

## 专门教育理论与实践(三)

**主持人 姚建龙**[上海社会科学院法学研究所研究员]:专门教育作为我国国民教育体系的组成部分,因其对象是有严重不良行为的未成年人而与传统义务教育有着显著差异。为此,2020年修订的《预防未成年人犯罪法》对专门教育的对象、程序、地位等多个方面作出了新的规定。然而,由于相关立法过于概括,专门教育在教育实践中仍然面临诸多困境。一方面,《预防未成年人犯罪法》新规定的评估程序过于粗疏,导致专门学校招生面临“普通学校化”和“监狱化”的困境。另一方面,专门教育因其对象的特殊性而应采取区别于传统义务教育的教育模式也未能立法中得以充分体现,多数专门学校依旧照搬义务教育的教育模式。

作为“专门教育理论与实践”专题的第三期,本期推出的两篇文章分别对专门教育评估制度和专门学校学生适应进行初步探讨,以期对前述专门教育面临的困境提供解决思路与方案。《专门教育评估制度的检视与形塑》一文对我国专门教育评估的立法与实践进行了梳理,基于专门教育的法律定位和权力属性,提出评估工作应当遵循比例原则、中立原则和区分原则,并从评估的主体、对象、标准、程序、效力和监督等方面对专门教育评估制度进行了系统设计。《专门学校学生正念、自尊与学校适应的关系研究》一文采用心理测验法对420名专门学校学生进行了测量,对20名学生进行心理干预,发现学生的正念、自尊和学校适应之间呈显著正相关关系,自尊在正念与学校适应之间起到部分中介作用,设计的持续8次的干预可以通过提升自尊水平促进学校适应,并对如何促进学校适应提出了具体建议。

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2023.04.013

### 专门教育评估制度的检视与形塑

■ 孙 鉴 金泽刚

(同济大学:马克思主义学院;法学院,上海 200092)

**【摘要】**《预防未成年人犯罪法》修订时在专门教育制度中加入评估程序,体现出了“准司法化”倾向,也是对单向行政决定的有效制约。但是,评估主体不明、标准不一、程序不清给各地评估实践带来了掣肘,甚至造成了专门学校“普通学校化”或“监狱化”两种极端。未来,可尝试通过制定《专门教育评估管理办法》来强化专门教育评估的制度供给。在内容设计上,专门教育评估应当始终以最有利于未成年人教育矫治为目标,坚持拘禁性保护处分的“最后手段

收稿日期:2023-04-28

作者简介:孙 鉴,同济大学马克思主义学院博士研究生,主要研究青少年思想政治教育与未成年人司法;  
金泽刚,同济大学法学院教授,博士生导师,主要研究刑事法律与青少年犯罪预防。

性”,遵循比例原则、中立原则和区分原则,严格限制不良行为未成年人纳入评估对象。在评估中应兼顾“行为标准”与“行为人标准”,综合考量评估对象的行为危害性与人身危险性,遵守评估程序和评估规范,科学地开展评估。评估结论虽为行政决定的“参考”,但是具有法定的阻却效力,当评估结论为不同意时,决定机关不得适用和解除专门教育或专门矫治教育。

【关键词】 未成年人 不良行为 专门学校 专门教育评估制度

自1955年北京温泉工读学校设立后,“以教代刑”或至少说“教刑并重”的理念逐渐贯彻于未成年人犯罪预防工作之中。1981年,国务院批转教育部、公安部、共青团中央《关于办好工读学校的试行方案的通知》时指出,工读学校要坚持“挽救孩子,造就人才,立足教育,科学育人”的指导思想,教育改造有违法和轻微犯罪行为的学生。然而在工读教育开办的早期,囿于侦查中心主义与纠问式诉讼模式,工读学校的收生也体现出了明显的行政色彩,未成年人入学由教育行政部门和公安机关直接审批。1987年,国家教育委员会、公安部、共青团中央联合发布的《关于办好工读学校的几点意见》再次对双重审批制进行了肯定。但这种强制招生的模式排除了未成年人主体和司法权的参与,且“问题少年”教育改造的定位也让工读学校贴上了“工读监狱”的污名化标签。为此,1999年《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防法》)出台时,将工读学校收生改为申请制,由父母或其他监护人、所在学校“自愿”申请,经教育行政部门批准后送入工读学校。同时,工读学校的收生对象限定为“有严重不良行为的未成年人”。随后,2006年《中华人民共和国义务教育法》(以下简称《义务教育法》)将“工读学校”更名为“专门学校”,进一步淡化了其刑事司法属性。2019年中办、国办印发的《关于加强专门学校建设和专门教育工作的意见》(以下简称2019年《意见》)更是提出,有一般不良行为的未成年人也可以经申请进入专门学校进行体验式学习。问题在于,无论是收生对象的调整还是学校名称的改变,专门学校对罪错未成年人人身自由的限制都是不言而喻的,这种对基本权利的干预不应将司法排除在外,否则会造成行政权的无限扩张甚至有违宪之虞。因此,2020年《预防法》修订时,在收生程序上除了设置申请与强制的“双轨制”外,更是明确规定所有罪错未成年人送入专门学校必须经“专门教育指导委员会评估同意”,且专门教育指导委员会由教育、民政、公安、检察院、法院、群团组织、社会组织及专家学者等共同组成,虽非司法机关,但属于中立第三方评估,略带有司法权的被动性与中立性之意味。在三年多的实践中,评估工作成为专门教育<sup>①</sup>的重要环节,是罪错未成年人接受教育或回归社会的“把关人”。但从制度运行上看,专门教育评估的主体、对象、标准、程序、效力等都有待进一步细化与明确,亟需进行系统梳理。

## 一、专门教育评估制度的立法疏漏与实践分歧

在专门教育的入校和离校程序中加入评估机制,不仅是在“强制”与“自愿”之间进行调和,更是对未成年人合法权益的切实保障,让专门学校“进而有依”“出而有据”。但是,尽管专门教育指导委员会的评估工作已经得到了《预防法》的授权,具体如何开展却缺乏细致的规定。各地只能“摸着石头过河”,边试点边总结经验,从而直接导致了专门教育评估出现较大的地区差异,评估主体、评估流程各不相同,甚至在评估标准上也出现了较大分歧。

<sup>①</sup> 在不作特别区分时,本文中的“专门教育”包括专门矫治教育。当然,这并不否定专门矫治教育的独立性,后文将详细论述。

### (一)专门教育评估顶层设计中的逻辑漏洞

2019年《意见》首次对专门教育指导委员会及其评估工作作出规定。但是从法律依据上看,我国的专门教育评估制度主要由2020年新修订的《预防法》第四十三条至第四十六条以及第四十九条进行设计。具体而言,分别涉及专门教育“申请制”中的入校评估(第四十三条)、专门教育“决定制”中的入校评估(第四十四条)、专门矫治教育中的入校评估(第四十五条)、专门教育中的离校评估(第四十六条)和救济程序(第四十九条)。然而,囿于法律的安定性,《预防法》在对专门教育评估制度顶层设计时只作了框架性、原则性的规定,即行为人为实施了何种行为、由谁提请专门教育指导委员会评估。换言之,各地在落实《预防法》要求时只知道专门教育和专门矫治教育的入校、离校程序应当经专门教育指导委员会评估同意,具体工作如何开展却缺乏依据。更重要的是,因专门学校的教学管理涉及对未成年人的人身自由限制,《中华人民共和国立法法》进行了法律保留,故地方性法规无权作出相关规定,遑论通过规范性文件对专门教育制度进行细化。因此,全国专门教育评估工作的法律依据,目前有且仅有《预防法》上述五个条款的规定,最终造成了顶层设计时制度需求与制度供给间的不匹配。

首先,在权力性质上,尽管专门教育收生“司法化”的呼声极为强烈,但此次《预防法》修订时仍然在评估程序中排除了司法权的介入。从条文表述上看,“经专门教育指导委员会评估同意后,由教育行政部门决定送入专门学校接受专门教育”或“经专门教育指导委员会评估同意,教育行政部门会同公安机关可以决定对其进行专门矫治教育”,其行政色彩十分浓厚,甚至有学者认为专门矫治教育的强制入学决定属于典型的具体行政行为<sup>[1]</sup>。但无论作何定性,对司法权的排除都显而易见。本文认为,此种立法思路旨在对原《预防法》“三自愿”入学程序进行矫枉,且沿用了20世纪80年代工读学校收生“双审批”的模式,将决定权赋予了教育行政部门和公安机关。同时,因专门矫治教育乃收容教养的替代品,立法者故将其决定权保留在了原收容教养的决定部门(公安机关)。只不过,实然和应然需要分开讨论,专门教育和专门矫治教育对人身自由的限制无需赘述,其应当体现出司法性,而专门教育指导委员会即便有司法人员参与,却并非司法机关,无法进行未成年学生进出专门学校的司法审查。

其次,在法律衔接上,继承了收容教养的专门矫治教育设计得较为潦草。《预防法》的修订草案和《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)》)同一天审议通过,彰显了两部法律间存在着紧密的联系。《刑法修正案(十一)》在对刑事责任年龄作出有条件地下调时,同步将“收容教养”修改为“专门矫治教育”,即“因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令其父母或者其他监护人加以管教;在必要的时候,依法进行专门矫治教育。”而专门矫治教育的具体规定则由《预防法》第四十五条作出,以实现两部法律间的衔接。但是在制度设计上,专门矫治教育却存在漏洞。例如,《预防法》第四十六条规定了专门教育的离校程序,却未规定专门矫治教育的离校程序。那么,专门矫治教育有无期限<sup>①</sup>,又应当何时启动专门矫治教育的离校评估?故而有两种可能,一是专门矫治教育只是对收容教养的名称进行更迭,在适用时与原收容教养程序一致,故立法者不再作重复规定,即期限为一至三年,期满后再提请专门教育指导委员会评估;二是专门矫治教育与专门教育一样,每学期提请专门教育指导委员会评估,经评估同意后及时解除矫治并转回原学校。然而这两种方式的区别巨大,应当在顶层设计时作出明确规定。

最后,在内容设计上,只规定了评估主体与评估对象<sup>②</sup>,评估标准、评估程序、评估效力等都

<sup>①</sup> 2019年《意见》虽然作出了三个月至三年的时间限制,但又规定只要教育行政部门批准,即可延长或缩短学习期限。

<sup>②</sup> 当然,评估主体与评估对象在实践中都存在争议,下文将详述。

有待进一步廓清。其一,关于评估流程,在“申请制”中,监护人或学校向教育行政部门申请—教育行政部门材料移交专门教育指导委员会—专门教育指导委员会评估同意—教育行政部门决定送专门学校这一套流程还算清晰,但《预防法》第四十四条的专门教育“决定制”只规定了评估流程中的后半段,即评估对象与决定部门,申请与报送部门不明。当然,可以结合本章前序条文,将申请部门“猜测”为公安机关,那么公安机关是直接材料移交专门教育指导委员会还是先向教育行政部门申请,又会存在程序争议。同时,不管是“申请制”还是“决定制”,专门教育指导委员会接收材料后通过何种方式组织评估、多少日内出具评估报告等均缺乏规定。其二,关于评估标准,即在何种情况下应当同意将未成年学生送入专门学校,《预防法》未作规定,《刑法修正案(十一)》第十七条针对触刑行为用的是“必要的时候”。此处涉及罪错未成年人处遇中两种不同的视角,即采取“行为标准”还是“行为人标准”。若依前者,只要行为人出现了严重不良行为或触刑行为,那么评估结果就应当为同意送专门学校。若依后者,只有行为人具有明显的人身危险性或再犯可能性时,才可将其送入专门学校。究竟依何标准,专门教育评估制度在设计时并未点明。其三,关于评估效力,《预防法》第四十三、四十四、四十五三个条文的表述存在差异。第四十三条为“经专门教育指导委员会评估同意后,由教育行政部门决定送入专门学校接受专门教育。”而第四十四条与第四十五条教育行政部门会同公安机关则是“可以”决定将其送入专门学校。换言之,这样易导致理解上的差异:专门教育“申请制”中只要评估同意,教育行政部门就“应当”将其送入专门学校;专门教育“决定制”与专门矫治教育中,即便评估同意,教育行政部门和公安机关既可以决定将其送入专门学校,也可以决定不送入专门学校而适用其他的矫治手段。同时,如果评估结果为不同意,是否具备当然的阻却效力,也有待明确。

## (二)专门教育评估实践推进中的问题

在近70年的探索中,经历了创办、停办、复办和转型发展等多个时期,我国专门学校的数量不断增加,办学条件显著改善,教育功能日趋丰富,矫治效果得到肯定,既在预防未成年人犯罪工作中发挥着重要作用,也成为国民教育体系的重要组成部分。值得一提的是,我国未成年人司法始终有着“实践先行”的特点,专门教育及其评估制度的构建也不例外。例如,在《预防法》修订前,2019年5月,上海市教育委员会、上海市公安局、上海市人民检察院、共青团上海市委员会就共同设立了上海市专门教育研究与评估中心,承担本行政区域内的专门教育评估工作。其后大多数省市也根据2019年《意见》启动了专门教育评估工作。不过遗憾的是,囿于顶层设计的缺漏,各地在探索过程中自主性较强,缺乏统一标准,侵犯未成年人合法权益的现象并不鲜见。总体而言,主要存在以下问题。

第一,评估职能随意下放。《预防法》将评估职能赋予了专门教育指导委员会,同时第六条第三款规定:“专门教育指导委员会由教育、民政、财政、人力资源社会保障、公安、司法行政、人民检察院、人民法院、共产主义青年团、妇女联合会、关心下一代工作委员会、专门学校等单位,以及律师、社会工作者等人员组成,研究确定专门学校教学、管理等相关工作。”但是问题在于,专门教育指导委员会作为协调机构并无实体,只能通过定期召集联席会议等形式对相关工作进行指导。而具体的评估工作又是常态化业务,不可能等到每年或每半年一次的联席会议再开展。因此,实践中主要有两种解决方式,一是在教育行政部门中设立专门教育指导委员会办公室<sup>①</sup>,由其工作人员开展评估,但这并不符合评估工作的专业性和中立性要求;二是在专门学校内设立实体化的专门教育评估中心,组织专家开展评估,但如此以来更不中立,因为专门学

<sup>①</sup> 大部分省市均采取此种模式,如西安市人民政府办公厅发布的《关于成立市专门教育指导委员会的通知》规定:“专门教育指导委员会下设办公室,办公室设在市教育局,主任由市教育局主要负责同志兼任,副主任由市教育局分管负责同志担任。”(西安市政办函〔2022〕66号)

校同时承担了申请<sup>①</sup>、评估和执行(专门教育)的职能。

第二,评估对象无端扩大。根据《预防法》和《刑法修正案(十一)》的规定,专门学校收生对象为至少实施了严重不良行为<sup>②</sup>的未成年人。但在长期的地方实践中,专门学校收生对象肆意扩张的现象较为常见,进而直接导致了评估制度建立后评估对象的无端扩大。一方面,为解决生源压力,加上2019年《意见》曾开放过“口子”<sup>③</sup>,各地专门学校长期将普通学校内学习成绩较差、家长不予管教、心理存在偏差或仅存在不良行为的学生收入。据中国青少年研究中心的统计,对于就读专门学校的原因,71.4%的学生选择“在原校学习成绩差”,43.6%的学生选择“在原校与老师关系不好”,42.1%的学生选择“有不良行为”,选择“有犯罪行为”的有11.3%<sup>[2]</sup>,这严重背离了专门学校的设立初衷与法律定位。另一方面,除“太轻”外,部分已经被判处有期徒刑(缓刑)的未成年人也纳入了招生范围<sup>[3]</sup>,这造成专门教育和社区矫正的混用,保护处分和刑罚的混同。

第三,离校评估难以启动。对已经入校的未成年人开展离校评估既是检视教育效果的手段,也是维护未成年人合法权益的表现。对人身自由的限制应当克制且明确是落实宪法精神与罪刑法定原则的要求,因此本次《预防法》修订时就加入了离校评估与解除专门教育的规定,符合条件的应当及时转回原学校或其他适合的学校。然而实践中,几乎没有省市开展过系统的离校评估。根据《预防法》第四十六条的规定,离校评估的提请主体是专门学校,而本身就存在生源不足问题的专门学校自然不会轻易“放人”。同时,实践中离校程序启动的一个前提是与未成年人学籍所在的原普通学校进行对接,能够保证离(专门学)校后教育工作的正常开展。但专门学校与教育行政部门通常不会主动为每一个学生安排对接,需要学生家长自己联系。某种程度上,每一个问题孩子背后往往都有一个问题家庭的存在,未成年人严重不良行为的发生与监护缺失、监护不当有着密切联系,因此让本就缺位的家长在两所学校间费心对接似乎成了无稽之谈,离校评估自然无人提请。

第四,评估标准各地不一。如前所述,专门教育评估制度设计时未对评估标准作出规定,学理上主要存在“行为标准”与“行为人标准”之争。但从实务操作层面来看,各地基本均采用“行为标准”,即当未成年人实施了“某些行为”时即同意其转入专门学校。值得一提的是,实践中“某些行为”体现出三种不同的评估标准:(1)当评估对象存在不良行为时,即同意其转入专门学校;(2)当评估对象存在严重不良行为时,即同意其转入专门学校;(3)当评估对象存在治安违法行为<sup>④</sup>时,即同意其转入专门学校。如此一来,实施了同样行为的未成年人在不同的地区接受评估则有了不同的结论,面临着不同的处遇。更重要的是,很少有地方对未成年学生的人身危险性等进行测算,也不会对其父母或其他监护人的监护能力进行评估,从而让专门教育评估变成了简单的事实判断,丧失了科学性与价值性。

## 二、专门教育评估制度建构的理念依循

专门教育评估不是机械地判断未成年人特定行为的实施与否,而是在价值层面判断专门教育或专门矫治教育是否为最适合评估对象的处遇措施。作为拘禁性保护处分,专门教育或专门矫治教育具有“最后手段性”,只有当其他非拘禁性管教手段无效时才可适用。因此,评估

① 主要体现在离校程序中。

② 新修订的《预防法》将触刑行为包含在了严重不良行为中。

③ 即有不良行为的未成年人、其父母或其他监护人可以经过申请将未成年人送入专门学校进行独立分班的体验式学习。

④ 虽然《预防法》列举的八项“严重危害社会的行为”均属于《治安管理处罚法》所规定的违法行为,但治安违法行为的种类远远不止列举的八种情形。

的视角就应当回到未成年人本身,一切以最有利于未成年人教育矫治为目标,充分遵循比例原则与中立原则,系统、科学地搭建专门教育评估制度。

#### (一)拘禁性保护处分的定位要求专门教育评估充分遵循比例原则

不仅实践中不良行为学生收入专门学校已成惯例,这种做法也得到了理论界的肯定。“评估对象虽然未达到严重不良行为程度,但从‘早防早控’角度以及原校工作和家庭工作困难角度,对上述具有不良行为的学生经过评估进入专门学校接受进一步教育十分有必要,这也符合防止‘养肥了再杀’的少年司法基本规律。”<sup>[4]</sup>质言之,收生与评估对象的扩张主要出于两个原因:一是可以有效解决专门学校生源不足的问题,缓解其生存压力;二是符合罪错行为“早期干预”的原则,可以防止未成年人从此滑入违法甚至犯罪的深渊。

对此,本文认为,就缓解生存压力而言,收生对象的扩张实则陷入了逻辑误区:不能因为专门学校招生困难,面临生存压力,就盲目扩大收生规模。专门学校应当服务于教育矫治目的,而非让教育矫治成为维系专门学校生存的手段,否则就将工具(专门学校)与目的(教育矫治)倒置了。就“早期干预”原则而言,诚然,早期干预与分级预防、综合治理等都是预防未成年人犯罪工作的重要指导原则,但是早期干预的落脚点在于“管教”而非“矫治”,《预防法》第三章“对不良行为的干预”中的管教主要以父母和学校(普通学校)的管理教育为主,通过训导或社区性干预手段对未成年人进行教育引导,同时排除拘禁性处遇措施的适用,将后者的惩戒与矫治功能放在后续章节中进行设计,从而实现“早期干预”与“分级预防”两大原则的衔接。

可以发现,为了摆脱“工读”标签,近年来专门学校在“去工读化”的路上不断发力,无论是学校名称、招生对象还是教学模式,都在向普通学校靠拢。从专门学校的角度出发,当然可以理解其“去工读化”的用意。但“去工读化”既不能摆脱法律条文的约束,也不能忽视其在整个未成年人司法制度中的功能定位。具言之,专门教育带有一定的人身约束性,属于拘禁性保护处分<sup>[5]</sup>,尤其是取代了收容教养的专门矫治教育,会在较长时间内剥夺未成年人的人身自由,因此不管如何强调教育功能,专门教育和专门矫治教育中的司法属性都显而易见。也正因此,有学者认为,鉴于对公民基本权利重大干预的性质,专门矫治教育的决定宜采用法官保留原则<sup>[6]</sup>。综上所述,拘禁性保护处分的适用应当审慎,坚持“最后手段性”,非不得已不宜适用。相应地,作为进出专门学校前置程序的评估工作,同样应当以评估对象具备充足的人身危险性、其他社区性保护处分行之无效为前提,在评估过程中充分遵循比例原则。

一般认为,比例原则包含适当性、必要性和平衡性三个要素<sup>①</sup>。其中,适当性要求主体行动能够实现其目的;必要性又称不可替代性,要求主体在实现其目的时选择对他人利益损害最小的行动;平衡性要求主体行动的目的在价值分量上不小于被其损害的他人利益<sup>[7]</sup>。例如,在风景区若拆除某居民私自加盖的楼房可避免遮挡历史建筑,则拆除行为是适当的;若除了拆除行为以外没有其他方法可以让历史建筑不被遮挡,则拆除行为是必要的;若“不让历史建筑被遮挡”在重要性上大于“某居民私自加盖的楼房被拆除”,则拆除行为是平衡的。再将视角回归到专门教育评估上,毋须赘言的是,经过多年实践,专门教育在罪错未成年人行为矫治和犯罪预防工作中取得了良好的成效,“适当性”不言自明。同时,因接受专门教育的对象为实施了严重不良行为(含触刑行为)的未成年人,其本身具有一定的人身危险性和再犯可能性,即便送入专门学校会对未成年人的人身自由进行限制,但这种拘禁性保护处分可以同时实现行为矫治与社会防卫,已经被《预防法》《刑法修正案(十一)》等法律所授权,故“平衡性”同样符合。因此,

<sup>①</sup> 也有学者认为比例原则包括四个要素,除适当性、必要性和平衡性外,还应具备正当目的性。参见刘 权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》,2014年第4期。

专门教育评估的重点主要聚焦在“必要性”上。

必要性本质上是基于效力的合比例要求。在上述拆除私自加盖楼房案例中,如果居民私自加盖了两层,而只要拆除一层既可以避免历史建筑被遮挡,那么拆除两层即为不必要的,或者说是无效率、不合比例的。同理,保护处分(类比拆除楼房)是手段,帮助未成年人实现心理和行为纠偏从而回归正常的学习生活(类比让历史建筑不被遮挡)是目的。比例原则要求我们若采取更轻的手段(社区性保护处分,类比拆除一层楼房)就可以实现目的时,应当避免采用更重的手段(拘禁性保护处分,类比拆除两层楼房)。也正因此,《预防法》在制度设计时强调了专门教育适用的前提是“未成年人的父母或者其他监护人、所在学校无力管教或者管教无效”,《刑法修正案(十一)》也指明专门矫治教育的适用前提是“必要的时候”。换言之,只有家庭与学校管教无效、没有其他方法、必要的时候,才存在专门教育或专门矫治教育的适用空间。至此,专门教育评估的重点就变成了判断是否属于“管教无效”以及“必要的时候”。本文认为,管教无效是指父母或其他监护人履行了《中华人民共和国未成年人保护法》第十六条第九项所规定的管教职责<sup>①</sup>,学校履行了《预防法》第三十一条所规定的管教职责<sup>②</sup>,但是没有效果。没有效果是指经一系列管理教育手段后,未成年人的心理、行为并无改善甚至恶化。所谓“必要的时候”,是指除专门教育外,其他社区性、非拘禁性的保护处分措施无法有效阻断未成年人人身危险性的现实化。在此意义上,评估对象实施了严重不良行为并不必然意味着评估结论的通过,当其不具备人身危险性的时候应当优先施以《预防法》第四十一条所列举的八项矫治教育措施,专门教育并不具备必要性,这即是对比例原则的恪守。

## (二)判断权的权力属性要求专门教育评估始终坚持中立原则

某一行为是否属于公法意义上对公民基本权的干预有三项判断要素:一是判断是否属于国家与公民间的公法关系,二是判断是否涉及受宪法保障之基本权,三是判断是否造成了对公民基本权的实质干预<sup>[8]</sup>。专门教育属于国家(教育行政部门、公安机关)与公民(实施了严重不良行为的未成年人)之间的公法关系,公民的人身自由是宪法明确保护的基本权利,专门教育对人身自由的限制又不言而喻。因此,即便《预防法》第四十九条将对未成年人决定进行专门教育定性为行政决定,属于具体行政行为,可以依法提起行政复议或行政诉讼,但基于专门教育对公民基本权(人身自由)干预的性质,就无法与司法属性撇清关系。至少在理论界,对于专门教育的司法化或准司法化转型已经基本达成共识,只是在手段上存在法院司法审查<sup>[9]</sup>与检察机关司法审查<sup>[10]</sup>等不同的观点。

诚然,法律不是嘲笑的对象,只是法学研究的对象;法律不应受到审判,而应成为审判的准则。只是《预防法》在对专门教育进行顶层设计时确实存在自相矛盾之处,即虽将其定性为行政决定,却又加入了专门教育指导委员会的评估程序,而专门教育指导委员会除教育行政部门和公安机关的人员外,还包括检察院、法院、民政、群团组织和社会组织以及律师等,具有中立性,此时再去审视专门教育评估制度,就会发现其典型的判断权性质,具有浓厚的“司法”色彩。

司法权以判断为本质内容,是判断权<sup>③[11]</sup>。判断是根据特定的事实和既定的规则进行判

①《中华人民共和国未成年人保护法》第十六条第九项规定:预防和制止未成年人的不良行为和违法犯罪行为,并进行合理管教。

②《预防法》第三十一条规定:学校对有不良行为的未成年学生,应当加强管理教育,不得歧视;对拒不改正或者情节严重的,学校可以根据情况予以处分或者采取以下管理教育措施:(一)予以训导;(二)要求遵守特定的行为规范;(三)要求参加特定的专题教育;(四)要求参加校内服务活动;(五)要求接受社会工作者或者其他专业人员的心理辅导和行为干预;(六)其他适当的管理教育措施。

③需要说明的是,这里的司法权是指狭义的司法审判权,不包括检察权。虽然司法权的本质是判断权,但不意味着判断权都是司法权,判断权的外延要广于司法权。

断。“纠纷当事者之间存在对立,具有中立性的第三者应一方当事者的要求针对这一对立作出某种权威的判断,这就是审判。在这里,可以期待纠纷根据权威的判断得到解决。”<sup>[12]</sup>陈瑞华教授曾将司法的标准过程总结为六个步骤:第一,出现纠纷;第二,一方指控;第三,法院立案;第四,法院查明案情;第五,法院依照法律进行客观判断;第六,法院提出最终的裁处方案<sup>[13]</sup>。其中,刑事法意义上的判断权行使主要集中在后半程,进行三项判断:(1)判断事实,即对证据的真实性进行判断与查清,还原事实真相;(2)判断违法性及其程度,从案件事实到法律认定需要进行复杂的法律解释工作,而审判者即是要在众多的法律条文中发现最能与事实相衔接的条款,从而实现对行为人违法性及其程度的判断;(3)判断行为后果,即在事实与规范间“往返流盼”之后,对行为人作出与之罪责相适应的裁判。基于此,可以发现,《预防法》在对专门教育评估制度进行设计时就已蕴含了“准司法化”的意味,而专门教育指导委员会就是行使判断权的主体,其既要对未成年人有无严重不良行为等进行事实判断,也要对行为的危害性、行为人的危险性等进行判断,从而最终判断未成年人是适合送入专门学校还是适合其他社区性的保护处分。简言之,之所以说专门教育指导委员会行使着判断权,就是因为其根据特定的事实(未成年人的行为及危险性)与既定的规则(《预防法》对专门教育制度的规定)来判断未成年人是否应当送入专门学校接受专门教育或专门矫治教育。

同时,司法区别于行政、判断权区别于行政权的一个重要特征在于其被动性。具言之,行政权在立法权创设的规则中管理社会事务,因此总是积极主动地介入人们的社会生活。相反,司法权以“不告不理”为原则,具有消极性,当无人请求裁判者作出判断时,自然是没有所谓的判断权的。并且,判断的内容也仅以当事人申请的内容为限,而不可主动随意变更当事人的诉请内容。再看专门教育评估制度,尽管在收生上存在申请制与决定制,但教育行政部门或公安机关都要将评估材料报送至专门教育指导委员会,专门教育指导委员会本身并无自主启动评估程序的权力,且评估内容也被严格限制,即根据报送材料来判断未成年人是否适合进入专门学校接受教育。因此,专门教育评估的被动性符合判断权的权力属性。

最重要的是,正是因为判断权不是主动管理,而是被动判断,这就要求其必须遵循中立原则。“司法判决是依法作出的,行政决定是依行政政策作出的。法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案,行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案。”<sup>[14]</sup>某种意义上,从立法权到行政权再到司法权,倾向性越来越弱而中立性越来越强。这种中立体现在三个层面上:一是机构中立,法院或其他判断机构处于中立第三方地位,可以排除各种行政或人为因素的干扰;二是人员中立,判断主体与双方当事人均不存在利益关系,独立作出判断;三是价值中立,判断主体仅以法律规则作为判断依据,必须像“一位诚心的立法者般地,根据他自己的信念和价值来做出裁判。”<sup>[15]</sup>同样,专门教育指导委员会作为跨部门协调机构,没有实体,人员涉及政法系统、教育系统、司法系统、群团组织、社会组织等,至少在法律定位上属于中立第三方。不过问题在于,无论是2019年《意见》还是《预防法》,都明确规定了专门教育指导委员会中教育行政部门和公安机关的参与,而在评估流程中,二者又同属评估材料的报送主体和是否送入专门学校的决定主体,这便有“既当运动员又当裁判员”之虞,如何有效回避、体现判断权的中立性就成了评估制度完善的重点。同时,专门教育评估还必须秉持价值中立,不能机械地从“是”与“不是”推出“应该”或“不应该”的结论,即未成年人是否存在严重不良行为并不能直接得出应当送入专门学校的结论,一切都应以社会防卫目的与未成年人权益保护<sup>①</sup>能否实现作为判断准则。

<sup>①</sup>当然,社会防卫与权益保护之间往往存在价值冲突,这就要求判断主体能够在二者中做出平衡。

### (三)制度供给的模糊性要求专门教育评估制度建构应当坚持区分原则

专门教育评估从试点到立法不过短短数年,难免存在制度上的漏洞。但实务推进不会停滞,只能从已有的制度供给上寻找援引。遗憾的是,《预防法》修订时数易其稿,虽对“对严重不良行为的矫治”一章着墨颇多,并重点对严重不良行为的范围与专门教育收生制度重新设计,却仍存在许多模糊之处。

1. 模糊了严重不良行为的范围,从而带来了专门教育及其评估对象的冗杂。修法前,未成年人罪错行为的分类虽有争议,但严重不良行为的违法性主要体现在对《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)的触犯(行政违法)进而与触犯刑法的行为(刑事违法)相区分基本成为学界共识。然而此次修法却将违警行为和触刑行为两种法律性质截然不同的未成年人罪错行为强行合二为一,并适用同样的程序和干预措施<sup>[16]</sup>。严重不良行为对法律性质差异的模糊化除了带来触刑行为行政化处理的法理悖论外,也让专门教育及其评估的对象无端扩大,即从专门教育中分化出了专门矫治教育,评估对象也从“行政违法”未成年人拓展至了“刑事违法”未成年人。

2. 模糊了专门教育指导委员会的定位,从而为评估工作的开展带来掣肘。《预防法》第六条第三款规定了专门教育指导委员会的组成,第四十三条至第四十六条规定了专门教育指导委员会的评估权,但未对其法律性质作出界定,这就造成了两大问题:一是专门教育指导委员会由多方组成却为议事协调机构,无法常态化运作,从而与评估工作的日常需要产生脱节;二是法律只赋予了专门教育指导委员会评估权而非决定权,决定权仍保留在教育行政部门或公安机关手中,从而为评估结论的效力打上了问号。

3. 模糊了资格评估与质量评估,从而导致对专门学校教育成果的检视不足,同时也让离校评估缺乏依据。应然状态下,专门教育评估应当包括入校评估、离校评估与教育质量评估,其中前二项为资格评估,即判断未成年人是否具有入(离)校资格,教育质量评估是对专门学校教育科学性和教育成效性的判断。但是从《预防法》的规定来看,评估制度的设计主要集中在入校评估,仅在第四十六条提及了“专门学校应当在每个学期适时提请专门教育指导委员会对接受专门教育的未成年学生的情况进行评估”作为专门教育离校评估的内容,但是前后条款均未提及专门矫治教育的离校评估<sup>①</sup>。同时,教育质量的评估遭到了忽视。专门教育不比刑事监禁,重教育矫治而非惩戒威慑,故而教育矫治的成果应当得到检视,这是整个专门教育制度建构的重要支撑,且教育质量评估也能够作为在校未成年人离校评估时的重要参考。

鉴于以上模糊之处,专门教育评估制度系统构建时应当坚持区分原则,主要包括三个层面。一是区分专门教育与专门矫治教育。有观点认为,因为专门教育和专门矫治教育的对象都是严重不良行为未成年人,决定程序相同,且都在专门学校<sup>②</sup>中进行,执行场所上具有相似性,所以专门矫治教育是专门教育的特殊类型<sup>[17]</sup>。这种观点值得商榷。本文认为脱胎于收容教养的专门矫治教育具有独立性。这种独立性既来自违警行为与触刑行为的差异,即适用对象存在本质差异;也来自专门教育和专门矫治教育性质的差异,前者为保护处分,侧重于行为矫正,后者更类似于保安处分,侧重于社会防卫。申言之,专门教育和专门矫治教育应当明确区分,且由此也带来了二者评估标准的区分。专门教育评估应当采取“严标准”,不能简单地因未成年人存在严重不良行为就同意送入专门学校,要综合考察未成年人的心理情况、家庭情况与就学

<sup>①</sup> 或者可以理解为,当专门矫治教育期满后,未成年人即自动离校。但是《预防法》和《刑法修正案(十一)》均未明确规定专门矫治教育的期限。

<sup>②</sup> 当然,也有观点认为专门教育的场所在“专门学校”,专门矫治教育的场所在“专门场所”。本文不作此区分,因为根据《预防法》第四十五条第二款的规定,所谓“专门场所”也是在专门学校中选择确定的。

情况等,若采取其他非拘禁性保护处分可实现未成年人的行为矫正,就不应同意送入专门学校。反之,专门矫治教育应当采取“宽标准”,当未成年人出现触刑行为时就已经表明了其人身危险性,因责任的欠缺而排斥刑罚的适用也不会淡化行为的不法与危害性。未成年人司法“宽容”却不“纵容”,立足于社会防卫的立场,当未成年人出现触刑行为时,原则上就应当评估同意将其送入专门学校接受专门矫治教育,以避免“养猪困局”的出现。

二是区分评估主体与决定主体。单纯的“申请制”或“决定制”不足以概括当前专门教育入学程序。尽管司法属性体现的不多,但“第三方评估同意+行政机关决定”的模式至少透露出了制度建构中的“准司法化”倾向。“准司法化”是指第三方评估彰显了司法权中的中立性,但却不具有司法的终局性,本质上仍是一种行政决定,这就造成了专门教育评估制度中评估主体与决定主体的分离。具有严重不良行为的未成年人若想送入专门学校,必须先经由专门教育指导委员会评估,当评估结果为同意时,再由教育行政部门或教育行政部门会同公安机关决定是否将其送入专门学校。其中,专门教育指导委员会是评估主体,教育行政部门与公安机关是决定主体。不过如前所述,专门教育指导委员会是无实体的协调机构,因此需要设立相应的工作机构来承担日常事务。例如,专门教育指导委员会可以下设办公室,负责联络工作以及专门学校的研究、管理工作;也可以下设评估中心,代表专门教育指导委员会开展评估工作,并定期向专门教育指导委员会报告工作、接受监督。此外,虽然《预防法》赋予了教育行政部门与公安机关将未成年人送入专门学校的决定权,却有两点仍需廓清。(1)教育行政部门与公安机关两个决定主体之间有无主次关系,即何者在作出决定时占据主导地位。本文认为二者之间无主次关系,双方互相享有之于对方决定的否决权。换言之,只有教育行政部门与公安机关均决定将未成年人送入专门学校时才可启动转校程序。(2)《预防法》第四十四条、第四十五条在文字上用的是教育行政部门会同公安机关“可以决定”将其送入专门学校接受专门教育或专门矫治教育,即决定主体也可以决定不送入专门学校,那么不送入的条件是什么?除上述未满足双主体共同决定外,本文认为,当评估程序或评估结论存在明显瑕疵<sup>①</sup>时,则不得依据该评估结论不将未成年人送入专门学校。

三是区分入校评估、离校评估与教育质量评估。传统意义上的学生评估主要是学生的入学评估,这是一种资格评估,即判断学生是否符合特定学校的准入标准。例如,美国多数幼儿园与学前班的学生入校前要接受校方的评估,内容包括语言和文字表达、基础认知与一般常识、学习习惯与生活技能、体育运动与健康水平、社会联系与情感发展等多个方面<sup>[18]</sup>,评估结果将作为其能否入校的参考。后来这种入学评估的模式传入我国,并在发达地区的私立学校得到推广。不过总体来看,基础教育中的入学评估并不常见,相较而言,入学评估大多集中在特殊教育中。例如,上海市从2016年起就对行政区域内就读特教学校或普通学校特教班的适龄残障儿童开展评估。显然,从无评估到有评估,学生入学数量会明显下降,这种资格的把控是因为未成年人成长过程中环境至关重要,当可以不改变其家庭环境、学校环境时,应当允许其在原有环境中“自愈”。在这一点上,专门教育与特殊教育的出发点是一样的,或者说,专门教育本就是特殊教育的一种,他们的目的从不是为了通过剥夺未成年人的人身自由来施以惩戒,而是为了适用有针对性、科学性的矫治或康复手段,帮助未成年人回归正常的学习生活。也正因此,入校从不是归宿,而是教育矫治的起点,若未成年人通过教育矫治实现了心理与行为的纠偏,并掌握了回归社会必备的知识与技能,就应当允许其离校,这就自然引出了离校评估工作。在某种意义上,入校评估是“往前看”,看的是未成年人入校前的行为危害性与人身危险性,当达到一定程度时便有了入校的“资格”;而离校评估是“往后看”,看的是未成年人

<sup>①</sup> 如评估程序的申请制中,监护人、所在学校未提出申请,评估结论却同意将不良行为未成年人送入专门学校。

经教育矫治后的心理状态与行为习惯能否重新融入家庭、学校与社会,当得到肯定结论时便有了离校的“资格”。总而言之,在专门教育评估制度建构中,入校评估与离校评估是一体两面,既相互区别,又相互依存、延续,且离校评估的重要性不亚于入校评估。应当注意的是,入校评估与离校评估的对象都是学生,但学生教育矫治的效果不仅取决于学生的学习能力与学习积极性,更取决于专门学校教学供给的科学性与实效性,即针对教育质量的评估也必不可少。专门学校教育质量评估包括对教育内容的评估与矫治内容的评估两个方面,前者主要考察专门学校能否安排科学的教学计划与教学内容,为未成年人提供有针对性的素质教育、思想教育、法治教育和职业教育等;后者主要考察专门学校能否根据未成年人的心理与行为偏差提供有针对性的心理辅导、行为养成、戒瘾治疗或其他矫治手段,帮助未成年人增强心理调控能力、自我约束能力与环境适应能力。

### 三、专门教育评估制度的内容设计

囿于起步较晚、立法准备不足,加之部分历史遗留因素,我国专门教育评估的顶层设计较为粗犷,对于权力属性、法律衔接和评估细节等方面都缺乏系统的考量,进而导致地方在评估工作开展时差异性较大、随意性较强,直接或间接地侵害到了未成年人的合法权益。而要强化制度供给,一般有以下几个途径。一是单独立法,如参照《中华人民共和国资产评估法》,制定《中华人民共和国专门教育评估法》,对专门教育评估作系统而详尽的法律规定。二是通过司法解释的形式,对《预防法》第四十三条至第四十六条中关于“专门教育指导委员会评估”的内容作出解释。三是通过行政法规的形式,对专门教育评估作出进一步规定。四是通过国务院部门规章,如参考劳动部《技工学校招生规定》,由教育部制定《专门教育评估管理办法》。五是不奢求专门立法<sup>①</sup>,只由各级机关通过规范性文件的形式对评估工作中涉及的具体问题作出回应。本文认为,专门教育评估尚未形成规模,现阶段仓促立法是在浪费宝贵的立法资源。而司法解释虽然在效力位阶上可与法律作等同理解,但专门教育评估制度的设计已经排除了司法权的介入,即司法机关的工作并不涉及专门教育评估,自然无法作出相应的检察解释或审判解释。之于行政法规,值得注意的是,目前教育部已经启动了《专门教育与专门矫治教育工作实施办法(试行)》的起草工作,但是该实施办法是对专门教育与专门矫治教育工作机制的系统梳理,不可能只聚焦于评估制度,故而对各地评估实践的指导有限。规范性文件虽然在某种程度上相当“解渴”,但毕竟效力位阶较低,且系统性不足,无法满足专门教育评估的实际需要。因此,通过部门规章,即由教育部组织制定《专门教育评估管理办法》来强化专门教育评估的制度供给似乎是相对理想的形式。不过,部门规章是否有权限对专门教育相关内容作出规定,需要进行详细探讨。质言之,限制人身自由的强制措施和处罚由法律绝对保留,是“专属立法权”<sup>[19]</sup>,在专门教育带有部分人身自由限制的前提下,部门规章能否涉及专门教育评估等内容,本文认为结论是肯定的。

首先,法律绝对保留,是指三项事项<sup>②</sup>的设立必须由全国人大及其常委会作出,但这并不意味着凡是涉及三项事项的内容法规和规章都不能有所提及。例如,犯罪罪名的设立由刑法作出,而如何预防犯罪、如何对犯罪人开展法治教育、安置帮教等,法律和规章可以进行规定<sup>③</sup>。同理,专门教育涉及部分人身自由的限制,故其收生对象、收生程序等由法律<sup>④</sup>保留,但专门教

<sup>①</sup> 这里的“法”作广义理解,包括法律、司法解释、行政法规、国务院部门规章和地方政府规章。

<sup>②</sup> 即有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度。

<sup>③</sup> 如司法部出台的《关于预防青少年违法犯罪工作的实施意见》即是部门规章。

<sup>④</sup> 如《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》。

育评估工作并不是在设定“强制措施和处罚”,其内容当然可以由法律或规章作出。基于此,《预防法》第六条第四款也作出了法条授权:“专门学校建设和专门教育具体办法,由国务院规定。”也正是在这样的背景下,2022年,教育部组织起草了《专门教育与专门矫治教育工作实施办法(试行)》。

其次,法律保留的本质是厘清立法权和行政权的边界。“法律保留乃是宪法赋予立法权的专属空间,行政权不得侵犯之。”<sup>[20]</sup>但是可以发现,《预防法》在设立专门教育评估制度之初就排除了司法权,评估工作单纯由行政机关(教育行政部门)组织开展,甚至将评估结论定位为可复议或诉讼的行政决定。因此,若组织制定《专门教育评估管理办法》,本质上与法律保留并不抵牾。

最后,问题的核心在于,《预防法》第六条第四款中的“由国务院规定”,是否仅限行政法规,能否“位阶下降”,由教育部制定部门规章(《专门教育评估管理办法》)。本文认为答案同样是肯定的。一方面,法条授权并非只能授权制定行政法规,而是允许有多种形式。例如,《中华人民共和国教育法》第八十四条第二款指出:“宗教学校教育由国务院另行规定”,但相应的《宗教教职人员管理办法》《宗教院校学位授予办法(试行)》等都是国家宗教事务局<sup>①</sup>制定的部门规章。另一方面,《中华人民共和国立法法》第九十一条第一款明确规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构以及法律规定的机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”《专门教育评估管理办法》属于执行法律(《预防法》)的事项,当然可以由教育部组织制定。

因此,由教育部组织制定《专门教育评估管理办法》来强化专门教育评估的制度供给,既是相对理想的形式,也不存在法理障碍,只是在技术路径上有待深耕。本文认为,在规章的内容上,至少应当包括以下五个方面。

#### (一)评估主体

针对《预防法》第四十三条至第四十六条中的“经专门教育指导委员会评估同意”,结合《预防法》第六条第三款的规定,可以理解为“评估”是专门教育指导委员会的一项职责,除此以外专门教育指导委员会还承担研究、协调、指导和检查辖区内专门教育的职责。加之专门教育指导委员会是非实体机构,故也无法成为实质意义上的评估主体。本文认为,评估主体的选择宜根据地区实际灵活采取以下两种方式之一。(1)在专门教育指导委员会下设立专门教育评估中心,代表前者开展评估工作。但是,应当注意避免部分省市实践中将评估中心设立在专门学校内的现象,一是因为在离校评估中申请主体为专门学校,要避免“自申请自评估”的现象;二是因为评估工作还包括教育质量评估,要避免“自己评估自己”的现象。(2)通过购买服务的形式,将评估工作交由符合条件的社会工作服务机构承担。2013年,党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》就已提出要“委托社会组织开展教育评估监测”。2020年,中共中央、国务院印发的《深化新时代教育评价改革总体方案》也指出,在教育评价体系中要“发挥专业机构和社会组织作用”。本文认为,由社会组织承担具体的评估工作可能更符合“中立第三方”的主体定位。

同时,因评估工作的专业性较强,为保证评估结论的科学性,评估中心或社会组织应组织具有法学、心理学、教育学、社会学等专业能力的人员开展评估工作。另外,鉴于评估本身的判断权属性,建议开展每次评估时,专门教育指导委员会指派委员会中检察院、法院的代表共同参与评估,提供专业意见,从而在某种程度上实现“法官保留”,体现出更多的司法属性。最后,还需要明确评估主体的权利与义务,评估主体应当享有要求申请方提供相关材料、依法向有关

<sup>①</sup> 规章制定时为原国务院宗教事务局(留牌已撤销)。

机关查阅文件、询问访谈未成年当事人、依法开展心理评测、依法签署评估报告等权利。相应地,评估主体也应履行诚实守信、依法客观独立地开展评估、遵守法律法规与评估准则、规范使用评估材料、对评估工作中涉及的国家秘密、个人隐私等予以保密等义务。

## (二)评估对象

实践中各地专门教育评估对象扩张以及随之带来的收生乱象,与2019年《意见》和随后修订的《预防法》之间的冲突不无关系。但无论是从法律位阶还是“从新”原则的角度,都应当以《预防法》的规定为准。当然,2019年《意见》中提出附条件不起诉的未成年人可以送入专门学校也有借鉴意义。综合来看,本文认为未来对专门教育作系统设计时,评估对象既要“严格限制”,又要“合理拓展”。所谓“严格限制”,是指应当严格限制有不良行为的未成年人经评估后进入专门学校,理由有三个:一是《预防法》已作出收生对象的明确规定,其中第四十四条第四项虽有“法律、行政法规规定的其他情形”这一兜底条款,但2019年《意见》既不属于法律也不属于行政法规,仅为规范性文件;二是将有不良行为未成年人送入专门学校多少会在一定程度上限制其人身自由,变相加重处罚力度,与“教育为主惩罚为辅”原则相抵牾,且机构化处遇容易造成“交叉感染”的问题;三是鉴于比例原则,不良行为干预应以社区性管理教育措施为主,不中断其社会化进程,即专门教育缺乏适用的必要性,若要“体验”专门学校的管理教育模式,至多选派专门学校教师或司法社工进入未成年人所在学校开展相应的帮教。所谓“合理拓展”,是指通过对《预防法》第四十四条第四项中的“其他情形”作出合理解释,将专门教育的评估与收生对象略微拓展。具言之,实践中大量未成年人免于刑事处罚,除犯罪行为未被发现外,主要是因为未成年人刑事司法中的转处分程序。其中,因未达刑事责任年龄不予刑事处罚只是少数,更多的是因为相对不起诉、附条件不起诉以及人民法院认为犯罪情节轻微不需要判处刑罚的未成年人,本文认为可以一并纳入评估对象,必要时送入专门学校进行专门教育。这是因为,行为不法但缺乏责任(触刑行为)的未成年人都适用了拘禁性保护处分,那么对于不仅行为不法并且具备责任只因为宽宥的刑事政策而免于刑事处罚的未成年人,在处遇上从社会观护提级至专门教育,既符合法理又满足实践需要。

另外,关于评估对象的年龄,虽然《预防法》未作明确规定,但2019年《意见》将招生对象的年龄限制为已满12周岁不满18周岁的未成年人。对此,不少学者认为应当设置专门教育“年龄下限”,从而防止权力滥用<sup>[21]</sup>。这种论调有待商榷,因为防止权力滥用的根本不在于缩小权力的适用面,而在于对权力进行有效的监督。如果说避免12周岁以下未成年人被评估后送入专门学校可以防止权力滥用,那么随意将13周岁的未成年人送入专门学校又是否是权力的合理使用呢?本文认为,不应专门教育评估对象的年龄作出限制,理由有二。一是“年龄下限”本就难以确定,未成年人是否适合接受专门教育或专门矫治教育不应以年龄作为判断标准,而应以其行为的危害性及其人身危险性为判断标准。设置年龄下限会造成这样的窘境——12周岁的甲因实施严重不良行为经评估后被送入专门学校,而11周岁的乙多次实施严重不良行为,情节恶劣(尚不构成犯罪),却无法经评估后送入专门学校,这样的结果显然不符合专门教育制度设立的初衷。二是不应参考刑事责任年龄设置所谓的专门教育“年龄下限”,因为前者是基于缺乏责任而拟制的出罪事由,未达刑事责任年龄则推定不具备辨识能力与控制能力,进而免于刑事处罚;而专门教育本来就不是刑事处罚,它是国民教育体系中的一部分,虽然带有一定的拘禁性,但本质上仍是保护处分措施,重点在于教育矫治而非惩罚报应,设置专门教育“年龄下限”非但不能保护未成年人的权益,相反会侵害到未成年人的受教育权。

值得注意的是,专门教育评估对象不仅包括拟送入专门学校的未成年人,还包括已经在专门学校学习的未成年人,并且专门学校的教育质量也是评估的对象。

### (三)评估标准

因为专门教育评估包括入校评估、离校评估与教育质量评估,所以评估标准应当有所差异。如前所述,入校评估是“往前看”,故而在评估标准上宜以行为标准为主,以行为标准为辅,即主要考察未成年人行为的危害程度,再结合其心理健康状况判断其人身危险性,从而得出是否同意送入专门学校的评估结论;离校评估是“往后看”,故而在评估标准上宜以行为标准为主,行为标准为辅,即主要考察未成年人经过专门教育后的行为习惯、心理状态、素质技能等是否得到明显改善,作出是否同意其转回原普通学校的评估结论;之于教育质量评估,主要考察专门学校教育矫治过程的规范性、科学性和成效性,作出相应的评级,以帮助专门学校不断提高教育矫治质量。

具体而言,在入校评估的标准方面,首先需要明确的是,未成年人实施严重不良行为是评估通过的必要条件而非充分条件。比例原则要求拘禁性保护处分在严重不良行为矫治中应具备最后手段性,只有穷尽其他教育矫治措施而未成年人没有明显改善时才可能适用专门教育。而评估主体在面对申请制的专门教育评估申请、决定制的专门教育评估申请和专门矫治教育评估申请时标准又有所不同。其中,在专门教育申请制中应当秉持以下标准。(1)未成年人确实存在严重不良行为。关于严重不良行为的范围,实践中认定的主要难点在于《预防法》第三十八条第九项“其他严重危害社会的行为”该作何理解。本文认为“其他严重危害社会的行为”应当具备与前八项危害程度的相当性。例如,第四项规定严重不良行为包括“盗窃、哄抢、抢夺或者故意损毁公私财物”,而《治安管理处罚法》第四十九条规定“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的,处五日以上十日以下拘留”,据此可以认为,当未成年人诈骗、敲诈勒索他人财物时(尚不符合刑事案件立案标准),应当认为属于《预防法》第三十八条第九项中的“其他严重危害社会的行为”。(2)未成年人父母或其他监护人、所在学校已经采取了必要的管理教育措施。(3)公安机关已经根据情况采取了《预防法》第四十一条规定的矫治教育措施。(4)前述措施都没有取得理想的成效,即未成年人的严重不良行为继续加重或者重复出现,行为人仍存在一定的人身危险性,需要采取机构化的矫治手段。

而在专门教育决定制中,未成年人父母或其他监护人、所在学校、公安机关管教并非必要的前置程序,因此评估标准主要聚焦于《预防法》第四十四条规定的几种情形。(1)关于第一项中的“情节恶劣或者造成严重后果”,应当综合考量行为手段的残忍性、造成伤残的等级或财产损失金额、造成社会影响的大小以及被害人有无过错等,进行科学评估。(2)关于第二项中的“多次实施严重危害社会的行为”,可以参考刑法中的各罪名的司法解释,理解为实施严重危害社会的行为达到三次以上(含三次),如盗窃他人财物达到三次,吸食、注射毒品达到三次等。(3)关于第三项中的“拒不接受或者配合本法第四十一条规定的矫治教育措施”,是指公安机关采取训诫、责令赔礼道歉、责令参与社会服务活动等措施时,未成年人表达出抗拒、抵触的态度,并在行为上进行逃避、不服从管教,甚至继续实施严重不良行为。(4)关于第四项中的“法律、行政法规规定的其他情形”,本文认为主要是指《治安管理处罚法》中规定的其他严重违法行为以及被人民检察院不起诉或被人民法院免于刑事处罚的行为。至于专门矫治教育,其适用对象是实施了触刑行为的未成年人,原则上触刑行为已被查实时就应当同意将行为人送入专门学校接受专门矫治教育。但是在具体的评估中,还要对未成年人的触刑行为进行分类,当未成年人涉嫌的是危害国家安全、危害公共安全、侵犯公民人身权利和民主权利、妨害社会管理秩序、危害国防利益等罪名时,虽然囿于责任不足在刑事上予以出罪,但其人身危险性已相当明显,应当同意将其送入专门学校进行专门矫治教育;而当未成年人涉嫌的是其他经济类犯罪,情节较轻(如13岁的未成年人盗窃2000元人民币),则要通过合适的量表对其心理状态

进行评测,判断其人身危险性,非必要时也不宜同意对其适用拘禁性的处遇措施。

与入校评估不同的是,离校评估的重点在于行为人经矫治后的心理与行为状态。如要同意其转回普通学校就读,应当符合以下标准。(1)行为人在专门学校就读期间未出现过其他罪错行为。(2)行为人积极配合老师的教育与管理措施,态度良好。(3)行为人按质按量完成了学校安排的文化素质、思想政治、法律常识等方面的学习任务,转回普通学校就读不会存在明显的脱节。(4)行为人的心理状态在测评后表现良好,未呈现出消极性与攻击性。

在教育质量评估方面,判断标准主要集中在专门学校教育矫治的规范性、科学性和成效性上。规范性是指教育矫治工作的开展符合《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《预防法》《义务教育法》等法律法规与政策文件的要求,妥善保管未成年人相关材料,注意维护未成年人隐私等;科学性是指能够根据不同学生的实际情况设计科学的、有针对性的教育矫治方案,因材施教;成效性是指评估阶段内大部分学生经教育矫治后心理与行为状态得到明显改善。

#### (四)评估程序

评估程序在入校评估、离校评估和教育质量评估中同样应有所区分。

根据《预防法》的规定,未成年人进入专门学校有申请制和决定制两种途径。其中,决定制又分为决定送入专门学校接受专门教育和决定进行专门矫治教育。但是,《预防法》只提出了“申请(仅申请制)—评估—决定”的宏观框架,具体流程未予点明。结合前文论述,本文提出以下建议。

1. 专门教育申请制中的评估程序为:未成年人父母或其他监护人、所在学校向教育行政部门提出申请—教育行政部门向专门教育指导委员会报送评估材料—专门教育指导委员会将评估材料移送评估主体(评估中心或承接服务的社会组织)—评估主体根据前文评估标准审查评估材料(必要时可以要求申请主体或教育行政部门补充材料)—评估主体科学、规范地开展评估工作(必要时可以对评估对象进行访谈、心理评测)—评估主体15日内出具书面评估报告(评估报告应当载明评估结论为同意或不同意并说明理由)—评估报告移交教育行政部门—教育行政部门作出是否将评估对象送入专门学校接受专门教育的决定—评估和决定主体对相关材料依法封存。

2. 专门教育决定制中的评估程序为:公安机关或人民检察院(不起诉案件)或人民法院(犯罪情节显著轻微不需要判处刑罚的案件)向专门教育指导委员会报送评估材料—专门教育指导委员会将评估材料移送评估主体(评估中心或承接服务的社会组织)—评估主体根据前文评估标准审查评估材料(必要时可以要求公检法补充材料)—评估主体科学、规范地开展评估工作(必要时可以对评估对象进行访谈、心理评测)—评估主体15日内出具书面评估报告(评估报告应当载明评估结论为同意或不同意并说明理由)—评估报告移交教育行政部门和公安机关<sup>①</sup>—教育行政部门会同公安机关作出是否将评估对象送入专门学校接受专门教育的决定—评估和决定主体对相关材料依法封存。

3. 专门矫治教育的评估程序为:公安机关发现触刑行为后向专门教育指导委员会报送评估材料—专门教育指导委员会将评估材料移送评估主体(评估中心或承接服务的社会组织)—评估主体根据前文评估标准审查评估材料(必要时可以要求公安机关补充材料)—评估主体科学、规范地开展评估工作(必要时可以对评估对象进行访谈、心理评测)—评估主体组织不公开听证程序听取相关意见(可以由专门教育指导委员会指派的检察院或法院代表进行组织)—评

---

<sup>①</sup> 需要说明的是,在目前《预防法》的框架下,决定主体仅限教育行政部门和公安机关,本文认为未来《预防法》在修订时可以考虑将人民检察院、人民法院纳入,以体现更多的司法化色彩。

估主体30日内出具书面评估报告(评估报告应当载明评估结论为同意或不同意并说明理由)——评估报告移交教育行政部门和公安机关——层报省级教育行政部门和公安机关——省级教育行政部门会同省级公安机关作出是否对评估对象进行专门矫治教育的决定——评估主体、各级教育行政部门和公安机关对相关材料依法封存。这里,需要对专门教育决定制中的司法机关报送和专门矫治教育评估中的听证程序进行说明。之于前者,虽然《预防法》未明确人民检察院和人民法院能否在办理未成年人刑事案件时将转处分流的涉罪未成年人送入专门学校,但本文认为可通过举轻以明重的方式将“涉罪但不予以刑事处罚”的未成年人解释为《预防法》第四十四条中可送入专门学校接受专门教育中的“其他情形”,因此对司法机关报送评估的程序进行了设计。之于后者,因专门矫治教育实行闭环管理,拘禁性更重,在适用时需要审慎,所以基于保护未成年人权益的立场加入了听证程序。

相较于入校评估,离校评估的对象相对固定,即均为已在专门学校接受专门教育或专门矫治教育的未成年人,所以不存在申请制与决定制的区分,提请主体都是行为人所在的专门学校,决定主体也都是原入校决定机关。但是,因专门教育和专门矫治教育的期间不同,二者的离校评估程序也有所差异。(1)专门教育离校评估:专门学校应当每学期适时向专门教育指导委员会报送材料提请离校评估——专门教育指导委员会将评估材料移送评估主体(评估中心或承接服务的社会组织)——评估主体根据前文评估标准审查评估材料(必要时可以要求专门学校补充材料)——评估主体科学、规范地开展评估工作(必要时可以对评估对象进行访谈、心理评测)——评估主体十五日内出具书面评估报告并移送专门教育指导委员会(评估报告应当载明评估结论为同意或不同意并说明理由)——专门教育指导委员会将评估报告移交原决定机关(若评估结论为同意离校)——原决定机关决定是否将未成年学生转回普通学校——专门学校联系原普通学校并协助办理转学或由教育行政部门安排转学(当不适宜转回原普通学校时)——评估主体、决定主体对相关材料依法封存。(2)专门矫治教育离校评估:当专门矫治教育期满后专门学校应当向专门教育指导委员会报送材料提请离校评估——专门教育指导委员会将材料层报省级教育指导委员会——省级专门教育指导委员会将评估材料移送评估主体(评估中心或承接服务的社会组织)——评估主体根据前文评估标准审查评估材料(必要时可以要求专门学校补充材料)——评估主体科学、规范地开展评估工作(必要时可以对评估对象进行访谈、心理评测)——评估主体三十日内出具书面评估报告并移送省级专门教育指导委员会(评估报告应当载明评估结论为同意或不同意并说明理由)——省级专门教育指导委员会将评估报告移交省级教育行政部门和公安机关(若评估结论为同意离校)——省级教育行政部门和公安机关决定是否同意解除专门矫治教育——公安机关通知未成年学生父母或其他监护人领回或者由教育行政部门安排未成年学生转入其他专门学校接受专门教育(如未完成义务教育)。

入校与离校评估属于资格评估,应当“一人一评估”,公平导向优先。而教育质量评估是对专门学校阶段性工作的宏观考量,本文认为可采取项目制,以侧重效率。申言之,教育行政部门可以通过购买服务的形式委托社会工作服务机构对某一阶段内专门学校教育矫治工作的规范性、科学性和成效性进行评估,具体的评估时间、评估内容等可以在委托合同中商议,但流程上至少应该包括订立合同、支付费用、提供材料、开展评估、形成报告等环节。

#### (五)评估效力与监督管理

评估报告的效力需要从其性质来判断。虽然专门教育评估有着法定的评估主体、评估对象和评估程序,能够反映未成年人的行为危害性与人身危险性,并据此提出是否同意送入专门学校的建议,但是结合《预防法》“经……评估同意……可以决定”的表述来看,评估报告本身只是一种作为“参考”的专业性意见。这种“参考”与公安、司法机关办理未成年人刑事案件时所

作的社会调查报告和心理评测报告类似,根据《预防法》第五十一条第二款的规定,“社会调查报告和心理测评的报告可以作为办理案件和教育未成年人的参考。”换言之,社会调查报告与心理评测报告不属于“证据”<sup>①</sup>,仅作为“参考”对涉罪未成年人的处置产生影响。不过,与社会调查报告等“参考”不同的是,《预防法》赋予了专门教育评估报告一种法定的阻却效力。具言之,当评估报告的结论为不同意时,决定机关不得将未成年人送入专门学校接受专门教育或专门矫治教育;反之,当评估报告的结论为同意时,并不必然意味着未成年人将被送入专门学校,决定机关可以参考评估结论依法作出决定。相应地,在离校评估中,当评估报告的结论为不同意时,原决定机关不得将未成年学生转回普通学校或解除专门矫治教育;当评估报告的结论为同意时,也并不必然意味着未成年学生将被转回普通学校或解除专门矫治教育,原决定机关可以参考评估结论依法作出决定。之于教育质量评估,其结论同样是促进专门学校改进教育质量的参考。

此外,因专门学校带有一定的拘禁性,属最严厉的保护处分措施,评估结论又是决定将未成年人送入专门学校的重要参考,故应当对评估主体进行必要的监督。监督包括行政监督与司法监督,前者由教育行政部门负责,主要监督评估人员是否客观公正从事评估业务,是否遵守评估规范,是否出具真实的评估报告等,必要时给予一定的行政处分;后者由人民检察院负责,人民检察院通过行使检察权对整个专门教育评估制度进行监督,包括但不限于评估人员是否存在滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等行为,必要时依法追究其刑事责任。

## [ 参 考 文 献 ]

- [1][6][17] 李泊毅:《专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善》,载《预防青少年犯罪研究》,2021年第5期。
- [2] 张良驯:《对工读学校“去工读化”现象的研讨》,载《中国青年研究》,2016年第4期。
- [3] 林 维:《未成年人专门教育的适用难题与制度完善》,载《探索与争鸣》,2021年第5期。
- [4] 田相夏 谢忠华:《上海市专门教育研究与评估中心建设的现状、问题与建议》,载《现代教学》,2022年第22期。
- [5] 姚建龙:《犯罪后的第三种法律后果:保护处分》,载《法学论坛》,2006年第1期。
- [7] 于柏华:《比例原则的法理属性及其私法适用》,载《中国法学》,2022年第6期。
- [8] 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),台北:元照出版有限公司2013年版,第299页。
- [9] 吴 静:《制度与出路:专门矫治教育制度困境与重构》,载《重庆社会科学》,2021年第8期。
- [10] 梁 曦 张 洋:《罪错未成年人保护处分制度的构建》,载《人民检察》,2020年第19期。
- [11] 孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,载《法学》,1998年第8期。
- [12] 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,北京:中国政法大学出版社1994年版,第1页。
- [13] 陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》,2000年第5期。
- [14] 韦 德:《行政法》,徐 炳等译,北京:中国大百科全书出版社1997年版,第50页。
- [15] H·L·A·哈特:《法律的概念》,许家馨 李冠宜译,北京:法律出版社2006年版,第254页。
- [16] 姚建龙:《未成年人违警行为的提出与立法辨证》,载《中国法学》,2022年第3期。
- [18] U.S. Department of Education, U.S. Department of Health and Human Services. The Race to the Top—Early Learning Challenge Year Two Progress Report, Washington, DC: Author, 2014, p.26.
- [19] 应松年:《一部推进依法治国的重要法律——关于〈立法法〉中的几个重要问题》,载《中国法学》,2000年第4期。
- [20] 周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉:武汉大学出版社2005年版,第198页。
- [21] 雷 杰:《我国收容教养制度的困境与完善路径》,载《预防青少年犯罪研究》,2019年第3期。

(责任编辑:崔 伟)

---

① 在部分英美法系国家,未成年人社会调查报告可作为品格证据使用,但是品格证据不是我国法定的证据种类。