

 天津工业大学法学丛书

受教育权 宪法规范论

杜文勇 著

Right to
education
in view of
constitutional
norms



天津工业大学法学丛书

受教育权 宪法规范论

杜文勇 著

**Right to education in view
of constitutional norms**

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

受教育权宪法规范论 / 杜文勇著. —北京:法律出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3964 - 0

I. ①受… II. ①杜… III. ①教育—公民权—研究—中国 IV. ①D921. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 210173 号

受教育权宪法规范论

杜文勇 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.75 字数 235 千

版本 2012 年 9 月第 1 版

印次 2012 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张健伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3964 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪 论	(1)
0.1 研究价值	(1)
0.2 文献综述	(3)
0.3 研究方法	(11)
0.4 本书的创新与不足	(15)
第1章 受教育权基础理论	(18)
1.1 受教育权的历史	(18)
1.2 受教育权的宪法属性	(35)
1.3 受教育权的概念和本质	(38)
1.4 受教育权的内容	(44)
1.5 小结	(51)
第2章 受教育权宪法规范的正当性	(52)
2.1 受教育权的逻辑起点——人性尊严	(53)
2.2 受教育权的社会基础	(60)
2.3 受教育权的民主价值	(75)
2.4 受教育权的法治依归	(80)

2 受教育权宪法规范论

2.5 小结	(83)
第3章 受教育权的宪法规范结构	(84)
3.1 国际公约中的受教育权规范	(84)
3.2 外国宪法中的受教育权规范	(94)
3.3 我国宪法受教育权规范的结构	(99)
3.4 小结	(127)
第4章 受教育权宪法规范的效力构成	(128)
4.1 国际公约中受教育权条款的效力	(128)
4.2 德、日宪法中受教育权规范的效力	(133)
4.3 我国受教育权宪法规范的效力结构	(134)
4.4 小结	(146)
第5章 受教育权宪法规范对立法的效力	(147)
5.1 受教育权规范对立法效力的实态	(147)
5.2 立法不作为与教育立法不作为	(150)
5.3 我国教育立法不作为	(161)
5.4 对我国教育立法不作为的矫治	(185)
5.5 小结	(195)
第6章 受教育权宪法规范对行政的效力	(196)
6.1 德、日对受教育权的行政保障	(196)
6.2 我国受教育权规范对行政的效力	(200)
6.3 教育行政义务	(214)
6.4 我国教育行政不作为和不当作为	(228)
6.5 小结	(258)
第7章 受教育权宪法规范对司法的效力	(259)
7.1 德、日司法保护受教育权模式	(259)

7.2 我国受教育权的可诉性分析	(268)
7.3 侵害受教育权的类型	(274)
7.4 小结	(299)
结 论	(301)
参考文献	(308)
后 记	(336)

绪 论

0.1 研究价值

本书的任务是通过分析受教育权的宪法规范,揭示其独特内涵,探究保护我国公民受教育权的宪法依据,检讨受教育权保护的制度漏洞,为实践提供宪法规范的理论指导。

(一)理论意义

对于受教育权,在宪法学、教育学、教育法学等方面的研究成果可谓丰富多彩。但过去的成果大多注重理论说明或受教育权保护的理论设计,而鲜有从宪法规范的角度进行的分析和制度设计。在对受教育权渐趋升温的今天,探讨宪法中受教育权的规范无疑有正本清源的作用,因为,无论对受教育权的概念、性质及历史以及实现的探讨,都离不开宪法中对受教育权的规范设计,否则,我们便失去了探讨的价值和依据。

同时,进一步分析宪法受教育权规范,我们会发现,以往的研究

2 受教育权宪法规范论

目的仅停留在用理论来解释规范,而缺乏对宪法受教育权规范本身的正当性与价值的论证。不仅如此,以往的研究还只注重《宪法》第46条的解读和研究,而很少关注受教育权规范在宪法中的整体涵摄。宪法受教育权并不仅仅是一个条文解释的问题,其他宪法条文中也关涉着受教育权的内容及其实现。如果仅仅从理论上证立受教育权的价值、合理性及其保障法理,而不去揭示受教育权宪法规范所体现的功能、效力,挖掘受教育权宪法规范的内在逻辑,揭示我们在实现受教育权方面所存在的缺憾和不足,在一个忠实于文本规范的国家,难免会使受教育权永远停留在纸上。

本书尝试从我国宪法文本中探寻保护受教育权的依据,阐释不同的受教育权规范对受教育权保护的效力,从而进一步推出受教育权的宪法规范整体赋予国家立法机关、行政机关及司法机关的责任。同时,我国宪法文本的特有结构和内容,确实为我们根据受教育权的属性进行恰当的阐释和理论说明,提供了广阔的空间。我们还不能说本书为其他单项基本权利的分析提供了一种模式,但或许是一种可以选择的路径。因为,我国宪法文本的“富矿”还没有被充分发掘出来,在有关公民基本权利的研究中,受教育权已经被反复玩味,但如何从我国宪法文本的丰富资源中探寻受教育权保护的宪法依据,却显得异常匮乏。其实,不仅仅是受教育权,其他宪法基本权利的保障,也不失整体建构的蕴涵。

(二) 实践意义

我们探究受教育权宪法规范问题,最终目的在于,以宪法受教育权的规范效力来检视我国受教育权实现的程度及其障碍所在,检讨我国受教育权保护的漏洞,为立法、司法和行政机关提供原始的宪法最高规范的实施依据,以寻求解决的宪法路径。

宪法是最高的法律规范,任何一个宪政国家都必须把宪法奉为圣经,都必须把宪法文本作为立法、行政和司法的圭臬。只是不同法系的国家其具体实施的手段不同,英美法系主要靠法官解释得以实施,大陆法系国家严格遵守文本,但由于有违宪审查制度的存在,公民的基本权利能够得以比较充分的实现。而我国目前还没有真正建立违宪审查制度(虽然我国宪法并不缺乏对此制度的预设),所以,立法、行政和司法保护公民基本权利主要靠相关的监督机制。

反观我国的教育发展,还远远没有达到受教育权宪法规范追求的目标和效力,从城乡义务教育的均衡发展 to 高考制度、大学治理等。我们还有许多值得从宪法受教育权规范的角度进行探究的空间,因此,对受教育权宪法规范的分析,特别是对规范效力的探索,揭示各国家机关履行保护受教育权义务的宪法涵摄,为立法、行政和司法机关提供一个从宪法角度深刻认识其职责界限的思考或许不为过。

0.2 文献综述

(一)国内研究概况

1982年《宪法》颁布后的一段时间里,学术界注重对受教育权宪法原意的阐释,一些宪法教科书中也着重于解释性说明。特别是将“受教育权”既是公民的权利也是义务的表述,看成是公民权利义务一致性的体现。进入20世纪90年代以后,随着社会主义市场经济体制目标的确立,学界开始对宪法中受教育权的表述提出质疑,从而引发了关于受教育究竟是权利还是义务,抑或是权利义务的复合

体的争论。

同时,在教育法学界,从 20 世纪 80 年代后期开始,已经将受教育权作为其研究的一个内容。1989 年米桂山、龚友明主编的《教育法概论》^{〔1〕}中有一节为“受教育的权利和义务”。介绍了西方国家从受教育的义务到受教育的权利的历史发展,阐述了世界范围内从受教育权到学习权的理念变化。1993 年出版了劳凯声的博士论文——《教育法论》,其中,有一章的标题为“教育法与受教育权利的保障”。1998 年秦惠民的《走入教育法制的深处——论教育权的演变》出版,该书除重点探讨了受教育权外,还在相关问题中阐述了受教育权的内容。从以上脉络可以看出,对受教育权的研究,教育界无疑处于先行地位。之所以如此,一方面,受教育权是教育工作者首先要面对的问题;另一方面,在 20 世纪八九十年代,人民教育出版社等出版机构,陆续编译出版了一些教育学丛书,如“教学文集”丛书、“外国教育丛书”、“联合国教科文组织教育丛书”等,将联合国和西方的一些先进的教育理念介绍到中国,为从事受教育权的研究提供了丰富的思想和实践资源。

进入 21 世纪以后,在我国改革开放的步伐加快、社会主义市场经济体制框架初步形成、高校扩招及收费制度改革、农村中小学合并运动、农民工大量涌入城市及带来的流动人口子女教育问题等背景下,学界开始从更高的宪法层面阐述受教育的权利属性,从人权公约的角度阐述国家保障公民受教育权实现的义务。在此期间,发表的学术论文逐年增多,并出版几部专著,如温辉的《受教育权入宪研究》(北京大学出版社 2003 年版)、龚向和的《受教育权论》(中国

〔1〕 米桂山、龚友明主编:《教育法概论》,学苑出版社 1989 年版,第 37~41 页。

人民公安大学出版社 2004 年版)、杨成铭的《受教育权的促进和保护》(中国法制出版社 2004 年版)、范履冰的《受教育权法律救济制度研究》(法律出版社 2008 年版)等。

从宪法规范的角度研究受教育权,目前还鲜有论文或著作,但学界关于宪法规范、基本权利规范等地位和效力的讨论,无疑为受教育权的宪法规范分析提供了研究资源。这方面的成果,如胡锦涛教授的《中国宪法问题研究》(新华出版社 1998 年版);郑贤君教授的《基本权利研究》(中国民主法制出版社 2007 年版);韩大元教授的《论宪法规范的至上性》(《法学评论》1999 年第 4 期),《论社会变革时期的基本权利效力问题》(《中国法学》2002 年第 6 期);董和平教授的《宪法规范若干问题研究》(《当代法学》1998 年第 4 期);郑政武的《论宪法规范的适应性与地方试验》(《法学研究》2008 年第 5 期);周永坤教授的《论宪法基本权利的直接效力》(《中国法学》1997 年第 1 期);王锴博士的《论宪法规范——规范理论在宪法学上的展开》(中国人民大学 2007 年博士论文);王德志教授的《对宪法规范原则性的质疑》(《山东大学学报》(哲社版)1998 年第 4 期)等。这些成果无不显示着学界对宪法和基本权利规范研究的智慧。

另外,夏正林的《社会权规范研究》、汪习根的《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》也在一定程度上提供了从宪法规范角度研究受教育权的理论经验。

(二)域外研究

1. 国际人权公约研究。在对《世界人权宣言》、《经济、社会及文化权利国际公约》和相关的国际人权文件的研究中,透射着国际组织、国际社会及学界对受教育权的重视,成果也不断涌现。如[瑞典]格的门德尔·阿尔弗雷德松等编:《〈世界人权宣言〉:努力实现

的共同标准》(中国人权研究会组织翻译,四川人民出版社 1999 年版),[挪]A. 艾德等主编:《经济、社会和文化权利教程》(中国人权研究会组织翻译,四川人民出版社 2004 年版)等。其中,对有关受教育权条款的阐释具有重要价值,有些观点具有独创性。

2. 德国的研究。德国理论界对基本权利的研究较为深入,尤其是对基本权利功能的诠释彰显德国宪法理论研究的深度。但由于语言限制,对于受教育权的集中研究状况,还无从考证。可借鉴的是最近几年来,翻译到我国的一些宪法和行政法著作中的相关内容。如康拉德·黑塞的《联邦德国宪法纲要》(李辉译,商务印书馆 2007 年版);奥托·迈耶的《德国行政法》(刘飞译,商务印书馆 2004 年版);汉斯·J. 沃尔夫等的《行政法》(第 3 卷)(高家伟译,商务印书馆 2007 年版);平特纳的《德国普通行政法》(朱林译,中国政法大学出版社 1999 年版)等相关的内容,涉及公民基本权的阐述可以作为研究的参考。

3. 日本的研究。日本对受教育权的研究早已相当深入,在有关宪法著作或教科书中多有对受教育权的论述。如渋谷秀樹、赤坂正浩的《宪法 I 人权》(有斐阁 2004 年版);平野 武等的《宪法与人权保障》(晃洋书房 1998 年版);初宿正典等的《宪法 Cases and Materials 人权》[基础编](有斐阁 2005 年版);大须贺明的《生存权论》(林浩译,法律出版社 2001 年版)等。此外,还出版了一些研究教育权的专著,如牧 征名的《教育権と教育の自由》(新日本出版社 1990 年版);永井宪一的《憲法と教育基本権》(劲草书房 1985 年版);堀尾辉九的《人権としての教育》(岩波书店 1991 年版);山崎真秀的《憲法と教育人権》(劲草书房 1994 年版);结城 忠的《学校教育における親の権利》(海鸣社 1994 年版);神田 修编著的《教育

法と教育行政の理论》(三省堂 1993 年版);佐藤 司的《教育権の理念と現実》(劲草书房 1986 年版);浪本勝年等的《教育判例ガイド》(有斐阁 2001 年版)等。日本的研究也主要从德国引进理论资源,同时,日本受教育权保护的实践表明,这些理论研究具有较强的适应性。

(三)研究借鉴与不足

1. 宪法规范的结构和效力等问题。对此,我国学者提出了颇有价值的论说。如对宪法规范效力的表现形式,学者们就以下问题进行了探讨。

(1)宪法规范的直接效力与间接效力。宪法规范的直接效力,就是宪法规范直接作用于社会关系而具有约束力,其主要涉及两方面的内容。第一,有关国家权力的配置和运行的规定,直接约束国家权力。如国家机构的设置、组织与权限,以及国家机关组织活动的基本原则等。第二,有关公民基本权利保障的规定,但各国宪法的具体表现又有区别。有的国家宪法规定基本权利具有直接效力,如《德国基本法》。更多国家的宪法并未规定基本权利的效力。宪法规范的间接效力“是指宪法规范在某些情况下,不能对所调整的社会关系直接发生效力,其效力的发挥需要通过其他法律来实现”。〔1〕

(2)有学者认为,“宪法规范与其他法律规范一样具有强制性效力,而且是最权威性的法律强制效力”。包括宏观调整效力、微观组织效力、政治确认和制裁效力。同时认为,“宪法规范的效力是具体的,也是直接的,但这种效力的作用方式却有直接作用和间接作用

〔1〕 殷啸虎主编:《宪法学》,上海人民出版社 2003 年版,第 128~129 页。

之分。这是由于人们对宪法规范效力层次的要求和理解不同或者相对于不同的作用对象而言所致”。〔1〕

(3)有论者认为,“既然宪法具有法律性,那么就表明宪法规范具有约束力和强制力,而且必须由司法机关来适用,这是宪法法律性的必然推论”。〔2〕并指出宪法规范具有效力是宪政的内在要求、是宪政民主的要求和宪政法治的要求。

2. 对基本权利的功能与效力研究值得借鉴,也是本书研究的出发点。在此方面德国理论异常发达,提出基本权利的多种功能,如主观公权力、客观价值秩序等功能,为受教育权宪法规范效力的分析提供了理论支持。我国学者对宪法和基本权利规范的研究也产生了不少成果。如对基本权利效力的表现形式,学者们提出了以下观点。

第一种观点认为,基本权利效力具有三种形式:“基本权利对国家权力的效力;基本权利对私人之间活动的效力;基本权利的放射效力。”并进一步解释指出,“基本权利不仅从宏观上拘束一切国家权力的活动,而且每一个具体的基本权利以其不同的形式拘束国家权力的具体活动”。还对社会权方面的效力提出了“社会权是不同于自由权的独特的权利体系,对国家权力活动产生效力时呈现出混合性的特点,需要逐步强化权利色彩。在实际生活中人们一方面通过国家的积极作为实现其社会权,另一方面也面临国家权力可能带来的侵害”。〔3〕

〔1〕董和平:“宪法规范若干问题研究”,载《当代法学》1998年第4期;王建华主编:《宪法学新论》,电子科技大学出版社2005年版,第41页。

〔2〕陈明:“论宪法规范的效力”,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2004年第1期。

〔3〕韩大元:“论社会变革时期的基本权利效力问题”,载《中国法学》2002年第6期。

第二种观点认为,基本权利效力主要表现为三种形式。(1)对国家权力的效力。理由:“在国家与社会二元化的结构下,基本权利效力首要的任务是限制与抵抗国家权力可能带来的侵害,从国家权力侵害中维护自由的价值,维护人的尊严。”(2)对私人之间活动的效力。理由:“随着社会的发展,一方面私人自治领域不断扩大,另一方面在私人自治领域内出现了大量的侵犯基本权利的现象。从宪法的效力结构与基本权利观念发生的变化看,宪法基本权利的效力应当适用于私人之间的活动领域。”(3)对社会生活的效力。“基本权利对社会生活的效力是指,公民为有效参与社会活动、享受社会资源和进步成果而产生的对社会的拘束力。在宪法上表现为公民的社会权利,它是国家权力与公民权利和自由相结合的一类基本权利。它要求国家和公民同时积极地以一定行为来达致该领域基本权利效力的实现。”〔1〕这些研究为受教育权的宪法规范效力分析提供了理论向导,也对所有基本权利的宪法规范效力预留着解释空间。但这些宏观研究,没有针对单个基本权利而阐发,虽有指导意义,毕竟忽视了宪法文本的整体考量。

3.《社会权规范研究》一书从系统建构上,除讨论了社会权的价值基础外,对社会权规范的结构与类型、社会权规范效力结构以及我国宪法文本中的社会权规范进行了分析。〔2〕《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》一书中的第五章专门就发展权的宪法规范进行了分析,包括内容概览、形式比较、价值比较和总体评价

〔1〕 陈焱光:“论宪法基本权利的效力”,载《湖北社会科学》2003年第8期。

〔2〕 夏正林著:《社会权规范研究》,山东人民出版社2007年版,第104~238页。

等。^{〔1〕} 两部著作由于都将受教育权纳入其规范分析的范围,因此,为受教育权的宪法规范分析提供了一种方法上的借鉴。但两部著作都是将发展权或社会权作为权利束,作宏观分析。而微观层次却叙述简单,特别是对我国的有关宪法规范分析只是技术性的或概括性涉猎,未能解释我国宪法社会权或发展权规范的真谛。

4. 从对受教育权的专门研究来看,以往特别注重理论的阐述,如对受教育权的概念、本质、内容和受教育权的立法、行政及司法保障等问题进行了重点理论阐述。^{〔2〕} 也有学者从国际法角度阐述受教育权问题,揭示我国与国际公约的实践差距。^{〔3〕} 还有学者专门就受教育权的司法救济问题进行了研究。^{〔4〕} 其中也不乏涉及宪法受教育权的规范分析,如受教育权的规范效力的分析。^{〔5〕}

总之,目前在受教育权的研究上,学理与规范之间存在一定的差距。大多数论著是理论性的或纯推理性的分析,理论建构有余而规范分析不足的状况仍然没有改变,从而使研究的成果并不能回应实践带来的困惑。毫无疑问,对受教育权的分析,必须回归宪法文本,并以此为切入点,探讨现实对宪法规范的实现程度,唯有如此,才能从根本上填补受教育权保护的漏洞。

〔1〕 汪习根著:《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第176~213页。

〔2〕 参见温辉著:《受教育权入宪研究》(北京大学出版社2003年版),龚向和著:《受教育权论》(中国人民公安大学出版社2004年版),杨成铭著:《受教育权的促进和保护》(中国法制出版社2004年版)等相关章节内容。

〔3〕 杨成铭著:《受教育权的促进和保护》,中国法制出版社2004年版。

〔4〕 范履冰著:《受教育权法律救济制度研究》,法律出版社2008年版。

〔5〕 温辉著:《受教育权入宪研究》,北京大学出版社2003年版,第116~128页。

0.3 研究方法

(一) 进路选择

学界在论证国家对基本权利的保护义务时,大多以基本权利本身的功能为论证的出发点,即以基本权利的防御功能论证国家对基本权利的不得干涉的义务。“按其实质来看,这些基本权利并不是法益(Rechtsgüter),而是权利——确切地说,防御权——由以产生出来的自由领域。”〔1〕

德国自第二次世界大战(以下简称“二战”)后对基本权利作了扩张解释,“基本权利便具有了被论者所称呼的‘双重性质’——主观权利(Subjektives Recht)与客观秩序(Objectives Recht)”。“基本权利结合了多重层面的意义,是主观权利和政治共同体客观秩序的基本元素,后者作为客观原则,是延伸基本权效力的出发点,并将实现基本权利的义务加诸于国家,可以直接由其导出国家的保护义务。”〔2〕

这种方法早已有学者提出了质疑。因为,“将基本权利塑造成作为一种原则性的规范,将使宪法解释呈现不确定性、可变性与动态性的现象。从而基本权利的适用,将成为‘整部宪法’的具体化,而

〔1〕 [德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第175页。

〔2〕 魏迪:“基本权利的国家保护义务——以德、中两国为审视对象”,载《当代法学》2007年第4期。