

我国长期护理制度中的国家责任及其实现路径

谢 冰 清*

摘要:长期护理制度的建构以国家责任领域之确定为前提。目前我国以个人、家庭为责任主体,国家仅承担兜底责任的国家责任模式,已经难以有效回应老龄化社会日益增多的长期护理需求。长期护理制度中的国家责任亟待从国家兜底责任变革为国家担保责任,并在顶层设计、服务供给和调控方式3个方面着力实现。在法制规划上,建立以长期护理社会保险为核心的长期护理法律体系,辅之以社会救助制度确保照护给付之广覆盖;在服务供给上,积极扶持以家庭为核心的非正式护理体系,并进一步扩大公共护理服务体系,探索建立公私合作的多元化给付体制;在调控方式上,应从国家直接管制的单一化调控模式,转向国家引导、社会自治与契约课责相结合的多层次、分散化调控模式。

关键词:长期护理制度 国家责任 法制规划 服务供给 调控方式

一、引言

中国共产党十九大报告提出,“提高保障和改善民生水平,加强和创新社会治理”;^①其中,“积极应对人口老龄化,构建养老、孝老、敬老政策体系和社会环境”^②成为重中之重。目前,我国60周岁以上的老人已超过2.3亿人,失能、半失能老人超过4000万人。^③预计到2030年和2050年,我国的失能老人将分别达到6168万和9750万人。^④老年人的长期护理问题已成为应对人口老龄化、决胜全面建成小康社会的关键。对此,“十二五”规划明确提出“要研究探索老年人长期护理制度”,“探索建立长期护理保险制度”也被纳入“十三五”规划。2016年起,全国有15个城市开展长期护理保险试点。

根据世界卫生组织的定义,长期护理^⑤是指由非正规护理者(家人、朋友或者邻居)和专业人员进行的护理照料活动体系,以保证那些不具备完全自我照料能力人的生活质量、最大限度的独立生活能力及其人格尊严。^⑥自20世纪中后期起,长期护理需求演变为一种“新型社会风险”,^⑦诸多发达国家将其作为社会福利政策纳入国家责任范畴,并建立了独立的长期护理制度,其保障对象主要是丧失日常生活能力、难以

* 中南财经政法大学法学院讲师
基金项目:国家社会科学基金项目(17CFX042)

① 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第44页。

② 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第48页。

③ 参见民政部、财政部、全国老龄办联合发布的《第四次中国城乡老年人生活状况抽样调查成果》,http://llb.whsmz.gov.cn/art/2016/12/22/art_23759_845798.html,2019-03-14。

④ 参见全国老龄工作委员会办公室总报告起草组:《国家应对人口老龄化战略研究总报告》,《老龄科学研究》2015年第3期。

⑤ 长期护理一词译自“Long-term Care”,在译语上尚存异见。我国台湾地区译为“长期照护”一词,祖国大陆也有学者采用“长期照护”一词。参见郑尚元:《长期照护保险立法探析》,《法学评论》2018年第1期;杨团:《中国长期照护的政策选择》,《中国社会科学》2016年第11期等。由于目前我国在制度规划上使用“长期护理”,因此本文亦采“长期护理”一词。

⑥ 参见杨团:《中国长期照护的政策选择》,《中国社会科学》2016年第11期。

⑦ See Morel, N., Providing Coverage Against New Social Risks in Bismarckian Welfare States: The Case of Long-term Care, in K. Armingeon, G. Bonoli ed., The Politics of Post-industrial Welfare States: Adapting Post-War Social Policies to New Social Risks, Routledge Press, 2006, p. 227.

自我照顾的老人。反观我国,老年人的长期护理需求仅被视为家庭责任,国家的介入相当有限。直至近年,国家才提出探索建立长期护理制度,并将其提升为国家战略议题。建立长期护理制度,旨在对需要照护者提供符合人性尊严的护理给付,并达到一个合乎社会正义的分配结果,体现出国家新的责任领域之确定。然而,建立一项新的社会保障制度,不但事关公民基本权利的限制以及社会资源的重新分配,而且关涉国家责任的合理界定与实现。因此,构建长期护理制度,迫切需要回应的重大课题是:由私领域负责之长期护理缘何需要国家责任?国家应当承担何种责任?国家责任应当如何实现?但是,目前我国法学界对上述重大基础理论问题着墨不多。^① 鉴此,笔者拟围绕这些中心问题进行探讨,以期对立法界和学界有所裨益。

二、长期护理缘何需要国家责任

所谓国家责任是指国家为了达成社会政策目标、落实国家理念所应承担的职责和任务范围。^② 其一方面关系到国家对某项任务的负担,另一方面则涉及国家权力的行使。探讨国家责任,首先涉及的议题是国家是否应承担责任?以下先就此问题予以回答。

(一)长期护理需求衍化为一种生存风险

社会法的核心问题是社会需要的存在以及如何来满足的问题。^③ 工伤、疾病、老年、失业等被认为是重要的生存风险,因此,国家强制介入风险分担,保障人们在遭遇前述风险时的健康与经济损害分担,已达成一定程度的社会共识。相比之下,长期护理需求在传统意义上被视为个人风险,国家不应主动介入,以免对个人自由权造成不当侵害。在老龄化并不突出时期,因高龄引发的诸多慢性疾病被视为疾病的范畴,由此衍生的长期护理需求被视为疾病的“随附风险”。^④ 然而,随着人类进入老龄化时代,长期护理需求发展为一种与“年龄相关的风险”^⑤——年龄越大,需要长期护理的概率越高。^⑥ 老年人的失能、失智,^⑦ 通常无法以医疗手段获得根治,只能依靠协助、复健等方式来防止恶化并维持其基本生活。因此,长期护理与医疗护理的本质区别在于,照护的目的不是治疗疾病,而是向护理需求者提供包括饮食起居、身体护理和医疗护理等在内的照护服务,以保障其能够维持具有人性尊严的生活。这种照护已经远远超出基本医疗服务的范畴,成为医疗护理与生活照顾的结合体。长期照护风险的发生率远低于疾病风险,但一旦产生照护需求,则持续数年直至生命的终点,其所耗费的时间、金钱、人力等成本均远甚于医疗护理。^⑧ 因此,单一的医疗保障制度已难以回应此种需求。

我国自1999年即已迈入老龄化社会的门槛,人口老龄化呈现加速且高龄化的趋势。^⑨ 在此趋势下,高龄所致身体机能的衰退以及由此引发的照护需求,将成为大多数社会成员未来必经的生命历程。长期照护需求不再是一种特殊的个人风险,而演变为社会成员均可能面临的一般生存风险。^⑩ 与其他社会风

① 我国对长期护理制度的研究,经济学、社会学、管理学的成果居多,主要集中于外国制度译介、制度模式选择、护理保险筹资与给付等方面。相比之下,法学领域的研究成果极少,仅有零星几篇论文,内容主要涉及长期护理制度的模式选择或立法建议。参见郑尚元:《长期照护保险立法探析》,《法学评论》2018年第1期;李志强:《我国老年人长期照护保险立法研究》,《兰州学刊》2015年第4期;黎建飞、侯海军:《构建我国老年护理保险制度研究》,《保险研究》2009年第11期;等等。

② Vgl. A. Voßkuhle, *Beteiligung Privater an Der Wahrnehmung Öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung*, VVDSTRL (62) 2003, S. 270, 271. 传统行政法上的国家责任主要是指国家赔偿或补偿责任;而社会法上的国家责任是从国家学理论发展而来,主要是指国家为了完成公共任务所应承担的职责。其中,“国家”应作单一、概括的理解,包括立法者、政府等在内的所有公法主体。

③ 参见张世雄:《社会福利的理念与社会安全制度》,台湾唐山出版社1996年版,第5页。

④ 参见林志鸿:《德国长期照护保险照护需求性概念及其制度意涵》,台湾《社区发展季刊》2000年12月第92期。

⑤ 参见陈明芳:《福利国家的重构——以德国长期照护保险制度的建置与改革为例兼论台湾可得之借镜》,《台大社工学刊》2012年6月第25期。

⑥ 参见王晶:《老年长期照护体制比较——关于家庭、市场和政府责任的反思》,《浙江社会科学》2015年第8期。

⑦ “失能是指因身体器官老化或病变导致功能的部分或全部丧失;失智主要是从认知障碍到逐渐呆傻,直至生活完全不能自理的严重智力致残,也即认知功能障碍。”杨团:《中国长期照护的政策选择》,《中国社会科学》2016年第11期。

⑧ 世界卫生组织推估每个人一生平均需要分摊8—10年的长期护理时间,故其应成为全世界的重要政策规划课题。参见王淑贞:《长期照护发展与护理走向的连动——交错、互动与辅成》,硕士学位论文,台湾护理健康大学,2015年,第2页。

⑨ 参见唐莹、张兴文、康丹:《人口老龄化视角下中国老年人的长期护理》,《中国老年学杂志》2014年第1期。

⑩ 参见林志鸿:《德国长期照护保险照护需求性概念及其制度意涵》,台湾《社区发展季刊》2000年12月第92期。

险相比,长期照护风险最大的特殊性在于其属于人的自然衰老带来的风险,具有不可逆和长期性的特点。如何化解此种风险成为国家必须高度重视的课题。至于国家可否据此介入个人自由权领域,判断基准并非在于国家是否较私人具有更优的成效来化解风险,而在于其介入是否具有维护公共利益之必要性。

(二)私领域化解该项风险力所不逮

根据补充性原则,私领域可以应对之事项,国家不应强加干涉,否则有损害个人自由权之虞。^①唯在私人或社会均难以有效满足基本生存事项时,国家才有介入之正当性。然而,当长期护理需求成为一种生存风险时,由私领域回应的传统模式也陷入困境。

1. 个人自己责任“独木难支”

现代社会保障的一个基本规则,即每个成年人都应当通过从属性或自主性的劳动来满足自己及其家庭成员的生计。此规则被用以区隔个人自己责任与国家福利责任。^②换言之,“个人对其生計的自我负责排在第一位,相对地,国家的照顾责任是备位的,只有在个人生計常态欠缺时才介入,其目的也只限于使个人回复能够自助的状态”。^③然而,个人自律选择往往难以抵御长期护理需求带来的“灾难性”风险。一方面面对持续、高昂的长期护理费用,能以一己之力承受者微乎其微;^④另一方面,强调独立自主的个人主义弱化了个人与家庭或其他团体之间的联系,使其独自面对生存风险的可能性增加。^⑤近年来,独居老人在家中死去无人问津的新闻报道屡见不鲜。农村偏远贫困地区的失能、失智老人如同“风烛残年的等死队”,甚至老年人因缺乏照料而自杀的现象频发,^⑥进一步凸显了问题的严重性。

2. 家庭保障功能日渐式微

除了借由个人自我负责外,家庭是长期护理的核心力量。我国长期以来奉行“孝”文化并秉持“养儿防老”的传统观念,子女是照顾老人的主要责任主体。在20世纪70年代中期以前,我国的家庭以大家庭形态为主,老年人的长期护理需求与供给处于相对均衡的状态。^⑦但是,自70年代国家实行计划生育政策以来,家庭结构小型化、少子化的现象加速,照护年老一代人的中间世代人数锐减;^⑧年轻一代需要同时照料多个老人,不论是在经济上还是在精神上均不堪重负。社会、经济结构的转型、女性劳动参与率的提高,严重冲击了传统的家庭照护体系。“空巢老人”的数量急剧攀升,^⑨其护理风险也显著增加;部分“失独”家庭,因子女养老功能缺位,老年人的长期护理问题堪忧。一言以蔽之,以家庭为核心的护理功能已被严重弱化。谁来承担长期护理的责任已成为一种结构性的社会危机。

就产生原因、个体自我的对抗解决能力、家庭的保障功能以及可能产生的社会后果而言,长期护理需求皆具有社会属性。其不仅关涉个人生存、家庭安宁,对社会秩序、社会安全亦影响甚巨。随着老年人的照护需求演化为一种生存风险,私领域自力承担的方式难以为继,这种风险极易外溢发展为社会风险并损及公共利益。当社会保障的基本规则预期落空,继而出现“社会福利赤字”时,应对该项风险与赤字的责任即落入国家责任的范畴。^⑩

(三)国家生存照顾责无旁贷

① Vgl. J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), HstR III, 1996, S. 57.

② Vgl. Hans F. Zacher, Das Soziale Staatsziel, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 1045.

③ 蔡维音:《社会国之法理基础》,台湾正典出版文化有限公司2001年版,第29页。

④ 据推算,在失能老人的生命周期中,60岁以上老人所花费的医疗费用是其一生医疗费用的80%以上。参见荆涛:《对我国发展老年长期护理保险的探讨》,《中国老年学杂志》2007年第2期。

⑤ 参见[日]武川正吾:《福利国家的社会学》,李莲花、李永晶、朱珉译,商务印书馆2011年版,第111~120页。

⑥ 参见景军、张杰、吴学雅:《中国城市老人自杀问题分析》,《人口研究》2011年第3期。

⑦ 参见戴卫东:《中国长期护理保险制度构建研究》,人民出版社2012年版,第90~91页。

⑧ 参见陈胜利、魏津生、林晓虹主编:《中国计划生育与家庭发展变化》,人民出版社2002年版,第167~175页。

⑨ 预计到2020年,我国60岁以上的老年人口将增加到2.55亿人左右,独居和空巢老年人将增加到1.18亿人左右。参见国务院发布的“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划, http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-03/06/content_5173930.html, 2019-03-24。

⑩ 参见[德]汉斯·察赫:《察赫社会法文集:福利社会的欧洲设计》,刘冬梅、杨一帆译,北京大学出版社2014年版,第99~100页、第270~274页。

第二次世界大战后,随着社会福利国家观的转变,国家任务发生了新的位移——不再仅仅被定位为消极地保障个人自由,同时还应积极地为公民提供生存照顾。自德国著名公法学家福斯多夫于1938年提出“生存照顾”以降,现代法治国家无不将生存照顾责任奉为圭臬。对涉及人民生存照顾之事项,首先应当由人民以行使自由权的方式予以实现,此即个人责任;当个人无力承担时,由小单元之集体(如家庭、慈善机构等)予以负责;当个人或较低层级的团体均无法满足基本生存需求时,国家则不得再消极地不作为,而是责无旁贷地负有积极支援、协助乃至承接之义务。^①

然而,一旦国家为了履行生存照顾责任而积极介入民众生活或建立起各项制度,则不仅牵涉到社会资源的分配,而且关系到对公民权利的限制与义务的分配,因此必须具备规范基础。“当某一国家组织经由宪法或法规范而被赋予一定权限时,即表示其有义务以合于宪法或法规范所定之方式履行该权限,此即国家应当承担之责任。”^②《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第45条明确规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”这一规定为国家保障老年人的长期护理需求提供了宪法上的规范依据。该条前半段规定了公民的物质帮助权,这一权利也被视为社会基本权于宪法上的体现。社会权具有基本权利的3项功能即防御权功能、受益权功能以及客观价值秩序功能。^③其中,受益权功能是社会权的主要功能,对应的是国家的给付义务,亦即国家为了实现公民基本权利,而提供相应的物质、程序或者服务。宪法中社会基本权的规范意义,在于课以国家对人民生存照顾之给付责任。但是,社会基本权仅赋予国家实现之责任,在没有具体法律规定的情况下,无法直接援引宪法条文作为请求权的基础。故该条后半段赋予国家积极作为之义务,要求国家为实现公民的物质帮助权而采取积极、有效的措施,包括建立、健全社会保障制度,发展、完善社会保险、社会救济和医疗卫生事业,等等。这意味着“立法者必须通过立法途径,致力于为处于困境中的人民创造适当的生存条件,以平衡其生存上的负担,提高其生活水平,继而提升社会福祉”。^④国家积极规划、推动并构建长期护理制度,乃履行对人民生存照顾责任之表征。至于国家应当担负起何等类型及层级的责任^⑤以及责任的范围、内容和实践方式如何,则立法者享有立法上的自由。

三、国家应当承担何种责任

“社会福利国家理念之落实,制度目标之实现,重点在于立法者如何划定国家责任之范围,厘清政府提供福利服务之意义,确保政府应有责任之归属。”^⑥纵观世界各国的长期护理制度,因国家责任定位不同,在法制安排上存在着较大差异。我国在长期护理制度中应当承担何种类型的责任,还须考察当前制度模式下的责任形态是否适应社会需要,并在借鉴外国经验的基础上,结合国情做出合适的选择。

(一)不同制度模式中的国家责任

根据国家福利体制中社会权与国家责任的不同,学者将各国长期护理制度主要分为以下几种模式:残补模式、工业成就模式和制度再分配模式。^⑦

1. 残补模式:国家承担兜底责任

采残补模式的国家普遍认为,满足长期护理需求最恰当的途径是市场或家庭,只有在两者失效的情况

① 参见陈新民:《公法学札记》,法律出版社2010年版,第44~46页。

② Rainer Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren; Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines Konsensualen Verwaltungsrechts*, Beck, 1990, S. 10.

③ 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,《中国法学》2006年第1期。

④ BVerfGE 1, 97 (105).

⑤ 国家责任层级理念源自国家法理论,学理上尚存在不同诠释与分类方式。德国学者舒伯特将国家给付责任之密度由弱至强区分为兜底责任、担保责任与履行责任3种基本类型。Vgl. G. F. Schuppert, *Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum Staatlicher und Privater Aufgabenerfüllung; Zum Denken in Verantwortungsstufen*, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 415, 423.

⑥ 李玉君:《社会福利民营化法律观点之探讨》,台湾《月旦法学杂志》2003年11月第102期。

⑦ 参见苏永钦编:《部门宪法》,台湾元照出版有限公司2006年版,第283~285页。

下,国家才作为最后的责任主体承担兜底责任。^① 对照护需求,国家给付责任仅限于为最有护理需求又无力负担费用的弱势群体提供基础性的保障。受领给付者必须通过严格的给付资格审查,包括照护给付请求者的失能程度、收入水平以及家庭情况等均必须符合法定条件。^②

在崇尚自由主义的美国,视照护需求为个人风险,反对国家过分介入,提倡以市场机制(主要是商业性长期护理保险)来分散这一风险;其社会保障制度中的医疗保险和医疗救助仅保障低收入者的基础护理需求。^③ 但是,由于市场机制存在“逆选择”等缺陷,因此即使在公共产品市场化极为发达的美国,长期护理商业保险仍然难以满足大多数人尤其是中低收入阶层的照护需求。^④ 在重视家庭主义的南欧、东欧等国家,满足长期护理需求的责任主体是家庭,家庭以外的支持主要来自慈善机构或地方救助体系。国家仅提供补充性的公共护理给付,且无论是给付覆盖率还是护理服务水准均相当有限。

在残补模式主导下,国家责任较弱且可控,其优势在于强化个人或家庭的责任,避免国家给付责任过重。但是,由于严格控制受益资格条件,因此大多数护理需求者被排除在保障范围之外。随着人口老龄化加剧、家庭保障功能弱化,以国家兜底责任为核心的残补模式遭遇严峻挑战。扩大长期护理制度中的国家责任已成为近年来采行此种模式的国家的改革趋势。例如,采取加大公共护理机构建设、增加长期护理津贴支出等举措来回应高涨的护理需求。^⑤

2. 制度再分配模式:国家承担履行责任

采制度再分配模式的国家强调国家福利责任,认为国家有义务提供完全合乎人性尊严之照护给付并呈现“去家庭化”的典型特征,以北欧国家为代表。自20世纪中期起,北欧国家相继取消了子女的法定赡养义务,将养老视为完全的国家任务。国家在法制与服务给付上的再分配规模甚巨:不仅长期护理给付的费用完全由国家财政承担,而且与长期护理相关的服务(包括医疗服务、机构护理和居家护理等)绝大多数均由国家公共部门提供。^⑥

采制度再分配模式的国家通过承担完全给付责任,将个人、家庭从照护负担中解放出来,并保障每一个护理需求者均可以获得国家提供的公共护理服务,从而造就了“从摇篮到坟墓”的全面福利国家典范。然而,在国际竞争与财政负担的压力下,此种模式极易导致政府失灵。^⑦ 一方面,面对全球化、国际化的趋势,国家必须稳定财政、排除不利因素以应对国际竞争,无形之中会削弱其社会福利给付的财政能力;另一方面,在国家履行责任理念下,长期护理需求的高涨迫使国家必须扩大财政支出予以回应。两者交错、矛盾的关系无疑带来极大的财政负担。此外,单一的公部门供给方式因存在效率低下、缺乏灵活性、未尊重照护需求者的选择等弊端而饱受诟病。^⑧ 对此,北欧国家开始积极改革,试图以多元化的供给方式使国家更具负担能力并更好地保障照护需求者的权利。例如,瑞典自1992年起陆续实行老年人护理制度改革,出台对家庭护理者的各项支持政策,并将“在地老化”原则作为长期护理制度中的基本原则,积极鼓励居家非正式护理和社区服务;^⑨ 丹麦于2003年颁布《社会服务互助法》,引入“自由选择”机制,允许私人机构进入公共资金支持老年长期护理市场;^⑩ 芬兰于2005年出台《非正式护理者法案》,强化非正式护理者在

① 参见张盈华:《老年长期照护的风险属性与政府职能定位:国际的经验》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)2012年第5期。

② See Agar Brugiavini, Ludovico Carrino, Cristina Elisa Orso, Giacomo Pasini, Vulnerability and Long-term Care in Europe, Palgrave Macmillan Press, 2017, pp. 40-43, pp. 60-64.

③ 参见刘昌平、毛婷:《长期护理保险制度模式比较研究》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)2016年第6期。

④ 参见戴卫东:《OECD国家长期护理保险制度研究》,中国社会科学出版社2015年版,第150~152页。

⑤ See Jana Barviková, August Österle, Long-term Care Reform in Central-eastern Europe: The Case of the Czech Republic, Costanzo Ranci, Emmanuele Pavolini eds, Reforms in Long-term Care Policies in Europe, Springer Press, 2013, pp.243-261.

⑥ 参见刘德浩:《长期照护制度中的家庭团结与国家责任——基于欧洲部分国家的比较分析》,《人口学刊》2016年第4期。

⑦ See Philip G. Cerny, Paradoxes of the Competition State, 32 Government and Opposition, 274 (1997).

⑧ 参见黄范章:《瑞典“福利国家”的实践与理论——“瑞典病”研究》,商务印书馆2016年版,第77~91页。

⑨ See Gabrielle Meagher, Marta Szebehely, Long-term Care in Sweden: Trends, Actors, and Consequences, Costanzo Ranci, Emmanuele Pavolini eds, Reforms in Long-term Care Policies in Europe, Springer Press, 2013, p.57.

⑩ 参见张盈华:《老年长期照护:制度选择与国际比较》,经济管理出版社2015年版,第43~51页。

长期护理供给体系中的角色与功能。^①

3. 工业成就模式：国家承担担保责任

采工业成就模式的国家认为长期护理需求是一种社会风险，照护风险保障乃整体社会之任务。^② 为了完成此任务，国家与社会共同立于一整体责任之地位，成立国家与社会之责任共同体，国家于责任共同体中承担的是确保照护任务最终实现之担保责任。^③ 典型代表为德国、日本。采行此项制度模式的国家，基于社会连带思想建立长期护理社会保险制度，将照护风险分散给社会成员分担。但其“并非单纯的私法上的风险分摊，还体现出浓厚的国家生存照顾之色彩”。^④ 国家以强制力的方式，在高收入者与低收入者、健康者与身心障碍者、年轻一代与年老一代之间实现社会再分配，避免道德风险与市场失灵等弊端，以诠释国家担保责任之内涵。

在供给方式上，采工业成就模式的国家强调整体社会的参与，并弱化国家在福利供给中的角色。国家不再是满足照护需求的唯一给付主体，社会各部门（公部门、私人、营利机构等）亦可以成为长期护理之给付主体。但是，为了避免因给付责任的转移而导致私主体之间出现基本权利的冲突，国家必须通过引导、管制以及监督等措施，确保照护需求者能够获得充分、适宜的给付。^⑤ 换言之，将给付责任部分转移给社会承担，“国家固然从直接履行的责任中解脱出来，但为保证公共服务的质量不因市场主体片面追求利益最大化等因素的消极影响，保护公众的利益，国家需要承担起相应担保责任，也即确保公共任务履行的最终责任”。^⑥ 由此，国家角色从履行者转变为担保者，强调的是国家对完成公共任务的有效控制，即国家应当担保给付结果与公共利益的最终实现。^⑦

然而，借助社会力量完成照护服务供给之方式，使得公部门与私部门之间相互作用方式更加复杂，协调和监管的需求不断增加。如何划定国家与社会之间的责任界限，确保两者相互合作又各司其职；如何确保照护任务之实现既满足私益又符合公益，成为采行此种模式的国家在调控改革上的难题。

（二）我国现行制度中的国家兜底责任捉襟见肘

我国以传统儒家文化为道德规范，以家庭赡养规范为法律后盾，老年人的长期护理主要依赖家庭，国家仅扮演最后出场的角色。新中国成立后，国家致力于保障“三无”老人或“五保”老人的基本生存需求，体现出国家对失去家庭依托的弱势群体的照顾。20世纪90年代初期，国家提出“社区服务”概念和“社会养老”路径，保障对象由“三无”老人、“五保”老人扩大到包括残疾人、失能老人、健康高龄老人等在内的老年群体。至21世纪初，人口老龄化成为亟须解决的重大社会问题，国家对老年人的长期护理需求给予了相应关注，并主要采取护理津贴给付和公共服务机构收养的方式予以回应，前者系现金给付，后者是实物给付。但是，就总体而言，专门针对老年人长期护理的社会保障制度仍然缺失，长期护理给付呈现破碎、残补的特征。

与长期护理相关的现金给付，主要包括养老服务补贴和高龄失能补贴等。自2003年起，我国一些地方政府相继出台了养老服务补贴办法，并逐步实施。例如，2003年上海市对生活困难、需要护理的老人发放“居家服务劳务补贴券”，每户每月补贴标准不超过200元；2005年大连市针对70周岁以上的“三无老人”、享受“低保”的特困老人和60—69岁失去自理能力的孤寡残疾老人给付养老服务补贴；2008年天津

① 参见王晶：《老年长期照护体制比较——关于家庭、市场和政府责任的反思》，《浙江社会科学》2015年第8期。

② See Bernd Schulte, Social Protection for Dependence in Old Age: The Case of Germany, in Roland Eisen, Frank A. Sloan ed., Long-term Care: Economic Issues and Policy Solutions, Springer Press, 1996, pp.149—154; Ulrike Schneider, Germany's Social Long-term Care Insurance: Design, Implementation and Evaluation, 52 International Social Security Review, 32 (2010).

③ 参见陆敏清：《国家担保责任于长期照护之实现》，博士学位论文，台北大学，2010年，第48—51页。

④ BVerfGE 11, 105 (114).

⑤ See Milena Büchs, Examining the Interaction between Vertical and Horizontal Dimensions of State Transformation, 2 Cambridge Journal of Regions, Economz and Society, 35—49 (2009).

⑥ 李霞：《公私合作合同：法律性质与权责配置——以基础设施与公用事业领域为中心》，《华东政法大学学报》2015年第3期。

⑦ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Der Gewährleistungsstaat—modisches Label oder Leitbild sich Wandelnder Staatlichkeit? in: Ders. (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat—Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 18.

市对享受城市“低保”待遇或特困救助的60周岁以上需要生活照料的老人给付养老服务补贴等。2012年修订后的《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下简称《老年人权益保障法》)第30条第2款规定:“对生活长期不能自理、经济困难的老年人,地方各级人民政府应当根据其失能程度等情况给予护理补贴。”这是我国首次以法律形式明确针对失能老人作出的护理补贴规定。2014年民政部等4部委联合发布了《关于建立健全经济困难的高龄、失能等老年人补贴制度的通知》,推行高龄、失能老人补贴制度。截至2019年初,全国已有28个省份、6个副省级城市建立了老年人护理补贴制度。但是,该项制度并非专门针对有长期护理需求的老人,还包括高龄老人、低收入老人等群体。由于护理补贴费用全部依赖地方财政,中央政府不予财政支持,给付标准普遍偏低。部分城市虽然专门针对失能老人推出了失能护理补贴,但是给付对象限于“双困”(经济困难和生活自理困难)老人,且补贴金额仅能满足最低的生活照料所需,相较高昂的私人护理费用而言,无异于杯水车薪。

就实物给付而言,国家在政策、制度层面均不遗余力地给予弱势老人倾斜性保障。例如,《老年人权益保障法》第41条规定:“政府投资兴办的养老机构,应当优先保障经济困难的孤寡、失能、高龄等老年人的服务需求”。2011年国务院颁布的《社会养老服务体系规划建设规划(2011—2015年)》以“优先保障孤老优抚对象及低收入的高龄、独居、失能等困难老年人的服务需求”为目标。2013年国务院颁布的《关于加快发展养老服务业的若干意见》中规定“各地公办养老机构要充分发挥托底作用,重点为‘三无’(无劳动能力,无生活来源,无赡养人和扶养人或者其赡养人和扶养人确无赡养和扶养能力)老人、低收入老人、经济困难的失能半失能老人提供无偿或低收费的供养、护理服务”。2017年国务院颁布的《“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划》再次强调“优先保障特困供养人员集中供养需求和其他经济困难的孤寡、失能、高龄等老年人的服务需求”。但是,实践效果与制度设计却大相径庭。出于照护成本较高、人力短缺等原因,大多数养老机构都倾向于接收生活能够自理的老人,而把失能、失智老人拒之门外。^①最有护理需求的老人极少能享受到宝贵的公共护理服务,更谈不上优先照顾的权利,社会福利资源配置严重错位。大量本应在福利机构或家中接受照护的老人只得以病患者的身份长期“驻扎”医疗机构,挤占了宝贵的医疗资源并造成医疗保险额外的负担,“社会性住院”现象严重。^②

总之,我国当前的长期护理法制采用的是残补模式。尽管在一定程度上体现出国家对社会弱势群体的生存权保障,但仅向特定的、迫切需要救助的老年人提供兜底式的保护,国家责任较弱,保障功能十分有限。在人口老龄化并不突出、老年人的照护供需相对平衡时期,国家基于选择性福利理念,为最弱势的老年人提供有限扶助,协助其摆脱生活困境,避免形成救助依赖,具有其必要性与合理性。然而,当长期护理需求演化成为一种新型社会风险,国家仅承担兜底责任的模式已是捉襟见肘,迫切需要国家在责任承担和法制规划上,因应社会现实重新作出调整。

(三) 已然选择:从国家兜底责任转向国家担保责任

既然以兜底责任回应照护需求已不可取,那么是采制度再分配模式将国家责任提升至完全给付之强度,还是选择工业成就模式由国家承担担保责任呢?笔者认为,国家对照护需求应当承担何种责任,往往与一国的文化背景、经济水平与社会形态等因素密切相关。中国正处于经济社会发展转型的关键期,国家在长期护理制度中应当发挥何种作用,如何界定责任边界,还须立足客观现实作出取舍。

从我国现阶段的国情与现实来看,制度再分配模式难以与之契合。这是因为:首先,我国几千年来传承孝道伦理等传统儒家文化。国家履行责任所秉持的照护“去家庭化”的理念,不符合我国的传统文化,而且容易削弱家庭成员之间的团结连带和责任感,并有可能形成对国家的福利依赖。其次,“国家对于人民之照顾义务应以国家的经济财政状况为根基”。^③尤其是长期护理乃长期性、持续性的给付,国家责任须考

① 参见苏群、彭斌霞:《我国失能老人的长期照料需求与供给分析》,《社会保障研究》2014年第5期;和红:《社会长期照护保险制度研究:范式嵌入、理念转型与福利提供》,经济日报出版社2017年版,第155~156页。

② 参见郑尚元:《长期照护保险立法探析》,《法学评论》2018年第1期。

③ 吴秀玲:《长期照护法制与国家财政能力负担——日本法与我国法之比较分析(下)》,台湾《中正财经法学》2012年第5期。

虑财政支付可持续的问题。我国目前尚处于经济发展期和转型期,将长期护理制度中的国家责任扩张至履行责任,势必给国家造成沉重的财政压力,亦难以确保照护给付的长期性、稳定性和可持续性。再次,国家的财政负担能力取决于公民的纳税能力。我国的地区贫富差距较大、人口众多且人均收入水平不高,以高赋税为基础的国家履行责任无疑会加剧社会成员的经济负担,甚至带来新的社会不公。最后,国家承担履行责任意味着主要依靠公部门提供照护给付,但其存在供给方式单一、效率低下、缺乏灵活性等弊端,难以有效满足多样化、多层次的照护需求。

国家责任的转变,既“要跨越消极责任的藩篱,突出国家对公民的生存保障,强调对弱势群体生存发展风险的公共负担”,^①又要防止因过度追求给付责任,造成财政负担过重等难以逆转的负面影响。相较于全然的个人责任或完全的国家责任,国家担保责任走的是一条折中的“中间路线”——既弥补国家兜底责任之乏力,亦避免国家履行责任之危机。首先,有别于完全“去家庭化”的国家履行责任,国家担保责任仍然将个人、家庭的责任置于核心地位。只不过在强调个人、家庭的照护责任优先的同时,国家必须以积极介入的方式对其予以扶持,以提升其照护负担能力。这与仅向特定的弱势群体消极提供最后扶助之兜底责任有着本质的区别。其次,国家担保责任并非由国家完全承担财政支出和提供公共照护服务,而是在财源和供给上均倚助整体社会之分担,以缓解国家财政压力和给付负担。长期护理社会保险的财源主要来自社会成员缴纳的保险费,国家遵循比例原则提供一定的财政补贴。长期护理服务并非由政府垄断提供,而是既可以由公共机构提供,也可以由市场、家庭成员或非营利组织等私主体提供;照护给付受领者享有选择照护给付方式的权利,国家则通过多元化的调控方式确保给付受领者无论是从公部门还是从私主体获得的护理给付均合理、充分和适宜。最后,从已经建立长期护理制度的国家实践看,尽管在不同制度模式中国家责任的强弱有所不同,但在供给方式上都出现了向“中间路线”调整的趋势,并“尝试以灵活、创新以及富有远见的方式实现对社会公正的追求”。^②例如,积极推行非正式护理扶持政策、引入市场机制、借由社会福利团体等社会资源补充公部门的角色等,成为各国长期护理制度改革发展的方向。^③

引发争议的是,社会分担与市场参与的福利供给分权模式是否代表着国家在福利责任上的撤退?^④国家担保责任是否意味着国家将全部责任转嫁给社会承担?国家担保责任理念在于国家不必事必躬亲地执行公共任务,但必须确保私人执行之效果,并对社会领域所提出的问题解决方案构建相关框架,且尽可能平等、正当地顾及相关权益。^⑤国家与社会以共同承担责任的方式完成公共任务,并非国家逃逸责任,而是一种责任的再分配。^⑥通过将给付责任部分转移给社会承担,国家不再完全承担提供照护给付之责,但必须担保照护任务之完成与公共利益之实现。此种责任分配并不必然导致国家从公共任务中退出,也不必然伴随着国家福利责任的缩减,而只是一种国家权力行使方式的改变。亦即对老年人的照护需求不再单纯分割为由私领域自力承担或是由国家公部门独占给付,而是改以国家担保、社会分担、市场参与的方式予以回应,“国家在宪法所设定的规范框架内担保照护给付任务之履行,依然被视为国家责任的法律内涵”。^⑦

综上所述,我国的应然选择是转向国家担保责任,以矫正当前兜底责任在长期护理实践中所生之流弊。其意义在于:首先,满足照护需求不再是一种国家单向的恩惠式给付义务,而应当是一种社会基本权利。国家不应消极填补最困难群体的长期护理需求,而应积极介入以确保照护需求者能够获得符合人性

① 陶凯元:《法治中国背景下国家责任论纲》,《中国法学》2016年第6期。

② 李敏华:《劳动契约自由规制及其实施研究》,北京大学出版社2015年版,第55页。

③ 参见和红:《社会长期照护保险制度研究:范式嵌入、理念转型与福利提供》,经济日报出版社2017年版,第18~26页。

④ See Donald Frenzen, The Administrative Contract in the United States, 37 George Washington Law Review, 270-292(1968).

⑤ Vgl. Hoffmann-riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in Schuppert(Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat—ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden Baden 2005, S.91.

⑥ Vgl. Hans—heinrich Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff Eines Sich Verändernden Verhältnisses von Öffentlichem und Privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar F. (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und Schlankem Staat, 1999, S. 13.

⑦ Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren: Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven Eines Konsensualen Verwaltungsrechts, Beck, 1990, S.254.

尊严之护理给付,并通过预防该类社会风险以维护社会安定、促进社会平衡和实现社会正义。其次,国家积极介入不是对长期护理的全面介入,也非由国家履行全部给付责任,而是与社会达成责任分配,由国家与社会共同承担照护责任,并通过积极整合社会各方面的资源,确保老年人的护理需求得以充分满足。再次,尽管国家将给付责任部分转移给了社会,但国家并未因此完全卸除自身的责任。相反,国家仍然应当握紧生存照顾之缰绳,在扩大公共照护给付责任的同时,对私主体提供相应支持以提升其照护负担能力,并进一步承担私主体履行不能时的承接责任。最后,由于长期护理之公益性与市场、社会之私益性之间存在一定的冲突,因此国家必须通过必要、适度的干预,确保社会各部门的护理给付符合一定公益性并最终实现公共福祉,以履行其对照护任务之担保责任。

四、国家担保责任的实现路径

基于担保责任理念,国家须确保公共任务或公共利益之最终实现,此项责任的性质为结果责任,国家不得抛弃。^①那么,国家应通过何种路径具体落实其责呢?确保照护需求者获得持续、合理的照护给付乃国家担保责任的核心内容。换言之,长期护理给付并非由给付义务人(国家)提供,而是由第三人(个人或机构)代为提供,但国家必须担保照护给付的合理性、稳定性及可持续性。由此,长期护理制度中国家责任的实现路径主要围绕3个联系紧密的面向:法制规划、服务供给以及调控手段。以下予以详述。

(一)法制规划:建立以长期护理社会保险为核心的长期护理法律体系

国家担保责任之实现,须以法规范为基础,亦有赖个别法规范予以形塑。^②我国宪法明确规定,国家有义务为公民的基本生存予以合法、正式以及明确责任的制度化安排。此种制度化安排被视为实现国家责任的制度性保障。^③其要求立法者在选择妥当的制度模式的基础上,积极规划符合社会期待、社会经济条件和行之有效的法律规范。目前,我国尚缺乏长期护理制度的专项立法,相关规范散见于各类法律法规中,呈碎片化的特征,且存在可操作性不强、位阶过低以及缺乏授权性依据等弊端。开展长期护理社会保险试点的15个城市虽然先后出台了相关政策,但是覆盖群体、筹资渠道、筹资机制及给付标准等方面的规定均有所不同。制定以长期护理社会保险为核心的长期护理法律体系迫在眉睫。

前已述及,以社会保险为财源的给付制度,既彰显社会责任之分担,又体现国家担保责任之内涵。然而,社会保险制度有其内在的局限性。基于对价原则,只有缴纳了社会保险费的成员才能享有保险给付请求权,对那些未参保的人群,社会保险鞭长莫及。根据人力资源与社会保障部发布的《关于开展长期护理保险制度试点的指导意见》(以下简称《指导意见》)的规定,在试点阶段,长期护理保险制度原则上主要覆盖职工基本医疗保险参保人群。至于未来在制度构建上是否会扩大参保范围扩大到职工基本医疗保险参保人群以外的社会成员,以及是否会建成“全民覆盖”的长期护理制度,尚不明朗。

与工伤、失业等社会风险不同,长期护理需求是人的自然衰老所带来的,并在人口老龄化、家庭结构变迁等因素的影响下演化为社会风险,该项风险与身份(是否为劳动者)无关。从平等原则出发,国家对照护需求之保障不应就职业或身份而有所区别。正是基于此原则,德国在构建长期护理保险制度时,突破了其社会保险体系以职业为基础之窠臼,奉行长期护理保险跟随医疗保险原则——将参加法定医疗保险之对象、接受社会救助之公民、收入高于投保薪资上限而自行购买私人医疗保险之民众,皆规定为法定参保对象,建立了普惠式的长期护理社会保险制度,其保障对象已接近全民。^④简言之,在德国,所有已投保医疗保险(不论是社会医疗保险还是商业医疗保险)的被保险人,均有义务投保长期护理保险。我国的长期护理保险目前尚处于探索阶段,完全照搬德国的长期护理保险跟随医疗保险原则,要求自愿投保商业医疗保

① 参见詹镇荣:《社会国原则——责任主体、类型及界限》,台湾《月旦法学教室》2006年4月第42期。

② Vgl. W. Weiß, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung Öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, DVBl 2002, S. 1179.

③ 参见任喜荣:《“社会宪法”及其制度性保障功能》,《法学评论》2013年第1期。

④ 参见卓俊吉:《德国长期照护保险法制之研究》,硕士学位论文,台湾“国立”政治大学,2004年,第47页。

险的高收入群体也投保长期护理商业保险,不具有可行性。但是,从补齐民生短板、缩小社会差距、促进社会正义等国家目标出发,国家担保责任不应止步于有能力缴纳社会保险费的部分社会群体,还应及于无力缴纳社会保险费的社会弱势群体。尤其越是贫困的老年人,其照护风险越高,生存保障需求越迫切。对收入低于最低收入标准、接受社会救助的弱势群体,国家应当以代缴(或实际免缴)长期护理保险费的方式,确保其在发生照护需求时,亦能享有护理保险给付请求权。

就国家生存照顾责任内涵而言,并非单属社会保险之任务,还涉及社会福利等多重领域。为了确保社会保险范畴之外的低收入者也可以获得照护保障,国家还有必要辅之以社会救助制度发挥补充功能。我国2014年《社会救助暂行办法》第15条规定地方政府“对生活不能自理的给予照料”,但仅限于法定、特困的生活不能自理者。对此,有必要在社会救助制度中以照护需求和经济审查作为救助给付要件,扩大救助范围,以发挥其在长期照护法律体系中“最后防线”之功能。此外,基于经济原则,社会保险给付通常设有上限,给付上限以外的费用需要给付受领者与家庭自行承担。重度失能老人、失智老人所需的照护成本极为高昂,经济困难的家庭往往无力支付自费部分,仍须依靠社会救助制度提供救助给付以维持照护给付的持续性。因此,立法者在法制规划上,除了建构专门的长期护理社会保险制度之外,还应当完善有关长期护理的社会救助制度,致力于建立由“残补型”向“普惠型”迈进、由“救济性”向“权利性”转化的长期护理保障制度。

在立法技术上,我国可参酌德国、日本的经验。德国长期护理制度采分层规范系统,以《长期护理社会保险法》及其他法律制度(如社会救助法)作为最高规范,再依次适用地方行政法规、框架协议、长期护理服务提供者之间的护理契约以及护理报酬协议等。^①其中,《德国社会法典》第11编规定的《长期护理社会保险法》是主要的法律规范,保险体系、护理服务的运行均以其为指引,各州的法律则作为下位法之补充。同时,考虑到照护品质的维护是长期照护保险得以永续经营的关键因素,在《长期护理社会保险法》之外,还另行制定有关护理服务品质的管制规范。例如,2001年通过《长期护理品质维护法》、2008年出台《长期护理持续发展法》等。^②日本以《介护保险法》作为统领保险关系、服务供给及财源分配等基本事项的法律,并在《社会福祉法》中对供给长期护理服务作出基础性规定;同时,在此两个主要法律下制定相关的下位法律规范。^③我国首先应当制定完整的长期护理社会保险法。以长期护理社会保险法作为统领和调整长期护理保险主体、财务、保险给付、组织建构等事务的法律。其次,另行制定规制长期护理服务给付的法律规范。其内容包括护理机构准入机制、设施供需、服务供给者之资格条件、服务品质规范、评鉴标准与服务给付标准等。再次,完善社会救助、社会福利等制度中有关长期护理给付的规定,保障经济、生活特别困难的老年人的照护需求。最后,通过长期护理社会保险法等相关法律之授权,由各地方政府制定相关地方性法规或规章作为补充。

(二)服务给付:多元化地满足老年人的照护需求

与其他社会保险相比,长期护理保险的特殊性在于实物给付,尤以服务给付为核心。确保照护需求者能够获得适宜且持续的给付是国家实现担保责任的关键,其立足于照护给付提供者对照护需求者的服务供给。基于资源的有限性,必须明确给付对象以界定国家担保责任之边界。同时,由于国家乃给付义务人,但并非直接的给付者,因此,明确长期护理供给主体并为其提供相应的扶持,成为实现责任的重中之重。具体而言:

1. 关于给付对象的确定。《指导意见》规定:“以长期处于失能状态的参保人群为保障对象”,其并未就年龄做出限定,也未明确失智老人是否在保险保障范围之内。在15个试点城市中,所有城市均规定参保的重度失能者是长期护理保险的给付对象;其中,青岛、南通、长春、苏州4个城市将中度失能者也包含

^① Vgl. Heinrich Griep/Heribert Renn, Pflegesozialrecht, 5. Aufl., 2012, Rdn. 362.

^② 参见蔡雅竹:《论我国长期照护双法草案及其法律问题——兼论德国之长照保险制度》,硕士学位论文,台湾大学,2014年,第47页。

^③ 参见周世珍:《日本介护保障法制及其基本理念之发展》,台湾《明新学报》2007年7月第33期。

在保险给付对象之中;仅青岛和广州两个城市明确将失智群体纳入长期护理保险的给付范畴;而上海市对保险给付要件的规定最为细致,明确规定必须满足申领年龄(年满60周岁以上)和失能等级。^①

国家担保责任的范围与程度,不仅涉及价值选择和利益分配等基本原则,而且还牵涉到国家财政能力、民众负担、人力资源等因素,须斟酌长期护理需求的紧迫程度。诚如前文所言,长期护理需求的风险与年龄密切相关。德国的长期护理保险给付尽管仅强调“长期性”(6个月以上)和“照护需求”(符合照护资格认定),并未就年龄作出限制,但给付受领者高龄化的现象极为突出,65岁以上的老年人是护理保险最主要的给付群体。^②日本、韩国在构建长期护理保险制度时,遵循选择性原则,保障对象主要是老年人,保险给付主要针对老龄化所生的照护需求。日本《介护保险法》规定保险给付对象为65岁以上的老年人以及40岁至64岁罹患老年并发疾病的被保险人;韩国的老年人护理保险给付对象为年满65岁以上的老年人和65岁以下但罹患老年慢性疾病患者。^③我国人口老龄化现象严重,老年人的照护供需矛盾尤为突出,是当前亟须化解的社会问题,因而在制度规划上,宜先将迫切具有照护需求的老年人^④纳入给付范畴,以免偏离“积极应对人口老龄化”的国家责任目标。就照护需求性而言,失智老人的长期护理需求等级不亚于重度失能老人,严重者甚至需要全人全天看护。我国失智老人的数量已近1000万人,且由于高龄引发的失智风险极高,因此该类人群的数量仍在不断增加。^⑤故失智老人不应被排除在制度保障范畴之外。综上,现阶段我国长期护理保险制度宜以老龄化所致照护需求为核心,采选择性原则,先将重度、中度失能老人和失智老人作为主要的保险给付对象,再将给付对象渐次扩大到需要生活协助、照料等轻度失能老人。待今后财源更充分、制度运行更顺畅时,再转向普遍性原则,将其他年龄阶段的照护需求者均纳入制度保障范畴,以期实现“全民照护”之社会福利目标。

2. 对供给主体之扶持。以金钱给付为保险给付内容的养老保险、工伤保险和失业保险等保险给付法律关系较为简单,被保险人是给付权利人,保险人既是给付义务人也是保险给付者。而长期护理保险奉行实物给付原则,保险人虽是给付义务人,但其并不自行提供保险给付,而是委托符合法定资格的主体(机构或个人)提供给付。为了确保保险给付能够顺利履行,首先必须对长期护理保险的供给主体予以准确定位;其次,为了避免照护给付方式成效不彰,国家有必要从促使多元化和加大对给付提供者的扶持两个方面着力。

(1)长期护理保险供给主体之定位。《老年人权益保障法》第5条规定:“国家建立和完善以居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。”但是,由于未针对健康老人的一般养老需求和失能、失智老人的长期护理需求作出准确区分,导致实践中养老服务供给主体权责不清、分工不明,乃至社会福利资源配置的严重错位,因此,亟须以“照护需求”为核心,对长期护理保险的供给主体进行清晰的定位。^⑥普通的养老服务给付,主要是为生活基本能够自理的老人提供包括休闲文化、体育健身等在内的能够提升其生活质量的服务;而长期护理保险给付则旨在为有照护需求的失能、失智老人提供连续性的照护服务,包括日常起居和医疗护理等,以维持其具有人性尊严的生活。长期护理保险的供给主体应当是以满足长期护理需求为己任的、符合法定要件的机构或个人。以满足不同照护需求为标准,长期护理保险的供给主体可划分为居家护理者、社区护理者和机构护理者。在德国,立法确立了居家护理优先原则:长期护理保险给付应优先支援居家照护,补充照护需求者之家属或邻居提供的照护,以便使照护需求者尽可能留在其熟悉的家庭环境中接受照料。同时,非全日制机构式照护与短期照护服务应优先于全日制机构式照护给

^① 根据2017年上海市的最新规定,年满60周岁以上、经评估失能程度达到评估等级二至六级且在评估有效期内的参保人员,可以享受长期护理保险待遇。参见《上海市人民政府关于印发修订后的〈上海市长期护理保险试点办法〉的通知》。

^② 参见刘芳:《德国社会长期护理保险制度的运行理念及启示》,《德国研究》2018年第1期。

^③ 参见黄佳豪:《日韩长期照护保险的比较研究——基于社会福利政策分析框架》,《福建师范大学学报》2016年第4期;吕慧芬、赵美敬:《韩国启动长期照顾保险机制:老人长期疗养保险》,《台湾社会福利学刊》2009年第2期。

^④ 根据《中华人民共和国老年人权益保障法》第2条的规定,老年人是指60周岁以上的公民。

^⑤ 参见杨团:《中国长期照护的政策选择》,《中国社会科学》2016年第11期。

^⑥ 参见林志鸿:《德国长期照护保险照护需求性概念及其制度意涵》,台湾《社区发展季刊》2000年12月第92期。

付。只有在居家照护、非全日制机构式照护均无法满足照护需求时,被保险人才有权请求全日制机构式照护给付。^① 日本的介护保险给付采“居家服务与社区服务为主、机构式服务为辅”的原则。照护给付以落实“在地老化”政策、提供连续性及整合性的照顾服务为主要目标。^② 我国可以借鉴德国、日本的经验,以立法方式确立居家护理优先原则,并明确各供给主体的分工与权责,以确保其各司其职。例如,全日制的完全机构护理服务主要接收重度失能老人以及失智老人;社区日间照料中心、非全日制的护理机构主要向中度失能老人提供护理给付;居家护理则主要为轻度失能老人提供上门护理服务,从而实现资源的有效分配和供给。

(2)发展多元化的供给主体。长期护理保险的供给主体主要分为照护机构与照护人员两大类。照护机构除了涵盖公立养老机构、社会福利院、社区日间护理中心等公部门之外,私立养老机构、私人疗养院、非营利护理机构等私主体也应被囊括其中。尤其是私营企业参与照护服务供给对供给多元化之诉求已不可或缺。除了立法确立私主体的供给主体地位、明确其权责之外,还应赋予给付受领者自由选择照护给付方式的权利,并引入市场化的竞争机制。照护人员不仅包含医疗人员、护理人员等在内的正式护理者,而且应当包括家庭成员、志愿者等在内的非正式护理者。德国以立法形式确立了居家非正式护理者的工作地位,并保障其应有的社会权利;若照护需求者选择居家非正式护理的给付方式,则由法定长期护理保险人向居家非正式护理者给付现金(相当于支付劳务对价),并为其代缴相关社会保险费(包括年金保险、意外伤害保险、失业保险等)。此外,对结束照护工作后有志于再就业的非正式照护者,有权参加转业培训并于培训期间获得生活补助。^③ 德国通过确立非正式护理者的给付主体地位并保障其社会权,既提高了家庭成员等非正式照护人员承担照护责任的积极性,又避免因正式护理服务资源紧张而导致照护需求者难以获得给付的情况;对倚重家庭成员为老年人提供照护的我国而言,极具借鉴意义。

(3)为供给主体提供政策扶持。除了确立家庭等非正式护理者的给付主体地位之外,国家还应当支持并强化家庭在照护给付体系中的核心地位。例如,可以借鉴发达国家的经验,建立“照护者津贴”“照护休假”“喘息服务”等非正式护理扶持制度。^④ 照护者津贴制度是指将家庭成员、志愿者等非正式护理者提供的护理服务视为社会劳动,由公共财政资金或护理保险基金向其提供现金给付的制度。法国、英国、德国等国家均建立了该项制度以鼓励居家非正式护理。^⑤ 照护休假制度是指雇员如需护理亲属可以申请一定时间的休假,雇主应当为其保留工作岗位的制度。德国以专项立法的方式确立并完善了该项制度,2008年施行《护理时间法》,规定15人以上的企业应当引入照护休假制度,雇员可以申请最长6个月的休假以护理家属,休假期间雇主不支付工资;2011年又出台《家庭护理时间法》对该项制度予以进一步完善,规定护理假期最长可至2年,但雇员必须每周到单位从事工作至少15个小时,在休假期间雇员能够获得一定的工资。^⑥ 喘息服务制度是指当非正式护理者因休养、疾病或其他原因无法照顾照护需求者时,由公共服务机构或社区服务机构等提供临时性的护理服务以替代家庭非正式护理者,使其能够在繁重的护理服务中得以“喘息”。^⑦ 实施这些非正式护理扶持政策,一方面能够减轻家庭的照护负担,提升家庭的保障功能;另一方面亦符合“在地老化”原则,使照护需求者在熟悉的家庭环境中获得照顾,同时也减轻社区、机构的照护负担。

就社区护理、机构护理而言,我国专门的公共护理机构匮乏、护理人力资源严重短缺,已成为长期护理

① 参见卓俊吉:《德国长期照护保险法制之研究》,硕士学位论文,台湾“国立”政治大学,2004年,第39页。

② 参见苗红军:《日本公共护理保险制度的建立、发展及社会影响》,《日本研究》2014年第4期。

③ 参见卓俊吉:《德国长期照护保险法制之研究》,硕士学位论文,台湾“国立”政治大学,2004年,第139~140页。

④ 参见刘德浩:《长期照护制度中的家庭团结与国家责任——基于欧洲部分国家的比较分析》,《人口学刊》2016年第4期。

⑤ 参见[英]苏珊·特斯特:《老年人社区照顾的跨国比较》,周向红译,中国社会出版社2002年版,第109~111页;殷俊、李晓鹤:《法国长期护理津贴制度分析与经验借鉴》,《保险研究》2015年第11期。

⑥ 参见王倩:《德国年休假法律制度》,《德国研究》2013年第2期;陶建国:《德国老人家庭护理休假法制及其对我国的启示》,《德国研究》2013年第4期。

⑦ 参见王上、李珊:《国外喘息服务的发展及对我国居家养老的启示》,《东北师大学报》(哲学社会科学版)2014年第6期;刘德浩:《长期照护制度中的家庭团结与国家责任——基于欧洲部分国家的比较分析》,《人口学刊》2016年第4期。

制度运行最大的障碍;^①而民营机构与第三部门等社会力量依然相当薄弱。^②对此,一方面亟须国家扩大一定的财政投入以支持公共护理服务建设,如在社区、公立养老机构、社会福利院中设置收住式的照护服务等。同时,针对专业护理人员匮乏的问题,积极出台各项政策培育护理人力资源,如推行护理培训补贴政策,^③对参加护理培训并获得护理职业资格的从业人员给予一定的培训补贴等。另一方面,国家还须确立私营机构、非政府组织、志愿者等私主体独立的法律地位,并大力扶持私营机构、第三部门等社会力量参与护理服务供给,如以财政补助、税收优惠等政策激励并扶持私营机构进入长期护理服务市场,并从倚重公部门提供护理给付转向强调市场竞争机制。

(三)调控方式:转向政府引导管制、社会自我管制与契约课责机制等结合的多层次调控模式

除了确保长期护理需求者能够获得持续的护理给付之外,照护服务的品质涉及给付受领者的基本权益,故国家的有效调控尤为重要。鉴于长期护理给付方式、给付主体均趋向多元化、社会化,过去单一的国家直接管制模式已经无法适应福利多元化的发展趋势,因此有必要转向政府引导管制、社会自我管制与契约课责机制等结合的多层次、分散化调控模式。

政府引导管制与传统的高权管制有所不同。为了确保社会各部门的护理给付符合公益性,避免服务提供者之私益与护理受领者之权益之间产生冲突,传统的监督仍属于国家落实其责的重要方式。但是,有别于国家自上而下的高权管制,引导管制系国家采取引导、惩罚等缓和措施,并以持续、动态监督的方式来强化国家对照护品质的管控。其一方面旨在避免因国家过度管制而损害私主体的积极性,另一方面则以促使服务供给者的行为趋向公益化为己任。^④例如,国家在赋予私主体独立的法律地位、确保其履行护理给付之自主性的同时,从准入门槛、服务所需专业性与技术性、定期服务品质评鉴等方面来调控私主体的给付行为,避免其因追求私益而滋生道德风险或有损公益目的。

除了国家引导管制之外,现代国家奉行“合作国家”^⑤责任分配之新理念,采行社会自我管制的手段,以解决国家直接管制失灵的问题。“社会自我管制系指个人或团体本于基本权主体之地位,在行使自由权、追求私益之同时,亦志愿性地肩负起实现公共目的之责任。”^⑥社会自我管制乃传统国家直接管制的一种变通手段,其并非国家居于管制者的地位对管制对象作出“外部式”的他律措施,而是管制对象自身作出“内部式”的自律行为。但是,社会自我管制并不意味着国家完全置身事外。基于担保责任理念,国家仍享有不同程度的参与权。鉴于我国社会自治能力孱弱之现状,国家仍有必要予以相当程度的介入,并对长期护理的服务品质、价格等予以间接管制。例如,由政府与民间业者共同组成管理、监督的组织,或是由国家挑选民间业者认同的专业机构或专家参与模式,对长期护理给付之公益性予以持续的监督、管理与维护。

契约课责机制即国家在委托机构或个人提供长期护理保险给付时,以契约方式将各种责任具体化、明确化,从而确保长期护理给付之实现。^⑦从治理模式看,契约化的福利服务已成为各个福利国家在福利供给上的主要做法。以日本为例,日本在长期护理制度改革中,废止了原来传统的制度,转向契约机制。传统的制度即行政裁决制,是指护理需求者向国家提出给付请求,由国家作为服务提供者决定给付方式,再以委托形式委托第三人(主要是公共护理机构)提供服务。而在契约机制中,护理需求者享有照护保险给

① 参见薛斌:《建立老年护理保险 健全老年保障体系》,《中国社会保障》2012年第6期。

② 参见吴宏洛:《论医疗保险制度设计对失能老人的救助功能——基于医养结合长期照护模式的考察》,《福建师范大学学报》2014年第2期。

③ 参见和红:《德国社会长期护理保险制度改革及其启示:基于福利治理视角》,《德国研究》2016年第3期。

④ See Martha Minow, Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion, 116 Harvard Law Review, 1260—1261 (2003).

⑤ 参见张桐锐:《合作国家》,载《当代公法新论(中)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,台湾元照出版有限公司2002年版,第578页。

⑥ 转引自詹镇荣:《德国法中社会自我管制机制初探》,台湾《政大法学评论》2004年4月第78期。

⑦ See Peter M. Kettner, Lawrence L. Martin, Purchase of Service Contracting: Two Models, 14 Administration in Social Work, 15—23 (1990); Barbara Peat, Dan L. Costley, Effective Contracting of Social Service, 12 Nonprofit Management and Leadership, 55—56 (2001).

付选择权,其可在法定范围内选择护理给付方式和服务提供者。国家从原来提供服务的主体转变为支付服务费用、确保护理需求者获得给付的主体。公共护理机构、民营机构或第三部门等则成为提供服务的主体。国家与服务提供者之间通过缔结公法性质的护理服务契约明确各自权责,服务提供者与护理服务受领者以签订私法契约的方式明确各自的权利、义务。^① 契约机制有效地消除了传统制度未充分尊重照护需求者之选择权、缺乏灵活性等弊端,缓解了国家自行承担给付责任的压力,并提高了私主体参与护理供给的积极性。^② 虽然我国在政府购买养老服务中也采用契约方式,但是对服务提供者与服务受领者之间的平等关系以及契约精神未给予足够重视,照护需求者仍处于被动接受给付而非主动选择的地位。对此,有必要在长期护理保险制度中引入契约课责机制,确立护理服务受领者与服务提供者之间的平等关系,并强化服务受领者自由选择护理给付方式的权利。同时,国家作为担保者,必须对照护服务提供者的履约行为予以持续、动态的监督,避免其出现给付瑕疵或给付不能的情况。然而,在长期护理制度中引入公私部门合作的契约,是否有“公法遁入私法”之虞?如何规定契约中的具体内容以回应规范需求?^③ 诸多问题仍有待做深入研究。

五、结语

国家在长期护理制度中的责任,承载着全面建成小康社会、实现社会公平正义等诸多价值目标。在人口老龄化背景下,长期护理需求已演化为一种新型社会风险,国家仅承担兜底责任的制度模式已难以回应需求。立足于我国国情,从兜底责任转向担保责任成为应然之选。实现国家担保责任,应主要围绕法制规划、服务供给和调控方式 3 个方面展开。首先,建立蕴含社会连带思想之长期护理社会保险制度,并完善社会救助、社会福利等法律制度中有关长期护理的相关规定,以建立体系化的长期护理保障制度。其次,确立国家对照护需求者——主要是老年人——的长期护理之担保责任。在强化并支持以家庭作为核心供给主体的基础上,引导构建多元化、社会化的护理服务供给体系。最后,从单一的国家高权管制模式转向政府引导管制、社会自我管制与契约课责机制相结合的多层次、分散化调控模式,以确保长期护理服务的品质和相关法律主体的权益。

然而,上述路径的实现无疑都关联着更为深层次的问题。我国的社会保险制度并不是从社会连带、社会团结的理念发展而来,而是在特定社会背景和政治考量下由国家主导建立起来的。社会保险的筹资模式、权责机制、实施方式等制度内容均是由国家规划、主导与执行,该项制度所蕴含的风险分摊、社会互助等精神并未深入人心,市场、社会各部门的积极性和参与度不高。此外,长期护理保险与其他社会保险最大的区别在于其以服务给付为核心,强调的是人的服务,并且是长期性、持续性的服务给付。这种给付需求不仅带来人力资源上的难题,而且更容易导致利益冲突并滋生道德风险。如何积极促进国家职能转变,协助、引导长期护理保险中的关系人以社会团结、互助之方式积极应对社会风险,促使长期护理趋向多元化、社会化发展,充分调动私主体在长期护理服务供给中的积极性,在保障供给主体权益的同时确保其履行任务的公益性,进一步合理定位国家、家庭和市场的角色与分工,以重新平衡各自在长期护理中的责任,继而最终确保国家责任、社会责任的实现等诸多问题,均有待做进一步深入研究。

责任编辑 翟中鞠

① 参见庄秀美:《日本社会福利服务的民营化——“公共介护保险制度”现况之探讨》,《台大社工学报》2005年第11期。

② 参见[日]伊藤孝弘、高桥孝治:《日本护理保险法修改及其存在的问题》,《社会保障研究》2015年第4期。

③ 参见陈爱娥:《契约作为公私部门合作的行政行为形式》,载范光群教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《程序正义、人权保障与司法改革——范光群教授七秩华诞祝寿论文集》,台湾元照出版有限公司2009年版,第324页。