

“常回家看看”若干法律问题探究

——以《中华人民共和国老年人权益保障法》的修改为背景

浦纯钰

(江南大学法学院,江苏无锡 214122)

[摘要] 新修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》增加规定子女应当经常看望年老父母,“常回家看看”第一次被写入法律。“常回家看看”入法本质上符合道德法律化的目的及其限度,凸显了法律对老年人精神赡养的认可。该法律条款具有一定的强制性,伦理性色彩浓厚,兼具规范与倡导功能,并可作为起诉与裁判的依据。法院判决要求赡养人履行看望义务具有一定的合法性与合理性,现实当中也遭遇了标准模糊、执行困难等障碍,故一方面需要完善立法,在审判和执行中充分运用调解,敦促赡养人自动履行,另一方面有赖道德进步和养老制度的完善,使老年人的精神需求获得满足。

[关键词] 精神赡养;道德法律化;可诉性;判决

[中图分类号] D 923. 8

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2013)06-0038-05

一、问题的提出

“常回家看看/回家看看/哪怕给妈妈刷刷筷子洗洗碗/老人不图儿女为家做多大贡献/一辈子不容易就图个团团圆圆……”,这首歌曲道出了无数老年父母的心声。出人意料的是,歌曲所唱的内容,不仅明明白白地写入了法律,而且还为法院的民事判决书所确认。2013年7月1日,江苏省无锡市北塘区人民法院对一起赡养案件进行开庭审理并当庭宣判,判决结果支持了原告提出的诉请,要求“当事子女必须每两月回家一次看望老人,否则可能被强制执行并处以拘留”。这起案件对“常回家看看”诉请的判决,是新修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》正式施行后的全国首例判决。^[1]

子女看望老人属于精神赡养的一种表现,也是代际之间情感回报的主要方式之一。学者认为精神赡养的特征主要有两点,一是可以通过满足“空巢”老人精神生活品的需求来提供精神赡养;二是通过情感上的关怀,以及经常的探访,为老人送去足够的心灵慰藉,以此来执行精神赡养。^[2]精神赡养得到关注有其深刻的社会背景:据统计,截至

2010年中国60岁及以上人口占全国总人口的比例已达13.26%,^[3]人口老龄化加剧,社会养老压力倍增。根据全国老龄委公布的《我国城市居家养老服务研究》报告,目前我国城市老年人空巢家庭(包括独居)的比例已达49.7%,大中城市的老年人空巢家庭比例则更是高达56.1%。^[4]孤独焦虑、生活空虚、对子女有依赖感,以及对于“不再被需要”的担心和不安等心理成为困扰老年人精神生活的重要原因,老年人对于子女的精神赡养的需求在这种背景下便显得尤为迫切。

在现代中国社会,传统的家族与家庭结构逐渐解体,在广大城镇地区,居家养老与社会养老已经取代传统的家庭养老而成为养老的新模式。居家养老模式下,老年人对于精神赡养的需求更为突出,子女在物质供养之外,给予父母更多的精神慰藉,既是传统孝道的内涵要求之一,更是现代社会所认可的伦理共识与普世观念。我国《老年人权益保障法》第十四条规定“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务,照顾老年人的特殊需要”,表明立法认可精神赡养的重要性。2013年7月1日起修订后实施的《老年人权益保护法》(简称新法)增加规定“家庭成员应当关心老年人的精神需求,不得忽视、冷落老年人”

[收稿日期] 2013-08-10

[作者简介] 浦纯钰(1963-),女,江苏无锡人,副教授、硕士生导师,主要研究方向为民商法、社会保险法。

“与老年人分开居住的赡养人,应当经常看望或者问候老年人”,这一规定被社会解读为“常回家看看”写入法律。在实践中,围绕该新增条款的理解和适用,存在诸多的争议,法院判决“常回家看看”妥当与否,各方见解莫衷一是。

二、“常回家看看”入法的 合理性依据:道德法律化

(一)“常回家看看”入法依据及其意义

“常回家看看”是否应该写入法律,在《老年人权益保障法》修改之前,就存在着激烈的讨论;新法颁行后,围绕立法的合理性以及对于新增条款的理解和适用的讨论更是不绝于耳,民众所持的态度也颇不一致。新浪微博发起的一项投票显示,在1678名投票者中,四分之三的人认为“常回家看看”入法督促人们多陪伴老人、体现对老人的精神关怀,对新法表示支持,另有近四分之一的人则认为回家探望老人属道德问题,不应用法律条文约束。^[5] 这种不同的态度,反映在法理上则体现为对道德法律化的认识,“常回家看看”写入法律,从学理上讲体现的是道德法律化这一法律哲学命题。“常回家看看”写入法律的理论依据即在于道德法律化。

所谓道德的法律化指的是立法者将一定的道德理念和道德规范或道德规则借助于立法程序以法律的、国家意志的形式表现出来并使之规范化、制度化。^[6] 其实质在于将原本属于道德范畴的一些要求纳入法律规范之内,使其具备法律的效力。法学理论认为道德法律化的基础在于法律与道德所具有的共同性,集中体现在道德与法律均具有义务规范,并且都具备适用上的普适性和价值基础上的正义性,二者都是国家责任的象征。^[7] 道德法律化在法制发展过程中已是不可争议的事实,就其意义而言道德法律化一方面有助于借助法律的力量推进社会道德建设,另一方面道德法律化也是“法律自身完善的一种伦理需求”^[8]。道德法律化有其正当性,但是并非所有的道德规范都能够法律化,能够法律化的道德应当是为社会共识所认可的、具有一定公理性的道德原则与道德规范,而个人层面的道德情操、道德情感等则绝无法律化的余地。

修改后的《老年人权益保障法》明确要求子女经常回家看望父母,是借助法律规范语句引导并敦促赡养人履行应尽的赡养义务,这种义务虽在法律上有明文规定,究其本质却仍源于伦理道德规范。新法将“常回家看看”这一道德性、伦理性的要求写入法律,符合道德法律化的本旨与特点的,也并未

逾越限度上的要求,其目的无非在于更进一步地强调老年人精神赡养需求的重要。至于新法增加的这一条款,在实际实施过程中是否能够起到立法者所期望的效果姑且不论,单从立法的理论依据角度来讲,明确规定子女应当经常看望或问候老人对于老年人权益的保护、使老年人安度晚年而言,毫无疑问是值得肯定的。

(二)对“常回家看看”条款属性的理解

现代法学理论认为法的实施是法的意志得以贯彻、法的价值目标得以实现的过程,它在内容上主要体现为执法、司法和守法三个向度。对于“常回家看看”这一精神赡养问题,无论是对于执法、司法或者是守法而言,首先都存在的一个前提性问题是新法第十八条条款性质的认识和理解。笔者认为,对于新法第十八条关于子女看望义务的规定,在性质上应作多重面向的理解,一方面需要注重其规范性,对其效力作出准确评价,另一方面则不可忽视该条规定所具备的伦理性色彩,及其所具有的倡导性意义。

第一,新法关于子女对老人的看望义务的规定,是道德法律化的体现,是立法者将道德要求上升为法律规范的结果,因而该条款在属性上应属法律规范,从所属范畴上看不应再被视为道德条款。该条款与其他法律规范一样具有规范性、国家意志性、强制性、以权利和义务为内容等特征,并具有指引、预测、强制、教育和评价等规范作用。

第二,从规范构成上讲,法律规范的结构,或称法律规则的逻辑结构,一般由三部分内容构成,即“假定”、“处理”和“制裁”或是“假定”、“处理”和“法律后果”。^[9] 新法关于子女的看望义务的规定较为抽象,仅规定“子女应当经常看望、问候老人”,并无更进一步的责任描述,即未规定违反该种义务时应负何种法律后果。因此,严格意义上讲这一新增条文在规范结构上并不完备,尚有待立法或司法解释进一步释明。

第三,强制性是法律的一般性特征,也是法律的本质性特征,“常回家看看”条款同样具备强制性特征,但是该条款的强制性色彩并不明显,而伦理性色彩更为浓厚。立法仅仅是对子女的义务作了一种宣示,并期望通过这种宣示引导和敦促子女主动履行关心、问候、探望老人的义务,更多地体现为一种倡导性规定。

三、“常回家看看”条款的可诉性剖析

(一)可诉性及其界定标准

法理学认为法律双向运行模式强调一般公众

对法律的参与性,法律的可诉性是现代法治国家的法律应有的特性;所谓法律的可诉性是指法律可以被任何人在法律规定的机构中通过争议解决程序加以运用的可能性。^[10]法律的可诉性,确保了公民所享有的各项权利有客观实现的可能和根本保障,因为法律的可诉性意味着一旦公民的权利遭受某种侵害,公民即可选择通过诉讼途径来排除妨害因素、维护自己的合法利益。换言之,法律规范所具备的可诉性,就是当事人藉此享有起诉权的依据之一。与法律的可诉性相联系的另一个概念是纠纷的可诉性,是指某一纠纷或某一类纠纷可以诉诸法律争端解决方式的特性,它从理论上指明了法院可以受理的争议的范围。

法律条文的生命在于它的可诉性。就法律规范而言,要使法律具有可诉性,在立法时就应注意不仅要在法律规范中制定明确的行为模式和相应的法律后果(奖励或罚则),而且要制定产生纠纷后的解决途径和诉讼主体。^[10]这就是说规范结构的完整是可诉性法律规范的一个基本特征。而针对纠纷(本文仅指民事纠纷)可诉性的标准,有学者提出只要是平等主体之间的权利义务争议,当事人都可以诉诸司法,要求法院通过民事审判予以解决;另外,在具体的民事诉讼中,当事人之间的纠纷要成为审判的对象,还要求当事人提起的诉具有诉的利益,包括主观的诉的利益和客观的诉的利益。^[11]相对于法的可诉性,民事纠纷的可诉性标准在实践中更具实用性,一方面它直接决定了当事人对于某一纠纷是否享有起诉权,另一方面则决定着法院针对这一纠纷是否有权受理并行使审判权。

(二)“常回家看看”条款原则上具有可诉性

修订后的《老年人权益保障法》第十八条关于子女应当经常回家看望老人的规定,其可诉性如何?既有司法实践对于看望义务条款乃至整个精神赡养问题的可诉性,多持肯定态度,不少法院受理过类似案件并立案审理;新法颁行后,认可精神赡养可诉的态度则更加明朗化。如2013年7月7日,四川大邑县王泗法庭对老人李兰渝提出的要求儿子每月看望自己一次的诉请予以受理并正式立案,成为新法颁行后四川省精神赡养立案首案。^[12]作出新法施行后“全国第一判”的无锡市北塘区人民法院分析认为,精神赡养可以单独作为一个诉求提出,并列举了6种典型的完全可诉的精神赡养诉求:①物化的精神赡养;②必要的探望;③子女有条件者,老人要求与子女共同生活;④子女“分爹分妈”赡养,当子女有条件时,老人要求夫妻共同生

活;⑤子女限制老人精神生活或自由,老人要求排除妨碍;⑥子女对老人精神虐待,老人要求停止侵权。^[13]

尽管司法实践多采认可态度,但从前述关于可诉性及其标准的论述来看,围绕“常回家看看”问题的可诉性尚需做一些必要的解释。首先,从规范结构上看,该条款未指明行为模式的后果,更未明确赋予当事人以起诉权,导致这一法律条文的可诉性受到质疑。其次,父母与子女之间就看望问题发生的紧张关系是否具有权利义务的内容?是否符合可诉纠纷的特征?对此,笔者的理解是“常回家看看”条款虽在立法上虽然失之疏略,但通过合理解释的补充,基本可认可其可诉性。理由有二:第一,精神赡养系赡养义务的一个方面,且于法有据,应当认为法律赋予了老人以要求子女看望、问候自己的权利,唯如此才确保老年人所享有的赡养权利的完整性。第二,条文与规范并非一一对应,对该条款逻辑结构的理解,应放在亲属法律领域来理解,一方面法律的否定评价也可视为法律后果的表现,另一方面违反精神赡养义务似乎也并非完全不可能加以强制或施以惩罚。

四、法院判决“常回家看看”的可操作性评析

(一)法院判决“常回家看看”的合理性

老年人权益保障法修改颁行伊始,法院便作出了代表性判决,某种程度上也是应对新法实施的一种尝试,必然会遭遇各种不同的评价。笔者认为,老年人权益保障法看望条款在司法中的适用应辩证地看待,当事人的诉权和法院的裁判权不应一刀切地加以否定,法院受理此类案件并作出裁判,至少有三个方面的正当理由:

第一,当事人享有的诉权与法院的裁判权之间具有逻辑上的一致性,认可当事人享有起诉权便意味着法院得以依法就当事人的诉请作出裁判。赋予老年人诉请子女回家履行看望和慰藉义务的权利,完全符合老年人权益保护立法和修改的基本价值目标,也是其实现精神赡养权利的必要保障。

第二,从裁判依据角度而言,新增条款虽然不甚具体,也未明确规定违反该义务的法律后果,但不足以成为法院拒绝裁判的理由。一方面,老年人权益保护法既然作了规定,应当视为“常回家看看”民事判决于法有据;另一方面,民事审判在审判依据适用上的特点应当是“法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理”^[14],法院支持常回家看看的诉

请在民事习惯与法理上都具有着正当依据。

第三,从裁判功能上看,法院的一直判决书除具有定纷止争功能外,应当具有评价和教育的功能。法院通过判决要求子女履行看望义务,即意味着对长期不看望父母的行为作出了负面评价,并且该种评价比之于一般的道德评价更具有威慑力,它有助于借助国家意志和司法的权威推进赡养人的自律和自行。

(二)现实操作的尴尬与初衷背离

针对“常回家看看”民事判决的诘难,主要集中在操作困难和判决的实际效果等层面,这些因素足以影响到法院判决的初衷的实现;现实中强制执行的困难往往造成判决目的的背反,法律的良好愿望因可能因为“强人所难”而遭致落空。一旦法院的判决的内容不为当事人所履行,同时强制执行的作用又无法发挥,必然会有损法律和司法的权威性。

首先,面对老人提出的看望诉请,法院在事实认定和裁判标准上难以把握。第一,按照新法新增条款的意图,应当是敦促客观上有条件履行看望义务而怠于履行该义务的赡养人,因此法院审理案件时,便需要认定赡养人未履行看望义务究竟是客观不能还是“能而不为”,显然这对于法院而言是一大难题。第二,新法要求子女经常看望老人,然何为“经常”很难有一致性的标准,法院审理此类案件只能依靠自由裁量。第三,法律对于“看望”的方式语焉不详,从生活经验来讲,面对面探望固然最有意义,但电话、短信等方式也可以表达问候,因此何种方式属于有效看望,也只能取诸法官裁量。

其次,法院判决面临着最为“致命”的障碍是执行困难。从理论上讲,法院作出的民事判决,除当事人自动履行外,一般均可申请强制执行,执行的内容主要是财产,当然也包括行为。判决子女看望老人,属于判决履行特定行为,如果子女不履行看望义务,权利人可申请强制执行。然而,难以解决的问题是人身无法强制执行,无论如何法院不可能将不履行判决的子女“拘传”至父母住处,强制其履行看望义务。“强扭的瓜不甜”,现实情形也难免诸多尴尬。如近日合肥市庐阳区法院立案执行了一起赡养纠纷案件,法院判决中确定子女五人定期看望老太太,因子女们与老太太有矛盾,所以均不按判决履行看望老人的义务;而后在法官的劝导下,子女们虽然同意“回家看看”,却只在门口“看看”,连门都不进。^[15]虽然针对拒不履行法院判决,可按照妨碍执行处以罚款或拘留,但从实际效果上来讲,也仍就不能使老人的精神需求得以实现,对老

人而言是“赢了官司,输了亲情”。

(三)应当采取的态度:调解前置,慎重判决

一方面是新法施行与老年人精神权益维护的需要,另一方面是现实操作困难重重,法院在处理此类案件过程中确实陷入了两难境地。笔者认为,法院在处理类似问题上所应采取的态度是:尽可能地适用调解,采用说服教育等“软手法”,避免恣意判决,慎用强制措施。具体而言应把握以下两点:

第一,法院受理此类案件,应严格审查,从严把握立案标准,对于不履行看望义务尚未达到值得科以法律责任、当事人提出看望诉请的原则上不宜受理,可予以直接调解。对于已经受理的案件,或确有必要受理的案件,在审判程序上原则上应先调解;确实调解不成,再作出民事判决。判决结案的,法院应当在判决书上详细陈述判决作出的事实 and 法律依据,在作出判决要求的同时应当对行为人作出必要的训导和教育。

第二,在判决执行方面,考虑到人身的不可执行性,故法院在执行判决过程中仍然要适用说服教育、训诫等和平手段,通过“晓之以理,动之以情”,促使当事人自动履行判决的内容;针对拒不履行判决书、妨碍判决执行,情节比较严重的,必要时应当科以妨碍执行的相应法律责任,以维护司法的权威与公正。

五、结语

“常回家看看”民事判决面临的诸多困境,在化解路径上有赖于立法上作出更为细致而具体的回应。需要在借鉴其他国家和地区的立法的基础上,对看望时间、次数以及违反规定的责任等作出明确规定,使司法实践有法可依。另外,精神赡养是老年人权益保障的重要维度,老年人精神赡养需求的实现最主要还是得代际间情感的维系和靠赡养人的道德自律,法律的介入是补充性的、被动性的,它扮演着最后屏障的角色。当前最为迫切的任务是一方面加强道德建设,注重孝亲伦理观念,倡导家庭和谐,另一方面则要完善居家养老和社区养老制度,丰富老年人的精神生活,缓解家庭养老存在的巨大压力,从根本上减少亲属间的对立,“常回家看看”在法律层面所遭遇的诸多难题也就自然化解了。

[参 考 文 献]

[1] 杨绍功,朱国亮.“无锡判决全国首例精神赡养案”[EB/OL].(2013-07-03)[2013-07-08].http://

- news. xinhuanet. com/mrdx/2013 - 07/03/c _ 132507471. htm
- [2] 李书宁. “我国‘空巢’老人精神赡养问题研究”[J]. 辽宁经济管理干部学院学报, 2013, (1).
- [3] 国务院人口普查办公室, 国家统计局人口和就业统计局. 中国人口普查资料[EB/OL]. (2012-04)[2013-07-23]. <http://www. stats. gov. cn/tjsj/pcsj/rkpc/6rp/indexch. htm>
- [4] “中国城市老年人“空巢家庭”比例已达 49.7%”[EB/OL]. (2010-01-22)[2013-07-23]. <http://www. chinanews. com/gn/news/2010/01-22/2087536. shtml>
- [5] 王钰玢, 杨绍功, 王若遥. “中国首例精神赡养案判决引发法律与道德思考”[EB/OL]. (2013-07-02)[2013-08-04]. http://news. xinhuanet. com/2013-07/02/c_116377736. htm
- [6] 范进学. 论道德法律化与法律道德化[J]. 法学评论, 1998, (2).
- [7] 刘佳. 道德法律化及其局限性[J]. 道德与文明, 1995, (5).
- [8] 徐俊. 道德法律化的原理与实践探析[J]. 河海大学学报(哲学社会科学版), 2004, (1).
- [9] 张文显. 法理学[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 55-56.
- [10] 王晨光. 法律的可诉性: 现代法治国家中法律的特征之一[J]. 法学, 1998, (8).
- [11] 刘敏. 论纠纷的可诉性[J]. 法律科学, 2003, (1).
- [12] 吴柳锋. “四川‘精神赡养’首案立案 母亲要邻居儿‘常回家看看’”[EB/OL]. (2013-07-09)[2013-07-28]. <http://sc. people. com. cn/n/2013/0709/c345458-19032166. html>
- [13] 魏鼎. “常回家看看”第一案昨在锡判决[N]. 无锡商报, 2013-07-02(A3).
- [14] 台湾“民法”第 1 条. [EB/OL]. [2013-07-28]. <http://db. lawbank. com. tw/FLAW/FLAWDAT0201.aspx? Isid=FL001351>.
- [15] “5 子女被判‘常回家看看’ 只在门口看看不进门”[EB/OL]. (2013-08-05)[2013-08-05]. http://news. xinhuanet. com/local/2013-08/05/c_125117558. htm

(责任编辑: 闫卫平)

Some Legal Problems on “Going Back Home Often” ——On the background of the modification of “People’s Republic of Elderly Protection Act”

PU Chun-yu

(School of Law, Jiangnan University Wuxi, Jiangsu, 214122)

Abstract: The newly revised “People’s Republic of Elderly Protection Law” stipulates that children should go back to see elderly parents very often. “Going Back Home Often” was written in law for the first time. To stipulate it into the law essentially suits the purpose and limits of the legalization of morality, highlighting the legal recognition of spiritual support for the elderly. The legal provision is somewhat mandatory, with strong ethical color, having functions of specification and advocacy, and can be served as the basis for prosecution and therefore. It has certain legitimacy and rationality for court to require dependents to fulfill the obligation of visiting parents. This law also encountered a fuzzy standard, difficulties in implementation and other obstacles in reality. On the one hand, we need to improve legislation, make full use of mediation in its trial and execution, and urge dependents to automatically perform it; on the other hand, we should satisfy the elderly’s spiritual needs by progress of moral and improvement of pension system.

Key words: Spiritual Support; Legalization of Morality; Suitability; Judgment

