

高校权限合法性之理论基础

范 奇

【摘 要】我国高校权限的合法性问题与行政法治建设相伴而生,理论界基于法律授权存在两类判断高校权限合法性的对立标准:内容一致性与内容自主性。这个问题的症结在于如何理解法律授权的效力层级构造,在权限理论中法律的层级效力存在动态与静态性,法律授权通常是一种动态效力的传导而非内容的明确,导致基于内容一致性的判断标准存在困境。事实上法律授权是一种权能限定,其授权意志需要相应主体作为载体与实现,公法人是高校授权的实际承受者。在权能限定理论下高校具有自主权,高校权限合法性判断标准可从内容一致性转移到过程正当标准上,但从目前的典型案例看,过程审查暴露出回避态度,有必要结合外部体系标准和内部自律标准对高校自治行为进行约束,实现高校自主和成员权益保障之间的动态平衡。

【关键词】高校权限;效力位阶;权能限定;过程审查

【作者简介】范奇,西南大学教师教育学院讲师,师德师风建设基地(重庆 400715)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2024.1.135~146

【基金项目】北京市教育科学“十四五”规划青年专项课题“北京高校‘非升即走’聘用制改革的公法建构研究”(项目编号:BFCA21118);重庆大学中央高校基本科研业务项目“行政法治视阈下我国高校教师聘用制改革研究”(项目编号:2021CDJSKJC32)。

一、问题的提出

高校行政主体地位之辨析及高校管理权限的合法性,成为高等教育管理领域合法性与正当性审视的核心问题之一,学位授予标准的创设是检验这一问题的主要阵地。但近年来,学界对高校学位授予标准创设的合法性审查基准远未形成共识,集中体现在两类针尖对麦芒的观点之上:一者认为高校学位授予是授权行为,必须严格依法执行,不存在自主创设其他学位授予前置条件(如发表期刊论文数量)的空间;^①另者认为,高校创设其他学位授予前置条件既是授权的结果、亦是大学学术发展的内在要求,并不存在强制性禁止规定,

高校创设学位标准具备充分的逻辑正当性。^②在大前提条件上,双方都认可高校学位授予的授权性质,需要对高校学位标准创设行为进行审查,但在合法性审查基准上两者出现明显分歧,即是否承认高校学位授予享有自主创设权限的空间。

授权行为的合法性判断触及的公法教义学理论是法律位阶理论。法律位阶是指“不同层次之法律规范的阶层构造”^③。其是一种地位效力理论,经常被引之用以审查或判断下位法在立法事权上的合法性,即下位法不得与上位法“相抵触”。依据主流观点,法规范内容的一致性判断是否“相抵触”的基点。^④然而现实情况是,下位法

或地方性立法为满足实际需要,通常需要对上位法进行不重复性的具体规定。^⑤既然如此,以内容为基点的“相抵触”判断标准就失去了实质性基础。例如,《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》(以下简称《学位条例暂行实施办法》)第25条授权高校制定学位授予工作细则,细则是一种细化与补充规定,自然会存在未规定之内容的情形。

回到前述两类观点之争,前者是站在法规内容必须“严格一致”的形式立场上;后者则是一种抛开字面一致,从立法目的与精神进行探究的实质立场。目前国内学者所持的“主流位阶理论”(内容不相抵触)倾向于前者,但从实践的做法以及立法趋势来看,^⑥后者又更具妥帖性。如何来纾解这种理论与实践之间的冲突与张力,给予高校校规的合法性审查一个较为清晰合理的思路或标准,乃至对整个公法领域的权限审查标准作出关照,需要重新寻找与挖掘权限合法的理论判断标准。

二、高校自主权的理论重塑

无论是基于大学自治传统抑或学术自由权保障,高校理应具有较大的自主权。因此,承认高校校规的自主权限空间更符合实践逻辑。这就需要从法律位阶的授权理论中找到支撑依据。

(一)从“静态”到“动态”的法律授权

法律位阶理论的源头是法律层级学说。核心观点是,“规范的效力只能来自另一条规范的授权,法规范之间应该类似于‘拥有很多楼层的建筑’,而不可能是平面结构,从而形成一种效力金字塔的垂直阶梯关系”^⑦。法律层级说经过梅克尔、凯尔森等学者的推演,在凯尔森时代形成经典的“静态+动态”双重层级效力基础。所谓的“静态效力”是指内容的一致性,或基于内容的“固有魅力”而确定秩序规范的有效性。换言之,基础规范

(上位法)不仅为同一秩序内的规范提供了形式效力基础,同时还提供了效力内容。前述国内主流观点(包括否认高校学位授予的自主创设权限空间)所持的基于内容的“不抵触”标准,即是建立在这种效力理论基础之上。但基于内容的授权只是一种特殊情形,更多的时候上位法只是一种“框架”意义上的授权。基于此,凯尔森才直言,“不可能存在什么规范,是仅凭其可直接查明的内容而有效的”^⑧。如有学者总结道,“法位阶是动态效力传递体系,而不是静态内容演绎体系,不能从上位法的内容直接演绎出下位法的确定内容”^⑨。所谓的“动态效力”是指,一个法规范的效力基础不取决于对该事项的某个实然事实的规定,而应回溯到更高的位阶规范中,获得其效力基础。理解这种抽象意义上的授权,一个典型的例子是,对“应服从上帝的命令”的效力解释,该命令实际就授权上帝颁布的关于任何具体事项(如禁止杀人的十诫命令)的规则你都应该遵守,禁止杀人规则有效的表面理由是上帝颁布的十诫命令,但真正的理由其实是这一规范背后的“一般规范”所形成的约束力(即服从上帝命令),规范效力的理由始终必须由另一个规范所决定,“而不是一个事实”^⑩。

正是由于下位法效力并非基于事实(内容)规定而是基于上位法的抽象授权,因此“动态效力”的基础实质是一种“形式”判断标准,这就切断了上下位法内容上的传递效应。那么,基于法规范内容的权限审查标准必然会面临困境。这正是前述对高校权限进行合法性审查出现两种针锋相对的观点,但似乎又无法得出有力的论据以反驳对方而出现辩护困境的根源之一。实际上,在包括合宪性审查在内的诸多法效力位阶运用的领域,都会面临这样的问题。^⑪因而,基于“动态效力”基础来重新理解与认识上位法(法律)授权内涵,为解决高校权限合法性审查困境的一种出路。

(二) 支撑高校自主的权能限定理论

“动态效力”的授权是一种形式授权,其真正的效力基础在于授权所创设或形成的权能秩序框架,在被认可的权能框架内,下位法可进行相应的素料填补。在这种效力位阶关系中,授权规范实际的作用是权能限定,或是秩序框架的形成。这是支撑高校自主的理论依据。

权能限定是指一种源于实践而高于实践的秩序形成意义上的抽象命令。对于命令而言,概念法学强调概念的涵盖功能,“一劳永逸地为这些法现象指定其各自确定不变的位置、其各自‘逻辑上的点’,而不用考虑塑形的要素”^⑩。但事实上的情况是,越是金字塔上层,这种抽象命令在内容要素上越稀薄、内涵上越抽象,由此可衍生出更多的下位性抽象命令与概念规则,但这种下位性命令与规则又必须能追溯至上位性命令和规则,在其涵摄范围内,即各自的“逻辑上的点”。这种不直接关联内容,只对下位概念的形塑范围进行框定的方式即是权能限定。而哈特的“次级规则”理论有力地诠释了权能限定的内在构造。次级规则是一种“二阶规则”,是为弥补初级规则(直接引导人们的具体行为或变动权利义务的规范)在体系性、效力性及变动性上的不足而引入的一种修复规则,即“通过引入新的、取消或修改旧的初级类型规则,或者以各式各样的方式确定它们的作用范围,或控制它们的运作”^⑪。因此,次级规则是一种不直接作用于人们具体行动的修补、控制与创设规则,是“规则的规则”。次级规则的作用机制是授权,通过授权对初级规则进行创设与控制。^⑫

在实践中,宪法是典型的权能限定法。宪法既是根本法、亦是母法。但母法并非是说所有的下位法都是其内容的具体化,而是说其效力的基础性;或说宪法并非扮演着总则地位,而是为部分法律创设了一个合理的“法律环境”^⑬。汉娜·阿伦

特依据宪法条款主要包涵国家机构和基本权利两部分内容,将宪法的作用概括为两个方面:“建立统治”与“限定统治”,国家机构条款,尤其是民主法治原则及相应的民主过程机制,对国家职权进行框定与配置,建立起相应的“国家机构团体”,基本权利条款通过法律保留、比例原则等形式结构限定国家机构的职权边界,“保障干涉的民主正当性”^⑭。宪法的这种双重功能正是权能设定的具体表现。

授权高校亦即具有这种构造功能。《中华人民共和国高等教育法》第11条规定的高校办学自主权是这种权能限定的具体表现。然而,理论界对办学自主权却颇有争议。^⑮实际而言它是一种更具公法性质的法律授予的“限定权力”。2017年教育部等五部联合下发了《关于深化高等教育领域简政放权放管结合优化服务改革的若干意见》,其中多次提及下放给高校更多的权力以落实与扩大自主权,国家层面实际是将其作为一种“行政法(公法)范围内法律授予的行政分权”^⑯概念在使用。

法律将部分教育行政机关的管理权授予给高校,前提是国家享有这些权力。事实上从历史溯源来看,兴办教育经历了从分散到集中,逐渐成为一项国家职权的变迁过程。^⑰民族国家形成最重要的推动力之一是,集权组织形成与统合能力聚集,“尽管各党派和国家精英可以争论并削弱国家凝聚力,但是必须权威地制定有关民权、选举权、中央集权政府、征兵、税收、联盟等等的法律”^⑱。无论是在自由法治国家时代,抑或是福利法治国家时代,教育无疑都是最重要的立法事项。积极人权时代的来临,行政用权在教育领域的范围与程度进一步扩大与加深。例如,一向注重自由政府理念的美国也不得不放弃传统教义,政府的教育职权总体出现扩展趋势。在20世纪50年代,教育领域的“布朗诉教育委员案”首次讨论了“受教

育权”作为一项宪法基本权利的问题;经过20世纪70年代“塞拉诺案”的洗礼,州政府层面逐渐承认了教育作为一项基本权利的属性;1991年“巴特诉加州案”认可了“政府提供的教育必须是充分的”这类更高义务的“教育平权”标准。^②而在2014年的“维加拉案”中,甚至将这一义务提升至必须为适龄学生提供优质的师资队伍,以保障高质量受教育权的实现。^③正如哈贝马斯所言:“现代的服务性行政……承担广义的政治导控任务。这种政府行政的行动是面向未来的、面上铺开的;而且,它们的干预所涉及的是公民之间和社群之间的关系。”^④

在此背景下,并不存在绝对的本属于高校的“私人权利”,政府举办高校是为更好地履行宪法框定的教育职能;法律作为一项更为稳定的治理手段,通过法律的授权,“政校之间”的权力配置关系更可达致一个较为稳定的结构,避免权力的收放怪圈。因此,办学自主权展现了权能设定的基本逻辑。从一个由外部到内部的过程视角来看,办学自主权的权能设定逻辑是:立法者通过法律形式框定自主权的基本样态,既是高校自我形塑的空间,也是高校防御行政机关的权利边界;至于如何形塑这种自主空间,需要发挥权能主体的主观意志,即“智力解释的裁量活动”。

(三)公法人是高校权能的意志主体

公法人是法人体系中较为特殊的一种。我国学界对公法人概念及制度实践存在较大的误区,即法人被冠之“民事主体”的头衔,而与行政主体的联系被人为地割裂。^⑤但在传统大陆法系中,国家及其机关是最典型的公法人,基于特定任务、特定目的之达成及特定职业等发展的需要,在国家及其机关法人的基础上裂变出众多“间接行政”“自治行政”等新型公法人,“盖公共团体,于国家之下,以行公之行政为其成立之目的者也,其性质

上亦当然属于公法人”^⑥。在英美法系中,也在利用公法人实现行政职能的多元化与配置的最佳化,如英国的民航局、独立电视委员会等,美国在环境、能源方面设有独立管制机构等。在此,公法人的价值体现在利用法人的人格(主体意志)机制,实现行政组织机构的分殊化、专业化变革,从而更好地实现基于目的最优导向的行政职权的配置效率与效果,即实现“合法、完美、可接受以及可行(Rechtmäßigkeit, Optimalität, Akzeptabilität und Implementierbarkeit)”^⑦等要素之相互配合。

既然授权所形成的秩序框架需要下位法实施主体基于意志行动进行主观性创造,那么公法人这种法律装置无疑是高校授权意志的最佳承担者。一方面,法人人格装置对高校内部意志的价值,体现在平等和自主两个方面:平等是针对高校的主体人格而言,在主体资格条件和市场准入许可等形式要件上应保持一种相对开放性的态度,不应按照大学的传统行政等级标准进行员额限制;自主是面向高校主体的行为能力,高校因自身素质的不同,实质拥有差异化的行为能力,这种自身素质既有基于先天(历史因素)所形成的地位或资源优势,也有依靠后天的治理结构优化而获得的优质外部资源,在形式平等条件下更需要激活高校特色自主治理的意志品质。另一方面,法人人格装置对高校外部环境的作用,体现为独立与自律两个方面:独立是一种免于不受非法与过度干预的“适当距离”,即“使特定事务领域从母体机关脱离而出,改由有独立法人格、得以自己的名义,自为责任承担之行政主体行使之,俾与国家‘保持一定之安全距离’,免于受其过度干涉”^⑧,如2020年《教育部关于进一步加强高等学校法治工作的意见》第10条明确指出“尊重保障学校独立法人地位和办学自主权”,营造良好的法治环境;自律本质是一种自我规制,又称内部规制,法人和

其他社会组织为更好地完成特定任务、达到“特定产品”的质量要求,对“生产”过程设置更为细化或贴近行业特色需求的风险防控标准,是法人和其他社会组织在国家法律总体目标或框架的指导下,展开的一种自我管理与约束行为,结合内部与外部规制关系,整个过程也被视为对“规制的规制”——元规制。^②

综合前述,权能限定与主体意志实际是高校授权机制内含的两方面要求。一方面,所授之“权”原则上是一种无关内容的形式框架,需要高校进行基于内容的具体化之创设;另一方面,高校“立法”创设的具体化体现的是主体独立意志,形成一种基于特定事物、领域或行业发展的判断自主权与自我负责的能力,否则视同委托。这类“动态”授权机理可简称为权能限定理论,为高校权限合法性判断提供了一个新的视角。

三、高校权限合法性的判断标准

依据权能限定理论,在授权范围内高校具备自主创设权限的空间。但若放任高校随意设置学位授予条件,则可能造成对学生受教育权的不当侵犯。于是基于对传统行政权控制的授权审查标准存在一定的困境,“法律授权仅具有将高校纳入司法审查的诉讼法意义与有限的实体法意义,尚不能对高校学位授予标准的正当性作出充分解释”^③。笔者认为,对高校权限的审查可采取一种类似于控制裁量权行为的过程审查进路。

(一)对“内容审查”进路之否定

内容审查进路的核心观点是:“高校只是依法做出颁发学位行为的行政主体……并没有立法权,只有遵守规则的权利,而没有创设规则的权利……必须在学位条例暂行实施办法规定的范围内进行细化,不能创设该实施办法中所没有的规定。”^④依此,在《中华人民共和国学位条例》(以下简称《学位条例》)及其实施办法中并没直接规

定前置论文发表这项要件的情形下,高校创设行为为不合法。也有学者从法律保留的角度切入,认为学位授予权既是学术事项也属于行政事项,而相对于学生而言,获得学位是一项重要的权利,因而此事项需要得到法律明确授权或会受到法律明文限制。^⑤但这些观点的最终落脚点都是对条文内容的一致性进行审查,与权能限定理论不符。一者,从法律规范体系来看,《中华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)第23条规定高校授予学位的标准是“达到一定学术水平或者专业技术水平”,《学位条例》第8条授权高校颁发学位证,《学位暂行条例实施办法》第25条明确高校有权制定授予学位的工作细则,高校在创设学位授予规则方面的“框架权限”实际是充足的。二者,从司法实践来看,指导案例第39号“何×案”中,法院明确指出在学术自治的范畴内高校有自主制定相应的学位授予标准的职权。^⑥三者,在学理层面,学术自治的范畴包括教学计划、考核评估、学位授予等方面。^⑦四者,在事物的逻辑层面,检验是否达到独立从事研究及创新性科研能力需要一定的考核与评价标准,特别是博士学位层级必须是具备宽广、深入的专业知识和独立的科研能力,按照“专业的人做专业的事”的学术胜任标准,高校学术委员会是这类考核与评价标准的最佳决策者,其决策行为应受到权力机构、其他组织或团体的“尊让”;目前,在新的学术评价标准尚未完全建立的情形下,学术论文仍然是评价科学研究的重要标准之一,学术论文是走向学术职业之路的重要佐证,其创新性与价值性是获得学术职业团体认同的基础,获得博士学位通常意味着申请者即将走向学术职业之路,学术论文的发表有助于树立学术信心,形成相同研究领域的学术共同体。因此,无论是法律规范、司法实践还是事务逻辑,都不支持对高校学位授予事项内容进行严格限定

(或一致性要求)。但完全放任高校裁量又可能导致权力(利)的滥用,高校权限的审查需要引入“过程审查”方法。

(二)“过程审查”方法之提出

过程审查重点关注行政主体作出行为的证据与理由(why),也被称之为推理过程(reasoning process)或决策过程(decision-making process)之审查。^③按照前述的权能限定理论,授权并非是对内容的唯一性作限定,而是一种将裁量判断权授予给被授权机关或组织的机制。裁量的过程本质即是一个选择与说明理由的过程,裁量的独特构造使得过程审查更具妥帖性,因为过程审查是将行政决策的过程按照法律适用的内在逻辑进行还原。法律适用的基本步骤是:调查与认定基本的案件事实(包括证据)→确定与解释关联的法定事实(提取法律事实要件)→将案件事实涵摄进法律事实要件(推理)→得出法律处理结果(适用)。^④这种目光流转于事实与规范之间的过程(包括其是否正当)即是过程审查所关注的核心。在大多数时候,这种法律适用过程其实是一种主观性思维过程,需要相应的外部形式和客观标准予以确定。

一者,常见的外部形式即是说明理由,说明理由已成为行政法制中的一项重要制度。在行政裁量领域,“最简单直接的情形,就是法律规范已经具体地提出了裁量时所需要考虑的全部因素;行政机关在作出决定时所要进行的考量,就是将这些因素结合在自由裁量范围内具体设定的权重分布,最终决定其选择”^⑤。判断这些因素权重分布的合理性成为审查的重心,最为典型的例子是日本1973年的“太郎杉控诉案”。^⑥这种将行为程序作出的整个过程(决策方式存在的本身)进行审查的方式即是过程审查。其主要支撑依据之一是相关与不相关因素的考虑,法院需要判断这项因素被赋予考虑的关联性、普遍性与重要性程度,只有

“‘某个相关因素被赋予了明显过多或者明显不足的重要性时’才会干预”^⑦。

二者,仅仅明晰相关或不相关因素依据是不够的,还必须弄清判断这类因素的客观标准,即探究“事务的本质”^⑧联系。事务的本质标准强调审查时不能仅仅关注规范与事实之间的内容契合度,还必须理解规范背后的秩序原型,以及由此推导出的可被“秩序概念”涵摄的范围圈。例如,在理解学校教师解聘理由的正当性时,主管部门基于“教育原因”的涵摄或推理范围就包括“节省开支、教师的行为正当性、维持学校高效运转的基本条件”等,而不包括“拒绝收取学生的餐费”这类理由,因而在英国1944年的《教育法》中就明确基于此的解聘理由是一个不相关的、无效的理由。^⑨

总之,过程审查是可专门针对裁量行为的一种更为有机与动态的逻辑推理标准。这种推理的重心在于,是否可将相关行为纳入法律给定的权限框架内,除了内容比对外,主要的考量因素是,相关行为及规范背后的秩序原型的相关和不相关性,这个过程主要是对法律涵摄时的论证与推理过程进行正当化审视。在既有的高校行政诉讼纠纷中,过程审查是实际存在的,但也存在一些争议和问题。实践中的做法差异较大,以下选取几则典型案例进行评析。

第一,以招生自主权拒绝审查:林×诉厦门大学博士招录案^⑩。

林×于2005年上半年参加了厦门大学国际法专业的博士生招录考试,以综合成绩排名在报考导师小组的第3名,其导师也拟招3人,然而在后续学院公布的拟录取名单中,第3名却是另一名考生(丁×),林×即向学院及学校相关部门进行反映,研究生院给出的书面答复是名额受限,不能录取林×,但林×属于“特殊情况”,建议明年再考,在达到录取分数线的前提下可优先录取。随后,林×向厦门市

思明区法院及中级人民法院提起诉讼,其诉讼理由主要包括三点:一是本次招考过程中存在“违法挂靠”行为,即丁某并非原告导师小组报考成员,挤占了原告的招录名额;二是行政程序违法,关于学生调剂问题,丁某显然获得了更多的知情权(如关于老师的招录情况问题);三是滥用招生权、暗箱操作,事实上厦门大学招生办在原告提出质疑后又对招录结果作出调整,将丁某调整为原报考的老师名下,导致另一名导师招录了4名博士生,而本小组导师只招录了2名博士生。法院承认博士招生行为属于可审查的法律授权行为,但在进行审查时又认为博士招生行为属于办学自主权范围内,不对高校包括导师的录取行为进行实质性判断,^⑩因此对原告诉求不予支持。二审维持原判。

按照过程审查标准对待之,本案争议主要是法律适用问题,即本次招录行为是否符合博士研究生招录工作意见中的“择优录取”及“公平公正公开”原则。首先,“全面衡量、择优录取”实际是《教育部关于招收攻读博士学位研究生的暂行规定》中对高校自主招生的一种授权性规定,符合授权目的是首要义务。本案中招录丁某的行为可能存在目的不正当之嫌疑,丁某原报考在导师曾老师之下,后又调整至原告报考的导师之下,在原告提出异议后又调整至曾老师录取名单之列,使其名额增加至4名,这种调整使人产生“反复无常”之感,程序上存在一定的任意性,导致其录取目的存在不正当之嫌疑。事实上,在法学院递交的相关报告中也承认这种做法对原告林某“仍有不妥”。^⑪其次,公平与公开具有较大的关联性。本案中丁某知道关于原告报考老师的一些其他情况,是其指导老师,但其他考生并不知情,这一方面违背了公平原则,另一方面违背公开原则。最后,不公正的影响因素较多,如不能利益关联、不得偏袒(prejudicial conduct)、不得先入为主、不得同

时兼任控方与法官、不得表现出偏见(bias)。^⑫在本案中被告主张原告的综合成绩在25个进入复试的考生中排名垫底,而法学院只录取前18名。问题是原告所参加的复试考试有4个不同的方向,考试科目及导师情况都有所不同,学科与方向差异使得分数不具有对比性,且原告排名本导师小组第3,按照前3名拟录取规则应对其进行招录。故此,被告在招录时实际未考量相关因素(专业及方向不具可比性),对其复试垫底也存在一定的偏见,而对考生丁某则可能存在一定的偏袒,在其单独填报原告报考老师作为其调剂导师的行为中可略知一二。正是因为本案存在较大的争议性,过程审查标准才愈发重要。

第二,以法律适用错误强化审查:甘×诉暨南大学开除学籍决定案^⑬。

甘×是暨南大学语言学专业一名硕士生,由于其前后两次提交的期末课程论文均被任课老师发现抄袭,暨南大学依据《普通高等学校学生管理规定》第54条与《暨南大学学生管理暂行规定》第53条,认定其行为构成“严重抄袭”并作出开除学籍的处分。甘×不服,以程序违法和处分太重为由提起诉讼,被法院两审维持后向广州市高院提起再审,被驳回。2011年10月最高人民法院对此案进行了提审,对于前述法律适用依据进行了限缩解释。法院认为,一者“剽窃、抄袭他人研究成果”的适用范围限定于“毕业论文、学位论文或者公开发表的学术文章、著作以及课题研究”,期末课程论文不属于规定事项范围;二者“情节严重”必须是抄袭或剽窃“数量多、比重大”,或者是“手段恶劣”“社会影响大(包括名誉侵害严重)”等,因此此处的抄袭是否情节严重也可能有待商榷。基于此,最高人民法院认定学校开除学籍处分援用的“《暨南大学学生管理暂行规定》第53条第(五)项和《暨南大学学生违纪处分实施细则》第25条规定,属于

适用法律错误,应予撤销”。

显然最高人民法院采取了过程审查模式,对暨南大学开除决定的法律适用过程及依据进行了“专业解释”,实际采取了强化审查的态度立场,是对学生权利救济的最大化倾斜。但是,法院的立场也引发了较大的理论争议。如有学者认为,这种强化审查方式存在逾越审查边界的风险,即“用自己的判断完全取代了行政主体的判断,从而使自己变身为一个‘超级行政机关’(super-agency)”^④。也有学者认为,最高人民法院的法律论证与推理过程存在不足,体现在法律修辞方法的选择上未从限定的法律体系(法律争议点等)出发,而是选择从规则的形式层面进行“先入为主”的裁定,因此这种论证具有盲目性与缺乏计划性。^⑤当然,也有学者从解释不确定性概念出发,认为最高人民法院的“两层解释”,主要是第一个层面存在可商榷性,即关于“剽窃、抄袭他人研究成果”的认定上,甘×的行为自当构成抄袭,这似乎不存在太多的解释空间,否则会违背法律对抄袭行为的不正当性评价之价值基础;但在第二个层面,法院完全可以解释甘×虽存在抄袭但其情节未达到开除学籍的严重程度,以此来强化判决的正当性与说服力。^⑥笔者认为,从论证推理的逻辑层面看,第三种观点最为合理,理由是:一方面,既然将高校行为纳入司法审查,若仅仅采取前述案例的态度,很难实际保障学生的利益,因此过程审查是必要的;另一方面,过程审查的强度亦是困扰司法实践的难题,完全取代高校的专业判断也会引发一定的质疑,因此若在裁量的法律构成要件上难以把握,可在裁量的法律效果上进行权衡,第三类观点即是这一立场。

第三,以程序不当回避审查:于×诉北京大学撤销学位案^⑦。

于×是北京大学历史学系2008级的博士生,

在2013年7月取得博士学位并顺利进入中国社科院博士后流动站。在2013年1月,于×曾向《国际新闻界》投递了《1775年法国大众新闻业的“投石党运动”》,随后被接收发表;在2014年8月,《国际新闻界》发布公告称本文构成严重抄袭;随后北京大学启动调查,于2015年1月,经过校学位评定委员会的决议,作出了撤销于×博士学位的决定。2015年7月,于×向法院提出行政诉讼,经过两级法院审理认定,撤销学位决定存在程序不当且决定行为依据不明等法律问题,最终判决撤销该决定。

本案作为正当程序原则适用的典型案例已被学界广为探究。^⑧但是,过程审查不仅关注行政行为为决定的形式合法,更关注行政行为决定的实质合法(包括合理裁量),以此标准待之,本案可视为回避审查的例证。对于本案实体问题的审查,如有学者对“博士学位撤销要件”“舞弊作伪的认定”做了细致分析,^⑨也有学者认为实体审查的缺失是本案判决的最大缺陷,^⑩还有学者直言,学位撤销是一种裁量权行为,由于本案中抄袭论文与学位论文没有关联,且没有考虑到相关因素,直接撤销学位并不符合处罚相当原则。^⑪事实上,本案基于过程审查标准而涉及的实体层面问题包括:首先在法律适用的前端,焦点问题是被涉嫌抄袭的论文是否为博士学位颁发的构成要件,从形式层面看,于×将此论文写入了博士学位申请书中,但从实质层面看,本篇论文是在博士学位获得后发表的,事实上在此之前于×已达到申请博士学位发表论文的要求,在论文待发表期间其也通过邮件沟通要求更换作者单位,由此两者关联性较弱。其次在法律适用过程中,除了判决书已明确的程序不当和法律依据模糊外,焦点问题是论文抄袭行为是否符合《学位条例》第17条的“舞弊作伪”要件。“舞弊作伪”是一个不确定性概念,但法院也具

有一定的审查空间,在前述“甘×案”中法院即进行了自主权判断,本案中虽然《国际新闻界》杂志社给出了自己的意见,但是否符合学位撤销领域的“舞弊作伪”行为,高校仍具有自己的判断空间,同时还应兼顾情节严重的要件判断。最后在法律适用的后果方面,《学位条例》第17条对学位撤销规定的“可以”并非“应当”,本案中未对当事人的情节及影响后果进行考虑,径直采用顶格处罚,一定程度上有违比例原则。

第四,以评审不当进行形式审查:柴×诉上海大学学位评定案^⑤。

柴×是上海大学经济学院2014级博士生,于2017年履行了博士论文申请的所有程序(开题、预答辩、盲审、毕业答辩等)后,学校向其颁发了博士学位证,但未授予博士学位,上海大学经济学院认为其发表的论文数量虽达到学校规定的标准,但未达到经济学院的标准,因而学院分学位评委员会决议认为其不符合博士学位授予要求。原告不服,遂提起诉讼。一审法院认定,学院通过学院秘书采取微信的方式驳回当事人的博士学位申请,程序不当和法律依据不足,是未履行法定职责。但由于原告诉讼期间学校重新组织了学位授予审核评定,并把相应结论进行了送达,在原告不撤诉的情况下,法院只能判定被告未组织审核评定的行为违法。

本案中,虽然在形式层面原告获得了胜诉,但在实体层面并未有效回应原告的利益诉求,即不授予学位决定是否合法。本案的核心争议是,在学校层面对学位授予资格要件(小论文数量)作统一规定的情况下,下设的二级学院能否进行创设性规定。学界有两种对立性观点,一者认为二级学院具有相应的权限,是自治机制的一种延伸表现,并且“凡是经过学校授权制定且经过学校审核的学院规则,与‘校规’的法律效力相同”^⑥;另者认

为“二级学院或各学科标准应当与校级学位授予标准保持一致,不得自行设定”^⑦。而法院认为,学位授予论文发表资格要件存在一定的争议,其设定是否科学合理属于学术自治的范畴,本院予以尊重,这实际上采取了回避立场。从实际情况而言,赋予二级学院按照本学科特点与规律进行学位授予标准的创设权,是遵循学术“底层逻辑”的使然,换言之,越是最接近实践的越具有发言权。如在我国台湾地区,在系(所)、院、校三级教师评定委员会的决策中,上级评定委员会往往只是形式审查。但是,二级学院制定的学位授予标准或规则应遵循法律授权与高校自主的原则,相应的法治程序与规则,以及平衡原则,至少也应明确相应的制定依据及采取合理的方式告知全院所有师生。

(三)高校权限合法性标准之走向

法律授权主要是对被授权主体权限一种形式框架的限定,这种授权及其背后的审查标准并不能给予高校权限审查一个清晰的逻辑基础,反而引发了混淆法律授权与办学自主两对概念的问题,将办学自主视为授权的对立面,而办学自主又对司法机关具有防御力,因而导致司法机关几乎放弃对高校行为的过程审查,前述案例已有体现。有学者统计过,最高人民法院第39号指导案例颁布后的118个裁判例子,仅有3个案例依据目的性审查否定了高校学位授予标准创设的合法性。^⑧这种结果不利于在高校自主与学生受教育权等权益保障之间形成平衡。过程审查进路是弥补内容审查进路不足的一种更为丰满的审查策略,但过程审查的多元性往往会给予司法机关较大的裁量权,基于对传统学术自治原则的误解,易导致其采取过度宽松的审查标准,引发高校自主裁量的脱逸。

为避免宽松的形式审查,在采取过程审查进

路时应注意两个就内容本身之外的标准:一是外部的体系标准,二是内部的自律标准。外部的体系标准是指就授权条款本身外的其他与之相关的约束标准,如就学位授予标准而言,除了《学位条例》第2条的品行要件及第4-6条的专业要件外,学位授予的标准还要受到《教育法》《高等教育法》关于受教育者全面发展规定的约束,并且要符合《普通高等学校学生管理规定》关于学生管理和处分的基本要义,如“教育与惩戒相结合原则”^⑧。因此不能仅仅将学生某次违规(校园打架)直接关联不授予学位要件,并归为高校学术自治的范畴,而要受到整个教育法律体系的约束。内部的自律标准是指作为社会自治主体本身的自律性或监督性规范,各高校章程中都对民主管理和监督作了具体规定,对民主管理与监督的组织活动原则、主要成员的权利与义务进行了明确,涉及组织和个人的重大权益事项有参与和建议权,但就学位授予标准而言,这种参与和建议权并不明显。如某些高校成员多次建议降低学位授予论文发表数量,但实际上未得到有效回应,甚至部分高校出现学位授予论文发表要求的“实质设置权”掌握在某个学科、某个导师手中的现象,不免导致滥设学位授予标准现象,有违大学自治的本质。

结语

高校权限合法性标准的确立是一个有待立法、司法和高校实务界等多重部门继续努力的动态过程,正如柴×诉上海大学学位评定案中的法官所言:科学合理的学术评价标准需要“学位授予单位、教育管理部门和学子们共同推进”^⑨。法律授权的框架限定内涵决定了,直接采用“法无授权不可为”的严格标准,以否定高校执行行政管理事务的创设空间是不可取的,但反过来也并非意味着高校的办学自主与学术自治是脱逸的裁量权,有必要采取过程审查的进路对高校行为进行

全面审查。从目前法院的几则典型案例来看,由于法院对高校学术自治权的过度尊让,导致审查的方式存在较大的差异。未来在坚持过程审查进路的基础上也要注意外部的体系标准和内部的自律标准对高校自主行为的约束,在高校自主和成员权益保障之间作出平衡。

注释:

①参见王春业:《高校办学自主权与学生学位获得权的冲突与平衡——以博士学位授予需发表论文为视角》,载《东方法学》2022年第1期,第177-178页。

②参见徐雷:《作为博士学位授予标准的学术论文发表:逻辑正当性与误区澄清》,载《学位与研究生教育》2020年第7期,第32-35页。

③[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),雷磊译,法律出版社2021年版,第279页。

④参见全国人大常委会法工委法规备案审查室:《规范性文件备案审查:理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第120-121页。

⑤参见《立法法》第6条第2款确立了“不重复性立法原则之精神”,第73条第4款对此原则进行了直接规定:“制定地方性法规,对上位法已经明确规定的內容,一般不作重复性规定。”

⑥实践做法是在“不抵触”前提下进行有特色的立法,具体可参见谢勇:《概念的成长:破解地方立法“不抵触”“有特色”的理论困境》,载《求索》2017年第12期,第14-22页;孟庆瑜、王耀华:《乡村振兴地方立法的文本检视与进路完善》,载《北方法学》2023年第4期,第144页。立法趋势是逐步扩大地方立法(广义)主体的自主立法权限。

⑦[德]马丁·博洛夫斯基:《论梅克尔的法律层级学说》,载张龔编译:《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法论集》,中国法制出版社2017年版,第209页。

⑧[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(第2版),雷磊译,法律出版社2021年版,第244页。

⑨王旭:《合宪性审查中“相抵触”标准之建构》,载《中国法学》2021年第6期,第122-123页。

⑩[奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,

商务印书馆2013年版,第174页。

⑪例如,《国家监察法》第22条留置条款的合宪性解释,《宪法》第40条“通讯自由”的解释等,都因这种抽象授权无法在内容上提供明确指引,而导致实践中出现审查困境。

⑫[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第33页。

⑬[英]哈特:《法律的概念》(第3版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第137页。

⑭例如,“服从上帝的命令”“服从父亲的命令”即是一个次级规则,而“上帝禁止人们杀人”“子女不得向父母撒谎”则是初级规则,这个初级规则的效力即是源于次级规则的授权,在授权范围内初级规则具有创设权能,但超于授权范围内的创设则会受到次级规则控制与废止,如父母不需要抚养子女则可能超出了授权范围。

⑮参见陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?从宪法与部门法的关系出发》,载《中外法学》2021年第2期,第301页。

⑯[德]克里斯托夫·莫勒斯:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第44-45页。

⑰参见范奇:《论高校“办学自主权”的双面法治逻辑及统合》,载《交大法学》2019年第3期,第57-58页。

⑱汪华、孙霄兵:《改革开放以来我国高等学校的法治建设及其时代发展》,载《华东师范大学学报》(教育科学版)2019年第5期,第138页。

⑲参见刘刚:《国家法理论视域下高校教师的科研自由与教育职责》,载《陕西师范大学学报》(哲学社会科学版)2014年第4期,第129页。

⑳[英]迈克尔·曼:《社会权力的来源(第2卷):阶级和民族国家的兴起(下)》,陈海宏等译,上海世纪出版集团2017年版,第800-801页。

㉑See SZEREMTA P. M., Squeezing Public Schools' Lemons: Theorizing an Adequacy Challenge to Teacher Tenure, Washington and Lee Law Review, No. 3, 2016. pp. 1609-1619.

㉒See DEREK W. B., The Constitutional Challenge to Teacher Tenure, California Law Review, No. 104, 2016. pp. 85-124.

㉓[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第533页。

㉔参见葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第82-84页。

㉕钟赓言:《钟赓言行政法讲义》,法律出版社2015年版,第728页。

㉖詹镇荣:《行政法总论之变迁与再造》,元照出版公司2016年版,第35页。

㉗黄锦堂:《行政组织法论》,翰芦图书出版公司2005年版,第294页。

㉘参见[英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳、李鸽、安永康、卢超译,上海三联书店2017年版,第164页。

㉙伏创宇:《高校学位授予标准的正当性逻辑》,载《法学》2022年第6期,第52页。

㉚王春业:《高校办学自主权与学生学位获得权的冲突与平衡——以博士学位授予需发表论文为视角》,载《东方法学》2022年第1期,第177-178页。

㉛参见徐靖:《硕士学位授予标准中的资格论文要件:法理“三问”与法治化路径》,载《学位与研究生教育》2020年第9期,第48-50页。

㉜参见石磊:《〈何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案〉的理解与参照——高等学校在学术自治范围内有依法制定学术评价标准职权》,载《人民司法》(案例)2016年第20期,第22-26页。

㉝参见Thomas Estermann:《欧洲大学自治的多维度剖析及实然样态》,刘艳红、宋向楠、张李斌译,载《高校教育管理》2017年第2期,第6-8页。

㉞See Gary Lawson, Outcome, Procedure and Process: Agency Duties of Explanation for Legal Conclusions, Rutgers Law Review, No. 48, 1996. pp. 317-318.

㉟参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第123页。

㊱苏宇:《走向“理由之治”:行政说明理由制度之透视》,中国法制出版社2019年版,第82页。

㊲参见[日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第99-100页。

㊳[英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第10版),骆梅英、苏苗罕、周华兰、卢超、王瑞雪译,中国人民大学出版

社2018年版,第295页。

③事务的本质并非简单的视为立法者所追求的一种价值标准,而是一种具有评价性的、先验的或内在的规范与事实之间的某种相似或关联性,即以“规范背后的一般性评价结构作为标准”聚焦两类规范或事务之间的“中间节点”的评价范式,参见王旭:《合宪性审查中“相抵触”标准之建构》,载《中国法学》2021年第6期,第124-125页。

④参见[英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第10版),骆梅英、苏苗罕、周华兰、卢超、王瑞雪译,中国人民大学出版社2018年版,第295页。

⑤参见袁文峰:《我国公立高校办学自主权与国家监督》,中国政法大学出版社2015年版,第234-237页。

⑥有学者认为,招生录取涉及学生基本权利,即便高校享有自主权,也需要接受法律保留原则的检视,包括对招生组织、程序等问题的规定,参见林家睿:《论公立高校校规中法律保留原则的适用》,载《法学评论》2023年第4期,第54页。

⑦参见袁文峰:《我国公立高校办学自主权与国家监督》,中国政法大学出版社2015年版,第294页。

⑧参见[美]迈克尔·D.贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第23页。

⑨参见《最高人民法院公报》2012年第7期,最高人民法院公报网: <http://gongbao.court.gov.cn/Details/f0b94aa7a763fe6dc408631c904fd.html?sw=%e7%94%98%e9%9c%b2>。(最后访问时间:2022年6月18日)。

⑩刘东亮:《过程性审查:行政行为司法审查方法研究》,载《中国法学》2018年第5期,第138页。

⑪参见吕玉赞:《案件说理的法律修辞方法选择——以甘露案再审判决书为例》,载《东方法学》2015年第1期,第156-157页。

⑫参见蔡琳:《不确定法律概念的法律解释——基于“甘露案”的分析》,载《华东政法大学学报》2014年第6期,第27-29页。

⑬参见北京市第一中级人民法院(2017)京01行终277号行政判决书。

⑭参见周佑勇:《司法判决对正当程序原则的发展》,载《中国法学》2019年第3期,第26-45页;张圆:《正当程序原则的司法逻辑——“于艳茹诉北京大学违法撤销学位案”判解》,载《时代法学》2018年第5期,第55-63页;江国华、彭珮:《法治原则在大学治理中的适用——于艳茹诉北京大学撤销博士学位案检视》,载《江汉大学学报》(社会科学版)2018年第2期,第15-22页等。

⑮参见湛中乐、王春蕾:《于艳茹诉北京大学案的法律评析》,载《行政法学研究》2016年第3期,第97-107页。

⑯参见喻少如、侯嘉淳:《论行政诉讼中实体性问题的审查强度——以“于艳茹案”为分析对象》,网易网, <https://www.163.com/dy/article/G4KR08T70524TEUR.html>。(最后访问时间:2023年9月8日)。原文载于易延友主编:《案例中的法理》,清华大学出版社2020年版,第97-110页。

⑰参见王亦君:《北大一博士被撤销学位诉母校终审胜诉》,载《中国青年报》2017年7月27日第6版。

⑱参见上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115行初362号行政判决书。

⑲任海涛:《高校二级学院“规则”的法律效力研究——从“柴丽杰诉上海大学不履行法定职责案”谈起》,载《教育发展研究》2020年第7期,第51页。

⑳刘永林:《高校二级学院学位授予权力行使的边界及其规范——从柴某某诉上海大学博士学位评定纠纷案切入》,载《中国高教研究》2021年第8期,第104页。

㉑参见伏创宇:《高校学位授予标准的正当性逻辑》,载《法学》2022年第6期,第48-49页。

㉒伏创宇:《高校学位授予标准的正当性逻辑》,载《法学》2022年第6期,第50页。

㉓上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115行初362号行政判决书。