



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

老吾老——老年 法律问题研究起点批判

孙颖◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受上海市教委第五期重点学科“民法与知识产权”(编号 J51104)的资助。

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

老吾老——老年 法律问题研究起点批判



颖◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

老吾老:老年法律问题研究起点批判 / 孙颖著. —
北京:法律出版社,2012.7

(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3686 - 1

I. ①老… II. ①孙… III. ①老年人权益保障法—研
究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第144441号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

老吾老

——老年法律问题研究起点
批判

孙颖著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7.5 字数 173千

印次 2012年7月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3686 - 1

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

沉舟侧畔千帆过

——华东政法大学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田,情怀依旧。六十年来,在逆境中崛起,在忧患中奋进,在辉煌中卓越,一代又一代华政人,将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔,到松江新校读书玉泊湖旁,今天,华东政法大学迎来了六十周年华诞!六十年,华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才,而他们,已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院(现华东政法大学)由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系(法律学院)、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,学校曾于1958年和1972年两度停办,1979年3月经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学,2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这一片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

期待着老的时候

正如我们常言的“花开花落”一样,在自然规律的主宰之下,人也都会有个生老病死的过程。在经历了童年、少年、青年、中年之后,血气既衰的人们,逐步走入了一个老年化的阶段。虽然在其中不乏有许多老当益壮的烈士,他们在暮年还能有雄心、有作为,但对于大多数人而言,老年也即意味着生命体能的逐渐衰退,他们只能仰赖子女、亲人、社会、国家的扶助。正因为这是任何人都无法逃脱的一个生命周期,所以老年人问题历来就是哲学、政治学、法学等关注的焦点问题。同时,见诸于舆论、报端的警示一再提醒我们,中国已步入老龄化社会,这不仅会为未来的中国带来社会结构上的重大问题,同时,“未富即老”的人生悲剧总有许多让人不甘的无奈。更何况,经历过建国后一次次阶级斗争冲击的人们,在他们的心灵刚刚平静几天之后即已步入老耄之年,尤其让人感觉着命运的残酷。所以说,在当代中国的语境下研究老年人问题,非常及时也非常必要。孙颖博士的大作《老吾老——老年法律问题研究起点批判》,难能可贵地从

法哲学的角度对老年问题进行了探讨,值得褒奖。

我欣赏这部著作的第一个原因,是如书名所揭示的“起点”的研究。大凡所谓有深度的学术分析,无非是能寻找到问题的元点所在,进而从元点进行推论,演绎出相关的概念、范畴、理论。反之,如果不知道元点是什么,或者弄错了真正的元点,那么,相关的研究要么是无本之木的狂言,要么就是颠倒事理的瞎说。如前所述,老年问题是任何一个民族、任何一个时代都无法摆脱的问题,老年人的保护问题也是一个世界性话题。然而,这种对老年人的保护,该以什么样的东西来作为起点呢?如果以赋权模式来研究老年人保护,不难发现其中对“个体的人”的推崇;如果以国家养老模式来研究老年人保护,老人在其中更多地是作为“恩赐的对象”。但是,上述两种模式似乎都不足以担当起“起点”或“元点”的重任。将老年人作为国家施恩的客体,自然颠倒了人民与国家的关系,而即使以权利架构老年人保护体系,似乎也有着许多说不清、道不明的话题。权利意味着利益,它不关乎人情以至亲情,而老年人所需的更多的不是物质上的帮助而是精神上的慰藉,这是权利言说所无法解决的难题。权利表征着能力,即主张、请求以及行动的能力,然而,对于一个在病榻上无人照料、躺以待毙的老人而言,这样的权利话语还有多少实际意义?不仅如此,权利作为一种由国家法律所确定的人们的可得及应得的范围,只能以成文法的规定为依托,但也因为如此,权利模式在没有规定老年人法律制度存在保护老年人制度的时代,就不具有明显的解构力。那么,什么是老年法律问题的起点?作者结合传统的中国文化正确地指出:“人情”是老年法律问题的本质所在,而“老吾老,以及人之老”则是老年法律问题的真正起点。对父母的依恋与感恩是正常的人性,也就是孔子常言的“直”,这种发自内心的本真情感根本就不需要任何权利、义务的话语来作为修饰;人又是可以推己及人的万物之灵,世人之所思如我之所想,触类旁通的悟性足以使我们

能够及人之老;社会的基础在友爱与和谐,当作为同类的人们能够在尊亲敬老的情感上相通相惺时,社会就完全可以达到大同的境界。我们不可否认西方的权利言说同样也可能造就出美满的社会,但缺乏人情、人性作为基质,权利则可能褪化为你争我斗的工具。

能够娴熟地运用哲学、宗教的知识解构法学问题,这是我欣赏本书的第二个原因。作为学法律出身,又是研习中国哲学史的哲学博士,作者能够很好地结合法律以外的知识,来对法律问题进行更有深度的解构。作为人类共同的制度发明,中国法律与西方法律同样源远流长,那么,是什么造成了在今天看来中西方法律制度与法律思维所存在的巨大鸿沟?与以往学者从形式和表象上寻找原因不同,作者将“天人合一”和“主客二分”作为东西方制度差异的根本所在:在天人合一的思维模式之下,注重的是行为规则背后的道理;而在主客二分的思维模式之下,张扬的是行为外显的权利。天理、国法、人情的相通,代表的是中国古代哲人对法律功效和法律运用的期待,而“为权利而斗争”的个性张扬,则是西方人士眼中的标准法律人形象。因为天人合一,所以法律永远不那么呆板,不那么绝对;也因为主客二分,所以法律必须辅之以科学、理性、技术。自然,两种思维模式的孰是孰非,非我们所能妄断,但对于中国古代法律文化“同情的理解”,则似乎是国人应予坚持的态度,否则我们实难窥见博大精深的中国法律文化之精神所在。陈寅恪先生在审查冯友兰先生的《中国哲学史》时所提出的报告即将“同情的了解”作为研究中国古代学说的指针,称:“所谓真了解者,必神游冥想,与立说之古人,处于同一境界,而对于其持论所以不得不如是之苦心孤诣,表一种之同情,始能批评其学说之是非得失,而无隔阂肤廓之论”,否则,“其言论愈有条理统系,则去古人学说之真相愈远。”诚哉斯言!当我们今日以现代法律学的一套概念、语词来解说中国古代的法律制度与法律学说,自然不乏诸多皮相之论。在这点上,作者对中国古代法

律文化有深切的了解,更有着对中国古代先贤智慧的确信与推崇,因而在以古论今方面,给了我们诸多新的启示。

本书值得称道的第三个方面,则是清新明快的叙述文风。长期以来,抱着仰望星空的崇敬、对着浩如烟海的资料,我们已经不会写作、不会说话了,质言之,我们既没有自己的思想,也没有自己的文风。我们习惯的是大段大段引用别人的资料来作为佐证,用此思想家的理论来批评彼思想家。这既断裂了作者本人的叙述脉络,又人为地制造了语词的纷争。然而在本书中,我们所读到的是一位小女子的言语(虽然也不乏对他人横眉冷对的指责),感受的是作者本人的心路历程。我想,这种文采、文风的获得,一方面是因为孙博士对所言事物的深切理解,没有理解自然就不会有自己的话语;另一方面也许是作者本身并不囿于纯粹的法学言说,而将中国古代文化的言说理论运用于自身的写作之中。

由于本书只是对“起点”的追问,因而有关老年法律制度还只是个初步的勾勒,我们期待着作者老年法系列著作的出版,以见证在“老吾老”的理念之下全新的有中国文化底蕴的老年法律制度设计。我更期待着在年老的时候,能够享受本书所描绘的制度得以全面实现时所带给一个平常人的天伦之乐。当然,本书偏哲学、文化,而对法律方面着墨过于吝啬;相关制度的描述稍显粗糙,以至于人们会质疑选材的随意;包括“老吾老”在内的相关论证还有待加深,以上这些都是作者需要认真面对的问题。诚然,说别人容易,自己实际上也做不好,所以我也就此打住,而让更多的读者去评说。

胡玉鸿

序

一、缘起

多年以来,我一直在法学的边缘地带漂着;写作这本书,就是为让自己在学业上“归宗”,这是我下决心要做的一件事。

说来惭愧。尽管自打迈进大学门槛的第一天,我就戴上了“学法律的”这顶帽子,却是一直到十年前,才开始真正面对法学的“祖母级”学科——“民法”。然而,修习民法的过程并不快乐。我感受到一种无处不在的不自在。

对民法,有太多的为什么。为什么物权,为什么债权,为什么法律行为,又为什么法律关系……对于这些问题,前人的教科书里似乎早已备好了一堆貌似逻辑清晰的答案;然而,即便能够循着逻辑弄懂这些答案,甚至还能做到向学生们一遍遍把它们复述出来,我内心感受到的,却依然是不得要领的似是而非。

我感到我无法触摸到他们的思维脉络。寻不到这套思维的根。

于是我试图通过“祖母的祖母”——哲学,给自己

找一些确定的看法。然而,在很长一段时期,哲学仍然不能如我所愿。

几年前,为了完成体制内的学业,在导师高瑞泉先生的建议下,结合已有的专业基础,我选择了“韩非的政治哲学”作为学位论文研究方向。没想到的是,这却给了我结缘中国传统文化的契机。学业完成后,我扎进了《论语》里。在体悟《论语》场景的过程中,所有曾经经历过的人与事、所有读过的书,统统都活泛了起来。尽管我没有受到逻辑严密的说教,心里却渐渐有了一套清楚明白的“大逻辑”。

这是一套立体的“大逻辑”,是一个庞大的系统,一个整体。在这个系统中,所有的问题都有它所处的层面。我感到自己带着曾经的那些问题,在这些层面间上蹿下跳、“得”乎所以……我似乎没有得到任何一个答案,但是的确又得到了太多太多的答案。那些诚实的答案展现在我面前,时时让我感到大惊喜。

所以,写作这本书,就成为我通过返观传统,“归”依儒家,回向法学的一次践行。

二、关于“批判”

检讨“老年人问题”,在我们这个文化体内有着特别的意义。自中华文明发端之始,“老年人问题”就得到先贤们特别的关注。

在中国的社会生活中,“老年人问题”从来都是关涉个体生命的价值定向、社会制度的合理论证等全方位的文化大议题。中国的“老年人问题”所涉及的理论视域,远远超出大多数近代发达国家的“老龄化问题”所涵摄的内容。那么,如何在文化比较的视野中审视我们文化中的涉老现象?对这个问题的严肃回答,一定不得不回到区分不同文化的那组根本性问题,即“如何看待人、如何看待世界、如何看待人与世界的关系”。本书所谓“批判”,就是建立在对这一组起点性问题基础上的剖判。

三、写作说明

这是一本借“老年人问题”表达作者当下文化立场的书。因此,文字多以“说明性表达”为主,无意进行理论辩驳。不得不使用的一些“辩论式表达”,也是以“说明”为旨归。文中的援引也以“能否合于讲清观点”为选用准则,尽量减少“加强性”^①援引。

书中涉及的一组根本性概念有:“道”、“理”、“言”、“天(道)人合一思维”、“主客二分思维”。基于对汉语言文字的开放性的推崇,笔者无意对这组概念做出逻辑性界定,而是注重这些概念“场景性”的意蕴。如“道”,即“所行道也”(《说文》);“理”,即“治玉也。顺玉之文而剖析之”(《说文》)。

在文化比较的意义上,“主客二分”、“天人合一”,代表了不同的思维路径。如同沟渠的走向决定了水流的流向,面对近似的社会现象,不同文化解析出来的答案受制于各自的“思维路径”。

“言”是人这种动物所具有的行为能力。“言”的“功用”与“局限”都需要警惕。

本书强调问题的“层面”,注重“场景”描述。这两个方面是结合在一起的。由于注重把握“整体”的研究方法,面面俱到的总结是本文写作过程中力不能及的。强调“场景”,既能将问题的层面尽可能真实地予以展示,也体现了考察者“别有用心”的选择。

本书系上海市教委第五期重点学科“民法与知识产权”(编号J51104)的阶段性研究成果。

^① 比如,“援引权威论述”即是一种“加强性援引”。

目 录

序 001

第一章 言域——老年人问题 001

第一节 社会问题的“层面” 001

一、关于“讨论社会问题” 001

二、“道”与“知道” 009

三、“道”与“讨论社会问题” 014

四、如何讨论“老年人问题” 018

第二节 经济发达国家的老年人问题 019

一、英国的老龄化问题 019

二、美国的老龄化问题 024

三、日本的老龄化问题 026

四、联合国主导下的老龄问题国际行动 031

第三节 中国社会的老年人问题 037

一、报刊媒体舆情中的老年人问题 037

二、相关社会学科视野中的老年人问题 040

三、老年人问题在执政方针政策中的表达 047

四、当下不同年龄阶段的中国人所面临的老年人问题 052

五、中国的老年人问题:传统与现实的纠结 071

第二章 模式——老年人法律制度 079

第一节 “合一”与“分立”:法律模式背后的思维差异 079

一、“天(道)人合一”与“主客二分” 079

二、“道理”与“权利”:迥异的两种法律思维 081

第二节 中华法系“合一”思维模式下的涉老礼法形制 100

一、儒家“礼”、“孝”观念与中国古代老年人社会制度的构建 100

二、先秦时期与老年人有关的礼、法 108

三、汉代与老年人有关的礼法社会形制 113

四、唐代与老年人有关的礼法社会形制 117

五、宋代的涉老政府保障 124

第三节 欧美“分立”思维模式下的老年人法律制度 127

一、美国老年人法律制度 127

二、德国老年人法律制度 138

三、联合国文件中建立在个体主义基础上的涉老权利体系 142

第四节 日本的老年人法律制度——两种思维路径的切换 148

一、日本老年人法律制度 148

二、日本的文化转型与老年人问题 153

第三章 起点——老吾老,以及人之老 158

第一节 老年人问题的哲学起点 158

一、古代罗马社会、古代希腊思想与老年人 158

二、中世纪家庭生活 162

三、欧美哲学思想与近现代老年人生活 164

第二节 老年人问题的宗教起点 173

一、基督教与老年人问题 173

二、伊斯兰教与老年人问题 176

三、佛学与老年人问题 181

第三节 中国老年人问题的传统文化起点 188

一、“人”之“道” 188

二、“政”之“道” 194

三、“老吾老,以及人之老”:中国老年人法律问题研究的起点 197

第四章 探索——跨域的中国涉老法律制度 200

第一节 法律部门 200

一、社会关系与社会问题:法律部门的划分标准 200

二、老年人法:独立的法学研究领域与独立的法律部门 204

第二节 基本原则 205

一、尊荣原则 205

二、经济优遇原则 207

三、家庭、政府、社会多重负担原则 208

四、涉老基本法与地方立法相结合原则 209

第三节 “情理”与法律规范 210

一、法律规范 210

二、“情理” 212

三、“情理”与涉老法律规范 213

第四节 涉老诉讼 215

一、涉老诉讼的现状 215

二、涉老诉讼的定位 218

三、涉老诉讼的制度设计 219

后记 220

谢辞 222