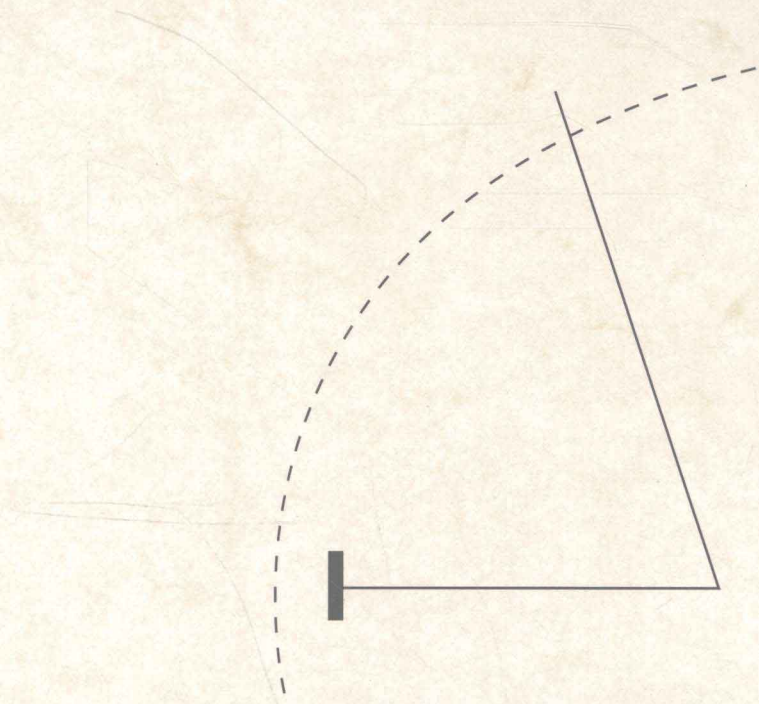




*Xingzheng Qiyue : Zhongguo Gaoxiao yu
Xuesheng Xinxing Falü Guanxi Yanjiu*



行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究

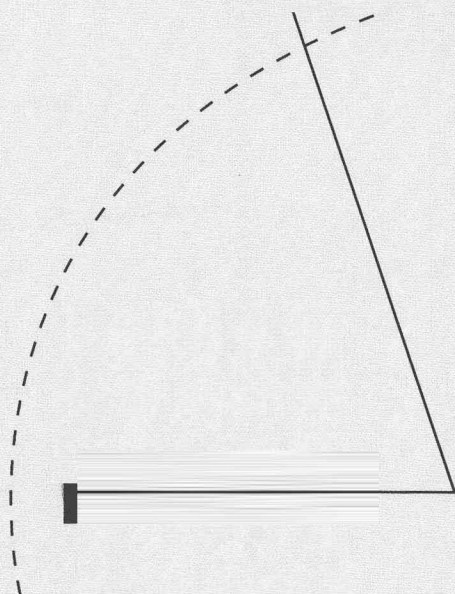
苏林琴/著



教育科学出版社



*Xingzheng Qiyue : Zhongguo Gaoxiao yu
Xuesheng Xinxing Falü Guanxi Yanjiu*



行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究

苏林琴/著

教育科学出版社

· 北 京 ·

出版人 所广一
责任编辑 孙袁华
版式设计 杨玲玲
责任校对 曲凤玲
责任印制 曲凤玲

图书在版编目 (CIP) 数据

行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究 / 苏林琴
著. —北京：教育科学出版社，2011. 9
(教育博士文库)
ISBN 978 - 7 - 5041 - 5990 - 8

I. ①行… II. ①苏… III. ①高等学校 - 行政管理 -
教育法令规程 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 158183 号

教育博士文库

行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究

XINGZHENG QIYUE; ZHONGGUO GAOXIAO YU XUESHENG XINXING FALÜ GUANXI YANJIU

出版发行 教育科学出版社

社 址 北京·朝阳区安慧北里安园甲 9 号 市场部电话 010 - 64989009

邮 编 100101

编辑部电话 010 - 64989235

传 真 010 - 64891796

网 址 <http://www.esph.com.cn>

经 销 各地新华书店

制 作 国民灰色图文中心

印 刷 保定市巾画美凯印刷有限公司

版 次 2011 年 9 月第 1 版

开 本 169 毫米×239 毫米 16 开

印 次 2011 年 9 月第 1 次印刷

印 张 17.75

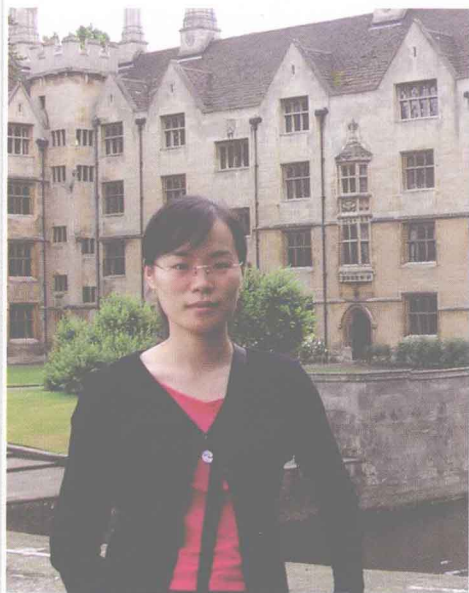
印 数 1—3 000 册

字 数 267 千

定 价 36.00 元

如有印装质量问题，请到所购图书销售部门联系调换。

作者简介



苏林琴，女，1978年生，浙江温州人，分别于2001年、2004年、2007年在北京师范大学获得教育学学士学位、管理学硕士学位和教育学博士学位，副研究员。

曾在《教育研究》、《黑龙江高教研究》、《教育学报》等中文核心期刊发表学术论文20余篇；参与编写《教育法学》、《高校教育教学改革的理论思考与实践探索》等教材和著作5部；参与“国家中长期教育改革和发展规划纲要”、“高等学校本科教学工作分类评估方案”等国家级重大课题3项，主持省部级课题4项；参与《高等教育法》、《教师法》等法律文本的修订工作。2008年，获北京市高等教育学会第七次优秀高等教育科研成果一等奖。2011年，入选北京市属高校“中青年骨干人才”。

《教育博士文库》学术委员会

主 任：顾明远

副主任：徐长发

委 员：（按姓氏笔画）

汪永铨 中国高等教育学会副理事长
北京大学教授 博士生导师

顾明远 中国教育学会会长
北京师范大学教授 博士生导师

徐长发 中央教育科学研究所党委书记 研究员

董 奇 北京师范大学副校长 教授
博士生导师

裴娣娜 北京师范大学教授 博士生导师

摘 要

高等学校和学生的法律地位及双方的法律关系不仅是教育学、法学的基本理论问题，也是社会广泛关注的现实问题。本书的主旨在于分析高等学校和学生之间的行政法律关系，确定高等学校和学生的法律地位，探讨规范学校权力、保障学生合法权利的路径。学生是高等学校的主体，没有学生高等学校也就失去了存在的意义和价值，确立学生的主体地位是本研究很重要的一个逻辑思路。

高等学校的法律地位包括在行政法和民法上的法律地位。“事业单位法人”仅是对高等学校在民法上法律地位的界定，而法律法规授权组织虽然可以解释高等学校的权力性质，却不能解释法律为何授权、对谁授权、何时授权等问题。本书以作为教育服务提供者的高等学校为出发点，在分析高等学校是以实现公共利益为目的、履行公共职能、行使公共权力的基础上，将高等学校的法律地位界定为公务法人。公务法人体现了纵向上的“公务”与横向上的“法人”两种关系，是对高等学校一种比较恰当的法律定位。

高等学校作为公务法人，在履行公共权力，提供教育服务的过程中与学生发生的法律关系既包括行政法律关系，也包括民事法律关系，但主要表现为行政法律关系。高等学校与学生的行政法律关系是围绕公民的受教育权利，基于行政行为而产生的。这种法律关系具体分为入学法律关系和在学法律关系。高等学校和学生的入学法律关系主要是一种行政法律关系，而在学法律关系则是以行政法律关系为主的复合型法律关系。本书主

要分析了高等学校和学生行政法律关系的形成和变迁、传统特别权力关系的局限性以及高等学校与学生的部分行政法律关系逐渐由特别权力关系转变为具有双方合意的行政契约关系。

行政契约作为调节高等学校与学生法律关系的一种方式,其引入高等学校主要在于宪法、教育法和民法的法理依据。平衡论是高等学校与学生行政契约关系的核心理论。同意理论、授权理论和契约理论也是这种关系得以成立的理论基础。行政契约关系的确立主要在于保障学生的权利主体地位,促使高等学校管理的法治化。但是,完全打破传统的特别权力关系建构一种新的理论来解释高等学校和学生的法律关系有较大的难度,也不可能将高等学校和学生的法律关系都解释为行政契约关系,只能将其限定在一定的范围内,或者说只能在一定程度上引入行政契约相关的精神和原则。本书试图分析行政契约关系在学籍管理、教学管理、宿舍管理领域的存在限度和可行性。

高等学校和学生行政契约关系视野下需要重新配置各自的权利。行政契约关系的落实主要通过保障学生的程序性权利和规范高等学校的权力来实现。参与权、知情权和申诉权是行政契约关系中契约性的主要表现。行政契约的行政性强调高等学校的行政优益权。高等学校与学生契约关系的保障需要对这种权力进行限制,同时还需对这种权力给学生造成的损害进行行政赔偿。

总之,高等学校与学生之间是公共服务提供者和利用者的关系,两者主要形成的是以实施教育和接受教育为目的的行政法律关系,这种行政法律关系存在着向行政契约转变的可能性。

关键词 高等学校;学生;高等学校与学生的法律关系;公务法人;特别权力关系;行政契约

Administrative Contract: A New Legal Relations between Higher Educational Institutions and Students in China

ABSTRACT

The respective legal status of and the legal relations between higher educational institutions (HEI) and their students remain not only a fundamental theoretical issue in the field of pedagogy and law, but also a realistic issue drawing wide attention from the society. The paper tries to delve into the administrative juridical relations between HEIs and their students in China, identify the respective legal status of these two parties, and explore the possible means of regulating HEIs' power and protecting students' legal rights. While students constitute the main body of an HEI, HEIs will lose their value of existence without such a main body. Hence, treating students as the main body of rights represents one of the essential logic of this paper.

The legal status of HEIs can be read in two senses, i. e. the one in terms of administrative law and the other in terms of civil law. The concept of institution legal person only serves to define HEIs' status in the language of civil law. However, while this partly justifies the power of HEIs, the simple

II

recognition of the legal endorsement of their power can barely explain why, to whom and when such power will be endorsed. Based on the findings that HEIs are performing a public-servicing role and executing public power to realize public interests, and that in particular, they operate as the provider of educational services, this paper proposes that HEIs shall be legally defined as publicly-owned establishments. The concept of publicly-owned establishments embodies both the vertical relations of providing public services as well as the horizontal relations of operating with the status of a legal person, hence could serve as a more appropriate term to describe the legal status of HEIs.

In the process of performing public power and providing educational services, the legal relations between HEIs (as publicly-owned establishments) and students are mainly demonstrated as administrative juridical relations, while to certain degree, as civil legal relations as well. The administrative juridical relations between HEIs and their students are generated from the citizen's rights to education and based on administrative behavior. Such relations can be understood in the form of enrollment relations and on-campus relations. The enrollment relations are mainly in the simple form of administrative juridical relations, while the on-campus relations are mostly in the form of mixed relations with a large presence of administrative juridical relations. This paper looks at the formation and development of the administrative juridical relations between HEIs and their students in China, studies limitation of traditional HEI-Student special power relations, and traces the development of part of the administrative juridical relations between HEIs and their students from special power relations to mutually-desirable administrative contractual relations.

The respective provisions in the Chinese Constitutions, Law of Education and Civil Law justify the introduction of administrative contract into the regulation of the legal relations between HEIs and their students. Theory of balance posits itself as the central theory of the administrative contractual relations between HEIs and their students. Nonetheless, theory of consent, empowerment and contract also underlie such relations. The establishment of administrative contractual relations serves to ensure students' status as the main

body of right and facilitate the rule of law of HEI management. However, it is difficult to entirely ignore the traditional special power relations and structure a new theory to explain the legal relations between HEIs and their students. Moreover, it is impossible to perceive such legal relations all in terms of administrative contract. Hence, the idea and principle of administrative contract can only be employed to certain degree and within certain range. This paper attempts to identify the feasibility, degree and range of the existence of administrative contractual relations in the fields of enrollment management, teaching&learning management and dormitory management in HEIs.

Through the perspective of administrative contractual relations, HEIs and their students need to re-allocate their respective rights. Administrative contractual relations are mainly realized by protecting the procedural rights of students and regulating the power of HEIs. While on one hand, the rights to participate, to know and to complain demonstrate the contractuality of such relations in most cases, while the administrative priority embodies the administrativity of such relations on the other hand. The protection of the administrative contractual relations shall be based on the regulation of HEIs' power, together with the administrative compensation made to the students who are impaired by such power.

To conclude, the relations between HEIs and their students are those between the provider of public services and the corresponding recipient. Such relations are administrative juridical relations based on the provision and reception of education, which carry the feasibility of developing into an administrative contract.

key words: higher educational institutions; students; legal relation between HEIs and their students; publicly-owned establishments; special power relation; administrative contract

序

从近年来的教育体制改革看，高等教育领域所发生的改革相对于其他教育领域而言是引人注目的，因此也吸引了众多的博士生以此作为自己的研究方向。苏林琴博士的《行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究》一书就是在这样一个背景下所做的对高等学校与学生法律关系的研究。源于1985年的我国教育体制改革，一个重要的改革目标就是“简政放权”。“简政放权”的改革是在两个向度上进行的，一个是由中央政府向地方政府放权，另一个是由政府向学校放权。相对而言，由于前一种类型的放权是在国家权力系统内部的放权，权力的下放并未导致其性质的改变，因此要容易一些。而后一种类型的放权，由于权力由政府转移给了学校，因此相当一部分权力伴随着权力主体的变化而发生了性质上的变化。本书所讨论的问题应当就是属于教育体制改革所出现的这样一种情况，是由于高等学校法律地位的变迁、高等学校办学自主权的获得而导致的一种变化。传统的高等学校与学生的特别权力关系在这一变革中已经产生分化，因此必须设计一种可以调整这一关系的新的制度性框架，切实维护 and 保障相关主体的权利，这已成为我国教育体制改革和教育法制建设中的一个必须面对的问题。其实我们可以从我国20世纪80年代以来的法制建设历程体会到这一变化的过程，从1982年的宪法一直到2010年颁布的《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010-2020年）》，我国的教育法律与政策已经并且正在不断地确认或恢复学生应享有的许多权利，为学生主张权利提供了重要的法律依据。

本书将高等学校与学生的法律关系分为入学法律关系与在学法律关系两个阶段，从公民受教育权利的宪法属性、高等学校实施教育行为的公务属性等角度，论证两者行政法律关系的形成；从行政契约的内在特性、学生权利主体地位及平衡论、同意理论、授权理论、契约理论等方面，阐述我国高等学校与学生行政契约关系成立的必要性、可能性及理论基础。在进行充分论证之后，作者指出，从高等学校与学生在学籍管理、教学管理、宿舍管理等方面所发生的关系性质看，存在着通过行政契约来加以调整的可能性，并通过强调学生的参与权、知情权、申诉权等程序性权利来制约和规范高等学校在招生录取、规章制订、学业评价、对学生的惩戒处理等权力的行使，最终实现高等学校管理的法治化。

本书引入双方合意的行政契约关系来解释高等学校与学生的法律关系，通过合意的实现过程，建立学校与学生双方的沟通与合作，这是对现实问题做出的一种自成一家之言的解释和创新。由于这一问题的复杂性，因此这项研究还远未结束，相信苏林琴还会一如既往地坚持研究下去，最终形成完善的、足以指导实践的理论体系。

劳凯声

2011年5月10日

目 录

序	(I)
第一章 绪论	(1)
第一节 问题的提出及研究意义	(1)
第二节 文献综述	(7)
第三节 基本概念的界定	(29)
第四节 研究思路和创新之处	(31)
第二章 高等学校和学生的法律关系分析	(34)
第一节 高等学校的设立目的、主要职能和学生的法律地位	(34)
第二节 公务法人理论与我国高等学校的法律定位	(43)
第三节 其他国家高等学校的法律地位及其与学生的 法律关系	(52)
第三章 我国高等学校和学生行政法律关系的形成与存续	(69)
第一节 入学：高等学校和学生行政法律关系的形成	(69)
第二节 我国高等学校和学生的在学法律关系分析	(80)
第四章 我国高等学校和学生的传统行政法律关系及其分化	(93)
第一节 我国高等学校和学生传统特别权力关系分析	(93)
第二节 高等学校和学生法律关系中引入行政契约的 必要性与可能性	(106)

第五章 我国高等学校和学生行政契约关系的可行性分析	(129)
第一节 高等学校行政契约关系成立的理论基础	(129)
第二节 高等学校和学生行政契约关系成立的法理 依据和特征	(139)
第三节 高等学校和学生行政契约关系的价值取向	(146)
第四节 高等学校和学生行政契约关系的可能存在领域	(153)
第六章 行政契约关系下高等学校和学生的权利配置	(185)
第一节 行政契约关系中学生的权利	(185)
第二节 行政契约规制下高等学校的权力及规范	(213)
结语	(247)
第一节 行政契约制度的落实需要对学校特权进行限制	(250)
第二节 行政契约关系中学生权利的保障需要实行行政 赔偿制度	(253)
参考文献	(259)
后记	(269)

第一章 绪 论

跨入 21 世纪的中国，正处在全面走向权利和法治的时代。在这个时代，以人为中心和归宿的法的价值越来越深入人心。由此而言，教育法价值的彰显，既体现为教育管理效率的提高，也体现为对社会公共利益的维护，更重要的则是看它能否实现对个人权益的保障。^① 由于我国高等学校和学生之间法律关系的模糊，高等学校管理工作的价值导向仍主要着眼于有效地规范和维护正常的教育教学秩序，高等学校权力自觉不自觉地侵入学生私权的领域，对如何“维护学生的权益”重视不够，使得高等教育诉讼案例不断发生。本书旨在正确处理高校权力与学生权利之间的关系，在公共利益和个人利益之间维持必要的平衡，为真正彰显教育法的价值而探索一条有益的思路。

第一节 问题的提出及研究意义

（一）问题的提出

1. 高等学校法律地位的模糊使得其与学生的法律纠纷难以明确性
“在我国由于无公法和私法之分，也无公法人和私法人之别。故学校

^① 秦惠民：当前我国法治进程中高校管理面临的挑战 [J]，清华大学教育研究，2001（2）：58。

等事业单位实际处于模糊的法律地位。我们常常面对一种尴尬境地: 组织形态上, 一方面很多的法律法规授权事业单位从事公共服务, 履行公权力, 有些事业单位实际成为一类特殊的行政主体; 另一方面, 人们坚持事业单位和企业以及行政机关的区别, 并习惯于将事业单位排除在行政机关之外。在司法救济问题上, 一方面, 面对事业单位与其利用者、使用者之间关系的特殊性, 人们无法将所有事业单位与利用者之间的所有关系定性为平等主体之间的民事关系而纳入普通民事诉讼中; 另一方面, 事业单位与其成员或利用者之间的争议又被排斥在行政诉讼之外。于是, 此类争议成为司法救济的真空地带。”^① 这种状况在司法实践中造成了司法机关无法判断高等学校和学生之间的纠纷, 何者属于行政法律关系? 何者属于民事法律关系? 因此, 有必要区分高等学校在公法和私法上的法律地位。

虽然我国没有明确的公、私法理论, 但在现行诉讼体制之下, 由于实体法上适用的法规性质不同, 诉讼程序分为民事诉讼和行政诉讼, 两者程序的处理各不相同, 使得公法与私法的区分成为必要且具有实际意义。1986 年《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》) 制定之初, 没有确立公、私法的划分。但 1989 年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》) 颁行以后, 界分公法和私法有了实际意义。民事诉讼和行政诉讼的区分意味着我国建立了公私法二元化的司法救济制度。英美法系国家没有公、私法的界分并不会给司法造成困扰, 但对我国来说这却会造成实体法和诉讼法的无法衔接。从我国法院民事和行政案件分庭审理的现实来看, 民事关系和行政关系的区分是必须的。

因此, 在民事诉讼与行政诉讼分野的诉讼体制下, 如果试图将高校与学生的纠纷纳入司法监督的范围, 必须首先解决高等学校法律地位问题。高等学校的法律地位是指高等学校在社会关系系统中的纵向位阶和横向类别。^② 也就是说, 高等学校的法律地位包括在行政法和民法上的双重法律地位。1998 年《中华人民共和国高等教育法》(以下简称《高等教育法》) 规定“高等学校自批准设立之日起取得法人资格”。按照《民法通

① 马怀德: 公务法人问题研究 [J]. 中国法学, 2000 (4): 43.

② 劳凯声: 教育体制改革中的高等学校法律地位变迁 [J]. 北京师范大学学报 (社会科学版), 2007 (2): 5.

则》的分类,法人分为企业法人、机关、事业单位法人和社团法人。高等学校属于“事业单位法人”。也就是说,事业单位最初是根据我国民事法律——《民法通则》确定的,《事业单位登记管理暂行条例》虽然是国务院的行政法规,但仍然沿袭《民法通则》的思路,所以“事业单位法人”一词无法反映高等学校在行政法上的法律地位,而仅揭示了其在民事法律关系中的民事主体地位。高等学校在行政法律关系中的地位,我国现有教育法律至今没有明文规定,理论界存在公务法人、公法人中的特别法人、法律法规授权组织等不同观点。从目前研究的现状看,也没有形成一种统一的认识。高等学校在行政法上法律地位的不明确使得高等学校行使的公权力缺少限制和约束,也使高等学校的部分私权公权化。这也说明,20世纪80年代建立的法人体系,反映的是计划经济体制下的社会关系状况,难以准确地描述当前高等学校法人的基本特征,在实践中造成了诸多问题,在当前的社会变迁中显然难以应对社会发展的需要。据此,重新设计高等学校的法律地位就是迫在眉睫的事情。^①

从国外的情况来看,虽然范围和程度不同,但在英美法系和大陆法系国家,公立高等学校均受到公法规则的约束。大陆法系国家公立高等学校作为公务法人,学生与学校之间的关系属于公法关系,整体上受公法调整。在美国,公立学校与私立学校通常会使用相同的规则,但公立学校会受到较多的公法规则的约束。

可见,解决我国高等学校法律地位不明的问题,当务之急是明确高等学校在公法上的法律地位,实现高等学校公法地位的回归。况且高等学校作为国家设立以提供教育服务为主要职能的组织,从设立者、行使的职能、服务的利益目标上看都带有鲜明的公法特点。

2. 高等学校与学生之间特别权力关系色彩浓重导致学生合法权利得不到有效保障

高等学校在行政法和民法上“公、私不分”的法律地位,导致了高等学校的权力失范和无序,使得高等学校和学生之间的权利义务严重失衡,高等学校在学生管理方面享有无限扩张的权力。

^① 劳凯声. 教育体制改革中的高等学校法律地位变迁 [J]. 北京师范大学学报 (社会科学版), 2007 (2): 13.