孙国祥 | 著

刑法基本问题

STUDY ON BASIC ISSUES OF CRIMINAL LAW

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法基本问题

STUDY ON BASIC ISSUES OF CRIMINAL LAW

孙国祥 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法基本问题/孙国祥著.—北京:法律出版社,2007.10
(法学研究生教学书系)
ISBN 978-7-5036-7763-2

Ⅰ.刑… Ⅱ.孙… Ⅲ.刑法—法的理论—中国—研究生—教材 Ⅳ.D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第152448号

法律出版社·中国

责任编辑/谭柏平 陈 慧 刘 辉　　**装帧设计**/乔智炜

出版/法律出版社　　**编辑统筹**/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司　　**经销**/新华书店
印刷/北京外文印刷厂　　**责任印制**/张宇东

开本/787×960毫米 1/16　　**印张**/38.5　**字数**/743千
版本/2007年10月第1版　　**印次**/2007年10月第1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　**苏州公司**/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7763-2　　**定价:**49.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序　言

在以往的研究生刑法学教学中，我比较关注具体犯罪的分析与认定，对刑法基础理论问题，总有望而生畏、力不从心之感。尤其是发现刑法理论中几乎每一个重要问题，都有诸多相互对立的学术观点。其中既有“哲学”、“向度”、“本体”、“主义”等宏大字眼建构的刑法理论大框架，也有“解读”、“辨析”、“探究”、“释疑”等微观话语组成的刑法技术性体系，对这些林林总总、旁征博引、衍生歧义的学术观点以及在此基础上整合而成的学术派别，除了敬畏，或多或少还有一些无所适从和茫然。目前研究生在校学习时间十分有限，客观上需要一本引导性的学术教材，同时觉得自己也应该对多年来刑法学教学心得做一个梳理，这便成了本书写作的初衷。

在我看来，显性的刑法理论冲突背后首先反映的是不同价值旨趣，观点的差异常常蕴涵了不同的法律价值取向，彰显的则是价值观的差异。大抵可将其归结为公正与功利、权力与权利、实然与应然、形式理性与实质理性、情理与法理、保护与保障、理想与现实的冲突。其次，不同观点也可能是解读中的差异所导致。刑法规范中一些貌似人人了解的概念和范畴，其实在不同的语境和层面上，对其解读有着一定的技术性困难。某一概念涵摄的范围到底是宽一些还是窄一些，不同的应用语境是否影响到该术语的含义，理论界常常争得不可开交，形成了技术层面上形形色色的刑法理论观点。价值和技术的不同立场和分析，脱胎于刑法学的整体理论视像，并建构了现代刑法理论庞大的知识体系。

相互排斥的观点经过激烈碰撞后大致产生三种结局：一是对立中一方获得明显优势而得到广泛的认同，形成所谓的通说，课堂上教师要求能够熟记，法学院的学生大都耳熟能详，司法人员也大抵依此作为诠释法律的依据。例如，法人犯罪肯定说与法人犯罪否定说在我国刑法学界一度尖锐对立，法人犯罪肯定说在对立中逐渐取得优势并成为今天刑法理论的通说。二是相互对立的学术观点尖锐对立、僵持不下、无法调和。这时就需要另辟蹊径，萌发些许新意，形成新的解决思路，可谓是理论的创新。例如，在反映形式理性的刑事违法性与反映实质理性的社会危害性冲突中，是形式理性优先，还是实质理性优先，理论界就存在观点对立、无法协调的情况。在此背景下，人罪判断形式决定实质、出罪判断实质决定形式的观点脱颖而出。在我看来，这一创新思路很好地解决了上述观点的冲突，凸显了理论研究

的精彩和可贵。三是看似对立的各种观点，无非是一个问题的两个方面，或者说是不同的视角分析所致，所谓见仁见智，都有其合理性与不足之处。争论中出现了互相妥协、相互吸纳和兼容的趋向，折中调和的观点应运而生。例如，众说纷纭的刑罚目的学说，归根结底集中在报应和预防目的的选择上。现代社会，越来越多的人认识到，报应和预防并不是水火不容的，融二者为一体的折中主义立场得到了推崇。尽管折中常常被指责为"没有立场，不分好坏"，但过分的指责未必公正，折中往往采撷各自合理之处，自有一定的存在价值，因此不失为一种理想与现实结合的考虑，常为大多数学者和实务部门所接受。正如美国大法官卡多佐指出的："尽管我们对绝对真理心向往之，但在拥有更深刻的洞察力之前，必须很大程度地满足于作为权宜之计的妥协，满足于接近真理和相对真理。"达成和解是"法学家最重要的工作"。[1] 这也是本书很多分析以及结论之所以采纳折中立场的原因。

刑法理论的研究范式，本无所谓定式，或注释、建构，或比较、批判，抑或多种方法并用，都有其自身的价值。综观当下中国刑法研究的思潮，其言说方式似乎演化为一种固定的范式，一方面毫不留情地批判中国刑法立法和传统刑法思想，另一方面将大陆法系的刑法理论奉为圭臬，运用大陆法系刑法理论彻底改造我国刑法成为一种"时尚"。而立足于"国情"的刑法理论研究被认为视野狭隘，注重现实的注释、解读则更被视为幼稚。在我看来，这种范式上的贬抑是偏颇的。不可否认，大陆法系刑法理论有着严谨与成熟的优势，刑法理论研究也不应当在全球化的背景下忽视刑法基本价值和制度的趋同性和普适性。过分强调国情的特殊性，并借此抵制外来制度和普适理念无疑是"夜郎自大"的表现。但凡事有度，一个国家有其自身的历史和传统，有自己的发展阶段，根据自己的国情和发展阶段选择相适应的理论体系，取其当取，拒其当拒，当属合情合理。那种从理论体系到具体的制度，甚至一些具体概念连适当中文翻译都顾不上的直接"拿来主义"，无疑是"囫囵吞枣"，其实践效果必将与初衷相悖。因此，在介绍、移植国外刑法理论和刑事法律制度时，必须考虑国情现状，关照中国目前迫切需要解决的现实问题以及中国的经验和中国的创造。总之，刑法理论研究不能偏离社会的现实，在纯粹理论建构中自我陶醉、缺乏现实的诠释将无法回应刑法理论的现实使命。

本书选择19个专题作为研究对象。有些是刑法理论中观点对立而没有定论的传统难题，有些是当下刑法理论界讨论的热点问题，有些则是我在教学中，学生们提出的疑惑问题。基于此，本书本着学术研究薪火相传、学以致用的精神，对每一专题所涉及的问题客观地介绍理论传承，以此为基础进行分析和研究。虽然我一直寻求理论与实践的结合，但也痛感自己对现有刑法理论和文献的把握能力非

---

[1] [美]本杰明·N.卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第87页。

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com

常有限，对许多问题的研究仍比较粗浅，诸多结论未必能经得起进一步的诘问，甚至错误也在所难免，权作抛砖引玉，恳望得到读者指正。

本书能够得以出版，得到南京大学研究生核心课程建设项目的资助。在撰写过程中，南京大学法学院博士研究生刘伟、张书琴和硕士研究生周剑同学为本书的校对和资料查询做出了贡献。法律出版社谭柏平同志和北京师范大学刑事法律科学研究院博士后魏昌东同志对本书也倾注了心血，付出了艰辛的劳动。在此，对他们一并致以衷心的感谢！

孙国祥

2007年7月于南京大学

目　录

第一章　刑法机能的悖论与协调 …………………………………………（1）
一、刑法三种机能的蕴意 ……………………………………………………（2）
（一）确定犯罪、惩罚犯罪（行为规制机能） ……………………………（2）
（二）维护秩序、保护利益（社会保护机能） ……………………………（4）
（三）规制司法、保障人权（人权保障机能） ……………………………（6）
二、刑法社会保护与人权保障机能的悖论 …………………………………（7）
三、刑法机能的协调 …………………………………………………………（9）
第二章　罪刑法定原则的沿革与发展 ……………………………………（16）
一、罪刑法定原则的理论渊源 ………………………………………………（16）
二、罪刑法定原则的主要精神 ………………………………………………（19）
三、我国刑法中罪刑法定原则的体现 ………………………………………（23）
四、相对罪刑法定原则的倡导 ………………………………………………（24）
（一）绝对罪刑法定原则的局限 ……………………………………………（25）
（二）相对罪刑法定原则的倡导 ……………………………………………（27）
五、罪刑法定原则视野下刑法溯及力的几个特殊问题 ……………………（31）
（一）对“处刑较轻”的理解 ………………………………………………（31）
（二）跨法犯的法律适用问题 ………………………………………………（32）
（三）刑法司法解释和立法解释的溯及力 …………………………………（33）
（四）非刑事法律的溯及力 …………………………………………………（36）
（五）存在中间过渡法的法律适用问题 ……………………………………（36）
第三章　刑法解释方法与选择 ……………………………………………（39）
一、刑法解释的分类 …………………………………………………………（39）
（一）刑法的立法解释 ………………………………………………………（39）
（二）刑法的司法解释 ………………………………………………………（40）
二、刑法解释的内容 …………………………………………………………（43）
三、刑法解释的方法 …………………………………………………………（46）
（一）刑法解释方法理论 ……………………………………………………（46）
（二）刑法的文义解释 ………………………………………………………（48）

(三)刑法的论理解释 …………………………………………………… (49)
四、刑法解释的效力 …………………………………………………… (53)
五、罪刑法定与刑法解释 ……………………………………………… (55)

第四章 犯罪概念中实质理性与形式理性的冲突及解决 ……………… (61)
一、犯罪概念的类型 …………………………………………………… (61)
(一)形式、实质及混合意义的犯罪概念 ……………………………… (62)
(二)刑法学的犯罪概念和犯罪学的犯罪概念 ………………………… (64)
(三)定性的犯罪概念和定性加定量的犯罪概念 ……………………… (65)
二、我国刑法中的犯罪概念及其基本特征 …………………………… (66)
(一)刑法理论界对犯罪基本特征的争议 ……………………………… (66)
(二)社会危害性的刑法地位问题 ……………………………………… (68)
三、社会危害性与刑事违法性的冲突与克服 ………………………… (72)
(一)社会危害性与刑事违法性的对立统一 …………………………… (72)
(二)社会危害性与刑事违法性冲突的克服 …………………………… (74)

第五章 犯罪构成理论与模式 ………………………………………… (82)
一、犯罪构成的概念和属性 …………………………………………… (82)
二、犯罪构成模式的比较 ……………………………………………… (83)
三、我国刑法学中的犯罪构成模式及评价 …………………………… (87)
(一)我国刑法学中的犯罪构成理论 …………………………………… (87)
(二)我国传统犯罪构成理论的评价 …………………………………… (88)
四、犯罪构成要件的理论层次 ………………………………………… (91)
(一)具体要件、共同要件和选择要件 ………………………………… (91)
(二)犯罪构成的客观要件和主观要件 ………………………………… (94)
(三)基本的犯罪构成与修正的犯罪构成 ……………………………… (94)
(四)封闭的犯罪构成和开放的犯罪构成 ……………………………… (95)

第六章 危害行为、危害结果、因果关系及其展开 …………………… (97)
一、危害行为概述 ……………………………………………………… (97)
(一)危害行为的概念和特征 …………………………………………… (98)
(二)危害行为的分类 …………………………………………………… (102)
二、不作为犯罪的作为义务来源 ……………………………………… (108)
(一)不作为犯罪特定义务来源的理论概览 …………………………… (108)
(二)不作为犯罪作为义务的来源 ……………………………………… (109)
三、危害结果的若干问题 ……………………………………………… (117)
(一)危害结果的界定 …………………………………………………… (117)

(二)危害结果的特征 …… (118)
(三)危害结果的种类 …… (119)
四、刑法中的因果关系 …… (120)
(一)因果关系的基本理论 …… (120)
(二)我国刑法理论界有关因果关系的学说 …… (123)
(三)刑法因果关系的认定 …… (126)

第七章 刑事责任能力及其认定 …… (134)
一、刑事责任能力概述 …… (134)
(一)刑事责任能力的含义和本质 …… (134)
(二)刑事责任能力的内容 …… (137)
二、年龄与刑事责任能力 …… (139)
(一)刑事责任年龄的阶段划分 …… (139)
(二)相对刑事责任年龄负刑事责任的范围 …… (141)
(三)对未成年人犯罪刑事政策的思考 …… (142)
三、精神病人与刑事责任能力 …… (150)
(一)精神病人刑事责任能力的沿革 …… (150)
(二)精神病人责任能力的认定 …… (151)
(三)限制责任能力的精神病人 …… (156)
四、醉酒人与刑事责任能力 …… (157)
(一)醉酒人犯罪的刑事责任根据 …… (157)
(二)醉酒人犯罪的罪过形式 …… (162)
(三)病理性醉酒的责任能力 …… (165)

第八章 犯罪的故意和过失 …… (168)
一、犯罪故意的概念和结构 …… (169)
(一)犯罪故意的主要学说 …… (169)
(二)犯罪故意的心理构造之一——认识因素 …… (170)
(三)犯罪故意的心理构造之二——意志因素 …… (177)
(四)犯罪故意的种类 …… (177)
二、犯罪过失的概念、分类和结构 …… (180)
(一)新旧过失论的理论分野 …… (180)
(二)犯罪过失的分类 …… (183)
(三)犯罪过失的认定 …… (185)
(四)信赖原则与过失的认定 …… (190)
三、复合罪过形式之否定 …… (192)

(一)复合罪过的概念 …………………………………………… (193)
(二)复合罪过之否定 …………………………………………… (194)
第九章 规范责任中的期待可能性、严格责任 ………………… (196)
一、期待可能性 …………………………………………………… (196)
(一)期待可能性的概念和源流 ……………………………… (196)
(二)期待可能性的理论基础 ………………………………… (197)
(三)期待可能性的性质 ……………………………………… (200)
(四)期待可能性在犯罪论体系中的地位 …………………… (202)
(五)期待可能性的判断标准 ………………………………… (204)
(六)期待可能性的借鉴 ……………………………………… (206)
二、严格责任 ……………………………………………………… (209)
(一)严格责任犯罪的概念和特点 …………………………… (209)
(二)我国刑法中严格责任犯罪的地位 ……………………… (211)
第十章 刑法中的认识错误 …………………………………… (216)
一、违法性认识错误 ……………………………………………… (216)
(一)关于违法性认识的基本理论 …………………………… (216)
(二)相关立法例的立场 ……………………………………… (220)
(三)对"违法性认识不要说"和"违法性认识必要说"的反思 ……… (222)
(四)对违法性认识错误的处理 ……………………………… (223)
二、对象错误 ……………………………………………………… (226)
(一)对象错误刑事责任的理论比较 ………………………… (227)
(二)对象错误对刑事责任影响的具体分析 ………………… (228)
三、打击错误 ……………………………………………………… (232)
(一)打击错误性质之争议 …………………………………… (232)
(二)打击错误的处理原则 …………………………………… (233)
(三)打击错误与对象错误的区别 …………………………… (236)
(四)共同犯罪中的打击错误认定 …………………………… (237)
第十一章 单位犯罪 …………………………………………… (239)
一、单位犯罪的刑事责任概述 …………………………………… (240)
(一)法人犯罪的刑事责任基础 ……………………………… (240)
(二)单位犯罪的责任范围 …………………………………… (243)
(三)单位犯罪刑事责任的实现方法 ………………………… (245)
二、单位犯罪的构成特征 ………………………………………… (247)
(一)单位犯罪的主体 ………………………………………… (247)

（二）单位犯罪的客观方面 …………………………………… （252）
（三）单位犯罪的主观方面 …………………………………… （254）
三、单位犯罪与自然人犯罪的区别 …………………………… （259）
（一）"公司设立瑕疵"的主体性质 …………………………… （259）
（二）公司的法人格否定与主体性质 ………………………… （261）
（三）非法人型企业的主体性质 ……………………………… （263）
（四）境外公司、企业的主体性质 …………………………… （264）
（五）单位分支机构的主体性质 ……………………………… （265）
（六）个人承包、租赁企业的主体性质 ……………………… （266）
（七）单位犯罪后公司、企业资产重组（分立、合并）或者破产 ………… （267）
（八）一人公司的主体性质 …………………………………… （268）

第十二章　正当防卫 …………………………………………… （270）
一、防卫权的性质 ……………………………………………… （270）
二、正当防卫的起因 …………………………………………… （272）
（一）不法侵害的含义、范围 ………………………………… （272）
（二）正当防卫与假想防卫 …………………………………… （278）
三、正当防卫的时间 …………………………………………… （282）
（一）关于不法侵害的开始 …………………………………… （282）
（二）关于不法侵害的结束 …………………………………… （283）
（三）正当防卫与防卫不适时 ………………………………… （284）
（四）正当防卫与防卫设置 …………………………………… （285）
（五）正当防卫与自救行为 …………………………………… （287）
四、正当防卫的主观要件 ……………………………………… （290）
（一）防卫认识 ………………………………………………… （291）
（二）防卫目的 ………………………………………………… （291）
（三）正当防卫与相互侵害 …………………………………… （292）
（四）正当防卫与防卫挑拨 …………………………………… （293）
（五）偶然防卫（偶合防卫） ………………………………… （293）
五、正当防卫的对象 …………………………………………… （294）
（一）对单位实施的不法侵害能否进行防卫 ………………… （294）
（二）对共同不法侵害人的防卫 ……………………………… （295）
（三）动物能否成为防卫的对象 ……………………………… （296）
六、正当防卫的限度条件 ……………………………………… （296）
（一）防卫限度的历史发展 …………………………………… （296）
（二）我国刑法理论中关于正当防卫"必要限度"的基本观点 ………… （298）

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com

（三）必要限度和防卫过当的具体判断 …… (299)
（四）防卫过当的罪过形式 …… (302)
七、特殊防卫 …… (304)
（一）特殊防卫名称之争 …… (304)
（二）对特殊防卫制度的评价 …… (305)
（三）特殊防卫的构成 …… (306)
（四）特殊防卫认定中若干争议问题辨析 …… (307)
第十三章　犯罪未遂、中止形态的理论及相关问题 …… (312)
一、犯罪未遂认定中的相关问题研究 …… (313)
（一）犯罪未遂的概念辨析 …… (313)
（二）关于犯罪"着手"的理论与认定 …… (314)
（三）犯罪未得逞的认定标准 …… (322)
（四）"犯罪分子意志以外的原因"之原因分析 …… (325)
（五）犯罪既遂类型与犯罪未遂认定 …… (327)
（六）不能犯 …… (336)
（七）间接故意犯罪有无未遂 …… (341)
二、中止犯及其认定 …… (345)
（一）刑法设立中止制度的原因 …… (345)
（二）中止自动性的含义及不具有自动性的情况 …… (345)
（三）中止的分类 …… (353)
（四）危险犯防止实害结果发生的性质 …… (355)
（五）不能犯的中止问题 …… (358)
（六）个别共犯中止及认定 …… (360)
第十四章　共同犯罪基本问题研究 …… (367)
一、"共谋"的共犯性质 …… (367)
（一）理论渊源及分歧 …… (367)
（二）分析和立场 …… (369)
二、实行过限及其责任认定 …… (371)
（一）实行过限的理论分析及立法沿革 …… (371)
（二）实行过限行为的主要表现形式 …… (373)
（三）非实行过限的几种情况 …… (375)
三、共同过失犯罪 …… (377)
（一）共同过失犯罪的理论和立法 …… (378)
（二）共同犯罪与共同过失犯罪的区别 …… (380)

(三)共同过失犯罪的构成要件 …… (380)
(四)共同过失犯罪的刑事责任 …… (384)
四、"片面共犯"的性质与处理 …… (385)
(一)"片面共犯"的理论争议 …… (386)
(二)"片面共犯"的成立范围 …… (388)
五、对合犯与共同犯罪 …… (389)
(一)对合犯的共同犯罪性质辨析 …… (389)
(二)对合犯刑事责任类型与共同犯罪 …… (390)
(三)对合犯中的居间行为的定性 …… (395)
六、教唆犯的性质 …… (397)
(一)关于教唆犯性质的理论分歧 …… (397)
(二)教唆犯定罪的独立性和量刑的从属性 …… (398)
七、间接正犯的性质 …… (399)
(一)间接正犯的基本理论 …… (399)
(二)间接正犯的特征 …… (401)
(三)间接正犯的范围 …… (402)
(四)教唆未达到刑事责任年龄者犯罪之性质 …… (403)
八、身份犯与共同犯罪的认定 …… (406)
(一)有身份者与无身份者共同实施犯罪的定罪 …… (406)
(二)不同性质的身份犯共同实施犯罪的定罪 …… (409)
(三)无身份者能否成为身份犯的实行犯 …… (411)
九、单位犯罪与共同犯罪 …… (415)
(一)单位共同犯罪的认定 …… (415)
(二)单位与自然人共同犯罪的认定与处理 …… (417)

第十五章　罪数形态 …… (420)
一、罪数判断标准的理论 …… (420)
(一)罪数判断的一般标准之争 …… (420)
(二)罪数认定的综合标准 …… (421)
(三)对罪数认定标准的思考 …… (422)
二、继续犯 …… (423)
(一)继续犯的特征 …… (423)
(二)继续犯的处理 …… (424)
(三)继续犯与状态犯的区别 …… (425)
三、想象竞合犯 …… (426)
(一)想象竞合犯的罪数性质 …… (426)

(二)想象竞合犯的特征 …… (428)
(三)想象竞合犯的处理 …… (429)
四、法条竞合与法条竞合犯 …… (430)
(一)法条竞合犯的特征 …… (430)
(二)法条竞合的类型 …… (431)
(三)法条竞合的原因 …… (432)
(四)法条竞合犯的处理 …… (433)
五、结果加重犯 …… (436)
(一)结果加重犯的基本特征 …… (437)
(二)结果加重犯的刑事责任 …… (440)
六、转化犯 …… (441)
(一)转化犯的特征 …… (441)
(二)转化犯认定中的几个争议问题 …… (443)
七、合并犯 …… (447)
(一)合并犯的立法例 …… (448)
(二)合并犯的罪数性质辨析 …… (449)
(三)合并犯的特征 …… (451)
(四)合并犯的刑事责任 …… (452)
(五)对合并犯立法的评价 …… (453)
八、连续犯 …… (455)
(一)连续犯的特征 …… (455)
(二)我国现行刑法对连续犯的处理 …… (458)
(三)连续犯的存废之争 …… (460)
九、牵连犯 …… (463)
(一)牵连犯的特征 …… (463)
(二)牵连犯的立法和存废争议 …… (465)
(三)现行刑法中牵连犯的处断模式 …… (466)
第十六章　刑罚目的的中国选择 …… (469)
一、刑罚目的的概念 …… (469)
(一)刑罚目的的概念 …… (469)
(二)刑罚功能与刑罚目的 …… (470)
(三)刑罚属性与刑罚目的 …… (471)
二、中外刑法理论关于刑罚目的的学说 …… (471)
(一)报应主义、目的主义和折中主义的刑罚目的理论 …… (472)
(二)我国刑法理论界关于刑罚目的之争 …… (478)

三、刑罚报应主义和预防主义的理性思考 …………………………… (479)
(一)报应是刑罚目的的应有之义 …………………………… (479)
(二)预防是刑罚目的的积极追求 …………………………… (483)
四、报应与预防统一的基础与选择 …………………………… (486)
(一)报应与预防统一的基础 …………………………… (487)
(二)统一论下我国刑罚目的的应然选择 …………………………… (488)

第十七章　死刑存废之争与我国废除死刑的路径 …………………………… (491)
一、死刑存废的主要观点及理论依据 …………………………… (491)
(一)废除死刑的主要观点和依据 …………………………… (491)
(二)保留死刑的主要观点和依据 …………………………… (494)
二、我国刑法理论界关于死刑存废的争论 …………………………… (496)
(一)我国死刑的立法及死刑存废的理论之争 …………………………… (497)
(二)我国尚不具备废除死刑的基础 …………………………… (498)
三、我国现行刑法对死刑的限制 …………………………… (500)
四、我国废除死刑之路前瞻 …………………………… (502)
(一)关于彻底废除死刑的时间表 …………………………… (503)
(二)关于立法废除死刑的先后顺序和步骤 …………………………… (504)
(三)司法严格控制死刑适用的途径 …………………………… (507)
(四)废除死刑与民智的启迪和超越 …………………………… (510)

第十八章　自首与立功 …………………………… (513)
一、自首制度的理论与实务认定 …………………………… (513)
(一)自首的本质 …………………………… (513)
(二)自动投案的认定 …………………………… (514)
(三)"如实供述自己的罪行"的认定 …………………………… (523)
(四)余罪自首(准自首)的认定 …………………………… (525)
(五)共犯自首的认定 …………………………… (529)
(六)单位自首的认定 …………………………… (531)
二、"坦白从宽"的适用 …………………………… (533)
三、立功的认定 …………………………… (536)
(一)立功制度的沿革和价值评述 …………………………… (536)
(二)立功的条件 …………………………… (538)
(三)立功的分类 …………………………… (541)
(四)立功司法认定中的几个争议问题 …………………………… (542)
(五)犯罪单位的立功 …………………………… (546)

第十九章　宽严相济刑事政策与刑罚制度改革 …………………………… (553)
一、宽严相济刑事司法政策 ……………………………………………… (553)
(一)宽严相济刑事司法政策的基本含义 ……………………………… (553)
(二)宽严相济刑事司法政策的运用 …………………………………… (555)
二、对"严打"刑事政策的反思 …………………………………………… (557)
(一)"严打"的法理基础 ……………………………………………… (557)
(二)"严打"的价值评判 ……………………………………………… (559)
(三)对"严打"的基本态度 …………………………………………… (561)
三、非刑罚化 ……………………………………………………………… (563)
(一)非刑罚化的理论基础 ……………………………………………… (564)
(二)非刑罚化的途径 …………………………………………………… (567)
(三)非刑罚化在我国的实践与思考 …………………………………… (569)
四、恢复性司法 …………………………………………………………… (572)
(一)恢复性司法与犯罪本质的认识 …………………………………… (572)
(二)恢复性司法与刑罚的目的和种类 ………………………………… (574)
(三)恢复性司法与刑事诉讼程序 ……………………………………… (575)
(四)恢复性司法之倡导 ………………………………………………… (577)
五、社区矫正 ……………………………………………………………… (579)
(一)社区矫正的理念基础 ……………………………………………… (580)
(二)我国现阶段社区矫正的主要方法 ………………………………… (581)
(三)我国现阶段社区矫正存在的主要问题 …………………………… (582)
(四)推进社区矫正应注意协调的关系 ………………………………… (584)
六、刑事和解 ……………………………………………………………… (587)
(一)刑事和解的价值冲突及评述 ……………………………………… (587)
(二)刑事和解的制度架构 ……………………………………………… (590)

主要参考文献 ……………………………………………………………… (594)

第一章　刑法机能的悖论与协调

刑法，是一个国家规定什么行为是犯罪、犯罪者的刑事责任以及刑事责任承担方法的法律。[1] 国家何以制定和实施刑法，无非是刑法在社会生活中有一定的机能（功能）[2]。刑法机能，亦称刑法的功能，是指国家制定和实施刑法在社会生活中所正常发挥的功效和作用。形式上，刑法是基于社会对犯罪的反应要求而产生的，但纵观历史，社会对本质上作为个人与群体纠纷的犯罪的反应尝试过多种模式。原始社会，对犯罪的反应以血族复仇、血亲复仇为基本形式，这种复仇完全是建立在习惯和无节制基础上，因而是非理性的；随后，对犯罪的反应发展到同态复仇，它追求简单的等量报应，容易形成冤冤相报，同样无法从根本上解决社会的刑事矛盾。这样，人们才试图通过制定刑法、依靠公共权力达到惩治犯罪的目的。刑法的制定与实施，使对犯罪的惩治法制化、理性化。因此，刑法是人为和理性的产物。

理论界对现代刑法的机能有着不同的归纳和抽象。如我国有学者认为，刑法应具有引导与评价机能、规范与保障机能以及保护与促进机能。[3] 国外刑法学者一般认为，刑法应有三种机能：行为的规制机能、法益的保护机能和自由的保障机能。[4] 相对而言，国外刑法学者对刑法机能的归纳简洁明了，因而为我国许多刑法

---

〔1〕 在刑法学的教材中，对刑法的概念表述不一。一般将刑法定义为"掌握政权的统治阶级，为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益根据自己的意志，规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律"。参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第9页。实际上，定义的前半部分只是所有法律所共有的特征，是"标签化"式的表述，可以省略。

〔2〕 在《现代汉语词典》中，"功能"是指"事物或者方法发挥的有利的作用"，"机能"是指"系统中某一部分应有的作用和活动能力"。因此，"功能"和"机能"都有功效、作用之意，文义上并没有多少区别。

〔3〕 所谓引导功能，是指刑法具有引导人们实施合法行为，不实施非法行为的功能。所谓评价功能，是指刑法具有告诉人们如何评价各种行为的功能；所谓惩罚功能，是指刑法具有惩罚犯罪的功能；所谓保障功能，是指刑法具有保障无罪的人不受刑事追究以及犯罪的人不受法外制裁的功能；所谓保护功能，是指刑法具有保护社会主义社会关系不受犯罪侵犯的功能；所谓促进功能，是指刑法不仅具有保护功能，而且具有促进社会关系正常发展的功能。参见苏惠渔主编：《刑法学》（修订版），中国政法大学出版社1997年版，第18～20页。

〔4〕 所谓行为规制机能，是指使对犯罪行为的规范评价得以明确，从而对公民的行为进行规范、制约的机能；所谓法益保护机能，是指刑法具有保护法益不受侵害的机能；刑法的自由保障机能，是指国家在制定刑法保护法益的同时，必须考虑国民的个人自由及其他利益免受不当的侵害。参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第6～7页。

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com