

刑事疑案 精解

张本才 徐建波 / 主编

1



中国检察出版社

刑事疑案 精解

1

主 编 张本才 徐建波

副 主 编 张建升 李和仁

编辑人员 (以姓氏笔画为序)

尹 铮 王金贵 杨 涛 邹云翔

倪爱静 赵芳芳 柴春元

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事疑案专家精解①/张本才, 徐建波主编. —北京: 中国检察出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 80185 - 778 - 1

I. 刑… II. ①张…②徐… III. 刑事诉讼—案例—分析—中国
IV. D925. 205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 073681 号

刑事疑案专家精解①

张本才 徐建波 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 16. 75 印张

字 数: 280 千字

版 次: 2007 年 7 月第一版 2007 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 778 - 1/D · 1754

定 价: 32. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

析疑解惑 弘扬法治

——为《刑事疑案专家精解》而作

最高人民检察院副检察长 王振川

芳菲四月，春意正浓。适逢《人民检察》杂志喜迎出版500期，杂志社荟萃近两年来一些专家学者参与研讨的疑难案例，编辑了《刑事疑案专家精解》一书。

《人民检察》杂志是最高人民检察院的机关刊物、中国法律类核心期刊。多年以来，在法学界一直享有盛誉，在全国检察机关也颇具影响力，被众多读者视为良朋益友。为了秉承传统，与时俱进，促进杂志的更快发展，《人民检察》杂志从2005年1月起改为半月刊。转瞬之间，改刊已经两年有余，杂志从版式设计到内容都有了较大的改进和提高，应当说，改刊取得了预期的效果。

作为《人民检察》编委会主任，我一直十分关注杂志的发展。对于杂志办刊工作，我曾提出，要围绕一个中心，突出两大特色，办成三大阵地。就是要围绕宣传和强化检察机关法律监督职能这一中心，突出“交流经验，指导业务”的刊物特色，将《人民检察》办成理论研究的阵地，能够吸引系统内外的力量开展检察理论研讨，不断形成新观点、推出新成果；经验交流的阵地，各地开展检察业务工作取得的经验在这里充分交流，取长补短，相互促进；业务指导的阵地，要及时传达、阐释高检院的决策部署，对于广大干警在司法实践中遇到的一些疑难问题，要释疑解惑，着力提高检察人员的业务水平。近年来，《人民检察》恪守办刊宗旨，立足检察实践，服务检察工作，为检察事业的创新发展，作出了积极努力。

一本杂志要想保持旺盛的生命力和持久的竞争力，关键还是要靠高质量的内容来支撑，要精心打造自己的品牌栏目。目前来看，编辑部创设的“疑案精解”栏目，因其特色鲜明，制作精细，给人留下了深刻的印象。

翻阅图书校样，研读专家学者发言，不难发现，“疑案精解”已成为一个

充满生机与活力的“讨论平台”。所讨论的案例，都是司法实践中的典型疑难案件，受邀参与研讨的都是相关领域内的专家学者。在讨论形式上，采取主持人与特邀嘉宾问答互动的方式，不求观点一致，但求说理透彻，真正体现了“百家争鸣”的风格。专家学者运用深厚的法律知识和实践经验，对案件定罪量刑和适用法律进行分析，深入浅出，侃侃而谈。在专家面对面的交流中，各种观点碰撞交锋，有共识也有分歧，不时闪烁着思想的火花。在轻松的阅读之中，广大读者可以领略解析疑难问题的独特视角，学习运用法律的逻辑方法，了解到法学理论、司法实务领域的前沿观点。

“疑案精解”栏目甫一推出，即因设计新颖，风格独具，赢得了专家学者和检察人员的青睐。著名法学家王作富教授曾称道“疑案精解”栏目别致、新颖，认为“这种讨论的好处和意义在于，可以引导广大理论工作者和司法工作者关注司法实践中的疑难问题，对办案中出现的问题怎么解决，怎么思考，如何找到适用的法律，有很好的启发作用”。许多地方的检察机关主动提供当地办理的疑难案件，与编辑部合作，共同举办疑难案例研讨活动，以此为契机，推动检察干警钻研业务、提高办案能力。

业务工作为检察工作的中心，《人民检察》要充分利用自身优势，发挥机关刊物的桥梁纽带作用，紧紧围绕检察业务组织稿件，为提高检察人员的业务水平提供智力支持。“疑案精解”栏目适应这种需要，贴近实践，内涵丰富，法理明晰，对于提高检察人员的法律监督能力，维护社会公平和正义，具有积极的促进作用。

随着“疑案精解”栏目的逐步成熟，在其交流经验、指导业务功能日渐凸现的同时，该栏目蕴含的“普法”意义和传播法治的价值也日趋彰显。“疑案精解”所选案例富有典型性、新颖性、可读性，通过专家学者通俗易懂的阐述，多角度探讨分析，有助于刑事法律知识的普及和公众的学法、用法，容易在公众心目中养成法律思维，确立法律信仰。将“疑案精解”栏目的精品案例结集成书，推及社会，我相信，定会让更多的读者受益。

《刑事疑案专家精解》一书的出版，不仅是《人民检察》杂志求新进取的见证，也是检察理论、业务工作发展的真实记录，一定能够受到广大读者，特别是广大检察人员的欢迎。我真诚地希望，人民检察杂志社全体采编人员发扬传统，再接再厉，锐意进取，开拓创新，为推动国家的法治建设和检察事业的健康发展，多出精品、多做贡献！

刑 法

一、破坏社会主义市场经济秩序罪/001

1. 外资公司利用借贷资本注册,后又抽回资金如何定性/谢望原等/003
2. 供电公司干部被指派到股份公司任职后受贿如何定性/刘仁文等/014
3. 如何正确认定贷款诈骗罪/白建军等/024
4. 非法披露商业秘密尚未投产该如何处理/屈学武等/034
5. 骗逃铁路运费是否构成合同诈骗罪/王作富等/045
6. 利用互联网发布足球博彩信息牟利构成何罪/黎宏等/056
7. 虚构产品名称高价销售牟利如何处理/陈兴良等/066

二、侵犯公民人身权利、民主权利罪/077

8. 用鼠药毒死强奸行为是否正当防卫/周其华等/079
9. 为获取他人罪证使用暴力致人死亡如何处理/陈泽宪等/090

三、侵犯财产罪/099

10. 为创造业绩伪造印章签订“合同”,占有单位财物后销毁
如何处理/刘志伟等/101
11. 在取款机上拾卡后恶意取款、转账如何定性/王作富等/112
12. 承销商骗取彩票奖品的行为该如何定性/单民等/119
13. 实习警察伙同他人“抓赌”行为如何定性/李文燕等/130

14. 以收取加盟费方式传销经营造成巨额损失如何处理/黄京平等/140
15. 将他人借记卡磁条信息改写至本人卡上取款应如何定性/江礼华等/150
16. 抢回自己被行政机关扣押的财物该如何处理/于安等/161

四、贪污贿赂罪/170

17. 银行工作人员为他人办理转账,擅自使用该笔资金不能归还如何定性/梁华仁等/172
18. 司法人员索取借条能否认定受贿/贺恒扬等/183

五、渎职罪/193

19. 监管场所负责人“示意”下属非法办理减刑能否构成徇私舞弊减刑罪/韩玉胜等/195

刑事诉讼法

1. 县级人大大不许可逮捕涉嫌犯罪的代表如何处理/莫纪宏等/207
2. 案件起诉后外地公安机关发现被告人重大犯罪事实如何处理/傅宽芝等/218
3. 警察抓捕犯罪嫌疑人受轻微伤能否提起刑事附带民事诉讼/杨新京等/229
4. 起诉一罪法院能否改判两罪/宋英辉等/241
5. 抗诉案件:指令再审究竟该如何操作/樊崇义等/250

一、破坏社会主义市场经济秩序罪

一、破坏社会主义市场经济秩序罪



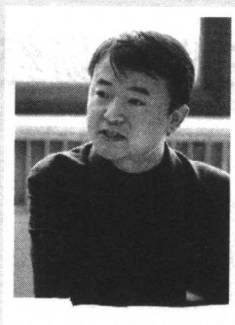
● 谢望原



● 叶 林



● 阮齐林



● 王 健

X

一个外商投资公司的出资人利用借贷资本“走账”，取得企业法人营业执照后又将该笔资金撤回，对该行为能否依照刑法的相关规定追究出资人的刑事责任？又应当以何罪追究行为人的刑事责任呢？这是一个曾引起司法实务部门较大争议、至今未有定论的疑难案例。

外资公司利用借贷资本注册,后又抽回资金如何定性

主 持 人: 徐建波 (《人民检察》杂志主编)

特邀嘉宾: 谢望原 (中国人民大学教授、博士生导师)

阮齐林 (中国政法大学教授、博士生导师)

叶 林 (中国人民大学教授、博士生导师)

王 健 (最高人民检察院公诉厅副处长)

文稿统筹: 倪爱静

摄 影: 刘 勇

【案情简介】

1999年11月15日,某国海洋国际贸易公司与我国某省天南药业股份有限公司、海康房地产股份有限公司共同出资成立太平洋实业有限公司,在某市工商管理部門登记注册,并取得临时营业执照,注册资本为2亿元人民币。三方的出资额及占注册资本的比例分别为:海洋国际贸易公司1.4亿元人民币,占70%;天南药业股份有限公司4000万元人民币,占20%;海康房地产股份有限公司2000万元人民币,占10%。海洋国际贸易公司法定代表人邓某任太平洋实业有限公司的法定代表人兼总经理。

太平洋实业有限公司注册登记以后,邓某为解决海洋国际贸易公司1.4亿元人民币出资问题,与某科技软件投资股份有限公司董事长杨某联系,请杨某向太平洋实业有限公司转款“走走账”,以充顶其注册资本,走完账即将款归还杨某。1999年11月20日至2000年1月15日,杨某从本公司先后向太平洋实业有限公司账户通过汇票或电汇等方式转款1.4亿元人民币。

邓某用上述1.4亿元人民币作为实收资本,于2000年2月10日进行验资,某会计师事务所根据上述1.4亿元人民币的往来票据、记账凭证和有关税

务部门证明太平洋实业有限公司收到的1.4亿元人民币为海洋国际贸易公司在中国投资的税后利润的文件,出具《验资报告》,称太平洋实业有限公司截止到2000年2月10日已收到其股东海洋国际贸易公司投入的资本金1.4亿元人民币。验资后,邓某于2000年3月10日前将上述用来走账的1.4亿元注册款返还给某科技软件投资股份有限公司。

2000年3月20日,太平洋实业有限公司将上述《验资报告》及其他相关材料提供给某市工商管理部门,申领换发了“营业执照(正本)”。

【特别观点】

■从公司法理论的角度看,不能将外资企业当做游离于公司法以外的企业组织,我国刑法应毫无例外地适用于一切公司,当然包括外资公司。

■无论内资公司还是外资公司,发起人或投资者一旦向公司缴纳出资,该出资财产就转化为公司财产,公司财产绝对不是发起人或投资者的自有财产。一旦发起人或投资者将自有财产与公司财产混在一起,轻者会引起“法人人格否认”的民事后果,重者可能引起行政责任及抽逃出资的刑事责任。

■“资本真实”标准的不同,将直接影响对虚假出资罪、虚报注册资本罪和抽逃出资罪的区分和界定。我国实行注册资本实缴制,所谓实缴,除要求资本的实际到位外,还要求该资本必须是自己拥有所有权的资金或财产,如果该笔资金只能用于验资实际上也仅仅用于验资,则该出资必然是虚假的。

■实践中,虚假出资罪与虚报注册资本罪往往存在交叉、重合,如虚假出资人和虚报注册资本人为同一人时,则既触犯虚报注册资本罪也触犯虚假出资罪。

【专家点评】

主持人:虚报注册资本、虚假出资、抽逃出资是当前经济犯罪中犯罪嫌疑人惯用的伎俩。由于我国市场经济尚处于发展之中、公司制度的设立时间不长,司法机关查处此类案件的经验较少,特别是我国目前存在内资公司与外资公司两种不同的注册资本制度“并行”的体制,如何正确运用刑事法律来规范公司尤其是外资公司的运行,已成为迫切需要解决的问题。

问题一：在出资制度方面，我国立法对外商投资公司的规定与内资公司有何不同？

主持人：首先请叶林教授为我们介绍一下两种出资制度的特点和它们之间的区别。

叶林：我国内资公司实行实缴（收）资本制。如果发起人以现金出资设立公司，发起人必须将全部注册资金存入在银行开立的临时账户，经验资机构验资并出具验资报告后，发起人才可据此领取《企业法人营业执照》，公司才能成立。如果发起人是以现金以外其他合法财产出资，必须先办理资产评估和验资手续，在领取《企业法人营业执照》后，发起人必须将承诺的出资财产转移或者过户到公司名下。我国外资公司实行的资本制有别于内资公司，有人称之为“认可资本制”。它的基本规则是，投资者先将公司设立申请提交外商投资主管机关，申请获得批准后，发起人即可向公司登记机关办理工商登记。在发起人缴足出资前，公司登记机关会首先签发临时营业执照；只有各发起人实际缴纳出资后，公司登记机关才会签发正式的《企业法人营业执照》。临时营业执照只表明公司获准成立，除筹备活动外，不能凭借临时营业执照从事生产经营活动；外资公司的投资者可以约定在法定期限内分期缴纳出资，但最长期限不超过2年。

主持人：当前，一些外商投资企业法律、法规仅仅规定了逾期未缴纳、未缴足注册资本行为的民事及行政责任，而未规定刑事责任，能否对外商投资公司适用刑法调整呢？

叶林：无论内资公司还是外资公司，都必须如期、足额缴纳认缴资本。发起人或投资者一旦向公司缴纳出资，该出资财产就转化为公司财产，这些财产只能由公司董事会代表公司加以利用或处置；出资形成的公司财产与发起人或投资者的自有财产相互独立，公司财产绝对不是发起人或投资者的自有财产。一旦发起人或投资者将自有财产与公司财产混在一起，就有可能引起非常复杂的法律关系，轻者会引起“法人人格否认”的民事后果，重者可能引起行政责任及抽逃出资的刑事责任。也就是说，虽然三资企业法没有规定逾期未缴纳、未足额缴纳注册资本行为的刑事责任，但公司法有关于追究刑事责任的规定，不能将外资企业当做游离于公司法以外的企业组织，刑法理所应当适用于外资公司。

谢望原：外商投资企业法律、法规没有规定刑事法规范，并不等于外商投

资企业违犯了我国刑法规定时可以不作为犯罪处理。我国刑法第六条关于属地管辖原则的规定具有普遍效力，即：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”因此，外商投资企业如果在我国领域内实施了犯罪行为，毫无疑问应当适用我国刑法的相关条款。

问题二：虚报注册资本、虚假出资与抽逃出资罪的界定基准是什么？

主持人：探讨复杂的法律问题必须建立在对法条规定的正确理解上。我国刑法第一百五十八条、第一百五十九条分别设定了虚报注册资本罪、虚假出资罪和抽逃出资罪三个罪名，请问专家三罪的界定基准是什么？

阮齐林：首先分析虚报注册资本与虚假出资的区别。二者发生的时间不同，虚报注册资本，发生在申请公司登记时；虚假出资，发生在筹办创立时（招股、认购等），可发生于申请公司登记前。欺骗的对象也不同，虚报注册资本行为欺骗的是公司登记管理机关，是申请注册的公司法人的对外行为；虚假出资行为欺骗的是其他发起人或股东（公司董事会），涉及公司内部股东之间的利害关系，是股东或发起人的对内行为。在主体方面，虚报注册资本罪的主体是申请公司登记的人；虚假出资罪的主体只能是公司发起人或股东。虚假出资人未必是虚报注册资本人，如股东虚假出资，董事会不知其是用虚假证明文件申报的；虚报注册资本未必虚假出资，如发起人、股东出资均实际交付，但未能募集到足够的股本（认购不足），有关人员虚报骗取公司登记的；虚假出资在客观上具有虚报注册资本的效果，但如果申请公司登记人不知情的，则不成立虚报注册资本罪。实践中，虚假出资罪与虚报注册资本罪往往存在交叉、重合，如虚假出资人和虚报注册资本人为同一人时，则既触犯虚报注册资本罪也触犯虚假出资罪。实际情况往往是：行为人既是大股东又是经营管理人，隐瞒其虚假出资的情况并虚报注册资本。

抽逃出资罪与虚假出资罪的区别比较明确，构成抽逃出资罪的前提是投资人的出资必须是真实的，且抽逃行为只能发生在公司成立以后。一般而言，有抽逃出资条件的是承担公司经营管理职务的股东，秘密且没有任何名目地将已经到位的资金撤出。是否具备股东身份、被转移资金是否超出出资额、被转移资金有无名目是区分本罪与职务侵占罪、挪用资金罪的关键。

谢望原：关于三罪的区别，我强调三点意见。首先，虚报注册资本罪中的“虚报”，既可能是夸大实际投入注册资本，也可能根本没有资金入过账而虚构注册资本；其次，所谓虚假出资，是指公司发起人、股东违反公司法的规

定，未交付作为出资的货币、实物或者未转移作为出资的财产权；第三，刑法第一百五十九条规定的是一个选择性罪名——即虚假出资、抽逃出资罪中，两罪可选择适用其中一种。虚假出资与抽逃出资具有一定关联性。事实上，抽逃出资的行为也反映了行为人虚假出资的一面（没有真实地依法出资）。但是，如果行为人为出资到位后又将其转走，这就是典型的抽逃出资了。

问题三：何谓资本实缴制，该出资应为形式真实还是实质真实？

主持人：根据两位专家关于虚报注册资本、虚假出资和抽逃出资界限的论述，公司成立时的出资是否真实、合法，是区分虚报注册资本、虚假出资和抽逃出资的关键所在，即，无论是虚报注册资本还是虚假出资，客观上“注册资本”和“出资”都具有“虚假性”，而抽逃出资须以“真实出资”为前提，将真实出资抽逃。那么，本案投资人通过借贷等融资行为获得资本用于公司成立时的出资，能否认定为合法有效呢？我国公司制度所规定的“资本实缴”，该如何理解？

阮齐林：这是个令人困惑的问题，对出资虚假或真实的认定标准不一致，将导致永远无法界定抽逃出资的范围。因此，首先应当在出资真实与虚假的标准上达成一致，才能对抽逃出资罪与虚假出资罪的界限进行有实际意义的讨论。

利用借贷的钱充做公司注册资本金，只具备出资的形式条件，不具备出资的实质性条件，法律是否允许该行为？如果法律允许该行为，只要求出资的形式真实，则本案构成抽逃资本罪；如果法律要求实质真实的出资，则本案构成虚假出资罪或虚报注册资本罪。考察中国的司法实践，利用借贷资本注册登记公司的行为极为普遍，实践中这类行为受到处理的极少，只有少数债权人债权得不到实现的才可能受到处理，一般定为虚报注册资本罪。因此，可以这样认为，实践中采用资本实质真实标准的居多。

谢望原：我认为，应当采用形式真实标准。从民法上讲，公司借贷，相当于民法上的借款行为，进到公司账上，就应当视同公司自己的钱，用借来的钱出资，仍应视为行为人已经交付资本金。因为，假设公司在成立后发生履行不能，法院将该笔借款作为该公司的钱依法冻结，不管出借人与该公司有何种约定，出借人仍不能行使物上追及权直接将这笔款拿回来，而必须等到解冻后，依据债权的有关规定按顺序获偿。

阮齐林：我也赞成采用形式真实的标准。打一个比方，假设新成立的太平

洋实业有限公司在借款 1.4 亿元后，该公司会计将这笔款非法侵占，则侵占的后果应由借款人太平洋实业有限公司承担，追缴的赃款也应当首先发还太平洋实业有限公司，再由太平洋实业有限公司进行公司之间的债务清偿，而并不是依据物权将这笔款直接发还给其原始所有者。如果该笔钱无法追回，太平洋实业有限公司不能因此免除对出借方的债务。另外，会计师事务所没有审查相关材料实质真实与否的义务，实际上也没有这个能力。

叶林：资本真实不能绝对化理解。以货币所有权为例，货币所有权的归属是与占有事实密切联系在一起的，即使投资者借入一笔款项，只要他将款项存入自己的账号或实际占有，该笔资金就是投资者的资金，而不是出借方的资金。据我了解，很多外商在国内设立公司时，都或多或少地使用了借入资金。如果限制这种资金流入，不仅在操作上行不通，而且在理论上也是错误的。

当然，为了设立公司而利用他人资金“走账”，其性质与使用正常的借款注册公司完全不同。“走账”一词至少包含这样两层含义：其一，走账仅仅是想把资金当做注册资金，而不是将这笔款项变成公司财产，这背离了公司法上的资本确定原则；其二，走账是把投入资金当做换取营业执照的手段，一旦取得营业执照，资金即归还给投资方或出借方。根据这种分析，利用他人资金走账的投资者根本就没有准备将货币所有权转给公司所有。

王健：注册资本的真实、充足，是公司稳定和市场信用的保障。我国实行注册资本实缴制，所谓实缴，除要求资本的实际到位外，还要求该资本必须是自己拥有所有权的资金或财产。如果法律允许形式真实的资本存在，那么，在一定意义上，刑法规定的虚假出资罪就失去了存在的价值，这不仅会助长企业的短期行为，还会造成皮包公司充斥社会，给我国公司制度带来致命的伤害，严重扰乱社会主义市场经济秩序。

关于注册资本的实质真实要件，有关法规作了相关规定。1987 年 12 月 30 日国务院批准的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第二条第一款明确规定，“合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等”。第三条规定，“合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资”。1998 年《对外贸易经济合作部关于外商以人民币投资有关问题的通知》规定：“（一）作为外商出资的人民币，必须是该外商从中国境内举办的

其他外商投资企业获得的人民币利润；（二）外商以人民币利润出资，应向审批机关出具其所投资企业的利润分配证明及该企业纳、免、减税证明。”

主持人：对于资本真实性的问题，可谓仁者见仁，智者见智，但至少有一点，我们达成了共识，即：对于投资人的现金出资，新成立的公司必须对其享有完全所有权和支配权，如果该笔资金只能用于验资实际上也仅仅用于验资，验资后立即归还，即该笔资金的使用受到限制，则出资必定是虚假的。

问题四：本案应如何定性？

主持人：在前面我们已经讨论了虚报注册资本、虚假出资与抽逃出资罪的界定基准，并对出资资本的真实与否对构成犯罪的影 响进行了探讨，那么，本案应如何定性呢？

阮齐林：外商投资公司仍然存在成立虚报注册资本罪和虚假出资罪的可能。因为，认缴的注册资本与实际缴足的注册资本是两个不同的概念。本案的关键不在于“认缴”资本没有缴足，而是假冒“实缴”注册资本。假如行为人没有弄虚作假，实事求是到期未缴足认缴的注册资本，无非是导致公司减少注册资本或不能获取正式的营业执照。这不是犯罪问题。问题的关键是，行为人弄虚作假借来1.4亿元资金“走走账”，冒充“实际出资”或“实缴资本”，也就是以虚假出资冒充实际出资。虽然法律允许外资公司认缴注册资本有一个缴足的时间过程，但是任何情况下都不允许以虚假的出资冒充实际出资。在这个意义上讲，本案更符合虚假出资罪的特征。

谢望原：就本案现有的材料来看，我认为应根据刑法第一百五十九条之规定，追究行为人抽逃出资的法律责任，犯罪主体是海洋国际贸易公司及其直接责任人员邓某。实践中，抽逃出资表现为两种情况，一是行为人为达到设立公司的目的，通过借款或贷款取得资本作为出资，公司登记后又将其抽回；二是公司成立时，依法缴纳资金，随后又将出资抽回。投资人可以用自己的自有资金进行出资，也可以用自己取得使用权的借款、贷款进行出资，但都必须保证本身享有对资金的占有、使用、收益、处分的权利，否则就直接违背了法定资本制度和注册资本实缴原则。本案属于第一种情形，符合刑法第一百五十九条规定的抽逃出资罪。

王健：认定抽逃出资罪的前提必须是存在真实合法的出资，而按照注册资本实质真实的要件，本案行为人的出资显然是虚假的，这就排除了成立抽逃出资罪的可能。

如刚才阮教授所言，“虚假出资，客观上必然具有虚报注册资本的效果”，因此，在虚假出资罪和虚报注册资本罪两罪的认定上，问题比较复杂，这里主要存在三种观点，一种观点认为，本案行为人借资验资是一个行为，目的是为了缩短取得营业执照正本的期间，一个借资验资行为既侵犯了其他股东、发起人的利益，同时又侵犯了公司登记制度，构成虚报注册资本罪和虚假出资罪的想象竞合，按照从一重处断的原则，应定虚假出资罪；另一种观点认为，出资人在验资后不久，即将用来走账的1.4亿元注册款返还给某科技软件股份有限公司，在新成立的太平洋实业有限公司中，海洋国际贸易公司已经没有真实的注册资本存在。行为人在一个目的即骗取公司正式营业执照的支配下，实施了一系列行为，构成手段行为与结果行为的牵连，其行为分别触犯了虚假出资罪和虚报注册资本罪，按照牵连犯从一重处断的原则，定虚假出资罪。但上述两种观点都有一个缺陷，即我国罪数理论中，无论是想象竞合犯还是牵连犯，都要求是同一个主体的行为，而本案却存在两个犯罪主体：实行虚报行为的是新成立的太平洋实业有限公司；虚假出资的是作为股东的海洋国际贸易公司。

由此，又形成了第三种观点。海洋国际贸易公司利用借贷资本出资、验资，侵犯了其他发起人和股东的利益。邓某利用其担任新成立合资公司法定代表人兼总经理的条件，虚报注册资本，侵犯了国家对公司的登记管理制度。考虑到海洋国际贸易公司的行为主要是侵犯了其他发起人和股东的利益，而其他发起人和股东对此并不知情，从刑事政策和侵犯的客体角度，不宜以虚报注册资本罪追究太平洋实业有限公司的刑事责任，而应以虚假出资罪追究海洋国际贸易公司及其直接责任人员邓某的刑事责任。但是，如果其他股东知情，那么，海洋公司及邓某虚假出资行为就意味着得到了其他股东的默许，行为方式就转变成公司发起人整体对公司登记主管部门的欺骗，则应以虚报注册资本罪定罪处罚。我赞成按这种观点处理此类案件。

阮齐林：一个问题的解决，可以有多个视角。本案从想象竞合的角度分析，依然可以得出成立虚假出资罪的结论，并不存在什么“致命缺陷”。理由是：

1. 想象竞合犯、牵连犯的概念包括整个刑法经典理论概念，都是以个人（自然人）责任为基础构建的。按照传统的观念，本案中同时触犯虚假出资罪和虚报注册资本罪的自然人是同一人（邓某），并非是两个不同的主体。如果有其他个人参与其事，属于共同犯罪。