

基础性、拓展性通识课程系列教材

顾问◎刘沛林 总主编◎皮修平 副总主编◎王 鹏

学习·就业·生活

大学生法律实用指南

主编◎罗文正 谭和平 副主编◎杨 晓 刘 斌



著名
上海市
商标

华东师范大学出版社

全国百佳图书出版单位

基础性、拓展性通识课程系列教材

顾问◎刘沛林 总主编◎皮修平 副总主编◎王 鹏

学习·就业·生活

大学生法律实用指南

主 编◎罗文正 谭和平

副主编◎杨 晓 刘 斌



华东师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

学习·就业·生活:大学生法律实用指南/罗文正,
谭和平主编. —上海:华东师范大学出版社,2012.7

基础性、拓展性通识课程系列教材

ISBN 978-7-5617-9687-0

I. ①学… II. ①罗…②谭… III. ①法律—中国—高等
学校—教材 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 143966 号

基础性、拓展性通识课程系列教材

学习·就业·生活——大学生法律实用指南

主 编 罗文正 谭和平

副 主 编 杨 晓 刘 斌

项目编辑 孙小帆

审读编辑 郑英明

责任校对 王 卫

装帧设计 卢晓红

出版发行 华东师范大学出版社

社 址 上海市中山北路 3663 号 邮编 200062

网 址 www.ecnupress.com.cn

电 话 021-60821666 行政传真 021-62572105

客服电话 021-62865537 门市(邮购)电话 021-62869887

地 址 上海市中山北路 3663 号华东师范大学校内先锋路口

网 店 <http://hdsdcbs.tmall.com>

印 刷 者 昆山亭林彩印厂有限公司

开 本 787×1092 16 开

印 张 11.5

字 数 262 千字

版 次 2012 年 8 月第一版

印 次 2012 年 8 月第一次

书 号 ISBN 978-7-5617-9687-0/D·165

定 价 22.00 元

出 版 人 朱杰人

(如发现本版图书有印订质量问题,请寄回本社客服中心调换或电话 021-62865537 联系)

序

培养健全人格的公民,一直是人类教育追求的终极目的。为达此目的,古希腊先哲亚里士多德率先进行了积极的探索并提出了“自由教育”(亦称“博雅教育”或“文雅教育”)这一命题,他主张通过读、写、音乐、绘画、哲学等来培养公民的子女,使他们具有“自由而高尚的情操”。亚里士多德的“自由教育”命题和主张对西方乃至全人类的教育思想和教育实践产生了深远的影响,为后来西方大学“通识教育”理念的形成和发展奠定了思想基础。

从17世纪30年代开始,西方的一些大学开始尝试通识教育。到20世纪初,一些美国高校开始开设通识教育课程并不断进行改革创新。20世纪40年代,哈佛大学校长科南特在《自由社会的通识教育》(1945年哈佛报告书)中首次明确提出了通识教育的目标:有效的思考、思想的沟通、恰当的判断、分辨各种价值。科南特在该报告的导言中指出,“通识教育的核心问题,是使自由和人道的传统持续不断,单单获得知识,发展专门技能与专门能力,并不能为理解奠定宽广的基础,而理解恰恰是维护我们的文明的基本要素”,“甚至即使学生在数学、物理学、化学、生物学等方面有扎实的基础,而且能够读写几种语言,仍然没有为自由社会的公民提供足够的教育背景,因为这样的课程和人类个人的情感经验、人类群体的实践经验缺乏联系”。他认为课程应该包括人文学科、社会学科、自然学科三大领域。此后,美国各大学普遍关注通识教育,纷纷开设通识教育课程。到了20世纪50年代末和70年代末,美国大学掀起了两次通识教育改革高潮,确定了“核心课程”模式的美国通识教育的框架。

战后美国快速发展的历史从一个侧面表明,美国大学的通识教育无疑是成功的。因为从某种意义上来说,它为美国经济社会的发展和科学技术的进步奠定了“教育基础”,它为美国成为世界科技强国和经济强国孕育了一大批人文大师、科学巨匠和杰出的创新型人才。因此,美国大学的通识教育令世人瞩目,成为世界各国大学学习、模仿、借鉴的典范。目前,虽然人们对于通识教育的内涵和目标还存在不尽一致的看法,但通识教育作为一种教育观已逐渐成为大学教育教学改革的核心理念之一。

进入21世纪以来,面对更加激烈的国际竞争,世界各国都不约而同地从战略高度对教育特别是高等教育寄予了更高的期望,提出了更高的要求,而且采取了一系列重大改革举措。中国作为最大的发展中国家,立足于实现中国现代化和中华民族的伟大复兴,强调全面推进素质教育、培养全面发展的公民,并陆续提出和实施科教兴国战略、人才强国战略、建设创新型国家和文化强国战略,对高等教育和高校提出了新的更高的要求,先后实施“211工程”、“985工程”和“高等学校教学质量与教学改革工程”,要求高校把“创新人才培养模式,提高人才培养质

量”作为高等教育改革发展的核心。在这种背景下,我国高等教育战线掀起了一场教育教学改革热潮。各高校纷纷探索和尝试新的人才培养模式,调整学科专业结构,修订人才培养方案,优化课程体系,强化教材建设,转变教学方式,更新教学手段。特别需要指出的是,受到美国通识教育的启发,针对建国后我国高等教育过分强调专业教育而忽视大学生综合素质教育培养的弊端,从20世纪末开始,我国在部分高校先后进行了“文化素质教育”的试点和推广,由此开启了我国高校中国特色的通识教育改革与研究的大门。

然而在这些改革中,由于受到传统教育观念的束缚,加之对通识教育的目的以及其普遍性、基础性、广博性、主体性和深刻性等特征认识的不足,大多数高校的通识教育改革仍处于起步阶段。时至今日,作为知识与技能、过程与方法、情感态度与价值观等主要载体的通识教育课程和教材的建设以及教学方式的转变尚未取得令人可喜的突破,人才培养的效果和质量仍不能满足经济社会发展和学生个性发展的需要,“创新人才培养模式,提高人才培养质量”依然任重道远。

但是任何改革从来都是“开弓没有回头箭”,通识教育教学改革更是如此。因为通识教育改革涉及的对象最终是人,确切地讲是学生及其发展,而且每一个学生背后连系着一个家庭的希望,每一代学生的成长与发展都连系着国家和民族的未来。美国教育家欧内斯特·博耶认为,发展个性与强调社会责任是高等教育的两个强有力的传统,具有极其重要的地位。所以,高校的通识教育课程改革和教材建设必须站在学生的可持续发展和成才的需要上,必须站在国家经济社会发展的需要上。具体而言,高校的通识教育课程改革和教材建设要有利于学生健全人格、全面发展的需要和国家未来对创新型建设人才的需要,把基础知识的积累、基本技能的训练、生活态度的形成、审美情绪的陶冶、人文修养的塑造、科学思维的培养、精神意志的砥砺、生命成长的体验、人生智慧的启迪、理想信念的养成和价值观的树立等统摄到学生自我发展、自觉发展和国家经济社会发展的需要上来,而不是以教育工具性的短视目光仅仅观照学生近期专业发展和就业求职的浅层需要。

衡阳师范学院作为一所拥有百年历史的地方高师院校,2005年以来在通识教育教学改革方面作了大量的探索和实践,先后三次修订人才培养方案,每一次修订都将通识教育课程体系优化与教材建设作为突破通识教育改革瓶颈的切入点。我们立足校本,组织精干力量精心编写了《生命与健康》、《文学欣赏》、《音乐鉴赏》、《大学美术鉴赏》、《儒学与修身》等30多部通识课程教材,并将之命名为“基础性、拓展性通识课程系列教材”。这套通识课程系列教材主要有以下四个方面的特点:

一是模块化和有机性。在体系结构上体现了模块化的特点,整套教材分为“生命·生活·健康”、“文化·修养·成长”、“科学·技术·技能”和“经济·商务·管理”四个模块,贯彻了哈佛大学前任校长科南特的通识教育课程应是人文学科、社会学科、自然学科三大领域有机结合的课程体系思想。

二是基础性和深刻性。30多部教材所涉及的知识内容都与当代大学生的基本认知、基本观念、基本技能和基本素质的形成密切相关,着眼于帮助大学生对相关基础学科基本内容和基本方法的了解和掌握,为以后的专业学习及个人的发展打下广泛的基础。整套教材也不仅

仅是让学生获取多方面的基础知识,更重要的是通过对基础知识的学习,促进学生的思维发展,发展其理性,拓展其智慧,触及其灵魂,陶冶其人格,从而促进人的和谐发展。

三是广阔性和拓展性。整套教材试图通过广泛的“知识食谱”,为学生提供多种多样的知识素养,帮助大学生拓展对文学、艺术、经济、管理、生活、生命、信仰、哲学和科学等的了解,开阔其胸襟,陶冶其情操,使其人生更加充实,精神不断升华,从而提高其文化品位和生命质量。

四是普适性和通俗性。整套教材尽管在体例构思上不拘一格,在编写风格上也各显特色,但在语言文字表达上都尽可能地突出普适性和通俗性,不管是理论阐述,还是举例说理,都力求具有逻辑性、思想性和亲近感,让每一位大学生读者和一般读者都能阅读、理解和分享。

当然,作为一所地方高师院校教育教学改革的一种尝试,我们编写的这套教材无疑有许多需要改进和完善的地方,比如在课程模块上仍需进一步优化充实,在教材内容上仍需进一步突出丰富化和延展性,等等。但“千里之行,始于足下”,教材建设从来都要经历“尝试——优化——完善”这样一个过程,大学通识课程的教材建设更是如此。令人欣慰的是,我们现在已经迈出了可贵的第一步。在此,我们要特别感谢华东师范大学出版社,没有他们的精心策划和大力支持,这套教材也难以与读者见面。

总主编
2011年11月

目录

第一章 高等教育法律问题实用指南	1
1. 平等受教育权	1
2. 宪法的司法适用	2
3. 高校招生行为的可诉性	4
4. 高等学校的法律地位	5
5. 高校退学权及其法律救济	7
第二章 劳动法律问题实用指南	10
6. 平等就业权	10
7. 劳动关系的认定	12
8. 劳动合同的订立	14
9. 劳动合同的试用期	15
10. 劳动合同的履行和变更	17
11. 劳动合同的解除和终止	19
12. 工作时间	21
13. 休假制度	23
14. 工资制度	25
15. 女职工权益保护	26
16. 工伤认定	28
17. 社会保险	30
18. 劳动争议调解仲裁制度	32
19. 劳动诉讼制度	33
第三章 创业法律问题实用指南	36
20. 企业名称的选用	36
21. 营业执照的领取	38
22. 个人独资企业管理事务的委托	39
23. 合伙人选用及合伙协议	40
24. 合伙关系的认定	42
25. 合伙人可以不参与合伙经营	44
26. 合伙经营积累的财产的归属	45
27. 合伙企业的类型	46
28. 合伙经营中的竞业禁止	47
29. 合伙企业利润的分配	48
30. 合伙人身份的继承	49

31. 有限合伙企业的事务执行	50
32. 入伙、退伙的责任划分	51
33. 公司章程的拟定	52
34. 股东的出资方式	54
35. 竞业禁止	56
36. 产品说明书的知识产权保护	58

第四章 婚姻家庭法律问题实用指南..... 61

37. 彩礼纠纷	61
38. 事实婚姻	62
39. 可撤销婚姻	64
40. 夫妻的扶养义务	65
41. 夫妻生育权冲突	66
42. 夫妻共同财产	68
43. 夫妻对共同财产的处理权	69
44. 夫妻个人特有财产	71
45. 夫妻约定财产制	72
46. 夫妻间的借款协议	74
47. 离婚协议的效力	75
48. 无效婚姻	77
49. 家庭暴力所致离婚纠纷	79
50. 与现役军人离婚	80
51. 夫妻离婚财产分割纠纷	82
52. 离婚纠纷处理子女抚养问题	83
53. 探望权的行使	84
54. 夫妻离婚后对于一方婚前取得的房子的分配	85

第五章 继承法律问题实用指南..... 88

55. 遗产的范围	88
56. 法定继承	90
57. 遗嘱继承	91
58. 代书遗嘱	93
59. 口头遗嘱	94
60. 代位继承	95
61. 转继承	97

62. 继承权的丧失	98
63. 房屋赠与和遗赠	99
64. 遗赠扶养协议	101
第六章 消费合同法律问题实用指南	104
65. 合同成立的条件	104
66. 要约的撤回	105
67. 要约的撤销	106
68. 要约邀请	107
69. 要约的失效	109
70. 合同中的格式条款	110
71. 合同中免责条款的效力	112
72. 附加条件的合同	113
73. 一方因欺诈而订立的合同的效力	114
74. 合同中的附随义务	115
75. 缔约过失责任	117
76. 双务合同中的抗辩权	119
77. 合同保全中的代位权	120
78. 债权人的撤销权	121
79. 合同的变更	123
80. 合同债务转让	124
81. 合同解除	125
82. 合同法上的提存制度	127
83. 预期违约	128
84. 违约金条款的适用	129
85. 小产权房的购买	131
86. 张志军与汇欣公司商品房预售合同定金纠纷案	134
87. 商品房预售的条件	138
88. 商品房有质量问题,该如何处理	140
89. 旅游购物	143
90. 旅游中的消费投诉	144
91. 旅游合同约定的先期款项的性质	145
92. 旅行社因不可抗力的违约行为	146
93. 旅游中的人身安全	150
94. 旅游保险	151

第七章 治安与犯罪法律问题实用指南	154
95. 谎报疫情的法律后果	154
96. 谎报恐怖信息的法律后果	155
97. 正当防卫与刑事责任	156
98. 犯罪中止	157
99. 共同犯罪	159
100. 自首的认定	160
101. 交通肇事罪的法律后果	162
102. 保险诈骗罪	163
103. 信用卡诈骗罪	164
104. 先通奸后强奸的罪名认定	166
105. 准抢劫的认定和处罚	166
106. 诈骗罪的处罚	167
107. 窝藏罪的处罚	168
108. 贩卖毒品的处罚	169
109. 贪污罪的认定	170
后记	172

第一章 高等教育法律问题实用指南

1. 平等受教育权

【案情简介】

2001年8月22日,山东青岛3名女应届高中毕业生姜妍、栾倩、张天珠在律师的陪同下,来到北京。次日上午,她们的代理律师杨培银、李强向最高人民法院以特快专递的形式递交了行政诉讼状。三女生起诉的理由是,教育部侵犯了她们接受平等受教育权的宪法权利。事情的起因是,当年7月底,3名女生查到的高考成绩为:张天珠(文科)506分,姜妍(理科)522分,栾倩(文科)457分。这样的分数,在北京,完全可上较为理想的大学,在青岛,连专科都只能“望分兴叹”。8月初,全国各省市的录取分数线相继出台。除天津、江西和山西使用新教材考卷,广东、广西、福建、陕西及海南使用标准分外,全国22个省、直辖市适用全国统一高考试卷。考生虽在同一时间、用同一张试卷进行答题,但各地的录取分数线悬殊明显。例如北京市2001年高考录取分数线文科类重点本科454分,一般本科429分,专科360分;理科类重点本科488分,一般本科443分,专科360分。而当年用同一张试卷参加高考的山东省录取分数线定格在:文科类重点本科580分,一般本科539分,一般专科509分;理科类重点本科607分。这意味着,一名山东考生如考分在454分至509分之间,在北京能上重点大学,在山东连普通专科的门都进不了。^①

【法律知识点】

本案涉及的法律知识点是平等受教育权。

一、受教育权的概念

受教育权,是我国宪法赋予公民的一项基本权利,也是公民享受其他文化教育的前提和基础。所谓受教育权,是指公民享有从国家接受文化教育的机会和获得受教育的物质帮助的权利。受教育权包括两个基本要素:一是公民均有上学接受教育的权利;二是国家提供教育设施,培养教师,为公民受教育创造必要机会和物质条件。如某一个人没有受教育的机会,无法上学,他就丧失了受教育权;如果缺乏教育的物质保障或法律保障,公民的受教育权也可能落空。

《中华人民共和国教育法》第四十二条规定,受教育者享有下列权利:

^① 《中国青年报》2004年12月4日。

1. 参加教育教学计划安排的各种活动,使用教学设施、设备、图书资料;
2. 按照国家规定获得奖学金、贷学金、助学金;
3. 在学业成绩和品行上获得公平评价,完成规定的学业后获得相应的学业证书、学位证书。

受教育权是指公民所享有的并由国家保障实现的接受教育的权利,其内容包括受教育机会权、受教育条件权和公正评价权三个方面。在我国法学界,一般认为受教育权是宪法确认和保障的一项基本人权,属于社会经济权利的范畴。

二、平等受教育权的概念

平等作为我国宪法的基本原则,已经体现在各个领域。男女平等、民族平等、家庭内部成员之间的平等都是宪法的平等原则在不同领域的具体体现,而平等原则体现在受教育权上就是指公民享有平等的受教育权。平等的受教育权意味着接受教育(包括高等教育)的资格平等,权利能力的平等。只要是中华人民共和国的公民,具备相应的行为能力,不分财产状况、居住年限、地域、宗教信仰等,在法律上都应该被认定为具有平等的接受高等教育的资格。而这种资格的具体体现,就是一年一度的国家组织的统一考试——高考。从平等的受教育权原则出发,除非特殊专业需要特殊的身体条件,否则,所有的考生在高考当中只有一样区别,就是分数。只有分数的区别可以决定考生最终是否能够接受高等教育,以及进入哪一所高校接受高等教育。平等的受教育权作为一种宪法权利同时也规定在《中华人民共和国教育法》中,任何人、任何组织不能以任何形式来限制和剥夺公民的这种基本权利。而被告作为一个长期主管高等教育的行政主体,明知宪法规定的公民享有平等受教育权,却以一纸“通知”将原告这种权利限制和剥夺。

【案例分析】

我国《宪法》第四十六条规定,“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”。我国《教育法》第三十六条规定,“受教育者在入学、升学、就业等方面依法享有平等权利。”由此可见,考生的诉讼也有实体法依据。平等的受教育权意味着接受教育(包括高等教育)的资格平等,权利能力的平等。只要是中华人民共和国公民,在法律上都应该被认定为具有平等的接受高等教育的资格。就是一年一度的国家组织的统一考试——高考。除非特殊专业需要特殊的身体条件,否则,所有考生在高考中只有一种区别体现,那就是分数。只有分数的区别才可以决定考生最终是否能够接受高等教育以及进入哪一家高校接受教育。在高等教育资源有限的情况下,它可以提供分数这么一个统一的取舍尺度,可以确立“分数面前人人平等”这么一种程序上的公正。

2. 宪法的司法适用

【案情简介】

1990年,原告齐玉苓与被告之一陈晓琪都是山东省滕州市第八中学的初中学生,都参加了中等专科学校的预选考试。陈晓琪在预选考试中成绩不合格,失去继续参加统一招生考试

的资格。而齐玉苓通过预选考试后,又在当年的统一招生考试中取得了超过委培生录取分数线的成绩。山东省济宁商业学校给齐玉苓发出录取通知书,由滕州八中转交。陈晓琪从滕州八中领取齐玉苓的录取通知书,并在其父亲陈克政的策划下,运用各种手段,以齐玉苓的名义到济宁商校就读直至毕业。毕业后,陈晓琪仍然使用齐玉苓的姓名,在中国银行滕州支行工作。

齐玉苓发现陈晓琪冒其姓名后,向山东省枣庄市中级人民法院提起民事诉讼,被告为陈晓琪、陈克政(陈晓琪的父亲)、济宁商校、滕州八中和山东省滕州市教育委员会。原告诉称:由于各被告共同弄虚作假,促成被告陈晓琪冒用原告的姓名进入济宁商校学习,致使原告的姓名权、受教育权以及其他相关权益被侵犯。请求法院判令被告停止侵害、赔礼道歉,并赔偿原告经济损失16万元,精神损失40万元。

【法律知识点】

宪法的司法适用,是指宪法规范在司法领域获得普遍尊重,并经由法院加以适用的过程。照常理,作为法律的宪法由司法机关适用,是宪法的应有之义。然而,由于种种原因,我国现行宪法几乎一直被排除在司法领域之外。因此,宪法的司法化对我国当前的宪政法治建设具有极为重要的现实意义。

宪法司法适用的原因:宪法的法律性是宪法司法适用的前提,宪法是调整公民权利与国家权力之间基本关系的部门法,其法律性是指宪法与其他法律所共有的本质属性,是宪法作为法律所必须具备的一般素质,其中最重要的当属宪法的规范性、可操作性和强制性;切实保障人权是宪法司法适用的关键,仅有白纸黑字的宪法条文承认基本权利与自由是远远不够的,对宪法基本权利和自由的保障只有最终由司法机关来承担,宪政的价值才能真正实现。

宪法进入司法适用的领域,对一个国家的法律制度、法律实践乃至法律观念都将产生极为深刻的影响。而这种影响正是法治和宪政的基本要求所在。宪法的司法适用使仅具有理论效力的宪法变成具有实践效力的宪法,宪法成为真正具有规范性和强制力的法律。是法律就必须由法院加以适用,这是一切法律所具有的本质要求。宪法的司法适用是法治建设的重要内容,使宪法进入司法领域,是我国当前法治建设的关键,如果宪法不能进入司法适用的领域,我们无论怎样进行法治的建构,最终都是不完备的,而且最终可能使法治建设步入歧途。宪法司法适用是法治建设不可逾越的“合理化”过程。宪法司法化是保证宪法至上的关键环节,宪法在法院的直接适用,实质上就是法官在审理案件过程中,以宪法为标准对其他法律和特定国家机关行为是否合宪进行评判,对违宪的法律不予适用或宣布其违宪无效,撤销违宪行为,从而直接以宪法规范为依据进行裁决的过程。

【案例分析】

本案的处理,山东省高级人民法院在审理中认为,这个案件存在适用法律方面的疑难问题,因此依照《中华人民共和国民事诉讼法》第三十三条的规定,报请最高人民法院进行解释。最高人民法院经过研究后,作出了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(以下简称《批复》)。该决定全文如下:你院1999鲁

民终字第 258 号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。因此山东高院认为该侵权是由陈晓琪、陈克政、滕州八中、滕州教委的故意和济宁商校的过失造成的。这种行为从形式上表现为侵犯齐玉苓的姓名权,其实质是侵犯齐玉苓依照宪法所享有的公民受教育的基本权利。各被上诉人对该侵权行为所造成的后果,应当承担民事责任。

其判决如下:(1)被上诉人陈晓琪、陈克政赔偿齐玉苓因受教育的权利被侵犯造成的直接经济损失 7000 元,被上诉人济宁商校、滕州八中、滕州教委承担连带赔偿责任;(2)被上诉人陈晓琪、陈克政赔偿齐玉苓因受教育的权利被侵犯造成的间接经济损失(按陈晓琪以齐玉苓名义领取的工资扣除最低生活保障费后计算)41045 元,被上诉人济宁商校、滕州八中、滕州教委承担连带赔偿责任;(3)被上诉人陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委赔偿齐玉苓精神损害费 50000 元。

3. 高校招生行为的可诉性

【案情简介】

原告林某某诉称,其报名参加某大学 2005 年国际经济法专业博士生入学考试,所报导师为某大学法学院廖益新教授。原告于 2005 年 3 月经过初试,成绩为国际法 73 分,国际经济法 69 分,英语 78 分,总分为 220 分,并进入了复试。经过复试,原告复试成绩为 70.8 分,最后成绩(初试+复试)在报考廖益新教授的考生中总成绩排名第三。2005 年 5 月 24 日,某大学法学院网站公布了录取名单,却无原告的名字,前两位是总成绩排名第一、第二的学生,第三位是报考曾华群教授的丁××。根据《某大学 2005 年博士研究生复试录取工作规则》规定的精神,每位博导招生数不超过三名,原告初试和复试的成绩均吻合规定的要求,原告应当被录取为廖益新名下的位列第三的博士研究生,而非被曾华群名下成绩排第五的丁××更换。被告的行为,实际上褫夺了原告被录取为博士生的资格,侵犯了原告的正当权益。故请求法院:撤销被告作出的 2005 年国际经济法专业博士生录取名单;判令被告按公布确定的录取规则录取原告。^①

【法律知识点】

公立高等学校的公法人地位

公立高等学校同时具有行政相对人、法人与公法人的多重地位,当其行使行政权力时,公立高等学校就作为公法人出现。此时,其公法人地位包括:

^① 法律教育网,2008 年 12 月 28 日。

第一,公立高等学校是法人,具有一切法人所共同具有的法律地位;第二,其是依行政法设立的公法人,其设立、变更、废除都由行政法规定;其享有的权利和履行的义务、承担的责任也主要有行政法规定;第三,其是公法中的特别法人,不同于普通的公法人,其在行政法律关系中具有独立的人格,独立负担实施公务所产生的权利、义务和责任;因而博士生招生录取行为是可诉性的具体行政行为。

一般认为博士生录取行为应认定为具体行政行为,考生与博士生招生单位之间形成了公法上的关系,可以通过行政诉讼解决争议。

博士生招录行为应当纳入司法审查的范围。一旦将公立高等学校的招生录取行为纳入司法审查的范围,那么在招生录取过程中就会更加注意完善录取规则、规范录取程序。

【案例分析】

本案中被告厦门大学是根据《中华人民共和国教育法》和《中华人民共和国高等教育法》的规定由国家举办的高等院校,是国家设立的公共教育机构之一。《中华人民共和国教育法》第十五条第一款规定:“国务院教育行政部门主管全国教育工作,统筹规划、协调管理全国的教育事业。”《中华人民共和国教育法》第二十八条第(二)项规定,学校及其他教育机构行使招收学生或者其他受教育者的权力。《中华人民共和国高等教育法》第十九条第二款规定:“硕士研究生毕业或者具有同等学力,经考试合格,由实施相应学历教育的高等学校或者经批准承担研究生教育任务的科学研究机构录取,取得博士研究生入学资格。”根据上述法律规定,并参照原国家教育委员会[87]教学字 015 号《关于扩大普通高等学校录取新生工作权限的规定》和教育部教学[2005]6 号《关于做好 2005 年全国研究生录取工作的通知》等规定,法院认为:博士生招生权,性质上属于教育行政职权,由国家教育行政部门、招生管理部门和招生单位按各自职责范围行使。在博士研究生招生实际操作中,国家教育行政部门对招生工作进行宏观管理,省级招生管理部门对招生单位的招生行为进行监督,招生单位则具有高度自主权。具体而言,国家教育行政部门编制招生计划、制定全国攻读博士学位研究生招生简章、对招生单位执行招生计划进行审核。而报名、资格审查、发放准考证、考试命题、组织考试(包括面试)、试卷评阅以及录取,都由各招生单位负责。各博士生招生单位的录取名单应经省级招生管理部门审核通过,由招生单位对外发出录取通知书后方可确定对某一考生予以录取的结果。因此,本案中,被告厦门大学作为公立高等学校,其所享有的博士生招生权,属于法律授权的组织行使的行政管理职权。被告有权在考试阶段对不合格考生直接作出不予录取行为,有权在有关部门审核后录取考试合格的考生。被告的博士生招生行为,属于可诉的行政行为,人民法院应当进行合法性审查。

4. 高等学校的法律地位

【案情简介】

北京大学学位评定委员会于 1996 年 1 月 24 日审查了原告刘燕文的博士论文,认为该

论文未达到博士论文水平,而以6票赞成,7票反对,3票弃权的票数决定不予通过该博士论文并拒绝授予刘燕文博士学位,同时北大以自己规定的“获取博士毕业证书必须以通过博士论文答辩为前提条件”为理由,拒绝发给刘燕文北大毕业证书。这里有一个背景性情节是:对刘燕文的博士论文审查主要有三步,其一是电子学系答辩委员会对其的审查(当时7位委员全票通过);其二是北大学位评定委员会电子学系分会对其的审查(当时13位委员12票赞成,1票反对);其三是北大学位评定委员会对其的审查(如上所述,到场的16位委员,6票赞成,7票反对,3票弃权)。(注:博士论文的通过与否和是否授予其博士学位直接相关。)^①

【法律知识点】

一、高等学校的法律地位

根据我国法律规定,高等学校对受教育者有进行学籍管理等权力,有代表国家对受教育者颁发相应的学业证书、学位证书的职责。高等学校作为公共教育机构,虽然不是法律意义上的行政机关,但是其对受教育者进行颁发学业证书与学位证书等的权力是国家法律所授予的,因此根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第四项的规定,由法律、法规授权的组织所作出的具体行政行为,该组织是被告。

二、正当法律程序

英国行政法上,自然正义是一个界定完好的概念,它包括公正程序的两项根本规则:一个人不能在自己的案件中作法官;人们的抗辩必须公正地听取。这些原则同样适用于行政权,而限于司法权。他同时指出,传统上自然正义局限于上述两项规则,它还未包括提供决定理由的要求,另一方面,还有个别司法见解认为自然正义要求决定必须以有证明价值的证据为基础。“正当程序”包括程序上的正当程序与实体上的正当程序。其中,程序上的正当程序主要包括:1.告知适用规则。2.送达书面通知,说明提出的具体指控。3.及时送达通知并给予足够时间以准备辩护。4.举行公正的听证,包括:a不利证据的展示;b律师的参加;c除非有强制性的禁止原因,应允许交叉询问;d允许被控方介绍证据;e对听证过程进行记录。5.告知上诉权。实体上的正当程序则主要包括:a适用的规则不得当地模糊;b不得依据非书面的规则进行惩戒;c决定应有由实质性论据得出的结论予以支持;d重要证人的身份应予以公开;e.应受控方要求,应举行公开或私下的听证。

【案例分析】

根据《中华人民共和国学位条例》,高等学校的学位授予行为属于法律、法规授权的组织行使行政职权的行为,应纳入具体行政行为的范畴。当然,高等学校颁发毕业证书的行为亦属类似情况。根据《行政诉讼法》规定对学生作出的退学、开除等处分,以及拒绝颁发毕业证、学位证等决定,事实上与学生将来的就业机会、收入情况等有着密切关系,是有关学生重大切身利

^① <http://blog.renren.com/GetEntry.do?id=714434345&owner=347252132>

益的事项,在目前缺乏有力的行政救济的情况下,具有中立性、公开性的司法救济的介入就有其必要性和必然性。本案中,被告的决定不具有基本的程序正义:1.校学位委员会作出的决定未经其全体成员过半数通过,违反了《中华人民共和国学位条例》第十条第二款规定的法定程序。2.校学位委员会在作出决定前,未听取刘燕文的申辩意见;在作出决定后,未将决定向刘燕文实际送达,影响了其向有关部门提出申诉或提起诉讼权利的行使。据此,法院判决:1.责令北大在两个月内颁发毕业证书;2.责令北大在三个月内对是否授予刘燕文博士学位予以重新审查;3.本案的诉讼费用由被告承担。

5. 高校退学权及其法律救济

【案情简介】

1994年9月,原告田永考入被告北京科技大学下属的应用科学学院物理化学系,取得本科学历学籍。1996年2月29日,田永在参加电磁学课程补考过程中,随身携带写有电磁学公式的纸条,中途去厕所时,纸条掉出,被监考教师发现。监考教师虽未发现田永有偷看纸条的行为,但还是按照纪律,当即停止了田永的考试。北京科技大学于同年3月5日按照“068号通知”第3条第5项关于“夹带者,包括写在手上等作弊行为者”的规定,认定田永的行为是考试作弊,根据第1条“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,决定对田永按退学处理,4月10日填发了学籍变动通知。但是,北京科技大学没有直接向田永宣布处分决定和送达变更学籍通知,也未给田永办理退学手续。田永继续在该校以在校大学生的身份参加正常学习及学校组织的活动。

1996年3月,原告田永的学生证丢失,未进行1995—1996学年第二学期的注册。同年9月,被告北京科技大学为田永补办了学生证。其后,北京科技大学每学年均收取田永交纳的教育费,并为田永进行注册、发放大学生补助津贴,还安排田永参加了大学生毕业实习设计,并由论文指导教师领取了学校发放的毕业设计结业费。田永还以该校大学生的名义参加考试,先后取得了大学英语四级、计算机应用水平测试BASIC语言合格证书。田永在该校学习的4年中,成绩全部合格,通过毕业实习、设计及论文答辩,获得优秀毕业论文及毕业总成绩全班第9名。北京科技大学对以上事实没有争议。

1998年6月,被告北京科技大学的有关部门以原告田永不具有学籍为由,拒绝为其颁发毕业证,进而也未向教育行政部门呈报毕业派遣资格表。田永所在的应用学院及物理化学系认为,田永符合大学毕业和授予学士学位的条件,由于学院正在与学校交涉田永的学籍问题,故在向学校报送田永所在班级的授予学士学位表时,暂未给田永签字,准备等田永的学籍问题解决后再签,学校也因此没有将田永列入授予学士学位资格名单内交本校的学位评定委员会审核。原告不服,于是将北京科技大学告上法庭,提起行政诉讼。^①

^① <http://china.findlaw.cn/info/case/dqal/196995.html>