

高校校规：司法适用的正当性与适用原则

徐 靖^{*}

内容提要 高校校规是高等学校公共权力行使的重要依据,是现代大学治理的介质文本,在法律地位上可类同于“规章以下的规范性文件”;“校规亦法”,法律性与“准”法律性是校规可被司法适用的规范内核。校规的司法适用以附带性审查为前提,司法审判机关有权选择适用合法的高校校规作为相应教育行政诉讼案件审理之“参考”。在校规司法适用过程中,国家司法监督权对校内自主管理权应保持必要尊让;惟其如此,方能实现校内管理秩序的良性和谐。

关键词 高校校规 司法适用 附带性审查 大学自治

一、引言：自治中的法治

大学是学术的圣地、文化的驿站,大学通过教学与科研传承并创造文明;大学与自治相生相长,自治“是大学这种高深学问的组织自身逻辑与外部环境相互作用的产物”,^①是“高深学问最悠久的传统之一”,^②“大学的独立与自治,是高等教育与研究系统不断适应需求之转变、社会之希望和科学进步之能力”。^③在西方,大学通过皇室特许状对权力的赋予制定章程与相关内部规则,并由此开启大学自治历程;在中国,尽管在官

^{*} 中南大学法学院副教授,法学博士。本文系教育部人文社会科学研究一般项目“现代大学法治：以章程为载体的考察”(项目批准号:13YJC820085)阶段性研究成果。

① 张贤斌、李子江主编《大学自由、自治与控制》,北京师范大学出版社2005年版,第168页。

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1987年版,第30页。

③ 1999年《博洛尼亚宣言》。转引自王晓辉主编《全球教育治理——国际教育改革文献汇编》,教育科学出版社2008年版,第12页。

方文献中不曾使用“大学自治”术语,^④但《教育法》与《高等教育法》为大学设定了相对宽泛的办学自主权,^⑤大学可自行制定校纪校规对内部事务实施自主管理。在一定层面上,可以说,大学之所以长盛不衰、历久弥新,其根源乃在于自治为大学所供给的无限创造力与生命力。然而,二十世纪八九十年代以来,若干教育行政诉讼案件的出现则向人们昭示着两个不争事实:其一,大学并非自治的绝对领地,“自治不是绝对的”,^⑥大学不得以自治规避国家监督,法治的阳光需要且已经照进学术的殿堂;其二,高校校规作为大学自治的重要载体以及大学管理行为作出的基本依据,在教育行政诉讼案件中不得不接受法院“检视”。^⑦基于此,学界逐步展开对大学法治、校规制定与执行、校规自治边界等问题探讨,并取得了较为丰硕的研究成果;^⑧但纵观全局,不难发现,该类研究主要集中于高校校规性质、地位及是否可接受司法审查等领域,而鲜有涉及高校校规作为“法律、法规、规章”之外的抽象规则^⑨何以在教育行政诉讼中被适用以及如何被适用的问题。高校校规的司法适用与司法权对办学自主权、学术自由权的谦抑或尊重密切相关;一份良性的教育行政诉讼判决或裁定势必将在国家法治与大学自治之间保持理性尺度。本文即在厘清高校校规法理性质与法律地位的基础上,分析并论证在当前中

④ “大学自治”并非是我国高等教育法律规范或其他政策性文件所认可的术语,在官方文献中“大学自治”往往被“自主办学”“民主管理”“学术自由”等名词所替代(如《高等教育法》第11条“高等学校应当面向社会,依法自主办学,实行民主管理”《高等学校章程制定暂行办法》第11条第2款:章程应当“明确尊重和保障教师、学生在学习、研究和学术方面依法享有的学术自由、探索自由,营造宽松的学术环境”《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010-2020年)》,“落实和扩大学校办学自主权”、“各类高校应依法制定章程,依照章程规定管理学校。尊重学术自由,营造宽松的学术环境。”)但这些词语背后均隐含着大学自治的意蕴;可以说,大学自治在我国目前仍然是一种“犹抱琵琶半遮面”的状态。

⑤ 目前我国高校办学自主权主要涵盖招生、设置和调整学科专业、教学与科研、技术开发和社会服务、对外科技文化交流、内部机构设置、教师聘任、薪酬分配、财产管理与使用等内容。参见《教育法》第29条、《高等教育法》第32-38条。

⑥ Altbach, Philip G. etc. (ed.) *American Higher Education in the Twenty-first Century*, Prometheus Books, 1981, p. 39.

⑦ 如“田永诉北京科技大学案”(最高人民法院指导案例第38号、“刘燕文诉北京大学案”(北京市海淀区人民法院[2000]海行初字第157号、“阮向辉诉深圳大学案”(深圳市南山区人民法院[2004]深南法行初字第32号、“何小强诉华中科技大学案”(最高人民法院指导案例第38号、“贺叶飞诉苏州大学案”(江苏省苏州市中级人民法院[2008]苏中行再终字第0001号、“胡宝兴诉华中科技大学案”(湖北省武汉市中级人民法院[2010]武行终字第184号、“甘露诉暨南大学案”(《最高人民法院公报》2012年第7期、“王英诉中国政法大学案”(北京市昌平区人民法院[2015]昌行初字第259号、“耿德志诉天津职业技术师范大学案”(天津市中级人民法院[2016]津02行终390号、“于艳茹诉北京大学案”(北京市第一中级人民法院[2017]京01行终277号)等。

⑧ 相关研究成果参见程雁雷《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;沈岍《公立高等学校如何走出法治真空》,载郑贤君主编《公民受教育权的法律保护》,人民法院出版社2004年版,第193-248页;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;倪洪涛《论法律保留对“校规”的适用边界——从发表论文等与学位‘挂钩’谈起》,载《现代法学》2008年第9期;张冉《高校校规:大学自治与国家监督间的张力》,载《清华大学教育研究》2011年第6期;湛中乐:《教育行政诉讼中的大学校规解释——结合甘某诉暨南大学案分析》,载劳凯声主编《中国教育法制评论》(第10辑),教育科学出版社2012年版,第20-47页;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期等。

⑨ 参见《行政诉讼法》第63条“人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据……人民法院审理行政案件,参照规章。”

国行政诉讼体制下高校校规司法适用的正当性与适用原则。^⑩

二、逻辑前提:高校校规性质与地位新解

高校校规即高等学校为保障学校教学、科研等工作正常运行而制定的一系列体现学校办学特色的规章制度。高校校规不是国家硬法,其施行不以国家强制力为后盾,却在校内具有不容置否的约束力、规范力与执行力;高校内部管理行为的作出在绝大多数情况下依据的均是校纪校规。高校校规的性质与地位为何,直接关乎其能否在司法审查中被适用以及如何被适用;尽管此前学界已从不同层面对高校校规的性质与地位予以诠释,^⑪但“批评可以把思想进一步擦亮,并努力改变它:表明事物并不是如人们所相信的那样不言而喻的,使人们看到不言而喻的东西将不再以这种方式为人们所接受。”^⑫以下将从高校权源角度出发对校规进行批判性解读,重新界定其法理性质与法律地位。

(一) 高校校规的法理性质

对高校校规法理性质的分析应当从准确剖析其制定主体——高等学校的法律地位开始,“校规的实质合法性基础是由大学的独特地位决定的”。^⑬在我国现行行政法律框架体系内,笔者认为,高等学校具有双重地位,一为国家行政主体,二为社会公权力主体;据此,高校校规因其制定权力来源不同而具有双重法理性质:

1. 法源性规范:国家公权行为

根据《教育法》第29条之规定,学校及其他教育机构享有的招生权、学籍管理、奖励、处分权、颁发学位证书权、聘任教师及奖励、处分权等,具有明显的单方意志性与强制性,符合公共行政的基本特征,在性质上应属于行政权力或者公共管理权力;由此可以推断,高校是经国家法律、法规、规章授权的,行使国家行政权力的组织,具有行政主体资格。这一结论在我国《学位条例》、《普通高等学校学生管理规定》、《高等学校预防与处理学术不端行为办法》等相关规定中可得到进一步印证,^⑭且最高人民法院公布的

^⑩ 高校校规是高校公权行为作出的重要依据;当然,高校行为不仅覆盖公法范畴,且涉及私法领域。校规在高校民事行为作出过程中亦可作为依据使用,但此时校规可“被视为”(或“转化为”)处于平等地位的相对一方自愿接受的格式合同条款;在与此相关的民事诉讼中,校规只要未违反法律、法规之明确规定、未违背社会公序良俗即具有直接司法适用性。本文从公法视阈出发,以高校的公权行为为背景,着重探讨行政审判体制下的高校校规司法适用问题。

^⑪ 学界关于高校校规性质与地位的代表性观点有:(1)“国家授权说”,该说认为校规制定权来源于国家立法的授权,校规所涉事项必须属于高校依法享有的管理权范畴(参见刘标《高校规章制度的行政法分析》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2004年第4期);(2)“契约说”,该说认为高校校规是学校与学生权利义务的表现形式,具有契约属性(参见余雅风《契约行政:促进高等学校学生管理的法治化》,载《北京师范大学学报》(社会科学版)2007年第2期);(3)“固有权说”,该说认为制定校规是高校固有的权利,国家法律和规章仅是以法律形式再一次“确认”了这项权利(参见张冉《高校校规:大学自治与国家监督间的张力》,载《清华大学教育研究》2011年第6期)。

^⑫ [法]米歇尔·福柯《权力的眼睛——福柯访谈录》,严锋译,上海人民出版社1997年版,第51页。

^⑬ 前引⑧,湛中乐文,第28页。

^⑭ 参见《学位条例》第8条、《普通高等学校学生管理规定》(2016年12月修订,教育部令第41号,下同)第18条第2款、《高等学校预防与处理学术不端行为办法》第29条中有关高校学位授予或撤销、学生及其他学术不端行为责任者纪律处分等内容规定。

“田永诉北京科技大学案”判决亦明确指出:高校具有行政主体资格——“在我国目前的情况下,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民事关系,而是特殊的行政法律关系。他们之间因管理行为发生争议,不是民事诉讼而是行政诉讼。”^⑮高校校规作为高等学校以国家公行政主体——“法律、法规、规章授权组织”——身份针对不特定管理对象制定的、可反复适用的规则,在性质上可纳入抽象行政行为范畴;此点已为国家立法所认可,新修订的《行政诉讼法》第2条规定,“前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”值得注意的是,高等学校依据法律、法规、规章授权制定的抽象性规则,属于法源性规范,即其制定的权源乃国家授权而非高校自有;此类法源性规范是教育行政法律、法规、规章在校内管理领域的具体化与制度化。

2. 自治性规范:社会公权行为

“大学作为一个法人团体享有不受国家、教会及任何其他官方或非官方法人团体和任何个人,如统治者、政治家、政府官员、宣传人员或企业干预的自由。它是由有能力代表大学、而不是作为个人的大学成员就大学事务作出决定的自由”;^⑯高等学校除却依据法律、法规、规章授权可制定法源性规范外,亦可依据内部自主管理权制定自治性规范;“自治规章是由自治公法人根据自治权制定的规范,它的制定不需要法律的授权,也不是为了执行法律。它只适用于自治公法人内部并受法律的承认和保护……根据自治权的自治规章,建立于经过法律规范的自治行政的政治理想;因此,自治权既是原始的也是独立的法律源泉。”^⑰高等学校依据内部自主管理权制定校规时的法律身份乃社会公权力主体,该权力语境下的校规当属社会公权行为。以《高等学校学术委员会规程》为例,该规程第2条虽然赋予学术委员会以校内最高学术机构的地位,^⑱但学术委员会究竟如何具体行使学术事务决策、审议、评定和咨询等职权则属于内部自治范畴,高校可据此制定学术委员会权力行使细则、学术评价标准、学术道德规范等,^⑲这些内部规则应纳入高校自治性规范体系。在高教管理领域,社会公权行为与国家公权行为的界分,其标线乃在于权力源头是否为国家法律、法规、规章的明确性授权;高等学校通过国家明确授权方式获得权力进而实施高教管理时,不过是国家公权力的“影子”;其只有在行使国家法律、法规、规章的概括性授权或内部成员通过契约或协定等方式让渡的权力时,方为社会公权力主体,所制定的校规才属于自治性规范。^⑳“多元社会的法规应当与其

^⑮ 《最高人民法院公报》1999年第4期。

^⑯ [美]爱德华·希尔斯《学术的秩序——当代大学论文集》李家永译,商务印书馆2007年版,第244页。

^⑰ 于安《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第77页。

^⑱ 《高等学校学术委员会规程》第2条“高等学校应当依法设立学术委员会,健全以学术委员会为核心的学术管理体系与组织架构;并以学术委员会作为校内最高学术机构,统筹行使学术事务的决策、审议、评定和咨询等职权。”

^⑲ 参见《高等学校学术委员会规程》第5条。

^⑳ 此处,“明确性授权”不同于“概括性授权”(又可称“赋权”)。如《教育法》第22条“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有关规定,颁发学历证书或者其他学业证书”属于“明确性授权”;《教育法》第29条“按照章程自主管理”则属于“概括性授权”。

他自发性社会规范互相取长补短。多元社会可以开放地追求多样价值,社会规范也多元化……”^{②1}此类自治性规范是法源性规范的重要补充,是高校治理多元化的重要表征。^{②2}

(二) 高校校规的法律地位

高校校规的法律地位即高校校规在国家教育行政法制体系中的位序。校规作为高等学校以国家公权主体或社会公权主体身份制定的“规范性文件”,^{②3}能否构成教育行政法律渊源之一种?与此同时,高校校规与行政法规、地方性法规、部委规章、地方政府规章及其他规范性文件之间究竟是何种关系,如其发生效力冲突应如何处理?这是我们在考察高校校规法律地位时必须斟酌的关键问题。

1. 高校校规“教育行政法律渊源”抑或“纯内部规范”

“法律渊源即根据法的效力来源,而划分法的不同形式,如制定法(包括宪法、法律、行政法规等)、判例法,以及习惯、法理等”;^{②4}在我国现行法律体系中,行政法的成文法渊源主要有宪法与法律、地方性法规与自治条例、单行条例、行政法规与行政规章、条约或协定等形式——这点学界已基本达成共识,^{②5}但“规章以下的规范性文件”能否构成行政法渊源则存在争议。^{②6}具体到教育行政法律体系而言,如前所述,高校校规分为法源性规范和自治性规范,此二类规范虽在属性上可类同于“规章以下的规范性文件”,^{②7}但因其内容不同而在法律地位上有别:

(1) 法源性规范系高校依据上位阶的法律、法规、规章的明确性授权而制定,是“上位法”规则的具体化与细致化,可对外发生法律效力,故可视为法律、法规、规章在高教

^{②1} 王申《软法产生的社会文化根源及其启示》,载《法商研究》2006年第6期。

^{②2} 事实上,在高教管理实践中,法源性规范与自治性规范在某些情况下是杂糅一体的,即一项规范中既有法源性内容,也有自治性内容;此处对二者进行界分,原因乃在于二者在司法适用中应遵循不同规则。

^{②3} 2012年11月22日教育部在其发布的《全面推进依法治校实施纲要》(教政法[2012]9号)已将校规等校内管理制度纳入“规范性文件”系列。该纲要第7条规定,“建立规范性文件审查与清理机制……对与上位法或者国家有关规定相抵触,不符合学校章程和改革发展要求,或者相互之间不协调的内部规范性文件和规章制度,要及时修改或者废止,保证学校的规章制度体系层次合理、简洁明确、协调一致。”

^{②4} 沈宗灵《法理学》,高等教育出版社1994年版,第303页。

^{②5} 参见姜明安主编《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第51-58页。

^{②6} 有学者认为,所有的行政规范都应当作为行政法的渊源对待(参见罗豪才主编《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第10页;杨海坤《中国行政法基本理论》,南京大学出版社1992年版,第113页);也有学者认为“规章以下的规范性文件”不可列入行政法的渊源(参见应松年主编《行政法学新论》,中国方正出版社1999年版,第17-21页;朱新力《行政法基本原理》,浙江大学出版社1995年版,第22页);还有学者持折衷态度,将“规章以下的规范性文件”的法律地位作分门别类处理,法定解释性行政规范当然属于行政法的渊源,创制性行政规范在可以与准用性法律规范相结合而成为依据或在具体行政行为和司法裁判文书的说理部分作为认定事实的性质和程度轻重的依据时可成为行政法的渊源,而自主解释性行政规范则不可成为行政法的渊源(参见叶必丰《行政规范法律地位的制度论证》,载《中国法学》2003年第5期)。

^{②7} 此处将高校校规类同于“规章以下的规范性文件”(“类同于”即“不等同于”,仅具一定相似性)主要依据乃在于高校校规的制定主体为各级各类高等学校,而非国务院部委或省、自治区、直辖市人民政府、设区的市人民政府等国家行政机关。高校校规不同于高校章程,章程是校内的“小宪法”,章程是校规的校内“上位法”,校规是章程的具体化;章程是宪法、法律、法规的“下位法”,但并非规章的“下位法”(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);规章是否为校规的“上位法”则需视情况区别对待。

管理领域的延伸,可被纳入国家教育行政法律渊源体系。

(2) 自治性规范系高校依据法律、法规、规章的概括性授权或成员让渡的社会公权力而制定,其内容主要是法律、法规、规章所未规定或未明确规定且只能由高校自主决定的事项,是高校内部自治的基本表征,只能对内产生规范约束力,故仅可视为纯内部规范,不应被纳入国家教育行政法律渊源体系。

2. 高校校规与宪法、法律、教育法规、规章及其他规范性文件

高等学校根据《教育法》、《高等教育法》的概括性授权^②而在相关领域实施自主管理,但在其自主管理过程中不可避免地需要接受各级各类教育行政主管部门的监督或指导,高校校规在内容上如何处理与教育行政法律、法规、规章及其他规范性文件的关系,是其法律地位的另一侧面,即高校校规在我国整个教育立法中的位阶序列。

(1) 宪法和法律:即由全国人大及其常委会制定或修改的最高法律、基本法律和基本法律以外的法律,一切公私权力(利)行为均不得与宪法、法律相抵触;高校校规,不论法源性规范抑或自治性规范,均不可违背宪法和法律的条款、精神或原则。

(2) 教育行政法规和部委规章:前者系国务院针对全国范围内的教育行政事务制定的行政法规;后者为国务院职能部门针对本部门管辖范围内的教育行政及相关事务制定的部委规章。国务院是国家最高行政管理机关,其职能部门亦为各领域事务的中央高层行政主管机关,二者所制定的教育行政法规或部委规章是全国教育事务运行必须遵循的基本规则,特别是其中涉及高等教育特殊规律与实践的内容,更应成为高校校规制定所必须恪守的基本规范。

(3) 教育地方性法规和地方政府规章:即由有关地方国家权力机关和人民政府制定针对本行政区域内的教育行政事务制定的规范性文件。^③根据《高等教育法》相关规定,地方人民政府领导和管理本行政区域内的教育工作,^④其制定的地方政府规章自当成为地方性高校校规制定的重要依据;而地方国家权力机关尽管不是地区教育行政事务的直接主管机关,但根据宪法、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》及《教育法》相关规定,地方各级人民政府必须向本级权力机关负责并向其汇报工作,^⑤因此,其制定的教育地方性法规亦为地方性高校(如省属高校、市属高校)校规制定的基本依据;如若二者对同一事项规定不一致时,高校校规应优先适用地方性法规。此处值得注意的是,非地方性高校(如部属高校)在校规制定过程中原则上可不受地方性法规

^② 《教育法》第29条第1款“学校及其他教育机构行使下列权利:(一)按照章程自主管理……”;《高等教育法》第18条“高等教育由高等学校和其他高等教育机构实施。”

^③ 参见《立法法》第72、82条规定,“有关地方国家权力机关和人民政府”系指省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会、人民政府。当然,“设区的市”的教育行政立法权仅限于在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等”事务中与教育管理相关的领域。

^④ 参见《高等教育法》第13条。

^⑤ 参见《宪法》第110条、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第55条、《教育法》第16条。

与地方政府规章的强制性约束,但不得与其明文规定相抵触。^⑫

(4) 其他教育行政规范:即各级各类国家行政机关为实施法律或执行政策,在法定权限范围内制定的具有普遍约束力的规范性文件。其他教育行政规范的效力低于前述宪法、法律、法规和规章,但在教育管理实践中却广泛存在,诸多教育管理措施的发布或推行均以其他行政规范(“红头文件”)形式出现。高校校规在制定过程中,应对此类行政规范持理性区分态度:第一,若该教育行政规范内容仅为对上位阶法律、法规、规章的解释或执行,则该行政规范具有“类”法律、法规或规章的效力,校规制定自当遵从;第二,若该教育行政规范内容系上位阶法律、法规或规章未规定或未明确规定的内容,则属于自主创制性规范,对高教管理仅具指导效力,校规内容若对其有所突破,不可当然被视为违法无效。

三、高校校规司法适用的正当性

“正当性是指人的行为方式、人的利益、愿望等符合社会中现行规范和政策的要求,或者符合社会发展的客观需要和人民的利益。它有两种方式:一是道德正当性,是正当化的产物,即合理性;一是合法性。”^⑬正当性乃合理性与合法性的结合,既包括理论或道义上的正当,也包括法律或规范上的正当;既内蕴公平、正义等自然法理念,也涵盖政治权威、公民认同等实定法要求。经验主义正当性理论开创者马克斯·韦伯曾言,“价值合乎理性的适用的最纯粹的类型,是用‘自然法’来表达的。……今天最流行的合法形式是对合法的信仰;对形式上具体地采用通常形式产生的章程的服从。”^⑭高校校规司法适用正当性探寻的即是高校校规何以在理论与规范双层面获得司法审判机关及社会公众认可,并进而在司法审查中得以适用。

(一) 理论向度的正当性:高校校规与现代大学治理

“现代大学是一种‘多元的’机构——在若干种意义上的多元:它有若干个目标,不是一个;它有若干个权力中心,不是一个;它为若干种顾客服务,不是一种。它不崇拜一个上帝;它不是单一的,统一的社群;它没有明显固定的顾客。它标志着许多真、善、美的幻想以及许多通向这些幻想的道路;它标志着权力的冲突,标志着为多种市场服务和关心大众。”^⑮现代大学的多元性决定着现代大学治理的多元性;在现代大学治理的规则框架中,既有国家层面的“硬法”:宪法、法律、法规和规章,又有社会层面的“软法”:高校章程与校规。大学的多元治理何以获得校内师生员工及社会公众的认同,则仰赖于

^⑫ 此处区分部属高校、省属高校、市属高校,其意不在于界定其行政级别,而仅为说明三者因上级行政主管部门不同而产生的法律适用差别。

^⑬ 吕世伦、文正邦《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第295页。

^⑭ [德]马克斯·韦伯《经济与社会》(上卷)林荣远译,商务印书馆1998年版,第67页。

^⑮ [美]克拉克·科尔《大学的功用》,陈学飞等译,江西教育出版社1993年版,第96页。

制度的“良性”;“强力并不构成权利,而人们只是对合法的权力才有服从的义务”。^{③⑥}就理论层面而言,高校校规获具可被司法适用的正当性主要表现为:

1. 高校校规:现代大学治理的“介质”文本

介质,即“一种物质存在于另一种物质内部时,后者就是前者的介质”。^{③⑦}如果说大学章程是现代大学治理的载体,^{③⑧}那么,高校校规即为现代大学治理的“介质”。校规存在于章程之中,体现着章程所承载的大学理念与治学方向,是章程内容在校内具体规则层面的文本表达;章程是大学治理的“组织法”与“纲领法”,校规是大学治理的“执行法”与“细则法”;章程条款的表达以抽象、宏观为原则,而校规条款的陈述以具体、细密为指针。在现代大学治理中,不论行政权力、学术权力的运行,抑或教师、学生权利的保障大多数都是通过校规予以设定的,校规规划并描述着高校的治理框架与治理秩序。在国家法层面,政治高层不断扩大学校的自主管理权,能够通过校规自主解决的事项,国家则不予强制性规定;如《普通高等学校学生管理规定》在2016年12月修改过程中,有9处直接明确为“由学校规定”,有5处要求明确为“按学校规定”执行;而在校内“法”层面,章程亦通过各种方式“赋权”校规予以细致化,如《北京大学章程》规定,“学校健全议事决策规则与程序。……凡针对非特定主体所制定的、具有普遍约束力的决定须以规范性文件作出。”“教职工享有下列权利:……(七)依照法律、法规、规章、学校规定和合同约定,获得薪酬及其他福利待遇”,^{③⑨}此处的“规范性文件”、“学校规定”均为校规。可以说,校规是国家法与校内“法”之间的桥梁,失却校规的现代大学治理必将“空洞无物”。

2. 高校校规:高校行政权力与自治权力行使的基本依据

“法无明文规定即不得行政”。行政法定乃行政机关权力行使的一般规则;具体而言,其涵盖行政行为必须有法律依据、行政行为必须符合法律、行政机关必须以自己的行为来保证法律的实施等三层次内容。^{④⑩}行政法定不仅适用于典型的国家行政机关,且适用于非典型的、可行使公共职能的高等学校;高等学校权力行使中凡属于公共权力运作的部分皆须遵循行政法定原则,也就是说高等学校根据法律、法规、规章授权所作出的国家公权行为以及基于内部自治权所作出的社会公权行为均需有相应“法律”依据,特别是对属于校内自治领域的行为而言,不可任性妄为,不可将行政“法”定异化为行政“权”定,必须坚决厉行“无依据则不得行为”原则;^{④⑪}“在现代法治社会里,私人权利和公共权力的运行规则有着明显不同:对于私人权利而言,法不禁止即自由;对于公共权力

^{③⑥} [法]卢梭《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第10页。

^{③⑦} 中国社会科学院语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》(第5版),商务印书馆2005年版,第702页。

^{③⑧} 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。

^{③⑨} 参见《北京大学章程》第14、17条。

^{④⑩} 参见王名扬《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第205-207页。

^{④⑪} 部分高校管理人员甚至认为,“凡是法律没有规定或校规没有禁止的事项,即可任性作为,因为‘法不禁止即自由’”;这种思想从依法治教、维护师生合法权益角度而言,不但错误且极其危险。

来说,法不授权即禁止”。^⑫如前所述,高等学校权力行使所依之“法”,既包括国家法,亦包括校内“法”;且在高等学校办学自主权不断扩大的前提下,作为校内“法”的校规应当说在高校权力行使规则中所占据的数量相当庞大,校规已然成为国家法之外的高校管理行为的基本依据。^⑬如若学生、教师对高校管理行为不服而提起诉讼,校规作为行为依据则不可避免地将被“卷入”相关诉讼纠纷之中,进而接受法院及社会公众的审视。

3. 高校校规: 师生权利的“宣示书”

权利是衡量公共权力合法、合理与否的内在尺度、价值尺度和最终尺度,^⑭权利是法律制度的灵魂,法律的目的不是限制权利,而是扩大和保障权利,“在一切能够接受法律支配的人类状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。”^⑮作为校内“法”重要表现形式的高校校规既是高校行政权力与自治权力行使的基本依据,亦是教师与学生权利的“宣示书”;且校规限制或规制高校行政权力与自治权力的终极归宿乃在于为教师与学生提供无微不至的权利保护。教师与学生的权利不仅限于法律、法规、规章所明确赋予或授予的范畴,法律、法规、规章中隐含的权利或未涉及的权利只要不与国家“硬法”相抵触,校规则可设置相应条款予以规定——此点已在诸多高校章程中得以确认。^⑯高校校规之所以能在校内获得普遍的尊重与服从,应当说,对师生权利的确认与保护是其权力获具正当性的根源所在,“既然任何人对于自己的同类都没有任何天然的权威,既然强力并不能产生任何权利,于是便只有剩下来约定才可以成为人间一切合法性的基础”。^⑰与此同时,校规对师生权利的“宣示”亦意味着为高校管理权力行使设定“禁区”,权利虽然不是绝对的自由,但权力不可任意侵入权利的领地;当师生权利受到非法或不当侵害时,往往将以校规为据诉请救济,而司法恰恰是公民权利救济的最后屏障,“人们总想最大限度地控制或把握自己的生活权利,并且是多多益善;想得到自我表达的自由、基本性的经济保障、尊严以及尊重;还想要自己的选择权和被选择权倍受保障,以及使自己的生活方式具有正当性。为此,人们就将法院视为实现这些权利的保护神。”^⑱在此层面

⑫ 周佑勇《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第166页。

⑬ 《高等教育法》虽然没有直接规定哪些事项可由校规设定,但其对高等学校章程内容的“圈定”可视同为对校规内容的设置(参见《高等教育法》第28条)。事实上,章程作为校内“小宪法”,其条款具有高度抽象性、原则性与宏观性,必须通过校规予以细化方能在内部管理中适用。

⑭ 参见齐延平《人权与法治》,山东人民出版社2003年版,第13页。

⑮ [法]洛克《政府论》(下篇),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1980年版,第36页。

⑯ 如《中国人民大学章程》在《教育法》(第43条)、《普通高等学校学生管理规定》(第6条)所设定的学生权利基础上,另行规定学生享有知悉校内发展情况及参与学校民主管理的权利(参见《中国人民大学章程》第9条);此外,该章程在《教育法》(第33、34条)、《教师法》(第7条)所设定的教师权利基础上,另行规定教职员工享有公平使用学校公共资源、知悉校内发展情况、对涉及自身合法权益的事项可提出异议、申诉、复议、诉讼以及合同约定的其他权利(参见《中国人民大学章程》第19条)。据此,该校校规可依据章程设定法律、法规、规章之外的其他教师或学生权利保护具体条款。

⑰ 前引⑮。

⑱ [美]劳伦斯·M·弗雷德曼《美国司法制度历史断片之剖析》,载[日]小岛武司《司法制度的历史与未来》,王祖兴译,法律出版社2000年版,第20页。

上,可以说,校规的司法适用既是实现校规之权利“宣示书”功能的内在要求,也是实现依法治校的必然趋势。

(二) 规范向度的正当性: 高校校规与“法”

“法的首要特征,就在于法是调控社会关系或人们行为的规范”,^④“对于法律而言,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象”。^⑤在现代社会,法律制度像“一张无缝的网”规控着权利或权力行为;高校校规作为现代大学治理的“介质”文本,是国家立法与校内“立法”的桥梁;究其本质,高校校规亦是“法”,是调控高校与社会、政府、师生之间法律关系及相应管理行为的“法”,在校内具有普遍约束力。高校校规的“法”属性,应当说是其可以被司法适用的规范根基所在;若在司法审查中,校规不能作为行为依据而被适用,则无异于“空写着师生权利的一张纸”。如果说前述“理论向度的正当性”是校规可被司法适用的实质考察,那么,此处“规范向度的正当性”则为校规可被司法适用的形式分析。

1. 国家法《行政诉讼法》与“规范性文件”的附带性审查

根据《行政诉讼法》第2条关于行政诉讼被告以及行政行为范围的界定,^⑥高等学校作为“法律、法规、规章授权组织”,其所作出的行为当然属于行政行为范畴,且如前所述其制定的抽象行为规则——校规在属性上可类同于“规章以下的规范性文件”,而在现行行政诉讼体制中“规章以下的规范性文件”,属于可被附带性司法审查的内容;^⑦据此,高校校规在教育行政诉讼案件中,若涉及相对一方的权利、义务或高校权力行使的合法性、正当性问题,则可与被诉的具体管理行为一并接受法院的附带性审查。值得注意的是,是否仅高校依据法律、法规、规章明确性授权制定的“法源性规范”方可接受法院附带性审查,而将高校依据法律、法规、规章概括性授权或成员让渡的权力制定的“自治性规范”排除在附带性审查之外?笔者认为,“自治性规范”尽管隶属纯内部治理规范,但若涉及高校公共权力行使或师生权利享有、义务履行等实质性法律问题,则亦应接受司法审查。附带性审查是高校校规在教育行政案件审理过程中可被司法适用的制度基础,因为被司法适用的基本前提乃法院认可该规范性文件本身的合法性;事实上,根据《行政诉讼法》第64条之规定,不合法的规范性文件不可作为认定行政行为为合法的依据,也即间接承认了合法制定的规范性文件可作为认定行政行为为合法的依据。^⑧

2. 校内“法”: 高校校规的“法律性”与“准法律性”

^④ 李龙主编《法理学》,武汉大学出版社1996年版,第24页。

^⑤ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第16-17页。

^⑥ 《行政诉讼法》第2条“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”

^⑦ 《行政诉讼法》第53条“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章。”

^⑧ 《行政诉讼法》第64条“人民法院在审理行政案件中,经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。”

相较于《教育法》、《高等教育法》、《学位条例》、《普通高等学校学生管理规定》等国家法而言,高校校规是校内“法”,是“软法”的表现形式之一,“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”,^{⑤4}“是不能运用国家强制力保证实施的法规范”;^{⑤5}软法亦“法”,软法是包括社会团体、基层群众自治组织、行业协会、基金会、高等学校等社会公权力组织形态的“内部法律”,“构成社团秩序或组织就是社团的法律,社团只有通过它的法律才算在法律是存在的”。^{⑤6}校规亦“法”,违反校规虽不必然导致行政、民事或刑事法律责任的承担,但亦会产生相应不利后果;在一定层面上,甚至可以说,师生员工违反校规所遭致不利后果的强度丝毫不亚于违反国家法律。^{⑤7}校规有“法源性规范”与“自治性规范”之分,前者因其内容系法律、法规、规章的解释性或执行性条款,是国家法在校内的具体化,故而在实质上具有与相应国家法类同的“法律性”;后者虽内容主要系自治性条款,但由于其在实体或程序上为高校相关法律关系主体创设了权利或义务,体现了高校内部成员的最大公意,并构成校内秩序组织规范,故而具有“准法律性”。“法律性”与“准法律性”共同构成高校校规可被司法适用的规范属性基础;高校校规尽管不是严格意义上国家行政机关制定的法规、规章或规范性文件,但不可因其制定主体的“非典型性”而漠视其实体内容的“法律性”或“准法律性”。事实上,我们也只有承认校规的“法”属性,并使其进入司法适用视野,才能真正发挥其校内规范治理效果;如若仅在国家赋权层面承认高校可通过校规实施自我管理,却在涉及纠纷时认定校规为“非法律、法规、规章的内部文件”而排除其司法适用性,则无异于否定国家赋权之价值。^{⑤8}

3. 判例“法”: 最高人民法院指导案例与公报案件的指导性

“田永诉北京科技大学案”(1999年,以下简称“田永案”)、“何小强诉华中科技大学案”(2009年,以下简称“何小强案”)、“甘露诉暨南大学案”(2011年,以下简称“甘露案”)是最高人民法院发布的三则教育行政诉讼典型案例;其中,“田永案”、“何小强案”既是公报案件又是指导案例,“甘露案”仅为公报案件。^{⑤9}此三例案例(件)不但明确了教育行政诉讼案件的相关审查规则,且在高校校规的司法适用问题上呈层层递进关

^{⑤4} Francis Snyder: *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, Steve Martin: *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers.

^{⑤5} 罗豪才、宋功德《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第3页。

^{⑤6} [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第111页。

^{⑤7} 如大部分学校均规定,若教师出现一般教学事故,将被通报批评、扣除津贴、取消当年度评奖评优资格等;若出现严重教学事故,还可取消当年职称晋级资格,甚至调离教学岗位或解除聘任合同。参见《中南大学研究生教学事故认定与处理办法》第9、10条《西安交通大学教学事故认定(处理)办法》第10条。

^{⑤8} 诚然我们在探讨宪法的司法适用时,也同样曾遭遇“宪法是否是‘法’”的问题。“为什么在世界上有越来越多的国家能够将宪法司法化呢?我想最重要的原因是因为这些国家在宪法观念上已真正将宪法作为一个法来看待,从而将宪法作为裁判的准则由某一特定机构反复适用。”(王磊《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版,第148页。)校规的司法适用亦是如此,校规尽管不是严格意义上的教育行政法律渊源,但我们不可否认其“法”的属性与效力。

^{⑤9} “甘露案”系最高人民法院审结的首例高校行政诉讼案件,且在2014年11月纪念最高人民法院成立六十五周年的活动中被认定为“影响中国的51个大案”之一(参见林子彬、王俏《65年,那些被记住的案件》,载《人民法院报》2014年11月24日第8版),也是其中唯一的一个教育行政诉讼案件,直接推动了中国教育法治进程。

系——“田永案”从反面直接确定非法制定的校规不可在司法审查中被适用,^⑩“何小强案”从正面间接认可合法制定的校规可在司法审查中被适用,^⑪“甘露案”则由最高人民法院以判决([2011]行提字第12号)形式正式认定“不违反上位法且已经正式公布”的校规作为司法审查的“参考”依据。^⑫我国虽非判例法国家,但最高人民法院发布的指导性案例已被明确具有审判“参照”价值;^⑬而公报案件虽然不具有指导性案例类似的强制性“参照”功效,但因其发布机关系最高国家审判机关,遴选规则与发布程序亦具有严格限制,故在下级人民法院审理案件过程中同样具有实际参考价值。^⑭事实上,法院是推动行政法理论发展与规则变迁的重要力量,^⑮诸多行政法原理或行政行为原则均是通过法院司法审判逐步发展起来的。据此,可以说,在“田永案”、“何小强案”及“甘露案”中,最高人民法院对高校校规司法适用的直接、间接认可或明确肯定可资为下级人民法院审理同类案件所借鉴。

四、高校校规司法适用的基本原则

司法在“法律已经成为社会最高控制手段”^⑯的时代,具有无可比拟的社会公正价值,“司法裁判最完全地按照法律来实现正义,它比任何其他裁判形式更好地把确定性和灵活性两者所具有的各种可能性结合起来。”^⑰而大学作为一个“享有不受国家、教会及任何其他官方或非官方法人团体和个人干预”^⑱并以“团体形式自主决定自身的目标和各种计划,以及实现这些目标和计划手段的权利”^⑲的组织体,如何在司法审判中寻求其相对独立价值,不但是考察大学自治治理与司法监督之间关系的核心,且是分析高校校规司法适用基本原则的关键。

⑩ “高等学校依据违背国家法律、行政法规或规章的校规、校纪,对受教育者作出退学处理等决定的,人民法院不予支持。”参见最高人民法院指导案例第38号(2014年12月25日发布)。

⑪ “高等学校依照《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》的有关规定,在学术自治范围内制定的授予学位的学术水平标准,以及据此标准作出的是否授予学位的决定,人民法院应予支持。”参见最高人民法院指导案例第39号(2014年12月25日发布)。

⑫ “人民法院在审理此类案例时,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。”参见《最高人民法院公报》2012年第7期。

⑬ 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》([2010]51号)第7条“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”

⑭ 有学者认为,公报案例所宣示的判决要旨能否产生客观影响力、能否发挥对下级人民法院的约束力,取决于本身判决思路的内容说服力和权威判决的形式说服力。参见陈越峰《公报案例对下级法院同类案件判决的客观影响——以规划行政许可侵犯相邻权争议案件为考察对象》,载《中国法学》2011年第5期。

⑮ 参见余凌云《法院如何发展行政法》,载《中国社会科学》2008年第1期。

⑯ [美]罗斯科·庞德《通过法律的社会控制》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第131页。

⑰ 前引⑯,庞德书,第91页。

⑱ 转引自陈学飞《当代美国高等教育思想研究》,辽宁师范大学出版社1996年版,第76页。

⑲ Berdahl, Robert, Co-ordinating Structures. The UGC and US State Co-ordinating Agencies, in Michael Shattock: The Structures and Government of High Education. Society for Research into Higher Education, 1983, p. 69.

(一) 附带性审查原则

附带性审查是高校校规司法适用的程序前提;高校校规也只有进入附带性审查程序,方可最终被确定是否能适用于案件审理。高校校规司法适用中的附带性审查原则是指公民、法人或其他组织需在提起教育行政诉讼的同时即一并申请对所涉高校校规条款的附带审查,法院不可主动、直接对高校校规进行司法审查。具体而言,其主要涵盖以下子规则:

1. 一审申请规则

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“《行政诉讼法》司法解释[2015]”)第20条规定,“公民、法人或者其他组织请求人民法院一并审查行政诉讼法第五十三条规定的规范性文件,应当在第一审开庭审理前提出;有正当理由的,也可以在法庭调查中提出。”公民、法人或其他组织在教育行政诉讼中申请对高校校规的附带性司法审查时间必须是第一审开庭审理前;但若高校在作出相关管理行为时未告知相应校规条款,相对一方也无法从简便、快捷的公开渠道(如校内信息公开栏、教师手册、学生手册、内网文件公开系统等)获知该校规条款内容,^⑩被诉高校却在一审过程中以该条款为依据证明自身行为合法性,则相对一方有权在法庭调查阶段提请对该校规的附带性审查。对于相对一方没有在一审庭审前或一审过程中申请附带性审查的校规条款,法院不得依职权主动实施审查行为;法院对相对一方在二审或审判监督程序提出的校规附带性审查申请可一律不予受理。

2. 受诉法院管辖规则

受诉法院管辖规则是指不论高校层级为何(部属高校抑或省属高校、市属高校),其校规条款一旦被申请附带性审查则由受诉人民法院一并审查。该规则主要解决的是不同层级高校校规的审查管辖权问题;部属、省属、市属高校校规的法律地位可分别类同于教育部直属机构、省级或市级人民政府职能部门制定的一般规范性文件,此类规范性文件不因其“部属”、“省属”或“市属”性质而产生移送审查问题,应贯穿“谁受理,谁审查”原则;只有在出现校规条款与部门规章、地方政府规章或地方性法规冲突时,方可提请有关权力机关或上级行政主管部门予以解释或确认。事实上,虽然目前我国已在校规的制定与管理领域实行备案制度,^⑪但此种备案仅为程序意义上的“备案”,教育行政主管部门并不对相关规章制度进行实质性审查,各高校需对自身制定的校规合法性独立承担法律责任。

3. 非全面审查规则

非全面审查规则,又称“直接依据规则”,系指人民法院在对高校校规进行附带性审

^⑩ 在高校管理实践中,部分校规在制定时虽履行了内部网络公示义务,但此后随着相关信息的被清理而从公示系统中彻底消失,教师、学生无法便捷查找、及时获取相关校规内容;如遇相关权利、义务纠纷,学校以该校规为由对抗教师、学生的申诉、复议或诉讼,则教师、学生明显处于维权不利状态。

^⑪ 参见《普通高等学校学生管理规定》第67条。“备案”不同于“核准”,“核准”则涉及实质性审查问题,如对高校章程的制定则实行“核准”或“核准+备案制度”。参见《高等学校章程制定暂行办法》第23条。

查时,仅审查作为被诉教育行政管理行为依据的校规条款,而不对该校规的所有条款予以全面审查。“合理地确定司法机关对法律规则进行审查的范围和力度,是一个具有高度艺术性的政策选择过程……司法审查只有在正当的范围内运作才可能得到承认和尊重”;^②人民法院不可无限度地介入校规司法审查,附带性审查仅以教育行政管理相对一方申请审查且作为被诉高校权力行为依据的校规条款为限;这既是基于节约司法资源的考量,亦是尊重学校自主管理权的需要。非被诉教育行政管理行为依据的校规条款,即便相对一方申请附带性审查,人民法院亦应拒绝;若人民法院对与案件无关的校规条款也进行司法审查,则将使附带性审查异化为对校规的独立抽象审查,从而悖离制度设置初衷。

4. 诉讼中止规则

中止诉讼规则是指在教育行政诉讼过程中,被附带性审查的高校校规需提请有关权力机关或上级行政主管部门作出解释或确认的,则人民法院应当中止案件审理,待有权机关作出处理决定后再行继续诉讼。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“《行政诉讼法》司法解释[2000]”)第51条规定,“在诉讼过程中,有下列情形之一的,中止诉讼:……(五)案件涉及法律适用问题,需要送请有权机关作出解释或者确认的;……”高校校规中的“法源性条款”涉及对法律、法规、规章的解释或执行问题,但高校由于对“上位法”的理解与立法者的立法意图或“上位法”条款的原意可能存在一定程度偏差,继而制定涉嫌偏离甚至违背“上位法”原意的校规条款,^③此时则应提请并等待相关有权机关解释或确认;人民法院不可径行对校规条款直接作出司法认定。

(二) 合法性原则

合法性原则是校规司法适用的实质要件。只有经人民法院附带性审查查明不与“上位法”冲突的校规方可在教育行政案件中被司法适用;对具有违法乃至违宪情形的校规,人民法院自然有权拒绝适用。2012年教育部发布的《全面推进依法治校实施纲要》已对校规合法性提出了政策层面要求,“章程及学校的其他规章制度要遵循法律保留原则,符合理性与常识,不得超越法定权限和教育需要设定义务。”^④在法律层面,校规司法适用中的合法性原则主要表现为以下内容:

1. 权限合法:不突破

权限合法即高校校规在制定权限范围上不得突破相关法律规定。(1)对于高校根

^② 苗连营、沈开举《论我国立法监督制度中的附带性审查——兼析〈立法法〉关于立法监督之规定》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2002年第1期。

^③ 在“甘露案”中,最高人民法院经审理查明,暨南大学据以开除甘露学籍的《暨南大学学生违纪处分实施细则》第25条“剽窃、抄袭他人研究成果,情节严重的,可予开除学籍处分”)违背了《普通高等学校学生管理规定》第54条第(五)项的立法本意,“甘露作为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”。参见《最高人民法院公报》2012年第7期。

^④ 参见《全面推进依法治校实施纲要》(教政法[2012]9号)第6条。

据法律、法规、规章明确性授权制定的“法源性规范”,自然不得超越相关法律、法规、规章授权的范围。(2)对于高校根据法律、法规、规章概括性授权或法律、法规、规章根本未涉及的事项制定的“自治性规范”,不可以“内部自主管理”为由滥行规则制定权,而必须在行为底线上严格恪守法律保留原则,“举凡教育内容、学习目的、修课目录、学生地位等有关大学生学习自由之‘重要事项’,皆应以法律明文规定限制之,或有法律明文之授权。尤其是足以剥夺大学生学习自由之退学或开除学籍处分,更应以法律明文规定其事由、范围与效力,而不得仅以行政命令或各校之学则即予剥夺,此乃法律保留之基本要求也。”^⑮也就是说,涉及师生员工基本权利(如受教育权、发展权、自由权、财产权、隐私权等)的事项只能由全国人大及其常委会制定的法律予以规定,校规不可逾越法律界限而对上述基本权利作出限制乃至剥夺之规定。

2. 内容合法: 不违背、不抵触与有限参照

内容合法即高校校规在实体内容上必须符合“上位法”的明文规定或不违背“上位法”的基本立法精神、原则。内容合法是校规司法适用的核心,法院须从所涉校规条款的文本内容出发,审查其实体合法性,进而判断其是否可在司法审查中被适用。具体而言,内容合法包括以下三项子规则:(1)效力位阶规则。系指高校校规内容不得违背“上位法”明文规定,此处“上位法”仅包括宪法、法律、教育行政法规和部委规章,不包括教育地方性法规和地方政府规章及其他教育行政规范。如前所述,宪法、法律、教育行政法规和部委规章(特别是教育部规章)对全国范围内的教育行政事务具有普遍约束力,校规条款理应符合该类法律规范的明文规定,校规条款如与其相冲突则违法无效;而教育地方性法规和地方政府规章因其适用范围的地域局限性,仅对地方性高校(如省属高校、市属高校)具有当然约束力。(2)不抵触规则。一方面系指高校校规内容在没有“上位法”明文规定的情况下,不得与相关“上位法”的基本立法精神或原则相抵触;另一方面系指非地方性高校(如部属高校)校规虽然无需严格遵从教育地方性法规和地方政府规章的明文规定,但不得与之相抵触。(3)“有限参照”规则。系指其他规章以下的教育行政规范对高校无强制性约束效力,校规在制定过程中仅履行“有限参照”义务,是否参照由高校根据相关教育行政规范的具体内容自主确定;如有违反,不当然构成违法无效。

3. 程序合法: 最低限度正当法律程序

程序合法即高校校规在制定程序上必须符合最低限度的正当法律程序之要求。此处的“最低限度正当法律程序”与国家立法需严格遵循的正当法律程序相对应,过于严苛、繁琐的立法程序将在一定程度上限制校规制定的灵活性,但不意味着校规制定可随

^⑮ 董保城《教育法与学术自由》,台湾元照出版有限公司1997年版,第211页。

性而为,其亦应符合正当程序的基本要求。^⑩鉴于我国目前暂无法律、法规或规章对校规的制定程序有明确规定,人民法院可参考《高等学校章程制定暂行办法》及《全面推进依法治校实施纲要》相关规定,^⑪对所涉校规条款的制定过程进行审查。一般而言,校规草案制定应符合民主、公开之基本原则,履行收集并听取师生意见、专家论证、校内公示等基本程序,涉及师生员工切身利益的重大问题与重要事项还应举行听证;校规正式文本应通过适当形式予以公示,并为师生员工提供便捷的查询渠道以随时获取相关校规条款信息;未经公示的,不得作为行为依据。若校规在制定程序上未达致正当程序之基本要求,则人民法院亦有权拒绝适用。

(三) 尊让原则

尊让原则即人民法院在对高校校规进行附带性司法审查的过程中,应保持必要克制,尊重高校自主管理权行使。该原则彰显的是国家司法监督权对大学自治的理性谦让;自治是现代高等教育的灵魂,“失去自治,高等教育就失去了精华”;^⑫自治也是高校校规能够得以多元化和个性化的源泉,司法在为师生员工权利享有保驾护航的同时,也不可过度介入大学自治,“大学既不是一个完全自治,也不是一个完全受控制的组织”,^⑬“司法的阳光绝对不仅仅是阳光,有时可能是粗暴的、不那么令人愉快的急风暴雨,有可能对科学的殿堂有某种负面的影响”。^⑭在此层面上,可以说,尊让原则既是高校自主管理权对司法监督权的内在防御,也是人民法院审查高校校规所应保持的必要尺度;人民法院如若逾越必要界限,则将使校规的司法适用失却正当性。

1. 学术尊让

学术自治是大学自治的基本内容,“大学或是其他组织之学术事项,根本就不适宜由代议民主制或司法来替代学术机构作出决定”,^⑮学术判断乃司法审查的禁区——这是法院在教育行政案件审理过程中所必须遵循的铁律;学术事务是专家的自由领地;举凡学术事务,法院一律不得涉足。“大学的任务即在于提供一个最有益于思维、试验和

^⑩ 在“于艳茹诉北京大学案”中,人民法院重申了高校作为“法律、法规、规章授权”的行政主体,在公权行为作出过程中必须遵守正当程序原则。该案判决书指出,“作为最基本的公正程序规则,只要成文法没有排除或另有特殊情形,行政机关都要遵守。即使法律中没有明确的程序规定,行政机关也不能认为自己不受程序限制,甚至连最基本的正当程序原则都可以不遵守。应当说,对于正当程序原则的适用,行政机关没有自由裁量权。”参见北京市第一中级人民法院(2017)京01行终277号行政判决书。

^⑪ 《高等学校章程制定暂行办法》第16条“高等学校应当按照民主、公开的原则,成立专门起草组织开展章程起草工作。”第18条“章程起草过程中,应当在校内公开听取意见;涉及到关系学校发展定位、办学方向、培养目标、管理体制,以及与教职工、学生切身利益相关的重大问题,应当采取多种方式,征求意见、充分论证。”《全面推进依法治校实施纲要》(教政法[2012]9号)第6条“学校制定章程或者关系师生权益的重要规章制度,要遵循民主、公开的程序,广泛征求校内外利益相关方的意见。重大问题要采取听证方式听取意见,并以适当方式反馈意见采纳情况,保证师生的意见得到充分表达,合理诉求和合法利益得到充分体现。”

^⑫ 前引②,布鲁贝克书,第28页。

^⑬ 眭依凡《大学校长的教育理念与治校》,人民教育出版社2003年版,第323页。

^⑭ 贺卫方《评刘燕文诉北京大学案》,载“新浪博客”: http://blog.sina.com.cn/s/blog_48866320010002yb.html,最后访问时间:2016年11月20日。

^⑮ 廖元豪《法律保留与基本权利保障之脱钩:评司法院大法官释字第563号解释》,载《台湾本土法学》2004年第2期。

创造的环境。那是一个可以达成大学的四项基本自由——在学术的基础上自己决定‘谁来教’、‘教什么’、‘如何教’以及‘谁来学’——的环境”;^⑫在这种环境里,所谓“学术事务”在理论上即与教学、研究、学习相关的事项,包括教学计划、课程设计、学习方法、考试规则、学业成绩评定、学位授予与毕业条件等;^⑬在教育管理实践中即《高等教育法》、《高等学校学术委员会规程》所规定的高等学校依法自主制定招生方案,调节系科招生比例、调整学科与专业,设置学术机构,选编教材,组织实施教学活动,制定教学计划、教学科研成果、人才培养质量的评价标准及考核办法、学历教育的培养标准、教师职务聘任的学术标准与办法、学术评价与争议处理规则、学术道德规范,自主开展科学研究、技术开发和社会服务等。^⑭学术事务构成学术自治的核心范畴,其自主治理系由“事务本质上的固有的自主规律性所决定”;^⑮学术事务由高等学校依法设置的学术委员会统筹行使决策、审议、评定和咨询等职权,^⑯其他任何组织与个人均不得干涉。

2. 内部行政尊让

内部行政是高等学校在学术事务之外的其他涉及校内秩序管理或维护的活动。此类活动尽管在学术事务之外,却实质上又与学术事务存在着千丝万缕的联系,冠以“行政”之名原因乃在于涉及高校行政权力之行使;法院毕竟不是校内教育行政事务的判断专家,其更不可僭越校内教育行政管理权之行使,对此类内部行政事务应由高校根据其自身制定的校规予以处理;对于高校管理者而言,“他们所承认的一切就是他们将受自己的法令的约束”。^⑰有关内部行政事务范围的界定,可借鉴《高等教育法》相关条款对校长职权的规定,根据该条款校内内部行政事务主要包括:拟订发展规划、制定具体规章制度和年度工作计划并组织实施、拟订内部组织机构的设置方案,推荐副校长人选,任免内部组织机构的负责人、聘任与解聘教师以及内部其他工作人员,对学生进行学籍管理并实施奖励或者处分、拟订和执行年度经费预算方案,保护和管理校产等。^⑱当然,在校内秩序管理或维护的过程中,内部行政事务的范围可能远不止于此;只要是与外部教育行政管理法律关系无关的事务,皆可纳入内部行政事务范畴。值得注意的是,如若校规对内部行政管理事务的规定涉及对师生员工基本权利的处理或其他合法权益构成不利影响(即产生“内部行为外部化”问题)则亦应接受法院的附带性审查。

(四) 参考原则

参考原则即人民法院对经附带性审查认定为合法的高校校规可在相应教育行政案

^⑫ Sweezy v. New Hampshire, 354 U. S. 234 (1957). 参见周志宏《学术自由与大学法》,台北蔚理法律出版社1989年版,第96页。

^⑬ 参见李惠宗《教育行政法要义》,台湾元照出版有限公司2004年版,第400页。

^⑭ 参见《高等教育法》第32—35条、《高等学校学术委员会规程》第15、16条。

^⑮ 许宗力《法与国家权力》,台北元照出版有限公司1999年版,第118页。

^⑯ 参见《高等学校学术委员会规程》第2条。

^⑰ [美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第64页。

^⑱ 参见《高等教育法》第41条。

件中予以参考适用。“参考”与“参照”是两种有一定关联性又有部分差别的法律术语,二者均意味着人民法院对相应法律、法规之外的规则或规范拥有选择性适用权,但“参照”系“参考”与“仿照”的合成词,“参考”系“参照”的下位概念;依据相关法律规定及司法解释精神,规章可用“参照”,而其他规章以下的规范性文件(含校规)更适宜用“参考”。参考原则是校规司法适用在结果运用阶段所必须遵循的基本原则。对该原则可做如下理解:

1. “参考”以“依据”和“参照”为前提

根据《行政诉讼法》相关规定,人民法院审理行政案件“依据法律、法规,参照规章”。^⑨法律、法规、规章作为校规的上位阶法律规范,是教育行政诉讼案件审理的基本依据;依据前述的“效力位阶原则”,人民法院在司法审查过程中必须根据具体案情优先适用法律、教育行政法规和部委规章,选择性适用教育地方性法规、地方政府规章以及其他规范性文件。校规作为类同于“规章以下规范性文件”的行为规则,其在教育行政诉讼案件审理规则的适用顺序上,理应位列于法律、法规和规章之后;也就是说,“参考”性适用校规以“依据法律、法规,参照规章”为前提,人民法院不可绕过上位阶的法律、法规、规章而直接适用校规。

2. 引用与裁判理由

“参考”意味着人民法院审理教育行政案件,可在裁判文书中引用合法有效的校规条款作为裁判理由,且此“引用”仅以作为裁判理由为限,而不得作为裁判的法律依据。对校规司法适用“参考原则”中的“引用”,可借鉴最高人民法院发布的有关“参照规章”、“行政规范性文件司法适用”等规定予以理解。《行政诉讼法》司法解释[2000]规定,“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件”;^⑩《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》则更进一步指出,“人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的,在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力;人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。”^⑪可见,“参考”并不意味着作为被诉教育行政行为依据的校规在人民法院的裁判文书中可作为裁判依据而存在,其仅是作为证明被诉教育行政行为或相对一方行为合法性的理由,仅能以“裁判理由”的形式出现诉讼判决书中。

3. 不合法与“本案不予适用”

经附带性审查查明,如若案件所涉校规内容违反“上位法”条款或精神,则人民法院有权拒绝适用,且应在裁判理由中阐明拒绝适用的理由;这是人民法院对规范性文件司

^⑨ 《行政诉讼法》第63条“人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院审理行政案件,参照规章。”

^⑩ 参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第62条第2款。

^⑪ 参见《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)。

法适用的一般规则,《行政诉讼法》司法解释[2015]规定,“规范性文件不合法的,人民法院不作为认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。”^⑫此处值得注意的是,被拒绝适用的校规仅在本案中拒绝适用,而不产生普遍性否定效果,法院不可直接裁定不合法的校规无效或可撤销;毕竟校规的附带性司法审查不同于独立的具体行为教育行政诉讼司法审查,附带性审查的目的仅在于认定校规是否合法进而明确其可否被司法适用,法院无权直接判决校规违法;与此同时,“被拒绝适用”的效果仅限于本案,如若日后在其他教育行政诉讼案件中又涉及到相同校规条款的合法性问题,则应另行申请附带性审查。故为节约司法资源,预防法院重复审查具有相同不合法内容的校规,法院应在拒绝适用校规条款后,向其制定主体提出修改校规的司法建议。

五、结语 “无需法律的秩序”与司法张力

秩序乃法律的应然目标;然而,“许多情况下,法律都并非保持社会秩序之核心……人们经常情愿有意不理睬法律的缘由之一是他们经常有实现秩序的一些更为便捷的手段”,^⑬通过国家法律之外手段实现的秩序即为“无需法律的秩序”。高等学校作为现代社会最复杂的组织之一,其奉行机构自治、倡导学术自由,这也使得高等学校长期被冠以“象牙塔”的美誉,“象牙塔”崇高而圣洁,在其中有着某种“自生自发的秩序”^⑭,这种秩序理应远离世俗干扰,甚至可以说,即便没有国家立法介入亦能自成一体,打造独特的治理秩序。然而,现代社会毕竟是法治社会,不论权力行使或权利享有均应处于法律调整之下,大学治理亦如是;大学自治并非绝对的自治,大学自治也需要法治的关照;当“象牙塔”中的权力或权利纷争无以自力解决时,司法便以“和平而非暴力方式解决争端”^⑮的角色凸现于校内秩序恢复;若干审判实践证明,在此类争端解决过程中,校规发挥着不容抹煞的重要作用。我们言校规重要,不仅因其是校内“自生自发秩序”的基本实现规则,更因其是高校公共权力的重要运行依据;举凡教育行政诉讼案件,皆与校规有着“剪不断、理还乱”的牵连。校规司法适用体现的是大学自主管理权与国家司法监督权的博弈,司法既不能对校规安排的校内秩序“坐视不理”,亦不能过度介入校内自主治理,二者必须保持理性尺度;大学需要司法阳光照拂,但也不能完全曝晒于司法烈日之下。大学自治与国家法治并行不悖;2016年1月13日发布的《国务院办公厅关于优化学术环境的指导意见》(国办发[2015]94号)已明确指出,“坚持依法治学。建立保障学术自由的法治基础”这是国家政治高层对大学秩序提出的法治新要求,可以期待在日后的大学自主管理中,法治思维与法治方法将得到更为充分的运用。如果说“象牙

^⑫ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2015]9号)第21条。

^⑬ [美]罗伯特·C·埃里克森《无需法律的秩序》苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第346、348页。

^⑭ [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。

^⑮ Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, in American Courts System, 1978 by W. H. Freeman & Company.

塔”中“无需法律的秩序”是一种应然价值追求,那么,校规的司法适用则是国家认可校规治理效用的实然诉讼操作;我们不敢妄言所有实体合法、程序合法的校规均能在司法审判中被法院所选择适用,但这至少是逐步努力的方向。承认校规的司法适用效力,就是承认大学的自主治理秩序;认真对待校规,就是认真对待“象牙塔”中的权力与权利!

Abstract: University regulation, the rule between law and charter, is the foundation of university's public execution and has so many similarities with administrative normative documents. Legality and quasi legality are the basic features of university regulation which lead to university regulation can be used in litigation. Judicial application of university regulation is dependent on incidental review. Judicial organs have the right to choose university regulation as reference that were to be recognized as legitimate during the incidental review. National judicial authority should maintain necessary respect with self-management of university. Only in this way, we can achieve the harmony order in university's internal governance.

(责任编辑:吴 雷)