

权利实体与联结程序： 高校“授权”逻辑的二元结构

翟 翌¹, 范 奇²

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400045; 2. 西南大学 教师教育学院、师德师风建设基地, 重庆 400715)

摘 要:“田永案”基于法律授权条款确立了我国高校“授权组织”地位,但从判例发展来看这种“授权”理论会引发行政权扩张的风险,并延伸至实践,引发高校行为定性争议。2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第24条第1款、第3款的分类规定及被授权组织主体要素之差异性表明,高校所授之“权”是与传统“高权”相对的“特殊权利”,这是授权的“权利要素”;高校行政诉讼被告规则同时具有“程序要素”层面意涵。授权在“权利要素”和“程序要素”方面的双层法治结构,为高校授权理论提供了一种符合大学自主性发展规律的法释义框架。该解释方案可通过指导案例发挥其应用价值,并作为推进事业单位和行业协会分类改革的支撑学说,助力整个公共行政管理领域“放管服”改革的有序推进。

关键词:高校;授权;特殊权利;行政诉讼被告;二元结构;法治

中图分类号:G643 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2022)05-0033-12

一、高校所授之“权”的解释与应用困境

2020年7月,《教育部关于进一步加强高等学校法治工作的意见》印发,指出加强高等学校(以下简称高校)法治工作建设是规避法律风险、维护学校权益、保障成员权利救济通畅的重要举措^[1]。明晰高校的法律主体地位是法治工作建设的前提要件。1999年发生的“田永诉北京科技大学颁发毕业证、学位证案”(以下简称“田永案”)改写了我国高校公法地位史。在此之前,依据《中华人民共和国高等教育法》(以下简称《高等教育法》)第30条,高校的法律属性主要表现为民事法人主体;在此之后,法院依据1989年的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第25条第4款^①,明确了高校的“法律、法规授权的组织”地位,因而具备行政主体资格。我国的行政主体主要有两类:行政机关和法律、法规、规章授权组织(以下简称授权组织)^[2],这构成行政诉讼的适格被告类型。高校不是行政机关,要成为行政诉讼适格被告只能是授权组织。“田永案”中法官即是采用这样的思路解决了高校的适格被告问题。

^① 1989年《民事诉讼法》第25条第4款规定:“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。”2014年《民事诉讼法》修正将此条吸纳进总则部分,第2条第2款规定:“前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”法律、法规授权的组织扩展为法律、法规、规章授权的组织。

作者简介:翟翌,法学博士,重庆大学法学院,教授,博士生导师。

基金项目:国家社会科学基金青年项目“行政特许基础理论研究”(18CFX023),项目负责人:翟翌;重庆市社会科学规划项目“‘人类命运共同体’视域下的‘国际行政法’研究”(2021YBCS40),项目负责人:翟翌;重庆市社会科学规划英才项目“行政法视野下中国高校教师聘任改革的理论与制度研究”(2022YC073),项目负责人:翟翌。

然而,法官将高校视为一类授权组织仅仅是一种权宜之计,对“为什么要授权、在何种情况下授权、对谁授权等基本理论问题”,及可能引发的后果并未充分考量^[3]。一般认为,行政法上的“授权”指狭义层面的行政授权,而不包括立法授权,是行政机关依据法律规定将自身的行政权力转移到其他组织的行为^[4]。其内在逻辑是,一个行政机构将其职权适当剥离归由另一个非行政机关的组织进行相同效果的管理^[5]。但在高校行政诉讼领域,此逻辑会发生解释困境:若要为高校成员提供司法救济,则需将高校行为认定为经授权的行政职权行为,在高校类行政诉讼受案范围持续扩大、案件增长的情况下,行政权将在高校内部不断扩展,直至行政权完全占据高校民法人的“自主权利”空间,高校也将被行政机关同化。例如,朱芒教授以十多年来的行政诉讼案例为主线,对此问题进行了梳理论证,“田永案”作为起点将高校行为性质“一分为二”,包括内部自主行为和外部授权行为;到“褚玥诉天津师范大学不授予学士学位案”^①中,这种“二分法”发生变化,法官从内部视角将高校自主行为视为一种不违反国家法的权力行为;而到“武华玉诉华中农业大学教育行政行为案”^②中,法官引入“上位法”与“裁量权”概念,进一步把高校内部自主行为视为国家“下位法”中的一种裁量行为,由此前述的“二分法”变成了“一分法”,高校自主行为被国家授权行为整体“征收”^[6]。

这种困境延伸至实践后的一个典型表现是,理论与实务界对高校学位授予行为的法律性质以及自主性空间存在分歧。以学位颁发授权为例^③,一种观点认为,博士学位授予需要严格依法进行,在毕业论文之外创设学位论文发表要件并非合法^[7];但另一种观点认为,创设学位论文发表要件是高校作为学术主体的固有权利^[8]。前一种观点是传统行政授权逻辑推导的结果,但并不符合高校发展规律;而后一种观点虽具有一定的正当性,但合法性论证不足。问题的焦点便落在如何理解高校所授予之“权”上。主要有两种学说:一是“法律确认说”,认为“国务院学位委员会所谓的‘授权’最多不过是对某一机构是否具有授予学位的资格的一种‘确认’或‘许可’而已”^[9]。或者认为国务院的授权“不一定解释为法律法规授权,根据学位的本质和内涵,也可以理解为对高校办学水平和学位质量的认可”^[10]。二是“天赋权利说”,认为“高校学位授予权既不是来自于法律法规规定,也不是源自国家授权,而是高校作为社会组织从诞生之时起就应享有的权利,为高校本身所固有,法律法规规定只不过是对其固有权利的事实确认而已”^[11]。纵观两种学说各有千秋,但都侧重从法原理层面表明立场,未能从实证法角度进行细致论证,导致合法性依据和说服力不足,有脱离行政诉讼法中“授权组织”解释框架引发行政诉讼被告制度完全重构的风险。事实上,在高校被确立为“授权组织”之初即有学者看到,传统授权理论与高校自主性发展需求之间存在张力,试图用域外的“公务法人”理论来化解^[12],并获得了一些学者的认同^[13]。但是,“公务法人”理论是一种域外理论,不仅脱离了目前的实证法(授权组织)框架,还存在与本土话语相抵牾的可能。

鉴于此,本文吸收“法律确认说”和“天赋权利说”在化解高校传统授权困境方面的合理因子,从2014年《行政诉讼法》第2条以及2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《行诉法解释》)第24条(授权规范)入手,通过对第24条第1款与第3款为何分类背后原因的挖掘,得出所授之“权”差异性的规范基础,进而论证所授之“权”的实质内

① 参见“褚玥诉天津师范大学不授予学士学位案”,天津市高级人民法院(2004)高行终字第(44)号行政判决书。

② 参见“武华玉诉华中农业大学教育行政行为案”,中国行政审判指导案例(第一卷)第9号案例。

③ 《中华人民共和国学位条例》(以下简称《学位条例》)第8条第1款规定:“学士学位,由国务院授权的高等学校授予;硕士学位、博士学位,由国务院授权的高等学校和科学研究机构授予。”

涵,在此基础上挖掘高校行政诉讼被告的“程序要素”意涵,推导出授权机制内含“权利要素”和“程序要素”双层法治结构,为高校授权提供一种符合大学自主性发展规律的法释义框架,助力高等教育管理乃至整个公共行政管理领域“放管服”改革的有序推进。

二、高校所授之“权”的规范依据与组织基础

“实证法”是法律制度解释或规则运用的基础。破解高校所授之“权”的理论与应用困境需要从行政诉讼法体系所确立的“法律法规规章授权”条款入手,即主要是2018年《行诉法解释》第24条的授权规定。本部分首先对该授权条款为何分类进行法理透析,挖掘两类非国家机关组织在所授之“权”内涵上的具体差异,进而从主体性要素层面揭示所授之“权”的差异性安排的组织基础,为后文论证奠定规范依据。

(一)从《行诉法解释》第24条得出授“权”的内涵

2018年《行诉法解释》第24条共有4个条款,第1款和第3款涉及对不同主体的授权规定,第1款规定了“村委会、居委会”的授权地位,第3款规定了“高校、协会”等组织的授权地位^①。问题是,同为“授权”规定,为何不放在同一条款中或使用相同的表述呢?司法解释这种刻意而为之的分类为我们理解授权的多元内涵提供了切入点。

对比发现,两款在“授权”法律效果要件的用词上具有差别,第1款的核心词包括“授权”“履行”“行政管理职责的行为”,第3款包括“授权”“实施”“行政行为”,对村委会和居委会“授权”使用的限定短语是“履行”+“行政管理职责的行为”,而高校、协会等专业组织是“实施”+“行政行为”。由此得出两方面差异:第一在名词上,存在“行政行为”与“行政管理职责的行为”之区别;第二在动词上,存在“实施”与“履行”之差异。动词依据名词而变动,因此两者的不同主要集中体现在两类名词(行政行为与行政管理职责的行为)的概念上。

行政行为有广义和狭义之区分,狭义行政行为概念形成于德国的“迈耶时期”,是指行政机关运用国家强制力对“具体行政事务适用法律、裁决个人权利义务的单方行为”^[14],我国行政法中的具体行政行为源于此。公共行政兴起后,“狭义行政行为”或“具体行政行为”概念的局限性凸显,广义行政行为作为行政法学新的阿基米德支点被学界提倡。广狭义行政行为的主要区别在于涵盖内容之差异,如具体行政行为专指具有单方性质的带有权力强制特质的行为,与之并列的其他行政行为可包括“行政立法、行政决策等”^[15]其他行为形式。广义行政行为引发行政法学研究对象和范围重新调整,普遍认为可将承担公共任务的组织纳入视野^[16],2014年《行政诉讼法》修订时明确抛弃“抽象—具体”的传统行政行为区分框架,改为广义行政行为概念标准,为多元行为行政类型的司法审查留下接口。

行政管理职责指国家行政机关履行法律职权事务时所具有的权限和责任,蕴含着法治政府权责统一原理。“行政管理职责的行为”是行政机关对国家事务进行管理而采取的处分、命令、决定或者其他措施,主要指原初意义上的单方(具体)行政行为。在概念外延上,“行政管理职责的行为”属于“行政行为”的子概念,是具有“高权”性质的行政职权行为;与之对应的是不具有“高权”性质的其他行政行为,比如给付行为、协议行为、指导行为等。由此,前述两者指向有所不同:一个是传统高权(主要是干预行政)行为,一个是“非权力”行为或可称为其他性质行为。

^① 第1款规定:“当事人对村民委员会或者居民委员会依据法律、法规、规章的授权履行行政管理职责的行为不服提起诉讼的,以村民委员会或者居民委员会为被告。”第3款则是:“当事人对高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会依据法律、法规、规章的授权实施的行政行为不服提起诉讼的,以该事业单位、行业协会为被告。”

前述授权条款的差异化安排,意在表达村委会、居委会和高校、协会等专业组织所授之“权”的不同。前者主要是传统狭义行政上的具有强制、命令、单方性质的行政“高权”或职权,“履行”一词透露出所授之“权”的“职责”与“义务”性。这是一类典型的公权力,是从国家层面上所界定的权力机关对所管辖范围内成员享有的稳定、支配性影响力与强制力,包括两类:“机构主权”和“机构执行权”,“机构主权”是由国家专属机构(全国人大)所拥有的“能够产生其他国家机构的权力”,“机构执行权”则是指被产生的其他国家机构“所分享的执行宪法分配具体任务的国家权力”^[17]。村民委员会、居民委员会所授之“权”本质上属于“国家机构执行权”。而后者则是这种权力之外的“非传统权力”,“实施”一词表明所授之“权”是一种主动执行的权能。在法理层面,权力本身具有多元性内涵,作为一种“权利”的权力普遍存在,这种权力实际上创设了一种法律上的自由或一种便利、优惠,由此“能够给权力人带来具体的利益,使得权力人可以根据自己的权力并通过行使自己的权力而获利,而且,这是一种法律承认并保护的利益”^[18]。具体而言,行政机关在履行行政职责、达成行政任务时具有一定的执法手段自由与效果裁量空间,既可采取公权力手段,也可采取非权力手段给予任务执行对象一定的“特殊权利”,这种“特殊权利”较为典型的如经济行政领域中的“土地、财政、税收优惠”^[19]等。而行政机关的这种“特殊权利”可通过授权机制转移给非国家机关组织。高校所授之“权”在排除传统“机构执行权”后的合理解释自然是这种公法上的“特殊权利”。这正是2018年《行诉法解释》第24条分类规定的意旨。

(二)从主体要素明晰授“权”差异性的组织逻辑

在挖掘授权分类规定的内涵后,从两类组织主体性质的本质差异也可进一步印证所授之“权”的不同。依照社会学专家莱斯特·M. 萨拉蒙教授的五要素标准^①,村委会、居委会的行政属性更强,高校则更具私法性质。

其一,组织性是指通过法律规范对组织机构的表现形式进行制度化限定。村委会、居委会创设与运行的主要依据包括:宪法及其机构条款、《村民委员会及居民委员会组织法》等,其是典型的机构组织法。组织法的基本功能是对依据执行主权需要而产生的权力机构按照组织法原理确立起的一种能合理配置“人”“物”“权”的理性官僚制^[20]。相比之下,高校设立与运行的规范依据主要是《高等教育法》,其是一部旨在促进高等教育事业发展、提高依法治校与办学水平、规范教育行政部门执法的“管理法”,而非权力创设与限定的组织法^②。因此,高校实质是按照与国家机关体系分离的社会组织逻辑来设立的。

其二,私有性指“组织机构在制度上与国家分离”。村委会、居委会分离迹象并不明显。在推进国家治理体系与治理能力现代化过程中,村委会、居委会作为行政机关“助手”或“延伸”的地位越来越突出^③。它们俨然具备执行与落实基层政府社会秩序管理职能的行政主体地位。而我国现代高校“政事分离”的“社会化”改革起源于20世纪80年代初。在2020年7月,《教育部关于进一步加强高等学校法治工作的意见》再次明确:“为学校松绑减负、简除烦苛,尊重保障学校独立法人地位和办学自主权。”^[21]推动高校去行政化、保障高校独立法人地位一直是我国高教体制

① 社会组织主要结构特征是:“组织性、私有性、非营利性、自治性和自愿性”,参见莱斯特·M. 萨拉蒙,《全球公民社会:非营利部门视界》[M],贾西津,魏玉,等译,北京:社会科学文献出版社,2007:3。

② 例如,第三章“高等学校的设立”,第27条规定了高等学校设立的审批要件,第28条规定了高等学校章程原则及内容事宜,第29条规定了高等学校设立的政府审批主体、权限和程序,这些条款的主要目的是确立高校设立在国家层面的最低门槛,以便从外部行政关系视角来规制与消解高校行为风险,“审批”一词即是例证。

③ 例如,2018年12月十三届全国人大常委会第七次会议重新审议修订了“两委”组织法,将村委会与居委会人员和结构的换届选举年限由3年调整至5年,实现与基层政府人员同步换届,实际上强化了“两委”在国家政权体系中的“毛细血管”地位。

改革的基本方向,这一点与村委会、居委会的地位变迁方向相反。

其三,在非营利性方面,两者虽同属于非营利性法人组织大类,但在细分层面存在差别。例如,2020年的《中华人民共和国民法典》第96条在非营利性法人之外单独设置“特别法人”一列,特别法人包括“机关法人”和“基层群众性自治组织法人”,这表明村委会、居委会的主体属性与组织结构和行政机关具有趋同性。而高校的事业单位法人则被归为非营利性法人行列,具有更强的私法性质。

其四,在自治性方面,两者都享有法定的自治或自主权利,但宪法依据不同。村委会和居委会依据的是《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第111条,而高校则是《宪法》第47条^[22]。从法体系的角度看,两条款位于不同章节,前者在“国家机构”一章,后者则在“公民权利义务”一章。村委会、居委会所享有的自治本质是一种“权力自治”,高校自治(主)则是一种源于内部成员要求的“权利自治”。前者是国家组织法意义的自治,后者则倾向于私法意义上的社会组织的自治。

其五,自愿性主要是指主体成员构成与身份享有是自愿的。村民和居民的集体身份以户籍为基础,原则上必须有法律上的变动理由,否则不得任意变更集体身份,这并不符合自愿性特征;相比之下,独立法人结构下的高校与教师、学生之间的契约性与平等性较强,更符合成员组成自愿性的特征。

综合前述,村委会、居委会与国家机关实际上具有同质性,而高校则明显具有异质性。第24条对授权内容采用“行政管理职责的行为”的法律措辞,将前者视为国家政权体系中的“神经末梢”,而高校不仅在规范上与国家机关存在差异,即使是被授权后也不应成为国家机关体系的一部分。因此授权对象大致可分为两类:一是可被行政机关概念核心圈所涵盖的机构或组织,如行政机关内设机构、派出机构、各类管委会,包括居委会、村委会等;二是特殊社会组织,如高校、行业协会、公共企业等。在组织结构与主体机能性质上它们的最大区别是:前者可以被“行政化”、后者则不能,前者可以被传统国家政权体系所“吸收”成为行政职权运行链条上的一环,而后者则不涉及行政管理职权的“增设”。由此,其所授之“权”是一种与传统行政权有所差异的“非行政权力”的“特殊权利”。这即是规范依据和组织逻辑指向的结果。

三、高校所授之“特殊权利”内涵的阐释与论证

在语义结构上,授权是一个动宾结构词语。“授”是一个动词,指代“权”的来源机制;“权”是一个名词,指代“授”的内容结果,也可视为授权机制的“实体要素”。前文通过对高校授权法规范依据的细致推导及主体要素的对比分析,为得出高校授权的实体要素——“特殊权利”奠定了理论基础。但是,将所授之“权”解释为“特殊权利”,其法治内涵及现实依据还需深入阐释与论证。

(一) 高校“特殊权利说”的域外经验借鉴

“特殊权利说”的理解需要置于现代法治国家转型的大背景下。“国家的目的可能是双重的:它可能促进幸福,或者仅仅防止弊端,而在后一种情况下,就是防止自然灾害和人为的祸患。”^[23]在防御性或秩序性的警察国家时期,行政任务仅仅围绕社会治安、秩序维护、自然灾害等人民所不能或难以办理的事业而展开。福利国家及“担保国家”的来临,国家任务向公共服务领域大幅度扩展,以公私合作为基本形式的经济行政模式得到普遍推广。这种模式中行政机关通常会通过给予承担公共行政任务者在财政、税收、土地等方面一定的公法上的“特殊权利”或资源,以鼓励社会组织或个人积极高效地完成公共行政任务。行政特许是较为常见的机制之一。

在行政特许关系中,行政机关向社会组织(受许人)进行特许授权,替代其履行部分给付行政(非高权行政)领域的职责任务,受许人由此获得行政机关所转移的部分“特殊权利”、肩负相似的公法义务。受许人通过行政特许而享有公法上的“特殊权利”的逻辑在机理结构上与授权机制本质同源,从域外法治经验中可得到印证。如历史上,欧洲大学就是通过特许令状而获得教皇或国王许可的教学管理、免税、司法等特权^[24]。现今,传统大陆法系国家一般将行政特许视为授权机制的一种。如法国私人参与行政管理通常有两类形式:签订某种契约和基于自身的法律地位,其中公共事业特许本质是一种“契约规定的授权”^[25];德国《联邦预算法》第 44a 条将公私合作特许中私人执行补贴行政任务定性为授权^[26];日本私人行政法制以德国法为借鉴,其“委任私人行政权限”^[27]也主要是通过特许制度展开的。值得注意的是,我国公法上的授权与特许在法律后果层面会存在差别:授权是以法律法规规章的形式(公法属性较强)进行,被授权者通常具有行政主体地位;特许是以协议或合同的形式(公法属性较弱或私法方式)进行,被授权者一般不具有行政主体地位。但后果上的差异只是公法控制程度之差异,并不排斥授权和特许在“特殊权利转移”机理上的相互模仿,两者都存在一个特殊权力(利)的授予或转移过程。

我国《宪法》第 19 条规定发展高等教育是国家机关的一项基本任务,《高等教育法》第 6 条鼓励政府“采取多种形式积极发展高等教育事业”。国家完全可以采取类似于特许这类授权机制将财政、税收、土地等方面的公法上的“特殊权利”授予高校,以鼓励其有效完成高等教育任务。由此,我们可作暂时性的总结:法律法规规章对高校所授之“权”可视为一种为完成公法上的给付行政任务(社会性、公共性的国民高等教育任务)而赋予高校的混合性“特殊权利”。

(二) 高校“特殊权利”的现实依据与内涵剖析

理论层面我们已推导出这样一种“特殊权利说”,但“特殊权利”在实务中能否成立及具体指向何物,需要结合行政诉讼中高校作被告的主要法规范依据和判决说理而展开。以下选取近年来高校几类典型诉讼案例作为分析样本,具体如表 1^①。

表 1 高校作被告的主要法规范依据

具体案由	法院的裁判依据	裁判理由
颁发学业证	《教育法》第 29 条第 5 款:“颁发证书的权 利”;《高等教育法》第 21—23 条:“高校依法 颁发学历、学位证书”;《学位条例》第 8 条	通过法律授权高校获得行政主体资格,并应及时履 行向学生颁发学位证书的法定职责,颁发证书行为 是典型的行政行为
学籍管理	《普通高等学校学生管理规定》第 51—55 条:“高校对学生处分权利”	高校经由国家法律法规规章的授权,具有一定的自 主权,可对“其管理的违反规定的受教育者予以行 政处分这一具体行政行为的权利”
招录行为	《教育法》第 29 条第 3 款的“招生权利”;《高 等教育法》第 32 条的“自主招生权”	依据现行《教育法》以及《高等教育法》中对高校招 生管理的授权,高校具有招收研究生并进行具体管 理的权利
高校校规	《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》 第 25 条与《普通高等学校学生管理规定》第 68 条的制定依据等	依据自主权的解释,高校可以在授权范围对学术事 项进行自主性规定;同样,大学对学生的管理处分 条例也是依据教育部规定授权制定的,可在授权范 围内进行自主设定

从表 1 的裁判依据与理由来看,法院一般进行了“两阶式”推理:第一阶是找出“授予要素”,

① 作为裁判理由的典型案例有“林某某诉重庆大学颁发学位证书纠纷案”“新疆大学等诉李某教育行政处理案”“白某与南开大学不予录取行为上诉案”“何某某诉华中科技大学拒绝授予学位案”“张某诉上海理工大学开除学籍处分决定案”等。

即法律法规规章对高校某一事项进行了规定;第二阶是得出“权力(利)要素”,即高校对规定事项具有自主管理权,高校实施行为可视为行政行为。但是,相关法律法规规章对某一事项进行了规定,不能直接认定这一事权就是行政管理权^①,因此从“授予要素”不能直接明确或者限定“职权要素”。法院也看到这一问题,于是在学籍管理、招录行为以及校规制定等类型纠纷中,法院更倾向于强调授予的权力是高校的自主性权利这一立场。事实上,从目前的法规范体系来看,将“权力要素”解释为高校通过“法律授予”获得的特殊自主权利更具说服力。结合表1的裁判依据,这种“特殊权利”可细分为三类来理解:

第一,原本属于行政机关的教育行政权,如学籍、学业管理,招生等,通过法律“内化”为教育机构自主管理权利。在遵循“国家教育权说”的国家,基于代议制形成的民主国家享有设定教育内容和形式之权力,宪法受教育权既是对公民教育义务的规定,也是对国家权限的赋予,这种权限追根溯源是公民对国家实施平等、公平教育背后给付类“积极权利”的一种映射^[28]。我国《宪法》第19条实际赋予了国家这种地位,《高等教育法》等规范进而落实授权规定,高校获得了直接履行或提供教育给付任务的权能,但这类管理权能更倾向于一种公法上的积极权利(一种权利保障或资源赋予),如“新疆大学等诉李钊教育行政处理案”^②中法院认为行政处分是高校的一种行政行为权利。政府以国有资产为担保设立高校及维持高校的办学活动,并在组织人员、设备场所、政策优惠等软硬件方面提供保障手段;高校作为非营利性法人,以其获得的物质和政策保障为限向公民提供公共教育服务,保障学生“受教育权”的实现质量与效果。

第二,原本属于教育机构的专业权,如颁发学历、学位证,学业评价,科学创作等,通过法律规定确认与规制这类专业自主权利。一个合法成立的教育机构即应具备这些行动自由权利。但是,这类权利要么不具备公法层面或国家层面上的某些“效力”,如私人颁发的学位证书不被用人单位所认可;要么具备较强的公共性,需要公权力的介入对其进行“规制”处理,如私人进行科学创作不能损害国家公共利益,并有利于国民社会健康发展。经过国家法的效力确认或规制介入,社会主体的自由权融合了行政职权要素成为一项新型的复合权利,再经过授予机制转介给高校,如《教育法》第29条规定的“颁发证书的权利”和“招生权利”。高校获得的复合权利首先是一种义务,接替国家对教育专业行为的质量进行监督、对风险进行预防;而后是一种权利,国家为此提供相应的场地、经费、人员等政策优惠和支持。

第三,原则上属于教育团体的自治权,如校规制定,教学自主管理等,通过法律确认与保障权利主体的自主空间。自治是社会团体的基本形态,作为一种社会权力,自治权在面向国家时总体上表现为一种权利,只有在以其成员为指向对象的语境中才可能表现为一种权力形态^[29]。但是,一般意义上的社会组织权可能仅为一种“私权力”,只有在国家权力的介入或受其实质影响的情形下才具有公法效果。高校自主制定校规和规范性文件是履行或提供教育给付任务所延伸的必要的公法权利,如《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条、《普通高等学校学生管理规定》第68条中的“授权”显然是对这种高校制度校规的公法权利效力进行许可和确认。但如果

① 诚如一些学者所言,某种权利来源于法律或行政机关与这一权利是何种性质的权利,并没有必然的逻辑联系,“家长对未成年子女的监护权,民营企业对人财物的管理指挥权,都来源于法律,但显然不是行政授权,而是法律的权利赋予”。参见饶亚东,石磊,《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案》的理解与参照——受教育者因学校拒发毕业证、学位证可提起行政诉讼[J],人民司法(案例),2016(20):13-21.

② 参见“新疆大学等诉李钊教育行政处理案”,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2014)乌中行终字第63号行政判决书。

认为这是一种行政权需要遵循法无授权不可为原则,则会与指导案例“39号”^①中法院对“学术自治范畴”的承认有悖。

总结而言,授权高校主要目的是完成教育给付任务(这类非权力行政任务及相关义务),高校获得的是非权力行政下的“特殊权利”^②,主要表现为国家的政策保障或资源赋予。很大程度上,宪法制度性保障原理揭示了授权的动因,“基本权利所具备的这种积极要求立法者建立和维护制度,以促进基本权利实现的功能,就是所谓制度性保障(Institutionelle Garantien)功能,国家对此负有制度性保障的义务”^[30]。我国《宪法》第47条“科研自由”的规定,要求国家通过建立相应的法律制度(如科研资助)来保障高校实现权利;《宪法》第46条规定的“受教育权”,亦要求对高校履行给付行政的权利进行赋予与保障。这是授权机制的实体要素。

四、高校作为行政诉讼被告的联结通道探析

前文通过对高校所授之“权”的内涵或实体要素进行更新,消解了高校作为被告不断扩张行政权的风险。但按照教育行政诉讼判例中法院“两阶式”推理逻辑,仍需解决的一个问题是,如何将这里的“权力(利)要素”与行政诉讼机制相联结,即要回答作为监督行政权力的行政诉讼为何要对高校的“特殊权利”行为进行审查?一般而言,在法体系性质上行政诉讼法属于程序法,具有独立于实体法的程序功能,“权力(利)要素”实际是对高校作为行政主体这类实体法性质的认定,而被告资格属于诉讼程序法的内容,因此该问题可从“程序要素”层面来解决。具体而言,首先需要对我国行政诉讼功能之扩展进行明晰,包括对权力行为与非权力行为的监督,明确对非权力行为的监督内涵,进而以高校具体行为为例,阐释对这种非权力行为监督的实际效果与价值,从而完成对授权机制“程序要素”层面内涵的填充。

(一)我国行政诉讼功能之扩展

我国行政诉讼经历1989年初创、2014年及2017年修订与变迁之后,其结构机理与功能面向也发生重大调整。1989年的行政诉讼制度是建立在对单方行政行为的合法性审查之上,主要以撤销诉讼为中心,功能是排除公权力之不当侵害;2014年新制出台,诉讼范围逐渐由单方行政行为向多元行政行为的拓展、类型由权力行政发展至非权力行政、模式由撤销诉讼为中心到撤销与给付诉讼并重发展之势^[31]。给付诉讼对应行政主体的积极作为义务,其主要功能是监督行政主体履行行为的合法与适当性。换言之,行政诉讼对与公法上相关领域的权力行为与非权力行为都可进行监督。更新“授权”的实体要素内涵后,其诉讼功能也需要做相应更新。对于传统行政主体,以权力行政为中心,诉讼主要功能是审查高权行为的合法性、实现相对人的自由权恢复与损害填补;而对于“特殊权利”下的授权行政主体,以非权力行政为中心,其诉讼功能发生时代切换,是监督主体获得特殊权利完成公法上的特殊公法任务过程中,是否存在的涉及滥用公法上的“特殊权利”、不履行相关的公共性行政任务或不履行因承担特殊公法任务而需要完成的相关公法义务行为,实现对授权组织成员社会权的给付救济。

(二)监督高校滥用公法上的“特殊权利”之必要

回到高校内部,滥用公法上的“特殊权利”是指高校授权行政未按照授权目的、精神和原则来

^① 指“何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案”,该案中法院认为高校因享有学术自治权而可在不违反法律规定的情形下自主设定学位授予要件。

^② 例如,有观点也认为作为授权内核的“办学自主权”即是“承认和保障高校在这种制度和原则下所享有的权利”。参见湛中乐,黄宇晓:《高校自主办学法解释论[J]》,《华东政法大学学报》,2020(3):94-109。

行使:其一,没有考虑到学生的其他相关因素,如在学籍管理过程中,除开除处分外也包括未被类型化的行政处分,某些高校创设了一类新型学籍管理行为——将学分未修满的学生从“本科学历降级为专科学历”^[32],虽然在专科专业设置权限上高校一般具备管理权限,但这类“学历降级”并没有充分考虑到对专科教育的抑制或学生的负面影响。其二,考虑了不应考虑的因素,譬如在招考过程中以权谋私等行为,还包括做出的决定违背一般公平、公正观念,违背教育精神、公序良俗,如在校园牵手、接吻即被开除学籍等。其三,不履行特殊公法义务,主要表现为拒绝履行,也包括拖延和实际未履行,在学历、学位证书颁发,高校信息公开以及奖金、资助,甚至包括教师薪酬、待遇等领域,高校负有正确及时履行之义务,不得以附加条件、不予理睬或不置可否的态度否定、漠视高校成员的请求。

总结而言,通过“授权”机制“确认”了高校公法上的特殊行政主体资格,使其成为行政诉讼法中的适格被告,以便纳入行政诉讼的监督范围,回应高校成员教育给付请求权。在此意义上,可提炼出“授权”机制的一般程序法价值,即为类似于高校的这类公法“特殊权利”主体纳入行政诉讼提供一个“实证法”上的联结通道,是主要针对不宜被行政机关“概念”所同化的社会组织而人为确立的一种纯粹的技术路线^①。在原理上这种诉讼联结通道可称为形式当事人或客观当事人,当事人主体适格主要依据法律法规等对诉讼相关构成要件进行了规定,其背后蕴含着“诉讼担当”^[33]原理,即以法律法规等国家法明文规定的形式明确当事人的主体资格,而非依据当事人的“主观权利侵害”,因而在制度风格上偏向于一种客观诉讼模式,体现出公法制度的建构性特征。

(三)丰富高校等“特殊权利”主体的被告理论

其一,在功能上创设了“特殊权利被告”制度,化解了高校等非国家机关组织作为被告的理论困境。高校等非国家机关组织的存在是现代国家社会活力的象征,在我国法规体系中这类组织的队伍庞大、性质多元,如事业单位、国有企业、公共企业、社会团体、基金会、慈善机构、行业协会等。这类组织以成员达成的内部契约为运行规则,维系着一种较为稳定的团体自治秩序,可消解社会矛盾、减少社会动荡因素,从而弥补国家法层面的某些漏洞。作为一种“团体自我管制”,在功效上既能避免国家监督机关的过分介入,又能有效发挥执行国家政策的自主性,降低了国家管制的成本,而这点光靠国家的直接干预是做不到的^[34]。如何既保留这些非国家机关组织的“社会性”,利用私人行政的力量高效、高质完成给付行政任务,又满足行政诉讼的被告资格要件,正是传统“授权说”面临的理论困境与本文的理论价值。

其二,在内涵上是对传统“授权组织”理论的丰富。高校等专业组织由于承担科学研究任务、享有原始性的学术评价权,属于不宜被“行政化”的特殊类“授权组织”,在赋予其被告资格时不能吞噬主体行为能力上的自主性。而对于可以被“行政化”的“授权组织”,如“开发区管理委员会”“城市综合执法机构”等组织,自当适用传统“授权组织”理论。

其三,在程序法上是对可诉多元性标准的认可。从“自由法治国”过渡到“社会法治国”后,行政的内涵出现了大范围的扩张,具备可诉资格的行政类型也应做相应调整,再以传统“授权说”中的“权力性行政”为唯一可诉性标准会桎梏《行政诉讼法》的调整范围而使得其功能受限。

其四,在救济层面上能扩大高校行为纳入监督的范围。基于此解释方案,高校不仅在学位证

^① 这体现了公法的建构性特征,所谓的建构性是指:“公法主要是社会外部性规则,具有建构性特点,因而它更多地体现了人的意志属性,即人基于为实现某一目的而创制的法规范。”参见章剑生:《现代行政法基本理论:上卷[M]》,2版,北京:法律出版社,2014:139。

书的颁发、开除学生等现有教育行政纠纷领域可以成为被告,受案范围还可扩展到所有基于公共性国民教育下的高等教育的行政任务及享有特殊权利及负有义务的关联行为。这类权利行为涉及的相关范围还包括:学生管理、教师聘用等其他教育管理领域的广阔范畴。

五、高校“授权”双层结构、理论运用及延展

(一)高校“授权”双层结构逻辑

前文对授权机制“权利要素”和“程序要素”的挖掘,得出了高校“授权”的双层结构逻辑机理。一者,在实体要素(特殊权利)上,法律法规规章对高校的授权是为完成公法上的给付行政任务(社会性、公共性的国民高等教育任务)而赋予其一种“非传统权力”性质的“特殊权利”,可包括经过转介的教育行政权、经过确认的教育专业权和经过许可的教育自治权等。二者,在程序要素(被告资格)上,授权是为高校等公法“特殊权利”主体纳入行政诉讼提供了一个“实证法”上的联结通道,确立被告地位及运行规则,以监督高校有效行使特殊权利、履行公法上的特定义务。三者,在效果层面,程序要素是实体要素的“防火墙”,以防止授权而所引发的不断扩张行政权的风险。四者,在价值层面,双层结构解释方案不仅化解了传统“授权说”的理论困境,也能够包容“公务法人说”的优点。一方面公共教育任务是高校“职权要素”的逻辑起点,基于教育育人、科学创作、社会服务、国际交流及文化传承五大职能,高校获得了履行相应职能的经费、设备、场所等资源或优惠;另一方面高校独立法人地位是新“授权”解释方案的程序法价值追求,高校属于不宜被“行政化”的特殊类“授权组织”,基于“特殊权利”的被告资格并不会吞噬教学、科学等行为能力上的法人自主权,以回应高校内部法人化治理现代化要求^[35]。

因此,相较于传统“授权说”或“公务法人说”而言,新的高校“授权”双层结构解释是一种更优的学说方案,具体见图1。

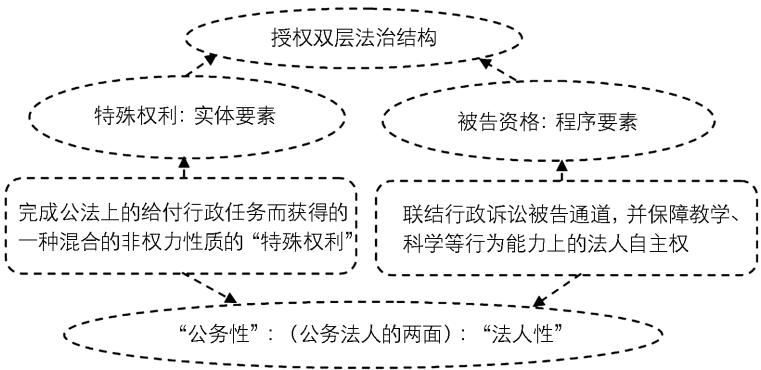


图1 高校“授权”双层结构逻辑图

(二)高校“授权”双层结构学说的运用及延展

我国法院在论证高校被告资格实际普遍面临解释难题,未能脱离“实质意义上行使行政权”这类传统论证路径。新的高校“授权”双层结构学说可被用于更新法院的论证理由。具体而言可分为两个层面进行论证:“职权要素”层面,高校通过法律法规规章所授予的权力并非是实质意义上的行政权,而是一种为完成宪法委托的国民高等教育任务而赋予的“非传统权力”性质的“特殊权利”,由此也就回答了高校在行政法上居于何种行政主体地位;“程序要素”层面,通过“诉讼担当”功能理论确立起高校等特殊权利主体的被告资格,以监督其特殊权利的正当行使、积极履行公法上的特定义务。在具体的制度落实层面,可在某个高校诉讼案例中明确这两点裁判思路与要点,进而通过最高人民法院的指导案例将该“授权”双层结构学说进行教义化与制度化^[36],促

成法律实践问题的学理讨论与通说理论的形成,统一法院对案件的参照标准,调和高校法人地位变迁与实证法缺位之间的矛盾。

同时作为一种延展,该学说理论还可作为事业单位及行业协会改革的学理依据。高校、非营利医疗机构等公益二类组织在20世纪末就已经确立了事业单位法人身份,但改革过程中都遭遇了“去行政化”难题,若继续以传统“授权说”作为主体的公法改革理论,去行政化尾大不掉的问题将继续延续。同样,在2018年《行诉法解释》第24条中的法律法规规章授权组织还包括行业协会。依据传统“授权说”,行业协会容易披上“官办”的外衣,沦为行政机关的附属机构,市场性与自律性将逐渐丧失殆尽^①。

总之,本文提出的新的高校“授权”双层结构学说,将“授权”转换为两个结构层面来理解:一方面赋予主体“特殊权利”被告资格,从而有力地消解了“被行政权力吸收”的传统授权理论之张力;另一方面确认法律规范对事业单位等组织在提供公共服务方面所赋予的“公共权利”,实质性吸收了公务法人理论内核,有利于激发主体形成有责任、有激励、有约束、有活力的竞争机制。双层结构学说在承认主体“特殊权利”被告资格的同时,将传统意义上法律法规对政府行政权力的授予转换为一种国家对社会主体履行公共服务的权利保障,承认主体按照自治规范实施的行为在内源意义上具有的公共性质,获得被告资格是监督其公共权利与义务履行而非对行政权的控制,从而阻断了行政权不当干预与渗透的链条,有利于事业单位、行业协会按照社会组织的自身发展逻辑进行自主化改革与自律性建设。因此,双层结构学说的价值不止于解决高校被告资格理论困境,还能作为非营利医疗机构改革的支撑理论,相应地,也可对行业协会等组织的改革做出理论回应。

参考文献:

- [1] 加强高校法治工作 提升治理能力水平——教育部政策法规司负责人就《教育部关于进一步加强高等学校法治工作的意见》答记者问[EB/OL]. (2020-07-29)[2022-03-11]. 教育部门户网站:http://www.moe.gov.cn/jyb_xwfb/s271/202007/t20200729_475696.html.
- [2] 姜明安. 行政法[M]. 北京:北京大学出版社,2017:159.
- [3] 饶亚东,石磊.《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案》的理解与参照——受教育者因学校拒发毕业证、学位证可提起行政诉讼[J]. 人民司法(案例),2016(20):13-21.
- [4] 胡建森. 有关中国行政法理上的行政授权问题[J]. 中国法学,1994(2):72-83.
- [5] 关保英. 行政法学[M]. 2版. 北京:法律出版社,2017:235.
- [6] 朱芒. 高校校规的法律属性研究[J]. 中国法学,2018(4):140-159.
- [7] 王春业. 高校办学自主权与学生学位获得权的冲突与平衡——以博士学位授予需发表论文为视角[J]. 东方法学,2022(1):174-184.
- [8] 徐雷. 作为博士学位授予标准的学术论文发表:逻辑正当性与误区澄清[J]. 学位与研究生教育,2020(7):31-39.
- [9] 袁明圣. 解读高等学校的“法律法规授权的组织”资格——以田永诉北京科技大学案为范本展开的分析[J]. 行政法学研究,2006(2):1-6.
- [10] 张勇. 我国高校学位授予权研究[D]. 上海:上海交通大学,2014.
- [11] 龚向和. 高校学位授予权:本源、性质与司法审查[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2018(3):52-62.
- [12] 马怀德. 公务法人问题研究[J]. 中国法学,2000(4):40-47.
- [13] 石正义. 高等学校法律地位研究述评[G]//中国教育法制评论:第4辑. 北京:教育科学出版社,2006:130-144.
- [14] 叶必丰. 行政行为原理[M]. 北京:商务印书馆,2019:3-4.

^① 比如,中国足协就“更多地体现了国家体育战略和政府体制改革的意志……这就进一步加剧了契约表达和结社自治在其中的萎缩和缺失,为后来协会自治造成了一定的障碍”。具体见李贽乐. 中国足球协会法律主体地位研究[D]. 北京:中国政法大学,2011.

- [15] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 7版. 北京:法律出版社,2019:31.
- [16] 王敬波. 面向整体政府的改革与行政主体理论的重塑[J]. 中国社会科学,2020(7):103-122.
- [17] 王旭. 论套取高校科研经费治理的《国家监察法》适用[J]. 法学杂志,2020(7):46-55.
- [18] 吴玉章. 法律权力的含义和属性[J]. 中国法学,2020(6):282-298.
- [19] 翟翌. 基于“相似性”本质的行政特许界定及其应用[J]. 中国法学,2016(1):144-161.
- [20] 湛中乐. 机关运行保障的立法逻辑[J]. 中国法学,2020(1):49-66.
- [21] 教育部关于进一步加强高等学校法治工作的意见[EB/OL]. (2020-07-15)[2021-10-03]. http://www.gov.cn/gongbao/content/2020/content_5541498.htm.
- [22] 王德志. 论我国学术自由的宪法基础[J]. 中国法学,2012(5):5-23.
- [23] 威廉·冯·洪堡. 论国家的作用[M]. 林荣远,冯兴元,译. 北京:中国社会科学出版社,2016:37.
- [24] 覃红霞. 中世纪大学自治的误读与重释[J]. 高等教育研究,2017(6):86-92.
- [25] 让·里韦罗,让·瓦利纳. 法国行政法[M]. 鲁仁,译. 北京:商务印书馆,2008:295-296.
- [26] 汉斯·J.沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔. 行政法:第3卷[M]. 高家伟,译. 北京:商务印书馆,2007:377.
- [27] 米九恒治. 私人行政——法的统制的比较研究[M]. 洪英,王丹红,凌维慈,译. 田思源,王贵松,校. 北京:中国人民大学出版社,2010:21-64.
- [28] 湛中乐,黄宇骁. 日本历史教科书问题的法理解读——以家永三郎教科书案为例[J]. 华东师范大学学报(教育科学版),2018(5):148-160.
- [29] 王振标. 论作为社会公权力的基层自治权之本源[J]. 北方法学,2018(6):24-34.
- [30] 张翔. 基本权利的规范建构(增订版)[M]. 北京:法律出版社,2017:229.
- [31] 梁君瑜. 论行政纠纷可诉性[J]. 北方法学,2019(6):80-93.
- [32] 何勇海. “本科转专科”是宽进严出的有益探索[N]. 检察日报,2018-10-17(6).
- [33] 刘威. 行政诉讼担当的理论建构与制度完善[J]. 重庆理工大学学报(社会科学),2020(8):125-141.
- [34] 徐靖. 论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值[J]. 中国法学,2014(1):79-101.
- [35] 葛信勇,王荣景. 高校内部管理机构改革及其治理现代化的路径选择——基于国内五所“双一流”建设高校机构改革实践的调查[J]. 西南大学学报(社会科学版),2021(3):152-161.
- [36] 乔文进,沈起. 案例指导制度与司法解释制度功能区分刍议[J]. 行政与法,2019(4):101-112.

Right Entity and Connection Procedure: The Dual Structure of “Authorization” Logic in Colleges and Universities

ZHAI Yi¹, FAN Qi²

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400045, China;

2. School of Teacher Education, Construction Base of Teachers' Ethics and Style, Southwest University, Chongqing 400715, China)

Abstract: The “Tian Yong Case” established the status of “authorized organization” of colleges and universities in China based on the terms of legal authorization, but from the perspective of the development of precedents, this “authorization” theory will lead to the risk of administrative power expansion, and qualitative disputes over the behavior of colleges and universities in practice. At present, the academic interpretation of the authorization theory and the theory of “public legal person” are facing the dilemma of insufficient legitimacy. The classification provisions in Paragraphs 1 and 3 of Article 24 of the Interpretation of the Administrative Procedure Law issued in 2018 and the differences in the main elements of authorized organizations show that the “power” granted by colleges and universities is a “special right” opposite to the traditional “high power”, which is a “right element” of authorization. The defendant rules of administrative litigation in colleges and universities also have the meaning of “procedural elements”. The two-tier legal structure of authorization in terms of “right elements” and “procedure elements” provides a legal interpretation framework for the university authorization theory in line with the law of the development of university autonomy. The interpretation scheme can play its application value by guiding cases and serve as a supporting theory to promote the classification reform of public institutions and industry associations, helping to orderly promote the reform of “decentralization, management and service” in the whole field of public administration.

Key words: colleges and universities; authorization; special rights; defendant in administrative litigation; dual structure; rule by law

责任编辑 高阿蕊

网 址: <http://xbbjb.swu.edu.cn>