

# 学术自由的组织保障<sup>\*</sup>

## ——德国的实践与理论

张翔

**内容提要:**作为基本权利规范的学术自由,同时需要相关组织规范的协同与配合。大学内部的组织建构要以学术自由能否实现为标准。近代以来“教授治校”的组织模式,充分保障了大学教授的学术自由,但在现代大学功能嬗变与人员多元的背景下有调整的必要。学术自由不仅是个人对抗国家干预的主观防御权,同时也是宪法的“基本价值决定”,要求国家通过“适当的组织措施”保证其落实,同时大学的组织建构要兼顾非学术人员的其他利益诉求。“学术自由的组织保障”是评价大学法制的基本指标,也是大学章程制定的宪法规则。

**关键词:**学术自由 基本权利的组织保障 客观价值秩序 大学组织 大学共治

张翔,中国人民大学法学院副教授。

在传统上,学术自由的意旨主要在于排除来自外部的公权力侵害,<sup>[1]</sup>大学的内部事务并不为学术自由的传统法理所关注。同时,大学的内部组织设置问题属于组织规范的范畴,并非学术自由这一基本权利规范的适用领域。然而,学术活动的主要场所是大学,学术自由的落实毫无疑问与大学组织有密切关联。因此在当代大学法制的发展中,也开始将基本权利规范与组织规范进行整全的思考,<sup>[2]</sup>通过两种类型规范的协同来保证学术自由的实现。与此相关,当代德国宪法学发展出了“基本权利的组织保障”理论,认为基本权利的实现需要组织规范上的协助与配合,国家应将基本权利视作宪法的“基本价值决定”,并通过“适当的组织措施”来保证其落实。本文希望对德国“学术自由的组织保障”的理论与实践进行梳

\* 本项研究得到2011年度教育部人文社会科学研究一般项目支持,项目编号11YJC820170。

[1] 参见谢海定的有关研究,谢海定:《学术自由:侵权与救济》,《现代法学》2005年第6期,第35-45页;《作为法律权利的学术自由权》,《中国法学》2005年第6期,第16-32页。

[2] 我国关于大学治理和大学组织的研究主要集中于教育学(教育哲学、教育社会学、组织学)领域,法学视角的研究相对较少,可参见湛中乐、徐靖:《通过章程的现代大学治理》,《法制与社会发展》2010年第3期,106-124页;肖金明:《通过大学章程重构大学治理结构》,《上海师范大学学报(法治论丛)》2011年第6期,第72-78页;肖泽晟:《我国大学章程制定之难题》,《上海师范大学学报(法治论丛)》2011年第6期,第79-84页。

理,探讨大学组织建设应如何为学术自由提供条件,应如何协调学术自由与其他利益的冲突等问题,为中国的大学法制建设提供比较法上的借鉴资源。

## 一 传统大学理念:学术自由与教授治校

近代以来的大学理念与大学法制,是以学术自由为核心的。德国启蒙运动以来的大学理念的发展和实践,对近代全世界的大学发展都产生的深远的影响,<sup>[3]</sup>其中的重要人物有莱布尼茨、康德、费希特和洪堡等。<sup>[4]</sup>特别是洪堡,他将学术自由的精神贯彻于大学,开启了近代大学发展之路,他创立柏林大学(现柏林洪堡大学)不仅被认为是“决定德国命运的成就”,<sup>[5]</sup>更被认为是确立大学理念的最重要的奠基石,有着世界范围的影响力。关于德国的特别是洪堡的大学理念,研究评介文章甚夥,无须赘述,但也有必要略指其纲要,因为这些理念是宪法上对关于大学的法律争议做出判断的基本观念背景。

洪堡对于教育和大学的观念来自康德的新人文主义(Neuhumanismus),他的论证是从“人及其存在的最终目的”开始的。在他看来,“人的真正目的——不是变换无定的喜好,而是永恒不变的理智为它规定的目的——是把他的力量最充分地和最均匀地培养为一个整体。”<sup>[6]</sup>因此公共教育的目标就应该是最大化地培养教育人,使每个人成为他所应该成为的人,因此“必须处处对人推行最自由的、尽可能少针对公民情况的教育”。<sup>[7]</sup>其推论是“从根本上来讲,教育只应该造就人,不要考虑确定的,给予人们的公民形式,因此,它不需要国家。”“公共教育应完全处于国家作用范围之外。”<sup>[8]</sup>洪堡所强调的乃是一种不受国家干预的公共教育,这构成了宪法上学术自由和大学自治的核心内涵。

具体到大学的理念,洪堡认为大学应该是在紧密结合教学和研究的基础上追求纯粹知识的共同体。大学应该做纯粹的学术研究,<sup>[9]</sup>这种研究应该是“没有预设目的的”,并且是不为政府、社会组织和商业提供直接服务的。他所设想的大学中的个体应该在“寂寞和自由”的状态下从事研究工作,并且在超越学术知识的范围之外,去发掘伦理上的行为规范。“寂寞”和“自由”成为了大学制度建构的基本原则。所谓“寂寞”,有三个层次:(1)大学作为纯粹学术机构独立于国家,不受国家任何干预;(2)大学致力于纯粹学术与人的教化,独立于社会、政治、经济事务;(3)大学师生应潜心于学术,自甘寂寞如同离群索居的隐士。<sup>[10]</sup>此种以寂寞为指标的大学理念,甚至影响了大学的选址,除了像柏林洪堡大学这样身居都市的大学外,更多的大学如哥廷根、海德堡都偏居于人口寥落的小城。与此相适应,洪堡主张大学作为教授与学生的共同体,其追求纯粹学术的基本前提就是“自由”,包括教学的自由和学习的自由。但是,洪堡并不把教学作为大学的唯一职能,而是将科学研究的职能也作为

[3] 参见赵叶珠、威海霞:《移植与创新:德国学术自由理念在美国的嬗变》,《现代大学教育》2010年第6期,第33-37页。

[4] 参见冒荣:《远去的彼岸星空——德国近代大学的学术自由理念》,《高等教育研究》2010年第6期,第8-19页。

[5] 参见孙周兴:《威廉·冯·洪堡的大学理念》,《同济大学学报(社会科学版)》2007年第2期,第9页。

[6] [德]威廉·冯·洪堡:《国家的作用》,林荣远 冯兴元译,中国社会科学出版社1998年版,第30页。

[7] 洪堡:《国家的作用》,第72页。

[8] 洪堡:《国家的作用》,第73、74页。

[9] 参见孙周兴:《威廉·冯·洪堡的大学理念》,第8页。

[10] 参见陈洪捷:《德国古典大学观及其对中国大学的影响》,北京大学出版社2002年版,第39页及以下。

其基本的职能,<sup>[11]</sup>要求学者们在深邃的知识传统中,仅以学术本身为目标,进行纯粹的研究。由于在教学和科学研究中,教授(学者)显然居于核心的地位,所以这种理念的一个自然推论就是认为“教授就是大学”,<sup>[12]</sup>在我国教育界脍炙人口的清华大学前校长梅贻琦的“大学,非有大楼之谓也,有大师之谓也”的名言,也是这一理念的表达。可以说,学术自由,也就是追求个人的纯粹的智识上的自由,是近代大学理念的核心。而其最主要者,乃是大学教授的自由。

这种理念落实在大学法制上,就体现为大学组织的设置以落实“教授治校”为目标。德国传统的大学可以称为“讲座制教授的大学”。<sup>[13]</sup>柏林大学创立之初即设立了由全体正教授组成的校评议会,共同就全校性事务做出决策。而在各学院,所有学术事务均由正教授或者正教授选出的委员会来决定,院长也由正教授们自行选出。<sup>[14]</sup>可以说,这种组织制度充分体现了教授们在学术上的完全自由,因为他们实际上垄断了一切学校事务的决定权,任何外部的力量都不可能对其学术自由造成干扰(即使是为大学提供经费的国家,实际上对于学校内部的学术事务也完全无力影响)。可以说,是“教授治校”的组织形式,保障了教授们不受他人干预的彻底的学术自由。

## 二 大学的嬗变与利益群体的多元化

在传统大学中,学者和学生排除一切干扰来追求纯粹的智识和精神伦理的修养。纯粹性、封闭性、精英化、非功利性构成了传统大学的基本形象。然而,在进入现代社会后,大学的目标、结构和功能开始发生嬗变,大学中开始出现利益群体的多元化和利益诉求的对立,这是产生关于大学组织的法律争议的根源。造成这种嬗变的影响因素有以下几个方面:

### (一) 科学研究的复杂化与专门化

科学研究从十九世纪开始急剧发展,特别是在自然科学、医学和技术领域,开始需要运用特别的仪器、工具和其他设施,并聚合大量的专门人才进行研究。同时,科学研究愈加专门化。这些变化使得学术研究不再可能是纯粹个人性的,而迫使大学中不同人员进行分工和协作。德国联邦宪法法院使用了一个概念来描述这种改变:“合作的强制”(der Zwang zur Kooperation),<sup>[15]</sup>也就是学术活动必须通过大学中各种成员的合作方能展开,纯粹个人的孤立的学术活动已非常态,相互合作成为学术研究的工作原则。

### (二) 社会对大学的需求

工业化以后,社会对大学产生了更多的需求,要求大学不能只为有闲阶层和精英人物服务,而是要为社会的发展和进步提供智力支持。“每一个较大规模的现代社会无论它的政治、经济或宗教制度是什么类型的,都需要建立一个机构来传递深奥的知识,分析、批判现在的知识,并探索新的学问领域。”<sup>[16]</sup>在保证大学的“内部使命”也就是学术与教化之外,现代

[11] 刘宝存:《洪堡大学理念述评》,《清华大学教育研究》2002年第1期,第65页。

[12] 黄达人:《大学的观念和实践》,商务印书馆2011年版,第200页。

[13] 俞可:《基于学术自由的大学自治》,《上海教育》2010年第4期,第41页。

[14] 参见胡仁东:《我国大学组织内部机构生成机制研究》,广东教育出版社2010年版,第71页。

[15] BVerfGE 35, 79 (109).

[16] [美]约翰·S·布鲁贝克:《高等教育哲学》,王承绪等译,浙江教育出版社2001年版,第13页。

大学还承担着“外部使命”，也就是其社会责任。<sup>[17]</sup>

### (三) 学生的数量与诉求

现代大学的另一重大变化就是学生数量的急剧增加。这是因为，大学学位越来越成为个人在社会中获得晋升的工具，这使得更多的人希望进入大学以获得社会认可的标签。而且，这些新增加的学生往往并非来源于生活富足的有闲阶层，而是来自普罗大众。传统大学仅以智识追求和个人精神伦理修养为目标的培养，难以满足这些学生获得职业培训、获得专业人士的标签以谋取生存和社会地位的需求。对于学生获得职业培训的诉求，德国联邦宪法法院在1958年的“药店判决”中就赋予了其基本权利的地位：“不仅仅选择职业与从事职业是不可分离的概念，而且作为从事职业前提的职业培训（包括大学教育）与职业活动一样同属生活进程的不可分割的部分，因此对于为从事职业所做的职业培训的规定，同样属于职业活动的法律范畴之内。”<sup>[18]</sup>也就是说，获得职业培训乃是学生依据宪法所享有的“职业自由”的当然内容，这使得大学法制的建构不能再将学术自由作为唯一关注的基本权利。

“大学自我设限为一个纯粹的、无预设目的的学术场所，与逐渐技术组织化的工业社会的要求、与职业晋升和社会解放所要求的学术训练日益增加的重要性、与现代的大众大学学习状况的日益困难、与学术应整合于社会的日益增加的需求之间，存在一种紧张关系。”<sup>[19]</sup>这种紧张关系所推动的大学的嬗变，首先变现为大学中的人员群体的多元化，而不同群体的利益诉求也不再限于学术自由一端。比如，由于需要聚合大量人员进行研究，大学中出现了许多并非教授和学术人员的辅助人员，例如设备器材的维护、图书馆的建设等等，都需要专门人员负责，而这些人并非传统意义上的教授，他们的核心利益也不是学术自由。学生数量的增加，必然带来相关教学辅助人员和助教的增加，而其对职业培训的需求，也使得大学里出现一些并不以纯粹学术研究为目标的其他类型的教师和专业人员。此外，传统的讲座制教授的体制，也暴露出容易压制年轻人、压制非教授群体的弊端。比如，一个以最终晋升为教授为目标的“编外讲师”（Privatdozent）被认为其实是“最彻底、最纯粹的学者”，但他们在晋升教授之前却收入微薄、承担次要课程且无发言权。<sup>[20]</sup>传统组织体制的弊端加上新的变化，使得大学中非教授的群体产生了新的诉求，也就是要求改变大学的内部组织、改变大学事务的决定权，要求教授以外的非学术人员和学生在大学决策中占据相应的地位。这无疑是对传统的“教授治校”的大学组织模式的重大冲击，1968年发生在欧洲的学生运动也与此有密切关系。<sup>[21]</sup>在一个宪政法治的社会，这些涉及社会根本问题的纷争最终无可避免地走向司法的解决途径，德国的“大学组织判决”就发生于这种背景下，并在宪法层面给出了大学法制建构的基本规则。

[17] 参见胡仁东：《我国大学组织内部机构生成机制研究》，第21页。

[18] BVerfGE 7, 377 (401, 406)。

[19] BVerfGE 35, 79 (108f.)。

[20] 柳友任、龚放：《“编外讲师”：德国大学学术自由传统的“阿基米德支点”》，《教师教育研究》2009年底4期，第62-65页。这些通常较年轻的教师的状况至今仍不容乐观，最近德国宪法法院的判决（Urteil vom 14. Februar 2012 2 BvL 4/10）还在努力改变其收入不高的状况，资料来源于德国联邦宪法法院网站，[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120214\\_2bvl000410.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120214_2bvl000410.html)，最后访问时间：2012年3月6日。

[21] 参见许平：《“60年代”解读——60年代西方学生运动的历史定位》，《历史教学》2003年第3期，第5-9页。

### 三 “谁说了算”:以德国“大学组织判决”为例

大学组织判决的核心问题可以概括为“谁说了算”的问题,也就是针对大学中的各类事务,是否应完全交由教授决定,还是应考察不同事务与学术自由在关联程度上的差异而做不同的处理,从而在保障学术自由的同时兼顾其他群体的利益诉求。在联邦宪法法院看来,教授们的学术自由和其他群体的其他利益应该通过组织规范上的精细设置而得以协调。

#### (一)大学组织判决的案情

德国下萨克森州制定了一部大学法的暂行法,对学术性大学内部的决策和管理组织进行了重新规定,并规定了大学中不同类型成员的代表参与这些组织的规则和选举程序等。根据该法第2条第2款,大学中的不同类型成员可以分为以下几个组别:(1)大学教师;(2)从事学术工作的人员;(3)学生;(4)其他人员(非从事学工作的人员)。

此外,该法第2条第5款还规定:“所有成员在决定下列事项时,具有相同的表决权:1. 研究计划的相互协同;2. 提供课程的计划;3. 对于大学教师和学术人员的相关人事事宜的建议;4. 有关考试与课程制度的决议,只有大学教师以及其他至少拥有相关资格的成员拥有表决权,其他成员仅具有建议权。”

此外,该法还规定了大学的各类组织中不同成员组别代表的比例。例如,评议委员会由8位大学教师、3位学术人员、3位学生、1位其他人员组成;院务委员会由12位大学教师、6位学术人员、3位学生、3位其他人员组成;任命委员会中大学教师、学术人员以及学生的人数是4:2:2,但在特定条件下,大学教师的代表拥有特别表决权;从事关于课程的提供及课程安排的教务委员会中教师、学术人员与学生的人数是2:2:4。

下萨克森州的学术型大学中的若干教授针对此法律提起宪法诉愿。诉愿人认为,该法律将讲师、有任课义务的公务员等不具有充分资格的人规定为大学教师,并在各种组织和表决权分配上倾向于这些非学术人员,这改变了依据基本法第5条第3款享有学术自由的主体的范围,并导致了具有充分学术能力与资格的大学教师遭到压制。如果大学教师在学术问题的决定上,仅仅与助教和学生拥有相同的表决权,无疑是经由这些非学术人员的表决而侵犯了大学教师的学术自由。诉愿人认为,相对于其他人员,大学教师在大学中负有特别的义务。因此,对于具备充分资格的学者,仅仅给予其与其他不具备资格的人员同等的表决权是不合理的。应当保证在大学的组织中,大学教师代表拥有明显的多数,而限制其他组别人员的参与。

联邦宪法法院最终只是部分支持了诉愿人的主张。联邦宪法法院肯定了下萨克森州大学法的暂行法在组合大学中不同成员上的努力,但是也认为,该法在大学的组织设计上的某些措施可能未能充分考虑到学术自由的实现条件,并认为在大学的各种事务中,应当区别其与学术自由的关系紧密程度而以不同的标准来建构相应的组织。这一判决最为重要的部分,是对“学术自由的组织保障”的论证。其论证过程可以分为以下几个层次:

#### (二)学术自由的规范内涵

##### 1. 学术自由的双重性质

联邦宪法法院首先沿用了吕特判决<sup>[22]</sup>以来界定基本权利规范内涵的“双重性质理论”<sup>[23]</sup>

[22] BVerfGE7, 198.

[23] 参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第21-36页。

来分析学术自由。首先,宪法法院指出,学术自由是一种防御权,用来对抗国家的干预,“以学术的自我规定为基础的过程、行为方式以及关于探求知识及其阐释和传播的决定不受国家公权力的干预。”<sup>[24]</sup>但联邦宪法法院重申了基本权利作为客观价值秩序的规范内涵,认为出于对基本权利的效力的原则性强化,基本权利应被看作宪法的基本决定而成为适用于一切法领域的客观价值秩序。这种价值决定也包含了基本法中的学术自由。作为一个价值决定,学术自由就不仅意味着排除国家对学术自由的干预,也意味着,它要求国家的保护。国家要以积极的行为,保护并预防这项自由被掏空。

## 2. 学术自由的组织保障:给付行政的个人参与

那么这些保障学术自由的积极措施包括哪些呢?联邦宪法法院认为,首先当然是国家提供人员和财政支持。如果没有合适的组织以及相应的资金,学术活动就不可能展开。特别是,在当代的自然科学研究中,国家的资金支持是非常关键的。这在法律上属于给付行政的范畴。

然而,要保证学术自由的实现,还必须保证研究者能够参与到这些国家给付的决定中去。也就是说,在此给付行政的过程中,大学中的不同成员应该都能有组织上的途径参与进去。享有学术自由的人,必须能够参与有权决定分配资金的组织,如果他们不能参与相关的组织,就无法保证获得学术活动所必须的资金和其他条件,从而学术自由也就无法实现了。在这种意义上,宪法法院认为,学术自由作为客观价值秩序,增强了学术自由在参与权层面的规范内涵,“参与公共给付的提供逐渐成为学术自由实现的必要条件”。“那些由基本法第 5 条第 3 款的价值决定所产生的基本权利主体有权要求国家采取包括组织方式在内的某些措施,这些措施对于其基本权利保障的自由空间而言是不可或缺的,因为唯此其自由的学术活动才成为可能。”<sup>[25]</sup>这里,联邦宪法法院提出了本案中最为重要的观点,也就是认为:基本权利的效力同时也及于组织措施。如果没有恰当的组织,学术研究者就无法决定学术活动所必须的资金和其他条件的配置,从而使得学术自由不可能实现。一个学术组织的特定构成方式,会预先地影响其决策的结果。如果组织方式不当,个人的学术自由就无法避免被妨害。

### (三)立法者在决定大学组织模式上需考虑的因素

然而,在联邦宪法法院看来,就如何决定大学的组织,立法机关却拥有充分的形成自由。大学组织并无唯一的模式,也不应该遵循唯一的模式,“一个合乎宪法的大学组织的标准仅仅在于:借由此组织,‘自由的’学术是否成为可能,其运作是否能不被危及。”<sup>[26]</sup>也就是,立法者有充分的自由来决定大学组织的模式,只要能保证学术自由的实现即可。但这里要注意两个问题:

#### 1. 学术功能与其他功能的协调

虽然学术自由如此重要并科以立法者如此重大的义务,但立法者在决定大学的组织模式时,却不能只考虑学术自由,还应该看到大学在学术研究之外的其他功能。现代的大学同时兼具教育与职业训练的功能。大学的学术研究功能与教育、训练功能相互交织,不应该把

[24] BVerfGE 35,79(111).

[25] BVerfGE 35,79(114).

[26] BVerfGE 35,79(119).

大学看做是纯粹学术性组织。当今的大学,优先要考虑的是如何教育出大量的专业人才,以符合职场之需求。因此,在大学组织的设立上,就不应该只考虑到其作为学术研究场所的功能,还要考虑到大学的其他功能,也就意味着要考虑到大学里除大学教师之外的其他人员,包括教学科研的协同人员、学生以及服务人员的利益,使得大学中不同人员的利益能够协调一致。在此,学者个体的学术自由不可能毫无限制地、无条件地被考虑,而是要考虑其与其他人员的合作,以及大学里其他人员的利益。

## 2. 大学教师的突出地位

基于此种考虑,立法机关制定大学的组织规范,就必须让不同类型的人员都参与大学事务的决策,这样才能协调和保障所有成员的利益。尽管如此,却必须强调,就大学的基本功能而言,大学教师毕竟不同于其他人员,所以必须在组织规范中保证大学教师的“突出地位”。

联邦宪法法院认为,考虑到大学教师是大学任务的主要承担者,是学术活动的领导者,因此,基本法第5条第3款仍然赋予了大学教师以一个突出的特殊地位。“如果基本法第5条第3款设立了学术自由的原则,那么,对于那些在研究和教学上特别值得信赖的大学教师们,基本法第5条第3款也是给予了一个突出的地位的。”之所以认为具有教授资格或者其他相当资格在大学中具有突出的地位,乃是因为,这些教师基于其基本训练,承担大学的研究与教学任务,被视为是大学学术中最重要的部分,对大学功能的实现和大学的学术地位担负着更多的责任,他们是与学术事务最密切相关的组群。而且,不同于学生和其他人员(包括学术和非学术人员),他们是大学中最具长期性和稳定性的人员,因而也是受到大学组织的决策影响最多的人员。由此,立法者在决定大学的组织架构时,就必须考虑到大学教师的特殊地位,而不能与其他组别等同视之。

### (四) 区别对待:协调大学中不同利益的宪法标准

基于对大学的学术功能和其他功能的综合考虑,以及对大学教授和其他人员利益的充分考虑,联邦宪法法院最终提出了一种对大学事务的划分方式,并认为,决定不同事务的组织,其形式也应不同,立法者针对不同组织的形成自由也有大有小。对于那些不影响大学成员的学术自由的组织规范,立法者具有较为宽泛的形成空间。但是,“对于那些‘与学术关系重大’的事务,也就是直接关联研究与教学的事务,立法者的形成自由则受到限制。”<sup>[27]</sup>按照这一标准,凡是与学术关系有极密切关系的事务,就应该尽可能由教授们自己决定,在决策组织的构成上也以教授为主。这种做法可以保障大学教师在大学中的特殊地位,保障其学术自由。但这并非意味着其拥有超越其他组别的,在处理大学各种事务上的全面的决定权,也不意味着大学教师在大学自治行政组织中当然拥有多数的表决权,而是要考虑到各项事务的具体性质来配置组织中的代表比例和表决权比例,通过区别具体事务的类型,来分配决定权。

首先,在教学上,在大学教师之外,其他学术人员也履行着重要的职能,大量的教学任务是由助教等学术人员承担的。因此,在教学事务的决策上,必须给予这些人员相应的参与和表决权。同时,教学事务也直接涉及学生的利益,因此,调和教学者和学习者的利益是正当的。与之对应,非学术人员在教学上完全处于服务者的地位,因此不必考虑给予其参与权。

其次,在直接涉及学术研究的事务中,参与决定权在各个组群间的分配就应该遵循更为

[27] BVerfGE 35,79(122).

严格的标准,也就是唯有参与学术研究活动的人才能参与决定。在这方面,除大学教师外,其他学术人员当然不能被排除在外,但非学术人员则没有参与权。大部分的学生也并不符合参与学术活动的标准,虽然其在学术活动中可能有一些贡献。即使立法者认为也应该给学生一定的参与权,也主要是考虑到学术研究的事务也可能对教学产生影响。

再次,对于其他的一些事务,则应考察其“学术相关性”而加以区别对待。比如,对于教授的任命,应该看到教授是大学的研究与教学的真实主体,任命教授是与学术自由最密切相关的事务。对于教授的任命,不应该考虑非学术人员的参与。而学生也同样缺乏考察拟任命教授者的学术水准的知识和能力,但是,学生可以提供拟任教授者在之前的教学活动中给他们留下的印象,同时教授的任命决定也会影响到学生未来的学习,因此可以考虑给予学生一定的参与决定权。但无论如何,由于任命教授与学术自由强烈相关,因此,必须让大学教师拥有决定性的影响。

#### (五)《暂行法》在组织保障上的不足

基于前述的标准,联邦宪法法院审查认为,“暂行法”组合了大学教师、学术人员、学生和其他人员这四个组别,并且没有简单机械地按照人数多寡来分配大学事务的决定权,而是依据各组别的功能、责任以及在大学中的时间长短来划分等级,并且也考虑到了教师群体在大学事务的决定中,应该具有超越数量关系上的优势。这些规定,都是合乎前述的学术自由组织保障的标准的。但是,联邦宪法法院也指出,这些规范还存在一些不足,比如:

首先,“暂行法”第 2 条第 2 款关于大学教授组别的划定,违背了“组别设置的同质性要求”。<sup>[28]</sup> 按照这一要求,同一组别内的人员应该具有同质性,由此才能真实反映同一类型人员的利益和需求。然而,在“暂行法”第 2 条第 2 款中,讲座教授、讲师甚至从事学业指导的人员,尽管其各自的资格完全不同,其所承担的功能和职责也不相同,但却都被划入大学教师的组别。这其中,有些是取得了教授资格的可以独立从事教学科研的人,而有些则只是受其指示而从事教学科研的人,有些是长期对整个学科负责的人,而有些只是短期地或者只是从事辅助和补充性教学工作(比如复习课)的人。

这种组织设置显然会稀释那些真正独立从事教学科研的人员的参与权,使其基于自身的学术需求而参与决策的机会减少,最终大学行政的相关决策可能会妨害其学术自由。这种不适当的组织措施,对具备教授资格的大学教师的学术自由构成了威胁。

其次,任命委员会的构成,未能体现大学教师在决定“与学术关系重大的事务”的突出地位。任命委员会是由大学教师、学术人员和学生代表以 4:2:2 的比例构成。在这个比例中,大学教师并没有占据多数。大学教师的任命,属于“与学术关系重大的事务”,能够直接影响学术自由的实现,以及大学的学术功能的落实。对于这样的事务,具备相应资格的大学教师并不拥有多数的表决权,而不具备资格的人却能在很大程度上决定具备资格的人应否被任命,宪法法院认为这是不适当的,会影响大学落实其学术功能的能力,也会妨害大学教师个体的学术自由。

## 四 理论基础:从“制度性保障”到“客观价值秩序”

大学判决所阐述的“学术自由的组织保障”理论,并非是在某特定领域、基于特定社会

[28] BVerfGE 35,79(138).



背景而偶然产生的理论。其与德国基本权利教义学的传统思维,以及二战以后德国基本法时代对基本权利规范内涵的新的诠释有必然性关联。要理解“学术自由的组织保障”的内在理路,就有必要对其与德国“基本权利的制度性保障”以及“基本权利作为客观价值秩序”学说的关联予以考察。

### (一) 施米特以来的“制度性保障”理论

通过组织措施保障基本权利的理论,与自卡尔·施米特以来的基本权利的“制度性保障”理论有学理渊源。卡尔·施米特在其1928年出版的《宪法学说》中提出,应将基本权利与“制度性保障”进行区分,认为某些在宪法之前就已经存在的制度,是由宪法所确认的,因此应该受到特别的保护而不能允许立法机关通过法律而予以废弃。<sup>[29]</sup> 施米特提出这种观点,实际上是基于两个背景:首先,在魏玛宪法之下,立法机关居于中心地位,除了立法程序外,其立法权几乎是不受限制的,这使得宪法的规定有被立法机关掏空的危险。特别是针对基本权利,魏玛宪法基本都允许立法者通过法律予以限制,这使得基本权利的保护处于危险当中;其次,在魏玛宪法之下,还不存在对法律的违宪审查制度,也就是还没有像二战后的基本法时代那样设立宪法法院,对立法机关的立法是否违宪,特别是是否不当限制了基本权利还无法进行审查。在这种情况下,施米特提出区分“基本权利”和“制度性保障”,实际上就将后者排除于立法机关的限制权限之外,使得立法机关无法对涉及个人利益的这部分制度做任何的变动,从而保障个人的权益。<sup>[30]</sup> 被施米特认定为“制度性保障”,从而不能由立法机关废弃的制度包括:(1)接受法官审判的制度、(2)婚姻家庭制度、(3)星期天的休息制度、(4)民法上的财产权制度、(5)公务员制度、(6)乡镇的自治制度。如果我们考察其内容,我们会发现,这些所谓的制度性保障,实际上都是对基本权利(“接受审判权”、“婚姻自由”、“休息权”、“财产权”、“参政权”等)的保障。应该说,施米特勉强区分基本权利和制度性保障,只是魏玛宪法的特定条件下的特殊理论形态。

在进入基本法时代以后,施米特理论的两个背景实际上都不复存在了,一方面,立法机关不再具有中心和权威的地位,其立法权不再是无限的,而是要受到宪法的制约;另一方面,宪法法院制度的建立,使得对法律的司法审查成为现实,特别是宪法诉愿制度建立之后,个人基于基本权利而寻求宪法救济成为可能。在这种情况下,勉强从基本权利中区分出“制度性保障”以强调立法不可以对基本权利施加某种限制,似乎已无必要。然而,基本法时代的宪法理论与实践,却“旧瓶装新酒”,从中发展出了基本权利保障的新的层次,其中最重要的就是“基本权利的组织保障”。

### (二) “客观价值秩序理论”及其在组织规范上的开拓

此种新发展的背景是德国联邦宪法法院自“吕特判决”以来所发展出的基本权利的“客观价值秩序理论”。<sup>[31]</sup> 联邦宪法法院认为:“基本权利首先是公民对抗国家的防御权;但基本法中的基本权利规定同时也体现为一种客观的价值秩序,而其作为宪法上的基本决定而对所有法领域发生效力。”<sup>[32]</sup> 按照这一理论,基本权利作为客观价值秩序构成立法机关建构

[29] Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, neunte Auflage, Berlin, 2003, S. 170ff.

[30] 在笔者看来,在施米特庞大复杂的理论体系中,他关于制度性保障的主张实际上体现着自由主义的立场,而非人们通常所关注的其对自由主义的批判立场。

[31] 参见张翔:《基本权利的双重性质》。

[32] BVerfGE 7, 198 (198).

国家各项制度的原则,也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的指导原则,基本权利构成整个社会共同体的价值基础,构成国家机关一切行为的准则,国家应该为基本权利的实现提供实质性的前提条件。<sup>[33]</sup> 然而,此种抽象的要求毕竟是难以操作的,因此联邦宪法法院也在诸多层面上尝试对这一“客观价值秩序”进行具体化,比如在“堕胎判决”中发展出“保护义务”理论,<sup>[34]</sup>在“大学组织判决”中,联邦宪法法院的新发展就是所谓“基本权利的组织保障”,也就是要求国家通过包括组织措施在内的手段去促进基本权利的实现。

这一新发展特别值得关注的层面在于,传统上宪法中的“基本权利规范”和“组织规范”是两个不同的规范群,立法者在对“组织规范”进行具体化时不需要考虑基本权利的问题,然而,在大学组织判决之后,立法者在关于组织设立上的裁量空间被大大限缩,也就是说,立法者在制定看似与基本权利无关的组织方式和程序的法律时,也必须时刻考虑基本权利的实现。

在现代社会,人类的生存资源日益匮乏,而社会的内部关系日益复杂,国家必须承担分配和给付的任务,但此种分配和给付必须借助一定的组织和程序,才能决定不同的人获得给付的水平。<sup>[35]</sup> 所以,适当的组织形式,就是基本权利真正实现的前提条件,不同群体的不同利益诉求,需要在相关的组织设计中予以充分考虑和协调,以总体性地实现基本权利的效力最大化。<sup>[36]</sup> 在大学判决中,传统的基本权利的“制度性保障”在新的“基本权利的客观价值秩序”理论的笼罩下得到了新的诠释,最终凝定为“基本权利的组织保障”的学说。<sup>[37]</sup>

## 五 结论与启发

至此,我们可以对“学术自由的组织保障”的学理进行简单总结,并探讨其可能的启发意义。通过大学判决而得到充分阐释和建构的“基本权利的组织保障”理论,所强调的是国家在做到不侵害基本权利之外,还要通过组织设计去使得基本权利的实现得以可能。进一步的追问是:究竟什么样的组织设计才算是有效的,组织达到何种标准才算国家对基本权利尽到了义务。联邦宪法法院在大学组织判决中对此也给出了结论性的宪法标准,包括正反两个方面:“(1)从正的方面说,那些由基本法第 5 条第 3 项产生的基本权利主体,通过大学的适当的自由结构,其学术活动获得保障,同时也要考虑到大学的任务和大学中承担不同任

[33] Robert Alexy, Grundrechte als subjektive Recht und als objektive normen, Der Staat 29/1990. S. 49.

[34] BVerfGE 39. 1 (1).

[35] Konrad Hesse, Bedeutung der Grundrechte, in: E. Benda W. Maihofer H. - J. Vogel (hg. ). Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. , 1995. Rn. 43.

[36] BVerfGE 32, 54 (71); 6, 55 (72).

[37] 需要注意的是,“基本权利的组织保障”理论并非只是在大学组织这一领域的昙花一现。事实上,在其他基本权利领域,这一理论同样在发挥着为基本权利的实现提供组织基础的作用。(Vgl. Hans D. Jarass, Grundrecht als Wertenscheidung bzw. Objektivrechtliche Prinzipie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 20/1985. S. 385ff.) 这些基本权利包括:(1)言论自由,在 1966 年的《明镜周刊》案中,联邦宪法法院就认为:新闻媒体必须属于社会而非国家,应当以“私法的组织形态”来运作,彼此竞争,公权力原则上不应介入。也就是认为对于新闻自由的保障,要基于对以私法法人的组织方式存在的媒体的保障,“私法法人”是新闻自由的适当组织方式。BVerfGE 20, 162 (175f.) (2)经济领域的结社权,在 1976 年“员工参与决策权案”(Mitbestimmung)中,联邦宪法法院认为,法律对于经济上结社的组织设计应该趋向于有效协调各方的利益冲突,工会以及公司组织的设立要有保障劳工权利的考量。BVerfGE 50, 290 (354) (3)在广播电视领域,在 1981 年的“第三次广播电视判决”(3. Rundfunkentscheidung)中,联邦宪法法院认为广播电视承担着保证意见多元化的公共任务,因此在设计广播电视媒体的组织时,就应考虑媒体不得被特定的社会势力所独占。BVerfGE 57, 295 (322f.)

务的基本权利主体的利益也得以可能；(2)从反的方面说，基本法第5条第3款禁止立法者在组织上设立这样的一种学术架构：导致学术组织的学术功能的实现存在危险，或者妨碍了其成员的学术活动的自由空间。”<sup>[38]</sup>也就是说，针对那些与学术关系重大的组织设置，法律规范须以保证学术自由的实现为前提，或者说不能因为其设置的组织而导致学术自由被妨碍。此外，基于大学功能的多元化和人员的多元化的现实，学校中教师之外的学生、非学术人员等的利益，也要在大学的组织设置上予以关照。<sup>[39]</sup>基于上述的理念与标准，在大学判决中，德国联邦宪法法院对大学组织法的具体规范进行了细致的合宪性审查。

我国正在进行大学治理模式的改革，通过大学章程的制定而进行的大学内部机制改革是当前的重点所在。<sup>[40]</sup>在保证学术自由免受公权力的不当干预之外，如何通过“学术委员会”、“教职工代表大会”、“学生代表大会”等组织的适当设置和良好运作来“保障教师、学生在教学、研究和学习方面依法享有的学术自由、探索自由，营造宽松的学术环境”（《高等学校章程制定暂行办法》第11条），并探索“大学共治”<sup>[41]</sup>的组织条件，无疑是此项改革中非常重要的方面。德国乃现代大学制度的母国，其在复杂的社会背景和利益格局下发展出的“学术自由的组织保障”学说，理念宏阔而技术精微，实可为我国大学组织建设之借镜。

---

[Abstract] Academic freedom, being a norm of fundamental rights, also needs coordination and cooperation of relevant organizational norms. The organizational structure of a university should take the realization of academic freedom as its criterion. Since modern times, the organizational model of “universities governed by professors” has fully guaranteed academic freedom of university professors. However, with the background of changes of functions and diversified staff members in contemporary institutions of higher learning, there is a need for adjustment. Academic freedom is not only an individual right of subjective defense against state intervention, but also a “fundamental value” determined by constitution, which requires state to guarantee its realization by “proper organizational measures”. At the same time, the organizational structure of a university should take into account interests of non-academic staff as well. The organizational guarantee of academic freedom is the basic index to evaluate the legal system of a university, and also a constitutional rule to draw up regulations of a university.

---

（责任编辑：支振锋）

[38] BVerfGE 35, 79 (122f.).

[39] 这种兼顾不同群体利益的“大学共治”(shared governance)理念，在当今世界是具有普遍性的。例如在美国，“大学共治被贴上利益相关者的标签，即所有利益相关者都对学校事务有一定的发言权，当考虑所有阶层的人的各种意见与建议之后才能做出最后的决定”。于杨：《现代美国大学共同治理理念与实践》，中国社会科学出版社2010年版，第66页。

[40] 2011年11月28日，教育部颁布了《高等学校章程制定暂行办法》，按照教育部新闻通气会的说法，“高等学校章程不仅是高等学校依法自主管理，实现依法治校的必要条件，也是明确高等学校内外部权利义务关系，促进高校完善治理结构、科学发展，建设现代大学制度的重要载体”。资料来源于中国教育和科研计算机网，[http://www.edu.cn/xin\\_wen\\_dong\\_tai\\_890/20120110/t20120110\\_729842.shtml](http://www.edu.cn/xin_wen_dong_tai_890/20120110/t20120110_729842.shtml)，最后访问时间：2012年2月18日。

[41] 参见严文清：《中国大学治理结构研究》，人民出版社2011年版，第222页以下。