

●依法能动履职与诉源治理

# 能动履职更好护航未成年人健康成长

□宋英辉 孙若尘

未成年人保护法规定,国家保障未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利,明确了未成年人保护工作中的国家亲权理念,并赋予检察机关对涉及未成年人的诉讼活动等进行监督、督促支持起诉、提起公益诉讼等职责。检察机关作为国家法律监督机关和公共利益的保护者,在未成年人保护工作中依法能动履职,发挥主观能动性,积极开展未成年人保护工作,针对涉及未成年人个案、类案发生的背景、原因,通过检察建议等多种形式“对症下药”,积极参与社会治理,促进防范侵害未成年人案件的发生,实现治罪与治理并重,既保护了未成年人的合法权益不受侵害,又体现了检察机关主动作为、敢于担当、善于监督的精神。

依法能动履职有利于将预防未成年人权益侵害的视角与维度深入至相关问题的源头之上,将潜在的可能侵害未成年人权益的风险降至最低。如2018年最高检向教育部发出“一号检察建议”,针对校园安全管理规定执行不严格、教职员工队伍管理不到位,以及儿童和学生法治教育、预防性侵害教育缺失等问题提出检察建议。“一号检察建议”是检察机关发挥主观能动性、依法能动履职的体现。检察机关没有因为检察建议的制发完成而停歇,各级检察机关以“一号检察建议”作为指引,会同教育行政部门持续督促落实。以此为基石,最高检会同教育部、公安部等推动强制报告、入职查询等探索,并被未成年人保护法所吸收,助推了法律制度的完善。

为了加大未成年人保护力度,检察机关实行未成年人检察业务统一归口未成年人检察部门办理,为未成年人检察依法能动履职、实现未成年人综合司法保护创造了良好条件。最高人民检察院工作报告显示,2021年各级检察机关从严追诉性侵、虐待等侵害未成年人犯罪6.1万人,同比上升5.7%;各地检察机关积极适用附条件不起诉、依法决定附条件不起诉2万人,占结案未成年人总数29.7%,起诉较严重犯罪未成年人3.5万人,同比上升6%,依法



宋英辉

□检察机关作为国家法律监督机关和公共利益的维护者,在未成年人保护工作中依法能动履职,发挥主观能动性,积极开展未成年人保护工作,针对涉及未成年人个案、类案发生的背景、原因,通过检察建议等多种形式“对症下药”,积极参与社会治理,促进防范侵害未成年人案件的发生,实现治罪与治理并重,既保护了未成年人的合法权益不受侵害,又体现了检察机关主动作为、敢于担当、善于监督的精神。

对于不适用附条件不起诉的涉罪未成年人进行惩治也是另一维度的保护。在未成年人检察业务统一归口未成年人检察部门办理的基础上,全国检察机关依照未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、民法典等法律规定,积极践行司法保护融入家庭、学校、社会、网络和政府保护总要求,以检察之力促推其他“五大保护”落实落细,最终形成合力,实现“1+5>6=实”。

依法能动履职,助推家庭教育。未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、民法典对父母或者其他监护人的监护义务作了明确规定。因此,未成年人的父母或者其他监护人应当依法对未成年人承担监护职责。检察机关在办案中发现监护缺失或者监护不当的线索,依法能动履职,督促未成年人的父母或者其他监护人履行监护职责,并根据情况向有关行政部门、基层组织提出建议,加强监护监督和支持,有效保护未成年人的合法权益。2021年,各级检察机关针对父母或者其他监护人严重失职等情形,发出督促监护令1.9万份,联合有关部门、组织,以训诫、教育监护人等多种方式,责令监护人学习家庭教育知识、接受家庭教育指导,切实履行监护职责。针对监护权侵害行为,2021年各级检察机关支持起诉、建议撤销监护人资格758件,同比上升47.8%。检察机关通过上述工作,以能动履职助推督促监护,取得了良好效果,是司法保护融入家庭保护的体现。检察机关的实践探索,也为国家立法提供了样本。家庭教育促进法规定在办理案件过程中,发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为,或者未成年人的父母或者其他监护

人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的,根据情况对父母或者其他监护人予以训诫,并可以责令其接受家庭教育指导。

依法能动履职,助推学校保护。校园安全是学校保护中最重要的一环,针对校园安全的强制报告、入职查询等制度上升为法律规定离不开检察机关的能动履职。上海、慈溪等地检察机关联合有关部门对入职查询制度的探索,推动了该制度在国家法律层面的确立;2018年浙江省杭州市萧山区检察院率先开始试点强制报告制度,其后杭州市检察院在全市推开,2020年最高人民检察院联合九部门对强制报告制度作出规定,2020年修订未成年人保护法将其规定为法律制度。2021年各级检察机关通过强制报告办理侵害未成年人案件1657件,对未履行报告义务促整改、追责459件。推动密切接触未成年人行业入职查询749万人次、解聘2900名有前科劣迹人员。可以说,检察机关以实际行动将司法保护融入到了学校保护之中,作为学校保护的坚实后盾,检察机关持续落实“一号检察建议”,防止侵害未成年人案件发生,将侵害未成年人的“大灰狼”挡在门外。2022年初,最高检会同教育部制发的《检察官担任法治副校长工作规定》从法治教育的层面出发,深入贯彻习近平法治思想,认真落实“谁执法谁普法”普法责任制,以青少年法治教育的形式将司法保护融入学校保护之中。2021年,各级检察机关的3.9万名检察官在7.7万所中小学担任法治副校长。法治副校长结合学生特点和办理涉未成年人案件情况,开设法治课程、举办法治讲座、专题报告会等法治教育活动,组织案例情景模拟、旁听庭审、模拟

法庭等法治体验活动,开展青少年法治教育。在开展法治教育工作的同时,法治副校长亦承担对于校园环境安全建设、落实侵害未成年人案件强制报告制度、教职员准入查询违法犯罪信息制度、协助学校建立完善预防性侵害、性骚扰工作制度和学生欺凌防控工作制度等校园安全防控机制,发挥了重要作用。

依法能动履职,助推社会保护。未成年人保护法明确规定,全社会应当树立关心、爱护未成年人的良好风尚,积极开展有利于未成年人健康成长的社会活动和服务。检察机关能动履职使司法保护融入社会保护之中,取得了良好效果。各地检察机关针对涉及未成年人食品药品安全、校园(幼儿园)与校车安全、经营性娱乐场所治理、烟酒售卖经营管理、未成年人文身服务等与未成年人身心健康密切相关的领域,持续探索、开展公益诉讼,在推动全社会形成保护未成年人意识和营造良好环境方面取得了显著成就。

依法能动履职,助推网络保护。未成年人缺乏辨别是非能力和安全意识,容易受网络不良信息影响,也易成为诈骗、赌博、侵犯个人信息等网络犯罪的受害者,或者受利益诱惑陷入网络犯罪的深渊。因此,如何增强未成年人科学、文明、安全、合理使用网络的意识和能力,以及有效保障未成年人在网络空间的合法权益,是网络时代所面临的重要课题。为此,检察机关加大对未成年人网络保护力度,如浙江省杭州市余杭区检察院对北京某公司侵犯儿童个人信息权益提起督促公益诉讼、北京市检察院督促保护儿童个人信息权益行政公益诉讼案,对于强化儿童个人信息保护、提升儿童个人信息保护意

识、强化行业监督管理具有积极推动作用。此外,针对网络游戏、直播打赏、网络通信、社交平台领域制作、复制、发布、传播或者持有有关未成年人的软色情制品和网络信息,未成年人出入网吧等问题,通过发送检察建议、提起公益诉讼等方式,促使网络服务提供者依法经营,督促有关部门加强对涉未网络空间领域进行源头治理和风险防控,也是司法保护融入网络保护的重要举措。

依法能动履职,助推政府保护。一方面,检察机关助推政府保护体现在检察机关发挥自身职能作用,配合、协同有关政府部门建立相关的工作联动机制,共同做好未成年人保护工作。家庭教育促进法明确规定,检察机关需要发挥自身的职能作用,配合同级人民政府及其有关部门建立家庭教育工作联动机制,共同做好家庭教育工作。如北京市检察机关对办案中发现依法需要接受家庭教育的家庭,联合妇联、中国儿童中心等社会机构,开展具有针对性的家庭教育指导工作,系家庭教育工作联动机制的一大体现。强制报告制度的有关规定亦能体现检察机关与公安机关、司法行政机关及教育、民政、卫生健康等主管行政机关的联动、协作。另一方面,检察机关办案中发现政府管理方面的问题,通过发送检察建议、提起公益诉讼等多种方式,督促相关职能部门履职尽责,有助于提升社会治理能力和落实对未成年人保护的法律规定。

未成年人保护法将家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护和司法保护并列作为未成年人保护六大体系,只有六大保护齐心协力、形成合力,才能构建起未成年人保护之理念,共同构筑起全方位保障未成年人合法权益的防线。检察机关依法能动履职,有助于推动六大保护相互融合,更好地护航未成年人健康成长,实现“1+5>6=实”,形成全社会关心和保护未成年人的有效机制和良好风尚。

(作者分别为北京师范大学未成年人检察研究中心主任、北京师范大学法学院博士研究生)

## 视角

# 适应新时代要求 制发高质量检察建议

□闫宝宝

近年来,检察机关积极运用检察建议履行法律监督职责,在推动有关部门建章立制、堵塞漏洞、消除隐患,规范执法司法行为,促进依法行政,服务保障民生,参与社会治理等方面取得了良好效果。适应人民检察院组织法提出的新要求,制发高质量检察建议要注意以下几点:

检察建议的制发原则。制发检察建议,应当遵循严格依法、准确及时、必要审慎、注重实效以及层级对应等原则。实践中应重点关注层级对应原则和必要审慎原则。

层级对应原则。关于层级对应原则有三点需要注意:一是层级对应原则的适用范围。人民检察院向本院所办案件的涉案单位以外的有关主管机关以及其他有关单位提出检察建议应当遵循层级对应原则。二是关于“异地”的理解。“异地”是指制发检察建议的检察院管辖范围以外的地方,不同于一般的行政区划,强调的是司法管辖。三是异地制发检察建议也应当遵循层级对应原则,并征求被建议单位所在地人民检察院意见。

必要审慎原则。必要审慎原则强调检察机关在履行法律监督职责中发现与检察业务紧密关联、确有监督必要的事项,应当按程序制发检察建议。检察建议的制发必须结合办案,坚决防止片面追求制发数量,对类案问题进行“拆案”处理。

检察建议的制发程序。检察建议制发程序有四点需要特别注意:一是无论哪一类检察建议,为保证建议事项所依据的事实清楚准确,应进行必要的调查核实。二是制发社会治理类检察建议,应在报检察长前由法律政策研究部门对检察建议的必要性、合法性、说理性进行审核。三是为保证检察建议优质、严肃和权威,各类检察建议均由检察长或者检察委员会讨论决定后,以检察机关名义发出。

检察建议的文书制作。检察建议是检察建议工作的集中体现,文书质量的高低关系到检察建议质效的高低。一份合格的检察建议应当做到以下几点:

统一编号。制发检察建议应当在全国检察业务应用系统中进行,实行以院名义统一编号、统一签发、全程留痕、全程监督。

内容完整。不同类型的检察建议,内容会略有不同,但一份完整的检察建议一般应包括以下内容:(1)案件或者问题的来源;(2)依法认定的案件事实或者经调查核实的事实及其证据;(3)存在的违法情形或者应当消除的隐患;(4)建议的具体内容及所依据的法律、法规和有关文件的规定;(5)被建议单位提出异议的期限;(6)被建议单位书面回复落实情况的期限;(7)其他需要说明的事项。

释法说理充分,建议内容合理、可行,语言规范。检察建议效果的提升关键在于其说理的充分性,没有说理的建议犹如空中楼阁,缺乏立足之本,也就难以被被建议单位所接受。提出检察建议需要注意避免三种情况:一是建议内容空洞,没有针对性。二是超出被建议单位职权范围,没有针对性。三是超出被建议单位职权范围,影响检察建议质效。四是语言使用不规范。五是监督不是高人一等,检察建议的用语要注意分寸,保证监督“刚性”的同时,不宜强势逼人,要尊重被建议单位的工作主导性。

检察建议的质效保证。为增强检察建议效果,促进被建议单位对检察建议的重视和采纳,要做到以下几点。一是规范送达程序。检察建议可书面送达,也可现场宣告送达。需要拟定的,宣告送达应当商请被建议单位同意,拟邀请人大代表、政协委员或者特约检察人员、人民监督员等第三方人员参加的,应当事先告知被建议单位。二是用足抄送制度。对一些社会影响大、群众关注度高等违法情形具有典型性的事项,在向有关单位制发检察建议的同时,抄送行上级主管部门;对办案中发现具有普遍性的问题,在向涉案单位制发检察建议的同时,抄送行上级主管部门以及行业自律组织等;涉及抄送违法追责的,抄送纪检监察机关。三是积极帮助和支持被建议单位落实检察建议。检察建议发出后,及时了解被建议单位的整改落实情况。对于被建议单位在整改落实中遇到困难,需要检察机关予以支持的,检察机关要及时提供支持,共同推进检察建议的落实。四是加强跟踪督促。对于被建议单位在规定的期限内经督促无正当理由不予整改或者整改不到位的,经检察长决定,可以将相关情况报告上级检察院,通报被建议单位的上级机关、行政主管部门或者行业自律组织等,必要时可以报告同级党委、人大,通报有关机关。

工作理念。检察机关与被建议单位之间既是监督与被监督的关系,也是良性建议与协作配合的关系。检察机关要与其他执法司法部门形成良性、互动、积极的工作关系,以期实现双赢共赢共赢局面。比如,被建议单位在一定期限内可以提出异议,被建议单位提出异议的,应当尽快进行复核。这里的“异议”是指被建议单位提出的明确异议,被建议单位不予回复,或者回复不予采纳,或者回复内容实质否定检察建议的,应当按照规定对被建议单位进行督促落实。

(作者单位:上海市人民检察院第二分院)

# “三个分离”:正确处理非法集资案件的刑法思维

## 观察

□王聚涛

实践中,非法集资类犯罪往往依托于公司化、集团化运作,组织架构上呈现出由负责人(包括董事长、总裁、总经理及实际控制人等)、经理到业务主管(团队经理)、普通业务人员的层级制特点。这种多层次的组织架构让非法集资类犯罪形成了共同犯罪(不法层面)的行为模式,但与此同时,长链条的人员结构也意味着信息在由上到下的传递过程中会出现层层递减的情况,由此也产生了非法集资案件中定罪量刑的“分离”现象,即非法集资行为之间虽然构成共同犯罪,但在罪名适用、责任承担以及主从犯认定等方面与非涉众型共同犯罪有所区别的情形。在办理非法集资案件时,应当注意并贯彻“分离”认定思维,谨慎定罪处罚。

### 罪名分离:各层级人员不必适用相同罪名

最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(下称《解释》)规定,非法集资共同犯罪中部分行为人为人具有非法占有目的,其他行为人为人没有非法占有集资款的共同故意和行为的,对具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。《解释》在明确将是否具有非法占有目的作为区分集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪关键要件的同时,也强调在非法集资共同犯罪中,并非一律认定为集资诈骗罪或者非法吸收公众存款罪,而是以是否具有非法



王聚涛

占有目的而分别定罪。这就产生了罪名适用上的“分离”。

需要注意的是,《解释》的上述规定并非法律拟制,而仅仅是一种提示性规定,意在提醒司法人员在办理非法集资案件时,要着重非法占有目的方面的证据审查与判断,从而准确定罪和适用法律。这与犯罪构成理论和共同犯罪的基本原理是一致的。

犯罪是符合刑法规定的构成要件的行为。我国刑法上的共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。共同犯罪中“犯罪”其实是客观层面上“不法”的意思,并不包含主观层面的“有责”的内容。换言之,在共同犯罪中,各行为人只要共同实施了一个客观的不法行为,对此客观不法行为具有共同故意,即构成共同犯罪。但构成共同犯罪,并不意味着各行为人最终被宣判为同一种罪名,因为“不法是共同的,责任是分别的”。也就是说,认定共同犯罪中各行为人的罪名,还要结合该行为人的主观责任要件来综合认定。简言之,在共同犯罪中,不必追求各共同犯罪行为人所涉罪名的同一性。

作为共同犯罪的一种,非法集资犯罪的认定当然也要遵循共同犯罪的基本原理。在罪名适用上,要在审查认定各行为人实施了非法集资客观行为后,结合该行为人为人是否具有非法占有目的这一主观责任要件,认定其涉嫌集资诈骗罪还是非

法吸收公众存款罪。司法实践中,由于信息不对称造成信息传递过程中信息量的递减,越处于低层级的人员对集资款的流向和用途以及公司、负责人个人资产负债情况知晓的可能性就越低,甚至会受到负责人、公司高层的欺骗和误导而被“蒙在鼓里”,因而往往无法证明他们具有非法占有目的,应认定为非法吸收公众存款罪。但是,公司负责人、高管却不同,他们当然清楚资金流向和用途,只要能证明他们具有《解释》第7条第2款规定的八种情形之一的,就应当认定具有非法占有目的,进而以集资诈骗罪定罪处罚。

### 罪责分离:犯罪意志因层级不同而存在差异

根据刑法第176条和第192条规定,非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪均可由单位构成。由于刑法并未像区分行贿罪与单位行贿罪那样,以犯罪主体来区分非法集资犯罪的罪名,因此无论是单位还是个人触犯非法集资犯罪,均只能以非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪定罪处罚。但对于高层级与低层级的集资行为人而言,他们的犯罪意志却并不相同。根据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》等相关规定,以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪,但个人为进行违法犯罪活动而设立的单位实施犯罪的,或者单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处而认定为个人犯罪。如果非法集资行为人为人明确知道所在公司进行非法集资而设立或者设立后主要以非法集资为主要活动的,则对其应该刺破“公司面纱”,以个人犯非法集

资罪论处。比如公司的负责人、高管等人员,由于他们往往对公司的发起、设立以及实际业务范围知情,因此对他们应当以个人犯非法集资罪追究刑事责任。但对于像普通业务人员等在组织架构中处于较低层级的人员而言,其获取的信息往往来自公司的宣传或者上级领导的介绍,这些信息往往是零碎和片段的,其对公司设立背景、过程以及公司的全部业务范围的不了解,要求他们全面了解、掌握公司内情也缺乏“期待可能性”。换言之,普通业务人员等低层级的行为人在客观上实施了非法集资行为,但在主观上却误以为是公司实施犯罪,亦即存在客观上是个人借助单位名义实施犯罪而主观上却以为是单位犯罪的主观不一致的情况。根据主客观相一致的定罪原理,这种情况下只能在主客观相一致(相重合)的范围内定罪处罚,即认定为单位(实施)犯罪。当然,这也符合阶层犯罪论下认定犯罪罪所应遵循的先客观再主观的逻辑顺序,即以客观方面来判断行为是否具有违法性,而以主观方面来判断应适用的罪名和责任。

当然,从犯罪意志的角度来考量非法集资活动中各层级人员的责任不同,并非认为在同一个犯罪既是自然人(共同)犯罪又是单位犯罪,而是旨在强调在对各层级人员进行归责时,应当充分考量其主观明知差异引起的事实认识错误,从而做到使罪责刑相适应。

### 主从分离:从犯的认定不必以主犯到案为前提

我国刑法根据共同犯罪行为人所起作用不同,将共同犯罪人分为主犯和从犯。从犯是指在共同犯罪中起次要或辅助作用的人。从逻辑上言之,有主犯未必有从犯,但有

从犯则必定有主犯,从犯是依赖于主犯而存在的,不存在没有主犯而仅有从犯的情况。因此,在办理共同犯罪案件时,如果将某个行为人为人认定为从犯,则必定有同案犯同时被认定为主犯,而不可能在案人员全部被认定为从犯而缺少主犯的情况(主犯被另案处理的除外)。这可以说是认定主从犯的一个基本原则。

当然,在非法集资等涉众型犯罪中,确实存在从犯已到案但主犯却未到案的情况。但是,缺少主犯,并不等于主犯不存在,而仅仅是由于客观原因没有到案。虽然从形式上看缺少主犯,但从实质上主犯已然存在。因此将已经到案行为人为人认定为从犯并未违反上述认定主从犯的基本原理。

此外,还有一种情形,即到案的仅有普通业务员等层级较低的人员,幕后负责人不仅未到案且真实身份一时也难以查明。这种情况下,仍然不能草率将已经到案的人员认定为主犯。根据常理,公司模式下的非法集资行为往往表现为“团伙式”作案特点,各层级人员分工协作、相互配合,共同开展非法集资业务,不可能仅有业务员但不存在负责人的情况。因此,从实质上,两种情形并无本质区别,亦应作相同认定。在主犯未到案的情况下,将有证据证明在共同犯罪中起作用较轻的人员认定为从犯,也符合人权保障原则和宽严相济的刑事司法政策。刑罚不仅要惩治犯罪也要保障人权。总之,非法集资犯罪案件中涉案人员层级多,且不同层级人员主观认识存在差异,不能简单按照自然人犯罪模式认定。在办理该类犯罪案件时应坚持“分离”认定思维,严把“人罪关”和“量刑关”,实现更精准司法、更精细司法。

(作者为江苏省常州市天宁区人民检察院第六检察部主任)