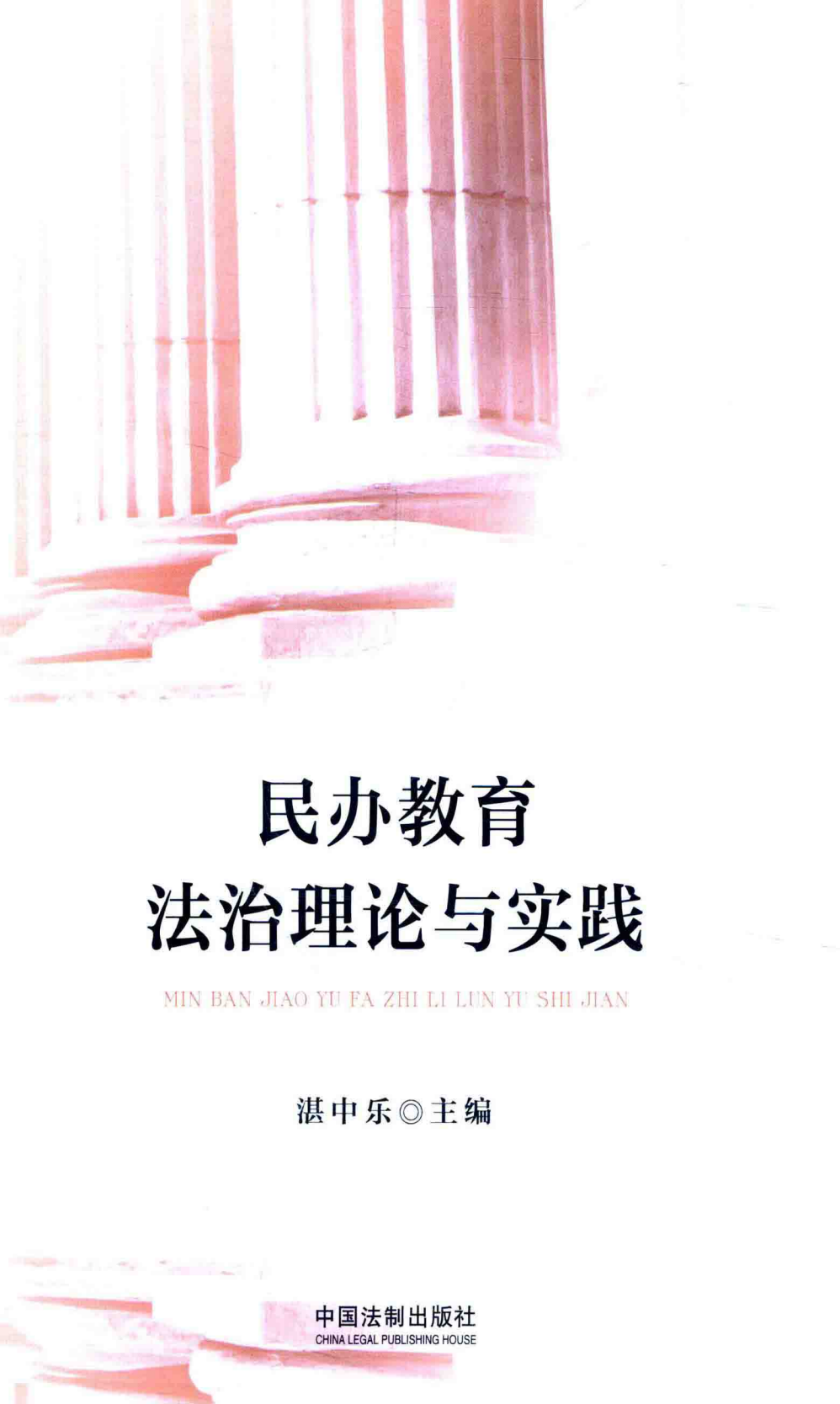




民办教育 法治理论与实践

MIN BAN JIAO YU FA ZHI LI LUN YU SHI JIAN

湛中乐◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



MIN BAN JIAO YU FA ZHI LI LUN YU SHI JIAN

民办教育 法治理论与实践

湛中乐◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民办教育法治理论与实践 / 湛中乐主编. —北京:
中国法制出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7470 - 2

I. ①民… II. ①湛… III. ①社会办学 - 教育法 - 研
究 - 中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 071127 号

责任编辑 陈 兴

封面设计 李 宁

民办教育法治理论与实践

MINBAN JIAOYU FAZHI LILUN YU SHIJIAN

主编/湛中乐

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16

版次/2016 年 4 月第 1 版

印张/31 字数/299 千

2016 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7470 - 2

定价: 86.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033296

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

中国民办教育的法治保障

湛中乐

孟子曰：君子有三乐，而王天下不与存焉。父母俱存，兄弟无故，一乐也；仰不愧于天，俯不忤于人，二乐也；得天下英才而教育之，三乐也（《孟子·尽心上》）。蔡元培先生曾说过，教育者，非为已往，非为现在，而专为将来。百年大计，教育为本。教育，是提高国民素质、促进人的全面发展的根本途径。我国的民办（私立）教育历史非常悠久，曾经在传播传统文化、培养人才等方面发挥了极为重要的作用，但是我国当代民办教育的发展，特别是民办大学的发展，则是在改革开放以后的事情。如何认识民办教育的历史变迁，把握民办教育法制变迁的特征，应对我国现阶段民办教育现实的挑战，是对我国民办教育法治保障问题进行研究的必然要求，也是法学界、教育学界必须予以深入思考的重大课题。唯有如此，民办教育的巨大潜力才能得以实现。

一、中国民办教育的历史回溯

我国自古以来就有私人兴学的传统，私学历史可上溯至两千年多年前的春秋战国时期。分封制的土崩瓦解打破了奴隶制时期贵族垄断教育的局面，贵族兴办的官学已经远远不能满足兴起的士阶层的文化需求，再加上此时的战乱使得典籍散乱至民间，以孔子、孟子、墨子等为代表的民间知识分子纷纷著书立说，创立了自己的学派，大量的私人办学应运而生，春秋战国时期“百家

争鸣”的局面也由此开启。

被誉为“至圣先师”的孔子，其诸多教学方法、教育思想对后世影响深远。孔子主张“有教无类”，“故师之教也，不争轻重、尊卑、贫富，而争于道，其人苟可，其实无不可”（《吕氏春秋·劝学》）；教育的目的在于“笃信好学，守死善道”，“士不可以不弘毅，任重而道远”（《论语·泰伯》）；并以《诗》、《书》、《礼》、《乐》、《易》、《春秋》“六艺”作为教材，促进学生的全面发展。正是由于孔子“因材施教”的教育理念，“爱之，能勿劳乎？忠焉，能勿诲乎”（《论语·宪问》）的师生关系，形成了较为宽松、自由的学术环境，才使其门下出现的“三千弟子、贤人七十二”的丰硕教育成果。这是我国古代私人兴学的辉煌成就的代表。秦朝的“焚书坑儒”，是秦朝高度专制集权的教育管理手段，也是对民间办学的一次重大打击，是中国古代政府直接干预民办教育的典型代表。汉代一方面通过“除挟书律”、“设立精舍”等放松对私人兴学的限制，另一方面又通过“独尊儒术”来引导民办教育发展的方向，官学与私学共同构成了教育的组成部分。隋唐之后，科举制的发展极大地促进了私学的发展，各种书院蓬勃发展，民办学校成为了国家基础教育的主要机构。从古代法制传统来看，历朝政府对于私学的管理多以放任为主，虽然也有个别针对书院的条令颁布，但总体上缺乏系统性的法律规范，私人兴学的自由程度较高。

近代意义上的民办教育，最早是外国传教士设立的教会学校。在科举制废除后，教会学校与国人创办的新式学校一起，构成了中国近代民办教育发展的新格局。燕京大学、金陵大学等都是著名的私立大学，采用了董事会的新型管理体制。在民国时期，私

立学校得到了较快的发展,但是作为国家主权的教育权也开始得到重视,政府越来越多地行使教育行政权对民办教育予以监督和管理。1912年和1913年,教育部先后制定和颁布了《公立、私立专门学校章程》及《私立大学规程》,明确了私立大学的举办者、举办资格与基本程序等重要内容,是中央教育行政机关对私立大学进行行政管理的典型体现。在此基础上,南京国民政府大学院于1927年10月公布的《私立学校规程》规定,外国人设立及教会设立的学校都属于私立学校,必须接受教育行政机关的监督和指导。^①

二、新中国民办教育的法制变迁

新中国成立之后,政府开始对私立学校进行社会主义改造,至1956年改造基本完成,属于完全私立性质的学校在我国大陆基本消失殆尽。我国当代民办教育发展的新时期,应当从改革开放后起算。

1977年以后,随着高考制度的恢复,以及教育体制改革的不断推动,一些民办教育补习培训机构、高考培训班、职业技术培训班等悄然兴起,我国的民办教育开始重新起步。计划经济体制下形成的政府垄断一切教育的模式开始瓦解。

1980年,原北京农业大学第一任校长、教育家乐天宇教授创办了九嶷山学院,被视为民办教育高教领域发展的开端;1982年成立的中华社会大学是北京市第一所当代民办大学;^②1992年成立的北京市私立正则中学是北京市第一所私立中学,此后私立中小

^① 参见李华兴:《民国教育史》,上海教育出版社,1997年版,第772页。

^② 参见刘莉莉:《中国民办高等教育发展的研究》,吉林人民出版社,2002年版,第28~29页。

学的举办也方兴未艾。^①

1982年《宪法》第十九条赋予了民办教育以正式的宪法地位：“各级政府应鼓励和支持社会力量举办的各种教育事业。维护学校的正当权益，保护学校的积极性”，解决了民办教育的合宪性问题。1985年，《中共中央关于教育体制改革的决定》中又明确提出，“民办教育是我国教育事业的一部分，教育体制改革也应该包括民办教育。地方要鼓励和指导国营企业、社会团体和个人办学，并在自愿的基础上鼓励单位集体和个人捐资助学，但不得强行摊派。”此后，《义务教育法》、《教育法》、《高等教育法》的出台，进一步确立了公民个人举办民办教育的法律制度。

1987年，原国家教委首次颁布了《关于社会力量办学的若干暂行规定》，这是首部专门规定民办教育的部门规章；1997年，国务院制定和颁布了《社会力量办学条例》，分八章、共六十条专门规制民办教育的发展，确立了国家对于社会办学“积极鼓励、大力支持、正确引导、加强管理”的十六字方针，国家保障社会力量举办的教育机构的合法权益，社会力量举办的教育机构依法享有办学自主权；同时还规定，社会力量举办教育机构，“不得以营利为目的”。上述规定都为《民办教育促进法》的出台奠定了基础。但是，第五条“国家严格控制社会力量举办高等教育机构”也体现出条例的局限性。

2002年12月28日，第九届全国人大常委会第三十一次会议通过了《民办教育促进法》，废止了《社会力量办学条例》的规定，以专门法律的形式支持和引导民办教育的发展，首次明确了

① 参见马叔平：《北京民办教育发展展望》，京华出版社，2000年版，第11页。

“民办学校与公办学校具有同等的法律地位”，对民办学校的设立、变更与终止，民办学校的举办者、教师与学生间的权利义务关系，民办学校的组织架构与国家监督、扶持政策等多方面都予以规定，使得民办教育领域真正实现了“有法可依”。

2011年，国家颁布了《中长期教育改革和发展规划纲要（2010—2020年）》，再次将民办教育放在了教育发展的重要位置，提出将“积极探索营利性和非营利性民办学校分类管理”，主张民办教育质量的提升，办好一批高水平民办学校。《民办教育促进法》的修改也提上了日程。但是在《教育法律一揽子修订草案》征求意见和表决的过程中，由于分歧和争议过大，民促法修正案暂不付表决，建议国务院进一步深入调研和论证后再提请审议。

三、中国民办教育的现实与挑战

当前我国民办教育的发展，挑战与机遇并存，既面临着法律制度的瓶颈、也面临着现实发展的良好机遇，应当特别注重对民办教育加以引导，通过法治的方式最大限度地激发民办教育的活力。

首先是有关于民办教育的国际化问题。教育要面向现代化，面向世界，面向未来。在民办教育发展的过程中，近年来出现了越来越多的中外合作办学形式的学校，并且实力不断增强，大学交换生项目、学分互认项目也不断发展。例如，宁波诺丁汉大学就率先取得了博士学位授予权。但是，国际化的问题不仅涉及民办教育管理，还涉及国家外事领域的政策、外商投资政策的调整等问题，理应整体统筹、协调发展。各国政府在私立学校治理问题上的经验显示，政府应当通过各种积极作为，提升民办教育政策的开放性，逐步放松管制。

其次是有关民办学校与公立学校平行发展的问题。民办学校

不应当仅仅成为公办学校的补充和辅助，而应当是国家教育体系中的重要组成部分。因此，应当加大力度去保障民办学校的办学自主权，去除法律中对民办学校教师和学生身份的歧视性条款，民办学校及其学生、教师与公办学校及其学生、教师具有平等的法律地位，保障民办学校办学自主权。例如，目前《民办教育促进法》第五十七条“民办学校终止时，应当妥善安置在校学生。实施义务教育的民办学校终止时，审批机关应当协助学校安排学生继续就学”的条款，对于非义务教育阶段的民办学校学生而言，就存在着法律上的歧视。此外，还应当制定完善促进民办教育发展的各项优惠政策，

最后是有关《民办教育促进法》修订问题。“合理回报”的概念一直存在着巨大争议，《教育规划纲要》提出的“营利性和非营利性民办学校分类管理”，分类管理包含分类发展、分类支持和分类收费的含义。对于营利性和非营利性的民办学校，从注册登记、税收优惠、土地优惠、剩余财产处置等多个方面给予二者不同待遇，这应当成为未来法律修订的主要方向。在修订法律的过程中，应当尽快出台有关民办学校分类管理改革的切实可行的过渡办法，给予已经存在的民办学校以充分选择的时间和机会。以历史和现实为参照，民办教育法治的变革应当进一步完善相关法律体系，扩大教育的公益性，努力促进教育公平，在政府与民办学校之间形成合理的张力，唯此才能最大限度地激活民办教育。

我们相信，民办教育的法治春天已然来临！

目 录

第一编 受教育权的相关理论

受教育权的宪法条款援引、内涵及救济路径	袁文峰 / 3
我国台湾地区大学章程与学生权益保障研究	陈铭聪 肖金明 / 34
试论我国民办大学发展的法律保障	何晓琴 管 华 / 72
民办教育中受教育权的法律保护	魏建新 / 81
民办学校终止后学生安置的法律问题及规范完善	郑 毅 / 96

第二编 民办学校内部治理问题

关于韩国高水平私立大学法人理事会的研究	张雷生 / 123
民办高校产权阶段特征与管理现状	刘 侠 / 149
民办学校分类管理的制度构架：国际比较的视角	董圣足 / 162
民办学校举办者的出资份额继承辨正	何晓琴 管 华 / 179

第三编 民办教育改革与创新

依法治国背景下的教育体制创新	张 越 / 195
民办学校法人类型的问题与重构	尹 婷 / 210

第四编 《民办教育促进法》相关问题研究

《中华人民共和国民办教育促进法》存在问题与 原因分析	李 昕 / 229
民办学校举办者变更问题分析	苏 艺 / 239

第五编 政府与民办教育关系探讨

公共财政支持民办学校的政策体系：基于分类 管理视角的分析	刘建银 / 271
政府购买教育服务的法制保障研究	闫 海 唐 岫 / 290
从民办学校涉诉纠纷反观民办教育发展的现实 困境	方 芳 / 302

附录

“民办教育法治理论与实践”学术研讨会记录	320
----------------------------	-----



第一编

受教育权的相关理论



受教育权的宪法条款援引、 内涵及救济路径*

——基于齐玉苓案与罗彩霞案的分析

袁文峰

【摘要】导源于齐玉苓案的宪法司法化的争论虽然取得了遵守性援引宪法条款的初步共识，但未解决下列问题：《宪法》第46条存在几种遵守性援引的可能、受教育的内涵、案件的案由以及案件应有的救济路径。梳理基本权的功能后，可知应从防御功能和受益功能等主观法方面进行援引。受教育权包含受教育机会权、受教育条件权和受到公平评价权等三项内容。以是否遵从普遍、强迫、免费标准，受教育机会权可分为给付请求权和给付分享请求权。从后者的角度分析，罗案中受教育权并未被侵害，齐案的教育合同和一般人格权救济路径与被侵害的权利性质不相适宜。

* 作者简介：袁文峰，惠州学院政治法律系副教授，法学博士。

本文曾发表于《政治与法律》2015年第4期。受广东省哲学社会科学规划项目“教育行政案件司法审查研究”（项目编号：GD10YFX04）和中国博士后科学基金资助（资助编号：2014M560230）。感谢写作中曾大鹏博士对相关问题的解答。

齐案的实质是公权力的侵害，于民事诉讼中诉的合理性与合法性均不成立，因此，应从行政诉讼路径提供救济。

【关键词】受教育权；遵守性援引；基本权功能；给付分享请求权；救济路径

齐玉苓案过去十多年了，与当年炽热的论争场面相比，现在对此的论辩似乎已经淡出了学界的关注。而前几年发生的罗彩霞案在一定程度上重复了齐案的某些情节，在处理的方式上，是不是也同样重复了十多年前的错误呢？作为与受教育权相关的两起典型案件，其中引发的足已令人思考和探究。这种思考和探究或许可以说“慎审追远，法德归厚”吧。因为，论争后通向救济的航道仍有未扫除干净的些许暗礁，所谓司法的阳光穿透重重雾霭照射于“枯叶飘零的幽谷”容易遮蔽救济的不恰。

一、论争后未解决的问题

最高人民法院于2001年7月公布了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号），认为陈晓琪等侵犯了齐玉苓受教育的基本权利。同年8月13日，《人民法院报》刊载时任最高法院民一庭庭长黄松有针对批复的文章：《宪法司法化及其意义》，主张法院在审理类似案件时直接以宪法作为裁判的依据。由此，两者拉开了宪法司法化论争的序幕。宪法的法律属性、基本权利保护和司法化的国外经验成为力主司法化一方的论据。反对司法化的

一方依据宪法规定的职权，以《宪法》第 67 条规定的全国人大常委会行使解释宪法、监督宪法实施的职权和第 126 条规定的“人民法院依照法律规定独立行使审判权”作为批判的理由。翟小波博士切中肯綮地指出：“围绕宪法司法化的论争，本质上是政体之争，它必然要求等位且制衡的分权结构，以后者为前提。”^①

2008 年 12 月 8 日，《最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》废止了批复，废止理由为：已停止适用。该决定于 2008 年 12 月 24 日起实施。不明的废止原因引起了不少学者的各种猜测。^②但基本上认同：至少在目前，宪法司法化的问题已经被冻结。在系、解铃的过程中，最高法院否決了自己失误的冲动。这场论争告诉我们：法院在判决中只能遵守性援引宪法，而不能以适用性的方式进行援引。童之伟教授认为遵守性援引须：所引的宪法条文或内容为裁判文书说理论证的组成部分，不能成为“根据宪法 XX 条判决如下”项下的内容；援引的宪法条文内容不存在争议，其效力为大家认同；所引内容为推理前提、条件或表明某项基本权利的存在，为裁判做铺垫，而不是裁判的直接依据。^③遵守性援引只能是原文照录，不能够对其

① 翟小波：“代议机关至上，还是司法化？”，载《中外法学》2006 年第 4 期，第 430 页。许崇德教授亦指出：“相对于全国人大及其常委会来说，最高人民法院处于从属的地位。一个处于从属地位并受人大监督的国家机关，当然不可能亦无权对全国人大及其常委会的立法行为实行违宪审查。这是无需赘言的。否则，它将会损害最高国家权力机关的尊严，而且与我国根本政治制度的原则相违背。”见许崇德：“‘宪法司法化’质疑”，载《中国人大》2006 年第 11 期，第 45 页。

② 如马岭：“齐玉苓案批复的废止‘理由’探析”，载《法学》2009 年第 4 期。

③ 童之伟：“宪法适用应依循宪法本身规定的路径”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 26 页。

内容进行解释，因为监督宪法的实施和解释宪法属于全国人大常委会的职权，而非法院的职权。

合宪性解释方法并不是解释宪法，但是在判决中遵守性援引时，如需援引无疑义的宪法条文或内容等文本，首先要了解文本的内涵，才能够准确援引。要做到“相对于有关事项来说，被援引宪法条文的有效性极为明显，不构成争议，其公正性绝对不需要通过上诉、再审等程序来救济”，以及“相对于宪法有关规定来说，法院或当事人通常只以服从和照办等方式回应就可以”，^① 这种遵守性援引有时是能够达成的，但并不是每一宪法法条和内容都是具有确定无疑的含义，对于那些有着不同波段的条文（不同确定性的条文），法院该如何去援引？而且，全国法院、各位法官对条文含义的理解也参差不齐，因此，所引条文的含义是相对确定的。而本文探讨的问题并不是宪法文本含义的确定性问题，只是想沿着遵守性适用的方向探讨：《宪法》第46条的内涵是什么？存在哪些遵守性援引的可能？

“人民法院对《宪法》条文的援引，仅仅是为法院受理案件表明某种权利是受法律保护的权利说理或者阐明法院选择法律适用的合法性，法院对《宪法》条文援引时并不能对《宪法》进行解释，也不适用《宪法》条文作为裁决案件的直接依据。”“法院援引《宪法》的案件不是宪法案件，在普通民事、刑事和行政案件中援引《宪法》条文，并不表明宪法规范在普通案件中具有直接

^① 童之伟：“宪法适用应依循宪法本身规定的路径”，载《中国法学》2008年第6期，第26页。