

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

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苦劳动，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、周筱赞著：《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、疾病诊断及其防治等方面，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。

年犯罪所带来的弊端。从事少年司法工作的同志，对此体会尤深^①。因此，理论界与实践部门均曾经有同志提出加强少年刑事立法，甚至单独制定少年刑法典的建议^②。或许与我国重实体、轻程序观念有关，近20年来少年司法改革的主要领域基本集中在程序环节，因为程序容易突破，而实体法方面的改革与突破则十分困难和匮乏。从理论研究角度来看，整个少年法学的研究十分薄弱，遑论对于少年实体法问题的研究。我国少年司法制度建设已经有近20年的历史，从程序改革与组织建设逐步过渡到实体法的改革，将是我国少年司法制度建设的必然路径。

拙著试着提出少年刑法这一命题，以区别于普通刑法（成人刑法），尝试在实体法领域确立少年刑法理念，为处理少年犯罪呼吁和论证独立的、符合少年特性的独立实体法规范，以提高刑事法领域未成年人权益保护的力度与水平，促进中国少年司法制度的现代化转型。数千年来，无数的少年因其“犯罪行为”而被依照基本以成人为参照对象而制定的成人刑法处置，迄今为止这种状况依然没有太大的改变，这不能不说是我国刑事法制建设的悲哀。少年司法改革最核心的问题在于少年司法实体规则的变革，正如我在前文所提到的海瑞女儿之死这一案例，如果前提是将海瑞年仅5岁的女儿从男僮手中抢食的行为定性为大罪，并且罪当处死刑，那么即便把小女孩违犯“男女授受不亲”大防的这一案件交由精心组织的专门而独立的少年法庭去审判，并且在庭审过程中贯彻教育、感

① 实践中不少少年司法人员就曾经向笔者抱怨：虽然《未成年人保护法》等法律及刑事政策要求保护未成年人，要求贯彻教育、感化和挽救方针，但是实际办理少年案件所依据的刑法规范基本上是与成人一致的，无论如何依法从轻、减轻，还是显得太重。另一方面，由于缺乏少年刑法规定，对于少年犯罪如果从轻、减轻存在着较大的风险性，因此，实际上“宁左毋右”的现象是很普遍的。

② 康树华在《论中国少年司法制度的完善》（载《中国刑事法杂志》2000年第3期）中提出：“为了满足法院处理大量的未成年人犯罪案件的急需，一个最快、最有效的办法就是在修改刑法典的同时，单设未成年人犯罪的特殊处遇专章，待条件成熟之际再制定独立的《少年刑法》。”

化、挽救方针，实行社会调查、庭审教育等各种特殊程序，最后将小女孩依法判处死刑，并以人道的方式执行……这样的改革除了为成人社会的暴行披上了一层虚伪的面纱之外，根本无法改变这一事件的荒唐性、血腥性和悲剧性！实现少年司法制度的现代化，必须首先走出成人刑法的樊篱，创制独立的少年刑法——这首先是理论研究者的使命！

在德国，有少年刑法是整个刑法的“首领”（leader）之说。犯罪学家孔德·凯塞尔指出：“在犯罪学中，对未成年人犯罪的科学研究履行了整个犯罪学研究的首领的各种职能。”^① 国外刑事法学与刑事法制进步的路径表明，少年法学与少年法制往往处于引领整个刑事法学和刑事法制发展的前沿。正如台湾著名学者林纪东先生所言，“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。遗憾的是，我国刑事法学者似乎对此并没有充分的认识。从某种程度上说，少年法学与少年法制的发展状况乃是整个刑事法学成熟状况以及刑事法制现代化程度的标志。中国的刑事法学与刑事法制要真正走向成熟，必须加强对少年法学、尤其是少年刑法的研究。

① 参见赵可：《德意志联邦共和国的青少年犯罪问题》，载郭翔、许前程等1984年编：《外国犯罪研究资料专辑》（第一辑），第262页。

② 参见林纪东著：《少年法概论》，国立编译馆1972年版，第15页。着重号为引者所加。

③ 参见林纪东著：《少年法概论》，国立编译馆1972年版，第45页。着重号为引者所加。

目 录

导论 走出成人刑法的樊篱

第一章 什么是少年刑法	(3)
一、“少年”之辨	(3)
二、少年刑法的界定	(16)
三、少年刑法的起源与流变	(20)
第二章 少年刑法的理论基础	(28)
一、国家亲权之保护主义观念	(28)
二、法社会学之社会连带理论	(31)
三、刑事实证学派之刑法的二元分离	(34)
第三章 少年刑法的基本立场	(49)
一、从形式正义到实质正义	(49)
二、从客观主义到主观主义	(53)
三、从社会防卫到儿童最大利益	(56)
四、从报应刑论到教育刑论	(60)
五、从刑法一般化到刑法个别化	(68)

第四章 我国少年刑法的沿革与反思 (73)

一、近代以来少年刑法的沿革 (73)

二、少年刑法发展现状与反思 (76)

上篇 少年罪错

第五章 不良行为 (85)

一、域外法例与比较 (86)

二、不良行为的提出与界定 (91)

三、不良行为的法律后果及其反思 (100)

第六章 少年犯罪 (110)

一、少年犯罪的界定 (110)

二、少年犯罪构成的特殊性：以少年强索行为为视角 ... (113)

三、少年刑事责任 (122)

四、混合犯罪 (149)

五、排除犯罪性行为中的特殊问题 (156)

中篇 保护处分

第七章 保护处分的基本问题 (163)

一、超越刑罚·超越保安处分 (164)

二、保护处分的基本原则 (170)