

# 家庭养老与社会养老：我国养老立法的基本框架与完善路径

◇唐远雄 姚平

**摘要：**随着人口老龄化的加剧，我国养老立法的完善已刻不容缓。立法变迁与实践发展表明，家庭养老和社会养老是我国养老的两大基础模式。尽管两种模式各有特点，但以人力与物质两个要素为抓手，以资格、监管、解纷三个环节为内容仍是完善我国养老立法的基本框架。养老立法的完善应遵循两条路径：对于家庭养老应以释放潜能为导向，而不宜直接对家庭成员适用强制性规则；对于社会养老立法则应以保障供给为导向，以强制性规则明确各方主体在各个环节中的权利义务关系及责任划分。养老立法应充分考虑中国的特殊性，平衡家庭与社会的角色，并根据实际情况不断调整和完善。

**关键词：**人口老龄化；家庭养老；社会养老；养老立法

**中图分类号：**D920.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1001-2338(2024)05-0121-11

**DOI:**10.14154/j.cnki.qss.2024.05.013

随着人口老龄化的加速，我国面临严峻的养老挑战。根据《2023年度国家老龄事业发展公报》，60岁及以上的人口已高达29697万人，占总人口的21.1%，其中65岁及以上的人口占到15.4%，凸显了老龄化社会的快速到来。然而，面对老龄化社会带来的重重考验，我国在制度安排和资源供给方面的准备明显不足。截至2023年底，各类养老机构和设施40.4万个，床位仅823万张，同时享受到各类老年人补贴的老年人口仅

4244万人<sup>①</sup>。个别省份的养老金需要依靠财政补贴的新闻更是进一步凸显了“未富先老”的困局<sup>②</sup>。因此，如何构建起行之有效的包括法律体系在内的养老保障体系，使老年人实现“老有所养”已成为顶层设计急需面对的问题。

我国自1996年《中华人民共和国老年人权益保障法》（以下简称《保障法》）设立起，对于养老问题基本形成了以宪法为统帅，以《保障法》为抓手，以行政法规和部门规章为主干的立法格

**基金项目：**兰州大学中央高校基本科研业务项目“中国城市旅居养老的指数建构与提升路径研究”（23jbkyjd005）。

**作者简介：**唐远雄，兰州大学哲学社会学院教授；姚平，兰州现代职业学院教师。

<sup>①</sup> 各类补贴包括高龄补贴、护理补贴、养老服务补贴、综合老龄补贴四种。以上数据来源：《2023年度国家老龄事业发展公报》，[https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202410/content\\_6979487.htm](https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202410/content_6979487.htm)。

<sup>②</sup> 参见腾讯视频：《黑龙江赤字超200亿 13地区养老金支付能力不足1年》，<https://v.qq.com/x/page/d0025hmnyvt.html>。

局。但总体来说数量仍较少，且行政法规和部门规章大多以“意见”“通知”等规范性文件的形式发布。然而，正如我国养老立法呈现出的立法数量少、立法层次低、原则性较强、调整范围过窄、可操作性较低等特点，学者们的建议也主要围绕这几个特点展开。值得反思的是：我国养老立法所呈现出来的这些特点是否一定是必须克服的问题？质言之：立法质量的好坏是否一定与立法数量和调整范围成正比？原则性较强是否一定等同于立法的缺陷？这些问题并非不言自明。如果回到养老问题本身的特点来看会发现，中国的养老问题有着区别于西方的特殊性，无视这些特殊性的盲目立法将难以取得良好的法律实效。

## 一、家庭：我国养老实践的底色

### （一）养老模式的类型

养老实践中存在着许多不同形态的养老模式，按照养老资源提供者的不同，可以把养老分

为家庭养老和社会养老两种最基本的形式，这一分类的关键区别在于养老资源是由家庭还是社会提供。家庭养老即“服务来源包括老人自身、老人的子女及相关亲属”的养老形式<sup>[1]</sup>。家庭养老又可分出两种次级模式，即服务来源于老人自身的是自我养老，来自相关亲属的可归为家族养老，这两种模式仍属于广义的家庭养老。社会养老则是“老年社会保障的一项主要内容，是对退出劳动领域或无劳动能力的老年人实行的社会保护和社会救助措施。”<sup>[2][3]</sup>以这两种形式为端点建立横轴，包括自我养老、家族养老、居家养老、社区养老，以及针对流浪乞讨和遭受遗弃的老人的社会救助等都可以被放到这条横轴上去。其中，自我养老、家族养老以血缘为纽带且养老资源并不来源于社会，因而仍可归入家庭养老且分列其左右；社会救助则是完全依靠社会的极端养老形式，因此从社会性程度来看居于最右端。越靠近家庭养老这一端，养老资源的供给越依赖于家庭，反之则越依赖于社会（见图1）。

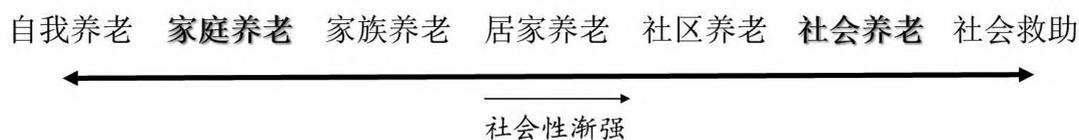


图1 养老模式类型轴

对于这些不同类型的养老形式，“欧美发达国家的经验表明，从家庭养老为主向社会养老为主转变，是养老模式演变的基本趋势。”<sup>[3]</sup>这一特点在我国的立法变迁中也有所体现。1996年《保障法》第十条规定：“老年人养老主要依靠家庭，家庭成员应当关心和照料老年人。”由此可见在2012年该法修订之前，我国养老立法的家庭本位

色彩相当鲜明。2012年《保障法》进行了大幅度修改，其中第十三条规定：“老年人养老以居家为基础，家庭成员应当尊重、关心和照料老年人。”从“主要依靠家庭”到“以居家为基础”的转变是此次修法的一个亮点。那么这是否意味着中国的养老问题也和西方一样，从家庭养老完全向社会养老转变了呢？

## （二）居家养老

所谓居家养老，按照全国老龄办等部门发布的《关于全面推进居家养老服务工作的意见》给出的定义，是指“政府和社会力量依托社区，为居家的老年人提供生活照料、家政服务、康复护理和精神慰藉等方面服务的一种服务形式。它是对传统家庭养老模式的补充与更新，是我国发展社区服务，建立养老服务体系的一项重要内容。”<sup>①</sup>可见，居家养老与家庭养老和社会养老都不完全相同，而是介于二者之间的一种养老形式。在这一养老模式中，老年人的住宿仍然是在自己家中，仅部分养老资源的提供如饮食、护理等问题需要依靠社会的介入。与完全依靠家庭相比，社会资源的进入使其区别于传统的家庭养老，但居家的特点又意味着不完全脱离家庭。《保障法》于2015年和2018年又进行了修改，但“以居家为基础”的表述依然得以原文保留，同时自1996年便专章规定的“家庭赡养与扶养”一章一直独立成章。所以，在当下的语境中研究养老问题必须意识到家庭在其中发挥的独特优势，相关的制度设计也必须构筑在这一前提之上。

当然，完全立足于法条本身来确定立场是不可靠的。强调养老立法不能脱离家庭这个基本前提，是与我国历史传统与现实情况密不可分的。家文化的发达是中华传统文化的一个典型特征，“中国人就家庭关系推广发挥，以伦理组织社会。”<sup>[4]79</sup>家文化对于传统中国的影响体现在方方面面，“家国同构”“移孝作忠”等经典命题便是突出的表达。就养老问题，传统中国法同样有着丰富的实践。例如《唐律疏议》中规定：“诸祖父母、

父母在而子孙别籍异财者，徒三年。”这便是著名的“别籍异财”，即祖父母、父母在世时只能由家长主动提出分家，子孙若主动提出分家则是犯罪。此举从制度上保证了家长与子孙同居共财的生活形式，为家庭养老奠定了现实基础。形成于南北朝时期的“存留养亲”制度更是传统法律保障养老的典型代表。对此，《唐律疏议》中规定：“诸犯死罪非十恶，而祖父母、父母老疾应侍，家无期亲成丁者，上请。”这就是说，如果犯人所犯的罪并非十恶之罪，家中又有祖父母、父母年老体弱需要照料且家中并无成年男丁时，那么犯人的实际刑罚可通过奏请皇帝暂缓执行，从而使之能够归家侍奉老人。此外还有赋役、任官等方面的制度也与养老问题有所联系。例如，传统中国对负有赡养之责的人免除劳役，允许官员因履行赡养职责提前请辞官职、就近任职或将年老父母迎到任官之地赡养等措施都有相关法律作为保障<sup>[5]</sup>。

## （三）家族养老

除了以同居共财的小家庭为养老单位外，值得一提的是家族养老。这是一种具有中国传统特色的广义家庭养老模式。例如《常熟丁氏家谱》记载：“族中陆旬外鰥独，及十六以下孤子女，除月米应给外，每年俱给钱七百元。孀寡给钱一千文，俟其子孙年及二十停给，无子孙则常给。”<sup>[6]</sup>由同族之人直接承担起孤寡老人的养老之责，这样的模式在传统中国是很常见的现象，并且可归为家庭养老的一种特殊形式。因为宗族和老人之间同时兼具血缘与地缘的双重联系，这也恰恰体现了传统中国以家来

① 资料来源：全国老龄办等部门《关于全面推进居家养老服务工作的意见》（全国老龄办发〔2008〕2号），[https://www.gov.cn/zwqk/2008-02/25/content\\_899738.htm](https://www.gov.cn/zwqk/2008-02/25/content_899738.htm)。

组织社会乃至国家的特点。虽然这样一种养老模式大多依靠道德或者家法族规等非正式法律渊源的支撑，但在功能的发挥上依然是以家庭为载体的，因此可将其视为广义的家庭养老<sup>[1]</sup>。

#### （四）家庭养老：我国养老的基础

不管是依靠国家法律的强力保障还是依托民间规范的柔性引导，传统中国的养老问题都是以家庭为载体来落实的。这种强大的文化惯性直至今日仍然发挥着巨大作用，以至于当下许多中国人尤其是老年人无法接受养老院，因为在他们看来，自己会被送到养老院是属于被家庭抛弃的人。这种强大的民族心理一方面阻碍了社会养老的发展，另一方面却为解决日益严峻的养老问题提供了西方所不具有的社会优势。正如外国学者评价：“在中国，尽管为老年人服务的设施差，可是你们有家庭结构，有一个尊老的传统，这将使你们的老人过得不错，……老人有家庭结构的支持，再加上社会上有辅助性设施，就能使老人们幸福，如果你们对老人的社会保障和服务机构没有发展起来，可又把传统家庭结构破坏了，那么必将发生一场悲剧。”<sup>[7]348-349</sup>

这一评价恰恰揭示了我国在养老问题上所拥有的社会基础和特殊优势。因此，面对我国日益增加的老龄人口数量，当下尚不完善的社会养老保障体系以及养老资源供给不足等客观情况都反映出完全依靠社会养老是不可行也是不现实的。我们要看到传统中国所形成的家庭养老的强大文化惯性为解决养老问题提供了重要的非正式资源，并且要利用好这一独特资源。对不同的老龄群体采取不同的养老模式，将有限的社会资源投放到最需要的群体上去。这是完善我国养老保障

体系需要明确的背景，养老立法的发展也必须深嵌在这一大背景之下。

## 二、家庭底色下我国养老立法的边界与限度

应对当下中国的养老问题必须立足于家庭这一前提，但完全依靠家庭养老显然也是不现实的。日益严峻的养老现实和立法从“家庭”到“居家”的转变已经昭示养老问题的解决必须依靠国家和社会的力量。因此，确立养老立法的家庭本位并非排斥国家和社会力量的介入，而是要厘清在不同养老模式之间，立法的边界与限度究竟为何。

“常回家看看”条款的实施困境凸显了养老立法的复杂性。2012年《保障法》在修改当中加入了这样一个条款：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人，与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人，用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。”此条款即被热议的“常回家看看”条款。不可否认的是，该条款的立法目的本身是好的，然而现实中这样的新闻却频频出现：“常回家看看入法引质疑，父母不忍告孩子”<sup>①</sup>。截至2021年，以该法条为内容于北大法宝进行检索，仅能搜到307篇裁判文书，全国年均仅30件左右。耐人寻味的是，西南政法大学人权研究院主持的“中国大众养老观念调查”的结果显示，对于“常回家看看”条款的态度，高达86.2%的受访者表达了赞同的态度。然而，当面对“如果子

① 参见《常回家看看入法引质疑，父母不忍告孩子》，腾讯视频 <https://v.qq.com/x/page/e0012j5orkz.html>。

女没有‘常回家看看’，您认为用哪种方式解决更合适？”的问题时，仅8.8%的受访者选择了“到法院起诉”，而“与子女商讨”则以61.7%的比例位居首选<sup>[8]</sup>。为什么人们宁愿选择私力救济也不愿选择诉讼？一个被叫好的立法在实践中为何会遇冷？这样一种反差本身是非常值得深究的。对此，如果把视角转移到传统中国的立法上便会有所启发。

由于文化的特殊性，“数千年来中国只有一种法律，那就是‘刑律’。”<sup>[9]</sup><sup>[246]</sup>传统中国民事法律并不发达，以现代眼光来看为数不多的可归入民事法律的部分大多集中在田土、户婚等内容当中。这就使得传统中国的国家法对于养老问题直接进行调整的内容非常有限，具有国家强制力的立法几乎仅能找到别籍异财与存留养亲的法条，养老问题的更多面向在事实上是由深嵌在这一特殊社会结构中形成的自生自发秩序予以规范的。在传统中国，基于血缘关系的天然性的“孝”实乃整个传统社会最为核心的价值，而国家层面的“忠”则是基于“孝”的逻辑衍生产生的，从汉代开始出现的“移孝作忠”的现象就是这一逻辑的体现<sup>①</sup>。因此，基于家国同构的历史现实，保障“忠”就必须保障具有同源性的“孝”。所以，作为“孝”之精神的具体体现的养老行为必然会得到国家的重视。虽然国家法并没有对养老问题进行过多的强制性规定，但是基于家长在整体礼治秩序中的优势地位，子女任何违背“孝”的问题不仅可以通过家长的教令权自行解决，同时这些“不孝”的行为也并不会因为缺乏明确的国家法而无法规制。家国同构的社会形态，家庭乃至家族同居共财的生活模式，礼法合一的行为规范体

系都在保障着养老的实践。

“从这个意义上讲，立法者的任务并不是建立某种特定的秩序，而只是创造一些条件，在这些条件下，一个有序的安排得以自生自发地型构起来并得以不断地重构。”<sup>[10]</sup><sup>[201]</sup>因此，即使是在刑法发达的传统中国，维持养老保障的整体秩序也并不需要借助过多的强制性规则，只有诸如别籍异财等被统治者认为属性严重的越轨行为才需要以国家法加以规制。百姓能履行好侍奉老人的职责，更多的是依靠礼治秩序的非正式支撑。

然而，这种以血缘关系为纽带生长起来的礼治秩序随着中国社会的发展发生了巨大变化，依法治国已成为我党领导人民治理国家的基本方略。那么这是否意味着家庭养老背后所缺失的礼治秩序必须由具有国家强制力的立法来填补呢？事实上“常回家看看”条款的现实遇冷已经暗示我们：对于家庭养老的立法不宜过多采用义务性规则，尤其是对强制性规则的采用更要谨慎。就“常回家看看”条款本身而言，其属于义务性规则毋庸置疑，但其并未直接说明如果违背这一义务将会产生何种法律责任，这种没有规定法律责任的条款通常被称为叙述性立法<sup>[11]</sup>。正是基于这种叙述性立法的性质，有学者指出强制性程度不够是该条款遇冷的主要原因<sup>[12]</sup>。那么是否可以通过提高强制性程度，以国家强制力保障这一条款的施行呢？

不得不承认，中国法制现代化的进程受到了西方的影响。以至于《中华人民共和国婚姻法》“司法解释三”的出台一度被学者抨击为吹响了“中国家庭资本主义化的号角”<sup>[13]</sup>。这一争论背后反

① 例如《孝经》里谈到：“君子之事亲孝，故忠可移于君。”。

映出来的恰恰是亲属关系的特殊性。“从本源上讲，亲属关系既是一种最原始的人际关系，也是一种最基础的社会关系。由此说来，它具有‘原创性’，即它发端于人类社会之初，起始于国家创立之前。”<sup>[14]</sup>在我国现行法律所调整的法律关系中，亲属关系是最具有传统色彩的领域，也是最难通过西方语境下权利义务式的契约思维去处理的领域。在“常回家看看”条款的实施中，当事人往往不愿通过法律解决家庭纠纷，反映出强行性立法并不能有效解决家庭养老的精神赡养问题。增强法律的强行性可能导致子女承担更多法律责任，但并不能保证问题的解决，反而可能加剧家庭关系的紧张。因此，处理家庭养老问题需要更细致和人性化的方法，而非单纯的法律强制。

“常回家看看”条款遇冷的关键不在于强行性色彩不够，而是这种社会关系本身就不适合用法律进行调整。即使在道德与法律高度混同的传统中国，对养老问题的保障也更多地是由礼治秩序来实现的。所以，在处理家庭养老的立场上应摒弃“法律中心主义”的倾向，对家庭养老采取引导、宣传等柔性手段，而不宜通过强行性立法加以直接规制。正如杨立新教授对“常回家看看”条款的评价：“该条款的重要意义在于明确卑亲属对老年尊亲属的探望义务，借此倡导民事主体自觉履行该义务，在全社会形成尊老爱老、孝敬老人的社会风气。”<sup>[15]</sup>

### 三、人力与物质：保障养老权的两大要素

#### （一）养老权与养老立法

尽管家庭养老立法不宜采取强行性规则，但

这并不代表整个养老立法都需要“无为”。厘清立法的边界与限度是为了使国家能够更好地“有所为有所不为”，进而将有限的资源集中到最为关键的问题上去。对国家而言，保障养老权的实现是一项宪法义务。“养老权作为一项基本人权，无论是法律上，还是实践中，都已在国际社会形成共识。”<sup>[16]</sup>对此，《中华人民共和国宪法》第四十五条第一款规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。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。”根据该款的规定，养老权在我国同样是一项基本人权，国家有义务为公民养老权的实现提供保障。值得一提的是，习近平同志第一次在《人民日报》发表的署名文章的主题就是尊老。

这样一种国家义务的凸显也是养老立法在变迁过程中展现出来的重要特点。2012年《保障法》进行修改，其中第四条强调：“积极应对人口老龄化是国家的一项长期战略任务。”该法此前对于国家义务的强调多用政策性、方向性的表述，相较而言，此次修法的一个亮点便是明晰了国家及相应各级机关部门在相关问题上的职责。例如第六条第二款进一步明确了国务院和县级以上地方人民政府应当制定相应行政区域内老龄事业发展规划及相关年度计划；第三款对县级以上人民政府中负责老龄工作的机构及其负责组织、协调、指导、督促有关部门做好老年人权益保障工作都首次予以了明确的规定。这些职责的明晰进一步从制度层面保障了养老权的落实，同时也表明养老权的保障之于国家而言是一项必须履行的义务。那么，国家立法对于养老权的保障应该在哪些方面展开呢？

## （二）实现养老权的资源：人力和物质

回到历史与现实的经验中会发现，养老权的实现最为关键的两个面向分别为人力资源和物质资源。以“别籍异财”为例，传统立法禁止卑亲属在尊亲属在世时主动提出分家，是因为同居共财的生活模式能够从形式上保证尊亲属在人力资源与物质资源两个方面获得保障。因为同居，老人的日常起居便有人看顾；因为共财，老人日常开销也就有了物质保障。同样类似的存留养亲、官员因赡养老人而在任职方面的变通性规定、特殊人员赋役的减免也都是为了保证老人的身边能够有侍奉之人。除此之外，在授田制流行的年代，国家针对一些特殊人群会额外给予土地，例如唐代的“老男田”从制度上保障了老年男性的养老问题：“依开元令（七年及二十五年），老男给田四十亩（通常为口分、永业各二十亩）。”<sup>[17]294</sup> 这样的设计从制度层面有力地保障了老年人养老的物质基础。即使唐末之后授田制崩溃，民间在分家时为父母保留养老地的做法也一直得以保留<sup>[18]280-285</sup>。

视野回到当代，尽管当下养老问题的立法还存在着诸多不够完善的地方，但梳理现有立法和相关文件会发现，从人力资源与物质资源两个方面保障养老权的逻辑依然明显。

### 1. 保障人力资源。

在保障人力资源方面，现行《保障法》第四十七条强调了国家在养老服务人才的培养、使用等方面的职责，同时《国务院办公厅关于促进养老托育服务健康发展的意见》《国务院办公厅关于推进养老服务发展的意见》等规范性文件对于发展养老事业所需人力的保障同样有相当篇幅的规定。需要说明的是，对于人力应作广义的理解，即提供养老服务的机构都应该纳入人力资源

的范畴。相对于家庭养老而言，原本应由家庭成员承担的功能转移到了养老服务机构，养老服务机构实际上替代了家庭成员在养老方面发挥的作用，因此其依然是从人力资源的角度保障养老权的实现。对此，相关立法同样不少，例如《保障法》第四章社会服务中关于社区养老服务、养老机构等的规定便是保障人力资源的体现。事实上，实践遇冷的“常回家看看条款”试图解决的也是这一问题，不过其立法作用点的选择出现了偏差。

### 2. 保障物质资源。

在保障物质资源方面，立法变迁的逻辑同样明显。2012年《保障法》第六条首次规定：“各级人民政府应当将老龄事业纳入国民经济和社会发展规划，将老龄事业经费列入财政预算，建立稳定的经费保障机制，并鼓励社会各方面投入，使老龄事业与经济、社会协调发展。”其中“将老龄事业经费列入财政预算”的修改相比此前立法“逐步增加对老年事业的投入”的表述无疑为国家义务的实现奠定了财政基础。同时该法对老年人自身财产、养老金、医疗待遇等特殊保护以及养老保险、高龄津贴等问题的规定都是从物质层面保障养老权。除此之外，近些年备受关注的“以房养老”“以地养老”等尝试都是从物质层面多方位保障养老权的落实。

## （三）养老权的实现与资源保障的动态变化

历史经验和现实状况都反映出养老权的实现必须解决人力资源和物质资源这两个最基础的面向。对此，结合图1养老模式类型轴可得出更为清晰的逻辑：当人力与物质这两个面向在家庭范围内能够得到解决时，养老问题依靠家庭便能解决，养老模式将位于家庭养老这一端，同时还可能出现自我养老、家族养老的次

级模式；当家庭在这两个面向上的供给出现了不足时，就要求国家和社会采取措施对欠缺部分予以补充，此时养老的模式就从家庭向社会移动，欠缺部分越大，养老模式就越靠近社会养老一端，从而出现居家养老、社区养老等中间模式；当家庭在这两个面向上的供给不足已经到了无法满足基本的生存需求时，养老模式甚至会越过社会养老这一端点而以社会救助这样一种极端的模式展开。由此可见，不管是家庭养老还是社会养老都必须解决人力资源和

物质资源的问题，同时这两个方面的供给程度还决定了养老模式的具体形态。

#### 四、我国养老立法的基本框架与完善路径

##### (一) 养老立法的基本框架

养老立法是一个多面向、多维度、多层次的综合问题，结合不同养老模式，我国养老立法的完善路径可以在如图2所示的框架中展开。

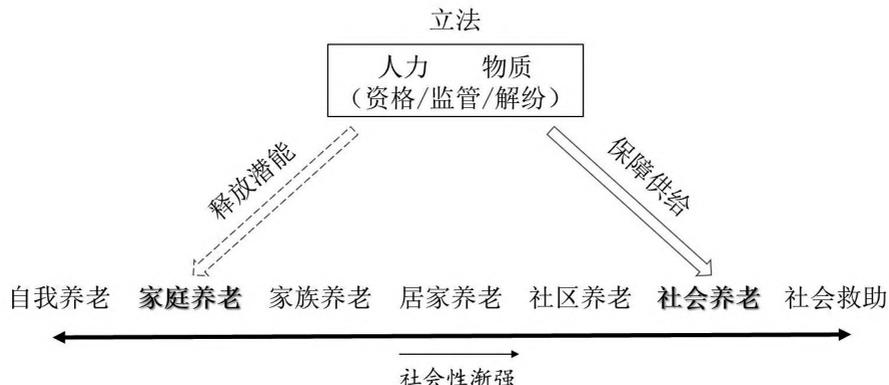


图2 我国养老立法的基本框架

在这条横轴上，越靠近家庭养老这一端，立法的强制性程度就越低，而越靠近社会养老，立法的强制性程度则越高，表现在图2内便是两个箭头虚实区别。同时，养老立法要解决的两个关键问题是人力资源和物质资源的问题，但是立法在家庭养老和社会养老的语境中解决这两个问题的手段是不同的。对家庭养老来说，由于立法不宜采取过多的强制性规则，因此除了道德的倡导之外，立法的重点应是通过制度设计在家庭范围内释放人力和物质的潜能，对社会养老而言则需要通过制度设计保障人力和物质的有效供给。

尽管家庭养老与社会养老的立法在手段上存在着释放与供给的不同导向，但总体而言立法所关涉的环节可以统合为前中后三个阶段，分别对应着资格、监管、解纷三部分。由于立法性质的不同，立法在这三个方面的重点也各不相同。

##### (二) 家庭养老立法的完善路径

在家庭养老的立法设计上，资格首先要解决的是养老义务人的问题，尤其需要进一步厘清养老义务人与赡养人、扶养人之间的关系问题。根据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的规定，“有负担能力的孙子女、外孙子

女,对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母,有赡养的义务。”同时,“由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹,对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐,有扶养的义务。”然而《保障法》规定:“由兄、姐扶养的弟、妹成年后,有负担能力的,对年老无赡养人的兄、姐有扶养的义务。”这就意味着,赡养人在顺位上优于扶养人。但是在现实生活中赡养人是否比扶养人更适合担任养老义务人,是值得考虑的问题。鉴于养老问题的特殊性,养老义务人的确定不妨借鉴离婚案件中关于未成年人抚养问题的规定,以最有利于老年人的原则来确定养老义务人。

立法的重点还要保障养老义务人有能力实际履行养老的职责,这是家庭养老立法最为重要的环节。对此,立法的主要内容应是释放家庭养老人力与物质资源的潜能。在人力方面,应从制度上进一步加强探亲假的立法,对我国目前较为严苛的探亲制度进行“松绑”<sup>[19]</sup>。在日常工作中,对于家中有老人需要照顾的职工,可执行更为灵活的工作时间和工作方式,例如允许其错峰上下班或安排一些能够居家完成的工作等。就物质方面的保障而言,实践中已经有了“以房养老”“以地养老”等模式的尝试,但这些模式尚不成熟,暴露出的诸多问题应得到进一步的解决<sup>[20]</sup>。在税收方面,对涉及养老问题的相关人群应给予相应的减免措施,同时加快完善以养老保险为核心的社会保障体系,提高老年人自我养老的能力。

在监管和解纷的问题上,由于亲属关系的特殊性,家庭养老立法应保持一定的克制。在监管方面,不同于政府对市场主体的监管,只有当养老义务人的作为或者不作为严重侵害到老年人的身心健康时,政府部门或者特定社会组织才能够

主动介入,对此可以构建以保障妇女、儿童、老年人等弱势群体于一体的新型公益诉讼机制。与之相似,在解纷方面,立法不宜过分扩张。因为这些纠纷发生在家庭范围内,纠纷的非理性色彩大大超过一般的民事纠纷。“把家事纠纷放在整个社会中可以看出,基于血缘、爱情、亲情而建立的家事法律关系都体现了家事法律关系主体的伦理性。”<sup>[21]</sup>“清官难断家务事”“公说公有理婆说婆有理”甚至“谁穷谁有理”等俗语表露出来的正是家事纠纷的复杂性。因此,国家法在这样一个特殊领域不宜过分介入。

### (三) 社会养老立法的完善路径

对社会养老而言,立法则需要通过制度设计保障人力和物质的有效供给,此问题同样可以分为三个环节来考察。第一,资格,即谁有资格提供养老服务。在这一点上,国家肩负着宪法规定的义务,因此立法需要进一步明确各级国家机关的相应职责,避免出现无责任主体或“踢皮球”的情况发生。当然,社会养老的具体实践并不能完全依靠政府来承担,其功能的发挥往往需要通过市场来实现。不管是社会资本直接兴办养老产业,还是政府购买服务,都存在一个资格准入的问题。因此,规范市场准入,制定行业标准是社会养老立法需要重点解决的问题。除了规范资格准入外,引导更多的人力和物质有效进入社会养老领域也是立法应关注的问题,对此包括税收、财政、土地、人力、卫生等政策应发挥出综合的作用。然而,目前我国养老产业仅税收优惠政策方面就存在着诸多问题,具体表现为“发文部门杂乱无章、各行其是、法律监督主体不明确。税收优惠激励养老产业发展的效果被限制。”<sup>[22]</sup>

第二,监管。除了以资格准入进行规范外,

社会养老的实际运行离不开外部的监管。由谁监管, 监管的程序、监管的标准, 各方主体法律地位及其权利义务责任的分配等都是在监管环节必须考虑的问题。目前, 相关立法不仅缺乏, 同时内部层级与彼此之间的逻辑仍然没有理顺。2020年11月, 国务院办公厅颁布了《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》, 其中对养老服务的监管重点、责任、方式以及相关部门职责分工予以了规范。然而该意见总体原则性较强, 内容亟待进一步细化, 立法位阶有待提高。这些特点同样体现在各部门颁布的规范当中。以民政部为例, 在其目前的部门规章中仅《养老机构管理办法》第五章共十条涉及监管的内容, 其他规范几乎都是以“意见”的形式发布的。例如2021年民政部、住房和城乡建设部、市场监管总局联合印发的《关于推进养老机构“双随机、一公开”监管的指导意见》中尽管列出了“养老机构重点检查事项清单”, 但该意见不仅内容较简略, 并且其中列明的“检查依据”都是部门规章以上的规范。而民政部自己颁发的相关标准如《养老机构老年人营养状况评价和监测服务规范》只是以行业标准的形式予以发布的。“法无授权即禁止”, 这些行业标准能否成为当然的“检查依据”, 从效力上来说是有疑的。

第三, 解纷。近年来社会养老引发的纠纷不仅越来越频繁, 同时还呈现出一些新的特点。这些纠纷往往集中在服务提供主体资质、服务协议、助餐服务、医疗服务、精神文化和家政服务以及老龄数据信息安全等方面<sup>[23]</sup>。然而相关规范的缺失不仅使老年人的合法权益得不到有效保障, 而且不合理的责任分担反过来进一步挫伤了社会资本进入养老产业的信心。如果经营养老机构不仅

收益甚微, 还要承担较大的风险, 那么投资主体会对养老服务避而远之, 这不利于养老服务的可持续发展<sup>[24]</sup>。例如原本的养老义务人究竟在养老法律关系当中处于何种地位, 养老服务机构应当承担的责任范围有多大, 养老义务人的哪些责任是不因养老服务合同的成立就能免除的, 如果发生养老服务纠纷如何合理分配三方的举证责任? 《民法典》并未将养老服务合同规定为特殊合同, 《养老机构管理办法》对于服务协议之内容的规定也体现出了极强的自治原则, 这就使得因养老服务而引发的新型纠纷缺乏统一的裁判标准。因此, 社会养老引发的新型纠纷急需立法回应, 尤其是各方主体法律地位的明确、权利义务责任的明晰、养老服务合同的规范化以及举证责任的合理分配等等, 都是当下社会养老立法急需解决的问题。

## 余 论

养老问题无疑是一项错综复杂的社会工程。在实践中具体选择何种养老模式, 除了需要在家庭与社会之间寻求平衡外, 还应超越类型化的约束进而根据现实需要不断推陈出新。相应地, 养老权的法律保障也是一个综合性极强的问题, 并非某一部法律就能够全部包揽。例如对养老权的侵害就可能来自养老义务人、政府部门、养老机构等不同主体, 从而引发民事、行政甚至是刑事责任。因此, 本文所讨论的养老立法, 远不止涉及社会法范畴的养老法。养老权的保障与落实也不可能仅仅依靠某一部法律的制定或修改就能实现。这需要来自各个法律部门的协同合作, 通过构建一个更为严谨的法律规范体系, 共同保障养老权的实现。

## 参考文献：

- [1] 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[J]. 广西社会科学,2021(9):144-150.
- [2] 孙光德,董克用. 社会保障概论[M]. 北京:中国人民大学出版社,2004:131.
- [3] 刘晓梅. 我国社会养老服务面临的形势及路径选择[J]. 人口研究,2012(5):104-112.
- [4] 梁漱溟. 中国文化要义[M]. 上海:上海人民出版社,2011:79.
- [5] 王跃生. 历史上家庭养老功能的维护研究——以法律和政策为中心[J]. 山东社会科学,2015(5):5-14.
- [6] 丁学义. 常熟丁氏家谱·义庄规条[M]. 光绪二十九年刻本.
- [7] 萧振禹. 养老,你指望谁:中国面对人口老龄化的困惑[M]. 北京:改革出版社,1998:348-349.
- [8] 曹鑫. 精神赡养权利的司法保障研究——以“常回家看看”条款实证分析为例[J]. 四川理工学院学报(社会科学版),2019(3):38-57.
- [9] 梁治平. 寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究[M]. 北京:商务印书馆,2013:246.
- [10] 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1997:201.
- [11] VAN DUNNE J. M. Narrative coherence and its function in judicial decision making and legislation[J]. The American Journal of Comparative Law,1996(3):463-486.
- [12] 杜乐其,黄燕.“常回家看看”条款:缺陷及其完善[J]. 理论探索,2014(4):112-116.
- [13] 赵晓力. 中国家庭资本主义化的号角[J]. 文化纵横,2011(1):31-34.
- [14] 李拥军. 当代中国法律对亲属的调整:文本与实践的背反及统合[J]. 法制与社会发展,2017(4):70-88.
- [15] 杨立新.“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用[J]. 法学论坛,2013(6):99-107.
- [16] 马新福,刘灵芝. 公民养老权涵义论析[J]. 河北法学,2007(9):40-42.
- [17] 戴炎辉. 中国法制史[M]. 台北:三民书局,1995:294.
- [18] 滋贺秀三. 中国家法原理[M]. 张建国,李力,译. 北京:商务印书馆,2017:280-285.
- [19] 张素凤. 我国探亲假制度的不足与重构[J]. 西南民族大学学报(人文社科版),2017(3):120-126.
- [20] 张栋. 中国“以房养老”:现实困境、国际经验与应对策略[J]. 当代经济管理,2020(2):70-77.
- [21] 陈宝军,王琦. 家事纠纷特质的反思与重识[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2018(1):119-125.
- [22] 杨复卫. 税收优惠激励养老产业发展的法律效果评估[J]. 大连理工大学学报(社会科学版),2020(4):68-75.
- [23] 潘利平. 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[J]. 西南民族大学学报(人文社科版),2019(2):63-67.
- [24] 武萍,付颖光. 责任分担视角下我国机构养老服务困境的法律应对[J]. 社会科学家,2021(4):107-113.