

积极、健康老龄观视域下养老诈骗的法治应对

前沿话题

□ 武亦文 (武汉大学法学院副院长、教授)

近年来,养老诈骗给老年人权益保障造成的威胁愈发严重。为实施积极应对人口老龄化战略,促进积极、健康老龄化,国家于今年4月开展了为期半年的打击整治养老诈骗专项行动,目前已初显成效。但除了周期性的专项行动外,对养老诈骗的妥善规制尚需设计体系化、长期性、稳定性的法治机制予以协同配合。

随着时代进步和科技发展,养老诈骗的手法在不断“更新”,无孔不入地渗透到了老年人社会交往和日常生活的方方面面,覆盖卫生健康等多个领域,形成了威胁老年人财产安全、生活幸福的巨大隐患。

在卫生健康领域,一方面体现为一些“黑诊所”“假义诊”“假白大褂”打着“祖传秘方”“包治百病”的幌子,以不具有任何治疗效果的医疗服务和药品诈骗老年人钱财,危害老年人健康;另一方面体现为一些养生保健骗局,即在老年人聚集的公共场所,或者通过网络、电话推销的方式,假冒专家的身份诱导老年人购买价格虚高、功能夸大的保健品。

在文化旅游领域,主要体现为以“免费游”“低价游”为诱饵强迫老年人高价购物,以及以“艺术品收藏”为幌子诈骗老年人财物。

在养老服务领域,主要体现为以提供养老服务的方式骗取老年人的资金,包括:以投资、加盟、入股养生养老基地、老年公寓等项目的名义,承诺高额回报以吸收资金;以返本销售、售后返租、约定回购等方式销售养老公寓,养老山庄来吸收资金;以入住老年公寓后给予优惠折扣,不入住给予



《养老诈骗》

漫画/李晓军

高于银行利息分红的方式吸收资金。

在金融投资领域,主要体现为“以房养老”理财骗局,即以国家政策名义掩盖非法集资的本质,打着“以房养老”,有高风险回报等旗号诱骗老年人办理房产抵押,再把借来的钱拿去买其所推荐的理财产品。等到老年人不能如约还款时,其就可以凭借已经办理的强制执行文书直接向法院申请强制执行房屋,或者持有经公证的房屋出售、过户授权委托书到房屋登记部门将房屋过户给他人,最终导致老年人既没赚到养老金,又损失了房产。其他形式还包括群发虚拟货币类信息,以投入少、高回报为诱饵,诱导老年人下载注册特定手机App购买大量其自行发行的虚拟数字货币,来骗取老年人钱财。

养老诈骗的法治应对,应当以实现积极老龄化、健康老龄化为根本指引,以保障老年人生存权和发展权为首要依归,沿着完善立法、推进监管、改善司法、精准普法的路径,对养老诈骗进行

事前、事中、事后的全过程和多维度规制。

立法维度的应对方案可分为三个方面。一是完善保障老年人生存权的医疗健康和和社会保障制度。老年人失能护理服务目前颇受重视,我国已在多个城市开展长期护理保险制度试点,其专门立法将在不久后出台。然而,医疗服务和健康管理服务的配套立法目前则仅限于基本医疗卫生与健康促进法这一框架性法规,更为专门的立法尚付阙如,有必要立足现实尽快制定相关法规。二是完善保障老年人发展权的法律制度。尽管我国目前在政策上支持发展老年人住房反向抵押养老保险(“以房养老”)和养老理财产品,但囿于种种现实因素导致老年人发展缓慢,为使两类产品真正使老年人受益,仍有必要出台专门的法规进行规范。此外,为促进老年人的精神发展,需要建构老年人的社会参与权这一框架性权利并对之进行具体权利的分解,以为老年人实现自我价值提供充分法律支持。三是完善相关的辅助性法律制度。

一方面,许多养老诈骗行为建立在非法获取老年人个人信息的基础上,但我国目前仅将未满十四周岁的未成年人的信息作为敏感个人信息加以特别保护,而忽视了老年人的个人信息亦有类似的特殊保护需求,有待将来立法加以改进。另一方面,一些养老诈骗行为也会以智能手机为媒介,因此有必要结合电信养老诈骗的具体实施手段,制定专项法规推动手机制造商完善其产品的适老化设计,以更好地防范和制止养老诈骗。

就推进监管而言,鉴于养老诈骗行为覆盖多个领域,故而需要由各领域主管部门在各负其责的同时加强协同与配合。此外,由于各领域的养老诈骗行为有时也会涉及电信诈骗,且养老诈骗属于违法犯罪行为,因此各部门尚需与网信部门以及政法部门进行配合,互相监督,以提升监管效能,推动行刑衔接,避免监管真空与监管套利。

关于司法方面的改善,为了更好地维护老年人权益,最高人民法院于2022年4月发布了《关于为实施积极应对人口老龄化国家战略提供司法服务和保障的意见》,明确提出要依法加大对养老诈骗等侵害老年人人身和财产权益违法犯罪行为的打击力度。除此之外,涉老纠纷解决机制的多元化建设、涉老案件审判方式和工作机制改革的深化、老年人司法救助力度的提高和多层次体系的建设、适老型诉讼服务机制的建立,也都有助于帮助遭受养老诈骗的老年人高效获取司法救济,从而更好地应对养老诈骗。

在普法方面,应当做到压实主体责任,创新宣传形式,即由各地司法行政行政部门承担起打击养老诈骗普法宣传教育的责任,除了采用标语、手册等传统方式外,更多地利用顺口溜、短视频、在影视剧剧中插入养老防诈情节等老年人更为喜闻乐见、更有接受兴趣的方式,切实提升老年人的法治意识和识骗防骗能力。

观点新解

张兰兰谈作为权衡方法的比例原则——可辅助对其他法律规则的漏洞填补



中国政法大学张兰兰在《法制与社会发展》2022年第3期上发表题为《作为权衡方法的比例原则》的文章中指出:

比例原则具有实体规范与方法规范的双重面向:前者体现为成文与不成文两种形式,具有实证法上的约束力;后者尚处于方法论层次,依凭明示权衡命令与内含于价值概念、概括条款及基本原则的默示权衡命令,方可得以运用。比例原则的本质是权衡方法,旨在权衡所有利益及价值冲突,并无公法与私法之别,也无法为成本收益分析所取代。在民法典规范适用中,作为权衡方法的比例原则既可用于对基本原则、概括条款与价值概念的具体化,也可辅助对其他法律规则的漏洞填补。

胡铭谈数字法学——是数字技术和法学理论交叉的新领域



浙江大学光华法学院胡铭在《政法论坛》2022年第3期上发表题为《数字法学:定位、范畴与方法——兼论面向数智未来的法学教育》的文章中指出:

数字法学是近年来兴起的数字技术和法学理论交叉的新领域,不仅是科技和法学的深度融合,而且是跨文理学科的新研究范式和新法治实践的全面整合。根据数字技术在其中的角色,数字法学的主要范畴可区分为对象论和工具论,对象论主要包括要素层、平台层和产出层,工具论侧重于数字技术赋能法学研究和法律适用两类场景。数字法学的主要方法可二分为围绕规范展开和数据驱动驱动。数字法学将带来法学教育的变革,亟须培养文理兼修、面向数字智能未来的数字法治人才。

论软法的有效性与其说服力

前沿观点

□ 沈岚 (北京大学法学院教授)

软法是否有效力

依循传统,主流的实证主义法律效力观,软法没有法律效力。然而,另有论者比如罗豪才教授提出软法并非完全没有效力,完全没有约束力。其从法与国家强制力的关系入手指出,法律规范既有依靠国家强制保障实施的,也有运用非强制性方式实施的。“法既有硬约束力,也有软约束力。”荷兰马斯特里赫特大学教授贾普·哈格似乎也有类似暗示,即软法是缺乏法律上约束力的,或者其约束力要弱于传统的法律约束力。

只是,如果约束力有“硬”与“软”或“强”与“弱”之分,那么,约束力究竟意味着什么?与此直接相关的法律实践问题是,约束力、硬/强约束力、软/弱约束力对于处于纠纷中的当事人意味着什么?对负有处理纠纷案件职责的法院意味着什么?法院是否有权力或者是否有义务或职责适用或引用软法规则于具体案件情境、具体争点中?

法律为何应当遵守:法律效力观的问题意识

“法律效力”是一个观念,而不是一个客观事实,并不是与作为事实存在的法律“同体共存”的。效力概念是19世纪哲学和法学理论的产物。在法学界,凯尔森通过纯粹法理论将效力概念的理论实体化推向了最高点。

在凯尔森那里,“效力”指向的是一个规范的具体存在,“指向人的行为的规范是‘有效的’就意味着它是约束的,即个人应当按照规范确定的方式行为”。易言之,规范的存在不是一个纯粹的事实存在,而是一个有效性的存在。他将暴力和收税官进行比较,试图通过效力概念解决作为一种意

志行为的法律为何与暴力的意志行为不同,可以产生规范的,约束的、得到普遍认可的力量的问题,凯尔森想要回答的是一个经久不绝的问题,关于法律在应然上为什么应当得到遵守和实现。

强制约束力:在有效性与其实效之间

凯尔森依循自然与应然、事实与规范二分的方法区分“有效性”与“实效”两个概念。但这并不意味着应然世界的“有效性”与实然世界的“实效”之间没有任何联系。其主张实在法秩序中,规范具备有效性的原因是,关于规范创制的根本规则是被预设有效的,然而,只有在整个法秩序发挥实效的情况下上述规范才具有有效性。一旦宪法没有实效,也就是依据宪法建立的整个法秩序失去了实效,法秩序和每一个规范就失去了有效性。

在论述法秩序与其他社会秩序(如宗教秩序、道德秩序)的不同,凯尔森强调了法秩序作为强制秩序的属性。规范是“有效的”,就意味着它是约束的。法就是一种“强制秩序”,就是以强制行为来对付因为损害社会而不受欢迎的特定事件。法律规范规定了由法律共同体决定施加的强制行为。

凯尔森并不是为了说法秩序总体上有效,才论述法秩序作为强制秩序的特性,其显在目的是区分作为社会秩序一种的法秩序与其他社会秩序。然而,在理论上,通过赋予“有效性”以“强制约束力”的意义,就为规范所指对象履行规范确定的强制性义务提供了基础。同接地,凯尔森理论在“有效性”与“实效”之问架起了一座桥梁。

软法有效性(效力):多余的概念吗

如果我们从凯尔森的“有效性”与“强制约束力”捆绑的思维定式中跳脱出来,回到“有效性”观念产生的问题意识之中去,似乎可以发现软法有效性概念存在的必要性。

首先,软法的普遍存在需要法学认真对待。

“软法”规则的事实存在及其实际作用逐渐受到关注和研究,并在20世纪80年代以来获得了一个新的概念,即“软法”。对此,“以解读法现象为己任”的法学,需要“不带有偏见地将现实中所有法现象纳入研究视野,对其加以描述、解释、评价,而不应厚此薄彼,更不能顾此失彼”。

其次,软法普遍而广泛的实效,是思考和探索其是否具有“有效性”的事实基础。软法的普遍存在及获得实效,会引发“我们为什么‘应当’遵守软法”的规范性问题,如果没有对软法内含“应当”的广泛认可,人们怎么会较为普遍地去遵守一个不具有强制约束力的规范呢?

再次,传统法理的“有效性”概念是开放的、尚未终结的议题,关于“有效性”的来源或依据,关于“有效性”的意义,存在不同的理论观点和争议,因此,并不能以既有的“有效性”概念为据就断然否定软法具备“有效性”。

最后,软法内含的“应当遵守或适用”之“有效性”是一个与“社会认同”紧密的规范性、约束性。人们遵守一个硬法上的“应当作为或不作为”的规范,并不都是出于对不利后果的畏惧,也有因为对该规范的内容予以充分认同的。正是“因自己认同而自发约束自我”和“因社会认同而自发约束自我”的力量是现实存在的,所以,软法的“有效性”概念并不是多余的。

软法有效性的条件

软法的效力体现为其产生了应当得到遵守与实施的说服约束力。虽不要求软法规则具有严格的有效性条件,但这并不意味着任何一个软法规则不用具备任何条件就可以被认为是“有效的”,是有说服约束力的。

由于软法的制定主体、权限、程序等无需也没有严格的标准或条件,所以,软法有效性的条件就是两个:第一,不与硬法或硬法原则、精神相抵触,避免造成法秩序的混乱;第二,符合一定范围内社会对值得做的、更好的“公共善”的认知与期待。这种

有效性条件满足与否的判断是棘手的,更多不确定的,也更容易产生分歧。考虑到软法不像硬法那样容易在法理辩论中得到使用,那么,软法有效性条件的模糊性、不确定性以及软法的说服约束力本身的不确定性,也就是可以接受的了。

软法说服力及其强弱

由于软法具有说服的约束力,当行政决定或裁判文书引用软法,但并不以它作为作出决定或裁判的直接而唯一的依据,而是在论证中,以它对已有的硬法规则进行支持性或“补强”说明时,该规则仍然属于软法性质,而并不因此转变为硬法。

软法的说服力不仅存在“有”和“无”之分,也存在“强”和“弱”之分。强弱程度依该软法规则在多大范围的受众认同而判断,决定软法说服力强弱的因素主要有以下三个:

首先,软法制定者的权威性。说服力发挥其力量,说服者的权威性是相当重要的一个影响因素。一个有权威或有更高权威的人或实体,较之一个没有权威或权威较低的人或实体,显然在说服过程中对被说服对象有着不同的影响力。

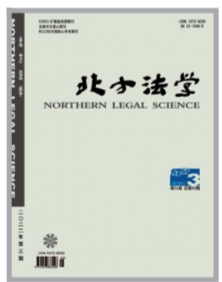
其次,更好“公共善”的认可程度。软法说服力的强弱也与其所实现的“公共善”在多大程度上为相当范围内的所指对象认同相关。软法的“公共善”目标基于何种事实、理由或论据,具有何种可欲性和可得性,是决定其说服力强弱的重要因素之一。

最后,软法制定过程的协商性、沟通性。软法的创设既然是为新的“公共善”,提供新的行为规范,就必须通过更多的协商、沟通以最大程度上确保各方利益在新的规范中得到体现或平衡。软法制定过程的协商性沟通性愈充分,其说服力即愈强。

软法有效性的问题,仍有不少值得探索。殷切希望该主题及软法其他主题的智慧,在众同仁的共同努力下,得到更多的积累与扩增。

(本文原载于《华东政法大学学报》2022年第4期,潘婧摘编)

崔玮谈认罪认罚案件被追诉人的权利保障——应以被追诉人权利保障机制为框架



郑州大学法学院崔玮在《北方法学》2022年第3期上发表题为《被追诉人权利保障机制的结构性缺陷及其矫正——以认罪认罚案件为中心》的文章中指出:

随着认罪认罚从宽制度的逐步完善,被追诉人权利保障机制形成了以审判机关、检察机关、侦查机关和被追诉人四主体为“端点”,主体之间权利(力)关系为“连线”的等边平行四边形关系结构。通过考察发现,被追诉人权利保障机制在权利明确性、量刑协商主体地位、量刑优惠规范和权利救济程序等方面存在结构性缺陷。强化认罪认罚案件被追诉人的权利保障,应以被追诉人权利保障机制为框架,在近期明确完善被追诉人的权利赋予,在远期推进审前阶段司法程序性救济模式构建,拓展审判阶段权利救济型程序性救济模式,并最终塑造具有现代法治意义的司法救济模式。

洪刚谈侦诉审“互相配合”的解释——应从刑事訴訟具体制度中予以回应



南京师范大学法学院洪刚在《法律适用》2022年第5期上发表题为《侦诉审“互相配合”的解释》的文章中指出:

刑事訴訟如同复杂的生态系统,其正常运转离不开侦诉审“互相配合”。“互相配合”在刑事訴訟中是一项诉讼原则,是一种诉讼关系,也是一种诉讼机制。影响侦诉审“互相配合”的因素包括犯罪控制的驱动、权力配置的差异、司法人员的立场。应从以下几个方面予以克服:树立正当程序理念,做好司法成本的核算,合理设置评价指标;“互相配合”应当畅通沟通机制,不得超出职权边界,不得损害公民权利;正视司法人员“社会人”的角色,完善司法保障与责任机制,把辩护人当作诉讼伙伴,保障辩护权行使等。侦诉审“互相配合”的解释还应当从刑事訴訟具体制度中予以回应,寻找实现路径。

(赵珊珊 整理)

协同合作筑牢反有组织犯罪防线

热点聚焦

□ 谷曼曼

有组织犯罪严重危害国家安全、人民群众生命财产安全,破坏社会管理秩序和社会主义市场经济秩序,是影响人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安的毒瘤。为铲除这一毒瘤,党中央重拳出击,开展扫黑除恶专项斗争和常态化斗争,依法从严惩治有组织犯罪。在常态化扫黑除恶斗争的第二年,反有组织犯罪法继续扫黑除恶专项斗争之后接续发力,充分显示了党中央打击惩治有组织犯罪的坚强决心和信心。反有组织犯罪法以统一的立法形式,将多年来扫黑除恶专项斗争的经验上升为立法智慧,为我国反有组织犯罪工作在法治轨道上全面、常态化开展描绘出蓝图,切实推动反有组织犯罪工作在法治轨道上走深走实。作为反有组织犯罪工作的主题主线,建立健全反有组织犯罪预防治理体系须各有关部门灵活运用法律、经济、科技、文化、教育等手段,协同合作,综合发力。

全面依法治国强调坚持以人民为中心,坚持法治为人民服务。这就要求反有组织犯罪工作的开展必须在法治的轨道上围绕人民群众这个核心展开,切实解决人民群众所思、所想、所难的突出问题,将反有组织犯罪工作落到实处。

反有组织犯罪工作应坚持与加强基层组织建设相结合。“破窗效应”告诉我们如果不及时修补房屋中的破窗户,放任不良现象的存在,人们会纷纷效仿实施破坏行为,房屋将会受到更严重的破坏。有组织犯罪恰如社会大厦中的破窗,如果不及时、有效管控会导致犯罪组织变本加厉,危害大厦本体。有组织犯罪出现的缘由之一在于“松懈”,即社会控制松懈、基层治理建设不足。因此,修补社会大厦之破窗——有组织犯罪最根源性的举措就是坚持“不懈”,即强化社会控制、重点整治乱象丛生的部分行业领域,整顿不作为、乱作为的基层组织,凝心聚力、去去沉疴,全方位提高基层治理能力,推动治理现代化进程。作为中国基层治理的典范,“枫桥经验”历久弥新,始终具有强大的生命力。在维护社会治安、构筑社会安全防控体系、稳定社会秩序等方面发挥着优越作用,有必要

通过推广、借鉴“枫桥经验”中蕴含的基层社会治理经验实现基层建设的全面进步。“枫桥经验”的核心精髓在于人民性,始终坚持、践行群众路线,发挥群众力量解决基层社会矛盾,建立基层治理防控体系,缓解基层组织力量不足等问题,真正做到通过多种路径为群众谋稳定、谋幸福、谋未来。基层组织坚如磐石,才能实现有效多元的社会控制,从而使得有组织犯罪无所遁形。

反有组织犯罪工作应坚持与反有组织犯罪宣传教育相结合。有组织犯罪的形成有深厚的犯罪亚文化背景,暴力亚文化、帮派亚文化等与主流社会思想迥异的犯罪亚文化是催生有组织犯罪的土壤。在清除孕育有组织犯罪混沌温床的过程中,加大普法力度,弘扬法治精神,培养公民反有组织犯罪的意识和能力,促使公民自觉反对、抵触参与有组织犯罪,自觉防范有组织犯罪的侵害至关重要。各机关单位、教育机构应加强法治宣传教育,做好普法宣传工作,以灵活、多元、生动的形式教育公民尊法守法用法,培养公民反有组织犯罪意识,鼓励公民与有组织犯罪作斗争。各出版单位、媒体、自媒体等大众平台应加强对各自文化产品内容的

监管,应尽量避免含有诱导有组织犯罪倾向内容的宣扬,通过将文化产品分类的方式消减含有犯罪亚文化的文化产品对人民群众特别是青少年的不良影响。反有组织犯罪宣传教育落脚于不断增强以社会主义核心价值观为代表的主流文化的传播力、引导力、影响力,逐步培养公民的法治观念、法治意识,充分发挥法治思想的引领、教育作用。

民之所盼,政之所向。近年来,党和国家采取各项措施重击黑恶势力的嚣张气焰,铲除了一大批人民群众痛恨、厌恶的毒瘤,回应人民群众热切关注,极大提升了人民群众的幸福感、安全感。反有组织犯罪法内含多项措施,强调各机关单位协同配合,综合发力,在追求打防并举的同时注重标本兼治,以筑牢坚实防线之姿常态化反有组织犯罪工作的开展注入强心剂,其出台更是标志扫黑除恶专项斗争重大进展的里程碑。但是,在成绩斐然的背后,我们应清醒地认识到打击有组织犯罪是一项长期而艰巨的持久战,特别是在社会飞速发展的转型时期,有组织犯罪畸变、异化、隐蔽的可能性极高,多重挑战仍有待解决,反有组织犯罪工作仍在路上。