

湘潭大学法学院 湘潭大学宪政文化研究中心主办



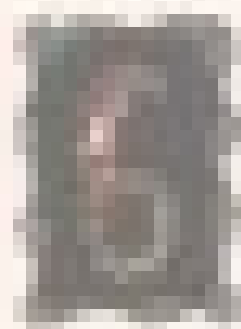
潇湘宪政论丛

(第二卷)

李伯超 胡肖华 主编

湘潭大学出版社

湖南大学岳麓书院 湖南大学岳麓书院图书馆藏



清湘宪政论丛

(第二卷)

（湖南大学岳麓书院图书馆藏）

湖南大学岳麓书院图书馆藏

湘潭大学法学院 湘潭大学宪政文化研究中心主办

潇湘宪政论丛

(第二卷)

主编 李伯超
胡肖华

湘潭大学 出版社

图书在版编目(CIP)数据

潇湘宪政论丛. 第2卷/ 李伯超, 胡肖华主编. -湘潭:
湘潭大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-81128-022-7

I. 潇… II. ①李…②胡… III. 宪法-中国-文集
IV. D921.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 191074 号

潇湘宪政论丛(第二卷)

李伯超 胡肖华 主编

责任编辑: 饶娣清

封面设计: 胡 瑶

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0732-8298966 邮编: 411105

网 址: <http://web.xtu.edu.cn:8080/pub/>

印 刷: 湖南新华印刷集团邵阳有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787×1092 1/16

印 张: 22

字 数: 386 千字

版 次: 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-022-7

定 价: 43.80 元

(版权所有 严禁翻印)

宪政之花,正在草丛中绽放

(代 序)

众所周知,“宪政”这一普适价值,曾经是近代中国有识之士共同追求的美好理想——因为一个国家的繁荣强大起源于宪政“软”实力。然而,在中国近代史上,“宪政时刻”总是姗姗来迟甚或遥不可及,更毋奢谈像宪政成熟国家那样长久造福于民众。但同时我们也应看到,历史的车轮已驶入 21 世纪。经过百年的挫折与奋斗,中华民族从未如此近距离地接近宪政,一个不争的事实是——在中国 960 万平方公里的广袤大地上,一簇簇宪政之花正含苞待放。

2006 年 10 月,河南省郑州市十二届人大常委会第二十四次会议,市政府有关负责人作了《〈关于解决城乡弱势群体看病难、看病贵问题〉代表议案办理情况的汇报》。出人意料的是,该报告经表决未获通过。原因在于人大代表认为办理情况汇报太虚,与广大市民的“只要政府重视,没有解决不了的问题”的心理预期相差太大。

2006 年 6 月,湖北省荆州市第三届人大常委会第八次会议听取和审议了市政府关于优化经济发展环境等工作情况报告,但在最终表决时,有关优化经济发展环境的报告未获通过。

2006 年 12 月,甘肃省金昌市人大常委会否决了金昌市公安局交警的工作报告……

此类例子不胜枚举,这尽管并非表明宪政理想在中国法治土壤中的制度化、规范化,但至少意味着这些宪法现象已逐渐从过去的新闻热点演变成政治生活的常态^①,中国的宪政之花,开始在草丛中萌生并绽放!

^① 在全国范围内,这样的事例还有很多。新疆维吾尔自治区昌吉市第六届人大常委会第二十次会议否决了昌吉市政府关于 2004 年财政决算和 2005 年上半年财政预算执行情况的报告,理由是昌吉市政府财政支出超过了人大批准的财政预算。2001 年 12 月 28 日,广西壮族自治区河池市十二届人大常委会第二十次会议,否决了市政府所作的关于整治网吧的工作报告。

但不容乐观的是，在当今中国现实中，违宪行为仍不乏其例。如我国宪法第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。然而，前段媒体广泛披露：深圳市福田区公安分局将在“打非扫黄”活动中抓获的167人游街示众并在众人围观下直接宣布违法者姓名和籍贯，这种行为，严重侵害了宪法所保护的公民人格尊严。

当今中国的宪政建设正处在风口浪尖。“逆水行舟，不进则退”，这是一条铁律。湘潭大学法学院作为湖南省乃至全国法学研究的基地之一，理应义无反顾地为中国宪政大厦的构建尽绵薄之力。基于此种考量，我们把法学院教师这些年来在宪法基础理论、宪政史、宪法诉讼、行政法以及公法学其他领域的研究成果和精选的部分优秀硕士论文结集出版并结合湖湘文化的历史脉络命名为《潇湘宪政论丛》，以展示我们作为一个学术团队在宪政建设理论方面所做的积极努力。

最后，我还想要说的是，本套书的出版首先当由衷感谢湘潭大学出版社社长章育良教授、责任编辑饶娣清女士以及黎毅先生的鼎力支持与帮助。同时，我的硕士研究生徐靖同学在其毕业奔赴北京大学攻读博士学位的前夕为该套书的第一、二卷的收集、整理和校对也付出了辛勤的劳动，在此一并表示感谢！

胡育华

2007年8月于湘潭大学

目 录

高校校规的违宪审查问题·····	胡肖华 徐 靖(1)
宏观调控行为可诉性分析 ·····	颜运秋(14)
南非平等权的宪法保护及启示 ·····	刘 丽(27)
论艾滋病人及其人权保护 ·····	蔡高强(36)
论我国公务员范围的拓展 ·····	倪洪涛(43)
论宪政视角下的司法体制改革理念 ·····	王天兵(50)
宪法逻辑元视角的中国司法 ·····	丁庚强(80)
受教育权的保障·····	王柱国(115)
高校处分违纪学生法律规制研究·····	刘稳丰(152)
论行政相对人的防卫权·····	康永春(187)
私人财产权的宪法保障·····	程 蕾(217)
接近权及其法律保护·····	周孚林(262)
利益诱导型行政指导行为论·····	王少俊(294)

高校校规的违宪审查问题

胡肖华* 徐靖**

引言

20 世纪的最后几年,中国内地的公立高等学校,在经历和实行国家有关教育管理、投资、招生、教学科研、毕业就业等多方面改革措施之同时,又面临着主要来自学生直接发起的法律挑战。在一股令国人瞩目的诉讼浪潮中,公立高等学校,或者以民事诉讼被告身份,或者以行政诉讼被告身份,步入法庭应接受学生的质问,其终于走出了“象牙之塔”,并开始接受法治的考验。而 2002 年发生的西南某高校女大学生怀孕被开除案却又折射出更深层次的信息,即公立高等学校所制定的规则本身,存在着是否合法与合宪的问题。在宪政主义语境里,法治的本质乃宪治,法治之“法”以宪法为根本。一部制定得良好的学校管理规则,就其终极意义而言,必须合宪且能充分保障大学生权利的实现。然而从当下形形色色的高校管理规则看,其中不乏损及大学生权利的条款,而违宪审查机制的阙如,则使得高校校规难于跳出宪治的盲区。因此笔者认为:尊重和保障大学生合法权利应当从校规的违宪审查开始。

一 高校校规的法律性质

高校校规即高等学校依据国家各类法律、法规,为保障学校教学、科研等工作

* 湘潭大学法学院院长、教授、法学博士、博士生导师。

** 湘潭大学法学院 2004 级宪法学与行政法学硕士研究生。

本文原发表于《法律科学》2005 年第 2 期。

正常运行而制定的一系列体现学校办学特色的规章制度。高校校规具有预先设定性、一定的权威性与强制性,但其毕竟不属于法的范畴,不具有法的全部特征,只是在合法的前提下,可被认为是对法律规范的一种补充或完善。究其性质,可从以下两个层面进行厘定:

(一)抽象行政行为

对高校校规法律性质的分析应当从准确剖析其制定主体——高等学校的法律性质与地位开始。综观海外各国,特别是大陆法系国家,大学的行政色彩相当明显。如法国明确将公立大学视为行政机关,而大学教师则为国家公务员;日本一直也是将大学视作行政机关;德国则将学校作为公营造物来看待,其管理是典型的行政管理,使用者若受侵害,应通过行政司法途径予以救济。我国沿袭大陆法系传统,大学性质多为公立。根据《中华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)第28条之规定,学校及其他教育机构享有的招生权,学籍管理、奖励、处分权,颁发学位证书权,聘任教师及奖励、处分权等,具有明显的单方意志性与强制性,符合行政权力的基本特征,因而在性质上应属于行政权力或者公共管理权力。由此可以推断,高校是经国家法律授权的、行使国家行政权力或者公共权力的事业单位,具有行政主体资格^①。这一结论在《教育法》的其他条款及《中华人民共和国高等教育法》(以下简称《高等教育法》)、《中华人民共和国学位条例》(以下简称《学位条例》)的相关规定中可得到进一步印证,且最高人民法院在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书一案的判决中明确指出:高校具有行政主体资格——“在我国目前的情况下,某些事业单位、社会团体虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等民事关系,而是特殊的行政法律关系。他们之间因管理行为发生争议,不是民事诉讼而是行政诉讼。”^②

高校校规因其具有针对对象的不特定性、效力的后及性与可反复适用性等典型特征,根据行政法学中关于行政行为分类的一般理论,当然应被归属于抽象行政行为之列。

① 陈新民著:《行政法学总论》,三民书店1997年版,第52页。

② 最高人民法院编:《最高人民法院公报》,1999年第4期,第141页。

(二) 自治规章

如前所述,现代“行政法治”理念下,高等学校是行使公共管理权的行政主体;而传统“大学自治”观念中,高等学校则是享有广泛自主管理权的自治主体。大学自治观念一直以来强调学校与权力的相对独立,排除国家的过多干预,学术自由被认为是一种普适人权和公民自由权,任何人藉此得以自由地寻求真理并将真理传授于他人。为保障良好的教育制度,为维护民主之存在与发展,学术自由与大学自治都是必需的^①。这也就是为什么各国宪法在规定国家负责教育的同时,还规定大学享有自治权力的原因。如意大利《宪法》第33条规定:“确保艺术与科学自由及其教授的自由。”“高等文化机关、大学和科学院在国家法律所规定范围内,有权颁布自治规章。”

在中国法律语境里,高等学校经法律、法规授权依法对其内部事务实行组织和管理,校规制定权是其自主管理权的表现形式之一。《教育法》第28条、第29条明确规定,学校及其他教育机构“依照章程自主管理”、“依法接受监督”。《高等教育法》第11条规定:“高等学校应当面向社会,依法自主办学,实行民主管理。”第53条规定:“高等学校的学生应当遵守法律、法规,遵守学生行为规范和学校的各项管理制度。”由此可见,高等学校享有法律上的自治权力,其所制定的规则对大学内部的机构活动具有明确的规范性,是大学自我管理、自我约束和接受监督的基本依据,也是我国教育法制体系的重要延伸,其性质应当定位于自治规章。

当然,这种自治规章不同于一般的行政规范。二者虽然都是行政主体所创制的行为规则,是法的必要补充,但后者主要是为了实施法律规范和执行政策,要受法之严格约束,制定、发布行政规范是“准行政立法”活动;而前者则主要是为了保证学校内部管理的科学化与有序化,尽管其亦必须以合法、合宪为前提,但基于高等教育之特殊属性,法律赋予了高校以较大的自由裁量权,这也使得校规更多地带上了自主、自律色彩。

^① See ACADEMIC FREEDOM 2, ed. By John Daniel, Frederiek de Vlaming, Nigel Hartley, Manfred Nowak, (London: Zed Books, 1993), ppl.

二 高校校规何以接受违宪审查

(一) 高校校规之于大学生宪法权利的背离

1. 宪法权利与普通法权利:双重视野下的大学生权利维度

大学生是现代社会的“边际公民”,在接受高等教育的特定时期,他既是一个“社会人”,又是一个“学校人”。换言之,其具有双重主体身份:首先,大学生是国家普通公民,享有我国宪法所规定的各项公民基本权利,即:平等权,选举权,言论自由、宗教信仰自由、人身自由,批评、建议、申诉、控告、检举权,取得国家赔偿权,劳动权,休息权,社会帮助权,受教育权,私有财产权等^①。其中,对大学生影响最大也是最不容任意侵犯与剥夺的权利莫过于受教育权。受教育权是公民依法享有的要求国家积极提供均等的受教育条件和机会,通过学习来发展个性、才智和身心能力,以获得平等的生存和发展机会的基本权利^②,是一种兼具自由权利和社会权利属性的宪法权利类型,对该权利的保护是塑造大学生健康人格,培育自治精神,提升道德水准,改善基本素质的重要手段。其次,大学生又是公民中的特殊群体,是接受高等教育者,享有我国高等教育法律制度所确认的不同于其他公民的特殊权利,主要包括:参加教育教学活动权,设施、设备、图书使用权,获得奖学金、贷学金、助学金权,获得公正评价权,获得学业、学位证书权,参加社会服务和勤工助学权,组织校内合法团体权等。这些权利实际上是受教育权在高等教育领域的延伸,且其存在以大学生对受教育权的充分享有为前提。

2. 违宪校规:侵犯大学生宪法权利的一只“看不见”的手

在高等教育领域,实际上存在着两个层面意义上的行政:一为教育行政机关的行政,二为大学行政。前者主要强调高校的行政主体资格,后者则重点突出高校的自主管理能力,两者都属于公共行政,自当受行政法治原则约束。高校校规也就是这两种行政共同作用的产物,其实质内容与精神内核亦应体现法治精神,贯穿宪治理念。然而,为数不少的审判实践却向我们传递了这样一个信息:校规中的某些内容与大学生的宪法权利相背离。这些内容,或者直接与宪法明文规定相抵触,或者

^① 关于宪法中的公民基本权利的分类,目前的宪法教科书有各种不同的划分方法。

^② 龚向和著:《受教育权论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第29页。

违背蕴含在普通法中的宪法原则与宪法精神,因而,校规中此类条款是违宪的。具体而言,校规违宪主要有以下几种情形:

(1)侵犯大学生的受教育权。在高教管理中,受教育权虽然不是最易受到侵犯的权利,但却是一旦受到侵犯则影响最为深远、性质最为严重的权利,也是最为学生所关注、产生纠纷最多、权利关系最为复杂的领域。综观当下高校管理规则,不难发现,几乎所有的高校校规中均有关于纪律处分、降级、留级等内容的设定,然而事实上此类条款都或多或少地影响了大学生对受教育权的享有与实现,特别是其中有关开除学籍、勒令退学的规定则直接导致了受教育权的被剥夺。如1994年北京科技大学在其《关于严格考试管理的紧急通知》中规定:“凡考试作弊者,一律按退学处理。”^①又如《西南××学院学生违纪处罚条例》中规定:“品行恶劣,道德败坏,情节轻微者给予严重警告或记过处分;情节严重和发生不正当性行为者,给予留校察看,直至开除学籍处分。”^②

(2)侵犯大学生的私有财产权。私有财产权入宪是我国第四次宪法修改的一大亮点,宪法修正案明确指出:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”大学生与其他公民一样依法享有私有财产权,但部分高校却以种种借口侵犯学生财产权。如某些学校学籍管理条例中规定,学生申请重修、改修或超标准多修学分的应按规定缴费。殊不知,行政事业性收费是必须经过相关政府或财政机关审批的。再如《××大学学生违纪处罚条例附则》中规定:“践踏草坪、损坏花木者处以10元至50元罚款;在学校建筑物的墙壁和桌椅等设施上乱写乱画者,处以10元罚款。”这些都有违依宪法制定的《中华人民共和国行政处罚法》中关于处罚设定权之规定。

(3)侵犯大学生的平等权。平等原则是宪法的基本原则,其贯穿于行政权、立法权、司法权运行的全部领域。高校管理自主权作为一种行政权力,其行使自当严格遵循平等原则,保护大学生对平等权的享有与实现。然而实践中,不少高校校规均有涉及入学及学位授予条件限制的规定,这尽管属于行政自由裁量权行使的范围,但却着实侵犯了大学生的平等权。前者如浙江医科大学1995年12月在其管理规则中规定:从1996年起该校不招收吸烟学生。该规定尽管理由充分、愿望良好,但并不等于合法、合宪,因为其实质性内容——不招收吸烟学生——与我国宪法确定的平等原则相冲突,侵犯了吸烟大学生的平等受教育权^③。后者如华中理

① 程雁雷:《高校退学权的若干法理探讨》,载《法学》2000年第4期。

② 侯毅君:《偷尝禁果引来麻烦——女大学生因怀孕被通报开除,欲告学校侵犯隐私》,载《北京青年报》2002年11月20日。

③ 殷啸虎:《公民基本权利司法保障的宪法学分析》,载《法学论坛》2003年第2期。

工大学1995年在其校规中规定:“从今年秋季起,所有新入学的专科生、本科生、硕士生、博士生都要参加学校举行的汉语水平达标测试,且毕业前未取得达标证书者,不授予学位。”^①该条款虽然有助于提高理工科学生的人文素养,但实际上是以另一种隐性方式非法剥夺了学生的平等获得学位权。

(4)侵犯大学生的申诉权。申诉权作为一种程序性宪法权利,在程序正义理念深入人心的今日,已为公众所熟知。申诉权对处于弱势地位的大学生来说是不可或缺的,因为它能使学生获得救济。而“救济是一种纠正或减轻性质的权利,这种权利在可能的范围内会矫正由法律关系中他方当事人违反义务行为造成的后果”^②。在贯穿“以人为本”精神的现代高教管理领域中,高校更应充分尊重大学生的申诉权,认真听取学生意见,以使自身管理行为体现并保障学生合法权益。但不少校规条款中往往或者只有关于“处罚”的规定,而对受处罚学生是否有权向学校相关部门申请复议、复核只字未提,更不用奢谈设置专门受理申诉的机关、配备相关工作人员以及合理安排具体申诉程序等;或者虽然规定学生不服处理决定有权向上级机关申诉,但却赋予了上级机关以最终裁决权,学生对复议决定不服,不可起诉,从而阻却了司法救济的道路。

(二)现行司法体制之于大学生宪法权利保护的缺憾

1. 传统诉讼模式:宪法权利的救济不济

在现代法制社会的权利救济体系中,诉讼是最主要、也是最有效的救济方式。就目前中国司法体制而言,刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼构成了公民寻求司法救济的三条渠道。然而,这三条渠道仅能在公民普通法上的权利保护方面,凸显其部分功能与价值;而面对大学生的宪法权利保护,则是那般羸弱无力:(1)刑事诉讼途径:由于被告的不适格,而无探讨之必要。(2)民事诉讼途径:司法审判表明不少案件中当事人将宪法权利被侵害的事实作为民事侵权的损害后果对待,请求民事赔偿。虽然赔偿的经济性能在一定程度上弥补当事人所受的损害,但这毕竟是一种民事责任,其实现的也仅仅是对当事人民事权利的救济,而非宪法权利;且通过民事诉讼途径解决此类纠纷,有抹煞高校行政主体资格、否定高校行政责任之嫌。同时,并非所有的宪法权利均能在民事权利领域得以具体化,倘若出现此种情

① 《高等思想教育信息报》,1995年10月20日。

② [英]沃克著:《牛津法律大辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第665页。

形,民事诉讼渠道的宪法权利救济则将面临“堵塞”之危险。(3)行政诉讼途径:行政诉讼是目前解决高校与学生之间纠纷的最常见方式,然而根据《中华人民共和国行政诉讼法》第12条及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条之规定,校规作为抽象行政行为当然被排除在司法审查范围之外。实践中,即便大学生的宪法权利受到校规条款侵犯,亦不能直接以宪法为根据向人民法院起诉并请求判决校规条款违宪无效;而只能对以该校规条款为依据的具体管理行为提起行政诉讼,请求法院判决撤销该行为。但行政诉讼与民事诉讼一样,其判决亦只能应对侵权的表层问题,只具有个案效力,而法院面对违宪的校规条款则无能为力。相应的,部分法治意识不强的高校在日后的管理活动中仍然有可能依据违宪校规作出侵犯学生权利的行为,这实际上既是司法资源的浪费,又是司法疲软的悲哀。况且审判实践亦在向人们昭示着这样一个事实:不少高校与学生间的诉讼案件被法院裁定不予受理或者判决驳回起诉。这就更使得被侵害的权利处于司法保护的“盲区”,此种状态的存在不仅极大地损害了宪法的权威与尊严,而且其本身也是违反宪法的。

2. 违宪审查:尊重和保障大学生权利的宪法选择

英谚曰:“有权利必有救济”,没有救济就没有权利,救济与权利密不可分。诉权是人们在权利受到侵害时请求司法救济的权利,是连接实体权利与司法救济的桥梁。“在现代社会,居于权利体系中的实体权利与程序化的救济权利已成为两种彼此相依的实体权利。”^①事实上,在宪政理念中,接受正义法院的公平审理本身就是一项不可剥夺的基本人权^②。同样道理,大学生的宪法权利与宪法诉权也是不可分割的,宪法诉权乃大学生宪法权利之重要组成部分。纵观全球,几乎所有的立宪主义国家都承认,权利保障是宪法的基本原则和内容,而宪法对权利保障的最根本、最有力的方式莫过于为每一个可能受到侵害的权利主体设置便捷可行的申诉机制,其中最重要的便是违宪审查机制。“一种无法诉诸法律保护的权利,实际上根本就不是什么法律权利。”^③倘若大学生仅享有宪法列举的基本权利而不享有宪法诉权,不能通过宪法诉讼求得司法保护,那么,此时大学生的宪法权利就仅具有“画饼充饥”的意义,高等学校自主管理权的行使也就处于一种无序状态。

① 李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第372页。

② 《世界人权宣言》(1984)第8条:“任何人于宪法或法律所赋予之基本权利被侵害时,有享受国家管辖法庭之有效救济。”第10条:“人人于其权利与义务受判定时及被刑事控告时有权受独立无私之经过平等不偏且公正之听审。”

③ 程燎原、王人博著:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1993年版,第349页。

(三) 校规接受违宪审查之于高校管理法治化的价值彰显

通常而言,价值包括:“国家的安全、公民的自由,共同的或者公共的利益,财产权利的坚持,法律面前的平等、公平,道德标准的维护。另外,还有一些较次要的价值,如便利、统一,实用性等。”^①违宪审查的价值包括违宪审查所保障的客体对人的意义以及违宪审查作为一种程序机制本身存在的意义,前者为实体价值,后者为程序价值。在高校管理法治化的进程中,校规接受违宪审查则能彰显其实体与程序价值:

1. 实体价值

(1)管理秩序之恢复。学校管理秩序应当具有一致性、连续性与确定性,校规作为一种规范性文件确立了高校内部管理的应然秩序,是管理者对学校秩序的制度设计。然而由于违宪性条款的存在,校规在具体执行中受到质疑,其效力也就处于一种不确定状态,学校管理正常秩序因此而被打破。违宪审查权的运行,在维护宪法权威,落实宪法价值的同时,通过判定校规条款有效或无效,结束其不确定状态,从而使原有管理秩序得以恢复,甚至使原有秩序更趋于科学化、合理化。

(2)基本人权之保障。大学生的宪法权利在受到侵犯而无法通过其他途径获得救济时,通过违宪审查一方面使自身权利获得了宪法保护,另一方面则提高了人们的宪法意识,使公众关注宪法,关注宪法上的基本人权。反言之,违宪审查机制的阙如,将使得大学生的宪法权利成为永远被宪政阳光所遗忘的角落,大学生的普通公民身份将在浓厚的行政管理强权色彩下逐步淡化、消失。

(3)失范权力之矫正。法国著名思想家孟德斯鸠曾指出:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是亘古不变的一条经验,有权力的人使用权力一直遇到有界限的地方才休止。”^②在相关教育法律制度尚未建立、健全,依法行政意识尚有待提高的情况下,享有广泛自主管理权的高校往往趋向于不断扩大权力行使范围,增加权力行使方式。对校规的违宪审查是对高校行政权力运行情况进行审查的活动,一旦权力运行偏离法治轨道,违背宪政精神,即出现高校突破权力行使界限,侵犯学生宪法权利时,必然要对此失范、越轨行为进行矫正,追究高校的违宪责任,以确保宪法权威的有力维护和校园秩序的良性运行。

① [英]沃克著:《牛津法律大辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第920页。

② [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),商务印书馆1987年版,第154页。

2. 程序价值

违宪审查的程序价值集中表现为程序正义。程序正义的前身即“自然公正”原则,该原则虽萌芽于英国,但却在美国扎根且得以长足发展,并最终形成了“程序性正当程序”与“实质性正当程序”两个不同概念。前者主要指权利受到损害的当事人有权得到公平审理,为了使他们享有该项权利,他们必须得到通知。后者是指那些可能被概括性地定义为宪法保证的东西,即任何人不得被专横地剥夺其生命、自由和财产^①。对校规的违宪审查过程本身即是一种程序机制。从程序性的程序正义角度而言,它让高校与大学生获得了公平审理的机会,并且为双方设定了广泛的诉讼权利。当事人在此过程中可以进行充分的质证、论证,以证明权利的合法享有或者权力的正当行使。无论校规条款被判违宪与否,双方都因程序的合理设计和被严格遵守而认同结果,判决也由此而获得了正当性,这就是程序的价值。从实质性的程序正义角度而言,审查校规条款是否违宪的过程实际上就是要求高等学校自主管理行为的形式与内容都必须符合立宪精神和宪法规范的过程,它也使得程序本身获得了实质正当性。

(四)校规接受违宪审查之于“行政国”时代权力制衡的必要

进入 20 世纪后,随着社会生活的日益复杂化,国家干预加强,行政权膨胀已成为普遍的政治现象。行政机关一改过去默默无闻的状况,不断强化自己的权力,并频频要求议会授予其立法权,“委任立法”大量涌现,行政机关大有重新集三权于一身之势;相反,议会权力却不断萎缩,国家权力结构的资源配置开始明显由“议会主导”向“行政主导”倾斜。因此,强化司法权对行政权的制约,矫正行政权与立法权的不平衡、失范状态,从而实现权力的新一轮优化组合,是“行政国”时代宪政主义的应有之义。其中,将行政主体的所有行政行为,不论是抽象行政行为还是具体行政行为均纳入司法审查范围,且对有合宪性质疑的行政行为进行违宪审查是实现行政权制约的重要机制。

在国家权力结构发生巨大变革的“行政国”时代,高等学校以其特定身份已悄然步入公权力行使行列。如前所述,其所制定的校规本身已具备抽象行政行为的典型特征,根据该时期权力制衡的必然要求,理应被纳入司法审查的范围;同时,如若校规被认为侵犯大学生宪法权利,则应承受来自宪法的考问,且在宪政实践中已

^① 胡肖华著:《宪法诉讼原论》,法律出版社 2002 年版,第 64 页。

有此类先例存在。如在 *West Virginia State of Education v. Barnette* 一案^①中,美国联邦最高法院适用“明显而即刻的危险”标准判决学校的一项规定^②违宪无效。理由在于:其违反了宪法第一、十四修正案,超越了宪法关于言论自由的限制,即只有国家所合法保护的利益受到极大的紧迫的威胁时,个人自由才有所限制;只有在对学校工作和纪律构成实质上的侵犯时,对言论自由的限制才是必要的。又如我国台湾地区台北高等法院在一个涉及学校对学生处分的案件判决中也认为,各大学以校规规定学生有 1/2 或者 1/3 学分不及格将予以退学的规定,违反了法律保留原则,违反了宪法保障人民有受教育的基本权利,因此该校规无效,被退学的大学生应恢复其学籍^③。

当然,从更深层次方面讲,作为校规制定依据的某些上位阶行政法规范也存在违宪嫌疑,这进一步助长了校规背离大学生宪法权利之可能。如《普通高等学校学生管理规定》第 63 条(“有下列情形之一的学生,学校可酌情给予勒令退学或开除学籍的处分……”)即涉嫌对受教育权的非法剥夺;再如《全日制普通高等学校学生学籍管理办法》第 35 条第 3 款(“在校学生一般应是未婚者。学生如果在学习期间擅自结婚,则应办理退学手续。”)及前述管理规定中第 30 条(“在校期间擅自结婚而未办理退学手续的学生作退学处理。”)等都与《中华人民共和国婚姻法》中所确立的婚姻自由原则相抵触,同时也违背了宪法中所贯穿的自由、平等精神,必然导致对大学生婚姻自由权的非法侵害。这些抽象行政行为同校规一样亦应接受违宪审查,但囿于篇幅,本文暂不叙及。

三 法院审查校规合宪性应遵循的基本规则

(一)法层级效力规则

法层级效力规则,是法治原则在高教管理领域的具体化,也是法院审查校规合宪性应遵循的基本规则之核心。校规制定权尽管属于高校自主管理权范畴,但仍

① 赵西巨:《学生宪法权利与学校自由裁量权》,载《山东省青年管理干部学院学报》2001 年第 2 期。

② 根据该规定,公立学校的学生必须每日向国旗宣誓。宣誓的方式是伸展右臂,掌心向上,誓言原文为:“我向美利坚合众国的国旗及其所代表的共和国效忠,坚信一个国家,不可分割,人人享有自由和公正。”拒绝参加仪式的学生将受到开除的处理,父母及监护人会受到惩罚。

③ 陈新民:《大学自治与法律保留何者为重》,载 <http://www.npf.org.tw>。