

从刑罚论视角看刑事责任年龄的修正根据与适用

李川

内容提要:由于刑事责任年龄的本质不明确,关于其修正存在下调说、维系说与个别例外说的不同观点。刑事责任年龄的设定根据由刑事责任的性质与定位所决定,应具有罪责与刑罚适应性的双重属性。刑事责任年龄下调说与个别例外说的争论是心理责任论与规范责任论关于罪责的争论;而下调说与维系说的争论体现的是罪责论与刑罚论的观点冲突。如若《刑法修正案(十一)》对刑事责任年龄的修正过于强调其罪责属性就会产生认识局限,亟需基于刑罚论进行必要的审视。从刑罚论的视角看,刑事责任年龄的新修正符合未成年人司法的刑罚目的需求、刑罚适应能力以及刑罚必要性三方面的根据。进一步以刑罚论审视刑事责任年龄修正规定的具体适用,应以刑罚目的与刑罚必要性原理判断罪行与情节条件,并以刑罚目的与适应能力等原理为司法机关的审批提供实质判断标准。

关键词:刑法修正案 刑事责任年龄 罪责论 刑罚适应性

李川,东南大学法学院教授。

2020年12月26日通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(下称“《刑法修正案(十一)》”)第1条第3款及时回应社会对刑事责任年龄的关注,平衡各方立场对刑事责任年龄下限作出谨慎调整:新增规定12-14周岁的行为人可以承担刑事责任,但同时附加了严格的罪行情节条件及司法审批程序,规定只有“犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣,经最高人民检察院核准追诉的,应当负刑事责任”,由此形成了有限的实体条件与弹性程序审批相结合的审慎规定。即便如此,规定出台之后依然讼争不断,对弹性降低刑事责任年龄的做法各有臧否。面对众说纷纭,究竟该如何评价刑事责任年龄的最新修改?要想准确回答这一问题,首先需要解决的关键问题是:刑事责任年龄究竟在刑法上的性质与定位为何?刑事责任年龄究竟是罪责决定因素还是刑罚决定因素,究竟是犯罪论层面的有责性问题还是刑罚论层面的刑罚适当性问题?这一根本定性决定了刑事责任年龄应该采取的设定依据与具体的适用思路,也是判别诸种观点论争的前提根据。

一 刑事责任年龄的争议:刑法本质失焦下的无解之题

《刑法修正案(十一)》出台前后,对法定刑事责任年龄的争议观点主要体现为如下三种:一是下调说,认为刑法对14周岁的刑事责任年龄下限可以统一适度降低,以应对低龄重罪未成年人不负刑事责任的难题;^[1]二是维系说,认为14周岁刑事责任年龄的规定能够满足对未成年人刑事责任认定的需要,对罪错未成年人坚持保护处分对策就可以实现有效预防,14周岁刑事责任年龄下限不需要改变;^[2]三是个别例外说,认为应对未达刑事责任年龄的低龄重罪未成年人从刑罚论层面适度追究责任,但不应直接普遍地下调刑事责任年龄,而应该借鉴国外恶意补足年龄的规则,允许在个案中对未达刑事责任年龄但实施严重犯罪行为的未成年人例外地追究刑事责任。^[3]此三种观点之所以形成各自论述的局面,关键在于对刑事责任年龄的刑法本质认识不一。

首先,支持降低刑事责任年龄的下调说主要分为应报说与罪责能力低龄具备说两种观点,这两种观点在对刑事责任年龄本质的考量问题上存在较大差异。一方面,应报说基于被害人视角要求对低龄重罪未成年人追究刑事责任,其理由并不在于罪错未成年人辨认能力与控制能力是否具备或其能否被有效教育矫治,而是从惩罚低龄重罪未成年人以维护被害人或社会的应报正义立场出发,将惩罚低龄重罪未成年人作为社会道义上的正义主张,^[4]由此产生了下调刑事责任年龄的要求。这就与刑事责任年龄在刑法上本应考量的行为人责任能力判断问题无甚关联,从而脱离了对刑事责任年龄的刑法本质考量。过于主张应报论的后果使得刑事责任年龄的确定脱离了行为有责性判断的刑法犯罪构成基本语境,违反了刑法责任主义的基本逻辑。例如,到底是下降到12周岁还是10周岁以实现应报?不考虑行为人刑事责任能力,就会缺乏说服力,从而容易付诸道德判断与感性评价。另一方面,罪责能力低龄具备说则认为,随着时代的发展,“儿童生理和心理状况的成熟也加快,其辨认和控制能力也有较大的提高”,^[5]低于14周岁一两岁的未成年人已经通常具备了实施严重犯罪的行为能力,因此刑事责任年龄应适当下调。这一论点将刑事责任年龄的下调依据回归到罪责能力的判断立场,暗含着刑事责任年龄本质就是刑法罪责能力判断的基本观点。刑法罪责能力就是指行为人辨认与控制其刑法上不法行为的能力,是犯罪构成要素之一,通常随着未成年人向成年人的发展而逐渐成熟。罪责能力低龄具备说所认为的具备辨认与控制能力的低龄化就是指具备罪责能力的低龄化,其立论的基本前提就是认为刑事责任年龄即罪责能力年龄,进而从未成年人年龄发展影响罪责能力的角度认为具备罪责能力的年龄已经显著下降,从而得出下调刑事责任年龄的结

[1] 参见张建军:《我国刑事责任年龄之检视》,《政法学刊》2007年第4期,第23页。

[2] 参见林清红:《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》,《青少年犯罪问题》2016年第1期,第30页。

[3] 参见郭大磊:《未成年人犯罪低龄化问题之应对——以“恶意补足年龄”规则为借鉴》,《青年研究》2016年第6期,第55-56页。

[4] 参见孙振江:《对我国刑法关于刑事责任年龄下限规定的探析》,《理论界》2009年第11期,第75页。

[5] 张寒玉、王英:《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》,《青少年犯罪问题》2016年第1期,第17页。

论。综上,即便同样主张下调刑事责任年龄,应报说与罪责能力低龄具备说在对刑事责任年龄本质的考量上也存在根本不同,前者认为刑事责任年龄本质上是一种超越刑法的应报必要性,而后者则认为刑事责任年龄本质上是基于年龄的罪责能力判断。

其次,维系说按照其依据的不同也可以分为未成年人保护说与刑罚适应能力说两种观点,但这两种观点也存在着对刑事责任年龄本质的不同看法。一方面,未成年人保护说从“恤幼”角度,认为对未成年人追究刑事责任必然存在社会排斥等负面影响,因此强调对未成年人尽量不追究刑事责任,而主要通过非刑罚的教育保护措施来挽救重罪低龄未成年人,因此没有必要下调刑事责任年龄。^[6] 这种观点将刑事责任年龄的本质意义与未成年人保护需求联系起来,有其保护未成年人的合理价值。但问题在于,未成年人保护原则具有社会规范原则固有的宽泛性与模糊性,难以直接用来作为解释刑事责任年龄的本质依据。^[7] 另一方面,刑罚适应能力说认为,刑罚适应能力随着未成年人年龄增长而逐渐具备,过于低龄的未成年人由于刑罚适应能力的不足,无法理解刑罚的意义,既不可能受到威慑也无法得到有效的教育矫治。降低刑事责任年龄,将不具备刑罚适应能力的重罪低龄未成年人入罪惩罚并无法实现刑罚目的,因而是一种无效做法。^[8] 该观点将刑事责任年龄本质视为对刑罚适应能力的判断,与罪责能力低龄具备说将刑事责任年龄本质视为犯罪能力的判断截然不同,二者分别是基于刑罚论与犯罪论而形成的不同认识,逻辑观点互不交集。由此,基于刑罚适应能力说的刑事责任年龄维系主张与基于罪责能力低龄具备说的刑事责任年龄下调主张就形成了各说各话的局面。

最后,个别例外说在基本原理上对刑事责任年龄本质的认识与下调说及维系说更是存在显著差异。个别例外说是建立在借鉴国外“恶意补足年龄”规则的基础上,与“恶意补足年龄”的原理相通。首先将刑事责任年龄界定为罪责能力的判断标准——这一认识与罪责能力低龄具备说的罪责能力认识观念部分相同,但其进而认为对罪责能力判断进行规范推定的观点,不仅有不符合客观事实的缺陷,而且以此为由,允许个别例外地追究未达刑事责任年龄但恶意较大的未成年人的罪责。^[9] “恶意补足年龄”体现了英美法系基于事实理性的判例法思维方式,受其影响的个别例外说同样立基于事实理性,对不完全符合事实判断的刑事责任年龄的规范推定持反对意见,认为“一旦立法者没有及时地、准确地把握事实年龄,那么这种偏差就很可能产生制度上的风险:或者因为拟制年龄较之事实年龄过高而导致放纵未成年人犯罪,或者由于拟制年龄较之事实年龄过低而侵犯未成年人的合法权益”。^[10] 这种反对规范推定的事实理性观点首先强调了对法定主义的排

[6] 参见曾粤兴、倪传洲:《伦理视野下的未成年人刑事责任年龄刍议》,《河南警察学院学报》2017年第1期,第68页。

[7] 参见王慧玲、谭细龙:《矫治罪错行为,预防未成年人犯罪的一条重要途径》,《中国教育学刊》2004年第10期,第37页。

[8] 参见皮艺军:《十四期寄语——生物本能与少年越轨》,《青少年犯罪问题》2013年第2期,第112页。

[9] 参见陈伟、熊波:《校园暴力低龄化防控的刑法学省思——以“恶意补足年龄”规则为切入点》,《中国青年社会科学》2017年第5期,第97页。

[10] 张拓:《最低刑事责任年龄弹性化之提倡》,《青少年犯罪问题》2017年第2期,第54页。

斥,将刑事责任年龄的本质界定为非规范的事实存在,从而要求刑事责任年龄的法律规定必须面向事实进行适度的折衷而留下弹性例外空间。这就与下调说及维系说坚持的刑事责任年龄统一无例外地降低或维系的法定主义立场产生了根本性的不同。

由上可见,在未能对刑事责任年龄的本质形成共识的情形下,关于刑事责任年龄的不同观点争议容易流于各说各话,更无法形成对刑事责任年龄规范依据与认定标准的共识方案。这就体现了明确刑事责任年龄的刑法本质对解决争议困境的重要价值。共同的刑事责任年龄的本质原理不仅能够有效区分不同观点在刑法理论上的各自定位,也为评判不同观点提供了共同的理论基础。更进一步,如果要想在厘清相关争议的基础上,对《刑法修正案(十一)》关于刑事责任年龄的修正进行合理判断与适用分析,就需要首先根据刑事责任原理明晰刑事责任年龄的理论基础与本质特征,这样才能进一步明确刑事责任年龄的认定根据问题。

二 刑事责任年龄的视野转换与根据补足

(一) 刑事责任年龄观取决于刑事责任根据论

刑事责任年龄在刑法上是判断行为人刑事责任能力,进而决定其刑事责任的重要标准。“行为人不具备有责地实施行为的能力时,不能对其进行法的非难,进行责任非难所要求的行为人的能力,就是责任能力。”^[11]而当行为人达到特定年龄,具备认识与控制罪错行为的能力时,就具备了刑事责任能力。因此刑事责任年龄本质上是刑法对行为人施加非难,要求其承担刑事责任的前提。然而由于刑事责任根据本身是一个存在争议的问题,由此导致对刑事责任年龄的本质看法也存在争议。一方面,在古典自由意志论基础上生发的犯罪有责论将刑事责任视为是犯罪责任问题,刑事责任年龄就成了罪责的判断标准,以特定年龄对行为的认识与控制可能性来判断罪责能力,因此刑事责任年龄就成为犯罪论层面判断有责性的标准。^[12]另一方面,以刑罚目的与刑罚适应能力为基础的刑罚论将刑事责任年龄视为刑罚适应性的判断问题,刑事责任年龄决定了刑罚必要性的有无以及应受刑罚的轻重,^[13]因此将特定年龄作为是否具备刑罚适应能力的标准。可见,对刑事责任年龄的观点差异其实体现了刑事责任年龄所依据的刑事责任根据的不同,只有明确了刑事责任的根据才能对各种争论作出合理评价。

(二) 刑事责任年龄罪责论的发展与局限

刑事责任年龄本质问题在某种程度上取决于对刑事责任根据的看法。而由于罪责论是刑事责任理论中一个相对主流的观点,在其影响下刑事责任年龄被认为主要是解决罪

[11] 张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第302页。

[12] 参见冯军著:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第26-27页。

[13] 参见张寒玉、王英:《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》,《青少年犯罪问题》2016年第1期,第18页。

责能力有无的罪责论问题。^[14] 罪责论将责任作为犯罪成立的要件,即“罪责是犯罪的概念特征,无罪责即无刑罚,是一个很长的且目前没有结束的发展的结果。犯罪概念只是慢慢地吸收罪责特征于自身的”。^[15] 罪责论进一步将刑事责任定位于构成要件的符合性、违法性、有责性层次体系中的有责性阶层,与包括构成要件符合性与违法性在内的不法相对应,用于判断责任的故意或过失、责任能力、期待可能性等问题,自然包括了用于判断罪责能力的刑事责任年龄问题。^[16] 刑事责任年龄通过对有责性成立与否的影响最终也可以决定犯罪成立与否,未达刑事责任年龄的未成年人即便实施了符合刑法规定的构成要件行为,仍然基于责任能力的阙如阻却犯罪成立。

1. 心理责任论基础上个别罪责年龄观

刑事责任的罪责论的形成,最早可以追溯至刑事古典学派的自由意志论。自由意志论认为,人可以根据自己的意志自由行为,因此人有选择实施或不实施犯罪行为的自由。所以当行为人有意选择实施犯罪行为时就应当对自己的行为承担罪责。^[17] 故而,为了有效认定罪责,就必须首先判断行为人是否有意志自由,即行为人是否具有认识与控制行为的实际心理意思。由此就衍生出“罪责存在于行为人对于行为的主观心理关系”^[18]的心理责任论。根据心理责任论,所谓达到特定的刑事责任年龄就具备认识与控制自己行为的自由能力的判断,应当是一种基于人类身心成长规律的实存判断。心理责任论认为,“一个正常人生理上的成长达到一定时期,自己的大脑对自己的行为和外界事物就具有一定的认识能力和支配自己行为的能力,也就是说,自己的行为是代表了自己的意志,并且是受自己的意志所支配的”。^[19] 因此,根据心理责任论划分刑事责任年龄,必须依据事实上未成年人的认识与控制自己行为能力之成熟年龄作为依据。一方面,可以根据科学归纳的未成年人身心成长规律,一般性地确立某特定认识与控制能力的成熟年龄为罪责年龄;另一方面,从实在论逻辑出发,又不得不承认实然存在的统一心理成熟年龄有例外情形,由此必然形成一种允许个案判断的个别化罪责年龄观。^[20]

然而,在罪责论体系中,纯粹的心理责任论主张显然已经过时,其根本缺陷是过于强调事实判断,无法完成刑法规范评价的任务,也难以解释对罪责的刑法规范非难。这一缺陷表现在刑事责任年龄问题上,就是个别化的罪责年龄观过于强调具体的、例外的事实判断,从而无法维护刑事责任年龄的统一性,破坏了法秩序的引导与评价机能,人们也无法通过刑事责任年龄的规定直接进行罪责评价与行为预测。如果刑法修正直接允许在刑事责任年龄下限之下由司法进行个案的刑事责任能力判断作为罪责评价根据,则刑事责任

[14] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第304页。

[15] [德]李斯特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第250页。

[16] 参见刘艳红:《入罪走向出罪:刑法犯罪概念的功能转换》,《政法论坛》2017年第5期,第72页。

[17] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克著:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第490页。

[18] 林钰雄著:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2004年版,第224页。

[19] 史言:《刑事责任年龄》,《法学》1957年第1期,第37页。

[20] 参见俞元恺:《英美法系“恶意补足刑事责任年龄”的本质与借鉴可能——关于当前降低刑事责任年龄争议的回 应》,《预防青少年犯罪研究》2020年第1期,第95页。

年龄的下限规定就很可能被例外事实判断架空,导致刑事责任年龄的下限规定难以起到规范评价与引导的作用。也正是基于这一理由,近年来,强调个案例外判断的英美法系“恶意补足年龄”规则渐趋式微,英国与美国大部分州实际上已经取消了这一规则而改为统一刑事责任年龄的规范模式。^[21]

2. 规范责任论基础上的法定罪责年龄观

在反思心理责任论不足的基础上,罪责论领域又进一步发展出了规范责任论,认为规范义务期待而非事实心理状态应成为罪责的来源,从而将对规范义务的可认知性与可行性作为刑事责任能力判断的根据,由此罪责成为一种基于规范的非难评价,只能施加于有实施合法行为期待可能性的不法行为人。^[22] 规范责任论并未完全否认心理责任论的观点,而是将心理责任论中对行为人心理状态的事实判断转换为对行为人主观认识的规范期待,这种规范期待应建立在对刑事责任能力状态进行科学归纳的基础之上。^[23]

罪责论发展到规范责任论阶段,出于对规范责任的强调,必然将预设的规范作为确认罪责的前提,因此在确定罪责年龄问题上,要求对刑事责任年龄应通过规范推定的模式进行预先设置,以能够从规范上判断特定年龄的行为人对罪责的可承担性与可谴责性。由此在规范责任论的基础上,罪责年龄就应该通过刑法统一规定的方式实现法定化。这虽然与心理责任论的事实判断的逻辑不同,但并非完全脱离事实判断而为任意的规范拟制。正如规范责任论是建立在心理责任论的基础之上,对罪责年龄的规范推定应建立在代表未成年人成熟程度的辨认能力与控制能力的科学归纳基础之上,从而使之成为基于罪责年龄事实经验判断的规范认定。但这种基于规范推定的法定罪责年龄观与心理责任论基础上的个别罪责年龄观不同,一旦规范推定成立就具有了规范意义,产生规范期待义务,并成为罪责非难评价的基础,从而与事实的心理状态判断拉开差距。低于法定罪责年龄下限的行为人,无论其事实上的辨认与控制不法行为的能力如何,因不具备规范期待适法可能性,即便实施了不法行为也不能形成罪责;而对符合法定罪责年龄的行为人因具备规范期待的适法可能性,在满足不法要件的前提下就能够直接归责。如果要追究未达刑事责任年龄行为人的罪责,就必须下调刑事责任年龄。当然基于规范责任论与心理责任论的关系,对法定罪责年龄的整体下调,应建立在责任能力形成年龄普遍下降的事实基础之上。

3. 刑事责任年龄罪责论的根本局限

法定罪责年龄观与个别罪责年龄观共同的理论不足在于,二者都建立在单一的刑事责任罪责论前提之上。而罪责论将刑事责任相对简单地等同于罪责或有责性的判断,其实存在以偏概全的问题。如果单纯以罪责作为刑事责任的全部,就忽视了刑事责任在刑

[21] See Bennion, Francis, *Mens Rea and Defendants Below the Age of Discretion*, 11 *Criminal Law Review* 750, 761 (2009).

[22] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学(总论)》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第568页。

[23] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第209-211页。

罚论意义上的广义内涵,^[24]从而也在刑事责任年龄问题上必然存在忽视刑罚适应性判断的认识局限。因此必须根据刑事责任的应有内涵全面理解刑事责任年龄的根据,跳出单纯的罪责论范围,进一步从刑罚适应性根据上全面认识刑事责任年龄的本质。

(三) 刑事责任年龄的刑罚论根据

首先,刑罚适应性是刑事责任年龄的应有根据。刑事责任年龄的本质定位取决于刑事责任的性质与定位。而我国刑法中的刑事责任是难以直接与他国刑法中罪责与责任直接对应的独特概念。我国刑法理论对刑事责任的性质与定位形成了义务论、后果论等诸多不同的看法,^[25]但也都承认刑事责任绝非单纯的罪责概念,而是与犯罪与刑罚有着紧密联系的双重性概念。在犯罪论意义上体现为犯罪成立要素之一的有责性,在刑罚论意义上体现为对刑罚的有无与大小都具有决定机能的刑罚适应性。因此刑事责任年龄既要以罪责原理为根据,体现为有责性问题;也要符合刑罚论的逻辑,体现为刑罚适应性问题。由此,在罪责论之外,必须考量刑罚论问题。刑事责任在刑罚领域内的直接表达是刑罚适应性,其通过影响量刑与行刑的具体情节,决定刑罚的定性与定量结果,是刑罚确立的直接根据。虽然根据责任主义先定罪后量刑的基本原理,刑罚适应性的前提是罪责的成立,但罪责无法取代刑罚适应性的功能,刑罚适应性是刑事责任在罪责根据之外的独立层次,本质上具有对刑罚种类及程度起决定作用的独特内涵。在刑罚适应性视野下,刑事责任年龄绝非仅起到确定罪责的功能,还典型地代表着满足刑罚目的要求、体现刑罚适应能力与应罚必要性程度的刑罚适应性判断依据,是刑法确定对未成年人采取何种刑罚或非刑罚处遇措施的决定标准。

其次,从机能责任论与刑罚适应年龄角度考察,机能责任论认为,刑事责任乃是确定对行为人实施刑罚或非刑罚处遇措施的一种机能性责任,是为实现惩罚或预防的刑罚目的而设的。机能责任论是刑罚论的产生根据。依据机能责任论,应依照刑罚目的设定刑事责任的标准,刑事责任还应体现为刑罚适应能力,刑罚适应能力的有无与大小取决于惩罚与预防的目的能否实现。^[26]由此,刑事责任年龄除了确定有责性之有无之外,还须在刑罚论意义上起到明确标志刑罚必要性及有效性的机能,即体现为具备一定刑罚适应能力的年龄。^[27]刑罚适应年龄主要通过满足刑罚目的要求、体现刑罚适应能力的大小以及对刑罚必要性的影响来体现负担刑罚的程度。由于责任年龄的对象是未成年人,刑罚适应年龄的设定受到未成年人刑罚适应能力特殊性所决定。一是在考量刑罚目的需求时,考虑到未成年人优先保护原则以及尚未成熟与可塑性强的特性,刑罚适应年龄的设定应优先满足“教育为主、惩罚为辅”原则的要求,即以实现特殊预防目的为主,以满足一般预防与报应的需求为辅。二是考虑刑罚适应能力状况时,需注意到特定年龄以下的未成年人没有刑罚适应能力,根本无法认识到刑罚惩罚与预防的重要意义,对其只能根据身心

[24] 参见黎宏著:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第165页。

[25] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第201页。

[26] 参见冯军:《刑法中的责任原则》,《中外法学》2012年第1期,第50-51页。

[27] 参见赵书鸿:《论作为功能性概念的量刑责任》,《中外法学》2017年第4期,第1038-1042页。

特点适用保护处分措施。^[28] 刑罚适应年龄的设定应能保证刑罚只能施加于具备刑罚适应能力的责任主体,机能上保证对刑罚目的的有效实现。三是刑罚适应年龄的设定还必须考量刑罚必要性的因素。影响刑罚适应性的因素除了刑罚目的与刑罚适应能力等要求外,还包括刑事法治发展状况、刑事政策需求等现实要素。例如,当对不负刑事责任的低龄重罪未成年人缺乏有效的保护处分措施时,可能就不得不将其纳入刑罚处罚的范围。

最后,刑罚论是刑事责任年龄的补足根据。综上,对刑事责任年龄的看法必须回到刑事责任本质根据来理解,应在罪责和刑罚适应性相结合的基础上,将刑事责任年龄不仅理解为有责性意义上的罪责判断标准,更要视为基于刑罚目的、刑罚适应能力以及刑罚必要性的刑罚适应性判断标准。从刑事责任的根据审视,关于刑事责任年龄的争论其实是对刑事责任年龄在刑事责任体系内的性质与定位的争论,是基于刑事责任根据的差别而产生的观点差异。^[29] 在罪责论已经充分探讨的背景下,应将刑事责任年龄的分析视野扩展到刑罚论领域,将刑罚论作为刑事责任年龄的必要根据,将刑事责任年龄作为实现刑罚目的与保障刑罚机能的必要责任依据来审视,方能保证刑事责任年龄的理论全面性与设置合理性。

三 兼采刑罚论的刑事责任年龄修正

(一) 刑事责任年龄调整兼采刑罚论的必要性

1. 罪责论视野下的刑事责任年龄修正根据

长期以来,罪责论都是刑事责任年龄设置与判断的基本原理与主要逻辑,^[30] 对刑法修正刑事责任年龄的论证理由也主要遵循了罪责论的逻辑,认为适当降低刑事责任年龄符合罪责低龄化的趋势与罪责范围扩张的需求。进言之,《刑法修正案(十一)》对刑事责任年龄的审慎下调从罪责论的角度而言主要存在两方面的依据:一方面是基于下调说的观点,如果完全责任能力的年龄下限出现普遍性降低,从罪责追究的角度就可以规范性地降低刑事责任年龄的下限。^[31] 《刑法修正案(十一)》将犯故意杀人、故意伤害行为的特定严重罪行与情节的刑事责任年龄下限从14周岁降至12周岁,意味着已满12周岁的未成年人已经具备了实施这些严重罪行的罪责能力,应当予以规范非难评价。另一方面,基于个别例外说的观点,从心理责任论的事实判断逻辑出发,在规定刑事责任年龄时可能会出现不同于规范推定的责任能力事实上的例外,因此应留下个案判断的空间。^[32] 《刑法修正案(十一)》在规定对12-14周岁行为人追究刑事责任时,除了一般性地规定故意杀

[28] 参见姚建龙:《犯罪后的第三种法律后果:保护处分》,《法论坛》2006年第1期,第36页。

[29] 参见刘艳红主编:《刑法学(上)》(第二版),北京大学出版社2016年版,第134页。

[30] 参见张颖鸿、李振林:《恶意补足年龄规则本土化适用论》,《中国青年研究》2018年第10期,第46页。

[31] 参见张文秀:《刑事责任年龄下限问题研究——兼论将“强制教养”纳入刑事诉讼法特别程序》,《社会科学论坛》2016年第5期,第212页。

[32] 参见韩康、蔡翔:《刑事责任年龄制度弹性立法模式之提倡——以法律推定准确性为标准展开的论证》,《犯罪研究》2020年第5期,第40页。

人、故意伤害罪行条件外,也规定了必须经最高人民检察院核准追诉的程序条件。这一程序性条件从心理责任论的立场而言,就是为司法机关留下个案判断责任能力状况的裁量空间,如果个案中 12-14 周岁行为人对该条限定的严重不法罪行尚不具备辨认与控制能力,也就不具备事实上的罪责能力,可以通过最高人民检察院核准例外地不追究罪责。

2. 刑事责任年龄兼采刑罚论的必要价值

尽管下调说与个别例外说在罪责论的立场上为刑法修正刑事责任年龄提供了具体依据,但受限于罪责论对刑事责任认识的立场局限性,这些依据必然存在理论合理性的疑问。如前所述,我国刑事责任概念与德日犯罪论体系下的责任概念显著不同,不限于犯罪构成有责性意义上的罪责问题,还包括刑罚论层面的刑罚必要性与适当性问题。^[33] 因此,就我国刑事责任的罪责与刑罚双重属性而言,以刑事责任论为根据的刑事责任年龄也必然具备罪责与刑罚的双重意义。所以,单纯从罪责论立场来论证刑事责任年龄的最新修正,就必然在刑事责任根据上欠缺了刑罚适应性的评价角度与论证立场。

一方面单纯以罪责论审视未成年人刑事责任年龄,不可避免地带有罪责论固有的忽视未成年人易受环境决定的认识局限,这是由罪责论的自由意志论来源所决定的。由于作为罪责论渊源的古典自由意志论是建立在一般理性假设的基础之上的,其对未成年人罪责能力的判断通常也立足于这样的假设以规范推定刑事责任年龄。然而,这种自由意志论所依据的一般理性假设随着新派决定论观点的冲击早已动摇,^[34] 特别是未成年人相对于成年人更容易受到周围环境影响,因此其意志表现更显著地符合环境(社会)决定论的原理,^[35] 由此,对罪责论不考虑其他因素,直接通过年龄推定罪责的逻辑形成冲击。如果说刑事责任的有无尚可以根据未成年人身心规律进行基于年龄的推定,那么责任能力的强弱判断就须结合年龄之外的罪行情节、人格等受环境影响的要素进行综合评估判断,刑事责任年龄的规定对此应留出必要的规范空间。但由于刑事责任年龄的规范推定仅关注罪责能力的有无,必然无法为人格要素等弹性责任能力判断提供必要的根据。因此《刑法修正案(十一)》除了限定责任年龄之外,还附加了“情节恶劣”“经最高人民检察院核准追诉”等弹性规定,如果仅考虑罪责论则难以明确其实质标准,这就有待于能够体现人格特征与责任能力强弱之刑罚论的实质补充。另一方面,罪责论无法将罪错未成年人的有效处遇问题纳入刑事责任年龄的判断考量,无法发挥预防减少未成年人犯罪的机能,无法完成刑事责任年龄本应承担的刑法规范目的。刑法不仅是禁止规范也是行为规范,应该发挥预防与减少犯罪的规范目的。刑事责任作为刑法体系的核心要素,不仅通过罪责判断实现追究犯罪的机能,还应通过有效处遇起到预防与减少犯罪的机能。而刑事责任年龄作为对罪错未成年人刑事责任的分流认定与处遇机制,必然在确定未成年人有罪与否的罪责机能外,承担对罪错未成年人设置刑罚或非刑罚措施的处遇机能。从未成年人身心发展特点出发,未成年人与成年人之间在刑法上并非认识与控制能力的差别,更重

[33] 参见王晨著:《刑事责任的一般理论》,武汉大学出版社 1998 年版,第 118-121 页。

[34] 参见[意]菲利著:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 132 页。

[35] 参见姚建龙著:《超越刑事司法——美国少年司法史纲》,法律出版社 2009 年版,第 189 页。

要的是,应考虑二者对刑罚适应能力与承受结果的差别。罪责论使得刑事责任年龄的判断只限于确定罪责有无而忽视了刑罚适应能力的考察,不可避免地导向无差别处罚成年人与未成年人的重刑倾向,而忽视针对特定年龄未成年人身心特殊性应采取保护处分措施的必要性。^[36]特别是在我国对罪错未成年人保护处分体系尚未有效建构的情形下,刑事责任年龄的判断如果不能纳入刑罚目的、刑罚适应能力等刑罚论因素的考量,必然导致犯罪标签、社会排斥^[37]等未成年人不当受刑带来的负面后果,反而造成未成年人再犯等违背刑法规范目的的结果。《刑法修正案(十一)》关于对12-14周岁未成年人追究刑事责任的规定具备认定上的弹性,为更好地实现未成年人犯罪预防目的提供了必要空间,在弹性判断空间内也必然需要为实现刑事责任的规范目的而考量刑罚适应性问题。如在判断“经最高人民检察院核准追诉”的标准时,就不仅需要考量罪责合理性,还需考量核准追诉是否更有利于罪错未成年人的教育矫治与再犯预防,这就需要结合刑罚目的、刑罚适应能力与必要性原理确立合理的判断标准。

(二) 刑事责任年龄修正的刑罚适应根据

刑法关于12-14周岁未成年人刑事责任年龄采取有条件弹性下调的模式,并非刑事责任年龄下限直接降低到12周岁,而规定已满12周岁不满14周岁的行为人,只有在犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣,经最高人民检察院核准追诉的,才会相对弹性地认定应当负刑事责任。在这种弹性规定模式下,刑事责任年龄在刑罚适应性层面上的意义体现为:首先,刑事责任年龄的设定应有效满足刑罚目的的需求,这是由刑事责任的刑罚论意义所决定的。刑事责任是确定刑罚的必要前提,对刑罚结果有直接的决定性影响。^[38]刑事责任的设置需要考虑刑罚目的的需求才能保障刑罚合理性与有效性,因此刑事责任年龄作为刑事责任的决定因素就需要考虑对刑罚目的需求的满足。其次,刑事责任年龄的设定应符合未成年人的刑罚适应能力,这是有效实现刑罚目的的必然要求。未成年人由于身心尚在成长发展过程中,刑罚适应能力将随着年龄增长而逐步提高。^[39]为了有效地实现刑罚目的,在决定是否以及如何对未成年人施加刑罚时,就要考虑与未成年人年龄密切相关的刑罚适应能力的特殊性。刑事责任年龄的设定也就需要跟未成年人刑罚适应能力的特征相符合。最后,刑事责任年龄还应综合判断特定年龄对刑罚必要性的意义。未成年人的刑罚必要性不仅与刑罚目的与刑罚适应能力有关,也受刑事法体系、刑事政策、社会背景等诸多因素影响,因此是需要结合刑事责任年龄综合判断衡量的责任要素。基于教育刑与预防刑的刑罚个别化需求,刑事责任年龄的设定应为刑罚必要性的判断留下一定的弹性判断空间,保障刑罚必要性得到实然的具体检视。

1. 刑事责任年龄修正应符合未成年人司法的目的

基于刑罚论的要求,刑事责任年龄的设定应符合刑罚目的,有利于刑罚目的的实现。

[36] 参见尤丽娜:《从日本的保护处分制度看我国的少年教养制度》,《青少年犯罪问题》2006年第2期,第72页。

[37] 参见李育兵:《浅议最低刑事责任年龄是否应该降低》,《预防青少年犯罪研究》2016年第4期,第56页。

[38] 参见张明楷著:《刑事责任论》,中国政法大学出版社1992年版,第5页。

[39] 参见莫洪宪:《论我国刑法中未成年人的刑事责任》,《法学论坛》2002年第7期,第97页。

目前刑罚目的理论主要采取并合主义的观点,将报应、预防目的折衷作为刑罚目标。一方面刑罚作为对犯罪的回应,应遵循罪刑相适应原则,满足社会正义需求;另一方面刑罚应实现一般预防与特殊预防的目的,通过对刑罚威慑与教育矫治的追求实现对犯罪的有效预防。^[40] 由于刑事责任年龄的设置对象是未成年人,所以可以明确刑事责任年龄的设定应符合并实现针对未成年人犯罪的刑罚目的。在刑罚并合主义目的论的基础上,结合未成年人身心特点并依据最有利于未成年人原则,^[41] 针对预防未成年人犯罪的刑事政策,教育矫治罪错未成年人应当以“教育为主、惩罚为辅”为原则。^[42] 一方面,“教育为主”就是指未成年人刑罚目的体系中应以实现特殊预防目的为主,因为特殊预防在刑罚逻辑上是通过犯罪人的教育矫治而实现,^[43] 对未成年人教育矫治的特殊预防效果要远远大于惩戒的一般预防效果;另一方面,“惩罚为辅”就是指未成年人刑罚目的体系中应以报应与一般预防为次要目的,因为报应与一般预防在刑罚理论上都是通过惩罚机能实现的,报应体现为惩罚与犯罪相适应,而一般预防体现为通过惩罚表达对社会的一般威慑。对未成年人应该非必要不惩罚,尽量限制刑罚适用以最大程度地实现对未成年人的权益保护。故此,在刑事责任年龄设定上要优先实现对未成年犯罪人教育矫治与特殊预防的刑罚目的,并兼顾通过惩罚体现出来的对未成年犯罪人的报应与一般威慑目的。《刑法修正案(十一)》在对刑事责任年龄规定时,附加了“情节恶劣”等条件限制,符合“教育为主、惩罚为辅”原则。其一,原则性地贯彻了对罪错未成年人“教育、感化、挽救”的方针,对未成年人除非达到“故意杀人、故意伤害罪且致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的极少严重罪行的情形,否则并不降低 14 周岁责任年龄的认定,对未达刑事责任年龄的罪错未成年人强调矫治教育;其二,对低龄重罪未成年人,在特殊预防之外具备了报应与一般预防之刑罚目的需求的情形,通过降低刑事责任年龄进行针对性地惩罚,体现了对“惩罚为辅”需求的兼顾。

2. 刑事责任年龄修正应符合未成年人的刑罚适应能力特征

刑罚适应能力是指“行为人对自已的犯罪行为应当接受刑罚处罚有理解能力”,^[44] 即行为人能够认识刑罚处罚的性质并顺应实现刑罚效果的能力。由于刑事责任年龄在性质上就是体现刑事责任能力的区分标准,而刑罚适应能力与罪责能力同属于刑事责任能力的必要部分,因此刑事责任年龄必然应该成为体现刑罚适应能力的标志,刑事责任年龄的设定应符合未成年人刑罚适应能力的特征。根据刑罚论,刑罚适应能力对刑罚目的的实现具有重要意义,即便肯定了行为人的罪责能力、确立了行为人的罪责存在,但如果对不具备刑罚适应能力的行为人强行施加刑罚,就会因为行为人不能理解刑罚的性质导致无法实现刑罚的目的。由于未成年人的认识能力是随着年龄逐步发展完善的,其刑罚适应能力也具备渐趋发展的特征。这就需要在认识刑罚适应能力形成规律的基础上,通过刑

[40] 参见[法]雅克·马里旦著:《自然法:理论与实践的反思》,鞠成伟译,中国法制出版社 2009 年版,第 17-18 页。

[41] 参见刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,《中国社会科学》2020 年第 4 期,第 125 页。

[42] 参见姚建龙著:《长大成人:少年司法制度的建构》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 33 页。

[43] 参见陈伟:《教育刑与刑罚的教育功能》,《法学研究》2011 年第 6 期,第 170 页。

[44] 周钰:《责任能力与刑罚适应能力的关系》,《人民司法》1993 年第 10 期,第 27 页。

事责任年龄科学区分刑罚适应能力的有无。未成年人刑罚适应能力的独特判断核心是对刑罚惩罚机能的认识能力,即未成年人对刑罚可能通过惩罚带来的应报痛苦与威慑效果的理解能力。^[45]也就是说,未成年人对刑罚惩罚机能的认识能力成为体现未成年人刑罚适应能力独特性的标志。刑事责任年龄的设定也应该符合对刑罚惩罚理解能力的发展状况,满足未成年人刑罚适应能力的要求。

《刑法修正案(十一)》在刑事责任年龄设定时,考虑严重罪名、后果及“情节恶劣”等条件,是对未成年人罪责能力要求的体现而非刑罚适应能力要求的体现,但“经最高人民检察院核准追诉”的弹性规定作为追求实质合理性的立法技术,^[46]则对刑罚适应能力的符合性提供了一定的判断空间。司法机关在核准追诉时可以根据刑罚适应能力的要求具体考察12-14周岁行为人是否具备对刑罚惩罚机能的认知能力,进一步确认其是否具备刑罚适应能力并明确其刑事责任。

3. 刑事责任年龄修正应具体符合刑罚必要性要求

基于刑罚论,刑事责任最终体现为对行为人具有刑罚的必要性。即便刑事责任年龄的设定符合刑罚目的需求与刑罚适应能力,也并不必然就符合刑罚必要性的要求。诚然,刑罚必要性首先需要根据刑罚目的与刑罚适应能力进行判断,但刑罚必要性也受到诸如刑事政策目标、非刑罚措施与刑罚衔接状态等诸多因素的影响。因此刑事责任年龄在设定时还需要结合刑事法律制度的发展状况、刑事政策的需求、非刑罚措施的影响等因素进一步判断是否符合刑罚必要性的要求。按照修正前的刑法规定,未满14周岁的未成年人属于无刑事责任能力人,对未达刑事责任年龄者的犯罪行为,刑法设定了一般管教及必要时的收容教养措施。但由于收容教养争议较大且适用上极度萎缩,一般管教也缺乏监管而实行不力,对刑事免责的未成年人就出现了放而不教、容易再犯的问题,从而产生了对低龄重罪未成年人纳入刑罚进行教育矫治的需求。刑法修正适当下调刑事责任年龄,将少量实施极其严重罪行的未成年人纳入刑法范围,就是为了满足这种刑罚必要性的需求。

但是,尽管《刑法修正案(十一)》在调整刑事责任年龄的同时也针对收容教养制度的弊端将收容教养改为专门矫治教育,却仍未解决低龄重罪未成年人缺乏有效非刑教育矫治的问题,可以说相应的刑罚必要性仍然延续存在。原因在于,目前专门矫治教育制度尚未成型,《预防未成年人犯罪法》规定的配套机制亦不完善,要实现专门矫治教育的有效化还需要一个长期的过程。^[47]从现实情况来看,一般情况下只是责令其监护人多加管教,只有在必要之时,才会动用专门矫治教育,在专门矫治教育尚未发挥效用的情况下,难以实现犯罪预防的目的。从根本上来说,我国对罪错未成年人还缺乏针对性的保护处分措施,这就决定了对有较高特殊预防需要的未成年人犯罪仍然不得通过降低刑事责任年龄纳入刑法规制。《刑法修正案(十一)》有限度地降低刑事责任年龄正符

[45] See A. Warren Stearns, Evolution of Punishment, 27 *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 219, 230 (1936).

[46] 参见周佑勇著:《行政法原论》,北京大学出版社2016年版,第25页。

[47] 参见刘艳红、阮晨欣:《新法视角下罪错未成年人司法保护理念的确立与展开》,《云南社会科学》2021年第1期,第89页。

合刑罚必要性的迫切要求。当然,在非刑罚的专门矫治教育制度完善之后,不排除会降低对低龄重罪未成年人的刑罚必要性,亦可以在其他条件同时满足时针对性地提高刑事责任年龄。

四 刑事责任年龄新规定之适用

《刑法修正案(十一)》为 12-14 周岁行为人承担刑事责任设定了较为具体的实体条件与弹性的程序条件。在修正案生效之后,这些条件都需要进一步根据刑事责任论的原理来确定合理的适用标准。根据罪责论的观点,刑事责任年龄一旦加以规定,罪责意义上对行为人的非难已经形成。^[48] 因此刑事责任年龄的规定具体适用就主要是为了确定刑罚适应性的目的展开,是刑罚适应性的实现过程,刑罚的有无与大小是刑事责任年龄相关规定展开适用的最终目标,这是由罪—责—刑的基本构造所决定的。由此,刑罚论对刑事责任年龄规定的适用展开就具有根本指导意义,刑事责任年龄新规定的实体适用条件与程序性条件都需要满足刑罚适应性的要求。所以,只有根据刑罚论原理与刑罚适应性需求才能合理明确刑事责任年龄新规定的具体适用标准。

(一) 基于刑罚适应性需求确定故意杀人、故意伤害罪的罪行标准

《刑法修正案(十一)》关于 12-14 周岁行为人“犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的规定,基本与《刑法》中故意杀人罪的基本刑、故意伤害罪的加重处罚情形相一致。有观点认为此处的“犯故意杀人、故意伤害罪”是指行为人触犯的罪名,但是也有不同见解。全国人大常委会法工委《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》已经明确:“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具体罪名”,因此与这一权威解释相一致,新规定中的“犯故意杀人、故意伤害罪”应该是指犯罪行为,而非罪名。此问题也可以从刑罚论视角进行判断。刑罚目的是通过有效惩罚犯罪的机制实现的,为此刑罚的轻重应当与罪行的严重性相适应。不同罪名的罪行如果具有同等严重的犯罪性质,都应该对应相应的刑罚严厉程度,承担相应的刑事责任及刑罚。^[49] 因此刑罚的严厉程度是通过对于行为危害性的实质判断来决定的。从刑罚目的的实质判断标准出发,故意杀人行为、故意伤害行为以及其他具有相同性质与危害程度的杀人与伤害行为,如绑架罪中故意杀害、伤害被绑架人的行为等,都达到了同样的需要刑罚惩罚的程度,因此,应将此处规定的“犯故意杀人、故意伤害罪”按照行为性质进行实质判定,采用罪行而非罪名的标准,保障刑罚适应性基于行为性质的一致性,刑罚目的才能有效实现。

相关司法解释也进一步佐证了这一认定逻辑。最高人民检察院研究室《关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答复》规定,“相对刑事责任能力的人实施了刑法第十七条第二款规定的行为,应当追究刑事责任的,其罪名应当根据所触犯的刑法

[48] 参见陈子平著:《刑法总论》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 229-230 页。

[49] 参见邱兴隆著:《关于刑罚的哲学:刑罚根据论》,法律出版社 2000 年版,第 43 页。

分则具体条文认定。对于绑架后杀害被绑架人的,其罪名应认定为绑架罪”。因此刑事责任年龄新规定中“犯故意杀人、故意伤害罪”,应当解释为实施了具有故意杀人和故意伤害性质的行为,而非仅限于符合故意杀人罪与故意伤害罪罪名的行为。^[50] 因此实施绑架、抢劫、强奸、防火、投毒等犯罪过程中有故意杀人、故意伤害行为的,只要达到致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的规定条件,即便未构成故意杀人罪、故意伤害罪的明确罪名,也可以构成《刑法修正案(十一)》规定的“犯故意杀人、故意伤害罪”,理论上对实施此种行为的12-14周岁行为人可以追究刑事责任。

(二)从刑罚论视角看“情节恶劣”的性质

《刑法修正案(十一)》在限定12-14周岁行为人的刑事责任时,除了规定了罪行条件之外,还规定了“情节恶劣”的限定条件。这一“情节恶劣”条件与“犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的罪行条件之间的关系就需要加以明确。作为罪行条件的“犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”规定本身就是情节十分恶劣的严重罪行,因此此处并列规定的“情节恶劣”究竟是对故意杀人、故意伤害罪等严重罪行条件的同义加重,从而不具有实质内涵,还是具有故意杀人、故意伤害等严重罪行条件之外的相对独立的条件,需要进一步加以实质判断? 这一问题同样可以基于刑罚适应性的立场从刑罚必要性的需求进行判断。如果“情节恶劣”仅仅是“犯故意杀人、故意伤害致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的同义强调,那么就会导致一旦满足“犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾条件”的犯行,经过审批直接就可对12-14周岁行为人追究刑事责任。然而基于刑罚论,可以发现刑事责任不得不考虑刑罚必要性因素进行一定程度的个别性认定。从教育矫治必要性的刑罚意义而言,实施同样罪行的不同危险人格仍然具有不同的刑罚必要性,难以仅仅通过罪行严重程度得出整齐划一的统一刑罚标准。对违法犯罪者的刑事责任应从行为人的危险人格特征出发,量刑与行刑的必要性都需要在行为之外进行个别化判断,刑事责任的判定需针对行为人特点进行裁量。^[51] 刑事责任年龄作为刑罚意义上满足刑罚适应能力个别化要求的机制,也难以通过整齐划一的年龄与罪行标准进行绝对抽象规定。虽然一般性刑事责任年龄规定是在充分实证调研的基础上集约了大多数未成年人身心发育特点而形成的法律推定,但不得不考量刑罚必要性可能存在的个别化要求而需要设定弹性判定空间。如果刑事责任年龄新规定的“情节恶劣”只是罪行的同义强调就难以为罪行之外的刑罚必要性考量留出判断空间,导致刑罚目的难以有效实现。而如果将“情节恶劣”视为是罪行之外的单独判断要素,就可以运用我国刑法中“情节”这一特有的、内涵相对宽泛的因素,^[52] 为罪行之外的刑罚必要性判断留出考量空间。因此从刑罚必要性考量的意义上应将“情节恶劣”视为对罪行条件的实质性进一步限缩,是相对独立的实质判断要素。此外,基于刑罚论的要

[50] 参见张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第146页。

[51] 参见[意]菲利著:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第132页。

[52] 参见刘艳红:《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》,《比较法研究》2021年第1期,第71页。

求,刑事责任不仅是判断刑罚有无的依据,还有判断刑罚轻重的机能。所以“情节恶劣”不仅使得 12-14 周岁行为人有了承担刑罚必要性的合理判断空间,更能够根据“情节恶劣”的程度为量刑轻重提供依据。

“情节恶劣”作为犯故意杀人、故意伤害罪等罪行条件的进一步限制判断要素,如果没有实质内涵,就没有独立于罪行条件外另行规定的必要性,因此其内涵应包括比“故意杀人、故意伤害致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”更为严重的恶劣情形,也是根据刑罚必要性更具备惩罚需求的恶劣情形,例如,在满足罪行条件基础上多次故意杀人、故意伤害的,故意杀死、伤害多人的情形等。

(三) 最高人民检察院核准追诉标准

《刑法修正案(十一)》在限定 12-14 周岁行为人的刑事责任时,还规定了报经最高人民检察院核准的程序性要求。最高人民检察院在核准追诉时应根据刑罚适应性的需求进行实质审查。其一,应审查是否符合追究刑事责任的法定罪行条件与情节条件,此时需要结合刑罚目的与刑罚必要性作出判断;其二,要根据刑罚适应性的判断要求,审查在罪行条件与情节条件之外的刑罚适应能力与刑罚效果问题。进言之,为准确判定刑罚适应性,还应进行具体的刑罚适应能力与人身危险性的调查评估。一方面,司法机关在审查法定罪行条件与情节条件时要满足刑罚适应性要求,在考察行为人罪行条件与情节条件时都要将刑罚目的与刑罚必要性纳入考量。一是不仅考虑满足形式上的法定罪行条件,还要实质考虑罪行条件与情节条件是否有利于刑罚目的的实现与刑罚必要性的判断。例如,通过“情节恶劣”的判定,可以将被害人挑拨等可恕责任事由作为消极条件纳入刑罚必要性判断以确定可否不认定刑事责任;二是不仅局限于是否需要施加刑罚的判断,还要以施加何种程度与形式的适当刑罚的判断为目的进行考察,比如根据罪行条件与情节条件具体判断社会危险性程度,确定不处罚或免除刑罚的可能性,或缓刑等社区行刑可能性;三是可以通过“情节恶劣”的弹性认定而将刑罚惩罚的目的需求与刑罚严厉性纳入考量。如可根据“情节恶劣”的程度来区分责任的严重程度,并进一步对应确定刑罚的严厉程度。另一方面,在审查实质条件之外,司法机关也可以将刑罚适应性与刑罚必要性需求纳入审查范围,填充程序性审批的实质内涵。首先,审批时可以对未成年人的刑罚适应能力进行评估,具体判断其对刑罚的认识能力与教育矫治措施的接受能力,并在此基础上进一步明确刑罚必要性,确认刑罚适应性的有无。其次,审批时对未成年人的人格危险性进行调查评估,进一步明确其刑罚必要性与教育矫治需求,为采取教育矫治措施提供责任上的基础依据。最后,对应负担刑罚的未成年人结合一般预防的刑罚目的进行责任大小判断,结合社会需求与威慑需求确定刑罚的严厉性,明确一般预防意义上的刑事责任轻重,为合理确定量刑建议提供依据。

五 结 语

因过于强调罪责意义,刑事责任年龄一度简化成了一个判定未成年人有罪与无罪的指标。部分舆论也倾向于通过降低刑事责任年龄而对低龄重罪未成年人定罪惩罚。由此

造成的后果是,不考虑罪错未成年人实际的刑罚适应能力与刑罚必要性而盲目以刑代教,反而更容易引发交叉感染、有罪标签、复归排斥等不当刑罚的负面效应,加剧罪错未成年人的再犯问题。造成这一困局的原因就在于未能认识到刑事责任年龄不仅是罪责判断的标准也是刑罚适应性的判断依据。刑事责任年龄的调整不仅应考虑罪责的适当性,更重要的是结合罪错未成年人特殊的刑罚目的与刑罚适应能力,考量刑罚上的必要价值。《刑法修正案(十一)》对刑事责任年龄的弹性审慎下调不仅有加强罪责的意义,更体现了针对性满足罪错未成年人特殊刑罚目的,为罪错未成年人刑罚必要性判断提供合理裁量空间的刑罚论之价值。因此结合刑罚适应性的需求明确这一刑事责任年龄修正规定的适用标准,可以防范刑事责任年龄修正下调后,对低龄罪错未成年人重定罪轻处遇、重处罚轻教育的唯罪责主义做法,落实最有利于未成年人的少年刑法基本原则。

[本文为作者主持的2019年度司法部国家法治与法学理论课题“性侵害未成年人犯罪刑事政策体系研究”(19SFB2025)的研究成果。]

[**Abstract**] As a result of the unclear nature of the age of criminal responsibility, there are different views on the revision of the age of criminal responsibility, such as the lowering theory, the constancy theory, and the individual exception theory. The age of criminal responsibility is determined on the basis of the nature and position of criminal responsibility, and should have the dual attributes of culpability and penalty responsibility. The debate between the lowering theory and the individual exception theory is the debate between the psychological culpability theory and the normative culpability theory within the culpability theory; and the debate between the lowering theory and the constancy theory embodies the conflict of views between culpability and penalty responsibility. The revision of the age of criminal responsibility in Amendment (XI) to the Criminal Law puts too much emphasis on culpability, resulting in the limitation of understanding, and it is urgent to conduct a necessary review from the perspective of the theory of penalty responsibility. From the perspective of the theory of penalty responsibility, it can be seen that the new revision of the age of criminal responsibility conforms to the basis of the theory of penalty responsibility in such aspects as the purpose of punishment, the ability to adapt to punishment, and the necessity of punishment. In the further review of the specific application of the provisions on the revision of the age of criminal responsibility from the perspective of penalty responsibility, the crime and circumstances of the crime should be determined on the basis of the purpose and necessity of the penalty and the purpose of the ability to adapt to penalty should be used to provide the substantive judgment standard for the examination and approval by judicial organs.

(责任编辑:王雪梅)