

· 北大高等教育文库 ·

高教论丛

大学治理的法制 框架构建研究

安宗林 李学永 ① 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

大学治理的法制 框架构建研究



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

大学治理的法制框架构建研究/安宗林,李学永著. —北京:北京大学出版社,2011.5

(高教论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18782 - 1

I. ①大… II. ①安… ②李… III. ①高等教育法 - 研究 - 中国
IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 067808 号

书 名: 大学治理的法制框架构建研究

著作责任者: 安宗林 李学永 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18782 - 1/D · 2841

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 18.25 印张 251 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

本书系山东社科规划研究项目《大学治理的法制框架构建研究》(08JDC007)的研究成果

序



曾有人说过大学什么都研究就是不研究自己,以此戏言大学对自身问题的回避,而当大学从象牙塔逐渐融入社会成为社会关注对象时,其问题之多就值得大学建立专门的系科来研究自己。特别是将其置于法治的关照之下时,大学面临的就不仅是如何培养人才、如何进行学术创新等此类可以大而化之的清谈问题,而是如何在法治国的框架之内进行大学制度建设的问题。

西方以自治作为大学制度构建的基础。早在中世纪大学建立之初,西方的大学就通过自治制度确立了大学与社会之间的界限,随着社会的发展,大学和外界的关系一再调整,大学逐渐从边缘走向社会舞台的中心,虽然政府权力、经济资本等外界力量对大学越来越发挥影响,但依靠自治制度依然保持住了学术的独立和自由发展,使得大学与外界能够处于一种动态的平衡,既消除了大学曾有的不食人间烟火的冷漠,又避免了大学完全被金钱和权力裹挟而斯文扫地。

不过,西方的大学自治仍然需要在法治层面上进行制度完善和发展。显然,大学虽能在学术自由的旗帜下可以理直气壮地对抗外界的不当介入,但却无法作为对抗学生、教师等内部成员权利诉求的挡箭牌。即使是将大学自治视为制度性保障的大陆法系,虽然大学自治作为学术自由所引申出来的保护法益具有宪法位阶的效力,但却要受到宪法价值体系的内在限制,当大学自治与学生等相关主体的基本权利相冲突时,

自治权并不具备绝对的优先效力,必须进行适当的利益平衡,自治也应有明确的边界:自治是对学术自由的保障,则自治手段必须以实现学术自由作为其合法性基础,凡无关于学术自由的事项皆不属于自治范围,皆不能以自治来限制内部成员的基本权利。因此,西方传统的大学自治在现代的完善目标就是建立一种以“善”为目的的共治,即大学治理。传统的大学自治向现代大学治理转向的核心在于,不仅要维持传统自治来保持自身与外界的独立,而且还要建立大学相关利益主体的参与机制来限制自治的无限膨胀,传统自治强调大学的自我保护,而现代大学治理着眼于大学内部成员等相关利益主体的保护。

中国大学的问题则要更为复杂。一方面,作为政府政策执行机构的大学无法实现独立和自主,学术虽需要政府权力的支持,给予大学校长一定的行政级别,在某种程度上也许会促进大学学术作用的发挥和社会认同,但从根本上来看,权力并不是学术发展的内在力量来源,一旦学术投靠权力则很容易会被后者绑架并蜕变为一种中看不中用的社会饰品。因此,如果不能建立适应学术内在发展规律的大学管理体制,行政化的痼疾根本找不到治愈的办法。另一方面,中国的大学还往往在学生和教职员身上表现出了一种无所顾忌的强势和傲慢,对外虽不能自治,但对内管理上,似乎有着缺乏必要的限制的管理权限,虽没有特别权力关系理论之名但确有其实,特别是对学生而言,学校常常以家父之姿居高临下,以强制命令和严格的奖惩来安排学生的学校生活,而罔顾学生基本权利的尊重和保护。

因此,中国大学的制度建设既要对外建立必要的防火墙即大学自治制度,防止外部力量对学术事务的不当介入,又要在内部对大学自治进行必要的区隔和限制,防止大学自治侵害内部成员的基本权利,这两个方面看似具有彼消此长的辩证统一意味,但实际上二者的实现都是任重道远。

本书是大学教师对大学自身近距离观照的结果,身在庐山之中,更易于识得庐山真面目。作者之所以没有陷入“当局者迷”的窠臼,主要原因在于作者面前的庐山有二:一是立足于中国的现实借鉴国外,二是以

国外的实践审视中国。正是这种角度的转换和相互借重,使得本书既没有在比较法的借鉴上流于泛泛介绍和资料堆积,也避免了在现实难题解决上易于出现的无的放矢和纸上谈兵,全书以学术自由的保护和实现为基点,围绕大学内外两层关系,对学校、学生、教师和投资人等主体的利益保护制度体系进行全面的论证,无论是对理论研究还是司法实践都具有极大的启发意义,因此,我很乐意将本书推介给专业研究人员和包括大学管理人员在内的实务工作者。

西南政法大学校长、教授 付子堂

2011年5月于歌乐山麓政法七十二家

前 言



知识经济时代的到来和市场经济体制的确立,使大学逐渐成为利益纠缠的漩涡。一方面,对学术自由和教学自主的诉求使大学对政府威权发起挑战,大学作为社会的学术中心,具有强烈的超越自身利益的全球眼光和铁肩担道义的责任感,经常对政府等社会机构持批判态度,而政府在社会诸系统之中的控制和协调作用又使得大学不得不依附于政府,这种矛盾在政治民主化的过程中尤显突出;另一方面,相关利益主体比如教师和学生又利用学术自由、学习自由等旗帜对大学提出了新的利益诉求,大学面临着回应教师和学生正当权利诉求的压力,再加上市场化的冲击力量使得大学和相关主体之间越来越失去伦理性约束,转而采用市场性的交易手段,传统的独立批判精神和单边性真理宣示受到了实用化倾向的威胁。因此,研究自己成为大学的研究课题之一。

目前对大学的研究文献汗牛充栋,也不乏珠玑,但总的来看有两个方面的不足:一是从管理学的角度来研究大学的组织架构问题,着眼于内部权利制约,而实际上,大学首要解决的是自身法律主体地位独立问题,特别是我国大学具有过度依附政府的传统,解决这个问题尤为重要,同时还有相关利益群体之间的利益平衡问题;二是从价值而非规范的角度来研究大学,研究人员多为教育学专家,这类研究着眼于价值分析和判断而忽视了制度的规范化构建,这种理论研究带来了一些不良后果,反映在立法上即是宣言性法条过多,把一些非规范的政策性号召、纲领、口号也写入了教育立法,没有具体的行为模式和明确的法律后果,无法成为在法庭上可以主张权利的依据,根本不具有可诉性。

理论研究就是要解决实际问题,应对市场化和民主化挑战的关键在于法治化。本书的写作是基于这样的认识之上,即大学治理的根本在于依据学术发展的内在逻辑解决大学系统的组织控制和利益相关者的权利保护问题,它之所以不同于大学管理,不仅在于行政管理的刚性和整齐划一与学术的自主、独立和争鸣格格不入,而且是强调建立大学和利益相关者的法律关系框架,用法律和契约来明确界定彼此的利益范围。

大学治理法制框架建立的基础是完成大学及其利益相关者的权利义务体系的配置。就整个法学体系而言,权利是法律的原点,一切法律制度都是围绕限制权力而确认、实现、保护权利来构建的,法律纠纷实质上就是不同法律主体之间权利(权力)的对立冲突,解决纠纷的过程即是权利(权力)的调整、平衡过程。而权利(权力)乃关系概念,本书通过研究法律关系来完成两个目标,一是依据法律关系建立大学治理的整体框架,二是在法律关系中具体配置彼此的权利(权力)。法制框架下的法律关系包括如下四大类八种:学生和政府,学生和大学;教师和政府,教师 and 大学;大学和政府,大学和一般社会主体(但由于涉及的法律关系难以类型化,本书暂未涉及);投资人和政府,投资人和大学。

理论是灰色的,理论研究最终要回应司法实践,大学治理法制框架的重点是要解决实践中教育法的不可诉问题。法学研究不能画地为牢,必须要面对这样一个事实,那就是一方面权利意识觉醒,维权诉求高涨,另一方面则是司法救济渠道堵塞,比如学生起诉大学面临着行政和民事选择的难题,而教师的申诉制度通吃一切,完全阻碍了教师权利救济。也因此,本书不仅要完成大学及其利益相关者权利义务的配置,而且还要建立一个以诉讼为核心的权利保护体系。全书结合我国诉讼体制特点,将法律关系进行简单的两分,一是私法关系,二是公法关系。前者是平等主体之间的民事关系,比如投资人和大学,这一类纠纷完全可以纳入民事诉讼的解决渠道。后者是不平等主体之间的行政管理关系,如政府和大学之间,大学是行政相对人,而大学与学生之间,大学则成为法律法规授权组织,学生则是行政相对人,当行政主体侵犯了行政相对人的权利时,受害人可以提起行政诉讼寻求权利救济。

全书的结构分为四部分:

第一部分为绪论,区分了大学自主、大学自治、大学治理三个概念的不同,指出大学运行模式发展的内在轨迹是法治,强调大学治理是多方主体参与的共治,需要建立法治框架体系,以调整诸方利益,我国必须完成从大学自主到大学自治再到大学治理两次飞跃。

第二部分为基础论,探讨的是大学治理结构建设的前提和基础,即以学术自由保护为核心的权利保护体系是大学治理的出发点和归宿,重点分析了学术自由及其与相关概念的关系。

第三部分为本体论,着重探讨如何建立以学术自由权的保护为核心的大学治理结构,以制度保障论为基础,探讨大学治理和学术自由的内在关系,主张抛弃大学作为“法律法规授权组织”的传统定性,使得大学摆脱对国家法的依附,建立国家法和自治法的共治。

第四部分为分论,通过对学生与政府,学生与大学,教师与政府,教师与大学,大学与政府,办学者与政府,办学者与大学等七对法律关系的分析,从而建构了一个完整的包括学生权利保护、教师权利保护、办学者权利保护和大学权利保护在内的综合的法治框架体系。

本书由安宗林教授负责统稿并撰写第三章,其余章节由李学永老师撰写。不当之处请指正,来信请致 xueyongli@163.com,多谢。

目 录



第一部分 绪 论

第一章 从大学自治到大学治理	(3)
第一节 大学是一个无法归类的独立存在	(3)
第二节 大学通过自治成为一种独立存在	(7)
第三节 从大学自治走向大学治理	(18)

第二部分 基 础 论

第二章 神圣的学术和高贵的学术职业	(29)
第一节 神圣的学术	(29)
第二节 高贵的学术职业	(31)
第三节 学术和学术职业的异化	(35)
第四节 学术是心灵自由的产物	(38)
第三章 学术自由成为一种权利	(41)
第一节 学术自由权的入宪	(41)
第二节 学术自由权的价值	(44)
第三节 学术自由的内容	(46)
第四节 学术自由的主体	(50)



第四章 学术自由和言论自由	(53)
第一节 学术自由和言论自由的竞合	(53)
第二节 学术自由和言论自由的区分	(54)
第五章 学术自由与学习权	(62)
第一节 从受教育权到学习权	(62)
第二节 学习权和学术自由	(64)
第六章 学术自由和学术民主	(68)
第一节 民主为大学运行提供合法性依据	(68)
第二节 学术自由和民主的不相容性	(71)
第三节 内在冲突的启示和协调	(74)

第三部分 本 体 论

第七章 大学自治是学术自由的制度保障	(81)
第一节 从法律法规授权组织到自治组织	(81)
第二节 大学自治是对学术自由的制度性保障	(86)
第三节 大学自治的内容	(96)
第四节 从办学自主到大学自治	(103)
第八章 大学自治权的性质	(107)
第一节 国家教育权是一种公权力	(107)
第二节 大学自治权是一种公权力	(109)
第九章 大学自治与法律保留	(113)
第一节 法律保留	(113)
第二节 大学自治不适用法律保留原则	(120)
第十章 大学自治的限制	(129)
第一节 概述	(129)
第二节 平等原则的限制	(135)



第三节	比例原则的限制	(143)
第四节	禁止不当结合原则的限制	(149)
第五节	正当程序原则的限制	(153)
第十一章	大学自治的监督	(159)
第一节	大学自治需要监督	(159)
第二节	特别权力关系视角下的司法审查	(163)
第三节	大学自治视角下的司法审查	(173)
 第四部分 分 论		
第十二章	学生权利的保护	(183)
第一节	学习权是大学生权利体系的基础	(183)
第二节	大学与学生关系视角下学生权利的公法保护	(188)
第三节	大学与学生关系视角下学生权利的私法保护	(197)
第四节	政府与学生关系视角下学生权利的公法保护	(201)
第五节	学习权的第三人效力问题	(205)
第十三章	教师权利保护	(211)
第一节	教师的法律地位	(211)
第二节	教师权利保护体系	(223)
第十四章	大学的保护	(240)
第一节	大学的法律地位	(240)
第二节	大学的保护	(255)
第十五章	办学者权利保护	(261)
第一节	兴学自由权	(261)
第二节	兴学自由权的保护	(265)
参考文献		(269)

第一部分

绪 论



本部分主要是从对大学自主、大学自治、大学治理三个概念的分析入题,强调大学运行模式是沿着法治的轨迹发展的,最后得出结论:大学治理是多方主体参与的共治,大学成为多方利益纠缠的复杂结构,大学治理需要建立法治框架体系,以调整诸方利益,我国必须完成从大学自主到大学自治再到大学治理的两次飞跃。

第一章 从大学自治到大学治理



第一节 大学是一个无法归类的独立存在

一、大学具有独特的运行逻辑

大学制度是西方文明的产物,世界上的“现代大学,除了少数例外,其起源和基本设计都是西方式的”^①。在所有西方的观念中,大学在世界上是传播得最成功的观念之一,它甚至远超过英国的国会形式。

大学具有独特的运行逻辑。大学作为社会的学术中心,探求真理(研究)和传播真理(教学)是大学这一功能系统的本质。德国的洪堡在创建柏林大学时提出了研究与教学相统一的大学办学宗旨,“柏林大学的创办像一个燃烧点发出耀眼的光芒,一切光线全部从这里发出”。^② 我国的梅贻琦也认为,大学的目的一是研究学术,二是造就人才。“正因为它那令人眼花缭乱的高深学科及其自身生殖和自治的倾向,高等教育才

^① [瑞典]胡森:《国际教育百科全书》(第4卷),陈延泽等译,贵州教育出版社1990年版,第405—406页。

^② [英]C. W. 克劳利编:《新编剑桥世界近代史》(第9卷),中国社会科学院世界历史研究所组译,中国社会科学出版社1992年版,第169页。

变得独一无二——不从它本身的规律去探索就无法了解它。”^①卢曼的社会系统功能分化理论认为,社会生活分为经济、政治、学术、家庭等不同的功能系统,每个功能系统执行着一个无法为其他系统取代的任务,并且发展出自己独特的运行逻辑和沟通媒介。沟通媒介是每个功能系统相互区别的根本标志,每一功能系统,为了以自己的功能立场和原则传达和处理信息,以凸现自己的自主和特性,都分别发展出自己的沟通媒介,而且每个功能系统都通过限制适当的沟通,与环境划清界限。政治系统的沟通媒介是权力,经济系统的沟通媒介是金钱,学术系统的沟通媒介是真理,家庭系统的沟通媒介是情爱。^②

追求真理是大学的内在逻辑,是大学千百年来对抗外在压力和阻力而不断发展的内在动力,大学的许多活动没有功利性,具有强烈的超国家利益的全球眼光和以天下为己任的责任感,经常对包括政府在内的国家、社会机构持有批判态度,使大学并不总是易于与政府达成一致。大学自诞生时能始终保持自己的个性,原因在于大学对真理的内在追求,大学有着自己独特的社会功能和运行逻辑,有自身的规律和价值,有自身的一套自我运行、自我约束的机制,有某种相应的特殊管理模式。例如,在高校中人才成长是师生共同活动的结果,但教师的活动具有个别性和分散性;学生的活动要求服从统一安排,但他们作为自身发展的参与者,需要一定的自由发展空间;学校的正常运转以严格统一的规章为前提,但学术问题允许有不同意见,创造性的探索讲求自由宽松的氛围。

二、大学是特洛伊木马

正是这种对真理的唯一指向,使得大学在中世纪产生之初就是一个无法归类的独立存在。大学具有国际性,其成员来自世界,活动的性质

① [美]伯顿·R. 克拉克:《高等教育系统——学术组织的跨国研究》,王承绪等译,杭州大学出版社1994年版,第313页。

② 参见宋林飞:《西方社会学理论》,南京大学出版社1997年版,第142—163页。