



涉老法律评论

刘晓红 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

涉老法律评论

刘晓红 主 编

安曦萌 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

涉老法律评论 / 刘晓红主编. —北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1077 - 4

I. ①涉… II. ①刘… III. ①老年人权益保障法—研究—中国 IV. ①D922.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 165817 号

涉老法律评论
SHELAO FALÜ PINGLUN

刘晓红 主 编
安曦萌 副主编

策划编辑 李峰云
责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨昆玲
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 23.75
字数 316 千
版本 2017 年 5 月第 1 版
印次 2017 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1077 - 4

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

根据我国民政部《2015 年社会服务发展统计公报》,截至 2015 年底,全国 60 岁及以上老年人口 22200 万人,占总人口的 16.1%,其中 65 岁及以上人口 14386 万人,占总人口的 10.5%。预计 2053 年人口老龄化峰值到来之时,全国老年人口将达到 4.87 亿。可以说,我国不但已成为世界上老龄化程度较高的国家之一,而且正在面临着日渐加速的社会老龄化进程。庞大的老人潮将改变社会人口结构,并展现出深刻持久的社会影响。一方面,人口老龄化带来的涉老问题关系着当下老年人晚年生活质量,关系着十多亿年轻人对未来老年生活的预期与规划;另一方面,随着社会人口结构中老年人比例的增加,涉老问题的重要性和影响力与日俱增,辐射至社会的各个领域,逐渐影响整个社会的发展进程。因此,妥善应对涉老问题,不仅是传承我国敬老爱老传统美德的内在要求,更是增进社会福祉、建设和谐社会的现

实需要。

在全面推进依法治国战略的进程中,涉老问题的解决尤其需要科学、完善的制度安排。优良的制度能够为涉老问题提供高效、合理的解决方法,化解社会矛盾,稳定社会秩序。近年来,我国已经进行了一系列涉老立法与制度建设,如2012年12月第十一届全国人民代表大会常务委员会修订了《中华人民共和国老年人权益保障法》、2014年4月第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百六十六条的解释》规定“以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取养老等社会保险金或者其他社会保障待遇的,属于刑法第二百六十六条规定的诈骗公私财物的行为。”2011年《刑法修正案(八)》对第49条增加一款规定为“审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍手段致人死亡的除外。”现已有15个省、自治区、直辖市人大常委会制定并实施了《老年人权益保障条例》,相关领域的理论研究成果斐然。然而,面对日益加速的老龄化社会进程,新问题不断涌现,制度空白仍旧存在,所以,依然迫切需要深入、透彻的研究以促进问题解决,完善制度体系。

第一,涉老问题的解决需要具有本土意识、符合我国国情的制度体系。涉老问题在成为法律问题之前,首先属于社会问题。尽管目前进入老龄化的国家很多,但是每个国家的老龄化难题都带有其自身的特色。因此,必须结合我国的社会现实背景,从多个维度思考制度的构建。只有这样,制度方能扎根于社会,有效地运行于当代中国。

第二,涉老问题的解决需要导向明确、凸显法律价值与效果的制度体系。涉老制度体系应充分体现法律的价值,实现法律对社会秩序的引导作用,并且,结合涉老问题的特性,以遵循法治为前提,为问题的解决提供有针对性的制度药方。与此同时,涉老问题的制度体系应符合法治的全局观,注意不同部门法之间的协调融通,实现制度运作的协同性。

第三,涉老问题的解决需要能够衔接理论指导与实务操作的制度

体系。一方面,制度建设需重视学术理论的指导作用,以严谨的理论论证提高制度的科学性。另一方面,制度投射到现实,最终体现于实务操作,因此应在制度构建时结合实务操作的特性,在制度制定与修订时重视实务操作的问题。换言之,制度构建应当同时兼顾夯实理论根基与反思实践效果。

第四,涉老问题的解决需要建立在借鉴与反思国外经验教训之上的制度体系。目前,人口老龄化问题也是国际性的热点问题之一,许多国家已经在这一领域积累了丰富的立法与实践经验。研究不同老龄化国家涉老问题的解决方案,可以为我们提供问题解决的参考思路,帮助我们评估制度效果,节约社会资源,在借鉴与反思中更好地建设具有中国特色的涉老制度体系。

正是基于上述对涉老制度研究紧迫性与必要性的认识,2012年4月13日,华东政法大学与美国约翰·马歇尔法学院合作,共同组建了由时任华东政法大学副校长(现任上海政法学院院长)的刘晓红教授担任主任的“中美老龄问题研究中心”。该中心搭建了跨国、跨学科、跨领域的涉老问题研究平台,集结了一批来自中美高校社会人文各学科的专职研究人员和司法实务部门的专家,特别是在华东政法大学民商法学科的大力支持下,致力于联合国内外相关领域的研究力量,坚持“中国问题、世界眼光”,以我国涉老文化与制度背景为基础,在比较法的研究视野中推进我国涉老法律制度体系建设。中心研究面向社会实践,依托华东政法大学的法学学术资源,注重以法律的视角审视涉老问题的社会场景,在此基础上,关注跨学科的研究路径,促进不同社会人文学科涉老研究成果之间的融通。经过五年多的实证调研与理论研究,除已经公开发展了一大批高质量的论著外,还形成了不少很有见地的决策咨询、内参调研报告等智库成果,受到有关方面领导的高度肯定,其中有些意见已被相关立法所吸收。

这里,中心主任刘晓红教授担任主编并特意选取了一部分中青年科研人员在刑法、民法、家事法、消费者权益保护法、老年人司法等方面

的代表性研究成果编辑成册并予以出版,以期与国内同仁们一起共同推动我国的涉老法律体系和司法体制的不断健全与完善,并深化对相关现实问题的交流与探讨。这在全球老龄问题日渐突出的今天,可谓意义重大!

是为序。

华东政法大学校长、博士生导师、教授

叶 青

二〇一七年七月于华政园

目 录

涉老理论评述

知觉与自觉:涉老法律文化之分殊与融通	孙 颖	003
老年人赡养纠纷的法律分析		
——以子女赡养义务为中心	许 莉	022
对老年人精神赡养义务的法律问题研究	张 磊	040
比较法视野下的失能老人人格利益保护制度设计	翟 巍	054
网络涉老隐私信息传播的法律规制	林 凌	088
老年消费者权益保护初探		
——兼论消费者权益保护法和老年人权益保障法之不足	任尚肖	096
失能失智老人需要法制关注	于 霄	102
公办养老机构资源如何公平分配		
——以其入住标准为视角	李进付 靳李玲 顾丰羽	108
以房养老的路径评析与选择	田相夏 陆 怡	124
社区照顾养老服务中的政府责任研究	李卫华	137
柔性退休人员的劳动关系探析	李凌云	153
老年监护监督模式的建立		
——兼论《民法总则(草案)征求意见稿》成年监护监督制度	李 霞	160

成年监护制度改革初探	薛 芳	177
中国社会老年人犯罪的多维分析研究	杨兴培	182
预防与矫治准老年人违法犯罪的社会政策制定与立法完善	杨鸿台	208
老年人犯罪的刑法规制不足及完善	李振林	218
简析“老年人犯罪免死”条款的理解和适用	王恩海	242
空巢老人犯罪的特点、原因及对策	俞 倩 张 勇	253
涉众型经济犯罪的老年被害预防	安曦萌	270
老年教育理论的反思与重构		
——基于西方现代老龄化理论视野	李 洁	287
城市老年人孤独感的影响因素分析	李 俊 许 爽	303

涉老审判探析

老龄化背景下涉老司法审判的实证分析与思考		
——以上海法院为例	任湧飞 苏敏华	321
老龄化背景下设立老年法庭的分析与思考	叶肖静	336
浅析老年人赡养诉讼		
——以 J 法院近 20 年赡养案件为例	王 茜	347
涉老审判模式类别化研究	《老之将至,法庭何为》项目组	359

知觉与自觉：涉老法律文化 之分殊与融通

孙 颖*

“文化”是一个很难被定义的词汇。人类对世界的认识有多少个维度，“文化”就有多少个维度。文化是任何一个相对隔绝的时空中的人类生活的整体。“知觉”和“自觉”是寄寓于不同文化体内的人们对待各自遭遇到的各种社会问题的反应方式。所谓“文化知觉”，是人们在有限的认知范围内对所处时空社会内外各种问题的感知及应激性反应；所谓“文化自觉”，则是人们基于对世界的整体看法，对遭遇到的各种社会问题所做的深刻调整。由于这种“整体的看法”关涉未知的时空以及统辖已知与未知时空的根本性规律，借此所做的调整，其影响甚为深远。在人类历史上，能够达到这一层面

* 孙颖，哲学博士，华东政法大学法律学院讲师，硕士生导师。

的,有宗教、哲学,也有佛学、儒学等思想体系。

在“老龄化问题”这一全球化热点问题的推动下,涉老法律问题成为法学领域一个新兴的研究热点,并逐渐成为法学研究国际化合作的新兴领域。在这些国际合作中,对“涉老法律文化”的研究具有基础性价值。但是,要对涉老法律文化进行分殊,必然涉及各文化体的历史经验与文化特质,而“老龄化”这一阶段性社会问题并不足以为其提供足够的理论背景,因此,对涉老法律文化的检讨必须在“广义的老年问题”的视域下展开。

一、老年问题与老龄化问题

所谓“广义的老年问题”包括两个方面:“人如何看待老年阶段的个体生命”,以及“社会如何对待老年人”。在这个意义上,任何一个文化时空都存在“老年问题”,当下的“老龄化问题”不过是其中的一个组成部分。意识到社会层面存在的各种与老年人有关的问题,做出应激性举措,是“文化知觉”,而从“人”“知识来源”“世界”的角度进行思考,进行整体性制度设计,则是“文化自觉”。与古代中国对老年问题的强烈文化自觉所不同的是,近代西方社会的“老龄化问题”首先是作为“文化知觉”的对象进入社会学观察者的视野。然而,在任何一种文化体内,“文化知觉”总是会逐步走向“文化自觉”,因此,在全球化的过程中,不同文化体内的涉老问题是否能够走向共同的“自觉”,当代的涉老文化又将如何在文化融通的层面实现“自觉”,是当下涉老法律文化需要解析的问题。

“广义的老年问题”存在于任何时空的文化形态中,包含了一切与老年人有关的问题。“老龄化问题”则是近代随着生产力的提高,人类预期寿命增长、出生率下降,老年人数所占人口比例上升,进而导致的一系列社会问题。国际上通常把60岁以上的人口占总人口比例达到10%,或65岁以上人口占总人口的比重达到7%作为国家或地区进入老龄化社会的标准。显然,“老龄化问题”只是人类在经历了工业革命的近现代文化时空中出现的问题。从表面上看,这是一个“全球性”的

问题,人们对这一问题的检讨,也往往在“普遍性”意义上展开。然而,一旦进入到不同文化形态的“时空隧道”,这个当下“普遍性”的问题,却在各个文化中有着各自的“特殊性”。如前文所言,欧美文化中,对“老龄化问题”的认识表现为一种“文化知觉”,而中国当代的“老龄化问题”,在“文化知觉”的同时,更背负着得文化过往的“自觉”意识。

二、近代发达国家对老龄化问题的文化知觉

统观老龄化问题在发达资本主义国家的出现与早期发展,其“应激性”特点尤为明显。

(一) 英国

英国的老龄化问题是在 20 世纪末出现的。这一时期,英国在经过资本主义初期的发展之后,民众的物质生活水平有了明显的提高。

这一时期的老年问题中,突出的表现是“贫困问题”。一方面,经过早期工业革命,以非农业方式取得生存资料的社会生活模式已经建立起来,资本家延续着从资本主义生产方式建立之初形成的对劳动者的严酷剥削。劳动者在进入老年阶段以后,仍不得不依靠出卖劳动力得以谋生。但是,随着社会的发展,他们无论从体力和智力都已成为劳动力市场的劣势人群。随着传统工业在 20 世纪末的衰落,老年贫困问题日益突出。

民间有识之士率先开展了对社会贫困问题的调查。布思(1840 ~ 1916 年)、朗特里(1917 ~ 1954 年)二人对伦敦与约克镇的调查被誉为“对社会科学发展所做的最引人注目的一项贡献”。布思提出了“贫困线”的概念,朗特里则通过揭示劳动者一生中存在相互交替的相对贫乏与相对富足的变化过程,进而表明导致贫困(尤其是老年人的贫困)的主要原因并不是个人性格和能力的缺陷,而是整个社会体系。在这之前,英国社会尽管也有济贫院,但是这种济贫院的设立理念与近现代的养老福利制度大相径庭——基于自由主义的政府认为贫困完全是个人的问题,与政府无关,政府设立济贫院的目的是“惩罚贫民”,最终把他

们赶向社会从事劳动。从这一个现实出发,朗特里的调查触及了英国进入资本主义社会后某些在人类历史上第一次出现的,同时又是社会制度层面的根本性的问题。但是,这些看法仍然局限于社会公平的层面,并没有得到文化深层的论证。

值得注意的是,英国早年老年贫困问题出现后,慈善团体、工会、友谊会等社会组织也出现了一些民间的调整方案,其中有很多运用了养老金的运作模式。此后,英国在养老问题上陷入全民性的检讨中。这种检讨带有相当多的“博弈”成分。劳动者、资本家、自由党人、保守党人,兼以各种政治团体出于不同政治目的参与讨论,养老问题很快就不再是某一个社会领域的问题。事实上,这场讨论的结果——1908年英国的养老金法案的确就带有多层面的意义,这正体现了“应激性举措”的特点——其对策的实施效果往往出离决策者的预期考量。

1908年英国的养老金法案,是英国第一部由国家完全承担费用和管理实施的法案,它将一贯奉行自由主义的政府推到“积极应对社会问题”的角色上。养老金所需要的资金压力,又导引出了增加富人税收的1909年“人民预算案”。增加土地税收的做法,引发了英国历史上一次重大的宪政危机——上议院的权力受到新议会法的限制,逐渐成为一个纯荣誉性机构。在另一个层面,养老金制度的施行给直接受惠者——贫困劳动者——以极大的生活鼓舞,^{[1][2]}而这也在一定程度上调和了当时出现在整个资本主义社会的日渐尖锐的阶级矛盾。

〔1〕“一位年逾九十的老人在接受调查时自豪地表示:‘过去我常常想我们(自己和妻子)真是应该离开这个世界了,我还常为此祈祷,因为我们对孩子们来说完全就是累赘,全无用处。但现在不同了,我们老两口每周有10先令的收入,我们又可以安心地跟孩子们生活在一起了,我从前从未想过自己还能够对孩子们的生活有所帮助,但是,时代已经变了,先生。’还有不少人记录下了当时各地的老年人如何激动地、泪流满面地奔向邮局,一路上不停地念叨‘上帝保佑劳合一乔治’这样的感人场面。”“邮局小姐们发现自己正受到前所未有的欢迎,她们受到了来自养老金领取者大量的苹果和鲜花,仅仅就是为了感谢他们发放了养老金。”参见汪建强:《20世纪英国养老金制度研究》,齐鲁书社2011年版,第67页。

〔2〕这让笔者想到2016年在云南农村做调查时,普通农民对近年来中国政府在农村医疗等方面的福利制度的肯定。

从1908年法案通过到“二战”之前,英国的养老制度一直纠缠在养老金问题上。法案经过了多次修正(1911年、1919年修正案,1925年张伯伦提出的《寡妇、孤儿、老年人交费养老金法案》等)。通观这一段历史,政党利益往往是制度变革的最直接的原因。各种政治力量为了大选改弦更张的场景屡见不鲜。而在这表面现象的背后,是劳动者老年问题在动荡的资本主义社会中越来越严酷的现实。

这一阶段,凯恩斯的国家干预经济理论产生了重大影响。国家社会保障开支作为扩大政府开支的赤字财政的一部分,被认为是可以挽救资本主义危机的良药,既为保守党接受,又与工党亲近。在国家大规模干预社会经济的运动中,“英国的社会保障制度开始走向统一化和整体化,日益具有了惠及全体国民的国家主导色彩”。^[3]

1942年,贝弗里奇委员会发表了《社会保险与相关服务报告》。在对英国当时的社会保障制度进行全面批评的基础上,委员会提出了改进的指导原则与制度设想。值得注意的是,报告强调建立“综合的”社会保障机制,养老问题需要与失业问题、医疗保健等问题结合在一起寻求解决方案。这一报告发布后,对英国政府的社会保障制度产生了全方位的影响。与老年人问题关联密切的立法有:1946年通过的《国民保险法》、1948年的《国民救济法》。20世纪60年代后,英国逐渐建立起了由统一缴费率的国家基本养老金计划提供的国家基本养老金、各种与职业收入相关联的养老金以及个人储蓄三者构成的养老体系。随着经济环境的变化,具体的制度不时需要调适,但是基本框架并没有改变。

(二) 美国

与其他发达资本主义国家相比,美国的个人主义尤其浓厚。在这个国家,个人主义是一种主导着人们的日常社会生活,并已经作为政治理想融汇进国家制度的基本理念。自由主义理念、社会达尔文主义思

[3] 汪建强:《20世纪英国养老金制度研究》,齐鲁书社2011年版,第141页。

想在早期的美国社会生活中很容易被人们接受,个人主义的倾向是不言而喻的。因此,尽管广义老年人问题中涉及的社会贫困等问题在美国社会并不少见,但是却远没有英国社会那样让人感受强烈。这使美国养老制度在建立时间上迟于英国,在国家调整力度上也没有英国那么着力。这体现了“应激性举措”的另一个特点——对策施行时间、施行力度与社会问题的严重性成比例。

1929年至1933年的经济危机,以一种剧烈的形式让美国人意识到“贫困不是单纯的个人能力”问题,政府负有保持人们稳定、安全的生活的责任。

在这次危机中,老年人是受到冲击最大的社会群体。“1930年美国65岁以上的老年人共有663.9万人。据I. M. 鲁比诺估计,其中190万人没有财产,240万人没有收入,120万人既无财产也无收入。”〔4〕老年人贫困问题开始进入当时政治生活的视界,出现了要求给60岁以上老年人每月200美元的汤森运动。

1932年,民主党人罗斯福取得选举成功,继而开始了以拯救危机中的美国为核心的“罗斯福新政”。1935年通过的《社会保障法》,明确将老年人保障问题列为政府与社会的共同责任。“除政府雇工、家庭佣工、农场工人及临时工、商船海员、教育、宗教及慈善机构雇员外,其他工资年收入6000美元以下的所有雇工,都必须参加全国性老年保障制度,资金由雇主与雇工平均分担,65岁以上未参加老年保障体制的人员将得到联邦和州政府的共同照顾。”〔5〕

这一法案是美国走向福利国家的起点。“1939年社会保障法修正案将老年保险扩大到老年、遗属保险,把覆盖面扩大到受保工人的配偶和子女以及受保人的遗属。这条修正案使社会保障从工人安全保障项

〔4〕 刘秀红:《美国老年社会保障政策的历史考察》,载《安徽师范大学学报》(人文社科版)2002年第3期。

〔5〕 刘秀红:《美国老年社会保障政策的历史考察》,载《安徽师范大学学报》(人文社科版)2002年第3期。