

中国青少年研究中心

青少年法律研究文库

青少年法律研究系列丛书 2004 ⑥

中国青少年研究中心青少年法律研究所 主编
华东政法学院青少年犯罪研究所

少年刑法与刑法变革

■ 姚建龙/著



中国人民公安大学出版社



责任编辑: 杨益平

文字编辑: 庞迎兰

青少年法律研究系列丛书 2004

6



- 福利与权利——挪威儿童福利的法律保障
- 日本少年法研究
- 美国犯罪未成年人的矫正制度概要
- 学生人身伤害事故研究
- 青少年被害人援助论
- 少年刑法与刑法变革
- 青少年法学新视野



红色方地
封面设计/潘维军
Tel: 010 63281003

ISBN 7-81109-052-X



9 787811 090529 >

ISBN 7-81109-052-X/D · 047 定价: 24.00元

青少年法律研究系列丛书 2004 ⑥

少年刑法与刑法变革

姚建龙 著

鞠 青 审读

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

少年刑法与刑法变革/姚建龙著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 4

(青少年法律研究系列丛书)

ISBN 7-81109-052-X

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 025100 号

少年刑法与刑法变革
SHAONIAN XINGFA YU XINGFA BIANGE
姚建龙 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: 2005 年 4 月第 1 版
印 次: 2005 年 4 月第 1 次
印 张: 10.875
开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32
字 数: 293 千字
印 数: 0001 ~ 1500 册

ISBN 7-81109-052-X/D · 047
定 价: 24.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换
联系电话: (010) 83903254
版权所有 侵权必究
E-mail: cpep@public.bta.net.cn
www.jgclub.com.cn

中国青少年研究中心·青少年法律研究文库

编 委 会

主 任：郝杰英

副主任：徐文新 孙云晓 安国启

委 员：郝杰英 徐文新 孙云晓

安国启 鞠 青 陈 晨

中国青少年研究中心·青少年法律研究文库

编纂说明

为推动我国青少年研究事业的繁荣和发展，积累优秀的青少年研究成果，中国青少年研究中心自2000年起推出一项策划编纂、资助出版相关学术著作的科研计划。该计划共分四个系列，即“中国青少年研究中心·青年研究文库”、“中国青少年研究中心·少年儿童研究文库”、“中国青少年研究中心·青运史研究文库”和“中国青少年研究中心·青少年法律研究文库”。中国青少年研究中心力图通过长期的努力与投入，使四个文库均成为该领域品质卓越的科研品牌。

“中国青少年研究中心·青少年法律研究文库”创设的宗旨是：以优秀的科研成果，为青少年权益保护和犯罪预防服务。本文库收录了各类青少年法律研究方面的著作，其标准是学术性、原创性、实用性与可读性的和谐统一，作者一般为具有高级职称的专家学者。

青少年法律研究系列丛书 (2004)

编 委 会

主 任: 郝杰英

副 主 任: 孙云晓 安国启 鞠 青
徐 建 姚建龙

委 员: 郝杰英 孙云晓 安国启
鞠 青 徐 建 姚建龙
肖建国 杨正鸣 金其高
麻国安 谭晓玉 尹 琳
刘 强 贺颖清 陈 晨

主 编: 中国青少年研究中心青少年法律
研究所

华东政法学院青少年犯罪研究所

执行主编: 鞠 青 姚建龙

青少年法律研究系列丛书 (2004)

序 言

近年来,我国儿童和青少年权益保护以及犯罪预防工作日益受到社会的关注,取得了长足的进展。但不可否认的是还存在一些缺陷和不足,特别是对此领域的研究还不够系统和深入。

中国青少年研究中心一直致力推动国内儿童和青少年研究事业的发展,每年以“少年儿童研究文库”、“青年研究文库”、“青少年法律研究文库”、“青运史研究文库”的形式组织和资助该领域研究成果的出版。

基于以上原因和条件,中国青少年研究中心青少年法律研究所于2003年年初发起组织编写一套针对国内突出问题的青少年法律丛书,这一想法随即得到了华东政法学院青少年犯罪研究所的响应和支持。于是有了两个所贯通南北的合作,经过十余位作者和编者一年多时间的辛勤劳动,终于有了现在这套丛书的出版。

我们希望这套丛书能够做到对儿童和青少年问题的透彻分析,引发全社会对儿童和青少年权益保护问题的关注,推动实践工作的开展。

我们希望这套丛书能够在一定程度上填补国内青少年

法学研究领域的空白，提高该学科的研究深度和成果质量，推动学科的发展。

我们希望这套丛书能够组织和动员一批中青年学者投身于未成年人法学领域的研究，壮大队伍，培育人才。

我们同时也希望，这套丛书能够帮助开设青少年法学课程的学校和教师解决授课素材缺乏这一现实问题，使青少年法学课堂具有更充实、更吸引学生的内容。

作为这套丛书的编委会，我们首先要感谢各位作者的辛勤耕耘，谢谢大家把自己的所学、所知和所思与读者分享。我们也要感谢中国青少年研究中心的资助，感谢中国人民公安大学出版社的配合，正是这种富于远见的合作使我们把想法变成了现实。我们期待着读者的阅读、评判和指教。

丛书编委会

2005年3月

作者简介

姚建龙，1977年生，江西永丰人。曾为重庆市劳教戒毒所管教、三级警司，现为华东政法学院青少年犯罪研究所所长助理、《青少年犯罪问题》编辑部副主任、法学博士生；兼任中国青少年犯罪研究会理事、上海市法学会未成年人法研究会干事、学术秘书；受聘为团中央未成年人保护法修订工作专家顾问组成员、上海市青少年事务社会工作专家督导委员会委员、上海市徐汇区青少年事务督导员。主要研究领域为少年法学、犯罪学、刑法的边缘。

在《法学》、《政治与法律》、《中国刑事法杂志》、《人民法院报》、《中国青年研究》、《青年研究》等刊物上发表论文50余篇，在《法学家茶座》等刊物上发表随笔多篇，论文中多篇为人大复印资料全文转载。主要著作有：《长大成人：少年司法制度的建构》（独著）、《女性性犯罪与性受害》（合著）、《检察视野中的未成年人维权》（合著、副主编）、《青少年法学新视野》（合著）、《英国保释制度与中国少年司法制度改革》（副主编）、《青年工作学》（合著）、《上海青年志》（参编）、《中华刑法论》（校勘）等。论著曾获省级以上奖励多次。

序

姚建龙是我指导的博士研究生，他在历经艰苦努力后，完成了《少年刑法与刑法变革》一书，该书即将由中国人民公安大学出版社出版。作为导师，我由衷地高兴。

2002年9月，在维也纳召开的第十七届国际刑法大会专题预备会议指出：未成年人需要社会提供特殊保护，尤其是立法、社会以及司法体系的保护。作为法律的主体，未成年人具有自身的特殊性，正是由于这些特殊性，立法者在犯罪要素的框架内应该单独考虑未成年人的法律责任。对未成年罪犯应主要采取教育措施或者其他对个人有感化作用的惩戒措施。如需要，亦可采取传统意义上的刑事制裁，但这只能作为例外措施。2004年9月，在北京正式召开的第十七届国际刑法大会将“国内法与国际法下的未成年人刑事责任”作为第一议题，上述少年刑法的基本理念得到与会各国代表的广泛认同。

早在清朝末年，沈家本就曾在关于《大清新刑律》编辑宗旨的奏折中指出：“夫刑为最后之制裁，丁年以内乃教育之主体，非刑罚之主体。”现代少年刑法的理念已见端倪。1979年8月17日，《中共中央转发中央宣传部等八个单位〈关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告〉的通知》指出：“对于违法犯罪的青少年，我们的方针应着眼于教育、挽救和改造。”1981年5月中旬，中共中央政法委在北京召开的五大城市治安座谈会上，重申了对于违法犯罪青少年要教育、感化和改造的刑事政策。1991年9月公

布的《未成年人保护法》正式以国家基本法律的形式确定了“对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则”。

然而遗憾的是，迄今为止我国处理少年犯罪的实体法依据仍然基本上是以理性的“成人”为参照对象而制定的“成人刑法”，同样在“罪刑法定”、“罪刑均衡”、“法律面前人人平等”的原则下，我国也是以基本与成人一致的刑罚处罚犯罪少年。这与国外大都精心制定独立的、刑事一体化的特别少年法作为处理少年违法犯罪行为的主要依据，形成了鲜明的对比。我国目前的刑法模式，无法承载对于违法犯罪少年“教育、感化、挽救”的美好愿望，迫切需要深刻变革。

少年刑法研究长期被刑法学界所忽视，这是造成我国少年刑事立法滞后、刑事法领域未成年人权益保障水平无法显著提高所不可忽视的重要因素。从现有研究来看，不乏关于未成年人刑事责任问题的探索，但基本上属于拘泥于现行刑法框架下的诠释性论著，而现代少年刑法恰恰应该被认为是属于超越传统刑法的特别刑法。姚建龙在《少年刑法与刑法变革》一书中，侧重于运用比较与历史研究的方法，明确提出了少年刑法这一与普通刑法相对应的命题，试图超越法条和传统刑法理论框架，详细论证了少年刑法的内涵、少年刑法的起源与流变、少年刑法的理论基础、少年刑法的基本立场、少年罪错、保护处分、少年刑罚等基本问题，分析和指出了我国现行刑法所存在的不足，并提出了较为具体的完善建议。我相信该书的出版不仅会推动更多的学者关注少年刑法这一课题，也将对我国未成年人保护工作以及刑法的完善起到积极的推动作用。

姚建龙在攻读硕士学位期间就确立了以少年法学为支点，涉足“全体刑法学”的学术研究进路，并决心致力于我国未成年人保护法制的改革与完善。本书是他继2003年推出其少年法学系列研究中的第一部《长大成人：少年司法制度的建构》之后，又一部少年法学研究著作。作为年轻学人，面对的又是这样一项学界鲜有探

索的具有开拓性的课题，本书不可避免地会存在这样那样的不足。然而，“水至清则无鱼”，可贵的是其不懈求索的精神。

是为序。

何勤华

于上海华东政法学院

2004 年 10 月 8 日

致 谢

我的博士生导师何勤华教授不嫌我愚钝，收我入门。能成为何师的弟子，是我一生的幸运，我将努力不辜负何师的期望。我的硕士生导师徐建教授、肖建国教授引我进入学术研究的殿堂，并一直关心和支持着我的成长。重庆工商大学法学院吴忆萍老师启发了我对刑法学的兴趣。对于四位恩师的教诲，谨致以最诚挚的谢意。

感谢华东政法学院王立民教授、徐永康教授、杨正鸣教授、闵银龙教授、金其高教授、罗槐茂副教授、张筱薇教授、杨鸿台教授、应培礼副教授、肖庆平副教授、邱格屏教授、苗伟民等老师的教诲、帮助与支持。感谢中国青少年研究中心青少年法律研究所鞠青所长、北京大学张美英副教授、上海大学法学院刘强教授、上海社会科学院法学所尹琳博士后、上海财经大学麻国安博士后、上海教育法制研究与咨询中心谭晓玉博士、复旦大学法学院徐美君博士、福建省高级人民法院林常茵法官、上海市人民检察院侦查监督处副处长樊荣庆、上海市长宁区人民检察院未检科科长顾小军、监所科李亚华、虹口区人民检察院未检科科长周小萍、长宁区人民法院少年庭庭长陈建明、普陀区人民法院少年庭庭长张莺、卢湾区工读学校副校长夏振国等，对于本课题的研究所提供的有力支持。

拙著写作期间，我曾以多种形式与上述老师、朋友以及其他未提及姓名的老师、朋友共同探讨和论辩；书稿初成后受汤啸天教授、贾洛川教授之邀，曾为上海大学法学院研究生作了同题演讲，这对于拙著的成型与完善起到了非常关键的作用。再一次感谢和祝

福所有教诲、关心及支持我的老师和朋友们。

本课题的研究也得到了华东政法学院“韬奋”青年课题项目“少年刑法与刑法变革”的资金支持，得到了中国青少年研究中心、华东政法学院刑事司法学院和青少年犯罪研究所在出版资金及研究时间等方面的支持，本书也是华东政法学院青少年犯罪研究所2004年度研究课题之一，特作说明，并致谢忱。

姚建龙

2004年11月2日于沪柳居

前 言

有一天，一只蜜蜂遇到一只苍蝇。蜜蜂义愤填膺地骂到：“你这只害虫。”苍蝇反驳：“你说的是人话。”

——一个寓言

无数孩子的悲剧，都是在成人思维的霸权下造成的。海瑞，中国历史上的著名清官，公正廉明。在曾经为人们所传诵的海瑞的事例中，有这样一则：明姚叔详记载，海瑞年仅5岁的女儿，因从男性家僮手中接了一块饼吃，便被海瑞认为犯了“男女授受不亲”的大防，强逼其自行饿死^①。以今天的视野看来，这是一起典型的血腥暴行，然而在海瑞所处的时代，以及在其后的很长一段时期，人们甚至把这一事件中海瑞的行为作为赞颂的典范。在海瑞女儿之死这一事件中，最大的谬误就在于以成人的思维去考虑一个仅有5岁的孩子的行为。所谓“男女授受不亲”只不过是成人社会强加于未成年人的道德标准。在孩子的眼中，饿则觅食是一种连他自己都尚未能清楚意识到的本能行为或者不过是一种游戏性的行为。对于未成年人行为性质的判断及所采取的行动，应从未成年人的视角出发，而不应以成人的思维强加给未成年人——即便是这种强加还

^① 参见葛剑雄、周筱贻著：《历史学是什么》，北京大学出版社2002年版，第158页。

打着“爱的旗帜”；应当充分考虑到未成年人的身心特点，而不应仅仅只是怜悯——应当让未成年人有尊严地感受爱。

少年的“罪行”常常并不是激起公众对于危害社会少年的痛恨，而是公众对于家长、学校、社会没有教育好少年的谴责，这是一种极其复杂的情感。也许没有哪个民族会像中华民族那样，成人社会会对未成年人持有那么强烈的爱心，同时又怀有那么强烈的期待。刑法决不能对这样一种民族情感无动于衷。只要我们承认未成年人是与成人本质不同的、需要特别关爱的群体，那么我们的刑法及其相关制度，就应当进行深刻地变革——首要的是让处理少年犯罪的实体规则从普通刑法中独立出来。

现代儿科学认为：“由于小儿气势微弱，机体娇嫩，处于不断生长发育之中，因此，在生理病理、疾病诊断及防治等方面，与成人有所不同，不能把小儿视为成人的缩影。”^①例如，对于儿童疾病的治疗，决不能仅仅按照“小儿药量酌减”的方式治疗，而应当采用专门的诊断方法、预防方法、研制儿童专用药品等。少年刑法与此类似，它决不能仅仅是比照成人从轻、减轻的“小刑法”，而应当具有自己独立的品格，如不同于成人刑法的犯罪内涵与外延、不同于成人刑法的保护处分措施与少年刑罚等。从基础理论的角度说，少年刑法也应当具有独立的理论根基，而不能用普通刑法理论来解释少年刑法问题，否则少年刑法将会变得脆弱而无法抵挡成人思维的侵蚀。

20世纪70年代末期以来，随着对青少年犯罪问题研究的深入，我国一些学者逐渐认识到机械地适用于成人的刑法规范处理少

① 参见郭振球主编：《中医儿科学》，长春出版社2000年版，第1页。着重号为引者所加。