

A Guide to Criminal Justice

陈国庆/主编

本集要目

【刑法适用】

经济犯罪审查起诉的方法论

非法经营罪司法解释再解读

——以城市违法建设出售行为为例

【司法实务】

恶意透支型信用卡诈骗犯罪的实务争议问题研究

【司法前沿】

行政犯罪的法律属性及其责任

——兼及定罪机制的重构

【疑案剖析】

侵犯商业秘密案件中“重大损失”如何认定

——李某侵犯商业秘密案评析

【法律释义】

第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议《关于〈中华人民共和国刑法〉、〈中华人民共和国刑事诉讼法〉有关规定的解释》的解读

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》解读

总第58集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2014 年第 2 集(总第 58 集)

主 编：陈国庆

副 主 编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

侯亚辉 张凤艳

执行主编：侯亚辉



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2014 年. 第 2 集: 总第 58 集 /
陈国庆主编. —北京: 法律出版社, 2014. 6 (2014. 8 重印)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5838 - 2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究—
中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04
②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 127788 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/翟国磊

开本/A5

印张/5.75 字数/137千

版本/2014 年 6 月第 1 版

印次/2014 年 8 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5838 - 2 定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2014 年第 2 集(总第 58 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

卞建林	龙宗智	何家弘	张仲芳
张明楷	陈卫东	陈兴良	郎 胜
赵秉志	梁根林	彭 东	

编辑委员会

主 编:陈国庆

副 主 编:王 军 聂建华 史卫忠 侯亚辉

张凤艳

执行主编:侯亚辉

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军	刘 岳	齐 涛	孙铁成
李景晗	张书铭	张玉梅	张志强
张希靖	张晓津	张寒玉	尚洪涛
陈莺成	金 威	贺湘君	高锋志
曹红虹			

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙
张 彪 孙 刚 姜 生 刘凌轩
顾晓敏 王冠军 沈雪中 顾玫帆
施忠华 黄秀强 冯祖强 孔繁润
孟国祥 程华荣 徐国华 罗树中
沈丙友 农中校 徐振华 冉 劲
立克幸义 李晓红 袁 江 周亦峰
孟 群 柳小惠 孙文胜 冯明杰
蒋雪智 张宏勋 王秀会

执行编委:张晓津 尚洪涛

执行编辑:罗 曦

目 录

【刑法适用】

- 经济犯罪审查起诉的方法论 周光权(1)
- 非法经营罪司法解释再解读
——以城市违法建设出售行为为例 莫洪宪 罗 钢(19)
- 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的有关疑难问题分析
..... 卢勤忠(36)

【司法实务】

- 恶意透支型信用卡诈骗犯罪的实务争议问题研究
..... 肖 凯 李小文(55)
- 骗取贷款罪在司法实践中的常见问题探讨
..... 王 勇 姚国梅(82)

【司法前沿】

- 行政犯罪的法律属性及其责任
——兼及定罪机制的重构 田宏杰(97)

【疑案剖析】

侵犯商业秘密案件中“重大损失”如何认定

——李某侵犯商业秘密案评析

..... 熊 丽 李 凯 白云山(120)

国家工作人员利用职务之便“放高利贷收取高额利息”

能否认定为受贿罪

——陈某受贿案剖析 卢金有 朱剑冰(126)

【法律释义】

第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议《关

于〈中华人民共和国刑法〉、〈中华人民共和国刑事诉

讼法〉有关规定的解释》的解读 郎 胜(136)

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理组织

领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》解读

..... 陈国庆 韩耀元 吴峤滨(148)

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法

集资刑事案件适用法律若干问题的意见》解读

..... 韩耀元 吴峤滨(160)

【刑法适用】

经济犯罪审查起诉的方法论

周光权*

目 次

一、实质判断方法

- (一)对经济犯罪的认定需要考虑规范目的
- (二)行为实质上不会造成法益侵害的,不是经济犯罪

二、充分说理方法

- (一)对构成要件的解释要有穿透力
- (二)紧密结合司法解释的精神认定经济犯罪
- (三)充分说理不排斥推定方法
- (四)充分说理与证明标准的准确把握

三、保持法秩序统一性的方法

- (一)不违反知识产权法的行为,不可能构成侵犯商业秘密罪

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

(二)不违反公司法的股权转让行为,不可能构成非法买卖、转让土地使用权罪

(三)事出有因的违约行为,不能按照合同诈骗罪处理

“法律人的技艺,就是论证”。^① 公诉人有力的论证总是与刑法原理的掌握、法律解释方法的运用、刑事政策的把握紧密相关。在经济犯罪案件审查起诉中难以绕开的核心问题是事实认定和法律适用。事实认定和证据运用紧密相关,只有运用好证据,才能很好地确定犯罪构成事实,从而解决定罪问题。所以,对经济犯罪案件的审查起诉,审查判断和运用证据是考验公诉人能力的“试金石”。而在审查起诉过程中,要对行为准确定性,并据此运用有力的证据,不能绕开的问题就是方法论。唯有方法论正确,才能确保相关工作经得起历史考验。

对于经济犯罪审查起诉方法论问题的讨论,切入点很多,需要讨论的问题也很多。本文主要分析经济犯罪中的实质判断方法、充分说理方法和保持法秩序统一性的方法。

一、实质判断方法

犯罪是对社会有害的行为。如果行为没有对社会造成实质的、可以观察的实害或者危险时,不能作为犯罪处理。

实质判断方法,是指在经济犯罪审查起诉时,必须判断行为在客观上是否对合法权益有实质侵害或者危险,而不能仅仅看法条所规定的行为举止是不是存在。在为数不少的场合,行为人实施了某种行政、经济管理法规所禁止的行为,但是,该行为完全没有造成法益侵害,或者绝对不可能造成法益侵害的,只能得出无罪结论;行为人的行为违反规范,但造成的危害极其有限的,由经济生

^① [德] 英格博格·普珀:《法学思维小课堂》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第1页。

活领域的行政管理机关按照违法行为进行处理即为已足,不需要作为经济犯罪起诉。

(一)对经济犯罪的认定需要考虑规范目的

例如,被告人甲被控在南方某市注册公司并申请多台 POS 机,后携带该 POS 机到澳门,为参加赌博的中国公民刷“借记卡”套取港币现金。甲先后为他人刷卡套现金额 7 千多万元(所赚取的利润无法查实)。检察机关以非法经营罪起诉甲。法院认为,甲的行为违反了国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第 5 条的规定,以及 2009 年 12 月 3 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条的规定,系使用销售点终端机具(POS 机)等方法,以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金,情节严重,构成非法经营罪,判决其有期徒刑 8 年。本案判决是否有道理?

自从全国人大常委会 2004 年 12 月对信用卡的含义作出解释之后,“信用卡”包括借记卡似乎就是没有疑问的,很多司法人员也认为对信用卡只需要做文义解释即可判案。但是,如果在某些特殊个案中,考虑目的解释的影响,对信用卡仅做文义解释,不考虑规范保护目的,并不能妥善处理案件。

何谓“信用卡”,原本就有广义和狭义之分。广义的信用卡包含借记卡;狭义的信用卡仅指可以透支的电子支付卡。全国人大常委会 2004 年 12 月关于信用卡的解释,采用了广义的信用卡概念。但是,这不意味着信用卡在所有的条文、所有的犯罪情形中,都只有一个含义,都仅指广义的信用卡。其实,全国人大常委会的立法解释只是提示,为了周延地保护金融机构、持卡人的利益,需要对信用卡作扩大解释。但是,在利用借记卡客观上不能实施某种特定犯罪时,此时的信用卡只能是具有透支功能的电子支付卡(狭义的信用卡)。例如,《刑法》第 196 条信用卡诈骗罪中,恶意

透支行为构成犯罪。恶意透支时的“信用卡”,仅指具有透支功能的电子支付卡(狭义的信用卡),因为使用不具有透支功能的借记卡,事实上无法透支,不可能实现行为人恶意透支的犯罪意图,也不会侵害银行利益。因此,刑法第196条中冒用他人信用卡时,其中的信用卡指的是广义的信用卡(包括借记卡);但恶意透支时,其中的信用卡指的是狭义的信用卡(不包括借记卡)。同样,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定的利用POS机为信用卡套现中的“信用卡”,也应该仅指具有透支功能的电子支付卡(狭义的信用卡),不包括借记卡,利用POS机为借记卡套现的,不构成非法经营罪。如此区分的主要理由在于:一方面,根据目的解释方法,只有在持卡人用具有透支功能的电子支付卡(狭义的信用卡)在POS机上套现、透支时,金融机构的资金安全才存在不被归还的风险,行为才会违反规范保护目的。如果持卡人用其借记卡在行为人的POS机上刷卡,不会为银行带来风险,因为其无论在哪里刷卡,都是消费其本人事前存入借记卡中的资金,不会造成法益侵害。对没有法益侵害的行为,按照刑法谦抑性的原理,不应该定罪处罚。另一方面,根据体系解释方法,对司法解释不同条款规定必须协调理解。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条第3款规定:“持卡人以非法占有为目的,采用上述方式(指利用POS机套现——引者注)恶意透支,应当追究刑事责任的,依照刑法第一百九十六条的规定,以信用卡诈骗罪定罪处罚。”这说明,司法解释的打击重点是利用POS机为信用卡(狭义的)持有人套现,使其恶意透支得逞的人。换言之,刑法对利用POS机为信用卡(狭义的)持有人套现的人,和恶意透支者都要定罪,只不过其罪名不同。因此,将该司法解释第7条第1款、第3款联系起来看,刑法的规范目的究竟是什么就非常清楚了。该司法解释第7

条第3款明显具有限制第1款适用范围的效果,脱离第3款来理解第1款,任意扩大第1款非法经营罪的处罚范围,明显是不合适的。

因此,如果考虑规范目的,就可以认为上述司法解释第7条的规定,其实包括两种情况:(1)使用销售点终端机具(POS机)等方法,以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向“具有透支功能的信用卡(狭义的)”持卡人直接支付现金的,行为是违反国家规定的,应当依据《刑法》第225条的规定,以非法经营罪定罪处罚。(2)使用POS机,向借记卡持卡人直接支付现金的,即便行为人以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式实施,也应该认为其既没有违反国家规定,也不属于情节严重,不应当定罪处罚。如此解释,和法律精神相一致,也有利于保护金融机构的资金安全,不会造成处罚漏洞。因此,以上述司法解释第7条的规定对被告人甲处以非法经营罪是否妥当还值得研究。^①

(二)行为实质上不会造成法益侵害的,不是经济犯罪

经济犯罪的成立,要求行为造成法益侵害。因此,在审查起诉过程中,需要实质地判断法益侵害是否存在。例如,A外贸公司(非国有公司)高级经理人员甲发现,A公司从国外的B公司购进货物转手再卖给C公司时,A公司即可赚取300万元。在C公司和A公司签订完书面合同,并明确要求立即向A公司付款之际,甲予以阻止,并让其妻乙注册成立D公司,并利用其在A公司的特殊身份,让B公司与A公司解除合同后,再由B将货物卖给D公司,D公司随即将该货物卖给C公司。D公司由此获得300万

^① 实务上,也有不少司法机关认定被告人属于非法从事资金结算业务。反对的观点认为,POS机商户其实并不处于支付结算的地位,其没有能力也没有资格进行结算,当然就不可能成为“非法从事资金支付结算业务的”主体。参见叶良芳:“将信用卡套现入罪是司法‘造法’”,载《法学》2010年第9期。

元利润。如何处理甲?结合本案证据可以看到,A公司和C公司之间已经签订了经济合同,C公司随时愿意向A公司付款,A公司能够相对确定地获得300万元利润。但是,由于甲为了自己的利益另外设立公司,将本单位确定无疑的利益非法据为己有,由此可以认定甲损害了A公司的利益,侵犯了A公司的财产权,应当构成职务侵占罪。^①

但是,某种行为如果实质上不会侵害法益的,不是经济犯罪。例如,被告人甲为开发房地产,以其开办的A实业公司购买设备的名义贷款2000万元,取得贷款后,将贷款用于B公司开发商品房,并改变了贷款用途。被告人逾期未还款,贷款银行报案后,能否对甲以贷款诈骗罪追究刑事责任?事后查明,贷款资料有假,但甲提供其拥有使用权、价值3000万元的土地作担保。甲是否构成贷款诈骗罪?

根据《刑法》第175条之一的规定,以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的,构成骗取贷款罪。如果实质解释刑法规定,结合本案证据,应当认定甲无罪。

1. 贷款资料有假不等于“骗取贷款”

(1)本罪的法益是银行信贷资金安全,因此,本罪的欺骗手段要求具有足以给银行造成重大损失的危险。有些手段即使带有一定的欺骗性,但是如果不具有这样的危险,不应视为本罪的欺骗手段,而属于一般的市场背信行为。

(2)在现有金融体制下,银行贷款过程中,形式审查较多,申请人需要提交的申请材料数量多,手续烦琐,如果要求每一份材料、每一个细节都必须真实,事实上难以做到。

^① 我国刑法将职务侵占罪规定在侵犯财产罪中,但其也属于损害单位利益的广义经济犯罪。

(3) 贷款资料虽然存在虚假,但并没有虚构担保单位、虚设抵押物的,不仅难以给银行资金带来实际风险,也不会危害金融管理秩序。

(4) 甲贷款没有采取危及银行信贷安全的欺骗手段。的确,在贷款过程中,甲存在虚构贷款用途、编造虚假的财务报表(虚增销售额、利润、纳税额)、购销合同等贷款材料情况,但是,被告人向银行提供了真实可靠的担保措施,银行不会面临放贷风险,足以确保银行的放贷安全,也足以证明被告人不是骗取贷款,而是通过有效担保获取贷款。在此前提下,虚构投资项目、掩盖自身实力的虚假做法,不会危及银行的信贷安全,其影响不会严重到构成犯罪的程度。

2. 在实务中,大量放贷银行并没有因为被欺骗而陷入错误

本罪在因果关系上要求银行人员受到欺骗,并因此放贷给犯罪人。如果银行人员识破借款人的真相,但基于其他原因仍放贷给借款人,那么借款人不构成本罪。在此情况下欺骗手段和获取贷款之间没有因果关系,借款人不是因为欺骗手段而获取贷款,而是银行工作人员知道真相后仍然愿意放贷。

但是,类似案件在实务中有大量证据表明,银行工作人员完全没有被骗。其实,银行人员很容易识破,很多时候事实上也识破了这些虚假的材料,但为了完成放贷任务,而对材料虚假放任不管,谈不上银行被骗。

因此,根据实质判定的方法论,对类似被告人虚构或改变贷款用途,但提供的担保真实、足额,最终取得贷款的行为,实践中很多司法机关以骗取贷款罪处理。但是,一旦认定其担保是真实且足额的,行为对金融安全的客观危害就很小,不宜定罪。

二、充分说理方法

对何种行为构成经济犯罪,公诉人必须充分说理,而不能将判断结论建立在某种相对模糊的行为人有罪的感觉之上,不能仅仅

堆砌证据材料,甚至凭借很多和意欲证明的事实无关的证据材料。

充分说理以公诉人掌握的大量、充分的证据为前提。没有证据支撑的说理,无论如何不会被人所信服;仅有证据材料,但不能结合证据释法说理,不能全面阐述自己的观点,不能通过现象看本质来说明行为人的行为符合经济犯罪的构成要件,都不能认为公诉人掌握了正确的方法论。

(一)对构成要件的解释要有穿透力

例如,《刑法》第219条规定了侵犯商业秘密罪。商业秘密必须具备以下特征:(1)不为公众所知悉(新颖性);(2)能够实际投入生产或者经营(实用性);(3)能够为权利人带来经济利益(价值性);(4)权利人对商业秘密采取保密措施(保密性)。如何从司法实务的角度认识新颖性,需要公诉人充分说理。

商业秘密的新颖性表现在其“不为公众所知悉”。这里的“公众”,一般是指有可能从该商业秘密的利用中取得经济利益的同业竞争者,而不是泛指所有的自然人。所以,商业秘密的新颖性是相对而言的,有行业和地域的限制。判断商业秘密的新颖性,应当考虑以下因素:(1)技术信息是否在公开发行的出版物上发表。这里的出版物,是一个广义的概念,包括正式出版的书籍、报刊、专利文献及打印材料、广告资料等其他书面形式的出版物;同时还包括缩微胶卷、录音、录像等。如果在出版物上将商业秘密公开或者将载有商业秘密的资料予以散布,将直接导致其秘密性和新颖性丧失。(2)技术信息是否被公开使用。商业秘密如果广泛应用于工商、教学或者科研等部门,或被权利人出示、销售或者交换利用,或被个人展览、实施、销售、转让等,原则上属于公开使用,即在可以为公众了解、掌握的条件下使用商业秘密。

在实务中,权利人应当有相应证据证明自己的商业秘密具有新颖性。在具体的个案中,有的权利人并不能证明自己是某一技术秘密的权利人,其关于商业秘密权利被侵犯的主张自然不应该

得到支持。因为商业秘密是一项知识产权,是一种权利。既然是一种权利,主张权利者就应当有证据证明自己对某些专有技术的独占权。例如,权利人要主张某软件技术属于自己所有,就应当明确软件开发中的哪些内容是不易获得的,具有一定区别性的,是应当保密的。权利人必须证明的内容主要包括两部分:计算机源程序和开发资料。开发资料又应当包括开发过程中不同阶段的资料,如需求分析、论证报告、程序结构、设计说明、测试报告、流程图、各版本软件和终极版本、开发合同等。另外还应包括开发中所使用的技术分析资料,如参数定义、模块定义、变量定义、模块关系等。也就是说,商业秘密的新颖性和某种程度的确定性是联系在一起的,商业秘密的权利人必须能够界定秘密的具体内容并划清其界限。对此,有学者明确指出,权利人应当能够说明商业秘密由哪些信息组成,组成部分之间的关系是什么,该信息与其他相关信息如何区别,如何将该信息付诸实施。

在权利人无法提供上述证据证明自己的商业秘密权利存在的场合,司法机关应当要求权利人提供其他足以证明其商业秘密权的说明书、图纸等其他文件,以便于进一步确定权利人是否拥有商业秘密。如果在关于证明权利人是某一项技术成果的权利人的证据上,只有一系列证人证言“说”某项技术属于权利人,却没有诸如专属于权利人的图纸、模具、说明书、开发计划、开发资料、测试报告及相关费用的证据,要判定行为人侵犯技术秘密,缺乏必要的前提。因为不能排除行为人在应商业秘密的权利主张者的要求从事合作技术开发前,已经掌握了有关技术信息这样的情况存在。所以,对于权利人单纯有商业秘密被侵犯的控告,但是不能证明商业秘密存在,不能证实自己的商业秘密具有新颖性的情形,按照充分说理的方法论来衡量,刑事案件明显不可能成立。

(二)紧密结合司法解释的精神认定经济犯罪

例如,在形式上有借贷关系的场合,也可能认定非国家工作人

员受贿罪。此时必须结合2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》对以借款为名索取或者非法收受财物行为的履行说服责任。也就是说,公司、企业人员利用职务上的便利,以借为名向他人索取财物,或者非法收受财物为他人谋取利益的,应当认定为非国家工作人员受贿罪。“具体认定时,不能仅仅看是否有书面借款手续,应当综合全案证据,根据以下因素综合判定:(1)有无正当、合理的借款事由;(2)款项的去向;(3)双方平时关系如何、有无经济往来;(4)出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益;(5)借款后是否有归还的意思表示及行为;(6)是否有归还的能力;(7)未归还的原因;等等。”司法解释的规定,实际上是将说服责任进行了归纳,其基本精神还是实质判断和综合判断:一方面,是不是有借条等书面证据并不是关键,因为名为借贷且通过借据体现债权债务关系,但实为行贿受贿关系的现象大量存在;另一方面,要否认非国家工作人员受贿罪的成立,也不要求上述七个判断标准同时存在,例如,非国家工作人员向他人借款,急于正当理由形成借贷关系,但借款人到期因为客观原因不能归还的,也拒不和借款人见面,不对未归还的理由进行解释的,恐怕也难以认定为非国家工作人员受贿罪。

这样说来,对借贷关系和受贿罪之间的界限,不能只进行简单判断,而必须综合判断,并就判断的事项获取足够的证据支撑,才能得出被告人有罪的结论。如果不能排除相关合理怀疑的,就没有达到刑事证明标准,难以得出被告人有罪的结论。

例如,甲从某非国有公司总经理位置上退休后,受聘到异地的A公司工作。甲为解决住房问题,按A公司的有关规定向该公司借款100余万元,并出具书面借据,约定借款期限是三年。到第四年,甲仍未还款。有关部门在调查甲的其他犯罪事实时,发现甲借款购房一事,遂对其涉嫌非国家工作人员受贿罪进行审查。事后查明以下事实:(1)该款由甲实际用于买房。(2)甲在被采取强制

措施期间,曾经供述该借款是一个虚假借款,但后来又推翻了自己的说法。(3)A公司向有关部门提供了100余万元的借据、银行汇款凭证等书证。A公司对甲借款是虚假借款的说法完全不认同,并到法院起诉甲要其还款。法院做出A公司胜诉的判决。(4)甲在担任非国有公司总经理期间,该公司和A公司之间存在业务往来,但现有证据不能证实甲利用职务便利为A公司实际谋取了不正当利益。

对于本案,如果认定甲成立非国家工作人员受贿罪是否符合充分说理的要求?我认为没有达到这一要求。理由在于:

1. 现有证据不能证实甲为他人谋取利益。行贿犯罪和受贿犯罪之间具有对向犯的关系。对向犯是共同犯罪的学理分类的一种,行为及对象具有同一性。行贿和受贿犯罪之间具有对向性关系,行贿行为和受贿行为各以对方的存在为前提。^①要认定A公司构成对非国家工作人员行贿罪,就必须同时证明甲构成非国家工作人员受贿罪;反之亦然。如果受贿犯罪不成立,谈不上有行贿犯罪存在。甲作为退休人员,其要构成受贿犯罪,必须参照2000年7月13日最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》的精神,即国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先约定,在其离退休后收受请托人财物,构成犯罪的,以受贿罪定罪处罚。但现有证据不能证实甲在任职期间利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先存在收受财物的约定。

2. 本案的性质是正常民事借贷关系。需要承认,行为人“利用职务上的便利,软硬兼施,名为向他人借用财物,但实际上没有归还意思的,属于索取贿赂行为,不成立民事上的债权债务关

^① 陈兴良:《共同犯罪论》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第131页。