

CSSCI来源集刊



***EDUCATIONAL LAW
REVIEW (Volume 9)***

劳凯声 主编

**中国
教育法制评论**

第

9

辑



教育科学出版社
Educational Science Publishing House

劳凯声 主编

CSSCI来源集刊

中国 教育法制评论

第 9 辑

教育科学出版社

· 北京 ·

出版人 所广一
责任编辑 何 艺
版式设计 孙欢欢
责任校对 曲凤玲
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9辑/劳凯声主编. —北京:
教育科学出版社, 2011. 12
ISBN 978 - 7 - 5041 - 6232 - 8

I. ①中… II. ①劳… III. ①教育法令规程—研究—
中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 272633 号

中国教育法制评论 第9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 - 64981167
传 真	010 - 64891796	网 址	http://www.esph.com.cn

经 销	各地新华书店		
制 作	北京大有图文信息有限公司		
印 刷	保定市市中画美凯印刷有限公司		
开 本	169 毫米×239 毫米 16 开	版 次	2011 年 12 月第 1 版
印 张	19.25	印 次	2011 年 12 月第 1 次印刷
字 数	295 千	定 价	40.00 元

如有印装质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

Z **HONGGUO**

JIAOYU FAZHI
PINGLUN

目 录

特 稿

论教育法律思维/孙霄兵 (1)

高等教育

中国大学办学自主权 1949—2010:
政策变迁的制度解释/周光礼 (13)

校规制定过程的师生参与/田鹏慧 (33)

走向法治化现代大学制度的
体制障碍与机制选择/祁占勇 (50)

高等学校行政化的问题及其改革/蔡海龙 (75)

论公立大学法人治理目标与功能的变迁/李 昕 (88)

高校问责制内涵辨析/杨冰 (101)

基础教育

义务教育质量有效保障的法律分析/余雅凤 (114)

义务教育公立学校自治的法理基础及制度设计/刘俊仁 (128)

普通高中“三限”政策质疑/王星霞 (144)

学校安全法律责任的立法现状分析/丁 飞 (155)

教育法理论

再论受教育权的性质与内容

——基于受教育过程本身的思考/管 华 (164)

我国残疾人受教育权的法律保障研究/申素平 (175)

论教育平等权与合理差别

——我国高考招生政策是否侵犯公民

教育平等权的宪法学考量/梁 爽 (186)

民办教育

论营利性学校及其法律属性/余中根 (202)

案件聚焦

论对学位撤销权的法律规制

——陈颖诉中山大学案的分析与思考/湛中乐 (217)

他山之石

美国中小学随机药物检查的法律分析/*M. David Alexander Jennifer Sughrue Wang Jianliang* 王鹏炜 (242)

美国中小学学校法律地位评析/王 琳 (265)

美国大学章程的类型化分析及其对

我国高校章程制定的启示/张 冉 (278)

后记 (294)

Contents

Special Manuscript

Prove into Educational Law Thinking/*Sun Xiaobing* (1)

Higher Education

University Autonomy in China 1949 – 2010: The Institutional Explanation of Policy Change/*Zhou Guangli* (13)

The Participating of Teachers and Students in the Enacting Process of Administrative Regulations on College Students/*Tian Penghui* (33)

On Study of System Barriers and Mechanisms Choice of Marching to the Rule of Law with Modern University Institution/*Qi Zhanyong* (50)

On Administration of Higher Education Institution/*Cai Hailong*
(75)

On the Change of Objective and Function of Corporate Governance
in Public Universities /*Li Xin* (88)

Probe into the Connotation of University Accountability System/
Yang Bing (101)

Elementary Education

The Legal Analysis to the Effective Protect of Quality of Compulsory
Education/*Yu Yafeng* (114)

The Jurisprudence and System of Public Compulsory Schools' Autonomy/*Liu Junren* (128)

The Question of "Three Limited" Policy on Ordinary High School/
Wang Xingxia (144)

Analysis on the Legislation of Liability for School Safety/*Ding Fei*
(155)

The Theory of Educational Law

On the Right to Education's Nature and Content/*Guan Hua* (164)

Research on the Legal Protection of the Right to Education of the
Handicapped/*Shen Suping* (175)

On the Right to Education Equity and Reasonable Distinguishments:
Constitutional Considerations on Admission Policies of China's Col-
lege and University Entrance Examination/*Liang Shuang*
(186)

Private Education Research

On the For-profit School and Their Legal Characteristics/*Yu Zhonggen*
(202)

Case Focusing

The Legal Regulation on the Power of Withdrawing Academic De-
gree /*Zhan Zhongle* (217)

Advice From Others

Random Drug Testing in Elementary and Secondary Schools in the
United States/*M. David Alexander Jennifer Sughrue Wang*
Jianliang Wang Pengwei (242)

The Analyze of Judicial Status of the Primary and Secondary School
in the United States/*Wang Lin* (265)

Disintegrating the Discourse of “Zhangcheng” in Chinese Educa-
tional Research: Legal Documents in Three American Universi-
ties and Their Implications for China/*Zhang Ran* (278)

Postscript (294)

论教育法律思维

【摘要】教育法学是在教育学和法学两者结合基础上形成的新的交叉学科，在实践上体现了教育作用和法律作用的结合。教育法学作为教育学的一个分支，有着自己特殊的思维方式和思维内容。教育法律思维是法律思维与教育思维的结合，是从教育和法律两个方面对于人的培养发展的特殊思维。本文通过解析教育法学与教育法律思维的产生特点，深入阐释了教育法律思维的性质、基本含义、哲学基础和运用领域以及基本范围和特点，力争为教育法学进一步寻找到适合自己的思维特点和固有范畴，从而更好地推动教育法学及其学科的科学发展。

【关键词】教育法律思维，关爱，规则，惩戒

一、关于教育法律思维的性质

教育法学作为教育学的一个分支，有着自己特殊的思维方式和思维内容。也就是说，从思维特点的角度把握教育法律学科的特点，既符合教育法律本身的性质，也符合人们对教育法律的认识，目的是进一步为教育法学寻找到自己的思维特点和固有范畴。

教育法律,从实践上看,是教育实践和法律实践两个方面的结合,这些实践在学术上和理论上,被总结为教育法学。教育法学从学科上看,是教育科学和法律科学两个方面的结合。教育法律的价值与目的,体现在从教育和法律两个方面结合产生的,对于人的培养发展的新的内容和方法的要求上。也就是说,教育法学不是简单的教育的内容,也不是简单的法律的内容,而是在两者基础上形成的新的交叉学科,在实践上体现新的教育作用和法律作用的结合。

这里,我们首先需要认识到,从教育和法律两个方面产生的人对于人的培养的作用是积极的而不是消极的,是有效的而不是无效的。那种认为教育是被动的、自然的、社会的对于受教育者的作用,也许可以称为磨炼或者历练,但不是教育者和受教育者互动的有意识的或者主动的追求,因此不能称为教育。

法律和教育有着自己不同的思维特点和运用领域,两者结合起来又可以产生新的运用领域和思维特点。教育法律思维是法律思维,也是教育思维,更是法律思维与教育思维的结合。但是不是简单的叠加,而是新的、质的产生。在这个基础上形成的教育法律思维,就是从教育和法律两个方面对于人的培养发展的特殊思维。研究、实践并发展教育法律及其思维,有益于人的培养;研究、实践并发展教育法学及其思维,有益于对人的培养的认识的发展和教育学科、法律学科的发展。

二、关于教育法律思维的基本含义

1. 教育法律思维的基本内容是爱与规则的统一

教育是对人的培养。教育法律思维对于教育、对于培养人有自己独到的理解、手段和方法。教育法律认为,教育是爱与规范,或者说是爱加规范的结合。教育的重要方法是关爱与规范的统一。爱与规范的一致或者结合,也就是奖励与惩罚的统一。这个结合,不是简单的叠加,而是相互融合后产生的新质。在这个意义上,教育法学真正成为具有特殊意义的教育学。这一概念,在实践中有不同的表述。民国时期李叔同当教师时体现的是“温而厉”(王文赞,2011)。重庆巫山市平河小学教师曹瑾说:“孩子们爱吃糖,表扬时给一颗大糖。批评时要裹一层糖。”这些做法,都体现了爱与规范的一致。

这里,需要说明的是,教育法律或者教育法学所定义的教育与“惩戒”是不同的。惩戒强调的是对于违法青少年的教育。

2. 爱是教育法律思维的核心

毋庸置疑,爱是教育的核心。任何教育,没有了对下一代和受教育者的爱,是不可能、不完整的。爱是教育的核心内容和最大动力,爱是教师进行教书育人的基本途径和根本立场。在这个意义上,无论如何评价爱对于教育的作用都是不过分的。同样,教育法律思维的核心也是爱。这样的爱具有教育法律思维的有形化、制度化、规范化的特点,而不是类似一般教育学的爱的概念的泛化和弥散。

3. 规范是教育法律思维的方法和工具

对于教育内容是否唯一的就爱,是有不同看法的。肯定者认为,对于下一代青少年成长中的任何问题,都可以依靠爱心,都可以依靠关心和说服,而且也只能是关心和说服来解决的。我们认为,如果不计时间空间、不计需求成本,也许这样的观点可以成立。但是这对于教育者本身就提出了更高的要求。这在中国现实的社会条件下,是很难做到的。顺便指出,作为教育者的教师,如果没有得到相应的制度和方法支撑教育教学,仅仅强调教师的质量和素质,其工作效果也是不能令人满意的。

规范是教育法律思维强调的方法和工具。德国法学家魏德士指出:“法学从本质上说就是一门与规范(=价值评价)打交道的科学。”(魏德士,2005)因此,我们认为在人对人的培养中提出规范的概念是十分必要的。从教育法学角度来看,爱与规范尽管在概念上有着形式上的平等性,然而在实质内容的价值阶位是不同的,规范在内容上的重要性是不可以与爱比拟的。

4. 教育法律思维的教育学培养目标

教育法律中的教育学意义上的培养目标,不仅是人的发展,而且是基于人的发展的原则下的具体的培养目标。教育法律的培养目标是公民。在实践上,公民作为培养目标广泛体现在世界许多国家的教育中;在理论上,也应当成为马克思主义教育学的重要内容。《国家中长期教育改革和规划纲要(2010—2020年)》提出了“培养社会主义合格公民”的要求。有的教育学者不赞成把“培养社会主义合格公民”作为主要培养目标,这不仅因为担心社会上的误读,而且因为学科立场出

发点的不同。值得重视的是,“培养社会主义合格公民”在一般教育学以外提供了一个具体的可衡量的教育目标。这一目标在其他的教育学领域中是难以明确建立或者难以明确把握的。

三、关于教育法律思维的哲学基础和运用领域

(一) 教育法律思维的哲学基础

教育法律思维不仅有自己的教育学培养目标,还有着自己的哲学基础和广泛的运用范围。从根本上说,教育法律思维的哲学基础是辩证唯物主义,是一分为二的辩证法。教育法律思维的特点与传统的一分为二思维的内涵不同,教育法律思维强调通过产生爱与规范两个概念两极之间的双向运动,达到两个极点之间的交融和谐。“极间交汇”概念应当成为把握复杂状态的一个重要方式。传统的矛盾概念产生的是对立之间的联系性质,诸如对立、统一等。两极之间的双向运动和思维可能产生一条线或者一个面。这一方式对于把握当代中国复杂社会有着重要的意义。这一思想原则与中国古代哲学思想和政治思想是相符的。例如,中国古代的教化优先、先礼后兵的思想和做法,等等。值得指出的是,教育法律思维中教育、教化的作用是占主导地位的,法律、强制的作用是占次要地位的,但绝不是可有可无的。

(二) 教育法律思维运用的广阔领域

教育法律思维有着多方面的广阔用途。教育法律思维既体现了教育法律思维的认识论意义,也可以作为指导实践和行动的原则方法。教育法律思维广泛体现在教育和其他的社会领域中。

教育法律思维在教育领域有着重要的作用。目前的教育特别是思想政治教育的做法,往往显得软弱无效。特别是对于习染不良行为较深的个体来说,短时期的教育或者爱心教育不可能起到直接有效的作用,而且同时要付出巨大的成本。这是我们提出教育法律思维的重要出发点。对于受教育者来说,通过教育法律的作用,在成长中的问题显示之前,教育法律思维可以有效预防;在成长中的问题出现之后,可以通过惩戒,促进受教育者的成长。

教育法律思维在法律领域，也有着重要的作用。当前法律是以惩罚和赔偿为主，其方式往往相对简单。如何通过教育因素的引入和增加，增强法律的教育与预防作用，是一个重要的新的领域。况且，法律的作用对于有些违法犯罪的社会成员不起作用。我国近年发生的许多社会恶性事件表明，在失去规则意识的人的面前，有时法律是无力的。因为失去规则意识的人们根本就不害怕法律的惩罚，甚至主动追求法律的惩罚。他们已经在精神和灵魂上死去，已经堕落和绝望。只有在追求社会惩罚的过程中，特别是在追求到相应的惩罚以后，才有悔意，才能触动和挽救自己的心灵，生命才有可能片刻的宁静。这样的社会现象已经冲击了当代中国的社会底线、文化底线和道德底线，更冲击了法律和教育的底线。这些恶性犯罪者已经不是正常的人类社会成员，而是一个自己表演罪恶的演员，追求的是遗臭万年。在这样的社会现象面前，不仅需要全社会的工具反思和应对，更需要全社会的精神反思和文化应对。对于这样的社会成员，必须采取教育或者教育法律结合的方式，挽救他们的心灵和精神。

在社会政治领域，教育法律思维有着积极的作用。毛泽东（1957）曾提出：“我们的目标，要想造成一个又有集中又有民主，又有纪律又有自由，又有统一意志，又有个人心情舒畅、生动活泼，那样一种政治局面”。这个理念和设想的形成，是在总结苏联的经验教训的基础上形成的，这应当成为建设社会主义社会的重要内容。由于“文化大革命”的出现，推进实现这一设想的历史进程中断了。“文化大革命”以后，社会生活在很大程度上受到了市场经济的影响和冲击。我们在看到社会主义市场经济的积极作用的同时，也要看到市场经济的负面作用。可以认为，教育法律思维在社会政治领域也有广泛的运用，可以用于分析处理大量的社会现象和社会矛盾。

在实际上，教育法律思维有着多方面的用途，包括在管理领域、政策领域。在这些领域，可以运用教育法律思维提出新的政策、行政、管理概念和程序。

四、关于教育法律思维的基本范畴及其特点

教育法律思维不能只是一个原则，还应当有自己一系列特定的范畴

和概念。在教育法律思维看来,其基本概念,爱和规则构成了一个长长的概念光谱。在这个光谱上,散落着许多不同的概念。这些概念,可以由教育法学的学者和实践者自己来拾掇、提炼、构建、组合和分析。研究提出这些概念,是教育法律、教育法学的学者和实践者基本的思维内容和重要的基础工作。

1. 主体 (Subject)

教育法律上的主体,最重要的是受教育者。然而,教育法律上的主体不仅是受教育者,还有其他多个主体。而且每一个主体都要有自己的法定的权利和义务。在这些主体中同样重要的是教育者。因为没有教育者,就没有教育活动的施行。在这个意义上,教育法律不仅要重视保障受教育者的权利和义务,还要重视保障教育者的权利和义务。

2. 权利和义务 (Right and Obligation)

义务也可以称为责任 (Responsibility)。《中华人民共和国教育法》第九条规定:“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”《中华人民共和国教师法》(以下简称《教师法》)第二章对权利和义务也作了规定。权利和责任是构建教育法律思维的一个必要的环节。我们这里强调的是教育法律上的权利和义务。教育者对于受教育者的教育,既是权利,也是责任。受教育者接受教育,既是权利,也是义务。

3. 关爱 (Care and Love)

关爱也称关心、爱护 (Concern、Love)。《教师法》第八条第(四)项规定:“关心、爱护全体学生。”从字面上看,关爱包括关心和爱两个方面。爱是亲昵、思念和对于爱的对象身心要求的满足。关心则是自认为对于受教育者在正确道路上发展的注视、指导和指引。但是,如果认为教育仅仅是关爱,是不完整的。认为教育是关爱,在当前的我国教育环境下,还必须作更为复杂深刻的思考。从理论上说,不正确的关爱导致主体丧失了权威,增加了受教育者的娇纵。在实践中,很多家长对于孩子的爱,成为对孩子反复的、无休止的、无条件的服从。教育成为对于孩子前途利害的引诱。有的论者认为,西方国家的教育是基于关爱的教育。我们在承认西方国家的教育传统在更多地强调关爱的同时,还应当认识到,西方国家的教育传统和环境与我国是完全不同的。

首先,宗教对人的要求深刻影响了教育。许多西方国家信仰宗教特别是信仰基督教的人占了社会成员的大多数甚至绝大多数。基督教对于

人、对于信徒的思想行为，有着严格的宗教要求，要求人们要做信仰上帝、忏悔己过的罪人。基督教思想成为社会的主流意识形态，原罪说深刻地影响着所有社会成员的思想、心理和行为。在这样的传统下，人们不能违反宗教规定，争取使自己的一言一行符合宗教的要求。

其次，法治对人的要求深刻影响了教育。许多西方国家是法治国家。国家对于人的要求，就是要做遵纪守法的公民。特别是对于人们在公共活动空间中的行为，有着在中国人看来严厉甚至严酷的法律要求。“This is illegal”，成为西方社会生活中的口头禅。西方社会中人们的自由有着明确的法律边界。

再次，人口数量和增长形成的因素深刻影响了教育。在西方国家，没有人口过度产生的教育资源、社会资源拥挤和竞争压力。孩子们的教育相对宽松。在西方社会的宗教和法律社会环境与文化背景下，孩子们在教育中的宽松、自由不可能越出宗教和法律的边界。这已经形成了一种社会共识。当今中国社会中一方面存在着不够关爱孩子的状况。而且由于宗教和法律传统的缺失、生活水平的提高和计划生育政策因素的影响，以及教育中惩戒制度和方法的缺失，造成了对于孩子的溺爱状况。这样的溺爱不是关爱，而是无原则的放纵。针对这样的状况，我们需要正确运用关爱的概念。

在教育中，我们必须正确认识关爱和规则的关系，形成一种科学的平衡。否则，过多强调哪一方面的因素，都将不利于受教育者的健康成长。社会、学校和家庭在认识关爱和规则关系上的不平衡会影响受教育者的健康成长。

4. 奖励 (Reward)

奖励是爱的物质化、社会化方法。即使是精神奖励，也有社会激励作用。奖励是对于人们行为的正面社会肯定。在教育法律思维中，奖励是作为批评或惩戒的相对概念出现的，具有重要的作用，在实践中应当得到正确的使用。

5. 保护 (Protection)

《中华人民共和国未成年人保护法》已经使用了“自我保护”“家庭保护”“学校保护”“社会保护”“司法保护”的概念。保护可以在内容上分为安全保护、权利保护、教育保护，等等。