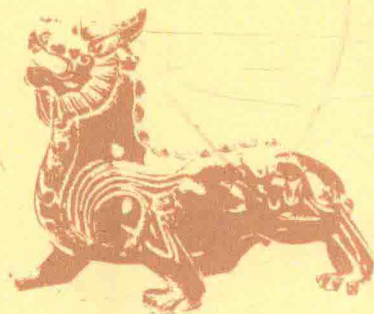


中国教育 法制评论

Chinese Educational
Law Review (Volume 14)

(第14辑)

劳凯声 余雅风 主编



中国教育 法制评论

Chinese Educational
Law Review (Volume 14)

(第 14 辑)

劳凯声 余雅风 主编

教育科学出版社
· 北 京 ·

出版人 李 东
责任编辑 何 艺 王晶晶
版式设计 郝晓红
责任校对 贾静芳
责任印制 叶小峰

图书在版编目 (CIP) 数据

中国教育法制评论. 第 14 辑 / 劳凯声, 余雅风主编
—北京: 教育科学出版社, 2017. 3
ISBN 978-7-5191-0963-9

I. ①中… II. ①劳… ②余… III. ①教育法—研究—
中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 019783 号

中国教育法制评论 第 14 辑
ZHONGGUO JIAOYU FAZHI PINGLUN

出版发行 教育科学出版社

社 址	北京·朝阳区安慧北里安园甲 9 号	市场部电话	010-64989009
邮 编	100101	编辑部电话	010-64989419
传 真	010-64891796	网 址	http://www.esph.com.cn

经 销 各地新华书店

制 作 北京大有艺彩图文信息有限公司

印 刷 北京玺诚印务有限公司

开 本 169 毫米×239 毫米 16 开

印 张 17.25

字 数 278 千

版 次 2017 年 3 月第 1 版

印 次 2017 年 3 月第 1 次印刷

定 价 46.00 元

如有印装质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

目 录

专稿

教育体制改革与教育权的重构/劳凯声 (1)

主题研讨

依法治校保障和推进教授治学

——学术委员会建设应然之道/毕宪顺 (28)

论学术自由的立法保障/胡甲刚 (39)

依法治校与教授治学相向而行

——大学治理结构的国际比较及其启示/张济洲 (53)

公立高校董事会法律地位探析

——基于董事会章程的文本分析/李大勇 (64)

论我国公办高等学校内部治理结构的完善/刘永林 (74)

热点透视

关于学校法治教育的思考/李晓燕 (88)

我国教育行政权力配置及运行的文本分析/姜国平 (98)

“县管校聘”中教师聘用合同的适用与反思/刘昕鹏 (114)

《教育部关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》中“不正当关系”条款的法哲学分析/杜维超 (126)

美国校车立法中的政府职责及启示/徐冬鸣 (138)

法治视域下中小学章程实施困境探析/王重文 (153)

学术专论

教育法“软化”：制度成因与逻辑重构/段斌斌 (163)

学科发展

20 世纪以来日本教育法学发展概况及评析/湛中乐 (172)

案例解析

教师体罚学生致死的刑事责任问题探讨/解立军 (196)

他山之石

美国教育政策执行研究的研究方式演进/江臣 (207)

比较法视野下高校校方责任保险的现状、困境与突破路径
——以美国模式为例/池骋 (218)

以史为鉴

20 世纪 60 年代初期的高等教育立法及其历史意义/鲍嵘 (231)

学术动态

回应教育改革与发展实践，聚焦教育政策与法律问题

——中国教育学会教育政策与法律研究分会第九届学术年会综述/

茹国军 刘惠 (240)

运用法治思维和法治方式推进教育改革与发展

——第二届全国教育政策与法律研究前沿博士生论坛回顾/

高杭 (249)

聚焦民办教育 共话法治发展

——“民办教育法治化的理论与实践”学术研讨会圆满召开/

北京大学教育法研究中心 (258)

后记 (261)

Contents

Publication Feature

Reform of the Educational System and Reconstruction of Educational Power/*Lao Kaisheng* (26)

Discussion Forum

Administer College by Law and Professors' Academic Governance: The Way College Academic Committee Ought to Be/*Bi Xianshun* (38)

Discussion on the Legislative Guarantee of Academic Freedom/*Hu Jiagang* (51)

Combine Administering Colleges by Law and Professors' Academic Governance: The International Comparison of University Governance Structure and Its Enlightenment/*Zhang Jizhou* (63)

The Analysis on the Legal Status of the Board of Public Universities: Based on Textual Analysis of the Board Regulation/*Li Dayong* (73)

Research on the Improvement of the Internal Governance Structure of Public Universities in China/*Liu Yonglin* (87)

Hotspot Perspective

Thinking about Nomocracy Education in Universities and Schools/*Li Xiaoyan* (96)

A Textual Analysis on Allocation and Operation of the Educational Administrative Power in China/*Jiang Guoping* (112)

The Application and Rethinking of Teacher's Employment Contracts in "County Manage and School Employ" /*Liu Xinpeng* (124)

Jurisprudence Justification on the Regulation of Prohibitting Faculty-Student Romantic-Sexual Relationships/*Du Weichao* (137)

Enlightenment of Government's Responsibility in School Bus Law in United States/*Xu Dongming* (152)

Analysis on the Implementation Predicament of Constitution of Primary and Secondary Schools under the Scope of Rule of Law/*Wang Zhongwen* (162)

Academic Forum

Softening of Education Law: Institutional Causes and Logical Reconstruction/*Duan Binbin* (171)

Discipline Development

The Review and Analysis of the Development of Science of Education Law in Japan/*Zhan Zhongle* (194)

Case Analysis

The Study on the Teacher's Criminal Responsibility for Physical Punishment Causing the Student's Death/*Xie Lijun* (206)

Advice From Others

The Evolution of Approaches of Education Policy Implementation Research in America/*Jiang Chen* (217)

The Present Situation, Dilemma and Solutions of Liability Insurance for Colleges: A Case Study of U. S. Model/*Chi Cheng* (229)

Getting Inspiration from History

Early 1960s' Legislation of Higher Education and Its Historical Significance/*Bao Rong* (239)

Academic Trends

Response to Educational Reform and Development Practice, Focus on Educational Policy and Legal Problems/*Ru Guojun Liu Hui* (240)

Promote Education Reform and Development by Law-based Thinking Mode/*Gao Hang* (249)

Focus on Private Education, Discuss the Development of Rule of Law: A Summary Report on the Seminar of Theory and Practice of Private Education Legalization/*Peking University Research Center of Education Law* (258)

Postscript (261)

教育体制改革与教育权的重构

【摘 要】历史上教育权曾发生过若干次转移，或源于社会政治之变，或基于教育发展所需，经历了家庭、学校、社会、国家之间的权力再分配。教育权的前两次再分配是教育权由家庭向社会、由民间向国家的转移，反映的是教育规模扩大以及教育作用提升的要求。20世纪80年代在国家与民间、市场之间关系调整中发生的世界性公共教育重建运动，使教育权又面临新的结构调整。这次的教育权再分配源于国家对教育的过度控制所导致的国家与民间之间的冲突和矛盾，出现了教育权由国家向民间的反向转移趋势。我国历经30余年的简政放权改革意在重构国家与教育的关系，涉及权力由政府向民间及学校的转移，是教育权的一次再分配。教育行政化的倾向直接阻碍了简政放权改革的深入进行，为解决这一具有复杂动态性的当代教育问题，一种新的公共管理模式正从更为广泛的意义上重新界定简政放权的内涵，并逐步实现其既定的目标。

【关键词】教育权再分配 教育体制改革 简政放权 教育行政化

广义的教育权是一种由不同主体共同行使的组织性支配力，其权力主体主要有父母、相关的社会力量、国家等，由此构成了家庭教育权、社会教育权、国家教育权等不同的教育权类型。早期的教育主要是一种民间的事务，

因此教育权也主要存在于民间。在其后的数千年历史演变中，教育权发生了若干次转移，经历了家庭与社会之间、社会与国家之间的权力再分配。

一、教育权再分配的历史与现状

教育权再分配是教育权在不同主体之间转移并构成新的权力平衡的过程，这种权力的转移或源于社会政治变革，或基于教育发展所需，因此教育权再分配往往要经历一个复杂的社会过程，其间还会受到某种社会思潮或理论的影响。在法理上，国家教育权是由民间让渡的，学校、教师的教育权是由父母让渡的，因此教育权的大致发展过程是家庭教育权的产生早于学校及教师的教育权，民间教育权的产生早于国家教育权。学校、教师的教育权应以父母权利所不及或不能更好涉及的领域为限；国家的教育权也应以民间权利所不及或不能更好涉及的领域为限。任何一个教育权主体在行使教育权时，必须重视其他主体的权利，彼此之间构成一种既互相补充又互相制约的关系。

（一）历史上教育权的两次再分配

在社会发展的早期，在专门的学校教育机构还未出现之前，教育是在亲子之间自发进行的，因此主要表现为一种家庭的职能和权利。专门的教育机构——学校和专门的教育职业——教师的出现是教育活动专门化的结果，历史上最早的学校大约产生于公元前3000年至公元前2000年的中国、埃及、巴比伦、印度、希腊等国，由此导致了教育职能在历史上的第一次重要转移。这是一次发生在家庭与社会之间的教育权再分配，教育的职能部分地委托给学校和教师，由学校和教师行使原先由家庭行使的这部分教育权，但父母、家庭对其子女的教育仍负有全部责任。当时的学校尽管有国家举办和私人举办之分，但总体而言学校教育的规模仍比较小，学校教育还不足以构成教育的主要方面。从制度和组织形式看，当时的学校主要是根据其教育对象的出身阶层和社会经济地位等因素来划分的，并不具有功能上的普遍性，真正的受益者只限于一个极小的范围。学校教育的规模小，制度不完善，承担不同教育功能的学校教育机构之间一般并不相互衔接，远未形成统一有序、

分工明确的各级各类学校系统。从学校教育机构内部看,教学活动的组织形式主要是个别教学和自学,没有统一的教学计划、教学大纲、教材和质量标准。因此学校教育还不可能完全取代家庭教育,成为人才培养的主要组织形式。

由此可见,在教育发展的这一时期,虽然教育机构以及专门的教师职业已经出现,并且具有了教育的权力,但家庭的教育权利仍是一种自然的、源远流长的权能,欧州的基督教义和我国的儒家学说都把对子女的教育规定为父母的基本职责,突出地说明了家庭在教育中的地位 and 作用。而国家举办的学校教育机构尽管已经存在,但所具规模较小,所及范围十分有限,并不足以构成一种确定的国家权力。一直到19世纪,在西方国家,尽管人们已经意识到受教育权利的重要性,但家长仍保有对他们的子女进行教育的第一位的权利,国家的职能主要是确保家长能够承担起对自己儿女的教育责任。然而正是在这一时期发生的社会现代化进程使国家与教育关系的性质开始发生变化,许多国家通过立法确立了国家在普及教育中的职能;在有关工厂法的立法中,许多国家都明确规定了儿童每天受教育的时间,并为此规定了童工的工作时限。国家开始介入课程的编制并建立了最低教育标准,以确保儿童能够进入学校接受教育(施义慧,2009)。这一变化发端于欧洲一些最先开始现代化进程的国家。这些国家在发展生产、管理经济和社会以及维护自己统治的过程中,越来越深刻地认识到国家介入教育的必要性,广泛传播的国家主义思潮使传统的以家庭为基础的教育遭遇了最严重的挑战。与此同时,教育作为现代国家发展的一个重要因素在社会发展中的作用变得越来越突出,一种要求国家积极作为、扩大教育机会、建立公立学校系统的呼声越来越高涨。教育的国家主义直接推动了各国教育的发展,从19世纪下半叶开始,因普及教育之需,许多国家开始以行政的手段设置公立学校,这可以说是现代国家全面介入教育的开端。在这一进程中,过去一直属于私人、地方或教会管辖范围的学校开始集中到国家手中,通过国家的力量建立公立学校系统,向社会提供公共教育服务。因此可以说,现代意义的公立学校的设置和公共教育制度的建立是这次教育权转移的重要标志。与教育权的第一次转移不同,这次的转移是在社会的现代化进程中出现的,是为普及教育之需而发生的由民间向国家的教育职能转移,是教育权在国家与民间之间的一次再分配。

公立学校一旦获得发展,国家对教育的组织和调控就开始成为国家的一种基本职能,成为国家公共事务的一个重要组成部分,因此教育权由民间向

国家的转移主要是通过从私立学校向公立学校转移的途径而实现的。教育权的这一转移对教育事业的发展事关重大,这首先是因为随着公共教育规模的不断扩大和人们受教育程度的日益提高,教育事业的规模越来越大,投入的社会资源越来越多,教育与社会各方面的联系越来越复杂,这已成为一种历史的必然。世界上任何一个国家,无论其国家体制的形式如何不同,无论其实行集权制还是分权制,都必须在全国范围内从物资、人力以及教育教学活动的实施等方面对教育进行社会组织和调控,以便提高教育效益,更有效地普及和发展教育。其次,教育权由社会向国家转移的重要性还在于在现代社会中,复杂的教育运行过程要做到有序化、科学化,仅仅依靠教育本身的自发调节是远远不够的。它要求教育事业必须体现国家与社会的整体利益,学校的教育教学活动必须有一定的行动方式和程序,人、财、物的使用和管理也应有一定的规格和程序。由此可见,教育权由民间向国家的转移是教育发展的必然趋势,世界各国纷纷对原有的国家体制做出相应的变革,通过一种高度专门化的社会组织形式来适应教育的这一变化。特别是进入20世纪以后,随着教育规模的不断扩大,教育制度的日益完善以及教育财政开支的迅速增加,国家对教育的组织作用和强制作用也越来越突出。各国在教育权由民间向国家的转移过程中普遍对原有的教育体制做出了相应的变革,把对教育的管理纳入国家权力之中,用行政的手段发展公立学校系统,以公共的渠道提供教育服务,从而形成了一种崭新的、以服务公众为目的的社会制度体系,这就是现代社会的公共教育制度。公共教育制度是以公共教育服务为基本目标、以教育的公共责任为主要推动力、以国家设立的公立学校为主要实施机构的一种定型化的社会制度。在这一制度下,不同级别和类别、不同培养目标的学校机构构成了某种相互衔接的关系,由低到高、由简而繁、循序渐进的、系统的学校教育教学活动构成了公共教育制度的主要内容,因而公共教育制度亦可称为公立学校系统。

(二) 教育权由民间向国家的转移以及由此产生的问题

西方国家以“三权分立”为基石的政治体制,在其发展的早期曾经是一个典型的自由放任的体制,国家对社会经济事务极少干预,国家职能主要表现在政治方面。在三权分立的政治架构中,当时的人们热衷于议会政治,认为议会制是抑制封建专权的一种有效手段,政治权威通过议会才能最终体

现,因此在这些国家,早期的政治活动以控制立法机关为主。从19世纪下半叶开始,随着西方政治制度的逐渐成熟和社会生活的急剧变化,人们把对议会政治、政党制度、竞选运动的浓厚兴趣逐渐转到了国家行政领域,由重视立法机关转向强化行政机关,这是西方国家政治生活中的一种普遍现象。西方国家严格的三权分立的政治架构出现了立法权、司法权和行政权之间的权力转移,各国的行政部门几乎无一例外地发生了大规模的功能扩张,行政的规模和职责范围急剧膨胀。这一转变从19世纪中期开始酝酿,20世纪30年代发生于西方国家的经济萧条以及由此产生的凯恩斯主义直接推动了这一权力转移的趋势。20世纪30年代首先发生于美国的经济萧条导致了通货飞速膨胀,经济极端不景气,为此许多人将经济萧条归因于政府采取的自由放任的经济政策。经济学家凯恩斯(J. M. Keynes)从理论上批判了亚当·斯密(A. Smith)的古典经济学的负面作用,认为政府不能再任由“看不见的手”来操控市场的经济活动,而必须采取政策工具设法强化与稳定自由市场经济。当时的美国总统罗斯福(F. D. Roosevelt)提出了一套以强化政府权力为主要措施的“新政”,来推动经济的复苏。这些政策措施包括公共建设、抗贫、降低失业率、照顾老年儿童的卫生医疗服务等方面。联邦政府凭借经费补助及技术援助等,加强了政府的干预,这种干预涉及民众救助、就业辅导、儿童福利、国民住宅、都市更新、公路建造、职业教育等广泛的社会领域,并且取得了极为显著的成效。

各国政府的大规模功能扩张趋势,使行政的职责权限急剧膨胀。社会生活的这种发展趋势使那个年代的大多数人对于政府的所作所为持相当宽容与支持的态度,普遍相信政府解决社会问题的能力,相信政府可以有效地规范社会的经济活动,并能充分地运用经济资源来改善诸如贫穷、疾病和不良的社会保障体制等各种社会问题。因此在20世纪60年代之前,有关政府功能和作用问题的争论并不多见,改革的建议更是寥若晨星。政府的成效培育了整个社会对政府依赖的心态,人们关注的问题往往是如何通过诸如计划预算、成本效益分析等方法,使政府变得更为“理性”,期望政府能够不断地制定出有效的政策,以保持社会经济的持续进步。许多国家的政府在这一行政体制框架下制定并实行了大量的经济政策与社会方案,卓有成效地建立了大规模的经济和社会管理制度,有相当成功的事例证明这种体制的有效性。即便是在自由主义传统长期流行的教育领域也是如此。父母引导其子女融入某种生活方式的权利曾一直被认为是一种自然的权利,然而在经历了20世

纪30年代经济大萧条之后,教育领域的国家作用大为突出,人们普遍认同政府应当通过干预和调节保证教育发展处于良好状态的观点,并且越来越依赖于国家对教育的这种功能和作用。

然而,教育国家主义所导致的国家垄断教育的社会历史进程却使这一体制逐步走向它的反面。这些变化不仅发生在英美语系国家,而且扩散到了所有的工业化国家,包括日本及其他一些在传统体制中曾被认为相当成功的国家。面对一个一体化的公共教育制度,父母为孩子做出某种自主选择时,显然要受到许多因素的限制。国家的影响在诸如社会所具有的理想和价值观、教育的功能和性质、国家对教育活动的权威等方面处处存在,与长期流行于欧洲的自由主义传统显然相悖。人们因此开始反思政府的功能和作用,反思父母对其子女实施教育的权利何在、父母如何为自己的子女选择适宜于其天性发展的某种学校教育、教育的民间性质和国家应该在多大程度上发挥对教育活动的影响和控制等问题,这反映了人们对国家过度干预教育导致国家教育权过大的不满。这种反思随着国家垄断问题的日益突出而具有重要的社会和政治意义。

一般来说,教育权再分配的动力来自于社会对教育的新要求,不同时代对教育要求的变更推动了历史上的教育权再分配,通过不同权力主体间的权力重新配置使教育在新的社会条件下达到新的平衡。从教育权的前两次再分配看,总的趋势是教育权由家庭向社会、由民间向国家的转移,这一转移过程反映的是教育普及不断发展、教育规模不断扩大以及教育作用不断提升所带来的社会对教育的新要求。而20世纪80年代发生的国家与民间、与市场之间的关系调整而导致的世界性的公共教育重建运动使国家又面临教育权结构的新调整。然而不同于以往两次教育权再分配的是,这一次的教育权调整出现了由国家向民间的反向转移趋势,这可以看成是教育权的一次新的再分配。究其原因,这一次的教育权再分配源于国家本身存在的问题,源于国家对教育的过度控制所导致的国家与民间之间的冲突和矛盾。民间对教育所拥有的自然权利在100多年的时间里一直受到压制和剥夺,现在民间以其对教育所具有权利的历史的和伦理的正当性,开始向国家要求对权利的再分配。

二、政府改革与教育权的第三次再分配

教育权的形态不仅取决于教育的发展程度以及人们对教育的基本看法,

还与基本的制度环境以及在这种制度环境中政府的作用有关。“在世界各地，政府正成为人们注目的中心。全球经济具有深远意义的发展使我们再次思考关于政府的一些基本问题：它的作用应该是什么，它能做什么和不能做什么，以及如何最好地做这些事情。”（世界银行，1997）¹ 近几十年来许多国家都在对政府职能进行检讨和反思，试图打破对政府的盲信，建立适应后工业社会和信息时代的后科层制行政模式，这一改革已成为全球性的现象，并形成了不同取向的改革思潮和改革模式。世界范围内发生的公共教育重建运动可以看成是上述政府职能改革的直接反映。这场运动强调学校自主权和家长、学生的选择权，试图通过某种市场化、民营化的形式来打破公共教育的政府垄断，最终改善公共教育的绩效。因此公共教育重建运动可以看成是以放权为主要特征的一种教育变革。

（一）20 世纪西方国家的政治发展图景

行政权力扩张的趋势在欧美国家持续了约 100 年之久，到 20 世纪 50 年代至 70 年代初达到顶峰，且行政权力已经大大地超越其他国家权力，成为最具影响力的国家控制力量。这时，呈现在人们眼前的是一个科层结构的、无处不在的官僚控制体系，它渗透于社会生活的各个方面，被许多人看成是一个规模巨大、运行复杂的工业社会为争取良好社会秩序而应予保留的一种理想制度。行政权力的这一扩张也涉及教育领域，这些国家开始由过去的消极作为转变为积极作为，加强了对教育的全面干预和控制。各国纷纷建立和健全教育行政部门，对从初等教育直至高等教育的整个教育领域实施行政职能，政府普遍设立公立学校，形成了一个完整的以教育控制的科层化为基本特征的公共教育体制。

与上述政治权力演变形成呼应的是 20 世纪西方国家流派纷呈的当代政治学理论，各家各说从自己的立场出发对国家权力的演变做出自己的解释，并提出自己的改革主张。对西方国家政治实践影响最大的政治理论或政治思想流派有自由主义、保守主义、社会民主主义等。

1. 自由主义

自由的传统在西方很古老，但自由主义的发展是在 19 世纪的工业资本主义时期。这个时期的自由主义以争取经济自由（即财产自由、经营自由）为重点，认为经济自由是其他一切自由的基础，没有支配财产的自由也就没

有创造财富的自由，财产占有的权利是神圣不可侵犯的，它作为人类的基本权利和人类文明的基础具有超法律的性质。20世纪30年代西方国家产生的经济危机，推动自由主义实现了从传统自由主义向新自由主义的转变，新自由主义代表人物有杜威（J. Dewey）、凯恩斯、罗斯福等人。凯恩斯认为，社会有效需求不足是发生经济危机和失业的重要原因，他主张对国家的经济活动予以“明智的管理”，提出扩张性财政、举办公共工程和充分就业等政策。罗斯福则从国家治理的角度出发，认为美国的经济危机表明美国的自由处于危险之中。当自由已受到威胁时，政府就要在这方面为大众执掌正义的天平。他肯定所有的人都享有工作权、报酬权、充足的衣食权、娱乐权、充分的医疗与养老保险权、教育权、居住权、自由贸易权，并提出了一系列所谓“新政”的措施。第二次世界大战（以下简称“二战”）后，自由主义发展到“新政自由主义”阶段，成为西方国家的普遍国策。经罗尔斯（J. B. Rawls）、罗素（B. Russell）等人的论证，自由至上论、有限政府论、多元与宽容、平等与正义等一系列自由主义的著名主张形成。

根据自由主义的理论逻辑，个人的利益和行为是分析和观察一切社会政治问题的基本视角。一切复杂的利益关系、社会制度和政治运动等，最终都可以被约简为个人行为。“二战”以后出现的新自由主义继承了传统自由主义的基本价值，但不同的是它把强调的重点放在保证个人实现自由权利的社会公正上。新自由主义尤其强调公共部门和私人部门的区分，积极倡导第三部门，肯定私有制和市场经济对实现个人权利的极端重要性，主张国家的中立性，竭力维护社会的多元主义价值。

2. 保守主义

保守主义是西方政治中的一种历久而不衰的政治思潮，至今仍有重要的影响力。保守主义包罗的内容复杂，但缺乏系统严密的理论体系和一以贯之的政策纲领，其怀疑、消极、求稳、怕变的立场和对现实的深深忧虑代表着一种时代的精神反思。保守主义的鼻祖为英国思想家伯克（E. Burke）。早期保守主义的主要特征表现为重视传统、秩序、等级和自由，认为这四大价值高于其他任何价值，维护这些基本价值是国家的根本任务。20世纪30—50年代，保守主义强调的重点在于反对极权主义、社会主义。如哈耶克（F. A. Hayek）认为计划经济对私有权的否定，必然导致政治上的极端主义和对个人的奴役。而私有制下的生产资料是由许多独立的个人掌握的，所以在私有制条件下没有人能控制他人，一个人即使一无所有，也还会有选择雇