

论我国长期照护保险法律制度之构建

何 平^{*}

摘 要:当下,我国长期照护保险制度的供给与需求相比较总体还有明显的不足。现行相关法律规则体系对“长期照护保险”进行了多种表述,但对其内涵的认识则有所不足,应尽快统一其概念。长期照护保险涉及的主体较为多元,须明晰长期照护保险主体(政府、长期照护提供者、长期照护接受者)间的法律关系。长期照护保险提供的服务具有“公共产品”的属性,在经营中具有明显的“公法性”特质;同时长期照护保险具有市场化的运营模式,存在“私法性”的品质。故长期照护保险成为一种特殊的保险。构建我国长期照护保险法律制度的进路,主要集中在解决我国长期照护保险筹资、服务给付与人才培养方面的问题,并依此推进长期照护保险法律制度的中国化。

关键词:长期照护保险 公法性 私法性 公共产品

一、问题的提出

当下,我国在人口快速老龄化以及少子化的双重发展趋势下,民众对长期照护的需求越来越迫切,在照护需求急速增长所形成的压力下,政府逐年加强对长期照护领域的制度尝试与介入程度,但仍然远远不能满足照护需求。国家统计局、国务院第七次全国人口普查领导小组办公室2021年5月11日发布的《第七次全国人口普查公报(第五号)——人口年龄构成情况》显示,2020年年末全国人口^①1 411 778 724人,60周岁及以上264 018 766人,占比18.7%,其中65周岁及以上190 635 280人,占比13.5%。^②从全国人口年龄构成的基本数据中可知,我国老龄人口基数较为庞大,因此纵使目前政府欲全面地满足照护需求,但现实的财政状况也难以保障,然

^{*} 武汉理工大学法学与人文社会学院副教授

基金项目:国家社会科学基金后期资助项目(16FFX025)、中国政法大学大健康法治政策创新中心课题

^① 全国人口是指大陆31个省、自治区、直辖市和现役军人的人口,不包括居住在31个省、自治区、直辖市的港澳台居民和外籍人员。

^② 参见《第七次全国人口普查公报(第五号)》, http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/rkpcgb/qgrkpcgb/202106/t20210628_1818824.html, 2021-10-09。

国家基于对人民的保护义务,而仍必须有所作为,故不断在各地尝试开展长期照护保险的试点以回应人民的殷切需求。自2016年6月27日起,人力资源和社会保障部办公厅印发《关于开展长期护理保险制度试点的指导意见》^①(以下简称《指导意见》)始,目前各试点地区已在当地因地制宜推广长期照护保险服务多年,并取得显著的成绩。但与此同时,也存在各地对长期照护保险服务定性不准确的问题,造成服务类型、标准、程度不一。对此,我们需要提出这样的质疑,长期照护保险作为关系到民众和社会安定与发展基本需求的公共产品究竟应该如何定位?它们是应适用私法制度来进行调整还是应适用公法制度来进行调整?这成为制定长期照护保险制度的核心前提。尤其是伴随着市场化的推进,社会保险体系引进市场化的机制推进服务的竞争,提高长期照护服务质量,对长期照护服务的提供主体由国家扩展到社会主体,对其适用法律的类型“亦公亦私”,法律到底应该如何规范?诸如此类问题,不一而足,需要进行深入的探讨。

然而目前无论是学术界还是实务界对上述问题都未能予以足够的重视并进行有效的回应,以至于对我国长期照护保险制度的构建造成较大的困扰。表现出来的一个显著问题是现行制度规范对“长期照护保险”的概念缺乏明确的定性以及系统的认识。这是造成我国目前长期照护保险制度难以满足相关社会群体需求的最重要原因之一。长期以来,我国养老、照护等社会服务公共产品的供给主要由政府和事业单位承担,但随着经济的快速转型,原有的公共产品提供模式引入了市场化的机制,而克服市场失灵、提供公民基本福利、追求社会公平的公共产品领域的相关制度对这种转型却缺乏必要的准备。这使得我国的长期照护保险制度无法对其所应该提供的公共产品的功能与市场化的机制缺乏理性的区分与融合。为此,迫切需要我们结合现行的制度规范,对长期照护保险的概念进行界定,并在制度构建时从“公法性”和“私法性”两种维度进行充分的研究与制度分析,以对我国相关制度的完善有所助益。

二、“长期照护保险”法律概念的厘清

“长期照顾护理保险”从英语“Long term care”翻译而来,将其译为“长期照护保险”既能涵盖生活照料,也能包含医学护理。^②然而在我国目前的法律法规体系中,“长期照护保险”概念表述暂无统一界定,有“护理保险”“看护保险”“介护保险”“长护保险”“养护保险”等多种表述。即使是在国家出台《指导意见》后,各地在试点中仍出现了对该概念的不同认识,如四川省成都市人民政府颁行的《成都市人民政府关于印发成都市长期照护保险制度试点方案的通知》^③中用的是“长期照护保险”这一概念,而河北省承德市人力资源和社会保障局颁行的《承德市城镇职工长期护理保险居家护理管理办法(试行)》^④中则采用“长期护理保险”概念。这两个概念的内涵也许是一致的,但外延却有所不同,因而亟须在制度上统一。

① 参见《人力资源和社会保障部办公厅关于印发〈关于开展长期护理保险制度试点的指导意见〉》, http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/shehuibaozhang/gzdt/201607/t20160708_243152.html, 2021-10-09。

② 参见高和荣:《长期照护保险的缘起与争议》,《湖湘论坛》2019年第1期。

③ 参见《成都市人民政府关于印发成都市长期照护保险制度试点方案的通知》, <http://gk.chengdu.gov.cn/govInfoPub/detail.action?id=88855&tn=6>, 2021-10-09。

④ 参见《承德市城镇职工长期护理保险居家护理管理办法(试行)》, http://www.chengde.gov.cn/art/2019/1/14/art_2907_152128.html, 2021-10-09。

(一) 现行规则中“长期照护保险”法律用语考察

在我国,有关“长期照护保险”的制度是在对生活长期不能自理、经济困难人群相关生存权的维护基础上逐步建立起来的。这在法律、^①行政法规以及政策^②各层面都有所体现。然而,我国长期照护保险制度的整体探索才刚刚开始。2016年6月27日出台的《指导意见》中明确全国15个地区将探索建立“提供资金或服务保障长期失能人员的基本生活照料和与基本生活密切相关的医疗护理的社会保险制度”。上述规定表明我国长期照护保险制度进入顶层设计阶段,但实际上我国对长期照护保险的认识还是比较模糊的,其保障范围是仅涵盖失能失智人员还是涵盖全体老年人,目前中央和地方的相关试点文件并未形成共识。而关于长期照护保险保障范围的界定问题,在其他法域的相关制度不断演变完善中也有经验可循,如德国现行长期照护法制以《德国社会法典》第1册——《德国社会照护保险法》——为主轴。在建立该项法律制度时,德国并未将长期照护的保障对象限制为老年人、身心障碍者等特殊人群,而是以需求为导向,给付标准也根据具体需求来确定。^③ 根据《德国社会照护保险法》第14条第1项之规定,保险给付的“照护需求性”,是指“人们由于身体、心理、精神上的疾病或伤残,而致其在日常生活中需就一般性的家务寻求大量或高程度帮助,长期帮助可预见的时间超过6个月”。德国长期照护保险依轻重程度将“照护需求性”分为3个等级:第1级为明显的照护需求(每天至少1次),第2级为重度照护需求(每天至少3次),第3级为严重照护需求(全天照护)。长期照护保险制度的建立相对减轻了德国社会救助制度的照护支出负担,并且创造了与长期照护相关的大量就业机会。^④ 从过往的经验看,为统一立法,方便执法和司法,需要从立法上对“长期照护保险”概念进行统一的表述。那么,到底采用哪种法律术语比较合适就成为一个问题。“长期照护保险”“长期护理保险”是目前在国内经常采用的两个法律术语。从上述对概念外延以及制度需求范围的分析看,“长期护理保险”更加关注老年人的护理需求,范围相对较小,难以涵盖其他失能失智群体的照护需求。相比“护理”的范畴,“照护”这个概念应该更加多元。有学者建议对“照护”一词从照护对象、照护内

① 涉及长期照护保险的法律包括《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国社会保险法》等。但真正明确针对特殊主体权益的目前主要来自2015年修正后的《中华人民共和国老年人权益保障法》第30条规定:“国家逐步开展长期护理保障工作,保障老年人的护理需求。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。”

② 中央层面的法规及政策主要有:2016年3月中共中央、国务院发布的《中华人民共和国经济和社会发展第十三个五年规划纲要》;2016年10月国务院发布的《“健康中国2030”规划纲要》,其中明确提出了“健康老龄化”的概念,把老年人作为重点关注人群,从完善护理服务体系、建立多层次护理保障制度等方面对我国长期护理体系的建设做了战略部署;2016年12月27日国务院发布的《“十三五”深化医药卫生体制改革规划》;2017年3月26日国务院发布的《“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划》,提出探索建立长期护理保险制度。部委层面的规章主要有:2016年6月27日人力资源和社会保障部公布的《人力资源和社会保障部办公厅关于开展长期护理保险制度试点的指导意见》,其中明确指出在全国15个地区探索建立“为长期失能人员的基本生活照料和与基本生活密切相关的医疗护理提供资金或服务保障的社会保险制度”;2016年7月人力资源和社会保障部发布的《人力资源和社会保障事业发展“十三五”规划纲要》;2016年民政部和国家发展和改革委员会共同出台了《民政事业发展第十三个五年规划》,指出要推广长期护理商业保险产品,探索建立从居家、社区到专业机构等比较健全的专业照护服务体系。

③ 参见钟秉正:《德国长期照护法制之经验》,台湾地区《长期照护杂志》2006年第2期。

④ Vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Zustandsinformation: Pflegeversicherung, 2006, <http://www.bmg.bund.de>, 2015-10-25.

容以及照护需求 3 个方面进行界定:^①照护对象是指患有身体或心理疾病、具有功能障碍和需要长期提供照料服务的当事人;照护内容是指针对慢性疾病或失能人员进行长期的照护,与传统的“护理”有较大的差别;提供方式则呈现出持续性的特征。因此,从为失能失智群体提供相应公共产品的定位来说,“照护”更能明确地体现出该类保险的体制,即“长期照护保险”的术语更符合该公共产品的属性。

(二)“长期照护保险”内涵的界定

长期照护保险是国家推行的为应对老龄化的社会政策,以谋求社会福利为主,具有强制性的一种保险。其具有以下几种特性:(1)长期照护保险属于保险的一种,是一种缴费型的社会保障制度。从内容看,包括长期照护保险在内的社会保险虽然与商业保险的保险对象有所不同,但是依旧是运用保险原理分散社会成员可能遇到的风险。^②(2)长期照护保险由国家依法强制纳保,因此也叫作强制保险,与商业保险完全出于当事人双方的契约行为有所不同。这是包括长期照护保险在内的社会保险的最大特点。(3)长期照护保险是国家推进社会政策以应对老龄化、谋求社会福利所强制的保险,即政策保险。

尽管长期照护保险强调的是社会性和政策性,但是如果在长期照护这样公共产品的提供中也强调社会性和政策性,那么有失偏颇。从实际的市场选择中可以作出一定的判断,应对老龄化的保险产品包括社会保险和商业保险,不同的群体对市场中产品的偏好是不一致的。这与两者本身的差异息息相关。社会保险与商业保险的区别主要表现在:(1)对被保险人而言,商业保险任何人均可投保,且财产保险的被保险人不限于自然人;而在社会保险中不但被保险人限于自然人,而且不具有特定身份的人不得参保。(2)对保险人而言,商业保险由保险企业经营,保险企业即为保险人;而社会保险则由政府特设机构或指定特定机构承保。(3)就保险费性质而言,在商业保险中由投保人负担保险费,而在社会保险中则由政府、用人单位以及投保人三方参与分担保险费,或由政府全部负担。同时商业保险保险费的计算是以危险的大小及保险金的多寡为比例;而社会保险则不一样,社会保险的保险费多以被保险人的所得为比例计算。(4)就保险金而言,商业保险的保险金给付是按照双方当事人签订的保险合同来确定的;而社会保险的保险金给付是由法律明确规定的。此外,商业保险投保自由,具有营利性;社会保险则强制参保,属于社会政策的推行。诸如此类,均为社会保险与商业保险的截然不同之处。^③

在界定长期照护保险的内涵后,我国的长期照护保险就应当结合社会性、政策性与市场性、商业性的特征来进行分类。当然,如上所述,长期照护保险作为社会保险与商业保险有明显区别,市场性、商业性作为其手段或机制保证其管理与运用的良性发展,社会性、政策性作为其特质与标志决定其产品的属性。

(三)“长期照护保险”外延的界定

长期照护保险不论是从历史的经验来看还是从该概念及制度的价值来分析,都是出于应对风险以及满足照护需求而出现的,因此长期照护保险的外延范畴也是依据此路径来展开的。

首先,基于历史经验,“长期照护保险”于 1994 年最早设立于德国,并最终发展成为德国在疾

^① 参见曹艳春、王建云:《老年长期照护研究综述》,《社会保障研究》2013 年第 3 期。

^② 参见林嘉:《社会保险法教程》,法律出版社 2011 年版,第 2 页。

^③ 参见郑玉波:《保险法论》,台湾地区三民书局 2013 年版,第 186~187 页。

病、年金、意外与失业保险以外的社会保险中的“第五支柱”。在立法渊源上,德国长期照护保险设立的初衷源于日常照护保障的缺乏,公民须自行承担日常照护费用,并且由社会救助制度对难以负担的部分费用进行兜底。^①当然,商业界的代表极为担心增加的额外保费会增加其营业负担、降低国际竞争力。^②基于此,立法者不得不将长期照护保险的保险费率锁定在1.7%。然而,低保险费率与高品质照护服务是难以两全的,随着被保险人的照护服务费用日益增加,低保险费率注定导致在“服务品质”方面备受挑战。^③

其次,从制度价值视角观之,我国近年来面临人口快速老化及少子化的问题,而随着老年人口的快速增长,慢性病与功能障碍的问题日益凸显。但长期照护服务并非专属于老年人,老年人并不等同于失能者。凡失能而丧失生活自理能力、有赖于他人为日常生活上照顾的扶助者,都有接受长期照护的需求,而此种接受他人长期生活上照顾的过程,统称为长期照护服务。目前,我国失能老人数量较为庞大,有关老年人的健康服务在我国供给不足,而失能老人的健康服务、长期照护服务更为缺乏,长期照护保险制度的现实价值在面对失能失智老年人健康服务中也比较明显地表现出来。因此,为有长期照护需求的人群提供服务成为制度的核心价值,也是长期照护保险的价值目标。

从以上两个视角看长期照护保险的外延可以得知,随着时代的发展,照护需求的社会风险逐步被社会认可,但该风险本身还是存在不确定性和多元性的,立法技术无法对长期照护需求本身进行全面和周延的列举,但总体还是可以将公民照护需求本身作为定性的原则和判断的标准,来确认长期照护保险的外延。

三、长期照护保险中法律关系的再明晰

由于长期照护保险具有社会性特质,因此使得其在运行过程中涉及的主体和包含的法律关系比商业保险更为复杂。在商业保险中,投保人无论是自然人还是法人都是追求商业利益的,因不可抗力或无法预估的事故所致的损害由当事人自由约定,保险人负责在保险事故发生时进行赔偿。而长期照护保险作为社会保险显然并非如此。这其中政府、长期照护保险提供者(以下简称“长照提供者”)、长期照护保险接受者(以下简称“长照接受者”)构成三重法律关系,从传统的公法私法分类看,长期照护保险法律关系既包含公法上的法律关系,如政府与长照提供者之间的法律关系、政府与长照接受者之间的法律关系,又包含私法上的法律关系,如长照提供者与长照接受者之间的法律关系。

(一)政府与长照提供者之间的法律关系

从社会保险的性质看,政府与长照提供者之间的法律关系属于公法上的关系。政府在长期照护保险中属于公共产品的提供者,提供公共产品是政府的应然职责。当然,从长期照护的风险分担发展进程看,随着老龄化以及少子化的社会问题不断激化,家庭结构小型化、碎片化的大规模呈现,照护风险已经不能由家庭来承担和妥善解决,并逐渐被看作是需要政府介入的社会风

^① 参见陈君山:《德国照护保险制度之探究》,台湾地区《社区发展季刊》1997年第6期。

^② Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, übersicht über das Sozialrecht, 4. Aufl., 1997, S. 357f.

^③ Vgl. Muckel, Sozialrecht, 2003, S. 183.

险。这一点在世界范围内正逐步被接受,即使是奉行自由市场经济传统的美国,也在通过改革采取以政府为主导的市场管理形式的“社会生活辅助服务及支持法案”。这也在某种程度上体现了美国长期照护保险的社会性属性。^①

政府在长期照护服务中的作用主要是由其对内的职能所决定的,以社会化或民营化的模式来承担长期照护服务。但需要澄清的是这是一个中国化的问题,之所以还须明确长期照护服务是否属于公共行政任务这个问题,主要是因为在我国目前没有第三方组织能够承担起提供长期照护的社会职能。从目前的趋势看,政府要转移某些社会管理的职能。例如,《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》规定,凡公民、法人或者其他组织能够自主决定、市场竞争机制能够有效调节的事项,政府都要退出。广东省人民政府根据上述规定,于 2012 年评定出首批具备承接政府职能转移和购买服务资质的社会组织,社会组织发展迈出了前进的一大步。^②而长期照护服务作为社会组织最重要的服务类型之一,应纳入公共行政任务在社会化或民营化的范畴。政府在长期照护事业中将逐渐成为服务安排者,就各类组织或集体做什么、怎样做以及应该达到什么标准等宏观问题进行规定。至于服务的具体提供方式等微观问题,则交由相关私营的专业机构通过合同、特许经营等方式来完成。只有在法律上明确这些认识,才能建立起合法合规的政府与长照提供者之间的法律关系。

对类似于提供长期照护服务的公共事业特许经营模式,目前国际上主要有两种授权模式:行政合同和行政许可。就我国目前长期照护保险运营模式的选择而言,长期照护保险应该是采用政府主导、社会组织参与的模式,而目前特许经营的方式基本能满足这种需要。

(二)政府与长照接受者之间的法律关系

由于长期照护是由具有社会保险属性的长期照护保险所提供,因此政府与长照接受者之间的法律关系属于公法上的关系。长照接受者向保险人缴纳保费,在照护风险出现后,保险人即负有对长照接受者提供照护服务的义务,除此之外,还负有确保照护服务品质的义务。其照护服务品质也属于保险给付的重要组成部分,在保险人义务范围之内;而长照接受者也不是仅仅有保费的缴纳义务,还存在诸如保险事故发生后的通知义务,在进行照护需求评估时的协助义务等。由于长期照护保险具有公共产品特质,因此在“市场失灵”的情况下,政府直接或间接地参与到长期照护保险的运作中,且基本是以投资等方式通过社会化的模式参与其中。这既是为了保证公共产品能够持续安全稳定的提供,也是为了提高公共产品供给的效率。

应该注意的是,长期照护保险并非单纯的国家恩济行为,原则上公民须在缴纳保费后,才能享有长期照护保险的给付利益,因此即使国家对经济弱势群体予以补助,也依然会存在无法缴纳社会保险费的公民。由于获得基本的生存以及人性尊严的保障是宪法赋予公民的基本权利,^③因此有必要让社会救助机制介入,借此搭建最后的安全防线以确保公民能获得最基本的照护需求。

^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 参见《中共广东省委 广东省人民政府印发〈关于进一步培育发展和规范管理社会组织的方案〉的通知》(粤发〔2012〕7号)和《广东省民政厅关于确定具备承接政府职能转移和购买服务资质的社会组织目录的指导意见》(粤民政〔2012〕135号)。

^③ 参见何平:《公民社会救助权研究》,北京大学出版社2015年版,第92页。

在此还需要特别指出的是,与医疗保险相比,政府与长照接受者之间的互动更加密切,除了保费的缴纳等相关业务以外,政府还须负责长照接受者的照护计划内容,并随着社会福利政策的变化调整给付的内容与标准。

(三)长照提供者与长照接受者之间的法律关系

长照提供者与长照接受者之间的服务供给为私法上的法律关系,原则上双方的权利义务通过“照护合同”来加以确立,签订照护合同的长照提供者既可以是机构也可以是自然人。虽然长照提供者与长照接受者间存在私法上的法律关系,但是此类法律关系并非完全适用私法自治或契约自由原则。因为照护提供者提供的照护服务具有履行公共职能的性质,政府须采用定型化的契约范本进行限制,借此对双方的权利义务进一步明确,促使照护提供者能保证公共产品供给的公益性。

概括来看,尽管长照提供者与长照接受者之间为私法关系,但是因长照接受者需要长照提供者给予专业的护理,就该段时间内产生的长期照护服务费用支付来源的设置问题,从在各地进行的试点以及域外经验看,政府在此承担了重要的份额。这也是长期照护服务合同与一般的商业保险合同的巨大差异所在。

需要说明的是,长照提供者与长照接受者之间在缔结契约的地位上存在落差,长照提供者在照护专业知识以及市场信息的了解上具有显著的优势,从而使得两者难以在平等的基础上缔结照护服务合同。为了保障照护服务合同缔结的公平合理,有必要通过政府的管制,对长期照护服务的过程进行一定程度的规范,以保障长照接受者的权益、保证长期照护服务的质量。

四、长期照护保险法律属性的澄清

长期照护保险由于具有公法性与私法性的双重性格,因此具有独特的法律属性。一方面,长期照护保险应提供的服务具有“公共产品”的属性,在经营中具有明显的“公法性”特质;另一方面,长期照护保险同时具有市场化的运营模式,存在“私法性”的品质。故长期照护保险是一种特殊的保险。

(一)长期照护保险的公法性本源

若将长期照护保险定性为一项公共行政任务,则其应由政府来负责实施,否则便由自由竞争市场来管。通常认为,政府要肩负起保障人民基本生活、确保全民共享经济社会发展成果的责任,^①因此,提供长期照护服务是属于政府公共行政任务的范畴。

首先,从历史传统看,公共行政的范畴仅针对核心公共职能,很少对非核心公共职能进行明确规定。这种发展趋势在社会保险领域有突出的体现,政府通过特许经营等不同方式,将原有独占的社会保险领域逐步让位于社会组织等第三方参与,公共行政领域与执行方式都有很大的变化。

其次,即使在公共领域,政府也不可能完成所有的公共任务,一部分公共任务必须由民营的形式来完成。此处的“民营”概念与“政府直接经营”(或称“官营”)相对应,“民营”与生产资料所有制不具有必然的联系,“民营”不代表“私有”。因此,政府将一部分公共任务转移给民营组织和

^① 参见杨方方:《中国转型期社会保障中的政府责任》,《中国软科学》2004年第8期。

个人来完成的现象,更模糊了人们对公共行政行为由谁来实施的判断。

最后,公共行政任务的承担随着时代的不同有较大的差异。这一点在我国政府对失能失智群体照护的责任问题上存在严重的争议。其原因有二:(1)政府负有保障贫困人口基本生活的义务,有责任对存在自身无法克服的生活困难的公民予以救助;^①(2)在市场经济背景下,构建合理有效的长期照护保险制度,需要重新定位政府在其中扮演的角色。

以上反映出长期照护政策定位的不断改变,尤其是在中央政府与地方政府、政府与社会组织和个人的财政责任划分上存在一定的分歧。^②我国在改革开放初期过于强调市场作用,国家的社会保障职能持续缺失,直到党的十四届三中全会,社会保障制度才进入崭新的发展阶段,并逐步形成具有中国特色的社会保障体系,但对长期照护保险的内涵、外延尚未予以进一步明确。长期照护保险本身涉及的内容非常丰富,哪些由政府来完全承担,属于公共任务?哪些可以通过民营方式转移?对这些问题的回答都须以公共任务的界定作为先决条件。

(二)长期照护保险的私法性特点

从长期照护的本质看,其公法的属性很明显。但事实上,政府从意识导向、政策方向乃至法令规范均已铺陈了营利组织进入照护服务领域的正当性,虽然我国政府宣传在照护领域仍以非营利团体为优先合作对象,但是政策实际上是在营利团体与非营利团体间摇摆的,甚至有偏向倚重营利团体提供服务的趋势。因而从事实观之,长期照护保险领域能够发挥出市场效率的优势,只是须注意规模程度和对核心价值的把握。

对此,笔者认为,与其在一开始缔结契约时就限制缔约团体的性质,不如一开始不设置机构营利属性的门槛,让营利与非营利团体都有可以角逐缔结照护特约的机会。可借鉴德国长期照护保险法的经验,自始并不排除营利团体提供照护服务的机会,但是须在有条件的情况下开放照护市场。例如,从进入门槛、服务所需专业性及技术性、所涉道德风险高低3个方面来调控营利性业者进入特定的照护领域。应当注意,在私人提供照护服务的过程中,国家应持续不断地进行监控,落实其对服务品质的担保责任,强化国家对照护服务提供者的外部监督效能,借以管控照护给付的品质。

长期照护保险的私法性还体现在它的市场性上。市场化解解决的是一个效率问题,国内长期照护保险行业长期实行的是官办模式,市场化解解决的就是在该模式下怎么从增加救助资源、扩大供给、提高服务质量这些方面来提高长期照护自身的运行效率。从筹资方面可以看到市场化的尝试,随着《指导意见》的出台,长期照护保险制度在我国的筹资模式主要确定为构建覆盖全国范围的长期照护社会保险体系,使用对低收入老年人的长期照护津贴制度以及对高收入人群的长期照护商业保险制度双轨并行的方法。^③可以说,长期照护保险制度不得以逐利为目的,但并不否定其适当的市场化。

(三)长期照护保险的特殊法律属性

^① 参见郑功成:《中国社会保障改革与发展战略——理念、目标与行动方案》,人民出版社2008年版,第269页。

^② 参见何平:《我国社会救助政府责任的回归——基于对责任主体责任划分的探讨》,《华北电力大学学报》(社会科学版)2011年第5期。

^③ 参见文太林:《中国长期照护筹资相关研究述评》,《四川理工学院学报》(社会科学版)2018年第1期。

从上述分析可以看出,长期照护保险既具有公法属性又兼具私法属性,这是由长期照护保险的社会保险本质所决定的。笔者在此从以下几个方面分析其在法律属性方面的特殊之处。

首先,从设立目标看,长期照护保险制度的目标为经济安全。长期照护保险中所谓的风险,必须具备“不确定性”,即风险的发生有偶然性。个人借此可透过一定的机制将风险分摊,而常见的风险管理机制便是“保险”。这里须强调一点,此处保险所分摊的风险须是经济上或可以转换为经济上的损失,也称“经济风险的管理”。^① 经济安全的本质可概括为“收入损失”“额外成本”“收入不足”和“收入不确定”,^②对于个人而言是为了满足个人的基本需要和欲望的心理状态,应对风险发生时造成的经济不安全便是社会保险设立的初始目的。

其次,从风险的分类看,“照护”风险是指个人因为伤病所产生的“照护需求性”,其中包含“自理能力降低”“无助”或“无法自立”等情况。^③ 具体而言,照护需求是指某人无法再自己从事日常的身体照顾、饮食准备或进食、行动或整理家务,而其中一项甚至全部必须依赖他人的帮助。^④ 以往,个人的照护需求多由家属来负担,但现今家庭形态以及城市中的居住环境已经难以提供由家属照料的客观条件。在现代社会中,照护需求已然成为一种普遍的风险类型,如德国自 1995 年起就将照护保险纳入为社会保险的“第五支柱”。^⑤

最后,从制度的行为理念看,长期照护保险制度强调保险的社会性,借以达成所得重新分配的理念。在此理念的指导下,相关保险制度对低收入户、子女众多者、妇女以及退休者特别有利,这些被保险人所获得的保险给付与其事先缴交的保费之间没有数理上的直接关系。^⑥ 长期照护保险制度通常透过“收入再分配”的理念来表达社会适当性,而收入再分配最为明显的现象多由税收引起,因此政府为实现“社会国”的理想,在保证税收公平的前提下以全国人民为对象量能课税。在德国社会法学理论上,“整体公平”被称为“社会衡平”。^⑦

从我国目前整体的社会保险事业发展趋势看,长期照护保险制度仅处于摸索与起步阶段,对法律属性的定性界于“政府规制”与“意思自治”之间。该项缺失也必然会忽视政府提供公共服务的本质属性,异化政府作为公共产品提供者的身份。由于长期照护保险与公民的基本生活需求密切关联,涉及公民的普遍生存问题以及基本人格尊严,因此相关的制度设计既要强调长期照护保险的公共属性,又要运用市场化社会化的手段来保障长期照护这一公共产品提供的效率。对此,需要灵活运用制度,以更为特殊的制度属性来调整长期照护保险制度中的各种法律关系。

五、构建我国长期照护保险法律制度的进路

长期照护保险能够顺利运行且达到相应效果,制定长期照护保险法才能使制度实施做到于

① 参见柯木兴:《社会保险》,台湾地区社会保险学会 1995 年版,第 4 页。

② 参见柯木兴:《社会保险》,台湾地区社会保险学会 1995 年版,第 7 页。

③ 依据《德国照护保险法》第 14 条第 1 项的规定,有照护需要的人为“因身体的、精神的或心灵的疾病或障碍,于长期或至少可预见的 6 个月内,对于其日常生活中所熟悉且例行重复的事务显然需要帮助者”。Vgl. A.Erlenkaemper/W.Frichte/M.Fook, Sozialrecht, 5. Aufl., 2002, S.26.

④ Vgl. Eichenhofer, Sozialrecht, 4. Aufl., 2003, Rdn.379.

⑤ Vgl. S.Muckel, Sozialrecht, 2003, S.162.

⑥ 参见柯木兴:《社会保险》,台湾地区社会保险学会 1995 年版,第 62 页。

⑦ Vgl. Ruland, Rentenversicherung, in: Sozialrechtshandbuch (SRH), 1996, S.877.

法有据、有法可依。^① 长期照护保险法律制度在域外实施有着成熟的经验,我国长期照护保险的试点主要集中于解决长期照护保险筹资、服务给付与人才培养方面的问题,其法律制度的构建也依此推进。

(一)确立长期照护保险的筹资规则

长期照护保险的筹资模式是相关法律制度实施最重要的前提,各地在试行阶段存在诸多问题。为此,须从明确筹资机关定位、构建多元筹资渠道以及筹资激励机制的建构等方面确立筹资规则。

1.明确筹资机关定位及其规则制定权限

长期照护保险制度在各地以地方政府规章推广实行,各地实施的条件程度不同造成各地的筹资主体不一致而导致政府资源浪费。我国宪法明确规定,国家尊重和保障人权,公民享有从国家和社会获得帮助的基本生存权利,这就要求规则制定者在选择合适的制度模式后,设定符合社会发展方向和社会期望的合理有效的法律规范。^② 因此,长期照护保险制度首先应上升至国家统一立法层面,通过制定长期照护保险法来明确规定施行该制度的筹资机关,并赋予其相应的规则制定权限,落实资金筹措职能。在立法过程中,应注意合理配置立法资源,按照社会资源的最优配置以及立法资源使用效益最大化的标准予以制定。^③ 在德国、日本的老年人长期照护制度的发展过程中,执行主体都经历了由分散到统一的过程,最终都将相关执行权力统一于特定部门。对长期照护保险筹资机关的确认,可以参照德国、日本的老年长期照护制度,设定一个特定的执行部门进行管理,做到从地方到国家、从分散执行到统一管理。

在我国,由于重新设立有关筹资的单独主体程序繁琐,人员调动不便以及设立成本较高,加之现有部门权责划分明确,因此可以从现有行政部门中指定筹资主体。由于社会保险经办机构存在法律性质定位不明晰、职责制定模糊的现实问题,^④加之《国税地税征管体制改革方案》将社保费的征收权由社会保险经办机构转移至税收机关,因此长期照护保险的资金筹集权能也应从社保经办机构转移至税收机关。税收机关作为各级政府的直属行政机关,其在法律性质定位、相关职责确定以及统筹层次方面都能较完美地契合长期照护保险在筹资机关上的要求。

2.拓宽有效的多元筹资渠道

在长期照护保险筹资主体上,设定多元化、多层次的筹资主体的必要性毋庸置疑。但在实际实施过程中大多数试点城市通过以医保基金按一定比例从统筹基金结余账户进行划拨方式筹资所占比重较大,社会医疗保险基金出现赤字的地区越来越多。对该问题的解决,要避免单一的筹资路径、开辟多类型筹资渠道。城镇职工长期照护保险可采用个人缴费、单位缴费、政府财政补助以及福彩公益金划转的多元筹资模式,城乡居民可采取个人缴费、政府财政补助及社会捐助的筹资模式。

长期照护保险筹资的责任应由国家主导并兜底,政府财政补助应占总筹资额度的1/3以上。同时可以借鉴日本政府在该方面的经验,将以政府为主体的筹资按照由中央到地方按比例分担,

① 参见尹吉东:《长期照护保险法制建设探究》,《山东行政学院学报》2018年第2期。

② 参见谢冰清:《我国长期护理制度中的国家责任及其实现路径》,《法商研究》2019年第5期。

③ 参见苏力:《市场经济对立法的启示》,《中国法学》1996年第4期。

④ 参见叶静漪、肖京:《社会保险经办机构的法律定位》,《法学杂志》2012年第5期。

国家可灵活按照各地经济状况规定相应的财政补贴比例。不可忽略的是,我国国有企业作为一种具有中国特色的组织形式,其企业性质为全民所有制企业,企业的生产资料归全体人民共同所有。因此,国有企业也应作为一类筹资主体,同政府财政补助一起纳入长期照护保险的筹资范畴。

目前,我国部分地区社会医疗保险基金出现赤字,况且大部分试点地区实施长期照护保险制度尚不足两年,随着受益人群不断扩大,长期照护保险基金的可持续性无法测算。各国提供的数据显示,长期护理费用在各国大都呈逐年上升的趋势。长期护理费用的上升,一方面是由于人口老龄化的持续加剧;另一方面,则是长期照护保险受益人数量的增加。^①从日本2006年至2013年的数据看,长期照护保险制度的覆盖人群由348万增加到471万,8年增加近36%;同期长期照护保险全部费用从6万亿日元增长到8.7万亿日元。^②我国各试点城市将参保对象普遍限定在该城市就职职工范围内,必然需要职工本人及其单位缴纳保险费(虽然在试点期间,多数地区规定个人和用人单位暂免缴费),但就用人单位而言,需缴纳的社保费用依然过高,因而用人单位对减税降费的呼声愈来愈强。^③因此,我国应按一定的比例降低医保划拨在长期照护保险筹资中的占比,同时降低单位的缴费标准。

3. 创建并优化筹资激励机制

长期照护保险的筹资模式因缺乏相应的筹资激励机制,而导致缴费主体在个人缴费、单位缴费或者社会福利性捐助等方面的筹资积极性不高,因此创建长期照护保险的筹资激励机制对提高筹资主体积极性具有至关重要的作用。

在个人缴费方面,在长期照护保险各试点城市的“实施意见”中,设立筹资激励机制的只有湖北省荆门市、四川省成都市、新疆维吾尔自治区石河子市3个地区,主要表现为缴费年度越长其待遇水平越高。例如,湖北省荆门市的“实施意见”规定:对长期照护保险累计缴费15年以上(含15年)的,照护待遇水平在之前标准上提高4%;累计缴费30年以上的,提高6%;累计缴费45年以上的,提高8%;累计缴费60年以上的,提高10%。^④若今后长期照护保险实行全国统筹,则可根据上述地区试行的筹资激励机制模式,按照缴费年限的累计,在服务给付与费用缴纳方面给予相对应的激励和优惠。

对长期照护保险中城镇职工的单位缴费问题,在相关试点城市中,单位缴费额可占筹资总额的30%左右。如果既要用人单位缴费纳入筹资渠道,又要使用人单位自愿缴纳相应的长期照护保险费用,那么对用人单位的筹资激励机制将变得举足轻重。鉴于企业具有趋利性,长期照护保险对其筹资的激励机制可从降低企业运营成本和增加企业市场竞争力两个方面考虑。在降低企业运营成本上,最直接的办法就是制定针对性的减税降费政策,企业按时按量缴纳长期照护保

① 参见何世英、戴瑞明、王颖等:《我国长期护理保险试点地区筹资机制比较研究》,《中国卫生资源》2019年第1期。

② See Ministry of Internal Affairs and Communications, Japan Statistical Yearbook 2019, <http://www.stat.go.jp/english/data/nenkan/index.html>, 2019-11-25.

③ 参见杨菊华、杜声红:《长期照护保险资金筹措:现状、困境与对策思考》,《中国卫生政策研究》2018年第8期。

④ 参见李强、厉昌习、岳书铭:《长期照护保险制度试点方案的比较与思考——基于全国15个试点地区的比较分析》,《山东农业大学学报》(社会科学版)2018年第2期。

险费用一段时间后,地方财政可减少其缴费额度或降低相应税收。在增加市场竞争力方面,政府可通过提高企业的信用等级或给予相应的荣誉称号来提升企业的知名度、增加其市场竞争力,促使企业更高效地履行其缴费义务。

(二)创设长期照护保险的服务给付规则

长期照护保险服务给付与人才培养作为实行长期照护保险法律制度的基础及保障,各地在试行阶段亦存在诸多问题。对此,须从照护服务递送方式、照护服务给付水平以及照护人员专业化培养3个方面切入,创设服务给付的规则。

1.构建多元化、阶梯式服务递送方式

照护服务递送方式的选择会直接影响照护服务的给付水平,进而间接影响参保人员的被照护质量以及其享受社会保障的权益。现阶段各试点城市中除北京市海淀区、江西省上饶市等少数地区对照护服务方式规定得较为全面外,大部分地区的长期照护服务递送方式呈现出缺少居家自主照护、照护服务内容不明晰及各照护服务方式之间关联度不高的问题。

作为今后必将上升到全国统筹层次的长期照护保险制度,如果没有明确、统一的服务递送方式,那么会使该制度形同虚设,因此建议在服务递送方式的制度设定上构建涵盖范围广泛的服务递送关系网络。《中华人民共和国老年人权益保障法》第5条明确提出,要“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”。因此,为实现老年人“在地老化”,应尽可能让老年人在已经熟悉的家庭和社区中度过晚年,^①我国可以借鉴德国的经验,以政策引导制度设定,将居家自主照护服务方式予以确定。同时,亦可参考日本“一揽子照护支援体系”照护服务递送方式,将各地区按照区域划分后在各区域内设立几所代表性的大型照护机构,并将其照护服务供给与社区和居家个人对接,由点及面,带动该区域的照护服务网络的服务供给。就我国而言,不同地区、不同年龄段老人的照护需求不尽相同,可将需照护人员的服务需求进行总结分类,具体问题具体分析,设定针对性强的照护服务内容。

照护服务递送方式在建立横向关系网络之后,还须在纵向上进行阶梯化的划分。对不同照护需求的参保人员,应根据其具体情况提供对应的照护服务。德国和日本虽在横向上侧重点有所不同,但在纵向的层次划分上如出一辙,即将参保人的失能程度进行等级划分。对照护需求较低的参保人员可提供居家自主照护的服务方式;若参保人有较高的照护需求且不愿离开住所,则可以对其适用居家自主照护与社区居家照护相结合的方式提供照护服务;对完全失能的参保人员,则需通过机构照护的方式来照护。最终,通过对各种服务递送方式的服务递送主体的权责细化,以确保其各司其职,从而实现照护资源的有效分配与供给。

2.统筹设定各类服务给付水平

照护服务给付水平的设定会明显影响照护服务的供给水平,虽然目前各试点城市多倾向于实物给付方式,但是从试点城市的调查结果看,老年人对上门进行医疗服务的照护需求较低,另外实物给付在生活照料服务方面供需不相匹配。^②从国外的经验看,德国与日本在该方面侧重

^① 参见唐钧、冯凌、王君:《长期照护:概念框架、研究发现与政策建议》,《河海大学学报》(哲学社会科学版)2018年第1期。

^② 参见王建云、钟仁耀:《基于年龄分类的社区居家养老服务需求层次及供给优先序研究——以上海市J街道为例》,《东北大学学报》(社会科学版)2019年第6期。

点有所不同。日本只规定了实物给付,不提供现金给付;德国由于倾向于以居家照护为主、机构照护为辅的照护方式,因此将侧重点放在现金给付上。除单独实行现金给付和实物给付外,德国还实行现金与实物结合给付的方式,这样能够充分保障居家照护需求者享受高质量的照护服务。^①我国应避免选择单一的给付方式,并根据现实需求情况,实行给付方式与服务递送方式相挂钩的形式,形成现金给付、实物给付、现金与实物结合给付三位一体的给付方式。^②

在定额支付与按比例支付方面,我国现行各试点城市的“试行办法”多采用按比例支付或者定额与按比例结合支付的方式。从国外经验来看,德国只规定了定额支付的方式,这会引发参保人逆向选择的道德风险,并且定额支付由于报销额度确定,若不根据每年的通货膨胀率进行修订,则会由于资金的贬值而影响服务供给水平。^③日本在此方面做了较为人性化的设计,即在按比例进行支付的前提下,设定支付收益上限,对突破上限的费用由参保人自行承担。就我国而言,单一的支付方式并不能有效地为参保人员提供优质的照护服务,从制度设计者与制度受惠者的立场考量,建议在适用上述定额支付与按比例支付结合使用的前提下,按照日本的支付方式,根据照护程度以及服务递送方式设定相应的基础支付比例,再参考各地的经济发展水平设定确定的收益上限额度,对超出上限额度的费用则由参保人自行全额缴纳。这样既可保障制度实施的稳定性、维护参保人的自主权,又可实现各参保人员在取得对应照护服务时的形式公平与实质公平。

3. 引入市场竞争机制以完善配套产业链

长期照护保险制度的顺利实施不仅需要在制度层面有较为完善的设计,而且在照护人员的专业化提升和医疗设施的充足供给方面也要与之相匹配。然而我国现行照护服务人员的服务供给水平与相对应的照护需求还有较大的差距。例如,湖北省荆门市参保人员包含城乡居民,其照护服务递送主体也包括乡镇卫生院等,相对于市区范围内的医疗照护水平而言,乡镇地区参保人员无法享受同市区一样较为周到的照护服务。若长期照护保险制度在全国范围内实行,照护人员数量与质量的缺失以及服务供应范围的狭窄,则会使长期照护保险制度的推行举步维艰。

为解决我国照护人员专业化水平不足的问题,可借鉴德国与日本的照护人员培养方式。德国照护人员大多毕业于大学中的相关护理专业或专门的护理院校,但该部分人员只提供正式的照护服务,并不涉及非正式的照护服务。日本照护人员的专业化供给比德国更加全面,其在照护保险制度实施以前就有较为专业的照护人员,在该制度实施以后,又建立了与之相匹配的照护人员培训和管理机制,培养了大批专业性强、照护知识完备的专业化人员。^④我国也应建立与长期照护保险制度相匹配的照护人才培养和管理机制,设立专门的照护培训机构,解决照护人员知识储备不足、专业化水平低下的问题。在确保专业化人才供给的同时,也要鼓励民间营利机构等非政府组织进入照护服务市场,使长期照护市场快速成熟,并逐渐引入市场化的竞争机制,以提高

① 参见郝君富、李心愉:《德国长期护理保险:制度设计、经济影响与启示》,《人口学刊》2014年第2期。

② 参见[日]伊藤孝弘、[日]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 参见刘长秋:《浅论法律的变动性权威瑕疵及其矫正——兼论法律稳定性与适应性的协调》,《同济大学学报》(社会科学版)2004年第6期。

④ 参见刘晓梅、成虹波:《长期照护保险制度的脆弱性分析——日本的启示与我国的反思》,《社会保障研究》2019年第2期。

照护服务的效率与质量。

六、结 语

从过往的经验看,长期照护保险制度在各国应对失能失智群体以及老龄化社会方面发挥着重要的作用,而长期照护保险作为公共产品的一种提供方式,在发挥社会力量提高资金运作效率等方面都有较强的优势,由此出现了公法私法化的局面。长期照护服务以社会保险的方式回应民众的照护需求,但就我国长期照护保险的不断尝试而言,从医疗保险的资金运转现状看,由于政府对社会保险的过度介入而造成整体财政的压力,为避免长期照护保险的筹资困难对国家财政造成较大的影响,立法者有必要对长期照护保险的制度设计原则、长期照护保险的法律属性进行更为准确的定位。在长期照护保险制度中,必须平衡政府与市场之间的关系,既要强调政府在长期照护保险中的公法责任,又要让长期照护保险有自主的运作空间,以促进我国社会保障制度的健康发展。

Abstract: At present, compared with demand, the supply of China's long-term care insurance system is obviously insufficient. The current system of relevant laws and rules has made various expressions on "long-term care insurance", but the understanding of its connotation is insufficient, and its concept should be unified as soon as possible. The subjects involved in long-term care insurance are relatively diverse, and the legal relationship between the subjects of long-term care insurance (government, long-term care providers, and long-term care recipients) must be clarified. The services that long-term care insurance should provide have the attributes of "public goods", and there are obvious characteristics of public law in its operation; at the same time, market principles and the quality of "private law" exist in long-term care insurance. Therefore, long-term care insurance has become a special kind of insurance. The approach to constructing the legal system of long-term care insurance in China should mainly focus on solving the problems of financing, serving the villages and training talents, and promoting the sinicization of the legal system of long-term care insurance in China.

Key Words: long-term care insurance, public law, private law, public goods

责任编辑 翟中鞠