

未成年人保护立法的理念 与制度体系

叶小琴*

摘要 通过将美国少年法院法视为现代少年刑法的历史起源,我国法学界引入保护主义研究未成年人法。然而保护主义在建构层面忽视美国干预主义和转处主义的理念鸿沟,体系论层面也没有形成阐释未成年人犯罪特殊法律责任制度的基本概念和理论框架。基于社会系统论的分析表明,围绕多元主义的立法理念,我国形成了具有不同基本功能的“三根支柱”制度体系。“第一根支柱”秉承支持主义理念,将未成年人视为未来的有效人力资本,健全支持积极生育及未成年人合法权益保障的制度。“第二根支柱”秉承矫治主义理念,将未成年人视为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群,健全分级矫治未成年人罪错行为的制度。“第三根支柱”秉承转处主义理念,将未成年人视为年幼的犯罪人,健全科学惩罚涉罪未成年人的制度。此外,涉罪未成年人保护刑事立法还具有“保护区”“试验田”和“连通器”的具体功能。

关键词 未成年人法 社会系统论 支持主义 矫治主义 转处主义

一、问题的提出

未成年人保护立法是人口长期均衡发展法治保障的重要内容。当代社会立法过程是法律理念与生活事实交互分析处理的过程,“一方面法律理念须对于生活事实开放,它须被实体化、具体化以及实证化,以便于形成概念;另一方面所预见的生活事实须以法律理念为导向来进行典型构建及形成”。〔1〕所以,理念与立法是指导思想与制度构建的关系。我国未成年人口治

* 武汉大学法学院副教授。本文是2021年国家社科基金重点项目“犯罪化的理论体系与实践机制研究”(项目编号:21AFX010)的阶段性成果。

〔1〕(德)考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2003年版,第23页。

理进入构建系统性积极生育支持法律制度的新阶段,阐明未成年人保护立法的理念从而擘画制度发展蓝图是理论和实践面临的重大问题之一。

保护主义理念深刻影响着我国未成年人保护立法的研究。保护主义的代表性观点认为:“狭义的少年刑法仅仅是指规定少年犯罪与刑罚的法律规范的总称,以比照成人犯罪从轻、减轻或者免除处罚的‘小刑法’模式为基本特征。这是我国少年刑法的现实。而广义的少年刑法则是指关于不良行为、少年犯罪及保护处分与少年刑罚的法律规范总称,这是我国少年刑法发展的理想”;“现代少年刑法的最大特性在于对于少年社会危害行为(包括严重社会危害行为)的处置超越刑罚,也超越保安处分,而以体现保护主义(具体表现为奉行儿童最大利益原则、优先保护少年原则)理念的保护处分为核心”;“1899年美国伊利诺伊州库克郡制定了世界上第一个少年法——《少年法院法》,以一套完全不同于成人刑法的规则处理少年案件,这标志着现代少年刑法的诞生”。〔2〕保护主义其他观点的表述略有不同,有的主张少年刑法应“强调‘保护和教育优先’的基本理念”,〔3〕有的建议保护性少年刑事政策,强调帮助少年完成成熟化进程,〔4〕有的认为“未成年人犯罪刑事政策的独特理念是国家亲权理论和未成年人特别保护观念”,〔5〕还有的倡导贯彻特殊和优先保护理念的恢复性少年刑事司法模式。〔6〕总之,保护主义以国家亲权理论和儿童最大利益原则作为理论基础,主张少年刑法与成年人刑法二元分离并优先运用保护性非刑罚措施处分犯罪未成年人,建议未成年人犯罪刑事立法专门化或未成年人立法综合化的立法模式。具体立法建议稍有差别,主要观点包括创建刑法典的未成年人犯罪刑事责任专章、〔7〕作为特别刑法之一的现代少年刑法、〔8〕“综合性的少年刑事法典”,〔9〕规定办理刑事、民事和行政案件的实体处置措施、诉讼程序和组织机构的少年司法法、〔10〕或者“集实体法与程序法、保护措施、惩治方法以及预防对策于一体的综合性立法”。〔11〕多数观点赞成以单行法形式重构我国未成年人犯罪刑法立法,制定集实体法、程序法和组织法于一体的未成年人综合性法律。所以保护主义建构了未成年人法的整体性变革思路。

只有对保护主义展开系统性反思,才能对我国未成年人法的创新发展形成科学认识。2020年以来我国未成年人保护立法的活性化趋势显著。2020年,《中华人民共和国未成年人

〔2〕 姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第18—19、27页。

〔3〕 刘立杰:《少年刑法基本问题研究》,法律出版社2013年版,第187页。

〔4〕 参见梅文娟:《少年刑事政策研究》,中国法制出版社2017年版,第153—154页。

〔5〕 张蓉:《未成年人犯罪刑事政策研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第164页。

〔6〕 参见狄小华:“‘优先保护’理念下的我国少年刑事司法模式选择”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2009年第5期,第124页。

〔7〕 参见赵秉志主编:《未成年人犯罪刑事实体法问题研究》,北京师范大学出版社2014年版,第436页。

〔8〕 参见姚建龙:“论少年刑法”,《政治与法律》2006年第3期,第107页。

〔9〕 赵俊:《少年刑法比较总论》,法律出版社2012年版,第38页。

〔10〕 参见孙谦:“关于建立中国少年司法制度的思考”,《国家检察官学院学报》2017年第4期,第8页。

〔11〕 安琪:“保护、惩治与预防——我国少年司法制度变迁七十年(1949—2019)”,《中国青年研究》2020年第2期,第40页。

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》)和《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)刑事责任年龄条文完成重大修改,同时《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)全面完善保护未成年人的婚姻家庭等制度。2021年,《中华人民共和国人口与计划生育法》(以下简称《人口法》)完成修改,专条保护未成年人个人信息的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《信息法》)及《中华人民共和国家庭教育促进法》(以下简称《促进法》)相继通过。这一系列立法是未成年人口治理领域全面推进依法治国的重大举措。科学认识我国未成年人保护的分散性立法需要理论指引。既有研究表明,保护主义似乎属于人类法治文明有益成果,然而这个关键问题并未被证成。保护主义偏重阐述美国少年法院创立时期赞成者的理由,还将美国不同历史时期和不同国家少年法不加区分地置于保护主义概念之中,这是一种静态的、片面的分析。本文首先系统性反思保护主义的法学建构不足和体系论困境。再基于法社会学的社会系统论分析未成年人保护立法的基本功能,总结支持主义、矫治主义和转处主义的多元主义理念。然后分析未成年人法律“三根支柱”制度体系的具体构成。最后围绕转处主义理念阐释涉罪未成年人保护刑法立法的“保护区”“试验田”“连通器”这三方面具体功能。

二、对保护主义的系统性反思

“对于实在法的法律科学式加工在三个层面上展开:解释、建构、体系论。”^[12]保护主义从美国为代表的外国少年司法制度中建构国家亲权理论及儿童最大利益、优先保护少年和特别保护少年原则(以下简称“一论三原则”),进而提出重构我国未成年人法的建议。然而问题在于:保护的概念能否有机联结“一论三原则”的观念集合?反思发现,保护主义存在法学建构误区和法律体系论困境。

(一)保护主义法学建构的误区

保护主义对于美国这个代表性样本的总结不充分也不准确,从而对于外国少年司法在理念层面的法学建构存在误区。

首先,保护主义没有充分注意美国少年司法制度的钟摆现象及其潜藏的控制和预防未成年人犯罪刑事政策目标。19世纪初至21世纪初这200年以来美国陷入放纵与重罚的被迫选择两极化政策时期(以下简称“两极化时期”)与中间地带多元化政策时期(以下简称“多元化时期”)交替轮转的少年司法政策循环。^[13]循环体现为两种少年司法政策交替占据主导地位的钟摆现象,一轮钟摆现象的周期包括“两极化时期”“多元化时期”和“两极化时期”重新开始三个阶段。首先,“两极化时期”未成年人犯罪率被认为特别高,法律对于未成年罪犯规定很多严厉刑罚却基本没有宽缓处置措施,刑事司法官员面临适用严厉刑罚、完全不处罚从而放纵未成年罪犯的两种

[12] (德)古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019版,第8页。

[13] See Thomas J. Bernard and Megan C. Kurlychek, *The Cycle of Juvenile Justice (Second Edition)*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 3.

极端选择;其次,未成年犯罪率仍然被认为特别高,严厉刑罚和完全不处罚都被认为与未成年人犯罪率增加有关,于是重要改革被推行,法律增加大量对未成年犯罪人的宽缓处置措施,形成处置的“多元化时期”;最后,随着多元化政策的实施,未成年人犯罪率仍然被认为特别高而且被归咎于对未成年人的宽缓处置,于是针对未成年人的严厉刑罚逐步扩张且宽缓处置措施逐渐限缩,“两极化时期”重新开始。^[14] 总之,钟摆现象反映美国未成年人法的不变与变,不变的是降低未成年人犯罪率的政策目标而非保护未成年人利益,周期性变化的是帮助与惩罚立法目的。少年法院管辖权以及最低刑事责任年龄的变迁则是改革中的重要制度表现。

其次,保护主义没有准确理解美国采纳国家亲权理论和儿童最大利益原则的制度导向。保护主义的这个观点被广泛认同:“在国家亲权观念下,少年犯罪(juvenile delinquency)被认为与成人犯罪(crime)存在着质的差别,而不是传统刑法所认为的量的差异。”^[15] 然而,“少年罪犯最初的观点与具有成长为不值得救济贫民危险的未成年人具有一致性”。^[16] 所以,少年罪犯指好逸恶劳的穷人家庭孩子,并非体现对未成年人的特别保护。该概念表明富裕城市决策者对于新涌入城市的“不上进”贫穷家庭的厌恶,以及不将其视为慈善法中帮助对象的区别对待制度导向。所以美国少年法院法体现的主流理念并非对于涉罪未成年人的特别保护而是州政府对家庭监护的强制性干预。国家亲权理论和儿童最大利益原则隐含的逻辑前提是儿童具有独立的需求并且能够被政府客观评估,其需求不能完全由监护人代理表达。所以,国家亲权理论和儿童最大利益原则论证了州政府通过强制性帮助未成年人从而干预家庭监护的手段正当性。而且,1870年美国伊利诺伊州最高法院在 Daniel O'Connell 一案判决中,认定将没有实施犯罪的未成年人监禁于未成年人教养院不是帮助而是惩罚,并且拒绝将国家亲权理论作为处置未成年人的基础,而是基于刑事法院和刑罚理论阐述判决结果。^[17] 正因为如此,美国19世纪初从纽约市开始逐步建立的未成年人教养院由于面临合法性质疑,少年司法制度逐步重回“两极化时期”;这才助推1899年从伊利诺伊州开始逐步建立少年法院,实际上实现“两极化时期”到“多元化时期”的第二轮转变。

最后,保护主义没有充分注意美国少年司法制度的干预主义和转处主义理念鸿沟。干预主义强调少年法院具有的优点,认为少年法院的处置措施能保护社会并帮助未成年人。转处主义认为刑事司法制度对于未成年人发展存在消极影响,主张少年法院可以避免普通刑事法院的弊端。转处主义比干预主义更加具有说服力,一则转处主义能够减少刑事司法制度对未成年人犯罪化造成的弊端;二则转处主义旨在减少损害的路径最适合少年法院创立以后的主要制度即社区观护,社区观护在低廉的司法成本和有利于未成年人复归社会两方面具有明显优势。^[18] 形式上的理论融合并不能弥合两者在制度导向方面的差异。美国

[14] Ibid., p. 4.

[15] 姚建龙,见前注[2],第30页。

[16] Bernard and Kurlychek, supra note 13, p. 56.

[17] See Bernard and Kurlychek, supra note 13, p. 60.

[18] See Margaret K. Rosenheim et al.(eds), *A Century of Juvenile Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 146.

的少年法院更大程度由干预主义推动创立,因为论证少年法院管辖权正当性的许多理由是由将获得少年法院新职位的法官群体提出的,而法官与这些新职位带来的声望和司法权扩张具有切身利益。^[19] 忽视转处主义和干预主义的理念鸿沟导致三方面不利后果:一是20世纪晚期多数少年法院未能充分避免刑事司法制度弊端;二是少年法院的发展历史难以对建立专门少年法院这一全世界流行现象提供理论根据,而实际上避免刑事司法制度弊端而非司法权的干预主义才是少年法院20世纪初在全世界范围内迅速获得认同的原因;三是对转处主义的忽视导致无法理解社区观护等制度。^[20] 因此,美国少年法院体现了干预主义为主、转处主义为辅的理念。但保护主义并未意识到两者制度导向的差异和改革成功标准追求更好还是避免更糟的潜在冲突。

总之,美国少年法院在形式上实现未成年人福利法对刑法的功能替代,在实质层面则是慈善法中区分值得帮助和不值得帮助贫民观念的映射。其他建立少年法院或者家事法院的国家,实际上也都是结合本国情况,基于未成年人犯罪刑事责任实体法及程序法、未成年人福利法的功能定位,逐步探索未成年人福利法的司法化及其对于未成年人犯罪刑事责任制度的部分性功能替代。

(二)保护主义法律体系论的困境

第一,保护主义没有通过基本概念或逻辑结构将“一论三原则”有机联结起来,也未能明晰考虑“一论三原则”的思维模式。实际上,“一论三原则”属于不同概念层次。国家亲权理论属于保护主义强调的理论基础之一,但是该理论能够推导的结论为:家庭监护缺失时国家应当帮助,家庭监护不当时国家应当干预。这有助于阐释2020年《未保法》增加的“政府保护”专章。儿童最大利益原则由国家亲权理论推导而来,该原则主张的保护未成年人合法权益基本立场当然值得肯定,但这并不能论证对于未成年人犯罪行为规定刑罚制度就是违反比例原则。至于特别保护与优先保护,则只是儿童最大利益原则的派生要求,将直接指导具体法律规则的构建。所以,“一论三原则”属于未成年人保护立法的理论基础、法律原则、规则要求这三个从抽象到具体的概念层次,并非同属于可以推导法律原则并指导具体制度创建的理念层面。保护主义通常用保护或者“一论三原则”中的两个、三个或全部论证少年刑法或未成年人法的理念。但保护不是具备理论解释力的基本概念,也无法直接推导“一论三原则”。某种程度上,保护与“一论三原则”形成循环解释。

第二,保护主义不能阐释创建未成年人犯罪特殊法律责任制度的正当性。保护主义强调未成年人身心发展的不成熟特点,主张对于涉罪未成年人给与保护处分或者其他非刑罚措施。这实质上提出了一个刑法教条:未成年人犯罪行为不适用刑罚或者例外情况下才适用刑罚。然而未成年人成熟化进程并不完全由生理年龄决定。综合考虑生物学上的、心理上的及社会性上的变化,年轻人包括一个宽阔的年龄范围,涵盖从10岁到14岁的青少年早期、从15岁到

[19] Ibid., p. 146.

[20] See Rosenheim et al.(eds), supra note 18, p. 147.

18岁的青少年晚期,以及从18岁到25岁的初显成人期。^[21]我国也早有结合思想教育实践的观点指出:“在对青年学生个体的把握中,可以从生理、心理、社会三种年龄尺度上去衡量。”^[22]所以,如果以身心发展不成熟作为犯罪行为特殊法律责任制度的理由,这种制度似乎可以延申至初显成人期的年轻人。这并不是纯粹的理论推演。“在我国,扩大检察机关自由裁量权范围之议来自对于青少年犯罪(有些地方主要针对中学生和大学生犯罪)斟酌处理的需要。”^[23]那么一些地方检察机关曾经对于中学生、大学生犯罪群体实行相同的暂缓起诉制度是否合理?附条件不起诉制度仅仅针对未成年人而不包括大学生是否妥当?对此,保护主义无法阐释。同时,从1979年中央宣传部等《关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告》的“做好对青少年的教育和对违法犯罪青少年的改造工作”,到《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》的“强化预防青少年犯罪工作的基层基础”等,我国关于年轻人群体刑事政策的文件中长期不区分青少年犯罪和未成年人犯罪。保护主义既无法阐释前述法律现象,也未能从统一化或区分化法律制度层面展开理论分析。

第三,保护主义无法阐释仅仅对于不满十八周岁自然人群体犯罪规定特殊法律责任制度的理论依据。保护主义还面临一个困境:刑法的责任主义原则在何种条件下能够对于特定自然人群体确立一个例外?1991年通过的《未保法》第4条规定保护未成年人工作应当“适应未成年人身心发展的特点”,2006年修订的《未保法》第3条规定“根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护”。不过,如同公共交通工具普遍设置“老、幼、病、残、孕”专座,我国对于其他特殊自然人群体也构建了特别的权益保障制度。《中华人民共和国老年人权益保障法》第3条、《中华人民共和国残疾人保障法》第4条和《中华人民共和国妇女权益保障法》第2条分别规定老年人享受社会优待、对残疾人给予特别扶助、保护妇女依法享有的特殊权益。前述立法的“优待”“特别”“特殊”与《未保法》的“特殊、优先保护”虽然用语有别但功能类似,都旨在根据特定自然人群体的身心特点给予其高于、优先于普通自然人的权益保障水平。而且我国刑法对于老年人、未成年人、精神病人、残疾人、怀孕的妇女都在不同程度上规定了特别保护制度,《刑法》第49条关于“不适用死刑”的三类对象就是代表性规定。所以,保护主义在体系论层面不可回避的困境还在于,既然“幼”这个自然人群体是责任主义原则的例外,似乎“老、病、残、孕”也应当部分或全部复制未成年人犯罪特殊法律责任制度。我国早有学者提出,从自然规律、刑罚目的等各方面进行考察,刑法都应规定刑事责任的最大年龄,超出刑事责任年龄的老年人属无刑事责任能力人,对其危害行为的处置可参照对未成年人危害行为的处置办法。^[24]所以,特定自然人群体的何种特殊性可以成为责任主义的例外?保护主义未能从理论层面阐释该问题。

[21] 参见(美)杰弗瑞·简森·阿内特:《阿内特青少年心理学:文化的视角》(第5版),雷霆等译,中国人民大学出版社2016年版,第12—13页。

[22] 杨小鲁、邵代富:“学生社会化过程中的三种年龄差异”,《青年研究》1987年第12期,第22—23页。

[23] 陈光中、张建伟:“附条件不起诉:检察裁量权的新发展”,《人民检察》2006年第7期,第8页。

[24] 参见熊立荣、郭慧英:“我国刑事责任年龄规定之反思”,《中国刑事法杂志》2003年第6期,第36页。

综上,保护主义由一个立场正确但内容空洞的“保护”概念标签和“一论三原则”的观念集合组成,没有提出基本概念或者结构化的理论框架解决教义学问题。高举特别保护未成年人的大旗自然立于不败之地,但法教义学要解决的恰恰是特别、优先保护的理論依据。唯有如此,才能体系化阐释现有立法并展望制度创新。

三、未成年人保护立法的多元主义理念

只有深入分析未成年人保护立法的基本功能才能明确理念。我国未成年人保护立法已形成基本功能分化,这决定了多元主义理念的科學性。

(一)未成年人保护立法模式与基本功能的关系

我国和美国未成年人保护立法在社会中的基本功能具有显著差别。传统自然法思想把社会构想为一种法律关系,现代法社会学则认为社会是一种系统,不存在某些在所有社会都同样有效的法律规范;特定社会的法律具有在不同可能性制度中进行一致性选择的相对性,这种与法律的内在视角及其道德基础保持距离的研究方法,是法社会学的经典起源。^[25]社会学对法律所做的思考一直以社会的两种理想类型即合意性视角和冲突视角为起点,前者将法律视为维系社会整合的中立性框架,法律的目的是调控利益、维系和谐与社会整合;后者认为法律是利益表达的手段,将法律视为社会冲突中的武器以及统治阶级为自身利益镇压其他阶级的工具。^[26]从冲突视角更能准确把握美国少年司法制度的基本功能。美国用未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法,却不改善贫困家庭生活的微观和宏观社会环境。这实质上是运用针对未成年人的强制性处置措施直接干预贫民家庭生活,旨在保障城市安全。

从合意性视角分析法律和社会关系的社会系统论对我国未成年人法更具有指导价值。社会系统论不是根据与应然固有本质的某种相似性或者国家制裁这样的特定事实性机制理解法律,主张从功能性和选择性角度理解法律,认为法律是在制度化过程中获得选择一致性并因而形成一个社会系统的结构,这个结构依赖于规范性行为期望的一致性一般化,因此在每个意义建构的社会中,法律的发展是法律逐渐分出和功能独立的过程。^[27]所以基于社会系统论的视角,法律是复杂性程度日益增加过程中社会整合机制的反映,其进化的方向是功能分化和多样化。故而,未成年人立法是特定社会某种行为期望在特定制度化机制中,为实现某种功能而被一致性选择的结果。

我国未成年人保护法律采取分散立法模式,与美国少年法院法的统一立法模式不同,不过也能构建某些功能相同的重要制度。美国少年法院法虽然在执行过程中存在不如人意之处,不过,“少年法院在专门针对青少年犯罪根本原因的过程中,无意中在犯罪预防行为方面作出

[25] 参见(德)尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第50—52页。

[26] 参见(美)史蒂文·瓦戈:《法律与社会》(第9版),梁坤、邢朝国译,中国人民大学出版社2011年版,第15—17页。

[27] 参见卢曼,见前注[25],第134、139—140页。

了巨大的贡献”。〔28〕少年法院在未成年人法中引入的康复目标在三个方面发挥积极作用。一是针对未成年人探索致力于帮助而非惩罚的法律制度；二是未成年人监狱的专门化；三是未成年人非监禁性处置措施的多元化。我国未成年人立法初步构建了前述制度。例如第一方面制度，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑诉法》）第 277 条、2006 年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《未成年人解释》）均规定，办理未成年人刑事案件“贯彻‘教育为主，惩罚为辅’的原则”；《预防法》第 2 条还规定“立足于教育和保护未成年人相结合”。再如第二方面制度，《看守所条例》第 14 条〔29〕和《中华人民共和国监狱法》第 39 条规定成年、未成年人分别关押制度。又如第三方面制度，包括《未保法》第 93 条的家庭寄养、《预防法》第 41 条的责令接受社会观护及《未保法》第 116 条的鼓励社会组织参与社会观护制度。因此，美国少年法院法采取统一立法模式，由少年法院这个福利机构运用准司法程序处置不同类型的“问题”未成年人，其优势是体系性和统一性。我国分散立法模式在对不同类型未成年人实行分类保护方面则具有独特优势。所以，我国既不存在用未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法从而解决贫困问题的社会期待，现阶段也不存在制定单行的少年刑法、少年司法法或少年法来整合或重构未成年人保护法律的制度需求。

因此可以得出两点中间结论。第一，功能决定形式，未成年人保护法律是协调各阶层利益并维系社会整合的人口治理体系，回应未成年人发展权保障突出问题所具有的基本功能决定立法理念。第二，形式也影响功能实现，刑法与其他未成年人法相互关系的科学定位对未成年人保护法律整体功能实现具有重大影响。

（二）我国未成年人保护立法的三种理念

根据宪法规定的根本立法目的，我国未成年人保护立法形成“三根支柱”体系。《宪法》第 46 条规定“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”，这表明最大限度保障未成年人发展权是未成年人法律的根本立法目的。“发展权的实现就是为了不断改善全体人民和每一个人的福利，确保全体人民和每一个人都有权参加、推进和取得各方面发展成果。”〔30〕最大限度保障未成年人发展权就是依法特别、优先保护未成年人发展机会的充分性、均等性。根据实现前述根本立法目的的不同基本功能，未成年人保护立法由具有相对独立性的“三根支柱”构成，包括以《未保法》为代表的支持积极生育及未成年人合法权益保障法律，以《预防法》为代表的分级矫治未成年人罪错行为法律，以《刑法》为代表的科学惩罚涉罪未成年人法律，体现了对于未成年人的三种定位和基本功能。

“第一根支柱”对未成年人的定位为未来的有效人力资本，反映一切为了提振未成年人口增长及发展水平的制度导向，围绕支持的关键词构建三方面制度。支持未成年人口可持续增

〔28〕（美）罗斯科·庞德：《美国刑事司法制度》，黄涛译，商务印书馆 2020 年版，第 27 页。

〔29〕当然，由于各地看守所的未成年人监舍数量有限，部分看守所未成年人与成年人混关混管混教现象仍偶有发生。

〔30〕汪习根、吴凡：“中国对‘发展权’的创新及其世界意义——以中国推动和优化与发展中国家的合作为例”，《社会主义研究》2019 年第 5 期，第 168 页。

长的制度旨在为了释放公民生育潜能规定积极生育政策及配套支持措施,主要包括《人口法》《中华人民共和国母婴保健法》《中华人民共和国个人所得税法》专项附加扣除条文等规定三孩生育政策和配套支持措施的法律。支持特殊未成年人群体特别保障的制度为留守、困境等特殊未成年人提供满足生活基本需要的支持,主要包括《未保法》的关爱帮扶特殊未成年人条文及2018年民政部《儿童福利机构管理办法》等未成年人福利法、《中华人民共和国残疾人保障法》的保障残疾未成年人条文。支持未成年人合法权益保障的制度规定未成年人权益清单和配套措施,主要包括《未保法》保护普通未成年人的规定,《促进法》《中华人民共和国义务教育法》(以下简称《教育法》),《民法典》监护、婚姻家庭和继承制度的保护未成年人条文,《信息法》保护未成年人个人信息条文,《刑法》与《刑事诉讼法》的特别保护未成年被害人条文等。总之,“第一根支柱”为解决未成年人发展权保障的普遍性问题发挥全局性基本功能。

“第二根支柱”对未成年人的定位为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群,反映对于一切潜在违法犯罪未成年人的制度导向,围绕矫治关键词构建未成年人道德与法治教育的两方面制度。一方面是消除各种滋生未成年人违法犯罪行为消极因素的法律制度,主要包括《预防法》预防犯罪教育规定。另一方面是未成年人不良行为或违法犯罪行为的预防制度,主要包括《预防法》预防犯罪教育以外的规定,《中华人民共和国治安管理处罚法》保护未成年人条文、专门学校和专门教育具体办法。《预防法》的思路是通过预防犯罪教育提高未成年人的自我管控能力,还通过对于未成年人不良行为及严重不良行为的提前、及时干预从而预防犯罪,也通过对未成年人初犯的教育和帮助预防其重新犯罪。所以,未成年人罪错行为包括不良行为、严重不良行为、初次犯罪行为和重新犯罪行为,前述两方面制度构建了未成年人罪错行为的分级矫治体系。《预防法》第38条规定的严重不良行为包括结伙斗殴等8类严重危害社会行为以及“其他严重危害社会的行为”的兜底条款,实际涵盖了未成年人违法行为,因此实现了对未成年人违法行为治安管理处罚制度的功能替代和升级。总之,“第二根支柱”为解决未成年人法治教育与发展的普遍性问题发挥主导性基本功能。

“第三根支柱”对未成年人的定位为年幼的犯罪人,反映对于一切犯罪未成年人的制度导向,围绕惩罚的关键词构建涉罪未成年人道德与法治教育的制度,主要包括刑法、刑事诉讼法、监狱法、社区矫正法、看守所管理等法律的保护涉罪未成年人条文。“第三根支柱”强调教育为主,《刑事诉讼法》也专门规定针对未成年人的附条件不起诉制度。不过,现行刑法没有规定针对未成年人的特殊行为定性标准、刑种或非刑罚处罚措施,教育为主实际上只能通过办案或刑罚执行过程中附带开展的法治教育工作实现。刑法是以禁止性规范为主的法律,《刑法》第1条规定的“惩罚犯罪”同样适用于未成年人,因此立法论层面刑法仍然将未成年人视为年幼的犯罪人。总之,“第三根支柱”为解决涉罪未成年人法治教育与发展的突出问题发挥针对性基本功能。

综上,“三根支柱”具有不同的基本功能和制度导向,从而分别具有独特的法律理念。“第一根支柱”体现一切为了未成年人的制度导向,针对适龄家庭以及未成年人的监护人、学校、社会、政府、司法机关,通过综合运用义务性、禁止性、授权性规范解决最大限度保障未成年人发展权的支持措施问题。“第二根支柱”和“第三根支柱”共同体现对于一切违法犯罪未成年人的制度导向,直接针对未成年人展开制度安排。“第二根支柱”对于一切实施不良行为、严重不良

行为和犯罪行为未成年人的制度具有弱强制性、矫治性。“第三根支柱”对于一切犯罪未成年人的制度具有强制性、惩罚性及教育性。同时,矫治和惩罚具有显著区别,矫治侧重行为主义、个别化,而惩罚侧重行为主义、罪责刑相适应。因此,“三根支柱”实际上具有不同基本功能,从而也具有独特的法律理念,分别为支持主义、矫治主义和转处主义。

四、未成年人保护法律的“三根支柱”体系

围绕各自独特的法律理念,“三根支柱”形成具有不同特点的制度体系。

(一)支持主义及其立法体系

首先,“第一根支柱”秉承支持主义理念,强调政府充分发挥积极生育和未成年人合法权益保障的指导、促进和监督作用。支持主义理念引领全社会充分认识优化生育政策、促进人口长期均衡发展的重大意义,并推动法律围绕未成年人发展的突出问题规定支持措施。支持主义理念的突出特点是注重统筹协调和整体推进综合改革,充分发挥未成年人法保障社会公平的功能。支持主义理念强调核心价值观引领,在全社会培育最大限度保障未成年人发展权的观念。而且,支持主义理念重视制度保障,将生育、养育、教育、婚嫁一体考虑,从而降低社会抚养成本。这样有助于切实解决公民后顾之忧,释放生育潜能,并促进家庭和谐幸福。2021年《人口法》全面删除与三孩生育政策不适应条文并详细规定积极生育支持措施,就是支持主义理念的集中体现。

其次,支持主义理念导出的最有利于未成年人原则充分贯彻联合国公约要求。依照联合国《儿童权利公约》第3条,“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”,这就是儿童利益最大化原则。结合该公约第1条和第2条,该原则包括三点含义:法律全面规定不满18周岁未成年人的各项权利;法律规定一切适当措施确保未成年人能够平等享受各项权利;法律规定关于未成年人有关的一切行动中优先保护未成年人合法权益。总之,该原则的核心是权利,要求是平等享受和优先保护。《儿童福利机构管理办法》第4条规定坚持儿童利益最大化。国务院《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》基本原则部分规定“从儿童身心发展特点和利益出发处理与儿童相关的具体事务,保障儿童利益最大化”。2020年《未保法》第4条明确最有利于未成年人原则,并规定“给予未成年人特殊、优先保护”等六项要求。因此,“第一根支柱”规定的最有利于未成年人原则与儿童利益最大化原则功能相同,在权利范围广泛性与具体要求明确性方面均充分贯彻公约要求。

再次,支持主义理念指导的制度构建注重优化有利于未成年人口增长和全面发展的社会环境。未成年人实际享有权利主要依靠外部帮助,《未保法》构建政府保护等六大保护体系,并详细规定政府对困境等特殊未成年人的福利性帮助和对普通未成年人的一般性保护制度,属于未成年人权益保障法与适度普惠型福利法的制度融合。而且我国还特别保障未成年人的参与权。例如《未保法》第19条规定监护人作出与未成年人权益有关决定前,应当充分考虑未成年人真实意愿。《民法典》第1084条也规定,对于离婚后子女抚养问题,应尊重已满八周岁未

成年人的真实意愿。反观美国少年法院法忽略对社会环境的改善。“无论是在纽约市还是在芝加哥市,面对未成年人越轨行为的新问题时,一个具有可能性的立法回应是改变社会状况,但是当时的改革者忽略这种可能性并且聚焦于改变越轨未成年人及其父母的行为。这种立法之所以被选择,是因为改变贫困群体生活的社会状况非常麻烦。”^[31]实际上,美国少年司法是正式控制机制逐步扩张到原先正常未成年人的过程。“改革引入了一种新措施处理以前被忽略的未成年人(例如年幼的越轨未成年人),由此一种新的未成年人越轨行为被识别并规定于法律制度之中。结果法律之网被拓宽了。”^[32]支持主义理念针对政府等多元主体构建义务性和授权性规范为主、禁止性规范为辅的制度体系,全面规定积极生育和科学教育未成年人的支持措施,以此最大限度保障未成年人发展权。

最后,支持主义理念指导的制度构建充分落实平等原则,积极构建赋能及减负的配套措施。《教育法》和《促进法》最能说明“第一根支柱”的创新性。受教育权是一项给未成年人直接赋能的权利,未成年人平等享受该权利的状况影响公民及其家庭的社会阶层,也决定国家能否合理缩小贫富差距并保持民族的可持续发展能力。《教育法》第2条规定义务教育是国家必须保障的公益性事业,并在第6条规定促进义务教育均衡发展,这是政府保障未成年人充分、平等享受受教育权的体现。同时,减负是赋能的基础性配套制度。2020年《未保法》第33条对补课、校外培训作出针对性的减负规定。2021年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》也采取一系列重大措施,为充分贯彻《教育法》奠定更加坚实基础。而且,法律也注重为家庭教育赋能。《促进法》在审议过程中将名称增加“促进”,并将家庭教育服务机构规定为非营利性组织,表明国家对促进家庭教育的重视;同时删除草案一审稿法律责任中的罚款、拘留等处罚措施,体现了避免公权力过度干预家庭教育的导向。因此,我国全面依法治国的重心正逐步从效率优先转向兼顾公平,“第一根支柱”也初步实现从未成年人权利范围全覆盖的形式平等到未成年人权利享受真落实的实质平等转型。

(二) 矫治主义及其立法体系

首先,“第二根支柱”秉承矫治主义理念,强调政府直接对罪错未成年人进行分级矫治。总结《预防法》的制度安排,分级矫治包括四个层级的保护性措施。第一级为初次罪错行为预防,措施为国家、社会、学校和家庭应当对未成年人开展预防犯罪教育。第二级为不良行为干预,措施为学校可以对学生予以处分或采取管理教育措施。第三级为严重不良行为矫治,措施为公安机关可以采取矫治教育措施、教育行政部门决定送入专门学校接受专门教育、教育行政部门会同公安机关决定进行专门矫治教育。第四级为重新犯罪预防,措施为司法机关办理未成年人刑事案件过程中应当有针对性地进行法治教育、落实安置帮教措施等。总之,我国的分级矫治制度具有法律规范多样性和保护性措施灵活性的特点。法律规范多样性体现为,第一级

[31] Bernard and Kurlychek, *supra* note 13, p. 233.

[32] Theodore N. Ferdinand, “Juvenile Delinquency or Juvenile Justice: Which Came First?” *Criminology*, Vol. 27, No. 1, 1989, p. 92.

措施属于针对学校等的义务性规范,第二级和第三级措施属于针对教育行政部门等的授权性规范。第四级措施则属于针对司法机关等的义务性规范。保护性措施灵活性体现为国家必要时才干预家庭教育,第一级措施是对家庭教育的指导和促进,第二级措施直接针对未成年人但不具有强制性,第三级措施具有弱强制性而且规定严格的适用条件和程序,第四级措施是对家庭和学校教育短板的补强以及未成年人隐私权的特别保护。

其次,专门教育是“第二根支柱”贯彻矫治主义理念的核心制度。《预防法》的重要修改是构建具有广泛性、强制性、不定期性的专门教育制度。广泛性体现为,《预防法》第38条规定对于“未成年人实施的有刑法规定、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的行为”也进行专门矫治教育。1979年《刑法》第14条和1997年《刑法》第17条规定的收容教养制度由于缺乏配套立法,具体执行场所一直处于不稳定状态。根据1996年司法部《关于将政府收容教养的犯罪少年移至劳动教养场所收容教养的通知》,1982年至1996年期间收容教养的执行场所为少年管教所,1996年以后改为劳动教养所。但2013年劳动教养制度被废止之后,劳动教养所功能转型为强制隔离戒毒所,收容教养的执行场所处于无法可依状态。实践中有的地区通过跨部门协调机制安排未成年人犯管教所执行,但由于缺乏法律根据,收押数量极为有限,实际上形成对于低龄未成年人触犯刑法行为的放纵。《预防法》将低龄未成年人触犯刑法行为规定为严重不良行为并配置专门教育措施,是弥补家庭教育、普通学校教育和刑罚之间制度空白点的重大举措,是立法的重大进步。二则,强制性体现为,依照《预防法》第44、45条,经专门教育指导委员会评估同意后,教育行政部门有权单独或者会同公安机关决定对未成年人进行专门教育或专门矫治教育。三则,不定期体现为,依照《预防法》第46条,专门教育指导委员会每个学期对接受专门教育的未成年学生情况进行评估,评估通过的才能启动转回普通学校就读的决定程序。

再次,“第二根支柱”规定的专门教育制度属于有利于未成年人的保护处分措施,与刑罚具有显著区别。《预防法》第2条将专门教育确定为保护处分措施。虽然专门教育具有决定程序规范性、执行场所专门性和人身自由限制性,但并不能据此混淆法律强制与刑罚的区别。并非任何形式的强制或制裁都能称为刑罚,甚至强制性监禁也不能表明刑罚在发挥作用,例如控制一个人从而防止其自杀既不是伤害也不是刑罚,而是一种有益的强制措施,因此必须注意刑罚和替代性的、有益于行为人的强制措施之间的区别,后者统称为“处置”。^[33]因此《预防法》规定的专门教育制度性质上属于处置,符合最有利于未成年人原则。

专门教育制度是对未成年人非刑罚性、限制自由性保护处分措施的有益探索。从1987年国家教育委员会等《关于办好工读学校的几点意见》到1999年《预防法》第35条,工读学校教育经历了强制性向自愿性的转型。此后工读学校和在校生数量均明显减少。2014年数据显示,“全国共有67所工读学校”。^[34]《预防法》规定对低龄未成年人触犯刑法行为适用专门矫

[33] See George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 25.

[34] 陈梦琪:“不宜将收容教养少年移交监狱”,载《检察日报》2014年3月19日,第3版。

治教育,并对其他严重危害社会的九类行为适用送入专门学校接受专门教育,这是对工读教育制度和收容教养制度的合并升级。虽然专门学校和专门教育的具体实施办法还有待进一步完善,不过《预防法》构建的专门教育以及专门学校制度,为提升未成年人犯罪治理的法治化水平奠定了坚实基础。

(三)转处主义及其立法体系

首先,建议刑法逐步改变降低刑罚严厉性的立法模式,“第三根支柱”全面贯彻对涉罪未成年人转向处分、司法分流的转处主义理念,从而在刑事司法中实现涉罪未成年人适用刑罚范围最小化。《刑法》规定的24个涉未成年人条文中,第17、49、65、72条和第100条均规定未成年人涉罪行为宽缓的法律后果。这实际采取降低刑罚严厉性的立法模式,即对于未成年人和成年人基本采取相同的定罪标准,不过量刑时尽量适用较轻的刑罚和缓刑。相对不起诉在不起诉制度框架内进行未成年人刑事案件程序性司法分流的探索,是程序法贯彻转处主义理念的成功尝试。建议刑法参照刑事诉讼法的成熟立法模式,通过规范化试点探索未成年人刑事责任制度的创新,以最大限度在审判环节对涉罪未成年人适用非刑罚处罚措施、非监禁性的刑种或特别的刑罚具体运用方式。

各国贯彻转处主义理念的未成年人法主要有两种模式。一种以美国少年法院法为代表,以未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法。“对于少年法院而言,转处主义一直都是两种理论基础中最重要的那个,并且延续至今。”^[35]美国少年法院法不区分越轨未成年人和具有依赖性却被疏于照顾的未成年人,实际属于普惠型的福利法立法模式,即用福利法替代刑法。但问题恰恰在于,干预主义更适合具有依赖性却被疏于照顾未成年人的传统福利法,转处主义则与针对越轨未成年人的刑法更加契合。另一种以日本少年法为代表,将未成年人犯罪刑事立法专门化。不同于美国少年法院法处置需要扶助的以及被遗弃的少年,日本少年法中规定应当交付刑事审判的犯罪、触法以及虞犯这三类少年,所以实际上少年法是刑法与刑事诉讼法的特别法。^[36]建议我国继续完善刑法保护涉罪未成年人专门条文,在具体制度方面进行创新性探索。

其次,“第三根支柱”以转处主义为理念,并非意味着刑法放弃对适龄涉罪未成年人的惩罚功能。刑法对于未成年人当然应该有温度,但绝不意味着完全放弃刑罚。一方面,惩罚未成年犯罪人往往就是对未成年被害人的直接保护。2016年对H省未成年人犯管教所服刑未成年罪犯的调查显示,被害人是未成年人的占比51.02%。^[37]虽然刑事法通常强调对未成年被害人和犯罪人的双向保护,但这种保护的前提和侧重点不同。对未成年被害人是绝对保护、实体性权益保护,对未成年犯罪人则是相对保护、程序性权利保护。因此,“第三根支柱”贯彻转处主义理念的前提是充分保护未成年被害人合法权益,否则刑法的法益保障机能就无法实现。

[35] Rosenheim et al.(eds),supra note 18, p. 143.

[36] 吉中信人『少年刑法研究序説』(溪水社,2017年)175、189頁。

[37] 参见王爱华、叶小琴主编:《折翅之痛与思:未成年人犯罪启示录》,中国检察出版社2019年版,第22页。

另一方面,刑罚具有不可替代的预防犯罪功能。“需要有足够的有形动机来预防个人专横的精神将社会的法律重新带回古代的混乱之中。这种有形的动机就是针对违法者规定的刑罚。我们之所以说刑罚是有形的动机,是因为经验表明,普通人并不接受稳定的行为准则。除非,给普通人留下深刻印象的动机直接影响感官,同时这种动机重复不断地出现在头脑中,并能够抗衡那些与普遍利益对立的自私激情形成的强烈印象,否则普通人就无法远离物质和精神世界无序状态中都存在的普遍原则。”^[38]因此,刑罚具有运用易感触力量对涉罪未成年人作出反应的不可替代功能。涉罪未成年人保护刑法立法并不能以儿童利益最大化原则替代刑法三大基本原则,基于特别保护随意放纵涉罪未成年人可能对未成年人和社会造成更大损害。因此,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《修十一》)降低最低刑事责任年龄的立法具有科学性。该条文针对最严重罪行并设定最严格核准程序,造成追究刑事责任范围不当扩大化的可能性极低。

五、涉罪未成年人保护刑法立法的具体功能

转处主义理念还反映涉罪未成年人刑法立法具有三方面具体功能,对此的全面认识有助于推动“第三根支柱”制度创新。

(一)“保护区”功能

“保护区”功能指通过犯罪和刑罚制度创新逐步限制对未成年人适用刑罚的范围。“保护区”功能的现实基础是“第一根支柱”“第二根支柱”支持及矫治功能的充分发挥,理论基础则是犯罪学理论。“刑法典的作用,仅仅在于把那些不重视它的人与社会暂时隔离开来。这种惩罚可以在短期内防止罪犯再重新犯罪。显然,除非已有犯罪行为,否则刑罚是不可能施加于他的。它是一种针对犯罪结果而采取的措施,没有触及犯罪的原因和根源。”^[39]犯罪倾向、犯罪生涯和发展犯罪学这三种理论研究均发现,改造社会环境立法的事前预防比事后惩罚更重要。

首先,犯罪倾向理论发现犯罪与年龄之间存在稳定关系,但这并不能成为依靠刑罚预防未成年人触犯刑法行为的根据。检验犯罪倾向理论的实证研究发现,犯罪原因领域区分未成年人和成年人毫无价值,因为高犯罪倾向与低犯罪倾向群体均具有相对稳定的年龄与犯罪相关关系曲线,而且曲线不受社会条件影响,但这并不能用于预测行为人生命历程中参与犯罪的可能性,而且可以否认注重对生命早期开始实施犯罪行为的男性未成年人进行预防和矫治的观点。^[40]所以,犯罪倾向理论关注不同群体具有高或低犯罪倾向的原因。后来的纵向调查发

[38] (意)切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》及其他著作(英文影印本),中国政法大学出版社2003年版,第9页。

[39] (意)恩里科·菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,商务印书馆2016年版,第47页。

[40] See Travis Hirschi and Michael Gottfredson, “Age and the Explanation of Crime”, *The American Journal of Sociology*, Vol. 89, No. 3, 1983, pp. 565—566.

现,从青春期到成年人转变期间同步发生社会控制等六种因素变化,这能够解释15至25岁期间犯罪与年龄相关关系曲线三分之二至四分之三的变化原因;其中社会学习理论对年龄效应的解释力最强并高达49%。^[41]

其次,犯罪生涯理论认为年龄与犯罪之间不具有稳定关系,这在一定程度上否定了对低龄未成年人触犯刑法行为适用刑罚的理论根据。基于纵向调查的研究发现,儿童晚期反社会行为与成年早期犯罪行为之间具有相关性,但这并不代表特定未成年人群体具有犯罪倾向,这其实是一个发展的过程;儿童晚期反社会行为实际是家庭养育质量偏低、学校教育参与度降低、与违法犯罪同龄人交往增加这三项因素的征兆,而这三项因素才预示成年早期实施犯罪行为的可能性。^[42]

再次,发展犯罪学融合了犯罪倾向和犯罪生涯理论,认为应当用不同理论解释人类生命历程中不同时点的犯罪行为,所以导致未成年人实施反社会行为的因素并不能预测成年人犯罪。该理论分支中最重要的是非正式社会控制理论。基于个人情况类似的长期实施越轨行为和守法的两组各自500位未成年人的对照研究,该理论对未成年人时期越轨行为是成年人犯罪行为最佳预测因子的观点提出质疑,提出未成年越轨人成为成年犯罪人的稳定性是司法机关制裁经历使其失去诸多发展机会所致,同时未成年越轨人不会成为成年犯罪人的变化性也普遍存在。^[43]

综上,犯罪学理论为未成年人犯罪刑法立法将理念调试为转处主义提供了丰富理论资源。犯罪学理论关注的同龄人不良交往等结构性背景因素,可以被融合到促进未成年人全面发展的风险管理和犯罪预防制度之中。建议在犯罪和刑罚领域进行创新性制度的先行先试,逐步限制对涉罪未成年人适用刑罚的范围,并坚持通过“第一根支柱”和“第二根支柱”持续塑造最大限度保障未成年人发展权的社会环境。

(二)“试验田”功能

“试验田”功能指涉罪未成年人保护刑法立法为整体性刑法制度创新提供可推广的经验。我国相当数量的实务工作者认为,未成年人司法保护就是对涉罪未成年人处理上的“小儿酌减”。^[44]这实质是一种少年刑法批判论,主张不应给未成年人给与过多优待。这种观念的现实根据有三点。其一,我国未成年罪犯数量少、罪名集中,涉罪未成年人的司法问题并非刑法发展的突出矛盾。2020年全国法院审结刑事一审案件中,未成年罪犯人数为33768,^[45]占全

[41] See Gary Sweeten, Alex R. Piquero and Laurence Steinberg, “Age and the Explanation of Crime, Revisited”, *Journal of Youth and Adolescence*, Vol. 42, 2013, p. 934.

[42] See Ronald L. Simons et al., “A Test of Latent Trait Versus Life—Course Perspectives on the Stability of Adolescent Antisocial Behavior”, *Criminology*, Vol. 36, No. 2, 1998, p. 237.

[43] See Jeffrey B. Snipes, Thomas J. Bernard and Alexander L. Gerould, *Vold's Theoretical Criminology (Eighth Edition)*, New York: Oxford University Press, 2019, pp. 352—353.

[44] 参见王迎龙:“继续深化和完善我国少年司法制度改革——专访北京师范大学宋英辉教授”,《人民法治》2016年第2期,第32页。

[45] 参见国家统计局编:《中国统计年鉴2021》,中国统计出版社2021年版,第786页。

部罪犯的比例约为2.2%。2015年1月1日至2016年12月31日全国法院审结刑事一审案件数据显示,未成年人刑事案件罪名主要为盗窃罪、抢劫罪、故意伤害罪、寻衅滋事罪和强奸罪。^[46]所以,数量不多的未成年人刑事案件又都是常见罪名,分散到各基层司法机关后难以形成对刑法立法具有冲击力的问题。其二,未成年人暴力犯罪呈现凶残化特点,对未成年犯罪人过分宽缓未必有利于发挥刑法规范的教育作用。例如2015年烟台李某故意杀人、抢劫、盗窃一案中,公诉人指出李某虽然犯盗窃前科时系未成年人依法不构成累犯,但李某被释放后一年之内又犯盗窃、抢劫、故意杀人等重罪,当街杀害警察,手段极其凶残和残忍,足见其社会危害性和人身危险性极大。^[47]法院当庭以数罪并罚判处李某死刑。^[48]所以,如何让刑法对未成年人的“厚爱”不被滥用、不被辜负,确实不好把握。其三,保护主义过于强调少年刑法与成年人刑法的二元分离,涉罪未成年人保护刑法立法的理论和实践难以促进刑法体系的整体发展。不过如果打破未成年人与成年人犯罪刑法立法的理论壁垒,就能够通过制度创新更科学贯彻宽严相济刑事政策。

首先,涉罪未成年人保护刑法立法也可以扩大适用于成年人。日本对少年法也存在为什么只有少年被特别对待的批判,这种观点其实表达了从成年人角度观察时,对于看似被不当优待少年的敌意,消解这种敌意的途径大体有两个:一是取消对少年的优待,将成年人与少年同等对待,这是少年法废止论的立场,二是尽可能缩小成年人与少年在处遇方面的差距,将成年人的处遇水平努力提升至与少年相同的水平;后一种途径更加妥当,据此应当完善被害人救济的理论与制度,以此约束被害人与社会的报应情感。^[49]因此应对少年刑法批判论的思路在于,一是探索在成年人犯罪刑法立法中复制未成年人犯罪的制度,二是尝试在两者之间创建互动法律机制。实际上美国和日本已经开始两方面的探索。20世纪晚期以来美国许多州规定混合量刑制度,既允许少年法院法官在处置程序中适用在普通监狱执行的刑罚制度,也允许普通刑事法院法官在量刑程序中适用少年法院法的处置措施。^[50]日本规定逆送制度,是指家庭法院考虑少年的身心成熟度等各种因素后,如果认为刑事处分比保护处分更加合适时,可以决定将该案件从家庭法院逆送即反向移送至检察机关,使少年接受和成年人一样的刑事审判;逆送之后适用与成年人相同的刑法与刑事诉讼法,但是少年可以适用不定期刑等特别规定,而且逆送之后检察官原则上必须提起公诉。^[51]这种重新定位未成年人与成年人犯罪刑法立法

[46] 参见最高人民法院司法大数据研究院、司法案例研究院:《司法大数据专题报告之未成年人犯罪》,第11页,载中华人民共和国最高人民法院官网:<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-71052.html>,最后访问日期:2022年2月21日。

[47] 参见宋钢、毕琳、宋伟:《公诉人:严惩凶手!向人民警察致敬!(烟台“5.27杀警案”公诉意见书全文)》,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/314821969_445435,最后访问日期:2022年2月21日。

[48] 参见王茜:《烟台“5.27杀警案”凶手获死刑 抗拒抓捕刀刺民警》,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/49294213_121315,最后访问日期:2022年2月21日。

[49] 吉中信人·前揭注[36]23、25页参照。

[50] See Bernard and Kurlychek, *supra* note 13, p. 190.

[51] 藤本哲也『刑事政策概論(全訂第六版)』(青林書院,2008年)343頁。

之间关系的新思路,值得我国参考。

其次,涉罪未成年人保护刑法立法的依法先行先试可以将改革的局部经验上升为整体经验。当前我国刑法改革面临的巨大挑战在于各地经济发展不平衡、犯罪状况和刑法执行情况有差异,需要防止制度创新有损法的安定性。公共政策决策者往往担心削弱刑法的法益保护机能会危及社会稳定。结果贯彻从严的刑法创新容易在立法中实现,而贯彻从宽的刑法创新往往难以具备成熟的实践条件。1997年《刑法》施行以来的修正案绝大部分都是犯罪化和重刑化,没有任何非犯罪化条文,^[52]轻刑化则集中于减少死刑罪名、从宽处罚未成年人和修改贪污贿赂罪确定数额立法。但是,刑法立法活性化 and 犯罪化、重刑化的结合既阻碍刑法人权保障机能的充分发挥,也不利于推进社会治理体系和治理能力的现代化。因此,刑法发展应当全面贯彻宽严相济刑事政策。如果实现涉罪未成年人保护刑法立法和刑法整体发展的有机联系,则有助于通过涉罪未成年人保护刑法立法的先行先试发展从宽制度。

最后,“试验田”功能包括涉罪未成年人保护刑法制度的扩大适用、创新并逐步扩大适用两种实现路径。已有研究指出,认罪认罚从宽制度为附条件不起诉扩大适用于成年人案件提供了制度空间,建议将适用于成年人与未成年人案件的附条件不起诉进行二元化设计。^[53]这种将未成年人刑事案件专门诉讼制度调整具体条件后复制到成年人刑事案件思路,同样适用于刑法。涉罪未成年人保护刑法制度扩大适用的突破口在于,将《刑法》第72条“应当宣告缓刑”制度扩大适用到成年人。因为《社区矫正法》的施行促进了缓刑配套措施制度化,这为刑法扩大非监禁刑适用比例奠定了坚实基础。

同时,涉罪未成年人保护刑法制度创新并逐步扩大适用的突破口在于,删除《刑法》第100条前科报告义务条文并探索前科消灭制度。实践中国家机关都具有依法查询相关人员受刑罚处罚记录的权限,第100条主要涉及民营实体企业及新业态灵活就业人员的报告义务。然而前科报告义务及前科消灭制度的缺失并不适应法律保障公民发展权的现实需要。而且《刑法》第37条之一已经完善职业禁止制度,《未保法》第62条新增密切接触未成年人单位查询应聘者违法犯罪记录的制度,《中华人民共和国劳动合同法》第8条也规定劳动者对与劳动合同直接相关的基本情况具有如实说明义务。从法律性质上分析,“前科报告属于劳动者如实说明义务的范围,但仅限于与录用条件、工作内容直接相关的刑罚处罚情况”。^[54]如果行为人瞒报的前科可能影响其履行岗位职责的适格性,劳动法能为用人单位主张劳动合同无效提供法律依据;反之前科报告义务则会成为用人单位解除劳动合同的借口,不利于公平保障公民就业权。而且,2019年危险驾驶罪成为我国法院一审刑事案件中排名第一的罪名,严重暴力犯罪

[52] 《刑法修正案(九)》删除第360条第2款只是立法技术调整而不是非犯罪化,嫖宿幼女行为仍可以适用强奸罪。

[53] 参见何挺:“附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考”,《中国刑事法杂志》2019年第4期,第59页。

[54] 叶小琴:“公民就业权视域下劳动者前科报告义务的体系解释——以美国雇员案犯罪记录争议为切入”,《法学评论》2019年第2期,第182—183页。

案件连续十年呈下降态势。^{〔55〕}现阶段,“我国经济发展、社会安定,犯罪结构明显变化,重罪占比持续下降,轻罪案件不断增多。判处不满三年有期徒刑及以下刑罚案件,从2000年占53.9%升至2020年的77.4%”,^{〔56〕}刑法如何促进对轻罪罪犯的康复和重新犯罪预防,成为新的时代命题。实践早已证明,稳定的就业对于修复刑满释放人员社会联系具有不可替代的积极作用。因此刑法已经不具备规定前科报告义务的必要性。结合未成年人犯罪记录封存制度的优化,以涉罪未成年人保护刑法立法的创新为切入点,废止刑法的前科报告制度并探索前科消灭制度迫在眉睫。

(三)“连通器”功能

“连通器”功能指充分发挥刑法在未成年人保护法律中的托底作用,以涉罪未成年人保护刑法立法为切入点,逐步建立健全“三根支柱”之间的配套衔接制度。日本学者对于本国少年司法制度的三点反思值得参考。^{〔57〕}反思之一,少年刑法依然是真正的刑法。当少年福祉法充分发挥其应有作用时,少年刑法其实不需要具有教育性机能而可以专注于其本来的处罚机能,虽然这一机能与成年人刑法不同。少年福祉法与少年刑法之间的这种职能分担才能促进双方各自充分发挥其作用,这应当是少年处遇制度发展的下一个阶段。反思之二,《日本儿童福祉法》未能充分发挥作用,导致《日本少年法》一家独大。反思之三,少年司法制度的完善有赖于真正的少年福祉法与真正的少年刑法之间的分离与协同:真正的少年福祉法应当同样适用于犯罪少年;同时真正的少年刑法应当具有较成年人刑法更宽大的刑罚措施,以及并非仅仅作为刑罚替代措施的保护处分。前述三点反思提出未成年人法体系化和功能专门化的协调问题。我国未成年人保护法律初步形成功能专门化的不同制度体系,建议将“三根支柱”之间的配套衔接制度作为立法发展重点。配套衔接制度主要包括两方面。一方面,建议“第一根支柱”逐步增加针对普通未成年人的普惠性福利制度和针对罪错未成年人的特殊性帮助措施。例如,“第一根支柱”逐步增加未成年人实现参与权的途径,并适当给与罪错未成年人福利性帮助,从而与“第二根支柱”的安置帮教等制度形成合力。另一方面更为迫切的是,逐步探索《刑法》与《未保法》《预防法》的配套衔接制度。

首先,建议探索《刑法》保障《未保法》实施的配套制度。六大保护体系有效实施的核心是政府及其他主体履职尽责,不过《未保法》法律责任部分对该法义务性和禁止性规范的保障可能稍显不足。一是对于政府和司法保护主体的义务性、禁止性规范,配置的法律 responsibility 比较简单。《未保法》第128条规定,国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊,损害未成年人合法权益的,依法给与处分。前述规定缺乏具体的处罚条件和标准,没有为对公职人员适用政务处分或追究刑事责任提供明确的前置法规定,可能形成追责漏洞。二是法律责任仅仅授权

〔55〕 参见周强:“最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上”,载《法制日报》2020年6月2日,第2版。

〔56〕 张军:“最高人民检察院工作报告——2021年3月8日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上”,载《人民日报》2021年3月16日,第3版。

〔57〕 吉中信人·前揭注〔36〕40页参照。

不同行政机关在既有职权范围内实施行政处罚,但不同类型的层级行政执法存在交叉点和空白点,这使得义务性和禁止性规范的有效实施可能面临挑战。因此,修订《未保法》应当有系统性思维而不能仅仅考虑单部法典的修订,还应当考虑与《刑法》等法律的关系,并进行一体化完善。^[58] 建议从两个层面完善刑法保障《未保法》实施的配套制度。第一重保障是探索精准保护未成年人刑法制度。建议根据《未保法》的禁止性规范查漏补缺,对于行政处罚不足以及及时、有效惩罚的严重侵害未成年人合法权益行为适度犯罪化。《修十一》新增的负有照护职责人员性侵罪就属于此类制度。第二重保障是探索精准惩罚不依法履行保护未成年人义务行为的刑法制度。建议参考环境监管失职罪等专门罪名,对严重的不依法履行保护未成年人义务行为适度犯罪化,以弥补渎职罪的规制漏洞。

其次,建议探索《刑法》与《预防法》的衔接制度。《预防法》强化普通学校、专门学校和刑事司法机关的法治教育当然重要,不过应注意法治教育效果有限。未成年人犯罪前对自己行为犯罪性有明确认识的占79.5%,强化思想品德及法治教育对于防止未成年人犯罪的实际效果非常有限。^[59] 少年司法实践中对相关刑事政策的单一适用模式可能带来保护有余、惩治不足的隐忧。^[60] 建议《刑法》逐步扩大专门矫治教育制度的适用范围并创新非刑罚处置措施。《修十一》引入对不满十六周岁不予刑事处罚未成年人的专门矫治教育,《预防法》也初步规定执行机构。不过专门矫治教育制度立法只是新的起点,该制度仍然存在逐步扩大适用的先行先试空间。制度创新的切入点在于,结合《未成年人解释》第6至第11条关于“不认为是犯罪”“依法适用管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚”的规定,探索未成年人涉罪行为的特殊性标准和更为宽缓的法律责任方式,逐步扩大对未成年人适用专门矫治教育的范围,从而为《预防法》的分级矫治在适用对象方面规定衔接制度。

六、结 论

结合对于美国少年司法制度钟摆现象的分析发现,保护主义在法学建构层面忽视干预主义和转处主义的理念鸿沟,体系论层面也没有形成阐释未成年人犯罪特殊法律责任制度的基本概念和理论框架。对于废除独立少年法院或将少年法院向成年人刑事司法制度方向改造的观点,有美国学者提出,与刑事司法采取传统回顾性裁决模式相比,毒品法庭等专门法院更多转向运用前瞻性决策方法的行政模式,对非法律专业人员和实证数据更开放、更注重解决问题,这被证明对预防犯罪具有积极的工具性作用,因此建议少年法院改革致力于针对处于危机中的未成年人构建以个别预防为重点的少年司法系统,即推动主动、管理和系统的解决问题方

[58] 参见姚建龙:“未成年人法的困境与出路——论《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》的修改”,《青年研究》2019年第1期,第15页。

[59] 参见赵军:《未成年人犯罪相关因素定量研究》,人民日报出版社2017年版,第90、92—93页。

[60] 参见安琪,见前注[11],第40—41页。

法。^[61]的确,美国少年司法制度的最大启示在于,避免更糟成为衡量改革成功的标准,立法没有为保障未成年人发展权提供全方位社会改革方案。我国应当明确追求更好的改革导向,继续以科学理念引领未成年人法律制度创新。

根据社会系统论的分析表明,基于理念的多元主义,我国未成年人保护法律形成具有不同基本功能的“三根支柱”制度体系。“第一根支柱”秉承支持主义理念,将未成年人视为未来的有效人力资本,属于支持积极生育及未成年人合法权益保障制度。“第二根支柱”秉承矫治主义理念,将未成年人视为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群,属于分级矫治未成年人罪错行为制度。“第三根支柱”秉承转处主义理念,将未成年人视为年幼的犯罪人,属于科学惩罚涉罪未成年人制度。转处主义理念还反映涉罪未成年人保护刑法立法的三方面具体功能:逐步限制涉罪未成年人适用刑罚范围的“保护区”;为整体性刑法制度创新提供可推广经验的“试验田”;健全“三根支柱”之间配套衔接制度的“连通器”。

Abstract: By regarding the American juvenile jurisprudence as the historical origin of modern juvenile criminal law, China's legal scholars have introduced the rationale of protection to study juvenile law. However, at the level of legal construction, the rationale of protection ignores the gap between interventionism and diversion in America, and at the systematic level it cannot provide basic concept and theoretical framework to explain the special legal liability system for juvenile delinquent. Based on social system theory, it is shown that according to the rationale of pluralism, China has formed a three-pillar system with different basic functions. The first pillar adheres to the rationale of support, regards juveniles as effective human capital in the future, and improves the system of supporting active childbirth and protecting the legitimate rights and interests of juveniles. The second pillar adheres to the rationale of correction, regards juveniles as high-risk groups easy to be tempted by the environment to commit illegal and criminal acts, and improves the system to correct juveniles of committing illegal and criminal acts. The third pillar adheres to the rationale of diversion, regards juveniles as young offenders, and improves the system of scientifically punishing minors committing crime. Moreover, the criminal law for protecting juvenile delinquent has three specific functions of “protected area”, “experimental field” and “connector”.

Key Words: Juvenile Law; Social System Theory; Rationale of Support; Rationale of Correction; Rationale of Diversion

(责任编辑:车 浩)

[61] See Christopher Slobogin and Mark R. Fondacaro, *Juveniles at Risk: A Plea for Preventive Justice*, New York: Oxford University Press, 2011, pp. 123-124, 126.