

流动儿童受义务教育权的实现及司法救济

——兼论超法规路径的行政诉讼变革

韩世强

(浙江纺织服装学院, 浙江 宁波 315211)

摘要 义务教育,是现代社会赋予每个人的一项基本权利,于任何情况下都不容许被剥夺。目前,我国流动儿童接受义务教育的情况不容乐观,对新修订《义务教育法》实施乏力使流动儿童的平等受义务教育权面临被“虚置化”风险。如何从司法诉讼角度为流动儿童公平接受义务教育提供救济保障,已经成为刻不容缓的任务。立足客观实际,避免传统诉讼壁垒,在行政诉讼领域确立“行政给付诉讼”不妨可以作为一种新的司法尝试。

关键词 流动儿童;受义务教育权;损害;救济

近年来,流动儿童接受义务教育问题引起了各界广泛关注,并日趋成为社会发展的一个焦点和难点。从立法层面看,2006 年新修订颁布的《中华人民共和国义务教育法》明确规定,国家对流动儿童实施义务教育,与居住地儿童享受同等的“国民待遇”,流动儿童的义务教育由流入地政府负责。新《义务教育法》让我们可喜地看到,流动儿童的义务教育终于在法律保障层面有所进步,特别是“国民待遇”和“流入地政府责任”的法律定性,使多年来一直处于“边缘人群”的流动儿童看到了在同一片蓝天下公平享受国家教育资源的期望。但同时又令人十分遗憾的是,新《义务教育法》实施两年来,累见笔端的却常常是“入学条件上遭遇非公正对待”、“难以平等享用公办教育资源”、“民工子女学校成了新的歧视和不平等的源头”等实然性不公。^①可见,流动儿童接受义务教育的路途并非就此坦途无阻,实践中的“事实不公”现象还相当突出。公平接受义务教育是现代社会赋予每位公民的一项基本人权,“不公”背后必然潜伏着可怕的社会矛盾与下一代人的生存危机。由此,对导致这些“事实不公”的原因及其解决之道,仍然需要高度关注与深入研究。基于这种考虑,本文力图从实证分析入手,对义务教育的本质略做分析,然后进一步考察流动儿童接受义务教育客观困难的主要原因,在此基础上,重点探讨“立法不作为”致使流动儿童公平接受义务教育的权利损害应当如何救济。

一、报道引发的义务教育本质思考

2006 年 9 月 25 日新华社每日电讯报道:贺先生三年前从新疆来到银川务工,住在银川市一家公办小学附近,一开学,就立刻找到了这所学校教务处,为女儿报名。然而,学校给予贺先生的答复是:对前来报名的外来打工人员子女,学校将进行考试,优秀的学生可以留下来读书,而贺先生的女儿数学成绩差,因此不予录取。由此,小女儿到哪里上学的事情让贺先生很是犯愁,而学校客观上也是:“容量确实有限,只好采取考试择优录取的办法。”^②从报道陈述的内容足以看出,公办学校的“择优入校”实属无奈之举,那么,流动儿童接受义务教育的权利是否可以因为“资源瓶颈”被选择排斥在享用公共教育资源之外呢?

义务教育,英文表达为 compulsory education 或者 compulsory schooling,即“强制教育”。^③这里的“强制”包含两层意思:一是法律规定儿童的父母或监护人必须使儿童接受到义务教育;二是国家对儿童接受义务教育必须承担保障责任。从历史的视角考察,“义务教育”作为法律用语最初出现于德意志魏玛公国 1619 年颁布的《学校法令》,后来在 1717 年普鲁士王国制定的《普鲁士义务教育法》、1833 年英国议会通过的《工厂法》里得以相继延续,这一时段的义务教育主要是为了满足宗教运动需要,旨在于培植民众的“民族情绪”和“宗教信

仰”，是下层人民效忠上帝和国家应尽的义务。^①1919年《魏玛宪法》首创社会权利入宪法之先河，使受教育具有权利义务的双重性质，该宪法在《教育与学校》的权利法案中明确规定，“国家有义务通过免费和强制入学来保障受教育权”、“受国民小学教育为国民普遍义务”。20世纪以来，这种权利义务一体化的立法模式在“福利国家”理念和社会主义思潮背景影响下得到迅速传播，使“受教育成为社会与个人的共同要求，在法律上表现为权利义务的统—”。^②二战以后，一系列国际人权法对义务教育的性质予以新的定位，将接受义务教育视为儿童不可剥夺的权利，而提供、实施和保障儿童接受义务教育成为国家、学校和家庭的义务，不再把接受义务教育看做是儿童的法律义务^③，而是一种权利，权利义务观向权利观转变正在逐渐成为一种趋势，如日本1946年公布的《日本国宪法》和1947年根据新宪法精神制定的《教育基本法》和《学校教育法》，均类似地规定：“一切国民依据法律，都有按照其能力平等地接受教育的权利；保护者有使子女受普通教育的义务，义务教育是无偿的。”^④

在我国，现代使用的义务教育概念舶来于日本，传入之初有强迫教育、普及教育、普及义务教育、免费教育、国民教育、初等义务教育等名称，发展至今，其基本含义为：“根据国家法律规定对适龄儿童实施的一定年限的、普及的、强迫的、免费的学校教育。”^⑤对此，2006年新修订的《义务教育法》第二条作了类似规定：“国家实行九年义务教育制度。义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育，是国家必须予以保障的公益性事业。实施义务教育，不收学费、杂费。国家建立义务教育经费保障机制，保证义务教育制度实施。”

基于历史认识和各国立法实践，目前理论界一致公认义务教育具有三大特征：^⑥一是强制性。强制性是义务教育的一个重要特点，德、英、法、美、日等国先后颁布的关于义务教育方面的法令，都做出了类似规定：父母必须送一定年龄的子女入学，否则要对父母予以处罚。我国《义务教育法》第二条也规定：“义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育”。二是免费性。没有免费的教育就没有义务教育，没有义务教育就没有普及教育，这是世界各国的共同经验。免费是实行和普及义务教育的一项重要措施和手段，为世界大多数国家认同。三是基础性。在国家整体教育体系中，义务教育面临两个“基础”，首先是处于基础阶段，是为年轻一代的健康成长和顺利发展、为提高

国民素质和国家建设奠定基础；其次是传授基础知识，形成基本的思想观点、处事技能、行为规范等等。

通过对义务教育的历史演变和基本特征进行简单考察后，我们可以把义务教育的本质属性粗略地界定为：义务教育首先是社会赋予受教育者公平参与竞争、获取社会资源、谋求个人地位的权利和机会，同时更是国家、社会与家庭为保障受教育者权利实现和机会平等必须肩负的责任。首先，义务教育是权利。随着知识社会的到来，主动积极地接受义务教育被现代人越来越视为完善自身、追求幸福的重要途径，正如英国学者赫德逊（Douglas Hodgson）所说：“可以举出很好的理由来证明，适当的教育是公民更理智地行使政治权利与自由的前提”、“受过良好的教育的人民也许是保持民主结构与理念的前提条件”。^⑦因此，一定意义上讲，受义务教育权已经融入到人的自由权、生存权、发展权、学习权之中，^⑧于任何情况下都不容许被剥夺。根据我国宪法和国际人权法的规定，让所有适龄儿童公平地接受义务教育被法定化冠以“人之为人”的一项基本权利。^⑨其次，义务教育也是机会。义务教育的“基础性”特征告诉我们，对于受教育者特别是弱势群体来说，在改变人的社会地位、社会处境与生命生活质量方面，义务教育总是预示着各种各样奠基作用的机会，“教育权因其传授必需的技能知识、培养逻辑思维合理性分析能力而成为个人尊严和自尊的基础”。^⑩需要强调的是，国家作为保障机会均衡的责任主体，在制定和实施义务教育政策的过程中，就应当充分考虑诸如我国流动儿童这类弱势群体的机会平等，比如受教育机会获取权平等（即平等的入学和升学机会）、受教育条件的利用权平等（即对已有教育设施享有平等的利用权）、受教育的过程平等（即培养目标、课程、教学条件、师资等基本相同）、获得平等的评价权和免受一切歧视的权利等等。再次，义务教育更是责任。义务教育层面的“义务”，具有“强制”之意，“强制”的指向更多地是要求国家必须承担实现儿童受教育权的责任，即积极地依法设立并提供适合儿童接受义务教育的条件，诸如提供足够的义务教育经费，建立免费、公共的学校教育制度，采取全面实施义务教育和奖励、援助入学升学的措施，监督学校提供学习环境接受学生入学等等。如果国家、各级政府和公立学校未保障公民接受义务教育的权利或拒绝公民接受义务教育都构成违法。当然，“强制”也有家长必须送子女入学、儿童必须接受教育的责任成

分,但相对国家责任来说,这毕竟是居于第二位或者更次位的责任。

从上述分析即可发现,受义务教育权是一项绝对的权利,不受其他条件的影响。因此,当已有的教育设施额满时,国家也不能拒绝儿童或青少年对教育供给的需求,不得借财政困难、教育资源有限等任何理由推脱,更不能将责任转嫁给受教育者或社会其他成员,尤其不能放任自流,将责任推向市场或社会,政府应该予以绝对保障。就这个意义而言,案例中贺先生女儿“求学无门”之事实至少在结果是于理于法都不容的。那么,流动儿童接受义务教育“入学不能”或“待遇不公”的尴尬局面为什么还继续存在呢?到底是哪些因素造成这样的现象出现呢?

二、“流动性”困难与立法不作为分析

流动儿童接受义务教育之所以面临那么多困难,从背景关系上讲是缘起于流动儿童的“流动性”特征。但,“流动性”是社会发展的必然产物,我们只能迎接却无法拦阻。因此,对于流动儿童接受义务教育,作为一种社会演进过程的派生义务,理所当然应由国家来承担,这是现代政治国家的职责范围,即国家必须将已经出现的流动儿童群体纳入同等的公民保障体系中,为他们的生存、发展、接受教育、政治参与等作出合理的无任何歧视色彩的制度安排。只有坚持这样的逻辑前提,我们才能合理地处理流动儿童接受义务教育方面的问题。

就现象层面看,流动儿童因“流动性”带来的接受义务教育困难无论在“规模性”还是“持续性”上都不可小视。据2000年第五次人口普查统计,全国大约有流动儿童1410万人,据预测,到2015年将达到5800万人,在一些外来人口比较集中的大中城市,如上海,该比重甚至可能会上升到50%左右。^⑨随着流动儿童数量急剧增加和分布相对集中,流入地政府感觉到这项“新增事权”是个麻烦事情,难免在思想上、行动上对新《义务教育法》实施应付了事,无论财力方面还是行动方面都不予积极支持。如此一来,流动儿童公平接受义务教育的权利很难逃脱来自实践中体制性、制度性、财力性等层层障碍。比如,财力无从保障。由于我国义务教育财政分配是基于户籍人口的,城市里的各种国民待遇与户口捆绑在一起,流动儿童随父母迁徙到城市后,与原户籍地政府脱离了管理关系,而流入地财政教育拨款也不包括他们的教育费用,流动儿童平等接受义务教育权利无法保障。又如,程序安排

缺损。流动儿童群体作为社会性产物的弱势阶层,能否平等接受义务教育,不仅要有宣示性、原则性的宪法、教育基本法和义务教育法等实体法的权利确定,而且还需要有一套针对性的程序安排,例如:流动儿童接受义务教育应向谁提出申请?遭受学校“拒绝”后该怎么办?因各地设置的暂住证、就业劳动合同、工商营业执照、居住时间证明等条件不符合要求的流动儿童到哪里免费上学?由于公办学校接纳有限被迫就读民办学校的流动儿童如何落实义务教育相关政策……如此等等,都无法在新《义务教育法》里找到答案,这一系列程序性制度安排的缺失,使不少流动儿童仍然摆脱不了“上学无门”或“事实不公”的窘境,本文案例就是一证。再如,“问责制”模糊不清。根据新《义务教育法》第9条和第7章相关条款的规定,违反《义务教育法》的行政问责主体,既有同体问责,即是上、下级人民政府之间的问责,也有异体问责,即由外部机构或公民个人对责任人的问责。那么,作为外部机构或公民个人到底应当向谁问责?何种行为问何种责任?何种责任由何种人来承担?这些问题在新《义务教育法》里找不到答案。应该看到,对“问责制”起着关键作用的私人性异体问责路径予以模糊对待,往往使“问责制”难以真正奏效。

显然,流动儿童接受义务教育在新《义务教育法》实施背景下需要解决的困难永远不止列举内容,但从总体上讲,所有问题中,宪法、教育基本法和义务教育法等确认的流动儿童受义务教育权无法得到具体落实,即流动儿童受义务教育权的法律具体化未予有效解决,尤其需要引起高度重视。根据新《义务教育法》第12条第2款规定,“父母或者其他法定监护人在非户籍所在地工作或者居住的适龄儿童、少年,在其父母或者其他法定监护人工作或者居住地接受义务教育的,当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件。具体办法由省、自治区、直辖市规定。”这一款“具体办法由省、自治区、直辖市规定”的授权立法,事实上将流动儿童平等接受义务教育的命运置于按流入地政府“脸色”办事的前提下,或者即便流入地政府已竭尽全力接纳流动儿童但能力有限。所以,在保障流动儿童接受义务教育的基本法律还不太完善的情况下,仍通过“授权立法”将责任和管理重心“下移”到省、自治区、直辖市一级地方政府的做法值得好好反思。如果不加以合理矫正,很可能会使流动儿童接受义务教育回到被“互相推诿”的老路上。如前所述,流动儿童接受教育客观上占用了流入地的教育

资源,加重了当地财政负担,流入地政府基于自身利益考量或者因能力有限,往往缺乏提供此项公共服务的积极性,“授权立法”的拖延或者不作为在所难免,引发流动儿童接受义务教育在制度供给上的“实质性缺失”,^⑤直接导致流动儿童接受义务教育的渠道不畅。

地方政权机关拖延或者不作为“授权立法”,致使流动儿童接受义务教育的权利受损,此行为就是法理上通常讲的立法不作为。立法不作为现象在我国还未曾得到深入和全面研究,近年来通过台湾宪法学者的研究介绍,德国宪法委托理论及立法不作为的概念逐步被大陆学者接受。德国法上的立法不作为,称立法怠惰,是指依据宪法秩序,尤其是构成宪法秩序之基本原则,得以确认就特定事件,甚至某特定法律生活领域之全体,因欠缺实证法规范,致不能据之而为符合宪法秩序所要求之规范。根据实证法规范缺失的程度,立法不作为可分为完全立法不作为和部分立法不作为,前者又称绝对的立法不作为,是指某特定之立法行为根本未施行而发生的立法不作为现象。后者又称为相对的立法不作为,是指立法者以违反平等权的方式赋予特定一群人利益,而将特定另一群人排除在外。^⑥简言之,立法不作为就是指根据宪法或法律规定,对有关事项在适当时候有进行立法、修法及释法义务的立法主体,违反此种义务并在客观上造成特定损害的行为。

从立法实践看,我国的立法体制是“一元多层”,不同级别不同性质的立法主体都可能存在立法不作为的现象,大致表现为:第一、立法机关未在宪法明确规定的期限内对某事项进行立法的行为;第二、立法机关未根据宪法和法律的规定对某项现存的法律文件进行修改、废止或解释的行为;第三、中央立法机关对地方立法机关,或者较高级别立法机关对于较低级别立法机关的立法应该批准、备案而不予批准、备案的行为;第四、中央立法机关对于中央行政机关和地方行政机关的立法,以及较高级别行政机关对于较低级别立法机关和下级行政机关的立法应该批准、备案而不予批准、备案的行为;第五、地方立法机关未根据宪法和法律对某事项进行立法的行为;第六、行政机关未根据宪法和法律的规定对某事项进行行政立法的行为,即行政立法不作为。这六种情况中,“立法机关”即是指全国(中央)及地方各级人大,“行政机关”即是指享有行政法规制定权的国务院(中央)、享有行政规章制定权的国务院各部委、以及省级人民政府和较大的市

的人民政府。至于本文关注的《义务教育法》第12条第2款规定的对流动儿童接受义务教育之“授权立法”,违反此项义务所发生的立法不作为可以交叉存在于列举的第5、6两种情形之中。

从法理上讲,制定和发布法规、规章是各级地方政权机关有效维护社会秩序和保护民众合法权益的有效行为方式,现代法治社会的立法尤其是执行性立法应当主动、积极地进行。如果宪法与法律规定的人民权利,迟迟不能进行详细规定,不仅有违人民当家作主的宗旨,而且那些宪法和法律宣示了的权利也不能真正在现实中存在。因此,立法不作为是与现代民主政治和法治社会不相容的。具体到目前流动儿童接受义务教育遭遇的“授权立法”不作为,总体说来是一种下位法的立法不作为。籍此,有可能产生两大危害:一是权利限制。原有的关于流动儿童接受义务教育的地方法规或规章,是根据修改前的《义务教育法》及国务院颁布的实施细则,并结合各地情况制定的,姑且不说难以与国际人权法、宪法、教育基本法保持同步,就是与新《义务教育法》的“国民待遇”要求也无法对接,这样容易导致这些旧法继续构成对流动儿童公平接受义务教育的限制。如近年来各地对流动儿童就读公办学校普遍执行限制性政策,在缴纳“借读费”的同时还需要提供暂住证、就业劳动合同、工商营业执照、居住时间等。二是权利“虚置”。由于地方政府的立法不作为,可能出现某些权项仅仅有宪法、教育基本法和义务教育法原则性规定,具体如何落实的程序设定没有下位法对其进行规范,以致这些权项受到侵害时,一般人获求救济的障碍非常大,即事实上将流动儿童平等接受义务教育的权利推向“虚置化”境地。如上文所述的流动儿童免费接受义务教育的经费保障、平等入学的渠道与救济等权项。权利保障的法律真空一旦出现,往往就会给相关政府不积极履行职责或者超越职权提供借口,因为在实践中行政机关与司法机关的权力行使都是以“法有明文规定”为限,宪法和法律上虽然规定国家机关的职责,但没有具体如何行使职责的规定,行政和司法机关权力的界限不明,他们或者以法律没有规定而拒绝履行职责,或者超越职权行使权力,其实质是侵犯流动儿童的合法权益。

三、给付请求权与行政诉讼突破

站在社会学的立场看,国家对流动儿童接受义务教育的制度供给不足问题不能撒手不管,更不能坐等地方政府的良心发现来主动解决,应该对这部

分“第二代移民”群体予以高度重视并妥善安排。他们大多很小就以“随迁”或“投靠”的身份来到流入地,有的人甚至就是出生在他们“寄居”的城市而从未到过他们的“家乡”(相当部分由于种种原因无法上户口沦为“黑人”),他们在城市是“长期居住”而非“短期滞留”,他们的受教育状况不及全国儿童少年的平均水平,失学率高到4.8%,较高比例的流动儿童少年不能完整地接受义务教育,15.4%的14岁流动少年离开了学校,成为“童工”或浪迹社会。^⑨这些流动儿童不同于他们的父母,他们长期在城市里生活、学习,已经成为事实上的“城里人”,他们将难以接受“学习无门”、“人生无路”的结果,在不公平面前,这些流动儿童的“对抗”将大大超过他们的父母,2005年发生在法国的全国性骚乱事件^⑩足以提醒我们,在名分上平等赋予每位流动儿童“生我长我”的城市中的一员权利的同时,应该在法律保障层面、制度设计层面、权利救济层面多角度全方位予以落实。

罗马法有句谚语:“有权利就必须有救济”,“没有救济的权利不是真正的权利”。^⑪救济,是指“纠正、矫正或改正业已发生或业已造成伤害、危害、损失或损害的不当行为”,^⑫是权利保障的最后一道防线和最有效措施。一直以来,“立法不作为”在我国只有“立法救济”和“行政救济”两种救济渠道。立法救济,就是根据我国宪法、立法法及相关法律的规定,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;县级以上地方人大及其常委会有权撤销本级人民政府不适当的决定和命令;乡镇的人大及其常委会有权撤销乡镇人民政府违法或不当的决定和命令。据此,如果地方立法机关不及时修改或废止与上级法律规范相抵触的法规、规章,有关人大及其常委会可以依法撤销,进而监督地方的立法不作为。但是,要启动这一监督程序绝非易事,其成本之大、耗力之巨对于普通百姓来说毫无操作性可言。行政救济,就是根据我国《行政复议法》规定:公民对具体行政行为不服,可以向作出具体行政行为的行政机关的上级机关提起行政复议。并且可以要求上级机关对具体行政行为所依据的规章以下的规范性文件进行审查。理论上讲,这种审查能够发挥一定作用,但是,往往不少规范性法律文件的审查者就是制定者,在中国当下自我纠正机制极不完善的情况下,加上运行程序又无法律明确规定,这种监督设计对于公民权利救济而言基本是无可靠保障的。所以,“立法不作为”的司法救济值得期待。

在现代法治社会里,各种法律救济和保障措施中,司法救济是最基本的救济。因为司法具有特殊的功能,“它是从书本中的法到实际生活中的法之桥梁,是从原则转化为实际规范的中介。”^⑬对于“立法不作为”的司法救济,不少西方法治国家已经成功探索了适合自己的规范模式。比如,在美国,由于美国的判例法传统和创设了普通法院进行“司法审查”的惯例,法官不但可以审查立法机关制定的法律,也可以通过判例来创设权利,因此许多“立法不作为”通过法院都能有效化解。美国《联邦侵权求偿》第1346条规定的美利坚合众国的侵权赔偿范围中有:“由政府雇员在他的职务或工作范围内活动时的疏忽或错误的作为或不作为所引起财产的破坏或损失,人身的伤害或死亡等。”^⑭

在大陆法系,由于实行的成文法,法官没有权力来创设法律、创设权利,同时,“三权分立”中权力分立表现比较明显,因此,对于“立法不作为”较为关注。德国联邦宪法法院在早期的判决中对公民是否有因立法不作为而以权利受侵害为由提起宪法诉讼持否定意见,认为这样会削弱立法权。后来联邦宪法法院对此见解作了一些修正,对于立法者确实因故意制定出的法律具有明显缺陷,可能违背“平等原则”而侵害某项基本权利时,国民可以提起宪法诉愿。但法院也严格恪守权力界限拒绝对立法权进一步的介入。在一个判例中,联邦宪法法院确定审查立法不作为须具备两个条件:即有明确的宪法委托存在(包括内容要件),以及立法不作为已经侵害了国民的权利。在具体的审判中,法院也会基于权力分立原则避免介入立法权的运作,而只是确认立法者的不作为违宪,要求其在适当时间内颁布法律,至于具体“何时”及“如何”立法仍留待立法者自行“裁量”。^⑮

法国与德国不同,立法不作为侵权均可以获得诉讼救济,具体分为三种情况:第一,立法者意图某个法律得到迅速实施的时候,可以在法律或者上级机关的条例中规定下级机关必须在合理的时间内采取必要的措施,以保障法律或上级条例的执行。即使法律和上级机关的条例没有规定,如果行政机关由于所担负的职务而必须制定某种条例才能有效地执行职务时,行政机关也有制定条例的义务,应当主动制定必要的条例。否则,公民可请求行政机关采取行动,并可对行政机关的不作为向法院提起诉讼。第二,由于法律和上级条例的出现,使得下级行政机关某种既存的条例丧失存在的合法基础时,利害关系人可以在法律和上级条例公布后两

个月内,请求行政机关废除或修改不符合法律情况的条例。行政机关应当废除或修改不符合法律情况的条例,否则构成行政不作为,相对人可向法院起诉。第三,由于事实情况的重大变迁,使某种既存的条例丧失存在的合法基础时,利害关系人可以在任何时候请求行政机关废除或修改丧失存在根据的条例,并可以对行政机关的不作为向法院起诉。^②在兼有两大法系之精华的日本,对立法不作为的司法审查也持肯定态度,司法实践中逐渐作出了一系列相关判例。^③

而在我国,“立法不作为”的司法救济基本处于一个空白状态。有学者谏言确立“违宪审查”机制以对付立法不作为之纠错。我国是严格遵守条文规定的成文法国家,宪法诉讼至少在目前还仅仅是理论上的构想,没有可靠的法律依据支持。^④因此,在我国基于“立法不作为”的权利损害救济,基本上可以排除在宪法诉讼之外。所以,目前的客观状况是,立法不作为救济的非诉讼程序方式——“立法救济”和“行政救济”,是可行但不可取的(前文已述),而“宪法诉讼”却又是可取但不可行。于此,可供选择的路径只能是既要正视国情传统又需突破陈腐常规。从我国立法和司法实践看,流动儿童接受义务教育的权利遭受行政主体的具体行政行为侵害时,可以通过行政诉讼予以救济^⑤;遭受平等主体侵害时,可以通过民事诉讼予以救济。但是,问题的关键不在这里,需要关注的是立法机关的立法行为,特别是本文强调的执行《义务教育法》之“授权立法”不作为,在流动儿童的受教育权受损害时如何救济?从我国实际出发,相比之下德国的法学研究与司法实践提供的理论范式和司法经验较有可取之处。

在德国,理论界把要求受教育权利称之为“给付请求权”,即要求国家对受教育权的实现积极为之给付。当然,对给付请求权是否具有主观公权利,即是否享有可司法性又分为两种情况。如果是基于“平等原则”而“衍生的给付请求权”,即就现已存在的运作的教育设施,民众享有平等使用的权利,在遭遇不平等对待而缺少具体法律规范保障时,可以直接根据宪法条款诉诸司法救济。本质言之,“衍生的给付请求权”是在既存的给付体系中,对于没有受到给付或照顾的成员,于其他本质相同的受给付者相比,如果有受到不平等待遇的情形,便可依据宪法所保障的平等原则,推导出的一个平等分享给付的请求权。与“衍生的给付请求权”相对的是“原始的给付请求权”,即直接依据宪法权利

条款规定推导出的给付请求权,如国家应提供条件保障国民能受到良好的教育。很显然,虽国家有义务为民众提供良好教育与设施条件,但国家何时及以何种方式完成宪法设定的给付,绝非纯法律问题,而与社会发展、政治状况和经济基础密切相关,原则上应该委由立法者视各种因素自行立法裁量后,归属于相对独立的行政机关付诸实施。出于权力分配与制衡需要,司法权应该给予立法权与行政权足够的尊重,“原始的给付请求权”一般不具有主观公权利。^⑥这样的理论构建的确有其合理之处,“衍生的给付请求权”与“原始的给付请求权”在有主观公权利方面的区别,不仅深刻体现了大陆法系国家权力运作机制的需要,而且也现实世界的利益平衡留有足够空间。如果借用这一理论判析我国流动儿童接受义务教育的相关问题,同样可以显现出其可供价值。当流动儿童接受义务教育的权利不能满足时,要求政府立即重新建造一所学校是不现实的,但基于人人平等原则,要求政府在有可能给付的教育设施体系中,提供同等受教育的机会则是必要的,而且具有可操作性。

根据现代行政给付理论,^⑦行政给付可以在制度和行为两个层面存在,如安全、秩序、尊严、环境等给付标的属于制度范畴,而物质权益的给付标的则属于行为范畴。在给付内容上,一般包括供给性给付、保障性给付和促进性给付三种存在形态,受教育权位列促进性给付形态之中。从给付的权利配置看,行政给付的传统权利基础是生存权,现代权利基础是受益权,受教育权则是兼生存权与受益权于一身。由于受教育权属于广义生存权,而以生存权形态出现的受教育权必然包括这两种权利属性,进而产生两种截然不同的政府义务:一是自由权,这与政府的不作为义务相对应,受教育权人享有不作为请求权;二是社会权,这与政府的积极作为义务相对应,受教育权人享有作为请求权。从给付的性质看,行政给付是国家、政府义务与受益人权利的集合,其中国家、政府义务又是基础,权利的发展左右着义务的属性和内容,权利是义务的目的和标准。在政府给付义务中,法律规制与制度构建为其重要内容之一。传统上的法律保留原则只拘束行政权,并不拘束立法权,在缺乏司法审查和违宪审查制度的国家,对于立法权的法律规制尤其薄弱。权利时代到来之后,基本权利成为所有国家权力的目标和界限,现代法治理念均承认基本人权条款不仅能够拘束行政权,而且能够拘束立法权和司法权。由此,生存权和受益权不仅产生国家的行政

义务,而且带来国家的立法和司法义务。政府的立法义务主要有两个:一是必须立法的义务,政府不仅有义务不损害个人的物质、智力、精神活动的自由发展,而且有义务为保证所有个人充分发展其物质、智力和精神活动而制定必要的规范,否则,将构成立法怠惰。二是必须制定“良法”的义务,否则,应通过违宪审查等途径承担因制定“恶法”所生之责。就这个意义而言,我国各级地方政府积极立法,为流动儿童接受义务教育提供法律保障,是政府的应尽义务,如果政府违反此项义务,即构成立法不作为,就可能会侵害受教育人的权利,受教育权人享有对政府作为的请求权。

现代行政给付理论告诉我们,受教育权人基于立法不作为而产生的要求政府作为的请求权,可能涉及两方面的内容:一是立法给付;二是平等受教育权给付。就前者而言,政府“何时立法”及“如何立法”均属于立法权运作范畴,西方不少法治国家虽然可以通过司法审查确认立法者的“立法不作为”行为违宪,但对立法运作本身都避免跨权界干预,司法权必须尊重立法权。在我国,尚未建立对立法行为违宪审查的司法诉讼制度,因此受教育权人基于立法不作为要求政府立法的给付请求,只能被排除在司法诉讼救济之外。对于后者,根据“衍生的给付请求权”理论,因立法不作为而欠缺具体法律规范时,可以基于现有的宪法、教育法、义务教育法“平等受教育权”保障条款,直接提起“给付”入学机会权和受教育条件权的司法诉讼。至于提起什么样的诉讼,因为这里是针对具体权益而要求行政机关为一定“给付”之诉讼,完全可以归属于“行政给付诉讼”的类型之中,进而在无需触动原有政治权力体系的前提下,绕开宪法诉讼壁垒,实质性赋予流动儿童平等接受义务教育的司法救济权。

行政给付诉讼是行政诉讼法学上关于“诉讼种类”的一个学理概念,我国现行的《行政诉讼法》并未明确规定诉讼种类,只规定了判决形式。有的学者根据《行政诉讼法》第11条的受案范围即当事人的诉讼请求,并结合我国的判决形式,将行政诉讼种类划分为确认之诉、撤销之诉、变更之诉、赔偿之诉和履行之诉等几类。^⑨有的学者按照诉讼标的的内容和性质来划分行政诉讼种类,分为确认之诉、给付之诉、形成之诉。以及以原告所期望的司法保护的内容分为宣告之诉、撤销之诉、变更之诉、判令履行之诉、行政赔偿之诉。^⑩台湾学者蔡志方教授根据《行政诉讼法》第11条和第54条的规定,将大陆地区的行政诉讼种类归纳为撤销诉讼、课予义务

诉讼及一般给付诉讼三类^⑪。从理论上讲,应采取哪种行政诉讼类型规范模式,是由行政诉讼的目的和一国客观情况决定。随着我国逐渐步入保障性社会和人们权利意识的提高,行政给付诉讼将越来越频繁地出现在各种生活领域中,日益显示它的重要性。因此,将行政给付诉讼明确写进行政诉讼法,对行政诉讼的种类予以规范化和法定化,已成为行政诉讼突破与行政诉讼法修改非常迫切的任务。

注释

①陈信勇、蓝邓骏:《流动人口子女平等受教育权的应然与实然》,浙江大学学报(人文社会科学版)2007年第6期。

②孟昭丽、李美娟,等:《学校“婉拒”农民工子女,算不算违法?》,《新华社每日电讯》2006年9月25日。

③薛波:《元照英美法词典》,北京:法律出版社,2003年,第273页。

④温辉:《义务教育性质刍议》,《法制与社会发展》2001年第2期。

⑤劳凯声:《教育法论》,南京:江苏教育出版社,1993年,第101页。

⑥《世界人权宣言》第26条、《经济、社会和文化权利国际公约》第13条、《儿童权利公约》第28条均做了相关规定。龚向和:《受教育权论》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第10-11页,持相同观点。

⑦杨玲:《法国义务教育法律法规概况》,《世界教育信息》2004年第8期。

⑧熊贤君:《千秋基业——中国近代义务教育研究》,武汉:华中师范大学出版社,1998年,第2页;顾明远:《教育大辞典》(第1卷),上海:上海教育出版社,1992年,第69页。

⑨陈德珍:《中华人民共和国义务教育法讲话》,北京:法律出版社,1993年,第16页;成有信:《九国普及义务教育》,北京:人民教育出版社,1985年,第78页,第200页;郑良信:《教育法学通论》,南宁:广西教育出版社,2000年,第67页。

⑩Douglas Hodgson. 1998, *The Human Right To Education*. Dartmouth Publishing Company Limited, p18.

⑪当然,有的学者只承认它是一项社会权利,不包括自由权,如莫纪宏等持这样的观点,但这不影响受教育权是一项基本权利的判断。

⑫《中华人民共和国宪法》第46条规定:“中华人民共和国公民有接受教育的权利和义务。”《世界人权宣言》第26条第1款规定:“人人享有受教育的权利。”《经济、社会和文化权利国际公约》第13条规定:“人人有受教育的权利。”“每个学龄儿童都有权接受初等教育,初等教育应是义务的和免费的。”《儿童权利公约》第28条第1款规定:“缔约国确认儿童有受教育的权利。”

⑬Willian F. Foster and Gayle Pinheiro. 1987, "Constitutional Protection of the Right to on Education." *Dalhousie Law Journal* 11th Issue, pp755-771.

⑭上海市教育委员会办公室:《2006年上海外来人口子女接受义务教育情况》,教育部网站,2007年1月13日。

⑮周佳:《教育政策执行研究》,北京:教育科学出版社,2007年,第4页。

⑯陈爱娥:《立法怠惰之回应》,《宪政时代》1995年第21卷第1期。

⑰段成荣、梁宏:《我国流动儿童状况》,《人口研究》2004年第1期。

⑱2005年10月27日,两个北非裔法国青年因为躲避警察追踪躲进一个变电站而不幸触电身亡。此事迅速引发了大规模的全国性骚乱。骚乱首先发生在巴黎郊区,但很快扩散到法国的300多个城市和城镇。这次骚乱被认为是自第二次世界大战之后法国经受的破坏最严重、波及面最大的社会动荡。之所以导致这次严重社会动荡,最根本的原因是法国社会和法国政府在对待外国移民的态度和方法上出现了明显的失误。20世纪下半叶,大批非洲移民进入法国,这些移民对补充法国日益稀缺的劳动力起到了十分重要的作用。然而,几十年来,法国社会和法国政府在如何使这些移民融入法国“主流社会”方面却没能采取积极有效的措施。由此导致的结果是外国移民高度集中在移民聚居区中,这些移民聚居区逐渐成为高人口密度、高失业率乃至贫困、犯罪、吸毒、被遗忘者与被损害者等等社会问题的代名词。对此,移民群体早有怨言,但是,法国“主流社会”却始终未予重视。越积越深的矛盾和冲突终于在两个非裔青年付出年轻的生命之后猛烈地爆发出来,且一发而不可收。可以说,法国骚乱事件是一面有着重要警醒意义的镜子,可以借鉴的很多。需要特别强调的是,我国应该从法国骚乱事件中吸取教训,慎重地对待流动儿童群体的出路问题。

⑲胡锦涛:《论公民“上书”的基本条件》,《团结杂志》2003年第4期。

⑳《牛津法律大辞典》,北京:光明日报出版社,1988年,第764页。

㉑苏力:《送法下乡——中国司法制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第4页。

㉒胡建淼:《外国行政法规与案例评述》,北京:中国法制出版社,1997年,第39页。

㉓刘国、方农生:《立法不作为基本理论研究》,《江南大学学报》(人文社会科学版)2006年第1期。

㉔周佑勇:《行政不作为判解》,武汉:武汉大学出版社,2000年,第112-113页。

㉕朱芒:《立法、行政的不作为与国家赔偿责任》,中评网,2008年4月20日。

㉖《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。这一条款规定了我国法院审判的依据原则和适用法律的范围。根据立宪者的解释,“审判权”即是审理民事、刑事、行政案件的权力。因此法院审理案件依据的民事、刑事、行政的法律法规。《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》只是规定法院审判要“以事实为依据,以法律为准绳”,但是没有界定“法律”的范围。《行政诉讼法》第51条和第52条规定,人民法院审理行政案件只能适用法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。另外可以参照规章。其中并没有明确提到宪法。而审判权只包括审理民事、刑事、行政案件的权力,事实上排除了人民法院进行适用宪法进行违宪审查的权力。

㉗根据《行政复议法》第6条第9项规定,申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责,行政机关没有依法履行的,可以申请行政复议;同时,第5条又规定:“公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的,可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼,但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。”而《行政复议法》和《教育法》都没有规定对申请受教育权保护行政复议决定为最终裁决,受教育权不仅是行政复议范围,同时也是行政诉讼范围。我国《行政诉讼法》对受案范围的规定也不排斥受教育的合法权益。该法采取概括、列举、但书和排除相结合的立法方式,即先以第2条“概括”规定受案范围(公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼),然后在第11条中分两款分别“列举”可提起诉讼的8项具体行政行为 and “但书”规定前款以外的法律法规规定可以提起诉讼的其他行政案件,最后在第12条中对不得提起诉讼的事项进行了排除。从这三条的规定来看,受教育权应包括在第2条“合法权益”的总款中也没有受教育权,而第11条第2款则隐含了侵犯受教育权的具体行政行为的可诉性。

㉘温辉:《受教育权入宪研究》,北京:北京大学出版社,2003年,第160页。

㉙柳砚涛:《行政给付制度研究》,苏州大学博士论文,2005年,第4页。

㉚应松年:《行政诉讼法学》,北京:中国政法大学出版社,1994年,第189-191页。

㉛江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京:北京师范学院出版社,1991年,第86-92页。

㉜蔡志方:《行政救济与行政法学》(一),台北:三民书局印行,1993年,第467页。

责任编辑 曾新