

【比较与借鉴】

# 我国教育惩戒规则实施的困境及改革路径

——以日本教育惩戒制度为参照

吴东朔 李 帅

**【摘要】**我国的《中小学教育惩戒规则(试行)》已经开始施行,但实施过程中仍然面临着教师“不敢管”“不愿管”的困境,需要从制度供给层面加以完善。日本的教育惩戒制度经过了上百年的发展,逐渐形成了以绝对禁止体罚为原则,以立法为基础,以文部科学省和裁判所的指导性案例为补充,以个案判断为具体适用准则的教育惩戒体系。借鉴日本的教育惩戒制度,我国应当进一步完善教育惩戒措施分类,确立教育惩戒实施中的个案判断原则和克制原则,容忍突发情况下教师对有形力量的使用,并构建我国的教育惩戒指导性案例制度。

**【关键词】**教育惩戒;个案判断;指导性案例

**【作者简介】**吴东朔,华东师范大学法学院《师大法学》编辑部编辑;李帅,华东师范大学法学院副教授(上海 200241)。

**【原文出处】**《全球教育展望》(沪),2021.8.55~66

2021年3月1日,我国《中小学教育惩戒规则(试行)》(以下简称《惩戒规则》)正式实施,为我国中小学校及教师行使教育惩戒权提供了制度支撑,但是由于实施时间尚短,许多具体细则如何在实践中落地仍然面临诸多挑战。在教育惩戒问题上,日本经过了上百年的经验积累,逐渐形成了以制定法为基础、以判例法为辅助的教育惩戒制度。本文拟对日本教育惩戒权制度的实践及其基本特征进行分析,重点区分惩戒与体罚之间的界限,从而为我国教育惩戒权的运行提供制度参考。

## 一、问题的提出:《惩戒规则》实施的困境

教育惩戒是近年来我国教育法领域的热点问题,也产生了诸多研究成果,《惩戒规则》就是在这样的背景下出台的。一般而言,教师在体力、知识判断能力等所有的方面都是强于学生的,这个特定时间段内的个体差异,决定了教师在特定领域对于学生的指导的合理性。但是,学习本身带来的无聊和痛苦可能会给学生带来逆反心理,继而转化为外在的反抗教师的行动,尤其是在法律对学生进行偏颇性

保护的情况下,更容易让学生滥用这种优势地位,形成恶意不遵从。因此,长岛贞夫提出,教师的内在权威必须依赖于外在权威的保障,即要实现教师的内在权威,更好地帮助学生成长,必须有外在权威给学生带来惊骇。<sup>[1]</sup>大西忠治通过对教育实践的观察和总结提出,通过惩戒的形式保障教师的权威,学生更容易服从教师的指导。<sup>[2]</sup>对此,任海涛等学者认为应该加快建立专门的法律规范,并勾勒出多部门协同治理机制。<sup>[3]</sup>也有一些学者认为应该通过加强“校规班纪”的约束作用来强化教师在教学管理活动中的地位。<sup>[4]</sup>但是,既有的成果大多是从立法呼吁的角度论证教育惩戒权的必要性,如何真正地让《惩戒规则》规定的教育惩戒措施应用在具体的教育环节中,相关研究并不多。王琳认为教育惩戒是对学生失范行为做出的否定性评价,因此只有当行为产生一定的负面影响,比如课堂秩序受到较严重的滋扰、学生之间发生较大的争执时,惩戒权才有介入的必要。<sup>[5]</sup>但是什么是严重滋扰课堂秩序,谁来界定“严重”,尤其是在学生并不服从《惩戒规定》中的内容时又应如

何处理,仍需要具体的实施细则加以完善。

《惩戒规则》的出台,确实以成文法的形式为教育惩戒权的行使提供了理论依据,但是学校和教师对于学生“不敢管”“不愿管”的现象仍旧存在,这使得《惩戒规则》面临着实施上的困境。2021年5月26日,广西某中学的学生在课堂上交头接耳被老师批评后恼羞成怒,踢翻了自己的课桌,将教室内的扫帚踩断,拿着扫帚柄作为“武器”威胁老师,并声称“出去你碰到我你就死定了”,而教师出于特定情况的考量并没有采取惩戒措施。该事件视频被网络曝光后,仍有许多网友在支持该学生,认为一定是教师的批评刺激到了孩子的自尊心,因此学生这样的反应是情有可原的。<sup>[6]</sup>无独有偶,4月4日,河北某初中一学生在地理课上睡觉被老师叫醒,便心生不满辱骂老师。班主任进行批评教育时发现其仍不思悔改,便打了他一下。该学生在医院认定其未受伤害的情况下仍坚持住院治疗。后该老师被停止了班主任的工作并受到行政处分,还被作为当地教育整顿的反面素材,以致当地老师私下表示以后遇到课上睡觉的学生最好视而不见,有辱骂老师的情况要尽量充耳不闻。<sup>[7]</sup>尽管说《惩戒规定》把教育惩戒的戒尺交给了教师,但实践中仍然存在着教师不敢接、不敢用的情况,这主要是基于以下原因。

第一,《惩戒规定》作为成文法有其固有特点。我国是成文法国家,《惩戒规定》就是我国在教育惩戒领域制定的规范性文件,但既然是成文规定,就难以避免其固有的原则性和模糊性的特点。所谓原则性,是指《惩戒规定》作为我国教育惩戒依据的提炼和总结,具有统一的适用性,可以反复、多次地作为依据适用在具体的教育惩戒活动中,但在适用过程中必须通过法条解释与现实情况进行连接。例如《惩戒规定》第7条规定在“确有必要”的情况下可以实施教育惩戒,但何为“确有必要”,不同的人可能会产生不同的判断,由此产生对惩戒行为的争议。所谓模糊性,是指规则要素中往往会有特定的边缘概念产生歧义。法律概念可以分为核心概念和边缘概念,某一概念越接近核心争议越小,越接近边缘争议越大。<sup>[8]</sup>例如教师对学生进行殴打导致其受伤,则可以无争议地构成体罚,但是如果教师为了制止学生

的不当行为而进行了推搡、用手指戳点学生的额头等行为是否构成体罚,则可能产生不同的认定结论。正因如此,教师和学校在适用《惩戒规则》时,往往束手束脚,无法做出准确的惩戒判断。

第二,缺乏正当的教育惩戒案例作为参照。为了规范教师的行为,教育部门经常通过公布典型案例的方式为教师确立特定的准则,例如2021年4月19日教育部就公布了8起教师行为失当的案例,其中就包括歧视学生、体罚学生等不当的惩戒案例。然而,以往教育部门的典型案例过多地集中在了不当的教育惩戒案例上,只告诉了教师们什么样的惩戒不能做,却没有通过正向的教育惩戒案例来说明什么样的教育惩戒行为可以做。不能做的惩戒行为是明确的,可以做的教育惩戒行为是不明确的,实施自己无法预测结果的惩戒行为有可能会产生预料之外的不利后果,那对于理性人而言,最优的选择就是避免做出这样的行为,从而使教师不敢适用《惩戒规则》。

第三,社会和学校对于学生的偏颇性保护导致师生的逆向不平等。我国在很长一段时间内对教育惩戒持相对否定的态度,其重要的原因之一就是课堂环境中教师与学生的地位是不平等的。教师在知识、阅历、心智成熟度方面占有绝对优势,如果教师滥用这种优势地位侵犯学生的权利,就可能产生非常严重的伤害后果,因此要对学生进行偏颇性保护。其实“师生之间实际存在的三重关系,即社会关系、教与学的工作关系,以及自然的人际关系”<sup>[9]</sup>,在教学关系中,教师处于优势地位;在自然人际关系中,师生是平等主体;而在特定的社会关系中,教师可能会处于劣势地位。例如,在产生师生纠纷之后,社会往往会更加同情学生一方,教师会天然地处于不利的地位;学生在被惩戒之后如果投诉该老师,许多学校往往也偏颇性保护学生而追究教师的责任,尤其是该事件如果产生了重大的舆论影响,学校往往会第一时间对该教师进行停职处罚。因此,在某种程度上来说,社会和学校对于学生的偏颇性保护导致了师生的逆向不平等,教师反而处于弱势地位。<sup>[10]</sup>因此,教育惩戒措施实施的合理性与否应当综合考量,不能简单因为学生和家长的投诉而将教

师置于不利境地,否则教育惩戒权就会成为教师的“屠龙之术”,空有规定却无从应用。

## 二、他山之石:日本教育惩戒制度特征分析

日本与我国同属东亚文化圈,对待教育惩戒的态度有文化上的趋同性。且从立法历程来看,日本在近代教育史中经历了从过度保障学生利益到重塑教师权威的过程。<sup>[11]</sup>类似的文化与近似的历程使日本的教育惩戒立法对我国有着重要的借鉴意义。目前日本的教育惩戒制度的直接依据是其《学校教育法》第11条:“校长及教师在认为有教育上的必要时,可根据规定,对儿童及学生进行惩戒,但是不能体罚。”而根据上述条文,日本的《学校教育法施行规则》(以下简称《学教法施规》)第26条进一步规定:“校长和教师惩戒儿童时,必须根据儿童的身心发展,在教育上给予必要的照顾。”在满足上述照顾的基础上,教师可以对“品行不良,被认为没有希望改善者”“被认定为学力劣等,没有成才前景者”“没有正当理由不常出席者”和“扰乱学校秩序,以及其他违反学生职责者”加以惩戒。具体的惩戒种类仅有训告(参见《学教法施规》13-3)、停学、退学(参见《学教法施规》13-4)三种,且后两种教育惩戒措施只能由校长行使。总的来说,日本的教育惩戒规定具有如下特征。

### (一)绝对禁止体罚

日本禁止体罚的规定可以追溯到明治12年(1879年)的教育令<sup>[12]</sup>,该教育令第46条规定:“凡学校不得对学生进行体罚、殴打或捆绑。”除了现行的《学校教育法》第11条外,日本《儿童虐待防止法》第1条也规定,虐待儿童严重侵害儿童的人权,严重影响其身心成长和人格形成,同时也对国家下一代的培养产生忧虑。而该规定中的虐待儿童不只针对监护人的行为,教职员的体罚同样也被认为是严重侵害儿童人权的行。<sup>[13]</sup>

平成19年(2007年),日本文部科学省在其发布的《针对问题学生进行指导的意见》的附件《关于学校教育法第11条规定对学生进行惩戒、体罚的思考》中又再一次重申,在指导学生时,根据《学校教育法》第11条规定,任何情况下不得进行体罚。<sup>①</sup>平成25年(2013年)日本文部科学省发布的《关于禁止体罚及

贯彻以理解学生为基础的指导》(以下简称《禁止体罚指导》)基本上沿袭了平成19年的通知:“体罚被《学校教育法》第11条所禁止,校长及教师在指导学生时任何情况下都不得体罚。”<sup>②</sup>既然体罚“在任何情况下”都是被禁止的,那么就有必要对体罚的内涵和外延进行廓清。《禁止体罚指导》中就对体罚进行了如下界定:(1)教师等对学生实施的惩戒行为是否属于体罚,要综合考虑当事学生的年龄、健康、身心发展状况,当事行为发生的场所和时间环境,惩戒的方式等诸条件进行个案判断。此时,不能仅凭实施惩戒行为的教师、受惩戒行为的学生及家长的主观感受进行判断,而应客观地考虑各种条件进行判断。(2)其惩戒具有身体惩罚性质的内容,即包含对身体的侵害内容(例如殴打、踢等)、给学生带来肉体上的痛苦(例如长时间保持跪坐、直立等特定姿势),如果被判断为成立,则被认为是体罚。<sup>③</sup>

日本对于教育惩戒制度的构建之所以严格禁止体罚,主要是基于以下考虑:第一,体罚会破坏教育者与被教育者之间的信任。教育是以子女和家长对教师的信赖关系为基础的,但是体罚有可能破坏这种信赖关系,产生难以修复的裂痕。受到体罚的孩子的恐惧,也会传染给看到体罚的孩子,这种教育方法难以称为教育上的关怀和指导。<sup>[14]</sup>第二,体罚不可能培养正常的伦理观,反而会助长学生依靠力量解决问题的倾向,有可能引发欺凌、暴力行为等连锁反应。第三,基于对“自由的相互承认”的追求。所谓“自由的相互承认”,是指先把彼此都是自由的存在作为规则来承认,而学校是培养孩子们对“自由的相互承认”的敏感度的地方,而暴力是最明显的侵犯对方自由的行为,因此对学校师生最底线的要求就是彼此绝不诉诸暴力。<sup>[15]</sup>

### (二)案例补充制度

法律虽然给教育惩戒提供了制度依据,但是法律作为一般性的规定往往无法应对丰富的社会实践,因此许多情况下还需要配套的制度加以辅助。在日本,还存在着许多有关教育惩戒权行使的案例,其中既包括由行政机关公布的案例,也包括司法机关的司法判例。

日本文部科学省发布的《禁止体罚指导》的附件

《学校教育法第11条规定的对学生的惩戒、体罚等参考事例》中就列举了许多关于教育惩戒和体罚的参考案例。其中包括“(教师)虽然对(学生的)上课态度进行了纠正,但对做出反抗性言行的多名学生进行了掌掴;对于站着或者行走着的学生进行了批评,学生仍不就座,就掐着学生的脸蛋迫使其坐下;学生不服从指导,拉着要放学的学生的胳膊,被学生甩开胳膊后,用巴掌拍了该学生的头”等以对身体的侵害为内容的体罚案例,也包括“下课后把儿童留在教室,虽然儿童申请想要出去上厕所,但却一律不准其离开教室;为了给单独学生指导,在就餐时间将学生长时间留在房间,不许其外出”等造成学生肉体痛苦的体罚案例。<sup>④</sup>

在日本的司法实践中,既尊重成文法的规定,又吸取了英美法系的特长,赋予了判例一定程度的拘束力。<sup>⑤</sup>这里所说的判例,并不是指简单的判决,而是从判决中提炼出来的与本案件法律适用相关的情形,这样的判例可以明晰、补充制定法的模糊含义,因此具有“准法源”的地位。<sup>⑥</sup>在大阪高等裁判所于昭和30年(1955年)5月16日做出的判例中,对把“用手殴打(学生)头部”作为刑法上的暴行罪进行说明,这也经常被后来的案件所援引,成为了经典的阅读案例。千叶地方裁判所于平成10年(1998年)3月25日在判例中认定“连续十多次用巴掌殴打其(学生)面部、头部、双手等的行为,属于暴力违法的加害行为”<sup>⑦</sup>,从而排除了多次殴打情况下的合理惩戒辩护。神户地方裁判所姬路支部于平成12年(2000年)1月31日在判例中认定,教育惩戒(有形力量的行使)应根据学生的年龄、健康状况、场所及时间环境等诸方面的情况,除被惩戒者几乎感觉不到肉体痛苦的极其轻微的情况以外,“殴打行为”即属于体罚。<sup>⑧</sup>

案例制度的补充极大地丰富了日本对于教育惩戒权应用的依据,在很大程度上弥补了法律规定模糊不清的弊端。一方面,案例制度给许多学校和教师敲响了警钟,明确了许多在惩戒过程中不该实施的行为;另一方面,又提供了许多正面的教育惩戒案例,让学校和教师在行使教育惩戒权的时候可以有例可循,从而在一定程度上帮施教者划清了合法惩戒和非法体罚之间的边界。有关惩戒和体罚之间的

边界问题,将在本文第三部分展开讨论。

### (三)个案判断原则

日本的教育惩戒制度之规定,要求教育惩戒必须基于“教育上的必要”,而何为“教育上的必要”,却很难通过立法的形式加以穷举。因此教师是否应该对学生施加教育惩戒,以及该惩戒行为是否超过了必要的限度而形成了体罚,很多情况下需要在个案中根据特定的情况进行判断。具体而言,其个案判断原则体现在三个方面。

第一,针对什么样的学生、实施什么样的教育惩戒措施应当根据特定的情况进行判断。教育惩戒旨在纠正学生的错误行为,使其行为模式重新归入正常轨道,因此惩戒本身不是目的,让学生对行为进行整改才是教育惩戒所要追求的。从这个意义上来说,对于学生的惩戒很难做到、也不应追求“同样的行为施加同样的惩戒”的模式。因为不同的学生有着不同的性格特点,有些同学触犯校规后自身会意识到错误而自行改正,对此可以考虑免于惩戒;如果学生的失范行为到了不施加惩戒就难以纠正的程度,即日本《学校教育法》第11条所说的“教育上的必要”时,方可施加惩戒。

第二,教师拥有实施教育惩戒的个案裁量权。静态的教育惩戒规定要落实成动态的教育惩戒措施,必须通过特定的主体进行个案裁量,而这个裁量主体就是教师。东京高等裁判所判决指出,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。教师对惩戒形式拥有自由裁量权,但这种权力须得到合理规范和制约。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。<sup>⑨</sup>

第三,是否构成体罚也要根据不同情况进行具体判断。日本文部科学省明确规定,对学生的惩戒措施是否属于体罚“需要根据个案来判断”,只有给学生造成肉体上的痛苦,并伴有对其身体的侵害的行为才属于体罚。许多情况下客观表现相同的惩戒行为是否构成体罚并不能一概而论。例如,在日本初高中阶段较容易在课后社团活动中形成的体罚,

如果针对篮球部学生施加跑步、蛙跳加练,那很可能只是日常社团活动和训练的一部分,相关学生经过长时间的训练并不会觉得肉体上有太大痛苦,但如果针对的是一般学生则可能构成体罚。可见,形式上可能构成体罚的教育措施也可能由于个案中的不可归责性被排除在体罚之外。

### 三、惩戒而非体罚:有形力量使用的边界

为了杜绝和减少学校中针对学生的体罚现象,日本文部科学省在平成25年(2013年)3月开展了一项针对全日本范围内的国立、公立、私立学校的调查。结果显示,在上一年度,日本发生过体罚的学校为4152所,涉及的体罚案例为6721例,受到体罚的学生人数为14208人。在这些体罚案例中,出现在小学的体罚事件大部分发生在上课中,高达922件,占比达小学体罚事件的59.1%;而初中和高中的体罚开始向课外社团活动倾斜,初中为1073件(38.3%),高中为948件(41.7%)。而在体罚的方式上,包括用手打(4101件,61%)、用棍棒打(353件,5.3%)、踢(617件,9.2%)、摔(179件,2.7%)、手脚并用(410件,6.1%)以及其他方式。从学生被体罚侵害的结果来看,主要体现在骨折、扭伤、鼓膜损伤、外伤、磕碰、流鼻血等。<sup>[19]</sup>之所以在明令禁止体罚的情况下,仍然出现了许多体罚的个例,主要是因为日本的教育过程中并不完全禁止有形力量的使用。这里所说的“有形力量”,是指通过外力对学生施加的可能造成其身体或精神痛苦的必要手段。如果没有有形力量的行使,教育惩戒就难以在实践中得到应用,但如果有形力量超过必要的限度,则可能构成体罚。因此,确定合理而必要的有形力量的使用规范,使之区别于体罚,是落实教育惩戒规定的必要前提。

我国的《惩戒规则》禁止了体罚,但是没有对有形力量的使用进行规范,实践中也没有形成相关的惯例或习惯,导致原则性的惩戒立法往往无法应对层出不穷的现实情况。以前述广西辱师事件为例,教师在受到学生的威胁后,单纯靠《惩戒规则》中规定的点名批评、一节课的罚站、课后教导等手段无法取得应有的效果,甚至无法保障教师自身的合法权益。在学生殴打教师或者学生之间发生互殴时《惩戒规则》并未明确授权教师可以通过有形力量的行

使制止学生的侵害行为,教师一旦对不服管教的学生实施有形力量,就可能构成体罚,对此教师只能“小杖则受、大杖则走”,师道尊严便无从谈起。我国的《惩戒规则》也和日本教育惩戒制度一样禁止体罚,但是并没有明确禁止有形力量的使用。故而有形力量的使用是否必要,其与体罚之间有什么区别,应当有相对明确的标准。

教育惩戒和体罚的主要区别在于是否造成了对学生身体的侵害和肉体的痛苦,而能够引发这种侵害和痛苦的往往都是一定程度的暴力措施的使用,这在日本被称为“有形力量的使用”。具体而言,构成体罚的形式要件包括以下四项:第一,教师对学生的身体施加了有形力量,这种有形力量一般发生在学校范围内,包括但不限于在课堂上,也可能发生在教室之外或者下课、放学之后。第二,学生的身体受到了伤害或者产生了肉体上的痛苦,例如产生了诸如流血、骨折等外伤,或者是没有明显外伤的肉体痛苦。第三,学生受到的伤害和痛苦与教师施加的有形力量之间存在着因果关系。第四,不存在合理合法的体罚阻却事由。

要判断教师对学生的惩戒是否构成了体罚,必须同时满足上述四个要件。如果教师没有实施有形力量,或者学生的身体伤害和痛苦与教师的有形力量无关,那就构不成体罚。虽然日本的法定教育惩戒措施中并没有“施加有形力量”这一项,但是有形力量的使用如果控制在一定的范围内,往往会被视为法定教育惩戒措施的辅助方法或伴生手段。而判断有形力量是否在必要范围内,则要综合考虑教师的有形力量是否利用了什么工具、击打的部位和次数、有形力量持续的时间长短等多种要素。前文中提及的“连续十多次用巴掌殴打其(学生)面部、头部、双手等的行为”明显超过了有形力量的合理限度。昭和60年(1985年),浦和地方裁判所曾经做出这样的判例:教师为了让学生上课集中注意力,在课堂上用一块长33.5厘米、宽20厘米、重约182克的硬纸板敲打了一位名叫二郎的学生的头,但是敲击力度不大,二郎也完全没有因此变得心情不好或身体不适。虽然后来二郎作为原告意图追究教师体罚的法律责任,但是裁判所最终没有支持原告的请求。<sup>①</sup>神

户地方裁判所也曾做出过“用巴掌轻轻拍打学生的前额”不属于体罚的判例。

而在特定的情况下,即使老师实施了特定的有形力量,也因此造成了学生一定的伤害或者痛苦,但是由于合理合法的事由阻却了这种有形力量转化成体罚的路径,这被认为是体罚构成要件的阻却事由。例如,如果发生了校园欺凌,或者某学生的人身安全受到了来自其他学生的危险,教师针对霸凌者或者加害者实施了必要的有形力量,造成了其身体上一定程度的伤害或者痛苦,这样的情况就不被认为是体罚,而适用刑法上的正当防卫或紧急避险等理论加以处理。为此,日本文部科学省也曾在文件中列举了教师的有形力量不构成体罚的情况,即以行政文件的形式列举了特定的体罚构成要件阻却事由,具体如下:

·针对学生对教师的暴力行为,教师为了防卫不得已而行使的有形力量;

·儿童反抗教师的指导,踢了教师的脚,教师绕到儿童的背后扼住他的身体将其制服;

·对危害其他学生的暴力行为,为了制止或规避眼前危险而不得不采用的有形力量;

·休息时间在走廊上,有一名儿童摠住另一名儿童进行殴打,抓住该儿童的双肩将其拉开;

·在全校集会中,为了使有大声妨碍集会行为的学生冷静下来,打算将其转移到别的地方进行指导,但该学生仍持续大声反抗,只好用手拉着其胳膊转移;

·教师要嘲笑其他学生的学生进行指导时,该学生对教师恶言恶语,想要逃跑,在学生冷静下来之前的几分钟里,教师用双手抓住他的肩膀,把他按在墙上,让他停止;

·在比赛中与对方选手发生纠纷,教师将想要打人的学生压住以制止其犯错。<sup>⑧</sup>

除了行政机关对体罚的阻却事由进行列举之外,法院的判例也起到了一定的补充作用。例如在平成19年(2007年)日本最高裁判所处理的“天草市公立小学‘体罚’事件”一案中,学生出于恶作剧的心态在教师的臀部踢了两脚后试图逃跑,教师用右手抓住孩子胸前的衣服将其按在墙上并大声斥责说:“不要了,不要了。”裁判所认为这是老师抓住学生进

行批评时的瞬间判断,其方式也不是执拗、强行的,时间上也只是几秒钟的事,因此本案行为不属于《学校教育法》第11条规定的体罚,属于正当行使惩戒权范围内的行为,不具有违法性,学校、教师等相关主体也就没有赔偿损失的义务。<sup>⑨</sup>

综上,日本严格禁止体罚,但并不禁止所有的“有形力量的行使”,至于是否属于体罚,在考量个案情况后,只有在非常轻微或满足体罚构成要件的阻却事由的情况下,才会被排除在体罚认定范围之外。而不属于体罚的“有形力量的行使”的范围相对来说极其狭窄,几乎仅限于日本文部科学省的规定和相关裁判所的判例。因此,教师对于有形力量的行使应当采取审慎的态度,一旦构成了体罚,无论实施体罚的教师主观意图如何,其行为都会受到法律的否定性评价。

#### 四、我国教育惩戒制度的完善进路

##### (一)完善教育惩戒措施分类

从日本的教育惩戒制度构建来看,其惩戒措施分类较为简单,只有训告、停学和退学三种,而这三种惩戒制度之间的逻辑较为清晰,彼此之间并没有重复和抵牾。我国《惩戒规则》中规定的惩戒措施较为详细,只是对于各项措施的规定和分类还存在着一定的不周延的情况,主要体现在“批评教育”和“点名批评”的逻辑关系不清上。

《惩戒规则》第7条规定:“学生有下列情形之一,学校及其教师应当予以制止并进行批评教育,确有必要的,可以实施教育惩戒。”从本条规定看来,批评教育被排除在了教育惩戒措施的范围之外。而第8条又将“点名批评”作为教育惩戒措施,这就混淆了批评教育和点名批评的逻辑关系。从字源角度来说,批评教育应当是点名批评的上位概念,点名批评是批评教育的一种方式。如果按照第7条的规定,在实施教育惩戒前,是否可以采用点名批评的方式进行批评教育?如果可以,则意味着点名批评被排除在了教育惩戒措施之外,这与第8条规定相矛盾;如果不可以,则意味着点名批评被排除在了批评教育的措施之外,限制了批评教育的手段。对此,应该通过规范性文件修订的方式明确批评教育属于第8条规定的教育惩戒措施的一种,将第7条规定修改为:

“学生有下列情形之一,学校及其教师应当予以制止并进行教育,确有必要的,可以实施教育惩戒。”

(二)确立教育惩戒实施中的个案判断原则和克制原则

参照日本教育惩戒制度中的个案判断原则,我国教育惩戒权的行使也应该充分考虑学生的心理接受程度,并在尊重学生个体差异性的基础上采取“一人一议”的个案裁断措施。“惩”只是手段,“戒”才是目的。<sup>[20]</sup>在惩戒学生之前,教师应客观分析学生失范行为的性质、损害后果、发生场景以及学生的年龄、心理承受能力、身体状况、情绪状态等,如果“一刀切”地对同一违规行为采取相同的惩戒措施,可能会在个体差异较大的学生身上产生截然不同的惩戒效果。比如,当性格外向和性格内向的学生因同一行为同时面临惩戒时,由于他们个体之间的心理接受度差异较大,如果教师盲目追求平等,采用相同的惩戒措施,很可能产生适得其反的效果。另外,与教师相比,学生处于相对弱势的地位,教师在行使惩戒权的过程中极易受到个人情感因素的影响,将工作、生活中的负面情绪施加于学生,或受思维惯性的影响,依据自己对学生的刻板印象进行判断,使惩戒措施有失公允。有鉴于此,教师行使惩戒权应做到因人、因时、因地施罚,尽量避免受到个人情绪的干扰,从而保证学生受到的惩戒合情、合理。此外,教育惩戒措施带有明显的权力属性,根据“法无授权即禁止”的权力管控要求,在实施过程中必须保持克制。教师惩戒权入法应该建立详尽的正面和负面清单,使教师在教育惩戒权的行使中有法可依,并尽可能压缩教师自由裁量的空间。比如对于口头训诫这种灵活性较大的惩戒方式,应该规定训诫内容不能涉及的“红线”,如不能辱及学生的父母、人格尊严等,而超越此界限的口头训诫已经超出了正常教师惩戒权的行使限度,应该受到追责。另外,对于一些处于“灰色地带”的惩戒措施,比如争议较大的没收电子设备等,不能全盘予以否认,应该在充分考虑学生的综合状况下做出适度许可,但要规定严格的监督措施,以防止这类惩戒权的滥用。

(三)容忍突发情况下教师对有形力量的使用

《惩戒规则》规定对于第7条中列举的情形,学校

及教师应当予以制止,必要的时候可以进行教育惩戒,但是当前规定的惩戒措施均属于事后对学生失范行为的处罚与警醒,而缺乏直接的制止措施。例如,当学生有“打骂同学、老师,欺凌同学或者侵害他人合法权益的”的情况时,单纯靠点名批评、书面检讨等教育惩戒措施难以起到瞬时的制止效果。如果放任这种事态发展,可能会给被打骂的同学、老师的身体造成进一步的伤害;而如果教师采取积极的制止措施,如扼住施暴学生的身体将其强制带离,或者对其采取人身强制手段而造成其肉体上的痛苦时,却有构成体罚的嫌疑。因此,允许突发情况下教师采取必要的有形力量制止学生的失范行为,是《惩戒规则》实施过程中应当解决的问题。

对此,日本的相关法律法规并没有在规范性法律文件中明确教师的有形力量,而是在具体的实施过程中对教师实施的有形力量进行了必要的容忍。以一定的方式容忍突发情况下教师对有形力量的使用,也是完善体罚构成要件的阻却事由,让教师可以真正行使教育惩戒权的必由之路。具体而言,为了使《惩戒规则》解决教师不敢惩戒的难题<sup>[21]</sup>,应划分合理的有形力量的使用与体罚之间的边界,确定在为制止学生具有侵犯性的行为而使用必要的有形力量且没有超过明显的限度、造成不应有的损害时,教师之行为不构成体罚。而构建相关制度的方式,可以采用发布指导性案例的模式。

(四)通过发布指导性案例增强教育惩戒行使后果的预期

虽然我国的《惩戒规则》已经正式实施,但是许多学校和教师在行使教育惩戒权时仍然感觉束手束脚,最主要的原因就是缺乏对于惩戒措施实施后果的准确预期。对于许多教师而言,对学生施加教育惩戒措施是有风险的,如果把握不好可能会造成惩戒失当、被追究责任的后果,因此学校和教师面对学生的失范行为时更多地体现为“不敢管”而非“不能管”。规范性文件的表述在具体的实施过程中可能会产生各种各样的问题,这是所有成文法国家都不可避免的,而日本为了增加教育惩戒后果的可预期性,通过行政机关和司法机关公布指导性案例的方式,为学校 and 教师提供了很好的范例。相关的指

导性案例既包括负面案例,即黑名单案例,也包括允许性的案例,即白名单案例,通过这样的对比让教师知道什么事情可以做、什么事情不能做,从而降低惩戒后果不可知的风险。我国虽然也会不定期地公布教育典型案例,但是一方面公布的典型案例样本较少、频率较低,且其中涉及的教育惩戒案例多为负面案例,让学校和教师更加“引以为戒”而不敢惩戒;另一方面并没有专门针对教育惩戒的案例集合,尤其是缺乏教育惩戒的白名单案例,无法为学校和教师的惩戒行为提供正面指导。我国是成文法国家,并不具有判例法传统,司法机关不宜作为发布教育惩戒判例的机关。因此,教育行政主管部门可以收集相关案例,从正反两个方面规范惩戒权的行使范围和禁区,同时赋予相关案例指导性、参照性的效力,使发生在其后的教育惩戒行为均受这些指导性案例的拘束。

#### 注释:

①③参见: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」の別紙「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」,2007年2月5日。

②③参见: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」,2013年3月13日。

④参见: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」の別紙「学校教育法第11条に規定する児童生徒の懲戒・体罰等に関する参考事例」,2013年3月13日。

⑤参见:『判例時報』1666号,第111頁。

⑥参见:『判例時報』1713号,第84頁。

⑦参见:『判例時報』1160号,第136頁。

⑧参见:『判例時報』2045号,第119頁。

#### 参考文献:

[1]長島貞夫.権威としつけ-2-[J].児童心理,1952(2):165-172.

[2]大西忠治.教師の「指導」とは何か-6-指導と管理と権威[J].現代教育科学,1981(9):109-115.

[3]任海涛.我国校园欺凌法治体系的反思与重构——兼评11部门《加强中小学生学习欺凌综合治理方案》[J].东方法学,2019(1):123-133.

[4]张俊友.法治理念下的公立义务教育学校教师惩戒研究[J].教育科学研究,2018(6):93-96.

[5]王琳.对课堂中教师惩戒权的分析[J].教学与管理(小学版),2006(5):37-39.

[6]佚名.“碰到我你就死定了!”广西一学生上课讲话被老师批评,当场踹翻课桌辱骂老师[EB/OL].<https://www.163.com/dy/article/gb602acq05341blx.html>,2021-05-29.

[7]佚名.班主任惩戒辱骂老师的学生被处分后果严重[EB/OL].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1696114683474803701&wfr=spider&for=pc>,2021-04-24/2021-06-15.

[8]Hart, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals[J].Harvard Law Review, 1958(4): 593-629.

[9]陈桂生.略论师生关系问题[J].教育科学,1993(3):5-9.

[10]肖禹,梁进龙.教育惩戒:抵制原因、合理性与实施对策[J].教育理论与实践,2021(7):8-12.

[11]李帅,黄颖.教师权威的式微与重塑:从教师惩戒权入法谈起[J].教师教育研究,2020(1):27-31,59.

[12]坂本秀夫.体罰の研究[M].東京:三一書房,1995:310.

[13]内田宏明.なぜ,体罰すいけいのか[J].教育と医学,2013(8):644-651.

[14]森田ゆりしつなと体罰[M].東京:童話館出版,2010:41.

[15]菅野一徳.勉強するのは何のため?一僕らの「答え」のつくり方[M].東京:日本評論社,2013:178.

[16]井田良.変革の時代における理論刑法学[M].東京:慶應義塾大学出版会,2007:61.

[17]市川正人.現代の裁判[M].東京:有斐閣,2005:16.

[18]何丽.日本对中小学教育惩戒与体罚的裁定[J].基础教育课程,2021(4上):67-74.

[19]樋口修資.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[J].明星大学研究紀要,2014(4):1-17.

[20]巫锐,王世岳.德国中小学教育惩戒制度及其启示[J].全球教育展望,2021(3):118-128.

[21]张鹏君.规训与惩戒:教师惩戒权立法的教育反思[J].教育发展研究,2021(4):66-72.