



区分不同量刑情节确认“法定最高刑”

□刘宪权 黄楠

刑法溯及力和追诉时效制度均涉及法定最高刑的判断问题。众所周知,刑法中溯及力本质上解决“新”“旧”法律的选择适用问题,普遍遵循“从旧兼从轻”的适用原则。根据最高人民法院1997年12月31日发布的《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》的规定,“处刑较轻”是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻;而法定刑较轻是指法定最高刑较轻,如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。由此可见,新旧刑法对处刑轻重的判断需要优先比较法定最高刑。刑法中追诉时效是指依照法律规定对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。在法定的追诉期限内,司法机关有权依法追究犯罪分子的刑事责任;超过法定追诉期限,不应再追究犯罪分子的刑事责任。根据刑法第87条的规定,追诉时效的期限长短是以法定最高刑为计算标准,不同的法定最高刑决定不同的追诉期限(刑法第87条规定:犯罪经过下列期限不再追诉:法定最高刑为不满五年有期徒刑的,经过五年;法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的,经过十年;法定最高刑为十年以上有期徒刑的,经过十五年;法定最高刑为无期徒刑、死刑的,经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准)。因此,追诉时效同样涉及到法定最高刑的判断。

那么,如何确定法定最高刑?刑法溯及力与追诉时效中的法定最高刑含义是否完全一致?是否需要兼顾考虑量刑情节对法定刑的影响?当出现共同犯罪或者犯罪停止形态的情况,对于从犯或者未遂犯、中止犯追诉期限的认定是否与主犯或者既遂犯一致?这些问题在理论上抑或在实践中均存在较大争议,有待进一步厘清。

“法定最高刑”对应的不同判断标准

所谓法定刑,是指刑法分则



刘宪权

□刑法溯及力中法定最高刑的确定只需考量刑法分则条款中直接决定不同法定刑幅度的量刑情节,其他的量刑情节是在选择适用的法律后再加具体考量;追诉时效中法定最高刑的确定需要综合考量影响犯罪行为最终判处的法定刑幅度的所有量刑情节。

对各种具体犯罪所规定的刑罚种类和刑罚幅度。各法定刑幅度之间一般包括最低限度的法定刑和最高限度的法定刑,即法定最低刑和法定最高刑。根据通说,刑法中的法定最高刑具备以下两个特征:

其一,法定最高刑不是指对犯罪分子应当判决的具体刑期(即宣告刑),而是根据犯罪分子所犯的犯罪性质和犯罪情节,与其所犯罪行相对应的刑法分则条文规定的处罚档次中的最高刑。换言之,法定刑是立法者确定的刑罚,有一定的刑种选择和幅度选择;宣告刑则是司法机关对案件处理时确定的刑罚,只限于特定的刑种和刑度。

其二,法定最高刑并非是指某一犯罪全部刑罚的最高刑,而是指某一犯罪中与该犯罪情况基本相适应的某一法定刑幅度的最高刑,即对犯罪分子应在该档幅度内处罚的档次最高刑。

应该看到,法定最高刑的确定取决于犯罪行为应当判处的法定刑幅度,而法定刑幅度的确定又离不开对量刑情节的考量。虽然刑法溯及力与追诉时效中的法定最高刑同样具备以上特征,但二者的含义并不完全一致,其中最本质的区别在于法定最高刑的确定过程中,对量刑情节的考量程度不同。

量刑情节与“法定最高刑”判断的关系

刑法中的犯罪情节包括定罪情节和量刑情节。量刑情节是指犯罪构成事实以外,反映犯罪行为的社会危害性和犯罪分子的人身危险性,并据以决定对犯罪分

子处刑轻重或免于处罚的各种客观事实,主要用于区分罪轻与罪重。而定罪情节则是指犯罪构成事实以内,对定罪起决定作用的一系列主客观事实,主要用于区分罪与非罪、此罪与彼罪。例如,数额犯通常是以犯罪数额作为定罪量刑的标准,其中“数额较大”属于定罪情节(也属于量刑情节)、“数额巨大”或者“数额特别巨大”则属于量刑情节。当然,量刑情节除了包括刑法分则条款中直接决定不同档次法定刑幅度的加重或减轻情节之外,还应当包括刑法(即总则和分则条文规定)中对犯罪分子的量刑具有从重、从轻、减轻或者免除处罚作用的情节。如,总则条文中的自首、立功、从犯、犯罪未遂、犯罪中止等情节;分则非法吸收公众存款罪条文中的“在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”等情节。

笔者认为,不同的量刑情节对法定最高刑的判断应该存在不同程度的影响,理由是:首先,无论是刑法溯及力抑或是追诉时效,对于法定最高刑的判断均要考量刑法分则条款中加重或减轻处罚的量刑情节。正如前文所述,法定最高刑的确定取决于犯罪行为应当判处的法定刑幅度,我们应该以刑法分则条款中直接决定不同法定刑档次的加重或减轻的量刑情节作为判断标准。此种量刑情节对法定刑幅度具有明确、直接的指引功能,进而决定幅度内法定最高刑的判断。因此,刑法中法定最高刑的判断首要考量的必然是刑法分则条款中直接决定不同法定刑幅度的加重或减轻等量刑情节。

其次,刑法溯及力与追诉时效在对法定最高刑的确定过程中,对刑法中规定的有关从重、从轻、减轻或免除处罚的其他量刑情节的考量应当区别对待。具体而言,刑法溯及力中法定最高刑的确定,无需考量对犯罪分子具有从重、从轻、减轻或免除处罚的相关量刑情节。与之相反的是,追诉时效中的法定最高刑则需要先对犯罪分子具有从重、从轻、减轻或免除处罚作用的相关量刑情节综合考量后再确定。

量刑情节在不同刑法制度中的考量

刑法溯及力本质上是选择法律适用的问题,而选择的标准应当是明确的、客观的。毫无疑问,法定刑是根据行为的社会危害性程度而设置的,它排除了犯罪分子的个人情况、犯罪后的态度等因人而异且又足以影响具体量刑轻重的因素。刑法溯及力关注的是刑法条文本身的客观轻重问题,其中涉及的法定最高刑只能依据刑法分则条款中直接决定不同法定刑幅度的量刑情节进行确定,不应再同时考量其他可能影响最终判处刑罚的量刑情节。

刑法中追诉时效作为一种刑罚消灭制度,直接关系到是否应当对犯罪分子追究刑事责任的问题。而判断是否对犯罪分子追究刑事责任,则需要综合考量能够反映犯罪分子所实施行为的社会危害性及自身体现的人身危险性所有量刑情节。社会危害性大、人身危险性强的,必然对其适用较长的追诉时效期限;反之,追诉时效期限可以相应缩短。1985年8月发布的最高人民

法院《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题的答复(三)》曾明确指出:“根据所犯罪行的轻重应当分别适用刑法规定的不同条款或者相应的量刑幅度,按其法定最高刑来计算追诉时效期限。”笔者认为,追诉时效期限的计算,应当遵循罪责刑相适应原则,也即实际期限的长短在度上应当与刑罚之轻重幅度相对称。如果综合考量所有量刑情节后,犯罪分子所犯之罪只可能适用相对较轻的刑罚,但却只依照分则条款中设置的刑罚幅度对其适用过长的追诉时效期限,显然有违罪责刑相适应原则。例如,对于因在共同犯罪中构成从犯或胁从犯,或者因犯罪未遂而减轻处罚的行为人,由于此时减轻处罚的依据在于其罪行的危害性或者不法程度较主犯或既遂犯更低,故应以降格后的法定刑幅度认定追诉期限。有观点对此持否定态度,认为自首、立功、从犯、未遂、中止等对犯罪分子具有从重、从轻、减轻或者免除处罚作用的量刑情节,是否存在以及是否可以宽处刑罚都需要在案件侦查过程中逐渐查明,并得到法院最终认定,而追诉时效期限的长短以及是否超过追诉时效在侦查之初就需要确定。但笔者认为,这些量刑情节能否在侦查之初得以查明,并不能成为否定追诉时效期限的确定过程中需要同时考量这些量刑情节的理由。因为随着案件的进一步侦查,如果结合已经查明的量刑情节确认已经超过追诉时效的,对于已经追究的,完全可以撤销案件或者不起诉或者终止审理。

综上所述,刑法溯及力中法定最高刑的确定只需考量刑法分则条款中直接决定不同法定刑幅度的量刑情节,其他的量刑情节是在选择适用的法律后再加具体考量;追诉时效中法定最高刑的确定需要综合考量影响犯罪行为最终判处的法定刑幅度的所有量刑情节。

(作者分别为华东政法大学教授、博士研究生)



以检察听证优化法律监督职权行使

□林月荣

检察听证,是指人民检察院对于符合条件的案件,组织召开听证会,就事实认定、法律适用和案件处理等问题听取听证员和其他参加人意见的案件审查活动。最高人民检察院2020年10月20日公布的《人民检察院审查案件听证工作规定》(下称《规定》)对检察听证活动进行了定义。这一定义,明确了检察听证活动是案件审查活动。在我国现有法律体系下,检察机关开展听证活动具有充分且正当的法理基础,对于优化法律监督职权行使有着重要价值意义。

检察听证是检察机关履行法律监督职能的一种方式。检察机关是宪法规定的法律监督机关。法律监督是各项检察职能的共同属性,各项检察职能统一于检察机关的法律监督机关性质。依据人民检察院组织法的规定,法律监督职权主要包括:依照法律规定对有关刑事案件行使侦查权;对刑事案件进行审查,批准或者决定是否逮捕犯罪嫌疑人;对刑事案件进行审查,决定是否提起公诉,对决定提起公诉的案件支持公诉;依照法律规定提起公益诉讼;对诉讼活动实行法律监督;对判决、裁定等生效法律文书的执行工作实行法律监督;对监狱、看守所的执法活动实行法律监督;法律规定的其他职权。上述法律监督职权涵盖了“四大检察”“十大业务”范围内的检察职能。检察听证活动作为案件审查活动,可以天然融入“四大检察”“十大业务”范围内,以提高案件办理质效。

在我国,法律监督职权具有司法权属性。法律监督制度在某种意义上就是控制和约束刑事司法权并保障其正当运行的制度性措施,也是维护司法公正的具体体现。在检察机关行使法律监督职能过程中,对于部分案件作出具有裁量性质的决定,如对刑事案件的不予起诉决定、对犯罪嫌疑人逮捕决定等等,这些决定一经作出,即产生法律效力。对此,很多学者认为,对于审查逮捕等进行司法化改造,有利于提升检察机关作出相关决定的公正性,更符合检察机关的司法机关定位。将听证制度引入检察机关法律监督活动中,通过有效听取各方观点及诉求,能够让检察机关更公正地行使法律监督权,让案件办理活动更透明,更符合公平正义要求,也有利于增强检察权威和公信力。

检察听证是使法律监督活动符合程序正义的正当要求。从我国检察机关履行法律监督职权内容来看,法律监督是以办案为基点和依托,同时针对具体案件和诉讼行为的合法性、公正性开展监督。这是法律监督的司法化基本属性,体现了对法律监督权力运行过程中程序正义的基本要求。检察机关所有的法律监督活动,都应当在法定程序下开展,并接受法定程序的制约。而听证程序的含义,是指“任何参与裁判争端或者裁决某人行为的个人或者机构,都不能只听取一方的陈述,而要听取双方的陈述;在未听取另一方陈述时,不得对其实施处罚。”在办案过程中引入听证制度,对于提升法律监督职权行使过程透明度具有重要意义。在公开听证活动中,案件承办人、当事人及辩护人、听证员等第三方的参与,有助于展现案件全貌,增进检察权运行的公开性和透明度,增强检察决定的公正性,提升检察机关的公信力,也更有利于群众或者社会公众对办案活动开展监督。运用听证,一方面能督促检察机关办案严格遵循程序要求;另一方面也能督促办案机关在之后的办案过程中严格依法办理,通过公开听证形成对程序正义追求的压力,倒逼办案机关完善办案环节。

基于听证活动的特征,检察听证过程中天然应当具备程序法定性、公开性和允许辩论的特征。对此,《规定》第三章用了12条规定对检察听证程序进行规定,并在第17条明确了应当听取各方意见的要求,“人民检察院充分听取各方意见后,根据已经查明的事实、证据和有关法律规定,能够当场作出决定的,应当由听证会主持人当场宣布决定并说明理由;不能当场作出决定的,应当在听证会后依法作出决定,向当事人宣告、送达,并将作出的决定和理由告知听证员。”

检察听证使法律监督活动更加符合为民司法要求。法律监督权来源于人民。人民检察院组织法规定了人民检察院实行司法公开的原则。因此,通过一定的途径和形式让广大人民群众参与到检察工作中来,使得检察工作尤其是检察机关办案活动体现出人民意志,同时,通过人民群众的广泛参与来保证检察机关严格遵守和执行宪法法律。执法司法越公开,就越有权威和公信力。开展检察听证活动,让人民群众参与到办案中来,使得检察职能能够以看得见的方式实现程序公正,一定程度上顺应了公民参与司法的法治发展要求和趋势。

之所以认为检察听证制度有利于提升司法公信力,原因在于检察听证制度是一种事前监督制约机制,其发生于检察机关作出决定之前,听证活动的结果在很大程度上影响着检察机关最后作出的决定。同时,检察听证制度是检察机关顺应应务公开要求而开展的一项改革措施,通过将检察机关作出决定的过程和依据向社会公开,置于社会的监督之下,有利于促进司法公正,达到息诉的目的。

检察听证是检察机关落实依法独立行使检察权的有效选择。人民检察院组织法第4条规定,“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”;第8条规定,“人民检察院实行司法责任制,建立健全权责统一的司法权力运行机制”。检察机关在行使检察权过程中,以往主要以书面审查为主,办案过程不公开,存在对检察权运行监督制约不足的担忧。为此,开展检察听证,主动公开检察权运行过程,全面听取各方意见,尤其是听取听证员等第三方独立发表的客观、中立的意见,能够有效帮助检察机关更加客观准确地认定案件事实、适用法律,依法公正地作出决定。《规定》第16条规定,“听证员的意见是人民检察院依法处理案件的重要参考。拟不采纳听证员多数意见的,应当向检察长报告并获同意后作出决定”。可见,听证员的意见是重要参考意见,不影响检察机关必须依据查明的案件事实,依法独立作出决定。

(作者为黑龙江省哈尔滨市香坊区人民检察院检察长)

谣言型犯罪中“谣言”该如何理解



□陆幸福 张培

当前,我国刑法中涉及谣言的犯罪罪名较多,其中直接使用“谣”这一概念的罪名有煽动颠覆国家政权罪、战时造谣扰乱军心罪、战时造谣惑众罪;使用“虚假信息”这一概念的罪名有编造、故意传播虚假信息罪,编造、故意传播虚假信息罪,编造并传播证券、期货交易虚假信息罪以及网络谣言型寻衅滋事罪;损害商业信誉、商品声誉罪则使用了“捏造并散布虚伪事实”的提法。另外,还规定“捏造事实诽谤他人”的行为可能构成诽谤罪。至于刑法第243条规定的诬告陷害罪,虽然也有“捏造事实”的特征,但其行为特征并非向社会散发,而是向特定国家机关告发,不属于谣言型犯罪,如果行为人将所捏造的犯罪事实向社会传播构成犯罪的,则以诽谤罪处理。治安管理处罚法第25条规定了“散布谣言”的行政处罚。最高人民法院、最高人民检察院于2013年9月6日发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称《网络诽谤解释》)第5条规定“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的”,应当以寻衅滋事罪论处。

但是,以上规范中“谣”“谣言”“虚假信息”“虚伪事实”“捏造事实”是否都等同于谣言,谣言可否界定为虚假信息,如何认定,争议很多。《现代汉语词典》将谣言解释为没有事实根据的消

□谣言固然可从汉语词源意义、社会学意义去分析理解,但在法律语义下,谣言和虚假信息可视为同义。

□应当规范立法和司法文件的用语,将“谣”“谣言”“虚假信息”“虚伪事实”“捏造事实”尽可能统一表述为“虚假信息”,在司法实践中可以将捏造(制造)虚假信息、传播虚假信息简称为“造谣”“传谣”。

息;《辞海》将谣言解释为没有事实根据的传闻或捏造的消息。学术界对谣言的理解也基本以这两种解释为前提展开,形成了不少共识,强调谣言是对客观事实的一种描述,而不能只是单纯的主观性评论;虚假信息应该与现实生活中是有关联的,不是神话、迷信和文学作品。但在谣言是否为虚假信息这一问题的理解上,学者们存在分歧。目前学界主要有三种观点:

第一种观点认为,谣言一定为虚假信息,但谣言的范围小于虚假信息,有学者认为没有根据的消息往往与实际不符合,因而谣言肯定属于虚假信息;但是与实际不符的消息不一定没有根据,所以虚假信息不一定属于谣言;谣言的范围小于虚假信息。分析这一观点可发现,其本质看法有二:一是将主观上故意传播谣言作为根本条件;二是认为以一定的真实信息为基础传播的信息并非谣言,所以谣言的范围小于虚假信息。第一个看法当然是正确的,没有主观故意传播的谣言,当然也是社会学意义上的谣言,但不是刑法上的谣言;然而,有一定根据的谣言即部分虚假的谣言并非谣言的看法值得商榷。

第二种观点认为,谣言并不一定为虚假信息,认为谣言可真可假,有学者认为,“没有根据的消息也不尽是是与事实不符合的消息”。另有学者认为“虚假并非谣

言的界定标准,谣言可真可假,其根本特征是区别于精确性的不可知性”。也有学者认为谣言本身可能是真的,并不必然为假。还有学者认为“信息的虚假性不是谣言的根本特征”,谣言的本质应当是“未经证实、似是而非”。这一观点人为地扩大了谣言的解释,把谣言定义为中性的词语,等同于传言,其本质是人为地抽掉了谣言中的故意捏造、恶意传播未经证实的消息的成分,是在偷换人们约定俗成的谣言概念。

第三种观点认为,谣言与虚假信息是同义词。有学者认为“没有根据与捏造都指向信息的虚假性”,并认为,“谣言并不必然为虚假的论点没有依据”。一些学者也赞同汉语中的谣言即指虚假信息;而对于未经证实的信息,人们习惯上称之为“传言”“传闻”。

大多数学者都同意第三种观点,即谣言固然可从汉语词源意义、社会学意义上分析理解,但在法律语义下,谣言和虚假信息可视为同义。有学者主张基于限制学解释立场,在刑法语义下,谣言和虚假信息可视为同义。有支持者认为,司法解释中的虚假信息界定为“没有根据”且与“事实不符”的消息。还有学者认为,在刑法语义下,网络谣言即指网络虚假信息,但谣言概念本身在词源上具有模糊性,建议在立法上不要将同一含义的内容使用不同词语来表达,宜用网络虚假信息替换网络谣言这一概念。

可见,虽然学者们从汉语语义上解读谣言的概念存在差异,但从法律语义上解读,大部分都将谣言和虚假信息视为同义。

本文也同意第三种观点,理由如下:

第一,现代中文语义下的谣言具有负面含义和贬义,一般情况下并非可以与“传言”等同的中性词语。“造谣”总是与“生事”“搬弄是非”联系在一起,将谣言定义为虚假信息符合现代中文的语言习惯,易于被人们理解。

第二,在法律上,谣言、捏造、传播未经证实的信息同样具有严重社会危害性,将其认定为虚假信息符合立法目的。以哲学上的真实标准作为法律事实的认定标准,在法律上不具有可操作性。

第三,从我国刑法和治安管理处罚法的法条措辞来看,谣言和虚假信息也是同一概念,二者含义相同。如前所述,使用“谣”这一概念的罪名有煽动颠覆国家政权罪、战时造谣扰乱军心罪、战时造谣惑众罪。使用“虚假信息”这一概念的罪名包括编造、故意传播虚假信息罪,编

造、故意传播虚假信息罪,编造并传播证券、期货交易虚假信息罪以及网络谣言型寻衅滋事罪。损害商业信誉、商品声誉罪中使用了“捏造并散布虚伪事实”的提法。另外,诽谤罪还规定其行为特征是“捏造事实诽谤他人”。在传统的军事类犯罪中,立法使用了“造谣”这一词来描述罪状。笔者认为,其原因在于立法当时我国社会并没有虚假信息这一提法,同时,为了罪名的简洁,立法者直接将生活中的俗语用于罪名,“造谣”这一词语的含义仍然是“编造、故意传播虚假信息”。

第四,含部分虚假事实的谣言也应当属于谣言。《网络诽谤解释》第1条将谣言定义为捏造事实或者“将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改或损害他人名誉的事实”,后者实际上就是指部分虚假的事实。

需要注意的是,以事件所含信息真实性的成分比重或是否证实作为虚假信息的判断标准不具有科学性。对于一个重大事件而言,即使是含有1%的虚假成分也可能严重危害社会,因为这1%的虚假成分可能是关键事实或者传播中人们最为关注的事实,所以只要是虚假的信息,不管虚假成分在整个事件中所占比重多大,它本身的虚假性都是100%。同时,根据虚假成分的比例来判断是否为谣言,也不具备实践上的可操作性。

综上,应当规范立法和司法文件的用语,将“谣”“谣言”“虚假信息”“虚伪事实”“捏造事实”尽可能统一表述为“虚假信息”,在司法实践中可以将捏造(制造)虚假信息、传播虚假信息简称为“造谣”“传谣”。

(作者分别为西南政法大学教授、博士研究生)