

“恶意补足年龄”规则及其中国适用

马松建 潘照东

〔摘要〕 无论是在弥补我国现行最低刑事责任年龄的缺陷、应对和预防司法实践中青少年犯罪低龄化趋势,还是完善青少年刑事司法体系等方面,英美法系国家的“恶意补足年龄”规则都有重要的参考价值。更为重要的是,我国现有刑事政策、司法制度以及实践经验,都为“恶意补足年龄”规则的引入和适用奠定了良好的基础。结合历史文化背景、社会发展水平的差异,本文认为可以从适用范围、恶意认定、恶意的证明标准和补充沉默权的立法规定等方面结合我国现有制度和实践基础进行具体改良设计,并对现行法律制度予以完善,以此来保障规则的顺利、高效实施。

〔关键词〕 “恶意补足年龄”规则;刑事责任年龄;未成年人;少年司法制度

一、引言

近年来,有关未成年人犯罪的案件呈现低龄化趋势,其中未满十四周岁的未成年人暴力犯罪案件引起了社会的广泛热议。据最高人民法院司法数据统计显示,截至2017年,近十年以来我国未成年人犯罪数量逐年下降。^①不可否认,这表明我国对于未成年人犯罪的预防与治理工作确实取得了显著成就,但这并未反映出未成年人犯罪数据的所有情形。该统计数据对象仅限于十四周岁以上具有部分或全部刑事责任能力的未成年人,至于未满十四周岁的未成年人暴力犯罪案件因并未启动司法程序,而无法在司法数据中得以体现。

统计数据的局限也恰巧反映了现行刑事责任年龄在司法实务中的困境,一些具有严重社会危害性的暴力犯罪,由于行为人未满十四周岁而被认定为不具有刑事责任能力,故而不承担刑事责任。例如,大连十三岁少年杀害十岁女童案件,由于其手段残忍、性质恶劣、案发后情绪之淡定而令人震惊,完全不符合社会公众对这一年龄行为人的认知。但是一贯强硬的刑法在面对此种情形时却显得软弱无力,这不仅引发了社会强烈关注,同时也引起了学界的深思。

笔者认为,对于刑事责任年龄下限的调整不可盲目地一概而论。虽然一些未满十四周岁的未成年人恶性犯罪案件不断挑拨着公众紧绷的神经,这为刑罚对象的扩张提供了必要的前提基础,但是具有明显恶意的低龄青少年犯罪虽然具有代表性却并非全部。若以硬性标准调整刑事责任年龄的下限,则会

马松建,法学博士,郑州大学法学院教授、博士生导师(郑州450052);潘照东,郑州大学法学院博士研究生(郑州450052)。

①参见最高人民法院司法数据《从司法大数据看我国未成年人权益司法保护和未成年人犯罪特点及其预防》,http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-99402.html,访问日期2020年1月25日。

导致刑罚范围的过度扩张,将并不具有明显恶意的低龄青少年纳入到刑罚的对象范围,这就与刑法的谦抑性原则相背离。对此,可借鉴英美法系国家中的“恶意补足年龄”规则(Malice Supplies The Age)。

二、“恶意补足年龄”规则的基本范畴

一般来讲,由法律所规定的未达相应刑事责任年龄的未成年人不具有刑事责任能力,这并不意味着所有未达特定年龄的未成年人一概缺乏控制和辨认能力。^①在英美法系国家,七岁以下的儿童被推定为无犯罪能力,并且该推定是不可被推翻的;十四岁以上的儿童被推定为有犯罪能力;而介于七岁至十四岁之间的儿童被推定为无犯罪能力,但是该推定是可以被推翻的(rebuttably presumed)^②(随着社会的发展年龄范围有所调整)。英美法系国家的司法实践中,在一定年龄范围内的未成年人由法律推定为不具有刑事责任能力,但是当控方具有充分证据证明该未成年人在实施不法行为时具有明显“恶意”,对自己错误性行为及其所造成的危害结果具有明确认识,那么不具有刑事责任能力的推定则可以被推翻,此时该未成年人即被视为具有刑事责任能力,进而需承担相应的刑事责任。英国法学家 Blackstone 认为,一个儿童刑事责任能力的有无并非由其自身年龄决定,在很大程度上与其自身理解和判断能力相关,十一岁的儿童同样可以像十四岁的少年一样狡猾,此时则应适用“恶意补足年龄”规则。^③

(一) 恶意的涵义及其认定

“恶意”内涵的定义是“恶意补足年龄”规则适用的关键所在。对于“恶意”的定义在英美法系国家虽然具有多种不同理解,但就其本质是一致的:只要在一定年龄范围内的未成年人对自己所实施行为具有明确认识,明知行为的错误性及会受到谴责而故意为之,那么行为人即具有“恶意”。^④也即是说,行为人具有相应的辨认能力和控制能力。^⑤美国学者 Ormerod David 将“恶意”表述为“集合各种因素的认定,行为人明知该种行为的严重错误性而为满足其内心的冲动及其欲望,而特意促使某种行为、举动的发生”^⑥。

在英美法系国家,若控方想要证明“被告是有罪的,并且起诉书中所指控的罪名成立,他们就必须确定被告是否有足够的年龄和认知力来实施犯罪”,^⑦进而推翻未成年人不具有刑事责任能力的推定。对于恶意的认定可以通过多种形式来进行考量:不法行为人的犯罪行为、成长经历、生活环境、学校表现,性格特征等相关事实材料。通常来说,在经过对于相关的背景事实、未成年人人格技术调查、庭上心理活动状态测评等一系列技术和制度的实施之后,能够有效得对不法行为人主观是否具有明显恶意作出公正的认定。^⑧

不法行为人的主观恶性对其犯罪行为的社会危害性具有重要影响,因而主观恶性在对犯罪行为进行定性评价以及量刑处罚时的重要的参考依据。但是“恶意补足年龄”规则中的主观恶意仅适用于对罪与非罪进行判定的实质阶段,而不作为对其处罚的量刑依据。一般来讲,不法行为人的主观

①张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),北京:清华大学出版社,2017年,第201页。

②转引自郭大磊:《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。

③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》。

④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》。

⑤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。

⑥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。

⑦转引自郭大磊:《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》。

⑧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》。

恶意是其对危害行为所持有态度的表现,对于“恶意补足年龄”规则适用范围以外的犯罪嫌疑人来说如此,即对其罪名确定以及量刑轻重的决定要依据其主观恶意来进行评判。然而为了尽可能保障特定年龄范围内的未成年人群体的合法权益,防止“恶意补足年龄”规则在刑事诉讼阶段的扩张使用,对于特定年龄范围内的未成年人,“恶意”仅作为入罪认定的依据。未达相应刑事责任年龄的未成年人由于身心尚未发育健全,出于对其权益进行特殊保护的原因,法律规定其因未达刑事责任能力而不负刑事责任。“恶意补足年龄”规则就是在此前提下得以适用,使犯罪构成中所缺失的刑事责任年龄要件得以补足,若此时再将“恶意”作为惩处量刑的依据,则有悖于禁止重复评价原则。

（二）恶意的证明标准

在英美国家的司法体系中,通常具备两个要件即可认定犯罪的成立:犯罪的客观行为与主观心态,以及不具有免责事由。通常来讲,对于构成犯罪的客观行为和主观心态的相关事实由控方来承担举证责任,而于此相对的免责事由的证明则由被告人来进行举证。在特定年龄范围内的未成年人,“被推定为不具备对所犯重罪承担法律责任的相关认识和判断力,但是,如果有证据清楚地证明承担法律责任所必备的认识和判断力要素存在,则免除刑罚的理由就不再适用,同时,给予这种刑罚豁免理由的规则也会终结”。^① 控方对特定年龄段未成年人恶意的举证,意味着对于其无刑事责任能力推定的否定,换言之,对恶意的证明标准的高低直接影响到该行为入罪与否。对恶意的证明作为一种入罪的实质因素必须谨慎而又严格,所以恶意的证明标准就需要达到较高的法定程度,否则控方的所举证的相关事实材料将会被否定。^② 在美国的司法实践中,通常采用四种证据的证明标准:“优势证据”(preponderance of the evidence)、“清楚且令人信服”(clear and convincing)、“清楚、明确且令人信服”(clear, unequivocal, and convincing)、“排除合理怀疑”(beyond reasonable doubt)。法官 Weinstein 曾针对证据标准应达到怎样的确定性向纽约东区十名法官发起调查,调查结果表明这四种证据标准的确定性依次递增,其中“清楚而令人信服”标准以及“清楚、明确且令人信服”标准的可确定性相近,“排除合理怀疑”标准具有最高可确定性。^③

“优势证据”标准仅要求承担举证责任的主体所提出的证据相较于对方更具有说服力即可。在美国的司法判例中,对于患有精神病这种排除犯罪性的免责事由,成年刑事被告人被要求以优势证据证明(prove insanity by preponderance of evidence)。^④ 但是举证责任承担主体的不同,其所代表的利益以及证明目的也不同,故而证据标准也应有所区别。如前文所述,对于被告人而言,具有精神病作为一种出罪证明的免责事由,应由辩方承担举证责任。基于人权积极保障视角出发,辩方所提出的出罪证明标准不能与具有国家公权力背景的控方等同。作为国家公权力代表的控方,其举证责任的是证明被告人犯罪成立。在公权力的支撑下,控辩双方地位不对等,尤其是对于特定年龄范围内的未成年人“恶意”的证明标准,控方所提出的证据事实应具有更高的标准,才能够最大程度保障被告人的合法权益,而非仅仅具有优势。

“清楚且令人信服”或者说“清楚、明确且令人信服”标准要求检察官在对特定年龄范围内的未成年人不具有刑事责任能力的法规推定进行反驳时,所提出的证据需要达到清楚同时能够令人信服的程度,使得一个理性的事实审判者能够据此相信不法行为人拥有充分恶意,进而推翻不法行为人无相应的刑

^①转引自郭大磊:《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》。

^②陈瑞华:《刑事诉讼中的证明标准》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

^③肖沛权:《排除合理怀疑及其中国适用》,《政法论坛》2015年第6期。

^④转引自: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》。

事责任能力的法律推定。^①

“排除合理怀疑”的证据标准较为严格,要求举证责任承担主体所提出的证据能够排除对于待证事实的合理怀疑。“合理怀疑”是理智和慎重的人在做出重要行为时,行动的停止和内心的犹豫不决。“排除合理怀疑是在充分的、公正的、无私地考虑所有的证据之后,使你对被告人有罪产生的持久的确信或达到道德确定性。”^②“排除合理怀疑”的经典定义是“根据案件情况,在对全部证据比较和考虑后,陪审员们的思想状态是他们对指控的犯罪事实达到持久的确信状态(abiding conviction)”^③。由于不法行为人的客观行为及主观心态属于入罪要素“恶意”的表现,那么控方所提出的相关证据就需具有较高的证明力,达到较为严格的标准,能够排除对于待证事实的一切合理怀疑,也即是“排除合理怀疑”标准。基于对入罪证明标准的严格要求,同时也最利于对未成年人权益的保障的角度出发,“排除合理怀疑”标准更加符合实践的需要。控方若能够推翻对于特定年龄段的未成年人不具有刑事责任能力的推定,也即是说该未成年人具有明显恶意,需要对其行为承担相应的刑事责任。“排除合理怀疑”标准要求控方在证明犯罪成立而提出的相关证据,能够排除一切对于待证事实的合理的怀疑,具有强有力的严格证据标准,在确定犯罪事实、尽可能维护未成年人权益具有重要作用。

三、“恶意补足年龄”规则的借鉴价值

在当前大多数发达国家的法律制度中,都设立有较为完善的青少年刑事司法体系。这种完善的刑事司法体系在惩治青少年违法犯罪行为的同时也对其合法权益提供了充分的保障。“恶意补足年龄”规则作为青少年刑事司法体系中的一个重要环节,是对于硬性刑事责任年龄标准的一种改良措施,符合我国社会发展以及刑事司法的需要。针对我国现行最低刑事责任年龄的困境,应对和预防司法实践中青少年犯罪低龄化趋势,以及完善青少年刑事司法体系的需要,“恶意补足年龄”规则具有重要的意义和价值。

(一) 符合我国刑事司法实践发展的需要

我国《刑法》所规定的最低刑事责任年龄是一种一刀切的硬性标准,凡是尚未年满十四周岁的未成年人都被认定为不具有刑事责任能力,这种刑事责任年龄模式导致在面对当下青少年暴力犯罪的低龄化趋势时陷入僵局。在司法实践中,并非十三周岁的未成年人在经过十四周岁生日当天的零点时就瞬间拥有刑事责任能力,因为刑事责任能力是与生理、心理息息相关的一个概念,这种对自身行为的控制和辨认的能力并不是一蹴而就,而是一种受外部环境影响,潜移默化、日积月累的形成。张明楷教授认为,未满十四周岁的未成年人并不是一概否定其责任能力,对于自身行为具有辨认和控制能力的,是基于刑事政策的角度对其不追究刑事责任而免除刑罚。^④但是刑事政策的导向与选择则往往受到社会背景的影响,是社会问题的概括体现,而并非一个简单的法律问题。^⑤同样,法律的制定也需要具有时代生命力,顺应时代发展的潮流。

《联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)》(下称为《北京规则》)第4条关于青少年刑事责任年龄的规定中指出,基于历史文化原因,应考虑到情绪和心智成熟的实际情况,根据未成年人的辨别

^①转引自郭大磊:《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》。

^②刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》,《中国刑事法杂志》2016年第3期。

^③刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》。

^④张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2011年,第280页。

^⑤沈海平:《构建未成年人犯罪的法律反应机制》,《检察日报》2019年11月6日,第7版。

和理解能力来进行判断,决定其是否应对自身反社会性的行为负责。值得肯定的是,我国79《刑法》所规定的硬性刑事责任年龄标准,因为适用标准清晰明确,对于司法实践的指导具有较强的实用性。但是经过多年来经济水平的飞速发展以及社会的巨大变革,对于我国的未成年人来说,不论是外部社会环境,还是内在心智水平与上世纪都有着跨时代的差别。从纵向的角度来看,当前我国的社会面貌与上世纪70年代相比已是天壤之别,不可同日而语。1951年11月7日中央人民政府法制委员会在一个批复中指出:未满十二岁的未成年人不负刑事责任;1957年6月28日的刑法草案第22稿规定:未满十三岁的未成年人不负刑事责任;1963年10月9日的刑法草案第33稿规定:未满十四岁的未成年人不负刑事责任。^①直至79《刑法》最终颁布之时,立法初衷是从社会公众的一般认知角度出发,认为未满十四周岁的未成年人在心智尚未完全成熟,对是非的判断能力欠佳,而将最低刑事责任年龄规定为十四岁。但是在新时代背景下成长的青少年,其生理发育、心理素质、认知水平等方面,相比79《刑法》制定之时更加成熟超前,然而有关最低刑事责任年龄的规定却未作任何调整。我国在79《刑法》颁布前对刑事责任年龄进行了多次调整,但是每一次刑事责任年龄划分标准并非冒然的提出,也必定是经过探讨和有所依据的,只是在经过社会的发展,以及实践中不断的论证检验后,需要加以调整才能更好得满足司法需要。这也说明刑事责任年龄划分标准并非一成不变,当前司法实践中青少年犯罪刑事责任年龄弊端的凸显值得我们再次思考。值得注意的是,2017年所颁布实施的《民法总则》就将民事责任能力的最低年龄由原先的十岁调整为八岁。虽然民事责任能力与刑事责任能力有所不同,但是两者对于责任年龄的设定都与社会发展、时代背景相关。民事责任年龄的下降在一定程度上可以说是社会、时代变化的映照。从横向角度来看,由于我国是一个地缘辽阔的多民族国家,在同时代背景下,各地区经济发展水平参差不齐,教育环境、文化氛围也各不相同。尤其是西部欠发达地区的教育资源相比于东南沿海地区相差甚远,导致不同地区十四周岁青少年的心智水平存在显著差别,而现行一刀切的硬性刑事责任年龄标准显然无法满足青少年个体化差异。在97《刑法》的修订研讨过程中,针对79《刑法》所规定的最低刑事责任年龄是否应降低出现了不同意见。反对者认为,虽然未成年人身心发育相较于过去有所提前,犯罪趋势加重,“但这种情况主要存在于经济文化比较发达的大中城市和地区。我们不能只考虑大中城市的青少年犯罪情况,不考虑发展相对落后的广大农村和小城市”。^②笔者认为,此种反对声音恰巧反映了我国刑事责任年龄设定的缺陷。由于地区间经济文化发展差距较大,经济水平相对落后的农村地区和小城市未成年人身心成熟事件相较于经济发达地区晚,这是刑事责任年龄适用对象的区分问题,关键在于对未成年人个体化差异的区分,而非最低刑事责任年龄高低的问题。换言之,即使最低刑事责任年龄未作调整,继续按照79《刑法》中的标准,但就十四岁而言,该年龄标准的适用同样无法区分未成年人个体化差异。我国的刑事责任年龄标准的适用缺乏弹性,这种一刀切的硬性标准在司法实践中未能针对未成年人身心发育的差异留下区别适用的空间。

针对当前司法实践中刑事责任年龄的适用困境,刑事责任年龄不可冒然一刀切得降低,否则仍会出现上述司法适用中的缺陷。弹性标准的“恶意补足年龄”规则化解了我国现行一刀切的最低刑事责任年龄的僵局,给刑法应对时代的发展变化以及青少年身心发展的个性化差异留下了缓冲空间。这不仅与以保障人权为核心的人道主义价值观相契合,反映了刑法对青少年的人文关怀,同时也为我国刑事司法体系注入了时代活力,与依法治国理念相呼应,有利于进一步推动我国刑法科学化、现代化的进程。

（二）完善我国少年司法制度的需要

刑法所规定的刑事责任年龄在司法实践中呈现出僵化适用的现象,除此以外,面对当前青少年犯罪

^①高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京:北京大学出版社,2012年,第22—23页。

^②高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,第187页。

的复杂态势,我国基于对未成年人的特殊保护而颁布的配套制度《未成年人保护法》以及《预防未成年人犯罪法》,在应对青少年的违法犯罪行为时也未能实现良好的辅助效果。我国《未成年人保护法》旨在加强对未成年人合法权益的保障,但是在司法实践中,现行的未成年人司法制度在面对同为未成年人的侵害者和受害者时,对受害方的弱势未成年人保护不足,仅停留在形式层面而未能真正有效的对弱者予以强有力的保护;而对侵害方的未成年人的处置措施则过于宽大温和,以至于对不法行为人的一种放纵。《刑法》第17条第4款、《预防未成年人犯罪法》第38条规定,对于因未达相应刑事责任年龄而得到刑罚的豁免的未成年人,“责令他的父母或者其他监护人严加管教;在必要的时候,也可以由政府依法收容教养”。在这种前提下,对于未成年犯罪人有效的非刑罚处置措施就十分重要,但是当前这种强制性的教养措施在司法实践中所获得的效果及社会反应并不尽人意。

在少年司法制度中,在注重未成年人合法权益保障的同时也要注重社会公共利益的效果,但二者之间却是相互对立的关系。若以维护社会利益为第一要旨,则需对未成年人所实施的具有严重社会危害性的行为进行严厉处置,以达到社会稳定的效果;反之,若过于强调未成年人权益保护,则需对未成年人不法行为的处置施以众多限制,难以实现良好的社会效果,必定会损害一定的社会利益。因此,对于未成年人权益与社会利益之间对立冲突的权衡至关重要。我国《刑事诉讼法》第277条规定,对于未成年犯罪人应坚持教育为主、惩罚为辅的原则,贯彻教育、感化、挽救的方针。面对当前我国未成年人犯罪低龄化趋势,我国少年司法制度对于一些低龄未成年人来说保护过度而惩治不足,反而成为其逃避惩罚的漏洞。我国现有的法律制度对于低龄未成年人不法行为的放纵,在一定程度上是对更多潜在受害者的威胁,这不仅有损当下社会公众的利益,甚至给未来埋下了更大的隐患。

就目前我国少年司法制度而言,对于低龄未成年人司法处遇存在一定的缺陷。在少年司法制度的目标中,虽然过于强调惩罚理念,会忽视未成年人与成年人之间心理及生理成熟的差异,造成未成年人在司法处遇上与成年人相近。而未成年人相较于成年人来说,在实施某一行为时更加冲动,欠缺细致的考虑,易受到外界影响,心智并未完全成熟定型。^①但是过于强调教育理念,则会出现当前我国未成年人犯罪行为低龄化处理困境。如前文所述大连十三岁少年杀害十岁女童案件,在行为人实施杀害他人的行为后,其内心坦然淡定,对于自己未达相应刑事责任年龄而不用承担刑事责任这一情形具有明确认知,最终对其做出的由政府进行收容教养已是现行少年司法制度中最严厉措施。对此类明知自身行为所造成的结果的严重性,具有明显恶意的未成年人来说,教育、感化、挽救理念为主导的司法处遇显然难以实现良好效果。司法制度的设计以及刑事政策导向都应与社会实际相吻合,当这种教育理念为主导的少年司法制度失灵时,就应向以惩罚理念为主导进行转变。2009年英国上议院在审理一起案件中,明确了对于“恶意补足年龄”规则的弃用,将原先十至十四周岁未成年人的无刑事责任能力推定废止,十周岁以上的未成年人视为与成年人具有同等刑事责任能力。^②这种从可推翻的无刑事责任能力的法律推定,到法律规定完全具有刑事责任能力的转变既是少年司法制度理念转变的有力例证。除此以外,美国自20世纪80年代开始,青少年犯罪案件逐渐增多,许多州的少年司法制度理念开始调整,由教育关怀向惩罚和责任进行转变。^③

四、“恶意补足年龄”规则本土化适用

通过对“恶意补足年龄”规则本身的分析,结合我国当前刑事司法实践发展以及完善少年司法制度

^①转引自郭大磊:《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》。

^②转引自郭大磊:《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》。

^③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》。

的需要,为“恶意补足年龄”规则的引入我国的必要性提供了有力支撑。“立法必要性更多属于纯粹理性范畴,而立法可行性则属于实践理性范畴。”^①虽然多数国家在未成年人犯罪的预防与应对问题上都经历了一个大同小异的过程,但由于各国历史文化背景、社会发展水平之间的差异,借鉴域外的成熟经验之时我国需要具有一定的环境基础,才能使其更好的移植于本国的土壤之上。

(一)“恶意补足年龄”规则引入可行性

“恶意补足年龄”规则在域外的适用经验为我国提供了众多优秀的范例,除此以外,我国相关刑事政策以及法律法规所奠定的良好制度条件,为“恶意补足年龄”规则的中国适用打下了坚实基础。

一是政策基础。根据最高人民检察院所颁布的《关于在检察工作中贯彻宽严相济的刑事司法政策的若干意见》(下称为《意见》),以维护社会和谐稳定为背景所提出的宽严相济刑事政策,在严厉打击恶性犯罪的同时,最大限度的对不法行为人予以挽救,能从宽处理则尽量从宽。其中,宽则是指对于犯罪情节轻微、社会影响较轻、危害不大、主观恶性较小的犯罪人给予其悔过的机会,最大程度从宽处理,^②以达到司法影响与社会影响相统一的良好效果。我国对于未成年主体所倡导以“教育为主,惩罚为辅”的原则并未对惩罚措施予以否定,只是在实际案件处理实施中惩罚措施应居于次要地位,但我国少年司法制度在实际实施中难以看到强有力的惩罚措施的身影。相较于成年人来说,未成年人心理以及生理水平尚未达到较高成熟标准,主观认识尚未完全定型,对于恶性较低的易于被感化影响,对其施以教育为主的轻缓措施能够实现良好效果;但是对于未达相应刑事责任年龄且主观恶性较大,不法行为具有严重社会危害性的未成年人来说,严厉刑罚的威慑功能受限,而此时教育感化效果也并不理想,导致宽严相济刑事政策精神的缺失。对此,居于次要地位的严厉惩罚就应挺身而出弥补宽缓教育措施的不足,而非一味得退让造成未成年人犯罪行为的放纵。“恶意补足年龄”规则与宽严相济刑事政策精神相吻合,都体现了轻缓与严厉相互交织统一的司法理念,这无疑为“恶意补足年龄”规则的引入提供了强有力的政策支撑。

二是实践基础。在“恶意补足年龄”规则中,对恶意的认定因事关行为是否构成犯罪而至关重要,也是规则适用的核心和关键所在。在我国现有的刑事司法制度中,羁押必要性审查、附条件不起诉、相对不起诉等程序的适用,都与行为人的主观恶性表现紧密相关。^③最高检在《意见》第11条中,对于宽严相济刑事政策在未成年人案件中的贯彻落实做出指导,对于未成年的犯罪嫌疑人“可捕可不捕的不捕,可诉可不诉的不诉”,但是对于主观恶性较大,其行为具有严重社会危害性的要严肃处理。对于未成年人主观恶性的考察,可根据“性格特点,家庭情况,社会交往,成长经历”等相关事实情况进行分析。除此以外,最高检2013年新修订的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(下称为《规定》)第9条指出,可对未成年犯罪嫌疑人的成长经历、犯罪原因、监护教育等相关情况进行调查,作为办案和教育的参考依据。以及第40条,人民检察院对于未成年犯罪嫌疑人决定附条件不起诉而设立考验期的,其期限长短应根据行为人的主观恶性、犯罪行为社会危害性的大小来决定。同时,最高检2017年所颁布的《未成年人刑事检察工作指引(试行)》(下称为《指引》)第197条也提到,可以采用心理测评、心理疏导等方式增强附条件不起诉决定的科学性。这种未成年人刑事检察工作的思路与“恶意补足年龄”规则适用中,对“恶意”的认定方式具有一定的相似性,都是针对未成年犯罪人进行个性化差异的考量和处理,这无疑为“恶意补足年龄”规则的引入奠定了良好的实践基础。

^①于兆波:《立法必要性可行性的理论基础与我国立法完善》,《法学杂志》2014年第11期。

^②潘照东:《前科消灭制度价值分析及本土化构建》,《周口师范学院学报》2018年第3期。

^③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。

（二）“恶意补足年龄”规则本土化构建

对于“恶意补足年龄”规则的本土适用,要在借鉴域外优秀经验的基础上结合我国社会实情进行具体改良设计,并对现行法律制度予以完善,以此来保障规则顺利、高效得适用。

1. 适用范围

（1）适用年龄范围

我国现行刑事责任年龄的规定已无法满足当前社会的需要,对于“恶意补足年龄”规则的适用,势必要将最低刑事责任年龄进行下调以获得一个弹性的适用空间。由于各个国家或地区的社会实情有所不同,对刑事责任年龄的起点规定下至七岁上至十八岁具有较大差别。^①如前文所述,普通法系国家最早将“恶意补足年龄”规则的适用年龄范围限定在七至十四周岁,但是对于我国来说,以七岁作为刑事责任年龄的起点显然是社会大众所难以接受的。“对犯罪的认定,必须考虑公众的规范意识或刑法认同感,肯定其经验、情理、感受的合理性,这是现代法治国家刑法之要义”。^②《〈联合国儿童权利公约〉第10号一般性意见——少年司法中的儿童权利》第32条提出,“低于12岁的最低刑事责任年龄不是国际上可接受的水平。”笔者认为,可将十二周岁作为刑事责任年龄的起点,结合现行刑事责任年龄的划分阶段,将“恶意补足年龄”规则的适用年龄范围限定于十二至十四周岁。

（2）适用罪行范围

“恶意补足年龄”规则的中国化适用应具有打击犯罪与未成年人权益保障的双重功效,在遏制青少年犯罪低龄化趋势的同时,最大限度得给未成年人合法权益的保障留下充足空间。除了对规则的适用年龄范围要予以明确,同时对于适用“恶意补足年龄”规则的犯罪行为也应予以限制。我国《刑法》第17条第2款规定,十四至十六周岁的未成年人针对八种特定的恶性犯罪需承担刑事责任。在我国当前的司法实践中,一些未达相应刑事责任年龄的未成年人之所以能够触动公众神经,正是因其主观恶性较大,所实施的不法行为具有严重社会危害性,这也是刑罚主动出击的必要性所在。因此,出于同样的考虑,对于“恶意补足年龄”规则所适用犯罪行为的范围,同样应限定于这八种社会影响较为恶劣的犯罪行为。对于刑罚适用范围尽可能予以缩小,这也是刑法谦抑性的要求所在。

（3）适用程序范围

为了尽可能保障特定年龄范围内的未成年人合法权益,对于“恶意”的认定应仅作为定罪阶段的依据,而不得扩张为加重处罚的量刑依据。未达相应刑事责任年龄只是阻止犯罪构成的客观形式依据,而实质原因则是行为人对自身行为不具备辨认和控制能力。对于未达相应刑事责任年龄,但具有明显恶意的未成年人,通过“恶意补足年龄”规则中的“恶意”来证明其对不法行为具有明确辨认和控制能力,使得犯罪构成要件要素齐全,进而进行有罪认定。若将“恶意”在量刑阶段再次作为参考依据,则难免陷入重复评价的嫌疑,损害未成年人群体的特殊权益。

2. 恶意的认定

不法行为人具有明显恶意是“恶意补足年龄”规则得以适用的核心。由于恶意本身属于主观意识方面而具有一定的抽象性,为保证诉讼程序的高效运行,减小司法工作人员的恣意认定空间,防止在恶意认定时滋生腐败、徇私枉法的现象发生,对主观恶意的认定程序势必要具有明确性、科学性、规范性。依据我国现有司法制度以及实践措施,可对未成年犯罪嫌疑人采用社会调查和心理测评两种方法来进行恶意的认定,其不仅在我国现有制度中予以明确,同时在司法实践也发挥了重要作用。

^①马克昌、卢建平:《外国刑法学总论(大陆法系)》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第201页。

^②熊立荣、郭慧英:《我国刑事责任年龄规定之反思》,《中国刑事法杂志》2003年第6期。

(1) 社会调查

对于未成年人进行社会调查已经成为司法机关办理刑事案件的重要参考依据。例如,《规定》第9条规定:“人民检察院根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查,并制作社会调查报告,作为办案和教育的参考。”《指引》第28条规定:“人民检察院办理未成年人刑事案件,应当对公安机关或者辩护人提供的社会调查报告及相关材料进行认真审查,并作为审查逮捕、审查起诉、提出量刑建议以及帮教等工作的重要参考。”由此可见,对于未成年犯罪嫌疑人恶意的认定,可以对其亲友、社区、学校进行走访调查,对行为人的犯罪行为、成长经历、性格特征、生活环境、学校表现等相关事实材料进行收集,并制作调查报告。

(2) 心理测评

《指引》第197条规定:“人民检察院在附条件不起诉决定适用、监督考察等过程中,可以运用心理测评、心理疏导等方式,提高决策的科学性和考察帮教的针对性。”与社会调查有所不同,心理测评则需通过更为客观、精准的技术进行展现,更加直接地从心理层面对未成年犯罪嫌疑人进行分析。我国对于犯罪心理测评的量化评估早在2006年就已实现,以《中国罪犯心理评估个性分测验》量表作为犯罪心理的参考依据,并在实践中取得良好效果。^①因此,在“恶意补足年龄”规则的适用中采用《中国罪犯心理评估个性分测验》来对行为人的犯罪心理进行评估。

3. 恶意的证明标准

我国《刑事诉讼法》第55条对司法机关所遵循的“事实清楚,证据确实、充分”证据标准进一步做出了说明:第一,定罪量刑的事实都有证据证明;第二,据以定案的证据均经法定程序查证属实;第三,综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。结合前文所述,控方若能够推翻对于特定年龄段的未成年人不具有刑事责任能力的推定,也即是说该未成年人具有明显恶意,需要对其行为承担相应的刑事责任。裁判者为避免错判无辜者有罪,必须仔细斟酌和严格考量全部证据以及相关事实,当对被追诉人是否有罪存在怀疑时,宁可让其逃脱也不可错判无辜。^②基于对人罪证明标准的严格要求,同时也最利于对未成年人权益保障的角度出发,以“排除合理怀疑”的证据标准对未成年犯罪嫌疑人恶意进行认定更加符合实践的需要。除此以外,我国在刑事司法程序中坚持无罪推定原则,而无罪推定原则在英美法系国家作为一种证据规则而存在,被视为“排除合理怀疑”证据标准的另一种表述。^③无罪推定原则的价值在于对控方的控诉活动予以一定的限制而做出的一种程序上的推定,其实质实则为由一般的定罪标准“排除合理怀疑”降低为“优势证明”标准,对于被追诉人而言,并不要求达到控方“排除合理怀疑”的证明标准。^④因此,与公诉机关相对,被追诉人因缺少国家权力作为支撑,在证据的收集以及证明力度方面相比于检察机关较为弱势。所以未成年犯罪嫌疑人的抗辩事由的证明标准达到“优势证据”标准即可,换言之,辩方所提出的消极证据相较于控方的积极证据更具有说服力。

4. 补充沉默权的立法规定

《北京规则》第7条“少年的权利”中明确未成年犯罪嫌疑人享有沉默权。对于沉默权来说,“米兰达规则”或者说“米兰达警告”(Miranda Warnings)是对其最典型的诠释,即在被讯问时,未成年犯罪嫌疑人有权保持沉默,拥有拒绝自证其罪的权利(也即“米兰达权利”),对所有问题,无论与案件

^①《中国罪犯心理评估个性分测验》是中国第一个自行研制的、符合中国国情与犯情的、拥有全国常模的、用于初步调查罪犯个性心理特征的专用量表。

^②刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》,《中国刑事法杂志》2016年第3期。

^③刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》。

^④龙宗智:《相对合理主义》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第471页。

是否相关均可以拒绝回答。强调审讯机关米兰达规则的告知义务,对审讯机关来说是一种权力约束,而对未成年犯罪嫌疑人来说则是一种合法权益的有效保障。在美国的司法实践中,未成年犯罪嫌疑人没有放弃拒绝自证其罪的权利的前提下,其在羁押期间所作的有罪供述在少年法庭的程序中是不能够被接受的。^①同时,“未成年人犯罪嫌疑人要求在受到监禁审讯时见父母之一,这将被解释为未成年人希望援引宪法第五修正案的权利,讯问必须立即随之停止”。^②

虽然我国《刑事诉讼法》第52条规定了不得强迫任何人自证其罪,但是与能够拒绝所有讯问以及排除陈述义务的沉默权相比,不得强迫自证其罪仍具有“应当如实回答”的供述义务。虽然刑法中规定不得“强迫”,但是“应当”一词显然就有着潜在“强迫”含义。在“恶意补足年龄”规则的适用中,要坚持事实清楚,证据充分的原则,对证据标准要求较为严格,未成年犯罪嫌疑人的供述对于形成完整的证据链具有关键作用。若在立法中明确犯罪嫌疑人享有沉默权,不仅在规则适用中能够有效增强对未成年犯罪嫌疑人的权益保障,同时也将推动我国刑事诉讼程序中人权保障的巨大进步。

(责任编辑:蒋永华 石亚兵)

The Rule of “Malice Supplies the Age” and Its Implications for China

MA Songjian, PAN Zhaodong

Abstract: The rule of “Malice Supplies the Age” in the common law system countries has great implications for China’s judicial practice in the following aspects: to make up for the shortcomings of the current minimum age of criminal responsibility in our country; to respond to and prevent the trend of the increasing juvenile delinquency; and to improve the juvenile criminal justice system. China’s existing criminal policy, judicial system, and practical experience have laid a good foundation for the introduction and application of the rule of “Malice Supplies the Age”. Due to the differences in the historical and cultural backgrounds and social development level between various countries, when localizing the rule of “Malice Supplies the Age”, we can adjust it to the Chinese realities in such aspects as the scope of application, the establishment of malice, the criteria for determining malice, and the legislative addition of the right to silence. Only in this way can we improve the current legal system to ensure the smooth and efficient implementation of this rule.

Keywords: rule of “Malice Supplies the Age”; age of criminal responsibility; minors; juvenile justice system

About the authors: MA Songjian, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at School of Law, Zhengzhou University (Zhengzhou 450052); PAN Zhaodong is PhD Candidate at School of Law, Zhengzhou University (Zhengzhou 450052).

^①转引自郭大磊:《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》

^②美国宪法第五修正案规定,任何人不得在任何刑事案件中被迫自证其罪。