

Theory and Practice of
Administrative Litigation
on Education

教育行政诉讼 理论与实务研究

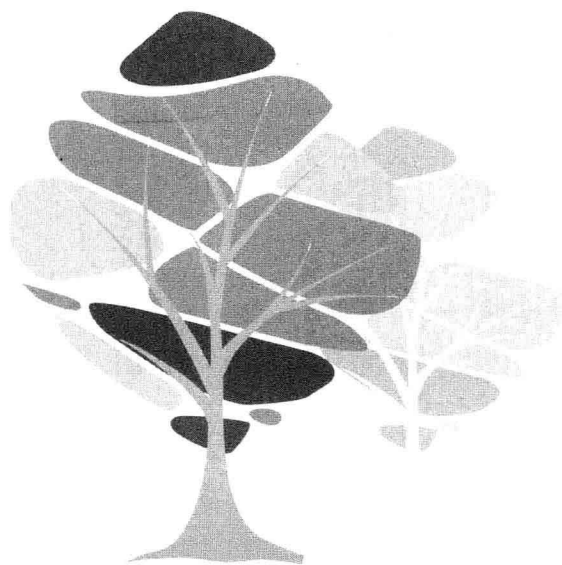
湛中乐 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Theory and Practice of
Administrative Litigation
on Education

教育行政诉讼 理论与实务研究

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

教育行政诉讼理论与实务研究 / 湛中乐主编. —北京: 中国法制出版社, 2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4656 - 3

I. ①教… II. ①湛… III. ①教育行政 - 行政诉讼 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 132802 号

责任编辑 陈 兴 (cx_legal@163.com)

封面设计 周黎明

教育行政诉讼理论与实务研究

JIAOYU XINGZHENG SUSONG LILUN YU SHIWU YANJIU

主编/湛中乐

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 7 月第 1 版

印张/27.5 字数/422 千

2013 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4656 - 3

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010 - 66033296

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66071862

邮购部电话: 010 - 66033288

教育行政诉讼的理论与实践学术研讨会

主办：北京大學教育研究中心 北京大學憲法與行政法研究中心

2012年4月8日



2012年4月8日北京大学教育研究中心、北京大学宪法与行政法研究中心共同举办了“教育行政诉讼的理论与实践学术研讨会”。来自高等院校、立法机关、行政机关和司法机关的专家、学者近八十人参加了该次会议。图为与会的代表、嘉宾合影留念。



教育行政诉讼的理论与实践 学术研讨会

主办单位：北京大学教育法研究中心
北京大学宪法与行政法研究中心



2012年4月
北京

在“教育行政诉讼的理论与实践学术研讨会”开幕式上，北京大学教育法研究中心主任湛中乐教授致欢迎到会嘉宾，并对筹备该研讨会的目的、会议议程进行了简要汇报。主席台上就座的有罗豪才教授、李强教授（北大校长助理、社科部部长）、张世诚巡视员（全国人大常委会工委行政法室）、李广宇副院长（最高人民法院行政审判庭）、方军副司长（国务院法制办行政复议司）、王大泉副主任（教育部法制办公室）和北大法学院院长张守文教授、北京大学宪法与行政法研究基地主任姜明安教授。

前 言

“国运兴衰系于教育”。教育兴则国旺，教育强则国盛。教育在人类文明演化的进程中承前启后、继往开来，教育维系个人发展、社会进步、国运昌隆，功在当代，利在千秋。而学校作为教育的载体，是“一切知识和科学、事实和原理、探索 and 发现、实验和思索的高级保护力量”（纽曼语）。学校是神圣的，也是神秘的，在我国相当长一段时间内，受“特别权力关系”思想影响，学校曾偏安一隅；近年来，一系列案件的出现（“刘燕文诉北京大学案”、“田永诉北京科技大学案”、“林群英诉厦门大学案”、“王晓华诉教育部案”、“甘露诉暨南大学案”等）则将学校与学生、教师、社会、政府等主体之间的法律关系推向了公众关注的视野；与此同时，也引发了理论界关于教育行政诉讼的深度思考，甚至有学者建言，要让“司法的阳光照进学术的殿堂”。诉讼作为“公民权利救济的最后屏障”，是国家民主法治的重要指针，正所谓“无诉讼即无救济”。

教育行政诉讼是一类特殊的行政诉讼，公民受教育权被侵是否属于人民法院行政诉讼的受案范围、学校是否是适格的行政诉讼被告、校规能否作为司法审查的依据等在现行《行政诉讼法》条文中难以找到明确答案，1999年最高人民法院公报刊载的“田永诉北京科技大学案”的判决中指出：“在我国目前的情况下，某些事业单位、社会团体虽然不具有行政机关的资格，但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等民事关系，而是特殊的行政法律关系。他们之间因管理行为发生争议，不是民事诉讼而是行政诉讼”，但此后司法实践表明，大多数法院对教育行政诉讼仍持保守与观望甚至拒绝态度。对此我们难言是司法的倒退，而可谓司法的审慎所致；教育行政管理需要法治，需要国家提供更为健全的救济保护机制（包括申诉、复议、诉讼等），这不但是法治国家的基

本要求，而且是“依法治校”实现的基本路径——2012年教育部《全面推进依法治校实施纲要》明确指出，“推进依法治校，是学校适应加快建设社会主义法治国家要求，发挥法治在学校管理中的重要作用，提高学校治理法治化、科学化水平的客观需要”。司法如何介入教育行政纠纷、教育诉讼与教育复议及申诉是何种关系、办学自主权的范围、学术事实的判断、学术自治的界定、司法审查的尺度与界限等都是我们在日后的理论与实践工作中亟需思考、研究的重要内容。

北京大学教育法研究中心成立于2009年12月，本中心研究人员秉承法治理念，竭力于教育行政法治问题研究，形成了一系列有关于高校法律地位、教育复议与诉讼、教师申诉、大学章程建设等理论成果，并举办了多次高级别的教育法学理论研讨会，多次参与《高等学校章程制定暂行办法》、《考试法》起草、《学位条例》修改、教育行政诉讼司法解释制定等立法和行政咨询活动，为推进我国的教育法治建设发挥了学者应有的作用。

本次“教育行政诉讼的理论与实践”研讨会的召开，是北京大学教育法中心应时而动的又一举措，会议不但邀请了行政法学、宪法学、诉讼法学、教育法学等领域的专家，而且汇集了最高人民法院及地方人民法院行政审判庭的法官，教育部法制部门和地方教育行政主管部门法制部门的同志，共同探讨教育行政救济特别是教育行政诉讼中的若干理论问题。目前，全国人大法工委正在进行《行政诉讼法》的修改，受教育权是否应明确纳入《行政诉讼法》所保护的权利范畴、高等学校等事业单位的行政诉讼主体地位等均是重点考虑的问题。在此层面上，可以说，本次会议的召开及其成果的结集出版为《行政诉讼法》修改中的受教育权部分提供了智力参考，形成了理论与实践的良好互动。

我们希望并期待教育行政救济与司法救济能走上制度化、规范化、法治化的发展道路，为公民权利保护提供又一强有力的保障！

湛中乐

于北京大学陈明楼

2013年6月15日

目 录

第一编 行政诉讼与师生权益保护

学校对于教师教学言论的管理界限

- 以袁腾飞事件为例 陈 征 (3)
- 高等学校学生处分权的法理学探析 陈 鹏 (15)
- 西北政法大学“申博”案引发的法律思考 程雁雷 (25)
- 高校处分权与学生受教育权之间的冲突与协调 程 琥 (32)
- 论受教育权在行政诉讼中确认与保障 李 昕 (44)
- 论学校管理权与学生基本权利的平衡
- 以美国教育诉讼对校生关系的调控为视角 于冠雄 (59)
- 审理教育行政案件若干问题思考 郭修江 (70)

第二编 行政诉讼法修改与教育行政诉讼

- 析论高校惩戒学生行为的司法审查 沈 岗 (85)
- 略论高校教师职称评审行为的司法审查 章志远 (103)
- 高校行政案件中的司法谦抑与自制 耿宝建 (114)
- 刍议高校学生管理行为司法审查的范围与限度 王振清 (125)
- 行政判例中的高校管理行为 张步峰 (132)
- 我国台湾地区大学生救济权利的最新发展及其对我国大陆
地区教育行政诉讼制度的启示 张 冉 申素平 (148)

第三编 教育申诉、复议与诉讼的关系

不服学校管理行为的救济途径

——基于类型化的思考 肖泽晟 (163)

论公民受教育权救济程序的改革与整合

——以公立高校学生处分为例 湛中乐 郑 磊 (168)

关于公民受教育权司法救济途径的探讨 赵雪雁 宋振敏 (183)

申诉程序与教师辞职 [美] DANIEL I. REES 著 韩玉亭译 (193)

第四编 学术自由、大学治理与司法审查

教育行政诉讼中的大学校规解释

——结合甘某诉暨南大学案分析 湛中乐 (213)

学术自由的组织保障

——基于《高等学校章程制定暂行办法》等的比较研究

..... 张 翔 (239)

论高校开除学籍处分行为司法审查的强度

——甘露诉暨南大学案评析 朱新力 梁 亮 (263)

学术判断之司法审查强度 毕雁英 (273)

大学自治与司法介入 彭 俊 (282)

论高校自治规则的司法审查

——以软法理论为分析路径 高俊杰 (291)

高校自治与司法审查:理论检讨与制度重构

..... 彭 华 盛泽宇 韩春晖 (312)

附录一:“教育行政诉讼的理论与实践”学术研讨会会议记录 ... (332)

附录二:甘露不服暨南大学开除学籍决定案 (407)

附录三:“甘某诉暨南大学案”学术研讨会会议记录 (413)

后 记 (432)

第一编

行政诉讼与师生权益保护

- ◆ 学校对于教师教学言论的管理界限
——以袁腾飞事件为例
- ◆ 高等学校学生处分权的法理学探析
- ◆ 西北政法大学“申博”案引发的法律思考
- ◆ 高校处分权与学生受教育权之间的冲突与协调
- ◆ 论受教育权在行政诉讼中确认与保障
- ◆ 论学校管理权与学生基本权利的平衡
——以美国教育诉讼对校生关系的调控为视角
- ◆ 审理教育行政案件若干问题思考

学校对于教师教学言论的管理界限

——以袁腾飞事件为例

陈 征*

一、袁腾飞事件概要

被学生誉为“史上最牛历史老师”的北京市海淀区教师进修学校历史教师袁腾飞的一段网上讲课视频因其言论惹出争议。在网上疯传的这段视频中，袁腾飞的讲课内容不乏与主流意识形态抵触的观点。为此，有市民写了一封名为《有没有人管管历史老师袁腾飞》的帖子，并将其举报至北京市海淀区政府官方网站下的“群众事务呼叫中心”。这封编号为“Q201005090 *****”的投诉信件表示袁腾飞对历史的态度已经影响了学生和公众，希望有关部门能重视有关问题。投诉称，袁腾飞看历史“是唯心主义的、更是反动的、有害的，是否定深入人心的社会主义历史。满腹经纶说的却是未经考证的野史”，“有关部门、上级单位是否对此人缺乏应有的监管？党组织是否缺乏对此人的党性教育？学历史的目的是知文化、以历谏今，我不明白他如此否定中国共产党、否定中国教育制度、否定中国政府对学生了解中国文化、发展我国社会有什么好处？”“他的行为是否涉嫌‘煽动分裂国家罪’？作为一个党员，是否没有起码的党性？希望有关部门重视起来，尽快给予社会一个满意的答复。”

海淀区“群众事务呼叫中心”随后回复了该群众来信。回复中称，区教育委员会对此事进行了调查，袁腾飞所在的海淀教师进修学校校领导于5月5日与袁腾飞就其“严重的错误言论”进行警戒谈话

* 陈征，北京师范大学法学院副教授，德国汉堡大学法学博士。

和批评教育，并对此段视频发生的前因后果进行了询问和调查。校方对袁腾飞提出明确要求：责令其做出深刻检查，深刻认识自己在网络视频中言论的严重错误，并要求其今后停止一切在民办培训机构等其他部门的授课活动，要以积极正确的态度对待此事，要配合有关方面做好工作，力争将影响降到最低限度。^①

对此，本文指从宪法对教学言论的保护这一角度进行分析、探讨。

二、袁腾飞事件涉及的基本权利

作为一所公立学校，海淀区教师进修学校对教师和管理行为为和处分决定属于行使公权力，受到宪法的直接约束，而教师在此属于受到宪法保护的基本权利主体。当然，这一事件不仅会涉及袁腾飞本人的基本权利，还可能涉及那些未来会听袁腾飞授课的人的基本权利。限于篇幅并考虑到分析的必要性，本文仅针对袁腾飞的基本权利展开讨论。

我国宪法明确保障了教师的教学自由。《宪法》第47条规定：“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助。”这一条款不仅保障了教师的文化活动自由，还保障了其他群体的相关权利。而《宪法》第19条规定，国家发展社会主义的教育事业并举办各种学校。可见，教师在公立学校的教学活动属于受到宪法特别保护的文化活动。

教师的教学自由主要包括与教学任务相关的自由，比如开展教学活动的自由，安排教学内容的自由（包括与教学内容相关的教学言论的自由），选择和设计教学方法和手段的自由等。当然，这并不意味着学校的规章制度不得对教师的教学活动进行规制，但规制只得涉及教学活动的组织安排，学生学习和考试规定等方面内容，而不得干预教师的教学自由。很明显，海淀区教师进修学校的处分决定干涉到了

^① 节选自《“最牛历史老师”袁腾飞被校方处分》，载《南方都市报》2010年5月14日。

袁腾飞的教学自由。

除了教学自由，学校的处分还涉及到袁腾飞的言论自由（我国《宪法》第35条）和职业自由（我国《宪法》第42条）。^①当公权力的行为同时涉及若干项基本权利时，基本权利产生竞合。其中，对于教师而言，职业自由权的构成要件涵盖了教学自由权的全部构成要件，后者在前者面前具有逻辑上的特别性（logische Spezialitaet）^②，因此根据特别基本权利优先原则，下文不再讨论职业自由权。而教学自由和言论自由两项基本权利在要件上既存在相互重合的部分，又存在彼此独立的部分。一方面，教学自由仅保障在教学任务范围内的自由，而言论自由不仅保障教学活动中的言论，还保障教学活动之外的言论。而另一方面，教学自由在言论之外的其它保护内容，比如教学方法和手段又不被言论自由所保护。因此，二者之间并不存在逻辑特别关系。但笔者认为，至少在肯定袁腾飞言论自由受到了不正当侵害的情况下，不必再单独讨论袁腾飞的教学自由，主要有两个理由：第一，学校的处分措施以及禁止袁腾飞校外授课活动的决定明显是因袁腾飞授课时的言论而引发，且直接目的就是限制其授课言论，而非教学方法等其他方面的教学内容；第二，学校要求袁腾飞做出深刻检查并责令其深刻认识自己在网络视频中言论的严重错误，这很可能在一定程度上影响到袁腾飞今后在教学之外的言论表达。

三、言论自由的主观功能和客观功能

言论自由不仅包含表达内容的自由，还包含了表达方式的自由。言论除了通过声音，还可能通过文字、图片、标志、手势、甚至表情等方式表达出来。言论自由不仅保障个人对外表达言论的自由，还保障言论最终要被他人所接收。

言论自由是政治稳定和社会和谐的前提。从某种意义上讲，言论

^① 我国《宪法》第42条第1款规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”与婚姻自由不仅局限于选择是否缔结婚姻，还包括选择某一特定配偶和婚后与其共同生活的自由类似，这里所说的“劳动的权利”自然也不仅保障从事劳动的权利，还包含选择某一特定职业和职位以及从事该职业的自由。参见陈征：《国家从事经济活动的宪法界限——以私营企业家的基本权利为视角》，载《中国法学》2011年第1期。

^② 参见 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II – Grundrechte, 26 Auflage, Heidelberg 2010, Rn. 339ff.

自由的保障程度是衡量一个国家宪政水平的重要标志。^① 依照“自由市场论”的观点,就像自由市场竞争会促进经济发展一样,言论争论也会促进言论市场的发展,从而使我们不断接近并最终找到真理,真理绝对不是官方或所谓的权威人士来确定的。言论自由是实现其它自由权的前提,具有主观和客观双重功能。

在主观方面,言论是人与人之间交流的媒介,言论自由是个人在思想和精神领域施展人格的主要手段,也是个人在经济等其它领域施展人格的前提。言论自由能够增强和扩展个人在社会生活中的地位,是最重要的人权之一。

在客观方面,公共舆论的形成是言论自由保障的必然结果,不正当的限制言论和思想自由会阻碍政治、经济、文化、社会、科技等各领域的发展。言论自由虽然不是国家赋予的权利,但是却能在国家产生之后客观实现公共利益,尤其能够促进选举和监督等民主机制完善,^②成为民主政治的必要补充。在此,公共舆论未必是统一的观点,而往往是多元的,甚至是冲突对立的,公共舆论可以将不同社会个体的见解和愿望进行最大程度的分类、整合和调和,从而为解决社会问题做重要的前期准备。^③ 公共舆论的形成虽然受到每一个人言论的影响,但同时又反过来影响个人见解的形成,二者共同作用,从长期来讲,正是这一共同作用促进了社会各个领域的不断前进。从某种意义上讲,代议机关意愿的形成就是源于公共舆论的形成,公共舆论可以提高代议机关决策的合理性和正当性。^④ 在民主制度中,多数原则必须能够保障少数成为多数的可能,而其前提就是言论自由下的公开讨论。此外,公民与人大代表以及政府官员之间的信任关系同样建立在言论自由和公开讨论的基础之上。

我国《宪法》第35条列举的基本权利都包含了政治自由权的内涵,上文也阐明了某些言论客观上具备促进民主政治发展的功能,但这并不意味着只有客观上具备民主政治功能的言论才受到保护,而仅

① 参见胡锦涛光、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年第二版,第237页。

② 参见胡锦涛光、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年第二版,第239页。

③ Ulrich Scheuner, Pressefreiheit. Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft. VVDStRL (22), S. 17, Berlin 1965.

④ 参见胡锦涛光、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年第二版,第239页。

表明民主政治性言论受到保护的强度更大,而保护强度的问题只是在后面审查对言论自由限制的宪法正当性时才会予以考虑。纯商业性言论、纯娱乐性言论、纯玩笑性言论,甚至纯粹炒作性质的言论同样属于言论自由的保护范围。^①

在上述事件中,虽然袁腾飞的有些授课言论带有幽默性质,但并不属于纯娱乐性或纯玩笑性言论,受争议的言论多为政治性言论,属于格外受到言论自由保护的范畴。

四、言论自由的保护范围

(一) 内部理论和外部理论

宪法保护言论自由是否意味着任何言论都属于言论自由权的保护范围?根据所谓的“外部理论”,基本权利的保护范围是宽泛的,没有边界的,^②权利请求最终是否受到宪法认可取决于与其冲突的宪法价值以及利益权衡的结果,而这应该在后面审查宪法正当性时再予以考虑。照此,小偷可以主张自己的盗窃行为是劳动权的保护范围,只不过在审查国家限制其盗窃行为是否具有宪法正当性时,他们的主张在与相冲突的他人的私有财产权作利益衡量之后没有被支持而已。^③但根据“内部理论”,权利自始都有其“固定范围”,基本权利的保护范围并非漫无边界。^④照此,盗窃行为根本就不应被归入劳动权的保护范围,不必再分析国家限制盗窃行为是否具备宪法正当性了,因为国家在此根本没有限制任何受到宪法保障的基本权利。

在保护范围的界定问题上,宪法学者张翔倾向于认同“外部理论”,并不主要是因为“外部理论”逻辑清晰,而是因为“外部理

① 不同观点参见韩大元、杜强强、王贵松:《中国宪法事例分析与宪法学方法论》(代序)中王贵松的发言,载《中国宪法事例研究》第5卷,法律出版社2010年版。但笔者认为从保护公民权利角度讲,在界定保护范围时主观上将一部分言论排除在外存在很大风险。一方面,在个案中有时很难辨别哪些是纯商业性或娱乐性言论,很多言论同时蕴含着多种性质;另一方面,我们也不敢断定纯商业性或娱乐性的言论对于民主政治就一定毫无意义。即使那些被多数人甚至所有人认为无价值和意义的言论,也不得在界定保护范围时被排除出去,毕竟当前公众的观点未必就是正确和全面的,我们主观上认为无价值和无意义的言论在客观上未必如此。

② 张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006年第4期。

③ 张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006年第4期。

④ 张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006年第4期。

论”能够为基本权利提供更充分的保障，而不会先验的、人为的、过早的将一些本来有可能属于基本权利内涵的事项武断地排除。^① 笔者完全赞同这一观点，并且认为这一界定保护范围的方法尤其适用于“言论自由”这样一项不仅对个人，而且对整个国家的民主政治都具有极为重要意义的人权。^②

照此，那封编号为“Q201005090 ****”的投诉信件中批评袁腾飞的论据即使正确属实，也不可能否定袁腾飞的授课言论不属于宪法言论自由的保护范围。

（二）陈述客观事实与发表主观见解

陈述客观事实和发表主观见解都受到言论自由的保护，前者仅为语言成果，而后者还包含了思想成果，更多体现了个人的自我价值，受到宪法言论自由权的保护强度更大。

但在通常情况下，陈述事实与发表见解无法严格划分。一方面，很难找到不涉及事实的讨论，因为见解通常是对事实的评价，事实至少是发表观点和看法的出发点和论据。而另一方面，很多事实陈述其实都蕴含着见解，比如陈述事实的时间、地点、背景、语气、表情、表达方式等都可能使陈述的事实附带主观见解。甚至有些言论在不同的人看来有不同的性质，比如“东南沿海，广东福建浙江等地很多新兴城市原来就是农村嘛”这一言论在那些认同那些地方过去是农村的人看来属于事实陈述，而对于不认同的人而言则属于主观见解。

袁腾飞的教学言论既有事实陈述，又有主观见解。而在备受争议的言论中，后者比例似乎更大，因为相当一部分事实陈述都具有不少主观见解的成分。仅从这个角度讲，其言论受到宪法保护的强度就比较大。

（三）诚实言论与正确言论

真实性具有主观性和客观性两方面。主观真实指的是个人诚实的

^① 参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，载《法商研究》2006年第4期。

^② 不同观点参见杜强强：《论基本权利的规范领域和保护程度——对我国〈宪法〉第35条和第41条的规范比较》，载《法学研究》2011年第1期。