



高等学校的惩戒权研究

韩兵 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本专著受教育部人文社会科学研究青年基金项目
“高等学校的惩戒权研究”（项目批准号：08JC820048）资助



高等学校的惩戒权研究

韩兵 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

高等学校的惩戒权研究 / 韩兵著. —北京: 法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5327 - 1

I. ①高… II. ①韩… III. ①教育法—研究—中国
IV. ①D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第206749号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.875 字数 237 千

版本 2014年7月第1版

印次 2014年7月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5327 - 1

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

一、选题背景及研究意义

自 20 世纪末开始,高校开始走出“象牙之塔”,步入法庭接受学生的质问。在高校诉讼浪潮中,高校惩戒学生又是高校诉讼案件的焦点,它涉及维持高校自主权的行使与学生受教育权保护之间的平衡问题。在至今还延续不断的高校诉讼中,我们听到的不仅有学生发出权利被侵犯的诉求,还有高校自身不清楚其惩戒权合法边界的困惑;而且,不同法院对类似的问题又经常作不同的处理,损害了法的统一性。形成这一局面的原因是多方面的,但是,更为重要的原因可能还是相关理论筹备尚显不足以至于人们(无论是学界、司法界还是学生、高校管理者乃至立法者)的认识仍然存在较大分歧。^①

目前,对高校惩戒权的研究较多的是对当下高校惩戒权范围以及惩戒权行使程度不当的描绘与评述,也包括对司法是否介入相关行为的探讨;还很少从探

^① 沈岷:“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。

究高校惩戒权的理论依据出发,深入探讨高校惩戒权的性质、范围、设定以及实施问题。相关评述很少从学术自由与大学自治的角度出发,从而在论述中对高校惩戒权所谓滥用问题的“点评”缺乏有力的理论支撑,“点评”的“果断”有时变成“武断”,某些被论者视为“违法”的高校惩戒行为,恰恰是“合法”的;一些被视为“合法”的高校惩戒行为,其实却是违反学术自由与大学自治的精神。

因此,研究这一问题既有重要的学术意义,也有紧迫的实践意义。从学术角度而言,本书的研究期望进一步澄清高校惩戒权存在的理论依据,提出划定高校惩戒权范围的原则以及影响高校惩戒权范围划定的因素,厘定高校规章与国家法律规范在惩戒权设定上的各自空间,探究规范高校惩戒权实施的可行路径,以及司法是否介入以及如何介入相关纠纷的理论根据,努力寻求高校惩戒权在自主与法治之间的良好平衡。从实践的角度而言,期望为保障高校学生的合法权利以及维护高校自主权的应有空间提供理论基础,为立法者以及教育行政主管部门制定相关规范提供理论上的指导,也为法院是否介入以及如何介入相关案件提供一些理论筹备以及域外可资借鉴的经验。

二、研究主旨与路径

高等学校不同于一般的行政机关,它享有一定的自主权,但它又并非享有“治外法权”,更非不受法治原则约束的“独立王国”。本书认为学术自由与大学自治是高校惩戒权赖以存在的基础,基于学术自由与大学自治的考量,根据对现实问题的审视与反思,虽然本书也极力强调维护学生权利的重要性,但是需要提及的是,本书的主旨并不止于此,更非如一些普通大众一样因湮没于维护学生权利的激情之中,而让审视大学问题的视野为媒体的宣传所遮蔽,以致忽视甚至忘却了大学所应该有的自主权空间。在未搞清楚大学自主权的边界以及惩戒权行使

的应然空间之前,对高校惩戒决定的批判,很容易被维护学生权利的激情所左右,甚至流为义愤填膺式的激情宣泄。

所以,本书更多的是基于一个中立的立场,从分析高校与学生之间的关系开始,从回溯高校惩戒权的源头入手,探讨高校为什么享有对学生的惩戒权,高校对学生的惩戒权究竟应该有多大。对学生权利的关怀是潜藏于如何厘定高校规章与国家法律规范在惩戒权设定上的各自空间,如何规范惩戒权的实施,如何对被惩戒学生实施救济等探讨之中的。本书所期待解决的问题不仅仅是学生发出的权利被侵犯的诉求,还有高校不清楚其惩戒权合法边界所在的困惑。从而,概括地说,本书主旨是在学生权利的保障与高校自主权的维护之间寻求一个良好的平衡。为此本书沿如下路径加以探讨:高校惩戒权的理论依据何在?高校惩戒权的性质是什么?高校惩戒权的范围有多大?高校规章与国家法律规范在惩戒权设定上的空间如何划分?域外公立高校行使惩戒权的状况又是怎样?我国的情况如何?有哪些问题?高校惩戒权的实施该如何规范?学生受惩戒后如何实现权利的救济?司法又能在多大程度上介入?

三、研究方法

由于本书所关注的是一个很现实的问题,因此,概括地说,研究方法自然也是实证分析与理论研究的结合。然而,研究方法的选择往往又会根据所选择议题的特点而有所侧重,具体来说,本书主要采用了规范分析与社会实证分析的方法,理论与实践相结合的方法,比较分析的方法以及历史的方法。

由于高校惩戒权的实施一般都有规范上的依据——高校规章,而高校规章制度一般又是依据上位规范加以制定的,因此,无论是对国内外高校惩戒权行使状况的考察,抑或是对高校惩戒权设定的探讨都离

不开规范分析的方法。此外,因为作为高校惩戒权理论依据的大学自治的范围,不仅受制于学术自由以及高校所承载的教学与研究功能,还要受到各个国家的历史、法律制度以及政治、经济、社会的条件和世人对大学的信赖度等影响,^①所以,在分析与探讨高校惩戒权的范围等问题时自然也要用到社会实证分析的方法。

当前高校惩戒权的行使存在诸多问题,以学术自由与大学自治加以检视,可以说我国高校惩戒权在“越位”的同时,也有“缺位”的现象发生:这一问题的集中体现就是高校诉讼案的涌起。现实中已经存在太多鲜活的例子,于是,本书的主题注定了理论与实践相结合的方法在本书的研究方法中不仅“不可或缺”,而且“地位显赫”。

比较分析的方法则是一种重要的研究方法,无论是我国高等教育的水平抑或高等教育法治的现状都决定我们还远没有资格只“闭门”关注自己的问题,“无视”域外的相关理论与实践。恰恰相反,域外以美国为代表的高等教育和法治均发达的国家的相关经验很值得我们去加以分析与借鉴。当然,这并非是拿外国的经验或做法来作为评判该问题的准具,而仅仅是将其作为一种他山之石,即本书对域外经验的借鉴是结合中国实际予以选择性地借鉴,绝非那种“全盘西化”式的照搬。比较分析方法的运用在本书中较为广泛,包括对若干国家高校惩戒权理论依据、范围、设定、实施以及司法审查的比较。

由于无论是高等教育抑或高等教育法治都有一个较长时间的发展过程,高校与学生的关系也经历了历史的更迭,高校惩戒权的范围、实施的方式以及司法的介入状况等也都有一个历史变迁的过程。因此,历史的研究方法在本书的研究中也是不可或缺的。

^① 桥本公巨:《大学的自治》,第48页。转引自周志宏:《学术自由与高等教育法制》,高等教育文化事业有限公司2002年版,第244页。

目 录

前 言 001

第一章 高等学校惩戒权及其理论依据 001

第一节 高等学校惩戒权的界定 001

一、狭义说 002

二、广义说 002

三、本书的界定 005

第二节 高等学校惩戒权的理论依据 006

一、相关学说介绍 007

二、评论 027

三、对高校惩戒权理论依据的再认识 032

第二章 高等学校惩戒权的性质及范围 038

第一节 高等学校惩戒权的性质 038

一、公权力说 038

二、私权利说 044

三、混合说 045

四、一点反思——高校惩戒权的性质应结合 大学自治加以考量 045

第二节 高等学校惩戒权的范围 052

一、高等学校惩戒权范围的实证考察 052

二、高等学校惩戒权与大学自治的范围 077

三、高等学校惩戒权范围的划定 080

第三章 高等学校惩戒权的设定 098

第一节 大学规章制定权的权限 099

一、大学自治与大学规章制定权 099

二、大学规章制定权与法律保留原则 101

三、大学规章制定权与法律优位原则 118

第二节 中国语境下的大学规章制定权 122

一、我国大学自治权的特殊性 122

二、我国当前语境下的大学规章制定权 128

三、当前语境下的借鉴与适用 130

四、未来的可行路径 138

第三节 对涉及惩戒权的高校规章的若干要求 144

一、符合一定的明确性要求 144

二、保障学生的参与 151

第四章 高等学校惩戒权的实施 156

第一节 比例原则的适用 156

一、比例原则的含义 156

二、在高校行使惩戒权时引入比例原则的必要性 158

三、高校惩戒是否符合比例原则?——结合案例的分析 161

第二节 正当程序原则的确立 166

一、正当程序原则 166

二、我国高校实施惩戒权时确立正当程序原则的必要性	169
三、我国高校惩戒学生的程序性规定之考察	172
四、美国高校惩戒学生适用正当程序状况之考察	184
五、正当程序原则在我国高校实施惩戒权时的具体适用	204

第五章 高等学校惩戒权的司法审查 212

第一节 我国司法审查高校惩戒学生行为的学理与实践 212

一、我国司法介入高校纠纷的学理 212

二、我国司法实践中同类案件的差异处理 216

第二节 域外司法介入高校惩戒学生行为的经验 220

一、纪律惩戒与学术惩戒的区分 220

二、特殊的校外独立裁决救济模式与有限的司法介入 237

三、按惩戒对学生权益影响的大小作为司法是否介入的标准 245

四、司法审查的程序设置 257

第三节 我国司法介入高校惩戒学生行为之思考 260

一、健全校内申诉机制,设置申诉前置制度 260

二、我国司法审查介入高校惩戒行为的范围 269

三、我国司法审查介入高校惩戒行为的强度 272

结语 寻求高校惩戒权在自治与法治之间的合理平衡 279

参考文献 284

高等学校惩戒权及其理论依据

第一节 高等学校惩戒权的界定

“惩戒”在我国现行教育立法中尚不是一个正式的法律用语,我国教育立法中与“惩戒”相近的是“处分”一词。与此相应的是,大陆学者一般也多使用高校“处分权”的概念,使用高校“惩戒权”的相对较少。但本书认为,“惩戒”这一概念比“处分”更具有包容性,可以将一些性质相近的,包括“处分”在内的高校对学生作出的不利措施纳入其中一并探讨,^①而且在其他国家和地区,“惩戒”这一概念也具有相当的普适性;故出于问题意识及研究的需要,使用“惩戒”与“惩戒权”的概念。综合起来,关于高校“惩戒”的概

^① 惩戒既包括基于学术原因的,也包括基于非学术原因的,我们法律文本中的“处分”一般是指基于非学术原因或称纪律原因的惩戒。而且在大陆以外的其他国家和地区,惩戒这一概念也具有相当的普适性。

念有狭义与广义两种。

一、狭义说

台湾学者李建良认为,学生惩戒,是指因学生品行不良或行为偏差而遭学校施予警告、记过、留校察看、勒令退学及开除学籍等措施;高校因学生课业不及格而给予退学,是出于对学生学习能力的负面评价,而不是对其学习不力予以制裁,所以在概念上不宜称之为惩戒措施。^① 学者廖元豪也持类似观点,他认为应该将因学业评量不合格而遭到的不利决定排除在“惩戒”的范围之外;因为“惩戒”应该是针对“行为”(特定、个别行为,或是持续的某种状态)予以非难,而学业评量却以“结果”为准,“惩戒”应具有一定的可责性,但学业评价的效果显然与可责性没有关联。^②

此类学说都主张将因学业不良或学业失败导致的退学等不利措施排除“惩戒”的概念之外,故可称之为狭义说,在内涵上也几乎等同于高校对学生的纪律处分,也就是我们教育立法中常用的“处分”这一概念。^③

二、广义说

台湾学者周志宏认为,惩戒是指“学校或教师为达成教育的目的,

① 李建良:“学生惩戒与行政救济——兼论‘开除学籍’制度的合宪性问题”,载湛中乐编:《大学自治、自律与他律》,北京大学出版社2006年版。

② 廖元豪:“评《析论高校惩戒学生行为的司法审查》”,载湛中乐编:《大学自治、自律与他律》,北京大学出版社2006年版。

③ 大陆有个别学者在使用“处分”这个概念时也做广义的界定。如其将高校处分权界定为:“学校根据法定事由和法定程序损害受教育权,或者使学生丧失受教育权的权力,是学校对学生受教育权的一种强制性处分。”据此,其似乎也包括学业与纪律两部分。殷啸虎等:“高校处分权及其法律监督——对大学生怀孕被退学案的个案研究”,载《华东政法学院学报》2003年第3期。

藉由物理上的强制力或心理上的强制力,对于违反特定义务之学生,所采取具有非难性或惩罚性的措施,学生因此受到某种不利益或精神上、身体上之痛苦”。^① 随后,他又依性质将其区分为惩戒行为与惩戒处分两种。所谓惩戒行为是指“惩戒不发生法律效力,而为单纯之事实行为的一种惩戒方式,又称为事实上的惩戒,”^②如直接体罚和罚站、面壁、罚写作业、罚作特别动作等措施。所谓惩戒处分“是指依法令规定,对于学生课处具有法律效果而会影响学生地位,即具有惩罚性质之不利处分”,^③如申诫,警告,记小过,记大过,留校察看,定期停学,勒令休学、退学、开除学籍等措施。他认为,依事由又可分为纪律上的惩戒与学业上的惩戒。总体上它泛指学校教育(包括大学和中小学教育)领域中的惩戒行为,可称之为广义说。而直接体罚和罚站、面壁、罚写作业、罚作特别动作等措施在大陆高度教育过程中已经普遍不存在了。

学者李惠宗则将上述惩戒措施作了区分,将体罚和口头责备等措施视为“管教”手段,是对学生错误的预防,是“事实行为,不作成纪录”;而惩戒则是事后责任的追究,“属行政处分,应保留纪录”。他认为,惩戒不同于一般对学生的错误行为进行预防的管教,惩戒属于行政处分,应保留记录,并应该遵守正当程序。^④ 即他将类似于前述不发生法律效力所谓的惩戒行为排除在外,但其也主张惩戒应包括学业上的惩戒与纪律上的惩戒。

日本学者坂本秀夫指出,惩戒从形式上看,必然具有生活指导的要素及强制的要素,在内容上看则包含非难在内。^⑤ 该界定指出了惩戒具

① 周志宏:《教育法与教育改革》,高等教育文化事业有限公司 2003 年版,第 277 页。

② 周志宏:《教育法与教育改革》,高等教育文化事业有限公司 2003 年版,第 305 页。

③ 周志宏:《教育法与教育改革》,高等教育文化事业有限公司 2003 年版,第 307 页。

④ 李惠宗:《教育行政法要义》,元照出版有限公司 2004 年版,第 125 页。

⑤ [日]坂本秀夫:《生徒惩戒の研究》,东京学阳书房昭和 58 年版,第 17 页,转引自周志宏:《教育法与教育改革》,高等教育文化事业有限公司 2003 年版,第 277 页。

有教育目的(生活指导的要素),但也具有强制性(强制的要素)、非难性或惩罚性。

大陆有学者认为,大学惩戒是“大学为教育或管理之目的,依据其制定的学生行为规范和准则,对违反规范或不能达到要求的学生单方施以的惩戒”。虽然此处对惩戒概念的界定可能包含学业与纪律两方面的不利决定,但这一界定显然有循环论证之嫌。有学者克服了这一弊端将高校惩戒界定为:“高等院校为教育或管理之目的,依国家立法和学校规范,对违反特定义务或未达到规定要求的在学学生,所采取的致使学生承受不利负担,并作成书面决定的非难性或惩罚性措施。”^①

美国法上对于“惩戒”的用语多用“sanction”,“discipline”,有时也用“punishment”,它们之间并无严格区别。根据主流判例、高等教育法教材以及相关学术论著,美国对高校惩戒普遍是基于发生原因的不同,将惩戒区分为基于学术原因(academic reasons)的惩戒和基于纪律原因(disciplinary reasons)的惩戒两种。^②如美国著名的高等教育法学家 William A. Kaplin 与 Barbarn A. Lee 在其经典著作《高等教育法》(the law of higher education)中,就将高校惩戒分为 disciplinary sanctions 与 academic sactions。学术原因主要是指学生学业表现不佳(poor or deficient academic performance),不符合学校学术上与教学上的要求,属于学术失败(academic failure),这主要是涉及“学术评价”(academic evaluation);而纪律原因则是指学生实施的与学术无直接关联的、触犯校规或法律的行为,是一种行为不端(misconduct),如打架、盗窃、损坏

① 沈岩:“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 William A. Kaplin, Barbarn A. Lee, *the law of higher education*, Jossey-Bass Publishers (2006); Curtis J. Berger, Vivian Berger, *Academic Discipline: A Guide To Fair Process For The University Student*, 99 *Colum. L. Rev.* 289(1999); Thomas A. Schweitzer, “Academic Challenge” Cases: Should Judicial Review Extend To Academic Evaluations Of Students? 41 *Am. U. L. Rev.* 267(1992).

财物、扰乱教学秩序、酗酒、吸毒、性骚扰、性侵犯等违法违规活动,这主要涉及事实调查(fact-finding),是事实问题(factual question)。因此,在美国,无论是在司法实务,还是在学理上,对高校“惩戒权”的概念主要是作广义界定的。

三、本书的界定

本书基于对高校学生权利的关怀,以及厘定高校惩戒权合理边界与规范高校惩戒权实施的主旨,倾向于对惩戒权作广义的界定。因为如果将高校基于学业原因给予学生的不利负担排除在惩戒之外,则当今关涉学生许多重大利益的诸多的退学、推迟授予或不授予学位以及撤销已经颁发的学位等纠纷都将不在考察的范围。更重要的是,此类高校基于学术评判行使的惩戒权是高校自主权极为重要的部分,我们当前高校这部分权力是被压制了,还是被放纵了,抑或两者兼而有之;学生的相关主张哪些应该被支持,哪些又不应该:这些都是很重要的理论与现实问题。

因此,将高校惩戒的界定仅仅局限于纪律处分,无论是对高校学生权利的保护,还是对包括惩戒权在内的高校自主权的维护都是不利的,与本书试图寻求高校惩戒权与学生权利之间合理平衡的研究宗旨也有背离,所以本书基本采纳沈岷先生在《析论高校惩戒学生行为的司法审查》一文中的界定:即将高校惩戒界定为高等院校为教育或管理的目的,依国家立法和学校规范,对违反特定义务或未达到规定要求的学生,所采取的致使学生承受不利负担,并作成书面决定的非难性或惩罚性措施。这一界定较好地揭示出惩戒作为非难性或惩罚性的措施导致学生为此承受不利负担的本质,而且也没有将惩戒的内容囿于纪律处分,还将高校因学业原因给予学生的各种不利负担涵摄在内。它比“处分”更具有包容性,符合本书的研究宗旨。但是,与沈文不同的是,基于

权利保障以及厘定高校惩戒权应然空间的主旨,我们将学生的范围并不完全局限于在学学生,还包括在特定情形下的已毕业的学生,这类惩戒如高校基于学术原因撤销授予已毕业学生的学位。

在此必须提及的是,我国多数高校为公立高校,限于篇幅和问题意识,本书所论主要限于公立高等学校对学生的惩戒权,所以,文中高等学校的惩戒权或惩戒权除非特别提及,否则就是指公立高校对学生的惩戒权。本书在主要采用高校惩戒(权)这一用语的同时,有时基于论述的方便,行文时也会采用“大学”,“学校”,大学惩戒(权),大学处分(权)等相近的用语。

第二节 高等学校惩戒权的理论依据

研究高等学校的惩戒权,我们显然不能仅关注法律规范抑或高校规章上相关规定的“有无”抑或“多少”,因为这仅是一种表层的、实然的,很可能是不合理的状态。要探究高校惩戒权的“庐山真貌”,我们势必先要追溯高校惩戒权的“源头”,即关注惩戒权存在的理论依据。而且,高等学校惩戒权的范围、边界、设定,如何规范惩戒权的实施以及学生受惩戒后权利如何救济等一系列问题的探讨都与此紧密相关,甚至以此为基础。高等学校行使惩戒权的理论依据在哪里?这又必然涉及高校与学生之间法律关系的认定,不同的认定又会导致不同的立论基础。中外学界抑或司法实务界对这一关系有多种理论学说,本书就其中主要学说分别加以梳理与阐释。

一、相关学说介绍

(一) 特别权力关系理论

在大陆法系国家,国立学校属于公营造物或公共公益机构的一种,传统上关于公立高校与学生的关系属于特别权力关系理论。所谓的特别权力关系是19世纪在德国公法领域首先提出来的,它是相对于公民和国家之间存在的一般权力关系所产生的一种特殊的公法上的权利与义务关系。它强调国家或公共团体等行政主体,基于特别的法律原因,在一定的范围内,对相对人有概括的命令强制的权力,而另一方相对人却负有服从的义务,因而导致相对人义务的不确定,如公立学校对学生所谓的各种不同的纪律规定。另外,在特别权力关系范围内所产生的权利义务也不同于一般公民的权利义务,它可以不必严格依循法律保留的原则,即使并无法律授权,仍可限制公民的基本权利。这种限制措施最明显地表现在有关纪律的惩戒权力上,权力人可以依凭“目的趋向”来决定惩戒的种类及实行的要件,形成双方绝对的不平等,且不允许司法介入其为维护内部纪律而采取的惩戒处分。^①从而,依据该理论,公立高校作为特别权力人有惩戒学生的权力,而作为特别权力相对人的学生在受惩戒后,没有法律救济的途径。这方面突出的例子如海德堡大学对学生实施禁闭的处罚:1712年至1914年根据该州学校法的规定,海德堡大学可以对酗酒、行为不端、违反公共利益的学生实施处罚,违反其中一项者,可禁闭两周;违反三项者可禁闭四周;被处罚的学

^① 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第63~64页;翁岳生:“论特别权力关系之新趋势”,载翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书1990年版。