

论非营利性民办学校财团法人制度的构建

张文国

(华东师范大学公共管理学院,上海 200062)

摘要:非营利性民办学校的判断标准应遵循“财产不得分配原则”。非营利性民办学校与大陆法系的财团法人在法人目标、财产性质和治理结构等方面具有一致性,在分类管理改革中,应以财团法人模式构建我国的非营利性民办学校法人制度。在财团法人模式下,出资人对民办学校不享有任何财产权利,在治理结构中,出资人只是民办学校的“外部监督人”。

关键词:民办高等教育;民办学校;非营利性;财团法人;出资人

DOI:10.3969/j.issn.1671-2714.2014.00.017

《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》指出,要积极探索营利性和非营利性民办学校分类管理,规范民办学校法人登记。据此,我国民办学校改革和发展的趋势分成营利性和非营利性两种类型,并分别适用不同的法人制度,分类登记,分类管理。笔者认为,对于非营利性民办学校,其法人制度的构建可以借鉴大陆法系的财团法人制度。本文拟以此为题展开讨论,意在抛砖引玉,将这一问题的研究引向深入。

一、非营利性民办学校的判断标准

民办学校分类管理是我国民办教育的政策取向,但是在如何界定非营利性民办学校理论上尚未达成共识。非营利性民办学校是非营利组织(non-profit organization)的一种特殊类型。以下拟结合非营利组织理论,探讨非营利性民办学校的内涵。

(一)非营利组织的判断标准

从词语构成看,“非营利组织”一词只表达了该类组织“不是什么”,而没有明确它究竟“是什么”。目前,国内外理论界对于非营利组织“是什么”并无

统一认识。为区分营利组织和非营利组织,理论界有一个通行的判断标准,即“是否进行财产分配”。根据这一标准,不向组织的财产提供者分配财产的就是非营利组织,反之就是营利组织。“财产不得分配原则”作为非营利组织的判断标准,不仅被理论界普遍接受,也被许多国家的立法加以采纳。例如美国《非营利法人示范法》(1987年)第13.01条规定,非营利法人在存续期间,不得进行任何分配。南非《非营利组织法》第1条规定,非营利组织“其收入和财产不得分配给成员或者其负责人员”。吉尔吉斯斯坦《非商业组织法》规定,非商业组织“获得利润不是其主要目的,所获得的利润不对成员、发起人或者管理人员分配”。对于非营利组织财产增值的处理,各国立法均要求,不论是从事非营利事业所获财产盈余还是从事营利活动所获利润,均必须用于该组织既定的目的事业,而不能用于分配,否则,应按照营利组织登记管理。

在我国,民办非企业单位被认为属非营利组织。该类组织是依据国务院1998年颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》在民政部门登记成立。在可否从事营利活动方面,该条例持严格禁止态度,而

在财产可否分配方面则无明确规定。国家财政部2004年颁布的《民间非营利组织会计制度》第二条规定,本制度适用于民办非企业单位等组织;适用本制度的民间非营利组织应同时具备如下特征:(一)该组织不以营利为宗旨和目的;(二)资源提供者向该组织投入资源不得取得经济回报;(三)资源提供者不享有该组织的所有权。由此可见,该会计制度采纳了“财产不得分配原则”作为非营利组织的判断标准。

(二)非营利性民办学校的界定

目前,我国民办学校均依据《民办非企业单位登记管理暂行条例》在民政部门进行登记,领取“民办非企业单位(法人)”登记证书,似乎都属于非营利组织。但根据“财产不得分配原则”,这一结论又存在问题。《民办教育促进法》(以下简称《民促法》)将民办学校分为出资人要求合理回报和不要求合理回报两类。但是,出资人要求合理回报的民办学校既违背了非营利组织的“财产不得分配原则”,也不符合《民间非营利组织会计制度》。上述矛盾源于现行教育制度与教育实践之间的矛盾。一方面,《教育法》禁止任何组织和个人以营利为目的兴办教育组织,另一方面,实践中营利性民办学校又占绝大多数。在《民促法》的立法过程中,是突破《教育法》相关规定赋予营利性民办学校合法地位,还是坚守教育“不得以营利为目的”的限制,整顿实践中营利性民办学校的“出轨”行为,成为两难选择。该法最终以“合理回报”制度解决这一问题。然而实践表明,出资人对“合理回报”兴趣不高,明确选择合理回报的民办学校为数很少,实践中民办学校的营利问题也无根本改观。^①

立法上的“营利禁止”和民办学校的“营利现实”之间的矛盾,造成了民办教育的乱象,从诞生之初便饱受争议的“合理回报”制度不仅未能起到“拨乱反正”的效果,反而使出资人避而远之,使管理者无所适从。这正是《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》提出修订《民促法》,实行民办学校分类管理改革的大背景。

笔者认为,在分类管理改革中,因为营利性民办学校的合法性得以确认,所以在非营利性民办学校

的界定标准方面,没必要再迁就某些出资人的特殊要求,应坚持非营利组织的“财产不得分配原则”。民办学校在运行中可以有财产盈余,甚至在特定情况下可以从事营利活动,只要不将利润分配给学校的财产提供者,就是非营利性民办学校;反之,就是营利性民办学校。

二、现行民办学校法人制度的缺陷

我国现行民办学校均属于法人型民办非企业单位。“民办非企业单位”一词属我国独创,最初只是中央文件中的一个政策术语,并非严谨的法律概念,1998年《民办非企业单位登记管理暂行条例》在将这一政策术语上升为法律概念时,并没有对其内涵作精确界定,有关该类法人的制度要素,包括财产制度、内部治理制度等整体缺失。而对民办学校法人制度,《民促法》也缺乏科学、系统的规定。因此,民办学校法人制度建设既无法律支撑,又缺乏理论指导,这导致了民办学校实践中的诸多问题。

(一)法人目的从非营利性向营利性变异

现行民办教育的基本矛盾是立法上的“营利禁止”和实践上普遍存在的“营利需求”之间的矛盾。许多民办学校突破现行立法而行“营利之实”的现象早已是公开的秘密,有些民办学校甚至直接采用股份制公司的形式,完全背离非营利性原则。^②为满足普遍存在的出资人的逐利要求,鼓励社会力量兴办教育,《民促法》在坚持民办学校非营利性的基础上,创设了“合理回报”制度。

“合理回报”是否实际上确认了民办学校可以向出资人分配利润,理论界对此争论不休。从字面上看,合理回报与利润分配确实不同,该规定表面上似乎绕开了关于民办学校营利性问题的争论,保持了相关立法的一致性,但是从出资人角度看,不论是“合理回报”还是“利润分配”,其从民办学校取得的与股东从公司中取得的都是“实实在在的利益”,没有任何区别。^③更何况《民促法》及其《实施条例》没有规定合理回报的最高限额,这说明至少在理论上,民办学校的办学结余越多,出资人可以取得的合理回报就越多。当兴办学校与设立公司一样可以收回成本并实现收益时,必然有人愿意投资办学。然而,

^①浙江省教育厅民办教育立法调研组:《浙江省民办教育立法调研报告》,《教育发展研究》2006年第18期,第43-48页。

^②明航:《股份制民办学校产权配置与治理机制的案例分析——基于新制度经济学视角》,《民办教育研究》2008年第3期,第31-36页。

^③张文国:《所有者缺位与民办学校治理结构的完善》,《教育发展研究》2008年第15/16期,第80-84页。

民办学校的非营利性,却因为这种“合理回报”制度而发生变异。

(二)“出资人控制”治理模式普遍

出资人为什么需要民办学校的控制权?恐怕仅仅出于“发展教育的公益目的”难以解释。在公司领域,股东、董事和高管对公司控制权的争夺无一不是围绕经济利益展开的,这已是共识。民办学校中是否也存在类似的经济利益呢?民办学校虽然不能以营利为目的,但是它可以有办学结余,由于法律禁止盈余分配,所以其办学结余都沉淀在校内。这些办学结余对任何一个以投资为目的的出资人而言都是极大的诱惑,谁取得了学校的控制权,谁就实际控制了办学结余。出资人要实现营利目的,就必须控制民办学校,以“合理回报”甚至是“不合理回报”的方式来实现投资目的。这样,取得学校控制权就成为出资人的必然要求。

在现行立法上出资人控制民办学校也不是难以办到的事。《民促法》规定,学校董事会是民办学校的决策机构,由举办者或者其代表、校长、教职工代表等人员组成;首届决策机构由出资人推荐;校长由决策机构聘任和解聘。据此,出资人完全控制了学校董事会的组建。并且,由于《民促法》对学校董事会中举办者或其代表的比例以及校长和教职工代表的身份等均缺乏限制性规定,实践中举办者或其代表的比例很高,甚至校长和教职工代表都是由举办者或者其代表担任。有些民办学校甚至出现了学校控制权“家族化”现象,^①学校董事会成了类似“出资人会议”的机构,完全被出资人掌控。治理结构中的“出资人控制”现象,为民办学校从非营利性向营利性的变异提供了组织条件,也更强化了民办学校的营利色彩。

(三)法人财产权虚置现象严重

民办学校法人财产权虚置的情况,可以通过有关学者对全国工商联民办高等教育协会系统的45所民办学校的调查结果来考察。在这45所学校中,办学资产在1亿元以上的有33所;其中办学资产在3亿元以上的有12所。但是在这45所学校中,注册资金在5000万元以下的有36所,这与学校实际用于办学的资产数额相去甚远。在这45所学校中,办

学资产完全没有过户到学校名下的有11所,而资产完全过户到位的只有2所。学校法人财产占全部办学资产50%以下的学校有29所。^②

上述数据表明,相对于办学规模而言,许多民办学校的自有资产严重不足,导致学校的稳健运行和长远发展存在隐患。2007年国家教育部颁布了《民办高等学校办学管理若干规定》,要求“民办高校的资产必须于批准设立之日起1年内过户到学校名下。本规定下发前资产未过户到学校名下的,自本规定下发之日起1年内完成过户工作”。然而,该规定的实施情况并不乐观。例如,广东省直到2011年,仅3所民办高校完成资产过户,全省民办高校土地实际过户率只有37.05%,甚至有18所民办高校名下没有一寸土地。^③

笔者认为,导致民办学校法人财产权虚置的原因是法人财产制度缺陷。由于财产制度不明确,出资人担心失去财产所有权,不愿将办学资产过户到学校法人名下,而采取以自己名义或者以另行设立的教育投资公司的名义置办教学资产,然后向学校出租并收取租金。表面上看学校没有向出资人分配利润,这是在不改变民办教育非营利性原则基础上近乎“完美”的财产运作模式,然而民办学校的财产基础却因此而被根本动摇。

综上所述,在分类管理改革中,非营利性民办学校法人制度的构建不宜沿用民办非企业单位制度,该制度的先天缺陷无法彻底根除现行民办教育中的种种弊端。民办非企业单位作为一个政策术语,具有临时性和过渡性,随着我国法人制度体系的完善,该类法人必然被新的法人制度所取代。大陆法系的财团法人制度体系成熟完备,应是我国非营利性民办学校法人制度的不二选择。

三、现行民办学校法人制度的财团法人属性

财团法人的基本制度特征是法人目的的公益性、财产来源的捐赠性和治理结构的无成员性。以财团法人模式构建非营利性私立学校是大陆法系的普遍做法,英美法系法人制度虽无社团、财团之分,但其非营利性私立学校与大陆法系财团法人的制度

^①明航:《论家族制民办学校的比较优势和问题——基于新制度经济学视角》,《河北师范大学学报:教育科学版》2007年第6期,第37-43页。

^②董圣足:《关于民办学校法人财产权的思考——基于45所民办院校法人财产状况的调查分析》,《教育发展研究》2007年第7/8期,第1-5页。

^③李强、徐林:《18所民办学校名下没有一寸地》,《南方日报》2011年6月16日,第A02版。

特征是一致的,例如哈佛、耶鲁等世界知名高校,莫不如此。我国现行民办学校法人制度虽然有较多缺陷,但已经具备财团法人的基本制度特征,这为构建非营利性民办学校财团法人制度提供了基础和经验。

(一) 民办学校与财团法人的法人目的一致

“目的”只是自然人的一种主观心态,法人并非自然生命体,本无目的可言,法人目的只是设立者借助法人组织所要实现的个人目的。法人组织的价值在于最大化地实现设立者的个人目的。法人目的具有单一性和排他性。对某一具体法人而言,它只能在营利、互益和公益三者之间选取其一,而不可能同时兼顾多个目的。因此,现代法人理论根据目的不同将法人分为营利法人、互益法人和公益法人。

法人组织可否同时以营利和公益为目的,但都不要求其最大化?回答是否定的。例如出资人要求“合理回报”的民办学校,设立者的利润额和公益目的分别被满足到何种程度才算实现“法人目的”,难以界分。由于出资人有利润分配要求,必然要争取学校的控制权,在“出资人控制”的治理体制下,公益性是难以保障的,这是由出资人的“经济人”特性所决定的。社会上虽不乏专注于教育公益目的的出资人,但若将公益目标的实现寄希望于出资人持之以恒的“公益性自觉”,显然是靠不住的,这类民办学校难免会变异为营利性民办学校。

笔者认为,非营利性民办学校只能以公益为目的,《民促法》虽在形式上坚持了民办学校的公益目的,但未能阻止其向营利性变异,这是该法律缺乏一以贯之的法人理论的指导所致。在分类管理改革中,非营利性民办学校与财团法人在法人目的上正相契合,这为构建我国非营利性民办学校的财团法人制度提供了可行性。

(二) 民办学校出资人行为具有捐赠性质

我国现行立法对出资行为的性质虽无明确规定,但纵观相关条文,该出资行为应属捐赠性质。理由如下:第一,出资人没有利润分配权。尽管《民促法》有“合理回报”的规定,但是还未达到“利润分配权”的程度,合理回报只是“可以”取得,能否取得还受制于各种因素,远非出资人的“权利”。合理回报被规定在该法“扶持与奖励”一章,其立法目的只在于鼓励民间办学,而不是要授予出资人一种“权利”。第二,出资人没有学校剩余财产的分配权。根

据《民促法》,民办学校清算时的财产首先用于支付应退受教育者学杂费、教职工工资、社保费用以及偿还其他债务,剩余财产“按照有关法律、行政法规的规定处理”。上述立法未规定出资人享有剩余财产分配权,而关于剩余财产分配的“有关法律、行政法规”,到目前也仍未出台。^①第三,出资人没有出资份额转让权。一方面,法律未规定出资人可以根据出资数额对民办学校享有出资份额;另一方面,即使出资人可以享有出资份额,但因无利润分配权和剩余财产分配权,该出资份额也不具有转让价值。

由此可见,根据《民促法》,出资人完成出资行为后,便失去其出资财产的所有权,并且不能以任何方式收回出资,其客观效果与捐赠无异。

在分类管理改革中,对非营利性民办学校应坚持出资行为的捐赠性质。即非营利性民办学校的出资人没有利润分配权,因而也没有学校剩余财产分配权,否则,出资人可凭剩余财产分配权在学校终止时一次性收回投资和积累在学校中的全部利润,其非营利性将成为空话。因此,在建立和完善非营利性民办学校法人制度中,法律应明确规定出资行为的捐赠性质,以避免现行民办教育实践中的误解和混乱。

(三) 民办学校的治理结构与财团法人一致

依据《民促法》,董事会是民办学校唯一的必设机构。在该法中,“出资人”一词只在第五十一条关于“合理回报”的规定中使用过1次。该法使用较多的是“举办者”一词,出现过11次。但通常认为,“举办者”与“出资人”所指对象相同。该法有关举办者在民办学校治理中的地位规定在第二十一条,根据该条,民办学校董事会由举办者或者其代表、校长、教职工代表等人员组成。由此可见:第一,并不是所有的举办者都可以成为学校董事;第二,举办者代表占董事会人数的比例没有规定,在理论上甚至不占多数;第三,举办者代表不享有比其他董事会成员更多的权利。因此,根据现行制度,民办学校中不存在“出资人会议”等类似社团法人成员大会的权力机构,具有鲜明的“无成员性”,这与财团法人治理结构特征相吻合。但由于缺乏完善的内部治理制度体系的保障,在实践中,学校董事会实际上被出资人控制,使其沦为“准出资人会议”组织。

在分类管理改革中,非营利性民办学校治理结构中应不设权力机构,但是为克服现行制度的弊端,

^①张文国:《所有者缺位与民办学校治理结构的完善》,《教育发展研究》2008年第15/16期,第80-84页。

必须建立完善的内部治理制度体系。非营利性民办学校为何不设类似“出资人会议”的权力机构,至少可以从两个方面来解释:第一,出资人作为教育公益事业的捐赠者,其出资行为本身就是一种无偿奉献,如果还苛求其必须成立权力机构并耗费时间和精力参与学校治理,有强人所难之嫌。其二,非营利性民办学校的正常运行离不开持续不断的社会捐赠,如果要求必须设立权力机构,那些不愿意或者没有条件参与权力机构的潜在捐赠者难免对那些参与治理的捐赠者产生这样的疑问:为什么他们如此愿意既奉献金钱,又奉献时间和精力?较为合理的解释很可能是“有利可图”。而这样一来会使潜在捐赠者放弃对学校的捐赠。

四、财团法人模式下民办学校出资人的地位

出资人地位是民办学校法人制度必须回答的首要问题。这一问题的核心包括出资人与民办学校的财产关系以及出资人在民办学校治理中的地位两个方面。

如前文所述,在财团法人模式下,出资人对非营利性民办学校的出资行为属于无偿捐赠。因此,出资人创设非营利性民办学校后,二者之间不再有任何财产关系。为保证学校的稳健运行,出资人在自愿的前提下可以继续对学校捐赠财产,但是这并非出资人的法定义务,民办学校可以通过学费收入、国家资助和社会捐款等途径解决后续发展资金。

与财产关系相比,财团法人模式下出资人在非营利性民办学校治理中的地位问题则要复杂得多,本文以下拟结合财团法人相关理论来探讨。

(一) 出资人的“外部监督人”身份

财团法人是一种以捐赠财产为成立基础的法人,捐赠人对财团法人不具有类似成员对社团法人所享有的成员资格和成员权利。在治理方面,除了依据章程规定被选为财团法人的董事或者监事的捐赠人外,其他捐赠人所拥有的权利并不比一般的社会公众更多。那些作为董事或者监事的捐赠人,也只是作为财团法人内部机构的成员之一行使职权,不享有相比非捐赠人董事或监事的特权,其职权的行使也必须依照财团法人章程的规定进行。^①因此,在法人治理方面,捐赠人与财团法人的受益人以及一般社会公众一样,都是外部监督人。与其

他监督主体的不同在于,出于对自己创设的财团法人的运行状况、所认同的公益事业目标以及所捐财产使用情况的关注,捐赠人通常较其他监督主体有更多的监督动力和热情。

据此,在财团法人模式下,可以将出资人在非营利性民办学校治理中的地位定位为“外部监督人”。民办学校治理结构中不设类似“出资人会议”的权力机构,出资人只是可以委派代表作为校董会或校监会的成员。这一点在域外相关立法中也有体现。并且,为了防止私立学校治理结构中出现“少数人控制”尤其是“出资人控制”,防止出资人对私立学校的过度干预,域外立法还特别对董事任职资格作相应的限制。例如我国台湾地区《私立学校法》规定,董事相互间有配偶及三亲等以内血亲、姻亲之关系者,不得超过董事总额三分之一;兼任董事的本校教师不得担任校长或校内其他行政职务。日本《私立学校法》规定,理事会成员中,任何人的配偶和直系亲属都不许超过一人。美国私立学校制度虽无明确的学校董事任职资格限制,但其《非营利法人示范法》(1987年)第8.12款规定,在公益法人董事会中任职的“经济利害关系人”不得超过49%。这里所谓“经济利害关系人”是指在前12个月内直接或间接向同一法人接受或有权接受薪酬的人,或者自然人的配偶、兄弟姐妹、父母或子女。非营利性私立学校作为公益法人的一种类型,也适用上述规定。

(二) 出资人的监督权

为了使出资人放心地捐赠财产,增强民办学校的社会募捐能力,在保证学校独立性的前提下,还应当保持出资人对学校的影响力,监督权就是保持这种影响力的基本途径。作为“外部监督人”的出资人,其监督权主要包括如下内容。

1. 知情权。知情权是指出资人了解民办学校运行情况和资金使用状况的权利,这是出资人行使监督权的基础。出资人的知情权应当从两个方面予以保障:一是规定民办学校的信息披露义务。民办学校应制定学校运行情况定期报告和重大事项临时报告制度,披露内容包括学校教育事业实施状况、财产使用情况、财务收支和管理人员报酬等事项。上述报告应送达包括捐赠人在内的学校财产提供者,并向社会公开,任何人都可以查阅和复制。二是赋予出资人查阅权,包括查阅民办学校董事、校长和监事

^①金锦萍:《非营利性法人治理结构研究》,北京大学出版社2005年版,第179页。

等人员的履职情况、财产使用情况、财务会计资料等。上述制度既是对出资人权利的尊重和保护,也是增强民办学校公信力和社会募捐能力的基础。

2. 提请处理权。提请处理权是指出资人在发现民办学校存在违反法律法规、学校章程等情况时,提请有关国家机关依法查处或处理的权利。由于身份和地位的特殊性,出资人相比国家监督机关和一般社会公众而言,具有对民办学校更多的监督便利条件和手段,因而也更能及时发现学校董事和校长等管理人员的违法、违规甚至犯罪行为。但是,出资人作为民办学校的外部监督者,在发现上述行为时,除了督促整改之外,没有直接责令整改或者追究相关人员法律责任的权利。因此,提请处理权仅是增强捐赠人监督有效性的重要手段。

3. 提请诉讼权。创办民办学校的出资人对学校中的违反法律、法规和章程的行为没有起诉权。因为依据民事诉讼理论,原告必须是与案件有直接利害关系的人。如前文所述,学校成立后,出资人与学

校既无财产关系也无身份关系。出资行为是出资人无偿捐出财产的单方行为,出资人与学校之间也未形成合同关系,因为出资行为做出时民办学校尚未成立。因此,民办学校中的违法违规行并未直接侵犯这类出资人的合法权利,出资人并非该行为的直接受害者,不能直接提起诉讼,只能依法行使提请处理权,要求监管机关依法查处。

然而,向业已成立的民办学校捐赠财产的捐赠(出资)人则享有起诉权,这是出资人出于发展教育事业目的捐出的财产,并经受赠学校表示接受而成立的一种合同行为。出资人通过捐赠行为与民办学校之间形成了一个附义务的赠与合同,即出资人通过该合同指定了捐赠财产的特定用途,民办学校作为受赠人,应当遵从与出资人的约定使用该财产,否则,出资人便有权以诉讼方式强制学校按照指定用途使用捐赠财产或者撤销捐赠。提请诉讼权是这类出资人监督民办学校财产使用行为的有效方式。

Research on the Establishment of Incorporated Foundation System in Non-profit Non-governmental Education Institution

Zhang Wenguo

(East China Normal University, Shanghai, 200062, China)

Abstract: The standard to judge non-profit non-governmental education institutions should apply the “principle of non-distribution of property”. Non-profit non-governmental education institutions and the incorporated foundation in the continent law system have similarities in legal person objectives, the property nature and governance structure. In the classified management reform, the mode of incorporated foundation is the best choice to establish legal person system in non-profit schools. In the mode of incorporated foundation, investors are not entitled to any property right of the non-governmental education institutions, and in governance structures, investors are only the “external supervisor”.

Key words: non-governmental higher education; non-governmental education institutions; non-profit; incorporated foundation; investor

(责任编辑 毛红霞)

