

# 论教育法学研究的困境与出路<sup>\*</sup>

周 彬

【摘 要】当下教育法学研究多少有点迷茫，在看重对教育法律法规进行解读与对教育法进行国际比较的同时，既没有对教育法律实践给予应有的关注，也没有致力于教育法学原理与学说的建构。通过对法学研究中自然法研究、比较法研究与案例法研究的介绍与评析，力图在教育法学研究路径的选择上，建构以案例法研究为主导、辅以自然法研究与比较法研究的教育法学研究体系。

【关键词】教育法学 自然法学 比较法学 案例法学 生成性研究

【作 者】周彬，华东师范大学教育学系副教授、博士

教育法律是教育系统规范发展的经验沉淀，教育司法是教育者与受教育者权利与义务的实践与保障，教育法学则是教育立法与教育司法成熟度的体现与保障。在教育环境变得越来越复杂、教育结构越来越精细的今天，如何通过教育立法来总结与实践教育系统规范发展的规律与经验、如何通过教育法来界定与保障教育者与受教育者的法律权利，已经成为教育法律部门乃至整个教育系统亟待解决的课题。与教育法律功能的重要性和规范发展的紧迫性相比，我国教育法学研究的现状无法让我们感到乐观，既看不到教育法学研究的系统性，也看不到教育法学研究的规范性，甚至可以说，教育法学研究的贫乏与杂乱，是当前教育法律处于“软法”的地位、在执行过程中显得茫然与无力的重要原因。基于这样的事实，笔者拟对教育法学研究的路径进行分析，力求在理性分析的基础上寻找到适合我国教育法学研究与教育法律部门建设的可行路径。

## 一、当下教育法学研究的困境与反省

随着教育人员及相关人员在数量上的增长，随着教育结构的细化与教育环境的复杂化，如何对教育系统进行规范化管理虽早已提到了议事日程但却难以找到令人满意的答案，而这正是教育

法学研究应完成的任务。相比其它教育学科及其分支学科来说，我国教育法学研究还只是一个新生婴儿，尽管在近十年来，经过教育法学和热心教育法学研究的学者们的努力，在教育法学基本理论研究、教育法学的比较研究和教育法学案例研究等方面也取得了一定的成绩，为我国教育法律部门的建设和教育法律的系统建构奠定了理论基础。但这些成绩远不能满足教育立法与教育司法实践对教育法律理论的诉求，对教育法学研究还需要加强，还很有必要对教育法学研究自身进行反思与优化，以期能够在更短的时间内让教育法学起到对教育实践应有的理论指导功能。但事实上我们对教育法学研究过程的反思还相当欠缺。反思近十年来教育法学研究的历史，可以捕捉到当下教育法学研究的以下特征，它们既是值得深刻反思的地方，也是未来教育法学研究的出发点与难点所在。

1、重教育法律法规内容的解释但轻教育法律系统的反思与检讨。

法律法规需要严肃性，因此要求法律法规的语意保持高度一致性。面对复杂的教育环境与多变的教育事件，需要对已经具有法律效力的教育法律法规进行一致性解释，以此达到既对教育事件进行规范管理、又维护教育法律法规内在一致

<sup>\*</sup> 本文系华东师范大学“985工程”当代中国基础教育发展创新基地资助项目的阶段性研究成果。

性与严肃性的作用。这种对法律法规严肃性的维护,使得当下教育法学研究往往停留在对现有教育法律法规内容的解释上,着重于寻找抽象的教育法律法规文本如何应用于活生生的教育法律实践的方法<sup>①</sup>,这种解释性研究虽然有着教育法律法规执行与理解上的实效性,但却对教育法律法规自身的完善与检讨缺乏指导力。在法学上,对法律法规的解释包括立法解释、司法解释与学理解释,立法解释与司法解释都具有法律效力,但学理解释只是有利于公民理解法律法规的内容,并不具有法律效力。但学理解释在学术上具有远较立法解释与司法解释更为重要的学术地位,因为通过学理解释可以直接将法律法规文本与具体教育法律实践相结合,找到法律法规文本与教育法律实践问题的距离,为法律法规自身的发展与优化奠定理论基础。需要强调的是,仅仅对教育法律法规文本进行文字解释并不等同于学理解释,也难以起到学理解释应该承担的学术功能。

### 2、重逻辑推导但轻案例分析与实践研究。

理论来自实践,也只有来自实践的理论才可能解释与预测实践。我国教育法学与其它教育学的分支学科以及和其它法律学分支学科相比,都显得稚嫩,这种稚嫩不仅体现在理论建树上,还体现在教育法律实践本身的不成熟,甚至可以说正是教育法律实践的不成熟产生了根本的影响。教育法律实践的不成熟使得教育法学研究者倾向于研究教育法学基本概念的逻辑推导,从而使得研究本身又远离于教育法律实践,很少对教育法律实践与教育法律案例进行学术分析与实践研究。对教育法学基本概念与理论基础进行分析是教育法学走向成熟所需要的,但基本概念与基础理论应该来自于教育法律实践,至少也应与教育法律实践相贴切。因此,无论是从教育法学理论的成熟还是教育法律实践的规范为出发点,关注教育法律实践中的事件与案例,都应该是当前教育法学研究的主要方向。这种教育法学研究放弃不成熟的教育法律实践,教育法律实践得不到教育法学理论的支撑又更显不成熟的恶性循环,应该在教育法学理论研究回归实践过程中被终止。

### 3、重国际比较分析但轻本国教育法律的生

成性研究。

我国教育法学研究的稚嫩与教育法律实践的复杂,使得我们不得不睁眼看世界,求助于其它国家的教育法学研究成果,以期通过彼此教育法律文本及教育司法策略的比较,来寻找解决本国教育法律问题的捷径。教育法学的比较研究,对于我国教育法学的建构与教育法律部门的建设的的确有很大的借鉴和启示意义,尤其是通过对教育法学研究比较成熟、国民教育法律意识较强国家的教育法学研究成果的吸收,对于我国教育法学体系的建构,对于教育法律实践问题的解决很有帮助。但教育法律法规是本国教育管理经验和传统的沉淀,它与本国的教育实践、立法体制、司法体系以及国民教育法律体系有着紧密的联系,使得教育法学相比其它学科,应更注重教育法学的研究过程的生成性与研究成果的实效性,这不仅仅关涉到国家教育主权的问题,更关涉到教育法律的本土化与科学性的问题,关涉到教育法律指导与规范教育实践的实效性问题。

教育法学是法学研究的一个新兴领域,遵循法学研究的基本模式与关注自身研究的路径选择,是教育法学走向规范与成熟的必经之路。本文力图通过对法学研究路径的介绍与评析,来认识与推进教育法学研究,为教育法学研究路径的选择提供素材及建议。

## 二、教育法学研究的路径分析

### 1、自然法学:教育法学研究的理论起点。

自然法既不是系统的法律部门,也不是一门具体的法律规范,而是一种法学研究范式的概称。自然法学有着悠久的历史,也经历了古典自然法学向新自然法学的转变。但不论古典自然法学还是新自然法学,都认为世界可分为实然的世界与应然的世界,“相应地有一个规范实然世界的实证法和一个规范应然世界的自然法;实证法出自人为,故是变动不羁的;超验的自然法显得具有永恒绝对的公理性,因之自然法高于实证法,且是实证法的渊源,实证法也就要服从自然法。自然法试图说服人们,只有遵循上述原理,才能获得世俗的正直或正义的生活”<sup>②</sup>。尽管不同学者对“自然法”本身有

着不同的理解，但他们对“自然法学”有着基本一致的立场，即自然法学“意味着由自然，也就是说由人的本性、由社会的本性、以及甚至由物的本性中，可演绎出某些法则，这些法则可供一个整体而言对人类行为举止适切的规定。……自然被理解为一位立法者、至高无上的立法者”。<sup>③</sup>自然法得到认可并予以直接应用的案例，是对德国纳粹政权战犯的审查，战犯们都以自己过去的行为对当时实施的法律来说并不是非法的，并希望以此来推脱自己的战争责任。“当时对这种申辩的回答是：这些人所根据的法律是违反基本道德原则的，因而是无效的。”<sup>④</sup>由此可见，自然法学的研究，并不是研究当下实施的实在法，而是研究实在法所依据的价值基础，包括实在法所赖以存在的正义、平等、自由、安全、共同幸福等基本价值理念。自然法学的研究成果，既是对实在法进行判断与反思的依据与理论基础，也是实在法的立法依据与理论基础。

在当下的教育法学研究中，采用自然法学的研究路径，就要求我们必须超越当前实施与执行的教育法律法规（也可称为教育实在法），透过教育法律法规文本来审视它们所赖以存在的价值基础，从而对当下的教育法律法规本身进行理性的批判，为以后的教育立法奠定理论基础。相对特定的部门法来说，自然法学的研究路径更依赖该部门法所在部门的内在价值理念与科学规律，因为部门法的正义与否与部门内部利益分配原则与行为正当性原则有着直接的关系。对于教育法学来说，如果采用自然法学的研究路径，就要求我们去洞悉教育法所依据的价值基础，而教育法学的价值基础又主要体现在教育法的正义性与平等性上。比如在劳凯声教授主编的《变革社会中的教育权与受教育权：教育法学基本问题研究》中，曾用专章来研究“当代我国教育法制建设的价值原则”，他提出正义是教育法制建设最基本的价值选择，而正义的原则又集中体现为以人为本、教育平等、效益优化、多样性和选择性等五个具体的价值原则<sup>⑤</sup>。对我国教育法制建设价值原则的研究，既是对我国教育法制建设过程的批判与反思，又为我国教育法制建设的完善奠定了理论基础，这就是自然法学研究路径的范例。

但教育法学在自然法学路径上的分析，并不

等同于教育伦理学或教育价值学的研究，尽管两者有着相同的研究手段与研究对象，但两者在研究重点与研究目的上有着根本性的差异。教育法学在自然法学路径上的研究与分析，是从对教育立法与教育法律进行批判的角度来审视教育法律主体间法律关系的伦理与价值基础，分析的目的是解决教育法律关系的正当性与可行性问题。教育伦理学或教育价值学是从教育活动过程的内在价值出发，来分析教育主体价值判断的正当性，它的目的是如何尊重教育主体的选择。正是由于两者在研究视角与研究目的上的差异，使得他们在学科上有所区别。因此，在教育伦理上合理的行为，并不必然是符合教育法律规范的；同样，符合教育法律规范的行为，也并不一定符合教育伦理。我们并不能想当然地认为，对教育法学在自然法学路径上的分析是多余的，它可以直接沿袭教育伦理学或教育价值学的研究系统，可以借鉴教育伦理学或教育价值学的研究成果。从以上分析可知，如果直接用教育伦理学或教育价值学来替代教育法学在自然法学上的路径分析，完全是对教育法学研究的误读与误导。

## 2、比较法学：教育法学研究的捷径。

比较法学并不是一个部门法，而是一种法律研究的方法。简单说来，比较法就是对不同国家与地区法律的比较研究，比如英国法与中国法的比较、中国法与美国法的比较等等。比较法学的价值主要体现在以下三个方面：第一，比较立法是国家立法的参照物与科学保障。立法过程是一个创造的过程，但对于具有强制性、统一性与权威性的法律来说，创造与生成法律的责任太大、风险太大，它要求我们借鉴其它国家已经成熟的立法，这样一则可以保证立法的科学性，二则可以保证立法与其它国家法律的协调。第二，比较司法是执行国家法律的策略保障。如何保证法律文本能够进入司法过程，保证法律文本能够对人民的法律行为进行规范，借鉴别国成熟的司法经验，可以减少司法过程中的试误成本，也是保证国家法律在司法过程中权威性的重要手段。第三，比较法学可以减少与协调不同国家与地区间的法律冲突。尽管跨越不同国家与地区的经济共同体在不断涌现，但法律是一个国家主权的象征，是国民基本权利的保障，它必然要求有主权上的

独立性与差异性。为了减少与协调不同国家与地区间的法律间的冲突,比较法学起着至关重要的作用。对教育法学来说,我国教育法还处在起步阶段,通过对不同国家教育法的比较,无论在教育立法还是教育司法上,都有着重要的借鉴意义。

根据功能与形式的不同,比较法学有不同的分类。第一种是宏观比较与微观比较,宏观比较指对国家法律体制进行比较,微观比较是指对具体法律问题的比较,我们往往把教育法的国际比较简化为微观比较,缺少对各国教育法律体制与教育法律背景的宏观比较。第二种是功能比较与概念比较,功能比较是指对解决同样问题与起到同样功能的法律进行比较,如对各国法律如何解决义务教育问题的方法与途径进行比较、对各国法律如何解决教育公平问题的方法与途径进行比较都属于功能比较;概念比较又称作知识比较,是指对法律的规则、概念与形式的比较,如对各国《教育法》运用的基本概念与立法原则进行比较。这种比较方式在我国被广泛接受,但在国际法学研究中却被认为是一种形式上的比较,远没有功能比较那么具有实效性。功能比较被认为是以问题为本的比较,问题是大家共同的,是超越于法律文本而存在的;概念比较被认为是一种法律原则与风格的形式比较,各国历史与文化传统不同,使得原则与立法风格并不具有可比性。第三种是静态比较与动态比较,静态比较是指对当前各国实施的法律进行比较,动态比较是对各国法律的历史变迁过程进行比较。静态比较易于进行,但由于各国经济与社会发达程度不一样,这种直接就法律文本间的比较意义不大;拿我们国家的义务教育法与日本当前的义务教育法进行文本比较,尽管可以在形式与内容上有所借鉴,但两部法律的社会基础与经济基础有很大差异,日本的经济基础足以支撑免费的义务教育,而我国经济基础还不能对免费义务教育予以保证。而动态比较则可以拿我国与日本在与我们当前经济基础相近时期所采纳的义务教育法进行比较,这样可以避免静态比较面临的尴尬。

比较法学是一种成熟的法学研究方法,它有着相对规范的研究步骤,下面我们结合教育法学自身的特点,来介绍比较法学的研究过程。意大利法学家卡佩拉蒂将比较法学分为六个步骤。第

一个步骤是对两个或者两个以上国家法律面临的共同问题进行比较,找到共同问题是比较法学的起点。比如我们要比较各国的教育法,就不能简单地把各国的教育法律文本拿来比较,而是首先要确定我们为什么要比较,也就是我们与他们面临着什么共同法律问题需要解决。第二个步骤是寻找到各自不同的法律解决办法,如各国在解决义务教育问题上,这些国家是采用法律手段、政治手段、经济手段还是教育方法;如果是法律手段,采取的是民事的、刑事的还是行政的;如果是民事的,采取的是免费的方法还是成本分担的方法。第三个步骤是为同一问题采取不同解决方法寻找理由,比如免费义务教育是由于国民重视呢还是由于国家经济基础雄厚。第四个步骤就是对不同国家采用的方法与手段,以及采用这些方法与手段的理由进行比较,尤其是就本国的情况与他国进行两两直接对比。第五个步骤是对各国解决共同法律问题的方法以及方法选择依据进行比较评价,力求在各国法律客观比较的基础上,寻找到比较好的共同面临的法律问题的解决方法。第六个步骤就是对本国的立法与法律修订进行预测或提出意见,并对本国法学理论研究提供素材与建议。

比较法学是法律部门走向成熟的捷径,对于我国处于稚嫩期的教育法律部门来说,借鉴别国成熟教育法律问题的解决方法与策略,对他国教育法律部门建设过程的学习与批判,是促进我国教育法律部门走向成熟的捷径。但对教育法进行比较研究时,既要关注微观的教育法律问题,也要结合宏观的国家法制环境与法律体制;在对教育法律进行概念比较的同时,要侧重对教育法律进行功能比较。要力求避免单纯教育法律文本的比较与照抄,更要避免断章取义式的教育法律比较,这样的比较结果不是引导而是对我国教育立法与司法的误导。

### 3、案例法学:教育法学研究的根基。

案例研究与案例教学几乎成了法学研究与法学教育的代名词,由此可见案例对于法学研究与法学教育的重要性。在法学研究的历史演变过程中,案例法学在法学发展的不同阶段具有不同功能,但总体而言案例法学的重要性在不断增长。在法学发展过程中,案例法学曾发挥过三种功

能：第一，案例研究作为阐述法学原理与学说的基本方法。哈佛大学法学院的首任院长兰格德尔（C.C.Langdell）是在大学中将“案例分析”视为法学专业教育核心方法的第一人。但“他所主张的案例分析旨在法学教育的科学化，意味着把判例作为素材，系统地教授法学的原理与学说的方法。事实上，他所说的案例（case）是以法学原理与学说得到最清晰的体现的法庭陈述与辨认为中心加以选择的，这种‘科学’意味着从判例资料的历史性研究所抽出的原理与法则。而案例分析的演习场所，不是法律问题派生的现场，而是把多数判例作为历史资料收集起来的大学图书馆。”<sup>⑥</sup>在这一阶段，法学原理与学说仍然是先验的，甚至可以说，法学原理与学说仍然来自于“自然法”，并接受“自然法”的评判；案例研究只是作为传播这些先验的法学原理与学说的手段而存在。第二，案例研究作为法学原理与司法准则的产生来源。当社会发展越来越系统时，社会关系也就发展得越来越复杂，一方面先验的法学原理与学说无法面对与处理新生的法律关系与法律问题，另一方面先验的法学原理与学说的适用性也受到了人们的质疑。两方面的夹击使得法学研究必须重新寻找到既实用又乐于为人们所接受的法学原理与司法准则，此时最贴近法律实践的案例研究起着至关重要的作用。案例来自实践，利用案例法学的研究成果来解释当前教育法律实践问题是最佳选择。同时，案例作为过去的判例，是被人们已经接受的法律实践，利用案例法学的研究成果，可以与公民对法律判断的预期目标保持一致，达到提高这些成果的可接受度，因此案例法学无论在实用性上还是在可接受度上，是帮助法学原理走出窘境有功之臣。第三，判例法的出现赋予了案例以立法的功能，案例法得以产生。在法学中，有着大陆法系与英美法系的分野，大陆法系追求法律的法典化，以成文法为唯一依据，判例并不具有法律效力；但在英美法系中，案例具有法律效力，法官具有司法立法化的功能。因此，在英美法系中，案例研究等同于法律研究，它既是对作为规范性文件的法律研究，也是作为对法学原理与法学原则的法学研究，案例研究的功能在英美法系中达到了顶峰，也成为各国法学研究的学习楷模。

从案例在法学研究中地位的嬗变，我们易于发现案例研究相对于其它研究路径，具有两大特有的功能，一是案例法学的研究成果由于来自于实践而更易于指导与阐释实践，二是案例已为人们所认可，对案例法学的研究成果更易被人们所接受，从案例法学中诞生研究成果更尊重人民的意见，也与人们对法律的心理预期保持一致。相比我国教育法学研究，案例研究的重要性远没有受到应有的重视，当前教育法学研究中，案例的功能还停留在第一个阶段，甚至连第一个阶段的功能都没有得到充分的发挥。由于我国教育法学研究起步较晚，教育司法实践更晚而且更不成熟，导致成熟的教育法案例十分稀缺。正是由于成熟教育法案例的缺位，使得当前教育法学研究更多停留在教育法学原则与学说的先验论证上，停留在对现有法律法规内容的解释上，无法结合当下教育法律实践对现有教育法律内容进行反思与批判，无法将先验的法学原理与抽象的法律法规内容与复杂而又具体的教育实践相联系。此外，正是由于教育法案例的稀缺，使得大家对教育法律部门的地位都感到怀疑（在缺少先例的情况下，谁也不愿意去冒教育法律部门建构与教育法律实践的风险），更别说相信先验的教育法学原理与抽象的教育法律法规内容能够解决自己面临的教育法律问题了。由于没有先例可循，大家在解决教育法律问题时，仍然乐于采用传统的问题解决方式，要么诉求于行政手段，要么诉求于道德手段，要么诉求于其它部门法律，在这种情况下，教育法律部门地位的讨论成为了热门的话题<sup>⑦</sup>，但讨论的热度并不等同于问题解决的程度。

在近几年的研究中，对教育法案例的研究成果也不少，如张维平教授主编的《中小学校学用法案例评析》和吴志宏教授主编的《中小學生伤亡事故处理案例》<sup>⑧</sup>，都是当前教育法学研究中采用案例研究的代表作。另外，散布在各种杂志尤其是新近的《中国教师报》上的各种教育法律案例的分析与研究也不少。这些案例分析与研究也代表了我国教育法学研究的一种趋势。但目前的案例研究在以下两个方面还有待完善：一是案例研究所选案例要具有代表性与完整性，而不是教育法律故事的简单演绎。案例的代表性，是指这类案例能够代表教育法律实践的问题取向，

它的处理方式具有预测性与普遍性,比如最近重庆某法院判决教师对自己所写教案不具有知识产权,这个案例就具有代表性,因为这个案例的判决是教师教案的第一例,其对于全国教师与自己教案的法律关系有着指导意义。案例的完整性,是指用于案例研究的案例应该有法院的判决,因为这样才能够给读者一个确定的意义。目前教育法案例研究的软肋就在于此,学者往往按自己的理解来应用教育法律法规分析教育法律事件,这有一定的学术价值,但作为案例研究还是缺少科学性 with 权威性。而且法律对公民法律行为的引导功能得不到体现,公民从案例分析中也得不到对法律判断的确定性预期。二是案例研究的理论素养与理论价值还有待提高。尤其是从案例中洞察与发现教育法学原理与学说的功能,还没有得到充分的体现。比如我们对教育机构是否应该营利的讨论,仍然停留在如何解释现有教育法律法规,但对于教育机构为什么不应该营利或者为什么应该营利却很少论及。案例研究的重点不在于解释案例,而在于超越案例所提供的事实,总结出案例事实背后的法学原则与应用价值。

#### 4、走向生成性教育法学研究路径。

要论及教育法的地位,怎么说也不为过,因为它既规定着宏观教育体制的架构,也规范着微观的教育主体的教育行为。在教育实践中,不论是宏观的教育发展,还是微观的教育行为,都接受着并反映着教育法的影响。在教育环境走向复杂化与结构化的今天,教育法学研究成熟度越来越难以支撑教育法功能的重要性,甚至可以说,提高教育法学研究成熟度的必要性已经强于完善教育法律法规本身。在当下教育法学研究过程中,教育法学研究者在不同的研究路径上勤奋而又不懈地努力着,他们要么诉求于先验的自然法学研究,要么求助于其它成熟国家教育法学的比较法研究。事实上,自然法学研究与比较法学研究也的确是教育法学研究的重要手段,教育法学研究在自然法学路径上的努力,为教育法学的建构奠定了理论基础与理论自信;教育法学研究在比较法学路径上的努力,为教育法学的发展寻找找到强力帮助与发展捷径,也为本国教育法律部门的建构寻找到了参照物与咨询对象。但是,不管

教育法学在理论上的建构多么完善,教育法学从比较研究中获得多大帮助,它们都不可能代替本国教育法律实践对教育法学的孕育功能。因此,尽管我们对教育法学研究在自然法学与比较法学路径上寄托了不小的希望,但教育法学是否能够自我成熟,根本的路径还是案例法学研究,因为它来自于教育法律实践,也才能真切地回归并指导教育法律实践。□

注释:

①这从近十年出版的教育法学教材中可以得到印证(比如国家教委师范教育司.教育法导读[M].北京:北京师范大学出版社,1996;游正伦.教育法学[M].成都:四川人民出版社,1996;黄崑、胡劲松.教育法学概论[M].广州:广东高等教育出版社,1999),尽管大家都力求在教育法学理论上有所建树,但最后还是教育法律法规的解释占了主导。

②郑永流.自然法:一个绝代佳人[DB/OL].  
<http://www.law-dimension.com>, 2008-6.

③Wolf Rosenbaum. Naturrecht und positives Recht [M]. Neuwied und Darmstadt, 1972. 150.

④哈特.实证主义和法律与道德之分[J].哈佛法律评论,1958(171):618.

⑤劳凯声.变革社会中的教育权与受教育权:教育法学基本问题研究[M].北京:教育科学出版社,2003.

⑥[日]佐藤学著.课程与教师[M].钟启泉译.北京:教育科学出版社,2003.276.

⑦就教育法律部门地位讨论可见李晓燕.教育法规地位研究中的几个理论问题[J].教育研究,1998(7);周卫勇.也谈教育法的地位[J].教育研究,1997(7);高如峰.国外教育法制与我国教育法制建设[J].教育研究,1998(3);褚宏启.关于教育法地位的法理学分析[J].教育研究,2000(4);周彬.论“教育法律部门”可以缓称[J].教育研究,2000(4).

⑧分别见张维平主编.中小学校学用法案例分析报告[M].沈阳:辽宁大学出版社,1996;杨安定、吴志宏.中小学生学习事故案例[M].上海:上海教育出版社,1998.

(责任编辑 王敬红)