

中華女子學院

2006 屆普高本科畢業生

優秀論文集

教務處 編

二〇〇六年九月

中華女子學院

2006 屆普高本科畢業生

優秀論文集

二〇〇六年九月

目 录

法 学 类

法学专业论文

- 论高校处分权.....安 璟 (1)
- 海事赔偿责任限制和船舶优先权的冲突和解决.....陈惠娜 (9)
- 论可得利益损失的赔偿.....陈晶莹 (19)
- 完善我国刑事法律援助制度的前瞻性思考.....陈 晓 (27)
- 性骚扰的法律思考.....胡光烨 (36)
- 出卖不满十四周岁亲生子女行为的定性.....姜 冰 (43)
- 民事执行程序存在的问题及完善.....康 抗 (50)
- 论非 WTO 法在 WTO 争端解决中的适用.....刘文蓉 (58)
- 论盗窃罪的几个问题
- 评全国最大网上盗窃通讯资费案.....欧倩倩 (66)
- 论刑罚个别化原则.....王晓翠 (75)
- 论反就业歧视的组织保障.....徐艳燕 (84)
- 对我国合伙法律制度构建的几点建议.....张 洁 (91)
- 民事诉讼非法证据排除规则之研究.....张雪云 (101)
- 论网络游戏中玩家权利的法律保护.....周 璇 (110)

管 理 类

人力资源管理专业论文

- 评价中心和发展中心的比较研究..... 蔡 彦 (118)
- 关于工作快乐特征的实证研究..... 李忠枝 (130)
- 中国电信行业的体验式营销战略..... 姚 兰 (142)

会计学专业论文

- 上市公司盈余管理的意义与规范..... 陈雪烨 (156)

教 育 类

学前教育专业论文

- 关于幼儿教师教学效能感影响因素的研究..... 丁 月 (165)
- 对实习园四岁幼儿消极情绪调节策略的调查研究..... 历圆圆 (184)
- 大班幼儿同伴交往策略的研究..... 王维娜 (199)
- 被忽视幼儿和受欢迎幼儿在社会交往活动中语言运用能力的对比研究
..... 袁 甜 (215)

论高校处分权

安 璟

内容摘要:在我国,随着高校学生权利意识的增强,为维护自己的权益而状告母校的事件逐年增多,这些案例在社会上引起广泛关注和热烈讨论。本文从高校的法律性质入手,分析其与学生的关系、其在多大范围和程度上行使法律、法规甚或规章授予的行政职权或公共管理职权以及对于高等学校的管理行为,法院是否有司法审查权,如果有,其审查范围和方式如何等一系列问题。这一系列的问题将直接影响今后如何处理与高等学校相关的案件。

关键词: 正当程序 司法审查权 高校处分权

Abstract: The paper focuses on analyzing the right of disposal in higher education institutions and its manifestation in individual cases, and expounds on the administrative discretion, due process and corresponding administrative compensation obligations born on the part of higher education institutions as an administrative subject. It also discusses the right's scope of higher education institutions and whether the court takes the power of judicial review to higher education institutions.

Key words: due process of law ;power of judicial review;right of disposal in higher education institutions

1996年刘燕文起诉北大拒发博士学位;2002年10月初,重庆邮电学院一女生与男友同居怀孕,学校对二人做出了“勒令退学”的处分,由此引发诉讼;重庆大学学生董佐在2004年5月23日毕业前一个月的英语补考中,叫同寝室同学廖某代考,结果被发现,学校随即勒令其退学并发给他肄业证书,董佐向学校申诉无果后,将学校告上了法庭,请求法院判决被告重庆大学颁发结业证书、撤销行政处分,董佐一审胜诉;2004年9月,成都某高校一对男女学生在教室接吻、拥抱,被监控录像录下,学校以发生“非法性行为”为由勒令两人退学,由此引发诉讼;还有田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书案……这些案例都引发了人们对高校处分权的思考。

一、高校和学生的关系

按照传统行政法学的理论,行政主体是指依法享有并行使国家行政权力,履行行政职责,并能独立承担由此产生的相应法律责任的行政机关或法律、法规授权的组织。很显然,高等学校不属于严格意义上的行政机关。但是,从近年来各个案例中法院的判决和行政法的法政趋势来看,高等学校属于行政主体中的法律、法规授权的组织。

澄清高校和学生之间的关系,是讨论高校处分权的正当性的一个前提。从法律上看,高校与大学生之间存在两种关系:一是高校与大学生之间的行政管理关系。根据《教育法》第28条规定:“学校及其他教育机构行使下列权利:(一)按照章程自主管理;(二)组织实施教育教学活动;(三)招收学生或者其他受教育者;(四)对受教育者进行学籍管理,实施奖励或者处分;(五)对受教育者颁发相应的

学历证书……”在这里，虽然法律条文中并没有区分“权利”和“权力”，但我们可以注意到，其中第3项规定的招生权，第4项规定的学籍管理、奖励、处分权，第5项规定的颁发学历证书权等，具有明显的单方意志性和强制性，符合行政权力的主要特征，因而在性质上应当属于行政权力或公共管理权力。在这种情况下，高校行使管理职能，大学生是被管理者。二是民事法律关系。根据《教育法》第31条第2款规定“学校及其它教育机构在民事活动中依法享有民事权利，承担民事责任。”《高等教育法》第30条第2款也规定：“高等学校在民事活动中享有民事权利，承担民事责任。”其对外法律关系主要表现在高等学校与不具有隶属关系的国家机关、企事业单位、集体经济组织、社会团体、个人之间的关系，此种情况下，高校与大学生均可形成民事法律关系的主体地位，形成民事法律关系，双方地位是平等的。本文中，第一种法律关系是讨论的重点。

二、高校处分权——法律依据及合理界限

何谓高校处分学生的行为？高校处分学生的行为当是高等院校为教育或管理之目的，依国家立法和学校规范，按照正当程序，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相应的不利后果的惩罚性措施。^①在第一种法律关系中，学校与学生之间存在一种管理与被管理的关系，也就是说学校拥有一定的公权力，可以对学生行使处分权。

根据我国现有法律、法规的规定，高校的管理具有授权的性质。1990年教委颁发了《普通高等学校学生管理规定》，这个行政规章比较详细地规定了高校对学生的处分，直至开除学籍的权力。结合我国当前的教育立法，高校处分学生的行为主要有以下法定形式：1.取消入学资格、取消学籍；2.课程考核成绩记为无效；3.重修或补考；4.留级或降级；5.休学；6.退学；7.不予学历证书或学位证书；8.警告、严重警告、记过、留校察看或开除学籍。这些就是高校制定并执行规章制度管理学生权力的主要依据，它不仅是学校正常运行的需要，而且也体现了国家公权力对于高等教育的介入，对高等教育功能的导向和价值观的指引。

处分权，因其具有强制性，是学校拥有的一种公权力，其行使就应有合理的界限。否则，学生作为相对方，其合法权益就会遭到威胁和损害。

首先，处分权作为大学自主管理权的一部分，就应当从属于大学自主管理权的权限。

我国宪法在“总纲”第19条规定：“国家发展社会主义教育事业，提高全国人民的科学文化水平。国家举办各种学校，普及初等义务教育，发展中等教育、职业教育和高等教育，并且发展学前教育”。该条虽然在宪法理论上属于政策指导原则，不具有直接的规范力，但也明确了高等教育存在的必要性，及国家采取一定方式促进高等教育这一指导方针，结合我国宪法“公民的基本权利和义务”一章第47条“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”这一规定，大学既是国家出资、鼓励兴办的教育机构，同时也是公民进行科学研究的场所，则理应享有自主办学的权利。同时，我国《中华人民共和国高等教育法》对于与大学自主办学有关的方面也做出了规定。该法第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。”这说明，大学自主管理权也是我国高

^① 沈岩：析论高校惩戒学生行为的司法审查，华东政法学院学报，2005年第6期，第24页。作者认为，高校惩戒学生行为当是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。

等学校办学的一个重要环节。

大学自主管理一方面意在保护高等学校的研究自由、讲学自由,以保证大学得在不受外力干预的情况按照科学发展的规律,自主探索知识,发现新知,扩大人们的认知范围,丰富人们的精神世界和内心生活,另一方面也是为了保障大学阶段学生的学习自由不受外力的干预,以使学校在遵循学习规律的前提下自主决定对与学生学习有关事务的管理。因此,在一般学术自由的意义上,高校自主管理权也具有了对在校学生的管理权和处分权,这一管理权和处分权从属于自主管理权,系属自主管理的范围。那么处分权的行使就应当以研究自由和学习自由为限,对不违背公序良俗,不影响学校管理秩序的私人问题,例如牵手、接吻等,高校应以教育为主,而无权处分。

其次,从属于大学自主管理之内的因学校对学生管理而生出的处分权,也存在着与宪法规定的其他权利之间的冲突。例如,美国有这样的判例,在校学生因反对越战,臂缠黑纱,学校将其开除,法院判决学生的言论自由受到了侵犯;另有中学生因拒绝向国旗致敬而被开除的事情,法院判决学生的宗教信仰自由受到了侵犯。正是因为在对学生作出处分影响其身份、侵犯其受教育权与其他权利存在冲突,对学生的处分同时涉及宪法规定的其他权利。大学行使对在校大学生的管理权对学生进行处分之时,如果在实体与程序上有瑕疵,就不只是涉及到学生身份改变,影响到受教育的机会因而侵犯了学生宪法规定的受教育权的问题,这些行为同时还有可能侵犯宪法保护的其他权利,如人格尊严、信仰自由、言论自由和隐私权等。因此,笔者认为,当高校处分行为与宪法规定的公民的基本权利相冲突时,应当定义双方基本权利的相应领域及其界限。

例如,德国《基本法》第2章宣布:“(1)只要不妨碍他人权利,且不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性(2)每个人都有生命和人身完整权利,个人自由不可侵犯,只有根据法律才能侵犯这些权利,这些文字表明,个性自由的前提是不妨碍“他人权利”,且不违反“宪政秩序”或“道德准则”;另外,个人自由可受到法律限制。”《联邦德国的宪政法学》一书中,考玛斯教授对第2章权利的性质作出了如下评论:宪政法院很少单独谈论个性自由,而不提及人的尊严,但和人格条款不同,个性普遍权利并非其他受保障权利的总括。个性自由在措词上如此广泛,以致几乎任何内容都可被倾注其范围,作为普遍规则,个性条款从属于《基本法》所明确提及的正向自由权利,只有在受挑战的政府行动侵犯了对个性发展关键的自由权利,且后者处于任何特殊权利的保护范围之外,申诉者才能援引个性自由条款。另外,个性自由条款只能被用来维护基本自由利益不受国家活动的侵犯,与人格原则不同,它并非客观价值,因而不能形成法律基础,以对国家施加采取某些特定行动的正向责任,最后,法院对其限制条款赋予效力,从而限制了个性条款的范围……如果在对人类行为的某些层面之上,既定立法限制道德规范或宪法秩序,那么这种限制就将获得维持。^①

再者,高校的惩戒行为依其惩戒规则做出,那么,学校规则是否必须与国家制定的法律规范(包括法律、法规和规章)一致?在国家法律规范已有规定的情况下,学校规则是否可以突破,增加学生的义务或限制其权益?在国家法律规范未作规定或未作明确规定的情况下,“拾遗补缺”的学校规则是否应当得到法院的完全认可?在刘燕文诉北京大学案中,学校制定的是学业方面的更严格的标准^②,而在田

^① 张千帆:《西方宪政体系(下册)欧洲宪法》,中国政法大学出版社,2001年,第384-385页。

^② 湛中乐 李凤英:《论高等学校法律地位》[J].《行政法论丛》,2001年第4期,第496-527页。原国家教委颁布的《研究生学籍管理规定》第33条规定,颁发博士毕业证书的条件是:“研究生按培养计划的规定,完成课程学习和必修环节,成绩合格,完成毕业(学位)论文并通过答辩,准予毕业并发给毕业证书。”《北京大学研究生学籍管理实施细则》第21条

永诉北京科技大学案中，学校规定的则是更重的处理（处分）方法^①。应当说，学校无权对学生作出比相关法律、法规、规章规定的更重的处分。但就学业方面的要求而言，各个学校本身就存在差异，并且各校为其声誉、生源及学校将来的发展着想，在学业方面作出一些特殊的要求，似乎也无可非议。但是这里引发的另一个问题是：学校提高对学生在学业方面的要求，实际上仍然是对于学生的一种“不利”规定，因此，学校不能无限制地提高其要求，否则，极可能造成对学生权益的严重侵犯。有学者认为，首先，相关法律、法规、规章中应当明确规定对哪些事项高等学校不得再制定规则，对哪些事项高等学校可以制定更高标准或更严标准的规则，且应当规定出此类更高或更严的标准不得超过的一定底线；其次，高等学校制定的规则必须清晰、明确，不得同法律、法规、规章相抵触，不得违背法律、法规、规章的原则和精神，不得违反正当程序；最后，高等学校若制定了更高标准的规则，应当有相应的救济途径。无论大学自主管理权大小，法律、法规都应当为高校相关权力的行使划定基本界限，为相对方设置相应的救济机制，使得高校在行使权力时，一方面有相当的自主的空间，另一方面也不得偏离法律的轨道。^②

三、高校处分权对正当程序的遵守

从目前发生的高校学生状告母校的案件来看，一个较为突出的问题是，学生普遍认为学校作出的处分是武断的，既没有告诉学生处分的理由与依据，也没有认真听取学生的申辩。显然，这与现代社会提倡的“程序公正”的观念与实践相悖，那么，高校的处分权是否应当接受正当程序的限制呢？如果是，又该如何限制呢？

目前，我国尚未有统一的《行政程序法》，但正当程序问题一再成为人们，尤其是法学家们关注的焦点，或者，从另一个角度来讲，学者们越来越意识到正当合理的程序在保障公民、法人和其他组织的合法权益方面的重要作用。

在田永诉北京科技大学案中，一审法院认为：“……按退学处理，涉及到被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理，忽视当事人的申辩权利，这样的行政管理行为不具有合法性。”同样的观点，在刘燕文诉北京大学案中，也有类似的表述：“……因校学位委员会作出不予授予学位的决定，涉及到学位申请者能否获得相应学位证书的权利，校学位委员会在作出否定决议前应当告知学位申请者，听取学位申请者的申辩意见；在作出不批准授予博士学位的决定后，从充分保障学位申请者的合法权益原则出发，校学位委员会应将此决定向本人送达或宣布。本案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，

第2款规定：“博士学位研究生完成培养计划规定的全部学习任务，成绩合格，并通过论文答辩，由所在院（系、所、中心）将全部博士学位报批材料送学位办公室审核，经学位评定委员会讨论通过后，按规定发给博士毕业证书和学位证书。”

^① 湛中乐 李凤英：论高等学校法律地位[J]. 行政法论丛，2001年第4期. 第496—527页. 国家教育委员会1990年1月20日发布的《普通高等学校学生管理规定》第12条规定：“凡擅自缺考或作弊者，该课程成绩以零分计，不准正常补考，如确实有悔改表现的，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。”第29条规定应予退学的十种情形中，没有不遵守考场纪律或者考试作弊应予退学的规定。北京科技大学的“068号通知”，不仅扩大了认定“考试作弊”的范围，而且对“考试作弊”的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第12条的规定。

^② 湛中乐 李凤英：论高等学校法律地位[J]. 行政法论丛，2001年第4期. 第496—527页。

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,该决定应予撤销。北京大学学位评定委员会应当对是否批准授予刘燕文博士学位的决议,依法定程序审查后重新作出决定”。^①2004年因为雇佣“枪手”代考英语四级,四川理工学院5名大学生受到学校勒令退学处罚。申诉无望后,5名学生将学校告上法庭,要求撤销学校处罚决定。法院认定,学校处理程序违法,判令学校重新处理。

可见,在众多学生诉高校的诉讼中,高校败诉的重要原因之一就是忽视正当程序或程序违法,导致实体正义丧失。因此,在教育行政管理领域引入比例原则和正当程序原则势在必行,其既能为学生合法权益提供切实有效的保障,也能保障高校管理的顺利进行。

权利的落实重于权利的宣示,没有具体实施程序的权利是悬空的权利。虽然我国《普通高等学校学生管理规定(2005)》第55条:“学校对学生的处分,应当做到程序正当、证据充足、依据明确、定性准确、处分恰当。”第56条“学校在对学生的处分决定之前,应当听取学生或者其代理人的陈述和申辩。”第59条“学校对学生作出的处分决定书应当包括处分和处分事实、理由及依据,并告知学生可以提出申诉及申诉的期限。”对学生的救济途径做了规定,但对如何行使申诉权利则没有相应的法律规范,缺乏可操作性。

笔者认为,根据比例原则和正当程序原则的要求,学生权利的救济机制应当包括通知、送达、听取申辩、告知权利、举行公开、公正的听证等一系列程序。而且,正当程序要与处分的严重程度相适应。在前述案例中,仅仅因为接吻就开除学籍,显然是违反比例原则的。当然,这其中还涉及到一个成本问题,所以对于不同的事项,具体的程序又有具体的要求。例如,可以将听证程序作正式与非正式的区分,前者所耗时日较多,要求较为严格,适用于较重大的事项;而后者所耗时日较少,形式较为灵活,适用于非重大的事项或称一般事项。

可喜的是,2005年3月29日教育部颁布了新修订的《高等学校学生行为准则》和《普通高等学校学生管理规定》(以下简称新《规定》)。2005年9月1日新《规定》已经正式实施。新《规定》区别于旧《规定》的一个重要之处是,贯彻程序正当原则,规定学校作出涉及学生权益的管理行为时必须遵守权限、条件、时限以及告知、送达等程序规则,防止学校恣意专断地滥用学生管理权。新《规定》增设学生权益保护制度,规定学生对退学处理或违纪处理享有陈述权、申辩权和申诉权,体现了“无救济就无管理”的法治思想。在新《规定》中,关于大学生的婚姻问题只字未提。新《规定》也没有禁止大学生在校结婚后怀孕。

目前高校对学生权利保护的意识也越来越强。吉林大学不仅针对学生出版了《大学生的权利及其维护》一书,而且还成立校务委员会,其成员除校领导、资深学者外,还吸收了学生,学生代表可以直接通过校务委员会对学校的管理提出建议。而全校20名校部机关党风廉政建设监督员中,有3位是学生。

四、高校处分权的分类和司法审查

高校的处分具有强制性,而且处分形式多种多样,其在不同程度上都直接或间接地对学生的人格尊严、言论自由、或信仰自由甚至财产权和教育权造成不利影响。因此,法院在对其进行司法介入时就

^① 湛中乐 李凤英:论高等学校法律地位[J].行政法论丛,2001年第4期.第496—527页.

应在高校自主管理权和学生正当权益之间寻找一个平衡点。那么,根据高校处分权的分类,司法介入程度,也当有所不同。

大学自主管理的范围不只是单纯包括与学习有关的行为,也在一定程度上包括与学习无直接关系的品德行为。这是因为,通常认为,大学是“教书育人”的地方,作为公立和国家出资的高等学校不仅有权管理学生与学习有关的行为,也肩负着育人的职责,这也是高等学校作为“准政府机关”对国家应付的责任。育人就是人格培养,包括思想品德。我国《高等教育法》第53条规定:“高等学校的学生应当……具有良好的思想品德”。这里的人格和思想品德是指学生具有符合一民族传统和社会公认的道德标准的品行。当然,学校对学生的思想品德的管理是有限度的,且这里的思想品德是通过外在行为表现出来的品德,而非纯粹的思想问题,因为法律并不惩戒思想,只惩戒行为。此外,大学也需要学生遵守一定的行为规范以维持日常的学校秩序。这样,可将学校对学生的管理权区分为两类:一类是直接与管理学习有关的处分;一类是与学习无直接关系的处分。

(一)对于第一类与学生学习有直接关系的行为,学校不仅有处分权力,且权力较大。

这类行为又可分为三种:1.违反学校的学习纪律的行为,包括考试迟到、旷课、替考、考试作弊;2.不违反学校的学习纪律,但却不能达到学校授予学位的要求不授予学位或者不颁发毕业证的行为,例如学分不够、考试不及格达到一定比例、外语和论文答辩不通过等;3.在招生和录取过程中的学校作出的不予录取等决定。大学对这三种直接与学生学习有关行为的处分权较大,它们属于大学自主管理范围之内,原则上学校有较大的自主处分的权力。

当学校行使第一种处分权之时,须考虑两方面的事情:一是在实体上须充分考虑比例原则,务求其处分决定与学生的行为符合比例;学校设定的各种处分决定,如警告、严重警告、记过、开除等与学生的违规行为在程度上相适合;二是在作出处分之时必须充分考虑程序,如告知,给予学生申辩的机会。并且,为保证大学行使自主处分权与学生的受教育权不致冲突,原则上,法院在审查学校的这类行为之时,只着重对程序和比例进行审查,既尊重学校的自主管理权,又保障学生的受教育权。如果学校的处分不符合比例原则,或者没有按照程序进行,导致学生警告、开除、退学等处分等情况的发生,则可以说学校侵犯了学生的受教育权。

法院在审查之时,应着重程序上的审查,重点是视学校的处分程序是否公正和正当,而不应在实体上进行审查,否则就干预了大学的自主管理权,因为大学毕竟是专业教学机构,对高校在专业问题和领域内的评定应尽量尊重学校。根据这一标准,法院对刘燕文一案的处理,则有侵犯大学自主管理权限之嫌。同时,必须明确,由于大学在作出对影响到学生受教育权的处分之时通常依据的是一些校规,有的则依据教育行政主管部门颁发的抽象文件,原则上,凡涉及到对公民的权利义务处分时适用法律保留,即只有法律才有权做出处分,或者法律授权教育行政主管部门或者学校作出这样的处分时,学校才有权做出规定,如果缺乏法律根据或者法律授权,学校就无权作出处分。

(二)对于第二类与学习无直接关系的行为,出于维护正常的学校秩序,学校也有惩戒与处分的权力,但也要在区分这些行为性质的前提下,决定给予何种程度的处分,并且必须考虑处分是否与宪法规定的基本权利相冲突。这类行为又可分为二种情况:1.触犯国家刑律的行为;2.没有达到触犯刑律,但却违反公众道德的行为。对于第一种行为,如打架、偷窃等、偷拆同学信件等,如果达到了国家刑法、治安处罚法所规定惩治的程度,因触犯国家刑律,国家介入,学校自有权给予如开除或者勒令退学处分;

对于第二种行为，如一般的打架、偷窃等没有达到触犯刑律的程度，学校有权给予教育、警告、严重警告等处分。

至于学校对学生在学校接吻、同居、怀孕等行为，因这些行为同时属于宪法上保护的公民的行为自由，原则上学校无权干涉，不可动辄警告，更不可给予退学或者开除等处分，但学校可对这类行为通过各种方式予以引导；如果学校对这类行为作出处分导致学生丧失学生身份，就不仅是侵犯了学生的受教育权，还同时侵犯了宪法保护的公民的人格尊严（宪法第38条。也有学者称其为隐私权，但隐私权并非是我国宪法明示的权利，还是说“人格尊严”比较妥当）。我国宪法虽然没有明文规定大学生的接吻权、同居权等，但可以宪法上规定的“公民的人格尊严”推定这类行为属于公民的“行为自由”^①，因而受宪法保护。德国宪法法院有类似的判例^②，法院承认公民的“行为自由”受宪法保护。同时，大学非军队这样的特殊机构，谈恋爱、拥抱、接吻、怀孕、同居等也不像军队那样，有可能会涣散军心，影响军队的战斗力；女大学生也不是幼儿，不存在着受成年人引诱教唆等问题。因此，这些属于公民的自由。大学生是成年公民，有权在法律范围内自主决定自己的行为，且限制在校大学生的恋爱、接吻、同居等行为并不符合限制基本权利的一般目的，如国家安全、社会秩序、公共利益、紧急状态、他人利益等。根据这一标准，成都大学接吻被开除一案就可视为既侵犯了学生的受教育权，也侵犯了学生宪法保护的人格尊严。至于湖南发生的多位男女学生在校宿舍同居被开除一案，因涉及到多位男女同学同居一室，并不属于学生行为自由中的同居行为，有伤风化，为我国公众一般的道德习惯所不容，学校有处分权利，但要考虑比例，是否开除并不一定，学校可对这些学生进行教育和一定的纪律处分。因此，法院在审查之时应重点在比例原则上下工夫。其他因学生谈恋爱、接吻或者校外同居等行为，则纯粹属于学生的行为自由，类似开除学生的案件都属于学校超越大学自治范围，侵犯公民的宪法权利。至于学生在教室、饭厅、图书馆或者其他学校设置的学习和公共场所公开亲热行为的，学校应以引导为主，明确这些场所属于公共场所，其设置的目的是为了学习和公共目的，应考虑其行为会影响其他同学的学习，及一般公众的习惯道德，劝其节制，而无权动辄给予开除或者退学处分。

因此，对这两类不同的行为，学校自主管理权的范围不同。因第一类行为与学习有直接的关系，学校的自主管理权较大，只要不违反比例原则，且符合程序，学校的处分就被视为是恰当的。对于第二类行为，因其与学习并无直接关联，但考虑到学校负有育人之目的和维持学校秩序，原则上学校在有自主管理权的前提下，其处分的权限较小，并且只有在区分不同性质的行为的前提下，才有权做出处分。至于那些纯粹属于学生的人身和人格自由范围之内行为，学校无处分权。

综上所述，因为高校和学生的特殊的法律关系，高校处分权有其特殊性，其行使的法律依据、权限大小、程序是否正当、法院对高校处分行为的司法介入程度，这一系列问题都对学生的受教育权、人格尊严、言论自由、信仰自由等宪法赋予的公民的基本权利有直接或间接的影响。只有明确了这些问题，才能在以后的此类案件中，既不侵犯高校的自主管理处分权限，又能保护学生的合法权益。

^① 曾宪义等：《宪法》，人民出版社，1999年，第173-174页。

^② 张千帆：《西方宪政体系（下册）》，欧洲宪法，中国政法大学出版社，2001年，第387-388页。“旅行护照案”中宪法法院认为，作为自由行动的普遍权利之表述，它却在宪法秩序（既符合宪法的法律秩序）的限度内，受《基本法》第2章保护。

参考文献:

- [1] 沈岷. 析论高校惩戒学生行为的司法审查[J]. 华东政法学院学报, 2005, (6) .24.
- [2] 张千帆. 西方宪政体系(下册) 欧洲宪法[M]. 中国政法大学出版社, 2001年. 384-385.
- [3] 湛中乐 李凤英. 论高等学校法律地位[J]. 行政法论丛, 2001, (4).
- [4] 曾宪义等. 宪法. 人民大学出版社[M]. 1999版 .173-174.

海事赔偿责任限制和船舶优先权的冲突和解决

陈惠娜

内容摘要：海事赔偿责任限制和船舶优先权是海商法里的两项重要制度，由于项目范围的交叉，两者在实践中会产生冲突，相应立法对该问题只做出原则性规定。本文详细分析了基金设立效果与船舶优先权实现的方式存在的冲突；适用不同的制度导致基金分配结果的不同；关于船舶的拍卖价款可否用以设立基金；关于基金分配完毕的后果四个问题，并提出相应的解决办法。

关键词：海事赔偿责任限制 船舶优先权 冲突 解决

Abstract: The Limitation of Liability for Maritime Claims and Maritime Liens are two important concepts in The Law of Maritime. There are some conflicts between them, including conflict between the effect of the fund of The Limitation of Liability for Maritime Claims and fulfill of Maritime Liens, the different results of the distributes in accordance with different systems, the possibility to set fund from auction of marine, and the influence of distribute of fund, the results of the distribute of fund. The article analyzes these conflicts in detail, and provides the resolution to complete the law.

Key words: The Limitation of Liability for Maritime Claims; Maritime Liens; Conflicts; Resolution

海事赔偿责任限制制度和船舶优先权制度是海商法里两项重要的制度。

海事赔偿责任限制是指船舶发生营运事故造成重大人身伤亡或财产损失时，责任人依法将其责任限制在一定范围的赔偿制度。从历史上看，海事赔偿责任限制制度的最基本的一条立法基础，是基于航运业的行业特点及其特殊地位，适当修正雇主责任原则，在重新平衡各相关利益的基础上，适度扶持航运业稳固发展，将船东的责任限制在一定的范围之内^①，这是一项使有关主体（主要是债权人）分摊风险的制度，目的在于保护债务人。

船舶优先权，指一些特殊海事请求人依法律规定向船舶所有人或光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的特殊权利。享有这一特权的海事债权人在法定的期限内，可通过司法程序扣押和拍卖与债权发生有关的当事船舶，并对船舶拍卖价款享有优先于船舶抵押权及其他债权而受偿的权利。同时，这一特权不因船舶所有权的“私下”转让而消灭，可见海商法规定船舶优先权的根本目的就在于保护一些特殊的海事债权人。

显然，海事赔偿责任限制和船舶优先权制度的存在是出于保护两种相互对立的利益，船舶优先权是一项保护特殊海事债权人的法律制度，而海事赔偿责任限制保护特定债务人（责任人）的特定债务，主要是使债权人来分摊海运风险的制度，这一海运风险的分摊机制，使得部分本来应该由责任人或债务人承担的责任因赔偿数额的限制而转嫁到债权人身上，因此，其适用的客观结果是导致受害人的海事损失

^① 李守芹：《我国海事赔偿责任限制及其程序问题散论》，《涉外商事海事审判指导》，人民法院出版社，2004年，157页。

不能得到充分的赔偿^①。因此在保护的债务人的利益的海事赔偿责任限制制度的实现过程中必然对保护债权人的利益船舶优先权产生影响。本文将分析两项制度在实践中可能产生的冲突并讨论相应的解决方法。

一、法律规定的项目范围存在交叉

船舶优先权与海事赔偿责任限制的基本要素均是海事请求，并且，两者所涉及的海事请求项目范围存在交叉，这造成了它们日后的冲突。

（一）受海事赔偿责任限制的债权

海商法将海事债权分为限制性债权和非限制性债权，限制性债权是指责任主体可根据海事赔偿责任限制的法律规定进行责任限制的海事债权，非限制性债权是指责任主体根据海事赔偿责任限制的法律规定不能进行责任限制的债权。其中限制性债权是本文的关键概念之一。

并不是所有的海事索赔，责任主体都可进行限制，哪些海事索赔属限制性债权，取决于海商法或国际公约的明确规定。主要包括船舶在营运中某一事故所造成的人身伤亡及财产损害。根据我国《海商法》第 207 条的规定，限制性债权包括四种，分别为：

- (1)在船上发生的或者与船舶营运、救助作业直接相关的人身伤亡或者财产的灭失、损坏，包括对港口工程、港池、航道和助航设施造成的损坏，以及由此引起的相应损失的赔偿请求；
- (2)海上货物运输因迟延交付或者旅客及其行李运输因迟延到达造成损失的赔偿请求；
- (3)与船舶营运或者救助作业直接相关的，侵犯非合同权利的行为造成其他损失的赔偿请求；
- (4)责任人以外的其他人，为避免或者减少责任人依照本章规定可以限制赔偿责任的损失而采取措施总的赔偿请求，以及因此项措施造成进一步损失的赔偿请求。

前款所列赔偿请求，无论提出的方式有何不同，均可以限制赔偿责任。但是，责任人以合同约定支付的报酬，责任人的支付责任不得援用本条赔偿责任限制的规定。

（二）受船舶优先权担保的债权

我国《海商法》第 22 条规定，下列各项海事请求具有船舶优先权：

- (1)船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生法的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；
- (2)在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；
- (3)船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；
- (4)海难救助的救助款项的给付请求；
- (5)船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运 2000 吨以上的散装油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求不属于前款第(5)项规定的范围。

^① 贾林青：《海商法》，中国人民大学出版社，2004 年，312 页。

（三）项目范围的交叉——受船舶优先权担保的限制性债权

通过以上列举比较,可以看出限制性债权的项目范围和受船舶优先权担保的债权的项目范围存在交叉,主要为人身伤亡的赔偿请求和财产赔偿请求。首先,受船舶优先权担保的债权中的第(2)项,在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求,与限制性债权中的第(1)项中的人身伤亡存在交叉;其次,受船舶优先权担保的债权中的第(5)项,船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求,与限制性债权的第(3)项中的与船舶营运或者救助作业直接相关的,侵犯非合同权利的行为造成其他损失的赔偿请求存在着交叉。这种同时受两种制度规范的债权被称为受船舶优先权担保的限制性债权,通常这种受船舶优先权保护的债权,并不是一定能像普通的受船舶优先权保护的债权一样得到全部清偿,它还要受到海事赔偿责任限制规定的牵制。

受船舶优先权担保的限制性债权是由两项制度的不同的立法目的所造成的。由于海难事故造成的损害后果可能是巨大的,甚至超过船舶价值本身,如果让船舶所有人悉数赔偿,则会构成其实际承担无限责任,这不利于鼓励海运事业的发展,海事赔偿责任限制制度便是为了消除减轻这一不利影响而设立的。但对于船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求来说,出于对人本身的关注,有必要将其置于其他债权之前优先受偿,而船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求,享有优先受偿的权利,是为了更好的促进海运事业的发展。

受船舶优先权担保的限制性债权的存在是海事赔偿责任限制与船舶优先权各项冲突的直接原因。该冲突主要体现在,当产生受船舶优先权担保的限制性债权,对于该债权的受偿问题应当适用海事赔偿责任限制的规定还是船舶优先权的规定。

对于受船舶优先权担保的限制性债权,应当适用何种规定,立法作出了规定。《1967年统一船舶优先权和抵押权若干法律规定的国际公约》仅规定任何缔约国在签署、批准或加入公约时,可作出适用1957责任限制公约的保留,而未作其他明确规定。《1993年船舶优先权和抵押权国际公约》规定公约的任何规定不得影响责任限制的任何国际公约或使其生效的国内法律的适用。

我国《海商法》规定的海事赔偿责任限制制度基本上是从相关国际公约,特别是《1967年统一船舶优先权和抵押权若干法律规定的国际公约》移植而来的^①。因此,我国《海商法》的规定与有关国际公约的规定类似也对该问题作出了原则性的规定,《海商法》第30条“本节规定不影响本法第十一章关于海事赔偿责任限制规定的实施。”即是说,当船舶优先权与海事赔偿责任限制发生冲突时,以海事赔偿责任限制为准。

二、实践中存在的冲突的分析

由于海事赔偿责任限制和船舶优先权同样是以海事请求作为其制度基础的,同时项目范围还存在着交叉,实践中也因此产生很多冲突,相关法律的原则性的规定并不能满足实践需要的,在一些情况下会像一些学者们所声称的那样《海商法》第30条的规定会使船舶优先权制度的立法目的落空。下面笔者将对可能产生的冲突结合规定一一进行分析。

^① 李守芹:《我国海事赔偿责任限制及其程序问题散论》,《涉外商事海事审判指导》,人民法院出版社,2004年,157页。

（一）基金设立效果与船舶优先权实现的方式存在冲突

责任限制基金是指享有责任限制权的责任主体（债务人）在向有管辖权的法院提出责任限制申请并经审查认可后，应向法院提供与责任限额等值的，用于支付各项限制性债权的专用款项^②。所有的受海事赔偿责任限制的债权在基金范围内按照基金的分配方法进行受偿。海事赔偿责任基金设立后，将产生如下效力：（1）任何请求人不得对责任人的任何财产行使任何权利；（2）已设立责任限制基金的船舶或者其他任何财产被扣押的，或者基金设立人提交抵押物的，法院应当及时下令释放或者责令退还。

实现船舶优先权，是指享有船舶优先权的主体，在法定期间内依法申请法院扣押产生优先权的船舶获取担保，或拍卖船舶保存价款，或在法院裁定拍卖船舶优先权制度及决定设立海事赔偿责任限制基金公告期内申请优先债权登记，使船舶优先债权优先于其他优先债权或一般债权得到了受偿。《海商法》第28条规定：“船舶优先权应当通过法院扣押产生优先权的船舶行使。”具体的讲，优先权人应当向有管辖权的法院申请扣押船舶。船舶被扣押后，法院可以责成船舶所有人提供担保来释放船舶，并最终予以裁判，用以实现优先权的海事请求权。如果船舶所有人不提供担保，则法院将船舶予以拍卖，用所得价款依法按顺序向优先权人进行清偿^③。

由于海事赔偿责任基金的设立使“任何”请求人不得对责任人的“任何”财产行使“任何”权利，即是说船舶优先权人也不能对责任人的财产行使权利。基金设立使船舶不能被扣押，而船舶优先权通过法院扣押产生优先权的船舶行使，因此，船舶优先权因基金的设立而失去了行使的对象。

具体表现在：（1）如果责任人在船舶优先权人行使船舶优先权之前，向有管辖权的法院申请限制责任并设立责任限制基金的，船舶优先权所担保的“本次事故”（海事赔偿责任限制基金的设立是特定事故制，即基金只对“本次事故”所产生的基金进行清偿）限制性债权人不得申请扣押当事船舶以行使船舶优先权；（2）在船舶优先权人扣押当事船舶之后、提起诉讼之前的一段期间内，如果责任人向法院申请责任限制并设立责任限制基金的，船舶扣押地法院应当下令释放船舶。该船舶优先权的行使程序终止，该债权人以及其他同一事故所产生的限制性海事请求人只能要求对该基金进行清偿，而不能就同一当事船舶（或其他姊妹船）申请二次扣押；（3）船舶优先权人申请法院扣船并提起诉讼后，责任人向法院申请责任限制基金的，结论同（2）。该限制性债权人不得请求法院拍卖船舶或二次扣船，而只能依法登记债权，参与责任限制基金的分配^④。

因此船舶优先权有被架空的嫌疑，事实上由于两项制度的立法目的相互对立，必然要求对其中一项权利进行优先保护，在此，海事赔偿责任限制是立法者首先考虑的问题。但是船舶优先权也没有像学者们所声称的那样形同虚设。

首先，在海事责任人没有提出设置海事赔偿责任限制基金时，要有相应的制度对有关债权的清偿做出规定，这时船舶优先权便可以起作用。因为责任限制，本来就是在责任可能超过“限制”的情况下责任人得以借助来保护自己利益的制度，如果相应的债权远小于限制责任，责任人完全没有必要设置责任基金加大自己的责任，责任人没有申请设立责任基金，船舶不会被释放，此时，船舶优先权便可发挥其作用。

其次，设立基金导致船舶不能被扣押只是针对某次海难事故的限制性债权来说的，如果有多次海

^② 贾林青：《海商法》，中国人民大学出版社，2004年，337页。

^③ 贾林青：《海商法》，中国人民大学出版社，2004年，60页。

^④ 陈海波：《论我国海事赔偿责任限制对船舶优先权的影响》，《中国海商法年刊》，1995年，108-109页。

难事故，其他海难事故的债权人仍然可以要求扣押船舶直至责任人按法律要求设立基金。对于有船舶优先权担保的“本次事故”的限制性债权来说，我们认为其已经按照责任基金规定的得到受偿的话，释放船舶并不对其构成完全不受偿的影响。而对于非限制性的船舶优先权担保的债权，在船舶被释放时应当如何实现的问题，我们认为债权人完全可以另外要求法院进行扣押，用于实现船舶优先权担保的债权。

（二）适用不同的制度导致基金分配结果的不同

1、基金的分配方式与船舶优先权的受偿顺位

海事赔偿责任限制基金是特定事故制，一次海损事故所引起的各类债权赔偿限制在法定限额内（包括侵权行为之债和因合同所引起的债务），对基金的分配也就是该次海损事故造成的全部损失的债权的分配。

在海事赔偿责任限制中，人身伤亡与财产赔偿请求是按照不同的限额来进行赔偿的。对于单纯的人身伤亡或财产损害的索赔，责任人可以分别按有关赔偿限额设立责任基金。人身伤亡和财产损害同时发生的，责任人可以分别按有关限额设立人身伤亡责任基金和财产损害基金。在人身伤亡的限额不足以支付全部人身伤亡的赔偿请求的，其差额与非人身伤亡的赔偿请求并列，从非人身伤亡数额中按照比例受偿。

按照船舶优先权受偿顺序的规定，船舶在营运中因侵权行为造成的财产损失一律按顺序依比例受偿。在海损事故同时造成人身伤亡与非人身伤亡的，人身伤亡赔偿请求优先于财产损害赔偿请求受偿。

2、不同的受偿结果

由于船舶优先权不影响海事赔偿责任限制规定的实施，因此，可以理解为同时存在船舶优先权和海事赔偿责任限制时，先按海事赔偿责任限制制度的规定进行理赔。实践中可以分为以下三种受偿情况：

（1）如果海事请求人的债权为非限制性债权，海事责任人不能申请海事赔偿责任限制，海事请求权人申请扣押船舶，责任人提供担保，则债权分别通过担保满足，此担保是针对特定债权而提供，不会发生优先权受偿位次的排列问题。

海事请求人申请扣押船舶，责任人未提供担保导致船舶被拍卖，所有可以该船舶拍卖价款受偿的债权人进行债权登记，对船舶价款进行分配，受船舶优先权担保的债权优先受偿。

（2）如果海事请求人的债权为单纯限制性债权（即该债权只受海事赔偿责任限制，而不受船舶优先权的担保），海事责任人可申请海事赔偿责任限制，海事请求人申请扣押船舶，责任人申请海事赔偿责任限制并设立责任基金，船舶因此被释放。就此海损事故产生的所有限制性债权人登记债权，按照基金原则分配。

非此次海损事故产生的债权或限制性债权人可另行通过扣押船舶取得担保或通过拍卖船舶所得价款受偿或责任人再申请海事赔偿责任限制设立基金受偿^①。

（3）在同时存在责任限制和船舶优先权的情况下，根据法律规定，对债权的分配进行重新调配。海损事故发生后，责任人一旦申请海事赔偿责任限制并设立基金，则相关债权的分配将按照基金的分配原则进行。船舶优先权的受偿原则并不起实际作用。

基金分配完毕后，限制性债权人即使未足额受偿，也不能再对责任人主张权利，而非限制性债权人

^① 刘怡如：《船舶优先权和海事赔偿责任限制的冲突和解决》，《上海市政法管理干部学院学报》，2004年第6期，51页。