

7月3日,《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)》(以下简称《草案》)向社会公众征求意见。作为维护国家安全、社会安全和人民安全的“最后一道防线”,刑法修订对于中国特色社会主义法律体系的完善有重大影响。目前来看,《草案》加大了对危害公共安全犯罪、安全生产犯罪的预防惩治,完善了对食品药品犯罪、破坏金融犯罪的惩治规定,进一步强化了对污染环境犯罪的惩处力度。此外还修改了妨害传染病防治罪,将新冠肺炎等依法确定采取甲类传染病管理措施的传染病纳入调整范围,为惩治妨害疫情防控犯罪提供明确法律依据,体现了刑法对于社会现实需求的及时回应。

“法与时转则治,治与世宜则有功。”我国刑法的发展历程与我国改革开放以来社会进程高度契合。1979年,我国第一部《刑法》颁布,使新中国刑法规范第一次得以体系化,奠定了我国刑法体系的基础,但由于受当时历史条件和立法经验的限制,在体系结构、规范内容和立法技术上难免存在一些缺陷。于是,从1988年7月开始,刑法的修订工作被正式列入全国人大常委会的立法规划。1997年3月14日,八届全国人大五次会议表决通过《刑法》。同日,国家主席令第83号予以公布,自1997年10月1日起施行,一部崭新的、统一的、比较完备的、具有时代气息和多方面显著进展的《刑法》正式诞生。这也是我国现行的刑法典。此后,我们一直坚持以刑法修正案的模式来对刑法进行修改完善,目前已经出台了10个刑法修正案。经过40余年发展,我国刑事立法既收获了丰硕成果,也取得了重要

刑法修正案：积极回应社会现实需求

□ 姚选民

经验,这些经验是做好未来刑法立法工作、进一步完善我国刑事法律的宝贵财富。

从价值理念上看,着力实现刑法立法的现代化。追求秩序是刑法立法的天性,但秩序绝非刑法立法的唯一法益诉求。在现行《刑法》颁行之前,很长一段时间内我国刑法立法主要强调对秩序价值的追求。最典型的表现是罪刑法定原则的缺失。1997年《刑法》及其之后的修正案对立法理念作出调整,强调秩序与自由法益之间的价值平衡,在第3条明确规定了罪刑法定原则。同时,通过对特殊群体犯罪的从宽处罚、降低部分犯罪法定刑、严格控制死刑适用等方法,加强了对个体自由权利的保障力度。这一立法理念延续到了今天,《草案》中更加注意贯彻自由权利保障原则,着力保护广大人民群众的生命和财产安全法益。一方面,是对部分罪名提出加重刑罚处罚。如将刑法典第176条非法吸收公众存款罪的最高法定刑由原来的“三年以上十年以下有期徒刑”提升至“十年以上有期徒刑”,同时不限定罚金限额。另一方面,是扩大大部分罪名的处罚范围。如将关闭或者破坏安全生产设备、非法从事高危生产活动、拒不整改重大事故隐患等行为

纳入刑法典第134条重大责任事故罪的规制范围。

从立法模式上看,着力实现刑法立法的科学化。在现行《刑法》颁行之前,我国刑法立法采取的是分散立法模式,即在刑法典基础上,另行制定单行刑法和附属刑法。从1979年至1997年,我国先后制定了25部单行刑法,同时在100余部非刑事法律中规定有附属刑法规范。1997年,我国采取统一立法模式,即只保留单一刑法典,而将之前25部单行刑法和107部非刑事法律中的附属刑法规范做统一梳理,将其合理部分纳入《刑法》中。当前我国社会形势总体平稳,采取统一的立法模式不仅有利于保证刑法立法的统一性、完整性,同时也能够较好地适应我国刑法修订的及时性、灵活性的现实需要。一方面,《草案》中针对疫情防控法益的刑事保护,对高空抛物、抢夺公交车方向盘等危害公共安全行为的入罪规定,就是在保证我国刑法基本稳定的前提下对社会现实需求作出的快速反应。另一方面,《草案》中针对挪用资金罪增加“挪用资金在被提起公诉前退还的,可以从轻或者减轻处罚”,则为实践中经常引发争议的未造成银行损失的挪用行为提供符合人之常情的必要出罪



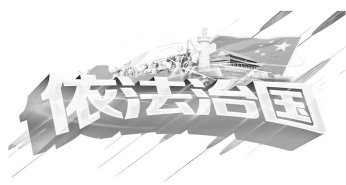
“窗口”,更加符合对该类犯罪立法的初衷,是刑法立法灵活性的重要体现。

从立法技术上看,着力实现刑法立法的精细化。1997年《刑法》颁行之前,我国刑法立法技术水平较为粗疏,这与时代局限有关,如改革开放初期社会变化过快,犯罪态势一度严峻;当时法学包括刑法学研究重新起步,刑法立法理念存在“跟不上”等

情况。当时刑法“分散”立法,诸类刑法规范彼此之间关联较少、分歧甚多,以致在刑法用语、规范化程度等方面存在诸多问题。1997年《刑法》修订之后,刑法立法的立法技术受到重视,逐步走向精细化。一是立法逻辑的精细化。1997年《刑法》在1979年《刑法》192个条文的基础上,吸收相关单行刑法及附属刑法条文550余

条的合理内容,无论是在文本体例、章节布局,还是罪名分布等方面都有全面提升。二是立法用语的精细化。1997年《刑法》及之后的刑法修正案在刑法用语上尤其注重精确,如对犯罪与刑罚规定得更确定、具体。三是立法规范的精细化。1997年《刑法》取消了之前广受诟病的“口袋罪”,而采用更为准确和科学的罪名,对一些过于粗糙的罪名进行细化处理,如将诈骗罪区分为普通诈骗罪、合同诈骗罪、保险诈骗罪等十多个相互关联的具体罪名。这次《草案》将侮辱英烈行为入刑,将之归为“侵犯公民人身权利、民主权利”类犯罪;将非法引进、释放、丢弃外来入侵物种行为入刑,将之归为“妨害社会管理秩序”类犯罪;等等。这些法条立法逻辑清晰、立法用语准确,体现了高水平刑法立法技术。

刑法具有双重性。一方面它是打击犯罪的有效工具,对于犯罪分子具有威慑力;另一方面它又是保障公民不受非法追诉的法律武器,具有对公权力机关的刑罚权进行限制的功能。40余年来,我国刑法立法取得了历史性进步,但同时在犯罪规定和刑罚设置等方面都存在完善空间。只有在坚持刑法基本价值理念的基础上,不断提升解释能力、积极回应社会关切,刑法才能在打击犯罪、保障人权方面发挥更大的作用。



使行政复议真正成为化解行政争议的主渠道

□ 赵丽君

在今年2月5日中央全面依法治国委员会第三次会议上,习近平总书记强调,发挥行政复议公正高效、便民为民的制度优势和化解行政争议的主渠道作用。我国的行政复议制度是在《行政复议法》和《行政复议实施条例》这一部法律、一部行政法规的基础上建立起来的。根据国务院2020年立法计划,行政复议法修订草案拟于今年年底提请全国人大常委会审议。此次修法的主要目的,是将行政复议制度真正打造成化解行政争议的主渠道。

化解行政争议,是行政复议制度的核心功能。从功能意义上讲,行政复议兼具争议解决、权利救济和内部纠错的三重作用。行政复议制度建立的初衷,是为了防止和纠正违法或者不当的具体行政行为,进而保护公民、法人或其他组织的合法权益。随着我国法治政府建设的不断推进,行政复议又增加了化解行政争议的功能,并被整体纳入国家化解行政争议的大体系之中。行政争议是公民、法人或者其他组织与行政机关发生的纠纷。对于作为申请人的公民、法人或其他组织而言,行政复议具有权利救济的性质;而对于作为被申请人的行政机关而言,行政复议具有行政监督的性质。但是,行政复议最直接、最主要的功能是化解行政争议。质言之,我国行政复议制度的功能以化解行政争议为核心,通过化解行政争议,一方面是要保护公民的合法权益,另一方面是要审查行政机关的行政行为。

化解行政争议的途径是多样的。在我国现行法律制度中,主要有行政复议、行政诉讼和信访三种。其中,行政诉讼更强调程序公正,以审查行政行为合法性的方式保证法律适用的统一性,可以作為化解行政争议的最后一道防线。信访作为一种特殊的救济渠道,主要解决超过时效的相关争议,且应当是补充性的。行政复议是行政机关内部化解行政争议的机制,由行政相对人作为申请人启动行政复议程序,由行政复议机关居中,审核并评判被复议行政机关作出行政行为的合法性和合理性,该形式以便捷、高效、免费等特点著称。行政复议由于便捷、高效,应成为化解行政争议的主渠道。主渠道意味着通过行政复议,把行政争议化解在基层、化解在

初发阶段、化解在行政程序中,从而定分止争,案结事了。但是实践中,行政复议作用的发挥离预期还存在一定的差距,主要受群众知不知道复议制度、制度解不解决实际问题、群众信不信任复议结果三方面的影响。

实现主渠道定位,需要扩大复议范围、简化被申请人架构,破解群众“不知道”的制度困局。行政相对人不知道能行政复议、不知道找谁行政复议是横亘在复议制度和行政相对人之间的一条鸿沟,也是行政复议数量远远比不上信访数量的原因之一。现行《行政复议法》规定了十项具体的可以申请行政复议的情形,且以具体行政行为侵犯合法权益为限。而在纷繁的社会生活中,行政法的疆域不断拓展,行政机关参与社会治理领域不断扩大,行政机关基于一些新出现的管理事项而作出的行政行为难以归入行政复议范围。而且,基于我国国家制度的构建,一些涉及特定自然资源所有权和使用权的行政争议应当先行申请复议,称之为复议前置;行政复议以国务院为最高行政复议机关,因此以省级人民政府和国务院作为被申请人的行政复议案件,在复议前置的情形下,会形成复议终局也就是形成行政相对人不能再向人民法院提起行政诉讼的局面。行政复议制度与行政机关科层制之间叠床架屋,对普通老百姓来说比较复杂,行政相对人维权时远比不上去信访来得直接。因此,应进一步扩大行政复议范围,建立相对集中的行政复议机构,让行政相对人清楚地知道发生哪些行政争议可以找哪个上级机关复议维权。

实现主渠道定位,需要强化合理性审查,破解群众认为其“不解决”实际问题的制度困局。行政诉讼只能审查行政行为合法性的局限,而行政复议则有权“审查申请行政复议的具体行政行为是否合法与适当”,即可以同时审查被申请人作出行政行为的合法性和合理性,这是行政诉讼所不及的。随着依法行政的不断推进以及行政机关工作人员法治思维的不断提升,更多的行政争议将围绕行政行为是否适当而产生。例如,常见的行政行为合理性争议有房屋征收补偿的多少、违法建设面积的认定、工伤认定及赔偿数额、低保等行政给付申请资格等。判定行政行为是否适当、合理,主要靠行政复议机关审查被申请

人作出行政行为时的行政裁量是否合理,这也是行政复议制度行政性、专业性的体现。理论上,这对行政复议申请人合法权益保护的范围更广、力度更大,理应成为行政相对人处理行政争议的首选途径。但是,当前我国行政复议机关对行政行为的合理性审查力度还不够,解决实际问题的成效不显著。因此,强化行政复议的合理性审查力度,实效性审查被申请人行政行为是否适当,是化解行政争议的关键,也是将行政复议打造成化解行政争议主渠道的关键。

实现主渠道定位,需要加大行政复议的公开力度,破解群众“不信任”的制度困局。行政复议不是司法程序,但是不排除在复议程序中加入部分司法元素,以增加公信力和可信用。解决公信力问题,公开是一剂良药。《行政复议法》规定,行政复议机关履行行政复议职责应当遵循公开的原则。公开内容包括依据公开、过程公开、结果公开。然而,虽作为行政复议的原则之一,但是行政复议制度的程序设计对公开原则的落实仍需加强。以结果公开为例,《行政复议法》只规定了复议申请人可以通过案卷查阅的途径查询复议结果,行政复议决定书没有面向全社会的公开途径。行政复议过度的“内部性”缺乏像法院裁判文书一样接受公众监督的渠道,不利于公众对复议过程和结果的信任。而在互联网上公开行政复议决定书,可以有效提升行政复议的公信力,可以减少因行政诉讼“双被告”制度引起的消极复议等问题。我国当前已有行政复议机关试点公开复议决定书,但是还要在公开手段、案件类型等方面进一步加强统一性和规范性。行政复议要想在行政诉讼和信访等制度中“脱颖而出”,除了要进一步发挥其快捷、高效的特点,更要弥补其相较于诉讼和信访在公正性和便捷性方面的不足,不仅从量上,更从质上消解行政争议,真正成为化解行政争议的主渠道。



考察与考核的联系

古代汉语中,考察主要的意思是 对官吏政绩的考察、了解。在法律法规和党政机关日常工作中,考察与考核在一定意义上延续了古代汉语的用法,但两者有密切联系,也有区别。

从工作内容上看,都是根据一定的标准和内容开展调查、研究、核实,了解客观真实情况。规定考察标准和内容的,如《党政领导干部选拔任用工作条例》第27条规定,“考察党政领导职务拟任人选,必须依据干部选拔任用条件和不同领导职务的职责要求,全面考察其德、能、勤、绩、廉,严把政治关、品行关、能力关、作风关、廉洁关”,并规定了政治标准、道德品行、专业素养、工作实绩、作风、廉政情况等方面考察的具体要求。规定考核标准和内容的,如《法官法》第41条规定,“对法官的考核内容包括:审判工作实绩、职业道德、专业水平、工作能力、审判作风。重点考核审判工作实绩”。

从工作对象来看,都可以是人员、机构、实务、工作情况、取得的成绩、存在的问题等。以人员为对象的,如《刑事诉讼法》第283条规定,“在附条件不起诉的考验期内,由人民检察院对被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人进行监督考察。未成年犯罪嫌疑人的监护人,应当对未成年犯罪嫌疑人加强管教,配合人民检察院做好监督考察工作”。以机构为对象的,如《建设工程质量管理条例》第46条规定,“从事房屋建筑工程和市政基础设施工程质量监督的机构,必须按照国家有关规定经国务院建设行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门考核”。再如,《药品管理法》第81条规定,“药品上市许可持有人、药品生产企业、药品经营企业和医疗机构应当经常考察本单位所生产、经营、使用的药品质量、疗效和不良反应。发现疑似不良反应的,应当及时向药品监督管理部门和卫生健康主管部门报告”。

从工作结果来看,都要作出一定的判断或者结论。以《企业国有资产法》为例,关于考察的,该法第24条规定,“履行出资人职责的机构对拟任命或者建议任命的董事、监事、高级管理人员的人选,应当按照规定的条

件和程序进行考察。考察合格的,按照规定的权限和程序任命或者建议任命”。关于考核的,该法第27条规定,“国家建立国家出资企业管理者经营业绩考核制度。履行出资人职责的机构应当对其任命的企业管理者进行年度和任期考核,并依据考核结果决定对企业管理者奖惩”。再如,《公务员法》第39条规定,“定期考核的结果作为调整公务员职位、职务、职级、级别、工资以及公务员奖励、培训、辞退的依据”。

考察与考核的区别

工作方式上,考察主要是现场实地进行,考核既可以实地进行,也可以书面进行。规定考察的,如《野生动物保护法》第40条规定,“外国人在我国国家重点保护野生动物进行野外考察或者在野外拍摄电影、录像,应当经省、自治区、直辖市人民政府野生动物保护主管部门或者其授权的单位批准,并遵守有关法律、法规规定”;再如,《中国人民政治协商会议全国委员会委员视察考察工作条例》第2条规定,“委员考察工作是政协全国委员会办公厅、专门委员会和受委托的省级政协组织全国政协委员,就各项事业和群众生活的重要问题,进行实地察看,了解情况,学习提高”。规定考核的,如根据《政府采购法实施条例》第60条,除政府采购法规定的考核事项外,财政部门对集中采购机构的考核事项还包括:政府采购政策的执行情况;采购文件编制水平;采购方式和采购程序的执行情况;询问、质疑答复情况;内部监督管理制度建设及执行情况;等等。有些工作涉及面广、情况复杂,财政部门既可以通过审查书面材料进行考核,必要时也应当到现场实地了解情况,才有可能得到客观真实的信息,作出可靠的结论。

以人员为工作对象时,考察主要用于在候选人中选择确定正式人选,考核的主要对象是已经进入岗的正式工作人员。以《公务员法》为例,该法第31条和第32条分别规定,“招录机关根据考试成绩确定考察人选,并进行报考资格复审、考察和体检”;“招录机关根据考试成绩、考察情况和体检结果,提出拟录用人员名单,并予以公示”,这里的“考察”就是公务员招录过程中的一个必经程序。值得注意的

法律中的「考察」与「考核」

□ 潘波

是,该法第五章“考核”规定了对在职公务员的考核评价,如第35条规定,“公务员的考核应当按照管理权限,全面考核公务员的德、能、勤、绩、廉,重点考核政治素质和工作实绩。考核指标根据不同职位类别、不同层级机关分别设置”。《事业单位人事管理条例》第九条规定的公开招聘工作人员的考察程序,以及第20条关于“全面考核事业单位工作人员的表现,重点考核工作绩效”的规定也是这样的用法。

