

主办：浙江工业大学法学院 浙江工业大学法治浙江研究中心

# 浙江法治评论

Zhejiang Legal Review

于世忠 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

第三卷

2013年卷

2013年卷

# 浙江法治评论

Zhejiang  
Legal Review

第三卷

主 编: 于世忠

副主编: 石东坡

毛卫民

李永红

李 峰

责任编辑: 毕 慧

吕 鑫

朱红英

李 嘉

李海龙

杜仪方

张 曙

张友连

单 勇

## 图书在版编目(CIP)数据

浙江法治评论. 第3卷/于世忠主编. —厦门:厦门大学出版社, 2014.5

ISBN 978-7-5615-5096-0

I. ①浙… II. ①于… III. ①社会主义法制-中国-文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 109451 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:44.5 插页:3

字数:1146 千字 印数:1~1 000 册

定价:80.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

# 主 编 寄 语

为了推动学科建设和科研工作,浙江工业大学批准设立了以法学院为依托的法治浙江研究中心,作为校级人文社会科学研究机构。该中心设有浙江刑事法治、浙江行政法治、浙江经济法治和浙江农村法治等四个研究方向,团结和吸纳法学院内外刑事法学、宪法行政法学、民商、经济法学、理论法学、国际法学等有关专家学者,现有研究人员15人,其中教授4人,副教授11人,全部拥有博士或硕士学位。该中心突出浙江省特色,突出应用性特色,突出一体化特色,针对法治浙江建设进程中的重大理论问题和主要实践问题,综合运用调查研究、比较研究、历史研究等多种研究方法,兼顾基础理论研究并重点突出应用理论研究和应用对策研究,分析在经济政治社会文化发展基础上的先行法治发展和区域法制发展,提出关于法治浙江的新论断和新对策,推动和支持浙江省和谐社会法制建设,深化和丰富法治理论特别是法律运行机制理论,以及部门法学理论。学院将努力把该中心建设成为省内一流、国内有重要影响的区域或地方法制建设的研究中心,浙江省人文社会科学重点研究基地中具有应用型、服务型的重要法学研究基地。

为了保障法治浙江研究中心发挥应有功能,进一步推动法学学科发展中凝练科研方向、活跃科研氛围、孵化研究成果、服务法制建设,该中心将出版连续出版物《浙江法治评论》,并开设“法治浙江研究网”。《浙江法治评论》是该中心与法学院共同举办的学术年刊。作为对外学术交流的一个重要窗口,既要有学术性,又要有应用性。既要展示学院整体研究实力,刊发学院教师研究成果,特别是该中心立项课题成果,又要邀集学界名家,开放式地吸纳学界研究成果,增强学术认知和学术认同,不断扩大学术影响。衷心期待在法学界、法律界各位先贤的提携和校内外专家学者的共同努力下,《浙江法治评论》能够作为法学研究交流园地的一棵新苗茁壮成长!

# 目 录



## 交叉研究

1. 刑、民案互涉的法律实务探究 ..... 宓晓平 (1)
2. 刑民交叉案件程序选择的思考 ..... 张利兆 黄书建 (9)
3. 民间借贷案件中刑民交叉问题研究 ..... 韩 莉 周 姝 王籽佳 (17)
4. 论行政法与民法的交叉适用 ..... 邓楚开 (23)
5. 论刑民衡平理念下的刑事附带民事诉讼和解机制 ..... 章志林 (30)
6. 刑民交叉群体性债务纠纷案件处理面临的司法困惑及应对思考  
——以民间借贷与非法集资类刑事犯罪  
相互交叉类案件为视角 ..... 袁文勇 丁海英 潘晶晶 章 吉 (36)
7. 论行政处罚与刑罚的竞合 ..... 邓兴广 王林王 潇 雨 (45)
8. 涉众型企业经济案件刑民交错问题处置对策研究 ..... 陈 新 (54)
9. 刑民交叉民间借贷纠纷的程序机制探析  
——基于概念分析及处理原则的探讨 ..... 陈巧林 江 伟 (61)

## 法治浙江

1. 金融法律热点问题透视  
——以温州金融改革司法保障之实践为例 ..... 徐建新 (68)
2. 义乌市人民检察院知识产权工作机制  
研究 ..... 朱 勤 吴永强 易 娟 金建义 何 桥 (83)
3. 古村落的文化遗产价值及法律保护探究  
——以丽水市古村落为例 ..... 罗斯尹 (91)
4. 建设和谐西湖审判文化 ..... 程建飞 王 晓 (100)

## 刑事实务

1. 刑法的公众认同初探  
——以废除死刑为切入点 ..... 乐绍光 周彬彬 (105)
2. 论刑法解释的可预测原则 ..... 刘延和 (116)
3. 网络空间的罪与罚  
——关于网络诽谤罪的思考 ..... 杨国章 (126)
4. 错赔刑事案件的追偿机制研究  
——基于检察监督与赔偿请求人  
为追偿对象的双重视角 ..... 余才忠 房佳菊 郭林将 (135)
5. 刑事优先原则在集资类案件中的困境与破解  
——以被害人民事权益依法充分保护为视角 ..... 毛煜煊 罗小平 (147)
6. 美国刑法强奸罪中的“违背被害人意志”要素及其认识错误 ..... 刘士心 (158)
7. 以骗取担保形式骗取贷款行为的定性分析 ..... 陈雪君 (167)
8. 妨害公务罪若干疑难问题探究 ..... 徐金军 (171)
9. 公诉语境下的刑事和解问题探究 ..... 龚冬娟 (182)
10. 论非法集资刑事案件中担保合同的效力及权益保护 ..... 胡东迁 陈士松 (192)

## 诉讼创新

1. 新《民事诉讼法》中“担保物权实现程序”的理解与适用 ..... 朱深远 翟寅生 (203)
2. 从辩护章法到制衡司法  
——律师会见权的司法属性与责任 ..... 张雪樵 (217)
3. 认罪轻微刑事案件程序分流模式构建  
——兼论新刑事诉讼法刑事和解程序的适用 ..... 胡东林 (221)
4. 新《刑事诉讼法》中附条件不起诉几个问题之我见 ..... 潘碧武 周宏伟 (228)
5. 风险社会下公诉案件审查的法治思维 ..... 徐荷生 王超强 (233)
6. 恶意串通型虚假诉讼的规制困境及对策 ..... 章国田 魏修臣 (242)
7. 虚假诉讼刑法规制的思考 ..... 杨 勇 (249)
8. 浅谈审查逮捕环节涉罪未成年人权益保护 ..... 杜承熙 詹金峰 (260)
9. 我国附条件不起诉制度的完善 ..... 毛建中 (265)
10. 简化船员劳务合同纠纷审判  
——从新《民事诉讼法》程序高效原则出发 ..... 吴胜顺 (272)
11. 刑事和解的程序和实体问题  
——兼评新《刑事诉讼法》的相关规定 ..... 姚石京 (283)
12. 刑事上诉审改判“边界”  
——兼论人大监督与检察监督互动促进司法公平的路径 ..... 卢 浩 朱剑冰 (289)

|                                      |     |     |       |
|--------------------------------------|-----|-----|-------|
| 13. 涉农村房产执行的司法实践及其未来展望               |     |     |       |
| ——基于农村集体建设用地使用权的流转视角 .....           | 谢文春 | 瞿晓轩 | (296) |
| 14. 浅议新媒体时代政法机关的网络舆论引导 .....         | 陆蔚红 | 黄苏平 | (304) |
| 15. 依法行政的检察监督之维                      |     |     |       |
| ——以检察建议为例 .....                      | 宋跃  | 施立栋 | (309) |
| 16. 对“虚假诉讼”刑法规制的路径探究 .....           | 陈挺  | 林恩伟 | (319) |
| 17. 破解“执行难”实务探究                      |     |     |       |
| ——以提高不动产强制拍卖成交率为视角 .....             | 陈丰  | 罗永汇 | (325) |
| 18. 公诉现代化问题研究                        |     |     |       |
| ——修改后刑事诉讼法实施中基层公诉问题及解决路径 .....       | 郑莉  | 桑涛  | (333) |
| 19. 论侦查阶段犯罪嫌疑人、辩护律师权利监督的缺陷及其完善 ..... | 张兆松 | 何彦泓 | (345) |
| 20. 辩护律师核实证据权:立法文本与制度进路 .....        | 张曙  |     | (359) |
| 21. 论审判独立的立法确立与实际实现 .....            | 易继松 | 屈亚军 | (367) |
| 22. 起诉书中犯罪事实的记载 .....                | 杨杰辉 | 陆璟  | (375) |
| 23. 中日韩法律援助制度比较研究 .....              |     | 姜俏  | (381) |
| 24. 讯问时同步录音录像制度之思考 .....             |     | 姜岳良 | (390) |
| 25. 对刑事非法证据的证据能力的思考 .....            |     | 侯妍  | (398) |

## 法理新思

|                                |         |           |
|--------------------------------|---------|-----------|
| 1. 司法公信力提升进程中的检察公共关系建设探究 ..... | 陈志君     | (405)     |
| 2. 青年法官的成长规律探究                 |         |           |
| ——以职业心理学为视角的考察 .....           | 陈增宝     | (415)     |
| 3. 论新型城镇化进程中儿童权利保障的立法完善        |         |           |
| ——以《儿童权利公约》为视点 .....           | 杨燮蛟     | (420)     |
| 4. 论慈善与正义 .....                | 吕鑫      | 王凌峰 (428) |
| 5. 权利抑或义务                      |         |           |
| ——关于表明民族身份的法理思考 .....          | 粟丹      | (434)     |
| 6. 公正与效率之间                     |         |           |
| ——论能动司法在“三改一拆”中的限度 .....       | 夏群佩 谢文春 | 洪海波 (441) |
| 7. 区域法治、法治评估与跨学科法学研究           |         |           |
| ——兼论“法与管理学”形成的可能性 .....        | 王朝霞     | (450)     |

## 民商新论

|                             |     |       |
|-----------------------------|-----|-------|
| 1. 商标侵权诉讼抗辩事由的类型 .....      | 徐杰  | (461) |
| 2. 关于电子商务平台中知识产权保护的调研 ..... | 周根才 | (470) |

3. 冲突与调谐:参与分配程序与破产程序的衔接

- 资不抵债企业法人司法处置之理论研究与实践探索 ..... 程顺龙 朱剑文 (480)
4. 信托财产所有权的论争与反思 ..... 毛卫民 (489)
5. 舟山群岛新区集体建设用地使用权制度的产权分析与改进路径研究 ..... 侯银萍 (498)
6. 专利说明书著作权研究 ..... 杨统旭 (504)
7. 论义乌“市场采购”贸易方式中的境外采购商市场主体制度 ..... 刘天姿 (509)
8. 公司合并中债权人保护的立法不足与完善
- 兼评公司的合并效率 ..... 胡淑丽 (517)
9. 论网络服务提供者的著作权侵权问题 ..... 曹仙菊 (525)
10. 浅析药品注册管理与药品专利保护的链接制度 ..... 赵大华 蔡 靖 (531)
11. 不动产财产中公私利益冲突的调和方式 ..... 张 理 (537)

行政新法

1. 行政复议准司法化的制度构建 ..... 余文权 涂宏伟 (545)
2. 海关财物扣押执法依据再审视
- 《行政强制法》财物扣押条款逐条梳理 ..... 张艺耀 (552)
3. 农民工养老保险转移接续权益的行政法保护 ..... 王武军 (561)
4. 论美国行政听证制度的发展及对我国的启示 ..... 丁晓华 (568)

法史新探

1. 论方孝孺的刑法不得已观与现代刑法理念 ..... 吕益军 胡剑峰 (579)
2. 清代地方上控程序的启动
- 以司法文书档案为视角 ..... 张 翹 (585)
3. 收继婚与儒家礼教的冲突探析 ..... 徐惠婷 (594)
4. 论清代司法资源投入与州县司法中刑讯问题之关系 ..... 金大宝 (600)
5. 商会与清末预算法律制度 ..... 刘承涛 (610)
6. 关道:近代芜湖商埠法制变迁的缩影 ..... 李强国 (620)
7. 保辜制度“被害救助”功能的迁移困境与路径设计 ..... 谢 军 (626)

法学教育

1. 关于法学教育与职业走向的述说 ..... 吴道富 (636)
2. 美国法学教育和法律职业养成 ..... 刘 力 (642)
3. 自由与严谨
- 英国法律教育的传统与改革 ..... 潘 标 (649)

|                               |           |
|-------------------------------|-----------|
| 4. 日本法科大学院的兴起与法学教育制度的改革 ..... | 俞婷婷 (657) |
| 5. 德国法学教育的改革及其启示 .....        | 张怡静 (666) |

## 学生园地

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| 1. 浅议我国环境民事公益诉讼制度的构建 .....  | 杨小霞 (676)     |
| 2. 我国旅游安全立法的重要性及其体系构建 ..... | 郑雅婷 (682)     |
| 3. 论民间收养机构的合法性 .....        | 陈渊婷 (690)     |
| 4. 浅析我国近代教育刑的起源与发展 .....    | 葛凡泽 陈 瑶 (696) |

## 交叉研究

## 刑、民案互涉的法律实务探究

宓晓平\*



**〔摘要〕** 审判实务中常涉刑、民法律边缘问题,实体、程序均有纠结难释之疑,引发“先刑后民”“先民后刑”“刑民并举”等各种纷争不休。根据审判实践,涉刑、民法律边缘问题主要有三类情况:第一类是同一法律事实所涉及的法律关系,就事实本身较难判定属于刑事法律关系还是民事法律关系;第二类是同一客观事实行为,需要通过一定的法律评价,综合判定该行为性质是刑事法律关系还是民事法律关系,以最终确定涉刑事还是涉民事的法律事实;第三类是同一法律事实中,与主行为相关的部分要件同时存在刑事法律关系和民事法律关系重合或牵连情形。前两类主要是法律界限的划分问题,界限划分明晰则程序处理一目了然。第三类则主要涉及程序问题。

**〔关键词〕** 法律实务;民诉互涉

## 一、对同一法律事实所涉及的法律关系的判定

同一法律事实所涉及的法律关系,一时难以判定刑事法律关系还是民事法律关系,在此情况下,需要掌握几个判别原则。

### (一)对涉财案件中案涉对象的界定

涉财案件中案涉对象界定尤为重要,主要是权属或属性界定。若不加以明晰,极易引发出是股权纠纷还是职务侵占,技术纠纷还是侵犯商业秘密,侵占还是不当得利等刑事、民事纷争,出现截然不同的定性处理结果。

\* 宓晓平,浙江省高级人民法院审判委员会专职委员。

1. 财产所有权权属界定。如叶某系某建筑公司的经理,因采用税前列支的方法动用了公司资金,被指控犯贪污罪。后经审理认为,叶的贪污罪主体不成立,因该公司实质是其个人投资的,系挂集体牌子的个体企业,其动用的资金所有权属其个人,不符合贪污罪侵犯的客体。因此,此案若先行明晰所有权权属问题,则无启动刑事追诉之必要。又如股东王某采用不正当手段获取公司财产中不超出其出资份额的资产,是构成职务侵占罪还是财产纠纷?对此,明确财产权的归属是问题的关键。公司法人财产完全独立,其性质并不由任何出资者的性质决定。股份有限公司对财产享有占有、使用、收益、处分的法人财产权。各出资方则丧失对其出资的控制权,只按其持有股份多少享有资产受益、重大决策和选择管理者等股东权利。股东在公司中持有股份的多少,或者出资数量的大小,不能决定公司的性质与公司财产的性质。故股东王某行为侵犯了公司法人财产权,构成职务侵占罪。

2. 案涉标的物的界定,包括划分范围和获取途径。如侵犯商业秘密案,该商业秘密点的确定是重点。商业秘密系靠权利人通过保密方式予以持有的无形财产。商业秘密权依赖于特别途径确认,证明该无形财产属于“不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”,往往在诉讼发生时由司法机关依照司法程序确认。而刑事和民事的确认标准不尽相同,一般来说,刑事较注重行为与危害后果的联系,不太讲究秘密点范围的大小;民事较注重侵权的程度。如郑某被控侵犯点验钞机技术秘密案,权利人、起诉指控均笼统以点验钞机的整个机械结构为秘密点,经法院审理,实际上秘密点应该是机械结构的一部分,即机械部分的进钞台调节控制结构与激光防伪装置配套的侧板机构、红外发射支架结构、电路系统的荧光识别、磁性识别及激光检测是专有技术。实践中常发现,权利人笼统主张的商业秘密,往往含有部分公知公用技术,如不加区分地确认为商业秘密,不适当扩大权利人的权利范围,就会纵容不正当竞争,损害公众和社会利益。不仅如此,还会造成证明标准更高的刑事判决不适当扩大权利人的权利范围而致判决失误,出现民事判决虽证明要求低,但由于其强调秘密点,而对权利人不明秘密点的诉讼请求不予采纳的情况,刑事、民事处理明显错位。另外,商业秘密不像专利那样具有绝对的排他性,可以有多人同时拥有,如果行为人为人取得、使用商业秘密的途径合法正当,则阻却犯罪的成立。(1)他人独立开发研究获取技术秘密;(2)通过反向工程(对产品进行解剖等)获取技术秘密;(3)通过合法的情报分析非法获取;(4)合法受让和被许可。上述情形,若民事先行提供被侵犯的商业秘密的范围和秘密点,查明获取途径,可以更为有效、便捷、准确适用法律,稳妥处置。

此外,标的物的属性界定亦会影响案件性质。如李某、张某盗窃案,某日李、张窜至西湖三潭印月岛潜伏至深夜,采取用绳子系住吸铁石吸取硬币的手段,在岛内湖中捞取游客扔下的硬币共1276元,被控构成盗窃罪。审理中有三种意见:(1)游客为获取精神享受,把硬币扔在特定的、事实上有人管理的地方,并不是抛弃,是把硬币赠与或作为费用给园林管理部门。两被告人的行为侵犯了国家的财产所有权,构成盗窃罪。(2)被游客抛弃的硬币虽是无主物,但该无主物当时处于园林管理部门的实际占有之下,是特殊条件下的无主物,被人秘密窃取,构成盗窃罪。(3)游客抛入西湖中的硬币属抛弃物,该抛弃物在园林管理部门未实施打捞等主动行为前应视为无主物,两被告人夜间私闯公园,秘密占有这些硬币,虽扰乱园林管理秩序,但没有侵犯他人的财产所有权,不构成盗窃罪。此案罪与非罪,关键在于涉案标的物的性质及游客抛弃行为性质、先占及占有标准、还没有捞取的硬币是否当然归管理部门所有、无主物是否当然归国家所有、他人占有之下的无主物是否可以成为盗窃物等具体法律问题的正确理解与适用。最终赞成第三种意见,认为本案的标的物应当属于抛弃物。游客将硬币扔向特定地方时,没有

把硬币赠予特定相对人的明确意思表示,游客关注的只是抛掷硬币行为本身的意义和满足,与园林管理部门不存在赠与关系。两被告人在具有特定景观文化意蕴的地方擅自进行打捞,破坏了国家对园林保护和管理制度,他们创造先占条件的行为违法。但同时,园林管理部门也并不因为拥有实际打捞的独有权利而当然具有先占权。只有园管部门才能合法打捞是基于维护、管理的行政职能而排斥他人擅自打捞,并非基于对硬币的物权而排除他人打捞。被告人擅自打捞,本质上不是侵犯既存的所有权关系,而是妨害了管理部门的管理活动进而阻却了管理部门依法取得所有权。无主物并不当然归属国家所有,民法上有明确的范围及确权程序规定。故两被告人的行为不构成盗窃罪,但其行为违反有关规定,扰乱了景区的公共管理秩序,可予以行政处罚。

3. 不同侵权行为的属性界定。如知识产权民事侵权行为与侵犯知识产权犯罪行为,同属涉财产权,同属侵犯知识产权,刑事与民事有质的不同,不仅表现在侵权的程度上,即只有情节或者后果严重的侵权行为才构成犯罪,还体现在知识产权刑事保护的范围内,窄于民事和行政保护的范围内,并非所有侵犯知识产权的行为均构成犯罪。如商标侵权,商标法规定的商标侵权行为表现5个方面:(1)未经商标注册人的许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的;(2)销售侵犯注册商标专用权的商品的;(3)伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;(4)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的;(5)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。而刑法处罚的则只涉及其中的(1)、(2)、(3)这三个方面。

## (二)对涉案行为人主体身份的调查

在涉案为特殊主体状况下,行为人主体身份必须率先查清。其途径不仅限于刑事侦查,还可通过民事、行政的手段。实践中涉及最多的是职务的甄别。如贪污、贿赂案件,国家工作人员是行为人的适格主体,包括具有国家工作人员身份,或受委托、委派从事社会事务管理的人员。公务性是这类主体的本质属性,起着限定主体范围的作用,涵盖三个要素,即管理性、职能性、依法性。一般来说,在国家机关从事管理工作的人员身份比较容易确定。若系多种经济成分组成的经济联合体成员、承包人、多层级的委派等状况,有时就需要通过深究管理范围、承包合同性质、委派从事的职责等方面,加以明确是否适格主体。就拿承包来说,承办人是否具备贪污罪等主体资格,需从四方面甄别:一是考察发包方经济实体性质,是否为国有经济组织;二是考察承包的对象是经济组织还是具体的生产资料,只有是经济组织,才能以该组织名义从事该组织所承载的公务活动;三是考察承包的方式,是经营性承包还是劳务性承包,前者是管理职能的经营承包;四是考察是否有承包的实质内容,有的有名无实的承包实质是挂名承包,是挂靠的外在形式。如被告人汪某与当地农民周某等五人合伙组建一个建筑队,无营业执照,无固定资产。为了对外承接建筑工程,与某建筑总公司订立所谓内部承包合同,交纳管理费,利用该公司的执照、账号对外承揽业务。后汪某采取收入不入账、少入账等手段,侵吞款项万余元。指控汪某系内部承包,属侵吞集体财产,构成贪污罪。审理认为汪某所在的是合伙组织,签订的承包合同仅是为了自身对外开展业务的需要,并没有反映出法律意义上的合同关系,没有改变合伙经营的性质,汪某不具有刑法意义上贪污罪的主体,其侵占的资金为合伙人共有,可通过民事法律关系调整。

## 二、对同一客观事实行为的认定

同一客观事实行为只有认定为法律事实,才能最终判别行为属于刑事法律关系还是民事法律关系。行为事实是一种纯客观的存在,只有通过一定的价值评判,才能上升为法律事实。法律事实实则是法律规定的制度事实,是被法律职业体证明,由法官依据法律程序最后认定的“客观”事实。法律事实是一种主客观结合的事实,是一种客观见之于主观的过程,是综合判断的结果。对于刑事、民事因素兼具的行为事实,必须重点考量以下因素:民事审判侧重于法律形式的齐备,也就是我们通常所说的形式要件是审查的重点和判案的依据,涉及财产类案件,强调所有权的转移。刑事审判侧重于犯罪构成等实质要件及主客观因素考虑,涉及财产类案件,并不以财产转移为必要要件,刑事犯罪分子往往通过犯罪手段非法攫取他人财产,属于非法转移,这就意味着不具备民事合法的程序。是否具备形式要件,一般不影响对犯罪性质的认定。

1. 主观因素。犯罪的社会危害性是主观危险性与客观危害性的统一。主观罪过产生于对客观世界的反映,是行为人对于危害社会的结果的主观心理状态。主观因素包括认识因素和意志因素。主观认识因素系对行为性质,即行为会发生危害社会结果的认识;主观意志因素是将犯罪行为付诸实施的一种主观意图,包含着危害社会的主体倾向,是主观恶性的决定性因素。犯罪目的是主体预设的趋向目标或对象,是犯罪人自觉地选择客体。区别犯罪或是民事行为,是否有主观罪过是重要判断标准,特别是涉财型案件。一是诈骗类案件、非法吸收公众存款案件与民间借贷纠纷的区别,就在于前者具有以非法占有为目的或进行非法资金运作并以获取高额利息为目的,后者确因资金缺口需求而进行的资金借贷。如林某、史某被控集资诈骗案,两个被告人因公司经营资金不足,向公众借贷达数百万的巨额资金。后债务到期无法归还潜逃外地。审理认为,两个被告人从1997年以来连续三年给县里有关部门打报告,反映公司经营亏损情况寻求帮助;吸纳社会资金时未采取编造公司业绩、虚构集资款用途等诈骗手段;审计报告亦证实集资款大部分投入了公司的经营中,也确因公司经营管理不善造成巨额亏损而无法还款;被告人在被迫逼债务情况下外逃时未毁账、卷款,相反给债权人留下信函,并保存债务清单,反映其尚有偿还债务的意愿。故难以确认其有非法占有的主观故意,不宜定集资诈骗罪。

对于审判实践中遇到的不能按期归还贷款的情况,主要考量主观上不想还贷还是因为经营不善导致无法按期还贷,后者其无力偿还的结果是行为人主观上不希望发生的,在有可能的情况下,其还会尽力地去避免这种结果的发生。在借贷关系中,对于未能按期还款付息的情况,借款人的态度即其主观心态各不相同,把握以下三点:(1)对于不能按期还款付息的情况,即在申请贷款时已有严重履约能力不足的事实存在,行为人对此是否清楚。(2)行为人获得贷款后是否积极将贷款用于借贷合同规定的用途,即行为人不能按期还款有正当理由。(3)行为人是否有积极筹款准备归还的行动。若出于非法占有的主观故意,明知不可为而为之,即构成贷款诈骗犯罪。若其主观有还贷愿望,逾期还贷又有客观不能的缘由,属于借贷民事纠纷。如被告人谢某在企业亏损的情况下,仍通过租赁厂房、摊位、雇佣员工进行扩大生产销售,且明知无还款能力,仍向20人借贷资金559余万元,至案发尚有280余万元无法归还。审理认为,现

有证据虽不能证实所有借款均用于生产经营,但可以证实生产经营确系借款维系。被告人的经营状态是从负债经营始到入不敷出,最后难以为继。借贷的主客观情况也是随着负荷的愈益沉重而变化,客观上随着借贷难度越来越大且借贷利息越来越高,主观上从前期具有归还的意愿到后期部分借款难度大的就采用重复抵押等手段欺骗对方。主客观两方面反映,至中后期形成一种恶性循环,即款越来越难借,利息越来越高,债越背越多,归还的可能性越来越小,资金缺口越来越大,再持续不断地借,不断地加息,不断地背债……据此认为,本案中,被告人借贷时没有采取欺骗手段,且借款用于生产经营的部分,即使有后来的逃跑情节亦不应以此认定具有非法占有的目的,当属民间借贷避债性质,不构成刑法意义上的诈骗。对于借贷时就有欺骗事实存在的,推断其对后果存在放任的主观心态,一旦确无能力归还的结果出现而逃跑了之,即转变成侵占的直接故意,此部分事实可予以认定诈骗犯罪。

又如冯某与辽宁丝绸公司联合加工销售锦纶高弹丝,其以某市城北公司名义,与某轻纺物质公司的陈某谈妥,产品由陈某包销。冯某与辽宁方的协议销售价最低每吨 39000 元,如低于此价,要征得辽宁公司的同意。冯某与陈某协议供货每月 35 吨左右,每吨 37200 元。陈某按约支付了定金等 50 万。冯某即全部投到辽宁公司加工高弹丝。后冯某谎称原料价格上涨,要求陈加价至每吨 42000 元。陈某无奈接受了,又付了 30 万货款。冯某先后发给陈某公司两车 84 万的高弹丝。后冯某在已答应将第三车货供应给第三方情况下,对陈某谎称第三车货出库即供给陈的公司,从而又收取陈某货款 40 万元。冯某欲将第四车货发给陈某,但辽宁公司已发往他处,冯某与辽宁公司发生纷争,无法继续合作,冯某提出终止合同,收回投资款及分利润。后冯某到其他厂家去联系定购锦纶丝,欲交付给陈某的公司,但陈某嫌质量差,拒绝接受。审理认为,冯某虽在供货数量、价格上有欺诈行为,但究其目的是为了及时找到下家,及早签订合同,增加获取销售利润。其在与陈某签合同前已落实了货源,在签订的合同中没有隐瞒自己的身份及虚构锦纶丝货源这一基本事实。收到预付款均用于加工生产等,没有挥霍,事实上前期合同也已履行。后来的合同履行中有“一女二嫁”的欺骗行为,但并非出于非法占有目的,其骗取资金是用于调头,正是因为其欲履行对陈某的交货义务才与辽宁方发生纠纷,事后其还采取了补救措施,尽管未被对方接受,但非其本意,非其能够选择的。故冯某的行为不构成合同诈骗罪,属民事欺诈行为。

对于具备虚开增值税发票形式要件的行为应如何评价,根据主客观相一致的判断标准,“对于确有证据证实行为人主观上不具有偷税目的,客观上也不会造成国家税款流失的虚开增值税专用发票行为,不应以虚开增值税专用发票犯罪论处”。主要强调的是从主客观相一致的角度去把握司法实践中不予定罪的一些情形。通常有下列几种情况:(1)为夸大企业经济实力,虚增营业额,制造虚假的销售业绩,企业间相互对开或循环虚开增值税专用发票,均属虚假开具,但进、销项抵消,也即仅停留在发票往来上,不涉及任何货物销售,也不涉及税款缴纳和流失的问题。(2)个体户挂靠企业或给企业加工生产,其通过所挂靠的企业或给其加工的企业之名进出和开具增值税发票,虽属代开,但其有真实的货物销售或应税劳务,且没有避开纳税环节,国家税款没有流失。(3)对于行为人为他人虚开增值税专用发票后,又从他处虚开进项增值税专用发票用于冲抵的情况,属于“虚进虚出”,不存在实际的商品交易,不是税法意义上的应税经济行为,这种虚假经济行为缺乏征税的事实基础,本质上不是偷税。而实践中确有些情况符合虚开增值税发票犯罪的主客观要件。如走私进口货物后通过其他企业开具发票在国内销售的情况,因为走私分子之所以冒风险走私就是为了逃税,如果按照正常情况开具发票并入账,其没有进项发票可以抵扣,其就要全额缴税,无利可图,不符其走私的初衷。因此,走私

分子往往采取虚开进项发票,以抵消与销项发票的差额,造成零增值假象从而逃税。或者开具假发票,根本不入账,使税务机关无从查究。又如小规模纳税人销售货物时应对方要求从他处开具增值税发票的情况。小规模纳税人其税率低于一般纳税人,而增值税发票税率高,又可以抵扣,虽有货物买卖,因存在税率差,亦属虚假增值税发票。

2. 行为载体的主导作用,通常是职权因素。一是职业性质和内容纯系管理活动所涵的职务因素。如被告人陈某利用担任某消防大队领导的职务便利,在审核、验收等事项上为杨某等人谋取利益,后被告人陈某向杨某、吴某提出要求,以其妻等的名义以不低于5%~8%的月利率分别借款1600余万给杨某、吴某,两年余,被告人陈某共获取利息1200余万元。辩解意见认为被告人放贷收取利息行为系民间借贷。审理认为,民间借贷是指自然人之间、责任人与非金融企业之间,为生活和生产所需,在自愿基础上依约进行资金借贷的一种民事法律行为。被告人与杨某、吴某之间不是平等主体之间的民间借贷关系,其是依据职务的影响力,该影响力可致借款利率非正常性,又不承担任何风险,出借的主动性与受者支付利息的被动性充分反映出其职务要素起着关键性作用,故认定被告人的行为构成受贿犯罪。二是职业行为与职务行为竞合,职业活动系专业技能及管理职能的综合体所涵的职务因素。如利用职权巧立名目收受钱财或虚假报销的行为,与行为人在国家政策和法律允许的范围内利用自己的知识和技能进行创作或提供服务及劳动,因而获得报酬的行为,前者系利用职务之便的受贿或贪污犯罪,后者系合法取酬的民事行为。要把握的是:行为人是否利用职务之便,为费用支付方谋取了利益;因职权因素所获取的收益是否远高于行业标准,付出与所得的比例是否严重失衡;获取收益的量是否与其为他人谋取利益的额度挂钩或者有直接关联。如钟某受贿案,钟某在担任某电力部门计量中心副主任期间,利用职务便利(其系该行业制定检测标准的专门委员会成员),参与对企业产品质量的评定,在电能表、负荷终端产品的检测过程中,通过提前把检测方法、检测仪器告诉相关企业,在检测过程中对企业送检产品及最终产品质量检测排名上给予企业帮助、关照,收受贿赂共计人民币185万余元。钟某对自己的行为进行了辩解,称自己是企业提供了技术服务获取的报酬,不应认定受贿。对此,从行贿者的角度切入足以说明问题。一般来说,经营者都会进行商业成本核算,产出大于投入是基本的出发点,即使局部亏损也是为了获取更大的利益。因此,在其利益的确定通过正常途径能够实现的情况下,其不会愿意并选择进行非正常投入,往往是在市场竞争中其利益不能确保实现,才需要采取贿赂等不正当手段,试图以小利获取成倍的回报。联系到本案,如果检测方法、检测仪器本应公布于众,本应有一个提前量,企业通过正常渠道可以获知,又何必花巨资做不必要的投入。正是因为相关企业不可能提前预知,而通过贿赂提前预知的企业就占有了较其他企业优势的地位,相较其他企业赢在起跑线上,这种利益的获取是利用了钟某的职权得以实现的,两者之间系通过权钱交易紧密联系,属典型的不正当竞争,对市场大多数企业不公平。再者,决定该企业产品质量的技术并不属于特殊高精尖端技术,不属于被告人的专有技术,企业本不需要花费巨资也完全可以聘请到这方面的技术人才,显然,企业肯做这样的投入,其用意显而易见,并不简单地看重其技术。

3. 行为性质的严格区分。一是权钱交易还是情感交流之下的附随礼物互赠。前者系受贿犯罪,后者系正常的民间互动交往,是合法、正当的民事行为。二是利用职务之便收受财物仅支付少量价款的行为,与行为人托亲朋好友、熟人等购买低于市场价甚至低于出厂价、优惠价的行为。前者出于职权因素,行为人所获取的物品价值大大超出了对方的让利范围,其除支付的少量价款外,均属无偿获得,符合受贿罪的特征;后者低价购物行为属商品市场上通常的交易行为,对方仅限于让利,属于市场经济条件下经营者正常的营销方式,双方维系的是

平等主体间的买卖行为。三是行为人主观上明知自己出资不足,故意以欺骗手段制造出资足额的假象骗取注册登记的行为,与行为人因各种原因对其用以出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价值高估,致使其出资额显著低于应认缴出资额,或因不可抗力等客观原因不能出资或出资不足的行为。峡谷者在客观上都存在实际出资额与应出资额不符的事实,但前者具有欺骗的故意和目的,属虚假出资的犯罪行为;后者行为人没有欺骗他人的主观故意和客观行为,系出资不足额的违约行为,只能依照公司法及民法的有关规定,令有关人员承担补足出资等民事责任,不能按犯罪处理。四是公司、企业提供赞助、捐赠行为与商业贿赂行为。主要看该公司、企业是否把受助单位必须购买其商品或者有某种特殊需求作为附加的前提条件,如存在附加前提,就违反了国家规定,属于商业贿赂行为;另受助单位购买相关商品的决定程序是否体现了公平竞争的原则,所购买产品质量是否符合国家或者行业标准。只要程序公正、产品质量符合标准,就不能武断将其认定为商业贿赂。五是未进入市场的土地买卖行为是刑事违法还是行政违规。如沈某系村干部,出于新农村建设的需要,经集体研究决定采取招投标形式,将部分土地在村范围内进行有偿置换。因未按规定报请国土部门审批,被控非法转让和倒卖土地犯罪。被告人的行为属于刑事违法还是行政程序违规,审理认为,集体土地在集体经济组织成员中进行自主配置,是集体土地所有权者的权利。通过有偿卖售达到事实上的土地置换目的,且系在农村集体经济组织成员内部进行,未进入市场交易,没有造成集体土地的流失,未对土地市场秩序造成破坏,故不属转让和倒卖行为。但我国实行土地用途管制制度,即法律规定对土地流转实施一定的行政监管。从国家对集体土地监管的程序性要求,被告人未将置换土地报请土地管理部门登记批准,违反了国家对土地管理的程序性规定,属程序违法,应受行政处罚。

### 三、对同一法律事实中部分构成要件的法律关系的判定

同一法律事实中,部分构成要件存在刑事法律关系与民事法律关系重合或牵连。这类情况一般发生在被告人的行为构成犯罪,同时其又有民事赔偿责任的案件中,往往涉及“先刑后民”“先民后刑”“刑民分离”等程序设置。有的民事诉讼又介入其他因素,使程序适用更具复杂性。

1. 最具普遍的是刑事附带民事案件,这类案件的被告人,既是刑事的被告人也是民事的被告人,所负刑事责任和民事赔偿责任都是基于同一个法律事实。而民事赔偿责任的确定是依附于刑事责任的认定,因此,理论和程序操作上,适用“先刑后民”。可以在刑事责任确定审理完毕后由同一审判组织就同一个案件即刻进行附带民事审理,也可在刑事案件审理终结后另行提起民事诉讼。

2. 侵财型案件涉及赃款的处理,既有刑事追赃的法律规定,又有被害人财产所有的追返补救需求及相应的民事法律判赔依据,有的还涉及担保财产的追偿。刑事受罚主体与赔偿主体有的也不尽一致,有的是单位承担赔偿责任,有的是财产继承人承担赔偿责任。一般来说,进入刑事追究的案件,大多不可能全额弥补被害人的财产损失。僧多粥少,若刑事、民事分离分别处置财产,则会形成刑事被害人与民事相对方受偿比例失调情形,就会出现显失公平的情况,故宜统一进行刑事按比例判赔,不宜先行受理民事赔偿诉求,更不宜不顾全局先行执行民

事赔偿判决。但对于民事生效判决,且已执行完毕的,因事发在刑事追究之前,经民事判决当事人已履行到位,可视为案发前自动归还。对这类已经民事法律关系调整财产关系稳定的,一般不宜再纳入刑事追究以致进入刑事追赃处理。

3. 财产处置较为复杂的是财产设置担保或抵押的情形。对于设置担保的,首先要审慎认定担保合同的效力。根据担保法的规定精神,涉罪合同无效的,担保合同一般应认定无效。在此情况下,担保人承担的担保责任可按下列原则处理:(1)刑事被告人以其实际控制的财产作保的,一般不认定出借人对担保财产享有优先受偿权;(2)第三人提供担保的,可依照担保法司法解释第8条的规定,在主合同无效导致担保合同无效的情形下,根据担保人的过错使其在债务人不能清偿债务的三分之一限额内承担责任;(3)第三人提供担保,担保人属于明知借款人从事非法资金运作,或存在其他严重过错导致担保合同无效的,担保人的连带赔偿责任可不受前述三分之一限额的限制。对于设置抵押的,参照刑法第60条“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收的财产偿还的,经债权人请求,应当偿还”的规定精神,应当明确涉案抵押物的正当性,若抵押物来源非法,非抵押人所有,有的甚至系同案被害人所有,原本属于赃物性质,出借人不得以抵押为由取得先行补偿返款或占有该抵押物。