

# 论未成年人犯罪预防中的教育性制裁

## ——以《预防未成年人犯罪法(修订草案)》为参照

■ 程 捷

(中国社会科学院大学 法学院 北京 102488)

**【摘要】**《预防未成年人犯罪法》所规定的各类干预处分,既包括旨在减少未成年人社会化过程中各种干扰因素的教育帮助措施,也有事后调校未成年人行为方式的制裁措施。教育措施的制裁属性应该从被干预对象是否违反保护法益的规范、基本权利影响程度加以界定。教育性制裁在未成年人社会控制机制中具有不可替代的功能,但在适用时应该作为教育帮助措施等其他规范学习机制的补充。教育性制裁的选择和执行应该秉持个别化和弹性原则,注意避免因适用教育性制裁而给未成年人造成标签化效果,同时完善程序化设计。未来的分级预防机制应该关注未成年人预防必要性判断,将行为表现仅当作预防措施的参考性标准,并通过年龄条件和监护条件审慎限制专门教育措施的适用。

**【关键词】**未成年人犯罪 犯罪预防 教育 制裁措施

DOI:10.16034/j.cnki.10-1318/c.2020.05.018

### 一、问题的提出

最近几年,未成年人的违法犯罪屡屡成为社会舆论的焦点和热点。我国自20世纪70年代以来便一直贯彻的以“教育、感化、挽救”为方针和以“教育为主、惩罚为辅”为原则的未成年人刑事政策饱受批评,甚至被理解成为对“混世小魔王”的一味纵容。然而,在呼吁对非行未成年人予以严厉惩罚的舆论诉求之外<sup>①</sup>,并存在着愈加关注未成年人权益保护的社会氛围,这种看似相互矛盾的社会诉求折射出我国新时期人民群众利益的复杂化和价值的多元化趋势。在我国,

收稿日期:2020-07-02

作者简介:程捷,中国社会科学院大学法学院副教授,法学博士,主要研究刑事法学和少年法。

<sup>①</sup>《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》没有对作为该法规制对象的三类未成年人的行为表现(不良行为、严重不良行为和犯罪行为)设置一个统合的上位概念。国内有学者将英美法的juvenile delinquency一词翻译成“少年罪错”,并将其作为少年违反社会规则和权威的各类行为的统称概念。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14页。笔者认为,中文法律概念中的“罪”具有触犯法律而受到正式处罚之意,而“错”代表着一种负面的价值评价,用“罪错”统称未成年人的不法行为或偏差行为并不妥当。因为有些不法行为着重于结果非价,并非基于行为非价,不一定等同于delinquency,如避险过当行为,甚至有些行为符合社会的期待却未必符合法律期待。而且,将未成年人的一些不成人世界期待的行为一概冠之以“错”,未必符合尊重未成年人人格及其自我发展的观念。笔者认为,相对于“罪错”概念更为合理的上位概念是“非行行为”或“非行”。即一切违反法律及或社会伦理的行为和品行。其理由有三:一是“少年非行”或“非行少年”一词乃日本《少年法》的正式法律概念,我国台湾地区少年法理论和实务也习惯用该概念作为触法行为、刑事行为和虞犯行为三类少年事件的统称。故使用此概念有利于开展未成年人法学的国际交流与合作(此亦为《中华人民共和国预防未成年人犯罪法(修订草案)》第12条所提倡);二是,搁置各国刑事责任年龄规定的差异不论,日本《少年法》中“非行行为”的范围与我国未成年人立法、理论和实践所指的“罪错行为”完全能够对应。日本《少年法》“非行行为”包括三种类型:(1)虞犯行为,即言行可能有未来违法之虞的行为;(2)触法行为:未成年人实施了触犯刑法的行为,但却因为不满责任年龄而不予追究的情形;(3)犯罪行为:14岁以上少年实施的犯罪。参见许福生《犯罪学与犯罪预防》,元照出版公司2018年版,第383-385页。

未成年人权益保护与成人社会规范秩序捍卫之间的对立更因为预防未成年人犯罪议题上的“多法并驱”状态愈加紧张,即预防未成年人犯罪是《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未保法》)《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防法》)《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)《中华人民共和国社区矫正法》(以下简称《社区矫正法》)等多部法律共同协力实现的任务。其中的《预防法》的立法冠名颇具中国特色,举世各国,罕见其例。“预防犯罪”的名称容易让人将该法类比警察法<sup>①</sup>,尤其是给了严惩未成年人非行或社会防卫主义主张寻觅到舞台的希望。

《预防法》的功能定位究竟应该是防患问题少年的社会防卫法,还是一套限于保护处分的教育制度?笔者认为:首先,将我国预防未成年人犯罪立法定位于教育法符合我国自20世纪70年代以来便奉行的以“教育、感化、挽救”为方针和以“教育为主、惩罚为辅”为原则(被学界称为“六字方针”“八字原则”)的一贯立场。纵使1999年《预防法》在立法规划和编纂技术上存有硬伤,也没有让社会防卫目标在该法中被定于一尊。甚至在《预防法》第1条关于该法立法目的的表述顺序上,“保障未成年人身心健康,培养未成年人良好品行”也被置于更为优先的地位。其次,我国《预防法》的功能取向和修订方向不应独立于联合国《儿童权利公约》的维护儿童最佳利益的精神和我国的相应承诺和义务。最后,预防未成年人犯罪立法作为未成年人法律体系分支的体系定位<sup>[1]</sup>,要求《预防法》对于非行少年须侧重于教育保护。

既然《预防法》的修正仍然应该坚持对非行未成年人的教育理念,那么到底能否对非行未成年人加以制裁呢?目前我国未成年人法学界对于合理科学地干预非行未成年人存在共识,但是却始终很避讳“制裁”的用语和制度设计。有研究更认为,惩罚性或制裁性的措施与教育感化挽救方针多有相悖<sup>[2]</sup>。笔者认为,从教育性制裁的角度思考未成年人犯罪干预措施的功能与规范,不仅有利于说服社会大众理解“以教代罚”的内涵,接受未成年人犯罪治理的理念,而且也有利于这类措施在立法设计时遵循教育规律和法治界限,并且为《预防法》未来的司法化设计奠定理论基础。因此,本文从社会控制视野下的规范学习和确证为切入点,厘清制裁措施与教育任务之间的相互联动和限定关系,并在此基础上归纳出教育性制裁的特点和运用原则,尝试提出《中华人民共和国预防未成年人犯罪法(修订草案)》(以下简称《修正案》)中教育性制裁的设计建议<sup>②</sup>,以期作为当前立法与未来实践提供参考。

## 二、未成年人社会控制中的教育性制裁及其机能阐释

未成年人法学界长期以来存在一种观点,主张帮教或保护是应对未成年人在发育过程中出现偏差状况的唯一手段。与此同时,近年来也有学者主张检讨“教育为主,惩罚为辅”的未成年人司法政策,并将其过渡为“归责与矫正并重”<sup>[3]</sup>。这种对未成年人的归责式处置是否等同于制裁?若是,其较之通常法律制裁又应该有何种独特的功能,本节就此展开探讨。

### (一) 社会控制视野下的制裁及其界定

社会控制的概念来自于北美社会学理论。它覆盖甚广,包括所有有助于整个社会、子群体或个人之间克服矛盾、紧张和冲突的制度、机制和程序。尽管社会控制的形式不限于法律,但任何社会控制形式都具有两种基本性要素:一是旨在确保秩序的规范;二是确保合规行为举止

<sup>①</sup> 但凡以预防犯罪为主要宗旨的立法和制度,在学理划分上都应归入警察法或被看作与警察法相类似。Vgl. Meier, Strafrechtliche Sanktion 4. Aufl. 2015 S. 8.

<sup>②</sup> 目前全国人大常委会已经对《预防未成年人犯罪法(修订草案)》完成了两次审议,并分别于2019年11月1日和2020年8月17日公开发布了两次征求意见稿。本文如无特别指明,《修正案》内容以第二次审议稿为准。

的调控手段。所谓调控手段可以分为事前引导和事后调校。对偏离社会规范行为的事后调校又可以分为正式性反应和非正式性反应两种。作为一种非正式性的事后反应,如家庭、邻里、同事以及工作场景中的反应,可从嘲笑讥讽,到明确批评,直到断绝关系。正式性的反应,如《修正案》中的训诫、责令参加公益劳动、接受社会观护、送入专门学校接受专门教育等,再如《刑事诉讼法》的侦查、附条件不起诉乃至法院判处刑罚等。作为事后调校的反应,无论是正式性还是非正式性的,其共通之处在于它们能让承受者预见到后果并调整其行为举止,有利于在个人社会化过程中实现规范的内化。

那么如何在这些事后调校性反应中判断其是否属于制裁呢?更具体而言,类似于《修正案》第6条所谓的“保护处分措施”是否属于制裁呢?笔者认为,判断某项措施是否属于制裁应以其目标定位和适用前提为标准,具体包括两项。

1. 反应的依据是行为违反了旨在维护社会共同生活特定利益的明确规范,这种特定的利益在刑事法上被称作“法益”。《预防法》所预防的“犯罪”是一种广义的犯罪概念,其包括三种形态:一是符合《刑法》犯罪构成要件且有罪责的狭义犯罪行为,其违反刑事法规范并侵害法益。二是行为符合犯罪构成的描述但却因为不满刑事责任年龄而无法受到刑事处罚的触法行为。值得说明的是,《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》)所禁止的多数行为与《刑法》禁止行为之间仅纯粹是量的区别,无行为入主观要件方面的区别,同样也应该归入“触法行为”<sup>①</sup>。三是目前尚未违反法律规范,但却表明未来可能发生触法行为或犯罪行为的言行举止,即虞犯行为。其中前两者都可能(但不必然)适用制裁措施,但是对于最后一种行为,不宜采取制裁措施<sup>②</sup>。

2. 反应较为深度地干预了违反规范者的基本权利。所谓基本权利包括名誉、信仰、财产、健康、自由、身体乃至生命等维系人格形成及其发展的利益。深度干预基本权利的通常表现既可以是消极地限制或剥夺其权利,也可以是积极地为行为设置义务或负担。例如《修正案》第4章(严重不良行为的预防)第40条所列举的责令赔偿损失(第2项);责令遵守特定的行为规范,不得实施特定行为、接触特定人员或者进入特定场所(第5项);责令参加公益劳动(第7项);责令接受社会观护和管束(第8项);第43条专门教育措施以及《刑事诉讼法》第283条规定的附条件不起诉的考察条件都可以被理解成制裁。那么制裁和保护处分的区别何在呢?

首先,从制度设立的目的而言,制裁着重纠正和调控未成年人的行为方式,促进其合乎规范生活的能力;保护处分的重心在于改善未成年人的教养监护条件和环境,维护和强化保护未成年人的利益和福祉。例如2020年《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》(二次审议

① 虽然也有文献使用“触法行为”的概念,但却将触法行为限定在触犯《刑法》规定且因不满刑事责任年龄而不予刑事处罚的行为,并认为《治安管理处罚法》的行为类似于国外的“违警行为”,应该有别于触法行为概念。见姚建龙、孙鉴《触法行为干预与二元结构少年司法制度之设计》,载《浙江社会科学》2017年第4期。同时,该学者在另一篇文献中将这类“违警行为”使用“严重不良行为”的表述,而对于触法行为则要有别于“严重不良行为”另行单独设计。见姚建龙《论〈预防未成年人犯罪法的修订〉》,载《法学评论》2014年第5期。虽然不使用触法行为概念,同样认为《预防法》及其《修正案》在“严重不良行为”以外,应该独立规定“低龄未成年人犯罪行为”的预防问题,参见佟丽华《预防未成年人犯罪法的“致命”缺陷》, <https://mp.weixin.qq.com/s/47kWOD1XeNzZoCFuFJAK8w>, 浏览日期:2020-8-20。笔者认为,这种认识没有注意到我国刑事不法和行政不法之间区别的特殊性,我国刑法中的犯罪构成是“既要定性又要定量”,犯罪行为和违反《治安管理处罚法》的行为之间根本没有主观性考量方面的区别,绝大多数应受治安处罚行为都是因为社会危害性客观上“量”的不足导致不能定罪而被创造出来的。这两类行为在本质上都侵害了刑事法的“法益”,在未成年人法概念术语上应该同属“触法行为”,这也符合未成年人犯罪预防更应关注“犯罪人”的教育需求性,而不仅着眼于行为的客观危害性的理念。在“严重不良行为”和“犯罪行为”之间根本无需再创设一个“低龄未成年人犯罪行为”术语或预防对象。

② 《修正案》第三章将这类虞犯行为称作“不良行为”,因为该章所描述的不良行为并没有严重侵害法益(即没有违反刑法性规范),所以不得也不宜用制裁的手段予以回应,更应该着眼于教育辅导和帮助。尽管《修正案》以及《中小学教师实施教育惩戒规则》(征求意见稿)也赋予学校一定的惩戒权,但是不得达到深入干预基本权利的程度。

稿)规定的“委托照护”制度便是一种典型的保护处分<sup>①</sup>。其次,就内容而言,制裁往往对未成年人构成一种负担或痛苦,而保护处分是一种福利性给付。再次,就措施选择而言,制裁必须符合必要性原则和备位性要求,而保护处分更多关注实质有效性。最后,从决定机制上看,制裁在作出前既可以征得被处分人及其法定代理人的意见,也可以由决定机关逕行作出;但保护处分通常必须取得相关人的同意,尤其要征求被保护人的意见。

值得强调的是,尽管制裁是调校未成年人行为方式和品格的反应之一,但并非唯一手段。未成年人犯罪预防中同样会运用事前的、一般性的教育预防措施(即所谓的一级预防)以及事后的教育辅导措施。下文就制裁的效用和限度及其与辅导帮助之间的联动关系展开论述。

## (二) 未成年人犯罪预防中制裁的效用及其限度

正如前文所言,制裁仅是未成年人非行事件事后反应机制中的一环,但它却在整个社会控制格局中具有不容舍弃的地位。对此有两个方面的理由:一方面,社会规范生活的基础性要求,如不要伤害他人的行为规则,只有当它们得到背后的制裁机制的第二线支持,才能确保人与人交往过程中期待的安定性以及社会秩序中的信赖。正是因为任何制裁都能给承受者带来痛苦,才可能以国家权威的方式让规范不会被遗忘<sup>[4]</sup>。对于未成年人而言,制裁作为最后一种教育手段,可以提示其行为的界限,澄清规范之要求,并且巩固规范的效力。另一方面,正是因为制裁选项的存在,才使得制裁之外的(家庭、学校、社区等)教育措施的有效性得以强化和被支持。制裁本身开启了未成年人得到自觉矫治的空间,即只有制裁背后隐藏着的潜在强制性才可能让未成年人及其家长去追问替代性矫治方案的可能性,这也被称作法律制裁的悖论<sup>[5]</sup>。

具体到未成年人的犯罪预防议题,除了制裁以外,还有家庭监护、学校教育、社区和同伴的监督及媒体舆论等其他发挥社会控制功能的机制<sup>②</sup>。它们相互之间以各种各样的方式交织和联动在一起。无论是任务的衔接,还是效果的实现,法律制裁都是以其他社会机制为前提或补充的。例如,依据《修正案》第40条的规定,公安机关发现有严重不良行为的,有权责令未成年人接受社会观护,由社会组织、有关机构在适当场所对未成年人进行教育、监督和管束。如果实施这种制裁的同时,家长却漠不关心或持拒绝配合的态度,那么就不可能消除引发未成年人违法犯罪行为的各种消极因素,为未成年人身心健康发展创造良好的成长环境。再如,暴力殴打同学的未成年人可能会因为他所处校园的暴力氛围,纵然经过学校惩戒,也很难得到良好的确证规范“不能随便殴打他人”的效果<sup>③</sup>。可见,制裁的效果不宜过高估计,如果法律规定背后的社会、伦理和道德规则并没有在童年教会给未成年人,那么制裁的效果就不会好。

## (三) 未成年人制裁的教育性设计

制裁与其他社会控制机制的联动性和效果局限性要求我们重新回归未成年人守法生活能力的发育过程去思考,赋予制裁在预防未成年人犯罪方面新的内涵和型态。

守法生活的内涵可分为内外两个不同且相互影响的层面<sup>[6]</sup>:从外部层面而言,守法生活的基础是被制定的共同生活规则。这些规则形成、发展和被贯彻于社会共同体的外部世界,刑事法律规则亦属其中。就内部主观层面而言,个体必须适应和承受特定时空下的社会结构,并将之作为自己的行为准绳,最终将外部世界所构建的规范予以个人内化。守法生活的内外结构可

① 《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》(二次审议稿)的第21条规定“未成年人的父母或者其他监护人因外出务工等原因在一定期限内不能完全履行监护职责的,应当委托具有照护能力的完全民事行为能力人代为照护。”

② 这些机制不一定都规定在《预防法》之中,也可能被规定在《未保法》之中。例如《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》第16条第1款第9项有关父母采取合理管教的规定,《中华人民共和国义务教育法》第36条有关学校德育责任的规定等。

③ 国外也有实证研究印证,实施暴力非行行为的未成年人声称自己曾在学校经常目睹暴力行为的比例较高。Vgl. Streng, Ansätze zur Gewaltprävention bei Kindern und Jugendlichen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 229 f.

以清楚地表明,受过教育而能够自控的效果显然要好于来自于外部的强制。一方面从成本而言,自控始终都是当下的,并且不需要特别的监督机关在场,唯有当未成年人不能或难以自控时,才有必要进行外部压制性控制。另一方面,现代社会中依赖家长、仪轨和舆论去保障的社会规范的外部约束力正在逐渐弱化,唯有通过负责任的行为,即提高内控才能弥补社会控制的短板。而内在控制的前提是,未成年人要通过教育去理解社会规则,即规范的意义和目的<sup>①</sup>。

教育对规范学习的重要性还得到了脑科学研究成果的印证。现代研究表明,在规范学习的过程中,“器质性脑部神经元过程”发挥了重要的作用。形成共情和负责能力的根源是在脑部顶叶和前叶的镜像神经元。这种特殊的神经元能够对他人产生所谓的“情感(例如痛苦和友谊)性神经生物学共振”,这种共振效应甚至无需后天的知识学习,便可直接地模拟对他人的内部透视<sup>[7]</sup>。正是在这种人与人之间相互感知能力的共同叠加中,产生了社会人际交往空间,并成为理解他人和道德养成的基础。从这个角度看,道德和责任的形成依赖脑部结构以及人和外部环境之间的不断交互影响。如果一个人在成年前的感情训练阶段承受太多被拒绝、痛苦、屈辱、恐惧的负面经历,都可能对大脑发育带来显著的反射性影响,尤其容易培养出攻击性人格和行为倾向。可见,这类引发少年非行行为的器质性脑基质原因只有通过塑造情感氛围的教育才可能得到改善和影响。

从规范学习任务的角度,《预防法》所规定的各类干预处分,既要有包括旨在减少未成年人规范学习及其社会化过程中各种干扰因素的辅导帮助措施,例如《修正案》第40条第6项规定的心理辅导措施、第53-55条规定的对社区矫正和刑满释放未成年人的安置帮教措施等;也要配置整合教育目的的制裁措施,如《修正案》第40条第4项的责令义务劳动等。通常的成人制裁,尤其是那些以排斥和污名化为宗旨的制裁以及不利于促进未成年人规范学习的措施不应该成为预防未成年人犯罪的手段。例如实践中经常采取的集中式训诫。未成年人的制裁应该优先着眼于加强自我的责任性。将校正非行行为当作促使未成年人学会自我承担责任的契机,或者通过控制和惩戒,满足其自觉承担责任的诉求<sup>[8]</sup>。尤其需要注意的是:成人刑罚目的理论中的一般预防理论不可以套用于对未成年人的制裁,要坚决反对通过惩戒去震慑潜在未成年虞犯的目标。因为震慑只能对那些理智且善于精算的潜在犯罪人才会发生作用,而未成年犯罪人多数都不是在理智精算下实施犯罪的。

### 三、未成年人教育性制裁的运用原则

在未成年人犯罪治理中,教育性制裁应该朝向有利于未成年人实现规范内化的目标形塑之,具体而言,应注意下列原则。

#### (一) 适用制裁的备位性原则

从世界各国少年事件处理经验来看,非行未成年人的处遇措施普遍呈现出一种分级化处遇关系:首先是辅导帮助类措施,其次是教育制裁类措施,最后是归责类措施。这种层级化的顺位只是立法者擘画出的原则性决定。从干预强度考量,一些教育制裁措施其实比归责类措施的干预强度和制裁效果更大。以德国《少年法院法》为例,“接受辅导指示”(Betreuungsweisung)虽系辅导帮助类措施,但要求未成年人长期接受社工机构的监督和考察,在干预密集强度上要明显高于一次性执行的训诫。由于教育性制裁作为一种深度干预未成年人生活形成方式的社会控

<sup>①</sup> 根据发展心理学,此种道德性规则和法意识的发育成长还需要经历从单纯的遵守,到对榜样的认同或追随,直到内化成自我的行动观念等多个步骤。

制制度,只能当未成年人的非行严重扰乱了社会秩序,并必须通过制裁重建时才能适用。例如《修正案》第4章第37条第2项的非法携带国家管制器具的未成年人,如无其他造成后果的不良行为,只是可能处在犯罪边缘的曝险未成年人,原则上就不宜采取责令其参加公益劳动或者专门教育等干预其身体或自由的教育性制裁措施,应该优先适用《修正案》第39条责令父母或其他监护人严加管教。唯有父母不能管教或管教无效时,可以优先结合教育、心理、医疗等相关资源,对此类未成年人开展辅导帮助措施。可见,从教育性制裁的备位性原则出发,可以推导出非行未成年人的教育帮助措施和非正式性控制机制原则上应享有优先性。纵使从未成年人教育目标出发,针对同一类非行行为和少年,在选择何种制裁措施时也应该坚持下列适用顺序:在保障必要教育效果的前提下,尽量选择不接触警察或司法机关的措施;在警察或司法机关决定的措施中,优先选择不产生处罚记录的措施;非收容性措施要优先于收容性措施;在非收容性的措施内部,辅导性的措施要优先于禁制性的措施;在收容性措施中,也要尽可能选择有观察考验期限的措施。

### (二) 制裁内容的个别化原则

如前文所述,未成年人的制裁不应追求一般预防的效果。即便因为某些未成年人实施了严重危害社会的犯罪行为,需要兼顾社会防卫的考量,但是仍然要对制裁方案作出个别化的设计,以防追求一般预防的效果。这是因为整合教育机能的未成年人制裁须以加强未成年人的自我责任性为目标,在决定是否采取制裁、选择制裁种类以及执行制裁时,不应仅关注非行行为的侵害后果,关键是以非行行为人是否有不利于自我健全成长或损及他人的环境和性格特质为前提。具体而言有下列三方面要求。

1. 决定层面采取“分人处遇”,而非单凭罪责高低的“分级处遇”。此乃当今世界各国预防未成年人犯罪的普遍经验。德国《少年法院法》第5条第1款更是明文规定,少年法官作出教育处分不是基于犯罪行为,而是以“犯罪行为为契机”。德国立法者希望通过这种表达去强调,在命令教育措施之际,不能持有报应犯罪的观念。虽然表面上是犯罪行为促使了法官对少年实施干预,实际却是着眼于行为人的教育<sup>[9]</sup>。

2. 应该秉持弹性态度实施未成年人非行事件处理程序。即便是少年刑事程序也可以被弹性化地实施。例如采取取保候审并交付社会观护的措施以尽可能地替代羁押。

3. 在执行方面也应有弹性。例如在我国台湾地区,对于虞犯少年、触法少年和触法儿童<sup>①</sup>,无论是采取限制其人身自由的保护管束措施,还是采取收容到一定场所而实施的安置辅导和感化教育措施,当期限确定以后,如果未成年人在执行期间表现良好,都可以提早结束<sup>[10]</sup>。在德国,《少年法院法》第10条有关教育性指示措施的列举性规定不是穷尽式的,少年法官无论如何都不会受到第10条列举性规定的限制,这给法官发挥创造力和教育能力开辟了广阔的空间。

### (三) 制裁效果的避免不利益原则

避免不利益原则在未成年非行事件的处理过程中有实体和程序两方面的体现:就实体而言,未成年人不应该因为曾经受过教育性制裁而留下不利于其未来发展的记录。尽管我国《刑

<sup>①</sup> 我国台湾地区《少年事件处理法》(以下简称《少事法》)将非行未成年人采取分类处遇,即分为12-18岁的少年以及12岁以下之儿童。同时将偏差行为按照其情节严重程度分为虞犯行为、触法行为和犯罪行为。其中根据对该法第27条之规定的理解,犯罪行为其实是触法行为中的一种,即年满刑事责任年龄且少年法院认为适合采取刑罚处罚的行为,犯罪行为将会转送检察机关提起刑事诉讼。所以,台湾地区少年法结合年龄和行为类型的排列组合可以分为虞犯儿童、虞犯少年、触法少年、触法儿童以及刑事少年。台湾少年法的立法意旨认为,虞犯儿童应该留在家庭环境辅导,不宜过早进入司法环境处置,故不属于《少事法》的适用对象。这种尽可能避免未成年过早接触司法的理念也影响到少年虞犯的处理,否则有违《儿童权利公约》的精神。2019年台湾地区《少事法》修正,虞犯少年类型已经被极大程度缩减,并以曝险少年的名称替代之。

事诉讼法》规定有犯罪记录封存制度,但是《未保法》和《预防法》都没有规定未成年人接受教育矫治措施的记录封存或消灭规定。实践中,一些地方将检察机关和公安机关的办案网络平台相互联网,将受教育处分或干预处分的未成年人的个人信息上网并进行实时共享,分级预警,并对被预警的未成年人采取具体的帮教<sup>[11]</sup>。笔者认为,这实际上是偏重社会防卫思维的二级犯罪预防策略,即在没有出现偏差行为之际,就利用技术性手段去加强监控,增加未成年人违法犯罪的难度,并非真正的教育。因为这会给未成年人带来标签效应,进一步压缩未成年人自我健康的空间,同时采集和运用未成年人的个人信息和利用之前的帮教信息开展预防工作也有侵害未成年人权利之嫌。值得肯定的是,2020年8月17日公布的《修正案》二审稿第57条,首次增设了未成年人接受矫治教育、专门教育的记录,以及被行政处罚、采取刑事强制措施和不起诉的记录比照适用犯罪记录封存的规定。

#### (四) 正当程序原则

正当程序原则实际上是避免不利益原则在程序方面的体现,不得赋予未成年人相对于成年犯罪人之更少的权利和权利保障意味着,在对成人基本权利,例如人身自由权开展重大干预处分之际,需要形式化和司法化设计的前置程序,未成年人同样平等地享有广泛的程序保障地位<sup>[12]</sup>。《联合国儿童权利公约》第37条更进一步规定,“所有被剥夺自由的儿童均有权迅速获得法律及其他适当的援助,并有权向法院或其他独立公正的主管机关就其被剥夺自由一事之合法性提出异议,并有权迅速就任何此类处分得到裁定”。我国已分别于2013年12月和2019年12月由全国人大常委会决定废止了原先的劳动教养制度和收容教育制度,尽管《刑法》依旧对未成年人的触法行为有由政府收容教养的法律规定,但是其适用程序应同样不得由公安机关不经司法程序独立作出。故笔者认为,《修正案》所规定的公安机关决定的专门教育措施不能解释为收容性措施,并应同时细化其程序设计和适用范围。

## 四、《修正案》中教育性制裁的设计建议

《预防法》曾被视为我国贯彻联合国《预防少年犯罪准则》(利雅得准则)的重要举措。然而,自该法诞生以来,其地位和功能就一直备受争议。有一种观点认为,《预防法》应该改造成“少年事件处理法”或“少年司法法”,着重规定所谓少年罪错行为的保护处分措施体系<sup>[13]</sup>。笔者认为,多数国家和地区的少年事件处理法或少年法院法都准用了刑事诉讼程序的规定,由于我国现行《刑事诉讼法》已经设置了未成年人刑事诉讼程序专章,因此目前应该重点探索未成年人非行治理中的实体性处遇措施,并在时机成熟时,将《刑法》《刑事诉讼法》各自有关未成年人案件的内容并入《预防法》,最终形成我国的少年司法法。因此,本节将结合上述教育制裁的特点和运用原则,重点对《修正案》相关内容的完善提供建议。

#### (一) 以行为教育需求标准贯彻个别化原则

《修正案》第2条明确了未来的《预防法》将采取分级预防、提前干预的未成年人犯罪治理思路。然而,《修正案》却基本延续了现行《预防法》以行为为中心的分级逻辑,没有实现从“行为法”到“行为入法”的过渡。换言之,《修正案》对不良行为、严重不良行为的描述不能准确锚定需要干预或矫治的非行未成年人。例如,《修正案》第37条虽然明确列举了未成年人严重不良行为的表现形式,其中包括结伙斗殴、故意伤害他人身体、吸食毒品、参与赌博等严重危害社会的违法行为。显然,这些行为都因为未成年人未满刑事责任年龄无法受到刑事归责,故而需要《预防法》采取教育性制裁措施。但由于该条没有列举“杀人、强奸、放火”等严重不良行为的型态,被误读为立法遗漏或被批评分级不彻底<sup>[14]</sup>。同时,该条也存在“不相称”的列举,例如携

带刀具和吸食毒品并不属于犯罪行为,这类未成年人在域外立法往往被视为虞犯少年或曝险少年,但此类问题少年未必会成为犯罪少年。可见,如此立法,没有关注到犯罪成因论的理由。

从社会学角度而言,“不良”可能只是反映了未成年人在青春期以自我为中心、正常的阶段性心理特质,尤其是未成年人往往相信他是众人注意的焦点,尽管在实际社会中并没有这样的“众人”存在。大多非行未成年人正处于青春期,其生理和心理在短时间内都产生了极大的变化,他们较以前更注意自己的身体形象、行为举止以及在他人眼中所扮演的角色,这往往成为各类不良行为的动机。由于他们缺乏人际互动经验,以致无法意识到他人所关注的对象与自己所关注的对象有所不同,当他们希望博得“想象观众”的关注时,极可能在公共场合下做出荒诞不羁的行为,或抽烟喝酒,或参与危险活动,甚至故意对师长同学做出不合期待的行为。可见,不良行为的概念和分类常因为情境、时间、文化的不同而有不同的意义,故《修正案》应该重点回归未成年人分类处遇的原则,不以行为列举作为适用教育性制裁的充分条件。笔者认为,应将该条表述修改为“未成年人有下列严重不良行为者,依其性格及环境,而有犯罪或损及他人权益行为之可能”,作为包括教育性制裁在内的各类应对措施的适用前提。

### (二) 通过结合式适用提高制裁处分的教育性特征

《修正案》第40条列举的“矫治教育措施”中不少都具有制裁的特征,而且几乎是照搬《刑法》《刑事诉讼法》《治安管理处罚法》中的制裁措施,在内容上缺乏教育性设计。以该条第1项列举的训诫为例,其本身就是公安机关在处理违反治安管理行为中一种常见的行为。对成年人适用时,它往往是一种累积性的声誉罚或者精神罚,通过增加被训诫人的精神负担,防止其再犯。对于未成年人而言,不应该照搬这种处分,而应该改造成劝诫谈话的教育性内容。借鉴德国少年刑法实务经验,在劝解谈话时应该脱下制服,淡化威权。同时,为了增强规范学习的效果,不得单独适用训诫,必须结合其他教育措施适用。

### (三) 提高专门教育措施的备位化和建设性

目前围绕《修正案》第二次审议稿的讨论聚焦在专门教育措施,根据《修正案》第43条规定“公安机关在办理案件中,发现犯有严重不良行为的未成年人有情节恶劣或造成严重后果,或多次实施严重不良行为,或者拒不配合、接受第40条规定的教育矫治措施的未成年人,可以经专门委员会评估以后,送专门学校接受专门教育。”有观点认为,专门教育是替代“送交工读学校”以及“政府收容”等具有较强禁制性的一种国家教育供给<sup>[15]</sup>,然而却回避了这种教育措施究竟是一种禁闭式管理,还是一种福利性帮助措施。

笔者认为,抛开专门教育在国家教育体制内如何定位的问题,从法律措施属性而言,专门教育至少是一种制裁,理由在于:首先从适用范围上看,《修正案》将“严重不良行为”“情节恶劣或造成严重后果”作为适用的前提要件,说明专门教育不是一种任何具有教养环境缺陷或处在福利困境的未成年人都可以获得的保护处分,而是针对严重违反规范行为作出的国家反应。其次从处分内容上看,尽管《修正案》第46条规定了专门教育的教学内容和升学待遇,试图通过“学校化”的矫治方式软化禁制的拘束力,但是“学校化”的特点很有可能伴随禁闭式生活方式的安排,势必会对受教育人的基本权利形成限制。最后从适用标准上看,尽管《修正案》采取了监护人申请和公安机关移送两种启动模式,但是后一种启动模式中,判断移送与否的标准却没有以父母或学校“无力管教或管教无效”为前提。

为了让专门教育回归教育性制裁的特点,笔者建议,除了以教育序列人员替代收容管教人员,将专门学校内的生活作息改为一般教学、特别教学和辅导教学并立的架构以外,在送交专门学校的适用条件上,增加未成年人毫无过上规范化家庭生活的环境条件和14周岁以上的年龄条件。另外,矫治内容上必须具有建设性,应该增加未成年人与社会一般性接触机会的处遇内

容。专门学校的教师应该尽量选用年轻的成年人,以便与未成年人沟通。在国外,同僚群体理念在教育矫治措施决定和执行环节都获得了较好的评价,因为相对于世代隔阂较远的成年人,未成年人更愿意得到同僚群体的参照和认同。此外,专门教育如果采取禁闭式或其他限制学生基本权利的措施,建议由人民检察院决定。一是可以避免专门教育成为收容教养的代名词,二是因为检察机关近年来致力社会支持体系建设已使得其比法院更加具备教育性判断要求的资源和能力。

#### (四) 收容性措施的效果预估缺乏实证基础

有观点认为2020年8月第二次审议的《修正案》中的专门教育是贯彻《刑法》收容教养制度的重要形式,但笔者却怀疑,未成年人在长期“走样变形”的社会化历程之后,通过零敲碎打式地猛地拽拉一下,究竟有多大的预防效果?国外的实证研究表明,非收容性的建设性措施,如安置辅导、加害人—被害人和解等辅导性措施配合参加公共服务的教育制裁在防止再犯率方面的效果可能会更好。德国的一项有关加害人—受害人和解项目中未成年人再犯率的研究也发现:由91名故意伤害且后续进行过刑事和解的未成年人所组成的观察小组的再犯率是56%,但是观察对照组的60名被正式实施拘禁性制裁的未成年人却有81%的再犯率<sup>[16]</sup>。

根据《刑法》第17条第4款的立法本意,收容教养制度是原生家庭无法胜任管教职责时才适用的机制。《修正案》的专门教育不妨考虑设计一种介于两者之间自愿性的安置辅导制度。国外实践表明,被安置于受过特别培训的寄养家庭中的不良少年群体,在寄养家庭温暖和安全的的生活环境下,其一般性人格发育及其社会能力得到补足以后,仍然可能在少年时期(15-19岁)明显降低犯罪率。相反,以群体为导向的,将问题少年等犯罪人聚集到一起的措施却可能适得其反<sup>[17]</sup>。在《修正案》未来进行第三次审议时,专门学校是否采取收容性设计,建议不妨审慎参考上述域外经验。

### [ 参 考 文 献 ]

- [1]徐建《伟大变革中的我国青少年犯罪与未成年人保护法》,载《青少年犯罪问题》2016年第1期。
- [2]姚建龙《论〈预防未成年人犯罪法〉的修订》,载《法学评论》2014年第5期。
- [3]张鸿巍《少年司法二元化有罚有护》,载《检察日报》2015年2月3日。
- [4]Jung, Was ist Strafe? 2012, S. 16 f.
- [5]Rössner, Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, FS - Jürgen Baumann 1992 271 f.
- [6]Popitz, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980, S. 37 ff.
- [7]Damasio, Der Spinoza - Effekt, 6. Aufl., 2011, 165 ff.
- [8]Maelicke/Sonnen, Handbuch der Resozialisierung, 2004 203 ff.
- [9]Schaffstein/Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, 15. Aufl. 2014, S. 123.
- [10]陈慈幸 蔡孟凌《少年事件处理法学理论与实务》,台北:元照出版公司2009年版,第186、198、202-203页。
- [11]郑博超《“熊孩子”:要管起来,更要管好》,载《检察日报》2020年5月20日。
- [12]Meier, Strafrechtliche Sanktion, 4. Aufl. 2015, S. 3-4.
- [13]姚建龙《〈中华人民共和国预防未成年人犯罪法〉修订专家建议稿》,载《青少年犯罪问题》2020年第2期。
- [14]佟丽华《预防未成年人犯罪法的“致命”缺陷》, <https://mp.weixin.qq.com/s/47kWODIXeNzZoCFuFJAK8w>
- [15]金泽刚《专门教育取代收容教育是矫治教育科学化》,载《光明日报》2020年8月12日。
- [16]Rössner, Kriminalprävention durch TOA—Ergebnisse aus der Rückfallforschung, Vortragsammlung des 12. Forums für Täter - Opfer - Ausgleich 2008, S. 6 f.
- [17]Meier/Rössner/Schoech, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2013, S. 24-25.

(责任编辑:崔伟)