等中等教育局長が「学校における暴力事件の根絶について」（昭和三年七月一日文初中第三九三号）⁽⁷⁾と題する通達（ここにいう暴力事件とは、教師の側の暴力、体罰事件をいう）の中で、「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」とする見解を発表している。

②旭川地裁判決昭和三年七月二十七日、判時一二五号二八頁

本件は、中学校教師が教室から逃げだした生徒を連れ戻すために、生徒を抱き起こしたり、手を引っぱったりした行為が、暴行罪に問われたものであるが（その際、生徒は精神的興奮により失神している）、判決は当該行為を教師の正当業務行為として、無罪を言い渡した。本件の場合には、暴行罪の定型性自体が問題となるようなケースで、懲戒行為か否かを論ずる実益はない。

③東京地裁判決昭和三年五月二十八日、判時一五九号五〇頁

事案は、保健および体育担当の中学教師が、ある生徒を訓戒中、他のクラスの生徒が室内を覗き、騒いだばかりか、ガラス戸を開け放ったのに憤慨し、戸を開けた生徒を詰問し、その顔を殴打して死亡させたものである。本審は、傷害致死罪の成立を認め、被告人を懲役三年に処した。判旨では、教師の懲戒権は問題とされており、被告人の所為が体罰に該るとする判断も見られない。

④横浜地裁横須賀支部判決昭和三年一月二〇日、下刑集一卷一―号二四七四頁

中学教師である被告人は、暴力性のある問題生徒に対し、鉄拳をふるって制裁を加え、その非を説いたところ、同人は被告人を慕うようになり、同級生などにも暴力をふるわなくなったところから、非行性のある少年の不良化を防止するには殴打することが有効であるものと考え、非行少年を補導、訓戒する目的で、少年らの顔面を手拳で数回殴打したという事案である。裁判所は、暴行罪の成立を認め、刀剣の不法所持も併合されているが、懲役四

月、執行猶予二年の判決を言い渡した。

⑤ 川内簡裁略式命令昭和四一年八月三十一日、学校事故・学生処分判例集三卷八八五頁

中学教師が、模擬テストの成績の悪いクラス生徒を鞭撻激励して成績を向上させようと、竹製又は木製の棒ないし手の甲で生徒二五名の頭部又は頬を、二回ないし二〇回ずつ殴打した事案である。暴行罪が認められ、罰金一万円に処せられる。

⑥ 高田簡裁略式命令昭和四四年五月一二日、学校事故・学生処分判例集三卷八八六頁

保健体育の中学教師が、女生徒らが男子生徒にのぞかれるという理由から、身体検査場所の変更を他の教師を紹介して申し入れたことに立腹し、女生徒四名に対し、平手で顔を二回ないし五回ほど殴打し、これを非難した女生徒三二名に対しても同様の殴打を加えた事案である。暴行罪により罰金五万円に処せられている。

⑦ 八代簡裁略式命令昭和四四年一〇月八日、学校事故・学生処分判例集三卷八八七頁

本件は、中学教師である被告人が、三年生の男子生徒に対し、その態度が卑怯だという理由から立腹し、素手で同人の顔を一回殴打し、加療約一週間の顔面打撲症を負わせた事案であるが、傷害罪の成立を認め、罰金四千元に処せられている。

以上三つの略式命令の事案のうち、⑥は、そもそも懲戒とは言えず、暴行を加えた動機において、立腹と報復の感情が見うけられる。また全ての事案に、殴打という表現が用いられている。

⑧ 東京高裁判決昭和五六年四月一日、判時一〇〇七号一三三頁、判タ四四二号一六三頁

事案は、中学校の教諭である被告人が、体力テストの記録・測定係である生徒を、そのふざけた態度をたしなめ、注意を喚起する意図のもとに、口頭で注意を与えつつ、当該生徒の前額部を平手で押すようにたたいた他、頭

部を手拳でこつこつと数回たたいたといふものである⁽⁸⁾。

この種の事案は、結局のところ、事実関係をどう認定するにかかっている。本件でも、原審では、本件行為の動機を、自己の名を呼びすてにされ、侮られたことに対する私憤によるものとみなし、行為態様も頭部を数回殴打したものと判断している(原審である水戸簡易裁判所は、昭和五五年一月一六日、被告人を暴行罪により罰金三万円に処した)。これに対し、本判決では、動機・目的について「中学二年ともなった生徒に社会生活環境のなかでよく適応しているような落ち着いた態度を身につけさせるため、教育上生活指導の一環としてその場で注意を与えようとするに あったものと認め」、「一時的にもせよ感情を書した事実があったとしても、そのためにいたずらに興奮に駆られることなく、教育上必要な注意を与えるという自覚の上に立つ」ていたものと評されている。また行為態様についても、「前額部付近を平手で一回押すようにたたいたほか、右手の拳を軽く握り、手の甲を上にして、もしくは小指側を下にして自分の肩あたりまで水平に上げ、そのまま拳を振り下ろして他人の頭部をこつこつと数回たたいた」という程度の認定にとどまり、とうてい殴打という事実が認定されたわけではない。こうした事実関係の上に立つて、本判決は、ある程度の有形力行使も教育上必要な懲戒手段であるという認識から、本件行為を「身体的説論・訓戒・叱責として、口頭によるそれと同一視してよい程度の軽微な身体的侵害にとどまっているものと認め」、「体罰といえる程度にまで達していたとはいえない」として、それは法令によりなされた正当な懲戒行為であるので、刑法三五条により違法性を阻却せしめ、暴行罪の成立を否定したのである。

㊦ 検 討

以上概観して気がつくことは、戦前から戦後を通じ、裁判所は「体罰」をいずれも正当な懲戒行為とは評価して

いないことである。戦後の裁判例の中には、直接に体罰または懲戒権について言及していないものもあったが、戦前の二つの判例も戦後の大阪高判(①)と東京高判(⑧)も「体罰」を不法なものとする立場では一致している。

法令あるいは法律ではっきりと禁止している以上、当然のことである。しかし、その反面体罰をどう定義するかという点でも、そろって制限的に解され、体罰であることが認められることは容易ではない。戦前の判例①が「相当な力」といい、あるいは判例②が「身体に傷害を来さざる程度に軽く叩く」という表現を用い、戦後の判例⑧が体罰には至らない「有形力の行使」という概念でもって、その程度の力の行使を、体罰ではなく正当な懲戒行為であると解釈したところに、体罰に関する制限的な理解の仕方を、見てとることができる。見方を変えて言えば、戦後の判例①をはじめ体罰が肯定された事案では、事案関係につき、「殴打行為」が認定されていることに我々は注意しなければならない。この判例①の場合でも、被告人の行為が「殴打」と呼べない程度のものであれば、暴行罪の成立は、おそらくなかったであろう。⁽¹⁰⁾

その意味では、裁判所の体罰に対する考え方にそれほどの変容があったものと認めることはできない。裁判所は、体罰の定義に関し旧態依然として消極的であり、体罰に固有の定義をここから導きだすのは困難なように思われる。

それでは、われわれは体罰をどのように定義すればよいのであろうか。この点につき、私は、体罰を二つの外見上の類似行為から区別して考えなければならぬと考えている。一つは、教師の一般的な「暴力行為」からの区別である。⁽¹¹⁾ 体罰は冷静な教育的判断を伴う懲戒行為の一種であるのに対し、一般の「暴力行為」は感情に支配された憤慨行為であったり、報復または自己の加虐的欲求を満たすための力の行使であったりする。ここでは、問題となる教師の実力行使の背後に、どのような動機があったのかを判定することが重要となる。最近取り沙汰される教師

の緊急行為⁽¹²⁾(正当防衛・緊急避難)としての力の行使も、訓育・指導という冷静な教育的目的をひとつの基準として考えれば、体罰とは無縁の行為ということになる。いまひとつの区別は、体罰と許される懲戒行為との区別である。そもそも、事実上の懲戒行為が教育法上許されるのは、その行為が生徒の指導・訓育にとって教育的に有効に作用し、しかも生徒の人格向上に大いに寄与する場合に限られるべきものである。いわば懲戒行為は、例外的な教育行為として必要最小限の範囲で認められるにすぎない。こうした認識の上に立てば、懲戒行為が生徒の人格を損うようなものであってはならず、せいぜい叱責程度のものに限られるべきであって、物理的な力の行使は決して用いてはならないものと考えられる。裁判例は、相当な有形力の行使を体罰の枠からははずしたわけであるが、どの程度の有形力が体罰からはずれるのか、その基準は極めてあいまいとなり、東京高判⁽⁸⁾の判旨に見られるように、教師の教育目的や、生徒との信頼関係などといった他の要素が、体罰であるか否かの判定に入りこんでくることになる。また、どの程度の有形力であっても、それが罰として生徒に加えられる以上、生徒の人格の尊厳を侵し、人格の健全やかな成長を阻害するものとも考えられる。それ故に、私は、暴行罪との関連で捉えられる体罰を「罰」として、生徒の身体に加えられる全ての有形力行使」と解したい⁽¹³⁾。たとえば、殴打に至らない有形力の行使であっても、それが罰として科される限り体罰である。このように理解した方が、体罰の定義に客観性と不変性が与えられるし、また教育法の理念にも適うものではないだろうか⁽¹⁴⁾。

(1) 体罰禁止規定の変遷につき、利谷信義「旧法制下における体罰事件」教育判例百選(昭和五四年版)一一〇頁以下。

(2) 事案は、被告人である父親が、知能の未発育な子供の不従順さに立腹し、棒二本の両端をひもで縛り、子の頭部をこの間にはさみ、その両端を杭と樹木に結びつけたり、縄で子供の両手を後手に縛り小屋に押込め棍棒で数回殴打し、三時間にわたって監禁したというものである。これに対し、大審院は、親権者の懲戒権を前提にして、いかなる程度の懲戒を行なうかについては一般的な基準を明らかにできないとしつつも、「其子ヲ死ニ致シ、其身体ニ創傷ヲ負ハシメ、又ハ其健康ヲ害スルカ如キ所為ハ斷シテ之ヲ避セサルヘカラサルハ勿論、親権者ノ用

キタル目的方法ニシテ、苟クモ常識アル人ノ認メテ以テ残忍酷薄ナリトスルモノナルニ於テハ、懲戒権の範囲を逸脱するものと判示した。

- (3) 兼子仁、『教育法(新編)』有斐閣(昭和五四年)四三五頁。
- (4) 牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』卷末資料二七六頁。
- (5) 牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』卷末資料二八〇頁。
- (6) 本判決は上告されるが棄却された(最(一)判昭三三・四・三、裁判集刑二二四号三一頁)。
- (7) 牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』卷末資料二八一頁。
- (8) 被害者は、脳内出血で八日後に死亡するが、本事件との因果関係の立証は困難であったため、暴行罪にのみ問われたものである。なお事件経過につき、竹原素子「水戸市立第五中学校事件」牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』二〇二頁以下参照。
- (9) この認識の前提として、本判決は判旨の中で次のような教育論を展開している。「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徹底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使用することも許されてよい場合があることを認めるのでなければ、教育内容はいたずらに硬直化し、血の通わない形式的なものに墮して、実効的な生きた教育活動が阻害され、ないしは不可能になる虞れがあることも、これまた否定することができない」。
- (10) 上田教授が、この大阪高裁の判決について、「この判例によっても一切の意味における有形力の行使が許されない体罰にあたるとは解せられないであろう」と解説しているのも同旨である(上田健二「法令または正当な業務による行為」判例刑法研究2・違法性、有斐閣(昭和五六年)一六頁)。
- (11) 今橋教授は、この両者を「学校教育法関係の下で」および「教育目的をもった」という基準をもって区別している。ここで大事なことは、今橋教授も説くように、教育目的があるからといって、そのことが、行為の体罰性を否定する根拠とはならないということである(今橋盛勝「体罰の法概念・法意識・法規範・法関係」牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』五六頁)。
- (12) その典型的なケースは忠生中学事件に見られるが、それは別として、この問題につき、山岸秀「校内暴力と刑法」季刊教育法三六号(昭和五五年)三〇頁参照。また、体罰否定論を展開される斎藤誠二教授は、その論稿「教師の体罰と暴行罪」判時八九七号(昭和五三年)三頁以下において、正当防衛や緊急避難が成立する状況にあっては体罰を認められるわけであるが、私の立場からはその趣旨はよく理解できない。西ドイツでは、事情が異なり一概には言えないが(最近の体罰禁止に関する西ドイツの法制につき、市川須美子「教師の体罰に関する比較法的検討」牧・今橋、前掲書一六九頁以下、とくに一七七頁以下参照。また西ドイツの体罰判例につき、Rüping-Hüsch, Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979, S. 1 ff. 以下詳し) Heike Jung が、近著 Das Züchtigungsrecht des Lehrers (Schriftum zum Strafrecht Bd. 25), 1977 の中で「体罰と正当防衛」と題する一章を設けて、議論を展開しており、関心もないわけではないが、紙幅の都合もあり、ここではこれ以上言及しない。いずれ機会を見つけて、西ドイツの体罰論争を刑事法的に整理するつもりである。

(13) 齋藤教授の論旨もこの点では同様であるものと思われる(齋藤、前掲論文四頁)。また菊田教授も、「仮に軽い体罰が許されるとすれば、その限界はさらにとどなく拡大する危険があるとの理由から、教師による一切の有形力行使を認めたくない(菊田幸一「児童・生徒への体罰をめぐって」JCCDニュース二二号(昭和五七年)六頁)。

(14) ところで、親の懲戒権の根拠規定(民法八二三条)には、教師の懲戒を制限するための体罰禁止規定に見られるような制限規定がないことから、親には常識を越えない程度の体罰は許されるとする考え方が一般である。しかしこの考え方は妥当であろうか(有地亨「親の懲戒権と教師の懲戒権」季刊教育法二七号(昭和五三年)八二頁以下)。なるほど、親は子と血縁でつながっており、毎日起居をともにするという理由から、学校という教育の場でしか結びつきのない教師以上に、子供に対する親の懲戒権の範囲は、広いものと解される。だからといって、自分の子供だから、また監護の義務があるから、子供にある程度の暴力をふるっても許されるとするのはどうであろうか。体罰が教師と生徒との関係を非人間的なものにするのと同様、親と子の関係も、体罰によっては決してうまく機能しないであろう。厳しい躾は必要であるが、その方法として用いられる体罰は逆効果であることは、多くの児童心理学者、教育心理学者らが指摘するところでもある(岡山超「子どもと発達と体罰」牧・今橋、前掲書九八頁以下参照)。その意味で、教師は脅迫まで、親は暴行まで、懲戒行為として違法性が阻却されるとする瀬田川講師の図式(瀬田川、前掲判批五一頁)にも疑問がある。

三 体罰と暴行罪の成否

前章で見たように、判例の立場は、相当な有形力の行使を体罰から除外することによって正当な懲戒行為と解し、暴行罪の違法性を阻却するものであった。もしその懲戒行為によって生徒に傷害を負わせ、あるいは死亡させたとしても、懲戒行為そのものは、法令にもとづく正当行為なのであるから、せいぜい過失を認定して、業務上過失致傷なり業務上過失致死の罪を成立させるとどまるであろう。逆に、相当でない有形力の行使は体罰であり(昭和三〇年の大阪高判にみられるように)、暴行罪の違法性は阻却されない。このことから裁判例は、一元的違法観に依拠したものと評価もなされうる。⁽¹⁾

私は、前章において、こうした裁判例による体罰の解釈を批判し、体罰を「罰として生徒の身体に加えられる全ての有形力行使」と定義した。このように解した場合、体罰は暴行罪の成否とどのような関係に立つことになるの

だろうか。本章では、この点につき、学説を検討しながら、自説を展開してみたいと考える。

(一) 違法の相対性と刑法三五条

今日、違法性を相対的に考えることは、多くの例示や引用をするまでもなく、通説的な理解となっている。⁽²⁾ 民法上違法な行為(姦通等)が刑法上も違法だとは限らないし、そうである必要もない。抽象化された次元で違法を論ずるのならともかく、法の具体的な適用を行なう現実的な次元においては、違法はそれぞれの法の意図する目的に応じて、相対的に評価されるものと解されるからである。

したがって、教師の懲戒行為が体罰であり、学校教育法上違法な行為と評価されるものであっても、そのことをもって直ちに刑法にいう暴行罪としての違法性があることにはならない。なるほど、法令による行為として正当化される懲戒行為から体罰は除外されるので、刑法三五条による違法阻却は成り立たないようにも見える。しかし、これは違法を形式的に捉える結果であって、妥当ではない。違法であるか否かは実質的に把握されるべきであり、その際、教師の教育目的の程度、体罰としての有形行使の程度(手段の相当性と被害の軽微性)、および教師と生徒との信頼関係の程度などが十分検討されることとなる。汎く説かれるように、刑法三五条の規定は、その後段の趣旨から実質的に違法性をおびない行為を正当化するための一般規定と解されるので、⁽³⁾ 蔽密な意味での「法令」によっては正当化されない行為であっても、その違法性が阻却される場合もあるのである。

(二) 体罰と可罰的違法性

かくして、違法を相対的に考え、刑法三五条は違法阻却事由の一般規定であり、実質的違法判断の根拠規定であ

るとする考え方をたどれば、「体罰」が刑法三五条によりその刑法上の違法性が有るのか否かを検討する必要が生じてくる。この場合には、実質的違法性の判断が可罰的違法性の判断ということになる。⁽⁴⁾つまり、当該体罰行為が刑法で処罰を予定している暴行罪の違法性を具備するかどうか、新たに吟味するわけである。この違法性の判断には、前述の教育目的等の諸要素が判断の素材になることになるが、他の視点から「生徒などの有する身体安全」という法益と、……生徒などが保護、教育、監護されるという法益の比較衡量⁽⁵⁾をも違法判断の要素とすることがいわれている。しかし、ただ法益の比較衡量をするといっても、客観的基準があるわけではなく、著しく法益に差がある場合の衡量であればともかく、通常、現在の生徒への肉体的・人格的侵害と、生徒の将来のための人格形成という全く異なったレベルのものを比較衡量することは、ほとんど困難と言わざるを得ない。

いずれにせよ、教育目的、手段の相当性以下の諸要素を十分検討して、社会通念上正当な行為と認められるような体罰は、その暴行罪としての可罰的違法性(実質的違法性)に欠けることになる。

藤木博士は、この立場をさらに押し進め、社会的相当性の理論を展開された。⁽⁶⁾スポーツや医療行為に代表されるような社会通念上正常な身体への侵害行為は、いちいち犯罪構成要件に該当するのではなく、最初から反社会性を帯びない「社会的相当行為」として、構成要件の外におかれるものとされた。体罰につき、その点明言されてはいないが、「すくなくとも刑法上の責任を問うについては、体罰禁止にふれる行為が直ちに刑法三五条の適用を排除されるものではないことを認め、そこであらためて具体的な体罰が社会通念上相当な範囲内にあるかどうかを論ずるのが妥当な解決である」⁽⁷⁾とされるところから察するに、社会的に相当な範囲内の体罰は、実質的違法性を欠き、よって構成要件を阻却することになるのであろう。しかし、このような構成要件阻却説のとする考え方は、ある程度の体罰行為が、慣行的に学校内で行なわれている状況があるからという理由で、それを正当化する論理につな

がる危険がある。いくらわれわれが刑法に固有の立場から考えるといっても、体罰は教育法上違法であるとする原則から自由になることはできない。体罰は、刑法上、例外的に許容される場合があるにすぎないのである。そのことを念頭におけば、体罰はせいぜい違法性が阻却されるものではあっても、最初から類型的に正当化されるようなものではない、といわなければならない。もしそうでなければ、この例外と原則の関係が入れ替わり、許される体罰の範囲が拡大してしまふであろう。かつて庭山教授⁽⁸⁾は、キーナップルの『体罰と社会的相当性』⁽⁹⁾を紹介して、構成要件阻却説を支持されたが、同様の疑問がここにもあてはまる。

一方、佐伯博士によれば⁽¹⁰⁾、刑法上違法な行為の全てが犯罪となるのではなく、刑罰という厳しい制裁をもって国家が対応しなければならぬほど、質と量の両面において、違法な行為といえる場合にはじめて、犯罪としての違法性が備わるものであることになる。この考え方からすれば、教育法上違法である体罰は、刑法においても一応、違法となる。しかし、当該体罰が刑罰を科さなければならないほどの違法な行為であるのか否かが、個別的に判断されなければならない。ちなみに、戦後の大阪高等裁判所の事件(判例①)の控訴趣意書には、一厘事件⁽¹¹⁾が引用され、体罰の不可罰的違法が主張されたが、大阪高裁は、「一厘事件」援用は具体的事案を抽象的に類型化せんとするに帰着」するので適切ではないとし、可罰的違法についての判断を、極めて個々具体的な判断であるとするものであった。

小田中教授⁽¹²⁾、齋藤教授⁽¹³⁾、沼野助教⁽¹⁴⁾、木村助教⁽¹⁵⁾、瀬田川講師⁽¹⁶⁾、安藤講師⁽¹⁷⁾らも、体罰の暴行罪としての可罰的違法の有無を検討することを強調されているが、可罰的違法性を、藤木説のように社会的相当性と表裏の関係で捉えるのか、それとも佐伯説のように考えるのか、あるいはこれらとは異なった構成をするのかは、明確ではない。

では、われわれはこの問題をどのように考えればよいであろうか。前述のように、体罰を社会的に相当な、言わ

は許される体罰とそうでない体罰とに最初から類型化して一般化する試みは、法の適用においてたしかに明瞭ではあるが、ある程度の体罰が慣習化され、相当とされる現状を容認することになってしまふ。それは、被害を負う生徒の保護にとって、かえって有害なものとなるであらう。また、体罰事件は様々な状況のなかで惹起されるものであらうから、一概に実質的違法の有無を論ずることも、不可能である。個々の事例のなかで、実質的に違法性を阻却する要因を検討する他はない。その際、多くを例示し得ないが、実質的違法阻却の基準として、体罰として用いられた手段が、生徒に肉体的苦痛や精神的屈辱感を与えるようなものであったかどうか、そして、それがどの程度苦痛や屈辱感を与えるものであったのが、考慮されることになるであらう。

- (1) この点を指摘するのは、沼野輝彦「違法性の相対性と懲戒行為」『刑法学』、有斐閣双書（昭和五三年）一一三頁。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論改訂版』創文社（昭和五四年）一七六頁。もっとも、前田助教授の分析によれば、法の具体的な発現形式には種々の種別、軽重の段階があるとしつとも、全法的には統一であるとする理解（佐伯博士、中山教授等）は、「やわらかな違法一元論」と呼ばれて、団藤博士、藤木博士、平野博士らに代表される違法相対性論と区別されている。その意味では、違法の相対性についての理解は、通説的な一致を見えない。（前田雅英『可罰的違法性論の研究』東京大学出版会（昭和五七年）三四一頁および三八一頁以下参照。
- (3) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』有斐閣（昭和五〇年）二二三頁参照。
- (4) 藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂（昭和五〇年）一一七頁、前田・前掲書五二二頁以下参照。
- (5) 山火正則『学校事故と刑事責任』、学校事故の法制と責任、総合労働研究所（昭和五二年）二四八頁。
- (6) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』有信堂（昭和四二年）五一頁以下。
- (7) 藤木英雄『新版刑法演習講座』立花書房（昭和四五年）七八頁。
- (8) 庭山英雄『D・キンアプフェル著「体罰と社会的相当性」』一橋論叢四九卷六号（昭和三八年）九三頁以下。
- (9) Diehelm Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961.
- (10) 佐伯千仞『可罰的違法性』法学教室四号（昭和三七年）五六頁以下、同『可罰的違法性序説』『権利の濫用』、有斐閣（昭和三七年）二二二頁以下。

(11) 大審院判決明治四三年一〇月一日、刑録一六輯一六一〇頁。

(12) 小田中聰樹「体罰と暴行罪該当性」教育判例百選（昭和五四年）二二四頁。

- (13) 斎藤誠二「教師の体罰と暴行罪」判時八九七号(昭和五三年)四頁。
- (14) 沼野輝彦「違法性の相対性と懲戒行為」刑法学2(昭和五三年)一一九頁。
- (15) 木村裕三「懲戒行為の限界」名城法学二卷一号(昭和五七年)一〇〇頁。
- (16) 瀬田川昌裕「学校教師の懲戒行為が暴行罪に問われた事例」秋田法学二卷一号(昭和五七年)五一六頁。
- (17) 安藤博「体罰判例の刑法的検討」牧・今橋、前掲『教師の懲戒と体罰』一六二頁。

四 おわりに

私は、本稿において、裁判例が体罰を制限的、縮小的に解してきたことを批判した。その結果、私の体罰についての定義は、かなり広いものになっている。しかし、そのことは、暴行罪として処罰される体罰の範囲を拡大するものではない。ここではその点につき十分な論証をなし得なかったが、違法の相対性という周知の見地から、学校教育法一条についての教育法と刑法の考え方を、概略的に整理することはできたものと思う。

ところで、法務省人権擁護局がとりあげた体罰事件数の推移は、昭和五年から五五年までに、それぞれ五六件、二九件、五八件、五二件、四八件である。⁽¹⁾これは、殴打による傷害等のかかなり狭い意味での体罰の場合であるうし、このような事件がなかなか公にはされにくい性質をもっていることも考え合わせると、実際には、相当な数の体罰が行なわれているのではないかと、推測される。被害を受けた児童や生徒は、教師の「力」に服し、あるいは自らの恥として、その問題に触れたがらない場合が、多くあるであろうし、教師・学校の側も、日常的な行動の一端として、同僚の行為を黙認するであろうことは、想像に難くない。暗数の問題が指摘される由縁である。⁽²⁾また、教育的配慮から、起訴を見あわせる場合も少なからずあると聞く。⁽³⁾このような事態が、私のいう「体罰」のみならず、もう少し縮限された「体罰」までをも、慣行的に常態化させてしまうことを、私は最も恐れるものであ

る。

- (1) 「体罰等人権侵犯事件の推移」少年補導二六卷八号（昭和五六年）二七頁による。
- (2) 安藤博「体罰判例の刑法的検討」牧・今橋、前掲書一五三頁。
- (3) 「内外教育」昭和五二年六月一七日号の記事（時事通信社）。小田尚「静岡市立安東中学校事件」牧・今橋、前掲書三三六頁以下参照。

（昭和五八年三月三〇日稿了）

追記 稿了後、季刊教育法四七号（昭和五八年）の特集「生徒指導と体罰」に接した。また、今橋盛勝・安藤博編著『教育と体罰——水戸五中事件裁判記録』三省堂（昭和五八年）も出版されたが、これらの文献は、本稿では引用し得なかった。後者は、水戸五中事件刑事裁判の第一審、第二審の公判記録を中心に編集されており、事実関係の細部を明らかにしてくれる貴重な資料である。