



矫治责任视野下的触法未成年人 专门矫治教育制度研究

唐稷尧

摘要:适用于触法未成年人的专门矫治教育制度应当树立矫治责任的基本立场。矫治责任是触法未成年人根据法律规定通过接受特定矫治措施而对其触法行为所应承担的责任,是具有约束性与惩戒性的法律后果,彰显出专门矫治教育的惩戒性与保安性特征。专门矫治教育的具体适用应当以矫治责任为基础,触法行为的客观危害与触法行为人的责任能力是判断矫治责任的基本标准。

关键词:矫治责任;触法未成年人;专门矫治教育

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0310

收稿日期:2022-11-21

作者简介:唐稷尧,男,四川乐山人,法学博士,四川师范大学法学院教授,E-mail: sdtiy2003@163.com。

一 专门矫治教育制度的实践难题

随着《预防未成年人犯罪法》的修订与《刑法修正案(十一)》的出台,我国立法机关通过对原有工读学校制度与收容教养制度的改造,正式建立了专门矫治教育制度。根据《预防未成年人犯罪法》与《刑法》的规定,专门矫治教育适用对象是特定罪错未成年人——触法未成年人^①,即实施了《刑法》所规定的严重危害行为但因未达刑事责任年龄而不予刑罚处罚的未成年人。专门矫治教育不仅执行场所特定——即在专门学校中设置“专门场所闭环管理”,而且在适用的决定权方面也采取与原有的工读学校“三自愿”的申请入学制不同的方式,即由公安机关和教育部门依法直接决定。由此可见,我国的专门矫治教育其实是一种针对罪错未成年人的具有一定强制性和约束性、区别于开放式社会化处遇措施的设施内处遇机制。

从世界范围来看,为防止触法未成年人进一步滑入犯罪深渊并促其复归正常社会,域外国家和地区多建立了以“设施内处遇(特定场所矫治)”为核心的矫治体系,并规定了相对完善的适用条件与机制。然而,与域外法治发达国家和地区较为完备的未成年人“设施内处遇措施”不同的是,我国的专门矫治教育制度除了《刑法》第十七条和《预防未成年人犯罪法》第四十五条所作简单的概括性规定外,相关具体规范极度缺乏,严重

^①罪错未成年人是当前我国少年法实践与研究领域的通行概念,系指实施了预防未成年人犯罪法、刑法所规定的不良行为、严重不良行为、犯罪行为的未成年人,触法未成年人则是罪错未成年人中的一种特定类型。触法未成年人的概念滥觞于日本,日本《少年法》第三条第一款将交付家庭裁判所审判的非行少年分为三类:犯罪的少年;未满 14 岁的触犯刑罚法令的少年;虞犯少年。所谓犯罪少年是指实施刑法所规定行为且应当受到刑罚处罚的少年;虞犯少年则是从品性和环境来看,实施越轨行为(例如逃课逃学、夜不归宿、打架斗殴等)被认为将来有可能犯罪或触犯刑法规定的少年;而未满 14 岁的触犯刑罚法令的少年则被称为触法少年,即实施刑法所规定的行为但因未满 14 周岁不负刑事责任,或者是实施较为轻微犯罪行为的未成年人,他们应收容于少年院开展矫治(参见:黎禹珩《日本少年矫正教育对我国专门教育的启示》,《荆楚学刊》2021 年第 3 期,第 72 页)。我国姚建龙等少年法学者借鉴日本的分类,将行为人所实施的具有严重危害性但因未达刑事责任年龄而不视为犯罪且不予刑事处罚的行为列为触法行为,相应的未成年人定义为触法未成年人(参见: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》,《浙江社会科学》2014 年第 4 期,第 41—42 页)。本文同意并也采纳这一分类,用“触法未成年人”指代预防未成年人犯罪法与现行刑法所规定的,实施了触犯刑法规范但因未达刑事责任年龄而不负刑事责任的 12 周岁以上不满 16 周岁的特定罪错未成年人。

影响了该项制度的实践展开。根据《预防未成年人犯罪法》第四章“对严重不良行为的矫治”的分类,未成年人所实施的触法行为属于严重不良行为的一部分,对触法未成年人实施的专门矫治教育属于我国专门教育体系的一部分。按照该法第六条有关专门教育“是对有严重不良行为的未成年人进行教育和矫治的重要保护处分措施”的法律定位,保护主义显然应当是整个专门教育体系的基本立场,这一立场也符合我国对罪错未成年人一贯秉持的“教育、感化、挽救”的基本方针和“教育为主、惩罚为辅”的特殊保护理念。然而,具体到触法未成年人这一特殊群体和专门矫治教育这种特定的设施内处遇措施,抽象的、宏观的“保护主义”立场则显露出简单乃至矛盾的面向,无法解决专门矫治教育制度在实践中所面临的问题。

就行为的客观危害性质而言,未成年人所实施的触法行为归属于严重不良行为类型,但其并非一般性的严重不良行为^①,而是与《刑法》所规定的犯罪行为具有同类性的危害社会行为,只是因为行为人刑事责任年龄的限制而无法将其认定为犯罪,无法对未成年人实施刑罚处罚。就触法行为的危害程度而言,由于我国《刑事诉讼法》第二百八十二、二百八十三条明确规定未成年人实施刑法分则第四、五、六章规定的犯罪,可能判处1年有期徒刑以下刑罚的,可以附条件不起诉,未成年人在确定的考察期限内(六个月以上一年以下)按照人民检察院的要求接受社会化、开放化的矫治和教育^②,而对适用专门矫治教育的触法未成年人则需要实行闭环管理的专门学校的专门场所接受矫治与教育。由此可见,可能接受专门矫治教育的未成年人所实施的触法行为是在危害程度方面相比可能适用附条件不起诉的犯罪行为更为严重的危害行为。

按照保护主义的立场,未成年人的触法行为是一种社会弊病的征兆,未成年触法者是社会不公和社会弊端的受害者,国家对这些受害者负有照料、帮助、保护、矫治并使其复归正常生活的义务^③。然而,触法未成年人所实施的行为毕竟是一种严重的危害行为,近年来,此类未成年人涉嫌实施严重暴力行为的案件频频见诸报端,具有作案手段暴力化、作案组织团伙化等新特征,社会公众尤其是被害方普遍持有要求法律对触法未成年人予以惩戒并防止其再犯的期待,而一般的家庭监护、学校监管以及其他社会化矫治措施常常无法对这些未成年人予以有效的管束与教育。因此,具有保护处分性质的专门矫治教育制度如何回应社会关切、平衡特殊保护与维护社会安全秩序就成为该制度在实践展开中所面临的基础性课题。同时,就触法未成年人而言,专门矫治教育作为一种非自愿申请的设施内处遇措施毕竟属于一种约束性措施,法律用语中的保护属性与客观上的个人权利的减损、限制如何在制度的实践展开中得以调适,如何有效防止对触法未成年人基本权利的不当干预,也是需要解决的问题。这就要求我们对专门矫治教育制度的基本立场、特征、适用的客观基础做更深入的思考,从而为科学设置该制度的法律适用条件提供理论支撑,使之在实践中得以有效展开,真正发挥其矫治、教育与保护未成年人的功能。

二 超越刑事责任:专门矫治教育制度的矫治责任立场

要解决专门矫治教育制度在实践展开中所面临的问题,有必要在遵循与坚持专门教育保护处分性质的前提下树立责任承担的基本立场,具体而言,就是从矫治责任的视角理解、思考对触法未成年人适用专门矫治教育措施的必要性。

(一)触法未成年人承担矫治责任的制度考量

^①根据《预防未成年人犯罪法》第八十八条的规定,触法行为以外的严重不良行为主要包括:结伙斗殴,追逐、拦截他人,强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物等寻衅滋事行为;非法携带枪支、弹药或者弩、匕首等国家规定的管制器具;殴打、辱骂、恐吓,或者故意伤害他人身体;盗窃、哄抢、抢夺或者故意损毁公私财物;传播淫秽的读物、音像制品或者信息;卖淫、嫖娼,或者进行淫秽表演;吸食、注射毒品,或者向他人提供毒品;参与赌博赌资较大;其他严重危害社会的行为。这些行为都是违反《治安管理处罚法》的行政违法行为(又称违警行为)。这些违警行为相较于《刑法》所规定的不法行为在社会危害性方面存在质的区别。

^②根据《刑事诉讼法》第二百八十三条和最高人民法院《未成年人刑事案件检察工作指引(试行)》第一百九十五、一百九十六条的规定,附条件不起诉的未成年人考验期内的矫治与教育活动采取的是开放式的社会化处遇措施,具体由人民检察院和未成年人监护人负责。按照考察机关的要求“接受矫治和教育”的具体内容包括:完成戒瘾治疗、心理辅导或者其他适当的处遇措施;向社区或者公益团体提供公益劳动;不得进入特定场所、与特定的人员会见或者通信、从事特定的活动;向被害人赔偿损失、赔礼道歉等;接受相关教育;遵守其他保护被害人安全以及预防再犯的禁止性规定。

^③徐宏、武倩《少年司法理念的正本清源与制度设计》,《青少年犯罪问题》2018年6期,第81—82页。

面对当代少年司法制度^①教育保护优先与去惩罚化的潮流,即便触法未成年人所实施的行为本身具有显著的刑事违法特征,我国司法机关在考虑对未成年人的处遇时,首先强调的仍然是将未成年人从不良的环境中解救出来,帮助其解决面临的问题和困难,并对其身心疾患进行教育治疗而非惩罚。因此,触法未成年人的责任问题往往被淹没于对他们的教育保护之下,不承担刑事责任在实践中往往演变成了不负任何法律责任。但触法行为又并非普通的不良行为或治安违法行为,而是具有较为严重社会危害性的刑事不法行为,不仅对被害人造成显著的伤害且对公众也形成严重的不安全感,缺少责任承担的教育保护与轻缓处分导致普通公众对于少年司法形成“一放了之”、纵容触法者的印象,在社会舆论中形成要求触法未成年人承担必要的责任甚至对恶性少年予以重惩的呼声,我国少年法学界也出现了从仁慈少年司法向适当少年司法转向的讨论^②。然而,在触法未成年人的各种处遇制度中,真的就没有责任承担的一席之地吗?

事实似乎并非如此。从少年法理论与实践 200 年的变迁来看,教育保护与责任追究一直都是域外各国及地区实施罪错未成年人法律处遇的两种基本立场,其法律制度对罪错未成年人的责任判断从未缺席,只是呈现出一种此消彼长的状态。在少年司法的发源地美国,从 19 世纪初至 21 世纪初以来,其少年司法制度一直就“陷入放纵与重罚的被迫选择两极化政策时期与中间地带多元化政策时期交替轮转的少年司法政策循环,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”^③。在战后的日本,少年法的相关政策与立法也呈现出在保护与责任之间循环的现象,本世纪以来,受正当程序理论、少年“责任”意识的影响以及法院事实认定的需求,经过几次修正,日本少年司法终于由以责任承担为内容的“司法”机能与以保护与复归为内容的“福利”机能的结合转变为两者分殊的多元模式^④。当代日本学者更是直言,“在保护主义与有责性这样一对相互矛盾的要素间找到平衡是任何社会中的少年司法制度的首要任务”^⑤。在欧洲,德国少年法庭法将责任承担的考量明确纳入对触法未成年人的矫治体系中。根据《德意志联邦共和国少年法庭法》第一条、第三条、第五条的规定,行为时已满 14 岁不满 18 岁的少年实施刑法所规定的犯罪行为(类似于我国法律所规定的触法行为),“由于心智发育尚不成熟因而不负刑事责任的”,“可命令教育处分”,“教育处分不能奏效的,判处惩戒处分或少年刑罚”^⑥。尤其值得注意的是,该法第十三条、第十四条、第十六条明确指出,惩戒处分不具有刑罚的法律效力,其目的是“使行为人认识其行为的违法性”,“向少年说明其所实施的不法行为应当承担的责任,以及再次实施其他犯罪的可能后果”。此外,从南斯拉夫社会主义联邦共和国中独立出去的黑山共和国在其独立后的刑法典中也对接受矫治的未成年人的责任问题予以了明确的关注。该法第六章专章规定了“对犯罪的青少年适用的条款”,其第八十一条、第八十三条规定,犯罪时已满 14 岁不满 16 岁的青少年,法院仅对其判处矫正措施,犯罪时已满 16 岁不满 18 岁的青少年,法院可以对其适用矫正措施。根据强制性程度与矫正期限,这些矫正措施分为训导性矫正措施、强化性监管措施、公共机构矫正措施,其中的公共机构矫正措施与我国的专门矫治教育类似^⑦。该法第八十二条明确指出:“矫正措施之目的是通过对青少年犯罪人提供保护和帮助,以及对其实施较为严格的监管,确保青少年犯罪人能够获得教育、职业培训以及促使其强化个人责任感。”由此可见,就制度安排而言,在各国有罪错未成年人处遇体系中,虽然遵循教

①我国《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》中的未成年人是指不满 18 周岁的人。由于约定俗成的语境与翻译的缘故,有关“少年法”、“少年司法制度”术语中的“少年”以及《联合国儿童权利公约》中的“儿童”的范围基本等同于我国的未成年人概念。因此,如无特别说明,本文中的“少年”、“儿童”均与“未成年人”语义相同。

②宋远升《从仁慈少年司法到适当少年司法——以校园暴力或低龄犯罪频发为切入点》,《青少年犯罪问题》2016 年第 5 期,第 12—13 页。

③叶小琴《未成年人保护立法的理念与制度体系》,《中外法学》2022 年第 3 期,第 726—727 页。

④陈岚、何璇《日本少年法的修正及其对我国的启示》,《预防青少年犯罪研究》2021 年第 4 期,第 89—94 页。

⑤森田明《日本少年司法制度:历史与跨文化之视角》,玛格丽特·K. 罗森海姆等编《少年司法的一个世纪》,高维俭译,商务印书馆 2008 年版,第 413 页。

⑥根据《德意志联邦共和国少年法庭法》的规定,教育处分包括给予指示和教育帮助两种方式,惩戒处分包括警告、(履行)规定义务、少年禁闭三种方式,其中的少年禁闭与我国的专门矫治教育最为接近,包括业余时间禁闭、短期禁闭和长期禁闭,最长为 4 周。参见:《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社 2019 年版,第 251—252、255—257 页。

⑦根据《黑山刑法典》第八十三条、九十二条、九十三条、一百四十二条的规定,青少年指年龄不满 18 周岁的人。公共机构矫正措施包括矫正机构矫正(6 个月至 2 年)、教养所矫正(1 年至 4 年)、医疗及康复机构治疗与监护。参见:《黑山刑法典》,王立志译,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 41、45、46、69 页。

育保护的立场以保护措施代替刑罚对触法未成年人展开矫治活动是毋庸置疑的,但这些矫治措施尤其是设施内处遇措施只是刑罚的替代而非责任的替代。

在现代汉语中,责任的基本涵义一是指分内应该做好的事,如履行职责、尽到责任,二是指没有做好自己工作,而应承担的不利后果或强制性义务,如担负责任、责任人^①。法律责任则是行为人对自己所实施的不法损害行为所应当承担的不利后果,这既是法理学的常识,也是我国现行法律条文中有关“刑事责任”、“民事责任”、“法律责任”等词语的通常含义^②。因此,无论是借鉴域外制度的经验,还是从法理根据而言,我国对于实施严重不良行为的罪错未成年人的矫治体系^③都应当消除未成年人不承担任何责任的观念误区,而在坚持保护处分法律属性的前提下树立责任主义的基本立场。

(二)触法未成年人承担矫治责任的科学基础

从保护和促进未成年人健康成长的角度来看,在矫治活动中树立责任观念既是对未成年人成长的科学规律的遵循,也是尊重未成年人主体性的需要。就法之正当性而言,个人为自己行为承担责任的前提在于行为人能够理解行为的性质,并能以自我意志决定和选择自己的行为,即行为人具备相应的责任能力。《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)4.1条款就明确规定:对于未成年人(刑事)责任的承担应当“考虑一个儿童是否能达到负刑事责任的精神和心理要求,即根据孩子本人的辨别和理解能力来决定其是否能对本质上反社会的行为负责”。心理学与社会学已经证明,自然人的责任能力的成熟并非一蹴而就,而是一个生理的成熟与心理的社会化过程。触法未成年人并非仅实施了一般意义上的不良行为的未成年人,而是我国法律所规定的12周岁以上不满16周岁且实施了具有严重社会危害性的刑事不法行为的未成年人。其身心发育不仅正处于快速发展期,而且九年义务教育的施行、教育条件的提高、科技的进步和新闻传播媒体的发展使得该年龄段的绝大多数未成年人可以接受到比较系统的思想品德与法治教育^④。“基于个人持续成长的规律性,个体行为能力是随着个人年龄的健康增长而不断增强的,所以行为责任能力与少年健康成长是同比线性增量关系,即便未达刑事责任年龄也可能具有一定的责任能力,形成对特定行为的负责性反应”^⑤,因此,未成年人实施触法行为后,因未达刑事责任年龄而不负刑事责任并不意味着其不承担任何责任,而是需要接受国家给予的特定的矫治教育与保护,这种矫治与教育虽然不属于刑罚惩罚,但仍然需要具有责任承担的内容。正如有学者所指出的,“对于低于最低刑事责任年龄者犯罪,可从‘对’与‘错’的角度进行评价,要求其承担应有责任,但并非刑事责任。换言之,达到最低刑事责任年龄的具有可责罚性的儿童应承担‘刑事责任’,低于最低刑事责任年龄的儿童承担‘非刑事责任’”^⑥。这是因为“少年健康成长的标志之一就是心理责任能力和责任意识的不断增强。在未达刑事责任年龄之前的少年福利保护阶段,对责任能力的观察评估和促进增长也应以促进少年健康增长为目标的福利保护的重要内容。而根据儿童心理学,对提升少年儿童责任意识和责任能力而言最核心的方式就是责任追究;通过对有错少年儿童进行与其行为责任能力相适应的责任追究,并施加于少年儿童一定的约束性和纪律性责任承担手段,可以提升少年责任意识与增强少年责任能力。这种做法虽然并非对刑事责任的追究,但也是一种责任追究措施,体现了与行为责任能力匹配

①中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,商务印书馆2012年第6版,第1627页。

②需要指出的是,在我国刑法学理论中存在对责任的两种语义:一是犯罪后所应当承担的后果,即《刑法典》第二章第一节“犯罪与刑事责任”中条文的语义,一般表述为“刑事责任”;一是指犯罪成立要件(犯罪构成要件)的“罪过”(或犯罪主观方面),一般表述为“责任”、“有责性”,后者主要是来源于德日刑法学理论体系。在第二种语义下使用“责任”这一词语是刑法学所特有的。相关论述参见:张明楷《刑法学(第五版)》(上),法律出版社2016年出版,第240、497—498页。本文是在现代汉语的通常意义上使用责任的概念。

③需要特别指出的是,对于仅有不良行为未成年人,在大多数情况下,可能难以作责任承担的考虑。根据我国《预防未成年人犯罪法》第二十八条的规定,不仅大多数的普通不良行为并未达到一般意义上的违法程度,而且相当类型的不良行为其实仅仅具有特定的身份性特征(如逃学、旷课、离家出走等)。因此,能够具有承担责任意义的应当仅指《预防未成年人犯罪法》第三十八条所规定的包括触犯《刑法》行为在内的“严重不良行为”。

④按照《小学〈品德与社会〉课程标准》要求,小学生在课程学习后应“初步形成规则意识和民主、法制观念”,这意味着12周岁以上的未成年人在普遍意义上已具备了基本的是非观念,能够识别常见不法行为的负面意义。

⑤Gerry Maher, “Age and Criminal Responsibility,” *Ohio State Journal of Criminal Law*, no. 2 (2005): 493-494. 转引自:李川《观护责任论视野下我国少年司法机制的反思与形塑》,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第24页。

⑥姜敏《联合国成员国最低刑事责任年龄研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第2期,第97页。

的责任承担与惩戒接收之责任主义逻辑”^①。由此可见,从遵循未成年人成长规律、尊重未成年人主体性角度来看,对触法未成年人适用专门矫治教育,要求其对自身行为承担相应的责任并不是对未成年人特殊性和主体地位的否认,而恰恰是一种对其自我能够承担相应责任的认可和尊重。前述德国少年法庭法与黑山刑法典在未成年人矫治体系中对未成年人责任的关注正是这种责任观念与立场的制度化体现。

综上所述,根据未成年人责任能力的增长规律,不能片面将责任承担狭义地理解为刑事责任的追究而否定触法未成年人矫治活动中的责任因素,相反,只有将责任承担的内容加之于矫治教育之中,使其成为对未成年人的教育与保护的内容之一,才能使触法未成年人正确认识行为的不法性质、明确其应当履行的义务,强化并树立其责任意识,才能促使其成长为合格公民。区别于具有惩罚性质的刑事责任,我们将触法未成年人通过接受特定矫治措施而对其触法行为所应承担的这种责任称之为矫治责任,这是一种具有社会评价色彩并具有约束性与惩戒性的正式法律后果。从目前各国的法律规定来看,这种矫治责任的具体承担方式既包括社会化(开放式)处遇措施,也包括专门矫治教育这种设施内(封闭式)处遇措施^②。我国专门矫治教育就是触法未成年人承担矫治责任的重要的方式,最能体现矫治责任的约束性与惩戒性属性的处遇措施^③。

三 超越片面“保护”:矫治责任视野下专门矫治教育的惩戒性与保安性

我国预防未成年人犯罪法将整个专门教育定位于“对有严重不良行为的未成年人进行教育和矫治的重要保护处分措施”,从法律上确立了专门教育制度的福利保护性质。按照我国学者的解释,保护处分是既超越刑罚又超越保安处分的“第三种法律后果”,它不仅“更为彻底地实现了对刑罚的超越,剔除了保安处分所残存的刑罚印迹”,“从保安处分补充刑罚的角色,转变为替代刑罚、避免刑罚的角色”,而且“从保安处分立足于人身危险性的社会本位,转变为立足于少年保护、福利的权利本位”^④。但需要指出的是,作为罪错未成年人保护处分体系重要组成部分的专门矫治教育制度绝不能仅理解为一种对触法未成年人的片面的、单纯的“保护”和“福利”,而应当是一种在责任承担意蕴下兼具惩戒性与保安性的特殊的保护处分措施。

(一)专门矫治教育制度是兼具惩戒性的未成年人福利保护制度

就理论基础而言,少年司法的保护理念乃基于国家亲权思想而建立。由于未成年人不具有完全的认识能力与意志能力,其责任能力存在非成熟性,未成年人在成长中实施触法行为并非其自身理性选择的结果,而是家庭、学校或社会等外部环境的不当对待与影响下的产物,其本身也是社会不公和社会弊端的受害者,因此,国家对触法未成年人负有不可推卸的教育保护与矫正帮教之责,承担使其复归正常生活的义务^⑤。在这种保护理念指导下,从1899年美国伊利诺伊州少年法院创立开始,以处理罪错未成年人为主要对象并独立于传统刑事司法机构的少年司法机构应运而生,罪错未成年人不会被当作罪犯对待,更强调对其罪错行为进行矫正而非惩罚^⑥。由此可见,从本来意义上看,保护主义理念下少年司法的去惩罚化是基于未成年人责任能力的不完整性而不能承担刑事责任的角度提出的,其本质是“去刑事责任化”和“去刑罚化”,即对触法未

^①Michael Bohlander, “Vicarious Criminal Liability of Parents for Offences Committed by Their Children?” *Criminal Law and Justice Weekly* 177, no. 48 (2013): 791-792. 转引自:李川《观护责任论视野下我国少年司法机制的反思与形塑》,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第24页。

^②例如,德国少年法庭法中,与少年禁闭相并列的惩戒处分还包括警告和规定义务两种社会化处遇措施(第十三条)(参见:《德国刑法典》,第256页)。在日本少年院处遇中,既有封闭的设施内处遇——长期处遇,也有半开放式处遇与开放式处遇组合的一般短期处遇和开放式处遇——特修短期处遇(参见:蒋文星《试论日本少年院在少年矫正教育中的作用》,《北京青年政治学院学报》2011年第3期,第29页)。

^③我国有学者提出“观护责任”的概念,它“是以最大限度观察保护越轨未成年人责任能力与责任意识、尽快使其恢复正常并得到健康增长为目标而施加的责任,是一种基于观护措施需要而承担的责任”(参见:李川《观护责任论视野下我国少年司法机制的反思与形塑》,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第24页)。这一定义包括了所有需要进行专门教育的罪错未成年人和设施内处遇与社会化处遇两种具体的责任承担方式。我们认为,基于触法行为的特殊性,对于这些未成年人的成长和复归社会最为必要和紧迫的任务是通过接受某种特定的矫治与教育活动而实现责任意识的树立与责任能力的培养,因此,我们将这种责任更聚焦于矫治而称之为矫治责任。根据我国法律的规定,触法行为并非一律无条件适用专门矫治教育措施(《刑法》规定是“在必要的时候”,《预防未成年人犯罪法》则规定要通过专门教育指导委员会评估)来承担矫治责任,但专门矫治教育这种设施内处遇措施显然是最能凸显责任追究与承担的保护处分措施。

^④姚建龙《犯罪后的第三种法律后果:保护处分》,《法学论坛》2006年第1期,第35页。

^⑤徐宏、武倩《少年司法理念的正本清源与制度设计》,《青少年犯罪问题》2018年第6期,第81页。

^⑥赵国玲主编《未成年人司法制度改革研究》,北京大学出版社2011年版,第17页。

成年人不按犯罪人对待,在处遇程序上不适用普通刑事诉讼程序,在处遇措施上不适用刑罚,尤其是不适用监狱化的监禁措施。

但是,由于国家亲权理论下的少年司法制度的最终目标是通过国家的介入履行保护未成年人的责任与使命(国家监护责任),不仅要使未成年人从不良环境中解救出来,而且要代替未成年人的父母等履行监护职能,对未成年人的成长予以教育和保护,对其身心疾患进行矫正和治疗,因此,少年司法制度的立场应该是基于通过国家监护(代替亲权监护)促使罪错未成年人再社会化并复归社会,是宽宥下的矫正,而非对罪错未成年人的纵容与放任,其具体措施不可能也不应该仅仅是单纯的“福利”,而应当具有惩戒的内容,避免使其产生可以超越法律约束的错误观念^①。而从责任视角来看,“考虑到责任意识增强与责任能力培养又是少年福利保护的内涵之一,适度的责任追究恰恰是少年福利保护的内涵应有之义”,“即便未成年人因为年龄等未达刑事责任水平而不作为犯罪追究,仍然可以在少年司法中因为触法行为或虞犯行为而承担一定的责任后果;通过这种责任追究和后果承担,可以有效培养未成年人更好的责任意识和责任能力,反而可以实现少年福利保护的目标”^②。

触法未成年人因其所实施的严重危害社会行为而对矫治责任的承担虽然不具有刑事责任追究的性质,但矫治责任所具有的法律后果属性以及强化并树立触法未成年人责任意识的目的,使其天然就具有惩戒与约束特征,这种惩戒与约束往往又体现为要求未成年人实施某种特定行为,对其个人权利、自由予以约束与限制^③。当代德国学者在论及德国少年法庭法所规定的各种处遇措施时就明确指出:少年法庭法中所规定的各种处遇措施(教育处分与惩戒处分)都属于法定的制裁后果,其中的“少年拘禁是一种‘短、准、猛’的处罚。少年或者成年人能因此体验到,在一个小房间里被幽困数日和数周的感觉”^④。对于未成年人而言,这种约束与限制显然是一种令其难以忘记的“不快”与“痛苦”,不仅充满着惩戒的意味,而且强化了其所实施不法行为与承担不利法律后果之间的联系,从而使其认识到所实施行为的违法性,树立起正确的责任意识。作为适用于触法未成年人的最重要的矫治责任承担方式和处遇措施,我国的专门矫治教育所具有的强制性特征和实施中对未成年人人身自由的限制色彩虽然从促进成长的长远目标而言是有利于未成年人的,但客观上肯定是对其造成了“不快”甚至“痛苦”,这种短期“痛苦”与长远“利益”的结合不仅是国家亲权主义下国家监护的具体实现,同时也彰显了触法未成年人对其不法行为的责任承担,体现出专门矫治教育制度所同时具有的福利保护特征与惩戒特征。

(二)专门矫治教育制度是兼具社会保安性的未成年人福利保护制度

将责任承担的内容纳入专门矫治教育也是实现罪错未成年人矫治的双向保护功能的基本要求。触法未成年人并非一般意义上的低龄未成年人,而是开始或已经进入青春期的未成年人,其所实施的行为也不是一般意义上的不良行为,而是具有刑事不法性的严重危害社会的行为。触法未成年人对被害人所造成的客观损害及其对社会公众安全感的影响都是非常显著的,缺乏惩戒的“福利保护”或者说片面的“保护”显然无法消除被害人及社会公众对少年司法体系纵容触法者的疑虑。从域外少年司法发展的经验来看,单纯的福利型少年司法模式虽然在治理未成年人犯罪方面取得了一定成效,但其矫正与预防犯罪效果不理想的弊端也是明显的。为了在消除单纯福利保护的弊端的同时又避免落入单纯责任追究与报应惩罚的陷阱,当前国际社会的少年司法领域逐渐形成以保护理念为主导,以责任理念为补充的共识,以防止国家对罪错未成年人的

^①教育学与心理学研究指出,就儿童成长的角度而言,对未成年人的监护与教育本身就包括对不当行为的惩戒,无惩戒的“爱”只能是“溺爱”。正是基于此,我国的《未成年人保护法》在确立对未成年人的监护权时规定,“父母或监护人应当预防与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”;我国教育部在2020年出台了《中小学教育惩戒规则(试行)》,《中华人民共和国教师法(修订草案)》第9条第(三)项明确规定了教师的教育惩戒权。德国刑法将父母及其他亲权者对未成年人所具有的惩戒权作为阻却行为违法性的事由(参见:汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书(总论)》徐久生译,中国法制出版社2001年版,第479页)。

^②Gerry Maher, “Age and Criminal Responsibility,” *Ohio State Journal of Criminal Law*, no. 2 (2005): 493-494. 转引自:李川《观护责任论视野下我国少年司法机制的反思与形塑》,《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第24页。

^③例如,我国《预防未成年人犯罪法》第四十一条所明确规定的公安机关对有严重不良行为的未成年人可以采取的矫治教育措施都具有这一特点。

^④维尔纳·薄逸克《德国少年刑法论纲》,程捷译,《青少年犯罪问题》2017年第2期,第114-115页。

处遇陷入“一放了之”的放任自流或“一判了之”的简单粗暴^①。也正是基于上述考虑,《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)在 1.4 条款中明确规定了少年司法的双向保护原则,即“少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个组成部分,同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序”。

专门矫治教育由于采取将触法未成年人强制置于国家机关管理的特定场所开展矫治教育,从而将未成年人从不良环境中解救出来,使之远离导致其身心疾患的不良环境,不仅契合少年司法的福利保护目的^②,更通过物理隔离与具体的矫治教育活动消除未成年人再次实施触法行为的危险,有助于实现维护社会安宁秩序之社会保护目的。因此,这种具有明显惩戒色彩的设施内处遇措施显然已经超越了单纯的、单边的福利保护的内容而具有责任承担意义下的社会保安职能,有助于消除社会公众对保护处分就是“纵容”触法未成年人、“保护就是免罚”的疑虑,是一种典型的福利保护与责任承担兼具的处遇制度^③,较好地实现了公众对罪错未成年人矫治制度的社会保安期待。事实上,域外少年司法发达国家对这种设施内处遇所具有的责任承担属性与社会保安功能也有着清醒的认识。例如,当代法国的少年司法体系遵循马克·安塞尔(Marc Ancel)所提出的新社会防卫理论对罪错未成年人的处遇就秉持了福利教育与责任承担、社会防卫相结合的立场,强调罪错未成年人并非一个无力掌控的社会、心理、家庭状态的受害人,而是一个应该学着遵守一些规则的责任主体,即一个独立自主的人,其在获得更多权利的过程中也要承担必要的责任,而在法律责任范畴中适用的教育行为是存在着强制力的,对于教育的新定义也应当建立在责任、惩罚和约束基础之上^④。因此,法国的矫治与教育措施允许对罪错未成年人自由的限制和剥夺,即可以将其置于如强化教育中心(CER)和封闭教育中心(CEF),既不掩盖通过对其进行约束来保护社会的意图,也不排斥甚至重视教育活动中的强制性^⑤。

可见,将矫治责任的内容纳入专门矫治教育制度中,通过具有强制性、惩戒性色彩的矫治教育措施,不仅可以使罪错未成年人认识到自己行为的错误性质和所应当承担的法律责任,也有助于维护社会的安宁秩序,实现社会保安与福利保护在设施内处遇措施中的调适。

四 超越“不确定性”:以矫治责任构筑适用专门矫治教育的客观基础

在当代中国的整个罪错未成年人群体中,实施了刑事不法行为的触法未成年人是除应受刑罚处罚的未成年人以外最需要开展矫治干预的未成年人。而在罪错未成年人矫治体系中,专门矫治教育措施又是除刑罚以外最严厉、惩戒性最强的矫治措施。如何在坚持未成年人利益最大化原则的前提下将专门矫治教育措施正确适用于触法未成年人是科学处遇罪错未成年人、预防未成年人犯罪必须解决的基础性问题。

(一)专门矫治教育的权利干预属性与负效应风险

专门矫治教育采取强制入学、封闭管理的方式,是将特定罪错未成年人置于国家管理的特定场所开展专门教育的一种保护处分措施,这也是目前国际上针对类似罪错未成年人所采取的通常性处遇方式^⑥。但需要指出的是,虽然法律基于“以保护替代惩罚”的理念将专门矫治教育定位于保护处分措施,否定其报应性与惩罚性,但其决定方式与实施方式都使之具有限制甚至剥夺未成年人人身自由的色彩,是“对最基本的宪法权利——人身自由进行长期限制的处分”和“重大干预措施”^⑦。这也是域外国家和地区所规定的设施内处遇制度的共同特点。一百多年前,德国著名刑法学家李斯特在评价当时德国的《青少年法院法》所设置的针

① 姚建龙《长大成人:少年司法制度的建构》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 49 页。

② 从统计数据来看,相当数量的触法未成年人存在家庭监护缺乏、生活环境与教育环境不佳的成长状态,通过专门矫治教育消除其所处的不良环境、改善其成长状态显然具有福利保护性质。

③ 我国有学者也明确提出,专门矫治教育制度的展开应当以双向保护为基本理念,并赋予福利保护、责任追究与损害修复的内容。具体论述参见:刘双阳《从收容教养到专门矫治教育:触法未成年人处遇机制的检视与形塑》,《云南社会科学》2021 年第 1 期,第 95 页。

④ 俞亮、吕点点《法国罪错未成年人分级处遇制度及其借鉴》,《国家检察官学院学报》2020 年第 2 期,第 168 页。

⑤ 王娜《法国未成年人司法制度的变迁——兼论对中国未成年人司法制度完善的启示》,《青少年犯罪问题》2013 年第 3 期,第 96、99—100 页。

⑥ 从世界范围来看,当前德国的少年禁闭、日本的少年院处遇、法国的强化教育中心(或封闭教育中心)矫治、黑山共和国的教养所矫正、我国台湾地区的感化教育等也都属于同类型的处遇措施。

⑦ 李泊毅《专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善》,《预防青少年犯罪研究》2021 年第 5 期,第 71 页。

对触法未成年人的教育处分措施时就指出,将未成年人安置于教养机构,是“通过完全改变相关青少年的生活环境,来与最严重的犯罪危害性作斗争”,“对父母的教育权以及青少年自己的个人自由均是极大的干涉,所以,它被视为所有教育处分中最为严重的一种”^①。专门矫治教育这种权利干预属性注定了对它的适用必须是谨慎的和限缩的。

还需要注意的是,对于触法未成年人而言,尽管设施内隔离是最方便且在短期内最有效的危机处理对策,但不一定是最利于未成年人正常发展的处遇方式。这是因为,相对于训诫、行为监督、心理辅导、社会观护等适用于罪错未成年人的开放式、社会化处遇措施,各种设施内处遇措施由于具有限制甚至剥夺人身自由的因素,使得此类制度在实现对未成年人保护教育的同时也存在潜在的风险与负面效应。战后的日本学者就曾指出,日本的少年院所采取的对罪错少年“根据法令拘禁”使得其更加渴望自由,被收容少年或者是“为了早点出去而表现优异,但并没有真正地反省,回到社会上后仍然会发生非行事件”;或者尽可能地在少年院里寻找乐趣,在内部集团里产生所谓的“头目”,瞒过辅导员的眼睛,以欺凌新人或下级生为乐;或者“对剥夺自己自由的教职员采取消极抵抗的形式,在温顺的同时变得麻木,对外界产生一种无力感”。这种拘禁的生活使被收容少年比起对自我改善、回归社会后的生活,如何开拓自己将来的人生这些问题的思考来说,更加关心如何早日获得自由,最终导致以严厉的自我改善为目的的少年院的矫正教育反而成为了一种形式上的教育^②。我国台湾学者针对教养院的感化教育也指出:“从心理学角度分析,青年期最重要的发展任务就是实现社会化,其基本内容和方式就是不断扩大青年的活动和交往范围,从而建立新的‘心里场’。而矫正机构内的不良环境会导致罪错少年社会化过程中的社会活动和社会交往在非正常的条件下(与一般社会环境相差过多)进行,严重影响其健康人格的形成。”^③

鉴于设施内处遇措施对未成年人基本权利的干预属性和实施过程中可能出现的负面风险,我国法律在适用专门矫治教育这种最为严厉的非刑罚类设施内处遇措施时,必须具有实质上的正当性与适当性,将具体适用建立在客观与必要的基础上,从而最大限度地防止对未成年人基本权利的不当干涉,降低其潜在风险。

(二) 矫治责任是适用专门矫治教育的客观基础

根据我国相关法律的规定,专门矫治教育的前生——收容教养制度在实践中的法定期限一般为1至3年,必要时还可以延长1年;专门矫治教育的上位概念专门教育的最短期限则为4—6个月^④。以此为参照,我们可以推断,现行专门矫治教育的法定基本期限大致为6个月以上4年以下。相对域外国家与地区的规定,我国法律所设置的设施内处遇法定期限虽然略显偏长,但还在可接受的范围^⑤。值得注意的是,我国法律有关适用专门矫治教育的具体条件缺乏清晰的表述,考虑到专门矫治教育所具有的长期限制未成年人人身自由的效果,如此模糊的规定使得在实践中专门矫治教育的适用(期限)呈现出巨大的不确定性与随意性,不仅存在权力被滥用的可能,而且也给有关机关所作出决定的正当性与说服力留下了隐患。

从制度设计上看,基于未成年人矫治的个别化原则和复归社会的目标,域外国家或地区的各种设施内处遇措施大都采取由法律规定最长法定期限而将具体期限的确定授予特定机构的模式。同时,基于法治原则,为了避免决定者在确定未成年人矫治时的恣意与随意,它们大都构建或形成了判断能否适用矫治措施的基本标准。例如,我国台湾地区的《少年事件处理法》第五十二条就规定,“对于少年之交付安置辅导及施以感化教育时,由少年法院依其行为性质、身心状况、学业程度及其它必要事项,分类交付适当之福利、教养机构或感化教育机构执行之”;《黑山刑法典》第八十四条规定:“在选择矫正措施时,法院应当考虑青少年的年龄、

① 弗兰茨·冯·李斯特《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第450页。

② 副島和穂「少年院における懲戒について」,日本教育学会大会研究発表要項20卷(1961年),46頁。转引自:蒋文星《试论日本少年院在少年矫正教育中的作用》,《北京青年政治学院学报》2011年第3期,第31页。

③ 张知博《台湾地区〈少年事件处理法〉中的保护处分制度》,《预防青少年犯罪研究》2016年第6期,第62页。

④ 根据《预防未成年人犯罪法》第四十六条规定,被决定送入专门学校接受专门教育的未成年人,评估其是否可以转回普通学校就读的期限为1学期,由此可知,未成年人接受专门教育的最短期限为1学期,大致为4—6个月。

⑤ 我国台湾地区的感化教育的法定期限最长为3年,最短期未作规定;日本的少年院长期处遇的法定期限为2年以内,一般短期处遇的法定期限为6个月以内;德国规定的长期少年禁闭为1周以上4周以下;黑山共和国针对青少年犯罪人的教养所矫正的法定期限为1年以上4年以下。

心理发展程度、心智能力、爱好、犯罪动机、教育程度、生活环境、罪行的严重程度、是否曾被判处过矫正措施,以及其他能够影响选择何种矫正措施的各种情况,以期达到矫正措施之最佳效果”。在德国,基于对未成年人矫治措施所具有的保安处分属性的认识^①,《德国刑法》第六十二条对“矫正与保安处分”所规定的适当性原则也同样适用于对未成年人的教育处分与惩戒处分^②。根据该条规定,对未成年人采取的矫正措施应当与“行为人的严重性、将要实施的行为以及由行为人所引起的危险程度”相适应。借鉴域外的经验,我国的专门矫治教育制度在实践中要实现法律适用上的正当性与适当性,首先需要解决的就是确立类似的相对明确、客观的判断标准,以避免适用的随意性与不确定性,而这个标准的基础和主要内容就是触法未成年人所应当承担的矫治责任。

如前所述,矫治责任是为了树立触法未成年人的责任意识,培养其责任能力,而要求未成年人对其触法行为所应承担的具有约束性与惩戒性的法律后果。从行为角度来看,矫治责任作为一种法律后果来源于未成年人的触法行为,是对未成年人触法行为的法律反应。鉴于触法行为自身是一种客观存在,行为本身的不法性及其所造成的客观损害是相对具体的、清晰的,因此,无论是从后果承担的角度而言,还是从促使受矫治者复归社会的角度,矫治责任的大小与触法行为所造成的损害之间显然构成一种正向关系。从行为人角度来看,鉴于当代少年司法制度教育保护优先与去惩罚化的立场,触法未成年人承担矫治责任的并非报应,而是通过适当的惩戒使未成年人明确其应当履行的义务,培养其责任能力,最终促使其复归社会而成长为合格公民,因此,矫治责任的大小显然又与触法未成年人的可观测与衡量的具体责任能力(认识与控制能力)相关联^③。由于这些影响矫治责任大小的因素不仅是相对客观的且与触法行为及行为人密切相关,矫治责任的确定性与适当性也就有了保障,以此为基础而适用专门矫治教育就可以有效避免随意性与不确定性。

需要指出的是,专门矫治教育的适用以矫治责任为基础并不是将其作为唯一的标准和充分条件,而只是基础性和必要性条件。如前所述,专门矫治教育是典型的兼具福利性与防卫性特征的设施内处遇措施,它通过将未成年人送入特定的国家管理的专门场所开展矫治教育,将其从不良环境中拯救出来,消除其所处之生存困境,凸显该处遇制度的福利保护性质,同时,又通过强制未成年人在封闭性和拘束性较强的环境下生活,降低乃至消除其再次实施不法行为的可能,具有鲜明的社会防卫与保安色彩^④。鉴于专门矫治教育所具有的干涉未成年人基本权利的色彩和封闭化的设施内处遇所固有的负面效应,对触法未成年人适用专门矫治教育应当是最后的迫不得已的选择,因为从实现教育目的、促使未成年人顺利回归社会生活而论,专门矫治教育并不具有唯一性,监护人监管、社会观护、普通专门教育等也具有教育与矫治功能,也是承担矫治责任的具体方式^⑤。《联合国预防少年犯罪准则》(《利雅得准则》)第四十六条就明确指出,“将青少年安置教养的做法,应作为最后的手段,而且时间应尽可能短”,同时还提出了适用这种设施内处遇的基本标准^⑥。我国《刑

①德国的刑事新派代表人物李斯特就认为,保安处分制度本身就包含对处分者的矫治(教育)与对社会的防卫两类内容,其目的“要么是将具体之个人适应社会(教育性或矫正性处分),要么是使不能适应社会者从社会中被剔除(狭义的保护性或保安处分)”。在其著作中也直接将当时德国《青少年法院法》所规定的教育处分纳入保安处分的具体类型中。参见:弗兰茨·冯·李斯特《德国刑法教科书》,第401、447页。

②德国《少年法庭法》第二条规定:本法未作其他规定的,始可适用普通刑法。第七条第一项规定:普通刑法规定的矫正及保安处分,……,同样可以适用于少年罪犯。参见:《德国刑法典》,第251、253页。

③这些判断未成年人矫治责任的因素可基本相当于我国台湾地区的《少年事件处理法(2002修正)》第五十二条所规定的行为性质与行为人的身心状况。

④当代日本学者对少年院处遇也作出过同样的评价:少年院有收容与教育两种机能,无论在社会防卫还是在少年福利上都有不可或缺的意义。收容机能一方面将非行少年与社会隔离,防止社会由于少年的非行而遭到危险,另一方面,是将非行少年与不健全的环境隔离,给予少年抑制非行的良好生活环境。教育机能上,通过矫正教育在防止非行少年再度发生非行行为上具有社会防卫的意义。另外,使受到矫正教育的少年能够在回归社会后迅速适应社会生活上具有少年福利的意义。”参见:田宫裕,广濑健二编《注积少年法》(有斐阁,2017年第4版)318页。

⑤例如,德国《少年法庭法》中,与少年禁闭相并列的惩戒处分还包括警告和规定义务两种社会化处遇措施(第十三条),在《黑山刑法典》中,与公共机构矫正措施相并列的还有训导性矫正措施、强化性监管措施两种社会化或半社会化矫正措施(第八十三条)。

⑥《联合国预防少年犯罪准则》(《利雅得准则》)第四十六条所规定的基本标准是:(a) 孩子受到了父母或监护人的伤害;(b) 孩子受到了父母或监护人的性侵犯或身体上、精神上的虐待;(c) 孩子受到了父母或监护人的疏忽、遗弃或剥削;(d) 孩子因父母或监护人的行为而遭到身体或道德方面的危险;(e) 孩子的行为表现对其有严重的身心危险,如采取非安置教养办法,其父母、监护人或孩子本身,或任何社区服务,均无法应付此种危险。

法》第十七条第五款也规定,“因不满十六周岁不予刑事处罚的,……在必要的时候,依法进行专门矫治教育”。这里所谓“必要的时候”,按照我国有些学者的理解,就是指“非采取专门矫治教育措施,则无法避免实施了违法层面的犯罪行为、因未达刑事责任年龄而刑事责任被阻却的未成年人人身危险性现实化的时候”^①。因此,有关机关选择对触法未成年人的矫治方式时,应当是在其承担的矫治责任基础上,进而考察未成年人再次实施刑事不法行为的可能性、监护人监管的可能性以及社会化(开放式)矫治的可能性,最终对是否适用专门矫治教育及其适用期限作出决定^②。

五 专门矫治教育的适用基础:触法未成年人矫治责任的判断

虽然矫治责任不是适用专门矫治教育措施的唯一标准,却是适用该措施的必要条件,在触法未成年人矫治活动中居于重要地位,因此,判断并确认触法未成年人矫治责任的大小就成为决定适用专门矫治教育的前提性、基础性工作。虽然罪错未成年人的矫治遵循个别化原则,每一触法未成年人承担矫治责任的大小只有根据具体情况才能最终得以确定,法律无法给出一个预判,但鉴于矫治责任所具有的法律后果属性与培养未成年人责任意识的功能面向,我们可以提出一个基本的判断路径作为司法实践的指导。

(一)触法行为的客观危害是判断未成年人矫治责任的基础

矫治责任的法律后果属性决定了触法行为天然就是判断未成年人矫治责任的基础性客观因素。但是,由于矫治责任并非刑事责任,触法行为与矫治责任的关系并不能等同于犯罪行为与刑事责任的关系,因此,以触法行为判断矫治责任既需要遵循比例性原则,又要严守少年司法的非报应性要求。

所谓比例原则,又可称适当性原则,是指触法未成年人所要承担的矫治责任的大小应当与其所实施的触法行为的客观危害相对应并呈正比例关系,触法行为所造成的客观损害越大,行为人所可能承担的矫治责任就越大。这也是《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)5.1条款所提出的基本要求——“少年司法制度应强调少年的幸福,并应确保对少年犯作出的任何反应均应与罪犯和违法行为情况相称”。由于触法行为的客观性,遵循比例原则确定矫治责任不仅具有了道义上的正当性,而且也能够有效回应社会公众对于触法未成年人采取防卫措施的关切。具体到实践操作中,鉴于专门矫治教育措施是可以适用于触法未成年人的最严厉的处遇措施,在法定最长期限前提下^③,可以根据触法行为的客观危害首先对未成年人所可能承担的矫治责任大小作出初步判断,评估是否需要限制其人身自由的设施内处遇措施,进而在法定期限内确定其可能适用的矫治期限,通过对这种类似于量刑活动中的最高基准刑的确定,使矫治责任的判断起点得以相对确定,防止限制人身自由矫治措施的适用脱离法治的轨道而成为不当干涉未成年人权利的工具。

所谓矫治责任的非报应性是指,虽然触法未成年人承担责任的基础来源于其所实施的触法行为,但基于矫治活动以预防未成年人再犯并促使未成年人复归社会为最终目的,具有保护处分性质和福利色彩,矫治责任不能以实现社会对触法未成年人的报应甚至报复为目标。正如当代德国学者所指出的:“由于处分的目的在于阻却将来可能发生的法益破坏,因此……仅根据原因行为的严重程度来科处处分是不正确的。”^④这就意味着矫治责任的大小与触法行为的客观危害之间不能是“以眼还眼、以牙还牙”的简单报应关系,而是有节制和有限度的。一个明显的例证就是,在当代各国的少年法规范中,即使是严厉性、惩戒性最高的设施内处遇措施,相对于触法行为所造成的客观损害,也是明显克制的、非对称的。例如,我国的专门矫治教育可能适用的最长期限也就是4年,而未成年人故意杀人行为的最高刑罚则为无期徒刑,相对于未成年人所实施的故意致人死亡的行为,即使是适用最长期限的专门矫治教育措施显然也无法在报应层面获得相当性,而只有从教育、保护与矫治的立场出发,这种专门矫治教育才是正当的和可接受的。也正是基于这种非报应性的考

^①李泊毅《专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善》,《预防青少年犯罪研究》2021年第5期,第73页。

^②当代德国学者指出,剥夺自由的保安处分必须遵循德国刑法第62条规定的“适当性原则”,应当同时满足两个条件:一是预测行为人还将实施(严重的)犯罪行为,二是该处分适宜于预防上述犯罪行为发生。参见:汉斯·海因里希·耶赛克等《德国刑法教科书(总论)》,第968页。

^③我国法律虽然没有非常直接与明确的规定,但根据原有的收容教养制度的实践与目前《预防未成年人犯罪法》有关专门教育的规定,大致可以推断出专门矫治教育的法定期限在4—6个月以上、4年以下。

^④汉斯·海因里希·耶赛克等《德国刑法教科书(总论)》,第968页。

虑,我国有学者甚至提出,在判断是否适用这种最严厉的限制人身自由的矫治措施时,“行为人行为的严重程度,通常并不是作为一个正面要素出现的,而是作为一个反面的排除因素。易言之,如果行为人的行为不严重,则不得处以严厉的处分措施,而非严重则应当处分”^①。

(二)触法未成年人的责任能力是判断未成年人矫治责任的关键

就行为的发生规律而言,未成年人的触法行为也是在特定的心理状态支配下所实施的身体动静,其与成年人行为之不同主要在于未成年人对其自身所实施行为的认识与控制状态与成年人存在差异,具有责任能力较弱、责任意识较低的特征^②。但需要指出的是,心理科学与社会科学已经证明,个体的责任能力与责任意识的获得不是一蹴而就的突变,而是一个随着其生理发育和社会化程度而不断积累、发展的过程。精神分析理论和社会学习理论认为,“个体的责任行为是后天习得的,这种负责任的行为方式源自个体在社会生活中所受的道德文化教育和自身社会经验的影响。儿童的行为方式与社会规范、社会习俗越符合,就越容易得到强化并被保持下来;反之,越偏离规范和习俗的行为则越容易被改变”。另一些儿童心理研究者认为,责任行为是个体的先天素质和后天的社会教育共同作用的结果,“责任行为的产生不仅依赖于个体对于社会规范的内化和自觉遵守,还需要由一定的社会认知来激发和唤醒,个体的认知水平对于其是否做出责任行为以及责任行为的结果具有影响;而个体自身的先天素质为其责任行为的产生提供了可能性和物质基础,后天的教化则是使这种可能转变为现实的必要条件”。^③由此可见,在未成年人的成长过程中,通过教育和经验的后天学习对其责任意识与能力的培养至关重要。

未成年人责任能力的这种变化规律与后天习得性特征不仅使矫治责任的承担具有了心理学的基础,而且也使责任能力成为判断未成年人矫治责任有无及大小的关键因素。因为触法未成年人在主观心理方面不仅相对于成年人而且相对于同龄人也具有更少的责任意识,未成年人承担矫治责任的目的则是要通过适当的教育方式与手段,促使未成年人正确认识行为的不法性质,降低、扭转并消除不利于其责任意识培养的各种不良因素,促使其责任意识与能力的提高,而不是对其所实施触法行为的报应。由此,触法未成年人责任能力状况就成为判断其是否承担矫治责任以及是否有必要接受专门矫治教育的关键性个体化因素。只有对触法未成年人责任能力予以科学的评估,才能对其所承担的矫治责任作出准确的个别化判断,进而对能否适用专门矫治教育以及适用期限作出正确的决定。这就要求我们在根据触法行为的客观危害活动对触法未成年人矫治责任的初步判断后,还需要进一步考察触法行为实施者的个体心理特征,通过对未成年人的责任能力的判断来调整、修正前期的初步结论。就具体而言,可以考虑从行为人对违法行为的认识能力与控制能力两个方向对触法未成年人责任能力进行判断。

其一,从行为发生规律来看,认识能力是行为人责任能力的基础,任何正常人都是基于一定认识的前提下作出决策进而实施自己的行为。对触法未成年人认识能力判断的核心是评估未成年人对其所实施行为的(刑事)不法性的认识能力,即通常所说的是非辨别能力。按照我国《刑法》的规定,触法未成年人是年满12周岁不满16周岁的未成年人,这一阶段的未成年人,由于生理发育和社会化程度都已达到相应的水平,其本身是具有一定的是非辨别能力的。如果一个未成年人不能认识或不能充分认识其同龄人都可以识别的行为的不法性,进而实施了触法行为,那就意味着存在对其进行特别的教育与矫治的必要,促使其正确认识行为的不法性质,强化并树立其责任意识。当代德国的《少年法庭法》第十三条有关对违法少年适用惩戒处分的规定就鲜明凸显出未成年人认识能力因素在罪错未成年人处遇中的重要地位,该条规定,“对于少年违法行为,尚无须判处少年刑罚,但又必须使行为人认识其行为违法性的,法官可以判处惩戒处分”。

从操作层面而言,对触法未成年人认识能力判断至少应考虑两个客观因素。一是触法行为相对于未成年人的常识性程度。未成年人所实施行为的不法性的常识程度越高,意味着其对所实施行为的不法性认识越弱,需要提高其违法性认识能力,未成年人相应需要承担的矫治责任就越大。这是因为在一般意义上,年

①李泊毅《专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善》,《预防青少年犯罪研究》2021年第5期,第74页。

②《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)在第四条有关刑事责任年龄的规定中就明确提出,根据孩子本人的辨别和理解能力来决定其是否能对本质上反社会的行为承担刑事责任。这里的辨别和理解能力就是责任能力。

③李丹、刘朝燕、朱旻斐《责任关系视角下的儿童责任行为发展研究》,《应用心理学》2011年第2期,第109页。

满 12 周岁的未成年人在认识能力上并非“一张白纸”,而是已经具有一定的社会经验并接受过一定的教育的主体,如果某行为的不法性是该年龄段行为人的普遍的、常识性认识,而某个未成年人却实施了此类不法行为,这至少折射出该未成年人在对不法行为的认识与辨别上是存在缺陷的^①,是与同龄人的一般水平不相称的,需要通过特定的矫治与教育活动给予培养与强化。二是行为人所实施不法行为类型的重复性程度。根据我国法律的规定,触法行为都是《刑法》明确规定的特定行为类型,只是因为行为主体未达刑事责任年龄而不予刑罚处罚。相当部分的触法行为相对一般违法行为而言在类型上往往具有同一性,其差异只在于所造成的客观损害的大小,如伤害、盗窃、抢夺等,这些行为类型本身也是《预防未成年人犯罪法》第三十八条所明确列举的严重不良行为类型。在实践中,未成年人在实施触法行为前往往已经实施过同种类的严重不良行为,其所实施的不法行为类型的重复性越高,则意味着其所实施行为的不法性认识越弱,相应需要更有针对性的矫治与教育活动对其责任意识给予培养与强化。

其二,就行为发生规律而言,行为人的控制能力是促使行为主体形成决策并将其付诸实现的关键,是责任能力的核心要素。行为人如果具有控制自己行为、选择合法行为的正常能力却决意实施不法行为,其对行为后果承担相应的责任就具备了道义上的正当性。对触法未成年人控制能力的判断主要是就未成年人在多大程度上能够控制自身不实施不法行为作出客观的评估。由于生理与心理发育的限制,未成年人具有相对于成年人较低的控制能力。该年龄段的未成年人常常“在思想上很少受条条框框的限制和束缚”并“能果断地采取某些行动”,其主观意志方面常呈现出“勇敢带有莽撞和冒失的成分”^②。可见,这一年龄段的未成年人实施触法行为往往带有决定论的色彩,个人自由选择的意志影响则相对较弱。正如当代德国学者所发现的,“与年少犯罪人打交道的经验却表明,有意识地违反法律、实施不法行为的决断常常并不存在”,“所有的少年非行都‘来自于伴随成长而脱轨所带来的驱动力’”,而这种驱动力往往“与青春期有关的性麻烦、冒险兴趣、思乡病”相关联,“也有寻求在群体中或在朋友中出头或对于仗义的误解”^③。正是考虑到未成年人成长的自然规律,《联合国预防少年犯罪准则》(《利雅得准则》)第五条明确指出:“青少年不符合总的社会规范和价值的表现或行为,往往是成熟和成长过程的一部分,在他们大部分人中,这种现象将随着其步入成年而消失。”因此,我们在确定触法未成年人的矫治责任大小时,还需要对触法未成年人的控制能力进行客观与科学的评估与判断,这样才能选择对其最适合的矫治方式与期限,实现对罪错未成年人处遇的精准个别化。如果不加选择地一律适用限制人身自由的设施内处遇措施,其不仅不能实现责任能力的培养与强化,反而可能放大此类处遇措施的固有负面风险。

具体来说,对未成年人的不法行为控制能力的评估至少应当考察两个客观因素。一方面,考察年龄因素。根据心理科学的研究,未成年人行为控制能力受限于其大脑发育程度,并且是一个逐渐习得的过程。2004年,在美国洛普诉西蒙斯(Roper v. Simmons)一案中,8个医学组织在该案裁决前向联邦最高法院提交了一份研究报告,表明人类大脑发育最后一块区域是前额叶,发育时间一直持续到25岁左右,而前额叶具有阻止人们作出轻率、冲动决定的作用^④。可见,未成年人年龄是判断其控制能力的第一客观因素,年龄越大的未成年人,其所具有的控制自身不实施不法行为的能力就越强,如果实施不法行为,则意味着其需要承担更大的矫治责任,甚至需要通过适用限制人身自由的专门矫治教育措施以强化其守法的责任意识。另一方面,考察行为的预谋性程度。虽然青春期的未成年人的控制能力存在明显的不成熟特征,但这并不意味着未成年人完全没有选择合法行为的能力。事实上,青春期末成年人控制能力的不成熟性更多的是影响其对冲动型、情绪型、激情型不法行为的实施,如果未成年人所实施的不法行为预谋性程度越高,则越反映出未成年人对自己行为的选择性与控制力越强。我国犯罪心理学者就曾经指出,行为人行为指向的预期性、行为策划

①从犯罪学的角度来看,触法未成年人这种相对同龄人较低的违法性认识能力常常与其后天的家庭教育缺失、越轨团伙的亚文化环境等因素相关联。专门矫治教育这种设施内处遇措施恰恰具有弥补后天教育缺失和隔离不良亚文化影响的功能。

②林崇德主编《发展心理学》,人民教育出版社2018年第3版,第357—358页。

③维尔纳·薄逸克《少年刑法中的年龄界限问题》,程捷译,《预防青少年犯罪研究》2020年第3期,第93、95页。

④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203—209页。

的隐匿性对于判断行为人的责任能力的有无与大小有着重要的价值^①。这里所说的行为指向的预期性、行为策划的隐匿性其实就是彰显不法行为预谋性程度的重要表征。因此,未成年人所实施的触法行为的预谋性程度越高,越体现出其对触法行为的控制能力越强,意味着该未成年人与同龄的未成年人相比存在更高的规范非难可能性,应当承担更大的矫治责任,施以更具强制性的矫治措施,甚至是较长期限的专门矫治教育。

Special Correctional Education System for Juveniles from the Perspective of Correctional Responsibility

Tang Ji Yao

Law School, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610066, China

Abstract: The special correctional education system for juveniles should be established based on the fundamental principle of correctional responsibility. Correctional responsibility refers to the responsibility that juveniles who commit crimes have to undertake through certain corrective measures according to the law. It is a legally binding and punitive consequence, highlighting the deterrent and security features of special correctional education. The specific application of special correctional education should be based on correctional responsibility, with the objective harm of criminal behavior and the offender's capacity for responsibility being the basic criteria for judging correctional responsibility.

Key words: correctional responsibility; juveniles who commit crimes; special correctional education

[责任编辑:苏雪梅]

^①有学者就指出:作案有无事先内心的主动内容和预期是判断其刑事责任能力的重要根据,判断的内容包括准备阶段有无对象的选择性、有无避人耳目准备工具、有无选择合适时间与地点等。参见:李玫瑾《从刑事责任年龄之争反思刑事责任能力判断根据——由大连少年恶性案件引发的思考》,载《中国青年社会科学》2020年第1期,第17—19页。