

国家保护义务视域下养老机构治理的立法优化

彭科^{1,2}

(1.湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081; 2.湖南中医药大学 马克思主义学院, 湖南 长沙 410208)

摘要: 国家保护义务是养老机构治理立法规范的基础, 是保护入住老人权利免受第三方侵害的积极义务。实践调研与理论研究发现, 国家保护义务视域下养老机构治理的立法粗疏: 一般状态下养老机构从业人员日常行为、入住老人健康服务、新型养老模式应用的法律规则模糊与滞后, 入住老人权利易受“隐性”侵害; 特殊状态下养老机构应急防控统筹协调机制、涉及资金风险防控措施、运营过程中退出机制的法律规则缺失与错位, 入住老人权利易受“显性”侵害。应促使养老机构治理的立法精准客观, 强化养老机构治理的立法配套衔接, 切实保障入住老人权利。

关键词: 国家保护义务; 养老机构; 治理; 精细化; 立法优化

中图分类号: D669.6

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2021)06-0082-08

Legislative optimization of the governance of elderly institutions in the perspective of state protection obligations

PENG Ke^{1,2}

(1.Law School, Hunan Normal University, Changsha 410081, China;

2.School of Marxism, Hunan University of Chinese Medicine, Changsha 410208, China)

Abstract: The national protection obligation is the foundation of the legislation and regulations on the governance of elderly care institutions and is a positive obligation to protect the rights of the elderly residents from third parties. Practical research and theoretical research found that the legislation of pension institution governance from the perspective of national protection obligation is careless: In general condition, there are ambiguities and lags in the legal rules of the daily behavior of the employees of the institutions, the health services of the elderly residents, and the application of new elderly care models. The rights of the elderly are vulnerable to “implicit” infringement; the legal rules of the emergency prevention and control coordination mechanism, the prevention and control measures related to financial risks, and the withdrawal mechanism in the operation process of elderly institutions in special conditions are missing and misplaced. The rights of the elderly are vulnerable to “explicit” infringement, and the rights of the elderly are vulnerable to “explicit” violations. We should promote accurate and objective legislation of pension institution governance, strengthen supporting legislation of pension institution governance, and effectively protect the rights of the elderly.

Keywords: state duty to protect; elderly care institutions; governance; refinement; legislative optimization

近年来, 我国人口老龄化形势严峻, 养老服务需求日益增多, 具有专业化服务的养老机构因备受青睐而蓬勃发展。截至 2020 年底, 全国共有养老机构 3.8 万个, 较 2015 年底增长 37.2%, 2021 年最

新公布的前两个季度养老机构数量仍呈递增趋势^①。在此过程中, 养老机构的职能也因势发生转变, 从起初主要替政府承担安置孤寡老人的社会救济职能, 逐步扩展为满足社会老年群体多元化养老需求的综合服务职能, 其服务内容、运营管理、升级模式等得以广泛延伸。与此同时, 不同状态下养老机构入住老人权利保障面临巨大挑战。养老机构入住老人越多、规模越大, 养老机构风险事故发生的概率也就越大^[1], 其运行稍有不善, 入住老人权利就

收稿日期: 2021-10-04

基金项目: 国家社会科学基金资助重大项目
(17ZDA134)

作者简介: 彭科(1989—), 男, 湖南祁东人, 博士研究生, 研究方向为宪法学与行政法学、老年法。

会极易遭受侵害,甚至给养老机构的社会形象造成较大负面影响,养老院成“养老怨”。以安全为底线的服务质量建设,是近年来国家对养老机构治理的根本要求^②。特别是《国家积极应对人口老龄化中长期规划》(2019)、《“十四五”民政事业发展规划》(2021)对养老机构治理提出了更高要求。因应当代人权理念的变革,唯有以法治主导养老机构治理,方能更有力保障入住老人权利。完善相关立法是养老机构治理的法律供给和法治化的具体形式,高质量的立法能为养老机构治理改革提供指导性方向与强有力支撑。

学界就养老机构治理问题进行了诸多探索,主要研究集中在养老机构“服务规范”与“运营管理”方面。在服务规范方面,王熔、张丰健等通过对老年人人文关怀的感知调查研究,提出养老机构工作人员需要提高人文关怀意识与能力^[2];杜芳、黄敏文等对不同所有制养老机构入住老人健康状况进行调研,建议养老机构针对入住老人身心健康差异情况制定不同照护方案^[3];吴雪对智慧养老产业的现状与问题进行研究,提出加强智慧养老发展规范和标准化体系建设^[4];朱昱璇研究了我国医养结合典型案例,提出需要改善政府治理结构以创新我国的医养结合养老实践^[5]。在运营管理方面,张郢以各地养老机构应急管理有效经验为研究基础,以PPRR理论为视角提出养老机构应急管理机制中各阶段实践路径^[6];郭倩等通过对养老服务市场的供给研究,提出政府应选择恰当的财政补贴缓解养老机构财政压力^[7];武萍等基于家人、国家和养老机构等不同主体在养老服务中的责任分担问题,提出应界定养老机构职责,避免养老机构退出后老年人的接收主体混乱问题^[8];吕姝洁通过对大量养老机构侵权案件的研究,概括了养老机构侵权注意义务及赔偿责任的类型与特征^[9];朱敏丽对不同类型养老机构中的流行病、火灾、人身权益侵犯等安全事故的演化机理进行研究,从法治视角对养老机构安全风险管控路径提出建议^[10]。

综上,既有研究从管理学、社会学、医学等视角为养老机构治理提供了诸多有益的参考,但对养老机构治理立法进行专门化、系统化、可操作性研究成果较少,鲜有从国家保护义务视角对入住老人权利保障展开研究。基于此,本研究在证成国家保护义务是养老机构治理立法规范的基础上,结合实地调研访谈^③,以国家保护义务包含的预防层次、

排除层次、救济层次扫描养老机构治理的立法现状,透视其立法缺陷,进而提出完善之策,以期为养老机构治理的立法提供参考。

一、内在逻辑:国家保护义务是养老机构治理立法规范的基础

1. 国家保护义务的内涵

“国家与公民关系的历史发展及趋势表明,国家义务与公民权利已经成为现代国家与公民关系的主轴,国家义务的目的就是对公民权利的根本保障。”^[11]《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权。”该条款中的“保障”蕴含并确立了对公民基本权利保护的国家积极作为义务。国家保护义务是指国家保护公民的基本权利免于第三方^④侵害的积极义务^[12]。国家保护义务涉及受害者、侵害者和国家三者之间的关系,其履行方式必须从第三方侵害的特点出发对公权力提出要求,给基本权利营造一张保护网,同时基于侵害的事前、事中与事后性,可以将国家保护义务对应分为预防层次、排除层次和救济层次^[13]。

国家保护义务对应的三个层次依次具体为:国家有义务采取保护措施防止公民权利遭受第三方可能产生侵害的发生;当公民权利正处于被第三方侵害时,国家负有排除第三方侵扰的保护义务;当公民权利遭受第三方侵害后,国家对侵害者具有追究责任以补偿受害者的保护义务。国家保护义务的实现主要是根据公民基本权利遭受侵害的类型、程度,立法机关、行政机关及司法机关对国家义务以广泛形成权的形式选择不同措施对其加以保护。

2. 国家保护义务嵌入养老机构治理的立法具有可行性与必要性

养老机构治理立法的根本目的是更有力地保障入住老年人的权利免受侵害。《宪法》第45条第1款,第49条第4款规定了对老年人提供帮助和禁止虐待,是国家保护义务的原则性条款体现,依宪履行国家保护义务,可以最高层次、最大限度地保障入住老人权利。由此可见,国家保护义务与养老机构治理立法的根本目的一致,且高度契合,其嵌入养老机构治理的立法具有可行性。

就目前而言,我国养老机构治理的法律主要散见于《老年人权益保障法》《侵权责任法》等非专门性法律,对养老机构进行专门规范的却是效力较低的《养老机构管理办法》,其次主要为国务院、

民政部等部门规章与地方政府出台的法规、规章,以及《养老机构服务安全基本规范》《养老机构服务质量基本规范》等强制性国家标准。养老机构治理的相关法律位阶较低、立法呈碎片化,法律规范之间无法协调一致,出现有法难依、甚至无法可依的情况。在此种情形下,发挥国家保护义务的最高层次、最大限度的立法保护功能,以预防层次、排除层次、救济层次保护网的形式介入,对养老机构治理的立法具有系统化、科学化、规范化的引领效能,可以有效促进养老机构治理的立法优化。基于此,国家保护义务嵌入养老机构治理的立法具有必要性。

3. 国家保护义务视域下养老机构治理的立法基准及重点面向

为避免养老机构治理的立法出现实践中难以适用问题,国家保护义务视域下养老机构治理的立法优化基准应符合我国《立法法》第6条规定:“立法应当从实际出发、适应经济社会发展和全面深化改革的要求,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利和义务、国家机关的权力与责任。法律规范应当明确、具体,具有针对性和可执行性。”有学者将其归纳为立法符合实际与合理公正^[4],基于此,国家可遵照该基准对养老机构治理的立法实践样态进行检视,以便能切实履行对入住老人的权利保护义务。

当前养老机构治理是由政府相关部门规制主导实施,对养老机构以监管的方式从“管理”逐步走向“治理”。2018年新修正的《老年人权益保障法》取消了养老机构设立的行政许可,提出要加强养老机构事中、事后监管原则,但并未就相应具体范围及监管力量进行合理补充,造成实践中监管乏力。在此种情形下,养老机构治理只能依赖大量行政规章和行政规范性文件的出台进行推进,譬如:2020年11月民政部新修订的《养老机构管理办法》以及国务院办公厅印发的《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》是养老机构治理的重要指导文件,后者对养老机构综合监管涉及五个重点方面:从业人员监管、质量安全监管、突发事件应对、涉及资金监管、运营秩序监管。此外,近年来兴起的新型养老模式关联入住老人权利保障也是当前养老机构需要治理的重点与难点。上述六个方面与本研究实践调研中所发现的核心问题基本一致,也是养老机构治理中亟待

法律规范强化的面向,国家保护义务视域下养老机构治理的立法重点应聚焦这六个方面展开研究。

二、现状透视:国家保护义务视域下养老机构治理的立法粗疏

实践中,养老机构运行状态可分为一般状态与特殊状态两类:前者是指养老机构运行处于安稳正常情形,后者是指养老机构运行处于紧急、危险、破产、倒闭、退出等非正常情形。本研究分别就上述两种状态下出现的相关问题进行类型化分析,以便直观地呈现问题的本质。

1. 一般状态下养老机构治理的法律规则模糊与滞后

(1) 养老机构从业人员日常行为规则立法笼统。近年来,养老机构从业人员出现的侵权行为主要可分为两类:第一类为养老机构内主要管理人员对入住老人实施的侵权行为,如,山东一养老院院长恐吓老人要给打哑巴针事件^⑤;第二类为养老机构内护工对入住老人实施的侵权行为,如,广东惠州某敬老院老人遭护工虐待^⑥。在调研访谈中也发现,当老人遭遇侵权行为时,他们通常会因畏惧被“报复”而选择沉默忍让。进言之,该类涉老侵权事件绝大多数需通过举报或曝光后才能被发现,实质上具有“隐性”侵权特征。尽管《老年人权益保障法》第48条、79条、80条规定养老机构从业人员不得侵犯老年人权利,但这些条款内容的法律适用欠精准,客观上给从业人员留有违法犯罪空间。《养老机构管理办法》第4条、32条、46条、47条对从业人员行为规定也过于笼统,且法律位阶较低,从业人员日常行为受此规范约束的针对性与效力相对较弱。从国家保护义务的预防层次来看,遭受从业人员侵权的认定法律标准不明晰,养老机构内从业人员法治意识淡薄,缺乏针对性、常规化的普法教育,相关职能部门的职责亟待强化。从排除层次来看,养老机构对入住老人遭受从业人员侵权的调查、报告、处置的责任与义务尚待完善,相关行政监管部门对侵权者采取直接、迅速的控制措施的权限尚待立法完善,独立于民政主管部门以外的第三方监管制度构建暂属空白^⑦。从救济层次来看,现有法律对养老机构从业人员涉老侵权行为的惩治力度偏轻,司法机关介入该类案件救济效率低、救济范围法律依据不足。

(2) 养老机构入住老人健康服务规则立法含

糊。已有实证调查研究表明,“养老机构入住老人营养不良风险比例高”^[15],尽管《养老机构管理办法》第18条第3款提出了养老机构应为老人提供营养安全的饮食的原则性要求,但缺乏相应的法律后果规定。养老机构为节约成本,未给入住老人提供营养均衡、易于进食的膳食,这不仅会加速老年人身体功能衰退,而且容易导致失能失智老人身体健康“沉默式”下滑。大多养老机构缺乏安抚老年人精神的环境和措施^[16],入住老人易罹患精神疾病^[17],由此而出现谩骂打架事件,甚至出现自残、自杀行为,该类情形已成为多数养老机构的安全隐患。“缺乏对老年人的特定措施和服务也是老年人权利受到侵害的特殊表现之一。”^[18]《老年人权益保障法》第48条第2款以及《养老机构管理办法》第21条对老年人精神健康权的保障规定过于宽泛,既没有界定老年人健康权类型,又没有规定侵权的法律后果。从国家保护义务预防层次来看,尽管《养老机构管理办法》第13条第1款要求养老机构建立入院评估制度,民政部也出台了《老年人能力评估》规定,但是各地据此制定的评估内容、评估人员的资质、评估标准、复审时间等规定参差不齐^[19]。此外,关于养老机构应定期对入住老人进行身心健康体检等事项也缺乏法律义务性规定。从排除层次来看,卫生健康部门并未被纳入入住老人健康权的监管体系中,遑论对入住老人身心健康危机排除的职责要求。从救济层次来看,养老机构通常以“老人自然衰老”为借口,遮盖其未尽入住老人健康权保护义务的事实。现有法律对养老机构入住老人身心健康的损害赔偿界定不明确,致使入住老人及监护人申请健康损害赔偿缺乏救济依据。

(3) 养老机构新型养老模式应用规则立法滞后。人工智能应用到养老机构服务上形成新的养老模式被业界称为机构智慧养老^[20],基于人工智能在立法中的应用可能存在合法性、公众参与、科学性等问题^[21],现有法律对机构智慧养老侵权规制亦处于滞后状况。Cybernews 团队研究发现,国内智慧养老平台存在大量隐私数据遭外部访问的问题^③。“智能养老机器法律地位不明、侵权法律关系主体难以认定、侵权客体多样、侵权责任归责原则适用困难。”^[22]如,养老机构入住老人因使用智能防摔倒拐杖在摔倒受伤后的法律责任认定存在争议。当前涉及机构智慧养老侵权责任认定在《老年人权益保障法》《养老机构管理办法》中尚属空白,导致

相关部门对智慧养老侵权事件的处置、救济方面的适用标准不一。现有政策法律鼓励养老机构加强医疗服务建设,形成医养结合模式^[23],但医养结合模式的运行缺乏立法规制。《养老机构管理办法》第19条第2款规定“养老机构可以通过设立医疗机构或者采取与周边医疗机构合作的方式,为老年人提供医疗服务,”但并未专门针对有关医养结合模式概念、类型提出相应的法律规定,且兼有医、养服务功能的法人机构的法律性质界定模糊^[24],导致实践中“医养结合管理存在部门权责界定不明晰,职能交叉,条块分割严重,出现利益纷争和推诿扯皮等现象。”^[25]

2. 特殊状态下养老机构治理的法律规则存在缺失与错位

(1) 养老机构应急防控统筹协调机制缺乏配套法律。通常,养老机构在自然灾害、公共卫生突发事件^④等方面的处理需要多部门依法介入,而养老机构突发事件应急防控统筹协调机制一直处于不健全状态,大多在应对检查时才进行临时组建。在调研访谈中发现,养老机构内出现入住老人突发疾病需要急诊转院时,在病人信息交接、机构内外统筹协调方面操作很不规范,导致老人错失最佳救治时机。养老机构应急防控统筹协调机制散见于《突发事件应对法》《传染病防治法》《养老机构管理办法》之中,而位阶较高的《老年人权益保障法》中关联养老机构应急防控统筹协调机制的内容暂无。从国家保护义务的预防层次来看,一方面国家对养老机构应对突发事件的安全标准和监管办法缺乏专门法律,另一方面对介入养老机构的监管部门的职责缺乏具体的法律规定。养老机构突发事件应对实际上是根据民政部出台的系列部门规章实施的,难免造成入住老人权利保障的法律效力不强。从排除层次看,养老机构内部缺乏构建突发事件应急统筹协调机制法律指引,内部的统筹协调机制形同虚设,而相关职能部门对养老机构突发事件的处理又比较滞后。从救助层次看,现有法律对养老机构突发事件的责任界定缺乏具体细则,相关主管部门难以对养老机构追责,权利受损害的老人也未能获得相应补偿,“突发事件”导致入住老人权利遭受侵害已成为养老机构借以免责的理由。

(2) 养老机构资金风险防控措施缺乏法律保障。实践调研发现不同类型的养老机构均存在资金风险。当前养老机构资金问题主要有两种情形:

一是部分养老机构因客观原因而濒临倒闭。涉及该类风险的主要是以民办非企业类型养老机构为主,因其土地属于政府划拨的公用性质而无法抵押贷款,又无法获得政府的政策支持,只能以资金困难、政府救助无望为由降低入住老人的服务质量,致使入住老人权利遭受侵害。二是部分养老机构为牟取非法利益,非法筹集入住老年人存款并承诺投资回报,最终以投资失败为由宣告破产,或者直接卷款潜逃^⑩。涉及该类风险的大多为民办企业类型、民建民营、公办民营性质养老机构,我国暂无相应的法律介入该类机构的资金风险防控。从国家保护义务来看,首先,在“防”的方面(预防层次),法律对养老机构运营过程中的财务资金、重大决策等监管规定较少甚至空白,客观上为养老机构在非法集资、非法投资、变相收费等方面留有犯罪空间。其次,在“控”的方面(排除层次、救济层次),上述两类资金风险涉及面广、老年群体多,社会影响极为恶劣,无论是通过诉讼渠道还是上访途径,对老年人、司法审判机关、政府都是有压力,甚至会造成社会不稳定。2021年5月实施的《防范和处置非法集资条例》(国务院令 第737号)是打击养老机构非法集资行为的重要依据,但是基于维权主体大多为弱势的老人,加之涉案养老合同大多是被诱导签订的,被侵权的老人在申请国家排除侵害与救济的事实认定方面均有困难。

(3) 养老机构运营中的退出机制缺乏法律依据。养老机构应依据合理正当的退出机制有序退出市场。实践中,问题养老机构选择退出时,对入住老人的安置不妥引发了诸多纠纷^⑪。养老机构无论是自然退出还是被迫退出,入住老年人应被安置在生活条件等同的养老机构,否则老人正当权利就是被侵犯。基于此,首先需要制定养老机构评估程序,评估老人先前入住的养老机构各方面条件,便于给被安置后的机构做参照。其次,需要制定对养老机构进行合理清算的程序,清算养老机构资产,最终确定老年人应得补偿。先评估后清算是养老机构能够合理正当退出的最基本的程序要求,也是解决养老机构对老年人如何安置、民政部门应当如何为养老机构妥善安置提供帮助的前置条件。然而,现有相关法律中有关养老机构退出的程序较为粗略,散见于《老年人权益保障法》第46条、《养老机构管理办法》第16条第1款、7款以及第35条第1款、第2款,其中也没有对养老机构的评估、清算

进行具体规定。从国家保护义务的预防层次来看,养老机构退出后安置的具体要求并未在合同中进行强制规定,相关行政职能部门在备案审批阶段,缺乏法定程序对养老机构的综合条件进行资产评估。从排除层次来看,相关职能部门对养老机构退出时财产监管力度和方式缺乏法律支持,影响清算真实性。从救济层次来看,没有法律规定养老机构退出前未履行安置义务的法律后果,导致司法机构处置该类纠纷时法律依据不足。

综上,国家保护义务视域下养老机构治理的法律规范模糊与滞后、缺失与错位,致使养老机构治理立法的针对性、可操作性不强,造成一般状态下入住老人权利易受“隐性”侵害,特殊状态下入住老年人权利易受“显性”侵害。这与《立法法》第6条规定的立法应符合实际与公正合理的基准具有一定差距。传统“宜粗不宜细”立法理念是我国立法难见完整性法律规范之所在^[26],也是造成养老机构治理的立法粗疏的根本原因。如何从根本上化解该问题,亟待针对性探索。

三、进路选择:养老机构治理立法精细化完善

基于前述入住老人权利受侵害的复杂性、综合性,如何就现存粗疏的立法进行有针对性完善,成为国家保护义务履行的关键,而选择精细化立法^⑫可更有效地为养老机制治理供给所需高质量法律。

1. 促使一般状态下养老机构治理的立法精准客观

(1) 设定养老机构从业人员侵权行为的法律制约措施。首先,在《老年人权益保障法》中将可能存在的“隐性”侵权行为类型化,明晰相应侵权行为的认定标准、界限、法律后果,确立以司法部门为主、民政部门为辅、养老机构为本的共同普法义务,明确普法主体对从业人员定期普法,以及普法考核的规定。其次,可参照国外立法实践经验,设定养老机构入住老人遭受侵权的调查、报告、处置的责任与义务的排除规则,重点构建相关行政管理部门的投诉举报渠道,制定防止从业人员报复入住老人的预警措施。通过立法加大政府财政投入,以强化对虐待老人行为的打击力度^[27],可制定政府购买第三方监管制度,监管主体应广泛吸纳其他社会组织、监护人、司法部门、律师等成员。最后,建立对从业人员侵害入住老人权利的惩治制度,重点规

定养老机构对有侵权行为的从业人员采取纠正服务态度、换岗、辞职等多种方式法定管理职责,构建对入住老人受侵害后续安全与服务质量保障的制度。在相关法律制度中明确司法机构介入养老机构涉老案件救济的具体时限,合理扩充救济范围,切实保障入住老人权利。

(2) 明确养老机构健康服务相关责任主体的法律规则。首先,在位阶较高的《老年人权益保障法》中增加养老机构须履行对入住老人入院评估与定期体检的义务与责任条款,同时规定当地政府应给予养老机构相应补贴,增设卫生健康部门履行对入住老人健康状况的监管职责,强化《养老机构管理办法》第18条第3款内容对应的法律后果。其次,民政部制定老年人入院评估与定期体检的具体细则,重点突出民政主管部门对身心健康权受到损害的老人进行监测、排除妨害等职责,有针对性地细化养老机构应尽义务,在《老年人权益保障法》增补养老机构健康服务规范条款,主要确立以卫生健康部门为主导,整合养老机构周围的医疗资源,定期指导养老机构为入住老人提供日常健康服务的规范。最后,在《老年人权益保障法》中增加对入住老人健康损害的过错责任追究原则,确立以卫生健康部门为主导的第三方健康损害鉴定机构,通过《养老机构管理办法》细化过错责任标准与第三方鉴定制度实施的具体适用规定,并且明确健康损害赔偿内容、范围。

(3) 确立养老机构新型养老模式应用的侵权责任规则。第一,确立涉及机构智慧养老方面的侵权责任规则。首先,明确机构智慧养老智能产品的供应商对入住老年人消费偏好、健康、活动轨迹等隐私数据保密的责任与义务。由于机构智慧养老处于发展阶段,智能养老机器仍需要在人的控制下运行和提供服务,故而可以确定机构智慧养老中服务机器为法律客体地位。对机构智慧养老侵权主体进行类型化规定,确立以智能养老机器制造商、供应商、养老机构及其工作人员等为可能侵权主体,明确这些主体法定职责范围。赋予老人新型数据权利,加强对老人新型数据权利的保护,明确智能养老机器产品缺陷分类及归责原则,引入智能养老机器的强制责任保险等。其次,在《老年人权益保障法》中增补针对机构智慧养老的监管规定,构建以智能养老机器制造商、供应商、政府等为主体的监管框架^[28],明确机构养老模式监管主体的责任与义

务,在《养老机构管理办法》进一步增补具体细则。最后,鉴于当前责任主体模糊,为提升机构智慧养老侵权后对入住老人的救济效率,可以做如下设计:由养老机构对入住老人负全部的法律 responsibility,事后养老机构再追究智慧养老机器产品的制造商、供应商可能过错责任。第二,确立医养结合方面侵权责任规则。首先,加快对医养结合的专项立法进程。目前国家出台了《医养结合机构服务指南(试行)》,各省也相继出台了医养结合地方性规范标准,将实践中的有效措施转化为法律规定,把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为医养结合的行政决策法定程序^[29]。进一步明晰主管医养结合的部门权责,明确医养结合独立法人机构的法律性质,以及发生侵权事故责任追究的认定标准。其次,通过立法强化卫生健康部门与民政部门联合执法的职责规定,提升养老机构医养结合的执法力度,明确养老机构与医疗部门的合作协调的法定职责。最后,应细化医养结合模式中各权利主体之间的责任和义务,同时增加养老机构购买医养结合模式意外保险制度。第三,确立在康养方面的侵权责任规则。一是在立法层面应区别康养与医养,明确康养的定义、范围、监管部门职责,对康养结合过程中可能出现的侵权责任进行事先预测性规定。二是可暂时参照医养结合治理模式,逐渐建立并完善养老机构康养结合的法律治理体系,专设对养老机构康养结合运行与发展过程中侵权行为的动态监测与隐患排除机制。三是确立养老机构康养结合模式中出现的侵权责任赔偿的法律制度,明确其赔偿认定的主体、范围等,为司法救济提供有效法律依据。

2. 强化特殊状态下养老机构治理的立法配套衔接

(1) 增补养老机构突发事件应急防控统筹协调机制配套法律。首先,根据《突发事件应对法》《传染病防治法》相关要求,结合实践中养老机构突发事件的特征,应在《老年人权益保障法》中增补关于养老机构突发事件应对的法律规定,特别要确立养老机构突发事件统筹协调机制关联部门的职权范围,制定在养老机构突发事件应对上的安全操作标准与监管办法。其次,确立以养老机构突发事件应急防控的法律责任追究制度,明确养老机构负责人及其管理人为主要法律责任追究对象,同时将与养老机构对接的行政监管部门具体监管人纳

入法律责任追究对象中,确立各主体在突发事件应急方面的责任与义务,建立监管部门与养老机构共治的法律监管制度。最后,在《老年人权益保障法》及《养老机构管理办法》中增设关于对养老机构突发事件“溯源追责”的法律制度,确立应急管理部门为第三方事后鉴定机构,明确涉及养老机构过错责任导致的侵权应受法律惩治及履行相应补偿义务的具体规定。

(2) 扩充养老机构涉及资金风险防控措施相对应的法律规定。在“防”的方面,一是可以出台专门的民办养老机构转为公办养老机构的办法,具体可参照民办学校转为公办学校的做法,借鉴其转设原则,在专门的民办养老机构转为公办养老机构的办法试行后,将较为有效的做法逐步在《老年人权益保障法》与《养老机构管理办法》中进行相应具体规则的完善,进一步提升民办养老机构转为公办养老机构的合法性与正当性。二是强化对民办企业类、公建民营、公办民营性质的养老机构资金监管法律力度,规定该类机构应在运营过程中设立专门账户,对于大额经费的用途要纳入政府相关部门监管范围,设立维持养老机构日常运营资金保底原则,同时规定养老机构须购买强制性责任保险的义务,及时将在实践过程中有效预防政策进行法律化。在“控”的方面,以2021年新出台的《防范和处置非法集资条例》(国务院令 第737号)为依据,结合养老机构非法经营犯罪特征,在《老年人权益保障法》中增加养老机构非法经营的法律后果,并建立日常监管制度,以加强对该类犯罪的打击力度。完善入住老人要求解除养老机构服务合同而免责的司法规制,建立及时冻结涉老资金犯罪嫌疑人资产的法律制度,以及确立优先处置涉老资金案件的司法救济原则。

(3) 厘定养老机构运营过程中退出机制法律保障的具体细则。首先,在《老年人权益保障法》中设立关于养老机构退出机制专项具体条款,明晰退出养老机构需对入住老人应尽安置义务的具体规定,并且将该项规定纳入养老合同格式条款范畴,明确为妥善安置入住老年人提供帮助的具体政府部门及其职责,明晰政府相关部门对养老机构在备案审批阶段资产评估的程序、内容,进一步细化《养老机构管理办法》相关内容。其次,在《老年人权益保障法》中设置对养老机构进行清算的条款,将清算作为养老机构申请退出的前置条件,设

置清算以先前评估记录的财产情况作为事实依据,同时建立在清算期间防止转移养老机构财产行为的法律约束机制。最后,在《老年人权益保障法》中增加养老机构因退出而未履行对入住老人安置义务的惩戒制度,具体包括对违反相关规定的养老机构进行巨额罚款的法律后果设定,进行行业诚信记录的规则设定,对违反规定的养老机构及其负责人实行黑名单制度。同时要进一步规范和完善关于养老机构因退出而产生与入住老人纠纷处置的司法解释,为司法机关救助入住老人而提供具体、可适用的法律依据。

注释:

- ① 中华人民共和国民政部统计季报[EB/OL]. (2021-08-03) [2021-08-06] http://www.mca.gov.cn/article/sj/tj_jb/qgsj/.
- ② 自2017年开始,国家多部门连续四年联合部署了以安全为底线的服务治理建设专项行动,对养老机构开展强有力的风险排查与整改。
- ③ 2019年1月至2021年9月,笔者先后在湖南、广东、贵州、河南、北京、上海、重庆等地进行调研,走访近80家不同类型养老机构负责人、护工、入住老人及其监护人近600人,且调查后期跟相关采访对象保持联系。
- ④ 本文中的“第三方”属于广义范畴,是指除受侵权主体以外的第三方,有别于民事诉讼法里面规定的“第三人”。
- ⑤ 山东一养老院院长恐吓给老人打哑巴针 官方:负责人已道歉 [EB/OL]. (2021-06-02) [2021-08-15] http://k.sina.com.cn/article-5145725878_m132b58bb603301meeh.html.
- ⑥ 广东惠州某敬老院老人遭护工虐待 有必要加强社会监管 [EB/OL]. (2019-08-31) [2021-09-03]. https://k.sina.com.cn/article-1655331281_62aa59d100100iba3.html.
- ⑦ 当前部分公办养老机构属于民政部门兴办,该类养老机构则属于自监自管,其监管公正性存疑。
- ⑧ 国内两公司近500万敏感信息泄露,含几十万老人及其家属数据 [EB/OL]. (2021-06-02) [2021-09-23] https://www.sohu.com/a/407139834_355140.
- ⑨ 2020年2月25日上午,封面新闻记者江汉区采访时,张智勇副区长介绍,江汉区有14所养老机构,其中4所出现感染新冠肺炎疫情,确诊和疑似病例155例,其中老人89人,工作人员66人,张智勇直言:“最初消息称病毒不会人传人,所以在防控上,养老机构确实有所疏忽。”
- ⑩ 长沙爱之心养老公寓“爆雷”案开审:83名业务员被列为被告 [EB/OL]. (2021-09-23) [2021-10-01] <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1711661468436371841&>

wfr=spider&for=pc

- ⑪ 非法集资典型案例之刘某某集资诈骗案-贪图高利诱惑, 养老钱血本无归 [EB/OL]. (2021-06-07) [2021-10-01] <https://www.ganzhou.gov.cn/yianshuf/202106/c0c3123fd0cc488e8b58acd0cec9215d.shtml?ivk-sa=1023197a>
- ⑫ 住着 500 多名老人的老年公寓将被关闭 [EB/OL]. (2019-01-02) [2021-10-02] <http://society.yunnan.cn/system/2019/01/02/030168690.shtml>.
- ⑬ 2014 年 2 月 1 日,《中国人大》发表卷首文章“中国立法步入‘精细化’时代”,提出为了使法律具有针对性与可操作性,立法者应认真对待每一个条款,做到精准、细致。同年 3 月,全国人大常委会法制工作委员会副主任阚珂在十二届全国人大二次会议答记者会上提出,要提高立法治理,继续朝着精细化立法的方向努力。

参考文献:

- [1] 章晓懿,刘永胜.利益相关者理论视角下的养老机构运行风险研究[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2012,6(20):42.
- [2] 王熔,张丰健,刘义兰,等.养老机构老年人人文关怀感知的质性研究[J].护理学杂志,2020,35(3):16.
- [3] 杜芳,黄敏文,郭昱君,等.不同所有制养老机构老人健康状况[J].中国老年学杂志,2021,41(11):2406.
- [4] 吴雪.智慧养老产业发展态势、现实困境与优化路径[J].华东经济管理,2021,35(7):7.
- [5] 朱昱璇.“医养结合”养老的问题解析及创新[J].医学与哲学,2021,41(6):45.
- [6] 张娜.养老机构突发公共卫生事件应急管理机制研究——基于 PPRR 视角[J].江淮论坛,2020(4):21.
- [7] 郭倩,王效俐.基于政府补贴的养老服务市场供给研究[J].运筹与管理,2020,29(2):219.
- [8] 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.
- [9] 吕姝洁.论养老机构侵权的注意义务及赔偿责任[J].法律适用,2020(21):135.
- [10] 朱敏丽.养老机构安全事故演化机理和风险管控法治化路径[J].社会保障研究,2020(3):67.
- [11] 龚向和.国家义务是公民权利的根本保障——国家与公民关系新视角[J].法律科学(西北政法大学学报),2010,28(4):3-5.
- [12] 李海平.基本权利的国家保护:从客观秩序到主观权利[J].法学研究,2021(4):39.
- [13] 龚向和,刘耀辉.论国家对基本权利的保护义务[J].政治与法律,2009(5):62.
- [14] 冯玉军.中国法律规范体系与立法效果评估[J].中国社会科学,2017(12):141-142.
- [15] 朱丹,付萍,王晓芳,等.养老机构老年人营养不良风险及影响因素[J].中国老年人学杂志,2021,41(12):2657.
- [16] 徐智华,杨翔宇.我国机构养老老年人权益的法律保障及实现路径[J].老龄科学研究,2020,10(8):6.
- [17] GOLDEN J, CONROY R M, LAWLOR B A. Social support network structure in older people: Underlying dimensions and association with psychological and physical health[J]. Psychological, Health and Medicine, 2009, 14(3): 280-290.
- [18] 何燕华,蒋新苗.老龄化背景下老年人权利保护的困境及逻辑进路[J].湖湘论坛,2016(1):111.
- [19] 陈为智,高梦丽.我国机构养老规制政策的发展、问题及其完善[J].青岛科技大学学报(社会科学版),2020,36(1):68.
- [20] 左美云.智慧养老内涵与模式[M].北京:清华大学出版社,2018:220.
- [21] 刘佳明.人工智能立法的运用及其规制[J].湖南农业大学学报(社会科学版),2021,22(1):60.
- [22] 苏炜杰.人工智能养老服务侵权问题探析[J].兰州学刊,2021(4):199-201.
- [23] 陈作兵,杨芳.中国医养结合专家共识[M].杭州:浙江大学出版社,2019.
- [24] 马伟,许学国.“软法”视角下医养结合服务所面临的问题及其对策[J].医学与法学,2019,11(6):19.
- [25] 邓大松,李玉娇.医养结合养老模式:制度理性、供需困境与模式创新[J].新疆大学学报(社会科学版)2018,39(1):109.
- [26] 郭跃.论立法精细化的标准与实现路径[J].学术界,2016(2):166.
- [27] 陈雄.中国老年人宪法权益保障[M].长沙:湖南人民出版社,2017:187.
- [28] VALARIE K. Blake. Regulating care robots[J]. Temple Law Review, Spring, 2020, 92(3): 551-594.
- [29] 杨一帆,张劲松,唐建春,等.积极应对人口老龄化研究报告(2020)[M].北京:社会科学文献出版社,2020:81.

责任编辑:黄燕妮