

从失衡到平衡

教育及其纠纷的宪法解决

胡肖华 倪洪涛 等著

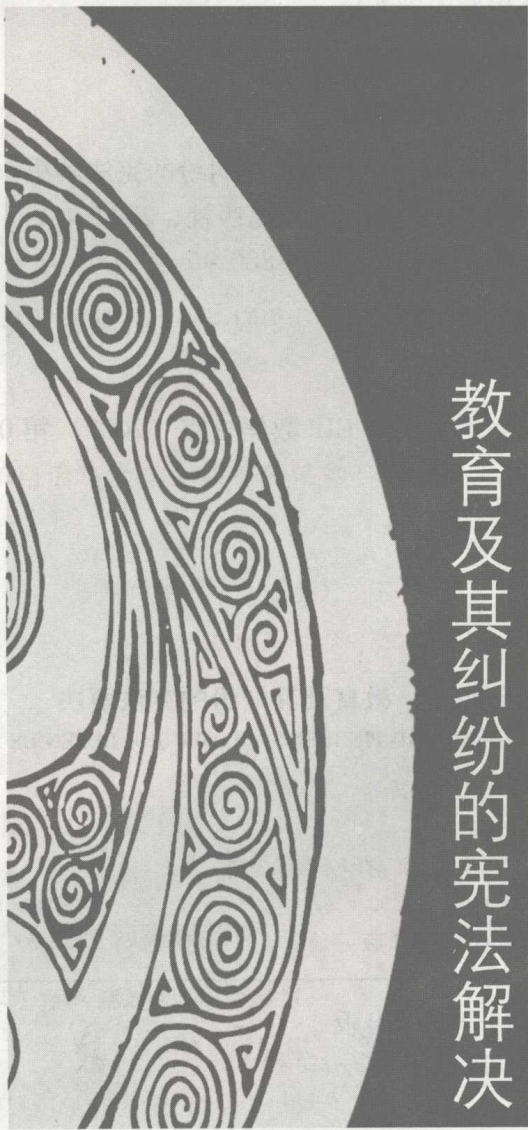
中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

从失衡到平衡

教育及其纠纷的宪法解决

胡肖华 倪洪涛 等著



中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：王烈琦

图书在版编目 (CIP) 数据

从失衡到平衡：教育及其纠纷的宪法解决/胡肖华 倪洪涛等著. —北京：中国法制出版社，2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80226 - 880 - 7

I. 从… II. ①胡…②倪… III. 教育法令规程 - 研究 - 中国 IV. D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 039731 号

从失衡到平衡：教育及其纠纷的宪法解决

CONG SHIHENG DAO PINGHENG; JIAOYU JIQI JIUFEN DE XIANFA JIEJUE

著者/胡肖华 倪洪涛等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/10 字数/205 千

版次/2007 年 5 月第 1 版

2007 年 5 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 880 - 7

定价：24.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66010483

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

本书由湖南省诉讼法重点学科、湘潭大学诉讼法研究中心资助出版。

本著作的研究同时得到了湖南省社会科学基金项目《教育行政诉讼论纲》（项目编号：02BR25）和湖南省教育厅科研项目《教育行政诉讼研究》（项目编号：01C108）的资助，专此致谢！

引 论

学术自由、大学自治与大学生权益公法救济

◎倪洪涛 ◎胡肖华

一、学术自由：大学法制的精神指引

（一）学术自由的内涵析要

学术自由 (Academic freedom) 是西方特别是欧陆诸国大学精神和知识传统的核心与精髓，意在强调学术独立性和自律性的前提下，排斥任何非学术势力对学术活动的干涉和侵犯。这里的“非学术势力”，既包括国家的世俗权力和宗教的精神权力，还包括资本权^①甚或公众舆论等一切外界干预力量，只不过，不同国

① 在美国，南北战争以后，资本权开始大规模向大学渗透并控制了大学的董事会，大学成为一种“受雇人的大学” (hired man's college)，只要董事会内的企业家不满意，随时可以解雇大学教授。因此，侵害学术自由的案件层出不穷，仅在19世纪末就发生了20多起，其中比较著名的案件有：1895年著名的美国学者贝米斯 (Edward W. Bemis) 因反对企业独占而被芝加哥大学解聘；1897年，经济学者安卓斯 (E. Benjamin Andrews) 因主张允许银币的自由铸造被布朗大学解雇；1900年，学者罗吉斯 (Henry Wade Rogers) 因反对帝国主义而被西北大学免职；同样地，著名学者罗斯 (Edward A. Ross) 也因为反对输入劳力和银矿而遭斯坦福大学的解职。See Hofstadter and Metzger, *The Development of Academic Freedom in the United States*, Columbia University Press, 1955, P317.

家和地区在不同历史时期排拒对象的侧重点有所不同罢了。在欧洲中世纪，由于宗教势力对学术研究的血腥镇压，教会成为学者自由探索真理时的主要反抗对象。近代民族国家兴起后，世俗国家乃成为学术自由的最大威胁，时至今日，学术自由所要对抗的外部势力亦主要是国家权力。

随着高等教育^①公共化和国家化的近现代转型，国家权力经由财政投入不断向大学渗透，国家的给付力提升了其对大学的渗透力和控制力。因此，学术自由从原本纯粹的自由权演变成为“防御性（abwehrende）及可请求给付（teilhabende Freiheit）的基本权利”，换言之，现代的学术自由是一项带有社会权属性的自由权。这种权利性质上的变化，使得“学术自由不但要防止国家侵害，同时要求学术研究者享有国家提供财力及机构运行之自由、研究决定之自由。”^② 但不可否认，国家给付是一把双刃剑，它在带来物质支持的同时，也不可避免地伴随着或多或少的权力介入与精神控制，甚至以积极帮助之名行损害学术自由之实。正如布兰斯（L. Brandeis）所言：“当政府的目的在于行善便民时，经验告之我们更应当保有警省以保护自由。生而为了自由的人，对于抵抗藏有恶意的经验者侵犯其自由的行径，自然具有极高的

① 本文所称的“高等教育”是指公立全日制大学、独立学院、高等专科学校、高等职业学校以及承担一定高等教育任务的科研机构实施的教育，不包括成人高等学校和民办高校实施的教育等。并且，为了行文方便，后文将“高校”简约为“大学”，将接受高等教育者包括研究生简约为“大学生”。

② 董保诚、朱敏贤：《国家与公立大学之监督关系及其救济程序》，载于《大学自治、自律与他律》，湛中乐主编，北京大学出版社2006年版，第11页。

敏感力。然而，对自由的最大危险，则潜藏在那种热心者的诱人但却剧毒的行径中，潜藏在那些善意但却令人无法理解其为何如此之善的行径之中。”^① 简言之，“明枪易躲，暗箭难防。”故此，现代社会不应该过分强调学术自由的社会权面，而应该在秉持自由权本质的前提下，使“防御请求权”成为“学术”守护“自由”的关键要塞，只有这样学术自由和国家权力才能和谐共处。

按照通说，学术自由是指学者（并非严格意义上的用语），在免于源自国家、资本、宗教以及公众等不合理干预或限制的情况下，从事研究、学习、探索以及传播真知的自由。就其内容而言，学术自由包括“研究自由”与“教学自由”在学说及实务上似已成为通说，至于“学习自由”是否亦涵盖在内却素有争议。其实，早在 1809 年柏林大学创建伊始，创立者洪堡（Wilhelm Von Humboldt）就提出了“孤独与自由”（Solitude and freedom）的大学理念^②及“学习自由”和“教学自由”并重的办学原则，认为大学的一切都应以学习者探求学问、发现真理为出发点，大学师生的自由意志和学术活动高于一切。^③ 由于“研究”是“教学”的必然前提，很显然根据洪堡的观点，学术自由应该包括“研究自由”、“教学自由”和“学习自由”三部分。其中“研究自由”和“教学自由”是针对教师而言的，“学习自由”则由学生享有。然而，现行德国基本法第 5 条第 3 项却仅规定了“研究

① *Imstead v United States*, xx277, U. S. 479 (1927) .

② Friedrich Paulsen. *The German University and University study*. New York. Charles Scribner's sons. 1906 P49.

③ 黄福涛：《外国高等教育史》，上海教育出版社 2003 年版，第 170 页。

自由”与“教学自由”，似有意将“学习自由”排斥于学术自由内涵之外，这又与德国学界通说将其基本法第12条第1项的“职业自由”条款视为大学生“学习自由”或“学习权”宪法依据的观点一脉相承。日本著名宪法学家芦部信喜教授传承了德国学界的上述见解，并认为学术自由的内容“有学术研究的自由、学术发表的自由以及教授的自由三个方面。”^①而美国教育法制上学术自由的大学理念实际上也移植于德国，在19世纪中叶美国引进学术自由观念的早期，只强调其中有关学习自由部分，藉此要求大学改革课程内容、提供学生更多选课的自由，以便消减繁重的必修课。但是，随着大学课程改革的不断深入，以及美国大学教师招致资本权干涉的日益加剧，学术自由的重心逐渐从“学习自由”转向了“教学自由”，教师的权利与自由引起了社会更多的关注，至于学生的学习自由反而被慢慢淡忘了。^②在我国台湾地区，有关学术自由内容之争，也形成了分庭抗礼之势。有学者认为学术自由包括学习自由，^③而有的学者对此则持有异议，^④直至“司法院大法官会议”释字第380号解释出台——“‘宪法’第11条关于讲学自由之规定，系对学术自由之制度性保障；就

① [日] 芦部信喜：《宪法》（第3版），林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第147页。

② Leo L. Rockwell, “Academic Freedom ——German Origin and American Development”, 36 AAUPBull. (1950), PP. 231—235.

③ 参见颜厥安：《大学共同必修科目之规定是否抵触学术自由》，载于《政大法学评论》第53期；李惠宗：《教育行政法要义》，元照出版有限公司2004年版，第288页。

④ 参见董保城：《教育法与学术自由》，元照出版有限公司1997年版，第116—118页；林纪东：《“中华民国宪法”逐条释义（一）》，三民书局1987年版，第160页。

大学教育而言,应包含研究自由、教学自由及学习自由等事项”,^①方才经过一段时间的争论逐渐尘埃落定,归于统一。

申言之,上述学术自由的内容之争,实质乃是学术自由主体之争,只要承认了大学生学术自由的主体地位,问题将随之迎刃而解。那么,究竟谁享有“学术”的“自由”权呢?换言之,学术自由主体地位应“花落谁家”呢?对此,有二个层面的问题亟待厘清。一方面,学术自由是特定主体享有的一类特殊基本权,还是一般公民都享有的普遍性宪法权利;另一方面,学术自由是个人权利,还是“集体权利”,抑或兼具“个人权”和“集体权”两个层面的属性。

就第一个层面的问题而言,笔者认为,学术自由并非是每一个公民都享有的一项基本权利,而是那些具有真正研究偏好的人的一项宪法“特权”。从历史上看,中世纪“学者行会”里学者所享有的学术自由正是从教会束缚中剥离出的一项研究“特权”(privilege)。学术是学者的事业,而所谓“学术”是指“严谨且有计划地尝试对真理加以探究”的活动。如果将其泛化和庸俗化,失去物质和精神特殊保障的学术,不仅是对历史内在逻辑和文化传统的背离,而且对于知识的传承、创新和人类未来也将是灾难性的。“当一些人被允许做另一些人不能做的事,或不要求一些人做另一些人必须做的事的时候,就有特权的存在。”^②学术研究的从事者就是这些人,因为他们肩负着“传递深奥的知识,分析、批判现存的知识,并探索新的学问领域”的历史重任。既

① 《“大法官会议”解释汇编》,三民书局1999年版,第379页。

② [美]约翰·S·布鲁贝克:《高等教育哲学》,王承绪、郑继伟等译,浙江教育出版社2004年版,第68页。

然我们每个人无时不在享受着“知识增量”所带来的生活便利，就必须支付对研究者予以充分保障的社会对价，给探索高深学问的人以宽松的自由环境和足够“闲暇”时光，让他们在紧张与放松的自由交替中恢复精力、寻找灵感。其实，西方语言中的“学校”一词（ecole, escuela, schule 等等），就是从古希腊“闲暇”（σχολη）一词演变而来的。^①正因为如此，学术自由是在“公民自由”基础上的升华，二者虽存在着内在关联但却有着质的区别。尽管每个公民都不同程度地有着探索未知的偶发冲动并享有“突发奇想”的精神自由，那也仅仅是宪法上的思想、良心自由和表达自由，与严格意义上的“学术”无涉。只有从事研究或讲学等与学术有关的人，才可以主张宪法上所保障的学术自由。

由于深受德国法治传统的影响，我国台湾地区的公法学界对第二层面的问题似已达成共识，即认为学术自由具有“个人基本权”和“集体性权利”的双重品格。^②董保城先生的观点极具代表性：“大学首重学术自由，而学术自由作为宪法基本权，一方面可作为大学教师个人之防御权，另一方面同时可视为是一‘集体性基本权利’（Ein kollektivers Grundrecht），而成为大学本身作

① [美] 约翰·S. 布鲁贝克：《高等教育哲学》，王承绪、郑继伟等译，浙江教育出版社2004年版，第90页。

② 相似观点参见许育典：《法治国与教育行政》，高等教育文化事业有限公司2002年版，第270—274页；李惠宗：《教育行政法要义》，元照出版有限公司2004年版，第289—291页；许宗力：《宪法与法治国行政》，元照出版公司1999年版，第454页。

为权利主体所享有之基本权利，故可谓大学之基本权利”。^① 对此，我国大陆学者湛中乐教授认为：“学术自由是一种对世权，具有一种排他的效力。它不仅要求不受行政力量的干涉，也不受其他学术人员的干涉，所以它的主体是单个的个体。”^②

学术自由关涉知识的探索、研习与传播，并且以研究为前提和基础，而“研究”是一项精神活动，离不开内在思想及其外在表达。学术自由尽管与宪法理论中的“精神自由权”有着本质上的差别，它却源于精神自由，是精神自由的更高境界。精神与思想活动是人的特有功能和权利，如果承认学术自由为一项“组织化基本权”，试问作为机构或法人的大学（包括其他研究机构 and 学会）虽可表达思想于外，但它能够独自形成思想于内吗？意志是人的特质，因此，笔者主张，学术自由权的主体是个体而非组织。就大学而言，以教授为核心的教师和学生才是学术自由的真正主体，而且，其间教师又处于主导地位。正如美国联邦最高法院大法官道格拉斯（Douglas）所言：“如果教学环境中充满被人怀疑的气势，教师害怕自己的工作动辄得咎，则就无所谓学术自由，而智慧的激荡也就荡然无存了”。^③ 大学生在学习和参与学术活动时亦应成为学术自由的权利主体，只不过由于受知识积累和

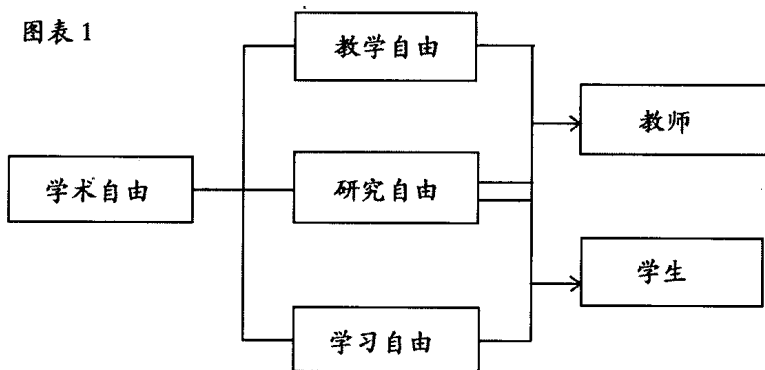
① 董保城、朱敏贤：《国家与公立大学之监督关系及其救济程序》，载于《大学自治、自律与他律》，湛中乐主编，北京大学出版社2006年版，第3页。

② 湛中乐、韩春晖：《论大陆公立大学自由权的内在结构——结合北京大学的历史变迁分析》，载于《大学自治、自律与他律》，湛中乐主编，北京大学出版社2006年版，第58页。

③ 转引自秦梦群：《美国教育法与判例》，高等教育文化事业有限公司2004年版，第152页。

研究方法等客观因素的制约，作为受业者其权利会受到种种限制与影响。至于教辅人员，除非具有大学教师“协同工作者”的身份，一般不属学术自由所保障的范畴。因为，“学术界不是人人平等的民主政体，而是受过训练的有才智的人的一统天下。由于经受了这种长期艰苦的知识训练，运用真理标准的自治得到了妥善保护”^①。那么，作为莫伯累笔下“学者王国”的大学又处于何种法律地位呢？笔者以为，大学是相对于国家等外界势力而言的自治主体。

综上，既然大学生亦是学术自由的主体，学术自由的内容自然就应包括“研究自由”、“教学自由”和“学习自由”三个方面。其中，大学教师是研究自由和教学自由的权利主体，大学生则是学习自由的权利主体，同时，也不能否认他们作为初步研究者或者辅助研究者的“研究自由”的主体地位，特别是对硕士生和博士生而言。学术自由主体的关系参见图表1。



^① [美] 约翰·S. 布鲁贝克：《高等教育哲学》，王承绪、郑继伟等译，浙江教育出版社2004年版，第46—47页。

（二）学术自由的宪法依据

学术自由发轫于古希腊哲人的自由思想，后由德国的洪堡首次明确表达其价值理念和具体内涵，但宪法规范的明文保障，则最早出现于1848年《保罗教会宪法》（Paulsrichenverfassung）第152条的规定。因此，学术自由曾被称为“德意志特有现象”——在1819年9月20日的“卡尔斯巴德决议（Karlsbader Beschlusse）之后，各普鲁士邦国的大学与担任公职的教授，不断受到主管当局的政治迫害，直到《保罗教会宪法》第152条规定出台，才首次对学术自由真正加以保护，以期排除国家对学术的不当干涉。^① 1919年的德国《魏玛宪法》传承了《保罗教会宪法》保障学术自由的精神，并将之规定于第142条。不过，至今“学术自由”并未普遍为世界各成文宪法国家所明文规定，在有限的宪法法例中，《德国基本法》第5条第3项规定：“……学术、研究及教学系自由”；《日本宪法》第23条规定：“学问自由应予以保障”；《意大利宪法》第32条规定：“学术自由应保障之”；^② 1987年通过的《大韩民国宪法》第22条规定：“保护学术和活动的自由”。^③ 而我国台湾地区“宪法”第11条规定——“人民有言论、讲学、著作及出版之自由”——中的“讲学自由”，则被理论界和实务界视为学术自由的“宪法”依据。在美国，通常认为学术自由精神隐含于宪法第一修正案有关言论自

① 参见许育典：《法治国与教育行政》，高等教育文化事业有限公司2002年版，第267—268页。

② 参见法治斌、董保城：《中华民国“宪法”》，空中大学1996年版，第162页。

③ 肖蔚云等：《宪法学参考资料》（下册），北京大学出版社2003年版，第1149页。

由、宗教自由、结社自由的规定当中，进而把学术自由当作宪法自由表达权的子集（subset）。

我国大陆宪制中并没有“学术自由”明确而严谨的表达。可是，基于“创新型社会”建设的内在需求，以及公众从“中国制造”到“中国创造”社会转型的热切期盼，特别是“文化大国崛起”的民族激励，似乎有必要在未来修宪时对此予以完善。不过，西方宪政发达史告诉我们：宪法不在于规定了什么，而在于公众赋予了她多大程度的制度意义和价值期待，修宪的方式永远无法弥合法治主义机械僵化和社会现实变动不居之间的冲突与紧张，唯有释宪才是回应宪政变迁的有效途径。因此，笔者以为，在不改变我国目前宪制并丰富其时代内涵的前提下，我国现行宪法第47条可视为学术自由的宪法法源：“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助。”^①其中，该条前半段表明了学术自由作为一项自由权的不可侵犯性，而后半段则赋予了国家对现代社会带有社会权属性的学术自由的给付义务与责

^① 社会主义国家的宪法中都有类似规定，如1977前《苏联宪法》第46条规定：“……保证苏联公民享有从事科学著作、技术创造和艺术创作的自由”；《朝鲜宪法》第60条规定：“公民有科学及文学艺术活动的自由”；《越南宪法》第60条规定：“公民有权研究科学、技术、发明、创造、对改进技术提出合理化建议、进行合理化生产、创作、对文学艺术进行批评和参加其他文化活动。”；《古巴共和国宪法》第38条第2款也规定：“（五）有艺术创作的自由……（六）有科学创造和科学研究的自由”。参见肖蔚云等：《宪法学参考资料》（下册），北京大学出版社2003年版，第1093、1139、1170、1214页。

任。如果上述分析不谬，我国现行宪法不仅确认了学术自由的宪法位阶，而且比世界大多数国家的规定都更能够反映学术自由的时代特征。因为仅从宪法的规定上来看，多数国家宪法中表述的“学术自由”都是自由权，社会权属性则由学说、判例等加以弥补和丰富，而我国现行宪法却完整地表达了学术自由自由权和社会权的双重内涵。

另外，我国《高等教育法》第10条规定：“国家依法保障高等学校中的科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由”。《科学技术进步法》第3条也规定：“国家保障科学研究的自由，鼓励科学探索和技术创新，使科学技术达到世界先进水平。”这些法律规定在不同的规范领域内重申了宪法第47条的立宪精神。就严格的意义而言，研究既包括了对科学的研究自由，又包括对非科学的研究自由，如宗教教义研讨等。上述法规范中所谓的“科学研究”，强调的应该是研究方法和研究态度的科学性，同时更是对科学研究目的的指引与要求。

（三）为什么“学术”必须“自由”？

如果说自由的状态就是此状态中“一些人对另一些人所施以的强制（coercion），在社会中被减至最小可能之限度”，^①那么，学术自由的状态则意味着一个以学术为职业的人“独立于他人的专断意志”（independence of the arbitrary will of another）、按其自己的决定和计划严谨从事研究的最大可能性。问题是，为什么学术必须自由？换言之，我们的社会为什么一定要维系一个学术的“自由状态”呢？

^① [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，生活·读书·新知三联书店出版社1997年版，第2页。

首先，探究客观真理或高深学问是学术自由保障的内在要求。“知识无长官，真理无上级”。真理是关于“是”或假定的“是”，而不是应该。它只有在“思想的自由市场”中经过无数次的试错才能大浪淘沙、逐渐趋近，一旦那怕是一个人宣布其掌握了我们“应该”如何，“真理”或有关“真理”的探索就会毫无意义，学术也将失去其存在的正当性基础，“自由”也就变得没有必要了，因为，这时“此岸世界”和“彼岸世界”的边界已消释。既然有掌握真理的“至善者”的道德指引，人们又何必在“孤独的自由”中苦苦寻觅，以求内心的安顿呢？可见，真理以未知为背景，学术以自由为前提。对学术活动任何意义和程度上的强制与干涉，都必然意味着一定真理成份的先验存在，这无异于对学术价值的全盘否定。如果说法官是为社会供给“正义”的公共产品，所以司法需要保持独立性的话，那么，“学术人”（在大学包括学生，但主要是指以教授为核心的教师）的社会职责就是在探索有关“真理”的知识，学术自然必须具有自由的品质。正如莫伯累所言：“既然高深学问需要超出一般的、复杂的甚至是神秘的知识，那么，自然只有学者能够深刻地理解它的复杂性。因而，在知识的问题上，应该让专家单独解决这一领域中的问题。”^①同时，真理仅是“相对的绝对”，并非“绝对的绝对”，各种有关“真理”的竞争性知识间的冲突不是通过妥协来解决的，而是通过各种“胜利”来解决的。因此，在竞争的市场上，“学术人”提出的相异于竞争对手的挑战性“真理”命题，必须将既有“真理”的疆界不断地推向“谬误”，进而推翻现存的知

① [美] 约翰·S. 布鲁贝克：《高等教育哲学》，王承绪、郑继伟等译，浙江教育出版社2004年版，第31页。

识秩序和真理迷信，让公众在“完全接受和充分理解”的基础上树立新的知识崇拜。^① 这个客观真理内化和“大众化”过程是复杂、艰辛且永无止境的，没有良好的职业训练、丰富的知识储备、勤奋坚韧的品质以及一定的资质和担当意识，难以入其堂奥。更何况探索之路布满荆棘和风险，上述必要但远不充分的条件仅仅为真知的获至提供了可能性空间。从这个意义上讲，社会应该为学术自由支付更多的保障成本，以便使学者在自由的“学术人生”中成就人类的未来。可见，将学术自由视为法治社会中人人都享有的思想和言论自由这一公民普遍性权利的派生权利的观点是值得商榷的，尽管二者以不同的形式紧密相关，必须实现学术自由对思想和言论自由的制度性超越。因为，“言论自由的中心，是那种不受阻碍而直抒胸臆的权利，并不是说言论自由就是人们有权利不停地得到人们的支持和援助，也就是说，即便人们认为他的言论是错误而且与他们本身的意愿相悖，也要支持他的言论。”^② 与此相对，“学术自由所要求的却是，无论人们如何著书，如何论述，如何授课，某些机构都必须支持并帮助他们，这种自由比一般的言论自由更为有力。”

其次，道德责任是学术自由保障的伦理依据。上述所谓“如果学术人旨在发现客观真理，那么必须给予他们自由”的观点，其实是对学术自由保障的传统论辩理由，即将学术自由当作寻求真理目的的工具和手段。正如穆勒指出的那样：“最纯粹的真理

① 参见[美]詹姆斯·M. 布坎南：《自由、市场与国家》，平新乔等译，三联书店上海分店1989年版，第60—64页。

② [美] 罗纳德·德沃金：《自由的法——对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社2001年版，第352页。