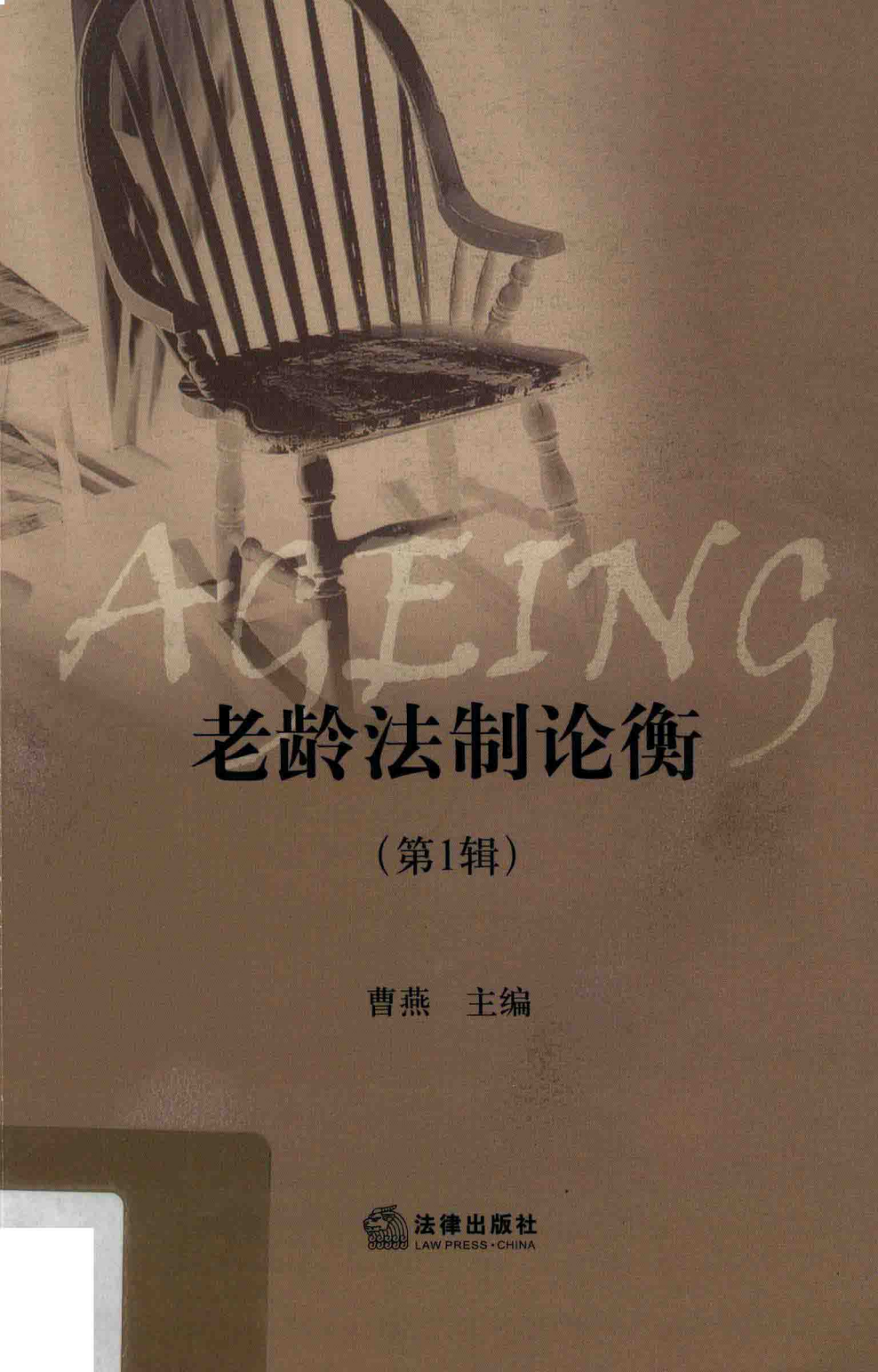




AGEING

老龄法制论衡

(第1辑)

曹燕 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

老龄法制论衡

(第1辑)

曹燕 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

老龄法制论衡. 第1辑 / 曹燕主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2752 - 9

I. ①老… II. ①曹… III. ①老年人权益保障法—中国—文集 IV. ①D922.74 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第225780号

老龄法制论衡(第1辑)
LAOLING FAZHI LUNHENG(DI 1 JI)

曹 燕 主 编

策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 张泽华
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社
开本 A5
印张 11.625
字数 260千
版本 2018年10月第1版
印次 2018年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2752 - 9

定价: 58.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编审委员会

主 任 曹 燕

委 员 强 力 谢德成 义海忠

钱锦宇 常 安 褚宸舸 管 华

前 言

如今中国已经进入老龄化快速发展时期,党的十九大报告明确提出了“积极应对人口老龄化,构建养老、孝老、敬老政策体系和社会环境,推进医养结合,加快老龄事业和产业发展”的政策目标,促进老龄事业发展被摆在治国理政的突出位置。老年人权益保障受到法学界的热切关注和广泛讨论。西北政法大学经济法学院依托校级人文社会科学重点研究基地“西部地区经济社会文明发展法制建设”研究中心,聚集来自经济法学院、民商法学院、政治与公共管理学院、商学院以及老年人权益保障法制研究中心的教师与研究人员,长期致力于老龄法律问题研究,形成一支稳定的老龄法制研究队伍,并培养出一批专注于老龄法制研究的硕士研究生。为了更好地契合学界的知识诉求,对接读者的阅读需要,进一步推动我校老龄法制研究向纵深发展,不断

培育新的学术增长点,我们创办的学术丛书——《老龄法制论衡》即将面世。

本丛书定位为公开出版的、聚焦于老龄法律制度理论与实践研究的专业学术著作,重点关注老龄法律基础理论、制度构建与国际比较等议题的最新研究进展。

本丛书由曹燕教授担任主编,由法律出版社出版。

本丛书计划设置以下栏目:

专题研讨:每一辑我们都将设立若干研讨主题,围绕该主题征稿,研讨主题多为老龄法领域的基础性、前沿性、前瞻性问题。

专论:刊载老龄法的理论探索、制度构建以及国际比较方面的学术论文。

案例评析:围绕国内外具有重要法理意义的经典、热点案例组织专题评论与对话,也欢迎法学青年学人与学子对此类案例自主投稿。

第1辑我们精选了22篇论文,作者是来自西北政法大学经济法学院、民商法学院、政治与公共管理学院的教授、副教授、讲师和“西部地区经济社会文明发展法制建设研究中心”的特聘研究员,以及经济法学专业和劳动与社会保障法学专业的硕士研究生。

本辑设“专题研讨”和“专论”2个栏目,其中“专题研讨”栏目设置了以下2个专题:

其一是“老龄问题的部门法规制”专题。曹燕教授的论文《老龄友好型工作条件法律建构的挑战与应对》从积极老龄化政策理念出发,以老龄劳动者雇佣安定保障、限制延长工作时间、加强对老龄劳动者从事特殊工时制的法律限制以及老龄劳动者平等休假权实现等诸方面探索构建老龄友好型劳动条件的法律路径,指出我国面临的法制挑战,并提出应对策略。高丰美老师的论文《〈民法总则〉背

景下老年人监护立法及其完善》认为,《民法总则》扩充了成年人监护对象,增加了意定监护,确立了尊重被监护人真实意愿原则和最有利于被监护人原则,这些变化回应了老年人监护的需求,具有时代进步性。但是,《民法总则》以民事行为能力欠缺宣告作为成年法定监护开始要件,忽略了身体障碍、心智障碍等具备余存意思能力老年人的监护需求,且存在监护职责规定宽泛、监护监督制度缺位等无法切实地保护老年人监护特殊需求的问题。在未来民法典婚姻家庭编制定和民法典滚动审议时,在成年人监护吸收老年人监护的立法模式下,应以意思能力为依据设置成年人监护类型,细化监护职责,明确利益冲突规则,确立意定监护公证制度和监护监督制度等体现老年人监护特殊需求的法律规范。

其二是“老龄法制的国际比较”专题。高瑾副教授的论文《人口老龄化下美国养老金制度的发展与选择》认为,随着人口老龄化进程的加快,老龄人口占社会总人口的比例也在不断上升,养老金制度作为退休人员收入保障制度的一部分,是确保老年人有尊严地度过人生最后阶段的重要手段。从19世纪中后期部分企业实践雇员养老金计划开始,美国养老金制度经过一百多年的发展,以1974年的《雇员退休收入保障法案》为标志,逐步进行了规范和调整,实践中私有企业养老金计划类别也从以固定收益计划为主转向固定分担计划和“混合”计划为主。这样的转变正是美国私营企业基于各类别养老金计划的“优”“劣”,对经济发展、科技进步下的“老龄化美国”的养老金制度做出的选择。张冬阳老师的论文《法律中的第四年纪》认为,对老年人权益的保障在一定程度上是对人性尊严保障和行为自由以及平等权等法律秩序的挑战,德国学者早在20世纪60年代初就开始研究人口老年化趋势,为此引入了“第四年纪”的概念,并强调国家在基本养老、医疗保险、长期护理保险及社会救助等

方面对老年人权益的保护义务。总体来说,人性尊严保护和平等权等基本权利要求国家通过法律解决下列任务:第一,给予老年人更多的社会参与机会;第二,法律对老年人新出现的需求进行回应和合理安排;第三,国家建立多层次的社会保障体系,完善基本养老保险体系。

“专论”栏目所选论文秉承立法论的立场,着重探讨完善我国老龄法制体系的具体问题:

韩桂君副教授等的论文《构建长期护理保险制度》认为,我国尚未建立长期护理保险制度,致使身体机能衰弱、日常生活无法自理或者不能完全自理、需要他人护理全部或部分日常生活的人,面临物质保障和服务保障双重匮乏的局面。此项制度的缺位不符合新时代社会主义法治国家的要求。因此,建立长期护理保险制度具有重要的现实意义。长期护理保险制度应遵循一致性、福利性、普享性、强制性等原则;在立法时考虑选择德国的社会保险模式;长期护理保险纳入社会保险,除应符合社会保险法律关系基本特征外,还需要在保险人、被保险人、政府监管等方面作出具体规定,以实现长期护理保险制度的立法目的。刘华平副教授的论文《退休制度与养老保险制度的法律关系及其实证分析》认为,应正确认识“退休制度”与“养老保险制度”的法律关系,有区别地实施退休制度和养老保险制度。做到退休制度实施的弹性化,养老保险制度充分保障老年退休者的生活。应建立“养老保险制度”与“弹性退休制度”既相互分离、又相互协调的运行机制。吴丽萍副教授的论文《我国农村空巢老人多元化的养老方式研究》认为,随着社会老龄化程度的加深,农村空巢老人越来越多,这一弱势群体养老问题已经成为全社会关注的焦点。在政府和社会对农村空巢老人养老作用发挥不足的情况下,我国应通过养老机构、农村互助养老、以土地换保障养

老、家庭和自我养老等多种保障方式的有机结合,为农村空巢老人实现多元化的养老保障方式。张琳老师的论文《老年劳动者就业促进制度完善研究》指出,我国已步入老龄化社会,经济和社会发展面临诸多严峻挑战。开发老年劳动者人力资源优势,促进老年劳动者就业可以缓解现实矛盾。我国现阶段老年劳动者就业参与率低,就业质量不高,遭遇年龄歧视现象比较普遍。面对这些问题,可以借鉴国外经验,完善相关立法,为老年就业促进工作开展提供法律依据与保障;大力发展对老年劳动者的职业培训,从本质上提升老年劳动者的就业能力;尽快出台延迟退休具体实施方案,助力老年劳动者的就业促进。马钰凤老师在其《我国意定监护立法之缺失》的论文中提到,意定监护是实现老龄化社会中老年人受监护之意思自治与自我决定权的制度设计,我国《民法总则》和《老年人权益保障法》对意定监护的规定见于零散条文,欠缺意定监护原则、设立、意定监护协议效力与内容、公证和监督的规定。意定监护应当以必要性与补充性为原则,其设立不以行为能力宣告为前提;协议内容可采用格式化与任意化结合、即时生效与附条件生效并用;协议公证为对抗要件,见证性公证与认证性公证并用;监护监督为协议生效要件,适用公私力并用的监护监督机构,明确监护监督职责。

曹萌迪同学的论文《我国赡养人陪护假法律制度完善研究》在结合德国、日本和中国台湾地区家庭假经验基础上,在理论定位、各类休假制度衔接、具体假期模式、政府责任等方面对我国当前赡养人陪护假制度提供完善建议。韩笑同学则通过对国内外失能老人长期照护法律制度现状进行分析,对我国建立失能老人长期照护法律制度提出建议,撰写出《失能老人长期照护法律制度研究》一文。贺欣悦同学在论文《老年人居家养老权益保护》中提出,社区居家养老以家庭为核心、社区为辐射点,由政府和社会为其提供制度政策

和资金的保障,为老人提供各种养老服务。营造出一个尊重老年人养老意愿的,有利于老年人生理、心理健康的,增强老年人自理能力的,具有可操作性的社会居家养老保障体系,对于老年人合法权益的保障有至关重要的作用。但是,由于服务对象的特殊性,养老服务从业人员除了需要有一般社会工作者的专业知识外,还需要培养专业医疗知识和技能。除了重视对服务人员源头的资格审查,国家还应建立一套完善的养老服务从业人员培训体系与制度,重视对服务提供人员的继续教育和培训,建立国家范围内的严格的资格考试体系,使照顾者和被照顾者都能安心的适用养老服务。牛一烨同学的论文《我国老年监护制度的立法现状与完善》认为,《老年人权益保障法》第26条所确立的老年监护制度实现了法律层面的突破,尤其是创设的意定监护制度引起广泛关注,进一步完善了我国当前的监护体系。这一法条也显示出了我国立法理念的不断进步,是现代人权理念的体现。但不可忽视的是,我国老年监护制度还不成熟和完善,当前法律仍停留在框架性的规定上,主要的问题有监护人的监护资格不明确、监护人的监护职责与权利不明确、监护内容的缺少、实施监护的具体程序性规则及监护监督制度的欠缺五个方面。该文通过借鉴美国、德国和日本在老年监护方面的法律规定,提出了几个对应的完善建议。尚娟娟同学另辟蹊径,关注老年人精神权益保障,其论文《我国老年人精神权益保障法律制度研究》中提到,我国的老年人精神权益保障制度建设处于刚刚起步的阶段,权益内容模糊不清、责任划分不全面、救济措施难以施行作为最突出的三个问题,也是该制度建设需首要考虑的框架性问题,这关系着精神权益的实现是否有足够的依据和能否获得有利的支持。在思考老年人精神权益保障制度的设计路径以及进行制度构建的过程中,要充分结合我国的立法理念与实践困境,也应适当吸取其他国家或地

区的可行性制度措施的经验,建立有现实意义的规范体系,从而达到成为老年人提供物质、精神全面保障的美好生活的目标。王天祥同学的论文《老年人法律援助制度的探讨》,重点强调老年人生理机能的退化、文化隔阂、经济不稳定的特点,决定了必须将其作为一个特殊群体进行法律援助。同时,也应当看见我国老年人法律援助制度的不足,并从立法理念、立法技术、立法效果方面完善老年人的法律援助法规。对老年人进行法律援助也应该有经费保障,在现阶段法律援助经费不可能大幅增加的情况下,可以通过精简法律援助运行机构,降低办公经费,增加业务经费,并且加大社会组织的资助,保障经费来源。老年人法律援助的供给主体,不能只依靠律师,而要形成政府、律师、社会组织三者之间的协同模式。任可欣同学在其文章《论我国老年人任意监护制度的完善》中强调,《民法通则》中成年被监护人的范围仅仅涵盖了无行为能力与限制行为能力的精神病人;而《老年人权益保障法》将有监护需求的老龄人口扩展到了成年监护制度的范围;到《民法总则》中,成年被监护人的范围被限定为无民事行为能力与限制民事行为能力的成年人,不局限于精神病人,且在第33条中将原《老年人权益保障法》第26条中关于老年人任意监护的相关制度予以细化,这一做法扩张了成年监护制度的适用情形,进步意义非常值得肯定。但《民法总则》第33条对于老年人任意监护制度存在“误解”,对此,相关概念需要进一步明晰。袁攀同学认为在保障老年人和职工权利方面,探亲假体现了权利本位的基本立场,具备其他休假制度无法替代的功能,适应了我国现阶段改革的增益性需求,因此,有其存在的法理基础,应将其保留并予以完善。由此该同学撰写了论文《我国探亲假制度的困境与因应》,对我国探亲假制度的完善提出了具体建议。例如,应在劳动法律规范中为探亲假提供立法依据,制定专项条例规定其各项制度;重构

探亲假的休假条件、假期长度及假期待遇等。杜亚巍同学在其论文《我国老年人社会福利机构存在的困境及对策》中提出,我国只有《老年人权益保障法》对我国的社会福利机构进行间接调整,无法应对逐步发展的现实问题,因此需要加快相关立法的发展,更全面、多层次地解决社会福利机构存在的问题。韩国制定了一系列专门的法律法规,如《国民基本生活保障法》《老龄产业振兴法》《老年就业促进法》等。我国应加快制定《社会福利机构管理办法》,逐步建立和健全社会福利机构的法律法规体系,规范社会福利机构及相关主体之间的处理程序,使社会福利机构能够依据相关的法律法程序化、规范化地运行。同时,针对立法不明确事项应进行详细规范,逐项细化,扩大社会福利机构的服务事项,建立社会福利机构的纠纷调解机制,完善相关的法律配套设施,做到有法可依、有法必依。柏琳同学则认为法律对于监护起始时间规定不明,监护代理风险大,监护监督机制缺位。通过对比信托制度、委托制度、赠与制度和遗嘱制度,并借鉴大陆法系国家相关优秀经验可知,现阶段,监护信托制度本土化是实现老年监护制度创新完善的重要突破口。在研究大陆法系国家信托监护制度的基础上,该同学认为实现监护信托制度本土化、便民化有利于保障老年人的合法权益,实现社会的长治久安,并撰写出《老年人信托监护制度本土化路径探究》一文对其进行论证。王琦同学的论文《人口老龄化背景下社会养老道路的探索》指出,实现老有所养的战略目标和优先发展社会养老的要求,就要继续推进社会养老服务建设,大力推广社会养老模式,鼓励社区等力量积极进行社会养老建设,支持养老机构的发展,增加养老床位的数量和提供各种政策支持,统筹规划社会养老服务体系,构建完善的社会养老服务制度,不断满足老年人的养老需求。校思源同学则在老问题上创新研究方法,采取大数据案例分析的方法,探寻

立法、司法、学界理论的最大公约数,以此撰写出文章《老年劳动者再就业劳动关系认定的法律适用研究》。张冉同学聚焦当下热点问题——“失独老人”,在其论文《失独老人养老困境及对策研究》中强调,失独老人作为特殊社会群体,在失去唯一的子女后丧失了家庭养老的基础,仅仅依靠政府及当前单一的养老保障模式,远远无法解决日益严峻的失独老人养老保障问题。面对这一现状,应当探索适合我国国情的多元化养老方式。首先应当立法先行,推进立法专门化、精细化,为失独老人养老保障提供法律支撑;其次应强调政府责任,通过政府购买服务的方式,减轻或免除失独老人的养老负担,为社区养老和机构养老提供可能;最后应当强调个人与社会应当承担的责任,在养老保险的基础上,通过构建企业补充养老保险,个人储蓄养老保险、商业养老保险,设立专项基金等多元化的养老保障方式,充分发挥个人和社会在养老保障中的作用。

目 录

前言 / 1

专 题 研 讨

老龄友好型工作条件法律建构的挑战与应对

／ 曹 燕 / 3

《民法总则》背景下老年人监护立法及其完善

／ 高丰美 / 18

人口老龄化下美国养老金制度的发展与选择

／ 高 瑾 / 32

法律中的第四年纪 / 张冬阳 / 47

专 论

构建长期护理保险制度 / 韩桂君 向慧玲 / 61

退休制度与养老保险制度的法律关系及其实践

分析 / 刘华平 / 96

我国农村空巢老人多元化的养老方式研究

/ 吴丽萍 / 113

老年劳动者就业促进制度完善研究 / 张琳 / 129

我国意定监护立法之缺失 / 马钰凤 / 143

我国赡养人陪护假法律制度完善研究

/ 曹萌迪 / 157

失能老人长期照护法律制度研究 / 韩笑 / 173

老年人居家养老权益保护 / 贺欣悦 / 186

我国老年监护制度的立法现状与完善

/ 牛一烨 / 202

我国老年人精神权益保障法律制度研究

/ 尚娟娟 / 216

老年人法律援助制度的探讨 / 王天祥 / 233

论我国老年人任意监护制度的完善 / 任可欣 / 247

我国探亲假制度的困境与因应 / 袁攀 / 264

我国老年人社会福利机构存在的困境及对策

/ 杜亚巍 / 283

老年人信托监护制度本土化路径探究

/ 柏琳 / 296

人口老龄化背景下社会养老道路的探索

/ 王琦 / 311

老年劳动者再就业劳动关系认定的法律适用

研究 / 校思源 / 327

失独老人养老困境及对策研究 / 张冉 / 342

《老龄法制论衡》论文集征稿启事 / 354

《老龄法制论衡》注释体例 / 356

专 题 研 讨

