

论我国公办高等院校公务法人的定性

范 奇

(重庆大学 法学院,重庆 400045)

摘 要:“田永案”依据法律法规授权理论明确了高校行政主体性质,随着司法审查范围的扩大化,意味着行政权不断扩张,引发与高校民事法人化内部张力的悖论。悖论实质是因人为地割裂了公法人与行政主体理论的关联,导致高校法人性质被局限于民事领域造成的。民法作为一种私法一般不会涉及公法人的权力义务。公法人需立足于公法领域,通过公法原理来解答。高校法人化是一种公法人化,以实现高校组织最佳化与行政权行使方式契约化。鉴于传统法律法规授权理论的弊端,高校主体理论也应发生学理切换:从传统“授权组织”到公共行政下的“公共组织”,以相对独立的公务法人地位来满足现代大学治理与建设要求。

关键词:高校;公法人;行政主体;公共组织

中图分类号:DF36 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2020.06.02 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、研究缘起:司法审查引发高校法人张力悖论

2019 年是我国《行政诉讼法》颁布 30 周年,中国行政法学研究会等举行了“推动中国法治进程十大行政诉讼典型案例评选活动”。“田永诉北京科技大学学位纠纷案”(以下简称“田永案”)居榜单。“田永案”被称为高等教育行政诉讼领域“里程碑式”案例,身披众多光环使其判决背后的法律悖论易被忽视。

针对“田永案”,最高人民法院“指导案例 38 号”列举了三个裁判要点,但最为重要是司法审查何以介入?即公办高等学校(以下简称“高校”)何能成为行政诉讼被告。法官以法律法规授权理论为据进行了证成。按此判决逻辑:高校作为“法律法规授权组织”时是行政主体,行使行政权。换言之,人民法院依据授权原理将高校编入狭义传统行政组织行列,高校行为是行使行政权的行为,以

收稿日期:2020-10-12

鸣谢:感谢翟老师对本文的指导和帮助。

作者简介:范奇(1990),男,湖南衡阳人,重庆大学法学院宪法与行政法专业博士生。

满足审查的正当性,然而“这里可以看到法律运行方式是如需使学生的权利救济成为可能,就必须在法律解释论层面上将高校的行为解释为实质上的行政权的行为,其适用的结果是不断扩张行政权。”^①行政权出自行政主体,随着不同类型的高校诉讼案件的增长也即意味着高校与传统行政主体(主要是行政机关)的趋同性将进一步增强。事实也正是如此,20余年来我国高校教育行政纠纷案件呈现增长趋势,数量蔚为可观,已诉案例有两个特点:一是横向上司法审查的范围有所扩张;二是纵向上司法审查的强度得到增加。^②如此扩张之势(传统行政机关地位的强化),与我国高校已进行的去行政化、法人化改革呈现内部张力,甚至是一个易被学者忽视的法律悖论。

1995年颁布的《教育法》第31条、1998年颁布的《高等教育法》第30条明确了高校的民事法人资格;2010年制定的《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010-2020年)》突出强调了“探索建立符合学校特点的管理制度和配套政策,克服行政化倾向,取消实际存在的行政级别和行政化管理模式”,去行政化成为高校改革的法定政策与行动指南;2017年教育部等五部门联合发布了《关于深化高等教育领域简政放权放管结合优化服务改革的若干意见》,列举的高校自主权达19项之多,核心目的是“进一步向地方和高校放权,给高校松绑减负、简除烦苛,让大学拥有更大的办学自主权”;2020年7月教育部下发《关于进一步加强高等学校法治工作的意见》,再次明确要“减少行政干预,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。”以上众多法律法规与规范性文件已充分肯定了高教体制改革应朝着“政校分离”的独立法人化与社会化方向发展。由此可见,目前司法审查扩张引发的逻辑悖论是:高校深陷法人自主需求与行政授权下行政机关的趋同,或者说陷入法人改革的去传统行政组织化与司法扩张的入行政组织化这对矛盾中无法自拔。

有鉴于此,本文尝试从悖论发生的内在促因去刺破掩盖问题真相的面纱,认清高校这类权力组织法人化的本来面貌,并对法律法规授权组织的缺陷进行揭示,从而革新高校主体地位理论,为司法介入寻找最佳的学理支撑。

二、悖论的促因:割裂公法人与公法的关联

概括而言,这种悖论本质上是因我国学界人为地割裂了公法人与公法的关联(主要是与行政主体理论的关联),导致高校法人身份被局限于民事领域,从而与行政主体身份之间形成了一种不可调和的张力造成的。具体可从以下层次来展开。

(一)事实前提:我国高校改革中的三重法律身份

首先,在我国高校改革中从法律层面率先明确了高校民事法人性质。1986年的《民法通则》第50条、1995年的《教育法》第31条、1998年《高等教育法》第30条整体倾向从民法角度界定了高校法人地位,加之《教育法》第28条、《高等教育法》第32-38条对大学法人自主内容的扩充,因此在规范

① 朱芒:《高校校规的法律属性研究》,载《中国法学》2018年第4期,第156页。

② 前者主要指代行政诉讼的受案范围。从颁发学位证、毕业证到撤销学位证行为;从开除学籍单一行为到改变学生身份的类型化行为;从不录取行为到招生行为等,受案范围以受教育权为依托呈现明显扩张趋势,参见何海波:《行政诉讼法(第二版)》,法律出版社2016年版,第182页。后者指行政诉讼的审查强度。随着新修订的《行政诉讼法》明确了法院对规章以下的规范性文件的附带性审查功能,司法对校规的介入正当性更为充足,有学者以时间为线索梳理了司法介入高校的典型案件,从而得出了整体上司法审查强度呈扩张趋势的结论,参见朱芒:《高校校规的法律属性研究》,载《中国法学》2018年第4期,第140页。

层面,高校理应成为一类相对独立于国家机关体系的社会自治组织。然而,按照公私法分立理论,民法中的法人概念指向对象应当是组织体的营利性和独立财产权,却不应当涉及高校公法上的权利与义务,这就导致高校公法地位及相关理论实际上长期被遮蔽。

其次,为保障高等教育的公共属性,高校在行政法规中被定性为事业单位。依据《事业单位登记管理暂行条例》第2条、2012年《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》,高校属于公益二类事业单位。结合前述法律规定,高校被冠之事业单位法人头衔,然而将民事法人与事业单位两个概念结合在一起,带来诸多挑战^①。有学者主张作为一类公法组织机构,高校“组织和治理应该遵循公权力运行的机制,而不是民法”。^②在90年代末确立的“法人+事业单位”概念一定程度上造成了高校法律地位模糊。

为解决行政诉讼被告资格问题,司法实务中将高校列为法律法规授权组织。然而,法律法规授权组织与事业单位法人是何种关系,一直未得到学界合理地阐明。目前高校至少存在民事法人、事业单位、法律法规授权组织三种主体身份,且三类身份各有所指,导致三者之间关系并非完全自治,造成了高校主体性质归属不明。这集中表现为以下冲突:一方面基于对学生与教师权利的救济,需承认高校是公权力行为的享有者,需受行政诉讼程序的控制,完成行政诉讼被告主体资格——行政主体的证成;另一方面出于公立高校独立法人化和去行政化的改革需要,又要赋予高校法人私权利方面的特质,以实现自主办学的目标。

可见,我国高校改革遭遇法律身份并存的难题,集中表现在入行政化与去行政化的价值冲突,这是认识高校主体地位问题的一个事实前提。

(二)冲突的逻辑起点:民法学界对法人制度的“先占”

对于法人制度,“我国法学界长期的一个共识是:法人是一个民法概念,似乎只有私法(民法)上才有法人的问题,而公法上没有法人的问题。”^③

我国20世纪末《教育法》《高等教育法》中对高校法人地位的规定某种意义上有去行政化趋势,尔后基于对学生与教师权利救济的司法实务重新确立高校行政主体这类公权力地位,而法人的属“民”性质无法有效兼容公权力组织性质,导致前后二者在此形成学理上的冲突与张力。这恰是源于私法(民法)界对法人概念的“先占”与“垄断”。

(三)程度的加剧:传统权力观与法人概念冲突

行政主体包括行政机关和法律法规授权组织,两者成立共同的核心要件之一是行政权力,换言之,行政主体成立的标志即是主体行使着行政权力。在“田永案”中,人民法院认为:“即某组织的活动适用行政诉讼时……必需实质上所行使的是行政职权。”^④因此,高校颁发证书行为、招生行为、改变学生身份的管理行为等皆被认为是代表着国家而行使的教育行政权力。

事实上,高校不可避免拥有公权力。然而,某些人对权力早有着“刻板印象”,认为当高校列为行政主体时容易与行政机关趋同从而与法人组织的性质不符。

① 参见任中秀:《“事业单位法人”概念存废论》,载《法学杂志》2011年第7期,第118-120页。

② 方流芳:《从法律视角看中国事业单位改革——事业单位“法人化”批评》,载《比较法研究》2007年第3期,第27页。

③ 葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期,第83页。

④ 朱芒:《高校校规的法律属性研究》,载《中国法学》2018年第4期,第143页。

三、冲突的消解:回归公法人的公法属性

(一) 属性上的澄清:法人是横跨公私法域的人格拟制技术

我国民法学者对法人制度的“先占”与学界片段性移植密切相关。学术史表明国外法人(Juristische Person)概念完善于19世纪初,海尔塞的《基本民事权利体系概念》与萨维尼的《现代罗马法体系》是这一时期的代表著作。但此时,“法人就是一个人拟制具有财产能力的主体,法人的本质存在于财产能力的属性之中。”^①因而在历史法学派眼里法人被完整的贴上私人属性标签。显而易见,这一私法人概念被我国上世纪80年代的一些民法学界所继受,而在国家法等公法学界却鲜有学者关注,从而形成了民法学界对法人制度的垄断局面。

如果以上述19世纪初为历史节点,查看国外法人制度的史前和史后史,不难发现法人是横跨公私法域的人格拟制技术。在此之前,法人制度是为弥补自然人这类主体对多元化市场主体权能的涵盖不足,人为创设的一种完成特定的法律任务的拟人化技术^②,并未明示这类概念的公或私属性。在此之后,透过人格技术法人理论法人概念由私法向公法进行了扩张,而这条扩张之路中,格贝尔、拉邦德、耶利内克、奥托迈耶等公法学人的建构与内化功不可没。^③

总结而言,法人制度是用以理解组织体权利义务的人格功能而演化出的一种组织。因而,高校法人化亦可从公法视角切入。

(二) 内容上的明晰:公法人是授权型行政主体的表达

“行政主体是实施行政职务的主体,行政职务不是私人事业,行政主体只能是公法人。”^④这揭示了公法人作为行政主体一种组织法结构形式的性质。行政主体选择以法人的形式呈现可从权力的分散化与责任承担这两个角度来理解。法人制度的核心内容之一是人格拟制与意志承担,这与行政主体成立要件吻合。换言之,公法人制度能实现主体权力、义务与责任要素的有效分离与组合,是识别行政主体的前提,这是授权型行政主体理论基本要义。

公法人是实现授权功能的重要主体人格化机制,有利于行政主体的多样化和专业化。反之,行政主体的公法人表达正与行政组织机构的分殊化、专业化变革需求以及权力运行的效率化、法治化进程有着极大的关联。特别在高校改革进程中,法人可望实现了新的扩张,高校法人化属于其中的一部分。而从功能上看,这种扩张本质上是公法人促成行政组织最佳化与权力行使方式契约化等新内涵的体现。

(三) 功能上的重塑:行政组织最佳化与方式契约化

以国外公立大学为例,近年来,日本的《独立行政法人通则法》颁布实施,确立了国立大学法人;韩国《国立大学法人化法》的立法报告出台,大学运营体制更自主化与契约化;德国则重塑《大学法人基准法》,构建学术企业体。

① 屈茂辉等:《法人概念的私法性申辩》,载《法律科学》2015年第5期,第96页。

② 参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第262页。

③ 参见[德]施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800—1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第106页。

④ 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2016年版,第31页。

各国的法人化再造,从公法学视角检视,属于“正确之行政决定”的组织法理论范畴。帕累托最优(Pareto-optimality)是法经济学分析法在行政法领域的表现,效率或经济性考量被吸纳为行政法的一般法律原则,使得组织形式选择裁量时呈现合理性与合目的性双驱并进的效果,合理性是行政组织的形式法治模式,合目的性则是实质法治的体现。因此,最佳化是追求以合目的性为基准的实质法治。那么何谓组织选择的合目的性,有学者提出了“行政任务的有效达成”这一检验标准:即“行政任务能就‘形式合法性’这一向度之外,提供了建构行政组织合法性的另一种进路,为行政组织合法性提供证明或补强”^①。行政任务的有效达成实则是一种功能主义思维,选择公法人作为推进政府机构改革实际是一条以目的为导向的功能主义路径。

法人化另一层面的内涵是公权力行使方式的契约化。公权行使“契约化”,可以消解前述传统公权观念与法人间的误解与冲突。譬如,从国外情况看,在高等教育领域,德国各州颁布的《高等学校法》确认了作为财团法人的公立高校地位,通过行政协议、目标合约等实现变革,“其实质是吸纳私法的‘契约’要素,实现公法上的‘合意’,促使公法人制度‘自治功能’与‘绩效功能’的有机统一。”^②法国公立高校在1968年的《高等教育方向指导法》就已确立了公务法人地位。随着2007年法国《大学自治与责任法》以及2013年《高等教育与研究法》颁布实施后,合同机制得以深化。^③2017年法国《高等教育与科研白皮书》中也提及未来法国应加大对高校的科研投入与契约化管理。与此相比,日本、韩国高校法人体制也在经历同样的改革。^④

因此,我们通过对公法人内容的明晰与功能的重塑,弥合了公法人与行政主体关系裂缝,前述高校法人性质悖论发生的逻辑基础已然消失。申言之,不应再将高校法人化偏安于“民事主体化”的认识误区内,造成法人化是“去行政主体”的误解。高校法人化应从公法层面来理解,是行政组织的最佳化与权力行使方式的契约化,高校行政主体面孔焕然一新。

四、以“公共组织”理论重构公立高校行政主体地位

(一) 重构高校“授权组织”的必要性

我国高校的法律法规授权组织理论,源于“被告型行政主体”的创制,法律法规授权组织理论的弊端至少有四点:

1. 概念自身的缺陷。它不能有效涵盖除行政机关之外的所有行政诉讼被告。对未得到法律明确授权,但实际行使或分享公权力的组织,如何保障相对人获得公法手段救济并未得到明确。譬如民办高校,在目前的教育行政体制下,很难辨别出其与公立高校的具体差别,特别是在颁发学位证书、招生、退学等管理行为上。因此,法律法规授权组织概念并不周延,不能有效地解决所有的公权力主体被告资格问题。

^① 贾圣真:《行政任务视角下的行政组织法学理革新》,载《浙江学刊》2019年第1期,第178页。

^② 姚荣:《公私法域的界分与交融:全球化时代公立高等学校法律地位的演进逻辑与治理意涵》,载《复旦教育论坛》2016年第4期,第24页。

^③ 姚荣:《迈向监管型治理:西方公立高校与政府关系变革的法律透视》,载《重庆高教研究》2018年第4期,第6-7页。

^④ 韩国的法人化改革可参见刘原兵:《韩国国立大学法人化改革的政策分析——以蔚山科技大学为例》,载《高教探索》2013年第3期,第77-78页。

2. 内在结构与公法人化功能有悖。法律法规授权组织在结构上有三部分,“法律法规”是指授权方式,“组织”是授权的对象,而核心部分是以“授权”表示“组织”权力的来源方式。^①授权是实现行政组织内部权力的流转与责任分担,具有较强的“内部性”特征,这就导致了行政机关与法律法规授权组织成为行政主体的一体两面,两者本质趋同。而一旦高校确认为法律法规授权组织,难免被编入狭义行政机构行列、造成行政权不断扩张的印象。

3. “授权”标准不统一导致进退维谷。成为法律法规授权组织是意味着某个主体完整的享有行政主体地位,还是就单个行为享有呢?“田永案”中已得到答复,高校只有在颁发学位证书是行政主体。随后司法实践中将颁发“双证”行为、开除行为、招生行为明确纳入了受案范围,高校只有执行这些行为时是行政主体。由此可见,高校并非行政主体的完整享有者。依此有学者对高校主体地位进行了三分法:即“行政主体、行政相对人与民事主体”^②,这导致高校主体角色的割裂与混乱。然而问题是,同样属于学生管理行为的严重警告处分,包括2018年10月华中科技大学的“本转专”事件中的学历降级处分,在行为构成要件上与开除行为、颁发“双证”行为并无质的差别,却遭到“授权”标准的分割,导致行政救济的局部性与单个性。

由此可见,法律法规授权组织定性存在一定弊端,为回应高等教育全面深化改革的需求,应创新高校行政主体地位理论。

(二)“公共组织”:高校公法人构造的支撑性概念

“公共组织”这一概念比较符合我国实际情况。一方面,我们对于公共行政领域的“公共组织”理论有一定理论与学术积累。例如,姜明安教授在其早期的著作中已阐明:“国有企业、公立学校、科研院所等的行政是属于其他非国家的公共组织的行政。”^③罗豪才教授也指出:“公共行政包括行使某种公共职能的社会组织的行政。”^④更有学者将承担公共职能的“法律、法规授权的组织”称为一种独立于狭义政府的“法定公共职能组织”,它的基本要件包括:“第一,办公经费(主要)来自国家财政经费;第二,具有管理公共事务的独立能力和独立范围;第三,有法律或法规的专门授权;第四,不是行政机关或其分支机构、内设机构及派出机关或机构。”^⑤另一方面,我国高校在事业单位分类推进改革中被划为“公益服务类”,用“公共组织”替换“公益事业单位”过渡起来也更自然。同时,“公共组织”与“授权组织”用词上具有对称性,更能体现高校行政主体基础理论革新时思维逻辑之间的顺延效果。

(三)确立我国高校“公共组织”的功能与价值

如前述,“公共组织”是符合我国实际的支撑性概念。但作为创新基础理论,更为重要的是其相比“授权组织”更符合我国高校公法人化要求,主要有以下三点:

1. 确认高校权力主体地位的独立性

“授权”与“公共”组织两者的主要差异体现在公权力的归类属性上。权力可分为本源性权力与

① 朱学磊:《“法律、法规授权的组织”之身份困境及其破解——以行政诉讼为展开视角》,载《江汉学术》2015年第6期,第5页。

② 湛中乐:《再论我国公立高等学校之法律地位》,载《中国教育法制评论》2009年卷,第30页。

③ 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第2页。

④ 罗豪才:《行政法学与依法行政》,载《国家行政学院学报》2000年第1期,第53页。

⑤ 于立深:《法定公共职能组织的资格、权能及其改革》,载《华东政法大学学报》2016年第6期,第54页。

传来性权力,本源性权力多半具有内生性,依据于宪法和法律规定,传来性权力则具有授予性质,来源于法律二次特许或政府授权。一般而言,“公共组织”存在的意义即为行使一定的公权力或完成特定公共任务,因此相对于狭义政府而言,其权力具有独立性与本源性。

我国高校依据《宪法》第19条、《教育法》《高等教育法》等条款是承担高等教育任务的“公权力组织”。从权力结构看,高校公权力并非政府权力下放,而是源于宪法与法律的规定。它的人格主体是“公共组织”,在2019年5月31所“双一流”高校获得了学位自主审核权,本质上可视为一次有益的“分权”尝试。有利于树立高校独立的主体地位意识与激发学位授予单位的创新活力。

2. 赋予高校行政诉讼被告的整体性

高校教育行政诉讼的难题仍在于受案范围狭窄。有学者认为,不应过分地等待立法层面的回应,而应将行政法学界已有诸多丰硕成果的公共行政理论作为回应高校教育行政诉讼受案范围的切口,将高校作为“公共组织”整体纳入行政法调整范围。^①“公共组织”理论相比于法律法规授权组织理论,在受案范围的着眼点存在差异:前者以主体的公共性质为判别标准,后者是回归“法律授权——具体行政行为”的传统行政法学识别范式,因此前者具有整体性,而后者具有单个性。

3. 保障高校学术主体的专业性

高校是因为其专业性使其具有特殊的组织结构与组织保障。这种特殊性使其无论从宪法结构根源还是行政组织法基础上都有据可依。在组织法方面,行政机构与公共组织对团体建构的着眼点不同,设立公共组织的目的是将社会群体所蕴涵的充满生气的力量引导到自负其责地管理与自己利益相关的事务中,使他们得以正确地应用自己专业知识的权利,从而缩短规范机关与规范相对人之间的距离。因此,高校法人是依据专门的法律来构建法律主体资格的,是实现学术创新专业化组织。

五、余论:为高校“办学自主权”提供新的解释框架

高校法治问题的关键仍在于高校主体性质。长期以来,我国将高校法人性质局限于民事领域,因此不可避免与司法介入扩大所带来的行政主体身份扩张存在张力。通过以上考察,可揭示法人化亦可公法视角切入,它是实现行政组织最佳化与行政权行使方式契约化的手段。高校法人化本质是公法人化,是公共行政的变迁、公权力平权化的一部分,引发高校主体理论从“授权组织”到“公共组织”的创新,高校依据“公共组织”理论,获得了相对独立的公法人资格,意味着高校并非授权组织下政府机构末端。这种理论创新对“尊重学术自由、鼓励学术创新”的高校治理而言,无疑是有益的、而且是有必要的。

本文的结论也能为高校“办学自主权”提供新的解释框架。高校在特定的高教事务上享有法定的管理权。进言之,自主权“则可看作是国家立法机关作为一个高于政府和高校的国家权力机构对政府和高校在管理高等教育事业上的权限划分,是国家根据高校活动的特点对国家高等教育权配

^① 荣利颖:《创新与突破:社会转型期中国高校教育行政诉讼的现实演进及其理论反思》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2014年第5期,第143页。

置的结果。”^① JS

On the Nature of Official Legal Person in Public Institutions of Higher Learning in China

FAN Qi

(Law School of Chongqing University, Chongqing 400045)

Abstract: “Tian Yong Case” clarifies the nature of administrative subject in colleges and universities according to the theory of authorization of laws and regulations. With the expansion of the scope of judicial review, it means that the administrative power is constantly expanding, which leads to a paradox with the internal tension of civil corporatization in colleges and universities. The essence of the paradox is that the relationship between the public law person and the administrative subject theory is artificially separated, resulting in the nature of legal person in colleges and universities limited to the civil field. As a kind of private law, civil law should not be involved in the power and obligation of public legal person. The public law person should be based on the field of public law and be answered through the principle of public law. The corporatization of colleges and universities is a kind of humanization of public law to realize the optimization of university organization and the contract of administrative power. In view of the drawbacks of the traditional theory of authorization of laws and regulations, the subject theory of colleges and universities should also be changed; from the traditional “authorized organization” to the “public organization” under public administration, to meet the requirements of modern university governance and construction with relatively independent official legal person status.

Key Words: university; public legal person; administrative subject; public organization

本文责任编辑:林士平

本文责任编辑:杨尚东

^① 蒋后强:《高等学校自主权研究:法治的视角》,法律出版社2010年版,第28页。