

学术自由: 侵权与救济

谢海定

(中国社会科学院法学所, 北京 100720)

摘要: 学术自由侵权与其他侵权行为具有共性, 但与一般侵权行为相比, 行为的主观方面和行为后果不是认定学术自由侵权的必备要素。从学术自由权成立的正当性出发, 有三类限制或禁止学术自由的行为是应予允许的。在现代社会中, 按照在实践中得到运用的广泛程度和实际效果, 最重要的学术自由权救济机制包括宪法救济、一般诉讼救济以及通过结社进行的自力救济。

关键词: 学术自由权; 侵权行为; 权利救济; 违宪审查
中图分类号: DF0-05 **文献标识码:** A

自 1848 年法兰克福宪法草案和 1850 年普鲁士宪法中出现学术自由权条款时起, 学术自由便开始从一种思想传统或价值准则转化为一项宪法基本权利。在当代, 绝大多数国家的宪法都已经确认了这项权利, 而且, 以《经济、社会和文化权利国际公约》第 15 条“缔约国承担尊重科学研究和创造性活动所必不可少的自由”为标志, 学术自由权已经从国内扩展到国际, 具有了国际普遍人权的性质。

权利是人们的需要、欲求、利益相互冲突的产物, 权利的设立是在相互竞争的需要、欲求、利益中选择赋予何者予以优先满足的资格, 或者选择何者予以保护的过程。不可能被侵害的利益或不可能受到阻碍的行动及其意志, 意味着冲突本身并不存在, 也就无所谓设立权利的问题。这就是说, 权利概念必然蕴涵了其遭受现实侵害的可能性。进一步, 权利被侵害的可能性, 意味着必须存在对侵权的矫正、救济, 没有救济的权利不是实践性的权利。此乃人们常说的“无救济即无权利”^[1]。①

在上述意义上, 对侵权和救济问题的探讨, 既关系着学术自由权在法律生活中的实践操作, 也是学术自由权本体理论的一部分, 它从一个方面解释着

学术自由何以成立一项权利的问题。鉴于国内学术界将学术自由作为一项法律权利的探讨尚不多见, 本文对学术自由侵权和救济问题的讨论, 亦旨在抛砖引玉。

一、学术自由侵权的认定

对学术自由之侵权的认定, 可以从正反两个方面予以考察: 一是构成侵犯学术自由权的一般性要素; 二是有关这种普遍性情况的例外, 即在何种情况下, 尽管行为符合侵权的一般性要素, 但并不以侵权行为对待之。

① 权利救济问题预设了两个基本前提: (1) 救济是权利存在的表现形式之一, 换句话说, 获得救济也是一种权利, 而且该权利内含于每种权利之中, 即对于每种可以称之为权利的东西, 都逻辑地包含了对相应原权利的救济权; 而这一论断的基础在于, (2) 任何一种原权利的设立, 都蕴涵着其遭受现实侵害的必然性, 不可能被侵犯的权利是不存在的, 也就是说, 权利救济所针对的是原权利被侵犯的问题, 而且从权利发生的逻辑上说, 该问题必然存在 (关于“权利为什么会侵犯”问题的讨论, 参见有关论著: (程燎原, 王人博· 赢得神圣——权利及其救济通论 (第 2 版) [M]. 济南: 山东人民出版社, 1998. 349.)), 因此, 第一, 救济权并不是一种完全独立于原权利的权利 (“救济在本质上是一种权利, 即当实体权利受到侵害时从法律上获得自行解决或请求司法机关及其它机关给予解决的权利。这种权利的产生必须以原有的实体权利受到侵害为基础。即是说, 原权利没有纠纷或冲突就不会产生救济。救济是相对于主权利的助权。” (同上, 第 358); 第二, 权利救济问题在本质上只与原权利相关, 而不包含权利冲突情况下基于价值位阶原则所产生的一种权利被其他权利或价值压倒的问题, 后者在性质上不属于权利被侵犯的情况。

收稿日期: 2005-04-03

作者简介: 谢海定 (1973-), 男, 安徽舒城人, 中国社会科学院法学研究所副教授, 法学博士。

(一) 学术自由侵权的一般构成要素及其特点

学术自由侵权与其他侵权行为存在共性。关于侵权行为,目前为学术界着重探讨的,主要集中于民事、刑事和行政领域的侵权问题^[2]。①对几乎所有的侵权问题的探讨者来说,探讨侵权问题的目的,主要在于确定侵权者应当承担的法律责任,因而,关于侵权构成要素的探讨与归责问题的探讨在学术实践中近乎成为同一个问题。

作为私法之一部分的侵权行为法主要涉及对民事侵权的认定。参照我国侵权行为法的有关著作,②对民事侵权之构成要素的讨论可以分为两类情况:一是过错责任的侵权要素之构成;二是无过错责任的侵权要素之构成。就前种情况而言,一般可以认为,侵权包含了四个方面的要素:加害行为的违法性(加害行为)、损害事实、加害行为与损害之间的因果关系以及行为人的过错;而在后种情况下,则不考虑加害行为人的过错问题,从而只有加害行为、损害事实以及二者之间的因果关系等三个要素^[4]。③刑事侵权行为通常是犯罪的一部分,有关刑事侵权要素的探讨主要表现为对犯罪构成要件的探讨。通常认为,犯罪的构成要素主要包括主观和客观^[5]、④主体和客体两个方面,其中主观方面又包括故意和过失两种形态,客观方面则又包括犯罪事实、危害后果以及二者之间的因果关联。较之刑事侵权,行政侵权与民事侵权一样复杂。有学者将行政侵权的归责原则分为违法责任原则、过错责任原则、行政不当责任原则和严格责任原则^[6]。相应地,关于行政侵权的构成要素主要包括侵权主体、(违法、过错、不当或无过错的)行政行为、损害事实(或结果)、以及行为和损害之间的因果关系。以此来看,民事、刑事和行政侵权的构成要素,均包含行为、损害以及行为与损害之间的因果联系,至于行为的合法性(legality)、正当性(legitimacy)以及有无过错等问题,在不同的法律规范中则可能有不同的要求。

如果撇开归责问题,对侵权要素的探讨主要就是为了确定是否有权利被侵犯的事实。由于权利被侵犯的前提条件,是权利本身的现实存在,因此,考虑权利被侵犯的首要问题在于确认原权利是什么,即,在正常情况下原权利的存在表现为何种事实,例如:它意味着权利主体的何种利益,或反映着权利主体的何种受法律保护的行动意志。权利被侵犯,意味着权利主体的权利存续状态被临时或持久地打破,从而不能正常地实现权利所蕴涵的利益或意志。于是,思考侵权的第二步工作是考察权利的权利存续状态是否出现了中断,是否出现了权利主体不能正常地实现其蕴含于权利之中的利益或意志的情况。由于权利有时候表现为现实的利益,而有时候则表现为实现利益或按照某种意志行动的法定资格,因而,

权利存续状态的中断并不必然表现为特定现实利益的减损,例如,对于一个特定主体来说,可能由于各种原因没有切实行使其著作自由权,但是当某一法规禁止了著作自由时,我们同样可以说他的著作自由权的存续状态出现了中断。不过,权利存续状态被打破也可能是出于权利主体自身的原因(如权利的让渡),或者说反映了权利主体自身的意志(如权利人选择放弃权利),此种情况下,并不存在权利被侵犯的问题——“侵犯”总是意味着权利存续状态被打破的原因来自于外部,即非主体自身的原因。由此,思考侵权的第三步,就是确认是否外部因素打破了权利的存续状态。外部因素通常包括人为因素和自然因素两个方面。当权利存续状态的中断由纯粹自然因素引起时,一般不发生侵权问题。于是,考察侵权之构成的最后一步工作,即发现反映外部人为因素的事实。由于不同权利的法律规定有所不同,从归责角度着眼,人们往往进一步区分此种人为因素是否违法,或者是否附有行为人的特定主观状态,从而决定其是否应该承担法律责任以及承担何种法律责任,但是,如果仅仅从确定权利是否被侵犯问题出发,一般则没有必要作进一步的区分,因为,无论行为是否违法,无论行为主体的主观状态是否附有故意或过失,只要其行为造成了某种权利存续状态的中断之事实得以证明,通常就可表明有权利被侵犯。⑤

就某种特定类型权利的侵权认定而言,侵权的构成要素主要涉及上述思考侵权问题的第二、三、四个步骤。概括起来,大致也就是前述已经提及的三个方面的:权利存续状态被打破和中断的事实、外部的人为因素以及二者之间的特定关系。

对学术自由权的侵犯,当然也包括这三个要素。

① 德国法学家克里斯蒂安·冯·巴尔在研究私法领域的侵权问题时,探讨了侵权行为法与宪法和刑法的关系,对有关人权的侵权问题给予了尽管简略却相当重要的论述。

② 这里重点参考了张新宝教授的著作。

③ 关于两种情况的具体讨论及学术争论,参见张新宝教授的有关论著。

④ 陈兴良教授曾将此两个方面归为“主观恶性”和“客观危害”,参见陈兴良教授的有关论著。

⑤ 张步洪教授曾在《行政侵权归责原则初论》一书中就“并无违法性”行政行为的侵权举例说:一个离婚案件的当事人某甲和他患有精神病的妻子某乙各自持单位介绍信到婚姻登记机关申请办理离婚登记,婚姻登记机关根据他们的申请作出准许离婚的登记。事后,某乙的监护人认为某乙没有民事行为能力,离婚登记决定侵犯了乙的合法权益。在这一离婚登记中,行政机关依据当事人的申请和法律、法规规定作出登记决定,其行为并未有悖于法律之处。当然,在一般情况下,明确按照法律、法规作出的行为不构成侵权,但是上例就属于合法行为构成侵权情况的一种;此外,在实行违宪审查制度的国家,违背宪法的法律、法规以及依照该法律、法规的行为等也可能构成侵权。

不过,与其他侵权行为相比,学术自由侵权通常表现出下列方面的特点。

首先,由于学术自由权的直接法律根据是宪法规范或人权法规范,因而,对学术自由权的侵犯也可能表现出符合其他(国内)部门法规范的特征,也就是说,根据立法机关所创立的法律规范作出的行为,甚至,立法机关的立法行为可能也会成为学术自由的侵权行为。例如,在 *Keyishian v Board of Regents of the University of the State of New York* (1967) 案中,美国联邦最高法院推翻了 *Adler* 案的判决,宣布纽约州公务员法违宪无效^[7]。①

其次,尽管学术自由侵权事实上常常在主观方面带有明显的故意,但从侵权构成要素上说,故意或过失并不是构成侵权的必备要素。对于作为个人的侵权主体来说,无论其行为出于何种目的和动机,只要行为在事实上干预了他人学术的自由,就构成侵权。例如,教师对学生之学习的干预,在很多情况下实际上可能出于良好的动机——亦即可能完全出于对受干预者有利的考虑,但此种动机既不是阻却侵权构成的理由,更不是认定侵权的因素。对于组织、机构甚至国家而言,情况大致类似。行政机关可能会基于公共道德的考虑而禁止一项关于性问题的研究,此禁止行为当然侵犯了学术的自由。而如果由于高等教育机构工作上的疏漏,在解聘一个教授的过程中没有按照法定程序给予该教授以完全的要求听证的权利,尽管此中没有明显的故意,仍然构成了侵权。也就是说,关于学术自由的侵权认定,不需要以侵权行为主观方面的事实来证明。

再次,学术自由的侵权行为事实与权利被侵犯的结果常常属于同一个问题的两个方面,认定其一也就认定了其二。也就是说,对学术自由权的侵犯并不要求对权利人构成某种特定的现实利益的损失,侵权行为一作出,就同时构成了侵权。例如,对学术研究的干预行为并不要求干预造成了诸如学术研究活动被迫停止的结果,而是干预行为一经作出,侵权即告成立。

最后,较之其他方面的侵权,学术自由侵权往往更加具有隐蔽性。例如,一个学术机构受到政治权力或经济权力等的干预而决定解聘其中的某个学术成员时,很有可能以其学术能力方面的缺陷为借口而隐秘地实施侵权行为。此种情况下,学术自由侵权的认定,在事实证据方面往往面临极大的困难,除非知道内幕的人员披露内幕事实之外,侵权很难获得认定。

(二)不构成学术自由侵权的情况

在某些方面,学术自由权是绝对的,任何外部力量构成了权利存续状态的中断,都是对学术自由权的侵犯,例如,持有和发表学术思想、观点的自由,既

不需考虑学术思想、观点的倾向,也不需考虑具体的客观环境,都应该受到保障。但在另一些方面,学术自由权可能是相对的,尽管从行为表现的事实方面来看,可能符合学术自由侵权的一般性要素和特征,但是通常被认为不构成侵权。例如,战争状态下,某些学术研究、学术交流活动遭到一定程度的干预或禁止。不构成侵权的情况一般主要有以下几种。

1. 对学术活动以及学术活动的辅助、派生活动中所采取的侮辱、限制、剥夺特定自然人之人格尊严、人身自由以及生命的行为之限制和禁止,不构成对学术自由权的侵犯。基于学术目的的调查活动、实验活动、研究活动,如果涉及对作为调查对象、实验对象和直接研究对象的自然人进行人格侮辱、限制人身自由甚至进行人体实验而危害其身体健康和生命安全的,应当予以禁止。此种情况下,之所以不构成对学术自由的侵权,主要因为学术活动的自由受到来自更为基本的价值的超越,而且,学术活动对这些更为基本的价值之损害是直接、明显和现实的。不过,对学术自由的这一限制,并不能被扩展到学术思想和观点的范围,即不能限制和禁止诸如“人格尊严乃完全虚妄的观念”、“生命不值得尊重”等学术思想、观点的持有和传播(假如真有此类学术思想和观点的话)。这不仅因为,这些学术思想和观点并不像以人体为实验对象的学术活动那样直接、明显和现实地危害了更为基本的价值,更主要的原因是,作为学术思想和观点,它们仅仅是知识的一种形式,应该有同与其完全相反立场的思想、观点之知识形式平等竞争的权利。后者是知识与知识之间的竞争,而前者却是知识生产的权利与人格尊严、人身自由以及生命、健康之现实权利的冲突^[8]。②

2. 对生产、制造、扩散毁灭性武器、病毒等的科学研究活动的限制或禁止,不应被视为侵犯学术自由权。此种限制或禁止的理由在于,毁灭性武器、病毒等构成了人类生存的重大威胁,而保障学术自由权的根据主要是人类之平等、自由、正义的生活——

① 在该案中,法院认为,学术自由权是美国宪法第一修正案所特别保护的權利,纽约州公务员法尽管有权以法律规范的形式惩罚颠覆者,但不能用含糊其辞和过于概括的规定要求教职员宣誓,因而违背了宪法第一修正案对言论自由和学术自由的保护。

② 基于相近的道理,一个高等教育机构(或其他学术机构)不应被迫接受种族歧视或反种族歧视、男女平等或不平等的观点,但是如果该机构禁止或限制特定种族、性别的人进入该机构从事教学或学习,则是不被允许的。因为前种情况涉及知识与知识之间的平等竞争,而后种情况则涉及知识传播的自由与人格尊严得以尊重的权利之间的冲突。作为一个例子,出于对以色列关于巴勒斯坦政策的抗议,英国一大学教授 Steve Rose 呼吁欧洲学者抵制以色列的文化、研究及学术机构,该行为遭到学术自由和学者协会(Society for Academic Freedom and Scholars)的强烈指责,认为其违反了学术自由原则。

“皮之不存，毛将焉附？”^{[9]①}

3. 在战争期间，以及国家、民族面临由人为或自然因素导致的重大灾难（如恐怖主义袭击、重大经济危机）时期，对学术研究活动的某些方面予以一定程度的限制或禁止，通常不被视为对学术自由权的侵犯。例如，战争期间的学术交流可能会受到一定程度的限制，经济危机和自然灾害导致的经济衰退期间，可能会出现学术机构的大量裁员。不过，此类对学术活动的限制或禁止以必要为限，倘若超过必要限度，或者以这些特殊因素为借口，对学术活动的自由施加限制和禁止，则仍然属于侵权性质。例如，美国在“9·11”恐怖事件之后，布什政府颁布一系列法案（包括最受质疑的《爱国者法案》USA Patriot Act），对科学研究和学术交流规定了较严厉的限制措施，就被诸多学者认为超过了必要限度^[10]。除上述三种情况外，学术自由权的实现和保障通常不能被人多地克减。这里所谓“人为的克减”，是指在学术规范之外对学术活动及其派生行为所施加的外部控制或限制；因此，诸如药物的人体实验、放射性物质的研究、有毒物质的研究、基因工程研究及其成果发表等等所需要遵循的特殊科学技术规范，并不属于对学术活动之自由的“人为克减”^{[11]②}。

就此而言，一些有关学术自由权之限度的学术观点，甚至一些有关学术自由的“宣言”、“声明”中的部分条款，常常存在着认识不清、规定模糊和超越必要限度限制学术自由权的问题。

例如，德沃金在讨论言论或行为的“非敏感性”（insensitivity）问题时，就混淆了上述第一种情况所涉及的两性性质本来不同的事物。德沃金认为，学术自由不包含对学术活动中蓄意侮辱的保护，但必定包含了对疏忽性侮辱的保护^[12]。③前者如“称呼一名黑人学生为‘男孩’（boy）或‘女孩’（girl）”，后者如一名教授把肚皮舞描述为“振动器上放了一盘果冻”——前者由于带有蓄意的侮辱因而不受学术自由保护，后者则出于“非敏感性”因而属于学术自由所保护的范畴。

在一般意义上，就这两个例子而言，我们承认德沃金的结论是正确的，但是达成结论的理由却站不住脚。首先，由于文化差异，一名华裔教授完全可能出于“非敏感性”而称呼黑人学生为“男孩”或“女孩”，而教授描述肚皮舞时很可能同时眼盯着讲台下的某位女生——就是说，“非敏感性”完全是一种模棱两可的表述。其次，“非敏感性”并不是要求学术自由保护的充分理由，同样，“蓄意”也不是排斥学术自由保护的充分理由。一名讲述法西斯历史的教授在课堂上分析希特勒的行为时，明确表达了其对希特勒的憎恨，不大可能因此受到希特勒之崇拜者的

指控。再次，称呼一名黑人学生为“男孩”或“女孩”并不属于学术言论，因而其不受学术自由保护的理由也不在于教授这样称呼时是否带有“蓄意伤害”，而在于这样的称呼一般性地构成了对人格的侮辱。在这种情况下，教授之不受学术自由保护，既因为此类言论不具有“学术性”，更因为，即使像德沃金那样将其视为“学术的”，与它相关的自由也被人格尊严的基本价值所超越。一名对解剖学着迷的生理学教授完全把“伤害”二字抛诸脑后而将一个刚出生的婴儿放上手术台进行大脑解剖，或者一名对生化武器着迷的教授为了验证其刚研制出来的产品是否具有理论上的功效，而将携带特种病毒的液体注射进自己体内，都同样不需要考察他们的行为是否与“蓄意伤害”或者“非敏感性”相关。

又如，《学术自由和学者的社会责任达累斯萨拉姆宣言》（1990）第19条规定：“学术团体中附有研究职能的所有成员，有权遵照科学探索的普遍原则和方法，不受干预地从事研究工作。尤其是，除非基于公众健康、道德的理由，或者是在国家及其独立面临明显而即刻的危险之情况下，（研究工作可以被施以一定限制）而且这些限制措施被证明为对一个民主社会的存续来说为正当和必要，研究人员有权获允不受任何阻碍地从事研究。”^[13]很显然，“基于公众健康、道德的理由”、“对一个民主社会的存续来说正当和必要”之类的语词表达，过于模糊以至于几乎可以对其作任何解释。譬如，当这些语词用于解释“禁止一切不利于社会公共利益的学术活动”时，该禁令既可能符合“道德的理由”也同时可以视为“对一个民主社会的存续来说正当且必要”。而且，就“道德”一词来说，其确定性也很成问题，因为任何社会中不同人的道德观念完全可能是不同的，即便是主流道德观念，也会随着时间的经过而变化，尤其是，每种

① 克隆人的问题，尽管在性质上不属于“毁灭性武器、病毒”，但该类研究与此相近，其扩散同样可能导致某种对人类生存的毁灭性后果。

② 我国台湾学者周志宏引用日本学者保木本一郎的观点认为，“在内容和方法上应受到特殊限制的科学技术研究，主要可分为三类”：1. 具有恶性目的与动机之研究，例如：以战争之目的研究化学或神经毒气及其他核生化武器之制造，如“杀人科学”（Ktenology Science of Killing）的研究；2. 表面上是有利于人类，但却会带来不良后果或潜在危险的研究，例如：基因工程中的DNA重组与基因复制、生物品种的改良与创造、人工生殖技术等；3. 违反生命伦理而结果不可得知之怪异研究，例如：人体冷冻保存之研究、脑细胞之体外培养研究、人与动物之交配研究等。

③ “非敏感性”术语是指“未对其言论可能导致的伤害进行适当考虑的行为”，如“女性的抽象思维能力弱于男性”的表达，可能会伤害或攻击了某些人，但这种伤害可能是由于表达的“非敏感性”，即伤害并非由故意所导致。德沃金认为，由于“非敏感性”所导致伤害的情况，是学术自由所允许的，或者说，是学术自由的部分代价。

道德观念本身即可能反映了一定的知识形式;因而允许“基于道德的理由”来限制学术自由,实际上就是允许某种特定的知识形式享有凌驾于其他知识形式之上的特权,其本身就是与学术自由之精神背道而驰的。

总之,尽管对于不构成学术自由侵权的情况,在不同学者、不同国家和社会中有不同的解释,甚至就解释的特定语境来说,可能是必要且合理的,但是,基于一种普遍人权的视角,对学术自由实施限制和剥夺的情况之范围不宜被扩大化。笔者以为,与学术自由的正当性根据相联系的限制性措施,在普遍性的意义上,只能在上述三种情况下作出。

二、学术自由权的救济

权利救济的实存形态,按照不同标准可以划分为不同的类型,例如:制度性救济与非制度性救济,司法救济与非司法救济,公法救济与私法救济,个体救济与群体救济,私力救济、公助救济与公力救济^[14],私力救济、公力救济与自力救济^[15]等等。就现代社会中的学术自由权救济机制而论,按照其在实践中得到运用的广泛程度和发挥的实际效果,最重要的有三种类型:违宪审查(宪法救济机制)、一般诉讼(诉讼救济机制)以及通过结社进行的自力救济。^①

(一)宪法救济机制

1. 立法对学术自由权的侵犯

近代以来,法律和权利在界定公民与国家之间关系方面发挥着两种相反相成的作用:对于国家来说,法律和权利既使权力及其行使的合法性问题得到了解决,又为权力的成立及其行使划出了界限;对于公民而言,法律和权利既是公民用以对抗国家极权暴政的武器,同时也使公民由此陷入了国家以“法律”、“权利”名义所设下的陷阱^[16]。^②正是由于法治的这种不可分离的两面性,通过立法限制自由自始至终是民族国家对付公民的重要策略。

和其他被人道主义理论家们宣称为人权的具体自由一样,统治权力的拥有者倾向于一方面在宪法和法律的一般原则中肯定学术自由,另一方面在具体的法律规则、政策及政治实践中限制、侵犯学术自由。这既包括在那些被国际人权组织认为存在严重人权问题的诸多发展中国家,也包括在诸如英、美等有着悠久人权传统的发达国家。这里仅以英国的《出口控制法》和美国“9·11”事件后颁布的《爱国者法案》为例,对此作一说明。

2001年6月26日,英国政府向议会提交了一份名为《出口控制法》(Export Control Bill)的草案。该草案的最初版本是1998年工业贸易部发表的《战略性出口控制白皮书》其直接起因是1996年初发表的“斯考特报告”,报告中揭露了知识界向伊拉克非

法出售军事装备及相关资料的丑闻。在此之前,英国对技术出口方面的控制已然存在,但主要限于有形技术物资的传播,而《出口控制法》草案将此限制从有形物品扩大到包括软件、数据等科学技术成果的广阔范围,并且对科学研究、交流的过程及其成果的发表提出了非常严格的控制措施。按照该法律草案,一个英国教授可能会因为发送一封电子邮件,或者未经批准招收了外籍学生,而被判处十年监禁。

《出口控制法》草案遭到了英国学术界的强烈批评和抵制。一篇题为“英国法案侵犯科学家的自由”的网络文章指出,“新法案把这些控制适用于无形产品,包括软件、电子邮件、设计构思、幻灯播放等等。这将导致绝大多数的科学研究活动处于控制之下”,而“更为令人担忧的是,新法案不仅适用于跨国传播,也适用于英国国内范围的传播。任何人将其成果提交给一家英国杂志期图发表的行为,都必须接受这些控制。评论家们认为,这将阻止科学家们评估和使用其同行的成果,从而对科学研究过程固有的构造形成毁灭性的威胁”。英国大学联合会的一位发言人在接受《新科学家》采访时指出,“赋予政府对科学出版物先行审查的权力,侵犯科学家的基本学术自由。”^[17]剑桥大学计算机科学家、信息政策研究基金会的创始人之一罗斯·安德森撰文指出,该法律草案将影响到科学、技术、医药学等广泛领域的研究权利:向一个外籍学生教授医药学必须获得一项许可;很多核心课程,如细菌学、滤过性微生物学、毒物学、生物化学和药理学等,以及其他学科,如核物理、化学、空气动力学、飞行控制系统、导航系统,甚至计算流体动力学,也都有问题;而计算机科学的研究与教学,几乎将不得不完全纳入《出口控制法》的管制之下,甚至必须完全重写课程计划和相关教学资料;至于占据现代科学研究较大比例的合作研究,也将随着《出口控制法》的出台而窒息。同时,由

^① 需要指出,当我们在法律意义上理解“权利”时,原权利和救济权首先都应该是指法律意义上的,也就是说,法律对一项权利的认可,即意味着其必须同时提供法律上予以该权利之救济的方式;但这一点并不意味着对非法律救济的排斥,由于法律救济机制毕竟仅有人力、财力等资源方面的限制,因而恰恰有必要鼓励和有意创设非法律救济机制加以补充,尤其是权利人实施的自力救济。就此来说,通过结社实施自力救济,并非一种法律救济,本文在此将其作为一种救济机制加以讨论的用意有二:一是该种救济机制作为对法律救济机制的补充,在权利实践中发挥了重要的作用,并且具有发展完善以发挥更重要作用的潜能;二是法律有必要承认该种救济机制的存在,并且以某种方式为权利的自力救济提供发挥作用的制度空间,尤其是在法律机制不完善的国家和社会中。

^② “‘有形暴力的合法垄断’和‘权利’这两种策略加强了国家与公民之间的透明度,这为国家权力对公民生活的渗透和深入提供了条件,国家权力因此而能够名正言顺地‘干涉家家户户,以及每一个人的私生活’。”

于现代电子科技已经广泛应用于课程教学和资料编写,《出口控制法》不仅影响本国的科学和技术研究者,也将影响到研究生、本科生,尤其是外籍学生和盲聋哑学生,以及大学所办的或者与大学有科技合作关系的高科技公司。安德森教授认为,从长远来看,这一法案创造了一种危险的体制,在这一体制下,“人民公仆”不经正当程序或者必要的诉讼手段就可以惩罚学术界的成员,其对学术自由的影响和威胁,是非常严重的。^[18]《出口控制法》(Export Control Act 2002)最终于2002年7月24日颁布。作为对批评的让步,《出口控制法》在颁布时增加了一个“特定自由的保护”条款:

(1)除非通过命令干预可疑活动的自由是必要的(而且以必要为限),国务大臣不得发布禁止或者限制下列活动的控制命令:(a)正常科学研究过程中的信息交流,(b)普通信息的生产,或者(c)普通信息的传播;

(2)干预是否必要的问题,由国务大臣参考下达命令时的主要情况,并考虑寻求对可疑活动进行控制的原因,以及尊重这些活动之自由的需要,来决定。^①

然而,客观地说,立法上的“必要干预”条款为学术自由权之保障所提供的最多也只是一线“阴暗的亮光”:一方面,必要与否的裁量权力掌握在干预实施者的手中;另一方面,利用“必要”之类语词的模糊性来缓和或应付批评、反对之声,是所有政治欺骗中最为普通的伎俩。

与英国的学术同行相比,美国的科学家们似乎更为不幸。在英国工业贸易部发布《战略性出口控制白皮书》之前,美国学术界实际上早已经受类似的控制。而正当激进主义分子通过几宗态度鲜明的诉讼导致此类控制被迫放松之时,^②“9·11”事件又将本来就占足了上风的“国家安全”再次提到绝对支配地位。^③对于美国学术界来说,其学术自由权和世贸大厦、五角大楼一道,在“9·11”事件中遭到了重创,只不过后者是恐怖主义分子所为,而前者则是政府借“反恐”之名为之。

“9·11”事件发生后,不到2个月时间,布什政府即发布《采取适当措施阻击恐怖主义法案》(2001年10月24日),又称《爱国者法案》(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism,缩写为USA PATRIOT ACT),其速度之快,内容之繁复、详尽,令人咂舌^[19]。^④法案共十个部分,与学术相关的规定,涉及学术研究、学术成果发表、学者之间的交流、教学、学习等几乎所有方面,尤其是对外来移民和外籍人员的学术活动设置了各种严厉的限制措施。

法案激起美国国内强烈的批评和抵制。据ABC新闻网2002年7月1日报道,美国各大城市均在筹备抵制该法的活动,认为该法赋予了执法者太多的权力,置公民权利于危险中。^[20]在一篇题为“废除《爱国者法案》”的长文中,杰尼弗·范·卑尔根开篇就极尽讽刺,“《爱国者法案》是对美国人民的侮辱。……应该称其为《撕碎宪法之法案》”,“尤其是,它彻底放弃了正当程序的任何伪装,违反了宪法第一、第四、第五、第六和第八修正案,胡乱将刑事调查与外来移民和外国人智识活动法的某些方面搅和在一起”,“该法案是危险的”。^⑤麻省理工学院院长查尔斯·维斯特(Charles Vest)在“麻省理工学院2001-2002学年院长报告”中强调,应该在研究和教育活动的开放性与国家安全之间寻求平衡,面对新法案发布之后的现实,联邦政府与学术界的对话、沟通是极为重要的,法案中关于学术成果出版发表方面的限制标准必须明确,诸如“敏感”之类模棱两可的用词只会给学术活动带来更大的危险。^⑥路易维尔大学研究生院院长、美国微生物学协会前任会长罗纳德·安特拉斯(Ronald Atlas)说,“我们担心恐惧会导致(对学术活动)过分的分级系统,同时又担心政府对未予分级的信息所施加的约束,将给公众健康所依赖的生命科学研究带来消极影响。我们尤其担心,对未予分级和被错误地界定为‘敏感的国家安全信息’所施加的限制,将给对生命健康保护具有重要意义的传染病研究带来严厉的影响。换句话说,我

^① Export Control Act 2002, section 8, “Protection of Certain Freedoms”.

^② 参见前引 Ross Anderson “Problems with the Export Control Bill”. Anderson教授另外指出,美国政府曾游说其他国家仿效其出口控制法案,英国《出口控制法》的颁布就是此种游说的结果之一。

^③ 就在“9·11”事件暴发几个月前,美国21世纪国家安全委员会在一个报告(2001年3月15日)中提到,“正在发生的科技革命的性质和范围,及其对21世纪人力资本的质量所具有的意义,给美国国家安全提出了严厉挑战。在接下来的1/4世纪中,除了在美国某个城市引爆巨大毁灭性武器之外,我们不能想象还有什么其他事情,比未能适当维持作为公共产品的科学、技术和教育更具有危险性。”

^④ 有学者认为,该法案的部分内容是对1996年反恐法的重复,而后者已经被联邦法院在诸多判决中宣布违宪无效,因此,在一定程度上可以认为,该法案是布什政府借“9·11”事件之机,蓄谋恢复和加强1996年反恐法之立法取向的一个表现。

^⑤ 上引 Jennifer Van Bergen, “Repeal the USA Patriot Act”.

^⑥ Charles M. Vest “Balancing Security and Openness in Research and Education”.

们希望摆脱政府审查这个幽灵。”^①美国大学教授协会成立了“危机时期学术自由和国家安全特别委员会”，并于2003年发布“危机时期学术自由与国家安全特别委员会报告”。特别委员会主席、弗吉尼亚大学教授罗伯特·欧·奈尔(Robert O'Neil)说，“特别委员会的报告基于这样一个前提认识，即知识探询的自由和观念交流的开放性对于国家安全来说是至关重要的”，“国家的安全和繁荣，最终将被那些阻碍和削减自由的实践所损害”。^②

《爱国者法案》颁布后，2002年6月12日，美国总统布什又签署了《公众健康与安全与阻击生物恐怖

主义法案》在“国家安全”和“公众健康”的名义下，步步推进和扩张政府对学术自由权的限制权力。

今日世界中，在“国家安全”、“公众健康”、“社会道德”、“生命伦理”、“经济发展”、“社会秩序”等等名义下，限制、克减、剥夺包括学术自由权在内的公民自由之立法，其实何止英美呢？

2 通过违宪审查实施宪法救济

我国台湾学者周志宏针对科学技术研究及应用中的学术自由问题，概括性地提出了关于科学研究和应用的规范方法及违宪审查的基准^[21]，为探讨学术自由权的宪法救济问题，提供了一个方便的参照。

科学技术研究或应用之阶段^[21]

	阶段	性质	规范方法	违宪审查基准
A	研究内容之选择	内在的精神自由 (思想自由)	1. 内在限制 2. 研究者自律 3. 通知义务	最严格之审查基准 1. 明显而立即之危险 2. 事前抑制禁止
B	研究过程之实施	表现于外的内在的精神自由 (思想自由 + 表现自由)	1. 内在限制	2. 研究者自律
	a 纯学术研究		3. 通知义务 4. 技术监督	最严格之审查基准 1. 明显而立即之危险 2. 事前抑制禁止
	b 营利目的之研究	涉及经济目的	3. 许可保留 4. 计划裁决 5. 技术监督	严格之审查基准 1. 限制较小之可选择手段 (LRA) 2. 定义性衡量
C	研究成果之发表	外在的精神自由 (表现自由)	1. 内在限制 2. 研究者自律	
	a 发表之内容		3. 通知义务	最严格之审查基准 1. 明显而立即之危险 2. 事前抑制禁止
	b 发表之场所、时间、方式		3. 许可保留	严格之审查基准 1. 限制较小之可选择手段 (LRA) 2. 定义性衡量
	研究成果对人性尊严、他人基本权利或公共利益有重大影响时		1. 通知义务 2. 许可保留	一般违宪审查基准 1. 合宪推定原则 2. 合理性基准 3. 比例原则 4. 法律保留原则
D	研究成果之应用	财产权、营业自由 (经济自由)	1. 内在限制 2. 研究者自律 3. 通知义务 4. 许可保留 5. 计划裁决 6. 技术监督 7. 民众参与 8. 公民投票	一般违宪审查基准 1. 合宪推定原则 2. 合理性基准 3. 比例原则 4. 法律保留原则
E	研究之奖励与补助	受益权 (派生的给付请求权)	1. 许可保留 2. 技术监督 3. 民众参与	一般违宪审查基准 1. 合宪推定原则 2. 合理性基准 3. 比例原则 4. 法律保留原则

① Ronald Atlas “Science Publishing in the Age of Bioterrorism”.

② AAUP, “The special committee’s Report on Academic Freedom and National Security in a Time of Crisis”.

上表中,“规范方法”列表示不同阶段可采取的被认为合宪的规范方法^[23],①“违宪审查基准”列则表示对不同阶段所适用的规范方法进行违宪审查的基准。例如,对于纯学术目的之科学技术研究过程的实施,立法机关可以制定法律要求研究者事前通知主管机关或监督机关,或者可以规定行政机关或其授权之专业团体对研究过程进行检查、监督及要求提出报告,而对于此类立法的合宪性审查,则采取最严格之审查基准,即“明显而立即之危险”和“事前抑制禁止”原则。

周志宏先生的讨论仅仅是针对科学技术研究及其应用活动中的自由权之宪法救济。如果考虑范围更为广泛的学术活动,尤其是社会科学、人文科学以及如数学之类的纯粹自然科学的研究,对其自由权予以宪法的严格和切实的保护应该更不成问题,因为,与周志宏先生所讨论的核能、基因复制、人体医学实验等技术研究相比,前者不大可能导致对社会存续的重大危险。因此,结合前文对学术自由侵权问题的讨论,笔者认为对学术自由权实施宪法救济的违宪审查基准可以分两种情况加以讨论。

第一,在前文所论及的三种可以不视为侵权的情况下,适用违宪审查的一般基准,即主要采用法律保留原则和比例原则。

法律保留原则主要是指对基本权利的限制或禁止,必须以法律形式为之^[24]。②就学术自由权而论,首先,对学术自由权予以限制或禁止的法律规范,必须由享有国家立法权的机关作出,行政机关不得制定此类规范,而且此类规范也不应通过授权立法方式予以制定;其次,立法对学术自由权的限制或禁止,必须基于宪法上的公益条款,或者宪法上其他更为基本的权利条款(如生命权、人格尊严)。

比例原则主要是“讨论一个涉及人权的公权力(可能是立法、司法及行政行为),其目的和所采用的手段之间,有无存在一个相当的比例问题”,其具体包括妥当性原则、必要性原则和均衡原则。^[25]所谓“妥当性原则”是指,一个法律所采取的手段相对于其要达成的立法目的来说必须妥当,即具有合目的性;“必要性原则”是指,在所有能够达成立法目的的方式中,必须选择对人民权利最少侵害的方法或手段;“均衡原则”是指,尽管一种限制或禁止对于立法目的来说是必要的,但不可对人民权利造成不成比例的伤害。^③就学术自由权的保障而论,比例原则要求立法上采取的限制对于前述三种情况下所要保护的价值或利益来说,是妥当的、必要的和均衡的。

在符合此两项原则前提之下,可以推定立法上的限制或禁止合宪。

第二,除前述三种情况之外,对学术自由权的宪法救济宜适用严格的违宪审查基准,即在适用法律保留原则和比例原则之前,先采用“明显而即刻的危险”和“事前约束禁止”原则;如果按照后两项原则进行审查的初步结论为合宪,则再考虑其是否符合前两项原则。

“明显而即刻的危险”原则源于一战后美国对公民言论和表达自由权的司法保护实践。在 *Schenck v. United States*, *Abrams v. United States* 和 *Gibbs v. New York* 等案件中,美国联邦最高法院大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯坚持认为,只有当一种言论制造或企图制造明显而即刻的危险,而且此种危险将导致国家遭受依照宪法可以予以制止的某种实质性危害,国家才可以对这种言论施加惩罚,只有在这种情况下,立法对言论和表达自由的限制才是合宪的。^[26]前述三种情况下不采用此项违宪审查基准,实际上是预设了它们均含有“明显而即刻的危险”,为审查的经济性考虑,省略了此项基准的审查,但对于其他情况而言,此项基准的审查则是不可忽略的。

“事前约束禁止”原则同样属于美国宪法第一修正案的一种司法方法。在 *Near v. Minnesota* 案中,首席大法官休斯(Hughes)引用布莱克斯通对出版自由的论辩:“新闻出版自由是一个自由国家的本质精髓,只有不对新闻出版加以事先约束它才存在。”休斯指出,“为了确定宪法保护的范

① 其中,“内在限制”指,限制仅来自于与其他基本权利冲突之调整或利益衡量,立法者不得制定法律加以限制;“研究者自律”指,其在限制应委由研究者自行形成,外界应尊重研究者的自治与自律;“通知义务”指,立法者仅能依法律课予研究者事前通知主管机关或监督机关之义务,即报备制;“许可保留”指,立法者制定法律使研究者须经行政机关之许可,始得为一定行为,使行政机关对科学技术之研究与应用活动,有较高之安全控制程度,即许可制;“技术监督”指,立法者可以制定法律规定行政机关或其认可之专业团体可以对被监督者进行检查、监督及要求提出报告;而被监督者则有忍受、答复、提供资料或其他合作义务;“计划裁决”指,依计划裁决程序,对科学技术研究活动或设施设置之许可,经一定之听证程序进行裁决,使利害关系人得在程序中提出异议;“民众参与”指,在科学技术研究或应用之决策或其他审议过程中,导入非专家之参与,由民众代表或其他社会人士参与决策或其他审议过程;“公民投票”指,对于影响重大、涉及政治性决策之科学技术研究或应用之政策,交由某一区域或全国之公民投票决定。

② 该原则源于法国《人权宣言》第4条的规定,即承认只有经过立法者同意并且形诸法律后,国家才可以限制人民的权利。

③ 周志宏的“一般违宪审查基准”中的“比例原则”,大致是指“均衡原则”(即狭义上的比例原则),而其所谓“合理性原则”则相当于这里的“必要性原则”。

禁止对于出版的事前约束是该项保障的首要目的。”此后,在 *New York Times v. Sullivan*, *The Pentagon Papers Case*, *New York Times v. United States* 等案件中,“事前约束禁止”原则得到了进一步的阐明^[27]。作为学术自由权的宪法保障原则之一,“事前约束禁止”要求国家不得通过立法对前述三种情况之外的学术活动设置先行约束,而至多只能针对已经出现的权利滥用现象予以规制。

(二)一般诉讼机制

违宪审查可能采取诉讼的方式,如司法审查,但其目的在于裁决规范性法律文件是否违背宪法而失去拘束力。与此相比,一般性诉讼则旨在就权利冲突或侵权纠纷作出裁决,其所追求的主要是个案的正义。

对一国法治发展来说,完善的诉讼机制是该国存在最低限度法治的重要表征之一^[28]。①就权利体系而言,获取平等、公正的司法正义(access to justice)是一项重要的公民权利^[29]。②尽管权利救济可以甚至也有必要寻求其他方式,但毫无疑问,诉讼机制至今仍然是权利救济的主导模式。

在诉讼是权利救济的主导模式这一意义上,人们常说:权利必须是可诉的,不能通过诉讼获取救济的权利,很难称之为权利。“能够通过诉讼获取救济”,首先意味着公民可以针对侵权行为提起诉讼,启动诉讼程序,即属于司法机关的受案范围;其次,意味着司法机关在受理案件后,能够遵照宪法和法律不受干预地处理案件,并且能够平等、公正地对待案件当事人,确保案件的利害关系人的各项权利依照宪法、法律得到切实保障。这两层蕴涵,既涉及诉讼机制的制度设计,也涉及诉讼机制的实际运作。

在世界的大多数国家和地区,对学术自由权的侵犯都可以作为诉由从而成为司法审理和判决的对象。由于学术自由侵权既可能发生在国家与公民或者公权力与私权利之间,也可能发生在公民、法人等平等主体之间,③因此,学术自由侵权引致的诉讼既可以是行政诉讼(或宪法诉讼)也可以是民事诉讼。将诉讼机制导入对学术自由权的救济,必须在受案范围方面同时开通行政诉讼和民事诉讼两种救济渠道。

开通行政和民事诉讼的受案范围,仅仅是引入诉讼机制解决学术自由侵权问题的第一步。由于学术自由侵权与其他侵权相比,更容易发生在国家、政府或者学术机构与公民之间,司法机关对学术自由案件的审理更容易受到其他公权力或者私人团体力

量的干预、左右,因而,法官只服从法律、独立审判案件的司法独立制度,对于学术自由权的诉讼救济来说尤为必要;同时,由于学术自由侵权较其他侵权行为往往更具有隐蔽性,在具体的诉讼制度设计方面,应以有利于学术自由权的保障为原则,例如,在举证责任的分配方面,宜采取举证责任倒置原则,即由被告承担未实施侵权的举证责任,否则将承担法律上的不利后果。④

(三)通过结社实施自力救济

在法律尚未将一种利益或主张确认为权利之前,被人们视为“正当”的利益或主张往往以习俗权利或道德权利的形式存在。此时,对这些习俗权利或道德权利的救济行为,常常由人们自己主动实施,而且,无论在理论上还是在历史实践中,自我实施救济的最有效方式通常就是结社^[30]。⑤

如前所述,大学的早期存在形态即是知识团体或者说“学者行会”。大学形成以后,形形色色的学生团体、教师团体又以有别于大学的形式存在,它们与各种大学一起为学术自由的法律化作出了关键性的努力。可以说,没有知识社团,就没有大学,也就没有法律上的学术自由权。今天,尽管学术自由权在世界范围内获得了各国法律的认可,从而存在着通过诉讼和违宪审查机制获取权利救济的渠道,但通过结社实施权利的自力救济,仍然是学术自由权救济的重要途径之一。而且,这种救济方式主要由权利人主动实施,同时避免了诉讼和违宪审查机制

① 一个“最低限度的法治”包括:(1)政府行为遵照预订的规则,并且尊重公民的各项权利;(2)存在一个公民可以接近的、个案上体现平等和公正原则的司法体制。

② 夏勇教授在论及司法改革时认为,近世以来的司法改革取向主要在三个方面:一是司法独立,审判权的行使不受行政权和立法权的干预;二是建立井然有序的管辖和审级体系;三是基于“有权利就有救济”,以公民权利构造司法。

③ David M. Rabban指出,学术自由权可能发生或存在潜在冲突的情况主要有三种基本类型:一是教授向其学院的同事、管理者、董事(理事)主张学术自由;二是教授向国家主张学术自由;三是大学向国家主张学术自由。(David M. Rabban, “A Functional Analysis of ‘Individual’ and ‘Institutional’ Academic Freedom Under the First Amendment”, p. 231)事实上,这一论述更适合于学术自由权需要救济的情形,不过, Rabban教授将学术自由仅仅理解为大学及其成员的权利,显然过于狭窄。

④ 对学术自由权的诉讼救济,同对其他权利的诉讼救济,在诸多方面是相同的。这里不再赘述。

⑤ 托克维尔论及“美国人在市民生活中对结社的运用”时说,“显而易见,如果每个公民随着个人的日益软弱无力和最后不能再能单枪匹马地保住自己的自由,并更加无法联合同胞去保护自由,那末,暴政必将随着平等的扩大而加强”,而“美国存在的政治结社,不过是美国五花八门的结社中的一种”。

中司法机关或审查机关面临的诸多干预,其现实效果甚至比诉讼机制更为显著。这一点,在美国大学教授协会的历史发展中体现得尤为明显。

19世纪末 20世纪初,随着美国大学的迅猛发展,作为大学运作资金主要来源的商人和金融资本家,掌握了大学的控制权。大学教授因为学术观点与赞助商或金融资本家的政治和宗教信仰不一致而遭到董事会解聘的事情时有发生。1900年,著名经济学家爱德华·罗斯因其在移民劳工问题和铁路运输垄断问题上的观点触犯利兰·斯坦福夫人(Mrs Leland Stanford),而失去工作,斯坦福大学 7位教授集体辞职以示抗议。以罗斯事件为代表的诸多严重侵犯学术自由的事件,使一些著名学者认识到,尽管当时的一些教授学术团体,如美国经济学协会、政治学协会,在保护教授的学术自由方面发挥了一定作用,但是其力量并不足以抵制大学当局和董事会的压制。1913年,拉斐特学院院长解聘了自由主义哲学家约翰·麦克林(John M. Mecklin),致使美国哲学协会和心理学协会组织特别调查委员会对事件进行调查。同年,约翰·霍普金斯大学哲学教授亚瑟·洛夫乔伊(Arthur O. Lovejoy)积极倡导成立全国性教授联合组织,18位教授在约翰·霍普金斯大学召开了筹委会,哲学家约翰·杜威被推选为主席。1915年 1月,美国大学教授协会正式成立,杜威当选第一任主席^[31]。

由上可见,美国大学教授协会的成立本身就是一种权利自力救济的努力。而且,“在 AAUP 成立的第一年里,就对宾夕法尼亚大学、哥伦比亚大学等高校侵犯教师权益的事件进行了仔细调查并向社会公开。”^[32] 1930年,由于地方行政长官西奥多·比伯(Theodore Bibb)为博取政治宠爱,密西西比州三所大学——密西西比大学、密西西比农业和机械技术大学、密西西比州立女子大学——的校长、副校长和教授被大规模地解聘,协会将这三所大学列入“不受欢迎的学术机构(a list of nonrecommended institutions)”名单中,从而取消了它们作为协会成员的资格。直到 1932年,协会收到“情况改善的满意证据”后才将其从名单中移除,并恢复其成员资格。^② 根据 AAUP 于 2003年公布的“1930-2002年被审查机构名单”,在此期间,共有 183个学术机构被审查,其中有些被审查过多次;142个经审查、监督、纠正后从名单上移除。^③

当然,并非所有学术团体都能像美国大学教授协会一样发挥作用,结社作为一种权利自力救济

方式能否取得良好效果,既与结社自由的制度环境、文化环境相关,也与社团本身的组织机制、运作机制相关;而且,即使美国大学教授协会,也仅仅发挥了一种辅助性的作用^[33]。至少到目前为止,通过结社实施自力救济,仍然只能是诉讼机制、违宪审查机制等公力救济的一种补充形式,尽管是一种极为重要的补充。

参考文献:

- [1]程燎原,王人博.赢得神圣——权利及其救济通论[M].济南:山东人民出版社,1998. 349, 358. 夏勇.权利哲学的基本问题[J].法学研究,2004(3): 3-26.
- [2]夏勇.权利哲学的基本问题[J].法学研究,2004(3): 3-26.
- [3][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法(上)[M].张新宝译.北京:法律出版社,2001.第6部分“侵权行为法、宪法和刑法”。
- [4]张新宝.中国侵权行为法[M].北京:中国社会科学出版社,1998. 74-78.
- [5]陈兴良.刑法哲学[M].北京:中国政法大学出版社,1992.第1,2章.
- [6]张步洪.行政侵权归责原则初论[J].行政法学研究,1999(1): 12-20.
- [7]周志宏.学术自由与大学法[M].北京:法律出版社,1989. 79-80.
- [8]Statement on Anti-Israel Boycott, <http://www.safca/issues/cases/boycott.html> 2004-12-11.
- [9]“Is human cloning legal? Is human cloning scientifically ethical?” <http://www.mpi.edu/dept/chem-eng/Biotech-Environ/cloning/bioethics3.html> 2004-11-09.
- [10]See Charles M. Vest “Balancing Security and Openness in Research and Education”; Ronald A. Iltis “Science Publishing in the Age of Bioterrorism”; Mitchell B. Wallerstein “After the Cold War A New Calculus for Science and Security”, all in ACADEME ONLINE September-October 2003 Volume 89, Number 5. Also see “The special committee’s Report on Academic Freedom and National Security in a Time of Crisis” by AAUP, in ACADEME ONLINE November-December 2003 Volume 89, Number 6.
- [11][21][22][23]周志宏.学术自由与高等教育法制[M].台北:高等教育文化事业有限公司,2002. 25, 21, 22, 22-23.

① 此处参考了美国大学教授协会网站;W. Lee Hansen, “Introduction”, in E. Ashby (ed.), Academic Freedom on Trial, Englewood University of Canterbury, 1973.

② Jonathan Knight “The AAUP’s Censure List”

③ “Censored Administrations 1930-2002”, <http://www.aaup.org>

[12] Ronald Dworkin, "We Need a New Interpretation of Academic Freedom", in Louis Menand (ed.), *The Future of Academic Freedom*, The University of Chicago Press, 1996, 191.

[13] *The Dares Sahan Declaration on Academic Freedom and Social Responsibility of Academics* (1990), Article 19.

[14] 程燎原, 王人博. 赢得神圣——权利及其救济通论 [M]. 济南: 山东人民出版社, 1993. 362.

[15] 贺海仁. 自我救济的权利 [J]. 法学研究, 2005, (4): 63-74.

[16] 胡水君. 全球化背景下的国家与公民 [J]. 法学研究, 2003 (3): 3-13.

[17] Duncan Graham-Rowe and Will Knight, "UK bill would 'infringe scientists' freedom",

<http://www.newscientist.com/news/news.jsp?id=ns99991944>, 2005-05-11.

[18] Ross Anderson, "Problems with the Export Control Bill", <http://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/exportbill.html>, 2005-03-41.

[19] Jennifer Van Bergen, "Repeal the USA Patriot Act", *Tutout* (April 1, 2002), http://www.tutout.org/docs_02/04_02A_JVB_Patriot.htm. 该文共分六个部分, 分别于 1-6 日

刊出。

[20] <http://abcnews.go.com/sections/us/DailyNews/usapatriot020701.html>

[24] [25] 陈新民. 德国公法学基础理论 [M]. 济南: 山东人民出版社, 2001. 335, 368.

[26] [美] 唐纳德·M·吉尔摩. 美国大众传播法: 判例评析 (上). 梁宁, 等译. 北京: 清华大学出版社, 2002. 22.

[27] [美] 唐纳德·M·吉尔摩, 等. 美国大众传播法: 判例评析 (上) [M]. 梁宁, 等译. 北京: 清华大学出版社, 2002. 43.

[28] Brian Z. Tananaha, "The Lessons of Law and Development Studies", *The American Journal of International Law*, Vol. 89 (1995). 29.

[29] 夏勇. 改革司法 [J]. 环球法律评论, 2002 (春季号): 5-6.

[30] [美] 托克维尔. 论美国的民主 (下) [M]. 董果良译. 北京: 商务印书馆, 1988. 635.

[31] [32] [33] 生云龙. 美国大学教授协会 (AAUP) 与终生教职 [J]. 清华大学教育研究, 2003 (2): 76-82. 李子江. 论美国学术自由的组织与制度保障 [J]. 比较教育研究, 2003 (10): 20-23.

Academic Freedom: Tort and Remedies

XIE Hai-ding

(Chinese Academy of Social Sciences Institute of Law, Beijing 100720, China)

Abstract To some extent, violation of academic freedom is in common with other tortuous acts. However, the intent and consequences of the violation are not the requirements to ascertain such a violation. In terms of the legitimacy of academic freedom, three sorts of abridgment or suppression of the freedom are available. In modern society, in accordance with practical experience and actual results, the most important remedies for violation of academic freedom includes constitutional remedy, common judicial remedy and self-remedy by associations.

Key Words academic freedom; tortuous acts; remedy of rights; constitutional review

本文责任编辑: 汪太贤