

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



宪
政
论
丛

大学自治、自律与他律

本书于2005年6月于北京大学举行，围绕我国大学教育自主权、学术自由、大学自治等主题，邀请了多位知名学者，就大学自治、大学自律、大学他律等主题进行了深入的探讨。本书汇集了这些学者的观点，为读者提供了关于大学自治、自律与他律的深入思考。本书共分五章，第一章为导论，第二章为大学自治，第三章为大学自律，第四章为大学他律，第五章为结语。本书不仅是一本学术著作，也是一本可读性很强的通俗读物，适合广大读者阅读。

University Autonomy,
Self-discipline and External Discipline

湛中乐 主编

宪政论丛

大学自治、自律与他律

湛中乐 主编

University Autonomy,
Self-discipline and External Discipline

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

大学自治、自律与他律/湛中乐主编. —北京:北京大学出版社,2006.5
(宪政论丛)

ISBN 7-301-10552-5

I. 大… II. 湛… III. 高等教育-教育法令规程-研究-中国
IV. D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第010741号

书 名: 大学自治、自律与他律

著作责任者: 湛中乐 主编

责任编辑: 汪 艳 郭瑞洁

标准书号: ISBN 7-301-10552-5/D·1457

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://cbs.pku.edu.cn>

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

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 24.5印张 406千字

2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷

定 价: 30.00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

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动可以使我们站在巨人的肩膀之上俯瞰整个学科的发展,进而推动其发展壮大。我们出版这本论文集,是为了促进海峡两岸法学界的交流与互动,相信它对于我国法学的繁荣与发展是有促进作用的。需要特别说明的是,由于众所周知的原因,海峡两岸学者对于一些问题的看法、定位及表述,有不少话语方式的差异。为了尊重学者的研究个性,我们只做了一些技术上的处理,基本保持书稿的原貌。在此我们要郑重声明,台湾是中国领土不可分割的一部分,作者的立场和观点并不代表北京大学出版社。为此请读者注意,以免产生误会和质疑。

总 序

上世纪 90 年代末至本世纪初,我和罗豪才教授曾与北京大学出版社合作,主编过一套《现代行政法论著系列》。该《系列》共出了二十多部专著,这些专著都是有关现代行政法前沿问题的研究成果,一本本都透着新时代公法的气息。这套论著的作者大多是刚刚步入而立之年的年轻博士,其所著大多是他们在自己的博士论文基础上所进行的再创作。这套书虽然不能说每本都是精品,但其中确实不乏精品。

现在,我们又一次与北大出版社合作,出版一套新的公法论著系列《宪政论丛》。《宪政论丛》与《现代行政法论著系列》是公法论著系列的姊妹篇,主要出版中青年学者研究宪法和宪政前沿问题的最新成果。

宪法与行政法是公法的两大支柱。行政法是规范行政权运作,调整行政主体与行政相对人关系的法律部门;宪法则是规范整个国家权力的运作,调整国家与人民的关系的法律部门。行政法是构建法治的基本法律部门;宪法则是构建宪政的基本法律部门。法治是宪政的构成要素之一,但不是唯一要素,宪政的构成要素除了法治以外,还包括民主、人权、对公权力的控制、对私有财产权的保护、司法独立与分权制约等。毫无疑义,宪政离不开法治。没有法治,宪政不可能实施。但同样毫无疑义,法治也离不开宪政。因为宪政是法治的灵魂,是法治的保障。没有宪政,不可能有真正的法治。

“文革”结束后,我们就开始探索建设法治,也开始探索建设宪政。但直到“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”等一系列宪法或宪法性案件发生和我国宪法正式确立“依法治国”、“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”等原则以前,我们一直没有过分地看重宪政,没有真正重视宪政建设。“文革”的切肤之痛,使我们开始对法治(而不是宪政)有了比较深切的认识,故从 20 世纪 70 年代末和 80 年代前期开始制定《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《民事诉讼法(试行)》等法律,并提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法治口号。然而,70 年代末和 80 年代前期推出的法治还并不是完全意义或真正意义的法治,因为它很少或较少有宪政的指导,很少或较少贯穿宪政的精神。直至 20 世纪 90 年代,我们的经济体制开始根本性的转

变:市场经济体制开始逐步取代计划经济体制。此种转变才促使和逼迫我们较多地思考一些宪政问题:对于政府的权力,即使是人民政府的权力,是不是也要进行适当的限制和控制?政府的权力,即使是人民政府的权力,如果不加限制和控制,是不是也会侵犯人民(包括工人、农民,也包括企业主、个体劳动者等)的权益?是不是也会成为市场的障碍和经济发展的阻力?人民政府如果侵犯人民的权益,人民可不可以向法院告人民政府,要求人民政府赔偿?作为这种思考的结果,20世纪90年代我们出台了很多重要的法律,如确立“民告官”制度的《行政诉讼法》和《行政复议法》,确立国家向人民承担赔偿责任的《国家赔偿法》,确立政府行为应遵守正当法律程序规则的《行政处罚法》,确立公务员行为规则和公务员制度的《国家公务员暂行条例》,确立对整个政府机关及其工作人员法制监督制度的《行政监察法》,等等。由此可见,20世纪90年代的中国法治显然已经贯穿了若干宪政精神了,是已经有相当法治味的法治了。但是,尽管如此,20世纪90年代的中国法治还不能称为完全的和完善的法治,因为直至上世纪末,中国的宪政还很不健全,我们的国人,即使是法律学人,甚至是宪法学人,对宪政尚未予以足够的重视,尚很少有人以推动经济体制改革、推动市场经济建设的激情和干劲去推动中国的宪政建设。法律学人、宪法学人中也较少有人以研究法制、法治和宪法文本、宪法具体制度的劲头去研究宪政。

从20世纪末到本世纪初,情况开始逐步改观。首先是一系列宪法或宪法性案件陆续发生,如“田永案”、“刘燕文案”、“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”,等等;其次是1999年和2004年两次修宪:1999年修宪确立了宪政的一项基本原则,即“依法治国,建设法治国家”,并为培育宪政环境确立了一项基本经济制度,即确认“非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分”;2004年修宪确立了宪政的另两项基本原则,即“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”,并为培育宪政环境确立了另外两项基本的经济制度,即财产征收、征用补偿制度和社会保障制度。正是这些宪法或宪法性案件以及由此推动产生的这些宪法修正案,促使国人,特别是法律学人、宪法学人,更深入地思考中国的宪政问题:中国的宪政之路应如何走,是头痛医头,脚痛医脚,出现一个问题解决一个问题,搞一个宪法修正案,还是应全盘考虑,整体设计?中国的宪政应包括哪些内容,哪些要素,是全面移植西方的制度,还是全面创新,或者是有借鉴有创新,且借鉴、创新之选择完全取决于“制度的作用”(能否为人民带来福祉),而不是取决于“制度的颜色”(是否

符合某种意识形态)?中国宪政的主体和宪政的设计师应由谁担当,是中共中央、全国人大、国务院,还是法学专家、宪法学专家,或者是全国人民?总之,中国人在新世纪开始思考一系列宪政问题了,而不是停留在对法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题的思考,法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题是20世纪后期涉及中国前途、命运的问题,而宪政问题则是21世纪涉及中国前途、命运的问题。

我们组织编辑、出版这套《宪政论丛》,其目的就是要汇集、归纳、梳理国人对宪政问题的思考,推动国人对中国宪政之路的探索,促进中国宪政制度的建设。这套《论丛》的内容主要包括五个方面:

其一,对宪政理论的宏观研究。主要探讨宪政的基本概念,宪政的构成要素、宪政产生、发展的条件、环境,宪政形成、发展的一般阶段,宪政的功能、作用,宪政与政治、经济、文化的关系,世界各国宪政的不同模式、各种不同模式宪政的特征,以及世界各国研究宪政的不同学派、学说,等等。

其二,对中国宪政道路和宪政制度的宏观研究。主要探讨中国宪政的特色,如共产党的领导,人民代表大会制度,人民通过多种途径、多种形式参与国家和社会管理,多党合作,政治协商制度,遵循中央统一领导与充分发挥地方主动性、积极性原则的中央与地方关系,民族平等、民族区域自治和国家特别保障少数民族权益的民族政策,社会主义市场经济,依法治国与依法行政,国家尊重和保护人权,坚持社会主义公有制和保护私有财产,等等。

其三,对中国宪法和行政法具体制度的中观、微观研究。此包括研究现行立法制度、选举制度、监督制度、司法制度、国家机关的设置及相互分工与制约、政务公开、社会团体、行业协会的发展与国家权力向社会转移,以及一国两制、特别行政区和国家结构形式等宪法或宪法性的中观、微观问题。在行政法方面,则包括有关行政主体制度、公务员制度、行政许可制度、行政征收征用制度、行政给付制度、行政强制制度、行政裁决制度、行政处罚制度、行政复议和行政诉讼制度等与国家宪政密切相关的各种中观、微观制度问题。

其四,对实际宪法和宪法性案例的研究。包括研究已作为“过去时”的历史性典型案例,介绍这些案例发生的历史背景,探讨其所创立的重要宪政原理、原则,揭示其对于宪政发展的重大历史意义和对于我们今天宪政发展的现实意义。当然,也包括研究作为“现在时”和“将来时”的今天正在发生以及明天将要发生的各种有宪政意义的典型案例。之所以包括“将来时”,是因为我们的《论丛》刚刚开始,它无疑还要继续到明天、后天。《论丛》对

作为“现在时”和“将来时”的宪法与宪法性案例的探讨,将着重揭示我国宪政发展过程中的困难、问题,产生困难和问题的原因,克服困难、解决问题的对策,以探寻中国走上宪政道路的适当路径。

其五,介绍西方宪政先行国家宪政发展的经验、教训。本《论丛》也将有选择地介绍西方宪政先行发展国家的宪法和宪政制度,包括传统的控权分权制度、代议制度、政党制度、人权保障制度、言论自由制度、结社集会游行制度、司法审查制度等。同时,《论丛》对西方国家宪政制度的介绍自然也包括现代宪政制度,如信息公开制度、正当法律程序制度、参与式民主制度、非政府组织制度、督察专员制度、放松规制制度、公法契约制度、行政指导制度,等等。本《论丛》在介绍西方宪政先行国家的这些传统的和现代的宪政制度时,将对这些制度进行必要的分析,探究其利弊得失,总结其经验教训。而且,《论丛》还要对相应制度的政治、经济、文化及民族历史传统等背景进行适度地考察,以区分这些制度的普适因素和特定的乡土因素,以为我国借鉴或移植这些制度时提供若干辨识和选择的参考材料。

总之,这套《论丛》是一套主要以中国宪法、宪法性法律和宪政制度为素材,同时参考国外、境外的宪法、宪法性法律和宪政制度的相应材料,研究宪政的一般理论和实践,为中国宪政建设提供理论指导的学术丛书。我国学界对宪政研究起步较晚,目前研究成果很少,有分量、有深度的研究成果更少,但愿我们这套《论丛》能推动我国宪政研究向前发展一步,为改变我国宪政研究的落后面貌有所贡献。

是为序。

姜明安

于北京八里庄公寓

2005年8月5日

前 言

2005年6月14—15日,由北京大学宪法与行政法研究中心主办,台湾政治大学法学院、台湾政治大学公企中心、公益信托法治斌教授学术基金协办的“海峡两岸高等教育法学术研讨会”在北京大学英杰交流中心举行。来自北京大学、台湾大学、台湾政治大学等两岸知名高校和研究机构的学者,全国人大法工委、教育部、国务院法制办的管理专家以及一些地方法院行政审判庭的法官等五十余名代表与会。

在为期两天的会议中,与会代表围绕高等教育法之下的“公立大学法人化”、“学生惩戒与司法救济”、“学生管理的法治与司法介入的范围”、“国家考试与司法救济”等四个议题进行了深入探讨和交流,充分展示了两岸在此领域的规则、理论和实践,达到了良好的预期效果。

在第一专题“公立大学法人化”的讨论中,来自台湾政治大学法律学系的董保城教授、朱敏贤博士和北京大学法学院湛中乐教授分别作了题为《国家与公立大学之监督关系及其救济程序》和《论大陆公立大学自治权的内在结构——结合北京大学的历史变迁分析》的报告。两篇报告均以“学术自由”和“大学自治”为基础,却因循不同的研究进路,相映成趣。董保城教授以大学法作为探讨之主轴,透过对于学术自由及大学自治的认识,厘清大学组织、人事任用、财物管理、经营管理、校园管理、对学生之监督等事项与国家权力或教育高权之间的法律关系,进而提出“公立大学公法人化”的目的、意义与风险。作者特别提出学术自由应当成为大学的一项集体性的宪法基本权利,大学与国家之间除了传统的“自治事项”与“委办事项”外,还存有“彼此协力合作之领域”,该领域的监督机制和权利救济机制应当成为大学法人化进程中重点关注之课题。北京大学的姜明安教授对该文中提出的“学术自由”、“大学自治”、“国家对公立大学的监督”以及“公立大学法人化”论题表示高度赞赏。湛中乐教授则从刘燕文案入手,立足于大陆的实践,着重论述大学自治权的内在结构问题,梳理其变迁过程,并探讨“学术自由权”与“行政管理权”两极对立下的均衡化途径。针对此点,台湾大学法学院教授蔡茂寅提出若能保障大学之团体自治权与住民自治权,则此两极对立问题可迎刃而解,并认为在保障大学自治与学术自由的前提下,只有涉

及权力(利)滥用的情形,才可能成为司法权纠正的对象。

台湾“中央”研究院副研究员李建良和北京大学法学院副教授沈岍是第二专题“学生惩戒与司法救济”的发言人,他们的报告题目分别是《学生惩戒与行政救济—兼论“开除学籍”制度的合宪性问题》和《析论高校惩戒学生行为的司法审查》。李建良副研究员围绕台湾地区大法官会议的司法解释,从法理上探讨了高校大学生受到行政惩戒的法律救济,作者特别指出,开除学籍或退学决定应当受到法律保留原则和比例原则的约束;倘若学生因为有行为偏差便将其退学或开除学籍,与其说是对学生的惩罚,不如说是学校自我宣告“教育无方”、“训导无力”。北京大学张千帆教授在对此文的评论中指出,近几年来,大陆的教育理念也发生了很大变化。原先学校和学生的关系确实被认为是一种管理与被管理的关系,现在越来越普遍认为两者主要是一种平等的契约关系。大学的惩戒行为应当与其教育目的相关,学生所有受损权益都应当得到救济。沈岍副教授通过界定“高校惩戒学生的行为”,分析了惩戒行为的可审查性问题,并提出法院须在“尊重学校自主权”以及“保障学生权利”之间求取平衡,以此决定司法干预的强度。针对该报告,台湾政治大学法学院助理教授廖元豪提出,应在“行为惩戒”与“学业评量”之间作区分。在司法审查方面,法院的主要功能是藉由正当程序的原理,迫使各校自己建立一套完善的惩戒程序,从而兼顾“大学自主”与“学生保障”。在高校惩戒权的范围方面,他提出仅在学生的行为违反学术纪律或维持大学教学研究秩序的条件下,才能以“品行偏差”为名予以惩戒,纯为个人之不道德行为,大学不能径行惩戒。

研讨会的第三专题是“学生管理的法治与司法介入的范围”,沈阳师范大学教育管理研究所教授谭晓玉首先做了题为《权力与权利的博弈与权衡——当前高校学生管理法律纠纷的若干思考》的发言,以宽广的视角,审视了当前高校学生管理法律纠纷所产生的诸多问题。作者特别指出,高校与学生之间存在着民事与行政两种法律关系,应当予以区别对待;需要从实体和程序两方面考量制定校纪规章,依法建章立制,依法规范调整范畴,权衡权利与权力的关系。来自国家检察官学院的温辉副教授对这种二分法以及相应的纠纷解决机制提出了自己的看法。安徽大学法学院教授程雁雷的发言《大陆司法审查介入高校学生管理纠纷范围的界定》,则论述内外部行政行为作为受案范围的划分标准、司法介入纠纷的标准、司法介入纠纷的具体事项等三方面的问题,在分析了我国司法实践中的流行观点和做法及其发展、变化与缺失之后,提出了解决问题的具体思路与依据。在自由讨论过

程中,广州中院行政庭的刘跃南庭长还简要介绍了其主持的广州市两级法院裁判学生诉高校行政案件的调研论文。

在第四专题,台湾政治大学法学院教授李震山和北京大学法学院教授王磊则分别从台湾和大陆的角度讨论了“国家考试与司法救济”的相关问题。李教授的报告题为《论国家考试与司法救济》,介绍了台湾“宪法”和行政程序法涉及“国家”考试部分的规定,台湾《公务人员考试法》、《专门职业技术人员考试法》、《典试法》中的相关内容,分析了由台湾考试院制订的、大量具有可操作性的考试法实施细则,及司法院大法官的解释和行政法院的裁判。王教授题为《国家教育考试的宪法观察》的发言,则就大陆国家考试中相关议题,从平等权角度作了探讨,包括高考报名资格、考研究生须单位盖章的程序、录取标准因地域而差别对待以及高考加分之优惠政策等四个方面。台北大学法学院的陈春生教授认为上述问题的症结在于法学上位阶极高之平等原则以及平等原则容许差别对待之合理根据问题,法理困难点在于是否存在合理差别之理由或根据的判断。

此外,会议还收到了诸多交流论文,如熊文钊教授的“论公立高等学校的性质及其法律关系——兼论学生惩戒的法律救济途径”,郑贤君教授的“公立高等学校的惩戒权有多大——浅析大学自治与学习自由的冲突”;温辉教授的“国家教育权:一个宪法学概念的由来”,刘跃南、鞠晓雄法官的“超越理论争议和现行制度局限的实践——广州市两级法院裁判学生诉高校行政案件的实证研究”等等。

这次会议仅为期两天,却亮点纷呈,简述如下:

其一,本次研讨会开启了一个专题讨论的先河。尽管两岸行政法学交流渊源颇深,但就高等教育法这一专门论题进行集中讨论尚属首次。此次研讨会上,两岸学者就高等教育法进行的兼具深度、广度和密度的讨论,大都立足于实证材料,直指制度建构,达到了很高的学术水准;

其二,研讨会完成了信息传递的功能。通过制度、实践和理论的交流,为大陆和台湾地区解决各自的问题提供多重启发和思路;同时,就学术研究而言,两岸的行政法和宪法学者,以研讨会为平台交流了各自不同的研究进路和治学方法,对学术研究本身也是一次大的促进。

其三,研讨会气氛热烈,充分彰显了“学术自由”,本次研讨会的重要议题即为大学自治与学术自由,而研讨会本身恰是学术自由的体现,两岸的学者通过对各自观点、学术进路的宣讲和彼此评述,智慧的火花不断闪现,在思路和智识的碰撞中,演绎了批判与创新的学术精神。

为了使我们举行的会议成果能以一定的形式保存下来,也为了以后更好地开展学术交流和学术研究活动,我们决定将会议代表的论文汇编成书。

对于这次会议的成功举行,首先要感谢北京大学及北京大学法学院对宪法与行政法研究中心工作的支持。因为这是我们基地成立以来第一个大型学术研讨会。学校领导与有关职能部门也特别予以重视。林钧敬副校长还专门到会祝贺。社会科学部研究部的老师还亲自与会。此外要感谢台湾政治大学的董保城教授,他提议并负责台湾方面有关出席会议的学者专家的联系和安排。是他的精心组织和安排才使得本次研讨会如此出色。要感谢来自台湾地区与大陆地区的知名教授与专家学者,他们或者发表论文,或者参与评论,异常活跃,为会议添彩。此外还要感谢全国人大法制工作委员会、国务院法制办公室、教育部等有关部门(这里恕不一一列举)的领导与专家。当然会议的具体工作是由两岸的多位朋友具体操劳的。台湾方面的王室富先生,北大方面的沈岷教授、毕洪海博士、韩春晖博士等。对于他们的辛勤工作,作为会议的发起者和召集者之一,我要表示诚挚的谢意。当然对于会议的顺利召开,我还要感谢宪法行政法研究中心的同事们,我们多次开会商讨有关会议的组织与协调等事宜。各位同仁都给了我很大的支持,尤其是姜明安主任的一再叮嘱与催促,才使得我更加细致地去作好每一件事,去关顾每一个细节。

对于本书的出版,我还要特别感谢北京大学出版社的全力支持。感谢杨立范副总编辑、法律编辑部李霞主任和郭瑞洁女士,是他们的共同努力,才能使该书早日面世。

湛中乐

2005年12月于北京大学燕北园

CONTENTS 目 录

第一编 政府与大学：他治与自治

国家与公立大学之监督关系及其救济	
程序/董保城 朱敏贤	3
解读与评论/姜明安	45
论大陆公立大学自治权的内在结构	
——结合北京大学的历史变迁分析	
/湛中乐 韩春晖	50
试评湛中乐、韩春晖大著	
——《论大陆公立大学自治权的内在	
结构》一文/蔡茂寅	72
论公立高等学校的性质及其法律关系	
——兼论学生惩戒的法律救济	
途径/熊文钊	76
宪政视野下	
——政府与大学法人互动关系初探/郑军	82

第二编 大学生(教师)与大学之法律关系：权利、自由与救济

学生惩戒与行政救济	
——兼论“开除学籍”制度的合宪性	
问题/李建良	97

CONTENTS 目 录

《学生惩戒与行政救济》一文评论/张千帆	122
析论高校惩戒学生行为的司法审查/沈岗	129
评《析论高校惩戒学生行为的司法审查》 /廖元豪	145
大陆司法审查介入高校学生管理纠纷 范围的界定/程雁雷	153
《大陆司法审查介入高校学生管理纠纷范围 的界定》一文的评议/郑贤君	162
权力与权利的冲突与平衡/谭晓玉	166
探寻权力/权利博弈之解 ——对《权力与权利的博弈与权衡》 一文的评议/温辉	178
公立高等学校的惩戒权有多大 ——浅析大学自治与学习自由的冲突 /郑贤君	181
法律解释的可能空间与进路 ——评周某某诉浙江大学不授予学士 学位行政争议案/高春燕 朱新力	192
超越理论争议和现行制度局限的实践 ——广州市两级法院裁判学生诉高校行政 案件的实证研究/刘跃南 鞠晓雄	206
学术权力 ——一个无法回避的制度性现象/秦惠民	218
论高校教师的法律身份及其与学校纠纷的 解决机制/毕雁英	241

CONTENTS 目 录

第三编 法治视野下的国家教育考试

论国家考试与司法救济/李震山	259
对《论国家考试与司法救济》一文的 评议/朱新力	297
国家教育考试的宪法观察/王磊	301
评王磊教授所著《国家教育考试的 宪法观察》/陈春生	314
国家教育权:一个宪法学概念的由来/温辉	319
论受教育权可诉性/杨成铭	332
国家教育考试中考生考试作弊行为的认定、 处理及其法律救济 ——2003 年全国硕士学位联考中的三个 案例分析/湛中乐	352

第一编

政府与大学： 他治与自治

来源：《中国政法大学学报》2014年第4期，第1-11页。



