

高校的自律与它律论学生受教育权、隐私权的法律保护 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E9_AB_98_E6_A0_A1_E7_9A_84_E8_c122_484190.htm 缘起：女大学生怀孕被开除 西南某院校因开除一位怀孕的女大学生，招致全国性公议。这个女生在假日旅游期间，与男友在校园外宾馆度过激情一夜，后被校医院查出怀孕并报告了学校当局。校方责令女大学生作深刻检讨，交待性行为细节，承认自己“道德败坏”。学生和家长认为，校方行为侵犯个人隐私，拒绝接受校方的要求。校方遂以两学生发生“不正当的性行为”、“违反校规校纪”为由，勒令两人退学。学生以受教育权和隐私权被侵犯为由，诉请法院撤销该行政行为，并请求赔偿名誉损失。诉讼中，原告撤回了赔偿的诉求。据悉，一、二审法院皆以学校开除学生是内部行政管理行为，不属法院管辖为由，驳回的原告的起诉。 本案涉及以下法律上的疑问：一、学生受教育权的法律保护；二、学生隐私权的法律保护；三、法律保留原则与校规、校纪的法律效力；四、学生权益受损后的法律救济。现试析如下：一、受教育权法律保护的规范基础 权利是法律所保护的利益。当原告自觉权益受损时，他/她应当将其受害的利益具体地纳入权利框架之中，为自己的利益寻求一个准确的“法律据点”法理上称为“请求权基础”。2学生受教育利益受损后，其请求权的规范基础为何？我国宪法在“公民的基本权利和义务”一章中规定：“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”由于我国司法实务一直拒绝适用宪法，致使宪法沉寂多年

。2001年，最高法院在“齐玉苓受教育权被侵犯案”的批复中首次明确，法院可以直接援引宪法条款判案，宪法的活力由此而复苏，媒体称该案为“中国宪法第一案”。³但批复公布不久，北京大学法学院沈岍博士即献文质疑，认为《教育法》第9条第1款“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”，以及第81条“违反本法规定，侵犯教师、受教育者、学校或者其他教育机构的合法权益，造成损失、损害的，应当依法承担民事责任”，可以作为本案的审理依据，法院在本案中没有必要适用宪法条款。⁴沈岍的质疑涉及法律规范竞合时的法律适用问题。规范竞合是指同一事实符合数个规范之要件，致使数个规范皆得适用的现象。⁵规范竞合是一个争论不休的理论难题，本文不作细究。在此仅须指明的是，法院在选择适用法律时，首先应斟酌法律的位阶。法律的位阶是依据法律之间“效力的高低”对法律进行的等级划分，一旦下位阶的法律与上位阶的法律相冲突，上位阶的法律优先适用。但法律位阶确立的是上位阶规范“效力”的优先性，而不是其“适用”的优先性。在法律规范之间没有冲突时，司法实务上要求优先适用下阶位的规范，原因在于，上位阶的规范尤其是宪法规范往往是概括性条款，内容不确定，为了防止法官“向一般条款逃避”，脱离具体法律的约束，如果下位阶法律有具体规定，法官不应援引上位阶法律。只有在法律规定缺位或下位阶法律与上位阶法律冲突的情况下，才有援引上位阶法律乃至宪法的可能。⁶按照这一规则，齐玉玲一案以及本案中，法院应适用教育法而不是宪法来裁判此案，沈岍博士的质疑是成立的。⁷公民的受教育权还属于联合国《公民和政治权利国际公约》第13条项下的基本人权

。该条规定：“本公约缔约国承认，人人有受教育的权利。它们同意，教育应当鼓励个人的个性和尊严的充分发展，加强对人权和基本自由的尊重，并应使所有的人能有效地参加自由社会，促进各民族之间和各种族、人种或宗教团体之间的了解、容忍和友谊，和促进联合国维护和平的各项活动。”对于高等教育，公约要求：“高等教育应根据成绩，以一切适当的方法，对一切人开放，特别要逐渐做到免费。”⁸虽然该国际公约在我国法院尚不能直接适用，不得作为本案原告方请求权的规范基础，但在中国逐步走向世界，与世界接轨的今天，国际公约即使不能直接适用，至少应成为各方论证其观点“合理性基础”。如果校方不能提供合法的抗辩，则开除女大学生的行为涉嫌侵犯公民的基本人权。

二、学生隐私权的法律保护

对不道德的行为进行“通报批评”是我国行政机关惯用手段之一，但因通报批评导致名誉受损应否追究责任？对此，人们鲜有追问。本问题可细分为两个子问题：其一，学校调查学生的性隐私本身是否侵权？其二，学校通报个人私生活，是否侵犯隐私？

（一）学校调查学生的性隐私本身是否侵权？

性行为属个人隐私，不允许他人包括个人和国家擅自刺探。我国缺乏保护隐私的传统，“国家至上”的观念深入人心。人们通常认为，隐私权只排除公民侵犯他人隐私，人们没有想到的是，隐私权同样排斥国家非法侵犯他人隐私。法律上的权利不仅排斥个人侵犯，更重要的是排斥国家的侵犯。权利不仅对抗私人，而且更为重要的是对抗国家，排斥国家侵犯是权利的最重要功能。现在的问题是，校方调查学生性隐私的权力从哪里来？校方可能一个辩解是：学校是一个执法者，调查学生的性隐私是“执法者”的

当然权力。然而，这一辩解理由是苍白无力的。现行法律并未授权学校调查乃至查处学生性行为。原国家教委90年发布的《高等学校学生管理规定》第30条规定，对于“在校学习期间擅自结婚而未办理退学手续的学生，作退学处理。”⁹本条仅授权学校处分擅自结婚的学生，并不能据此导出“学校有调查学生性行为的权力”。毕竟，“擅自结婚”与“擅自发生性行为”属于不同的事项。¹⁰“调查”他人隐私但并未公开调查的事实是否构成侵犯隐私权？此类事件在我国台湾地区也曾引发议论。据台湾民法学家王泽鉴先生介绍，台湾法学界曾研讨这样一件案子：甲男与乙男素有嫌隙，探悉乙男与丙女感情颇笃，某夜瞥见乙丙二人相偕进入旅店房间，就秘密将二人的幽会情节进行录影，随后不断地对丙女透露上情。丙女不堪其扰，精神痛苦不堪，请求甲男赔偿损失。丙女有无理由？台湾“司法院”第一厅研究意见认为：“‘民法’虽未就秘密权（亦称隐私权）设有特别规定，惟秘密权亦属人格权之一种。秘密权旨在保护个人之私生活为其内容，侵害秘密权，固常伴随着名誉权亦并受侵害，惟前者重在私生活之不为人知；后者重在社会评价之低落，两者仍有区别。本题甲男之行为系故意以背于善良风俗之方法加损害于丙女，丙女依第184条第1项后段规定，请求甲男赔偿其非财产上损失，应予准许。”¹¹法院的立场是，损害隐私权不以“公开”为必要条件，即使隐私事实未曾公开，仍然可以判令赔偿。我国民法学家杨立新教授也认为，刺探调查个人情报、资讯包括两性生活的行为本身即构成侵犯隐私权。¹²禁止学校调查学生的性隐私除了具有上述的法理依据外，还另具一层现实考虑。我国新近颁布的《民办教育促进法》第5

条规定：“民办学校与公办学校具有同等的法律地位。”如果公立高等学校有调查学生性隐私的权力，则由私人设立甚至外商设立的民办学校也可照此办理。据统计，截至2001年底，中国各级各类民办学校(教育机构)达56274所，在校生923万人。随着民办教育促进法的实施，民办教育必将大有起色。现实的问题是：如果公立高校有权调查学生的性隐私，则民办高校同样有权刺探大学生的性隐私，大学生的性隐私将会荡然无存。

（二）学校通报个人私生活，是否侵犯隐私？校方对当事人进行通报批评是一种公开行为。我们通常想当然以为，“通报批评”是高等院校当然享有的权力，然而，令人惊异的是，在有关高等院校管理的三部主要法律中，“通报批评”这一处分形式皆查无实据。《普通高等学校学生管理规定》第62条规定：“对犯有错误的学生，学校可视其情节轻重给予批评教育或纪律处分。处分分下列六种：（1）警告；（2）严重警告；（3）记过；（4）留校察看；（5）勒令退学；（6）开除学籍。”这六项处分措施中，并无通报批评的内容。笔者不敢断言，已检索完所有的其它低位阶的行政规章，但纵令其它低位阶的规章有类似规定，“通报批评”的合法性仍然不无疑问。原因在于，隐私权是我国《宪法》和《中华人民共和国民法通则》所赋予民事主体的“基本权利”，也是联合国《公民和政治权利国际公约》以及其它诸多人权公约所保护的基本人权之一。对于属于公民基本人权的事项，国家只能通过“法律”的形式加以规范，如仅以“规章”的形式进行限制，其合法性是值得怀疑的，因为国家不得通过规章限制公民的基本权利，当然也就不得通过规章授权政府部门调查他人隐私。13 校方再一个可

能的抗辩理由是，学校是学生的监护人，有权对学生的生活包括私生活进行监督和管理，但这一理由同样不能成立。首先，大学生系法律上的有完全行为能力人，学校乃至其父母已不再是其监护人。我国法院在一系列判决和司法解释中，一再明确这一问题。最高人民法院2001年发布的《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（一）》第20条规定：“《婚姻法》第二十一条规定的“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。”依本条，对于已上大学的子女，父母已无监护的义务。按权利和义务相一致原则，父母既然无监护的义务，当然也无监护的权利。¹⁴在大学生在校期间受到伤害，学校应否承担监护不力的赔偿责任系列案件中，高校也一再主张，高等院校并非大学生的监护人，不应承担监护不力的赔偿责任。教育部2002年发布的《学生伤害事故处理办法》第7条：“未成年学生的父母或者其他监护人(以下称为监护人)应当依法履行监护职责，配合学校对学生进行安全教育、管理和保护工作。学校对未成年学生不承担监护职责，但法律有规定的或者学校依法接受委托承担相应监护职责的情形除外。”教育部是否有权制定涉及公民基本民事权利的法律，以及学校应否对未成年人承担监护职责，当然不无疑问，但《办法》明确的一点是，高校院校对已成年的学生不承担监护的职责。除了教育部的上述规定《办法》外，我国各地法院在涉及高校民事责任案件中也多数认为，高等院校并非大学生的监护人。此外，即使学校有“监护权”，这也不成为高校将学生的性行为公诸于众的理由，因为监护人的一项义

务就是“不得损害被监护人的利益”。¹⁵ 隐私权不仅保护公民合乎主流道德的私行为，而且也保护那些不合乎主流道德私人行为。隐私事实的非道德性不是公开的理由。公开事实的真实性也不是免免责的理由。我国民事基本法律民法通则中虽无关于隐私权的规定，但最高法院在《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条中，对隐私权的保护已作专门规定。该解释第1条第2款称：“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”据本条，侵害他人隐私系以“违背社会公共利益、社会公德”为前提。该解释将社会公共利益和社会公德置于个人隐私之上。由于学生的性行为并不损害第三人利益和社会公共利益，属于私人的行为，即属于“私德”问题，与公德无涉，学校的干涉即于法无故，应当认定其侵害了公民个人的隐私权。我国文化传统对监护人以及公共管理机关介入个人的性隐私一直持宽容的态度，对个体的尊严和隐私漠然视之，公共管理机关介入、管理私人生活的行为屡见不鲜如文革期间的“抓奸”行为。改革开放以后，人们的性观念越来越解放，隐私权意识越来越浓，保护个体尊严受到社会广泛的认同。法律应当适应这一形势，加强对个人隐私的保护，以维护公民的人格尊严。德国曾发生这样一起案例。原告人曾参与抢劫德国一弹药库，导致警卫数人死亡，其后被捕并判处长期徒刑。很多年以后，刑期即将结束的时候，某德国电视公司认为此项犯罪案件具有社会教育意义，即将此案拍成纪录片。影片描述了作案的过程、罪犯的背景，而且特别强调了原告人的同性恋倾向。记录片还显示了

原告的相貌，数度提到原告的姓名。原告人诉诸法院，要求禁止电视公司播放。地方法院和高等法院皆驳回此项禁播的请求，其主要理由为原告人已成为公众人物。但德国联邦宪法法院最终废弃了地方法院和高等法院的判决，命令电视公司停止播放。在其长达数页的判决中，德国联邦宪法法院再三强调，人的尊严是宪法体系的核心，人格权为宪法的基石，是一种基本权利。原告犯罪事实发生于20年前，原告人行将获释，重入社会，开始新的生活，其不受干扰的权利应优先于言论自由而受保护。¹⁶

三、高校自治与法律保留

本起事件发生后，社会上舆论汹汹，但校方自我感觉理直气壮。校方依据的是《XX学院学生违纪处罚条例》第20条：“发生不正当性行为者，给予留校察看直至开除学籍处分”。如学校的校规在法律上可以生效，则学校开除学生的行为纵使被认定为不合情理，法院也不得撤销，因为在行政诉讼中，法院通常不得审查行政主体行政行为的合理性，而是审查其合法性。学校可否制定如此苛刻的校规？诉讼中，法院应当如何处置该校规？这涉及到高校自治权与法律保留原则之间的关系。高等院校作为文化知识的传承、培养和传播机构，应当比一般的社会组织具有更大的独立性和自主性，这一命题在学术上被归结为教育独立和学术自由。但教育独立和学术自由不代表高校可以为所欲为，学校制定规范性文件应受“法律保留原则”的约束。法律保留原则是大陆法系国家用以表达法治行政原则的一个术语，意指行政机关只有在取得法律授权的情况下，才能实施相应的行为。¹⁷现代国家在强调议会主权和法律保留原则的同时，也强调社会自治，认为国家权力包括国家立法权不能没有边界，必须保留社会自治组织

的自治空间。为此，就出现法律保留原则的适用范围问题，即具体而言，哪些事项的立法权应保留给国家？哪些事项的立法权限可以交给行政机关和社会？德国法学界就此提出种种理论，其中广为接受的理论是“重要事项说”此说为德国联邦宪法法院所采取。此说认为，凡涉及人民基本权利的实现与行使，以及涉及公共利益尤其是影响共同生活的“重要基本决定”，应由具有直接民主基础的国会立法者以法律规定之，而不许委诸行政之行为。¹⁸就教育领域而言，德国法学界一般认为，立法机关应自行作出有关教育领域的重要决定，而不能放任给教育行政机关。对涉及学生基本权利及其父母基本权利问题，立法机关应自己通过立法进行调整。这些“重要问题”包括教育内容、学习目标、专业目录、学校的基本组织结构（学校类型、教育层次、专业设置、父母和学生的参与等），学生的法律地位（入学、毕业、考试、升级）以及纪律措施等。除了理论上的前述界分以外，已经被法院通过判决确认的“重要性问题”还包括：作为秩序措施的毕业；高级文科中学高中阶段的改革；性教育课程的设置；以成绩无条件的教育免除；留级；学校的政治宣传。德国学者认为：“举凡教育内容、学习目的、修课目录、学生之地位等有关大学生学习自由之‘重要事项’，皆应以法律明文限制之，或有法律明确之授权。尤其是足以剥夺大学生学习自由之退学或开除学籍处分，更应以法律明定其事由、范围与效力，而不得仅以行政命令或各校之学则即予剥夺，此乃法律保留原则之基本要求。”¹⁹我国台湾地区的判例也认为，各级学校（包括私立）依校规对学生所为的退学或类此之处分，因足以改变学生身份，并损及其受教育之机会，影

响人民受教育之“宪法”权利，故得寻求救济。²⁰ 如何尊重社团自治，同时又防止社团在“自治”口号下，侵害公民权利，这是德国法律理论和实务界一直探讨的问题。历史上，司法判决和学术著作认为，社团可以在章程中规定对社会员施以“处罚”，如进行正式批评、罚款、有限期的停职或禁止某些社团活动，直至开除。德国联邦最高法院曾经在判决理由中指出：“社团有自己独立的处罚权，国家认可这个权力，社员要依章程服从这个权力。”法院不得对社团所作的处罚决议进行实质性审查，因为这种审查意味着对社团自治的干预，背离了国家给它的“自主权”。法院的审查仅限于对处罚程序是否合法进行审查。随着时代的发展，德国法院已经改变了这一立场。新的学理认为，尊重社团自治，不代表法院不得全面审查社团所采取的措施是否基本合理。社团在“自治”范围内对社员行使一定的纪律权力，并不意味着它就可以不受国家司法权的管辖。法院审查社团处罚手段的目的并不是对社团内部事务的干预，而是法治国家一种必不可少的，使个人免受团体专制权力的损害。罚款、名誉制裁以及开除出职业团体不仅仅涉及到财产、名誉和职业发展，而且在极端情况下，还会对当事人的生计发生严重后果。因此，只有当法院可全面审查处罚决议，看其是否合法，才符合法治国家的基本原则。²¹ 英国当代最为著名的法官丹宁勋爵也曾在一系列案件中，就如何处理自治规则与法律之间冲突问题发表过深刻的见解。一位驯马女士向赛马总会申请执照被拒绝了，原因在于她是女性。该女士提起诉讼，丹宁勋爵判道：“如果他们制定了一条规则，使他们能够毫无道理地、任意专横地拒绝一个人的申请，那么这条规则就是非法

的，它违反了公共政策，法院就不应该让它实行……。”²²在另一起涉及工会滥用职权的案件中，丹宁说：“我认为这个工会，或其他任何工会都不能通过其本身的规定，给予自己毫无限制地开除某个人或取消某个人会员资格的决定权。因为人有工作的权利，这种权利现在完全被法律所承认。

”²³如果我们将丹宁这段话中的“工会”一词替换为“学校”，就会有这样的判词：“我认为这个学校，或其他任何学校都不能通过其本身的规定，给予自己毫无限制地开除某个人或取消某个人学生资格的决定权。因为人有学习的权利，这种权利现在完全被法律所承认。”我国现行法律中，法律保留的规定见于《中华人民共和国立法法》第8条。该条立法采列举性规定与概括条款相结合的办法，除具体列举若干法律保留事项外，还在第10款中规定：“必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”我们认为，由于公民受教育权属于宪法上的“基本权利”，是最高层次的权利，参照国外的相关规定，对于学生入学、开除、勒令退学等重要事项予以法律保留，理属当然。我国法律未规定，如果行政部门突破法律保留的规定，越权制定规范性文件法院应如何处理。但按行政诉讼法的规定，对于规章以下的规范性文件，法院在案件审理过程中应当“参照”，而不是“依据”，即规章以下的规范性文件对于法院没有当然的约束力，法院可以依自己的裁量，决定不“参照”一项非法或越权的规章。学校规章在效力上类似于村规民约，法院可以采取“不参照”的办法来否定其效力。由于我国法律没有规定，法院在何等情况下应当参照某一规章，在何等情况下可以不参照某一规章，理论上应当认为，立法机关在此赋予法院

以裁量权，由法院根据合理、合法原则自行确定。法院不仅可以对规范性文件进行合法性审查，而且可以进行合理性审查。这不仅是合法可行的，而且也是必须的。本案学校的规范性文件不仅违背了法律保留原则，也违背了行政法上的比例原则。行政法上的比例原则是指，行政机关实施行政行为应兼顾行政目标的实现与保护相对人的权益，如为实现行政目标可能对相对人权益造成不利影响时，应使尽可能限制这种不利影响，保持二者处于适度的比例。学理认为，比例原则包括三个子原则：其一，妥当性原则，指行政行为对于实现行政目的是适当的，有用的；其二，必要性原则，指行政行为对于达到行政目的是必要的，给相对人权益造成的不利影响是难以避免的，即行政权行使只能限于必要的度，以尽可能使相对人权益遭受最小的损害；其三，比例性原则，指行政行为在任何时候均不应难予相对人权益超过行政目的本身的价值损害。²⁴我国《高等学校学生管理规定》第84条规定：“对犯错误的学生，要热情帮助，严格要求。处理时要持慎重态度，坚持调查研究，实事求是，善于将思想认识问题同政治立场问题相区别，处分要适当。”其中的“处分要适当”即是行政法上比例原则的体现。学生在校外发生的性行为本身并没有损害国家、集体、他人的合法权益，也未造成严重的社会后果，属于一种常见的违规行为，对于“小过”施以勒令退学的重罚，显然不合比例。

四、学生权益受损后的法律救济

学生受教育权受损后，国家如何给予救济？在齐玉玲一案中，原告以受教育权被侵犯为由提起民事诉讼，法院也判决被告为民事赔偿，但公民的受教育权是一种民事权利吗？类似的案件究竟应当提起民事诉讼还是行政赔偿

诉讼？此涉及到公法与私法的划分问题。公法与私法之间的划分标准问题，学界由来争议不休。主要的观点有：1、利益说。此说认为，判断一项法律关系或一条法律规范是属于公法还是属于私法，应以涉及到的是公共利益还是私人利益为准。此说的问题在于，在社会福利国家中，公共利益和私人利益往往能以分离。被归属于私法范畴的婚姻制度和竞争制度，在本质上也是服务于公共利益的。与此相反，在属于公法范畴的社会法在很大程度上也涉及私人的利益。2、隶属说。隶属说认为，公法的根本特征在于调整隶属关系，而私法的特征在于调整平等关系。此说难以说明的是，隶属关系也存在于私法中，如父母与子女之间的关系。另一方面，公法中也存在着平等关系，例如不同政府之间订立的协议。隶属说虽然这些疑问，但在各国司法实践中，一直处于主导地位。3、主体说。主体说为当今德国的通说。该说认为，如果某个公权力主体以公权主体的身份参与法律关系，则存在公法关系。德国联邦最高法院认为，判断是否是公权力的行为，具有决定性意义的是“要看参与人相互之间是否处在一种隶属性质的公权关系之中；并且要看公权主体是否使用了归属于它的、公法上的法律规范，还是应用了对每个人都适用的法律规定。”主体说未能解答的是：在什么时候，主体行使的是公权，且行使的方式足以表明国家是在上述定义的意义参与法律关系的？对于公私法之间划分存在的种种疑问，德国民法学家梅迪库斯评价说，任何一种旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试，都是徒劳无益的。将各个具体的法律制度或者法律关系归属于某个法律领域主要是受到历史原因的影响，因此，应当让历史的因素

来作出决定。梅迪库斯举了一个令人难以思议的事例来说明问题：在德国，由于历史的原因，红色的联邦铁路公共汽车的法律性质，不同于黄色的联邦邮政汽车！²⁵ 公民受教育的权利属于公法上的权利，而不是私法上的权利。勒令退学属于公立高等院校学籍管理的一种，正如沈岿博士分析的那样，我国的学籍管理基本上属于公法性质的管理，其涉及到临时户口、粮油关系、人事档案、公费医疗、学历确认、学位授予、毕业分配等一系列公共行政事项。²⁶就我国高校的历史和现状而言，高校尤其是国立高等院校系国家财政设立，高校的领导系政府任命，学生必须通过国家统一考试才能入学就读。入学后，学生与学校处于一种非平等的管理者与被管理者之间的关系。从我国的司法判例来看，最高法院公布的田永诉北京科技大学拒绝颁发学位案以及广为关注的刘燕文诉北京大学博士学位案皆是以行政诉讼立案。综合各方面因素，应当认定，高等院校处分学生所生之纠纷应为行政诉讼案。再者，如果认定高校与学生之间系一种平等主体间的合同关系，将无法解释以下问题：当高校决定开除学生，而学生拒绝接受该决定的，决定是否自然生效？如果高校与学生间是平等主体之间的关系，则一方提出解除民事关系而另一方不同意的，法律关系并不依单方意志解除。如果认为处分系一种行政行为，则处分决定一经送达即生效力，相对人逾期未寻求法律救济的，即有被强制的可能。高校单方作出除名或勒令退学决定后，如果学生在一定的期限内未提起诉讼的，决定自然生效，这是行政行为单方性的具体表现。这一点也反证，高校对学生所作的处分，系一行政性行为，而非民事行为。如果高校的处分行为被定性为“民事行为”，

学生其实无须进行诉讼，只要对处分予以否认甚至不置可否，即可维持自己的学生地位。²⁷ 本案法院以学校开除学生是内部管理行为，不予受理。其驳回的理由本于行政法上的特别权力关系学说，该说源自德国。据德国行政法学者毛雷尔介绍，这一学说可以追溯到19世纪宪政上的国家法和行政法理论。特别权力关系涉及国家和公民之间的一种特殊关系，通过（强制或者自愿地进入）在特定行政领域内（学校、监狱、其他设施、公务员管理关系和兵役关系）确立。特别权力关系被归入内部行政，因而不受法律调整领域。行政机关可以根据自己的权利发布调整特别行政关系所必需的规则；可以在没有法律授权的情况下，实施侵害行为。法院对特别权力关系纠纷不予审理。²⁸ 特别行政关系为行政机关提供了自由的乐园。随着时代的发展，特别权力关系逐渐瓦解，并且被部分废除。德国现行司法和学理普遍认为，内部行政规则具有法律特征，除非具有需要限制的特殊目的，基本权利也适用于特别权力关系。基本权利、法律保留和法律保护也适用于被视为传统特别权力关系的国家与公民之间的关系。²⁹ 特别权力关系理论也困扰台湾司法多年。1970年，行政法学者林纪东首先对此说发难，诸多学者轮番跟进，但台湾行政法院无动于衷，迫使“大法官”不得不于1984年作出针对性解释，突破特别权力关系的藩篱。此后，“大法官”再接再厉，作成一连串“宪法解释”，一再否定“行政法院”的旧判例，从根本上撼动特别权力关系的地位。“大法官”确立了：（一）公法上的财产请求权，例退休金、福利互助金、考绩奖金等，均不受制于特别权力关系的桎梏。（二）影响公务员身份或地位的行政决定，如免职、记大过等等

，则分别而论。免职因改变公务员的身份，直接涉及到“宪法”所保障人民服公职权利，被划出特别权力关系的范畴。记大过处分的严重性显然有不及，故仍属于特别权力关系范畴。“大法官”解释称，除足以改变公务员身份的惩戒处分外，其他对公务员有重大影响的，也不属于特别权力关系的范围。30就学生与学校之间的关系问题，台湾“大法官”曾有解释称，各级学校（包括私立）依校规对学生所为的限学或类似的处分，因足以改变学生身份，并损及其受教育的机会，而被认为重大影响人民受教育的“宪法”权利，可以寻求行政救济。特别权力关系理论的分崩离析并不意味着所有行政纠纷皆得诉诸法院，将所有的行政活动纳入司法控制之网是不可能的。基于司法自我限制以及减轻法院案件负担之原因，仍有许多行政纠纷，法院难予救济。至于如果进行限制，各国规定不一，主要视权利之性质及其对公民重要性而定。至于开除学生，由于涉及到学生的主体地位和宪法上的教育权，各国依前述法理，皆准允公民起诉。团体内部纠纷法院应否受理问题同样困扰过英国的法院。丹宁勋爵在《法律的训诫》一书中写道：30年以前，对集团滥用或误用权力实际上没有有效的控制手段。法院已经被他们自己虚构的设想捆住了手脚。他们认为实际上与事实相反这些自愿性团体是成员个人间的契约的产物。无论成员何时受到集团不公正的对待或被不正当地开除出集团那么，只要在规章允许的范围内，他就无法得到法律援助。无论自愿性团体何时与其成员发生争执，法院只能说：“让我们看看规章吧”。这样，法院便陷入了最糟糕的困境。这通常是由于规章的规定含糊不清造成的。就起草水平而言，这些团体的规章从来都是

最差劲的。他们一次又一次地给律师以“辛苦、眼泪和汗水”。³¹这样的机构，其规章往往被说成是合同，这样它们就有了合法的理论。但这只是虚构一种由律师创造的以便给予法院以司法权的虚构。这不是什么新东西。从约翰多伊时代起就有很多这样的先例。抛开这种虚构，事实是，这些规则就是法规一套由管理机构制定的所有协会会员都要遵守的法规。这些法规，虽被说成是合同，也是受法院控制的。如果它们对于职业加以不合理的限制，它们就是无效的。……如果它们企图取代法院的司法权，它们就是无效的……如果它们不合理地剥夺一个人的工作权利，它们就是无效的……如果它们规定了反对自然公正原则的程序，它们就是无效的……³²在一起关于工会处罚会员的案件中，丹宁评价道，所有这些团体都把权力委托给委员会，这些委员会是掌握千百人命运的内部机构。它们可以用它们的决定成就一个人或毁掉一个人，不仅可以用开除它的会籍，也可以用拒绝吸收他入会，或者还可以用拒绝授予他执照或拒绝批准对他的任命去这样做。它们的规章往往都有这样的规定，以便它们能够进行自由裁量。于是它们就要求这种自由裁量应该是一种‘不受限制’的自由裁量，法院无权进行干涉。它们走得太远了，它们的要求太过分了。内政大臣在《帕德菲尔德案》中也是这样要求的，但上议院把这一要求整个斥之为厚颜无耻。我们也应该这样对待工会的要求，工会不能凌驾于法律之上，而应该受法律的管辖。工会制定的法规应当与国会本身制定的法规一样，由法院来控制。³³我们认为法院受理本案除了前述法理依据外，还有现行法律的规范依据。《中华人民共和国教育法》第42条规定，受教育者享有下列权利：“

对学校给予的处分不服向有关部门提出申诉，对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益，提出申诉或者依法提起诉讼。”依本条，如果学校的处分并未损害合法权益的，当事人可以向有关部门申诉。如果损害学生、教师人身权、财产权“等合法权益的”，则可以提起诉讼。接受教育是现代人谋取幸福生活甚至是基本生活的重要手段之一，这一“利益”对于学生的“重要性”决定了受教育权属于本条所规定的“等合法权益”之内，依法应当准诉。再者，我国现行行政诉讼法律规范中，并无对“内部管理行为”不得提起诉讼的内容。虽然行政诉讼法第12条规定“行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”的案件，法院不受理，但按最高法院《关于执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》第4条，该条是指“行政机关作出的涉及该公务员权利义务的决定”。由于学生并非公务员，故此，法院不得适用本条拒绝受理学生提起的诉讼。

1 作者系中国政法大学教师，北京大学法学博士。我的同事，郑永流教授就本文提供了有益的批评意见。刘莘教授、吴平付教授曾发表过借得参考的见解，在此一并致谢。

2 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例》。北京：中国政法大学出版社，2001，页50-171。

3 齐玉苓系山东女子，数年前参加高考被录取，但录取通知被陈晓琪之父截取。陈父串通地方官员，采取“狸猫换太子”的手法，让陈晓琪冒名齐玉玲入学。案发后，齐玉玲以陈玉玲等侵犯受教育权为由提起民事赔偿诉讼。最高法院在给山东省高院的批复中称：“陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉玲依据宪法规定所享有的受教育权，并造成具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”参见最高人

民法院法释[2001]25号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》；郭锐：“受教育权和宪法司法化”。载郑永流编：《法哲学与法社会学论丛》第五卷。北京：中国政法大学出版社，2002，页317-312。4 沈岍：《宪法统治时代的开始？“宪法第一案”存疑》。载北大法律信息网（www.chinalawinfo.com）5 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一）。北京：中国政法大学出版社，1998，页371。6 毛雷尔著、高家伟译：《行政法学总论》。北京：法律出版社，2000，页73。7 齐玉玲案判决后，还有人对“用宪法来裁判公民之间的关系”提出疑问，认为宪法是调整国家权力机关之间关系的法，如果以宪法来裁判公民之间的关系，就会使宪法降格。北大姜明安教授也强调：“宪法诉讼通常不是两个公民之间的问题，它一般是国家机关与公民之间的关系。”一般情况下，法院不宜用宪法判断两个公民间的关系，但并不排除在特殊情况下适用宪法可能性。王泽鉴教授虽然认可宪法基本权利的功能在于防御政府行为对人民的侵害，而非在于规范私人间的法律关系，但王泽鉴同时援引德国的宪法法院以宪法判断私人间的法律关系为例，说明并不能完全排除宪法适用于私人关系的可能性。参见王泽鉴著：《法律思维与民法实例》。北京：中国政法大学出版社，2001，页193-194。8 国际人权法教程项目组编：《国际人权法教程》。北京：中国政法大学出版社2002，页350。9 这一规定本身违背婚姻法，其合宪性不无疑问。10 隐私权属于联合国公约所确认的基本人权。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第17条规定：“任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，

他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。”联合国人权事务委员会解释认为，隐私权包括“性的选择权和身体权”，对“这种权利必须加以保障，使之不受任何干涉和攻击不管是来自政府当局或自然人或法人。依照本条所规定的义务，政府应采取立法及其他措施，以禁止这种干涉和攻击，并保护这种权利。”国际人权法教程项目组编：《国际人权法教程》。北京：中国政法大学出版社2002，页350下 11 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（八）。北京：中国政法大学出版社，1998，页95-96。 12 参见王利民编：《中国民法案例与学理研究总则篇》。北京：法律出版社，1998，页143。 13 参见郑永流编：《国际人权法教程》。北京：中国政法大学出版社，2002，页199-204。 14 台湾学者认为，已满14周岁的未成年人有独立允诺为性行为权利。法律上认为其对于性已有独立的识别能力，可以单独允诺为性行为，不必得法定代理人的同意。法定代理人的代理不及于性的自主，其允许不能阻却违法性。台湾曾发生一起案件，一对未成年男女发生性行为，女方法定代理人以女儿身体受侵害为由，起诉请求甲男给付慰抚金。学理研讨认为，如乙女未满16周岁，应当认定构成民法上的侵权行为。如乙女当时已满16周岁，则不构成。王泽鉴：《侵权行为法》。北京：中国政法大学出版社，2001年，页127-128。 15 重庆璧山县某中学一班主任老师因撕看并公开曝光学生日记，被学生告上法庭。教师在法庭上提供的抗辩理由是，她在履行教师职责，检查学生笔记，从而知晓该生早恋，违反了校规。学生的日记不具有隐私权的保密性；隐私内容是早恋，严重违反了《中学生守则》，这种隐私内容受公共利益的限制，是不诚实的表现；而且，看

学生笔记是教师知情权的一部分。属于正当教育范畴，是善意的，不具有贬损余刚名誉权的性质。法院最终认定，教师的行为侵犯了学生的名誉权，应该向学生公开赔礼道歉，并赔偿精神损失费。田文生²：“曝光早恋日记教师被判侵权”。《中国青年报》，2002年10月10日。16 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（八）。北京：中国政法大学出版社，1998，页99。17 法律保留原则的理论依据主要有：（一）民主原则。民主原则要求，只有人民选举的、具有直接民主合法性的议会才能够对共同体利益作出重大决定，特别是颁布普遍的、对公民具有约束力的行为规范均由立法机关“保留”。（二）法治国家原则。法治国家是指公民之间、国家与公民之间以及国家内部领域的关系均受法律调整的国家。其标志是所有国家权力及其行使均受法律的约束。形式意义上的法治国家以法律为中心，凡对公民自由和财产的侵害必须具有议会法律授权；而只要国家活动形式上符合法律，即视为达到法治国家的要求。实质意义上的法治国家不仅要求国家受法律的约束，而且要求法律本身具有社会的正当性。（三）基本人权规定。基本人权规定要求全面保护公民的自由和财产，并且与法律保留相对应只能通过或者根据法律加以限制。参见毛雷尔[德]：《行政法学总论》。北京：法律出版社，2000，页104-107。另参见陈秀清：“依法行政与法律的适用”。载翁岳生编：《行政法》。北京：中国法制出版社，2002年，页178-179。18 参见陈秀清：“依法行政与法律的适用”。载翁岳生编：《行政法》。北京：中国法制出版社，2002年，页181。19 董保城：《教育法与学术自由》，月旦出版社，1997，页211。转引自沈岿：“19 公立高等院校

如何走出法治真空学校与学生的关系维度”。载罗豪才编：《行政法论丛》第5卷。北京：法律出版社，2002，页92。20 翁岳生编：《行政法》。北京：中国法制出版社，2002年，页275。21 [德]卡尔拉伦茨著、王晓晔等译：《德国民法通论》。北京：法律出版社，2003，页228-232。22 丹宁著、杨百揆、刘庸安、丁健译：《法律的训诫》。北京：法律出版社，1999，页180。23 丹宁著、杨百揆、刘庸安、丁健译：《法律的训诫》。北京：法律出版社，1999，页185。24 陈新民著：《行政法学总论》。台北：三民书局，1995，页62。25 梅迪库斯：《德国民法总论》。北京：法律出版社，2000，页13。26 沈岿：“公立高等院校如何走出法治真空学校与学生的关系维度”。载罗豪才编：《行政法论丛》第5卷。北京：法律出版社，2002，页86。27 我国有学者认为，学校与学生之间的教育关系是一种合同关系。参见乔新生：“大学生的官司”。载《人民法院报》，2003年1月29日。28 参见法治斌：“行政法律关系与特别权力关系”载翁岳生编：《行政法》。北京：中国法制出版社，2002年，页271-272。29 毛雷尔[德]：《行政法学总论》。北京：法律出版社，2000年，页170。30 参见法治斌：“行政法律关系与特别权力关系”载翁岳生编：《行政法》。北京：中国法制出版社，2002年，页273-274。31 丹宁：《法律的训诫》。北京：法律出版社，1999，页165-166。32 丹宁：《法律的训诫》。北京：法律出版社，1999，页192-193。33 丹宁：《法律的训诫》。北京：法律出版社，1999，页188-189。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com