

老年法制研究

老年人权益保障 立法研究

肖金明 主编

山东大学出版社

◎老年法制研究

老年人权益保障立法研究

肖金明 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

老年人权益保障立法研究/肖金明主编.

—济南:山东大学出版社,2013.5

ISBN 978-7-5607-4781-1

I. ①老…

II. ①肖…

III. ①老年人权益保障法—研究—中国

IV. ①D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 096620 号

策划编辑 尹凤桐

责任编辑 尹凤桐

封面设计 牛 钧

出版发行 山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销 山东省新华书店

印 刷 山东泰安金彩印务有限公司

规 格 720 毫米×1000 毫米 1/16

16.5 印张 285 千字

版 次 2013 年 5 月第 1 版

印 次 2013 年 5 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

目 录

导论 构建中国特色老年法制	(1)
第一章 老年人权益保障法概述	(28)
第一节 老年人权益保障法的立法定位、基本原则和制度体系	(28)
第二节 完善我国老年人权益保障法框架体系	(42)
第二章 域外老年人权益保障立法借鉴	(57)
第一节 德国养老保障制度	(58)
第二节 日本医疗保障制度	(67)
第三节 英国社区照顾制度	(73)
第四节 瑞典老年人就业促进政策	(77)
第五节 香港老年人教育制度	(83)
第六节 台湾地区老年人经济安全保障制度	(89)
第三章 老年人权益保障地方立法比较	(97)
第一节 老年人权益保障地方立法概况	(97)
第二节 地方立法名称与立法结构比较	(100)
第三节 地方立法总则与附则比较	(102)



第四节 地方立法家庭保障与社会保障比较·····	(107)
第五节 地方立法社会照料与社会救助比较·····	(114)
第六节 地方立法社会优待与社会参与比较·····	(119)
第七节 地方立法法律责任比较·····	(124)
第八节 地方立法探索与创新·····	(126)
第四章 老年人权益保障关联法律研究·····	(131)
第一节 老年人权益保障法与公法的关联·····	(132)
第二节 老年人权益保障法与民法的关联·····	(145)
第三节 老年人权益保障法与社会法的关联·····	(152)
第五章 老年人权益保障基本制度·····	(164)
第一节 老年人权益保障制度概述·····	(164)
第二节 完善老年人权益保障制度体系·····	(170)
第三节 构建老年人权益保障具体制度·····	(194)
附录一 中华人民共和国老年人权益保障法(修订草案)(专家试拟稿)·····	(220)
附录二 东亚老年法材料选编·····	(233)
日本高龄社会对策基本法·····	(233)
日本关于防止对老年人的虐待、援助扶养人的法律·····	(237)
韩国关于奖励和支持孝行的法律·····	(246)
韩国关于促进家庭亲和型社会环境营造的法律·····	(249)
后 记·····	(257)

导论 构建中国特色老年法制

事实上,家家都有老人,人人都会变老,每个人都是老龄化社会的组成部分,研究老龄化问题其实就是研究我们自己。

——戴维·L·德克尔(《老年社会学》)

世界各国面临的人口问题不同,日本、韩国和欧洲不少国家都面临着生育率持续下降和严重“少子化”问题,而中国仍然面对着人口规模巨大的压力。^①放眼世界,除非洲和中东部分地区外,人口老龄化大潮已席卷全球。如何应对人口老龄化带来的复杂社会局势与风险以及巨大经济与政治压力,是世界各国共同面对的时代课题。自20世纪末进入老龄社会以来,中国人口老龄化进程不断加快,高龄老人、空巢老人、失能老人数量剧增,对养老体制、人口政策、社会道德和政府能力等提出了严峻挑战。1996年出台的《老年人权益保障法》已经不适应当前人口老龄化的严峻形势,尤其不适应家庭养老功能减退、养老社会化增强的趋势。国家确立积极应对老龄化基本国策和实施老龄事业战略规划,健全和完善社会保险、社会救助、社会照护、福利设施、社会优待以及老年人社会参与等制度,构建老年人权益保障法律制度体系,无疑具有重大现实和战略意义。

在《老年人权益保障法》修改的论证和起草过程中,关于立法名称,是继续沿用“老年人权益保障法”还是制定“老年人福利法”;关于立法定位,是立足于老年人合法权益保障还是人口老龄化应对或者两者并重;关于法律框架,有关家庭赡

^① 世界人口在2011年底已经达到70亿,中国人口有13亿多,占据世界总人口的将近1/5。控制人口规模仍然是中国的一项沉重任务和长期政策。

养与扶养的规定是否保留,社会保障的含义采用广义还是狭义,社会照料有无独立立章的必要;关于制度创新,要不要将备受争议的“常回家看看”写进法律,可不可以老年人权益保障法中明确规定老年人监护制度等等,上述问题一直处在争议中。而更加广泛和更为具体的问题包括老年人权益保障法的属性与特征、名称与框架体系、目的条款与立法根据、老年人的概念及分类保障、老年人权利与权益保障、积极应对人口老龄化基本国策、老年人权益保障法的基本原则、政府责任及其定位、家庭保护与社会保障的关系、“常回家看看”与精神赡养、老年人监护与老年人照料、国家支持家庭养老制度、老年健康与护理保险制度、老年人社会救助制度、社会照料服务规制、社会养老服务职业化、社会优待政策法律化、老年人宜居环境建设、老年人就业与社会参与、农历9月9日老年节,以及老年人权益保障法的可操作性等。

一、老年人权益保障法的属性与特征

在已经形成的中国特色社会主义法律体系中,社会法是一个越来越重要的法律部门。尽管老年人权益保障法包括家庭保护、政府规制等传统上属于民法、行政法的内容,但从总体上讲,老年人权益保障法与妇女权益保障法、残疾人保障法等同属于社会法范畴。老年人权益保障法的社会法属性决定了它不同于传统法律部门,决定了它的基本特征。从老年人权益保障法的功能上看,老年人权益保障法是社会一权益与福利法。从本质偏向上看,它主要是权益法;从老年人权益保障法的基本内涵上看,老年人权益保障法是权利、责任与义务法。从内涵侧重上看,它主要是责任法;从老年人权益保障法采用的规制模式看,老年人权益保障法是政策、促进和保障法。从实现途径来看,它主要是政策法。老年人权益保障法是一部以权益法为根本、以责任法为基础、以政策法为手段的综合性法律。将老年人权益保障法定位为社会法,学界和立法界并没有太多的分歧,问题是将老年人权益保障法定位为社会法的意义何在。不同的法律部门有其共同的法学原理,所有部门法的建设和发展都会有共性规律,但是不同部门法所调整的对象不同,必然会有不同的具体原理和规律需要认真对待。将老年人权益保障法定位为社会法,就是要强调老年人权益保障立法必须遵循社会法原理和社会法建设与发展的规律。研究和阐释社会法原理在老年人权益保障立法中的应用,分析和概括社会法建设和发展的规律对老年人权益保障立法的作用,是老年人权益保障法制建设的基础性工作。

在老年人权益保障法中,权益与福利相得益彰,政策与法律一脉相承,义务



与责任相辅相成。老年人权益保障法应力求三个方面的有效结合。一是社会福利与权益保障的结合。^① 老年人的权益包含两个方面：一方面是共享发展成果意义上的权益，基于敬老养老传统、人道精神和每个人成为老年人之前对社会的贡献等，老年人天经地义地享有福利权。另一方面是像人身权、财产权等法律规定的权益，一旦侵犯老年人的法定权益将引起法律后果，侵权者将承担法律责任。二是责任与义务的结合。对老年人权益保障和实现来讲，家庭及其成员的义务和政府与社会的责任均不可或缺。比较而言，老年人福利需要相应的责任予以支持，而老年人合法权益需要义务性规定与之对应，以实现家庭、政府和社会责任与义务的合理布局并体现分担原则。三是法律与政策的结合。一方面，老年人权益保障需要法律和政策分工合作，两者作用的层面和机制有所不同，从一定意义上讲，它们可以相辅相成甚至相得益彰；另一方面，老年人权益保障法中有大量政策性规定，这是法律充满活力和现实感的保障，这在一定意义上使其具有了明显的政策法特征。

二、关于老年人权益保障法名称与框架体系

与国外立法模式不同，《中华人民共和国老年人权益保障法》是一部面向人口老龄化和老年人权益保障的牵头法，它向上联系着宪法的相关权利条款和政策条款，包括经济社会文化权利条款和有关国家职能、政府责任的政策条款的规定。^② 左右关联着其他法律法规中与老年人权益相关的条款和内容，像《婚姻法》、《社会保险法》中有关家庭赡养、养老保险和医疗保险等规定；向下一方面关联着配套立法，如《社会养老机构管理条例》、《社会养老从业人员管理办法》等，另一方面关联着地方立法，全国31个省级行政区域有自己的专门立法。不仅如此，它同时又开放性地与经济社会发展规划、政府专项规划以及老年人福利等社会政策高度关联。世界各国面对的人口老龄化问题有共性也有所不同，面对人口老龄化可以

① 老年人权益具有双重意义，既可以表现为福利权益，也可以表现为合法权益。《中国老龄事业的发展》白皮书包括前言、老龄事业国家机制、养老保险体系、老年医疗保健、为老年社会服务、老年文化教育、老年人参与社会发展、老年人合法权益保障等七个部分。白皮书中出现的老年人合法权益保障是狭义上的老年人权益，相当于受法律保护的人身自由、财产权等法律权益。

② 长期以来，人们将关于权力、权利及其关系的规定视为宪法的基本内容，较少有人特别重视宪法政策条款。但实际上，立法上“根据宪法，制定本法”的宪法根据大都与宪法政策条款有关。从一定意义上讲，宪法政策与国家权力、公民权利的关系高度关联，政策条款表达了国家职能，由此产生政府职责，并对公民权利提供支撑。



运用的文化、制度及经济资源存在巨大差异,在立法模式上会有不同的选择。面向特殊群体的利益需求和权益实现的需要,中国已经形成了比较稳定的立法模式,像《妇女权益保障法》、《残疾人保障法》、《未成年人保护法》等。修改《老年人权益保障法》不宜改变法律名称,如果将“老年人权益保障法”更名为“老年人福利法”,就不单单是一个法律名称的更换问题,就要涉及法律框架体系的变化和内容的随之变化;就不再是一个法律修改问题,而是另行立法。废弃“老年人权益保障法”这一法律名称,就等于另起炉灶制定“老年人福利法”,这种做法不仅会导致已经体系化的中国特色的老年法制随之解体,还会偏离老年人权益实现的既成逻辑。

关于老年人权益保障法的框架体系,学界和立法实务界争论比较大。一种“颠覆性”的意见主张放弃现行老年人权益保障法的框架体系,根据“老年人权益——权益保护和实现——促进和保障措施”这样的逻辑重构老年人权益保障法的框架和结构。根据这样的主张,老年人权益保障法除总则和附则外主要包括三个方面的内容:一是关于老年人的各类权益,有一个全面的汇总性规定;二是老年人权益的实现和保护,包括与权益对应的义务、责任及相关机制;三是来自于政府和社会的保障与促进措施,包括政策措施和法律责任等。^① 另一种“破坏性”的意见主张删去现行法律“家庭赡养与扶养”一章的规定,主要原因是该章内容与婚姻法的有关规定极容易重复,有关赡养与扶养、老年人监护等内容属于传统民法的领地,理应遵从民法的现成规定。^② 老年人与非老年人平等享有婚姻自由、人身和财产权益,老年人的这些权益受法律的平等保护,不宜再在老年人权益保障法中规定。除去这一章后,老年人权益保障法更像是一部社会法。上述意见和建议不乏合理性,但这种做法将打破现行法律框架体系,不符合修法规则。修法的一个重要原则是尊重原有法律框架和逻辑,老年人权益保障法修改尽管修改幅度很大,实际上已经接近于对该法律的修订,但总体倾向于遵从现行法律的逻辑与框架,可以根据社会情势的变化补充完善并进一步体系化,比

① 山东大学老年人权益保障立法研究课题组在项目研究展开时曾拟定了两个修改方案:一个方案是尊重和沿用现行法律框架并加以扩展,另一个方案就是先规定和重申老年人权利,再确立老年人权益基本制度,然后设计包括政府责任、公共政策等在内的实现老年人权益的促进和保障措施,根据这样的逻辑更新法律框架体系。

② 有学者建议制定老年监护法典或者老年家事法典,对家庭赡养与扶养、照料与监护作出完整、明确规定,这属于民法范畴,现行老年人权益保障法的其他内容加上需要补充的社会优待、社会救助、社会福利等方面的内容构成老年福利法。老年人权益保障法律制度可以由老年家事法和老年福利法两部分构成。



如,扩展现行法律框架体系,对老年人“宜居环境”、“福利设施”、“社会优待”、“社会救助”等内容作出专章规定。

三、关于老年人权益保障法目的条款和立法根据

老年人权益保障法目的条款与立法根据实际上就是老年人权益保障法“第一条”的问题。多数立法的“第一条”通常解决两个问题:一是立法目的,二是立法根据。立法目的条款是立法者意图的集中体现,也是法律的精神所在,它与立法原则统领其他法律条款,其他条款可以说是立法目的条款的具体展开。由此可见,立法目的条款在一部法律中拥有极其重要的地位。关于老年人权益保障法的目的条款有两个问题值得讨论:一是是否需要突出“尊严”问题。老年人的生活应当安定、健康和有尊严,安定是底线,健康是质量,尊严才是本质所在。老年人权益保障法目的条款的基调是保障老年人权益,包括生活安定、身心健康,核心价值追求是保障老年人的尊严。二是应否将“弘扬养老美德”写进目的条款。有人认为,老年人权益实现既需要制度保障,也需要社会风气的影响和促进,但立法只解决制度保障问题,老年人权益保障法的目的条款应当写实,不应出现“弘扬中华民族敬老、养老的美德”这样的表述,台湾地区的老年福利立法可以借鉴。^①

在我国法律体系中,宪法具有统帅地位。作为法律系统统帅的宪法,一是具有根本法的性质,二是具有母法的地位,“根据宪法,制定本法”就因此成为大部分法律“第一条”必不可少的表述。在物权法制定过程中,曾发生过第一条写不写“根据宪法,制定本法”的争论。^②从我国立法的情况来看,并不是所有法律都规定了“根据宪法,制定本法”,像《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《收养法》、《专利法》、《商标法》、《信托法》、《海商法》、《保险法》、《证券法》等法律均没有这样的规定。在我国法律体系中,不同法律部门规定“根据宪法,制定本法”的数量和比例有所不同,通常宪法相关法、行政法、诉讼法、刑法等公法作这样规定的比例比

① 台湾地区老人福利法的目的条款经历了从1980年“宏扬敬老美德,安定老人生活,维护老人健康,增进老人福利”到1997年“宏扬敬老美德,维护老人健康,安定老人生活,保障老人权益,增进老人福利”再到2007年“维护老人尊严与健康,安定老人生活,保障老人权益,增进老人福利”的变化过程,说明老人福利法的立法目的顺应时代发展不断作出调整。

② 《物权法》草案一、二、三、四次审议稿并无“根据宪法”的规定,后来的草案增加了“根据宪法,制定本法”的规定,最终成为《物权法》第1条除立法目的外的另一不可或缺的内容。民法学界梁慧星教授不主张这样的表述,认为这样的表述实际上混淆了我国的人民代表大会制度与西方的三权分立制度。但宪法学者大都主张写入这样的规定,以体现宪法的根本法地位及其在法律体系中的统帅作用,甚至有学者认为,在重要法律的第1条写入“根据宪法,制定本法”是不言而喻的。



较高,社会法的比例也较高,民商法和经济法的比例相对较低。^①一定意义上讲,凡是涉及限制公民自由和权利的立法,必须有直接的宪法根据,赋予公民权利和利益的立法,可以没有直接宪法根据。实际上,宪法在界定权利、权力及其相互关系的同时,规定了大量的政策条款,大凡重要立法均能找到宪法依据,另外,将一部法律与宪法紧密关联起来,无疑有助于整个法律体系的逻辑化,也有助于增强法律的正当性和权威性。因此,《老年人权益保障法》应当在第1条明示“根据宪法,制定本法”。至于老年人权益保障法的宪法根据,显然不仅仅是现行宪法第45条关于公民年老时有从国家和社会获得物质帮助的权利的规定,第37条、38条、49条等有关公民权利的规定,以及第14条关于国家建立和健全社会保障制度的规定和第19条至第24条有关国家政策的规定,均可视为老年人权益保障立法的宪法根据。

四、关于老年人概念与分类保障

2010年第六次全国人口普查主要数据公报显示,中国60岁及以上人口为177648705人,占总人口的13.26%,其中65岁及以上人口为118831709人,占总人口的8.87%,并且在未来二十多年里人口老龄化还将不断加快。我国老年人在法律上的定义是60岁以上的人,人们通常将老年人的最低年龄与退休联系起来,这实际上是一个脱离实际的认识,或者说是一种不能完全反映现实的想当然的看法。因为农村老年人与退休年龄无关,企业职工退休年龄通常为男性55岁、女性50岁。即使排除了农民和企业职工不讲,女性55岁退休与60岁这一老年人的底线年龄也无法一致起来。可否考虑将退休年龄与老年人年龄节点分离,并非退休即进入老年期。1996年《老年人权益保障法》确定的老年人定义应当考虑修改,根据国情适当提高老年人的年龄标准。世界上很多国家和地区都将老年人定义为65岁以上的人。由于人类寿命延长,加之人的体力和心态在60岁以后持续保持良好状态,完全可以将老年人的最低年龄调至65岁。这样可以相对减轻政府的财政压力,将有限的资源集中用在老年人的福利上,使面向老年人的福利水平更高且老年福利政策更具持久性。

^① 我们曾对截至2009年12月的有效法律进行过统计分析。截至2009年12月,全国人大及其常委会制定或批准的现行有效法律为238件,分属于不同法律部门。在40部宪法相关法中规定“根据宪法,制定本法”的法律有20部,占50.00%;83部行政法中29部作了这样的规定,占34.94%;8部诉讼与非诉讼程序法有37.50%的法律在第1条作了这样的表述;17部社会法中的7部作此规定,比例为41.18%;33部民商法只有7部有这样的规定;而经济法比例更低,56部经济法中只有4部有此规定,仅占7.14%。



老年人权益保障应当贯彻区别对待和分类保障原则。中国不仅老年人规模大,高龄老人、空巢老人、失能老人比例也高,“未富先老”及高龄、空巢、失能老人规模大,是中国人口老龄化中最突出的问题,如何面对这些突出问题是应对人口老龄化的重大课题。^①对老年人的福利保障应当根据不同的标准区别对待、分类保障,适度向老年人中的弱势群体倾斜。就年龄方面而言,可以将80岁以上的人定义为高龄老年人,国家应当建立全国统一的面向高龄老年人的福利补贴或护理保险制度,并鼓励有条件的地方适当放低年龄。在社会优待领域可以对不同年龄段的老年人区别对待,有些优待措施需要较大的社会成本,在暂时不能普及的情况下应当适用于达到一定年龄的老年人或者高龄老年人。比如,博物馆、科技馆、文化馆、体育场馆等公共文化体育设施应当向70岁或者75岁以上老年人免费开放;再比如,公园、园林、旅游景点应当对70岁或者75岁以上老年人免收门票费;等等。

五、关于老年人权利与权益保障

在当代各国,权利构成立法和制度的逻辑起点。随着人权观念的普及,围绕权利展开立法和制度构建,已经成为世界各国普遍的立法现象。以经济、社会、文化权利为主线加强社会法制建设,是社会立法的基本规律。在老年人权益保障法修改论证过程中,有人主张打破现行老年人权益保障法的框架体系,另起炉灶设计以老年人权益为核心的法律框架,这一主张强调了当代社会立法的逻辑。尽管法律修改没有采用这一做法,但关注老年人权益体系化已经成为各方面关注的问题。不少地方的老年人权益保障立法以专门条款明确规定了老年人的合法权益。^②新疆维吾尔自治区的立法对老年人权利的规定比较全面,一方面,在总则中比较系

^① 目前,在中国,这个世界上唯一一个老年人人口超过1亿接近2亿的国家中,近十年来,80岁以上高龄老人增加了近一倍,已经超过2000万;父母与子女异地居住的现象越来越普遍,2010年空巢家庭已经达到50%;老年人健康状况令人堪忧,失能、半失能老人已超过3300万。

^② 《四川省老年人合法权益保护条例》第3条规定:“本条例所称的老年人的合法权益,是指宪法和法律规定老年人应享有的政治权利、人身自由权、受赡养扶助权、婚姻自由权、财产权、继承权、居住权和从国家、社会获得物质帮助权等权利。”《新疆维吾尔自治区保护老年人合法权益条例》第2条规定:“本条例所称老年人的合法权益,是指各民族老年人依法享有的政治权利、民主权利、人格尊严和人身自由权、劳动和休息权、财产和房屋居住权、继承权、婚姻自由权、从国家和社会获得物质帮助权,以及宪法和法律规定的其他权利。”《云南省老年人权益保障条例》第3条规定:“老年人依法享有人格尊严和人身自由权、婚姻自由权、财产权、受赡养扶助权、受教育权、获得国家和社会物质帮助权、参与社会发展权,享受社会发展成果权以及宪法和法律、法规规定的其他权利。”



统地规定老年人的各项权利,另一方面,专章规定了老年人的合法权益。^①

“老年人权利”和“老年权益”不是同一概念,但在老年人权益保障制度体系中,两者又难以区分。可以说,权利偏重于与相应义务或责任的对应,突出老年人的主体地位;权益包含了权利的价值,并且更侧重于老年人的实际利益,它要求相关主体尊重老年人的主体地位、人格尊严,对老年人的合法利益甚至合理利益给予保障。相关主体范围很广,其中包括家庭和政府。在老年人权益受到侵害时,家庭其他成员有保护老年人的责任,这是血亲价值的体现。老年人的权利非常广泛,既有一般性,也有特殊性。老年人享有人人皆有的权益,像人身权、财产权、婚姻自由权、继承权和遗产分配权等,还享有享受赡养的权利、享受养老金的权利、老年优待权利等通常只有老人才享有的权利。老年人的前述权利尽管为法律所明确,但由于有些权利难以实现,如老年人的离婚、再婚比一般人的障碍要多;有些权利的侵害主体是老年人的子女或者其他家庭成员,排除权利侵害的难度也大;另外,老年人的自主能力不足也影响到权利实现的程度。正因为如此,所以需要通过修改老年人权益保障法,并促动相关立法,完善老年人家庭保护制度,实现对老年人权益的有效保护。

六、关于积极应对人口老龄化基本国策

计划生育、环境保护、节约资源、保护耕地等基本国策对过去三十多年经济社会发展发挥了重大作用。依据宪法由法律或其他权威文件确立的基本国策对国家规划、公共政策和立法等具有重大意义。随着人口老龄化的不断加快,积极应对人口老龄化确立为基本国策,是一项国家重大战略选择。因此,不少人主张利用老年人权益保障法修改的时机,将积极应对人口老龄化写入老年人权益保障法并直接表述为基本国策。当然,国家基本政策的确立应当特别慎重,应当保持基本国策的协调性。老龄社会问题繁多且与其他社会问题交叉重叠,其中有些方面与其他社会问题存在一定的紧张关系。如何协调、缓和这些冲突和紧张关系,是公共政策与立法必须面对的综合课题。计划生育与积极应对人口老龄化不在同一个政策方向上,积极应对人口老龄化的一个重要方面就是适时调整计划生育政策,可见,积极应对人口老龄化与计划生育在基本国策层面上的关系需要予以

^① 《新疆维吾尔自治区保护老年人合法权益条例》共分5章,包括总则、老年人基本权益与义务、老年人合法权益保护、法律责任和附则。其中第二章“老年人基本权益和义务”共10条,包括政治参与权、社会参与权、人格尊严、人身自由、财产权、受赡养权、婚姻自由、居住权等。



通盘考虑。学界和立法实务界存在争议的是基本国策能否由法律确立。有人认为,将积极应对人口老龄化确立为基本国策必须经由法定程序写进宪法。如果应对人口老龄化的战略意义已经超过计划生育,那么最好经由周密的程序确立并写入宪法以显示其效力,以与计划生育、环境保护等基本国策相提并论。

我国现行宪法有若干政策性条款,包括纯粹的政策条款和“权利—政策”条款,但宪法并不明确规定基本国策。^①实际上,基本国策并非宪法概念。按照多数人的理解,基本国策是在宪法规定的国家政策的基础上,通过法律或权威文件宣布为基本国策,比如,计划生育、环境保护、合理利用土地、节约资源为基本国策,其宪法依据是1982年《宪法》第25条、26条、10条和9条,其法律或权威文件依据分别为:《人口和计划生育法》第2条规定:我国是人口众多的国家,实行计划生育是国家的基本国策;1986年中共中央、国务院《关于加强土地管理、制止乱占耕地的通知》指出:十分珍惜和合理利用每一寸土地,切实保护耕地,是我国必须长期坚持的一项基本国策;1990年国务院《关于进一步加强环境保护工作的决定》规定:保护和改善生产环境和生态环境、防治污染和其他公害,是我国的一项基本国策;2007年中共十七大报告指出:坚持节约资源和保护环境的基本国策,关系人民群众切身利益和中华民族生存发展。^②宪法规定的国家政策经由立法或政策文件宣布而成为基本国策,仿佛已经成为一种惯例,仿佛国家政策即使宪法作出规定也需要经过这样的程式才能成为基本国策。^③实际上,宪

① 现行宪法拥有大量的政策条款,有些条款属于纯粹的政策条款。《宪法》第19条规定:国家发展社会主义的教育事业,提高全国人民的科学文化水平。第20条规定:国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。第25条规定:国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展相适应。第26条规定:国家保护和改善生活环境和生态环境,防止污染和公害,等等。有些条款则将公民经济社会文化权利与国家职能结合起来,构成了“权利—政策”条款,比如《宪法》第42条规定劳动权利。同时规定,国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。第45条规定:公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会活动物质帮助的权利。同时规定,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。第47条规定:公民开展科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。同时规定,国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性活动,给以鼓励和帮助,等等。

② 中共十八大政治报告指出,男女平等是我国的基本国策。

③ 为突出应对人口老龄化的重要战略意义,在《老年人权益保障法》修改过程中,有人主张根据基本国策形成的惯例,以《宪法》第14条但不限于本条的规定为依据,基于《宪法》第14条关于建立健全社会保障制度的规定或者更多的相关规定,可以通过《老年人权益保障法》将“积极应对人口老龄化”确立为国家的基本国策。



法总则中规定的国家政策均具有基本性,无论是政治政策、经济政策,还是社会政策、文化政策、生态政策,均与公认的基本国策同等重要。由宪法规定的国家政策到基本国策并无严格的政治或者法律程序,也谈不上是一种政治惯例,而且进入宪法的国家政策由一般法律或权威性的党政文件宣布为基本国策也不符合宪政治的逻辑。所以有学者将依法治国、思想道德建设、发展教育事业、发展科学技术事业、发展文化事业、保护私有财产权、建立健全社会保障制度等均列入基本国策范围。^① 尽管如此,以《宪法》第14条但不限于本条的规定为依据,基于《宪法》第14条关于建立健全社会保障制度的规定或者更多的相关规定,通过《老年人权益保障法》将“积极应对人口老龄化”明确宣布为基本国策,也不失为一项可行的选择。

七、老年人权益保障法基本原则

在任何一部法律中,法律原则都具有特别重要的地位,它是特定法律理念的物化。老年人权益保障法应当充分反映人权保障、公平正义、科学发展与责任义务理念,并将它们物化为老年权益保障法的基本原则,比如特殊群体权益保障原则、社会公平正义原则、全面协调和可持续原则以及义务—责任共担原则等。尊重和保障人权已经成国家的基本价值观和立法工作的价值诉求,弱势权益保障是国家尊重和保障人权的题中之义和现实课题,是人权保障理念的具体反映。社会公平正义是中国特色社会主义制度的基本价值准则,平衡老年人与其他社会群体之间的利益关系是公平正义原则的基本要求,社会是公平正义理念的具体体现。老年人权益与家庭、政府能力和社会经济发展水平紧密相关,保持各方面的协调和衔接,是科学发展理念的实践要求。在一个强调个人价值和权利过度增长的时代,应当相应地突出责任和义务的意义,这需要明确和强化国家(地方)、社会(社区)、家庭等对老年人权益保障的义务和责任。

中国特色社会主义法律体系与中国特色社会主义人权体系相交融,它包括经济社会文化权利、公民和政治权利以及特殊群体权利三个部分。^② 在整个人权体系中,老年人权益占有重要地位,而且随着老龄社会的到来越发显示出重要

^① 参见俞德鹏《宪法学》,法律出版社2009年版,第215~229页。

^② 《国家人权行动计划(2009~2010年)》比较系统地表述了具有中国特色的人权框架体系。《国家人权行动计划(2009~2010年)》最具有实质性内容的三个部分列举了不同权利的保障:一是经济、社会和文化权利保障,二是公民权利与政治权利保障,三是少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人的权利保障。



性。特殊群体权利保障原则要求将老年人权益保障摆在人权保障的突出位置,既强调老年人法律权益的保障,又重视老年人福利权益的保障。老年人是特殊的社会成员,他们构成一个特殊的社会群体,并表征着一个社会的结构状态,是影响社会稳定和谐、文明进步的基本要素。老年人权益保障既是中华民族传统美德的要求,也是人道主义的体现,更重要的是,保障老年人的权益体现了公平正义的社会诉求。老年人权益保障尤其是发展老年人社会福利取决于政府是否拥有足够的能力,最终取决于经济能否持续发展,老年人权益保障水平归根结底取决于经济社会发展水平。全面协调和可持续原则要求老年人权益保障、政府和社会的责任能力、经济社会发展水平保持协调。国家建立与经济社会发展水平相协调的社会保障制度,老年人权益保障的法律要求和政策安排必须实事求是,既要立足眼前又要着眼长远。老年人权益保障是一项社会事业,既关涉到当前的老年人,也关涉到未来的老年人,是一项全民事业,社会的每一个单元,包括政府、社会组织、家庭都有不可推卸的责任,甚至承担着相应的法律义务。对保障老年人合法权益、促进老年人社会福利作出合理的义务—责任安排,必须贯彻家庭、政府和社会义务—责任共担原则。

八、关于政府责任及其定位

老年人权益保障法属于社会法范畴,具有权利法、政策法和责任法等特征。老年人权益保障法具有责任法的特征说明,政府和社会责任在保障老年人权益保障方面不可或缺甚至举足轻重。当然,相比较社会责任而言,政府的责任是首要的,关于政府责任的规定分布在总则到附则的各个部分。政府在老年人权益保障方面的责任主要包括政策引导、资金支持、市场培育、监督管理和制度供给等。老年人权益保障法应当明确政府的财政责任,将老年人权益保障所需经费纳入政府预算,设立老年人权益保障的相关预算科目,并强调与政府财政收入同步增长;政府应当依法出台政策措施为实现老年人权益提供保障,比如税收优惠、土地无偿划拨等;^①政府还应当加强相关规划和管理,包括对社会照料机构、福利设施的许可、登记和监管责任,城乡规划应当将老年人住宅、养老设施建设

^① 财政部、国家税务总局根据中共中央、国务院《关于加强老龄工作的决定》,对福利性、非营利性老年服务机构暂免征企业所得税,以及老年服务机构自用房产、土地、车船的房产税、城镇土地使用税、车船使用税等。对企事业单位、社会团体和个人等社会力量,通过非营利性社会团体和政府部门向福利性、非营利性老年服务机构的捐赠,在交纳企业所得税和个人所得税前予以全额扣除。



纳入其中,像规划幼儿园、中小学那样规划社会养老设施;政府还应当建立和完善最低生活保障制度、五保户集中供养制度、高龄补贴制度、养老服务补贴制度、服务储蓄制度、助老公休制度、社工登记激励制度,以及统一助老评估标准和评估机制等。另外,社会责任亦非常重要,社会责任不仅表现在该法总则的条款上,实际上,政府的很多政策措施需要社会各方面配合落实,基层组织承担着保障老年人权益的重要职责,社区为此需要具备和完善养老功能,对老年人的社会优待需要社会组织履行相应责任,志愿服务在社会养老服务方面具有重要地位和作用。

应对人口老龄化和保障老年人权益中的政府责任和社会责任不能泛化,应当关注政府在老年人权益保障方面的履责能力,尤其需要明确政府责任实现的制度化形式。在养老问题上,应当区分养老责任和养老能力两个不同的概念,随着人口老龄化的不断加快,家庭结构发生变化,家庭养老能力弱化,这是一个客观现实,但家庭养老责任不能弱化。在家庭养老能力不足的情形下,政府和社会应当支持家庭养老,而不是替代家庭养老的责任。在绝大多数社会问题上,政府的责任都不是无限的,养老领域也是如此。过度强调政府责任,还会产生政府财政负担转嫁社会的弊端。^① 老龄社会的养老模式仍然是以家庭为基础的社会养老模式。家庭养老不仅是一个模式问题,还是一个文化问题。社会转型时期,家庭的很多功能都在减弱,不仅是养老功能,还有教育功能。加强家庭建设,就是要恢复和进一步强化家庭观念和家庭功能。从这样的意义上讲,应当特别重视国家支持家庭养老的政策,地方政府应当完善支持家庭养老的政策措施,强调地方政府支持家庭养老政策措施对提升家庭履行养老责任能力的意义。

九、关于家庭保护与社会保障的关系

面对中国人口老龄化态势,尤其是老年人基数与规模大和高龄老人、空巢老人、失能老人比例高以及家庭养老功能减弱等社会现实,正确界定和平衡家庭保护和社会保障的关系,对有效应对人口老龄化和缓解我国养老难题具有重要意义。在老年人权益保障法修改论证过程中,有人主张将“家庭赡养与扶养”一章

^① 美国著名智库“战略与国际研究中心”在2008年发表《大国的银发》研究报告,2009年又再次发布名为《中国养老制度改革的长征》的研究报告,报告指出:中国将在2020年前后达到老年抚养比的峰值,由此产生的财政负担会让年轻一代承受日益沉重的压力,并构成社会的不稳定力量。(参见彭希哲、胡湛《公共政策视角下的中国人口老龄化》,载《中国社会科学》2011年第3期)