

论刑事法上“年幼”的规范含义

胡平仁, 邓栩健

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410012)

摘要:我国《刑法》第261条和《刑事诉讼法》第60条都有关于“年幼”的相关规定,但学界对“年幼”一词研究甚少,在法律的适用上常常忽视“年幼”应有之价值并混同于“未成年人”等词语,妨碍了我国的法律实践和法学研究。对《刑法》第261条被保护对象“年幼”人群之界定标准的分析,应当重点从长辈对子女、孙子女、外孙子女的抚养义务之存续时间进行探讨。感知、记忆、表达是证人证言形成的三个阶段,在对“年幼”证人的资格界定过程中,这三个要件的认定也必不可少;应将《刑事诉讼法》第60条有关“不能辨别是非”“不能正确表达”的规定修改为“对待证事实无辨别能力、不能表达”。与此同时,借鉴域外对“年幼”证人资格的界定,我国可以部分摒弃法定主义认定标准,将“年幼”证人资格界定标准向裁定主义认定标准倾斜,适度淡化年龄界限,赋予我国司法人员审查“年幼”人群作证适格性的权力,以推进我国法学理论的建构与发展,促进司法制度及司法实践走向成熟。

关键词:年幼人群;证人资格;法定主义;裁定主义

中图分类号: D920.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)03-0042-07

在汉语中,青年、少年、儿童、年幼等均是语义相近的概念^①,但就法学研究和立法用语来看,这些词存在明显的差异与界限。根据1982年颁布的《中华人民共和国宪法》第46条“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”中,将青年、少年、儿童三个概念并列和区别使用,可以推断出这三个概念的含义不尽相同。从总体来看,青年、少年、儿童等词语之间的界限在学者的广泛研究交流下,有了初步的划分与判断标准^[1]。在实践中,如我国现行刑法,就尽量避免青年、少年等词语的使用。在儿童年龄界限的界定上,则通过出台若干问题的解答^②以及通过《刑法》第17条以刑事责任年龄的方式做出了初步解释。同时参照我国《收养法》第4条和《义务教育法》第11条对收养年龄资格、受义务教育权利年龄的相关规定,对儿童年龄的界定在学界也有了较为一致的看法^[2]。然而,对于如何界定“年幼”一词,我国尚未就此做出明确规定,学界对此也研究甚少。这直接导致在实践特别对相关法条的应用过程中^③,不同人群出现截然不同的理解。这种状况既不利于相关司法制度的完善和司法实践的成熟,也阻碍了我国法学理论的建构与发展。

当前“年幼”一词仅存于现行《刑法》第261条以及现行《刑事诉讼法》第60条中。有学者指出,年幼是指未成年人^[3,4]。该观点对年幼问题的关注与解释虽具有极为重要的学术理论价值,但其对于年幼年龄的界定结论,却是单一、偏颇,有失准确的。

一、刑法对“年幼”之界定标准

现行《刑法》第261条规定:“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”传统观点认为,本罪的法益是“被遗弃人受扶养的权利”^[5],对于“负有扶养义务而拒绝扶养”的行为来说,行为人是因为违反“扶养义务”从而触犯刑法。由此来看,对行为人扶养义务消灭时间的判断,是界定本罪涉及对象范围的重要依据。另外,遗弃罪涉及的对象是年老、年幼、患病或其他没有独立生活能力的人群,是否具有独立生活能力是判断遗弃罪犯罪对象的本质条件。据此,本文拟从“扶养义务”与“独立生活能力”两个遗弃罪客观构成要件入

收稿日期:2017-12-07;修回日期:2018-02-14

作者简介:胡平仁(1962—),男,湖南嘉禾人,法学博士,中南大学法学院教授、博士研究生导师,主要研究方向:法理学、法社会学与法律文化,联系邮箱:hpr@sina.com;邓栩健(1996—),男,湖南长沙人,中南大学法学院2015级法学专业本科生

手, 在分析年龄能否成为“年幼”界定之标准的同时, 对“年幼”之界定加以探讨。

(一) “扶养义务”角度

当前理论界对于遗弃罪保护法益的界定存在通说(家庭成员间的扶养权说), 新说(生命权、健康权说), 折衷说(一般受扶养权说)等不同看法。但可以明确, 其一, 刑法遗弃罪中的“扶养”不同于婚姻法中所称的“扶养”, 它不仅包括平辈即夫妻和兄姐对弟妹间的扶养义务, 也包括长辈即父母、祖父母、外祖父母对子女、孙子女、外孙子女的扶养义务, 还包括晚辈即子女、孙子女、外孙子女对父母、祖父母、外祖父母的赡养义务^[6]。其二, 在界定本罪所述“年幼”人群问题上, 对扶养人扶养义务消灭时间的判断分析, 是界定本罪保护对象范围边界的基本依据。换言之, 处于受扶养权利存续之际的人群, 才属于本罪所保护的主体。据此, 对《刑法》第 261 条被保护对象“年幼”人群之界定标准的分析, 应当重点从长辈对子女、孙子女、外孙子女的扶养义务之存续时间进行探讨。

综合分析我国现行法律法规, 扶养义务消灭的原因一般来自当事人死亡、当事人身份关系解除, 以及抚养要件消灭^③三个方面。然而, 被抚养当事人死亡、身份关系解除、抚养可能性丧失等因意外事故或特殊缘由导致的扶养义务消灭, 对界定本罪涉及对象范围并无普适性适用价值, 真正可能对本罪涉及对象范围界定产生重要研究价值的, 仅抚养必要性之缺失致使扶养义务消灭这一情况。而关于抚养必要性判定依据, 我国当前的立法虽然没有明确的规定, 但从立法宗旨以及扶养义务内容^④来看, 当被抚养人不能合理管理、处置自己财产或无法独立生活时, 抚养必要性即存在。

如果按照前文所提“‘年幼’人群即未成年人”的观点, 根据《未成年人保护法》第 2 条“未成年人是指未满十八周岁的公民”之规定, 那么《刑法》第 261 条中的“年幼”即指未满 18 周岁的全部人群。然而, 如果每一个未满 18 周岁的人都被认定为不能合理管理、处置自己财产, 或无法独立生活, 显然是不合乎法理, 更不符合情理的。

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 11 条规定: “抚育费的给付期限, 一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁, 以其劳动收入为主要生活来源, 并能维持当地一般生活水平的, 父母可停止给付抚育费。”由此不难看出, 法律对于无须经济上的补助与生活上的照料的人群, 允许负有扶养义务一方停止经济补助, 即扶养义务形式上趋于消灭。但这种消灭不是

由法律规定而是由事实造成的。即原本受扶养权利存续之际的人群因自身原因已脱离“年幼”认定之范围, 抚养必要性丧失导致形式上扶养义务的消灭。

鉴于此, 从抚养人角度出发, 只要扶养义务(区别于“扶养义务”)形式上未趋于消灭, 被抚养人即可认定为“年幼”人群。

(二) “独立生活能力”角度

要正确把握“独立生活能力”, 应首先明确“生活”及“生活能力”的内涵。

《辞海》中“生活”一词被赋予多重含义: “活着; 保存生命”“生计”“人或生物的各种活动”等。而法律和法学中的“生活”主要是指第一种释义, 即“活着; 保存生命”。“人情, 贫穷, 父兄囚执。闻出财得以生活, 为人子弟者将不顾死亡之患、败乱之行以赴财利, 求救亲戚”^[7]; “上下焦心, 相望救护, 仰希陛下生活之恩”^[8]无一不在印证生存是一切生物最原始的本能, 也是他们存在的基本奥义。

生存能力乃生活能力之基础, 究其最低标准, “生活能力”即人们在生活中维系其生存之能力。人类为了生存, 理应具备各种基本生活技能。社会学中将人们的基本生活技能(生活能力)分为两个部分: 一是物质生活资料的消费能力, 即吃、穿、住、用、行的基本能力。这是狭义的生活能力, 亦可称之为“生活自理能力”。嗷嗷待哺的婴儿除了凭借哭声表达吮乳汁的需求外, 是没有生活自理能力的。随着逐渐成长, 才在周围环境中学会了照料自己的能力。二是物质生活资料的生产能力, 即人类获得衣、食、住、行来源的一切劳动、谋生能力^[9]。

简而言之, 在独立生活能力有无的界定问题上, 我们可以从是否独立具有物质生活资料的消费能力(生活自理能力)以及是否独立具备物质生活资料的生产能力(劳动、谋生能力)两个方面进行考虑。

关于独立生活, 最高人民法院 2001 年 12 月 24 日发布的《关于适用婚姻法若干问题的解释(一)》第 20 条规定: 不能独立生活的子女是指尚在接受高中及其以下学历教育, 或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。这一解释对于独立生活之界定, 正是基于生活自理能力和劳动、谋生能力两个维度做出的评价。“丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女”是判断不能独立生活的子女不独立具备物质生活资料的生产能力的标准。与之相对应, “尚在接受高中及其以下学历教育”则是法律对于子女生活自理能力的综合性考量。

我们据此可以初步判断: 一方面, 对生活自理能

力与劳动、谋生能力两者兼具的人群,即可视为具有“独立生活能力”,应不再将其纳入“年幼”人群界定范围之内,排除其为“年幼”人群之可能。事实上,并非所有的未成年人都不能兼具生活自理能力与劳动、谋生能力。相反,现实生活中存在大量未成年人具有“独立生活能力”的现象,前文“年幼是指未成年人”之观点有待进一步厘清与斟酌。另一方面,司法解释将“尚在受高中及其以下学历教育”人群类推为缺乏生活自理能力人群^⑥,但由于该类人群与“十八周岁以下”人群并无必然联系,故此,将“‘尚在受高中及其以下学历教育’人群视为缺乏独立生活能力人群”简单概括为未成年人即缺乏独立生活能力人群,从而推导而出的“未成年人即‘年幼’人群”之结论,自然是失偏颇的。

(三) 小结

综合上文,刑法上对于“年幼”之界定标准,从“扶养义务”角度来看,只要扶养义务形式上未趋于消灭,被扶养人即可认定为“年幼”人群;从“独立生活能力”内涵来看,当某人兼具生活自理能力与劳动、谋生能力,即主观和客观上皆可能且能够独立生活时,则不能将之界定为“年幼”人群。

同时,无论是从《刑法》第261条“扶养义务”还是从“独立生活能力”之内涵分析来看,以某一个刻度性的年龄将生活自理能力与劳动、谋生能力截然割裂,是不符合人的成长特点的。换言之,将年龄作为“年幼”人群之界定标准是单一、片面的。我们应该在具体条文中综合考虑“年幼”的界定尺度,通过对立法原意的具体分析,正确理解“年幼”在该条文中的作用与价值,以“既见树木,又见森林”的整体性视角,帮助理解该条文的真正内涵。

二、诉讼法视野中的“年幼”

研究“年幼”的界定标准,其目的在于让我们更清晰准确地适用法律条文。考虑到“年幼”一词在刑法中仅出现在第60条有关证人资格^⑦的相关规定中,因此在刑法视野中,就是对“年幼”证人资格的界定标准之研究。

(一) 以“不能辨别是非、不能正确表达”界定年幼证人资格的标准模糊不清

我国现行《刑事诉讼法》第60条有关证人资格的相关规定为:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作证人。”其中该条文第2

款中“不能辨别是非、不能正确表达”,从实践中来看是一种含糊抽象的定义行为。“不能正确表达”中的“正确”一词,是一个颇为模糊的范畴。年幼者在客观事物认识方面较成年人虽然还不尽成熟,或多或少不能正确地将内心关于案件的认识完全准确地表达出来,但其仍能辨别事件的大致经过、人物的体态等一些较为简单的事物特征。故此,单纯使用“不能辨别是非、不能正确表达”来限制年幼证人资格,无论是在司法实践中判断“正确”一词标准,还是在界定“年幼”人群有无证人资格上,都提升了不小的阻碍与难度。当前我国司法实践以及学术上普遍认为,“不能辨别是非、不能正确表达”是对否认年幼人群获得证人资格的额外限制条件,即“年幼”只是丧失作证资格的相对条件,而不是绝对条件,以致部分学者进一步推论:只要“能够辨别是非和正确表达”,就可以在刑事诉讼中作为证人提供证言。

其实,仅从“能够辨别是非”来看,这种观点就存在着对证据理论的严重曲解。从语义上理解,“辨别是非”不仅包括证人对案情真相的了解,显然还包括证人对事件本身的评价。而现代证据理论要求,“证人只能对自己亲身感知的案件情况进行陈述,而不能对这些情况进行分析评价,不能对案件事实发表看法和意见”^[10]。如果年幼证人能够阐明案情但对事件的本身持消极评价,根据“辨别是非”这一界定标准,就不具有作证资格,这显然违背了现代证据理论的规范要求。

此外,当前我国法律并没有对“辨别是非”与“正确表达”的具体标准做出明确说明。2013年1月1日公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第69条规定:“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非,不能正确表达的人,不能作证人。对于证人能否辨别是非,能否正确表达,必要时可以进行审查或者鉴别。”但该规定对如何审查和启动鉴定程序并无明文。综合我国当前司法实践来看,对于证人辨别是非能力、正确表达能力的审查或鉴别并不属于日常接触的十大司法鉴定^⑧,有关辨别能力的鉴定少之又少。司法精神病鉴定算得上是难得的一种鉴定途径,然而无生理上、精神上有缺陷的年幼者并不能完全适用其鉴定结果。据此,当前对“辨别是非,正确表达”能力的审查规定,过于笼统且缺乏具体可操作性。

在司法实践中,一部分法院选择忽略对证人“辨别是非,正确表达”能力的判断,而采用“凡是知道案件情况的人都可以作为刑事诉讼案件的证人”表述以确认证人资格^⑨。一部分辩护人,则将“不能辨别是

非、不能正确表达”理解为对“生理上、精神上有缺陷或者年幼”人群的解释说明^[11]。即直接以证人未满18周岁,其智力发育程度不及成年人,尚属“年幼”为由,推定其不具有证人资格。这样的理解,实则否认了一切未成年人的作证资格,既可能掩盖案情真相,也将阻碍司法的公正判断。

由此不难看出,现行《刑事诉讼法》第60条第2款中“不能辨别是非、不能正确表达”的表述无论是从语义角度,还是从审查鉴别角度,抑或从司法实践角度,都不尽合理,有待修改。

(二) 以年龄作为年幼证人资格界定标准之缺陷

《刑事诉讼法》第60条将“生理上、精神上有缺陷”的人与“年幼”的人并列,并在其后用“不能辨别是非、不能正确表达”予以标注。如果按照“‘年幼’人群即未成年人”的观点,不满18周岁就属于年幼人群。然而,我们必须注意到,人的成长是一个逐步散墨的渐进过程^①,绝不会在18岁这一界限就突然从不能辨别是非、不能正确表达变得能够辨别是非、正确表达,或者在某一年龄就突然有了完全的辨别能力。作为个体自然人,其辨认和表达能力的演变必然是一个逐步成熟的、潜移默化的过程。对于一个差1天满18周岁且生理、精神上无缺陷的人,是否还有对其因属于年幼范畴而进行作证资格审查之必要?对于一个案发时不满18岁,作证时已满18岁的生理、精神上无缺陷的人,是否还适用《刑事诉讼法》第60条的规定而对其进行证人资格审查?其辨别是非能力与表达能力界定究竟是以案发时为准还是以作证时为准?在未成年人界定领域,当前,越来越多国家也意识到只以年龄界限确定未成年人概念的不足之处。淡化年龄界限、模糊未成年人的年龄下限逐渐成为现代刑事立法的趋势^[12]。在司法实践中,如也门、沙特阿拉伯的法院依照《古兰经》根据每个当事人具体的生理和心理成熟程度来确定其成年与否。这种判断方法对于界定“年幼”与否同样具有一定的参考意义。

据此,本文认为,同“年幼”人群界定标准认定一样,以某一个刻度性的年龄将辨认和表达能力截然断裂,是不符合人的成长特点的。换言之,将年龄作为年幼证人资格界定标准同样是片面的、不准确的。

当然,在此有必要肯定将“年龄”作为法律上权利义务资格取得界限判断标准思考方向的现实可行性。在现实法律规范中,如结婚年龄、承担法律责任的年龄,法律也给出了明确的标准。然而,上述资格归根结底属于法律概念上的权利义务资格。换言之,上述权利义务由法律所创设、拟制而来,并非单纯的事实。而与之相反,“年幼证人资格”之界定标准重点

正在于对“年幼”人群作证资格的考察与判断,而对这种能力的判断,不仅在事实上能够确定,而且在现实中能够界定。对此后文再作具体阐述。

(三) 域外“年幼”证人资格的认定情况

英国《1999年少年司法与刑事证据法》第53条规定,对证人的基本审查是:(a)understand questions put to him as a witness.(是否理解对其提出的问题);(b)give answers to them which can be understood.(能否做出让人理解的回答)。此处规定有别于我国“能否辨别是非、正确表达”这一模糊界定标准,在司法实践中其可行性、通用性得到了较为完整的贯彻。

美国《联邦证据法》第601条 Competency to Testify in General 规定:除本证据规则另有规定外,每个人都有资格作为证人。且在《联邦证据法》中并未有“年幼”证人资格限制的相关条文,从某种程度上来说,只需要年幼人群能够区分事实与谎言^[13],他们就有作证能力。这也有别于我国对于年幼人群作证资格的限制性规定。不过,相比于我国统一的作证资格规范,美国不同州对证人资格的认定标准各有差异^②,在此不再赘述。

在法官多依据自由心证原则审查判断证据的国家,法律对证人证明能力限制较少,年幼人群基本上是有作证资格的。如:意大利《刑事诉讼法》第196条^[14]、日本《刑事诉讼法》第143条^[15]都对“所有人均具有作证能力”做出了明文规定。

当然,也有完全以年龄为标准对“年幼”人群作证资格进行限制的国家。如:西班牙在立法上对14岁以下的未成年人的作证资格予以了明确的限制^[16];罗马尼亚规定“不满14岁的人不具有证人资格”^[17];苏联更是要求“只有对案件有重大意义的情况下,不能用其他的方法判断时,才可把少年人作为证人传讯”^[18]。我国香港地区《诉讼证据条例》第3条也规定:除非法院认为其对被询问的事实有准确的认识且能够准确地加以叙述,否则就没有作证资格。

(四) 当前我国“年幼”证人资格界定标准失当之根源

通过对域外“年幼”证人资格认定标准的分析可见,当今各国对“年幼”证人资格认定标准的分歧,实质上可以理解为“年幼”人群证据能力法定主义与“年幼”人群证据能力裁定主义之间的分歧^[19]。

法定主义是指以客观、明示的法律规则宣示“年幼”证人的适格性,以排除司法人员的主观随意性。在法定主义框架下,年龄不再成为“年幼”人群作证的障碍。但在证人资格的审查标准方面,不同国家的法律条文各有不同。有的要求年幼人群能够区分事实

与谎言,如美国;有的仅要求具备相应的理解与表达能力,如英国。裁定主义则是赋予司法人员审查证据适格性的权力。即没有对证人资格的审查标准进行具体规定,而是授权法官根据具体情况自行判断。

“年幼”人群证据能力法定主义认为:不具备证明资格的证人,其证言不仅不能作为认定案件事实的根据,而且也不宜让法官了解其内容或对其进行证据调查,以免受到潜在的心理影响而产生偏见。因此,在进入证据审查程序前另设有证人资格的审查程序,用以排除无证明资格证人提供的不认为具有证明能力的证据。不难看出,我国对“年幼”证人资格的界定,属于“年幼人群”证据能力法定主义认定标准。即将“年幼”人群与“辨别是非、正确表达”能力作为证人资格的审查标准。

我国年幼证人资格界定标准失当的根源,在于我国立法过程中混淆了证人资格和证言可信性两个基本概念,将与证言可信性有关的“正确表达”和与证人资格有关的“能够表达”混为一谈。这种情况其实并不属于法定主义与裁量主义的有机结合,而是对两者概念的混淆与杂糅。即我国在以法定主义认定标准对“年幼”证人资格予以认定的过程中,证人资格审查程序内容却属于裁定主义认定标准范畴。在我国当前司法人员素质良莠不齐的情况下,模糊的界定标准不仅不利于发现真实,反而容易助长歪风邪气,阻碍司法公正。

三、“年幼”概念之立法建议

《刑法》第261条遗弃罪将遗弃对象限定在“年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人”。当前,判断遗弃对象的实质标准在于对“独立生活能力”的判断,“年老、年幼、患病”表述更多地被认为只是立法者的概括列举,在罪行适用过程中,此类表述常常为人所忽视。但就遗弃罪发展趋势而言,这种形成于宗族礼法,脱胎于伦理道德,仅通过强化家庭成员间的扶养义务意图实现整个社会对于弱势群体生命保护的制度设计,在人伦关系逐渐脆弱的今天,已经难与当下的社会基础和精神追求相契合。故此有学者认为遗弃罪的对象应当不限于家庭成员之间,提议将遗弃罪的法益从家庭成员间的扶养关系上脱离出来,以弥补我国刑法对于弱势群体生命法益特别保护规范的欠缺^[20]。赞同这一观点的学者还认为,遗弃罪的本质已不仅仅是对义务之违反,而且也是对于生命法益构成威胁的危险犯,这样,本罪的行为对象就应当扩大

解释。基于此,学界就如何重构本罪展开了一系列热烈的探讨,针对如何单独立法或修法提出了诸多可行性方案。值得注意的是,关于遗弃罪的分析探讨显然已经涉及刑法理论中诸多议题,单独立法或修法可能难于在短时间内提上日程,而让当前实务中大量非受限于扶养关系的遗弃案例有章可循却具有迫切性。这就要求相关法律解释和续造工作尽快完成,以解决法律的稳定性与社会发展、社会需求之间的矛盾。

具体到《刑法》第261条中来,可以针对现有“年老、年幼、患病”表述,在加强个案解释的基础上,进行必要的规范解释^[21]。如对于本款中“年幼”的理解,一方面,针对个案,特别是针对非家庭成员间的遗弃以及不履行救助义务的遗弃幼童案件^[22],可以对遗弃罪中“年幼”进行适当的扩张解释,将其范围扩大至无抚养关系人群,以破除当前此类案件的定性困境。另一方面,建议从法律对当前社会的适应性出发,以实证分析作为支持,对本罪中“年幼”一词予以社会学意义上的解释。如增加“本款所称‘年幼’,包括需要扶助或无自救能力之人”的表述,以保证类似遗弃行为获得合理恰当的法律评价,符合社会公众朴素的法感情和对于公平正义的朴素理解。

当然,对法律的解释是以法律解释本身具有合理性为前提条件的,当法律存在的缺陷无法通过合理的解释得以修复,对原法律条文的修改或者重新立法就成了完善法律的必由之路。这在《刑事诉讼法》第60条关于“年幼”证人资格标准的界定问题上表现得格外明显。换言之,要想真正规范我国“年幼”证人资格的界定标准,首先需要通过现行法条进行调整修改,妥善协调处理好法定主义与裁定主义认定标准之竞合问题。要而言之,方法有二。

其一,我国可以在保持法定主义认定标准的同时,进一步对证人资格审查程序中的审查内容做出明确规定,而不再用“能否辨别是非、正确表达”这样的模糊性标准进行界定。“他山之石,可以攻玉”,具体方法可以在我国现有界定标准基础上借鉴前述英国“年幼”证人资格审查基本标准(是否理解对其提出的问题,能否做出让人理解的回答),对审查内容做出清晰规范。即:①了解案情;②拥有基本的感知、记忆能力;③能够理解对其提出的问题并做出让人理解的回答。考虑到感知、记忆、表达是证人证言形成的三个阶段^[23],在对“年幼”证人资格界定过程中,虽然无须制定过于严苛的审查标准,但以上三个要件的认定是必不可少的。从另一个角度上来看,①②两条正是对我国当前“能否辨别是非”判断标准的解释与深化;③则是“能否正确表达”概念界定标准在实际应用过

程中的表现方式, 与我国当前模糊的认定标准之立法原意不相矛盾。

其二, 我国可以部分摒弃法定主义认定标准, 将“年幼”证人资格界定标准向裁定主义认定标准倾斜, 即大幅度地赋予我国司法人员审查证据适格性的权力。具体而言, 在司法人员自由裁量的过程中, 将“年幼”人群的证人证言纳入裁量范围。

应用于实际中来, 便是删除《刑事诉讼法》第 60 条第 2 款中“年幼”一词, 参考前文对“不能辨别是非、不能正确表达”的考量, 将《刑事诉讼法》第 60 条第 2 款改为: 生理上、精神上有缺陷或者其他对待证事实无辨别能力、不能表达的人, 不能作为证人。具体变动修改分析如下。

一是依然采用禁止性评价方式。具体而言, 对《刑事诉讼法》第 60 条改动仍然沿用“……, 不能作证人”样式, 只对证人在什么情况下将失去证人资格做出规定, 保障规范的严谨性与准确性。同时考虑到当前我国司法实践现状, 在短时间内扩大法官自由裁量权不太现实, 可以在现阶段对举证责任做出明文规定, 依照“谁主张谁举证”原则, 对对方证人资格提出异议方有责任证明对方证人对待证事实无辨别能力、不能表达, 符合第 60 条不能作为证人的适用条件。

二是删除“年幼”一词。对“年幼”一词的删除一方面是为了让证人资格界定标准逐渐符合前文提到的将“年幼”证人资格界定标准向裁定主义认定标准倾斜建议的要求, 将“年幼”证人资格界定纳入裁量范围而不再在法条中做出具体规定。另一方面是为了在逻辑推演上更符合立法原意。通过分析立法者于制定法律时所作价值判断及所要求实现的目的, 笔者认为立法者编纂此条文时的原意就在于对“不能辨别是非、不能正确表达”的人群进行作证资格的限制。但是, 在一定程度上忽略了除“生理上、精神上有缺陷或者年幼”人群有可能符合上文所述标准外, 因年老等其他原因也有可能导致其不能辨别是非、不能正确表达。故此删去“年幼”一词以避免立法者对“不能辨别是非、不能正确表达”原因穷尽的局限性。

三是将“不能辨别是非”更改为“无辨别能力”, 将“不能正确表达”更改为“不能表达”。此处更改的原因在上文皆有论述。原文“辨别是非”是对事件主客观的双重评价, 也是对证据理论的严重曲解, 违背了现代证据理论的核心原则。而将“不能正确表达”更改为“不能表达”, 则厘清了证人资格与证言可信性两个基本概念的区别, 也为“正确”这一相对模糊范畴提供了新的判断途径与研究思路。

四是为“无辨别能力、不能表达”增加参考对象——待证事实。正如前文所述, 对一个年幼的人, 我们不能期望他对于每一个他擅长或不擅长的事物都拥有辨别能力, 也不能完全要求其必须将内心想法准确无误地表达出来, 但不可否认其仍能辨别一些较为简朴的事物特征。如果“待证事实”属于年幼人群理应能够辨别、表达的范畴, 则不能对其作证资格予以否定。

在这方面, 我国 2000 年 4 月 1 日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 53 条第 2 款“待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人, 可以作为证人”之规定相对而言就比较到位。虽然该规定是对民事诉讼证据的相关规定, 但从法制的统一性考虑, 民事证据立法势必会对刑事证据立法有深远的影响作用。故此提出以上修改意见。

四、结语

总之, 当今我国学界对“年幼”一词研究甚少, 在法律的适用上则常常忽视“年幼”应有之价值。本文一方面对“年幼”之界定标准展开分析讨论, 另一方面从诉讼法角度, 试图解释我国“年幼”证人界定标准模糊不清现状之根源, 进而提出与“年幼”概念相关之立法建议。

然而, 除去本文对“年幼”规范含义的论述, 我国对“年幼”证人的保护同样有待进一步完善与健全。在以英国为首的部分国家, “年幼”证人资格取得后直接产生的法律效力是法律给予其最大限度的作证保护^[24], 以保障证人不受二次伤害, 影响其恢复正常生活速度。然而, 在我国, “年幼”证人资格的取得仅仅代表“年幼”人群获得了与其他人群一样的作证资格。在“年幼”证人的保护上缺乏相应规定, 理论界也没有进行系统的研究。唯一与之相近的仅《刑事诉讼法》第 270 条对于未成年人保护的有关规定^①。虽然该项规定在一定程度上对“年幼”人群作证起到了积极作用, 但是, 其保护范围的扩大也势必导致对“年幼”证人作证保护限度的缩减。

我国“年幼”一词的研究还有很大的进步空间与研究价值, 有待学界进一步的探讨分析。

注释:

① 商务印书馆 2016 年版《现代汉语词典》(第 7 版)中的“儿童”:

较幼小的未成年人(年纪比“少年”小)。该版无“年幼”的词条及解释,而第6版将“年幼”解释为“年纪幼小”。

- ② 1992年12月11日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定〉的若干问题的解释》第8条:《决定》和本解答中所说的“儿童”,是指不满14岁的人。2013年1月4日废止。
- ③ 此外,“年幼”一词大量为法律文书所使用,如最高人民法院关于常兴平故意杀人死刑复核刑事裁定书中“被告人见被害人之女年幼,遂产生杀害之念”;最高人民法院关于刘传林故意伤害死刑复核刑事裁定书中“被告人向两名年幼的被害人强行灌食”等表述。
- ④ 抚养必要和抚养可能是抚养义务发生之要件,当此两要件俱缺或缺其一,抚养义务即归消灭。参见宋豫、陈苇:《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》,重庆出版社2002年版,第491页。
- ⑤ 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第10条规定:“监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。”
- ⑥ 学理上可区分为“主观不能”和“客观不能”。严格地讲,按照我国教育制度,尚未参加工作的全日制大学生乃至研究生也属“客观不能”者。
- ⑦ 有学者认为,当前我国《刑事诉讼法》第60条第1款从积极方面规定了作证者的作证资格——知道案件情况,第2款从消极方面规定了证人必须具备两个方面的证明能力——理解与表达能力。在笔者看来,考察证人证明能力的目的在于判断证人是否具备作证资格。故从判断证人适格性角度而言,证明能力应属于作证资格判断标准的组成部分,故《刑事诉讼法》第60条第1款、第2款皆可认为是对证人作证资格的相关规定。
- ⑧ 在日常工作中经常接触的10类司法鉴定:伤情鉴定、伤残鉴定、亲子鉴定、文书鉴定、毒物鉴定、痕迹鉴定、尸体鉴定、医疗过错与医疗事故技术鉴定、司法精神病鉴定、建筑工程质量鉴定。
- ⑨ 在曲阜市人民检察院指控原被告人孔某犯故意伤害罪一案中,根据我国《刑事诉讼法》第60条的规定,曲阜市人民法院经审理认为:“凡是知道案件情况的人包括被害人的近亲属都可以作为刑事诉讼案件的证人。”见(2016)鲁0881刑初189号判决书。此外,(2016)粤2071刑初73号判决书也采用了类似表述。
- ⑩ 一滴墨水滴落宣纸之上,墨水漫漫渗开,在边缘逐渐模糊,直至纸墨浑然一体。墨水边缘与宣纸不会突兀地界限分明。此即散墨原理。
- ⑪ 阿肯色州和新罕布什尔州规定,无神论者不能作证。参见[美]诺曼·M.嘉兰、吉尔伯特·B.斯达克:《执法人员刑事证据教程(第四版)》,但彦铮等译,中国检察出版社2007年版,第85-87页。
- ⑫ 第270条规定了询问未成年被害人、证人时,应当通知合适成年人到场;合适成年人一般是其法定代理人;在无法通知法定代理人、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯时,也可以通知其他合适成年人到场;其他合适成年人包括未成年被害人、证人的其他成年亲属,所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表。

参考文献:

- [1] 姚建龙. 刑事法视野中的少年: 概念之辨[J]. 理论研究, 2005(3): 20-24.
- [2] 姚建龙. 我国少年刑事责任制度之理论检讨[J]. 法律科学, 2006(3): 147-157.
- [3] 陈光中. 刑事诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 212.
- [4] 李亚. 论我国遗弃罪的立法重构[D]. 长沙: 湖南大学, 2016.
- [5] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 494.
- [6] 陈兴良. 非家庭成员间遗弃行为之定性研究——王益民等遗弃案之分析[J]. 法学评论, 2005(4): 135-143.
- [7] 班固. 汉书·萧望之传[M]. 北京: 北京燕山出版社, 2010: 150.
- [8] 范晔. 后汉书: 卷三十三[M]. 北京: 中华书局, 2009: 902.
- [9] 周运清. 现代人生社会学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1987: 91.
- [10] 卞建林. 美国联邦刑事诉讼规则和证据规则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 183.
- [11] 苏兴民. 立法对“年幼”的人之作证资格须细化规定[N]. 检察日报, 2010-11-19(03).
- [12] 王牧. 新犯罪学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2016: 192.
- [13] 林秀怡, 黄启宾. 各国刑事司法有关未成年人作证能力之比较研究[J]. 国境警察学报(台湾), 2003(2): 99-140.
- [14] 黄风. 意大利刑事诉讼法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 69.
- [15] 宋英辉. 日本刑事诉讼法[M]. 北京: 中国政法出版社, 2000: 33.
- [16] 毕玉谦. 民事证据法判例实务研究[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 101.
- [17] 姚莉, 李力. 刑事审判中的证据引出规则[J]. 法学研究, 2001(4): 94-109.
- [18] 姚莉, 吴丹红. 证人资格问题重述[J]. 中国刑事法杂志, 2002(5): 79-84.
- [19] 郭志媛. 刑事证据可采性研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 90.
- [20] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 73.
- [21] 胡平仁. 法理学基础问题研究[M]. 长沙: 中南大学出版社, 2001: 214-219.
- [22] 赵丙贵, 韩耀晨. 我国刑法关于遗弃罪规定的不足与完善——从一则案例说起[J]. 党政干部学刊, 2004(4): 42.
- [23] 陶然. 民事诉讼证人出庭作证制度研究[D]. 武汉: 武汉大学, 2005.
- [24] EMMA DAVIES, EMILY HENDERSON, KIRSTEN HANNA. Facilitating children to give best evidence: Are there better ways to challenge children's testimony? [J]. Criminal Law Journal, 2010(34): 347-362.

(下转第192页)