

The Rule of Law and The Protection of Rights in Colleges

大学法治与权益保护

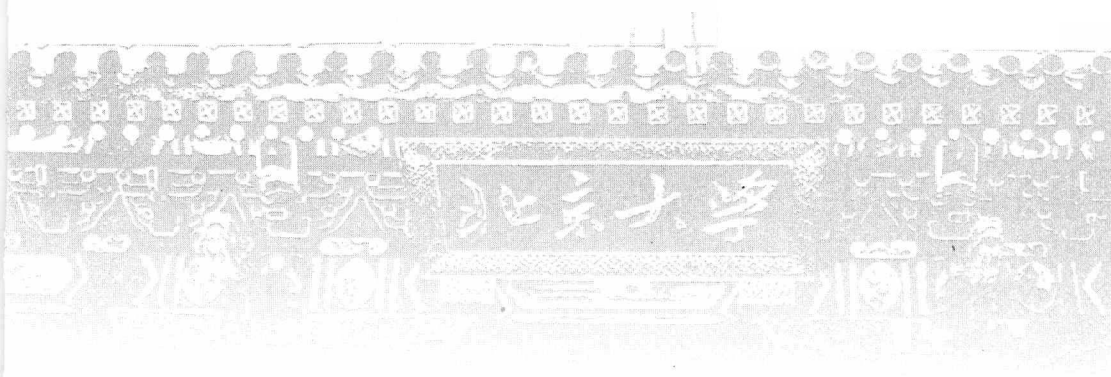
湛中乐 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

湛中乐 著

大学法治与权益保护

of Law and The Protection of Rights in Colleges



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

大学法治与权益保护 / 湛中乐著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2731 - 9

I. ①大… II. ①湛… III. ①高等教育法 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 037204 号

策划编辑: 张 婧 (Z_Janet@163.com)

封面设计: 杨泽江

大学法治与权益保护

DA XUE FA ZHI YU QUAN YI BAO HU

著者/湛中乐

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

印张/23.75 字数/364 千

版次/2011 年 8 月第 1 版

2011 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2731 - 9

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66070046

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

前言

“大学的存在时间超过了任何形式的政府，任何传统、法律的变革和科学思想，因为它们满足了人们的永恒需要。在人类的种种创造中，没有任何东西比大学更经受得住漫长的吞没一切实践历程的考验。”^①（〔美〕约翰·S·布鲁贝克）

大学是一段传奇，这段传奇自产生便人类历史上书写着浓墨重彩的篇章。从中世纪的波伦亚、牛津、剑桥，到文艺复兴时期的海德堡、科隆、法兰克福；从半殖民地半封建社会的京师同文馆、南洋公学、天津水师学堂，到新中国的北大、清华、南开，我们看到的是以大学为载体的文化传播与文明传承，我们领略的是以大学为动力开展的社会革新与知识创新。“大学已经成为社会的中心结构，大学教育之良窳足以影响乃至决定一个社会的文化与经济的盛衰”^②；大学是如此重要，也因其重要而如此夺人眼球、受人关注；不论国家上层建筑，还是市井街头百姓，均能对大学中的“人”与“事”论说一二；不论管理学、教育学，还是法学、社会学，无不将大学作为研究对象之一，甚至是重要、核心研究范畴，本书即以“大学”为基点探讨该领域中的法律治理及其相关权益保护。为什么要谈大学法治与权益保护？首先请看一组案例：

.....

1998 年田永诉北京科技大学案

1999 年刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士学位证、毕业证书案

2004 年闵笛诉苏州大学自主招生案

① 〔美〕约翰·S·布鲁贝克：《高等教育哲学》，王承绪、郑继伟等译，浙江教育出版社 1998 年版，第 30 页。

② 耀基：《大学之理念》，生活·读书·新知三联书店 2001 年版，自序，第 5 页。

2005 年林群英诉厦门大学博士生招录案

2006 年王琼等不服中央民族大学开除学籍决定案

2008 年海南中国医药大学建校委员会诉陵水黎族自治县人民政府
土地行政撤销纠纷案

2009 年西北政法大学不服陕西省学位委员会决定行政复议案

.....

这些都是现实生活中的鲜活案例，且在一定时期内引起了媒体、公众的广泛聚焦；它们或通过诉讼途径解决，或通过复议、申诉渠道处理，不管纠纷化解方式为何，体现的都是大学法治化的需求。自治与法治是现代大学治理的两个核心语汇；自治彰显的是“象牙塔”内独有的学术自由与尊严，而法治凸现的是高教治理规则于一国法制体系的呼应；自治与法治并行不悖，大学需要自治，大学更需要法治。现代高等教育不再是偏安于社会一隅的纯粹精神净土，其需要走出“塔门”迎接国家法度的考量。

大学法治既是实体法治，亦是程序法治。《教育法》、《高等教育法》、《学位条例》、《普通高等学校学生管理规定》等的颁布、施行为章程、校纪、校规等高校内部规则的制定划定了国家法“界限”，这些“界限”既有实体规范，也有程序要求；大学法治不仅要做到实体合法，也要做到程序合法；高教管理不仅要实现正义，而且要使正义以“看得见的方式”实现；也惟有实体法治与程序法治的有机结合，方能确保高等教育的和谐、有序发展。

当然，此处值得注意的是，自治与法治、程序与实体皆以权益保护为核心，大学权益保护既包括教师权益保护，也包括学生权益保护，更包括学校作为组织体的权益保护；师生与大学、个体与组织共同构成了现代大学治理的“法益”维度。

我们谈高教法治，更多触及的是高教管理，而管理则牵涉作为管理者与被管理者的组织与个体，涵盖组织的地位与职责、个体的权利与义务、纠纷的调处与解决等方方面面。在本书中，笔者将分四章探讨“大学法治与权益保护”领域的若干理论与实践问题：第一章：高等学校之法律地位研究。从行政主体、行政相对人、民事主体的三重视角厘定高等学校的法律地位，并分析其内在权力结构、法人治理模式与外在“府学”关系。第二章：高等学校管理法治化。以实体规则

为依托，阐述大学章程、校纪校规制定以及国家学位管理制度的改革与完善。第三章：大学管理程序公正探讨。以程序设计为导向，诠释学生与教师申诉制度的既有缺陷与未来改革目标。第四章：教育行政纠纷处理与化解研究。则是以前述三章理论探讨为基点，选择我国高教管理的若干经典案例，具体分析个案中的法律权益保护与法治秩序构建。

“人们常常指责大学对一切都进行研究而就是不研究它们自己，同时人们公开指责它们准备对一切进行改革而不去改革它们自己”。^①作为一名在北京大学法学院执教二十余年的教师，笔者本书研究的即是朝夕相处的大学，探讨的是包括己身在内的师生与大学合法权益保障，并期待以此书唤起更多业内同行对大学法治问题的关注！

湛中乐

2011年3月于北大陈明楼

^① [南斯拉夫] 德拉高尔朱布·那伊曼：《世界高等教育的探讨》，令华、严南德译，教育科学出版社1982年版，第13页。

目 录

第一章 高等学校之法律地位研究

第一节 我国公立高等学校之法律地位 / 3

- 一、作为行政主体的高等学校 / 6
- 二、作为行政相对人的高等学校 / 21
- 三、作为民事主体的高等学校 / 29
- 四、公立高等学校与内部群体之关系 / 38

第二节 公立大学自治权之内在结构

——结合北京大学的历史变迁分析 / 46

- 一、问题及其分析路径 / 46
- 二、大学自治与学术自由的关系 / 49
- 三、大学自治权的内在结构 / 53
- 四、大学自治权内在结构的变迁——以北京大学为例 / 55
- 五、大学自治权内在结构的均衡化 / 61
- 六、结语 / 67

第三节 公立高校与政府法律关系的变迁 / 69

- 一、引言 / 69
- 二、建国以后至 1978 年：公立高校与政府的关系 / 70
- 三、1978 年至今：公立高校办学自主权的提出与逐步扩大 / 73
- 四、今后的改革方向：公立高校办学自主权落实与进一步扩大 / 79
- 五、结语 / 87

第四节 中国高等学校内部治理结构：基本原则与关键制度 / 89

- 一、高校治理的目标 / 89
- 二、高校内部治理结构的基本原则 / 92
- 三、中国高校内部治理结构的关键制度 / 98

四、结语 / 102

第二章 高等学校管理法治化

第一节 现代大学治理需要大学章程 / 105

一、现代大学治理的内涵 / 105

二、研究大学治理的必要性 / 106

三、大学章程对大学治理的意义 / 108

四、我国大学章程的制定现状 / 111

五、结语 / 113

第二节 通过章程的现代大学治理 / 114

一、引言 / 114

二、理论前提：大学章程的性质、地位与价值 / 115

三、现实解读：中国大学章程建设的法治缺失及成因剖析 / 125

四、框架构设：中国大学章程治理向何处去 / 132

五、结语 / 145

第三节 规范高校管理行为 维护学生合法权益

——以中央民族大学开除处分学生之听证为例 / 147

一、知错就改，对于学生和学校都同等重要 / 148

二、知荣明耻，法治与德治并重 / 150

三、学生依法维权，应予充分肯定 / 152

四、规范高校管理行为，真正实现依法治校 / 153

第四节 学位授予制度的改革与完善

——学位授予制度的法治化 / 155

一、改革现行统一的国家学位制度，实行有差异的大学学位制度 / 155

二、明确界定答辩委员会和学位评定机构的职责，健全学位授予中的程序规则 / 158

三、完善权利救济制度，健全争议解决机制 / 164

第三章 大学管理程序公正探讨

第一节 关于高校大学生处分中程序公正问题 / 169

一、确立说明理由、告知权利和实际送达等程序 / 172

二、确立和完善听证程序 / 173

三、建立大学内部申诉制度 / 173	
四、建立和完善统一、协调的外部救济体系 / 175	
第二节 高等学校大学生校内申诉制度研究 / 176	
一、大学生申诉的含义与类型 / 177	
二、大学生校内申诉的优势与局限 / 180	
三、如何完善高等学校校内申诉制度 / 189	
四、结语 / 200	
第三节 我国高等学校教师申诉制度的完善 / 201	
一、引言 / 201	
二、关于高等学校教师申诉的申诉人范围 / 203	
三、关于高等学校教师申诉的被申诉人范围 / 206	
四、关于受理高等学校教师申诉的机构 / 207	
五、关于高等学校教师申诉的范围及审查标准 / 209	
六、关于高等学校教师申诉的工作流程 / 219	
七、关于高等学校教师申诉的主要制度 / 222	
八、关于高等学校教师申诉决定的种类及其适用条件 / 226	
九、关于高等学校教师申诉决定的效力及后续救济 / 227	
十、结语 / 229	

第四章 教育行政纠纷处理与化解研究

——结合经典案例分析

第一节 论对大学招生争议的司法审查 / 233	
一、引言 / 233	
二、公立高等学校的行政诉讼被告地位 / 236	
三、公立高等学校招生行为的性质之争 / 242	
四、公立高等学校招生行为的性质认定 / 245	
五、法院对公立高等学校自主招生行为的审查及其范围 / 248	
六、结语 / 257	
第二节 刘燕文诉北京大学案的法律分析	
——论我国高等教育学位制度之完善 / 259	
一、高等学校的法律地位及相关问题分析 / 260	
二、受案范围问题及教育领域的法律救济 / 264	

三、正当程序 / 269

四、学位评定委员会的主体资格及其职责 / 273

五、投票表决及计算问题 / 276

六、诉讼时效 / 279

七、毕业证问题 / 283

第三节 国家教育考试中考生考试作弊行为的认定、处理及其法律救济

——2003 年全国硕士学位联考中的三个案例分析 / 286

一、关于国务院学位委员会或国务院学位办谁为适格被告的问题 / 292

二、关于取消考试成绩或者认定成绩无效的处理决定的行为性质问题 / 299

三、如何看待涉及认定考试作弊行为案件的证据审查问题 / 300

四、如何看待此类行政诉讼案件的规范依据及其适用问题 / 307

第四节 西北政法大学的“申博”行政复议案的法律分析 / 310

一、陕西省学位委员会能否定位为行政主体 / 312

二、陕西省学位委员会的决定是否属于可复议的行政行为 / 316

三、西北政法大学是否具备复议申请人资格 / 321

四、陕西省学位委员会的决定是否满足合法性要求 / 323

第五节 论对学位撤销权的法律规制

——陈颖诉中山大学的分析与思考 / 327

一、问题的提出 / 327

二、撤销学位行为是否属于行政处罚? / 329

三、陈颖是否应当承担“撤销学位证书”的法律后果? / 334

四、陈颖是否已经取得中山大学的学籍? / 335

五、陈颖的违法责任是否因时效而消灭? / 340

六、中山大学有无超越法定职权? / 345

七、中山大学是否存在程序违法? / 347

八、对撤销学位行为的法律规制 / 348

第一章

高等学校之法律地位研究

- ◆ 第一节 我国公立高等学校之法律地位
- ◆ 第二节 公立大学自治权之内在结构
——结合北京大学的历史变迁分析
- ◆ 第三节 公立高校与政府法律关系的变迁
- ◆ 第四节 中国高等学校内部治理结构：基本原则与关键制度

第一节 我国公立高等学校之法律地位*

我国公立高等学校的法律地位问题日益成为教育法制的焦点。高等学校在不同方面具有不同的法律地位：其在行使法律、法规授予的行政管理等职权时，是行政主体；在接受有关行政主体监督、管理时，是行政相对人；在管理有关资产以及进行平权性质的活动时，是民事主体。此外，公立高校与其内部群体如教师、学生等存在多种复杂的法律关系。因此，把握公立高等学校的法律地位需要一种综合性的视角，并注意具体区分授权基础、行为类型和事务性质。

近年来，随着一系列与大学有关的案件的出现，如张旺诉东南大学不依法履行法定职责附带行政赔偿案^①、北京联合大学建材轻工学院诉北京市宣武区物价检查所违法行政处罚案^②、齐凯利诉北京大学人身损害赔偿案^③，以及在社会上引起广泛关注和热烈讨论的田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书案^④，刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士毕业证书案^⑤及刘燕文诉北京大学学位评定委员会

* 此文曾发表在《中国教育法制评论》(2008年)。之前相关的文章还有刊载在《行政法论丛》(2001年第4辑)上的《论我国高等学校之法律地位》。后者曾被翻译成英文——An Analysis of the Status of Higher Education Institutions (Chinese Education & Society Indiana University 2006/Vol. 39, No. 3 May.)。

① 参见南京市玄武区人民法院行政判决书，(1999)玄行初字第007号。详细案情见后文。

② 参见林准主编：《行政案例选编》，法律出版社1995年版，第217-218页。详细案情见后文。

③ 参见北京市海淀区人民法院民事判决书(1998)海民初字第5164号。详细案情见后文。

④ 参见北京市海淀区人民法院行政判决书(1998)海行初字第142号，载《最高人民法院公报》1999年第四期，第139-143页。详细案情见后文。

⑤ 参见北京市海淀区人民法院行政判决书(1999)海行初字第104号。详细案情见后文。

案^①，林群英诉厦门大学博士生招录案^②和闵笛诉苏州大学自主招生案^③等，高等学校在法庭上频频出现。不仅如此，最近涌现的一些案件在更大范围内将高校与法律问题连接起来，例如西北政法大学不服陕西省学位委员会决定行政复议案（下详）、海南中国医药大学建校委员会诉陵水黎族自治县人民政府土地行政撤销纠纷案（下详）、与申诉制度有关的王某与华中科技大学关于职称评定问题的纠纷^④、中

① 参见北京市海淀区人民法院行政判决书（1999）海行初字第103号。详细案情见后文。

② 基本案情为：2005年，林群英参加了厦门大学博士生入学考试，所报导师为廖益新教授（招生三人），初试和复试的最终成绩在报考廖益新教授的学生中总成绩排名第三。2005年5月，厦门大学公布的录取名单中，廖益新教授所招三名学生中，最终前两名均获录取，第三名却是报考曾华群教授的丁某（曾华群教授名下排名第五）。林群英以厦门大学的行为规避国务院委员会规范性文件要求、违反行政程序公开、滥用招生行政权侵害其合法权益为由提起行政诉讼。一审法院经审理认为原告主张不能成立，判决驳回诉讼请求；林群英提出上诉，二审法院判决驳回上诉，维持原判。参见福建省厦门市思明区人民法院（2005）思行初字第80号、福建省厦门市中级人民法院（2006）厦行终字第29号。案例来源：<http://vip.chinalawinfo.com/Case/Display.asp?Gid=117564331&KeyWord=林群英>，2009年6月13日访问。

③ 基本案情为：2003年2月15日，闵笛参加苏州大学单独组织的艺术设计学专业考试，通过了苏州大学艺术设计学专业合格线。高考后，闵笛把苏州大学作为第一志愿填报，但未被苏州大学录取。闵笛认为苏州大学违反招生法定程序，录取了总成绩更低的考生，经多方交涉未果，2003年11月5日，闵笛向苏州市中级人民法院提起行政诉讼及行政赔偿诉讼。苏州市中级人民法院于2004年6月2日立案受理。苏州中院于2004年9月29日以苏州大学的招生行为属于学校自主管理权限范畴而不具有可诉性为由，裁定驳回起诉人闵笛的起诉。原告人不服，向江苏省高级人民法院提起上诉，江苏省高级人民法院于2005年2月4日，以类似的理由裁定驳回上诉，维持原裁定。在此期间，被告苏州大学曾向法院提交了1份答辩状，在答辩状中明确说明闵笛报考的艺术设计学专业不录取的理由是省招办未向苏大投档，苏大无法录取。闵笛由此认为苏大不录取她源于省教育考试院（即省招生办公室）的失职，于2005年7月15日，向南京市鼓楼区人民法院提起针对省教育考试院的行政诉讼及行政赔偿诉讼。鼓楼法院经过2005年8月25日、10月31日二次审理后，判决驳回了原告诉讼请求。原告于2005年12月6日向南京市中级人民法院提起上诉。南京市中级人民法院于2006年2月16日作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

参见江苏省苏州市中级人民法院行政裁定书（2004）苏中行初字第004号；江苏省高级人民法院行政裁定书（2005）苏行终字第005号；南京市鼓楼区人民法院行政判决书（2005）鼓行初字第55号；江苏省南京市中级人民法院行政判决书（2006）宁行终字第24号。

④ 具体案情是：王某系华中科技大学土木工程与力学学院讲师。2002年，华中科技大学进行了高级专业技术职务的聘任工作。聘任委员会认为，王某在该校没有主持或参加过一项科研项目，不符合《华中科技大学申报专业技术职务的条件》中的副教授任职资格。王某认为学校在职称评定问题上存在弄虚作假问题，多次向湖北省教育厅及教育部门反映、检举。2002年12月，湖北省教育厅作出了“对王某职称问题申诉的复函”，认为王某反映的问题不属实，并希望其进一步努力，为评聘高一级教师职务创造条件。2003年1月，王某向教育部递交了“行政复议及检举信”。教育部认为，华中科技大学是经过国家批准，具有副教授职务评定资格的高等学校，该校具有制定具体的评聘条件和程序并组织相应的教师职务评审委员会的法定权力。教师职务评审委员会的评审行为是学校内部的正常管理活动，不属于具体行政行为，因而决定不予受理王某的复议申请。王某不服，向北京市第一中级人民法院起诉，状告教育部行政不作为。法院认为，评聘教师及其他专业技术人员是高等学校的自主权。教育部对王某提出的行政复议申请不予受理是正确的。参见湛中乐：“论我国高等学校教师申诉制度的完善”，载《中国教育法制评论》2009年第6辑，第116页。

央民族大学开除学生决定被教委撤销事件^①等这一系列案件的出现,从不同的侧面引发了人们对我国高等教育制度、相关法律法规,以及教育法治实践中一些问题的思考与探讨。公立高等学校的法律地位问题始终是萦绕上述各案的一个重要问题。公立高等学校究竟是一个何种性质的法律主体?它具有哪些权利和义务?它在多大范围和程度上行使法律、法规甚或规章授予的行政职权或公共管理职权?它与学生、教师的关系究竟如何?对于高等学校的管理行为,法院是否有或者是否应有司法审查权,如果有,其审查范围和方式如何?对此,本文将从总体上对高等学校的法律地位作一概括性的阐明。

在进行论述之前,必须要明确的一个问题是:高等学校在社会生活中所扮演角色的多重性,即高等学校所具有的多重身份问题。《中华人民共和国教育法》^②(以下简称《教育法》)第31条第1款规定:“学校及其他教育机构具备法人条件,自批准设立或登记注册之日起取得法人资格。”《中华人民共和国高等教育法》^③(以下简称《高等教育法》)第30条规定:“高等学校自批准设立之日起取得法人资格。高等学校的校长为高等学校的法定代表人。”因此,高等学校具有法人资格,是独立的法律主体,这一点并无争议。而我们所要讨论的问题的焦点在于:社会生活中角色的多重性决定了高等学校在不同方面具有不同的法律身份,因而各自具有相应的权利(权力)和义务,对其不同性质的行为主体所作出的行为亦要承担相应的法律责任。在此,我们主要以行政法和民法为研究视角,拟从四个方面对高等学校的法律地位进行分析,即:作为行政主体的高等学校,作为行政相对方(或称行政相对人,下同)的高等学校,和作为民事主体的高等学

① 以2006年中央民族大学开除10名考试作弊的学生为例。一部分受处分学生两次不服学校所作出的“开除学籍”处分。但是学校的申诉似乎根本未起任何作用。每次都是简单的“维持”。最终是靠两次教育行政部门的“撤销”来予以解决的。当然最终结果是在各方努力下,中央民族大学让学生返校学习的同时,也给予了学生“留校察看”的处分。参见徐笛:《市教委再撤民大“开除令”》,载《北京青年报》2006年9月11日。郭少峰:《“教委撤销民大开除学生决定”》,载《新京报》2006年9月11日。个别学生原本不服学校的“留校察看”处分的,但是后来想到维权成本太高,再说也考虑到继续诉讼下去,结果难以预料,弄不好还会更加激怒学校。最终也就放弃了诉讼,只好无奈地接受了学校的“留校察看”处分。当然前文中提到的中央美术学院的申诉委员会的处理则是为数不多的起到一个重要作用的例子。参见湛中乐:《高等学校大学生校内申诉制度研究(上)》,载《江苏行政学院学报》2007年第5期,第99页。

② 1995年3月18日第八届全国人民代表大会第三次会议通过。

③ 1998年8月29日第九届全国人大常委会第四次审议通过,1999年1月1日施行。

校,其中,作为行政主体的公立高等学校为本文分析的重点;最后,还将从总体上讨论公立高等学校内部群体的权利义务问题。

一、作为行政主体的高等学校

行政主体是指依法享有并行使国家行政权力,履行行政职责,并能独立承担由此产生的相应法律责任的行政机关或法律、法规授权的组织。很显然,高等学校不属于行政机关,那么,它是否属于法律、法规授权的组织呢?《教育法》第28条规定:“学校及其他教育机构行使下列权利:(一)按照章程自主管理;(二)组织实施教育教学活动;(三)招收学生或者其他受教育者;(四)对受教育者进行学籍管理,实施奖励或者处分;(五)对受教育者颁发相应的学业证书;(六)聘任教师及其他职工,实施奖励或者处分;(七)管理、使用本单位的设施和经费;(八)拒绝任何组织和个人对教育活动的非法干涉;(九)法律、法规规定的其他权利。……”在这里,虽然法律条文中并没有区分“权利”和“权力”,但我们可以注意到,其中第3项规定的招生权,第4项规定的学籍管理、奖励、处分权,第5项规定的颁发学业证书权,第6项规定的聘任教师及奖励、处分权等,具有双重性质,一方面,其相对于其主管部门(教育行政部门)而言是一种权利,属于办学自主权范畴,应当由高校自主行使,教育行政部门不得加以任意侵犯;另一方面,对于受教育者、教师和员工等作用对象而言,这些职权又具有明显的单方意志性和强制性,符合行政权力的主要特征,^①因而在性质上应当属于行政权力或公共管理权力。^②我们可以据此断定,高等学

① 关于行政权力的特征,国内学者多认为有以下几点:相对于其他国家权力而言,行政权力具有裁量性、主动性和广泛性等特点;相对于社会组织、公民个人而言,它则具有强制性、单方性和优益性等特点。参见罗豪才、湛中乐(主编):《行政法学》,北京大学出版社2006年版,第4页。

② 其中,对于招生权及相关的招生行为而言,又具有一定的复合性质:首先,它具备一定的契约色彩,是否录取要取决于双方的合意;其次,它们又不能完全以私法合同的模式加以调整,原因如下:第一,不存在真正的对价;第二,如果以合同法视角看,招录行为的标的在私法上不可处分,因此在招录方面的合意不能成为一种私法合同;第三,作为私法契约的核心——契约自由受到基于公共利益目的的极大限制,除少数尚未得到规范的自主招生情形外,高校一方的意志被法定化,考生只要满足一定的客观条件,高校一方即必须录取,尤其在主要的招录方式(本科通过高考进行招录)中更是如此,这一点并不单独构成招生行为不受私法调整的理由,但与前两点结合即甚为有力;第四,在产生争议需要作出解释和决定的情况下,对于招录问题往往高校一方拥有更实质性的解释权和决定权,用私法合同加以调整会导致以平等的形式掩盖双方地位不平等的实质,产生不公平的结果。因此,笔者主张把招生行为认定为一种带有一定私法性质的公法行为,而把招生权认定为一种公法权力。

校经由国家法律的授权,行使国家行政权力或公共管理权力,且如前文所述,其具有法人资格,能够独立承担相应的法律责任,因此,高等学校具有行政主体地位。

这一论断可以认为是对公立高校行政主体地位的一个初步肯定。但其作为行政主体的法律地位受到“特别权力关系”等思维的挑战,而面临着若干难题:第一,公立高校的行政主体地位必然导致其受行政法规范的约束乃至法院审查的影响,这与其自主办学权乃至内部的学术自治、教学自由应该如何协调?第二,公立高校的行政主体地位以什么范围为限,其行政权力的边界如何?这是需要加以深入解答的重要问题。

(一) 公立高校行政主体地位与自主办学权

公立高等学校作为行政主体,受行政法规范的约束,这一理论定位在现实中往往遭遇来自办学自主权思维的抵抗。公立高等学校力图避免受行政法规范的约束,基于办学自主权(或有时借助于更具体的理念或学说如特别权力关系、学术自由、教学自由等)的自我定位而拒斥权利保障之行政法规范以及司法审查的介入。这引起一个常见的问题:行政法规范、尤其是权利保障的行政法规范对高校行政权力之制约,如何与高校自主权在理论上相协调于同一个行政主体之中?这是公立高等学校法律地位面临的最基本问题。

1. 域外思想变迁:“特别权力关系”的流变

对于这一问题,国外也有类似的制度和观念之经历,著名的“特别权力关系”(besonderes Gewaltverhältnis)理论在高等教育领域的兴衰,即属一例。“特别权力关系”理论起源于拉邦德的国家法理论^①,继而为奥托·迈耶吸收进行行政法的范畴内,最初指的是出于公共管理

^① 拉邦德(Paul Laband, 1838-1918),又译拉班德,德国著名公法学者,国家法理论(又译“国法学”,Staatsrechtlehre)的代表人物,其国家法理论延续格贝尔的思路,力求为国家作为一个有意志力的主体建立一种法律人格学说。拉邦德通过强调实质意义上的法律,即具有某种拘束力的“法命题”(Rechtssatz)的“定立”(Anordnung)来界定立宪国家的法的标志,且明确了议会对于法命题的根本重要性,从而区分了议会立法与行政法规,引出了“法律保留”理念;并且由于国家只能严格意义上的法律中取得法律人格,其权力也就受法律之限定,除非基于法律的规定,不能对其臣民要求做什么行为,也不能科以某种限制,这就是“法治国”的特色。这一理论在19世纪的德国具有划时代的非凡意义。参见李龙主编:《西方宪法思想史》,高等教育出版社(转下页脚注)