

Xuexi Ziyou
yu Canyu Pingdeng:
Shoujiaoyuquan de
Lilun he Shijian



学习自由 与参与平等： 受教育权的理论和实践

王柱国◎著



中国民主法制出版社

中华人民共和国司法部

“法治建设与法学理论研究”部级科研项目成果

D911.04
53

学习自由 与参与平等： 受教育权的理论和实践

王柱国◎著



中华女子学院



0339378



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

学习自由与参与平等:受教育权的理论和实践/王柱国著. —北京:中国民主法制出版社,2009.5

ISBN 978 - 7 - 80219 - 585 - 1

I. 学… II. 王… III. 教育—公民权—研究
IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 073681 号

书名/学习自由与参与平等:受教育权的理论和实践

Xuexi Ziyou Yu Canyu Pingdeng:Shoujiaoyuquan De Lilun He Shijian

作者/王柱国 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)

电话/63055022 (编辑部) 63057714 (发行部)

传真/63056975 63056983

<http://www.npc.gov.cn>

E-mail:/MZfz@263.net

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张/7.1875 字数/173 千字

版本/2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

印刷/河北永清金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 978 - 7 - 80219 - 585 - 1

定价/15.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

导论 / 1

- 一、国内外受教育权之研究现状 / 1
- 二、我国受教育权研究存在的困惑与问题 / 3
- 三、本书的思路、内容结构、创新及研究方法 / 5
- 四、几个概念:教育、国家教育权与受教育权 / 8

第一章 受教育权:从自然权利到制度人权 / 11

第一节 教育和学习:人类本性的基本需要 / 12

- 一、“人只有靠教育才能成人” / 12
- 二、实现合理人生计划的需要 / 19

第二节 受教育权:作为一项人权的证明 / 22

- 一、平等的自由:受教育权作为人权的根据 / 22
- 二、受教育权:从自然权利到制度人权 / 24
- 三、义务主体及其教育义务 / 27
- 四、权利主体的普遍性 / 33

第三节 受教育权的入宪历史 / 36

- 一、人权入宪 / 37
- 二、受教育权的理性发现历程 / 43
- 三、受教育权的入宪历程 / 53
- 四、受教育权入宪的两个问题 / 59

第二章 受教育权的本质:学习自由 / 62

第一节 学习自由:受教育权本质分析 / 62

- 一、学习自由的内涵 / 62

二、学习自由：消极还是积极？ / 65

第二节 义务教育与学习自由 / 72

一、自由还是强制：父母对义务教育的优先选择 / 73

二、义务教育的无可选择性与学习自由 / 77

第三节 受教育权本质诸说评述 / 80

一、受教育权本质诸种学说概述 / 80

二、受教育权是生存权吗？ / 83

三、受教育权是公民权吗？ / 87

四、作为一项独立人权：对受教育权定位的反思 / 93

第三章 受教育权的宪法分析：内容、地位及效力 / 95

第一节 受教育权的内容 / 95

一、受教育权的主体 / 95

二、受教育权的构成 / 101

三、受教育权的实现形式：学校、家庭和社会教育 / 109

第二节 受教育权的宪法地位 / 110

一、受教育权与三类人权：功能共享与历史并存 / 111

二、受教育权与学术自由 / 113

三、受教育权与其他基本权利 / 117

第三节 受教育权的宪法效力：约束国家行为 / 119

一、宪法效力概论 / 119

二、受教育权对立法直接效力 / 123

三、受教育权对行政的直接效力 / 129

第四章 受教育权的平等保障 / 133

第一节 引论：历史与理论 / 133

一、从教育不平等到受教育权的平等保障 / 133

二、平等理论及评述 / 136

第二节 平等保障的真义:机会平等 / 140

一、受教育权的平等保障:机会平等还是结果平等? / 140

二、受教育机会平等:平等保障的真义 / 143

第三节 “非歧视”平等 / 146

一、“非歧视”平等的涵义 / 146

二、义务教育的“非歧视”平等 / 147

三、非义务教育的“非歧视”平等是否可能? / 154

第四节 补偿平等 / 156

一、补偿平等:“非歧视平等”的矫正 / 156

二、补偿平等的实践:以美国为例 / 161

第五节 参与平等 / 165

一、补偿平等的困境 / 165

二、参与平等:社会正义的诉求 / 167

三、参与平等:平等保障的一种解释方式 / 172

参考文献 / 180

附录一:学校管理司法介入的限度 / 194

一、问题的提起 / 194

二、介入范围的限度 / 196

三、介入条件及其审查标准的限度 / 200

四、结语 / 204

附录二:义务教育:强制的自由 / 205

一、儿童教育:强迫的最低限度教育 / 206

二、最低限度教育:从需要到人权 / 210

三、义务教育:儿童受教育权的法律化 / 215

四、义务教育的自由之维 / 218

导 论

一、国内外受教育权之研究现状

(一) 国外研究现状

受教育权作为基本权利第一次载入宪法最早见于 1791 年《法国宪法》，至今已有二百多年的历史，并且有关受教育权的国际公约数量颇多，但是各国对受教育权作为一项基本权利的认识和研究不一，差别较大。从目前收集的资料来看，德国、日本法学界的研究比较深入，^①但是有些国家如美国，对受教育权作为基本权利的研究很缺乏。其原因在于美国主流理论认为：受教育权不是一项基本人权，即便罗尔斯也认为，教育只是阻碍了自由价值的实现，本身并非人权。美国联邦最高法院也在 1973 年的一个判例中认为，虽然受教育权很重要，但依然不构成宪法权利。这也是美国至今未签订《经济、社会和文化国际权利公约》的一个重要原因。但是，这并不是说美国不重视受

① 参见：[日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，吴新平校，法律出版社 2001 年版；张允起：《日本宪法中的教育权与受教育权》，《日本学》第 12 辑，北京大学出版社 2003 年版；许育典：《学习自由 VS. 学习权/受教育权》，载《成大法学》第七期，2004 年 6 月；谢瑞智：《教育法学》，台北文笙书局 1992 年；董保城：《教育与学术自由》，台北月旦出版社股份有限公司 1997 年，等等。

教育权的保护,在美国反对种族、性别歧视的斗争中,有许多具有里程碑意义的历史事件涉及教育平等的问题(如1954年布朗案、1978年贝克案)。实际上,美国对于受教育权的保护主要依赖于宪法修正案第14条的“平等保护”原则。

就我目前所收集到的资料来看,国外受教育权研究有四个主要特点:其一,理论研究专著较少,主要是在讨论人权、正义、消极和积极自由时才对受教育权进行分析,如罗尔斯的《正义论》和 Lawrence Crocker 的“*Positive Liberty*”;其二,受教育权的研究并非从人权和宪法的角度出发,大多属于国际实证比较研究,主要是对如何促使签约国落实公约、完善国际监督程序等方面提出对策和建议,如 Douglas Hodgson 的“*The Human Right to Education*”;其三,受教育权的研究主要反映在《经济社会文化权利公约》的研究中,如艾德的《经济、社会和文化的权利》和 Isfahan 的“*Giving meaning to economic, social, and cultural rights*”;其四,受教育权的研究与司法判例联系紧密。

(二)我国研究现状

总体上来看,我国学界对受教育权的研究分为以下几个层面:

第一个层面,教育哲学。研究成果主要包括:孙霄兵的博士论文《受教育权主体范式论》及其专著《受教育权法理学:一种历史哲学的范式》(教育科学出版社2003年版)。

第二个层面,行政法与行政诉讼法学。目前研究受教育权的论文绝大多数集中在这个层面,其中的重点是:公立学校的行政主体地位、学校内部管理行为的性质、司法权对学校自治(学术自由)介入的可能性及其方式,而这些归根到底就是内部管理行为的可诉性问题。研究成果主要包括:湛中乐、李凤英的《刘燕文诉北京大学案——兼论我国高等教育学位制度之完善》(《中外法学》2000年第4期)、程雁雷的《高校退学权若干问题的法理探讨——对我国首例大学生因受学校退学处理导致文凭纠纷案的法理评析》(《法学》2000年第4期),另外,劳凯声主编的《教育法制评论》(第一、二辑,

教育科学出版社 2002 年版、2003 年版)收录的部分文章。

第三个层面,其他部门法学。民法上的受教育权保障,如吴高臣的《受教育权的民事救济》;监狱法、刑法上的受教育权保障,如席小华的《谈回归司法与犯罪少年教育权法律保护的衔接》(两篇均载于郑贤君主编的《公民受教育权的法律保护》,^①人民法院出版社 2004 年版)。

二、我国受教育权研究存在的困惑与问题

目前,我国受教育权研究虽然存在两本著作(即《受教育权入宪研究》和《受教育权论》)以及其他论文(集),对许多问题进行了深入地探讨并取得了相当的成绩,然而,如果我们在理论上进一步追问、在实践上予以检验,我们会发现,受教育权研究远未取得令人满意的成就,依然面临诸多问题和困惑。这里,择其要者简述如下:

问题一:没有从人权哲学的高度论证“受教育权是一项人权或基本权利”这一命题。“受教育权是一项人权或基本权利”这一命题,当前人们把它作为一个不证自明的真理,纵然论证,也仅仅只是指出各国宪法、国际公约的明文规定。但是,受教育权作为人权的命题在理论上至今并未取得共识,而且也不是所有国家的宪法确认了受教育权、不是所有国家都签订了有关受教育权的国际公约。此外,忽略了理论证明,也是受教育权在实践中无法获得有效保障的根源之一。

问题二:关于受教育权的本质,当前法学界对此依然未达成共识。即使有人承认受教育权本质是一项学习权,但是忽略“自由”的价值本质。没有这种本质,教育就可能成为一种强迫,一种国家的工具,而不是个人的基本权利。

此外,人们并没有去深入论证其他本质说(生存权、公民权)不成立的原因,都是语焉不详,并且也未对受教育权与生存权、公民权

^① 该书收录 19 篇文章,分为六章:近代教育与教育法的发展、公民受教育权辨析、公民受教育权的宪法属性、公民受教育权的行政诉讼救济、部门法上的公民受教育权。

的关系作出令人信服的解释。

问题三：人们往往混淆公民受教育权与具体教育制度的关系，甚至误认为国家的教育义务就是提供“学业证书、学位证书”的学校教育，受教育权就是学生的权利。

问题四：儿童必须接受义务教育，但是，儿童必须接受学校教育吗？如果通过家庭教育可以达到国家义务教育的标准，是否可以实行家庭教育？

问题五：人们把父母对儿童的教育义务往往看作是一种教育权利（力），可是，父母可以任意行使这种权利吗？可以放弃吗？权力行使的目的是什么？与监护权有什么关系？

问题六：当前各国都通过义务教育制度保障儿童受教育权（实际上是儿童受最低限度教育权），但是人们没有意识到，各国对义务教育规定的年限为什么各不相同？而且从历史上看，各国的义务教育年限都是不断延长的，这又是为什么？

问题七：受教育权的价值取向或价值目标是全面发展、全面教育吗？

问题八：人们往往认同卢梭等法国启蒙思想家在促进受教育权观念形成中的重大作用，却忽略了洛克对儿童家庭教育重要性的强调。实际上，后者更早、更深刻地论证儿童接受家庭教育是一项“自然权利”。

问题九：没有把受教育权写入宪法的国家，怎么认识受教育权作为基本权利的地位和作用？

问题十：受教育权的权利构造要素有哪些？其标准是什么？

问题十一：受教育权与学术自由的关系如何？学术自由的保障是否可以通过受教育权的保障获得实现？

问题十二：目前，大家都同意受教育权对立法具有拘束力，但是，这种拘束力通过何种形态发挥作用？受教育权的立法违宪、尤其是立法不作为，是否要承担国家赔偿责任？

问题十三：受教育权对行政是否具有直接的约束力？

问题十四:宪法受教育权是否具有司法的直接适用性?或者说,是否具有可操作性?

问题十五:在探讨司法权与公立学校之间关系的问题时,大家一般也只是停留在行政法层面上。实际上,这更是一个宪法问题。更重要的是,人们忽略了另外一个宪法问题:私立学校学生是否可以获得与公立学校学生同样的司法保障?理由是什么?

问题十六:没有人对受教育权的平等保障进行过理论上的系统梳理和实践上的深刻检讨。平等保障是实现受教育权的关键所在,但却是一个非常复杂的问题。例如,受教育权的平等保障,是否包括学习机会的平等和学习结果的平等?是否意味着国家对教育资源的平均分配?平等要求不能区别对待,可是优先录取某些学生为什么又是合宪的?在优先录取某些学生时,采取诸如降低分数、配额制手段是否合宪?

小结:上述种种问题,归根到底就是“受教育权的本质是什么”和“如何平等保障公民受教育权”这两个问题。本书试图在理论上予以回应当前的种种疑惑,并结合实践以检讨本书所提出的理论。

三、本书的思路、内容结构、创新及研究方法

(一) 本书的思路

本书对受教育权的研究,不是沉湎于对现状的直觉判断,而是从权利哲学的高度把握受教育权的本质和内涵。只有把受教育权的研究置于伦理学、政治哲学、心理学、教育哲学的背景之下,才能够证明受教育权是人类普遍的低限道德权利,^①才能够洞察受教育权与公

^① 参见[英]参见 A·J·M·米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,导论第 1—12 页。他说,“一种普遍的低限道德标准,因其仅为低限要求,将会与众多的文化差异和谐共存”。他认为,作为最低限度标准的人权,将驳倒人们对人权的非议。

民权、政治权利以及其他社会经济文化权利的本质联系。证明前者,使受教育权能够被人们所理解和认可;洞察后者,使受教育权的实施不受理论教条的束缚。

因此,本书首先对受教育权作为一项普遍的低限道德权利进行了深入地探讨和阐释,从中把握了受教育权的本质——学习自由;然后,以此为依据,揭示了受教育权入宪的历史与逻辑的统一,阐明了受教育权作为宪法权利的内容结构、地位、效力;最后指出,受教育权的实现关键在于受教育权的平等保障。在揭示了平等保障面临的困境和迷惑之后,本书对其进行了全新的解释,并将这种平等观称之为“参与平等”。这样,本书展示了受教育权从道德权利到宪法权利、从文本到实现的逻辑历程,说明了受教育权的生命是来自于本身的逻辑力量,由此检讨我国在保障受教育权方面所凸现的不足、误区和问题;同时,通过实践修正逻辑演绎的局限,弥补漏洞,从而完善受教育权理论。

(二)本书的内容结构

全文共分四章:

第一章为《受教育权:从自然权利到制度人权》。本章首先指出,受教育权之所以为基本权利,不仅仅在于学习是任何个体生存、理性自主以及实现合理人生计划不可或缺之手段,更在于这种手段本身就是平等、自由的。从实现方式看,自进入20世纪,受教育权已从自然权利转为制度人权,即权利的实现有赖国家积极介入和帮助,如提供财政资源、制定教育制度。这种转变反映到宪法上,就是1919年魏玛宪法。并从历史的角度分析得出,受教育权入宪是历史和逻辑的统一,有些国家的宪法即使没有载明受教育权,但并不妨碍受教育权作为基本权利在现实中发挥效力。

第二章为《受教育权的本质:学习自由》。受教育权的本质在学界没有共识,目前至少有六种观点。本书认为,受教育权的本质乃学习自由,这意味着:除了必要的限制之外,公民有权自己决定是否学、如何学、为何学、哪里学、怎么学、学什么。本书对各种质疑予以澄清,如

国家介入并不等于强制,义务教育制度也没有与学习自由相冲突。

第三章为《受教育权的宪法分析:构成、地位及效力》。首先,指出受教育权由权利主体、义务主体、权利义务体系和实现形式四个方面构成;其次,阐述了受教育权与各个基本权利的关系,提出了解决权利冲突的方案;最后,阐明了受教育权对立法、行政和司法直接效力的表现形式。尤其论证受教育权司法直接适用的可能性,并分析了司法权介入公立学校和私立学校的共同的理论基础。

第四章为《参与平等:受教育权平等保障的理论与实践》。本章通过对平等理论的解读和平等保障的实践,指出了无论是“无区别对待”还是“补偿平等”,都无法有效保障公民受教育权。前者意味着确立一个中立标准——考试分数来决定学生是否录取,虽然能够根除故意歧视,但不能消除事实歧视。而以消除事实歧视为目的的补偿平等、优先录取,只是特殊情况下采取的特殊措施,不具有普遍意义。本书认为受教育权的平等保障须与正义社会相契合,据此提出“参与平等”,以解决“非歧视平等”和“补偿平等”的困境。

(三)研究的重点和难点

下面两个问题,既是重点也是难点:

其一,“受教育权本质为学习自由”的论证。目前,关于受教育权本质有各种学说,归纳起来有:生存权说,社会权说,公民权说,发展权说,复合说,学习权说。如何论证本书主张的观点,以及如何用以处理实践相关问题,非常棘手。

其二,“参与平等观”。指出“无区别对待”和“补偿平等”的缺陷并不难,困难在于如何以“参与平等”对表面冲突的事件予以融贯性解释,如义务教育的实质平等与高等教育的机会平等,如美国教育平等开始从“补偿平等”向“无区别对待”的转向。

(四)本书的创新

本书在试图解决问题、深化受教育权研究的过程中,提出了诸多

个人观点。如果其中有些观点还有新意的话,就暂且称为本书的创新:

(1)初步证明了“受教育权为基本人权”的命题,并指出:无论是把受教育权划归于公民权或政治权、发展权还是社会权(生存权),既不恰当也无多大意义,只会徒增误解。

(2)受教育权的本质是排除强制的学习自由,并阐明了学习自由并不与义务教育的无可选择性存在冲突。

(3)初步对受教育权的平等保障理论进行了系统地梳理,并针对这些理论在实践中产生的困境,提出“参与平等观”。

(五)研究方法

研究方法主要包括历史分析法、比较法、逻辑推理法、调查研究法、整体法和反馈法。这里尤其要强调后两者。

所谓整体法,就是把受教育权置于整个人权体系中,寻找它们共同的理论根基和逻辑结构,这样既能发现它们的共性,也能找到受教育权的特性。

所谓反馈法,就是把受教育权的基本理论运用于实践,从中发现问题,然后反馈于理论,对理论进行修正。这是得自于罗尔斯的“反思平衡”的方法。

四、几个概念:教育、国家教育权与受教育权

(一)教育是什么

在我国,“教”和“育”二字早在甲骨文中已经出现,而“教育”一词最早出现在《孟子·尽心篇》:“君子有三乐,……父母俱存,兄弟无故,一乐也;仰无愧于天,俯不忤于人,二乐也;得天下英才教育之,三乐也;……”。根据《说文解字》,“教”是指:“上所施,下所效也。从孝”。随着时间的发展,增加了传授、教诲、教化、教训等含义。至于“育”,《说文解字》中是:“养子使作善也”。在古代,“育”不仅有物质供养、生长发育之意,而且有精神供养之意,如“吾善于养吾浩

然之气”。此外,我国很多人都从教育的功能来看待教育的,这些功能包括:立国、齐一、齐俗、化民、德化、育才、文化、储才、变化气质、复性、性习、传道、移风易俗、改善生活。

在西方,柏拉图认为,教育就是“训练”,使心灵转向;夸美纽斯认为,教育是“阐明把一切事物教给一切人的全部艺术的教授学”;英国的斯宾塞认为,教育应该为美好生活准备;杜威认为,教育即生活,“唯一真正的教育是传递社会文化以谋求个人的生长,是通过儿童所属的社会环境和刺激而推展的;教育是个人的社会化过程,这种过程从出生就开始,他不断塑造人的意识、习惯和情绪”。^① 德国的鲁道夫·洛赫纳认为,教育是一种既有一定计划性,也有一定随意性,但无论如何却是有意识的人类活动。它以青年或成人为对象,以提供个人生活帮助、将个人引入团体生活和传播团体文化为目的。

以上可以看出,古今中外名人对教育的认识并不一致。^② 但是,我们从这些形形色色的定义中,依然可以得到关于教育的本质认识:教育是培养人的活动,是教育者和受教育者的教与学的活动,这种活动“被看做是对人从生到死的全部感化的综合”。^③ 它是一种人类特有的有意识、有目的社会活动,是人类传递和学习社会生产和生活的经验与知识、文化价值的社会现象,促使自然人社会化,从而保证人类的延续,促进人类的繁荣和发展。^④

教育的基本要素包括:教育者、受教育者、教育内容、教育方法、教育环境;教育的基本形式包括:家庭教育、学校教育和社会教育。

① 参见李园会:《杜威的教育思想研究》,文史哲出版社 1978 年,第 118 页。

② 参见[德]沃尔夫冈·布列钦卡:《教育科学的基本概念》,胡劲松译,华东师范大学出版社 2001 年版,第 23—78 页。

③ 参见孙喜亭:《教育原理》,北京师范大学出版社 2003 年版,第 67 页、第 73 页。

④ 参见吴式颖、任钟印主编:《外国教育思想通史》(第一卷:古代东方的教育思想),湖南教育出版社 2002 年版,《总序》第 2 页;桑新民:《论教育的起源和划分教育发展阶段的内在根据》,《教育研究》1986 年第 10 期;李园会:《杜威的教育思想研究》,文史哲出版社 1978 年版,第 118 页。

家庭教育是指父母或其他年长者在家庭生活中对其下一代进行的教育；学校教育是指教育利用学校系统，对受教育者进行有目的、有计划、有组织的教育；社会教育是学校与家庭以外的社会文化机构和有关的社会团体对社会成员，特别是对青少年所进行的教育。^①

（二）国家教育权与受教育权

国家教育权是指政府通过国家权力行使教育权，是相对于家庭教育权、社会教育权而言的，^②实质上也就是国家管理教育的权力。因此，不能把国家教育权与公民的受教育权相混淆，前者是一项国家管理权，后者是一项基本人权。

然而，公民受教育权和国家教育权是不可分离的，两者是一个事物的两个相度。一方面，受教育权意味着公民有权要求国家充分保障其享有受教育之平等机会，或者说，国家教育管理权实质上是一项教育义务；另一方面，为了保障每一个公民享有接受教育的平等机会，国家就有权通过强制力量促使未成年人的监护人履行其教育义务，并且也有权以强制力量维持正常的教育秩序、管理教育事务，其中最重要、最基本的是办学权和教育管理权。

① 参见张人杰主编：《大教育学》，广东高等教育出版社 2003 年版，第 4—6 页。

② 参见秦惠民：《走入教育法制的深处》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 2 页。

第一章 受教育权：从自然权利到制度人权

教育，自有人类社会生活就存在了，是人类社会最基本的活动形式之一，这也意味着，它对于国家、制度、法律有着相对的独立性。教育一个基本的特点是存在着教育者与受教育者，教育活动总是一种双方的互动过程，缺少任何一方，就不存在教育活动了。那么，对于接受教育一方（即学习者）来说，受教育或学习是否为一项基本权利？或者说，受教育权是否是一个具有普适性的道德权利？^① 是否能够适用于当今世界上各自特定的文化和文明传统？或者说，在清除国家法律、制度、规则的迷雾后，受教育权还是否是每一个人生

① 东西方对人权的理解各异，这主要表现在两个方面：（1）在人权内涵上，西方主张人权的普遍性，强调个人主义的公民权和政治权利，而第三世界国家虽然承认人权的普遍性，但认为人权观念是社会环境和历史阶段的产物，人权的内涵和实现方式上具有特殊性，所以强调个人权利以国家和共同体的权利为基础；（2）在人权使用上，西方有三种用法，即法定人权、道德人权或应有人权、人权证成，而我国更常用的是应有人权、法定人权、实有权利。由此可见，虽然存在差异，但都认可人权首先是一种道德权利或应有权利。参见信春鹰：《东西方人权观念之间的交流和对话》，《社会科学》1996年第10期；张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第508—509页；[英]A·J·M·米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第6—12页。