

不教而刑：下调刑事责任年龄的立法反思

姚建龙*

摘要 法定最低刑事责任年龄历经近代以来的百年发展,整体呈现的是上升而非下降的趋势。某种意义上,这也是中国刑法现代化进程的缩影。《刑法修正案(十一)》将法定最低刑事责任年龄逆势下调,虽然迎合了极端个案所引发的舆论压力,但既未经过严谨论证也缺乏正当性根据。法定最低刑事责任年龄应否下调,需要厘清的是其背后所涉及的童年观、罪错观、保护观的争议与分歧,由此才可做出理性评判。若要对刑事未成年人进行刑法上的例外非难与谴责,学理根据上多采折中说,但亦须在立法与司法中予以严格限制;而在具体实现路径上,须以优先启动少年司法后例外剥夺“未成年人”身份为前提。对于《刑法修正案(十一)》下调法定最低刑事责任年龄立法的反思,不应止步于司法限缩,其检讨意义在于警示我国应高度重视少年司法改革,尽快建立独立的少年司法制度,形成少年司法与刑事司法二元结构体系。

关键词 刑事责任年龄 《刑法修正案(十一)》 最有利于未成年人原则 少年司法

刑事责任年龄是否应当降低是近代以来与刑法的制定与修订如影相随的“老问题”。尽管争论了百余年,但自《大清新刑律》在制定过程中经过激烈争论将草案拟定的法定最低刑事责任年龄从十六周岁正式下调至十二周岁后,立法者的立场通常是“提高论”而不再是“降低论”,或者至少也是持谨慎立场的“维持论”。经过百余年努力,我国刑法最终在1935年形成了以十四周岁为法定“最低刑事责任年龄”、^[1]1979年形成了以十六周岁为法定“刑事成

* 上海社会科学院法学研究所研究员。本文系2020年度国家社科基金一般项目“未成年人司法‘先议权’研究”(项目编号:20BFX099)的阶段性研究成果。

[1] 正式确立于1935年《中华民国刑法》第18条。需要注意的是,此时“法定最低刑事责任年龄”与“刑事成年年龄”仍然是保持一致的。

年年龄”〔2〕的长期稳定的刑事责任年龄规则。

然而,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(本文以下简称“《刑法修正案(十一)》”)增加了下调刑事责任年龄条款,将法定最低刑事责任年龄重新退回《大清新刑律》所采用的十二周岁标准——这多少有些“出人意料”。刑事责任年龄的调整是涉及到我国刑事法律制度的重大根基性问题,也是反映我国刑法改革趋向的重要指针。总的来看,对这样一次触及刑法根基的调整,无论是在《刑法修正案(十一)》的制定过程中,还是正式生效后至今,刑法学界的反应总体上是令人费解的,〔3〕而少年法学界的声音早已淹没在舆论要求严罚未成年人犯罪的激愤之中。《刑法修正案(十一)》已生效两年有余,但讽刺的是,未成年人犯罪反而“巧合式地”从2020年开始改变此前总体下降趋势而逐年上升(参见图1)。低龄未成年人犯罪也反而从《刑法修正案(十一)》颁布的2020年开始出现占比上升趋势(参见图2)。未成年人犯罪的类型也仍然以暴力犯罪为主(参见图3)。尽管未成年人犯罪的影响因素很多,但显然,试图以立法直接降低刑事责任年龄的方式来应对低龄未成年人恶性犯罪并没有产生遏制未成年人低龄化、暴力化的效果,反而至少在司法统计数据上反映出事与愿违——助长未成年人犯罪的结果,这难道不值得反思吗?

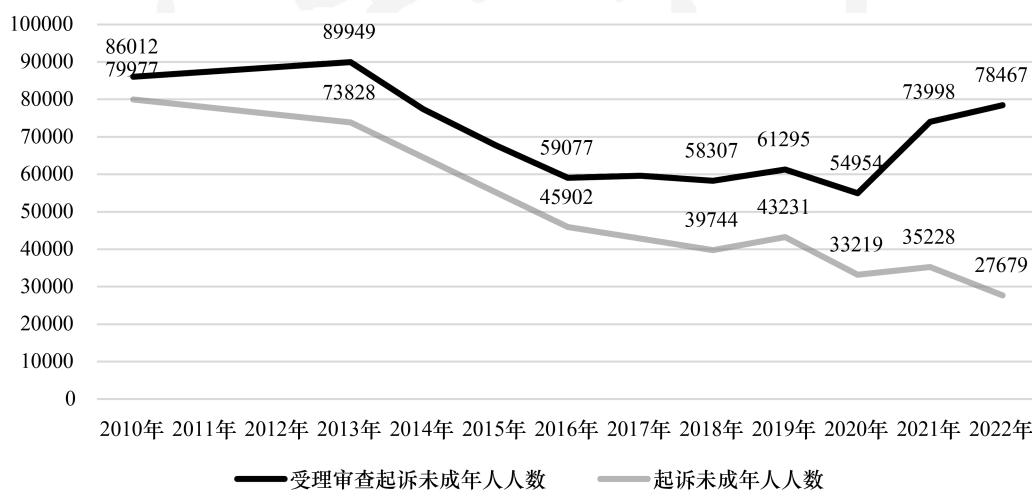


图1 2010年以来未成年人犯罪情况〔4〕

〔2〕 正式确立于1979年制定的《中华人民共和国刑法》第14条。需要注意的是,此时“法定最低刑事责任年龄”与“刑事成年年龄”开始采取了双轨制,并建立了在特殊情况下追究“刑事未成年人”刑事责任的例外规则。当前所争议的刑事责任年龄是否应当降低实际仅指法定最低刑事责任年龄,而并不涉及刑事成年年龄的调整。

〔3〕 在《刑法修正案(十一)》正式颁布后,一些如张明楷所著《刑法学》(第6版)等代表性刑法教科书以及在法律核心期刊发表的多数专题论文均对于下调法定最低刑事责任年龄表示明确反对,但是这种反对的声音却并未在《刑法修正案(十一)》制定前或者制定过程中明确体现出来。在《刑法修正案(十一)》二审稿增加下调刑事责任年龄条款后,笔者在与立法部门交流时,有关同志还总结认为刑法学界对此没有反对声音。

〔4〕 图1、2、3的数据是通过最高人民检察院历年发布的《未成年人检察工作白皮书》整理而来。

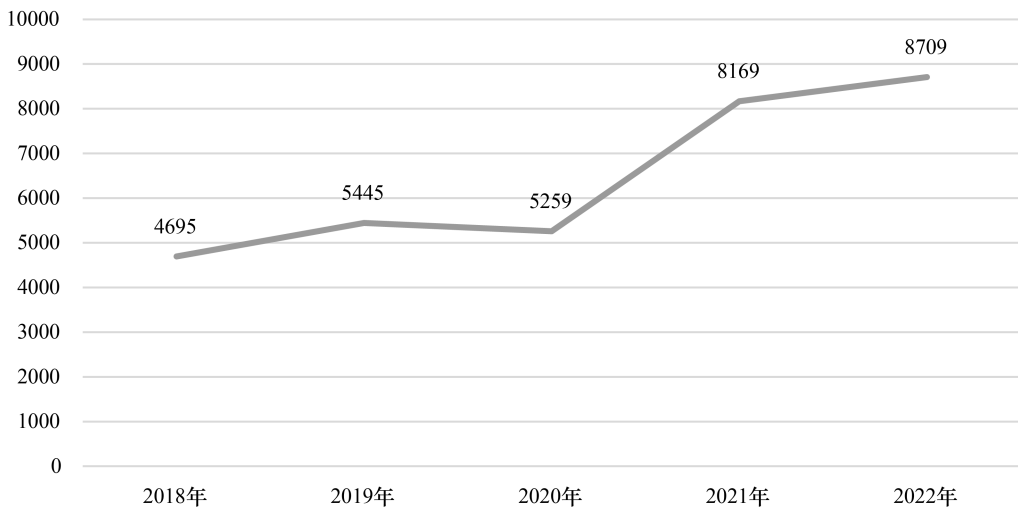


图2 2018年至2022年受理审查起诉已满14周岁不满16周岁未成年人人数

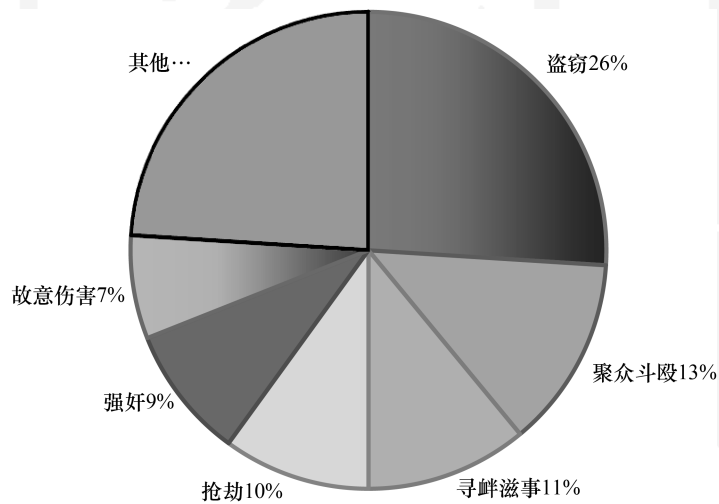


图3 2018年至2022年受理审查起诉未成年人犯罪主要罪名

核准追诉已满十二周岁不满十四周岁儿童的多起案件已悄然完成。一个尴尬的现实是，在未成年人极端个案面前，社会舆论绝不会满足于刑事责任年龄的下调，而是必然走向进一步严罚甚至呼吁恢复未成年人死刑，〔5〕难道刑事立法还要再次积极回应吗？目前的研究和争

〔5〕 2022年7月底发生于甘肃永昌的8名未成年人围杀活埋21岁男子案，再次引爆网络，并进而引发了进一步严罚未成年人犯罪的新一轮舆情。参见《“甘肃活埋案”细节曝光，8个孩子围杀21岁小伙，现场视频太惊心……》，载腾讯网，<https://new.qq.com/rain/a/20220811A09RR700>，最后访问日期：2023年8月13日。

议主要止步于对《刑法》第17条第3款的教义学解释,对《刑法修正案(十一)》增加这一条款的反思与检讨显然是不足的,而这也正是本文研究的主要目的。因为,如果立法本身就是值得商榷的,所谓“虽然不赞成《刑法修正案(十一)》增设这一规定,但作为解释论,必须确保刑法的公正性与结论的妥当性”〔6〕亦不过是伪命题。

一、刑事责任年龄的百年变迁与趋向

(一)法定最低刑事责任年龄的形成

清朝末年,修订法律大臣沈家本曾在其著作《历代刑法考·丁年考》中对包括俄、英、法、德、日等在二十多个国家的刑事丁年(成年)年龄进行了详细梳理,结论是各国刑事丁年年龄最低为十二岁,最高为二十三岁。〔7〕通过梳理借鉴西方刑事立法规定并结合本国实际,沈家本总结认为“各国刑事丁年自十四以迄二十二不等,各随其习俗而定。中国幼年犯罪,向分七岁十岁十五岁为三等,则刑事丁年为十六岁以上可知。夫刑罚为最后之制裁,丁年以内乃教育之主体非刑罚之主体”。〔8〕

在笔者看来,沈家本对我国刑事责任年龄立法的历史性贡献有二:一是通过考证中国历代刑事“丁年”年龄,总结出我国“刑事丁年”即刑事成年年龄为“十六岁”的传统。二是精辟地指出“丁年以内乃教育之主体非刑罚之主体”,这一观念既符合中国历史传统,又契合现代刑法理论。易被人忽视的是,按照沈家本的观点,对于丁年以内的未成年人如果“因犯罪而拘置于监狱熏染囚人之恶习,将来矫正匪易”〔9〕因而不能“一罚了之”,但也绝不能“一放了之”,而是作为“教育之主体”对待。因此,《大清刑律草案》规定了替代刑罚的感化教育制度,而在此之前,试办幼年法庭即创建少年司法制度的试点也已在当时的“奉天”展开。〔10〕

然而自沈家本于光绪三十三年(1907年)上奏《大清刑律草案》后,对该草案的各种争议意见纷至沓来,学部、督察院及地方各省的签注意见对《大清刑律草案》提出了很多反对和批评意见,草案第十一条“凡未满十六岁之行为不为罪”的规定可以说成了众矢之的,受到了重点批评与讨论。〔11〕鉴于反对声音强烈,草案的修正案进行了退让,将未满十六岁下调为未满十五岁。但是宪政编查馆核定时对这一下调仍然并不认可,进而再下调至未满十二岁,并在第五十条增加了论罪但可从轻的折衷性规定。最终,《大清新刑律》确立了以十二岁为刑事责任起点

〔6〕 张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第410页。

〔7〕 参见沈家本:《历代刑法考·丁年考》,中华书局1985年版,第1338—1340页。

〔8〕 沈家本:“修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折”,《大清光绪新法令》(第19册),商务印书馆宣统元年二月版,第28页。

〔9〕 同上注。

〔10〕 参见姚建龙:“近代中国少年司法改革的进展与高度”,《预防青少年犯罪研究》2014年第4期,第44—45页。

〔11〕 参见高汉成:《〈大清新刑律〉与中国近代刑法继受》,社会科学文献出版社2015年版,第84、102—103页。

年龄、^[12]已满十二岁不满十六岁人犯罪减轻处罚的规定。^[13]需要注意的是,《大清新刑律》所确定的刑事成年年龄是十二岁,且对于刑事未成年人(即未满十二岁之人)没有设置例外情况下可以当作刑事成年人追究刑事责任的相对负刑事责任年龄阶段,即法定最低刑事责任年龄与刑事成年年龄是同一的。

民国初年《暂行新刑律》(1912年)沿袭了《大清新刑律》有关刑事责任年龄的规定,但针对《暂行新刑律》所草拟的《刑法第二次修正案》(1919年)试图将刑事责任年龄提高到十四岁,主要原因是认为原刑事责任年龄的规定“揆之刑事政策,未为得当”,^[14]但在当时,这一提议仍然被认为太过激进,1928年正式颁布的《中华民国刑法》最终采用了仅提高一岁即十三岁为刑事责任年龄的方案。值得关注的是,1935年南京国民政府公布了经过修改的《中华民国刑法》(即所谓新刑法),该法成功将法定最低刑事责任年龄再向前一步提高到了十四周岁,同时还规定已满十四岁不满十八岁人之行为“得减轻其刑”。^[15]

新中国成立之后,1950年拟定的《中华人民共和国刑法大纲草案》第十一条规定“不满十四周岁者,不处罚”,拟延续1935年即确定的以十四岁为法定最低刑事责任年龄的传统。然而,后续的刑法立法草案多有反复,大体上是在十二岁、十三岁、十四岁之间不断摇摆但总体呈现的是上升趋势,与清末至民国时期各个阶段的刑法或者刑法草案的变化颇为相似。例如1954年颁布的《中华人民共和国刑法草案(初稿)》拟以十二周岁为法定最低刑事责任年龄,^[16]1957年《刑法草案(第22稿)》则将法定最低刑事责任年龄提升为了十三周岁,1963年《刑法草案(第33稿)》又进一步将法定最低刑事责任年龄提升为了十四周岁。^[17]

1979年,《中华人民共和国刑法》正式在第十四条^[18]第一款将应当负刑事责任的“刑事成年年龄”规定为十六周岁,同时该条第二款新增了“在例外情况下可以追究刑事未成年人刑事责任的相对负刑事责任年龄,并将“不为罪”的“法定最低刑事责任年龄”确定为十四周岁。应当说,新中国的第一部刑法典关于刑事责任年龄的规定较之1935年民国时期新刑法更进一步,已经在较大程度上接近了沈家本“凡未满十六岁之行为不为罪”的理想,体现了新中国刑法立法的重大进步。

此后,多次出现降低法定最低刑事责任年龄至十二或者十三周岁的建议,如全国人大常委

[12] 参见《大清新刑律》第11条规定:“未满十二岁人之行为,不为罪。但因其情节,得施以感化教育。”

[13] 参见《大清新刑律》第50条规定:“未满十六岁人……犯罪者,得减本刑一等或二等。”

[14] 王觐:《中华刑法论·中卷》,中华书局1933版,第896页。

[15] 1935年《中华民国刑法》第18条规定:“未满十四岁人之行为不罚。十四岁以上未满十八岁人之行为得减轻其刑。”

[16] 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55页。

[17] 参见自正法、付丽萍:“可以降低未成年人刑事责任年龄吗?——基于1010份调查问卷的实证考察”,《人权研究(辑刊)》2020年第1期,第291页。

[18] 1979年《中华人民共和国刑法》第14条规定:“已满十六岁的人犯罪,应当负刑事责任。已满十四岁不满十六岁的人,犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严重破坏社会秩序罪,应当负刑事责任。已满十四岁不满十八岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。因不满十六岁不处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。”

会法制工作委员会刑法室整理的〔19〕《对刑法的修改意见》(1983年)、〔20〕《关于修改刑法的初步设想》(1988年)、〔21〕《各政法机关、政法院校、法学研究单位的一些同志和刑法专家对刑法的修改意见》(1988年)、〔22〕《刑法总则中争论较多的几个问题》(1989年)〔23〕等,直至刑法正式进入修订程序,仍然存在降低刑事责任年龄的呼吁。〔24〕但是,立法机关在正式考虑刑法的修改和完善时对这些建议是极为谨慎的。相反,鉴于1979年刑法对于已满十四周岁不满十六周岁刑事未成年人〔25〕在例外情况下可以承担刑事责任的表述含糊,特别是“其他严重破坏社会秩序罪”之兜底规定既有违罪刑法定原则也不利于未成年人保护,1997年修订的刑法对例外情况下追究刑事未成年人刑事责任的规定还进行了限制,将已满十四周岁不满十六周岁未成年人承担刑事责任年龄的范围仅限于八类犯罪。

考察近代以来百余年来刑事立法的沿革,关于刑事责任年龄的纷争从不曾停止。但自《大清新刑律》将法定最低刑事责任年龄确定为十二周岁之后,百余年来刑事责任年龄的变化呈现出的是不断升高而非降低〔26〕且逐步向沈家本所考证和主张的刑事丁年年龄(十六周岁)靠拢的趋势;刑事立法也逐步形成了对于刑事丁年以下之人(即刑事未成年人)只在例外情况下才追究刑事责任的惯例,并且设定了十四周岁这一法定最低刑事责任年龄以对“例外”进行约束。至1997年,我国刑法关于刑事责任年龄的规定,已经距离实现沈家本“凡未满十六岁之行为不为罪”的理想仅一步之遥。

(二)一次逆升为降的修法

2020年《刑法修正案(十一)》虽并未改变十六周岁为刑事成年年龄的标准,但却将法定最

〔19〕 下引相关文本见载高铭暄、赵秉志、商浩文编著:《新中国刑法立法沿革全书》,中国人民公安大学出版社2021年版。

〔20〕 该意见提出:“建议将十四岁改为‘十三岁’或者‘十二岁’……第十四条第二款中的‘十六岁’改为‘十五岁’。”同上注,第1321页。

〔21〕 该意见提出:“对刑法规定的刑事责任年龄可降低1岁,即将14岁降为13岁,16岁降为15岁,18岁降为17岁。”高铭暄等,见前注〔19〕,第1330页。

〔22〕 该意见提出:“建议将14岁降为13岁。”高铭暄等,见前注〔19〕,第1331页。

〔23〕 这一意见提出:“有些同志主张将负部分刑事责任的年龄由14岁降为13岁。”高铭暄等,见前注〔19〕,第1334页。

〔24〕 高铭暄等,见前注〔19〕,第1345页。

〔25〕 笔者曾主张把不满14周岁者称为儿童,其中12周岁未满者简称为年幼儿童,12周岁以上14周岁未满者简称为年长儿童。把14周岁以上18周岁未满者称为少年,其中14周岁以上16周岁未满者简称为年幼少年,16周岁以上18周岁未满者简称为年长少年,狭义少年仅指年幼少年。关于这些概念的详细分析,参见姚建龙:“刑事法视野中的少年:概念之辨”,《青少年犯罪问题》2005年第3期,第20—24页。本文所称我国刑法中的“刑事未成年人”,包括年幼少年和儿童。

〔26〕 国外刑法学界也一般认为,刑事责任年龄升高而非降低“乃是世界性趋势”。参见(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第388页。有的学者统计分析了近些年来各国刑事责任年龄立法变动情况,也证实了提高而非降低法定最低刑事责任年龄才是国际性趋势。例如,从1989年到2007年,共有41个国家和地区提高了法定最低刑事责任年龄,同期降低法定最低刑事责任年龄的仅有7个国家。从2008年至今,又有23个国家提议提高最低刑事责任年龄,而提议降低的国家仅有2个。参见姜敏:“联合国成员国最低刑事责任年龄研究”,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第2期,第94页。

低刑事责任年龄从十四周岁下调至了十二周岁。尽管立法者辩称是“在特定情形下,经特别程序,对法定最低刑事责任年龄进行个别下调,而不是普遍降低刑事责任年龄”,〔27〕但仍属于在“例外”追究“刑事未成年人”刑事责任之外再创设“例外”的立法。其实质是在特定情形下可以打破十四周岁的底线把低至十二周岁的儿童“不教而刑”,将其作为具有辨认和控制能力的刑事“成年人”追究刑事责任。这一涉及刑法根基的重大调整,能够在刑法理论特别是少年法理论上“自圆其说”吗?

放宽历史的视野,这样一种对于“不为罪”的法定最低刑事责任年龄“逆升为降”——回到《大清新刑律》的修法,至少在事实描述的层面很难说不是历史性的后退(参见图4)。如何评价这样一种“历史性后退”呢?

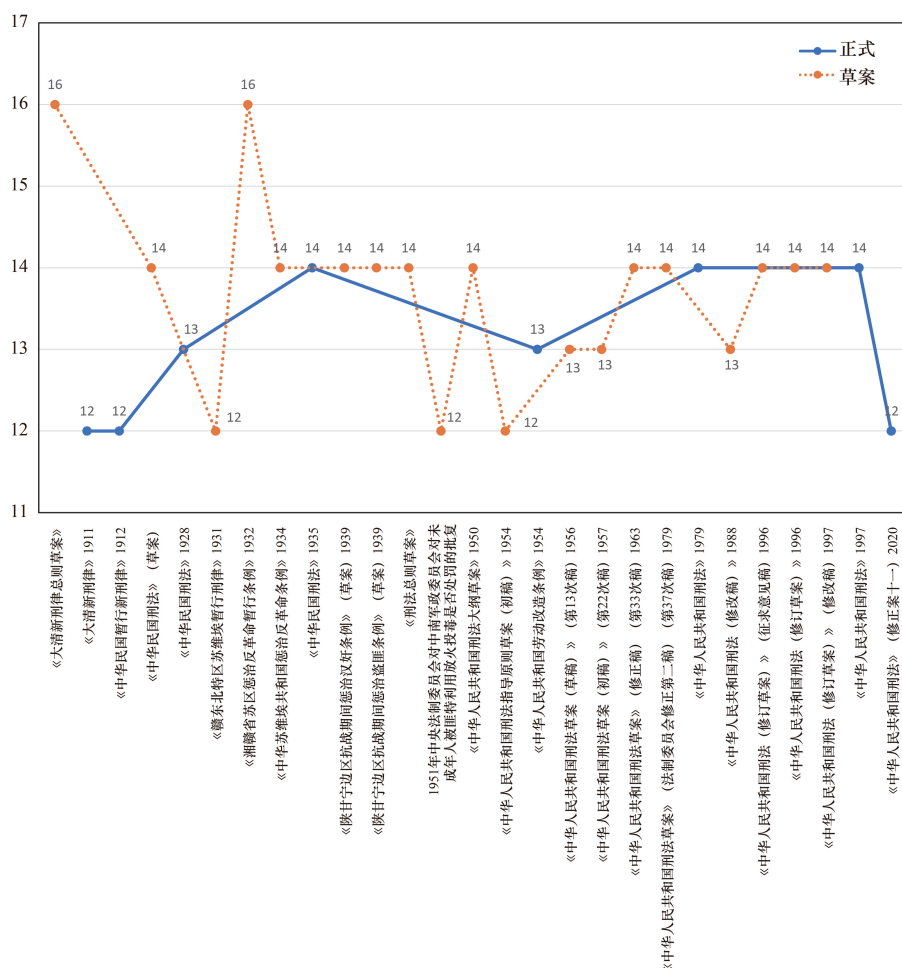


图4 自《大清新刑律》以来我国法定(含立法草案建议)最低刑事责任年龄变化趋势〔28〕

〔27〕 王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2021年版,第27页。

〔28〕 实线为全国性正式法律规范变化线,虚线为草案或仅在特别地区、针对特别罪行施行的法律规范变化线。

一种代表性观点认为,《刑法修正案(十一)》下调刑事责任年龄是强大社会舆论影响的结果,^[29]“就是为了回应民众的呼吁”,^[30]立法者也声称只是谨慎地“个别”下调并且设定了严格的核准追诉标准和追诉程序。令人费解的是,在对“个别下调”原因的解釋时,立法者的阐释^[31]实际表明其认知与抉择之间是矛盾的。在因为低龄未成年人恶性案件引发的强大舆论面前,《刑法修正案(十一)》的“回应”也许确实具有“不得已而为之”的原因。

的确,我国关于刑事责任年龄争议的讨论强度与密度总是伴随着低龄未成年人恶性案件的出现而呈现间歇式上升态势。据不完全统计,近二十年学术界与社会公众对于刑事责任年龄的关注与态度转变以三个重大案件——2004年黑龙江13岁男童强奸杀人案、2015年湖南邵阳13岁少年弑师案、2019年大连13岁男童奸杀10岁女童案为关键性节点,其中尽管2004年与2015年的两个案件引发了人们关于“刑事责任年龄是否应降低”的大讨论,但却并未撼动我国关于刑事责任年龄的立法或刑事政策导向,也未成为学术界所特别正视的具有再争论必要性的议题。然而,自2015年以来,社会舆情开始发生重大变化,遂至2019年以“大连13岁男童奸杀10岁女童案”为标志,降低刑事责任年龄、严惩低龄未成年人犯罪的社会呼声空前高涨,“经由新浪微博等超大规模社交网络平台的信息传播与情感传递,迅速衍化为一种具有高度共识性的舆论诉求”。^[32]而面对此次的汹涌民意,立法者历来谨慎的态度出乎意料地发生了转变。

百余年来降低刑事责任年龄的呼吁从来就没有停止过,相关的主降理由也并无什么新意,但为什么只有《刑法修正案(十一)》会做出“逆升为降”的“历史性”选择呢?值得注意的是,《刑法修正案(十一)》并未将修法的重心放在完善体现刑事丁年以内乃“教育之主体”的少年司法制度上,而几乎仅是简单地将刑事责任年龄一降了之。^[33]这样一种所谓回应是理性的吗?立法者可以因为一时舆论的群情激愤,就逆转历史文化积淀、刑法进化而成的关于刑事责任年龄的基本观念吗?

[29] 参见陈庆安:“《刑法修正案(十一)》的回应性特征与系统性反思”,《政治与法律》2022年第8期,第109页。

[30] 周光权:“刑事立法进展与司法展望——《刑法修正案(十一)》总置评”,《法学》2021年第1期,第22页。

[31] 在由全国人大法工委刑法室主要人员编撰的《中华人民共和国刑法释义》一书中承认:“刑事责任年龄的确定是涉及刑事政策调整的重大问题,需要根据国家的经济社会发展、未成年人违法犯罪的现实情况、未成年人身心发展变化、未成年人司法政策和历史文化传统等多方面因素进行统筹评估研究,需要非常慎重。世界上也有国家确定的年龄较低,但这是建立在少年司法制度的基础上的,有关年龄实际上是适用少年刑事司法的年龄。”王爱立主编,见前注[27],第27页。

[32] 朱笑延:“舆论与刑法的偏差式互动:刑事责任年龄个别下调的中国叙事”,《法学家》2022年第1期,第68页。

[33] 《刑法修正案(十一)》在增加下调刑事责任年龄条款的同时,仅仅将刑法第十七条原“收容教养”更名为“专门矫治教育”,而并未系统地完善体现以教代刑特点的保护处分措施体系。尽管立法者声称“将收容教养修改为专门矫治教育”具有“统筹考虑刑法修改和预防未成年人犯罪法修改相关问题”。高铭暄等,见前注[19],第998页。但是《预防未成年人犯罪法》对于专门矫治教育以及其他保护处分措施的完善,总体上也是十分粗糙的,远未实现构建独立少年司法制度的目的。关于这一问题的详细分析见姚建龙:“未成年人罪错‘四分说’的考量与立场——兼评新修订《预防未成年人犯罪法》”,《内蒙古社会科学》2021年第2期,第85—87页。

二、作为观念折射的刑事责任年龄

作为个体的自然人的成长并不是一蹴而就的，不会界限分明地在某一年龄刻度就质变为“成年”。〔34〕刑事责任年龄的确立实际只是相对合理、公平的法律拟制，既是科学更是一种观念。这样的法律拟制，无论是侧重科学主义（强调辨认控制能力）抑或刑事政策（强调未成年人可塑性与保护）立场，都是基于人类历史不断发展过程中对于童年的发现以及对未成年人与成年人合理区别的认识中逐步建立起来的，而且无论刑法如何抉择都一定会存在争议。有关刑事责任年龄的争议实质可以归结为三个观念性分歧：一是，如何看待和区分“未成年人”与“成年人”，即童年观的分歧；二是，对未成年人罪错行为应于报应主义与保护主义二者之间如何取舍，即罪错观的分歧；三是，在保护未成年人利益与保护社会利益之二元价值冲突之间应怎样权衡，即保护观的分歧。只有在此三大话语平台与必要共识下，才可能对刑事责任年龄是否应当下调作出理性的评价。

（一）童年观

童年观的分歧主要在于如何看待未成年人，特别是未成年人与成年人的差异。

儿童史的研究开启了“发现儿童”之旅，而这一过程就是儿童（未成年人）逐步获得独立地位与尊重的过程。法国著名儿童史学者菲力普·阿利埃斯将儿童的发展史分为三个阶段：没有儿童的中世纪、〔35〕发现儿童的15到17世纪〔36〕以及现代儿童观念形成的17到19世纪。〔37〕不同时期对于未成年人与成年人关系的不同看法，对少年司法的改革也产生了重要影响。具体而言，第一阶段的观念认为未成年人和成年人没有区别，因此未成年人犯罪与成年人犯罪无论是实体法还是程序法均无需差异化，独立少年司法制度也没有建立的必要。第二阶段的观念认为未成年人不过是缩小的成年人，与这一观念相适应，实体法对于未成年人犯罪采取的是比照成年人从轻或者减轻处罚的规则，程序法也会做出一定的变通。但在这种观念支配下，虽然少年司法开始体现了一定程度上的与刑事司法的分离，但是总体上仍然依附于刑事司法。第三阶段的观念认为未成年人与成年人本质不同的独立个体，与此相适应，少年司

〔34〕 参见姚建龙：“我国少年刑事责任制度之理论检讨”，《法律科学（西北政法学院学报）》2006年第3期，第147、150页。

〔35〕 中世纪的儿童与成年人几乎没有区别，在当时的社会文化中认为，“无论从哪个方面来看，一个7岁的男性都是一个男人，除了他不会做爱、不会发动战争”。参见（美）尼尔·波兹曼：《童年的消逝》，吴燕莛译，广西师范大学出版社2004年版，第22页。

〔36〕 从14世纪开始到17世纪，人们开始注意到孩子，儿童开始成为家庭“宠爱”的重心，有了自己的服饰、肖像画和地位，但仍然被视为成人的玩物，没有区别于成人的独立状态。参见刘伟：《教育、惩罚和共生——儿童史视域少年司法的流变》，湖北人民出版社2019年版，第12页。

〔37〕 17世纪开始，教育学和伦理学宣扬“纯真”与“柔弱”的儿童特质，强调对儿童的保护和教育，人们也逐渐了解到孩子是一个独特的群体，有着独立的需求。18世纪，随着家庭的私人化和学校制度的形成，现代儿童的概念正式诞生，儿童从成人社会隔离开来。同上注。

法从刑事司法中分离出来获得了独立的地位,少年司法与刑事司法呈现二元分立的结构。^{〔38〕}

可见,对未成年人与成年人差异的不同理解,决定了少年司法改革的发展阶段以及独立少年司法制度的建立程度。刑事责任年龄作为区分刑事未成年人与刑事成年人的标尺,最能反映立法者所持儿童观的基本立场。通常刑事责任年龄越高意味着立法者视未成年人为区别于成人的独立存在的认知程度越高,换言之,刑事责任年龄的降低则表明视未成年人为区别于成人的独立存在的认知程度也在降低。《刑法修正案(十一)》下调刑事责任年龄的实质是主张在特定情形下可以将低至十二周岁的儿童当作成年人对待,否定其与成年人的差异,放弃教育而施以刑罚。这样的认识可以成立吗?

若要充分认识何为未成年人、何为成年人,则生理学标准、心理学标准、社会学标准均是极为重要的评价因素,法律年龄的确定需要综合考虑生理年龄、心理年龄、社会年龄的均衡。从生理学角度区分未成年人与成年人,确实可以发现随着生活条件的改善未成年人的发育具有提前的趋势,例如男孩遗精年龄的提前与女孩初潮年龄的提前。但是,现代神经科学有越来越多的科学证据证实,决定辨认和控制能力、具有阻止个体作出轻率冲动决定作用的大脑前额叶,通常要在青春期后期才发育并至少直至二十五岁左右才能完全成熟,^{〔39〕}这也证实了“少年的改善性更大,不可救药的可能性更小”。^{〔40〕}发育中的大脑(developing brain)理论更表明:“少年在自我控制能力上有所欠缺。该理论与普遍意义上的少年相关,而非基于很特殊的个体。”^{〔41〕}同时,生理上的成熟并不意味着心理年龄会同步成熟,正如有学者所指出的,“青春期的提前出现与智力和情感的发展之间并无系统关联”,^{〔42〕}这也构成青春期危机产生的重要原因。另一个不可忽视的区分未成年人与成年人的标准是“社会年龄”,亦即社会观念中个体是否进入成人社会而像成年人一样生活的年龄。一般社会观念评价一个人是否成年,通常会从是否完成学业走出校园进入社会、是否工作在经济上获得独立以及是否结婚有婚姻生活等三个评价维度。在当代社会,无论是毕业年龄还是工作年龄,抑或是结婚年龄,都普遍性在推迟。也就是说,社会观念、文化观念中的成年年龄实际上均在推迟而非提前。^{〔43〕}此外,从法律视角看未成年人与成年人的区别,还要关注法律是否对未成年人的行为和权利进行了特别地约束。如果未成年人不能像成年人一样生活、享有权利,特别是在《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称“未成年人保护法”)、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称

〔38〕 参见姚建龙等:“中国未成年人刑事司法制度的完善”,《国家检察官学院学报》2011年第4期,第22页。

〔39〕 参见姚建龙:《超越刑事司法:美国少年司法史纲》,法律出版社2009年版,第207页。

〔40〕 姜雯:“神经科学对美国少年司法的影响及其启示”,《中国卫生法制》2017年第4期,第24页。

〔41〕 同上注,第25页。

〔42〕 Thomas Grisso and Robert G. Schwartz (eds.), *Youth on Trial: A Developmental Perspective on Juvenile Justice*, Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 25.

〔43〕 参见姚建龙:“防治学生欺凌的中国路径:对近期治理校园欺凌政策之评析”,《中国青年社会科学》2017年第1期,第22页。

“预防未成年人犯罪法”）等法律的修订还强化了对未成年人权利与行为约束的情况下，刑法又有什么正当性将低龄未成年人当作刑事成年人对待呢？

简言之，从童年观的角度出发，结合生理学、心理学、社会学以及法律等四大标准来看，未成年人与成人之间的差异是客观的，且因为社会发展实则是在不断扩大而非缩小两者差异，进而刑事责任年龄不但不应当下调反而还应随之升高。^{〔44〕}正因为如此，国际社会倡导将少年司法的规则扩大适用于年纪较轻的成年人。例如，《联合国少年司法最低限度标准规则》和第十七届国际刑法学大会决议均提出了类似的倡议，而德国、奥地利、日本等国的少年法也早有将少年法扩大适用于二十或者二十五岁以下的年轻人的立法。可见，提高而非降低刑事责任年龄，才符合科学发展与社会文明进步的趋势，《刑法修正案（十一）》下调刑事责任年龄显然是背道而驰的。

另一个需要指出的问题是，梳理我国与未成年人相关的法律法规发现，在当前立法者的眼中，未成年人是“分裂”的，对于未成年人“画像”的思考逻辑是混乱的。以《刑法修正案（十一）》为例，立法者一方面认为未成年人相较以往仍处于“不成熟”甚至“更不成熟”状态，因而秉承法律父爱主义^{〔45〕}主张应该予以更多保护。据此，《刑法修正案（十一）》通过增设特殊职责人员性侵罪的方式，有条件地将幼女的性同意年龄从十四周岁提升至了十六周岁。但另一方面，《刑法修正案（十一）》又认为未成年人相较以往发育更成熟了因而将刑事责任年龄从十四周岁下调至了十二周岁。两相对比，立法者对于未成年人辨认和控制能力的判断究竟是遵循了何种逻辑？在立法者看来，未成年人的发育究竟是越来越成熟了还是越来越不成熟了？

与《刑法修正案（十一）》的制定而同步修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法也强化了法律父爱主义，对于所有未满十八周岁的未成年人的辨认和控制能力表达了深深的忧虑而均进一步严格了“保护”。例如，将未成年人不得“酗酒”改为了不得“饮酒”，规定未成年人每日二十二时至次日八时不得玩网络游戏等等。但当低至十二周岁的未成年人严重犯罪时，《刑法修正案（十一）》却又变成了放弃教育责任的不负责的“父亲”，认为低龄未成年人具有和成年人一样的辨认和控制能力应负刑事责任，其中之逻辑混乱令人费解。^{〔46〕}保持对未成年人整体认识的一致性，避免跳跃与逻辑混乱，这是涉及未成年人立法首先应当坚持的立场，而《刑法修正案（十一）》显然未能做到。

〔44〕 有一种代表性观点仅仅看到了未成年人生理发育的提前就认为现在的未成年人比以前发育更成熟，甚至得出“儿童的认识能力和控制能力普遍有所提高”的结论。姜敏：“《刑法修正案（十一）》新增最低刑龄条款的正当根据与司法适用”，《中国刑事法杂志》2021年第3期，第26页。因而主张刑事责任年龄也应降低，这种观点是值得商榷的。

〔45〕 参见孙笑侠、郭春镇：“法律父爱主义在中国的适用”，《中国社会科学》2006年第1期，第47—58页。

〔46〕 有一种辩解的观点认为，下调法定最低刑事责任年龄是“个别下调”。那么，何以提升性承诺年龄就不允许“个别例外”呢？

(二) 罪错观

罪错观的分歧在于面对少年(未成年人)罪错行为^[47]特别是犯罪行为,应于报应主义和保护主义二者之间如何取舍。

就传统刑法而言,“刑罚以责任为基础,没有责任就没有刑罚”的责任主义主张,行为人对其不法行为所产生的一切结果,应无条件地承担责任。^[48]但是,少年法则主张超越罪与刑之间的绝对对应关系,以保护主义为基本立场而在根本上超越报应主义观念,追求对罪错未成年人的教育并进而实现未成年人的最佳利益。可见,在少年法中,对于未成年人罪错行为一定程度上超越了责任主义,同时其构成要件理论也产生了重大变化——即此时的“违法性”实则指违反少年法,^[49]而“有责性”则由“需保护性”所替代。具体而言,以国家亲权理论^[50]为基本理论根基的少年司法制度的一个基本前提即认为不能对未成年人进行刑法上的非难和谴责,其罪错行为是应由少年法而非刑法评价的需要保护性干预、介入的行为。除了因为“幼年人没有任何罪过(In parvulis nulla deprehenditur culpa),其实施的违法行为不应当受到谴责”^[51]外,还因为随着近代犯罪学的发展,人们逐渐认识到未成年人罪错具有青春期阶段性,这一时期的罪错行为具有一定的“正常性”,而在度过青春期进入完全意义上的成年人阶段后,大部分人会放弃在青少年时期的罪错行为成为正常的人。^[52]这样一种“只限青春期犯罪人”^[53]认识,瓦解了对即便被评价为具有辨认和控制能力的少年予以刑罚报应的合理性与必要性。国家亲权理论主张国家是未成年人的最终监护人,强调国家应当对未成年人的健康成长负责,这一理论支撑了国家不应放弃任何一个孩子的观念,哪怕他实施了严重危害社会的行为。

若无法对未达刑事责任年龄的未成年人进行刑法上的非难与谴责,便无法动用刑罚对其犯罪行为进行规制。一个现实的考量是,若放任不管则是放弃对未成年人的国家亲权责任背

[47] 笔者将未成年人罪错行为分为虞犯行为、违警行为、触刑行为及犯罪行为。关于这些概念的详细分析,参见姚建龙:“未成年人罪错‘四分说’的考量与立场——兼评新修订《预防未成年人犯罪法》”,《内蒙古社会科学》2021年第2期,第83—87页。

[48] 这里的“责任”是由构成要件符合性、违法性、有责性组成的犯罪性,其中违法性即客观的法益侵害性,有责性即主观的罪过性。参见姜涛:“责任主义与量刑规则:量刑原理的双重体系建构”,《政治与法律》2014年第3期,第142—143页。

[49] 少年法(也有学者称为“少年司法法”或者“未成年人司法法”)是专门干预未成年人罪错行为的独立的法律规则。相对刑法而言,少年法所干预的未成年人罪错行为的范围更广而不只限于犯罪行为。我国目前还没有专门的少年法,但是有一部准少年法即《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》,以及散见于刑法、刑事诉讼法、治安管理处罚法等中的准少年法规范。

[50] 关于国家亲权理论的基本内涵,参见姚建龙:“国家亲权理论与少年司法——以美国少年司法为中心的研究”,《法学杂志》2008年第3期,第92页。

[51] 张明楷:《刑法格言的展开》(第3版),北京大学出版社2013年版,第331页。

[52] 参见(美)伊丽莎白·S.斯科特:“儿童期的法律建构”,载(美)玛格丽特·K.罗森海姆、富兰克林·E.齐姆林、戴维·S.坦嫩豪斯、伯纳德·多恩编:《少年司法的一个世纪》,高维俭译,商务印书馆2008年版,第152页。

[53] 进一步的论述,参见赵希:“‘终身犯罪人’和‘只限青春期犯罪人’——特里·墨菲特犯罪人二分法的创立、演变及启示”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第65卷),法律出版社2021年版,第476—477页。

离最有利于未成年人原则,同时也不利于社会安宁。基于儿童本位的保护主义立场,少年法主张“以教代刑”,此即沈家本所谓“丁年以内乃教育之主体,非刑罚之主体”。需要指出的是,少年法中替代刑罚的教育性措施统称为“保护处分”,其与保安处分有着重大差别。^[54]那种认为“对未达刑事责任年龄未成年人不予刑事处罚就是放纵犯罪”或“将保护处分混同于保安处分”的观点,均是对少年法立场的误解。

要准确理解作为少年法基本价值立场的“以教代刑”,需要进一步理清“教育”与“刑罚”的关系。从刑法与少年法发展史来看,对此的认识有三个发展阶段。第一阶段的认识可称为“以刑为教”论。这种观点认为,刑罚也是对触犯刑法的未成年人的教育手段,甚至是最好的教育手段。如果纯粹从教育学的视角评价,不能说这种观点没有道理,但显然其抹杀了刑罚报应性的本质特征,具有偷换概念之嫌。如果这种观点成立,那么人类社会充满血腥和报应的刑罚史也可以表述为博爱和温情的教育史了。第二阶段的认识可称为“教刑并重”论。这种观点认为,对于触犯刑法的未成年人也要区别对待,不能说刑事未成年人都适合教育,对于那些不适合教育的未成年人——通常是主观恶性极深、客观危害后果极为严重,也应坚决动用刑罚予以惩罚。这种“因人而异”的观点看上去很有说服力,但其发展的极致必然不仅是主张降低刑事责任年龄,而且还要取消刑事责任年龄。第三阶段的认识可称为“以教代刑”论,也是现代少年司法制度的重要理论基础与价值立场。这种观点认为,刑事未成年人原则上都应属于教育的对象而非刑罚的对象,对刑事未成年人可以适用保护处分,但不能被当作成年人对待适用刑罚。只有在特定情况下按照特定程序,才可以追究刑事未成年人的刑事责任动用刑罚,且只应作为例外情形。这种可以在特定情况下按照特定程序放弃教育而施以刑罚的未成年人,通常称为“相对负刑事责任年龄未成年人”(也简称“少年”)。而在相对负刑事责任年龄段之下的未成年人为“儿童”,这一群体属于儿童福利制度的救护对象,应当绝对禁止刑罚的适用。

在何种程度上实现对刑事未成年人的“以教代刑”,是评价一个国家司法文明现代化程度的标尺,也始终是刑法发展的方向。《刑法修正案(十一)》的制定与预防未成年人犯罪法的修订同步进行,尽管预防未成年人犯罪法的修订存在较大遗憾,但是对于刑事未成年人仍然体现了以教代刑的价值立场,初步构建了保护处分措施体系,特别是配合《刑法修正案(十一)》将收容教养更名为“专门矫治教育”并将其纳入专门教育制度,完善了专门矫治教育的决定、执行等机制。如果认为专门矫治教育还不完善,还可以进一步修订预防未成年人犯罪法予以完善。那么,《刑法修正案(十一)》下调法定最低刑事责任年龄,将已满十二周岁不满十四周岁的儿童也纳入刑罚对象范围的必要性何在呢?

(三) 保护观

保护观的分歧在于面对罪错未成年人时,保护未成年人与保护社会之二元价值冲突应怎样权衡。

《联合国儿童权利公约》(1989年)第三条明确规定了“儿童最大利益原则”,这一原则的基

[54] 关于保护处分的进一步论述,尤其是其与保安处分的差异,参见姚建龙:“犯罪后的第三种法律后果:保护处分”,《法学论坛》2006年第1期,第32—35页。

本要求是“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。我国于2020年最新修订的未成年人保护法第四条也规定了保护未成年人必须遵循“最有利于未成年人原则”。由此可以认为,凡是涉及儿童(未成年人)的一切事务均应以其最大利益为首要考虑。

然而,犯罪行为终究是具有严重社会危害性的行为,在保护和教育罪错未成年人的同时也需要兼顾社会及被害人的利益。于是,通过多年来少年司法实践并结合刑事政策导向,我国在处理未成年人罪错案件中逐步确立了“双保护”原则,这一原则的主要内涵是要求在处理未成年人案件时既要保护未成年人也要保护社会。^[55]可是,在我国目前并无独立的少年司法制度的大背景下,“双保护”原则大多数情况下本身即是矛盾的,该矛盾主要表现为在实践中面临操作性难题。而此两难的背后,实则涉及到了降低刑事责任年龄的“原”问题,即在刑法废止未成年人死刑后,受到刑罚处罚的罪错未成年人必将会重新回归社会,那么如何保证那时的他们不会变本加厉地再犯罪?换言之,刑罚——监狱能够承担起矫治罪错未成年人的期待吗?对此,犯罪学早已经给出了否定的答案。

对未成年人尤其是低龄未成年人施加刑罚贴上犯罪人的标签,只会中断罪错未成年人从青春期越轨中“自愈”的过程,发展为真正意义上的犯罪人。“不教而刑”虽然可以满足一般人的报应心理,但并非理性与明智之举。对罪错未成年人“一罚了之”除了延迟社会后果的承担,并无益于社会防卫目标的实现。在保护未成年人利益与保护社会利益产生价值冲突的时候,按照最有利于未成年人原则的要求将未成年人利益作为优先选择,通过保护未成年人——注重对罪错未成年人的教育矫正,才可能最终达到保护社会的目的,从而实现保护未成年人与保护社会的二元统一。

综上所述,于童年观而言,未成年人独立于成年而存在,判断一个人是否成年的标准要综合生理学、心理学、社会学以及法律等标准进行考量,而不能仅仅孤立地看生理发育是否提前。于罪错观而言,未成年人罪错行为之干预应摒弃报应主义提倡保护主义,这也是人类文明进步的结果。于保护观而言,优先保护未成年人才会最终达到与保护社会二元价值的统一,这也是在面对看似难以协调的价值冲突时的明智与理性选择。《刑法修正案(十一)》下调法定最低刑事责任年龄,将已满十二周岁不满十四周岁的儿童当作“刑事成年人”对待,在某种程度上逆转了近代以来刑事责任年龄提高的趋势,也逆转了新中国自1984年建立第一个少年法庭以来我国少年法治的发展方向。立法者的抉择经过了慎重与理性的权衡吗?经得起童年观、罪错观、保护观的思辨与拷问吗?

三、例外的正当性及其实现路径

有观点认为,下调法定最低刑事责任年龄只是“个别下调”“微调”,不是普遍降低法定最低

[55] 参见姚建龙:“少年司法制度基本原则论”,《青年探索》2003年第1期,第49—50页。

刑事责任年龄,这也是立法者的主张^[56]以及认为下调法定最低刑事责任年龄具有合理性的重要理由。的确,在理想与现实的权衡之间,今天多数国家的刑法仍会在特定情况下对于“刑事未成年人”追究刑事责任施以刑罚。当然,这只是作为“个别”和“例外”。那么,在例外情况下追究刑事未成年人刑事责任^[57]的理论基础与正当性依据何在呢?又应如何评价《刑法修正案(十一)》在“例外”^[58]之外再创设“例外”^[59]的立法呢?

(一)追究“刑事未成年人”刑事责任的理论解释

从各国刑法有关刑事责任年龄的规定来看,大部分国家均规定了法定最低刑事责任年龄与刑事成年年龄,低于法定最低刑事责任年龄的未成年人(儿童)绝对不负刑事责任,高于刑事成年年龄的刑事成人应当负刑事责任。同时,一般会允许在特定情形下对介于这两个年龄之间的刑事未成年人(少年)例外追究刑事责任。当然,要想“不教而刑”追究刑事未成年人的刑事责任,刑法必须作出正当性解释,回答刑事责任的根据问题。具体而言,从犯罪主体的角度回答的是犯罪主体基于何种理由承担刑事责任;从国家的角度而言回答的是国家基于何种理由追究行为人的刑事责任。^[60]

各国刑法将儿童排除于承担刑事责任主体之外却例外追究少年的刑事责任,其正当性的理论解释主要有刑事责任能力说、刑事政策说、感化说和折中说等。^[61]

刑事责任能力说主要以自由意志和道义责任论为理论渊源,其特点是强调行为人的自由意志是道义非难的前提,主张责任与自由意志之间是一种严格的、成比例的对应关系,也即应根据自由意志的发育程度来决定责任的有无和大小。于是,按照此理论观点,刑法认为儿童的身心发育尚未成熟到具有辨认能力和控制能力的阶段,因此即便儿童有严重危害社会的行为也无法进行非难,因而绝对不负刑事责任。而介于儿童和刑事成年人之间的少年,虽然还不是刑法上的成年人,其辨认能力和控制能力也还没有完全发育成熟,但是并不能排除有的少年实际上和刑事成年人一样具有完全的辨认能力和控制能力,因此可以在特定情形下被当作刑事成年人对待同样承担刑事责任。总的来看,近代以来各国大多是以辨认控制能力作为刑事责任年龄制度设计的理论基础。不过,理想与现实之间总是存在矛盾的。“近代以降,虽然人们认识到责任能力对人的精神状态及行为性质所具有的决定性意义,在刑法中提出和考虑人的

[56] 高铭暄等,见前注[19],第998页。

[57] 即否定其“未成年”身份而与成年人一样对待,放弃“教育”而主张报应施以刑罚,放弃最有利于未成年人原则而侧重社会利益保护。

[58] 根据《中华人民共和国刑法》第17条第2款的规定,已满十四周岁不满十六周岁的未成年人只在犯八种罪的例外情形下负刑事责任。

[59] 根据《中华人民共和国刑法》第17条第3款的规定,已满十二周岁不满十四周岁的未成年人可在“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”例外情形下负刑事责任。

[60] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第253页。

[61] 参见姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第122—124页。

一般性责任能力问题,但并没有从技术上真正掌握检测这种能力的有效手段”,^[62]因此刑事责任年龄的设置其实更主要体现的是“观念”而非“科学”。

刑事政策说认为,儿童不承担刑事责任、少年部分承担刑事责任是缘于保护未成年人的刑事政策的要求。这一观点从某些低龄未成年人恶性犯罪案件中也可以发现,不满最低刑事责任年龄的未成年人对自己所实施的行为同样有辨认和控制能力,而对这些未成年人无法进行刑法上的非难正是基于未成年人可塑性或者受保护性的刑事政策。刑事政策说在日本刑法学较有影响力,一般的体系刑法学教科书均持此种观点。例如前田雅英认为,日本刑法“并不是认为如果不满14岁,就欠缺辨别是非、善恶的能力或控制行动的能力。而是考虑到年少者的可塑性,在政策上抑制刑罚的科处”。^[63]西田典之也认为:“‘未满14岁者的行为,不处罚’。这一方面是考虑到行为人因为年少缺乏足够的是非辨别能力,但主要还是基于一种政策性判断,认为对富于可塑性的少年处以刑罚并不合适。《少年法》将这一观念扩大至未满20周岁的少年。”^[64]然而该理论几乎完全排除了刑事责任年龄设置与刑事责任能力的关系,实际上立法者不可能完全不考虑两者之间的关系。感化说认为,刑事责任年龄的确立主要以该未成年人是否还能够进行教育、感化为判断标准。感化说实际也属于刑事政策说之一种,只不过更为强调依据感化教育可能性来确定刑事责任年龄。早在百年前《大清刑律草案》总则第十一条、第四十九条关于刑事责任年龄的规定中,立法者便持这一观点。^[65]该草案“理由”部分认为,确定个人开始承担刑事责任的年龄有两个标准:“辨别说”依据一般人形成辨别是非能力的年龄确定;“感化说”依据一般人还可以教育感化的年龄确定。草案认为“感化说”是最先进的,当时西方各国主要采纳“辨别说”已经落伍了,“此说至近年已为陈腐……以是非善恶之知与不知而定责任年龄,不可谓非各国法制之失当也……故本案舍辨别心之旧说而以能受感化之年龄为主,用十六岁以下无责任之主义,诚世界中最进步之说也”。^[66]有学者评价认为:近一百年后,草案所舍弃的“辨别说”仍然是中国刑法确定刑事责任年龄的主要原则,就世界范围看,“感化说”也没有成为主流。^[67]然而,感化说的疑问在于,为什么要对一部分刑事未成年人放弃感化而适用刑罚呢?实际上,这仍然是一种刑事政策考量的结果。直到今天,“辨别说”与“感化说”仍然是各持一说争论不休的两种观点。

折中说主张以行为人辨认和控制能力为基础,以未成年人保护的刑事政策为基本原则。^[68]

[62] 冯亚东、胡东飞、邓君韬:《中国犯罪构成体系完善研究》,法律出版社2010年版,第129页。

[63] (日)前田雅英:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第272页。

[64] (日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明详、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第230页。

[65] 《大清刑律草案》第11条规定:“凡未满十六岁之行为不为罪但因其情节得命以感化教育。”第四十九条规定:“凡十六岁以上、二十岁未之犯罪者,得减本刑一等。”

[66] 《大清法规大全》,政学社印行,考正出版社1972年影印本,第1949页。

[67] 参见高汉成:“中国近代刑法继受的肇端和取向——以1907年大清新刑律草案签注为视角的考察”,《政法论坛》2014年第5期,第31页。

[68] 姚建龙,见前注[34],第149页。

在折中说看来,这并非无原则的“和稀泥”,而是在理想与现实之间理性权衡后的选择。总的来看,包括我国在内的大多数国家采用的是折中说,差异只是在辨认和控制能力与刑事政策之间寻求平衡时侧重点的差异。强调以辨认和控制能力为基础,旨在强调追究刑事责任的“少年”与刑事“成年人”并无实质差异,由此为“不教而刑”提供正当性;强调刑事政策,旨在平衡少年保护与社会保护的张力,为特定情形下的“不教而刑”提供进一步的合理性。折中说虽然为“不教而刑”提供了正当性与合理性依据,但也是危险的,^[69]应用于实践中的折中说如果不加限制,则可能颠覆刑事责任年龄制度。

对于折中说的限制体现于立法与司法制度上,具体而言通常表现在以下几个方面:一是在刑法立法中设定法定最低刑事责任年龄,对于最低刑事责任年龄之下的儿童,推定为没有辨认和控制能力并坚持未成年人保护的刑事政策,未达最低刑事责任年龄的儿童绝对不负刑事责任,并且不因个案或者“个别性”而否定这种绝对性。有的国家刑法虽然没有设置法定最低刑事责任年龄,理论上可以低至0岁,但实际上仍然存在最低刑事责任年龄的司法惯例。二是无论“刑事成年年龄”确定得多么低,在现实生活中一定会出现更低年龄未成年人触犯刑法的个案,甚至是恶性案件。因此,与确立刑事责任年龄制度相适应,强调“以教代刑”和“宽容而不纵容”,即同时建立独立的不同于刑事司法制度的独立少年司法制度来管辖未达刑事责任年龄的未成年人触犯刑法的案件,^[70]以避免对于未达刑事责任年龄的未成年人“不能刑罚”则“一放了之”。但需要注意的是,少年司法制度对于罪错未成年人采取的干预措施是“保护处分”而非“刑罚”,也即在少年司法体系中,不存在追究未成年人刑事责任的现象。三是在绝对不负刑事责任的儿童与绝对负刑事责任的刑事成年人之间设定相对负刑事责任年龄,对于这个年龄段的“少年”,尽管其还是“刑事未成年人”,但可以在特定情形下经特别程序放弃其“少年”身份,而当作刑事成年人对待,即追究其刑事责任。但是,这并非少年司法制度的任务,因此,对于这部分被当作成年人对待的“少年”,要通过放弃少年司法管辖权的方式,转至刑事司法体系中,通过刑事司法流程追究刑事责任——当然,被当作刑事成年人对待的“少年”,仍然可以在程序上和最终的刑罚处罚上获得一定的特殊对待,例如适用不同于刑事犯罪嫌疑人被告人的程序,比照成年人从轻减轻甚至免除刑事处罚。但需要注意的是,这并不能否定其“刑事司法”的特性,而顶多只能称为“少年刑事司法”。

(二)追究“刑事未成年人”刑事责任的实现路径

刑事未成年人中的“少年”在什么情况下以及通过什么方式可以被当作刑事成年人对待而

[69] 该危险性至少体现在两个方面:一是由于折中说最大的问题在于其仍属于一种立场不明的保护主义,因此当其无法很好地平衡辨认和控制能力与刑事政策二者的关系时,“天平”往往会向更加侧重辨认和控制能力倾斜。特别是在我国刑事司法实践中,虽然对违法犯罪的未成年人秉承“教育为主、惩罚为辅”的原则,但采取折中说往往会基于具体个案的判断优先适用惩罚手段。二是从刑事政策的角度看,折中说也容易导致未成年人犯罪刑事政策受社会舆论的影响而偏向严罚论。近些年来,司法实务部门对于法律所明确规定的“教育、感化、挽救方针”“教育为主,惩罚为辅原则”已经日渐持极为慎重的态度,尤其是避免在公开场合表述。

[70] 为避免标签效应及强调与成年人刑事司法制度的差别,这种案件也改称为“事件”。例如,我国台湾地区“少年事件处理法”即采用“事件”而非“案件”的表述。

追究刑事责任呢？

大陆法系国家大多选择赋予法官以较大的自由裁量权对少年的刑事责任能力进行个案认定,其特点是并未在法律上首先否定少年的刑事责任能力。例如,德国少年法院法规定:已满十四周岁不满十八周岁的少年,在行为时其道德和精神发育已经成熟足以认识其行为违法性且依该认识而行为的,才负刑事责任。^{〔71〕}需要注意的是,这种个案认定,也要受到最低刑事责任年龄的约束,对于未达最低刑事责任年龄的儿童,即便法官在个案中认为儿童已经实际足够成熟具有了辨认和控制能力,也不能推翻没有辨认和控制能力的法律拟制。例如,法国就明确规定,刑罚只适用于十三周岁以上的人,对于十周岁以上不满十三周岁的儿童,即便法官在个案裁判中认定其具备刑事责任能力同时也具备对其进行适当惩罚的必要性,也仍然不能突破最低刑事责任年龄的约束动用刑罚,而只能适用教育措施或教育性惩罚措施。^{〔72〕}

值得注意的是,具有大陆法系渊源的我国,在1997年刑法修改后,并没有采用类似德国、法国等大陆法系国家的由法官对个案进行判断的立法模式,而是在刑法中明确规定已满十四周岁不满十六周岁的少年,可以在犯八种罪(指行为而非罪名)的情况下否定其少年的身份,而被视为“刑事成年人”追究刑事责任。笔者把这样一种在刑法中明定犯罪类型否定少年的刑事未成年人身份的立法模式称为“罪名补足年龄规则”。罪名补足年龄规则的优点是,可以最大限度地限制少年承担刑事责任的范围,避免司法实践中任意扩大少年的刑事责任而背离罪刑法定原则。事实上,这也是1997年刑法修改时将少年承担刑事责任的范围从具有弹性的“犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严重破坏社会秩序罪”明确为八种犯罪的主要考量,^{〔73〕}体现了彼时刑法修改限制司法自由裁量权,侧重未成年人保护的刑事政策。

与大陆法系国家略有不同的是,英美法系国家采用的是恶意补足年龄规则,其特点是法律首先否定了少年的刑事责任能力但可以被推翻。该规则认为,法律原本推定某一年龄段内的未成年人不具备刑事责任能力,但是如果证据能够证明犯罪时该未成年人存在“恶意”,即该未成年人对自己的行为具备和成年人实际并无差异的辨认能力和控制能力,就可以推翻法律上的推定而认为行为人具有刑事责任能力。^{〔74〕}换言之,在少年实施严重触犯刑法的行为,若其主观恶性程度极高,则可以剥夺“未成年人”身份,当作成年人由普通刑事司法体系而非少年司法体系来处理。

无论是大陆法系国家还是英美法系国家,虽然都存在否定“少年”未成年人身份当作成年人追究刑事责任的机制,但是启动这一机制的前提是均认为刑事未成年人属于少年司法的管辖范围,因而在刑事司法制度之外建立了独立的少年司法制度,即少年司法与刑事司法二元制度体系。这种二元制度设计运作的特点是坚持保护主义优先,即少年司法具有优先管辖权,只

〔71〕 参见姚建龙:《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335页。

〔72〕 参见俞亮、吕点点:“法国罪错未成年人分级处遇制度及其借鉴”,《国家检察官学院学报》2020年第2期,第158页。

〔73〕 高铭暄等,见前注〔19〕,第1345页。

〔74〕 参见马荣春、高坤龙:“恶意补足年龄规则的起源、发展与中国化实践”,《青少年犯罪问题》2021年第5期,第46—47页。

有在例外情况下少年司法才会放弃管辖权即放弃“少年”的身份而将其弃权至刑事司法中作为成年人对待。这样的少年司法与刑事司法二元分立同时又有衔接桥梁的制度设计,既最大程度上保证了少年司法的正当性与保护主义优先的“纯洁性”,同时又最大可能兼顾到出现极端个案时维护社会秩序的需要,不因极端个案而动摇少年司法的理论根基。

比较之下,近代以来我国的刑事责任年龄制度虽然有重大的进步与发展——特别是与发达国家一样在确定刑事成年年龄同时建立了例外情况下可将少年当作刑事成年人对待的机制,但遗憾的是却未能同步建立和健全少年司法制度。尽管刑法所确立的十四周岁为法定最低刑事责任年龄以及对于少年实行罪名补足年龄规则曾经在国际社会获得普遍赞赏,但因为缺乏独立少年司法制度的支撑而在应对未成年人犯罪尤其是低龄未成年人恶性个案时,又将如何回应强大舆论的冲击呢?

(三)例外之外再例外?

推动建立独立的少年司法制度去弥补单一刑事司法制度的不足以有效应对未成年人罪错,是自1905年在奉天试办幼年法庭百余年来我国一直未能完成的历史使命。2020年未成年人保护法、预防未成年人犯罪法同步修订,《刑法修正案(十一)》也在这一年同时在进行制定,这原本是可以整体考虑少年司法与刑事司法关系、推动我国少年司法实现重大改革建立独立少年司法制度的绝佳时机。然而令人遗憾的是,预防未成年人犯罪法并未能实现“少年法化”和系统构建中国特色的独立少年司法制度。^[75]面对低龄未成年人犯罪现象,立法机关没有将重心放在改革少年司法之上,而是采取了例外之外再例外的“应对”路径:在正在制定的《刑法修正案(十一)》中“仓促”加入降低刑事责任年龄条款以及简单将收容教养更名为“专门矫治教育”的“应付式”立法方式,^[76]以迎合因为极端个案所引发的严罚低龄未成年人犯罪的舆论。^[77]

如前文所述,已满十二周岁不满十四周岁的未成年人(年长儿童)其本身并不具有刑法评价上的非难可能性,但是面对低龄未成年人恶性犯罪案件,我国没有独立少年司法制度,未成年人犯罪只是比照成年人从宽处罚。调低刑事责任年龄就意味着直接用刑法来惩罚年龄更小的儿童。也就是说,这种例外之外的例外的特点是单纯依靠刑罚与刑事司法制度,而并未建立

[75] 关于利用修改《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》时机,将该法“少年法化”为中国特色司法型少年法,推动建立独立少年司法制度的详细论述与建议,参见姚建龙:“未成年人法的困境与出路——论《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》的修改”,《青年研究》2019年第1期。对于《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》修改遗憾的进一步论述,参见姚建龙:“未成年人违警行为的提出与立法辨证”,《中国法学》2022年第3期,第275—277页。

[76] “《刑法修正案(十一)》的立法工作启动于2019年初(立法调研工作则启动得更早)。2019年7月30日立法工作机关召开的刑罚修改座谈会列了六个方面的提纲,其中没有涉及降低刑事责任年龄问题。之后,立法工作机关出台了《刑法修正案(十一)》的稿本(如2019年11月7日的《初步方案》、2020年2月26日的《征求意见方案》),包括2020年6月28日提交全国人大常委会进行第一次审议的《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)》也没有涉及刑事责任年龄降低问题。”赵秉志主编:《〈刑法修正案(十一)〉理解与适用》,中国人民大学出版社2021年版,第34页。

[77] 进一步明确专门矫治教育的《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》也并未在完善专门矫治教育上有多大作为,而且因为专门矫治教育的决定未司法化,还引发了合法性的质疑。

在系统构建应对低龄未成年人犯罪的机制——独立少年司法制度的前提之下。有证据表明，^{〔78〕}《刑法修正案(十一)》在例外之外再例外的立法借鉴了英美法系国家的恶意补足年龄规则。但是，立法机关忽视了恶意补足年龄规则是少年司法放弃管辖权的一种规则，这一规则适用的前提是少年司法与刑事司法的二元化体系，即在刑事司法制度之外建立了独立的少年司法制度管辖未成年人罪错案件。只有存在独立的少年司法制度，才存在补足年龄之后的未成年人从少年司法中“弃权”(waiver)至刑事司法中当作成年人追究刑事责任的问题。皮之不存，毛将焉附？

一个可以预判的结果是，如果立法机关不从顶层设计角度系统考虑我国独立少年司法制度的建立问题，《刑法修正案(十一)》不过是打开了“饮鸩止渴”的潘多拉魔盒，难以完全避免的低龄未成年人恶性个案随时可能再次点燃社会舆论的怒火，进一步要求取消法定最低刑事责任年龄——乃至要求恢复对未成年人的死刑。这并非空穴来风，甘肃未成年人围殴活埋二十一岁男子案所引发的舆论声音中，已经有了这样的“强烈呼吁”。对这样强烈的社会舆论与群众“声音”，立法机关又将如何再次体现“回应型”立法的特色，再一次个别例外呢？

四、结 语

回顾《刑法修正案(十一)》的立法过程，在“立法工作初期，降低刑事责任年龄问题一直没有正式纳入立法工作机关的工作范围，且没有对该问题进行正式的调研和征求意见”。^{〔79〕} 根据最新修订的《中华人民共和国立法法》(以下简称“立法法”)第三十二条之规定，“列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决”，而本次立法过程中，关于刑事责任年龄的这一重大条文的修改在第二次审议稿中方才出现，并未经过三次审议程序。虽然在二审稿中“突然”增加调低刑事责任条款一定程度上符合立法法第三十三条“列入常务委员会会议议程的法律案，各方面的意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决”之规定，但对于如此重大的涉及刑法根基性重大问题的修改，在立法前没有充分调研和征求意见，立法过程也因为时间仓促而无法进行充分讨论，其至少属于“不一般”的立法。已满十二周岁不满十四周岁儿童恶性犯罪究竟有多严重，以至于需要改变经过百余年发展所形成的刑事责任年龄制度进行结构性调整？恐怕这是立法机关在制定《刑法修正案(十一)》时断然下调法定最低刑事责任年龄时并未认真研究的问题。

关于如何理解《刑法修正案(十一)》中“已满十二周岁不满十四周岁的人，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，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任”的规定，学界已有不少论述。从这些论述的基本观点来看，总

〔78〕 参见《全国人大常委会分组审议刑法修正案(十一)草案委员建议 进一步完善个别下调刑责年龄相关规定》，载全国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/702717bb9de04693919f24a2d551dd39.shtml>，最后访问日期：2023年8月13日。

〔79〕 赵秉志主编：《〈刑法修正案(十一)〉理解与适用》，中国人民大学出版社2021年版，第34页。

体均持限缩解释的立场。《刑法修正案(十一)》生效已经两年有余,迄今为止最高人民检察院也并未“公开”核准一例追诉的案件,充分表明了最高人民检察院所持的极为慎重立场。立法的扩张与司法的限缩,看似矛盾,其实也是无奈。刑事责任年龄制度的背后有着深刻的历史渊源与理论积淀。若仅在刑法理论框架下思考刑事责任年龄的下调,那么其所面临的处境必然是无法得到刑法学界的过多关注,甚至不被认为是一个值得大惊小怪的问题。而从少年法视角来看,降低刑事责任年龄是立法上严重的“历史性倒退”,更是冲淡了自1984年我国少年司法改革四十年来取得的重大成果。申言之,在热点个案的冲击下,立法者并没有将此种理论探讨与立法重心放在独立少年司法制度的建构上,而是简单地以下调刑事责任年龄的方式进行“应付”。因此,总的来看,面对未成年人恶性犯罪低龄化问题,《刑法修正案(十一)》将刑事责任年龄个别下调,虽然一定程度上回应了民意,但却没能在学理论证与实践检验的基础之上做好充分的准备。反对下调刑事责任年龄并非对罪错未成年人放任不管,而是在“宽容而不纵容,关爱而又严管”的理念引导下,提倡和落实“以教代刑”,呼吁在“一放了之”和“一罚了之”之间构建第三条道路,尽快推动建立独立的少年司法制度,形成少年司法与刑事司法二元结构体系。

Abstract: The statutory minimum age of criminal responsibility has shown an overall trend of being decreased rather than being increased after more than a hundred year's development since modern times. To some extent, this is also a microcosm of the modernization process of Chinese criminal law. Although the reversing decrease of the statutory minimum age of criminal responsibility in the Amendment XI to the Criminal Law is a response to the pressure of public opinions caused by certain extreme cases, it has had neither rigorous argument nor justification. For deciding whether the statutory minimum age of criminal responsibility should be decreased or not, it is necessary to clarify disputes and differences about the underlying understandings on childhood, delinquency and protection, which is the basis for making rational judgments. If there is a need to exceptionally make a minor subject to criminal blameworthiness and condemnation, the conventional wisdom is mostly adopted in legal theory and strict limitation should be imposed in both legislation and judicial practice. In terms of the specific approach, such criminal blameworthiness and condemnation can only be realized after taking priority to initiate juvenile justice and exceptionally depriving the status of a “minor”. The reflection on the legislation of lowering the statutory minimum age of criminal responsibility in Amendment XI to the Criminal Law should not be limited to the narrowed application in the judicial practice. Instead its significance lies in the caution that China should attach great importance to juvenile justice reform, establish independent juvenile justice system as soon as possible, and form a dual-structure system composed of juvenile justice and criminal justice.

Key Words: Age of Criminal Responsibility; Amendment (XI) to the Criminal Law; Principle of the Best Interests of Minors; Juvenile Justice

(责任编辑:车 浩)