

未成年人犯罪刑罚适用区域性考察 及其罚则改革研究* (下)

屈学武 周振杰

摘 要:对云南省若干地区的实证考察表明,在未成年犯罪人的刑罚适用中存在诸多问题,例如,有期徒刑适用过多,管制、拘役刑基本空置;缓刑适用比例过低且存在很大的地区差异,司法分流的合法性有待确认等等。造成上述问题的原因很多,既有立法方面的,如立法不明确或缺乏弹性;也有司法或执法方面的,如考察机关负担过重,无力进行有效考察;还有地方因素的干扰,如过分强调刑罚的威慑作用等。为此,要解决上述问题,必须从立法、司法与执法三方面着手。在立法上须根据《联合国儿童权利公约》规定的确保未成年人最大利益的原则行事,增加处罚中的弹性规范;增设已在国内外被证明行之有效的某些刑罚制度,例如,缓诉制度、缓缴罚金制度、刑事前科报告免除制度、前科消灭制度等;在司法与执法中应完善相关机制,以扩大缓刑等制度的适用范围,并采取有效措施,加强部门合作,消除地区差异。

关键词:未成年犯 刑罚适用 司法分流 罚则改革

中图分类号:DF613 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2007)05 - 0122 - 11

三、未成年人犯罪刑罚制度设计及其罚则调适构想

从以上“问题”聚焦及其产生缘由可见,尽管我国各级法院、检察院、未成年人管教所等工作人员就未成年人犯罪的司法与执法事项,已经付出艰苦卓绝的努力并取得了巨大业绩。但是,由于法律制度、司法及执法环境等缘故,其工作实效与我国已经批准的《联合国儿童权利公约》的基本要求、与世界先进国家针对未成年人的特殊保护相比,还存在很大差距。

基于此,目前,专门适用于未成年犯罪人的刑罚种类及其他罚则改革问题,已届列入国家立法、司法、执法机关的议事日程的时候了。然而,我们知道,有关机关之任何“创新”做法,都有待于刑事理论与实务界的先行理论或实践铺垫。以下多项“制度设计”及其他“罚则调适”构想,正是立足于上述“理论准备”之理念所做先行尝试,愿以此抛砖引玉。

(一)有关自由刑适用及其立法改革问题

根据我国《刑法》的规定,我国刑法上的自由刑可分为:有期徒刑和无期徒刑。对此,在调研过程中我们发现:我国司法机关在适用此两大类自由刑的过程中,至少存在以下两大问题:第一,没有严格掌握

* 本文由屈学武研究员、周振杰博士合作完成。周振杰博士执笔本文之上,屈学武研究员执笔本文之下,全文由屈学武研究员统稿。

[作者简介] 屈学武,女,中国社会科学院法学研究所研究员,刑法研究室主任,博士生导师。周振杰,男,中国社会科学院研究生院刑法学博士研究生。

对未成年人原则上不能适用“无期徒刑”的刑罚裁量标准;第二,对未成年犯罪人有期徒刑适用过多。对此,从确保儿童最大利益的原则出发,我们主张:

1. 对未成年犯罪人,原则上不得适用无期徒刑

鉴于1997年修订后的我国《刑法》明确规定,对犯罪时不满18周岁的未成年人不得适用死刑。该《刑法》第17条第3款又规定,在对未成年犯罪人适用刑罚时,“应当从轻或者减轻处罚”。如此一来,对未成年犯罪人能否适用无期徒刑的问题,就在国内刑法学界引起长期争论。其基本观点大致可分为下述三说:(1)不能适用说;(2)可以适用说;(3)原则上不得适用说。

“不能适用说”的主要观点是:根据我国现行刑法的规定,无期徒刑本来就不能适用于犯罪的未成年人。其基本理由是:其一,根据《刑法》第49条的规定,对犯罪时不满18周岁的未成年人,一概不得适用死刑。由此可见,即使未成年人实施了杀人越货的重大罪行,虽就一般成年犯罪人而言,本当判处死刑,但对此未成年罪犯而言,在无其他法定从轻、减轻情节的情况下,其法定最高法定刑本应为无期徒刑;然而,根据我国《刑法》第17条第3款的规定,适用中国《刑法》的所有未成年犯罪人,只要其犯罪时,不满18周岁,则其“未成年”的事实,理所当然地又为我国刑法上“必须”从轻、减轻的法定情节,而要从轻或减轻处罚,只能判处无期徒刑以下的刑罚。更何况,如上所述,我国早在1991年就批准了《联合国儿童权利公约》,公约也于1992年4月1日起对我国生效。这样,公约对我国也就有了国际法上的拘束力。而根据公约的规定,所谓“儿童”是指“18岁以下的任何人”。另一方面,《公约》第37条又规定:“缔约国应确保:(a)任何人不受酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。对未满18的人所犯罪行不得判以死刑或无释放可能的无期徒刑……”,既然如此,根据我国现行法律的规定,我国是以18周岁为成年标准,与《公约》所规定的对“儿童”不得适用无期徒刑的要求是一致的。因此,根据《公约》的规定,我国负有对不满18周岁的未成年人不得适用无期徒刑的国际义务”。

“可以适用说”的主要观点是:对未成年犯罪人可以适用无期徒刑。基本理由是:首先,我国《刑法》并没有明确规定对未成年人不得适用无期徒刑。其次,从解释论上看,既然现行《刑法》第49条规定,对犯罪时不满18周岁的人不得适用死刑,则对那些罪大恶极,即假如不计其年龄因素罪当判处死刑的未成年罪犯而言,判无期徒刑已属“从轻或减轻”处罚之,因而对那些罪行极其严重的未成年罪犯,判处无期徒刑,就是既贯彻了《刑法》第49条的规定,又遵循了《刑法》第17条第3款法定的必须从轻处罚的原则。按照我国《刑法》第78条第1款规定,即使是被判处无期徒刑的犯罪分子,“在执行期间,如果认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现的,或者有立功表现的,可以减刑”。《刑法》第78条第2款还规定,“减刑以后实际执行的刑期,判处无期徒刑的,不能少于10年”。由此可见,我国的无期徒刑与有的国家所规定的“终身监禁”刑的最大区别正在于其恰恰不是“无释放可能”,而是有释放可能的无期徒刑。就我国司法实践看,鉴于我国现有监狱已经人满为患等多种因素,在我国,绝大多数被判无期徒刑的罪犯,服刑一定期限后,大都被减刑为10年或10年以上有期徒刑,并最终获得刑满释放。对未成年犯罪人更是如此。由此可知,我国刑法上的无期徒刑并非无释放可能的无期徒刑。因而,对我国的未成年犯罪人适用我国特有的有释放可能的无期徒刑,并不违反上述《联合国儿童权利公约》第37条(a)项规定。还有的学者认为,法定刑是根据某种犯罪的社会危害程度设置的,并未考虑未成年犯罪人的特殊情况。因此,任何行为只要符合该罪的构成要件,就可以选择适用。但因法律规定对未成年犯罪人不能适用死刑,因而,在司法上选择对其适用无期徒刑时,就已经在法律限度内实现了减轻处罚。

“原则上不得适用说”,乃本文作者主倡的观点,某种意义上也可以说,它正是最高人民法院2006年1月11日颁发、同年1月23日开始施行的最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第13条所阐明的观点。该条规定:“未成年犯罪人只有罪行极其严重的,才可以适用

参见林亚刚:《论我国未成年人犯罪刑事立法的若干规定》,《吉林大学社会科学学报》2005年第3期,第134页。

参见胡云腾、李兵:《未成年人刑事案件法律适用若干问题研究》,载陈兴良、胡云腾主编《中国刑法学年会论文集》(下册),中国人民公安大学出版社2004年版,第864页。

转引自林亚刚:《论我国未成年人犯罪刑事立法的若干规定》,《吉林大学社会科学学报》2005年第3期,第134页。

无期徒刑。对已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑。”

对此,有人可能质疑,最高人民法院的《解释》既然于 2006 年才开始实施,而你们所调研的正在服刑的对象显然判刑于 2006 年之前,既在 2006 年以前,也就不发生什么原则上不得适用“无期徒刑”的问题了。

对此,我们的回答是:最高人民法院上述《解释》,只是司法上对有关刑法规定的部分确认,它并不能反过来说明此前我们原则上“可以对未成年犯罪人适用“无期徒刑”。这是因为:

首先,从《联合国儿童权利公约》有关规定看,联合国通过其《联合国儿童权利公约》第 3 条规定了针对儿童权利保护的**最大利益原则**。该原则规定:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局还是由立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。显然,按照《公约》的上述规定,法院在采取一切行动(包括判决)时,都应本着最有利于儿童权利保障的角度出发。而未成年犯罪人,即便客观上实施了社会危害性极其严重的犯罪行为,但因其主观心理、生理上尚未达到完全成熟的程度,因而,长期剥夺其人身自由并隔离于社会,未必符合上述公约规定精神。质言之,将犯罪儿童予以终身监禁,固然可能有利于社会防卫,却不能称其是出于为维护“儿童最大利益”所做的首要考虑。毕竟,对于尚处于心理、生理发育、人格形成阶段的儿童而言,教育当重于惩罚;开放式的改造应优于于封闭式的监禁。因而,即便我国的无期徒刑有其释放可能,对儿童判处无期徒刑也是有悖于《联合国儿童权利公约》第 3 条规定的。

其次,从我国法律规定看,无论是我国《刑法》总则第 17 条第 3 款、还是第 49 条的规定,都是针对所有未成年犯罪人的一般性规定。也就是说,按《刑法》第 49 条的规定,我国司法上对所有罪该判处死刑的未成年犯罪人,可选择的最高法定刑只能是无期徒刑;而《刑法》总则第 17 条第 3 款又规定,凡犯罪时未满 18 周岁的,都“应当从轻或者减轻处罚”。我们知道,“从轻处罚”,是指应在法定刑中选择较轻的刑种或较短的刑期。按照前述学者的观点,在挂死刑的罪种中,判处无期徒刑就已经考虑到了对未成年犯罪人的从轻或减轻处罚。那么,持此论者又是如何看待未成年犯罪人的法定最高刑的呢?很明显,《刑法》第 49 条已经将“死刑”永远地从未成年人的法定最高刑中剔除出去了。换句话说,即便在挂有死刑的罪种中,未成年犯罪人的最高法定刑仍然是无期徒刑而非死刑。既然如此,对犯了所谓“死罪”的未成年人而言,要进一步实现《刑法》第 17 条第 3 款的规定,一般而言,司法上就不得对未成年人再判处无期徒刑,特殊情况下方能例外。否则,在司法上即属仅仅遵循了《刑法》第 49 条的规定,而没有进一步地按《刑法》第 17 条第 3 款规范行事。

那么,所谓“原则上不得适用无期徒刑,特殊情况下可予例外”之“例外”者又指何种情况呢?我们认为,这里之特殊,并非抽象的、一般的、可任意加减内容的“特殊”,而是特指下述情节:即该犯了“死罪”的刑事未成年人,除其犯罪行为假定为成年人会被判处死刑、从而表明其罪行确属“极其严重”之外,行为还须具备刑法总则法定的“从重处罚”情节。例如,累犯、教唆未成年人犯罪,均属刑法总则法定的从重情节。有鉴于此,从量化角度看,当其未成年犯罪人实施了所谓“死罪”并具备《刑法》总则法定的从重处罚情节时,因其作为未成年人所具有的法定“从轻情节”,可被其法定“从重情节”所折抵。这样,法官在量刑时,即可居于既不着力从重、也不着力从轻的立场,而从其罪行本身考量。当其罪该判处分则相关条文所规定的最高法定刑时,法官就是对其适用(可能获得释放的)无期徒刑,也不存在违法司法的问题了。

由此可见,对未成年人可予判处无期徒刑的“例外”,仅仅发生在下述场合,即:未成年犯罪人不仅实施了极其严重的死罪行为,还同时具备一、两个刑法总则法定的“应当从重处罚”的情节。这样,从重与从轻情节两相折抵,法官才“可以”(而非应当)例外地判处其无期徒刑。然而,在司法实践中,既触犯死罪、又属于累犯或者教唆未成年人犯罪的未成年犯罪人,毕竟少见,惟其如此,我们才说,对未成年犯

我国不少学者正从“应然”角度论证:不该将未成年人累犯,设置为法定从重情节;此外,对未成年人教唆未成年人犯罪的,也有学者认为不应法定为“从重处罚”情节。这些,都属于可予研讨的立法修改问题。但无论如何,至少从当前刑法的实然规定看,但凡累犯与教唆未成年人犯罪者,无论其行为时是否不满 18 周岁,《刑法》的规定都是“应当从重处罚”。

罪人,原则上不得适用无期徒刑。

2 司法上宜于扩大对未成年犯罪人的管制刑适用比例

据上述抽样调查表明,我国不少法院对未成年犯罪人适用有期徒刑的比例较高,有的甚至达到80%以上。虽然就一般犯罪的刑罚设置而言,有期徒刑的确是我国刑罚体系之中心,但此一中心,不当在未成年犯罪人中占据如此大幅比重。

毕竟,对于涉世未深的青少年而言,一旦身陷囹圄,其主观上就容易产生破罐破摔的心理;客观上也容易在混合关押的监狱中从其他犯罪人那里,交叉濡染到更多的恶习,从而不利于特殊预防与一般预防刑罚目的实现,也不利于对未成年人权益的保障。因而,适度缩小“剥夺”人身自由的有期徒刑的适用,扩大“限制”人身自由的管制刑的适用,是十分必要的。特别是,据我们就2000名未成年犯罪人问卷调查的统计结果可见,现今正在服刑的未成年犯罪人之中,绝大多数人所犯之罪乃为财产型犯罪。而在此类财产犯罪之中,主要罪种为普通盗窃罪;其次是毒品罪、抢夺型犯罪;诈骗罪、抢劫罪则较成年犯罪人少很多。其中,不少未成年人之犯罪成因还在于其本身文化程度低下,是地地道道的法盲,容易偏听轻信,甚至视与同伙们去从事盗窃、携带毒品等违法犯罪行为为孩童间的恶搞、儿戏、有趣且为害不大。因而要说其中多数人之犯罪恶习已经根深蒂固、已成犯罪动力定型的屡犯、惯犯,这是难以使人信服的。虽然犯罪恶习颇深的未成年犯罪人,在所有未成年犯中,并非全然没有;但毕竟其中绝大多数人乃为初犯、偶犯,甚或被胁迫犯,抑或确因生计困难而犯罪。有鉴于此,以符合儿童的最大利益为首要选项考量,司法上理当根据《刑法》的规定,对凡是可以选科、单科管制刑罚的未成年犯罪人,尽可能多地处以管制刑,从而避免更多的未成年犯入监被关,这就能最大限度地减少其精神上、人格上招致的羞辱,而且可避免青少年心理、生理发育上的不良影响。

当然,如前所述,目前我国管制刑基本处于“空置状态”的缘由之一还在于:终日忙于大量的侦查、缉拿犯罪或者其他社会治安管理工作,《刑法》上法定的管制刑犯的考察机关——公安机关常常无暇过问其对管制犯的考察工作,加之立法上也无任何失职责任规定,同时现今人口流动频繁且流量庞大,都导致了管制刑名存实亡。

有鉴于此,我们主张,在适度扩大管制刑适用比例的同时,应当重新构建针对管制刑的考察机制并辅以违反责任的“罚则”规定。结合我国国情,我们认为,起码对未成年犯而言,其管制考察机关可以设定为:以当地司法行政机关为主导的“司法行政机关+地方共青团组织+街道办事处(或村委会)”三位一体的考察机制。这是因为,如上所述,按照现行刑法的规定,全然依靠公安机关来考察管制刑犯,这对于肩负着繁重的侦查、追缉犯罪及其维系社会治安稳定任务的公安机关而言,的确欠缺执法资源,难以胜任。但仅靠共青团、街道办事处等综合性机构来考察,恐怕会因其工作职责的多样化及其缺乏权威性而难以有效执行。毕竟,共青团、街道办事处也各有其自身的主体性工作职责。司法行政机关却不然,目前体制下,我国的主要行刑机关——监狱当局即属司法行政管理机关内设的监狱管理局直管的机关。由此可见,从统一刑罚执行权的角度考虑,将管制刑的“考察权交由司法行政机关行使既有现实依据,亦有理论基础。”

从总体看,三位一体的联合考察机制,至少从理论上讲,有其可行性。实际情况如何,还应当通过一定时间的试行来考虑立法上的确定与推广。当然,在确定此一“三位一体”的考察机制的同时,应当并行颁布有关违反考察责任的处置罚则。对于承担专职考察责任的司法行政机关工作人员而言,其应当承担疏于职守的行政法律责任;情节严重、触犯刑法者,还可能承担玩忽职守的刑事法律责任。

(二)对未成年犯罪人的弹性财产刑设置

实际上,我国《刑法》上对盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪以及有关毒品犯罪等,都有“单处”管制刑的规定。但在司法实践中,却很少单科管制刑,即便对未成年犯也如此,这是值得深究的。

依据我国《刑法》、《刑事诉讼法》的规定,目前,我国的行刑机构并不统一:在监狱服刑的较为长期的自由刑犯,由司法行政管理机关主管的监狱负责行刑;短期自由刑如被判处拘役或者半年、一年有期徒刑的自由刑犯,往往就在公安机关负责行刑的看守所服刑;负责收取罚金金的人民法院,则为罚金刑等财产刑的执行者。

周振杰:《美国的震慑缓刑制度及其借鉴》,《环球法律评论》2007年第1期。

众所周知,对犯罪的中国人,我国的附加刑设置为:罚金、剥夺政治权利和没收财产。如前所述,我国现行刑法分则中,含罚金的条文已达 162 条。按照我国刑法的规定,罚金和没收财产这两种附加刑,不但广为设置于我国《刑法》分则之中,而且多被规制为“刚性规范,即行为人一旦触犯有关财产犯罪,在科处主刑的同时,还“必须”并处(或单处)罚金或者没收财产刑。

问题在于这种“必须”并处财产刑的刚性规范,不但在一些成年犯罪人那里,而且在绝大多数未成年犯那里,都会成为一纸无法兑现的“空头罚”。导致这种“空头罚”现象的原因,除了多数未成年犯罪人本身并无正当的收入来源外,还包括不少未成年犯罪人之监护人、特别是来自偏远农村的未成年犯罪人之监护人也生计困难、难以承担罚金。

但是,刑法上又将罚金规定为“必须”并处的刚性规范,这样,司法上就不得不罔顾实情,硬着头皮开出罚金判决来,刑罚的权威性因而不复存在。从单纯的功利角度即犯罪预防角度看,如此“空头罚”只会令刑罚目的枉然,不但谈不上剥夺犯罪人的犯罪能力,而且也达不到纯粹的“惩罚”目的,还在事实上提示了犯罪人:刑事判决也如儿戏,是可翻可覆、可执行可不执行的。

这就不得不令人换位思考:与其设置如此全无可行性的“必须”并处财产刑的刚性规范来,不如将其设置成“可以”并处财产刑的弹性规范,从而可令法官根据未成年犯有无职业或家庭财产现状,来确定司法上对某一未成年犯能否剥夺其犯罪经济能力,亦即是否存在并处有关财产刑的可行性乃至刑罚效应问题等。

此外,将刑法中的一些刚性财产刑规范转而设置为弹性规范,不仅有利于司法适用上的可行性和有效性,另一方面,就刑罚本身的价值取向看,此类刑罚设置与“以人为本”的法治精神也更相契合,从而,在刑罚、司法、执法、受刑人之间,也会因为刑罚的人性化、个性化而更具法治的亲合性特征。

18 世纪法国思想家卢梭曾经指出:“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量”。这一思想,被后学们普遍赞同和认可为“刑法是其他一切法律得以施行的保障法”。但是,即便是保障法,也并非单纯地为保障而保障,更非一刀切的、单维度的“机器罚”。从根本上讲,国家设法立范的目的、设置各项法律之保障法的目的,保障各项公共利益的目的,都是为了令每一公民获享最大限度的自由与安全。相对于这一根本目的,以国家“制裁的力量”来保障法治的施行就不是国家“设法”的“目的”,而是“手段”。这正如亚里士多德所说的那样,“法律不应被看作(和自由相对的)奴役,法律毋宁是拯救”——刑事法治也是如此,特别对青少年犯而言,它绝非形式上的奴役,而是实质上的拯救,特别是对孩子的身心拯救。有鉴于此,唯有实事求是地从未成年人既容易受惑犯罪、又易于矫治的立场出发;从既要“惩罚”他们,更要教育、拯救他们的立场出发,才能设置出更符合未成年人最大利益、并对其充满国家、社会乃至成年人对未成年人的人文关怀的、契合青少年犯生活、身心需要和发育实情的国家刑罚。针对未成年犯罪人的弹性财产刑设置的立法建言,正是基于此一刑法价值取向的基本考量而提出的。

(三) 针对未成年犯罪人的缓刑制度设计及其适用问题

如上所述,我国从缓刑制度的设计到司法适用,都存在不符合《联合国儿童权利公约》法定的确保儿童最大利益原则的问题。问题集中表现在:(1)对未成年犯罪人适用缓刑比例过小;(2)适用对象和区域上的不平衡;(3)适用刑种的单一;(4)缓刑种类的单一等方面。

1. 对未成年犯罪人适用缓刑比例过小的问题

如前所述,由于兼顾到了正义与功利价值,缓刑在促进犯罪人回归社会、安抚被害人、恢复社会关系以及节省司法资源方面都卓有成效。特别对未成年犯罪人而言,适用缓刑又更能避免其习性与心理招致监狱文化的不良影响,同时能振奋其悔改向上的自信心,因而,对既可予关押、又可不予关押的未成年犯罪人,司法上都当尽可能多地对其适用缓刑。然而,如前所述,到 2001 年,我国适用缓刑的平均比例才 14.71%。未成年人比例稍高,从 2002 年至 2005 年,在昆明被适用缓刑的比例仅为 21.9%。也就是

[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1962 年版,第 63 页。

[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1985 年版,第 276 页。

说,近 4/5 的可以被适用缓刑的未成年犯罪人被判处了实刑。由此可见,我国而今的主要问题还在于如下方面:

在刑事法治文化方面,我国已经形成相对稳定的“多关、多押以防卫社会”的司法定势。于是,即便犯罪人的罪质条件、处刑条件、主观条件都适于判处缓刑,司法实践中,也会在上述思想指导下,尽可能多地压缩缓刑适用比例,以免被判处缓刑的人因其没有被关押而在社会上再犯罪,自己会承办错案的责任。此外,据了解,不少地方法院,特别是基层法院的法官,并无事实上的适用缓刑之自由裁量权。不少地方的做法是:法官适用缓刑的人数、比例等,需得到地方人大常委会批准。这样,立法机关也就在事实上或直接或间接地取代了部分司法权限。显然,这样做是有违宪法法定的“司法独立”原则的。事实上,“议”们对司法的监督,只能建立在确保司法独立的基础之上。由是,立法对司法的监督,主要通过监督司法机关及其工作人员如期、如实地秉承立法原意裁决有关案件,以确保其最大限度地实现不枉不纵地承办每一桩案件,而非直接限制法官的自由裁量权。相反,立法上以监督的名义,直接干预司法办案,其结果与司法解释侵分立法权一样,都是有违宪法的法治精神的。如此下去,将不再是立法监督司法的问题,而是立法机关自身应当及时反省其“不当”作为的问题。

论及至此,还有一桩难以回避的问题是:我国《刑法》第 72 条关于缓刑制度的规定,终究是一项弹性规定,因为按照上述条款规定,对于符合有关罪质条件、处刑条件和主观条件的被告人,刑法上的规定只是“可以”宣告缓刑。而“可以”本属内含两个选言肢的选项:在其显性的“可以”之后还隐含着潜在的“不可以”。如此,有人可能认为:法官即便对所有符合处以缓刑“三要件”的被告人都判处实刑,按照《刑法》的规定,也不好称其为“错判”,何况,如果真的一个不缓,全都关起来,至少短期看,更有利于社会防卫,法官据此何乐而不为?

对此,我们的回答是:《刑法》第 72 条虽属“可以”规范,但对此“可以”,似应理解为原则上都“可以”,特殊情况下方才例外“不可以”,对未成年犯罪人更是如此。主要理由是:

首先,我国宪法法定的“人权保障”条款决定了我国刑法的根本价值取向应为“民本主义”而非“国本主义”的刑法。民本主义的刑法决定了刑法的根本价值在于以民为本、以人为本。即刑法的根本宗旨还在于确保每一公民最大限度的自由和安全,社会防卫仅是实现这一目标的手段而非目的。据此,当其行为符合缓刑三要件,就当时情况看,适用缓刑“确实不致再危害社会的”,则对其适用缓刑,显然既有利于以人为本的刑法根本目标的实现,又有利于社会防卫,因此,司法上又有何理由不对其适用缓刑呢?

其次,如前所述,对未成年人而言,对其适用刑罚不是为了“奴役”,而是为了“拯救”。既然如此,当其完全符合缓刑三要件时,最好的拯救方式当然是有条件地暂缓刑罚的执行,而非急急忙忙地限制其人身自由——令其就此丧失了人前颜面和人格尊严。

再次,从功利主义的刑罚旨在“增进社会公共利益”的观点看,按照边沁的观点,当其“适用刑罚产生的恶害,大于犯罪所造成的恶害时,不能适用”;“其他手段可以防止不法行为时,不能适用”。^①显而易见的是,既然行为人在犯罪性质、所犯罪行在处刑条件、主观条件上都符合《刑法》第 72 条法定的缓刑条件,如不对其适用缓刑,所产生的恶害很可能大于其先前犯罪所造成的恶害,更何况,当其适用缓刑已经可以令其“不致再危害社会”时,有此“其他手段防止不法行为”,也无必要判处实刑了。

最后,对未成年人而言,《联合国儿童权利公约》法定的针对儿童的最大利益原则,也从国际法的角度,决定了我国《刑法》第 72 条法定的可以适用缓刑,对未成年犯罪人应为原则上不仅可以适用,而且应当适用。因而,我们期望:从一切为了人、为了一切人的“以人为本”的刑法理念出发,我国从司法机关到工作人员再到整个社会大众,都能更多地摈弃既往的“社会本位”观念,能从最大限度地保护儿童

尽管当前我国专门关押未成年犯罪人的未管所已经十分注重矫治过程中对未成年犯罪人的人格尊严的顾忌与尊重,以重塑其正常的人格与人生观等,但是,监狱毕竟以限制受刑人的人身自由为监禁基础,在一言一行都受到管制的情况下,鲜有不伤及受刑人内心人格尊严的情况。

① [英]杰里米·边沁:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社 1993 年版,第 66—67 页。

利益的原则出发,大幅度地扩大针对未成年犯罪人的缓刑适用(例如,由现在的 80%未被适用缓刑逐渐扩大到对其中可适用缓刑者的 80%都依法适用),以还最大限度的自由予每一公民,包括有一定罪错但可以通过非监禁措施加以“拯救”的公民。^⑩

这里值得一提的是,最高人民法院 2006 年 1 月出台的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条第 2 款一方面规定,“对符合管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚适用条件的未成年罪犯,应当依法适用管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚”;另一方面,该《解释》第 16 条又规定,“对未成年罪犯符合《刑法》第 72 条第 1 款规定的,可以宣告缓刑”。前为“应当”,后为“可以”,可见,同一份针对未成年犯罪人的司法解释,前后确有矛盾之处。《解释》第 16 条同时规定:“如果同时具有下列情形之一,对其适用缓刑确实不致再危害社会的,应当宣告缓刑:(1)初次犯罪;(2)积极退赃或赔偿被害人经济损失;(3)具备监护、帮教条件。对此,我们认为,最高人民法院《解释》将应当适用缓刑的条件限定为必须符合上述三要件之一,其初衷虽在具体化、明确化“应当”缓刑的对象,但此一明确、具体化却是以无形中“缩小”了可以适用缓刑的圈幅为代价的。特别在“社会本位”占据法官、检察官乃至政府官员主流理念的当今中国,这样“限制”的结果,很可能导致不少虽不具备上述“应当”缓刑之条件、其实还是“应当”缓刑的青少年犯罪人,失却了再一次寻求社会救治与关爱的机会。^⑪

2 适用对象与区域上的不平等、不平衡

如前所述,在对未成年犯罪人适用缓刑过程中,我国普遍存在愈是富有、愈有双亲关爱的未成年犯罪人,因其具备监护条件而多被适用缓刑;而愈是贫寒、愈欠缺双亲关爱的未成年犯罪人,大都被判处了实刑。因而,此类不平等、不平衡,也具体表现在未成年犯罪人成长在城市家庭的,多被缓刑;生长于农村、特别是贫寒山区的,多被判处实刑。如此不公之判决的关键正在于所谓监护、帮教条件。

我们认为,所谓监护、帮教条件虽然确应强调,但司法实践中,大多将“帮教条件”完全等同于“监护条件”的做法未必得当。在实践中,法院将绝大多数欠缺适当的监护人或者监护人自身财力、文化素质不够者,判定为缺乏“帮教条件”,从而将本该适用缓刑者判处了实刑。显然,这种将“帮教条件”简单地归诸为“家庭条件”的做法混淆了社会责任与家庭责任的关系。实际上,二者并非可予等量代换的。恰恰相反,有监护人者未必不缺帮教条件;有帮教条件者也未必都有监护人,关键还在社会的态度。

当今我国的现状是:共青团、学校、街道、村委会等花了大量精力、物力、财力在应对一般少年儿童的培育上,而对偶有失足的青少年,国家、社会却没有投入其应予投入的成比例的精力、物力与财力。实际上,对此类偶尔失足的未成年人,国家与社会也是有责任的。不少未成年人之所以走上犯罪道路,与国家、社会未能及时向此类弱势未成年人及其家庭提供适宜的教育或教养条件有关。因而,国家与社会理当责成有关单位,如共青团、学校、青联、街道办事处、村委会等,构建固定的街道办事处“帮教机构”以积极帮助误入歧途的青少年。

此外,如前所述,我们主张设置以司法行政机关为主导的、“当地司法行政机关 + 地方共青团组织 + 街道办事处(或村委会)”的三位一体的考察机制。此类考察机制,不仅仅宜于对未成年的管制刑犯的考察,也适用于对被判处缓刑的未成年犯罪人的考察。这一方面解决了现行刑法所规制的、由公安机

^⑩ 据新近来法学所做有关学术报告的德国阿恩德格莱夫斯瓦尔德大学的刑法与犯罪学丁克尔教授(Prof. Dr. Frieder Dunkel)披露,近年来在德国,80%的公众认为监禁刑(包括终身监禁)应为刑罚的“最后手段”(德国早已全面废除死刑)。因而,近年来德国的平均刑期长度约 1 年左右,被判处自由(实)刑的罪犯仅占全部罪犯的 6%。其他多数罪犯,不是被判处了缓刑,就是被处罚金等非自由刑。而我国目前对未成年犯罪人适用缓刑的比例还不到可适用者的 20%。可见,在我国,监禁刑不仅不是刑罚的最后手段,就是对青少年犯,监禁也是主要手段。尽管我国之国情特别是司法资源、经济资源大大低于德国等西方国家,但在对人、特别是青少年的人文关怀上,各国人民包括国家、政府之基本理念都应朝向更加人性化的“人本位”方向发展。这才符合《联合国宪章》及其《联合国人权宣言》的基本精神,也是人类社会理应期求的终极目标。

^⑪ 对未成年犯罪人而言,偶有失足,甚或过失犯罪一次,待到下次再失足时,已非初犯。倘若该未成年被告人恰恰既无退赔、偿还能力,又因父母离异或早逝而缺乏父母关爱,难道对此类未成年被告人就都不能适用缓刑吗?而事实上,如前所述,缓刑犯的再犯率非常低,倒是收监服刑者的再犯率较高。由此可见,仅从单纯的功利目的看,收监服刑不仅需要投入大量的司法资源、执法资源,还会产生更大量的犯罪,其无效益性也是不符合刑法谦抑原则的。

关专司“缓刑考察”的有名无实问题;另一方面可解决现行体制存在的因考察、帮教力量不足而导致的缓刑适用率过低及其适用比例不平衡乃至不公平问题。

3. 适用缓刑刑种的单一

按照我国《刑法》第72条的规定,当前我国之缓刑,仅仅适用于可能被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪分子。换言之,目前通行于我国的缓刑制度,其效力仅及于主刑而不及于附加刑。但是,如上所述,在单处或者并处未成年人财产刑时,未成年人大多欠缺领罚之财力,^①包括即便其当时并不欠缺该一领罚能力,但因其处罚可能危及其日后接受高等教育或者职业培训之经济财力的情况。因而,从长远看,这显然不利于未成年人思想与学业上的进一步深造与提高。对此,目前司法上采取的做法多是:

(1)由法官事先与被告或者其家属进行协商,能缴纳罚金的,则少判或不判自由刑;(2)人民法院在做主刑宣判时,鉴于刑法上的“必须”并处财产刑的规定,不得不一并宣告并处“没收财产”或者“罚金”等。虽然法官知道此一宣判乃空头罚,因为该未成年犯罪人本人没有可供没收的财产或者其家庭也无可供缴纳的罚金;(3)对某些被判罚金,但本人或其家属确实困难、主观恶性又不大的犯罪人,法庭宣判后又酌情出具免于缴纳(罚金)令。

显然,这三种做法都各有其弊端。第一种做法之主要弊端在于:大量的可作有期徒刑缓刑者不得而被投诸监狱;第二种做法令刑罚成了一纸空文,其弊端不言自喻;第三种做法虽有其人性化的一面,但其适用范围毕竟有限。因为按现行《刑法》第53条的规定,能被酌情减少或者免除缴纳罚金的特殊情形仅仅发生在被执行人“由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难”的场合。

从刑罚目的论看,我们认为,当今盛行的并合主义的刑罚目的论更加宜于对犯罪人特别是未成年犯罪人之刑罚适用。并合主义认为刑罚的目的不仅是为了已然有过的犯罪而报应、惩罚;刑罚的目的更在于为了将来没有犯罪而罚之。有鉴于此,无论是以自由刑代罚金,还是有名无实的罚金令,都不利于并合主义刑罚目的的实现。我们主张,在经一定社会调查之后,对当前确实欠缺领罚财力的未成年罪犯,抑或执行后可能危及其继续教育的未成年罪犯,刑法上可作出有关财产刑的缓执行规定来。例如,对行将就业的未成年犯罪人,可判处一定数额的罚金,缓期3年或者4年执行。这样,司法上既通过一定财产刑宣告,宣示了刑罚的威严与对其犯罪的惩罚;另一方面,又给以一定考验时间,以鼓励其悔悟前非,待到考验期满,只要其符合有关考验条件,则可不再执行其财产刑。不符合考验条件时,再令其补缴罚金也不迟。而经过几年之后,多数原来尚未成年的犯罪人业已成年并从业,同时也就具备了领罚财力,刑罚的执行也因而有其最为基本的物质基础与保证。

4. 缓刑种类的单一

缓刑的种类,以其发生的时间来划分可分类为:平时缓刑与战时缓刑。以其缓刑的方式来分类可划分为:一般缓刑与震慑缓刑。我国之缓刑包括平时缓刑与战时缓刑,平时缓刑是相对于战时缓刑而言。相对于震慑缓刑而言,我国的平时缓刑与战时缓刑都可谓之为“一般缓刑”,其基本特征都是有条件地不予执行业已宣判的刑罚。

“震慑缓刑(shock probation)是美国混合型刑罚执行制度的一种。^②主要内容是:首先,在特定的时间内将被判处监禁的罪犯囚禁于矫正场所,使其接触囚禁生活的现实,感受囚禁生活的痛苦,从而在其内心产生震慑作用,以促进其矫正与回归社会。然后,法官在其以为需要长期服刑的时候突然给予其缓刑,中止刑罚执行,令其回到社区在缓刑官的监督下完成最后的刑期”。^③可见,与一般缓刑不同的是:震慑缓刑不是有条件地不执行刑罚,而是在受刑人服刑一定期间后,有条件地“中止刑罚的执行”。此类

① 考虑到被判罚金刑的未成年人对其罚金的执行,一般为其监护人或者家庭其他成员,所以,这里就此问题所指未成年人之领罚能力,包括其监护人或者自愿为其垫付的其他家庭成员欠缺领罚能力。

② 震慑缓刑(shock probation),我国有的学者也将之译为突击缓刑(参见[美]克莱门斯·巴特勒:《矫正导论》,中国人民公安大学出版社1991年版,第124页。)、休克型的缓刑(参见朱华荣主编:《各国刑法比较研究》,武汉出版社1995年版,第264页。)或震击缓刑(参见储槐植著:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第336页。)鉴于这一制度的主要目的在于通过将犯罪人监禁一段时间以达到震慑、矫正犯罪人、预防犯罪的目的,因此震慑缓刑更为贴切。

③ 同注。

缓刑可有条件地为我国所借鉴,但其更宜于对成年犯罪人适用。

以缓刑发生的阶段来划分,缓刑还可再分类为:缓诉、缓科和(狭义的)缓刑。缓诉指检察机关对有关涉嫌犯罪者有条件的不予起诉。鉴于“缓诉”其实“无刑可缓”,因而“缓诉”其实不是严格意义的“缓刑”。缓科又称刑罚宣告犹豫主义,指司法上对符合法定要件的被告人有条件地不予宣告刑罚。最狭义的缓刑,则为我国现行刑法上所规定的,司法上对符合有关法定要件的犯罪人有条件地不予执行所宣判刑罚的缓刑制度。可见,从缓刑的发生阶段看,我国的缓刑制度仅为最狭义的缓刑制度,其缓刑种类确也相对单一。从最有利于未成年人的成长看,我们比较赞同对初次涉嫌犯罪的我国未成年人,除狭义的缓刑适用外,还可适用有条件的缓诉。当然,其司法适用应以立法确认为前提。如此立法的好处,即可在事实上将前文谈到的不少通过司法分流出来的、涉嫌犯罪的未成年人通过“合法”途径分流到不予起诉或者暂缓起诉的行列,从而最大限度地防止既可关押、又可无关押的未成年人因被起诉而被关押、服刑。

(四)有关财产犯罪的起刑点问题

有关财产犯罪,特别是盗窃罪的起刑点,直接关系到未成年犯罪人之罪与非罪问题。据调查,未成年犯罪人中,以财产型犯罪居多,而在所有财产犯罪中,又以盗窃犯罪居多。所以,对有关财产型犯罪的起刑点探究,可以简约为对有关盗窃罪的起刑点探究。

众所周知,按照我国刑法的规定,盗窃罪以“数额较大”为行为达致犯罪程度的法定客观要件。而何谓“数额较大”是由司法来加以解释的。根据最高人民法院有关司法解释,各地对盗窃罪可有不同的起刑点规定。但就此问题,目前国内学者有不同意见,主要观点有三:(1)对盗窃罪,应当像西方国家那样,只要是盗窃,不问数额多少,一概定罪。因而,我国立法机关本来就毋须对盗窃罪等财产犯罪做出数额较大的立法要求。因为行为只要是盗窃,其行为的性质就应否定,国家就应予以谴责性法律评价。

(2)对盗窃罪,我国立法机关应当确立一定起刑点标准。但全国各地应当做出划一的数额标准。这样,才能彰显法律面前人人平等的原则。(3)对盗窃罪,不但我国立法机关应当作出一定数额要求,司法上还当根据各地经济发展的不同情况,制定出不同的起刑点标准来。对此三种意见,我们比较赞同第三种观点,主要理由是:

就第一种观点看,对“无论盗窃多少,在性质上都是盗窃,都应当作出否定性评价”的观点,我们并无异议。但是,就中国现有的物质经济、法治及其民俗文化看,对此否定性评价,又未必都宜于以刑事责任的方式来实现。这是因为:其一,中国目前的司法资源、执法资源的严重匮乏,使得我国根本不可能将所有的小偷小摸乃至其他数额低下的经济不法行为都纳入刑事司法系统。例如,将盗窃 5 元、诈骗 10 元钱、销售盗版光盘 1 张等等所有这些行为都纳入到我国刑事司法系统的话,我国现有的司法、执法系统恐不得不由强制负重“晕转”到爆膨、瘫痪。法律上层建筑必须受制于起码的物质经济基础,这是社会发展的客观规律。想人为地改变它,会反过来遭致社会规律惩罚的。其二,就中国的刑事法治文化及其民俗文化看,西方国家将许多一般违法行为界定成了犯罪行为,例如,超速驾驶,被美国有的州刑法规定为犯罪;不合格磅秤,在有的国家也属刑事犯罪。中国的刑事法治文化却是仅将一些相对严重的违法行为设定成刑事犯罪。据此,我们的犯罪圈小得多,犯罪的社会危害性也相应地严重得多。大约正是这种犯罪圈的小化与行为的性质和程度的严重化,酿就了国人对“犯罪人”的根深蒂固的(坏人)标签化心理。从而导致各类刑满释放人员出狱后,难免在成家立业过程中遭致种种困难和社会歧视。有鉴于此,将大批实施了轻微不法行为的人都界定成犯罪人并投诸监狱的做法既不可行,也有损公民的基本人权,因而殊不可取。实际上,我国现行法治系统所采取的将此类小偷小摸者,纳入到治安管理系统予以处罚的做法,还是可取的。

上述第二种观点主张对全国设定划一的数额标准,认为唯有这样,才符合法律面前人人平等的原则。对此,我们的观点是,法律面前人人平等,是指实质意义的平等而非形式上的平等。实际上,只要不否认目前全国各地经济发展不平衡,人们就不得不因地制宜地制定出不同的数额标准来。这是因为,经济发展的不平衡导致各地的物价水平、生活水平有高有低,有时差异还很大。特别是贫困山区与大中型工业城市,同样的货币数量,实际含金量大不相同,因而盗窃相同的钱物,在经济发展水平反差较大的地

方,其价值量、危害量也不同,相应地,行为人的主观恶性及其行为的社会危害性也有较大差异。根据我国《刑法》第5条所规定的罪责刑相适应原则,犯罪与刑罚其实是与行为人的主观恶性及其行为之社会危害性成正比的,有鉴于此,最高人民法院现在采取的在不同地区划出不同的数幅标准的做法,是符合实事求是、辩证唯物论的行事法则的。当然,各地应当采取什么样的标准,才能达致实质意义的“法律面前人人平等”,这不仅是一个法律问题,还是一个需做大量实证调研的课题。但这已不是本文题中之义,恕不申论。

在调查中,我们还发现,有的地方虽然可谓政治经济相对发达地区,起刑点仍然相对较低,以至于一些盗窃了数百元财物的未成年人可被轻易入罪。这样,即便此类未成年人因其未成年并盗窃数额低下等缘故,在其初犯时不会被判刑,但从“有罪必究”的角度出发,当其再犯时,他还是“有前科”的。加上我国目前有限的执法资源,使得被羁押在看守所的未成年嫌疑人,很难获得其应有的人格尊严,更不要说学习教育条件了。^⑩有鉴于此,我们主张,在经济相对发达地区,宜适度提高盗窃罪的起刑点,以将此类行为分流到由将来的类似于保安处分的、《违法行为矫治法》或者而今的《治安管理处罚法》来调控和处理。^⑪

(五) 针对未成年人的刑事前科报告免除制度和前科消灭制度

我国《刑法》第100条规定了刑事前科报告制度,即“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒”。实事求是地说,这一规定对于军队及其招工单位了解有关情况,以便甄别、筛选人才,确有相当便宜之处。但是,这也从另一侧面反映了刑满释放人员在我国就业的艰难及社会对犯罪人的标签性歧视。

然而,这便宜之处仅仅是相对于国家、社会而言,对未成年人自身的人格尊严及其此后的矫治与成长而言,此类刑事前科报告制度于他们又未必相宜。毕竟这样的报告于未成年人而言,不仅仅是就业、入伍的困难甚至根本不可能,还很可能导致其求学、成家的困难。在长期身处窘迫困境并失却社会关爱的情况下,一天天长大的未成年人,不但难以健康发展、难以真正融入社会,反而可能定型化其原本潜伏于内心深处的反社会心理。显然,从整体看,此一规定对涉世未深的青少年而言,弊大于利。就规范上讲,如此规定也不符合《联合国儿童权利公约》所规定的、对儿童的最大利益原则;从纯功利主义的角度讲,这也难以卓有成效地起到纠正那些误入歧途的未成年犯罪人之偏常人格甚或反社会心理的作用。有鉴于此,我们认为,起码对未成年人而言,我国立法机关宜于废除现行《刑法》第100条所规定的刑事前科报告制度。在制度设计上,《刑法》可在第100条的规定之后,紧加一句免除未成年犯罪人的刑事前科报告的“除外规定”,即:“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。但刑事犯罪时不满18周岁的人除外。”

在此基础上,我国立法机关还宜针对未成年人的犯罪情况,进一步地制定出针对未成年人的刑事前科消灭制度。我们知道,取消刑事前科又被称之为取消“刑事污点”,“也称前科的后遗效果消灭”,是指当曾经受过有罪宣告或者被判处刑罚的人具备一定的条件时,注消其有罪宣告,或者罪及刑记录,使其犯罪历史从个人档案中消失,视同没有受过刑事处罚的制度。^⑫实际上,就当今世界各国的立法例来看,为数不少的国家有此刑事前科消灭制度。例如,《俄罗斯刑法》、《瑞士联邦刑法》、《德国刑法》等都有

⑩ 有的学者主张,法律仅应保护那些守法公民,而不能针对那些实施了不法、甚至犯罪行为的人而言。对此,我们不以为然。显然,无论是宪法法定的人权保障条款,还是其他有关人身权利保障条款,都是针对所有公民甚至所有在该国境内的人而言,依法被剥夺有关权利的人,在被剥夺权利之外的其他权利,都应得到法律保障。特别是有关人格尊严、有关人身权利保障规范,对处于弱势的犯罪嫌疑人或受刑人而言,更不能轻忽。因为,我国法律并不因犯罪而剥夺任何中国公民的“公民籍”,更不剥夺任何地球人之“人籍”,有鉴于此,根据《联合国人权宣言》、《公民权利与政治权利国际公约》以及我国《宪法》的规定,除刑罚及其他相关法律惩罚或者限制外,任何人之人格尊严权、人身权,在任何时候均应当获得其所在国或者其“国籍国”法律的一体保护。

⑪ 据报载,我国立法机关已将《违法行为矫治法》列入未来5年的立法规划。新出台的《违法行为矫治法》将以规范的、类似于西方国家的保安处分的矫治处分取代而今的劳动教养措施等等。

⑫ 牛忠志、姚桂芳:《中外少年刑法若干问题比较研究》,《政法论丛》2004年第6期,第48—54页。

此规定。^①

我国《刑法》第 65 条规定了累犯制度。按照该条的规定,凡是前科为被判有期徒刑以上刑罚的人,在刑罚执行完毕或者赦免以后,在 5 年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,构成累犯。而对累犯,刑法规定“应当从重处罚”。此外,按照我国《刑法》第 74 条的规定,对于累犯,还不得适用缓刑。由此可见,保留前科,不仅仅是档案史上的污点在案,还存在实质上的、可能致人于更重的刑事处罚的问题。惟其如此,消灭前科,即便不是每一位犯罪人所企望的,也是绝大多数犯罪人所期盼的,未成年人犯罪人更是如此。

如前所述,由于我国现有的执法资源及其他矫治条件的局限,加之整个社会对刑满释放人员在生活、就业、学习条件等方面的更生保护力度相对较差,导致了未成年人再犯率的居高不下,对此等未成年人,社会本应赋予更多的社会观照和更生保护,包括刑罚矫治。但是,实践表明,刑罚的有效性与严厉性未必成正比。特别对于青少年犯而言,国家刑罚对他们的惩罚并不是目的,为其今后之新生铺垫出基本的出路才是上策。因而,教育与矫治其病理的人格和身心,才是国家刑罚的目的。有鉴于此,建议国家立法机关,针对未成年犯罪人设置“有条件的刑事前科消灭制度”。这样,对那些一心指望决绝旧日之混沌、但求新生的未成年人而言,刑事前科的消灭,必定会折射出揩释其历史污渍的希望之光,从而励其自戒自律,以重塑自己的崭新未来与明天。

Abstract: Empirical research in Yunnan province discloses various problems in application of punishment on juvenile delinquent, e. g. overuse of imprisonment, low rate of probation and inappropriate regional discrimination and absence of legislative confirmation of judicial diversion. Causes can be simply classified into three categories: legislative cause such as rigidity in relative provisions, judicial one such as burden of police in charge of surveillance is too heavy to effectively fulfill its duty and regional one such as too much emphasis on deterrence of punishment. Therefore, countermeasures should be taken accordingly both in legislation and justice, e. g. to provide principles of punishment favorable to juvenile delinquent and criminal systems proven effective abroad such as abolition of crime record, perfect mechanisms in juvenile justice in order to extend application of systems such as probation and take steps to strengthen cooperation among related bureaus and eliminate regional discrimination.

Key words: juvenile delinquent; application of punishment; judicial diversion; reform of principles of punishment

^① 例如,《德国少年法院法》第 97 条就规定,在刑罚执行完毕后两年或刑罚被免除后,少年法官确信,被判刑少年的行为无可挑剔,证实已具备正派品行时,少年法官可依其职权或经被判刑少年、其监护人或法定代理人的申请,宣布消除前科记录。转引自牛忠志、姚桂芳:《中外少年刑法若干问题比较研究》,《政法论丛》2004 年第 6 期,第 48—54 页。