



**CHINESE**  
**EDUCATIONAL LAW**  
**REVIEW (Volume 4)**

劳凯声 主编

**中国**  
**教育法制评论**

第 **4** 辑

教育科学出版社



《中国教育法制评论》  
第4卷第2期  
2012年第4期

第4卷第2期

# 中国 教育法制评论

4

教育法学研究会

劳凯声 主编

---

# 中国 教育法制评论

第**4**辑

教育科学出版社

· 北京 ·

策划编辑 韦 禾  
责任编辑 郑豪杰  
版式设计 尹明好  
责任校对 徐 虹  
责任印制 曲凤玲

### 图书在版编目 (CIP) 数据

中国教育法制评论. 第4辑 / 劳凯声主编. —北京:  
教育科学出版社, 2006. 7  
ISBN 7-5041-3669-7

I. 中... II. 劳... III. 教育法令规程-研究-中  
国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 073533 号

---

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

邮 编 100101

传 真 010-64891796

市场部电话 010-64989009

编辑部电话 010-64989419

网 址 <http://www.esph.com.cn>

经 销 各地新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

开 本 787毫米×1092毫米 1/16

印 张 21.5

字 数 329千

定 价 35.00元

版 次 2006年7月第1版

印 次 2006年7月第1次印刷

印 数 1-3 000册

---

如有印装质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

---

# 目 录

特稿:公共教育体制改革中的伦理问题 / 劳凯声 ( 1 )

## 高等教育法律制度研究

管理行为的合理与合法

——高校纠纷中的学生权利保护 / 秦惠民 ( 17 )

论大陆公立大学自治权的内在结构

——结合北京大学的历史变迁分析 / 湛中乐 韩春晖 ( 49 )

权力与权利的冲突与平衡 / 谭晓玉 ( 73 )

从我国现实的学位纠纷看法律对高等学校

权力的约束 / 吕莉莎 ( 86 )

积极应对现实对学位制度的挑战

——对学位立法和学位制度的剖析 / 宋修文 孙 苑  
孙海龙 ( 110 )

高等学校法律地位研究述评 / 石正义 (130)

## 教师法律制度研究

德国中小学教师对学生的监管义务 / 胡劲松 (145)

我国公立高等学校与教师法律关系之研究 / 陈 鹏 (160)

高校教师聘用合同纠纷法律适用的制度与理念

——以教师流失纠纷法律救济为视角 / 胡林龙 (175)

作为复合性权利的教师惩戒权

——中小学教师惩戒权的权利性质研究 / 蔡海龙 (191)

美国公立中小学教师终身职及其对我国教师

聘任制的启示 / 郭 凯 (209)

代课教师的政策与法律问题

——兼论中小学教师聘任制与定期交流制度 / 薄建国 (218)

试析中小学教师的身份归属问题 / 李晓强 (236)

## 学术专论

亲权和监护的功能差异与我国未成年人监护

制度的完善 / 余雅风 (245)

教育中介组织法律制度研究 / 尹文强 申素平 (257)

北京教育法律救济的现状、问题与发展趋势

研究 / 郭秀晶 马 乐 王霁霞 (270)

## 他山之石

Ontario Education Act and Related Statutes:

An Overview / 李小宾 (296)

日本学校的危机管理

——法律基础和诉讼案例 / 若井 弥一(牛志奎译) (314)

后 记 / 劳凯声 (332)

---

# Contents

**Special Manuscript:** Ethical Issues in the Reform of Public  
Educational System / *Kaisheng Lao* ( 1 )

## Research on Legal System of Higher Education

The Rationality and Legitimacy of Management Behavior—  
Students' Right Protection in College Disputes  
/ *Huimin Qin* ( 17 )

Study on the Internal Structure of Public Universities' Autonomy  
in Mainland—Citing the History of Peking University in  
Illustration / *Zhongle Zhan and Chunhui Han* ( 49 )

On the Conflicts and Balance of Power and Rights  
/ *Xiaoyu Tan* ( 73 )

Research on Laws' Stipulation to Higher Educational Institutions'  
Power Based on Realistic Degree Disputes / *Lisha Lv* ( 86 )

Actively Respond to the Challenges from Reality in Academic  
Degree System—an Analysis of the Academic Degree Legislation  
and the Academic Degree System / *Xiuwen Song* ,  
*Yuan Sun and Hailong Sun* (110)

The Review on the Study of Legal Status of Higher Education

/ *Zhengyi Shi* (130)

### **Research on Teacher Legal System**

The Teachers' Custody to Students in Primary and Secondary  
Schools in Germany / *Jinsong Hu* (145)

On Study of Legal Relations between Teachers and Public  
Colleges & Universities in China / *Peng Chen* (160)

On the System and Principle of Application of Law in the Engaged  
Contract Dispute of the University and College's Teachers—The  
law Remedy of the Dispute in the Teacher's Dropping out of  
the University and College / *Linlong Hu* (175)

The Right of Discipline with Compound Characters —Research on  
Teacher's Right of Discipline in Primary and Secondary Schools /  
*Hailong Cai* (191)

Teacher Tenure in American Public School and Its Revelation to  
Our Teacher Employment System / *Kai Guo* (209)

Education Policy and Law of Substitute Teacher— On the Engage  
and Periodical Exchange System of Primary and  
Elementary School / *Jianguo Bo* (218)

Analysis to the Legal Status of the Teachers in Primary and  
Secondary Schools / *Xiaoqiang Li* (236)

### **Comments on Academic Subject Matters**

The Functional Differences between Parental Right and  
Guardianship and the Improvement of Minor Guardianship  
System / *Yafeng Yu* (245)

Study on the Legal System of the Educational Mediate  
Institutions / *Wenqiang Yin and Suping Shen* (257)

Investigation and Question and Vision for Trends of Legal Aid  
in Education in Beijing / *Xiujing Guo,*  
*Le Ma and Jixia Wang* (270)

### **The Experiences in Other Countries**

Ontario Education Act and Related Statutes:  
An Overview / *Xiaobin Li* (296)

School Crisis Management in Japan:  
Laws and Cases / *Miyi Ruojing* (314)

**Postscript** (332)

## 公共教育体制改革中的伦理问题

我国的公共教育体制正在发生深刻的变化。构成教育体制的各级各类学校教育机构在最近 20 年间,已经获得了相当大的办学自主权,从而具有了一种非政府的和非企业的组织特征。公共教育体制向社会所提供的教育产品正在发生某种变化,在一定的条件下被转化为私人物品或准私人物品,通过市场的途径来向社会提供。举办公共教育的是一个多元化的体制,举办者可以是法人,也可以是自然人,举办目的可以出于纯公益性质,也可以追求合理回报。教育改革发展的实践证明,这种变化正在逐步地改变现行公共教育体制的面貌,从而引发一系列有关改革的伦理问题。

### 一、世界性的公共教育体制重建运动

从 19 世纪中叶起,由于社会生活的变化,在西方国家传统的三权分立架构中开始出现了立法权、司法权和行政权之间的权力转移。尤其是第二次世界大

战期间,对西方国家政治具有重要影响的凯恩斯主义的盛行,导致了行政权力的急剧膨胀。这一过程大约持续了100年之久,到20世纪中叶达到了顶峰,随之开始走向它的反面。自20世纪70年代以来,全世界范围内掀起了汹涌澎湃的行政改革浪潮。“当代行政改革是在世纪之交和时代转型的环境下推行的。改革既是对数十年来行政管理实践的检讨和反思过程,同时也是对新时代、新环境的自觉适应过程。打破传统的行政模式,建立适应后工业社会和信息时代的‘后层级制行政模式’,既是时代对改革的迫切要求,又是当代行政改革的自觉目标。致力于传统行政模式向新行政模式的转换,使得当代行政改革具有划时代的重要意义。”<sup>①</sup>

20世纪90年代以来在世界范围内发生的公共教育重建运动可以看成是上述行政改革在教育领域中的直接反映。这场运动在公共教育领域展开了从教育理念、教育制度一直到学校运行机制在内的全面改革,使公共教育体制发生了极大的变化。<sup>②</sup>在大多数西方国家,第二次世界大战后建立起来的公共教育体制都是由政府举办并向社会提供教育服务,因而具有强烈的国家垄断色彩。纳税人在向国家纳税之后,只能无条件地接受由政府设立的公立学校提供的教育服务,因而处于一个从属的地位,他们对于公立学校提供的教育没有任何发言权,只能被动地接受。此外,由于政府的垄断,公立学校的办学完全根据政府的计划进行,而不必直接面对学习者的选择和同行的竞争。由于以上原因,英国前教育大臣贝克(Kenneth Baker)把这种公共教育体制称为生产者主导(producer-dominated)的制度。<sup>③</sup>到20世纪的最后十年,人们普遍认为公共教育体制已经到了非改不可的地步了。

怎样改革现行的公共教育体制?许多人认为,市场资源配置方式和管理方式才是有效率的体制选择,是可供选择的另外一种学校运营方式,所以应该建立一种基于市场制度的全新的公共教育体系,即以学校自主权和家长、学生的选择权,而不是以直接的民主管理为中心的体系,加强学校自治并打破科层制的束缚,主要依赖市场和家长选择,政府各级行政机构只对其施以间接调控。<sup>④</sup>

市场化、民营化可以看成是有关政府和民间机构各自角色的一种观念转变。在改革的倡导者看来,所谓民间机构包括各种志愿团体、按市场机制运行的各种机构甚至家庭,因为家庭可以说是最初的住房、卫

生、教育、福利和服务部门，因此有关这些领域的市场化、民营化改革必定离不开家庭。这一意义上的民营化运动在近 20 年来得到迅速发展。“更小的政府；更好的服务；更广泛的社会参与；更公平和更有效的教育”，这就是人们对教育提出的共同要求。人们试图通过市场化、民营化这种专门化的形式，来打破已经沿袭半个世纪之久的政府垄断，引进竞争机制，最终改善公共教育的绩效。因此可以说，推行市场化、民营化是重塑政府与学校关系，促进公共教育体制提高效率和质量的一个相当重要的改革思路。

高等教育在这场改革中首当其冲，所发生的变化最为明显。当大家都想上大学，政府的税收又不足以全面承担举办大学的费用时，各国的普遍做法就是让市场来分担这种责任。因此，各国的高等学校都普遍面临市场化的压力。这是各国高等学校共同面对的问题，用一个商业术语来说，就是大学必须具备“生产力”。由于这样一种趋向，世界各国的高等教育正在朝着加强竞争和增加盈利的方向发展。OECD 提供的数据表明，1999 年它的 30 个成员国从外国留学生身上赚取了 300 亿美元的总收入，并且目前的各国留学生总数还将在 2025 年增加 2 倍。正因为如此，从 1994 年开始，WTO 的关税贸易总协定就已经把教育特别是高等教育纳入了有可能会被市场化、民营化的领域。作为一种贸易与出口的商品，全球高等教育的发展肯定将愈来愈复杂。

改革不仅限于高等教育领域，在中小学，改革同样进行得有声有色。在美国，由政府主导的教育改革目的直指中小学教学质量，其主要措施是将市场的自由竞争机制逐渐引入公立学校，放宽对学校的统一管理与控制。主张市场化、民营化的改革者认为它是一剂治理公共领域效率低下、缺乏活力的良方，“民营化之为一种政策，即引进市场激励以取代对经济主体的随意的政治干预，从而改进一个国家的国民经济。这意味着政府取消对无端耗费国家资源的不良国企的支持，从国企撤资，放松规制以鼓励民营企业提供产品和服务，通过合同承包、特许经营、凭单等形式把责任委托给在竞争市场中运营的私营公司和个人”<sup>⑤</sup>。具体到教育领域的改革，则通过教育分权、择校运动和公立教育私营化等措施推行“教育的市场化重建”，即把财政、人员调配和政策制定等权力下放到各个教育机构，强调提供者和消费者在教育领域中双方的义务和责任，尤其是教育消费者（学生、家长和社会）的选择，让个人

的选择在教育市场中具有最大机会,同时把公立教育机构转变为类似于中小企业的自主管理的组织机构,参与市场竞争,促进教育资源配置的最后化,促使学校教育为教育消费者提供最好的服务。在这些改革运动中展开的特许学校、学券制、择校等具体改革措施都回应了上述的观点。

在英国,教育改革着眼于建立一个消费者主导的新教育体制,为此英国政府提出两个重要的概念。一个是所谓的“社会责任”(social accountability)。由于公众对公立学校的教学质量和教师的素质产生了严重的信任危机,面对社会各方面的压力,英国政府开始提出加强对学校教育的外部控制,以提高学校服务大众、服务社会的责任意识。政府在其中将扮演学校和学生(家长)之间的一种中间人的角色。另一个概念即所谓的“家长选择”(parental choice)。作为教育改革的理论基础,实际上“家长选择”的观念是消费者至上、消费主义等市场主义价值观在教育领域的一种体现。通过扩大家长在教育事务方面的选择权,可以促进学校间的相互竞争,实现教育服务的多样化,同时使教育能够更好地满足家长的需要。在上述概念的指导下,英国政府出台了一系列市场主义的教育政策,使英国教育的面貌发生了根本性的变化。如公助学额计划、国家统一课程、自由入学政策、直接拨款公立学校、督导制度的市场化改革、教育行动区计划等。<sup>⑥</sup>

在日本,20世纪80年代的临时教育审议会在其教育改革咨询报告中就曾经提出过有关国立大学的市场化改革问题。当时已经有人把国立大学法人化作为市场化改革的一项重要举措加以讨论。1998年日本正式开始对国立大学推行法人化改革,通过企业化的大学运行把国立大学推向市场。在这之前,日本的国立大学一直被看成是一种“公营造物”,没有独立的法人地位,对大学的管理完全是通过一种非市场化的体制而实现的。大学的法人化改革以独立行政法人制度为原型加以修正,形成了国立大学的法人制度。这一改革旨在把企业经营的某些做法导入国立大学的管理之中,扩大学校的权力,形成大学的法人格。这一改革包括新的带有市场特征的评价制度的引入;教职员工身份的非公务员化;学校人事方面的自治;弹性化的财务管理,等等。<sup>⑦</sup>

在教育领域中,极其相似的改革同时出现在许多国家。这些改革的重点都集中在公共教育体制的政府垄断上,制定了一系列用市场化、民

营化的方式改造公共教育体制的教育政策,试图重构国家与教育、政府与学校之间的关系。这可以理解为是更为广泛的经济、政治、文化全球化过程的一部分。在这一过程中,各国教育改革更多地面对的是一些共同性问题,国别差异从未有过地被放到了次要的位置。<sup>⑧</sup>

尽管人们对教育的市场化、民营化问题还有许多争议,但是教育发展已经使这一问题超越了纯理论的界限。那么,教育市场化、民营化到底意味着什么呢?从一个方面说,它意味着教育可以因此而惠及更多的人。教育的市场化、民营化改革似乎已经把更多的教育机会带给了平民,因为在激烈的市场竞争中,消费者就是最大的受惠者。当教育一旦成为一种服务业进入市场时,教育服务的提供者就会千方百计地降低成本、提高服务水平,使消费者能在价格和服务水平及方式上有更多的选择可能性。不断降低的教育支出把原本属于富人的教育机会带给了平民,使更多的人,特别是社会底层的平民百姓成为最大的受惠者。教育的市场化、民营化还使学校越来越重视来自学习者的要求,使学习者有更大的自主权和选择权。传统的公共教育体制尽管解决了教育的普及问题,但这种体制形成了一套严格的规范要求,这些规范要求被强加于公立学校,使公立学校成为一种科层制的、僵化的机构。可以说,学习者在这样一种体制中没有任何选择的可能性。在公共教育体制中引进市场经济力量,有助于改变传统公立学校的弊病,促使学校以更为灵活的方式满足消费者的不同需求,提高学校的绩效责任。

## 二、我国公共教育体制改革的若干走向

我国现行的公共教育体制是在计划体制下形成的,所体现的基本上是计划体制下的利益关系状况,在变化了的社会关系面前不仅难以适应,甚至出现激烈的体制性冲突。20年来,在持续、深入的社会转型所引发的社会变迁面前,公共教育体制中的各种关系正在发生深刻的变化,并逐步形成影响公共教育发展路径及其基本面貌的三种力量,这就是政治的力量、市场的力量和学校的力量,从而对现行的公共教育体制构成了极大的挑战。

从当前的变化来看,一种教育管理和办学的新形式正在出现,从而

带来公共教育体制内一系列关系的分化和改组。这种变化的基本取向是形成一个既利于政府进行统筹管理，又利于调动各种社会力量参与办学的积极性，学校又有较大的办学自主权这样一种管理关系。这意味着政府必须转变职能，在加强宏观管理的前提下向市场和学校放权。这势必导致政府职能发生重要的变化，并且使原先相当大的一部分具有行政性质的法律关系发生性质上的变化。

当前，尽管人们对教育与市场的关系问题还在见仁见智，但是，在公共教育体制的改革中已经出现了若干典型的市场化运作形式，不同程度地把教育与市场结合起来。以下列举的是几类比较典型的公立学校市场化运作模式。

第一，公立学校的象征性市场化运作。这种市场化运作形式广泛地存在于各级各类的公立学校。比如，把学校这种公共物品象征性地转化为一种有价的署名权，将其像私人物品一样通过市场运作来出售。欲署名者通过向学校捐赠而获得这种署名权。署名权既是一种“荣誉”，给持有人带来满足感与成就感，又能产生一种广告效应，从而使买来的“荣誉”直接带来商业机会并进而转化为经济利益。署名公益行为是一种动机非常复杂的行为，并非所有的人都出于商业动机，其中有相当一部分人是出于纯粹的公益动机而无条件地行善，对于这些人，社会应予褒奖。此外，也不排斥还有的人是兼有上述两种动机。

第二，公立学校的局部运作市场化。公立学校提供的是公共产品，并且是靠公共财政来维持的，因此，人们对公立学校的市场化运作在理解上还存在着较大的分歧，但是公立学校的办学实际上可以区分出性质不同的两类办学活动。一类是教育教学活动，因为它涉及人与社会的存在和发展问题，涉及社会的公平，因此，应当坚持它的公益性质。另一类是后勤物业管理活动，这类活动在大多数情况下都可以通过社会化、市场化的机制来进行。从公立学校的改革看，已经程度不同地开始根据市场需求对学校领域中的这些方面进行产业化开发。有市场需求的，按产业规则办；市场需求不大，而又与国家长远利益相关的，则由公共财政给予支持。

第三，公立学校“一校两制”的市场化运作。从目前来看，这类运作形式主要有：公立学校下设的非独立二级学院、公立学校举办的独立的“校中校”、教学园区等。非独立二级学院主要是指由公立高等学

校作为投资者，在学校之下建立的二级学院。非独立二级民办学院的资金不是来自政府的财政拨款，而是由学校自筹或者是由学校与其他社会主体共同投资，因此它的运作会更多地通过市场。这类机构不具备独立的法人地位，实际上是学校的一个下属单位，在财务、人事等方面要受到学校较多的制约。公立学校举办的独立的“校中校”或教学园区是独立法人，设立董事会，在经营管理体制上建立不同于举办学校的新模式。这类机构是独立的办学机构，其办学权力比非独立二级学院要大得多。除了作为法人机构所具有的法定权力之外，举办学校根据市场化运作的要求，给予这类机构以必要的办学自主权，对授权范围内的事务学校不予干涉，做到责权分明。学校主要是积极配合，协助其办学，对授权范围以内的事务进行监督。这类机构的建设经费和办学经费主要通过吸纳社会资源，包括捐资、合资、银行贷款、合作办学等不同的渠道，学校的建设和办学通过市场的方式来运作。

第四，转制学校的市场化运作。这是指全民所有制公办学校由具有法人资格的公民个人或社会团体依法承办后形成的以资产公有、日常经费自筹、办学自主为特征的办学体制。<sup>⑨</sup>公立学校原有体制的主要问题是投资渠道单一、经费不足、管理死板、办学划一，因而不能完全满足社会需要，产生供需之间的诸多矛盾。这些问题产生的原因各不相同，但就其共同性而言，都源于公立学校体制中缺少一种办学的活力。很多人认为公立学校通过转制引入市场机制被看成是推进办学体制改革，激活公立学校积极性的一种有效途径之一。引入新机制并没有改变公立学校的国有性质，“转制”的基本特征是：所有制不变、办学主体双元化、办学机制自主化。<sup>⑩</sup>这就是说，原先的公立学校办学主体通过“转制”由单一的政府主体变成了政府和学校承办者共同体。“转制”前由政府财政支付的学校办学经费，“转制”后大部分甚至全部由承办者来承担。承办者要承担学校办学公用经费的筹措职责，并且要承担学校全部教育资源的管理责任。但是，“公立学校‘转制’转的是运行机制，不是所有制，主要是转移经费筹措机制和管理的机制，它的核心是在国有教育资源所有制不变的前提下，通过教育资源的重组，转变单一投资体制和运行机制。”<sup>⑪</sup>

第五，股份制学校的市场化运作。这种形式最初起源于浙江省台州市椒江地区。具体做法是由政府牵头，用股份制的融资方式有效地集聚