

华东政法大学65周年校庆文丛

中美涉老法律制度概览

孙 颖 /等著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

华东政法大学65周年校庆文丛

中美涉老法律制度概览

孙 颖 /等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中美涉老法律制度概览/孙颖等著. —北京:北京大学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-301-28857-3

I. ①中… II. ①孙… III. ①老年人权益保障法—研究—中国、美国

IV. ①D922.74 ②D971.227

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 250066 号

书 名 中美涉老法律制度概览

ZHONG-MEI SHE LAO FALÜ ZHIDU GAILAN

著作责任者 孙 颖 等著

责任编辑 尹 璐 朱梅全

标准书号 ISBN 978-7-301-28857-3

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 sdyy_2005@126.com

新浪微博 @北京大学出版社

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

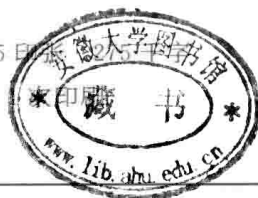
印 刷 者 三河市博文印刷有限公司

经 销 者 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 16.75 印张

2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

定 价 52.00 元



未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

华东政法大学
65周年校庆文丛编委会

主 任 曹文泽 叶 青

副主任 顾耘耘 王 迁

委 员 (以姓氏笔画为序)

马长山	王立民	朱应平	刘 伟	孙万怀
杜志淳	杜 涛	杨忠孝	李秀清	李 峰
肖国兴	吴新叶	何益忠	何勤华	冷 静
沈福俊	张明军	张 栋	陈金钊	陈 刚
林燕萍	范玉吉	金可可	屈文生	贺小勇
徐家林	高 汉	高奇琦	高富平	唐 波

崛起、奋进与辉煌

——华东政法大学 65 周年校庆文丛总序

2017 年,是华东政法大学 65 华诞。65 年来,华政人秉持着“逆境中崛起,忧患中奋进,辉煌中卓越”的精神,菁莪造士,栉朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合,为全面推进依法治国做出了巨大的贡献,为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息,青蓝相接,成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁,为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65 年栉风沐雨,华政洗净铅华,砥砺前行。1952 年,华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学 9 所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经 65 年的沧桑变革与辛勤耕耘,华政现已发展成为一所以法学为主,兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科,办学特色鲜明的多科性大学,人才培养硕果累累,科研事业蒸蒸日上,课程教学、实践教学步步登高,国际交流与合作事业欣欣向荣,国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列,被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远,脚踏实地。站在新的起点上,学校进一步贯彻落实“以人为本,依法治校,质量为先,特色兴校”的办学理念,秉持“立德树人,德法兼修”的人才培养目标,努力形成“三全育人”的培养管理格局,培养更多应用型、复合型的高素质创新人才,为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献!

革故鼎新,继往开来。65 周年校庆既是华东政法大学发展史上的重要里程碑,更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇,深度聚焦学校“十三五”规划目标,紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局,坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念,深化“教学立

校、学术兴校、人才强校”发展模式,构建“法科一流、多科融合”发展格局,深入实施“两基地(高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科的研究基地)、两中心(中外法律文献中心、中国法治战略研究中心)、一平台(‘互联网+法律’大数据平台)”发展战略,进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时,华政正着力推进“两院两部一市”共建项目,力争能到本世纪中叶,把学校建设成为一所“国际知名、国内领先,法科一流、多科融合,特色鲜明、创新发展,推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传,生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅,也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时,我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来,学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一,国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破,主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名,学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知,办学治校犹如逆水行舟,机遇与挑战并存,雄关漫道,吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆,进一步提升华政的学术影响力、贡献力,学校研究决定启动65周年校庆文丛工作,在全校范围内遴选优秀学术成果,集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果,也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排,既是对华政65华诞的贺礼,也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华,荣耀秋菊,华茂春松,似惊鸿一瞥,更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌,衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学65周年校庆文丛编委会

2017年7月

前言

这本书是对一场对话的记录。

2014 年春天,在互联网科技的加持下,作为中美老龄问题研究中心的合作者,我与芝加哥约翰马歇尔法学院的 Barry Kozak 教授,为华东政法大学不同专业的本科生开设了远程同步课程“中美涉老法律制度”。

那是一个春季的学期。每个周二,北京时间 21 点到 22 点半,华政松江校区的远程课程教室里,二十多位来自不同专业的本科学生,透过屏幕与收音器,与踏着清晨阳光赶到芝加哥州街旁办公楼里的 Barry Kozak 教授一起开始一门“中美涉老法律制度”的选修课。尽管时不时会遇到网络迟滞的障碍,但是与单调寂寞的网络视频课程比较,强烈的“即时感”,使得这门课程保持了教学活动作为一种“人与人的交流”所应有的灵性。

Barry Kozak 教授的课程体系中,除了对美国法律制度的介绍,其他基本沿袭了目前美国法学院的涉老法框架。于是,选修的学生们采取了选取对应中国法律场景的作法参与到整个课程中。这个过程中,两种不同的法律场景以及两种不同的法律文化,渐次呈现。

对我来说,“涉老法律问题”一直是一只可借以解剖中美法律文化的“麻雀”。同步课程的开设,有了 Barry 与学生们的参与,使得“解剖”过程变得有趣起来。

对不同文化体内的法律制度进行比较是一件艰难的事。法律现象是一个多层次的问题,任何一个层面的比较,都基于对奠基于这一层面之下的深一层理念的分殊。这些年,人们进行法律制度比较的目的,往往在于“学习”“引进”。但是,“拿来制度”不同于“拿来技术”。是否能够“拿来”合用的制度,需要“拿来者”对社会生活有全面又深入的体悟。中国传统文化中的涉老问题,绝不单单是“老龄化”问题,而是一个负载政治哲学意味的领域。面对这样的问题,鲁莽地“拿来”是断断不可取的。因此,本书没有对中美涉老法进行直接比较,而是

采取了场景展示的整体比较方式。在这一过程中,Kozak 教授与学生们,也成为场景的一部分。

转眼间,当年参与本课的学生们,除了一些还在继续求学深造,其余大都已经踏上了不同的工作岗位。时逢华东政法大学六十五年校庆,在学校科研处和民商法学科等部门的资助下,我召集了当年参与课程的部分同学作为主力,将当年的课程内容编辑成书。过程中,编者力求尽可能如实反映当年中美涉老法律文化的对话内容,所以,本书的“在场者”既有两个文化形态中的老年人、法律工作者、政府与社会,也有当年那些参与课程的法学与非法专业的学生们。这种做法,既是在践行我于《老吾老——老年法律问题研究起点批判》一书中提出的“社会问题景观”,也是对过往校园时光的一个纪念。

参与本书整理的同学有:高丹、徐沅铃、刘凯、江凌、孟祥荣、周素素、陈思洋、马腾、邱扬。美国涉老法律制度是由 Barry Kozak 教授提供的基础资料翻译而来,感谢华东政法大学外语学院伍巧芳教授、冯秀霞同学,法律学院江凌同学,以及慧晓法律服务中心谢晓云律师对英文资料进行的翻译和整理。

孙 颖

2017 年 7 月 1 日

于华东政法大学东风楼 145 室

中美老龄问题研究中心

目 录

上编	第一章	中国法律制度概况	003
中国涉老 法律制度	第二章	中国涉老法律服务	039
	第三章	中国老年人监护制度	051
	第四章	中国涉老虐待问题	075
	第五章	中国老年人社会保障制度	103
下编	第六章	美国法律体系概况	163
美国涉老 法律制度	第七章	美国老年人精神行为能力法律规范分析	174
	第八章	美国财产和医疗决策的事前规划	191
	第九章	美国涉老虐待问题	201
	第十章	美国退休金融安排	216
	附录一	财产授权委托书法定简易格式	230
	附录二	医疗卫生授权委托书法定简易格式	238
	附录三	安乐死声明	244
	附录四	精神健康治疗声明	245
	附录五	伊利诺伊州公共卫生部事前指示拒绝 心肺复苏术(DNR)的统一格式	250
	附录六	加利福尼亚州 2011 年维持生命治疗 医嘱(POLST)	253
	参考文献		258

上
编

中国涉老法律制度

第一章 中国法律制度概况

第一节 立法制度

立法,是指由特定主体依据一定的职权和程序,运用一定技术,制定、认可和变动特定社会规范的活动。广义上的立法,泛指一切有权的国家机关依法制定各种规范性法律文件的活动,它既包括国家最高权力机关及其常设机关制定宪法和法律的活动,也包括有权的地方权力机关制定其他规范性法律文件的活动,还包括国务院和有权的地方行政机关制定行政法规和其他规范性法律文件的活动。狭义上的立法,是国家立法权意义上的概念,仅指国家立法机关的立法活动,即国家的最高权力机关及其常设机关依法制定、修改和废止宪法和法律的活动。

本章内容是从广义的角度出发,讲述立法制度中的立法机构、立法程序等。中国的立法,包括全国人大及其常委会立法、国务院及其部门立法、民族自治地方立法、经济特区和特别行政区立法以及一般的地方立法。中国现行的立法制度,是中央统一领导和一定程度分权,多级并存、多类结合的立法权限划分制度。立法制度是立法活动、立法过程所须遵循的各种实体性准则的总称,是国家法制的重要组成部分。

一个国家立法制度的状况,是一个国家法制状况直接、明显的标志。从结构的角度看,有没有健全的立法制度,直接反映出一国法制健全与否。从民主的角度看,立法权是否属于人民,立法机关是否由民意产生,立法程序或立法过程是否民主、是否有透明度,都直接和明显地反映出一国法制的民主化程度。

一、法律体系

所谓的法律体系,是指一国现行有效的全部法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的和谐一致、有机联系的整体。法律体系

只是一国全部的国内法所构成的体系,不包括完整意义上的国际法。构成法律体系的法只是一国现行有效的法,不包括历史上曾经存在但现在已经失效的法。

按照不同的标准,我国的法律体系有不同的划分。以法律所调整的不同社会关系与不同的调整方法为标准,我国的法律体系可以划分为七大法律部门:宪法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。以制定主体和效力的不同为标准,我国的法律体系可以划分为三个层级:法律、行政法规,以及地方性法规、自治条例和单行条例、规章。

(一) 以调整对象分类

1. 宪法

在中国特色社会主义法律体系中,宪法是根本大法,是国家活动的总章程。宪法是我国法律体系的主导性法律部门,是我国社会制度、国家制度、公民的基本权利和义务及国家机关的组织与活动原则等方面法律规范的总和。它规定了国家和社会生活的根本问题,确立了各项法律的基本原则。同时,宪法相关法也是我国法律体系的主导法律部门,主要包括《全国人大组织法》《国务院组织法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《民族区域自治法》《立法法》《村民委员会组织法》《城市居民委员会组织法》等。

2. 行政法

行政法是调整有关国家行政管理活动的法律规范的总和,它包括有关行政管理主体、行政行为、行政程序、行政监察与监督以及国家公务员制度等方面的法律规范。行政法涉及的范围很广,包括国防、外交、民政、公安、国安、民族、宗教、侨务、教育、科技、文卫、城建和环保等行政管理方面的法律。我国已经制定的行政法律,主要包括《行政处罚法》《行政复议法》《行政诉讼法》《行政许可法》《国家公务员法》《国家安全法》《国防法》《治安管理处罚法》《教育法》《律师法》《人口计划生育法》等。

3. 民商法

民商法是规范社会民商事活动的基础性法律。民法是指调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范的总和。我国以《民法通则》《民法总则》为轴心民法法律,附之以其他单行民事法律。这些单行民事法律包括《物权法》《合同法》《担保法》《侵权责任法》《商标法》《专利法》《著作权法》《婚姻法》《继承法》《收养法》等。民法的基本原则主要是自愿、平等、等价有偿、诚实信用等。

商法是民法中的特别法,是在民法基本原则的基础上,适应现代商事交易迅速便捷的需要发展起来的。商法是调整商事主体之间的商事关系和商事行为的法律规范的总和。商法是我国实行市场经济体制之后,才开始被承认和逐渐发展的一个法律部门。目前,我国有关的商法法律规范主要有《公司法》《合伙企业法》《证券法》《保险法》《票据法》《海商法》《信托法》《破产法》等。

4. 经济法

经济法是指调整国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或调控所产生的社会经济关系的法律规范的总和。经济法主要包括两个部分,一是创造平等竞争环境、维护市场秩序方面的法律,主要是反垄断、反不正当竞争、反倾销和反补贴等方面的法律;二是国家宏观调控和经济管理方面的法律,主要是有关财政、税务、金融、审计、统计、物价、技术监督、工商管理、对外贸易和经济合作等方面的法律。我国现已制定的经济法方面的法律,主要包括《反不正当竞争法》《反垄断法》《消费者权益保护法》《广告法》《预算法》《会计法》《农业法》《土地管理法》等。

5. 社会法

社会法的范围存在较大的学术争议。一般认为,社会法主要包括调整有关劳动关系、社会保障和社会福利等关系的法律规范的总和,是保障劳动者、失业者、丧失劳动能力的人和其他需要辅助的人合法权益的法律。社会法的目的在于从社会整体利益出发,对上述人员的权益实行必需的、切实的保障。它包括劳动用工、工资福利、职业安全卫生、社会保险、社会救济和特殊保障等方面的法律。我国目前已制定的社会法,主要包括《劳动法》《劳动合同法》《未成年人保护法》《安全生产法》《残疾人保障法》《老年人权益保障法》《工会法》等。

6. 刑法

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑事处罚的法律规范的总和。刑法所采用的调整方法是最严厉的一种法律制裁方法,即刑罚的方法。它是在个人或单位的行为严重危害社会、触犯刑事法律的情况下,给予刑事处罚的法律。刑法执行保护社会和保卫人民的功能,承担惩治各种刑事犯罪、维护社会正常秩序,保护国家利益、集体利益以及公民各项合法权益的重要任务。我国目前的刑法,主要是1997年3月修订的《刑法》,以及此后颁布的九个刑法修正案。

7. 诉讼与非诉讼程序法

诉讼与非诉讼程序法是调整因诉讼活动和非诉讼活动而产生的社会关系

的法律规范的总和。它包括民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼和仲裁等方面的法律。程序法不仅是实体法的实现形式和内部生命力的表现,而且也是人民权利实现的最重要保障,其目的在于保证实体法的公正实施。我国目前的诉讼与非诉讼程序法,主要包括《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》《仲裁法》等。

(二) 以主体和效力分类

1. 法律

法律有广义和狭义之分。广义的法律泛指一切规范性文件。这里所说的法律是指狭义的法律,即由全国人大及其常委会依据法定职权和程序制定和修改,规定和调整国家、社会和公民生活中某一方面带有根本性的社会关系或基本问题的法律,是中国法的形式体系的主导。法律的地位和效力低于宪法而高于其他法,是法的形式体系中的二级大法。法律是行政法规和地方性法规的立法依据和基础,后两者不得与其相抵触,否则无效。

法律分为基本法律和基本法律以外的其他法律两种。基本法律由全国人大制定和修改,规定国家、社会和公民生活中具有重大意义的基本问题,如民法、刑法等。基本法律以外的其他法律由全国人大常委会制定和修改,规定由基本法律调整以外的国家、社会和公民生活中某一方面的基本问题,其调整面相对较窄、内容较具体,如《行政处罚法》《国家赔偿法》《法官法》《商标法》等。两种法律,具有同等的法律效力。

2. 行政法规

行政法规是由最高国家行政机关国务院依法制定和修改的,有关行政管理和管理行政两方面的规范性法律文件的总称。行政法规的基本特征在于:第一,它在法的形式体系中处于低于宪法、法律而高于地方性法规的地位。第二,它在法的形式体系中具有纽带作用,其目的是保证宪法和法律的实施。第三,它调整的社会关系和规定的事项,远比法律广泛、具体。

3. 地方性法规、自治条例和单行条例、规章

地方性法规,是由特定的地方国家权力机关依法制定和变动,效力限于本行政区域范围,作为地方司法依据之一,在法的形式体系中具有基础作用的规范性法律文件的总称。地方性法规虽然效力低于宪法、法律和行政法规,但却是不可或缺的基础性法的形式。

自治条例,是指民族自治地方的人民代表大会根据宪法和法律的规定,并结合当地民族政治、经济和文化特点制定的有关管理自治地方事务的综合性法

律规范。其内容涉及民族区域自治的基本组织原则、机构设置以及自治机关的职权、活动原则和工作制度等重要问题。单行条例,是指民族自治地方的人民代表大会及其常委会在自治权范围内,依法根据当地民族的特点,针对某一方面的具体问题而制定的法律规范。

规章是有关行政机关依法制定的、有关行政管理的规范性法律文件的总称。规章,分为部门规章和政府规章两种。部门规章是国务院所属部委等根据法律和行政法规等,在本部门的权限内所发布的各种行政性的规范性法律文件,亦称为“部委规章”。国务院所属的具有行政管理职能的直属机构发布的规范性法律文件,也属于部门规章的范围。部门规章的效力低于宪法、法律、行政法规。政府规章是指有权制定地方性法规的地方人民政府根据法律、行政法规制定的规范性法律文件,亦称为“地方政府规章”。政府规章除不得同宪法、法律、行政法规相抵触外,还不得同上级和同级的地方性法规相抵触。

二、立法主体

立法主体是立法活动的主体。一切立法的基本问题和立法活动的基本面,皆离不开立法主体。立法主体是立法理论的基石,是立法制度的重要组成部分。上文已经从主体和效力的角度将我国法律按位阶进行排序,相应位阶对应着不同的立法主体,下文将从立法主体的角度切入,介绍不同立法主体的性质以及其对应的立法权限。

我国的立法主体,包括全国人大及其常委会,国务院,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署、具有行政管理职能的直属机构,省、自治区、直辖市人大及其常委会,较大的市的人大及其常委会,民族自治地方的人大,省、自治区、直辖市的人民政府,较大的市的人民政府。

(一) 全国人大及其常委会

1. 性质

全国人大是我国的最高国家权力机关,行使国家立法权,决定国家生活中的其他重大问题。全国人大常委会是全国人大的常设机构,在全国人大闭会期间行使国家立法权。

2. 立法权限和事项

全国人大立法,是指依法制定和变动效力可以及于我国全部主权范围的规范性法律文件活动的总称。在我国立法体制中,全国人大立法以最高性、根本

性、完整性和独立性为其显著特征。全国人大常委会立法,是依法制定和变动效力可以及于全国的规范性法律文件活动的总称。全国人大常委会立法与全国人大立法共同构成我国国家立法的整体,是中央立法的重要方面。

根据《立法法》的规定,涉及国家主权,各级人大、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权,民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度,犯罪和刑罚,对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度,对非国有财产的征收、征用,民事基本制度,基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度,诉讼和仲裁制度等事项,只能由全国人大及其常委会通过制定法律来规定。

(二) 国务院

1. 性质

国务院,是我国最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长和秘书长组成。

2. 立法权限和事项

国务院立法,是中央政府依法制定和变动行政法规并参与国家立法活动以及从事其他立法活动的总称。根据《立法法》的规定,行政法规可以就下列事项作出规定:为执行法律的规定需要制定行政法规的事项、宪法规定的国务院行政管理职权的事项以及全国人大及其常委会授权的事项。

(三) 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构

1. 性质

根据职能不同,国务院的行政机构分为国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构、国务院组成部门管理的国家行政机构和国务院议事协调机构。国务院的组成部门依法分别履行国务院基本的行政管理职能,包括各部、委员会、中国人民银行和审计署。

2. 立法权限和事项

根据《立法法》的规定,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内制定规章。部门规章规定的事项,应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决