

第五辑

杜强强 主编



燕京法学

——法律与教育



中国出版集团 | 全国百佳图书
中国民主法制出版社 | 出版单位

第五辑

杜强强 主编



燕京法学

——
法律与教育



中国出版集团
中国民主法制出版社

全国百佳图书
出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

燕京法学：法律与教育 / 杜强强主编. —北京：
中国民主法制出版社，2017.1
ISBN 978-7-5162-1421-3

I . ①燕… II . ①杜… III . ①法学—文集②教育法—
中国—文集 IV . ① D90-53 ② D922.164-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 307569 号

图书出品人：刘海涛
文案统筹：赵卜慧
责任编辑：张立明

书名 / 燕京法学：法律与教育

YANJINGFAXUE FALVYUJIAOYU

作者 / 杜强强 主编

出版·发行 / 中国民主法制出版社

地址 / 北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)

电话 / (010) 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)

传真 / (010) 63056975 63056983

http: //www.npcpub.com

E-mail: mzfz@npcpub.com

经销 / 新华书店

开本 / 16 开 787 毫米 × 960 毫米

印张 / 18 字数 / 285 千字

版本 / 2017 年 1 月第 1 版 2017 年 1 月第 1 次印刷

印刷 / 永清县金鑫印刷有限公司

书号 / ISBN 978-7-5162-1421-3

定价 / 48.00 元

出版声明 / 版权所有，侵权必究。

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

目录
Contents

教 | 育 | 法 | 制

学术自由的组织保障/张翔 3

公立高等学校的法人化/郑贤秀、田冉 26

民办高等教育发展中的政府责任研究/蔡乐渭、张硕 39

受教育权的司法保护：教育诉讼在中国的发展/刘兰兰 52

高校学生社团管理与法律保留原则/陈国飞 73

中学教师教学活动的宪法保障/杜强强 111

模拟法庭与法学教育/丁飞 122

[有关学术自由的外国宪法判例] 138

 美国联邦最高法院判例/杜强强译 138

 日本最高法院判例——关于东京大学泡泡乐事件的
 判决/王涛译 151

域 | 外 | 法 | 苑

菲律宾的环境教育与环境教育立法/果海英 165

隐宪权的隐含界限：对美国宪法学说史的一个梳理/杜强强 176

稚 | 学 | 园

对代表法 32 条之现行犯但书条款的研究与探讨/龚力	209
收养身份占有法律制度研究/潘超	222

学 | 位 | 论 | 文 | 选 | 粹

论休息权的国家保护义务/所媛	245
----------------------	-----

教育法制



学术自由的组织保障

——基于《高等学校章程制定暂行办法》等的比较研究

张 翔*

2011年11月28日,教育部颁布了《高等学校章程制定暂行办法》(以下简称《高校章程制定办法》),按照教育部新闻通气会的说法,“高等学校章程不仅是高等学校依法自主管理,实现依法治校的必要条件,也是明确高等学校内外部权利义务关系,促进高校完善治理结构、科学发展,建设现代大学制度的重要载体”。^①这一规章的出台,对于中国的大学治理建设具有里程碑的意义。除了理清大学的外部关系,比如大学与政府、出资人等的关系以外,大学内部的组织建构也是此次改革的重要内容。^②此种组织建构必须首先确立一些基本的目标和原则,其中保障学术自由是当然的要点之一。《高校章程制定办法》第11条第2款关于“章程应当明确学校学术评价和学位授予的基本规则和办法;明确尊重和保障教师、学生在教学、研究和学习方面依法享有的学术自由、探索自由,营造宽松的学术环境”的规定,对此目标做了明确宣告。

* 张翔,中国人民大学法学院教授,法学博士,德国洪堡大学访问学者。本项研究得到2011年度教育部人文社会科学研究一般项目支持,项目编号11YJC820170。

① 中国教育和科研计算机网, http://www.edu.cn/xin_wen_dong_tai_890/20120110/t20120110_729842.shtml, 2012年2月18日登录。

② 我国关于大学治理和大学组织的研究主要集中于教育学(教育哲学、教育社会学、组织学)的领域,法学视角的研究相对较少,可参见湛中乐、徐靖:《通过章程的现代大学治理》,载《法制与社会发展》2010年第3期;肖金明:《通过大学章程重构大学治理结构》,载《上海师范大学学报(法治论丛)》2011年第6期;肖泽晟:《我国大学章程制定之难题》,载《上海师范大学学报(法治论丛)》2011年第6期,等等。

在传统上，学术自由的意旨主要在于排除来自外部的、公权力的不当限制，^① 大学的内部事务并非学术自由的传统法理所关注的内容。在法理上，大学的内部组织设置属于组织规范的范畴，并非学术自由这一基本权利规范的适用领域。然而，学术活动的主要场所是大学，学术自由的落实毫无疑问与大学组织的运行有密切关联。因此，在当代大学法制的发展中，也开始将基本权利规范与组织规范进行整体的思考，通过两种类型规范的协同来促进学术自由与大学功能的实现。与此相关，当代基本权利理论发展出了“基本权利的组织保障”理论，其基本意旨在于认为基本权利的实现本身需要组织规范上的协助与配合，而国家应将基本权利视作宪法的“基本价值决定”，并通过“适当的组织措施”来保证其落实。这一思考方向对于我国的大学法制而言有明显的借鉴意义：在我国大学中组织设置与运行中对学术自由的阻碍普遍存在。因此，本文希望通过对“学术自由的组织保障”的理论与实践的分析，初步探索在我国的大学组织建设中，如何保障学术自由并协调其他的相关利益。

一、传统大学理念：学术自由与教授治校

近代以来的大学理念与大学法制，是以学术自由为核心的。德国启蒙运动以来的大学理念的发展和实践，对近代全世界的大学发展都产生的深远的影响，^② 其中的重要人物有莱布尼茨、康德、费希特和洪堡等。^③ 特别是威廉·冯·洪堡，他将学术自由的精神贯彻于大学，开启了近代大学发展之路，他创立柏林大学（现柏林洪堡大学）不仅被认为是“决定德国命运的成就”，^④ 更被认为是确立大学理念的最重要的奠基石，有着世界范围的影响力。关于德国的特别是洪堡的大学理念，研究评介文章甚夥，无须

① 参见谢海定的有关研究，谢海定：《学术自由：侵权与救济》，载《现代法学》2005年第6期；《作为法律权利的学术自由权》，载《中国法学》2005年第6期。

② 参见赵叶珠、城海霞：《移植与创新：德国学术自由理念在美国的嬗变》，载《现代大学教育》2010年第6期。

③ 参见冒荣：《远去的彼岸星空——德国近代大学的学术自由理念》，载《高等教育研究》2010年第6期。

④ 参见孙中兴：《威廉·冯·洪堡的大学理念》，载《同济大学学报（社会科学版）》2007年第2期，第9页。

赘述，但也有必要略指其纲要，因为这些理念是宪法上对关于大学的法律争议做出判断的基本观念背景。

洪堡对于教育和大学的观念来自于康德的新人文主义 (Neuhumanismus)，他的论证是从“人及其存在的最终目的”开始的。在他看来，“人的真正目的——不是变换无定的喜好，而是永恒不变的理智为它规定的目的——是把他的力量最充分地和最均匀地培养为一个整体”^①。因此，公共教育的目标就应该是最多样化地培养教育人，以使得每个人成为他所应该成为的人，“必须处处对人推行最自由的、尽可能少针对公民情况的教育”。^② 其推论是“从根本上讲，教育只应该造就人，不要考虑确定的，给予人们的公民形式，因此，它不需要国家”。“公共教育应完全处于国家作用范围之外。”^③ 洪堡所强调的乃是一种不受国家干预的公共教育，这构成了宪法上学术自由和大学自治的核心。

具体到大学的理念，洪堡认为大学应该是在紧密结合教学和研究的基礎上追求纯粹知识的共同体。大学应该做纯粹的学术研究，^④ 这种研究应该是“没有预设目的的” (absichtslos)，并且是不为政府、社会组织和商业提供直接服务的。他所设想的大学中的个体应该在“寂寞和自由” (in Einsamkeit und Freiheit) 的状态下从事研究工作，并且在超越学术知识的范围之外，去发掘伦理的行为规范。“寂寞”和“自由”成为了大学制度建构的基本原则。所谓“寂寞”，有三个层次：(1) 大学作为纯粹学术机构独立于国家，不受国家任何干预；(2) 大学致力于纯粹学术与人的教化 (Bildung)，独立于社会、政治、经济事务；(3) 大学师生应潜心于学术，自甘寂寞如同离群索居的隐士。^⑤ 此种以寂寞为指标的大学理念，甚至影响了大学的选址，除了像柏林洪堡大学这样身居闹市的大学外，更多的大学如哥廷根、海德堡都偏居于人口寥落的小城。与此相

① [德] 威廉·冯·洪堡：《国家的作用》，林荣远、冯兴元译，中国社会科学出版社 1998 年版，第 30 页。

② 同上注，第 72 页。

③ 同上注，第 73—74 页。

④ 参见孙周兴：《威廉·冯·洪堡的大学理念》，载《同济大学学报（社会科学版）》2007 年第 2 期，第 8 页。

⑤ 参见陈洪捷：《德国古典大学观及其对中国大学的影响》，北京大学出版社 2002 年版，第 39 页及以下。

适应，洪堡主张大学作为教授与学生的共同体，其追求纯粹学术的基本前提就是自由，包括教学的自由和学习的自由。但是，洪堡并不把教学作为大学的唯一职能，而是将科学（Wissenschaft）研究的职能作为其基本的职能，^①要求学者们在深邃的知识传统中，仅以学术本身为目标，进行纯粹的研究。由于在教学和科学研究中，教授（学者）显然居于核心的地位，所以这种理念的一个自然推论就是认为“教授就是大学”^②，在我国教育界脍炙人口的清华大学前校长梅贻琦的“大学，非有大楼之谓也，有大师之谓也”的名言，也是这一理念的表达。可以说，学术自由，也就是追求个人的纯粹的智识上的自由是近代大学理念的核心。而其最主要者，乃是大学教授的自由。

这种理念落实在大学法制上，就体现为大学组织的设置以落实“教授治校”为目标。德国传统的大学可以称为“讲座制教授的大学”。^③柏林大学创立之初即设立了由全体正教授组成的校评议会，共同就全校性事务做出决策。而在各学院，所有学术事务均由正教授或者正教授选出的委员会来决定，院长也由正教授们自行选出。^④可以说，这种组织制度充分体现了教授们在学术上的完全自由，因为他们实际上垄断了一切学校事务的决定权，任何外部的力量都不可能对其学术自由造成干扰（即使是为大学提供经费的国家，实际上对于学校内部的学术事务也完全无力影响）。可以说，是“教授治校”的组织形式，保障了教授们不受他人干预的彻底的学术自由。

二、大学的嬗变与利益群体的多元化

在传统大学中，学者和学生排除一切干扰以追求纯粹的智识和精神伦理的修养，纯粹性、封闭性、精英化、非功利性是传统大学的基本形象。然而，在进入现代社会后，大学的目标、结构和功能开始发生嬗变，大学

① 刘宝存：《洪堡大学理念述评》，载《清华大学教育研究》2002年第1期，第65页。

② 参见黄达人：《大学的观念和实践》，商务印书馆2011年版，第200页。

③ 俞可：《基于学术自由的大学自治》，载《上海教育》2010年第4期，第41页。

④ 参见胡仁东：《我国大学组织内部机构生成机制研究》，广东教育出版社2010年版，第71页。

中开始出现利益群体的多元化和利益诉求的对立，这是产生关于大学组织的法律争议的根源。造成这种嬗变的影响因素有以下几个方面。

1. 科学研究的复杂化与专门化

科学研究从 19 世纪开始急剧发展，特别是在自然科学、医学和技术领域，开始需要以特别的仪器、工具和其他设施，并聚合大量的专门人才进行研究。同时，科学研究愈加专门化。这些变化使得纯粹个人性的研究难以展开，而迫使大学中不同人员进行分工和协作。德国联邦宪法法院使用了一个概念来描述这种改变：“合作的强制”（der Zwang zur Kooperation），^① 也就是学术活动必须通过大学中各种成员的合作方能展开，纯粹个人的孤立的学术活动已非常态，因此相互合作就成为学术研究的工作原则。

2. 社会对大学的需求

工业化以后，社会对大学产生了更多的需求，要求大学不能只为有闲阶层和精英人物服务，而是要为社会的发展和进步提供智力支持。“每一个较大规模的现代社会，无论它的政治、经济或宗教制度是什么类型的，都需要建立一个机构来传递深奥的知识，分析、批判现在的知识，并探索新的学问领域”。^② 在保证大学的“内部使命”也就是学术与教化之外，现代大学还承担着“外部使命”，也就是其社会责任。^③

3. 学生的数量与诉求

现代大学的另一重大变化就是学生数量的急剧增加，这是因为，大学学位越来越成为个人在社会中获得晋升的工具，这使得更多的人希望进入大学以获得社会认可的标签。而且，这些新增加的学生往往并非来源于生活富足的有闲阶层，而是来自普罗大众。传统大学仅以智识追求和个人精神伦理修养为目标的培养，难以满足这些学生获得职业培训、获得专业人士的标签以谋取生存和社会地位的需求。对于学生获得职业培训的诉求，德国联邦宪法法院在 1958 年的“药店判决”中就赋予了其基本权利的地位：“不仅仅选择职业（Berufswahl）与从事职业（Berufsausübung）是不

① BVerfGE 35, 79 (109) .

② [美] 约翰·S. 布鲁贝克：《高等教育哲学》，王承绪等译，浙江教育出版社 2001 年版，第 13 页。

③ 参见胡仁东：《我国大学组织内部机构生成机制研究》，广东教育出版社 2010 年版，第 21 页。

可分离的概念，而且作为从事职业的前提的职业培训（包括大学教育）同样与职业活动属于生活进程中不可分割的部分，因此对于为从事职业所做的职业培训的规定同样属于职业活动的法律范畴之内。”^① 也就是说，获得职业培训乃是学生依据宪法所享有的“职业自由”的当然内容，这使得大学法制的建构不能再将学术自由作为唯一关注的基本权利。

“大学自我设限为一个纯粹的、无预设目的的学术场所，与逐渐技术组织化的工业社会的要求、与职业晋升和社会解放所要求的学术训练日益增加的重要性、与现代的大众大学学习状况的日益困难、与学术应整合于社会的日益增加的需求之间，存在一种紧张关系。”^② 这种紧张关系所推动的大学的嬗变，首先变现为大学中的人员群体的多元化，而不同群体的利益诉求也不再限于学术自由一端。比如，由于需要聚合大量人员进行研究，大学中出现了大量并非教授和学术人员的其他辅助人员，例如设备器材的维护、图书馆的建设等等，都需要专门人员负责，而这些人并非传统意义上的教授，他们的核心利益也不是学术自由。学生数量的增加，必然带来相关教学辅助人员的增加，教授也需要更多的助教，而其对职业培训的需求，也使得大学里出现一些并不以纯粹学术研究为目标的其他类型的教师和专业人员。此外，传统的讲座制教授的体制，也暴露出容易压制年轻人、压制非教授群体的弊端。比如，一个以最终晋升为教授为目标的“编外讲师”（Privatdozent）被认为其实是“最彻底、最纯粹的学者”，但他们在晋升教授之前却收入微薄、承担次要课程且无发言权。^③ 传统组织体制的弊端加上新的变化，使得大学中非教授的群体产生了新的诉求，也就是要求改变大学的内部组织，改变大学事务的决定权，要求教授以外的非学术人员和学生在大学决策中占据相应的地位。这无疑是对传统的“教授治校”的大学组织模式的重大冲击，1968年发生在欧洲的学生运动也与

① BVerfGE 7, 377 (401, 406) .

② BVerfGE 35, 79 (108f.) .

③ 柳友任、龚放：《“编外讲师”：德国大学学术自由传统的“阿基米德支点”》，载《教师教育研究》2009年第4期。这些通常较年轻的教师的状况至今仍不容乐观，最近德国宪法法院的判决（Urteil vom 14. Februar 2012 2 BvL 4/10），还在努力改变其收入不高的状况，该案件判决见德国联邦宪法法院网站，http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/_ls20120214_2bvl000410.html，2012年3月6日登录。

此有密切关系。^① 在一个宪政法治的社会，这些涉及社会根本问题的纷争最终无可避免地走向司法的解决途径，德国的“大学组织判决”就发生于这种背景下，并在宪法层面给出了大学法制建构的基本规则。

三、“谁说了算”：以德国“大学组织判决”为例

大学组织判决的核心问题可以概括为“谁说了算”的问题，也就是针对大学中的各类事务，是否应完全交由教授决定，还是应考察不同事务与学术自由在关联程度上的差异而做不同的处理，以在保障学术自由的同时兼顾其他群体的利益诉求。在联邦宪法法院看来，教授们的学术自由和其他群体的其他利益应该通过组织规范上的精细设置而得以协调。

（一）大学组织判决的案情

德国下萨克森州制定了一部大学法的暂行法（Vorschaltgesetz），对学术性大学内部的决策和管理组织进行了重新规定，并规定了大学中不同类型成员的代表参与这些组织的规则和选举程序等。根据该法第2条第2款，大学中的不同类型成员可以分为以下几个组别：（1）大学教师；（2）从事学术工作的人员；（3）学生；（4）其他人员（非从事学术工作的人员）。

该法第2条第5款还规定：“所有成员在决定下列事项时，具有相同的表决权：（1）研究计划的相互协同；（2）提供课程的计划；（3）对于大学教师和学术人员的相关人事事宜的建议；（4）有关考试与课程制度的决议，只有大学教师以及其他至少拥有相关资格的成员拥有表决权，其他成员仅具有建议权。”

此外，该法还规定了大学的各类组织中不同成员组别的代表的比例。例如，评议委员会由8位大学教师、3位学术人员、3位学生、1位其他人员组成；院务委员会由12位大学教师、6位学术人员、3位学生、3位其他人员组成；任命委员会中大学教师、学术人员以及学生的人员比例是4:2:2，但在特定条件下，大学教师的代表拥有特别表决权；从事关于课程

^① 参见许平：《“60年代”解读——60年代西方学生运动的历史定位》，载《历史教学》2003年第3期。

的提供及课程安排的教务委员会中教师、学术人员与学生的人员比例是2:2:4。

下萨克森州的学术型大学中的若干教授针对此法律提起宪法诉愿。诉愿人认为，该法律将讲师、有任课义务的公务员等不具有充分资格的人规定为大学教师，并在各种组织和表决权分配上倾向于这些非学术人员，这改变了依据基本法第5条第3款享有学术自由的主体的范围，并导致了具有充分学术能力与资格在大学教师遭到压制。如果大学教师在学术问题的决定上，仅仅与助教和学生拥有相同的表决权，无疑是经由这些非学术人员的表决而侵犯了大学教师的学术自由。诉愿人认为，相对于其他人员，大学教师在大学中负有特别的义务。因此，对于具备充分资格的学者，仅仅给予其与其他不具备资格的人员同等的表决权是不合理的。应当保证在大学的组织中，大学教师代表拥有明显的多数，而限制其他组别人员的参与。

联邦宪法法院最终只是部分支持了诉愿人的主张。联邦宪法法院肯定了下萨克森州的大学法的暂行法在组合大学中不同成员上的努力，但是也认为，该法在大学的组织涉及上的某些措施可能未能充分考虑到学术自由的实现条件，并认为在大学的各种事务中，应当区别其与学术自由的关系紧密程度而以不同的标准来建构相应的组织。这一判决最为重要的部分，是对“学术自由的组织保障”的论证。其论证过程可以分为以下几个层次。

（二）学术自由的规范内涵

1. 学术自由的双重性质

联邦宪法法院首先沿用了吕特判决^①以来界定基本权利规范内涵的“双重性质理论”^②来分析学术自由。首先，宪法法院指出，学术自由是一种防御权，用来对抗国家的干预，“以学术的自我规定为基础的过程、行为方式以及关于探求知识及其阐释和传播的决定”不受国家公权力的干预”。^③但联邦宪法法院重申了基本权利作为客观价值秩序的规范内涵，认

^① BVerfGE 7, 198.

^② 参见张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期。

^③ BVerfGE 35, 79 (111) .

为出于对基本权利的效力的原则性强化，基本权利应被看作宪法的基本决定而成为适用于一切法领域的客观价值秩序。这种价值决定也包含了基本法中的学术自由。作为一个价值决定，学术自由就不仅意味着排除国家对学术自由的干预，也意味着，它要求国家的保护。国家要以积极的行为，保护并预防这项自由被掏空。

2. 学术自由的组织保障：给付行政的个人参与

这些保障学术自由的积极措施包括哪些呢？联邦宪法法院认为，首先，当然是国家提供人员和财政支持。如果没有合适的组织以及相应的资金，学术活动就不可能展开。特别是在当代的自然科学研究中，国家的资金支持是非常关键的，这在法律上属于给付行政的范畴。

然而，要保证学术自由的实现，还必须保证研究者能够参与到这些国家给付的决定中去。也就是说，在此给付行政的过程中，大学中的不同成员应该都能通过有组织的途径参与进去。也就是说，享有学术自由的人，必须能够参与有权决定分配资金的组织，如果他们不能参与相关的组织，就无法保证获得学术活动所必需的资金和其他条件，从而学术自由也就无法实现了。在这种意义上，宪法法院认为，学术自由作为客观价值秩序，增强了学术自由在参与权层面的规范内涵，“参与公共给付的提供逐渐成为学术自由实现的必要条件”。“那些由基本法第5条第3款的价值决定所产生的基本权利主体有权要求国家采取包括组织方式在内的某些措施，这些措施对于其基本权利保障的自由空间而言是不可或缺的，因为唯此其自由的学术活动才成为可能。”^① 这里，联邦宪法法院提出了本案中最为重要的观点，也就是认为：基本权利的效力同时也及于组织措施。如果没有恰当的组织，学术研究者就无法决定学术活动所必需的资金和其他条件的配置，从而使得学术自由不可能实现。一个学术组织的特定构成方式，会预先地影响其决策的结果。如果组织方式不当，个人的学术自由就无法避免被妨害。

（三）立法者在决定大学组织模式上需考虑的因素

然而，在联邦宪法法院看来，就如何决定大学的组织，立法机关却拥

^① BVerfGE 35, 79 (114)。

有充分的形成自由。大学组织并无唯一的模式，也不应该遵循唯一的模式，“一个合乎宪法的大学组织的标准仅仅在于：借由此组织‘自由的’学术是否成为可能，其运作是否能不被危及”^①。也就是，立法者有充分的自由来决定大学组织的模式，只要能保证学术自由的实现即可。但这里要注意的问题有两个。

1. 学术功能与其他功能的协调

虽然学术自由如此重要并可依立法者承担如此重大的义务，但立法者在决定大学的组织模式时，却不能只考虑学术自由，还应该看到大学在学术研究之外的其他功能。现代的大学同时兼具教育与职业训练所的功能。大学的学术研究功能与教育、训练功能相互交织，不应该把大学看做是纯粹学术性组织。当今的大学，优先要考虑的是如何教育出大量的专业人才，以符合职场之需求。因此，在大学组织的设立上，就不应该只考虑到其只是提供学术研究的场所，还要考虑到大学的其他功能，也就意味着要考虑到大学里除大学教师之外的其他人员，包括教学科研的协同人员、学生以及服务人员的利益，使得大学中不同人员的利益能够协调一致。在此，学者个体的学术自由不可能毫无限制地、无条件地被考虑，而是要考虑其与其他人员的合作，以及大学里其他人员的利益。

2. 大学教师的突出地位

基于此种考虑，立法机关制定关于大学的组织规范，就必须让不同类型的人员都可以参与大学事务的决策，这样才能协调和保障所有成员的利益。尽管如此，却必须注意，就大学的基本功能而言，大学教师毕竟不同于其他人员，所以必须在组织规范中保证大学教师的“突出地位”。

联邦宪法法院认为，考虑到大学教师是大学任务的主要承担者，是学术活动的领导者和主要承担者，因此，基本法第5条第3款仍然赋予了大学教师以一个突出的特殊地位。“如果基本法第5条第3款设立了学术自由的原则，那么，对于那些在研究和教学上特别值得信赖的大学教师们，基本法第5条第3款也是给予了一个突出的地位的”。之所以认为具有教授资格或者其他相当资格的大学教师在大学中具有突出的地位，乃是因为，这些教师基于其基本训练，承担大学的研究与教学任务，被视为大学学术中最重要的部

^① BVerfGE 35, 79 (119) .