首都师范大学学报(社会科学版)
Journal of Capital Normal University
(Social Sciences Edition)
2017 年第 2 期 (总第 235 期)
教育研究

# 从“管理法”走向“平衡法”:中国公立高校学生管理规则系统的演进逻辑

姚 荣

**摘 要:** 20 世纪 90 年代以来,受国家逻辑(包括立法规制、司法审查与行政监督)、大学逻辑、学生个体逻辑以及民间社会逻辑等多重制度逻辑的深刻影响,中国公立高校学生管理规则系统呈现出从“管理法”向“平衡法”的演进轨迹。《普通高等学校学生管理规定》自 1990 年以来的两次修订以及各公立高校学生管理规则的演进表明,大学自治正在接受法治拷问。正当程序原则、比例原则、法律保留原则、信息公开原则等行政法治的基本原则开始逐渐被特殊“适用”,学术自治与权益保护的平衡成为规则演进的价值旨归。传统的受教育权范式正在被倡导学习自由的学习权所取代,将学习的权利还给学生成为趋势。作为特殊行政主体或特别公法人的公立高校,其法治秩序的建构日益重视回应高教法治与行政法治的演进趋势并嵌入与吸纳其有益要素。中国公立高校学生管理规则系统应更加重视法治思维与精神的凝练,彰显“平衡法”的基本理念与实践模式。“平衡法”的兴起亟待重构多重制度逻辑,寻求国家监督、大学自治与学生权益保护等多重冲突利益之间的平衡。通过“国家法”与“大学法”、“硬法”与“软法”的良性互动,促进大学哲学内涵的法律化。

**关键词:** “管理法”;“平衡法”;公立高校;学生管理规则系统;演进逻辑
**中图分类号:** G645 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004 - 9142(2017)02 - 0153 - 11

20 世纪 90 年代以来,中国公立高校与学生法律关系总体上经历了从传统的“特别权力关系”向修正的特别权力关系转变的趋势。更有研究者提出,应促使公立高校与学生的法律关系从事实上的特别权力关系向行政契约关系转变,以更为有效地保障学生权利。[①]从某种意义上而言,公立高校与学生法律关系的演进是多重制度逻辑互动的产物,公立高校学生管理规则系统(包括

收稿日期:2016 - 06 - 28
作者简介:姚荣,男,江苏泰州人,中国人民大学教育学院教育经济与管理专业博士研究生。(北京 100872)
基金项目:本文为国家自然科学基金青年项目“从他组织到自组织:研究型大学协同创新网络演化机理及其政策激励研究”(批准号:71503230)和中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)“高等教育法制的国际比较与最新发展”(批准号:10XNJ068)的阶段性研究成果。

① 苏林琴:《行政契约:中国高校与学生新型法律关系研究》,北京:教育科学出版社 2011 年版,第 99 - 121 页。

与学生管理相关的“国家法”与“大学法”)则是其重要的观察窗口。而其中,《普通高等学校学生管理规定》以及各公立高校学生管理规则的制定与修订,则是研究所需的重要文本依据。值得关注的是,2015 年教育部围绕《普通高等学校学生管理规定》的修订,向各省级教育行政部门与部属高校征求意见。根据《普通高等学校学生管理规定》修订的最新内容,可以发现,公立高等学校学生管理规则系统表现出更加重视学生权益保障与大学自治平衡的趋势,而倡导学习自由的新兴的“学习权范式”则正在成为其价值旨归。从“管理法”走向“平衡法”,已然成为促进学术自由与大学自治、保障学生合法权益、建构公立高校法治秩序的内在要求。

## 一、“管理法”:中国公立高校学生管理规则系统的传统形态

在 1998 年田永诉北京科技大学案之前,公立高校对学生的管理属于典型的“内部行政行为”。无论是国家法律法规以及《普通高等学校学生管理规定》(国家教育委员会令第 7 号)都充斥着“管理法”的特征。“管理法”是针对全能主义国家行政法体系的概括性描述,它表现为国家公权力与公民权利的严重失衡。“行政法机制只是片面地制约相对方,缺乏对行政的有效制约,行政法机制欠缺激励相对方积极参与行政的功能;行政法制度结构不协调,重实体授权、轻程序制约,重行政效率、轻公平保护,重行政管理、轻监督行政:这就必然导致行政法权利(力)结构的失衡。”①总体而言,管理法具有以下几个显著特点:“首先,就其制度安排的利益基础而言,管理法重公共利益尤其是国家利益,轻个人利益,简单地认为公共利益自然会导致个体利益的实现。其次,管理法的价值取向主要是保障行政主体实施有效的行政管理,行政效率是第一位的。再次,就其功能定位而言,管理法将实现强制性甚至压制性秩序视为其主要功能。最后,就其制度安排而言,管理法并非实现国家管理目标的唯一工具,在某种情况下甚至不是主导的,公共政策有时发挥更加重要的作用,法律至上为行政至上或政策至上所取代。”②

在国家“压制型”法范式的支配下,公立高校学生管理规则系统具有鲜明的“管理法”特征。它以实现国家意志与大学秩序为价值旨归,崇尚政治化教育与道德宣示,严重忽视学生权利乃至宪法所保障公民应享有的基本权利。学生作为权利主体其地位已然缺失,更妄谈参与大学治理。正如秦惠民教授所言:“我国法律对于高校自主管理权利的确认和维护,可以理解为法律对于高校作为一种公法人内部‘特别权力关系’的确认和肯定。”“尽管我国法学理论并无特别权力关系理论的明确表述,但长期以来人们一般习惯地认为,高校对学生的奖惩(包括依校规开除学生)是学校当然的权力而毋庸置疑。”③特别权力关系是一种相对于“一般权力关系”而言的行政法律关系。它是指“人基于特别原因,即法律的直接规定,或自主同意,服从于国家或公共团体的特别支配权这样一种关系”④。该理论最初由德国法学家拉班德(Paul Laband)提出,此后,奥托·迈耶(Otto Mayer)对其加以发展完善。二战后,特别权力关系理论在德国的演进日益受到宪政理论与现代法治观念的冲击。作为普通高等学校学生管理“旧规定”的《普通高等学校学生管理规定》(国家教育委员会令第 7 号),总体上采取了“以权力为本”的权力与权利配置方式,充分彰显了“管理法”所具有的权力膨胀与权利受压制的规则特性。具体而言,旧规定与特别权力关系以及“管理法”的契合,表现在如下方面:“首先,缺乏专门的有关高等学校和学生各自权利和义务的规定,而主要是针对学生的义务性规定。其次,在有关高等学校的规定中,赋予了高等学校较大的自由裁量权。最后,未提及学生在其权利受到侵害时可寻求的救济途径,尤其是司法救济。”⑤

① 罗豪才、宋功德:《行政法的失衡与平衡》,《中国法学》2001 年第 2 期,第 73 页。
② 罗豪才、宋功德:《软法亦法 公共治理呼唤软法之治》,北京:法律出版社 2009 年版,第 24 - 26 页。
③ 秦惠民:《当前我国法治进程中高校管理面临的挑战》,《清华大学教育研究》2001 年第 2 期,第 54 页。
④ [日]室井力:《行政法(上)》,吴薇译,北京:中国人民大学出版社 1995 年版,第 89 页。
⑤ 罗爽:《从高等学校权力为本到学生权利为本——对公立高等学校与学生法律关系的分析》,《北京师范大学学报》(社会科学版)2007 年第 2 期,第 25 - 26 页。

在2005年《普通高等学校学生管理规定》（教育部第21号令）颁布之前，公立高校与学生之间“无名而有实”的特别权力关系，事实上受到法律法规或部门规章乃至司法的维护。“1983年颁布的《全日制普通高等学校学生学籍管理办法》和后来的《普通高等学校学生管理规定》、《研究生学籍管理规定》等都沿袭了《高等学校学生学籍管理的暂行规定》的内容，把违反校规结婚的行为作为退学的情形，限制学生的婚姻自由。这一跟上位法相抵触的规定多年来一直有效力（直至2005年），并在法的实施效果上一直调整着高校对学生的管理关系，对学生婚姻自由进行法外限制。”①在2002年发生的马某、林某诉重庆邮电学院案，法院以内部行政行为不具有可诉性为由而拒绝受理。事实上，高校校规沿袭了原国家教委《普通高等学校学生管理规定》限制学生婚育自由的规定，严重侵犯了大学生作为公民的婚育权这一宪法保障的基本权利，进而构成违宪。

此外，由于目前我国规范公立高校与学生法律关系的教育法律并未形成有机的系统，且过于原则、抽象，可诉性严重不足，《教育法》、《高等教育法》、《学位条例》等教育法律对公立高校与学生之间的法律关系以及双方的权利义务缺乏明确的规定，这造成的直接负面影响是，“法律广泛的概括性授权使得高等学校可以自由制定各种限制学生权益的内部规则，学生负有不定量及不定种类的服从义务，学校凭借‘目的取向’而规定惩戒的种类与方式，法律救济途径缺乏等，从而形成了双方绝对的不平等”②。事实上，公立高校学生管理规则系统所具有的“管理法”特征，是教育法律等硬法软化以及高校校规等软法硬化的现实写照，它客观上构成了中国公立高校学生管理法治化的制度性困局。

从深层次而言，中国公立高校学生管理规则系统所具有的“管理法”的传统形态，是长期以来“单位制”制度的反映。全能主义与总体性社会所具有的特征，在公立高校学生管理规则系统中得到充分体现。它表现为大学对政府的“身份依附”关系以及“制度同构”特征。公立高校作为政府的“附属机构”而不具有事实上的独立法人地位，它不可避免地复制“国家法”中违反法治精神的条款。随着国家与社会关系的深层次变革，尤其是公立高校法人化改革的逐步推进，大学与政府的关系正在发生“静悄悄的革命”。此外，随着《行政诉讼法》的颁布与实施，司法审查开始介入大学治理并接受法治的拷问。传统的排除司法审查与法律保留原则的特别权力关系，正在逐渐走向式微。在此背景下，公立高校学生管理规则系统，也开始从传统的“管理法”向“平衡法”转变。大学自治与学生权利的关系，日益表现出从冲突走向平衡的演进趋势。

## 二、“平衡法”：中国公立高校学生管理规则系统的现代形态

受计划经济时期遗留下来的“压制型”法范式的宰制，公立高校学生管理规则系统呈现出“管理法”的传统形态。公立高校被赋予的概括性授权，使其能够自由制定规定学生义务、限制学生权利的校规，且以“内部行政行为”或“大学自治”为由而拒绝接受司法的监督。大学自治与学生权利之间处于二元对立的冲突状态，学生权利长期处于救济缺失与保障乏力的困局之中。20世纪70年代以来，伴随着现代回应型法的兴起，世界各国公立高校与学生的法律关系发生了深刻的变革。传统的“代替父母理论”、“特权理论”以及“特别权力关系”理论都已然被抛弃，取而代之的是“宪法理论”、“契约理论”、“一般权力关系理论”等。公立高等学校学生管理法治化的国际经验表明，无论是以大学自治之名压制学生权利，抑或以学生权利保障的名义而置大学教学秩序与学术自由于不顾都有失偏颇。促进公立大学自治与学生权利保障之间实现平衡，是世界各国公立高校法治秩序建构的共同追求。它不仅厘清了国家监督介入大学自治的价值及其限度，也使得学生权利获得了充分且有效的保障。

与此趋势相一致的是，中国公立高校学生管理也日益重视国家监督、大学自治与学生权益保障的动态制衡。我国《普通高等学校学生管理规定》自1990年以来的两次修订以及各公立高校学生管理规则的演进表明，大学自治正在接受法治

① 黄硕、申素平：《我国高等教育领域中特别权力关系的变迁史考察》，《中国人民大学教育学刊》2014年第4期，第49页。

② 苏林琴：《行政契约：中国高校与学生新型法律关系研究》，北京：教育科学出版社2011年版，第99－121页。

拷问。本文并不希冀对公立高校学生管理规则系统进行全面的文本梳理,而旨在以一系列行政法治原则对公立高校学生管理规则系统的影响作为“观察窗口”,剖析规则系统从“管理法”走向“平衡法”的演进趋势与制度逻辑。总体而言,20世纪90年代后期以来,正当程序原则、比例原则、法律保留原则、信息公开原则等行政法治的基本原则开始逐渐被公立高校特殊“适用”,学术自治与权益保护的平衡成为规则系统演进的价值旨归。

“行政法一般原则在高等学校的适用既有一般性也有特殊性,需要对之全面审视。”①通过行政法治原则的“特别适用”,公立高校学生管理规则系统(包括公共规制与大学自我规制)都开始浸润法治的精神,通过调适、吸纳与回应,大学自治与法治之间逐渐获得恰当的平衡。具体而言,应该区分不同类型学生管理事务的性质,有差别地适用行政法治的基本原则,进而厘清自治与法治的互动边界与机制。传统的受教育权范式,正在被倡导学习自由的学习权所取代,将学习的权利还给学生成为趋势。作为特殊行政主体或特别公法人的公立高校,其法治秩序的建构日益重视回应高教法治与行政法治的演进趋势并嵌入与吸纳其有益要素。

(一)正当程序原则

正当程序原则作为行政法治的基本原则,一般认为正当程序原则滥觞于英国古老的自然正义原则。正如英国著名行政法学家韦德所言:在行政法上自然正义原则是一个界定完好的概念,它包括公正程序的两项根本原则:一个人不能在自己的案件中做法官,人们的抗辩必须公正地听取。在美国,自然正义原则经由美国最高法院的大量判例,“逐步融入美国法中而成为一项重要的宪法原则即正当法律程序原则(Due process of law)。该原则对美国行政法的发展产生了直接的影响,并由此而逐步形成了美国行政法上的行政正当程序和行政公开两大基本原则”②。当前,正当程序原则已经成为世界各国行政法乃至高等教育法制的重要原则。“在1961年的Dixon v. Alabama State Board of Education案中,联邦第五上诉法院推翻了传统的‘代替父母理论’与‘特权理论’,提出了公立高校与学生的关系应受宪法规制的理论,法院认为在学生的学业中有宪法保护的自由或财产的利益,于是开始将正当程序条款适用于公立高校开除学生的惩戒。”“在后来的判例中,法院进一步根据惩戒的类型适用明显不同的正当程序标准。”③国际经验表明,在关于公立大学治理的司法实践中,法定基本原则的适用存在界限和特殊性。

在我国,自田永诉北京科技大学案以来,正当程序原则已经逐渐成为法院审查公立高校与学生纠纷时适用的重要行政法原则。通过“法官造法”,正当程序原则开始嵌入大学治理之中,成为包括公立高校在内的具有公共职能的公共行政组织变革的重要内容。毋庸置疑,正当程序原则的确立,为法院司法审查提供了有力的工具。自田永案、刘燕文案以后,正当程序原则的适用范围和内涵通过个案不断扩展与充实,法官运用正当程序原则的意识不断增强。④ 而实质法治的精神也随之不断生长,传统的形式法治主义面临诸多窘境。正如何海波教授所言,田永诉北京科技大学案,“作为运用正当程序原则判决的先声,对今后地方法院审理行政案件将产生示范作用”。“在过去十多年中,正当程序原则在司法审查中获得了比较广泛的认可,开始成为中国法律的一部分。这一事实显示了中国法院在相对局促的空间里的能动主义立场,以及由个案判决所推动的一种法律发展的特殊路径。”⑤

而中国公立高校学生管理规则系统,自田永案以来的十余年时间,其变革的重要突破正在于正当程序原则的引入。“从哈贝马斯交往行为理论的视角来看,行政主体没有偏见,听取相对人的意见,并说明行政行为的理由,在程序上才符合基本的交往理性。这三项要素是正当法律程序的核心,也是据以判断某一行政行为的程序是否正当的标准。”⑥以作为正当法律程序核心内容的听证制度为例,近年来该制度逐渐被许多高校采用并

① 申素平:《高等学校的公法人地位研究》,北京:北京师范大学出版社2010年版,第203页。
② 周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉:武汉大学出版社2005年版,第81页。
③ 韩兵:《高等学校的惩戒权研究》,北京:法律出版社2014年版,第168页。
④ 何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,北京:法律出版社2009年版,第154-155页。
⑤ 何海波:《司法判决中的正当程序原则》,《法学研究》2009年第1期,第124页。
⑥ 刘东亮:《什么是正当法律程序》,《中国法学》2010年第4期,第76页。

取得了较好的治理效果。“2002 年华东政法学院出台《听证暂行规则》，在学生考试作弊认定等涉及学生重大处分行为中适用听证制度；2003 年中山大学实行食堂价格听证制度；2004 年湖南高校在招生扩招中尝试实行听证制度，以听取广大学生和家长的意见；2004 年中国政法大学制定《违纪处分听证及申诉规则》；2005 年浙江大学对给予开除处分的学生实行听证制度；浙江工商大学于 2009 年专门建立了全国教育系统首个实体性的‘听证大厅’，实行听证委员会制度等等。”①而尤其值得关注的是，在教育部发布的修订《普通高等学校学生管理规定》的征求意见（以下简称新《规定》）中，新增第六十四条规定“学生申诉处理委员会进行复查，对于处分事实不清、定性存在争议的案件，以及学生申诉处理委员会认为必要的案件，可以采取听证的方式”。这表明，听证制度作为正当程序原则的核心内容已经获得重视。这也从另一个侧面表明，中国公立高校学生管理规则系统的演进，受到行政法治与高教法治演进趋势的影响。国家法与大学法、硬法与软法的良性互动，日益成为中国公立高校法治秩序建构的实践逻辑。

此外，相比于 2005 年《普通高等学校学生管理规定》关于学生申诉制度中成员构成所涉及的“自己当自己法官”的诟病，新《规定》对学生申诉制度作了进一步完善。其中，第六十一条规定“学校应当成立学生申诉处理委员会，受理学生对取消入学资格、取消学籍、退学处理或者违规、违纪处分的申诉。学生申诉处理委员会应当由学校负责人、职能部门负责人、法律顾问、教师代表、学生代表组成，其中学生代表不超过三分之一”。新《规定》更加重视学生权益的法律保护，在学生申诉委员会中增加“法律顾问”，并对学生代表的比例进行了规定。新《规定》亦对处分决定作出前学生所享有的程序性权利作了更为完善的规定。例如，第五十七条规定“学校在对学生作出处分决定之前，应当告知学生作出处分决定的事实、理由及依据，并告知学生或者其代理人享有陈述和申辩的权利，听取学生或者其代理人的陈述和申辩”。质言之，经过本次修订，拟出台的《普通高等学校学生管理规定》使得“行政主体没有偏见，听取相对人的意见，说明行政行为的理由”这三项正当法律程序的基本要素都得到了充分体现。在公立高校学生管理中，“最低限度的正义”获得了“文本规制”的保障。当然，正当程序原则是一个从“非正式听证”到正当法律程序之间强弱不等的“光谱”，应区分不同类型的学生管理事务（包括纪律性与学术性）在不同程度上适用正当程序原则。

（二）比例原则

比例原则是德国首创的一项宪法原则，指的是法律在干预人民的基本权利时，其干预的目的必须正当，干预的方式与范围不得逾越必要的限度。该原则又包括三个子原则：（1）适合性原则，又称妥当性原则，（2）必要性原则，也称“最小侵害原则”。（3）相称性原则，又称“狭义比例原则”或“合比例原则”。② 作为行政法中的“帝王条款”，比例原则在行政法治基本原则中具有重要地位。在这里，法院审查的核心技术就是，审查大学是否“严肃且善意地考虑了可行的替代性措施”。③ 公立高校学生管理中比例原则的适用，要求高校惩戒学生行为必须与其违法行为的性质、动机、目的等一贯表现相适应，实现过罚相当。我国台湾地区学者许育典教授认为，“比例原则是在强调行政行为的手段与目的间不得显失公平。对应于大学的专业判断权行使，是指其追求的目的不得对学生的权利造成显失公平的损害”④。

由于高校学生管理尤其是惩戒权具有公权力的属性且自由裁量空间较大，有必要运用比例原则对高校学生管理进行适当限制，避免产生恣意妄为和显失公正的惩戒学生行为。新《规定》第五十六条明确指出，“学校给予学生的纪律处分，应当与学生违法、违规、违纪行为的性质和过错的严重程度相适应。学校对学生的处分，应当做到事实清楚、程序正当、证据充分、依据明确、定性准确、处分适当”。相比于 2005 年颁布的《普通高等学校学生管理规定》（教育部 21 号令），此次修订后的新《规定》，更加重视比例原则的适用，并赋予各高校根据章程与校规自主设定处分类型的

① 周湖勇：《大学治理中的程序正义》，《高等教育研究》2015 年第 1 期，第 10 页。
② 姜昕：《比例原则研究——一个宪政的视角》，北京：法律出版社 2008 年版，第 17 页。
③ Grutter，539U. S. at339 - 340.
④ 许育典：《大学法制与高教行政》，台北：元照出版社 2014 年版，第 55 - 56 页。

权力，从而使得其他更加“轻微”的处分方式得以出现。具体而言，新《规定》第五十三条指出，“对有违法、违规、违纪行为的学生，学校应当给予批评教育或者酌情给予如下纪律处分（一）警告；（二）严重警告；（三）记过；（四）留校察看；（五）开除学籍；（六）学校规定的其他处分方式”。

当然，由于公立高校学生管理既涉及行政权力，又涉及学术权力。据此，高校学生管理事务可以区分为学术性事务和纪律性事务，二者适用比例原则的要求有所不同。对于涉及学术判断与评价的学生管理事务，应该充分尊重学术权力，对比例原则的适用应相对宽松，以保障学术自由。与此同时，大学的专业性和特殊经验，并不能成为拒斥比例原则检视的理由。在运用比例原则这一法治工具作为标准审查大学行为方面，法院显然更具专业优势。法院有义务对大学决策所涉及的所有证据进行严格、深入的审查与分析，才能判定大学为达成某一正当学术目的而采取的手段是必要的。我国台湾地区司法院大法官解释第626号，构建了大学自治的实质正当性审查模式。围绕中央警大硕士班招生简章拒色盲者入学之规定是否违宪的争议，该号解释认为，对大学自订规章是否违反平等权，应从规章制定的目的的正当性，以及手段与目的的比例原则来进行审查。① 与台湾地区相比，我国大陆地区相关案件的司法审查，还未能引入比例原则。备受关注的“甘露案”也并未基于比例原则判断暨南大学的行政处分是否合理，而是以“适用法律错误”的理由裁定撤销暨南大学作出的开除学籍的决定。

与此相关的议题是，作为一项关涉学术评价的规范性文件，将学位授予（尤其是硕士博士学位）与论文发表挂钩的高校校规，是否合法合理，学界存在较多争议。有研究者指出，“我国学位属于国家学位，学位授予属于行政确认行为，高等学校作为授权行政组织，应当依照法定的学位授予标准向学生授予学位，其并没有依照授权取得学位方面的立法权，学校内部规章制度也不能对学位授予前提作出创设性规定。因此，学校出台的挂钩规定，在我国现有法律框架内，合法性方面存在一定问题”②。显然，批判的依据在于国家学位制度与大学办学自主权的边界问题。当然也有学者认为，“大学规章的创制权不是来源于国家的授权，而是‘国家—社会’二元分立宪政框架下自治原理的体现。对‘学术性规则’而言，法律设定的‘国标’只是学术的‘最低标准’，为教育质量计，各大学的‘学术性规则’可以在法律之上设定更加严格的学术条件，暂且不论在国家学位制度下高校有无权力自主设置学位授予的标准并将其作为学位授予的要件”③。观点交锋的背后，折射出国家与社会、大学与政府关系的深层分歧。而在司法权介入大学学位授予的一系列案件中，法院的观点也并不一致，高校校规属于法律规范抑或自治规则的争论一直没有停止。④

随着我国事业单位体制改革的深入推进，大学与政府的关系正在经历深刻变革，国家监督与大学法人自治之间正在形塑新的互动关系。公立大学作为“自治性行政主体”的地位正不断凸显，而其作为“授权性行政主体”的地位则日渐式微。应超越国家公权力的垄断局面与传统理论窠臼，形成国家公权力与社会公权力之间相互承认与尊重、彼此良性互动的态势，促进“行政主体”的多元化，实现公域之治的转型。应该充分尊重高校基于学术发展、设定更高学术标准的学术自治权。正如有研究者所言，“研究生学位是否与论文挂钩，是一个学术问题，高校有较大的自主权，可以根据学校自身情况提出不同程度的要求，一些高校取消学位与论文挂钩的规定，也不代表不允许其他学校作此规定。在学术发展上，不同高校完全可以有自己的特色。当然，为避免学术权力的滥用，高校相关标准的设定也需要考虑学术自身与教育目的的约束，不能明显违反比例原则”。⑤

（三）法律保留原则

在传统的特别权力关系理论下，法律保留原

① 周慧蕾：《大学自治：从保障到平衡——基于台湾地区“大法官”相关解释的分析》，《高等教育研究》2013年第3期，第27页。

② 丁伟、阎锐：《以论文发表数量作为学位论文答辩前提的法理追问》，《政法论坛》2008年第2期，第164页。

③ 倪洪涛：《论法律保留对“校规”的适用边界——从发表论文等与学位“挂钩”谈起》，《现代法学》2008年第5期，第14－28页。

④ 陈越峰：《高校学位授予要件设定的司法审查标准及其意义》，《华东政法大学学报》2011年第3期，第110－120页。

⑤ 韩兵：《高等学校的惩戒权研究》，北京：法律出版社2014年版，第165－166页。

则被豁免。在此背景下，大量高校校规存在违法乃至违宪的状况，这使得大学成为“法治国下的一个隙裂”，学生权利遭受严重损害而无法得到有效救济。乌勒教授在1956年的“德意志公法学者年会”的“论特别权力关系”的论文中，开始检讨该理论，并提出一种区分“基础关系”与“管理关系”的理论，以此来取代“特别权力关系”理论。1972年以后，德国联邦宪法法院通过关于受刑人及一系列关于学校与学生关系的判决，逐步确立起“重要性理论”。重要性理论的提出，修正了传统的特别权力关系理论。重要性标准是某个规则对共同体和公民个人的意义、分量、基础性、深远性及其强度等。是否具有“重要性”的最关键因素是基本人权的保障。涉及基本权利的重要事项，即便是“经营关系”，也应纳入司法审查的范畴。重要性理论的产生，表明法律保留原则开始适用于大学自治。在我国台湾地区，其法院一般认为，“举凡教育内容、学习目的、修课目录、学生之地位等有关大学生学习自由之‘重要事项’，皆可以法律明文限制之，或有法律明确授权。尤其是足以剥夺大学生学习自由之退学或开除学籍处分，更应以法律明定其事由、范围与效力，而不得仅以行政命令或各学校之学则即予剥夺，此乃法律保留原则之基本要求也”①。据此，涉及公立高校学生管理的规则，对涉及学生学籍开除、学位授予、勒令退学等重要事项的规则必须交由人大立法决定，而对于学生着装、课程设置、作息时间、宿舍管理等事项则可以由高校自行决定。

正如有学者所言：“法律保留是民主、法治国家保障人权的基本原则，但是过分强调法律保留，造成法律保留的滥用，也会导致国家立法权的过度扩张，出现立法规范的密度过大，以至于压制自治团体自治权的不利状况，因此，法律保留也应确定必要的界限。”②具体而言，应区分学术事项与非学术事项，在适用法律保留原则时，前者要求相对较低的适用密度，而后者则要求较高。“学术自由内在要求国家法律只能是宏观性和方向性的‘框架立法’，进而给大学自治这一制度性保障留足创制空间。”③“法律保留不能简单地移植于国家立法与校规的关系层面，具有两个重要的理由：其一，高校自治源于学术自由，高校成员的基本权利相较于学术自由不存在天然的优先性；其二，国家立法与校规之间不构成上下位法的关系，为保障学术自由，国家立法应避免过度规制。因此，并非涉及到高校成员权利的事项，都须遵循法律保留原则。考虑到大学自治的特殊性，法律保留原则的适用也应该区别于其他一般社会领域。”④当然，是否涉及学术评价与自治并非适用法律保留原则的唯一考量标准。从某种意义上而言，“基本权利标准”与“大学自治标准”应该成为公立高校学生管理适用法律保留原则时所需要考量的双重标准，同时采用“重要性”与“专业性”原则。

目前，我国公立高校学生管理规则系统日益重视法律保留原则的适用。自田永诉北京科技大学案以来，我国法院受理公立高校与学生纠纷的范围不断拓展。学位授予、开除学籍、大学招生乃至高校信息公开都被纳入到司法审查的范畴，大量新型权利获得法律的肯认。此外，法院对高校校规的“附带性审查”，使得高校校规在涉及“重要性事项”的“自治立法”中更加严谨且不得违反“上位法”的规定与法的精神。以甘露诉暨南大学开除学籍案为例，该案确立了高校校规的“不抵触原则”，明确了高等学校对学生作出开除学籍的处分决定属于行政诉讼受案范围，强调了人民法院审理此类行政案件应当依据法律法规、参照规章，并可参考高等学校不违反上位法且已经正式公布的校纪校规的法律适用规则。如果规范性文件之间规定不一致，人民法院有权选择适用上位法规定处理案件。显然，高校校规与上位法的关系并不能简单地套用传统行政法治的一般原理，基于法律位阶理论，将其视为“上下位法”的关系，也不能认为高校校规是游离于法治拘束之外的“自治规则”。无论是主张校规制定权来自国家立法的授予的“权力法定论”，抑或将高校校规视为高校自治的产物的“自治规章论”，都不能

① 董保城：《教育法与学术自由》，台北：月旦出版社股份有限公司1997年版，第211页。

② 王敬波：《高等教育领域的行政法问题研究》，北京：中国法制出版社2007年版，第114页。

③ 倪洪涛：《论法律保留对“校规”的适用边界——从发表论文等与学位“挂钩”谈起》，《现代法学》2008年第5期，第14－28页。

④ 伏创宇：《高校校规合法性审查的逻辑与路径——以最高人民法院的两则指导案例为切入点》，《法学家》2015年第6期，第127－142页。

解释和厘清高校校规与国家法律秩序的复杂关系。[①] 应基于法律多元主义(legal pluralism)的视角,审视不同类型高校校规与国家法规范之间复杂且多元的关系,避免从简单的国家权威视角及唯一的合法性渠道看待高校校规乃至大学章程的法律效力。[②]

(四)信息公开原则

中国高校信息公开是政府信息公开制度在教育领域的延伸。2008 年 5 月 1 日起实施的《中华人民共和国政府信息公开条例》第 37 条规定:“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获得的信息的公开,参照本条例执行,具体办法由国务院有关主管部门或者机构制定。”据此,教育部于 2010 年颁布实施了《高等学校信息公开办法》,至此信息公开原则开始成为公立高校学生管理的重要原则。此后,关于高校信息公开的行政诉讼案逐渐增加,尤其是 2015 年新《行政诉讼法》出台以来,随着立案登记制的实施,大量涉及信息公开的高等教育行政诉讼案涌现。2015 年,北京市海淀区法院受理了白某诉北京语言大学招生信息公开一案并作出支持白某的判决。海淀法院一审认为,语言大学向白某公开了 2010 年英语笔译专业硕士研究生录取名单,但该名单仅有录取人员姓氏,并未将录取人员姓名全部公开,根据《政府信息公开条例》规定,语言大学未将 2010 年英语笔译专业硕士研究生录取名单全部公开存有不当,法院判决撤消语言大学答复书中的三项内容,判决公开 2010 年英语笔译专业研究生录取名单,对白某申请公开学号和农行卡研究生学费缴纳明细信息重新进行答复。

当前,公立高校学生管理规则系统中信息公开原则如何适用、司法审查如何介入公立高校与学生间的信息公开纠纷还存在较多争议。有研究者认为,“在高校信息公开中必然涉及不同利益之间的冲突与矛盾,涉及利益的限制与平衡问题。它是一个多元利益主体之间博弈的过程,是利益在不同主体间一次次重新分配以达到某种平衡的过程。人民法院审理高校信息公开案件的利益平衡机制必须适应社会利益多样化的新情况,既要平衡和协调公共利益与私人利益之间的关系,又要认真考虑和平衡不同范围的公共利益,并且还要最大程度地尊重学术自由,从而在充分平衡各种利益的基础上,最大程度契合高校信息公开要求”。[③] 应该认识到,信息公开原则的适用,对于破除特别权力关系下公立高校与学生之间不对称关系的重大意义。当然,由于公立高校自治权的多头法源[④]与复杂性,学生管理事务的信息公开也需要在复杂博弈的多重利益之间寻求平衡,尤其是在大学学术自治与学生信息公开权利之间实现平衡。

(五)学术自治与权利保护平衡的原则

通过前文的分析,可以发现公立高校作为具有自治性与专业性的特别的行政主体或公法人,其适用正当程序原则、比例原则、法律保留原则以及信息公开原则都具有其特殊性。此外,不同法律原则的适用也应考量各原则所代表利益和价值的“分量”和强度关系[⑤],针对具体事项的类型和属性,区分各法律原则的价值序列和优先性。从深层次而言,这种特殊性根植于其所具有的学者行会的自治传统以及学术权力的特殊性、优位性、复杂性与专业性。国家监督介入与干预大学自治的合法性,来源于社会公共利益的保障与学生合法权益的维护。然而,学术自由与大学自治则为这种介入或干预形塑了边界,确立了司法审查与国家立法等国家监督的限度。质言之,公立高校学生管理规则系统的演进,作为公立高校法治秩序建构的观察窗口,内嵌着国家监督、大学自治与学生权益保障动态制衡的价值旨归与特定规律,重视“国家公权力与社会公权力的相互尊重”[⑥]。

① 伏创宇:《高校校规合法性审查的逻辑与路径——以最高人民法院的两则指导案例为切入点》,《法学家》2015 年第 6 期,第 127 - 142 页。

② 湛中乐:《大学章程的法律位阶:基于法律多元主义的再认识》,《行政法论丛》2016 年第 1 期,第 39 - 54 页。

③ 程琥:《高校信息公开行政诉讼若干问题研究》,《行政法学研究》2013 年第 2 期,第 22 - 28 页。

④ 龚怡祖:《我国高校自主权的法律性质探疑》,《教育研究》2007 年第 9 期,第 50 - 54 页。

⑤ 舒国滢等:《法学方法论问题研究》,北京:中国政法大学出版社 2007 年版,第 468 页。

⑥ 徐靖:《诉讼视角下中国社会公权力法律规制研究》,北京:法律出版社 2015 年版,第 131 页。

作为一种契合“事物的本质”[①]的规律，其形成并非一蹴而就，而是国家逻辑（包括立法规制、司法审查与行政监督）、大学逻辑、学生个体逻辑以及民间社会逻辑等多重制度逻辑之间持续且频繁互动与博弈的产物。在此过程中，大学自治与法治的互动方式、边界以及机制，逐渐从失衡走向平衡。其中，大陆法系德国行政法的判断余地理论以及英美法系的学术遵从理论[②]或学术节制原则为“学术自治”提供了理论与判例支撑[③]，而大陆法系基础关系与经营关系、重要性理论的提出以及英美法系宪法理论与契约理论的高扬，则为学生权利保护提供了学说支持乃至司法实践的基础。从长远而言，将学习的权利还给学生，促进学术自治与学生权利保护的平衡，构成了中国公立高校学生管理规则系统演进的内在要求。

正如劳凯声教授所言：“随着社会文明程度的提高，人们开始强调教育对于自我的意义并提出各自不同的教育诉求，教育发展正进入一个以多样性为特征的新阶段。‘学习权说’的出现表明受教育权利内涵的拓展开始为人们所意识并获得了一种确定的法理形式。一种以多样性和可选择性为基本特征的弹性学习制度正在萌芽，它贯彻学习者本位的新理念，强调知识学习过程中的自主选择，体现对差异性的尊重与适应，追求更加多样化的形式和种类以适应个人发展的独特性。”[④]毋庸置疑，新《规定》通过支持学生创新创业、参与学校民主管理与教育教学改革等改革举措，为学生提供了更为多元化、差异化、自主化的学习选择权，彰显着教育法学理论从传统受教育权范式向学习权范式转换的最新趋势。

托马斯·库恩认为，在科学的意义上，一个范式就是关于现实的一套较为系统的假设，这一套假设主要包括用以阐释和说明某一类现实的规则，而这些规则表现为人们观察现实世界的观点、理念和基本的价值判断标准。范式的存在是多种多样的，好的范式的作用就在于其假设可以更全面、更准确地反映现实世界。显然，新《规定》对学习权范式所作的积极回应与制度创新，适应了大学生从受教育者向学习者身份变迁的新动向，也能够更好地解释现实教育活动所发生的新变革。从某种意义上而言，它昭示着中国公立高校学生管理规则系统旨在将学习的权利还给学生并为学生创造更大价值。学习权范式的兴起，不仅表明了现代学习制度建构的趋势，更意味着学生法律地位的变革。高校学生不再是被动接受“行政性公共服务”（特指学历教育服务）的受教育者，而是能动参与教育活动的拥有学习权的主体。

例如，新《规定》的第十六条规定：“学生根据学校有关规定，可以辅修校内其他专业或者选修其他专业课程，可以跨校修读课程，可以参加开放式网络课程的学习。修读的课程成绩（学分）由本校审核后予以认定。”新增的第十七条规定：“学生参加社会实践、志愿服务、勤工助学、创新实验等活动以及自主创业、发表论文、获得专利等可折算为学分，计入学习成绩，具体办法由学校制定。学校应当鼓励、支持和指导学生参加社会实践、志愿服务和开展勤工助学活动，可以建立创新创业档案、设置创新创业学分。”“学校可以实施弹性学制和灵活的学习制度，放宽学生学习年限，支持学生休学创业，并简化审批程序，可采取先休后批或备案制。”更难能可贵的是，新《规定》第五条规定学生在校期间平等享有“参与学校民主管理，对学校发展和教育、教学改革提出意见和建议”的权利。这一系列规定，将为学生学习自由的实现提供制度性保障。它也预示着学习自由作为学生的重要权利乃至基本权利，已不再局限于消极防御的权利救济，而更加侧重通过大学法制建设，促进权利的积极实践。作为一项基本权利，学习自由正在从“主观公权利”走向“客观价值秩

① “事物的本质（Natur de sache）”理论是一种根据事物本质界定规范类型适用的学说，根据拉伦茨的定义，“事物的本质”在当代是指“一种有意义的且在某种方面已具备规律性的生活关系，也就是社会上一种已经存在的事实及存在之秩序”。它是一种处理权利（权力）义务冲突、权限界分和提供价值基础的经典理论，最集中的介绍对象是德国的法学理论和法律实践，但是“事物的本质”理论远不止于当代德国联邦宪法法院的判例和学说，它的源头可以追溯至古希腊哲学中的“自然”思想，并且经由经院哲学传播到整个欧洲，甚至影响到美国的法律实践。

② 刘金晶：《法庭上的“自主高校”——论美国司法中的学术遵从原则》，《环球法律评论》2011 年第 6 期，第 124 - 134 页。

③ 周慧蕾：《大学学术权力司法规制的国际比较与启示》，《法治研究》2014 年第 8 期，第 106 - 113 页。

④ 劳凯声：《把学习的权利还给学生——受教育权利的历史演进及当前发展的若干新动向》，《北京师范大学学报》（社会科学版）2015 年第 3 期，第 31 页。

序”[①]，日益受到大学的组织、制度与程序的保障[②]。

尊重学术自由、营造宽松且有秩序的学术环境是高等学校对待学术争端问题的特有方式，已成为高等学校改革和发展的一项重要内容。为更好地保障学术自由，新《规定》对学术诚信与道德提出了具体的要求。学术自由并非绝对的自由，学术共同体可以基于“民主胜任”[③]原则对学术不端行为进行惩戒。“在专业知识和实践中，民主胜任要求错误、虚假和不合格的言论必须受到歧视、限制和惩罚。”学术治理与评价活动中引起的纠纷，应秉持特殊优位原则，而不能简单地将民主国家的规则强加于大学。新《规定》的第五十四条规定，“篡改、伪造实验数据或剽窃、抄袭他人研究成果，情节严重的；由他人代替、替他人撰写论文或参与买卖学术论文等严重学术不端行为的”，学校可以给予开除学籍处分。新增第五十五条规定，“学校应当开展学生诚信教育、建立学生诚信记录。记录学生学业诚信、学术诚信等诚信记录，建立对失信行为的约束和惩戒机制，对失信学生可给予警告直至开除学籍等处分。诚信记录时效由学校规定”。

显然，学术自由作为大学赖以维系与发展的哲学理念与宪法保障的基本权利，它是自由与约束[④]、受控性与自主性的辩证统一。[⑤] 公立高校作为社会公权力组织，它有权对内部成员的学术不端行为给予惩戒，甚至给予组织成员身份的解除与“驱逐”。“纠纷裁决权是社会公权力组织解决内部成员之间或成员与组织之间纠纷的必然性权力。对于某些专业性问题，社会公权力组织具有优先判断权。”[⑥]应该认识到，建立完备且多元化的内部纠纷解决机制，完善大学学术治理体系，是提升大学学术竞争力、维系大学学术秩序的必然要求。

## 三、多重利益的平衡：“平衡法”的兴起与公立大学哲学内涵的法律化

多元且冲突的利益抑或大学利益相关者属性的凸显，正在促使中国公立高校学生管理规则系统从“管理法”走向“平衡法”。“平衡论”的兴起昭示着，通过“政治论”与“认识论”的有机整合与平衡，大学的哲学内涵正在走向法律化。正如罗豪才教授所言，“平衡论”既不是“调和论”，又不是“折衷论”，而可以视为是一种“兼顾论”。[⑦] 无论是崇尚自由主义的英美法系抑或国家主义宰制的大陆法系，随着大学利益相关者属性的日渐清晰，传统的学术自由与大学自治等高等教育哲学内涵都正在受到法治的洗礼。例如，在2004年英国《高等教育法案》出台前，具有皇家特许状的英国古老大学，拥有负责处理内部纠纷且裁决具有终局效力的视察员，其内部纠纷一般不接受行政法上的司法审查。“具有皇家特许状的高等院校由于没有受到足够的外部监督，不能满足新时期对高校学生权利保护的要求，因而呼吁限制高等院校终局纠纷裁决权的声音日渐高涨。在此情况下，英国开始改革传统的多元化高等院校纠纷解决机制，将高等院校的纠纷裁决权从校内延伸至校外，着手建立相对统一、适用于所有高等院校的新型纠纷解决机制。”[⑧]

随着2004年《高等教育法案》的颁布，英国延续多年的视察员处理高等院校内部纠纷的终局裁决权被终止，转而设立一个新的机构——独立裁决者办公室（Office Of Independent Adjudicator，OIA），负责处理英格兰和威尔士的高校学生申诉事务。至此，英国高校学生管理规则系统在立法的影响下发生了重大变革，为学生权利保障提供了更为多元的纠纷解决机制。事实上，“随着欧盟法对英国法

① 张翔：《基本权利的双重性质》，《法学研究》2005年第3期，第29－31页。

② 张翔：《学术自由的组织保障——德国的实践与理论》，《环球法律评论》2012年第4期，第105－115页。

③ [美]波斯特：《民主、专业知识与学术自由》，左亦鲁译，北京：中国政法大学出版社1995年版，第89页。

④ 劳凯声：《创新治理机制、尊重学术自由与高等学校改革》，《教育研究》2015年第10期，第10－17页。

⑤ 孙绵涛、康翠萍：《学术自由性与受控性的对立统一——学术自由大学本质观的重新审视》，《教育研究》2011年第6期，第52－59页。

⑥ 徐靖：《诉讼视角下中国社会公权力法律规制研究》，北京：法律出版社2015年版，第37页。

⑦ 罗豪才、袁曙宏、李文栋：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》，《中国法学》1993年第1期，第54页。

⑧ 申素平：《英国高校如何解决内部纠纷》，《中国教育报》2010年2月23日。

的影响日渐加深，英国高等学校的法律地位因之出现了一些新的问题和变化。最明显的是，英国1998年颁布《人权法案》（Human Rights Act，HRA），直接将《欧洲人权公约》转化为英国国内法。自1998年《人权法案》颁布后，英国逐渐有扩大解释‘公共当局’及‘国家之延伸’机构并将其超出英国法原有‘公共机构’范围的趋势”。[①] 至此，包括特许状大学在内的英国高等学校的“公法人化”或“国立化”[②]趋势日益鲜明，当其作为“公共机构”履行与承担公共职能时，需适用“越权无效”、“自然正义”等英国行政法的基本原则。

与英国类似，美国高等学校与学生的法律关系，也从代替父母理论与特权理论走向宪法理论与契约理论。法院介入美国公立大学治理的立场，在经历了谦抑与能动的徘徊后，逐渐走向理性的司法平衡。而大陆法系的国家与地区如德国、日本以及我国台湾地区公立高校学生管理规则系统，也都呈现出国家监督、大学自治与学生权益保障的平衡追求。公立高校的“高权行政”特征在法治国与宪政理论的发展过程中逐渐瓦解，传统的排斥司法审查与权利救济的特别权力关系理论已然式微。2011年1月17日，我国台湾地区第684号“大法官”解释的出台，彻底冲破了束缚大学生权利救济的“特别权力关系”理论，使得公立高校与学生的关系成为“一般权力关系”。当然，“法院在进行个案平衡时所依据的标准如平等原则、比例原则等，都具有较强的主观价值判断性。因此，在司法监督中司法裁量的界限何在，将是台湾地区大学自治进一步发展所面临的重大命题”。[③]

与其他国家与地区类似，中国公立高校学生管理规则系统的演进亦受到国家逻辑、大学逻辑、学生个体逻辑、民间社会逻辑等多重制度逻辑复杂互动的深刻影响，表现出多重利益的分歧、博弈与制衡局面。[④] 实现大学自治与法治以及学生权利、学术自治与公共利益的平衡，不仅是法院司法审查范围（包括横向的受案范围与纵向的审查强度）界定的依据与旨归，亦是公立高校法治秩序建构的核心内容。质言之，公立高等学校学生管理规则系统，既需要考虑大学自治尤其是学术自治的特殊性与自主性，又需要考虑公立大学作为特殊行政主体抑或特别的公法人的公共性。公立高校法治秩序的建构，内在地要求大学自治与法治的适切平衡。它呼唤其在“特殊”的“适用”行政法治原则，回应外部行政法治系统演进趋势的同时，持续拓展其自治生长的空间，实现公立大学的软法之治。应通过“国家法”与“大学法”、“硬法”与“软法”的“混合法规制”以及“国家公权力”与“社会公权力”的良性互动，形成中国公立大学“互动交越式”法权治理结构[⑤]，促进大学哲学内涵的法律化。

毋庸置疑，传统计划经济时期遗存的全能主义与单位制模式，使行政控制与大学自主之间的矛盾不断蔓延与激化，严重阻碍与束缚了公立大学法治秩序的建构。伴随着公域之治的转型，中国公立大学治理的法治化，亟待超越传统的“形式合法化”逻辑，从高教法治的传统思维转向大学法治，形塑实质法治的思维与精神。应该“引入‘通过理性的合法化’模式和‘通过参与的合法化’模式”[⑥]，拓展中国公立大学“法权治理”的合法化资源，实现其“合法性”与“最佳性”[⑦]的内在统一。从长远而言，中国公立高校学生管理规则系统从“管理法”向“平衡法”的范式转变，呼唤国家与社会、大学与政府、大学内部各“组群”关系的深层次变革，而中国公民社会的兴起以及国家治理的现代化与法治化将为此提供必要的制度环境与社会基础。

（责任编辑：子聿）

① 申素平：《英国高等学校法律地位研究》，《中国高教研究》2010年第2期，第48－50页。

② 沈文钦：《英国大学法人制度确立的历史过程及其当代困境：剑桥大学的案例》2016年第3期，第90－95页。

③ 周慧蕾：《大学自治：从保障到平衡——基于台湾地区“大法官”相关解释的分析》，《高等教育研究》2013年第3期，第27页。

④ 姚荣：《中国公立高校与学生法律关系变迁的多重制度逻辑》，《复旦教育论坛》2015年第5期，第25－30页。

⑤ 姚荣：《公立高校法人化改革的理论争议与制度抉择》，《北京教育（高教）》2016年第2期，第33－36页。

⑥ 王锡锌：《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》，《中国法学》2008年第5期，第63－76页。

⑦ 朱新力、唐明良：《法治政府建设的二维结构——合法性、最佳性及其互动》，《浙江学刊》2009年第6期，第138－146页。