

“常回家看看”的法律分析

王振

(中国政法大学 法学院,北京 100088)

摘要:新修订的《中华人民共和国老年人权益保障法》规定了与老人分开居住的子女有经常看望或问候老人的义务,社会上对此争议不断。从道德法律化的角度来看,该规定存在将美德法律化的问题;从可执行性的角度来看,该规定过于模糊;同时,该规定与1995年实施的《中华人民共和国劳动法》存在立法冲突,而且在监督执行上存在较大的困难。为实现预期的法律效果,有待进一步通过立法解释或者司法解释的方式对该规定加以完善。

关键词:《中华人民共和国老年人权益保护法》;“常回家看看”;道德法律化;立法解释;司法解释
中图分类号:D923.8 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-6248(2014)03-0126-05

2012年12月28日正式经全国人民代表大会常务委员会表决通过,并于2013年7月1日正式实施的《中华人民共和国老年人权益保障法》(以下简称《老年人权益保障法》)第十八条规定:“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。与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人。用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。”该条规定被人们称作“常回家看看”条款,该法尚未正式实施时,社会上就对该条规定是否有存在的必要争论不休。肯定的观点认为,该条规定确有存在的必要,例如,针对“常回家看看”入法的问题,《老年人权益保障法》起草专家肖金明认为,中国正处于社会转型期,道德功能弱化,用法律调整社会关系已是不得已的事情^[1]。刘璐等认为将“常回家看看”写入法律,赋予老年人相应权利,并给予子女一份责任,以法制推动子女尽孝,是法治精神的一种升华^[2]。而否定意见认为将“常回家看看”写入法律并不妥当,例如,刘畅认为将“常回家看看”写入法律是法律过度干预道德的体现,法律也没有必要过多侵入道德规范调整的领

域^[3]。本文将着重分析与“常回家看看”条款相关的道德法律化、与《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)衔接、监督执行以及能否实现立法目的的问题。

一、法律、道德和美德

道德法律化是指立法机关将社会道德规范通过法定程序上升为法律规范的过程。主张道德能够法律化的学者认为道德能够上升为法律的学理基础是法律与道德之间存在内在共性以及道德功能的局限性^[4]。道德法律化的范围是将全体公民应该且必须做到的基本道德上升为法律^[5]。从这个角度来说,“常回家看看”是否属于基本的道德决定了其是否可以上升为法律规范。“百善孝为先”一直是中国社会各阶层所尊崇的基本伦理道德,但“常回家看看”能否成为基本道德则有待商榷。

有观点认为,将“常回家看看”条款写入法律主要是由于当下社会道德水平逐渐降低,应当将“常回家看看”上升为法律义务。例如,杨立新认为很

多社会成员道德观念背离传统,只关心自己不关心老人,甚至是虐待、遗弃老人的不良社会风气比较严重,为继续发扬中国优良的道德传统,法律必须承担这一重任,将“常回家看看”写入法律是重建传统道德的体现;同时,其认为婚姻家庭领域中,更多的法律义务都是从伦理道德规则转化而来的^[6]。从杨立新的观点来看,“常回家看看”属于尽孝心的下限而非上限,应当属于基本的道德范畴,将其上升为法定义务无可厚非。

本文认为,上述观点有待商榷,不宜将诸如“父母在,不远游”、“长幼有序”等一些“孝”的具体表现形式称为基本道德,也未有足够的证据表明这属于基本道德的范畴。无疑,物质赡养老人是成年子女的基本赡养义务,随着社会保障制度的健全,老人的自我养老能力逐渐增加,老人精神方面的需求是普遍而又强烈的^[7]。《老年人权益保障法》第十八条第一款也间接规定了成年子女的精神赡养义务,这一点确实符合经济社会的发展要求,但是经常看望父母能否成为一种应为之精神赡养义务则有待商榷。本文认为,精神赡养属于成年子女的基本义务并无不妥,但是履行精神赡养的方式却是多种多样的,不一定必须通过看望或者问候的方式,子女也可以通过其他方式表达对父母(老人)的关爱。如上文所述,杨立新认为经常看望父母是子女履行孝心的下限,而非上限,但问题是为何看望父母是尽孝的下限?下限到何种程度即可上升为法律?这点很难判定。总的来看,精神上赡养老人本身可以作为基本道德,但精神赡养的具体表现形式因具有多样性而使“常回家看看”难以成为每个人都应遵守的基本道德。

本文从道德的构成角度对此问题进行分析。范进学对法律道德化和道德法律化问题进行了论述,认为道德是由美德、原则和规则所构成。但其认为只有道德原则与道德规则具有普适性,即人们有义务依原则行事,有义务遵守规则;而美德则属于倡导性的、高于义务的范畴,美德只能要求人们努力去做,却不得要求人们必须去做^[8]。在道德内在的构成要素中,只有属于道德原则和规则的道德才能上升为法律。唐代兴对道德和美德进行了厘清和辨析,并认为道德属于规范的范畴,对个体具有约束力和限制性,而美德属于社会要求,社会只能倡导美德行为,希望人人都能遵守美德,但不强迫人人都必须这么做^[9]。由此,应当重点分析“常回家看看”是属于道德还是美德。《中华人民共和国婚姻法》第二十一条规定,子女对父母有赡养扶助的义务;如果子

女不履行赡养义务,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利。《老年人权益保障法》第十九条也明确规定了子女赡养父母的义务。赡养父母是子女一项神圣的义务和道德责任^[10],但“常回家看看”能否同赡养父母一样成为一种道德义务?本文认为,社会上一直提倡在外工作或学习的子女应当“常回家看看”,但社会上也并未强迫子女都必须“常回家看看”(如果社会普遍认同“常回家看看”属于成年子女的基本法律义务,那么也就不会引起社会的广泛争论)。如果出于客观原因,社会成员也很少会因为长期在外工作的子女未“常回家看看”或未经常问候老人而给予其较低的社会评价,由于期待可能性的缺乏,也就不能够过分责难此类负有赡养义务的主体,我们只是提倡子女要“常回家看看”,但不宜强迫其必须这么做。

“孝”和赡养父母虽是一种传统伦理道德,但“常回家看看”应该是在其基础上产生的“衍生品”,属于美德的范畴,所以不能要求每个社会成员都必须遵守。因此,《老年人权益保障法》将“常回家看看”认定为一项基本法律义务的行为有所欠妥,法律应当综合考虑各种情况,为赡养人列举多种可供选择的精神赡养方式,可以提倡子女“常回家看看”,而不宜规定必须经常回家看望或者问候父母。

二、“常回家看看”的可执行性

法律之所以成为法律的原因是强制性还是正当性争论已久^[11]。但撇开法律的成因,从法律的特征和作用来看,法律具有强制性,并体现了强制性的规范作用^[12]。法律的强制性与法律的可执行性存在密切关联,若法律缺乏可执行性,规则的内容难以具体落实,那么法律的强制性特征和作用也会明显受到削弱,立法将难以达到有效约束和调整法律主体行为的目的。自《老年人权益保障法》生效以来,社会各界严重质疑“常回家看看”条款的可执行性。本文认为“常回家看看”条款的可执行性问题主要表现在法条自身的模糊性、立法衔接不当以及难以监督执行等3个方面。

(一)规定本身的模糊性

《老年人权益保障法》第十八条规定,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。与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人。本文认为,该条规定的模糊性主要体现在以下方面。

第一,“家庭人员”的范围如何确定?目前,中

国民事法律、刑事法律以及行政法领域对近亲属的概念界定较为明晰,但在《老年人权益保障法》中,“家庭成员”这一概念一共出现了9次,但相关法律、法规及司法解释并未对“家庭成员”的内涵和外延进行明确界定。只有部分地方法规和规章对家庭成员进行了界定,如《厦门市人力资源和社会保障局、厦门市财政局关于健康综合子账户用于支付家庭成员自付医疗费有关事项的通知》规定了家庭成员是指参加本市职工基本医疗保险人员的父母、配偶和子女。目前,德国、日本、韩国等大陆法系国家以及英国、美国、澳大利亚等英美法系国家在家庭暴力立法上都对“家庭成员”的外延进行了界定,但是每个国家的标准又不一致,外延较为狭窄的家庭成员范围一般只包括配偶、父母、子女等,而范围较广的则包括具有血亲或姻亲关系的成员^[13]。国内法律对家庭成员的概念界定不清,且缺乏统一的国际参考标准,这导致了“常回家看看”法律条款中的“家庭成员”概念具有一定的模糊性。

第二,“忽视、冷落”如何界定?“忽视、冷落”均属于精神层面且为“仁者见仁,智者见智”的词汇,不同的个体或者地区对此概念存在不同的理解。一方面,法律没有对此加以明确界定;另一方面,如果赋予法官解释“忽视、冷落”的权力,概念的主观性又容易导致自由裁量权难以控制的问题。法官之间在性别、年龄、品格以及家庭关系等方面存在的差异会直接影响到法官对这类概念的客观判断。因此,将“忽视、冷落”引入该法将会产生法律解释上的难题。

第三,“经常”该如何界定直接影响到对相关案件的认定。“经常”有客观和主观两种标准。客观标准是法律以社会的可接受度为基础规定看望或者问候老人的频率,但法律并未对此进行确定且难以确定。例如,对于身在国外的子女来说,每年回国看望1次也可算得上是“经常”,但对于子女和老人居住在同一城市的子女来说,每年看望老人10次也算不上是“经常”。如果对类似情况做排除性规定,随之而来的问题是,类外情形的外延如何确定?如果以老人的主观标准来定义“经常”,采取“具体个人、具体情况、具体对待”的方法固然美好,但这与法律的确定性和可预测性特征相违背,只会增加法律的模糊性。因此,不论采取客观标准还是主观标准去定义“经常”,都很难达成共识。

第四,“看望或者问候”的标准如何确定。“看望或者问候”的标准至少在以下两个方面还需要明确。(1)从语义上来看,“看望或者问候”是带有可

选择性的应为义务,而看望老人的成本往往要高于问候老人的成本,对那些本来就不愿意经常看望和问候老人的子女来说,其很可能会只选择问候的方式去履行该项义务,但多数老人更倾向于子女能够经常看望自己,而非通过现代通讯媒介问候自己。单纯问候老人的行为不违背“常回家看看”的法律规定,但很可能会违背老人的意愿。(2)如果子女同父母之间存在一定摩擦和矛盾,子女便可能敷衍履行该法定义务。例如,登门看望老人片刻便找借口离开,虽然这种行为形式上履行了看望老人的义务,但是违背了该法律义务的目的。

综上,“常回家看看”的法律规定在语义上存在一定的模糊性且缺乏可执行性,这也导致了其在监督执行方面存在较大的诟病。

(二)与《劳动法》衔接的问题

《老年人权益保障法》第十八条同时规定了用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。另外,在1995年开始施行的《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)第四章中规定了劳动者享有休息休假的权利。从这个角度来看,现有规定貌似能够保障成年子女看望父母的时间,但其中可能存在一定的法律冲突。下面以一个假设案例予以说明。

假设A单位职工甲,因工作性质特殊,满足《劳动法》第四十一条、第四十二条规定的劳动者可以或必须延长工作时间的特殊情形。在符合法律规定的情况下,企业未批准探亲休假,甲也因此未能履行经常看望和问候父母(老人)的法律义务。若父母(老人)将子女诉至法院,要求子女必须按时履行经常看望父母的义务,那么这种情况该如何处理?如果法院判决子女必须履行经常看望父母(老人)的义务,那么甲也就违反了A单位的制度和利益,单位可对甲做出处罚。此时,甲能否以履行《老年人权益保障法》的义务及法院判决为由对抗A单位对其做出的内部处罚?这时问题的关键在于法院应当适用《劳动法》还是《老年人权益保障法》?

在位阶上,这两部法律的制定机关均是全国人民代表大会常务委员会,故两部法律的位阶平等;从调整对象上来看,二者的调整对象比较特定,《劳动法》主要调整用人单位与劳动者之间产生的劳动关系以及劳动关系有密切联系的其他社会关系;《老年人权益保障法》调整的是与老年人权益保障有关的法律关系的总和,二者均属于特别法。如果按照新法优于旧法的理论,上述案例应当适用《老年人权益保障法》。但事实可能并非如此,因为从

调整职工或者子女探亲休假的法律关系角度来看,《老年人权益保障法》仅对老年人子女的探亲休假做了原则性的规定,而《劳动法》关于探亲休假的规定针对的是全体用人单位和劳动者,所以,此时《老年人权益保障法》相对更具特殊性。但如果甲所从事的工作性质特殊(例如抢险救灾),《劳动法》关于特殊情形不受休假条款约束的规定相对于《老年人权益保障法》关于保障老年人子女一般性探亲休假权的规定来说又具有特殊性。此时《老年人权益保障法》属于新的一般规定,《劳动法》应当属于旧的特别规定。按照《中华人民共和国立法法》第八十五条的规定,法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致、不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。如何对《老年人权益保障法》和《劳动法》中关于职工休假的法律规定冲突进行定性,法官将拥有巨大的自由裁量权,实践中按照不同的理解可能会发生不同的结果,这导致相应的法律适用更具有不确定性。从这个角度来说,“常回家看看”条款需要相应的法律解释作进一步的明确。

(三) 判决的监督执行问题

2013 年 7 月 1 日,无锡市北塘区人民法院对一起赡养案件进行了公开开庭审理。原告储某是 77 岁高龄的老太,被告马某、朱某是她的女儿、女婿。此前,储某与儿女签订协议,约定由马某、朱某负责养老,但由于多种原因,原被告双方发生矛盾并分开居住,但被告从未看望过老人,故原告褚某向法院提起诉讼,要求被告支付经济补偿以及履行“常回家看看”的义务。最后,法院判处被告人马某、朱某除承担原告储某一定的经济补偿外,同时,依据《老年人权益保障法》第十八条的规定,判令被告至少每两个月到老人居住处看望问候一次,端午节、重阳节、中秋节、国庆节、元旦节这些节日,马某、朱某也应当至少安排两个节日对储某予以看望^[14]。

尽管判决结果已尘埃落定,但该判决在监督执行方面存在较大问题。根据法律的规定,如果拒不执行判决,被执行人可能会被给予罚款、拘留甚至是刑事处罚。但随之而来的问题是如何履行判决才算是正确履行判决? 上述案件中,法院要求被告每两个月看望老人一次,但是每次看望多长时间才算是正确执行判决? 同时,如果被告主动履行判决,若老人认可被告履行了看望义务则无可厚非,但若老人对被告的看望行为不满而否认被告的看望行为时,法院应如何判定被告是否正确履行判决? 另外,是采取老人主动签字证明还是需要录音、录像抑或请

邻居、村委会或居委会加以证明的方式监督判决的执行? 判决书和相关法律并未对此加以明确。不论采取哪种监督方式,监督成本可能都是高昂的,一方面需要耗费一定的时间、人力和物力成本;另一方面,监督执行的形式如果过于程序化,那看望行为给老人带来的精神满足感也会大打折扣。

三、立法目的的实现

评价“常回家看看”条款是否有存在必要的另一角度是该条款是否能够实现该立法价值或目的。“常回家看看”入法的根本目的是解决成年子女在精神上赡养老人的问题,本文认为该条款的立法目的是通过子女的“常回家看看”,使老人能够获得精神上的慰藉,增加老人的舒适度和幸福感。如果该规定确实能够实现这一立法目的,那么将“常回家看看”写入法律是可取的,但是该规定能否实现这一目的则有待进一步考证。一般来说,如果出现子女既不看望又不问候老人的情况,多数是因为老人与子女的感情已经破裂,如果老人将子女告上法庭,按照“常回家看看”条款的规定,法院将判决子女应当履行经常看望或者问候老人的义务。对簿公堂已使老人和子女的关系雪上加霜,再强迫子女看望老人则很容易使子女东怨西怒,其在履行看望老人的义务时要么态度恶劣,要么敷衍了事,虽已表面上履行了法院判决,但老人可能会因子女态度不够真诚而变得更加愤懑,不仅没有摆脱生活的孤独,反倒会加深心中的埋怨,那么“常回家看看”的立法目的也就无法实现,既然无法该规定的立法目的,该规定也就没有存在的必要。

解决子女未能经常看望或问候老人的问题不能仅仅简单地规定子女必须“常回家看看”,立法应当更加关注这一问题产生的深层次原因(老人与子女关系疏远甚至是感情出现裂痕)。此时,应当发挥调解机制的作用,引入第三方主体在老人与子女之间进行调解和劝导,在外力的影响下逐渐改善老人与子女之间的关系,倘若老人与子女的关系出现改善,子女自然会经常看望或问候老人,此时则不再需要法律的强制介入。

四、结 语

综上,将“常回家看看”这一美德上升为法律实属不妥,因为法律的模糊性、立法衔接不当以及监督执行问题,导致了该条规定缺乏足够的可执行性。

在当下中国成年子女普遍工作繁忙、无暇关注父母(老人)的背景下,立法者出于对老年人的关心出台了《老年人权益保障法》,但该法中的“常回家看看”条款,似有“画蛇添足”之嫌。总之,将“常回家看看”上升为法定义务实属不妥,以后修法时可将该规定由应为模式变为有限制的可为模式。如果该规定在一定时期内不会做出相应修改,则有必要通过立法或司法解释的方式使得该法条更具有可操作性。

参考文献:

- [1] 田亮. 专访新老立法起草者肖金明:“常回家看看”入法是不得已[J]. 环球人物,2013(19):68-70.
- [2] 刘璐,宋晓波.“常回家看看”入法的法律思考[J]. 广西政法管理干部学院学报,2013(5):93-94,106.
- [3] 刘畅. 浅议常回家看看:道德入法的现实困境[J]. 赤峰学院学报:汉文哲学社会科学版,2014,35(1):83-84.
- [4] 程明. 试论道德的法律化及其限度[J]. 北京师范大学学报:社会科学版,2007(2):112-119.
- [5] 刘云林. 道德法律化的学理基础及其限度[J]. 南京师大学报:社会科学版,2001(6):33-38.
- [6] 杨立新.“常回家看看”条款的亲属法基础及具体适用[J]. 法学杂志,2013(6):99-107.
- [7] 穆光宗. 老龄人口的精神赡养问题[J]. 中国人民大学学报,2004(4):124-129.
- [8] 范进学. 论道德法律化与法律道德化[J]. 法学评论,1998(2):34-41.
- [9] 唐代兴. 道德与美德辨析[J]. 伦理学研究,2010(1):6-12.
- [10] 刘宪英. 中学生孝道教育研究[D]. 济南:山东师范大学,2008.
- [11] 周永坤. 论法律的强制性与正当性[J]. 法学,1998(7):17-28,13.
- [12] 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):18-22.
- [13] 李春斌. 论家庭暴力防治立法中“家庭成员”之界定[J]. 中华女子学院学报,2011(5):18-22.
- [14] 王伟建.“常回家看看”入法后首案判决[N]. 人民日报,2013-07-02(4).

Legal analysis of “often go home to see the aged”

WANG Zhen

(School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The new *Aged Protection Act* was formally implemented, which stipulates that the children who are living apart from the elderly parents have the obligation to visit or greet the elderly parents regularly. It has triggered the endless controversy. From the perspective of moral law, the provision legalizes virtues; but from the perspective of the enforceability, the provision is too vague. At the same time, there exists a conflict between the provision and *The Labor Law* which came into effect in 1995, and it is difficult to supervise the implementation of the provision and achieve the legislative purpose. To achieve the desired legal effect, it is necessary to perfect the provision by the way of legislation or judicial interpretation and mediation mechanism.

Key words: *The Aged Protection Act*; “often go home to see the aged”; legalization of morality; legislative interpretation; judicial interpretation