

*A Comparative Study
on General Provisions
of Juvenile Criminal Law*

少年刑法比较总论

赵俊著
By zhaojun



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

*A Comparative Study
on General Provisions
of Juvenile Criminal Law*

少年刑法比较总论

赵俊著
By zhaojun



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

少年刑法比较总论 / 赵俊著. —北京:法律出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3557 - 4

I. ①少… II. ①赵… III. ①青少年犯罪—刑法—对比研究—中国、国外 IV. ①D669. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 108910 号

少年刑法比较总论

赵 俊 著

责任编辑 张瑞珍

装帧设计 友信文化

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 25.25 字数 400 千

印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 沙 磊

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3557 - 4

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

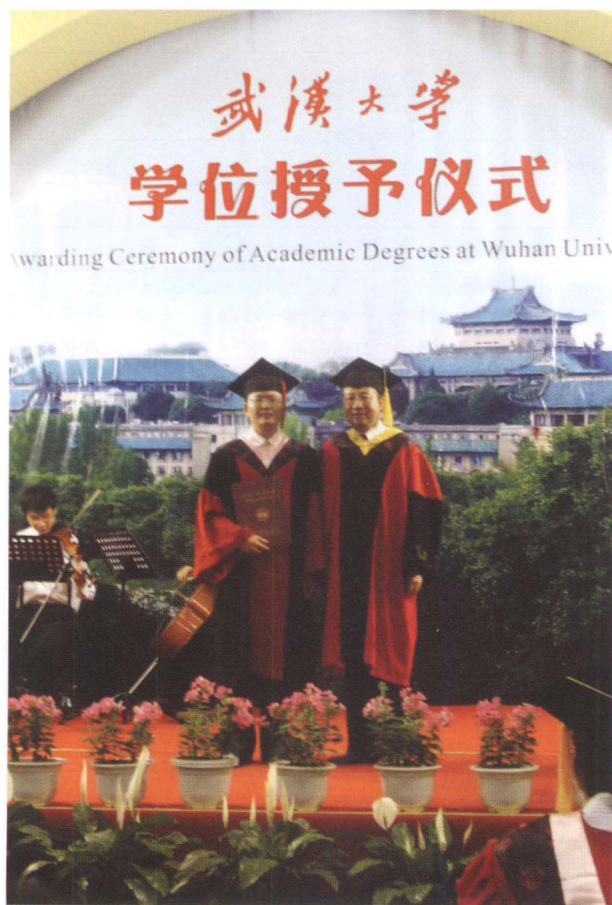


作者在法庭上宣判

作者简介

赵俊,湖南省澧县人,1970年12月出生,中南财经政法大学经济法学学士、中山大学刑法学硕士、武汉大学刑法学博士,现任广州市中级人民法院刑一庭副庭长,广州市“十佳法官”,获三等功二次、二等功一次,参与筹备并任广州市中级人民法院少年审判庭副庭长(副处级审判员),2009年7月~2010年8月在广东省高级人民法院挂职刑二庭庭长助理。广州市多家中学的法制

副校长。2011年7月~12月被广州市委组织部选派到美国芝加哥大学学习公共管理。主要学术领域:比较刑法、中国刑法、少年司法领域。在《法律适用》、《法学评论》、《青少年犯罪研究》、《青少年研究》(季刊)、《法庭》、《广东法学》、《法制》、《广州日报》、《广东法制报》等全国核心期刊以及省、市报刊上发表30多篇论文约50万字。主持广州法院文丛第一部《少年法研究》(50万字),并多次参加全国法院重点调研课题。2000年被最高人民法院、《人民司法》授予“全国裁判文书优秀论文一等奖”;2001年9月被中国青少年犯罪研究会第十三届学术年会授予“优秀论文一等奖”的荣誉。



2010年6月作者(左一)被武汉大学授予刑法学博士学位



2006年8月作者(主席台右一)在呼和浩特召开的全国法院少年法庭法官培训班上交流广州的少年审判经验



2006年作者(左二)与特邀陪审员(左一)家访帮教缓刑少年学生



2008年4月作者(前排左二)在为最高人民法院王胜俊院长解说广州的少年审判圆桌法庭(前排左起分别为广州市委副书记政法委书记张桂芳、作者、王胜俊院长、广东省高级人民法院郑鄂院长、广州市委朱小丹书记、广州市中级人民法院吴树坚院长)



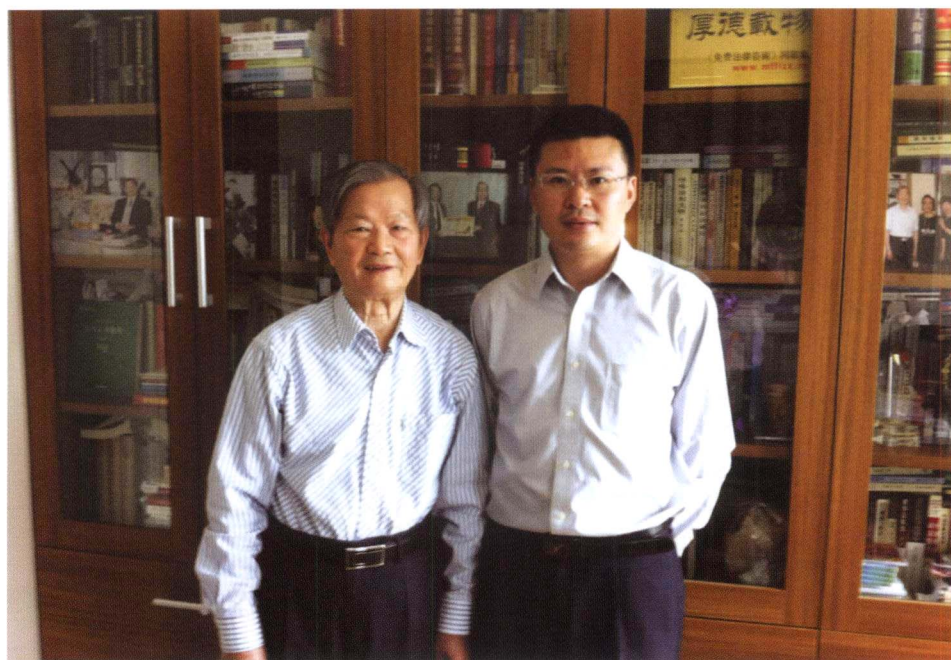
2008年作者担任审判长并亲自办理公安部挂牌督办的黑龙会少年黑社会性质组织犯罪专案



在负责广州青少年犯罪研究会第二次会员换届大会会务工作后留影(左起分别是广州市团市委权益部朱永坚部长、广州市中级人民法院刑一庭何国雄庭长、张中剑副庭长、作者)



在广东省少年犯管教所主持“羊城金不换工程”慰问帮教大会
(主席台前派左二为作者、左三为广州市中级人民法院研究室主任邬耀广)



作者与周道鸾教授在周老北京寓所留影



作者与马克昌教授合影



2011 年 9 月作者在访问芝加哥少年法院 73 岁的 Michael P. Toomin 法官后在他的法典书架前合影



2011 年 10 月作者与美国芝加哥家事法院 55 岁西班牙裔的 Raul Vega 法官会谈后在他办公室书架前合影



2011 年 10 月作者与伊利诺斯州家事法院 Kathleen G. Kennedy 法官在她的滨湖办公室合影



2011 年 11 月作者与芝加哥少年法院 Carol A. Kelly 法官在她庭审后在法庭席位上合影

引 言

比较研究是目前各类学科理论研究的重要科学研究方法之一,并且在许多学科领域由研究方法转化为专业学科,以法学类为例,有比较法学、比较刑法学、比较犯罪学、比较法制史学等。对该方法,马克思高度评价“对于现代科学来说,比较具有普遍意义”;毛泽东同志提出了“古今中外”法的比较研究方法;邓小平同志指出“必须大胆吸收和借鉴人类社会创造的一切文明成果”。^①少年刑法这个在刑法分支学科是一个新生事物,作为一个实际领域实际上早已存在,但是作为一个研究领域尚欠悠久,要发展丰富,根据上述领导人的观点,必须进行古今中外的比较、借鉴,批评吸收,以便取长补短,不断总结新经验,研究出新成果,并为实践提出理论指导。研究少年刑法,不能闭门造车,单凭苦思冥想是无济于事的,必须与国外的少年刑法进行比较,比较他们的历史,比较他们的实践,比较他们的理论,比较他们的体系,比较他们的立法体例;还必须与自身的历史由来进行比较,比较自己国家理论与实践的差距等。

—

笔者认为,比较少年刑法也要从我本人的实际出发,考虑自己的理论功底的浅薄、实践经验的不足,针对自己实践中遇到的问题,本着提出问题,解决问题的宗旨,或是只提出问题简单回答,起到抛砖引玉的功效;比较研究少年刑法还必须考虑我国的历史文化背景、具体国情、政治体制;比较研究少年刑法还必须考虑与其他部门法,尤其是刑法的总分关系、普通法与特别法的关系;比较研究少年刑法还必须考虑我国与其他国家的法律体系、法律文化底蕴的差别;比较研究少年刑法还必须考虑理论与实践的发展的差距、与互相促进发展的辩证关系。人们对事物的认识往往是通过一个比较的方法来进行的,通过比较了解事物的不同和相同。运用比较的方法研究少

^① 《邓小平文选》,第三卷,人民出版社1993年版,第373页。

年刑法,有利于了解中外少年刑法的异同和优劣,有助于提高少年刑法的理论研究,促进少年法律制度的完善。通过比较要找出他们之间的相同点、不同点,教训与经验,合理与不合理,科学与不科学的地方,这些都会丰富比较少年法学的内涵。我们知道,马克思主义的辩证唯物主义与历史唯物主义理论是科学的世界观和方法论,对一切学科的研究都具有普遍指导意义。比较研究少年刑法,也必须以马克思主义哲学方法为指导。笔者比较研究少年刑法的方法具体可以分析为如下几种。

(一)纵向比较研究法

我国乃至西方一些法律发达国家的古代、近代、现代甚至当代都没有形式意义的少年刑法,但是本书研究的是实质意义上的少年刑法^①,所以这为少年刑法纵向提供对象可比性。笔者在本书中将针对我国的少年刑法这一中心主题从我国的少年刑法的历史过程或规定,全程或断代断年或不同时期、不同发展阶段进行比较研究,研究其发展源流和规律,了解我国实质意义上少年刑事实体法的传统与现实。比较的方法主要是横向研究,历史的方法则是纵向研究。研究少年刑法同样要运用历史的方法,要对历史时期的少年刑法的产生、发展、演变等进行研究,总结前人经验,通过取其精华、去其糟粕,达到“古为今用”,推动少年刑法研究的发展。

(二)横向比较研究法

由于不同的国家和地区历史文化传统不同,法律体系传承不同,少年刑法的发达程度各异,把我国与这些国家的少年刑法比较,就会发现有的国家具有形式意义上的少年刑法,有的只有实质意义上的少年刑法,一些国家都属于同一个政治体制,但由于种种原因,少年刑法存在很大差异,如法国与美国;有的国家属于同一个法系,但少年刑法却根本不同,如德国与日本;有的同属一个国家,但由于历史原因,少年刑法却迥异,如我国的大陆地区与港澳台地区。进行横向比较,可以鉴得失、为学习交流创造条件,于借鉴丰富都大有裨益。

(三)层面(宏观)比较研究法

国家之间的少年刑法比较研究可从法系、立法的概况等层面比较。通过比较,力图寻求最适合我国国情的少年刑法,当然,笔者尽量不要把本书写成资料堆积的杂文,而是以比较作为中心线索来贯穿本论著。

(四)局点(微观)比较研究法

少年刑法比较研究既要从宏观层面比较,又要从微观的某一局部、某一点进行比

^① 对于少年刑法的实质与形式分类标准和概念在以后章节中有论述。——笔者注

较,找出差异,相同之处。比如“少年”这一主体概念、责任年龄、少年犯罪构成、刑罚体系、具体的刑种等。

通过多角度、多方面的比较,过去与现在、本国与外国等层面比较,拓展视野,进行比较、借鉴。

(五)理论联系实践的方法

任何理论都是来源于实践,少年刑法也不例外。少年刑法作为一门实用性很强的应用型法律学科,必须理论联系实际。正确的少年刑法学理论也为少年刑事立法和少年刑事审判实践提供有益的帮助。因此,比较研究少年刑法要多总结少年刑事司法实践经验,才能丰富少年刑法理论。

二

比较研究少年刑法是一个很大的课题,笔者认为,由于这个课题是一个崭新的课题,少年刑法也是一个新的领域,但笔者仍不自量力,靠的却是一股勇气和毅力,同时又是满足自己好奇的愿望,因为少年刑法是少年司法制度的三大支柱^①之一,而且少年司法制度创新又是各国司法制度改革的原动力与肇端。少年刑法在众多的领域中属于“处女地”,有许多的方面待人探讨。同时研究结合实践操作方面我们的一些经验及观点,以期到达理论界的共鸣与争论。哪怕引来的是一片批判与责难之声,良苦的用意,就是要为推动我国少年刑法的发展,少年法律的完善,所以笔者的“大题小做”期望得到专家、学者、实践部门工作者的谅解,同时期望得到批评与指正。

实践中常遇到操作的冲突与不顺畅、不科学的地方,如最高人民法院制定的司法解释规定许多情况下未成年人的行为可以认为不是犯罪,一些地方检察官就不认为最高人民法院规定的司法解释对他们有效力,当然这是一种蛮横不讲理的做法,司法实践中一些类似案件起诉到法院,许多法院法官不敢大胆下判无罪,如果太多无罪效果不好,检察院会抗诉,这样双方产生顶牛,作为一名法官笔者常思考,这些比较容易产生歧义或涉及立场利益冲突的重大问题的司法解释为何不由最高人民法院、最高人民检察院、公安部三家共同发布呢?相反三家各自发布自己规定。这时我想起日本的“逆送制度”,日本对一些未成年人案件,先由检察官送到法院,由法官先行审查是否构成犯罪,如果构成犯罪且能够定罪的,再由法院逆送检察机关起诉到法院进行审判,如果不够定罪,则不移送起诉,这就是日本法官在未成年人刑事审判中的先议权。如果中国法官有这种先议权,就不会有上述两家顶牛情况。2012年3月14日第

^① 指少年司法组织机构、程序法、实体法。——笔者注

十一届全国人民代表大会第五次会议通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，决定增加《中华人民共和国刑事诉讼法》第 271 ~ 273 条，确立了检察机关的附条件不起诉的权力，是否会解决这一问题？是否又侵害了人民法院审判权的定罪权组成部分？都值得我们思索。又如对于未满 18 岁的未成年人犯罪是否适用无期徒刑的争论，但是保加利亚的刑罚规定未满 18 岁的未成年人犯罪可以适用无期监禁的，以有期监禁替代。所以少年刑法比较研究后会扩大我们的视野，可以丰富借鉴。

大多数学者从刑事司法和犯罪学的角度研究，而将司法实践与刑事立法与国外的少年刑法进行比较研究的不多，即使就少年刑事实体法研究，也只是限于一个方面的研究，比如责任年龄、处罚原则、概念或是保护性罪种，不成体系。这与国外少年刑法的研究与发展，相去甚远。^① 本书比较研究的少年刑法，避免一些著作将少年刑法写成犯罪学，在刑法研究的框架下进行，在成年人刑法体系理论结构中研究，而不是空泛探讨，根本思路是源于成年人刑法，别于成年人刑法，感悟于一些国家少年刑法没有形式意义上的少年刑法，但是在刑法中以单独的章节和篇幅专门规定。如保加利亚没有单独的少年刑法立法，即没有形式意义上(狭义的)少年刑法典，少年刑法法律寓居于《保加利亚刑法典》中，《保加利亚刑法典》是保加利亚少年刑法的主要法律渊源，其少年刑法渊源体例，在刑法典总则中除了以专章规定。^② 对未成年人特殊规定刑罚的替代(替刑)。《保加利亚刑法典》第 63 条规定：对于未成年人不可变更的终身监禁和终身监禁替代为 3 年至 10 年监禁；超过 10 年的监禁替代为不超过 5 年监禁；超过 5 年的监禁替代为不超过 3 年监禁；不超过 5 年的监禁替代为不超过 2 年监禁，但不能长于法定刑。对于已满 16 岁的未成年人不可变更的终身监禁和终身监禁和超过 15 年的监禁替代为 5 年至 12 年监禁；超过 10 年的监禁替代为 2 年至 8 年的监禁。以缓刑与罚金替代公开训诫，不满 16 岁的未成年人没有财产，对不满 16 岁的未成年人公开训诫只能以缓刑替代。^③

少年刑法和其他法律一样，基本上都是原则性和概括性规定，不可能囊括一切，罗列所有。对于涉及少年犯罪遇到的新问题、新情况，就需要用分析的方法去研究，去完善。对于在法律适用过程中遇到的问题或疑惑，同样要用分析的方法，根据立法意图和法理精神，去理解法律，准确司法。少年刑法的研究在很大程度上是对现行少

① 黄荣康、郭耀广、张中剑、赵俊：《少年法研究》人民法院出版社 2006 年版，第 7 页。

② 《保加利亚刑法典》第六章：对未成年人的特殊规定。

③ 《保加利亚刑法典》，陈志军译，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 24 ~ 25 页。

年法律法规的有关规定进行阐述和解释,说明分析的方法始终是贯彻少年刑法比较研究全过程的一个基本的方法。

比较研究少年刑法,可以分析各国少年刑法的利弊,尤其立足我国少年刑法,凸显我国少年刑法的发展状态,展现我国宽严相济刑事政策的科学性,少年犯罪刑罚的设置体系及处罚原则更能体现我国刑事政策“宽”的一面。同时宽严相济刑事政策也将指导我国少年刑法的进化与发展。

比较研究少年刑法,笔者最大的愿望就是不要让人感到写成一篇犯罪学的论著,它只能是刑法,而且是特殊刑法。在研究过程中坚持辩证法,既坚持丰富资料,又避免有资料堆砌之感;既追求全面,又重点突出,避免有面面俱到之感。

序言一

周道鸾*

少年刑法是一个崭新的领域,国内进行系统研究的比较少。赵俊法官在博士论文的基础上修改的专著——《少年刑法比较总论》,就中外少年刑法在我国成年人刑法体系理论结构中进行比较研究,颇具新意。作者请我为本书作序。我作为一位长期关注中国少年法庭和少年司法制度建设的老司法工作者,欣然接受。

—

未成年人犯罪是处于不同社会制度和不同发展水平的国家普遍存在的一个社会问题,引起各国政府和国际社会的高度重视。“少年强则国强。”中国不满18岁的未成年人有3.6亿多,他们的健康成长关系着我们祖国、民族的希望与未来。自20世纪80年代以来,同世界各国一样,中国未成年人犯罪逐渐上升;20世纪70年代末,未成年人犯罪只占刑事犯罪案件总数的1%~2%;而在20世纪80年代以后,在一些经济发达的地区,未成年人犯罪已占刑事犯罪案件总数的6%~7%,且呈低龄化趋势,引起中国党和政府、社会各界特别是法律界的重视。

用法律保护未成年人的健康成长,已成为世界发展的趋势。早在20世纪80年代中期,中共中央在1985年20号文件中就明确指出:“目前,保护青少年的有关法律还不完善,建议立法机关会同有关部门,根据宪法的精神,加紧制定保护青少年的有关法律,用法律手段保障青少年的合法权益不受侵犯,防止资本主义、封建主义腐朽思想对青少年的引诱和腐蚀,保护青少年健康成长。”^①为此,全国人大常委会加强了立

* 历任最高人民法院审判委员会专职委员、办公厅主任、研究室主任、咨询委员会委员兼秘书长,现任国家法官学院教授。

① 参见“共青团中央关于建议制定青少年法律的报告(摘要)”(1987年12月1日),载全国青少年立法办公室、全国人大常委会法工委国家法行政法室编:《十年磨一剑》,法律出版社1992年版,第35页。