

高校内部
行政法律关系论

李仁燕◎著

中国政法大学出版社

李仁燕
著

高校内部行政法律关系论

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目(CIP)数据

高校内部行政法律关系论 / 李仁燕著. —北京: 中国政法大学出版社,
2009. 10

ISBN 978-7-5620-3576-3

I. 高... II. 李... III. 高等学校 - 行政管理 - 教育法令规程 - 研究 - 中国
IV. D992. 164

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第174484号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 高校内部行政法律关系论 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880 × 1230 32 开本 6.5 印张 160 千字 |
| 版 本 | 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3576-3/D · 3536 |
| 定 价 | 18.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

自序

高等教育的代表——大学，被誉为基业常青的事业。^{〔1〕}在人们心目中，这是一个古老而又神圣的组织，她高高在上，承担着保存和传承人类知识与文明、开拓与创新、为未来培养社会精英的重大使命，人们毫不吝惜地赋予大学各种溢美之辞。在我国，高等教育更是历来承担着国家和民族复兴的希望等重要的政治与社会功能，大学成为人们心中的圣地。然而近年来我国高校却频频遭到法律的质疑：1999年田永诉北京科技大学案（以下称田永案）叩开了法院审查高校权力行为的大门，^{〔2〕}紧接着1999年底刘燕文诉北京大学案轰动全国，接着是“重邮案”和“拥吻案”，等等；不仅如此，高校教师涉嫌抄袭、教师与学生因各种原因引起冲突并升级等丑闻也借着互联网和其他新闻传媒的力量广为传播，昔日高居“象牙塔”的高等院校声誉日益受损。一时间，大学似乎成了法治发展的落后之地而受到人们的质疑，甚至被讥为“法治的真空地带”。高校内部不再平静，高校与教师、高校（教师）与学生的关系被蒙上阴影，高校校园出现不和谐音。

反对事实不能代替事实。在迈向法治的进程中，更需要批判、解构后冷静的思考和积极的建构。为重新挽回高校声誉、还校园内

〔1〕 美国加州大学前校长克拉克·科尔做了一个统计，1520年以前，全世界存在的组织中，沿用同样的名字、以同样的方式做同样的事情的只剩下85个组织，除15个宗教团体外，剩下的70个组织都是大学。

〔2〕 沈岍：“公立高等学校如何走出法治真空”，载 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=22962。

II 高校内部行政法律关系论

师生一片宁静、自由的学习、生活之所，亟需对高校内权力进行规范、对权利和义务加以厘清，实现规则的治理。

尽管高等院校并非独立王国，但在社会中它们又确实确实地位特殊、相对独立于其他国家机关和事业机构。从“关注具体行政领域中的法律问题”出发，本书致力于研究高校内部的法律关系，通过梳理和析清各种纵向的关系，希图规范高校权力行使、在新形势下构建和谐校、教、生关系，在高校形成有序、自由的氛围和环境，使高校能更好地在发挥研究探索真理、服务社会的功能等方面作出一个“内部人”的些微努力。

值本书出版之际，感谢恩师潘汉典先生。他老人家高山仰止，对我却极为宽容和理解。

谢谢好朋友杨欣，她不仅给了我无私的帮助，还有精神上的鼓励。

还有家人的支持，没有他们，此书可能永远也完不成。

谢谢中国政法大学出版社尹树东先生、刘海光先生、彭江先生及诸位幕后英雄，在他们的帮助下此书得以顺利出版。感谢中国政法大学继续教育学院对本书的研究和出版提供了条件。

最后，把此书献给我的父亲，以此书告慰他老人家的在天之灵。

李仁燕

2009年8月10日于昌平

前言

教育领域的内容永远是既具启发性又令人困惑的：复杂的主体、复合性质的掺杂，这里有自生自发秩序，也有国家正式法的约束，学校俨然是社会的缩影、国家的代言人。^{〔1〕}毋庸讳言，高校已成为除国家以外社会上另一个不可否认的权力行使主体。

高校内部法律关系如何？在学校、教师、学生权力（利）不明、义务不清的情况下，高校诉讼缠身、纠纷不断，专家学者也莫衷一是：一方要求国家加强立法的呼声一出，马上维护大学自治、学术自由，国家不宜过多干涉的反对之音又起……

我们看到，高校权力（利）表现出“权力”与“权利”的复合性质——当高校面对政府和社会时，要求自主权和自治，表现为权利，即要求国家和社会力量不干预高校实施教育教学和进行学术研究；当高校“转个身”面对教师和学生时，这些自主权常常又表现出其要求相对方服从的力量。因而，大学的自主权是两种性质的复合体。立法常常无法对大学自治的具体内容加以干涉（否则自治就不成其为自治了）；事后的司法审查也难以深入到高校内部，非专业的法官面对教育判断和学术判断，除在违法和极端不合理的情况之下能够以法律问题专家的身份行使司法判断权外，似乎也只能采取“学术问题的自制”（academic abstention）立场。

〔1〕 王辉：“学校规则及其合法性管窥”，载劳凯声主编：《中国教育法制评论》第2辑，教育科学出版社2003年版，第65页。

IV 高校内部行政法律关系论

高校权力行为行使面临悖论：一方面，任何权力如果失去规范和制约，都必然走向失控和腐败，高校行使权力的行为应该受到法治的制约；另一方面，高等院校需要自治，以维护学术自由的重大价值，社会各界对高校的自治行为应予以尊重，以保证高校探索真理的自由精神不受干涉和限制。那么应当如何看待高校权力行为的规范和制约呢？

本书从关注具体行政领域的问题出发，以行政法律关系理论作为方法论，分析了高校行政法律关系的具体内容，从实体权力（利）义务和程序的权利保障两个方面探讨了高校与教师间、高校与学生间纵向的权力（利）义务关系，并结合我国现实制度的缺陷提出具体制度构想，即在行政过程中引入正当程序，在救济程序中对教师、学生申诉制度加以重构，在诉讼程序中以重要性理论为标准确立对高校权力性行为进行司法审查的制度，以保障教师、学生权益。

本书通过“切断”对高校与其他外部主体的联系，专心于分析高校与教师、高校与学生之间的纵向的权利义务关系，我们希望厘清两种纵向法律关系中的权力（利）、义务内容，并就如何规范高校权力行使、保护教师、学生权益的程序进行了制度上的设计。

需要说明几个本书中所使用的概念。首先是有关大学与高等院校的概念。出于行文方便和语言习惯，本书在用词上有时使用大学，有时使用高校，所指都是同一对象：全日制普通高等教育机构，学制一般在四年或四年以上，提供学士和学士以上教育，向毕业生授予学士或学士以上程度的学位与证书。

其次，教师的概念问题。本书中所研究的教师，指从事教学与研究的专职人员，不包括大学内从事行政与党务工作的教育职员和

行政管理人员以及其他专业技术人员。

最后，关于学生的概念问题。本书中所研究的学生，指通过国家统一招生考试录取、具有正式学籍的在读学生，以高校本科生为主要分析对象，但在一般意义上也包括研究生、博士生。

李仁燕

2009年8月10日

目录

自 序	I
前 言	III
第一章 作为基础的分析方法——行政法律关系理论	1
1.1 传统行政法学分析方法反思	2
1.1.1 传统分析方法——行政行为理论	2
1.1.2 反思与新方法引入	5
1.2 古老的“新”方法——行政法律关系理论	10
1.2.1 行政法律关系理论研究	10
1.2.2 引入行政法律关系理论分析高校法律 关系	16
1.2.3 以重要性理论为基础构建高校行政 法律关系	30
1.3 小 结	32
第二章 高校行政法律关系的具体内容之高校与教师	33
2.1 高校与教师间法律关系的性质	33
2.1.1 聘任制前高校与教师的关系	34
2.1.2 高校教师聘任制度改革	36
2.1.3 教师聘任制度改革带来的争论	37

2 高校内部行政法律关系论

2.1.4 教师聘任合同是行政契约	42
2.2 高校教师职业身份需要保障	46
2.2.1 学术自由及其意义	46
2.2.2 大学自治与学术自由	48
2.2.3 教师职业安全是学术自由的保障	50
2.2.4 建立我国的教师身份保障制度	51
2.3 高校与教师间行政法律关系的具体内容	54
2.3.1 权利、权力、义务范畴——概念前提 ...	55
2.3.2 高校的权力	57
2.3.3 教师的权利	75
2.4 小 结	90

第三章 高校内部行政法律关系的具体内容之高校与学生 91

3.1 高校与学生之间法律关系的性质	91
3.1.1 计划经济时代我国高校与学生的关系 ...	92
3.1.2 高校与学生之间法律关系的变化	93
3.2 高校与学生间行政法律关系的具体内容	96
3.2.1 高校的权力	97
3.2.2 学生的权利	125
3.3 小 结	128

第四章 高校教师、大学生的权利保障制度 129

4.1 引入正当程序	131
4.1.1 现状与问题	131
4.1.2 运用正当程序规范高校权力行为	134

4.2 重构申诉制度	138
4.2.1 我国教师申诉制度	138
4.2.2 学生申诉制度	151
4.2.3 教师、学生申诉制度与相关救济制度 的衔接	158
4.3 确立高校内重要事项的司法审查制度	162
4.3.1 以“重要性事项”为受案标准	162
4.3.2 高校权力行为司法审查之审查事项	165
4.3.3 高校权力行为司法审查之审查标准	169
4.3.4 穷尽救济和司法最终原则	173
4.4 小 结	175
参考文献	176
后 记	192

第一章

作为基础的分析方法 ——行政法律关系理论

孔子云：“工欲善其事，必先利其器”。选择好的研究方法是我们面临的首要问题。以控制权力为核心的行政法理论成为我们讨论问题的立足点。然而在传统行政法学以行政行为为中心的理论模式下，我国行政法学界以行政行为为观察视角分析高校内部法律关系未能令人满意。

行政行为理论自奥托·迈耶创立以来，即为行政法学理论界所推崇，其在行政法学研究中所占的统领和基础地位一直未受到动摇。与奥托·迈耶所处时代相比，当今社会已发生了巨变。福利社会、服务行政等新行政法现象的出现使行政行为形式化理论出现不能适应的情况：以权力为中心考察行政现象已有所不足，许多重要现象被忽略，新兴行政法现象无法纳入行政法学理论体系中。有学者提出行政法典范变迁的理论，更有学者提倡在行政行为模式外，以行政法律关系作为取代的思维模式或理论基础。

1.1 传统行政法学分析方法反思

1.1.1 传统分析方法——行政行为理论

行政行为的概念可以说是全部行政法理论的精髓和柱石,^[1]其在行政法中的地位类似犯罪构成理论在刑法学中的地位。^[2]从总体上看,行政行为理论在大陆法系国家和地区最为流行,而在英美法系则缺乏系统研究。下面我们分别从行政行为理论在各国的发展脉络上进行一个大致的梳理。

行政行为(Acte Administratif)概念最早出现在“行政法母国”——法国,大革命后法国实行“三权分立”体制,学者为说明行政机关在法律之下处理具体事件,与司法并行、类似法院判决的行为而逐渐形成了这个概念。^[3]

德国的行政行为(Verwaltungsakt)概念是1826年借鉴于法国。^[4]“德国行政法学之父”——奥托·迈耶首开先河,创立了以行政处分(行政具体行为)为核心的行政法学理论研究体系,行政处分作为其《德国行政法》最重要的一章,也是其全部理论的基础。这一理论模式深深影响了德国行政法学理论,整个德国版的行政法学

[1] 张树义:《行政法学新论》,时事出版社1991年版,第93页。

[2] 张树义:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社2002年版,第68页。

[3] 翁岳生:“论行政处分的概念”,载翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾大学法学丛书编辑委员会1979年版,第2~7页。

[4] [印度] M.P. 赛夫:《德国行政法》,周伟译,五南图书出版公司1991年版,第75页。转引自杨海坤:“行政行为”,载应松年主编:《当代中国行政法学》(上),中国方正出版社2005年版,第503页。

几乎都是环绕在行政处分的周边发展。^{〔1〕} 行政行为成为行政实体法、行政程序法和行政诉讼法上的共同概念，是一个兼具实体法和程序法的双重意义的概念：作为（程序法上的）认识行为结束行政程序，作为（实体法上的）处理行为，确立国家和公民之间的法律关系。行政行为同时还是由主观判断向法律形式转化的一个标志。^{〔2〕}

日本师从德国，以行政行为为中心论展开行政法学研究。^{〔3〕} 我国台湾地区则受日本行政法理论影响，亦形成以行政行为理论为行政法研究核心的模式。

我国行政法学发展的历史不长，清末维新变法时期由日本传入行政行为概念，^{〔4〕} 1983 年新中国第一本行政法教材《行政法概要》首次正式使用行政行为概念。发展到今天，行政行为概念更具有学理和法律双重意义：作为学理上的概念，行政行为理论是行政法研究中最为重要的部分，是整个行政法理论的精髓或柱石。作为法律上的概念，行政行为具有立法与司法多重属性，分别属于行政程序法、行政复议法与行政诉讼法，并且是所有行政实体法律规范的具体体现。^{〔5〕}

行政行为理论在行政法研究中具有非常重要的意义：首先，行政行为理论为行政法研究提供了有关行政行为的一系列重要的

〔1〕 转引自陈新民：《德国公法学基础理论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 130～131 页。

〔2〕 〔德〕H. 毛雷尔：《行政法总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 203 页。

〔3〕 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 361 页。

〔4〕 杨海坤：“行政行为”，载应松年主编：《当代中国行政法学》（上），中国方正出版社 2005 年版，第 506 页。

〔5〕 郝明金：《行政行为的可诉性研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 29～30 页。

概念性工具,其沟通、交流的强大功能,使行政法学的研究得以展开。^{〔1〕}其次,它成为行政法规范行政行为的基础。概念法学对行政行为共同素材的提炼使得法律有可能对行政行为的有效成立要件和违法行政行为的补救等作出统一的规定,而最重要的就是行政行为理论在事实上使法院审查行政违法行为成为可能。再次,它建立了行政行为的逻辑体系,有利于认识和分析各种行政行为的特征,借助于这种逻辑体系可以对社会现实中所发生的某一特定行政行为进行推理、归类 and 定位,从而准确地适用法律。^{〔2〕}

大陆法系国家行政法体系至今延续奥托·迈耶的思考模式,赋予行政行为理论以极高的理论地位,大陆法系甚至英美法系国家的法律理论体系都以行政权力为核心建构。^{〔3〕}行政行为理论取得行政法学的核心概念或理论柱石的地位。

由于行政行为理论产生和形成于19世纪中期,行政法现象单纯、权力行使的形态单一,主要以干预行政为常态,因此行政行为理论对主体、权力和行为方式进行集中研究,可以无例外地把所有行政现象囊括进行政法学理体系,并加以型式化,从而发挥其强大的理论分析功能。但是随着社会发展,国家与社会发生分化,服务行政、给付行政的出现,改变了权力行使的样态,权力行使主体也出现一系列的变化,行政行为理论的分析模式对社会现象的概括力减弱,这直接导致了理论界的反思。

〔1〕 高秦伟:“行政法学方法论的回顾与反思”,载《浙江学刊》2005年第6期。

〔2〕 高秦伟:“行政法学方法论的回顾与反思”,载《浙江学刊》2005年第6期。

〔3〕 湛中乐:“行政过程论”,载罗豪才主编:《行政法论丛》第7卷,法律出版社2004年版,第5~6页。

1.1.2 反思与新方法引入

任何理论都非普适的,理论不仅具有地域性特点,也受到特定时代的局限,其作为理论体系的自恰性随着社会生活发生变化也会面临危机,作为特定历史阶段中产生的行政行为理论也不例外。公共行政的变革给行政法理论带来挑战,行政行为理论由于其自足发展的理论惯性,在方法论上越走越远,已日益面临形式化的走向,无法对现实提供理论支持。作为对社会变化的“回应”,法学理论也必然会不断发展变化。面对实践中提出的问题,行政法学界有学者对行政行为理论这一传统重镇提出了挑战,有的学者甚至提出了替代性理论。^{〔1〕}

(一) 公共行政的变革与行政行为理论面临的挑战

随着社会的发展,进入20世纪后,特别是二战以后,许多国家的政府对经济和社会生活的干预迅速增强。一方面,政府的职能和规模大幅度扩张,对人民生活的关注“从摇篮到坟墓”;另一方面,政府职能扩张造成了官僚机构臃肿,人员膨胀,效率降低,行政费用大量增加。人们普遍对政府过分庞大、无孔不入的现象深感恐惧,一些国家掀起了“新公共管理”运动,政府开始从具体的经济事务和社会事务中解脱出来,将这些职能交给或归还给企业和社会,由企业和

〔1〕 这些理论包括:日本的行政过程论、德国的行政法律关系论等流派,它们对行政行为形式论形成了有力的冲击。以日本为例,自1960年以来,行政法学方法论受到行政法学界广泛关注,出现了“私法特别论”(渡边洋三)、“行政特有论”(今村成和)、“市民公法论或行为规范论”(高柳信一)、“特殊论”(兼子仁)、“行政过程论”(盐野宏与远藤博也)、“行政领域论”(室井力)、“公法和行政私法论”(成田赖明)等新的行政法学方法论。1990年至今,出现了与行政学融合、法社会学接近的理论,更有提倡立法政策论或法务政策论的(参见高秦伟:“行政法学方法论的回顾与反思”,载《浙江学刊》2005年第6期)。我国行政法学随着实践的不断深入,学者也对行政法学研究的方法论和基础理论进行了探讨。如高秦伟的《行政法学方法论的回顾与反思》、叶必丰的《法学思潮与行政法学》等。

社会组织去承担,政府主要职能是“掌舵”,而不是“划桨”。

与行政管理目标的变迁相适应,行政管理手段在20世纪中后期也发生了较大的变革,20世纪70年代以来,美、日、英等国家开展了放松管制的改革。在管制界域上,国家从一些传统的管制领域内撤出,管制界域收缩,给市场与社会以较大的自由活动的空间;在管制方式上,政府不再只通过命令与强制的方式来达到目的,而是在合法范围内,以增进人民的福祉为指引,发挥创意,以弹性、柔和、便捷的方式完成任务。由此,一些权力色彩较淡和强制功能较弱的新的管制方式,如指导、合同、激励、扶持等便应运而生,逐渐成为公共事务管理的主流方式。特别是上世纪80年代初期开始,全球性的民营化运动兴起,代表各国政府在公共服务活动及资产所有权之缩减,政府再造之声不绝于耳。^[1]与此发展相适应,行政机关在调整公共事务管理的法律适用和救济方面,也不再是机械地适用公法的规定,而是根据问题定向,采用“提示问题方式的概念”,以平等、比例、公正为原则适用公法或私法实现公共利益。^[2]

在公共行政的深刻变革面前,行政法学理论的传统思维范式面临挑战,需要反思。

(二) 理论反思的内容

公共行政的深刻变革使行政行为理论出现“特征上的不兼容”和“范围上的不包容”等局限性。^[3]就其内容分析,学者对传统

[1] 参见杨欣:《变革与回应:民营化的行政法研究》,中国政法大学2006年博士学位论文。

[2] 石佑启:“论公共行政变革与行政行为理论的完善”,载《中国法学》2005年第2期。

[3] 石佑启:“论公共行政变革与行政行为理论的完善”,载《中国法学》2005年第2期。