

教育法之确定性探析

——以教育机构“不得以营利为目的”为例

蔡金花

(华南师范大学 教育科学学院, 广东 广州 510631)

摘要: 本文以教育机构“不得以营利为目的”为例, 借用韦伯等西方学者的观点, 指出了我国现行教育法实效不高和形式理性较低这两个问题。并据此推导出教育法的确定性程度较低, 而这又将影响到我国“依法治教”宣言的实现的结论。而解决的途径就在于, 对教育法的相关条款进行修改或废止, 以提高教育法的形式理性和实效, 从而提高其确定性, 保证我国“依法治教”的实现。

关键词: 教育法; 实效; 形式理性; 确定性

中图分类号: G40-011.8 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-4519(2005)01-0040-06

近年来, 关于民办教育能否营利的问题讨论得十分激烈。而在我国, 最早对这一问题的规定出自 1995 年 3 月《教育法》第二十五条第三款: “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”。1997 年 7 月 31 日, 国务院发布的《社会力量办学条例》第六条再一次重申: “社会力量举办教育机构, 不得以营利为目的”。这意味着所有的教育机构, 无论是公立的还是私立的, 也无论是实施义务教育的, 还是实施非义务教育的, 都不得以营利为目的。但是, 随着我国教育的进一步发展, 许多社会力量逐渐介入教育领域, 兴办学校及其他教育机构。于是, 新的办学形式出现了, 随之也就产生了民办教育机构能否营利的的新问题。由此上溯至相关的法律规定, 在教育理论和实践中, 就产生了对教育法中教育机构“不得以营利为目的”规定的不同解读。本文试图以此为例, 进而对我国教育法之确定性问题展开一些初步的讨论。

一、教育机构能否营利之论争

由于国家教育经费的紧缺, 我国的教育, 尤其是高等教育一直就处于卖方市场, 无法满足民众对教育的实际需求。尤其是 90 年代后期以来, 随着人们“教育是一种投资”观念的确立, 更多的人愿意为自己或自己的子女进行教育投资。同时, 家长和学习者对教育的需求也呈现多元的趋势, 更加倾向于根据自己的实际需要和满意度来选择教育和学校, 也更为重视教育的效率和效益。与此相应, 提供教育的机构和形式也逐渐多样化。国家包办教育的格局已经被打破, 营利性组织逐渐介入到办学之中来。自上个世纪 80 年代以来, 就有大批商人、公司、企业开始“投资”民办教育。不可否认, 民办教育发展的速度的确比较快, 也满足了部分民众对教育的迫切需求。但是, 就总体而言,

收稿日期: 2004-11-08

作者简介: 蔡金花, 湖南湘潭人, 华南师范大学教育经济与管理系 2002 级硕士研究生, 研究方向为教育管理学的教育法研究。

它的发展并不尽如人意。这表现在:一方面,民办教育的发展受到国家法律 and 政策的极大束缚,难以得到较大的发展。这主要是因为我国《教育法》规定,教育机构“不得以营利为目的”。而大部分民办教育的投资者介入教育的主要目的就像他们投资其他领域一样,都在于取得投资的收益。所以,投资者的目的就与教育法的规定存在着一定的冲突,从而束缚了他们进一步投资民办教育的积极性。有段时间,甚至出现了投资者纷纷抽调办学资金的现象。而另一方面,由于产权不清晰,又存在着民办教育投资者利用国家教育资源,借以牟取暴利的现象。

那么,究竟是贯彻落实教育法关于教育机构“不得以营利为目的”的规定,防止民办教育投资者营利的目的以及获取暴利的行为,还是保障他们获得合理的营利,以使他们保持投资教育的热情呢?对于这一问题,我国教育理论界一直以来就存在着争议。

有的学者坚持认为,所有的教育机构,无论是公立的还是私立的,也无论是实施义务教育的,还是非义务教育的,都必须是非营利性的公益性机构,不得以营利作为自己的目的。而大部分的学者,则对“不以营利为目的”进行了一定的字面解释,试图使民办教育投资者的营利合法化。例如,有人认为,举办者和办学者不能以营利为目的,但不意味着投资者不能营利。也有人认为,人的行为是多目标的,“不以营利为目的”并不意味着不可以“有营利的目的”。还有人则提议,使用“合理回报”来回避“营利”一词。更有人认为,应该将教育机构分为营利机构和非营利机构,只要求非营利机构不以营利为目的。

经过了几年的激烈论争之后,对于民办教育能否营利的问题逐渐有了定论。2002年12月,全国人大通过了《民办教育促进法》,其中第五十一条规定:“民办学校在扣除办学成本、预留发展基金以及按照国家有关规定提取其他的必需的费用后,出资人可以从办学结余中取得合理回报。”最近开始施行的《民办教育促进法实施条例》的第四十四条也规定:“出资人根据民办学校章程的规定要求取得合理回报的,可以在每个会计年度结束时,从民办学校的办学结余中按一定比例取得回报。”

那么,所谓的“合理回报”所指何意呢?对于这一概念的理解,必须首先要明确什么是“以营利为目的”。“划分是否以营利为目的的办学标准,主要不在于学校及其他教育机构是否有收入,也不在于高收费,而在于将办学和其他经营性活动获得的收入用于何处。凡是用于学校及其他教育机构的建设和发展,用于填补自身办学经费不足的,不属于以营利为目的。反之,将其收益归举办者所有,或在举办者中进行分配的,则属于以营利为目的。”^①因此,所谓“合理回报”,就是在举办学校过程中所取得的“营利”,也即现行的教育法中所不允许出现的情况,“任何组织和个人不得以其所获收益进行分配”^②。而且,与已经废止的《社会力量办学条例》不同,《民办教育促进法》中并没有提到教育机构“不得以营利为目的”这一宗旨。因此,可以说,民办教育促进法通过引入“合理回报”一词,实质上认可了民办教育机构可以有营利的目的。

二、现行教育法中存在的两个问题

《民办教育促进法》及其实施条例的颁布施行,虽然从法律上做出了对民办教育能否营利问题的回答,但是,从这一事例却反映出,我国现行教育法中存在着两个令人忧虑的问题。

1. 现行的教育法中,部分条款的实效并不高

从实践来看,尽管教育法规定,所有的教育机构都“不得以营利为目的”,但是,一直以来,商人、企业家、公司投资教育的热情似乎就有增无减。是什么在吸引他们呢?不言而喻,除了极少部分人

^{①②}国家教委师范教育司组编. 教育法导读[M]. 北京:北京师范大学出版社, 1996. 76, 76.

希望通过举办教育回报社会之外,其余的人基本上都是受利润所引导。正如马克斯·韦伯所说:“仅仅只为了合法地行动而放弃经济机会的倾向显然微乎其微—除非违背成文法受到某一有影响的惯例之强烈责难;而当某一法律创新所影响利益颇为广泛时,这种情形便不可能出现。此外,在经济领域内,掩饰违背法律的行为往往并不困难”^①。可见,教育法中“不得以营利为目的”的规定,在实践中的实效并不高。

从法律体系本身来看,《民办教育促进法》及其实施条例的颁布施行,从法律上认可了民办教育举办者及其办学者要求取得“合理回报”的目的,其实质也就是认可了他们要求营利的目的。这一经过理论界反复论证,广泛听取各界人士意见之后,才谨慎颁布并施行的后来法,对先前法的否定,正反映了我国现行教育法中,“不得以营利为目的”这一条款缺乏较高的实效。

以上两种状况的存在,原因就在于教育法的制定者混淆了法律的调整对象。法律是调整人们行为关系的行为规则体系,它所面对的是人们的行为,而不是人们内心的行为意识。“目的”作为人们的行为意识的表现形式之一,尽管与行为存在着密切的联系,但是,这种内在的主观的东西并非是法律所针对的对象。法律所针对的仅仅是人们所表现出的外部行为及其社会后果。正如马克思所言:“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是法律在处置我时所依据的惟一的東西。”^②这样,法律通过设定普遍性的、针对人的行为的规则,就能确定人们行为的方向、模式和主要界限,为社会民众提供一个基本的行为准则。因此,教育法“不得以营利为目的”条款,试图通过限定教育投资者和举办者介入教育领域的目的,从而维护教育公益性的做法,并没有为教育机构的投资者和举办者提供具体的、明确的行为准则,也没有为执法者提供具体的、可操作的评判标准。因此,教育法这一条款在现实中的实效必然是难以保障的。

2 现行的教育法缺乏较高的形式理性

马克斯·韦伯在研究近代资本主义之所以能够在西方而不是在东方等其他社会类型中崛起的过程中,发现了形式化、理性化的法律(合称为“形式理性的法律”)与资本主义发展的重要联系。所谓形式理性的法律,是以古罗马法为基础,经由欧洲概念法学的研究推动,伴随资本主义的兴起而发展起来的法律类型,也就是实行“法治”的现代资本主义社会的法律表现形式。韦伯认为,形式化的特征首先是指,按照抽象的一般性法律规则处理具体问题,而不是具体情况具体处理;其次是指法律规则的适用不受道德、宗教、政治以及权力者个人意志等实体性要素的影响,具有独立性和自我完善性。而理性化的特征则是指法律规则应该具有系统性,并且法律的制定和适用都通过逻辑分析进行^③。他曾经将“法律秩序”定义为这样一种系统:“把所有(法律)陈述都看成是可以组合在一系统中的,这个系统在逻辑上是圆融贯通,不存在内在矛盾的。”^④由此可见,法律应该首先具有内在正确性,也就是说,它应该条理井然、包罗万象、结构严谨、内容精密、清晰明确,而且没有内在矛盾,由具有高度抽象性、概括性、普遍性的规则组成。这也正是近代资本主义实行“法治”过程中所实践着,并且努力追求的目标。具体而言,具有形式理性的法律至少应该做到以下两个方面:

首先,从逻辑上来看,法律体系作为一个“不同级的诸规范的等级体系”^⑤,其法律效力较低的低级规范,不得与效力较高的高级规范相冲突。“只要一个法律规范决定着创造另一个规范的方式,而且在某种范围内,还决定着后者的内容”^⑥,那么,“调整另一个规范的创造的那个规范和另一

①④马克斯·韦伯. 经济、诸社会领域及权力[M]. 李强译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1998. 37-38, 2.

②马克思. 评论普鲁士最近的书报检查令. 马克思恩格斯全集(第1卷)[M]. 北京:人民出版社,1995. 121.

③黄金荣. 法的形式理性论—以法之确定性问题为中心[J]. 比较法研究, 2000(3): 289-310.

⑤⑥[奥]凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵译. 北京:中国大百科全书出版社,1996. 141, 141.

个规范之间的关系,用空间比喻语来说,可以表现为高级和低级的一种关系,决定另一个规范的创造的那个规范是高级规范,根据这种调整而被创造出来的规范是低级规范”^①。不同等级的法律规范具有不同的法律效力,高级规范的法律效力高于低级规范的法律效力。弗里德曼也认为:“规则可以像金字塔那样按低级到高级排列。当规则发生冲突时,高级规则控制低级规则。在宪法制度中,宪法规则的效力高于一般法规。而法规比市令或行政条例的权力大。通常,效力更大并不是指规则在道德方面更完美,只是表明其制定者在政府金字塔中处于更高的地位。”^②因此,具体到立法实践中,依据某一法律规范制定其下一级法律规范时,下一级法律规范不得与其上一级法律规范相冲突。

其次,从内容来看,法律应该由具有高度抽象性、概括性、普遍性的规则组成,“应该调整最根本的问题”^③并且,应该由严谨、规范、简洁、通俗、明确的语言文字所体现出来。

那么,我国教育法律体系的形式理性又如何呢?

从教育法律规范等级的角度来看,我国现行的由全国人大常委会通过的教育单行法律《民办教育促进法》与由全国人大全体会议通过的《教育法》存在着一定的冲突。这主要表现在,《教育法》明确规定了教育的公益性质,规定教育机构“不得以营利为目的”,而《民办教育促进法实施条例》则认可了“出资人根据民办学校章程的规定要求取得合理回报的,可以在每个会计年度结束时,从民办学校的办学结余中按一定比例取得回报”。由此可见,教育法律规范在内部结构上存在着一定的矛盾,下一级法律规范与上一级法律规范相冲突。因此,这两部效力不同的教育法律,在同时发挥调整教育关系的社会功能时,便会在实践操作中引起冲突。

从内容来看,我国现行《教育法》共包括了十章八十四条。其中,不仅包括高度抽象的一般原则,如第八条规定:教育活动必须符合国家和社会公共利益;也包括比较具体的规定,如说第五十七条规定:省、自治区、直辖市人民政府根据国务院的有关规定,可以决定开征用于教育的地方附加费,专款专用。作为我国教育法律体系中的“母法”,教育法并不具有高度的抽象性和概括性。有的学者提出,我国现行的教育法“在实际上仍然起不到作为全部教育法律、法规主干的应有作用”^④。在立法语言文字上,同样存在不少的问题,像“不得以营利为目的”就引起了前文所提到的各种不同的理解。

综上所述,我国现行的《教育法》并非真正意义上的、具有形式理性的法律。

三、我国现行的教育法的确定性程度较低

法律的确定性是指法律的可预测性、可计算性,其程度高低与法律的实效和形式理性密切相关。

19世纪以来,利益法学、自由法学、现实主义法学和批判法学提出了对法的形式理性的怀疑,提出了法律并不具有确定性,法治不能真正实现的观点。而此观点的提出,其依据之一就是,法律在适用和被服从过程中,受到政策、道德、原则甚至个人意志等价值因素的影响,其实效并不高。与此对应,哈特则通过人们对规则的内在态度和语言的“意思中心”的客观存在之事实证明了,法律在很

① [奥]凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社,1996.141.

② [美]劳伦斯.M.弗里德曼.法律制度—从社会科学角度观察[M].李琼英,林欣译.北京:中国政法大学出版社,1994.46

③ [俄]B.B.巴扎列夫主编.法与国家的一般理论[M].王哲等译.北京:法律出版社,1999.137.

④ 袁兆春.关于现行教育法体系的完善[J].河北法学,2003(1):59-62.

大程度是有实效的,是能够并且在事实上约束人们的行为,从而显示出确定性和客观性^①。怀疑论者们的依据和哈特的理论,就从一反一正两个方面证实了,越具有较高实效的法律规范,其确定性程度越高,反之,其确定性程度越低。

另一方面,以韦伯、凯尔森为代表的,坚持法的形式理性的法学家们认为,法律规则系统化、科学化以及法律制度和适用过程形式化将使法律自然而然地获得一致性、客观性等优良特性,也就意味着法律的确定性的实现。因此,法的形式理性与法的确定性具有正的相关性,越是具有形式理性的法律,也就越具有确定性^②。因此,我国现行的教育法,其缺乏较高的实效和形式理性的特点,必然导致其在实践操作中的不确定,进而将影响到我国当下所追求的“依法治教”目标的实现。

何谓“法治”?一直以来,国内外对“法治”含义的理解存在着较大的歧义。其中最一般的理解是,法治便是一切均由法律管治,法律高于一切,具有最高的权威。例如,有人就指出:“现代法治国家,也就是奉行‘法律至上’的国家”^③。“法治的精髓就在于合法颁布的具有普遍性的法律应当被全社会奉为至上的行为规则,即便这个法律存在实质不合理也应该无例外地被尊重。如果不强调依照既定的法律规则办事,而是随意改变既定的法律规则,那么法律就丧失了稳定性,法律就没有了权威,法治也就沦为人治了。”^④“事实上真正的法治首先不考虑官吏的品德优劣问题,而是考虑规则的一般性和严格性;真正的法治并不只是重视明确的一般实体规则,还重视正当的程序,真正的法治是在优先考虑形式正义的前提下考虑实质正义问题。”^⑤因此,各国当前所追求的法治其实就是法律规则的统治,即具有形式理性的法律的统治。形式化法律具有极大的确定性,能够有效限制权力的任意性,从而最大限度地防止人治状况的出现。因此,可以说,法律的确定性直接关系到法治是否可能实现。推至我国的实际情况,要实现“依法治教”的理想,就必须以确定性较高的教育法律规范的存在作为前提。而教育法作为我国教育法律体系的母法,更应该具备较高的确定性。

四、现代教育立法应保证教育法的确定性

按照主张法治的法学家的观点,法律应该具有较高的确定性。而我国现有教育法之所以不确定,以教育机构“不得以营利为目的”这一规定为例,主要是由于其自身的实效不高和形式理性较低所致。因此,提高教育法的确定性程度,实现我国“依法治教”的理想,就必须着眼于提高我国教育法的形式理性和实效。

而要提高教育法的形式理性,就必须提高教育法中规则的抽象性和概括性。因此,作为根本法的教育法,只要对教育领域中现存的问题以及将来可能存在的问题,提出一般的原则和要求。对于具体的问题,例如对不同教育机构的具体规定,则应该在较低层次的教育法律规范,甚至是在操作性较强的教育行政法规和政策中体现出来。这样,才能在保持教育法相对稳定的前提下,解决教育领域内不断出现的问题。比较而言,美国、日本等国家的教育法,只对教育应该遵从的基本原则进行说明,而没有涉及到具体问题。因此,其稳定性较好,也给其他教育法律法规的制定留下了较大的自由空间,能够相对及时地解决教育领域中出现的各种新问题。

至于要提高教育法的实效,就必须慎重地审视我国教育领域中已经出现的问题,并正确预见我国教育以及世界教育的发展趋势。由于对客观世界认识的局限性,以及其他方面的原因,我国教育

①黄金荣. 法的形式理性论 - 以法之确定性问题为中心 [J]. 比较法研究, 2000 (3): 289-310

②黄金荣. 法的形式理性论 - 以法之确定性问题为中心 [J]. 比较法研究, 2000 (3): 289-310

③郭道晖. “法律至上”辩与辩 - 兼评“跟人跟法”的“批示至上” [J]. 政治与法律, 1998 (6): 30-34.

④④孙笑侠. 法治、合理性及其代价 [J]. 法制与社会发展, 1997 (1): 1-8 1-8

法中部分法定权力和义务的设定,在某种程度上显然违背了市场规律和市场需要,不利于教育资源的合理开发与利用,应当及早修改或者废止。但是,我国的实际做法却是,为了维护教育法作为“母法”的相对稳定性,教育立法者不是对其中已经不适应新规定的相关规定进行修改,而是试图制定出新的、效力较低的法律规范,来解决新出现的问题。《民办教育促进法》及其实施条例的颁布施行,就是此类典型的例子。实际上,《民办教育促进法》的制定,并不能真正维护教育机构“不得以营利为目的”这一规定的确定性,反而造成由此而产生的对教育法的质疑却更加强烈。

纵观西方发达国家的教育状况可知,营利性组织介入到办学之中是必然的,也是有益于教育事业的发展的。首先,可以调动社会力量的办学积极性,吸引大量的社会资金进入教育领域,从而进一步缓解我国教育经费不足的现实;其次,将教育的社会效益与经济效益相结合,有利于教育事业经济效益的优化和教育事业社会效益的最大化实现;第三,有效地将竞争机制带入教育领域,可以促使公办教育更加注重效率和教学质量的提高,从而促进我国整个教育体制的改革。但是,如果没有相关法律文件对营利性组织投资民办教育的行为进行规范和监督,资本要求取得最大限度利润的本质将可能导致教育公益性的丧失,以及其他社会问题。可以说,当前,《民办教育促进法》及其实施条例的颁布实施,正是顺应了这一新的情况,也势必将为民办教育的健康发展创造一个更为规范的法律制度环境。

因此,目前我国教育法学理论界和立法者所要做的,其重点并非是去回应民众对于《民办教育促进法》及其实施条例不符合教育法的相关规定的质疑,而应该放在如何对教育法的相关条款进行修改或废止上。正如马克斯·韦伯所认为的那样,现有的法律规范并不是一成不变的,它们既然是由专家们以理性思维刻意创建的,便可以根据客观需要而进行修订和完善。只有这样,才能在提高教育法的形式理性和实效的基础上,提高其确定性,保证我国“依法治教”的实现。

An Analysis on the Determination of Education Law

—A Case Study on the Clause of Educational Institution Operating
“Not for Profit Seeking”

CAI Jin-hua

(Faculty of Educational Sciences, South China Normal University, Guangzhou 510631, China)

Abstract Taking example for the clause of educational institution operating “not for profit seeking”, this study points out the deficiencies of effectiveness and formal reason of the current education law based on Weber's and other western scholars' viewpoints. These deficiencies reflect the low degree of determination which will impede the implementation of the declaration of “governing education by law”. Amending or abolishing relevant clauses is an effective solution which will improve effectiveness and formal reason of education law. Thus, the high degree of determination of education law and the declaration of “governing education by law” will become a reality.

Key words education law; effectiveness; formal reason; determination