

# 论高校“办学自主权”的 双面法治逻辑及统合

范 奇\*

## 目次

### 引言

一、我国高校“办学自主权”双重面向的浮现

二、双重面向的法治逻辑关系明晰

三、基于外部的法治分权逻辑

(一) 研究视角的切换与政校分权的法律依据

(二) 政校分权的理论借鉴与分权体制支撑

(三) 我国政校分权总的定位与具体分

权事项

四、基于内部的自主治理逻辑

(一) 基于学术自由的“私主体”刻画

(二) 私法上的启示与高校治理的两个能力

五、高校“办学自主权”双面逻辑的统合

(一) 统合的前提：看待内外关系视角的转换

(二) 统合的关键：选择高容量的内化通道

(三) 统合的结果：对章程进行落实

六、结语

**摘要** 国内对高校“办学自主权”的释义颇多，法学视角而言就存在“国家行政权”与“社团自治权”性质之争，但这类释义过分强调了对立而忽视了统一。本质上两者都是在处理与政府的关系，表现为“外部分权”与“内部治理”的双面逻辑。外部高校基于法律授权而分享教育管理权，能为高校不依附于政府行使权力提供法律保障；内部高校基于学术自由而类似于“私主体”，借鉴私法人格技术，能为高校按照学术逻辑的特色治理架起理论桥梁。而高校章程能成为两者统合的优选通道，但必须明确它的实施途径与违法后果以促进落实。如此，就为高校“办学自主权”提供了一个符合大学逻辑的法学释义，从而优化高校的权力环境、形成特色办学、满足人的全面发展。

**关键词** 办学自主权 双面逻辑 法治分权 高校章程

## 引 言

“大学自治”可谓历史遗留的瑰宝，它也被现代高等教育奉为圭臬，<sup>〔1〕</sup>进而在不同国家、地区

\* 重庆大学法学院博士研究生。

〔1〕 尽管我国业界有一些不同的看法，如阎光才：《西方大学自治与学术自由的悖论及其当下境况》，载《教育研究》2016年第6期，第142~147页；项贤明：《论大学的祛魅及返魅的可能》，载《高等教育研究》2017年第8期，第10~17页；覃红霞：《中世纪大学自治的误读与重释》，载《高等教育研究》2017年第6期，第86~92页等。但是，接受大学自治这个概念仍是业界的主流看法。

的高等教育领域内化与再造。

尽管我国未使用其名，但相关领域却渗透着“大学自治”的实质内涵，也即是说我国的高等教育法领域也深受“大学自治”这一范式的影响，至少这一连串的法概念与之相关，如《宪法》第 47 条规定的“科研自由”；《教育法》《高等教育法》中内涵的“办学自主权”；司法实践中的“学术尊让”。〔2〕当然对这些概念内涵及引申价值的认识本身还存在分歧，但不同程度都与“大学自治”产生关联，而与“大学自治”最接近的概念莫过于《高等教育法》条款中内涵的“办学自主权”。因此，用“办学自主权”这个本土化的概念来装置“大学自治”这一概念的内核得到了普遍的共识。〔3〕于是，我国“大学自治”问题的探讨就回归到“办学自主权”的释义上了。

## 一、我国高校“办学自主权”双重面向的浮现

在“改革前”高度的社会主义计划经济时期，“国家权力空前地深入到社会的每个角落”，“公法几乎完全吞没私法”。〔4〕这一不合理现象导致了整个中国处于有国家、无政府、社会活力十分匮乏的管制状态。〔5〕计划经济向市场经济转轨、增强个人与社会的自主性成了众望所归，涌现出“婚姻自主权”“企业经营自主权”“生产自主权”“办学自主权”等一系列法律命题。从本意上讲，自主意指自己主动，不受别人支配，〔6〕本质是一种私法词语，如“吃饭自主”“睡觉自主”之类，是个人私生活中不言自明的行动自由。那么上述命题的提出很显然是基于这样一个立场：为防御政府这类私法“自主”渗透到了公法领域，成为公法命题或公法权利，自然这里的“自主”是针对政府，并非社会与个人。

诚然，“办学自主权”概念的提出也是希冀用“自主权”来确认高校办学活动的消极面向（防御功能），以此来维护“大学自治”和“学术自由”的传统，满足大学自主发展的需要。但是，作为公益类事业单位的一类，毋庸置疑我国公立高校承载着较多的国家教育服务义务和责任，因而它与行政机关有着权力面向上的共性，从这个意义上说它是高等教育管理机构的延伸，司法实践中由此证成了司法介入的正当性。〔7〕于是，高校也似乎成了一个“雌雄同体”“剪不断理还乱”的“第三部门”。

尴尬的身份使得高校权力（利）呈现出双面性。简而言之，一个是公共权力的延伸，一个是团体的自治权利。那么，由此所传导出来的自主权性质也变得浮动和难以琢磨。换言之，高校“办学自主权”也呈现出双重面向，且各自包含的权力（利）内容含糊不清，致使本概念也迟迟不能形成统一认识。

〔2〕 参见郑磊：《论学术自治尊让原则的具体化——基于最高人民法院指导案例 39 号之展开》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 3 期，第 39 页；徐靖：《高校校规：司法适用的正当性与适用原则》，载《中国法学》2017 年第 5 期，第 106 页。

〔3〕 有学者直接认为，“办学自主权”是西方大学自治在我国的移植，是一个中国化的学术概念，也是大学的本质属性。参见蒋后强：《高等学校自主权研究：法治的视角》，法律出版社 2010 年版，第 21～22 页。

〔4〕 金自宁：《“公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革为背景》，载《浙江学刊》2007 年第 5 期，第 149 页。

〔5〕 参见于立深：《契约方法论》，北京大学出版社 2007 年版，第 256 页。

〔6〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第六版），商务印书馆 2012 年版，第 1534 页。

〔7〕 以“田永案”为发端，开高校行政诉讼之先河，即是沿着这样的证成路线。

已形成有影响力的解释学说,如“国家放权说”〔8〕“法律法规授权说”〔9〕“公务法人说”〔10〕“社团自治说”〔11〕等,都从不同的侧面触及“自主权”的某些要素,内涵权力或权利的一面。而正如金自宁教授所言,把这些未能达成共识的观点统合起来,无非是一场“国家行政权”与“社团自治权”定性之争。〔12〕一个是国家授权,一个是社团自治权,两个层面所指向的规范内涵和价值取向明显不同。

如何破解这一矛盾,即如何将两个相异的规范内涵和价值取向融入一个共同体内并对各自包含的权力(利)内容进行厘定,以往的学说释义并没有很好地做出回答,而是过分强调了他们间的对立而忽视了统一,这便是问题症结。本文试图从法学的视角对这一症结进行破解。本文发现,两者本质都是在处理与政府的关系,因此从防御政府这一初衷来看,两者可以调和。文章第二部分对双重面向的规范内涵进行探明,在此基础上借用天平原理将两者表达为“外部分权”与“内部治理”的双面逻辑。三、四两个部分则是对双面逻辑在防御政府、保障高校自主性上的同一性进行解读,即寻找双面逻辑的“权重”因子;进而文章的第五部分立足于前文的结论完成两种逻辑之间的统合,构建“办学自主权”新的认识框架。

## 二、双重面向的法治逻辑关系明晰

明晰“办学自主权”的双面法治内涵是破题的关键。双层面面向所蕴含的规范意义和指向的价值目的显然相异,可从两个方面观之。

就规范内涵而言,两个层面其实是被放置在不同的权力结构之中。对于前者,高校的公益事业单位性质不言自明,但要把它视为行政主体还需证成。套用《学位条例》第8条的规范依据,司法实践中明晰了它作为高等教育管理机构延伸的性质,以此证成高校是行政诉讼适格被告。〔13〕如此,高校的权力运行就被严格限定在“国家授权—依法设定”的基本权力结构中,不突破上位法所设定的权限范围、履行上位法框定的“依法办学”义务是此结构的基本要义。高校也因此跻身我国“金字塔型”权力结构层级之列,给诸如“国家放权说”“法律法规授权说”提供了立足之地。对于后者,其说理的依据源于高校的前身——“行会自治”。“行会自治”是通过团体内部的“合意”而形成的自我管理、自我约束的社团,不受干扰、自主决定是其本质属性。〔14〕借此,高校“办学自主权”便可解释为一种团体自治权,倾向于市民社会权性质,在不与国家强行法规定相冲突的前提下,〔15〕高校享有自行组织教学、科研以及服务社会的权利,政府与高校实际被放置于“国家—社会”二元权力结构中,总体遵守“不违法”的审查原则。

〔8〕 认为高等学校自主权是政府下放给高等学校并由高等学校在法律规范范围内独立行使的行政权。参见周雄文:《论高等学校自主权的法权范畴》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第50页。

〔9〕 参见(1999)海行初字第104号判决书;朱世宽:《学校能否作为行政诉讼的被告》,载《人民司法》1999年第9期,第54~56页。

〔10〕 参见马怀德:《公务法人问题研究》,载《中国教育法制评论》第1辑,教育科学出版社2002年版。

〔11〕 参见金自宁:《大学自主权:国家行政还是社团自治》,载《清华法学》2007年第2期,第23页。

〔12〕 同上注,第21页。

〔13〕 参见(1999)海行初字第104号判决书。

〔14〕 行会自治和大学起源,参见黄福涛:《外国高等教育史》,上海教育出版社2003年版,第58~59页。

〔15〕 不与国家强行法规定相冲突是私法行为有效成立的条件。具体参看龙卫球:《民法总论》(第2版),中国法制出版社2002年版,第444~445页。

就价值取向而言，两个层面恰好建立在两种互异的法治原理——与政治国家/市民社会相对应的公/私法之上。前者，将高校的自主权视为“国家行政权”的一部分，那权力运行自然适用“法无授权即禁止”的基本公法原理。在权力的规制方面，诸如法治原则、法律保留、程序正当、司法审查等公法限制都可悉数上阵。而相对于后者，作为团体自治权的一种，是市民社会自由权的一部分，因此“法无禁止即自由”是权利行使的总基调。在权利的保障方面，根据基本权利的双面价值，不仅要保持“负面清单”的消极不干预效果，还要积极给予制度保障。

那为何高校“办学自主权”会呈现出双面内涵，并试图将两种互异的价值取向装置在一个“共同体”中呢？应该说“时空压缩”下中国法治的双重任务，<sup>〔16〕</sup>能够为此提供一个较为有力的解释。也即是说一方面为完成形式法治任务，需强调高校是“公权行为”的享有者，由此满足司法审查的需要；另一方面为完成实质法治任务又要求高校加快去行政化的步伐，套用人“私主体”的特质来证成高校是“自治权”享有者，满足大学自治、学术自由的需求。<sup>〔17〕</sup>于是高校就成了“不能承受之重”，化身成为一个“爱之深、恨之切”的矛盾共同体，对公权力（政府）既畏之又不可或缺。

综上，我们可以感知两者之间如“针尖对麦芒”，谁都不会轻易败下阵来。既然如此，那为何不掉转船头，从寻找两者的对立转换到寻找两者间的统合。而事实上，无论是前者“国家行政权”还是后者“社团自治权”的定位都是在试图调和与（公权力）政府之间的关系，但两者却走向了两个极端，要么过度“行政化”，要么过度“自由化”。两个极端都不是我们想要的结果。因此，寻找两者间的平衡就成了“点化”此问题的关键。法律机制正是挑起此大梁的不二人选。英美法系变迁中因为纠偏而孕育出的衡平法，它的价值魅力正在于此，平衡可谓法律的基本属性。<sup>〔18〕</sup>如何平衡，我们可以搭建这样一个天平，将权力化为“行政”引向天平的左端，将权利化为“自由”置于天平的右端，从中去寻找平衡的砝码。

用这样的—个天平装置，就可以将前文的观点进行大致的定位。如图 1

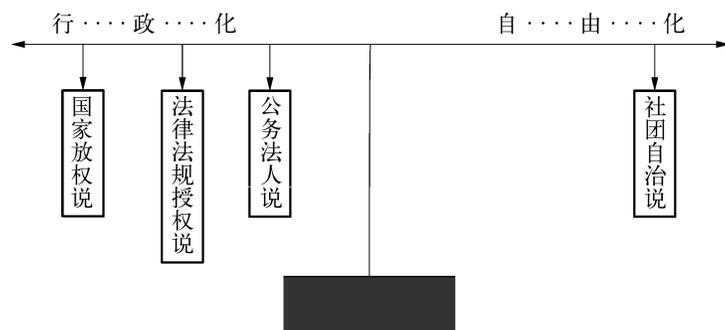


图 1

〔16〕 按照西方法治的标准，我国未完成形式法治的任务，却不得不面临实质法治的拷问。也即是西方以线性出现的法治阶段，在我国以平面式“整体亮相”。参见章剑生：《现代行政法基本理论（第二版）·上卷》，法律出版社 2014 年版，第 16 页；许章润：《法律：民族精神与现代性》，载《清华法治论衡》2002 年第 1 期，第 6～10 页；王学辉、王留一：《通过合作的法治行政——国家治理现代化背景下行政法理论基础的重构》，载《求实》2015 年第 6 期，第 71 页。

〔17〕 这一点在学位纠纷审查中表现得尤为明显，就高校学位授予要件合法性问题而言，各级法院也经常会出现摇摆，偏重于监督高校行为、保护学生权益的法官会执行“不相抵触”标准，施加更多公法限制，而基于对“学术自由”的尊重时，法官会更倾向于将学校规定作为自治规则看待，执行“不违法标准”，给予一个“私自治”的空间。参见陈越峰：《高校学位授予要件设定的司法审查标准及其意义》，载《华东政法大学学报》2011 年第 3 期，第 110～120 页。

〔18〕 参见胡桥：《衡平法的道路》，华东政法大学 2009 年博士论文，第 53～56 页。

如图1所示,从天平中间点向左“行政化”程度越来越高,也意味着权力面向越强,向右“自由化”程度越来越高,意味着权利面向越强。因此,上述观点从左到右的排列依次应是“国家放权说”“法律法规授权说”“公务法人说”“社团自治说”。当然,将“国家放权说”“法律法规授权说”放置于天平左端,“社团自治说”放置天平右端是没有多大异议的。但将“公务法人说”也置于天平的左端,且最靠近天平的平衡点,就有必要说明一下。

公务法人是大陆法系中的一个基础概念,尤以法国为典型。<sup>[19]</sup>借用此概念似乎能在“行政权”和“自治权”中间寻找到一个所谓的折中方案:一方面,源于西方的公务法人是行政主体的一类,以此来证成司法审查的正当性自然问题不大;另一方面,公务法人具有法人的特质——绩效、自治与分权,<sup>[20]</sup>借此可以革除事业单位科层制弊端,激发高校的自主潜能。不得不说此观点从概念上来看能够装置“办学自主权”的双重面向内涵,是上述观点中的优选方案,也最接近天平的中间,因而赢得了业界更多的认同。

然而,西方的法治概念若想“入住”我国都需要经过本土化的拷问。那我国有公务法人制度吗?从立法上来看,我国只规定事业单位法人,在2017年的《民法总则》中归属于非营利法人一类。但是我国的公法规范却没有明确此概念。而依赖于《民法总则》所赋予的私法地位,其法律属性显然与西方统合在行政主体概念下属于行政组织法范畴的公务法人存在裂痕。从行政主体概念体系与功能上看,西方的公务法人在我国更是貌合神离。归属于行政主体概念下的公务法人,是行政主体重要类别,基于分权而存在。<sup>[21]</sup>但是在我国,行政主体理论却在司法审查实用主义思想的影响下出现了“美丽”的误读,误差之大几乎导致东西方之间无法对话交流。除了概念统合功能与归责机制缺失外,另一个致命的缺陷是:人为地割裂了法人与行政主体的关系,而没有认识到法人是行政主体存在的方式,因而着眼于“权力”的我国行政主体理论按照“办学自主权”的双面逻辑,实质只能承担起司法审查的重任,几乎遮蔽了法人的自治与自主等权利面向。<sup>[22]</sup>

如此,我国行政主体理论未进行实质性革新的前提下,西方公务法人的双面价值很难有立足空间。至多而言,目前“苦心经营”所确立的高校公务法人地位,也只是满足了司法审查中行政主体资格证成的需求,完成了“国家授予的行政权”面向的理论作业任务,但未能实质性地触及“社团自治权”方面的问题。所以“公务法人”概念与“法律法规授权组织”并无质的不同,实际上都是将大学自主权定位于“国家授予的行政权力”。<sup>[23]</sup>那么公务法人就只能偏安于天平左端,无力支撑起整个天平。而确定天平“黄金分割点”的配套理论还得继续探究。

尽管公务法人理论存在“先天不足”,但是它的方法是对的——即对天平两端进行“权衡”。天平无非是一种跷跷板游戏,寻找左右两端的“权重”因子是问题的第一步。那么,天平中左右两边的“权重”因子分别是什么呢?就左端而言,无论是“放权说”还是“授权说”归结到一点是在处理如何配置国家教育管理权,即高校与政府间的权力关系,可以看作高校的外部关系。而权力的配置本质是一个分权问题。<sup>[24]</sup>因此,左端的“权重”因子可浓缩为“外部分权”。确定了左端后,右端的“权重”因子则可进行对应取反——处理高校的内部关系,即高校如何相对于政府自主治理,是社

[19] 具体参见王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第129页。

[20] 参见李昕:《论公法人制度建构的意义和治理功能》,载《甘肃行政学院学报》2009年第4期,第4页。

[21] 参见李震山:《行政法导论》,台湾三民书局1998年版,第99页。

[22] 参见沈岿:《重构行政主体范式的尝试》,载《法律科学》2000年第6期,第39页;葛云松:《法人与行政主体理论再探讨——以公法人概念为中心》,载《中国法学》2007年第3期,第83~84页。

[23] 金自宁:《大学自主权:国家行政还是社团自治》,载《清华法学》2007年第2期,第23页。

[24] J. Fesler, “Approaches to the Understanding of Decentralization”, The Journal of Politics 27 (1965).

团行使自治权利的表现,这也是社团自治说所追求的目标。那么它的“权重”因子可总结为“内部治理”。这样一来,我们就可以构建起第二个天平图。如图 2

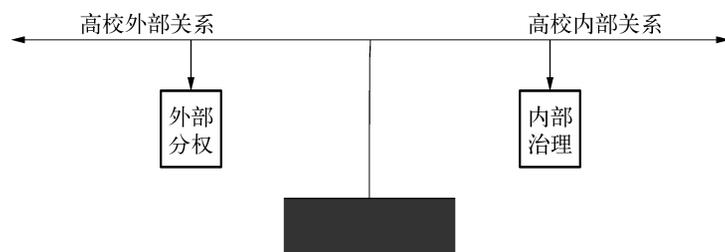


图 2

以上就完成了自主权天平两端“权重”因子的配置任务。而从权利(力)属性上看,<sup>[25]</sup>外、内部关系实际就可转化为传来性权利与本源性权利之分,传来性权利多源于主体的外部先于主体而存在,通常表现为国家法的授权,当然呈现为权力属性;本源性权利基于内部需求因主体而存在,多是一般性主体行为自由权利,就属于一类权利。因此,上述天平也可以转化为一个权力+权利的关系,即外部权力+内部权利关系。

鉴于这样区分,我们继续深化图 2,可尝试着将目前的《教育法》第 28 条、《高等教育法》第 32—38 条等法律规定的这些高校自主权作一个天平两端的归属分类。这样就得出图 3。

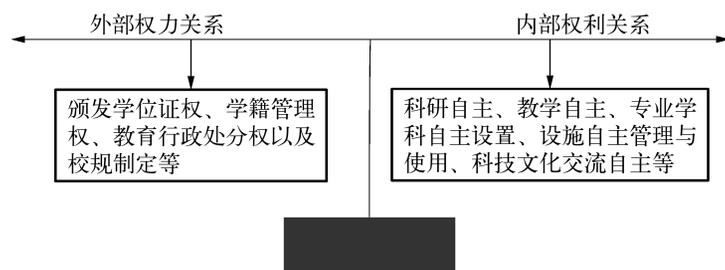


图 3

这样就进一步明确了分属于“国家行政权”或“社团自治权”的“办学自主权”的大致归属。而这种权力与权利的二分法事实上也为学界所支持。<sup>[26]</sup>反之也证成了上述内、外分类的合理性。当然,诚如前述,虽然公法人等组织权利属性开始显现,权力与权利不兼容的学说得到了修正。但也意味着某些权利内容会变得模糊,那么这种权力(利)归属也就并非绝对。所以,本文更着眼的是一个“外部分权”与“内部治理”的总体认识框架,不打算也无力弄清每一项权利的具体样态。

综上,通过天平原理就为我们认识“办学自主权”提供了一个新的分析框架。但这种框架必须符合防御政府这一“办学自主权”提出的初衷。这也是两者能够放置于同一天平进行权衡的前提。因此,下文进一步论证天平两端在实现抵御政府不当干预的初衷上具有同一性,对左右两边的“权

<sup>[25]</sup> 基于公、私法的区分,传统学说普遍否认权力与权利相兼容。而随着现代人权的发展,传统的理论进行了修正,公法人、社会团体等组织权利一面开始显现。参见王建国:《作为基本权利的地方自治》,厦门大学出版社 2010 年版,第 67~70 页。

<sup>[26]</sup> 参见董保城:《教育法与学术自由》,台湾月旦出版股份有限公司 1997 年版,第 130~131 页;王青斌:《论高教法治与大学自治》,载《行政法学研究》2006 年第 2 期,第 16 页;蒋后强:《高等学校自主权及其限度》,载《高等教育研究》2006 年第 2 期,第 60~61 页。

重”因子进行探明,明晰它们在保障高校自主性上的内容。

### 三、基于外部的法治分权逻辑

提纲挈领地讲,外部分权的“权重”就在于此:通过政府与高校间分权的法治化,划定政府与高校的教育行政管理权限,为高校不依附于政府而行使教育事务管理权提供法律依据。

#### (一) 研究视角的切换与政校分权的法律依据

起源于20世纪80年代的“办学自主权”,正是政府改制、简政放权的结果,被誉为计划经济最后一座堡垒的高教体制开始破冰之旅。但在计划经济体制之下,以行政性与政策性为主导的权力配置方式总难逃“一统就死、一死就叫、一叫就放、一放就乱”的循环与怪圈。政策与法律最大的不同就是其多变性和不稳定性,也意味着极大的灵活性。<sup>[27]</sup>然而,过去政校关系虽一直是我们的关注重点,但是传统的行政法学过分倚重以“行政行为”为中心的“司法审查”视角,<sup>[28]</sup>对“大学自治”“学术自由”的探究情有独钟,只关注行政主体资格如何确立与司法审查的广度与深度问题,对政府与高校之间的分权事实却视而不见,更没有系统地探讨对政校事权配置的法治化问题。而法治分权本质是一个组织法上的问题,我国行政法领域历来忽视行政组织法研究,更不用说拿出有说服力的理论成果为配置权力提供方案。因此,行政法领域必须加快行政组织法的研究步伐。而在教育法领域则要跳出“大学自治”“学术自由”的视角藩篱,开辟政校法治化分权研究的新疆土。

公共行政在全球范围内迅速铺开使得“新行政法”兴起,<sup>[29]</sup>在调整主体、范围和方式三个面向上对传统行政法都有所突破,这为打破传统视角局限提供了契机。其中,行政组织法的变革尤为明显。公共行政所带来的行政主体、任务的多元化必然使得权力分流——权力的授权和委托增多,获得权力的非政府公共组织必须具有独立的主体地位,而独立主体地位的享有必然带来行政分权与合作的兴起。因此,行政组织法层面的分权不仅表现为政府及其部门间的纵向和横向分权,也还包括政府与之外的公共组织之间的横向分权,甚至包括公共组织与私人组织之间的横向分权,而横向分权改革还可进一步细化为向市场分权和向社会分权。<sup>[30]</sup>分权主体的多元化、分权形式的多样化、分权内容的多面化成为现代行政组织法的基本特征,这为探讨高校与政府的法治化分权提供了理论准备。

在组织法上来看,我国的《宪法》《国务院组织法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》明确行政机关横向关系中的分权,按事权性质设置若干工作部门。<sup>[31]</sup>显然,这类组织法无法适用政府与公共组织之间的横向分权。但是,通过法律、法规等对公共组织的职能设定,这些公共组织获得了相应法律(广义)的授权,在事务上享有法定的管理权,从而形成了与行政机关间就

[27] 封丽霞:《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践》,载《政治与法律》2017年第6期,第27页。

[28] 沈岩:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题》,载《中国法学》2016年第1期,第105页。

[29] 关于“新行政法”详参姜明安:《法治思维与新行政法》,北京大学出版社2012年版;姜明安:《全球时代的“新行政法”》,载《法学杂志》2009年第10期,第8~10页;朱新力、梁亮:《公共行政变迁与新行政法的兴起——兼议传统行政法的当代中国境遇》,载《“公法的基础理论和范式”学术研讨会》,第491页;李洪雷:《中国行政法(学)的发展趋势——兼评“新行政法”的兴起》,载《行政法学研究》2014年第1期,第112~126页等。

[30] 参见邹焕聪:《公私合作主体的兴起与行政组织法的新发展》,载《政治与法律》2017年第11期,第74页;刘尚希、王朝才等:《以共治理念推进PPP立法》,中国财政经济出版社2016年版,第5页。

[31] 叶必丰:《行政组织法功能的行为法机制》,载《中国社会科学》2017年第7期,第112页。

特定事务的横向分权。<sup>[32]</sup> 于立深教授也称其为“法定公共职能组织”，是一个区别于“法律、法规授权的组织”的新型行政管理主体，虽然其权限也来源于授权，但是其本身是独立于行政机关的公共组织。<sup>[33]</sup> 因此，立法通过明示划出了一类与行政机关存在事务分权关系的法定公共组织。

而高校的公共职能组织地位不言自明，在《教育法》《高等教育法》《学位条例》中均有体现。按照这样的逻辑，高校在高教事务上享有法定的管理权，事实上形成了与行政机关间就特定事务的横向分权。但是必须明确的一个问题是：这里的分权只是抗衡政府并非对抗整个国家权力，是与狭义政府所形成的分权。换言之，高校的权力是来源于法律的授权，而不是政府下放给高校的。也即是说作为一种法律授予的权力，相比于国家权力而言，高校的这种权力自然是授权性质的而非本源性质，不具有外部性。但是，相比于政府权力却是一种外部的独立分权性质。上升为法律描述语，则可看作是国家立法机关作为一个高于政府和高校的国家权力机构对政府和高校在管理高等教育事业上的权限划分，是国家根据高校活动的特点对国家高等教育权配置的结果。<sup>[34]</sup> 换言之，通过立法机关的权限配置实现分权，从而为高校不依附于政府而行使教育事务管理权提供法律依据。而事实上也只有作这样的理解，才能领悟高校“办学自主权”提出的公法真谛——防御政府。因此，高校与政府间的分权不仅是一个规范命题，也是个法律上实存的事实命题。

## （二）政校分权的理论借鉴与分权体制支撑

囿于法学视角下政府与高校分权法治化的有力论著十分单薄，立于“巨人肩膀”式的理论作业就无从展开。但是这方面的间接经验却不能不察。一是，域外高校与政府的分权理论；二是，我国分权体制及分权实践。前者能为选择理论定位提供借镜；后者是政校分权的外部支撑。我们先来看第一点。对此，申素平教授早有总结，提出了三个有影响的高校分权理论：法国的“公务分权理论”；美国的“学术自由理论”；德国的“间接行政理论”。<sup>[35]</sup> 能否借镜，以下分述之。

法国公务分权改革是为了阻止第五共和国中央的高度集权。同期的欧洲国家在新自由主义影响下开始实行去国有化的私有化政策，法国却逆流而动，强行采取增加社会福利的国家政策，引起在野党——社会党的不满而开启了地方分权改革。<sup>[36]</sup> 通过分权改革，建立起两类分权模式——公务分权与地方分权，相应地存在两类自治——公务自治与地方自治。也即是说法国的公务分权是与地方分权并列的概念，他们共同统合于行政主体这种上位概念中。但是，诚如前述，我国的行政主体理论并不能涵摄这两类模式，也不存在公务自治的法律依据。因此，此理论在目前我国的法体系内进行消解难度不小。

与之对比，美国的“学术自由理论”在我国深受追捧，具有相当的魅力光环。但学术自由是美国联邦宪法法院判例积累的产物，由于概念模糊至今它都只是一个推演逻辑，具体内涵需要个案明确。缺少宪法法院的我国，作为宪法权利的学术自由内容通过个案来明确就无从开展，只能散落在立法、司法的相关领域。<sup>[37]</sup> 如此，便增加了法律适用上的难度。

[32] 如《上海市轨道交通管理条例》(2013年修订)，对轨道交通企业授权，按照有关标准和操作规范设置安全检查设施，危险情况下实施相应的行政处罚、安全检查权和强制权；《广西壮族自治区蚕种管理条例》(2016年通过)，授权由专业人员组成的蚕品种审定委员会负责蚕遗传资源的鉴定、评估和蚕品种审定等工作。

[33] 参见于立深：《法定公共职能组织的资格、权能及其改革》，载《华东政法大学学报》2016年第6期，第54页。

[34] 参见蒋后强：《高等学校自主权研究：法治的视角》，法律出版社2010年版，第27~28页。

[35] 参见申素平：《公立高等学校与政府的分权理论》，载《比较教育研究》2003年第8期，第1~3页。

[36] John Loughlin, *Subnational Government: The French Experience* (London: Palgrave Macmillan, 2007), p.63.

[37] 参见范奇：《查看学术自由权的宪法面孔——以基本权利为中心的考察》，载《西部法学评论》2017年第6期，第54页。

那么,只剩德国的“间接行政理论”了。它意指与本源意义上的行政承担者——国家行政机关相对应的各种传来意义上的行政承担者——公法团体、机构和财团,高等学校一般被认为是间接的行政承担者。<sup>[38]</sup> 本源意义即是指权力来源于组织法的直接规定,那么相应的传来意义即指权力经过了转授,来源于法律的授权。而这一理念与我国高校划归于法律授权的公共职能组织是相吻合的。因此作为借镜理论,德国的“间接行政理论”更具优选性。<sup>[39]</sup>

不过,德国的“间接行政理论”有联邦制分权主义作支撑,那我国的单一制国家结构形式又是如何分权呢?这就到了第二个问题,我国分权体制及分权实践。整体上而言,我国是单一制国家结构,但事实上是一种“非对称”的单一制,民族聚居区实行民族自治,港、澳地区实行高度自治,经贸、文化上的自治权甚至超过了一般联邦制国家的成员单位。在税收、财政、人事、司法等领域,中央始终保持着范围小、程度弱的直接管治。<sup>[40]</sup> 在司法领域,香港终审法院判决曾一度与全国人大解释不一致,<sup>[41]</sup>不得不用立法排除终审法院对《香港基本法》的解释,分权之大可见一斑。但内地省份与之相比落差不小。以下以立法事权为代表作阐述。<sup>[42]</sup>

“行政分工型”与“法定分权型”是两种理论上相对应的立法事权划分模式,前者是一种国家主义模式,更容易被单一制集权国家所采用,后者是一种契约主义模式,在联邦分权制国家盛行。当然,两者之间的区分并非绝对,一定程度上呈现“行政分工”与“法定分权”两种模式相互交融混合的状态,也就是所谓的“混合型”立法事权划分模式。<sup>[43]</sup> 但是两者在一特定国谁占主导地位能以其所表现出的特征来判定。

我国改革开放以来地方立法事权一直呈现扩大趋势,2015年3月设区的市获得地方立法权算是又一次重大的分权实践。但立法事务范围仍有限,因此并未撼动“行政分工型”分权的整体面貌。表现为央地立法的事权划分上中央决策、地方执行的印记十分明显,中央与地方各级政府的事权方面高度同构、“上下对口”和“上下一般粗”,中央与地方自上而下立法职责同构的现象也很明显,缺乏针对不同层级地方在立法职能和事权方面的合理化、精细化区分。<sup>[44]</sup> 实质上就是一种“政府主导的分工性分权”,“国家的大部分重要行政事务都由中央执掌,或是直接通过实地行政管理机构,或是通过专门性机构,也可能利用地方政府管理诸如教育或公路这样的事务,但它们都只不过是处于严格的中央控制之下的代理机构”。<sup>[45]</sup> 因此,我国的分权体制整体上仍然是一种中央政府主导的行政化、政策化分权模式。

### (三) 我国政校分权总的定位与具体分权事项

以上完成了理论借镜和本国分权体制的探讨,那么接下来的问题是:政校之间又该如何分权

[38] 参见[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2001年版,第546页。

[39] 对于这样的结论一些学者亦赞同,但本文的论证理由与之不同。他们的论证理由详见高耀:《政府教育分权与高等学校自治》,载《黑龙江教育》2007年第11期,第4页;申素平:《公立高等学校与政府的分权理论》,载《比较教育研究》2003年第8期,第3~4页。

[40] 参见温学鹏:《香港的“高度自治”与未来政制发展——基于比较法的视角》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第3期,第62~63页。

[41] 参见梁美芬:《香港“外佣居港权案”:三次判决和两大争议》,载《清华法学》2015年第4期,第165~175页。

[42] 因为立法事权是一个团体借以表达其意志的唯一正式途径,堪称“地方自治核心领域之核心”。参见林文清:《地方自治权与自治立法权》,台湾杨智文化事业股份有限公司2004年版,第46页。

[43] 参见封丽霞:《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践》,载《政治与法律》2017年第6期,第19页。

[44] 参见上注,第28页。

[45] [英]戴维·米勒:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来等译,中国政法大学出版社2002年版,第103页,转引自封丽霞:《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践》,载《政治与法律》2017年第6期,第18页。

与法治化。我们第一步先定位总的分权模式；第二步就具体事项探讨如何法治化。

### 1. 总的分权模式

从上述立法事权的探讨中,可以窥见我国总体上呈现出一种“行政分工型”分权样态。那么以央地纵向分权为基础而建立起来的横向分权(包含政校分权)<sup>[46]</sup>,事实上也不能“独善其身”。换言之,政校分权所适用的分权模式并不能突破我国整个央地分权体制,囿于这类分权体制中政府主导过于强烈,所以它所适用的分权模式是一种弱对抗性的,即享有分权但受政府主导。<sup>[47]</sup>进而可以把这种分权形态拆分为两个层面来看。第一个层面从是否享有分权地位来看,可以划出集权、分权两大类;第二个层面从政府与高校是否独立平等来看,可以划出不独立的政府主导型与独立的高校主导型两大类。如果以分权地位享有为横轴,将集权引向横轴的左端,分权置于横轴的右端;以是否独立平等为纵轴,将独立的高校主导型置于纵轴上端,不独立的政府主导型放于下端,我们可架构起这样一个坐标图。如图 4

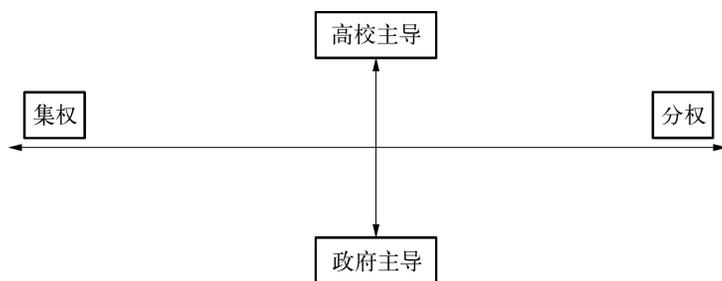


图 4

接下来进一步填充图 4,让它有血有肉。横轴上而言,分权与集权之区别关键在于是否有组织法、法律等明确规定与授权,从而分享教育行政管理权;纵轴上,其实就是判断政府与高校间独立性大小的问题,政府主导实际是全能政府的表现,相应的高校主导则为有限政府,也称为“他治”与“自治”两类模式。<sup>[48]</sup>于是,十字坐标图就划分出四块区间,形成四种不同模式。从左下开始沿顺时针方向往前看。第一个区域是政府主导的集权模式,苏联包括我国计划经济时期高校应是这一模式。第二个区域是高校主导的集权模式,理论上成立但实践中比较罕见,中世纪某些大学本身并未获得法律授予的教育行政管理权,它实际上也不受政府控制,可划归这类模式。<sup>[49]</sup>第三种模式在分权盛行的欧美国家比较常见。依照前述的论断,那我国目前就应该是第四类模式,虽有分

[46] 参见程雪阳、沈开举：《公务分权：中国央地关系改革之关键——改革开放三十年公务分权发展的初步考察与评析》，载《云南大学学报》（法学版）2009年第6期，第2~6页。

[47] 这也回应了我们的改革应当是强化与政府的法治化分权，而不是政策下的权力下放。

[48] 当然，在此有必要说明一点可能的困惑。本身自治意味着分权，这两者才是一码事，那为何还有他治的分权呢？理解这个困惑得清楚图中分权仅表示有组织法依据，授权相应事务的管理权，是一种狭义的分权概念。如果这种管理权只是分工性分权或上级管理权的延伸，那么事实上分得的这个管理权是不足以对抗上级政府的，也是不独立的，因而是一种行政主导型分权。直白地说，也就是这里存在一个分权法治化程度高低的问题。法治化高就更独立。正如我国的行政许可和行政审批的关系，虽有《行政许可法》依据，但政府却大量使用行政审批手段，事实上使得行政许可成为政府审批的内部分工，可谓政府主导的行政许可。参见王克稳：《论行政审批的分类改革与替代性制度建设》，载《中国法学》2015年第2期，第10页。

[49] 如刚成立的巴黎大学并非与市政当局有直接的行政关系，而是后来市政当局为巩固自己的统治才不断要大学向其提供人力和智力帮助，因此更像是一个外部合作关系。参见[比利时]希尔德·德·里德-西蒙斯：《欧洲大学史：中世纪大学》（第一卷），张斌贤译，河北大学出版社2007年版，第180页。

权,但是为政府行政主导。这样就把图4深化成为图5。<sup>[50]</sup>

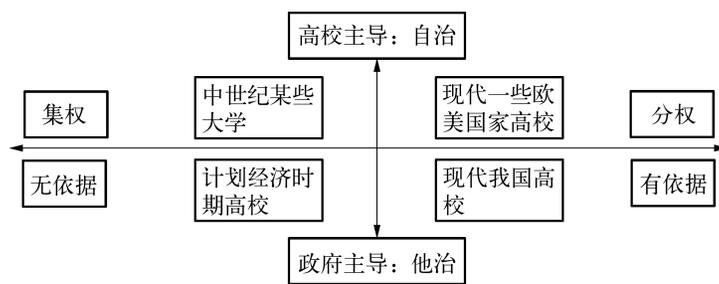


图5

从图5中,就可以清晰地定位出我国高校所处的分权样态。虽然这些年政府自身在不断简政放权,向有限政府转变,但这一转变的成果并没有很好地进行制度化、法治化定型,政府主导的面貌还将持续。作为一种分工或职能延伸意义上的分权,最大的缺点是它的独立性匮乏,行政权容易压制法律权力。我国教育界所呼吁的去行政化,目的无非是想变政府主导型分权为高校主导型分权。只有将政府主导改为法律主导,高校与政府的关系才会稳定与可预期而保持各自的独立性,自然政府用行政手段去压制高校法律授权的管理事项机会大大降低。高校自主性地位才会形成,这才是自治分权模式。因此,归结而言,我国的政校分权法治化太低。

## 2. 具体的分权事项

明晰了政府主导模式的弊端——法治化程度低,提高法治化水平的重要性就不言而喻了。重点在明确相互间的权限,而权限的落脚点则是具体的分权事项。具体事项包含哪些,常言的人、财、物可谓一个宽泛的标准。而《高等教育法》第32—38条列举了7大类相应的事权,形式上而言高校的权力不小。鉴于篇幅,难以对所有的事权面面俱到,就此选取其中一个重要事权——学位授予论之,以起到管中窥豹的功效。

学位授予的话题在高校法治领域引起了一场旷日持久的辩论,得出的结论大致是:纳入法治调整范围,扩大高校的自主性。<sup>[51]</sup>但是这种相对空泛的结论对于一项具体事务而言还是显得有些难以招架。举一例,《学位条例》第4—6条规定了“三类学位”相应的授予标准,条文用词上采取了模糊语言,如“成绩优良”是获取学位的前提条件,但“成绩优良”并不可测,高校制定《学位授予工作实施细则》时享有充足的裁量空间,类似于“校外同居、校园接吻、未按时熄灯就寝”等五花八门的道德要件能否成为剥夺学位授予的限制条件就难以定论,<sup>[52]</sup>只能求助司法个案裁决。而另一方面,政府却牢牢掌控学位授予的审核权,在西北政法大学“申博”复议案中充分暴露了传统的、

[50] 有人也将此称为“四种基本的治理模式”,在图形的架构上本文对此进行了借鉴。不过本文指代的旨趣与之不同。详见丁笑梅:《大学治理结构研究》,华东师范大学2014年博士论文,第71~76页。

[51] 如杨建顺:《完善法规范是解决教育纷争的根本保障——从西北政法大学“申博”复议案看我国学位制度的完善》,载《中国教育法制评论》2010年第8辑;程雁雷:《背景·问题·启示:西北政法大学“申博”案引发的法律思考》,载《中国教育法制评论》2010年第8辑;张冉、申素平:《国家学位制度与大学学位制度比较分析》,载《学位与研究生教育》2013年第9期;朱平、赵强、程诗婷:《我国学位授予权的三重属性》,载《学位与研究生教育》2013年第3期;张勇:《我国高校学位授予权研究》,上海交通大学2014年博士论文;马怀德主编:《学位法研究——〈学位条例〉修订建议及理由》,中国法制出版社2014年版等。

[52] 有人认为,宽泛的道德要件与成为剥夺学位授予资格的条件是一种“擅作主张”,有违“不正当联结原则”之嫌,参见前注[51],马怀德书,第5~6页;有人认为,这是大学自治下的“自主事务”,是应有的品行标准之一,参见于志刚:《学位授予的学术标准与品行标准》,载《政法论坛》2016年第5期,第87~88页。

直接的、命令式的行政管理方式弊端，也为法治化改革提供了契机。<sup>〔53〕</sup>因此，明确高校自主权与政府监管权两者之间的界限并非易事。

其实，学位的双重性——一方面是个人的智力的结晶，另一方面是国家形塑人才的重要工具——使得其事实上游走于自治与法治之间。因此，我们所要解决的并不是具体的权力界限，而是划分界限的方法。<sup>〔54〕</sup>而法治正是一种分权的方法，用以平衡权力。<sup>〔55〕</sup>事实上学位的权力经历了一个从国家到高校的内化过程，这个过程至少包含学位授权审核、学位授予、学位监督检查等要素。换言之，目前我们普遍知晓的颁发学位证书行为只是整个国家学位管理权力中的一环，也是高校目前享有行政主体资格的直接依据。而其他两大类事权（授权审核、监督检查）高校却很难从行政机关手中分得一杯羹，但这并不排除法治分权下立法机关对两者权限的重新调整。以下对各事权要素分别阐述。

第一，学位授权审核是逻辑起点，在学位授予权的产生问题上，谁有资格成为学位授予单位基本是政府部门说了算。因此学位授权审核的权力目前是由国家行政机关独享。当然，就中央和地方层面而言，通过中央放权省级学位委员会获得了地属高校一部分学位授予权，但权力并不及于高校。所以，在这类事权上高校事实上处于相对人的地位，学位授权审核也被业界当作一种“内部审批”，高校自然无商量的余地。但是随着高校自主权扩大与落实，也出现了松动情况。<sup>〔56〕</sup>如果这类事权要在政府与高校间进行调整，只有采取法治方法才能防止权力审核权“收放”怪圈。

第二，通过学位授权审核，高校获得学位授予的事权（即颁发学位证书权），这是高校被授权的标志。而明确事权的大小并非易事，即如何明确学位授予标准，法律上有些模糊。<sup>〔57〕</sup>事实上法律采取了有利于高校自主的立法技术：国家层面的立法是一个最低标准的立法。因此目前《学位条例》给出的标准是可以接受的。但是，下位法规细化时应明确一些学术性的指标，形成一个学术标准体系，类似于行政机关的裁量基准，而为高校的权力行使提供明确依据。

第三，对学位授予这个最低的“准入”门槛，国家保留了最后的话语权，也就是学位监督检查的权力。当配置的事权高校不能很好地行使时自然应承担法律后果。然而对于监督的权力高校能否分享呢？应该说，在个人和组织自我规制勃发的态势下，<sup>〔58〕</sup>高校承担起一部分监督责任，如自我评估、自我监察的责任是有可能的，因此学位监督权力部分下移也是可行的。

立足以上，我们可知如何分权并非是一个量化的结果，而是一个动态的过程。吸纳行政过程理论，依赖组织法形成一个好的法治权限划分体系，是权力主体间各就其位、各行其是的保证。从而实现防御政府不当干预的目的。

〔53〕 参见王敬波：《学位授权审核法治化路径探析》，载《学位与研究生教育》2014年第7期，第41页。

〔54〕 George W. Carey, *The Federalist: Design for a Constitutional Republic* (University of Illinois Press, 1989), p.109.

〔55〕 参见[英]阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第312页。

〔56〕 在2018年4月19日，国务院学位委员会下发了《国务院学位委员会关于学位授权自主审核单位名单的通知》，宣布部分教育部直属高校对某些专业可以开展学位授权自主审核。载中国政府网([http://www.moe.gov.cn/srcsite/A22/yjss\\_xwgl/moe\\_818/201804/t20180427\\_334450.html](http://www.moe.gov.cn/srcsite/A22/yjss_xwgl/moe_818/201804/t20180427_334450.html)，最后访问时间2018-07-06)。

〔57〕 参见前注〔52〕。

〔58〕 See Michael Moran, *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation* (Oxford University Press, 2003), p.67; 高秦伟：《社会自我规制与行政法的任务》，载《中国法学》2015年第5期，第73页。

## 四、基于内部的自主治理逻辑

与之相比,内部治理的“权重”是:通过高校“私主体”的刻画,借鉴私法主体的两种能力——平等的权利能力和差异的行为能力,为高校按照学术逻辑的特色治理架起理论桥梁。

### (一) 基于学术自由的“私主体”刻画

前述外部之间高校基于法定的事权而分享公权力,是其权力一面的显著表征。那么内部而言高校基于学术自由的逻辑而独立自主,本质上是为了追求“私主体”权利,<sup>[59]</sup>以实现社团自治。以下就对高校的“私主体”属性进行刻画。

在大陆法系中,公法与私法的区分历时悠久而能存续,拥有其“在先优势”——这意味着,除非有证据证明这种传统或习惯已经不再适合,否则像以前一样接受它称得上是明智的选择。<sup>[60]</sup>应该说,这一观点对解释我国为何要接受公法与私法的区分也是有说服力的。当然,接受公法与私法区分更本质的意义还是在两者承担着不同的功能。公法承担起约束公权力的任务,通过“法无授权即禁止”、正当程序等法治原则在公权力面前树立起一道巍峨的保护屏障。而私法则承担起维护以意思自治为核心内容的市民社会秩序的任务,“法不禁止即自由”原则体现了对当事人自由、自主、自治的尊重。

本文重拾这一区分并非要抹掉“新公共运动”所带来的公私法交融事实。而是在交融之外,把握住两者界分的精髓来分类解答高校这类“雌雄同体”的第三部门所应有的治理意涵。这一界分的精髓正是两者追求的核心价值——“公法羁束”与“私法自治”的不同,因此对于私人或国家组织之不同基本状态所确立之不同的规制模式而言公法与私法就有必要被区分,<sup>[61]</sup>如果国家力量任意侵入私人生活,造成私人关系之间的不平等,无异于敲起自由之丧钟。<sup>[62]</sup>而这种免于政府干预追求“意思自治”的私法精神正是近代以来大学理念与大学法制所追求与发展的目标。

德国的威廉·冯·洪堡可谓大学私法自治精神的首推者。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,“寂寞”和“自由”成为大学制度建构的基本原则,所谓的寂寞有三个层次:(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。<sup>[63]</sup>这种近代大学学术自由理念不仅影响到大学的组织结构,教授治校,甚至影响到大学选址,选择偏安人迹寥落的小城。从私法的视角而言,这正是私法自治原则的一个生动写照,秉着古典自由主义的一贯立场,旨在实现“私主体”行为自由的最大化。正如德国学者罗伯特·霍恩所言:“私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权利,为一般的行为自由提供一种灵活的工具,它可以不断进行自我调节,以适应新的目标。”<sup>[64]</sup>因此大学学术自由实际承载着私

[59] 当然,此处的私主体并非要把高校民事化处理,而是强调自治的一面,突出其防御政府的功能。

[60] 参见金自宁:《“宪法第一案”与公法“私法化”》,载《法治论丛》2007年第1期,第68页。

[61] 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第270页。

[62] 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第312页。

[63] 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,转引自张翔:《基本权利的规范建构》(增订版),法律出版社2017年版,第267页。

[64] [德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞:《德国国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第90页。

法自治原则的核心内涵,从这一点来看,学术自由是私法自治原则的一部分。但是它又是怎样变成了公法(宪法)权利的呢?

这必须查看学术自由的变迁史。在国家崛起、民族主义情节的浸润下,高等教育政府主导已十分普遍。在面对政府公权力的不法干预时,所谓的大学私法自治原则无法招架。在国家为达到政治目的而推行自身政策时难免对大学追求真理的权利进行克扣,如在1819年9月,德意志邦联在奥地利首相梅特涅操控下通过“卡尔斯巴德决议”,规定严格控制大学,派员监督和查禁大学生协会,强化新闻书刊检查;1837年,为抗议统治者废除汉诺威宪法,哥廷根大学七教授拒绝向王室效忠宣誓而被开除公职;<sup>[65]</sup>还包括20世纪震惊德国高等教育界的重大事件——“施潘事件”,<sup>[66]</sup>都反映了政府公权力对大学学术自由权的可能侵害。可见,“为探索真理而建立的自由地”这样的大学理念过于纯粹,大学始终在学术自由性与受控性这一对立统一的矛盾中救赎。<sup>[67]</sup>

这就为发展一套抵御政府侵害的大学公法体制提供了内生动力。而宪法恰能满足抵御政府侵害的需要。宪法所具有的高于政府的“先定约束力”使其拥有普遍约束力和超越性地位,那么政府在对宪法规定的基本权利进行限制时就需要得到宪法的认可,<sup>[68]</sup>于是在脆弱的个人与强大的公共机构跷跷板平衡游戏中通过宪法权利装置使得天平压倒性地向个人倾斜,为对抗公权力增加了重要筹码。进而,学术自由列为宪法权力就成为现代国家的一个发展趋势。<sup>[69]</sup>

从这一历史视角,我们挖掘到了学术自由入宪的本质——提高公权力入侵的成本,以遏制非法侵害。为何要提高成本,无非是为了增加个人筹码来平衡强大公共机构与脆弱的个人之间的失衡。而这正是大陆法系为何要建立起公法的一个重要缘由,也是罗豪才教授等提倡的“平衡理论”所孜孜不倦追求的目标。<sup>[70]</sup>这个平衡过程,通俗一点讲,即是跷跷板先向政府倾斜,给予多于个人的“特权”,随后通过制度安排增加个人的对抗能力,重新回到平衡。因此,公、私法区分本身就带着很强的实用主义制度安排。如盐野宏先生所描述:“区分公法与私法可从有用性(技术性)着手,在实体法适用上,当存在明文法规定时,只要适用该明文法即可,无须探讨公法与私法的问题。”<sup>[71]</sup>

既然如此,公、私法区分就不是目的而是手段。而作为一种手段无非是为目的服务,也即是说,“尽管在一个自生自发的现代社会秩序中,公法对于作为基础的自生自发秩序的作用的发挥而言是必需的框架,但不能因此而使公法渗透或替代私法”。<sup>[72]</sup>因而它的最终目的还是维护大学的学术自由,还大学主体一个行为自由的最大化。

综上,我们通过查看学术自由的历史变迁,可以看出古典的学术自由本是私法自治原则的一部分,而近现代为对抗政府演变为公法权利(宪法权利),出现了公、私权利的区别。但这种区分并不是目的,而是为了回应因民族国家的崛起、政府权力的扩大,率先打破了横跨在国家与社会间的

[65] 参见贺国庆:《德国与美国大学发达史》,人民教育出版社1998年版,第52页。

[66] 参见张斌贤、王晨:《〈施潘事件〉与德国的学术自由》,载《教育研究》2012年第2期,第134~140页。

[67] 参见孙绵涛、康翠萍:《学术自由性与受控性的对立统一》,载《教育研究》2011年第6期,第52页。

[68] 参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第166~167页。

[69] 据姜士林主编的《世界宪法全书》(1997年版)进行的初步统计,有60个国家的宪法或明或暗不同程度地对学术自由权进行了规定,约占列举宪法总数的48.7%。参见孙停:《论学术自由权——宪法学视角的思考》,湖南师范大学2007年硕士论文,第27页。

[70] 参见罗豪才等:《行政法平衡理论讲演录》,北京大学出版社2011年版。

[71] [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第24页。

[72] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),中国大百科全书出版社2000年版,第27页。

“跷跷板”之间的平衡这一后果,而回应的手段即是在社会个人这端设计一个权重装置(即宪法权利)来重新达致“跷跷板”间的平衡。这可谓公私法区分的初衷。<sup>[73]</sup>那么,我们可以这样说从私法到公法学术自由只是换了面孔,它的本质——不受干预、私人自治的防御功能贯穿始终。<sup>[74]</sup>

可见,无论是公法还是私法,学术自由都是为了高校自治或自我发展。那么,公法视野下的学术自由本质也无非是追求“私主体”权利,只不过是相对于政府的“私主体”。目的也是实现防御政府。而这就为下文适用两个能力提供了理论准备。

## (二) 私法上的启示与高校治理的两个能力<sup>[75]</sup>

在私法语境中各主体都享有两个基本能力,权利能力与行为能力。权利能力是指民事主体享有权利和承担义务的资格,它与主体挂钩,亦称为人格。<sup>[76]</sup>人格的基本要义是平等,是人称其为人的前提。它意涵着各主体平等地享有权利能力,是一种规范意义上的能力,一种从事某种行为的资格。而行为能力则是能够以自己的行为依法行使权利和承担义务的能力。与之相比它是一种事实上的能力,是以自身条件为支撑从事某种行为的可能。两者的二元划分是民法的一种法律技术处理,所强调的乃是权利能力的平等与行为能力的差异。平等是一种“尊严”,差异是一种“自主”。高校的“办学自主权”所追求的特色办学本质正是“平等”下的“差异”,因此这种私法技术正能为我们分析高校内部治理提供良方。

### 1. 高校治理的权利能力

高校的权利能力源于高等教育法律规范体系的赋予。在高等教育领域,按照我国“金字塔”型法源结构,形成了以《宪法》为塔尖,《教育法》《高等教育法》《学位条例》《民办教育法》《教师法》等法律、法规为塔身,规章、其他规范性文件等为底座的规范体系。《宪法》第47条第2款规定了“科学研究的自由”,运用基本权利的客观价值秩序理论,能架起科学研究自由通往我国高等教育制度的桥梁,此款也成为我国现代大学法制的宪法基石。<sup>[77]</sup>《教育法》《高等教育法》《学位条例》等法律基本划定了权利能力的大小,使高校在法律层面上获得了一个相对较大的权利能力。<sup>[78]</sup>而中央部委、地方政府的规章、其他规范性文件则是权利能力行使的准则。可见,在权利能力上高校依据充足。

<sup>[73]</sup> 参见王名扬:《英国行政法》,北京大学出版社2007年版,第7页。

<sup>[74]</sup> 这一点,从两大法系走向了借鉴与融合也可以得到印证,本质是由于公私区分只是手段,不是目的。参见杨利敏:《行政法与现代国家之构成——两大法系行政法结构性特质形成之探析》,北京大学出版社2016年版,第152~154页。

<sup>[75]</sup> 这里需要澄清一个可能的困惑点,高校针对校内组织和师生员工内部治理时会呈现权力主体的一面。但是前述已表达:“办学自主权”命题的产生主要为了防御政府。所以,该命题本身就不包含对抗教师、学生或高校内部组织。换言之,此处的治理是把高校理解为一个权利整体,相当于一个自治社团,从而相对于政府自主,而不讨论高校本身作为行政主体对教职员的管理权一面。当然,这里还会涉及自治团体权力与权利间相互转化的问题,通说认为两者无绝对界限而取决于具体语境,当高校作为自治社团自主管理时可享受权利身份。参见前注〔25〕。

<sup>[76]</sup> 关于权利能力与人格是否属于等同的概念,民法学界存在争议,支撑“同义说”的如梁慧星教授,他指出:“民法上得为民事权利主体者,称为‘人’。得为民事权利主体之法律资格,称为‘人格’。此所谓‘人格’,亦即民事权利能力。”支持“异义说”的如江平教授,指出人格和权利能力不是一个概念,人格是指可以成为民事权利主体的资格,而权利能力则是指可以享有民事权利并承担民事义务的资格。但是民法学界通说所认可的是两者同义。参见柳经纬:《权利能力的若干基本问题》,载《比较法研究》2008年第1期,第87页。

<sup>[77]</sup> 参见王德志:《论我国学术自由的宪法基础》,载《中国法学》2012年第5期,第5页。

<sup>[78]</sup> 通过与世界主要发达国家法律文本对比,发现目前我国法律规定的“办学自主权”权利并不比他们少,因此法律层面上高校权利是充足的。参见蒋后强:《高等学校自主权》,西南大学2006年博士学位论文,第85页。

而这种法律依据只是资格要件,事实上采取的是一种模糊化与不特定化的法律处理技术,即“一视同仁、不差别对待”,是宪法上一律平等的体现。我国公立高校与私立高校法律地位完全平等也是基于此。不过权利能力仅仅是准入“资格”或开放依据,并非“办学自主权”所追求的最终结果,如果将结果等同于“资格”,那将导致千校一面、无差异的办学困境,也与私法所追求的“法无禁止即自由”的要义相违背。从这一点而言,权利能力是一种“解禁”而非“禁止”。

## 2. 高校治理的行为能力

在权利能力上,各高校获得了平起平坐的资格。但在行为能力上则体现为相互竞争。换言之,高校获得了法律权利并不等于说其获得了藏在权利背后的利益,权利背后的利益要靠行为能力的行使获得,行为能力强,则基于“法律权利”所获得权益就大,反之亦然。而行为能力则受制于行为主体自身的“素质”。就我国高校而言,影响自身“素质”至少可从“先天基因”和“后天品格”两个层面来看。“先天基因”主要是指高等教育领域计划经济的残留。在高校优劣的认定上官方的行政印记一直浓厚,至少有部委直属、省级重点、普通高校等类别划分,等级越高教育资源的倾斜越多,自然行为能力越强,反之亦然。但是,这种做法实际是用政府的选择替代了市场的理性选择,高校行为能力强弱并非自主竞争的结果,在对高校自主行为的信任上政府选择胜过社会公信力,最终的结果是弱化了高校自主能力,走向行政化的千篇一律。

先天不足靠后天弥补,在后天的品格建设上通过高校内部治理的自主化形成差异化,相应生成不同高校之间办学水平高低和风格各异。目前法人治理结构的改革即是扩大自主的一种努力。在2011年发布的《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》中明确了我国公益类事业单位的分类治理模式:法人治理结构与行政管理模式。高校属于公益法人大类,应采取法人治理结构。在结构形式上可探索建立理事会、董事会、管委会等多种形式。随后2014年教育部的《普通高等学校理事会规程(试行)》对高校的理事会(董事会)进行了定义,它是由办学相关方面代表参加,支持学校发展的咨询、协商、审议与监督机构,是高等学校实现科学决策、民主监督、社会参与的重要组织形式和制度平台。这就为我国高校推行董事会治理结构提供了法律依据。

从法律规定的角度来看,它承担着通过民主参与来优化大学结构、拓展大学发展空间的使命。民主参与目的是对过去高校内部治理结构中行政命令过度的一种改良。但是,行政管理模式在效率上有着自身的优势,何况目前我国大多数公立高等学校尚不能完全享有对大学教育服务要素的独立决定权,行政管理仍是重要的手段。<sup>[79]</sup>因此,董事会治理并不意味着取消行政管理,它实际上是一种协调“民主”与“效率”的综合机制。

同时基于高校的学术性目的,那这套内部治理结构至少要涵盖四个方面的要素:第一,实行民主决策,给教职工代表大会、学生代表大会参与事务决策提供适当必要的组织途径;第二,提高行政效率,降低行政主导并不能导致治理的低效,效率也是一种美德,<sup>[80]</sup>高校行政职能部门实际承担着公共教育服务的任务,有效地完成也是教育公平的要求,因此高校行政组织在职权范围内的有效管理也是治理目标之一。第三,保障学术自由,对学术委员会、学位评定委员会等学术组织,院系的教授等学术要素要明确学术活动的独立性原则。第四,居于治理顶层的决策机构,应善于统合以上要素,也即具备全面负责教学、科研、行政管理工作的能力。如果将四类要素统合一起,可得出图6。

<sup>[79]</sup> 参见于安:《公立高等学校的依法治理问题》,载《华东师范大学学报(教育科学版)》2018年第2期,第34页。

<sup>[80]</sup> 参见张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第217页。

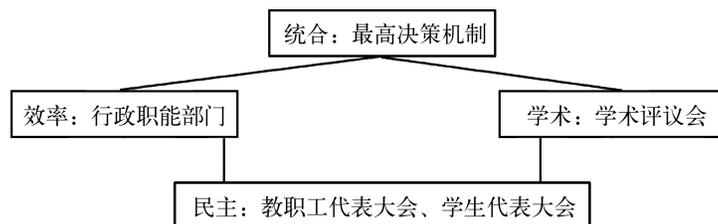


图 6

如图 6, 董事会治理模式实质意义上可以表述为此图, 以民主为底座, 以学术与效率为两翼, 由最高决策机构统合的治理模式。不过这套模式只是明晰了四个基本要素, 并非一个固定的结构。事实上学术与行政之间的分离也并非绝对, 一方面是存在“双肩挑”的教师, 一方面学术判断往往与公益产生联系, 它离不开行政的支持。而各高校学术能力也存在高低差距, 因而行行政治校和教授治学两套系统并行运转给不同的高校带来的挑战也会有差别。那么, 如何配置四类要素, 形成一个怎么样的治理模式, 最终依赖于高校自身的能力与治校要求。而这正是相对于政府的一种“私自主”, 也是“国家—社会”二元结构的真正要义。

## 五、高校“办学自主权”双面逻辑的统合

立足以上, 外部的法治分权使高校获得了不依附于政府的法律权力, 内部的自主治理使高校能形成各自的办学特色。因此无论内、外目的都是一致的——提高抵御政府的能力。这也是“办学自主权”理应承担的历史使命。但是高校作为公权力享有者必然涉及权力运作, 而防止权力遁入“私门”就必须有法律依据。那么怎么将外部分权中所获得的法律权力进行内化成为关键。这即是统合面上要处理的问题。

### (一) 统合的前提：看待内外关系视角的转换

过去, 我们一直苦苦追寻的高校法治与自治之维, 本质就是为调和上述“外部享有公权力”与“内部追求私主体”之间的矛盾。但是, 在对待内、外部的关系上, 我们却一直习惯性的这样表达: “所谓的‘自主’就是相对于大学外部而言, ‘管理’相对于大学内部而言, 自主管理是大学在相对教育行政部门等外部独立的基础上所进行的内部管理。”<sup>〔81〕</sup>于是在对抗外部公权力的不当干预时, 我们过分倚重了“大学自治”“学术自由”这类“自生自发的秩序”<sup>〔82〕</sup>。

但是诚如前述, 这类“自生自发秩序”是高校追求“私主体”地位的表现, 是支撑内部自主管理的重要逻辑, 它并非外部分权的“权重”因子。可见, 以往的错误就在于: 用内部自主的逻辑来替代外部分权的逻辑, 企图用“自主”来求取“分权”。而相对内部而言, 又借用公权力名义大行科层管理之道, 将行政权力的触角延伸到高校的各个角落, 内部的自主与民主难以维系。因此, 有必要对传统的内外视角进行转换。

当然就外部分权而言, 传统视角疑虑的一种重要原因是行政权力转移的内部性, 通常发生在政府及部门上下级、同级之间。而事实上高校为了“自治”目标一直强调去行政化, 自然排斥基于政府内部身份而享有的分权地位。在 2009 年西北政法大学“申博”复议案件中, 高校相对人地位

〔81〕 湛中乐主编:《通过章程的大学治理》, 中国法制出版社 2011 年版, 第 207 页。

〔82〕 参见[英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》, 邓正来译, 生活·读书·新知三联书店 1997 年版, 第 7 页。

的确立被誉为高等教育法制领域又一里程碑，<sup>〔83〕</sup>可以窥见学界排斥的态度。

但是，事实上高校是不可能脱离行政力量而单独存在的，资源的有限性与满足学术需求之间的矛盾将产生竞争公平性和分配公正性问题，这类问题可能给予行政方面更多主导高校的机会。<sup>〔84〕</sup>而就高校权力的来源而言，“自治权不是固有的，而是传来的”，<sup>〔85〕</sup>分享公权力是法律授权的结果。且不说这种授权，退一步讲，高校依据内部自主管理权制定自治性规范，事实上也是一种公权力，一种社会公权力。而社会公权力乃公共权力之分支，是由于政府负担过重，迫使其不得不将部分国家公权力“还给”民间组织或社会团体行使，这也就出现了国家公权力的社会化进程；社会公权力即由此再次“凸现”于国家治理舞台。<sup>〔86〕</sup>

权力并不可怕，可怕的是权力不受约束。因此，高校自主并不排斥公权力，而是应该坚持它的公权力性，用法治分权来明确主体的权限范围，解决权力间的冲突。那么，如果将西北政法大学“申博”复议案件纳入权力冲突视角，实际上是政府与高校间就学位授予事权如何分配的冲突。而就事权配置，在央地纵向分权中，按照通说是采取事务“影响范围”标准比“重要程度”标准要更合理，<sup>〔87〕</sup>但是政校间不能简单套用，采取事务的“专业性”标准可能更合理。<sup>〔88〕</sup>

而除了事前通过立法划定事权，也应该有动态的权限微调机制和事后的权力冲突解决机制。这个任务在美国是由司法系统来承担，除了对司法中立的信任外，更重要的是他们认为用政治方式解决联邦与州之间的冲突容易导致政治风险，而将此委任给法院是最明智的选择，能将风险降到最小。<sup>〔89〕</sup>事实上西方国家的司法力量能够巧妙地将政治问题转化为法律问题，这与我国司法系统不同，但是，发挥司法对政校权限冲突的微调功能，建立一套规范性、可操作的政校权力冲突解决程序是必要也是可尝试的。<sup>〔90〕</sup>

## （二）统合的关键：选择高容量的内化通道

高校将外部分权中所获得的法律权力进行内化需要合适的通道。由于通道所能承载的功能有别，它的容量也就存在差异。核心功能涵盖范围越广，管道的容量就越大，统合的潜在能力也就越强。在目前高校治理体系中有两个通道实际承担着权力内化的作用。第一个是高校校规，第二个是高校章程。

先看高校校规。高校校规应接受法院的“检视”在以往的教育行政诉讼案件已得出定论，至少颁发学历学位证、学生身份的重大处分、招生与退学等与教育行政管理权颇有渊源的行为纳入了受案范围。这其实是肯定了高校校规的抽象行政行为法律性质，在法律地位上可类同于“规章以下的规范性文件”。<sup>〔91〕</sup>那么，从宽泛意义上而言，高校校规是被视为了一种下位法，是对法律、法规和教育部规章的细化规定，在整体上要遵循合法性原则而不得突破上位法的权限，在进行合法

〔83〕 参见湛中乐：《西北政法大学“申博”案的思考与解析》，载《中国教育法制评论》2009年第7辑，第261页。

〔84〕 参见前注〔79〕，于安文，第34页。

〔85〕 [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第603~604页。

〔86〕 参见徐靖：《论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值》，载《中国法学》2014年第1期，第83页。

〔87〕 参见张千帆：《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社2004年版，第263~266页。

〔88〕 事实上，法院在学位授予纠纷审查中对学术论文实体性内容给予尊重即是基于这样的考量。

〔89〕 [法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆2004年版，第169页。

〔90〕 这方面，目前国内的司法实践主要是围绕校规的合法性审查而展开。当审查校规与规章冲突时实际就涉及两者权限冲突问题，只是目前这个问题没有得到单独明确。参见伏创宇：《高校校规合法性审查的逻辑与路径——以最高人民法院的两则指导案例为切入点》，载《法学家》2015年第6期，第130~131页。

〔91〕 参见徐靖：《高校校规：司法适用的正当性与适用原则》，载《中国法学》2017年第5期，第91页。

性审查时可以参照规范性文件的审查标准,实行比“参照”更灵活的“参考”标准。因此,校规实际上深嵌于“金字塔型”法源的底座,更像是政府行政管理规则在高等教育领域的一种延伸。那么它实际属于外部分权的范畴,处理的是权力之间的关系。那它的核心功能涵盖范围就被局限了。

相比之,大学章程是大学内部的“宪法”,是大学的权力机构为了保证大学的独立地位,根据国家或地方政府教育法律法规,按照一定的程序制定的有关大学组织性质和基本权利的并且具有一定法律效力的治校总纲领。<sup>[92]</sup> 它对外承接教育法律法规以合理分配教育权力,是大学的组织法;对内彰显自主与民主的诉求以平衡内部治理要素,是大学的治理法。它所具有的外部与内部双层功能正是校规所缺失的,因此在统合意义上它具有高容量的特征。目前,我国的部属高校已完成了高校章程建设任务,相中的正是高校章程的统合能力。

而它作为高校的“宪法”,目前至少涵盖了管办分离、执裁分离、民主管理等有益的权力建构。

首先,“管办分离”目的是在外部厘清高校办学者与政府监管者之间的权限,使高校在自身擅长的学术领域获得完整的办学权。2011年教育部发布的《高校章程制定暂行办法》第5条明确了这一目的:“高等学校的举办者、主管教育行政部门应当按照政校分开、管办分离的原则,以章程明确界定与学校的关系,明确学校的办学方向与发展原则,落实举办者权利义务,保障学校的‘办学自主权’。”2015年的《教育部办公厅关于组织申报教育管办评分离改革试点的通知》是对这一问题的深化。分离即是分工,分工其实就是分权与制衡,落脚点得回归到法治分权。

其次,相对于外部而言,“执裁分离”则是针对高校内部民主治理问题。在内部自主治理体系中董事会制度探索的一个重要面向就是实现决策执行分离。西方大学中董事会作为法人的最高权力机构,在治理结构中掌握着决策权,而以校长为首的行政职能部门负责贯彻执行。<sup>[93]</sup> 但是,我国目前并没有采用该制度,倒是在内部治理层级中出现了实质性的纵向分权,即学校的治理权力向院系之间非正式转移,事实上基层院系掌握了重要的教育决策权力,比如研究生招生的院系自主化。不过非正式转移暴露的是组织法依据的不足,院系在法律上不承担原来属于学校的责任,从而使大学治理责任出现了事实上的虚化,由于缺乏充分的责任约束,院系的决策和执行的行政化和腐败风险进一步加剧。<sup>[94]</sup> 这也进一步说明了内部自主治理需要规则、程序的支撑,需加快外部权力的内化。

最后,民主管理是内部治理的底座。在学术领域,学术委员会、学术评定委员会是教师民主的主要形式,在行政决策领域,教职工代表大会、学生代表大会是在校人员民主的主要形式。这类民主保障形式在《章程制定办法》《学校教职工代表大会规定》中已有明确。但这只是法律依据,如何设计治理结构并非易事,至少在决策、执行和监督三个环节都有民主参与,这套治理结构才算优质。

### (三) 统合的结果:对章程进行落实

“办学自主权”的双面性决定了高校是一个行政权力与自由权利博弈的场所,实现两者的平衡就需要按照各自的秉性区分对待,权力需要秩序规则,而自由需要培育保障,这正是统合所要实现

[92] 《章程之谓:大学章程是什么》,载《华中师大报》第1161期([http://cnu.cuepa.cn/show\\_more.php?doc\\_id=1030409](http://cnu.cuepa.cn/show_more.php?doc_id=1030409),最后访问时间2018-03-14)。

[93] 如《牛津大学章程》规定大学治理团体采用“两院制”结构,其中教职员大会拥有最高立法权,以校长为首的理事会作为大学的议事决策机构,负责大学目标推进、大学行政管理、大学财务及财产管理,并且具有履行这些职责所必要的一切权力。高校章程,见百度百科网(<https://baike.baidu.com/item/%E9%AB%98%E7%AD%89%E5%AD%A6%E6%A0%A1%E7%AB%A0%E7%A8%8B/2633310?fr=aladdin&.fromid=19650712&.fromtitle=%E5%A4%A7%E5%AD%A6%E7%AB%A0%E7%A8%8B>,最后访问时间2018-03-20)。

[94] 参见前注[79],于安文,第35页。

的。按照前述的有益探索在第一步上要实现政府与高校权限明确,使得高校取得独立于政府的法律依据;第二步依据法律对内部治理的权力进行规训,防止权力遁入“私法”;第三步则通过民主机制的设置调动内部治理的积极性,实现法律平等下的自主,形成特色办学。这即是章程统合的一个大致思路。

固然高校章程在功能上有能力承担这样的目标,但是事实上我国的高校章程更像是一种“名义宪法”,<sup>[95]</sup>只具有宣示价值,而缺少“硬法”的强制能力。因此完成统合的目标它必须解决两大实践问题:实施途径与违章的后果。第一个是如何实施的问题。这就必须明确章程的法律地位。而教育行政主管部门对章程的审核这一行为已宣示它是一种政府规章的“下位法”。湛中乐教授也认为:对外章程是法律、法规、规章的“下位法”,可比拟其他规范性文件。<sup>[96]</sup>然而这样的定位实际与校规混同,会吞噬章程的独立性。而作为界定政府与高校权力的一类规范,它理应是法律、法规授权下的规范,在“金字塔”型法体系中效力层级也不应该从属于教育行政主管部门出台的法律规范。<sup>[97]</sup>如此才可能真正取得防御政府(教育管理部门)的能力。

第二个则是违章的法律后果问题。章程作为高校的“宪法”,它的最高性却没有得到保障。而对目前高校章程文本的考察,几乎找不到专门的条文就“最高法”的法律效力层次像宪法自身法律地位那样做详细阐述,再加上我国高校特殊的校情正处于先有“校规”后有“章程”阶段,致使高校章程“最高法”的法律效力层次很难在高校实际运行中体现出来。<sup>[98]</sup>这就造成目前我国高校事实上只有校规而无章程的尴尬局面。

因此,在短期来看,应该依据章程规定对高校已有的规章制度进行一次全面清理,重点关注规范文件是否有法律依据、与章程是否冲突、文本的实用性、责任与监督等问题,对清理的规章做出详单后进行公示以备全校师生和社会监督。在长期来看,应通过修改和完善决策、学术、民主治理机制,将章程内化成行动中的规则。这就需要有一个监督和追责机制。因此,对违反高校章程的行为必须规定后果与责任,也包括设立一个包容高校内、外部力量的综合性监督主体。当然,所监督和追责的主要对象是依据法律授权而行使的教育行政管理权力行为。在必要时还可以借助外部法院的司法审查纠正不合理的权力行为以落实高校章程。<sup>[99]</sup>

## 六、结 语

法律是一门平衡工作,庞德的经验理性价值观和波斯纳的法律经济分析方法即是平衡艺术的结晶,而博登海默也说过:“法律被用来调和相互冲突的自由或被用来使自由的价值同社会秩序中相互抵触的目的达成平衡。”<sup>[100]</sup>高校作为现代社会最复杂的组织,倡导学术自由是其立身之本。

[95] 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第264~265页。

[96] 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,第109~111页。

[97] 当然,对于它明确属于我国法律规范体系中哪一层级,目前是个法律难点,若要准确定位其论证必然十分庞大,本文囿于主题也无力解决此问题。在此只是点出了问题,从应然层面给出了一个立场。

[98] 参见施彦军:《依法治校背景下现代高校章程法治化建设:困境、归因及突破》,载《高校教育管理》2016年第3期,第80页。

[99] 针对高校等教育行政权问题的特殊性,有学者就提出过单独建立教育法庭的设想。这种设想本质就是为了更好地落实高校的章程。参见蒋后强:《高等学校自主权研究》,西南大学2006年博士论文,第142~144页;余兴凤:《我国教育类法庭的统一设置与管理》,载《现代教育管理》2017年第7期。

[100] [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第284页。

但它又并非远离尘嚣的“象牙塔”，必须承担起国家分配的高等教育公共服务任务和社会给予的责任。因此它注定是一个权力与权利的博弈的有机体，在自由与秩序中演绎真理与愚昧的碰撞。

权力需要秩序，自由需要保障。两者的统合正是一门法律平衡艺术。而高校“办学自主权”作为一种法律权力(利)它必须在法律的框架内进行解释，受法律逻辑的制约。反过来法律也为高校治理提供了可靠的途径，至少是一条优选的途径。通过外部政府与高校分权的法治化，划定政府与高校的教育行政管理权限，为高校独立行使教育管理权提供法律依据；通过内部高校“私主体”的刻画，借鉴私法主体的两种能力——平等的权利能力和差异的行为能力，为高校按照学术逻辑的特色治理架起理论桥梁。可见，两者都是为了防御政府。进而高校将外部分权中所获得的法律权力进行内化，选择最适合自己的内部治理方案，为人的发展提供良好的制度环境。这就是高校“办学自主权”的法律要旨。但作为计划经济时代教育体制改革的产物，“办学自主权”不可避免地涉及复杂的政策利益权衡与政治价值判断。我们不能超越法律直接进行政治判断，只能提供一个法律解释框架，完成法律释义的使命。

---

**Abstract** In China, there are many interpretations of “autonomy for running a school” in colleges and universities. There is a dispute between the “state administrative power” and “autonomy of autonomy” in the perspective of law, but this kind of interpretation overemphasizes the opposition and neglects the unity. In essence, both of them are dealing with the relationship between government and the government, showing the double logic of “external decentralization” and “internal governance”. The external colleges and universities share the right of education management based on legal authorization, which can provide legal protection for the government to exercise power without attachment to the government. The internal universities pursue the status of “private subject” based on academic freedom and learn from private law personality technology to build a theoretical bridge for colleges and universities in accordance with the characteristics of academic logic. The constitution of universities can become a preferred channel for integration, but it must be clear about its implementation and illegal consequences to promote implementation. Thus, it provides a legal interpretation of the university’s “autonomy for running a school”, which is in line with the logic of the university, so as to optimize the power environment of the university, to form a characteristic school and to meet the overall development of the people.

**Keywords** Autonomy in Running Schools, Double Sided Logic, Decentralization of Laws and Regulations, the University Charter

---

(责任编辑：钟浩南)