

中外合作办学中 面临的法律问题及解决途径*

易凌

[摘要] 中外合作办学是我国改革开放和高等教育体制改革的产物,是建立在国家法律授权基础之上的一项涉外教育服务贸易活动。随着我国教育国际化进程的不断加快和中外合作办学的深入发展,合作办学中的教育主权、利益回报、适用法律、中外法律渊源和法系的差异冲突、教学语言使用、资产界定、优惠政策法律界定等问题日渐凸显。应采取以下解决途径:切实维护教育主权,加强和完善中外合作教育法制建设;在立法上对教育公益性及教育投资回报给予明确具体的界定;适用最密切联系原则来解决中外合作办学中的法律冲突;从法律上明确区分基本教学用语同外语教学的区别;依法规范合作办学条件的资产。

[关键词] 中外合作办学;法律;教育服务贸易;教育主权

[作者简介] 易凌,浙江大学光华法学院博士后研究人员,浙江万里学院法经济学研究中心主任、教授、博士 (杭州 310008)

一、中外合作办学的法律基础

中外合作办学是指外国教育机构同中国教育机构在中国境内合作举办以中国公民为主要招生对象的教育机构的活动。中外合作办学是我国改革开放和高等教育体制改革的产物,作为一项涉外教育服务贸易活动,是建立在国家法律授权的基础之上,其法律依据主要来源于以下方面。

一是宪法。1982年颁布2004年修正的《中华人民共和国宪法》第19条规定,“国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量依照法律规定举办各种教育事业”。从办学主体上打

破了政府单一的办学体制,允许各种社会力量参与办教育,从法律上为中外合作办学奠定了基础。

二是对外贸易法。2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》第四章,对规范国际服务贸易活动作了相应的规定,同时,对可能影响到国家主权和国家整体发展的国际服务贸易组织的设立作了某些限制。我国对外贸易法的规定,对完善中外合作办学机构的管理提供了指导依据。

三是教育法。1995年颁布的《中华人民共和国教育法》除了重申宪法规定的办学主体原则外,第67条还明确规定,“国家鼓励开展教育对外交流与合作。教育对外交流与合作坚持独立自主、平等互利、相互尊重的原则,不得违反中国法律,

* 本文系2008年度国家社会科学基金项目“区域地方法规冲突与协调研究”(项目批准号:08BFX002)的阶段性研究成果。宁波诺丁汉大学理事长徐亚芬女士和宁波诺丁汉大学喻立森教授对本文提出了宝贵意见,浙江万里学院的沈雯在资料的收集方面做了许多工作,特此深表谢意。

不得损害国家主权、安全和社会公共利益”；第83条“境外的组织和个人在中国境内办学和合作办学的办法，由国务院规定”。1996年颁布的《中华人民共和国职业教育法》第21条规定，“境外的组织和个人在中国境内举办职业学校、职业培训机构的办法，由国务院规定”。1999年施行的《中华人民共和国高等教育法》第12条规定，“国家鼓励和支持高等教育事业的国际交流与合作”；第36条规定，“高等学校按照国家有关规定，自主开展与境外高等学校之间的科学技术文化交流与合作”。2003年施行的《中华人民共和国民办教育促进法》第67条规定，“境外的组织和个人在中国境内合作办学的办法，由国务院规定”。这些教育法律将中外合作办学的具体立法权授权给国务院行使。

四是中外合作办学的相关规定。上海市首先于1993年颁布了《上海市境外机构和个人在沪合作办学管理办法》。国家教委在总结各地办学经验的基础上于1995年颁布了《中外合作办学暂行规定》，以规范中外合作办学活动的开展。2001年12月11日，我国正式成为世界贸易组织(WTO)成员，我国对教育服务贸易的承诺也同时生效。2003年3月1日颁布的《中外合作办学条例》及2004年6月2日颁布的《中外合作办学条例实施办法》针对我国加入WTO的新情况，进一步调整了中外合作办学的相关规定，对中外合作办学机构的设立、组织与管理、教育教学、资产与财务、变更与终止、法律责任等问题作了具体规定。

上述法律及其中外合作办学规定为我国教育开辟了一条与国际教育接轨的新途径，奠定了中外合作办学的法律基础。

二、中外合作办学中面临的法律问题

(一) 中外合作办学中的教育主权问题

主权是一个国家处理其国内事务和国际事务而不受他国干涉和限制的最高权力。其重要性表现在主权与国家的不可分割性和主权的不可侵犯性。在国家的各项主权中，教育主权是国家主权不可分割的重要组成部分，是一国自主地处理本国教育事务及独立处理与别国进行教育合作的权力，是国家主权在教育领域的具体体现，是包容于

国家主权之内的涉及如教育事项的立法、行政、司法的最高权力等有关教育问题的最终决定权。^[1]加入世贸组织对我国的政治、经济、文化和教育等领域都产生了深远的影响，为我国增强综合国力，全面建设小康社会提供了发展的契机，但是，这把“双刃剑”也必然会带来国际教育市场对我国教育的冲击。

就教育来说，加入世贸组织给我国教育带来了发展的机遇，它可以进一步促进我国教育的对外开放，更好地学习外国经验，有利于吸引海外资金和优质的教育资源，补充我国教育资源的不足，促进教育事业的发展。在机遇的背后，是加入世贸组织给我国教育带来的挑战。入世后，我们接受共同的规则，在教育领域作出了一定限度的承诺和让步，这也就意味着在一定程度上要放弃本国对境外教育干预、监督的某些权力。在作出承诺后，我国在对教育主权的控制方面发生了变化，如何有效维护国家的教育主权，是目前摆在我们面前亟待解决的难题。

(二) WTO背景下中外合作办学者的利益回报问题

WTO背景下合作办学者的利益回报是一个不容回避和忽视的问题。WTO将教育作为一种服务贸易来运作，承认教育的产业性。这就意味着教育服务提供者在开展教育服务时取得一定的利益回报的合理性。入世后，随着国内教育市场的进一步开放，众多的境外教育机构涌入中国，其所应获取的利益回报便成了不容回避的问题。我国《中外合作办学条例》第3条明确规定：“中外合作办学属于公益性事业”。那么，公益性事业是否应当获取经济回报就成了一个明显的棘手问题。这一问题的出现，是教育承诺以及WTO运行规则同我国现行教育法律制度之间产生的矛盾冲突，即教育“不以营利为目的”的原则同经济利益回报之间的冲突。这一冲突若得不到妥善而合理的解决，势必影响我国教育体制的改革进程和融入全球化发展的步伐。

(三) 中外合作办学中的中外法律冲突问题

中外合作办学中之所以会出现法律上的冲突，最重要的原因之一就是中国与外国的法律在历史渊源、法律体系等方面均存在不同程度的差异性，致使法律适用与解决冲突的办法均有一定

程度上的不同。

法律是一种社会行为规范,是社会的上层建筑,扎根于社会的物质基础。英国和美国的法律体系属于英美法系,也叫判例法体系。由于中国属于大陆法系国家,在法律文化、法律渊源、法律习惯上都与英美法系大相径庭。这种差异,是中外合作办学中产生法律冲突的根本原因。例如,在中英或中美合作办学的大学的大学中,如果学生在既违反了校纪校规又违反了法律法规时,首先要解决的便是适用法律的问题,由于英美法律与中国法律对于同类案件的规定不尽相同,处理结果也不一致,选择哪一国法律作为判案依据显然是极为重要的。假如一所中外合作大学在合作办学协议中明确规定该中外合作大学适用外国大学的校纪校规,在解决纠纷上适用外国的法律制度,这将可能导致违背国际法惯例中的属地原则,因其办学行为发生在中国境内,根据属地原则应适用行为地法律,即适用中国法律;又因该校学生中多数人属中国国籍,这一协议又可能会违反国际惯例中的属人原则。这样一来,两国这种法系和管辖的不同,因差异产生了许多冲突,也为中外合作办学带来了诸多困惑。

(四)中外合作办学机构中基本教学语言的使用问题

为了顺应国际化趋势的需要,双语教学越来越多地被安排到教学计划中。在中外合作办学机构中,由外籍教师使用国外教材进行外语教学成为了合作办学中的一大优势和亮点,随之而来的基本教学语言的使用问题也成为摆在我们面前的又一难题。我国《中外合作办学条例》第31条规定:“中外合作办学机构根据需要,可以使用外国语言文字教学,但应当以普通话和规范汉字为基本教学语言文字。”学校基本教学语言的使用是关系到国家主权的一个根本性问题。语言文字是一个民族文化的重要组成部分,民族文化的传承首先依赖于本民族语言文字的继承和发扬,作为传授人类知识和文明的重要场所,学校理所当然地应当把本民族语言文字的教育摆在特别突出的位置,这是世界任何国家和民族都十分关注的问题。^[2]然而,何谓基本的教育教学用语?它与使用外语教学之间的关系如何?我国法律并未给出明确的界定。因此,此类法律问题依然是模糊的。

(五)合作办学条件中的资产界定问题

中外合作者应当依照有关法律、行政法规的规定和合作办学的约定,向合作办学机构投入资金或者提供合作条件。我国《中外合作办学条例》第10条中规定:“中外合作办学者可以用资金、实物、土地使用权、知识产权以及其他财产作为办学投入。”但是,这样的规定一旦具体涉及资产中中方国有资产的评估问题,外方实际出资比例问题,以及无形资产所占比例等问题时,均没有详尽且具体的规定。

(六)中外合作办学中相关优惠政策法律界定问题

一系列相关优惠政策的出台,不仅是推动中外合作办学事业发展的有效措施,更体现出我国积极倡导和推进中外合作办学的良好发展环境。然而,当前各省市有关中外合作办学项目的优惠政策大多还是停留在政府部门的规章和文件中,在国家层面的相关立法中却涉及较少或不够详细,如《中外合作办学条例》第4条第2款中虽然规定了中外合作办学机构依法享受国家规定的优惠政策,但具体的政策并未列举,在《中华人民共和国教育法》和《中华人民共和国高等教育法》中也无具体规定。既然国家鼓励引进优质教育资源来促进我国教育事业的发展,就应当明确相应的优惠政策,如税收优惠政策、信贷优惠政策、土地优惠政策、投资者合理回报优惠政策等,以此来吸引外国优质教育资源进入中国。^[3]

三、中外合作办学法律难题的应对策略

随着我国教育国际化进程的不断加快,中外合作办学的深入发展,这一领域一系列尚未解决的难题也随之凸现出来。如何从立法上有效规范和完善相关法律,不仅关系到中外合作办学的健康发展,更关系到我国教育事业改革和发展的成败问题。

(一)切实维护教育主权,加强和完善中外合作教育法制建设

教育主权的维护,是中外合作办学过程中最为根本的文化观念冲突在现实中的具体体现,它直接体现了一个国家合作办学的立场和态度。在日益发展和加强联系的国际教育市场背景下,我

们应以教育法制化为契机,全面推进我国依法治教的进程,创造良好的教育市场和教育法制环境。因此,根据世贸组织的有关规定,建议尽快对我国有关教育服务贸易的法律条文进行修改完善。我们在教育方面作出了承诺,但我们不能仅仅充当承诺的履行者,而要当好权力的行使者,在我们自己的领土上充分行使有关教育活动的立法权、投资权、举办权和管辖权。我们在现阶段对世贸组织中作出的承诺,要以战略的眼光,科学地预测未来发展的可能情况,对我国现有的中外合作教育法律法规与世贸原则进行相关的对比和价值评价,对于那些不相适宜的、有冲突的法律要果断地进行修改,并制定出一些有利于中国教育未来良性发展的法律,从而进一步完善我国中外合作教育法制建设,建立起一套既为世界所认可、又能抵御外来文化对本土教育产生不良影响的中外合作教育法制体系。

(二)在立法上对教育公益性及教育投资回报给予明确具体的界定

教育“不以营利为目的”的原则同WTO经济利益回报之间的冲突,是我国教育市场融入国际领域后不可规避的矛盾,如何妥善解决这一矛盾?笔者认为,应对教育的公益性和“不得以营利为目的”原则作出正确的解释与界定。对教育的公益性需要辩证地认识,发展地看待。教育的公益性与产业性并非水火难容,对教育投资者给予适当的经济回报与教育公益性之间并非不可调和。营利性 with 合理回报是不同的。只要将这种回报限定在一定范围内,这种回报就具有一定的合理性和合法性。从中外合作办学发展实践来看,允许学校举办者从办学盈余中取得一定的利益回报,有利于调动办学积极性,对于吸引优质教育资源和促进教育发展是有利的。至于回报限度,应以不牟取暴利,不改变教育的公益性的基本性质为宜。建议通过立法形式确认以上内容,不仅可以兼顾到目前我国教育发展的实际,而且也可以避免世贸组织原则与我国现行教育法律制度的矛盾与冲突。事实上,在我国入世谈判的最后阶段,中方争取到对中外合作办学机构实行政府定价,也具有使教育服务投资者既能获得一定的回报,又使这种回报控制在一定的合理限度内的用意。因此,应当在中外合作办学立法上对教育公

益性以及教育投资回报分别给予明确的具体规定,使得教育领域内的回报问题有法可依。

(三)适用最密切联系原则来解决中外合作办学中的法律冲突

最密切联系原则,也叫最真实联系原则、最强联系原则、重力中心原则,是指法院在审理某一涉外民商事案件时,权衡各种与该案当事人具有联系的因素,从中找出与该案具有最密切联系的因素,根据该因素的指引,选择适用解决该案件与当事人有最密切联系国家或地区法律的原则。被选择适用的国家或地区的具体法律(即特定的实体法)叫准据法,这些因素通常包括当事人的出生地、惯常居所地、住所地、行使政治权利或从事业务活动的场所以及个人的意愿等。例如,对于“合同方式适用合同缔结地法”这一冲突规范,如果合同的缔结地是英国,准据法即为英国的实体法;如果合同缔结地为中国,准据法即为中国的实体法。

最密切联系原则的学说形成后,对国际私法的立法产生了重要影响。被各国立法和司法实践广泛接受,并不断加以完善。它是一种冲突法原则,根据该原则,合同或侵权应适用的“恰当法律”是指与某一特定案件的行为及后果具有最密切联系的法律。该联系是结合不同管辖范围的有关法律,根据“连接因素”或“连接点”来评估的。例如,在合同争议中,英国和英联邦国家现在通常所使用的相应术语是“closest and most real connection”。而术语“most significant relationship”具有相同含义。我国法院在确定最密切联系地法律时,要求综合考虑当事人国籍、营业地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等与交易有关的全部事实。如果当事人选择的国家存在多个法域,人民法院则应当适用当事人明确选定的法律;当事人没有选定的,则适用与争议有最密切联系的法域的法律。在国际私法的历史上,最密切联系原则的适用突破了传统冲突规范的形式主义倾向,改变了一味追求法律适用的稳定性和判决的一致性的旧有观念,将维护和实现实质正义放在了法律适用的首要位置,从而有助于实现建立合理、公正、有序的国际民商事秩序的终极目标。

我国现行的国际私法规范散见在《合同法》、《民法通则》、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》以

及《海商法》、《民用航空法》等部门法中。在这些立法中,最密切联系原则主要适用于涉外合同领域、多法域国家准据法的选择以及涉外扶养、国籍、住所、营业所的积极冲突等领域。笔者认为,最密切联系原则的适用领域仍可以扩大,如在我国的合作办学相关领域内,凡涉及合作办学院校及师生具体权利义务的法律冲突时,该冲突与哪一国关系最为密切相关,即可适用该原则来选择准据法进行协调和解决。

(四)从法律上明确区分基本教学用语同外语教学的区别

语言文字作为国家文化的组成部分,是关系到国家主权的根本性问题。因此,各国都通过立法的形式对基本教学用语进行规定,而我国在这一问题上却并未给出明确的区分和界定。笔者认为,基本教学语言强调的是使用性,即强调使用母语作为教学沟通的主要语言;而利用外语进行教学强调的则是学习性,是为了更好地学习和掌握外语而在某些学科中使用外语教学,以帮助学生掌握一些外语教学中不常接触的术语和语感。因此,即使在一些学科中使用外语进行教学,也不违背有关“基本教学语言”的法律规定。相反,在我国进一步对外开放的背景下,为了培养适应经济全球化需求的人才,应鼓励有条件的学校特别是中外合作办学机构探索外语教学。但是,开展外语教学应注意两个问题。第一,外语教学不能妨碍母语学习。在受教育者的母语尚未掌握熟练的情况下,过早地开展外语教学,可能对母语的学习产生不良影响。因此,在语文、政治、历史等侧重本国语言文化的课程中,应当使用母语教学,从而更好地理解本国的文化传统和特色。第二,外语教学不能妨碍汉语作为基本教学语言。如果中外合作办学机构中的课程设置多数采用外籍教师进行课堂教学,这势必与将汉语作为基本教学语言的法律规定相违背。因此,在立法中应当明确外籍教师在中外合作办学机构中所占的比例,以切实维护汉语在教学中的基本地位。

(五)依法规范合作办学条件的资产

中外合作办学者应当依照有关法律、行政法规的规定和合作办学的约定,向合作办学机构投入资金或者提供合作条件。依据相关法律规定,合作各方向办学机构的出资和提供的合作条件既

可以是货币,也可以是实物、土地使用权、知识产权和其他财产权。在合作方式上,合作办学立法应当明确三个问题。第一,中方国有资产的评估问题。中方合作者提供的条件如果是属于国有资产,应当依照有关法律法规的规定进行资产评估,以防止国有资产的流失。第二,外方实际出资比例问题。我国入世承诺教育服务开放的一个重要因素是为了引进境外优质教育资源,包括教育资金的引进,立法中应对外方投入资金的最低比例有所规定。同时,也应对注册资金即认缴资金占投入总和的比例有一定的规定。第三,无形资产所占比例问题。教育中的无形资产,如学校名称与标志以及其他知识产权,也是教育资源的一种重要形式,它也应成为合作办学的重要条件,并在出资额中占有一定的份额。但是,中外合作办学中无形资产所占出资额的比例是否需要限定我国法律并未作出明确的规定。根据教育的实际,立法应当对无形资产在出资额中的比例有所限定,并对教育中的无形资产类型作出明确界定。笔者认为,教育无形资产在出资额中的比例不宜过高,以实物和无形资产作价出资的,其作价可以由合作双方按照公平合理的原则协商确定,或者聘请双方认可的第三方来评定。

(六)完善与合作办学相关的立法,明确中外合作办学优惠政策

在教育事业日益趋于商业化的今天,任何国家都无法回避市场经济对教育事业产生巨大影响这一事实。国外教育资本的输入必定是伴随着一定的利益追逐,因此,没有一个良好的法制环境和广阔的盈利空间,优质资源的引进也将是无源之水、无本之木。

尽管我国各省市对发展中外合作办学事业都给出了相关优惠政策,然而在当前的立法中却少有涉及。即使在联系最密切的《中外合作办学条例》中,对相关优惠政策的规定也是叙述简单而模糊。当中外合作办学面临一系列现实问题时,与合作办学相关的立法却并无相应的完善和改进,这无疑同当前中外合作办学快速发展的形势极不相称。因此,完善各方面法规中对中外合作办学的优惠规定显得尤为重要,只有将政府的行政命令上升到国家法律的层面,才是保障中外合作办学健康发展的根本途径。

首先,应当在《中外合作办学条例》中对相关优惠政策加以进一步的明确和规范,对于中外合作办学中涉及的程序和实体等一系列问题给予更为具体的法律规定。其次,在较为重要的土地和税收等问题上,应当在相应的《土地管理法》和《税收征收管理法》中加以规定和完善。如中外合作办学用地是否按照教育用地进行划拨,各省市在制定地方土地政策时并无统一规定,国家应当在总体性政策规定上给出中外合作办学用地的使用原则,使得各地方政府在制定相关土地优惠政策时得以统一。在税收问题上,有关民办教育机构开展中外合作办学的优惠政策也未作出具体规定,应当从立法上加以明确。再次,我国目前尚未

有关于教育性信贷政策的规定出台,建议国家尽早制定相关法律政策,促进金融机构向中外合作办学机构提供优惠性信贷,以促进中外合作办学事业在我国的健康发展。

参考文献:

- [1] 马焕灵, 荣雷. 论教育主权[J]. 教育理论与实践, 2006, (6).
- [2] 徐广宇. 论WTO背景下中外合作举办基础教育的若干法律问题——兼谈对《中外合作办学条例》(草案)的几点修改意见[J]. 上海教育科研, 2002, (9).
- [3] 姜彦君. 关于中外合作办学法制化的思考[J]. 湖南公安高等专科学校学报, 2004, (2).

Problems with the Sino-foreign Cooperation in School-running and Its Solution

Yi Ling

Abstract: Sino-foreign cooperation in school-running is the outcome of our reform and opening-up and the reform of higher educational system, which is an educational service trading activity concerning foreign affairs based on the state law authorization. With the constant acceleration of our educational internationalization course, and the deep development of Sino-foreign cooperation in school-running, problems with the educational sovereign rights, retribution, applicable law, Chinese and foreign legal origin and the difference and conflict of the legal systems, the usage of teaching language, the property definition, and the legal definition of preferential policy etc., have been foregrounding. We should take the measures to practically safeguard educational sovereign rights, strengthen and perfect the legal construction of Sino-foreign cooperation in school-running; to give clear and definite and concrete definition to the educational public benefit and educational investment returns in legislation; to solve the legal conflicts by applying to the most significant connection theory; to clarify the difference between the basic teaching language and the foreign language teaching legally; and to standardize the capital of Sino-foreign cooperation in school-running according to the law, etc.

Key words: Sino-foreign cooperation in school-running, law, educational service trading, educational sovereign rights

Author: Yi Ling, postdoctoral research member of Guanghua School of Law, Zhejiang University, Director, professor and Ph.D. of Center for Law and Economics Research, Zhejiang Wanli University (Hangzhou 310008)

[责任编辑:张 平]