

总主编 赵秉志

刑事
法学
文库

七

刑法总则实务疑难问题研究 之四

刑种适用中 疑难问题研究

主 编 翟中东

吉林人民出版社

刑事
法學
科
文
庫

刑法总则实务疑难问题研究

第三版

刑种适用中 疑难问题研究

王作富 著

中国政法大学出版社

刑事法律科学文库（七）

刑法总则实务疑难问题研究之四

总主编 赵秉志

刑种适用中疑难问题研究

主 编：翟中东

吉 林 人 民 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

刑种适用中疑难问题研究/翟中东主编. —长春:吉林人民出版社, 2000. 12

(刑法总则实务疑难问题研究; 4)

ISBN 7-206-03630-9

I. 刑… II. 赵… III. 刑种—法律适用—研究—中国 IV. D924.124

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 83921 号

刑种适用中疑难问题研究

主 编 翟中东
责任编辑 刘树炎

封面设计 张 迅
责任校对 晓 君

出 版 者 吉林人民出版社
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431-5637018
印 刷 者 吉林省鑫源印刷有限责任公司

开 本 850×1168 1/32 印 张 16.875
版 次 2001 年 1 月第 1 版
印 次 2001 年 1 月第 1 次印刷
字 数 395 千字 印 数 1—5 000 册
标准书号 ISBN 7-206-03630-9/D·917
定 价 26.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

主 编：翟中东

副主编：周洪波

撰稿人：（按撰写章节先后顺序）

冯卫国 翟中东 周洪波

冯 军 杜 菊 王志祥

孙 霞

刑事法律科学文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对中国社会的发展进步至关重要。勿庸置疑，现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演着重要的角色，因而刑事法律学科也相应地为国家所重视，成为公认的改革开放以来我国发展繁荣最为显著的主要法学学科领域之一，并被首批纳入建设国家重点研究基地之规划。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，刑事法学需要进一步发展完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心是以刑事法律学科为研究领域的国家重点学术研究机构，系1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。中国人民大学刑事法律科学研究中心研究人员以中国人民大学法学院刑事法学学科的部分专家学者为专职研究人员，同时聘请国内外一些知名刑事法专家学者作为兼职研究人员。中心主任为著名中青年刑法学者赵秉志教授，中心执行主任为知名中青年刑法学者卢建平教授，中心副主任为知名中青年刑事法学者何家弘、甄贞、郑定、黄京平教授，中心顾问为著名刑法学

家高铭暄教授暨中央政法机关几位专家型领导同志。在学术研究范围和布局上,中心以作为国家重点学科的刑法学科为龙头,涵盖古今中外刑事法学之主要学科和研究领域。中心下设四个研究机构和研究方向:第一研究室以中国刑法为研究方向;第二研究室以刑事诉讼法暨刑事侦查、刑事物证技术为研究方向;第三研究室以中外刑事法律史为研究方向;国际刑法研究所以外国刑法与国际刑法为主要研究方向。刑事法学相关学科的有机结合和研究队伍的合理组合,乃是中心鲜明的优势互补之特色。按照教育部的要求,中心应当是具有明显科研优势和特色的国家级刑事法律重点研究基地,并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位,在国际刑事法学学术界亦享有较高声誉。为达此目标和地位,中心要以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和促进刑事法律学科的发展与完善,努力建成全国一流的、名副其实的刑事法律科学领域的重点研究基地。

“刑事法律科学文库”是中国人民大学刑事法律科学研究中心的主要系列著作项目,计划出版国内外刑事法律与刑事法学方面(包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等领域)的有新意、有深度、有分量的著作与译作,著译者以本中心专职、兼职研究人员为主,并向国内外专家学者开放。旨在繁荣、深化和开拓刑事法学领域的学术研究,积累刑事法学方面的学术成果,为提高我国刑事法学的研究水平作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2000年1月

前 言

迈入新的千年，世界迎来了充满着希望与挑战的二十一世纪。在新世纪里中国可以预见的高速发展，将为中华民族以崭新面貌屹立于世界民族之林提供坚实的基础。

回首二十世纪中国刑法理论研究所经历的五十年，可以发现成就与进步是巨大的，但是遗憾与不足也是明显的。五十年中，尽管中国的刑法理论研究几经曲折，但是学界同仁携手共进，理论层次不断攀升，百花齐放，百家争鸣，共同造就了我国刑法理论有目共睹的繁荣与辉煌。然而，刑法理论与司法实践需要相脱节的现象是难以否认的遗憾，并且这种遗憾仍在日益加剧：一方面，刑法理论界的“玄”学之风日盛，刻意追求“阳春白雪”而忽视乃至忘却刑法学应有之社会责任的现象日渐突出，所形成的学术成果深奥晦涩，语焉不详，难以为基层司法人员所领会和把握；另一方面，基于理论研究成果见之于世的渠道过少，导致诸多有司法指导意义和参考价值的学术结论要么束之高阁而不为世人所见，要么由于文献载体发行量过小、影响层面不足等原因而难以发挥应有的社会效应，不能为司法机关所共知共用，形成言者谆谆、听者寥寥的现状，终究也是言者自言、惑者自惑。

进入新千年的中国，面临巨大的机遇与挑战，市场经济高

速发展,社会变革日益深入,整个中国社会呈现出良性循环的走向。社会秩序的稳定、体制改革的深化和文明程度的提高,要求法制的健全和法治的跟进。刑事司法作为保障公民最基本人权和维护社会稳定秩序的最后制裁力量,其重要性愈发显得突出。然而,刑事司法质量偏低,也是人所共知的现实。新千年伊始,最高司法机关关于刑事司法的机构改革和刑事司法解释的大量颁行,即体现了最高司法机关对于新世纪刑事法治建设的关注;旨在提升刑事司法质量、指导刑事司法实践而编辑出版的《刑事司法指南》、《刑事审判参考》等官方出版物的大量出现,也体现了最高司法机关对于现实刑事质量偏低之现状的认识与关切。可以说,如何使已有刑法理论研究成果用于刑事司法实践,如何使刑法理论研究服务于刑事司法实践,已成为最高司法机关和刑法理论界所共同关心的问题。

作为新中国所培养的首批刑法博士,推动刑法理论研究进展,提升刑事司法质量,促进刑事法治进步,是我孜孜的追求。长期的刑法理论研究,使我得以比较全面地了解和把握刑法理论的最新动态与前沿性成果;而我所参与的有关刑事司法实务工作,又使我能够了解基层刑事司法实践的现实情况。两者之间的巨大差距常使我惊讶:刑法理论上多年前早已解决的问题,在许多地方至今仍是困扰司法现实的关键所在;刑法理论上已经成为通说的诸多结论,在个案的定性中仍存在争议甚至是导致错误定性的重要原因……。同时,在通过各种渠道与基层司法机关的接触中,我感到刑法理论与现实司法需要之间的不合拍性表现得甚为明显;在参与的诸多疑案专家咨询中,为数不少的“疑案”根本不疑,只是具体办案人员对于刑法理论关注不足而导致难以准确定性;在为诸多基层司法机关的授课中,直接意识到刑法理论与司法实际需要的脱节与差距;在受委

托作为辩护律师参与具体案件诉讼的过程中,经常发现个案承办人员刑法理论知识的滞后和对立法原意的误解……。这些情况表明,中国刑法理论界几十年的学术成果,相当一部分还没有能够发挥应有的社会效应而停留在书案上或者资料室中,大量的人力、财力和智力投入被显得有相当一部分被白白地浪费。

带着对上述问题的思考,并受吉林人民出版社之邀,作为国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任,我曾主持并组织基地诸多专兼职研究人员一起而尝试编著系列性丛书《刑事疑难问题司法对策》(共10本,吉林人民出版社1999年出版),以及作为其姊妹篇的《重点疑难犯罪司法实务研究》(共7本,吉林人民出版社2000年8月出版)丛书,前者力图对于刑事司法实践中已经出现的常见性、多发性疑难问题进行有针对性的研究,后者力图对于若干实际发案率较高的七类犯罪进行全面、系统、深入浅出的专题性析研,以期急司法实践之急,为促进刑事法治中的定性准确与量刑妥当而尽绵薄之力。上述两套《丛书》问世之后,得到了基层司法机关和广大司法工作者的认可,并发挥了多方面积极的社会效应。这两套《丛书》也得以屡次加印,从一个方面表明符合刑事司法实践需要之理论书籍的欠缺。

由于《刑事疑难问题司法对策》和《重点疑难犯罪司法实务研究》两套丛书是根据具体司法疑难问题出现几率的高低等因素而不定期结集出版的,因而不可能对所有司法实践中可能遇到的困惑问题一一解答。而伴随着社会现实的飞速发展,新情况新问题日渐增多,尤其是具体犯罪由于缺乏刑法基本理论指导而导致定性争议而大量出现,基层司法工作者来信要求继续编撰《丛书》,尤其是针对总则性基本刑法制度适用于分则具体犯罪时产生的困惑问题进行专题讨论的呼声较为强烈。鉴

于此,经与吉林人民出版社协商并应之邀约,我再次约请一批具有较深理论功底的专业刑法理论研究人员和从事过刑事司法、具有实际司法经验的兼职研究人员,共同对于刑法总则中单位犯罪、共同犯罪、犯罪未完成形态等各种刑法制度适用于分则具体罪名时所引发的司法疑难问题,进行全方位的专题研究,以《刑法总则实务疑难问题研究》之名,作为与上述两种丛书并行的后续性《丛书》加以出版,具体包括以下5本:《单位犯罪司法实务疑难问题研究》、《犯罪停止形态司法实务疑难问题研究》、《共同犯罪司法实务疑难问题研究》、《刑种适用中的疑难问题研究》、《刑罚制度适用中的疑难问题研究》。

应当指出的是,本次出版的5本《刑法总则实务疑难问题研究》,与前面出版的其他两套《丛书》一样,以解决刑事司法实践中出现的具体问题为宗旨,不追求对于某一问题论证时的旁征博引,力图以有限的篇幅和容量涉及并解决尽可能多的司法现实问题,因而问题的选择与论证的展开,均以切合现实需要为出发点,不强求体系上整齐划一和问题设置上的面面俱到。

应当特别感谢吉林人民出版社有关领导尤其是法律编辑部主任刘树炎先生对于《丛书》几年来的大力支持,感谢刘树炎先生在《丛书》的设计、内容与特点等方面所给予的有见解、有价值的建议,以及为编辑《丛书》所付出的辛勤劳动。

愿此次出版的5本后续性著作依然能够为司法实践部门所接受,也愿刑法理论研究能够在源于和高于司法实践的同时,更多地引导和促进司法实践。

国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任

中国人民大学法学院副院长、教授、法学博士、博士生导师

赵秉志谨识

2000年10月20日

作者简介及分工

翟中东，中央司法警官教育学院副教授，中国人民大学刑法博士生，曾发表文章 50 余篇，合著 20 余部著作。撰写本书 6、7、8、11、13、14、15、16、36、37、38、39 问题。

周洪波，中国人民大学刑法博士生，合著有《刑法相邻相近罪名界定与适用》等 10 余部著作。撰写本书 7、8、18 问题。

冯卫国，中央司法警官教育学院讲师，北京大学刑法博士生。撰写本书 1、2、3、4、5、9、10 问题。

杜菊，中央司法警官教育学院副教授。撰写本章 22、23、24 问题。

王志辉，法学硕士，河北大学讲师，撰写本书 24、25、26、32、33、34、35 问题。

冯军，法学硕士，河北大学讲师，撰写本书第 19、20、21、27、28、29、30、31 问题。

孙霞，中央司法警官教育学院助理馆员，撰写本书第 12、38、39 问题。

目 录

一、生命刑

1. 我国现阶段的死刑政策与死刑立法 (1)
2. 死刑裁量的原则、标准及应考虑的情节 (13)
3. 死刑立即执行的裁量 (46)
4. 死刑适用的程序问题 (62)
5. 对若干常见犯罪的死刑适用问题研讨 (77)
6. 正确认识死缓的设立意义与性质 (105)
7. 死缓的裁量问题 (110)
8. 死缓的执行及其他问题 (138)

二、自由刑

9. 正确把握无期徒刑的立法规定 (142)
10. 无期徒刑的裁量与执行问题 (146)
11. 正确理解有期徒刑的立法精神 (160)
12. 有期徒刑的适用对象与刑期的计算 (165)
13. 关于有期徒刑的裁量步骤 (170)
14. 如何在确定的量刑幅度中适用有期徒刑 (185)
15. 有期徒刑中的缓刑司法适用 (202)

16. 有期徒刑的并罚	(228)
17. 关于有期徒刑执行中的减刑问题	(235)
18. 有期徒刑执行中假释的适用	(252)
19. 拘役的裁量问题研究	(271)
20. 拘役执行问题研究	(277)
21. 拘役与管制、有期徒刑的并罚问题研究	(283)
22. 正确理解管制刑中的刑法规定	(286)
23. 管制制裁量中的问题	(295)
24. 管制刑执行中的问题	(308)

三、财产刑

25. 正确把握没收财产的立法规定	(318)
26. 没收财产的裁量	(326)
27. 没收财产刑的执行	(339)
28. 罚金刑的立法精神把握	(345)
29. 罚金刑的适用对象问题研究	(356)
30. 罚金数额的裁量问题研究	(374)
31. 罚金刑的并罚问题研究	(383)
32. 罚金刑的执行问题研究	(391)

四、资格刑

33. 关于剥夺政治权利刑立法规定的理解	(411)
34. 剥夺政治权利适用对象的理解	(433)
35. 剥夺政治权利刑的裁量	(447)
36. 剥夺政治权利刑的执行	(464)
37. 如何理解非刑罚处理方法	(485)
38. 非刑罚处理方式的适用	(498)

39. 驱逐出境的司法适用	(511)
40. 剥夺军衔刑及其司法适用	(522)

一 生命刑

1. 我国现阶段的死刑政策与死刑立法

一、我国现阶段的死刑政策

刑事政策与刑事法律之间是互为表里的关系。可以说，刑事政策是刑事法律的灵魂和指针，而刑事法律是刑事政策的具体化、法定化。深入了解我国现阶段的死刑政策，对于把握现行刑法中的死刑制度，从而正确适用死刑具有重要意义。

究竟什么是我国现阶段的死刑政策？早在新中国成立之初，我党就提出了“保留死刑，少杀慎杀”的思想，并将其作为指导我国死刑适用的一贯政策。长期以来的刑事立法及司法实践表明，这一政策是正确的、行之有效的，它符合中国的实际情况，也反映了我党对死刑的性质和作用的理性认识。但是近年来，有学者对于“少杀慎杀”是否仍是我国当前死刑政策的内容提出了异议。他们针对八十年代初以来，我国死刑立法不断扩展、死刑适用人数增多的现状，指出我国的死刑政策已发生了变化，即由“少杀慎杀、限制死刑”转向“对严重刑事犯罪分子注重适用死刑”，并将现阶段的死刑政策概括为“强化死刑”。^①

我们对上述论点是不敢苟同的。八十年代以来，我国刑事立法及司法中确有扩大死刑适用的倾向，但据此反推我国的死

^① 参见仵作俊：《现代死刑问题研究述评》，载于《中国刑事法杂志》1999年第1期。

刑政策有了根本改变并无充足的理由，应当说，实践中出现的死刑过度扩张的倾向是不正常的，它是“少杀慎杀”的死刑政策没有得到很好地贯彻的结果，而并不意味着这一政策本身有了改变。“保留死刑，少杀慎杀”这一基本死刑政策在今天仍是符合我国国情的，同时它与刑罚发展的国际趋向也是基本吻合的。在今后相当长的时期内，我们仍应坚持这一政策，使之成为死刑立法和死刑司法的最高理念。

我国现阶段的死刑政策，具有丰富而深刻的内涵，必须全面、系统地加以理解和把握，为此，我们从以下三个方面加以阐述：

（一）、我国现阶段有必要保留死刑

死刑的废除无疑是刑罚发展的必然趋势，但这并非一蹴而就之事。各国国情的不同决定了死刑的废除不可能有一个统一的时间表。就我国现状而言，废除死刑的诸多条件尚不成熟，在今后相当长的时间内，死刑的存在仍有其必要性，其主要理由如下：

1. 废除死刑的物质条件不具备。死刑作为一种刑罚制度，属于上层建筑的范畴，而经济基础决定上层建筑，我国当前正处于社会主义初级阶段，生产力发展水平仍比较落后，社会的物质文明程度也比较低，而“在一个物质生活水平较低的社会，犯罪对社会造成的危害大，人的生命价值相对低，因而缺乏死刑废除的必要的物质条件。”^① 反观国外废除死刑的国家，大多属于经济较发达的国家，由此可见社会物质生活条件对于死刑存废的决定性作用。

2. 严峻的治安形势不允许。我国当前仍面临着比较严峻

^① 陈兴良：《刑法适用总论》：（下卷）第139页，法律出版社1999年出版。