

编者按 新时代检察工作迎来新发展。2018年以来,检察机关以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,持续深入贯彻落实《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,积极构建“四大检察”法律监督新格局,能动履行法律监督职责。本报特开辟“检察创新发展专家谈”专栏,就五年来检察工作中的新发展、新进步,邀请专家学者进行理论分析,以期检察机关全面落实党的二十大精神,深入贯彻习近平法治思想,推进检察工作现代化,助力实现中国式现代化提供理论支持。

以检察建议推动诉源治理彰显检察担当



以有无实际获取资金判断“重复投资”是否计入犯罪数额

□范志飞

非法吸收公众存款犯罪中,行为人吸收资金的数额大小与其承担的刑责有直接关系,“重复投资”因被司法解释和相关规定作为量刑情节考虑而常常成为争议焦点。根据最高法、最高检和公安部2019年发布的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(下称《意见》)第5条第2款规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额,以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本息或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除,但可以作为量刑情节酌情考虑”,对“重复投资”是否计入犯罪数额作了较为明确的规定,但司法实践中,“重复投资”类型多样,需要根据相关规定进行甄别处理。

一是收回本金及利息后,将本金和利息再次投入非法集资活动中,应将本金和利息累计计算为非法吸收公众存款犯罪数额。本案属于集资参与人自有的资金,根据《意见》规定,集资参与人收回本金后再次投入非法集资活动中的应累计计算犯罪数额。争议在于,集资参与人获取的利息往往也属于“非法所得”,将“非法所得”投入非法集资活动中,能否被视为集资金额?根据最高法、最高检、公安部2014年发布的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第5条规定:“向社会公众非法吸收的资金属于违法所得。以吸收的资金向集资参与人支付的利息、分红等回报,以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,应当依法追缴。”实践中,大部分非法吸收的公众存款都是“借新还旧”,即用后吸收资金来偿还前面吸收的资金及利息,所支付利息被认定为违法所得而“应当依法追缴”。国务院2021年发布的《防范和处置非法集资条例》第25条第2款规定:“任何单位和个人不得从非法集资中获取经济利益”,参与非法集资活动获取的利息自然也不应当属于个人合法财产。笔者认为,非法集资犯罪中应当予以惩治的是行为人非法吸收社会资金的行为,根据货币“占有即所有”的权属原则,集资参与人的资金来源不应影响对非法集资犯罪数额的认定。因此,“重复投资”的范围应当包括收回的本金,也包括收回的利息或回报,即只要是集资参与人再次拿出资金进行投入,就应认定为行为人的集资金额。

二是集资参与人在资金到期后,未取回本金和利息,而使用到期的本金和利息重新签订合同进行滚动投资的,未取回的本金及利息不应重复计入犯罪数额。非法吸收公众存款活动中,行为人为延长集资金额的使用时间和兑付时间,会诱导集资参与人续签合同,将未兑付的本金或本金加上到期利息再次投入非法集资活动中,且可能进行多次滚动投资,造成在集资参与人并未再投入资金的情况下,账面上显示的集资金额与实际投入资金的两倍甚至更多的结果。此种情形下,笔者认为续签合同的本金和利息不应计入犯罪数额,反复的滚动投资只应计算一次投入的本金。因为非法吸收公众存款惩治的核心还是行为人向社会公众非法吸收资金的行为,反复的滚动投资与实际吸收资金的危害性并不等同。根据最高检公诉厅2017年发布的《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第12条规定:“投资人在每期投资结束后,利用投资账户中的资金(包括每期投资结束后归还的本金、利息)进行反复投资的金額应当累计计算”,以及从前述《意见》规定来看,都是将收回本金或回报后再投入的情况计入犯罪数额的。因此,没有收回本息而继续投资的情形就不应计入犯罪数额。最高法于2021年对2010年发布的《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》进行了修订,新增第6条第1款规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款的数额,以行为人所吸收的资金全额计算”,未细化条件,对没有规定的事项,应按《意见》规定适用,将重复投资累计计算的前提限定为收回本金或利息。

三是集资参与人在资金到期后,未取回本金和利息,又加上自有资金而进行重复投资,其追加的自有资金应计入犯罪数额。在既包括原有未取回本金和利息,又包括追加投入资金情况下,追加投入的自有资金属于非法集资行为向集资参与人新吸收的资金,行为人吸收资金的数额和体量随之增加,增加部分应作为新的犯罪数额认定。此外,如果集资参与人在投资期间按期收到利息,到期后在本金未取回的情况下,追加自己平时所得的利息作为本金继续投入,按照前述第一种情形,无需审查追加所得是否属于参与非法集资活动所得利息,只需将追加的资金计入行为人的犯罪数额。同时,对该集资参与人而言,其损失金额应按照实际的投入金额减去所有回报进行计算,以避免一些不合理情况发生,如集资参与人在重复投资下计算的损失大于其实际损失,甚至所获回报已超过实际投入却仍显示其存在损失的情况。

因此,笔者认为,非法吸收公众存款罪惩治的对象是行为人向社会公众非法吸收资金的行为,非法吸收的资金数量越大,社会危害就越大,吸收资金应以是否实际获取资金为判断标准。无实际资金的吸收,则无犯罪数额的累计,如果仅有合同签订而未实际吸收的,不应重复计入犯罪数额;反之,只要实施了实际收取资金的行为,即使该资金是集资参与人前期收回的本息,也应累计为行为人的犯罪数额。

高效地解决相应的诉源问题或潜在隐患。二则,有助于提高上级检察机关制发检察建议的质量和效果。相对于上级检察机关,基层检察机关就像一个个延伸到社会生活深处的法治触角。透过基层检察机关提出的社会治理检察建议,上级人民检察院可以更好地了解基层民众的法治需求和现实困扰;而基层检察机关检察建议的实施情况,又为上级检察机关更全面、更有效地解决同类问题积累鲜活的经验教训。因此,就检察建议的质效而言,只有充分发挥基层检察机关的自觉能动性,才能够更好地发挥检察建议的基层社会治理功能。

充分发挥下级检察机关尤其是基层检察机关制发检察建议的自觉能动性,需要注意三方面的因素:

第一,就诉源治理而言,检察建议处理的是因个案引发的共性问题或一般性问题。提出诉源治理检察建议,不仅需要能动履职的自觉性,还需要有“居一隅而谋全局”的大局意识,以及处理一般性问题的法律智慧。因此,基层检察机关制发诉源治理类检察建议,应当坚持检察长领导下的集体负责制,充分发挥基层检察院的集体智慧,甚至可以吸纳涉案单位及其主管机关的相关专家、群策群力,确保此类检察建议的质量与成效。

需要特别强调的是,检察建议是检察机关履行法律监督职责的法律手段。但是,就解决诉源治理等前端问题而言,检察机关与涉案单位及其主管机关之间并不存在根本性分歧;相反,检察机关积极参与诉源治理,只是将“更多法治力量向引导和疏导端用力”,为诉源治理引入法治思维和法律视角。因此,一份好的社会治理检察建议,是为涉案单位及其主管机关的专门化管理注入必要的法治思维,而不是取而代之。因此,为确保社会治理检察建议的质效,最高检反复强调,既要依法能动履职,对于在办案中发现的社会治理漏洞,通过自觉能动履职的“我管”促使职能部门依法充分履职的“都管”,又要坚持双赢多赢共赢理念,共同推动问题解决,最终使人民群众受益。

第二,遵循法定程序,强化检察建议质效。为确保诉源治理检察建议的质效,确保检察建议与基层治理的大格局同向同行,各级检察机关在提出诉源治理检察建议时,应当严格履行必要的调查办理程序。根据《人民检察院检察建议工作规定》第17条规定:“检察官依据本规定第十一条的规定起草的检察建议书,报送检察长前,应当送本院负责法律政策研究的部门对检察建议的必要性、合法性、说理性等进行审核。检察建议书正式发出前,可以征求被建议单位的意见。”因此,鉴于诉源治理检察建议的特殊性,各级检察机关在提出诉源治理检察建议时,应当强化内部审核程序,持续完善听取被建议单位意见的考核程序。同时,为了取得同级党委、上级检察机关的支持,可以考虑增设必要的报请、备案程序。

第三,提出社会治理检察建议,重在检察建议服务基层诉源治理的质量与成效。与常规办案不同,通过检察建议积极参与基层治理固然也是检察机关的一项法定职责,但是,其意义并不在于检察建议的数量,而在于能否精准地把握诉源问题的实质,提出有效解决问题的制度化建议。因此,在相关工作评定上,必须坚持以质效为评价标准,促进提升检察建议整体质量。

(作者为中国政法大学教授)



□2018年以来,全国检察机关以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,深入贯彻习近平法治思想,牢记“国之大事”,坚持“在办案中监督、在监督中办案”的工作理念,依法能动履职,对于在履职过程中发现的违法犯罪隐患、制度漏洞以及其他妨碍社会治理的苗头性、倾向性问题,在源头治理上下功夫,提出解决深层次问题的检察建议,与相关部门协同形成合力,将诉源治理的端口前移、针对病灶精准处置,实现诉源治理方式的法治化、现代化。

参与社会治理的基本法律手段。

通过检察建议积极参与社会治理是我国检察制度的一项重大制度创新。2018年10月,最高人民法院向教育部发送了《中华人民共和国人民检察院检察建议书》。这是历史上首次以最高检名义发出的检察建议书,被称为“一号检察建议”。“一号检察建议”缘起于一起校园性侵害案件。在该案中,某小学老师强奸、猥亵多名女童,拒不认罪,仅被判处有期徒刑;最高检抗诉后,被告人由十年有期徒刑被依法改判为无期徒刑。案件办理后,最高检通过调研和类案分析,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,提出三项具体检察建议。2018年11月,教育部收到“一号检察建议”次日,迅速发出了《关于进一步加强对中小学(幼儿园)预防性侵害学生工作的通知》,要求各地教育行政部门和学校要切实从性侵害学生案件中吸取教训,进一步加强预防性侵害安全教育、教职员工队伍管理、安全管理规定落实等工作。其中,侵害未成年人案件强制报告、密切接触未成年人行业人员入职查询等制度创新,因实践效果良好,后被新修订的未成年人保护法吸收,上升为国家法律规范。

2018年底,为了加强和规范检察建议工作,确保检察建议的质量和效果,充分发挥检察建议的作用,最高人民法院根据人民检察院组织法等法律规定,制定《人民检察院检察建议工作规定》(下称《规定》),明确应当立足检察职能,结合司法办案工作,依法提出具体的检察建议。同时,为适应诉源治理的新时代社会治理要求,该《规定》专门将“社会治理检察建议”规定为一种独立的检察建议类型。同时,该《规定》第11条还进一步列举了人民检察院可以向有关单位 and 部门提出社会治理检察建议的五类法定情形,为检察机关提出社会治理检察建议提供了必要的指引。据此,通过检察建议参与诉源治理,逐渐成为我国检察机关的一项常态化业务,极大地丰富了我国检察制度的内涵。

通过检察建议积极参与诉源治理,取得良好社会治理效果

我国正向全面建成社会主义现代化强国的第二个百年奋斗目标迈进。2020年11月,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上强调:“我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’。我国有14亿人口,大大小小的事都要打官司,那必然不堪重负!要推动更多法治力量向引导和疏导端用力,完善预防性法律制度,坚持和发展新时代‘枫桥经验’,完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制,更加重视基层基础工作,充分发挥共建共治共享在基层的作用,推进市域社会治理现代化,促进社会和谐稳定。”

定。”2021年2月,中央全面深化改革委员会第十八次会议审议通过《关于加强诉源治理推动矛盾纠纷源头化解的意见》,提出“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,推动更多法治力量向引导和疏导端用力,加强矛盾纠纷源头预防、前端化解、关口把控,完善预防性法律制度,从源头上减少诉讼增量”。因此,在我国法治现代化进程中,检察机关不满足于解决具体案件,而是立足自身职能,以积极能动的姿态,通过参与诉源治理,尽可能从源头上减少引发矛盾纠纷的诱因,将违法犯罪以及各项矛盾纠纷消灭在萌芽状态,充分体现了责任意识和担当精神。

从诉源治理的时代要求出发,检察机关办案既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病。因此,检察机关积极秉持能动检察理念,树立“在办案中监督、在监督中办案”的工作理念。对于履职过程中发现的相关问题,不是只做外科手术式的切割,而是标本兼治,通过提出检察建议,积极推动诉源治理,防患于未然,防范类似案件的反复发生。

通过检察建议积极参与诉源治理,最高检以身作则,为全国检察机关树立了榜样。自2018年发出“一号检察建议”以来,最高检已经先后累计制发八份检察建议,其内容覆盖防治校园性侵、规范民事公告送达、加强金融银行业行政监管、严防冒充“吃人”、防治虚假诉讼、治理网络空间、强化寄递安全监管、助推安全生产溯源治理等不同领域。相关数据和表述表明,各级检察机关的检察建议成效斐然。例如,2021年,检察机关持续落实“一号检察建议”,督促整改容井安全隐患93万处,河南检察机关推动将窖井设施维护改造纳入全省十大重点民生实事。

通过检察建议参与诉源治理,注重发挥基层检察机关的自觉能动性

坚持以人民为中心是中国法治现代化的根本价值导向。因此,检察机关通过检察建议参与诉源治理,注重纾解基层民众身边的急难愁盼问题,让人民群众切实感受到公平正义就在身边。特别是在新时代高质量发展要求背景下,检察机关通过检察建议参与诉源治理,既充分发挥最高检的示范引领作用,更注重发挥下级检察机关尤其是基层检察机关制发社会治理检察建议的自觉能动性。

充分发挥下级检察机关尤其是基层检察机关制发检察建议的自觉能动性,具有两方面的现实意义:一则,有助于因地制宜、及时纾解普通民众身边的急难愁盼问题。基层检察机关能够最直接、最及时、最鲜活地感受到当地普通民众的法治诉求。而且,鉴于我国各地社会经济发展状况还存在较大差异,不同地区的基层检察机关需要解决的社会治理问题也往往会存在较大差别。只有充分发挥基层检察机关的自觉能动性,才能够因地制宜提出更有针对性的检察建议,才能够及时



□吴宏耀

2018年以来,全国检察机关以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,深入贯彻习近平法治思想,牢记“国之大事”,坚持“在办案中监督、在监督中办案”的工作理念,依法能动履职,对于在履职过程中发现的违法犯罪隐患、制度漏洞以及其他妨碍社会治理的苗头性、倾向性问题,在源头治理上下功夫,提出解决深层次问题的检察建议,与相关部门协同形成合力,将诉源治理的端口前移、针对病灶精准处置,实现诉源治理方式的法治化、现代化。在刑事检察领域,检察机关将追诉惩治犯罪与预防治理犯罪相结合,对于办案中发现的违法犯罪隐患,通过检察建议实现标本兼治、强化犯罪预防意识,把违法犯罪的风险消灭在萌芽状态或者初始阶段,为平安中国建设奠定坚实基础;在民事检察、行政检察领域,检察机关通过深入剖析典型案例反映出来的倾向性问题和漏洞,及时发出堵漏建制的社会治理检察建议,以检察能动履职实现以依法监督的“我管”促职能部门依法履职的“都管”,努力做到“办理一案、治理一片”的社会治理效果;在公益诉讼检察领域,检察机关通过磋商、诉前检察建议等方式积极促进公益诉讼的源头治理,以非诉讼手段解决绝大多数公益损害问题,提升公益诉讼精准解决漏洞病灶的社会治理检察建议的能力,提升检察建议服务社会治理大局的综合效果。

通过检察建议积极参与社会治理是我国检察制度的一项重大制度创新

根据人民检察院组织法第21条规定,“人民检察院行使本法第二十条规定的法律监督职权,可以进行调查核实,并依法提出抗诉、纠正意见、检察建议。有关单位应当予以配合,并及时将采纳纠正意见、检察建议的情况书面回复人民检察院。”据此,检察机关对于履职办案过程中发现的相关法律问题,依法有权提出抗诉、纠正意见和检察建议。换言之,与西方检察机关不同,我国检察机关不是单纯意义上的提起公诉的机关,不能“就案件论案件”,而应当牢记“国之大事”,将具体办案与服务大局相结合,尽可能实现“办理一案、治理一片”的社会治理效果。

作为检察机关的法定职责,检察建议是人民检察院依法履行法律监督职责,参与社会治理,维护司法公正,促进依法行政,预防和减少违法犯罪,保护国家利益和社会公共利益,维护个人和组织合法权益,保障法律统一正确实施的重要方式。在权力性质上,检察建议旨在解决检察机关履职过程中发现的共性问题或制度性缺陷。因此,检察建议虽然以具体办案为基础,但其问题意识却不拘泥于具体个案,而是透过现象看本质,需要跳出个案探究案件发生发展的深层次问题及其内在规律,以解决个案蕴含的潜在违法犯罪诱因或引发矛盾纠纷的社会根源。因此,检察建议是检察能动履职的重要表现形式,是我国检察机关积极

厘清“非药品”依法惩治假药犯罪



□陆峰

随着“四个最严”要求的深入推进落实,特别是药品管理法修订后,刑法修正案(十一)及“两高”《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称《解释》)的颁布,围绕惩治危害药品安全刑事犯罪的法律体系日趋完善。但是,实践中仍有一些问题有待解决,其中围绕“黑作坊”生产和销售涉药物质如何定性的问题尤为突出,核心焦点是对“非药品”的界定。

争议的缘由:不可避免的竞合

刑法第142条之一第2款和《解释》第8条第3款均明确规定,构成妨害药品管理罪的同时又构成生产、销售、提供假药罪等其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。可见立法已充分注意到妨害药品管理罪与生产、销售假药罪在实践中不可避免产生竞合。但是,由于《解释》第7条对“未取得药品相关批准证明文件生产药品”的“黑作坊”特征进行了特别叙明,即对于“黑作坊”

的涉药犯罪行为,应认定为妨害药品管理罪,但是,实践中情况比较复杂,存在处理不一问题。因为,不论是条文逻辑还是事实逻辑,“黑作坊”的产品可能是假药,也可能不是。在“黑作坊”生产假药的情况下,依照刑法第141条认定为生产假药罪是立法的应有之义。例如,唐某在未经临床验证、未获批准证明文件的情况下,以民用设备将茯苓经简单蒸馏萃取后灌装,生产所谓“某药水”,宣称通过注射、口服,可以治疗帕金森、癌症等严重疾病,销售对象达数十人。案发时,已有多名病患亡故,而由于缺乏尸检条件等原因,无法证明系“某药水”致人死亡。对于本案如果“一刀切”式的认定为妨害药品管理罪,显然无法实现罪责刑相适应,因为直接滴注简单蒸馏的药剂的危害不言而喻。药监部门对“某药水”按照药品管理法第98条第2款第2项“以非药品冒充药品”作出假药认定。最终本案经二审终审以生产假药罪定罪处罚。因此,实践中,“黑作坊”定性的竞合问题难以避免。

竞合的焦点:“非药品”的界定

“黑作坊”的行为是否涉及罪名竞合,关键在于假药的认定。其中,尤以“非药品冒充药品”为核心,这是《解释》第19条第2款反复引述药品管理法第98条第2款第2项的重要原

因之一。其中焦点问题在于什么是“非药品”。现行药品管理法并未明确“非药品”的界定,而是以第2条对药品作出定义,即“本法所称药品,是指用于预防、治疗、诊断人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质,包括中药、化学药和生物制品等”。该定义是四个要件的组合,即药用目的、症状主治、用法用量、三种类型。据此,所谓“非药品”应当是指不符合上述定义的物质。然而,这并不能有效化解实践中的困惑。仍以上述案例为例,从实质和药理分析,“某药水”主治功能虚假,用法用量有害,当然属于假药。但机械解读该条文,则反而会符合假药定义的悖论:“某药水”是药用目的,指向帕金森、癌症,有口服、滴注的用法和用量,原料是中药。如果我们将视野进一步拓展到化学药领域,则此悖论将更难被释明。因为对“参照药品管理”的物质和药品之间,“交集概念”的认知,在实践中并不完全清晰。这不仅是指原料药,其他非药用目的初级化工产品,只要含中间体成分,即便远非目标化合物,也难免在形式上被解读为药品。

由此,笔者担忧,缺乏对“非药品”界定的明确条文,在涉及两罪竞合时,机械解读和“一刀切”式的定性可能难以避免,贯彻罪责刑相适应原则也就容易走样。

完善的建议:增加释义条文

笔者认为,针对上述问题,有四个方面应当引起重视:一是丰富药品定义的释义,限缩解读空间。二是明确“非药品”的范畴,使其作为术语适用更具直接性。三是参照药品管理的物质进行属性厘清。基于此,笔者建议:药品管理法第2条第2款规定的药品,是指依据药用配方生产的制品或配成品(含单方一味的中药),其规定的适应症或者功能主治、用法和用量均应当经过规范的临床验证或科学认证,可以被医疗处方直接使用。不符合药品管理法第2条第2款和本条规定的,是非药品。参照药品管理的物质,依据上述规定,可以被认定为非药品。需要说明的是,上述建议通过规范性、科学性和有效性,限缩了机械解读的可能性。同时,也不排斥未经我国批准的、或在境外上市的药品,又或经官方指导下的中医用药等,依法属于药品,避免了形式认定、拟制认定等弊端,符合立法对假药实质认定的要求。四是尊重“交集概念”,明确参照药品管理的物质,应根据其实际功效进行区分。比如,非为药用目的生产的初级化工产品因不可能直接入处方使用,即便含中间体成分,仍属非药品。而如果是原料药,则可以根据其实际效用分别认定,因为“可以”被处方使用,并不局限于处方药。

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)

(作者单位:重庆市渝中区人民检察院)