

国家检察官学院
检察教育专题库

检察前沿报告

——理论与实务

(第四辑)

胡卫列 石少侠·主编

中国检察出版社

国家检察官学院
检察教育专题库

检察前沿报告

——理论与实务

(第四辑)

主 编 胡卫列 石少侠
副主编 郭立新 徐鹤喃

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察前沿报告：理论与实务．第4辑／胡卫列，石少侠主编．
—北京：中国检察出版社，2013.2
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0877 - 5

I. ①检… II. ①胡…②石… III. ①检察机关—工作—中国—文集
IV. ①D926.3 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 076863 号

检 察 前 沿 报 告

——理论与实务

(第四辑)

主编 胡卫列 石少侠 副主编 郭立新 徐鹤喃

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话：(010) 68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销：新华书店

印 刷：保定市 中画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：21.25 印张

字 数：589 千字

版 次：2013年2月第一版 2013年2月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0877 - 5

定 价：42.00 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

出版说明

为适应新形势对检察教育培训工作的新要求，进一步提高检察教育培训的质量，促进检察教育培训的正规化、科学化建设，国家检察官学院在深入开展检察教育改革的基础上，于2004年决定启动专题库、案例库、师资库和影像资料库等“四库”建设工程，历经8年，已见成效。

总结国家检察官学院21年来特别是自本世纪初以来开展正规化检察教育培训的经验，我们深深地认识到：检察官继续教育区别于普通高校法学教育的重要特点，就在于这种培训已不再是相对稳定的基础知识的系统传授，而是站在理论与实务的前沿对专门业务的专题讲授和研讨，特别是在检察教育实行分类培训以来，更加凸显因人施教和因材施教的特点。检察教育培训的对象和特点，一方面决定了培训教材具有鲜明的时效性和针对性，一部教材很难适应不同形势和不同对象的工作需要，必须因人而异，与时俱进，不断地进行修订和补充；否则，即便是使用时间较短，因时过境迁，也有可能成为故纸一堆；另一方面，又决定了检察教育培训必须采用专题讲授的形式，以弥补教材的不足，适应不同时期、不同对象的不同需求。这显然是干部教育培训工作的特点或规律，也是干部培训教学改革和教材建设必须解决的实际问题。为此，在改进和加强

基本教材建设的同时，必须针对不同培训对象、不同培训班次辅之以不同内容的专题讲义，这无疑是一种更为简便、灵活、适用的教材或辅助教材模式。为了建立起高质量、高水平的专题库，以适应初任检察官和高级检察官教育培训工作的需要，国家检察官学院在广泛征求学院教师和高检院机关各业务厅、局意见的基础上，精选出 50 个检察理论与检察业务专题，并决定把这些专题作为国家检察官学院的科研项目，在学院专职、兼职教师以及国家检察官学院分院和教学示范基地的检察院范围内招标，对中标者拨出专款予以资助，力争尽快建立起适应检察教育培训工作要求的、具有相当水准的检察教育培训专题库。这一举措，将检察理论与检察教育培训有机地融为一体，既深化了检察理论研究，又丰富了检察教育培训的内容，满足了检察教育培训的需求，可谓一举多得。收入本书的 26 篇专题论文是我院专题库建设的第四批成果，其中有的在教学中以活页讲义的形式印发给学员并颇受好评，现结集出版，以飨读者。

本书收入的 26 篇专题研究成果是从 130 多个课题中精心筛选的，包括职务犯罪侦查的相关问题、证据制度、未成年人刑事案件办理、抗诉制度、民行检察制度、刑民交叉问题、检察官职业伦理、中国特色检察培训机制改革等问题的研究。论文选题上具有较强的针对性和实用性。作者主要是由两部分组成：一部分是国家检察官学院的教授和副教授，其中许多人都具有在检察机关挂职锻炼的经历，既有较精深的专业理论功底，又有较丰富的检察实务经验；还有一部分作者来自检察实务部门，他们都具有多年从事检察业务的经历，同时又长期关注和践行检察理论与实务，对实践中出

现的诸多问题都有较强的敏感度和研究热情，由这样的作者撰写的专题研究论文无疑值得一读，读者阅后也一定会受益匪浅。基于编写和出版本书的目的，本书与已出版的前三辑一样，既是国家检察官学院部分教师的科研成果，同时也是检察官教育培训不可缺少的辅助教材，我们真诚地希望本书能够在深化检察理论研究和提升检察教育培训质量方面发挥其应有的作用。

尽管本书是从近3年成果中精选出来的部分论文，但由于水平和条件的局限，其中粗疏错漏之处在所难免，我们真诚地期待着读者们能够不吝赐教，提出宝贵的修改意见。

为了本书的付梓出版，国家检察官学院科研部的工作人员以及中国检察出版社的编辑都付出了辛勤的劳动。在此，一并致谢。

编 者

2012年12月31日于北京

目 录

恶意透支型信用卡诈骗若干疑难问题研究

- 肖中华 孙利国 徐华玲 (1)
- 一、“持卡人”的认定 (2)
- 二、“非法占有目的”的认定 (4)
- 三、“催收”的认定 (8)
- 四、恶意透支型信用卡诈骗中的被害人过错问题 (11)

检察机关贯彻宽严相济刑事政策的若干问题 (节选)

- 张国轩等 (13)
- 一、宽严相济刑事政策下审查逮捕程序的实证分析 (13)
- 二、公诉环节贯彻宽严相济刑事政策的分析 (35)

中国特色案例指导制度的实践基础研究

- 以检察机关案例指导制度为视角 周洪波等 (48)
- 一、检察机关建立案例指导制度的必要性 (50)
- 二、检察机关建立案例指导制度的可行性 (55)
- 三、检察机关建立案例指导制度的有效性 (61)

比较视野下的秘密侦查法治化研究 郭 冰 (69)

- 一、秘密侦查发展的纵向分析 (69)
- 二、秘密侦查法治化的横向借鉴 (71)
- 三、秘密侦查价值平衡的综合考察 (75)
- 四、我国秘密侦查法治化的本土构建 (78)

信息引导职务犯罪侦查问题研究	王利民 (84)
一、信息引导职务犯罪侦查中的含义	(84)
二、信息引导职务犯罪侦查的必要性和可行性	(88)
三、当前信息引导职务犯罪侦查的立法与实践情况	(92)
四、信息引导侦查模式中的数据信息平台建设	(95)
五、信息引导侦查的技术侦查措施	(102)
六、信息引导侦查模式中的人才培养	(106)

职务犯罪技术侦查规则之构建

——以监听为视角	张红梅 徐伟勇 (108)
一、非法监听	(109)
二、事前监听	(124)
三、同意监听	(130)
四、网络监听	(138)

平等保护涉嫌犯罪外来人员取保候审权利机制研究

.....	无锡市人民检察院课题组 (163)
一、对涉罪外来人员适用取保候审的现状及其弊端	(164)
二、涉罪外来人员适用取保候审平等权缺失的原因	(166)
三、平等保护涉罪外来人员取保候审权利的必要性	(169)
四、对涉罪外来人员适用取保候审的实践模式介绍	(173)
五、保障涉罪外来人员取保候审权利的新模式——管护教育 基地建设	(177)
六、平等保护涉罪外来人员取保候审权利的制度 设计——管护教育基地制度地方立法	(186)

职务犯罪案件批捕权上提一级的调查报告

.....	周光权等 (199)
一、职务犯罪案件批捕权上提一级改革的背景及意义 ...	(199)
二、批捕权上提一级改革的运行情况及效果	(200)
三、批捕权上提一级改革实施中存在的主要问题	(204)

四、批捕权上提一级改革的完善建议	(209)
贪污贿赂犯罪嫌疑人供述心理调查报告	
——基于系统论的角度	徐洪祥等 (215)
一、综述	(215)
二、贪污贿赂犯罪嫌疑人被讯问时的心理系统	(217)
三、贪污贿赂犯罪嫌疑人供述的心理障碍	(225)
四、贪污贿赂犯罪嫌疑人拒供动机与供述动机	(231)
电子证据检察实务研究	周晓燕等 (246)
一、电子证据的几个基本问题	(247)
二、检察实务中电子证据的运用现状	(250)
三、检察实务对电子证据运用应关注的问题	(255)
四、完善电子证据提取和运用的建议	(261)
刑事抗诉实证研究	
——以海淀区人民检察院近5年刑事抗诉案件为视角	海淀区人民检察院课题组 (266)
一、刑事抗诉实证分析	(266)
二、域外刑事抗诉制度	(273)
三、我国刑事抗诉制度的问题与合理化建议	(283)
刑事被害人救助制度研究	
——以检察机关的实践为视角	王 晋等 (291)
一、检察机关开展刑事被害人救助工作的现实背景	(292)
二、检察机关开展刑事被害人救助工作的理论基础	(294)
三、检察机关开展刑事被害人救助工作的实践与探索	(300)
四、完善检察机关刑事被害人救助工作的建议	(306)
五、检察机关开展刑事被害人救助工作要处理的几个 关系	(313)
贪污贿赂罪的刑事司法协助研究	朱丽欣 (316)
一、我国对贪污贿赂犯罪嫌疑人境外追逃采取的措施	(317)

二、对贪污贿赂犯罪嫌疑人的“境外追逃”——引渡 以及引渡之外的方法	(320)
三、贪污贿赂犯罪刑事司法协助中对死刑的排斥	(324)
四、被判刑人移管	(327)
五、贪污贿赂犯罪的资产追回	(329)
未成年人检察工作机制研究（节选）	万 春等 (332)
一、我国未成年人犯罪的基本状况	(332)
二、我国未成年人检察工作的发展回顾	(338)
三、未成年人检察工作的主要经验和意义	(345)
四、未成年人检察工作的基本办案制度	(348)
五、进一步推进我国未成年人检察工作的建议与设想 ..	(357)
办理未成年人刑事案件工作机制研究 ——以北京为例的逮捕、起诉环节运作状况实证研究	郭立新等 (361)
一、《规定》的解读	(362)
二、北京市各级检察机关办理未成年人刑事案件工作机 制实证研究	(370)
三、北京市检察机关办理未成年人刑事案件工作机制研 究综述	(383)
四、完善未成年人刑事案件相关工作机制的几点设想 ..	(390)
检察机关对未成年人犯罪的处置与矫正程序研究	杨秀莉 李 凯 吕 征 (402)
一、未成年人保护机制的基本问题研究	(402)
二、未成年人犯罪处理程序的比较研究	(407)
三、我国检察机关未成年人犯罪处理程序的改革与困境	(410)
四、我国检察机关对未成年人犯罪的诉讼程序设置	(412)
民事行政检察权配置策论	王鸿翼 (418)

一、准确定位，检察机关究竟是作“监督”还是“诉”的主体	(420)
二、明确概念，民事检察与行政检察应当分开讨论研究	(425)
三、剖析属性，厘清民事行政检察权各项权能的性质	(427)
四、合理取舍，科学配置民事行政检察权	(433)
提高民行案件抗诉改判率实证研究	
——以北京市检察机关为视角	
..... 北京市人民检察院第一分院课题组	(441)
一、北京市检察机关民行抗诉案件改判情况	(442)
二、提高民行案件抗诉改判率微观分析	(446)
三、提高民行案件抗诉改判率宏观分析	(448)
民事调解检察监督研究	刘 辉 (453)
一、民事调解检察监督的正当性分析	(454)
二、民事调解检察监督与调解瑕疵救济的关系	(461)
三、民事调解检察监督的法定事由和方式	(463)
刑民交叉问题研究	田宏杰 韩耀元 (469)
一、内涵厘定：程序交错还是实体交叉	(470)
二、刑民交叉案件的处理原则：刑法谦抑的坚守	(474)
三、交叉案件的犯罪认定：前提法定性+刑事法定量	(476)
四、交叉案件的程序适用衔接：民事先理与刑事和解的倡导	(481)
民事与刑事诉讼交叉问题研究	潘度文 许永俊 邓 超 (487)
一、刑民交叉界定及其一般机理	(488)
二、刑民交叉的类型学研究	(495)
三、刑民交叉案件诉讼规则研究	(501)
新时期检察工作的人民性研究	文盛堂 (528)
一、人民授权与检察机关受权	(528)
二、检察权的终极主体是人民	(539)

三、开创人民检察事业新局面	(555)	
主诉检察官办案责任制现状调查		
——以北京市检察机关为蓝本	吴祥义等 (570)	
一、10 余年来实施主诉制的基本情况	(571)	
二、实施主诉制以来取得的成效	(573)	
三、主诉制面临的困难	(576)	
四、走出困境的出路	(580)	
检察业务工作考评机制改革研究		
..... 云南省昆明市人民检察院课题组	(584)	
一、检察业务工作及其考评机制	(584)	
二、当前检察业务工作考评机制存在的主要问题	(589)	
三、改革和完善检察业务考评机制的基本构想	(594)	
中国特色检察培训机制研究		马立东 (602)
一、中国特色检察培训机制创新的必要性及时代要求 ...	(603)	
二、中国特色检察培训体制和模式的创新	(606)	
三、中国特色检察培训目标及课程体系的确立	(612)	
四、检察培训方法及手段的创新	(615)	
五、中国特色检察培训师资队伍建设	(621)	
六、中国检察官培训质量评估体系建构	(626)	
检察官职业伦理问题研究		常 艳等 (631)
一、法律职业伦理的基本范畴	(632)	
二、检察官职业伦理	(638)	
三、检察官职业伦理的必要性	(644)	
四、加强检察官职业伦理机制建设	(651)	

恶意透支型信用卡诈骗若干疑难问题研究

肖中华 孙利国 徐华玲*

1995年6月30日全国人大常委会通过的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》新增了信用卡诈骗罪，明确规定了恶意透支型信用卡诈骗^①。1997年刑法吸收了上述单行刑法的规定，并对恶意透支的含义进行了刑法上的界定。^②但随着近年来众多银行“跑马圈地”式的广发信用卡，恶意透支型信用卡诈骗案件频发，而刑法中有关恶意透支型信用卡诈骗的规定可操作性不强，给实务认定带来了诸多难题。为此，2009年12月16日“两高”《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》（以下简称《解释》）第6条规定，“持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行2次催收后超过3个月仍不归还的”，应认定为恶意透支，属信用卡诈骗行为，恶意透支本金数额为1万元以上的，应受刑事责任追究。这一规定为恶意透支型信

* 作者简介：肖中华，中国人民大学教授，博士生导师；孙利国，北京市朝阳区人民检察院法律政策研究室助理检察员；徐华玲，北京市朝阳区人民检察院公诉二处助理检察员。

① 高铭暄、赵秉志：《中国刑法立法文献资料精选》，法律出版社2007年版，第476页。

② 1997年《刑法》第196条规定：恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。

用卡诈骗的司法认定提供了便利与可操作性。依据北京市朝阳区人民法院的相关统计,自《解释》施行以来至2011年4月,共审理信用卡诈骗案件254件,其中恶意透支型案件174件,占68.5%。而2007—2008年,朝阳区人民法院共审理信用卡诈骗案件77件,其中恶意透支型信用卡诈骗案件仅2件,占2.6%^①。这种增长态势的出现,是由于《解释》的出台明确了恶意透支的内涵及追诉标准,增强了《刑法》第196条的可操作性,但在实务中,仍有诸多亟待解决的问题,本文试对其中一些争议较大的问题进行探讨。

一、“持卡人”的认定

关于“持卡人”的认定,这里主要讨论实践中多发的信用卡的所有人与使用人不一致的情况及单位进行恶意透支应如何处理的问题。

(一) 关于恶意透支型信用卡诈骗犯罪中的持卡人

一种观点认为,恶意透支行为的主体只能是合法持卡人,在共同犯罪中还包括其同伙。凡使用伪造或作废的信用卡、冒名使用拾得或窃得的信用卡进行“透支”的“行为人”和“持卡人”不是合法持卡人,不能成为恶意透支的主体^②。恶意透支的主体应当限于合法持卡人^③。另一种观点认为,恶意透支的行为主体包括合法持卡人和骗领信用卡的人两类^④。骗领信用卡与完全合法地领取信用卡并无质的不同,尽管就其实质而言,在法律上是无效的,但在发卡行发现之前,发卡行、特约商户都是将其作为合法持卡人对待

① 臧德胜:《处理恶意透支型信用卡诈骗案的基本立场》,载北京市朝阳区人民检察院、中国人民大学刑事法律科学研究中心:《信用卡诈骗罪的司法认定与立法完善研讨会论文集》。

② 王建平:《信用卡恶意透支的界定及其审判原则》,载《法学》1997年第3期。

③ 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第667页。

④ 赵长青、曹世海:《信用卡诈骗犯罪若干问题探析》,载《云南大学学报》2005年第1期。

从而与之产生各种信用卡法律关系。因此,应将这种骗领信用卡的持卡人在信用卡法律关系中视为合法持卡人。^① 第三种观点认为,恶意透支按持卡人是否具有合法资格分为纯正的信用卡恶意透支和不纯正的信用卡恶意透支,前者是指合法持卡人以外的人利用信用卡进行恶意透支的行为;后者是指合法持卡人利用发卡行提供的短期限额消费信贷业务,采用限额以下连续取现或购买财物的方式,蓄意恶意透支的行为。^② 也即其认为信用卡恶意透支的主体包括合法持卡人,也包括非合法持卡人。

司法实践中认为,信用卡的持卡人,可以从法律上的持卡人和事实上的持卡人两个层面分析。所谓法律上的持卡人,即信用卡的申领人。申领人以外实际使用信用卡的人称为事实意义上的持卡人。申领人和事实意义上的持卡人都可能成为恶意透支型信用卡诈骗罪的主体,具体来说:事实意义上的持卡人在申领人同意或授权下而进行的透支行为应认定为申领人的透支行为,原则上应由申领人承担相应法律责任。当事实意义上的持卡人发生恶意透支时,申领人积极采取相关措施的,申领人不构成犯罪。当事实意义上的持卡人发生恶意透支时,申领人对恶意透支行为持放任态度的,如不及时向银行报告、怠于追讨、还款的,申领人构成犯罪。事实意义上的持卡人未经允许或者虽经申领人允许,但脱离申领人控制、违背申领人意志进行透支的,事实意义上的持卡人成立冒用情形的信用卡诈骗罪。上述做法,实际上是依据申领人和实际持卡人“是否具有非法占有的目的”、“是谁具有非法占有的目的”具体决定应由谁承担相应的恶意透支责任。这一做法可操作性强,能较准确地认定信用卡持卡人的相应责任。

(二) 关于单位进行恶意透支应如何处理

有学者认为实践中单位实施的信用卡诈骗行为大量存在,刑法

① 赵秉志:《金融犯罪新论》,人民法院出版社2001年版,第471页。

② 周仰虎、于英君:《论信用卡犯罪的立法完善》,载《法学》1996年第9期。

中应增设包括信用卡诈骗罪在内的三类金融犯罪的单位犯罪主体，从而与其他金融诈骗罪相协调。^① 利用单位作为持卡人的信用卡进行诈骗的行为让自然人承担刑事责任，有悖于我国刑法罪刑相一致的原则。^② 我国的《信用卡业务管理办法》和《商业银行信用卡业务监督管理办法》都明确规定，商业银行发行的信用卡按照发行对象的不同，分为个人卡和单位卡。其中单位卡按照用途不同分为商务差旅卡和商务采购卡。目前，在我国刑法没有明确规定单位能成为信用卡诈骗犯罪主体的情况下，单位利用信用卡进行恶意透支的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员应按个人犯罪处理。不过，必须在实质上符合单位犯罪和本罪的构成要件的基础上才可追究刑事责任，而且，在起刑数额上也应与自然人犯罪有所不同，一般应比后者的起刑数额高^③。那种认为目前对法人用单位卡进行恶意透支而引起的案件，不能用刑法来处理，只能用民法来调整的观点是不正确的^④。从长远和合理化的角度看，刑法应将单位增设为恶意透支型信用卡诈骗的主体。

二、“非法占有目的”的认定

“恶意透支”界定中的核心问题是善意透支与恶意透支的区分标准问题。一种观点认为，持卡人在一定限额内透支并于透支后在规定期限内偿还透支款并支付相应透支利息，即属“善意透支”。与此相对，“恶意透支”就是合法持卡人利用银行授权限额，故意超出实际偿还能力取现消费，或以非法占有为目的，进行突击取现

① 赵秉志：《论金融诈骗罪的概念和构成特征》，载《国家检察官学院学报》2001年第1期。

② 薛瑞麟：《金融犯罪研究》，中国政法大学出版社2000年版，第369页。

③ 赵秉志：《论金融诈骗罪的概念和构成特征》，载《国家检察官学院学报》2001年第1期。

④ 王建平：《信用卡恶意透支的界定及其审判原则》，载《法学》1977年第3期。

和消费并逃避透支责任的行为。^① 还有观点认为, 滥用(或恶意透支)自己名义下的信用卡与诈骗不可相提并论, 滥用自己名下的信用卡的行为的本质是滥用信用, 侵害了信用卡发卡者与会员(持卡人)之间的信赖关系, 从根本上破坏了信用卡制度, 妨碍了利用信用卡从事正常的交易活动。所以德国在诈骗罪之外, 单独设立了滥用信用卡罪。^② 该观点建议我国有关信用卡犯罪的立法, 借鉴这一立法模式, 本文认为, 这种观点对于进一步完善我国有关信用卡诈骗犯罪的立法具有参考价值。

通说观点认为, 善意透支与恶意透支的本质区别, 在于行为人主观意志的内容不同, 即主观上有非法占有银行资金不法意图的为恶意透支, 主观上没有非法占有银行资金不法意图的为善意透支。认为恶意透支可分为违法型恶意透支和犯罪型恶意透支, 认为这两者之间仅仅在客观危害程度上存在量的区别, 在主观故意上是相同的。^③ 区分善意透支与恶意透支的根本标准就是看行为人主观上是否具有非法占有的目的。^④ 从实质解释的角度看, 是否具有非法占有的特定目的, 也是反映行为社会危害性的决定因素, 因而所有诈骗犯罪在主观上必然具有非法占有的目的。^⑤ 可以说, 认为诈骗类犯罪的成立要具有非法占有为目的, 是我国刑法理论上的通说。本文也是在肯定上述通说观点的基础上, 展开恶意透支型信用卡诈骗犯罪有关问题的讨论。

非法占有目的属于超过的主观要素, 在客观上没有相应的行为事实与其对应, 控方在举证的时候必须额外地证明特定目的的存在

① 阿不都热依木·卡得尔、张国吉:《信用卡透支问题初探》,载《中外法学》1995年第3期。

② 刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第264页。

③ 柯葛壮:《论利用信用卡恶意透支犯罪》,载《政治与法律》1999年第1期。

④ 赵秉志、许成磊:《恶意透支型信用卡诈骗犯罪为题研究》,载《法治与社会发展》2001年第3期。

⑤ 肖中华:《经济犯罪的规范解释》,载《法学研究》2006年第5期。