

积极老龄化视域下促进老年人 就业的法治路径

孟现玉*

目次

- 一、积极老龄化的理论叙事及促进老年人就业之必要
二、我国老年人就业促进法制的规范困境
三、我国老年人就业促进法制的具体突破与完善
四、结语

摘要 老龄化浪潮冲击着我国劳动市场、经济发展,也对社会安全制度的永续性构成威胁。除却推迟退休年龄、改革养老金制度及建构养老服务体系外,还应关注老年人的就业问题。作为回应人口结构老化的重要国际策略,将促进老年人就业的相关措施嵌入积极老龄化理论,透过健康、参与和安全维度的检视分析,可以为我国未来老年人就业促进法制的改革与发展提供重要参考与借鉴。具体而言,应形塑契合老年人身心健康的职业安全卫生制度,实行老年人特殊劳动保护和建立职务再设计制度;应强化老年人就业激励制度,有条件地适用强制退休、优化公共就业服务和职业培训制度;应完善老年人平等就业法律制度,禁止就业年龄歧视并明确就业老年人的劳动者地位。

关键词 积极老龄化 老年人 健康就业 就业激励 平等就业

根据第七次全国人口普查,我国 65 岁以上人口为 1.9 亿,占总人口的比重达 13.5%;同时,人口死亡率贴近人口出生率,^[1]人口自然增长率持续放缓。以上数据显示出我国正快速迈入少子老龄化社会。人口结构变迁带来了诸多挑战,除去长期照护、健康医疗、养老服务外,还应考虑从“人口红利”转向“人才红利”“长寿红利”,重视老年人的人力资源开发。^[2]原因在于:老龄化发展削弱了家庭原有的共生共存与连带互助的核心功能,老年人有必要仰赖自己的劳动所得,维持自

* 上海政法学院上海司法研究所讲师、法学博士。本文系河南省哲学社会科学规划青年项目“积极老龄化视域下老年人就业促进的法律实现”(项目编号: 2022CFX027)的最终研究成果。

[1] 参见王萍萍:《人口总量保持增长 城镇化水平稳步提升》,载国家统计局网站 2022 年 1 月 18 日, http://www.stats.gov.cn/xxgk/jd/sjkd2020/202201/t20220118_1826609.html。

[2] 关于老年人的定义,大多根据年龄予以划分。根据我国《老年人权益保障法》,60 周岁以上的公民均属于老年人。

我生存。而且,劳动力老龄化及未来可预见的劳动力短缺也将给劳动力市场带来冲击,累积的退休人口集中领取养老金还会给国家社会带来极大的财政负担。人口老化是不可逆转也不可忽视的新常态,从负面的老化观念到“积极老龄化”(active aging)理论的树立、调整和推动,老年人的正面作用得到重视。年龄多元的劳动力将是确保代际凝聚力、知识转移和继任的重要方式。积极老龄化强调在银发阶段,老年人仍需参与社会生活包括参与劳动力市场。世界主要国家也大多采取各种措施促使老年人积极参与社会、持续就业或贡献于社会。目前,我国老年人就业率明显较低。2020年,我国65岁以上人口就业率仅为6.7%。^[3]同年,韩国65岁以上老年人就业率为34.1%,日本为25.1%,美国为18%。^[4]

2021年,《中共中央 国务院关于加强新时代老龄工作的意见》强调要促进老年人社会参与,完善就业政策措施,探索适合老年人灵活就业的模式。2022年,党的二十大报告也提出要“实施积极应对人口老龄化国家战略,发展养老事业和养老产业”。如何促进老年人的劳动参与不仅关系着经济的活跃,也关系着老年人的自身经济参与需求与生活品质的提升。从我国以往的劳动法律规范来看,其对老年人的就业问题关注较为有限甚至造成阻碍,亟须进行变革。积极老龄化是各国共同探索和追寻的目标,深度契合了老年人就业促进的应对逻辑并提供了策略选择。因此,本研究拟从积极老龄化的概念入手,透过“健康、参与、安全”维度重新检视我国劳动法律规范中针对老年人就业所存在的制度缺陷,并据以提出应予完善之处。

一、积极老龄化的理论叙事及促进老年人就业之必要

(一) 积极老龄化的发展脉络及其中国语境

积极老龄化最早始于联合国在1982年所制定的《老龄问题国际行动计划》(Vienna International Plan of Action on Ageing),该计划的目的在于实现老年人权,关注老化问题及其生活品质。虽然计划中并没有明确使用“积极老龄化”一词,但有关年老时的“积极生活”“社会参与”等想法已经出现。随后,这种正面老化的理念得到了欧盟(EU)、经合组织(OECD)、世界卫生组织(WHO)等国际组织与各国的持续推进(见表1)。2002年,世界卫生组织提出了积极老龄化的概念,其认为积极老龄化指的是:“使健康、参与和安全达到最优化化过程,以便提高人们年老时的生活质量。”^[5]健康、参与、安全是积极老龄化的三大支柱:健康支柱的基础是预防疾病和残疾;参与支柱包括工作、志愿活动和根据个人需要的学习机会;安全支柱旨在通过解决老年人的社会、财务和人身安全来确保老年人的保障和尊严。^[6]这一概念的提出被视为积极老龄化的关键里程碑,是成功老化(Successful ageing)、生产老化(Productive ageing)和健康老化(Healthy ageing)概念的延伸。与传统老化观念不同,积极老龄化侧重于老龄化发展和社会发展之间的依存与互惠关系。个体在老化的过程中,仍可以发挥积极作用,参与社会活动并维持独立自主与尊严生活,老龄资源本身也可以产生有形和无形的经济社会利益。

[3] 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司:《中国劳动统计年鉴2021》,中国统计出版社2021年版,第69页。

[4] 総務省統計局「統計からみた我が国の高齢者—「敬老の日」にちなんで—」,载日本总务省统计局网站2021年9月19日, <https://www.stat.go.jp/data/topics/topi1290.html>。

[5] World Health Organization, *Active Ageing: A Policy Framework*, World Health Organization, 2002, p. 12.

[6] See A. Walker & A. Zaidi, *New Evidence on Active Ageing in Europe*, 51 *Intereconomics* 139, 140 (2016).

表 1 积极老龄化的发展历程

年代	提出组织/国家	内 容
1982	联合国	通过《老龄问题国际行动计划》
1990	联合国	指定国际老年人日并开始发展积极老龄化相关政策
1996	七国集团峰会	首次直接提及积极老龄化
1997	美国	积极老龄化开始出现在国际层面,对老化问题转向正面认识
1998	经济合作与发展组织	编写第一份关于积极老龄化的报告,提出积极老龄化概念
1999	欧洲联盟	开始关注积极老龄化,尤其是老年就业方面
2001	欧洲联盟	公布积极老龄化纲领
2001	日本	拟定高龄社会对策大纲
2002	世界卫生组织	围绕着健康、安全和参与,拓展了积极老龄化内涵
2012	欧洲联盟	拟定欧洲积极老龄化与代际团结年计划并制定积极老龄化指导原则
2013	欧洲联盟	推出积极老龄化指数
2015	世界卫生组织	以《关于老龄化与健康的全球报告》更新了积极老龄化工作
2017	欧洲联盟	通过《欧洲社会伙伴关于积极老龄化和代际关系的自主框架协议》
2019	国际劳工组织	发布《关于劳动世界的未来百年宣言》,建议支持老年人,实现积极老龄化
2020	联合国	宣布 2021—2030 年为“健康老龄化行动十年”

数据来源:根据相关资料整理所得

“十四五”时期,我国同样面临着老龄化的严峻挑战。“积极应对人口老龄化”国家战略是我国老龄工作的特色指导方针,其在多个层面与积极老龄化不谋而合。^{〔7〕}“积极应对人口老龄化”首次出现于我国的“十一五”规划中,内容包括营造老龄社会氛围、保障老年人权益和建设老年服务设施等,总体上较为宏观。十八大后,“积极应对人口老龄化”得到了全方面发展,其不仅被明确为国家战略,写入《老年人权益保障法》,还在社会保障制度、养老服务体系、银发经济发展、老年友好环境营造和支持长者社会参与等维度中有着实质性推进。“积极应对人口老龄化”国家战略的确立使消极的老龄观转换为积极的老龄观,使我国的“尊老”“孝老”文化有了新的内涵,这种转变可以被看作是积极老龄化在我国的具体体现。有学者就提出狭义“积极应对人口老龄化”的战略目

〔7〕 参见《国务院关于印发中国老龄事业发展“十二五”规划的通知》,国发〔2011〕28号;《国务院办公厅关于印发社会养老服务体系规划建设(2011—2015年)的通知》,国办发〔2011〕60号;《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》,国发〔2013〕35号;《国务院关于印发“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划的通知》,国发〔2017〕13号;《国务院办公厅关于推进养老服务发展的意见》,国办发〔2019〕5号;中共中央、国务院下发的《国家积极应对人口老龄化中长期规划》;《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》,2020年10月29日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过;等等。

标其实就是实现积极老龄化。^{〔8〕}

（二）促进老年人就业是积极老龄化的题中之意

老年不仅是静止的生命阶段,更意味着与年龄相关的角色活动。传统上消极的老年观加之退休与养老金制度等使老年人成为社会中独立的群体,其大多与薪资劳动分离。随着对生命历程解释的“灵活化”“去标准化”,工作与退休之间的界限变得逐渐模糊,老年被赋予了更多的社会意义。^{〔9〕}老年人自身也有心理需求及获得社会支持的期盼,希冀通过积极参与社会活动获得肯定。因此,为了使老年人从依赖社会环境结构到适应社会环境结构,维持其生活功能与鼓励其追寻生命意义,社会政策需要从保障高龄者的健康与经济安全到进一步强化社会支持,提升其社会参与。积极老龄化中的“积极”就涵盖了老年人须持续地参与社会、经济、文化等公民事务,^{〔10〕}这一点最直观地体现在积极老龄化的“参与”支柱中。参与支柱是积极老龄化的核心支柱,指的是民众在年老时应根据个人需要、偏好和能力参与工作或其他社会性活动。其实质是以高龄者为主体进行赋权,通过有目的地改变高龄者自身及其环境,优化资源配置,促进高龄者与社会融合,进而预防因快速老化所衍生的社会问题,优化老年时期的生活品质。尽管社会参与涵盖的范围较为广泛,但就业始终是其主要焦点。欧盟在《老龄化报告》(Ageing Report)中即强调了老龄的生产主义倾向,要求通过各种方式激励老年人继续参与劳动。^{〔11〕}对老年人而言,就业虽然是个体化抉择,但个人生活与社会结构地位的变化是依存的,个人的选择和努力并不一定达成身体和社会的活跃,需要社会予以支持。如果只是单一强调个人责任,风险和成本将转移到个体本身,从而忽略了政府责任。积极老龄化要求通过自上而下的政策促进老年人活动,同时也为老年人提供自下而上采取行动的机会。随着老年人在家庭与社会中角色地位的变化,其对个人身心健康、社会认知等方面将有不同需求,这种需求意味着老年人需要不同程度的社会支持,才能增进其对劳动力市场的调适能力。

（三）促进老年人就业的现实所需

1. 有利于应对生命历程变迁所引发的社会安全网危机

当前社会中,老年人、家庭与社会之间的关系发生了转变,平均寿命的延长、薪资维系生存的强化、少子化对传统家庭支撑的侵蚀等使得老年人一旦需要额外的照顾和资源,就需要强有力的社会安全网与内化方式予以分摊。在社会安全网中,养老金制度是重要一环。虽然近年来我国对养老金制度进行了诸多变革,但其可持续性问题依然存在。基本养老金制度的社会统筹部分采取的是现收现付制,这一筹资模式的财政收支平衡,取决于就业人口的薪资、费率和就业年限以及退休人口的给与与领取年限。随着退休老龄人口增加,养老金给付支出将持续上升,基金收入却受到少子化和劳动人口减少影响而不断下滑。支大于收的发展趋势将致使保险费逐年上升但养老金给付却难以增加,形成债留子孙的困局。此时,老年人的劳动参与成为解决该问题的重要方面。通过劳动参与,既可以避免老年人过度依赖养老金或者个人储蓄,又可以进一步缓解养老金的财务压力,防止养老金制度难以为继。

〔8〕 参见林宝:《积极应对人口老龄化:内涵、目标和任务》,载《中国人口科学》2021年第3期,第50页。

〔9〕 See Liam Foster & Alan Walker, *Active Ageing across the Life Course: Towards a Comprehensive Approach to Prevention*, 2021 *BioMed Research International* 1, 2 (2021).

〔10〕 See World Health Organization, *supra* note [5], at 12.

〔11〕 See European Commission, *Dealing with the Impact of an Ageing Population in the EU (2009 Ageing Report)*, European Commission, April 29, 2009, p. 7-9.

2. 人口结构变化与劳动力市场短缺下的优先选择

老化社会带来的人口结构变迁不仅给个人带来影响,也对劳动力市场产生冲击。经合组织在2019年发布的报告中指出,若保持现有的老龄化速度与工作、退休模式,在2018年至2050年间,成员国的劳动力市场会呈现严重的供需失衡,每位就业者平均须抚养的老年人比例将提高四成。^[12]从我国来看,第七次全国人口普查数据显示,2020年我国16—59岁劳动年龄人口比2010年减少了4000多万。2022年末,全国65周岁及以上老年人口抚养比升至21.8%。^[13]据预测,“十四五”时期,我国老年人口每年还要增加1000多万,这将进一步加剧年轻劳动力的短缺。另外,随着教育普及化,劳动力市场中存在“晚进早出”现象,即年轻人进入劳动力市场较晚,但退休年龄较早。2021年,我国劳动年龄人口中,30—54岁人口最多,其次是25—29岁人口,25岁以下人口参与率仅有6.6%。从退出劳动力市场看,多数劳动年龄人口于55岁后即不再活跃,^[14]“未老先退”“提前退休”问题严重。劳动力供给从“无限供给”到“有限剩余”正是近年来“用工荒”的主要原因,这将进一步制约国民经济的可持续发展。老年人具有经验丰富、做事沉稳等正面特点,促进其就业可以在一定程度上弥补劳动力市场的短缺。

3. 老年人维持经济自主与人格独立发展需要

在达到法定的高龄门槛时,年龄所带来的社会性意义要高于生理性意义。生理上,老年人的生活自理能力可能并不会急速下降,但当年龄和社会制度连结时,其却往往因制度被排斥在外,缺乏基本生活所需之对待。在劳动法制领域,就业制度中的年龄假设、社会中的刻板印象等使老年人难以进入劳动力市场。而某些不符合退休制度的劳工,因没有参与养老金制度或无法累计足够的年资,在进入老年时就面临着失去生活所需收入或是收入不足的困境。在这种情况下,就业成为老年人维持经济独立的重要抉择。另外,对老年人于家庭及社会贡献的低估,忽略了同一年龄者的多元性与不同发展的可能性,限缩了个人的社会参与和生活形态,侵害了个人自主发展与人性尊严。^[15]由于个人以及自己所欲之价值,是个人本质上不可放弃的要素,故而,老化并不只是消极的过程,而应当是有品质、有尊严、有意义的生活,社会必须以积极、正面的方式回应生理机能和社会结构所带来的转变。

4. 促进老年人就业的国际趋势推动

少子老龄化、劳动力供给不足是全球所要面对的重要议题,世界主要工业国家均采取了不同措施促进高龄者的劳动参与。在日本,为了实现“终身活跃社会”,其措施有:(1)增加高龄者可不受年龄限制进行工作的企业;(2)扩大高龄者进行劳动和参与社会活动的场所;(3)增强对高龄者的再就业支持;(4)依照《高龄雇用安定法》确保老年人就业;等等。在韩国,有关部门联合发布了《高龄者雇用活化对策》,内容上除了支持老年人积极参与劳动力市场外,还包括促进高龄者职业能力发展、加强就业安全网和扩大老年人就业基础设施等。在德国,政府要求自2012年起,将退休年龄从65岁逐步调整至67岁;2016年,德国开始实施《弹性退休金法》,帮助高龄者以适己的方式过渡到退休。除此之外,德国还实行有部分养老金制度、改善工作环境等。^[16]由上,促进老年

[12] See OECD, *Working Better with Age, Ageing and Employment Policies*, OECD, 2019, p. 9.

[13] 参见民政部、全国老龄办:《2022年度国家老龄事业发展公报》。

[14] 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司:《中国劳动统计年鉴2022》,中国统计出版社2022年版,第70页。

[15] 参见萧文高:《活跃老化与照顾服务:理论、政策与实务》,载《社区发展季刊》第132期(2010年),第42页。

[16] Vgl. Rainer Schlegel, *Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen für die Bewältigung des demografischen Wandels in Deutschland*, NZS (2017), S. 243 ff.

人就业已成为各国应对人口老龄化的共识。经合组织指出,除了公共年金与退休制度外,延长工作年龄将是面对高龄社会沉重负担的必要策略。政府应鼓励并促进老龄就业,使人力资源得以充分发挥。^[17]我国也已进入“人口红利”尾声,难以再继续以强壮年劳力推动经济社会发展。在老龄化加速背景下,实需研讨如何促进高龄者持续就业。

二、我国老年人就业促进法制的规范困境

(一) 健康维度: 老年人健康就业规制缺失

在劳动力市场中,个人的健康体能是就业者能否应对劳动任务、预防职业伤害的基础,也是其工作能力的前提。与年轻人相比,老年人身体机能普遍弱化,当进行体力负荷较大的工作或是在潮湿、闷热、噪声等环境中工作时,就可能面临骨骼肌肉疾病、事故和伤害等风险。另外,受教育程度和技术水平较低的老年人在学习新知识技能时,也可能面临随之而来的挫折感,形成心理压力。我国《老年人权益保障法》(2018年修正)中规定:“国家和社会应当采取措施……逐步改善保障老年人生活、健康以及参与社会发展的条件。”2022年,卫生健康委、教育部、科技部等下发的《“十四五”健康老龄化规划》(国卫老龄发〔2022〕4号)中要求“深入开展老年健康促进行动,持续发展和维护老年人健康生活所需要的内在能力,促进实现健康老龄化”。实证数据表明,老年人的健康状况直接影响其就业意愿。^[18]因此,对于老年人就业促进,不能仅关注就业本身,还要注重个体的身体与心理健康状况,维持良好的生活品质;国家应提供理想的环境和设施确保老年就业者的健康。

纵观我国的健康就业规制,主要是规定于职业安全卫生法制中。职业安全卫生,是直接保护就业者在劳动或工作中的生命安全和身体健康的法律制度。《工会法》《矿山安全法》《安全生产法》《职业病防治法》等法律规范是职业安全卫生法律体系的重要组成。此外,在《劳动法》(2018年修正)中还设专章对劳动安全卫生和女职工、未成年工的特殊保护予以了规定。但总体而言,在老年人的健康就业规制上是缺位的。《安全生产法》《矿山安全法》的立法指导思想主要是为了保障安全生产,就业者的劳动安全卫生权利并非是立法的基本宗旨和出发点。^[19]《工会法》的立法目的也主要是确定工会在国家政治、经济和社会生活中的地位。所以,现行有关就业者的劳动安全卫生权利还主要是集中于《劳动法》和《职业病防治法》中。但遗憾的是,二者的目标群体主要是具有传统劳动关系的劳动者。实践中,由于超龄就业,老年人的就业关系性质常难以被认定为劳动关系,自然也就难以享有两法所规定的职业安全卫生权利。

(二) 参与维度: 老年人就业激励制度不足

1. 强制退休制度的负面效应

在现代福利国家,基于数字性和可验性,年龄常被视为劳动与社会安全法规的区分标准,特定年龄层的个人将因制度的预设形成生命历程的同质化,退休即是该同质化的一环。严格意义上,退休制度是随着工业社会与福利制度、劳动市场等的发展而产生,其假设到达一定年龄或是工作能力出现减损的劳工,在劳动市场的标准下将难以或不应继续劳动。这类劳工基于经济从属性,难以获得足够的工作收入且不能维持自身生计,须由社会安全制度进行保障。另外,退休制度也

[17] See OECD, *Live Longer, Work Longer*, OECD, 2006, p. 11.

[18] 参见陆林、兰竹虹:《我国城市老年人就业意愿的影响因素分析——基于2010年中国城乡老年人口状况追踪调查数据》,载《西北人口》2015年第4期,第90页。

[19] 参见常凯:《职业安全卫生权利与职业安全卫生法治》,载《法学论坛》2010年第5期,第138页。

被作为促进青年就业的重要劳动力市场政策予以实施,其可以帮助劳动力市场适时地完成“新旧更替”。退休制度既包括强制退休也包括自愿退休。强制退休指的是在固定的年龄终止雇佣关系。该制度的实施通常没有正式立法,而是由劳动规章、劳动合同、集体协议或者养老金给付等予以确立。^[20] 世界多数国家皆规定有此制度,如欧盟理事会在《平等待遇基准指令》(Directive 2000/78/EC)中允许其成员国使用强制性退休。我国的强制退休制度也由来已久。1951年政务院所颁布的《劳动保险条例》第15条规定:男女工人、职员可以分别在60岁、50岁时退职并享有养老待遇。随后,《国务院关于工人、职员退休处理的暂行规定》(已废止)、《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》(国发[1978]104号)等初步奠定了我国的强制退休制度。1982年,《宪法》进一步明确了企业事业组织的职工和国家机关工作人员应实行退休制度。1995年后,《劳动法》《劳动合同法》和《社会保险法》等将退休制度与劳动合同终止、领受养老保险待遇相联结,基本形成了届龄退出劳动力市场与退休后实行收入保障的现代化路径。

强制退休制度的最初引入是为了促进劳动力市场的代际更迭,但预期寿命的延长、生活条件和健康状况的改善、工作对体力要求的降低等,使老年人越来越愿意并且也有能力在达到退休年龄后继续工作。现实生活中,部分老年人可能担忧没有足够的储蓄享受舒适的退休生活或者需要维持家庭其他成员的生活被迫继续劳动;部分老年人为了实现人生价值、满足身心健康需要自愿继续劳动。无论何种缘由,强制退休制度都极有可能对个人的工作和谋生权利构成干涉。一方面,在强化大众退休观念的同时,强制退休制度使民众难以察觉其背后实质隐藏着的是用人单位的解约权。^[21] 在该制度下,即使没有任何理由,雇员也可以被解雇。并且,针对不公平解雇或者裁员以及其他的不公平待遇等也缺乏相应的法律保障。^[22] 对于老年人而言,要在生计仰赖的雇佣关系终止后从事新的工作并非易事,其往往只能选择退出劳动力市场或者从事不安全和收入较低的工作;另一方面,个人具有无条件的内在价值,应根据其实际情况予以对待而非以年龄为假设特征。强制退休制度不仅低估了老年人的社会价值,剥夺了其自主选择权与社会权利,也使老年劳工处于脆弱的法律地位,面临着贫困风险。

2. 公共就业服务和职业培训制度忽视老年人就业需要

产业发展的全球化、“三产化”与科技发展的影响对工作形式、工作需求提出了新的挑战,更加强调个人责任与个人能力,^[23]在劳动力市场中即反映为劳动力需求呈现“M型”。所以,相较于个人就业意愿低落的主观性因素,个人就业能力不足的客观性因素更是导致老年人难以进入劳动力市场的主要障碍。但倘若为了促进就业,任由其停留在低技术、非典型的就业中,又极易产生大量的低薪与低品质的工作。因此,提高老年人的延续性就业能力、镶嵌型就业能力和功能性就业能力就逐渐成为促进老年人就业、提升其就业品质的关键一环。

从国际层面来看,公共就业服务和职业培训是提升人力资本的主要方式。公共就业服务主要是为目标群体提供专门的服务和广泛的劳动力市场信息,解决求职者、雇主和最弱势群体所面临的挑战性的劳动力市场条件并支持参与、促进工作质量和技能的提升。一般来说,公共就业服务

^[20] See Phina Alon-Shenker, *Ending Mandatory Retirement: Reassessment*, 35 Windsor Review of Legal and Social Issues 22, 22 (2014).

^[21] 参见李海明:《论退休自愿及其限制》,载《中国法学》2013年第4期,第109页。

^[22] See Alysia Blackham, *Reforming Default Retirement Ages: Regulating out Precariousness for Older Workers?* 7 European Labour Law Journal 4, 5 (2016).

^[23] Vgl. Rainer Schlegel (Fn. 16), S. 245.

机构通过积极劳动力市场政策履行以下职能：(1) 公开发布待填补的职位空缺进行职业介绍；(2) 收集职位空缺和潜在求职者的数据，提供劳动力市场信息；(3) 实施调整劳动力市场供需的政策；(4) 向失业人员提供收入支持；(5) 管理迁徙劳动力等。^[24]近年来，公共就业服务也受到人口老龄化的持续影响，其应在促进非活跃人口参与劳动力市场方面发挥更为积极的作用。专业化、全方位的公共就业服务一直是我国的发展方向，^[25]但从覆盖人群来看，其更着眼于劳动年龄人口特别是大学生、农民工、就业困难人员等，忽略了老年人同样具有就业服务需求。2022年8月，我国建立了老年人信息服务平台，该平台的建立可以说迈出了拓展老年人力资源的重要一步。但由于建立时间尚短，其在就业信息、就业政策、就业服务种类上均存在着短板。据调查，城镇60岁以上老年人在面临失业处境时，仍主要是委托亲戚朋友介绍工作，联系就业服务机构的仅为2.2%，参加招聘会的仅为1%。^[26]可见，较少有老年人能够享受到公共就业服务。

除了公共就业服务外，教育水平或资格水平与老年人就业率之间存在着毋庸置疑的关系。我国《老年人权益保障法》(2018年修正)第71条规定老年人有继续受教育的权利，要把老年教育纳入终身教育体系。在职业教育中，职业培训通常被认为是最有效的积极劳动力市场政策，为老年人提供职业培训也是提升其就业能力的重要方面。全国人大常委会亦指出要“扩大老年教育资源供给，建立终身职业技能培训制度”。^[27]但是，我国现有的职业培训政策并没有将老年人列为重点人群，也并没有体现出对于老年人的独特之处。^[28]虽然有可以根据就业需求，适当放宽劳动者参加补贴性职业技能培训年龄限制的规定，但其却附加了“老年人未领取基本养老金”的额外资格，^[29]这无疑将进一步阻碍老年人参与职业培训。另外，职业培训并非投入即有效益，如若培训项目无法因应产业需求，投入也只能是浪费公共资源。特别是若投入进劳动条件较为低劣的行业，那么即使培训出相关技能，劳动条件不佳也常常使人望而却步。总之，我国的老年人职业培训与就业需求之间还存在着一定缝隙，难以切实地提升老年人的工作技能。

(三) 安全维度：老年人平等就业问题突出

1. 年龄歧视规制付之阙如

经济社会中，体弱、能力下降、生产效率低、训练及沟通管理不易、工作怠惰、容易受伤等刻板印象常使社会整体缺乏老年意识。在劳动力市场中，首要的问题就是就业年龄歧视。就业年龄歧视指的是从业者在职或就业的过程中，因为年龄因素遭受直接或间接的不利对待，包括直接依照年龄设定雇用员工、解雇员工或享有福利的条件，或者间接设定与年龄相关联的因素，致使对员工的不当歧视。与性别歧视、种族歧视等针对与生俱来因素的歧视类型不同，年龄具有流动性。

[24] See OECD, IDB & WAPES, *The World of Public Employment Services: Challenges, Capacity and Outlook for Public Employment Services in the New World of Work*, Local Economic and Employment Development (LEED), IDB, Washington, D.C., 2016, p. 14 - 15.

[25] 参见《人力资源社会保障部办公厅关于推进公共就业服务专业化的意见》，人社厅发〔2017〕86号；《人力资源社会保障部、国家发展改革委、财政部关于推进全方位公共就业服务的指导意见》，人社部发〔2018〕77号。

[26] 见前注〔14〕，国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司书，第112页。

[27] 何毅亭：《全国人民代表大会常务委员会专题调研组关于实施积极应对人口老龄化国家战略、推动老龄事业高质量发展情况的调研报告——2022年8月30日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十六次会议上》，载中国人大网2022年9月2日，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202209/t20220902_319168.html。

[28] 参见《国务院关于推行终身职业技能培训制度的意见》，国发〔2018〕11号；《人力资源社会保障部、教育部、发展改革委、财政部关于印发“十四五”职业技能培训规划的通知》，人社部发〔2021〕102号。

[29] 参见《人力资源社会保障部、财政部关于拓宽职业技能培训资金使用范围提升使用效能的通知》，人社部发〔2021〕69号。

随着时间迁移,年龄亦随之变动,从童年、青年、壮年再到老年,伴随个人的往往是不同的刻板印象,所受歧视的因素及样态也有所不同,每个人都会经历在某一成长阶段的被歧视待遇。年龄能否成为一种歧视因素也就常被质疑或忽视。有学者认为相较于反年龄歧视,更应该做的是给予高龄者社会安全或劳动政策上的保障。^[30]但随着社会发展、老龄化加剧,年龄歧视正逐渐成为劳动力市场充分就业的重大阻碍,同时也是对个人多样化、自主化的禁锢。实践中,针对年龄的歧视广泛存在于就业的各个阶段,比如在招聘阶段,雇主常常对求职者的年龄予以限制,其他如劳动条件、福利待遇、升职、解雇、退休等各个环节也均可能基于年龄给予不同对待。

理论上,既然年龄是与生俱来、不可人为改变的,那么仅凭此一点,任何基于年龄所产生的不当待遇,就应是不公平、不合理的。^[31]1998年,《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利的宣言》(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)将禁止就业歧视作为四项核心劳工标准之一。要周全解决老年人就业问题,禁止就业年龄歧视是必由之路。在我国法律中,《宪法》(2018年修正)第4条和第36条仅规定了不得对民族、信仰予以歧视。除民族、信仰外,《劳动法》(2018年修正)第12条增加了不因种族、性别而受歧视。《就业促进法》(2015年修正)第27条、第29条、第31条规定不得对妇女、残疾人、农村劳动者进城就业进行歧视。由上可见,我国的法律规范并未明确禁止年龄歧视,这就给劳动力市场中普遍存在的老年就业歧视留下了法律空当,致使老年人难以获得工作机会或遭受不公平待遇,直至挫伤其就业积极性。

2. 部分老年人被排除于从属劳动者保护范围之外

达到法定退休年龄后,老年人与用人单位间的关系究竟为何,一直是学术界与实务界的争论焦点。《劳动合同法》(2012年修正)和《劳动合同法实施条例》基本是以开始享受基本养老保险待遇或是达到法定退休年龄作为劳动合同终止的特定情形。最高人民法院进而以能否享有基本养老保险待遇或领取退休金作为超龄劳动者能否与用人单位建立劳动关系的分水岭。^[32]在最典型的意义上,退休指的是在工作生涯结束后停止工作并按照自己的意愿享受闲暇时光,养老金作为工作生涯的成果可以维持老年人退出劳动力市场后的基本生活。一般而言,在没有与雇主达成协议的情况下,退休者没有权利继续保持原有工作。^[33]基于此,退休逐渐成为社会法上的重要概念,在劳动法中意味着劳动合同的终止,在社会保障法中意味着养老保险待遇的领取,二者的衔接使退休成为法律上劳动合同终止的合理事由。日本的定年退休制就规定在达到退休年龄时劳动合同自动终止,该制度也被视为促进企业组织和运行良性发展的重要制度。^[34]但劳动合同终止是否就意味着超龄劳动者无法再与用人单位形成劳动关系呢?恐怕二者还难以形成严密的逻辑自洽。立法态度与司法解释的不明确也使超龄劳动者与用人单位间的就业性质争议频发,特别集中于已达退休年龄而未领取养老保险待遇或退休金的人员。^[35]在过往的裁判中,老年人与用人

[30] 関ふ、佐子「高齢者雇用法制」清家篤編『高齢者の働きかた』(ミネルヴァ書房,2014年)215頁参照。

[31] 参见郑津津:《建立年龄歧视法制以保障中高龄者就业权利之研究》,载《政大劳动学报》第12期(2002年),第398页。

[32] 参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]26号),第32条。

[33] See Claire Kilpatrick, *Age, Retirement and the Employment Contract*, 36 *Industrial Law Journal* 119, 120 (2007).

[34] 参见[日]中洼裕也、野田进:《劳动法的世界》,田思路、龚敏、邹庭云译,商务印书馆2022年版,第493—494页。

[35] 参见江苏省淮安市中级人民法院发布十大劳动争议典型案例之三(2019年)。

单位间的就业性质也大多被认定为劳务关系。^[36]事实上,能否与用人单位建立劳动关系对超龄劳动者而言至关重要。倘若可以建立劳动关系,老年人就可以受到《劳动法》《劳动合同法》等劳动法律规范的保护,可以享有最低工资、休息休假、社会保险等劳动权益;若只能成立劳务关系,恐将难以获得充足保障。在积极老龄化语境下,个人在老化的过程中仍应享有各种公平对待的权利。因此,对老年人的就业法律地位亟须予以明确。

三、我国老年人就业促进法制的具体突破与完善

(一) 契合老年人身心健康的职业安全卫生制度之形塑

1. 实行老年人特殊劳动保护

职业安全是人身安全在职业劳动关系中的对象化和具体化,其所保障的法益不仅止于生命安全,还包括身心健康安全。我国加入的《职业安全卫生及工作环境公约》中指出:“与工作有关的‘健康’一词,不仅指没有疾病或并非体弱,也包括与工作安全和卫生直接有关的影响健康的身心因素。”积极老龄化所主张的健康促进是针对老年人在劳动力市场中的工作性质、工作条件、个人生活方式等方面,强化其掌握并增进自身健康的过程。适切的健康促进措施将帮助雇主减少直接成本和伤病赔偿、保险支出等间接成本,同时亦有助于老年人做出健康的选择,提升其工作适能和可工作年限。我国现有的职业安全卫生法制体系包括两个层次的保护制度:其一是一般制度层次,也就是针对全体劳动者可以普遍适用的法律规则;其二是特殊制度层次,如我国《劳动法》(2018年修正)第七章中对女职工和未成年工实行了特殊保护。老年人在职场中所面临的生理、心理、社会等限制,以及“弱势群体”的类属均表明其需要法律予以倾斜保护。域外部分国家也将老年工人视为敏感或脆弱群体,认为应给予其特殊的健康保护措施。^[37]故而,同女职工和未成年工一样,对于老年人的职业安全卫生保障也需要进行特殊规定,如此方能有效确保老年人不会因工作而导致疾病或长期失能并最终退出劳动力市场。

在特殊劳动保护的内容上,一方面,根据欧盟工作安全与健康推进委员会(OSHA)的研究,与老年工人有关的健康风险主要包括繁重的体力劳动、与轮班工作有关的危险和炎热、寒冷或嘈杂的工作环境等。^[38]所以,在制定法律时,可参照对女职工与未成年工的保护内容,在劳动强度、劳动环境、劳动时长、夜班等方面对老年人的就业条件与环境进行法律限制;另一方面,人们的晚年健康大多受到生命早期健康行为的影响,功能能力的下降可以通过健康的生活习惯、认知与预防得以延迟和最小化。日本在1982年实施有《老人保健法》,要求老年人在工作场所获得适当的保健服务;其在《老龄社会对策基本法》中也再次明确国家应采取必要措施,确保私人经营者所提供的保健医疗和福利服务得到良好的发展和利用。在工作场所中,我们也应确保老年人能够得到定期健康检查、健康咨询等服务,以便及早发现问题并制定相应的干预措施。同时,还应关注老年人的心理健康,给予就业咨询及定期压力咨询的管道,减少因就业问题所产生的心理疾病。

[36] 参见鲁晓明:《积极老龄化视角下之就业老年人权益保障》,载《法学论坛》2021年第4期,第121页。

[37] See Alice Belin, Claire Dupont, Lise Oulès & Yoline Kuipers, *Safer and Healthier Work at any Age: Final Overall Analysis Report*, European Agency for Safety and Health at Work, 2016, p. 9, also see <https://osha.europa.eu/en/publications/safer-and-healthier-work-any-age-final-overall-analysis-report>.

[38] See *OSH Management in the Context of an Ageing Workforce*, European Agency for Safety and Health at Work, <https://osha.europa.eu/en/themes/osh-management-context-ageing-workforce>, last visited on Apr. 5, 2023.

2. 建立职务再设计制度

职务再设计(Job Accommodation)是营造友善职场环境的重要方面,指的是配合员工的特性条件如体力、健康状况、职业经验等,找出其在职场上遭遇的困难,以重新设计职场环境、改变作业方法、调整职务内容或提供辅具等方式,避免工作对其产生过重负担并进而提升其工作效率与产能。老年人因年龄增加所产生的身心机能特性常导致其在可以胜任的岗位职务上有所限制。如若承担不适宜的职务,就较容易发生意外和危险,威胁身心健康。此时,若针对老年人特性结合其长期积累的知识、技能或经验等进行职务再设计,可以较有效地利用其人力资源。2012年,日本厚生劳动省发布《高年龄者等职业安定对策基本方针》,提出要改善工作设施,包括引进机械设备、改进工作方法、改善照明和其他工作环境等,充分发挥老年人的职业技能。2020年,日本在《确保老年工人安全和健康的准则》中要求建立一个考虑高龄者特性的友善职场,预防职业灾害的发生;企业应引入必要设施弥补老年人身体机能的下降并实施符合老年人特性的工作管理、针对体检结果采取措施(如减少工作时间、重新分配工作、休假就医)、提供适应老年人身体和健康状况的工作等。除日本外,其他国家也有类似的职务再设计制度,如瑞典在《工作环境法》(Work Environment Act)中要求工作条件要适应工人的身体和精神能力,包括让工人参与他自身的工作设计;斯洛伐克在《职业安全与健康法》(the Act on OSH)中规定雇主有义务为雇员提供符合其健康状况的工作,并应纳入对年龄因素的考虑。^[39]

当老年劳工遭遇到生理或心理功能的约束,无法达到良好的工作绩效或者工作上需要辅具、职场环境有所障碍时,我国就可以借助职务再设计改善其工作效果。职务再设计主要包括:(1)工作方法、工作条件方面的调整。充分考虑老年人在感官、认知和生理机能方面的特性和限制,使工作内容、工作时间、工作方式、工作流程等符合其能力范围。(2)工作设备或者器具上的改善。通过工作辅具的设计助力老年人提高工作能力,如利用人体工学改良办公桌椅、使用搬运设备搬运物品、信息的可视化接收等。(3)职场工作环境的便利化设计。如改善照明设备、加强安全标识、提供防护器具等。(4)新科技的协作。利用计算机、人工智能、自动化等增强老年人的工作能力。

(二) 老年人就业激励制度之强化

1. 有条件地适用强制退休

在特定期间内,所有社会支出必须由当期总体经济所得加以支应。^[40]基于此,就应该促进老年人的社会生产。否则,其消费必然将由工作世代转移而来,危及代际公平。强制退休制度使劳动者过早地离开劳动力市场,抑制了老年人的社会参与。因此,有必要建立一种机制以最能促进老年人年龄平等的方式去规范工作生活的结束,同时也要适当地平衡年龄平等与其他工人、雇主和社会的权利和利益,并最终增强社会从就业到非就业的认识以及从就业到非就业的老年过渡。^[41]国际劳工组织在《老年工人建议书》(Older Workers Recommendation)中提倡“身体健康适宜于工作的老年工人应可以推迟申请老年津贴至通常获得老年津贴的年龄之后”。越来越多的国家也开始通过立法废除或限制强制退休。如1986年,美国在修订《就业年龄歧视法》(Age

[39] See Alice Belin et al., *supra* note [37], at 6.

[40] Vgl. Gerhard Mackenroth, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan, in: Gerhard Albrecht (Hrsg.), Die Berliner Wirtschaft Zwischen Ost und West, Aufl. 1952, S. 41.

[41] 小西康之「高齢者政策の動向とこれから—2020年法改正を契機に」法律論叢 93卷第4・5合併号(2021年)133頁参照。

Discrimination in Employment Act, ADEA)时规定雇主不得基于年龄要求雇员强制退休;2011年,英国废除了默认退休年龄(default retirement age, DRA);2020年,日本修订了《高龄雇用安定法》,要求企业将员工退休年龄延长至70岁或者废除强制退休制度。我国《老年人权益保障法》(2018年修正)第4条规定:“国家和社会应当采取措施……逐步改善保障老年人生活、健康以及参与社会发展的条件,实现……老有所为。”第69条、第70条进一步明确了老年人的就业权益。所以,实有必要对现有的强制退休制度进行检视并逐步废除。但值得关注的是,并非人人都能持续就业到更高年龄,如从事具有危险性、耗费体力等特殊性质行业的从业者,持续工作将进一步损害其健康。另外,不同产业、企业在劳动条件、员工需求等方面也具有差异,年龄可能构成某一工作的真实资格。假使“一刀切”地废除强制退休,势必将难以保障企业的用工自由,影响企业效率。因此,对于强制退休制度的废除要保有一定空间,应允许特定条件下的强制退休。通常来说,这一特定条件要接受比例原则的检视,也就是实施强制退休制度应具有合法目的、实施本身出于善意且对于实现该合法目的是合理而必要的。实践中,是否有必要实施强制退休制度通常要考虑多种因素,包括:(1)具体部门的分析;(2)是否享有合理的养老金;(3)是否对工作和谋生权利存在潜在干涉;(4)个体劳动合同中对强制退休制度的同意程度;等等。^[42]

2. 优化公共就业服务和职业培训制度

我国在《关于加强新时代老龄工作的意见》《“十四五”国家老龄事业发展和养老服务体系规划》中均要求加强老年人就业服务,建立老年人才信息库,为老年人提供职业介绍、创新创业指导服务等。为了更好地提升老年人的工作寿命,公共就业服务必须解决雇主对老年人的雇用疑虑和老年求职者所面临的障碍,包括促进老年失业者重新融入劳动力市场。首先,在内容上,除了面向一般劳工的公共就业服务,还须有针对老年人的特殊安排。对于雇主,可以通过经济激励鼓励其雇用老年人,措施包括财政补贴、税收优惠和社会保险缴款的减免等。在克罗地亚,其向雇用50岁以上、持续失业12个月劳工的雇主提供就业补贴(wage subsidies);在意大利和希腊,老年工人的就业通过减税(意大利)或补助雇主的社会保险费(希腊)来予以促进。^[43]对于老年求职者,影响个人决定退休或继续工作的主要因素还是财务状况,寻求经济保障是老年人继续工作的主因。有部分国家就向老年人提供工资补贴(wage supplements)以促使其接受低于“最低需要工资”(reservation wage)的工作;其次,老年失业者应现实地对待就业机会并提高其寻找和申请工作的技能,此时,公共就业服务就须以老年人个人为对象并采取个人化的服务模式。荷兰的“人才55+”(Talent 55+)项目将常规的公共就业服务与额外的资源和支持相结合,经由专业就业指导人员所提供的密集服务解决老年人求职中的具体困难;波兰针对45岁以上人群实施“代际团结”(solidarity across generations),专门培训大批的就业辅导员支持老年失业者。^[44]在此,我国也应培训专门的就业服务人员,采取个案追踪、案主策略等跟进老年人的就业过程,为其提供全方位服务;最后,要明确老年人才信息服务平台的法律地位,发挥其在利用老年人人力资源上的作用。老年人才信息服务平台是帮助老年人积极参与社会、获取自我认同和社会目标的重要媒介,应为老年人及雇主提供匹配信息。同时可以借鉴日本的“银发人力资源中心”,根据老年人特性,多为其

[42] See Elaine Dewhurst, *Proportionality Assessments of Mandatory Retirement Measures: Uncovering Guidance for National Courts in Age Discrimination Cases*, 45 *Industrial Law Journal* 60, 68-87 (2016).

[43] See Alice Belin et al., *supra* note [37], at 46.

[44] See Hugh Mosley & Knuth Dohse, *PES Strategies in Support of an Ageing Workforce: Study Report*, European Commission, 2019, p. 48-49.

提供临时、短期、技能型的工作。

在职业培训方面,个人、企业、国家承担职业培训、继续教育的共同责任。同其他劳工一样,老年人应平等地参与培训并享有相应待遇,这样才能适应不断变化的经济社会环境,提高自我能力,避免市场排斥。欧盟委员会在《终身教育备忘录》(Memorandum on Lifelong Learning)中强调了有关终身学习的六个关键信息,包括:提供新的基本技能、更多的人力资源投资、教学内容与方法的创新、扩大正式和非正式学习、重新思考指导和咨询,以及让学习更贴近家庭。这六个关键信息都能增加老年劳工的学习和发展机会。^[45]目前,应进一步强化培训与就业市场之间的衔接,培训内容必须符合劳动市场所需,增加专业与技术含金量较高的项目与创业辅导,发展替代性低与技术门槛高的就业能力,还要注重数字化所带来的劳动素质落差。另外,为了增强老年人参加职业培训的意愿,除了可以由职业培训机构直接提供培训课程外,还可以由政府对企业与劳工提供训练费用补助或训练期间生活补助。如德国为低技能工人和年长工人提供 WeGebAu 培训项目,该项目对 45 岁以上的雇员资助高达 75% 的培训费用;日本自 2017 年起允许 65 岁以上老年人参加就业保险,并可获得一般教育训练、特定一般教育训练与专门实践教育训练的机会,在培训期间还可以领受 20% 到 50% 的教育培训费用等。

(三) 老年人平等就业法律制度之完善

1. 建立就业年龄歧视法制,禁止不公平对待

当老年人因其年龄因素被拒绝雇用,或者雇用后遭受不当对待乃至解雇时,就需要相应的法律予以救济。我国《宪法》(2018 年修正)第 33 条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”第 42 条规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”《老年人权益保障法》(2018 年修正)第 3 条规定:“国家保障老年人依法享有的权益。禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人。”由上可以推知,老年人的平等工作权应当受到保障,每个人的工作机会应是均等的。基于这种精神,自然不能实施仅就某一年龄范围予以保障而另一年龄范围不予保障之差别待遇,制定并实施禁止年龄歧视的法律规范也就成为客观要求。世界部分国家也早已对就业年龄歧视进行了立法。比如,美国在 1967 年制定有《就业年龄歧视法》,该法禁止歧视年满 40 岁以上的公私部门受雇者,禁止内容包括雇用条件、就业服务等。欧盟在 2000 年实施有《平等待遇基准指令》,该指令将年龄歧视视为五种歧视特征之一;随后,欧盟在《欧盟基本权宪章》(Charta der Grundrechte der Europäischen Union, GRC)中将禁止年龄歧视纳入初级欧盟法。在日本,对就业年龄歧视的争论已久。2004 年,日本《高龄者雇用安定法》第 18 条第 2 款规定雇主在招募与雇用时,如对 65 岁以下就业者进行差别待遇,应说明理由;2007 年,日本在《雇用对策法》中规定不得在招募、雇用时进行年龄限制。

虽然对年龄歧视进行立法规制已成为国际趋势,但其一般被认为是最难处理的歧视形式,需在适用对象、歧视内容与判定标准等方面予以明确。在适用对象上,虽然任一年龄都可能会产生就业歧视,但主要还是集中于中高年龄者身上,部分国家也只对中高年龄者的就业年龄歧视进行规制。在歧视内容上,一般而言,应包括直接歧视与间接歧视。直接歧视是最为普遍、最为直观的歧视形式;而借由禁止间接歧视可以防止雇主假意设立中立标准而行使歧视之实,在一定程度上弥补禁止直接歧视落实的不足。在判定标准上,如若从文义出发,“歧视”本身就含有事实比较的内涵。当判断雇主是否具有某一歧视行为时,需要有一项可供参考比较的事实指标。如若两者的职业条件相同,但却由于工作能力以外的因素受到不平等的待遇,或者职业条件不同,但却由于工作能力

^[45] See Tarja Tikkanen et al., *Working Life Changes and Training of Older Workers*, VOX and European Commission, 2002, p. 23.

以外的因素受到相同的对待时,就可能有遭受歧视之嫌。但为了达到实质平等并保留给雇主一定的用人弹性空间,某些例外情形下可以排除年龄歧视,比如当年龄对某一职业具有重要性乃至决定性时,就可以限制中高龄者参与。只是这种例外需要进行严格解释并接受比例原则的检验。^[46]

2. 明确就业老年人的劳动者地位,适用弹性化就业规范

老龄化的深入发展引发了学术界对退休的激烈探讨,退休年龄、退休权与劳动关系都是其核心议题。有学者认为退休的法律意义主要是一种资格或权利,超龄劳动者仍然适用劳动法,受劳动法保护。^[47] 有学者认为劳动关系的存续与否要交由劳动者与用人单位双方协商确定。^[48] 还有学者认为除了一些特殊情形要强制结束劳动合同外,劳资双方共同愿意继续劳动合同的,可以推迟办理退休手续与领取养老金,劳动关系保留;如果办理了退休手续,可以根据工作时间或劳动报酬,按比例或暂停领取养老金。^[49] 由上可见,虽然学者们意见不一,但基本认同超龄劳动者仍然可以与用人单位形成劳动关系。本研究认为,超龄劳动者与用人单位间的就业关系究竟为何,根本上还是应回归劳动关系理论本身。劳动关系二分法的理论基点是从属劳动论,其以“人格从属性”为核心。基于此种“使用从属关系”“从属劳动”,便要求法律对从属劳动者进行倾斜保护。因此,以《劳动法》《劳动合同法》《社会保险法》等为首的一系列法律制度便登上历史舞台。我国的劳动法律规范虽然并没有对其适用主体的内涵与外延予以明确,但通说认为只要就业关系具有从属劳动的特征就应该被纳入劳动法律规范的保护范围,保护的平衡界限也不以政府的主观判断为据,而是以使用从属性导致的劳资失衡程度为依据,以实现劳资关系的实质平衡。^[50] 故而,不论老年人的职业种类、合同形式,只要其实质上是在雇主的指挥命令下进行从属劳动,就应该成为劳动法律规范的保护对象。但劳动法规中有部分强制性规定,若是进行划一的刚性规范,恐怕难与老年人的人力资源特征和就业需求的性质、形态相符合,也会抑制用人单位的雇用意愿,不利于营造高龄友善职场环境。为此,可以考虑放宽管制或适用特别规定,尽量以合意代替强制性规定。^[51] 如我国台湾地区规定不得在薪资给付或各项福利措施、绩效考核与升迁、解雇等方面给予高龄者不利对待;但雇用高龄者的,不适用劳动基准法的部分规定,包括定期契约与不定期契约的转换等。在奥地利,满足全额养老金资格的老年人,再就业时将被豁免失业保险费的强制性征收。同时,60岁以上的老年人仍受工伤保险制度的覆盖,但其缴费应由工伤保险基金予以支付等。

四、结 语

老龄化不仅是个人身体机能的衰败,更是社会历程和文化历程。二战后,福利国家虽然建立了老龄化与公共政策之间的关联,保障了老年人的基本生活,但却加剧了其脆弱性、依赖性的刻板印象。年龄歧视使老年人在达到固定年龄甚至之前即离开劳动市场,退休制度的预设更是加剧了

[46] 参见杨通轩:《欧洲联盟就业年龄歧视法制之探讨》,载《东吴法律学报》第28卷第4期(2017年),第109—110页。

[47] 参见谢增毅:《退休年龄与劳动法的适用——兼论“退休”的法律意义》,载《比较法研究》2013年第3期,第41—47页;太月:《退休权之权利塑造:从应然权利到实然权利》,载《当代法学》2018年第3期,第73页。

[48] 参见沈建峰:《论退休年龄的功能转型与劳动关系存续》,载《中国劳动》2017年第7期,第33—34页;董文军:《法定退休年龄与劳动合同关系之反思》,载《法学家》2019年第1期,第171—172页。

[49] 参见林嘉:《退休年龄的法理分析及制度安排》,载《中国法学》2015年第6期,第24页。

[50] 参见田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,载《法学评论》2019年第1期,第80页。

[51] 参见郝凤鸣:《高龄社会劳动与社会法之挑战与因应》,载《律师》2月号(2017年),第26页。

这一挑战。老年人被视为一个独特的群体,与薪资劳动相区隔,形成了“规范”的生命历程阶段,隐含着对老年人价值的贬低。古罗马时期,西塞罗在《论老年》(On Old Age)中指出,老年人不快乐的原因之一就包括忽视其在智力工作中的贡献,让他们从积极性工作中退出。^[52] 实践中,人口结构高龄化已成为劳动市场、经济发展以及社会安全体系的发展阻碍,如何构建正向老化,是保障老年人人性尊严与社会文化历程发展的重要方面。在国际组织的倡导下,积极老龄化成为 21 世纪回应人口结构老化的全球性公共策略,其认为老年人仍可以在社会中积极发挥生活的功能,享有自主和参与社会活动的权利。持续投入劳动市场不仅能保持老年人有品质的生活、降低抚养比、节省养老保险金和健康支出,还可以形成社会 and 个人的双赢。如果可以祛除年龄隔阂,将工作机会、教育学习等角色开放给各年龄层共同享有,势必可以强化年龄平等、代际团结,共同推进经济社会发展。在此,法律规范必须因应社会环境变化而予以适时调整,唯老年人就业促进法制涉及甚广,本研究仅从劳动法律规范角度予以观察,抛砖引玉,敬祈各法律部门专家学者,共同思考并探讨现行法规调适之道。

Abstract The wave of population ageing has created challenges for the labour market, economic development, and the institutional sustainability of social security systems. In addition to postponing the retirement age, reforming pension systems and building an elderly care service system, we should pay attention to the employment of older people. As the main global policy strategy for population ageing, the embedding employment promotion measures for older workers with the active ageing theory, and further through the analysis of health, participation, and security aspects, it is suggested for future policy development in China. Firstly, it is necessary to design a promotion system that suits the older workers' physical and mental health, including implementing special labour protection and establishing a job accommodation system. Besides, it should strengthen the employment incentive system for older workers, apply mandatory retirement conditionally, optimize public employment services and vocational training. Finally, the legal system for equal employment should be improved to prohibit age discrimination and to clarify the labour status of older workers.

Keywords Active Ageing, Older Workers, Healthy Work, Employment Incentives, Equal Employment

(责任编辑:侯利阳)

[52] 参见[古罗马]西塞罗:《西塞罗三论 老年·友谊·责任》,徐奕春译,商务印书馆 1998 年版,第 10 页。