

刑事法治问题研究

XINGSHI FAZHI WENTI YANJIU

■ 吴大华 著



中国人民公安大学出版社

D924.04/89

2012

刑事法治问题研究

吴大华 著

北方工业大学图书馆



C00316163

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·



图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法治问题研究/吴大华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0917 - 5

I. ①刑… II. ①吴… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 159692 号

刑事法治问题研究

吴大华 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 7 月第 1 版

印 次: 2012 年 7 月第 1 次

印 张: 20

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 540 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0917 - 5

定 价: 60.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

刑事法治，是指刑事法领域的法治状态。刑事法治的发展与完善是刑事现代化、国际化的普遍要求，刑事法治问题也是刑法学界经久不衰的研究问题。我有幸于1980年考入西南政法学院（1995年更名为西南政法大学）法律专业，进校后受湘籍前辈王者香教授的启蒙以及刑法课主讲老师伍柳村教授、赵长青教授的授课魅力的影响，对刑法学情有独钟。除刻苦攻读刑法著作、积极参加课外学习小组、在法院刑庭实习半年外，对一些感兴趣的理论与实务问题潜心研究，大胆撰写学术心得和文章。从大三开始，投稿无数，但大都“无影无踪”，直至1983年10月，我的第一篇学术文章《独生子女与青少年违法犯罪》终于发表，犹如一针“强心剂”，给了我极大的振奋与鼓舞。大学期间发表了刑法论文3篇，学年论文及毕业论文均被评为优秀，从此也就与刑法学结下了不解之缘。1984年我顺利地考取西南政法学院刑法专业硕士研究生，师从著名刑法学家邓又天教授。在攻读硕士研究生期间，发表学术论文10余篇，其中荣获“西南政法学院学生优秀科研成果”二等奖（一等奖空缺）1篇，三等奖、四等奖各1篇。1987年毕业分配到中共贵州省委政策研究室工作，虽工作性质与法学关系不大，但仍合著了《犯罪与社会》、《犯罪控制论》等著作，发表了几篇刑法论文，代理了数十起刑事辩护案件，可以说还是未离开“专业槽”。1995年年底，我自愿调到贵州民族学院（2012年4月更名为贵州民族大学）担任刑法教研室主任，后又主持法律系工作。

1996年考入中国人民大学法学院，师从著名中青年法学家赵秉志教授，攻读刑法学博士学位。在读博期间，更得赵秉志教授的关爱、培养与提携，参与了他主持的一些课题和教材，出了一批成果，并于1997年破格晋升为法学教授。

尽管本人30多年来研究的领域比较广泛，还有较长一段时间集中精力研究民族法学或法律人类学，但毕竟刑法学是自己的“老本行”，故研究成果中刑法方面的比较多，在中国刑法学、犯罪学、刑事政策学等方面出版专著和合著20余本，发表大大小小的文章100余篇。赵秉志教授在其四卷刑法学文集《现代刑法问题新思考》的“前言”中说道：“现代刑事法治问题与社会发展和时代息息相关，因而刑法学者关于刑法问题的思考和探索也应当坚持不懈、与时俱进，而撰著发表论文正是及时关注和研究层出不穷的刑法理论与实务问题的恰当方式之一，一定时期论文的积累整理与结集出版又可以反映和检视研究者学术研究的轨迹。”有鉴于此，我也注意对个人成果进行整理，1996年以前的刑法文章大都收入《法学初步》，有的收入《民族法律文化散论》、《知易行难——法治演讲录》、《民族法学前沿问题研究》等个人文集。最近，时逢临近“知天命年”之际，在一些朋友和学生的善意提议和催促下，又将自己1996年至今发表的刑事法治论文经过认真筛选整理为《刑事法治问题研究》，交由中国人民公安大学出版社出版。

围绕刑事法治问题，本文集摘录了39篇（民族刑法方面的论文将另外结集出版）论文，大致分为以下五个部分：

刑法总论部分收录9篇，主要内容为：犯罪构成理论体系：逻辑与实用的统一，中国新刑法典对少数民族权利的保障，论民族自治地方刑事立法变通问题，论刑法立法解释，论无身份者参与身份犯的基本界限与程度，构建和谐社会之刑事处罚权正当化新思考——以量刑阶段刑事被害人人权保障为视角，刑罚权的定位缺陷与调整契机——以和谐社会中被害人权利保障为视角，限制死刑的

理性思考——以 100 例死刑案件为视角，从重从快方针与死刑限制政策的悖反与调和。

罪刑各论部分收录 10 篇，主要内容为：论罪名，试论制作、传播破坏性计算机程序罪，计算机犯罪的原因、特点、趋势及其综合防范，试论拒绝提供间谍犯罪证据罪，关于军人违反职责罪总则规范完善的若干建议，新刑法关于毒品犯罪的修改与补充，论赌博罪的立法选择与司法惩治——基于宽严相济刑事政策的审视，完善中国洗钱犯罪构成的构想，论我国行贿犯罪立法的缺陷及完善——以《联合国反腐败公约》及部分外国刑法之规定为比较视角，聚众扰乱社会秩序罪若干问题探讨。

犯罪学研究部分收录 5 篇，主要内容为：世纪之交的中国犯罪学回顾与展望、论香港禁毒刑事立法及其与内地的比较、澳门地区的毒品犯罪及其惩治防范、西部地区毒品犯罪演变特点及应对措施——以云南边疆为例、商业行贿犯罪根源及刑法对策分析。

盗窃罪研究部分收录 8 篇，主要内容为：盗窃罪犯罪客体与犯罪对象问题研究、盗窃转化犯问题研析、如何区分抢劫罪与敲诈勒索罪及理解“入户抢劫”——李某敲诈勒索案、论“使用盗窃”、试论家庭内部人员相盗窃的定性问题、未成年人盗窃犯罪若干问题的探讨、论盗窃罪数额的认定问题、盗窃罪的刑罚适用问题研究。

刑事法治与改革部分收录 7 篇，主要内容为：论刑事被害人补偿——以刑法人权保障机能为视角，寻求效率与公正的支点——以辩诉交易、求刑制度为视角，试论刑事协商制度在我国的构建，关于转化利用青少年黑客的思考——从冲突功能论重构其网络违法犯罪防范体系，西部开发之刑事法治问题研究，依法管制手机短信的初步思考，话说《联合国反腐败公约》。

初看起来，这些文章主题的涉及面颇为广泛，分类也不甚科学，如把“盗窃罪研究”单列（主要因为我的博士论文是《盗窃罪研究》），但始终没有脱离“刑事法治”这一主题。本文集的选编秉持本人以往文集的基本做法，仍以保持原文的观点和内容为原则。

则，不做修正，只做技术性、规范性的编辑整理，并在文中注明原载期刊和合作者等情况。但首先应感谢部分论文的合作者，他们中有刑法学界德高望重的专家，如康树华教授、阴家宝教授、赵可教授、赵秉志教授等；有我攻读博士生或硕士生期间的师兄弟，如于志刚教授、李永升教授、蒋熙辉博士、李运才博士等；有我近些年指导的博士研究生和硕士研究生。这些成果融合了他们的智慧和心血。

中国人民公安大学出版社法律分社社长杨玉生是我多年的挚友，曾对我及团队的成果问世贡献良多，相关编辑同志为本书的及时出版付出了辛劳，对他们的友谊与支持我心存感激。我的学生王飞博士，博士生郭婧、邓琳君，硕士生赖雨亭、余爽悦协助参与了本文集的资料收集、整理和校对等编务工作，邓琳君翻译了文集的英文目录，在此一并致谢。

吴大华

2012年6月于贵阳甲秀楼

目 录

刑法总论

犯罪构成理论体系：逻辑与实用的统一体·····	3
中国新刑法典对少数民族权利的保障·····	31
论民族自治地方刑事立法变通问题·····	37
论刑法立法解释·····	61
论无身份者参与身份犯的基本界限与程度·····	75
构建和谐社会之刑事处罚权正当化新思考 ——以量刑阶段刑事被害人人权保障为视角·····	91
刑罚权的定位缺陷与调整契机 ——以和谐社会中被害人权利保障为视角·····	107
限制死刑的理性思考 ——以 100 例死刑案件为视角·····	142
从重从快方针与死刑限制政策的悖反与调和·····	168

罪刑各论

论罪名·····	179
试论制作、传播破坏性计算机程序罪·····	194
计算机犯罪的原因、特点、趋势及其综合防范·····	203
试论拒绝提供间谍犯罪证据罪·····	227
关于军人违反职责罪总则规范完善的若干建议·····	239

刑事法治问题研究

新刑法关于毒品犯罪的修改与补充·····	247
论赌博罪的立法选择与司法惩治	
——基于宽严相济刑事政策的审视·····	255
完善中国洗钱犯罪构成的构想·····	265
论我国行贿犯罪立法的缺陷及完善	
——以《联合国反腐败公约》及部分外国刑法之规定为 比较视角·····	274
聚众扰乱社会秩序罪若干问题探讨·····	290

犯罪学研究

世纪之交的中国犯罪学回顾与展望·····	301
论香港禁毒刑事立法及其与内地的比较·····	318
澳门地区的毒品犯罪及其惩治防范·····	343
西部地区毒品犯罪演变特点及应对措施	
——以云南边疆为例·····	366
商业行贿犯罪根源及刑法对策分析·····	380

盗窃罪研究

盗窃罪犯罪客体与犯罪对象问题研究·····	399
盗窃转化犯问题研析·····	450
如何区分抢劫罪与敲诈勒索罪及理解“入户抢劫”	
——李某敲诈勒索案·····	462
论“使用盗窃”·····	473
试论家庭内部人员相盗窃的定性问题·····	483
未成年人盗窃犯罪若干问题的探讨·····	495
论盗窃罪数额的认定问题·····	501
盗窃罪的刑罚适用问题研究·····	519

刑事法治与改革

论刑事被害人补偿

——以刑法人权保障机能为视角·····	535
寻求效率与公正的支点	
——以辩诉交易、求刑制度为视角·····	546
试论刑事协商制度在我国的构建·····	564
关于转化利用青少年黑客的思考	
——从冲突功能论重构其网络违法犯罪防范体系·····	576
西部开发之刑事法治问题研究·····	591
依法管制手机短信的初步思考·····	602
话说《联合国反腐败公约》·····	610
附录 吴大华教授刑事法治论著目录 (1983 - 2012) ·····	613

Contents

Research on General Provisions of Criminal Law

On Theory System of Crime Consistence: A Combination of Logic and Practical Entity	3
A Protection of Minority Rights in China's New Criminal Law	31
A Discussion of Accommodating Criminal Law Legislation in National Autonomous Areas	37
An Legislative Interpretation of Criminal Law	61
To What Extent a Person without Special Status Can be Involved in the Crime the Perpetrator of Which Must have a Required Status?	75
A New Thought about Justifying Criminal Punishment Power of Constructing Harmonious Society: As Viewed from Human Rights Protection of Criminal Victims in the Sentencing Phase	91
Positioning Defection of Criminal Punishment Power and its Turning Point as Adjustment: As Viewed from Human Rights Protection of Criminal Victims in Harmonious Society ...	107
A Rational Thought about Limiting the Death Penalty: As viewed from 100 Cases of Death Penalty	142

The Contrary and Concessions between Policy of Hard , Fast Striking and Death Penalty Restriction Policy	168
---	-----

Research on Specific Provisions of Criminal Law

A Discussion of Accusations	179
On Crimes of Producing and Spreading Destruction Programs of Computer	194
Reasons, Characteristics, Trend and Comprehensive Prevention of Computer Crimes	203
On Crimes of Refusing to Provide Spy Evidence	227
Perfection Proposals about Crimes in Violation of Duty by Military Personnel	239
An Amendment and Complement of Drug Crime in New Criminal Law	247
A Discussion of Legislation Choice and Judicial Punishment of Gambling Crime; Based on the Criminal Policy of Strict with Mercy	255
On Perfecting the Crime Constitution of Money – laundering Crime	265
A Discussion of the Defects and the Completion of Bribery Crime Legislation: A Comparing Perspective Based on the United Nations Convention against Corruption and Some Other Criminal Laws of Foreign Country	274
Reasearch on Crime of Assembling Crowd to Disturb Social Order ...	290

Research on Criminology

Retrospect and Prospect of China's Cross - century Criminology	301
Criminal Legislation of Hong Kong Drug Control and Its	
Comparison with the Mainland	318
Prevention and Punishment of Drug Crimes in Macao Region	343
Characteristics of Drug Crimes Evolution and Coping Measures in the	
Western Region; Take YunNan Border as an Example	366
On the Origin of the Commercial Bribery Crime and the	
Countermeasures of Criminal Law	380

Research on Larceny

A Study on Objects and Targets of Larceny	399
An Analysis about Theft Transforming Criminals	450
A Study on the Difference of Robbery and Extortion Crime	
and the Understanding of "Entering Robbery" :Based on	
Li Extortion Case	462
Research on "Theft in Utilization"	473
A Discussion of Nature Determination of Theft Problem by	
People inside the Family	483
A Study of Larceny by Minors	495
On the Cognizance of the Amount of Larceny	501
Research on Criminal Penalty Suit to Larceny	519

Criminal Law and Reform

A Study of Criminal Victims Compensation: As Viewed from Human Rights Protection	535
Search for Fulcrum of Efficiency and Justice: As Viewed from Plea Bargaining and Public Prosecution System	546
An Analysis of the Construction of Criminal Consultation System in Our Country	564
A Thought about Transforming and Using Teenagers Hackers: Reconstruction its Internet Illegal Crime Prevention System from the View of Conflict Function	576
Research on Criminal Law in the Western Region	591
An Original Thought about Governing the SMS Legally	602
Research on United Nations Convention against Corruption	610
Appendix: the Contents of Works by Professor Wu Dahua (1983 - 2012)	613

刑法总论

犯罪构成理论体系： 逻辑与实用的统一体*

目 次

一、引言

二、基于逻辑性的审视

（一）一个被忽略的认识要点

（二）两体系的理论认识和行为在两体系下的评价经过平面图剖析

（三）对部分观点的辨正

三、基于实用性的分析

（一）一个被淡忘的衡量标准

（二）对论者所举实例的剖析

（三）实用性标准的内涵初探

四、结语

一、引言

按照一些学者的见解，“所谓犯罪论，是指关于犯罪成立及形态的一般理论。将构成要件符合性、违法性及责任（有责性）这

* 此文是与王飞合作完成，原载赵秉志主编：《刑法评论》（第12卷），法律出版社2007年版；又载《政治与法律》2006年第4期。