



未成年人刑事犯罪司法解释之评析

李翔

“教育为主，惩罚为辅”的原则既是我国司法审判中对于审理未成年人刑事案件的一项基本原则，也是我国关于未成年人立法的一项基本原则，更是我国基本刑事政策——惩办与宽大相结合——的重要内容，历来受到立法和司法的重视，也广为刑法理论界所张扬。从上个世纪80年代末至今，专门针对未成年人保护与犯罪的立法、司法解释共出台11件，无一不强调这一原则，或明确规定，或通过具体条文规定体现这一精神。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》（以下简称《解释》）已经于2006年1月23日起施行，该《解释》也不例外，在开篇即重申了这一针对未成年人犯罪特有的原则。从《解释》的总体内容上看，笔者认为，它体现了对未成年人行为性质评价的出罪化和犯罪处罚的轻缓化的基本精神，在此精神指导下，《解释》具体内容也无不体现了“教育为主、惩罚为辅”的基本原则，例如，关于未成年人出罪化标准的降低，①有利于未成年被告人刑事推定（这里既包含了刑事程序中证据上的无罪推定原则，又包含了刑事实体法中内容的推定——犯罪主体）②的明确化，未成年人犯罪后处理的轻缓化。③

从《解释》的具体规定上来看，它主要来源于最高人民法院1995年5月2日颁布的《关于办理未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“1995年解释”）。最高人民法院在“1995年解释”的基础上，总结了近年来我国关于未成年人犯罪的刑事法律适用中出现的问题，并结合了我国司法实践中关于未成年人犯罪刑事案件审判的经验，参照了其他相关司法解释的内容，从而制定了该《解释》。应该说，该《解释》基本上可以在原来相关司法解释甚至立法中都可以找到影子。但《解释》一出台，即遭到了某些方面的批评。①当然，也有从刑法理性主义出发，对上述批评持相反意见的，尤其是针对《解释》的第6条规定，在理论上对批评给予了回应。②从当前批评的内容上来分析，笔者以为，感性的因素所占成分更大些，对刑法的解释存在某种程度上的误读，缺乏理性的分析。

一、对几个争议条款的理性分析

目前对《解释》中争议的内容主要集中在以下几个方面：第一，《解释》第6条关于未成年人强奸行为尤其是针对被害人是14周岁以下幼女的性行为性质的认定问题；第二，《解释》第7条、第8条关于未成年人“强索”行为性质的认定问题；第三，《解释》第9条关于未成年人盗窃尤其是盗窃亲属财物行为性质的认定问题。

（一）解释基本立场的选择

关于刑法解释基本立场的观点大体可分为三种。第一种是强调探寻立法原意的解释立场，该种解释也被称为主观主义解释论，该种立场尊重刑法文本主义，崇尚立法权威，限制

甚至排除法官自由裁量权。该种解释论因其重视形式的规范性，所以又被称为形式主义解释论；第二种则强调探寻存在于刑法内部或者刑法自身的合理意思以适应社会的发展变化，强调符合社会现实需要，所以该种解释论也被称为实质解释论、客观解释论。此外，还有折衷主义的解释论，强调刚刚公布的条款以主观解释论为立场，而对于公布施行较久的条款，由于社会的发展变迁，则需要客观解释论的补充。对上述三种解释立场的优劣不是本文分析的重点，笔者只是在此提出应适用实质解释论的基本立场，并且在下文对《解释》内容的阐述均是以实质解释论作为出发点和归宿的。尽管上述解释论都是针对刑法条款本身解释所需要的，但是，笔者以为，对于“司法解释”（有权解释）仍然需要解释，因为对于同样具有普适性的有权解释，面对千差万别的社会矛盾冲突时，必须要有合理的解释。要解释，就要有立场，要有一以贯之的基本立场。笔者不赞同那种在这个问题上采用这种立场、这种方法论，在另外一个问题上却又采用另外一种立场、另外一种解释论的“东一榔头，西一棒”的做法，否则，各种矛盾会充斥其中。当前对《解释》的批评者也正在犯着这种错误。刑事立法者和司法解释的制定者总是以追求正义、合理为其价值取向的，不会更不可能去制定一部所谓的“恶法”，所以，笔者赞同以下的提法：“刑事立法是将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应，从而形成刑法规范，撇开技术细节，当今立法者不可能设立不合理、不妥当的刑法规范。所以，解释者要以善意解释刑法，而不能像批评家一样，总是用批判的眼光对待刑法。”^③更何况当前对《解释》的批评在某种程度上，与其说是法律上的批判，倒不如说是非理性的情感发泄。法理逻辑的分析被让位给了直觉判断。所谓理性的分析，要求评论者必须摆脱自身的因素，把被评论的对象放入到“公共利益”当中来，据此，笔者试对《解释》中几个具体争议的问题作出如下分析。

（二）具体问题的理性分析

1. 关于未成年人强奸行为尤其是针对被害人是14周岁以下幼女的性行为性质的认定问题

《解释》第6条规定，已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性行为，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。对于这一条的批评主要集中在两个方面，第一，《解释》中使用“偶尔”一词，有失刑法（解释）表述的严谨性，且缺乏可操作性；第二，会助长未成年人犯罪趋势，使幼女权利和身心健康得不到有力的保护，违背公共利益政策。

笔者认为，上述指责不无道理，但是，也不必夸大其词，《解释》的出台，不会导致对幼女保护不力的问题。首先，如前文所述，《解释》的出台，是站在对未成年人行为性质的出罪化和犯罪后处罚的轻缓化的刑事政策的基本立场上的。关于这一点，已无需赘述。其次，对“偶尔”一词的正确理解。无论是刑法条文还是司法解释都必须通过文字表述出来，但是，笔者坚决反对那种教条式的从文字的含义去理解刑法中用语的做法。正如有学者指出的那样，“因为文字的多义性、变化性以及边缘意义的模糊性等特点，决定了单纯根据文字的字面含义对刑法条文进行解释时，不能准确揭示刑法条文的真实含义。”^①“偶尔”，从字面含义上解释，可以理解为每间隔一段时间。但是，从实质的刑法解释论出发，我们绝对不能把那种多次间隔性的与幼女发生性行为的未成年人排除在犯罪之外，这也是从保护幼女身心健康的公共政策出发所得出的结论。所以，这里的“偶尔”与其理解为与时间间隔相关联的时间性概念，不如理解为“次数”上的概念。而且，这里的“偶尔性行为”也应该排除了“暴力、胁迫或者其他手段”行为，也就是说，即使未成年人偶尔与幼女发生了性行为，如果采用了“暴力、胁迫或者其他手段”，违背幼女意愿，仍然要以强奸罪定罪处罚。而不能作“偶尔”使用了“暴力、胁迫或者其他手段”与幼女发生性行为也“不认为是犯罪”的解释。这也与2003年最高人民法院《关于行为人明知是不满14周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》中规定的“双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪”内容是一脉相承的。再次，关于对幼女保护的公共政策问题。

笔者认为，这里涉及到一个“保护幼女的公共政策和个案”的关系问题。立法中的规定可以说和保护幼女这一整体弱势群体的公共政策是吻合的，但是我们在追究某人刑事责任的时候并不仅仅是看行为人在事实上所给社会关系所造成的损害(对幼女造成的伤害)，还应当看行为人的主观罪过。尽管从立法上看，与幼女发生性行为所成立的强奸罪并不要求以“暴力、胁迫或其他手段”，也就是说，推定该行为是违背幼女的意志的——因为幼女的认识因素和意志因素的局限性——而在解释中又将幼女“自愿”作为出罪化的条件，这似乎存在某种不可调和的矛盾。但是，未成年人个体的保护应当是公平的，我们不仅要保护未成年幼女，同时也要保护未成年男孩，在司法实践的案例中确实存在男女孩早恋早熟且双方一时因生理冲动自愿发生了性行为的情况。在这种情况下，未成年人的“罪过”形式表现在哪里？那种强烈反对《解释》的观点还能成立吗？如果这样也要定罪，主客观相统一的刑法怎么贯彻？最后，《解释》中“偶尔”发生性行为还被“情节轻微、未造成严重后果的”条件所限制。所以，对那些“恶少”逃脱法律的惩处的担心是没有必要的。

2. 关于未成年人“强索”行为性质的认定问题

《解释》第7条规定，已满14周岁不满16周岁的人使用轻微暴力或者威胁，强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大，且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的，不认为是犯罪。已满16周岁不满18周岁的人具有前款规定情形的，一般也不认为是犯罪。关于未成年人“强索”类案件刑法适用问题由来已久且悬而未决。这次《解释》引起争议之处在于解读者并未能真正合理地对其进行解读。该条规定并未将所有的“强索”行为都排除在犯罪之外。未成年人“强索”类案件不是一般意义上的由未成年人实施的某些财产犯罪的简单归类，从某种意义上说它属于犯罪学意义上的一种犯罪类型，有其自身特点，比较突出地体现在以下两方面：首先在于被害人群体的特殊性；其次在于犯罪主体的特殊性。“强索”，顾名思义，即强行索要，也就是说，在被害人非自愿交付财物的情况下，行为人采用暴力、威吓等手段，强行索要一定数额的财物。总的说来，未成年人“强索”财物行为有如下几方面的特征：第一，违背他人意志；第二，行为方式表现为使用暴力、威吓等手段；第三，行为动机的多样性。对于未成年人“强索”类刑事案件，可能会涉嫌以下几种罪名，即敲诈勒索罪、抢劫罪和寻衅滋事罪。笔者认为，要结合案件进行具体分析，即符合哪种罪的犯罪构成，就应当以哪一种罪名来定罪量刑。应该说，未成年人“强索”财物行为的客观表现都是“强拿硬要”，违背被害人意志强行索要财物，之所以产生定性上的差异，一部分被认定为抢劫罪，一部分被认定为寻衅滋事罪，还有一部分被认定为敲诈勒索罪，是由于行为人主观罪过的内容以及侵害手段、后果的差异所造成的。例如，寻衅滋事罪，虽然行为人也有通过非法手段获取他人财物的目的，但主要还是寻求精神刺激、争强逞霸或者泄愤报复等，所以在实践中，抢劫者多会选择作案时间、地点，而寻衅滋事者则无所顾忌，并不考虑场所、时间对自己是否有利。^①此外，在我国刑法中，抢劫罪的暴力、威胁手段虽无明确的程度限制，但一般较寻衅滋事罪重，如果行为人的暴力手段有所节制，也未使用凶器，最终强索的财物总额不大，就不宜以抢劫罪论处，而可以寻衅滋事罪定罪处罚。所以，《解释》第7条第2款也规定：“已满16周岁不满18周岁的人出于以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚。”《解释》的上述规定，正是考虑到了未成年人“强索”类案件的复杂性和多变性的特点。

3. 关于未成年人盗窃尤其是盗窃近亲属财物行为性质的认定问题

《解释》第9条对该行为性质的界定进行了规定。^②反对者认为，司法解释突破性地把未成年人盗窃近亲属财物的行为，规定为告诉才处理案件，即把原本属于国家公诉机关行使的求刑权交给了被害人，这可能会导致个人利益与国家利益的矛盾和冲突。还有论者从教条的

罪刑法定主义出发认为，认为从《刑法》第264条的规定来看，盗窃罪的主体是一般主体，并未将近亲属排除在外，偷拿家里的或近亲属财物的行为即使符合刑法所规定的构成要件也不以犯罪论处的处理原则，实质上是对刑法所规定的盗窃罪构成要件进行修改。笔者认为，上述观点均不能成立。不要说是未成年人盗窃近亲属的财物，即使行为主体是成年人，近亲属之间盗窃财物案件设计为“告诉才处理”也更为合理。

1979年《刑法》中没有规定亲属之间盗窃行为如何定罪量刑的问题，但是在司法解释中有过相关的规定。最早涉及此问题的在1984年11月2日“两高”《关于当前办理盗窃案件中具体问题应用法律的若干问题的解答》，该《解答》第4条第2项规定：“处理具体案件时，要注意具体分析……”，“要把偷窃自己家里或者近亲属的，同在社会上作案的加以区别。”1985年最高人民检察院《关于在办理盗窃案件中如何理解和处理“自家”或近亲属财物的批复》中也专门对相关的法律适用问题进行了解释。1992年12月11日“两高”《关于当前办理盗窃案件中具体问题应用法律的若干问题的解释》第1条第5项规定：“盗窃自己家里的财物或者近亲属的财物一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，在处理时也应同在社会上作案有所区别。”1997年《刑法》仍然没有对亲属间盗窃案件进行规定，但是1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中第1条第4项规定：“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与社会上作案的有所区别。”

首先，从世界各国和地区的刑事立法情况来看，对于亲属间相窃的行为主要是通过“告诉才处理”的原则来启动刑事程序。例如，《德国刑法典》第247条(家属成员间的盗窃)规定：“盗窃或侵占家属、监护人、照料人的财物，或者被害人与行为人同居一室的，告诉乃论。”《日本刑法典》第244条规定：“配偶、直系血亲或者同居的亲属之间犯第235条之罪、第235条之二之罪或者这些罪的未遂罪的，免除刑罚”(《日本刑法典》第235条规定，窃取他人财物的，是盗窃罪，处10年以下惩役——笔者注)。“前项规定的亲属以外的亲属之间，犯前项规定之罪的，告诉的才能提起公诉”。“对于非亲属的共犯，不适用前两项的规定”。《法国刑法典》第311~312条规定：“进行盗窃属于下列情形的，不得引起刑事追究：(1)盗窃尊、卑直系亲属之财物；(2)盗窃配偶之财物，但夫妻已经分居或者允许分别居住之情况除外。”《意大利刑法典》第625条也对窃取共有物的处罚(2年以下有期徒刑或者4万至40万里拉罚金)相对轻于一般盗窃(3年以下有期徒刑和6万至100万里拉罚金)。《瑞士联邦刑法典》第139条第4项规定：“盗窃亲属或家庭成员财物的，告诉乃论。”《澳门刑法典》第203条规定：“如在第197条、第199条第1款、第200条及第202条所规定之情况中出现下列情形，则非经自诉不得进行刑事程序：a)行为人系被害人配偶、直系血亲尊亲属或直系血亲卑亲属、收养被害人之人或被害人收养之人、被害人二亲等内之血亲或姻亲，又或与被害人在类似配偶状况下共同生活；或b)……。”我国台湾地区“刑法”也规定：配偶、直系血亲或者同居的亲属之间犯盗窃罪的，免除刑罚；前项亲属或者其他五等内血亲或者三等内姻亲之间犯盗窃罪的，须告诉乃论。这些立法的规定，都是将刑事程序的启动权交给了被害人，反映了行为人和被害人关系的特殊性。

其次，对于追究刑事责任范围的界定。基于人类社会道德伦理的普遍性与共通性，世界上多数国家对于亲属间相窃行为都规定了特殊的处理原则，但在以下两方面又有所区别：(1)在亲属范围的界定上各国有四种类型：①限于配偶；②包括各色亲属和共同生活者；③包括亲属、共同生活者和监护人；④依亲疏关系分为两类，第①类比第②类处理更宽。(2)在具体处理上各国也有三种不同的方式：①采用自诉原则；②不予定罪或免除处罚；③自诉原则加免除处罚。①1984年，最高人民检察院《关于在严厉打击刑事犯罪中具体应用法律的若干问题的答复》中指出：“处理具体案件时，要注意具体分析，区别对待，要把偷窃自己家里或

近亲属的同一社会工作的加以区别。”1985年最高人民检察院《关于在办理盗窃案件中如何理解和处理“自家”或近亲属财物的批复》进一步明确：所谓“近亲属”，是指夫妻、父母、子女、同胞兄弟姐妹。对于偷窃近亲属的财物，应包括已分居生活的近亲属的财物；偷窃自己家的财物，既包括偷窃共同生活的近亲属的财物，也包括共同生活的其他非近亲属的财物。我国刑法规定告诉才处理的包括侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待、侵占等五个罪名，其中大多涉及亲属、朋友、熟人关系的犯罪行为。司法实践证明，对于这些发生在特定范围内的侵害行为，将启动刑事诉讼的权利授予被害人行使，有利于化解矛盾，维护家庭和社会的稳定。司法解释所指“确有追究刑事责任必要”的亲属相窃行为，往往情节严重、性质恶劣，所以，被害人才坚持要求司法机关严肃处理。从维护家庭、社会稳定，尊重受害人感情以及诉讼经济的角度出发，将近亲属相窃规定为告诉才处理比较妥当。即“盗窃近亲属财物的，告诉才处理”。对未成年人的这类案件，基于本文开篇所指出的刑事政策的立场，将其设置为告诉才处理案件应当是合理可行的。当然，并不是所有未成年人盗窃亲属财物的行为都不认为是犯罪，在以下几种情况下，应当追究刑事责任：(1)家庭成员勾结外人盗窃家庭财产的。(2)行为人既盗窃公私财物，又盗窃自己家庭内或近亲属财物的。(3)盗窃数额巨大或者有其他严重情节的，且其他家庭成员坚持要求追究刑事责任的。(4)盗窃属于家庭中代管的或近亲属保管的公私财物的。(5)其他需要追究刑事责任的。

二、《解释》尚需要完善的内容

《解释》第10条规定了两款内容，分别是：(1)已满14周岁不满16周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。(2)已满16周岁不满18周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照《刑法》第269条的规定定罪处罚；情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚。从第1款内容上看，《刑法》第17条第2款规定的相对负刑事责任年龄段的未成年人对转化抢劫的行为是不承担刑事责任的。关于这一点，得到了部分学者的认同，①这似有可商榷之处。笔者认为，对于上述情形，应当定抢劫罪。

首先，关于《刑法》第269条规定的转化犯的前提，笔者认为其中的“盗窃、诈骗和抢夺”应认定为行为而不是罪名，因为1988年3月16日“两高”《关于如何适用刑法第153条的批复》中指出，“在司法实践中，有的被告人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，虽未达到‘数额较大’，但为窝藏赃物、抗拒逮捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节严重的，可按照《刑法》第153条的规定，依照《刑法》第150条抢劫罪处罚。”②

其次，关于转化犯中包含了故意杀人、故意伤害(致人重伤或者死亡)的行为，相对负刑事责任年龄的未成年人应当承担刑事责任。根据2002年7月24日全国人大常委会法工委《关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》(以下简称《答复意见》)规定：《刑法》第17条第2款规定的八种犯罪，是指具体犯罪行为而不是指具体的罪名；对于《刑法》第17条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任，而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任。符合上述适例的有：《刑法》第238条第2款规定的非法拘禁“使用暴力致人伤残、死亡的”，第292条第2款“聚众斗殴，致人重伤、死亡的”。同理，可以认为，《刑法》第17条第2款规定的“抢劫”也应当包括刑法中所有抢劫行为，这就包括了《刑法》第269条之规定以及《刑法》第267条第2款之规定。所以，《解释》完全没有必要而且也不应该作上述年龄段上的区分。

再次，根据《答复意见》的精神，如果已满14周岁不满16周岁的未成年人实施了《刑法》第240条第3款、第385条第4款规定的行为的，应当定强奸罪而不能定拐卖妇女罪和强迫卖淫罪。其实，之所以可以这样定罪，是因为这些行为本来就是数罪，可以分别单独评价，

这时候立法者将本来是数罪的行为规定为一罪，而《刑法》第17条第2款又没有规定已满14周岁未满16周岁的人可以对拐卖妇女罪和强迫卖淫罪承担刑事责任，所以，只能折衷选择其中已经被规定为要承担刑事责任的犯罪来定罪量刑。而对于抢劫罪而言，既然《刑法》第17条第2款已经被规定为承担刑事责任的范围，那么就能对其进行处罚。进而，就更不能将抢劫过程中致被害人死亡或者重伤的抢劫行为作为故意杀人罪或者故意伤害(致人重伤或者死亡)罪来定罪量刑。所以，《解释》中关于这一问题的规定与1997年《刑法》第263条的规定以及2001年5月22日最高人民法院《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》中的内容也是相冲突和矛盾的。

三、余论

根据有关部门的数据显示，从全国来看，2002年，我国未成年人犯罪案件占全国刑事犯罪案件总数的7%左右；2003年，这一数字上升至7.9%，也就是说，仅仅一年，犯罪的未成年人就增加了8000多人；而从广东省来看，2002至2004年批准逮捕的未成年犯罪嫌疑人占到总数的8.62%，而被起诉的则占总数的7.11%。并且，在未成年罪犯中，低龄化趋势加剧，初犯年龄提前。^①这些数据是不应该被我们忽视的事实，因此，有人认为：“如何教导和训诫这部分未成年人，成为社会面对的新课题，而原有法律发挥此能动性的效果已经不足以满足社会需要，所以在立法上应该有新的突破。”^②对于未成年人的保护是全社会的问题，未成年人的成长关系到我们的国家、民族的未来。刑法不是用来说服教育的，刑法的属性中也不应该过多地包含说服教育的内容，说服教育的任务应留给其他的社会角色来承担。虽然刑法的作用是有限的，过分依赖刑罚的社会也不是和谐社会的表征，但是面对未成年人犯罪在近年来愈演愈烈的势头，笔者认为，既要保护陷入迷途的这部分未成年人的利益，也不应以较高的社会风险成本作为代价。宽容，应是和谐社会的当然内容，但是，社会的宽容——即使是对未成年人的宽容，也是应当有底线的，否则，宽容会变成纵容。当然，一个文明的国度，不应丧失对未成年罪犯教育、挽救的信心，不应扩大对未成年人危害社会行为的刑事惩罚，但是面对社会转型时期的我国目前治安形势，本文的上述观点寄希望能成为引玉之砖。

(作者系华东政法学院副教授、法学博士)

更新日期：2006-12-22

阅读次数：558

上篇文章：由“有法难依”到“有法必依”（最新修订）

下篇文章：渎职罪主体解释回顾及立法建言

 打印 |  关闭

 TOP