

## 未成年人犯罪预防与治理

主持人 张鸿巍 [暨南大学少年及家事法研究中心教授、博士生导师]:《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)于1999年6月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过,于2012年10月26日经第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议予以修订。二十多年来,《预防未成年人犯罪法》在保障未成年人身心健康、培养未成年人良好品行以及预防未成年人犯罪等方面皆发挥了重要作用。但随着社会生活特别是未成年人成长环境逐步发生了剧烈变化,《预防未成年人犯罪法》诸如立法理念时代局限、部分条文过于原则等问题亦不可避免暴露出来。同时,立法技术的完善、理论研究的深入、实务探索的更迭以及民众的期许,亦为《预防未成年人犯罪法》进一步修订提供了契机。是次,《预防未成年人犯罪法》一审稿与二审稿先后于2019年11月1日及2020年8月11日向社会公开征求意见,皆引发了未成年人司法理论界与实务界的高度关注。

在《预防未成年人犯罪法》修订如火如荼之际,张鸿巍《归责与惩戒:未成年人司法二元化建构的逻辑展开》、王新《未成年人罪错行为分类及立法完善》与程捷《论未成年人犯罪预防中的教育性制裁》三篇论文聚焦于未成年人犯罪预防,针对未成年人犯罪预防存在的一些困境,结合当前《预防未成年人犯罪法》修订,分别从二元化建构、罪错行为分类及教育性制裁等不同角度提出了完善建议,不乏真知灼见,部分观点或可为《预防未成年人犯罪法》修订与未成年人司法建构之进一步完善提供一些立法思路和理论路径。其中,在反思传统一元化未成年人刑事司法在“儿童最佳利益原则”与“社会最佳利益原则”上存在较多理念冲突后,张鸿巍提出从未成年人之“归责”与“惩戒”两个维度予以建构未成年人司法二元化。王新以未成年人罪错行为分类标准为切入点,主张“不良行为”与“严重不良行为”立法规定之完善应在坚持现有“列举式”基础上增加“援引性规定”。而在分析教育性制裁基础上,程捷则提出分级预防应当关注未成年人预防之必要性判断。他主张,行为表现仅为采取预防措施之参考性标准,应通过年龄条件和监护条件审慎限制专门教育措施的适用。

### 归责与惩戒:未成年人司法二元化建构的逻辑展开

■张鸿巍

(暨南大学 少年及家事法研究中心 广东 珠海 519070)

【摘要】法治是国家文明程度的重要标志,未成年人司法建构应体现出现代文明观对未成年人偏差及保护应对之尺度。我国传统一元化未成年人刑事

司法在“儿童最佳利益原则”与“社会最佳利益原则”上存在较多理念冲突,特别是对被害人权益及社区防卫存有一定忽视。一元化未成年人刑事司法从未成年人“归责”与“惩教”两个维度予以解构,以回应并反思“教育为主,惩罚为辅”的未成年人刑事政策。未来,我国未成年人司法或可从双重二元化角度予以建构:一是以未成年偏差人与未成年被害人为干预对象,建构狭义二元化未成年人司法;二是以此为基础,依托刑事司法,进一步完善未成年人刑事司法,以建构广义二元化未成年人司法,实现互动与衔接。

【关键词】未成年人司法 二元化 归责 惩教

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2020.05.016

## 一、胡适之问:现代文明观下的未成年人司法

何谓“文明”,众说纷纭。有学者主张文明系指“人群在特定历史时期的生存方式以及社会的主流价值观”,认为本质系人类社会对人与自然关系之看法和对待,或者认识与行为<sup>[1]</sup>。目前学术界通常认为,“文明是从整体上对文化的描述与规定”,与野蛮相对立<sup>[2]</sup>。中文中“文明”二字的出现,或可追溯至先秦时期,曰“见龙在田,利见大人”<sup>[3]</sup>。发展至今,近代文明概念由西方传入<sup>[4]</sup>;现代文明一词,据考或源于18世纪之法国。

衡量乃至评价文明的标尺甚多,比如胡适先生曾有句脍炙人口的表述,“你看一个国家的文明,只需考察三件事:第一看他们怎样待小孩子;第二看他们怎样待女人;第三看他们怎样利用闲暇的时间”<sup>[5]</sup>。这句话常被反复转引,以提醒和警示国人对未成年人态度和处置方式应尽可能体现国家与社会文明的程度。正如儒家倡导的父子之亲、君臣之义、华夷之别等理念,传统文化中关涉应对未成年人偏差及保护的文明观在本质上仍多适用宗法社会相关解释。在传统中国宗法社会中,尽管不乏《礼记》所云“壮有所用,幼有所长”<sup>[6]</sup>,以强调国家对未成年人的保育期待,但整体而言,儿童或未成年人基本上处于被处置的相对无权地位。进入转型时期后,现代文明观则将更多人本思想带入文明之考量,包括对弱势群体的特殊关注与关爱。

通常来说,各法域皆倾向于以建构符合未成年人心智特征及成长需求的程序和处遇,参酌其品格、经历及犯行等,以挽救和保护未成年人为出发点和归结点来设计、运作和评估未成年人司法。近年来,全球化对未成年人司法的影响越来越多地以“新惩罚”理念(new punitiveness)等为导向,例如,“儿童友好型司法”(child friendly justice)在欧洲正蔚然成风<sup>[7]</sup>。与此相对应,亦有学者主张在美国蓬勃发展的“控制文化”(culture of control)触发下,世界范围内未成年偏差人口正在增长<sup>[8]</sup>。在如此错综复杂的现代文明观指引下,我国未成年人司法理论与实务经验在很大程度上亦受西学东渐之风影响。其中,对犯罪事项采取一定程度非刑事化,或是重要趋势之一,比如《布莱克法律辞典》(Black's Law Dictionary)将civilization(文明)解释为:通过法律或

收稿日期:2020-07-18

作者简介:张鸿巍,暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师,美国 Sam Houston State University 刑事司法学博士,主要研究比较刑事司法、少年家事法及实证犯罪学。

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“《未成年人司法法》立法建议稿”(课题编号:18AFX010)、广东省高校哲学社会科学专项研究项目“全面依法治国背景下推进社会治理重心下移与基层治理研究”(课题编号:2019GXJK018)、中央高校基本科研业务费项目“留守儿童社会适应促进与反社会预防评估”(课题编号:19JNZX213)的阶段性研究成果。

判决而将犯罪事项( criminal matter) 予以民事化( civil one) 之转换般合理<sup>①</sup>。民众较为普遍的重刑思想及对某些未成年人恶性案件处理的质疑或提醒我们, 实有必要参酌我国已加入的国际公约相关条文及域外较为成熟的经验做法, 重新审视我国未成年人司法的发展方向。比如, 联合国《预防少年犯罪准则( 利雅得准则) 》( United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency ( The Riyadh Guidelines) ) 第20条敦请各会员国“培养对孩子自身的文化特性和模式、对孩子所居住国家的社会价值观念、对孩子自身不同的文明、对人权和基本自由的尊重”, 这体现出未成年人司法所凸显的现代文明观既有共通性, 亦有差异性。不过, 在探求未成年人司法真意时, 既不宜脱离该制度源自欧美且不断演进的背景, 亦不能回避满足中国国情发展的要求: 前者提供不同文明观比较与法律移植视野, 而后者则提供制度存续与发展中的法律土壤及文明标尺。

法治是现代文明国家的重要标志之一, 自1899年在美国伊利诺伊州库克郡成立首家少年法庭以来, 未成年人司法多由单独的量刑指南、法庭结构、未成年人设防与非设防拘留设施、未成年人缓刑, 以及那些定义与未成年人年龄相关的偏差行为法律所组成<sup>[9]</sup>。各法域亦逐渐认识到未成年偏差人与成年人大不相同; 前者显然需要更多机会以惩戒自新。时至今日, 世界上大多数法治先进法域多以两套司法体系来应对未成年人偏差与被害人保护: 一是应对未成年人偏差与轻微犯罪、未成年人被害之狭义未成年人司法, 注重矫正、教育、复归, 但不排斥惩戒; 二是针对未成年人较严重犯罪之刑事司法体系, 强调抑制、打击、惩罚<sup>[10]</sup>。面对未成年人司法建构的相对缺失, 正在修订中的《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《预防未成年人犯罪法》) 或应成为重新建构我国未成年人司法运作体系的立法基石。2019年10月31日至11月29日, 《中华人民共和国预防未成年人犯罪法( 修订草案) 》和《中华人民共和国未成年人保护法( 修订草案) 》面向社会公开征求意见。前者共收到6744位民众所提出的7890条意见和12封群众来信, 后者共收到40504位民众所提出的49659条意见和41封群众来信<sup>[11]</sup>, 这在一定程度上折射出广大民众对未成年人司法顶层设计的关注和期许。时下, 应当迫切解决顶层设计问题, 避免两法修订因缺顶层设计而有形无实, 即看似回应当前存在的困境, 实则可能较难落地实施。如何进行顶层设计, 则应回应现代文明观下未成年人司法的诸多争议。

## 二、现状: 一元化未成年人刑事司法

### (一) “儿童最佳利益原则”与“社会最佳利益原则”

#### 1. 理念间的博弈与磨合

传统刑事司法强调罪责相当, 但对未成年偏差人简单施以刑罚, 较难从根本上解决未成年人偏差及犯罪问题。非刑事化的未成年人司法即着眼于该问题的解决, 视未成年人为国家未来财产, 对偏差乃至犯罪的未成年人, 因“国家亲权”( *parens patriae*) 法则所系, 不断增进未成年人福祉, 注重个别处遇措施, 矫正未成年偏差人言行举止, 回避单纯性惩罚措施<sup>[12]</sup>, 进而敦促、监督未成年人早日成为社会栋梁。

未成年人司法秉承“儿童最佳利益原则”( *best interest of child*, 或译为“儿童利益最大化原

<sup>①</sup> Garner, BA. Black's Law Dictionary ( 10th edition for iPhone and iPad ). Thomson Reuters, 1.4 Version 2014.

则”) ,该原则源自联合国《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child,简称CRC)第3条,即其指出,“在涉及儿童的所有行动中,无论是由公共还是私营社会福利机构进行的,法院、行政当局或立法机构,应以儿童的最大利益为首要考虑。”“儿童最佳利益原则”的评估是全面的、动态的、双向的,而非局部的、静态的、单向的。在“儿童最佳利益原则”下对未成年人偏差的评估,直接关系到未成年人司法建构的初始理念,因而宜将未成年偏差人、被害人、民众等不同主体对司法公正之认知和践行进行整体性框架考量,而非仅关注未成年偏差人本身的特殊境遇,否则被害人及民众有可能较难感同身受并认同仅对或主要对未成年偏差人做出的特殊化处遇<sup>[13]</sup>。

秉承“儿童最佳利益原则”的未成年人司法,亦不得不回应“社会最佳利益原则”的现实拷问。在追求犯罪打击目的的刑事司法理念下,对未成年偏差人实施教育、感化与挽救为主的刑事司法政策,自然契合“儿童最佳利益原则”。然而,部分未成年偏差人屡屡触及社区防卫底线,损害社会最佳利益,因而引发民众诸多不满。正如在以暴制暴的报应刑主张中,要求降低刑事责任年龄的主张一直未曾消失。此时,社会与刑事司法皆面临抉择的两难境况:其一,是否可以将未成年偏差人依法予以惩戒,及时还被害人及其家人以公道;其二,对未成年偏差人的处理是否应同时秉承与兼顾“儿童最佳利益原则”与“社会最佳利益原则”,给予其更多矫正自新的机会<sup>[14]</sup>。而两者之理念冲突,或为当前一元化未成年人刑事司法不可回避、亦不得不解决的难题。

## 2. 被害人保护的片面忽视

遵循“儿童最佳利益原则”的全面性要求,一线司法实务既要关注未成年偏差人,亦要保护包括未成年被害人在内的最广大被害人的合法权益。无须讳言,我国未成年人司法实务仍不时出现一些片面强调对未成年偏差人保护而忽视对被害人保护的情形,此边缘化被害人的处理方式在很大程度上可能影响了司法公正的实现,更不利于唤起被害人及民众对“教育为主、惩罚为辅”未成年人刑事政策的认可。未成年人刑事司法对未成年犯罪嫌疑人或被告人的持续性片面关注,在很大程度上是以牺牲或漠视处于弱势一方的被害人权益为代价的<sup>[15]</sup>。司法之光如果只是选择性投射,而未及时有效回应被害人及社会对司法之公正性的认同,继而引发焦虑甚至质疑,则可能不一定符合司法比例分配及实现原则,亦可能会影响未成年人司法的长远建构和有效运作<sup>[16]</sup>。如此,与对未成年人提供全面综合司法保护的未成年人司法建构目标相去甚远。

“真诚悔过”或是恢复性司法对犯罪人最基本的要求,亦应是未成年人司法对未成年偏差人须坚守的司法底线之一。域内外未成年人司法实务中,许多未成年偏差人对被害人及其家人缺乏悔罪感,一些原本设计用以倡导和实现恢复性未成年人司法的举措常常流于形式。这里有则著名判例,隐约可见即便是少年法庭法官,亦对此类未成年人不屑一顾被害人及其家人感情之行径大为光火:2007年,在17岁未成年人对交通杀人罪表示认罪后,华盛顿州一位少年法庭法官判其126周监禁。该判决比量刑标准范围多了70周,亦比检察官之求刑建议多出23周。在做出远超出量刑标准范围的判决时,法官考虑了死者父亲所做的“被害人影响陈述”(victim impact statement),审阅了被害人家人及朋友来信,亦听取了未成年人的道歉,并检视了来自被告人所在高中和缓刑官所提交的责任减轻证据。法官指出,他对该未成年人“感到失望”,因为后者“在道歉时未以某种方式直视”被害人家人。法官这样告诫未成年人:“我认为你至少应直视他们……我感到失望的是,你在道歉时选择不愿意或无法撇下自身痛苦来尊重被害人家人”

人……我对你所言并未留下深刻印象……”。由此法官认定,若对该未成年人判以较轻处遇,则无法回应民众对未成年人司法之信心与期待<sup>[17]</sup>。该案从另一个侧面反映出,少年法庭法官对未成年偏差人真诚悔过有越来越高的期待,以善尽把关责任。

未成年人刑事案件中的被害人人权保障亦不宜因偏差人或犯罪人未达成年年龄而有明显不同,否则正义天平瞬间将倾斜。在强调“儿童最佳利益原则”的同时,基于社区防卫而来的“社会最佳利益原则”亦同样重要。20世纪80年代至今,欧美未成年人司法愈发关注社区安全和未成年人问责,并将其重点转移到未成年偏差人的惩戒上。而风起云涌的被害人权利运动所要求的报应刑要素与这些针对未成年人偏差行为的新防治举措相契合,并纳入未成年人司法法和程序中<sup>[18]</sup>。无论是非刑事化的未成年人司法,还是传统刑事司法,对未成年人偏差行为的处遇皆应当涵盖这样一些基本价值:社区防卫、追究其对被害人及社会应承担的责任、培养其矫正自新及重返社会的能力<sup>[19]</sup>。这或许是现代文明观对未成年人司法的应有态度。

## (二) 一元化未成年人刑事司法

我国未成年人司法因涵盖范围狭窄而大体可视为未成年人刑事司法,这不同于域外多数基于民事法而来的未成年人司法。在刑事司法体系及程序中,对未成年犯罪嫌疑人或被告人施以“教育、感化和挽救为主”为基本刑事政策,贯穿侦查、批捕、起诉、审判及矫正各环节。然而,欲实现未成年人司法与刑事司法的衔接与互动,非单一未成年人刑事司法可勉力为之的<sup>[20]</sup>。《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》作为未成年人刑事司法的重要补充,不只旨在补充解决一元化未成年人刑事司法无法满足现实之需的问题,亦在很大程度上可视为未来建构相对独立的未成年人司法的框架性法律<sup>[21]</sup>。因此,一元化未成年人刑事司法在对接“国家亲权”法则、儿童福利、儿童最佳利益原则等方面存在一定的适用障碍。

也正是因为现阶段缺少相对独立运作的未成年人司法,在传统刑事司法中以一元化处理未成年人刑事犯罪,导致部分不达刑事责任年龄的未成年偏差人游走于刑事司法体系之外。与此同时,未成年人司法亦尚未完整建构起来,对那些未达刑事责任年龄的未成年偏差人,司法实务因缺乏明确上位法依据,无法及时、有效通过司法化予以处理。未成年偏差人的教育与矫正工作,应建构相对独立于传统刑事司法的未成年人司法,将需要强制教育与矫正的未成年偏差人以及亟须救助与救济的未成年被害人纳入其中。在未成年人司法的建构和运作中,也需回应民众对基本司法公正的诉求。比如,未成年偏差人权利保障的边界、被害人保护的实现、社区防卫的进行等<sup>[22]</sup>。

## 三、探寻: 未成年人的归责与惩戒

当下,我国未成年人司法理念亟待与时俱进,或宜从“教育为主,惩罚为辅”逐步过渡到“归责与惩戒并重”。对“教育为主,惩罚为辅”未成年人刑事政策的适当反思,并非力主不教而诛。从立法、执法与司法理念出发,对未成年人司法进行解构与架构确有几个理念亟须厘清,这对及时总结40年理论与实务经验并展望未来若干年发展趋势或有裨益:未成年人司法与刑事司法价值取向的冲突与磨合、儿童福利理念的引入与变迁、被害人保护与社区防卫理念的纠结与反复、涉案未成年人隐私保护的辗转与松动。这些理念问题看似简单,却是未成年人司法及防治未成年人偏差行为中颇具迷惑性的核心问题<sup>[23]</sup>。只有全面系统地认识这些理念间的错综复杂关系,才可能结合相关法理进行磨合,从顶层设计的宏观高度探索衔接、互动的未成年人司法

二元化<sup>[24]</sup>。故而,对未成年人司法处遇可从“归责”与“惩戒”两个维度探寻之。

### (一) 归责

若未成年人司法政策未以必要且充实的归责为导向,则对未成年偏差人的有效感化与教育或成为水中月。“归责”(accountability 或 responsibility)是指对行为人施加与其偏差行为严重性相适应的后果,从而使其对行为负责的法律行为。归责措施包括赔礼道歉、赔偿损失、社区服务、刑事和解、强化监督、拘留羁押等。从域外经验看,半个多世纪以来,归责运动已改变欧美特别是美国未成年人司法的方方面面。然而,未成年人司法中归责的含义,尤其是要追究谁的责任和对谁负责的含义则随着时间流逝而变化,这使其适用范围尚不完全清晰<sup>[25]</sup>。美国联邦未成年人司法与预防犯罪署自1998年以来通过多种方式帮助各州实施了基于归责的计划,亦即“未成年人归责整体赠款”(Juvenile Accountability Block Grants,简称JABG)计划。该计划向50个州、哥伦比亚特区以及5个海外领地(波多黎各、美属维尔京群岛、关岛、美属萨摩亚和北马里亚纳群岛)拨款。该署亦提供培训和技术援助,以帮助各州发展、运营和衡量其归责计划的有效性,目的是通过针对未成年偏差人和未成年人司法之基于归责的计划来减少未成年人偏差行为<sup>①</sup>。

不仅仅美国出现了未成年人司法的重大变化,英国、加拿大、澳大利亚等普通法系国家近年来亦有一定变化。比如,自20世纪90年代初以来,“民粹主义惩罚”理念(populist punitiveness)被视为解决英国不断增长之未成年人偏差行为问题的关键<sup>[26]</sup>。又如2017年5月,澳大利亚维多利亚州开始对其未成年人司法进行重大改革,以确保“严重未成年犯罪人应对其行为负责并对其罪行承担刑事责任”。这些改革主要是颁行新的未成年人法、引入青少年控制令、促进实行宵禁、限制未成年偏差人使用社交媒体、将某些偏差行为的最高刑罚从3年提高到4年、确保犯有严重罪行的未成年偏差人在成人法庭而非少年法庭出庭受审、在某些情况下向民众披露与未成年偏差人身份有关的信息<sup>②</sup>。

未成年人刑事政策中的归责受“衡平及恢复性司法”(balanced and restorative justice)等理念影响,强调未成年偏差人须为其不法或犯罪行为承担责任,尽管该责任并不必然是刑事责任,但基于归责而来的责任承担或有助于未成年偏差人认识到责任所在并促进改过自新,被害人及民众亦可能更多认可未成年人司法的惩戒理念。“衡平及恢复性司法”理念并不否定惩罚性司法,强调被害人权利维护及被害人需求为核心内容;以及正是因为未成年人的偏差行为导致其责任的承担,继而期许、敦促和要求犯罪人有责任修复因其犯罪给被害人及社区造成的损伤或损失,以问题解决为导向,最终实现各方合理需求的平衡。近年来,美国各州和地方陆续制定了一系列新的未成年人司法政策,其中有许多旨在使未成年人司法更加“硬化”(tougher),但其他政策则改善了防治,增加了“惩戒”并增强了未成年人司法的平衡及恢复性<sup>[27]</sup>。从未来发展看,我国一元化未成年人刑事司法的破局亦宜以归责为依托,未成年偏差人、未成年被害人与社区及有关政府机构等各方在有关司法机关或社会机构参与、调处情形下,对一些未成年人偏差及轻微犯罪案件,或以偏差人真诚悔过为契机,责令其以各种不同方式向被害人赔礼道歉、赔偿损失来尽可能恢复遭其破坏的社会关系<sup>[28]</sup>。未成年人司法的建构,不但需要通过制度推动未

① Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Juvenile Accountability Block Grants Program. Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice 2009 p. 1.

② Antolak - saper, N. (2017). Mini Me: The Adulthoodification of the Victorian Juvenile Justice System. Retrieved on July 27, 2020, from <http://anzsocconference.com.au/1766>.

成年人自新,亦要使得个案中的当事人、参与方皆能合乎比例地感受正义的现实存在。因而,可将传统个别化惩戒与被害人参与机制有机结合起来,有助于实现社区安全,个人对被害人和社区负起责任,以及通过技能培育以帮助未成年偏差人过上守法和富有作为之生活<sup>[29]</sup>。

## (二) 惩戒

“惩戒”实则源于“教育为主、惩罚为辅”之未成年人刑事政策。“教育为主、惩罚为辅”的未成年人刑事政策出台时间并不久远,1979年《中华人民共和国刑法》制定时提出的“惩办与宽大相结合”常被视为该政策之雏形。1991年出台的《未成年人保护法》首次确认该政策,并于1999年制定的《预防未成年人犯罪法》及2012年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》中得以明确。英文中与“惩戒”一词最为接近的单词当属 correction 及 rehabilitation。在《布莱克法律辞典》中,correction 一词含义有三:一是将错误之处予以纠正的行为或事例;二是商业活动的变化或市场价格的此消彼长;三是通过监禁、假释或缓刑而对犯罪人实以的惩罚和处遇<sup>①</sup>。由此可见,correction 一词本身即有惩罚之意,亦可译作惩戒<sup>②</sup>。而就 rehabilitation,《布莱克法律辞典》如此解释:一是(刑法意义上)提升犯罪人之品格及外表以期适应社会而不再犯罪的过程;二是(证据法意义上)在证人被质疑后其可信度的恢复;三是(破产法意义上)债务人财务事项的重组<sup>③</sup>。惩戒本身,只要合乎比例且依法定程序而行,那或是对未成年人最有效的保护。换言之,在未成年人司法中,惩戒不应当被过于提倡,但也不应被排斥,而应与以循证为导向的教育及惩戒相辅相成<sup>[30]</sup>。

惩罚与惩戒在表达上的差异,显示了“教育为主、惩罚为辅”刑事政策在具体个案中仍是以相互竞争的姿态角逐适用。近年来,我国未成年人偏差行为呈现出的低龄化、暴力化、团伙化特征,引发了更多关注未曾充分关注的“惩”继而“惩罚”呼声高涨。无“惩”而“教”,并非“教育为主、惩罚为辅”的真意。尽管听起来有些残酷,但这一刑事政策应符合个案最佳处理这一规律,需要综合考量案情的方方面面,在多个维度之间寻求平衡。一些未成年人将本应自己承担的责任轻描淡写,致其未曾用心去感触因自身犯罪而给被害人所带来的苦楚。在未成年人身心成熟度持续提升的现实情形下,正面的引导与教育,对于未成年偏差人清醒而全面地认知到自己所犯之罪、真诚悔过以及认真接受惩戒并尽快融入社区皆兹事体大<sup>[31]</sup>。

2015年,联合国人权事务高级专员办事处会同联合国毒品及犯罪问题办公室、负责暴力侵害儿童问题秘书长特别代表共同发表了题为《预防和应对未成年人司法内针对儿童的暴力行为》(Prevention of and Responses to Violence against Children within the Juvenile Justice System)的报告,表达了对“许多政策和立法者都赞成采取不成比例惩罚性措施”的部分担忧,敦促各会员国减少拘留与羁押,并将其仅用于被认为对他人构成真正危险的未成年偏差人<sup>④</sup>。以美国为例,尽管学界有不少反对声音,但几乎所有州都已全面改革了未成年人司法法,允许更多的未成年人在刑事(成人)法庭受审,并取消长期保护措施,以惩戒未成年偏差人并防治未来犯罪。对于某些恶性刑事案件的未成年偏差人,一方面仍须给予其较多惩戒机会,以便于其未来复归社会;而另一方面,惩戒应关注未成年偏差人人身危险性的降低,即依风险评估和需求评估对个案进行审查,评估其未来实施偏差行为的可能性,以确定具体案件之犯罪人的惩戒需求。换言之,在现行法律和刑事政策范围内对极少数未成年人恶性案件予以依法严惩,并不意味着不可以对

<sup>①③</sup> Garner, BA. Black's Law Dictionary (10th edition for iPhone and iPad). Thomson Reuters, 1.4 Version 2014.

<sup>②</sup> 香港惩戒署之官方英译为“Hong Kong Correctional Services”用的即是“惩戒”correction 的形容词形式 correctional。

<sup>④</sup> United Nations. Prevention of and Responses to Violence against Children within the Juvenile Justice System 2015.

其进行有效惩戒,只是惩戒成本会相对其他案件陡然上升,惩戒实效亦可能稍有差异。

不论“教”与“惩”关系如何,皆宜以个案为中心,其具体措施应符合未成年人司法个别化处遇的原则,以利于未成年人复归社会。正如在一线司法实务中,屡屡出现未成年偏差人有意或无意因其无刑事责任能力或者减轻刑事责任能力而涉嫌犯罪的案例。过往生活法则和体验一再提醒,对未成年人刑事犯罪既不能过于严苛,亦不能宽缓到漫无边际地毫无底线<sup>[32]</sup>。在《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》修订更多地关注教育、矫正未成年偏差人议题时,有限度地、不排斥地对一部分恶行较重的具有反社会行为的未成年人施以惩戒,可能更符合未成年人司法本意<sup>[33]</sup>。需要说明的是,未成年人司法中的惩戒,与传统刑事司法中的惩戒,性质和作用是不完全一样的。未成年人司法中的惩戒是辅助性的、最低限度的、非刑事化的,通过公安、检察、法院、矫正等部门实现不同阶段的司法化处遇,行使和发挥着类似父母对子女的惩戒职权及作用,带有浓郁“国家亲权”法则色彩<sup>[34]</sup>。而刑事司法中的惩戒,则是国家刑罚权的具体体现,是刑事处遇的外化。

#### 四、破局: 未成年人司法之二元化建构

在日益强调归责与惩戒的今天,宜解构一元化未成年人刑事司法,建构二元化未成年人司法。具体而言,为应对或解决未成年人偏差行为的防治问题,未来可逐步建构起非刑事化的狭义未成年人司法,以涵盖未成年偏差人司法与未成年被害人司法。在此基础上,进一步完善未成年人刑事司法,以建构广义的未成年人二元化司法体系,互为补充。

##### (一) 非刑事化的未成年人司法: 偏差人司法与被害人司法

与刑事司法相比,非刑事化的未成年人司法各个主要组成部分的设定由未成年人年龄而定,并据此来区分行为能力、法律效果及应担负之法律责任。随着儿童福利与未成年人司法的交互发展,未成年人司法所涉及的未成年人可大体分为未成年偏差人(delinquent juvenile)与未成年依附人(dependent juvenile)。前者为实施偏差及轻微犯罪的未成年人,而后者则主要是被虐待、遗弃或疏忽的未成年人。而以未成年人是偏差人或被害人,未成年人案件亦可相应划分为未成年人偏差案件和未成年人保护案件,宜以未成年人司法二元化对应之<sup>[35]</sup>。基于“国家亲权”法则以及由此而来的“儿童最佳利益原则”,对《预防未成年人犯罪法》《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》)《中华人民共和国禁毒法》(以下简称《禁毒法》)等规定的未成年偏差人特别是犯有“不良行为”及“严重不良行为”的未成年人进行归责及惩戒,可对未成年偏差人适用未成年偏差人司法,以此彰显由“国家亲权”法则而来的教育与感化<sup>[36]</sup>。而对未成年人遭遇虐待、遗弃及疏忽等未成年人被害案件,亦须及时和妥善处置,推进未成年被害人司法建构。但这两种分类相互之间并非绝对割裂,其于个案中相互重合与叠加。

##### 1. 未成年偏差人司法: 未成年偏差案件

未成年偏差人司法主要是要解决未成年人偏差及轻微犯罪行为,特别是我国《预防未成年人犯罪法》所界定的未成年人“不良行为”及“严重不良行为”。实施偏差行为的大多数未成年人的主观恶性不深,其行为的社会危害性亦不大。因而,对未成年偏差人原则上首先应适用非刑罚性的未成年人司法,以“国家亲权”法则来审视、甄别和处置。参照国际惯例及我国现行立法特别是《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》《治安管理处罚法》《禁毒法》等,未成年人



偏差行为大体可涵盖离家出走、夜不归宿、逃学旷课、打架斗殴、酗酒吸毒、参加帮派等行为,即日本及我国台湾地区所谓“触犯刑罚法律的虞犯(曝险)行为”以及英美法系所谓“身份过错行为”。对这些未成年偏差人的处遇,可采取口头训诫、转介民政和福利部门处遇、强制戒毒、强制入学的措施。必要时,因“亲权”而起,亦可追究未成年人父母或监护人的监护责任<sup>[37]</sup>。

在具体建构层面,未成年偏差人司法未来或可对实施以下行为的未成年偏差人进行个别化处遇:一是不良行为及严重不良行为,二是轻微犯罪行为,三是较严重犯罪行为,但行为人尚未达刑事责任年龄。

## 2. 未成年被害人司法: 未成年人保护案件

未成年人司法不仅要关注未成年人不法行为并敦促其自新,亦应关注未成年被害人的权利救济。2017-2019年,全国检察机关起诉侵害未成年人犯罪分别为4.76万人、5.07万人、6.29万人,后两年同比分别增长6.8%、24.2%<sup>[38]</sup>。未成年被害人数量之大,可见一斑,因而建构更加有效的未成年被害人司法日趋重要。在未成年人司法诞生地美国,未成年被害人司法(juvenile victim justice system)并未得到广泛认可,部分原因是其较为分散,并没有像未成年偏差人司法那样被整体概念化从而被共同法律规则所采用;许多处理未成年被害人的机构是其他系统的一部分,其设计之初并非主要考虑未成年被害人<sup>[39]</sup>。

进入未成年被害人司法的未成年被害人,既包括作为犯罪对象的直接被害人,亦包括因犯罪而来的间接被害人。后者又涵盖目睹犯罪的未成年被害人,以及那些因父母或监护人犯罪而被动卷入的未成年被害人,如服刑人员的未成年子女<sup>[40]</sup>。此外,未成年人作为被害人特别是家庭暴力被害人的例子亦不胜枚举。未成年人被虐待、遗弃及疏忽案件应成为将来未成年被害人司法亟待干预的重要领域<sup>[41]</sup>。简言之,未成年被害人的范围甚广,从直接被害人延伸至间接被害人。作为社会福利的重要组成部分,未来儿童福利宜将更多谘商辅导、亲职教育、医疗康复、教育培训、心理矫治、戒毒戒烟等社会资源融入未成年被害人司法中。

## (二) 刑事司法中的未成年人刑事司法: 互动与衔接

各法域未成年人司法与刑事司法已非昔日那样黑白分明,将未成年人司法与刑事司法完全分开是不现实的,二者之间存在千丝万缕的联系。在基于本土建构的地域化探索上,我国未成年人司法的现代化、法治化、科学化进程亦要更多地体现在其顶层设计上,以探索未成年人司法与刑事司法唇齿相依的互动机制。通常来说,刑事司法以刑事责任年龄准入作为管辖的主要依据。于其中,对未成年犯罪人保护的力度、广度与深度,包括对隐私权保护的合理期待,皆需进行一定程度的反思与调整,以防矫枉过正<sup>[42]</sup>。该行为人于其中所享有的特殊保护将比其于未成年人司法的待遇显著减少,以此突出和彰显刑事司法对被害人的保护及社区防卫的关切。不过,这并非意味着未成年人刑事司法根本理念发生动摇,而是适应了变化着的社会要求及标准,使得未成年人刑事司法更加理性、务实。

未成年人刑事司法与非刑事的未成年人司法皆非封闭运行的,而是存在着衔接与互动。广义上的二元化未成年人司法,其互动与衔接着重体现在根据未成年人偏差行为的社会危害性、惯犯累犯、被害人谅解、再犯风险、教育矫正条件等个案因素,实现未成年偏差人在未成年人司法与刑事司法间的“移送”与“逆送”。比如在特定情形下,未成年人刑事司法亦可接受从未成年人司法移送而来的未成年惯犯、累犯,以刑事司法进行处置,以凸显对其惩戒和刑罚。

## [ 参 考 文 献 ]

[1] 叶文虎《论人类文明的演变与演替》,载《全球史评论》2013年辑刊。

- [2]吴根友《王夫之“文明史观”探论》载《中国哲学史》2020年第1期。
- [3]张吉良《周易通读》,济南:齐鲁书社1993年版,第51页。
- [4]何勤华《“文明”考》载《政法论坛》2019年第1期。
- [5]许道宝《胡适看一个现代文明观的“三件事”》,载《江淮时报》2014年7月15日。
- [6]洪文郎《〈礼记·礼运〉研究》,台北:花木兰文化出版社2008年版,第36页。
- [7]Goldson, B., Muncie, J. Towards a global “child friendly” juvenile justice? *International Journal of Law, Crime and Justice*, 2012 (1).
- [8]Muncie, J., Goldson, B. *Comparative youth justice*, London: Sage Publications 2006, p. 1.
- [9]Patterson, G. T. *Introduction to Evidence – Based Practices and Principles in the Criminal Justice System. Clinical Interventions in Criminal Justice Settings: Evidence – Based Practice*, 2018 (1).
- [10][16][21][22][30][33][34]张鸿巍《对未成年人犯罪,该有中国版“未成年人司法”了》,载《新京报》2019年10月29日。
- [11]徐航《预防未成年人犯罪法修订:找准保护与预防的平衡点》,载《中国人大》2020年第2期。
- [12][15][23][40]张鸿巍《未成年人司法的顶层设计与架构——以桥接、互动的双轨制为基点》,载《预防青少年犯罪研究》2014年第2期。
- [13][24]李煦《张鸿巍:未成年人司法政策应该改变了》,载《长江日报》2019年2月19日。
- [14][29]张鸿巍《熊孩子的救赎之道》,载《南方日报》2019年1月8日。
- [17][18]Henning, K. What's wrong with victims' rights in juvenile court?: Retributive versus rehabilitative systems of justice. *California Law Review*, 2009 (4).
- [19][20][36]张鸿巍《少年司法与刑事司法的桥接互动》,载《法制日报》2013年11月20日。
- [25]Ward, G., Kupchik, A. Accountable to what? Professional orientations towards accountability – based juvenile justice. *Punishment & Society*, 2009 (1).
- [26]Rogowski, S. Radical/critical social work with young offenders: challenges and possibilities. *Journal of Social Work Practice*, 2014 (1).
- [27]Butts, J. A., Mears, D. P. Reviving juvenile justice in a get – tough era. *Youth & Society*, 2001 (2).
- [28]张鸿巍《对未成年人刑事政策的反思》,载《法制日报》2014年5月14日。
- [31]张鸿巍《未成年人的法戒及罚界》,载《民主与法制时报》2016年2月25日。
- [32]张鸿巍《应综合考量未成年人犯罪治标与治本》,载《检察日报》2016年7月4日。
- [35]张鸿巍《“未检”须适应少年司法二元化趋向》,载《检察日报》2018年9月25日。
- [37]张鸿巍《分级干预:未成年人罪错行为处置的优化选择——以衡平及恢复性司法为导向》,载《检察日报》2019年2月11日。
- [38]史卫忠《制定印发〈关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见(试行)〉有关情况的通报》,载《检察日报》2020年5月20日。
- [39]Finkelhor, D., Cross, T. P., et al. How the Justice System Responds to Juvenile Victims: A Comprehensive Model. *Trauma, Violence, & Abuse*, 2005 (2).
- [41]张鸿巍《〈预防未成年人犯罪法〉修订中应注意的几个问题——以“双轨”未成年人司法顶层设计为导向》,载《未成年人法治内刊》2014年第1期。
- [42]张鸿巍《未成年人刑事检察的价值取向》,载《法制日报》2013年7月24日。

(责任编辑:崔伟)