



政府购买养老服务制度中 政策与法律的互动与融合

——基于法政策学视角的分析

王东 汪磊

摘要:政府购买养老服务是应对人口老龄化快速发展的制度化举措。目前我国政府购买养老服务的制度运行主要由养老服务公共政策进行驱动,实践中存在“重购买,轻服务”的不足,导致政策效力难以实现。在法政策学的视角下,既要审视当前政府购买养老服务政策的合法性和正当性,以及将这些政策上升为法律的可行性;也要运用政策来灵活应对发展中的政府购买养老服务需求。基于法政策学的制度设计理论,应当采取政府购买养老服务制度中政策激励和法律约束相结合的“政策—法律”互动与融合模式,根据已出台的政府购买养老服务政策的内在机理去设计政府购买养老服务的法律框架,从而更有效地实现政府购买养老服务的高质量发展。

关键词:政府购买养老服务;法政策学;“政策—法律”互动与融合模式

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2021.06.011

收稿日期:2021-08-10

基金项目:本文系国家社会科学基金一般规划项目“中国政府购买养老服务法律政策的效果评价与优化路径研究”(18BFX190)、教育部人文社会科学基金一般规划项目“中国政府采购促进中小企业发展的政策效果评价与优化研究”(16XJJAZH002)、新疆财经大学研究生科研创新项目“我国政府购买养老服务法律与政策的互动与融合研究”(XJUFE2021K029)的阶段性成果。

作者简介:王东,男,江苏启东人,经济学博士,新疆财经大学法学院副教授,E-mail:57823663@qq.com;

汪磊,男,四川成都人,新疆财经大学法学院经济法专业硕士研究生。

当前,我国已经进入人口老龄化快速发展阶段。国家统计局发布的数据显示,第七次人口普查,大陆总人口已突破 14 亿,全国大陆总人口中 60 周岁及以上人口 2.64 亿,占比达 18.7%。其中尤为值得关注的是,截至 2020 年 11 月,我国 65 周岁及以上人口约 1.91 亿人,占比达 13.5%^①,占比超过联合国人口老龄化标准近 7 个百分点,我国已经进入轻度老龄化社会^②。2010—2020 年间,我国总人口年平均增长率为 0.53%,而 65 周岁以上人口的年平均增长率则达到 4.63%,中国老龄化已由快速老龄化进入加速老龄化阶段。中国老龄化程度持续加深,导致人口红利效应持续减弱,社会保障以及养老公共服务面临着巨大压力。积极应对

^①国家统计局、国务院第七次全国人口普查领导小组办公室《第七次全国人口普查公报(第五号)——人口年龄构成情况》,国家统计局网站,2021 年 5 月 11 日发布,2021 年 6 月 25 日访问,http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/zxfb/202105/t20210510_1817181.html。

^②根据 1956 年联合国《人口老龄化及其社会经济后果》确定的划分标准,当一个国家或地区 65 岁及以上老年人口数量占总人口比例超过 7% 时,则意味着这个国家或地区进入老龄化;1982 年维也纳老龄问题世界大会确定 60 岁及以上老年人口占总人口比例超过 10%,意味着这个国家或地区进入老龄化;2021 年 5 月 17 日国家统计局新闻发言人付凌晖表示,国际对于老龄化社会的衡量标准一般这样认知,如果一个国家 60 岁及以上人口比重在 10%—20% 之间属于轻度老龄化阶段,20%—30% 之间的占比为中度老龄化阶段,超过 30% 是重度老龄化阶段。参见:《国家统计局:我国处于轻度老龄化状态》,央视新闻,2021 年 5 月 17 日发布,2021 年 6 月 25 日访问,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1699972575926912917&wfr=spider&for=pc>。

人口老龄化带来的诸多问题,多元发展养老服务模式,满足老年人持续增长的养老服务需求,已成为我国当前的一项紧迫任务。

政府购买养老服务属于政府购买公共服务的范畴。政府购买公共服务是完善公共管理体制,转变政府治理方法的创新之举。2013年,国务院办公厅出台《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》,强调要加强和创新社会管理,改进政府提供公共服务的方式,其中明确要求在养老服务等领域要更多地利用社会力量,逐步加大政府向社会力量购买服务的力度。2014年,财政部等部门联合发布《关于做好政府购买养老服务工作的通知》,提出要在2020年前在全国全面落实政府购买养老服务制度,并建立高效的政府购买养老服务资源配置机制。根据以上这些中央层面的政策指引,各地方政府根据本地区实际,也出台了一系列支持和鼓励政府购买养老服务的具体政策。这些政策有效地推动了从中央到地方的养老服务供给制度的改革和创新,但是,与我国日益增长的老龄人口数量及多元化的养老服务需求相比,仍暴露出了很多政策供需匹配不适应的问题。

近十年来,中外学者对于政府购买养老服务的法律政策研究出现了新的热潮,大量理论研究推动了以政府购买形式实现政府提供养老服务模式创新实践的深入。这反映了当前中国经济社会发展的深刻变化给各级政府带来了如何妥善制定和创新政府购买公共服务政策的巨大压力,同时也促进了政府部门及理论界积极探索如何通过完善政府购买的法律和政策体系来提升我国养老服务的质量和效率。在政府购买养老服务的热潮下,一些现象却值得我们反思。首先,政府购买养老服务相关的法律法规缺失,相关的法律散见于《政府采购法》、《招标投标法》中,相关的法律法规没有明确的界定。其次,在中央大力倡导政府购买养老服务的同时,各地在制定相关政策时却出现了“财政部热、民政部冷”的现象,财政部、国家发改委、民政部在政策制定的过程中呈现出显著的“部门利益倾向”。

针对以上问题,通过立法来予以规制是毫无疑问的。但立法并非解决现实问题的“万能钥匙”,法律在制定和执行过程中也会存在因立法滞后性所带来的效力不足问题。同时,由于政策从制定、生效到实施是一个复杂的周期,政策转化为法律的途径和模式尚是我国法律制定过程中需要解决的一个难题。近年来,由中央层面和各地县级以上地方政府出台的旨在推动政府购买养老服务的相关规范性文件已超过百件。这些政策深刻地影响着我国当前养老服务的供给模式和服务质量,不断发挥着政策的导向作用。但实务部门和理论界对于这些政策的实施效果缺乏评价研究,需要掌握和解决的实施问题还较多,如当前政府购买养老服务政策的供需匹配度能否实现政策的预期效果?政策作用对象所享受到的政策支持与其实际政策需求的匹配程度如何?政府购买养老服务政策如何动态演化方能成为具有更高效力的法律?这些问题成为当前我国政府购买养老服务法律与政策应用实践中急需解决的理论议题。因此,在当前我国政府购买养老服务法律机制仍未成熟的背景下,完善和优化具体政策与法律之间的演化路径,将成为影响养老服务质量和效率的关键因素。

一 政府购买养老服务政策与法律的关系

(一) 法政策学视角下政策与法律之间的关系

传统公共政策学认为法的本质即政策,法是公共政策的主要载体形式^①。美国学者拉斯韦尔与麦克道格尔于20世纪中期创立了政策定向法学派,着力于政策与法律之间的关系研究^②,其理论具有明显的政策本位主义,高度重视政策对于法律的决定作用,主张以政策思维取代法律思维。当代的政策科学在进行相关研究时,大部分也将政策的合法化作为其研究的核心环节之一。由此可见,现代公共政策学在一定程度上将法律视为公共政策实施的工具,具有鲜明的工具主义立场。

与现代公共政策学看待法律的“政策工具主义”思想相悖,法学家们普遍认为法律与政策是两种截然不同的规范体系,彼此之间没有关联。然而,纵观我国近些年来法治发展实践可以发现,法治进程的每一次向前推进都离不开相关政策的指导,重大的立法也都包含着特定的政策目标。从这一点来看,在我国迈向现

^①鲁鹏宇《法政策学初探——以行政法为参照系》,《法商研究》2012年第4期,第112页。

^②彭汉英《当代西方的法律政策思想》,《外国法译评》1997年第2期,第29页。

代化的社会治理实践进程中,法律与公共政策并不是二元对立的,而是相互融通的,共同且互相配合着发挥对特定社会问题的规制作用。博登海默也曾指出,公共政策主要指尚未被整合进法律之中的政府政策和惯例^①。因此,在研究同样作为规制工具的法律和公共政策的效应发挥机理时,我们不能忽略公共政策对于法律的渗透和影响。

法政策学是研究公共政策与法律相互关系的基础理论学说。法政策学认为法律和政策并非二元对立,而是紧密关联的。法政策学要求法律制定者和执行者承认法律的工具性,承认其在政策目标实现过程中所体现的工具价值,但又同时要求政策制定者和执行者在公共政策目标通过法律载体进行表达且由法律保障其实现时能够经受其合法性的拷问。可见,法政策学的研究包括两个面向,即对法律和公共政策的双重审视:从公共政策的视角审视法律如何顺利实现公共政策追求的目标,着眼于法律的工具性和合目的性;从法律的视角审视公共政策是否适合或有必要转换为法律,重心在于公共政策的合法性、正当性以及可行性^②。

当前我国政府购买养老服务的制度运行主要由养老服务公共政策驱动,“国家应注重运用政策载体和其他杠杆来激发社会参与养老服务事业产业的活力,间接实现国家意志”^③。但是,在“社会主义法治建设”思维的软性约束下,又亟需通过法律对政府购买养老服务政策指导的整体过程进行规制。因为法律和公共政策发挥规制作用的路径和约束范围的不同,显然又不能用法律完全取代公共政策,这时候就会在实践中自发生成法律与公共政策在政府购买养老服务领域的交织与互动。

(二)我国政府购买养老服务领域的政策目标多元化与政策依赖性

1.当前我国政府购买养老服务的政策目标与政策内容

一般而言,法律在制定过程中常常会参考相关领域的公共政策,其中在当时具有重要意义的公共政策甚至是相关立法活动的直接驱动力,以致有学者认为:“最好的法律是能顺利达成政策目的的法律。”^④在进行政府购买养老服务的相关立法活动之前,实有必要对我国政府购买养老服务公共政策的政策目标和具体政策工具进行一个深度剖析。政府购买养老服务作为养老服务领域一项特定的公共政策,相关政策制定主体希望其能够达成怎样的政策目标呢?本文梳理了近些年的国务院、财政部、国家发改委、民政部制定的有关“政府购买养老服务”的相关政策,挖掘其政策目标,形成了表1。

基于表1对政策目标的分析可以发现,首先,目前的政府购买养老服务作为我国提升养老服务质量的政策工具,搭载了比较多元的政策目标,诸如“健全市场机制”、“构建养老服务体系”、“撬动社会资本”等。多元化政策目标负载下,政府购买养老服务最直接的政策目标“使老年人获得优质的养老服务”并未得到凸显,这也从侧面解答了为何我国在加大力度扩展养老服务购买的范围、增加购买服务的数量,但老年人的幸福指数并未得到有效提高。其次,这些政策目标体现出了显著的“部门利益倾向”。比如国家发改委关注“社会发展的资本总量平衡”,其制定的政策所蕴含的政策目标便包含了“引导社会资本向养老服务领域流动”、“促进就业”;财政部关注“财政资金的合法合理使用”,其政策目标便包含了“构建完善的政府购买服务制度”。但是,各部门在为促进政府购买养老服务高质量发展这一总目标上添附了诸多价值取向不同的微观政策目标的同时,却忽略了公共政策目标实现的根本问题,即政府购买养老服务作为一种公共服务的提供方式,其侧重点理应是保障民生。

基于表1对政策内容的分析可以发现,在政府购买养老服务的政策内容方面存在“内容宽泛化”的现象,即相关政策仅作一些流程化的规定,而并未将这些流程如何实现予以细化。以2014年四部门联合发布的《关于做好政府购买养老服务工作的通知》为例,该文件第一章第三条要求:“建立以项目申报、项目评审、资质审核、组织采购、合同签订、项目监管、绩效评估等为主要内容的规范化购买流程。”^⑤但是对具体如何建立

^①E.博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第465页。

^②陈铭祥《法政策学》,元照出版公司2011年版,第5页。

^③施巍巍、罗新录《我国养老服务政策的演变与国家角色的定位——福利多元主义视角》,《理论探讨》2014年第2期,第172页。

^④陈铭祥《法政策学》,第3页。

^⑤《关于做好政府购买养老服务工作的通知》(财社〔2014〕105号),财政部网站,2014年8月26日,http://sbs.mof.gov.cn/zhengcefabu/201409/t20140903_1134979.htm。

这样规范化的政府购买流程却没有作出细致规定,后续也没有出台相应的工作指南。地方政府在没有相应政策指导的情况下,只能“摸着石头过河”,从而导致各地的做法并不完全相同,进而产生政府购买养老服务的区域性差异。

表1 我国政府购买养老服务政策文件与政策目标对应表

政策制定主体	政策目标	相关政策文件
国务院	1.破除发展障碍,健全市场机制; 2.建立健全完善的养老服务体系; 3.推动养老服务供给结构优化、社会有效投资扩大; 4.有效满足老年人多样化、多层次养老服务需求。	《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》(国发[2013]35号)、《国务院办公厅关于全面放开养老服务市场提升养老服务质量的若干意见》(国办发[2016]91号)、《国务院办公厅关于推进养老服务发展的意见》(国办发[2019]5号)
财政部	1.基本建立比较完善的政府购买养老服务制度; 2.促进形成与经济社会发展相适应、高效合理的养老服务资源配置机制和供给机制; 3.推动建成功能完善、规模适度、覆盖城乡的养老服务体系。	《关于做好政府购买养老服务工作的通知》(财社[2014]105号)
国家发改委	建立多元化投资模式,逐步扩大购买范围,逐步与金融资本相结合,发挥撬动社会资本的杠杆作用。	《关于进一步做好养老服务业发展有关工作的通知》(发改办社会[2015]992号)
民政部	1.在全国基本建立比较完善的福彩公益金购买服务制度; 2.提高为老年人、残疾人、困境儿童提供的福利服务水平和质量; 3.逐步使社会力量成为发展养老服务业的主体; 4.支持和引导基层组织、社会组织等重点面向独居、空巢、留守、失能、计划生育特殊家庭等特殊困难老年人开展探访与帮扶服务。	《民政部关于民政部门利用福利彩票公益金向社会力量购买服务的指导意见》(民发[2014]219号)、《关于鼓励民间资本参与养老服务业发展的实施意见》(民发[2015]33号)、《民政部关于进一步扩大养老服务供给促进养老服务消费的实施意见》(民发[2019]88号)

2.我国政府购买养老服务法律规范不足且存在“财政依赖性”

基于表1对政策制定主体的分析可以发现,中央层面的国务院、财政部、国家发改委、民政部均发布有涉及政府购买养老服务的相关政策,但在地方政府发布的政策层面则出现了“财政部门一家独大”的现象。以四川省为例,到2020年9月,四川省一共发布了涉及政府购买养老服务的政策性文件5部,其中省政府办公厅1部^①、民政厅1部^②、财政厅3部^③。单从各部门发布的文件数量上看或许差距不大,但若加上财政厅制定的其他政府购买公共服务政策(同样适用购买养老服务领域),这个数量差距其实是很明显的。此外,对四川省购买养老服务具有直接规范作用的《四川省政府购买居家养老实施管理办法》,虽然是由财政厅和民政厅共同制定的,但最终却是由财政厅发布的。这些政策文件的发布状况,基本体现了政府购买养老服务领域的各部门的权力分配格局,也表明对养老服务具有管理职责的地方民政部门在有关政府购买养老服务的政策制定上仍缺乏足够的“话语权”。这种政策制定的权力格局也反映了我国政府购买养老服务的一个特点,即“重购买,轻服务”。即在实践中,政府部门往往重点关注购买养老服务流程的公开性和财政资金使用的透明度,却相对忽略了购买完成之后养老服务流程的实施效果和政策目标实现的程度。现有我国养老服务政策体系和框架是建立在“剩余型”社会政策范式之上的,其高级目标是建立发展型社会养老服务政策体系,“但有时还是表现出缺少具有整体性、前瞻性、动态性和发展性视野,或者说还带有一种被动和消极的补缺型社会服务特征”^④。这也可以解释为何在政府购买养老服务政策制定过程中具有“话语权”的是财政部门,也是导致地方政府购买养老服务的推进产生“财政依赖性”的原因。

基于以上分析,对于作为公共政策的政府购买养老服务,其目标应当明确两点:第一,政府购买养老服务

①《关于印发四川省五大新兴先导型服务业发展工作推进方案的通知》(川办发[2014]90号)。

②《关于开展养老服务业综合改革试点工作的通知》(川民发[2014]11号)。

③《四川省政府购买居家养老服务实施办法》(川财社[2014]132号)、《关于下达2020年省级财政养老服务业发展补助资金的通知》(川财社[2019]27号)、《关于下达2020年省级财政养老服务业发展资金的通知》(川财社[2019]38号)。

④徐倩《发展型社会政策与社会养老服务之逻辑契合性辨析》,《江苏社会科学》2017年第4期,第56页。

是在养老服务供给领域运用“政府购买”的方式,将服务外包给社会组织,来解放政府供给养老服务的压力,而并非将“政府购买养老服务”仅仅视作政府购买的特殊类型;第二,政府购买养老服务的政策目标是为老年群体供给高质量服务,提升其幸福感,从而建立具有中国特色的促进老年群体发展能力提升的发展型社会养老服务政策体系。这一宏观政策目标的逻辑起点在于党中央确定的保障民生的政策,由更为了解养老服务领域的地方民政部门来制定具体政策明显更为适宜,且更能较好地把握如何切实实现提升老年群体的生活服务质量这一问题的要点和痛点,而地方财政部门只需要监督其资金使用规范即可。因此,在进行政府购买养老服务相关领域的立法时,立法者应当对相关政府购买养老服务政策目标的价值取向进行识别,应当在明确宏观目标(为老年群体供给高质量服务,提升其幸福感)的同时,适当保留能够实现基础目标的各微观目标,同时细化政府购买养老服务的相关流程,让政策和法律的执行主体在实践层面有法可依。

二 法政策学视角下政府购买养老服务时对政策的审查要点

从法律的视角来看待政府购买养老服务的政策,即是要审视当前政府购买养老服务政策的合法性和正当性,以及将这些政策上升为法律的可行性。养老服务作为公共服务的重要内容,也必须“把法治化作为扭柄来推进基本公共服务均等化建设,建构‘宪法—法律—政策’系统化、立体化的制度体系”^①。只有不断推动政府购买基本养老服务政策的法治化、民主化与科学化进程,才能最终将我国养老服务高质量发展奠基于坚实的制度基石上。

(一)从合法性角度审查政府购买养老服务政策是否符合现有法律规定

政府购买养老服务政策在制定和执行中,各地政府部门在购买方式、购买范围和提供服务方式等方面都有许多创新的举措,但这些举措本身是否符合法律规定是有待运用法律原则和规则进行审查的。例如2014年南京市推出的“家属照料型”居家养老服务模式,实务部门将其解读为一种新的政府购买养老服务模式。南京“家属照料型”养老模式的养老主体其实是政府,而不是老人的子女,子女只是政府为了解决养老问题而聘请的家政员工^②。诚然,这一模式符合我国的传统文化,在敦促子女履行养老责任的同时,适当减轻其养老的经济压力,同时缓解政府供给养老服务的人力负担。但当时实施的法律法规是《政府购买服务管理办法(暂行)》,该暂行办法第六条明确规定:“承接政府购买服务的主体(以下简称‘承接主体’),包括在登记管理部门登记或免于登记的社会组织、按事业单位分类改革应划入公益二类式转为企业的事业单位,依法在工商管理或行业主管部门登记成立的企业、机构等社会力量。”可见其中并不包含自然人。也就是说,从法律主体的角度解读,个人哪怕是子女是不能成为政府购买养老服务的承接主体,其内在根据在于个人普遍缺乏承接公共服务的能力。那么,依照这条政策规定,南京市的举措显然无法通过合法性审查。正是考虑到与实践需求相符合,2020年3月1日起施行的《政府购买服务管理办法》将“具备条件的个人”纳入承接主体。但自《政府购买服务管理办法(暂行)》施行到其废止的相当长一段时间里,南京市推出的“家属照料型”养老政策的合法性是存在瑕疵的。

(二)从正当性角度审查政府购买养老服务政策是否符合立法的实质性需求

政府购买是政府供给和满足养老服务需求的创新机制,既是国家治理模式改革的体现,又是政府职能转变的表征。因此,政府购买养老服务的相关法律和政策都必须符合切实满足相对主体(老年人及其家庭)的需求。但就现实已出台的相关政策的执行内容来看,那些带有“形式化”、“泛化”和“神化”等特点的政府购买养老服务政策是难以通过正当性审查的。

“形式化”的政策执行是指当前政府购买养老服务在实践中虽然在不断丰富具体服务方式,但大部分仍限于“助洁”、“助浴”、“补助餐”等易实施、易出成果并易于宣传的形式,并且这些服务往往并不是老年人最为渴求的。尤其是“助浴”服务,实践中很多老年人其实并不适应或不希望别人帮助其洗澡。究其原因,主要在于政府在制定政策时忽略或包揽了政策对象主体的服务需求内容,在养老服务项目购买的政策制定时缺乏类似于法律制定程序中的意见征求的议程。

^① 范逢春《建国以来基本公共服务均等化政策的回顾与反思——基于文本分析的视角》,《上海行政学院学报》2016年第1期,第56页。

^② 吴龙贵《政府“聘用”子女养老实是变相购买公共服务》,《新快报》2014年10月14日,第A2版。

“泛化”型的政策执行是指当前政府购买养老服务的发展趋势是试图不断增加购买数量,而缺乏购买服务内容质量的监管创新。随着社会养老压力的增大,各地均在有计划地增加所购买养老服务的数量,但服务的质量却良莠不齐,出现“一秒理发,三秒剪指甲,五秒洗脚”等令人啼笑皆非的养老服务项目^①,究其原因在于缺乏对养老服务质量的监督机制和绩效考评机制的不断创新。

“神化”型的政策执行是指将政府购买养老服务作为解决地方债务危机,试图借助政府购买养老服务与PPP等融资方式的结合,引入大量的社会资本,缓解地方养老服务财政资金缺口压力^②。政府购买养老服务作为一种公共服务或准公共服务,其无法应对经济问题,也不该承担解决地方财政资金不足或解决就业岗位稀缺的责任。负载过多的政策目标,只会导致保障养老服务质量的目標沦为次要地位,从而偏离了政策对象主体的实质性需求,最终使得所出台的政策不符合法律正当性的实质性要求。此外,忽视政府购买养老服务的潜在风险,或者对政府购买养老服务的风险分配机制未予以足够重视,而急于推广政府购买养老服务的做法也不符合法律规范的审慎性特点。事实上,我国政府购买养老服务如何高质量发展仍是一个值得探索的理论和实践问题,许多理论难点还未得到厘清,比如政府部门同承接主体之间的关系、二者之间的法律责任如何划分、如何进行以第三方为主的养老服务监督及绩效考评等,这些问题都需要不断地在政策执行中吸取经验并上升为行之有效的指导性规范并最终通过立法予以固定,但当下的政府购买养老服务的政策制定和执行尚缺乏这种迈向立法的主动意识。

(三)从可行性角度审查政府购买养老服务政策转换为法律的可能

1.推广促进类。此类文件的代表为《关于鼓励和引导民间资本进入养老服务领域的实施意见》,该文件指出要“采取政府补助、购买服务、协调指导、评估认证等方式,鼓励各类民间资本进入居家养老服务领域”^③。这类文件旨在推广政府购买养老服务,多为宣传性质,没有涉及具体的权利义务以及规范政府购买养老服务的流程,无须转变为法律。

2.规范指导类。例如《关于做好政府购买养老服务工作的通知》中对政府购买养老服务的购买主体、承接主体、购买内容提出了指导性意见^④;《政府购买服务管理办法(暂行)》具体规定了购买主体的资格、承接主体的条件,细化了购买方式及程序,并对绩效和监督管理提出了整体性的指导意见^⑤。此类政策性文件通常对政府购买养老服务的实施进行了框架性的设计,对政府购买养老服务活动的实践具有较强的指导性,对于完善政府购买养老服务有长远影响,其中涉及相关领域制度性建设的部分应当转化为法律,以法律的形式来更好地指导和规制相关领域。

3.探索创新类。为了推进政府购买养老服务的进程,中央及各地方政府都引入了一些创新举措,比如公建民营的运作方式、凭单制的购买模式、以奖代补的补贴方式。这类政策需要进行严格的合法性审查,然后经过民主的立法程序制定为法律。

4.指南手册类。例如各省结合自身情况所编制的养老服务购买目录以及中央各部委制定的诸如《政府采购公告和公示信息格式规范》^⑥等具体细化购买流程的政策性文件。此类指导性文件具有具体性、针对性、灵活性的特点,可以很好地弥补法律过于抽象、宏观、僵硬的缺陷,应当作为政府购买养老服务的规制工具之一,保有自身的独立性,同时与法律共同构成政府购买养老服务的规制体系,没有必要转化为法律。

三 政府购买养老服务政策与法律的良性互动

政府购买养老服务的高质量发展,需要政策和法律共同发挥规制工具的作用。首先,政府购买养老服务涉及到老年人的切身利益,关乎社会福祉,其中涉及到政府、市场、社会组织、老年人群体等多个主体,牵涉的

^①2020年6月,四川达州一家养老中心在为老人志愿上门服务时,理发仅需一秒,三秒剪完指甲,五秒为一位老人洗完脚,服务沦为拍照、走过场。参见:刘晶瑶《5秒洗个脚?岂能如此糊弄“购买服务”》,《新华每日电讯》2020年6月8日,第2版。

^②韩烨《养老服务PPP模式:运行机制、实现策略与对策研究》,《兰州学刊》2019年第3期,第188页。

^③《关于鼓励和引导民间资本进入养老服务领域的实施意见》(民发〔2012〕129号)。

^④《关于做好政府购买养老服务工作的通知》(财社〔2014〕105号)第三章。

^⑤《政府购买服务管理办法(暂行)》(财综〔2014〕96号)第二、四、六章。

^⑥《政府采购公告和公示信息格式规范》(财办库〔2020〕50号)。

权利、义务、社会关系都体现出复杂性,单一的规制工具难以胜任。其次,政府购买养老服务还牵涉到养老机构的建设、养老服务的标准等技术性规范问题,仅采用法律或政策都无法进行周密的规制。所以,需要建构一个融合政策引导作用和法律规范作用的规制体系,促进政策和法律的良性互动,从而实现提升政府购买养老服务政策效果的宏观目标。

政府购买养老服务的实践运行具体可以划分为两个阶段,即“政府购买阶段”与“服务供给阶段”。在这两个阶段中,政府同服务承接主体之间的关系、各自的权利义务是不同的,导致各有利益追求,故而法律与政策互动形式也各不相同。

(一)法律与政策在购买阶段的互动形式

从法律关系的角度来看,购买阶段的政府同服务承接主体之间是一种合同委托关系。政府通过向社会发布招标的形式,同满足主体资格要求的承接主体订立养老服务购买合同,委托其供给具体养老服务,双方是合同法律关系主体的地位。因而对于购买阶段的政府和承接主体的行为规制目的应当设定为促进政府购买养老服务运行,建立制度化的购买流程,保障服务合同关系的成立,防止政府购买养老服务项目流标情形的出现。

法律与政策在购买阶段的组合形式可以设置为:1.政府购买养老服务的中央政策目标为推广政府购买养老服务、发挥引导和扶持的作用、明确政府购买养老服务的中长期政策目标;2.政府购买养老服务的立法目标为发挥法律规范性作用,吸收政策中的有益措施,共同搭建政府购买养老服务的制度框架;3.各部门及地方性政策的目标为对中央政策及法律进行进一步的阐释,细化中央政策及法律的框架性内容,指导地方政府购买养老服务的具体操作行为。

(二)法律与政策在服务供给阶段的互动形式

在完成政府购买养老服务的合同订立后,基于购买合同对合同主体的约束效力,政府部门同承接服务主体扮演的角色发生了转变,转变成服务质量监管者与服务内容提供者。在服务供给阶段由于涉及养老机构的资质、服务标准和人员配置等技术性问题,故而除了法律和政策之外,还需引入政策执行中的微观政策工具作为政策目标实现的中介体。可以运用政府购买养老服务合同与政府指南以及关于养老服务机构和服务质量评价的国家和行业标准等作为政策工具来发挥规制效用。

政府购买养老服务合同是最为有效和灵活的政策工具,法律和政策由于主要发挥的是制度框架搭建的作用,故而合同条文具有宏观性、原则性的特点。此时,合同既是法律关系的载体,也是政策执行的工具,展现了法律和政策的互动模式。政府指南是政府部门对现实购买养老服务运行中的工作指引,其主要作用是能够提供具体的操作规范,但是政府购买养老等公共服务政策是个不断发展的过程,实践中出现政府指南未有规定的新生事项也不鲜见,这时候双方合意签订的合同就具有重要的规范性,可以起到对情势变更下的利益纠纷的有效规制。政策制定背景或者现实条件发生变化后,通过充分协商后的合同修订来重新配置双方权利义务进而规避风险,或者依照合同中的纠纷解决条款来较为平和地完成合同关系解除并公平分配合同剩余价值。关于养老服务机构和服务质量评价的国家和行业标准等规范性文件,我国目前仅有2017年12月29日国家质检总局、国家标准委发布的《养老机构服务质量基本规范》,该标准对于养老服务项目与质量要求作出了基础性规范,但许多内容都还有待进一步完善。

综上所述,单纯的法律或者政策都无法完全规制政府养老服务的发展,必须从搭建一个包含法律、政策、合同、政府指南和服务标准规范等的综合规制体系。同时,这个体系所涵盖的政策工具应体现一种从宏观到微观的规制方法,即政策所规制的内容应该越详细、越具体,可操作性越强,其政策实施效果就越好,而立法应当以原则和规则为主要规制工具,并主要承担对政策的合法性、正当性和可行性的审查考核,并最终实现从政策到法律的良性互动。

四 政府购买养老服务政策与法律的融合路径

(一)法政策学视角下构建我国政府购买养老服务制度体系的基本思路

以法政策学为理论基础,将法与政策的良性互动作为基本准则,构建优化政府购买养老服务发展制度的基础框架,是当前一个可行的制度创新思路。法政策学研究进路的基本逻辑在于采用一种系统论的分析方

法探讨如何将法律和政策进行融合并指导实践具体问题。法政策学视角下对于我国政府购买养老服务制度构建的研究,务必避免或者坚决摒弃那种仅站在政策或法学立场的单一、片面和主观的研究模式,最终实现政府购买养老服务制度体系内融政策与法律于一体的内在自洽和外任开放的知识框架。

基于政策与法律有机融合的要求,政府购买养老服务制度的研究首先就要秉持这种法与政策协调互动的思路,去掌握当下和未来我国政府购买养老服务制度的发展趋势和演进轨迹。其次,在此基础上继续深入开展对我国政府购买养老服务制度的实践检验的理论化梳理,延伸我国政府购买养老服务政策与法律互动和融合研究的维度和深度,并秉持“政策目标—政策实施—政策演化—法律制定”的逻辑主线,构造我国政府购买养老服务制度法政策学研究的理论基础。最后,在不断拓展政府购买养老服务政策研究知识体系的基础上,明确我国政府购买养老服务领域的立法框架。

因此,法政策学可以为政府购买养老服务制度体系中的政策与法律的制度化融合提供理论基础。制度化融合不应只是简单地对现行的政府购买养老服务政策进行确认、转化,而应当基于理性与协同的方法论,审视相关政策所蕴涵的政策目标是否具有正当性、合法性。

(二)从政策到法律:政府购买养老服务的法治论基础

“为养老服务政策立法”,尽管也有保障政府购买养老服务政策的有效运行之意,但主要还是从实体和程序两个方面防止政策决策和政策实施的随意性,保障养老服务政策的合法性与科学性^①。针对政府购买养老服务的立法模式,有学者呼吁制定《政府购买养老服务管理办法》^②,以专门立法的方式进行法律规制。究竟有无必要进行政府购买养老服务的专门立法,或者只需要构建一个以《政府采购法》为主导的法律规制体系,现阶段学界众多论者认为政府购买养老服务独立立法会割裂政府购买公共服务同政府采购间的关系,事实上政府购买公共服务与政府采购在术语使用上同源、在法律关系上同构、在运作方式上相似^③,实在无须再进行专门的单行立法。2019年11月通过的《政府购买服务管理办法》(财政部令第102号)也仅仅作为了财政部的部门规章出台,而不是以国务院行政法规的形式颁布,这也表明立法机关无意针对政府购买公共服务进行单行立法。

我们认为,通过推进专门立法来进行政府购买公共服务领域的规制,目前来看是一个较优选择。优化政府购买养老服务的法律体系,是促进我国养老服务高质量发展的关键保障。保障养老服务项目落地和顺利运营需要完备系统的政府购买养老服务法律和政策共同进行规范和引导。政府购买养老服务法律和政策完备性需求,呼唤着法律和政策紧密结合。目前来看,政府购买养老服务领域是以中央和地方的各项政策作为主要的规范效力来源,法律层面尚缺乏一部统一立法来发挥规范作用。但在“社会政策扩展理念的影响之下,各级政府都意识到养老服务已经超出了家庭私域的范畴而上升为了一种社会服务,必须由相应的社会福利制度作出规范性安排”^④。显然,将政策上升为法律是将养老服务制度化的最优安排。因此,未来设计政府购买养老服务的立法方案时,在其中既应有覆盖所有政府购买养老服务项目的基础性原则,也应有涵摄不同类型政府购买养老服务适用的具体规则;既有立法机关制定的政府购买公共服务的基础法,也应有主管部门制定的政府购买养老服务的部门规章或者规范性文件。这样就会形成既有具备稳定性调整功能的法律规范,也有应对外部环境变化的灵活性调整功能的政策规范。同时,要求法律规范和政策规范都必须具有内容修订的严格程序,否则不具稳定性的法律和政策规范体系会对养老服务项目的合法性、合同收益的预期可能性、养老服务产品的市场需求等产生影响,从而进一步影响项目的立项和运营。因为完善和稳定的法律政策框架可以促进养老服务PPP项目高质量发展,并可在最大程度上减少和降低政府部门和社会资本实现各自利益目标的风险。基本思路是在国务院统一领导下,加快完善有关政府购买公共服务法律和政策体系的体系建设,消除法律和政策中的相互冲突之处,优先完成法律和政策体系的内部统一,从而为政府购买养老服务高质量发展消弭制度供给不足的风险。

①胡平仁《法律政策学的学科定位与理论基础》,《湖湘论坛》2010年第2期,第27页。

②刘玉姿、刘连泰《老路还是新路:政府购买公共服务的立法路径》,《中国行政管理》2016年第3期,第101页。

③于新循《我国政府购买养老服务的法制探讨:规制与促进》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第46页。

④姚俊《需求导向抑或结构制约——中国养老服务政策变迁的制度嵌入性分析》,《天府新论》2015年第5期,第133页。

(三)从法律保障到政策实施:政府购买养老服务制度效力的实现路径

法律与政策的良性互动是促进政府购买养老服务的政策效力实现的制度化保障。“既然法律制度是为了达成一定的目的而设计出来的,那么法政策学中的目的—手段的思考模式必然要发挥重要作用”^①。为保障政府购买养老服务政策的合法性和正当性,相关法律需要通过对政策目标和政策内容进行审查,以促进政策效力的实现。这一从法律到政策互动的逻辑是,政府购买养老服务法律和政策在保有自身效力独立性的基础上,能够通过法律的约束力保障政策效力的实现。在政府购买养老服务领域,政策相比于法律所具有的优势是“灵活性”,面对众多复杂的利益关系,政策能够更加有效直观地进行规制;法律相对于政策的优势是更高的效力层级,以及更强的“公众信服力”。为了保证二者的独立性,充分发挥二者的优势,在进行立法时应当遵守以下准则。

1.明确政策目的,设定效力界限。政策与法律相互杂糅,政策内容不经审查即直接转化为具有约束力的强制性规范,是我国政策制定过程中存在的问题,使政策的合法性受到质疑。同时,法律规范性文件中存在着政策性术语,法律的精准用语同政策的操作模糊性术语发生适用中的判断困难,使得法律的严肃性受到挑战。在政策向法律转化时进行设限,同时更需要在政策制定时进行合法性审查去限制其约束力。

2.架构框架,法少策多。由于政府购买养老服务规制手段所需的灵活性与开放性,政府购买养老服务的立法应当是一种框架性的立法,法律只需要就作为核心最为重要的部分进行规定,给政策、指南、合同预留充分的规制空间。

3.用法律约束力保障政策目标实现。政府购买养老服务政策在实践中要切实发挥引导和规制的效力,既需要政府部门运用微观政策工具来推动政策预设目标的实现,也要求政策执行者按照法律预先授予的权利义务来实施政府购买养老服务的行为。在政策实施过程中,政府部门和养老服务承接主体必须遵守“信赖利益保护原则”^②。该原则基本内涵是:如果政府部门执行政策的行为违反了信赖利益保护原则的要求,损害了承接主体的合法可预期的利益,则政府部门应承担相应的法律责任,承接主体可以采用法律救济机制来保护自己的权利;同时,承接主体虽然是政策激励对象,但其行为如有违反信赖利益保护原则,也要受到相应法律的处罚。由此,基于法律的“信赖利益保护原则”确立的政府购买养老服务过程中的责任追究和权利救济机制,可以为相关政策的实施提供效力保障。

总之,面对我国老龄化社会的加速,当前在养老服务领域一个紧迫的任务就是构建合理与科学的政府购买养老服务政策和法律的协同发展机制。可以根据已出台的政府购买养老服务政策的内在机理去设计政府购买养老服务的法律框架,对符合政府购买养老服务发展政策目标的主体的正外部性行为提供补贴或进行税收减免的政策优惠,对负外部性行为进行法律规制或处罚。基于法政策学的视角,可以在理论上促成政府购买养老服务制度中政策激励和法律约束相结合的政策—法律耦合模式,从而更有效地实现政府购买养老服务的高质量发展。

[责任编辑:苏雪梅]

^①解亘《法政策学——有关制度设计的学问》,《环球法律评论》2005年第2期,第193页。

^②石佑启、王贵松《行政信赖保护之立法思考》,《当代法学》2004年第3期,第34—40页。