

低龄未成年人犯罪“情节恶劣”的法理探寻

■ 李永升 安军宇

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

【摘要】“情节恶劣”的认定是低龄未成年人犯罪成立与否的关键问题。以“主观恶性”“社会影响”以及“犯罪结果”等要素为核心的认定模式,忽视了低龄未成年人的不完全刑事责任能力以及可塑性较高的客观事实,容易导致“情节恶劣”的认定标准模糊、认定后果宽泛等问题。“情节恶劣”在犯罪论体系中的定位应当是客观处罚条件,其立法目的在于排除那些再犯可能性较低的低龄未成年人。“情节恶劣”的具体内容包括积极要件和消极要件两个部分;前者是反映低龄未成年人再犯可能性较高的要件,后者是反映低龄未成年人再犯可能性较低的要件。只有在满足了积极要件且不符合消极要件时,低龄未成年人的行为才能被认定为“情节恶劣”。

【关键词】低龄未成年人犯罪 情节恶劣 刑事责任能力 客观处罚条件

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2022.04.012

2020年12月26日通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》),在《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第17条增设了关于低龄未成年人犯罪的规定,即“已满12周岁不满14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。”由于该规定打破了我国以往将刑事责任年龄起点设置为14周岁的立法惯例,并且与“幼者可教不可罚”^[1]的传统观念相抵触,因而在《刑法修正案(十一)》中最为引人注目。

在低龄未成年人犯罪的认定中,“情节恶劣”的认定问题最为突出。这是因为,“情节恶劣”在概念上具有高度抽象性和模糊性,几乎可以容纳任何与犯罪行为相关的主客观事实,虽然这是为了保持刑法条文的开放性,使固定的刑法条文能够适应多变的社会生活,但却不可避免地加大了“情节恶劣”的认定难度。为了解决“情节恶劣”在性质上和认定中的前述难题,学界围绕“情节恶劣”进行了诸多研究。多数学者认为应当以“主观恶性”“社会影响”以及“犯罪结果”为核心要素来综合判断是否“情节恶劣”。但这种观点依然是用成人刑法的眼光来看待低龄未成年人犯罪问题,不仅忽视了低龄未成年人身心并未完全发育成熟的客观事实,而且容易导致解释结论的“道德化”与“宽泛化”。因此,本文将在反思“情节恶劣”现有解释的基础上,根据“情节恶劣”在犯罪论体系中的应然定位来重构其实体内容,以期促进“情节恶劣”的规范适用。

收稿日期:2022-04-17

作者简介:李永升,西南政法大学法学院教授,博士生导师,主要研究刑法学、犯罪学;

安军宇,西南政法大学法学院博士研究生,主要研究刑法学、犯罪学。

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“全球视野下的刑事责任年龄制度研究”(课题编号:21AFX011)、国家社科基金一般项目“未成年人司法先议权研究”(课题编号:20BFX099)的阶段性研究成果。

一、对“情节恶劣”现有解释的质疑

当前学界主流观点认为,对“情节恶劣”应当从“主观恶性”“社会影响”以及“犯罪结果”三个方面进行理解。一是从“主观恶性”上去把握,如果低龄未成年人顽劣霸凌、多次欺凌他人甚至屡教不改,一旦有上述两种行为,就可以追诉;但如果是被人欺凌后忍无可忍而实施杀人或者伤害行为,通常就不属于“情节恶劣”。二是从“社会影响”的角度去把握,如果低龄未成年人的行为造成极为广泛的社会影响,就可以视为“情节恶劣”。三是从后果上看,如果造成多人死伤的,或者以极其残忍的手段杀害父母等尊亲属的,或者残害婴幼儿的,则都可以视为“情节恶劣”^[2]。然而这种观点在理论上与实践中都存在不少质疑声。

(一)对“主观恶性”的质疑

将“主观恶性”作为“情节恶劣”的认定标准之一,并认为“顽劣霸凌、多次欺凌他人甚至屡教不改”等行为能够反映出行为人的“主观恶性”较大,这种观点无疑看到了“主观恶性”与“情节恶劣”在文义上的相似之处,即都强调伦理道德上的否定评价。不过,法律适用终究是一种规范判断,如果过于重视“情节恶劣”的字面含义,片面强调“情节恶劣”的道德属性,这将有可能导致关于“情节恶劣”的司法认定沦为道德审判。

一方面,对“主观恶性”的判断本质上属于伦理道德判断,而不是规范判断。不可否认的是,如果低龄未成年人曾经实施了“顽劣霸凌、多次欺凌他人甚至屡教不改”等行为,那么从日常经验来看,确实可以认为其在伦理道德层面的“主观恶性”较大。但问题在于,能否以此为理由,来判定低龄未成年人应为其在特定情况下的故意杀人行为或者故意伤害行为应当承担刑事责任?本文认为答案是否定的。其原因在于,刑法对犯罪行为的判断,是一种基于刑法规范立场对构成要件行为进行的价值判断;这种判断的对象仅限于刑法中规定的构成要件行为,而不能是低龄未成年人在犯罪之前的伦理道德行为,这是罪刑法定原则的应有之义。否则,任何与刑法无关的伦理道德行为,都可能成为界定犯罪成立的重要因素,这将导致犯罪行为与不道德行为的边界模糊不清。更令人遗憾的是,如果刑法的规定使低龄未成年人对某一犯罪行为缺乏应有的可预测性,不仅会使立法内容丧失正当性,而且其在司法实践中的适用也会变得难以捉摸,从而丧失可操作性。

另一方面,即使认为对“主观恶性”的判断属于规范判断,这种规范判断也不能为处罚提供实质根据。为了避免对“主观恶性”的评价沦为伦理道德判断,于是有学者试图赋予“主观恶性”新的内涵。例如,陈兴良教授主张从阶层犯罪论的角度出发,将“主观恶性”理解为刑法中的责任^[3]。不过,即使采取这种“旧瓶装新酒”的形式来解释“情节恶劣”,其结论也依旧存在问题。在阶层犯罪论中,责任本身并不为处罚提供实质根据,它仅仅起到限制处罚的作用。如果说行为不法是犯罪论的引擎,那么,责任就是刹车,它只不过是限制处罚的要件^[4]。由此可见,在讨论某种行为的处罚根据时,应当将目光聚焦于行为的不法层面,而不是试图在责任层面寻找该行为的处罚根据。正如责任被称为“消极责任”一样,“没有责任就没有刑罚”,刑法中的责任自其诞生之日起便是为了限制处罚范围而存在的,不能将责任偷换为“积极责任”,进而从责任层面来为低龄未成年人的刑事处罚提供实质根据。

(二)对“社会影响”的质疑

有不少学者认为,在理解“情节恶劣”时,应当将行为所产生的“社会影响”作为重要的参考因素^[5]。但本文认为,这种观点本质上是將刑法之外的客观事实视为构成要件要素,它与罪刑法定原则以及责任原则都存在一定程度的冲突。

一方面,“社会影响”的含义捉摸不定。何为“社会影响”,这并非一个不言自明的概念。日本曾有判决列举了“社会影响”的两种类型:第一种类型是公众所产生的“社会不安感”;第二种类型是行为方式具有很高的“模仿性”^[6]。但该判决遭到了众多学者的批判。对于“社会不安感”而言,反对者认为这是一种构成要件之外的附随结果,与刑法所规定的犯罪事实无关;根据罪刑法定原则的要求,它不应成为影响定罪与量刑的评价要素。关于“模仿性”的责难,则主要是从人权保障理念出发,主张这种认定模式是将被告人作为预防他人犯罪的工具,违反了宪法中的“人格尊严”。在此情形下,有的学者主张可以从构成要件结果层面来理解“社会影响”,将“社会影响”作为一种规范性事实纳入刑法的评价范围。但由于构成要件结果是指行为对法益所造成的实际损害或现实威胁,所以如果从构成要件结果层面理解“社会影响”的话,便只能将“社会影响”定义为对法益的实际损害或现实威胁。这样的解释结论将使“社会影响”被构成要件结果所取代,从而使其失去独立存在的意义。由此可见,“社会影响”的含义捉摸不定。

另一方面,“社会影响”的结果难以归责。根据客观归责理论,低龄未成年人只需对特定条件下的故意杀人罪和故意伤害罪承担刑事责任。所以,能够对其客观归责的结果,也只能是故意杀人罪和故意伤害罪所意欲避免的法益侵害,即对于生命法益的侵害和对于身体健康法益的侵害。考虑到“社会影响”与这种犯罪的法益侵害无关,所以无法将“社会影响”归责于行为人。退一步讲,即使认为“社会影响”能够在客观上归责于行为人,也难以认为其能够在主观上归责于行为人。在现实生活中,某种行为是否会产生“社会影响”,不仅低龄未成年人在行为之时难以预料,即使是成年人也无法作出准确判断。此外,具体案件的“社会影响”,在很大程度上还会受到媒体报道的左右。在案件发生当时,如果有其他“大事件”发生,该案件的“社会影响”就会变小;反之,该案件将会被大量报道,直至变成大众关注的焦点。所以,“社会影响”的强弱程度很难完全受低龄未成年人的支配。总而言之,“社会影响”的结果无论在客观层面还是主观层面都难以归责于低龄未成年人。

(三)对“犯罪结果”的质疑

还有学者认为,低龄未成年人在故意杀人或者故意伤害案件中,如果造成多人死伤的,或者以极其残忍的手段杀害父母等尊亲属的,或者残害婴幼儿的,都可以视为“情节恶劣”^[7]。显而易见,这种观点认为严重的“犯罪结果”属于“情节恶劣”的表现形式之一。

本文认为,这种观点忽视了低龄未成年人可塑性较高的客观事实,可能存在以偏概全之嫌。众所周知,在成人犯罪的认定模式中,“犯罪结果”是犯罪客观构成要件中最为重要的判断要素,其对定罪与量刑都具有关键性作用。但对低龄未成年人犯罪而言,“犯罪结果”的地位却有所消减,这主要是由低龄未成年人特殊的身心状况所决定的。如英国学者阿什沃斯所言,“儿童(即年龄低于14周岁的人)与成年人相比在三个方面存在区别:第一,儿童的认知能力倾向于不完全成熟,他们可能只有有限的理解能力;第二,儿童的情绪控制能力倾向于不完全成熟,这意味着他们对各种情况的反映可能会以自我为中心,忽略任何有关他人处于弱势的意识;第三,儿童与成人相比,更容易被引诱、更可能在他人的‘你敢不敢’的质询中迷失自己,特别是当他们处在群体中时”^[8]。正是基于低龄未成年人自身所具有的这种特殊性,在认定低龄未成年人犯罪时,不宜延续成人犯罪的认定模式,过于强调行为人过去所造成的“犯罪结果”,而是应当放眼未来,关注低龄未成年人可塑性较高的客观事实。具体到“情节恶劣”的认定,也应当在充分考虑低龄未成年人特殊的身心状况的基础上,合理解读“情节恶劣”的立法意旨,而不是仍旧采用成人刑法的眼光,以严重的“犯罪结果”为处罚依据来看待低龄未成年人犯罪问题。

二、“情节恶劣”在犯罪论体系中的应然定位

通过上述分析可知,学界对“情节恶劣”的现有解释存在诸多不足。总结这些不足可以发现,其产生的主要原因在于没有合理解决“情节恶劣”在犯罪论体系中的定位问题。在犯罪论体系中处于不同位置的犯罪成立要素,其性质与功能都会有所不同;只有合理确定犯罪成立要素在犯罪论体系中的定位,理清其性质与功能,才能正确理解其内涵。具体到“情节恶劣”在犯罪论体系中的定位,目前我国刑法学界并未对此达成共识,而是同时并存着注意规定说、“整体的评价要素”说、罪量要素说、“类构成要件复合体”说以及客观处罚条件说等几种观点。

(一)注意规定说

根据《刑法》第17条可知,“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”,是低龄未成年人犯罪成立的实体条件。注意规定说主张,“情节恶劣”的作用仅仅在于修饰“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”,即使删除条文中的“情节恶劣”也无关紧要^[9]。本文认为,注意规定说的观点难以符合“情节恶劣”的立法目的。在《刑法修正案(十一)》的制定过程中,考虑到低龄未成年人的年龄较小、心智不甚成熟、容易受到不良环境的影响而误入歧途,立法者在制定关于低龄未成年人犯罪的法律规范时极其慎重,一方面希望适当下调最低刑事责任年龄,以便更好地保护他人的生命健康;另一方面又希望严格限制其适用范围,只对极个别的低龄未成年人定罪处罚。在此情形下,立法者在降低刑事责任年龄的同时增设了诸多限制性条件,“情节恶劣”便是其中的一个。由此可见,“情节恶劣”的设置是立法者经过审慎思考后的政策选择,其目的在于合理限制对低龄未成年人的刑事处罚范围,而非多余的注意规定。所以,注意规定说的观点存在不足。

(二)“整体的评价要素”说

“整体的评价要素”说认为,“情节恶劣”在性质上属于表明法益侵害程度的构成要件要素,其立法意旨在于将行为的违法性提升至值得科处刑罚的程度。正如张明楷教授所言:“分析我国刑法分则的条文就会发现,当条文对罪状的一般性描述,不足以使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度时,就会增加(或者强调)某个要素,从而使客观构成要件所征表的违法性达到值得科处刑罚的程度”^[10]。此处的“情节恶劣”便属于这种被增加的要素。不可否认的是,对于危险驾驶罪和遗弃罪等轻罪中的“情节恶劣”而言,“整体的评价要素”说确实具有一定程度的说服力。但对于低龄未成年人犯罪而言,“整体的评价要素”说则会“捉襟见肘”。在低龄未成年人犯罪中,低龄未成年人只对故意杀人罪和故意伤害罪承担刑事责任,而这两种犯罪都是严重侵犯人身法益的重罪。因此,只要低龄未成年人实施了故意杀人行为或者故意伤害行为,其行为的违法性便已达到值得科处刑罚的程度。由此可见,对低龄未成年人犯罪而言,由于其违法性已经达到值得科处刑罚的程度,所以“情节恶劣”的存在理由应当与违法性程度无关,“整体的评价要素”说并不合理。

(三)罪量要素说

罪量要素说主张,“情节恶劣”是表明行为的法益侵害程度而为犯罪成立所必需的一系列主观与客观情状,但其不属于故意的认识对象^[11]。本文认为,罪量要素说将“情节恶劣”从故意的认识范围中剥离出来的做法,违反了责任原则,因此也有缺陷。刑法中的责任原则要求,没有责任就没有刑罚,要将客观的法益侵害归责于行为人,就要求行为人必须对这种法益侵害具有主观故意或过失。具体到“情节恶劣”的认定也是如此,如果主张“情节恶劣”是表明法益侵害程度的要素,那么它就必然属于故意或过失的认识对象,而罪量要素说既认为“情节恶劣”是

表明法益侵害程度的要素,又主张其不属于故意或过失的认识对象,所以这种做法与责任原则格格不入,难以对“情节恶劣”做出合理的解释。不仅如此,罪量要素说也缺乏实践操作性。在罪量要素说的理论体系中,同时存在着两种表明法益侵害程度的犯罪成立要素:一种是罪量要素,一种是结果要素。这两种要素都属于犯罪成立的必备要素,都反映了行为的法益侵害程度,因而在客观层面上具有高度相似性。但两者在主观层面上却千差万别:前者不属于故意的认识对象,后者却属于故意的认识对象。在此情形下,如何将罪量要素从结果要素中筛选出来,成为罪量要素说在实践应用中不可避免的难题。

(四)“类构成要件复合体”说

“类构成要件复合体”说主张,情节犯的行为情节大多数属于构成要件的基本不法量域之内;少数溢出构成要件基本不法量域的情节可能属于结果加重犯情形,也可能属于客观处罚条件情形,还可能属于多次实施构成要件行为的情形以及其他基于刑事政策原因提出的案外要求^[12]。本文认为,“类构成要件复合体”说的最大问题在于放弃了法教义学的批判功能,没有合理甄别关于“情节恶劣”的实定规范的法理正当性,片面走向了对于实定规范的描述和总结之中。这导致刑法中的“情节恶劣”成了能够容纳各种不同要素的“杂货间”,即“情节恶劣”中的情节既可能属于构成要件的基本不法量域,也可能属于结果加重犯情形,又可能属于客观处罚条件情形,还可能属于多次实施构成要件行为的情形以及其他基于刑事政策原因提出的案外要求。“情节恶劣”中的情节在犯罪论体系中具有如此多的定位,使得“情节恶劣”的立法限缩功能很难真正发挥,甚至还会损害罪刑法定原则的明确性。因此,“类构成要件复合体”说的观点并不妥当。

(五)客观处罚条件说

客观处罚条件说认为,“情节恶劣”在性质上属于客观处罚条件,是对行为之需罚性的考量,不属于故意的认识对象^[13]。本文赞成这一观点,主要原因在于,“情节恶劣”并没有为低龄未成年人犯罪的违法性与有责性提供实质根据,只是起到了限制处罚范围的作用,因此其不属于不法要件与罪责要件,属于客观处罚条件。

但问题是,仅仅将“情节恶劣”定位为客观处罚条件,依然无法确定其实体内容。这是因为客观处罚条件以需罚性为判断核心,而需罚性又是一个高度抽象的概念集合,所以仅将“情节恶劣”定位为客观处罚条件仍难以明确其实体内容。于是,便需要进一步追问,立法者是基于何种目的将“情节恶劣”设置成客观处罚条件,即客观处罚条件的立法目的究竟为何?本文认为,立法者将“情节恶劣”设置为客观处罚条件,主要是基于低龄未成年人的年龄较小、可塑性较高这一客观事实而作出的价值判断。众所周知,低龄未成年人正处于从儿童期向成人期发育的过渡阶段,具有很大的可塑性,比起成人也具有更大的教育和改善的可能性。有研究表明,在青春期阶段,低龄未成年人寻求刺激的感觉会很强烈,但他们的自我控制能力却发展得较为缓慢,这意味着青春期是一个天生判断不成熟的时期^[14]。如此一来,在处理低龄未成年人犯罪时,便不能像对待成人犯罪一样以刑罚为主要的犯罪预防手段,而应当尽量通过教育手段使其放弃犯罪意图。但是,考虑到现实生活的复杂性,社会中可能存在部分教育无效的低龄未成年人,他们频繁实施侵犯人身法益的暴力行为,甚至有些情况下造成严重的死伤结果。为了妥善解决这一问题,立法者便不得已将那些“教育无效”的低龄未成年人所实施的严重暴力行为认定为犯罪。总之,低龄未成年人犯罪“情节恶劣”在犯罪论体系中属于客观处罚条件,其立法目的在于识别出那些再犯可能性较高的低龄未成年人,以便将其再犯可能性不高的低龄未成年人排除在刑事处罚范围之外,进而最大限度地保护低龄未成年人的身心健康。

三、“情节恶劣”的内容重构

本文认为,可根据“情节恶劣”的体系定位进一步确定其实体内容,将反映低龄未成年人再犯可能性较高的情节称之为“情节恶劣”的积极要件,将反映低龄未成年人再犯可能性较低的情节称之为“情节恶劣”的消极要件。“情节恶劣”的积极要件和消极要件之间存在一种递进关系,只有在低龄未成年人满足了“情节恶劣”的积极要件并且不具备“情节恶劣”的消极要件时,才能认定其属于“情节恶劣”。

(一)“情节恶劣”的积极要件

如前所述,“情节恶劣”的积极要件是指反映低龄未成年人再犯可能性较高的情节。那么,应当采用何种方法来判断低龄未成年人的再犯可能性呢?对于该问题,刑法学界主要存在广义说与狭义说之争。

广义说是当前学界的主流观点,其认为在判断再犯可能性时应当综合考察行为人的年龄、性格、社会地位、经历、环境以及犯罪后的态度,如自首、立功、认罪认罚、反省、悔罪与赔礼道歉等情节^[15]。但这些情节既包括发生在犯罪过程中“与犯罪事实相关的情节”,也包括发生在犯罪前或犯罪后“与一般事实相关的情节”,这使得广义说的评价要素过于宽泛。因此,有学者认为应当对上述情节进行适当限缩。于是,狭义说提出,反映行为人再犯可能性的情节应当是与行为人所犯之罪具有一定关联的情节;如果行为人之前实施的行为性质,与本次所实施的行为性质差距过于“遥远”的话,则很难说明行为人再次实施这种行为的可能性较高^[16]。然而,无论是广义说还是狭义说,这种仅从刑法学的角度来判断低龄未成年人再犯可能性的方法都存在较大缺陷。一方面,从判断材料来看,这两种学说所确定的判断材料都有赖于日常生活经验的积累,是人们通过对大量事实的观察而得出的直觉判断,然而这种直觉判断通常情况下都缺乏足够的科学验证,并且也会因人因时因地而异。所以,以这些判断材料为基础得出的判定结论在科学性以及安定性层面都会存在疑虑。另一方面,从判断过程来看,在低龄未成年人同时具有不同性质的情节时,如同时具备前科与自首情节,这些情节之间的关系应当如何处理,广义说与狭义说都未提出具体解决方法,由此导致这两种学说难以清晰呈现关于再犯可能性的判断过程,容易为司法认定留下恣意判断的空间。质言之,广义说与狭义说的直觉判断模式过于粗放,无法保障低龄未成年人再犯可能性评估的准确性与合理性。

本文认为,在判断低龄未成年人再犯可能性时,单纯依靠刑法学的理论分析并无太多助益,较为重要的是构建关于低龄未成年人再犯可能性的权威评估体系,通过实证分析方法来科学评估低龄未成年人的再犯可能性。然而,虽然司法部监狱管理局于2016年4月制定了《关于开展罪犯危险性评估工作的意见(试行)》,并逐渐在个别地区开展试点工作,但我国当前尚未形成关于低龄未成年人再犯可能性的权威评估体系。不过,域外的评估体系值得借鉴。在这些评估体系中,风险/需求评估尤其引人注目。作为被全球诸多法域采用的风险/需求评估,其因具有精算化、结构化的特征而逐渐演变为评估未成年人再犯可能性的主流工具。如同张鸿巍教授所言:“既往大量循证研究表明,相较于主观或非结构化方法,由结构化风险/需求评估方法产生之结果在量化及预测未成年人再犯罪风险方面更为准确及一致”^[17]。虽然我国与域外存有文化差异,但得益于循证实践评估机制所具有的“理性化”特征,域外关于风险/需求的评估模式依然可以为我国构建本土化的再犯可能性评估体系提供经验^[18]。

综上所述,对于“情节恶劣”积极要件的判断旨在寻找那些再犯可能性较高的低龄未成年人,在具体判断时应当以低龄未成年人的再犯可能性程度为判断标准,借助权威的再犯可能性

评估体系进行科学评估。

(二)“情节恶劣”的消极要件

如果低龄未成年人满足了“情节恶劣”的积极要件,那么,便可推定其再犯可能性较高。但是,这种结论也仅仅是一种“推定”,最终结论需要在审查完“情节恶劣”的消极要件后才能得出。如前所述,对于“情节恶劣”的消极要件的判断,本质上就是判断哪些情节能够反映出低龄未成年人的再犯可能性较低。本文认为,在进行具体判断时应当重点考察下述三类情节。

1. 可宽恕的情境性犯罪动机

犯罪心理学认为,犯罪动机是最重要的犯罪心理成分。个人之所以进行犯罪行为,从心理学来看,主要是因为存在着犯罪动机的缘故^[19]。根据犯罪动机形成的特点,可将其分为情境性犯罪动机和预谋性犯罪动机。其中,前者是指在情境因素的作用下较短时间内迅速形成的犯罪动机,由于犯罪者事先没有思考和准备,所以这类犯罪动机在相当大的程度上是由具体的行为情境和犯罪人当时的心理状态(特别是情绪状态)决定的;预谋性犯罪动机则是在较长时间内通过多次思考形成的犯罪动机^[20]。由于预谋性犯罪动机是犯罪的常态表现,所以不能仅仅因为低龄未成年人具有预谋性犯罪动机而直接认定其具有较高的再犯可能性。反之,如果低龄未成年人具有情境性犯罪动机,尤其是具有可宽恕的情境性犯罪动机,则有可能认定其再犯可能性较低。例如,对于低龄未成年人在受到校园欺凌的情况下为了自我防卫而实施的杀害行为而言,由于其具有可宽恕的情境性犯罪动机,所以即使低龄未成年人的行为属于防卫过当,也可认定其再犯可能性较低。

2. 基于悔悟的犯罪中止

多数学者认为,由于主动中止犯罪的行为人再犯可能性较低,故没有必要对其施加刑罚。理由在于,一方面,中止行为表明了行为人是自愿回归法秩序,甚至在一定程度上确证了法秩序的存在,因而行为人的一般预防必要性较低;另一方面,出于己意而中止犯罪之人犯罪意志不是很强,未来再犯罪的可能性也较低,所以有理由对其放弃特殊预防。但本文认为,对行为人再犯可能性的判断,难以进行抽象的一般化判断,而必须以行为人为中心进行个别化判断。因为每个人的犯罪原因、犯罪手段以及犯罪后的态度都或多或少与他人存在差别,只有以行为人自身的犯罪情节为依据进行个别化判断,才有可能科学评估行为人的再犯可能性程度。因此,在判断低龄未成年人的再犯可能性时,需要个别化判断低龄未成年人是基于何种动机而自动中止犯罪。如果低龄未成年人确实是基于悔悟而中止犯罪,那么便可以认定低龄未成年人的再犯可能性较低;反之,如果是经由功利的、理智的计算才中止后续行为或防止结果发生,则难以认定低龄未成年人的再犯可能性较低。

3. 其他能够反映低龄未成年人再犯可能性较低的情节

这种情节主要包括自首、坦白、认罪认罚、赔礼道歉与赔偿损失等。(1)自首、坦白情节。一般认为,自首的犯罪人悔罪、悔改的程度高;坦白的犯罪人悔罪、悔改的程度较自首的犯罪人要低。但这并不能说明任何具有自首情节的低龄未成年人再犯的可能性都较低。这是因为,对低龄未成年人再犯可能性的评估是一个需要个别化判断的结果,无法通过一般化思考直接得出结论。所以,即使低龄未成年人具有自首情节,也要个别化判断其是否真实悔过,如果个别化判断后发现低龄未成年人确实悔过的话,即使其没有自首情节,只具有坦白情节,也可以认定低龄未成年人的再犯可能性较低。(2)认罪认罚、赔礼道歉与赔偿损失等情节。这些情节是否能够反映出低龄未成年人的再犯可能性较低,也应当个别化考察低龄未成年人是否是基于悔过而实施该行为。如果这些情节确实能够反映出低龄未成年人的再犯可能性较低的话,那么此时应认定低龄未成年人的行为不属于“情节恶劣”行为。

美国学者齐姆林曾经说过：“缺乏经验的未成年人，在进行社会选择的过程中会犯下很多错误，这是难以避免的结果。并且，这个结果也是未成年人在自由社会中成长的必要风险。”^[21]尤其是对于低龄未成年人而言确实如此。低龄未成年人在社会中的身份极为特殊，他们可能会因为各种问题实施对社会有害的行为，甚至伤及他人性命。但是，如果社会像对待成年人一样对他们科处刑罚，而不是施以宽容和教育，这不仅忽视了低龄未成年人身心尚未发育成熟的客观事实，难以有效实现刑罚的预防犯罪目的，而且也与我国自古秉持的“丁年以内乃教育之主体，非刑罚之主体”^[22]的文化传统相抵触。因此，在处理低龄未成年人犯罪时，应当尽量采取教育手段使其放弃再次犯罪的意图，从而达到保护法益与保障人权的双重目的。

[参 考 文 献]

- [1] 王 巍：《中华刑法论》，北京：中国方正出版社2005年版，第105页。
- [2][7] 胡云腾 徐文文：《〈刑法修正案（十一）〉若干问题解读》，载《法治研究》，2021年第2期。
- [3] 陈兴良：《刑法哲学》（第五版），北京：中国人民大学出版社2015年版，第33页。
- [4] 井田良：《刑法总论的理论构造》，秦一禾译，北京：中国政法大学出版社2021年版，第1-2页。
- [5] 何 帆：《刑法注释书》（第二版），北京：中国民主法制出版社2021年版，第18页。
- [6] 城下裕二：《量刑理论的现代课题》（增补版），黎其武 赵姗姗译，北京：法律出版社2016年，第78页。
- [8] 安德鲁·阿什沃斯：《刑法的积极义务》，姜 敏译，北京：中国法制出版社2018年版，第248-249页。
- [9] 赵秉志 贾 宇 黄京平：《〈刑法修正案（十一）〉的理论与实务问题研究》，北京：中国人民公安大学出版社2021年版，第297-298页。
- [10] 张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京：北京大学出版社2010年版，第238页。
- [11] 陈兴良：《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》，载《环球法律评论》，2003年第4期。
- [12] 王 莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》，2012年第3期。
- [13] 柏浪涛：《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》，载《法学研究》，2012年第6期。
- [14] Cauffman, E., Steinberg, L.. Emerging Findings from Research on Adolescent Development and Juvenile Justice, Victims & Offenders, 2012, (7).
- [15] 周光权：《刑法总论》（第四版），北京：中国人民大学出版社2021年版，第450页。
- [16] 张明楷：《刑法学》（第六版），北京：法律出版社2021年版，第769页。
- [17] 张鸿巍：《风险/需求评估在预防未成年人再犯罪中的适用》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》，2021年第3期。
- [18] 姚学宁：《域外未成年人司法之风险需求评估量表探究》，载《当代青年研究》，2021年第4期。
- [19] 吴宗宪：《犯罪心理学总论》，北京：商务印书馆2018年版，第528页。
- [20] 梅传强：《犯罪心理学》，北京：法律出版社2017年版，第85页。
- [21] Zimring, F. E.. American Juvenile Justice, New York: Oxford University Press, 2019, p.20.
- [22] 姚建龙：《少年刑法与刑法变革》，北京：中国人民公安大学出版社2005年版，序言第1页。

（责任编辑：崔 伟）