

高校校规的法律属性研究

朱 芒^{*}

内容提要 高校行政诉讼在通过法规范授权条款将高校的行为纳入了行政行为范围的同时,对相应校规也作了定位,形成了“介入性校规”和“自主性校规”两个类型。“田永案”等判决将两者并列相处,构筑了“二元规范结构论”司法审查判断方式。而以“武华玉案”为代表的判决,将后者作为裁量范围置于前者之内,建立起“一元规范结构论”司法审查判断方式。指导性案例则并存了这两种方式。判例的走向表现为由个案导致相关高校制度整体国家行政权化并提供了法律理由,司法审查也因此自我限缩了范围。这样的结果无疑与高校改革方向相向而行。对此,需要在诉讼程序规范之内重新构建法解释的出发点,寻找走出困境的制度性路径。

关键词 高校校规 高校诉讼 规范性文件 行政规定

引 言

在行政诉讼中,高校成为被告已为常态。高校之所以能成为行政诉讼法的被告,是因为其适用了1989年通过的《行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》旧法)第25条第4款前句“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告”的规定。2014年11月1日修正后的新法,在其第2条第2款沿用了这一制度,规定“行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为”(本文将此统一简称为“法规范授权条款”)。高校的被诉行为因可以适用“法规范授权条款”而成为行政行为,作出该行政行为的高校便在相应领域成为行政主体。这已是目前国内行政诉讼法学中的通常认识。

1999年“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”判决(以下部分根据情况,简称为“田永案”或【例1】)^①引发了有关高校行政诉讼中被告适格等事项

^{*} 上海交通大学法学院教授,博士生导师。本文的问题意识起始于2012年10月21日下午中国行政法学研究会年会上张树义教授就高校行政诉讼中法律法规授权条款的作用对作者的提问。因此,本文也是对张树义教授的纪念和致敬之作。

^① 此案判决刊登于《最高人民法院公报》1999年第4期。

的讨论,^②近期的研究则深化至对校规的合法性审查方面。^③由此引出的问题是,当校规成为司法审查的对象时,在校规与国家行政权,以及校规与高校之间的关系之中,各个司法判决对校规是如何定位以及是否有不同的定位?由此形成的法律判断框架是什么?这些不同的定位结果对于高校本身法律地位的影响是什么?

本文着眼于我国行政诉讼和高等教育的实定法体系,从整理和分析相关的判例入手,厘清司法权对校规的不同定位造成的对高校法律属性的影响及其生成机制,为进一步的高校体制改革提供基础性论证思路。

一、判例的起点

(一) 现行法中的定位: 自主性校规

在我国目前的实定法制度中,高校的法律属性是由《高等教育法》所确定。该法第30条第1款规定“高等学校自批准之日起取得法人资格。高等学校的校长为高等学校的法定代表人。”这也与《教育法》第31条规定学校为法人相一致。^④

就法人制度而言,在我国当前的实定法体系中,对法人的法律属性直接规定的内容,只存在《民法通则》第3章以及《民法总则》第3章。高校究竟具体应属于相关规定中的哪种法人,或许存在着争议^⑤,本文的研究也不进入此领域。但无论如何,作为承担民事责任的法人,高校本身当然不能归入国家行政机关的范围之内,其也自然不具有行使国家行政权的能力,因而不会成为行政主体。

高校作为社会的主体,首先是行政权的作用对象,处于行政相对人地位,不具有行使行政权的可能。在一定制度条件下,高校可以接受行政权的委托而承担一定的行政任务,实现国家行政目的,例如高校不排除依法接受行政权的委托从事特定的研究项目等,但高校并不能以此直接行使权力性的行政活动^⑥。如果着眼于高校的内部关系看,高等学校与其学生的关系是属于法人的团体与其内部构成员之间的关系,而非行政机关依据行政权管理社会成员这种外部关系。依据《高等教育法》,高校与其内部构成员之间的关系,由高校自身制定的章程来具体规范(第27条),而章程的法定内容之一就

② 有关“田永案”判决的主要研究成果,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期释注⑪对程雁雷、沈娟、饶亚东、何海波、刘艺、湛中乐等学者研究成果的整理。

③ 有关这方面的研究,最近较为综合性的文献参见伏创宇《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;前引②,陈越峰文。

④ 《教育法》第31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。”

⑤ 例如,可以对应于《高等教育法》第30条第1款高等学校“法人”资格设定的,或许是其第88条规定的作为非营利法人的“事业单位法人”,但对应自2017年9月1日起施行的新修改的《民办教育促进法》,民办高校也可以属于营利法人。原《民办教育促进法》中有含义不很明确的“合理回报”规定,此与法人属性定位相关。有关争议参见税兵:《民办学校“合理回报”之争的私法破解》,载《法律科学》2008年第5期。新修改的《民办教育促进法》第19条第1款规定“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。”

⑥ 例如,在目前大型基础设施采用PPP方式建设时,私人也因此进入了公共服务行政领域,此地位的私人活动也服从于公共行政的目的。

是“内部管理体制”(第28条第6项)。在这样的前提下,该法律规定了高等学校法人自主权的第32-37条中各种内容,就能够由该“内部管理体制”来具体设置。在实践中,承载这些内容的文书对外表现形式往往起名为“细则”或“办法”等名称。总之,作为法人规范内部关系的校规,其效力限于法人的“内部管理体制”之内,其效力不得违背法规范的规定,即在法规范优位的前提下具有自主的有效性。

基于《高等教育法》的上述规定,依法定的“章程”制定的体现高校“内部管理体制”中自主权的各种规定,属于规范高校法人内部秩序的制度。为了讨论方便,在学理上将一个组织能够自主设置,规范组织自身的内部秩序的规范称为“自治性规范”,那么在本文中,契合《高等教育法》的用语,可将这种校规简称为“自主性校规”。其实,就《高等教育法》对高校为法人的法律属性定位而言,也可以说校规本身所表现的就是高校的自主性。

这里需要强调的是,如仅仅在《高等教育法》上述规定范围内考察,那么从法人的法律属性出发,并不能推导出其具有行政权主体的属性。这也正是当高校被提起行政诉讼的最初时期,法律界所面临的困惑。^①

(二) 起点判决: 介入性校规的出现与二元规范结构体系论

1999年《最高人民法院公报》发布“田永案”判决。该案判决提出了多项关乎高校诉讼如何适用《行政诉讼法》的事项,广泛受人瞩目。作为与对校规进行定位的起点判例,“田永案”判决所展现出的,是与上述成文法不同的新的校规类别。因此,本文将以重新解读这一标志性判例为出发点。

1. 形式性的法规范授权

“田永案”的基本事实可简略表述如下: 田永因考试携带有关纸条,高校适用校规“夹带者、包括写在手上等作弊行为者”的规定,认定其作弊。根据该校规“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,高校决定对其按退学处理。后高校未宣布、送达处理决定也未办理相关手续且让田永实际作为学生学习至毕业,因此对于高校拒绝颁发毕业证书和学位证书的行为,田永提起行政诉讼,请求确认该行为违法。

“田永案”判决引发了有关《行政诉讼法》的多项适用问题,本文关注的是判决中对于校规的定位,因此,仅仅在涉及此问题范围中的事项展开讨论。

在该案件的判决中,由于案件属于行政诉讼,故,对于高校能否行使行政权,能否成为行政主体,从而能否成为被告的问题,判决指出:

在我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议,不是民事诉

^① 例如,最高人民法院案例指导工作办公室《〈田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案〉的理解与参照——受教育者因学校拒发毕业证、学位证可提起行政诉讼》,载《人民司法》2016年第20期(饶亚东、石磊撰写),尤其是第15页。此文作为对指导案例38号的解读文献,在2016年的时点仍然指出该案在1998年判决时所遇的判断困难。

讼,而是行政诉讼。尽管《中华人民共和国行政诉讼法》第25条所指的被告是行政机关,但是为了维护管理相对人的合法权益,监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权,将其列为行政诉讼的被告,适用行政诉讼法来解决它们与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾,维护社会稳定。《中华人民共和国教育法》第21条规定“国家实行学业证书制度。”“经国家批准设立或者认可的学校及其他教育机构按照国家规定,颁发学历证书或者其他学业证书。”第22条规定“国家实行学位制度。”“学位授予单位依法对达到一定学术水平或者专业技术水平的人员授予相应的学位,颁发学位证书。”《中华人民共和国学位条例》第8条规定“学士学位,由国务院授权的高等学校授予”。本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人,原告田永诉请其颁发毕业证、学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力时引起的行政争议,可以适用行政诉讼法予以解决。

由此可以看出,判决书就大学与行政机关的关系问题,表现出两个递进的判断方法:

其一,判决采用了实质主义的判断方法,即某组织的活动是否属于行政职权属性,其行使者是否具有行政主体资格,并不从形式上进行判断,只要实质上所行使的是行政职权,相应诉讼就可以适用行政诉讼。因此,《行政诉讼法》第25条尽管在文字上使用的是“行政机关”,但基于实质判断方法进行了扩张解释,此用语所表述的是“行政主体”,或者是实质意义上的“行政机关”。^⑧

其二,关于如何判断是否行使行政职权方面,判决也是在两个层面上递进地建立起了判断方法。这两个层面中,一是判决提出是否“法律赋予它行使一定的行政管理职权”的标准。对于作为一个法人的高校是否行使了行政职权的问题,判决摆脱了“行政机关”概念形式上的约束,而是从实质的法律关系进入行为法领域,即高校即使不是形式意义上的行政机关,但只要所从事的活动属于行使行政职权内容的,作为该活动的主体的高校也就属于《行政诉讼法》所规定的“行政机关”概念范畴。

二是在如何判断是否属于“法律赋予它行使一定的行政管理职权”方面,判决书没有直接设定一个一般性框架,而是直接进入了对案件事实本身的判断。但从其对案件所适用的相关法条的理解中,可以看出其着眼于相关条款所用的用语概念形式。从案件所适用的《教育法》第21、22条和《学位条例》第8条所使用的“国家实行……制度”“经国家批准或”“由国务院授权”等条款语句的表述来确定颁发毕业证、学位证是属于大学“代表国家行使”行政权力。由此,判决采用的“法律赋予它行使一定的行政管理职权”的标准中,“法律赋予”便是指这些制定法上明确的文字规定,高校在从事这些法定的活动时,其身份属于行政机关或者行政主体。

⑧ 已经有学者关注到了实质主义,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。但是,该文注释②仅仅以田永案的判决为例,将其中的内部属性的管理职能推导为“认同大学具有作为行政主体和行政诉讼法被告的资格”,则没有注意区别组织内部和外部关系的不同。严格而言,任何组织内部都会存在(类同外部的行政权作用那样的)管理职能,如家庭、公司或社会团体的内部都存在这样的结构。

这个层面的判断中,判决尽管没有直接指出所适用的《行政诉讼法》的具体条款,但由于“法律赋予它行使一定的行政管理职权”的标准作为判断非形式上的行政机关(组织)是否行使行政权的依据,因此,在被告适格要件方面,所能适用的只有是《行政诉讼法》第25条第4款第一句的规定,即“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告”。故,在此层面上,判决的判断方法是寻找是否存在行政权被“法律、法规授权”于这些形式上的非行政机关(组织)。《教育法》《学位条例》正是作为授权根据的法律和法规。值得注意的是,自此判例开始,高校在毕业证和学位证授予等方面成为行政行为的主体,可构成行政诉讼的被告,这在学界已成为基本认识。^⑨

2. 介入性校规的出现

在如何判断是否是“授权”的事项方面,法院的判断方法又回到了形式主义的路径上,在“法律赋予它行使一定的行政管理职权”的标准中,“授权”的确定,是基于相关法条的文字表述中存在着“国家实行”“经国家批准”“由国务院授权”这些明确的文字表述。这种基于直接明示文意的形式主义的判断方法,在“田永案”判决之后,扩展为一般性的适用方式^⑩。当然,在近来的判例中也零星地看到采用实质主义判断方法的判决。^⑪

由于法规授权的组织属于行政主体,行使的是国家行政职权,这时国家行政职权与高校的关系,则表现为原本置于法人这个社会主体之外的国家行政权力主体,进入至高校之内,甚至直接作用于高校组织内部构成成员的学生。在这种法律关系中,学生与法规授权的高校之间的关系,已经不同于《教育法》和《高等教育法》设定的基于高校章程建立的内部法律关系,而是与普通的行政法律关系一样,是行使国家行政职权的行政主体与行政相对人之间的关系,是不同于高校内部法律关系的外部属性的法律关系。

正是“田永案”判决认定高校中存在着上述两种法律关系,那么以高校“章程”为基础,作用范围为高校“内部管理体制”,体现其自主权的“自主性校规”就不能进入从外部介入高校事务的国家行政权的领域。因此,后者行政职权的内容就不属于高校的自主权。

“自主性校规”与“法规授权组织”所行使的行政职权的边界在哪里?对此,“田

^⑨ 参见何海波《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第208页。最近的文献可参见前引⑦,饶亚东、石磊撰写的文章。尤为重要的是,此文的撰写者之一是“田永案”的主审法官。尽管此文是作为由同案裁剪成的“指导案例38号”的解说文章,但其中相关的内容非常具体地展示了当时法院适应法律时面临的具体问题以及相关的司法判断。

^⑩ 这种形式主义的判断方法也影响着学界。如对于《体育法》第31条第1款规定的“国家对体育竞赛实行分级分类管理”以及以下各款规定的方式中,推断出单项运动协会(如足协)适用自身规则处分成员的决定也属于行政行为的认识。相关事例如“长春亚泰俱乐部诉中国足协行政处罚不当”案中原告(上诉人)方的意见,载 http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_33179.shtml,最后访问时间:2018年2月1日。

^⑪ 如“吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案”,载中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例“残疾人联合会为残疾人补贴培训学费的行为是可诉的具体行政行为”,中国法制出版社2011年版,第5-10页。为了简明的目的,本文以下引注该案例集时,采用简称“行例加卷号-案例号,页码”的引注方式。如本例的引注方式为,行例2-41,5-10。

永案”判决指出:

教育者在对受教育者实施管理中,虽然有相应的教育自主权,但不违背国家法律、法规和规章的规定。田永在补考时……其行为尚未达到考试作弊的程度,应属于违反考场纪律。北京科技大学可以根据本校的规定对田永违反考场纪律的行为进行处理,但是这种处理应当符合法律、法规、规章规定的精神,至少不得重于法律、法规、规章的规定。国家教育委员会1990年1月20日发布的《普通高等学校学生管理规定》第12条规定“凡擅自缺考或考试作弊者,该课程成绩以零分计,不准正常补考,如确有悔改表现的,经教务部门批准,在毕业前可给一次补考机会。考试作弊的,应予以纪律处分。”第29条规定应予退学的十种情形中,没有不遵守考场纪律或者考试作弊应予退学的规定。北京科技大学的“068号通知”,不仅扩大了认定“考试作弊”的范围,而且对“考试作弊”的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第12条的规定,也与第29条规定的退学条件相抵触,应属无效。

判决提及了“教育自主权”概念,指出其所受到的法律上的限制是“不违背国家法律、法规和规章的规定”。换言之,依据“教育自治权”所设置的校规,即“自主性校规”其合法性要求并不是执行法规范内容的根据,而是在法规范之外的领域,通过“不违背”法规范的方式获得合法性。因此,判决将“068号通知”这类校规归入了“自主性校规”范围,其设定的事项不能超过法规范规定事项的范围,处罚不得重于法规范规定的程度,否则属于“自主性校规”侵入了国家行政权才能进入的领域,因与法规范“抵触”而无效。

3. 校规的类别与二元规范结构论

“田永案”判决在法规范与校规之间明显地划出了区分界限。通过法规范中明文规定,高校中的部分事务成为国家行政职权事务,且这些事务不属于高校教育自主权的范围。高校的自治事项不得干预国家行政职权范围中的事务,“自主性校规”也因此不得进入法规范管辖的领域。这也意味着这项判决所立足的是国家-社会二元化的立场。

“田永案”判决把“教育自主权”的校规排除在行政职权依据的范围之外。与此对应,将行政职权进行具体化而形成的校规,属于行政职权介入高校这种社会主体管理的具体化方式,其自然就有别于“自主性校规”。本文将这种校规简称为“介入性校规”,以作为“自主性校规”的对称概念。

“田永案”判决以“法规范授权”条款为媒介,指出同一个高校中并行存在着“内部管理体制”中的“自主性校规”与国家行政权具体化的“介入性校规”的双重秩序。笔者将这种司法审查的基本判断框架暂称为“二元校规体系论”。其有以下几点具有规范性作用的内容:

第一,根据法规范的明文规定“授权”或“代表”的前提下,高校的部分管理权属于国家的行政权,其不归属作为法人的高校。以实施该行政权为目的而设置的校规,属于“介入性校规”。

第二,根据法人的属性所获得的“教育自主权”,其对法人内部管理所制定的校规,属于“自主性校规”。因这类校规并不在国家的行政权之内,因此,其自治领域中的管理

权限不得抵触法规范的规定,即遵循法规范优位的原则。

第三,在双方关系方面,明确地承认了“自主性校规”并划出了其界限。“自主性校规”不得侵入法规范管辖的领域。

二、判例的发展

就高校校规属性的确定问题,上述成文法律规定和判例只是提供了一个考察的起点,之后在一些重大的判例中,司法判断则表现了不同的走向。

(一) 判例的基本状况

自“田永案”为开端,至今已经产生了大量以高校为被告的行政诉讼案件,本文在下列条件的限定中,将相关判决纳入考察视野:

其一,发布者因素的考虑,体现为最高人民法院司法判断意志的案例。对此,本文确定了《最高人民法院公报》和《中国行政审判案例》^⑫所载案例以及“指导性案例”为分析对象。

其二,发布时间因素的考虑,即使是同一名称(案号)或来源于同一“母本”的案例,在不定时间点公布的,也视其为不同的单独案例。这是基于我国目前体现最高人民法院司法判断意志的案例极少源于自身判决,而基本上是对其他审级裁判文书“母本”的裁剪,因此,在不同的时间点和对不同内容的裁剪取舍增改,最终公布的案例会表现出不同的司法政策走向。^⑬例如,下表中【例1】“田永案”判决与【例7】指导性案例第38号的“田永案”就因裁剪的时间不同而在内容和形式上都有不同。^⑭

在上述基础之上,笔者整理出的判例目录如下(见下页表格)。

由于此表已经标注了本文分析对象判例的出处,故下面的内容中不再作重复引注。同时此表的判例中,只有“甘露不服暨南大学开除学籍决定案”是最高人民法院直接作出的判决,而非经剪裁其他审级的裁判文书而成,因此,本文只分析《最高人民法院公报》刊登的该案判决。

此表所列的判例,正如上述部分【例1】所表现的那样,由于《行政诉讼法》中“法规规范授权”条款的作用,被诉的行为都因此成为外在于高校法人的行政行为,其均具有行使国家行政权的属性而非高校基于法人属性作出的行为,因此,作为这些行为根据的相应校规,也就归入了“介入性校规”的属性范围。

^⑫ 《中国行政审判案例》是由最高人民法院行政审判庭汇编,2010-2014年分别出版了四卷,共公布160个案件。由于编者居于全国行政审判中业务能力表述的最高点,并且在该书的第一卷的“编辑说明”中也指出,这些案例经审判长联系会议和编委层层把关,“具有示范和指导意义”。该案例汇编的第一卷书名为《中国行政审判指导案例》。

^⑬ 有关指导性案例这方面的研究,最近的文献参见朱芒《论指导性案例的内容构成》,载《中国社会科学》2017年第4期。

^⑭ 有关两者的内容上的差异见本文对【例7】的分析部分。在形式方面【例7】将“母本”判决的“学业证书”修改为“学历证书”,这一方面与《高等教育法》保持了一致,另一方面,将判例的规范适用的普遍指导价值范围不局限于本科阶段,而扩张至硕士和博士阶段。参见前引^⑦,饶亚东、石磊撰写的文章。

刊发时间	案件名称	刊发方式	本文简称
1999 年 4 月	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案	《最高人民法院公报》1999 年第 4 期	【例 1】或“田永案”
2010 年 10 月	褚玥诉天津师范大学不履行授予学位证法定职责案	《中国行政审判指导案例》第 1 卷第 5 号案例	【例 2】或“褚玥案”
2010 年 10 月	武华玉诉华中农业大学不履行授予学位法定职责案	《中国行政审判指导案例》第 1 卷第 9 号案例	【例 3】或“武华玉案”
2011 年 8 月	谢文杰诉山西师范大学不履行颁发毕业证书职责案	《中国行政审判案例》第 2 卷第 77 号案例	【例 4】或“谢文杰案”
2012 年 2 月	何小强诉华中科技大学履行法定职责纠纷案	《最高人民法院公报》2012 年第 2 期	【例 5】或“何小强案”
2012 年 7 月	甘露不服暨南大学开除学籍决定案	《最高人民法院公报》2012 年第 7 期	【例 6】或“甘露案”
2013 年 1 月		《中国行政审判案例》第 3 卷第 93 号案例	
2014 年 12 月	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案	指导性案例第 38 号	【例 7】
2014 年 12 月	何小强诉华中科技大学履行法定职责纠纷案	指导性案例第 39 号	【例 8】

(二) 关键的变化 “不违反”法规范要求与一元规范结构论的走向

1. 沿袭与差异的出现

【例 2】“褚玥案”判决所采用的前提也同【例 1】一样,依据《学位条例》第 8 条规定,认为通过法规范授权的方式,高校作出的授予学士学位证书的行为属于行政职权。在事实关系方面,此案与【例 1】有共同之处,都是因考试作弊成为是否构成不授予学士学位的要件。^⑮但是在判断校规的属性方面,则与【例 1】出现了一定的微妙差异。

在授予学位的行政权与校规之间的关系方面,一审判决认为:

天津师范大学在其制定的《天津师范大学学位授予工作细则》第 13 条中规定的不予授予学士学位的情况并不违反《中华人民共和国学位条例》关于不授予学士学位的原则性情况。另外,考试是对学生掌握、运用知识的能力和程度以及学生的综合素质和能力的评价,天津师范大学及其所属学位评定委员会对于褚玥存在考试作弊情况,结合授予学士学位的相关规定,认定褚玥不具备授予学士学位的条件并作出不予授予学士学位的决定,并不违反《中华人民共和国学位条例》规定。

从判决书的字面文意来看,校规本身与法规范的关系中,法规范居于优越地位。就结论而言,与【例 1】一样,【例 2】一审判决中判断也是强调校规“不违反”《学位条例》等法规范。但是微妙之处在于,校规设定的“作弊者不授予学士学位”的事项,并不被判决

^⑮ 在【例 2】“褚玥案”中,被告在考试作弊之后给予了原告重修的机会。原告重修成绩合格但没有达到优良。究竟是哪一项构成了学位授予的要件则行例 1-5 所载内容并不清晰,但无论如何,作弊这一事实是否授予学位方面进入了高校的判断内容中。

排除为构成了不授予学士学位的(消极)要件,而这与【例1】一样,设定学士学位授予要件的法规范中并没有这项规定。无疑,这里的校规“不违反”法规范则与【例1】中的情况表现出不同的特征,其构成了授予学士学位这项行政权的要件事项。【例1】的“不违背”是指处于行政权外部的“自主性校规”不得侵入行政职权的规定事项之中,即不能干预法规范事项,不能成为“介入性校规”。而【例2】的校规“不违反”法规范则是从行政职权的内部而言,是指该校规的相应规定内容构成了行政职权行使要件本身。这样,“不违反”的要求使得校规成为存在于行政职权内部,具有合法性的条件。具有法规范内容明确化的校规就置于行政职权之内,开始脱离了“自主性校规”的范围而变成“介入性校规”。

高校具有“依法自主办学”的权力,这是《高等教育法》第11条规定的内容。对此办学自主权【例2】一审判决指出“对在校学生学习成绩的评价标准,高等学校有权自主决定。这种自主权在不违背法律原则的前提下应当受到司法的尊重”。如果仅仅从文面上进行理解,无疑可以得出与【例1】相同的结论,即这里的办学自主权基于高校是法人的地位,因此此条款中规定的成绩评定标准等事项属于“自主性校规”,其只要没有侵入法规范的管辖领域,司法就不予评判而应予以尊重。但是,当【例2】一审判决将考试作弊与成绩评定等事项纳入到学士学位授予的行政职权的内容中后,构成了行政职权对是否授予学士学位的(消极)要件,可以发现,这里的“自主办学权”的属性则与原本的自治性定位发生脱离,变成了行使该项行政职权的内容,成为制定“介入性校规”的根据。而且,依据此所制定的有关学位授予要件的“介入性校规”。

【例2】二审判决也支持了一审的观点,认为校规第13条“对考试作弊者不授予学士学位的规定,符合社会公知的学术评价标准,亦是高等学校行使教育管理自主权的体现,并不违反《中华人民共和国学位条例》第4条的规定”,由此,将依据“高校自主权”制定的违反考试作弊的校规内容成为学位授予的要件事项,纳入了行政权的内容之中。

当然,【例2】在上述的司法判断框架中,在论证方面尚有不是非常明确之处。如按照上述内容中的推断,判决将原本属于“自主性校规”中的作弊处理条款内容,转化成为“介入性校规”的内容,而后者因属于规定了学士学位授予行政职权要件的内容,因此需要以规范该行政职权的法规范为根据。这样,【例2】中“不违反”所获得的合法性,则至少在文面上属于“不抵触”属性而非“根据”或“依照”属性。而对此方面校规与法规范之间的关系,【例2】则在明文方面并没有阐述清晰。

2. 关键性定位的转变

与【例1】相比,【例2】对校规的定位已经出现一定的变化。与此相关的是,【例3】“武华玉案”判决则较为清楚地表述了这种转变。

【例3】涉及到的被诉行政行为是,按照校规《华中科技大学学位授予工作实施细则》第25条第4项)的规定,不授予因课程考试作弊受警告处分者硕士学位的决定。该判决首先沿袭了【例1】中的认定方式,认定高校该行为是可诉,并从法规范授权组织的

角度认定高校具有被告资格。但判决并没有述说理由,而是直接作出结论,由此可见【例1】中对法解释的理由,已经作为先例在后续的判决中发挥出了法规范属性的作用。

在对于校规的定位方面,【例3】中司法判断的思路表现如下:

其一,“上位法”概念的出现及其定位。

判决明确提出了“上位法”的概念。^{①6} 该判例在“判决要旨”部分指出“高等学校有权依照《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条的规定,在不与上位法相冲突的情况下,结合本校实际情况,制定学位授予工作细则”。^{①7} 这是第一次在这类判决内容中使用了“上位法”概念的判例。

这里的“上位法”是指行政法规《学位暂行条例实施办法》^{①8},其根据是国务院《学位条例》第1条。《学位暂行条例实施办法》第25条规定,“学位授予单位可根据本暂行实施办法,制定本单位授予学位的工作细则”,因此,以此条为根据设定了学位授予方面要件的校规,就构成了该行政法规的下位法,设定了这些行政权行使内容的校规便成为“介入性校规”。

其二,被授权裁量中的“自主权”。

在【例3】中,法院认为“被告依据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条‘学位授予单位可根据本暂行实施办法,制定本单位授予学位的工作细则’的规定,有关制定《华中农业大学学位授予工作实施细则》,且《华中农业大学学位授予工作实施细则》与《中华人民共和国学位条例》和《国务院学位委员会关于对〈中华人民共和国学位条例〉等有关法规、规定解释的复函》的规定不相抵触”。可见,《华中农业大学学位授予工作实施细则》成为以《学位条例暂行实施办法》的施行规范,其内容将该法规范所规定的授予学位的要件具体化,因此,作为校规的《华中农业大学学位授予工作实施细则》也就具有了“介入性校规”的属性,而非高校基于法人的地位所制定规范内部秩序的“自主性校规”。

既然作为高校校规的《华中农业大学学位授予工作实施细则》已经被认定是属于将《学位条例暂行实施办法》规定的学位授予要件具体化的校规,即该校规是以《学位条例暂行实施办法》为根据,那么,判决内容中所指出的该校规与《学位条例》等规定“不相抵触”,就有了与【例1】中校规“不违背”法规范关于授予学位的规定的要求不同的内涵。

从字面上看,无论是“不相抵触”还是“不违背”,要求的都是校规不得与法规范相

^{①6} 参见行例1-9,43。这里“上位法”的概念是在“判决要旨”部分明文提出的,可理解为最高人民法院行政审判庭对此判决内容在用语方面予以的归纳和提升。尽管在【例2】中已经触及到了这个概念,但因为该案中此概念是由上诉人在上诉书中提出(行例1-5,24),但判决内容本身并没有使用此概念,所以可以说【例3】是首次明文提出此概念。

^{①7} 行例1-9,43。

^{①8} 《学位暂行条例实施办法》是1981年5月20日国务院批准实施的规范性文件。在当时的制度环境中,“国务院批准”属于什么样的法律程序,其“批准”的结果可以赋予被“批准”的规范性文件具有怎样的法律效力和地位,这些从现在的标准来看并不明确,学界也存在争议。本文对此不进行讨论,暂且将其定位于行政法规。

矛盾,否则因法规范优位,校规的相应部分归于无效。但是,【例3】与【例1】不同,其所表现出来的是校规不得与作为其根据的法规范相矛盾。而【例1】要求的是校规和法规范即两个并列的规范领域之间不得相矛盾。

具体而言,【例3】要求作为“介入性校规”的《华中农业大学学位授予工作实施细则》“第25条第4项规定对‘考试舞弊作弊者、课题研究弄虚作假者’不得授予硕士学位的内容”,“不违反”所根据的《学位条例》第2、5条等法规范。属于高校的自主权范围的有关学位授予要件的内容,须以《学位条例暂行实施办法》为根据。相应的“自主权”就成为由法规范授予的,在设定学位授予要件方面的裁量权。由此,该判决所指出的校规与法规范之间“不相抵触”的关系,便成为在法规范的范围之内获得的授权(法规范根据)范围之内的自由,即被授予的要件设定方面的自由。概括而言,这是裁量范围内的自由,只要不违反授权规定,即为合法。

其三,司法判断的“一元校规体系论”。

在学位授予方面,【例3】明显地表现出自【例1】以来对校规与法规范之间关系的不同定位,其将【例1】中对行政职权边界的审查,即严格区分属于高校自主领域的事项与国家行政权介入的事项的边界,转为将高校自主领域的事项纳入到行政权的范围之内。进一步而言,在对校规定位方面,司法的基本立场发生了关键性的变化,已经从由【例1】所确立的“二元校规体系论”走向了只有“介入性校规”的“一元规范结构论”。

三、判例的到达点

在判例的发展中出现了“二元规范结构论”与“一元规范结构论”之后,笔者发现,后续判例的司法判断基本上是在这两种类型上持续发展。

(一) “一元校规体系论”的延续

【例3】“武华玉案”判决建立了“介入性校规”的“一元规范结构论”之后,在后续判例【例4】和【例5】中,可以看到该类型司法判断方式的延续。

【例4】“谢文杰案”判决所涉及到的也如【例1】那样,被诉的也是颁发毕业证书的行为。该案判决中,在确认学校颁发毕业证书是否能够纳入行政诉讼的受案范围方面,法院依然沿袭之前判断方法,通过法规范授权的方式认定“高等学校依据法律授权对学生颁发毕业证书的行为,系代表国家实施行政管理权”。^{①9}既有判例一直沿用着法规范授权论。

在围绕颁发毕业证书行为的合法性要件方面,该案件涉及到的是如何确定补考后是否有成绩的问题。对此,法院认为高校“无正当理由不公布考试成绩,不允许查阅考

^{①9} 行例2-77,227。该案原一审判决被检察院提起抗诉后,再审一审认为“《教育法》没有规定受教育者与学校之间发生的纠纷可以通过行政诉讼途径解决,故该案不属于行政诉讼受案范围”(行例2-77,226),但提审后的一审法院以及上诉审法院都沿袭了判例的一贯立场。

卷,应承担举证不能的法律后果”,作为学生的上诉人“补考成绩应视为合格”。因此,“按规定完成全部学业,考试合格后”,高校“应当为其颁发毕业证书”。

从判决的内容看,该案件并没有涉及到高校设置校规从而对要件进行具体设定的内容,而是在围绕法院是否可以直接作出课予义务判决^{②①}的问题上,指出高校“认为颁发毕业证属于学校的办学自主权,司法审查应该有一定的限度,法院不能直接判令学校为学生颁发毕业证书的抗辩理由不能成立”。

颁发毕业证书是高校的办学自主权,成绩是否合格是判断是否颁发毕业证书这一行政行为的要件之一,因此,成绩是否合格也纳入在此办学自主权之中。法院的判断思路如同【例3】“武华玉案”判决一样,是将此处的办学自主权设定在行政权的要件判断范围之内,属于行政权的一部分。而此案判决与【例3】的区别在于,直接在适用层面承认行政的裁量空间。只是此案中的此裁量被判断应该收缩为零而已。

此后的【例5】“何小强案”判决,则可以更明显地看出其是【例3】“一元规范结构论”延长线上的一个事例,或者说其再次强调了这种判断模式。

该案件中原告请求审查的,也是高校不授予学士学位证书的行为的合法性问题,但争点之一在于被告华中科技大学在其校规《华中科技大学授予华中科技大学武昌分校本科毕业生学士学位实施细则》中第3条第3项规定的“通过全国大学英语四级考试”为授予学士学位的要件是否合法。对此,判决书指出“被上诉人……有权自行制定授予学士学位的学术标准和规则。……将英语四级考试成绩与学士学位挂钩,是在法律法规的授权范围之内,并没有违反《中华人民共和国学位条例》第四条和《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第二十五条的原则性规定。”这里,该判决将大学英语四级考试设置为学士学位要件定位为“在法律法规的授权范围之内”的事项,就与【例3】具有了一致性,即高校在这方面的自主性,是行政权裁量之内设置行为要件的自由。

(二) “二元规范结构论”的再现

扩张行政权的【例3】之后,“一元规范结构论”并没有成为唯一的司法判断类型。《最高人民法院公报》于2012年7月发布的“甘露不服暨南大学开除学籍决定案”判决,即【例6】^{②②},则再现了【例1】建立的“二元规范结构论”。此案判决非常值得关注。

此案中,作为研究生的原告因两次课程论文考试抄袭,被高校依据校规开除学籍,经一、二审和再审败诉后,向最高人民法院申请再审。最高人民法院提审后作出(2011)

^{②①} 行例2-77,227-228。《行政诉讼法》旧法中并没有规定此种由法院直接判决被告作出特定行为的判决,但2014年新修正的《行政诉讼法》第73条增加了履行给付义务判决。有解释认为该条给付判决中已经纳入了原告的给付请求完全符合给付内容,被告没有裁量余地的情况下法院可以明确在判决中规定给付内容的情况。参见江必新、邵长茂《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第273页。只是该书观点参照德国法,认为第73条规定的属于一般给付判决,而第72条规定的履行判决属于课以义务判决。

^{②②} 由于“甘露不服暨南大学开除学籍决定案”是由最高人民法院直接作出的判决,其以判决书的形式直接表达了相关的司法判断和主张,因此,刊登于《中国行政审判案例》第3卷第93号案例的内容就不能如对待【例1】等案件那样理解,而只能作参考定位。有关此点,正文的“判例目录”部分也做了同样的说明。

行提字第12号行政判决书。

从该判决所载内容看,【例6】中原被告之间没有对高校作为行政诉讼被告是否适格,其所作出的被诉开除学生学籍的行为是否属于行政行为进行争议,且也未见法院对此进行论证。可见,自【例1】以来,既有判例的法规范授权理论已经产生了规范效力,为行政诉讼当事人乃至法官所普遍接受。由此也可以判断出,法规范授权理论已经因判例而成为一种通说。

在被诉行政行为方面,由于【例6】中被诉的是开除硕士研究生学籍处分的决定,对此,需要观察这项开除学籍的行政行为在构成要件的设置和判断方面所适用的法规范与校规的特征。

该判决与【例1】相比较,被诉行政行为所适用的法规范中,虽然同样有《普通高等学校学生管理规定》这项教育部规章,但后者颁布于1990年,而前者则是该规章于2005年的修改版,属于新法。作为新法的该规章增加了高校可以给予学生开除学籍处分的内容。该规章第54条第5项规定对于“剽窃、抄袭他人研究成果,情节严重的”学生可以作出开除学籍处分。可见,在成文法方面,2005年的立法扩展了行政权的内涵范围。与此相对应,将该款内容具体化的校规,也应该归入“介入性校规”的范围之内。对应于此,该判决也明示法院审理案件时,“应依据法律法规、参照规章,并可参考高等学校不违反上位法且已经正式公布的校纪校规”。

【例6】中,在适用事实要件方面存在的一个争议是,作为课程考核形式的课程论文如存在作弊情况,其是否属于《普通高等学校学生管理规定》第54条第5项规定的“剽窃、抄袭他人研究成果”。

《暨南大学学生管理暂行规定》第53条第5项规定,剽窃、抄袭他人研究成果,情节严重的,可给予开除学籍处分。《暨南大学学生违纪处分实施细则》第25条也规定,剽窃、抄袭他人研究成果,视情节轻重,给予留校察看或开除学籍处分。该案中,高校方面正是认为课程考试也属于这两个校规规定的“剽窃、抄袭”事项,因而作出开除学籍处分。

最高法院从解释规章第54条第5项所列举事项入手,对其适用范围进行了确定。【例6】指出,就立法本意而言,“第(五)项所称的‘剽窃、抄袭他人研究成果’,系指高等学校学生在毕业论文、学位论文或者公开发表的学术文章、著作,以及所承担科研课题的研究成果中,存在剽窃、抄袭他人研究成果的情形”,而“在校研究生提交课程论文,属于课程考试的一种形式,即使其中存在抄袭行为,也不属于该项规定的情形”。这样,【例6】将校规的内容是否与法规范一致作为判断是否可以构成行政行为行使合法要件的基准,认为案件涉及到的“在校研究生提交课程论文,属于课程考核的一种形式,即使其中存在抄袭行为,也不属于该项规定的情形。作为校规……的依据是《普通高等学校学生管理规定》第五十四条,因此,暨南大学开除学籍决定援引校规的这两个条款的规定,属于适用法律错误,应予撤销。”

从上述判决内容可以看出,【例6】将“介入性校规”可制定的范围,严格限定在了法

规范设定行政行为要件的范围之内,而“自主性校规”的事项,则不能进入“介入性校规”的范围之内予以解释,即法规范《普通高等学校学生管理规定》第54条第5项)内容具体化的校规《暨南大学学生管理暂行规定》第53条第5项和《暨南大学学生违纪处分实施细则》第25条规定)属于“介入性校规”,而针对课程考核的规定,应该属于“自主性校规”,后者不能替代或进入前者的范围之内。在这样的司法判断逻辑框架中,【例6】再次将“自主性校规”与“介入性校规”置于并行的状态。

与【例2】、【例3】和【例4】相比较,【例6】所持有的这种司法判断逻辑框架,在一定程度上意味着【例1】所确定的“二元规范结构论”的再确认或者回归。尽管由于成文法《普通高等学校学生管理规定》的修改,导致【例1】中被认为不应属于“介入性校规”的内容在【例6】中则进入了作为该类校规根据的法规范之中。顺便而言,从这个意义上看,“二元规范结构论”还只是一个形式性的解释规则,其只能针对成文法的文字进行解释,而并不能用于实质性地判断成文法规范表现的内容是否具有正当性。当然,这属于另外一个非常值得探讨的法学话题了,本文对此不展开分析。

(三) 两类规范结构论共存的基础

自【例1】以来,通过《行政诉讼法》中“法规范授权”条款的适用,行政权介入了作为法人的高校之中;围绕该行政权的具体行使内容,以及作为法人高校的自主权行使内容,判例建立起来了两种校规类型,即“介入性校规”和“自主性校规”;在两类校规类型的关系方面,这些判例中则同时存在着两种司法判断逻辑框架。一是承认两种校规类型并存的“二元规范结构论”,二是将前一种类型纳入后者“介入性校规”内的“一元规范结构论”。

在最高法院公布的指导性案例中,2014年的【例7】和【例8】无疑是取材于【例1】“田永案”和【例5】“何小强案”的共同“母本”裁判文书,但因对“母本”裁判文书剪裁的不同,在内容构成方面也显示出与这两个判决有所不同。由于现阶段指导性案例所具有的作用,在一定程度上决定着这类案件审理时司法应有的判断逻辑框架,因此,可以视其为是最高法院在此领域司法判断的归结点。

【例7】和【例8】是最高法院通过《最高人民法院关于发布第九批指导性案例的通知》(法〔2014〕337号),于2014年12月25日发布,编号为38号和39号的指导性案例。由于其同属于高校诉讼的同类案件,所以可以将两个案件作为一个整体去分析其中蕴含着的最高法院的主张。

由于【例7】和【例8】内容较之同名【例1】和【例5】内容简洁,基本没有显示司法判断中的推论过程,难以如对其他判例那样明了地理解其中的逻辑框架,因此,在解读时必须与上述整个判例发展的过程结合在一起予以理解。

1. 确定的法规范授权结论

着眼于结论来看,就被诉的行为与行政行为的关系方面而言,两个指导案件都是一如既往地将高校颁发学位证和学业证的行为纳入到行政权的范围之内。对此,【例7】

将“母本”裁判文书的相关内容概括为:

法院生效裁判认为:根据我国法律、法规规定,高等学校对受教育者有进行学籍管理、奖励或处分的权力,有代表国家对受教育者颁发学历证书、学位证书的职责。高等学校与受教育者之间属于教育行政管理关系,受教育者对高等学校涉及受教育者基本权利的管理行为不服的,有权提起行政诉讼,高等学校是行政诉讼的适格被告。

与【例1】相比较,【例7】仅仅强调了结论,既没有显示适用的理由和具体对应条款,所以无法清晰表现推导出作为结论高校“有代表国家……的职责”的逻辑过程。^②同样,其中“根据我国法律、法规规定”就只能从该案例的“相关法条”部分列出的《教育法》第21、22条和《学位条例》第8条等法条去寻找。因此,这个结论如能成立,其证立过程必须结合【例1】的内容才能显现出来。

在【例8】中,“裁判理由”较之【例7】要具体些,明示了《学位条例暂行实施办法》第4条第2款等涉及到高校经协议后是否对“非授予学士学位的高等院校”拥有学位审查权的判断根据。而在“相关法条”部分列出的,也只有涉及到此事项的《学位条例》第4条、第8条第1款和《学位条例暂行实施办法》第25条。但是,就审查行为本身是否属于行政权的问题,【例8】与【例7】一样,也极其简单地表述为“根据《中华人民共和国学位条例》等法律、行政法规的授权,被告……具有审查授予普通高校学士学位的法定职权”,但在“相关法条”部分则没有列出《教育法》第21、22条和《学位条例》第8条。因此,着眼于两个判决整体关系而言,根据【例8】所表述的内容以及所列法条等事项,只能理解为该指导性案例是【例7】所表达的规范性内容的延伸,其意味着通过协议的方式,高校在这方面的行政权可以扩展至其他高校的学生,包括民办高校。

2. 模糊的论证基础

在行政权与校规的关系方面,【例7】表述的理由也是极为简短:

高等学校依法具有相应的教育自主权,有权制定校纪、校规,并有权对在校学生进行教学管理和违纪处分,但是其制定的校纪、校规和据此进行的教学管理和违纪处分,必须符合法律、法规和规章的规定,必须尊重和保护当事人的合法权益。本案原告在补考中随身携带纸条的行为属于违反考场纪律的行为,被告可以按照有关法律、法规、规章及学校的有关规定处理,但其对原告作出退学处理决定所依据的该校制定的第068号通知,与《普通高等学校学生管理规定》第29条规定的法定退学条件相抵触,故被告所作退学处理决定违法。

这段理由表述的方式,与【例1】相比较,存在着些许的差异:

^② 指导性案例内容排列上的这种顺序,固然可以做到突出所适用条款和简化裁判理由部分的内容。但这样的内容结构,一方面导致裁判理由部分与所列的相关法条难以精细对接分析,尤其是涉及到其中关于具体概念用语时,如遇到事实关系复杂或法条适用繁琐的情况则容易导致逻辑混乱;另一方面,就指导性案例的整体结构而言,作为开头部分集中列出案件适用到的所有“相关法条”,其理应是便于查阅,而非直接适用于理由部分。

其一,【例7】指出,制定校规的自主权“必须符合法律、法规和规章的规定”,而【例1】则要求该自主权“不违背国家法律、法规和规章的规定”。【例7】将“不违背”修改为“符合”后,从字面文意上理解,该判决要求依照自主权制定的有关考试纪律方面的校规,必须具备成文法上的根据,即必须存在“上位法”。而这样的文意则将全部的校规都纳入了法规范的下位阶,在不区分所根据的是自主权保障条款还是行政权行使条款的前提下,就为【例3】“武华玉案”判决提出的“一元校规体系论”提供了合法存在空间。

其二,【例7】指出,被诉行政行为因案件中的校规“与《普通高等学校学生管理规定》第二十九条规定的法定退学条件相抵触”因而违法。从【例1】可知,该法第29条“规定予以退学的十种情形中,没有不遵守考场纪律或者考试作弊应予退学的规定”,即这里的“相抵触”实则为“无根据”。同时,【例1】还指出高校作出的“处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第12条的规定”,而这项内容则并没有进入【例7】。这样的内容差异导致在判断行政权与高校自主权关系紧密相关的“自主性校规”与“介入性校规”之间的关系方面,乃至指导性案例所确立的究竟是“二元校规体系论”还是“一元校规体系论”的关系方面,呈现不清晰的状态。

总之,在判决理由中,由于逻辑推论过程的抽象模糊化,【例7】所提供的司法判断框架并不精确。从指导性案例的内容出发,既可以延续起点判例【例1】呈现的判断方法,即“自主性校规”不能侵入“介入性校规”领域的“二元规范结构论”,同时也可承接自【例3】开始出现的将“自主性校规”置于“介入性校规”之中,作为法规范授权的裁量领域理解的“一元规范结构论”。而如从后者角度进行理解,校规“与《普通高等学校学生管理规定》第二十九条规定的法定退学条件相抵触”因而违法的这段理由,则可理解为属于因超越裁量法规范授予的裁量范围而构成违法。

在【例8】中,针对校规是否有权设置全国大学英语四级考试成绩为学士学位要件的问题,该指导性案例认为:

《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条规定“学位授予单位可根据本暂行条例实施办法,制定本单位授予学位的工作细则。”该办法赋予学位授予单位在不违反《中华人民共和国学位条例》所规定授予学士学位基本原则的基础上,在学术自治范围内制定学士学位授予标准的权力和职责,华中科技大学在此授权范围内将全国大学英语四级考试成绩与学士学位挂钩,属于学术自治的范畴。高等学校依法行使教学自主权,自行对其所培养的本科生教育质量和学术水平作出具体的规定和要求,是对授予学士学位的标准的细化,并没有违反《中华人民共和国学位条例》第4条和《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条的原则性规定。

与【例5】中相同的部分比较,该指导性案例删除了“将英语四级考试成绩与学士学位挂钩,是在法律法规的授权范围之内”的定位,没有直接将此归入行政权的构成部分范围内,而是突出了其“属于学术自治的范畴”。但是,根据这一文字上表现出来的“学术自治”概念,一方面自然可以将相关的校规归入“自主性校规”的范围之内,但另一方

面,由于该判决将该项要件设置定位为“高等学校依法行使教学自主权,自行对其所培养的本科生教育质量和学术水平作出具体的规定和要求,是对授予学士学位的标准的细化”。对于这样的表述,其结论也同样能够理解为,设置的要件属于颁发学士学位证的行政行为的构成要件,只是其内容可以以裁量的方式予以确定。这样的论证框架依然可以在“介入性校规”之内,且其基础为“一元校规体系论”。

四、判例的结果特征

(一) 允许行政权的无边界扩张

1. 判例中行政权的扩张方式

作为法人的高校,其原本自主管理的内部秩序正通过适用《行政诉讼法》的方式,逐步从法人内部分离出去,转变为行政权直接的构成部分,并由此将校规也纳入了行政权的体系之内。在导致这一结果出现的司法运行过程中,最为关键的是以下几个司法判断的环节:

第一,基于高校学生权利救济的必要性,适用《行政诉讼法》旧法的第25条或新法第2条第2款“法规范授权”条款,从而将相关行为纳入行政诉讼法管辖范围。这个环节仅仅限于适用诉讼程序规范的领域。

第二,由于被诉的高校行为属于“法规范授权”的行政行为,行使相应行政行为的高校由此就具有了行政主体的资格。此一环节是诉讼的事项由诉讼程序规范进入实体规范领域。在这一环节的判断方式方面,最初判决是通过法条中明示的文字表述方式来确定具体的行政主体,但是,在判例的作用之下,后续的判决未止步于这种形式性判断方法。之后的判决显示,即使没有任何的文字规定,被诉行为也同样无争议地认为属于法规范授权的行政行为,从而将此扩张成为对高校进行行政诉讼可以当然运用的一般适用性方式。这样的法律适用结果导致高校只要被诉,相应行为都可归入行政权之内。由此,从作为法人的高校中,不断能够分离属于行政权的部分。这里可以看到法律运行方式是,如需使学生的权利救济成为可能,就必须在法律解释论层面上将高校的行为解释为实质上的行政权的行为。其适用的结果是不断扩张行政权。

第三,上述进入了作为法人的高校之内的行政权,通过制定“介入性校规”,建构起体现该行政权具体内容的校内秩序。与此对应的,则是属于法人“自主性校规”的领域。两者可共存于同一个高校的外形之下。

第四,当【例3】那样将高校的主权的“自主性校规”纳入行政权的裁量范围之内,成为行政权之内的所谓“自主”部分时,行政权在高校之内与法人之间的边界就失去了法律意义上的作用,行政权可以将整个高校的内部秩序纳入自身的范围之内。

2. 判例中行政权的扩张结果

上述判例的法解释方式导致的结果是,行政权不仅介入了原本属于高校内部秩序

的领域,而且将高校成为行政权的一部分。这种解释方式不仅将高校颁发毕业证和学位证的行为纳入了行政权领域,而且将更多种类的高校行为剥离出高校法人本身纳入行政权领域。除了【例6】中的开除学籍决定之外,在其他刊登司法案例之处,可以不断查阅到高校的其他行为也因同样的原理纳入行政权领域的判决,如取消研究生入学资格决定^{②③}、博士研究生录取行为^{②④}、撤销博士学位决定^{②⑤}以及不予颁发博士学位证书决定^{②⑥}等等,目前也归入了行政权的范围之内。而且,由于相关判决没有建立起准确分辨两者之间边界的规范性标准和方法,因此,这种行政权的扩张可以蔓延覆盖至高校整体,从而在事实上去除高校的法人属性。况且,上述判例中“一元规范结构论”的作用已经证明,高校的任何活动都能够被无限、顺利地归入行政权的范围之内,而非止于原本《高等教育法》确立的法人自主权范围边界。

在明确行政权介入高校内部秩序的范围边界方面,即使是“二元校规体系论”,最终也没有能够划分出“自主性校规”的边界,【例1】依从成文法的文字表述形式,努力建构起“二元校规体系论”划分“自主性校规”的形式判断标准,但这种拘泥于成文法上文字用语的判断方式无法进入对行政权的实质性定义,因而也无法推导出对“介入性校规”边界的实质性判断标准。这导致了如【例6】显示的那样,相应的成文法(如教育部《普通高等学校学生管理规定》)被行政权修改,通过立法方式增加行政权内容,将原本属于“自主性校规”的内容变更为“介入性校规”。对此,司法也只能跟随成文法的内容形式而变化,客观上将自身置于行政权之下的位置。如果这只是技术上的欠缺,那么,【例3】确立的“一元规范结构论”,则使行政权理所当然地获得了扩张的依据。

(二) 司法权的自我设限及其政策后果

1. 判例中司法审查范围的收缩

【例3】确立的“一元规范结构论”,使校规具有了行政权设定学位授予要件的裁量权的属性。这种情况下,行政诉讼针对该裁量权进行的司法审查,便不能如【例1】那样着眼于是否超越职权等实体性事由进行审查,即对行政权是否合法的实体性判断开始弱化。由于在设置校规规定事项的构成要件和行为选择方面,行政具有优越地位甚至排除司法审查的可能,因此,裁量作为前提的“一元规范结构论”将司法审查的范围压迫限缩至程序审查的范围之内。如【例3】指出司法审查仅涉及程序方面:

审查学位授予行为在程序上是否合法应考虑以下因素:(1) 高校对学位的授予条件是否事先履行了告知义务,事后是否及时公布结果;(2) 学术委员会的组成和议事方式是否符合法律法规;(3) 时间要求是否合理;(4) 对不授予行为是否进行理由说明,并告

^{②③} “杭焱诉南京理工大学取消研究生入学资格案”,载《人民法院案例选》2003年第1辑,第425-434页。

^{②④} “林群英诉厦门大学博士生招生案”,载《人民法院案例选》2008年第2辑,第417-429页。

^{②⑤} “于艳茹诉北京大学撤销博士学位案”,见北京市第一中级人民法院行政判决书(2017)京01行终277号。

^{②⑥} “刘燕文诉北京大学和北京大学学位评定委员会案”,见北京市海淀区人民法院行政判决书(1999)海行初字第104号。

知了救济手段。^{②7}

2. 司法政策方向: 与高校体制改革方向的矛盾

自改革开放以来,我国高校改革方向是逐步将高校从国家体系中分离,使之成为社会主体的过程。从20世纪80年代以来的相关制度性进展可以明显地证明这点。

1985年中共中央关于《教育体制改革的决定》指出“当前高等教育体制改革的关键,就是改变政府对高等学校统得过多的管理体制,在国家统一的教育方针和计划的指导下,扩大高等学校的办学自主权。”此后,确立高校的法人地位则成为实现这一改革目标的法制建设重要途径。1986年《民法通则》正式颁布,其建立了我国的法人制度。1992年,我国在《关于国家教委直属高等学校内部管理体制改革的若干意见》中,首次提出国家教委直属高校是由国家教委直接管理的教育实体,具有法人地位。1993年《中国教育改革和发展纲要》提出“要使高等学校真正成为面向社会自主办学的法人实体”。这些政策性文件都表示高校体制改革的明确方向,即确立高等学校的法人地位。此后,围绕高校法人制度的建设事项,我国一系列的法律制度也都朝着这个方向发展。1995年《教育法》颁布,该法律的第31条规定“学校及其他教育机构具备法人条件的,自批准设立或者注册登记之日起取得法人资格。”这首次在法律上明确了学校的法人资格。1998年颁布的《高等教育法》第30条规定“高等学校自批准设立之日起取得法人资格。高等学校的校长为高等学校的法定代表人。高等学校在民事活动中依法享有民事权利,承担民事责任。”该法律对高等学校的法人地位进一步具体化。2002年底颁布的《民办教育促进法》第9条规定:“民办学校应当具备法人条件。”第35条规定“民办学校对举办者投入民办学校的资产、国有资产、受赠的财产以及办学积累,享有法人财产权。”确立了各级各类民办学校的法人地位。至此,我国的各级各类高校都已被确认为法人。^{②8}

然而,通过对上述判例的分析可以看到,司法判断的指向,则与此改革方向及已确立的高校法人地位相背离。尽管判决本身只针对个案作出判断,但当判决具有判例的功能后,其规范性所影响的是同类案件的同案适用。因此,最终该判例的作用是通过个案的判决,将作为法人的高校的相应部分制度,整体地被“征收”为行政权的一个部分。

结语: 法解释再出发的可能性

归纳而言,由于行政诉讼法适用中法解释方向之缘故,在解决诉讼主体问题时,判例从作为法人的高校中分离出作为行政权主体的高校,导致校规对应地分为“自主性校

^{②7} 行例1-9,46。

^{②8} 本文对这段历史过程的概括,主要参考湛中乐、高俊杰《我国公立高校与政府法律关系的变迁》,载《陕西师范大学学报》(哲学社会科学版)2010年第6期;申素平《高等教育体制改革与高等学校的法人地位》,载《理论视野》2008年第7期。

规”和“介入性校规”两个部分,从而在解释论上构成相互并列的“二元规范结构论”和“一元规范结构论”,也因此使高校在法律上无界限地成为行政权的一部分。

针对这种与高校体制改革相向而行的现象,如何在现行实定法的制度中寻求新的法解释的解决方案,无疑是一种应该探索的进路。^{②9} 这里仅就可能的解释方向,作为本文的结语,具体内容还待今后的探索。

在上诉判例的解释中,实际可以观察到两个切入点。一是救济的必要性,二是法规规范授权条款的作用。因此,第一个可探讨的方向是,为了避免高校被诉行为成为实体性的行政行为,能否“借用”行政诉讼法以实现权利救济的目的,适用于与行政行为“类同”的行为?从《行政诉讼法》颁布至【例1】公布,相关行政法学教科书也未将高校作为行政诉讼的当然适用对象。^{③0} 因此,高校的行为如何定位,法解释有着很大的作用空间。

如果仍然坚持现今的法规范授权论,那么第二个可探讨的方向是,如何明确“介入性校规”的边界?至少需要在形式上解释出可以明确判断的授权要件。

Abstract: The administrative litigation of universities has incorporated the behaviors of universities into the scope of administrative act through legal norms and authorized clauses. In the meanwhile, university regulations are categorized into “intervening regulations” and “autonomous regulations”. Tian Yong case and other judgments considered the two alternatives, thereby establishing the so-called bifurcated judicial review system. In comparison, Wu Huayu case as a milestone holds that autonomous regulations should be affiliated to intervening regulations, thus proposing the unified system. The subsequent guiding cases surprisingly established theoretical bases for both. The conflictive cases have strengthened the idea to treat university regulations closer to administrative power, thereby forcing the judiciary to self-restrain the scope of judicial review, which contradicts the direction of university reforms. Consequently, a possible solution is proposed to reconsider the starting point of legal interpretation within the context of the procedural law and find an institutional path to get out of the predicament.

(责任编辑:吴 蕾)

^{②9} 有关此问题的探索方面,也可以查阅到很多法解释论之外,着重于新制度建设方面的文献,例如借鉴大陆法系的公务法人制度,将高等学校定位于公务法人的主张,参见马怀德《公务法人的问题研究》,载《中国法学》2000年第4期。值得关注的是,该文的问题意识也正是针对【例1】中高校法律定位和校规属性及其效力的困惑。

^{③0} 这些教科书如,罗豪才主编《中国行政法讲义》,人民法院出版社1992年版,第72-81页;姜明安《行政法与行政诉讼》,中国卓越出版公司1990年版,第171-174页;张树义主编《行政法学新论》,时事出版社1991年版,第86-87页;张树义主编《行政法学》,中国政法大学出版社1995年版,第80-81页;罗豪才主编《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第76-77页等等。这时期内,张尚鹁主编《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第101页提到了从事教育的事业单位,但这里是否包含高校在内则并无进一步解析。