

司法谦抑背景下的师德失范治理*

——基于 222 份裁判文书的实证分析

杨天红 马晶

[摘要] 司法是推动立法完善和执法优化的重要力量。裁判文书显示,裁判者在充分尊重立法机关立法权、司法机关执法权和教育机构自治权基础上审慎进行师德裁判,司法谦抑倾向明显。司法谦抑符合现代法治精神,但也造成了师德法律供给与师德治理需要的内在张力,引发教育管理部门和教育机构在师德管理上自由裁量权过大的问题。作为回应,当下师德立法应以比例原则作为内控机制,转变立法思路、立法方法和立法形式,避免重蹈此前教育法律中师德相关条文的“象征性立法”覆辙;师德执法则应尽快完善执法配套措施、改革师德执法体制和优化执法程序,以防范执法机构自由裁量权滥用,保护师生权利,推动师德治理长效机制形成。

[关键词] 师德;司法谦抑;象征性立法;自由裁量权

[中图分类号] G424 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1009-718X(2024)08-0028-09

一、问题与方法

近年来,师德立法呼声越来越高,国家亦将其提上立法议程。^[1]实际上,我国较早便在教育法律中对师德进行规制,^[2]如,1986年颁布的《中华人民共和国义务教育法》(以下简称《教育法》)第29条、1993年颁布的《中华人民共和国教师法》(以下简称《教师法》)第8条。那么,为何当下仍有师德立法诉求?在法治运行过程中,司法对立法和执法具有反哺作用,鲜活的法律实践有助于立法和执法部门在发现和解决问题过程中不断走向完善。^[3]为探究当下师德立法诉求产生的根源,有必要回到司法实践,透过师德司法裁判文书探寻裁判规律,并基于裁判规律进行立法设计和执法优化。在裁判文书的获取

上,笔者依托中国裁判文书网,首先以“师德”“师风”为关键词,截至时间为2023年12月31日,共检索得到2021份裁判文书;其次,对获得的2021份裁判文书进行剔除明显不相关处理,如法官、当事人姓名含“师德”关键词;最后对裁判文书进行合并审级、合并案情相同仅原告(或被告)名称不同等处理,共得到222份样本文书。

二、师德司法谦抑的表征

法学上的谦抑理念可追溯到古罗马法中的“法官不拘泥小事”思想,^[4]日本刑法学者首次系统建构了谦抑理念的内容体系。^[5]在我国,谦抑理念最早由刑法学者引入,^[6]继而在诉讼法学等部门法学研究中引

杨天红 华东政法大学国际金融法律学院 博士后

201620

马晶 西南大学法学院 讲师 博士

400715

* 本文为重庆市社会科学规划项目“教育法典化背景下师德师风入法研究”(2022NDYB120)的成果之一。

起了广泛讨论与共鸣,教育法学研究于近年来亦开始关注。当下中国语境中,谦抑理念内涵包括实体法和程序法两个维度,程序法维度即司法谦抑,主要围绕司法权与立法权、行政权的关系展开,^[7]包括“尊重、慎重、自重”三个方面,其中尊重指司法机关裁判时应对已颁布的法律法规予以充分尊重,在有明确具体法律规则时严格遵循法律规则裁判,禁止“向一般条款逃逸”;慎重指的是司法机关对立法、行政行为进行司法审查时应态度慎重,不轻易以自己的判断代替其他国家机关的判断,不轻易作出“违宪”“不合法”的司法决定;自重则是指司法机关在启动司法程序时应充分考虑司法自身的局限,及时驳回不适宜由法院审理的案件。222份样本文书中,司法谦抑倾向集中表征在以下四个方面。

(一) 尊重立法机关立法权

立法机关立法权的实现包括形式和实质两个层面,形式层面实现指的是立法机关根据立法程序出台法律文本,实质层面实现则是指立法者投射在法律文本中的价值判断能够在社会生活中得到贯彻。但自法律文本通过之时起,实质层面立法权的实现便脱离了立法机关的控制,如,在司法场域,立法者的价值判断能否实现与法律条文性质和法官的决断密切相关。法官依据自我闭合、逻辑自洽的具体法律规则裁判时,只要根据标准化的三段论推理即可获得案件的“唯一正解”,自由裁量权较小,立法者立法价值判断基本得到实现;^[8]法官依据不具有确切的行为内容、行为后果的一般条款进行裁判时,享有较大自由裁量权,立法者立法价值判断能否以及在何种程度上得到实现受裁判者主观意愿影响。司法实践中,法官对裁判依据具有选择权,在没有绝对确定的裁判依据选择标准

的情况下,^[9]法官若欲规避立法者的价值“枷锁”而代之以自身价值判断,则极有可能选择一般条款作为裁判依据,反之则选择具体法律规则作为裁判依据。

当前,我国师德法律条文分散在教育、民事、刑事等多部法律中,其中民法、刑法等法律中的师德条文多为具体法律规则,教育法律中的师德条文则以一般条款为主,法官裁判师德案件时,既可选择民法、刑法等部门法,也可依据教育法。以学校对学生的免受第三人侵害义务为例,法官既可选择《教师法》第8条作为依据,也可选择《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1201条作为依据。选择前者则法官具有较大自由裁量权,只要学校未“制止有害于学生的行为或者其他侵犯学生合法权益的行为”就应承担赔偿责任,但至于承担何种责任,则由法官自由裁量;选择后者则法官自由裁量权较小,因该条规定只有满足“受害学生为无民事行为能力或限制民事行为能力人”“权利被侵害发生于在校学习、生活期间”“学校未尽到管理职责”等条件时才能判令学校承担补充责任。

从样本裁判文书来看,法官在选择裁判依据时倾向于选择具体法律规则,尽可能地沿循立法者的立法本意进行司法裁判。样本文书中,仅8起案件的法官引用了教育法中的师德条文作为裁判依据,且其中3起引用的条文内容并非与师德直接相关^①,其余5起也仅将教育法中的师德条文作为强化裁判说理的辅助,最终判决仍依据民法中的具体法律规则^②。特别是在涉及最多的教师体罚学生案件中,法官普遍以民法一般侵权条款为裁判依据,《义务教育法》第29条第2款关于教师“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”条文主要出现在“裁判说理”而非“裁判依据”部分。

①《贵州省遵义市汇川区人民法院民事判决书(2020)黔0303民初6846号》,《鞍山市立山区人民法院民事判决书(2020)辽0304民初339号》,《贵州省独山县人民法院行政裁定书(2020)黔2726行初25号》。

②《福建省福清市人民法院民事判决书(2019)闽0181民初4497号》,《广西壮族自治区桂林市秀峰区人民法院民事判决书(2020)桂0302民初114号》,《江苏省南通市崇川区人民法院民事判决书(2017)苏0602民初3464号》,《上海市静安区人民法院民事判决书(2018)沪0106民初11718号》,《南京市浦口区人民法院民事判决书(2013)浦民初字第1759号》。

（二）尊重行政机关执法权

司法谦抑理念下，司法机关在审查行政机关的行政行为时，应从司法权的被动性与终局性、司法与行政的制衡关系、行政行为的技术性和专业性等因素出发，充分尊重行政机关在法定自由裁量范围内的权力行使方式、幅度的选择权和决定权，隐忍、克制扩张自身司法审查权的冲动。^[10]涉及法院对教育主管部门具体行政行为司法审查的17份样本裁判文书均体现了明显的谦抑倾向。

一是审查范围上的谦抑。传统上教育领域内部特别权力关系争议主要经复议、申诉等行政渠道解决，近年来虽然法院对此类争议的受案范围呈现出一定的“扩张”态势，^[11]但对师德相关行政诉讼案件的受理仍保持较大克制。6份样本裁判文书中，法官以“师德管理、考核属于内部行为”^①，“师德考核并不直接对教师的人身权和财产权造成影响”^②，“司法权与行政权有界分，法院无权决定教师行为是否有违师德”^③等为由提出当事人所诉案件不属行政诉讼受案范围，从而驳回起诉。

二是审查强度上的谦抑。审查强度指法院对已进入诉讼程序的行政行为进行何种程度的审查。^[12]一般认为，形式审查、程序审查、限制继审主义、消极审查、合法性审查体现司法审查的谦抑性，而实质审查、实体审查、继审主义、积极审查、合理性审查则体现司法审查的能动性。^[13]11份进入审查流

程的样本裁判文书显示，法官总体上选择了谦抑性审查，如“袁某某与芜湖市教育局、芜湖市人民政府教育行政许可纠纷”一案^④，法院仅对袁某某申请教师资格证时是否“满足申请教师资格证的材料要求”进行了审查，至于其主张曾受的师德失范行为处分系被构陷则不予审查，属形式审查和消极审查；在“苏某某诉鞍山市铁东区教育局撤销教师资格行政处罚决定”^⑤等案件中，法院审查教育管理机构的具体行政行为时，主要审查其行政权限的合法性、法律依据的准确性、行为程序的正当性，未对行政行为所依据的事实及行政行为的合理性进行审查，属程序审查、合法性审查。

三是审查结果上的谦抑。法院对行政机关的具体行政行为进行司法审查时，应充分尊重行政机关在其自由裁量权限内作出的事实认定和法律判断，原则上在没有新的证据，或者是行政机关对证据的采信没有明显违法、法律适用没有明显错误时不得撤销或变更行政机关的决定。^[14]从既有的17起师德相关行政判决来看，未进入合理性审查阶段的13起案件都维持了行政机关的决定；4起进入实质合理性审查的案件中，3起维持了行政决定^⑥，仅在1起案件中，法院通过比例原则审查认为公安机关的行政处罚不符合狭义比例原则，撤销其行政决定^⑦。不轻易进行合理性审查、不轻易通过合理性审查否定行政行为效力都反映出司法机关对师德行政行为

① 《辽宁省大连市中级人民法院行政裁定书（2019）辽02行终463号》，《湖北省黄石市中级人民法院行政裁定书（2018）鄂02行终80号》，《北京市西城区人民法院行政裁定书（2020）京0102行初349号》，《贵州省独山县人民法院行政裁定书（2020）黔2726行初25号》。

② 《湖北省武汉市江汉区人民法院行政裁定书（2017）鄂0103行初248号95号》。

③ 《北京市第一中级人民法院行政判决书（2016）京01行终62号》。

④ 《安徽省芜湖市鸠江区人民法院行政判决书（2019）皖0207行初66号》。

⑤ 《辽宁省海城市人民法院行政判决书（2019）辽0381行初287号》。

⑥ 《浙江省温州市中级人民法院行政判决书（2017）浙03行终175号》。

⑦ 《贵州省遵义市播州区人民法院行政判决书》（2020）黔0321行初193号》。

干预的审慎与克制。

（三）尊重教育机构自治权

教育机构根据法律法规享有自治权，对机构内师德师风进行自主管理，其他部门原则上不得干预。但管理行为触及师生权益变动时，司法机关有权依当事人诉请对教育机构自治事项进行审查，其中最典型的是因师德管理引发的劳动争议。样本裁判文书共涉及 113 份涉师德管理劳动争议判决文书，司法谦抑倾向体现在以下三个方面。

其一，尊重教育机构的管理决策权。考核、晋升、岗位变动等属于教育机构的日常管理活动，如对其进行司法审查不仅会引发“滥讼”危险，而且会直接干涉教育机构的办学自主权，易引发“寒蝉效应”，造成教育机构动辄得咎。113 份样本裁判文书显示，法院仅对引起劳动关系实质性变更的师德管理行为进行审查，对考核、晋升、岗位变动等不引起劳动关系实质性变更的管理行为原则上不予受理。如在“陈某与北京市西城区师范学校附属小学人事争议纠纷”^①“康某与上海市浦东新区下沙幼儿园追索劳动报酬纠纷”^②等多起劳动争议案件中，法院皆认为教育机构基于师德管理作出的未引起劳动关系实质变更的决定不属于人民法院受理的劳动争议范围。

其二，尊重教育机构对师德行为的定性。教育机构进行师德管理时，首先会对师德失范行为进行定性，再以此为基础适用相应法律法规、校内规章进行处理，而法院对因师德失范引发的劳动争议进行司法审查时，一般会先对教育机构的师德失范行

为定性进行审查，从审查结果来看，教育机构有充分证据支撑其对行为进行定性的情形，法院原则上认可其定性。仅在 3 起案件中，法院认为教育机构对事实的定性过于严重，予以否决^③。

其三，尊重教育机构的师德管理规定制定权。鉴于法律法规对师德规定的宏观性和原则性，不少教育机构会制定内部管理制度，或在劳动合同中对教师的师德义务进行约定，并以此作为师德失范行为的处理依据，司法裁判表明法院充分尊重教育机构的师德管理规定制定权。113 份样本裁判文书中，绝大部分法院支持教育机构依据内部管理制度或劳动合同对师德失范行为的处理，仅 3 起案件否定了内部管理制度，且其中 2 起或因内部管理制度未经公示或告知程序^④、或因“一票否决”内容不明确^⑤，仅 1 起进行了实质干预，认为规定过于严格而予以否决^⑥。

（四）慎于适用师德作为裁判考量因素

在尊师重教历史传统下，社会公众对教师亦会有较高的道德期望，甚至将该种期望无差别地置于各种场域，如在 3 份“相邻关系纠纷”裁判文书中，一方诉讼当事人主张身为教师的对方当事人在日常生活中亦应遵循师德要求。但从样本文书来看，法院适用师德作为裁判考量因素时极为谨慎，在与教育教学活动场景无关的 24 份样本裁判文书中，无论是裁判依据选择还是释法说理，法官一概不考虑师德的适用。此外，在对教育教学活动内涵与外延的理解上，法官亦较为保守，将其限缩于传统认识，未

①《北京市西城区人民法院民事裁定书（2019）京 0102 民初 34836 号》。

②《上海市第一中级人民法院民事判决书（2019）沪 01 民终 11522 号》。

③《广东省东莞市第三中级人民法院民事判决书（2016）粤 1973 民初 188 号》，《河北省石家庄市中级人民法院民事判决书（2019）冀 01 民终 5611 号》，《青海省西宁市城东区人民法院民事判决书（2018）青 0102 民初 3153 号》。

④《浙江省建德市人民法院民事判决书（2016）浙 0182 民初 00433 号》。

⑤《湖南省长沙市岳麓区人民法院民事判决书（2019）湘 0104 民初 13072 号》。

⑥《四川省成都市郫都区人民法院民事判决书（2021）川 0117 民初 2192 号》。

进行迁移性适用,如在“驾校与驾校教练劳动纠纷案”^①、“杂技公司与杂技教练劳动纠纷案”^②中,针对驾校及杂技公司提出的教练应适用师德规范的诉求,法官未予认可。而刑事裁判文书则显示,法官通常并不因教师身份的特殊性而一概将师德纳入刑罚从重裁量情节范畴,如在4份受贿案裁判文书中,法官审判时未因师德考量而将教师犯受贿罪与一般受贿罪区别对待^③;4份强制猥亵罪裁判文书中,仍有1份未将利用教师身份猥亵学生有悖师德作为酌情从重情节^④。

三、师德司法谦抑的立法回应

以《教师法》《义务教育法》为代表的教育法律中涉及师德条文多为一般条款,但秉持司法谦抑理念的法官裁判时拒绝“向一般条款逃逸”,以致于教育法律中的师德条文自出台之日便失去了裁判功能,深陷“象征性立法”质疑。象征性立法指立法者将立法作为回应社会问题、安抚民众情绪的手段,^[15]表面上看,制定的法律越来越多,社会生活中亦有相应司法需求,但司法裁判中,法律条文却较少得到适用,社会公众的司法诉求难以得到有效满足,形成法律越多、裁判越少的紧张局面。象征性立法的危害在于以象征性取代规范性成为法的主要功能,法律成为特定政治考量的表达,而不是作为解决纠纷的裁判依据。当下师德立法必须考量到师德司法的谦抑倾向,转变立法思路和立法方法,避免重蹈“象征性立法”覆辙。

(一) 立法形式:立改废释纂并举

师德立法不能因回应民族的师德意识和社会的师德立法需要而制定一部包罗万象的“师德法典”抑或师德单行法。首先,现有法律中已有不少实质

上规范师德的法律条文,若制定“师德法典”或师德单行法,极大可能是通过拼凑现有法律条文、设计几条宣誓性一般条款作为法律原则内容而成,形成立法重复。其次,法典(法律)的权威性要求其具有相对稳定性,不能动辄修改,而教育具有极强的时代性,若制定师德法典或师德单行法,为追求法律的权威性则不能及时将新近师德要求进行法律转化。最后,根据立法分工和罪刑法定原则,定罪量刑属于刑事立法权限范围,师德法典或师德单行法作为教育领域法,不应规定犯罪与刑罚。

师德立法应采取立改废释纂方式进行。首先,对确需转化为法律规范的师德内容进行法律检索,查询是否已有立法;如已有立法,则审查其相关规定能否满足需要;对于不能满足需要的优先考虑是否可以通过法律解释、法律修改予以补正,仅在确有必要另立单行法时启动立法程序。其次,综合考量立法、司法、执法现状,选择最为契合实际的师德法律渊源形式,如,对于转化为法律不成熟的,可出台部门规章,或出台地方性法规先行试点,待条件成熟时再全国层面立法。最后,通过引致条款、授权条款等立法技术,将不同法律、法规、规章及其他规范性文件的师德规范相互链接,形成内涵统一、外延完备的师德法律渊源体系。

(二) 规范形式:以法律规则为主

现有师德立法较多依赖一般条款,法律条文多为“大而空的宣示性规定”。^[16]司法实践中,秉持司法谦抑理念的法官多选择具体法律规则而非一般条款作为裁判依据,且对执法机关执法权和教育机构自治权的司法审查大多克制在最低限度。但权力具有天然扩张性,^[17]缺少了司法的监督与制衡,行政机

①《陕西省西安市中级人民法院民事判决书(2019)陕01民终7290号》。

②《沈阳市沈河区人民法院民事判决书(2017)辽0103民初12961号》。

③《云南省威信县人民法院刑事判决书(2015)威刑初字第58号》。

④《江西省景德镇市中级人民法院刑事判决书(2020)赣02刑终70号》,《四川省乐至县人民法院刑事判决书(2018)川2022刑初6号》,《贵州省贵定县人民法院刑事附带民事判决书(2019)黔2723刑初97号》。

关、教育机构在依据一般条款进行师德执法和师德治理时，必然会扩张其执法权，引发权力滥用和治理混乱。为使所立之法具有司法适用性，且能防范执法权滥用，师德法律条文应以法律规则为主。

相较于一般条款，法律规则的典型特征是具有严密的逻辑结构，一般包括“行为模式”“法律后果”两部分。“行为模式”规定人们的实际行为方式，并通过其“可为”“该为”“禁为”行为样态预设为社会公众提供相对明确的行为指引，避免动辄得咎；“法律后果”是人们违反行为模式将承担的法律评价，并通过其“肯定式”“否定式”后果评价为社会公众提供较为稳定的行为预期，避免法律责任泛化。当下师德立法时，诸如“一票否决”“第一标准”等概括性规定仅在确有必要时，以法律原则的形式出现在相关法律的总则部分，从而基于法律适用中的“禁止向一般条款逃逸”要求，督促执法和司法人员尽可能根据具体化的法律规则执法或司法；而对于确需立法调整又确能为立法调整的师德关系，首先以“提取公因式”方式凝练其行为样态，再对行为进行分层分类评价即设置“法律后果”，最后对二者进行统合并以法律规则形式呈现于相关法律分则部分。

（三）内容控制：比例原则审查

以比例原则作为立法权行使内控机制可有效防范立法冲动。比例原则发轫于德国警察法，主要用以限制公权力的行使，由目的正当性前提以及适当性原则、必要性原则、狭义比例原则三个子原则构成。

其一，目的正当性审查，要求师德立法只能服务于弘扬优良师风，惩治师德失范，保护师生利益，营造良好教育教学环境，不能将师德师风标准不当扩张于教师职业角色之外的其他行为领域，不能将师德师风规范单纯作为教师的行为限制法。如“教师购房纠纷”^①一案，针对当事人提出的将师德用于约束

教师市场行为的请求，便不应得到立法的回应，制定诸如“教师社会交往中应遵循师德要求”条款，因这会施以教师在日常生产生活中相较其他人更重的义务，破坏法律的平等原则，不符合目的正当性要求。

其二，适当性审查，以可支持性审查作为审查标准要求师德所立之法应能够实现师德治理目的，即师德法律条文与师德治理目的之间存在“实质关联”或“紧密契合”，既不能只是在最低限度上有助于达成立法目的，也不能要求法律条文与立法目的之间存在“严密裁剪”或“完美吻合”的关联。^②如，“北京耀国际学校与马某劳动纠纷”^②一案，教师马某以自己为模特在朋友圈售卖内衣，对此类行为的立法回应，不应是规范教师在日常生活中的衣着，而是规定教师应在教育教学活动中衣着得体，因为前者与师德治理目标关联过远，后者则与师德治理存在实质关联。

其三，必要性审查，要求行政或立法机关在众多可以达成所追求目的的手段中，选择对公民基本权利侵害最小的一种，即选择“更少干涉强度的手段”^③。以必要性审查师德立法，首先要求在师德治理中，如果能够通过道德教化、正向激励措施等实现师德的有效治理，原则上不制定强制性的师德规制法；其次，在确有必要立法时，如果能够以行政法规、部门规章中的行政管理手段实现师德治理，则尽量不制定法律；最后，在确有必要制定法律时，按照“民事责任—行政处罚—刑罚措施”顺位进行法律责任设计，慎用刑罚措施。

其四，狭义比例原则审查，要求师德失范行为法律责任应与行为成比例，不能为追求治理效果而滥用法律责任，对轻微的师德失范行为不能施以严厉的法律后果。法律责任内容设计应综合失范行为的动机、手段和方法、时间和地点、结果和后果等方面考量，设置合理的责任梯级对情节不同、后果不同的师德失范行为进行区别处置。

① 《宁夏回族自治区固原市中级人民法院民事判决书（2021）宁04民终170号》。

② 《北京市第三中级人民法院民事判决书（2021）京03民终15916号》。

(四) 过程控制：客观发现师德法律

法律源于生活、服务于生活，立法者应客观中立地将社会生活的法律需要表达出来，“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在创造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律”^[20]。为避免师德“象征性立法”，还需从立法过程控制机制入手，确保立法机关“客观发现”而非“主观创造”师德法律条文。

首先，扩大民主立法覆盖面。立法是凝结社会共识的过程，系通过法律的形式将最低社会共识予以固定、表达。为防止师德立法演变为立法者个体价值观的背书，必须扩大民主立法覆盖面，让更广泛的社会公众参与师德立法过程。其一，加大师德立法社会公开力度，向全社会公开师德法律草案文本，对争议大、关键性的法律条文更应增强立法透明度，同时还应公开其具体内涵、立法背景、立法理由和立法审议过程，让社会公众便于、易于理解条文，尽可能扩大社会公众对师德立法的知情、参与范围。其二，优化师德立法公众参与机制，创新师德立法听证程序组织方式和工作机制，在参加听证会、座谈会人员的选取上注意代表性，既要有教师、学生代表，也要有教育管理部门、各类教育机构代表；结合师德法律条文适用对象的数字原住民特点，将互联网、小程序等现代科技手段嵌入师德立法公众参与，降低立法参与成本、提升参与效率；吸纳教育学、法学专家参与立法，制定既反映教育教学规律、又遵从立法规律的师德条文。其三，发挥人大在师德立法中的作用，受长期“政府父爱主义”影响，^[21]“有事找政府”已经成为公众思维惯性，在师德治理中，社会公众将期待的目光都投向了教育主管部门，师德立法亦由教育部牵头负责。政府立法有“既当裁判员又当运动员”之嫌，有可能为了部门利益而损害法的公正性，如，为了治理方便和有效，可能偏爱过严责任措施。师德立法过程中应充分发挥人大作用，通过基层立法联系点、邀请人大代表列席师德立法会议等方式，使师德立法充分反映人民群众诉求。

其次，强化立法调查与论证。立法程序一般包括编制立法规划和计划、立项、起草、审议、表决等步骤，其中，编制立法规划和计划是立法的起点，发挥避免象征性立法“阀门”的作用。但立法实践中却较为轻视这一“阀门”，出现了较多象征性立法的现实问题。为此，全国人大常委会法工委2016年专门制定了《立法项目征集和论证工作规范》，对立法前评估程序进行了详细规定。师德立法应按照立法前评估程序要求，深入立法调查，发现教育治理实践中已获得广泛认同、较为成熟、操作性强的师德共识，并着重分析近年来国家出台的师德政策性文件得失，梳理师德司法实践规律；其次，结合人大代表提出的立法议案和建议，将拟立法内容向社会公开，广泛征求意见；最后，根据征求的意见建议，提出契合实际的立法建议。

四、师德司法谦抑的执法回应

师德司法的谦抑倾向进一步扩大了师德执法机构的执法自由裁量权，但当前缺少界定标准、程序保障、救济措施等规范的“黑箱式”师德执法使不少教师因忌惮被不确定性的“一票否决”而选择“躺平”。同时，因教育主管部门和教育机构疏于建立制度化执法程序，师德治理深陷“网络曝光—舆论声讨—案件处理—新一轮案件网络曝光”的负面舆情循环。为防范师德司法谦抑倾向引发的执法机构自由裁量权过大，保护师生权利，建立师德治理长效机制，师德执法应尽快完善执法配套措施、改革师德执法体制、优化执法程序。

(一) 完善执法配套措施

基于技术性和专业性考虑，立法时对具体的执法细节可能有意忽略而交由执法部门根据执法实际自由裁量。为防范师德司法谦抑倾向可能导致的执法自由裁量权过大风险，教育部应出台规范性文件，细化师德法律条文，以作为各级教育主管部门和教育机构执法的指引和约束。以教育机构的性骚扰防治义务为例，虽然《民法典》第1010条专门就此作了规定，但就学校性骚扰防治义务的具体内涵并未

作出明确规定,需要教育部制定相应的规范性文件,对诸如校园性骚扰防治机构设置与人员配备、性骚扰认定标准、性骚扰事实证明标准、性骚扰处置结果判断标准等作出细化、可执行的规定,以为下级教育行政部门、学校提供执法依据和参考。此外,地方各级教育行政部门、各类各层次教育机构应按师德法律规范、教育部规范性文件要求,结合自身实际,制定内部管理规章制度,就校内师德执法体制、执法程序等作出规定,并通过各种渠道告知全体师生,做到师德治理不仅有上位法可依,还有针对性、契合自身实际的内部规章可循。

(二) 改革执法体制

执法体制是约束执法权行使的内部机制,为防范司法谦抑倾向引发的教育机构执法自由裁量权过大问题,必须改革当前在行政管理思维而非法治思维主导下建立的教育机构内部师德执法体制,确保师德执法实质正义。以31所“985”高校师德失范行为执法体例为例,主要包括委员会和职能部门两种方式,其中,职能部门处置便是传统典型的行政管理模式,系从息事宁人、消除负面舆情而非从公正性、专业性、平等性出发。委员会模式虽对公正、专业和平等有考虑,但委员会构成有待商榷,如,有些学校委员会成员全部由职能部门负责人担任,其与职能部门处置模式几乎无差异;有些学校则是在委员会成员构成上存在未考虑师生平衡、未考虑性别平衡、未考虑专业性等问题。师德立法背景下,教育机构应改革师德执法体制,实行“师德委员会+师德失范处置专门分委会”两级委员会制度。师德失范处置专门分委会根据具体师德失范行为设置,如,学术不端处置专门分委会、性骚扰处置专门分委会等,专司师德失范行为的调查,并向师德委员会提出处置建议;其委员会成员根据处置事项有别,如,学术不端处置委员会主要从学术专业性角度出发,委员会成员主要由专家组成;性骚扰处置委员会成员则应考虑到性别平衡、师生平衡等。师德委员会则是教育机构内部师德治理的最终决策机构,负责内部规章制度的制定、师德失范处置决定的作出等,

其成员应考虑代表性和专业性。

(三) 优化执法程序

执法程序是防范执法权行使失序的控制机制,完善的师德执法程序有利于规范执法权行使,保障师生权益,避免师德治理陷入“负面舆情循环”。但当前在教育机构内部,师德执法程序普遍较不完善,尤其是常态化的师德失范处置启动程序阙如使得相关人员不得不选择通过诉诸网络,依靠网络“围观”的舆情高压态势解决,网络舆情几成处置的前置程序^[22],这不利于师生权益保护,并对教育机构、乃至整个教育系统形象造成较大负面影响。建立制度化师德执法启动程序成为优化师德执法程序的核心任务,首先,师德失范处置机构或人员常态化,师生规模达到一定程度的必须设置师德失范处置常设机构,未到达的则指定专责人员专门负责接受师德失范行为的投诉举报、筹备师德失范处置相关会议等日常事务性工作等;其次,建立保密工作程序规则,消除举报人因担心在熟人社会举报而被报复不得不选择通过网络举报现象。此外,教育主管部门和教育机构还应根据《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《教育部关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》《事业单位人事管理条例》《事业单位工作人员处分规定》《事业单位工作人员申诉规定》等规定,结合自身实际,根据师德失范处置种类(人事管理措施、行政处分措施),制定复议、申诉等内部师德执法程序。

五、结论

师德法治建设是一项系统工程,必须从立法、执法、司法等法治运行各环节通盘考虑。针对当前社会急切的师德立法诉求,立法机关应在充分调研、精准把握教育实际的基础上制定师德法律条文,否则,鲁莽、冲动、激情式立法不但不会带来师德的有效治理,还会反噬法律的权威。司法是法治系统的“守门人”,对立法和执法具有反哺作用,当下师德立法应立足师德裁判规律,总结此前《教育法》《义务教育法》等教育法中师德条款“象征性立法”教训,

转变立法思路和立法方法, 审慎立法, 制定具有司法适用性且能防范执法权滥用的师德法律条文。同时, 为约束司法谦抑叠加立法审慎背景下执法部门过大的执法自由裁量权, 教育部门应尽快制定符合教育治理实际的师德执法细则, 并加速改革完善教育机构内部的执法体制和执法程序, 推动师德良法善治目标的达成。

[参考文献]

- [1] 胡浩. 教师法修订草案征求意见, 这些变化值得期待 [N]. 新华每日电讯, 2021-12-01 (006).
- [2] 秦苗苗, 曲建武. 新中国成立70年师德建设回顾总结和展望 [J]. 现代教育管理, 2019 (10): 21-26.
- [3] 段斌斌, 孙霄兵. 《教师法》修订可以通过司法反哺立法 [J]. 湖南师范大学教育科学学报, 2021 (5): 89-99.
- [4] 王世洲. 刑法的辅助原则与谦抑原则的概念 [J]. 河北法学, 2008 (10): 6-14.
- [5] 马克昌. 危险社会与刑法谦抑原则 [J]. 人民检察, 2010 (3): 5-9.
- [6] 甘雨沛, 何鹏. 外国刑法学 (上) [M]. 北京: 北京大学出版社, 1974: 175.
- [7] 陈云生. 宪法监督司法化 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 395.
- [8] 谢晓尧. 一般条款的裁判思维与方法 [J]. 知识产权, 2018 (4): 39-57.
- [9] 张军. 法官的自由裁量权与司法正义 [J]. 法律科学: 西北政法学报, 2015 (4): 16-22.
- [10] 黄永维, 郭修江. 司法谦抑原则在行政诉讼中的适用 [J]. 法律适用, 2021 (2): 68-75.
- [11] 耿宝建. 高校行政案件中的司法谦抑与自制 [J]. 行政法学研究, 2013 (1): 93-98.
- [12] 杨伟东. 行政行为司法审查强度研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 6.
- [13] 江必新. 司法审查强度问题研究 [J]. 法治研究, 2012 (10): 3-9.
- [14] 黄永维, 郭修江. 司法谦抑原则在行政诉讼中的适用 [J]. 法律适用, 2021 (2): 68-75.
- [15] 刘艳红. 象征性立法对刑法功能的损害 [J]. 政治与法律, 2017 (3): 35-49.
- [16] 尹力. 国家在儿童受教育权保障中的权力与义务 [C]// 范国睿. 教育政策观察 (第2辑). 上海: 华东师范大学出版社, 2010: 79.
- [17] 孟德斯鸠. 论法的精神 (上) [M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 154.
- [18] 蒋红珍. 论适当性原则 [J]. 中国法学, 2010 (3): 66-75.
- [19] Robert, A. Constitutional rights and proportionality [J]. *Revus*, 2014 (22): 51-65.
- [20] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集 (第一卷) [M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局, 译. 北京: 人民出版社, 1956: 183.
- [21] 李瑞昌, 马心怡. 政府父爱主义: 干预多少是适合的? [J]. 复旦政治学评论, 2020 (1): 173-196.
- [22] 申素平, 王子渊. 略论公立高校师德评价的法治化选择 [J]. 高等教育研究, 2021, 42 (5): 35-43.

The Response of Teachers' Moral Governance in a Tendency of Judicial Modesty: An Analysis Based on 222 Judicial Documents

YANG Tianhong¹, MA Jing²

(1. East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620; 2. Southwest University, Chongqing 400715)

Abstract: Justice is an important force to promote the improvement of legislation and the optimization of law enforcement. The judicial documents show that the judges judge the teachers' ethics on the basis of fully respecting the legislative power of the legislature, the law enforcement power of the law enforcement organ and the autonomy of the educational institution, and the judicial modesty tendency is obvious. The judicial modesty of teachers' ethics conforms to the spirit of modern rule of law, but it also causes the internal tension between the supply of teachers' ethics law and the needs of teachers' ethics governance, as well as the excessive discretion of teachers' ethics management in educational management departments and educational institutions. In response, the current teachers' ethics legislation should take the principle of proportionality as the legislative internal control mechanism, change the legislative thinking, legislative methods and legislative forms, and avoid repeating the "symbolic legislation" of the teachers' ethics provisions in previous education laws. The law enforcement of teachers' ethics should improve the supporting measures for law enforcement, reform the law enforcement system of teachers' ethics and optimize the law enforcement procedures as soon as possible, prevent the abuse of the discretion of law enforcement agencies, protect the rights of teachers and students, and promote the formation of a long-term mechanism for teachers' ethics governance.

Keywords: teachers' ethics, judicial modesty, symbolic legislation, discretionary power

(责任编辑: 金平)