

# “三孩”政策下多元普惠托育服务体系发展的法治保障

马晶<sup>1</sup> 杨天红<sup>21</sup>

(1. 西南大学 重庆 400715; 2. 华东政法大学 上海 201620)

**【摘要】:** 强化法律制度供给是引导、规范、促进多元普惠托育服务体系发展的前提。用法治给行政权力定规矩、划界限,规范行政决策程序;用法治协同政府治理、市场调节、社会参与的三元良性互动,疏通利益表达和利益协调,形成共建共治共享的托育服务供给体系;以法治强化权利救济和纠纷解决,以规则的基础性、包容性、明确性、稳定性,化解托育供需矛盾,促进人口均衡发展,维护社会长期和谐稳定。

**【关键词】:** “三孩”政策 普惠托育 福利多元主义 公共服务

**【中图分类号】:** C913 **【文献标识码】:** A **【文章编号】:** 1005-1309(2022)09-0095-009

## 一、问题的提出

从人口结构看,老龄化、少子化现象越来越不容忽视,将在一段时期内成为影响我国经济社会发展的突出问题。2021年7月,中共中央、国务院出台《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》(以下简称《人口发展决定》),提出实施“三孩”政策,并将“发展普惠托育服务体系”作为基础性配套支持措施。

普惠托育服务是应对人口老龄化、少子化的一个重要领域。然而,当前我国普惠托育服务几乎处于空白状态,<sup>[1]</sup>借鉴其他国家或地区福利多元化改革经验、建立我国普惠托育服务体系已经势在必行。《人口发展决定》指出,要通过支持社区托育服务设施建设和隔代照料等方式大力发展多种形式的普惠托育服务,但从现有普惠托育服务多元供给看,因为法律制度供给不足,衍生了政府功能定位模糊、服务公共性丧失、多元合作供给背景下不同主体间法律关系不明、家庭非正式婴幼儿照料不被制度认可等问题。因此,如何从法治维度建立一套强有力的保障机制,成为当前我国发展普惠托育服务体系的关键。

## 二、普惠托育服务供需矛盾严重影响“三孩”政策效果

普惠托育服务,是面向0~3岁婴幼儿提供质量有保障、价格可承受、方便可及的托管和照护服务。一项针对OECD国家的调查发现,发展普惠托育服务可有效提高生育率,如每增加婴幼儿入托率10个百分点,女性的终身生育率将增加0.4个百分点;将15个欧盟国家2岁以下婴幼儿的托育覆盖率从10%上升到50%,高学历女性群体的终身生育率将从1.4提升到1.9。<sup>[2]</sup>在我国,日渐式微的家庭婴幼儿照护催生了普惠托育服务的巨大社会需求。一方面,随着近年来人口老龄化和城镇化速度的不断加快,核心家庭成为家庭类型主体,观念的差异与冲突使传统的隔代照料功能下降。另一方面,高等教育普及和经济发展,越来越多的女

**作者简介:** 马晶,法学博士,西南大学法学院讲师,教育部—西南大学教育立法研究基地研究人员。杨天红,华东政法大学习近平法治思想研究中心研究人员。

**基金项目:** 重庆市社科规划博士项目“我国民事司法实践适用比例原则研究”(2018BS115);国家社科基金青年项目“长期护理保险法律制度研究”(2018FCX073)

性接受了较长年限的教育，在女性劳动就业率逐年提升的叠加影响下，女性生育年龄逐渐增长；家庭隔代照料中的祖辈年龄逐渐增大，对于照顾婴幼儿日渐力不从心，特别是对于“二孩”“三孩”的照顾更加困难。“无人照顾孩子”成为女性群体“不敢生、不想生”的突出困难之一，<sup>[6]</sup>如何增加婴幼儿托育服务供给成为当前社会关注的焦点。

目前，我国托育服务供给严重不足。2019年全国人口与家庭动态监测数据显示，我国3岁以下婴幼儿实际入托率仅为5.5%，<sup>[3]</sup>远低于法国的49.7%，瑞典的55%，新加坡的90%。<sup>[4]</sup>与之相对的则是家庭迫切的托育服务需求，如在2016年对10个城市的调查发现，有35.8%的3岁以下婴幼儿家长有托育需求，需要托位上千万个。<sup>[3]</sup>其中上海市妇联的调查显示，截至2016年底，上海约有88.15%的家庭、超过10万的儿童需要托育服务，但上海托育市场仅能满足10%的托育需求。北京市卫健委2020年11月的调查发现，北京3岁以下婴幼儿入托率不足3%。在欠发达地区供需矛盾更为突出，如在内蒙古，3岁以下婴幼儿当前约有66万人，但每千人口托位数仅为0.8个，入托率仅为2.6%。<sup>[5]</sup>

普惠托育服务供需矛盾严重影响了我国生育政策的实施效果，如在2015年实施“全面二孩”政策之后，仅2016年人口出生率呈上升趋势，此后2017—2020年人口出生率便迎来了“四连跌”，其中2020年人口出生率仅为8.52‰。《“十四五”积极应对人口老龄化工程和托育建设实施方案》（以下简称《“十四五”托育建设方案》）指出，正是因为托育服务体系不健全，使婴幼儿照护、女性职业发展等社会经济因素成为生育率持续走低的重要成因，以至于“单独二孩”“全面二孩”政策并未取得预期效果，有鉴于此，《人口发展决定》提出要将“发展普惠托育服务体系”作为“三孩”政策的基础性配套措施。

### 三、发展普惠托育服务体系必须进行供给侧多元化改革

福利国家危机的出现，使福利多元主义成为福利供给的新范式。福利多元主义主张政府并非是福利生产的唯一主体，市场、志愿组织、营利组织和非正式组织同样可以参与公共服务生产，政府主要承担资金筹措、绩效评估和质量监管等责任。福利多元主义可以充分实现公共服务生产的地方化、社区化，便利服务对象的参与和选择，使公共服务更契合服务对象需要，具有反科层制意涵。发展普惠托育服务体系必须进行供给侧多元化改革，以有效满足“三孩”政策下家庭的普惠托育服务需求。

#### （一）科层制托育服务供给不能满足社会需求

组织社会学意义上的科层制是指组织运转依靠训练有素的专业人员按照既定规则进行，其以形式理性为根基，追求行政的技术性，强调绝对服从，包括服从法律和服从上级。<sup>[6]</sup>政府运转是科层制的典型代表，其向公民提供公共服务时也主要采取科层制。托育服务是面向婴幼儿提供的照顾日常生活、启蒙思维意识的多层次、立体化活动，采科层制方式供给有3个方面的弊端：一是建立在形式理性基础上的科层制以形式公平为依归，强调服务对象的一般性而忽略服务对象个体的差别化需求，在具体执行中强调对上级和法律的服从，因此在服务内容、服务方式、服务质量等方面创新动力不足，而托育服务面向的是个性各异的婴幼儿，需不断创新、丰富服务内容和方式来满足多元化、个性化托育服务需求。二是科层制在执行过程中过分依据规则行事，上下级冲突、沟通障碍和信息扭曲等易造成行政效率低下，<sup>[7]</sup>而托育服务因服务对象的特殊性和服务内容的精细化要求必须有高效的执行体系。三是科层制下政府托育服务供给具有同质性，服务接受者难以“用脚投票”，使其无法对服务提供者进行选择，弱化了服务对象的主体性，也不利于促进服务质量提升。

#### （二）多元化供给可有效满足“三孩”政策下家庭的普惠托育服务需要

“三孩”政策下，普惠托育服务多元供给可以其灵活多样的服务供给形式解决托育服务资源不足与结构性浪费、服务质量低下等问题，与完全由政府直接提供普惠托育服务相比，具有4个方面优势。

一是有效增加普惠托育服务供给。“十四五”规划纲要提出，每1000人口拥有的3岁以下婴幼儿托位数，要从2020年的1.8个提高到2025年的4.5个，5年间要新增近400万个托位，而如果单纯依靠政府部门来完成新增的托位任务，目前难度非

常大，必须通过相应的顶层制度设计，充分发挥法律法规、宏观政策的调控引导作用，吸纳社会各方力量参与普惠托育服务供给。

二是有利于普惠托育服务区域均衡。利益偏好决定了市场提供的普惠托育服务多集中在城镇中心和经营利润较高地区，而对于偏远和利润较低地区则较少问津，此时需要发挥政府和非营利组织的作用。政府因托育服务市场在城镇中心和利润较高地区分担了服务供给任务，更有精力和资源集中在偏远和利润较低地区直接开展普惠托育服务供给。

三是可以充分利用市场规律提升托育服务质量。在市场化供给中，服务供给者与服务接受者之间的服务供给关系属于民事法律关系范畴，服务接受者可以选择“用脚投票”。服务供给者因以营利为目的，为争夺市场，提高利润，竞争意识与创新欲望强烈，这有利于促进普惠托育服务质量提升，实现普惠托育服务的多层次、立体化发展要求。

四是有利于促进托育服务人性化发展。通过非营利组织提供普惠托育服务可以有效整合各类社会资源，促进普惠托育服务人性化发展。非营利组织本身就是社会各类资源的汇聚，而其相较于政府和市场的非官方、非营利特点更容易整合社会资源。同时，也因其从事普惠托育服务并不是为了履行公共职责和营利，所提供的服务将更人性化，从而提高了服务供给的有效性。

## 四、当前多元普惠托育服务体系改革存在的问题

2019年，国家发展改革委和国家卫生健康委联合印发《支持社会力量发展普惠托育服务专项行动实施方案(试行)》(以下简称《方案》)，以激发、引导社会力量参与普惠托育服务体系建设的积极性，着力增加普惠性托育服务的有效供给。不少地方政府在《方案》指导下，对普惠托育服务多元供给进行了一系列积极的改革和探索，采取诸如公立幼儿园办托班、民办机构提供普惠托育服务、公建民营式普惠托育服务、企事业单位向本单位职工提供普惠托育服务以及国资托育机构提供普惠托育服务等多元托育服务形式，取得了一定成效。但总体看，法律制度供给不足、政府功能定位模糊、多元供给背景下不同主体间法律关系不明、公共性丧失危险、支持激励措施落地难等问题，严重制约了多元普惠托育服务体系的发展。

### (一)法律制度供给不足

普惠托育服务涉及全体社会成员的利益，是对社会公共资源的配置，根据法治原则要求，须有完备的法律制度体系予以保障和规制。当前虽然国家通过一系列规范性文件对普惠托育服务多元供给明确了方向，不少地方也出台相应的“意见”“办法”，对多元普惠托育服务的发展提出对策，但均未上升到法律层面，缺少法律独有的刚性、权威性、稳定性支撑，不能满足普惠托育服务多元化发展需要。这主要体现在两个方面：一是目前托育服务领域顶层设计，仅有2020年10月修订的《未成年人保护法》宏观地规定，各级人民政府应当发展托育、学前教育事业，办好婴幼儿照护服务机构、幼儿园，支持社会力量依法兴办母婴室、婴幼儿照护服务机构、幼儿园，但均采取政策性规范形式，尚未出台专门法律法规，正在制定的《学前教育法》也将学前教育范围限缩为“由幼儿园等学前教育机构对三周岁到入小学前的学前儿童实施的保育和教育”。法律规范的欠缺使托育顶层设计充满了不确定性，严重影响社会资本、非营利性机构等进入托育服务领域的积极性。二是公私合作生产公共服务在我国发展较晚，不少细分领域欠缺法律规制。以政府向非营利性机构购买普惠托育服务这一重要的公私合作普惠托育服务生产方式为例，目前有关社会组织信息公开的法律规范便是空白。理论上，通过政府购买公共服务这一形式，社会组织承接了政府的公共服务供给职能，基于行政特许“相似性”原理，此时社会组织需承担类似于政府直接生产公共服务时须履行之信息公开等义务。但现有法律制度中，难以找到对公共服务承接人信息公开方面的具体规范，使其难以接受公众监督。

### (二)政府功能定位模糊

政府在社会福利生产、分配中的责任定位模糊，在一定程度上阻碍了多元普惠托育服务体系的建设发展。

一方面，政府在普惠托育多元服务体系中的多重角色定位（普惠托育服务直接生产者、委托者、购买者、监管者等）易造成其角色混乱，使政府在承担不同角色功能时难以根据角色定位采取合适的组织行为。例如，作为普惠托育服务委托者本应根据委托协议行使权利、履行义务即可，但政府却深度甚至直接介入普惠托育服务生产，这不利于市场作用的发挥；而作为直接生产者，政府理应在市场不愿意和社会组织没有能力提供服务的场域提供普惠托育服务，但政府却就此寄希望于市场和社会组织作用的发挥，这难以有效组织普惠托育服务均衡供给。

另一方面，政府功能定位不清，加大了政府权力寻租的灰色空间。普惠托育服务多元供给涉及特许经营、政府补助、土地优惠等政府经济干预行为，政府的政策制定者、执行者、参与者角色混同，易导致决策要素主观化、标准模糊化，使权力寻租空间加大，也使公私合作效果大打折扣。政府支持民间资本进入公共服务领域主要以政策文件为依据，法律对行政自由裁量权的有效约束欠缺，资本可借托育服务名义行商业开发之实，加之地方政府利用体制优势“辗转腾挪，多番变化”，双方极易形成权力寻租的共谋，最终使托育服务项目建设方案异化为商业地产开发，公共服务和公共事业难于保证。

### （三）多元供给背景下主体间法律关系界定不明

在公共服务多元供给中，一般存在政府、服务供给者、服务对象三方主体，三者间相互关联，形成了三组法律关系，即政府与服务对象之间的法律关系、政府与服务供给者间的法律关系，以及服务供给者与服务对象之间的法律关系。其中政府与服务对象之间虽然具体法律关系内容有变，但仍为行政法律关系无疑。而其他两组法律关系如何定性，目前仍存在较大争议。法律关系界定模糊极易造成普惠托育服务公共性的丧失。若将政府与服务供给者之间关系定性为私法关系，一方面因为服务对象不属于协议主体，利益有可能被政府与服务供给者合谋侵害；另一方面私法关系的典型特征是平等与意思自治，只能通过合同约定双方的权利义务，一旦合同达成，难以因应实际情况进行调整，将会使政府对服务供给者的监管力度降低。又如，若将服务供给者与服务对象之间单纯界定为传统的私法关系，则根据合同自由原则，合同主体享有签与不签的自由，这就使服务供给者在提供服务时有可能选择服务对象，只向“优质”服务对象提供托育服务，而将“非优质”服务对象排除在外。

### （四）公共性丧失危机

公共性丧失是指普惠托育服务多元供给后，由于资本逐利的本性可能将低收入群体排除在外，使其无法享受应有的托育服务；而地方政府在政绩导向下，在公共政策的执行上可能出现偏差。例如，2019年某市提供普惠托育服务的9个公办托育机构中，除了1家费用为700元/月外，其他最低的仍需2880元/月，最高的则达6800元/月，<sup>1</sup>甚至比民营幼儿园提供的非普惠托育服务还高出一截，如此收费将大部分低收入家庭排除在外。又如，某省在国务院出台《关于促进3岁以下婴幼儿照护服务发展的指导意见》（以下简称《婴幼儿照护意见》）后，当年即启动了示范性婴幼儿照护服务机构项目——“国资教育托育园”，该项目由该省国资委旗下的教育科技公司承担，但服务对象仅面向省、市直机关及行政事业单位，省属、省属国有企业等单位职工，且时至今日，该项目仍处于示范阶段，未在全省范围广泛铺开。这使本应属于公共服务范畴的普惠托育演变成机关事业单位的职工福利，与之相对的则是大量质优价廉的民办托育机构得不到政府支持，在疫情影响下举步维艰。

### （五）支持激励措施落地难、不全面

发展多元普惠托育服务体系的关键在于通过相应的措施激励社会资本、民间力量进入托育服务市场，促进普惠托育服务有效供给，但当前的支持激励措施落地难，这严重影响了社会力量进入托育服务市场的进程。以某市为例，早在2018年4月就推出了由《促进和加强3岁以下幼儿托育服务工作的指导意见》《3岁以下幼儿托育机构管理暂行办法》和《3岁以下幼儿托育机构设置标准（试行）》组成的3岁以下婴幼儿托育服务供给政策体系，对非营利性托育服务机构的开设、政府支持措施、服务质量监管和价格控制等进行了较为详细的规定。但调查显示，上述政策因不够精准、激励措施吸引力有限等方面原因影响，存在落地难问题，以至于非营利性托育服务仍面临供给严重不足，服务质量难以满足需求且短时期内难以提高，服务价格高于受众心理预期并给其造成较大经济负担，服务区域总体密度偏低且区域不均衡等问题。<sup>[8]</sup>

支持激励措施不全面则集中体现在对家庭非正式托育支持制度建设的不重视。家庭是婴幼儿照护的最重要来源，也是最易受忽略的供给一方。长辈抚养晚辈历来被视作天经地义，以至于家庭婴幼儿照护一直被社会推崇，但却未被给予应有的法律支持，《婴幼儿照护意见》明确规定，家庭对婴幼儿照护负主体责任，国家只有在家庭照护确有困难时，才向家庭或婴幼儿提供必要的服务。反观欧洲第一个经历生育率下降的国家——法国，其为提升生育意愿，对家庭托育提供了强有力的支持措施，规定对于以未就业女性照顾儿童为主的非正式家庭，国家通过现金、男性育儿假等给予支持；对于女性就业家庭，则通过多元托育服务满足儿童照护需求，且在必要时政府给予丰厚补贴助其购买市场化服务。<sup>[9]</sup>与之形成对比的是，我国在2015年实施“全面二孩”政策后，虽然不少地方对人口与计划生育法规进行了修改，增加了育儿假等规定，却存在育儿假难请，且申请后经济收入急剧下滑的问题。以《重庆市人口与计划生育条例》为例，女职工只有在单位同意后才可休育儿假，育儿假期间工资一般只能按照休假前基本工资的75%领取，在当前竞争激烈的就业环境下，一般单位不会同意职工育儿假申请，且因育儿假期间工资待遇保障差，不少女职工也不愿申请育儿假。

## 五、构建促进多元普惠托育服务体系发展的法治保障

普惠托育服务体系的可持续健康发展，需要多方面系统施策，强化政策引导，吸引社会各方力量积极参与；需要加大专业人才培养力度，规范从业人员资质；需要发展智慧托育新业态，提升托育服务质量等。其中，如何从法治维度构建保障多元普惠托育服务体系发展的体制机制是关键。

### （一）完善“基本法+配套规定”的法律规范顶层设计

强化法律制度供给是引导、规范、促进多元普惠托育服务体系发展的前提。用法治给行政权力定规矩、划界限，规范行政决策程序，加快转变政府职能；用法治协同政府治理、市场调节、社会参与的三元良性互动，疏通利益表达和利益协调，形成共建共治共享的托育服务供给体系；以法治调节关系、规范行为、强化权利救济和纠纷解决，以规则的基础性、包容性、明确性、稳定性，化解托育供需矛盾，促进人口均衡发展，维护社会长期和谐稳定。考虑到普惠托育服务体系的复杂性，法律规范的顶层设计宜采取“基本法+配套规定”形式。其中“基本法”是指立法部门应在前期相关政策实施经验的积累上，出台“普惠托育服务发展促进法”，以其作为“基本法”规范普惠托育服务。在“基本法”中，对普惠托育服务的基本公共服务定位、服务价格、服务提供者的强制缔约义务、政府功能定位等重要事项进行明确规定，而行业准入条件、公私合作纠纷解决、非营利托育服务机构支持等内容可通过引致或授权条款在其他相关或配套法律法规中予以规定。

### （二）明晰政府在多元普惠托育服务体系中的责任定位

根据福利多元主义思想，政府在普惠托育服务多元供给体系中，应从服务直接供给者角色中抽身，转而着重发挥制度供给者、调控监管者和最终责任者角色。制度供给者指国家应在广泛深入调研论证基础上，做好普惠托育服务体系建设的顶层规划，并根据顶层规划“生产”出适合需要的法律制度规范，引导、支持、规范普惠托育服务多元体系建设，推动托育服务事业健康、有序发展。调控监管者是指国家应担负起托育服务行业调控监管任务，调和不同部门因参与普惠托育服务所衍生的利益冲突，同时对参与普惠托育服务的各相关主体进行监管，确保普惠托育服务体系持续、高效运行，让多元化部门协作发挥加乘效应，避免出现副作用。最终责任者指在偏远地区托育服务供给“无人问津”或民间业者无意愿、无能力承担的其他情形，国家应承担托育服务的直接供给责任，以及在发生危险情形或有重大托育服务不足时，国家应立即补位、降低可能的婴幼儿照顾风险。

### （三）强化公私合作的法律治理

政府与市场主体、社会组织等私主体通过公建私营、公办私助、公私合资、私办公助等方式合作供给托育服务是普惠托育服务多元供给体系的重要组成部分，《“十四五”托育建设方案》明确提出鼓励通过公建民营、民办公助等方式发展托育服务。与政府直接提供普惠托育服务相比，公私合作供给托育服务中法律关系较为复杂，需强化公私合作的法律规制确保合作有序。

一是明确公私特许合作的准入条件。托育服务机构成立仅需满足《公司法》《合伙企业法》《民办非企业单位登记管理暂行条例》等法律法规规定即可，不需前置审批，但若未取得公私合作特许资格，应当满足相应条件并经行政审查。首先，为保证服务质量，托育服务机构必须具备相应的场地、安全设施、餐饮及游戏设施等硬件条件。在设置特殊许可时，应进行必要的类型化，根据不同类型托育服务机构设置不同的硬件条件，如社区托育机构的场地条件、游戏设施等硬件条件要求应有别于全托式托育机构。其次，分别从一般保育人员、特别保育人员和管理人员 3 个维度设置托育服务机构软件条件。例如，为确保婴幼儿能够接受必要的照护服务，特许合作条件中必须明确规定一般保育人员与婴幼儿的人数比，防止企业因逐利而降低一般保育人员与服务对象比，导致服务质量降低；为确保婴幼儿身心良好发育，托育服务机构还需配备符合一定比例的医疗、心理方面专业人员；为防范道德风险，特许条件中应对管理人员作出明确要求，其除须具有完全民事行为能力外，在个人信用记录上须表现良好。最后，特许合作条件还应着重考察托育服务机构的历史记录，如对曾出现过虐童，特别是有性侵儿童历史记录托育机构，原则上在一定期限内冻结其申请特许合作资格。

二是分阶段定性并规制公私合作。根据“双阶理论”，公共服务生产的公私合作并非是一个单一法律行为，而应分为行政主体在公法框架下单方决定是否与私主体合作以及双方依据私法协商如何合作两个阶段，区分的目的在于应基于行为性质差异，在不同阶段依据不同法律采取不同的调整方法。其中，在第一阶段，政府系行政主体主要运用高权手段进行调整，而在第二阶段，政府则是作为私主体出现，协议内容主要依双方平等协商确定。<sup>[10]</sup>据此，普惠托育公私合作供给可分为政府与合作方签署托育服务特许协议和签署婴幼儿托育服务协议两个阶段。其中托育服务特许协议是服务供给者取得托育服务供给资格的依据，性质上属行政合同，体现的是政府与托育服务机构间的行政特许关系，政府可以利用其高权地位对合作方提出强制性要求；托育服务协议则是托育服务机构与政府合作关系中权利义务的规定，性质上属私法合同，体现的是政府与服务供给者之间的民事关系，双方应通过平等协商的方式开展合作。

三是建立公私合作纠纷快速解决机制。随着公私合作开展托育服务趋多，政府、托育服务机构、婴幼儿及其监护人之间产生矛盾在所难免。建立快速公私合作纠纷解决机制一方面可以减轻法院负担，节约社会资源，另一方面有利于推动公私合作的发展和托育服务的持续供给。首先，这一快速纠纷解决机制可以采取仲裁委员会方式，由政府机构、专业托育服务机构和监护人三方各派 3 名代表组成，仲裁委员会主席由三方代表共同推选。其次，仲裁管辖权限可包含在政府机构与托育服务协会签署的框架协议中，托育服务机构与婴幼儿家长关于婴幼儿照护服务协议意见不一致时以此确定协议内容，在此也应规范托育服务机构因未适当履行义务而应扣减相关费用的标准或具体数额等。再次，仲裁程序上，根据当事人的申请而启动，仲裁机构原则上应在 4~6 周内作出仲裁裁决，仲裁实行成员一人一票制，仲裁结果采简单多数决，若不能产生多数决，则由主席决定仲裁结果。最后，关于仲裁的作用，明确规定仲裁前置，当事人只有对仲裁裁决不服的，才可以向法院提请诉讼。

#### (四) 强化普惠托育服务公共性维持的法律规制

##### 1. 从法律上明确普惠托育服务的基本公共服务属性

基本公共服务是以政府提供为主导、保障所有公民生存和发展基本需求的公共服务。《国家基本公共服务体系“十二五”规划》将基本公共服务的供给与接受提升到权利义务维度，通过法律的刚性和权威性保障社会公众接受基本公共服务的权利，并督促政府部门履行基本公共服务供给职责。在基本公共服务范围上，国家实行清单管理，对纳入清单的基本公共服务，公民有权利要求政府履行相应职责、提供服务。但我国迄今尚未将普惠托育服务纳入国家基本公共服务体系。《普惠托育服务专项行动实施方案》规定，普惠托育服务不属于基本公共服务范畴，是地方政府事务；《婴幼儿照护意见》也指出婴幼儿照护应以家庭为主，政府仅对确有照护困难的家庭或婴幼儿提供必要的服务。《国家基本公共服务体系“十二五”规划》和《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》所列清单中，皆只规定了 3 岁以上的基本教育公共服务，3 岁前的托育并未纳入，《“十四五”托育建设方案》再次将普惠托育归入非基本公共服务范畴，提出政府的主要职责是明确发展目标，通过加大对社会力量的支持扩大有效供给。普惠托育服务非基本公共服务的定位不利于其发展。一方面，目前我国各项事业中仍然采取“大政府”的架构模式，政府承担职责过多，分身乏术，难以用有限的资源和精力投身公共服务建设与运行，政府对 3 岁前婴幼儿托育服务体系长期缺

---

位，且观念上历来认为照顾3岁前婴幼儿仅是家庭责任。另一方面，各级政府对公共服务建设成效关注不足，将工作的重心主要放在经济建设上，发展公共服务动力不足，建设性财政难以向公共服务性财政转型，对于非属于基本公共服务的普惠婴幼儿托育服务不愿意涉足。“三孩”政策下，面对托位的巨大缺口，必须通过相应的法律法规明确普惠托育服务的基本公共服务属性，压实政府责任，切实保障普惠托育服务供给。

## 2. 规定普惠托育服务机构的强制缔约义务

强制缔约义务是合同法对合同自由的一项重要限制措施，当前我国《民法典》中规定的强制缔约义务条款主要集中在公共服务供给领域，负有强制缔约义务的主体或为国有企业(如自来水厂、电厂等)，或为法律法规特许经营行业(如出租车营运)主体。在新近出台的《“十四五”托育建设方案》中，明确规定政府支持企事业单位、工(产)业园区等利用自有土地或设施提供托育服务，但普惠托位要向社会开放提供。将来在有关普惠托育的立法中，必须将上述规定提升到法律条文层面，要求普惠托育服务机构在托位允许的情况下不得拒绝提供托育服务。

## 3. 从法律上明确政府的兜底责任

福利多元主义下，政府通过开放托育服务市场，移转了自身应承担公共服务的实际履行责任，退转为负监督责任及财政上的担保责任，与政府作为福利供给主体时应积极提供服务及确保服务质量的义务相比较，政府责任有后退、消极化倾向，存在形骸化风险。为预防政府怠于履行公共服务供给责任，应通过法律明确规定政府的托育服务兜底责任。政府兜底责任是指政府必须，也只能在其他主体不愿或无力承担托育服务供给责任的场域直接提供托育服务，在其他机构可以承担的场域政府原则上禁止参与托育服务供给，以防与其他托育服务机构形成不公平竞争，挫伤社会资本参与托育服务业发展的积极性。

## 4. 加强服务价格法律规制

价格的制定包括市场调节价、政府指导价和政府定价3种。政府指导价本质上是政府干预市场的手段，其法理基础在于通过对特定商品或服务的价格规制以维护公共利益。<sup>[11]</sup>根据《价格法》第18条规定，实行政府定价的商品和服务主要是与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品、资源稀缺的少数商品、自然垄断经营的商品、重要的公用事业和重要的公益性服务。普惠托育服务的基本公共服务属性赋予了政府进行价格管理的合法性基础，可在对其价格实行政府指导价基础上，通过配套法规完善普惠托育服务的定价过程和监督要求，建立媒体舆论监督和社会公众举报机制。

### (五) 强化非营利托育服务机构的法律支持

#### 1. 放开非营利托育服务机构不得从事营利性活动的法律管制

《民办非企业单位登记管理暂行条例》和《社会团体登记管理条例》中关于社会组织不得从事营利性经营活动的规定，混淆了作为手段的营利与作为目的的营利，作为目的的营利是指社会组织将通过营利性活动得来的资金分配给组织成员；而作为手段的营利则是指组织成员并不分配通过营利性活动获取的收益，而是将其作为保障、扩大事业发展的基金。现阶段我国非营利托育服务机构独立性较弱，对政府资金支持依赖较大，这使其很有可能逐渐丧失与政府平等对话和合作的资本而沦为依靠政府财政生存的一个部门，<sup>[11]</sup>最终丧失非营利机构在托育服务供给中的优越性。为壮大非营利托育服务机构，应修改相关法律允许非营利托育服务机构从事经营活动，并对其经营所得予以监管，仅允许其用以拓展符合其章程目的范围的事业，不得用于组织成员的分配。

#### 2. 改革非营利托育服务机构支持机制

非营利组织的发展需要政府支持，尤其是资金方面的支持，如据统计，德国非营利组织资金有 68% 来自于政府，法国为 60%，意大利为 43%，美国为 30%，英国为 40%。<sup>[12]</sup>而在我国，政府对非营利组织的资金支持呈两极分化态势——政府主导的“体制内”非营利组织资金几乎全额来自政府支持，而完全发轫于民间的“体制外”非营利组织则难以获得政府资金支持，发展艰难。促进普惠托育多元供给，必须从公平性和独立性两个维度改革当前的非营利托育服务机构支持机制。在公平性维度上，一方面要通过法律法规明确所有供给普惠托育服务的非营利组织享有同等待遇，如税收、土地、水电费优惠等，不能因体制内外不同而待遇有别；另一方面要通过法律法规规定通过公开招标形式选择公私合作对象，避免“体制内”非营利托育服务机构享有“优先合作权”。在独立性维度上，根据组织社会学中的资源依赖理论，任何组织都无法通过内部实现资源保障，必须通过组织间的交换网络与组织外单位进行交换获得，而在资源交换时，外部单位必然会对组织提出一系列要求，使组织易被外部单位控制，丧失独立性，因此要通过法律明确政府与非营利组织托育服务机构合作协议应划分为签署托育服务特许协议和托育服务协议两个阶段，在不同阶段分别适用公法和私法进行调整；还要通过法律明令禁止政府介入非营利托育服务机构的日常经营，非营利托育服务机构的日常经营仍应采取必要的市场化、竞争化方式，避免因独立性的丧失而使非营利托育服务机构打上科层制烙印，以致其非官方优势无从发挥。

#### (六) 强化家庭托育服务的法律促进

家庭在婴幼儿照护中占据了绝对主导地位。但直至 20 世纪中期，家庭照护价值仍很少得到正式的制度认可。此后，受人口老龄化和少子化影响，不少国家开始通过法律、政策的形式对家庭儿童照护的价值予以承认，并给予相应支持。我国历来重视道德的教化作用，让公众形成内心自觉并持久地将这种内心自觉转化为实际的家庭照护行动。但这种内心自觉如果得到稳固的、完善的、社会化的家庭照护制度支持，则可以进一步提升个体应对风险的能力、强化自觉行为，否则完全依靠家庭照护既耗尽了家庭资源、降低了再生育的意愿，又难以保障家庭托育服务质量。《人口发展决定》指出，要通过支持隔代照料的方式发展多种形式的普惠托育服务，即将家庭的非正式婴幼儿照护纳入多元普惠托育服务规范体系。从法律规范的层面承认家庭儿童照护的价值，可以适当改革现有社会保险制度，给予育儿家庭特别支持，如可以比照德国在 2004 年修改《长期护理保险法》时的做法，彼时德国政府考虑到家庭育儿的社会价值，专门规定自 2005 年 1 月 1 日起，超过 23 岁育有子女的投保人在缴纳长期护理保险费用时可少缴 0.25% 的保险费；也可以通过发放家庭育儿津贴，提供喘息服务，借助信息化手段发展家庭育儿共享平台、提供家庭托育点托育服务等方式为家庭儿童照护提供直接支持。

#### 参考文献：

- [1] 杨菊华. 理论基础、现实依据与改革思路：中国 3 岁以下婴幼儿托育服务发展研究[J]. 社会科学, 2018(9).
- [2] 茅倬彦, 张翠玲. 推进普惠托育服务高质量发展是实施三孩政策的基础性工程[J]. 人口与健康, 2021(8).
- [3] 杨彦帆, 常碧罗. 发展普惠托育服务潜力巨大[N]. 人民日报, 2021-10-29.
- [4] 蒋莉. 托育服务领先国家托育状况概览[N]. 浙江教育报, 2020-11-18.
- [5] 邸星. 3 岁以下婴幼儿照护服务发展的实践与思考[J]. 人口与健康, 2021(7).
- [6] 敬义嘉. 政府扁平化：通向科层制的改革与挑战[J]. 中国行政管理, 2010(10).
- [7] 何艳玲. 从“科层式供给”到“合作化供给”——街区公共服务供给机制的个案分析[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2006(5).

---

[8]卢诗语. 上海市非营利性公共托育服务可及性研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2020.

[9]马春华. 儿童照顾政策模式的形塑: 性别和福利国家体制[J]. 妇女研究论丛, 2020(5).

[10]袁辉霞. 政府指导价制定行为的法律问题研究[J]. 河北法学, 2017(2).

[11]于常有. 非营利组织问责: 概念、体系及其限度[J]. 中国行政管理, 2011(4).

[12]郭国庆, 李先国. 国外非营利机构筹资模式及启示[J]. 经济理论与经济管理, 2001(12).

**注释:**

1 该数据来自“上海入园”App。