

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2023.01.015

深度老龄化背景下社会养老服务的法律保障及完善路径

陈雄,余知澄

(湖南工业大学 法学院,湖南 株洲 412007)

摘要:我国已基本进入深度老龄化社会,享受养老服务是老年人的核心权益,国家正在推进建设社会养老服务体系。社会养老服务的类型复杂和保障基准难以确定,在社会养老服务的法律保障上也存在诉讼缺乏可说理性、高位阶法律文件缺失和政府职责划分不明的问题。要完善社会养老服务的法律保障,一是应从宏观原则出发,确立以平等尊重和全面保障为社会养老服务法律保障的基本原则;二是在微观上,需以标准化、管理、责任三种功能分别从立法、执法、司法三个方面来完善社会养老服务的法律保障体系。

关键词:社会养老服务;深度老龄化;法律保障

中图分类号:D912.1

文献标志码:A

文章编号:1672-7835(2023)01-0109-08

2021年,我国65岁以上人口已占全国总人口的13.5%^①。预计在2050年前,年均国内生产总值的0.7%~1%将用于平衡社会养老金支出,考虑到更慷慨的待遇、更低的退休年龄和低于预期的生育率,养老金支出规模可高达国内生产总值的4.5%^②。在如此巨大且快速的人口老龄化趋势下,政府、企业、各类社会组织、家庭应该共同努力,积极发展养老事业,满足老年人的养老需求,帮助老年人群体实现美好生活。民政部发布的《2020年民政事业发展统计公报》显示,全国共有养老机构及设施32.9万个,其中登记注册的有3.8万个,社区养老机构29.1万个。社区养老机构包含了社会服务机构、事业单位和经营性养老机构^③。我国社会养老服务的建设虽已初见成效,但在建设社会养老服务体系过程中仍存在发

展不平衡、产业输出质量低等问题,具体表现为服务机构床位空置率高、老年人对服务的消费意愿低等^④。究其原因,主要是我国缺乏一个完整的社会养老服务法律保障体系,致使基础性的法律没有发挥整合与规范作用^⑤。

一 深度老龄化背景下社会养老服务基本样态

社会养老服务主要指除家庭成员以外的社会主体提供的养老服务^⑥。当前,我国社会养老服务大致上可以分为三种类型:居家养老服务、社区养老服务、机构养老服务^⑦。根据《上海市养老服务条例》的规定,居家养老服务是指“主要通过上门、远程支持等方式,为老年人在其住所内提供的生活照料、常用临床护理等照护服务及其他支持

收稿日期:2022-08-20

基金项目:国家社会科学基金重大项目(17ZDA134)

作者简介:陈雄(1974—),男,湖南衡阳人,教授,主要从事行政法学、老年法学研究。

①参见《第七次全国人口普查公报》(第五号),http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/rkpcgb/qgrkpcgb/202106/t20210628_1818824.html。

②王云多:《人口老龄化背景下社会养老金模式探索及支出规模预测》,《江西财经大学学报》2022年第1期。

③参见《2020年民政事业发展统计公报》,<https://images3.mca.gov.cn/www2017/file/202109/1631265147970.pdf>。

④李文祥,赵紫薇:《制度变迁视角下社会养老服务发展的困境与超越》,《河北学刊》2021年第3期。

⑤覃李慧:《社会养老服务法制化及其体系构建》,《河南社会科学》2021年第6期。

⑥马岚:《新中国70年来我国社会养老服务的本土化实践》,《兰州学刊》2019年第8期。

⑦崔树义,杜婷婷:《居家、社区、机构养老一体化发展研究》,《东岳论丛》2021年第11期。

性服务”^①。因此,居家养老服务是指老年人以家庭为主要地点接受的专业养老服务。根据国家统计局发布的《养老产业统计分类》,社区养老服务是指“养老服务机构依托社区养老服务设施向社区老年人提供的日托、全托等服务”^②,包括了机构社区化模式和社区机构化两种模式。概而言之就是由政府、企业或社会组织建立的专业养老机构,可以在专门的服务场所提供全天候照护、养护和护理等专业的服务^③。三种社会养老服务模式共同构成了我国的社会养老服务体系,虽具有一定程度的同质化,但仍存在形成社会养老服务统一规制体系的难题。

(一) 本体样态:社会养老服务类型复杂

第一,服务性质复杂。居家养老服务包括了康复、照护这类对于公民健康权、生命权等基本权利的保障。社区养老服务除了医养、照护外,偏重保障老年人的精神文化方面的权利,这类权利的提供是为满足公民的基本需求之上的更高生活需求。机构养老服务则几乎覆盖了老年人生活中所需的全部权利。不同的权利要求意味着服务性质的不同,如居家养老服务要求服务人员上门服务,这就增加了必要的成本与支出,导致居家养老服务的福利性稍弱。社区养老服务属于社区工作的一部分,也属于社会福利内容的一部分。机构养老服务由于其类型众多,有的属于公办福利性质的机构,有的则是民办营利性质的机构,难以从整体确定其服务性质。所以,从各类型社会养老服务类型的性质上看,社会养老服务存在统一法律保障的困难。

第二,服务来源复杂。居家养老服务的重点在于居家接受专业的医疗健康照料,是由专业的医疗与服务人员组成的团队进行服务。社区养老服务以福利性服务与无偿性设施为主要提供方式,更多地是为了满足老年人除基本健康生活之外的需求,如精神慰藉需求、运动娱乐需求、外向社交需求等。机构养老服务可以分为公办、民办、公办民营等,这说明仅在机构养老服务这一类型

下便存在多个服务提供主体。国家与政府对建设养老事业负有主要责任,民事主体虽无法律上直接规定的养老责任,但在国家政策鼓励与社会环境的双重需求下也可积极投身养老事业。如此一来,不同的社会养老服务来源造成了社会养老服务法律保障难以形成统一的规制方式。

第三,服务内容复杂。首先从三种社会养老服务内容的对比来看。根据《养老产业统计分类》,三种社会养老服务的主要内容各有不同。居家养老服务主要承担上门辅助老年人生活的服务。社区养老服务主要承担对老年人的日托、月托和其他基于社区平台的照护服务。机构养老服务则主要提供集中养护、护理、医养结合等,对经济困难或失能的老年人提供无条件或极低条件的托养服务。其次,从单个社会养老服务在不同地市的内容对比来看。以居家养老服务为例,《温州市居家养老服务条例》第二条第三款规定:“居家养老服务主要包括以下内容:(1)助餐、助洁、助行、助购、日间托养等生活照料服务……”《福州市居家养老服务条例》第五条规定:“居家养老服务主要包括以下内容:(1)短期托养、日间照料、助餐、助洁、助浴、助行及代购代缴等生活照料服务……”^④可知居家养老服务的内容在不同地市的规定不尽相同。综上,社会养老服务不仅具有各本体之间的复杂性,在单一本体上也具有地域复杂性。

(二) 对象样态:社会养老服务保障基准难以确定

保障基准就是平等原则在社会养老服务领域的诠释。平等原则在绝大多数法律中都是极为重要的法律原则,如《老年人权益保障法》第三条第二款“禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人”,除了直接体现平等的原则外,还有辅助平等原则的条款,如第五十三条“县级以上人民政府及其有关部门根据经济社会发展情况和老年人的特殊需要,制定优待老年人的办法,逐步提高优待水

①参见《上海市养老服务条例》, <https://law.sj.sh.gov.cn/#/detail?id=6003cbe90391fe178a797fd3>。

②参见《养老产业统计分类》, <https://www.mca.gov.cn/article/sj/tjbz/b/202108/20210800035746.shtml>。

③陈伟涛:《“和而不同”:家庭养老、居家养老、社区养老和机构养老概念比较研究》,《广西社会科学》2021年第9期。

④参见《温州市居家养老服务促进条例》, [https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE4MTk1MWFkNTAxODFiOGI5Y2VkMDY4YzE](https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE4MTk1MWFkNTAxODFiOGI5Y2VkMDY4YzE;); 参见《福州市居家养老服务条例》, <https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE3ZDI4MzdkMjAxN2QzNzA0YmU1MzQ0MDY>。

平”。若对社会养老服务进行法律保障,首先就要认定社会养老服务的保障基准,建立社会养老服务体系的最低标准规范。然而,由于老年人群体的现实状况极为复杂,导致保障基准非常难以确定。

首先是老年人身体条件不同。老年人因为身体条件的不同对社会养老服务的需求也不尽相同。若对老年人身体条件分类,可以分为完全失能、半失能和健康个体。完全失能个体需求的养老医疗服务是生命权的最低限度,半失能个体需要的疗养陪护服务则是希望在保证基本生活中能够获得生存的尊严,健康个体虽无需医疗类的服务,但精神需求也是不容忽视的权利。可见,基于不同的生理条件与生存需求,老年人对养老服务的需求也不相同,不同的需求导致对社会养老服务法律保障的基准难以匹配。

其次是老年人经济水平不同。老年人的经济支柱大约有三类:家庭内部转移收入、工资性收入和退休金收入^①,对于大部分老年人而言,经济成本是必须考虑的要素。根据人社部的数据,截至2021年,企业退休人员月人均养老金为2987元,城乡居民月人均养老金为179元,卫生、社会保障和社会福利业人员在城镇私营单位的年平均工资为67750元^②,上海市养老服务协会对养老护理工资收入监测数据显示,2020年度养老护理员平均工资为4985元^③。从以上数据可以看出,大部分老年人的收入难以覆盖养老服务所需的成本。所以,除了接受福利性质的社区养老和机构养老服务外,大部分老年人很难独自负担起养老服务所需的资金。因此,对社会养老服务的法律保障不仅需要支撑接受福利性质服务的老年人的权利,还需保障接受营利性服务的老年人的权利。

最后是老年人认知基础不同。笔者曾深入各类养老机构调研,发现很多老年人并非自愿前往养老机构生活,而是因为各种客观原因,诸如儿女无法陪伴,身体需要医护人员即时照顾等,他们大

多认为在养老机构养老是“没用,丢脸”“儿女不孝”的结果。这种认知除了受传统文化的影响外,还有对社会养老服务的“不信任”,因为人们对不熟悉的事物总会容易产生天然的抵触情绪。也有学者研究表明,对养老服务的认识水平影响选择养老服务的方式,对社会养老服务认知程度越高的老年人会更容易选择居家养老服务^④。认知基础的不同很大程度上代表了风险规避能力的不同,法律则是保障老年人抗风险能力的最后一道屏障。老年人对社会养老服务的各种复杂认知造成了老年人风险规避能力的差异,因此法律保障便成了关键,但认知基础的复杂对法律保障基准的选择来说亦是一项挑战。

二 我国社会养老服务法律保障的回溯及不足

(一)我国进入老龄化社会以来养老服务的法律保障及政策回溯

1994年出台的《中国老龄工作七年发展纲要(1994—2000年)》与1999年颁布的《中华人民共和国老年人权益保障法》标志着我国老龄化事业开始步入法治化进程。此后,我国对社会养老服务的法律规制也开始加速推进。

从2000年到2022年,我国社会养老服务的法治化进程大致可以分为三个阶段。第一阶段是2000年至2008年,这一时期我国在养老服务方面的立法较少,仅颁发了一部有关养老服务的文件,是养老服务法治化的萌芽期。第二阶段是2008年至2013年,在这段时期内,我国已经开始逐步探索关于建设社会养老服务法律体系的路径。尤其是2011年国务院颁发的《社会养老服务体系建设规划(2011—2015年)》,是我国进入老龄化社会以来第一次在国家层面对社会养老服务发展进行的全面规划。第三阶段是2014年至今,这一阶段的社会养老服务法律政策的制定呈现三个特点。第一,高速化。各类关于社会养老服务

^①孙小雁:《中国城乡老年人收入:个人、家庭和政府的作用》,上海社会科学院博士学位论文,2021年。

^②参见国家统计局数据,<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>。

^③参见https://shyl.mzj.sh.gov.cn/homePage/search_details?uuid=c5e8861d-112b-482e-ad1a-677f92c95704。

^④李玉娇:《医疗保障水平、服务认知差异与养老方式选择——制度效果会影响老年人居家养老需求吗?》,《华中农业大学学报(社会科学版)》2016年第3期。

的法律政策数量飞速增长。第二,全面化。除了对社会养老服务发展的全面规划,还有社会养老服务与其他老年事业联合发展的规划。第三,加强监管。2020年颁发的《国务院办公厅关于建立健全养老服务综合监管制度促进养老服务高质量发展的意见》首次明确了对建立养老服务监管制度的意见。

(二)深度老龄化背景下社会养老服务法律保障的不足

第一,司法上,诉讼缺乏可说理性。对社会养老服务的保障虽然在政策法规层面有所体现,但更多的是中央与地方在行政层面上的规范性和政策性文件。且部分政策性文件仍处于“鼓励”发展的层面,缺乏“中心性”法律文件规制各类政策。笔者以北大法宝为检索工具,检索以《老年人权益保障法》为裁判依据的司法案例,截至2022年9月共有26696件。当以“养老”为关键词检索裁判依据,共有9244件,集中在民事案件与行政案件之中,尤其以近几年的为主,二者数量几乎相同且几乎都是养老保险纠纷。养老保险是养老服务的重要经济支柱之一^①,有关养老保险的纠纷增加意味着两个问题。第一,随着与养老相关的法律陆续出台,大众对于社会养老服务方面的维权意识也在提升。第二,在养老保险纠纷之下,可能还潜藏着更多有关社会养老服务方面的纠纷,因为经济纠纷从来都不是单一的问题,其必然会伴随着结构性失范,养老保险与养老服务两者是因果互存的关系。以“养老服务”或“养老机构”为关键词检索案由或是裁判依据的案件虽很少,但都集中在近两年。这表明在社会养老服务领域急缺能适应新型法律关系和具有可说理性的法律规范。有学者曾设想建立老年权益法院^②,但从经济成本角度来说,完善现有的法律制度可能是更加稳妥的方式。

第二,立法上,高位阶法律文件缺失。《“十

四五”养老规划》的发展目标提到:“养老服务多业态创新融合发展。”^③这表明,对社会养老服务的法律规制已经不仅限于狭义的养护照护服务了,而是拓展至各类与老年人生活息息相关的产业。但如此诸多相关产业却缺乏一部高位阶的基本法律来支撑,即便是在行政法规层面也缺乏诸如“养老服务管理条例”这样在全国范围内适用的行政法规。我国法律体系中的其他部门法大多以基本法律、行政法规、部门规章和地方性法规等组成,但社会养老服务领域还没有形成这种法律体系。因此,当部门规章与地方性法规发生冲突时,没有一部纲领性法律文件予以统筹。如民政部颁布的《养老机构管理办法》第二条第二款规定:“本办法所称养老机构是指依法办理登记,为老年人提供全日集中住宿和照料护理服务,床位数在10张以上的机构。”而《太原市养老机构条例》第三条规定:“本条例所称养老机构,是指依法设立为老年人提供集中居住和照料服务的机构。”^④两部法律文件在一定程度上有不同,但发生冲突时并没有效力优先级的解决办法,只能根据《立法法》第九十五条第二款“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见。国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决”,但由于各地的法规庞杂,无法总是申请向全国人大常委会裁决,所以应当从高位阶的法律制定着手,在立法体系上加以完善。

第三,执法上,政府的职责划分不明。根据《民政部职能配置、内设机构和人员编制规定》第三条第八款“统筹推进、督促指导、监督管理养老服务工作,拟订养老服务体系规划、政策、标准并组织实施,承担老年人福利和特殊困难老年人救助工作”^⑤,民政部是社会养老服务体系建设

①张晚霞:《江西基本养老服务体系建设的现状及完善对策》,《江西社会科学》2011年第2期。

②肖辉:《老龄化社会背景下老年权益法院的设立构想》,《河北法学》2019年第12期。

③参见《“十四五”国家老龄事业发展和养老服务体系规划》, <https://www.mca.gov.cn/article/xw/mtbd/202202/20220200039833.shtml>。

④参见《养老机构管理办法》, https://www.mca.gov.cn/article/gk/wj/202011/20201100030528.shtml?ivk_sa=1024320u;《太原市养老机构条例》, <http://www.taiyuan.gov.cn/p1/shfl/20170630/1131283.html>。

⑤参见《民政部职能配置、内设机构和人员编制规定》, <https://www.mca.gov.cn/article/xw/mzyw/201901/20190100014623.shtml>。

和完善的主要责任部门,但社会养老服务又并不仅限于民政事业。《“十四五”养老规划》提到,“推动老龄事业和产业协同发展,在老有所养、老有所医、老有所为、老有所学、老有所乐上不断取得新进展”。可见推动社会养老服务的发展是一项综合性工作,会涉及其他职权部门的职责分配问题。多部门、多地市的合作,如果缺乏明确的职责划分,就可能出现管理真空、责任推诿和权力寻租等情况。为避免这些情况,就需要利用社会养老服务法律保障体系厘定各部门及地市的权力与责任边界,强调行政执法的量化管理。

三 宏观完善:确立社会养老服务法律保障的基本原则

实现社会养老服务的宏观法律保障,应以社会养老服务的基本样态与《老年人权益保障法》为逻辑出发点。该逻辑可以分为两层:第一,事实逻辑。社会养老服务法律保障的基本原则不能做“无源之水”,它的对象应当是需要规制的社会事实,即社会养老服务的基本样态。第二,文本逻辑。《老年人权益保障法》是老年部门法中的核心法律,是以保障老年人的权益为核心制定的法律。但《老年人权益保障法》并未如《民法典》一样直接将法律原则写入条款中,所以只能根据既有条款总结出相应原则。有学者归纳了《老年人权益保障法》的条款与之对应的法律原则,包括“保障老年人基本权益原则”“协调发展原则”“共同责任原则”^①。除了应当作为参考对象的基本法律,还有整个部门法体系的法律原则也是需要借鉴的来源。老年部门法原则是从老年人的自然个体的生理属性和老年人群体的社会属性出发构建的,依据“事物的性质”可以凝聚为“实质平等非歧视原则”“脆弱性原则”“尊重自主与尊严原则”以及“积极老龄化原则”^②。社会养老服务保障法律原则应当借鉴上述两种上游原则与前文所述社会养老服务的基本样态来确定。

(一) 平等尊重原则

平等尊重原则是指在社会养老服务中老年人不分民族、性别、年龄、财富、健康状况和退休状况,依法享受平等和受到尊重的社会养老服务。该原则可以从平等与尊重两方面来看。在平等原则方面。《老年人权益保障法》并没有直接体现对该原则的要求,结合前文所述“实质平等非歧视原则”“尊重自主与尊严原则”和对象样态的难以确定性可以总结出,该原则应当追寻至少三个方面的平等。第一,地域发展的平等。根据调查,城市社区中设有老年活动中心的社区占 86.8%,而在农村仅有 69.6%。城市中参与社区养老服务的老年人占比为 8.3%,农村占比为 2.4%,其不平衡程度可见一斑^③。第二,社会养老服务老年人准入门槛的平等,这一点在老年人群体内部自身个体之间存在巨大差异。首先在生理健康上,不同的健康程度意味着对养老服务需求标准不同,对权利义务要求也随之不同。其次老年人的经济状况也存在巨大差异。根据北京大学中国健康与养老追责调查项目组发布的《中国健康与养老报告(2019)》显示,差异化最大的来源是参保类型,最高的是机关养老保险为 56 601 元/年,而新农保仅 10 353 元/年,除了参保类型还有受教育程度、性别、户籍和区域也有不同程度的影响。第三,老年人参与社会养老服务意愿的平等。前文阐述了参与意愿实际上是从认知水平和风险规避能力延伸至法律保障的。除了传统观念对老年人的影响,客观因素也会造成老年人群体养老意愿的差异,如家庭人口数、家庭收入、婚姻状况等,非主观意愿导致的被动选择也是不平等的表现。目前的社会养老服务市场处在供需失衡状态,供给不能满足需求,其结果必然导致由供给方选择需求侧。养老机构通过设置一些老年人参与养老服务的准入门槛,如“择优选取”“关系床位”等^④,在接收对象上选择生理能力健康或轻失能的,经济能力更加优越和意愿主动融入非家庭养老环境

①孔繁华:《我国〈老年人权益保障法〉基本原则解析》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2011年第3期。

②范进学,张玲玲:《论我国老龄法治体系之原则构建与制度完善》,《南通大学学报(社会科学版)》2022年第2期。

③国家发展改革委改所社会调查课题组,胡杰成,银温泉:《我国社区养老服务情况调查报告——基于全国12个省213个城乡社区调查的分析》,《中国经贸导刊》2020年第16期。

④刘益梅:《公办养老机构的发展困境及其转制探析》,《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2019年第1期。

的主体。

在尊重原则方面。尊重原则实际上是平等原则的延伸,因为追求绝对的平等并非作为理性主体的目标,只有尊重基本客观事实与主体愿望才可以达到不失违和感的平等,所以尊重原则应当包含对老年人的尊重和对社会养老服务事实的尊重。首先,对老年人的尊重不仅需要养老服务提供者在老年人的生理缺陷、情感障碍、家庭背景等之中体现,还需要充分尊重老年人的养老意愿,不干预老年人是否选择非家庭养老服务,选择何种社会养老服务,何时结束社会养老服务等^①。其次,对社会养老服务事实的尊重,不仅要尊重社会养老服务基本样态,还应尊重基本的社会事实。我国长期内仍然是发展中国家的现实以及各类社会养老服务机构的发展困境都是我们需要尊重的既定事实,只有在理解事实的基础上才可能改变发展趋势。综合来说,在平等尊重原则之中,“平等”是目标,“尊重”是方式,以尊重事实的方式追求社会养老服务的平等。

(二) 全面保障原则

全面保障原则是指不仅要保障社会养老服务的容量与内容上的基本质量,还要在基本之上发展质量更高的社会养老服务。

第一,基本质量层面。首先在容量层面,据民政部统计,截至2020年底,全国养老床位合计约821万张。据北京大学中国健康与养老追踪调查项目组调查,60岁以上老年人中约有38.1%是日常生活自理能力有困难的老年人^②。由于我国老年人口基数巨大,即使考虑到家庭养老空间与老年人自我意愿,社会养老服务所能提供的养老床位仍有巨大缺口,所以保证基本设施能够覆盖基本需求是发展养老服务的重要内容。其次在内容层面,则是要求社会养老服务能够具有保证老年人基本生活质量的标准。要建立基本养老服务清单制度,保证在对老年人生理能力评估综合之上再分类提供服务。国家统计局发布的《养老产业统计分类》建立了对养老服务产业分类标准和

对应的国民经济行业分类,虽不是量化管理但也限定了产业涉及范围。如在社区养老服务分类中规定了“社区养老服务机构、社区嵌入式的养老服务设施和带护理型床位的社区日间照料中心等机构提供的照护服务”。从政策规划和市场反馈上来看,社会养老服务未来的发展趋势就是加强基础覆盖率与保证基本服务范围,所以在社会养老服务法律保障之中也应体现出来。

第二,在高质量层面。《“十四五”养老规划》提到,“老龄事业和产业有效协同、高质量发展,居家社区机构相协调、医养康养相结合的养老服务体系和健康支撑体系加快健全”。所以,为促进社会养老服务稳定发展,需要保障社会养老服务的性质、来源和内容多元协调发展。为保证社会养老服务的高质量多元化发展,我们可以借鉴福利多元主义理论与适度普惠型福利理论。福利多元主义理论主张将社会福利的来源多元化以保证完善公共服务,该理论注重将提供社会福利的主体进行分类研究^③。适度普惠型福利理论主张将狭义的福利制度,如社会救助、社会保险等扩大化建立一个社会福利体系^④,该理论则注重对福利配套设施的建设,强调体系思维。这两个理论有两个问题值得我们深思,第一,福利多元主义理论忽视了福利设施建设其他要素多元化的重要性,如强调对福利接收对象多元化和对建设福利类型的多样性。我国人口众多、地缘复杂、经济发展水平也不平衡,导致各地、各年龄层、各受教育程度甚至性别不同的老年群体,都存在养老意识的差别,因而应当针对不同的人群建设合适的养老服务内容以体现福利多元主力理论的福利性、主动性和普惠型福利理论的普适特性。第二,两种理论都缺乏对对象主观能动性的强调。福利事业应当以人为本,建立何种公共服务体系都应以对象的需求为导向而非使对象适从体系。工具理性与价值理性间的失衡会导致福利体系失去其建立目的,以上之下的设置往往会等同于预设期望,如果事物发展超出预期体系,崩溃是难以避免的。

①丁建定:《居家养老服务:认识误区、理性原则及完善对策》,《中国人民大学学报》2013年第2期。

②参见《中国健康与养老报告》第42页, <http://charls.pku.edu.cn/wenjian/zhongguojiankangyuyanglaobaogao.pdf>。

③同春芬,张越:《福利多元主义理论研究综述》,《社会福利(理论版)》2018年第5期。

④肖辉:《我国养老院建设中存在的问题及其法律对策》,《甘肃社会科学》2019年第6期。

所以在社会养老服务法律保障的全面保障原则之中应当避免上述问题,即应以老年人的需求为导向,建立公益和营利性质,全面包含承载医疗健康、文化教育、照护康复等的社会养老服务体系。

四 微观完善:构建社会养老服务法律保障的功能体系

社会养老服务法律保障的基本原则确定了社会养老服务法律保障的基本方向,但要实现其实际作用,必须从抽象走向具象。

第一,标准化功能体系。从立法角度出发,实现社会养老服务法律保障需先建立统一适用的标准化法律文本,使执法、司法有据可循。建立标准化功能体系包括各类养老服务的定义概念、适用范围、设立条件、技术标准和准入资质等。除此之外还有法律体系的标准化,如地方性法规的立法目的、法律原则、编排体例等。具体来说就是形成一个从基本法律至地方条例的完整标准体系。社会养老服务法律保障的标准不由基本法律直接规定,而是配置原则性条款,为后续的具象规定明确纲领方向。由地方性条例来规定某某省市的具体养老服务,如人员配置、床位数量、专业化器材、准入门槛和技术支持等。由基本法律决定社会养老服务保障的立法风向与效力,由高位阶法律来表明既定存在的社会实体的合法性。下位法律性文件则根据地方发展的需求规定具体事项,但同时也要符合高位阶法律的基本要求。高层次的合法性不仅是具体社会养老服务的设立与运营流程符合法律规定,更是管理理念贴合法律原则。

第二,管理功能体系。从执法角度出发,在确定标准化体系后如要执行所设定标准则必须对如何执行也应建立对应的管理体系。在社会养老服务法律保障中,执法意味着政府的职能部门对社会养老服务提供主体的管理。所以,建立社会养老服务法律保障管理功能体系应从养老服务的主体分类着手。首先是居家养老服务管理体系,居家养老服务因为其需要上门服务的特点,所以行为上会具有一定的隐私性和单向性,如何保障上门服务时老年人权利不受侵害是管理居家养老服

务的难题。一是政府应当加强对人员的资质审查和专业培养;二是对上门服务时的行为进行监管,如佩戴智能摄像头记录服务行为等;三是建立定期回访家庭制度。其次是社区养老服务管理体系。我国自 2013 年后开始大力建设日间照料中心与农村幸福院,但有很大一部分却闲置了,没有发挥应有作用或被作其他用,如文娱活动^①。所以针对社区养老服务,政府应当从建立条件着手,切实了解当地老年人的实际需求和经济能力规划可行的社区养老服务机构,避免资源浪费。最后是机构养老服务管理体系。无论福利性质还是营利性质的养老机构,其服务对象主要都是非健全生理功能的老年人。这类老年人普遍特点就是权利极易受到侵犯,不仅包括健康权、生命权还有经济权利。所以政府尤其应当对养老机构进行严格的资格审查与定期评估,细化职能部门的监管与管理职责,建立跨部门监管和信用监管机制^②。

第三,责任功能体系。从司法角度出发,法律能够使责任明确,使得强制追责成为有理可循而获得了威严。现有的有关老年人的法律中对于明确归责追责的内容并不多,所以老年法实际上缺乏强有力的强制力,而在对社会养老服务进行法律保障中确定法律关系双方的责任是极其重要的。当下的三类社会养老服务,每种社会养老服务主体所负有的权利义务不同,所以承担的责任也不尽相同。第一,居家养老服务主要提供对老年人健康权的保障服务,承担的是对老年人健康的保障义务。因为是由其他医养团队提供的医疗服务,具有时间与地点上的特殊性,所以对于责任的认定需要格外谨慎。责任的认定可以分三种情况,首先是老年人意外自身风险,如摔倒、意外疾病等这类偶然事件不应当由服务提供者承担责任。其次是对于应当通过检查可以预见而没有预见的,这是应当承担的过错责任。最后是由于在养护活动中由于养护行为造成的损害,自然也应当由养老服务提供者承担责任。第二,社区养老服务属于福利性质服务,在对健康权的保护上相对薄弱,主要保障老年人的精神文化体育权利。

^①崔树义,杜婷婷:《居家、社区、机构养老一体化发展研究》,《东岳论丛》2021 年第 11 期。

^②赵曼,朱丽君:《取消设立许可:养老机构事中事后监管研究》,《社会保障研究》2020 年第 2 期。

双重条件使得社区养老服务提供者并不严格负有义务,可以参考民法侵权责任的过错认定原则。第三,机构养老服务相比于社区养老服务缺少了公共特性,并且存在公益性与营利性的冲突,所以并不适合直接适用民法侵权责任原则^①。由于养老机构存在公办和民办,所以对于养老机构中可能存在的侵权责任不应当以同一视角来审视,有学者从养老服务内容、主体、侵害来源等分析养老机构侵权责任的原则取向^②。如果参照其他部门法律,如针对公立养老机构参考行政法,针对民营养老机构则参考民法,则会出现对于公立民营、政

府购买等复杂主体便无法适用的情况,政府无法充当民事关系主体,私人资本也无法承担公共权利代言人的职责。此时对于责任认定需要讨论的重心便从侵权关系之间主体而转移到同一主体内部。例如在政府购买养老合同中,双方规定了老年人受何种损害应当由谁承担何种义务,那么这种条款是否超过了现行法律规范范围,当现实情况与条款描述冲突或是模糊时,应当由谁来解释,是否会造成归责不确定然后推诿责任情况出现。所以,对于机构养老服务的责任体系还需进一步研究。

Legal Protection and Improvement Path of Social Elderly Services in the Context of Deep Aging

CHEN Xiong & YU Zhi-cheng

(School of Law, Hunan University of Technology, Zhuzhou 412007, China)

Abstract: China has basically entered a deeply aging society. Enjoying senior care services is the core rights and interests of the elderly, and China is promoting the construction of social senior care service system. However, due to the basic patterns of complex service types and difficulty in determining the guarantee benchmark, there are also problems of lack of justifiability of lawsuits, lack of high-ranking legal documents and unclear delineation of government responsibilities in the legal guarantee of social elderly services. If we want to improve the legal protection for social elderly services, it should be established from the macro principle that equal respect and comprehensive protection are the basic principles of legal protection for social elderly services. On the micro level, the three functional systems of standardization, management and responsibility should be used to improve the legal protection for social elderly services in terms of legislation, law enforcement and justice respectively.

Key words: social elderly services; deep aging; legal protection

(责任校对 朱春花)

^①吕姝洁:《论养老机构侵权的注意义务及赔偿责任》,《法律适用》2020年第21期。

^②孙文灿:《养老机构侵权责任研究》,《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期。