

江中平 主编

通过章程的大学治理

THE GOVERNANCE OF UNIVERSITY
THROUGH CHARTER

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

通过章程的大学

湛中乐 主编

湛中乐 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

通过章程的大学治理/湛中乐主编. —北京: 中国法制出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3113 - 2

I. ①通… II. ①湛… III. ①高等学校 - 学校管理 - 文集 IV. ①G647 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 178012 号

策划编辑 张 婧 (Z_Janet@163.com)

封面设计 杨泽江

通过章程的大学治理

TONGGUO ZHANGCHENG DE DAXUE ZHILI

主编/湛中乐

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2011 年 11 月第 1 版

印张/26.75 字数/385 千

2011 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3113 - 2

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

定价: 69.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288



2011年3月27日，由北京大学教育法研究中心和北京大学宪法与行政法研究中心、北京大学法学院共同举办了“大学治理与大学章程”学术研讨会（守仁国际会议中心）。图为出席会议的正式代表合影。



2005年6月14-15日，由北京大学宪法与行政法研究中心主办、台湾政治大学公企中心、公益信托法治斌教授学术基金等协办的“海峡两岸高等教育法学术研讨会”在北京大学英杰国际交流中心召开。图为湛中乐教授与出席会议的台湾大学廖义男教授、台湾政治大学副校长林碧炤教授、台湾政治大学董保城教授等合影留念。



2011年5月21-22日，由山东大学宪政和政治文明研究中心、北京大学教育法研究中心和东南大学法学院共同举办了“大学章程与现代大学制度建设学术研讨会”（济南市）。图为出席会议的正式代表合影。



2011年10月16日，湛中乐教授应邀为在西安举行的“大学章程高级研修班”学员授课，并与出席研讨会的学员们合影留念。

2011年5月21-22日，由山东大学宪政和政治文明研究中心、北京大学教育法研究中心和东南大学法学院共同举办了“大学章程与现代大学制度建设学术研讨会”（济南市）。图为该次会议的开幕式。



2010年4月30-31日，最高人民法院在南京举办了有关“教育行政案件司法解释座谈会”。会议由南京市中级人民法院承办。湛中乐教授应邀从担任教职的日本国立新潟大学（受聘教授期间为2009年10月——2010年10月）专程赴会，参加此次研讨会。图为湛中乐教授同最高人民法院行政审判庭副庭长李广宇先生合影。



2011年3月27日出席北大研讨会的部分代表合影留念。图中有湛中乐教授（左）、台湾政治大学董保城教授（中）、教育部政策法规司王大泉博士（右）。



2011年3月27日，湛中乐教授在北京大学的“大学治理与大学章程”学术研讨会上作主题报告。左为湛中乐教授，右为安徽大学法学院院长程雁雷教授。



2011年6月18-19日，中国教育学会教育政策与法律研究会第七届年会在长春召开（会议由东北师范大学教育科学研究院承办）。本图为湛中乐教授与出席会议的代表合影。其中从左至右分别为余雅凤教授（北师大）、杨秀颖教授（东北师大）、李晓燕教授（华中科大）。



2011年3月16日，湛中乐教授应邀为北京工业大学校党委理论学习中心组及各学院（机关、后勤集团）党委、党总支、直属党支部理论学习中心组近200人作“大学章程法律问题研究”的主题演讲。左为主持会议的校党委副书记张革教授，右为演讲者湛中乐教授。

2010年6月26—27日，中国教育学会全国教育政策与法律专业委员会在西安举行了“高峰论坛”，专门研讨高等学校办学自主权的法律与政策问题。湛中乐教授从担任教职的日本国立新潟大学请假专门赴会，参加高峰论坛。本图为湛中乐教授与程雁雷教授、陈鹏教授合影留念。



2011年5月，湛中乐教授出席由北京市社会科学联合会和首都师范大学共同举办的2011首都教育论坛——学校发展国际学术研讨会。湛中乐教授提交了会议论文并做了有关学术报告。



加强教育法学研究，建设现代大学制度^{*}

(代序)

孙霄兵

今天，我很高兴参加“大学治理与大学章程学术研讨会”。首先，我代表教育部政策法规司、教育部法制办祝贺会议取得圆满成功。同时，参加这个会议是向大家来学习。

一、法律界、法学界要高度重视教育法律问题

这次会议是在我国处于推进建设现代大学制度的新要求的重要时刻召开的，反映了我国法律界、教育界对于现代大学制度、对于大学章程建设的高度重视。这次会议必将在教育法学建设、教育法制建设历史上写下重要的一笔。

过去，我国法律或者是法学不太重视教育法律的问题。在我国的现行法律体系中，通常是把教育法或者学校法放到所谓的社会法或是行政法里去考虑。在我国的法律体系当中，教育法或是教育法学、教育法律的地位和作用没有得到充分的反映。在我国“中国特色社会主义法律体系”当中，第一层面、第二层面可能都找不到教育法律的概念。我认为，对于中国特色社会主义法律体系的认识还需要进一步深化。为什么教育法律就不能成为一个高阶层次的、大的概念，一定要放在所谓的刑法、民法、社会法层级之下？我觉得这个问题是可以探讨的。不仅站在立法的角度上，而且站在学科的角度上来探讨这个问题。

二、要进一步加强对于教育法律、教育法学的研究和建设

目前，很多学校都成立了教育法律、教育法学的专门研究机构，也有一批有志者从事这方面的研究。这对于法学的发展有着重要的意义。因为

^{*} 本文为2011年3月27日作者在北京大学“大学治理与大学章程学术研讨会”开幕式上的致辞和主题发言。

在教育学界对于教育法律已经有了比较足够的认识，但在法律界还要进一步的加强对于教育法律、教育法学的重视。希望各位专家今后对于教育法律、教育法学的研究给予更多的支持。

三、要建立法律意义上的现代大学制度

建立法律意义上的现代大学制度涉及到三对重要的概念。

（一）权利与职责

现在，在我国大学的管理者、领导者中已经有了一个相对普遍的意识，就是大学有自己的权利。这个权利与政府的行政权不一样，大学有它的自主权。如果是公立大学，这种自主权是从政府那里分出来的，是按照法律的规定，依法分离，授予给了大学。这是大学权利的概念。

对于这样的一个权利概念，有的大学领导者、管理者和大学有关组织、机构及其负责人之间仍然不太清楚。他们认为，大学是按照上级的命令、国家的要求来设立、运行的。他们不熟悉法律上的权利概念，因此在大学的设立、运行和管理当中，缺乏权利的概念。这种概念的缺乏，既包括政府工作人员、政府机构的缺乏，也包括大学的管理者和大学内部人员对于大学权利概念的缺乏。所以，就常常用传统的行政化的指令性模式来运转大学。目前，建立一个正确的权利概念非常重要。也就是说，大学有大学自主管理的权利，政府有依照法律规定管理的权利。

如果说权利的概念还有一些的话，在权利与职责这样一对法律关系中，职责的概念就更加稀薄了。这也体现在两个方面。一方面，大学的管理部门，比如说教育行政部门，在管理大学的时候，对于自己的管理职责、保障职责、维护职责，往往不理解为一种职责，往往理解为一种权力，而这种权力的边界往往也是不清楚的。另一方面，大学自身也缺乏职责的概念。大学知道自己是在办学，但是办到什么程度，应当履行什么职责，就算完成了广义来说是国家和社会的、狭义来说是办学者、授权者的要求，也是不明晰的。具体而言，政府对于大学的人才培养质量、科学研究水平、社会服务的质量和能力的要求往往缺乏明晰的要求和规定。对于大学的领导人，也无法用这样的职责来判断。企业是有标准的，对企业负责人可以有一个经济指标的要求，可以有社会效益的要求，但是对于大学职责的规定就很不明确。

对于这个问题，新颁布的《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010-2020年）》提出了两个重要的要求，就是要推进“政校分开，管办分离”。政校分开有很多的争议，说“政”是指什么？这个概念一度是被拿

下去的，最后还是写进来了。这个“政”不是指政治，大学不可能脱离政治；它更多的是指一种行政管理部门或是行政管理体系，指的是政府要和学校分开，管理要和办学分离。规划纲要的这两个要求，对于进一步认清大学权利和职责的法律关系，提供了一个新的认识角度。

（二）自主与监督

自主与监督是贯穿教育立法和教育法律实施的一对矛盾。首先，要进一步明确大学的自主权。高等教育法规定，大学享有七项自主权，这次在规划纲要当中又重申了这些自主权，并对某些自主权进行了扩展和强调，目的还是希望大学能够自主办学。自主办学要求政府下放权力给学校，中央下放权力给地方。对于这个自主权的下放，从行政部门来讲是有担心的。自主权下放给下级政府，下级政府有的会滥批学校，大学会有乱升格、改名、建博士点、硕士点这些问题。最近南方科大提出，要自主颁发学位，要自主招生，要自主设置学科专业等等。南方科大是特例。地方办大学的积极性有的会导致盲目和冲动，也有可能出现失序的状态，同时也可能导致大学用不好这个自主权。有的自主权给大学大学也不敢用。

其次，要加强对大学的监督。这个监督包括大学外部的监督，有很多种，广义来讲有党的监督、政府的监督、群众的监督、媒体的监督和专门机关的监督等。但还有一个很重要的机制就是大学内部的监督和自律。大学在落实自主权的时候要自律，但自律的机制现在也是不足的。当前，从现在大学改革的情况来看，大学的外延式扩张，增加招生规模、争取投资扩大土地、扩大建设规模，这个冲动在全国是非常普遍的。一个以质量为中心的大学自律机制的建立，对大学的发展和改革非常重要。如果没有这样一个自律机制，就会陷入到外部的冲动上去。因为很多政府愿意给土地等，作为一种招商引资的办法。大学怎么通过自律来推动提高教育质量，提高人才培养、科学研究、社会服务和文化传承发展的水平，也需要在大学的章程中认真加以思考和规定。

（三）内部与外部

对于现代大学制度的内在因素，规划纲要讲了四点：第一要完善治理结构，第二要加强章程建设，第三要扩大社会合作，第四要推进专业评价。什么叫现代大学制度？按我们的理解，这四点对于现代大学制度的治理框架提出了一个明确的要求。但是，四点都涉及到一个内部和外部的的问题。

首先，要解决大学内部的法律关系。现在，包括教育界和社会，对于大学的内部建设的职责和要求比较多，例如大学要去行政化，要落实自主

权，要保护学生的权益，保护教师的权益等等。这些都需要按照现代大学章程规定的制度要求来做。其次，要优化大学外部的法律环境。我们要看到，现在大学是在特定的社会条件下，特定的社会法律环境当中运行的。大学很大程度上是受到外部社会环境和社会法律环境的制约。大学的编制、人事、机构设置以及很多活动，包括国际会议审批等等，都要服从政府和政府相关部门的管理。大学参与的、申报的项目，往往也分得很细，要填很多表。所以，这次改革时就提出，能不能让大学的项目大一点，能够让大学来自主操作运行这些项目。所以，现在优化大学的外部关系，改善大学的外部环境，理顺外部的法律关系，改革相应的外部制度，当前在某种程度上超过了对于大学内部治理结构建设的迫切性。

总之，我们要下决心推动出台一个建国以来从未制定过的关于高等学校章程的制定办法。这个制定办法中不仅要规定一些程序，一些法律要求，而且也应该有实体性的内容。希望大家多出主意，想办法，共同把这个章程制定好。

目 录



加强教育法学研究，建设现代大学制度（代序） / 1

第一部分 大学治理与现代大学制度建设

通过章程的现代大学治理 / 3

如何理解和设计公立高等学校的法律地位 / 34

中外学术自由权的宪法保障比较 / 47

我国公立大学内部治理结构的“去行政化”探讨 / 59

——以我国高等教育法第十一条为依据

我国大学内部治理中的权力制衡与协调 / 64

——对我国大学权力现象的解析

论公立大学法人治理的目标与制度功能 / 75

公立高校教师的法律身份及与学校纠纷的解决 / 94

论我国公立高校管理体制的重构 / 110

第二部分 大学章程的性质和定位

大学章程的非典型分析 / 125

——兼谈大学章程在大学治理中的角色定位

大学“章程”辨析：基于大学治理的分析 / 135

我国公立大学章程的法律属性及其制定依据 / 145

大学章程法律性质考察 / 157

第三部分 大学章程制定的主体、程序及内容

大学章程之制定主体相关问题探析 / 181

论大学章程制定主体	/ 195
公立大学章程制定的法律分析	/ 205
在自由与限制之间	/ 215
——认真对待大学章程	
大学章程之制定程序相关问题探析	/ 228
大学章程与大学治理：国际比较与策略选择	/ 238
大学章程的地位与要素	/ 246
自治：大学章程的演进逻辑	/ 259
大学章程：秩序规则的二元性	/ 270
——一种历史角度的考察	
大学章程制定主体析论	/ 281
大学章程四题	/ 292
学术权利与行政权力：大学治理的核心范畴	/ 303
——以平衡论为视角	

第四部分 大学章程制定的问题与展望

我国高等学校章程建设的现状、问题与发展路径	/ 319
论大学章程在现代大学法人制度中的地位	/ 324
论我国现代大学制度建设	/ 339
——基于大学章程的视角	
大学章程：我国大学治理模式的变革之道	/ 348
——以公立大学的公法人化为导向	
美国殖民地学院法团与章程	/ 363
大学章程修改的思考	/ 371

附 录

北京大学教育法研究中心“大学治理与大学章程”学术研讨会 会议纪要	/ 380
-------------------------------------	-------

后 记	/ 421
-----	-------



第一部分 大学治理与现代大学制度建设



通过章程的现代大学治理*

湛中乐 徐 靖**

引 言

国运兴衰，系于教育。“亡而存之、废而举之、愚而智之、弱而强之，条理万千，皆归于学校。”^① 教育于个人，启智慧、养情操、扬个性、健体魄；教育于国家，弘爱国之心、育建国之才；教育兴则国旺，教育强则国盛。作为现代教育制度载体之基本组成部分的高等学校，以其独特的知识创新功能与人才培养导向，在“科教兴国”战略的实施过程中发挥着重要作用。现代大学是国民教育的“象牙塔”，神秘而高深，其内部运作机制如何，长期以来仅属于教育学、管理学的理论范畴；然而，20世纪90年代末期，几起由学生向学校发起的诉讼“冲击”（如“田永诉北京科技大学案”、“刘燕文诉北京大学案”、“重庆邮电学院女生怀孕被开除案”等），则将现代大学推向了法学研究的前沿地带，并在有关高等学校法律地位、高校校规制定、学生权利保护等方面取得了较为丰硕的成果。^② 实际上，现

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“公立高等学校相关法律问题研究”的阶段性研究成果，项目批准号06JJD820002。原载《法制与社会发展》2010年第3期。

** 湛中乐：北京大学法学院教授、博士生导师；徐靖：北京大学法学院2007级宪法学与行政法学专业博士研究生。

① 梁启超：《学校余论》，国光出版社1953年版，第379页。

② 相关研究成果参见：马怀德：《公务法人问题研究》，载《中国法学》2000年第4期；湛中乐、李凤英：《论高等学校法律地位》，载罗豪才主编：《行政法论丛》（第4卷），法律出版社2001年版，第527页；沈岿：《法治与公立高等学校——学校和学生的关系维度》，载沈岿编：《谁还在行使权力——准政府组织个案研究》，清华大学出版社2003年版，第71-135页；程雁雷：《高校退学权的若干法理探讨——对我国首例大学生因受学校退学处理导致文凭纠纷案的法理评析》，载《法学》2000年第4期；温辉：《受教育权可诉性研究》，载《行政法学研究》2000年第2期；胡肖华、徐靖：《高校校规的违宪审查问题》，载《法律科学》2005年第2期等。

代大学治理从本质上说是通过法律进行的治理，是法律维度下的治理；治理问题，不仅是政策问题，更是法律问题；“依法治校”，不仅要求对高校治理中的微观学生权利保护予以关注，更要求对其宏观制度规则建设予以重视。2005年12月28日吉林大学第十二次党代会通过的《吉林大学章程》作为现代大学制度建设的科学探索，在高校发展进程中具有里程碑式意义，自其颁布之日即在国家教育主管部门和全国高校范围内引起了强烈反响，^①学界亦纷纷对此著书立说阐释章程于现代大学治理的价值、功能抑或意义；^②但冷观学术繁荣的背后，我们不难发现，其间多为教育学界的探讨，而鲜有法律人的声音。大学章程乃高校自主管理“公权”之产物，理应遵循公法制度之共同原理与规则。本文即在厘清大学章程法律性质、法律地位与法治价值的基础上，剖析当下中国大学章程制定于法治层面之瑕疵，并力图提出中国现代大学章程治理应向何处去的发展路径选择。

一、理论前提：大学章程的性质、地位与价值

大学，是人类文化积淀的产物。在西方，其可追溯至古希腊柏拉图创办的“阿加德米（academy）学园”和亚里士多德建立的“吕克昂”；在中国，亦可回首至汉代的“太学”、宋代的“书院”等；但这些都并非近现代意义上的大学。从历史纵深看，12、13世纪产生于西欧的中世纪大学，如巴黎大学、波隆那大学、牛津大学、剑桥大学等，才是近现代大学的真正渊源所在；“最早大学是由学生与教师组成的社团，一般要取得教皇或皇帝给予的特许状”，^③大学也正是通过皇室特许状（charter）对权力的赋予制定了相关章程，并以此为据开启了大学自治的历程；可以说，大学治理，

① 参见张文显、周其凤：《大学章程：现代大学制度的载体》，载《中国高等教育》2006年第20期。

② 章程问题尽管一直为教育学界所关注，学者对此也有过初步研究，但集中式的讨论主要出现于2006年后；在此层面上，可以说，《吉林大学章程》的颁布引发了高等教育学界对大学章程的深入研究。相关论文参见李昕欣、张德祥：《关于高等学校章程制定与实施的几个问题》，载《高等教育研究》2006年第9期；陈敏：《我国现代大学章程的缘起与困境分析》，载《现代教育科学》2007年第4期；米俊彪：《大学章程与高等教育法等概念辨析》，载《教育与现代化》2007年第3期；刘承波：《大学治理的法律基础与制度架构：美国大学章程透视》，载《国家教育行政学院学报》2008年第5期；陈立鹏：《关于我国大学章程几个重要问题的探讨》，载《中国高教研究》2008年第7期等。

③ 孙贵聰：《英国大学特许状及其治理意义》，载《比较教育研究》2006年第1期。