

异化与回归：论医养结合养老服务法律关系的性质

何平 孙秀红*

【摘要】 医养结合养老服务法律关系涉及政府、社会保险经办机构、被保险人以及服务提供方四类主体，应分层次对其性质作出具体分析。服务启动层次的法律关系性质为公法性质，服务运行层次为兼具公私法属性的契约关系，服务保障层次是侧重公法性质的监管保障关系。公法私法化在医养结合养老服务中表现为公私合作和强调效率，但其在实际运行过程中产生了异化，在发挥“社会公共服务职能”与追求“经济利益”之间出现失衡，造成公权力寻租和公共资源浪费问题。为此，从职责的国家性和服务的公共性两方面提出完善建议，以达到平衡“公”与“私”属性间状态并且严守公属性本质的目的。

【关键词】 医养结合养老服务 法律关系性质 社会保险 公法私法化

DOI:10.16775/j.cnki.10-1285/d.2022.03.005

在老龄化日益发展的当下，传统养老模式已无法满足老年人多层次多样化的养老需求，医养结合养老服务模式^①越发受到社会公众的广泛关注。医养结合养老服务模式在推进过程中所遇到的种种问题，比如主体资格确认、政府责任分界、服务质量提升等问题往往涉及到法律关系性质的界定问题。从本质上讲，医养结合养老服务模式是政府面向社会成员提供的基本公共服务，是政府履职的表现，与政府直接提供公共服务的传统履职过程相比，医养结合养老服务模式运作过程不仅主体更为多元化，内容也较复合化。相应地，由此呈现出的法律关系性质便难再一锤定音，需要从多方面多角

度考量。本文从公共服务视角，认定医养结合养老服务是政府为老年人提供的结合医疗资源与养老资源的新型养老服务模式，是一种社会性公共服务^②。从该视角出发探究医养结合养老服务法律关系的性质及其所蕴含的制度理念，为厘清其中各主体间的复杂法律关系性质、规范各方参与者的行为、合理构建医养结合养老服务法律制度提供基本的法理依据。

一、医养结合养老服务法律关系性质的界定

对医养结合养老服务法律关系性质的判断

* 何平，武汉理工大学法学与人文社会学院副院长、副教授；孙秀红，武汉理工大学法学与人文社会学院硕士研究生。本文系中国政法大学大健康法治政策创新科研项目资助课题（项目编号：612102801）研究成果。

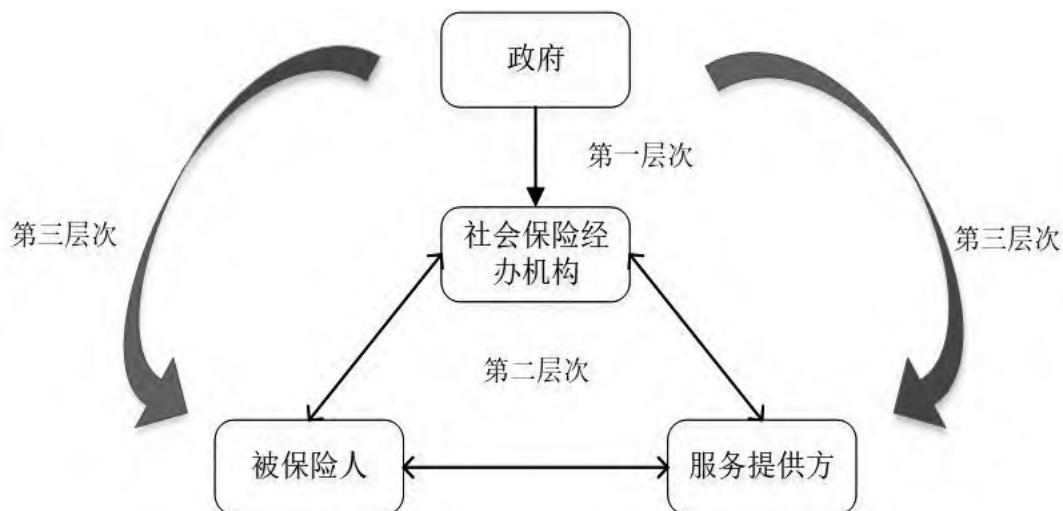


图1 医养结合养老服务运行方式与主体关系图^④

集中于公法、私法性质亦或是两者兼具的判断焦点上。医养结合养老服务法律关系应当是由多方主体在服务启动、运行以及保障的过程中产生的多面法律关系构成，是包括政府、社会保险经办机构、被保险人、服务提供方^③在内的法律关系群。各主体间法律关系的内容不同、性质各异，适宜分层次做具体认定，遂根据医养结合养老服务总体运行过程将其法律关系分为三个层次：服务启动、服务运行与服务保障（如图1所示）。

第一层次，服务启动阶段的医养结合养老服务法律关系性质为公法属性。在该阶段，社会保险经办机构的权力来源于政府的行政特许，即政府与社会保险经办机构之间的关系是行政特许经营协议关系，政府在医养结合养老服务运行过程中承担公法性质的间接责任，制度目的的实现也需依靠政府保障。政府是推动者、主导者、保障者，该阶段医养结合养老服务法律关系性质由于政府的推动和主导而具备公法属性，同时也是为医养结合养老服务社会化的运营奠定基础的阶段。

第二层次，服务运行阶段表现为兼具公私法属性的契约关系。首先，社会保险经办机构与被保险人之间的法律关系性质兼具公法属性

与私法属性。一方面，二者间的法律关系并非纯粹的公法关系，这缘于社会保险关系的建立、社会保险费的征收与缴纳、社会保险待遇的给付等反映双方法律关系性质的主要环节都有私法因素的体现；另一方面，二者之间的法律关系也并非纯粹的私法关系，原因在于社会保险经办机构虽然具备独立法人地位，但其代表政府组织社会保险事业，目的在于保护社会公共利益，包含公法属性因素^⑤。其次，社会保险经办机构与服务提供方之间的法律关系性质为公私法属性兼具。社会保险经办机构为实现特定的行政目的，在公法中借用私法手段实现保障被保险人权利目的，使该段关系表现为公私法属性兼具。最后，被保险人与服务提供方之间的法律关系性质兼具公法因素和私法因素，且以私法因素为主。

第三层次，服务保障阶段表现为侧重公法性质的监管保障关系。传统意义上，政府既扮演公共服务生产者角色也扮演提供者角色，是公共服务的责任方、出资方和直接提供者^⑥。但现代服务型政府在提供公共服务时为提高供给效率而采用社会化供给方式，尽管这其中渗透着私法原理，政府本身所承担的公共服务的职能并未卸载，最终目的仍旧是为保障老年人社

会保障权的实现。该层次由于政府的主导使得该阶段法律关系性质回归至以公法属性为主。

二、异化：医养结合养老服务法律关系性质中的公法私法化

通过对医养结合养老服务法律关系性质的界定，厘清其中蕴含的复杂公私法性质，表明医养结合养老服务法律制度是两者兼有之的公私法渗透交融的典型例子，即存在公法私法化^⑦现象。所谓的公法私法化现象，其实是公法与私法的互动、配合或协调的问题，是社会需要和历史发展的产物。然而其在医养结合养老服务实际运行过程中产生了异化，即私法属性倾向明显，导致原本公法责任遁入私法，使得其提供公共产品以及养老公共服务职能的这些最本质的特征发生异化。

（一）公法私法化的表现：公私合作与提高效率

公法私法化是指“在传统的公法领域中引入了私法手段，私法中的平等协商、互利合作的契约精神在向公法领域渗透”^⑧。这在医养结合养老服务法律关系性质中表现为政府与社会主体之间形成合作机制以平等的契约关系共同参与医养结合养老服务的供给中，以达到提升服务供给效率的目的。

表现之一是政府支持社会主体参与社会公共利益的实现，从而形成政府与社会之间良性的公私合作^⑨机制。公法私法化在各国行政体制改革中大多呈现为“通过私法手段实现公共任务”的情况，即执行公共任务的主体仍是传统的公共机构，公共任务本身也在传统的管制领域内，只是引入与传统行政机制大异其趣的社会化方式^⑩。在医养结合养老服务启动层次，医养结合养老服务法律关系性质呈现为带有公法性质的行政特许协议，这是政府“通过私法实现公共任务”的第一步，目的是为了对具有独

立法人地位的社会保险经办机构赋权，以使其专门负责相关保险经办事务。在服务的运行层次医养结合养老服务法律关系性质综合体现为兼具公私法属性的契约关系，是医养结合养老服务社会化的主要呈现层次，原本由政府承担的直接供给公共服务的责任转移由服务提供方承担。

经前述两个步骤，医养结合养老服务法律关系性质中的私法化趋势凸显，服务具体运营开始由服务提供方负责，但由于社会主体本身趋利性、自主性、自治性的存在，如若医养结合养老服务法律关系性质中公属性被弱化被忽视，则很容易在追逐服务供给高效率之时致使服务目的发生异化。

表现之二是社会化供给方式在医养结合养老服务推行过程更强调供给效率。尽管采用社会化的公共服务供给手段在一定程度上解决了医养结合养老服务供给不足的堵点，但面向社会成员提供服务时需要有效结合需求和供给两个方面，它的产生和运营不应只顾供给侧而遗忘需求侧。就需求侧而言，我国老年人对于养老服务的需求不仅数量越来越大，在服务质量、内容上要求也越来越多严格。医养结合养老服务作为具有公属性的公共服务，要求所供给的服务以实现社会公共利益为目的，供给过程中首先应符合社会成员的需求，再考虑效率问题。

综上，由于有限政府在有限社会保障、财政、服务能力的条件下需得权衡资源消耗与利益实现之间的矛盾关系，传统的基本公共服务供给模式很难再适应现代社会管理的需要。公法私法化的趋势就公共服务供给的效率性这方面而言，完善了我国政府在基本公共服务方面的履职能力，提升了我国人民日益增长的多层次多样化养老需求的实现程度，稳固养老服务市场的供需平衡状态；但另一方面就公共服务供给的公平性而言，公法私法化供给高效却无法保证供给公平，忽视了医养结合

养老服务作为公共服务的本质——维护社会公共利益。

(二) 公法私法化的影响：公权力寻租和公共资源滥用

“法律确定性的抽象形式主义与实现实质性目标的愿望之间不可避免地存在冲突”^⑩，公法私法化现象的出现是在公法实施效能压力下实现法律公平正义的新探索^⑪，在完全适应社会发展进程前仍须不断磨合。对属于公共服务性质的医养结合养老服务法律制度而言，公法私法化在医养结合养老服务法律关系性质中的异化影响集中表现为“公平与效率”的失衡状态，在现实层面中陷入难以平衡的困境中。

其一，公法私法化易出现公权力寻租的弊端。强调医养结合养老服务供给的高效率，主张社会化供给，会导致忽视政府主导地位，演变为政府推脱责任的一种供给方式。医养结合养老服务供给过程中私法实施方式的运用相比传统直接由政府供给服务的方式更具灵活性，但同时蕴含了政府自由裁量的风险性，极易出现公权力寻租问题以及由此带来的公职人员的腐败问题。公权力寻租弊端的出现缘于在医养结合养老服务推行过程中政府角色的相对缺位、错位，离开了公权力保障的权利都仅为“纸上的权利”。我们必须意识到：为了避免“通过私法执行公共任务”成为公共权力主体放弃公法责任的遮羞布或某些私人谋取私利的方便之门，医养结合养老服务法律制度的建设应当是公法与私法两方面同步完善的综合工程，以公法与私法发挥各自的优势为前提。医养结合养老服务法律制度中公法私法化现象不加以合理规制，必然导致奉行丛林法则的社会达尔文主义的盛行，弱势群体老年人的社会保障权更加得不到有效保障。

其二，公法私法化易出现公共资源滥用的弊端。医养结合养老服务本质上为公共服务，社会养老资源的有限性与老年人医养服

务需求的无限性之间的矛盾状态始终充斥其中，实施的重要方向之一是兼具公平与效率。私法手段的运用是期待能够在有限的资源中最大限度地提高老年人养老需求的实现程度，但如若不加以有效管控便会出现公共资源滥用的问题，供给的医养结合养老服务质量得不到保证，甚至可能会损害社会公共利益。“自由交易”是私法手段的基本表现，涉及到公共资源的领域更应谨慎运用私法手段。如在第二层次中被保险人与服务提供方之间签订的医养结合养老服务合同，表面上是双方合意性的体现，实则该合同中大部分内容由社会保险经办机构规定，如服务标准、服务费用、保险适用范围等。若任由双方合意性的渗透，则极有可能侵犯社会公共利益，有滥用公共资源之嫌，这也是加强公法私法化规制的重要缘由之一。如何在公法实施中合理渗透私法理念是需要我们认真对待并研究解决的问题，通过合理限制私法化实施方式的自由度等方面，以期获得更优实施效能，实现社会公平正义的前提下兼顾效率与公平。

综上，医养结合养老服务法律关系的私属性为服务供给效率的提升方面带来诸多益处，但公共服务若完全通过私人或竞争的方式提供，可能会使市场分层分类。不能严守公属性的医养结合养老服务，终会演变为迎合部分有较高支付能力的老年人的养老需要，而无法真正体现公平^⑫。

三、回归：严守医养结合养老服务法律关系的公属性

公法私法化所带来的公平与效率之间的矛盾是公共服务供给中必须解决的重点，经前述分析可知，服务供给社会化尽管给效率的提升带来益处，然而对效率的“取”并不必然意味着对公平的“舍”，实现医养结合养老服务法律

的制度目的必须严守其公属性本质。

(一) 职责的国家性

1. 明确政府的法定职责

经前述分析可知,政府对医养结合养老服务供给承担宪法义务和主要责任,是医养结合养老服务法律关系公属性性质的表现。政府职责定位的准确性,关系到医养结合养老服务法律关系性质中公私法属性的平衡状态,以及异化的法律性质能否回归本质。

在公法私法化渗透过程中如何处理公平与效率之间的矛盾,实际上就是如何处理政府与社会主体在医养结合养老服务供给中的职责定位及其关系问题。事实上,服务供给社会化在一定程度上解决了医养结合养老服务“有需求、缺供给”的结构性矛盾。然则,公属性的本质决定了在讨论医养结合养老服务法律关系性质时应考虑到这一点,即医养结合养老服务是国家为实现社会公共利益为目的而面向社会成员提供的公共服务,是国家基本职能之一。

就政府法定职责定位而言,新公共服务理论认为政府的角色是“服务”而非“掌舵”,政府是“服务政府”。^⑭在医养结合养老服务中政府职责定位于“引导者”“规划者”“扶持者”“监管者”,承担的是监管保障责任,通过各种措施保证服务供给的质量和效益,保障社会公共利益的实现。政府、社会保险经办机构、被保险人以及服务提供方在制度运行过程中建立起互动关系,各自权利义务明确,共同作用以实现制度目的。政府在医养结合养老服务法律关系中占据主导地位并承担关键责任,但在将医养结合养老服务社会化的过程中,政府不再是唯一责任主体,也不能代替其他责任主体的作用,需要与社会保险经办机构、被保险人以及服务提供方建立互动关系,明确政府在相互关系中的角色定位,政府才能在其中找准发挥保障支持作用的着力点,形成政策累计效应精准有效地满足老年人健康养老需求。

2. 政府职责的具体分析

政府职责体现在与被保险人之间的关系中,应当对被保险人的社会保障权益的实现承担宪法上的终极保障义务。政府在医养结合养老服务法律制度中所承担的一切职责的目的均是为了保障老年人社会保障权的实现。被保险人在与社会保险经办机构、服务提供方所产生的法律关系中居于弱势地位,其权利的实现往往发生障碍。为此,政府在与社会保险经办机构、服务提供方之间的法律关系中,政府职责要始终围绕实现被保险人社会保障权益而展开。

政府在与社会保险经办机构之间的法律关系中,应强调政策“支持”关系,保证社会保险经办机构的独立性,支持其在职务范围内组织保险事业,实现社会公共利益。此外,由于医养结合养老服务属于多部门管理,应明晰各部门间权责界限,避免多头治理现象。面对老龄化日益加深的态势,以及服务需求提高的压力,如何避免多头治理和保证部门间的通力合作是政策落实中的实际问题。政府首先应更细化、更标准化、更科学合理地进行政策安排,明确卫生、社保和民政等部门的职责所在,保证政府部门各司其职,防止多头治理带来的效率低下,强化跨领域、多部门的协同合作;其次,突破“多头管理”体制障碍的另一路径是建立有效的行政协调机制,解决目前“部门多头管理”造成的制度运行堵点。青岛模式、上海模式和苏州模式的成功得益于建立了以行政体制为主体的层级组织管理体制,政府搭建的医养一体化运营平台能够有效实现医养结合养老服务机构之间的沟通与协调^⑮。

在政府与服务提供方之间的法律关系中,除政策“扶持”,如提供平等参与、公平竞争的市场氛围外,更多的应体现“依法管理、监督”的关系,一是强调政府对参与公共任务执行的服务提供方设立严格的“准入”“退出”机制,把控影响服务质量最基础的入门关;二是引导服务提供方行业标准的建立与优化,在

《医养结合机构服务指南(试行)》指导下,根据实际情况制定符合当地发展水平的可行的政策措施,尽快明确机构服务条款中服务内容、标准、流程以及服务费用等各方面的规定^⑩;三是加大对服务提供方的监管力度,严肃查处一切对被保险人的侵权行为。在医养结合政策实施的整个过程中,都应建立行之有效的监督机制,减少管理成本,规范医养结合服务行业,以保证医养结合服务行业的可持续发展。有效的监督机制能真正推动政策在实践中的指导性和应用价值,避免“虚”策^⑪。

(二) 服务的公共性

公共服务是国家的一项基本职能,保障服务费用上人人可及的机会平等是“公共性”^⑫的表现。因此,医养结合养老服务在供给时应以“公共性”为基本出发点,通过建立与医养需求适配的保险体系以及建立公平有效的多元筹资制度,提高服务供给的普享性、全民性^⑬。

1. 建立与医养需求适配的保险体系

一是完善医保与医养结合的精准对接。医养结合的支付保障体系缺失是医养结合难以可持续发展的根本原因^⑭。一方面,扩大医疗保险对医养结合养老服务机构的医保定点覆盖面,尽快将符合条件的机构纳入定点医疗保险覆盖范围。目前长期照护保险暂未全面实施,医保基金中也暂缺用于老年人长期护理的专项费用,导致老年人群尤其是需要长期照护的失能、半失能老年人购买医养结合养老服务的支付能力受到直接影响。另一方面,当前社会保险体系中未设立医养结合专项基金,从而使得医养结合养老服务机构中与健康养生、预防未病等相关的老年人健康管理服务成本较高。

二是促进长期照护保险制度的全面实施。对于医养结合养老服务产生的相关费用,我国医疗保险报销范围仅覆盖医疗项目,而因养老护理产生的相关费用并不在医保报销范围,这变相增加了失能失智老年人购买医养结合养老

服务的成本。失能失智老年人在医养结合养老服务机构中最为需要的是健康护理相关服务项目,长期照护保险制度的实施能够为失能失智老年人享受医养结合养老服务提供有力的经济支持,有效减轻医疗保险基金压力,也缓解了医养结合养老服务机构的运营压力。

三是可以考虑将一部分养老金专门用于购买医养结合养老服务,尤其是财政补贴资金部分。如将一部分养老金划入禁提现的“老年一卡通”,确保老年人能获得最基本和普惠型的养老服务。逐步提高中低收入老年人的养老金给付水平,重点向贫困老年人倾斜,使老年人能根据自身需求和经济实力购买医养结合养老服务,逐渐向“想花、敢花、会花”转变。


值得注意的是,与医养需求适配的保险体系的建立和运行要以厘清“医”与“养”的边界为前提,充分发挥好基本医疗保险、养老保险的基础性作用,针对不同层次、不同类型的医养服务确定合理的支付标准,并根据照护服务的不同等级和服务机构的不同类型,合理设置支付额度,使有限的养老资源得到最优的利用^⑮。

2. 建立公平有效的多元筹资制度

从本质上讲,公共服务是以公共财政为主要手段,重新分配社会资源和财富的国家行动^⑯,目的是通过社会资源的再分配实现社会公平。除完善保险体系提升公民支付能力方面之外,还可通过增加筹资渠道保证服务的公共性。进行筹资时考虑重点有三:其一,如何保证财政资源的充足性;其二,如何保证老年人对服务的可负担性;其三,如何用最符合成本效益且公平的方式使用资源^⑰。

首先,应加大对医养结合养老服务的财政预算投入,保障我国医养结合养老服务项目的可持续发展。国家财政预算应留出部分资金作专项资金对医养结合养老服务项目给予一定的优惠政策,以解决目前资金短缺的问题^⑱。其次,在增加资金投入的基础上,按照项目、设

施的比例对医养结合养老服务机构进行补贴,建立长效的资助机制。通过更加精准有效的床位建设补贴、护理(运营)补贴、机构等级评定补助、税费减免等政策工具的组合运用,逐步转“补贴”为“购买”^⑤,培养居民对医养结合养老服务的消费意识和使用习惯。通过建立起政府、个人、企业共同承担的多元化筹资机制,系统解决有医养结合养老服务需要的老年人的支付能力薄弱问题^⑥。

综上所述,能否处理好“公平与效率”在公法私法化中的“不协调”状态,关系到公法私法化在医养结合养老服务法律制度中优势的展现程度,在这过程中需明晰政府法定职责的界限以及服务费用人人可及的机会平等,遵循“公平优先,兼顾效率”的原则,为实现医养结合养老服务供需平衡发挥各自优势。

- ① 医养结合养老服务是基于老年人日益增长的多样化、多层次服务需求,通过医疗卫生和养老服务资源的有机融合,在提供日常生活照料服务的基础上,为老年人提供医疗、保健、康复、护理等一体化、持续化、专业化的健康养老服务供给方式,是未来养老服务的发展方向。参见邓大松、李玉娇:《医养结合养老模式:制度理性、供需困境与模式创新》,《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期。
- ② 社会性公共服务是指政府提供的社会性服务,如文化教育、社会保障和福利性收入转移支付等。参见唐铁汉、李军鹏:《公共服务的理论演变与发展过程》,《新视野》2005年第6期。
- ③ 本文中的医养结合养老服务的提供方主要指各类公办医养结合机构、社区与居家医养结合养老服务中心。
- ④ 图注:第一层次为医养结合养老服务的启动过程,明确社会保险经办机构权力来源,即明确政府推动医养结合养老服务启动的基础和前提;第二层次为医养结合养老服务的运行过程,该过程中公法私法化现象表现最为突出;第三层次为医养结合养老服务的保障过程,政府对前两个层次的顺利运行负监管保障责任,保障服务供给的质量和效益。
- ⑤ 孙淑云、郎杰燕:《社会保险经办机构法律定位析论——基于社会保险组织法之视角》,《理论探索》2016年第2期。
- ⑥ 王阳亮:《政府购买养老服务:属性、问题与对策》,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2017年第4期。
- ⑦ 所谓“公法私法化”,是指传统的私法调整方式被部分地或

者间接地引入了公法领域,从而使私法关系向公法领域延伸。参见于李步云:《法理学》,经济科学出版社,2000年版,第117页。

- ⑧ 曹杰、李应虎:《浅谈公法私法化与私法公法化》,《法商论丛》2008年第1期。
- ⑨ 公私合作是指公共部门与私主体之间通过签订合同来建立的旨在提供公共产品与服务的关系,这种合作关系一般是一种长期关系。参见于杨靖文:《公私合作与行政法的回应》,西南政法大学(2017年)。
- ⑩ 金自宁:《“公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革运动为背景》,《浙江学刊》2007年第5期。
- ⑪ [德]马克斯·韦伯:《韦伯作品集——经济行动与社会团体》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社,2004年版。
- ⑫ 曾云燕:《我国公法实施中的私法化问题研究》,《山东社会科学》2012年第7期。
- ⑬ 江明融:《公共服务均等化问题研究》,厦门大学(2007年)。
- ⑭ 宁华宗:《公平与效率:公共服务的双重逻辑研究》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期。
- ⑮ 李长远、张举国:《我国医养结合养老服务的典型模式及优化策略》,《求实》2017年第7期。
- ⑯ 姜巍、王荣荣:《我国医养结合产业发展现状、问题与对策》,《中国卫生经济》2020年第6期。
- ⑰ 孙鹏娟、田佳音:《新健康老龄化视域下的中国医养结合政策分析》,《中国体育科技》2020年第9期。
- ⑱ 服务的公共性是指政府作为人民权力的授予者和委托权力的执行者,应按照社会的共同利益和人民的意志,从保证公民利益的基本点出发,制定与执行公共政策。
- ⑲ 宁华宗:《公平与效率:公共服务的双重逻辑研究》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期。
- ⑳ 申俊龙、申远、王鸿江:《健康老龄化视域下“医养结合”模式研究》,《价格理论与实践》2019年第9期。
- ㉑ 同⑰。
- ㉒ 严明明:《公共服务供给模式的选择——基于公平与效率关系理论的阐释》,《齐鲁学刊》2011年第4期。
- ㉓ World Health Organization:《World Report on Ageing and Health》,World Health Organization,2016年,第137页。
- ㉔ 高振峰:《医养结合发展现状、困境与优化措施》,《劳动保障世界》2019年第33期。
- ㉕ 同⑰。
- ㉖ 何燕华:《健康老龄化战略下我国长期照护制度的反思与重构》,《湖湘论坛》2018年第5期。

(责任编辑:朱瑞)