

## 法学:高等教育法治化建设专题

**栏目引语:**努力创办人民满意的世界一流大学,是新时代赋予中国大学的使命与担当。构建现代化大学治理体系,推动高等教育法治化进程,则是创办人民满意的世界一流大学的重要支撑和制度性保障。为此,本刊特邀四位专家学者聚焦大学治理现代化和高等教育法治化的现实与未来。周佑勇(见本刊特稿)基于对最高人民法院相关指导性案例的规范实证分析,提出针对高校惩戒学生行为的司法审查应采取合法性审查与正当性审查的双重面向,实现保障学生权益与尊重高校自治的同步推进。李煜兴突破学位授权审核法律属性的一元化界定,认为学位授权审核包括授权前的审核和审核后的授权两个行为环节,在法律属性上兼具行政许可和法律授权的双重法律属性。生沛文认为高校就业协议属于半格式化的政策性合同,提出应逐渐弱化高校的地位,重视补充协议的作用,提升就业协议在促进就业、构建诚信机制上的效果。管华聚焦我国高考加分政策,认为考生入学请求权的宪法依据是平等权,高校的录取自主权实质是学术权力,来源于科学研究自由,并据此提出了高考加分政策的宪法规制路径。希望本专题能为深化大学治理现代化研究和推进高等教育法治化建设有所助力。

# 许可与授权:论学位授权审核法律性质的双重性

李煜兴

**【摘要】** 学位授权审核的法律属性存在“授权说”和“许可说”两种理论主张。传统“授权说”趋于式微;新近“许可说”逐步占据主导地位,并推动学位授权审核制度的许可化改造。“授权说”和“许可说”都不足以全面揭示学位授权审核法律性质,但都从不同侧面揭示了学位授权审核的法律特征,因而又都具有一定的合理性。学位授权审核包括授权前的审核和审核后的授权两个行为环节,兼具许可和授权的双重法律属性。

**【关键词】** 学位授权审核;行政许可;法律授权

学位授权审核和学位授予是我国学位制度的两大基石,也是我国学位与研究生教育的基础性制度。学位授权审核是学位制度的逻辑起点,学位授予则是学位制度运行的逻辑结果。我国现行《中华人民共和国学位条例》(以下简称《学位条例》)侧重调整学位授予关系,对学位授权审核制度着墨极少,存在诸多语焉不详之处,导致对学位授权审核的法律属性存在颇多争论。学位授权审核法律属性的争议也成为政府与高校、高校与学生、法律与政策之间矛盾与冲突的最终根源。<sup>①</sup>近年来,曾占据主导地位的学位授权审核“授权说”面临诸多质疑,趋向式微。随着《行政许可法》的出台,学理层面学位授权审核的“许可说”逐渐兴起并推动学位授权审核制度的许可化改造。本文旨在“授权说”没落

李煜兴,法学博士,东南大学法学院副教授,江苏高校区域法治发展协同创新中心研究员(南京 211189)。本文系教育部教育立法研究基地项目(2242018S30030)、国家社会科学基金青年项目(13CFC026)、司法部国家法治与法学理论研究一般项目(14SFB30010)、江苏省高校区域法治发展协同创新中心重点课题(201403)研究成果。

<sup>①</sup> 龚向和:《高校学位授予权:本源、性质与司法审查》,《苏州大学学报》2018年第3期。

及“许可说”兴起的背景下,剖析评述两种学说观点的是非优劣,并据此对学位授权审核的法律属性进行重构定位,以期对未来学位制度的法治化发展提供一种可能方案。

## 一、“授权说”的核心主张及其理论困境

学位授权审核制度的直接法律依据是《学位条例》第8条。自1980年该条例颁布实施以来的较长时间内,主流观点依据条文中“国务院授权”的字面文义,将学位授权审核概括定性为“授权”,即国务院向高校授权,高校根据授权而获得学位授予权。

“授权说”秉持国家学位的立场,认为学位授权审核和学位授予都是国家学位管理权的有机组成部分。《学位条例》将学术评价和授予学位的权能授权给了学位授予单位,保留了对学位授予单位的能力资格认定、学科分布调控、学位质量评估、学位资源配置等其他国家学位管理权。<sup>①</sup>授权说论者认为,《学位条例》所规定的“国务院授权”即是行政授权,特指国务院通过行政授权的形式将学位授予权授予符合资格的高等学校和科学研究机构。<sup>②</sup>进而,高校学位授予权来自于法律、法规的授权,高校学位授权审核则被界定为学位授权行为。依据授权一般原理,高校的学位授予权是一种经授权而获得的行政权力。“它是一种合法的行政授权,它有明确的授权机关、授权方式和授权范围。”<sup>③</sup>基于“授权说”的基本立场,所谓学位授权审核即是政府对学位授予申请单位进行审核,进而将学术评价和授予学位的权能授权给审核确认的高校的过程。学位授权审核在政府与高校之间形成授权法律关系。

“授权说”得到了司法实践的普遍认同。“田永案”“刘燕文案”等司法判决直接或间接承认了“授权说”,认为在学位授予过程中,高校是经法律授权的行政主体,所行使的学位授予权本质上是行政权。<sup>④</sup>事实上,正是司法机关类似判决对“授权说”的形成起到了推波助澜的作用。理论界对因学位授予而引发的类似司法案例进行个案与类案式研究阐发,最终促成“授权说”登堂入室成为主流。时至今日,“授权说”在实践中仍然具有一定市场。不少高校学位授予工作细则仍将学位授权审核定性为“授权”,或认为高校学位授予权源自于“授权”。如《中国科学院大学学位授予工作细则》第2条规定:“依据国务院学位委员会和教育部授权,中国科学院大学按学科门类以及专业,向符合条件的学位申请人授予硕士、博士两级学位。”《华东理工大学学位授予工作细则》第2条规定:“根据国务院学位委员会的授权,学校授予的学位分学士、硕士、博士三级。”相关表述虽略有差异,但实则认同学位授权审核的“授权”属性。

之所以说“授权说”趋向式微,主要是由于“授权说”自其产生之日起即存在结构性障碍,难以自圆其说。行政法上的授权要求具备相应条件。在授权形式上,由法律、法规或规章进行直接授权;在授权内容上,行政机关授出的须是自己所固有的职权,所授出权力的性质、内容与权限应当明确清晰;在授权法律效果上,被授权社会组织获得行政主体资格,成为授权行政主体;在授权功能上,主要目的在于认定行为主体与责任主体。<sup>⑤</sup>因此,行政法上的授权,与其说是一种行政行为,不如说是行政权在行政机关与被授权组织之间进行转移的制度途径,也是创设行政主体的一种组织法途径。比照行政法上授权的要件要求,《学位条例》所规定之“国务院授权”绝非行政法意义上之授权。

首先,学位授权主体不明。即便我们承认“授权说”,但在政府与高校的授权关系中,能够明确的只有被授权主体——学位授予单位。但是授权关系的另一方主体,也即授权主体究竟是谁,却存在重大混沌难明之处。是《学位条例》的制定主体——全国人大常委会;或者是国务院;或是国务院学位委员会?无论规范还是实务上都难有定论。依据《学位条例》第7、第8和第18条的文义解释,国务院是名义上的授权机关。但在实践中,国务院学位委员会行使完整的学位管理权。国务院的名义管理主体地位逐步虚化,而国务院学位委员会的学位管理主体地位逐步实质化。行政授权的功能本来是要确定法律行为和法律责任的

① 范奇:《我国学位制度研究》,硕士学位论文,西南政法大学,2016年,第22页。

② 胡志刚:《研究生学位授权审核制度发展原则研究》,《学位与研究生教育》2011年第5期。

③ 周光礼:《论学位授予行为的法律性质》,《科技进步理论与管理》2004年第3期。

④ 张冉、申素平:《国家学位制度与大学学位制度比较分析》,《学位与研究生教育》2013年第9期。

⑤ 周佑勇:《行政法原论》(第三版),北京:北京大学出版社,2018年,第110页。

主体,但无论《学位条例》还是后续管理规范都未能明确授权主体,更遑论确定行为与责任主体。

其次,“授权说”掩盖了学位授权审核的过程性和审核行为的独立性。学位授权审核包含资格审核和学位授权这两个环节。审核和授权是两个相对独立的概念范畴。在程序上,先进行审核、后给予授权;在结果上,审核通过即意味着授权,审核不通过意味着不予授权。因此审核和授权在程序上相对独立,在法律效果上又紧密勾连。“授权说”形式上是要解决政府与高校学位授权行为定性,但实则是站在高校与学生的学位授予关系立场,进而将资格审核、学位授权、学位授予等行为环节杂糅纠结在一起,并以“授权”来加以概括认定。实践中对学位授权审核最大的争议恰恰不是授权,而是审核职权的合法性、审核程序的正当性、审核结果的合理性等问题。“授权说”忽视了学位授权审核的过程性,掩盖了学位授权前的资格审核环节的独立性,更掩盖了学位授权审核中的真问题,因而未能全面准确把握学位授权审核行为的法律属性。

再次,学位授予行为的法律定位不能反证学位授权审核的行为属性。“田永诉北京科技大学案”判决书对学位授予权的性质及高校的地位作出了解释:“本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人,原告田永诉请其颁发毕业证、学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力时引起的行政争议,可以适用行政诉讼法予以解决。”值得注意的是,类似案件都是从论证学位授予权的行政权属性出发,进而反推认定高校的行政主体地位。这只是法院解决学位授予过程中被告资格和责任承担问题的权宜之计,并没有从正面解决高校学位授予权的权力来源和学位授权审核行为的法律属性问题。<sup>①</sup>高校与学生之间的学位授予行为属性不能反证政府与高校之间的学位授权审核的法律属性,将学位授权审核与学位授予笼统定性为“授权”在学理上站不住脚。

需要特别指出的是,《学位条例》采用“授权”概念要早于我国行政法上行政授权理论的建构。“国务院授权”只是特定历史背景下国家集权管理模式在学位管理领域的体现,也仅仅是一种习惯化的表述方式。将“国务院授权”解释成行政授权,将学位授权审核定性为授权,这在行政法理上难以自圆其说。

## 二、“许可说”与学位授权审核的许可化改造

### (一)法理根基层面:“许可说”的兴起

无论对学位授权审核的法律属性秉持何种观点,一个基本共识是,学位授权审核过程是教育行政权的运行过程,是政府对学位进行管理,配置学位教育资源的过程。学位授权审核是政府行政活动,在政府与高校之间形成一种行政法律关系。从行政法的角度认识这种关系是正确界定学位授权审核行为的性质、双方的权利义务、行为程序的基础。<sup>②</sup>伴随我国行政审批制度改革进程,尤其2004年《行政许可法》颁布实施,这为重新认识和界定其法律属性定位提供了新的研究视角,也为学位授权审核制度的法治化提供了一种可能途径。《行政许可法》第2条规定:本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。研究者注意到学位授权审核与行政许可的高度契合性,进而跳出基于《学位条例》第8条而形成的路径依赖,转而依据《行政许可法》将学位授权审核定性为行政许可行为。论者认为,“学位授予审核工作作为一种行政行为,具有很强的行政审批色彩”。<sup>③</sup>“我国目前的这种学位授予审核制度实质是一种政府主导下的行政审批模式。”<sup>④</sup>

根据《教育法》第23条、《高等教育法》第22条以及《学位条例》第8条的规定,高校要取得学位授予权,必须先经过国务院学位委员会批准取得学位授予单位和学位授权点的资格。无论是学位授权单位的审核,还是学位授权点的审核,学位授权审核是政府基于高校的办学软硬件条件、教学科研水准等学位内涵要求,同时综合考量社会需求、学科布局、区域平衡等外延因素,作出是否予以审核通过并给予

①叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,北京:高等教育出版社,2007年,第118页。

②马怀德:《学位法研究》,北京:中国法制出版社,2014年,第235页。

③王慧英:《从行政管理走向学术评价——论我国学位授予审核机构改革的理念转变》,《研究生教育研究》2011年第4期。

④刘恒、邱新:《论我国学位管理的法治转型》,《南京社会科学》2014年第2期。



高校学位授予权的行政过程。许可有“准许”“容许”之义,在法律上指一方允许另一方从事某种活动,非经允许而为之,即属侵权违法的行为,需承担相应的法律责任。<sup>①</sup>对比行政许可行为属性,《学位条例》第8条所规定的“国务院授权”本质上是一种审查之后的批准行为,具备行政许可的一般法律特征。

## (二)制度规范层面:许可化改造

学位授权审核的许可性质,在我国学位相关规范性文件中得到体现。在学位授权审核制度的实践探索过程中,也呈现出许可化改造趋势。

其一,相关规范直接承认学位授权审核的许可属性。原国务委员陈至立在国务院学位委员会第二十四次会议讲话中指出,学位授权的审核权可以下放到省级学位委员会和高校,但学位授权的批准还是须按照学位条例和行政许可法,留在国务院学位委员会。无论审核还是批准,引入行政许可法作为行为的依据,实则是承认了学位授权审核的许可属性。2017年国务院学位委员会《博士硕士学位授权审核办法》(学位〔2017〕9号)第1条规定,“根据……《中华人民共和国行政许可法》,制定本办法”。该办法第2条第1款明确,博士硕士学位授权审核是指国务院学位委员会依据法定职权批准可授予学位的高等学校和科学研究机构及其可以授予学位的学科的审批行为。这一条款对学位授权审核的概念进行了界定,这也意味着《博士硕士学位授权审核办法》正式明确了学位授权审核的行政许可属性。与中国科学院大学、华东理工大学的学位授予工作细则将学位授权审核界定为“国务院学位委员会授权”不同,北京大学、复旦大学的学位授予工作细则采用“经国务院学位委员会批准或备案”的表述方式。这也表明,部分学位授予单位承认了学位授权审核的行政许可属性。

其二,学位授权审核程序机制的许可化改造。在实践中,教育部将“硕士、博士学位授予单位及其可以授予硕士、博士学位的学科名单审核”列入“行政许可事项清单”。2017年《博士硕士学位授权审核办法》则是学位授权审核的直接规范依据。该办法总结了此前实践中学位授权审核的最新发展经验,并对学位授权审核进行全面的许可化改造。办法第15条规定了新增博士硕士学位授予单位授权审核的基本程序,第19条明确了新增博士硕士学位点的基本程序。该办法有关审核程序的规定基本参照了《行政许可法》的相关规定。以申请新增博士学位授予单位申报为例,学位授权审核的基本程序是:第一,申报。高等学校和科研机构按照国务院学位委员会和省级学位委员会的要求进行统一申报。第二,通讯评审。申请新增学位授予单位申报的学位授权点以及主要学科、专业,参加相应的学位授权点或主要学科专业的同行专家通讯评议。对申请新增博士学位授予单位抽取硕士学位论文进行同行专家通讯评议。第三,复审。申报博士点,通讯评议合格的,提交国务院学位委员会学科评议组复审。第四,公示。申报学位授权点获得通过的,进入公示期。第五,批准。新增学位授予单位由国务院学位委员会批准。<sup>②</sup>从上述申请、审查到批准的整个过程来看,学位授权审核过程就是行政许可的过程。有学者据此认为学位授权审核实际上是通过行政许可的方式来实施的。学位授予权的获得是一个申请和许可的过程,学位授予权就是行政许可权。<sup>③</sup>

## 三、“许可说”面临难以克服的法治悖论

学位授权审核制度是在不断摸索的过程中逐渐发展成型的极具中国特色的学位管理制度。如若寄希望于对学位审核制度进行许可化改造,从而一劳永逸地扫除学位授权审核制度法治化所面临的法治障碍,则未免过于天真。事实上,即便将学位审核制度定性为行政许可,进而进行制度的许可化改造,依然存在悬而未决的法治难题。

<sup>①</sup>周佑勇:《行政法原论》(第三版),第259页。

<sup>②</sup>马怀德:《学位法研究》,第75页。

<sup>③</sup>李福华、姚云、钟秉林:《中国研究生学位授权审核法治化35年的回顾与发展展望》,《高等教育研究》2017年第9期。

### （一）基于行政许可的形式逻辑推论

学位授权审核和学位授予是学位制度不同环节而又相对独立的制度。政府和高校是学位授权审核法律关系主体,高校和学生则是学位授予法律关系主体。鉴于学位制度的自身特殊性,学位授权审核和学位授予之间又存在高度的关联性。首先,高校是联结学位授权审核和学位授予制度的中间媒介。在学位授权审核和学位授予制度中,高校都是必然的一方主体。区别在于,在学位授权审核关系中,高校是学位授权审核的相对方,政府是授权审核主体;在学位授予关系中,高校成为授予学位主体,学生则是学位授予行为的相对方。其次,学位授予权是将学位授权审核制度和学位授予制度紧密勾连起来的实质内核。经由学位授权审核,高校获得学位授予权。高校基于学位授予权而从事学位教育和学位授予活动。

基于行政许可一般原理,经行政机关的许可,行政相对人获得某种法律上的资格或权利。作为行政许可的相对人,其与第三方的法律关系原则上为民事法律关系。如经工商行政管理部门的许可,企业获得从事企业经营活动的权利与资格。作为工商行政许可的相对人,企业所获得的经营权本质上是一种民事权利。经过行政许可后,企业与第三方当事人之间的经营行为是一种民事法律行为。<sup>①</sup>对于学位授权审核而言,经政府的审核许可之后,高校获得学位授予权。这种学位授予权是政府经审查后授益与赋权的结果。遵循行政许可一般原理及其解释路径,高校所获得的学位授予权无论如何都不可能是行政权力,而只能是权利。

换言之,在学位授权审核法律关系中,政府和高校是行政法律关系;学位授权审核行为是行政许可行为;高校所获得的学位授予权的属性是权利而非权力。既然学位授予权是一种基于许可而获得的权利,那么在高校与学生的学位授予关系中,高校行使其学位授予权进而授予学生学位的行为不应当是公法行为,而应定性为民事私法行为。进一步推导下去,我们会得出如下结论:高校基于学位授权审核这一行政许可行为而获得学位授予权;学位授予权的法律属性是权利而非权力;高校与学生之间的学位授予行为是民事行为,形成民事法律关系;由学位授予行为而引发的纠纷为民事纠纷,应经民事纠纷解决机制加以解决。遵循行政许可一般原理,得出这样的结论在形式逻辑上是完全站得住脚的。

### （二）现实逻辑与形式逻辑的悖离

然而,在当下的学位管理体制之下,学位制度发展的现实逻辑与基于行政许可而推导出的形式逻辑结论之间大相径庭,存在严重悖离。立足我国学位制度的实践面向,政府与高校之间的学位授权审核关系是行政法律关系;高校与学生之间的学位授予关系同样也是行政法律关系。在学位授予环节,高校是经法律授权的行政主体;高校行使的学位授予权是行政权;学位授予行为是行政行为。具体而言,学位授予是在对学生学术能力水平进行评价基础上颁发学位证的行为,这也是一种典型的行政许可行为。实践中也有不少司法案例直接将高校的学位授予定性为行政许可行为。因学位授予行为而引发的纠纷经由行政诉讼途径解决。

基于行政许可的形式逻辑分析路径与基于现实逻辑而形成的制度现实之间出现了严重背离,由此形成一种特殊而吊诡的行政法现象:高校还是那个高校,在学位授权审核和学位授予环节中,高校的身份和地位迥然不同;同样,在学位授权审核和学位授予环节中,学位授予权的法律属性也迥然有异。详言之,在政府和高校的学位授权审核法律关系中,高校是行政许可的外部行政相对人,经由学位授权审核而获得学位授予权,这种学位授予权具有权利属性。但是在高校与学生的学位授予关系中,高校又转而成为学位授予这一行政行为的行政主体,学生成为学位授予的行政相对人,高校所行使的学位授予权转化为一种行政权。这种背离让我们难以置信,但却客观存在。这种现象在我们传统行政法中找不到对应物和参照系,显得诡异而令人费解。由此可见,若单纯遵循行政许可的一般原理加以推导,很难解释学位授权审核与学位授予过程中,高校法律地位的转化以及学位授予权法律属性的转化过程。因而,“许可说”也不足以全面准确揭示学位授权审核制度的法律属性,学位授权审核制度的许

<sup>①</sup>张春生、李飞:《中华人民共和国行政许可法释义》,北京:法律出版社,2003年,第6页。

可化改造也难以消弭其所面临的法治化困境。

#### 四、学位授权审核行为属性的定位与重构

##### （一）对“授权说”和“许可说”的再认识

如前文所述,“授权说”主张学位授权审核的法律性质是行政授权,但这里的授权并非行政法意义上的授权,“授权说”存在结构性困境;“许可说”认为学位授权审核的性质是行政许可,并对现行学位授权审核制度进行许可化改造,但“许可说”也存在明显理论悖论。换言之,学位授权审核的法律属性既非单纯的行政授权可以概括,也非单纯的行政许可可以界定。无论传统的“授权说”还是新近的“许可说”都难以自圆其说。

虽然“授权说”和“许可说”都有其理论短板,都不能独自揭示学位授权审核的法律属性。但转换一下思路,我们会发现,这两种理论主张其实都存在一定的合理性,都能够从某个侧面揭示学位授权审核的法律特征。

其一,“许可说”能够揭示学位授权审核中资格审核的性质特征。诚如前文所述,将学位授权审核定性为行政许可,其最大的理论短板是在解释学位授权审核的后续行为——学位授予行为之时会面临理论困境。但不可否认的是,行政许可的定性对于解释学位授权审核过程中政府和高校之间的法律关系,揭示政府对高校的申报条件与资格进行审核的行为属性并不存在任何理论障碍。遵循行政许可的一般原理解释路径,学位授权审核与行政许可行为高度契合,呈现出行政许可的一般法律特征。首先,在行为内容上,学位授权审核表现为一种权利赋予的授益行政行为。对于通过审核获得学位授予权的高校来说,学位授权审核赋予其从事学位教育的权利,准予其从事授予学生学位的行为资格。其次,在行为性质上,学位授权审核表现为一种需经审查的行政行为。学位授权审核以作为行政相对人的高校和科研机构的申请为前提,但是相对人的申请只是取得学位授予权的前提条件,并不意味着高校一经申请就必定获得认可,进而获得学位授予权。针对高校的申请,是否给予行政许可,行政机关还必须经依法审查。学位授权审核的实质就在于审查申请人是否具备从事学位教育和授予学生学位的资格与条件。再则,在行为范围上,学位授权审核表现为一种外部行政行为。在学位授权审核关系中,政府是享有学位管理职权的行政主体,是学位授权审核主体;高校则是受学位管理权限约束的外部行政相对人,是学位授权审核的相对人。最后,在行为功能上,学位授权审核是一种事前控制手段和社会规制行为,具有抑制学位授予过程中公益上的危险或抑制影响学位教育和学位管理秩序负外部性的功能。

其二,“授权说”能够揭示学位授予权和学位授予行为的法律特征。如前文所述,“授权说”不能反证政府和高校之间的学位授权审核法律关系属性。在《学位条例》颁布实施后的较长时间段内,传统“授权说”之所以能够占据主导地位,其根本原因在于现行《学位条例》侧重调整高校与学生之间的学位授予关系,而“授权说”在学位授予权和学位授予行为的定性方面具有较强解释力。在行政法学的知识体系中,很少直接使用“行政授权”这一概念。行政法上的授权,通常是以“授权行政主体”“经法律、法规授权的组织”等形式出现。盖因行政法上的授权并非行政行为法层面的行政行为类型,而是行政组织法层面行政职权转移的制度安排。行政法上授权的最主要功能是创设行政主体,即通过授权,把某些行政职权授予特定的社会组织行使。这些社会组织也就成为被授权组织而取得行政主体资格,成为授权行政主体。基于授权基本原理,在学位授权法律关系中,政府授出的学位授予权的法律属性和高校所获得的学位授予权的法律属性应当是同质的。换言之,既然政府授出的学位授予权具有行政权属性,则作为事业单位的高校所获得的学位授予权也必当具备行政权属性。正是基于授权,高校成为授权行政主体,其行使的学位授予权具有行政权属性。基于学位授予权的行使,学位授予行为是行政行为,在高校与学生之间形成行政法律关系。因学位授予行为而发生的纠纷是行政纠纷,作为授权行政主体的高校具有行政诉讼的被告资格。



## （二）法律性质重构：兼具许可与授权双重属性

正如周佑勇教授所评价，传统分析径路采取一种非此即彼的绝对一元化立场，先入为主地认为，学位授权审核要么是行政许可，要么是行政授权；学位授予权要么是权力，要么是权利，二者只能居其一。<sup>①</sup>学位授权审核既不是单纯的行政许可，也不是单纯的行政授权，但是否存在这样一种可能性：学位授权审核既是行政许可，又是行政授权？这种理论假设看似大胆而荒谬，实则具有其现实合理性。

基于法理逻辑分析，行政主体的同一行政行为不可能既是行政许可，又是行政处罚，这是形式逻辑上“排中律”的必然结果。究其原因，行政许可和行政处罚虽是不同性质、不同类型的行政行为，但都是具体行政行为的下位概念，且是处在同一位阶层次上相并列、相排斥的概念范畴。行政主体的某一特定行政行为不可能即是受益性的行政许可，又是负担性的行政处罚，二者必有一真，否则必然违反形式逻辑的“排中律”。但是，对于行政授权和行政许可这两个概念而言，其行为性质、行为模式、行为效果和行为功能完全不同。行政许可是针对外部行政相对人的行政行为方式和事前监管手段；行政授权则是行政权在行政机关与社会组织之间进行转移的途径，其主要功能是创设行政主体。正因为行政许可和行政授权不是同一逻辑层次的概念，也不具有相并列、相排斥的逻辑关系，因而难以适用形式逻辑的“排中律”加以分析。这就为我们运用辩证逻辑全面客观揭示学位授权审核的法律属性提供了可能性。基于此，学位授权审核同时兼具许可和授权的双重属性在法理逻辑上并无障碍。

基于规范实证分析，《学位条例》第8条是学位授权审核制度的法律依据，该法条直接使用了“授权”的概念表述，但对“审核”并没有加以明确规定。这也是长久以来将学位授权审核定性为“授权”的规范根源。值得注意的是，虽然《学位条例》没有对“审核”进行直接规定，并不意味着审核欠缺法律基础。与之相反，笔者认为，“审核”恰恰是《学位条例》第8条所蕴含的固有之义：在授权之前需要对申请者进行条件和资格审核，只有经过审核认定的高校、学科、专业才能获得学位授予权。事实上，《学位条例》第8条正是《博士硕士学位授权审核办法》《学位授权审核申请基本条件》等直接调整学位授权审核的规范文件的法源根据。由此可见，所谓学位授权审核，是审核与授权的结合，审核是授权的前提基础，授权赋予审核结果以特殊的法律效力。

基于社会实证分析，一个真实而完整的学位授权与授予过程由以下行为环节组成：对高校的条件与资格进行审核——对经审核认定的高校进行授权——高校获得学位授予权授予学生学位。简言之，完整的学位制度实则包括条件审核、学位授权、学位授予三个行为环节。对于学位授权审核制度而言，则包括“授权前审核”和“审核后授权”两个行为环节。因此，所谓“学位授权审核”，完整而周延的表述应该是这样的：依申请对高校的条件与资格进行审核，并对经审核确定的高校进行授权。对于学位授权审核制度而言，审核和授权既相对独立，又紧密联结。

笔者注意到，与本文从行为视角直接论证学位授权审核行为的法律属性不同，很多研究者从国家学位与大学学位、政府教育行政权与高校学术自由相分离的视角切入，试图首先证成学位授予权的法律属性，进而反推学位授予审核行为的法律性质。<sup>②</sup>这一研究视角极具启发意义。但需指出的是，这种分析路径更多的是一种应然层面学位制度规制模式与立法模式选择的问题。笔者认为，学位授予权究竟是权力或是权利，或者既是权力又是权利，关键还是要立足于实定法规范，看调整学位授予权取得与行使的规范依据的法律属性。无论行为属性还是权力（权利）属性都是规范依据调整之后所呈现的效果特征。

对于学位授权审核的法律属性界定，一方面要立足《教育法》《高等教育法》《学位条例》的实定法规定，尊重已经形成的制度共识，尽可能维护法的安定性；另一方面要及时总结学位制度在实践探索过程中形成的有益经验，推动实践经验上升为法律规范。同时，应面向未来，为《学位法》的出台和学位制度进一步发展提供法治空间。基于以上考量，笔者赞同周佑勇教授所主张的“双阶层”观点，

<sup>①</sup>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。

<sup>②</sup>袁向和：《高校学位授予权：本源、性质与司法审查》。

即学位授权审核是基于行政许可的法律授权,或是“资格审核”前提下的“法律授权”。<sup>①</sup>申言之,所谓学位授权审核,包含授权前的审核和审核后的授权两个行为环节。首先,授权前须经条件与资格审核。政府与高校之间的资格审核行为具备行政许可的一般特性,其行为性质是行政许可。高校基于行政许可而获得学位授予的权利与资格。其次,审核确认后的高校因《教育法》《高等教育法》和《学位条例》的调整而获得法律授权。基于法律授权,高校获得行政主体资格。因而,学位授权审核在法律属性上兼具许可和授权的双重属性。

## 五、结语:基于双重属性的学位授权审核制度发展

学位授权审核制度改革是《学位条例》修订和学位法立法进程绕不开的话题。当前理论和实务上对学位授权审核的主要质疑焦点在于:其一,授权前审核的合法性、正当性与公平性问题。这直接关乎高校、科研机构等办学单位能否通过审核进而获得学位授予权,因而也是学位授予单位最为关注的焦点。其二,审核后授权的合法性、明确性问题。这一问题之所以重要,盖因其直接关系高校学位授予行为的法律定性,关系学生的学位权益以及纠纷解决途径问题。有鉴于此,未来学位授权审核制度的改革完善也务必回应这两点质疑。

### (一) 遵循《行政许可法》,推动授权前审核的法治化改造

行政许可是政府监管社会的一种控制手段。<sup>②</sup>学位授权前审核也是政府社会性规制的重要措施。<sup>③</sup>“在政府管制低效与市场失灵同时存在的情况下,完全放弃管制并非解决问题的万全之策,因此实行管制创新与部分放松管制成为政府管制的发展方向。”<sup>④</sup>对于学位授权审核而言,加强对学位规制者——政府——的规制,实行部分放松规制,推动学位规制创新也是学位管理的发展方向。顺应简政放权新常态,政府应当逐步加大向高校的放权力度。将政府对高校的办学许可与高校学位授予权相结合,扩大自主审核单位范围,简化新增学位点审核程序;变事前审批制为备案批准制。政府在学位授予规制中的主要职能应当从全流程的微观监管转向宏观层面的规划与引导。

尤为重要的是,未来立法应当明确学位授权资格审核的基本条件,完善学位授权审核程序机制。学位授权审核应当符合《行政许可法》有关审核条件设定及相关程序的规定。现行《学位条例》对此并无明确规定,而是由《博士硕士学位授权办法》《学位授权审核基本条件》等规范性文件的形式加以规定。正义要实现,还必须以人们看得见的方式实现。因此学位授权审核的程序启动、申请程序、审核程序、听证程序、决定程序、批准程序、公开程序、参与程序、公示程序、异议程序、救济程序等程序机制是学位授权审核制度改革与重构中必不可少的制度要素。建议在国家立法中直接增加规定学位授权审核基本条件与相关程序,并强调学位授权审核主要是对学术水平的判断和审核。

### (二) 基于授权明确性原则对高校学位授予权加以明确授权

此前,由于学界对“行政授权”概念内涵及其外延存在诸多分歧;立法上对授权形式、授权对象、授权内容等也缺乏统一而明确的认识,学位授权审核的法律属性经历了从“授权说”向“许可说”的演化过程。但这并不意味着“授权”可有可无。正如上文所揭示的,学位授权审核制度包括“授权前的审核许可”和“审核后的法律授权”两个行为机制;完整的学位制度包括资格条件审核、学位授权、学位授予三个行为阶段。因此,学位授权是联结审核许可与学位授予的必不可少的一环。

我国行政诉讼法意义上的授权,根源于旧《行政诉讼法》第25条第4款。该款规定:“由法律、法

①周佑勇:《法治视野下学位授予权的性质界定及其制度完善》。

②胡建淼:《行政法学》,北京:法律出版社,2015年,第548页。

③[日]植草益:《微观规制经济学》,朱绍文等译,北京:中国发展出版社,1992年,第22页。

④湛中乐:《简论法治政府与行政监管》,《行政规制论丛》(2009年卷),北京:法律出版社,2009年,第54页。



规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为,委托的行政机关是被告。”2014年新修订的《行政诉讼法》第2条第2款对规章授权加以确认。我国行政许可法意义上的授权,根源于《行政许可法》第23条之规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在法定授权范围内,以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。”据此,行政法上所谓授权,系指法律、法规、规章直接赋予行政机关以外的社会组织,特别是具有管理公共事务职能的组织,以行政管理职能的法律制度。<sup>①</sup>

基于授权的一般原理,为保障学位授权的合法性和有效性,未来对高校学位授权应当符合以下要求:首先,授权须通过法律法规规章进行。在我国行政法理论中,通过法律、法规和规章是授权的唯一形式,也是区别授权与委托的主要标准。同时,基于学术自由、受教育权的基本权利属性,这种授权也应遵循法律优位、法律保留原则,以《教育法》《高等教育法》《学位法》等教育基本法的授权为宜。其次,授权对象限定为通过资格审核的高校或科研机构。并非所有的高校和科研机构都具有学位授予的资格、条件与能力。这注定了学位授权不可能是一种普适性、概括性授权,只能将学位授予权赋予具备特定资格和条件的高校和科研机构。因而其授权对象应限定为政府资格与条件审核通过的特定高校和科研机构。再则,授权的内容必须明确。在美国行政法中,授权须受“无标准便无授权”原则的支配。大陆法系行政授权也须受“授权明确性原则”的约束。<sup>②</sup>因此,未来学位法也应避免抽象性授权,避免产生不必要的歧义,应对授权对象、内容、形式等要素加以直接而明确规定。

基于此,在未来学位法中,建议将“授权前的审核”和“审核后的授权”进行区分,分别加以规定。对于“授权前的审核”可以设置专章,侧重审核的资格、条件与程序的具体化。对于“审核后的授权”可以放在总则部分加以规定,明确授权之前须经审核,授权对象限定为经资格审核通过后的特定高校。建议增加规定:“高等学校等学位授予单位对学位的授予、撤销等活动,适用本法。”并将《学位条例》第八条修订为:“硕士学位、博士学位,由经国务院学位委员会审核通过的高等学校授予;学士学位,由经省级学位委员会审核通过的高等学校授予。”<sup>③</sup>

(责任编辑:程天君 石亚兵)

## Licensing and Authorization: On the Dual Legal Attributes of Degree Authorization System

LI Yuxing

**Abstract:** There are two theories on the legal nature of degree authorization system: authorization theory and licensing theory. The influence of traditional authorization theory tends to decline, while the new licensing theory has gradually gained a dominant position, promoting the licensing reform of the degree authorization system. However, neither the authorization theory nor the licensing theory can fully reveal the legal nature of degree authorization system, but they both reveal the legal characteristics of the system from different aspects, thus both having certain rationality. Academic degree authorization system includes pre-authorization audit and post-authorization, which have dual legal attributes of licensing and authorization.

**Key words:** degree authorization system; administrative licensing; legal authorization

**About the author:** LI Yuxing, PhD in Law and Fellow of Jiangsu Intercollegiate Collaborative Innovation Center for Regional Rule of Law Development, is Associate Professor at School of Law, Southeast University (Nanjing 211189).

<sup>①</sup>胡建淼:《行政法学》,第551页。

<sup>②</sup>城仲模:《行政法之一般法律原则(二)》,台北:三民书局,1997年,第422-426页。

<sup>③</sup>周佑勇:《法治视野下学位授予权的性质界定及其制度完善》。