

老年人监护与长期照护保险立法之比较与选择

李志强

[摘要] 老年人照护问题已经从传统的家庭内部风险逐步发展成为一种普遍性社会风险,我国关于老年人监护制度的现行立法无论从其功能设计还是主体涵盖范围等方面已难以应对这一日益严峻的社会挑战。以美国、德国和日本为代表的发达国家因应时代和社会发展建立起老年人长期照护保险法律制度体系,为我国处理此类问题提供了有益借鉴。通过对老年人监护和长期照护制度各自的价值、功能与主要内容的对比透视可知,对老年人权益的保护和行为的规范不仅需要强化老年人监护制度的价值理性完善,而且需要以工具理性为引导、建构以国家和社会为主导的老年人长期照护保险法律制度,以形成兼具公法福利性与私法意思自治理念为一体的交叉互补、相得益彰的多元化老年人社会保障法律制度体系。

[关键词] 老年人监护;长期照护保险;价值理性;工具理性

[作者简介] 李志强,清华大学法学院2014级经济法专业博士研究生,兰州大学法学院副教授,北京100084

[中图分类号] D912.5

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2018)03-0062-07

“21世纪将是一个不可逆转的老龄社会”^[1],2017年10月18日,中共中央十九大报告有关“实施健康中国战略”中,再一次明确了“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”。这为今后如何更好地应对人口老龄化带来的巨大挑战提供了顶层设计纲领和科学的行动指南。Pifer Alan 和 Lydia Bronte 在《老龄化社会》一书中指出:“人口老龄化继续发展下去所产生的冲击将不亚于过去不断的武力扩张、持续的欧洲移民冲击波和城市演进等人类历史上任何一次伟大的经济与社会革命所带来的影响。”^[2]也就是说,人口老龄化正在并将继续对人类生活包括政治、经济、法律和文化等几乎所有领域产生深刻的影响。随着目前“老人年金”“老人津贴”“独居老人死亡”之话题甚嚣尘上,对于老人之照护,已是当前社会无法回避之问题^[3]。其中,老年人尤其是失能或失智老年人群体合法权益保护及行为的规范调整等问题则是从法学视角对我国进入老龄化社会后应该予以着重关注

的焦点问题之一。

一、问题提出

随着我国工业化和城镇化的现代化进程向纵深发展,传统的社会结构逐步瓦解导致其原有社会功能渐趋式微^[4],而人口老龄化进程加快产生的老年人长期照护(Long-term Care,以下简称LTC)风险也将传统的孝文化与现行的监护制度双双推入了无法自拔的正义陷阱,这一社会变迁进程不仅让传统孝文化赖以生存的以家庭、院落、宗族或乡土为基本表征的制度土壤日渐贫瘠,也让现行的监护制度无所适从。基于此,学界试图从包括法国、德国、日本和韩国^①等国家的成人监护制度立法中寻找答案,提出应该扩大成年监护^②对象的范围、废除行为能力欠缺宣告制度^③、补充意定监护制度、建立监护监督制度等建设性意见,并将《老年人权益保障法》(2013)第二十六条的出台视为对《民法通则》既有监护制度的突破性标志^④和对之积极努力的侧

[基金项目] 教育部人文社会科学青年基金项目“老年人照护体系法律制度研究”(13YJC820049)

① 见何宏莲、王威武:《老龄化社会背景下我国成年人监护制度的立法完善》,载《学术交流》,2007年第5期;姜海顺、景明浩:《论韩国的成年监护制度及对我国的启示》,载《延边大学学报》(哲学社会科学版),2014年第3期。

② 我国虽然没有形式意义上的成年监护制度或老年人监护制度,但从本质上来说,对于那些60岁以上的“精神病人(包括痴呆症人)”经利害关系人申请宣告为限制民事行为能力或无民事行为能力人后,自然属于监护制度中的合法监护对象。因此,这里的老年人监护制度是从实质意义上而言的。

面认可。

毋庸置疑,起源于古罗马《十二铜表法》的监护制度^[7]在保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益、保护第三人利益和社会公共利益以及维护家庭稳定和正常的市场交易秩序方面发挥了积极的作用。然而,随着人口变化、社会变迁与结构转型,大量的农村人口涌向城市且作为市场经济重要组成的劳动力要素在自由主义市场理念的支配下呈现散状流动状态,现代化的社会分工让社会形态从机械团结转为有机团结^[8],老年群体的生存与发展问题早已超出了监护制度可以调整与规范的范畴而愈渐演变成一种普遍性社会风险^[9]。因此,在民法维度下围绕老年人权益保护寻求纯粹性私法制度出路难以奏效的情况下,积极建构以国家和社会为主导的老年人长期照护保险(Long-term Care Insurance,以下简称 LTCI)法律制度^[10]才能走出这一民事领域的制度困境,为更好地保护现代老年群体的合法权益提供全面的制度保障^①。

二、老年人监护与 LTCI 法律制度比较

(一)制度目的之比较

1.老年人监护制度之目的。监护制度设立之目的“旨在保护行为能力不足之人,并兼顾交易安全”^[11]。《民法总则》以公民的行为能力为标准对监护的主体范围予以了明确规定,将无民事行为能力和限制民事行为能力的人作为被监护的对象。对于患有精神病的公民,经过利害关系人向法院申请,可以宣告为无民事行为能力或限制民事行为能力之人。按照《民法通则》的规定,对于老年人群体而言,只有那些患有精神病的人才符合老年人监护的法定条件^②。

2.老年人 LTC 制度之目的。“照护”的本义是指“照料护理”^[12],而 LTC 则具有相对特定的含义。根据欧洲经合组织的定义:LTC 是指存在身体功能性障碍或认知障碍的人根据需要获得的包括日常生活照顾、基本医疗服务及日常辅助类的低级别活动服务^[13]。其终极目的是为了“确保缺乏完全自理能力的人能根据个人的优先选择保持最高可能的生活质量,并享有最大可能的独立、自主、参与、个人充实和人类尊严”^[14]。LTCI 则是为了合理分担

政府、社会和个人三维主体在 LTC 服务中的责任承担而实行的一种包括商业性保险、社会保险或普惠性福利等类型的现代社会保障制度。因此,设立老年人 LTCI 制度的目的主要为帮助失能或失智的老年人提供医疗或生活方面的基本护理,满足该群体以维持或尽可能提升生存水准为目标的日常基本生活需要。在实现该目标的过程中,虽然也会产生被照护主体与保险人、照护服务提供者等主体之间的法律关系,但这一法律关系的产生都是在完全行为能力人之间完成的,对于不能或不可能实施该法律行为的主体,则由其他适格主体代理完成。

(二)主体范围之区别

从上述对老年人监护和老年人 LTCI 制度的目的分析中可以看出,二者之间最大的相同点都是针对一方主体为失能或失智的个体,其日常的基本生活或正常民事行为交易都需要在适格主体的协助下方能完成。然而,二者之间除具体制度设计目的存有差异外,在主体范畴方面也具有明显的不同。

老年人监护制度的对象是具有“精神病”(包括痴呆症)特征的民事主体,换言之,凡是符合老年人监护制度的对象一定是限制民事行为能力或无民事行为能力的个体。而老年人 LTCI 的对象范畴却与之不同,符合老年人 LTCI 条件的个体不一定是限制民事行为能力或无民事行为能力之人,对于那些虽然存有躯体或功能性能力障碍但认知能力正常的个体来说,其显然具备完全的意思表示能力和民事行为能力,只是由于自身行动不便而需要在他人的协助下才能完成日常的基本生活行为,但该类个体完全可以通过口头、电话或网络等方式完成民事行为且完全符合合法民事法律行为的构成要件。而对于那些属于老年人 LTC 对象的失智个体来说,符合《民法通则》关于“精神病”(包括痴呆病)概念范畴的,自然属民法语境下的限制民事行为能力或无民事行为能力之人,而受老年人监护制度的规范与调整。

(三)确定标准及程序之不同

1.老年人监护对象之标准。对于老年人监护制度中监护对象的确认,除需要符合一般老年人认定标准外还需满足精神或智力要件。

老年人监护制度是民事法律制度体系的重要组成部分。民法是调整平等主体之间财产关系与

^①我国理论界对老年人长期照护及保险立法问题的讨论已有十几年的历史,虽然尚未上升到基本法的层面,但在部门规章和地方规范性文件法律文件中已多有提及且开始试点实施。如 2014 年,发改委等十部委联合发布的《关于加快推进健康与养老服务工程建设的通知》(发改投资[2014]2091 号)提到“长期护理”“健康护理”等内容;2017 年 4 月 12 日,山东省人民政府办公厅对外公布了《关于试行职工长期护理保险制度的意见》,宣布山东全面试行职工长期护理保险制度。

^②1988 年,最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》的通知第五条中,将符合条件的痴呆症人列为精神病人范畴而视为不能完全辨认自己行为的人。

人身关系的法律规范的总和,它是“个人主义和自由主义的产物和表现,个人主义和自由主义是民法的哲学基础”^[15],人格平等、意思自治、个人本位是现代民法的基本特征。“精神病人”(包括痴呆症人)主体在判断自己行为的性质和后果并作出意思表示能力方面存有一定的缺陷,为保护其合法权益、维护正常的市场交易秩序,需要他人辅助或代替其完成民事法律行为以本质或结果上达到相应合法民事行为之行为能力要件的要求。因此,民法中对老年人监护的适用标准是其精神或智力状况是否具备正常的认知与判断能力、自我保护能力以及对行为后果的预见能力等^①。

当然,符合以上两个要件的主体并非一定是法律意义上的限制民事行为能力或无民事行为能力人而自然纳入老年人监护制度主体范畴。而是需要根据《民法通则》第十九条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(法发[1992]22号)第一百九十三条之规定,由相关利害关系人向人民法院申请宣告其为限制民事行为能力或无民事行为能力人。

2.老年人 LTC 对象之标准。对判断一个老年人是否符合 LTC 的条件,主要是从其身体功能和日常生活障碍角度进行综合评估。虽然各国在有关老年人失能评估标准上并不完全一样^[16],但对 OECD 提出的两大主体标准指标基本是一致认可的。OECD 对 LTC 的量化标准,主要包括日常生活活动(Activities of Daily Living, ADLs)和辅助性日常生活活动(Instrumental Activities of Daily Living, IADLs)两大指标^[17]。

因每个国家或地区对老年人 LTCI 法的立法理念和主要内容上各有不同,在有关老年人 LTCI 的具体确认标准和申请程序方面也存在差异。如日本《介護保険法》规定,被保险人以年龄为标准分为第一类被保险人和第二类被保险人^②。在照护保险对待给付和认定方面,第一类被保险人只要保险事故发生即可申请照护保险给付,而第二类被保险人则只能根据日本《介護保険法施行令》第二条之规定,在法定 15 种特定疾病情形下可以申请保险对待给付。在申请对待给付程序方面,须先由被保险人或其家属或委托代理人向保险人提出保险给付申请,由市町村进行第一次审查后,再由医师、社会福利专家等组成的照护认定审查会依据第一次审查结果进行第二次审查^③。由于被照护者身心状况可能

会出现持续性变动的情形,日本《介護保険法》要求照护者须每隔一段时间向保险人申请对照护需要或照护服务内容进行重新认定,以确保相关照护服务的妥当^[18]。可以说,日本的 LTC 法律制度从程序法到实体法的内容都相对全面和成熟。

(四)责任机制之不同

1.老年人监护制度。一是责任主体的确定,我国对老年人监护制度的监护责任主体确定方面规定得较为明确,主要是根据《民法总则》第二十三条和第二十八条的内容:无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人,由其法定代理人即配偶、父母、成年子女或其他近亲属担任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的,也可以由其关系密切的其他亲属、朋友自愿承担监护责任。以上监护主体按法定顺序承担相应的监护职责。如果对担任监护人有争议的,则由精神病人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。对于没有法定代理人或其他自愿担当代理人作为精神病人监护人的,由其所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。二是保障或惩罚机制。老年人监护对象作为限制民事行为能力或无民事行为能力的民事主体由于其精神或智力方面的问题,导致在日常生活和交往过程中因不具备完全的意思能力和行为能力而难以对其自身的人身、财产安全以及他人利益或社会秩序提供充分保证。监护人作为受到法律认可的适格主体,理应尽其所能,为维护监护人的合法利益和正常的社会秩序履行相应职责。然而,如何监督和保证监护人和被监护人这一双方地位不对等、信息占有不对称的法律关系主体中占据优势地位的监护人一方的合理民事行为问题,我国《民法总则》第三十四条、第三十五条、第三十六条和第三十七条以结果否定的方式对之作出了规定,即对于监护人未合理履行监护职责导致被监护人的人身、财产及其他合法权益遭受侵害的,须根据过错程度承担法定责任;应承担赔偿因个人故意或过失行为给被监护人造成的财产损失。对于有关单位或个人反映监护人不作为或严重损害被监护人利益的情形,人民法院可以撤销监护人的资格。

2.老年人 LTCI 制度。一是责任主体。老年人 LTCI 法律制度的建立与发展受制于各个国家或地区的福利制度理念与模式选择。除非正式照护制度

^①关于精神病人的认定可以参考《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(法办发[1988]6号)第四条到第八条的有关条款规定。

^②见日本《介護保険法》第九条规定。其中,第一类被保险人是指在市町村区域内有住所且年满 65 岁以上者;第二类被保险人是指在市町村区域内有住所,年满 40 岁、不满 65 岁之间且加入健康保险者。

^③见日本《介護保険法》第二十七条第六项。

模式外,目前世界上正式 LTC 模式主要包括社会救助 LTC 制度模式、普享制 LTC 制度模式、商业 LTCI 制度模式和 LTC 社会保险制度模式四类^[19]。不同的 LTC 制度模式决定了国家、社会和个人三维主体在其中不同的责任承担。在日本 LTCI 制度模式中规定,由国库、都道府县和市町村与满足年龄条件的被保险人各自负担 25%、12.5%、12.5% 和 50% 的保费比例,将所有符合条件的国民都纳入 LTCI 体系中^[20],根据本国国情实际对国家、社会和个人三维主体的责任分担比例作出分配,这一点与我国的政治制度及发展理念较为接近。二是保障或惩罚机制。由于老年人 LTC 被纳入 LTCI 法律制度中予以规范和调整,其关于当事人之间的权利与义务、权力与职责以及权利救济机制等问题也都得到相应的合理建构。为保障 LTC 被保险人的合法权益,日本 LTCI 法同时建构了相应的权利救济机制,赋予被保险人从申请到给付各个阶段包括给付请求权、程序之权利与救济请求权等三大方面的权利,以为充分实现被保险人的权利提供制度保障^[21]。

三、我国老年人监护与 LTCI 制度之利弊辨

从上述对老年人监护制度和 LTCI 制度设立目的、主体范围、确立标准及程序以及责任机制四大方面的比较可以看出,两种制度都是以老年人群体为调整对象,其在功能设置上存在不可避免的交叉和替代。但二者之间也存在本质上的区别:从各自角度而言,老年人监护制度主要是以家庭照护(监护)为主要设定范畴,而 LTCI 制度则是从外部照护(监护)的角度进行的辅助性制度设计,是为抵御老年人照护问题从家庭风险转化为普遍性社会风险而设立的一种新的补充性老年人保障制度。可以说,老年人监护与 LTCI 制度并非互相替代或彼此冲突的关系,而是一种相互补充、相得益彰的制度架构。因此,除了明确两种制度各自的制度建构体系外,还需要对二者分别的法理基础与制度利弊进行有效分析并明确各自的天然与现实制度困境,以更好地设计并协调两种制度在我国老年人保障法律制度体系中的地位 and 相互关系。

(一)老年人监护制度之利弊辨

1. 老年人监护制度的价值理性。马克思·韦伯从社会行动角度提出价值理性的概念,认为:“价

值理性式,是通过有意识地坚信某些特定行为的——伦理的、审美的、宗教的或其他任何形式——自身价值,无关于能否成功,纯由其信仰所决定的行动。”^[22]我国的老年人监护制度是以孝道和宗法制度为价值范式建构起来的一种具有典型伦理性的以家庭为主要载体的养老制度模式,这一伦理范式要求人们加强自身尊老爱幼的人际道德修养,经过历史的洗礼和沉淀,其早已成为中华民族优秀传统文化的核心因子,形成一种具有民族性和地域性的“集体无意识”^[23]制度范式,晚辈赡养老年人的代际互助或家庭养老制度也因此成为传统社会中人们道德准则和行为规范的应有之义。“任何一种在历史上绵延发展的传统本身具有一种由时间性赋予的、相对独立的权威,即历史权威性”^[24],老年人监护制度正是这样一种获得了历史权威性的制度。因此,监护人根据《民法总则》等相关法律的规定,在履行监护职责、保护被监护人的人身与财产权益过程中的非双务性和非对价性目的是一种典型的价值理性表现。

2. 老年人监护制度的困境。一是老年人监护制度土壤日渐贫瘠^[25]。随着人类工业化、城镇化与现代化进程的不断推进,“机器社会化大生产”为主要特征的工业化文化将传统以家庭、院落等为主要特征的传统生产方式和社会共同体结构逐渐瓦解,流动性和“有机团结”成为现代社会的主要特征。同时,这一社会变迁过程也导致了人的主体意识和人的价值的人格变迁,“并喻文化”和“后喻文化”逐步取代“前喻文化”^[26]成为主流文化形态。这就意味着即使存在《民法通则》第十七条规定的适格监护主体,也可能因“监护人”和“被监护人”生活在不具有现实监护可能的两个地域而无法履行监护职责,这一时代特征是《民法通则》在 20 世纪 80 年代设计和出台时所未曾预料到的。二是主体范围或概念界定有待完善。我国《民法通则》在法定被监护老年人的界定标准上不够科学和严谨。由于“精神病人”(包括痴呆病人)这一概念界定没有严格说明其内涵和外延,而精神病本身是一个非常严谨的医学专用术语,且有广义和狭义之分^[27],有许多在医学上被视为精神病的范畴却不一定导致民事主体意思能力或行为能力受限制,如躯体疾病所致精神障碍、焦虑障碍、强迫性障碍等 24 种轻度性障碍情形^[28]。如何将这一医学意义上的概念成为科学的法学界定是学界长期以来讨论不休的重要话题^①。而我国台湾地区颁布的《老人福利法》(2007 年颁布实施,

^①国内对此问题的研究集中表现在建议取消无民事行为能力界定以及监护主体范围扩大(即将身体或其他原因导致智力障碍的老年人加入其中)等。见康娜:《我国老年人监护制度探究》,载《法商研究》,2006 年第 4 期;魏树发:《成年人监护制度的理念与立法选择》,载《福建师范大学学报》(哲学社会科学版),2007 年第 3 期;李国强:《我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向》,载《当代法学》,2014 年第 6 期。

2014年最新修订)第十三条将监护对象描述为“对于因精神障碍或其他心智缺陷,致不能为意思表示或受意思表示,或不能辨识其意思表示之效果之老人,法院得因主管机关之声请,为监护或辅助之宣告”。同样针对此类群体的描述,在2008年修订时曾将之称为“心神丧失或精神耗弱致不能处理自己事务之老人”^[29]。可以看出,我国台湾地区对老年人监护对象的概念界定不仅更加宽泛和科学,而且随着社会和时代的变化能作出灵活的调整,这是我国未来老年人监护制度修改和完善应该予以跟进的地方。三是法治语境下老年人监护的制度困境。2013年实施的新的《老年人权益保障法》第十八条第二款规定“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”在颁布伊始就引起社会各界的广泛议论,如何将这本属于典型家庭伦理或道德范畴的问题以法律的方式予以规范?如果当事人违反该条款,法律将如何强制其履行此条款行为?即使履行,当事人本应该有的感情能否得以现实表达?这一系列问题的出现不仅可以看出法律对已经出现的老年人监护与照护这一越来越普遍的社会性问题的积极应对的同时,也将我国的老年人监护问题推入了新的制度困境。

(二)老年人 LTCI 制度之利弊辨

1. 老年人 LTCI 制度的工具理性。马克思·韦伯提出价值理性概念的同时,针对性地提出了工具理性这一概念。所谓工具理性,也称“目的理性”,是通过对周围环境和他人客体行为的期待所决定的行动,这种期待被当作达到行动者本人所追求的和经过理性计算的目的的‘条件’或‘手段’”^[30]。显然,工具理性相对于价值理性来说,更具有功利性和目的性。老年人 LTCI 法律制度恰恰是在老年人监护制度陷入制度困境且老年人照护风险逐渐成为一种普遍性社会风险后产生和建立起来的,其所因应的工具理性意义不言而喻。虽然价值理性更加符合传统文化内在特性,但“存在即合理”^[31],社会的变迁和时代的发展要求我们不仅需要用新的思维范式予以看待这一为老年人监护或照护之“目的”而出现的适应现代化市场经济和法治语境下的社会保障“手段”,而且应该顺应社会发展需求^[32],从制度变革与创新的角度对传统的制度架构予以及时调整与完善。

2. 老年人 LTCI 制度的先天不足。一是老年人 LTCI 具有典型的工具理性特征,相对于传统照护制度和赡养文化而言显属另类。由于老年人 LTCI 的建立适应了社会转型时期老年人照护风险从传

统家庭内部风险转为外部社会风险的需要,增强了社会成员间的互助性和共济性。然而,这一保险制度的建立是在以家庭或血缘关系为纽带的传统照护模式衰落基础上形成和发展起来的,其目的看似相同,但由于老年人照护的形式与手段不再局限于家庭内部或亲属之间,该制度也因此存在或不可避免带有难以给被照护者传统的人性关怀之虞,而这一点无论法律如何健全和完善似乎也不可能保障该目标的实现。二是全景式道德监控机制缺失。福柯在《规训与惩罚》中关于权力对现代人与社会的规训时指出:“纪律是确保对人类复杂群体的治理的技巧”,“保障原则上平等的权利体系的一般法律形式,是由这些细小的、日常的物理机制来维持的,是由我们称之为纪律的那些实质上不平等和不对称的微观权力系统维持的”,然而,“全景敞视主义是具有普遍性的强制技术。它继续在深层影响着社会的法律结构,旨在使高效率的权力机制对抗已获得的形式框架”。^[33]在老年人 LTCI 法律制度中我们也能看到相应法律制度体系对包括政府、社会和个人等当事人主体有关权利、义务内容的规定与配置。然而,这一“纪律”虽然可以形式上完成对保险合同这一契约中权利与义务的享有和履行,却难以从个人的内心和道德层面进行全景式的监控。比如在照护过程中,照护服务提供者的心理、动作行为的科学性和合理性以及其情感高低等在传统家庭或亲属照护模式中难以存在的问题,却成为 LTCI 制度模式实施过程中最容易引起诟病的先天缺陷。虽然一些国家如日本为此建立了包括机构监督、自我评估和当事人评价等监督检查机制^①,但仍然无法建立起一种完善的全景式道德监控机制以规避可能的人性道德风险。

四、我国老年人监护与 LTCI 制度之理性选择

价值理性与工具理性是人类理性相互矛盾却又对立统一的重要组成。从广义上说,老年人监护和 LTCI 法律制度并非完全冲突或泾渭分明,而是各有其特有功能且交叉共存,在老年人监护制度无法实现其预期目标时,LTCI 可以作为被照护人的“最后一张安全网”^[34]予以选择。通过对老年人监护制度与 LTCI 法律制度各自的建构目的与功能、主体法律关系及利弊辨析可知——前者是民法领域重要的制度组成,后者属社会保障法律制度体系范畴;前者是后者的价值基础与引导,后者是前者的

^①见日本《介護保険法》第七十二条、第八十条、第八十七条和第九十六条等。

有效衔接与补充。二者虽隶属不同法域却互为补充、相得益彰,共同为失能或失智的老年人在日常生活或民事交往中提供权益保障。

(一)继续健全和完善老年人监护制度

老年人监护制度作为民法领域中一项古老而重要的制度,在保护老年人这一弱势群体合法权益方面的功能始终发挥着重要作用。然而,随着我国人口老龄化的加速发展,老年性痴呆症的人口数量也不断增加,并与心脑血管疾病和癌症一道成为导致老年人死亡的三大病因^[35]。所谓老年性痴呆,又称阿尔茨海默病,是一种慢性精神进行性大脑衰退综合症,是老年期起病的重要病种之一^[36]。从医学角度来说,该病并无其他特殊疗法,其“常常以近期记忆减退为首发症状,逐渐累及记忆、计算、定向、理解、思维等多种形式的认知功能,并影响甚至丧失正常的社会生活能力”。^[37]正因如此,学界纷纷建议放宽现有法定成年监护的主体范围,将“智力障碍者”和“身体障碍者”统称为“成年障碍者”群体而列为成年监护人的主体范围^[38]。这一制度设计建议诚然是为了更好地保护那些“成年障碍者”的生存权与平等权等基本权利的实现,但从本质上来看,该类建议扩大化对“监护制度”主体范围的解释,有违民法意思自治和平等自愿的基本原则或理念,已经超越了民法的应有调整领域,因而是科学、不合理的。究其原因,在于我国现有《民法通则》对可能被宣告为限制民事行为能力或无民事行为能力的“精神病人”这一概念表述不够科学和严谨,其医学色彩较强且具有对复杂社会群体内涵和外延的客观限制作用,导致一些符合“限制民事行为能力或无民事行为能力”之人由于非属于“精神病人”范畴而无法列入监护的对象^[39]。当然,关于《民法通则》以年龄作为界定民事行为能力的标准是否科学的问题,也有不少学者存有非议^[40]。但无论民法学界对监护群体如何论辩,其终极目的还是为了在充分尊重民事主体意思自治和平等自愿原则基础上的行为自由与秩序安全。

同时,随着新社会共同体的逐步形成、个人现代性人格变迁和老龄化程度的不断加剧等问题出现,“老年人监护事业的发展及普及仅靠鼓励社会投资或推进监护制度改革是无法得到彻底解决的”^[41],理应对之积极调整与完善,以便更好地发挥其规范与保障功能。如扩大老年人监护对象的主体范围、取消宣告无民事行为能力规定、重视被监护老年人的意思自治能力、调整基层群众自治组织在该制度中的功能以及建立健全老年人监护监督保护制度等^[42]。当然,由于老年人监护制度隶属民法领域,对于一些已经超越民法基本理念和原则的问

题,如将本不属于民事主体意思能力和行为能力障碍范畴的老年人“视力、听力、语言以及肢体障碍等身体障碍”^[43]等问题纳入老年人监护制度中显然已经脱离了该制度的预设本义。可以说,老年人群体面临的风险是多元化的,希冀通过完善老年人监护制度对之合法权益和社会福祉予以保障已经不再现实。因此,继续完善老年人监护制度需要在坚持民法意思自治基本精神的基础上,科学厘清不同老年人群体面临的现实风险,以采取符合民法要义的合理制度和建构措施。

(二)围绕老年人 LTCI 制度积极立法

老年人 LTCI 制度自产生伊始就具有显性工具理性的特质,这是现代化社会分工向纵深发展过程中社会结构随之变迁带来的必然结果,是在个人或家庭面对照护需求持续扩大而无法妥善处理的时代背景下从国家角度不断完善社会保障或福利制度的应有之义。“党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出要‘推进国家治理体系和治理能力现代化’,国家治理现代化是一个高屋建瓴、立意高远的时代命题,是基于对我国从传统社会到现代社会全面转型的现实诠释,老年人 LTCI 立法作为这一转型时期的重要课题,是因应社会变迁和市场经济法治化发展逻辑、完善我国社会保障制度体系的重要一环,是推进国家治理体系和治理能力现代化的试金石”^[44]。因老年人 LTCI 立法涉及保险费用的比例分担,国家、社会和个人三维主体在该法律关系中的权利义务配置,保险给付类型与方式以及权利救济等问题的系统制度建构,这也必然要求国家通过立法对之予以全面规范。如德国将 LTCI 列为与法定健康保险、职业灾害保险、失业保险和退休金保险并列的五大保险之一并专门制定了《对于照护需求风险的社会保险法》,对如何具体落实老年人长期照护保险制度问题进行了详细而具体的规定。因此,未来我国应当对老年人 LTCI 制度从顶层立法的高度予以科学对待,以与现有老年人监护制度立法一道为更好地保障老年人合法权益发挥积极作用。

(三)建立以老年人监护与 LTC 制度为主体的多元立法保障体系

“由于少子化与低死亡率的原因,老龄化问题正在成为世界上任何一个国家都正在普遍面临的问题。”^[45]我国自 1999 年进入老龄化社会以来,老龄化程度正在加速发展,这一趋势对我国的社会伦理和法律制度、经济结构及增长、国民收入分配、劳动生产率和产业结构调整等都将产生巨大的影响。也就是说,在对待老年人权益保障问题上,需要从包括立法层面调整或建立相应法律制度范式在内

的全社会的共同努力,但在法律制度建构与规范问题上,单纯希冀通过某一个部门法的努力来完成也是不现实的,因为老年人保障问题不仅涉及民法等私法部门,而且需要从社会法这一宏观和全局角度进行战略考量。当然,建立和完善老年人保障法律制度体系也非一朝一夕就可以完成的,必须根据问题的轻重缓急和我国的实际国情逐步建立和完善老年人保障法律制度体系。因此,就我国目前社会发展阶段和现实需要而言,继续完善老年人监护制度、加快建构老年人 LTCI 制度,并在此基础上不断完善以两种制度为核心的“多元养老保障法律制度体系”才是应对社会变迁和人口老龄化等时代挑战进行立法的理性选择。

[参考文献]

[1]李本公.中国人口老龄化发展趋势百年预测[M].北京:华龄出版社,2007:6.

[2]Pifer Alan, Lydia Bronte. Our Aging Society, Paradox and Promise[M].New York: W. W. Norton and Company, Inc., 1986:3.

[3]邓学仁.高龄社会之成年监护[C].台湾中央警察大学法学论集,1998(3).

[4][25][32]李志强,刘光华.现代法治语境下的孝道制度建构[J].中州学刊,2014(3).

[5][39][42]李国强.我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向[J].当代法学,2014(6).

[6]杨立新.我国老年监护制度的立法突破及相关问题[J].法学研究,2013(2).

[7]鲁道夫·冯·耶林.罗马私法中的过错要素[M].柯伟才,译.北京:中国法制出版社,2009:79.

[8]埃米尔·涂尔干.社会分工论[M].渠东,译.上海:上海三联书店,2000:89-92.

[9]高春兰,班娟.日本和韩国老年长期护理保险制度比较研究[J].人口与经济,2013(3).

[10]李志强.我国老年人长期照护保险立法研究[J].兰州学刊,2015(4).

[11]王泽鉴.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2001:118.

[12]现代汉语词典(第5版)[M].北京:商务印书馆,2007:1723.

[13][17]Fujisawa, R. and F. Colombo. The Long-Term Care Workforce: Overview and Strategies to Adapt Supply to a Growing Demand[A].OECD Health Working Papers[R]. OECD Publishing,2009.

[14]World Health Organization. Towards an International Consensus on Policy for Long-term Care of the Ageing [M].World Health Organization,2000:6.

[15]章礼强.民法何为——对民法本质追求的思考[J].河北法学,2006(8).

[16]Pacolet J. Social Protection for Dependency in Old Age, A Study of the Fifteen EU Member States and Norway [M].

Aldershot: Ashgate, 2000:37-39.

[18]社会保障研究所.社会保障の财源政策[M].东京:东京大学出版会,1996:192-195.

[19][34]施魏巍.发达国家老年人长期照护制度研究[M].北京:知识产权出版社,2012:47-54.

[20]武田宏.高齢者生活保障の行財政課題——公的介護保障を中心として[J].高齢社会の社会政策(社会政策学会誌第2号)[M].ミネルヴァ書房,1999:87.

[21]土屋和子.介護保険法における利用者の権利保障システム[J].賃金と社会保障,1999(1261).

[22][30]马克斯·韦伯.社会学的基本概念[M].顾中华,译.桂林:广西师范大学出版社,2005:32,31-32.

[23]荣格.荣格性格哲学[M].李德荣,译.北京:九州出版社,2003:8-11.

[24]陈来.传统与现代——人文主义的视界[M].上海:上海三联书店,2009:297.

[26]玛格丽特·米德.文化与承诺[M].周晓虹,周怡,译.石家庄:河北人民出版社,1987:27.

[27]刘艳红.无刑事责任能力精神病人的范围及认定[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2003(6).

[28]侯亚非,李兵.精神病老年人养老服务研究[J].人口与发展,2012(3).

[29]倪娜.老年人监护制度研究[M].厦门:厦门大学出版社,2012:6,188-189.

[31]Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts[M].Frankfurt am Main,1972:11.

[33]米歇尔·福柯.规训与惩罚[M].刘北成,杨远婴,译.上海:上海三联书店,2009:244-249.

[35]Sun Y, Lin CH, Lu CJ, Yip PK, Chen RC. Carotid Atherosclerosis, Intima Media Thickness and Risk Factors——An Analysis of 1781 Asymptomatic Subjects in Taiwan[J]. Atherosclerosis,2002(1).

[36]陈灏珠.实用内科学[M].北京:人民卫生出版社,2001:221.

[37]梅嵘,李求兵.康复训练对轻、中度老年性痴呆患者认知功能和 ADL 能力的影响[J].中国康复医学杂志,2010(8).

[38]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由:亲属编[M].北京:法律出版社,2013:405-406.

[40]朱广新.民事行为能力类型化的局限性及其克服[J].法学评论,2014(1).

[41]孙海涛.在推进服务型政府建设中积极应对人口老龄化挑战[N].光明日报,2015-03-30.

[43]金博,李金玉.论我国身心障碍者监护制度的完善[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2014(5).

[44]李志强.论我国老年人长期照护保险立法的必要性[J].社会福利,2015(10).

[45]World Population Ageing 2013[R].United Nations, Department of Economic and Social Affairs. Population Division,2013: XIII.

[责任编辑:周青]