

· 社会福利 ·

为什么非得非营利组织

——论合约失灵场合中社会公共服务的提供

金锦萍

[摘要] 合约失灵理论显示：在合约失灵的场合下，由于信息不对称，致使竞争机制无法发挥作用，因此唯有政府或者非营利组织来提供社会公共服务，才能抑制服务提供者的机会主义行为。以学前教育领域为例，我国目前政府提供的基本公共服务不足，非营利性的民办幼儿园因为制度缺陷不仅发展受阻，在与营利性幼儿园的竞争中不占优势；分类管理未能落实，导致以民办非企业单位形式存在的幼儿园中混杂着投资资本，因此难以从根本上遏制虐童事件。唯有反思合约失灵场合下社会公共服务的提供机制方是解决问题的正道。

[关键词] 合约失灵；学前教育；基本公共服务；非营利组织

幼儿园虐童事件频发，一石激起千层浪，各种评论横飞，口诛笔伐者无论义愤填膺、悲天悯人还是反刍反思，大都指向幼师素质低下和政府监管不力，于是教育部门发出通知，旨在提高幼师准入门槛，同时又要加强监管措施。在笔者看来，这些举措尽管不失为亡羊补牢之举，但是却存在药不对症之嫌，甚至从长远来看，乃是治标不治本之方。本文要探讨的是社会服务的提供是否可以一概引入市场机制？易言之，有没有存在一些场合恰是市场机制无法企及，而必须由政府或者非营利组织予以提供的？本文将以前学前教育领域为例，引入合约失灵理论，在检讨现有学前教育提供机制的基础之上，寻求解决之策。

一、问题的提出：为何无法遏制幼儿园虐童事件频发？

近些年来，幼儿园虐待儿童的案件时有发生。根据媒体报道，西安枫韵蓝湾幼儿园、河北省民办幼儿园、山西某幼儿园、黑龙江非法幼儿园、浙江温岭某幼儿园、江苏兴化板桥幼儿园、济宁市机关幼儿园、上海某双语幼儿园相继被媒体爆料发生虐童事件，虐待行为包括：幼儿教师以给幼儿乱吃药、针扎逼喝尿、打耳光、用熨斗烫、踢伤孩子下体等各种方式体罚。

[作者简介] 金锦萍，北京大学法学院副教授、非营利组织法研究中心主任。主要研究方向：慈善事业。

由于当时刑法上的虐待罪并不能涵盖幼儿园、中小学、养老院、医疗保健机构等虐待其被监护或看护人员的行为,故无法以虐待罪追究行为人的刑事责任。2015年的刑法修正案(九)第十九条明确规定了虐待被监护人、看护人罪。^①此后,根据此罪名被判处刑罚的典型案例有:王璐、孙艳华虐待被监护、看护人案^②,宋瑞琪、王玉皎虐待被监护、看护人案^③,任靖、刘志娟虐待被监护人、看护人案^④。但是刑法似乎并未能有效震慑这些犯罪行为。仅2017年10月到12月期间,南京市栖霞区爱德美幼儿园、上海市携程亲子园和北京朝阳区管庄红黄蓝幼儿园(新天地分园)又相继发生虐童事件,相关人员已经被刑事拘留,案件尚在进一步审理之中。^⑤

那么政府部门的监管措施能否有效抑制幼儿园虐童现象呢?早期关于学校(包括幼儿园)安全工作的相关文件中都只涉及到因自然灾害、交通事故、公共卫生突发事件引发的安全隐患的预防和处置上,^⑥后来逐渐对于幼儿园内部安全管理责任也予以明确,要求大力加强学校、幼儿园内部安全管理工作,^⑦其中要求幼儿园配齐重点部位视频监控和报警设施,且要确保专人值守;同时公安部门要把校园视频监控系统 and 报警设施接入公安监控平台。后来教育部的相关文件也要求各地教育部门要进一步加强校园安全防范,落实人防、物防、技防措施,建设安全校园。《中小学幼儿园安全防范工作规范(试行)》(2015年)第十四条、第十五条规定也重申此要求。《国务院办公厅关于加强中小学幼儿园安全风险防控体系建设的意见》(国办发〔2017〕35号)^⑧中要求“要将校园视频监控系统、紧急报警装置接入公安机关、教育部门的监控或报警平台,并与公共安全视频监控联网共享平台对接,逐步建立校园安全网上巡查系统,及时掌握、快速处理学校安全相关问题。”2017年,京沪两地相继发生虐童事件之后,国务院教育督导委员会办公室紧急部署开展幼儿园规范办园行为专项督导检查,主要

① 所谓虐待被监护、被看护人罪,是指对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,且情节恶劣的行为。法律依据是《刑法修正案(九)》第十九条的规定:“在刑法第二百六十条后增加一条,作为第二百六十条之一:‘对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,处三年以下有期徒刑或者拘役。‘单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。‘有第一款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。’”

② 根据此案二审裁定书,被告人王璐、孙艳华案发前就职于原四平市铁西区“红黄蓝”幼儿园,二被告人均系该园红三班教师。自2015年11月起至案发,王璐、孙艳华二人在四平市铁西区红黄蓝幼儿园红三班教室内、卫生间等地点,多次恐吓班内幼儿,并使用针状物等尖锐工具将肖某2等多名幼儿的头部、面部、四肢、臀部、背部等处扎伤。二审法院最终裁定:二被告人的行为均构成虐待被监护人罪。依据《中华人民共和国刑法》第二百六十条之一[虐待被监护人罪]之规定,判决被告人王璐犯虐待被监护人罪,判处有期徒刑二年六个月;被告人孙艳华犯虐待被监护人罪,判处有期徒刑二年六个月。参见(2016)吉03刑终369号判决书。

③ 被告人王玉皎、宋瑞琪案发前供职于四平市铁西区某某某幼儿园,系红一班教师。王玉皎、宋瑞琪于2015年11月多次在红一班教室、卫生间等监控死角处,使用缝纫针等尖锐工具扎、刺陈某某、邵某某等多名幼儿头部、口腔内侧、四肢、臀部等处。一审法院判决二被告均构成虐待被监护人罪。依据《中华人民共和国刑法》第二百六十条之一[虐待被监护人罪]之规定,判处王玉皎、宋瑞琪有期徒刑二年十个月。参见(2016)吉0302刑初138号判决书。

④ 参见(2016)内0105刑初516号案件判决书。

⑤ 赵春艳:《幼儿园虐童事件频发背后》,《民主与法制时报》,2017年12月10日第5版。

⑥ 例如教育部历年来关于切实落实中小学安全工作的通知。

⑦ 例如《中央社会治安综合治理委员会办公室、教育部、公安部关于进一步加强学校幼儿园安全防范工作建立健全长效机制的意见》(公通字〔2010〕38号)

⑧ 同年,《国务院关于印发国家教育事业发展“十三五”规划的通知》(国发〔2017〕4号)建立学前教育质量评估监管体系,落实《幼儿园工作规程》,加强对各类幼儿园准入、安全、师资、收费、卫生保健及质量等方面的日常指导和监管,落实信息公示制度,强化社会监督。着力提升学前教育教师、保育员素质。

措施包括：其一，开展幼儿园办园行为专项督导检查，重点检查师德师风建设情况，及时发现问题，进行整改。坚决查处和防止幼儿园伤害幼儿事件的发生；其二，各地加强幼儿园风险管控，形成常态化监管工作机制，同时建立和完善幼儿园突发事件应急处理问责机制；其三，建立幼儿园办园行为常态监测机制，及时了解幼儿园办园行为和基本运行情况，按要求报送相关数据信息。^①

综上所述，政府相关部门对于幼儿园内部安全问题的相关政策对于监管监控、幼师准入等问题都有所涉及，但是依然未能杜绝虐童事件之发生。而且从各类事件的主体来分析，各种类型的幼儿园均有虐童事件的发生：无论是机关幼儿园、民办幼儿园还是未经登记设立的非法幼儿园。

因此，我们不由思考：幼儿园内虐童事件频发之后，监控设备的设置和相关监管制度的构建，是否是有效措施？如果不是，那么问题的症结又何在呢？无独有偶的是，尽管媒体报道不多，但是在养老院中也时有看护人员虐待老人的案件发生，比较典型的例如姜某虐待罪^②。在分析幼儿园和养老院这两种组织时，一个共性问题不容忽视：无论是幼儿园里的幼儿还是养老院中的老人，他们都缺乏缔约能力，与幼儿园或者养老院缔约的往往是幼儿的父母或者是老人的子女。或许，从这个特点出发，能够窥探问题的原因所在。而合约失灵理论恰好提供了这样的解释路径。

二、合约失灵理论的引入

在探寻一个社会为什么要有非营利组织之时，被援引最多的无疑是政府失灵和市场失灵的理论，几乎屡试不爽。市场失灵（Market Failure）理论和政府失灵（Government Failure）理论是美国经济学家 Burton Weisbrod 最早于上个世纪七十年代提出来的。^③ 该理论认为市场制度的缺陷在于由于搭便车现象的存在，使市场机制无法提供公共物品。这就是市场失灵。所以政府就有责任来提供公共物品。但是政府在提供公共物品的时候，倾向于反映中位选民的偏好。因此导致部分人对公共物品的过度需求和另一部分人对公共物品的特殊需求就得不到满足。这就是政府失灵的体现。政府失灵就需要充满活力的非营利组织出现，因为政府提供的公共物品需要大多数人的支持。而非营利组织由较小的团体组成，能够提供政府不愿提供或者不能提供的

① 参见《国务院教育督导委员会办公室关于开展幼儿园规范办园行为专项督导检查的紧急通知》（国教督办函〔2017〕91号），教育部官网：http://www.moe.edu.cn/jyb_xxgk/moe_1777/moe_307/201711/t20171124_319933.html，2017年11月24日。

② 山东省青岛市市北区人民法院刑事判决书（2016）鲁0203刑初622号。2016年2月以来，被告人姜某在青岛市市北区黄台路X号XX老年公寓担任护工，负责人住老年公寓的瘫痪老人的日常护理工作。2016年6月，被告人姜某在看护韩某期间，多次对韩某实施虐待、殴打行为，致韩某肋部和面部受伤。后被抓获到案。经法医鉴定，韩某右侧第4、5肋骨腋中线处骨折，局部无明显骨痂形成及骨密度增高征象，符合近期外伤新鲜骨折，构成轻伤二级；面部、舌体部皮肤软组织损伤，构成轻微伤。依照《中华人民共和国刑法》第260条第1款、第67条第3款之规定，判决如下：被告人姜某犯虐待被看护人罪，判处有期徒刑7个月。

③ Weisbrod, Burton. "Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in Three-sector Economy," in Edmund S. Phelps (ed.), *Altruism, Morality, and Economy Theory*, New York, Russel Sage, 1974.

公共物品。^①可以说,非营利组织的出现则是为了弥补市场机制和政府功能在提供社会公共物品方面的缺陷。

但是这一理论未能解决社会公共服务提供机制上另一层面的问题:教育、科学、文化、体育、卫生等领域,长期以来一直存在着一种现象:营利组织与非营利组织并存。甚至不少营利组织在社会服务提供领域大放异彩,不仅经济效益可观,甚至得以成功上市,譬如红黄蓝教育集团。那么当某一社会事业领域中营利组织并存时,会出现什么情况呢?在一般情形下,营利组织和非营利组织各有利弊:营利组织产权明晰,具有融资上的便利,能够适用经济激励机制;相比较之下,非营利组织“所有人”缺位,融资受到限制,不能启用经济激励机制,但是可以获得捐赠,也享受税收优惠(尽管因此需要承受信息公开的义务和更加严格的监管)。因此营利组织和非营利组织的竞争很难说哪一方能占到绝对优势。但是在一些特殊的场景下,非营利组织却能比营利组织更有优势,而得出这一结论的便是“合约失灵”理论。

合约失灵理论是汉斯曼(Hansmann)教授于1980年提出来的。^②他直指市场机制在某些情况下的局限:营利组织只有在以下条件都满足的情况下才会以体现社会效率最大化的数量和价格来提供商品和服务。其中,最为关键的因素在于:消费者可以合理成本获得以下信息:其一,在购买之前可以“货比三家”,即能够对不同营利组织提供的产品和服务及其价格作出精确比较;其二,能够与营利组织“讨价还价”并达成合意;其三,可以要求营利组织如约履行双方达成的协议,若对方违约,则可获得救济。也正因为如此,市场机制中的竞争机制得以发挥作用。优胜劣汰也是基于信息对称的基础之上的。但是若是在上述三个方面,消费者与生产者之间存在明显的信息不对称时,尤其是消费者无法判断营利组织所提供的服务或者商品时,使得双方之间无法达成合约,或者即便达成合约,也难以判断对方是否履行合约。于是,在这些领域,竞争机制无法发挥作用,服务提供商就会“以次充好”来获得超额利润,损害消费者的利益。当事人之间的合约已然无法限制服务提供商的机会主义行为。这便是“合约失灵”(Contract Failure)现象。

汉斯曼教授进一步分析了合约失灵理论适用的主要场合包括:提供复杂的个人服务、服务的购买者和消费者分离、存在价格歧视和不完全贷款市场、提供公共物品等。在这些场合下,服务提供商的机会主义行为无法通过竞争机制予以遏制,故非营利组织无疑是合约失灵时的一种制度反应。原因在于:非营利组织受到“禁止利益分配”原则的约束,而这一原则就是营利组织和非营利组织的本质区别。正是由于非营利组织受到“禁止利益分配”原则的约束,因此在合约失灵的场合下,非营利组织尽管有如同类似于营利组织从业者所从事的行为的可能性,但是由于其所

① 王绍光:《多元与统一——第三部门国际比较研究》,浙江人民出版社,1999年,第31-33页。对于第三部门在提供公共物品方面与政府之间的关系,哈耶克也有精彩论述,“对于一个健全的社会来说,在商业领域和政府治理领域之间保有一个所谓的独立部门(independent sector),它常常能够而且也应当能够以更为有效的方式为我们提供大多数我们于当下仍然以为必须由政府提供的服务。如果这样一个独立部门在提供公共服务方面与政府展开之间的竞争,那么它就的确可以在很大程度上减少政府行动所具有的那种最为严重的危害,亦即政府行动所导致的以各种权力为支撑的垄断以及由这种垄断所导致的低效状况。”参见弗里德利希·冯·哈耶克著,邓正来等译:《法律、立法与自由》(第二、三卷),中国大百科全书出版社,2000年,第344页。

② Henry Hansmann, "The Role of Nonprofit Enterprise," *Yale Law Journal*, 1980, 89(5). 他后来又发表了一篇名为《改革非营利公司》的文章,再次重申了合约失灵理论。参见 James J. Fishman, Stephen Schwarz, *Nonprofit Organization: Case and Materials (Second Edition)*, New York, Foundation Press, 2000, pp. 43-47.

获得的利润不得进行分配，因此极大地抑制了其提高价格和降低服务质量的动机。^①

由此可见，在服务购买者并不是最终消费者的情形下，合约失灵理论体现得相当明显：如果接受服务的人本身只是契约的受益人，而非缔约者（例如托儿所、养老院等），在这些机构中接受服务的是孩子和老人，而作为缔约方的孩子的父母或者老人的子女自身不接受服务，就无从评估服务质量，也无法判断服务提供者是否按照约定履约。因此在这些领域，如果是由非营利组织来经营，就比较容易获得信赖，因为既然营利不是其目的，因此消费者所享受到的质量应该比营利性机构要好得多。

那么我国实践是否如此呢？在学前教育 and 养老服务领域，非营利性的组织是否会如同合约失灵理论所分析的那样，在与营利性机构的竞争中胜出？如果是，那么只能说明这一情况验证了合约失灵理论，如果不是，又是什么原因呢？这就有必要分析我国目前合约失灵场合下社会公共服务提供主体的情况。

三、合约失灵场合下社会公共服务提供现状

（一）基本公共服务提供不足

基本公共服务是政府保障全民基本生存发展需求的制度性安排。“基本公共服务是由政府主导、保障全体公民生存和发展基本需要、与经济社会发展水平相适应的公共服务。”^②享有基本公共服务是公民的基本权利，保障人人享有基本公共服务是政府的重要职责。《国家基本公共服务体系“十二五”规划》（以下简称“十二五”规划）中将基本公共服务的范围界定为：

“公共教育、劳动就业服务、社会保障、基本社会服务、医疗卫生、人口计生、住房保障、公共文化等领域的基本公共服务。”《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》（以下简称“十三五”规划）中明确国家建立基本公共服务清单制，依据现行法律法规和相关政策确定基本公共服务主要领域，以及各领域具体服务项目和国家基本标准，向社会公布，作为政府履行职责和公民享有相应权利的依据。^③根据这两个五年规划，保障公民享有基本公共服务是政府的重要职责。

“十二五”规划中，要求“政府投入大幅增加，基本公共服务预算支出占财政支出比重逐步提高。”但是同时要求“创新公共服务供给方式，实现提供主体和提供方式多元化。”在“十三五”规划中，则明确政府主责，增强政府基本公共服务职责，合理划分政府财政事权和支出责任，强化公共财政保障和监督问责，同时也明确“充分发挥市场机制作用，支持各类主体平等参与并提供服务，形成扩大供给合力。”

但是毋庸讳言的是，在合约失灵场合，政府提供的基本公共服务并不充分。以学前儿童“毛入园率”为例，《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010—2020）》所确定的目标为至

① 田凯：《西方非营利组织理论述评》，《中国行政管理》2003年第6期。

② 参见《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》。早在《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》和党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中，基本公共服务均等化均被确定为我国经济社会发展、构建和谐社会的中长期目标之一，随后党的十七大报告进一步提出要“围绕推进基本公共服务均等化和主体功能区建设，完善公共财政体系”的要求。

③ 《“十三五”国家基本公共服务清单》所罗列的范围则有所扩展，包括公共教育、劳动就业创业、社会保险、医疗卫生、社会服务、住房保障、公共文化体育、残疾人服务等八个领域的81个项目。

2015年学前儿童“毛入园率^①”应达到62%。实际上2015年在园人数已经达到4264.83万人，毛入园率已达75%，^②当然这是在民办幼儿园所占比例超过公办幼儿园的情况下达到的。新的目标为学前三年毛入园率提高到85%。^③措施包括“严格执行城市新建居民区配套建设幼儿园、学校的规定。”在国家所保障提供的基本公共服务中，目前教育所覆盖的人群比较狭窄。“十二五”规划中所确定学前教育基本公共服务的目标人群仅仅包括家庭经济困难儿童、孤儿和残疾儿童，具体资助方式和标准由地方确定，支出方面由地方政府负责，中央财政适当补助。“十三五”规划中依然将目标人群确定为“”经县级以上教育行政部门审批设立的普惠性幼儿园在园家庭经济困难儿童、孤儿和残疾儿童，对他们实施减免保育教育费，补助伙食费等措施，具体资助方式和资助标准由省级人民政府结合本地实际自行制定。

而且根据国家统计局的相关数据显示，无论是幼儿园数量、在校学生、教职工和专职教师数量，民办幼儿园都多于公办幼儿园。

首先，2009年到2015年期间，全国学前教育学校数量总数呈现上升趋势，但是民办幼儿园不仅数量上逐年上升，而且所占比例始终高达幼儿园总数的2/3左右。^④

表1 2009—2015年全国学前教育学校数量与民办幼儿园数量对比表

指标	2015年	2014年	2013年	2012年	2011年	2010年	2009年
学前教育学校数(所)	223683	209881	198553	181251	166750	150420	138209
民办幼儿园学校数(所)	146376	139282	133451	124638	115404	102289	89304
民办幼儿园所占比例	65.44%	66.36%	67.20%	68.77%	69%	68%	64.62%

资料来源：根据国家统计局查询系统数据整理计算所得。

其二，民办教育幼儿园在校学生数量和所占比例逐年上升，2012年超过半数，而2015年时已经到达53.99%。

表2 2009—2015年全国学前教育在校学生数与民办幼儿园在校学生数对比表

指标	2015年	2014年	2013年	2012年	2011年	2010年	2009年
学前教育在校学生数(万人)	4264.8284	4050.71	3894.6903	3685.76	3424.45	2976.67	2657.81
民办幼儿园在校生数(万人)	2302.4429	2125.38	1990.2536	1852.744	1694.209	1399.469	1134.1694
民办幼儿园所占比例	53.99%	52.47%	51.10%	50.27%	49.47%	47.01%	42.67%

资料来源：根据国家统计局查询系统数据整理计算所得。

其三，从学前教育教职工人数和专职教师数来看，民办幼儿园所吸收的教职工人数和专职

① 中国教育部门根据在园学生人数除以户籍所在3周岁以上6周岁以下适龄儿童总人数，获得的数据称为“毛入园率”。

② 参见《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》。

③ 参见《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》。

④ 尽管根据教育部全国教育事业发展统计公报，民办幼儿园占比先升后降，2007—2011年，民办幼儿园占比从60%上升到69%，随后开始缓慢回落。原因在于：随着《国家中长期教育改革和发展规划纲要》的颁布和第一期（2011—2013年）学前教育三年行动计划的实施，公办幼儿园数量增加幅度增大所致。但是整体趋势还是民办幼儿园占据主要地位。

教师数量都已经达到全国总数的 60% 以上。

表 3 2009—2015 全国学前教育教职工和专职教师数量以及民办幼儿园相关数据对比表

指标	2015 年	2014 年	2013 年	2012 年	2011 年	2010 年	2009 年
学前教育教职工数(万人)	350	314	283	249	220	185	157
民办幼儿园教职工数(万人)	230.851	205.633	184.8754	163.3779	143.6575	116.8429	93.2783
民办幼儿园所占比例	65.96%	65.49%	65.33%	65.61%	65.30%	63.16%	59.41%
学前教育专任教师数(万人)	205.1021	184.415	166.3487	147.9	131.56	114.42	98.59
民办幼儿园专任教师(万人)	127.1211	113.18	102.0215	91.3395	80.7772	68.0404	55.2348
民办幼儿园所占比例	61.98%	61.37%	61.33%	61.76	61.40%	59.47%	56.02%

资料来源：根据国家统计局查询系统数据整理计算所得。

可见，在较长时间内，尚需要社会力量和多种主体共同提供学前教育领域的社会服务。

(二) 营利组织与非营利组织并存

依然以学前教育领域为例，政府保障学前教育作为基本公共服务向社会提供，但是需要逐步发展和完善的过程，到目前为止，单凭政府投入还不足以提供足够的学前教育服务；而且即便将来政府提供的基本公共服务全覆盖，也无法满足个性化的需求，诚如十九大报告所揭示的当前我国的主要社会矛盾“已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”，所以在公办幼儿园之外，民办幼儿园的存在不仅需要，而且必须。我国目前民办幼儿园存在营利组织和非营利组织并存的现象，而且营利组织的发展更为瞩目。

自 20 世纪 90 年代以来，营利性幼儿园发展迅速，例如红黄蓝、红缨教育、金色摇篮等都成立于这个时期。截止 2017 年 12 月 12 日为止，全国以民办非企业单位^①形式存在的幼儿园数量为 116703 个。^②根据表 1，截止 2015 年底，民办幼儿园（包括营利性和非营利性）的数据为 146376 家，民办幼儿园每年以将近 7000 家的速度增加，到 2017 年底保守数据也可以增加至 16 万家。因此目前营利性的幼儿园应该在 5 万家左右。^③简单按照这一数据分析，似乎在学前教育领域，非营利组织的数量远远多于营利组织，但是尚需要考虑以下因素：其一，与社会组织网统计数据完整性相比较，上述估计的数据并不完全，应该尚有不少营利性学前教育机构未能统计在内；其二，根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》的规定，民办非企业单位不得设立分支机构，因此每一个以民办非企业单位存在的幼儿园都是单体；但是以公司形式成立的幼儿园却能设立分支机构，故有些幼儿园统计数据上显示为一个，但是全国连锁却多达数十家乃至数百家。

但是，我国目前学前教育领域的发展现状却似乎与合约失灵理论不相吻合：其一，不论营

① 根据《中华人民共和国慈善法》的规定，民办非企业单位改名为社会服务机构，目前《民办非企业单位登记管理暂行条例》也在紧张修订之中，本文暂且还是使用民办非企业单位的表述。

② 数据来源：中国社会组织网实时查询所得。

③ 从工商总局系统中和国家统计局数据中都无法直接得到营利性民办幼儿园的数据，只能获得截止 2015 年全国民办幼儿园的总数，和截止 2017 年 12 月 12 日以民办非企业单位形式存在的民办幼儿园数据，此数据乃根据两者相减的方式得出。

营利性幼儿园还是非营利性幼儿园都存在虐童事件；其二，非营利性幼儿园在与营利性幼儿园的竞争中并没有优势。如果就此简单判断合约失灵理论在我国早教领域无法验证为时过早。对于这一问题的剖析还需要从我国营利组织和非营利组织的区分入手予以论证。

四、我国民办非营利性幼儿园为何缺乏竞争力？

（一）制度缺陷导致非营利性民办幼儿园发展受阻

从法律性质而言，以民办非企业单位形式存在的民办幼儿园，本应属于非营利组织，但是由于民办非企业单位制度本身存在的困境导致民办非营利性幼儿园在与营利性幼儿园竞争时不仅不占优势，而且处于下风。^①

其一，准入困难导致非营利性幼儿园增长受限。迄今为止，民办非企业单位的行政管理体制依然是严格的双重管理体制。双重管理体制是指对于我国的民办非企业单位，从申请成立到开展活动，都受到登记管理机关和业务主管机关的共同管理。^②双重管理体制问题的弊端已经逐渐为学者所认识，主要集中在以下方面：第一，双重管理体制要求成立民办非企业单位，首先要找到业务主管单位，这无形中提高了设立条件；第二，有些民办非企业单位由于找不到主管单位或者该主管单位审查标准过严，而无从设立。有些就不得不寻求工商登记。第三，从目前登记管理体制考察，民办非企业单位的登记管理机关均为国家民政部和地方各级民政机关；而业务主管机关则因各非营利组织的具体情况而分属不同的部门。这样的立法思路依然还残存着计划经济之下的政府部门职能分化的痕迹。对于民办非企业单位发展不利的是，各业务主管部门都将民办非企业单位事务作为副业来对待，因此不会对此过于关注，从“多一事不如少一事”的角度，往往会采取过严的审查标准。同时也不利于主管机关的专业化。与此相比，营利性幼儿园一般是由营利性公司创建，故在设立时不受双重管理体制之约束，设立更为简便。

其二，禁止设立分支机构致使民办非企业单位发展局限于特定地域。《民办非企业单位登记管理条例》明文禁止民办非企业单位设立分支机构。^③禁止设立分支机构的规定限制了民办非企业单位的服务地域，不利于品牌提升和建设。因此，如果需要到登记地之外开展活动的，尚需要另外登记为独立法人，不仅需要另行筹备资金和组织机构，影响民办非企业单位的发展壮大；同时也增加了登记难度（因为在另行登记为民办非企业单位时，又得遵循双重管理体制）。对比之下，营利性的幼儿园可以运用各种商业模式发展。从目前市场上最为活跃的营利性幼

① 从立法目的来看，《民办非企业单位登记管理暂行条例》的出台有其特殊的历史背景，其主要目倾向于加强对民办非企业单位的管理；而且寄希望于通过《民办非企业单位登记管理暂行条例》的实施，使原先的各职能部门分口管理、各司一摊的局面整合为由民政部门统一归口管理的体制。参见金锦萍、刘培峰：《转型社会中的民办非企业单位》，社会科学出版社，2012年，第6-7页。

② 《民办非企业单位登记管理暂行条例》第5条规定登记管理机关和业务主管机关，第19、20条则规定了各自的职责。登记管理机关的职责在于：负责民办非企业单位的登记和备案、对民办非企业单位进行年检以及对民办非企业单位的违法行为进行查处。业务主管单位的职责主要在于民办非企业单位登记前的审查，监督指导民办非企业单位按照法律和章程开展活动，负责年检的初审，协助登记管理机关对民办非企业单位的违法行为进行查处，以及指导民办非企业单位的清算事务。从这些规定可以看出，在我国民办非企业单位的行政处罚权配备给了登记管理机关，业务主管单位只是协助和配合登记管理机关行使这一权力。因此就造成了权责并不明确的困境。

③ 《民办非企业单位登记管理暂行条例》第十三条规定“民办非企业单位不得设立分支机构。”

园来看，可以直营、加盟、参股等方式发展分支机构和子公司。

其三，税收优惠未能落实使非营利性幼儿园在竞争中毫无优势。在财政和税收优惠政策方面，民办非企业单位目前得到的优惠政策不多，财政拨款和资助，税收优惠政策等都较少，在税收政策上与营利组织区别不大。

（二）财产规则阙如导致民办非企业单位“名不副实”

营利性幼儿园和非营利性幼儿园的区分理论上本来非常清晰。^①法律本应对于民办非企业单位的“非营利性”作出明确界定。但是《民办非企业单位登记管理暂行条例》中对于民办非企业单位的法人财产所有权属性的规定不明确。^②实践中不少创办者很大程度上将设立民办非企业单位的出资视为投资而非捐赠。另一方面未能对于民办非企业单位运行过程中的规则进行细致规定，导致实践中有些民办非企业单位以非营利之名，行营利之实。相比较之下，营利性幼儿园以公司形式存在，股权结构明确，产权界定清晰，又能引入公司治理结构，甚至可以对执行层进行股权激励，对于股东能够名正言顺地分配利润，更有利于其引入资本，发展壮大。

因此尽管按照登记制度，营利性幼儿园应该进行工商登记，非营利性幼儿园应该进行民政登记，但是实践中民政登记的幼儿园因为财产规则的缺失导致无法保证其“非营利性”，或者尽管有禁止分配利润的限制，但是却通过其他方式进行变相的“股权”转让或者利润分配；由于“鱼龙混杂”，反过来又让民政登记的幼儿园在争取税收减免时面临极大的困境。

五、以“合约失灵”理论解读虐童事件

按照合约失灵理论，幼儿园属于典型的服务缔约者（购买者）与消费者分离的场合，即便达成合约，缔约者也难以判断对方是否履行合约。于是竞争机制失效，之间的合约已然无法限制服务提供商的机会主义行为，服务提供商就会“以次充好”来获得超额利润，损害消费者的利益。这里以次充好的极致，便是削减成本，不断减少人员，尤其是专业人员的投入，最终使幼儿们不仅无法获得优质服务，甚至会成为被虐待的受害者。

比较理想的解决方案是让有志于从事学前教育的主体来创办非营利性的幼儿园，由于受到“禁止利润分配”原则的约束，创办者没有动机去过度削减成本；同时创办者既然不以营

① “非营利性”的具体涵义应该在于：第一，从组织的目的上来说，是不以营利为目的，也就是民办非企业单位的宗旨并不是为了获取利润并在此基础上谋求自身的发展壮大，而是为了实现某种公益或者一定范围内的公益。第二，不能进行剩余收入（利润）的分配。民办非企业单位可以开展一定形式的经营性业务而获得剩余收入，但是这些收入不能作为利润在成员之间进行分配。这一原则即“不分配限制原则”。第三，不得将民办非企业单位的资产以任何形式转变为私人财产。

② 颁布实施于1999年的《民办非企业单位登记管理暂行条例》的出台有其特殊的历史背景，其主要目倾向于加强对民办非企业单位的管理；而且寄希望于通过《民办非企业单位登记管理暂行条例》的实施，使原先的各职能部门分口管理、各司一摊的局面整合为由民政部门统一归口管理的体制。《民办非企业单位登记管理暂行条例》的结构安排和内容设置与《社会团体登记管理条例》非常相似。导致将社团管理中的大量制度复制到民办非企业单位的管理之中来，忽视了民办非企业单位区别于社会团体的大量特征。这与立法者当时对于民办非企业单位的认识不足，相关研究没有深入有一定关联。当然也与民办非企业单位在我国发展历时不长，相关规律没有得以呈现有关。

利为目的,那么促使其投身学前教育的只能是价值理性。^①但是,目前的制度设计却让人有点无所适从:其一,在设立环节,由于设立民办非企业单位的困难,使得抱着价值理性、不以营利为目的、有志于投身学前教育的民众不能顺利获得登记,使得非营利性幼儿园的发展无法满足社会需要;留下的空白在政府基本公共服务未能覆盖的情况下,给了营利组织极大的发展空间;其二,在民政部门登记的、以民办非企业单位形式存在的幼儿园中,却因为财产规则的缺失,其中混杂着大量以营利为目的的投资者,致使民办非企业单位本应该获得税收优惠政策无法落实,使得其中恪守非营利组织性质的创业者们承担了作为非营利组织的义务和约束的同时,却无法享受应有的权利,在与营利组织的竞争中无疑处于下风;其三,由于营利性幼儿园和尽管以民办非企业单位形式登记、但是却行营利之实的幼儿园的大量存在,在这些情形下,合约失灵理论所揭示的后果就会出现:服务提供商因受经济利益驱使,想获得超额利润,就会“偷工减料”和“以次充好”,损害消费者的利益,发展到一定程度,虐童事件就难以避免。

六、结论和余论:分类规范,构建理想的社会服务提供机制

合约失灵理论一针见血地呈现出非营利组织在某些场合下与营利组织相比具有得天独厚的优势。诚如上文所言,既然营利组织在合约失灵场合下势必会以提高服务价格或者降低服务质量的方式来攫取超额利润。那么在合约失灵理论下的社会公共服务应该如何提供呢?

其一,政府保障基本公共服务的提供。《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》要求“划清政府与市场界限”,在增强政府基本公共服务职责基础上,合理划分政府财政事权和支出责任;同时充分发挥市场机制作用,支持各类主体平等参与并提供服务,形成扩大供给合力。可见“十三五”规划中强调了政府主导的责任,强化提供基本公共服务方面公共财政保障和监督问责,但是并没有重申“十二五”规划中对于营利组织和非营利组织的分类管理思路。

其二,分类规范营利组织和非营利组织。在政府保障基本公共服务提供的基础之上,对于营利组织和非营利组织的分类规范势在必行。好在自去年以来,随着《民办教育促进法》的修订、《国务院关于鼓励社会力量兴办教育促进民办教育健康发展的若干意见》的出台、教育部等五部门的《民办幼儿园分类登记实施细则》和《营利性民办幼儿园监督管理实施细则》的颁布实施,学前教育进入了分类管理的轨道。但是一切才刚刚开始。

其三,除了上述举措之外,在合约失灵场合(无论是幼儿园还是养老院),急需改革行政管理体制,简化非营利组织的登记程序,培育发展提供社会服务类的非营利组织,同时修改相关法律法规,明确非营利组织的财产属性、财产规范,在此基础之上,落实非营利组织

^① 这一理论是试图运用韦伯对社会行动类型分类的理论去理解和解释从事非营利事业。韦伯将社会行动分为四种类型:工具理性的、价值理性的、情绪理性的和传统理性的。如果人们通过营利组织的形式实现自己的目的的时候,则就是工具理性的体现:也即这些行动是由人们对结果或者期望所决定,人们在从事这些活动时自己理性地追求和计算可能获得的结果并决定是否采取行动。而人们以非营利组织形式参与社会活动的,却符合价值理性的分析模型:人们之所以参加这些活动,并不是对结果或者回馈的期望,而是由“对于某些伦理的、美学的、宗教的或其他行为方式有意识的信念所决定的行动,并不取决于它的成功的前景。”参见金锦萍:《非营利法人治理结构研究》,北京大学出版社,2005年,第54-55页。

应该享受的税收政策和其他优惠政策，让非营利性的幼儿园和养老院能够充分提供社会需要的服务。

其四，营利组织提供差别化服务。在学前教育领域和养老领域，依然可以存在营利组织，只是其在与非营利组织的竞争过程中，采取差异化竞争战略。营利组织将逐渐转而提供非营利组织所能提供服务之外的增值性服务、个性化服务和高端人群服务。

一言以蔽之，虐童事件频发，仅仅靠加强监管是不够的。从社会服务提供机制上进行反思并及时予以调整，才是治本之道。

Why does It Have to Be Non-profit? Provision of Social Public Services in the Case of Contract Failure

Jin Jinping

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Contract failure theory shows that in the case of contract failure, competition does not work due to information asymmetry; therefore the opportunistic behavior of service providers can be inhibited only if the government or non-profit organizations provide social public service. In the field of pre-school education, basic public services provided by the government are inadequate. Also, private non-profit kindergartens are underdeveloped and at a disadvantage against for-profit ones due to defects of the system. Since the system to regulate kindergartens in accordance with their different natures fails to be implemented, investment capitals flow to some private non-profit kindergartens. As a result, child abuse emerges and cannot be eradicated. The only solution is to redesign the mechanism for providing social public service in the case of contract failure.

Key words: contract failure; preschool education; basic public service; non-profit organization

(责任编辑: 李莹)