



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

未成年人犯罪卷

Volume of Juvenile Delinquency

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

未成年人犯罪卷

Volume of Juvenile Delinquency

《全国专家型法官司法意见精粹系列》

编审人员（按姓氏笔画）：

边疆戈 关毅 刘畅 刘凌梅

苏烽 郑未媚 曹士兵 梁欣

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·未成年人犯罪卷/
国家法官学院编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5693 - 7

I. ①全… II. ①国… III. ①未成年人犯罪 - 研究
- 中国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 223850 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 高惠娟 (editorghj@163.com)

封面设计: 李 宁

全国专家型法官司法意见精粹·未成年人犯罪卷

QUANGUO ZHUANJIAXING FAGUAN SIFA YIJIAN JINGCUI · WEICHENGNIANREN FANZUIJUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

印张/27.5 字数/387 千

版次/2015 年 1 月第 1 版

2015 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5693 - 7

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

展现在读者眼前的这套书是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果转化为指导审判实践活动的一项有益的尝试。国家法官学院作为最高人民法院教育培训与应用法学研究基地，一直将培养、培训高级法官和加强司法实证研究作为自己的历史使命和工作目标，她不仅是培养、培训中国法官的摇篮，也是中国司法实务研究的一个重要平台。

改革开放以来，中国经济的发展可谓飞速和迅猛，这样的增长和变革，对法制环境和法院的审判工作提出了新的、更高的要求。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统第一届学术讨论会，全国法院系统组织论文撰写，并进行优秀论文评选。自此，全国法院系统逐渐兴起了注重司法实务问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过二十多年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域的一个学术品牌。

作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，不断规范组织程序，完善学术研究机制，每一篇论文从选题、调研，收集资料、研究分析，到最后写作、修改，都经过了逐级审核评比。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平

台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法实务和审判实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室决定将全国法院第24届学术讨论会征集到的部分优秀论文分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统法官的学术研究新成果，力求从实务的角度向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

本丛书已出版五个分册，分别为：《侵权赔偿卷》、《婚姻家庭卷》、《合同与担保卷》、《公司与金融卷》、《土地与房产卷》。今年新增三个分册，分别为：《刑事证据卷》、《未成年人犯罪卷》、《新型盗窃罪与量刑制度卷》。

党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家的依法治国的总目标，对司法体制改革和司法审判提出了新的标准和要求，公正司法与司法公信力将是我们永久追求的目标。司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生、并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的重要形式，也是一次尝试，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

一、未成年人犯罪预防

不当量刑致未成年人再犯的思考与对策	1
未成年人犯罪预防视野下的工读教育研究	12
我国未成年人犯罪司法预防问题研究	24

二、未成年人刑事审判

未成年人刑事案件圆桌审判方式的完善路径	36
少年法庭机制改革的完善	52
少年法庭延伸职能的实践困境与可能选择	65
刑事和解与少年司法制度的融合与完善	81
未成年人犯罪刑事和解制度路径选择及完善	93
关于在未成年人刑事审判中设立心理干预制度的思考	109
以“年龄警告”为基础的年龄认定规则之构建	119
非典型未成年人犯罪累犯除外规定的理解与适用	132

三、不起诉、社会调查与犯罪记录封存制度

相对不起诉在青少年犯罪案件中的适用	146
未成年犯罪嫌疑人和被告人社会调查透视	157
未成年人社会调查制度的实施和发展	168
未成年人犯罪记录封存制度的适用	181

惩教与回归：探寻未成年人轻罪记录“消灭”路径·····	194
-----------------------------	-----

四、非监禁刑与社区矫正

对外国被告人处以非监禁刑问题分析·····	211
非监禁刑适用问题分析·····	225
非监禁刑的司法适用·····	234
非监禁刑的适用·····	245
关于人民法院非监禁刑适用制度的调查与思考·····	250
流浪未成年犯罪社区矫正探索·····	262
未成年犯缓刑适用实证研究·····	272
完善未成年人非刑罚处置制度·····	285
推动未成年人犯罪非监禁化的若干思考·····	294
未成年人犯罪非监禁刑适用的困境及出路·····	307
外来未成年犯非监禁刑适用研究·····	323
非典型社区矫正的相对可能性·····	338
法院参与社区矫正的经济学分析·····	354
正当程序视野下入矫听证程序的引入·····	368
宽严相济视野下社区矫正人员减刑制度·····	382
规范社区矫正人员减刑程序的思考·····	393

五、其他问题

未成年人犯罪刑罚裁量：一般化与个别化的冲突与平衡·····	404
家庭暴力中受虐儿童司法保护机制·····	420

一、未成年人犯罪预防

不当量刑致未成年人再犯的思考与对策

【提要】

当前，对未成年人犯罪研究多集中在犯罪成因、社区矫正等方面，未成年人再次犯罪的现象未引起足够重视，且忽略了不当量刑对未成年人再次犯罪的影响。准确裁判量刑，不仅能够确保办案质量，实现公平正义，维护社会稳定，更主要的是能够有效预防犯罪。尤其正确运用宽严相济政策中的自由裁量权，能够对未成年犯罪人员规范量刑，有效预防未成年犯罪人员再次犯罪。

当前，我国有关未成年犯罪审判量刑的法律规定较少，大多只停留在原则性规定层面，立法滞后、体系不完善已经成为制约我国未成年审判量刑发展的瓶颈。并且，部分基层法院的法官理论水平有限，个别法官不能做到严格秉公执法，导致其不能正确运用宽严相济政策中的自由裁量权，从而产生对未成年人犯罪量刑不当现象。主要表现在量刑偏轻、偏重，刑罚种类不合适，罚金刑适用范围偏广、额度偏大等，使得量刑不能有效发挥预防犯罪的作用。本文以此为出发点，从当前未成年人犯罪量刑现状入手，分析了不正当量刑的表现及成因，提出正确运用宽严相济政策中自由裁量权，及对未成年犯罪人员正当量刑的方式方法，以期对实务产生一定的积极影响。

序 言

未成年人犯罪一直是社会关注的话题，近年来，未成年再犯情况令人担忧，其中不当量刑已成为未成年人再次犯罪的重要原因。因为量刑不当直接会使未成年犯

罪人员产生仇视、抵制、怨恨等不良心理,会使未成年犯罪人员得不到有效改造、矫治,刑罚预防犯罪的目的不能实现。本文就此现象,对未成年犯罪人员量刑不当的原因、对策加以分析。

一、当前对未成年犯罪人员的量刑现状

(一) 量刑概况及特点

以笔者所了解的某基层法院为例

年份	未成年人犯罪案数	有犯罪前科的占未成年犯罪人数比例	适用缓刑件数	并处罚金案数比	单处罚金案数	刑事附带民事案件调撤率	共同犯罪比例	集中罪名
2007	49	3%	7	89%	1	87%	31%	多集中在盗窃、抢劫、诈骗等传统经型犯罪,易引发再犯
2008	56	2%	9	91%	2	89%	44%	
2009	61	5%	13	90%	1	85%	47%	
2010	65	4%	11	92%	3	89%	41%	
2011	70	6%	15	94%	4	87%	46%	

从上述数据可以看出,对未成年犯罪人员量刑呈以下特点:

一是犯罪数量逐渐增多。因各种综合因素,导致未成年人犯罪案件数量逐年增多。二是再犯比例加大。未成年人有犯罪前科的比例加大,未成年人再犯现象堪忧。三是缓刑、管制等刑罚措施适用比例较小。实践中,对未成年犯罪人员多以判决监禁刑为主。四是鲜见免于刑事处罚的量刑。实务中,宣判未成年犯罪人员无罪或对其判决免于刑事处罚的数量极少。五是罚金刑适用较多。并处罚金范围较广,额度较高。六是罪名较为集中。未成年人犯罪多集中在传统的经济型犯罪,这些犯罪成本较低,诱惑较大,易引发再犯。七是刑事附带民事调解率较高,说明判前被害人得到被告人及其近亲属赔偿的比例较大。八是共同犯罪数量多,未成年人之间、未成年与成年人之间共同犯罪数量颇多。同时笔者参考有关数据得知90%以上未成年人员家庭经济状况较差,生活环境堪忧,父母为子女犯罪支出较多。

(二) 对未成年犯罪人员量刑不当的表现

未成年人正处在生长发育时期,生理和心理都尚未成熟。从其生理和心理特点

来看,未成年人好奇心强,易冲动,模仿不良事物能力强,易受指使、感情用事。因此,对未成年犯罪人员的量刑应当慎重,如果不注重对其心理的考究,综合的考察,做出不当量刑,较之成年人更易引起其再次犯罪。对未成年犯罪人员量刑不当的主要表现有:

一是监禁刑刑期长短适用不当。主要是指在判处有期徒刑时,所判刑期长短不一。在我国现行刑法体系对未成年人的犯罪处罚方式仍以有期徒刑为主,这是重刑主义思维所致。^① 刑期较重会使未成年犯罪人员产生仇视心态,认为裁判不公;刑期较轻会使其产生侥幸心态,使其得不到正确的刑罚矫治,终使未成年犯罪人员再次走上犯罪道路。

二是刑罚种类适用不当。主要是指可判管制、拘役的不判管制、拘役,应免予刑事处罚的以其他刑罚种类代替。实践中,对未成年犯罪人员判处管制、拘役的情况较少,判处免予刑事处罚的更不常见,造成量刑格次不当,使未成年犯罪人员失去重返学校、社会的机会,使刑罚失去改造和预防犯罪的两大基本功能。

三是罚金刑适用不当。大量的未成年人犯罪案件集中在基层法院,对未成年犯罪人员并处罚金现象十分普遍,数额呈增加趋势,单处罚金适用比例十分少。原因是部分法官对宽严相济政策理解不当,认为主刑已经对未成年犯罪人员从轻、减轻处罚,并处罚金中可以判处数额较大罚金,判多判少法官自由裁量权较大。同时,基层法院经费不足,并处罚金也不失为“创收”的一个途径。但是,未成年犯罪人员家庭大多数经济状况不好,被告人对被害人经济赔偿后再对被告人并处较大数额罚金,易导致未成年犯罪人员家庭生活困难,使未成年犯罪人员因经济问题再次走上犯罪道路。

四是缓刑适用不当。即对未成年犯罪人员较少适用缓刑,使未成年犯罪人感受到了刑罚惩罚的严厉性,忽视了对未成年犯罪人复归社会的考虑。究其原因是量刑时更多的是考虑了犯罪构成,而没有考虑其犯罪动机、成长表现、主观态度、恶性程度、悔改情况等其他因素。^②

五是刑事和解后的量刑适用不当。当前部分法官对刑事和解制度狭隘地理解为被害人积极赔偿求得被害人谅解。并由于绩效考核等原因,法官会极力对刑事附带

① 武志坚等:“建立我国未成年人犯罪人社区矫正制度的设想”,载《吉林公安高等专科学校学报》2006年第6期。

② 廖斌等:“我国未成年人犯罪刑罚的适用”,载《前沿》2011年第14期。

民事诉讼进行调解，促使被害人倾尽全力赔偿。但被告及其父母对被害人赔偿后，对未成年犯罪人员酌情从轻量刑时，从轻幅度不高、比例不大，加之释法答疑不到位，导致效果不是十分明显，给未成年犯罪人员造成心理“阴影”。

二、对未成年犯罪人员量刑不当的原因

笔者认为对宽严相济刑事政策理解认识存在偏差，运用自由裁量权时不规范是对未成年犯罪人员量刑不当的主要原因。宽严相济刑事政策在我国已施行多年，最高人民法院也为此专门出台了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，但是对于此政策，我国并未有细则性规定，使法官对该政策难以正确理解运用。尤其是在未成年人犯罪中，刑法对未成年犯罪人员做了从轻、减轻处罚的原则性规定，但没有进一步做详细规定，导致法官无法可依，自由裁量权较大，继而造成量刑不当。主要表现为以下几点：

（一）法官不愿从宽更愿从严

一是现实方面原因。当前，适用缓刑、判处管制的刑事案件，多为各级法院重点评查、重点考核、重点监控的案件，其存在有其合理性，因为此类案件易出错，易导致腐败现象。多数法官对该类刑罚措施的适用，有一定的畏惧和抵触心理，害怕引起他人的怀疑和不必要的麻烦，往往还是紧扣法条、严格判决。最终，导致未成年犯罪人适用监禁刑较多，失去了重返社会的机会。

二是传统思维原因。重刑主义毕竟在中国沿用了几千年，即使在儒家法律思想形成之后，重刑主义也具有重要地位。到了现代社会，重刑主义还有着深远的影响，尤其法官受社会舆论及严厉打击犯罪思维的影响较深，导致从重量刑现象居多。

三是主观认识方面的原因。主要是部分基层法院法官未接受正规的法学高等教育，其法律理念有误，对宽严相济政策认识存在误区。表现在认为对未成年犯罪人员只存在从宽处理，“宽”只适用于主刑而不适用于附加刑等。然而，“宽”不仅针对监禁刑的刑期，还针对刑罚种类、附加刑等。

四是现行制度方面的原因。从《刑法》到《未成年人保护法》，对未成年犯罪的审判量刑只是做了原则性规定，至于量刑时所需的考量因素和情节未做细致规定，在法无可依的情况下，法官往往是拘泥于现实，不敢对未成年犯罪人员大幅度从轻、减轻处罚。

（二）法官量刑时对从严不置可否

虽然法律层面、现实层面对未成年犯罪人员量刑更多强调宽，但这并不意味着可以放弃宽严相济刑事政策中的辩证统一原则。该宽则宽、当严则严与未成年人的教育、感化政策并不相违背，并能起到惩治犯罪、预防犯罪的作用。现实中，有的法官对罪行较重的未成年犯罪人员本着感化的方针，处于较轻的刑罚，使未成年犯罪人员得不到有效地改造。如某法院审理的一起案件，甲（未成年），组织乙、丙、丁（均系成年人）聚众斗殴，最后甲与乙、丙、丁将受害人李某、陈某两人砍成重伤，还用硫酸将陈某毁容，法院经审理后做出了对甲判处有期徒刑5年，对乙、丙、丁分别判处有期徒刑11年的判决。显然，此案中对甲的判决有失偏颇，甲虽系未成年，但却是积极的组织者、参与者，社会危害性较大，即便是降格处罚，也应考虑法律效果和社会效果相统一。宽严相济的刑事政策包含衡平原则、统一原则和全面原则的辩证关系，^①这一辩证关系同样适用于对未成年犯罪人员的量刑。

（三）法官对宽严的尺度把握不准

由于缺少必要的实施细则、指导原则，法官在具体量刑时不知如何宽，能否降格处罚，可否适用缓刑，能否判处免于刑事处罚。关于从犯和未成年人犯双重从轻、减轻因素叠加应如何量刑等法官把握不准。当然，对于罪行严重、社会危害性大、犯罪情节恶劣的案件，大家都知道应严厉惩罚，但是归位到未成年犯罪该怎样严，法官无从下手。因此，法官在具体案件中对宽严的尺度难以正确把握。

（四）法官对刑事和解制度认识存在偏颇

刑事和解制度是贯彻宽严相济刑事政策的重要途径，且刑事和解后法官会运用自由裁量权对被告酌情从轻处罚，因此在研究宽严相济政策自由裁量权适用不当导致对未成年犯罪人员量刑不当时，有必要对刑事和解制度加以评析。刑事和解制度既能保护被害人利益又能较好实现犯罪者回归社会的目的。近年来各地司法实务部门逐步借鉴、实践适合我国国情的刑事和解制度，如侦查阶段，对于轻微犯罪案件，允许当事人双方达成和解，撤销立案；审判阶段，对被害人谅解被告人的，酌情从轻处罚，或在自诉案件中，经法院调解，原告得到赔偿并谅解被告后自行撤诉

^① 姜伟：“宽严相济刑事政策的辩证关系”，载《中国刑事法杂志》2007年第6期。

等。但实务中的刑事和解模式尚未形成一种被司法界广为接受的定型模式,^①有时偏离正常“轨道”。尤其是审判阶段,部分法官没有较好理解刑事和解制度概念,机械地认为刑事和解就是被害人得到有效赔偿,双方对刑事附带民事诉讼达成调解协议等,对刑事和解缺乏正确的体系认识。主要表现为:

一是以法官为主导的刑事和解。虽然,由法官与加害人、被害人双方的沟通、调解,说服双方就经济赔偿、悔罪道歉等问题达成协议,具有便利性、快捷性和有效性的特点,但当前承办法官为追求刑事附带民事案件调解率,往往对被害人以判决不易得到赔偿,对被告人及其家属以赔偿能减轻处罚为由进行施压,使得双方的刑事和解只是停留在表面,而未深入双方内心,违反了刑事和解制度中自主、自愿、主动的原则。法官单纯参与双方的“讨价还价”,有损当事人对审判的信任。^②特别是在强调和解结案的大背景下,法官的施压行为会导致被害人未真正谅解被告人,被告人因经济赔偿对被害人怨恨加深,使未成年犯罪人员产生“报复”心理,再次走向犯罪。

二是“花钱买刑”现象的误导。现行法律规定将“积极赔偿被害人损失”作为酌情处罚的重要因素,这种经济因素的引入可能导致社会公平问题,宣传不到位会在社会上引起较大争议。实践中,个别法官一味追求被害人谅解,求得所谓的“和谐”,在被告人对被害人进行足额或超额赔偿后,根据赔偿数额从轻量刑,给公众造成花钱买刑的误导。刑事和解与“花钱买刑”最根本的界限就在于加害人是否真诚悔罪、赔礼道歉,其社会危害性是否减少或消除。如果当事人以降低刑罚标准作为赔偿数额的条件,和法官“谈判”,那么就证明其赔偿之意在于“买刑”,不是真心悔过,即使其达成了这种所谓的和解协议,也是不被允许的。^③

三是和解后酌情从轻量刑的不规范。审判阶段,被告人与被害人达成和解后,法官会酌情对被告从轻处罚。而从轻处罚幅度缺少规范性规定,酌情从轻处罚均呈现出从轻程度和幅度较低的特点。并且对于被告人积极赔偿,认罪态度较好,犯罪情节轻微的,在公诉机关不撤诉的情况下,法院往往不予判决宣告无罪或免于刑事

① 张艳明:“构建我国刑事和解制度的思考——以平和司法为视角”,上海交通大学硕士学位论文。

② 何国盛:“刑事和解须消除四个误解”,载《检察日报》2007年9月26日。

③ 杨长喜:“论刑事和解在我国的适用”,河南大学法学硕士论文。

处罚，该现象也是对刑事和解制度认识不当的表现。

三、西方部分国家对未成年犯罪人员量刑介绍

西方国家对未成年人犯罪放以更宽的刑罚措施，法律规定较为完善，对未成年人犯罪的单独量刑体系较为健全。以下简单介绍。

（一）独立、完善的少年司法审判量刑制度。如加拿大《青少年刑事司法法》对未成年人量刑有着单独、全面、体系性规定，把对未成年犯罪人员量刑的基本准则、考虑因素、相关情节等逐一归纳罗列，为法官对未成年犯罪人员准确量刑提供了明确的指导依据。同时该法还规定了量刑会议制度，对未成年犯罪人员在判决前召集有关人员进行多方讨论、归纳情节，该制度有助于法庭决定适当、有效的刑罚。该司法法的另一大特点是对非监禁刑的广泛适用，犯罪少年被处以监禁刑的情形较少。^①

（二）慎用、少用罚金刑。由于未成年犯罪人员缺少来源收入，加之西方有关的传统理念，法院不愿对其过多适用罚金刑，从而平衡犯罪少年合法权益与公共利益保护。如罗马尼亚1968年刑法典禁止对未成年人犯罪适用罚金刑；俄罗斯刑法明确规定，只有在未成年犯罪人员有支付能力时，才可适用罚金刑。^②

（三）暂缓判决制度。该制度源于英国，随后在美国、德国、日本有着较快发展。暂缓判决指对未成年人犯罪案件，犯罪事实清楚，其人身危险性小，暂缓判决不致再危害社会的，暂缓对其判处刑罚，给予他们一定考验期，让其回归社会。考察期满后，根据考察机关的意见和其自身的具体表现，再行判决。暂缓执行较之我国的缓刑制度给未成年犯罪人员重返社会的机会更多、更广，减少了司法对抗，更有利于贯彻“教育、感化、改造”方针。

（四）刑事和解制度较为健全。如英国的《1999年青少年司法和刑事证据法》规定，青少年犯罪后，不急于向法庭移送，由警察召集犯罪人员、被害人、学校、社区等参与讨论，让犯罪人认识到自己的错误，并就损害赔偿问题与被害人进行直

^① 蔡国芹：“加拿大未成年人犯罪量刑制度及其借鉴”，载《青少年犯罪问题》2010年第6期。

^② 马乾龙：“论宽严相济刑事政策下我国未成年人犯罪刑罚制度之重构”，载 <http://www.lawtime.cn/info/xingfa/weichengnianfz/2010110376056.html>，最后访问于2012年5月15日。

接协商,最终达成和解。若能达成和解,对犯罪人员将再审判量刑。德国《1990年少年刑事法》也明确规定如果犯罪人审判之前主动、努力、积极地去赔偿受害人损失,法庭就有权对其减轻处罚,或者直接判处缓刑。^①

四、正确量刑避免未成年人再次犯罪的对策建议

在适用宽严相济的刑事政策时,要正确认识宽不是法外施恩,严也不是无限加重,无论是从宽还是从严,都必须于法有据,切实做到宽严合法。^②宽严相济刑事政策中的宽与严是一个有机统一的整体,两者相辅相成。基本要求是对案件从整体到局部的分析,区分不同的犯罪情况,正确度量自由裁量权,充分体现宽严相济刑事政策的整体功能。^③继而适当量刑,避免未成年人员再次犯罪。

(一) 正确理解相关概念

当前应加大对未成年人犯罪审判法官的培训力度,使其正确理解相关概念,规范其手中的自由裁量权。

一是对宽严相济刑事政策的正确理解。宽严相济政策是个有机整体,在适用时应当认识到宽严相济政策中的相关原则,综合考虑犯罪的社会危害性、犯罪人的主观恶性以及案件的社会影响等定罪量刑情节,根据不同时期、不同地区犯罪,具体情况具体分析,依法处理。

二是对减轻处罚的正确理解。最高人民法院颁布的《关于办理未成年人刑事案件适用法律的若干问题的解释》明确规定:对未成年罪犯依法从轻处罚,应当在法定刑范围内判处相对较轻的刑种或者相对较短的刑期;依法减轻处罚,应当在法定最低刑以下判处刑罚。即对未成年人犯罪人员的减轻处罚应为刑期内的降格处罚、不同刑罚种类间的降层次处罚。

三是对刑事和解概念的正确理解。目前关于刑事和解的定义,国内学界争议较

① 李卫星:“刑事和解制度:借鉴与创新”,载《刑事和解制度研究》,中国检察出版社2007年版,第282页。

② 郑文哲:“论宽严相济政策的法律化与构建和谐社会的辩证关系”,载 http://www.lawtime.cn/info/qubaohoushen/qubaohoushenlunwen/201108067133_2.html,最后访问于2012年6月1日。

③ 夏建荣:“宽严相济刑事政策的运用”,载 <http://fjfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=7435>,最后访问于2012年5月23日。

大。笔者认为审判阶段刑事和解的基本内涵是在法官的调解帮助下,被害人与加害人就谅解赔偿事项直接交谈,以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解以后,不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式,继而有效解决刑事及相关纠纷,^①使加害人与被害者消除怨恨,使被告人改过自新、复归社会;而不是法官向双方施压,促成并非双方完全自愿的和解。

(二) 摒弃重刑主义思维

一是刑罚应轻缓化。当前在重刑主义思维下,在法律规定不健全的前提下,法官出于现实的考虑,在量刑中往往带着一定“枷锁”,对未成年犯罪人员的量刑从轻、减轻幅度较小,并一般不予降格处理。但对未成年人审判量刑应本着教育、感化之方针,法官应对法律的精神有一种透彻的把握,用良知、勇气和技巧来编织权力之网,实现对未成年犯罪人员刑罚的相对轻缓化,以实现刑罚预防犯罪的目的。^②

二是尽量适用非监禁刑。审判实践中的惯例做法是,对于有前科的未成年犯罪人员也一般不适用缓刑和管制。这种做法是不妥的,既无法律依据,也缺乏合理性。笔者认为对有前科的未成年犯罪人员,如果符合缓刑、管制适用条件,则应判处管制、适用缓刑。当然,根据宽严相济政策中辩证统一原则原理,对于有些情形即便符合缓刑适用条件的也可考虑不适用缓刑,如在缓刑期间再次犯罪,人身危害性较大的;犯罪情节恶劣、犯罪行为社会危险性较大,减轻处罚至三年以下可适用缓刑的。

三是对符合条件的未成年犯罪人员应宣判无罪或免于刑事处罚。我国《刑法》第13条规定:犯罪情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪的可宣告无罪。第37条规定:对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。但现实中法院很少对符合上述条件的未成年犯罪人员做无罪或免于刑事处罚的定罪量刑,原因是法官对犯罪情节轻微把握不准,对出罪化处理害怕承担责任,引起检察院抗诉等不必要的麻烦。对犯罪情节轻微的把握应关注以下几个方面:首先是着重考察被告的主观方面,即是否真心悔改、是否主动赔偿、是否真诚忏悔得到被害人谅解。其次是客观方面,即犯罪数额多少,社会影响大小,人身危害性大小等。最后是综合评

^① 马静华:“刑事和解的理论基础及其在我国的制度构想”,载《法律科学》2003年第4期。

^② 吴东良:“审判实践中‘宽严相济’研究”,载《法制与社会》2010年第32期。

价,即参考被告人主客观因素,征询公诉机关、被害人、辩护人综合意见,最终做出罪化处理,使其迷途知返、回归社会,避免再次犯罪。

(三) 正确运用宽严相济政策

一是坚持从宽,兼顾从严。坚持对未成年犯罪人员从宽原则在我国《刑法》和《未成年人保护法》中均有体现,因此,对未成年犯罪人员审判量刑时首先要考虑从轻、减轻处罚,在从轻、减轻处罚过程中贯彻感化、教育方针,减少社会对抗,降低未成年再犯比例。当然坚持从宽并非一味追求宽,若从严更有利于未成年犯罪人员改造、矫治的,则可按照法律规定,降低从轻、减轻幅度,以宽济严,适当量刑。

二是掌握宽严之度。宽严之度的把握实质为如何正确使用自由裁量权。这就要求法官根据综合情况,依据法律规定,合理、合情、合法适用自由裁量权。法官在判决前需要找出行为手段、行为地点、犯罪数额、作案的社会危害后果等全部量刑情节,并综合各个量刑情节来判断未成年犯罪人员的社会危险性大小,进一步确定自由裁权适用尺度。量刑的每一个结果都要有扎实的法律和现实的依据,必要时要进行释明、释法,避免他们产生不良心理。

三是把握好共同犯罪中对未成年犯罪人员的量刑。共同犯罪在未成年人犯罪中所占比例较大。由于未成年犯罪人员心理、心智不成熟,在对其判决量刑后,容易与他人对比,并对自己的量刑结果估计不足,造成心理落差,从而更易一蹶不振。因而对其量刑时,既要考虑其在共同犯罪中的作用、情节,还要着重考虑其未成年因素,即便对未成年人认定为主犯,也不能以一般意义的主犯对未成年犯罪人员量刑,必要时可对未成年犯罪人员单独量刑。对未成年犯罪人员的量刑结果,务必对其个人和监护人释法、释明到位。

(四) 正确理解刑事和解制度,力促社会和谐

一是消除“花钱买刑”的错误认识。在法律允许的范围内,把刑事附带民事赔偿前置,不仅能够化解社会矛盾,还能解决刑事附带民事案件执行难的问题。^①但是这有前提条件:要加大对社会公众的宣传力度,加大对法官的培训力度,消除群众误会,使法官对刑事和解制度形成正确认识;法官要在调解刑事附带民事赔偿过

^① 邓红阳:“判前赔偿减刑一类制度为何屡次引发争议”,载《法制日报》2007年9月28日。