

本书附：我国少年刑法专章规定立法建议稿

少年刑法基本问题研究

Shao Nian Xing Fa Ji Ben Wen Ti Yan Jiu

刘立杰 著



少年刑法基本问题研究

Shao Nian Xing Fa Ji Ben Wen Ti Yan Jiu

刘立杰 著

图书在版编目(CIP)数据

少年刑法基本问题研究 / 刘立杰著. —北京:法律出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5151 - 2

I. ①少… II. ①刘… III. ①青少年犯罪—刑法—研究—中国 IV. ①D669.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第162157号



©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/7.125 字数/184千

版本/2013年10月第1版

印次/2013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

书号:ISBN 978-7-5118-5151-2

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

张凌^{*}

法与社会变迁研究的先驱者弗里德曼(Wolfgang Friedman)教授曾经提出如下命题:“相对于社会变迁而言,法既是反应装置又是推动装置”。我国目前已进入改革发展和社会转型的关键时期,伴随着经济体制的深刻变革,社会结构的深刻变动,利益格局的深刻调整,思想观念的深刻变化,社会面临各种风险不断增加,寻求社会安全政策逐渐成为时代的中心课题。其中,对于社会各界普遍关注的少年犯罪问题,宜采取何种防控手段及教育矫正措施,以实现保护社会安全与保障少年未来发展机会之双重目的,是各国所面临的一大难题。在此背景之下,少年刑法作为对少年犯罪问题的“反应装置和推动装置”,所发挥的作用愈显重要。

少年刑法主要以少年犯罪及其责任承担为研究对象,同时还涉及传统刑法学、犯罪学等领域的诸多前沿问题,故少年刑法之理论具有较强的综合性,对少年刑法基本理论问题进行系统的研究,并非易事。

^{*} 张凌,中国政法大学教授、博士生导师,中国犯罪学学会常务副会长。

多年来,理论及实务界对少年刑法问题的研究分散而薄弱,往往停留在就事论事或抽象的理论研究的层面,对少年刑法的研究缺乏体系性和本土性的思考,导致少年司法实践与少年刑法理论互为短板,相互掣肘,少年刑事立法长期停滞不前。因此,立足国情,充分整合现有资源,并结合少年司法发展的实践,对少年刑法理论所涉及的一系列重大基本问题进行系统性的深入研究,是当前我国少年刑法发展亟须突破的瓶颈。为此,刘立杰博士进行了一次大胆而有益的尝试,将《少年刑法基本问题研究》作为自己的博士论文题目,本书即是其在同名博士论文的基础上修改完成的。

纵观全书,具有以下创新之处:首先,作者突破以往在某一具体法律适用问题的语境下,对少年刑法进行研究的模式,对少年刑法从成人刑法分离出来的理论根据进行了综合性的研究,在此基础之上,对少年犯罪构成要素、少年刑罚、少年非刑罚处理方式等少年刑法的基本理论问题进行了系统阐述,并将司法实践中的热点、难点问题贯穿其中,将理论与实践有机结合,应当说这种研究思路更符合少年刑法自身发展的规律。其次,作者立足现实,着眼长远,以具体问题为切入点,同时又避免简单的“就事论事”,在对少年刑法理论进行深入研究的基础上,针对当前少年司法改革所面临的一系列问题,提出了系统完善的立法建议。最后,除强调对少年刑法基本问题的系统性研究外,作者还对我国刑法专章规定“少年犯罪及其责任”的立法模式进行了可行性分析论证,并首次提出了一份内容详尽的“立法建议稿”,为今后国家立法与学术研究提供了有益的参考。当然,作为作者首部公开出版的专著,书中有些观点还值得进一步推敲,有些论述仍需要进一步补充资料加以佐证,但瑕不掩瑜,相信书中的亮点和创新之处定不会让广大读者失望。

刘立杰博士文如其人,字里行间流露着其认真、朴实、充满正义感的性格本色。作为他的硕士及博士导师,我为他的心血之作即将出版感到由衷的欣慰,希望立杰再接再厉,不断超越自己!

是为序。

目 录

引 言 001

一、进行本选题研究的意义 001

二、拟采用的研究方法 003

三、本书的主要创新之处 004

第一章 少年刑法概述 006

第一节 少年刑法基本解读 006

一、对“少年”的界定 006

二、对少年刑法的界定 007

三、少年刑法的基本特征 009

第二节 少年刑法与成人刑法二元分离之
根据 010

一、生理学根据 010

二、心理学根据 012

三、社会学根据 016

四、其他理论根据 021

第三节 少年刑法的历史演进脉络 023

第四节 我国刑法中涉及少年犯罪的条款 026

第二章 少年犯罪要素及其特殊性研究 028

第一节 争论:少年犯罪构成要件有无特殊性 028

一、犯罪构成及相关概念解读 028

二、“少年”在犯罪构成中的定位 031

三、少年犯罪及其构成特殊性之辨析 032

第二节 释疑:少年犯罪要素之特殊性 040

一、责任能力概述 040

二、责任能力的判断 044

三、责任年龄 047

四、少年的责任范围及认定 060

第三节 延伸:影响少年犯罪认定的其他因素 074

一、分流与转处制度 074

二、少年刑事政策 076

第三章 少年刑罚 079

第一节 少年刑罚制度概述 079

一、当代刑罚的基本理念 079

二、少年刑罚的价值取向 081

三、少年刑罚的基本原则 083

第二节 少年刑罚的种类 090

一、概述 090

二、生命刑的禁止适用 092

三、自由刑的限制适用 095

四、资格刑的区别适用 114

五、财产刑的选择适用 117

第三节 少年刑罚的适用与执行 123

一、刑罚的裁量 123

二、累犯的排除适用 136

- 三、缓刑的扩大适用 139
- 四、减刑与假释的特殊处遇 143
- 五、前科消灭制度 148

第四章 少年非刑罚处理方式 153

第一节 少年犯罪与非刑罚化 153

一、非刑罚化概述 153

二、少年犯罪非刑罚化 155

第二节 单纯宣告有罪 156

第三节 少年非刑罚制裁措施 158

一、少年非刑罚制裁措施与保护处分 158

二、少年非刑罚制裁措施的域外考察 163

第五章 我国少年刑法之立法完善 179

第一节 我国少年刑法存在的问题 179

一、基本理念的主体性、导向性与粘合性不强 179

二、立法方式简单、分散 181

三、立法内容保守、抽象 182

第二节 完善我国少年刑法的路径选择 187

一、强调“保护和教育优先”的基本理念 187

二、确立专章规定的立法模式 189

三、丰富、完善立法内容 192

四、加强配套体系建设 196

第三节 我国少年刑法专章规定立法建议稿 197

结 论 203

参考文献 205

后 记 217

引 言

一、进行本选题研究的意义

当前我国正处于经济转型期和社会深刻变革期,城乡、区域、群体之间发展不平衡,国家的“硬实力”与“软实力”发展不平衡,经济、政治、文化、生态环境等领域的各种矛盾集中凸显,导致占人口总量约四分之一的青少年在思想道德、心理健康、教育、保护、发展等方面面临诸多问题,而作为这一问题的极端反映的少年犯罪,其形势不容乐观。^①目前,我国少年刑事法律制度偏重倡导性和原则性规定,对少年犯罪行为按照成人刑法思维进行处理的方式,已远远不能有效应对当前的复杂局面。“春江水暖鸭先知”——身处少年犯罪问题“第一线”的司法部门,已经充分感受到了这一形势的紧迫与任务的艰巨,并在自己的职责范围之内,对传统的司法体制、机制持续不断地进行着改革。然而,从中国第一个少年法庭的建立,到最高人

^① 20年来,我国未成年人犯罪人数总体上呈上升趋势,1990年全国未成年人犯罪人数为4万多人,2002年即超过了5万人,2003年约6万人,2004年约7万人,2008年和2009年均达到近9万人,2010年有所下降,但也有近8万人。参见佟季、马剑:“2009年人民法院审理未成年人犯罪基本情况和特点”,载《中国少年司法》2010年第1辑;佟季、马剑:“2010年人民法院审理未成年人犯罪基本情况和特点”,载《中国少年司法》2010年第4辑。

民法院的有关领导公开发出建立少年法院的呼吁;从组建专门审理未成年人犯罪案件的刑事合议庭,再到设立同时受理刑事、民事乃至行政案件的独立建制的少年案件综合审判庭……一轮又一轮的少年司法改革虽然取得了一定成绩,但限于我国司法机关的职能权限,近三十年的少年司法改革似乎一直无法摆脱“猫鼠游戏”^①的怪圈。正如最高人民法院少年法庭领导小组副组长、研究室主任胡云腾所言,“立法的跟进,已经成为少年司法制度进一步发展需要特别关注的问题”。^②“目前,宪法、刑法及刑事诉讼法、民法通则及民事诉讼法等基本法律对未成年人犯罪及刑事诉讼、未成年人民事权益及民事诉讼均作了特殊规定,但大都较为原则、尚未形成完整的体系。未成年人保护法和预防未成年人犯罪法虽然是专门的未成年人立法,但缺乏相应的具体操作规定,无法和其他实体法与程序法形成有效衔接,少年法庭工作的开展因此而受到限制。一些地方法院在少年审判方式改革的实践中,摸索出一些预防、减少和矫治未成年人犯罪的有效做法,因没有法律依据而难以在更大范围内推广”。^③“我国少年法庭工作的深入开展和少年司法制度的完善亟须系统地制定未成年人实体权利、程序权利、机构保障以及与未成年人司法工作相配套的社会辅助工作机制等方面的法律”。^④综上所述,笔者认为,当前我国的少年司法改革已进入攻坚期和瓶颈期,司法机关通过简单的内部机制改革已无法承载和应对时代对少年司法提出的新要求、新期待。也许正是基于上述原因,2011年的《刑法修正案(八)》以及2012年的《刑事诉讼法修正案》,首次将对少年司法改革领

① 有时猫逮住老鼠,并不立即吃掉,而是要“玩”一会儿才吃掉,有学者借此将当前的少年司法改革比喻成“猫戏老鼠”,即虽然司法机关在形式上对少年司法进行了一系列改革,但最终还是在以成年人为基本模型的刑法体系下对未成年定罪、量刑,最终的处理结果并未体现现代少年司法的基本理念。这一比喻虽然过于辛辣、极端,但却从侧面说明了我国少年刑法发展严重滞后。

② 王银胜:“引领中国特色少年司法前进的征程——最高人民法院研究室主任胡云腾谈少年审判工作”,载《人民法院报》2010年9月14日第8版。

③ 王银胜:“引领中国特色少年司法前进的征程——最高人民法院研究室主任胡云腾谈少年审判工作”,载《人民法院报》2010年9月14日第8版。

④ 王银胜:“引领中国特色少年司法前进的征程——最高人民法院研究室主任胡云腾谈少年审判工作”,载《人民法院报》2010年9月14日第8版。

域的呼吁与探索引入了立法领域,实现了少年司法改革由司法领域转向立法领域的重大突破。但是,理论界及实务界普遍认为,这种在成人刑事法律体系下的“局部修补”和“非实质修正”,其宣示性意义可能会更大一些,实际效果还有待进一步的观察。

大道将兴,理论先行。无论今后我国的少年刑事立法采取何种模式,加强少年刑法的理论研究,完善少年刑事立法,从而使之更具针对性、实用性和前瞻性,对于突破当前少年司法改革的瓶颈,构建中国特色少年法律体系,最大限度地预防、减少少年犯罪,为广大青少年健康、快乐地成长创造良好的法治环境,都具有十分迫切和重要的意义。同时,就倡导以人为本的精神、尊重自然规律而言,少年刑法亦属“青出于蓝之观,而有推陈出新之作用”,^①故“少年法之理论,与传统之刑事法理论(包括刑法、刑事诉讼法及监狱法理论),虽多有距离,然对旧日之刑事法,正有推陈出新之作用,刑事法之改正,将于少年法始肇其端”,^②“今后刑事法改正之途径,均可于少年法之检讨,见其端倪”。^③国外刑事法学与刑事法制进步的路径亦表明,有关未成年人犯罪的刑法特别规定往往处于引领整个刑事法学和刑事法制度的前沿。^④因此,对少年刑法基本问题的研究不但具有独立的学术与实践价值,而且对于促进传统刑法的完善与创新也具有特别的意义。

二、拟采用的研究方法

(一)文献分析方法、比较分析方法和历史分析方法

本书通过收集、整理古今中外有关少年刑法的研究成果,纵向分析少年刑法发展变化的历史、现状与趋势,横向对比当前中外少年刑事立

① 林纪东:《少年法概论》,“国立”编译馆1972年版,第57页。

② 林纪东:《少年法概论》,“国立”编译馆1972年版,第15页。

③ 林纪东:《少年法概论》,“国立”编译馆1972年版,第46页。

④ 参见姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,前言部分。

法及相关制度存在的差距,借鉴国外及我国港澳台地区少年刑法学术研究的最新成果,结合我国国情,对少年刑法的基本理论问题进行全面、系统的介绍、研究与分析,并提出符合我国国情的立法建议。

(二) 跨学科研究方法

基于少年罪错行为的特殊性,本书吸收、运用犯罪学、心理学、生物学、社会学等多学科的理论、方法与成果,对少年刑法的理论根据、少年犯罪行为等问题进行综合分析研究,力图全面、深入地论证少年刑法研究的学术价值与现实意义。

(三) 价值分析方法

价值分析方法是认识法律制度精神实质、改革和完善法律制度的“万能钥匙”。少年刑法与成人刑法的二元分离,既是一个科学命题。同时也是一个价值命题,从某种意义上说,如何认识与平衡保护少年与保护成人社会之间的价值冲突,决定了少年刑法的发展前景。本书研究的逻辑起点、论证过程及最终结论,均贯彻了现代国家对少年儿童应予特别保护的价值取向。

三、本书的主要创新之处

本书在充分学习、吸收、借鉴中外相关研究成果的基础上,力求重点在以下三方面有所创新:

第一,研究方式上,本书突破以往在某一具体法律适用问题的语境下,对少年刑法进行研究的模式,避免了以往对少年刑法研究缺乏体系性和全局性思考的问题。本书首先对少年刑法的理论根据进行了系统性的研究,在此基础之上,对少年犯罪构成要素、少年刑罚、少年非刑罚处理方式等少年刑法的基本理论问题进行阐述,并将司法实践中的热点、难点问题贯穿其中,将理论与实践有机结合,这种研究思路更加符合少年刑法发展、变化及适用的客观规律。

第二,研究问题上,本书立足现实,着眼长远,以具体问题为切入点,同时又避免简单的“就事论事”。本书针对我国当前少年司法改革中面临的瓶颈问题,在对少年刑法理论进行系统研究的基础上,提出了完善少年刑法立法的具体建议,并结合立法建议对相关配套制度的改革与完善作了进一步的分析论证。

第三,研究价值上,除强调对少年刑法基本问题的系统性研究外,本书对我国刑法专章规定“少年犯罪及其责任”的立法模式进行了可行性分析论证,并首次完成内容详尽的“立法建议稿”,希望引起立法机关的注意和专家学者的思考。以此抛砖引玉的方式,促进我国少年刑法学理论与实务研究的不断完善与发展。

第一章

少年刑法概述

第一节 少年刑法基本解读

一、对“少年”的界定

少年刑法主要以少年实施的犯罪及其责任承担为研究对象,故在对少年刑法进行研究之前,首先应明确何谓“少年”。

“少年”一词在我国并非正式的刑法概念,其学理的意味更浓一些:在刑法学领域一般指“已满十四周岁不满十八周岁的人”(有时也称“刑事未成年人”,或直接简称“未成年人”);在犯罪学领域,则多使用“青少年”这一概念,一般指“已满十四周岁不满二十五周岁的人”。虽然“少年”一词不是正式的法律概念,但司法实践中,官方语言对“少年”一词的使用频率却相当高,如在各级政法机关的文件中“少年审判”、“少年法官”、“少年检察官”、“少年法庭”等称谓比比皆是,其中比较典型的就是 2012 年 12 月 20 日最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国刑

事诉讼法》的解释》第462条第3款:“未成年人案件审判庭和未成年人刑事案件合议庭统称少年法庭”。目前我国,无论是在刑法学理论界还是在司法实践中,人们普遍将“少年”和“刑事未成年人”视为含义相同的概念加以使用。但是,在世界范围内,部分国家(日本、德国等)少年刑法的适用范围并不完全局限于未成年人,还包括刚刚成年不久,尚处于“过渡适应期”的部分成年人(一般为18~22岁)。因此,有学者建议借鉴上述国外立法经验,对当前“少年”的概念范围进行适当扩充。笔者认为,生物个体的成长发育是一个循序渐进的过程,故将少年刑法的适用范围进行适度延伸,把刚刚成年不久但在心理上还尚未完全成熟的成年人纳入少年刑法的调整范围是符合客观规律的。但类似规定仅仅是对少年刑法适用范围的改变,而不是对“少年”这一法学概念的改变,故笔者不赞同对“少年”的概念进行扩大解释。换言之,刚成年的人是否适用少年刑法是法律操作层面的事情,而不是“少年”这一概念本身的问题,况且即便是在德日等规定将少年刑法适用范围适度扩大的国家,其立法对“少年”的界定也没有作出改变,只是将那些纳入调整范围的成年人称为“甫成年人”或“年幼青年”,规定这些人在一定情况下可以适用“少年”的“刑法”。因此,本书遵从我国理论界及实务界的传统观点,将“少年”界定为已满14周岁不满18周岁的人,即“刑事未成年人”(简称“未成年人”)。本书下文如无特别说明,“少年”与“未成年人”均在同一意义上使用。

二、对少年刑法的界定

相对成年人刑法而言,少年刑法属于特别刑法,有广义和狭义之分:广义的少年刑法,又称实质的少年刑法,指规定少年犯罪及其法律后果的各种法律规范;狭义的少年刑法,又称为形式上的少年刑法,指专门系统规定少年犯罪、少年犯罪的法律后果,以及相关配套制度的法典。本书主要对广义的少年刑法进行研究。

当前,随着教育学、生理学、心理学、社会学、儿童医学等现代科学

的发展,“少年”的概念已逐渐深入人心。人们普遍认为,少年违法犯罪与成年人有着重大区别,将以成年人为基本模型的刑法“酌量从减”套用于少年并不科学。基于少年身心尚未成熟、可塑性强等特点,少年犯罪案件的认定与处理应更多地强调教育和保护理念、强调有利于未成年人的健康成长及未来塑造。^①本书所研究的少年刑法基本问题就是在这一理念的指导下展开的,主要包括以下三方面的内容:

一是具体的少年刑法规定,即刑法就有关少年犯罪与责任问题所作出的不同于一般成年人犯罪的特别规定。如我国刑法对未成年人犯罪应当从轻或减轻处罚的特别规定、对已满14周岁不满16周岁的未成年人构成犯罪的范围进行特别限制的规定等。同时需要说明,这里的“刑法”并非仅指“刑法典”,而是泛指一切与认定犯罪、追究刑事责任等刑事问题有关的刑事法律。如我国台湾地区“少年事件处理法”、日本的《少年法》、德国的《少年法院法》等法律,虽基于对未成年人的特殊保护未冠以“刑法”之称谓,但实际上上述法律中都规定了有关少年犯罪与责任的具体内容。这些“特别刑法”亦属于本书的研究范畴。

二是抽象的少年刑法理念,即刑法就有关少年犯罪与责任问题所提倡或蕴含的不同于一般成年人犯罪的特别理念。如我国在长期处理未成年人犯罪案件过程中形成的“教育为主、惩罚为辅”的特别理念,美国少年司法中的“转处”理念等。虽然有些重要的刑法理念会以刑法基本原则的形式直接在刑法典中予以规定,但是更多的刑法理念,尤其是限于某一具体刑法领域的特别理念,则常常是透过具体的法律条文予以呈现的。因此,对这些特殊理念的研究,离不开各国少年刑法中的具体法律条文。

三是少年刑法的立法模式,即在立法形式上就有关少年犯罪与责任问题所作出的不同于一般成年人犯罪的特别规定。有学者将各国对少年犯罪的立法模式归纳为三种:第一种为附属立法模式,其特点是并

^① 参见刘立杰:“未成年人刑事案件人格调查制度研究”,载《中国少年司法》2011年第2辑。

不专门制定少年法法典,也不在刑法、刑事诉讼法、监狱法等刑事法律中设置专门的未成年人犯罪章节,而只是以少量、零散、不成系统的附属性条文对未成年人犯罪做出规定,如我国;第二种为独立立法模式,即针对未成年人犯罪制定专门的法典,如德国;第三种为半独立立法模式,这种立法模式折中于附属立法模式和独立立法模式之间,在普通刑法、刑事诉讼法、监狱法等法律中以专章(或专节、专篇等)立法的形式,对未成年人犯罪做出规定,如俄罗斯。^① 少年刑法的立法模式反映了不同国家、不同历史时期的立法者对少年刑法的重视程度及认识差异,是少年刑法具体规定和特别理念集中呈现的重要载体,更是研究各国少年刑法基本问题的“富矿”。

三、少年刑法的基本特征

关于少年刑法的特征,学界虽未形成统一意见,但一般认为当代少年刑法至少应具有以下基本特征:

第一,少年犯罪案件的裁判,并非是对其过去行为的非难,不应以惩罚和报应为目的,而应当侧重于个别预防,应坚持“教育为主,惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针。

第二,少年犯罪是其性格或心理状态的征表,法院审理的对象并不限于犯罪行为,应当及于其全部人格。

第三,对少年犯罪应最大限度地避免刑罚的适用,在不得已而选择适用刑罚时亦应适用较轻的刑罚及缓刑。

第四,应当为少年专门规定保护性的处分措施。

第五,少年的犯罪记录不应被视为前科,亦不应成为其重新步入社会的不良“标签”。

第六,司法机构设置、司法人员配备、司法程序运行等方面应充分考虑少年犯罪的特点和少年的特殊需要。

^① 《青少年犯罪问题》编辑部:“未成年人犯罪立法亟待加强”,载《青少年犯罪问题》2011年第4期。