

● 国际法

# WTO《服务贸易总协定》与中外合作办学的立法<sup>\*</sup>

胡 焰 初

(武汉大学 国际法研究所,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 胡焰初(1964-),男,湖北孝感人,武汉大学国际法研究所博士生,主要从事教育国际交流与合作和国际私法学研究

[摘 要] 面对中国加入 WTO 和中外合作办学活动的新变化,中外合作办学的立法应采取以下对策: 1. 坚持教育主权原则; 2. 在立法上给中外合作办学恰当定位; 3. 提高立法层次; 4. 修改现有规章并进一步丰富其内容; 5. 针对 WTO《服务贸易总协定》的规定,完善中外合作办学的法律、法规和规章。

[关键词] 中外合作办学; 服务贸易; 评价; 对策

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002) 02-0140-05

自 1995 年《中外合作办学暂行规定》(以下简称《暂行规定》)发布以来,我国已有数十个中外合作办学项目获得教育主管部门的批准。这些中外合作办学活动在一定程度上弥补了我国现阶段教育资源的不足,满足了人们对教育的需求,推动了我国教育事业的发展。然而,目前的中外合作办学活动也存在一些问题。如办学的层次整体偏低;合作办学的项目多,但依《暂行规定》申请审批的少;送出国门的学费多,而确实引进国外教育资源的少等等。中国政府已经向世贸组织承诺有限地开放自己的教育市场,如何针对世贸组织的规则完善中外合作办学的立法,规范中外合作办学的市场秩序,维护我国的教育主权成了时下研究的当务之急。

## 一、《服务贸易总协定》的有关规定

《服务贸易总协定》(以下简称《总协定》)主要规定缔约方在开展国际服务贸易时必须遵守的基本规则,“是迄今为止第一套有关服务贸易的、具有法律效力的多边规则”<sup>[1]</sup>(第 38 页)。

(一)《总协定》的适用范围 根据《总协定》的规定,国际服务贸易包括以下 4 种不同的贸易提供方式: 跨境交付; 境外消费; 商业存在; 自然人流动。在 4 种服务贸易提供方式中,商业存在是一成员方的服务提供者在另一成员境内以商业机构的形式提供服务,如一成员方教育机构或公民在另一成员境内通过设立附属机构,或在该成员境内通过合资、合作的方式提供服务。中外合作办学也是一种商业存在。

(二)最惠国待遇原则。《总协定》第二条规定,在本协定项下的任何措施方面,各成员应立即和无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者以不低于其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的待遇。多边国际服务贸易中的最惠国待遇是一个自相矛盾的概念。一方面,《总协定》第二条第 1 款将最惠国待遇定义为“立即的”、“无条件”的义务,另一方面又在其他条款、《世界贸易组织协定》序言以及有

关最惠国待遇的实践中表明,该最惠国待遇是一项有条件的、可以不立即履行的义务。不过,一成员最初应在减让表中注明此种背离或例外,不然,以后就没有增加新的例外的可能性了。

(三)国民待遇的义务。国民待遇原则是指本国给予外国人(自然人和法人)的待遇和给予本国人的地位相同,也就是说,在同样的条件下本国人和外国人所享有的权利和承担的义务相同。“现代的国民待遇都是以互惠为基础的国民待遇”<sup>[2]</sup>(第 209 页)。《总协定》将国民待遇放在第三部分“具体承诺”之中,可以看出,国民待遇在《总协定》之中不是一项原则,而是一种特定的义务<sup>[3]</sup>(第 290 页),它要求在一成员具体承诺表所列部门中,在符合该成员于该表所列条件和资格的前提下,一成员应给予其他成员的服务和服务提供者国民待遇,也即国民待遇适用于所有已经作出承诺的服务部门,且成员方可以就一特定服务部门对国民待遇和市场准入进行限制。

(四)透明度原则。《总协定》第三条规定:“除非在紧急情况下,各成员方应迅速并最迟与其生效之时,公布所有普遍适用的、有关或影响本协定实施的措施。一成员方为其签字方的、涉及或影响服务贸易的国际协定也应予以公布。”该条还规定,每一成员方对现行法律、法规或行政规定,如果有新的规定或者改变,以至对本协议项下所承诺的特定义务有重要影响时,应向服务贸易理事会提出报告。总的说来,透明度原则要求各成员方及时公布所有涉及服务贸易的法律(包括成员方参加的国际协定)、法规、规则、程序、决定、行政行为等。

(五)市场准入义务。市场准入一般指一成员方按一定条件允许境外的服务或服务提供者进入本地服务市场开展服务的机会。一成员方为了维护境内的利益,可以对境外服务或服务提供者进入本地市场设置限制或加以具体规定,并载入承诺表。《总协定》第十六条规定了影响市场准入的 6 种措施:对服务提供者数量的限制;对服务交易或资产总值的限制;对服务业务总数或服务产出总量的限制;对特定服务部门或服务提供者雇佣人数的限制;对法律主体形式的限制,即成员方法律规定服务提供者需要通过特定类型的法律实体或合营企业形式提供服务;对外国资本参与的比例或外国资本投资总额的限制。以上措施,除非成员方在其承诺表中另有明确规定可以使用,否则不得在其境内维持或实施。

## 二、中外合作办学的立法现状

在我国现代法律制度中,法律有狭义与广义之分。狭义的法律指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件,而广义的法律是指法的整体,包括法律、有法律效力的解释及行政机关为执行法律而制定的规范性文件,如规章。立法也有狭义与广义之分。狭义的立法指享有国家立法权的国家机关的立法活动。《立法法》第七条规定:全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。广义的立法“泛指一切有权的国家机关依法制定各种规范性法律文件的活动”<sup>[4]</sup>(第 290 页)。本文对法律和立法均作广义理解。在我国,广义概念上的立法制定的法律有以下几个层次(效力由高到低):一是全国人大及其常委会制定的基本法律,如《宪法》《民法通则》等;二是国务院根据宪法和法律制定的行政法规;三是国务院各部委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令在本部门的权限内制定的规章;四是地方性法规(由省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定)和行政规定。

(一)中外合作办学的立法。中外合作办学作为一项涉外服务贸易活动,受许多法律的制约。在第一层次的立法中主要有 1982 的《宪法》1994 年 7 月 1 日起施行的《外贸法》和 1995 年的《教育法》。这几部法律只对办学的主体作了一般性规定。《宪法》第十九条规定,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。《外贸法》第十条规定,“国际服务贸易企业和组织的设立及其经营活动,应当遵守本法和有关法律、行政法规的规定”。《教育法》除了重申宪法第九条的规定外还具体涉及到了“中外合作”的概念。《教育法》第二十五条规定,国家鼓励企业事业组织、社会团体、其他社会组织及公民个人依法举办学校及其他教育机构。任何组织和个人不得以赢利为目的举办学校及其他教育机构。

目前,有关中外合作办学活动的规定主要处在第三个层次,即国务院所属部门的规章。一是原国家教育委员会发布的《暂行规定》,二是国务院学位委员会办公室 1996 年 1 月 22 日发布的《关于加强中外合作办学活动中学位授予管理的通知》(以下简称《通知》)。这二个规章具体规定了中外合作办学所应遵守的原则等内容,是直接调整中外合作办学活动的行政措施。另外,1997 年 12 月 29 日经国务院批准,国家计委、国家经贸委、外经贸部联合发布,1998 年 1 月 1 日起施行的《外商投资产业指导目录》也是属于第三层次的立法。在该目录中,中外合作办学(基础教育除外)属乙类限制的服务业。

(二)《暂行规定》和《通知》根据服务贸易谈判规则的规定,只有已经提出开放本国服务贸易市场初步承诺开价单的国家,才有资格向其他国家提出要价单,才有资格参加初步承诺谈判,继而成为《总协定》的成员。为此,我国政府于 1991 年 7 月第一次向关税与贸易总协定秘书处递交了初步承诺开价单,对六个部门(银行、航运、旅游、近海石油勘探、专业服务和广告)的市场开放做出了初步承诺。1994 年 9 月 13 日,我国提出了正式的服务贸易初步具体承诺表,共对 14 个国内服务行业(包括教育服务)的市场开放作出了初步承诺。不过,我国对其中绝大多数行业都规定要以商业存在(主要是设立中外合资、合作企业)的方式提供市场准入的机会<sup>[5]</sup>(第 160 页)。《暂行规定》就是在这种背景下出台的。该规定第四条限定了教育市场开放的部门:中外双方可以合作举办各级各类教育机构,但义务教育以及国家有特殊规定的教育、培训除外。第二条规定了中外合作办学的主体和中外合作办学的方式:“本规定所称的中外合作办学,是指外国法人组织、个人以及有关国际组织同中国具有法人资格的教育机构及其他社会组织,在中国境内合作举办以招收中国公民为主要对象的教育机构,实施教育教学的活动。”这就是说中外合作办学应以商业存在的方式进行。由于《暂行规定》属部门规章,涉及学历教育机构学位证书的颁发,则由国务院学位委员会主管。所以,国务院学位办发布的《通知》便成了《暂行规定》的重要补充。该通知共有七条,第一条和第二条主要规定了中外合作办学机构在授予中国学位和外国学位时的条件限制,第三条规定了我国学位授予教育机构在境外办学并授予我方学位的条件限制与审批办法。

### 三、对中外合作办学立法的评价

《暂行规定》和《通知》的出炉在一定程度上保证了中外合作办学活动的有序开展。然而,事隔 6 年有余,中外合作办学出现了一些新的问题,二个部门规章明显调整乏力,其他法律的规定也出现一些不能适应新形式发展的地方。中外合作办学立法的不足突出表现在以下几个方面:

(一)立法的层次低,影响执法的效果。如上所述,目前中外合作办学的立法主要处在国务院的部门规章的层面上。虽然《教育法》第八十三条已经授权国务院制定有关境外的组织和个人在中国境内办学和合作办学的规定,但时至今日,还没有以国务院名义发布的行政法规出台。

(二)国务院有关部门分散立法,导致同位法之间的冲突或不一致,给法律的解释和实施带来不便。例如,《通知》将我国的学位授予单位到境外办学也囊括于“中外合作办学”活动之中,显然与《暂行规定》第二条关于中外合作办学的定义不相符合。

(三)中外合作办学不得以赢利为目的的规定与教育作为服务贸易的性质相左。《教育法》第二十五条规定,任何组织和个人不得以赢利为目的举办学校及其他教育机构。《暂行规定》第五条重申了这一原则。这一限制既同教育服务的实际不符,也同作为国际贸易的教育服务的性质相悖。

首先,“不得以赢利为目的”的规定与教育服务的实际不符。根据联合国经合组织和世界银行对三大产业的划分,教育属于第三产业,即服务业。我国在作 GNP 统计时,将整个服务业按性质划分为四个层次:流通服务业;生产和生活服务业;精神和素质服务业;公共服务业。第一、二层次的服务业都是赢利性或非公益性的服务。公共服务业,包括政府机构、军队等提供的服务完全是非赢利性的或公益性的服务。但精神和素质服务,如教育、文艺、医疗等则以非赢利性为主,部分地兼顾赢利性。例如,民办学校、职业培训、MBA 等教育。现实中,在教育产业化呼声渐高的今天,对赢利性的兼顾,有利于教育部分地

进行产业化和市场化。

其次,“不得以赢利为目的”的规定还同作为国际服务贸易的教育服务的目的相矛盾,不利于教育服务的国际化。国际服务贸易的首要目的,对于服务贸易的提供者而言,就是为了赢利。既然中外合作办学是一种教育服务贸易,就应该允许赢利。更何况,跨国远程教育的开展离不开公司,离不开诸如网络接入商和网络服务商的支持。而公司的法律特征之一就是赢利为目的<sup>[6]</sup>(第 138 页)。所以,如果遵照“不得以赢利为目的”,那么,中外合作的双方则无利可图。中方无利可图也罢,因为他毕竟在为中国的教育事业出力(这种情形在现实中实则少见),外方如果不是为了以传播本国文化为己任,或者出于占领市场的战略考虑,那么肯定多以赢利为目的。

(四)在有关中外合作办学主体的规定方面,下位法与上位法不一致。《教育法》第二十五条和《高等教育法》第六条均承认公民作为办学的主体。《暂行规定》虽然认可外国公民作为办学主体,却没有赋予中国公民举办中外合作教育机构的权利。这实际上是给予了外国公民以超国民待遇。尽管超国民待遇并不违反《总协定》对国民待遇的规定,但超国民待遇会对中国公民造成事实上的歧视。再则,根据法的效力层次的一般原则,等级高的主体制定的法,效力高于等级低的主体制定的法。作为全国人大制定的《教育法》和全国人大常委会制定的《高等教育法》在效力上自然高于国务院各部门制定的规章。因此,《暂行规定》理应明文承认中国公民合作办学的主体地位。

#### 四、中外合作办学的立法对策

就以商业存在的形式而提供的教育服务在各国国民经济中的比重和教育服务贸易在整个服务贸易中的比重来看,还比较小。但是,教育服务市场的开放问题将是未来谈判的焦点。

(一)在立法原则上应坚持维护国家的教育主权。教育服务贸易与其他贸易形式有很大的不同。教育直接作用于人的精神世界,对人的潜在影响十分巨大而又不易衡量,教育行为所产生的后果往往要到若干年之后才能显现。即使是属于技能性为主的教育(如职业技术教育)也往往伴随异国文化的传播。因此,我们一方面要坚持教育的对外开放,同时又要警惕异国文化或意识形态的消极影响,谨防敌对势力利用中外合作办学的方式掩盖其真正的目的。

(二)正确定位中外合作办学的性质。中外合作办学是贸易活动,是商业行为。商业行为是要讲求利润的。现有法规否定合作办学的商业性质,而事实上又默认中外合作办学赢利性的一面。如果严格维护现有法律、法规的权威性,那么,中外合作办学活动便难以存续。

(三)立法层次应进一步提高,减少或者避免不同部门规章之间的不一致。由于国务院各部门职责既有分立又有交叉,对于交叉的职责有时出现都履行或都不履行的情形。反应在立法上,就会出现对同一行为会有多个部门制定规章同时调整,而这些同时调整同一行为的不同规章又往往有不一致的地方。现在,我国在中外合作办学方面已有 7 8 年的实践,制定并发布国务院层次法规的时机业已成熟。

(四)修改现有立法中不利于中外合作办学活动的有关条款。例如,《教育法》关于“汉语言文字为学校及其他教育机构的基本教学语言文字”的规定和关于“不得以赢利为目的”的规定过于笼统,不利于国外教育资源的引进。解决的办法是对《教育法》的相关规定增设除外条款,而现行的《暂行规定》中关于“不得以赢利为目的”的规定则应删除。又如,根据《暂行规定》第三十八条,中外合作办学中出现纠纷时,办学双方如果没有达成书面仲裁条款或协议的,可以向中国法院起诉。也就是说,没有达成仲裁协议时,发生纠纷的双方也可以不向中国法院起诉。由于该条弹性过大,关于起诉的规定就失去了意义。

(五)在立法内容上应进一步丰富。现有规章仅将中外合作办学定义为以招收中国公民为主在中国境内实施的教育教学活动,缺乏概括性,从而使得新出现的办学形式无规章调整。例如,按现有定义,目前合作办学活动中较为流行的“2+2”模式(即两年教育教学活动完全由中方在中国境内完成,另两年由外方在外方境内完成,双方独立收取学费)就不完全属于“中外合作办学”的范畴。又比如,随着信息技术

在教育中的广泛应用,现代远程教育蓬勃发展,外国教育机构完全可以不通过商业存在的形式而实施教育。远程教育的隐蔽性和分散性使得法律的调整和规范更加困难。

(六)针对《总协定》的条款,完善中外合作办学的立法。1. 取消超国民待遇的有关规定,使中国公民能同外国公民一样平等参与中外合作办学活动。2. 据目前国内教育立法来推测,我国对于外国教育组织、外国公民等在中国办学的限制或承诺应该是以中外合作的形式进入,而对外国教育机构、外国公民等在中国独立举办教育机构则未做承诺。对于中国尚未或暂时未作出承诺的办学形式和办学领域,中国可以先通过国内立法(法律、法规、规章、政策等)来有选择性地实行国民待遇,待条件成熟时,再将这些国内规定转化为自己的具体承诺。3. 利用《总协定》市场准入的杠杆作用,对进入中国合作办学的国外实体或个人实行数量、金额、质量、地区、办学领域等方面的限制。这当然依赖于我国已经作出承诺的情况而定。目前中外合作办学的层次低、外国机构资金投入少、审批难度大恐怕与国内法规没有设定具体的标准有关。4. 加强国内有关中外合作办学的法律、法规、规章、政策的管理、清理和汇编,以便及时对外公布,增强透明度。根据《总协定》的透明度原则,凡是未公布的法律、法规、规章、政策等,都不能执行。

从目前以及未来其他国家介入我国教育市场的方式来看,外国机构或个人在中国进行合作办学活动将是影响我国教育产业的主要形式之一。为了使中外合作办学能在平等互利、为我所用的基础上健康、有序地开展,目前滞后的中外合作办学的立法应顺应形势的变化,不断丰富完善,从而有效地规范各种中外合作办学活动,使中外合作办学真正成为我国教育事业的重要补充。

#### [参 考 文 献]

- [1] 世界贸易组织秘书处. 贸易走向未来 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [2] 黄 进. 国际私法 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [3] 刘文华. WTO与中国贸易法律制度的冲突与规避 [M]. 北京: 中国城市出版社, 2001.
- [4] 李 龙. 法理学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996.
- [5] 顾经仪, 侯 放. WTO法律规则与中国服务贸易 [M]. 上海: 上海财经大学出版社, 2000.
- [6] 余能斌, 马俊驹. 现代民法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995.

(责任编辑 车 英)

## *General Agreement on Trade in Services & Legislation on Sino-foreign Joint Educational Activities*

HU Yan-chu

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Biography** HU Yan-chu (1964-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law.

**Abstract** With China's entry into the WTO, the currently existing Chinese legislation needs updating in order to keep up with and to effectively regulate the changing Sino-foreign joint educational activities. This article proposes that legislation governing Sino-foreign joint educational activities adhere to the principle of educational sovereignty, that these activities be permitted by the Chinese legislature as profit-making and that upcoming legislative measures be taken in accordance with rules of General Agreement on Trade in Services.

**Key words** Sino-foreign joint educational activities; trade in services; evaluation; proposals