

居家和社区养老服务中的法律风险及对策建议

——以成都市郫都区居家和社区养老服务中心为样本

潘利平

【摘要】人口老龄化已成为我国基本国情，这为居家和社区养老服务的兴起与迅速发展带来契机。这种服务模式在为老年人生活带来便利的同时，也存在着服务提供主体的专业资质、各主体间的协议、老龄数据的保管等方面的法律风险，尚未引起政府与社会的足够重视。为了最大程度维护老年人的合法权益，促进养老服务产业的健康发展，四川省成都市郫都区 20 个居家和社区养老服务中心的调研数据展示了养老服务过程中存在的法律风险。我国居家和社区养老服务法律法规体系应完善。

【关键词】居家和社区养老；养老服务；法律风险；管理制度

【中图分类号】DF48

【文献标识码】A

【文章编号】1004—3926 (2019) 02—0063—05

据《2016 年社会服务发展统计公报》的统计数据显示，人口老龄化已成为我国的一项基本国情。为应对这一严峻形势，2011 年以来，国家先后公布了《国民经济和社会发展的第十三个五年规划纲要》、《老年人权益保障法》（2015 年修订）和《国民经济和社会发展的第十三个五年规划纲要》等文件，大力支持居家和社区养老服务事业的发展，减轻家庭养老负担。但值得注意的是，在全国各地居家和社区养老服务市场广泛兴起并迅速发展的同时，相关服务领域的法律风险问题也随之产生，尚未引起广泛的重视，这不利于对身心脆弱的老年人合法权益的保护，也不利于抗风险能力较差的养老服务机构在居家和社区养老服务行业中的立足与成长。

一、居家和社区养老服务中的法律风险现状考察

居家和社区养老服务，是指在政府主导下，以家庭为基础，以城乡社区为依托，以社会保障和社会服务制度为支撑，由政府提供养老的基本公共服务，企业、社会组织提供专业化服务，基层群众性自治组织和志愿者提供公益性互助服务，建立满足老年人社会化服务需求的一种养老服务模式。本文以成都市郫都区为样本进行考察以发现其问题所在。

（一）郫都区居家和社区养老服务模式概述

目前郫都区居家和社区养老服务采用政府购买服务的模式引入专业机构，为辖区内老年人提供包括上门服务、日间照料与全托在内的全方位养老服务。为满足老年人需求，政府、专业养老服务机构以及第三方单位或个人各司其职，具体而言：第一，由政府整合财政运营补贴、经费和资金，与专业养老服务机构签订购买服务的协议，二者共同组建居家和社区养老服务运行中心，负责全区居家和社区养老服务管理、指导、评估、培训等工作 and 区级居家和社区养老服务信息平台；第二，由专业养老服务机构与不同的第三方单位或个人签订合作协议，为老年人享受广覆盖、多元化的养老服务搭建桥梁；第三，专业养老服务机构与老年人或（及）其家属达成养老服务协议，由机构与第三方按照协议约定的服务类型、时间及地点等为老年人提供相应的服务。为了使多元化的居家和社区养老服务能更顺利地落地，郫都区在法律风险防范方面也采取了一些措施，值得参考与借鉴。然而，

基金项目：四川大学法学院研究阐释党的十九大精神专项研究课题(sculaw0309)阶段性成果。

作者简介：潘利平，四川大学法学院副教授，研究方向：人权法与社会保障法。四川成都 610064

收稿日期：2018—12—11

在调研中还发现，仍存在大量的法律风险缺乏相应的对策和措施予以合理防范。

（二）居家和社区养老服务中的法律风险

目前居家和社区养老服务法律风险存在的问题主要有以下几点：

1. 服务提供主体资质的法律风险

以郫都区为例，区政府主要通过招投标的方式选择购买专业养老机构的养老服务，充分发挥了市场机制的作用，体现了市场自由竞争的公平性。但由于我国尚未出台对于居家和社区养老服务行业的准入门槛与服务提供方基本条件规范的相关法律法规，因此即使经过竞争与筛选，仍有可能出现不能满足养老服务需求的机构进入市场的情况。一旦不合格的机构进入市场，将会带来大量法律风险，由此损及老年人及相关主体的合法权益；而且由于相关法律法规不健全，法律责任承担主体缺位的问题也随之而来，导致受害人权益救济难以实现。另外，在“医养结合”服务蓬勃发展的背景下，“医养结合”养老服务机构的资质认证却仍存在行政法律法规规制的空白，为一些养老服务机构不法骗取国家医保资金提供了可乘之机。与此相似的，还有第三方单位或个人相关专业资质取得的问题。在居家和社区养老服务中，除专业养老服务机构外，还有作为不同类型服务提供者的第三方单位或个人共同参与。随着养老服务内涵的愈加丰富，第三方提供的服务从传统、单一朝着新兴、多元发展。特别是为满足某些特殊老年人的需求，个性化定制的综合型养老服务已在部分地区推出。这可能诱发第三方在未取得相应专业资质的情况下，为老年人提供超出其经营范围以外的服务，从而引发法律风险。

2. 协议中的法律风险

居家和社区养老服务运营模式中至少存在三类协议，协议的内容是各方履行责任和主张权利的依据，也是发生纠纷时进行裁断的基础。但在实地调查中我们发现，一些机构对合同拟制缺乏研究，合同条款缺乏可操作性，使得当事人可能出现重大误解、显失公平、欺诈等情形；对于服务过程中会发生的法律风险以及法律责任的分担也未作合法且明确的说明，从而在协议履行过程中留下本可避免的法律隐患。

协议的当事人可能隐瞒自身真实情况或利用自身优势地位，直接或间接造成另一方当事人财产、人身损失。这在老年人与养老服务机构的协议中表现突出。例如，老年人及其家属隐瞒老年人患有精神病、某些传染病等事实，使得养老服务机构在不知情的情况下为老年人提供不适合该老年人或可能间接损害其老年人的养老服务；又如，提供“医养结合”服务的机构与老年人及其家属签订养老服务协议时，未对“医”与“养”费用进行分离并予以明确说明，使得双方当事人在服务中因费用产生争议；再如，作为协议一方主体的老年人，往往由于身体机能衰退导致判断力下降，在协议过程中不能很好地警惕协议内容中存在的风险。特别是随着互联网技术的普及，老年人通过线上平台与养老服务机构达成服务协议时，可能错误操作，由此带来纠纷。另外，对于一些侵害老年人合法权益的行为，由于未事先在协议中明确法律风险的预防和解决途径，养老服务机构可能利用其自身优势地位，转嫁民事赔偿责任，使得老年人在接受养老服务的过程中人身、财产权益无法得到保障，同时也可能出现养老服务机构承担过重民事赔偿责任的情况。

除此之外，在调研中，我们发现第三方单位或个人与养老服务机构之间的协议也普遍存在法律风险及责任约定不明的情况，双方可能会对不法侵害发生后的民事赔偿责任相互推诿，从而导致老年人求偿受阻。^[1]

3. 助餐服务中的法律风险

根据向郫都区接受居家和社区养老服务的老人发放《居家和社区养老服务情况调查问卷》收集到的统计结果来看，在接受调研的老人中有近一半表示社区养老服务中心应当提供送餐服务。可见，规避食品安全问题对于保障老年人权益、提高养老服

务质量具有重要意义。

在助餐服务中，老年人可能因第三方提供不符合食品安全标准的食品而受到损害，此时老年人可依据《食品安全法》第 148 条的规定，要求养老服务机构或供餐的第三方承担民事赔偿责任与惩罚性赔偿责任。但是，目前尚未有针对老年人的生理、心理特征设计的食品安全标准出台，而面向普通食品消费者的安全标准难以周全地保护作为特殊弱势群体的老年人。

4. 医疗服务中的法律风险

根据发放的《居家和社区养老服务情况调查问卷》统计结果，在接受调研的老人中有超过三分之一的老人表示居家和社区养老服务需要包含医疗服务。通过调研了解到，郫都区养老服务机构与医疗机构达成协议，聘请了专业的康复医师和心理咨询师为老年人提供服务，且服务范围呈现不断扩大趋势，已由社区日间照料中心开展的血压、心率的日常检查发展到全托的基础诊疗服务。在“医养结合”的背景下，养老服务机构聘请的工作人员将同时为老年人提供医疗服务与养老服务，由此可能带来医疗事故责任分担的混乱，造成相关法律责任在不同主体间的不合理转嫁。^[2]

5. 精神文化服务与家政服务中的法律风险

除助餐服务与医疗服务外，精神文化服务与家政服务也是被老人高度关注的养老服务内容。从调研来看，养老服务机构一般都会提供专门的场所供老年人进行休闲娱乐。老年人可以在活动中心参与打牌下棋、读书看报、文艺表演等精神文化活动，以丰富老年生活，但活动中潜在一些法律风险。如因养老服务机构在建筑的设计和布局上不符合建筑规范或者活动场所配套硬件设施的不完善，或者养老服务机构的服务人员在参与文化娱乐活动的过程中，实施了不当的职务行为，导致老年人在活动场所参加活动时受到了人身或财产的损害，养老服务机构对于老年人受到的损害将承担民事赔偿责任；此外，养老服务机构可能与第三方合作开展活动，如果在此期间第三方穿插虚假商业广告宣传导致老年人上当受骗，则养老服务机构将可能面临行政处罚甚至承担刑事责任。在进行家政服务的过程中，如果第三方派遣的工作人员实施了盗窃、抢夺等刑事犯罪，除了相关工作人员应当承担的刑事责任外，第三方还要承担民事赔偿责任，第三方在赔偿后可向该犯罪人员追偿^[3]；同时，家政服务人员也可能受到人身损害，在调研中了解到存在个别老年人骚扰服务人员的情形，但由于举证困难，受到骚扰的服务人员往往只能选择不了了之，其合法权益无法得到妥善保障。

6. 老龄数据信息保管的法律风险

老年人由于判断力、警惕性减退等原因，易成为电信诈骗案件的受害者。基于互联网的居家和社区养老服务信息平台而收集并整合产生的老年人个人信息及数据资料（如老年人的网上储蓄数据、网上消费数据等）一旦遭到非法侵入，造成数据泄露，可能诱发老年群体性受骗事件，侵害老年人合法的财产权益，甚至人身权益。居家与社区养老服务机构作为老年人个人资料与信息的收集者与储存者，在为老年人提供服务后，理应妥善保管老年人的数据信息等资料，否则根据《电信和互联网用户个人信息保护规定》可能面临行政处罚、刑事责任与民事赔偿。另外，2018 年 6 月 1 日起正式施行的《网络安全法》在第五十九条、第六十条、第六十四条对于不履行网络安全保护义务的网络运营者也设定了行政处罚。

二、法律风险的现有解决机制及其问题

通过梳理，发现目前我国在居家和社区养老服务的法律规范、制度设计与监管层面，仍存在一些问题，现有的解决机制不能妥善地防范相关服务活动中的法律风险。

（一）立法缺位

我国在居家和社区养老服务发展中对于法律风险问题的重视仍不足，在国家层面和地方层面，均存在立法缺位的问题。

在国家立法层面，虽有《宪法》、《老年人权益保障法》等对老年人在居家和社区养老服务中的合法权益作出确认，但都只是原则性条文。如《老年人权益保障法》为相关养老服务体系提供基本法律与政策依据，但尚无相衔接的行政法规或部门规章引导居家和社区养老服务的法律风险防范问题。民事责任法律风险上，主要还是依靠《侵权责任法》的事后解决机制，没有基于老年人属于特殊弱势的消费者这一事实，制定专门的居家和社区养老服务侵权纠纷的法律法规指引，这导致司法实践中，养老服务纠纷的法律规则适用不统一的现象时有发生，过错认定和赔偿责任主体的确定上缺乏统一的标准，对当事人合法权益造成了不同程度的损害；同样，刑事责任法律风险上，也尚未突出《刑法》对老年人作为弱势群体的特殊保护功能；行政责任法律风险上，目前已有的《政府采购法》对于居家和社区养老服务领域的规定也只限于原则性条文，国务院发布的《关于加快发展养老服务业的若干意见》、全国老龄办发布的《关于全面推进居家养老服务工作的意见》、民政部发布的《关于鼓励与引导民间资本进入养老服务领域的实施意见》等政策性文件在表述上以引导和建议为主，约束力和可操作性不强。

在地方立法层面，包括北京、重庆、上海等多地均出台了关于居家和社区养老服务的地方政府规范性文件，但由于这些文件法律层级不够高，稳定性、强制力和实效性都较弱，且多数对法律责任的规定不够全面和明确。通过检索发现，此类规范性文件大多将法律责任风险的承担设定在未按照标准配套建设养老服务设施，擅自改变政府投资或者资助建设、配置的养老服务设施用途，养老服务机构及其从业人员侵害老年人合法权益，造成老年人人身伤害或者财产损失情节严重等情形中，缺乏对服务中法律风险的系统性整理，在处罚上缺乏可操作性，导致风险产生后仍难以归责，老年人权益受到损害后仍难以维权。

（二）制度设计不健全

顶层立法的缺位，直接导致了与居家和社区养老服务相关的制度设计不健全。目前我国出台了《社区老年人日间照料中心服务基本要求》、《社区老年人日间照料中心建设标准》、《社区老年人日间照料中心服务设施设备要求》、《养老设施建筑设计规范》等文件，主要是指导社区老年人日间照料中心的服务与建设，相对于内容不断扩大的居家和社区养老服务范畴而言，具有明显的滞后性。此外，制度层面的残缺还明显地体现在，居家和社区养老服务行业的准入制度、考评制度、罚则制度尚未建立；居家和社区养老服务中各方协议的必要内容、规范格式尚未统一；针对老年人身心特性的养老服务标准尚未健全等方面。虽然一些地方已开始着手制定居家和社区养老服务市场法律风险防范的相关制度，但整体看来，科学的养老服务法律风险防范制度体系尚未形成。

（三）监管不力

在监管上，由于缺乏法律文件与相关制度的指导，在实践中，政府购买社区养老服务普遍缺乏系统的评价体系和强有力的监督体系，行政部门在居家和社区养老服务的监管中仍存在职能的缺失，与养老服务相关的民政、卫生、财政就业等政府部门的行政管理资源因无法被有效整合而浪费或未得到充分利用。这就导致本不应该承担行政工作的居民自治基层组织——社区居委会在社区养老服务中超负荷运作，不利于养老服务市场的规范。这些问题反映出，建立以《老年人权益保障法》为基础的居家和社区养老服务保障法律体系，划分权责、明确纠纷解决途径、建立健全救济机制，是当前发展居家和社区养老服务的重要议题。

三、居家和社区养老服务中法律风险防范的建议

为解决上述法律风险为居家和社区养老服务的蓬勃发展带来的阻碍，可考虑从完善相关立法，建立健全可行的服务管理制度，加大对居家和社区养老服务监管力度等方面入手，及时阻断法律风险向主体间法律纠纷与法律责任承担的转化。

面对当前我国在居家和社区养老服务方面立法缺位的问题，呼吁立法的顶层设计先行。在国家层面，可以由主管部门牵头

组织起草，或者由主管部门指导，委托有关社会团体、研究机构等进行立法前调研，参考各地方的试点经验，同时借鉴如日本的《长期照护保险法》等较为成熟的养老服务类法律，拟定社会养老服务保障法的前期调研建议稿，加快启动《居家和社区养老服务机构管理办法》等行政法规和部门规章的立法程序。通过立法明确相关行政部门在居家和社区养老服务管理上的分工与合作，明确居家和社区养老服务运行中心在协调养老服务具体纠纷中的角色定位与职能权限，更好地为居家和社区养老服务的运行扫除障碍，同时引导地方政府规范性文件和配套制度的出台。

在立法引导下，应从防范服务各个环节法律风险的角度，建立健全服务管理制度。

（一）健全服务提供主体资质的审查制度

政府应填补目前养老服务机构与第三方主体资质审查中遗漏的制度空白，特别是完善“医养结合”养老服务机构行政许可制度，对进入养老服务市场的养老服务机构与第三方的经营资质做实质审查，可借鉴《郫都区居家好人社区养老服务设施考评标准》的内容，考查服务提供主体的经营场所建设、专业人员与服务设施配备等是否达到相应的标准；养老服务机构在与第三方签订合作协议时，也应尽到合理的注意与审查义务，对第三方出具与其业务相对应的服务资质证明材料应进行形式审查，预防引入非专业的第三方侵害老年人的合法权益。

（二）建立老年人分级分类管理制度

虽然国内已有部分养老服务机构在提供服务前对老年人的身体状况进行评估分级，但是相关机制尚不健全。在这方面，可借鉴日本的《长期照护保险法》，该法律特别创设了老年人分级护理评估方法，从八个维度制作评估量表，照护人员可以直观地看出老年人在一个阶段内的身体状况并给出诊断结果，由此提供不同级别的护理服务。^[4]对于已经开设了定期诊疗服务的养老服务机构，应当对老年人的身体状况进行追踪，并及时根据老年人近期身体状况重新对老年人进行评估，制定适合老年人的照护方案。另外，由于部分老年人患有特殊疾病，对饮食有特殊要求，养老服务机构在为老年人供餐时应当对不同类别的老年人制定不同的饮食计划。未来要尽快针对居家和社区养老服务的供餐服务制定科学的有医学依据的标准，不同护理等级、不同疾病的老人要接受不同的服务。在立法层面中也应当明确责任分配：如果餐饮服务未达到老年人分级、分类服务标准而导致老年人发生身体损害，则养老服务机构或餐饮服务提供方应承担相应的责任。

（三）建立居家和社区养老服务协议标准制度

2016年12月，民政部联合工商总局发布了《养老机构服务合同》（示范文本），帮助养老服务关系中当事人双方明确责、权、利关系。随着居家和社区养老服务市场的不断发展，涉及到的养老服务机构、第三方与老年人的法律关系愈加复杂，协议的签订对规范服务行为、保护老年人权益发挥的作用也显得愈加重要。因此，有必要通过出台制定并推行养老服务机构与政府、与第三方、与老年人协议的示范文本，根据相关法律法规的要求，在协议中明确当事人的法律风险分配机制与权责划分；将对养老服务中的突发事件应急处理预案作为协议的必备条款，阻断法律风险的扩大。

（四）健全适老化服务培训与专业养老服务人员培训制度

郫都区民政局结合郫都区日间照料中心创新模式，于2017年底建设了四川省首家适老化体验中心——“郫都区社会关爱援助中心”。专业的适老化空间改造和产品配置，能让老年人及其家属对适老化服务进行初步了解，并能预防老年人在接受养老服务过程中的操作不当，阻止法律风险的发生。有必要将构建专业的适老化服务培训机制作为居家和社区养老服务工作开展的前提，并在立法中予以明确。

面对养老服务人员专业水平参差不齐的问题，应建立养老服务人员定期培训制度，在培训中加强服务人员与服务提供方的

紧密联系,从而保证服务人员对所服务的老年人的健康状况有必要的了解,能为老年人提供有针对性的照护服务,并设置培训考核机制,保证培训对加强老年人合法权益保护的效果。

（五）引入强制商业保险制度

养老服务行业急需建立健全老年人意外伤害的保险强制购买制度,以分担养老机构的风险。^[5]呼吁尽快立法明确养老机构发生意外事故后各方应承担的责任,做到有法可依,更好维护双方的合法权益。政府可以对购买此类产品者给予一定补贴,以鼓励提供养老服务的机构和老年人个人在签订服务协议前购买意外保险。具体建议为凡是年满 60 周岁的老年人必须购买意外伤害保险,所需费用可以个人承担一部分,政府财政补贴一部分,经济困难者全部由地方财政负担,积极推进养老机构意外伤害保险的实施和全面覆盖。就全国范围来看,上海、宁波、武汉等数座城市已推行政府为社区居家养老场地人身意外保险公开招标采购。以武汉为例,投保费用由武汉市区两级财政各出一半;投保对象覆盖社区 60 岁及以上老人;赔付金额为个人最高 3 万元(如仅出现骨折等伤害,医疗赔付最高为 3000 元)。这大大降低了因意外伤害给养老机构和老人带来的经济损失,真正做到防患于未然,值得推广借鉴。

（六）健全老龄数据管理制度

《网络安全法》的落地,为老龄数据信息的安全提供了一定的法律保障,但在事前的预防中,政府责任还有进一步强化的空间。在严格把关专业养老服务机构数据管理的同时,政府也应培养和储备更多“大数据人才”,实时、动态地对养老服务信息平台的运营大数据进行跟踪、监测、分析、评估,尽最大可能做到第一时间发现苗头性问题,把违规、违法经营行为消灭在萌芽状态,规避对老年人利益、市场秩序和应用安全等可能构成的风险。^[6]

（七）加大监管力度

相关行政部门应根据相继出台的法律文件与配套的制度、标准等,在养老服务机构开展服务人员培训工作、整合老龄数据等方面负起应有的监管职能,并给予机构专业化的指导与财政补贴,调动机构响应监管的积极性,切实保障老年人享受有质量的养老服务的权利。

此外,相关行政部门还可建立线上线下结合的养老服务法律纠纷和解渠道,加大对法律风险疏导的监督管理。在线下,积极发挥居家和社区养老服务运行中心的协调作用,促成当事人达成和解;在线上,可参考消费者投诉和解监督平台,由民政部门牵头建立养老服务投诉和解监督平台。当发生养老服务争议时,老年人及其家属可以通过该平台直接向养老服务机构提出诉求。平台通过减少养老服务争议处理环节,提高养老服务争议和解率,降低老年人及其家庭的维权成本,提升养老服务品质,营造安全健康的养老服务环境。同时,平台可兼有听取、征求、分析老年人对养老服务质量的意见和建议的责任,发挥社会监督作用,实现线上线下结合的养老服务法律纠纷的全面疏导。

（四川大学法学院李宜鸿、高愿、祝艳丽对本文有重要贡献,特此致谢!）

参考文献:

- [1] 宋亚辉. 食品安全标准的私法效力及其矫正 [J]. 清华法学, 2017 (2).
- [2] 侯国跃. 医疗侵权案件适用法律规范问题探讨 [J]. 法学杂志, 2013 (10).
- [3] 龚晓洁. 家政人员劳动权益保障的法治化路径——以工伤为视角 [J]. 法学论坛, 2017 (3).

[4] 张映芹, 许易. 日本护理保险制度对我国社会保障发展的启示 [J]. 社会保障研究, 2015 (3).

[5] 周悦, 崔炜. 养老机构风险管理的路径探析——国内外比较的视角 [J]. 中共福建省委党校学报, 2017 (12).

[6] 朱海龙. 智慧养老:中国老年照护模式的革新与思考 [J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2016 (3).