



卓越学术文库

我国营利性学校的 合法性研究

WOGUO YINGLIXING XUEXIAO DE HEFAXING YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

余中根 著



郑州大学出版社



卓越学术文库 ■

国家社科基金青年项目（11CZS024）成果

我国营利性学校的 合法性研究

WOGUO YINGLIXING XUEXIAO DE HEFAXING YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

余中根 著

 郑州大学出版社
郑 州

图书在版编目(CIP)数据

我国营利性学校的合法性研究/余中根著. —郑州:郑州大学出版社,
2017.4

(卓越学术文库)

ISBN 978-7-5645-3732-6

I. ①我… II. ①余… III. ①民办学校-学校管理-法律规范-研究-
中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 321574 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:张功员

全国新华书店经销

河南文华印务有限公司印制

开本:710 mm×1 010 mm 1/16

印张:10

字数:191 千字

版次:2017 年 4 月第 1 版

邮政编码:450052

发行电话:0371-66966070

印次:2017 年 4 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-3732-6

定价:28.00 元

本书如有印装质量问题,请向本社调换



第一章 绪论	1
第一节 营利性学校的合法性备受质疑	1
第二节 已有研究及不足	7
第三节 核心概念的界定	11
第四节 本书的立论	16
第五节 研究意义、研究思路与研究方法	18
第二章 合法性的概念释义	21
第一节 合法性理论之历史嬗变	21
第二节 合法性的含义	49
第三节 合法性的要素	57
本章小结	59
第三章 营利性学校的合法律性分析	60
第一节 不同效力渊源的法律规范有关营利性学校规定的分析 ...	62
第二节 一般法与特别法有关营利性学校规定的分析	65
第三节 前后法有关营利性学校规定的分析	69
本章小结	70
第四章 有关营利性学校法律法规的有效性分析	71
第一节 法的规范系统的有效性	71
第二节 法的实施系统的有效性	77
第三节 法的实现结果系统的有效性	83

本章小结	89
第五章 营利性学校的可接受性分析	90
第一节 我国营利性学校的可接受性	90
第二节 外国营利性学校的可接受性	96
本章小结	97
第六章 对营利性学校的正当合理性分析	98
第一节 营利性学校合乎社会发展的需要	98
第二节 营利性学校合乎个人发展的需要	102
第三节 营利性学校符合经济学原理	104
第四节 营利性学校不违背教育发展规律	111
本章小结	124
结语 培育有利于营利性学校健康发展的环境	125
附录	130
参考文献	145
后记	153

第一章 绪论



第一节 营利性学校的合法性备受质疑

一、营利性学校作为一种事实而存在

“营利性学校”指的是以营利为目的的民办学校。营利性学校在我国的存在,已是不争的事实。

1. 从现实来看,营利性学校是存在的

在现实中,有以“学校”名字在工商行政管理部门登记的,如“培训学校”“职业技能培训学校”等,这些学校大都是营利性机构。例如,在河北省工商局系统登记的企业中,有 337 家企业的名字中带有“培训学校”字样^①。在内蒙古自治区工商局系统登记的企业中,有 246 家企业的名字中带有“培训学校”字样^②。因此可以说,现实中营利性学校是存在的。只是由于法律的强制规定,这些学校才不称为“学校”,而只能称为“培训机构”了。因为《中华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)只认可非营利性学校,而对营利性学校一概加以排斥,将其定性为经营性的民办培训机构。

另外,实践中对教育机构和培训机构一般也很难区分开来。目前有两种做法:一是将民办非学历教育培训机构界定为民办学校,如北京市。《北

① 河北省工商行政管理局网站[EB/OL], <http://222.223.188.6/wsgs/ywztex/list.asp>, 2011-05-02.

② 内蒙古工商局红盾信息网[EB/OL], <http://www.nmgs.gov.cn/huiyuan/chaxun.asp>, 2001-05-02.



京市民办非学历教育培训机构设置管理规定》^①第2条规定:“本办法所称民办非学历教育培训机构,指国家机构以外的社会组织或个人,利用非国家财政性经费,面向社会举办不具备颁发学历证书资格的民办学校。”二是将民办非学历教育培训机构界定为培训机构,但其审批和管理机关是教育行政部门,如武汉市。《武汉市中等及以下民办非学历教育培训机构设置和管理暂行办法》^②第2条规定:“本办法所称中等及以下民办非学历教育培训机构,指国家机构以外的社会组织或个人,利用非国家财政性经费,在我市面向社会举办的中等及以下不具备颁发学历证书资格且由教育行政部门依法审批和管理的培训机构。”从这两个规定来看,教育行政部门对于民办非学历教育培训机构的性质存有不同的认识。再如,对于民办学校是否应该办理工商营业登记,内蒙古自治区工商局答复:“按照《中华人民共和国民办教育促进法》第66条的规定,工商行政管理部门负责登记注册经营性民办培训机构。鉴于国家尚未出台相关的配套法规,且民办学校是否属于经营性办学难以鉴定的实际,办学机构如主动申请工商登记并且被审批机关认定为经营性的,工商部门应予以登记注册,办学机构未主动申请的,工商部门不得强行登记注册。”^③也就是说,内蒙古自治区工商局认可了民办学校可以分为营利性和非营利性两类。

2. 从“教育”和“培训”的定义来看,教育包含了培训,培训是教育的重要组成部分

教育有广义和狭义之分。广义的教育泛指影响人们知识、技能、身心健康、思想品德的形成和发展的各种活动。狭义的教育,主要指学校教育,是教育者根据一定的社会要求和受教育者的发展需要,有目的、有计划、有组织地对受教育者施加影响,以培养一定社会或阶级所需要的人的活动^④。而培训就是培养训练,指在职、在业人员的专门训练或短期再教育,如工人岗位培训、农业技术培训、师资培训等^⑤。因此,从广义的教育概念来看,教育包含了培训。

《中华人民共和国职业教育法》^⑥(以下简称《职业教育法》)的相关规

① 2007年7月23日北京市教育委员会印发,自2007年9月1日起施行。

② 2008年12月31日湖北省武汉市教育局印发,自2009年1月1日起施行。

③ 呼和浩特市工商行政管理局网站[EB/OL], http://www.hhhtgs.gov.cn/jg/fzk/zcfg/gfxwj/201004/t20100419_20847.html, 2011-04-29。

④ 顾明远. 教育大辞典:增订合卷本上[M]. 上海:上海教育出版社,1998:1715。

⑤ 顾明远. 教育大辞典:增订合卷本下[M]. 上海:上海教育出版社,1998:115。

⑥ 1996年5月15日第八届全国人大常委会第十九次会议通过,自1996年9月1日起施行。



定,也证实了教育包括培训。《职业教育法》第2条规定:“本法适用于各级各类职业学校教育和各种形式的职业培训。”第13条规定:“职业学校教育分为初等、中等、高等职业学校教育。”第14条规定:“职业培训包括从业前培训、转业培训、学徒培训、在岗培训、转岗培训及其他职业性培训,可以根据实际情况分为初级、中级、高级职业培训。职业培训分别由相应的职业培训机构、职业学校实施。”从《职业教育法》的规定来看,职业教育包括职业学校教育和职业培训,即“培训”是“教育”的组成部分。以此推之,培训机构也应该是教育机构的组成部分了。那么,经营性的民办培训机构当然也属于教育机构,这就意味着教育机构可以是营利性的。

3. 国家及地方教育政策对营利性学校的认可

从我国的教育政策来看,不仅认可营利性学校,而且还提倡积极探索发展营利性学校。《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》^①(以下简称《教育规划纲要》)提出,要依法管理民办教育。教育行政部门要切实加强对民办教育的统筹、规划和管理。积极探索营利性和非营利性民办学校分类管理。

对民办学校的分类是教育体制和办学体制改革的重要组成部分,也是民办教育规范管理和财政支持的重要前提条件。规范了民办学校的分类和分类管理,民办学校的法人性质、产权界定、财务管理、治理结构、财政支持等问题就可以从根本上得到解决。因此,《教育规划纲要》明确提出要积极探索民办学校分类管理。^②

《教育规划纲要》在第67条进一步规定:组织开展改革试点。深化办学体制改革试点。开展对营利性和非营利性民办学校分类管理试点。也就是说,在相关教育法没有修订之前,教育政策已经正视了营利性学校的存在。上海市、浙江省、深圳市和吉林华桥外国语学院被确定为探索营利性和非营利性民办学校分类管理试点的地区和学校^③。

不少地方也出台了教育政策,认可了营利性学校。例如,陕西省政府出台的《关于进一步支持和规范民办高等教育发展的意见》^④明确提出,从2012年起,陕西省对民办高校实施分类管理。建立和完善民办高校的分类管理体制,将分类管理作为规范管理和财政支持的依据。陕西省将民办高

① 2010年7月29日中共中央、国务院印发。

② 黄新茂. 民办教育分类管理改革势在必行[N]. 中国青年报, 2011-06-20(11).

③ 佚名. 国家教育体制改革试点全面启动[EB/OL]. 教育部门户网站, <http://www.moe.edu.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/s4868/201012/112258.html>, 2010-01-02.

④ 2011年12月30日陕西省人民政府发布。



校、高等教育助学机构分为非营利性和营利性两类,由举办者自愿申报,省级有关部门审核确定。其中非营利性包括捐资举办的学校、出资举办不要求取得合理回报的学校,以及出资举办要求取得合理回报的学校。对不同类型的学校实行不同的法人登记管理办法,依据学校的营利性和非营利性给予不同政策的支持。积极引导发展营利性学校,逐步形成完善的非营利性与营利性民办高等教育分类管理体制。非营利性学校经省教育厅审核后,由省民政厅依法登记。其中捐资举办、出资举办不要求取得合理回报的学校,登记为民办自收自支事业单位法人;出资举办要求取得合理回报的学校登记为民办非企业法人。营利性学校由省教育厅审核后,省工商行政管理局依法登记注册为企业法人。^①

因此,从实践操作和政策等方面来看,营利性学校在我国是存在的。

二、营利性学校的存在面临诸多困境

然而,营利性学校的生存与发展并不顺利,面临着各种困境,包括合法性困境、法律有效性困境、可接受性困境、正当合理性困境及其他方面的困境。

1. 合法性困境

营利性学校面临的首要问题,就是此类学校是否符合现行法律规范的问题。

现行教育法是不认可营利性学校的。《教育法》^②第25条第3款规定:“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构。”《中华人民共和国高等教育法》^③(以下简称《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。”因此,从教育法来看,公办学校和民办学校都不能是营利性的,营利性学校不符合现行法律规范。

如此一来,营利性学校存在的事实与教育法禁止营利性学校的存在,就形成了一对矛盾。

2. 法律有效性困境

尽管现行教育法禁止营利性学校的存在,但这些法律本身所具有的功

^① 柯昌万,张龙.从2012年起将对民办高校实施分类管理[N].中国教育报,2012-2-18(1).

^② 1995年3月18日第八届全国人大第三次会议通过,自1995年9月1日起施行。

^③ 1998年8月29日第九届全国人大常委会第四次会议通过,自1999年1月1日起施行。





能否得到高效益的发挥?它们所追求的价值目标在实际社会调整中是否得以实现呢?或者说,我国关于营利性学校的法律规定,是否本身制定得很科学,是否不存在相互冲突的情形,是否得到了贯彻落实,能否实现预定目的、达成相应的效果?

通过对我国有关营利性学校的法律法规的分析,可以看出,在规范系统、实施系统及实现系统三方面,都没有取得应有的效果。相关法律规定的功能没有得到高效益的发挥,社会目的也没有得到很好的实现。

如此一来,有关营利性学校的法律规定并没有取得应有的效果,但民办学校却因为这些规定,未能得到应有的发展,有的甚至被迫关闭。

3. 可接受性困境

社会各界对营利性学校并没有达成共识。对于营利性学校有三种看法:赞成派、反对派、折中派。

赞成派的观点认为,学校可以以营利为目的,应该赋予营利性学校以合法性。这一类观点可称之为“营利性产业说”。它认为教育中具有营利性的那部分是产业。一些人把“教育产业”作为与“教育事业”相对应的概念来理解,认为是“产业”就要按照市场经济原则进行经营,就有营利性。^①

反对派的观点认为,学校不能以营利为目的,法律应该禁止营利性学校。这一类观点可称之为“特殊产业说”或“非营利性产业说”。它认为教育是一种不同于行政管理部门的产业,也是一种不同于工商、金融、建筑、农业等产业的特殊产业,是非营利性产业。教育产业的有效经营可以带来利润,与教育非营利性的特点并不矛盾。^②

折中派的观点认为,对于学校能否以营利为目的,需要具体情况具体分析。

由此可见,营利性学校的存在还面临着被公众普遍接受的问题。

4. 正当合理性困境

营利性学校的存在,还面临着是否具有正当合理性的问题,即是否合乎需要、合乎客观规律、合乎所在社会的价值。主流观点认为,如果允许营利性学校的存在,将损害学校所担负的育人任务的完成,轻视对受教育者的教育,不利于教育事业的顺利开展,进而不利于社会发展。因为这种主流观点的存在,使得营利性学校的发展并不顺利。

5. 现行体制的限制

包括营利性学校在内的民办学校的生存与发展还面临诸多困境。现行

① 肖灼基. 发展教育产业的十大关系[N]. 光明日报, 2000-01-19.

② 唐景莉. 非义务教育能否产业化[N]. 中国教育报, 1999-03-13.

制度对民办学校做出了种种限制,如数量限制、学费限制、招生限制、学生毕业限制、设备规模限制、教育内容限制、组织形式限制、人事限制等^①。这些限制直接制约着营利性学校的生存与发展。

6. 民办学校自身存在着不少问题

部分民办学校办学不规范、不正当竞争、不关注教育教学质量和学生成长,使民办学校没有实现人才培养和促进社会发展的目的,这当中有些就属于营利性学校。如此一来,营利性学校的生存与发展就更受质疑。

三、核心问题:营利性学校是否具有合法性?

从营利性学校面临的诸多问题来看,核心是其存在的合法性问题,即营利性学校是否具有合法性?“合法性”指的是行为或状态合于已有实在法的规定、合乎所在社会的价值观念和社会理想、被视为正当合理而被普遍接受的能力与属性。合法性包括法律性、法律有效性、可接受性与正当合理性四个方面。

是否具有合法性,对于营利性学校的生存与发展具有十分重要的意义。

首先,是否具有合法性,关系到营利性学校的生死存亡。“名不正则言不顺”,如果不具有合法性,营利性学校将受到法律和政策的禁止,受到教育关系主体的排斥,会背负损害教育利益的罪名,如此,营利性学校极有可能无法生存,更谈不上发展了。

其次,营利性学校是否具有合法性,关系到民办教育事业的健康发展。按照学校是否具有营利的目的,可将民办学校分为营利性学校和非营利性学校两种^②。而不区分营利性学校与非营利性学校会造成严重的后果,如伤害和打击捐资办学的积极性、带来投资办学的混乱、造成民办学校真假难辨等,这些将造成民办教育的严重混乱局面,不利于我国民办教育的健康发展^③。

再次,只有具备了合法性,才能更好地规范与促进营利性学校的发展。如果营利性学校具有正当合理性,政府和社会要做的就不是蛮横地禁止阻碍其发展,而是采取合理措施,对营利性学校予以规制,规范办学行为,促进教育事业的健康发展,为社会培养出更多更好的合格人才。

最后,营利性学校是否具有合法性,关系到教育关系主体的观念转变。

① 周志宏. 教育法与教育改革[M]. 台北:高等教育文化事业有限公司,2003:15-19.

② 胡卫. 民办教育的发展与规范[M]. 北京:教育科学出版社,2000:43.

③ 邵金荣. 中国民办教育立法研究[M]. 北京:人民教育出版社,2001:57-59.



传统观念认为,允许学校以营利为目的,就必然不利于教育事业的发展。这种观念是不正确的,学校可以具有多重目的,包括政治目的、经济目的、文化目的、人才培养目的等。如果一所民办学校既实现了培养人才的目的,又实现了营利目的,这有何不可呢?因此,关键在于我们的教育观念的转变,而不在于营利性学校本身。换句话说,问题的根源不在于营利性学校本身,而在于我们的观念与制度。

第二节 已有研究及不足

由于合法性包括合法律性、有效性、可接受性与正当合理性四方面含义,因此,目前关于营利性学校是否具有合法性的研究,也主要涉及这四方面。

一、营利性学校的合法律性

已有研究主要是从营利性学校是否符合现行教育法律法规的角度,探讨营利性学校的合法律性问题。

主流观点认为,按照我国《教育法》的规定,不得以营利为目的举办学校及其他教育机构,《教育法》是不认可营利性学校的。也就是说,营利性学校不具有合法律性^①。有学者认为,《教育法》第25条第3款明确规定:“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构。”学校及其他教育机构的设立是为了培养人才,虽然可以按照国家规定收取费用,并依法从事各种民事活动,但其收取费用和从事民事活动的根本目的是为了保证教育活动的正常进行,促进自身的发展。因此,任何以营利为目的而举办的学校或者其他教育机构都是非法的。^②

但部分学者从税法的角度分析,认为营利性学校具有合法律性。如邵金荣指出,根据我国税法的有关规定,一是将公民个人办学列为个体工商户,并依法征税;二是将未经国家批准承认其学生学历的民办学校列为征收

① 全国人大常委会法制工作委员会研究室. 中华人民共和国教育法辅导讲话[M]. 北京:教育科学出版社,1995:61. 国家教委政策法规司.《中华人民共和国教育法》释义[M]. 北京:科学普及出版社,1995:77-78. 国务院法制局教科文卫司. 中华人民共和国教育法释义[M]. 北京:北京广播学院出版社,1995:24-25. 张春生. 中华人民共和国民办教育促进法释义[M]. 北京:法律出版社,2003:152-153. 高进民. 民办教育促进法实施手册[M]. 哈尔滨:黑龙江人民出版社,2003:359-360.

② 全国人大常委会法制工作委员会研究室. 中华人民共和国教育法辅导讲话[M]. 北京:教育科学出版社,1995:61.



营业税的单位。这已经明确地将民办学校和其他教育机构区分为非营利性的和营利性两类,分别予以管理。^① 卢干奇也认为,我国税法规定,实施学历教育的机构可不纳税,而实施非学历教育的机构就要纳税。这是什么意思呢?就是承认营利的合法存在。^②

二、有关营利性学校法律法规的有效性

《教育法》禁止营利性学校,能否取得应有的效果?是否因为有了法律的禁止性规定,营利性学校在实践中就不存在?“不以营利为目的”在实践中是否具有可操作性?大多数学者和实践者认为,这种法律规定不具有可操作性,实效性差。只有少数人认为,这种法律规定具有可操作性。

认为有关营利性学校的法律规定无法取得应有效果的学者,主要有如下观点:

(1)法律法规做出的这些规定,并未有效地规范民办学校的营利性问题。由于《教育法》关于“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其他教育机构”的规定,既无明确权威解释,又无具体的可操作性规定,所以既不易区分又无人去区分是否是以营利为目的举办教育机构。因此,将民办学校一律作为非营利公益事业单位对待的现象,在各地甚为普遍。这就从客观上为依税法的严格执法设置了障碍。^③

(2)按照我国《教育法》的规定,难以真正确定营利性学校的法人属性。是否以将利润分配给其出资者为目的,是企业法人和非企业法人的根本区别。由于《教育法》规定学校“不得以营利为目的”,我国的学校就只能被归入“非企业法人”的范畴。虽然《中华人民共和国民法通则》^④(以下简称《民法通则》)第50条规定,非企业法人包括“机关法人”“事业单位法人”和“社会团体法人”等类别,但由于学校不可能是有独立经费的国家机关法人,因而在理论上只可能是事业单位法人或社会团体法人。具体来看各类学校的法人地位,公立学校自然应被划入“事业单位法人”之列,因为它由国家拨给经费,从事服务于社会的公益事业。而私立学校应被划入“社会团体法人”的行列,因为它既不属于“机关法人”的范畴,也不能划归到“事业单位法人”的名下。同时,对我国目前实际上存在的营利性私立学校,由于我国没有

① 邵金荣. 中国民办教育的多元化与法制化[M]. 北京:高等教育出版社,2001:56.

② 胡卫,丁笑炯. 聚焦民办教育立法[M]. 北京:教育科学出版社,2001:44-45.

③ 邵金荣. 中国民办教育的多元化与法制化[M]. 北京:高等教育出版社,2001:56-57.

④ 1986年4月12日第六届全国人大第四次会议通过,自1987年1月1日起施行。



“营利性社团法人”的概念,虽然可以认为,它似乎更应被划入“企业法人”的范畴,但在事实上,却难以真正确定其法人属性^①。

但少数学者认为,禁止营利性学校的规定具有可操作性。如陈宝瑜认为,贯彻不以营利为目的的指导思想,不是不可操作的。只是要做到以下三条:一是按成本要素规定收费标准。二是有了盈余和积累不能都用于发展,或都用于分配,而是应规定一个积累和分配的合理比例。三是分配给个人的部分应依法缴纳所得税。做到这三条,不以营利为目的在操作上就落到实处了。^②

三、营利性学校的可接受性

那么,我国教育关系主体对营利性学校是否达成了共识,营利性学校是否得到他们的认可和同意呢?一部分人认为,营利性学校得到了认同;另一部分人却认为,营利性学校尚未得到认同。

主张营利性学校已经得到认同的观点主要有:第一,民办学校营利行为的合法性实质上已经得到了认可。投资办学是有资本增值倾向或有资本增值目的的办学行为。所谓投资,是以资本增值为目的的资本寻利行为。经济学上的另一种说法是,投资是牺牲眼前消费,获得未来收益。无论如何界定,它追求的都是资本增值^③。第二,许多民办学校的办学对“不以营利为目的”心存顾虑,不利于民办学校的发展^④。第三,全国人大教科文卫委员会教育室对各省民办教育发展情况进行了调研。调研中,大部分同志建议,在法律中明确将民办学校划分为营利性与非营利性的,分类管理。现在的民办学校种类繁多,情况不一,其中不乏办学赚钱的。对学校如果不进行分类管理,一方面可能给不诚实办学者可乘之机,钻政策的空子,从中渔利,另一方面也容易打击真正办学者的积极性。另外,一旦管理不严,还可能造成抽逃资金、危害社会和学生等社会问题。^⑤

主张营利性学校尚未得到认同的观点主要有:第一,营利性教育中商业逻辑与教育规律常常是相矛盾的。坚持非营利原则对私立学校健康发展很

① 胡劲松,葛新斌.关于我国学校“法人地位”的法理分析[J].教育理论与实践,2001(6):21.

② 吴畏.民办教育的改革与发展[M].北京:教育科学出版社,2002:62-63.

③ 胡卫,丁笑炯.聚焦民办教育立法[M].北京:教育科学出版社,2001:54.

④ 胡东芳,蒋纯焦.“民办”咋办?——中国民办教育忧思录[M].福州:福建教育出版社,2001:87.

⑤ 全国人大教科文卫委员会教育室,香港大学中国教育研究中心.民办教育研究与立法探索[M].广州:广东高等教育出版社,2001:248.



重要,私立学校的收费只是补偿办学成本的一种手段,而不是为了营利。私立学校区别于企业的根本不同点在于它是通过培养人来服务于社会,而不是追求利润的最大化。^①第二,2009年6月,有学者做了调查,调查结果显示,有近80%的被访者“不赞成”分类管理,认为“时机不成熟”,理由是:“我国现在的民办教育办学和管理模式符合国情,体现特色”;“现行模式有利于调动社会力量办学的积极性,有利于我国民办教育发展”;“我国现有《教育法》等法律法规,不允许办营利性教育”;“重新分类,可能引起民办学校不稳定”。^②

四、营利性学校的正当合理性

营利性学校是否具有正当合理性呢?在这一问题上,可分为三种观点,即赞成派、反对派和折中派。

赞成派认为,学校可以以营利为目的,应该赋予营利性学校以合法性。如文东茅认为,不论从理论角度还是从实践角度看,营利性教育机构都完全具有存在的合理性和可能性。举办教育的目的具有多样性,营利的目的与培养人的目的可以并行不悖。如果办学者不仅能按照国家的要求提供具有公益性的教育服务,而且还能够盈利,政府有什么理由和必要来制止这种办学行为呢?如果不允许以营利为目的的办学,就只有两种可能性:或者是没有人愿意投资办学,或者是投资办学者通过各种方式隐瞒其营利动机和行为。^③

反对派认为,学校不能以营利为目的,应该禁止营利性学校。如丁宁宁坚决主张教育必须坚持非营利模式,理由包括:第一,参照国际惯例。国际通行的做法是:不管是公立学校,还是私立学校,只要承担学历教育,一般都按照非营利机构的模式运转和注册。第二,教育产业的公益性质和教育本身的外部性,决定承担学历教育的学校一般不能当作企业来办。第三,民办教育享受优惠待遇,所以应当是非营利的。第四,允许取得回报不会鼓励真正的民间教育投资,这是由教育本身的特点决定的。^④

折中派认为,对于学校能否以营利为目的,需要具体情况具体分析。如

① 国家教育发展研究中心民办教育专题组. 民办教育的营利性[N]. 中国教育报, 2002-06-17.

② 忻福良,陈洁. 对民办学校实行分类管理的调研与思考[J]. 教育发展研究, 2009(18):11.

③ 文东茅. 走向公共教育:教育民营化的超越[M]. 北京:北京大学出版社, 2008: 59.

④ 丁宁宁. 教育必须坚持非营利模式[J]. 中国改革, 2002(11):28-30.



厉以宁主张,到现在为止,教育法仍然规定教育不能以营利为目的。我们不要违背《教育法》。基于此,有两个问题需要区别开来:第一,经营目标。这决定着单位的性质。譬如说一般的企业经营目标都是为了赚钱,这一经营目标决定了企业的性质。第二,经营结果。企业办不好,结果有赔钱的,但不会因经营结果而改变经营目标。赔钱只能说你没有本事。经营目标和经营结果是两回事。学校按《教育法》的规定属于非营利性性质。经营目标定了,但不等于说学校不能有盈余,通俗的话说是赚钱。也就是说,经营结果并不改变经营目标。我们进一步讨论:难道《教育法》讲学校是非营利性组织,就是囊括所有的学校都是非营利性的吗?现在是这样,但将来呢?这个问题还是值得研究的。所以,关于学校非营利性的讨论,可做这样的解释:目前,我们应遵循《教育法》,至于将来会不会允许某些学校可以是营利的,可以做进一步讨论。^①

五、已有研究存在的不足

已有研究虽做了不少有益的探讨,但尚存有不足之处。

第一,已有研究基本上关注合法性的单一维度,即合法律性,而缺乏对合法性的多维度分析。

第二,对于合法律性,已有研究主要关注的是某一部法律,缺乏对相关法律、法规的系统分析,未能从效力渊源规则、特殊法与一般法规则、前后法规则等方面进行探讨。

第三,对于有效性,已有研究基本上未做探讨。对于可接受性和正当合理性,已有研究的探讨也不深入。

基于已有研究存在的不足,本书将从多维的角度,基于合法性的四个方面,对营利性学校的合法性问题依次展开分析。同时,对于其合法律性进行系统分析。

第三节 核心概念的界定

对于本书而言,核心概念有两个:营利性学校、合法性。

一、营利性学校

按照《现代汉语词典》的定义,“营”指谋求、经营、管理,如营生、营救、营

^① 厉以宁. 关于教育产业的几个问题[J]. 高教探索, 2000(4): 16.

造、营业、国营、公私合营^①。“利”指利润、利息^②。“营利”指谋求利润^③。按照《汉语大词典》的定义,“营利”有两种含义:一指谋求私利;谋求利润。二指赢利^④。由此可知,“营利”指的是谋求利润。它所表明的是—种主动动机。

“营利性”是指以营利为目的,“公益性”是指以公益为目的。

民办学校有非营利性与营利性之分。非营利性学校是以捐助行为设立,以造福社会大众为唯一宗旨,而不以营利为目的,机构的全部资产及其收益为公益法人所有,而不为包括捐资创办人在内的任何私人 and 营利性组织所有,不得以任何方式为包括捐资创办人在内的任何私人 and 营利性组织谋取任何利益或回报,机构本身享有法定的免税待遇,向机构捐赠的纳税人享有法定的税收扣除待遇。营利性学校是以投资行为设立,以营利为目的,机构的全部资产及其收益为投资举办者所有,依法纳税,保障消费者的合法权益。^⑤因此,“营利性学校”指的是以营利为目的的民办学校。“非营利性学校”指的是不以营利为目的的学校。

对非营利性学校的衡量指标有三点:第一,举办宗旨不以营利为目的;第二,盈余不能用于成员间的分配和分红;第三,机构资产不能以任何形式转变为私人财产。除此之外的民办学校,均纳入营利性组织范畴。^⑥

二、合法性

合法性的概念具有多元性,这种多元性来自于“法”的多元性。在中文中,“法”—词的含义甚为广泛。法含有罚罪、公平、明晰曲直的意思。在哲理意义上,汉语的“法”与“理”常通用,指“道理”“天理”或常行的范型和标准。同时,“法”又在典章制度意义上使用,与“律”“法律”“法制”等相通^⑦。在西文中,含有“法”“法律”语义的词更为复杂,如 law、jus、lex、droit、loi、

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1996:1511.

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1996:779.

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1996:1511.

④ 罗竹风. 汉语大词典:第七卷[M]. 上海:汉语大词典出版社,1991:268.

⑤ 邵金荣. 非营利组织与免税:民办教育等社会服务机构的免税问题[M]. 北京:社会科学文献出版社,2003:247.

⑥ 上海市浦东新区社会发展局. 中国教育改革前沿报告:浦东新区教育公共治理结构与服务体系研究[M]. 上海:上海教育出版社,2009:178.

⑦ 刘金国,舒国滢. 法理学教科书[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:23-24.