

中国教育 法制评论

(第11辑)

 教育科学出版社
Educational Science Publishing House

中国教育 法制评论

Chinese Educational
Law Review (Volume 11)

(第 11 辑)

劳凯声 主编

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 贾静芳
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 11 辑 / 劳凯声主编. —北京: 教育科学出版社, 2013. 10
ISBN 978-7-5041-8031-5

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 (2013) 第 246179 号

中国教育法制评论 第 11 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	010-64989363
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 北京京华虎彩印刷有限公司

开 本 169 毫米×239 毫米 16 开

印 张 15.75

字 数 240 千

版 次 2013 年 10 月第 1 版

印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷

定 价 42.00 元

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

试论中小学校对未成年学生的安全保障义务/劳凯声 (1)

教育法理论

教育问责的理论基础新探/余雅风 (29)

我国教育法学研究方法现状及发展趋势/张瑞芳 (46)

教育与司法

高校处理决定及其救济方式研究
——基于高校教师权利保障的视角/戢浩飞 (62)

试论大学生学习权救济的困境及路径选择/李祥 (73)

教育、文化与立法

受教育平等权保护的行政法思考
——以随迁子女的义务教育为例/湛中乐 (84)

论学前教育中的政府职责及其法律规制/蔡乐渭 (106)

中小学依法治校评估：问题与建议/赵德成 (118)

论义务教育随班就读权利的边界

——基于深圳“李孟事件”的思考/汪敏 (133)

学校法律问题

行政主体理论视角下的民办学校法律地位审视/刘璞 (145)

论政校间基础教育行政法律关系之重构

——基于平衡论的视角/傅添 (156)

大学要求学生晨读的合法性分析/管华 (166)

第三部门理论视野下的高等学校公共性及其法律保障

机制/蔡海龙 (180)

他山之石

美国学生纪律惩戒制度研究/李晓燕 (195)

学位法律制度的国际比较/谭晓玉 (212)

从美国的校园枪击反观学生的权利保护/王智超 (229)

后记 (241)

Contents

Special Manuscript

On Primary and Middle Schools' Obligation of Protecting Minor Students' Safety/*Lao Kaisheng* (27)

The Theory of Educational Law

Research on the Theoretical Foundation of Education Accountability/*Yu Yafeng* (44)

The Present Status and Future Trends of the Research Methods of Educational Law/*Zhang Ruifang* (61)

Education and Justice

The Research on the Management Decision and Remedy Ways for Colleges and Universities; Based on the Perspective of Protecting Teachers' Rights in Colleges and Universities/*Ji Haofei* (72)

The Plight and Path Selection on Relief of College Students' Learning

Right/*Li Xiang* (82)

Education, Culture and Legislation

Consideration on Protection of Equal Right to Education on Administrative Law: Taking Compulsory Education of Migrant Children for Example/*Zhan Zhongle* (104)

On the Government Responsibility and Regulation in Pre-school Education/*Cai Lewei* (116)

Evaluation on Managing the School by Law: Problems and Suggestions/*Zhao Decheng* (131)

The Boundary for the Rights of Learning in Regular Class: Based on “Li Meng Events” in Shenzhen/*Wang min* (143)

Legal Issues in School

The Theory of Administrative Subject Legal Status of Private School under the View of Transformation/*Liu Pu* (154)

On the Reconstruction of the Legal Relationship of Elementary Education Administration between Government and Schools: The Perspective of Theory of Balance/*Fu Tian* (165)

The Analysis about Legitimacy of Compulsory Morning Reading in University/*Guan Hua* (179)

On Publicity and Its Legal Guarantee Mechanism of Higher Education In-

stitution from the Perspective of Third-Sector Theory/*Cai Hailong* (193)

Advice From Others

A Study on Students' Disciplinary in the U. S. A/*Li Xiaoyan* (211)

A Comparative Study of the Academic Degrees System of the Main Western Countries/*Tan Xiaoyu* (227)

Reflection on the Lack of Protection for the Rights of Students from the U. S. School Shooting/*Wang Zhichao* (240)

Postscript (241)

试论中小学校对未成年学生的安全保障义务

【摘 要】把中小学校对其未成年学生的教育、管理和保护义务归结为安全保障义务，有助于司法的介入和调节。学校安全保障义务的确立有其道德的和经济的合理性，中小学校在教育、管理和保护学生方面承担着较高的安全保障义务，然而学校的这一义务必须控制在合理的限度内。由于近年来社会各方面对学校安全保障义务的要求越来越高、范围越来越广，司法基于对受害人特别保护的目 的也对学校提出了较重的注意和保护要求，这些变化在促进了学校安全环境建设的同时也使学校的办学负担大大加重。因此在确立学校对其学生的安全保障义务时必须考虑学校处理危险情形的能力，必须重视保护学校的合法权益。学校安全保障义务尽管已有一定的标准和边界，但由于学生伤害事故发生的原因多样，情况复杂，在具体问题中如何认定学校应否承担民事责任则比较混乱，标准不统一。其中因学校教育和管理方法引起的学校安全保障义务纠纷是中小学校中较常见的法律纠纷。本文最后提出了处理学校未尽安全保障义务而致学生损害问题的几项原则。

【关键词】中小学校，安全保障义务，学生伤害事故

把学校对学生的教育、管理和保护义务确定为安全保障义务，有利于明确学校在保护未成年学生方面的职责，有利于对学校法律关系的调整。2002 年以前，我国司法界

曾普遍认为学校有监护未成年学生人身安全的职责。2002年教育部的《学生伤害事故处理办法》明确规定学校对其未成年学生不承担监护职责,确立了学校安全保障义务的公法性质。2006年的《未成年人保护法》进一步把学校对未成年学生的职责归结为教育、管理和保护三个方面。但是在实践中有关学生伤害事故如何处理,司法如何介入则一直是一个较为复杂的问题。最高人民法院为正确审理人身损害赔偿案件,依法保护当事人的合法权益,于2003年12月4日通过,2004年5月1日起施行的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,为学生伤害事故的处理作出了明确的解释。该解释意见第六条规定了从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织应尽合理限度范围内的安全保障义务,并在第七条把学校对未成年人依法负有的教育、管理、保护义务确立为单独一类安全保障义务,对学校未尽职责范围内的相关义务而致未成年人人身损害所应承担的责任作了规定。学校组织的教育教学活动是社会活动的一种具体类型,学校对其学生的教育、管理和保护义务符合安全保障义务的基本要件,把学校的这一义务确定为安全保障义务有利于学校与未成年学生关系的调整,在发生学生伤害事故时,可以将其纳入侵权法接受司法的审查,使有关学校安全保障义务的法律纠纷得以顺利解决。据此,人们已逐步认同学校对未成年学生应承担安全保障义务。

一、中小学校的安全保障义务

(一) 安全保障义务的定义

安全保障义务是由诚实信用原则延伸出来的一项民法上的法定义务,是法律对从事特定活动或具有特定身份的主体课以保障与其有一定“社会接触”的他人的人身和财产的保护和关照义务。以积极作为义务为主要表现形式的安全保障义务,并不是人们对社会所必须承担的一种普遍性义务或一般义务,而只是基于某种特定关系、特定场所或者法律的特别规定,在特定人之间产生的一种保护和关照义务。

安全保障义务主要来源于如下三个方面。

1. 法律规定

我国立法对社会活动组织者的安全保障义务规定是基于具有侵权行为法

性质的法律、行政法规对安全保障义务的规定。依照这种法律规定，对从事特定活动或具有特定身份的主体课以法定义务，对违反法定义务，导致相对人人身、财产损失的行为人追究法律责任。

2. 合同约定

法定义务是法律对义务主体的最低要求，但不排除在某些情况下权利主体可与义务主体通过合同约定，使义务主体承担高于法律法规的、更严格的义务。如在某些情况下，经营者和消费者可能就安全方面作出某些特别的或者高于法律法规标准的约定，或者经营者作出特别的承诺。这些约定和承诺，在合同成立后，就成为合同的一部分，经营者就必须履行合同中所规定的安全保障义务。

3. 合同的附随义务

经营者与消费者达成的合同约定生效后，本着公序良俗原则，经营者应当对其服务场所负责。附随义务在内容上主要包括保护义务、注意义务、告知义务、照顾义务、忠实义务等。

安全保障义务的法理基础是社会活动安全注意义务，这是由诚实信用原则派生而来。一般认为该义务源于德国法院法官从判例中发展起来的社会活动安全注意义务或者一般安全注意义务的理论。社会活动安全注意义务原先是就维持交通安全而言的，其后扩张到其他社会交往活动，强调经营活动及其他社会活动的组织者在社会生活中应负防范危害的义务，具体指义务人在自己使用或控制的场所内，由于有可能产生或持续针对进入其使用或控制的场所的他人的人身或财产的危险，因而负有义务采取必要的防范措施，以保护相对人免于危险。安全保障义务与民法上的注意义务的不同之处在于，注意义务存在于一切侵权行为中，而安全保障义务只适用于特定人之间。二者的共同之处在于，通过人与人之间的相互保护和关照，确立最基本的信任关系，最终使社会生活得以正常进行。就此而言，安全保障义务与注意义务是一致的。因此，一般把安全保障义务看成是一种特殊的注意义务，是基于某种特定场所、特定关系或者法律的特别规定，在特定人之间产生的一种单方面的保护和关照义务，以避免相对人在接受产品或服务的过程中受到伤害。安全保障义务的基础是诚信原则，如果行为人不主动以自己的积极作为对相对人的人身、财产予以一定的保护和关照，行为人就无法实现自己的活动目的，因为人们不会选择到一个缺乏安全保障的场所去活动。基于对这种社会公众的正当信赖的保护，如果行为人未能保护好相对人的人身和财产安全，

就应当承担责任。安全保障义务所谓的“特定场所”，是指经营活动和非经营的其他社会活动的组织者在组织活动、提供服务时所使用或控制的场所；“特定关系”是指社会活动组织者与进入其使用或控制的场所的他人之间的关系；“单方面”则是指基于开展活动的需要，行为人主动承担的对相对人的保护和关照义务，即使法律并未将该项义务分配给行为人。

一般认为，我国的安全保障义务确立于2003年12月29日最高人民法院公布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，该司法解释的法理基础源于德国法院法官从判例中发展起来的社会活动安全注意义务或一般安全注意义务的理论（陈现杰，2004）。在德国法中，安全保障义务最初是通过对契约义务的扩张解释，由契约法来加以调整的。随后在司法实践当中，基于对非契约当事人保护的需要，以及契约法调整方法本身所存在的局限性（如在契约法中一般适用严格责任，而不承认精神损害赔偿，等等），安全保障义务逐渐具有了法定义务的性质。这种法定义务不仅存在于契约法中，同时也存在于侵权法中。其他国家也大致经历了相似的发展过程，如法国法中的保安义务、日本法中的安全顾虑义务、英美法中的注意义务等的发展都基本如此。虽然日前各国在制定法中都未对安全保障义务作出明确的规定，但该义务已实际存在于各国的司法实践中。从现代法律的发展趋势看，由于社会连带责任思潮的影响，无论是立法还是司法都开始表现出对弱者进行特殊保护的倾向。1985年联合国大会通过的《联合国保护消费者准则》把“保护消费者的健康和安全不受危害”列为首要条款，也可看成是这种倾向性的体现（张新宝，唐青林，2003）。

为了切实有效地保障在校学生的安全，我国法律规定了学校在实施教育教学活动时应当对其未成年学生依法履行的针对危险的安全保障职责。以教育、管理和保护为基本内容的学校安全保障义务，是法律附加于学校之上令其承担的在办学活动过程中保障受教育者人身安全的义务，是法律基于保护在教育关系中处于相对弱势地位的未成年学生一方利益，而给处于相对强势地位的学校一方课以防范危险的义务。

（二）安全保障义务的适用范围和内容

安全保障义务的适用范围和内容是判断义务人是否需要承担赔偿责任的一把标尺。由于社会活动的组织者在其所组织的活动中有可能产生或持续对

特定人的人身或财产的危险，因此安全保障义务要求社会活动的组织者应尽合理注意义务，防范社会公众的人身或者财产遭受损害。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》除列举了应承担安全保障义务的住宿、餐饮、娱乐等经营活动类型外，还特别列举了“其他社会活动”作为与前列经营活动不同的另外一类社会活动类型。其他社会活动相对于社会活动而言是一个与经营活动并列的下位概念，采用这一概念是为了把经营活动以外的其他社会活动类型化，强调除了经营活动外，其他社会活动也存在安全保障义务问题。按照该司法解释，安全保障义务存在于从事经营活动和其他社会活动的自然人、法人和其他组织所组织的社会活动中，其中既包括住宿、餐饮、娱乐等经营活动，同时也包括提供教育、医疗以及体育设施的具有公益性质的社会活动。

经营活动与其他社会活动是两类不同性质的社会活动，有比较明确的分界。经营活动指的是市场经济条件下的商事活动，其行为具有营利性，其主体一般为从事经营活动的自然人、法人和其他组织。而非经营性的其他社会活动则是不以营利为目的的，其性质趋向公益性。这类活动的主体一般为事业单位，而非企业。无论是经营活动的主体还是经营活动以外的其他社会活动的主体，其承担安全保障义务的基础均有一共同之处，即都对发生损害的场所或事物具有事实上的控制力，且这种控制力并不以是否存在交易关系为前提。安全保障义务的适用范围不仅包括经营活动和其他社会活动组织者使用或控制的场所，还可扩展到经营活动和其他社会活动的延伸场所。只要其产生或持续的危险涉及他人的人身和财产利益，就可能适用该义务。

依据上述的安全保障义务适用范围，安全保障义务的内容主要包括如下方面。

1. 安全保障义务人使用的建筑物、配套服务设施、设备应当安全可靠

安全保障义务人使用的建筑和服务相关的设施、设备应达到相关的安全标准。有国家强制标准的应当符合强制标准的要求，没有国家强制标准的，应当符合行业标准或者达到进行此等经营所需要达到的安全标准。经营者所使用的建筑应当符合我国《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定，在投入经营使用前必须经过建筑行政主管部门验收合格，服务场所内应配备必要的消防设备并保证它们一直处于良好的状态。

2. 安全保障义务人提供的服务应当安全并有必要的安全防范措施

安全保障义务人提供的服务由于可能产生或持续针对相对人的人身或财

产的危险,因此其服务内容和过程应当承担对相对人的保护和关照义务,对于可能产生或持续的危险应当采取必要的安全防范措施,以防范这种危险带来的现实损害后果。

3. 安全保障义务人提供的产品应当保证安全

产品的生产者和销售者应该对可能接触到该产品的社会公众承担保护和关照义务。为充分保护消费群体的利益,产品责任已经发展成为一项类型化了的特殊侵权行为,一旦因产品危险致人损害,一律适用严格责任。

4. 安全保障义务人应防范、制止第三人对其相对人的侵害

安全保障义务人应当合理注意来自第三人的侵害,保护和关照相对人的人身和财产安全。为此,安全保障义务人应当配备必要的安保人员和采取有效的安保措施,并应恪尽职守,认真负责,积极履行保护义务。

5. 从事特定活动的安全保障义务人应当在活动场所内配备专门人员

某些特定活动的服务场所如游泳场馆等必须配备一定数量的救生员,且所配备的专业人员应具有相应的从业资格。如果缺乏统一的从业资格认定标准,则所配备人员应具有相应的技术能力。如未能配备专业人员或配备数量不足,由此造成对相对人的损害,则义务人应负民事责任。

6. 对活动场所内可能出现的各种危险情况应有相应的预警、防范措施

安全保障义务人应该在其所使用、控制的场所,以告示等形式履行对不安全因素的提示、说明、劝告、协助义务。对某些具有一定危险性的产品和服务应该进行技术革新,尽量把危险控制在最小的范围内。对突发性危险,义务人应该及时告知相对人。相对人出现疾病、分娩、被第三人不法侵害等紧急情况,义务人应该及时采取紧急措施。对正遭受不法侵害的相对人,义务人应该及时制止,制止无效的应该及时报告公安机关。

二、学校未尽安全保障义务的认定

学校安全保障义务的确立有其道德的和经济的合理性,然而学校的这一义务必须控制在合理的限度内。近年来社会各方面对学校安全保障义务的要求越来越高、范围越来越广,司法基于对受害人特别保护的也对学校提出了较重的注意和保护要求,这些变化在促进了学校安全环境建设的同时也使学校的办学负担大大加重,甚至影响了学校正常教育教学活动的开展。因

此，在确立学校对其学生的安全保障义务时必须考虑学校处理危险情形的能力，必须重视保护学校的合法权益，必须有利于学校教育功能的发挥和全体学生的发展。认定行为人是否尽到安全保障义务的一个重要前提就是规定安全保障义务的边界，以此为依据才能对行为人是否尽到安全保障义务作出准确的判断。

（一）未尽安全保障义务的定义

未尽安全保障义务是指依照法律规定或者约定对他人负有安全保障义务的人，未能尽到该义务。然而并不是任何未尽安全保障义务的行为都会构成侵权，也不是任何损害都会获得法律上的补偿，只有因行为人的过失造成他人人身或财产损害的，才构成过失侵权，行为人才应为此承担损害赔偿责任。依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件若干问题的解释》第6条的规定，安全保障义务是有合理限度的，这一合理限度应以有效保护受害人的安全为原则，同时也要考虑安全保障义务人作出安全保障义务行为的可能性。由此可见，在一项未尽安全保障义务的过失之诉中，只有未尽合理限度安全保障义务的行为，才构成过失，才有可能承担过失侵权责任。在这里，所谓安全保障义务的合理限度具体表现为如下几个方面。

1. 危险具有能预见性

在判断行为人是否尽到安全保障义务时，行为人能否预见自己的行为对他人的危险性是一个重要的条件。对危险的能预见性是判断行为人履行法定义务的重要尺度，是对普通人所要求的能够感知潜在危险的范围的衡量准则。危险的能预见性越明显，行为人就越有防止损害发生的条件，其所承担的安全保障义务就越重；反之，损害结果越不可预见，行为人防止损害发生的可能性就越小，其所承担的安全保障义务就越轻。对危险的能预见性也是判断学校是否疏于安全保障义务的一个重要尺度。根据过错责任的要求，只要学校尽到了应有的合理、谨慎的注意义务，即使发生了损害后果，也不能要求其承担责任，其目的就是为了引导人们行为的合理性。

怎样认定危险的能预见性，理论上有两种标准。主观标准强调从行为人的角度来判定在特定环境下能否认识到危险的存在，是一种以医学、心理学为前提的衡量标准。而客观标准是指通常所说的一般标准或专业标准，从这些先置的标准出发，判定行为人从客观上应否预见到其行为可能损害他人，

因此与行为人的具体认知无关。其中一般标准即“理性人”标准，这是一种理想化和标准化的假设，是法律对从事社会活动的所有人的一般性抽象，即具有法律所期望的一般人应有的谨慎和理性。如果行为人是具有特殊技能的专业人员，如医生、律师、会计师等，那么，判断其行为的标准就应当适用涉及专业人士的专业标准。这一标准比一般人的行为标准要高。特定行业的行为人在符合一般人标准的基础上还应符合该行业的专业行为标准、习惯和做法，才不会被认为有过失。

2. 能预见的危险具有可避免性

危险的能预见性并非是一个孤立的标准，行为人对其所作行为应否承担责任应当以这一危险是否同时具备能预见性与可避免性为前提。这就是说，如果行为人对于损害结果的发生没有预见的可能性，或者没有能力对损害的发生采取有效的预防措施，则意味着超出了安全保障义务的合理限度。因此，只有在具备安全保障能力的前提下，不发挥或者不充分发挥自己的主观能动性，不履行或者不充分履行自己的安全保障义务，由此造成的损害结果，行为人才应当承担相应的责任。

具体地说，能预见性与可避免性之间会有多种情况，即（1）能预见且可避免，如学校校舍、场地、其他公共设施，以及学校提供给学生使用的学具、教育教学和生活设施、设备等应当符合国家规定的标准，排除明显不安全的因素；（2）能预见但不可避免，如学生在对抗性或者具有风险性的体育竞赛活动中发生的意外伤害；（3）不能预见且不可避免，如因地震、雷击、台风、洪水等不可抗的自然因素造成的学生伤害事故等。在上述三种假设的情况中，只有第一种情况同时具备了能预见性和可避免性，因而应当承担安全保障义务。而在后两种情况下，如义务人的行为并无不当的，则不应承担责任。

3. 义务人与受害人的身份具有特定性

未尽安全保障义务的义务主体是经营活动和其他社会活动的组织者，相对的权利主体则是进入义务人实施经营活动或者其他社会活动而使用或控制的场所之中的相对人。由于相对人的进入，义务人对相对人产生安全保障义务。因此，未尽安全保障义务的行为人必须是负有该项义务的义务人，而其所实施的侵权行为，指向的必须是进入其使用或控制的场所的相对人。最高法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对经营活动主体采取了部分列举的方法，除此之外，还应包括车站、公共浴室、银行、邮电、通信部门的经营场所、体育馆（场）向公众开放的场所等一切经营活动

的经营者。对于从事其他社会活动的主体，该司法解释并未进行列举，一般认为应包括如公园、展览馆、学校、医院等公益性机构。所有这些安全保障义务人，其安全保障行为是否合理，与其身份有直接关系。在判断安全保障义务人所承担义务的合理限度时，应当从履行安全保障义务人是否获益、获益多少以及安全保障义务人的专业程度等方面进行综合判断，以此区分出不同安全保障义务人的不同行为限度。总之，只有根据安全保障义务人的身份，并依据受安全保障义务保护的不同对象，具体情况具体分析，才有可能对其义务的合理限度作出客观、公正的判断。

（二）学校安全保障义务的合理限度

由于中小学校的学生一般都是未成年人，他们对自己的行为结果缺乏足够的判断和预见能力，因此中小学校在教育、管理和保护学生方面承担着较高的安全保障义务。我国《未成年人保护法》等法律对学校对未成年学生的教育、管理和保护职责作出了明确的规定，这些规定是学校安全保障义务的法律依据。然而法律不能强人所难，法律规定的义务应止于人们能够承受的范围之内，为此法律制度的设计应当充分考虑不同当事人的利益，使之达到适度平衡。就学校的安全保障义务而言，法律既要立足于儿童利益的最大化，把对未成年学生人身安全的保护放在重要的位置上，但同时又不片面地、过分地强调学生利益，而置学校利益于不顾。只有把安全保障义务的标准规定得尽可能明确，学校教育教学活动的空间才能确定，教师才能获得宽松自由的工作环境，学校才能更好地实现育人的功能。

1. 学校安全保障义务合理性的基本标准

具体地说，确立学校安全保障义务的合理性主要依据以下标准：

（1）经营者和非经营者标准

经营者应当比非经营者承担更多、更重的安全保障义务。获益越多，应当承受的风险也越高，所应承担的安全保障义务也就越重。中小学校是不以营利为目的的公益性机构，因此其所承担的安全保障义务应当与其他社会组织，特别是企业组织有所区别，而与当前社会的经济发展水平相适应，否则就有可能影响学校功能的发挥和教育公益性事业的发展。

（2）专业机构与非专业机构标准

学校作为专业从事教育活动的机构应当承担比非专业机构更多、更重的