



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FOUNDATION

“十二五”国家重点
图书出版规划项目

人口老龄化社会法制建设

L

A

W

老年人权益保障 立法研究

肖金明 主编

山东大学出版社



人口老龄化社会法制建设

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, 2015. 10

(人口老龄化社会法制建设)

ISBN 978-7-5607-5390-4

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(2015)第 263405 号

责任策划 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:山东新华印务有限责任公司

规 格:720 毫米×1000 毫米 1/16

20.75 印张 360 千字

版 次:2015 年 10 月第 1 版

印 次:2015 年 10 月第 1 次印刷

定 价:29.00 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		//1
第一章 老年人权益 保障法概述	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	//30
	第二节 完善我国老年人权益保障法框架体系	//44
	第三节 创新我国积极老龄化法制理论与实践	//60
	结 语	//65
第二章 域外老年人权益 保障立法借鉴	第一节 德国养老保障制度	//70
	第二节 日本医疗保障制度	//80
	第三节 英国社区照顾制度	//85
	第四节 瑞典老年人就业促进政策	//90
	第五节 香港老年人教育制度	//96
	第六节 台湾地区老年人经济安全保障制度	//103
	结 语	//111

第三章	第一节 老年人权益保障地方立法概况	//115
老年人权益保障	第二节 地方立法名称与立法结构比较	//117
地方立法比较	第三节 地方立法总则与附则比较	//119
	第四节 地方立法家庭保障与社会保障比较	//126
	第五节 地方立法社会照料与社会救助比较	//133
	第六节 地方立法社会优待与社会参与比较	//139
	第七节 地方立法法律责任比较	//144
	第八节 地方立法探索与创新	//147
	结 语	//151
第四章	第一节 老年人权益保障法与公法的关联	//155
老年人权益保障	第二节 老年人权益保障法与民法的关联	//169
关联法律研究	第三节 老年人权益保障法与社会法的关联	//177
	结 语	//191
第五章	第一节 老年人权益保障制度概述	//194
老年人权益保障	第二节 完善老年人权益保障制度体系	//200
基本制度	第三节 构建老年人权益保障具体制度	//228
	结 语	//255
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)	//258
	二、日本老年法材料选编	//272
	三、老年法律规范汇编	//286
	四、老年政策文件汇编	//296
主要参考文献		//320
后 记		//325

导 论

一、老年人权益保障立法的基本问题

(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—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。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。老年人的权益应当包含两个方面: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,在一定意义上使其具有了明显的政策法的特征。

(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^①；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；向下则既关联着配套立法，如社会养老机构管理条例、社会养老从业人员管理办法等，也关联着地方立法——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，如妇女权益保障法、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体系。

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。^②另一种“破坏性”的意见主张删去现行法律“家庭赡养与扶养”

① 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。

② 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。

一章的规定,主要原因是该章内容与婚姻法的有关规定容易重复,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。^①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,不符合修法常规。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)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人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为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。《国

^① 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、明确的规定。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。

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》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。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。全面协调和可持续发展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。

(四)关于老年人权益保障法的可操作性

老年人权益保障法不少条款的可操作性问题一直是争论的焦点问题,对一些政策性、道德性较强的相对软性的规定能否写进这部法律,学界和立法实务界众说纷纭。人们普遍认为,老年人权益保障法的许多条款像是政策性要求或者道德性宣示,如带有鼓励、支持、倡导等术语的条款不像“法言法语”,这样的条款不具有法律的刚性,在援引它们解决具体问题时可操作性不强。实际上,这恰恰是社会法的一个不可忽视的特征。老年人权益保障法属于社会法范畴,社会法是在公法与私法之外或者说是公法与私法交集形成的第三法域。一方面,社会法与社会道德、社会政策紧密相关,具有权利法、政策法、责任法等特征,不同于传统公法和私法,它应体现政策、道

德与法律的有效结合;另一方面,社会法与刑法、民法、行政法等部门法不同,对其可操作性应作特别理解。如果不考虑政府财力、权利成本将条款写得过于理想就会降低其可操作性,充分征求部门意见就是为了使这部法律具有可操作性。另外,老年人权益保障法作为一部牵头法,需要配套立法,也需要地方立法,这部法律的可操作性需要相应的地方立法和配套立法加以体现和保障。

法律的可操作性和可诉性是两个不同概念,与可制裁性也不同,可诉性和可制裁性仅仅是可操作性的两个侧面。比如,包括社会公众和专业人员在内的不少人认为,像“常回家看看”这样的规定没有可操作性。这里涉及对法律可操作性的理解问题。就社会公众而言,他们对法律的第一理解就是法律的制裁性。既然违反了“常回家看看”难以制裁,也就失去了可操作性,或者说可操作性极低;而对于法学或法律界来讲,法律的可操作性主要被指为司法适用性,实际上是说“常回家看看”这样的条款不具有可诉性,家庭成员不遵守这样的规定,法院不能据此判决家庭成员履行精神慰藉的义务或者接受制裁。“常回家看看”条款涉及精神赡养问题,老年人提出精神赡养诉求的案子很多,而且法院支持老年人精神赡养诉求的判例已经不是个别的。比如,2004年1月至10月,天津津南区法院共受理了140件老年人对子女与自己缺乏沟通表示不满的案件,有80位老人正式提出要求子女经常看望等非物质诉讼请求。再如,2007年12月,江苏省海安县法院对于86岁老年人提出的精神赡养诉讼请求,判决儿子每月不少于两次探望母亲,每次陪护时间不少于一小时,在母亲因病不能自理时,被告应予以陪护。^①将可操作性等同于可制裁性或者可诉性显然限缩了可操作性的意义。从社会法的角度看,老年人权益保障法的操作性的一个重要方面体现为它的基本条款能够促使政府采取行动,出台政策措施和提供资金保障,在积极的

^① 参见傅殿贵:《老人频上法庭讨要精神赡养,要儿女常回家看看》,载2005年8月26日《新华每日电讯》;田春勇:《精神赡养:道德义务还是法律义务》,载2007年8月24日《法制日报》。类似的案件还有:2003年3月,上海84岁的老人沈某向法院提起诉讼,要求女儿每月定期看望并给予她精神上的抚慰,宝山区法院支持了老人的诉讼请求,判决被告每月双周的星期日看望原告一次(参见宝山:《精神赡养是不是义务》,载2003年1月9日《人民法院报》)。2007年8月,天津和平区法院在审理79岁的老年人吕某的赡养纠纷时,在判决中除要求5名子女每月给付原告赡养费、医药费外,还在判决主文第二条中要求由5名被告轮流到原告处对原告进行照顾护理,由老年开始,依次排列,每人7天(参见张晓敏:《精神赡养写进了判决》,载2007年11月22日《人民法院报》)。

意义上明确政府的责任,而不是必须能够拿到法院去适用。修改老年人权益保障法应当重视增强这部法律可操作性的两个着力点:一个是完善“法律责任”一章,这类消极性的责任维护着对老年人权益保障的底线要求;另一个是明确“政府责任”方面的规定,将政府的积极性责任写得更加明确和具体。当然,老年人权益保障法虽然道德、政策性较强,但还是需要正确把握和处理法律可操作性与政策性、道德性规定之间的关系,使政策性、道德性规范通过“入法”增强其社会效力。

二、老年人权益保障立法的主要内容

(一)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,我国台湾地区的老年福利立法可以借鉴。台湾地区老人福利法的目的条款经历了从1980年“弘扬敬老美德,安定老人生活,维护老人健康,增进老人福利”,到1997年“弘扬敬老美德,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。

在我国法律体系中,宪法具有统帅地位。作为法律体系统帅的宪法,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。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,最终成为物权法第一条除立法目的外的另一不可或缺的内容。民法学界有学者不赞成在物权法中写上“根据宪法,制定本法”,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一条写入“根据宪法,制定本法”是不言而喻的。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一条明示“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19~24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。

(二)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

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,分属于不同的法律部门。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部行政法中有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%的法律在第一条作了这样的表述;17部社会法中的有7部作了此规定,比例为41.18%;33部民商法只有7部有这样的规定,占比为21%;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%。

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。

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。目前, 中国是世界上唯一一个老年人人口超过 1 亿、接近 2 亿的国家, 近十年来, 80 岁以上高龄老人增加了近 1 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。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。

(三)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,将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。现行宪法总纲部分规定了大量的政策条款,有些条款属于纯粹的政策条款,比如,《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。但宪法并不明确规定基本国策,基本国策实际上也并非宪法概念。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;2012年中共十八大报告指出,男女平等是我国的基本国策。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。实际上,宪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法的逻辑。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。

(四) 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,

^① 参见俞德鹏:《宪法学》,法律出版社2009年版,第215~229页。

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。比如,《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。”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。《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。

“老年人权利”和“老年人权益”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