

依法治教的理论与实践

徐 敏 著

YIFA ZHIJIAO DE
YIFA ZHIJIAO DE LILUN YU SHIJIAN
LILUN YU SHIJIAN

东北林业大学出版社

依法治教的理论与实践

徐 敏 著

东北林业大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

依法治教的理论与实践/徐敏著. —哈尔滨: 东北林业大学出版社,
2005.11

ISBN 7-81076-696-1

I. 依… II. ①徐… III. 教育法-研究-中国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 130934 号

责任编辑: 戴 千

封面设计: 彭 宇



NEFUP

依法治教的理论与实践

Yifa Zhijiao de Lilun yu Shijian

徐 敏 著

东北林业大学出版社出版发行

(哈尔滨市和兴路 26 号)

哈 尔 滨 工 业 大 学 印 刷 厂 印 装

开本 850 × 1168 1/32 印张 8.875 字数 220 千字

2005 年 11 月 第 1 版 2005 年 11 月 第 1 次印刷

印数 1—2 000 册

ISBN 7-81076-696-1

G·270 定价: 26.00 元

前言

依法治国，建设社会主义法治国家载入我国宪法，表明我国治理国家理念和方式的根本性变革，正在推动我国在更高的程度上，以更快的速度步入法治社会。而国家管理的法治化，必然要求教育也要依法而治，依法治教是依法治国的重要组成部分，也是依法治国在教育领域的具体体现。

自 20 世纪 80 年代以来，我国加快了教育法制建设的步伐。全国人大及其常委会先后制定颁布了一批重要的教育法律，国务院制定了教育行政法规、各地出台了数量众多的地方性教育法规，依据国家法律法规，各有关部门制定了多项教育部门规章和一大批有关教育的政府规章。教育领域无法可依的局面结束，初步形成了具有中国特色的社会主义教育法律体系的框架，使教育领域主要的社会关系基本有了法律的调整，教育的重大问题和教育工作的重要方面基本有了法律依据和保障。教育行政执法工作已经起步，教育司法得到普遍的关注，教育法制监督系统的建设得到加强，全民的教育法律意识有了一定程度的提高。通过教育立法、教育普法、执法、监督等实施活动，我国教育事业已初步走上法治的轨道。由于依法治教在价值取向上意味着对正义的维护和对公民受教育权的保障，在功能上表现为对教育特权和教育专制的否定和对国家教育权的规范以及对教育民主的完善，在形式上必然是以静态的教育法律制度的构建向动态的教育法治运行机制的转换。从“人治”走向法治的过程，是我们对如何治理教育认识的质的飞跃过程，是观念的彻底改变过程；从着重于教育法制的完善到走向全面的现代教育法治，既是我们对依法治教的认识过程，也是实践的过程。

依法治教是需要诸多条件的复杂的系统工程，是教育立法、守法、执法、司法和教育法制监督等的统一。也是全社会的法律意识的提高和我国的法律文化发展到一定程度的产物。也就是说，只有具备相应的主客观条件，教育管理的法治化才能实现。所以，他又必然是一个复杂的艰巨的建设过程。目前，我国依法治教的现状远没有达到理想的状态。主要表现在无论是教育管理机构还是公民的教育法律意识都十分淡薄，崇法、信法和法律至上的观念远未形成；教育立法明显滞后于教育改革和发展的需要，教育的一些基本问题和教育工作的一些重要方面还缺乏法律的调整；教育法制监督体系和机制尚未健全；已经生效的教育法律、法规的实施状况不能令人满意；教育行政执法明确地表现出承受力不足，效用及其有限；由于多种原因，教育司法的受案范围相当有限，致使大量的教育纠纷难以通过有效的途径加以解决。依法治教，进而实现全面的教育法治，在我国将是一项艰巨而复杂的系统工程。其中有许多认识问题或理论问题和实践中的问题需要探索 and 解决。如依法治教的主要主体究竟是谁？依法治教“治理的重点”何在？依法治教所依之“法”的地位和作用？在立法尚不完备的条件下，教育纠纷是否具有可司法性？对此，人们的认识不尽相同。如果我们在认识和理论上缺乏正确的指导，在实践中，必然导致从依法治教到依法治校、依法治师、依法治学生的简单逻辑推论，那就与现代法治精神完全背道而驰。只有对依法治教的正确认识和理论指导，依法治教的实施的方向才能正确，我们所实现的教育法治才是真正意义上的现代法治的体现。正是从这个意义上，对依法治教理论与实践问题的探讨具有了特殊的意义。《依法治教的理论与实践》一书试图做一次有意义的尝试。本书归纳了依法治教的理论渊源；分析了依法治教的科学含义；探讨了依法治教的价值基础；介绍了依法治教的基本原则；阐述了依法治教的构成要件；系统地思考依法治教与教育立法、依法治教与教育行政、依法治教与教育司法、依法

治教与教育法制监督、依法治教与教育法律救济的关系以及运行机制的构建。对依法治教中的一些热点和难点问题做进一步的分析，力图形成对依法治教问题的相对比较系统的认识。

本书在写作过程中，参阅和借鉴了国内外学者的有关研究论著，特别是法治理论的研究成果，在此致以谢意。

在我国，无论是依法治教的理论研究还是实践的推进，现阶段都已进入比较关键的时期，有一系列理论与实践中的问题亟待探索 and 解决。由于作者水平有限，书中难免存在谬误，不足之处恳请各位读者给予批评、指正，使之有利于对依法治教问题的研究和探索进一步深化。

作者

2005 年 9 月

目 录

第一章 依法治教的理论渊源	(1)
第一节 西方法治理论溯源	(1)
一、古代西方的法治思想	(1)
二、近代西方的法治理论	(4)
三、当代西方的法治理论	(8)
第二节 西方国家教育法治的历史沿革	(11)
一、教育法治的初创时期	(11)
二、教育法治的形成时期	(19)
三、教育法治的全面综合时期	(24)
第三节 中国法治思想的发展进程	(32)
一、中国古代的“礼治”与“法治”思想	(32)
二、中国近代社会的法治观	(36)
三、当代中国法治理论	(39)
第四节 中国教育法的历史考察	(42)
一、清朝末期教育立法	(42)
二、民国时期的教育立法	(44)
三、新中国成立以后的教育立法	(50)
第二章 依法治教的科学含义	(56)
第一节 依法治教的概念	(56)
一、依法治教的概念解说	(56)
二、依法治教的特征	(57)
第二节 依法治教的内涵	(62)
一、依法治教内涵的解说	(62)
二、依法治教的主体	(63)
三、依法治教的对象	(64)

四、依法治教的内容	(65)
第三章 依法治教的价值基础	(71)
第一节 依法治教价值的定位	(71)
一、依法治教价值定位的必要性	(71)
二、依法治教价值的定位	(74)
第二节 依法治教的价值形态	(82)
一、依法治教旨在确保公民受教育权的实现	(82)
二、依法治教旨在形成教育法治的秩序	(84)
第四章 依法治教的基本原则	(89)
第一节 依法治教基本原则概述	(89)
一、依法治教基本原则的涵义	(89)
二、研究依法治教基本原则的意义	(91)
第二节 依法治教基本原则的内容	(92)
一、依法治教基本原则的确立	(92)
二、依法治教基本原则的内容	(93)
三、依法治教基本原则的功能	(110)
第五章 依法治教的构成要件	(113)
第一节 依法治教的观念要件	(113)
一、依法治教的观念要件概述	(113)
二、依法治教观念的主要内容	(119)
第二节 依法治教的实体要件	(125)
一、依法治教的实体要件概述	(125)
二、依法治教实体要件的内容	(127)
第三节 依法治教的形式要件	(131)
一、依法治教形式要件概述	(131)
二、依法治教形式要件的内容	(134)
第六章 依法治教与教育立法	(138)
第一节 教育立法概述	(138)
一、教育立法的含义	(138)

二、教育立法的原则·····	(142)
三、完善教育立法的意义·····	(148)
第二节 我国教育立法存在的问题与对策·····	(152)
一、我国教育立法的成就和面临的主要问题·····	(152)
二、完善我国教育立法的思考·····	(159)
第七章 依法治教与教育行政 ·····	(164)
第一节 教育行政机关·····	(164)
一、教育行政机关的含义和特征·····	(164)
二、教育行政机关的职权·····	(165)
三、教育行政机关的法律地位·····	(167)
四、教育行政机关与相对人·····	(170)
第二节 教育行政执法·····	(174)
一、教育行政执法的特征和形式·····	(174)
二、教育行政执法的效力·····	(177)
三、教育行政执法行为的有效要件·····	(178)
四、教育行政执法的意义·····	(181)
第三节 依法行政理论概述·····	(182)
一、依法行政的基本含义·····	(182)
二、依法治教与依法行政的关系·····	(183)
三、依法行政的基本要素·····	(188)
第八章 依法治教与教育司法 ·····	(195)
第一节 教育司法概述·····	(195)
一、教育司法的含义·····	(195)
二、教育司法的基本要求和原则·····	(196)
三、司法公正是教育司法的最高价值追求·····	(198)
四、司法公正在依法治教中的地位 and 作用·····	(201)
第二节 我国教育司法存在的问题与对策思考·····	(205)
一、我国教育司法存在的问题·····	(205)
二、对教育司法若干问题的思考·····	(210)

第九章 依法治教与教育法制监督	(219)
第一节 教育法制监督概述	(219)
一、教育法制监督的含义	(219)
二、教育法制监督的构成	(220)
三、教育法制监督的功能	(223)
第二节 教育法制监督的体系	(225)
一、国家监督	(225)
二、社会监督	(232)
第十章 依法治教与教育法律救济	(237)
第一节 教育法律救济概述	(237)
一、教育法律救济的涵义	(237)
二、教育法律救济的功能	(239)
三、教育法律救济的途径	(241)
第二节 教育申诉制度	(243)
一、教育申诉制度的含义	(243)
二、诉讼上的教育申诉制度	(243)
三、非诉讼上的教育申诉制度	(245)
第三节 教育行政复议	(252)
一、教育行政复议的含义	(252)
二、教育行政复议的特征	(253)
三、教育行政复议的任务	(254)
四、教育行政复议的原则	(256)
五、教育行政复议的范围	(258)
六、教育行政复议的程序	(259)
第四节 教育行政诉讼	(262)
一、教育行政诉讼概述	(262)
二、教育行政诉讼的范围	(265)
三、教育行政诉讼的程序	(266)
参考文献	(270)

第一章

依法治教的理论渊源

第一节 西方法治理论溯源

21 世纪的中国，进入了崇尚法制，追求法治的时代。法治已渗透和扩展到社会生活和国家管理的各个领域。中华人民共和国宪法所确认的依法治国，建设社会主义法治国家的目标，推动我国在更高的程度上，以更快的速度步入法治社会。而国家管理的法治化，必然要求教育也要依法而治，教育管理的法治化在某种意义上已是一个客观趋势。但是，在中国，教育管理的法治化不是一个自然而然的生成过程，而是需要诸多条件的复杂的系统工程，是教育立法、守法、执法、司法和教育法制监督等的统一。也是全社会的法律意识的提高和我国的法律文化发展到一定程度的产物。教育法治化的形成过程既是我们对依法治教的认识过程，也是实践的过程，也就是说，只有具备相应的主客观条件，教育管理的法治化才能实现。这些条件的形成和具备的一个重要方面需要我们吸取和借鉴西方发达国家比较成熟的法治思想和法治理论，结合我国的国情，在教育管理的实践中生成具有现代法治精神的规范、力量和意识。由于西方的法治理论历史悠久，内容丰富，观点明确，再加之丰富的法治实践，因而，在建设中国特色的社会主义法治国家和实现依法治教的过程中，借鉴和参考西方的法治理论和教育立法的经验是非常重要的。

一、古代西方的法治思想

西方的法治思想从孕育、发展直到比较成熟，经历了漫长的

历史阶段。“西方的法治理论是指，在西方世界的特定社会环境中逐渐发展起来的关于法治的系统认识”^①。

在古代希腊城邦国家的政治思想中，法治就是一个悠久的、重要的观念。古希腊的大思想家柏拉图（前 427 ~ 前 347 年）比较充分地阐述了法治的意义。柏拉图对法律和法治问题的认识经历了一个比较矛盾的过程。他在《理想国》中积极主张理想的国家可以没有法律，只需要掌管权力的哲学家来管理国家。他把理想国的全部理想寄托在统治者个人优秀的道德品质上，柏拉图认为没有理由去尊重法律并使之成为国家的最高权力。在理想国中，他不仅煞费苦心地描绘了他心中理想国的蓝图，还提出了一系列具体实施的步骤。但在古希腊现实社会条件下，柏拉图理想中的社会规则和运行机制只存在于柏拉图的抽象理念中，而不可能呈现在社会现实中。至于理想国能否实现，他也认为：“或许天上边有一个它的原型，让凡是希望看到它的人能看到自己在那里定居下来，至于它现在存在还是将来存在，都没关系。”^②在经历建立理想国的实际政治斗争和其试验失败以后，柏拉图认识到法律在社会生活中的作用，并开始关注法治问题，晚年的柏拉图在《法律篇》中，以法律为核心重新设计了新理想国的蓝图，虽然他始终坚持哲学王的统治是最好的统治形式，只有在理想政府寻不到或不能建立的条件下，才能以法治的“第二等好的国家”取代以个人品质为核心的理想国。他在《法律篇》中有一段对话集中反映了他对法律地位的认识：“……如果一个国家的法律处于从属地位，没有权威，我敢说，这个国家一定要覆灭；然而，我们认为一个国家的法律如果在官吏之上，而官吏服从法律，这个国家就会获得神的保护和赐福。”^③为了确保统治，“人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活就像最野蛮的兽类一样。”^④由此，“服从法律的统治”形成了他法治思想的核心。柏拉图提出的法律权威思想和他对法治的认识，开创了西方法治理论的先河，启迪了后人对法治的认识和发展。

在西方，古希腊思想家亚里士多德（前 384 ~ 323 年）最早比较系统地提出了法治理论。他在其名著《政治学》中论证了有关法律和法治的一系列问题，提出了古代意义上的法治观念。亚里士多德认为法律是正义的具体化，“公正性”是法律的一大特点，它对一切人，包括统治者和被统治者都是平等的；而法律又具有可变性。一般来说，初期的法律都不是很周详而又欠明确的，所以必须根据人类积累的无数经验进行不断的变革。但变革需要慎重考虑，不能轻易进行。法律是必须遵守的，法律只有得到“民众的服从”，它才能够见成效，而人们遵守法律的习惯又必须经过长期的培养。

亚里士多德反对人治论，主张法治论。他在反驳“一人之治”时说：“让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。”^⑤他认为“法治优于一人之治”。^⑥在涉及法治还是人治这一基本问题上，亚里士多德给予明确的答复。他认为，法治所以优于人治主要是在于：法治是多数人的统治，多数人的判断总比一个人的判断要可靠，具有更多的正确性；法治也可以避免人治的偏私，法治体现了社会公正；实行法治可以避免专横与特权，使执政者不至于脱离正义。所谓的法治就是“已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^⑦在他看来，法治是良法之治。法治的前提是良法，这里所说的良法，就是能够体现正义原则的法律，剥夺和限制自由的法律不可能成为良法；有良法人们必须服从，如果人们不能普遍遵守法律，或国家政治权力不能受制于法律而超然于法外，那么法治仍然不能实现。

在古罗马，古罗马的法学家同样主张“以法为据”，“依法办事”。在宗教意识盛行和皇权至上的国度，提出了与此相适应的法律制度设想，设计了独特的法治模式，并注重法治实践。

西塞罗（前 106 ~ 前 43 年）是古罗马杰出的政治家和法律思想家。他在其《法律篇》中提出了自然法思想。他认为，法律是

最高的理性，从自然生出来的，指导应做的事，禁止不应做的事，并且这种理性，当在人类理智中稳定而充分发展了的时候，就是法律。西塞罗认为，自然法是衡量一切人定法的惟一标准。他认为，“真正的法律”和“正义”是同一词。法律是正义与非正义的界限。西塞罗把自然法理论应用于共和政体之中，提出了“人类自然平等的法律观”。他认为，在人与人之间在种类上是没有差别的。人民只要有参政的机会便是得到自由的机会。他有一句名言，为了得到自由，我们才是法律的臣仆。

古希腊和古罗马思想家的法治思想和他们描述的法治模式对西方法律文化产生了深远的影响，成为近代资产阶级法治理论的渊源。

二、近代西方的法治理论

近代西方的法治理论萌芽于文艺复兴时代。随着资本主义商品经济的发展以及自由、平等、人权等人文主义思想的产生和传播，法治的思想进一步系统化并得到广泛的传播。资产阶级革命的爆发和资产阶级取得政权，法治由理想转化为现实。对法治问题的探索进一步深化。

洛克（1632～1704年）是17世纪英国资产阶级著名的政治思想家、自由主义的奠基人和古典自然法学派的代表人物。在其名著《政府论》中，他提出了法治原则和分权原则。他认为，法律必须保护公民的自由权利，“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当权益”。^⑧“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由”。“哪里没有法律，哪里就没有自由”。^⑨为保护个人的自由和权利，洛克反复强调，君主和政府没有实行专制统治的权力，而只能按照法律来统治。不能靠心血来潮的命令去行使专断的权力。“使用绝对的专制权力，或以不确定的、经常有效的法律来进行统治，两者都是与社会和政府的目的不相符合的。”^⑩“无论国

家采取什么形式，统治者应该以正式公布的和被接受的法律，而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治。”^⑧统治者应该依法实行统治和行使权力的主张，表达得非常坚决而明确。洛克特别强调政府要执行法律，坚持法治原则。他认为，政府的目的是保护人民的生命、自由和财产。而要达到这个目的，政府就要根据既定的法律办事，如果政府不执行法律，就不可能达到自己的目的，也就失去了存在的目的。他认为，哪里没有法治，哪里肯定就没有政府存在。如果法律不能被执行，那就等于没有法律。在主张权利必须根据法律行使的同时，洛克坚持法律面前人人平等的原则。他认为“这些法律无论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁，并不应特殊情况而有出入。”^⑨

作为近代分权学说的创始人，洛克从保护人的生命、自然、财产等自然权利出发，提出限制权力和分权理论。他认为，权力的目的必须服务于整个社会的利益和个人的自由和财产。他指出，立法机关的权力，“在最大范围以内，以社会的公众福利为限”。^⑩他又强调指出，立法权虽为最高的权力，但并不是绝对的专断的，同样是一种受限制的权力。从权力运行的方式来看，立法机关不能以临时的专断命令进行统治，而必须按照正式公布的法律进行统治。立法机关不能把制定法律的权利转让给他人，“因为既然它只是得自人民的一种委托权力，享有这种权力的人就不能把它让给他人”。^⑪洛克认为，即使是“最高权力，未经本人同意，不能取去任何人的财产的任何部分”。^⑫即不能侵犯财产权。他认为国家中存在三种权，即立法权、执行权和对外权。在这三种权力中，立法权是最高的权力，执行权和对外权处于从属地位。“立法权，不论属于一个人或较多的人，不论经常或定期存在，是每一个国家中的最高权力”。^⑬执行权是“在社会内部对其一切成员执行社会的国内法”，而对外权是“对外处理有关公共安全的利益的事项的”权力。^⑭虽然执行权有召集和解散立法机关的权力，但是他“显然受立法机关的统属并对立法机关负

责”。^⑧至于对外权，“它和执行权同时辅助和隶属于立法权的”。^⑨

洛克的法治思想和分权学说反映了当时英国新兴资产阶级的愿望和对国家权力的要求，也给整个世界的资产阶级革命运动带来了深远的影响。为孟德斯鸠的分权制衡理论和美国的分权制衡型政府体制奠定了坚实的基础。

孟德斯鸠（1689～1755年）是法国资产阶级启蒙运动的杰出代表、著名的法学家和“三权分立”学说的奠基人。在其代表作《论法的精神》一书中系统地阐述了其法治思想。他深信，一个国家，没有法治，就没有自由。他的法治思想围绕着法、自由和政体的关系展开。他对这种关系的概括就是“法律下的自由和权力”。其法治思想的核心就是政治自由。而这种自由一方面是依法确立，就是“做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人同样会有这个权利”。^⑩具体说就是“一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情”。^⑪另一方面，自由构成法律的内在价值和精神，如法律倡导言论、出版自由、宗教信仰自由、人身自由等。法律应禁止对思想、言语、文学进行随意的追究，否则，“不但不再有自由可言，即连自由的影子也看不见了”。那么，如何才能取得自由呢？孟德斯鸠认为，“法律下的权力”是保障自由的根本手段。“一个公民的政治自由是一种产生人人自感安全的心境平安状态。为了享有这种自由，就必须有一个谁也不必惧怕的政府”。^⑫孟德斯鸠在研究政治自由、法律和政体的相互关系中，得出国家权力划分的结论。他认为，只有划分国家的权力，公民的生命、自由和财产才能得到保障，也才能建立法治原则；如果一个国家权力不划分，那么这个国家就不会有温和的政体，不会有法治，也就必然倾向于君主专制。他还为这种法治的政治体制设计了具体的模式，即建立在以权力制约权力原则之上的“三权分立”体制。

以法国启蒙思想家为代表的法治和人权思想，在欧洲得到广

泛的传播，在各国的资产阶级革命中，在不同程度上起了指导或引导的作用。与此同时，其思想在美洲也产生了广泛的影响。

在美国，以杰佛逊、亚当斯、汉密尔顿为代表的政治家和思想家从英法启蒙思想家那里获得丰富的灵感，并把其付诸于治国的实践。把人权和法治载入《独立宣言》、《宪法》和《人权法案》。以根本法和法律的形式构建人权保障和法治运行的制度。使法治从理论层面转化为制度构建，进而转化为生活的现实。杰佛逊作为美国《独立宣言》的起草人，在这份文件中充分体现了其政治法律思想的精华，而在《宪法》和《人权法案》中进一步体现了其人权和法治思想的升华。他们确认，争取独立与平等是由自然法和自然权利所规定的。同时规定了人的天赋权利，这种天赋人权是不可转让的，其中包括生命、自由和追求幸福的权利。为了保证这些权利，才在人民中间成立政府，一旦政府违背了上述宗旨的话，人民有权改变它或废除它。他们所确认的法律政治原则是，政府应当由多数人控制；广泛扩大选举权和在法律允许范围内的最大限度的个人自由；严格解释宪法和保持联邦各州的权力；提倡宗教信仰自由、言论自由和出版自由。

他们秉承洛克和孟德斯鸠的分权理论进行美国的政体设计并进一步丰富和发展其思想。汉密尔顿提出了“牵制与平衡”的原则。他认为：“把权力均匀地分配到不同部门；采用立法上的平衡和约束；设立由法官组成的法院，法官在忠实履行职责的条件下才能任职；人民自己选举代表参加议会——凡此种种，完全是崭新的发现，或者是在现代趋向完善方面取得的主要进步。这些都是手段，而且是有力的手段，通过这些手段，共和政体的优点得以保留，缺点可以避免。”^⑧他强调，对于各个权力部门的互相制约是必要的。由此，他们把政府分为互相独立的三个部分，立法、行政和司法，并设计实施了复杂的制衡制度，以防止权力滥用而侵害人民权利。至此，法治已不再仅仅是思想家们构建的理论和设想，它已演变成具体的政治制度，并在其历史的发展进程