

高校自主办学法解释论

湛中乐 黄宇骁

【摘要】作为一项我国实定法上的制度和原则,高校自主办学是《宪法》第47条的制度性保障,在法律体系中呈现由上至下不断细化,辅以规范性文件作为现实指导和立法指引的保障模式。办学自主权是自主办学制度派生出的权利,但与大学自治相呼应的本土术语应当是自主办学。在自主办学的外部关系上,在假定法律合宪性的前提下,法律层面的办学自主权只能针对行政行为和司法审查强度,不可以针对立法行为与司法受案范围。行政机关应当遵守事业单位的法律保留与自主事项的法律优先等四条规则处理与高校的法律关系。在自主办学的内部关系上,实定法采用了高校内部主体共享办学自主权的相对分散模式。国家在尊重高校自主管理内部事务的同时,要求高校依据章程确保内部治理结构的合理化。

【关键词】自主办学;办学自主权;大学自治;依法治教

【作者简介】湛中乐,北京大学法学院教授,法学博士;黄宇骁,北京大学法学院博士研究生。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2020.3.94~109

【基金项目】本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“公法争议与公法救济研究”(项目编号16JJD820001)的阶段性研究成果。

“大学自治”是横跨法学与教育学两大学科而经久不息的话题,我国学界迄今为止积累了众多成果。然而,肯定繁荣的同时也至少可以指出以下两点盲点或不足。第一,来自域外的大学自治和原生于我国的自主办学(或办学自主权)似乎成了两条平行线,对两者的关系、用法以及是否可以统一等远没有形成共识。第二,纵观我国大学自治或自主办学的先行研究,教育学成果占了绝大多数,其往往从教育立法与政策学、教育管理学的角度出发探究我国大学自主权的保障与实现问题。作为法学的传统研究方法——法教义学或法解释学的研究成果较为少见,且有限的讨论也较多地集中于“学生告学校”的问题,^①缺乏其他领域的探究,^②民办高校自主权问题更鲜有涉足。

大学自治的本土研究既不是抽象地对世界各国大学自治一般原理进行阐述和介绍,也不是以

外国的现行做法为评价基准来“指点”我国的成败得失。大学自治的本土研究首先是一个对我国现行法律制度的分析与解构问题,“现行法制体系是怎样的、如何去解释、怎样依现行法去保障”是研究的重点。基于这一判断,本文拟严格采用法解释学的方法,对我国的自主办学进行彻底的分析和阐述。文章在论述上将立足于法条、学说与判例三者,围绕法律保障体系解析、概念厘清、外部关系和内部关系探究等几个角度展开。

一、高校自主办学的实定法保障

大学自治不仅仅是一种理念、原理或政策方针,它更是实定法律体系中保障的一项实实在在的制度。这种法律制度的表述在我国就体现为高校的“自主办学”。下文将在我国实定法中寻找这一保障的规范依据,从而使得自主办学真正有资格成为法解释学的对象。

(一)法律体系与结构

第一,从狭义的法律层级来看,直接而明确提到保障高校自主办学的法律是《高等教育法》与《民办教育促进法》,间接提到的是《教育法》。首先,作为教育领域的基本法律,《教育法》第29条最先赋予了包括小学、中学、大学等在内所有教育机构的按照章程自主管理的权利,并在第2款中强调国家有义务保护这种权益不受侵犯。当然,该条并不能解释为小学、中学等教育机构拥有与高校一致的同等自主权,尤其是公办类学校,但不管怎样,作为教育基本法律的《教育法》同样保障高等学校的自主权这点是没有疑问的。其次,明文规定高等学校实行“自主办学”原则的法律是《高等教育法》,它具有全国性效力,是直接提到高校办学自主权的人大立法。其一,《高等教育法》第11条规定高等学校“依法自主办学”。本条为总则规定,宣告法律总体上保障高校的自主办学,是概括性条款。其二,《高等教育法》第32条至38条为高校自主事项的具体列举。同时,鉴于《高等教育法》采用的是“总则+列举”形式保障高校的自主办学,因而只要有法律依据,不管这种依据是人大立法还是行政立法,都可以增加高校的办学自主事项。最后,2003年起施行的《民办教育促进法》值得注意。该法作为人大立法与《高等教育法》具有同等位阶,是指导包括民办高校在内所有民办教育机构的根本规范。该法第5条规定“国家保障民办学校的办学自主权。”比起《高等教育法》第11条,该法用的是“办学自主权”而不是“自主办学”。此外,其办学自主权的保障主体并不是“民办高校”而是“民办学校”。《民办教育促进法》将办学自主权扩大到了包括小学、中学在内的所有民办学校,表明了全体民办学校自主权的等价性。

第二,除上述法律(狭义)位阶明确提到高校自主办学外,我国保障高校“自主”的立法用语还散见在各种行政法规、部门规章与地方性法规等下位法律规范中。这些规定较为零散,多为一些简

短的条文,其中最值得注意的是《民办教育促进法实施条例》《高等学校章程制定暂行办法》与《上海市高等教育促进条例》。

第三,除通常意义上的法律规范以外,实质上提及高校自主办学最多的莫过于行政规范性文件。行政规范性文件不属于法的范畴,不具备普遍意义上的法律效力,^③因而严格来说并不是高校自主办学“实定法保障”的例子,但学理上的规范分析与事实上的现实陈述并不是一回事,现实中尤其在高等教育领域,实际起支配作用的恰恰不是有限的几部法律,而是数量庞大的行政规范性文件。^④

综上所述,高校自主办学作为一项在实定法中保障的制度和原则,在我国法律体系中呈现出以下的结构:即以《教育法》第29条为根本依据,以《高等教育法》和《民办教育促进法》为两翼,依次从上而下由行政法规、部门规章和地方性法规不断具体细化和更新,辅以大量的行政规范性文件作为现实指导和立法指引。可以说迄今为止形成了一套完整的自主办学保障法律体系,为法解释学的发展提供了丰富素材。

(二)自主办学是否具有宪法地位

在讨论高校自主办学的实定法保障时,过去学界往往忽视了一个极其重要的问题——我国法语境中的自主办学是否具有宪法地位?对这一问题的解答同样可以回答“自主办学是否与普遍意义上的大学自治同质”的问题。

1. 宪法依据

首先,成为各国普遍通行原则的大学自治与宪法的哪一条规定有关?从比较法的层面上看,毫无疑问是学术自由条款。也就是说,绝大多数国家的宪法文本中是没有“大学自治”一词表述的,然而各国却普遍将大学自治当作拥有宪法保障的基础,其关键正是各国宪法普遍规定的一项基本权利——学术自由。^⑤例如,在学术自由的法源地德国,《基本法》第5条第3款只提到了学术自由,但宪法解释学上却发展出了大学自治的原理,通说认为其是学术自由的制度性保障。^⑥虽然从各

国大学自治的教义史上可以看出大学自治的出现有不同推导路径,^⑦但无论是任何一种路径,有一点是毋庸置疑的——只要宪法上存在对学术自由的保障,则毫无疑问应当推导出大学享有一定程度的自治权利。如果大学不存在自主性,学术的“自由”该如何保障呢?

其次,我国保障学术自由是清楚而明确的,学界通说认为现行《宪法》第47条是保障学术自由的宪法依据。^⑧当然,《宪法》第47条并没有明文出现“学术”两字,取而代之的是“科学研究”“其他文化活动”“教育、科学、技术”“其他文化事业”等用语,至于如何通过这些用语推导出对学术自由的保护,学界存在争议。^⑨然而,这仅仅是解释方法和技术的差异而已,对我国宪法是否保护学术自由的问题,学界是没有争议的。

最后,既然大前提、小前提都成立,那么很容易得出这样的推导与结论:大学自治作为学术自由的制度性保障是学术自由赖以成立的基石,既然我国《宪法》第47条保障了学术自由,那么第47条当然可以是我国大学自治的宪法基础。当然,“大学自治”是一种法学研究上的学理术语,它在我国实定法上表现为“自主办学”或“办学自主权”,但这种术语表达的不同,不妨碍背后原理的一致性——科研自由的宪法权利实现需要高校自主办学的制度性保障,而保障自主办学的最终目的当然是繁荣基于真理认识的我国社会主义科研事业。

2. 保障方法

在得出自主办学的保障具有宪法地位,并且《宪法》第47条是其规范依据的结论后,本文依然想进一步强调“质虽同,量却不同”的道理。在我国,现阶段宪法对自主办学的保障方法当然存在与西方的不同之处。

首先,一项宪法上保障的制度如果没有法律对其进行具体化的话,制度本身根本就不可能存在。^⑩从这一意义上说,虽然我国宪法第47条要求对学术自由予以“高校自主办学”这项制度性保

障,但如果没有下位法律如《教育法》《高等教育法》等对这一制度进行塑造和建构,自主办学无从谈起。^⑪因此,法律(广义)有权对自主办学这项制度进行具体化,宪法给予立法广泛的裁量,而立法具体规定怎样的高校制度,依赖于我们国家自己的立法过程与政治过程,并不一定要与西方大学制度保持一致。

其次,在法律对大学制度、高等教育制度进行塑造时,应当对作为学术自由制度性保障的办学制度与其他办学制度、大学制度进行必要区分。前者涉及基本权利的实现,立法对其规定和塑造拥有宪法教义上的一系列制约;后者是与学术自由无关的大学制度规定,并不具备立法拘束型保障,换句话说说是完全法律保留型。^⑫因此,我国《高等教育法》第11条规定的“依法自主办学”应当被解释为这两种情形,前者依的“法”有宪法的制约和要求;后者依的“法”完全拥有立法自由。例如,高校的设立、废止、合并就并非是宪法保障的自主办学。^⑬

最后,正如过去研究指出的,学术自由这一我国宪法保障的基本权利存在规范意义上三重性质构造:消极权利、积极权利与国家保护义务。消极权利的学术自由是立法拘束型保障,但法律可以对违反伦理、生命、健康的研究活动予以限制(《宪法》第51条,内在制约),法律也可以基于一些特殊目的对教学活动予以一定程度的限制(《宪法》第52条、第53条、第54条等外在制约);积极权利的学术自由是立法裁量型保障,法律可以在最低限度且不违反平等原则的基础上自由地规定对大学的各种扶持政策;保护义务层面的学术自由要求国家保障学术内部治理结构的合理化,基于这一目的可以规范大学的内部秩序。^⑭

明确了上述几点后,结论便清晰明了。第一,我国的自主办学制度由高教法具体规定和塑造(教师职称制度、校长制度、党委领导制度等)。第二,涉及学术自由的高教法规定受到宪法制约,首先法律应当平等地支持和鼓励高校的发展(如《高等教育法》第65条),其次如果法律作出侵害性规

定应当谋求宪法的依据和原理(如《高等教育法》第39条),最后法律有义务规范高校内部的治理结构(如《高等学校章程制定暂行办法》对高校制定合理章程的要求)。第三,与学术自由无关的高教法并不纳入宪法的讨论,此时的“法”则由立法者自由制定(例如教育法领域中的招生、学籍管理、高校的申请设立等),但接受依法行政原理的拘束。

当然,在此需要强调的是,在宪法层面谈自主办学本质是一种规范性意义上的立法论,换句话说即“怎样依宪立教育法”的问题。在并没有实质违宪审查制度的我国,对现实有指导意义的依然是依法行政和依法治教的问题。也就是说,如何在假定法律合宪性的前提下,依现行法律规范去保障高校自主办学的问题依然是本文和今后学界研究的重中之重。

二、自主办学与办学自主权的关系

在对现行法律制度整体框架进行呈现后,接下来便应当开始分类讨论,进行具体的解释学工作了。下文将首先讨论一个学界的用语问题——自主办学与办学自主权的关系,在明确这一用语的基础上再展开对自主办学外部关系与内部关系的探究。

纵观学界迄今为止的研究文献,似乎比起自主办学,学者们更倾向于使用“办学自主权”一词来描述我国的大学自治制度。换句话说,许多学者使用办学自主权而不是自主办学来作为西方大学自治的对等概念。^⑤这就引起了一个疑问,两者到底是什么关系?是同义词还是有概念上的区别?

首先,我们可以考察实定法。《高等教育法》仅有自主办学的表述(第11条),并不存在办学自主权。作为我国改革开放后高等教育政策法律化的第一成果,《高等教育法》的这种立法用语选择方式值得注意。此后的法律规范(如《民办教育促进法》等)对此问题的处理方式均不一致,有的法律规范仅使用办学自主权一词,有的却在一部法律里区分自主办学和办学自主权两种术语。然而,

可以很明显地看出,当法律在对高校自主作笼统规定时,倾向于使用自主办学;当法律具体提到政府与高校的关系时,倾向于使用办学自主权(如《民办教育促进法》第5条和《高等学校章程制定暂行办法》第5条)。

其次,可以考察《高等教育法》出台前的政策文件。最早提到也是曾经最有力推进我国高校自主办学的政策文件是《中共中央关于教育体制改革的决定》和《中国教育改革和发展纲要》。这两份政策文件中,办学自主权一词的使用占了主导,且前一份文件仅使用了办学自主权。然而,从两份重要文件中也可以看出使用规律——《决定》和《纲要》都是在论述政府要对高校放权时使用了办学自主权一词。例如,《纲要》的第18项规定“在政府与学校的关系上,……要在招生、专业调整、机构设置、干部任免、经费使用、职称评定、工资分配和国际合作交流等方面,分不同情况,进一步扩大高等学校的办学自主权”。——很明显这种权利针对的是政府。

最后,从学理探究上说,德语法律用语中表达自治的“Autonomie”一词本身既可以翻译为自治(自主),也可以翻译为自治权(自主权),并不作区别,也因此表达大学自治的“Hochschulautonomie”一词既可以译作大学自治,也可以译作大学自治权。然而,为何日本法在近代继受过程中普遍单译作大学自治而舍弃“权”呢?这点应当很好理解,既然通说认为大学自治是学术自由的制度性保障,那么它首先应当是一种制度而不是基本权利,换言之为了保护学术自由的权利而设立了大学自治这一种制度,大学自治权应当是这种制度派生出来的次生权利。^⑥

结合上述比较法与我国实定法的情况,可以作以下结论:自主办学一词更强调其是一种制度或原则,因而自主办学既是宪法第47条保障的制度性内容,又是我国高等教育领域的基本法律原则。《高等教育法》只采用自主办学的术语反映了这一理念。相应地,既然高校自主办学是现行法

规定的一种制度和原则,那么当然应当承认和保障高校在这种制度和原则下所享有的权利,即办学自主权。然而,若想强调作为一个制度的整体(制度中包括实施机制、权利与权力、行为规则等多种要素),且与西方大学自治相对应,那么就应当使用自主办学一词,而不是办学自主权。

三、自主办学的外部关系

所谓自主办学的外部关系,即是作为享受办学自主权的高校整体与外部主体之间的关系,且这种关系并非道德关系而是法律关系。针对高校与外部主体的法律关系,过去学界较为关注的是高校与政府之间的关系。此处所称政府既可以是教育行政机关,也可以是司法机关。但不管怎样,在研究自主办学的外部关系时,公权力主体与高校的法律关系问题是核心,下文也将重点放于此。^⑩

(一)办学自主权针对谁

所谓“自主”当然是不受干涉的意思,换句话说自己决定自己的事情,不要外部主体的指挥。这里存在三个层次的问题:第一,不受谁的干涉;第二,是否完全不能干涉;第三,假如可以干涉,那么干涉的程度是多少。

关于“不受谁的干涉”的问题,换言之即高校作为享有办学自主权的主体,这种权利是针对谁的权利?也许有人会说,这个问题的回答很简单,针对的不就是政府或公权力主体吗?——该回答虽然是正确的,但并不精确,且有模糊问题本质之嫌。因为所谓政府是一个宽泛的概念,在我国可以是人大等立法机关,可以是人民政府本身,也可以是教育行政部门或其他下属行政机关,更可以是法院、检察院等司法机关,所以必须分类讨论。

1. 办学自主权与立法

办学自主权是否针对立法机关?在我国,学理上所称的立法机关主要指代实定法上的权力机关,分别是全国人大及其常委会和部分地方人大及其常委会(《宪法》第57条、第96条)。立法机关对外行使权力的主要形式和产物是法律和地方性

法规,因而上述问题可以转化为办学自主权是否针对法律与地方性法规。对此,可以分为三个层次论述。

第一,《高等教育法》第11条的措辞是“依法”自主办学,“依法”即是一种广义法律保留式的宣告,既意味着高校的自主办学由法律保障,也意味着只有法律才能限制、改变高校的自主权。换句话说,“依法”有两层含义,即非经法律不得限制和经由法律即可限制,是同一事物的不同侧面。因此,《高等教育法》上的办学自主权不得对抗立法。第二,法律规范内部的合法性保障依赖于下位法不得超越权限(法律保留)与不和上位法冲突(法律优先)两大规则,因此当地方性法规违反上位法时,固然可以质疑地方性法规。然而此时所谓的“质疑”仅仅是因为下位法与上位法冲突引起的附随性效果而已,并非意味着办学自主权本身作为一项法律权利可以不受立法干涉。第三,真正对抗立法的理由是具备宪法基础,只有成为一项宪法权利,才可以在本质上对抗立法。然而,《高等教育法》规定的自主办学虽作为我国《宪法》第47条的制度性保障在学理上具备宪法基础,但这毕竟仅是学理上的讨论。就像上文提到的那样,学术上固然可以探究一种法律规定是否符合宪法对科研自由和高校自主办学的要求,进而论证立法的违宪与否,但在现实中缺乏可操作性的情况下,利用理论上立法的违宪可能性去指导高校自主办学的规范运作,不仅没有现实意义,也容易使问题变得复杂化。因此,这一问题的结论就是:在假定法律合宪性的前提下,至少《高等教育法》层面的办学自主权并不能针对立法机关。

2. 办学自主权与行政

办学自主权是否针对行政机关?该问题看似容易,实则必须注意区分。第一,我国所谓的行政机关并非与西方意义上的行政机关等同,相当数量的行政主体拥有立法权,可以以上位法的执行细则或职权立法为理由创设具有普遍约束力的权利义务规范。^⑪换句话说,国务院、中央各部委、各

地方政府(下溯至设区的市)都拥有法律(广义)创设权,因而面对行政机关所作的行政法规(包括国务院的决定、命令),部门规章和地方政府规章,因其属于广义法律的一部分,“依法”保障的自主办学就无法与之对抗。进而表明,如果行政机关以立法的形式限制高校办学自主权,只要这种立法符合自身权限和不违反上位法,那么就不存在违法性问题。

第二,除去立法功能,行政机关主要还剩下作出具体行政行为^①和制定规范性文件两类活动形式,真正意义上的办学自主权的针对对象就是这种活动形式。具体来说,所谓依法自主办学和传统意义上的依法行政原理相类似——依法行政要求行政机关要依据法律、法规和规章去管理行政相对人(公民),不合法的行政行为被评价为违法。依法自主办学也即意味着教育行政机关必须依照法律、法规、规章去管理公办与民办高校,如果政府在管理高校时(无论是行政处理还是规范性文件)没有法律规范的依据,则涉嫌侵犯了高校的办学自主权。

因此,行政机关的行政行为(不包括立法行为)才是办学自主权的针对对象。至于具体运用规则留待下文探讨。

3. 办学自主权与司法

办学自主权是否针对司法机关?当然,在我国法语境下,该问题可以表述为办学自主权是否针对审判机关即法院?^②对这一问题的回答相当艰深,似乎正反两方面的答案都有充分的理由。

基于否定答案的理由来说,什么是审判?虽然不同的学者对审判的定义并不完全一致,但大部分还是将其归结为两个核心指向:“适用法律”和“处理案件”。^③这两个词看似简单实则道出了审判的真谛:“适用法律”意味着可以通过对法律规范的运用而解决纠纷,因而例如两个宗教团体因为教义问题产生纷争,这便不是司法问题,不属于审判权范畴;“处理案件”意味着起诉对象必须是案件,而不是其他的事物,换句话说必须具备具体

争议的特征,因而如在尚未发生具体争议,并不影响原告权利义务的情况下直接将某项抽象规范诉至法院要求认定违法性,此种情况也是不符合审判定义的。^④

根据上述分析,只要符合审判的定义,就似乎没有任何理由将其排除在司法审查之外。高校内部发生的具体争议,例如,学位纠纷、入学纠纷、升学纠纷、侵权纠纷等,只要是可以通过运用法律所解决的,有什么理由排除法院的审查呢?当然,现行法上确实存在排除条款的规定(如《行政诉讼法》第13条等),但任何一项规定都并没有提到高校内部的法律争议排除审查。此外,既然《高等教育法》称“依法”自主办学,那又有什么理由去排除司法审查?^⑤如果排除司法审查,是否与我国《宪法》第128条等审判权条款抵触?正因为如此,德国法上的特别权力关系理论及其现代变形产物(如日本法上的部分社会论^⑥)从来都是受到多数学者批判与攻击的。^⑦

然而,肯定答案的理由也是具备说服力的。学者们普遍以学理为基准,出于普遍意义上大学自治与学术自由的考察来论证。这其中,尤其是鉴于学术事务的高度专业性与自主性,并不适合司法机构去代替学者专家们去作出决定。^⑧也就是说,这种理由分为两个层次,一是高校纷争涉及宪法保障的学术自由与自治,法院如果对学术事务进行干预则有悖宪法权利的对国家性原理;二是学术事务本身的性质是高度专业性、科学性的,法院作为公权力机关必须尊重学者、科研人员的意见和判断。

本文的立场认为,上述正反两方面理由都是有理有据的,并不能够片面地对一方评价为正确,对另一方评价为错误,其实正反两方不仅不矛盾,也是可以整合的,关键正是在于对“司法审查”一词的理解。具体来说,当学界在讨论“能否司法审查”“司法审查的范围”等时,似乎忽视了一个重要的概念区分问题,那就是起诉条件和实体审理条件,在进一步说就是“是否可诉”和“是否可审”的

区分问题。

第一,在“是否可诉”的问题上,只要属于法律上的争议,是审判权的管辖范围,且不属于实定法上明确排除的不可诉事项,那么法院就没有理由将其排除在外。^②例如,某一学生不服学校对其因成绩不合格而作出的留级处分向法院起诉,此时学校与学生之间的这种争议即是法律(高教法)上的争议,又是直接影响学生权利义务的具体案件,法院并没有理由排除受理。

第二,在“是否可审”的问题上,此时学术事务的专业性与自治性发挥了主导作用,法院不仅没有能力,也不应该介入学术世界。当然,这种理由仍然是一种学理上的理由,实定法上应当被解释为法律出于尊重学术自治的考虑,赋予了学术共同体高度的裁量权(《高等教育法》“自主”用语应当在司法过程中被解释为授予裁量权),这种高度的裁量权才是真正规范意义上法院谦让、尊重的理由。此时,上述学生因留级处分起诉学校的例子中,法院在审理时就应当比照法律,对留级处分的程序是否不当、是否超越滥用裁量权等进行审查,但不可以审查成绩的具体正确与否问题,不可以替学校重新批阅试卷或论文。这或许才是办学自主权与司法权关系的真正答案,换言之,办学自主权可以针对审查强度,不可以针对受案范围。^③

事实上,我国判例总体在向着这样的方向发展。在“于艳茹诉北京大学案”^④中,一审和二审法院都没有对实体问题进行审理,似乎是“避开”了实质内容的判断(如认定“学术不端行为”和“抄袭剽窃”等),仅对程序正当与否进行了审查。可以说,法院的这种处理方式既是保障科研自由与尊重自主办学的正确做法,也与我国过去判例立场一脉相承的。^⑤

(二)行政机关与公办高校的关系

上文明确了办学自主权“不受谁的干涉”的问题,并借此厘清了公权力的不同作用与办学自主权的关系。那么,下文将要选取其中一个最重要的主体——行政机关(其中以教育行政机关为代

表),探究我国现行实定法上行政机关与高校到底是怎样的一种法律关系,集中围绕行政行为(排除行政立法)“是否完全不能干涉高校”及“假如可以干涉,那么干涉的程度是多少”两个问题展开探究。

政府(狭义)与公办高校的自主办学到底怎样的一种法律关系?过去学界对此讨论不少。最主要的就是两大对立观点,一是国家授权说,二是固有自治说;前者认为高校的自主权完全是国家行政的“放权”,后者认为高校自主权的法律规定仅仅是一种固有权利的确权而已。^⑥本文认为上述对立观点皆有瑕疵,原因有二:一是模糊了国家权力、高校权力、高校权利、高校自主权四者;二是混淆了法律保留与法律优先的关系。

1. 事业单位的法律保留

如果我们将议论的前提限定在“现在是什么制度”,而不是“今后应当设计何种制度”时,一个无论如何都无法回避的现实就是——公办高校是事业单位,更确切地说是事业单位法人。这不仅从《事业单位登记管理暂行条例》第2条、《高等教育法》第30条等法条上清晰可辨,且现实中所有公办高校都是各部、省、市直属事业单位,按照事业单位相关规章制度进行管理,此点应当毫无疑问。那么,公法上事业单位与行政机关是什么关系?

首先,经典意义上的行政法学主要就是着眼于行政主体与行政相对人两大主体关系的,其中行政机关是行政主体中的主要代表,而行政相对人又可以具体细分为公民、法人和其他组织。这种分类实际是大陆法系上外部行政与内部行政区分的中国法表述,其最大意义在于解决依法行政原理适用领域问题。也就是说,发源自德国的依法行政原理正是建立在“国家—公民”两极对立之基础上的,换言之只适用于外部行政,^⑦依我国法语境来说就是,行政主体与行政相对人之间才适用依法行政原则,一个行政主体与另一个行政主体之间(内部行政)并不需要受此拘束。再进一步具体来说,如果一个主体被评价为行政主体,那么

它与其他行政主体之间则属于内部行政法律关系,上级对下级,授权主体对被授权主体可以通过内部的规范性文件,即通知、意见等“红头文件”进行直接管理;^③如果一个主体被评价为行政相对人,那么它与行政主体之间则属于外部行政法律关系,行政主体对其进行管理必须依“法”,否则就是违法行为。当然,现行法上对后者关系中的依法行政并不采取完全保留的态度,学界通说和官方都认为,没有法律规范的依据,行政机关不得限制公民权利、增加其义务(侵害保留)。^④换句话说,行政主体在没有法律、法规、规章的依据下,是不能对行政相对人作出侵害性行政行为的。

其次,明确了上述原理后,事业单位与行政机关的公法关系就很清晰了。现行法上事业单位有可能在公法上认定为截然不同的两种身份。第一,当法律、法规、规章授权事业单位行使行政职权时,此时事业单位在这一授权事项上就成了行政法上的“依授权组织”,性质是依授权的行政主体,它与上级主管行政机关属于内部行政法律关系,上级机关可以依各种“红头文件”对其进行管理。第二,当某一事项并不是法律规范授予的行政职权,那么这一事项就是事业单位自己的权利或本身就是行政机关权力,此时在这一事项上事业单位就不可能是行政主体,它与行政机关的关系就是行政主体与行政相对人的关系,属于外部行政法律关系,甚至可以成为行政诉讼的原告。^⑤

最后,事业单位由于是政府以公共利益目的,利用国有资产举办的组织(《事业单位登记管理暂行条例》第2条),因而必然存在大量被授权的行政职权。因此,事业单位履行行政职能、成为行政主体的情况显然大大多于企业等民事组织。^⑥这也许就是事业单位在现实中更像是行政机关(而不是公民等被管理方)一部分的一大要因。

2. 自主条款的法律优先

因为我国公办高校首先在法律上应当是事业单位,所以上述行政机关对事业单位进行管理时的法律保留规则完全可以套用到公办高校。^⑦但

是,难道公办高校与普通事业单位相比就不存在特殊性了吗?答案当然是存在的,这种特殊性就是《高等教育法》等法律所规定的自主办学。也许,高教法上规定自主条款的初衷正是以事业单位为背景前提,本着突破事业单位法律地位桎梏为目的而制定的。只不过,这些自主条款所适用的规则是法律优先,而不是过去学界所理解的法律保留(授权条款)。为清楚表明这种规则,我们以四大概念——国家权力、高校权力、高校权利、高校自主权来分步骤说明四条基本规则。

第一条规则。有些事项本来就是法律规定的行政机关自身职权,我们将这种本来的行政权力称为“国家权力”,在这些事项上公办高校纯粹就是行政相对人,接受国家(教育行政机关)管理。然而,由于这些事项上行政机关是履行国家权力对高校进行管理,因而必须符合最普遍的依法行政原则,没有法律、法规、规章的依据,行政机关不得作出侵害性行政行为。例如,根据《事业单位人事管理条例》,事业单位的人事编制、工资拨付本身就是行政机关自己的权力,行政机关以行政主体的身份在这些事项上对作为相对人的高校进行管理需要符合依法行政的要求。不过,因为事实上确有法律依据的存在(同《条例》第3条、第32条等),所以政府即可依据这些法条对高校直接作出行政行为进行管理。

第二条规则。有些事项本身性质是国家权力,但是法律却授权给了高校行使,那么在这些事项上高校便成了依授权的行政主体,以行政主体的身份对行政相对人进行管理,可称为“高校权力”。此时,上级行政机关与高校就是内部行政法律关系,行政机关有权力也有义务指挥、监督高校切实履行行政职权,因而在这些事项上,行政机关对高校的管理并无依法行政的约束,可以直接下发各种文件。例如,学位授予本是国家权力(《高等教育法》第22条第1款),但法律将这一权力授权给了高校行使(《学位条例》第8条),因而在学位授予事项上,上级教育行政机关对高校就拥有完

全的管理监督权。不过需要强调的是,此时,教育行政机关与高校由于都是行政主体,因而它们共同对外(学生)管理时,必须接受依法行政原则的拘束,只是它们内部之间不受此限而已。

第三条规则。有些事项既不是国家权力,也不是法律授权的高校权力,那么自然这些事项就是高校本身所固有的职权了,可称为“高校权利”。在这些事项上,如果行政机关要去干涉、限制高校本身的权利,就必须有法律、法规和规章的依据方能为之,换句话说,应当受到依法行政原则的拘束。例如,高校内部上下级之间的日常管理、教学楼维护、学生宿舍管理、物资购买以及其他各种内部规章制度等,这些事项显然并非国家权力也不是依授权的高校权力,都是高校内部的权利事项,行政机关若要干涉、介入这些事项,必须寻找法律依据(例如《高等学校实验室工作规程》就是国家监督管理高校实验室运作的法律依据),或者额外立法,否则有被评价为违法的风险。

第四条规则。那么《高等教育法》规定的自主事项到底与上述规则是怎样的关系呢?这实际上是一个前提与例外的关系。具体来说,上述规则是高校作为事业单位依据现行法与行政法学基本原理得出的三条法律保留(授权)规则,是法律保留原则在行政机关与公办高校关系上的体现。然而,如果要真正贯彻依法行政(依法治教)的原则,光有法律保留规则是不够的,还必须符合法律优先的规则——法律有预先规定的,就应当排除上述三大保留规则的适用,优先适用法律的预先规定。《高等教育法》的自主办学条款正是这种预先规定,起到了法律优先的作用。

再具体说就是,我们在判断行政机关与公办高校的法律关系时,首先应当依据法律保留原则,运用上述三条规则来判断某一事项是国家权力事项还是高校权力事项,抑或是高校权利事项,进而得出行政机关应当如何进行管理(需不需要依法)的结论。但是,例外的第四条规则就是:如果某一事项属于《高等教育法》规定的自主事项,那么即

使它原本属于国家权力或高校权力事项,也应当依照法律优先的规则处理,成为“高校自主权”事项,行政机关对高校自主权事项的干涉和管理,必须“依法”(《高等教育法》第11条);另一方面,如果某一事项原本属于高校权利事项(如内设机构设置),现又是《高等教育法》规定的自主事项,那么根据法律优先原则,任何现行或今后的下位法都不可以将该事项改变性质,都不可以将其变更为权力事项。

就上述规则举例来说,例如公办高校对国有资产的管理处置是法律授予高校行使的行政职权(见《事业单位国有资产管理暂行办法》),照理按照上述第二条规则,该事项上国有资产主管行政机关与高校就是内部关系,并不受到依法行政的拘束,然而,《高等教育法》第38条将资产管理列为自主事项,因而根据第四条规则遵从法律优先,高校对资产的管理使用就成了自主权事项,上级行政机关对高校管理使用国有资产的干预、监督和管理必须要有法律依据方可为之。

3. 权力与权利的判断标准

综上所述,现行法上的自主条款既不是单纯的国家行政的放权,也不完全是固有权利的确权,它是一种法律优先式的表述,而所谓放权或确权都仅仅是这种优先规则适用后的法律效果而已。换句话说,自主条款仅仅是整个法律体系对大学制度塑造过程中的一环,它与其他实定法规定一起共同构成了富有中国特色的公办高校制度。然而,当实际运用上述四条规则去处理行政机关与公办关系法律关系时,存在一个显而易见的难点——如何分辨高校权力与高校权利?换言之即依授权的行政职权与高校自身权利的区分问题。这是上述规则运用中的重中之重。

实际上,学界早就深入地讨论过这一问题,而过去的教育法判例中也无不将此问题当作重要裁判争议。^⑧具体来说,如果某一事项被判断为依授权的行政职权,属于高校权力,那么高校在履行这一事项时就成了行政主体,作出决定的

对象(学生、教师等)就是行政相对人,那么作为行政相对人的学生等主体若不服对这一事项的决定,当然就可以以高校为被告,向法院提起行政诉讼。反过来说,如果某一项事项并不是权力事项,而是高校自己的权利事项,那么此时被管理方若不服高校的管理,则由于属于纯粹的民法问题就不可以提起行政诉讼。再进一步说就是,围绕权力事项作出的决定是行政行为,围绕权利事项作出的决定不是行政行为(大部分是私法行为)。因此,上述权力与权利的区分问题就可以转化为如何判断一种行为(决定)是行政行为?

行政行为与民事行为的区分标准,或曰公私法区分的判断标准是一个经久不息的法学疑难问题。不过,从传统大陆行政法学的角度出发,公权力与公共利益的结合判断标准是区分公法行为与私法行为的最有力的学说。^⑨本文同样采纳这一立场,主张如果实定法上某一事项具有公权力特征(即单方意志性、效力先定性、强制性),并同时涉及公共利益(公共服务性),应当将其认定为公法事项,围绕该事项作出的决定即属于行政行为。^⑩

(三)行政机关与民办高校的关系

过去学界主要致力于公办高校与政府之间法律关系的探析,几乎没有涉足或刻意回避了民办高校的法律地位问题。^⑪这或许因为过去我国实践中民办高校数量较少,相关问题尚未得到立法明确的缘故。不过,现如今《民办教育促进法》新修订实施,各地纷纷推出促进民办高等教育的地方性法规之际,民办高校的法律问题,特别是民办高校与政府之间的法律关系问题亟待厘清。

首先,民办高校在法律上当然不可能是事业单位,但也并非都属于民法上的公司。根据《民办教育促进法》第10条第3款,民办高校与公办高校一样具备民法上的法人资格,不过同法第19条将民办高校区分为营利性法人与非营利性法人两种。那么,根据《民法总则》第76条和87条,营利性法人即是指一般意义上的公司,也就是企业,非营利法人则包括了事业单位、社会团体、基金会、

社会服务机构等。换句话说,除了事业单位之外,民办高校的性质有可能是上述任何一种形态,只不过现实中当然主要是以企业或社会团体身份为主。

其次,在与政府(行政机关)的关系上,事业单位与企业、社会团体是否存在不同呢?本文认为,上述法律保留的规则(第一、二、三条规则)是完全适用民办高校的,只是“量”上存在很大的不同。具体来说,民办高校同样存在三种性质的事项,即国家权力事项、高校权力事项和高校权利事项。在国家权力事项上,行政机关对民办高校的管理遵守法律的侵害保留;在高校权力事项上,国家可以基于内部行政法律关系直接管理民办高校;在高校权利事项上,行政机关也必须符合侵害保留的要求。

作为事业单位的公办高校与作为企业或社会团体的民办高校的最大区别就在于权力事项与权利事项的“量”的对比。与国家作为举办者的公办高校不同,对由民间主体举办的民办高校来说,很多在事业单位属于国家权力的事项根本就不归国家管辖;许多法律将行政职权授权给事业单位行使,但很少有授权给企业或社会团体。^⑫因此,民办高校的权力事项(无论是国家权力还是授予行使的权力)与公办高校在量上有决定性的不同,这也是公法主体与私法主体的本质差异。例如,对事业单位来说,编制管理、工资划拨、定价、合并重组审批等都是国家自己行使的权力事项,相反,对企业和社会团体来说,这些事项都是自己的民事权利(或只需履行登记)。再例如,事业单位招聘权应当被解释为法律赋予它的行政职权(《事业单位人事管理条例》第3章),然而对企业和社会团体来说,它的人员招聘就纯粹应是权利事项,享有民法上意思自治的保护。

最后,《高等教育法》所规定的自主事项与《民办教育促进法实施条例》专门为民办高校增加的五大自主事项(专业、课程、教材、招聘、招生)同样适用上述总结第四条规则,即法律优先规则。不

过,在此需要强调的是,《民办教育促进法实施条例》一些所谓新增加的自主事项实则与《高等教育法》中重复(例如,专业、课程、教材),如何去理解这一现象?就像上文说的,办学自主权对抗的是行政行为而不是立法行为,因而如果要对抗立法行为,则需要额外的法律依据,而《条例》正是依据所在。举例说明,《高等教育法》虽然保障高校自主设置专业(第33条),但由于这种保障是“依法”保障,因而现实中因存在《普通高等学校本科专业设置管理规定》(部门规章)的缘故,公办高校专业设置依然需要遵循此规定,并非完全自主。也正因为如此,《条例》看似重复的规定实际具有规范上的法律意义——以行政法规的形式确认了民办高校在专业设置上的自主权,排除上述部门规章的适用。

综上所述,民办高校与行政机关的法律关系形式上同样适用上述公办高校的四条规则,只是在具体适用中,权利事项的量以及是否可以对抗立法等问题有相当大的差异。

四、自主办学的内部关系

上文厘清了高校与政府的法律关系,明确了自主办学外部关系,下文将视角转向自主办学的内部关系,去探究高校内部的自治结构问题。纵观过去外国法上对大学自治的研究,从来都偏向于外部关系,即将“自治”简单地理解为高校如何防止公权力的干涉,这当然有一定的历史基础。然而,现代大学自治理论也逐渐意识到大学内部结构不单单是大学治理的问题,同样是大学自治的考察对象,并且过去视为“洪水猛兽”的公权力同样负有保障大学内部治理结构合理化的义务(国家保护义务)。④因此,基于比较法借鉴,讨论我国高校自主办学内部关系同样是重要的。

(一)谁的办学自主权

首先,如果说笼统地认为办学自主权的享有主体是作为一个整体的高校,而非指代具体的人、职位或角色——这种观点并没有错误,《高等教育法》中自主办学的主语也是高校整体而非具体化

主体。然而,这种说法虽是法条的直接用语,也较为保险,但却有着回避真问题之嫌。可以很明显地看到,高校或大学是一种集合复数主体的抽象概念,其内部并非性质同一,就像如同民法上公司所享有的经营权应当具体归属于董事会及经理人员,宪法上国家享有的主权应当具体归属于人民(而不是君主、官员)一样,如果不究问高校办学自主权的具体享受主体,那在本质上是逃避了问题,在解释学上不能被允许。

其次,以《高等教育法》和《民办教育促进法》为依据,可以将高校内部人员分类如下:以校长(民办高校还有理事长或董事长)为代表的校领导、管理人员、教师、教学辅助人员、其他专业技术人员、学生。高校内部的重要议事机构有:党的委员会、校务会议(校长办公会议、民办学校的董事会或理事会)、学术委员会、教职工代表大会。当然,《高等教育法》规定之外的重要议事机构还包括了学位评定委员会、学生代表大会甚至教授委员会等(《高等学校章程制定暂行办法》第11、12条)。不过,如果我们结合现实,不难发现办学自主权的具体享有主体最有可能在校领导、管理人员、教师、学生四者之间产生争议,诸多议事机构基本由这四类人组成,因而是同一个问题的两种不同表现形式而已。

最后,发源自德国的大学自治经典理论中,自治权利享有主体应当是教授(教师)及其组成的教授会,教授会是大学的绝对权威和最终意思决定机关,学校与院系领导及其行政管理人员从教授中产生,而学生是依附于教授的非独立主体,享受附随性自治权。⑤当然,经典理论在现代各国遭遇了一些变化,普遍呈现校方(领导层)权力越来越大,教授会权力越来越遭到削弱的态势,总体上说高校内部权力由过去的分散模式迈向了集中模式。⑥

然而,我国的自主办学制度并非如同西方国家(尤其是欧洲国家)那样拥有悠久的发展历史,不像上述德国等国那样存在一个由古典模式向现代

演化的问题。我国的自主办学制度几乎就是改革开放后自上而下推动形成的,那么对办学自主权享受主体的判断也依然应当按照现行法律来解释。

众所周知,我国现行法对高校的管理体制描述为“党委领导下的校长负责制”(《高等教育法》第39条),在这种制度下,以校长为代表的校方似乎拥有高于教授群体的地位和管理权限,是高校真正的领导。然而,当对《高等教育法》的立法用语重新进行审视后,并不能如此断言。该法第41条论述校长职权时,其表述是校长“全面负责”学校的教学和科研等工作,这与该法第39条相互呼应。换句话说,是校长全面“负责”而非校长全面“决定”教学和科研工作。这两者的区别并非文字游戏,而是有充分佐证的。

其一,《高等教育法》并没有将教学与科研工作中学术性事务的决定权交给独任制且“全面负责”的校长及其校务会议,而是交与了合议制的学术委员会(第42条)。其二,同法设置了教职工代表大会(以教授群体为主)这一组织形式,要求教师参与对学校的民主管理和监督校方(第43条)。此外,《高等教育法》第43条的表述值得注意,该条的文义中心是高校“依法保障教职工参与民主管理和监督”,而实现这一目的的组织形式是“以教师为主体的教职工代表大会等”。换句话说,本条的规定目的并不仅仅在于设立教职工代表大会这一组织形式,而在于宣告教师拥有民主管理和监督的权利,教职工代表大会仅仅是实现这一权利的途径之一而已。

接着,高校学生的地位又是怎样呢?遗憾的是,从《高等教育法》的规定来看,法律仅仅将学生当作了被管理的主体,尽管学生合法权益受法律保护(第53条第2款),但这种合法权益似乎并不包括参与管理与监督学校运行的权利,相反应当服从学校的领导和管理(第57条)。当然,这点在作为下位法的《高等学校章程制定暂行办法》中得到了弥补,该规章第12条明确提到学生有学校决策

参与权和监督权(通过学生代表大会)。不过,当我们将此与上位法结合起来看时,也很明显可以解释出教职工与学生在参与管理权与监督权上“量”的不同。这一地位上的区别也是有学理依据的。一方面从传统公物法的角度来说,公办高校的学生是公营造物的利用者而非构成主体,因而处于被动的地位;^⑥另一方面如果没有学生的存在,教师的研究活动和教学活动根本就难以成立。因此,学生作为教师科研的助手和教学的对象,是大学管理运行中的重要主体,应当给予其一定的管理和监督的权利。但同时由于学生是大学的利用者,服从教师的教导和管理,因而学生的权利应当被解释为小于教职工群体。

综上所述,现行法虽然将校领导(校长)置于全面负责的地位,但并非意味着高校奉行“大权独揽”、排除民主管理,校领导的这种全面负责应当被解释为最后决策权——在相关事项上各权利主体争持不下、犹豫不决时,校领导有最终定方案、拿主意的判断选择权,并对外代表学校整体,对这一决定负全面责任。相反地,若教职工、学生等其他权利主体对相关事项采取了一致意见,有高度认同时,校领导则应当尊重师生的意见,否则可能违反法律赋予他们的民主管理与监督的权利。换句话说,办学自主权既是校领导的权利,也是教职工的权利,同时也是学生的权利,所有的校内主体都共享这一权利,共同对这一权利的行使承担义务。不过在这其中,校领导是对外代表学校行使办学自主权的总负责人,教师作为高校存在意义(教学和科研)的主体对其他主体(职工、学生、教学辅导人员)享有权利的优越性,学生的权利则具有从属性。

(二)依据章程的高校自主办学

依上文总结,我国实定法上并没有将办学自主权全部授予高校内的某个主体,而是采用了“各自分工、共享治理”的模式。对外由校领导(校长)代表高校整体行使自主权,对内校方权限则受到制约和监督,呈现民主的治理结构。然而,同时也

可以注意到,作为高校基本法的《高等教育法》虽然构建了相对分散的内部结构关系,但是该法对各种权利主体应当享有的权限程度、各组织之间权限边界和冲突规则等的规定是非常简洁的。具体来说,法律仅仅对校长负责事项(第41条)与学术委员会负责事项(第42条)进行了列举,且这种列举是必要事项列举(举例式),而不是边界划分式列举(穷尽式)。此外,无论如何也不可能通过对《高等教育法》的解释来厘清和明确其他内部主体与组织包括教师、管理人员、学生,教职工代表大会、学校与院系纵向关系以及院校部门之间的横向关系等之间职权界限、范围乃至纠纷处理规则(《民办教育促进法》同样如此)。现行法律只在原则上宣称高校内部各主体共享治理权,但在具体规则上是失语的。那么,如果看待法律的这种做法呢?本文认为,现行法的做法完全合理,且具有法理正当性。

首先,依法理来说,既然我国《宪法》第47条保护学术自由,要求国家尊重高校的自主办学,那么公权力对高校内部治理结构的过度规范就显然与其相背(尤其是民办高校),这种公权力当然包括立法权。事实上,现代德国等国学界都对高等教育的过度法律化发出了警告,要求大学内部治理应当更多地依赖自治秩序而不是法律。^⑤因此,我国现行法的这种态度和做法不仅有宪法正当性,且从比较法上看也是先进的。

其次,从合理性和科学性角度来说,每所高校都有各自的校风、传统、历史和理念,部属、省属、市属高校、民办营利性高校、民办非营利性高校各自存在巨大的校情差异和原生内部结构,如果采用中央立法的形式全国统一对这些数量众多,风格迥异的高校整齐划一、细致规定内部治理结构,不仅不合理,也容易引起不必要的矛盾与纠纷。当然,在国家大力提倡和发展民办教育的今天,以地方立法的形式去统一一个地区所有不同性质高校的内部运行机制也是缺乏科学性的,并不会起到良好的效果。

最后,尽管现行法没有具体规定高校的内部权力运作机制,但是并不是说国家放弃了宪法要求的保护义务责任,尤其对公办高校来说,国家作为举办者的责任更为重大。事实上,现行法虽然没有逾越自己的权限去替代公办高校作过度的内部运行规定,但是立法却明确要求公办高校“自己管好自己”,必须确保内部治理结构的合理化——而这部法就是《高等学校章程制定暂行办法》。

整部《高等学校章程制定暂行办法》是针对公办高校而制定的(第2条),较好地履行了上述国家的消极克制与积极义务要求,同时也是对学界先行研究的回应。^⑥首先,《办法》向公办高校作出了“完善内部法人治理结构”,完善“自我管理、自我约束的体制”的义务要求(第4条),因而内部治理既是高校自己的权利,又是高校的义务,既不受国家过度干涉,又必须向国家承担确保内部结构合理化的义务。其次,《办法》为公办高校限定了最基本的治理结构——宣告章程是公办高校的“基本法”,所有高校内部的抽象规范、具体活动都要依章程为依据,受章程的制约,违反章程的内部行为将会评价为违法(第3条、第30条)。最后,《办法》通过一系列条款规定了所有公办高校章程应当具备的最基本内容,包括校长负责制的具体实施规则、校务会议议事规则、院系以及基层组织的领导体制和管理制度、学术组织的运行规则、学术评价的基本规则、教职工代表大会、学生代表大会的地位作用和职责权限、自主设置各类组织机构的组织与议事规则等。换句话说,《办法》在对章程的内容规定上也做到了既没有过度干涉公办高校内部治理权(如替高校具体规定运行机制),又负责地列举了公办高校应当在章程上自主明确的事项,目的就是要求公办高校要科学设计学校的内部治理结构和组织框架(第10条)。

综上所述,我国现行法在保持克制、不过度干预公办高校内部事务的同时,也明确要求公办高校应当遵守确保自己内部治理结构合理性的义务,这种义务主要体现在高校章程的制定和依据

章程的内部管理上。根据实定法的这一规定,所有公办高校都必须依据《高等学校章程制定暂行办法》规定的程序、内容制定适合自己校情的,满足本校全体师生要求的大学章程,切实履行好法律赋予自己的办学自主权。当然,在遵守法律规定的前提下(包括遵守民主、公开与参与的原则),公办高校具体在章程中规定怎样的内部运作机制与治理结构应当被理解为自由裁量的范畴。^⑨

注释:

①例如,参见程雁雷:《论司法审查对大学自治的有限介入》,载《行政法学研究》2000年第2期;沈岍:《析论高校惩戒学生行为的司法审查》,载《华东政法学院学报》2005年第6期。

②其他领域主要涉及政府与公立高校法律关系的探究,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;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。

③关于行政规范性文件的法源性,可参见黄宇晓:《也论法律的法规创造力原则》,载《中外法学》2017年第5期。然而,国务院颁布(或转发)的规范性文件由于存在宪法基础,有“准立法”的性质。

④例如,参见黄华均、刘玉屏:《民办教育地方立法的“政策替代现象”管窥》,载《辽宁教育研究》2007年第3期。

⑤与大学自治相比,宪法上明文提到学术自由的国家数量众多,其余宪法文本即使没有明文规定,也普遍通过言论自由等条款推导出对学术自由的保护。参见湛中乐、尹婷:《论学术自由:规范内涵、正当基础与法律保障》,载《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

⑥参见湛中乐、黄宇晓:《再论学术自由:规范依据、消极权利与积极义务》,载《法制与社会发展》2017年第4期。

⑦一种是欧陆式的,即先有大学自治的保障传统,而学术自由是在大学自治的传统中发展起来的(制度性保障理论的历史溯源);另一种是美国式的,即先有对言论自由的保障,而学术自由被认为是言论自由的一种“亚型”,大学自治则是学术自由的当然结论。参照芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』(有斐閣、増補版、2000年)220頁以下。

⑧例如,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;许崇德主编:《宪法》,中国人民大学出版社2014年版,第161页。

⑨参见湛中乐、黄宇晓:《再论学术自由:规范依据、消极权利与积极义务》,载《法制与社会发展》2017年第4期。

⑩参照小山剛『人権と制度』長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法2』(岩波書店、2007年)49頁。

⑪宪法上的学术自由需要法律予以贯彻或落实,参见周光礼:《学术自由的实现与现代大学制度的建构》,载《高等教育研究》2003年第1期。

⑫宪法与法律的关系问题,可分为特别法律保留型、完全法律保留型与立法拘束型。参照小山剛『「憲法上の権利」の作法』(尚学社、第3版、2016年)69頁。

⑬在德国、日本也采用同样观点,参照小山剛『「憲法上の権利」の作法』(尚学社、第3版、2016年)153頁。

⑭参见湛中乐、黄宇晓:《再论学术自由:规范依据、消极权利与积极义务》,载《法制与社会发展》2017年第4期。

⑮例如,参见唐玉光、薛天祥:《大学自治与高校办学自主权》,载《上海高教研究》1994年第4期。

⑯参照酒井吉栄『学問の自由・大学の自治研究』(評論社、1979年)17頁以下。

⑰当然,高校与企业或其他私主体之间的民法关系并非不重要,当高校在作民事主体时也会牵涉一系列法律问题。参见湛中乐:《再论我国公立高等学校之法律地位》,载劳凯声主编:《中国教育法律评论》(第7卷),教育科学出版社2009年版。

⑱参见王贵松:《论法律的法规创造力》,载《中国法学》2017年第1期。

⑲也称为“行政处理”。例如,参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第214页。

⑳本文并不讨论司法权与审判权、检察权的关系,但本文所称司法采用狭义概念,即我国实定法所称的审判(《宪法》第128条等)。

㉑参见陈光中、崔洁:《司法、司法机关的中国式解读》,载《中国法学》2008年第2期。

㉒这与西方司法权概念是一致的。参照芦部信喜『憲法』(岩波書店、第5版、2011年)326頁以下。

㉓法院审理案件与行政机关作出行政行为不同,是一种完全法律保留行为,这也意味着法院的任何判决、裁定都必须依照法律规定,没有实定法依据就排除某种争议的司法适用是违法行为。[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2013年版,第73页。

㉔参见刘风景:《界分审判权与团体自治权的理论模式——以日本的部分社会论为中心》,载《河北法学》2007年

第3期;郑磊:《论“部分社会”法理》,载《学习与探索》2009年第3期。

⑤参照藤井俊夫『事件性と司法権の限界』(成文堂、1992)103-104頁以下。

⑥参见徐靖:《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。

⑦从比较法上说,即使事项具备宪法基础,难道就可以排除法院审查吗?宪法基本权利问题完全是法院的审查对象,当然我国属例外情况。普遍一致的观点是统治行为(国家行为论)不受司法审查,我国《行政诉讼法》第13条第1项也有体现。

⑧沈岿教授的观点与本文是一致的,参见沈岿:《析论高校惩戒学生行乃的司法审查》,《华东政法大学学报》2005年第6期。

⑨北京市海淀区人民法院(2015)海行初字第1064号行政判决书;北京市第一中级人民法院(2017)京01行终277号行政判决书。

⑩例如,参见“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案”(最高人民法院指导性案例第38号)。

⑪参见黄宇骁:《自主办学制度的历史、现状与展望——基于〈高等教育法〉的分析》,载《湖南师范大学教育科学学报》2018年第4期;袁文峰:《高校办学自主权授权说质疑》,载《惠州学院学报(社会科学版)》2013年第2期。

⑫依法行政原理的产生和发展,可参见黄宇骁:《也论法律的法规创造力原则》,载《中外法学》2017年第5期;王贵松:《依法律行政原理的移植与嬗变》,载《法学研究》2015年第2期。

⑬参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第116页。

⑭参见罗豪才、湛中乐:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第106页;《国务院关于加强法治政府建设的意见》,国发[2010]33号,第14条。

⑮参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第188页。

⑯参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第115页。

⑰本文所称法律保留与法律优先,都是采用广义法律概念,即法律规范与具体行政行为的关系。当然这也是来自德国的法律保留与法律优先原则的原意。参见黄宇骁:《也论法律的法规创造力原则》,载《中外法学》2017年第5期。

⑱参见湛中乐、李凤英:《论高等学校之法律地位》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第4卷),北京大学出版社2001年版;

湛中乐、李凤英:《刘燕文诉北京大学案——兼论我国高等教育学位制度之完善》,载劳凯声:《中国教育法制评论》(第1辑),教育科学出版社2002年版;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争议受案范围教育法判例》,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。主要涉及判例为“田永案”“刘燕文案”与“甘露案”。

⑲参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第65页。

⑳参见罗豪才、湛中乐:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第170页;湛中乐:《再论我国公立高等学校之法律地位》,载劳凯声主编:《中国教育法律评论》(第7卷),教育科学出版社2009年版。具体来说高校的哪些事项是权力事项,属于行政行为,可参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第120页。

㉑有限的讨论,参见陈咏梅:《论民办高校在行政法上的法律地位》,载《法学杂志》2010年第7期。

㉒参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第116页。

㉓参见湛中乐、黄宇骁:《再论学术自由:规范依据、消极权利与积极义务》,载《法制与社会发展》2017年第4期。参照戸波江二『学問の自由と大学の自治』大石真ほか編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)143頁。

㉔参照芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』(有斐閣、増補版、2000年)220頁以下。

㉕参见彭虹斌:《西方五国大学自治的演变及特征》,载《湘潭师范学院学报(社会科学版)》2002年第4期;姚荣:《德国大学自治公法规制的经典内涵与现代诠释》,载《高等教育研究》2017年第10期。

㉖参见[日]盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第3页。

㉗参见姚荣:《论德美两国学术自由的宪了解释》,载《湖南师范大学教育科学学报》2017年第1期。

㉘关于大学章程的学界研究,可参见湛中乐等:《大学章程法律问题研究》,北京大学出版社2016年版,第1页。

㉙法律并没有对民办高校的内部治理作过多内容性的规定,但依然规定章程是内部治理的总依据(《民办教育促进法实施条例》第9条第2款),只不过具体的治理机制(包括机构组织、人员组成等)全权交付给了民办高校自主制定,比公办高校拥有了更多内部事务自主权,这当然也是具备法理正当性与合理性的。