

刑事焦点

职务犯罪主动投案的司法转换

◇ 黄伯青 李杰文 姚翔宇

主动投案一词首见于2019年5月9日中央纪委监委网站对中共云南省委原书记秦光荣落马的信息发布。同年7月10日,《纪检监察机关处理主动投案问题的规定(试行)》出台,主动投案制度正式确立。该制度类似于司法意义的自动投案,但亦存在较多差异,尤为重要的是,囿于适用范围的限制,对主动投案人员的优待表现在调查程序上可采用“走读式”谈话等相对宽缓的方式,处断上可在监督执纪的前三种形态(即非司法处理方式)予以从宽,而对于被移送司法的职务犯罪被告人在审判中能获得何种优惠待遇没有明确规定。作为新生事物,该制度的司法适用转换程序上的讨论显得较为迫切,而争议焦点体现为主动投案在司法中应当认定为自首还是坦白。此问题系主动投案与自动投案两种制度在时间、身份等标准之间存在差异所致。

四、单位投案性认定中存在的差异

该规定对单位主动投案区分为三类:基于集体研究决定投案、基于单位负责人的决定投案、单位直接负责的主管人员主动投案,与司法解释的规定基本一致,但否定单位主动投案对于部分相关人员的荫及效力。例如,对于集体研究型单位主动投案,假使参与集体决策人员未对投案持赞成意见,对此个体不应认定为主动投案。除此以外,无论单位主动投案属于这三种主动投案的哪一个类型,对于其他直接责任人员均未认定属于主动投案。这两类人员不能在调查阶段获得相应从宽的待遇。但根据司法解释的规定,单位投案后也意味着这些决策人员和其他直接责任人员的罪行已然暴露,如果他们并不逃避追究,到案后如实交代所知道的犯罪事实,可以按照自首论处。

五、特殊自首不存在主动投案可能

无论何种描述的典型主动投案情形还是视为主动投案情形,均强调职务犯罪行为人主动至相关机关说明自身问题。而刑法规定了一般自首与特殊自首,对于被采取强制措施、尚未掌握其罪行的犯罪嫌疑人、被告人正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。但根据该文件的标准,对于行为人因非职务犯罪被非监察机关侦办、起诉、审判、执行,在此过程中如果交代自己职务犯罪行为的,不能认定为主动投案;对于被谈话或留置后,有关人员交代的事实和监察机关掌握的事实不同且分属不同罪名的,亦不成立主动投案,却并不妨碍司法审判中将其如实供述的职务犯罪问题部分视为特殊自首。

主动投案制度出台,意在教育、感化、挽救、挽救被调查人和涉案人员,同时节约调查成本。但调查结果需要对被调查人移送司法时,产生了对接司法的问题。投案时间、投案原因、投案人员身份等不同均可导致主动投案与自动投案之间存在差别,可以依据上述区分情况分别认定为自首或坦白,区分情节使得职务犯罪被告人获得恰当的程序上和实体上优待。

二、投案原因不同导致的差异

刑法规定的自动投案原因仅有一种,即行为人的行为构成犯罪。监察法所规定的启动监察程序的缘由较多,行为入涉嫌职务犯罪仅为其中一项,对于违纪或普通违法行为亦可进行立案调查,情节严重的甚至可采用留置措施。此种情况下如上文所述,存在成立自首可能性。此外,如因涉嫌此种罪名被谈话、讯问、询问或留置,未能成立主动投案,但到案后交代了涉嫌其他罪名的事实,对后罪可认定为有自首情节。

三、投案人员身份不同导致的差异

该文件将行为人区分为被调查人和涉案人员两类,在主动投案上采用不同的标准。因职务犯罪的特

行政强制拆除案件若干问题探讨

行政法苑

◇ 赵文 王伏刚 陈洪玉

征收中,在不能达成补偿安置协议、未腾空交拆房屋、不符合申请司法强拆或申请未批准等情形下,行政机关会动用行政强制拆除房屋。强拆案件涉及利益重大、矛盾尖锐,既是社会关注的热点,也是司法审查的难点。强拆案件行为合法与否的实体裁判并不难,难在法院能否确认强拆无效、怎么理解强拆的内容、如何认定适格的被告、强拆案件起诉期限如何适用等程序和事实认定问题。固有土地上房屋与违法建设强拆交织混合进行,强拆行为作出主体多元复杂,发生的强拆纠纷最为典型。本文以此为,分析探讨强拆案件审理中的疑难问题。

一、法院能否确认强拆无效

新行政诉讼法增设了确认无效判决,但未限制行政行为的类型。强拆仍系行政行为,似乎也可判决确认无效。然而常见的确认无效之诉,鲜有无效方面的裁判。确认无效之诉中,经审查符合行为无效的法定情形,则诉讼不受起诉期限的限制。原告为规避起诉期限提起确认无效之诉,法院则困惑于能否裁判。笔者认为,强拆行为不能成为无效之诉判决的对象,具体分析如下:

首先,确认无效之诉中的行为应指行政法律行为而非事实行为。行政法律行为因具有重大且明显违法情形而不应具有公定力,也不应产生法律效力,才需要法院宣告无效。事实行为不以发生法律效果为目的,作出即产生事实效果,不存在有效与无效的问题,行为救济上也就没有必要宣告无效。

其次,对事实行为的合法性评价已足以满足权利救济的需要,谈不上需要深入评价行为的无效。事实行为的行为后果客观存在,行政机关不能通过撤销或变更恢复到行为之前的状态。强拆造成的房屋灭失的事实效果,法院进行合法性评价即能实现诉讼目的,再确认无效也无济于事。

最后,事实行为不存在判决违法与判决无效相互转换的关系,也就不可以判决无效。行诉解释确立了撤销之诉与无效之诉相互转换的关系,法院可依职权选择判决方式。司法解释对违法之诉能否转换为无效之诉未作规定。法院在强拆行为违法之诉的案件中,不可以也不能在审查后作出确认强拆无效的判决。

司法实践

◇ 张住强

我国刑法第十五条第一款规定:“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。”根据这一规定,所谓犯罪过失,是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免的一种心理态度。

理论上一般把犯罪过失分为两种类型:疏忽大意的过失与过于自信的过失,本文仅就疏忽大意的过失进行阐述。

疏忽大意的过失,是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,以致发生这种结果的心理态度。比如,行为人是一名经验丰富的老驾驶员,在启动汽车时,没有注意汽车周围的状况,以致将一

个在汽车后面玩耍的小孩轧死。此案例中,行为人为一名驾驶员应当在启动汽车时,注意汽车周围的状况,否则极易造成危害结果,但因为其疏忽大意而没有预见,以致造成严重后果。此外行为人的心理态度就是一种典型的疏忽大意的过失。

笔者认为,应当根据主客观相统一的原则来确定行为人能否预见危害结果,即将行为人的具体情况和行为人本人的条件,如行为人的年龄、所从事的职业、技术熟练程度、社会阅历、智力发育情况等主观特征,结合起来进行判断。根据这一标准,一般在通常条件下能够预见的,行为人可以因为本人的认知能力较低或者行为人的特殊情况而不能预见;一般在通常条件下不能预见的,行为也可以因为本人的认知

可能实施或参与强拆。起诉时原告所列的被告可能是一个或多个,该被告可能适格也可能不适格。不仅相对人难以确定谁才是适格的被告,法院认定适格被告也是一个难题。笔者认为,可以从以下方面认定适格被告:

首先,可以有条件地以自认强拆主体为适格被告。行政主体诉前或诉中作为当事人自认强拆,综合考虑其房屋征收、违建认定拆除上的职责与任务等情况,法院可以认定其为适格被告。诉讼中当事人之外的主体自认,法院根据在案证据及其职能职责规定,需要考虑其是否可能实施强拆、是否具有因诉讼而被推定背锅等情形,从严审查作为被告是否适格、是否需要追加参与诉讼。法院应避免因审查不严,认定不当将非作出强拆行为的主体认定为适格被告。

其次,尊重相对人根据自身认知以及掌握的证据认定选择的强拆被告。行政主体未自认,相对人以自身的认知能力,结合强拆照片、调查结论、信访答复等材料,可以选择可能实施强拆的一个或多个主体为被告提起诉讼。法院结合在案证据和各方举证情况,可以将起诉时原告选定的被告认定为适格被告,同时应将明显不是或不可能是强拆主体的那些被告予以排除。

最后,可以将负有房屋征收、违建认定拆除等直接职权的主体推定为强拆适格被告。若无证据证明强拆行为主体,法院可推定负责征收、履行征收职责的市政府或房屋征收部门、具有违建认定与拆除职权职责的城管、综合执法等部门作为案件的适格被告,除非有充足的证据证明拆除行为确非上述职权主体所为。

综上,征收中存在的黑拆、偷拆以及拆后踢皮球推诿责任等现象,影响社会和谐稳定和争议的实质性解决。相对人通过报警、信访、信息公开、申请复查等方式要求获得强拆行为主体并不断维权诉讼,不是依法治国背景下应有的常态。相对人知晓强拆行为的存在但不知晓行为的主体,只要已尽所列被告可能适格的初步举证责任,法院均应通过立案审查查明案件的适格被告。法院综合分析在案证据,考虑强拆发生的事实、行政主体的职权职责与工作分工等情况,可以认定或推定适格的被告。

四、强拆案件起诉期限的适用规则

设立起诉期限制度主要来源于法的安定性理论以及行政管理对效率的追求,超期起诉的权利将无法获得法律

保护。相对人往往因搜集不到充足的证据,难以认知或确信不了强拆行为的作出主体,可能没有及时迈出诉讼的门槛维权。实务上,确实存在以起诉期限计算始点,然后以起诉已经超过一年(行诉解释施行前为二年)为由裁定驳回起诉的司法裁判。起诉期限俨然成为行政机关违法强拆并逃避司法审查的避风港。笔者认为,衡量知道强拆内容的最主要标准是知晓或应当知晓强拆行为的主体,否则起诉期限计算的始点不能确定。降低知道强拆内容的认定标准,将会错误确定起诉期限的计算始点,最终造成应由行政机关承担起诉期限不确定的后果,不当转嫁由相对人承担。实务上,起诉期限的适用可以遵循以下规则:

首先,没有直接证据证明相对人知道强拆行为的主体,应认定或推定不知道强拆主体,从而认定不知道强拆行为的内容。虽然法院推定强拆行为的适格主体的案例可类似案件审理参考,但因不是指导性案例而不具有指导相对人必须予以推定的行政主体为被告进行诉讼的适用效力。起诉期限计算始点的不确定,应由强拆行为的行政机关采取告知等方式予以确定。房屋灭失系涉不动产诉讼,由此相对人最长可在强拆行为发生之日起二十年内主张权利。

其次,相对人知道或应当知道强拆行为的主体,如行政机关自认或通过调查结论、信访答复等形式获知强拆主体,若该主体未履行告知义务告知起诉期限,则应从知道强拆行为主体(内容)之日起计算起诉期限始点,最长不超过一年(行诉解释施行之前的强拆行为计算二年)。

最后,行政主体以书面形式或其他途径告知其作出强拆行为的内容并履行告知义务告知了起诉期限,可以从告知行为发生之日起计算六个月的起诉期限。被告行政机关认为强拆起诉超期,则应提供相对人起诉超期的证据予以证明。

综上,在全面推进依法治国、建设法治政府的背景下,行政机关应避免明知违法而实施强拆,即便为之也应告知拆除行为的内容和起诉期限。行政机关明知违法而强拆且未履行告知义务,应由行政机关承担案件起诉期限不能确定的法律后果。司法审查中,法院应准确把握强拆案件起诉期限的起算始点,不让恶意规避起诉期限成为行政机关实施违法行为或逃避法律责任的一种规避策略。

(作者单位:江苏省淮安市中级人民法院)

刑法中疏忽大意的“过失”的认定

能力较强或行为时的特殊情况而能够预见。可见,仅根据行为时的具体条件或行为入本人的条件来判断行为人能否预见危害结果是片面的;只有将这些主观的事实结合起来进行判断,才能得出正确的结论。

疏忽大意的过失表现为行为人反对危害结果的发生或希望危害结果不发生,即危害结果的发生是违背行为人的意志的。而行为人之所以实施行为,且未采取避免危害结果发生的必要措施,以致危害结果发生,是因为他根本没有预见自己的行为会发生这种危害结果。

应当预见是预见义务与预见能力的统一。预见义务是指法律、职务、业务或社会共同生活规则所赋予的人在实施一定的行为时预见行为可能发生危害社会结果的责任。如果行为人在行为时无

义务预见可能发生危害结果,即使他当时能够预见,也不能认为它应当预见。预见能力是指在行为当时的条件下,根据行为入情况,行为人有预见行为可能发生危害社会结果的可能性。如果行为人没有预见能力,法律是不可能让其承担刑事责任的,在理论上存在客观标准与主观标准的分歧。客观标准以普通人的知识、能力水平为依据确定行为人是否有预见能力,主观标准则以行为入本身实际具有的知识、能力为依据确定其是否有预见能力,由于刑事责任是一种个人责任,犯罪过失应根据行为入自身的情况来确定,因此我国刑法理论一般主张采用主观标准,但客观标准可以作为进行判断时的参考。

(作者单位:江西省鄱阳县人民法院)

公告

人民法院报2019年10月31日(总第7856期)

送达破产文书

本院根据湖南江华农村商业银行股份有限公司的申请,于2019年9月26日裁定受理了江华坤昊实业有限公司破产重整一案,并于2019年10月9日指定湖南人和律师事务所为江华坤昊实业有限公司管理人。江华坤昊实业有限公司债权人应于2019年12月10日前向江华坤昊实业有限公司管理人(通讯地址:湖南省永州市江华瑶族自治县沱江镇江华大道锦江豪庭酒店15楼1509;邮政编码:425500;联系人及电话:彭徽南19918227478,0746-2567478)申报债权。未在上述期限内申报债权的,可以在破产财产分配方案提交债权人会议讨论前补充申报,但此前已进行的分配无要求补充分配,同时需承担审查和确认申报债权所产生的费用。未申报债权的,不得依照《中华人民共和国企业破产法》规定的程序行使权利。江华坤昊实业有限公司的债务人或财产持有人应当向江华坤昊实业有限公司清偿债务或交付财产。本院于2019年12月25日上午9时在湖南省江华瑶族自治县人民法院第一次债权人会议(酒水县金庄镇327国道北)召开。依法申报债权的债权人有权参加债权人会议。参加会议的债权人系法人或其他组织的,应提交营业执照、法定代表人或负责人身份证明书,如委托代理人出席会议的,应提交特别授权委托书,委托代理人的身份证件或律师执业证,委托代理人是律师的,还应提交律师事务所的指派函。参加会议的债权人系自然人的,应提交个人身份证明,如委托代理人出席会议的,应提交特别授权委托书,委托代理人的身份证件或律师执业证,委托代理人是律师的还应提交律师事务所的指派函。【湖南江华瑶族自治县人民法院2018年5月15日,本院根据湖南泰格林纸集团洪江纸业有限责任公司(以下简称“泰格林纸洪江纸业公司”)的申请裁定受理泰格林纸洪江纸业公司破产清算一案。查明,泰格林纸洪江纸业公司资产总额为5585.455004万元,负债总额为29277.603364万元,资产负债率为524.18%。本院认为,泰格林纸洪江纸业公司因经营能力下降,环境污染严重,导致严重亏损,现资产不足以清偿全部债务,且至今未有债权人、债务人向本院申请对该公司进行重整和解。依照《中华人民共和国企业破产法》第二条、第一百零七条之规定,本院于2019年10月24日裁定受理湖南泰格林纸集团洪江纸业有限责任公司破产。【湖南洪江江华瑶族自治县人民法院

21日作出(2019)鲁0831破5-7号民事裁定书,裁定泗水佳园房地产开发有限公司、山东佳园财富购物广场有限公司合并重整,并同时指定北京大成(济南)律师事务所担任泗水佳园房地产开发有限公司、山东佳园财富购物广场有限公司合并重整管理人。债权人应于2019年12月4日前,向管理人申报债权(通讯地址:山东省济宁市泗水县泉源大道与人民路交汇处财富广场售楼部;邮政编码:273299;联系人:王文静;联系电话:18954060346;0537-6598777),书面说明债权数额,有无财产担保等,并提供相关证据材料。逾期申报债权的,按《中华人民共和国企业破产法》第五十六条的规定处理。泗水佳园房地产开发有限公司、山东佳园财富购物广场有限公司的债权人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。合并重整第一次债权人会议定于2019年12月18日上午9时30分在山东黄金集团有限公司餐厅二楼会议室(泗水县金庄镇327国道北)召开。【山东泗水县人民法院

2019年6月5日,威海市环翠区人民法院裁定受理威海市环翠区水利物资经营部的破产清算申请,并指定山东齐鲁(威海)律师事务所担任管理人。威海市环翠区水利物资经营部于2011年后已基本停止经营。本院债务人受理破产清算后,经对债务人初步审计,债务人账面资产为163.88万元,负债为236.42万元。至2019年9月6日第一次债权人会议,无人提出债务人重整或和解申请。本院于威海市环翠区水利物资经营部不能清偿到期债务,资产不足以清偿全部债务,且无人提出重整或和解申请,符合宣告破产条件。依照《中华人民共和国企业破产法》第二条、第一百零七条之规定,本院于2019年10月12日裁定宣告威海市环翠区水利物资经营部破产。【山东威海市环翠区人民法院

本院根据债权人于2019年10月22日裁定受理齐河县对外贸易公司破产清算一案,并于2019年10月23日指定齐河县对外贸易公司清算组为管理人。债权人应于2019年11月22日前向齐河县对外贸易公司破产清算管理人(通讯地址:齐河县城区齐贤大道10号齐河县对外贸易公司清算组;邮政编码:251100;联系电话:0534-5321687)申报债权。本院于2019年11月29日10时在齐河县人民法院第十五审判庭召开第一次债权人会议。依法申报债权的债权人有权参加债权人会议。【山东齐河县人民法院

本院根据管理人的申请,依照《中华人民共和国企业破产法》第八十六条之规定,裁定批准杭州国臻实业有限公司、杭州滋森无纺制品有限公司和杭州富阳国臻实业有限公司重整计划,并终止杭州国臻实业有限公司、杭州滋森无纺制品有限公司和杭州富阳国臻实业有限公司重整程序。【浙江杭州市富阳区人民法院

清算公告

本院根据催德钧的申请于2018年12月14日裁定受理天津长野摩托车制造有限公司强制清算一案,并指定天津鑫源清算事务所有限公司为清算组。自本公告发布之日起45日内债权人应向清算组(地址:天津市南开区广苑路15号1-B-1608,电话:13212207688/13001310823)申报债权。公司债务人或财产持有人应当向清算组清偿债务或交付财产。天津市滨海新区人民法院

江苏杉林置业股份有限公司破产重整案投资人招募公告

江苏杉林置业股份有限公司(以下简称“杉林公司”或“债务人”)因不能清偿到期债务,并且明显缺乏清偿能力,宿迁市中级人民法院(以下简称“宿迁中院”)于2018年12月20日作出(2018)苏13破申25号民事裁定书,裁定受理杉林公司破产重整一案,并于同日作出(2018)苏13破申25号决定书,指定江苏力豪律师事务所担任管理人。同日宿迁中院指定宿迁市宿城区人民法院(以下简称“宿城区法院”)审理本案。2019年5月10日,宿城区法院根据债权人宿迁展鹏投资有限公司(系杉林公司股东)申请,依法作出(2019)苏1302破1号民事裁定书,裁定对杉林公司进行重整。管理人决定面向社会公开招募重整投资人,现将具体事宜公告如下:

一、杉林公司基本情况
杉林公司成立于2013年3月9日,法定代表人为毛月健,企业性质为股份有限公司(非上市、自然人投资或控股),住所地为宿迁市宿城经济开发区科工路8号。企业注册资本为12500万元,其中胡昌兵出资2500万元,占注册资本的20%;宿迁展鹏投资有限公司出资10000万元,占注册资本的80%。企业经营范围为房地产开发、销售,房屋租赁、建材销售。
杉林公司投资建设的“宿迁国际服装城”产业园项目位于江苏省宿迁市宿城经济开发区西区科工路西侧勇进路北侧,总建设用地面积205398平方米,总建筑面积233234平方米(规划),其中商铺180864平方米、公寓35765平方米、服务用房13692平方米,地下建筑面积8825平方米。目前宿迁国际服装城项目已基本建设完成80%。

二、投资人招募方案
本公告内容对全体意向投资人同等适用,管理人有权随时终止投资人招募;本公告所述信息并不替代意向投资人尽职调查,意向投资人,如需要了解债务人审计评估情况、债权确认情况,或对债务人进行尽职调查,需向管理人提交报名申请并与管理人签署《保密协议》。
意向投资人应当是依法成立并有效存续的企业法人,应具有足够的资金实力进行重整投资;如拥有房地产开发行业十年以上的经营或管理经验,或拥有房地产行业企业重整成功案例或经验,同等条件下予以优先考虑;两个或两个以上的投资人可联合参与投资,以一个报名人的身份参与招募,但联合体中至少有一个投资人符合资格条件。
三、投资人报名方式
报名时间:自本公告发布之日起至2019年11月1日止。地点:江苏省宿迁市洪泽湖1588号金鹏国际大厦19楼江苏力豪律师事务所。联系人:熊燃13815775177、徐裕捷13805242220。报名时需要根据管理人要求提交相关材料。
四、后续安排
符合报名条件和要求意向投资人需在收到管理人通知后在规定时间内向管理人交纳报名保证金人民币壹佰万元整,未按期交纳的,视为放弃报名;意向投资人在交纳保证金后放弃参与重整的,应以书面方式通知管理人。
意向投资人的意向投资人在向管理人提交《保密承诺函》后,可以对杉林公司进行尽职调查,费用自行承担。
成功报名的意向投资人根据尽职调查结果,结合自身商业判断,在管理人规定时间内提交具有可操作性的且不可撤销的《重整报价方案》,意向投资人提交《重整报价方案》时,应向管理人交纳重整报价保证金人民币伍仟万元整。《重整报价方案》提交期限届满之日起五个工作日内管理人向意向报名保证金的意向投资人退还报名保证金(无息)。
管理人对意向投资人提交的《重整报价方案》进行评审,根据评审结果确定推荐重整投资人,并完成《重整计划草案》的编制工作,提交法院和债权人会议审核。管理人推荐重整投资人时,可视情况设定轮候重整投资人。
管理人应在选定最终重整投资人后五个工作日内,将未被确定为重整投资人所缴纳的重整报价保证金(无息)退还给交纳人。中选的重整投资人所缴纳的报名保证金将转为履约保证金。
如因最终重整投资人的原因导致《重整计划草案》无法履行的,管理人已经向该最终重整投资人收取的保证金不予退还。
如《重整计划草案》未能获得债权人会议表决通过或未能获得人民法院强制批准的,管理人于五个工作日内退还重整报价保证金(无息)。
管理人经核实,竞选人在投标文件中如提交虚假资料,包括但不限于提供虚假业绩证明、虚假财务报表、虚假诚信证明等,将取消其参选资格,已缴纳的保证金不予退还。
江苏杉林置业股份有限公司管理人
二〇一九年十月十五日