

德国“公营造物”理论与高校管理

顾建亚

(浙江科技学院 社会科学部,杭州 310023)

摘要: 在德国行政法上,“公营造物”是一种非营利性的提供特定社会服务的行政机构。德国公立大学是“公营造物”的一种典型类型。根据公营造物理论,德国公立大学实施国家监督与大学自治,高校教育关系是一种基本权利保障下的特别权力关系,学校内部规则的制定遵循法律保留原则与比例原则。德国高校“公营造物”管理模式,对于厘清中国高校的法律地位及规范高校内部规则制定权具有重要借鉴意义。

关键词: 德国大学;公营造物;高校管理;特别权力关系;大学自治;内部规则

中图分类号: D951.621.6

文献标志码: A

文章编号: 1671-8798(2011)05-0371-05

Germany's “public facilities” theory and college management

GU Jian-ya

(Department of Social Sciences, Zhejiang University of Science and Technology, Hangzhou 310023, China)

Abstract: In German administrative law, “public facility” is a non-profit administrative body to provide specific social services, of which German public university is one typical type. According to the theory of “public facilities”, the public universities in Germany are in the implementation of national monitoring and university autonomy; and the higher education relationship is a special power relationship under the safeguard of basic rights; and rule-making within the school should follow the law retainment principle and the proportion principle. The “public facility” management style of German universities has an important significance for reference in aspects of clarifying the legal status of universities and regulating internal rule-making power in universities.

Key words: German universities; public facilities; university management; special power relations; university autonomy; internal rules

在德国行政法上,公立学校属于公法人(包括公法社团、公法财团和公营造物3类)的一种,称之为“公营造物”,也称公共设施(一般简称为设施)。德国公立大学因其公营造物身份而在教育管理上颇具特色,

收稿日期: 2010-12-29

作者简介: 顾建亚(1971—),女,浙江省慈溪人,教授,博士,主要从事行政法学与高校思想政治理论教育的研究。

尽管其理论本身与实践应用还在不断探索、改进与完善,但依然不乏其善可陈之处以供中国借鉴。

1 德国行政法上的公营造物理论

1.1 公营造物的涵义与特点

“公营造物”是德国行政法学之父奥托·迈耶首创的行政法学概念,由日本学者翻译而成。由于这一表述难以望文生义且易被误认为物理上的建筑概念,所以国内也常代之以“公务法人”。按照奥托·迈耶的解释,公营造物就是掌握在行政主体手中,由人与物作为手段之存在体,持续性地为特定公共目的而服务^[1]。它是公权力主体为了实现特定任务依照公法成立的组织体,是公共行政的一种形式,设立之后,该行政主体的一些公法任务就由其承受。依公营造物所属业务领域可区分为文教性、保育安养性、经济协助性、研究性、民俗性、军事性等类型,如公立学校、图书馆、博物馆、公立医院、文化中心、邮局、军队、监狱等。与机关法人、企事业单位、社会团体等组织相比,公营造物具有以下特点。

第一,组织之行政性。随着社会日趋复杂化和多样化,行政机关为求有效达成行政目的所采取的行政手段亦日趋复杂多样,设置公营造物无疑是为达成行政目的之一种手段。公营造物是依法律、法规命令、公法协议或者地方规章规定设立的行政机构,通常以设置机关专门为之所制定的法律规范为依据,该法律规范称为公营造物规章,系公营造物组织法,决定公营造物之目的、内部结构、服务人员、权限及可供支配资源等。故公营造物既不是企业法人也不是单一的民事主体,而是一种行政组织,通常是所属公权力主体的机构或分支,公营造物的运作带有公权力性质,有关是否许可使用公营造物的争议,属于行政法性质。

第二,目的之特定性。现代行政越来越突出其服务功能,很多任务是为了保障公民能够有效地行使其基本权利。公营造物就是行政主体为达成公共行政上之特定目的而设立的提供专门服务的行政机构,旨在持续地服务某一特殊公共目的。例如学校的设置必须以提供某地区教育设施、提高知识水准为目的,以增进人民精神上之利益;又如公立医院的设立,是为增进人民身体上之利益。公营造物因其严格受特殊目的的约束而区隔于一般的行政机关(为达成一般行政目的而设置者),它属于服务性行政机构,不能取代属于正式作成决策并发号施令的制式科层式行政机关,从而与作为其母体的行政机关之间存在着既独立又合作、分工、对抗的关系。

第三,地位之特殊性。公营造物作为公共任务的功能主体受国家监督,主要内容是对法律、设施规章和设施条令的遵守情况。联邦设施受联邦的监督,其他设施分别受各自所属的州和地方的监督,监督权通常由法律专门规定。与此同时,居于特别地位的公营造物依法享有自主管理权,主要通过依其权限自行制定内部规则来实现。公营造物的外部事项(目的、成员和所属主体)和内部事项(机构设置、工作人员的任免、管辖权分配)由其章程规定,针对具有外部效果的主体管辖权及公营造物的使用则在依章程制定的使用规章中进行具体规定,并由设施主体机关批准。就其性质而言,使用规章属于一种具有实体法性质的特别条令,但不是一种更高位阶的法律渊源,通常采用成文法形式,但也可以采用习惯法的形式,有时甚至被具体的命令补充。作为规章或者特别条令的使用规章是客观的法律渊源,具体的设施命令则属于行政行为,对它们可以提起行政诉讼^{[2]255-256}。

1.2 利用关系的演进——从特别义务到基本权利

营造物的设立既然以供公众使用为目的,则公众的利用行为不可避免。公营造物与其使用者之间的关系称为公营造物利用关系(或服务关系),比如学校与学生之间的关系。营造物利用关系是营造物作为一种建制的核心问题,也是当前最具争议的待决问题。公营造物的使用人或利用人即为享受公营造物服务的人,从使用人的角度来看,公营造物使用权建立了一种特殊行政法地位的使用关系,可能产生特殊的法律地位,如学校、监狱、军队等。

在德国,学校、监狱等公营造物产生于19世纪自由法治国时期,当时设立公营造物之目的主要是为避免法律保留原则的拘束,使得行政机关能够在高度自由下完成行政任务,因其利用关系多半带有强制性的高权色彩,称之为特别权力关系,又称特别服从或特别义务关系,系指根据特别的法律原因,以公法上的特

定目的为界限,一方能够支配他方,他方也应服从这种支配,实则维持一种绝然不对等的权力服从关系。这一迄今为止还被广泛应用的概念,描述与证明了个体与国家之间存在超越于国家公民一般关系之上的紧密关系。在这种特别权力关系内部,公营造物主体可不经法律授权发布“规则”,以拘束特别权力关系的成员,根据其设定的目的,在被认为是需要的合理范围、限度内,即便没有法律根据,也能限制服从者的基本权(例如大学内的集会限制),公营造物使用人不得享受法治国有法律保留、行政救济等之保护。

特别权力关系理论早期强调行政权的优越性和完整性,虽然对实现行政管理目的、维持行政秩序有着重要意义,但其漠视行政相对人基本权利的做法却明显地与人权保障的时代潮流相违背。随着理论本身及社会实践的发展,特别关系理论之具体内涵也在不断演进。二战后德国学者乌勒提出“基础及管理关系理论”,该理论将特别权力关系区分为基础关系与管理关系:所谓基础关系是指与设定、变更及终止特别权力有关联的一切法律关系,如公立学校学生入学、退学、毕业、授予学位等,属于法律保留范围;而管理关系则单纯指不涉及相对人的个人身份及法律地位的管理措施,如公立学校学生的考试模式,针对“基础关系”所为的行为是可诉的行政行为^[3]。1972年德国联邦宪法法院通过司法判例确立了“重要性理论”,从而对传统特别权力关系理论进行扬弃,使之从强调义务转向权利保障。该判决认为,凡是涉及公民基本权利以致足以影响个人地位的重要事项都是法律保留的内容,不容许行政主体擅自为之,即基本权在“特别权力关系”中并没有被取消,而只能受到限制。此判例具有极大的辐射力,它直接对之后与特别权力关系相关之判决产生巨大影响力,在教育关系中,“重要性标准”是判定大学行为是否可诉的主要标准和原则。如今,营造物利用权并不因其特殊性而放弃甚至排除基本权利,更不因此放弃法律保留原则和比例原则的一般要求所包含的法治保障。在不许可使用或者恢复使用构成违反一般法律原则(裁量行为)、法律或者营造物规章的违法行政行为时,利用人可以申请复议或者提起行政诉讼。

当然这并不意味着营造物利用权或者特别行政法律关系不复存在,将特别权力关系从基本权的效力中完全消除的做法亦不可取。对公营造物的效能保障来说,特别权力关系的存在是必要的。因为在一般法律制度内,为实现公营造物目的而存在和行使的设施权(指针对具有外部效果的主体管辖权或者设施的使用,一般限于设施的建设、维护和完善,目的是维护设施的法定功能)是使用规章的重要内容(所谓的目的保障法),它决定公营造物服务的享受者对设施权的服从义务。在符合营造物法定目的需要并且符合比例原则要求的前提下,可以发布具体的命令,为设施权的相对人设定作为、容忍或者不作为的义务。如图书馆使用规章可以规定阅览室中禁止吸烟或吃黄油面包,但不得在门厅中做出这种禁止。因此,在具体案件中,因公营造物使用目的而产生的不成文一般条款可能构成充分的依据,或者至少可能得到优先的考虑^{[2]256-257}。

那么,如何在特别权力与基本权利之间达到一种平衡呢?除了一般限制可能性之外,在特殊地位关系中,基本权只能在满足了两种前提条件后方能受到限制。首先,特殊地位关系必须属于合宪性秩序的内容,就是说,它必须自己在宪法中找到根据,或者在宪法中能够被识别与能解释清楚地被预设了;其次,特殊地位关系的特征必须要求作出一项基本权限制,而且只有当这种限制对于达到基本法价值秩序所包含着的与共同生活相关的目的而言不可或缺时,才能对其予以限制^[4]。

2 作为公营造物的德国高校之管理实践

2.1 法律地位与校生关系

在德国行政法理论中,公立大学是公营造物的一种典型类型,是国家机构的组成部分,负有提供大学研究、教学之义务,满足社会公众受教育需求,并在必要时对这种需求予以管理;大学教师具有公务员身份,高校教育关系是一种受公法调整的公法关系。

传统特别权力关系由于过度弱化基本权利在教育关系中的效力而被修正之后,今日之特别权力关系已肯定了基本权利对校生关系的原则性适用。但从学校设施的效能需要来看,仍有必要保持这种特殊身份关系,国家不能无视教育关系客观上存在不同于一般国家公民法律关系的特殊性。这一点可以从《德国基本法》第7条(将所有的学校事务都纳入国家监督之下)和州宪法相应条款对基本权利的限制中得到证实。故

公立大学的教育关系尤其是校生关系依然为行政法上的一种特别关系,高校作为公营造物,秩序妨害排除命令是保证其合乎目的营运的必要措施,例如基于学生这一特殊身份的秩序纪律处分措施。尚存疑义的是,在作为一种特殊身份关系的教育关系中,除一般的基本权利限制外,还存在什么样的界限?又如何将它们合法化?对此,可以从基本权利的原则性适用和法治国家原则中推导出许多标准,尤其是基本权利的限制不得严厉到与学校任务和营造物效能不相称的地步,因为这不符合比例原则,具体体现在法律保留方面。

根据法律保留原则,学生是基本权利主体,对于因国家行为而使具有特别权力关系的相对人的权利受到限制,必须有法律根据。具体地讲,凡涉及学生的受教育权、人身权和财产权等基本权利事项,必须有法律根据(法律明文规定或明确授权),特别是足以剥夺大学生学习自由的退学或开除学籍处分,更应以法律明定其事由、范围和效力,而学校不得自行规定或超越授权范围作出限制权益的规定^[5]。与此同时,逐步扩大司法救济的范围,校内治权中对学生身份有重大影响的管理行为如发放毕业证、学位证,对学生的开除、勒令退学等,被纳入了司法审查的范围,即相对人之权利受侵害者,可提起行政争讼之救济,这已符合民主原则、法治精神。

2.2 依法监督与大学自治

根据《德国大学基准法》第58条规定,在法律上高等学校享有自治权,同时各州主管部门对其又有监督权。据此,作为国家机构的高等学校要服从国家管理,德国是联邦制国家,各州在高等教育领域享有立法和行政管理权,主管教育的职权属于各州;同时高等学校又实行自我管理,并在法律许可范围内制定各自的校规、培养方案。

国家监督主要体现在两方面:一是财政依附。因为德国高等学校是国家机构的一部分,且没有财政主权,因此它对政府拨款的依赖性很强,学校的财政主要来源于政府,政府可以通过控制学校经费运转干预学校的行政决策,高等学校的一些重要规定还需经过州有关部门的批准。二是立法审查。大学是根据国家法令设置的组织,故国家的统治权与支配权均不可避免。政府在法律法规基础之上监督大学的决定及行为是否符合法律和大学章程的规定,大学制定的章程与选举产生的校长最终要经过政府的承认,但政府不能在无正当理由情形下否定大学之决定。

法律法规赋予高校自主管理的职能是特别权力关系发生的前提。高校作为履行特定职能的公法主体,在大学自治范围内,具有公法行为能力,甚至享有部分统治性权力,即依法享有在其特定职能范围内自主判断、自定规则、自行管理的特别权力。概而言之包含高校办学自主、校内行政管理和学术自由三方面内容。法律赋予高校参与实行学额限制专业招生的权利,有条件地尊重了其在招生中的意志和权利;根据其章程选举产生的管理机构可以就本校或本系的事务做出决定等;高校学术自主权体现在发展学术、争取资助、传播科研成果等方面。

制定内部规则是高校自主管理的重要环节。德国大学制定内部规则适用法律保留和基本权利原则,具体表现为:第一,涉及侵害学生基本权利的事项须由法律明文规定。如《德国大学基准法》与各邦大学法皆有限制学生学习自由的规定,其中影响最大的是退学处分,因大学通过此项处分,可以剥夺大学生的学习自由。而剥夺学生学习权是对基本权利的侵犯,应当有法律保留的适用,因而各邦大学法几乎都有学生退学的规定。第二,学校自行制定的内部规章须报经批准或备案。如《德国大学基准法》第16条规定:“高等学校的考试基于考试的规定进行。高等学校制定有关考试的规章,并经州法律规定的有权机构批准。考试规章中应包括考试的要求和程序。”该法第58条第2款规定:“高等学校自行制定的基础性规章,需要得到州的批准,拒绝批准的条件由法律确定。”对于章程和重要规章以外的次重要的规章则仅需要向教育主管部门备案。如德国《北莱茵邦大学法》第108条第1项规定:“在本大学法内所制颁的自治规章的订立、变更、废止,应经教育与学术部长的许可,其他规章则应于公布后向教育与学术部长报备^[6]。

3 完善中国高校教育管理的借鉴与启示

德国高等教育虽然起步较晚,但发展迅速,其办学质量和取得的成就为世界瞩目,这与德国高等教育在发展过程中所形成的独具特色的管理制度密不可分。这种“公营造物”管理模式虽非尽善尽美,但无疑具有许多值得借鉴和学习之处,对于进一步完善中国高校管理制度大有裨益。

3.1 有助于厘清中国高校的法律地位

在中国,高校与学生之间的法律关系是一个近年来争议颇多的问题,中国高校实际上一直处于模糊的法律定位。按照中国《民法通则》规定,高校是事业单位法人。但高校根据法律法规授权在行使授予学位、纪律处分等管理权限时,又具有行政主体资格,受公法调整。德国公营造物理论对解决中国高校的法律定性及权利救济问题具有借鉴意义。首先,中国高校是不以营利为目的的法人,是国家依法设立的公益组织,具有特定的行政上的目的。根据中国《高等教育法》第24条规定,设立高等学校,应当符合国家高等教育发展规划,符合国家利益和社会公共利益,不得以营利为目的。其次,中国高校是专门从事高等教育服务的公共机构,注重主体的公共服务职能,并赋予主体在必要时对这种公共需要进行管理的权力。根据以上两点,将中国高校定位于公务法人的资格认定是基本成立的,可以通过区分公务法人与其利用者之间的不同种类的法律关系,为使用者(学生、教职员工等)提供有效的司法救济途径。

3.2 有助于规范高校内部规则制定权

中国《高等教育法》明确规定了高校“依法自主办学”和“按照章程自主管理”的权力。这种自主管理权,实际上是法律赋予学校为保证实现其机构目标而对其内部事务进行处置的自由裁量权,表现为学校可依法自行制定内部规则进行管理。但由于对自由裁量权的模糊认识及不规范使用,校生之间侵权纷争时有发生。借鉴德国公营造物理论,运用比例原则和正当程序原则规范中国高校制定内部规则。

遵循比例原则,行政机关应该选择在侵害相对人权利最小的范围内行使其权力,所以,学校在制定严格管理(限权性)制度时,要充分考虑目的与手段之间的和谐关系。如果存在多种可以选择的手段时,则必须选择不会造成损害或损害最小的手段。正当程序法律原则的基本理念是:政府对公民基本权利的限制或剥夺只有在遵循具有正当性规定的前提下方能许可。常表述为“程序参与性原则”和“程序中立性原则”,基本要求有:决定者的中立性、当事人双方的平等性、决定过程的透明性和参与性、防止决定结果的恣意性等。遵循正当程序原则,一方面是指高校内部规则的产生、修改、通过等程序均应符合法律规定,应该征求广大师生的意见,让他们真正参与到规则制定过程中来,体现一种公正、公开和平等的法律价值。另一方面,高校内部规则的执行也应该符合相关法律的规定,明确宣示师生权利的行使程序,健全申诉机制和听证制度,保障当事人的知情权、申辩权和申诉权,尤其要最大限度地保证惩戒性管理行为的公正性,维护广大学生的合法权益^[7]。正当程序是权利义务实现的合法方式或必要条件,促使权利被享有,义务被履行,已越来越多地渗透到社会众多领域。随着依法治校、依法施教的展开,也必将渗入教育教学过程,为教学规范化和受教育权保障寻求一个有效切入点。由于正当程序弥补了实体规则的不足,可以给高校教育提供立法以外的规范依据,能有效控制自由裁量权的滥用,一定程度上消解了中国当前受教育者权利保障方面的不足与缺憾。

4 结 语

行文至此,笔者尝试对具有公营造物地位的德国公立大学管理制度进行了分析与探究,对如何借鉴德国模式完善中国高校管理制度提出了浅显的看法,希冀以此能进一步推动中国高等教育管理领域的比较研究和探索创新。

参考文献:

- [1] MAYER O. Deutsches Verwaltungsrecht[M]. 3 ed. Berlin: Verlag von Duncker & Humblot, 1924.
- [2] 汉斯·J·沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔. 行政法:第3卷[M]. 高家伟,译. 北京:商务印书馆, 2007.
- [3] 林雅. 行政法上特别权力关系理论之历史沿革[J]. 河南师范大学学报:哲学社会科学版, 2005, 32(4): 74-77.
- [4] 康拉德·黑塞. 联邦德国宪法纲要[M]. 李辉,译. 北京:商务印书馆, 2007: 253-264.
- [5] 蔡震荣. 行政法理论与基本人权之保障[M]. 台北:五南图书出版公司, 1999: 98.
- [6] 王敬波. 我国高校规章制定权的法律规制[EB/OL]. (2006-11-24)[2010-11-26]. http://law.china.cn/thesis/txt/2006-11/24/content_242437.htm.
- [7] 顾建亚. 高校内部规则之法理困境与出路[J]. 现代教育管理, 2009, 236(11): 46-48.