

# 自治与法治之间： 高校教师人事自主权的法律规制研究

姚 荣

**【摘要】**作为高等教育法律研究的关键议题,高校教师人事自主权的法律规制,在两大法系表现出不同的规制特征与逻辑。在大陆法系,高校教师人事自治往往被界定为“教授会自治”,并受到公法的规制。但是,受新公共管理运动的影响,大学“教授会自治”的传统正在受到冲击。在此背景下,传统的司法谦抑立场逐渐被放弃。法院在强调高校人事自治权行使中学术自治传统的同时,也开始关注人事自治权的程序性规制,并发展出诸多新的司法审查方法。此外,立法对教师聘用与解聘的法律规定也趋于完善,法律的明确性增强。在英美法系,高校与教师之间的法律关系,被界定为一种特殊的合同关系。在英国,高校教师人事自主权的行使受到普通法原则和成文法的共同约束。其中,高校解聘教师必须具备“正当理由”,且雇主有责任证明解雇在法案规定范围内是公平的。否则,将可能被判定为不公或不当解雇。两大法系的经验表明,高校人事自主权的法律规制,必须在自治与法治之间保持必要的张力,以实现高校自治与教师权利、绩效竞争与职业安全的平衡。

**【关键词】**高校教师人事自主权;聘用与解聘;合同关系;公法规制;普通法规制

**【作者简介】**姚荣(1990-),男,江苏人,南京师范大学教育科学学院讲师,管理学博士,主要从事高等教育法律与政策研究,E-mail:505299696@163.com(江苏 南京 210097)。

**【原文出处】**《教育学报》(京),2019.3.65~75

**【基金项目】**本文系国家社会科学基金“十三五”规划2017年度教育学重大课题“‘双一流’建设背景下高校学科调整与建设研究”(课题批准号:VIA170003)研究成果。

## 一、问题的提出

高校与教师之间的法律关系,一直是大学法研究的基本命题。受监管型治理(regulatory governance)、大学治理法人化或“公司化”以及学术资本主义等多重因素的交叠影响,高校教师的“权利危机”问题备受关注。<sup>[1]</sup>当前,如何更好地回应高校教师权利状况日益恶化的现实局面,如何更为有效地实现高校教师权利的保障与救济,已经成为两大法系高校教师人事自主权法律规制所面临的共同难题。在此背景下,如何重新审视高校教师人事自主权行使中高校与政府、高校与教师之间复杂的法律关系,已经成为以德国与英国为代表的两大法系大学法研究的重要范畴。

## 二、“教授会自治”的保障与规范:大陆法系高校教师人事自治的公法规制

(一)以学术自由保障为旨归的“教授会自治”:高校教师人事自治的经典内涵

传统上,以德国为代表的大陆法系国家和地区高校教师的人事自治,通常被视为大学自治的核心内容,且往往被特殊的界定为“教授会自治”。诚如许育典教授所言,“人事自治(Personalautonomie),是最基本的大学自治事项,例如:大学要聘任校长、院长、系主任、教师、职员等,基本上都由大学自己决定”<sup>[2]</sup>。在这一传统中,教授组群在教师人事自治中扮演着关键乃至主导的角色。教师招聘、升等与评估等一系列有关教师人事的重大事项,均由教授组

群决定。对于这些事项,以校长为代表的大学“中央行政系统”难以发挥影响。

在德国,高校教师人事自治的经典议题是教授升等资格的许可。通常而言,有关德国大学的教授升等资格规定,是被包含在教授升等资格规则(Habilitationen)中,通常这些规定是由专业领域所公布,极少通过大学的中央机关(评议会)公布。当然,此教授升等资格规则在通过前,必须受到主管机关的批准。在教授升等资格规则中,规定了升等前提、主管机关、审查程序,还有具备大学讲课资格者的部分义务。此外,要取消教授升等资格中产生的权利,也常常被规定于照此规则。教授升等资格是法规范(Rechtsnormen),因此,对于大学院校的章程(die Satzungen der Hochschulen)而言,教授升等资格规则一般是以符合法律的方式被公布。值得指出的是,当前德国各州颁行的大学法,均未致力于教授升等资格的立法。虽然,教授升等资格对大学教授职位的任命,是一个非常重要的前提。但是,不论是联邦的《高等学校总纲法》,还是在各州的大学法规定中,均将教授升等资格规则视为专属于大学自治行为的范畴。因此,教授升等资格的规定在一定程度上,已经渐渐不被纳入法律规定中。<sup>[2]183-184</sup>

即便是法律对教授的任命程序做出规定,也仅仅是框架性规定,且往往强调的是对学术自治传统的保障。例如,“依据《下萨克森州高等学校法》第26条第2项的规定,教授任命须经过如下程序:首先由各院务会议(Fakultätsrat)提出建议名单,并交给‘教授任命委员会’(Berufungskommission)进行讨论,提出具体的任命建议,再交回给各院务会议决定,该会议决定后交给校务会议(Senat)通过。而该法第26条第5项则规定,教授任命委员会形成的任命建议书(Berufungsvorschlag),应推荐三个以上的候选人,且需充分阐释其能力与专业表现,尤其需针对候选人之间的排名做详尽说明。”<sup>[3]</sup>

据此,可以发现德国大学教师人事自治,历来被视为大学自治的核心事项,且由专业领域支配。具体而言,在德国的大学中,教授升等资格审查是通过相关学院,也就是通过学院的教授共同体(Gemeinschaft)进行的,而目前是由专业领域会议(Fachbe-

reichsrate)主导。但是,专业领域会议中委员会在决定相关事务时,只有其中部分的人可以执行。因为,只有亲自做过相关审查的人士,才有权对审查资格做出评价。这种情形也适用于对教授升等资格程序的学术能力评估。因此,一般而言,在专业领域会议中的委员会,只有教授与编制外教师有权做出决定。具有审查资格的审查者(Gutachter)在委员会关于教授升等资格的决定过程中所提出的审查意见(Gutachten),具有对教授升等资格审查程序的核心意义(Zentrale Bedeutung)。应该认识到,只有具备专业权威的教授,亲自、直接且彻底地投入了解升等资格论文著作,才有权利对教授升等论文的通过与否做出裁决。申言之,如果这些审查意见的看法,没有被有投票权的委员会成员提出反对意见加以反驳,在此根据专业上正确的判断,这些审查意见应该具有拘束效力(Bindungswirkung)。<sup>[2]186-187</sup>

当然,除了教授升等资格的许可以外,其他与高校教师相关的人事自治事项,也基本被视为具有学术自治权限的合议机构的职责范畴。例如,根据2006年6月1日生效的《柏林洪堡大学章程》的规定,柏林洪堡大学的学术评议会享有建议权、决定权以及发表意见权三类权限。其中,学术评议会享有决定权的教师人事自治事项,包括:“根据结构计划公布教授招聘职位和确定教授岗位的要求”以及“决定绩效资金分配的原则”。对于学院的教授聘任名单,学术评议会也可通过特定渠道发表意见。此外,根据《柏林洪堡大学章程》的规定,“在进行教授聘任提名的专门委员会中,教授占多数”;“在大学执教资格评定的专门委员会中,除教授外只有获得高校执教资格的成员由表决权。无相应资格的学术助理人员和大学生应具有参与讨论的机会;参与方式根据相关条例而定”。<sup>[4]</sup>显然,学术评议会作为全校性的学术合议性机构,其在高校教师人事自治权的行使中具有重要地位。从某种意义上而言,德国高校教师人事自治权受到学校学术评议会与学院专业领域会议的共同支配,其本质上具有浓厚的学术自治色彩。

(二)绩效竞争逻辑的兴起:高校教师人事自治中“教授会自治”传统的式微

受新公共管理运动的影响,大陆法系国家和地

区高校教师人事自治中“教授会自治”的传统,正在逐渐受到“管理自治”机制的侵蚀与冲击。在德国,由政府部门严密的管制和教授主导的学术寡头自治相结合的传统,20世纪90年代末以来,越来越多地被视为高等教育改革的主要障碍。有人主张应当转变为院校统筹,也就是以绩效为依据竞争资源,实施科层化的组织管理。这一转变反映了许多国家流行的新公共管理的新概念。其中,1998年《高等学校总纲法》的第四次修订通过弱化国家管制和实施绩效激励,迈出了增强德国高等教育竞争性和多样性的第一步。

在此背景下,联邦与州政府一致认为,当前高等教育人员的结构应当改革,相应的公务员法案需要修订。其基本观点是通过引入绩效竞争机制来增强效率,提高质量,扩大流动。高校教师人事制度改革的目标是重新设计高等学校教师的职业路径,建立一套竞争性、以绩效为导向的薪酬制度。<sup>[5]</sup>具体而言,1998年修订的《高等学校总纲法》第5条第1款特别增加新内容:“国家的财政拨款,依据大学的研究、教学、学术人才培植以及促进男女平等的成果而订。”据此,以大学绩效为基础的政府拨款模式,将大学的研究与教学成果作为政府财政拨款的重要参考指标。根据该法律规定,“各校必须建立一套绩效衡量制度并与奖金发放相互结合”。

自1998年《高等学校总纲法》修订以来,德国高校教授薪资制度改革(Besoldungsreform)以及目标协议制度的建立,均开始将绩效导向的教师评估制度,纳入改革议程。具体而言,在教授薪资制度改革过程中,传统的“照顾原则”开始被“绩效原则”取代。根据《联邦薪资法》第33条第1项的规定,教授薪资除了本薪外,还可在以下情况下获得各种绩效薪资(Leistungszuege):依据聘任与留用时的协议;在研究、教学、继续教育与提携后起之秀(Nachwuchsforderung)等方面有特别表现;高等学校自治或管理上担任职务或承担特别任务者。而依据《联邦薪资法》第33条第4项的规定,联邦政府授权各州制订有关绩效薪资的具体规定。与此同时,各州往往又将绩效薪资规则制定的权限授予各大学,各大学可自行制订内部章程或准则作为改革的依据。至此,联邦、州以及

大学关于绩效薪资改革的相关规定构成了一套完整的法规范体系。<sup>[6]</sup>除此之外,目标协议作为德国高等教育治理的新方式,也将教师的科研评估纳入协议的规定之中。对此,德国学界不乏质疑的声音。例如,“大学与州主管部门所签订的绩效协议的指标,如何避免错误或甚至对大学造成伤害?绩效指标越是精确,例如,以SSCI期刊作为教授学术成就衡量的指标,是否在一定条件下反而将减损学术绩效并增加学术成本?”<sup>[7]</sup>

毋庸置疑,在新调控模式(NSM)引入与公职法改革的整体脉络下,德国高校教师人事自治权的行使,开始具有更多的竞争要素与绩效导向。受此影响,高校教师人事自治作为大学自治的核心事项,愈来愈受到以校长为主导的管理自治机制的影响乃至控制。值得关注的是,在1998年《高等学校总纲法》修订乃至2008年被废除以来,德国各州高等教育领域的立法开始进入“制度性竞争”的阶段。通过大学法的持续修订,将广泛的管理权授予小部分管理委员会。它们通常由四到五个成员构成,其中一位成员也即主席通常是校长。这些权力大部分涉及结构和发展规划的形成、预算的执行以及其他一些不涉及科学自由的管理事务,但他们也拥有州赋予的分配经费和其他资源以及评价教学和研究活动的标准筛选的权力,这些决议会对学术活动和科学自由产生一定影响。此外,特殊的管理权力也被授予给了大学校长,这使得一些评论员质疑大学核心管理权的强化,在宪法上站不住脚。除非学术群体能够控制这种权力的行使,例如,学术自治能够罢免滥用这些权力的校长。<sup>[8]</sup>

对于高校教师人事制度改革的最新动向,2012年在德国汉诺威大学(Leibniz-Universität Hannover)召开的第七届高校法会议(7. Deutscher Hochschulrechtstag)<sup>①</sup>以“为优秀的人才而竞争”(Wettbewerb um die besten Köpfe)作为主题,探讨高校教师人事制度改革的相关法律问题。汉诺威大学理学院行政负责人Martin Böhnke在会上作了题为《反对聘任教师——校院之间的招聘程序》的发言。他提出,当前在高校招聘程序中出现了专业领域和高校行政班子之间的紧张关系。执行招聘程序的主要权力越来越集中于

高校行政班子。面对这样的情况,《基本法》第5条第3款第1句规定学术自由的意义越来越重要,即要发挥研究人员在决策程序中的重要参与地位。为此,他批评了《下萨克森州高校法》第26条第3款的法律规定,并提出该条款排除了专业领域代表的充分参与。而在会议的总结阶段,大家普遍认为,一个透明的、客观的、合宪的选择程序非常重要。为了实现大学管理的目的,一方面应将学术自由确立为大学最重要的特色;另一方面也要确立竞争机制和市场导向,做到二者的平衡。<sup>[9]</sup>

### (三)司法谦抑立场的抛弃与高校教师人事自治权行使的司法监督

20世纪90年代末以来,受新公共管理运动的影响,绩效竞争逻辑开始被引入高校教师人事制度改革的议程之中。通过法律的修订,传统上受专业领域支配的教师人事自治,也开始逐渐受到以校长为主导的管理自治机制的影响。例如,根据2007年法国《大学自治与责任法》的规定,大学校长拥有教师招聘的“一票否决权”。而在德国,教师绩效评估的“指标化”,也使得高校内部的行政权力获得了更为广阔的控制权。例如,《布兰登堡州大学法》强行要求州立大学接受外部机构的监督,并赋予大学校长评价教学和研究活动的权力。在日本,通过《国立大学法人法》与《学校教育法》的修订,教授会的权力在国、公、私立大学均受到限制,而校长在教师人事自治事项中的影响力则持续强化。面对高等教育法律修订所导致的大学自治权限分配的新变化,高校教授族群开始通过正式或非正式的形式和渠道予以抵制与反抗。为了回应高校教师权利保障与救济的诉求,法院开始转变其传统的司法谦抑立场,并发展出诸多新的司法审查方法。

在布兰登堡大学法判决(BVerfGE 111, 333)中,德国联邦宪法法院提出,“立法者得引入直接或间接的参与决定,也得规定直接或间接的发挥影响力的机制,也得引入决定权、否决权、参与权或意见听取权,也得引入监督、资讯提供与控制权等诸多政策手段,以确保大学的组织结构具有‘学术相应性’(Wissenschaftsadaequanz)”<sup>[10]</sup>。当然,这种关于大学组织法“学术相应性”的建议,仍遭受到德国宪法学界的

批判与责难。学者们纷纷认为,在布兰登堡大学法判决中,联邦宪法法院以司法权自制作借口,“重重拿起,轻轻放下”,而且也不符合德国基本权“组织与程序保障功能”的要求。在此背景下,联邦宪法法院通过汉堡大学法判决(BVerfGE 127, 87)与下萨克森州大学法汉诺威医学大学规定案(BVerfGE 136, 338),纠正此前由布兰登堡大学法判决所确立的观点。相比于布兰登堡大学法判决,这两起案件可谓释宪立场的重要转折。受此影响,学术自由的宪法保障开始走出低谷期。在这两起案件中,释宪者虽然承袭前案所提出的“结构性危害”(Strukturell gefaehrden)的解释基准,但其着重审查的是“如何防御”规定与“充分参与程度”规定。从本质上而言,联邦宪法法院遵循的是功能自治行政的民主正当性路径。据此,解释大学自治行政内权限分配的疑义。换言之,释宪者所聚焦的根本问题是大学自治的民主正当性程度、缺损及其弥补。

德国联邦宪法法院的判决主文包括两点:一方面,以组织规定方式确保学术自由的意义,是学术自由主体经由其代表能在大学机关中抵御学术自由的危险;以及能在大学内将其专业能力付诸实现。立法者须保障充分的基本权主体(教师等大学成员)的参与程度(hinreichendes Niveau der Partizipation)。另一方面,大学组织的总体架构,特别是当领导机构在学术重要性范围内,就人事和资源安排(包括财政预算)获得实质决定权,而以大学教师为主体的代表族群几乎缺乏权限或缺乏关键的参与决定与控制权时,则构成违宪。<sup>[11]</sup>除了汉堡大学法判决以外,下萨克森州大学法汉诺威医学大学规定案的裁判指出:“越多的、越基本的、越是本质上在人事与事理上有学术重要性决定权,从学术自治之代表机关剥夺,而转移到领导机关时;就越应当强化代表机关在聘任与解除之参与权。申言之,领导机关所获得决定权限与对院务会议参与权、监督权之弥补,二者之间须互相成正比。”<sup>[11]</sup>

当然,在与高校教师人事自治相关的一系列案件中,法院不仅重视对学术自治或教师自治传统的捍卫以及学术自由基本权利的保障,也关注教师人事自治的程序性规制。例如,“德国联邦行政法院认

为,当委员会的组成及决议程序无法反映多元意见共识形成的基础时,司法仍可对委员会的决定进行全面审查。”<sup>[12]</sup>在法国,在高校教师招聘过程中,由同行组成的“遴选委员会”的决定过程,受到最高行政法院的程序性审查。在一起高校教师招聘的纠纷案件中,雷恩大学负责招聘的“遴选委员会”对一位应聘教师给出了负面评价,并将该负面评价载入报告提交行政委员会。于是,这位教师向行政法院提起诉讼,要求撤销“遴选委员会”对其的负面评价。最高行政法院在2011年10月14日的判决中指出,“遴选委员会”做出该评价时仅指出“Thepaut先生不符合本职位的要求”,但却未充分说明其不符合本职位的具体理由,据此撤销“遴选委员会”做出的决定,并同时撤销行政委员会根据其报告做出的招聘决定。显然,在最高行政法院看来,“遴选委员会”作为对应聘教师之学术能力做出最终评价的机构,其必然应该负有客观、中立地审查各应聘教师的材料的责任,而这一要求也自然蕴含了对各种不利决定进行充分说理的义务。<sup>[13]</sup>

此外,日本在近年有关司法对行政裁量的控制则发展出:对行政机关在作成裁量处分的判断形成过程的合理性,进行审查的新方法,此种审查方法被学界称为“判断过程审查”。此方法将审查重点放在:行政机关应作出具体的考量中,是否确切考量应考量的要素,是否加入不应考量的事项,或是否对不应做过大评价的事项做出不切实际的考量的观点,是否“对各种考虑要素、价值进行比较衡量,如果发现瑕疵即认定属于逾越滥用裁量权而违法”<sup>[14]</sup>。在日本,相比于司法审查强度最低的“明显不当型审查”<sup>②</sup>，“判断过程审查”是一种密度较高的司法审查方法。对于此种司法审查方法,我国台湾学者李仁森教授指出,“鉴于现今专任教职竞争异常激烈的现状,且解聘对教师工作权益影响重大,期盼未来教育裁判领域中,能有类似日本以‘判断过程审查’的手法进行细致审查的个案的出现。”<sup>[15]</sup><sup>[239]</sup>类似的,黄源铭的研究提出,“大学自治系降低密度之法律保留,但并不表示大学自治将不再受到宪法的控制而无条件合宪。若事涉大学成员之权利,仍应受到比例原则与正当程序原则之检验。”据此,他认为,应基于比例

原则与正当法律程序原则,检视大学教师的评鉴办法及其实施过程。<sup>[12]</sup>

总体而言,在德国、法国、日本的司法实务界与学术界,高校教师人事自治的司法审查已经开始形成初步共识。一方面,应基于学术自由基本权利保障,厘清高校教师人事自治权行使中学术自治与管理自治之间的关系,拓展学术自治组群在教师招聘、升等、评价、薪酬等一系列学术重要性事项中的权限范畴。另一方面,基于教师工作权益等类型权利保障的诉求,增强司法审查介入高校教师人事自治的强度。借由司法裁判,实现高校教师人事自治权行使中教师权利与大学自治之间关系的动态平衡。

(四)法律明确性原则与高校教师人事自治的立法规范

大陆法系国家和地区高校教师人事自治的法律规制,不仅有赖于司法审查的积极介入,更有赖于立法规范的完善。从某种意义上而言,立法规范既能够对高校教师人事自治的法规范产生直接的影响,也能够为法院的法律解释活动提供基础。目前,通过持续、稳健与审慎的法律修订,增强法律的明确性,已经成为大陆法系国家和地区教育立法体制改革的重要方向。在法国,宪法委员会及最高行政法院的判例,在很大程度上消解了2007年教师招聘制度改革对“教师自治”的不利影响。但是,要从根本上构建“教师自治”与“大学自治”的恰当平衡,还需要立法者介入其中,对大学内部治理体系作出系统性改造。为此,2013年《高等教育与研究法》的颁布实施,对2007年《大学自治与责任法》的一系列法律规定进行了修订。例如,2007年改革授予大学校长在新进教师上的“一票否决权”,在2013年改革中被直接剥夺,大学校长不再享有此权力,而由行政委员会审查拟聘教师是否与大学的发展战略充分契合,进而在必要时行使否决权。<sup>[13]</sup>显然,司法与立法之间的良性互动,为法国高校教师人事自治权行使中学术自治与管理自治之间权力边界的厘定提供了依据。

(五)专业惯例的“隐性保护”与“教授会自治”传统的恪守

“教授会自治”传统的恪守,既有赖于成文的法

规范保障,又始终受到专业惯例的“隐性保护”。目前,受新公共管理运动的影响,大陆法系国家和地区高等教育领域成文法规范的修订,使得“教授会自治”的传统受到侵害乃至威胁。作为一种专业惯例或非正式的文化—认知制度要素,“教授会自治”的信念为包括高校教师人事制度改革在内的大学组织重构设置了必要的界限。例如,“新调控模式”实施背景下德国大学的组织重构,受到厚重的历史之手的制约与阻碍。“在组织权方面,大学领导层所具有的制裁权,对于多数教授显然无足轻重。再者,绩效导向的薪资制度的适用对象未涵盖整体成员,且对于不同专业的教授的影响程度不同,因此难以成为有效的替代方案。”<sup>[116]</sup><sup>156-157</sup>从某种意义上而言,“学术自治仍然以非正式的方式保持着生命力。学术群体的共识导向文化迫使大部分处在领导地位的人必须考虑到,大部分建立管理自治的措施还不够完整。因此,正式权力一般不会动用,院长和系主任仍然会尽力(至少在教授群体中)寻求共识。其中一个原因是现在处在领导地位的这些人知道终有一天他们会回到普通教师岗位,他们不想在后来可能会掌权的人中间树敌。但他们与教授群体之间开展‘合作’的最重要的原因,是许多人在长期的学术社会化过程中已经将传统的协商的组织文化内化了”<sup>[117]</sup>。

除了德国以外,日本国立大学法人化改革以及《学校教育法》的最新修订,均旨在限缩“教授会”在大学人事自治中的权限范围。然而,这种法律的修订,并未对日本的主流大学产生实质性的影响与冲击。我国台湾学者李仁森教授的研究表明,“日本北海道大学、名古屋大学等大学有关教师聘任、升等的人事决定权,和过去并无不同,仍然在教授会。”<sup>[115]</sup><sup>162</sup>显然,这与日本大学(尤其是国立大学)长期以来形成的“教授会自治”的传统与专业惯例密切相关。

### 三、成文法与普通法原则的共同约束:英美法系高校教师人事自主权的法律规制

与大陆法系国家和地区不同,在以英国为代表的英美法系普遍将高校与教师之间的法律关系视为特殊的合同关系。传统上,英国高校教师在1988年《教育改革法》颁布实施前,往往受到“终身教职”制度的保护。然而,自20世纪80年代以来,这种传统

开始受到新公共管理运动的冲击。诚如英国高等教育法律专家法灵顿(Dennis J. Farrington)与帕尔菲曼(David Palfreyman)所言,近几十年来,这一现象发生了相当大的变化,这是20世纪80年代初公共开支削减后大学面临财政紧张最直接的后果。受1988年引入《教育改革法》(Education Reform Act, ERA)所带来的变化的影响,目前大多数大学学术人员实际上在裁员方面没有比任何其他雇员更有利的地位,因为许多在此之前就获得聘任且自此以后没有晋升的人即将退休。<sup>[118]</sup>

当前,英国大学和学院中的学术人员及其他职员属于机构雇佣的职员(employees of their institutions),而不是国家或其他公共机构的雇员。高等教育机构受到普通法中有关人员聘用规定的拘束,例如,不公平的解聘(unfair dismissal)、歧视、健康和安、工作条件、最低工资和假期等问题。与此同时,不能从普通法(general law)中推断出的雇佣条件,被明确地表述在聘任合同里,包括具体的基础细节(Specified basic details),并且混合了诸如章程(charters)、法令、政府规章等相关文件,治理主体制定的规则必须符合以上条款。一旦他们通过试用期,学术人员的聘任合同通常会持续到退休。资历尚浅的学术人员必须经历一段试用期,并且受到更多条款的约束。例如,某个职位的经费是有限限的(funding for specific positions is time-limited)以及个人需要弥补由于休假和产假导致的临时性的职位空缺(individuals are covering temporary vacancies for leave of absence or maternity leave)。通常来说,除非大学的财政发生重大变化,或者学位课程的相应市场发生变化,否则全职的学术人员都享有合理的就业保障。实践中,大部分大学中学术人员的职位提升更加依赖与研究绩效而非教学表现。

在英国,大部分与雇佣相关的诉讼都由就业法庭(Employment Tribunals,简称ETs)审判。与此相关的大多数案件,主要是关于任命、晋升、惩戒或不公平的解聘的,且涉及种族、性别或残疾的歧视。在现实中,大部分的申诉都没有取得胜诉,但某些诉讼帮助建立了普通法的新原则或在相关法令中做出了新的法律解释。在一系列就业法庭审理的案件中,逐

步确立了以下观点:聘任合同是普通合同法的一种,但是,正如《消费者法》适用于高等教育机构内部学生的“教育合同”一样,它也具有一定的特殊性。换言之,高等教育领域的劳动法,具有明显的公私混合特征。申言之,它是“合同和法律的混合”(A hybrid of contract and status),也是普通法原则和成文法混合(as a mixture of common law principles and statutory law)。在此领域,大部分成文法都更新较快,受实践的动态变化影响较大,主要以劳动保护和反就业歧视法(anti-discrimination legislation)的形式进行。正如英国最高法院(Supreme Court)于2010年的一起案件中所阐明的那样,“即便在就业领域,将普通法中与合同法相关的原则和法律赋予的权利(Statutorily conferred rights)相区分也是十分必要的”。这一点在2011年的判决中得到重申,法院指出,“员工签订与工作或服务相关的合同,与平等主体之间协商一致所达成的商业合同截然不同”。普通法和成文法的混合,旨在规范那些可能是简单粗暴的、抛开基本合同法(basic contract law)来处理合同关系的行为。这种合同关系,不可避免地涉及雇员和雇主之间谈判能力的不平等,而导致的经济上处于强势的一方对法律的滥用。<sup>[118]236-237</sup>

为了更为清晰的理解英国高等教育机构教师人事自主权法律规制的特征,本研究将侧重分析英国高等教育机构解聘教师的“正当理由”。在英国,对于不当解雇的探讨,主要从举证责任(Burden of proof)的配置与解雇的公平测试或合理性检验两方面进行。在司法实践中,就业法庭关注的主要问题是“雇主是否合理或不合理地将真正的理由视为解雇员工的充分理由?”仅仅因为机构内部的规则规定,判定雇员违反纪律进而导致解雇,并不一定意味着解雇将符合法定的公平测试。合理性检验要求雇主考虑与违规行为相关的所有事实,包括其严重程度。雇主必须在“合理回应范围内”(within a 'band of reasonable responses')行事。<sup>[118]</sup>

第一,由于能力不足或难以胜任而被解雇(Dismissal for lack of capability or qualifications)。

解雇的第一个原因是高等教育而言,最重要的一个原因,这与能力和资格(capability and qualifi-

cations)有关。如果连续雇佣的条件是员工必须在规定的时间内获得指定的资格(低于两年的试用期),而员工如未能获得,则可能终止就业,导致公平解雇的情况。这种情况不仅与学术人员有关(“您必须在两年内获得博士学位”),而且与高等教育机构中的支持人员有关。例如,会计师、医疗和护理人员需要进一步获得从业资格。在能力方面,根据普通法的原则,雇员必须合理谨慎地履行其职责。如果他从事专业工作,那么雇主有权获得该职业的普通成员合理期望的技能。然而,构成学术工作中合理标准的要素有哪些呢?这显然很难回答,并且往往与高等教育质量保障与评估紧密相关。能力显然与绩效有关,且可能与存在故意或无法履行的行为相关。当现有员工晋升至新职位时,更有可能出现问题,即长期雇佣的员工无法适应工作技术发生变化,或者健康状况不佳。法院制订了有关雇员缺乏能力的指导原则:“雇主可能有充分的理由认为一个人无法正常工作,但在一般情况下,他没有理由认为缺乏能力是解雇他的充分理由。除非雇主给予其警告,以便雇员有机会证明他是否可以做得更好。”换言之,雇员必须知道雇主对他的期望。

在威廉姆斯诉南安普敦高等教育学院(Williams v Southampton Institute of Higher Education)一案中,法院指出,雇主必须具有证明雇员缺乏能力的“诚实信念”。“警告”的性质取决于雇员正在进行的工作的性质及其资历。在某些情况下,如果员工明白自己的工作存在风险,则可能不需要雇主为其提供特定的警告。通常而言,高级职员明确了解大学对他们的要求和期望,并且可能不需要特别警告,那么问题是什么以及是否能够得到解决将变得清楚。在这些情况下,合理组织和实施评估计划,应该能够识别缺陷并建议采取行动来处理这些缺陷。然而,至关重要的是,如果使用正式评估的证据来证明解雇的公正性,那么评估必须是以公平和适当的方式进行的,并且(如果适当的话)有相应的、必要的后续行动。<sup>[118]282</sup>

第二,由于身体原因被解雇(Dismissal on grounds of ill health)。

基于身体原因解雇员工,是能力的一个特殊方面。在英国,高等教育机构需要高度敏感地处理该

问题。解雇与否的决定,是高等教育机构有权采取的事项。它有权采纳医疗机构的建议,并结合其他相关情况做出解雇决定。除非在最极端的情况下,否则,做出决定前都应咨询员工意见。就业上诉法庭(EAT)表示所需程序应为:雇主对出勤记录及其原因进行公平审查,在雇员有机会做出陈述后发出适当的警告。如果之后雇员的出勤记录仍未得到充分改善,那么通常而言,雇主可能有理由将持续缺勤视为解雇雇员的充分理由。显然,处理精神健康问题可能比处理其他生理健康问题要困难得多。高等教育机构解雇具有精神疾病的员工的行为,可能导致不当解雇。换言之,如果精神问题是解雇的原因,在某些情况下可能会认为是不公平的。此类行为的例子,可能包括经常无法解释的缺席,坚持做本职工作以外的工作,或在没有任何合理理由的情况下对同事提出指控。<sup>[18]283</sup>

第三,由于不端行为而被解雇(Dismissal for misconduct)。

高等教育机构中的“不端行为”体现为多种类型,从微不足道的恶作剧(可能仍会产生严重后果)到最严重的攻击(例如,性骚扰、贪污或欺诈)。高等教育机构相关的实践各不相同,但通常会在其纪律程序中找到支持解雇人员详细的违法行为清单。这些行为将被认为是严重的,需要立刻解雇,而对于那些被认为是不太严重的行为,学校通常会给出纪律警告(disciplinary warning)。对于更高级别的工作人员来说,这种区别通常不那么清晰。

雇主决定是否接受雇员的不当行为,就像在推定解雇的情况下,雇员决定是否接受雇主的不当行为一样。如果雇主选择不处理这种行为,则可以选择用一些较小的纪律处罚代替。可能被视为不当行为的案例是显而易见的:包括盗窃,性犯罪,攻击或对雇主财产的恶意损害。但这些不会自动导致解雇:决定权在于雇主。原则上,在保护言论自由的情况下,对雇主的批评(在其他情况下可能被认为是不当行为),似乎不太可能是解雇一名学术人员的公平理由。对此,高等教育机构都需要经过适当的调查。不当行为不一定发生在实际工作过程中或在工作地点以内。当员工从事工作时,该行为必须在某

些方面或其他方面影响其正常履行职责。这对于界定不当行为而言,是一个非常有用的否定性定义。因为很难准确定义员工的工作内容和工作地点。只要这类行为影响其进行工作,均可以将其纳入法定理由。

在范保罗(Farnborough)诉爱丁堡艺术学院理事会(Farnborough v The Governors of the Edinburgh College of Art)一案中,范保罗不同意学校关于教学职责的分配,拒绝服从系主任的合法指示,并且向学生发布通知表明他没有时间承担指定的教学职责。在他提起的关于不公平解雇的申诉中,他说自己应该收到学校明确的警告,告知他可能会被解雇。国家劳资关系法院裁定,学校有权在这种情况下保留对范保罗的警告,因为他的行为可能会导致解雇。他是一个受过良好教育的人,处于一个负责任的学术职位[并且]必须,或者至少肯定应该了解这一点……他未能按照系主任的指示开展合作,从而使他的职位面临解雇风险。<sup>[18]284</sup>

第四,由于犯罪而被解雇(Criminal cases)。

如果雇员被定罪且负有长期的直接监禁刑罚,可以基于普通法挫折原则(common law doctrine of frustration)终止就业合同。如果判处较轻的刑罚,高等教育机构仍然需要决定是否做出解雇。如果是盗窃或性侵犯等严重不当行为,则做出解雇决定应该没有困难。在不太严重的情况下,高等教育机构必须非常仔细地进行斟酌,不仅要考虑被定罪员工的职位,还要考虑不解聘该员工对其他员工和客户/学生造成的影响。在无罪释放的情况下,决定是否解雇的权力更多在于高等教育机构,因为民事案件的举证责任是在于可能性的平衡,而不是刑事案件定罪所要求的更严格的“排除合理怀疑”(beyond all reasonable doubt)。其中一个例子是,诺福克郡议会诉伯纳德一案(Norfolk County Council v Bernard),一名戏剧学专业的教师被判犯有拥有和种植大麻的罪行,他因被证明不是习惯性大麻吸食者而被裁定为被不公平地解雇。因为没有规定被定罪的教师必须自动被解雇,或者这样的解雇是公平的。<sup>[18]286</sup>

实际上,高校教师解聘的合理性检验或“正当理由”的规定,属于英美法系的通行做法。在美国,终

身教职教师的解聘须符合“适当事由”。当前,在美国不同的州以及高校,所谓“适当事由”并未形成完全一致性的规定,而是各有不同的内容。一般而言,这些适当事由包括:不道德(immorality)、行为不端(misconduct)、欠缺专业能力(professional incompetence)、未履行职责(neglect duty)、涉及犯罪(criminal involvement)等。此外,缺乏合作精神(collegiality)、财务上的危机、预算的削减以及系所或课程的裁撤,入学人数下降、学术政治、学生评教结果不佳乃至终身教职人数上限等,也都在特定情境下构成拒绝授予或终止终身教职的标准。值得指出的是,法院强调因为教师从事宪法上所保障的活动为原因而将其解聘的行为是不被许可的,不过这仅限于公立高校而言。<sup>[19]</sup>

诚如美国高等教育法律学者卡普琳(W. A. Kaplin)与李(B. A. Lee)所言,“法院通常认为高等教育机构在决定教师聘任决定的内容和特殊性方面拥有自由裁量权。虽然传统的教学、学术(或创造性活动)、服务标准已经在教师聘任决策中应用了数十年,但过去十年以来已经产生了另外的新标准(以及使用这些标准所面临的挑战),这些标准已经被许多大学用于处理终身教职和晋升候选人之间的人际关系,并受到质疑。法院通常驳回质疑教师聘任和终身教职审查中标准解释发生改变的申诉。”具体而言,有关教师人事决策(包括拒绝授予终身教职以及终止终身教职等)的一系列判例表明,“如果大学能够阐述清楚某个终身教职审查标准的合理性和正当性,或者如果大学没有明确禁止自己使用这些标准,法院通常会遵循大学的决定,即便大学没有在终身教职政策中明确陈述这些标准。当然,大学仍然需要证明它确实公正合理地利用了这些标准,且这些标准的运用促进了大学为学生和广泛的公共社会提供高质量的教学、研究和服务方面的利益。然而,大学最好是在书面政策中明确阐述每一个终身教职审查标准,并建立起利用这些标准系统评价终身教职候选热的机制,这样做能最大限度减少诉讼。”<sup>[20]</sup>与美国类似,在加拿大,高校解聘教师必须符合最低限度的“正当理由”(at a minimum, just cause)。通常而言,正当理由主要包括不端(Misconduct)与缺乏竞争力(Incompetence)两类。<sup>[21]</sup>显然,美国与加拿大在高

校教师解聘的实体性规制方面,与英国存在较强的“共通性”,而这也构成英美法系特定的法律规制经验。

除此之外,程序性规制的强调,也日益成为英美法系高校教师人事自主权行使的内在要求。从某种意义上而言,它根植于英美法系强调自然正义理念的法律传统。例如,美国高校教师的人事决策,往往受到宪法、学术习惯法以及合同(如教师手册等)中所阐明的程序性条款的拘束。<sup>[22]</sup>其中,1958年出台的“关于教师解聘程序标准的声明”(Statement Procedural Standards Faculty Dismissal Proceedings),提出大学解聘教师应履行的正当程序原则,特别强调听证会的举行及信息公开,开始采用法律手段保障教授群体的学术自由和职业安全。<sup>[23]</sup>1971年,AAUP发布“续聘及解聘教师的程序性标准的声明”(Statement on Procedural Standards in the Renewal or Nonrenewal of Faculty Appointments),其中包括:告知教师续聘的标准、对试用期教师绩效的周期性审查、告知教师不予续聘的理由以及当大学做出涉嫌侵犯学术自由的行为时,教师可利用的申诉程序等<sup>[24]</sup>。而在英国,高校教师的惩戒与解聘等,均具有鲜明的公法相关性(Relevance of public law),且往往需要适用自然正义的基本原则(complying with rules of natural justice)<sup>[18]</sup>268-273。此外,在加拿大,与教师雇佣相关的决定(employment-related decisions about faculty members)以及惩戒(discipline)均受自然正义原则的约束(are subject to the requirements of natural justice)。<sup>[21]</sup>178-180

#### 四、结论与讨论

通过比较法的考察,能够发现两大法律体系高校教师人事自主权的法律规制,均强调在自治与法治、职业安全与绩效竞争之间寻求动态平衡。在大陆法系,高校教师人事自治往往被界定为“教授会自治”,并受到公法的规制。但是,受新公共管理运动的影响,大学“教授会自治”的传统正在受到冲击。在此背景下,传统的司法谦抑立场,逐渐被放弃。法院在强调高校人事自治权行使中学术自治传统的同时,也开始关注人事自治权的程序性规制,并发展出诸多新的司法审查方法。通过一系列判决,法院对高校教师人事自治权行使的审查强度逐渐增强,以

保障高校教师的合法权益(尤其是工作权与学术自治权)免受侵害。此外,立法对教师聘用与解聘的法律规定也趋于完善,法律的明确性增强。例如,立法往往对教师解聘的情形予以明确规定,且为教师的权利救济提供了更为多元化、体系化的法律渠道。在英美法系,高校与教师之间的法律关系,被界定为一种特殊的合同关系。高校教师的解聘与惩戒等人事决策,受到实体性规制与程序性规制的双重约束。据此,高校教师权利获得了较为充分的保障与救济。在英国,高校教师人事自主权的行使受到普通法原则和成文法的共同约束。其中,高校解聘教师必须具备“正当理由”,且雇主有责任证明解雇在法案规定范围内是公平的。否则,将可能被判定为不公或不当解雇。当前,借鉴法治发达国家和地区的成熟经验,重审我国高校教师人事自主权规范与保障中存在的一系列法律问题,具有重要而紧迫的现实意义<sup>[25]</sup>。

#### 注释:

①德国高校法大会(Deutscher Hochschulrechtstag)是一个会期一天的学术研讨会,每年轮流在埃朗根(Erlangen)、科隆(Koln)、汉诺威(Hannover)和波恩(Bonn)举行。大会的目的在于:通过研究高校法的最新问题,促进在高校中讨论这些问题从而形成解决方案。同时,大会也致力于在理论界和实务界之间,就高校法领域提供一个思想交流的平台。

②所谓“明显不当型审查”,即当裁量的结果构成违反法律目的、信赖保护原则、平等原则、比例原则中的任意一项或多项,并且法院认为这种违反程度属于“社会通常观念上显著缺乏妥当性”,即可认定为逾越滥用裁量权而违法。这种审查方法属于最低司法审查强度,仅对裁量行为的结果是否属于明显不当进行审查,是一种结果型评价。湛中乐,黄宇骁:《日本历史教科书问题的法理解读——以家永三郎教科书案为例》,载《华东师范大学学报(教育科学版)》2018年第5期,第148-160页。

#### 参考文献:

- [1]BARBARA A, LEE, MARK R, DAVIES. No More Business as Usual in Higher Education: Implications for U. S. and U. K. Faculty[J]. Journal of College and University Law, 2014, 40(3): 499-542.
- [2]许育典. 大学法制与高教行政[M]. 台北:元照出版公司,2014: 173-203.
- [3]张源泉. 德国如何培育高级应用型人才[J]. 教育政策论坛,2014(3):63-94.
- [4]张国有. 大学章程(第二卷)[M]. 北京:北京大学出版社,

2011:228.

- [5]菲利普·G·阿特巴赫. 变革中的学术职业:比较的视角[M]. 别敦荣,主译. 青岛:中国海洋大学出版社,2006:19-38.
- [6]张源泉. 德国高等教育治理之改革动向[J]. 教育研究集刊,2012(4):91-137.
- [7]黄锦堂. 德国大学法新公共管理改革之研究——兼论我国大学行政法人化相关草案[J]. 政法法学评论,2010(118):165-226.
- [8]BARENDT E. Academic Freedom and the Law: A Comparative Study[M]. Oxford: Hart Publishing, 2010: 117-160.
- [9]TINA WINTER. Wettbewerb um die besten Köpfe- 7. Deutscher Hochschulrechtstag in Hannover[J]. Die Öffentliche Verwaltung(DÖV), 2012(1): 805-807.
- [10]台湾行政法学会. 行政组织与人事行政法制之新发展[M]. 台北:元照出版公司,2010:139-186.
- [11]林依仁. 大学自治与大学治理——以德国法制与实务为例[A]/大学自治的理论与实务学术研讨会. 台北:台湾师范大学,2018:71-97.
- [12]黄源铭. 大学教师评鉴相关法律问题探讨[J]. 中正大学法学集刊,2015(49):197-251.
- [13]陈天昊. 法国的大学治理:在“大学自治”与“教师自治”之间[J]. 清华大学教育研究,2019(2):36-46.
- [14]湛中乐,黄宇骁. 日本历史教科书问题的法理解读——以家永三郎教科书案为例[J]. 华东师范大学学报(教育科学版),2018(5):148-160.
- [15]李仁森. 教育法与教育人权[M]. 台北:元照出版公司,2017.
- [16]张源泉. 大学组织重构之边界[J]. 教育研究集刊,2014(3):1-34.
- [17]DOROTHEA JANSEN. New Forms of Governance in Research Organizations Disciplinary Approaches, Interfaces and Integration[M]. Netherlands: Springer, 2007.
- [18]DENNIS J. FARRINGTON, DAVID PALFREYMAN. The Law of Higher Education[M]. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- [19]周志宏. 学术自由与大学法[M]. 台北:蔚理法律出版社,1989:151-159.
- [20]KAPLIN W A, LEE B A. The Law of Higher Education[M]. San Francisco: Jossey-Bass, 2013: 613-630.
- [21]THERESA SHANAHAN, MICHELLE NILSON, LI-JEEN BROSHKO. Handbook of Canadian Higher Education Law[M]. Kingston: McGill-Queen's University Press, 2015.
- [22]姚荣,王思懿. 美国公立高校教师人事决策的正当法律程序研究[J]. 湖南师范大学教育科学学报,2018(4):28-37.
- [23]AAUP. Statement on Procedural Standards in Faculty Dismissal Proceedings[J]. AAUP Bulletin, 1958, 44(1A): 270-274.
- [24]AAUP. Statement on Procedural Standards in the Renewal or Nonrenewal of Faculty Appointments[J]. AAUP Bulletin, 1971, 57(2): 206-210.
- [25]姚荣. 国家管制与市场调节之间:我国高校教师人事自主权行使的双重机制及其矫正[J]. 湖南师范大学教育科学学报,2019(2):40-51.