《学前教育法（草案）》笔谈

湛中乐 倪洪涛 马雷军 管华

主持人语：2020 年 9 月 7 日，《中华人民共和国学前教育法草案（征求意见稿）》向社会公布。一石激起千层浪，社会关于该草案的讨论瞬间被引发。自 2004 年全国人大在全国范围内开展立法调研以来，时间已经过去了 16 年；自 2011 年国务院学前教育三年行动计划第一期以来，该计划已经实施了三期，我国学前教育事业发展取得了长足进步。草案的出台意在将已取得的成绩用法律的形式固定下来。草案的形成是《学前教育法》立法过程中的重大突破，但也仅仅是第一步，经过公开征求意见、征求各职能部门意见、国务院常务会议审议、全国人大审议通过才能最终成为法律。在草案未通过之前，还需要继续听取来自全社会，包括专家学者的意见。因此，我们邀请了相关领域的专家就草案发表了自己的意见，阐明草案的进步之处，也提出可能修改的建议。（主持人：管华）

《学前教育法（草案）》的立法特点与完善建议

——湛中乐（北京大学法学院教授，博士生导师）

2019 年初，笔者在《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 1 期上发表过一篇关于学前教育立法的小文，旨在从政策法律化的视角，就学前教育立法的几个关键问题进行制度层面的探讨，以期为立法提供指引。这篇小文先后被《高等学校文科学术文摘》、人大复印资料等二次文献转摘机构转载，产生了一定的社会影响力。2020 年 6 月 15 日，北京大学教育立法研究基地联合中国人民大学教育立法研究基地召开了《学前教育法草案（征求意见稿）》专题研讨会；7 月 3 日，笔者应教育部政策法规司之邀，参加了由教育部副部长郑富芝主持召开的《学前教育法草案（征求意见稿）》专家论证会。在这两次会议上，笔者从框架结构、具体条文、立法技术等方面，对《学前教育法草案（征求意见稿）》的文本提出了完善建议。2020 年 9 月初，教育部正式发布了《学前教育法草案（征求意见稿）》（以下简称《草案》），向社会公开征求意见，这意味着我国在学前教育领域的法律空白即将得到填补。在公开征求意见的《草案》中，笔者在论文及研讨会中提出的一些建议有所反映。就《草案》文本，笔者还想从以下两个大的方面谈几点感想，尽管其在很大程度上是对笔者一贯观点的重申。

一、《草案》的立法特点

作为我国首部系统规范我国学前教育事业的法律，《草案》的出台可谓数年磨一剑。从《草案》的内容看，其具有以下三个方面的特点：

1. 强烈的问题导向性

我国学前教育的发展始终面临着两大问题：一是宏观层面学前教育的定位问题；二是微观层面学前教育办学过程中存在着的诸多难题。就前者而言，如何认识学前教育的定位关系到我国学前教育事业的发展方向，以及政府在其中承担何种责任等关键性问题。就后者而言，我国学前教育的办学实践长期存在着行政管理体制不健全、缺乏必要财政保障、“入园难”、“入园贵”、学前教育质量参差不齐、幼儿教师师资力量得不到保障等问题，这些问题是制约我国学前教育发展的瓶颈。从《草案》的文本看，无论是宏观层面的定位，还是微观层面的制度设计，皆体现出强烈的问题导向性。具体而言，一方面，《草案》明确了学前教育的定位，“学前教育是学校教育制度的起始阶段，是国民教育体系的重要组成部分，是重要的社会公益事业”。在此基础上，《草案》强调“发展学前教育应当坚持政府主导,以政府举办为主”，并要求“国家普及学前教育，构建覆盖城乡、布局合理、公益普惠的学前教育公共服务体系”。另一方面，《草案》从管理体制、财政分担、入园保障、师资队伍、规范管理等几个方面重点回应了长期制约我国学前教育发展的瓶颈问题，为学前教育健康可持续发展提供了坚实的法律保障。例如，针对我国当下学前教育管理体制不健全问题，《草案》除建立“国务院领导，省市统筹，以县（区）为主”的学前教育管理体制外，还要求发展改革、财政、编制、人力资源社会保障、自然资源、住房城乡建设、民政、市场监管等相关职能部门在各自职责范围内负责学前教育管理工作，由此解决了“谁来管”的问题；针对我国当前学前教育师资水平堪忧、教师待遇低的现实，《草案》就“教师和其他工作人员”设立了专章，其中多个条款对幼儿园教师的资质、职务评聘、职业规范、工资福利、其他待遇、师资培养、在职培训等事项做出了明确规定。这既能有效控制幼儿园教师的师资水平，也能切实保障幼儿园教师的薪资待遇。

2. 鲜明的政策法律化色彩

我国学前教育的发展长期缺乏统一的立法保障。为填补立法空白，我国中央层面出台了一系列学前教育政策。有代表性的，如 2003 年教育部等部委联合发布的《关于幼儿教育改革与发展的指导意见》、2010 年党中央与国务院共同发布的《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020 年)》（以下简称《规划纲要》），以及为配合《规划纲要》的贯彻实施由国务院发布的《关于当前发展学前

教育的若干意见》（以下简称《若干意见》）。尤其是《若干意见》在内容上涵盖了学前教育的地位与性质、办学方针、政府责任、财政投入、教师队伍建设与权益保障，以及幼儿园的准入、安全、收费上的管理等诸多事项。政策具有灵活性，在立法机关对某一社会问题形成较为成熟的解决方案之前，其往往发挥着“试行法”作用，替代法律承担更多社会治理的功能。随着政策经过实践检验并被认为是成熟、有效的，立法机关再依照法定程序将其上升为法律，以此赋予政策国家强制力之保障，此过程即政策的法律化。学前教育立法很大程度上也是如此印证的。《草案》在内容上并非平地起高楼，而是与业已出台的学前教育政策保持了高度一致，其在很大程度上是现行学前教育政策的法律化结果。例如，就宏观层面学前教育的定位问题，《若干意见》业已规定“学前教育是终身学习的开端，是国民教育体系的重要组成部分，是重要的社会公益事业”，这一政策要求直接被《草案》第 3 条吸纳；针对微观层面学前教育办学过程中存在着的诸多难题，《若干意见》也已提出了“遵循幼儿身心发展规律，面向全体幼儿，关注个体差异，坚持以游戏为基本活动，保教结合，寓教于乐，促进幼儿健康成长。加强对幼儿园玩教具、幼儿图书的配备，为儿童创设丰富多彩的教育环境，防止和纠正幼儿园教育‘小学化’倾向”之政策要求，这一政策要求转化为立法规定，即是《草案》第 31 条。

3. 充分吸纳了地方的立法经验

长期以来，学界所诟病的是，我国缺乏统一的学前教育立法，使得我国学前教育事业在发展过程中存在的诸多问题未能得到有效规范。值得注意的是，以上所谓的学前教育立法缺失是就中央层面的立法格局而言的。在《草案》发布前，为确保各地方学前教育的规范化发展，我国诸多省市纷纷结合本地区的实际情况，出台学前教育地方性法规与规章。根据笔者的检索统计，截至 2020 年 10 月 1 日，我国以“学前教育”命名的地方性法规共计 20 部，地方政府规章共计 8 部。其中，最早的一部地方性法规是《太原市学前教育管理条例》，于 2004 年 11 月 1 日执行；最新出台的一部地方性法规是《山东省学前教育条例》，施行时间是 2020 年 1 月 1 日。二者的时间跨度接近 16 年。这些学前教育地方性法规和规章在内容上基本涵盖了学前教育的地位与性质、学前教育的财政保障、学前教育的管理体制、幼儿园及其工作人员、学前教育的内容及其开展、学前教育中的监督与问责等内容。在中央层面学前教育立法迟迟得不到出台的情况下，地方学前教育立法的先行对于我国学前教育的发展发挥了重要的保障与规范作用。尽管说，地方

学前教育立法在很大程度上亦难免是学前教育政策法律化的产物，但地方立法并非完全照搬学前教育政策的规定，而是在地方立法权限范围内多有创新。这种制度上的创新在《草案》中得到了充分展现。例如，《若干意见》规定，“建立学前教育资助制度，资助家庭经济困难儿童、孤儿和残疾儿童接受普惠性学前教育”。但是，包括《浙江省学前教育条例》在内的地方学前教育立法在规定县级以上人民政府应当建立学前教育资助制度的基础上，还创设了针对特定人群的免费学前教育制度①。此一针对特定人群的免费学前教育制度亦被《草案》吸纳。《草案》的第 16 条明确强调“保障孤儿、事实无人抚养儿童、特困人员中的儿童、家庭经济困难的残疾儿童接受免费学前教育”。

二、《草案》的完善建议

笔者总结了《草案》在内容上所呈现出的三大特点。在此基础上，为了让《草案》更为完善，笔者从三个方面提出完善建议，以供参考。

1. 《草案》的适用范围问题

《学前教育法》的适用范围由“学前教育”服务的对象决定，是学前教育立法必须解决的前提性问题。《草案》关于“适用范围”之规定沿袭了《幼儿园管理条例》第 2 条“本条例适用于招收三周岁以上学龄前幼儿，对其进行保育和教育的幼儿园”之规定，即“在中华人民共和国境内实施学前教育，适用本法。本法所称学前教育是指由幼儿园等学前教育机构对三周岁到入小学前的学前儿童实施的保育和教育”。显然，就立法者看来，“学前教育”服务的对象是“三周岁以上学龄前幼儿”或者具体而言是“3 周岁至 6 周岁”的适龄幼儿，《学前教育法》的适用范围亦限于此。笔者一贯的观点是，对于“学前教育”服务的对象应采取一种宽泛的理解。原因在于：一方面，在儿童的成长过程中，0—3 岁婴幼儿阶段至关重要，儿童的语言、情感感知能力，以及大脑发育、思维启蒙均是起步于此一阶段；另一方面，从现行学前教育政策的规定看，《规划纲要》强调“重视 0 至 3 岁婴幼儿教育”，该政策要求在《草案》中应得到体现。笔者以为，《草案》将 0—3 岁婴幼儿排除在立法调整范围之外，不仅与日本等发达国家学前教育经验背道而驰，更与我国北京、上海等诸多省市当下开展的将 0—3 岁婴幼儿纳入学前教育服务体系之探索不相契合。鉴于 0—3 岁婴幼儿与 3—6 岁儿童在年龄阶段特点、保育教育机构等方面的差异，可吸取《青岛市学前教育条例》中的经验，在强调《学前教育法》所指“学前教育”服务的对象为“三周岁以上学龄前幼儿”的同时，明确要求对不满三周岁婴幼儿及其家长提供早期教育指导，依

照本法有关规定执行，并在《学前教育法》中设立专章对“早期教育指导”进行规定。

2. 《草案》的可操作性问题

评价一部法律的优劣要看其实践效果，即这部法律是否有利于促进经济社会的发展，是否有利于维护人民群众的切身权益，此目标实现的前提是法律能为社会遵守和执行。从这个意义上讲，法律的可操作性是检验一部法律的重要指标。法律的可操作性来源于两个方面的保障：一是法律条文形式上的具体，能对人们的行为提出有效的指示，而非类似于政策在目标与手段上的高度原则性；二是法律条文实质上要反映社会发展的客观规律，符合我国实际情况。以此两个标准去衡量《草案》，可发现其在可操作性上还有待提升。就第一个标准而言，《草案》存在以下问题：其一，存在大量原则性、倡议性之规定。例如，《草案》在不同的条文中提到要鼓励支持社会力量参与发展学前教育，鼓励支持企事业单位、社会团体等举办幼儿园，但就如何鼓励支持而言，缺乏相应制度设计与安排。立法者对政府所施加的以上“鼓励支持”责任势必难以得到落实。其二，存在诸多不确定法律概念。例如，《草案》第 56 条第 3 款规定，“加强对公办幼儿园和非营利性幼儿园收费的监管，遏制超成本过高收费”。何谓“超成本过高收费”，超过成本即属“超成本过高收费”，那营利性民办幼儿园谈何营利？收费超过成本一定比例即属“超成本过高收费”，那么此一比例又是多少？这些问题难以在立法文本中找到答案，但又至关重要。还如，《草案》第 39 条第 1 款规定，幼儿园不得教授小学阶段的教育内容，何为“小学阶段的教育内容”在理解上可谓见仁见智，实践中对该规定的执行恐怕亦难免莫衷一是。对此，《江苏省学前教育条例》的规定颇具借鉴意义，其第 12 条第 3 款明确规定，禁止以集中授课方式实施汉语拼音，以及汉字读写训练、数字书写运算训练、外语认读拼写训练。就第二个标准而言，《草案》第 17 条规定，“任何组织或者个人不得组织学前儿童参与商业性活动、竞赛类活动和其他违背学前儿童年龄特点、身心发展规律的活动”。此一禁止性规定过于绝对，忽略了适当的竞赛类活动对儿童发展的可能助益。

3. 《草案》的立法技术问题

立法技术是立法质量的重要保证。立法学通说认为：“法律所要求的安全、可预见性和具有内在一致性，要求法律文本必须具有清晰、简洁和明确等特点。”同样，我国《立法法》对立法技术提出了具体要求，第 6 条第 2 款规定，“法律规范应当明确、具体，具有针对性和可执行性”。以上有关立法技术的学说和规

范要求，在学前教育法的制定中应得到遵循。然而从《草案》的内容看，其立法技术水准还有待进一步提升。具体而言，首先，就概念的内在一致性而言，《草案》在法律用语上存在不统一问题。例如，《草案》的不同条文中就广泛存在着“儿童”“适龄儿童”“学前儿童”等同一意涵但表述不一致的用语，对此有必要予以统一，以确保相同概念表述的内在一致性。其次，就概念的准确性而言，《草案》的法律用语在准确性上还存在不足。例如，《草案》第 18 条规定，政府及其有关部门举办，或者军队、国有企业、人民团体、高等学校等事业单位，街道和村集体等集体经济组织等利用财政经费，或者国有资产、集体资产举办的幼儿园为公办幼儿园。事实上，当前“城镇集体经济组织办园”在实践中已基本不存在。如，2019 年 8 月发布的《国务院关于学前教育事业改革和发展情况的报告》指出，全国共有公办园包括企事业单位办园、军队办园、街道办园和村集体办园等几种形式，而不包括“城镇集体经济组织办园”。因此，笔者建议将《草案》第 18 条中“街道、村集体等集体经济组织”在表述上修改为“农村集体经济组织”。最后，《草案》中还存在一些冗余性条款。例如，《草案》第 7 条规定的是“政府责任”，第 15 条规定的是“政府供给”。二者在实质上皆是强调政府在我国发展学前教育事业中所扮演的积极角色，或者说应承当的职责，只不过前者条文之要求较为抽象，后者条文之要求则更为具体。从立法简约的角度出发，笔者建议对此二者条文予以整合。

注 释：

① 《浙江省学前教育条例》第 40 条规定，县级以上人民政府应当建立学前教育资助制度。对家庭经济困难的学龄前儿童给予资助，对属于特困供养人员的学龄前儿童、最低生活保障家庭学龄前儿童、残疾儿童、烈士子女，按照规定标准实行免费学前教育，并根据实际情况给予营养餐等生活补助。

重申学前教育立法的若干基础问题

——倪洪涛（湖南师范大学法学院教授，博士生导师）

2020 年 9 月 7 日，《学前教育法草案（征求意见稿）》（以下简称《草案》）开始面向全社会公开征求意见。就“入园难”“入园贵”等社会普遍关注的问题，《草案》进行了有针对性的有效立法回应。综观《草案》，可圈可点、亮点纷呈。比如，明确学前教育是“国民教育体系的重要组成部分”，确立学前教育政府主导的发展原则，坚持儿童优先和儿童利益最大化原则，保障儿童游戏权，规定幼

儿园“不得使用教科书”，建立学前教育资助制度，实行幼儿园教师资格制度，等等。除此之外，笔者以为，还非常有必要重申学前教育立法中的几个基础性问题，以便供立法者完善《草案》时参考。

一、保障立法抑或教育立法

社会保障（福利）法还是教育行政法，抑或二者的混合体，是学前教育立法的前提和基础问题之一。这既关乎学前教育的法律性质与立法定位，也关系着“保教一体”的立法表达，更与学前教育立法的调整范围密切相关。《草案》第 28 条尽管确立了保教结合原则——与“保教一体”还有相当距离，但第 2 条却将《草案》的适用范围限定为 3—6 周岁学前儿童的保育与教育。这意味着 0—3 周岁儿童的保教活动不在《草案》保障范围之内，即数量庞大的托儿所等保育机构被“移出”了《草案》，挡在了门外。

笔者以为，学前教育立法既是教育立法更是社会保障立法或曰福利立法，以教育遮蔽立法的社会保障属性，在很大程度上是国家责任的隐匿，此种立法安排弊大于利。具体原因有：其一，与《民法典》的相关规定严重脱节，未实现保教权在家庭、教育机构和国家之间的合理配置，割裂了公私法治之间的配合与互补。我国《民法典》第 26 条第 1 款规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”在福利国家语境里，该条款是一典型的“半拉子工程”，须依赖福利行政法制与其衔接。否则，在没有源自国家生存关照和物质帮助的情况下，繁重的生养和教育负担，必将成为现代家庭难以承受之重，无形的抚育压力将构成阻止适龄夫妇生育的巨大物质障碍，其结果会使我国本就失衡的人口结构进一步恶化。其二，立法机会难得，立法资源稀缺，因此《草案》通过后另行开启《婴幼儿保障法》或曰《托儿所法》制定程序的难度可想而知，即便程序再次启动也是立法资源的极大浪费。同时，这种二元立法模式更与“保教一体”理念的落实相悖。其三，学前教育立法保障的权利主体本应涵盖 0—6 周岁儿童，而当前 3—6 周岁立法调整范围之定位，让《草案》名难符实，因为按照现在的《草案》，《学前教育法》事实上变成了《幼儿园法》。

二、义务性与强制性

有学者撰文认为，将学前教育纳入义务教育体系混淆了免费教育与义务教育，因为义务教育不仅是国家承担给付义务，公民也负有就学义务，这实际上构成对公民自由权的限制。对此，笔者不敢苟同。义务教育强制性所“强制”的不是“入学”义务，而是“教育”义务本身，即无论“在学”“在家”，抑或其他教育（学

习）模式，亲权人都必须保障儿童真正接受其年龄阶段所要求的教育，即确保适龄儿童学习权的实现，不能放任自流，甚至强迫未成年人失学或过早参加劳动。正是基于此，一方面，面对多元教育模式，我国亟待确立在家教育等其他教育形式的经济补偿制度和学力评鉴制度，即对自由选择非“入学”教育模式的家庭进行经济补偿，并对多元教育模式下儿童的学习情况进行学力程度的水平评定，以便与后续的学习阶段相衔接；另一方面，我国《义务教育法》（2018 年）第 11 条有关适龄儿童应当入学接受并完成义务教育的规定，是无法通过合宪性审查的。我国现行《宪法》第 46 条第 1 款规定：“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”显然，《宪法》并未对公民接受教育（学习）的场所和形式作出限定，是《义务教育法》错将接受教育或学习的场所和模式“不适当”地限缩为了“入学”，从而造成了“孟母堂”等多元教育形式违法但合宪的法治尴尬局面。可见，义务教育并不意味着对“入学”接受教育的普遍强制，其内在地包含着对公民多元教育（学习）形式自由选择权的宪法保障。

如果上述分析不谬，那么《草案》中的学前教育是否纳入义务教育体系就有重新审视和考量的广阔立法空间了，至少《草案》应为地方政府是否将学前教育纳入义务教育体系留下政策的裁量空间和判断余地，这对大国治理和大国办教育尤其重要。因为在《草案》已明确学前教育是国民教育体系重要组成部分的背景下，从教育的体系性完善与整体优化等角度来看，我国未来义务教育的国家保障范围要么向高中阶段上行延伸，填补我国至今无《高级中学教育法》的立法空白，要么向学前教育下行扩展，注重公民人生起点的社会保障。

严格来讲，公民年纪愈小，愈应获得更多的社会关照，因为这关涉每个人的起点公平和机会均等，而愈接近成年，学习或受教育方面的社会保障机制则逐渐转换为竞争意义上的奖励制度。这也可以用来反思我国大学和中小学学习负担倒置引发的大学生学力后劲普遍不足的问题，以及家庭教育过早承担对社会创新的高度抑制。

三、公益性与营利性

孔子以“束脩”维系自身生计和教学活动的正常开展，早期西方私人教师也大多提供的是有偿教学服务。可见，各类教育收取一定费用无可厚非，但教育收费与教育的产业化甚至盈利化有着本质性区别。从事教育行业不能发财也不允许发财，这是由公共教育的公益性内在决定的。也正是在这个意义上，西方现代教育、医疗的发展与宗教互助、社会慈善有着千丝万缕的历史联系。

改革开放以来，我国教育机构承担了太多太重的经济职能，并最终在教育产业化浪潮中出现了教育结构失衡和教育质量滑坡的现象。无节制资本逐利于教育和医疗行业后，学校和医院在数量上确实比以前增加了，然而民众承受的教育和医疗成本反倒与日俱增，教育和医疗资源配置上的结构性稀缺更加严重，以至于“莆田系医院”和“莆田系幼儿园”现象不断涌现。晚近以来，资本的力量已经开始影响立法，我国 2016 年修改的《民办教育促进法》，将民办学校分为营利性和非营利性两类就是明证。笔者以为，这种分类是对教育本质的背离，教育出资者一旦完成出资，就应当将教育的具体事宜移交专业人士（教师）办理，学校作为公法人享有来源于宪法的教育自主权，包括但不限于教学权、研究权、财政权、人事权。出资者（举办者）的“退场”和教育家的“入场”同步，否则，一旦出资者管控和染指学校，教育必将扭曲“走样”，而逐利的结果就是学生的工具化和客体化。故此，笔者以为，《民办教育促进法》上述分类是对教育本质的曲解与误读，学校只能是《民法典》规定的“非营利法人”甚或公法人，而不能是营利法人，至少在教育普惠化以前应当如此。

综上，《草案》不应延续《民办教育促进法》的立法导向，将幼儿园分为营利性和非营利性。幼儿园无论“公办”还是“民办”，从事的都是普惠性的公益事业，此其一；其二，“公办”和“民办”也最好称为“公立”和“私立”，因为无论“公”“私”，出资者都不能办教育，教育应该交托给教育家打理；其三，公益性与无偿性无关，学前教育的公益性并不排斥教育收费，但是公益性内在地要求收费必须以满足教育运行成本（包括教辅人员的工资福利）为限，即便有适当财政结余，也只能用于教育设施的完善、教工工资福利的提升和教研条件的改善。

有论者必然会对此提出质疑：这样一来谁还愿意投资教育？笔者以为：一方面，现代基础教育服务体系本就是基础性公共产品，而基本公共产品的供给是政府的天职；另一方面，教育回归本我后，当然在短期内会影响幼儿园等教育机构的数量，但从长远来看，其必将大大提升教育的整体质量，并重塑我国的企业家精神。企业家仅是社会资本的管理者、占有者和运营者，资本源于社会并最终服务于社会。教育事业的全面繁荣、公民健全人格的养成、教工福利待遇的丰厚，是有志于教育事业的企业家人生价值的更大体现。有多少诺贝尔奖得主是为了获得奖金而全身心投入研究的？一个文明社会，必然有少量的企业家致力于教育事业，太多的企业家瞄准教育，反而是教育产业化的渊薮。

四、园内治理与园外执法

《草案》对幼儿园的园内管理和监督作了专章规定，内容涉及卫生保健、规划制定、资源配置、经费投入、人员配备、待遇保障、收费行为、经费使用、财务管理、信息公示、质量检测等诸多方面。不过，就幼儿园等学前教育机构的园外执法问题，《草案》立法规范的密度却相对较小，仅在第 55 条规定:“县级人民政府及相关部门应当加强对幼儿园安全保卫的监督，维护幼儿园周边秩序，及时排查和消除安全隐患，建立幼儿园安全风险防控体系，依法保障学前儿童与幼儿园的安全。”笔者以为，幼儿园周遭法治环境的治理，亦有整体进入立法者视野的紧迫性和必要性，因为园外周遭环境对儿童良好习惯的养成至关重要，现仅举两例予以说明：

其一，当前，我国各类学校（特别是中小学）、幼儿园和托儿所周边商铺林立，兜售各种玩具、食品的小商小贩和散发各种培训广告的人员络绎不绝，严重影响未成年人良好饮食、卫生等习惯的养成，并极易形成孩童之间的攀比和模仿。放学后买些什么，业已演变为父母，特别是祖父母必须予以满足的正当要求。对此，由于发生在校（园）外，校（园）方不便也无力干涉，教育行政主管部门在校（园）外又无执法权配置，而享有法定职权的执法主体则大多拘泥于执法理念和执法权多头交叉等原因不愿执法，从而导致执法不力和执法缺位，使得校（园）周边往往成为行政执法的难点甚至盲点。为此，笔者建议，在《草案》修改和完善时，将幼儿园周边销售行为纳入未来立法规制的范围，为学前儿童的健康成长营造一个文明的社会环境。其实，我国过往的立法实践中也不乏整治教育机构周边环境的立法案例，《草案》应将这些成功的立法经验总结后予以吸纳和提升，从而实现法律之间的制度衔接。比如，《未成年人保护法》(2012 年) 第 36 条第 1 款规定：“中小学校园周边不得设置营业性歌舞娱乐场所、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所。”该法第 37 条第 2 款规定：“任何人不得在中小学校、幼儿园、托儿所的教室、寝室、活动室和其他未成年人集中活动的场所吸烟、饮酒。”《烟草专卖许可证管理办法》（工业和信息化部第 37 号令）第 25 条第 2 项规定，中小学校周围不予发放烟草专卖零售许可证。

其二，路权配置和交通秩序问题。不少幼儿园特别是早期举办的单位型幼儿园，园外路况复杂、街窄巷深，缺少单设的人行道，在接送学生上下学的高峰期，往往呈现“车行孩童间，人在车中走”的混乱景象。在此交通环境中，既存在日常化的重大安全隐患，又非常不利于学前儿童生命教育和行为规范教育的开展。

儿童从小不遵守和无法遵守交通规则，成人后的矫正就会变得异常困难。这种交通乱象的出现，究其原因，无外乎道路改造滞后，路权配置不科学、不合理所致。我们言必称我国“人口众多”，然而落实到道路的规划建设上，几乎都是采用“机动车优先主义”，甚至道路就是为机动车设计的，机动车道过多挤压非机动车道和人行道，导致人车同行、危险重重。晚近几年尽管随着城市的提质改造，上述现象有所缓解，但离路权的科学配置还有很远距离。故此，笔者建议，《草案》应对幼儿园园外交通秩序和路权配置设计专门条款予以规范——哪怕是“促进型”立法，让亿万孩童从小就能在良好交通环境中感受规则和秩序之美，这既是潜移默化法治教育的必要环节，更是对生命的歌唱与礼赞！

五、理想与现实

有学者认为：学前教育立法应切合当下中国教育的实际，“若始求太深，恐自兹愈远”；由于立法导致教育事业发展停滞或倒退不乏其例，所以“学前教育立法应避免提出过高标准”。该主张从稳步推进教育有序发展的角度来看不无道理。我国的《劳动合同法》实施后就遭遇了类似困境。故此，笔者在立法整体考量层面赞同该论者的观点。

不过，《草案》有关幼儿园教师和保育员等教员学历要求上的立法安排，笔者认为不甚妥当。《草案》仅在第 43 条规定幼儿园园长应有大学专科以上学历，而对其他幼儿园教师、保育员等的学历却缺乏刚性规定。一边是名校高才生竞争街道办事处的公务员岗位、大量硕士研究毕业充任“外卖小哥”，一边是我们还在担心对幼儿教师学历要求过高会引发短期内的教师荒，特别是在教育资源城乡差异巨大和东中西部严重失衡的语境里。其实，问题很大程度上导源于幼儿教工的待遇过低和编制无保障。

游走于理想和现实之间，笔者以为，立法明确并提升幼儿教工的学历水平是大势所趋：其一，由于要全面掌握儿童的心智特点，所以学前教育对教工素质的要求甚高。没有对教育规律和儿童天性的深刻把握与全面理解，是很难胜任学前教育工作的。尽管学历不能代表一切，更不能动辄唯学历论，但如何吸纳高学历、高素质人才从事学前教育事业，是学前教育导向性立法的工作核心之一。否则，当立法解决了幼儿园“小学化”问题后，我们会发现因智识供给严重不足，幼儿园又会遁入“托儿所化”。在此情境下，孩童享有的不是寓教于乐的游戏权，反而在程式化的游戏重复中泯灭了童心和天性。其二，采用“过渡期”的立法方法，既可在一定程度上避免高学历可能带来的教师荒问题，也满足了学前教育的未来

发展需求。所谓的“过渡期”立法模式是指立法对教师的学历作出明确高要求，比如大专以上，但该条款并不立即实施，而是给出一个三到五年的过渡期，过渡期届满则“休眠”的学历条款开始施行，从而为现有幼儿教师及保育员的学历提升留足时间，也为新入职人员设定较高学历标准。

学前教育立法中的权利冲突与衡平

——马雷军（中国教育科学研究院教育法治与标准研究所副研究员）

权利冲突是不同的权利主体在行使具体权利时，多个权利无法同时得到满足的互相矛盾、互相抵触的法律现象。权利冲突问题是法学研究中一个永恒的话题。从某种程度上讲，立法就是相关利益主体权利博弈后的产物，学前教育立法也不例外。本文尝试结合《学前教育法草案（征求意见稿）》（以下简称《草案》）中的相关内容，就学前教育立法中的权利冲突问题做一分析。需要说明的是，权利冲突包括法定权利的冲突、推定权利的冲突和道德权利的冲突，本文的权利冲突特指学前教育立法当中表现出来的权利冲突，即法定权利的冲突。

一、学前教育立法中的权利类型

在学前教育立法领域，权利类型主要有国家教育权、社会教育权、家庭教育权、受教育权、学校办学权和教师教学权等。其中，国家教育权、社会教育权和家庭教育权是与受教育权相对应的基本教育权，而学校教育权和教师教学权则是基本教育权衍生的权利。在《草案》中，以上权利都在具体条文中得以体现。例如，《草案》第 7 条规定了国家教育权、第 8 条规定了家庭教育权、第 9 条规定了社会教育权等。值得指出的是，国家教育权带有明显的“权力”特征。之所以将权力与权利的冲突放在一个维度分析，是因为个人权利与国家权利的冲突是自权利和权利理论产生以来讨论最多的权利冲突，应该将两者的关系界定为权力与权利之间的关系。这样的处理可以更好地防止“权力滥用”，切实保护公民和其他相关法律主体的合法权益。

二、学前教育立法中权利冲突的主要表现

本文尝试将学前教育立法中的主要权利冲突归纳为九种类型，其中前七种属于权利之间的冲突，后两种属于权利内部的冲突。

1. 国家教育权与社会教育权的冲突

一方面，国家教育权和社会教育权的冲突表现在国家举办公办幼儿园和社会举办民办幼儿园的利益冲突上。学前教育的总体规模是有限的，任何一种类型幼

儿园的规模扩张就意味着其他类型幼儿园的规模缩减。《草案》第 6 条提出发展学前教育应当坚持政府主导，以政府举办为主，大力发展普惠性学前教育资源，鼓励、支持和规范社会力量参与。在 2018 年颁布的《中共中央国务院关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》中提出：到 2020 年，公办园占比原则上达到 50%，公办园和普惠性民办园在园儿童达到 80%，同时要求小区配套幼儿园只能举办公办园和普惠性民办园。《草案》则进一步提出小区配套幼儿园只能举办公办园，这意味着公办园在园儿童的占比将进一步增长。但是，对于民办幼儿园举办者来说，公办幼儿园的规模扩张就意味着民办幼儿园的规模缩减。

另一方面，国家教育权和社会教育权的冲突表现为国家财政对公办幼儿园和民办幼儿园的不同支持力度上。在一定时间内，政府投入学前教育的财政经费是相对固定的，并通过一定的比例分配到公办园和民办园。《草案》第 63 条第 2 款提出，各省要制定并落实公办幼儿园生均财政拨款标准或者生均公用经费标准，以及普惠性民办幼儿园生均财政补助标准。这就意味着政府财政将按照不同标准分配到公办园和普惠性民办园，另外《草案》第 64 条专门提出政府应当通过多种形式支持普惠性民办幼儿园发展。但值得注意的是，《草案》没有提及对非普惠性民办幼儿园的补助或支持。

2. 国家教育权与家庭教育权的冲突

国家教育权与家庭教育权的冲突表现在国家对于学前儿童在家教育的态度上。2019 年，我国的学前教育毛入园率已经达到 83.4%，远远超过了《国家中长期教育改革与发展规划纲要（2010—2020 年）》确定的发展目标。但是我们应当看到，还有部分监护人是希望让学前儿童在家教育的。学前教育不是义务教育，不带有强制性，这就需要国家为这部分监护人提供在家教育的支持。这其中既包括针对监护人的教育支持，也包括为在家教育的学前儿童提供必要的教学、场所和机会的支持，例如定期组织在家教育的学前儿童进行集体活动。

国家教育权与家庭教育权的冲突还表现在政府与部分学前儿童监护人在学前教育理念上的冲突上。例如，《草案》第 39 条第 1 款规定，幼儿园不得教授小学阶段的教育内容。但根据笔者在全国的问卷调研，仅有 6.5%的监护人反对学前教育小学化。

3. 国家教育权与幼儿园办学权的冲突

国家教育权与幼儿园办学权的冲突主要表现为幼儿园办学自主权的范畴确定。政府如果对幼儿园内部事务介入较多，就会导致幼儿园办学自主权的缩减。

《草案》中规定政府对幼儿园监管的条文非常多，例如第 6 章具体规定了各个政府部门对幼儿园的安全管理、收费管理、信息公示、督导问责、质量检测等管理内容，但是对于幼儿园内部经费、人事、工资、职称、教学等办学自主权相关内容却没有提及。

4. 国家教育权与教师教学权的冲突

国家教育权与教师教学权的冲突表现在工资待遇上。笔者在全国的问卷调研显示，57.03%的学前教师认为自己的收入低于当地平均收入，只有 5.9%的学前教师认为自己的收入高于当地平均收入。根据《教师法》第 25 条规定，教师的平均工资水平应当不低于或者高于国家公务员的平均工资水平。学前教师当然属于教师，但是学前教师的平均工资一般和当地公务员的工资差距非常大。《草案》对于学前教师的工资收入没有提及具体的标准或者参照，这很有可能使得学前教师低工资的现象一直持续，并继而影响学前教育的整体质量。

国家教育权与教师教学权的冲突还表现在公办幼儿园教师编制上。笔者调研后发现，当前我国公办幼儿园编制紧缺问题极为严重，甚至有的公办幼儿园仅有园长一人有编制。因此，公办幼儿园教师编制的问题如果要得到根本解决，就意味着《学前教育法》必须在编制和经费问题上有重大突破。

5. 社会教育权与家庭教育权的权利冲突

社会教育权与家庭教育权的冲突表现在社会能否为学前儿童的监护人提供其所希望的教育环境、教育场所和教育机会上。例如，社区能否为学前儿童提供适宜的活动场地，社会公共文化设施能否对学前儿童提供公益服务等。对于社会有关机构来说，学前儿童监护人的这些要求可能会增加自身的建设成本和运营成本，从而形成两者间的权利冲突。

社会教育权与家庭教育权的冲突还表现为部分民办幼儿园的高收费与监护人追求性价比之间的冲突。例如，对于当前人民群众意见较大的“入园贵”问题来说，并不是所有的幼儿园入园都贵，而只是一部分高收费的“贵族”“豪华”民办幼儿园收费较高。《草案》在第 27 条专门设置了逐利限制条款，试图确保学前教育的公益性导向，避免其沦落为营利的工具。

6. 幼儿园办学权与家庭教育权的冲突

幼儿园与监护人的权利冲突主要表现为在园儿童监护人能否参与幼儿园的内部治理。很多幼儿园办园者担心学前儿童监护人过度参与幼儿园内部事务，会影响幼儿园负责人的决策。但作为在园儿童监护人，则期望能在幼儿园的内部管

理上发表自己的意见、影响幼儿园的决策、监督幼儿园的办园行为，因而形成两种权利的博弈。

7. 幼儿园办学权与教师教学权的冲突

幼儿园办学权与教师教学权的冲突也是一个长期的话题。出于便于管理的考量，幼儿园希望能通过内部的管理制度、奖惩制度对教师的教育教学情况进行监督管理，甚至进行奖惩，而学前教师则希望能有一个更加开放、宽松和人性化的管理空间。同时，在工资待遇、聘用合同等方面，两者都容易产生利益的差异，从而导致权利的冲突。例如，笔者在调研中发现，一些幼儿园，尤其是民办幼儿园为了规避《劳动法》第 20 条用人单位必须和连续在本单位工作十年以上人员签订无固定期限劳动合同的规定，就在教职工工作未满十年时不再续签劳动合同。再如，还有部分优秀学前教师被其他幼儿园高薪挖走，也在一定程度上影响了幼儿园的正常办园。

8. 国家教育权内部的权利冲突

在国家教育权等权利主体的内部，也存在着权力冲突的现象。这种权力冲突，一方面表现为国家与地方各级政府在学前教育管理方面的权力竞逐与义务规避；另一方面则表现为同级政府不同政府部门之间的权力冲突。例如，有的政府部门希望扩展自己在学前管理方面的权限，而有的政府部门则希望推卸自己在学前管理方面的职责，因而引发国家教育权内部的冲突。这次《草案》将 0—3 岁早期教育排除在学前教育立法之外的部分原因，很可能是《草案》试图通过回避教育行政部门与其他相关行政部门的利益博弈，避免《学前教育法》立法中途夭折。

9. 学前儿童内部的权利冲突

即使在学前儿童内部，也存在着受教育权的冲突。首先，《草案》第 2 条将学前教育的儿童年龄界定在 3 周岁到小学前，这就意味着 0—3 岁儿童接受学前教育的空间受到了挤压。而如果将 0—3 岁儿童的学前教育纳入《学前教育法》的范畴，又可能影响 3 岁到小学前儿童的学前教育投入。其次，笔者在全国的问卷调研显示，88%的监护人希望将孩子送到公办幼儿园，这与我国当前公办幼儿园在园儿童尚不足全部在园儿童总数 50%的现状是冲突的，势必会引发受教育权的内部竞争。最后，残疾儿童和少数民族儿童需要在学前教育过程中得到更多或者更特殊的保障。但是在学前教育经费总额有限的情况下，对这些少数群体的学前教育倾斜性投入，势必削弱多数学前儿童的受教育权保障程度。从目前的《草案》看，对上述两个群体的倾斜性保障尚缺乏实质性的规定。

三、学前教育立法中权利冲突的原因

在学前教育立法中，权利冲突是由主体多元性、资源有限性、价值多维性和程序缺失性等原因导致的。

1. 主体多元性

权利冲突最根本的原因在于主体的多元性，学前教育立法中的权利冲突也不例外。学前教育立法涉及政府、社会、监护人、幼儿园、教师、学前儿童等众多的法律主体，这些不同的法律主体在学前教育立法中既存在一定的共同利益，但也会因为两种权利在某一竞合领域的利益竞争而引发权利的博弈。

2. 资源的有限性

学前教育资源的有限性是权利冲突最为直接的原因。在学前教育领域，政府的财政投入是有限的、人力资源是有限的、学前教育的规模是有限的，如果每一个主体都希望在学前教育的资源配置中获得优先权或者倾斜性的支持，必然会引发权利的冲突。

3. 价值的多维性

除去利益的因素外，学前教育立法相关主体对于学前教育价值取向的多维性也是引发权利冲突的重要原因。例如，有人认为应该对残疾儿童给予更多的倾斜性优惠，还有人则认为大多数普通孩子的学前教育质量更应该优先予以保障。

4. 程序的缺失性

还有一些权利冲突的原因是程序的缺失性。例如，《草案》第 5 条规定了学前儿童平等接受学前教育的权利，但是现实中却经常出现学前儿童监护人对入园规则不公平、不透明的异议引发的权利冲突。所以，程序性正义如果得不到保障，就会影响相关主体实体权利的实现，从而引发权利冲突。

四、学前教育立法中权利冲突的衡平

1. 以法治思维和法治方法为衡平前提

过去十年，学前教育的发展取得了显著进展，尤其在学前三年毛入学率方面，预计在 2020 年将达到 85%。在这种背景下，学前教育面临最大的任务是质量和公平，即不仅要让学前儿童有学上，还要保证他们接受更高质量、更加公平的学前教育。如果前十年学前教育规模的增长更多依靠经费的投入，那么当前质量和公平的提升则要求学前教育立法必须运用法治思维和法治方法来破解学前教育改革的困难和顽疾。

2. 以学前儿童受教育权保护为衡平核心

学前教育立法最根本的问题就是保证学前受教育权的实现。所以，解决一切权利冲突都必须回归到问题的原点，即学前儿童的受教育权如何得到更好的保障。学前儿童受教育权保护不仅仅要保证他们获得入园机会的权利，更要保证他们获得高质量学前教育和公平学前教育的机会。

3. 以国家发展的战略视野为衡平关键

面对学前教育立法的众多权利冲突，还必须跳出教育看教育，站在国家发展的战略视角分析问题。首先，学前教育对于提升全社会公民素质具有重要作用，国内外众多研究早已证明学前教育对人一生发展的重大作用。其次，学前教育的发展涉及社会的安全稳定、民营经济的发展、人民群众的安居乐业，甚至有可能通过影响二胎生育率进而影响国家的人口结构，所以必须以国家战略发展的宏观视角处理学前教育立法中的相关矛盾和冲突。最后，学前教育的发展要有国际视野。例如，当前 0—6 岁托幼一体化是国际学前教育发展的基本趋势，在此背景下，《草案》放弃 0—3 岁早期教育的内容值得商榷。

4. 以学前教育的基本规律为衡平基础

学前教育立法是教育领域的立法，所以不仅要遵循立法的基本规范，更要重视学前教育的基本规律，重视人的身心发展基本规律。例如，在学前教育立法中，虽然有相当数量的学前儿童监护人希望能在学前教育阶段学习小学的教学内容，但是立法必须旗帜鲜明地禁止“学前教育小学化”，从根源上消除教育功利化的基础。

5. 以学前教育的制度设计为衡平方法

学前教育立法中的权利冲突很多是与制度设计缺陷直接相关的。例如，当前学前教育入学机会的冲突与当前公办幼儿园的数量不能满足人民群众需求直接相关，但更根本的原因是公办幼儿园与民办幼儿园的错位发展。公办幼儿园是学前儿童接受学前教育的基本保障，所以应当充分发挥其“兜底保障”的作用，优先为弱势群体提供入学机会，而不能沦为特权阶级的福利工具。而民办幼儿园应当为学前儿童提供多样化的选择机会，适应人民群众不同的学前教育需求。因此，应当针对学前教育立法中公办幼儿园和民办幼儿园的定位进行合理界定和科学引导，使其在学前教育发展中发挥相应的作用。

综上，学前教育立法是关系到国计民生的重大立法，应当站位于国家发展的战略高度，对其中的权利冲突问题统筹考虑、斟酌衡平，切实推动、引导、保障学前教育发展，满足人民群众多样化的需求，办好人民满意的学前教育。

《学前教育法（草案）》逐利限制条款的合宪性解释

——管 华（中国人民大学教育学院教授，西北政法大学教育立法研究基地执行主任）

2020 年 9 月 7 日，《学前教育法草案（征求意见稿）》（以下简称《草案》）向社会公布。2018 年颁布的《中共中央、国务院关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》（以下简称《意见》）之“（二十四）遏制过度逐利行为”的主要内容在《草案》关于“逐利限制”的第 27 条中得到了延续。该条内容如下：

社会资本不得通过兼并收购、受托经营、加盟连锁、利用可变利益实体、协议控制等方式控制公办幼儿园、非营利性民办幼儿园。

幼儿园不得直接或者间接作为企业资产上市。上市公司及其控股股东不得通过资本市场融资投资营利性幼儿园，不得通过发行股份或者支付现金等方式购买营利性幼儿园资产。

第 27 条第一款可称为“禁止可变利益实体条款”，第二款可称为“禁止上市条款”。自《意见》发布以来，“逐利限制”是否合法乃至是否合宪，在民间和媒体上都引发了讨论。囿于法学和教育学的专业壁垒，沟通二者的研究并不多。因此，本文拟做如下安排：一是禁止“可变利益实体”的原因分析；二是“禁止上市条款”的合宪性分析；三是禁止营利性幼儿园上市的原因分析。

一、禁止“可变利益实体”控制公办和非营利民办园的理由

“可变利益实体”译自英文“VIE，variable interestentity”，既指中国企业赴境外上市的一种融资模式，也指这种融资模式下国内的实际运营公司。其特点是，海外上市主体并不持有境内企业的股份，而是通过国内全资子公司（WFOE）与国内实际运营公司签署一系列合同，实现对国内运营公司的利润的转移和控制，即“协议控制”。截至 2014 年，在美上市中国企业 202 家，84 家采取了这种模式。截至 2018 年，国内教育企业 24 家境外上市，只有两家未采用 VIE 模式。据估计，我国学前教育市场规模约为 3 800 亿元。

国内企业纷纷采取 VIE 方式赴美国、香港上市的原因在于：一是须需融资，但达不到国内上市条件；二是避开国家对外商投资的限制，国家发展和改革委员会、商务部发布的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（2020 年版），指出学前教育属于限制外商投资领域；三是避税，“协议控制”通过表外协议隐藏了企业财务信息，破坏了税收监管的信息基础。

“可变利益实体”或“协议控制”在我国是否合法，在《外商投资法》通过

以后，仍无定论。2015 年的《外国投资法（草案征求意见稿）》第 11 条曾规定，受外国投资者控制的境内企业，视同外国投资者。但 2019 年正式通过的《外商投资法》删除了以上内容，只在第 2 条规定，“本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动”。“协议控制”是否属于外国间接投资，尚不明确。2010 年，河北宝生钢铁公司签署的 VIE 协议被河北省政府认定为以合法手段掩盖非法目的，予以撤销。在亚兴公司诉安博教育案中，最高人民法院基于安博公司股东为中国公民，认定安博公司为内资企业，非外资企业；亚兴公司以双方签订的 VIE 协议以合法的形式掩盖境外上市的目的、违反国家禁止外资进入“义务教育”的规定为由主张合同无效，亦未获得法院支持①。法院的判决理由：《合同法》第 52 条第五项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第 14 条将该“强制性规定”解释为“效力性强制性规定”，而不包括管理性强制性规定②。VIE 规避了中国政府对内资企业海外上市的监管和外资企业进入特定行业的限制，存在税收套利空间，但执法部门很少向其提出挑战。学界和监管部门一般认为 VIE 违法，但由于执法并不严格，所以尚处于灰色地带。

《草案》第 27 条第一款对于是否可以通过 VIE 控制营利性民办园态度暧昧，只规定不得控制公办园和非营利性民办园。其理由在于：根据《草案》第 18 条，利用财政经费、国有资产、集体资产举办的幼儿园属于公办园；根据《草案》第 26 条，上述资产不得用于举办营利性幼儿园，即公办园只能办成非营利性幼儿园。公办园和非营利民办幼儿园都不允许举办者取得办学结余。如果允许“协议控制”，就有可能通过协议转移学校的全部办学结余，使《民办教育促进法》规定的营利性和非营利性分类管理、“非营利性民办学校的举办者不得取得办学收益”等规定，成为一纸空文。

美中不足的是，《草案》第八章“法律责任”部分并未规定社会资本控制公办园、非营利民办园的法律责任。

二、“禁止上市条款”的合宪性分析

“禁止上市条款”在宪法上涉及两大基本权利：一是《宪法》第 13 条规定的财产权；二是《宪法》第 49 条规定的儿童受保护权。这两项基本权利，均体现于普通法律中。《民法典》第 125 条规定，“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”。这意味着幼儿园举办者有权将出资分为股份，达到《公司法》规定条

件的，经批准就能够上市。这可能是《草案》未通过前，民间认为《意见》违法的理由之一。《未成年人保护法》第 3 条规定，未成年人享有“受保护权”，“国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护”。本条既规定了儿童的受保护权，也规定了“儿童优先”的立法和司法原则③。在世界范围内，营利性学前教育机构上市并不是常态，已经产生了一些负面效果。禁止民办营利性幼儿园上市或者禁止被上市公司投资，应该是出于这方面的考虑。

《学前教育法》作为全国人大立法，可以与已制定的法律不一致。如：《民办教育促进法》第 2 条规定，“国家机构以外的社会组织或者个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动，适用本法”。这是将所有利用“非国家财政性经费”的学校和教育机构，界定为“民办教育”。《草案》第 18 条不仅将“利用财政经费”举办的幼儿园认定为公办园，还将“军队、国有企业、人民团体、高等学校等事业单位，街道和村集体等集体经济组织等利用国有资产、集体资产举办的幼儿园”认定为公办园，扩大了公办园的范围；第 26 条规定公办园不得转制，不得举办或参与举办营利性民办园。根据“特别法优于一般法”的原则，《学前教育法》关于民办园有特别规定的，不再适用《民办教育促进法》的相关规定。与《民法典》的关系也可类似处理，但《学前教育法》大概率将由全国人大常委会通过，而《民法典》是由全国人大通过的，在理论上，全国人大常委会制定的法律效力低于全国人大制定的法律。因此，有必要分析“禁止上市条款”的合宪性。若该条款能通过合宪性审查，其与《民法典》的关系采取“特别法优于一般法”的原则，并不违背宪法秩序所要求的统一性。

基本权利限制的合宪性审查一般采取三阶段模式：首先，确认涉及哪项基本权利的保护范围；其次，该基本权利是否真正受到了干涉；最后，干涉是否具有合宪性理由，即违宪阻却事由。

“禁止上市条款”可能落入“财产权”这一基本权利的保护范围。《宪法》第 16、17 条分别规定了国有企业和集体经济组织的自主经营和经济活动的自主权，唯独没有规定非公有制经济的经营自主权。但《行政诉讼法》第 12 条、《行政复议法》第 6 条均明确使用了“经营自主权”，将其作为提起行政诉讼或行政复议的法定事由。《宪法》第 13 条规定，“公民的合法私有财产不受侵犯”。在主体上，本条规定的主体是“公民”。幼儿园的举办者多为法人，法人是否能够成为宪法上的基本权利主体，在理论上有争议。通说认为，法人无法享有自然人肉体、精神等方面的基本权利，但能享有经济自由权、财产权、平等权、请求权等

基本权利。在指向上，宪法上的财产权与民法上的财产权有所不同，主要是私人针对公权力侵害而享有的财产权利。在范围上，现代宪法上的财产权不仅包括物权、债权、继承权等传统民事权利，也包括股权、知识产权等新型权利，甚至包括网络虚拟财产和个人信息，以至于“任何具有财产价值的私权”。上市既是公民对股权的处分，也属于营业自由的一部分。法国宪法未规定营业自由，但其被行政法院认定为公众自由基本权利的一部分。我国现行《宪法》虽未明文规定营业自由，但营业自由既属于第 15 条“国家实行社会主义市场经济”条款的制度保障，也能落入财产权的保障范围。古典自由主义财产权的焦点就在于允许个体去进行营业上的自由竞争。因此，上市的权利应当属于宪法财产权的保护范围。

“禁止上市条款”直接限制了公民、法人的股权和营业自由。《草案》第 71 条规定了“逐利责任”，违反该条款将面临处罚。因此，可以认定财产权受到了干涉。

对财产权的限制是否具备合宪性理由？显而易见的理由是“儿童优先”原则，为了保障学前儿童的受保护权对法人的财产权进行一定的限制是正当的。当今世界，财产权绝对的观念趋于式微。在合宪性审查上，美国联邦最高法院形成了对精神自由和经济自由的双重标准，对后者实施更宽松的审查。在关系到个人生存的财产和关系到企业经济活动的财产之间，对财产权的制约主要限于后者。按照美国式的“合理性审查基准”，对经济性基本权利的限制，只要行为具有正当目的，手段与目的有关联即可。德国联邦宪法法院在适用比例原则的过程中，也形成了不同的标准：在经济领域，只有当立法措施明显不当时，才加以否定；在估计对公益的危险时，立法者有较大的判断空间，即使危险还远未发生，也不禁止立法者采取预防措施。美国、德国的合宪性审查标准可以作为对“禁止上市条款”合宪性分析的参考标准。

三、禁止营利性幼儿园上市的原因分析

限制营利性幼儿园发展乃至上市，大概有以下几方面理由：

其一，坚持学前教育的公共产品属性。学前教育不仅仅是私人产品，也是公共产品。我国《民办教育促进法》规定，不论营利性还是非营利性民办教育，都“属于公益性事业”。

其二，反对过度市场化。学前教育的市场假设是错误的。具体说来：一是早教市场是垄断竞争型市场。因受制于支付能力、距离和为孩子们维持稳定性的需要，家长的选择自由不过是“妄想”。地理位置是家长首要考虑因素。不同地区

之间竞争关系微弱，并不存在一个全国性的市场。二是信息不对称。学前教育属于“信任品”，事先无法比较，事后难以验证。园方有很强的动力进行虚假宣传。幼儿不仅不具备评价教育质量的能力，家长同样不具备。家园共谋的特色课程消费，家长和从业者对儿童学习的错误理解，只会迫使儿童成为学习的机器，而不是童年的主人。不少家长认为收费高、装修好就是高质量。需求侧的融资模式会导致价格失控。三是营利性教育机构在学前教育领域生存空间不大。只有在有强大的公共供给和严格规制的系统中，营利性学前教育机构最有可能发挥有益作用。但在严格规制下，营利性学前教育机构很少能生存下来，因为很难挣到钱。瑞典对保教监管水平较低，学前教育质量较高，原因就在于营利性机构占比较低。

其三，避免重蹈学前教育被上市公司主导的覆辙。世界上最大的学前教育上市公司 ABC learning 一度占据澳大利亚 30%的市场份额，业务扩展到美国、英国、新西兰、菲律宾和印度尼西亚。其从蓬勃发展到轰然倒塌的实践证明：一是高质量托幼服务与股东利益之间的内在冲突，主要在于利润最大化的短期压力。上市公司维持高利润只能不断并购，小规模民办园无法与上市公司竞争，只要在部分区域形成垄断，家长就别无选择。一旦上市公司破产，政府不得不承担孩子上学的义务。二是上市公司的教育质量更低。付给教师的工资占收入的比例比非营利组织更少。教师更没有时间与儿童建立关系，更少可能为孩子提供充足食物，更不愿意自己的孩子进入上市公司下属的幼儿园。结果是政府持续投入，价格持续上涨，服务“去专业化”。

其四，避免学前教育过度产业化。一是美国、澳大利亚、英格兰均信奉新自由主义，其特点是相信市场能够提高效率、解决需求、保证质量。但美国的学前一年教育(kindergarten)属于 K12 教育体制的一部分，为强制免费教育。即便如此，由于精英早教机构的推波助澜，3 岁幼儿的早教课程年学费已高达 2 万美元—3.7 万美元。意图将孩子锤炼成神童，结果使他们更加脆弱。2007—2015 年，男孩自杀率上升了 40%。二是美国营利性大学迅猛发展以后，这些大学大多被 40 多家上市公司控制，同样出现了质量较低、学费较高的现象。在我国，教育产业化在民间引起了激烈的争议。在分类管理落地之前，民办高校均无法进入资本市场。隐性教育板块多呈现先优后劣的业绩发展趋势。与大学生相比，学龄前儿童更加缺乏判断能力、更容易受伤害，即便允许营利性教育机构上市，也不应从学前领域开始。

由此可见，“禁止上市条款”无论按照美国式的“合理性审查基准”，还是按

照德国式的“可支持性审查”标准，都能通过合宪性审查。

总之，全国人大基于与《民办教育促进法》衔接的需要，有权规定“禁止可变利益实体条款”；以全国人大立法的形式限制财产权、“禁止上市”，既符合法律保留原则，也体现了对儿童的“优先保护”。

注 释：

① 参见《长沙亚兴置业发展有限公司与北京师大安博教育科技有限责任公司合同纠纷二审民事判决书(2015)民二终字第 117 号)》。

② 《民法典》第 153 条：违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。这是将最高人民法院的司法解释吸收进了《民法典》。

③ 《未成年人保护法》是我国为了批准实施《儿童权利公约》而制定的。其“未成年人”的范围等于《儿童权利公约》中“儿童”的范围，其“儿童优先”原则，近于公约中“儿童最大利益”原则。参见管华的《儿童权利研究》第 63 页，法律出版社 2011 年出版。

来源：《湖南师范大学教育科学学报》2020 年第 6 期