

【比较与借鉴】

日本教育惩戒与体罚的区分

——基于立法、司法和行政的视角

秦惠民 杜颖杰

【摘要】教育惩戒与体罚的区分,对完善教育惩戒制度和有效禁止体罚都至关重要。日本对教育惩戒与体罚的界定和区分,是通过立法、司法和行政的共同作用来实现的。在立法方面,法律明确了教育惩戒的必要性和禁止体罚。在司法方面,法院的裁判实践肯定了教育惩戒在一定限度内有形力的行使。在行政方面,行政机关通过一系列的通达和通知,对教育惩戒的内容、形式、程度及其与体罚的界限进行明晰和指导,使教育惩戒和禁止体罚能够被准确理解和运用。日本具体的司法判例示范作用和相对灵活的行政指导,是其完善教育惩戒和禁止体罚制度的重要路径和有效手段,也是我国从治理体系和治理能力提高效能的角度解决教育惩戒难题和有效禁止体罚的有益参考。

【关键词】日本教育;教育法;教育惩戒;惩戒与体罚

【作者简介】秦惠民,北京外国语大学国际教育学院院长,特聘教授(北京 100089);杜颖杰,中国人民大学教育学院博士生(北京 100872)。

【原文出处】摘自《教育研究》(京),2020.12.48~56

一、立法禁止体罚并明确教育惩戒的必要性

早在1879年,日本《教育令》的第46条就规定,“凡学校不得对生徒进行殴打或束缚之类的体罚”,明确禁止体罚。1890年的第二次《小学校令》第63条再次规定,“小学校长及教员^①不得对儿童实施体罚”。1900年的第三次《小学校令》第47条规定,“小学校长及教员认为有教育上的必要可对儿童实施惩戒,但不能体罚”。该项规定在明确禁止体罚的同时,首次对基于教育上的必要而可以实施惩戒予以明确规定。这一规定后来被1941年的《国民学校令》继承,并延续到战后的《学校教育法》第11条。

《学校教育法》第11条规定,“校长及教员认为有必要进行教育时,可以根据文部科学大臣的规定,对儿童、生徒及学生^②进行惩戒,但是,不可施加体罚”。《学校教育法施行规则》第26条第1款规定,“校长及教员在对儿童等进行惩戒时,应在教育上给予必要的照顾,以适应儿童的身心发展”。第2款规定,“在惩戒中,退学、停学及训告的处分由校长(在大学

包括受校长委任的院长)执行”。第3款规定,“除公立中小学校以及特别支援学校在学中的学龄儿童和学龄生徒以外,对于以下所列各项的儿童可以实施前款规定的退学。一、品行不良且无改善之可能性者;二、因学力劣等被认为没有成就希望者;三、无正当理由经常不出席者;四、扰乱学校秩序,违反学生义务者”。第4款规定,“对学龄儿童和学龄生徒不能实施第2款规定之停学”。第5款规定,“校长应制定有关第2款退学、停学及训告处分的程序”。

梳理教育惩戒的立法,不难看出日本教育惩戒立法的特色。一是在法律中确立教育惩戒的概念,二是明确教育惩戒的教育性原则,三是明确学校和教师可以作为实施惩戒的主体,四是列举可实施惩戒性退学处分的对象和情形,五是明确禁止实施惩戒性停学的对象。立法虽然明确了教育惩戒的必要性和禁止体罚,但法律未对教育惩戒和构成体罚的内容、形式和限度予以具体规定,留下了司法和行政发挥作用的制度性空间。

二、司法裁判认可教育惩戒中一定限度有形力的行使

在日本,司法裁判发挥了定分止争、通过鲜活的具体案例贯彻法律原则和阐释法律内涵的作用。法律规定禁止体罚,并规定基于教育上的必要可对学生实施惩戒。但教育惩戒在形式上是否限于口头说教?惩戒作为一种即时性事实行为,基于有效性的要求,教师在特定情形下能否根据需要对采取一定限度的有形力行为?这是个有关教育惩戒实施方式及其有效性的重大问题。在教育惩戒中,一定限度有形力的行使在法院判决中得到了认可。最具代表性的案例是日本水户市五中体罚案,东京高等法院确认了一定限度有形力的行使是合理教育惩戒范围内的行为。如何判定有形力的行使保持在合理限度内,从日本的相关司法裁判来看,有形力的行使是否属于合法且合理的教育惩戒行为,应当从以下几个方面进行判断。

(一)有形力教育惩戒的实施主体合法

有形力教育惩戒行为的实施主体合法,是指惩戒行为的具体执行者应为合法的教育惩戒权享有者。法院判断有形力惩戒行使主体是否合法,主要涉及两个方面的因素。一是教师是否可以作为事实行为上的惩戒的实施主体。惩戒主要包括具有法律效果的惩戒处分和不发生法律效果的事实行为上的惩戒。^[1]根据《学校教育法施行规则》第26条第2款规定,实施停学、退学和训告等惩戒处分主体是校长,但《学校教育法》和《学校教育法施行规则》未对教师行使惩戒权内容予以规定。关于事实行为上的惩戒行使主体,法院认为,“为达到教育目的,教师对学校的学生在一定程度内,可以采取不具有法律效果的事实行为上的惩戒”^[2]。二是实施有形力惩戒的人员是否属于《学校教育法》所规定的“教员”的范围。^[3]《学校教育法》规定的惩戒是伴随教育活动进行的,可以实施惩戒的教员一般是指教头^[4]、教论^[5]、助教论及讲师,大学、高等专门学校的教授、助教授和讲师等。^[2]

(二)有形力教育惩戒的实施动机合法

动机对于有形力教育惩戒的适用有着直接的指导意义,关系着行使有形力惩戒所追求的客观效果,因此,是日本司法裁判中重点考察与评价的对象。

《学校教育法》第11条规定,“校长及教员认为有必要进行教育时,可以根据文部科学大臣的规定,对儿童、生徒以及学生进行惩戒,但是,不可施加体罚”。《学校教育法施行规则》第26条第1款规定,“校长及教员在对儿童等进行惩戒时,应在教育上给予必要的照顾,以适应儿童的身心发展”。这里指教师实施惩戒的前提应是基于教育上的考虑或教育的需要。

法院裁判在考察教师实施惩戒行为的动机时,往往将动机的引发原因分为教育上的考虑和私愤。在法院裁判中,对教育的考虑与私愤有不同的表述。前者主要涉及改善学生言行,使学生养成适应社会生活环境的能力^[7]及遵守学校纪律^[8]等;后者主要指,教师的惩戒行为是受私人感情、气愤的支配^[9]。判断教师实施有形力惩戒行为时的动机是出于教育上的考虑还是私愤,主要考虑以下因素:惩戒行为发生的场所及时间,教师与学生之间的信赖关系,教师的工作经验与态度,学生的年龄、健康、身心发展状况,教师对学生身心发展特点的了解,教师惩戒行为的形式和程度。^[10]

(三)有形力教育惩戒的实施形式与程度合理适当

教育上的需要是判断具体的惩戒行为中有形力的行使是否必要的基本前提,其实施形式与程度是判断教师行为是否过当的关键内容。在实践中,有形力教育惩戒实施方式多种多样。在法院裁判中,被认定为合理有形力的具体形式包括:教师用长33.5厘米、宽20厘米的出席薄敲打学生头部的行为;^[11]教师用右手抓住学生的衣服,将学生压在墙上的行为;^[12]教师用手掌在学生头部前方敲击一次的行为;^[13]教师按住学生颈部的行为^[14]。这涉及以下四个方面的因素。一是教师用什么样的工具实施有形力惩戒,二是有形力惩戒行为触及学生身体的哪个部位,三是有形力惩戒行为实施的次数,四是有形力惩戒行为实施的持续时间。

教师实施的有形力惩戒行为是否得当,除了考察有形力行使的形式,有形力行使的程度适当与否也是一个重要的考察方面。日本司法裁判中侧重考察有形力惩戒行为是否给学生造成了身体侵害或肉体痛苦,以此判断有形力的行使是否保持在合理的限度。例如,在平成2年(1990年)12月25日认定体

罚的一项判决中就明确指出,教师对学生进行殴打、脚踢,对学生的身体造成了伤害,这种行为是《学校教育法》第11条所禁止的体罚。¹⁵另一项法院判决指出,被告教师对学生行使的有形力与口头斥责的程度相当,没有脱离作为惩戒权行使的正当范围,未对学生身体造成侵害或给学生造成肉体上的痛苦,是在学生可以忍耐的限度内,因此,教师的惩戒行为没有达到体罚的程度。¹⁶

对教育惩戒形式和程度的选择,日本的司法裁判明确教师可以进行自由裁量。例如,昭和56年(1981年)4月1日,东京高等法院判决指出,教师平时与学生接触较多,了解其性格、行为、优点和缺点等,选择什么形式的惩戒措施,应属于教师自由裁量权范围内的事项。¹⁷教师对惩戒形式拥有自由裁量权,但这种权力须合理规范和制约。考察教师是否恰当地运用了自由裁量权,须考量教师是否在平衡规则与现实需要的前提下选择恰当的惩戒手段。教师要遵守法律法规,“要牢记教育基本法、学校教育法及其他相关法令所示的教育原理和教育方针”¹⁸。教师要灵活地结合具体情况选择恰当的惩戒手段,在实施事实上的惩戒行为时,应充分考虑学生的年龄、健康状况、场所及时间等因素。¹⁹

三、行政指导不断细化教育惩戒和体罚的边界与限度

由于法律有关教育惩戒的规定较为原则,没有明确其具体形式,为使教育惩戒能够被准确地理解和运用,需要行政机关对相关问题做出进一步的解释和指导。在教育惩戒立法和有关司法判例的基础上,针对教育惩戒适用中的问题,围绕《学校教育法》第11条的规定,日本有关行政机关形成一系列对教师事实行为上的惩戒具有指导作用的通达和通知。如昭和23年(1948年)12月22日法务厅发布的《关于儿童惩戒权的界限》,²⁰昭和24年(1949年)8月2日宇都宫少年保护观察所和法务府共同研究并由法务府发布的《关于禁止体罚学生的教师心得》,²¹以及文部省初等中等教育局于昭和32年(1957年)年7月16日发布的《关于学校暴力事件的根绝》(以下简称《昭和32年通达》)²²、平成19年(2007年)2月5日发布的《关于对有行为问题的儿童、学生的指导》(以下称《平成

19年通知》)²³和平成25年(2013年)3月13日发布的《禁止体罚以及在对儿童、学生进行理解基础上的指导彻底化》(以下称《平成25年通知》)²⁴等。通过这些通知和通达的阐释和指导,对改变在教育惩戒和体罚认识上的混乱局面,推进行政部门、学校和教师在区分和判断教育惩戒和体罚问题上的统一性、准确性和稳定性发挥了作用。

(一)进一步明晰惩戒行为与体罚的性质与判断方式

在《平成25年通知》中,进一步明晰了教师实施的惩戒行为的性质。提出此处惩戒是指,《学校教育法施行规则》中规定的退学(公立义务教育诸学校在籍的学龄中小学生除外)、停学(义务教育诸学校在籍的学龄中小学生除外)以及训告的处分以外,不对中小学生造成肉体上痛苦的行为。具体来说,一般意义上的惩戒方式有提醒注意、斥责、留校、单独房间指导、起立、作业、清扫、学校值班的分配和文书指导等。在《关于儿童惩戒权的界限》中,对《学校教育法》第11条规定的“体罚”进行了细化,明确体罚是指惩戒的内容属于身体性质的情况。判断某一项惩戒行为是否属于体罚,一般遵循以下判断标准。其一,以侵害学生身体为内容的惩戒——殴打、脚踢等行为;其二,给受罚学生造成肉体痛苦的惩戒,如要求学生长时间保持端坐、直立等特定姿势的行为。对判断一项教育惩戒行为是否构成体罚,要求采取“复合型”的判断方式,即判断教师对学生进行的惩戒行为是否属于体罚,应就受惩戒学生的年龄、健康、身心发育情况以及惩戒行为实施的地点、持续时间和惩戒方式等综合考量。

(二)区分有形力正当行为和有形力惩戒行为

在《平成19年通知》中,吸收了昭和56年(1981年)4月1日东京高等法院判决和昭和60年(1985年)2月22日浦和地方法院判决中有关行使有形力的解释,区分有形力正当行为和有形力惩戒行为。明确有形力惩戒行为应以实现教育目的为前提;否则,不能将其视为学校教育法意义上的惩戒行为,教师为了防卫或者规避危险,不得已行使的有形力只是一种正当行为。诸如,休息的时候,教师抓住在走廊上斗殴的学生双肩的行为;在全校集会中,对一再不听

警告继续扰乱的学生,教师用手拉扯其手臂的行为;对嘲笑他人并对教师恶言相向的学生,教师用双手将其肩膀按在墙壁上的行为;在比赛过程中,摁住想要殴打对手的学生的行为等。

(三)列举惩戒和体罚的具体方式

《平成19年通知》《平成25年通知》及《关于禁止体罚学生的教师心得》在吸收司法裁判和总结实务经验的基础上,整理和列举了教育惩戒和体罚的具体方式,以便学校和教师在工作实践中参考。归纳和概括出的教育惩戒方式主要有以下几种情形:让学生在教室内站立的行为;课以学习课题和清扫活动的行为;增加学生值日次数的行为;训斥经常在上课期间擅自离席的学生,督促其回到座位上的行为;不让训练迟到的学生参加比赛而只允许其参观比赛的行为;上课期间不让学生进入教室或者离开教室,为学生另行安排指导的行为;学生在上课期间发送电子邮件,学校与学生家长联系后,暂时保管其手机的行为,等等。

按照身体接触性质与程度的不同,可以将体罚分为拘留型体罚和殴打型体罚。拘留型体罚主要有:不让学生如厕,超过用餐时间仍让学生继续留在教室的行为;不让迟到的学生进入教室的行为;在增加学生打扫值日次数中存在不正当的差别对待和过度逼迫的行为;发生偷窃事件,留下当事人和证人调查,强迫学生写下自白书和供词的行为;为了防止学生迟到,采用军事化的强制手段组队上学的行为;对忘记交作业的学生,要求其在教室的后方保持正坐的姿势听课,虽然学生诉说了痛苦,但教师依然命其保持原有姿势的行为等。殴打型的体罚主要包括:对体育课上实施危险行为的学生,教师用脚用力踩其后背的行为;对在集会中坐姿不雅并用脚触碰前排的同学,教师将其撞倒的行为;对多次做出扰乱言行的学生扇耳光的行为;训斥课间擅自离座的学生,拧着学生的脸颊将其拖回座位的行为;对不听教诲意图逃学的学生,教师拉扯学生的手臂,在被学生甩开之后,教师用手掌敲击学生头部的行为;在学校配餐时间,对不听口头警告的学生,教师用圆珠笔投掷并击中学生的行为;学生不遵从指示,制服整理不充分,教师因此殴打学生面颊的行为,等等。

四、对完善我国教育惩戒和禁止体罚制度的几点启示

日本有关教育惩戒和禁止体罚制度的完善,是通过立法、司法裁判及行政指导法治体系的逐级细化以及相互作用和相互影响实现的。由于日本《学校教育法》第11条的规定较为原则,司法和行政在适用的过程中,具体和细化了法律上关于教育惩戒和禁止体罚的原则性规定,深化了对教育惩戒和禁止体罚的认识,明晰了教育惩戒和体罚的区分、边界及合理的限度,推进了相关实践的良性发展。概括日本的经验,首先,在法律中明确教育惩戒的性质和禁止体罚;其次,说理充分的司法判例通过具体生动的个案阐释和细化了有关教育惩戒和禁止体罚的法律规定;再次,行政机关通过一系列通知和通达,引导和规范有关教育惩戒和禁止体罚的实践。日本的经验给我们一定的启示,即除了作为宏大叙事的国家立法之外,具体的司法判例示范作用和相对灵活的行政指导,都是完善教育惩戒制度和禁止体罚的重要路径和手段。这也是从国家治理体系和治理能力角度加强系统治理、依法治理和综合治理,提高治理效能,从而解决教育惩戒难题和有效禁止体罚问题的有益参考。

(一)在国家立法中明确因教育上的必要可实施惩戒

1900年的日本《小学校令》第47条中首次明确规定,因教育上的必要可实施惩戒。这一规定被《学校教育法》第11条继承,这为学校 and 教师因教育上的需要实施惩戒及其司法适用提供了法律上的依据。

考察我国与教育惩戒相关的立法,在法律层面,《中华人民共和国教育法》第29条第4项规定,“学校有权对学生进行学籍管理,实施奖励或者处分”。《中华人民共和国义务教育法》(以下简称《义务教育法》)第27条规定,“对违反学校管理制度的学生,学校应当予以批评教育,不得开除”。《义务教育法》第29条规定,“教师应当尊重学生的人格,不得歧视学生,不得对学生实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为,不得侵犯学生合法权益”。《中华人民共和国教师法》第7条规定,教师享有“指导学生的学习和发展,评定学生品行和学业成绩”的权利。在行政规

章层面,教育部《普通高等学校学生管理规定》第5章“奖励与处分”,对高等学校实施纪律处分的种类、事由、原则和程序等进行了规定。在基础教育阶段,各省多以地方性法规或规章的形式制定“中小学生学习籍管理办法”,对纪律处分进行了规定。在规范性文件方面,2003年,教育部印发《关于加强依法治校工作的若干意见》,对学生处分问题做了原则性规定,“中小学一般不得开除未成年学生;对学生的处分应当做到事实清楚、证据充分、依据合法,符合规定程序;建立校内学生申诉制度,保障学生申诉的法定权利”。至此,惩戒的概念还没有在以上规范文本中出现。2017年,青岛市以政府部门规章的形式出台《青岛市中小学生学习管理办法》,其中第11条规定,“中小学校对影响教育教学秩序的学生,应当进行批评教育或者适当惩戒;情节严重的,视情节给予处分。学校的惩戒规定应当向学生公开”。这是“惩戒”概念的第一次登台亮相。2019年6月23日,中共中央、国务院印发《关于深化教育教学改革全面提高义务教育质量的意见》,在第14条“依法保障教师的权益和待遇”中提出,“制定实施细则,明确教师惩戒权”。2020年12月23日,教育部印发《中小学教育惩戒规则(试行)》。梳理我国现有的立法,有关教育惩戒的规定大多是由低位阶的法律文件提供。需要指出的是,仅在行政规章中规定教育惩戒,可能会导致下列问题。

1. 缺乏对权力设置的授权

教师对学生实施的惩戒行为具有强制性和单向性,即权力的属性。对受惩戒学生而言,一些惩戒措施在行使过程中有可能会对学生的生命权、健康权及人身自由等造成某种程度的影响或侵害。《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第80条规定,“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的职责”。根据《立法法》第8条和第9条规定,对涉及公民基本权利等内容的事项,应该由立法机关制定,行政主体不能自行设定。

2. 司法适用的效力不确定

《中华人民共和国行政诉讼法》第12条规定,人

民法院受理法律、法规规定可以提起行政诉讼的行政案件,不包括行政规章。第53条规定,“人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章”。行政诉讼法中,法律、法规是审判的直接依据,而规章不能直接采用,只能处于参照的地位。依照规章作出的行政行为一旦损害相对人的合法权益,有可能诉诸法庭。法院在审判中,如果行政规章符合法律和行政法规的规定,行政规章可作为法院审判的参照。但如果行政规章的规定没有法律法规依据,甚至与法律法规的原则精神相悖,法院就会排斥行政规章的适用,从而导致行政规章在司法适用中不确定效力的状态。这种状态,势必影响纠纷的解决以及教师与学生的权利保护。总之,从法治要求出发,我国应尽快在国家立法的层面对教育惩戒进行规定。

(二)发布具有示范作用的指导性司法案例,加强判决说理

在学生不服管教的情况下,教师对学生采用肢体接触的方式进行管教是否被允许?如果允许,肢体接触保持在怎样的一个限度才是合法合理的?这是实践中的困惑和难题,同时一定程度地导致教育惩戒难以实施,或在实践中出现惩戒过度的现象。由于实际情况的错综复杂,实践中人们对肢体接触形式的惩戒行为往往有着不同的理解和判断。为消除争议、统一认识,回应社会对教育惩戒的法治要求,需要结合具体案情明确惩戒的适用标准以及惩戒与体罚的区分,司法裁判的作用至关重要。日本法院在适用法律处理相关纠纷过程中,对有形力的行使进行界定和解释,细化教育惩戒的适用标准。

日本《法院法》第4条规定,“上级审法院裁判中的判断约束着下级审法院”。《裁判所构成法》第49条规定,“下级法院必须遵循上级法院的判例。就同一法律问题,有与先前一个或两个以上的庭所为判决相反的意见时,该庭应向大审院长报告,大审院长因该报告,依事件之性质,命联合民事总庭、刑事总庭

或民事及刑事总庭再予审问及裁判”。除审级制度以外,日本通过设定严格的判例变更制度,将违反判例作为上诉理由等制度,使最高法院和上级法院的判例获得对法院自身以及下级法院的实际约束力,使判例发挥其应有的作用。

随着我国法治进程的推进,案例指导和参照作用亦在日趋加强。2005年,中华人民共和国最高人民法院发布的《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》明确提出,“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准,指导下级法院审判工作,丰富和发展法学理论等方面的作用”。这是最高人民法院第一次正式提出“案例指导”与“指导性案例”的概念。2010年,最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》指出,“对全国法院审判、执行工作具有指导作用的指导性案例,由最高人民法院确定并统一发布”。2020年7月,最高人民法院发布《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》进一步明确,“检索到的类案为指导性案例的,人民法院应当参照作出裁判,但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。检索到其他类案的,人民法院可以作为作出裁判的参考”。

案例指导制度的出发点是解决社会发展对法治提出的迫切需求。一些惩戒适用上的具体问题,立法难以对其进行预设并建立一套齐全的规定。因此,须通过法律在一个个鲜活案件中适用的指导性案例,对与惩戒和体罚相关的法律原则作出解释,将其明晰化和具体化,对实践中的教师惩戒行为进行指导和规范,从而进一步完善我国的教育惩戒和禁止体罚制度。

指导性案例获得法律约束力和公信力的基础取决于裁判文书是否具备充分的说理过程,尤其在事实认定困难和法律规定仅明确原则的情况下,判决说理决定着指导型案例的权威性。^[8]在日本体罚案件的裁判中,判决说理较为充分。通常法院对教师惩戒行为性质的认定会进行详细的论证,具体包括以下六个方面。第一,教师惩戒行为的具体形式(教师实施惩戒的动机是什么,对学生身体的哪个部位施加的惩戒,惩戒的次数以及持续时间等);第二,对

学生造成的肉体痛苦、身体损伤和精神损害的内容、程度;第三,教师惩戒行为与伤害结果之间的因果关系;第四,在怎样的情形下实施的惩戒;第五,以怎样的一个学生及其具体言行作为惩戒对象;第六,基于怎样的判断和目的进行的惩戒和体罚。其中,第四项、第五项和第六项往往是裁判的核心论点。法院在审判过程中,会围绕体罚涉及的“教育法的独立法律理论”展开一定的法律判断。审判除保障学生权利、审查教师的履责情况外,法官、检察官、律师还要对惩戒和体罚审判的判断标准——学生指导论、教育论、教育法的理论以及教师裁量的实态、功能等进行充分的讨论。^[9]

我国最近几年出现的有关体罚的诉讼案件中,判决说理显得不够充分。这主要表现为法院在救济学生权利、追究教师法律责任之外,未对惩戒、体罚及变相体罚进行语义澄清,也未就体罚行为进行详细的论证,亦缺乏对体罚事件中涉及的学校、教师与学生和家长之间的教育权利义务关系进行必要的解释和论证。随着我国司法裁判文书说理性的提高,司法裁判对指导和规范教师如何合法合理地实施教育惩戒的作用将会进一步加强。

(三)强化相对灵活的行政指导,有针对性地细化教育惩戒和禁止体罚

为避免对教育惩戒和禁止体罚法律规定在适用上的混乱,日本文部科学省下达了一系列通知和通达。这些通知和通达具有鲜明的特色。第一,与相关行政部门通力合作。以《关于儿童惩戒权的界限》为例,1948年法务厅以回答高知县警察队长询问的形式发布《关于儿童惩戒权的界限》,由法务厅长兼子一发送给国家地方警察总部长官斋藤升。同时,作为复印件发送至厚生省社会局、文部省学校教育局。然后,文部省学校教育局向各都道府县教育委员会下达《关于儿童惩戒权的界限》的通知,在教育界进行公知。法务厅破例作为行政指导发表意见,深化和推进对体罚和教育惩戒的界定与区分。这种由不同的部门从各自的职权角度发挥作用,看似“跨界”的介入与配合,是日本对教育惩戒与体罚进行行政指导的一个特色。第二,各种通知和通达,着重强调惩戒和体罚的概念、内容及手

段的区分,列举明示了教育惩戒与体罚的具体方式,明确、细化和补充了《学校教育法》第11条的规定,对指导学校和教师合法合理地实施惩戒具有积极的参考指引作用。第三,对法院判例的借鉴和吸收。文部省发布的《平成19年通知》及《平成25年通知》,考虑了司法审判的动向与趋势,注意对法院判决的吸收,将“《学校教育法》第11条规定的学生惩戒、体罚等相关参考事例”和“《学校教育法》第11条规定的学生惩戒、体罚等相关的思考见解”分别作为附件下达。

“很清楚,一个现代国家的‘立法’不可能制定一套齐全的规定,所能期待的,至少在某些领域,只能是宣布一些原则,一些多少带着普遍性的规定,为了制定必要的、比较具体的规定,必然要信赖行政当局的活动。”^[10]由于我国法律的规定通常比较原则和抽象,行政机关制定规范性文件使之具体化,以便于操作和执行亦十分必要。然而一些已颁布的规定并未对教育惩戒的内容、方式、限度,惩戒、体罚和变相体罚之间的区分等问题进行有针对性的具体解释,对规范和指导教师如何合法合理地实施教育惩戒尚不能适应实践需求,难以发挥人们期待中的作用。在完善我国教育惩戒和禁止体罚制度的过程中,我国相关行政机关发挥指导作用的空间还很大,关键是要在形式、内容、部门合作等方面进一步有所突破和创新。

注释:

- ①在日本,教员是教师的法律用语。
- ②在《学校教育法》中,“儿童”,指在小学就学的学龄儿童;“生徒”,指在初中及高中就读的学生,与幼儿园的幼儿、小学的儿童、高等专门学校及大学的学生区别开来;“学生”,指接受高等教育的普通大学生。
- ③⑦⑩⑬⑯⑰⑱ 北京高裁昭和56年4月1日判例タイムズ(442号)[Z].166、167、163、163、167、167。

④⑭ 横浜地判平成20年11月12日季刊刑事弁護(59号)[Z].207、207。

⑤ 教头,是帮助校长整理校务,并根据需要对儿童进行教育的人员。

⑥ 教论,是对儿童实施教育教学的人员。

⑧⑰ 浦和地判昭和60年2月22日判時(1160号)[Z].135、135。

⑨ 横浜地川崎支判昭和62年8月26日判時(1261号)[Z].144。

⑫ 最判平成21年4月28日民集(63卷4号)[Z].904。

⑬ 神戸地判平成9年5月26日判例地方自治(169号)[Z].56。

⑮ 鹿児島地判判決平成2年12月25日判時(1395号)[Z].124。

⑲ 福岡地判平成8年3月19日判時(1605号)[Z].97。

参考文献:

- [1][2][3] 鈴木勲. 教育法要説[M]. 東京:日本評論社, 2010.84、84、90。
- [4] 木宮高彦. 学校事故の法律相談[M]. 東京:学陽書院, 1983.340。
- [5] 下村哲夫. 教育法規便覧[M]. 東京:学陽書院, 2011. 118-119。
- [6] 文部科学省. 問題行動を起こす児童生徒に対する指導について(通知)[EB/OL].https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/seitoshidou/07020609.htm。
- [7] 文部科学省. 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)[EB/OL].https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/seitoshidou/1331907.htm。
- [8] 武静. 裁判说理——适用指导性案例的理论与实践皈依[J]. 河北法学, 2017, (1)。
- [9] 今橋盛勝, 安藤博. 教育と体罰[M]. 東京:三省堂, 1983. 20。
- [10] 勒内·达维德. 当代主要法律体系[M]. 上海:上海译文出版社, 1984.107。