

民办教育立法意见提纲

委托单位：全国人大教科文卫委员会教育室

承接单位：上海市教育科学研究院民办教育研究所

课题组长：陈桂生

成 员：黄河清、徐冬青、包晗

2000年10月

引言

民办教育立法中，有些前提性问题有待解决。其中至少有两个问题值得斟酌，即：1、关于民办教育规范体系中的“法律规范”的性质问题。其中包括法律规范与行政规范〔法规、规章〕的区别、在“民办教育一般法”与关于有法律效力的民办教育政策性文件〔法律性文件〕之间的抉择；2、关于法律名称问题，其中包括主题词的择定与法律口径的择定。

此外，涉及法律中的规范性内容〔即法律规范〕，我国《教育法》确定的“不以营利为目的”也是一个前提。问题是这一表述教育“公益性”的条款在实施中也存在一些问题。

在上述这些前提性问题未解决以前，哪些办学行为须以法律加以规范，哪些办学行为无须以法律加以规范，难以确定，故这里只提出有关民办教育立法的若干前提性问题的思路与建议。

目录

- 一、关于民办教育规范体系中的“法律规范”的问题
 - 【一】区分“法律规范”与“行政规范”
 - 【二】区分“民办教育一般法”与关于民办教育的有法律效力的政策性文件
- 二、民办教育法律名称中主题词的选择
 - 【一】关于“社会力量办学”问题的性质
 - 【二】关于“民办教育”、“民办学校”概念
 - 【三】关于“私立学校”概念
- 三、关于民办教育法律“口径”问题
 - 【一】确定法律口径的依据
 - 【二】民办教育法律口径的抉择
- 四、关于“不以营利为目的”问题
 - 【一】两种类型的民办学校
 - 【二】学校法人概念
- 五、民办学校立案程序问题
 - 【一】已有法规中的问题
 - 【二】民办学校立案程序
- 六、原则性的建议

一、关于民办教育规范体系中的“法律规范”问题

【一】区分“法律规范”与“行政规范”：

对民办教育办学行为的规范，除法律规范外，还有行政规范（法规与规章）以及行业自律性的规范，此外，中介机构审议性、评价性活动，亦对民办教育起一定制约作用。其中，在法律上对民办教育办学行为合法性的认可或规范，是政府行政行为的法律依据。由此出发，可有不同选择：

1、在已制定《学校法》（小学法、中学法）或《小学规程》、《中学规程》（法规）的情况下，民办教育法律规范与行政规范都作为配套法律法规大大简化。如涉及学制、课程、编制等，只须以“依据《学校法》、《学校规程》”一语以尽之。故有人主张“先立《学校法》”，不无道理。（详见附件一《盐阜区私立学校暂行规程》、附件二《苏中区私立学校暂行规程》）

2、我国已经发布《社会力量办学条例》（法规），它近于“民办教育规程”。基于这种事实，可有三种考虑：（1）以《条例》的条款为基础，制定《民办教育（或学校）一般法》（基本法）；（2）基本上保留《条例》（修改），制定一项简化的《民办教育（学校）法》（详见附件三《中华民国小学法》、附件四《陕甘宁边区小学法》）；（3）基本上保留《条例》（修改），制定一项法律文件：《振兴民办教育法》。

其中第一种选择的问题是：我国民办学校办学主体较为复杂，民办教育事业在演变过程中，宽泛的规定不起规范作用，机械的规定，容易失效；第二种选择的问题是行政规范的法律依据不足；第三种选择的问题另议。

【二】区分“民办教育一般法”与关于民办教育的有法律效力的政策性文件

1、我国既无《学校法》、《学校规程》，又由于现在的民办学校同我国历史上的那种“私立学校”、“民办学校”都有显著的区别，故需要厘定“民办教育一般法”；问题是，由于半个多世纪以来，主要以政策调节政府行为与办学行为，故无论是公民中还是公务员中，法律观念比较淡漠。惟其如此，已经形成的教育法律、教育法规中也孱入不少政策性的规定，导致法律法规失去其应有的稳定性与权威。这就是说，严格意义上的法律难以如愿解决实际问题；政策化的法律不啻是法律本身的自我否定。基于这种事实，可有两种考虑：（1）制定严格意义上的民办教育（学校）法律，保持法律应有的稳定性与权威；（2）干脆制定一项旨在促进民办教育事业发展的法律性文件。

其中第一种选择，有利于使我国法律本身“规范化”，问题是不能解决实际问题；第二

种选择较适合我国现在的法律环境，它类似于美国的《国防教育法》、日本的《私立学校振兴援助实施令》。

美国宪法无教育条款。据此，联邦政府无权干预教育。议会在特殊情况下开了联邦政府干预教育的先例。这种有法律效力的政策有一定的时间性，它的失效也无损于法律的权威性。

2、现在有一种提议，借鉴日本《私立学校振兴援助实施令》，制定《民办教育促进法》。立意很好，用语不当。(1)把宾词“振兴援助”置于主词“私立学校”之后，符合日文语法，不符合中文语法。“民办教育促进法”读起来不觉得不顺，是由于在把“法”作为“方法”理解时，是勉强可以通的，而按中文语法“民办教育促进”是不通的句子。(2)“振兴”一词比“促进”含蓄些，也更接近我国如今民办教育立法的意图。不管民办教育立法宗旨如何表述，而实际意图不限于“促进”。就连规范政府行为的意识都比较淡薄，优先考虑的，往往是规范办学行为。

(3)像美国的《国防教育法》、日本的《私立学校振兴援助实施令》实际上是一种“拨款法”，即在授权政府振兴某种教育的同时，批准相应的财政预算，或征收相关的税费，否则“振兴援助”流于空谈；而在中国鼓励、支持民办教育事业的发展，恰恰是出于财政性教育经费匮乏的考虑，解决这个问题的办法主要是“放宽政策”，否则就可能使法律成为具文。

3、由于我国各地区经济、文化、教育发展不平衡，即使制定《振兴民办教育（学校）法》，也还得考虑法律应有的普遍适用性。我国现行立法体制，既不属于“一级立法体制”，容许地方立法，又有别于“两级立法体制”或“多级立法体制”。因为我国的地方立法权不同于分权制国家、联邦制国家的地方立法权。尤其是有法律效力的政策性文件，更须给地方立法留有较多的余地。

二、民办教育法律名称中主题词的选择

法律名称是构成现代成文法的要件之一。民办教育法律名称的选择，主要是主题词的选择问题，此外，也同法律口径等问题相关。

按照国际惯例及我国民国时期〔包括革命根据地〕惯例，把非由政府设置的学校〔非公立学校〕，统称为“私立学校”；如今有两种提法：一是“民办教育”、“民办学校”，一是“社会力量办学”。这两种提法都已约定俗成，但其含义多有变化，实际上是两个含义不甚确定的概念。

【一】关于“社会力量办学”问题的性质

我国从 1957 年开始，就意识到“国家包揽办学”，不符合“穷国办大教育”的国情，故从那时起，积极鼓励、大力支持机关、团体、集体经济组织集资办学；自 80 年代初期以来更大力提倡“社会力量办学”。

1、“社会力量办学”原属于“教育投资体系”问题。社会力量集资举办的学校，原先多为公立学校，属于捐资助学，后来为了进一步鼓励社会力量办学，允许并鼓励社会力量投资举办民办学校；随着民办教育事业的发展，“社会力量办学”成为“民办学校”的同义语，从而使“社会力量办学”主要变成“办学体制”问题。

属于“教育投资体系”的“社会力量办学”与属于“办学体制”的“社会力量办学”的区别在于：前者不计社会力量向什么性质的学校捐资，不计集资举办的是公立学校还是民办学校，这样，对各种“社会力量”也无区分的必要；后者不能不承认作为投资者的“社会力量”为办学主体，所举办的学校为作为独立法人的民办学校。由于涉及学校产权问题，又须对投资来源加以区别，看其中是否包含财政性教育经费，是否吸收国有教育资产，对作为办学主体的“社会力量”也须加以区别。因为一个独立政党（民主党派）、一个企业同一个人、几个人的区别甚大。

2、1987 年由国家教育委员会发布的《关于社会力量办学的若干暂行规定》，提到：“本规定所称社会力量，是具有法人资格的国家企业事业组织、民主党派、人民团体、集体积极组织、社会团体、学术团体，以及经国家批准的私人办学学者”。表明它虽把“社会力量办学”作为“民办学校”的同义语，而实际上仍出于“教育投资体系”的考虑，导致政策界限不清；1997 年由国务院发布的《社会力量办学条例》和随后由国家教育委员会发布的《关于实施〈社会力量办学条例〉若干问题的意见》，同十年前提法的区别在于：不再把“企业事业组织”局限于“国家企业事业单位”，不再提“民主党派”、“人民团体”及“学术团体”，不再包括“集体经济组织”，把“私人办学学者”改称“公民个人”。其中最重要的变化在于添加“非国家财政性教育经费”与“面向社会”两项规定性。这样，国有企业事业组织及其他社会组织，不再无条件成为民办学校的办学主体。这一切表明是在“办学体制”意义上理解“社会力量办学”。

3、根据以上情况，如果定名《社会力量办学法》，问题是：

〔1〕属于“教育投资体系”的“社会力量办学”，仍未失去意义，并且还该提倡。

〔2〕最堪称“社会力量”的群众团体与村民自治组织，已从作为办学主体的“社会力量”中抽去。

〔3〕它代替不了“民办教育”、“民办学校”、“私立学校”之类的名称。

【二】关于“民办教育”、“民办学校”概念

1、“民办教育”、“民办学校”是我国特定历史时期形成的概念。整个概念在不同历史阶段含义不同：在40—70年代，是同公立学校、私立学校并列的概念。在40年代后期指的是农民集资举办的学校，实际上是捐资助学，在50—70年代专指城乡集体经济组织举办的学校；在80年代，是同公立学校并列的概念，把私立学校和国营企业事业组织、甚至政府机关、军队举办的“面向社会”的学校也包括在内；在90年代后期，虽然仍是同公立学校并列的概念，但是不仅把国有企业事业组织、群众团体“面向社会”举办的学校基本上排斥在“民办学校”之外，甚至也把原先最有资格称为“民办学校”的村民自治组织举办的学校也排斥在“民办学校”之外。

2、“民办学校”作为同“公立学校”对举的概念，也存在问题：

〔1〕“民”是同“官”对举的概念，“公”是同“私”对举的概念，以“民办学校”与“公立学校”对举，不尽恰当。

〔2〕所谓“办”，有“举办”与“经办、承办”之分。前者同学校产权归属相关，后者属于学校经营—管理问题。

〔3〕学校性质应以产权区分，故以往一向称为“公立学校”、“私立学校”，现在为使公立学校与“民办学校”对举，反而把公立学校改称“公办学校”。

〔4〕“民办学校”在40年代出现时，不存在产权问题，当时称为“民办学校”并无不可；现在既存在产权问题，又存在所有权与经营—管理权分离问题，故应分别称为“民立学校”、“公立民办学校”或“公立民营学校”，也就无须把通用已久的“公立学校”改称“公办学校”。

3、根据以上情况，如果定名为《民立教育法》，或《民立学校法》，虽较《社会力量办学》更恰当些，问题是：

〔1〕“民办教育”、“民办学校”概念的内涵与外延几经变化，已经成为多义词。

〔2〕如今排除社会团体〔工会、妇女联合会、共青团等〕作为“民办学校”办学主体，又把村民自治组织举办的学校归入公立学校，“民办学校”的“民”的含义已较为稀薄。

〔3〕由于“民办学校”既不是国际通用的概念，又只是我国一定历史时期使用的概念，而且在不同历史阶段含义又不尽相同，使用这个概念，很难科学地进行有关民办教育的历史的比较的研究。

〔4〕至于《民办教育促进法》，实为仿照日本的《私立教育振兴法》，语言习惯与中国

并不相符。而且，目前所要立的法，为民办教育的基本法，属一类法范畴，所称的“促进法”或“振兴法”，属二类法范畴，两者不可等同。

【三】关于“私立学校”概念

1、私立学校不仅是国际通用的概念，而且是我国长期使用的概念；即使在 40—60 年代仍未排除这个概念。1956 年接管旧有“私立学校”后，在 1957—1963 年间仍不断表示允许并鼓励私人办学；只是在 80 年代以后，才把它纳入“民办学校”。

2、80 年代不把“非政府举办的学校”统称为“私立学校”，是由于当时的“民办教育”办学主体中，尚包括国有企业事业组织、接受财政资助、其工作人员列入干部编制的社会团体，甚至还包括某些“面向社会”办学的政府机构；如今在这些办学主体被排除以后，“民办教育”法律调整对象，已经接近一般《私立学校法》调整对象。

3、现行民办教育法规、规章，基本上是参照以往私立学校法律与法规制定的。

4、在加入 WTO 以后，同国外合作办学的机会将越来越多，宜于采用国际通用的“私立学校”概念。

三、关于民办教育法律“口径”问题

这个问题同民办教育法律名称相关。通常有所谓“窄口径”与“宽口径”之说。“窄口径”指的是以“民办学校”为适用范围，其调整对象为实施学历教育的民办学校和以补习文化为主的民办教育机构，“宽口径”除此以外，把“短期职业技能培训机构”、“培训中心”包括在内；这个问题本身属于法律适用范围与调整对象问题，有关这方面的选择，又同法律性质、立法宗旨相关。

【一】确定法律口径的依据

不管立法宗旨如何表述，它所表达的立法意图实际上有两个：一是授权政府依法管理民办教育机构的办学行为，一是敦促政府依法促进民办教育事业的发展。这两种意图虽然并不相悖，惟这两种不同的意图常表现为我国民办教育现状与客观需要的两种不同的价值判断：一是规范民办教育取向，一是促进民办教育发展取向。从现在选择法律口径的理由看来，“窄口径”便于规范，“宽口径”便于促进民办教育事业的发展；其实无论是规范还是发展，关键不在于法律口径的宽与窄，而在于规范或政策本身宽容的程度。

【二】民办教育法律口径的抉择

或以窄口径的法律、宽口径的法规与专项规章【如关于公立转制学校的规章】配套，或以宽口径的法律性文件与窄口径的法规配套；相比之下，窄口径的《促进民办教育法》不易在规范与发展之间寻求适当的平衡。

四、关于“不以营利为目的”问题

【一】两种类型的民办学校

1、由于目前的“教育体制”改革更大程度上属“教育筹资体制”改革范畴，因而加入这一改革行列的，既有公有力量，亦有民间力量。前者不仅势头正旺，且在某些地区颇有大力发展之势。以这两股力量区分，民办学校大致可分为两类：一类是兼得公有和私有（或私有）资源的混合型学校；另一类是基本依靠民间投资或集资的“私立”学校。前者又可分为两种：一种接受政府资助或奖励，但办学主体为民间力量；另一种则不仅占据公有教育资源，而且以国有（营）单位或组织为办学主体。这些主体可以获得国家的财政性拨款，人员也算做公家编制，如地方政府、地方教育部门、街道、国有企事业单位、公办学校以及接受国家财政补贴的民主党派和各类社会团体。

2、如此划分之后，明显可见，凡以国有（营）单位或组织为办学主体的学校，必为非营利学校，否则公有力量的公平性和公益性无从体现，以权谋私，化公为私的现象也可能愈演愈烈。至于私立学校和政府资助或奖励的混合型学校，则无须规定营利与否，只要其达到既定的教育标准，即可自定价格，接受市场的挑战。

3、以国有（营）单位或组织为主体的办学，在别的地区和国家似乎很少见到，其实际操作看来也不太规范。此类学校的最大问题，是公、民不分，以致其他学校颇有怨言。今后的取向，是将其中的公有成分逐步退出，把学校交给有法人资格的民间力量去举办和管理。

4、自然，在考虑可否营利时，还要区分所举办的学校是否属于义务教育阶段。如是，则应倡导举办非营利学校，以确保教育的平等和公正；否则，可由民间举办者自行选择是否营利。

【二】学校法人概念

1、当前对营利问题的讨论，热点之一是如何划分学校资产来源，并据此确定回报尺度。学校的资产大致由三部分组成：一是国有资产，二是举办者投入，三是学校运作过程中的增

值部分。抛开回报问题不谈，学校对这三类资产应分别建帐。如此，既可便于物价和审计部门监管，更重要的是可以分清“公”、“民”，防范浑水摸鱼。

2、为保证学校运转的稳定性和持续性，当务之急是确立“学校法人”观念。“学校法人”不仅意味着学校因此可以接受社会各界的资助，必须承担有关的民事责任，还意味着学校有权依法占有和处置校产，任何捐赠者和出资者都无法撤出资金和财产。换言之，一切投入学校的资产，均属学校所有，由学校董事会全权负责，不得以任何形式抽逃出校。

3、显然，这样的“学校法人”，针对的是非营利学校。资产一旦进入学校，就与出资人脱离了干系。此类学校关闭后的剩余资产，不应返还给出资人，而是必须用以发展其他非营利性社会公益事业。另一方面，从我国的实际情况出发，考虑到投资者的利益，凡回报比例不超过 10%的，应可视为不以营利为目的。当然，此处的回报，不把上述国有（营）单位或组织计算在内。此外，政府对办学成绩突出的民办学校和办学者，亦可给予物质及精神奖励。

4、至于营利学校，当不在本法调控范围之内。凡举办这类学校的，应向工商管理部门登记注册，接受《公司法》的调整和规范。

五、民办学校立案程序问题

民办学校立案程序是从法律、法规或规章上规范民办学校的第一道程序。严格而完备的立案程序，可预先防止申请立案的民办学校不规范行为的发生，是对公民及其子女受教育权益的保障。自然，民办学校立案程序的具体抉择，须从实际情况出发。

【一】已有法规中的问题

我国 1997 年 7 月发布的《社会力量办学条例》，对民办学校的申请举办与审查批转作出了规定。其中值得研究的问题是：

1、没有设置“学校法人立案”程序：申请者如属依照法律或行政命令成立的企业、事业组织、社会团体，那么机构一旦成立，即具有法人资格；如属个人、私人团体，其法人资格未定，须经法人立案程序，才能承认。这就意味着，《条例》不以法人为立案前提条件，倒是通过立案使所申请设立的机构成为法人，事实上把立案程序本身作为法人设立程序。

2、没有把“批准开办”同“立案”作为两道程序加以分开：我国民办学校大都从小到大、从非正规教育向正规教育演变；自然也有逆向演变的情况：开始时，声势浩大，后来逐

渐萎缩，甚至嘎然而止。因此申请开办时提供的情况、审批时的情况，不见得都可靠。《条例》规定的民办学校立案程序，仿佛在电影审查时，只审查电影剧本与开机条件，而不审查影片本身。如此审批程序，容易蒙蔽受申请者，不足以防止办学对求学者误导。

3、没有把“审查”与“批准”两道程序分开：在办学资质审查时，按规定提付审查的材料较多。由于教育行政主管部门有限，很难对申报材料逐件核实。《条例》没有明确规定把“审查”与“批准”作为两道手续，即由专家组（最好是中介机构）负责审查，而由教育行政主管部门批准，遂造成把关不严格。

值得注意的是，上海市于1996年9月发布《民办中小学申办审批暂行规定》，其中设定四道程序，即：（1）请示和政策咨询；（2）预审和出具批复；（3）申请评议和审批，指在筹建工作基本完成以后，申办者向教育行政部门正式提交《办学申请书》与《上海市民办中小学法人登记政策书》，并向指定的评议机构申请资质评议，由教育行政部门组织的评议小组，审议后出具评议报告；（4）颁发办学许可证与转呈备案。

此项立案程序设计同《条例》规定的程序相比，增加了学校法人立案，但两者都没有规定在一定试行期以后正式立案。其中“政策咨询”固然必要，由于政府部门不属咨询机构，故宜由中介机构承担此项服务。

【二】民办学校立案程序

相比之下，有些国家以及我国民国时期【其中包括20世纪40年代初若干根据地】私立学校立案程序要比我国现行规范完备、严格。

1、民国时期私立学校立案，须经历“校董会立案”、“呈报开办”与“呈请立案”三道程序。40年代初，我国苏北盐阜地区根据地与苏中地区根据地私立学校立案程序亦同上述规定相近。如盐阜区《私立学校暂行规程》规定：私立学校试办期一年，在试办期内应将课程、教材、编制、训导、经费、学校组织、教职员履历、学生数目、学校设备及校务教务概况，详细呈报，请求立案。立案学校的毕业生可报考公立学校，因特殊情况，亦可在统计公立学校借读借考。

2、英国1944年教育法关于私立学校立案的规定，值得注意的是：申报开办，经审查予以注册【立案】，属于“临时性”的注册，且注册后，官方的注册员要接受公众的检查；尔后，经“大臣”审查批准向私立学校所有者发出通知确认该校的注册，才算是正式注册【立案】。

3、参照这些上述的实践，我国的民办学校立案程序，也可分为“校董会立案”、“呈报开办”与“呈请立案”三道。即：

〔1〕校董会立案：校董会建立后，向教育行政部门申请“校董会立案”。经教育行政部门按法定校董会设置标准，对其名称、目的、事务所所在地、校董会章程、资产资金或其他详细项目及其确实证明、校董身份等加以审查，经批准后，予以立案，校董会才具有申请开办的资格。

〔2〕呈请开办：校董会向教育行政部门呈请开办，并提交呈请开办所必要的证件，供教育行政部门审查，开办费及第一年经常费均须以现款存储银行。经批准后，为试办学校，可以招生。

〔3〕呈请立案：学校以及其他教育机构开办一年后，呈请立案，并按立案要求提交证件，包括开办后的情况、经费、预算、学校规章制度、学生一览表等。未依法立案的私立学校肄业、毕业的学生不得与已立案学校的学生享受同等待遇。

六、原则性的建议

1、把民办教育立法问题放在法律体系、规范体系中考虑。从总体上考虑：国家立法机关规范什么，国家行政机关规范什么，地方立法机关与行政机关规范什么；为了保持法律的普遍适用性与稳定性，国家制定的民办教育法律条文，力求简洁。

2、我国是世界上唯一使用“民办教育”概念的国家，这个概念在不同时期含义不同。其实如今这种含义的“民办教育”实际使用的时间并不长；同时，在1949—1963年间“私立学校”的概念仍被运用，即使80—90年代，若干地方法律仍以“私立学校”为主题词。继续沿用“民办教育”一词，不便于同国际对话、同历史对话，在现实社会中对话，往往缺乏概念应有的同一性；从这个词连带把“公立学校”改称“公办学校”，但又未能把“私立学校”改称“私办学校”。故宜改称“私立学校”，或者像50—60年代那样，兼用“私立学校”与“民立学校”。把“村民自治组织”举办的学校，称为“民立学校”，把转制学校称为“公立民办学校”。

3、国家民办教育立法，在“宽口径法律性文件加窄口径法规”，或者“窄口径法律加宽口径法规性文件”二者之中选择。

如倾向于制定《民办教育促进法》〔按我们的想法，提为《振兴私立学校法》或《振兴私立教育法》〕，在别的国家可用增加财政拨款的办法予以保证，而在我国只能用“放宽政策”的办法予以保证，否则“促进”、“振兴”可能流于空谈；而现行政策如再“放宽”，按照国际惯例，明“营利性学校”与“非营利性学校”，不失为一策。