

区分情形规范程序完善员额退出机制



□贵州省人民检察院课题组

自党的十八大以来部署开展司法体制改革以来,作为核心改革任务之一的员额制改革取得了明显成效,检察官增补机制逐步完备。但从实践看,检察官员额退出机制相对滞后,有待进一步深化。2020年3月,中共中央办公厅印发《关于深化司法责任制综合配套改革的意见》将“完善员额退出机制”单列列为深化司法责任制综合配套改革的一项重要内容。在此,选择检察官员额退出机制作为研究对象,以省级以下检察机关为视角,从其内涵、价值追求和实践现状等方面展开探讨。

检察官员额退出机制内涵及价值追求

检察官员额退出机制,是指入额的检察官在法定情况下,经法定程序,依法免除员额检察官身份。这一概念,其内涵包含但不限于司法体制改革前的检察官免职概念,可以从两个角度理解:一方面,检察官首先具有公务员身份,最为直观和必然的退出,是根据公务员法规定的退出,包括辞职、辞退、退休和开除4种形式,是基于承载其检察官职务的公务员基础身份的消失而退出。另一方面,检察官的司法职业性质决定了其必然不同于普通公务员,其内涵既包括公务员身份消失的退出,又包括转任其他类别公务员的退出,比如转任检察官助理或司法行政人员。

完善检察官员额退出机制,是深化司法责任制综合配套改革“精装修”的迫切需要,既能实现对检察官的激励和监督,也能保障检察官队伍正常的进退留转,归结起来其价值追求有三点:一是有序实现优胜劣汰,推

□完善检察官员额退出机制,是深化司法责任制综合配套改革“精装修”的需要,既能实现对检察官的激励和监督,也能保障检察官队伍正常的进退留转。

□完善检察官业绩考评机制,通过全面科学评价检察官办案质量、效率和效果,将考评结果作为职级升降、员额退出等的重要依据。

动检察官队伍革命化正规化专业化职业化建设;二是保持检察官管理制度的保障性,确保检察官职业保障制度有效运转;三是实现检察官“入场”与“退场”的动态管理,推动员额制可持续运行。

检察官员额退出机制现状分析

通过梳理可见,检察官员额退出机制基本是伴随着员额制逐步落实,由会议、文件转化固化为法律规定,成为现实层面的具体举措。比如检察官法、《关于严格执行法官、检察官遴选标准和程序的通知》、《关于加强法官检察官正规化专业化职业化建设全面落实司法责任制的意见》以及《关于深化司法责任制综合配套改革的意见》、《人民检察院检察官员额退出办法》(下称《退出办法》)等。从上海、江苏、山东等省市的具体实践情况看,基本可以分为两种模式:一是出台单独的检察官员额退出办法;二是附属于检察官管理办法、惩戒办法、等级升降办法、绩效考核办法等制度之中。2019年10月,最高检出台《退出办法》,是对各省市检察机关实践经验的总结提升,将退出情形区分为自然退出、应当退出、申请退出3种情形,并明确了相关退出程序、救济程序、重新入额程序等,一定程度上解决了实践中决定主体多元、退出情形混淆、退出程序不一等问题。

但是,从具体落实情况看,检察官员额退出多是基于公务员身份的失去而退出,因考评不合

格、不胜任退出的不多,检察官员额退出机制在制度构建原意上被赋予的积极发挥独特制度功能的能动性不足,应有的激励、管理效能有待更好发挥。

退出事由模糊不清。从退出事由上看,除自然退出、申请退出情形基本无争议外,关于应当退出员额的事由之间存在交叉、较难衡量界定等情况。如:经考评委员会认定存在有关情形之一的,其中5项具体情形无明确界定,特别是关于办案的数量、质量、效率问题等量化尺度模糊,容易导致两个极端:一是无法把握尺度导致制度空转,造成实际的退出不能;二是不正确或任意把握尺度,导致退出随意。

退出程序有待进一步理顺。根据规定,检察官退出,由所在检察院组织人事部门提出意见,经所在检察院党组研究后,二个月内层报省级检察院审批;对考评委员会认定不胜任启动退出的,应当当面听取当事检察官的陈述、申辩;检察官对退出员额决定有异议的,可以向本院党组申请复核,所在院党组应当作出复核决定,层报省级检察院党组审批后答复。在具体操作中存在问题有待进一步解决:一是惩戒委员会和考评委员会认定的情形存在交叉,需要进一步厘清;二是考评委员会认定的5种情形,所属考评周期需要进一步明确;三是检察官申请复核程序与退出程序基本一致,如何强化救济程序公正性、权威性、公信力。

相关配套制度有待进一步完善。一是强化检察官考核评价制

度应用。近年来,最高检部署开展检察官考核工作,取得显著成效,但从各地落实情况看,真正将考核结果与员额退出紧密相关,有待强化。二是检察官惩戒制度未充分发挥应有作用,在实际运行中的效果有待强化。三是对于非因公务员身份灭失而退出员额的,转任后如何安排各地在落实中标准不一,差异不小,尚缺乏较为具体明确的制度规定。

完善检察官员额退出机制的路径构想

为进一步了解检察人员对检察官员额退出机制的构想和期待,课题组就贵州检察官员额退出问题对2434人开展问卷调查,总体比较赞成考评不合格、不胜任就应当退出员额,认为连续三年考评属于末位的应当退出;对退出后的救济、再次入额、待遇和权益保障较为关心,亦较为看重发挥惩戒委员会的作用。结合调研情况,课题组认为可以从几个方面完善检察官员额退出机制:

合理界定退出情形。要区分自然退出、主动退出、被动退出的情形,自然退出包括退休、调出检察系统、辞退、开除等因客观不能履行检察官职责的情形。主动退出包括申请辞去工作、调动工作和调整岗位等。被动退出包括下列情形:因年龄、健康状况退出,一般应以其是否影响检察工作为标准;因工作能力问题退出,重点以入额以后的工作能力、工作业绩表现为是否能够胜任的评判依据;因办案质量问题退出,应综合办案程序、认定事实、适用法律、办理结果等情

强化制度设计促进个人信息信息公益诉讼保护



□刘金林 林京

我国个人信息保护法于2021年11月1日施行,其第70条明确规定了个人信息保护公益诉讼制度。人民检察院和其他相关组织可以对侵犯个人信息权益的信息处理器提起公益诉讼,有效应对个人信息侵权行为。引入公益诉讼制度保护个人信息,既是为了保障个人信息安全,也是社会治理体系现代化的应有之义。但是,个人信息保护法仅对个人信息保护公益诉讼作出了原则性规定,仍有很多理论和实践问题需要进一步研究。

“众多”的内涵

公共利益是一个抽象概念,主流学说认为,公共利益是指涉及不特定多数人的利益。实际上对“不特定多数人”的概念作出解释是一项非常困难的任务。个人信息保护法第70条与消费者权益保护法第47条规定保持一致,只有侵害众多个人权益的,才能提起公益诉讼。那么,何谓“众多”?笔者认为,对于不特定多数人权益受到侵害的情况,当然可以认为是公共利益受到侵犯,但个人信息保护法中的“众多”也包含特定多数人的情况。因个人信息保护法中的个人信息处理器意指处理巨大规模的个人信息的主体,所以对“众多”的具体数量没有必要实体化。但是,在侵害特定多数人个人信息权益情况下,有必要对“众多”进行细化。在司法解释作出明确规定前,可以参考最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条的规定。笔者认为,当非法获取、出售或者提供住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等可能影响人身、财产安全的公民个人信息涉及人数达到500人以上,或

□对于不特定多数人权益受到侵害的情况,当然可以认定为公共利益受到侵犯,但个人信息保护法中的“众多”也包含特定多数人的情况。

□对于有证据证明损害数额的,在公益诉讼中应当根据可以确定的具体损害数额作为赔偿标准。对于有证据证明财产损失具体数额的被侵权人来说,其也可以与法定损害赔偿数额进行比较,选择对其有利的方式提起个人诉讼。

者侵犯普通公民个人信息所涉及的人员达到5000人以上的,应当认为属于个人信息保护法所规定的“侵害众多个人权益”的情形。

起诉主体顺位与资格要求

个人信息保护法第70条明确了提起个人信息保护公益诉讼的适格主体为人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织。但此条规定过于原则性和概括性,在司法实践中需进一步明确。

检察机关提起个人信息保护公益诉讼的情形。个人信息保护法将检察机关作为公益诉讼起诉主体排列在最前,是否意味着检察机关在提起个人信息保护公益诉讼时属于第一顺位?根据民事诉讼法第58条、“两高”《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条规定,检察机关经公告30天后在没有法定机关和有关组织起诉的前提下才可以提起公益诉讼。诉前程序制度设计意指检察机关在公益诉讼中应居于兜底与补充的地位,这也是由司法资源的有限性与保障性所决定的,因此,检察机关提起个人信息保护公益诉讼也应遵照这一原则。

消费者组织提起个人信息保护公益诉讼的情形。消费者组织提起个人信息保护公益诉讼需满足两个要件:其一,根据消费者权益保护法第47条规定,消费者组织限定为中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费

者协会。其二,受案范围受到限定。只有当众多个人由于与消费

组织提起个人信息保护公益诉讼的情形。其他组织参与个人信息保护公益诉讼能充分发挥社会监督和多元主体作用。为了使数字经济发展和个人信息保护两者之间保持平衡,防止滥诉发生,确有必要对其他组织的认定标准进行细化。参照环境保护法第58条规定,建议对社会组织作如下限定:(1)依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记。(2)专门从事个人信息保护公益活动连续二年以上且无违法记录。只有符合上述前提条件,才可能被国家网信部门确定为有权起诉的主体。

个人信息侵权损害赔偿必要性及标准

在个人信息保护领域引入公益诉讼必然面临的问题是:如何通过公益诉讼促进实现行业自律?在民事公益诉讼中,因损失很难量化,难以提出具体赔偿数额。但是,如果在个人信息保护公益诉讼中不能提出损害赔偿,则很难威慑相关主体,更无法促进行业自我规制以实现源头治理。有观点认为,侵犯个人信息权益所产生的损害达不到民法典第1183条第1款规定的“严重精神损害”的程度,不支持提出精神损害赔偿请求。笔者认为,公益诉讼本身就是基于受害人数众多,为维护社会公共利益,实现诉源治理而提出的,在某种程度

上其严重程度自不待言。

构建法定损害赔偿制度。在国外,有的国家明确规定消费者诉讼的法定损害赔偿额为每位消费者每次事件100美元至750美元或实际损害赔偿额,以较高者为准;同时规定,在评估法定损害赔偿金时,法院应考虑侵权行为

的性质和严重性、违规次数、侵权行为的持续性、侵权发生的时间长短、被告是否故意,以及被告的资产、负债和净值等。在个人信息侵权案中,证明和量化损害非常困难,私人即使起诉后也很难获得金钱赔偿。通过规定法定损害赔偿,可以免除证明损害的责任以解决这一难题。在公益诉讼中,由于涉及人员“众多”,在证明个人财产损失或者精神损害数额方面将会遇到更大的困难,建议在未来立法时可以借鉴域外经验,建立法定损害赔偿制度,以解决证明难题。另外,由于精神损害赔偿救济制度设立之初的价值目标就具有弥补法律漏洞的作用,功能定位上就蕴含灵活适用以适应法律制度革故鼎新需要的功能,使应当保护的非物质性损害都可以通过精神损害赔偿制度得到救济。具体而言,似不必要细分个人信息造成的损害为财产损失或者精神损害,所以,公益诉讼中的法定损害赔偿可以仅规定损害赔偿的数额幅度,而不必具体区分财产损失或者精神损害。

当然,对于有证据证明损害数额的,在公益诉讼中应当根据可以确定的具体损害数额作为赔偿标准。对于有证据证明财产损失具体数额的被侵权人来说,其也可以与法定损害赔偿数额进行比较,选择对其有利的方式提起个人诉讼。

法定损害赔偿有一定的数额

况研判;因违纪违法问题退出,应区分违纪违法的情形和处理结果决定。

严格规范退出程序。一是自然退出的,因属于客观上已经不能正常履职,必须退出,审查必要性和意义不大,当出现自然退出情形时,由所在检察院党组层报省级检察院备案即可。二是主动退出的,则应由所在检察院党组对申请事由、本院办案工作需要等进行综合研究决定,层报省级检察院审批。三是被动退出的,应区分情形设置程序,如对于因身体健康原因无法正常履行职责的,应对其身体健康情况进行全面调查评估后作出决定。对于违纪违法的,应在相关部门作出处理决定后及时启动员额检察官退出程序。对故意违反职责、存在重大过失的情形,应统一由检察官惩戒委员会进行审查认定,提出意见后,及时启动退出程序。对于业绩考核不合格的检察官,则需要充分听取检察官的陈述、申辩并进行核实答复后及时启动退出程序。同时,应改进救济程序,保障员额检察官的陈述、举证、申辩、申请复议的权利。

完善相关配套制度。一是完善检察官业绩考评机制,通过全面科学评价检察官办案质量、效率和效果,将考评结果作为职级升降、员额退出等的重要依据。二是发挥检察官惩戒委员会效能,厘清检察官惩戒委员会的职责范围,对于存在争议需进行专业性审查认定的情形,应将惩戒委员会审查认定作为前置程序。三是完善退出后的职业保障制度,明确检察官退出员额后岗位职责确定问题,使退出员额检察官合法权益得到有效保障。

(本文系2020年最高人民检察院检察理论课题研究课题《检察官员额增补及退出机制研究》的阶段性生活成果。课题主持人:汤敏,贵州省人民检察院原党组成员、政治部主任,中国政法大学民商法博士生。课题组成员:张林鸿、熊英、韦达鸾、姜松)



以双法益视角界定“假药”内涵

□曹杰 金华捷

刑法修正案(十一)对生产、销售假药罪进行较大幅度的修改,删除了假药的定义,而根据“两高”《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)》,自2021年3月1日起,新设置生产、销售、提供假药罪。那么,司法实践中,如何认定生产、销售、提供假药罪中的假药呢?根据药品管理法,“以非药品冒充药品”是认定假药的关键,但对于如何理解“以非药品冒充药品”有两种不同意见:第一种意见认为,只要是未经批准生产的产品,并冠以药品之名,则为“非药品冒充药品”,其认定依据为“未经监管部门批准”。主要理由是,相应产品未根据药品管理法规定的严格生产流程生产,不能保证药品应有的安全性、有效性,该产品即为非药品。第二种意见认为,涉案产品是否属于药品应当以是否具有疗效为依据,不具有有效成分的产品就是非药品。以不具有有效成分的产品冒充有疗效药品的,就属于“以非药品冒充药品”。司法实践中,需要以“非药品冒充药品”进行评价的,主要是大量“三无”黑作坊生产的“药品”。根据第一种意见,所有的这类案件均能界定为“以非药品冒充药品”,而根据第二种意见,则须检测有效成分,只要具有有效成分的不构成犯罪。对此,笔者认为,第一种意见的不足是与妨害药品管理罪出现交叉。早期,未经批准的药品作为制假药,与“以非药品冒充药品”均规定在生产、销售假药罪之中。刑法修正案(十一)颁布后,这类未经批准的药品被归入妨害药品管理罪。因此,未经监管部门批准的药品与“以非药品冒充药品”应该是有界限的。实践中,这两类药品只可能因为具体案情事实的特殊性出现观念上的竞合,而不可能在法条层面上存在竞合关系。第二种意见未考虑前置法的监管要求与危害人体健康之间的协调统一。其“有效成分”只是评判药品的一个方面,而从药品管理法对药品的要求看,药品不仅应具备一定的疗效,还要求安全、稳定,以及副作用的可控性。因此,笔者认为,界定“以非药品冒充药品”的内涵,须先确定药品的概念,再推导出未达到药品条件的产品属于非药品,进而认定以未达标的产品冒充药品的行为系该项规定的“以非药品冒充药品”。

结合药品管理法第2条规定,“以非药品冒充药品”中的药品,指根据药品管理法规定的生产条件所生产的产品,其具有疗效的有效性、安全性、稳定性特点。这个双法益前提下的结论兼顾了药品监管秩序与人体健康的协调统一。而关于药品疗效有两点需要说明:一是这里的疗效不能单纯理解为对疾病有疗效,还要兼顾其与副作用的关系。如果对药品副作用不加以有效控制,其仍然会对人体健康造成不利影响。二是疗效的保障性还包括药品规格的稳定性问题。药品除了具有有效、安全的成分外,还包括辅料。合格的药品在最小单位之间,其有效成分和辅料比例应当是固定、精确的,这也是保障疗效、控制副作用的重要因素。以上两点是法律概念下的药品与生活观念中的药品的区别所在,也是国家对药品设立严格监管制度的原因之一。前述第二种意见仅从生活观念的视角关注产品的有效成分,而没有从监管的角度去看待药品的副作用、规格等问题,只注重药品的有效性,对药品的安全性和稳定性缺乏关注。

与此对应,非药品是指不具备药品管理法规定的生产条件所形成且不具有疗效上的有效性、安全性的产品。将这类产品以药品名义流入市场的,就属于“以非药品冒充药品”。非药品的内涵可归纳表述为:生产不符合监管要求,药效影响人体健康。这样的结论可以合理区分“以非药品冒充药品”和未经批准的药品,明确生产、销售、提供假药罪和妨害药品管理罪的界限。其中,对于境外的正规药品,但在国内尚未经过监管部门认证、许可的药品,因具备药品的生产条件、规格和疗效,只是在实质上具有瑕疵,因而应归入妨害药品管理罪的范畴。对于境内有正规资质和从业人员的医药企业生产的药品,在未取得批文的情况下擅自生产、销售有科学配方的药品的,若经认定符合药品管理法规定的生产要求的,也属于妨害药品管理罪的评价范畴。当然,上述情形是否构成妨害药品管理罪,还须评判“足以严重危害人体健康”的妨害。

对于实践中常见的“三无”黑作坊生产的产品,大多都能以“以非药品冒充药品”认定。一方面,这类黑作坊的人员一般不掌握科学的药品配方,即使粗晓某种成分对某种疾病有疗效,但对于单位产品中应当添加多少有效成分则并不清楚,多添则增加毒性,少添则无法达到药品应有的疗效,故无法保证产品疗效的有效性。另一方面,行为人一般不掌握辅料、辅料的配比关系,在添加有效成分的同时,不具备添加辅料以控制产品副作用的意识和能力,有的以面粉作为辅料制作产品,无法有效控制副作用,导致疗效和副作用关系失衡,无法保证产品的安全性。再一方面,黑作坊一般缺乏基础的药品生产条件,涉案人员通常是以手工或者简单的设备进行生产,导致产品的规格不达标,涉案产品的成分比例每一批次,甚至同一批次内均不固定,疗效也不具有稳定性。因此,此类“三无”黑作坊生产、销售的产品,因其在不符合法律规定的生产条件下生产且疗效不具有有效性、安全性和稳定性,其符合“以非药品冒充药品”的特点,应认定为假药。同时,因这类涉案产品还存在药品资质、行业资质的问题,故在对此类生产、销售假药行为进行评判时,还应注意存在竞争的情况,对同时涉嫌妨害药品管理罪和非法经营罪的,应当根据想象竞合的原则,择一重罪论处。

实践中,有两种情形不能简单以“以非药品冒充药品”对待。一是涉及祖传配方中药。祖传配方中药一般具备稳定的配方,且经长时间的流传以证其疗效的有效性和安全性,而中药生产的传统工艺流程也与化学药、生物制品所要求的精准性有所不同。从犯罪论体系角度讲,祖传配方中药属于一种违法减轻、违法阻却事由。如果祖传配方药品传播范围较小、销售数量不大且确有科学配方和一定疗效的,司法机关应当放宽认定标准。二是涉案黑作坊生产的产品尚有部分确实在疗效、副作用控制和生产能力上符合药品条件,可结合药品犯罪侵害法益应包含人体健康这一前提,对此类产品可不以非药品进行认定。

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)

(作者单位:人民检察院杂志社、江苏省扬州市江都区人民检察院。本文为国家检察官学院2021年度科研基金资助项目《公益诉讼视野下的个人信息保护》的部分成果。课题组其他成员:王旭、郝洪伟、董佳文)