

商业银行

■ 编 著
■ 张 杰
■ 元立刚
■ 刘维山

违法犯罪预防



2.281.4

警官教育出版社

商业银行违法 犯罪预防

张 杰 亓立刚 刘维山 编著

警官教育出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

商业银行违法犯罪预防/张杰等著. —北京: 警官教育出版社, 2000.1

ISBN 7-81062-259-5

I. 商… II. 张… III. 商业银行-法规-中国-教材
IV. D992.235

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 71344 号

商业银行违法犯罪预防

SHANGYE YINHANG WEIFA FANZUI YUFANG

张 杰 亓立刚 刘维山 编著

出版发行: 警官教育出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里公安大学 368 信箱

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京工大印刷厂印刷

版 次: 2000 年 1 月第 1 版

印 次: 2000 年 1 月第 1 次

印 张: 8.75

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数: 228 千字

印 数: 0001-7000 册

ISBN 7-81062-259-5/D·110

定 价: 19.80 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 63274348

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

序 言

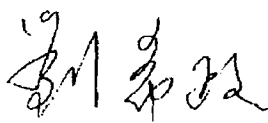
党的十五大报告明确提出：依法治国，建设社会主义法治国家，是我国政治体制改革的重要目标 and 内容。这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入、市场经济越发展、经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法制来引导、规范、约束，以保障市场经济所必需的良好秩序。市场经济与法制经济的内在联系将会越来越紧密。商业银行作为我国经营货币和资金的金融企业，对保持社会稳定、促进经济发展和社会进步起着重要作用，其发展不仅受社会经济规律的制约，其行为同样受法律、法规的约束。因此，依法合规经营既是社会主义市场经济发展对商业银行自身的要求，也是商业银行自身生存与发展的内在要求。

1995 年以来，全国人大及其常务委员会先后制定并颁布了《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国担保法》等法律。国务院及中国人民银行也颁布了一系列行政法规和规章，如《储蓄管理条例》《金融违法行为处罚办法》《贷款通则》《利率管理暂行规定》等。为规范商业银行的经营行为，维护商业银行的经营秩序，提供了强有力的法律依据。同时，针对改革开放后金融违法犯罪活动猖獗，制裁金融违法行为法律依据不足的情况，1995 年 6 月 30 日，第八届全国人大常委会第十四次会议通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》；1997 年 3 月 14 日，第八届全国人民代表大会第五次全体会议通过了新修订的《中华人民共和国刑法》，新《刑法》总结了改革开放以来我国惩治金融犯罪的经验，对金融犯罪的罪名和量刑标准作了统一规定，从而为打击金融犯罪奠定了基础，并且

随着我国民事法律制度的完善，我国已形成了相对完善的金融法律体系。

应当看到，当前我国商业银行的管理有待规范，特别在某些微观管理领域存在着无序现象，致使各种违法犯罪现象时有发生，给商业银行的发展带来极坏的影响。当前发生的形形色色的面向商业银行的违法犯罪案件，一方面暴露了商业银行管理制度中多层次的矛盾；另一方面也暴露了商业银行从业人员对法律知识的欠缺。本书的编者，长期在基层从事经营管理和业务处理工作，对商业银行的管理理论和金融法律有较深的研究，对经营中发生的各类案件有着更直接的体验和更深的感悟，深知普法的重要性和艰巨性。因此工作中不断探索普法的新思路。本书正是他们以独特的视角、实事求是的态度，用最贴近百姓生活的案例编写而成的，用讲故事的形式将法律知识和生活理念融入其中，为我们学习法律知识开辟了新的途径。

加强法制教育，不断提高银行员工的业务素质，是商业银行依法合规经营的保证，也是商业银行提高经营管理水平、预防违法犯罪的有效途径。但愿本书的出现能激发大家对金融法律问题的兴趣，在学习和工作中不断提高自身的法律意识和防范能力。



1999.12.28

第一章 概 论

第一节 商业银行违法与犯罪的概念

改革开放以来，随着商业银行的不断发展、金融工具的不断创新，商业银行经营中的违法行为也日益增多，严重干扰和破坏了商业银行的正常经营活动，直接影响了社会主义市场经济的发展。因此，正确认识商业银行违法犯罪的有关概念，有利于预防、控制和打击商业银行的违法行为。

一 违法行为的概述

违法行为简称违法，是指行为人违反法律规定、具有社会危害性、主观上有过错的活动。即违法行为指那些不符合现行法律所要求、超出现行法律所允许范围的危害社会的活动，而且这种危害社会的活动是行为人在主观上有过错的状态下作出的。违法行为可以表现为做法律所禁止的行为，也可以表现为不做法律所要求做的事情，从而破坏了法律所要维护的社会关系和社会秩序。

违法行为作为一种社会现象，由特定的要素构成，包括以下四个方面：

（一）违法行为必须是侵犯法律所保护的权益的行为

违法行为是一种具有社会危害性的行为，即实际侵犯了法律所保护的某种社会关系、人类生活的共同秩序。

（二）违法行为必须是违反法律规定的行为

违法行为是在人的意识支配下的外部活动，即单纯的思想或

意识活动并不构成违法。

（三）违法行为必须是行为人出于故意或过失

即行为人在主观上有过错而实施的行为。行为人的故意或过失是构成违法的主观方面的依据。如果行为人主观上没有过错，而是由于不可抗力或其他意外事故引起的则不构成违法。

（四）违法行为必须是有法定责任能力的自然人、法人、国家机关及其工作人员作出的

自然人只有根据法律的规定，达到法定责任年龄以及具有责任能力时，才能成为违法行为的主体。法人、国家机关及其工作人员根据法律的规定能够成为违法行为的主体。目前，关于违法行为主体是否必然具有责任能力，学术上一直存在争议，这里不过多涉及。

构成违法行为的上述四个要件，包括了主观和客观两个方面，是主观因素和客观因素的统一。只有同时具备这四个要件才构成违法行为，缺少其中任何一个要件，都不构成违法。

根据违法行为的具体性和危害程度的不同，违法行为一般可分为以下四种：

1. 刑事违法行为

亦称犯罪行为。是违法行为中社会危害性最严重的一种，指侵犯《刑法》所维护的社会关系，依法应受到刑罚惩处的行为。刑事违法行为是一种严重违法行为。

2. 民事违法行为

民事违法行为指违反民事法律的规定，应当追究民事责任的行为，包括不履行债务的行为、侵权行为、受益人知情的不当得利行为等。

3. 行政违法行为

行政违法行为指违反行政法规，危害社会的行为，包括国家机关及其工作人员在执行公务中的职务过错行为和行政管理相对人违反行政法规的行为。

4. 违宪行为

违宪行为指社会组织、公民，特别是国家机关及其工作人员违反《宪法》和宪法性文件，背离《宪法》原则的行为。如国家机关制定的法律、法规，作出的决议、决定或命令同《宪法》的内容和原则相抵触，公民没有履行《宪法》中规定的义务等，均为违宪行为。

二 商业银行违法与犯罪的概念

在了解违法行为的概念、构成和分类后，在这里我们主要探讨商业银行经营过程中经常发生并且危害较大的两种特殊的违法行为：民事违法行为（以下简称违法行为）、刑事违法行为（以下简称犯罪行为）。

商业银行中的违法行为，指在商业银行的经营活动中违反民事法律规定，依法应当承担民事责任的行为。商业银行中的犯罪行为，是金融犯罪的主要表现形式，指在商业银行的经营活动中，一切侵犯社会主义经济关系，依照法律应当受到刑罚处罚的行为。尽管商业银行的违法与犯罪的情节不同、承担法律责任的方式不同、行为后果不同，但是这两种违法行为同样侵犯了商业银行的财产权及相关权益、侵犯了商业银行的经营管理秩序、破坏了国家的金融秩序。由于这两种违法行为所侵害的对象是商业银行的财产权益和正常的经营秩序，因此，可直观地理解为面向商业银行的违法与犯罪。

综上所述，商业银行违法与犯罪是指侵犯商业银行管理资金、侵犯商业银行的管理秩序和商业银行有关的其他财产所有权、破坏国家的金融秩序，依法应当承担法律责任的行为。

根据当前的司法实践，商业银行违法与犯罪呈现出以下三个显著的特点：

（一）行业特征

商业银行违法与犯罪是以商业银行及其经营活动为侵害对

象。由于商业银行的经营活动具有专业性、行业性的特征，因而商业银行违法与犯罪同样表现出明显的专业性、行业性。

（二）技术特征

随着商业银行业务的发展、金融工具的创新和信息技术在银行业务中的广泛应用，决定了商业银行违法与犯罪的技术特征。无论是诈骗罪，还是商业银行内部人员的贪污行为，无不打上现代科学技术的烙印，并且随着信息技术的发展，商业银行违法与犯罪的技术特征将越来越明显。

（三）隐蔽特征

由于商业银行内部本身有一套较为严密、规范的安全保卫措施，不法分子采用公开的暴力形式往往不易得手，因而就转向较为秘密、较为隐蔽的手段侵吞商业银行的财产，表现为商业银行违法与犯罪的隐蔽性特点。这一特点随着信息技术的发展和广泛应用将表现得更为突出，给商业银行的经营带来更大的风险。

三 商业银行的范围与我国的立法现状

为更好地理解商业银行违法与犯罪的概念，我们有必要了解商业银行的范围、我国的立法现状以及现行法律赋予商业银行的权利及其应承担的义务，同时也便于我们明确商业银行违法与犯罪预防的目的和任务。

（一）商业银行的定义与范围

各国的银行法对商业银行的定义方法主要有两种：

1. 列举法

即在定义“银行”时，具体列出什么机构或组织是银行。

2. 定性法

即在定义“银行”时，只抽出银行最本质的特征加以概括，凡符合这种本质特征的组织和机构都是银行。

采用列举法定义比较死板，一方面难以囊括金融活动发展中出现的新事物；另一方面容易造成管理上的空缺或遗漏，只要没

有列举全，就为犯罪分子钻法律空子提供了可能，而定性法定义就没有这些缺点，使管理者随时处于主动地位。我国关于商业银行的定义采用定性法定义。

《商业银行法》第二条规定：“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”这一定义使人对商业银行的性质、功能有一定的认识。法律中的吸收公众存款包括吸收活期支票存款，是商业银行与其他金融机构的本质区别，而“存、贷、汇”又是商业银行最传统的业务。我国的商业银行包括：国有商业银行、股份制商业银行、城市信用合作银行、农村信用合作银行、外资银行、中外合资银行和外国银行分行。

（二）我国现行的与商业银行有关的民事法律

由于各国的经济文化状况、法律传统及法的历史发展的差异，各国划分法律部门的标准和原则并不一致，这就难以形成相同的法律部门。我国根据法律的调整对象、法律的调整方法以及其他因素，法律体系划分为下列法律部门：《宪法》《行政法》《民法》《商法》《经济法》《财政法》《刑法》《诉讼法》《劳动与社会保障法》《环境法》《军事法》等。与商业银行有关的民事法律主要由《民法通则》和单行民事法律组成。《民法通则》是民法部门的基本法。单行的民事法律包括：《合同法》《担保法》《票据法》等。此外，我国在经济行政管理的法律、法规中，有关财政、金融方面的法律、法规，如《中国人民银行法》《商业银行法》《贷款通则》《储蓄管理条例》《信用卡管理办法》《信用证管理办法》等有关权利和义务的规定和民事责任的规定，这些法律、规范也是民事法律的组成部分。上述的法律、法规规定的民事违法行为主要包括不履行债务的行为、侵权行为、不当得利行为等。

（三）我国现行的商业银行犯罪的刑事立法

《刑法》是规定犯罪和刑罚的法律，是当代中国法律体系中

一个基本的法律部门。商业银行作为金融机构的主要组成部门，商业银行的犯罪是金融犯罪的一种主要形式。因此，金融犯罪立法是对金融犯罪的直接规定。目前，规定金融犯罪的刑法部门中，占主导地位的是《刑法》。此外有关经济和行政管理的法律（如《中国人民银行法》《商业银行法》等）中，规定了“依照”《刑法》有关规定追究刑事责任的条款，这些法律规范也是《刑法》的组成部分。上述法律、法规规定的商业银行犯罪主要有：

商业银行中的贪污罪；商业银行中的挪用公款罪；商业银行中的贿赂罪；违法向关系人发放贷款罪；违法发放贷款罪；用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪；非法出具金融票证罪；对违法票据予以承兑、付款、保证罪；集资诈骗罪；贷款诈骗罪；票据诈骗罪；金融凭证诈骗罪；信用证诈骗罪；有价证券诈骗罪等。

此外，对涉及商业银行的贪污贿赂罪、渎职罪、侵占财产罪、暴力抢劫罪和与商业银行有关的公司犯罪都属于商业银行的犯罪。

四 商业银行违法与犯罪的研究对象和方法

近年来，随着我国社会主义市场经济制度的确立和发展，商业银行在促进社会安定和推动经济发展方面起了巨大作用。同时，伴随着商业银行的发展出现了大量的违法与犯罪案件，在一定程度上影响了商业银行的发展。我们以身边发生的案例为研究对象，深刻剖析案件构成与发生的原因，揭示商业银行经营管理中暴露出的多层次矛盾，提出违法与犯罪的有效预防方法，并且通过法的适用和普及相关的法律知识，增强大家的法律意识和防范能力。

根据违法行为构成的一般理论，面向商业银行的违法与犯罪是由构成违法行为的各种主、客观要素有机地组合而成的，这些要素包括商业银行违法与犯罪的主体、主观方面、客体和客观方

面等四个要件。也就是说，任何一种违法行为，只有同时符合上述四个要件，才能确定为违法行为。明确商业银行违法与犯罪的构成，有利于司法人员确定行为人的法律责任，有利于司法人员确定行为人承担法律责任的方式，同时也有利于打击和预防商业银行的违法犯罪行为。

第二节 商业银行违法与犯罪的主体及主观方面

一 商业银行违法与犯罪的主体——民事主体和犯罪主体

（一）民事主体是民事法律关系的当事人，亦是民事权利和义务的享受者和承担者

哪些人可以作为民事主体是法律规定的。在古罗马，只有家长才有民事主体的资格，而子女及奴隶是无法律人格的，因此无权参加民事活动。现代社会由于平等观念的出现，强调法律面前人人平等，在民事活动中，则体现为所有合法的当事人均有资格参加民事活动。在法律上，民事主体依法享有权利和承担民事义务的资格称为民事权利能力。民事权利能力是民事主体享有权利和承担义务的资格，是取得权利的资格和前提条件。对公民（自然人）来讲，权利能力这种资格存在于自然人生存期间，对法人来讲，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。但民事主体具有民事权利能力，并不表明民事主体可以独立地、依自己的行为享有权利和承担义务，这就要求民事主体还应具备民事行为能力。所谓民事行为能力，是民事主体以自己的行为依法享有民事权利、承担民事义务的能力。这种能力，对于公民（自然人）来讲，要求具备成熟的理智的人才能具有。对法人来讲，则只有在法人设立人为法人设定的行为范围内才能具备。

公民的民事行为能力，即公民以自己的行为依法行使民事权

利和承担民事义务的资格。每个公民具备民事权利能力，并不意味着每个公民都能正确运用这种能力。每个公民要正确地运用权利能力，必须具备相应的行为能力。我国《民法通则》将公民的民事行为能力根据公民的判断能力，分为三个层次：

1. 完全民事行为能力

凡年满十八周岁，精神正常的人，为完全民事行为能力人。这一层次的人可以独立从事民事活动，并独立享有权利并承担义务，而无须他人监护和代理。同时，十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源，并能达到当地群众的一般生活水平的，亦可认定为完全民事行为能力人。

2. 限制民事行为能力

年满十周岁以上的未成年人（十八周岁以下）和不能完全辨认自己行为的成年精神病人，是限制民事行为能力人。这个层次的人，具有一定的判断能力，但对重大的事项无判断能力。因此，可以从事与其年龄、智力和精神健康状态相适应的民事活动。其他民事活动应由他的法定代理人代理或征得他的法定代理人同意。

3. 无民事行为能力

不满十周岁的未成年人和不能完全辨认自己行为的成年精神病人，为民事无行为能力人。这一层次的人由于其过于不成熟，因此不能独立参加民事活动，应由其法定代理人代理。

例外性的规定，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第六条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”第六十七条第二款规定：“行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。”

（二）犯罪主体

犯罪主体指实施了犯罪行为，依法应当对自己的行为承担刑

事责任的人或单位，犯罪主体分为自然人犯罪主体和单位犯罪主体。

自然人犯罪主体，指达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力，实施了犯罪行为的自然人。所谓刑事责任年龄是指《刑法》所规定的，行为人应对自己实施的犯罪行为承担刑事责任必须到达的年龄。按照我国《刑法》第十七条的规定，把我国的刑事责任年龄分为四个阶段：完全不负刑事责任年龄阶段，即行为人年龄不满 14 周岁时，其行为不构成犯罪，一概不负刑事责任；相对负刑事责任年龄阶段，即已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应负刑事责任；完全负刑事责任年龄阶段，即已满 16 周岁的人，犯任何罪都应当负刑事责任；从宽刑事责任年龄阶段，对于已满 14 周岁不满 18 周岁犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。所谓刑事责任能力，是指行为人辨认和控制自己行为的能力。正常情况下，行为人辨认和控制自己行为的能力是一致的，但是，在出现疾病的情况下，辨认自己行为的性质、后果的能力与自我控制的能力也可能分离。只有辨认和控制自己行为的能力都具备，才属于有刑事责任能力。我国《刑法》对几种特殊情况下的刑事责任能力问题，作了特殊规定：

1. 精神病人的责任能力

我国《刑法》第十八条第一款规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。”第二款规定：“间歇性精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。”第三款又规定：“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。”

2. 醉酒人的刑事责任能力

我国《刑法》第十八条第四款规定：“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”

3. 聋哑人和盲人的刑事责任能力

我国《刑法》第十九条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。”这里所指的又聋又哑的人，是指既聋且哑的人；这里所指的是盲人是指双目失明的人。

单位犯罪主体，是指为牟取本单位的非法利益，由单位负责人或者经单位集体讨论决定，实施了《刑法》明文规定的单位犯罪的公司、企业、事业单位、机关、团体。其中包括法人单位和非法人单位。我国《刑法》对单位犯罪基本上实行双罚制，即既处罚单位，也处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员。只有法律有明文规定的，才实行单罚制，即只处罚单位犯罪中的直接主管人员或其他直接责任人员。如我国《刑法》第三十条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”《刑法》第三十一条规定：“单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”

通过以上分析可以看出：法律对公民（自然人）的民事行为能力和刑事责任能力有不同的规定，但在一定条件下，民事主体可以成为犯罪主体，犯罪主体可以转为民事主体，而且民事主体和犯罪主体都包括自然人主体和单位主体，其中自然人违法与犯罪主体又包括一般主体和特殊主体。所谓特殊主体，是指具有特殊身份或职务的民事主体或犯罪主体。从当前的司法实践来看，面向商业银行的违法与犯罪大都为特殊主体所为，或者是特殊主体和一般主体相互勾结所为。所以当前研究特殊主体对研究面向商业银行的违法与犯罪具有十分重要的意义。

二 商业银行违法与犯罪的特殊主体及分类

目前，就商业银行发生的案件而言，已反映出多元化、多层次的综合特性，而针对其进行科学合理的分类，有助于我们全面

地认识当前商业银行违法与犯罪案件中蕴含着的此种属性及其各个方面，从而进行较深层次的分析以及开展有效防范。因此，主要应从以下几个方面分类：

从作案主体上分，有外部作案型、内部作案型、内外勾结型。

从作案方法上分，有利用银行管理层作案、银行工作人员利用工作便利自身作案、利用与银行联系的工作人员作案等。

从作案内容上分，有利用银行汇票、商业汇票作案、利用支票作案、利用托收汇兑者凭证作案、利用信用卡作案、利用账表作案、利用管理防范漏洞作案等。

从作案方式上分主要是五种：伪造凭证、瞒天过海；公款私存、偷梁换柱；利用职权、以权谋私；窃证骗章、嫁祸于人；有意串户、转移资金等。

以上各种分类，均从各个不同角度、属性解析了商业银行案件发生的某些方面，然而，我们注意到，其中交叉隐含者甚多，分离非蕴含者亦甚多，大多仅能显示案件发生的某一方面，因而难以引导对案件主体进行详尽的研究。在这里，我们引入“行为”概念，应用行为科学理论，针对特殊主体，对产生案件的行为主体来进行分类，则可以分为以下几大类型：

（一）腐化堕落型

即银行人员受拜金主义、享乐主义、个人本位主义及社会不良风气影响，利用手中权力或工作之便，有意识地采用各种手法，窃取、挪用银行资金的行为。

（二）玩忽职守型

即银行工作人员在工作中不负责任、不坚守岗位、不按制度规定手续办事而直接造成案件发生的行为。

（三）疏忽大意型

银行工作人员仅埋头于银行业务的处理，而对业务中可能发生的案件行为因各种原因未予防范，间接导致案件发生的行为。

（四）有章不循型

即商业银行以完成存款任务、地方保护为由，变相地、有意纵容银行以外的企业人员违反有关制度，从而导致案件发生的行为。

（五）业务不熟型

即银行工作人员不钻研业务，对商业银行的各项管理制度、业务操作程序不熟悉，对凭证及处理方式不能进行有效监督，从而导致案件发生的行为。

此种分类方法包含了商业银行案件发生的行为主体、方法、内容、方式诸要素，明确了产生案件的基本原因，揭示了防范措施的研究方向。因此，在具体原因的研究及防范措施的制定上，定位于行为的角度，且有研究范围广、概括性强、便于重点深入的优点，更具实用性。

根据《刑法》有关条款规定，商业银行犯罪中属于特殊主体的有：商业银行中的贪污罪（职务侵占罪）；商业银行中的挪用公款罪（挪用资金罪）；商业银行中的贿赂犯罪；金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪；违法向关系人发放贷款罪；违法发放贷款罪；非法出具金融票据罪；商业银行中的玩忽职守罪等。

三 商业银行违法与犯罪的主观方面

按照违法行为构成的一般理论，所谓违法的主观方面，是指行为主体在进行违法活动时的心理态度。因此，商业银行违法与犯罪的主观方面是指商业银行违法与犯罪的行为主体在进行违法活动时所持的心理态度，它反映的是行为主体内在的心理活动。

我国《民法通则》根据民事违法行为所侵害的权利不同，民事责任主要可分为违约责任与侵权责任。所谓违约责任是指合同关系中的债务人违反合同的规定，侵犯债权人的债权而应承担的民事责任。所谓侵权责任是指侵犯债权之外的其他权利而应承担