



“罪错未成年人”概念选择与适用的理性证成

肖姗姗*

摘要：作为非理性人，未成年人不具备刑事古典学派对犯罪所要求的意志自由，不应以报应为目的对其施以刑罚；作为非经验人，未成年人不具备刑事实证学派所要求的社会人品质，对其施以刑事处罚也并非基于保护社会的目的。最高人民检察院打破传统的“未成年人犯罪”概念，提出“罪错未成年人”概念，拟修订的《预防未成年人犯罪法》亦在此基础上对罪错行为予以分级化规定。罪错未成年人概念的选择与适用不仅体现了恢复性司法对未成年人、受害人及社区的保护，同时也有利于在宽容理念下，对未成年人的罪错行为予以矫正并帮助其再社会化。司法与执法实践中，应当明确未成年人的罪错范畴，进而促进罪错行为分级、处遇措施的分级，推动新时代未成年人罪错行为分级处遇类型体系的构建。

关键词：罪与错；未成年人；恢复性司法；分级处遇

一、问题的提出

为有效预防和矫治未成年人犯罪，最高人民检察院于2018年制定了《2018—2022年检察改革工作规划》（以下简称《工作计划》），提出“探索建立罪错未成年人分级处遇和保护处分制度”。“罪错未成年人”这一概念的使用为我国未成年人犯罪的学术研究和相关司法实务工作提供了新的研究视角，也为未成年人司法改革奠定了基础。但是，理论界与实务界都并未对此概念作出明确的解析。传统的“未成年人犯罪”概念为何突然被“未成年人罪错”所替代？倡导未成年人

罪错行为分级干预的前提，在于对罪错未成年人概念的明晰。唯有此，才能进一步推动未成年人罪错行为的分级，《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》这两部专门法的修订才能取得实质性的突破与进展。

二、“罪”与“错”的文化传统

（一）西方“罪感”文化影响下的“罪”与“错”

在西方文化中，“罪”首先源于“sin”一词，这种“罪”主要被纳入宗教领域，认为其是对宗教设定的思想和行为标准的违背。在基督教中，罪是指人顺从私欲而违背上帝旨意的所

* 肖姗姗，湖南师范大学法学院讲师，中南财经政法大学东盟刑事法研究中心研究员，法学博士。

基金项目：本文为2020年度湖南省社科成果评审委项目（项目编号：XSP20YBC160）和2018年度国家社科基金重点项目（项目编号：18AFX013）的研究成果之一。

言、所行、所想,其中关于人之罪的种类很多,包括邪念、通奸、伤风败俗、谋杀、盗窃、邪恶和欺诈等。基督教持“原罪思想”与“人恶论”,认为人生来有罪,因此人本应当有一种“愧疚感”(guilt,或称为“内疚感”),并利用这一愧疚感约束人们的行为,鼓励人们通过帮助他人等善行减轻自身的愧疚感与羞耻感(shame)。

基督教关于罪的界定尽管不同于法律上的违法和犯罪,但它极大地影响了西方的法律观念,从而衍生出西方的“罪感文化”。根据《元照英美法词典》的释义,“guilt”一词通常是指“违反法律规定,实施了犯罪或违法行为,应当受法律惩罚的责任的事实状态。”^①这一层面的“罪”摆脱了道德与宗教的束缚,被运用到法律中,衍生出“guilty”(有罪)与“not guilty”(无罪),并多适用于刑事法律中。在刑事法律中,“guilt”通常被认为是一种主观罪过,它是犯罪构成的必备要素之一,体现了行为人对犯罪行为及犯罪行为所导致的危害结果的主观心理态度。行为人在故意或过失地实施危害社会行为之时,都存在这种主观心理罪过。^②显然,刑事法领域对“罪”的释义更具有普适性,符合法律专业用语的要求,并与西方社会特有的“责备文化”(culture of blame)相契合,形成与之相对应的“可责性”(blameworthiness)这一概念。为了对这种罪过心理予以修复,进而产生“惩罚”(punishment)。因此,基于罪,形成了“罪-责-刑”的基本构成,并被予以广泛适用。

由于受“原罪”和“罪感”文化的影响,西方法律对“错”的适用明显有别于“罪”。对于错的释义,主要有“fault”(过错)一词,其强调的是一种主观心理态度,通常适用于侵权法领

域,与罗马法中的“culpa”(过错)一词相对应,是不法行为责任的构成要件。^③从本质上看,过错首先是一个道德概念,它表示被告是有责的,因为其本来应该能够避免或阻止该致损行为的发生,但由于自身的疏忽而导致了致损结果的发生。^④随着法律的发展,在“严格责任”(vicarious liability)和法定责任(statutory liability)等法律规则中,过错的意义仅限于法律技术层面。就法律层面而言,过错相当于过失(negligence),属于某种判断或行为上的错误或瑕疵,是对法律规定的义务或合同约定的义务的违反。如美国《统一商法典》第1-201条规定,“过错”专指不当行为、懈怠或违约。当然,从语言学的角度出发,与“正确”(right)相对应的“错误”(wrong)也应当是“错”的一种释义。然而,在西方法律中,将“错误”(wrong)释义为“错误行为”,主要是指侵害他人权利、致人损害的行为,尤其是指侵权行为(tort),但又并非完全等同于侵权行为,还可以包括违约、违反信托、违反法定义务、不当履行公职、犯罪等不法行为。通常将不法行为分为两类:其一,为侵犯个人权益的不法行为(private wrong),即可以为个人提供救济的不法行为,例如侵权行为、违约行为等;二是公共不法行为(public wrong),即行为人应当对整个社会承担责任的不法行为,例如犯罪、违法行为或其他违反公法规定的行为。

(二)我国“原错”文化影响下的“罪”与“错”

传统文化对当今中国的法律有着不容小觑的影响,即便在最初的条件已经消失,相应的制度及概念无形之中影响甚至左右着人们的思想和行为。^⑤具体而言,我国主要受以下三种法律文化传统的影响:

①《元照英美法词典》,北京大学出版社2017年版,第619页。

②George D Popa, *Sociological and Legal Perspectives of Guilt*, Contemporary Readings in Law and Social Justice, 2, p741-743(2013).

③“culpa”一词在罗马法中主要有两层含义,一层是指非法行为本身,相对应的中文术语是“过错”,另一层含义是指判定某人(特别是债务人)承担责任的主观标准,相对应的中文术语是“过失”。参见黄风编著:《罗马法词典》,法律出版社2001年版,第46页。

④Pike Joshua, *Contributory Negligence and International Trespass to the Person: Rethinking Pritchard and the Section 4 Definition of Fault*, Oxford University Undergraduate Law Journal, p3-12(2015).

⑤梁治平:《法辩》,中国政法大学出版社1993年版,第90页。

其一，儒家化法律文化的影响。“从原理上可以理解为，传统中国的人伦道德，亦即儒家伦理或者宗法伦理，内化在传统中国的法律之中并在精神和原则上支配着它的变化和发展，表现为儒家伦理成为国家立法与司法的指导思想，法律内容和人们的法律意识渗透了儒家伦理的意蕴。”^①在漫长的儒家化过程中，人的主观内心这一因素被重点关注，其中体现最为明显的为春秋决狱。^②对主观内心的判断则以伦理道德中的善恶对错为基础，由此可见，主观对错在法律文化中起着至关重要的作用。

其二，德主刑辅的法文化传统。我国法律文化的发展，可以说是一部立法关系演变的历史。由于受德主刑辅主流意识的影响，道德的教化作用备受重视。如孔子主张“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”。^③儒家文化以道德为主，认为任何行为规范都应当以实现道德为目的，道德是目的，其他刑罚惩处措施仅为手段。因此，官员在审判案件过程中，以认错认罚、劝恶从善为己任，用教化的方式消除行为人再犯的可能性。

其三，义务（集团）本位的法文化传统。在中国古代社会，“刑”一般也可称为“法”，如《说文》：“法，刑也”。作为一种暴力，刑是用来维护集团生存的最有力的手段；刑法作为一种暴力，是用来适用于外来的敌人和内部类似于“敌人”的集团人。这种视野下的刑导致我国的古代法律文化主要以义务（集团）的利益为本位，强调个人的义务，而忽视了对个人权利的保护。在这种集团内，有森严的等级制度及等级观念。这一历史时期的中国，代表国家政治权利核心的皇权通过“三纲五常”“亲亲，君君，长长”等道德礼法对民众予以控制。^④受集团权利本位影响的

中国法律文化，形成了臣民的“原错意识”（或称“负错文化”）。在天子面前，臣民是“卑贱”的，他们被认为是天生的善良的错误体，由于负恩、谬误而产生愧疚，由于负疚而负罪。^⑤从而，在等级森严的古代中国社会，形成了“君要臣死，臣不得不死”的绝对服从局面。在崇尚“以礼为主，以和为贵”的传统中国文化中，“认错”的使用显然已经超越了“认罪”。

这种原错文化影响下生成的“罪”，本义为“罗网”，后衍生为“犯法”，形成“法网”一词。除却“犯法”这一层面的含义外，“罪”还可释意为过错、过失。《左传·僖公三十三年》：“不替孟明，孤之过也。大夫何罪？且吾不以一眚掩大德。”《晏子春秋·谏上二》：“公曰：‘若是，孤之罪也。’”唐韩愈《送浮屠文畅师序》：“夫不知者，非其人之罪也。”章炳麟《秦政记》：“秦政如是，然而卒亡其国者，非法之罪也。”由此可见，“错”一词的含义较为宽泛，有杂错、交错、更迭、彼此不同的意思，除此之外，现代汉语中的“错误、不正确”也被包含在内，如过错、认错等。在现代法律用语中，“罪”一般适用于刑事法领域，从犯罪构成上界定“罪”与“非罪”“此罪”与“彼罪”。“错”多用于民事责任侵权领域，如“过错责任”与“无过错责任”（严格责任）等。在我国的传统文化中，对错的接受程度显然要高于罪，对于罪，我们秉承着有“天网恢恢疏而不漏”的法律信仰；对于错，我们饱含着“知错能改，善莫大焉”的宽容态度。

三、概念转向的理论与现实基础

在“未成年人罪错行为”概念提出之前，我国理论界与实务界大多采用“未成年人犯罪行为”概念，不同学者从最广义的犯罪学、广义的

① 张中秋：《中西法律文化比较研究》（第4版），法律出版社2009年版，第121页。

② 春秋决狱的原则：必须先根据事实来推究行为人的主观意志，如果主观意志邪恶，即使行为人所期待的结果没有实现，也要对他进行处罚；如果是首犯，对其要加重处罚；如果行为人原本正直，对他的处罚就要减轻。参照李娟：《浅析董仲舒之原心定罪的含义》，载《研究生法学》2006年第5期。

③ 《论语·为政》。

④ 包桂影：《中西传统法律文化差异性探寻》，载《人民论坛》2018年第8期。

⑤ 刘畅：《中国古代文化罪错思想初探》，载《浙江社会科学》2016年第1期。

犯罪学和狭义的犯罪学角度对此予以界定分析。近年来,随着未成年人主体特殊性的研究及矫治理念的深入,未成年人“犯罪”向更为人性化的“罪错”予以转变。“罪错”概念的选择,不仅与我国传统的原错法律文化相关,同时也具有合宜的法理基础与现实需要。

(一) 未成年人主体属于非理性人

在刑事法领域,对行为人予以刑事处罚的前提基础首先在于对人性的分析,进而探讨刑事责任的归属问题。刑事古典学派以形而上的哲学分析为基础,如柏拉图认为人的灵魂是由理性、激情与欲望组成,其中理性被认为是人的本性。^①理性人都具有自由选择实施行为的能力,这种能力被康德称为“意志”。^②基于意志自由而实施了犯罪行为,则应当承担刑事责任。黑格尔提出,犯罪行为人也具有理性,是基于意志自由而实施犯罪行为,对其予以刑事处罚,是基于对其理性的尊重。^③“近代刑法学之父”费尔巴哈提出的心理强制学说亦是以理性人为基础,认为人不仅能区分善恶,辨别是非,且具有权衡利弊,进行选择的本能。人的幸福和快乐的根源是人的感官,感官被剥夺则是痛苦的根源,强调运用人对刑罚的恐惧心理来压抑、控制个体的犯罪欲望。人在实施犯罪前,既能预见犯罪成功所带来的精神上、肉体上“快感”的满足,亦能预见犯罪失败后遭受刑罚惩罚所带来的痛苦。

然而,在刑事古典学派看来,与其他自然人(一般为抽象、正常且社会化的理性人)不同的是,未成年人、聋哑人、精神病人是非理性人。柏拉图提出,在个人二十岁之前,应当对其施以教育,通过教育协调其激情与欲望,帮助其后发

展成理性人。^④由于缺乏理性,未成年人不能做出自由选择,从而,对待缺乏理性的未成年人应当予以教育,而非刑事处罚。基于儿童主体的特殊性,19世纪末20世纪初,多个国家和地区的未成年人司法开始走向独立化,多采用非刑罚处罚方法及宽容的刑事政策。

当然,“未成年人属于非理性人”的主张及其影响下的未成年人司法的发展并非一帆风顺,这主要受20世纪后半叶儿童权利运动的影响。20世纪70、80年代,儿童权利运动倡导儿童与成年人地位平等,享有同等的自我决定权,如饮酒,同意接受医疗治疗以及不咨询父母就做出堕胎的决定等。^⑤在这一运动的推动下,行为研究开始盛行。相关研究表明:未成年人明显地以自我为中心,或者由于逻辑能力不足,行为受到阻碍,但是未成年人(至少从15岁开始)与成年人一样,在做出决策之前,采用理性算法的可能性不亚于成年人,实际上从14-15周岁以上的未成年人的能力发展来看,他们已经能够充分地理解道德领域的善恶是非,且对社会规则和法律的理解、对人际关系及人际关系问题的应对等与成年人的能力相等,且未成年人已经非常了解自己应当承担的风险。^⑥发展至20世纪90年代,理论界与实务界要求儿童在享有与成年人相等同的自我决定权等权利的同时,也应当为自身的行为承担与成年人相等的责任,以未成年人与成年人之间的差异性为基础的独立化的未成年人司法也备受质疑。质疑者提出,既然未成年人与成年人一样有能力决定堕胎、抽烟等行为,为什么其不能为自身基于理性选择而实施的盗窃、吸毒等行为承担相应的责任呢?^⑦在此影响下,未成年人法院将未成

① 陈兴良:《刑法的理性基础》,载《法学研究》1994年第4期。

② [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第10页。

③ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第103页。

④ 古希腊柏拉图:《理想国》,刘国伟译,中华书局2018年版,第6页。

⑤ Donald L. Beschle, *The Juvenile Justice Counterrevolution: Responding to Cognitive Dissonance in the Law's View of the Decision-Making Capacity of Minors*, *Emory Law Journal* 65, p91-92(1999).

⑥ Elizabeth S. Scott, *Blaming Youth*, *Texas Law Review* 81, p29-39(2003).

⑦ Elizabeth C. Cauffman, *Justice for Juveniles: New Perspectives on Adolescents' Competence and Culpability*, *Quinnipiac Law Review* 18, p403-407(1999).

年人案件移送至成人法院管辖成为较为普遍的现象,对于未成年人的惩处也与成年人趋向等同化,废除未成年人法院的呼声也越来越高。^①

21世纪以来,“未成年人与成年人具有相同的能力”的主张受到了学者们的质疑,认为认知发展研究所采用的研究样本是以知情同意(the informed consent)为前提,证明了15周岁以上的未成年人与成年人之间差异甚微,但基于研究样本、研究范围的局限性,导致这种研究结果并不能运用到法律中用以肯定未成年人与成年人责任相等。“未成年人非理性人”的主张开始回归,独立的未成年人司法体系得以存续发展,以“未成年人与成年人的差异性”为基础,扩大对未成年人权利的保护,如多个国家和地区规定对未成年人禁止适用死刑、不得适用终身监禁等。

(二) 未成年人主体亦非经验人

刑事实证学派以社会实证研究为基础,认为每个人都是生活在特定的社会环境中,其行为的实施并非意志自由选择的结果,而是受各种社会和自然因素的制约和影响的结果。不同于刑事古典学派所主张的自由意志与理性选择,刑事实证学派以经验人为基础,认为“经验是人类能够通过实践获得知识的能力”^②,同时提出行为人实施犯罪并非是基于内心意志想犯罪,而是被社会环境和条件所决定而萌生犯罪的种子;认为社会性和个人性是人性的两大基本要素。^③这种经验人被认为是变态人,一个变态人是一个不能适应其出生于其中的社会环境的人,变态人缺乏适应社会的能力,生理呈现出退化特征,发展成被动型或主动型变态人,最后成为罪犯。^④

就未成年人主体而言,其生活经验与社会经

验并非等同于经验丰富的变态人,也就不能成为严格意义上的犯罪主体,因此不能从传统的刑事法领域及犯罪的角度对其行为予以规制,对待未成年人不能以犯罪研究为视角。实证学派结合实证研究对未成年人这一特殊主体的非经验性进行了论证,主要从大脑发育予以分析,研究发现:(1) 未成年人的大脑对社会交往及社会奖惩的接受程度体现为一种化学性的反应,因此未成年人的行为很容易受同伴压力及接受同伴的影响;(2) 相比成年人而言,未成年人更有可能低估其行为所产生的风险及其行为所造成的后果的严重性,且缺乏权衡行为利弊的能力;(3) 未成年人更倾向于实施冒险行为、寻求刺激;(4) 未成年人这一主体不太可能控制自身的冲动性并准确评估自身行为所带来的后果;(5) 更容易受外界的影响、更有可能实施外化的不法行为。^⑤基于大脑发育不完全,未成年人不能像成年人一般实现完全的自我控制,从而在社会中不能成为完全的经验人,其不能成为实证学派所主张的犯罪主体,因此也不能要求未成年人与成年人承担等同的刑事责任及相同的刑罚处罚方法。

(三) 恢复性司法为转向的现实支撑

恢复性司法(restorative justice)是一种“解决冲突的模式”,其将犯罪视为一种机会,并且强调对犯罪人应当是治愈而不是惩罚。^⑥恢复性司法所对应的是报应性司法(retributive justice)。传统的报应性司法认为,对行为人施以刑事处罚是必要的,这是对其犯罪行为的一种社会谴责以及对社会规范的确证,因此社会应当对行为人予以某种意义上的“报应和惩处”,即体现为刑事处罚。^⑦由此可以看出,报应主义强调的是对行为

① David S. Tanenhaus, *First Things First: Juvenile Justice Reform in Historical Context*, Texas Tech Law 46, p281-290(2013).

② 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1963年版,第282页。

③ [英] 罗素:《伦理学和政治学中的人类社会》,肖巍译,中国社会科学出版社1992年版,第30页。

④ [意] 菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第9-10页。

⑤ Terregrossa C. Ellen, *New Jersey's Juvenile Waiver Reform and the Nexus between Adolescent Development and Criminal Responsibility*, New Jersey Lawyer 296, p16-21(2015).

⑥ Paul Clark, *Restorative Justice and ADR: Opportunities and Challenges*, Advocate 44, p13-26(2001).

⑦ Maria Foscarnis, *Toward a Constitutional Definition of Punishment*, Columbia Law Review 80, p1667-1685(1980).

人已经实施的行为的惩处功能,而非强调刑罚的威慑功能。与此不同,恢复性司法是以将来为导向,其以古希腊、古罗马以及东方传统文化中的修复正义为基础,重点是行为人有责任修复其行为不端所造成的损害,以便满足受害者的需求,使社区本身变得更安全。^①恢复性司法倡导吸收更多的主体参与到治愈过程(healing process)中来,从而发挥刑罚的威慑作用与预防功能。^②

20世纪末期,世界上多个国家和地区开始将恢复性司法纳入到未成年人司法领域,其中最早的为新西兰。^③此后,美国、德国、日本、南非以及我国的香港地区等也开始将恢复性司法运用到未成年人司法中,如德国的受害人与行为人的调解项目(victim-offender mediation)、美国的训导学校(training school)和感化院(youth detention center),国际少年司法倡导对未成年人适用非监禁替代刑,强调对未成年人的修复,而非惩处。恢复性少年司法主张未成年人司法应当吸纳罪错少年、被害人及社区广泛参与,用以修复未成年罪错行为人、社会利益及社区关系,这为我国的未成年人司法改革提供了有效的指导,圆桌会议、社会调查等恢复性未成年人司法举措开始纳入到未成年人相关案件办理过程中。^④

从法学视角出发,未成年人这一特殊主体,并不属于理性人,也非完全的经验人,对其行为的规制,应当摒弃传统刑事法领域的“犯罪”概念,显然采用“罪错”概念更符合这一主体的特性。采纳“罪错”理念,能够更为有效地帮助未成年人实现社会化、个体化,并促进其理性的发展,从而实现个体和社会成员的统一。从未成年人“犯罪”概念转向未成年人“罪错”概念,更有利于结合我国民众对“错”的谅解情结,进而对未成年人的行为予以矫治和预防,从而实现未

成年人利益、被害人利益以及社区利益融合,修复社会关系,同时达到预防与威慑的作用。

四、“罪错未成年人”概念的选择及限定

研究“罪错未成年人”概念及推动相关研究深入的另一前提在于对“未成年人”这一概念予以明确。从我国的相关法律规定与学术研究来看,“青少年”“少年”“未成年人”“不满十八周岁的人”和“儿童”等概念经常被混淆使用。“罪错未成年人”概念中为何选取“未成年人”这一特定概念?如何对这一主体予以限定?这一系列问题的解决成为分级处遇机制构建的重要议题。

(一) 相关概念的混淆使用及区分

我国法律对于“未成年人”概念的使用,最新见于2017年通过的《中华人民共和国民法总则》,其第17条规定“18周岁以上的自然人为成年人。不满18周岁的自然人为未成年人。”我国《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》这两部专门法通篇采用“未成年人”概念。然而,有些法律并未对“未成年人”“儿童”“少年”概念加以区分,如作为上位法的《中华人民共和国宪法》,其第49条一个条文中便同时出现了“儿童”“未成年子女”的概念;《中华人民共和国教育法》第19条同时出现了“儿童”“少年”的概念。虽然我国法律并未对二者概念予以明确区分,但从我国签署的联合国《儿童权利公约》第一条“儿童是指18岁以下的任何人”这一规定来看,我国的“未成年人”概念等于国际社会中所规定的“儿童”概念。两者不同之处在于,与“儿童”概念相对应的是“妇女”“老年人”这一组特殊主体概念,而“未成年人”是相对“成年人”这一概念而言的。

我国鲜有法律明确采用“少年”概念,但

① Luna Erik, *Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, Utah Law Review 205, p29(2003).

② John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press Inc, 2002, p11.

③ Bennett Burkemper, Nina Balsam, May Yeh, *Restorative Justice in Missouri's Juvenile System*, Journal of the Missouri Bar 3, p128-135(2007).

④ 童飞霜、刘园芝:《修复型少年司法的本土化改造——基于枫桥经验的路径探索》,载《预防青少年犯罪研究》2018年第5期。

我国有使用“少”字形容年轻人的传统,如《史记·陈涉世家》“陈涉少时,当与人佣耕”;《荀子·儒效》“故天下也者,不可以少当也,不可以假摄也”;《(黄子耕文集)序》“豫章黄子耕,少所树立,便入高人胜士之目,不独倚先世为重也”,亦有“少不更事”的说法。“少年”这一概念在现代法律中的使用,首先见于日本家事法,而后被我国台湾地区所沿用,近年来被我国大陆地区的学者所借鉴使用。诸多学者在借鉴和学习他国相关制度时,将其翻译成“少年”,如将美国的“juvenile delinquency”翻译成“少年犯罪”,“将juvenile justice”翻译成“少年司法”。然而,这种翻译使用一定程度上并未对英美法国家中的“少年”概念予以充分理解。在西方法律语言中,也有“儿童(child)”“未成年人(minor)”“少年(young person)”“儿童和青少年(children and young person)”等概念,这些专业术语所适用的领域并不相同。在涉及福利、监护等方面的司法领域,采用“儿童”概念。在涉及违法犯罪等公法领域时,多采用“少年”概念。我国学者们通常所翻译的“juvenile”一词,为美国法律中所常见。在刑事法律中,通常是指未成年人;而在民事法律中多指无民事行为能力的未成年人,通常与“少年违法犯罪(juvenile delinquency)”“少年法院(juvenile court)”结合使用。

从我国现行的学术研究来看,“少年”这一概念通常被运用于刑事领域,尤其是国际少年法领域。对于其概念的界定,姚建龙教授提出对少年概念作广义和狭义上的区分:狭义的少年严格按照我国《刑法》的规定,指14周岁以上不满18周岁的人;广义的少年概念还应当包括行政法上少年的概念,即12周岁以上18周岁以下的人。同时,为了区分“儿童”与“少年”的概念,将不满14周岁的人归于“儿童”,并进一步将“儿童”划分为“年幼儿童”(12周岁以下)和“年长儿

童”(12周岁以上14周岁以下)。同时,将18周岁以上25周岁以下的人统称为“青年”,并以22周岁为分割点,将青年分为“年幼青年”和“年长青年”。^①然而,与学术研究对此限定划分不同的是,中共中央、国务院颁发的《中长期青年发展规划(2016-2025年)》的将青年主体年龄范围规定为14-35周岁。

就上述五个概念而言,争议最大的为“青少年”这一概念。虽然“青少年”在法律条文中被采用的概率并不高,但其为我国的理论研究与实务探索所广泛采用,尤其是在犯罪学研究领域。对“青少年”具体如何定义?我国学界也尚无定论。有学者提出,青少年主要是指“14-25岁的人”,同时提出基于研究连续性和实践的需要,青少年又是一个可以扩展、年龄上下限可浮动的模糊概念,有时“也可包括14岁以下的部分儿童,也可包括25岁以上的部分成年人青年”。^②康树华教授认为“把6岁以上25岁以下归为青少年是适宜的”。^③从这两种观点来看,尽管学者们对青少年概念尚未形成统一的年龄上限和年龄下限,但可以看出,他们都将部分“儿童”(或未成年人)从青少年中剔除。同时,这一概念还将部分未成年人(少年)纳入到其范围之内。

(二) 中国语境下“未成年人”概念的选择

从前文的概念区分来看,我国与未成年人相关的法律规定、学术研究与司法实践均未就研究对象的概念予以统一。虽然现行的《刑法》在总则和分则中混乱使用“不满18周岁的人”“已满16周岁的人”“已满14不满16周岁的人”“不满16周岁的人”和“婴幼儿”“未成年人”“儿童”等概念,但这些措辞都可以被囊括在“未成年人”这一大概念中。

就概念的选择而言,最大的争议在于“少年”是否应该替代“未成年人”这一概念的使用。现行研究并没有将两者应当如何区分使用予

① 姚建龙:《刑事法视野中的少年:概念之辨》,载《青少年犯罪问题》2005年第3期。

② 顾思九、季涛:《论青少年犯罪研究的“青少年”概念》,载《青年研究》1994年第7期。

③ 康树华:《青少年犯罪、未成年人犯罪概念的界定与涵义》,载《公安学刊(浙江公安高等专科学校学报)》2000年第3期。

以阐释。概念的混乱造成了理论研究和司法实践的疑惑。那么,应当如何选择这一特殊主体的专业术语?显然,“未成年人”这一概念更符合当前我国理论与实践发展的要求,具体理由如下:

1. “未成年人”已逐渐取代“少年”概念

“少年”这一概念在我国20世纪上半期虽然有所使用,但并没有出现在近年来所颁布的正式条文中。在清朝末期民国初期,学者、立法工作者便已开始对“少年”概念予以运用。光绪期间的《法政学交通社杂志》刊登了《不良少年感化制度》一文,《法政学报》刊登了《少年囚》一文,这两篇文章都采用“少年”概念。民国政府沿用“少年”概念,参事室议定《地方法院少年法庭组织条例》(在修改后以《少年法草案》命名),此后颁布了《审理少年案件应行注意事项》,“少年”这一概念在立法上得以确认。新中国成立后,继续沿用“少年”这一概念。公安部、教育部、司法部等部门都先后颁布了以“少年”为主体的一些规定,如1951年公安部颁发的《关于处理女犯、少年犯及老年犯的指示》、1955年最高人民法院通过的《关于少年犯罪应如何处理的批复》和司法部于同年颁发的《关于少年犯送管教所管教是否要经法院判决等问题的批复》以及1980年公安部颁发的《关于检查和整顿少年管教所的通知》等。^①

然而,1980年以后制定的法律法规中鲜有出现“少年”概念,而是采用“未成年人”这一概念,如1991年颁布的《未成年人保护法》、1999年颁布的《预防未成年人犯罪法》、公安部、最高法、最高检依次颁发的《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》(1995年)、《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(2002年发布、2006年修改)、《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》(2001年发布)以及《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》(2006年发布)。此外,2020年通过的《民法典》第17条明确使用“未成年人”概念,并将其界定为“不满18周岁的自

然人”。

从我国相关法律法规的发展过程来看,“少年”概念占据一席之地,我国台湾和香港地区制定的相关法律已经明确了“少年”概念的使用。但是,自上个世纪90年代开始,“未成年人”概念取代了“少年”概念的使用。若我们在以后的立法中使用“少年”概念,那么必须将现行的相关法律条文与制度中的相关概念全部予以变更,这在一定程度上造成立法资源的浪费。

2. “少年”概念乃舶来品,多用于比较研究领域,造成了概念的混乱

就我国目前“少年”概念的运用而言,主要体现在比较研究中,如姚建龙教授的《国家亲权理论与少年司法——以美国少年司法为中心》《美国少年法院运动的起源与展开》《美国少年司法严罚刑事政策的形成、实践与未来》,华瑀欣博士的《日本少年法的发展与展望》《英格兰和威尔士少年司法制度的发展》,张鸿巍的《美国少年法院研究》《美国少年司法的新近发展》和《英国少年司法政策变化之研究》,泽登俊雄、曹韬的《关于日本<少年法>的若干问题》,濑川晃、卜二的《日本少年法的现状与展望》,沈重的《印度一九六〇年中央少年法》,菊田幸一、高风的《美国少年法院的动向——兼论日本修改少年法的问题》,唐肖虹的《日本<少年法>与中国少年司法制度比较研究》等。然而,上述这些学者也并未统一概念的使用,比如著名少年法学家姚建龙教授既积极采用“少年”的概念,同时也并未放弃对“未成年人”概念的运用,比如在《少年司法与社会工作的整合——以少年法庭法官的“非审判事务”为论证中心》《美国少年法院运动的起源与展开》《我国少年刑事责任制度之理论检讨》《论少年刑法》等文中采用“少年概念”,而在《中国未成年人刑事司法制度的完善》《论合适成年人在场权》《未成年人检察制度的发展与完善》和《未成年人保护法修订思路与建议》等文中则采用“未成年人”这一概念。这种情况在学术研究中尚可,但涉及到立法层面,

^①姚建龙:《刑事法视野中的少年:概念之辨》,载《青少年犯罪问题》2005年第3期。

如果对概念混同使用,则必然引起司法实践的紊乱。“少年”这一概念是日本法律的舶来品,在日本和我国台湾地区普遍适用,在学术比较研究时,能予以直接使用,但就罪错预防及立法层面而言,这一概念显然并不适合中国语境。

“未成年人”这一概念在我国历史发展中有一定的基础,符合我国当前的法律规定与研究现状,应当作为统一术语被使用。“未成年人”这一概念具备法律概念所要求的准确性、传承性和系统性。^①相比“儿童”“少年”“青少年”概念而言,“未成年人”这一概念更容易从字面上看出与其它概念的区分,且在我国已经拥有了较长的发展历程及立法基础,能够为后续的立法、司法和相关研究所沿用;此外,“未成年人”概念不仅能够运用在刑法、行政、民事领域,还能运用到实体法、程序法和执行法等诸多领域,符合新时代我国未成年人罪错行为分级处遇体系构建的需求。

五、未成年人罪错范畴的限定

在适用“罪错”概念的基础上,当务之急在于思考如何打破传统的未成年人“犯罪”规定,对未成年人的罪错行为予以界定,实现有效分级并推动分级处遇机制的构建。

(一) 未成年人罪错行为的体例考察

结合我国《预防未成年人犯罪法》《刑法》的规定,未成年人的罪错行为主要分为三大类别:不良行为、严重不良行为以及犯罪行为。其中,不良行为与严重不良行为规定较为详实,未成年人的犯罪行为除《刑法》第17条第2款予以特殊规定外,均比照成年人犯罪减轻处罚。

从我国现有法律对未成年人“不良行为”和“严重不良行为”的规定来看,不以严格意义上刑事犯罪中的“罪”论处,其性质更倾向于一种错,类似于美国未成年人司法中的未成年人身

份犯罪(status offense),也与日本《少年法》及我国台湾地区的《少年事件处理法》所规定的少年的“触法行为”和“虞犯行为”有重合之处。美国在其第一个未成年人法庭成立之前并未将未成年人犯罪(juvenile delinquency)与一般犯罪(crime)相区分。在1899年,美国伊利诺伊州法庭第一次将未成年人罪错行为特殊化,并在其他州推广。^②就美国的未成年人法律规定而言,主要包括两种未成年人犯罪类型:其一,未成年人实施或成年人实施都应当接受刑事处罚的犯罪行为,包括杀人、抢劫等;第二种为基于未成年人特殊的身份才构成不法的行为,包括逃学、违法宵禁令、离家出走等。前一种被称为普通的未成年人犯罪(juvenile delinquency),后一种被称为未成年人身份犯(status offense)。^③美国的未成年人身份犯罪又可划分为两类行为:其一是指法律为未成年人所特定的行为,如逃学、旷课等;其二是指这类行为对成年人而言是合法的,对未成年人则是非法的,如吸烟、喝酒、性亲密行为等。^④在日本的法律术语当中,“少年事件”是对未成年人案件的一种泛称。它主要包括少年犯罪、少年触法与虞犯少年三类。其中,少年犯罪是指14周岁以上20周岁以下的人实施符合构成要件的违法且有责的行为;触法少年,是指14周岁以下违反了刑事法律规定的少年;虞犯少年是指具有以下四种行为之一,结合分析其仍有再次实施犯罪可能的少年:(1)具有不服从保护人的正当监督的性格;(2)无故离家出走;(3)与虞犯分子、不良道德行为的人交往;(4)实施自我伤害或伤害他人的行为。我国台湾地区并未就少年犯罪与成年人犯罪作出区分,统称为“犯罪”,即有刑事责任能力的人,在具备刑事责任条件的情况下,实施违反刑罚法令的行为。但是,台湾地区《少年事件处理法》第3条就其管辖范围予以规定,指出少

① 张维仑:《法律术语命名(选用)的方法及意义》,载《语言文字运用》1993年第5期。

② Ronald J. Berger, *The Sociology of Juvenile Delinquency*, Nelson-Hall Publishers, 1991, p1.

③ Roberson Cliff, *Juvenile Justice: Theory and Practice*, CRC Press Taylor & Francis Group, 2010, p4.

④ Preston Elrod, Ryder R. Scott, *Juvenile Justice: A social, Historical, and Legal Perspective (2nd ed.)*, Jones and Bartlett Publishers, 2005, p386.

年法院应当对少年触犯刑罚法律的行为、触犯刑罚法律之虞的行为予以管辖。在一定程度上来说,这种虞犯行为等同于我国《预防未成年人犯罪法》中所规定的“不良行为”以及“严重不良行为”。^①

通过体系考察和比较分析,不难发现,我国对于未成年人的行为规定有“罪错”基础,不良行为、严重不良行为主要被规定在《预防未成年人犯罪法》这一专门法中,其性质体现为一种“错”,并强调对“错”的未成年人行为主体予以教育、预防和矫治。相对而言,对传统意义上属于刑事犯罪的“罪”型类别,我国从刑事责任能力和刑事责任年龄入手予以界定,规定不得对未成年人适用死刑、不得适用一般累犯及适用缓刑的特别性保护,同时比照成年人犯罪减轻处罚。由此可见,我国对待未成年人的“罪”也包含宽恕性的实质。

(二) 我国现有未成年人罪错行为划分的问题

从对未成年人的行为管辖范围来看,我国对未成年人行为的规定与日本《少年法》和我国台湾地区的《少年事件处理法》的规定基本相同。然而,我国就未成年人行为的分散式、列举式规定所体现的弊端主要如下:

1. 不能穷尽所有的不良行为与严重不良行为

从《预防未成年人犯罪法》第14条规定的不良行为及第34条规定的严重不良行为来看,除却罗列几种典型性的行为外,均采用兜底模式,用“其他严重违背社会公德的不良行为”或“其他严重危害社会的行为”予以规定。2019年公布的《预防未成年人犯罪法(修订草案)》(以下简称《预防法(修订草案)》)将原第14条修订为第24条,对不良行为与严重不良行为予以重新界定,“不良行为”是“不利于未成年人身心健康成长,不予干预会日益严重的行为”,包括:(一)吸烟、饮酒;(二)多次旷课、逃学;(三)无故夜不归宿、离家出走;(四)沉迷网络以致于影响正常学习和生活;(五)与社会上具有不良习性

的人交往,组织或者参加实施不良行为的团伙;(六)参与法律、法规规定未成年人不宜进入的场所;(七)参与赌博或者变相赌博,或者参加封建迷信等不良活动;(八)观看、收听含有色情、淫秽、暴力、恐怖、极端等内容的读物、音像制品或者网络信息;(九)其他有害于未成年人身心健康成长的行为。《预防法(修订草案)》第34条将“严重不良行为”规定为“严重危害社会的违法行为”,主要包括:(一)结伙斗殴,追逐、拦截他人,强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物等行为;(二)辱骂、殴打他人,或者故意伤害他人身体;(四)盗窃、哄抢、抢夺或者故意损毁公私财物;(五)传播淫秽的读物、音像制品或者信息等;(六)卖淫、嫖娼,或者进行淫秽表演;(七)吸食、注射毒品,或者向他人提供毒品;(八)参与赌博赌资较大;(九)其他严重危害社会的行为。

然而,在实践中,未成年人的大多数不良行为与严重不良行为都可以概括在“其他”中,那么,从“不良行为”以及“严重不良行为”入手的未成年人犯罪预防显然存在不明确性的弊端,从而导致未成年人的诸多行为都不能得到有效规制。

2. 行为规定之间的界限不明确

从《预防未成年人犯罪法》第14条最后的规定“其他严重违背社会公德的不良行为”及《预防法(修订草案)》对未成年人不良行为系“不利于未成年人身心健康成长,不予干预会日益严重的行为”的规定来看,不良行为的界定主要是从身心健康、公共道德入手的,是道德评价的范畴;从第34条对“严重不良行为”的定义来看,它主要是指严重违法尚未构成犯罪、严重危害社会的行为,属于法律评价的范畴。然而,从两个条文的实质性规定来看,第14条所规定的罗列的“不良行为”也可归纳到第34条的“严重不良行为”中,如“打架斗殴、辱骂他人;强行向他人索要财物;偷窃、故意毁坏财物;参与赌博或者

^① 刘作辑:《少年事件处理法》(第10版),三民书局2003年版,第51页。

变相赌博”等，这些行为理应纳入违法范畴，而实际却被规定为道德范畴。同时，第34条所规定的“严重不良行为”中，罗列的不良行为的几种类型，在增加“屡教不改”的规定后将其升级为“严重不良行为”。“屡教不改”为不良行为与严重不良行为的界限之分？“屡教不改”又当如何界定？《预防未成年人犯罪法》中行为之间界限的模糊性亦凸显了分散式规定的又一弊端。

修订后的“严重不良行为”被界定为严重的“违法行为”，似乎解决了原本不良行为与严重不良行为之间模糊的界限问题。然而，从分级的角度来看，违法行为并未纳入到预防体系中，仅特有的数类违法行为被规定为“严重违法行为”，显然导致“严重违法行为”与“违法行为”之间的界限不明显，违法行为的预防与矫治落空的局面。

3.造成了立法、司法资源的浪费

不良行为与严重不良行为所规定的某些行为为《治安管理处罚法》《刑法》所规定的违法行为、犯罪行为的范畴，《预防未成年人犯罪法》第14条的“打架斗殴、辱骂他人；偷窃、故意毁坏财物”、第34条规定的“纠集他人结伙滋事，扰乱治安、传播淫秽的读物或者音像制品等；进行淫乱或者色情、卖淫活动；参与赌博、屡教不改；吸食、注射毒品”，这些行为都是行政法领域中《治安管理处罚法》所明文禁止的行为。第34条规定的“多次偷窃”行为已经完全构成了《刑法》第364条所规定的盗窃罪的“多次盗窃”的情形。《修订草案》虽将行为范畴予以调整，但从修订后的第34条不良行为的定义与范畴来看，基本都为《治安管理处罚法》所规制的内容。如何有效地利用法律资源规制未成年人的行为，制定概括性强、界限明显的法律规定，避免法律条文繁重重复成为分级处遇体系构建所必须解决的问题。

同时，从2019年《预防法（修订草案）》《未成年人保护法（修订草案）》（以下简称《未

保法（修订草案）》两大专门法的修订草案内容来看，两者之间存在诸多交叉错位之处，如《未保法（修订草案）》第35条规定的学校对不良行为未成年人的管教，应当在《预防法（修订草案）》中得以更进一步明确；在《未保法（修订草案）》“家庭保护”专章中，大部分条文规定了父母及其他监护人的职责，但父母及其他人监护人不履行监护责任的法律责任则规定在《预防法（修订草案）》第64条。虽然专门法的交叉使用一定程度上有利于弥补法律规定的漏洞，但容易造成混淆、界限缺失与立法资源的浪费。

（三）未成年人“罪错”的基本范畴与分级化

未成年人实施罪错行为并非一日之事，而是一个由不良行为到违法行为再到刑事犯罪行为的循序渐进的过程。从犯罪预防的角度出发，不良行为应当为未成年人司法所处理，违法行为、犯罪行为也不例外。然而，我国当前的这种分散式、列举式的做法，并不能有效地体现对未成年人行为的管辖。在当前我国罪错未成年人分级处遇的要求下，我们应当将未成年人的罪错行为界定为包括未成年人刑事犯罪行为（包括涉罪免罚行为）、触法行为和不良行为在内的行为。^①因此，在未成年人罪错分级体系的构建中，我们应当取消“严重不良行为”的规定，将其统称为触法行为。现有的“不良行为”规定也应当作出适当修改，不当将属于行政领域违法范畴的规定在不良行为中，应当纳入到触法行为范畴。就“刑事犯罪行为”规定而言，不能穷尽未成年人所有的犯罪类型，但应当就严重的未成年人犯罪类型、未成年人刑事被害重要类型作出规定，从而从体系上逐步深化，从不良行为到触法行为再到犯罪行为，从犯罪预防到被害预防，形成一条循序渐进的预防链。提前介入到犯罪预防当中，从未成年人的不良行为、触法行为入手，对未成年人的不良行为、触法行为作出规定，实现一般预防作用，对未成年人罪错行为予以规制，实现对未成年人犯罪的临界预防，推动罪错未成年人分级处

^①康树华：《青少年犯罪、未成年人犯罪概念的界定与涵义》，载《公安学刊（浙江公安高等专科学校学报）》2000年第3期。

遇体系的构建。具体而言,“不良行为—触法行为—刑事犯罪行为”的罪错分级主要体现如下:

1. 未成年人不良行为

这一类行为是指未成年人实施了严重违背公众期待或社会公德,并能表征未成年人具有实施触法行为或刑事犯罪行为的倾向的行为。其中,能够表征未成年人具有实施社会危害性的违法行为或犯罪行为可能性的是不良行为的主要特征。因此,不良行为主要包括以下两类:其一,未成年人主体构成的特定不良行为。对于此类行为,成年人为之则不构成犯罪,如旷课逃学、夜不归宿、离家出走、不良交往、携带管制刀具、抽烟、酗酒、不良触网、校园欺凌等行为。其二,准触法行为。这一类行为是指未满14周岁的未成年人实施了违反《治安管理处罚法》,但由于未达到行政处罚的年龄而不予处罚的行为。结合我国现有的规定,这一行为的主体年龄阶段主要为14周岁以下的未成年人。

2. 未成年人的触法行为

临界预防援引自医学领域的“预防接种”理念,强调事先预防、提前预防,从未成年人的违法行为和涉罪行为入手,从而降低未成年人犯罪的风险。^①从临界预防的角度来看,未成年人的触法行为包括违法行为与触犯刑事法律免于刑事责任的行为。我国对未成年人违法行为的法律规制和涉罪行为的法律规制实属法律空白,这是我国未成年人法律条文分散杂乱、衔接性缺失所导致的结果。《治安管理处罚法》规定的违法行为与《刑法》规定的涉罪免罚行为在很大程度上只存在着量或者程度上的区别。^②因此,在未成年人

司法体系的构建中,应当结合未成年人犯罪预防的目的,对典型的未成年人违法行为及涉罪行为予以分析说明,并进一步对未成年人的违法行为予以系统性规定。需要说明的是,此处所论述的未成年人触法行为主要包括:(1)《治安管理处罚法》范畴的违法行为(14周岁以上);(2)未满14周岁的未成年人实施的涉罪行为;(3)已满14周岁未满16周岁的人实施的除《刑法》第17条规定的八种严重暴力犯罪行为以外的其他行为。

3. 刑事犯罪行为

刑事犯罪行为,主要是指具有严重社会危害性且符合刑法构成要件,且同时符合违法性和有责性的规定的行为。主要包括:(1)《刑法》第17条规定的14周岁以上16周岁以下的未成年人实施的八种严重暴力犯罪行为;(2)16周岁以上的未成年人实施的《刑法》分则规定的犯罪行为。

结语

未成年人是祖国的未来和希望,对于未成年人的不良行为、触法行为、刑事犯罪行为,我们应当从罪错的视野出发,从恢复型司法的角度对未成年人予以教育和矫治,帮助其早日实现再社会化。新时代背景下,我国对未成年人的罪错行为提出了分级处遇和保护的要求,对此,我们应当结合未成年人的身心发展特征,在明确概念的基础上,对未成年人主体及未成年人的罪错行为予以分级。这种保护处遇机制显然是一个庞大的工程,但毋庸置疑,概念的明确、主体及行为的分级有利于进一步推动处遇机关的分级、处遇措施的分级以及未成年人司法体系的构建。

(责任编辑/张晓冰)

^①张驰:《临界预防助“边缘未成年人”远离犯罪》,载《法制日报》2017年6月7日,第003版。

^②彭凤莲、高雪梅:《〈刑法〉与〈治安管理处罚法〉的协调研究》,载《法学杂志》2009年第8期。