

本刊特稿

高校惩戒学生行为的司法审查

——基于最高人民法院相关指导性案例的观察

周佑勇

【摘要】 针对高校惩戒学生行为的司法审查,目前最高人民法院发布的指导性案例建构了一套以“品行标准”严格审查与“学术标准”有限审查相区分的双重审查规则。虽然两者都试图落脚于“条件式”的法律保留原则,但因分别遵循了不同的裁判逻辑,导致在审查结论上产生了分歧与冲突。为破解此矛盾与分歧,需要重新考量国家与社会之间二元对立形态的转变。在民主法治国家中,二者呈现出了交互与融合,产生了功能性的区分标准,高校惩戒学生行为的司法审查进路也应随之调整与重构。基于功能主义的“目的性”审查进路,在遵循法律保留原则之下,亦应承认高校的教育自主权,并通过合法性审查与正当性审查的双重面向,实现对学生权益法律保障与对高校自治尊重的同步推进。

【关键词】 高校惩戒;司法审查;规范主义;功能主义

2018年10月,一则关于华中科技大学有18名学生从本科转为专科的消息,^①引发社会广泛关注。《人民日报》对此发表题为“把牢高等教育的‘出口’”的“人民时评”,指出把牢毕业“出口”是大学必然的选择;建立教育淘汰机制,是各国高校的通行做法。^②但也不乏网友的反对声音,他们认为,学生好不容易考上985高校,岂能因为学生个人发展过程中的“一时疏忽”和“错误”就被降学历和退学,而且大幅提高“退学率”,也不可能从根本上解决大学生的合格率、就业率等等问题,进而倡导应科学理性地形成高校的退学机制。争议的背后,综合反映了高校在学术秩序与学生权益之间的衡量与取舍。需要追问的是,华中科技大学的此番惩戒是否具有合法性甚至合宪性?基于实质法治国的要求,在特别权力关系内享有之权利与利益的重要性,例如有关教育机关之学位授予、退学处分等,并不亚于一般权力关系支配下所有者,非经慎重之法律程序(给予当事人陈述或救济的机会),不得加以剥夺。^③那么,高校在惩戒学生时,又应当如何在国家法律与高校自治规范之间确立其应有的权限范围与自治限度?要探寻此问题的答案,我们可以透过司法裁判案件的观察,去感知法院在处理高校自治

周佑勇,法学博士,东南大学法学院教授、博士生导师,长江学者特聘教授,东南大学教育立法研究基地主任(南京 211100)。

①根据《华中科技大学普通本科生转专科管理办法(试行)》(校教[2017]16号)规定,未按要求完成本科学分的学生将降为专科。

②参见石羚:《把牢高等教育的“出口”》,《人民日报》2018年10月29日,第05版。

③参见翁岳生:《论特别权力关系之新趋势》,载翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾:台湾大学法学丛书编辑委员会,1976年,第157页。

与国家法律之间关系的基本立场,进而归纳和提炼法院裁决高校惩戒学生行为的司法逻辑。特别是,最高人民法院公布的指导性案例往往代表了该类型案件所应遵循的特定论证逻辑与法治基础。^①在此,笔者拟选取最高人民法院公布的两则典型指导性案例即“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”(简称“田永案”)^②和“何小强诉华中科技大学履行法定职责纠纷案”(简称“何小强案”)^③为观察展开分析。

一、高校惩戒学生行为的裁判逻辑及其分歧

所谓高校惩戒学生行为,是指高等院校为教育或管理之目的,依国家立法和学校规范,对违反特定义务或未达到规定要求的在学学生,所采取的致使学生承受不利负担、并作成书面决定的非难性或惩罚性措施。基本包括:取消入学资格、取消学籍,课程考核成绩记为无效,重修或补考,留级或降级,休学,退学,不予学历证书或学位证,以及警告、严重警告、记过、留校察看或开除学籍等。^④针对高校对学生惩戒行为的司法审查,透过最高人民法院发布的“田永案”和“何小强案”两则典型指导性案例来看,分别建构了“品行标准”严格审查与“学术标准”有限审查的双重审查规则。虽然两者都试图落脚于“条件式”的法律保留原则,但因分别遵循了不同的裁判逻辑而导致在审查结论上产生了分歧与冲突。

(一)品行标准的严格审查:“田永案”的裁判逻辑

在教育行政诉讼中,“田永案”不仅确立了高校在行政诉讼中的被告资格以及对高校惩戒处分决定司法审查的可能性,而且在一定程度上奠定了高校惩戒行为司法审查的基本规则——法院的严格审查与考试作弊退学惩戒处分的法律保留原则。在该案中,原告田永因考试作弊,被北京科技大学根据其于1994年制定的校发(94)第068号《关于严格考试管理的紧急通知》(简称《通知》)之规定“凡考试作弊的学生一律按退学处理,取消学籍”,给予原告取消学籍的退学处分。但法院认为,被告制定的《068号通知》与国家教育委员会1990年发布的《普通高等学校学生管理规定》(简称《规定》)第12条“凡擅自缺考或考试作弊者,该课程成绩以零分计,不准正常补考,如确有悔改表现的,经教务部门批准,在毕业前可给一次补考机会。考试作弊的,应予以纪律处分”之规定相违背。且在该《规定》第29条并没有规定不遵守考场纪律或者考试作弊应予退学的情形。因此,认定《通知》不仅扩大了“考试作弊”这一品行标准的范围,而且对“考试作弊”的处理方法明显重于《规定》第12条的惩戒情形,也与第29条规定的退学条件相抵触,由此,法院判决北京科技大学败诉。总体说来,法院依据法律规范中关于“退学”处分要件的具体规定,来审查被告制定的校规及惩戒行为的合法性。在此案中法院实际上认为,无国家法律之授权,高校制定的自治规章不得干预人民之自由及权利,即使法律进行介入也必须具体明确,以满足法律保留原则的要求。^⑤因而,法院采用的是一种独立心证式的严格审查模式。

①自2010年最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》以来,有关指导案例的法源地位及其效力等,逐渐获得统一认识,指导性案例已成为司法裁判中基于附属的制度性权威并具有弱规范拘束力的裁判依据,具备“准法源”的地位。参见雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015年第1期。

②指导案例第38号,《最高人民法院关于发布第九批指导性案例的通知》(2014年12月25日发布)。

③指导案例第39号,《最高人民法院关于发布第九批指导性案例的通知》(2014年12月25日发布)。

④参见湛中乐主编:《大学自治、自律与他律》,北京:北京大学出版社,2006年,第131页。

⑤饶亚东:《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》,《人民司法》2016年第20期。

（二）学术标准的有限审查：“何小强案”的裁判逻辑

在“何小强案”中，原告何小强以《中华人民共和国学位条例》（简称《条例》）没有明确规定英语四级为授予学士学位条件为由，主张适用“田永案”确立的“法无授权不得为”的严格审查规则。而法院则认为，针对本科生教育质量和学术水平，被告华中科技大学有权在法定范围内自行制定授予学士学位的学术标准和规则。华中科技大学将英语四级考试成绩与学士学位挂钩是在法律法规授权范围之内，并没有违反《条例》第4条和《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》（简称《办法》）第25条的原则性规定。^①由此可见，法院对因学术问题不予授予学位的惩戒处分降低了审查强度，并没有遵循“田永案”所确立的审查逻辑。相反，基于上位法的概括授权条款，法院对高校制定的学位授予标准予以了极大地尊重，并认为高校可以根据自身的教学条件和实际情况，确定各自的学术标准。^②很显然，法院采用了一种有限司法审查的尊重模式。

（三）两种裁判逻辑的分歧及其适用冲突

显然，上述两个指导性案例所建构的两种审查模式分别基于不同惩戒处分类型——“田永案”中的考试作弊（品行标准）与“何小强案”中的英语四级（学术标准）——而确立了法院审查高校教育行政争议的不同规则。在“田永案”中，法院一方面认为，教育者在受教育者实施管理的过程中，具有相应的教育自主权，被告可以根据本校的规定对田永违反考场纪律的行为进行处理。另一方面又认为，被告制定的校规不能与法律规范相抵触。法院分别以《规定》第12条有关考试作弊处分中没有“退学”之效果，以及《办法》第29条有关“退学”情形中没有“考试作弊”为由，认定被告制定的校规与法律规范相抵触。言下之意，针对考试作弊者给予退学处分应由法律规范来规定；在法律规范未规定或未明确规定的情形下，高校校规无权涉入。因而，法院其实试图建构一种高校“自主性规范”与国家“法律规范”相分化的二元规范结构式审查进路。^③换言之，法院既承认高校具有独立于法律规范之外制定校规的教育自主权，又认为对考试作弊者给予退学处分属于法律保留范畴，不属于高校自治的权限范围。

在“何小强案”中，法院同样明确指出，各高等院校根据自身的教学水平和实际情况，在法定范围内确定授予学士学位的学术标准，是学术自治原则在高等院校办学过程中的具体体现。不过，与“田永案”不同的是，本案确立了如下原则：对学士学位授予的司法审查不能干涉和影响高等院校的学术自治原则。虽然法院并未继续确立高校（社会）与国家的二元分化，但是，由此进一步阐明“有权”是指，《办法》“赋予”学位授予单位在不违反《条例》有关“授予”学士学位基本原则的基础上，制定学士学位授予标准的权力。因此，高校可以自行对其所培养的本科教育质量和学术水平依法作出具体规定，亦即对授予学士学位法律规范予以“细化”。可以说，“何小强案”下的高校学术自主权实质上是法律规范授权下的教育行政权，高校制定的学位授予学术标准也是对法律规定授予学位要件的落实与细化，因此，高校制定校规的内容构成了行政职权行使要件本身。换句话说，高校的自主权没有得到认可，其获得的仅仅是执行性的规范设定权限，即使高校事实上存在自主设定的空间，但其合法性仍然需要由能否被上位法规范涵摄来决定，^④而非基于高校自治权。因此，法院不仅未再继续延续“田永

^①根据《学位条例》第4条规定：高等学校本科毕业生，成绩优良，达到下述学术水平者，授予学士学位：（一）较好地掌握本门学科的基础理论、专门知识和基本技能；（二）具有从事科学研究工作或担负专门技术工作的初步能力。《学位条例实施办法》第25条规定：学位授予单位可根据本暂行实施办法，制定本单位授予学位的工作细则。

^②参见石磊：《〈何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案〉的理解与参照——高等学校在学术自治范围内有依法制定学术评价标准职权》，《人民司法》2016年第20期。

^③参见朱芒：《高校校规的法律属性研究》，《中国法学》2018年第4期。

^④参见陈越峰：《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。

案”所确立的“自主性规范”与“法律规范”二元区分式审查进路,相反,凭借法律规范的概括授权规定,将高校制定的校规视为一种具有行政职权属性的“介入性规范”。^①此种审查进路下高校的学术自主权并非源于宪法,而是基于法律规范的授权。事实上,学术自治权相当于行政裁量权——严格意义上属于事实要件中的判断余地。可见,法院遵循的是一种一元规范结构的法律适用式审查进路。

但是,此种一元规范结构式审查进路实质上否认了高校拥有独立于法律规范的自治权,法院不仅消除了高校自治与法律规范之间的应有界限,相反,高校自治权限的来源与范围还需由法律规范来规定,即法律成为高校职权行使的前提条件和依据。其实,在“田永案”中,法院并没有正面回应“何小强案”这类学术标准应该如何审查,以及是否属于高校自治权的范围。因而,当学术标准适用“田永案”的审查进路时,便可能会出现与“何小强案”相反的审查结论。同样,在“何小强案”中,法院也没有正面回应“田永案”这类品行标准应否给予同样的尊重。因而,当品行标准适用“何小强案”的审查进路时,同样可能会形成与“田永案”相矛盾的审查结论。^②由此可见,尽管最高法院发布的指导性案例尝试从“品行标准”与“学术标准”两个层面,分别对高校惩戒行为的司法审查建构出一套“严格审查”与“有限审查”的区分式审查规则,但是,由于审查进路上的分歧而在司法审查实践中出现了适用上的冲突与矛盾。从根本上来说,这源于高校自治权的范围与高校惩戒行为法律性质定位的模糊性:是否如同“田永案”中所确立的,高校对学生因品行甚至学术问题作出的惩戒行为并非高校自治的范畴;^③抑或者如同“何小强案”所确立的,高校的学术自主权其实只是一种应获得法院尊重的教育行政权。

二、高校惩戒学生行为的法律性质界说与法律保留原则

如果按照“何小强案”确立的一元规范结构式审查进路,高校的惩戒权必然需要从上位法获得可以解释适用的依据;但如果高校对学生作出的惩戒处分属于高校自治范畴,那么,即使法律未作规定,高校依然可以自主决定,法律过度干预甚至还有侵犯高校自治的违宪嫌疑。对此,采用二元规范结构式审查进路的“田永案”首先提出,“根据我国法律、法规规定,高等学校对受教育者有进行学籍管理、奖励或处分的权力,有代表国家对受教育者颁发学历证书、学位证书的职责,高等学校与受教育者之间属于教育行政管理关系”。由此可以确认,在“田永案”中,法院认为高校的惩戒处分其实是一种教育行政权,需要遵循依法行政原则,非属高校自治事项。因为此种学生与学校之间的教育行政管理关系是教育外部事项,应透过法律规定予以形成。^④同时,法院又进一步指出,“被告北京科技大学作

^①参见朱芒:《高校校规的法律属性研究》。

^②譬如,在“李向荣与襄樊学院退学处分纠纷案”中,与“田永案”情节相类似,原告李向荣因代考被学校给予退学处分。但法院遵循“何小强案”的一元规范结构式审查进路,认为学校依据法律授权对受教育者作出涉及其受教育权的处分决定,是学校实施的特殊行政管理行为,襄樊学院对李向荣给予勒令退学处分,即为根据教育法律法规授权实施的行政管理行为,判决原告败诉。参见(2000)鄂行终字第41号行政判决书。

^③譬如,在“袁某与苏州大学授予学位纠纷案”中,原告袁某因在税法考试中作弊,被苏州大学给予该科成绩零分并留校察看一年的处分,取消其学位授予资格。一审、二审法院虽然都采取了“田永案”审查进路,但二者在对高校教育自治权限的范围存在认知上的冲突。一审法院认为,《中华人民共和国学位条例》(简称《条例》)、《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》(简称《办法》)以及《普通高等学校学生管理规定》(简称《规定》)都没有规定考试作弊者不授予学士学位,被告苏州大学根据自己制定的《苏州大学学分制学士学位授予工作实施细则》给予原告取消学位授予资格的处分于法无据,判决苏州大学败诉。但二审法院对此予以了否决,其认为,关于授予学士学位的条件,《条例》第4条、《办法》第3条第2款对学位申请者必须达到的学术水平作出了规定,但学位申请者的学术水平,只是学位申请者获得学士学位的必备条件,而不是所有条件。根据上位法的授权,上诉人既可就本校授予学士学位工作制定学术水平方面的具体标准,同时也可依据上位法的规定、精神制定其他方面的具体规定。关于对考试作弊者是否可以不授予其学士学位,我国现行法律未作明确规定,学校在授权范围内可以进行补充规定。易言之,苏州中院认为“田永案”中的品行标准同样属于高校自治的权限范围。参见(2006)沧行初字第045号行政判决书;(2006)苏中行终字第0097号行政判决书。

^④参见李惠宗:《教育行政法要义》,台湾:元照出版公司,2004年,第43-44页。

出的退学处理决定涉及原告的受教育权利”。既然认为高校惩戒行为是一种行政行为,而退学惩戒行为又侵犯了学生的基本权利,那么,基于基本权利限制只能由具备民意基础的立法机关行使之法治逻辑,高校如擅自作出退学处分,便违反了依法行政的法律保留原则。可见,“田永案”从退学惩戒所侵犯学生权益法律规范的法律位阶与惩戒行为的法律性质两个层面,试图理清高校自治与法律规范之间的界限。

(一)高校惩戒学生行为的“教育行政权说”——法律保留原则的适用

法院为何会将退学、不授予学位等惩戒行为排除在高校自治权的范围之外,并且认为其属于教育行政管理权?在“教育行政权说”看来,其一,虽然高校享有为保障宪法上学术自由的制度性保障之高校自治权,但学术自由与高校自治之间并不能划等号。学术自由是基本权,而非制度;高校自治是一种制度,而非基本权。基本权所保障者为个人之自由权利,而非特定制度;制度性保障所保障者为制度本身,而非个人之自由权利。制度性保障本身为宪法体制上之制度,基本权则先于宪法而存在。因此,高校享有学术自由之基本权,与高校享有之自治权,是两个层面的问题。高校自治之目的在于实现学术自由,自治与学术自由之间其实是手段与目的的关系。高校实施自治固然有助于学术自由之实现,但不能倒果为因。因此,授予高校自治权之目的,在于协助大学实现其学术自由,防止国家不当干涉大学学术活动,而非在使大学以自治之名,主张限制他人(学生、老师)之权利。即自治权应该是对国家主张,而非对其内部成员主张。^①易言之,为保障学术自由而产生的高校自治权,主要在防阻外来的“权力作用”,特别是旨在防止来自立法与行政权对大学本质的作用产生非制度性的干扰,以保障学术自由,而不是强调高校可以对学生如何惩处权力者,故单纯从高校自治权尚无法导出高校有将学生退学之权力。^②

其二,所谓的学术自由,其实“只能用于处理学术事务:传授他们依靠长期深入的钻研而得出的正确结论,与同事们自由地交流心得,将那些经过系统研究和缜密分析的结论付梓,这才是正当的学术自由”。^③因此,教师对学生学习成绩的评定和学生能否毕业,与能否产生退学的结果,是两种不同性质的行为。教师对学生学习成绩的评定属于教育自主权范畴(学术自由),而学校以相应学术成绩或品行来确定学生学籍的剥夺、退学或学位的授予等,则属于教育行政权范畴,后者并不存在任何的学术研究与评价成分,往往只是学校的教务行政部门透过数学的计算,再依据各校规章而导出之结果,甚至对学生道德品行评价都与大学本质之学术自由无关。^④因此,即便高校自治具有排除国家法律干预的防御功能,但与学术无关的教育行政管理行为并不属于高校自治权范畴。正如,“保障大学自治之目的在于防止国家不当干预大学的营运、管理;退学处分涉及学生之受教育权,甚且影响其日后职业选择权,就此等事项应有法律保留原则之适用,况且退学处分如涉及学生学习品行,应认与学术自由无涉,尤应由立法机关以法律明文定其要件”。^⑤因此,作为教育行政权的高校惩戒行为自然就应该适用法律保留原则。由此看来,“何小强案”与“田永案”对高校惩戒处分——无论是退学还是不授予学位——的法律性质,似乎不约而同地走向了一致——教育行政权。但其实,“何小强案”将学生的学习成绩与高校对学生学位授予的行政管理行为直接挂钩,融合了本应属于高校教育自治的学术评价权,形成了与“田永案”明显不同的审查进路。即“田永案”所确立的教育行政权仅仅指高校惩戒行为本身而不包括学术评价,而“何小强案”则统一了惩戒行为的条件部分——学术评价,共同作为法律规

①参见许春镇:《大学自治与学生法律地位》,《台湾海洋法学报》2006年第1期。

②李惠宗:《制度性保障之学术自由与大学自治权》,《台湾本土法学杂志》2002年第38期。

③[美]爱德华·希尔斯:《论学术自由》,林杰译,《北京大学教育评论》2005年第1期。

④参见李惠宗:《从学术自由及大学自治行政权论大学退学制度之合宪性》,《台湾本土法学杂志》2002年第32期。

⑤法治斌、董保城:《宪法新论》,台湾:元照出版公司,2005年,第233页。

范的执行行为,所谓的司法尊重,只是涉及法律保留之下法律规范密度的问题,而非高校学术标准的制定权与法律规范之间权限划分的应然逻辑。

(二)高校惩戒学生行为的“高校自治权说”——法律保留原则的排除

与“教育行政权说”不同,“高校自治权说”认为,高校自治不仅具有对外的防御作用,也具有对内的规制功能。其一,高校自治,“在作为法律制度基础的政治哲学层面,其基本思路立基于政治国家与市民社会的二元区分,强调市民社会优先,大学作为市民社会的组织部分,自治权是个人自然权利的延伸,并不需要特别的合法化理由论证;国家权力对大学的干预才需要合法化理由(公共利益考虑)予以论证”。^①即高校的核心任务在于独立于国家权力之外,以发展人类知识,延续人类共同文化精神为目的,而非单纯为政治服务的团体。为达成此种目的,高校应享有“自治权”,避免其学术自由之精神被掏空。具体言之,学术自由包括三个层面:在主观法面向的防御权功能上,形塑研究自由、讲学自由与学习自由的保护法益;在其客观法面上的客观价值秩序功能上,形塑文化国之学术促进义务的保护法益;在其客观法面向的制度性保障功能上,形塑大学自治或学术自治的保护法益。而这些主客观法面向的作用方式,所形塑的学术自由的保护法益,就是大学法制的建构基础。^②因此,宪法上的学术自由之意旨,不仅仅指作为主观防御权的大学及其成员对知识、真理的追求、评价与传授的自由,还在于要求高校乃至国家积极形塑一个为促进学术自由有利发展的良好制度环境。易言之,大学自治的目的,不仅具有排除国家干涉的内在基础,而且从大学自治而来的限制其成员的决定,也是其内部成员所产生的自治结果,就如同社会本身的自我拘束一般。^③由此看来,那种认为学习自由权是大学生学习权这一宪法基本权利的“灵魂”而应该由“法律予以保留规范”的观点是错误的。对学习权的宪法保障是一种制度保障,仰赖于大学自治体制的完善,而不是相反,由法律进行事无巨细的具体调整。^④

其二,高校惩戒处分并不必然侵犯大学生宪法上的受教育权。国民教育以外的大学教育并非宪法受教育权的保障范围,因此,涉及毕业条件、退学等事项,大学的校规并非不得作出规定。^⑤“高校自治权说”认为高校的惩戒行为虽然侵犯了大学生的学习自由权,但并不触及至宪法上的受教育权。这是因为,受教育权是指国民教育基本权,属于基本权利范畴;而大学生的学习自由,只是学术自由的保护法益,并非基本权利范畴。大学教育与国民教育不同,前者以促进学术自由为目的,是由学术自由保护法益所建构的大学法制;后者则以促进中小學生人格自由开展为目的,是由国民教育基本权利保护法益所建构的学校法制。^⑥因此,作为防御性质的学习自由不同于给付请求权性质的受教育权,后者不仅应该考量国家财政能力等因素,还要考量应当由哪个公权力机关决定此事。换句话说,“学习自由并不当然包含(或等于)学习权(或受教育权),更不当然包括(或等于)‘不论学业表现如何,都必然可以毕业而取得学位’或‘不论成绩如何,都可以无限期修业’的权利”。^⑦也就是说,大学生的学习自由作为学术自由的保护法益,但并非意味着大学生享有不学习的自由,大学生如果不学

①金自宁:《大学自主权:国家行政还是社会自治》,《清华法学》2007年第2期。

②参见许育典:《学习自由VS.学习权/受教育权》,《成大法学》2004年第4期。

③参见许育典:《学术自由作为大学法制的核心建构——二一退学宪法争议的省思》,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编辑:《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,第175页。

④参见倪洪涛:《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。

⑤参见陈爱娥:《退学处分、大学自治与法律保留》,《台湾本土法学杂志》2001年第27期。

⑥参见许育典:《学术自由作为大学法制的核心建构——二一退学宪法争议的省思》,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编辑:《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(上),台湾:元照出版公司,2002年,第171页。

⑦黄昭元:《二一退学制度的宪法争议》,载廖义男教授六秩诞辰祝寿论文集编辑委员会编辑:《新世纪经济法制之建构与挑战——廖义男教授六秩诞辰祝寿论文集》,台湾:元照出版公司,2002年,第90页。

习,实在无助于学术自由的落实,在维护学术自由的目的下,自然会形成退学淘汰机制,这是大学自治作为学术自由制度性保障功能的宿命作用。^①当然,即便承认高校惩戒行为属于高校自治而无需法律规定即可行使,也与“何小强案”对高校惩戒行为行政权属性的认定不同。高校自治权下的惩戒行为属于独立于法律规范之外的高校自有的权力,即使具备行政管理之特征,该行为的行使也不需要获得法律的授权。

(三)从分化到融合:争议的规范主义归结与法律保留的功能主义转变

综上可知,相比于一般行政行为而言,高校惩戒行为的司法审查因涉及国家法律与高校自治规范双重交叉关系而变得尤为复杂。即便如此,其共通性依然存在。无论是“田永案”与“何小强案”审查进路的分歧,还是高校惩戒行为“教育行政权说”与“高校自治权说”的争论,法院都试图落脚于法律保留原则,以规范主义的法治理念,寻求获得合法性裁判逻辑上的自治。尽管“田永案”二元规范结构的审查进路承认高校自治规章的存在,但排斥高校自主惩戒权的运用,如同“何小强案”与教育行政权说一样,如果没有法律规范的明确规定,那么,高校将不得不承受学生的违规行为。同样,“如果相关法律没有跟上,特别权力部门依据内部规则而实施的高权行为一旦放开进入司法审查程序,就可能因缺乏合法性依据而全部被认定无效”;^②如果事事都依赖于法律规范,那么,“反又使学校关系陷入另一种‘经由编织巨细靡遗法网所控制之特别权力关系形式’”。^③如此看来,所谓的大学自治之制度性保障只会形同虚设。同样,如果将高校惩戒视为高校自治的当然权限,则意味着学生可能要承受高校对任意行为的规范,言下之意,对特别权力关系的消解只是打开了诉讼大门,学生至多可以获得一点程序上的最后保障。由此可见,此种立基于形式理性的“条件式”审查进路并不能消除高校惩戒行为司法审查的各种分歧与矛盾。而且,这种立基于国家与社会严格对立分化的单向性审查进路,也不能完全适应现代分散、多元化的社会现实。

事实上,“在民主政治之下,国家与社会此二领域具有相当紧密的关联性,且互为条件,亦即,国家事务唯有在此二领域交互作用之下,方能有所成就;相对地,社会的活动也绝非是自外于国家,成为一种与国家分隔的‘自我统制’或是一种独特的自我规制领域”。^④因此,国家与社会毋宁是一种“辩证式的单一体”,其兼有“歧义性”与“同一性”。在此种“对抗中融合、融合中对抗”的关系中,国家与社会的区分则是一种“功能性”的——国家重点在于统治与政治上公共福祉的决定;而社会则侧重于个人及团体的自我发展,即二者之间的区分并非立基于事物的概念范畴,而是按照该事物的功能范畴——它能做什么以及适合做什么。基于国家与社会的融合与功能性的区分,传统特别权力关系的封闭疆域不仅随着德国基本法的出台逐渐被消解,而且也随着基本权利的法律保留一起也走向了“重要性保留”。^⑤而所谓的“重要性”,不是严格按照“干预”“给付”等原始事物概念——行政行为的概念类型——的区分,而是以对“基本权利重要”抑或“基于不同功能结构因其不同的特殊性分别适合

^①参见许育典:《学术自由作为大学法治的核心建构——二一退学宪法争议的省思》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编辑:《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,第178页。

^②李学永:《我国台湾地区特别权力关系理论的变迁——以“大法官”解释为视角》,《行政法学研究》2013年第4期。

^③赖恒盈:《告别特别权力关系——兼评大法官释字第684号解释》(上),《月旦法学杂志》2011年第10期。

^④李建良:《自由、人权与市民社会——国家与社会二元论的历史渊源与现代意义》,载李建良:《宪法理论与实践》(二),上海:学林事业文化有限公司,2000年,第20页。

^⑤特别权力关系之所以于基本法时期以来逐渐纳入法律保留的范畴,其原因在于,德国基本法建构了一个以保障宪法基本权利为中心的闭锁的合法性体系。而根据法律的法规创造力原则,若不将特别权力关系纳入法律保留范畴,则行政机关对于该等不可能只是逐案个别认定之事务领域(如受刑人之管理、中小学校制度之建制等),只好以行政规则之内规方式为实质规范,内规形式上不具有对外法律效力,加上特别权力关系作祟,相对人往往无法获得有效之权利保护。唯一突破此等藩篱之道,便是扩大法律保留范围,不再以自由权与财产权之干预为指标,而是对基本权之行使与享有“重要”的事项。参见蔡宗珍:《法律保留思想及其发展的制度关联要素探微》,《台大法学论丛》2010年第3期。

解决不同种类、性质的国家事务”作为衡量标准。^①“重要性”本身不是绝对的客观精神范畴,“而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,因此,‘重要性’不是确定的概念,而是一个阶梯”,^②是进迁性与沟通性的,它随着社会环境、时代的发展而变化,以此满足不同时期、不同领域对尊重和保障“人性尊严”的不同需求。^③很明显,“功能主义风格倾向于体现一种经验主义的而不是形而上学的法律观。它更关心法律做什么而不是法律是什么”。^④

三、高校惩戒学生行为的功能主义审查进路

(一)高校与国家之间关系的交互性与目的性导向

国家与社会并非绝对对立的二元,而是“辩证式的单一体”,并且,随着规范主义向功能主义的转变,高校与国家之间的关系也逐渐发生了变化。其一,就整体而言,如今的大学早已不再是人文主义者理想中“我们贡献这个大学于宇宙的精神”的单纯研究及教学场所,公私立大学在彼此竞逐政府辅助经费、透过各种招生措施争相获取更多政府严格管制的学费及学分费、争取表现较佳的学生以获得社会认同并初步规划未来捐款来源等方面激烈竞争,这不断凸显大学特许产业隐藏多年的市场性格。^⑤同时,当大学作为连接研究与教学之制度化的学术研究团体,长久以来也提供了执行“较高层级职业”者所必须的精神基础,大学为履行此项职业养成的任务,必须适当满足相关专业的需求,于是,其自主决定权限也因此受到适当的限制。^⑥因而,国家可以根据战略性发展需求,对高校专业设置以及学术研究作出一定程度的指引或限制,使得高校的科研教学符合社会发展的整体趋势。其二,基于学术自由的制度性保障,国家有义务也有权力创造良好的学术研究环境。可以说,学术自由既是高校自治的目的,又是法律介入的界限。所谓“大学自治的范畴不容立法者侵犯”,并不表示大学自治与国家公权力之间处于一种“各据一方”的对立关系,或者“互不干涉”的各自独立关系,而是意味着大学自治权的行使必须有利于强化对学术自由的保障,并基于实现学术自由的宗旨,免除国家包括立法者的干预。正因为大学自治系为学术自由而存在,所以大学自治本身绝不被容许成为限制学术自由的来源;也正因为保障大学自治就是为了促进学术自由,所以一旦大学自治无法承担维护学术自由的任务,国家就必须基于学术自由保障所需而介入干预。^⑦总而言之,为实现与保障学术的自由与发展,国家一方面应积极配置功能发挥之制度,提供大学教学研究的基本需求;另一方面,还应采取组织法措施,以保障其学术自由空间。^⑧

(二)权力与权利:高校惩戒学生行为的双重属性

基于高校与国家之间的交互性与目的性导向的转变,高校对学生的惩戒处分始终兼具“行政权

①许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力(一)》,台湾:元照出版公司,1999年,第180页。

②[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京:法律出版社,2000年,第110页。

③关于特别权力关系的司法审查问题,在德国1980年联邦行政法院有关公务员调职的判决中,就已经完全忽略乌勒所提的经由“基础关系与经营关系”二概念构成的折中理论,即从“行政行为”中心主义转向了“基本权利”中心主义。“因为权利救济之有无与行政行为的类型区分,实属二事,以经营关系或基础关系之措施来判断司法救济之可能性,并不恰当。司法救济取舍的核心在于‘个人性考量’”。参见程明修:《法治国中“特别权力关系理论”之残存价值》,《中原财经法学》2013年第31期。

④[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,北京:商务印书馆,2013年,第187页。

⑤参见石世豪:《释字第684号解释撼动特别权力关系后——正常化的大学校园法制架构“施工中”》,《法令月刊》2011年第6期。

⑥陈爱娥:《大学自治的宪法要求与其对教育行政的规范效果》,《世新法学》2014年第1期。

⑦参见黄舒凡:《学术自由、大学自治与国家监督》,载黄舒凡:《框架秩序下的国家权力——公法学术论文集》,台湾:新学林出版股份有限公司,2013年,第209-213页。

⑧参见葛克昌:《大学自治与国家监督》,载国际刑法学会台湾分会主编:《民主、人权、正义——苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集》,台湾:元照出版公司,2005年,第538页。

力”和“学术权利”的双重属性。^①这既不同于“田永案”所确立的二元规范结构体系,认为高校自治与国家法律是各自独立的二元,也不同于“何小强案”所确立的一元规范结构体系,认为高校惩戒行为只是法律授权下的一种教育行政权。

作为“行政权力”的高校惩戒行为源自重要性法律保留对学生基本权利保障以及国家对学术秩序保障的共同要求。针对前者,尽管高校对学生予以退学或不授予学位是否侵犯了学生的受教育权存在争议,但剥夺学生的学位必然会影响到学生的就业等工作权,因此,对于学生的退学或不予学位的惩戒处分同样涉及到大学生的的重要性权利,应该有法律依据。针对后者,则意味着并非所有的高校均具有学位授予的资格,在实行国家学位制度的情况下,基于国家对学生授予制度和人才培养质量的保障,只有符合条件的高校方可有权授予学位。同时,在现代社会中,学位的稀缺性和较高的功能定位给自己获得了较高的社会美誉度的道德尊崇,这种社会美誉反过来又助推了学位的制度价值,学位的授予意味着学校或者国家以其信用作为学位申请人的学术水平和道德水准的担保。^②为维护此种制度价值,便需要由国家对学生授予的条件制定法律进行统一规范,以保障学术秩序的稳定。因此,从某种程度上说,国家负有积极形塑高校惩戒行为的法律规范,及时调整与修订不相适应的规范条款,填补规范空白的国家义务。

而作为“学术权利”的高校惩戒行为则源于高校教育自主的规范要求。无论是针对学生的品行问题还是针对学生的学术问题进行惩戒,其实都属于高校对学生是否达到学位授予条件的一种评价。为确保高校形成良好的学习氛围,塑造各具特色的办学形态,各高校有权对学生的品行和学术等问题设立相应的行为规范和考核标准,并由此形成相应的惩戒与淘汰机制。对此,我国台湾“司法院”释字第563号解释就明确阐释道:“为维持技术品质,健全学生人格发展,大学有考核学生学业品行之权责,其依规定程序订定有关章则,使成绩未符合一定标准或品行有重大偏差之学生予以退学处分,亦属大学自治之范畴,立法机关对有关全国性之大学教育事项,固得制定法律予以适度之规范,惟大学于合理范围内仍享有自主权”。^③源于大学自治的“学术权利”,意味着高校可以自主对学生进行惩戒,并不需要等待主管机关的具体指令方可作出惩戒处分;而源于对学术秩序稳定追求的“行政权力”则意味着,高校对学生的惩戒需要具备法律上的依据,遵循法律保留原则的要求。只是基于高校与国家之间交互性关系的转变,法律应该为大学自治预留一定的空间。也就是在合作模式下,应“先由国家建立基本法律秩序之框架,再与大学及其他学术研究机关合作,针对各种形形色色的教学研究需要,授权由其填补其他具体细致之要件、程序与其他规范内容”^④。

(三)合法性与正当性:司法审查的双重面向

基于高校惩戒行为“行政权力”与“学术权利”双重属性的要求,司法审查也就内在具备合法性审查与正当性审查的双重面向。合法性审查意味着,高校惩戒自治必然是在法律规范之下的自治,也即所谓的依法治校而非依校规治校。因此,如果高校的惩戒规则违反了法律的规定,则属于违法惩戒。譬如,在“甘露诉暨南大学开除学籍”^⑤案中,当被告暨南大学基于原告提交的课程论文存在抄袭之事实,主张原告违反了《普通高等学校学生管理规定》(简称规定)第54条第(5)项规定,“剽窃、抄袭他

^①参见周佑勇:《法治视野下学位授予权的性质界定及其制度完善》,《学位与研究生教育》2018年第11期。

^②参见于志刚:《学位授予的学术标准与品行标准——以因违纪处分剥夺学位资格的诉讼纷争为切入点》,《政法论坛》2016年第5期。

^③我国台湾“司法院”释字第563号解释。

^④林明锵:《大学自治与法律保留——评台北高等行政法院89年度诉字第1833号判决(世新大学二一退学处分案)》,《月旦法学杂志》2001年第77期。

^⑤最高人民法院(2011)行提字第12号行政判决书。

人研究成果,情节严重的,学校可以给予开除学籍处分”。但法院则认为,《规定》中规定的“剽窃、抄袭他人研究成果”是指“高等学校学生在毕业论文、学位论文或者公开发表的学术文章、著作,以及所承担科研课题的研究成果中,存在剽窃、抄袭他人研究成果的情形”,课程论文不是学术文章、著作,因此,判决被告暨南大学适用法律、法规错误。

正当性审查意味着,尽管为尊重高校的教育自主权,法律往往仅作一种框架性的规定,具体的惩戒细则由各高校根据自身的教育理念、教学条件等进行自主设定,但在该框架秩序下,高校对学生的惩戒只能是以促进学术自由的实现为目的,而不能任凭高校滥用其教育自主权。因此,即便承认高校具备惩戒自治权,但并不意味着,在法律规定不具体明确的情况下,高校可以任意决定。在民主法治社会中,高校的惩戒处分,在程序层面上,即使法律没有明确规定高校惩戒处分程序,高校的惩戒行为依然应该满足正当程序原则的要求。譬如,在“刘燕文诉北京大学学位评定委员会不批准授予博士学位决定纠纷案”^①中,法院就因“被告校学位委员会在作出不批准授予刘燕文博士学位前,未听取刘燕文的申辩意见;在作出决定之后,也未将决定向刘燕文实际送达,影响了刘燕文向有关部门提出申诉或提起诉讼权利的行使”,认定被告违反了程序正当原则,判决被告败诉。在实体层面上,则需要在合法性基础上满足比例原则等实质理性的要求,要求高校对学生作出惩戒处分具备正当理由。因此,在“何小强案”中,即使从法律规定的权限上看^②,可以肯认高校有权将大学英语四级作为学位授予的学术标准,但该标准的设置是否正当合理,是否属于过高的学术要求反而限制了学生的学术自由,抑或者是否为高校基于自己不正当的学术竞争目的而对学生设置的苛刻标准,则需要法院综合审查该高校自身的教学条件、学生整体的学习素质、学生通过该学术标准的比例、未通过学生的学习状况等原因,甚至需要综合考量该学术标准所涉的社会公知等等。同时,还应该审查学术标准设置的过程中,学生的诉求是否获得了充分地表达且被正当地考量。很明显,所谓的正当性审查,其实更多地是从行政权力的判断过程等经验层面上进行审查与判断。^③

因此,相比于规范主义的“条件式”审查进路而言,功能主义偏向于一种“目的性”的审查进路,它认为法律仅仅是实现某些特定目标的工具,评价法律决策的唯一根据就是它们的结果。^④总体而言,基于“目的性”取向的功能主义审查进路,法院并非仅限于对“输出项”的高校惩戒行为进行单一的法律定性,抑或者周旋于学生权利保障的法律位阶,而是需要法院在法律的框架秩序下,充分考量高校惩戒行为的“行政权力”与“学术权利”双重属性之要求,综合运用价值衡量、经验判断等实质理性的方式,藉以在尊重高校实现其学术自由与发展,维护学术秩序的稳定,确保学生的学术素质水平与学生基本权利的保障等“输出项”之间,获得实质性地衡量与理性地取舍。

四、结 语

随着国家与社会之间传统二元对立形态的逐渐消解,在民主法治国家中,二者其实已经呈现出交融融合的姿态,因此,“以传统上行政阶层的理解无法掌握学术以及学术行政,而需以合作与合议原则才能加以掌握”。^⑤取向于国家与社会的功能性区分标准,面对高校对学生惩戒处分的司法审查,也需要从规范主义的“条件式”审查进路转向功能主义的“目的性”审查进路,指向立基于旨在促进宪法基

① (1999)海行初字第103号行政判决书。

② 根据《学位条例》第4条和《学位条例实施办法》第25条的规定,法律规范对高校制定学位授予标准仅作了概括性规定,具体实施标准由各高校自己制定。

③ 参见许宗力:《比例原则与法规违宪审查》,载许宗力:《法与国家权力(二)》,台湾:元照出版公司,2006年,第78页。

④ [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,第288页。

⑤ [德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京:北京大学出版社,2012年,第126页。

本价值实现的目的性考量,在高校自治与法律保留之间,综合遵循正当性审查与合法性审查的双重面向,实现在学生权益司法保障和对高校教育自主权尊重之间的平衡。

(责任编辑:程天君)

The Judicial Review of Universities' Disciplinary Action against Their Students: An Observation of Relevant Guiding Cases Released by the Supreme People's Court

ZHOU Youyong

Abstract: The guiding cases released by the Supreme People's Court have established a double standard characterized by the distinction between the strict examination of students' actions by "the moral standard" and the limited examination by "the academic standard". Although both standards aim at a "conditional" principle of law reservation, the different judgment logics lead to conflicts in the conclusions of the two different types of examinations. To resolve the contradiction, it is necessary to re-consider the transformation of the binary opposition between state and society. In democratic rule of law countries, both standards mix with each other and produce functional criteria for identifying the differences, and the route to judicial review of universities' disciplinary action against their students may be adjusted and reconstructed accordingly. The "purposeful" route to judicial review based on functionalism, according to the principle of law reservation, should acknowledge the universities' autonomy in education, and ensure the legal protection of students' rights and interests and the autonomy of colleges and universities through integrating "the moral standard" and "the academic standard".

Key words: university disciplinary action; judicial review; normativism; functionalism

About the author: ZHOU Youyong, PhD in Law and Distinguished Professor of the Chang Jiang Scholars Program, is Professor and PhD Supervisor at School of Law and Director of the Research Center for Education Law Legislation, Southeast University (Nanjing 211100).