

以案说法

现代高校建设中的人事体制改革 法律问题研究

湛瑜 等著

群众出版社



现代高校建设中的人事体制改革 法律问题研究

谌瑜 等著

群众出版社

· 北京 ·



图书在版编目 (CIP) 数据

现代高校建设中的人事体制改革法律问题研究 / 湛瑜等著. —北京: 群众出版社, 2019. 1 ISBN 978-7-5014-5923-0

I. ①现… II. ①湛… III. ①高等学校—人事制度—体制改革—法律—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 302329 号

本书是教育部人文社会科学研究一般项目“现代高校建设
中的人事体制改革法律问题研究”(14YJA820004) 的
最终研究成果。感谢上述项目的资助。

现代高校建设中的人事体制改革法律问题研究 湛瑜 等著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮政编码: 100078

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2019 年 1 月第 1 版

印 次: 2019 年 1 月第 1 次

印 张: 11.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 248 千字

书 号: ISBN 978-7-5014-5923-0

定 价: 48.00 元

网 址: www.qzcbbs.com

电子邮箱: 843195700@qq.com

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

文艺分社电话: 010-83901730

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

湛瑜 上海大学法学院副教授，硕士生导师。上海申浩律师事务所兼职律师。

主要从事劳动与社会保障法、涉外民商法、保险与金融法等领域的研究和教学。出版有专著《社会保障资金管理法律制度研究》，编著或参与主编多部法学专业教材及参考资料，先后在《经济社会体制比较》《财贸研究》《南京社会科学》《上海金融》《经济问题探索》《法制导刊》《中国法制报》《中国审计报》等期刊发表学术论文、文章二十余篇。主持完成和参加了多项省部级和院级法学科研课题；主持教育部人文社会科学研究一般项目“现代高校建设中的人事体制改革法律问题研究”。

目 录

导论 1

上篇 高校人事体制改革立法模式研究

专题一 论公立高校的法律主体地位 7

- 一、市场背景下定性高校法律主体的困惑 8
- 二、域外高等教育办学治校的制度借鉴 16
- 三、明确公立高校行政协议主体身份 18

专题二 高校视域下人事争议案的可诉性与法律适用问题研究 22

- 一、高校与教师人事争议典型案例与法律困境 22
- 二、高校教师人事争议法制环境及其权利救济问题法理评析 24
- 三、高校教师人事争议权利救济法律问题之对策 28

专题三 我国高校教师社会保险法制研究 33

- 一、问题的提出 33
- 二、高校教师社会保险制度的现状与问题分析 37
- 三、高校教师社会保险制度的比较法考察 49
- 四、人事体制改革下我国高校教师社会保险法制问题之对策 54

专题四 高校职业年金法制研究 58

- 一、高校职业年金制度的发展现状 58
- 二、构建高校统一职业年金的法制障碍 61
- 三、构建高校职业年金制度的可行性与对策 64

中篇 高校与教职工劳动人事法律关系研究

专题五 论中国高校教师的法律身份 69

- 一、中国高校教师法律身份亟待明确 70
- 二、解读与评析：中国高校教师法律身份现状 72
- 三、建立涵盖我国高校教师的公务雇员制度之设想 75

专题六 高校管理教师行为规范性探讨 81

- 一、高校对教师管理的典型案例及相关法律问题 82
- 二、高校管理教师之法制环境及现实问题 87
- 三、高校对教师管理内容之法制缺失 89
- 四、高校管理教师行为规范化之对策 93
- 五、高校管理教师程序正当性之思考 99

专题七 论高校后勤用工方式的法律规制 107

- 一、高校后勤用工现状及法制困境 107
- 二、高校后勤用工方式法理探讨 111
- 三、规范高校后勤人员劳动用工方式之思考 116

专题八 公立高校医院医疗侵权法律问题研究 122

- 一、公立高校医院医疗侵权典型案例及所涉法律问题 122
- 二、高校医院医疗侵权所涉法律问题评析 124
- 三、规制公立高校医院医疗侵权问题之对策 127

下篇 高校学生人事管理法制研究

专题九 论公立高校与学生法律关系及权利救济机制 133

- 一、三例高校招生、学位授予案及所涉主要法律问题 133
- 二、高校“准”行政机关地位的认定 135
- 三、高校与学生行政协议属性的确定 139
- 四、学生权利与高校办学自主权的司法平衡 144

专题十 全日制大学生兼职法律关系研究 149

- 一、全日制大学生兼职典型案例 149
- 二、全日制大学生兼职与用工方关系的法律属性之争 151
- 三、全日制大学生兼职与用工方法律关系性质之我见 153

专题十一 高校后勤管理侵权法律问题研究 159

- 一、典型案例与争议焦点 160
- 二、高校后勤管理侵权成因分析与法理解读 161
- 三、规制高校后勤侵权现象的对策与建议 166

专题十二 论全日制法律硕士（非法学）课程设置的科学与合规性

——以 F 学院课程设置为研究对象 171

- 一、F 学院全日制法律硕士（非法学）课程设置的改革现状 172
- 二、F 学院全日制法律硕士（非法学）课程设置的依据 174
- 三、F 学院全日制法律硕士（非法学）课程设置的问题 175
- 四、F 学院全日制法律硕士（非法学）课程设置的不足与改进 178

导 论

当前,我国高等教育发展面临着从计划体制向市场体制以及从精英化向大众化教育的转型。市场经济体系的建立使中国社会结构发生了深刻的变化:一方面,国家权力正逐渐从社会经济领域部分退出;另一方面,随着市场在资源配置中起决定作用,社会自主性的程度在不断提高。社会转型的加速与社会结构的重构,使得我国教育主体发生了分化。教育主体的分化意味着教育关系的变革,因此出现了一系列新的教育社会关系。如何对这些关系进行归类、定位、调整、建章立制,是当前中国教育改革,尤其是公立高等学校改革所面临的重要课题。

中国高等教育体制改革的目标是确立公立大学法人地位,建立政府与高校的新型关系。高等教育改革的核心是如何处理政府与高校的关系,而处理与高等教育相关的公共事务需要政府与高校共同行动。在高等教育转型过程中,探索政府与高校关系、重塑二者良性互动关系的路径,对于推动高等教育健康发展具有重要现实意义。

随着高教体制改革的深入,在现代高校法治建设中,公立高等学校究竟是何种性质的法律主体?它行使法律、法规、规章授予的公共教育管理职权的范围有多大?其“办学自主权”可否作为拒绝权利保障行政法介入的一个依托?哪些事务需受行政法规范约束并应接受司法审查?哪些关系又属于民法调整的范畴?理顺围绕公立高等学校的这些内外部法律关系,首先应界定公立高等学校法律主体的身份、性质与地位,明确其权利和义务。这直接关乎如何规范高校内部人事关系,也关联着其内部各利益主体权利义务关系的法律规制。

本研究由高校人事法律关系的实然到应然,通过实例说理论证,以期重构及完善现代大学人事法律制度。在探讨现代高校建设中的人事体制改革法律问题时,本研究课题围绕高校、教师、学生三方主体,分三个部分展开研究:上篇——高校人事体制改革立法模式研究;中篇——高校与教职工劳动人事法律关系研究;下篇——高校与学生人事管理法制研究。上篇着眼于高校与政府关系,通过对高校办学自主权的探讨,主张首先明确高校作为法律主体的身份与定位,则其外部法律关系便迎刃而解。中篇主要围绕高校教师,以其权益保障、与高校法律关系性质、相关规章制度的构建与完善为研究重点。下篇着重探讨了现代高校建设法治理念下高校与学生的法律关系及其规章制度的完善与学生权益的司法救济问题。

一、我国高校办学自主权与人事管理法治化的必要性

我国现代大学制度的构建发生在高等教育转型的背景下。这一转型可从两方面理解：一是高等教育发展从计划体制向市场体制的转型；二是高等教育从精英化向大众化的转型。高等教育改革的一个核心维度就是如何处理政府与高校的关系。高校自主权即是政府与高校关系的集中体现，尤其是公立高校。

市场机制将会在学校办学中发挥重要作用。在计划经济时代，高等学校办学一切按计划办事，统一招生，统一分配，无竞争可言。而在高等教育大众化阶段，学校与学校之间的招生、就业竞争日趋激烈，考生将有更大的自主选择权，而要在竞争中取胜必须依靠办学的实力与质量。当前，高等教育尚处于“卖方市场”，经过若干年或更长时期以后，高等教育一旦转入“买方市场”，高等学校将会出现大浪淘沙、百舸争流的局面，那些高瞻远瞩、应对有方的高校将在竞争中胜出，而一些未能与时俱进的学校则会在市场竞争中被淘汰。

高等教育大众化必然带来高等教育的多样化，学校将在多样化的背景下自主考虑办学定位与特色。我国地域辽阔，各地经济发展很不平衡，既有大量劳动密集型产业，又有一批技术密集、资金密集型企业，还有一些知识密集型企业；既需要先导性的基础研究，又需要大量应用研究和成熟技术的推广应用；既需要各学科的顶尖人才，也需要大量各行各业的专门人才。这就必然要求高等教育是多层次、多样化的。我国有一千余所高等学校，各校的办学力量、教学科研水平相差较大，由政府主管部门规定各所高校的定位一是很难做到准确合理，二是难以避免管得过多、统得过死的弊病，三是难以发挥市场的调节作用，调动学校自身办学的积极性。当前，国家对高等学校的管理将更趋宏观，学校将按《高等教育法》规定的“面向社会，依法自主办学”。我国高校定位的问题、我国高校自主权内涵的界定及其属于何种性质的法律主体等问题，将首先直接地摆在构建现代大学制度者的面前。

大学自治的中国特色说法就是办学自主权。我国高等教育体制改革的核心问题是要正确处理大学与政府的关系，扩大并落实高校办学自主权。真正确立高校法人地位，从法律角度厘清“办学自主权”概念，明确哪些事务应归大学自主处理、哪些事务需要受行政法规范的约束并应接受司法审查的介入，从而理顺高校内涉及的法律关系，界定高校法律关系各主体的权利义务。

二、我国高校内部群体各权力、人事关系之解读

随着我国高等教育改革的不断深入，高等学校逐渐从政府包办转变为自主管理并承担法律责任的法人实体。我国高等教育内外部环境的巨大变化，使得高校内各利益关系纵横交织、错综复杂，各利益群体之间既相互协作，又不无矛盾冲突。在新的教育体制下，高等学校存在的法律关系变得日益复杂化。近年来，我国公立高校与各利益群体的法律纠纷渐趋增多，由于对公立高校法律身份、与各利益主体的

法律关系属性认识不一,许多纠纷在法律实践中同案不同判,甚至高校涉诉案件起诉难而引发其他社会问题或群体性事件,因此,有必要理顺各类法律关系,明确其权利义务。这是完善高等教育法制的要求,也是正确解决各类围绕高校所发生的纠纷的前提条件。

关于我国高校各类权力的划分,学界一直存在分歧。归纳起来,主要有三种观点。其一,二元权力论。认为高校内部存在着“学术权力”和“行政权力”的对立的二元结构,这是我国学者的普遍看法。其二,三元权力论。有学者认为高校内三大利益群体拥有三种类型的权力:“根据高校内部团体利益的差别,可分为三大权力主体,即教师、管理人员和学生,由这三种权力主体派生出来三种权力类型,即学术权力、行政权力和学生权力。”^①其三,多元权力论。持此观点的学者又可分为两派。一派认为,高校权力由行政权力、学术权力、政党权力、政府权力、市场权力组成。如林荣日认为,在中西高校中,除了行政权力、学术权力和我国高校自1949年以来“始终处于主导地位”的政党权力外,还有“来自中央和地方政府的行政权力,来自社会的市场权力等”。^②另一派认为,高校权力分为政党权力、行政权力、学术权力、学生权力和外部权力。如陈玉琨、戚业国教授“将国外高校的权力构成分为学术权力、行政权力以及学生权力,将我国高校的权力构成分为政党权力、行政权力、学术权力、学生权力和外部权力”。^③

在高校各类法律关系中,高等院校始终是一方当事人。没有高校的参与就没有高校法律关系的发生,无论内外都离不开高校的存在和参与。例如:高校与政府教育行政主管部门之间、高校与带有准国家公务员身份的高校教师之间、高校与大学生之间,以及高校教师与大学生之间、高校学生与学生之间,甚至是高校教师、学生与校外企事业单位与公民个人的法律关系中,高等院校都是必不可少的当事人,直接或间接参与到高校法律关系中、作为法律关系的一方主体。

高校的存在综合反映了社会各方的利益需求,视角不同,自然观点不同。因此,也就不难理解上述关于高校权力构成的认识差异了。

三、我国高校人事管理法制现状与展望

1995年颁布的《中华人民共和国教育法》^④(以下简称《教育法》)第三十一条第一款规定:“学校及其他教育机构具备法人条件,自批准设立或登记注册之日起取得法人资格。”首次以法律形式明确了高校的法律主体身份,即高等学校具有法人资格。1998年颁布的《中华人民共和国高等教育法》^⑤(以下简称《高等教育法》)第三十条第一款规定:“高等学校自批准设立之日起取得法人资格。高等学校的校长

① 刘亚敏:高校内部权力结构及其调整,《现代高校教育》2004年第2期。

② 林荣日:论高校内部权力,《现代高校教育》2005年第2期。

③ 陈玉琨,戚业国:论我国高校内部管理的权力机制,《高等教育研究》1999年第3期。

④ 1995年3月18日第八届全国人民代表大会第三次会议通过。

⑤ 1998年8月29日第九届全国人大常委会第四次会议审议通过,1999年1月1日施行。

为高等学校的法定代表人。”第三十条第二款又进一步规定：“高等学校在民事活动中依法享有民事权利，承担民事责任。”意即高等学校在进行民事活动时是民事主体。那么，高校开展教育活动、行使管理权力时，属于民事主体还是行政主体呢？

《教育法》第二十八条规定：“学校及其他教育机构行使下列权利：（一）按照章程自主管理；（二）组织实施教育教学活动；（三）招收学生或者其他受教育者；（四）对受教育者进行学籍管理，实施奖励或者处分；（五）对受教育者颁发相应的学业证书；（六）聘任教师及其他职工，实施奖励或者处分；（七）管理、使用本单位的设施和经费；（八）拒绝任何组织和个人对教育教学活动的非法干涉；（九）法律、法规规定的其他权利。”对其中第（三）项规定的招生权，第（四）项规定的学籍管理、奖励、处分权，第（五）项规定的颁发学业证书权，第（六）项规定的聘任教师及奖励、处分权等，有学者认为，具有双重性质：“一方面，其相对于其主管部门（教育行政部门）而言是一种权利，属于办学自主权范畴，应当由高校自主行使，教育行政部门不得加以任意侵犯；另一方面，对于受教育者、教师和员工等作用对象而言，这些职权又具有明显的单方意志性和强制性，符合行政权力的主要特征”^①，“在性质上应当属于行政权力或公共管理权力”^②。这一论断可以被认定为对公立高校行政主体地位的初步肯定。

由于公立高校是面向公众提供的一种教育服务，同时肩负着实现国家高端人才培养目标的使命，《高等教育法》第三十一条规定：“高等学校应当以培养人才为中心，开展教学、科学研究和社会服务，保证教育教学质量达到国家规定的标准。”第四十四条还规定：“高等学校的办学水平、教育质量，接受教育行政部门的监督和由其组织的评估。”由此可知，公立高等学校在法律层面上既是具有行政管理权的办学主体，也是国家教育主管部门实施监督、评估行为的相对人。

同时，高等学校是面向社会自主办学的独立法人单位，以社会公共利益为目的。国家对大学的任务也有比较明确的规定，可参见《高等教育法》第十六条。它对大学的主要任务、有关学业标准、要求等规定：“高等学历教育分为专科教育、本科教育和研究生教育。高等学历教育应当符合下列学业标准：（一）专科教育应当使学生掌握本专业必备的基础理论、专门知识，具有从事本专业实际工作的基本技能和初步能力；（二）本科教育应当使学生比较系统地掌握本学科、专业必需的基础理论、基本知识，掌握本专业必要的基本技能、方法和相关知识，具有从事本专业实际工作和研究工作的初步能力；（三）硕士研究生教育应当使学生掌握本学科坚实的基础理论、系统的专业知识，掌握相应的技能、方法和相关知识，具有从事本专业实际工作和科学研究工作的能力。博士研究生教育应当使学生掌握本学科坚实宽广的基础理论、系统深入的专业知识、相应的技能和方法，具有独立从事本学科创造性科

① 罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社2001年版，第36页。

② 湛中乐：再论我国公立高等学校之法律地位，转引自劳凯声（主编）：《中国教育法制评论（第七辑）》，教育科学出版社2009年版，第34页。

学研究工作和实际工作的能力。”“第三章”以六个条文（第二十四至二十九条）对“高等学校的设立”进行了较全面的规定，如：大学或者独立设置的学院还应当具有较强的教学、科学研究力量，较高的教学、科学研究水平和相应规模，能够实施本科及本科以上教育；大学还必须设有三个以上国家规定的学科门类为主要学科；设立高等学校的具体标准由国务院制定等。

高校是具有法人资格的事业单位，不得以营利为目的进行活动，财产权要受到教育法律的限制。这也使高等学校有别于一般民事主体。《教育法》第二十五条第三款规定：“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构。”《高等教育法》第二十四条也有相应规定：“设立高等学校应当符合国家高等教育发展规划，符合国家利益和社会公共利益，不得以营利为目的。”

上述关于公立高等学校法律属性的规定不一致，必然导致学者们对公立高校究竟是民事主体还是行政主体的不同认识，而这又引发围绕高校所发生的纠纷究竟应给予民事还是行政的司法救济的纷争。

在新的教育体制下和教育市场中，高等学校在社会生活中扮演多重角色，法律身份难以分辨，使得围绕高等学校所发生的法律关系变得错综复杂。着眼于高校和政府关系，以高校法律身份、地位切入，研究高校与教师、学生之间的人事法律关系就显得尤为重要。

本研究以法律视角探讨高校内外部法律关系，通过梳理围绕高校所发生的各类劳动人事法律关系，明确高校的法律身份与定位，进而界定各主体的权利义务，理顺其不同属性的法律关系，是建章立制、为高校各利益主体提供权利救济的前提，也是我国高校管理体制改革的要求，更是将高校人事管理纳入法治轨道的必由之路。将高校界定为公法人，可以解决高校在教育教学活动中的主体地位及相关争议的可诉性问题。该观点在我国司法实践中已得到有限认可，但尚需立法文本予以明确。本研究以案例形式，从规范高校运作程序与方式、方法角度，以高校作为准行政机关为切入点，从“高校人事体制改革立法模式研究”“高校与教职工劳动人事法律关系研究”“高校学生人事管理法制研究”三部分来论述高校人事治理结构的法制问题与完善路径。运用案例且依据法理和现行立法，通过说理论证，从规范高校运作程序与方式、方法角度，针对各类法律关系提出行政、民事性质的判别尺度以及权利救济途径，以期进一步完善我国高校的法人治理结构，为现代高校建设中的人事体制改革提供法律武器。

上 篇

高校人事体制改革立法模式研究

专题一 论公立高校的法律主体地位

湛瑜^① 蒋树^②

专题概要：明确公立高校的法律地位直接关系到围绕高校所形成的法律关系定性、主体权利救济等问题。高校与国家之间、高校与教师之间的法律关系性质不明确，使得公立高校的法律地位存有争议。借鉴域外高校办学制度，提出应将公立高校界定为法律法规授权的行政主体，并主张高校与教师之间聘任合同的法律性质为行政协议。

关键词：公立高校；法律地位；行政协议。

近年来，随着我国高等教育体制改革的深化以及高校自主权的扩大，高校这一法律主体应如何定位越来越显现出它的迫切性。高校作为独立法人组织，究竟是私法人还是公法人组织？是民事主体还是行政主体？高校的法律性质直接关乎围绕高校所形成的法律关系的法律适用、主体权利的司法救济等现实问题。本文所称高等学校（以下简称“高校”），是指我国《高等教育法》中由政府举办并由公共财政经费维持的高等学校，俗称“公立高校”或“公办高校”。

【典型案例一】在“福州大学教授诉学校违法案”^③中，法院以“福州大学系事业单位，不具备行政复议被申请人的主体资格，福州大学聘请林某的行为不属于行政复议法的调整范围”为由驳回起诉。

【典型案例二】在“安徽财经大学诉教师裴某委托培养合同纠纷案”^④中，法院认为原、被告签订的委托培养合同“是平等主体间的民事合同，应由民法予以调整”。“被告认为，本案属劳动人事争议，要求适用劳动法来调整的主张，在本院告知其本诉法律关系的性质后，其未予变更请求”，“因不构成本诉的反诉，故本院予以驳回，被告可另行起诉”。

【典型案例三】在“陆某某与复旦大学因人事争议纠纷上诉案”^⑤中，法院认

① 湛瑜：上海大学法学院副教授、硕士生导师；兼职律师。

② 蒋树：上海大学法学院2015级法律硕士研究生。现为上海申浩律师事务所律师助理。

③ 详见北大法宝：大学任免教师不属于行政范畴，福州大学教授诉学校违法被驳，http://www.pkulaw.cn/case/pal_a3ecfd5d734f711da912caef6683071ba0ab7cbeab5c7afbdfb.html?keywords=%E7%A6%8F%E5%B7%9E%E5%A4%A7%E5%AD%A6%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E5%88%98%E6%9F%90&match=Exact，2018年11月14日访问。

④ 详见北大法宝：安徽财经大学诉教师裴育委托培养合同纠纷案，（2005）蚌山民一初字第623号。

⑤ 详见北大法宝：陆某某与复旦大学因人事争议纠纷上诉案，（2009）沪二中民一（民）终字第2394号。

为：复旦大学对陆某某作出的行政开除处分合法有据，陆某某要求与复旦大学恢复人事聘任关系的请求难以支持。

上述三则典型案例均系高校教师与高校之间的人事争议，尤其是人事任免、奖惩问题以及因处分而引发的争议。其究竟是行政法意义上的纠纷，还是民事合同抑或劳动合同的解除问题？此类争议频发的根本原因在于法律对高校法律主体地位规定不明确，对该问题的不同认识必然导致实践中同案司法救济的途径不同，所适用的实体法律也大相径庭，相关主体甚至投诉无门或规避法律、逃避责任。近年来，此类案件屡有发生并呈上升趋势，严重阻碍了我国高等教育改革与法制建设。

笔者认为，高校法律地位不明的原因主要在：一是市场竞争背景下高校与国家关系定位不明，市场因素冲击了高校的公立地位；二是高校教师聘任合同的法律性质不明确也一定程度上影响了高校法律地位的准确认定。本文主张，高校作为代表国家履行高等教育职责、享有法定的自主办学权的法人，属于经《高等教育法》等法律法规授权的组织，仍应将其界定为公法人；其作为市场主体开展办学，不影响其具有的公益属性；高校与教师之间的聘任合同定性为行政协议也有其合理性。

一、市场背景下定性高校法律主体的困惑

在计划经济时代，我国高校方方面面由国家与政府管控，在国家命令、指示下开展高等教育工作，高校教师按照国家公务员管理。政府的过分强化导致社会自主力量在教育领域的萎缩。20世纪80年代中期开始，高校教育体制改革被国家提上日程，目标是建立政府统筹管理、社会各方积极参与高校办学的机制，肯定了社会资本进入高校领域的合法性。与此同时，我国市场经济体制改革在20世纪90年代不断深化，市场的因素渗透到社会生活的各个领域，高等教育当然也不例外。等价交换、公平竞争等市场经济的规律进入高校内部，促进了高校快速发展，增强了高校发展的活力。但社会资本的涌入、市场因素的介入也使得高校与国家、高校与教师之间的法律关系属性难以界定，又直接影响着高校法律地位的认定。

（一）公立高校与国家之间法律关系性质不明确

1. 市场竞争对高校公益性的挑战

高等教育的受众是普通民众，本着教育公平的原则，最大限度地保障绝大多数人受教育的权利。高等教育守护、培育良好的社会准则，形成公共价值，促成稳定、和谐、民主的社会。“教育公益性就是指个人或组织所提供的教育及教育收益能使国内大多数甚至全体公民无偿享有（无排他性地享有）。"^①高校因代表国家开展高等教育工作而具有公益性。“实施高等教育所产生的效应惠及公众，公共事业、社会发展、经济建设从高等教育的发展中获得尽可能多的益处。”^②公共社会无不从高等教

① 杨卫安，邹志辉：教育公益性概念的争议与统一，《教育发展研究》2009年第19期。

② 原青林：论高等教育的公益性与私益性，《高等教育研究》2009年第8期。

育事业中或多或少获得利益。“高等教育对民族事业、人类关怀以及长远发展提供智慧的支撑、精神的导向。”^①我国《教育法》也肯定了公立高校具有公益属性,其第二十六条规定:“以财政性经费、捐赠资产举办或者参与举办的学校及其他教育机构不得设立为营利性组织。”法律肯定了高校办学经费的多元化来源,既可以是国家、政府出资,也可以是公民、法人或其他组织以捐赠的方式出资。高校经费来源虽有不同,但是不得以营利为目的设立高校,不得改变高校的公益性质。

随着市场经济改革的深入与社会生活水平的提高,社会大众日益增加的高等教育需求与政府所提供有限的高等教育资源之间的矛盾不断增大,单纯依靠国家财政开办高等教育难以满足社会大众的需求。

现阶段,高等教育已经从“精英教育”转变为“大众教育”。“国际上通常认为,高等教育毛入学率在15%以下时属于精英教育阶段,15%~50%为高等教育大众化阶段,50%以上为高等教育普及化阶段。1978年,中国的高等教育毛入学率只有1.55%,1988年达到3.7%,1998年升至9.76%。1999年开始大学扩招,高等教育毛入学率快速上升,2002年达到15%。”^②至此,高等教育从精英教育阶段进入大众化阶段。高等教育大众化更是加剧了国家财政的压力。

为了解决财政压力,国家开始推行高校教育体制改革,将市场竞争的因素引入高等教育领域,允许高等教育中的部分事项由市场配置。^③国家通过赋予高校一定的自主权,比如高校可在政府确定的学费区间自主确定收费标准,通过市场竞争方式激发高校的活力,形成自己独特的优势,从而促进高等教育行业的进步,更好地缓解国家财政与税收的压力。然而,一旦市场的竞争机制引入高校,高校享有自主权,市场经济与生俱来的逐利性势必会对我国高等教育的公益性产生冲击。比如:高校为了获取收益,吸收更多的资源从事经济收益高的活动,增加学费或者提高入学门槛,忽视对人才的培养,高校教育质量将不升反降。市场与社会资本进入高校,高校若滥用其享有的自主办学权,以自主办学权为由谋取不正当收益,也会损害高校教师、学生的合法权益,与高校公益性的宗旨相背离。

2. 现行立法对高校定位缺失、亟待完善

我国法律确认了公立高校的独立法人地位,高校是由国家财政经费成立的法人组织,法律明确了其在民事活动中的法律地位。《教育法》第三十二条规定:“学校及其他教育机构具备法人条件的,自批准设立或者登记注册之日起取得法人资格。”《高等教育法》第三十条规定:“高等学校自批准设立之日起取得法人资格。高等学

① 原青林:论高等教育的公益性与私益性,《高等教育研究》2009年第8期。

② 详见百度百科:高等教育毛入学率, <https://baike.baidu.com/item/%E9%AB%98%E7%AD%89%E6%95%99%E8%82%B2%E6%AF%9B%E5%85%A5%E5%AD%A6%E7%8E%87/2488634>, 2018年12月12日访问。

③ 中共中央、国务院在《关于分类推进事业单位改革的指导意见》中指出:“根据职责任务、服务对象和资源配置方式等情况,将从事公益服务的事业单位细分为两类:承担义务教育、基础性科研、公共文化、公共卫生及基层的基本医疗服务等基本公益服务,不能或不宜由市场配置资源的,划入公益一类;承担高等教育、非营利医疗等公益服务,可部分由市场配置资源的,划入公益二类。具体由各地结合实际研究确定。”

校的校长为高等学校的法定代表人。”教育法律规范明确了高校取得法人地位,对高校法律权利的保障具有积极的意义。同时,《高等教育法》明确了“高等学校在民事活动中依法享有民事权利,承担民事责任”。也即高校在民事领域,作为独立主体,有权以自己名义从事民事活动,享有民事权利,履行民事义务,并对民事法律行为的法律后果以自有财产承担民事责任。这一点在我国2017年施行的《民法总则》^①中也得到了相应的体现。

然而,在民事活动之外的领域,作为实施高等教育的法定机构在开展教学管理、学术科研的过程中,高校与国家之间关系怎样?高校在其中扮演的法律角色如何?它与国家、受教育者、教师之间形成何种法律关系?对此,教育法律规范并未阐明。

教育法律规范对高校在从事教育活动过程中的法律性质界定显得过于原则。《教育法》第二十六条明确了学校等教育机构由国家根据教育发展规划举办。《高等教育法》第二十四条规定:“设立高等学校,应当符合国家高等教育发展规划,符合国家利益和社会公共利益。”法律仅仅明确了公立高校由国家出资设立并要求具备教育法规定的基本条件,且不得违背国家利益和社会公共利益。而这种由国家资本设立,以开展教育教学、科学研究为主要目的的特殊机构在对高校成员(如高校教师、教学辅助人员、受教育者)进行教学管理、开展学术活动过程中,法律未明确界定其法律地位。

法人在我国现行法律框架下只是民事主体,而包括高校办学自主权、教学管理等事项并不属于民事范畴。高校是属于行政法律规范意义上的行政主体还是劳动法律规范中的用人单位,立法上仍然存在疑问。

3. 公立高校办学自主权是公权力还是私权利

高校与国家间法律关系不明确还体现在高校办学自主权性质不明晰的问题上。随着市场因素进入高等教育领域,国家和政府简政放权,对高校管理程度降低,法律赋予公立高校办学自主权。该权利是高校相对于国家或政府所获得的自主权,是高校开展教育教学、科学研究以及管理工作的重要权利。我国《教育法》规定:学校“按照章程自主管理”,便是公立高校自主权在我国法律规范中的具体体现。那么,公立高校办学自主权是一项公权力还是私权利?探讨高校办学自主权的法律性质对研究高校与国家间的关系、公立高校法律地位具有重要作用。

公权力是“国家、社团、国际组织等为生产、分配和提供‘公共物品’而对其成员进行组织、指挥、管理,对事务进行决策、立法和执行和实施决策立法的权力。”^②私权利即法律允许的自由——有限制但受到法律保护的自由。它包括权利主体的意志自由和行动自由,意味着主体在行使权力时不受法律干涉,主体做或不

① 笔者注:《民法总则》第八十七条规定:“为公益目的或者其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人,为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”在我国,公立高校属于事业单位,因此,在法人属性上属于非营利性法人,可以作为独立主体从事民事活动。

② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法(第六版)》,高等教育出版社2016年版,第6页。