

涉罪未成年人救赎之路探究 ——以未成年人犯罪记录为切入点

黄明儒, 张继

(湘潭大学法学院, 湖南湘潭, 411105)

摘要: 学界对犯罪记录作为涉罪未成年人回归社会的最大障碍并无疑问, 但对其是否应当被消灭则存在较大争议。这是因为在事实论与规范论上混淆了犯罪记录与其衍生的“标签效应”。从事实论讲, 犯罪记录是不能被消灭的; 但从规范论讲, “标签效应”是可以被消解的。与其说是犯罪记录, 毋宁说是其衍生的“标签效应”阻碍了涉罪未成年人再社会化的进程。去标签化与再社会化成为涉罪未成年人最有效的救赎路径: 规范性路径以构建犯罪前科有条件消灭制度为主、设定未成年人期待隐私权保护为辅展开; 非规范性路径由家庭治疗、学校教化以及社区矫正“三位一体”构成。两种路径相辅相成, 互为补充, 旨在去除“标签效应”以促进涉罪未成年人回归社会。

关键词: 涉罪未成年人; 犯罪记录; 标签效应; 犯罪人格; 再社会化

中图分类号: D924.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2022)03-0041-15

一、问题的提出

“一失足成千古恨, 再回头已百年身。”此语中的“失足”, 一般是指“大失足”; 若“小失足”, 是不应该成为“千古恨”的。未成年人犯罪更是如此。若不对未成年人的犯罪行为在犯罪性质、主观过错、社会危害性以及可改造性等方面进行综合考量, 一律从严打击, 不仅直接与我国对未成年人“教育、感化、挽救”的刑事司法政策相违背, 而且也不符合犯罪预防理念, 无益于未成年犯罪问题的科学治理。基于此, 在对未成年人的犯罪行为进行综合区分的逻辑前提下, 对涉罪未成年人的再社会化进程展开探讨。为有效预防未成年人犯罪以及完善对未成年人的司法保护, 最高人民检察院率先从概念上对未成年人进行特殊保护, 即用“未成年人罪错”概念^①

替换“未成年人犯罪”概念。这一概念上的转变具有里程碑式的意义。但“罪错未成年人”并非正式的法律概念, 而是为了凸显未成年人这一群体的特殊性、方便犯罪学研究和构建完整的未成年人司法制度而使用的一个概念^②。相较于“犯罪”二字, “罪错”一词用于未成年人更为贴切, 称呼上的改变体现了司法对未成年人的特殊保护, 有助于未成年人摆脱“犯罪”标签, 重新走向社会。有学者指出, 未成年人“犯罪”向更为人性化的“罪错”概念转变, 不仅与我国传统的原错法律文化相关, 而且具有法理基础与现实需要^[1]。但概念上的转变只是加强对涉罪未成年人保护的一小步, 涉罪未成年人在从“犯罪标签”化下的冰冷变形社会向温暖正常的社会回归途中布满荆棘。因为未成年人的罪错行为一旦构成犯罪, 那么档案中的犯罪记录便与其形影不离, 未成年人自此多了一个身份标签——“犯罪人”,

收稿日期: 2021-10-19; 修回日期: 2021-12-12

基金项目: 国家社会科学基金项目“风险社会背景下行政犯扩张及其适用限缩研究”(19BFX061)

作者简介: 黄明儒, 男, 湖北监利人, 湘潭大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 刑法学; 张继, 男, 重庆人, 湘潭大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 刑事法学, 联系邮箱: 1433717540@qq.com

这个标签甚至会影响下一代,即前科株连效应^[2]。诚如贝卡里亚所言:“对人类心灵发生较大影响的,不是刑罚的强烈性,而是刑罚的延续性。因为,最容易和最持久地触动我们感觉的,与其说是一种强烈而暂时的运动,不如说是一些细小而反复的印象。”^[3]这里的刑罚延续性,即是指犯罪记录带来的“标签效应”。事实上,未成年人走上犯罪道路,不仅仅是涉罪未成年人自身的过错,国家和社会也难辞其咎,因为国家和社会没有履行好义务以及没有尽最大努力去关心和挽救徘徊在犯罪边缘的失足少年。从国家亲权理念出发,未成年人违法犯罪不只是由其自身造成的,国家也须承担一定责任,因而国家在对待未成年人违法犯罪问题上,不能以惩罚为目的,而要注重保护、教育和挽救^[4]。立法者似乎也注意到这一点,并为此作出了各种努力:《未成年人保护法》确立了最有利于未成年人的原则;《预防未成年人犯罪法》规定预防未成年人犯罪须立足于教育和保护相结合的基本理念,坚持预防为主、提前干预,并对涉罪未成年人进行专门矫治;《刑法》第100条规定了未成年人免除前科报告义务;《刑事诉讼法》第286条规定了未成年人犯罪记录封存制度。

不可否认,这些努力对涉罪未成年人的保护意义深远,但还不够。从刑事法的保护举措来看,前科报告义务免除制度因在实践运行中存在事实不免除现象而饱受诟病,犯罪记录封存制度在实践运行中也存在诸如主体不明、程序操作困难、“但书”模糊、救济机制缺乏、系统协调性不够以及与其他诸多法律法规存在冲突等问题^[5]。有学者建议采取“原则+例外”的立法模式,通过设置合理考验期、完善监督与救济、加强各部门之间的衔接与配合等方式对该制度进行完善^[6]。诚然,这种努力值得肯定,但这种对犯罪记录封存制度不断打补丁式的改进模式并不能根治涉罪未成年人的问题。正如学者指出的:“我们对犯罪记录封存本身寄予的希望过多,而对其与涉罪未成年人真正回归社会之间的联系缺乏应有的关照,使其承受了不能承受之重,该制度只是作为保护涉罪未成年人利益的配套制度,根本之策在于矫正与治疗。”^[7]因此,犯罪记录封存

制度对涉罪未成年人的保护只是起点而非终点,是保护手段之一而非唯一。此外,国家仍将犯罪标签视为预防犯罪的重要武器,社会上的犯罪标签意识仍然浓厚,这进一步削弱了犯罪记录封存制度的功效。2021年6月1日,修订后的《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》同时施行,在新的未成年人司法保护背景下,如何弱化“犯罪人格”促进“涉罪未成年人”向“正常人”回归显得尤为重要。

二、犯罪记录:涉罪未成年人“标签效应”的滥觞

犯罪记录与标签效应之间的关系须从事实论和规范论两个层面去把握。前者属于事实层面,后者属于规范层面,涉罪未成年人的“标签效应”是未成年人犯罪记录这一事实在规范层面的失范评价。犯罪前科本属于规范层面,却容易与事实层面的犯罪记录相混淆,故须厘清犯罪记录和前科的关系为前提。规范性评价与非规范性评价作为犯罪记录的衍生品,二者的失范合力引发了“标签效应”,但究其本源,犯罪记录才是涉罪未成年人“标签效应”的滥觞。

(一) 前提:厘清犯罪记录与前科的关系

一直以来,学界对“前科”的定义存在争议,由此造成了“犯罪记录”和“前科”在认识和使用上的混淆。关于“前科”的定义主要存在以下几种学说:第一种为“科刑说”,即认为前科是指犯罪人因犯罪行为被科处刑罚的事实^[8];第二种为“罪刑说”,即认为前科是指曾经犯有罪刑或被判处刑罚的事实^[9];第三种为“判决有罪说”,即认为前科是指曾受确定判决宣告有罪的事实,是否被科处刑罚以及刑罚是否被执行都不影响前科的成立^[10];第四种为“违法处分说”,即认为前科是指历史上因违反法纪而受过处分的各种事实^[11]。不难发现,前科有狭义与广义之分:狭义的前科仅指受到刑事处罚的规范性评价,“科刑说”“罪刑说”即是这种;广义的前科泛指一切规范性评价,除刑事处罚的规范性评价之外,还包括非刑事处罚的规范性评价,“判决有

罪说”“违法处分说”即是这种。此外,上述学者普遍将前科限定为一种事实的观点值得商榷,这容易混淆犯罪记录与前科的关系。有学者指出:“犯罪记录并不等同于前科,前者是对犯罪事实以及刑事判决的客观记载,后者是对犯罪记录的一种规范性评价。将前科等同于事实的观点,忽略了前科规范性评价的属性,导致‘前科’作为一种规范性评价结论与‘犯罪记录’的单纯客观记叙性本质相混淆”^[12]。

前科作为刑法意义上的概念,理应被认为是一种规范性评价,单纯地将前科认定为一种客观事实,显然是不可取的。从这个意义上讲,将前科理解为一种规范性评价的观点具有进步性。但仅将前科认定为规范性评价进而与作为单纯客观记述的犯罪记录决然区分的观点是武断的,即使将前科视为一种对犯罪记录的规范性评价,也不能否认其具备一定的客观性。理由在于:一方面,前科以犯罪记录为基本前提,犯罪记录的客观属性制约着前科;另一方面,虽然犯罪记录对前科具有一定的制约性,但作为规范评价的前科自身也具有相对独立性,并不完全由犯罪记录所决定。有学者指出:“记录本身只是一种客观记载,其核心功能为‘提供信息’,当其被相关主体获取之后,其‘提供信息’的基本功能已经发挥完毕,至于其所记载的内容如何‘被使用’,这不是记录本身能够左右的。”^[13]这里的“被使用”,即指对犯罪记录的规范性评价,而这种规范性评价显然已超出记录本身的控制范围。事实上,犯罪记录与前科之间的混淆,是由人们基于不同角度认识和使用二者概念造成的:犯罪记录是一种客观记载,属于事实论范畴;前科是对犯罪记录所作的一种规范性评价,属于规范论范畴。有学者直接将犯罪前科等同于犯罪记录,并进一步认为未成年人犯罪记录封存制度存在较大缺陷,因而应直接构建犯罪记录“消灭”制度^[14]。显然,在事实论视角下,所谓“犯罪记录是否可以消灭”本身是一个伪命题,而在规范论视角下,前科消灭则是可行的。

(二) 犯罪记录的两种衍生品: 规范性与非规范性评价

犯罪记录是对行为人相关犯罪信息的客观

记录,其记录的信息主要包括两个方面:一是行为人客观的犯罪事实,二是有关机关基于该事实所作出的认定及处理。其中,有关机关基于该事实所作出的认定及处理是犯罪记录衍生出来的一种规范性评价。此外,还存在着一种与规范性评价相对的非规范性评价,它是一种源于社会公众对行为人犯罪事实的自发性评价,是犯罪记录的另一种衍生品。

1. 犯罪记录之规范性评价

犯罪记录的规范性评价,是指有权机关依据法律对行为人犯罪事实所作出的一种价值评判。其评判的内容包括但不限于:行为人的犯罪性质、社会危害性、可处罚性以及预防可能性等,进而考察是否对行为人采取一种“加法式”或“减法式”处罚或防范措施。因此,规范性评价蕴含着一种预防犯罪的理念和保护社会公共利益的功利目的。从分类上看,犯罪记录制度同刑法结合会产生一种刑事规范性评价,即前科制度(狭义)。前科是对该罪刑罚效果的规范性评价,是前罪刑罚的一种后遗性效果,具体表现为累犯、再犯以及量刑因素的适用。另外,犯罪记录制度同刑法以外的部门法结合会产生一种非刑事规范性评价,主要表现为特定资格的限制或剥夺,包括但不限于职业禁止和职位禁止,如我国《法官法》《检察官法》《律师法》《教师法》《会计法》《执业医师法》等职业法律规定,曾因犯罪受过刑事处罚的人不得从事相关工作。这种非刑事规范性评价,与学界通用的诸如“犯罪附随后果”“非刑罚后果”“刑罚附随性制裁”以及“刑罚体系外资格刑”等概念表述相似。有学者认为,刑罚附随后果在我国的法学研究中尚属一个较为新鲜的概念,主要分布在刑事法与非刑事法的交叉地带,与“资格刑”“职业限制准入”等概念内涵交叉^[15]。值得注意的是,我国虽并未在《刑法》中明确规定“刑罚附随后果”“非刑罚后果”等概念,但中外学者普遍接受并支持这一概念。如德国刑法教授耶塞克、魏根特直接在《德国刑法教科书》中将刑罚之外的其他法律后果冠以中性的概念,表述为“附随后果”^[16];意大利刑法学者帕瓦多尼在《意大利刑法学原理》一书中将

这种惩罚性制裁分为刑事处罚、行政处罚与私法性处罚,而后两者也可以合称为“非刑事处罚后果”^[17];我国张明楷教授也将非刑罚处罚、保安处分以及单纯宣告有罪合称为“非刑罚后果”^[18]。

2. 犯罪记录之非规范性评价

当一个犯罪现象出现,它除了要受到法律的规范评价,尤其是刑法的规范评价之外,还要受到社会公众基于内心正义产生的社会道德评价,即非规范性评价。相较于规范性评价所具备的法律性、理性、客观性以及强制性等特征,非规范性评价的特征主要表现为道德性、感性、主观性以及非强制性等。是故,非规范性评价不能像规范性评价一样通过国家强制力发挥功能,而只能通过社会公众自发的道义责难发挥作用。须强调的是,非规范性评价虽然是社会公众对犯罪现象自发形成的一种社会道德评价,但它并不能完全摆脱规范性评价的影响,而且在绝大多数情形下,非规范性评价来源于规范性评价。这体现了前者对后者的从属性,也是由道德与法律的一致性决定的。当然,规范性评价与非规范性评价有时候也会发生冲突,譬如“陆勇代购假药案”“赵春华非法持枪案”的出现,一定程度上反映了国法与情理的冲突,表明非规范性评价具有一定的相对独立性。概言之,“非规范性评价”源于“规范性评价”却又独立于“规范性评价”。规范性评价作为犯罪记录的衍生品,是毋庸置疑的,但非规范性评价是否也属于犯罪记录的衍生品呢?从表面上看,非规范性评价形成于社会公众自发的道德、正义情感,似乎与犯罪记录并无关系。但事实上,社会公众自发的道德评价也是对犯罪现象的一种及时反馈,社会公众普遍知晓以及长时间形成对某一犯罪现象的社会道德评价是由犯罪记录这一客观事实造成的。尤其在信息化时代,犯罪记录的载体更加多元化,社会公众能最大范围、最快速度地了解某一犯罪事实并形成自己的看法。此外,由于非规范性评价的道德伦理性更加强调社会公众的主观感觉,这种不确定性与受操纵性易导致非规范性评价失范。因此,非规范性评价在很大程度上取决于规范性评价,即存在“凡是有过犯罪记录的人,就一定是

坏人或有继续成为坏人的可能”现象。可以发现,规范性评价与非规范性评价是不同主体根据不同规范标准对同一对象——犯罪事实——进行的一种价值判断,而犯罪事实一般都由犯罪记录记载并保存下来,社会公众在更广泛意义上的道德评价是由犯罪记录的存在导致的。

三、犯罪记录之标签效应:涉罪未成年人再社会化的掣肘

标签理论来源于社会学中的“符号互动理论”,又名“社会反应理论”,其内涵是指犯罪或越轨行为不是行为本身的特质,而是社会对该行为作出的标定或反应。贴标签是指包括司法系统在内的正式反应主体与包括家庭、社会大众等在内的非正式反应主体对实施犯罪或越轨的人进行的一种否定性评价过程^[19]。阻碍涉罪未成年人再社会化的,与其说是犯罪记录,毋宁说是犯罪记录衍生的“标签效应”,但犯罪记录本身并不直接产生这种“标签效应”,而是犯罪记录的衍生品——规范性评价与非规范性评价的失范合力引发了这种“标签效应”。

有学者认为,“犯罪记录所引发的唯一效应是依据法律对行为人所作的规范性评价,‘标签效应’不是规范性评价引发的效果,而仅仅是非规范性评价引发的效果,这种非规范性评价引发的‘标签效应’才是涉罪未成年人重归社会的真正阻碍”^[20]。可以发现,该学者将规范性评价视为犯罪记录引发的效应。这是从事实论与规范论出发区分犯罪记录与规范性评价之间的关系,具有进步意义。但其将规范性评价视为犯罪记录引发的唯一效应,排除非规范性评价作为犯罪记录的效应之一,而且仅将非规范性评价作为引发标签效应的观点,是值得商榷的。我们不能仅强调两者的区别而忽视两者的联系,两者应是“来源于且独立于”的关系。因此,涉罪未成年人重归社会不仅面临着社会非规范性评价的阻碍,也面临着法律规范性评价的制约。从阻碍的大小以及影响广度来看,前者是一种社会道德的谴责或社会心理的敌视,因其不具有强制性而阻碍较小,

但因其较强的主观感性及易受操纵性反而影响较广; 后者是一种法律上的规范性评价, 包括前科适用、职业限制以及资格剥夺等, 因具有较大强制性而阻碍较大, 但受到法律理性的限制影响范围有限。

不可否认, 贴标签除了具有使行为人污名化的负向功能之外, 还具有控制社会的正向功能。有学者指出, 贴标签服务于对社会成员控制和规训的需求, 也满足了社会个体自我保护和躲避风险的需要; 另外, 贴标签提升了刑罚制裁对犯罪人的威慑效果, 维护社会秩序, 保障社会安全^[21]。但贴标签的“溢出效应”更值得我们反思和警惕, 这种标签效应使得涉罪未成年人面临着国家社会与自我的双重否定: 一方面, 它会使涉罪未成年人对社会的不良评价产生消极认同, 并通过“镜中人”时刻提醒自己是一个“犯罪人”, 是涉罪未成年人自我怀疑、自我孤僻和自我否定的包袱; 另一方面, 对于这个国家和社会而言, 他们是潜在的危险者, 是被社会遗弃者, 是道德品质恶劣、应受社会谴责的故意作恶者, 国家不得不无时无刻预防着他们再次犯罪, 社会公众抱有敌意和提防的心理将其视为洪水猛兽, 畏而远之^[22]。另外, 当这种标签效应作用于刑罚附随后果时, 会导致这种游离于刑法体系之外却又实质上创设出与刑罚不相上下的不利后果的规制方式为犯罪人的人权保障、再社会化增添隐患^[23], 而且这种刑罚附随后果过度压制公民的职业自由, 与微罪的匹配不均衡会产生新的社会问题, 这将反向消解犯罪化立法的积极功能^[24]。现在的困境在于, 贴标签的正面效果极其有限, 负面效果却不断泛滥, 尤其是对涉罪未成年人而言, 往后余生都将被这个标签效应所累。因此, 在应对犯罪政策有限性与涉罪之人重回社会必然性的合力作用下, 犯罪学界开始重新审视标签理论, 进而希冀降低标签效应所造成的各种负面后果^[25]。在对刑罚附随后果制度的完善路径上, 有学者认为, “刑罚附随后果制度合理存在的价值基础应是: 在必要的预防前提下, 尽可能地接纳犯罪人回归社会, 为此, 有必要在国家层面对刑罚附随后果予以缓和与松绑, 理性地给予犯罪人

以出路”^[26]。从理论逻辑上讲, 若想彻底消除涉罪未成年人身上的“标签效应”, 应当釜底抽薪式地彻底消灭犯罪记录。但无论是否删除犯罪记录的载体, 都不能否定行为人曾经犯过罪这一事实, 质言之, 犯罪记录作为一种客观事实, 是不能被消灭的。从路径选择来看, 虽然消灭犯罪记录的事实论路径行不通, 但消除犯罪标签效应的规范路径却是可行的。

四、去标签化与再社会化: 涉罪未成年人的救赎路径

在涉罪未成年人的教育与改造问题上, 有学者认为: “相较于报应刑论, 教育刑论将刑罚从‘向后看’转化为‘向前看’, 将对犯罪的消极反应转化为积极反应, 其核心价值在于扩大刑法的促进机能, 压缩刑法的限制机能, 这是一种蕴含人道主义观且符合现代社会发展的刑罚理论。”^[27]也有学者主张我国应当建立兼顾国家、社会以及个人利益, 以保护理念为主导、责任理念为补充, 通过帮助被害人恢复正常生活, 促使犯罪少年重新融入社会的恢复性司法模式^[28]。事实上, 帮助涉罪未成年人去标签化与再社会化与上述理念不谋而合: 都将目光由过去转移到未来, 都强调对未成年人保护教育为主的人道主义价值理念, 都致力于扩大刑法的促进机能等。既然涉罪未成年人身上的“标签效应”是由犯罪记录的衍生品——规范性评价与非规范性评价的失范合力引发的, 那么帮助涉罪未成年人去标签化与再社会化也须从规范性与非规范性两个路径入手。

(一) 涉罪未成年人救赎之规范性路径

涉罪未成年人很难回归社会的现实困境反映出犯罪记录封存制度治标不治本的局限性, 但犯罪记录封存制度之“短”, 恰是前科消灭制度之“长”, 前科消灭制度可以根本性地解决犯罪标签在量和质上的泛化问题^[29]。但犯罪记录的存在仍然是一个隐患, 为此, 将包括犯罪记录在内的与涉罪未成年人密切相关的“人身处分”等信息专门设定为未成年人“期待隐私权”保护, 不

失为一个补充路径。

1. 建构未成年人前科有条件消灭制度

犯罪记录封存制度与免除前科报告义务制度受到双向保护原则的制约,二者在犯罪人权益和公共利益之间的价值选择似乎表现为一种“零和博弈”关系。但事实并非如此,因为犯罪人权益和公共利益之间并非不可调和,二者在一定条件下具有统一性。在对涉罪未成年人保护的价值理念上,犯罪记录封存制度与免除前科报告义务制度是一致的,都是为了帮助涉罪未成年人守住秘密,进而帮助涉罪未成年人正常地融入社会,而这一目的与公共利益并不冲突。因为帮助涉罪未成年人重回社会也属于公共利益的重要组成部分,正是着眼于这一点,建构涉罪未成年人前科有条件消灭制度才成为可能。但若想尽早地帮助涉罪未成年人重归社会,不能仅仅依赖于这些不痛不痒的举措,而是要以壮士断腕的气魄寻找一条新的路径,建构未成年人前科有条件消灭制度则是一种大胆的尝试。《波兰刑法典》专章规定了前科消灭制度,为我国未来构建前科消灭制度提供了域外经验^[30]。当然,法律制度的引进与建构还须结合该国的国情。虽然我国目前在地方法院已经有了一定的实践性经验,如石家庄市长安区法院颁布了《未成年人前科消灭实施办法》^③;四川省彭县创设了针对未成年人犯罪的前科消灭制度^④;贵州省颁布的《贵州省未成年人保护条例》也涉及涉罪未成年人前科消灭问题^⑤。此外,最高人民法院在《人民法院第三个五年改革纲要》中也提出“有条件建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度”^⑥。但历经十年有余,该制度在全国范围内的推广尚显不足,立法少见地保持一种“谨慎”的态度。对此,有学者解释道:“几乎是零的前科消灭制度的体系化构建,是一个极为庞大的社会工程,关系到社会利益和犯罪人利益之间的平衡问题,这就决定了前科消灭制度构建的复杂性和高难度性,难以在短时间内在全国范围迅速构建和进入实施状态。”^[31]但即便如此,构建我国未成年人前科有条件消灭制度乃至一般意义上的前科有条件消灭制度仍迫在眉睫。须强调的是,未成年人前科消灭是一种

附条件消灭,这与我国当下的立法与司法现状是相吻合的。而作为一项系统性工程,未成年人前科有条件消灭制度的构建须围绕以下几个方面展开。

(1) 前科消灭的适用条件。

第一,先决条件。“前科”有狭义和广义之分,前科消灭制度宜采用广义的前科概念,既包括刑事处罚的规范评价,也包括非刑事处罚的规范评价。

第二,对象条件。为及时回应社会的需要,我国《刑法修正案(十一)》调整了未成年人的刑事责任年龄,现在未成年人的刑事责任年龄分为三个层次:12—14周岁犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣的,经最高人民检察院核准追诉的;14—16周岁犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡等8种罪行的;16—18周岁属于完全负刑事责任的未成年人。须注意的是,年龄判断的时间应为审判时。

第三,考察期限。设置前科消灭的考察期限是为了考察行为人的危险性以及主观恶性等,对于被判处刑罚的涉罪未成年人,其考察期限应当是灵活的,即对于不同类型的刑罚和不同的刑罚期限,应当规定不同的考察期限,具体可以参照并从轻适用《刑法》规定的减刑、假释的考察期限;对于未被判处刑罚的涉罪未成年人,其考察期限可以参考社区矫正。

第四,悔改条件。该条件实际上是判断涉罪未成年人能否重归社会的核心因素,但悔改条件属于一种主观难以把控的因素,需要结合其他因素进行综合判断,如再犯可能性、社会危害性、道德素质等。须指出的是,是否悔改是一个实质判断,即使涉罪未成年人曾经是故意犯罪,但只要积极悔改,社会危害性和再犯可能性都极小,也有适用该制度的可能。涉罪未成年人虽不适用累犯制度,但若再犯,则可以考虑其主观恶性和悔改性问题。

第五,禁止条件。有学者认为,对于危害国家安全犯罪,毒品犯罪,强奸、抢劫、杀人等严重暴力犯罪不应适用前科消灭制度^[32]。但有学者

对此并不认可,认为前科消灭制度应适用于未成年人实施的所有犯罪,不应以犯罪类型为标准限制该制度的适用范围,同时指出该制度适用于除无期徒刑以外的所有刑种与刑度^[33]。事实上,前科消灭制度致力于帮助改过自新的涉罪未成年人重归社会,主要是考虑到涉罪未成年人可塑性强、再犯可能性较小。出于对犯罪的预防,为维系涉罪未成年人利益和公共利益之间的平衡,对于未成年人所犯罪行大小、所受刑罚强度应当予以考虑但不能作为决定性要素。因此,前科消灭制度的禁止适用条件应同时考虑“罪行+刑罚+人身危险性”,一般来讲罪行与刑罚是相匹配的,罪行越重刑罚越严厉,这时主要考虑行为人的“人身危险性”。须指出的是,《刑法》第66条规定的特别累犯制度须以前科为前提,在立法未作修改的前提下,应将危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪作为前科消灭制度的例外。若如第一位学者所言,故意杀人、强奸、抢劫等严重暴力犯罪不适用前科消灭,那么前科消灭制度的适用空间基本上仅限于16—18周岁犯轻微罪的未成年人。因为12—14周岁、14—16周岁的未成年人所犯的基本都是严重罪行,这将极大地折损该制度的价值。12—16周岁的涉罪未成年人虽然犯下这些严重罪行,但若未造成严重后果或者不具有特别严重情节(如受到的刑罚未在10年以上),再考虑到后面的人身危险性条件,这部分涉罪未成年人仍有适用前科消灭制度的空间。相比较16—18周岁的未成年人,12—16周岁的未成年人心智更不成熟,自我控制能力更差,但其成长空间更大,可塑性也更强,为何对前者就能适用前科消灭,后者反而不能呢?直接武断地从立法层面就斩断对12—16周岁涉罪未成年人适用前科消灭制度的念想,而不给司法层面留下一丝裁量余地的这种观点,显然是欠妥的。事实上,12—16周岁的未成年人犯下严重罪行之后,自身已经受到刑罚(或非刑罚)的处罚,这在一定程度上缓解了其与公共利益之间的矛盾。前科消灭制度是一项着眼于未来的制度,直接目的就是最大限度地确保改过自新的涉罪未成年人重回社会,而帮助涉罪未成年人重回社会

也是为了最大限度地维护公共利益,因为未成年人的利益也是公共利益的核心内容之一。从保护未成年人的理念^⑦出发,应坚持“最大限度保护、最有利于未成年人”原则,涉罪未成年人前科消灭制度应以消灭为原则,不消灭为例外,但对于何种情形不消灭须作出严格限制。

(2) 前科消灭的程序。

前科消灭制度的发起包括主动消灭和申请消灭。主动消灭,是指有权机关在法定期限内对涉罪未成年人适用前科消灭制度进行考察,在符合前科消灭制度的相关条件且不存在禁止性事由的前提下,主动消灭涉罪未成年人的前科;申请消灭,是指涉罪未成年人在前科消灭制度的考察期届满之后,若无禁止性事由,可以向国家机关提出申请并提交相关证明材料,经由国家机关审查后予以同意消灭前科。主动消灭因为是国家机关主动作出的,虽然也要经过法定程序,但程序较为简单,而申请消灭涉及申请主体、申请受理、申请审理以及申请审批等事项,程序较为复杂。其中,申请主体原则上应为涉罪未成年人本人,但考虑到涉罪未成年人年幼,可由其监护人代为申请,没有监护人或监护人不宜代为申请的,可由检察机关或是未成年人保护组织提出申请。前科消灭申请的受理机关应是作出最终判决的人民法院,具体负责的应是专门负责的少年法庭的办案人员,人民法院接受前科消灭申请后,应在法定期限内进行审理。审理的内容主要包括涉罪未成年人在考察期内的人身危险性、再犯可能性、悔改性等,着重审查是否存在适用禁止性事由,对于符合前科消灭申请条件的,应依法作出清除前科的决定。

(3) 前科消灭的效果。

第一,消除规范性评价。既包括消除刑事规范评价,也包括消除非刑事规范评价,如消除行政法规范评价、民商事规范评价等。免除前科报告义务应是消除刑事规范评价的题中之义,而且不能再将前科作为再犯、量刑的考察内容。第二,恢复被限制、剥夺的资格与权利。恢复权利和资格对于涉罪未成年人意义重大,也是决定其能否再社会化的关键环节。恢复行为人因犯罪而失去

的法定权利或资格的过程,就是犯罪人转变成正常人的过程,也是根除犯罪标签的泛化过程^[34]。无论是民商事还是行政上的权利或资格都将恢复正常,如恢复从事特定职业的资格、监护权等。至于其未来是否可以从事法官、检察官、警察以及教师等职业,原则上应准允,但出于特殊预防的需要,可以对其限定。事实上,仅仅从是否具有犯罪前科的角度来分析涉罪未成年人人身危险性、再犯可能性是不科学的,人们对其持防御心理主要是基于社会防卫意识和概率学上的分析。但这种防卫意识和抵触情绪会随着社会发展而发生变化,人类对曾经痛恨的事物渐次宽容是不争的事实,即便对犯罪,我们也可以发现在长期历史跨度对比中的仇视弱化、宽容增强的心态变迁^[35]。第三,消解前科的株连效应。消除前科规范性评价主要是针对涉罪未成年人本人,而消解前科的株连效应则是针对涉罪未成年人的近亲属。我国的政审制度为前科的株连效应提供了广泛的发挥空间,接受政审的人如果其近亲属有犯罪前科,通常会得到不良的政治状况评价,进而直接影响接受政审的人的相关资格和权利,譬如升学、考公务员、入伍等。当然,政审制度在政治上具有重大意义,但前科消灭制度在一定程度上可以缓解政审上的前科株连效应^[36]。第四,正确引导社会的非规范性评价。前科消灭的直接效果是消除规范性评价,其间接效果是引导社会的非规范性评价朝着正向发展,即引导社会公众对前科消灭的涉罪未成年人少一分敌意,多一分宽容。

2. 专门设定未成年人期待隐私权制度

未成年人犯罪记录封存制度的初衷是为了帮助涉罪未成年人守住秘密——让曾经犯下的错误永远地留在过去,进而使其顺利回归社会。但载体可封,信息难封,涉罪未成年人的犯罪记录信息有可能随着办案人员的不当泄露、社会调查的不当运作以及媒体的失范报道等途径泄露出去^[37]。而信息一旦外泄,从犯罪记录上衍生出来的标签效应就会像“瘟疫”般肆虐,社会公众对其的认知普遍从“少年”向“犯罪人”转变,紧接着远离和歧视涉罪未成年人。而涉罪未成年人

为了寻求“群体安慰”,有可能被迫返回犯罪群体,进而导致恶性循环。如此一来,以保护犯罪记录信息为核心所建构的封存制度将功亏一篑。即便是后面建立了犯罪前科消灭制度,也主要是从规范层面消除前科规范性评价带来的标签效应,但非规范层面的标签效应仍未得到较好解决。因此,为了解决犯罪记录封存制度失范的问题,也为了弥补前科消灭制度构建过程中的遗漏问题,须专门设定未成年人期待隐私权制度进行补充保护。

私密信息与个人信息相区分的关键是对“隐私利益”的判断,有学者认为“隐”强调不为他人所知的私密性,“私”突出与公共利益和他人利益无关的私人属性^[38]。关于犯罪记录信息是否为私密信息进而可以视为隐私权保护,存在争议:一种观点认为,犯罪记录信息与其他个人信息不同,它与公共利益存在一定的关联性,不能将未成年人犯罪记录直接定性为隐私,但它在属性上与隐私很类似,因此将其视为“类隐私”^[39]。另一种观点认为,不能以犯罪记录具备一定的公共属性就掩盖其私人属性,不能以保护公共利益为由否定犯罪记录的权利属性,犯罪记录信息可以直接设置为隐私权保护^[40]。对涉罪未成年人犯罪记录的隐私保护,究竟是要真相还是要未来?有学者认为:“司法教育权是一种低层次的生理需求和安全需求,而知情权是一种高层次的求知需求,两者发生冲突时,应优先考虑低层次需求。”^[41]事实上,无论是将犯罪记录视为“类隐私”拟制为隐私权保护,还是将犯罪记录直接等同于私密信息设置为隐私权保护,二者殊途同归,都表明将犯罪记录设置为隐私权来保护可以避免社会公众对涉罪未成年人非规范性评价无限扩大,有利于进一步遏制标签效应的泛化,最终有助于促进涉罪未成年人顺利回归社会。

我国虽在未成年人犯罪记录封存制度中规定查询主体应当负有保密义务,但对于非查询主体是否具有保密义务的规定并不明确,而且对于查询主体未尽保密义务时的责任条款规定也较为模糊。显然,这种立法规定的模糊性为犯罪记录封存制度的功能实现埋下了隐患,涉罪未成年

人的犯罪记录信息很容易被非法暴露在公众的视野中。不可否认, 犯罪记录信息兼具公共信息与个人信息的双重属性造成公共利益与涉罪未成年人利益之间抵牾, 但在对涉罪未成年人的特殊保护上, 基于“最大限度保护、最有利于未成年人”原则, 应当优先考虑涉罪未成年人的利益, “少年最佳利益原则”是确立少年特别隐私权边界、调适相关矛盾冲突的基准^[42]。事实上, 涉罪未成年人犯罪记录信息的不公开是一种可期待利益, 即我们可以期待通过不公开这种犯罪记录信息使得涉罪未成年人远离犯罪, 重新回归社会, 进而在保护涉罪未成年人个人利益的同时, 避免公共利益再次遭受损害。因此, 对这种可期待利益的保护应当通过立法上升为一种未成年人期待隐私权, 而且在保护力度上也应强于对一般隐私权的保护。此外, 《预防未成年人犯罪法》第 59 条第 2 款规定: 未成年人接受专门矫治教育、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, 应当参照未成年人犯罪记录封存制度的规定。《社区矫正法》第 54 条规定: 除司法机关办案需要或者有关单位根据国家规定查询外, 未成年社区矫正对象的档案信息不得提供给任何单位或者个人, 依法进行查询的单位, 应当对获得的信息予以保密。可以发现, 未成年人期待隐私权的保护范围不应局限于犯罪记录, 还应当包括未成年人接受专门矫治教育、专门教育的记录, 被行政处罚, 采取刑事强制措施和不起诉的记录以及社区矫正记录等。概言之, 只有将所有与涉罪未成年人密切相关的“人身处分”等信息全面纳入隐私权保护, 专门围绕未成年人期待隐私权建立一套完善的隐私保护体系, 才能更好地保护涉罪未成年人。

(二) 涉罪未成年人救赎之非规范性路径

如果说涉罪未成年人救赎的规范性路径是站在国家层面, 通过构建相关法律制度对涉罪未成年人进行强制性保护, 是一种“硬性”保护, 那么涉罪未成年人救赎的非规范性路径则是站在社会和家庭层面, 通过对与涉罪未成年人生活联系最为紧密的环境场域进行构建, 对涉罪未成年人予以人文关怀, 教育与引导涉罪未成年人重

新融入社会, 则是一种“柔性”保护。家庭、学校以及社区是对涉罪未成年人影响最大的、联系最为紧密的三个环境, 这三个场域有机结合产生的修复性效应对涉罪未成年人的保护至关重要^[43]。即使是以“天生犯罪人论”著称的学者龙勃罗梭在谈到青少年犯罪时, 也认为青少年犯的一些罪行属于童年时期的生理现象, 而唤醒他们的道德天性, 让受人敬重和友善的家庭、学校以及社区来接纳并照顾他们才是真正有效的处理方法^[44]。美国犯罪学家特拉维斯·赫希也认为: “任何人都是潜在的犯罪人, 个人与社会的联系可以阻止个人进行违反社会准则的越轨与犯罪行为, 当这种联系薄弱时, 个人就会无约束地随意进行犯罪行为, 故犯罪就是个人与社会的联系薄弱或受到削弱的结果。”^[45]因此, 为弥补这一薄弱的环节, 加强个人与社会的联系, 须从家庭、学校以及社区三个维度进行构建, 其中家庭治疗是基础, 学校教化为关键, 社区矫正为保障。

1. 家庭教育: 治疗涉罪未成年人

在孩子的教育过程中, 家庭一直是教育的第一场域, 家长则是教育的首要主体, 家庭与家长是孩子成长过程中两个不可或缺的元素, 家庭教育对孩子的影响举足轻重。某种程度上讲, 涉罪未成年人是家庭不幸的“替罪羊”, 家庭内隐或外显的问题作用在未成年人身上使其成为“带症状者”。由于家庭与家长未能尽到全面的关心和监护义务, 甚至直接作用于家庭与家长自身的“过错”, 都可能使未成年人的成长轨迹发生偏离, 直至犯罪边缘。有学者在分析家庭环境对未成年人犯罪的影响中指出, 家庭破裂、家庭不良关系、家庭教育方式不当以及家庭流动留守等是导致未成年人走向犯罪道路的几种典型家庭因素^[46]。也有学者在考察家庭教养对未成年人犯罪的影响中发现, 专制型家庭、溺爱型家庭、冷漠型家庭与矛盾型家庭四类不良家庭教养方式会对未成年人犯罪造成不同程度的影响^[47]。此外, 还有学者从实证研究出发, 通过采用问卷调查的方式考察了四川未成年犯管教所的数名犯罪青少年以及普通中学的数名普通少年, 发现家庭的经济地位、家庭教养方式、亲子沟通与家庭关怀

度、家庭结构及家庭成员关系等家庭因素都对青少年犯罪具有较强的解释力^[48]。不难发现,家庭环境与未成年人犯罪之间联系紧密,甚至异化的家庭环境在某种程度上是未成年人犯罪的重要推手,因此家庭势必要为其在未成年人成长教育过程中的缺位买单。

家庭作为第一场域,既是预防未成年人犯罪的第一道防线,又是拯救涉罪未成年人的港湾。但无论是事前的预防犯罪,还是事后的教育与治疗,都以家庭处于健康状态为基本前提。质言之,处于亚健康家庭不仅无助于教育与治疗涉罪未成年人,而且对其重新回归社会也是雪上加霜。事实上,家庭对涉罪未成年人的治疗是一个家庭内部成员“互舔伤疤”的情感心理互动过程:一方面,涉罪未成年人需要向家庭寻求宽恕与慰藉;另一方面,其他家庭成员在为其失职感到内疚与自责的同时,还会受到涉罪未成年人的前科株连效应以及社会不良评价的影响。对此,有学者主张通过家庭治疗的方式来抚平这块伤疤,即通过改进家庭旧有的不良模式、缓和家庭成员关系、重视家庭亲情连接,以治愈涉罪未成年人和家庭其他成员的身心创伤^[49]。具体应做到:第一,要充分发挥家长在家庭中的顶梁柱作用。父母是整个家庭的核心,父母婚姻关系的稳定维系着整个家庭的稳定,因此,保持父母关系稳定、加强亲子关系互动、营造一个和睦友爱的家庭环境至关重要。第二,加强对孩子的家庭教育,注重亲代的文化资本投入,增强自身影响力。有学者认为家庭教育场域中的文化资本形式主要表现为父母的亲范形象、家庭教育储备以及学历文化水平三种形态^[50]。父母的亲范形象即言传身教,其一言一行都深刻影响着孩子,若父母自身的行为不规范,如存在家暴、吸毒、犯罪等不良违法行为,将会给孩子树立一个典型的“坏榜样”。家庭教育的投入有助于良好家风的养成,但家庭教育并不仅仅取决于父母的学历文化水平,父母自身遵纪守法、信守承诺、勤俭节约、勤奋上进等优秀品质也会对孩子产生潜移默化的影响。第三,家庭教育与治疗还须得到国家支持与社会协同。国家可通过立法为和谐稳定的家庭关系保驾

护航,如实现《反家庭暴力法》与《民法典》的立法联动;在未成年人的教育与保护上,实现《家庭教育促进法》与《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》的立法对接,如《未成年人保护法》第118条、《预防未成年人犯罪法》第61条以及《家庭教育促进法》第48、49条共同确定了未成年人监护责任制度,为强制亲职教育的开展提供了法律保障。从社会层面来看,家庭教育与治疗离不开学校、社区、医疗机构以及其他公共服务机构的协同帮助,尤其学校与社区两个场域扮演着关键角色。

2. 学校教育:教化涉罪未成年人

离开家庭,学校成为未成年人另一个朝夕相伴的地方,学校教育对于涉罪未成年人改过自新、重新融入社会的作用是无可替代的。维克多·雨果曾说:“每办好一所学校,就少建一所监狱;每教好一个孩子,就少一个莠民。”未成年人走上犯罪道路的重要原因不是缺乏学校教育就是学校教育不到位,涉罪未成年人难以再社会化的原因更是如此。因此,在涉罪未成年人回归社会途中,接受学校的教育与改造是必经之路,尤其在家庭教育较为匮乏的情况下,学校更应担起这份教育教化的重任。新修订的《预防未成年人犯罪法》立足于“教育为主,惩治为辅”的基本理念,对未成年人的不良行为和严重不良行为实行分级预防、干预和矫治。在教育和预防未成年人问题上,学校的教化作用主要凸显在三个阶段:一是预防阶段,学校应当对不良未成年人积极开展教育,提高其文化知识和道德素养,尤其是有意识地开展预防犯罪课程,针对不同年龄段的未成年人的生理和心理特点开展活动^[51]。二是纠正阶段,学校一定要及时发现并纠正未成年人早期的不良行为,做到防微杜渐,防止不良行为向严重不良行为甚至向犯罪行为转化。三是矫治阶段,对那些严重危害社会的不良未成年人设置专门学校进行专门矫治教育,如《预防未成年人犯罪法》第44条规定:实施了严重危害社会不良行为的未成年人,若情节恶劣、造成严重后果、多次实施或拒不接受矫治教育措施等,经专门教育指导委员会评估同意,教

育行政部门会同公安机关可以决定将其送入专门学校接受专门教育。自此, 专门学校和专门教育取代了原来具有“标签”色彩的工读学校和收容教养制度, 这意味着我国未成年人权益保障迈上了新台阶。未成年人教育矫治的制度转型, 其背后体现的是从教养式矫治向修复式教育的理念更新与范式转换^[53]。

涉罪未成年人是否适用专门学校进行专门教育, 立法的规定并不明确。我国《刑法》第 17 条第 5 款以及《预防未成年人犯罪法》第 45 条规定: 因不满 16 周岁不予刑事处罚的, 在必要时候, 依法进行专门矫治教育。结合《刑法》的规定来看, 专门矫治教育的适用对象包括: ①已满 12 周岁不满 14 周岁的, 实施了除故意杀人、故意伤害行为致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾等以外的严重违法行为, 因未达到刑事责任年龄而不予刑事处罚的, 依法进行专门矫治教育; ②已满 14 周岁不满 16 周岁的, 实施了除故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪之外的严重违法行为, 因未达到刑事责任年龄而不予刑事处罚的, 依法进行专门矫治教育。涉罪未成年人被判处刑罚的(包括缓刑), 因为要服刑, 很难到专门学校进行专门教育。但未成年人犯罪后刑罚执行完毕或者不判处刑罚的, 如《刑法》第 37 条、《刑事诉讼法》第 177 条规定: 对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚或者可以免于刑事处罚的, 人民检察院作出不起起诉决定的, 这类涉罪未成年人仍然面临矫治教育的问题。此外, 对于不满 12 周岁的未成年人实施了严重不良行为是否可以专门矫治教育, 有学者认为设置年龄下限必然面临同行为与责任相适应原则有所龃龉的困境, 是否实行专门矫治教育不能以年龄为判断标准, 而是以人身危险现实化的可能性作为根本考量因素, 在必要时候适用专门矫治教育^[53]。事实上, 《预防未成年人犯罪法》并没有规定专门学校专门矫治教育的排除性事由, 其第 43、44 条是适用专门矫治教育的正向规定。实施严重不良行为的未成年人并不排除犯罪情节轻微不需要判处刑罚或者可以免于刑

事处罚的未成年人以及不满 12 周岁的严重不良行为人, 其第 45 条可以理解是关于《刑法》第 17 条第 5 款的注意性规定。当然, 立法的这种不明确性给该制度的实际运行造成了诸多不便, 并招致学者对专门学校专门矫治教育适用对象不明确的批判^[54]。

但专门学校的专门矫治教育毕竟具有“人身处分”性质, 不可避免地会给涉罪未成年人带来一定的标签效应^[55]。《预防未成年人犯罪法》第 46 条规定了普通教育转回程序, 即通过对实行专门矫治教育的涉罪未成年人进行定期评估, 由原决定机关决定是否将涉罪未成年学生转回普通学校就读, 这在一定程度上消解了专门学校的负面效应。但这种转回程序亦是一把双刃剑, 使用得不好会使专门学校成为普通学校的“倾倒塌”^[56]。当然, 与家庭教育离不开学校教育一样, 无论是专门学校的专门教育还是普通学校的正常教育, 学校都应当加强与家庭之间的密切沟通, 建立家校合作机制, 进而建立联动预防未成年人犯罪体系。

3. 社区矫正: 矫治涉罪未成年人

未成年人之所以走上违法犯罪道路, 主要是因为经历了一个正常的社会化过程, 致使其出现了人格缺陷或者反社会化人格, 因此需要对其进行再社会化, 而社区矫正努力促进犯罪人与社会保持良好的互动关系, 从而达到了社会化和再社会化的目的^[57]。事实上, 涉罪未成年人重回社会就是经历一个完整正常的社会化过程, 而这一再社会化过程需要借助社区矫正来完成。

涉罪未成年人社区矫正, 是指将符合矫正条件的涉罪未成年人置于其生活的社区内, 由司法行政机关在相关部门和社会力量的协助下, 在法律规定的期限内, 矫正其犯罪心理和行为恶习, 使其回归社会的非监禁刑罚执行活动。社区矫正的适用对象包括依法判处管制、宣告缓刑、裁定假释、决定暂予监外执行的服刑人员, 既包括成年人, 也包括未成年人。为彰显对未成年人的特殊保护和教育, 《社区矫正法》专门规定第七章未成年人社区矫正特别规定, 其第 52 条第 3 款规定: 对未成年人的社区矫正, 应当与成年人分

别进行。此外,即使在未成年人内部也应当根据未成年社区矫正对象的不同特点进行区分矫正,以达到对症下药的矫正效果。社区矫正主要包括正义修复机能、规范矫治机能以及分流监控机能,其中规范矫治机能是社区矫正制度的核心目标^[58]。而欲实现社区矫正的机能,须围绕矫正主体、矫正对象以及矫正方式等方面展开:第一,关于矫正主体。我国社区矫正的主体表现为一体多元化,即社区矫正由司法行政部门主导,相关部门和社会力量协助进行。其中,在社会力量参与未成年人社区矫正的工作中,各地区探索出了具有自身特色的实践模式,如上海“三合一”模式、北京“3+N”模式、广东“社工+义工”模式以及天津“心理咨询师+司法社工”模式等^[59]。我国这种“一体多元化”社区矫正主体结构,优势在于可以利用各种资源、整合社会各方面力量,但不足在于人员不够专业化。因此,在未成年人社区矫正中应当设置专门机构以及配置专门人员,以实现社区矫正队伍的专业化。第二,关于矫正内容。有学者认为可以从社会交往技能、自我控制能力、道德认知以及理性化等四个层面对涉罪未成年人进行矫正^[60]。其中,矫正社会交往技能,便于加强涉罪未成年人与社会的紧密联系,防止其与社会脱轨;矫正自我控制能力,有利于增强涉罪未成年人的辨认和控制能力,远离犯罪;矫正道德认知,有利于提高涉罪未成年人的道德素质,引导其成为一个充满正能量的人;而矫正理性化,则是将涉罪未成年人的思维模式由感性转为理性,帮助其成为一个理性自制的人。第三,关于矫正方式。对涉罪未成年人的矫正应当贯彻“教育为主、惩罚为辅”的基本理念,矫正方式应灵活多变,因材施教。《社区矫正法》第52条规定:社区矫正机构应当根据未成年社区矫正对象的年龄、心理特点、发育需要、成长经历、犯罪原因、家庭监护教育条件等情况,采取针对性的矫正措施。在矫正教育方式上,有学者主张社区矫正应当推行分类集中教育,即在一定分类标准基础上对特定类型的社区矫正对象实行课堂式的集中系统化教育^[61]。此外,对于尚未完成义务教育的未成年社区矫正对

象,《社区矫正法》第55条规定,社区矫正机构和未成年社区矫正对象的监护人应当配合教育部门保证其完成义务教育。对于年满16周岁的社区矫正对象有就业意愿的,社区矫正机构可以协调有关部门和单位为其提供职业技能培训,给予就业指导和帮助。最后,还可以借助大数据、人工智能等技术手段实现“智慧矫正”,促进社区矫正工作的数字化、网络化以及智能化^[62]。但也须警惕这种大数据背景下“智慧矫正”带来的信息泄露风险,否则涉罪未成年人的社区矫正工作将事倍功半。

五、结语

如何避免未成年人“失足成恨”,是我们不得不慎重思考的问题。犯罪记录的存在就像一把利剑悬挂在涉罪未成年人头上,使其原地发怵而忘了未来的路。我们在帮助涉罪未成年人重新回归社会之前必须找到一条可行路径,消灭犯罪记录显然不能,而去除犯罪记录衍生的“标签效应”使其再社会化却是可行的。从实践层面看,犯罪记录封存制度虽然为保护涉罪未成年人奠定了基础,但这只是保护起点而非终点,与保护未成年人的最终目标相距甚远。放眼未来,一方面应当逐步建构未成年人犯罪前科有条件消灭制度,设定未成年人期待隐私权制度作为补充保护;另一方面须将与涉罪未成年人联系最为紧密的三个场域联动起来,形成家庭治疗—学校教化—社区矫正“三位一体”的“柔性”保护体系。此外,在当下的风险社会,积极刑法立法观正成为导向,大量行政犯的出现导致犯罪基数越来越大。但社会资源是有限的,如何在有限的资源下控制犯罪量的喷发式增长,也成为我们不得不思考的问题。从某种意义上讲,对未成年人犯罪记录在其救赎之路意义上的探究,也是为了探究整个社会是否具备消解犯罪记录“标签效应”的能力。试想一个防卫过当的成年行为人,或是因违反行政管理秩序而构成犯罪的轻微行政犯,在其已经受到刑罚处罚的情况下,即使已经彻底改过自新,其余生仍要受到刑罚后遗症效果的影响,则略

显足尺加二。质言之, 犯轻微罪的成年人余生是否只能卑微前行, 是否也能像涉罪未成年人一样可以得到真正的宽恕, 值得我们深思和进一步考究。

注释:

- ① 最高人民法院于2018年制定了《2018—2022年检察改革工作规划》, 提出“探索建立罪错未成年人分级处遇和保护处分制度”。自此, “罪错未成年人”这一概念被正式提出来。
- ② 须指出的是, 罪错未成年人的范围包括实施不良行为、严重不良行为、违法行为以及涉罪的未成年人。参见林琳: 《我国罪错未成年人司法处遇制度的问题及完善路径》, 载《北京科技大学学报(社会科学版)》2021年第4期; 参见俞亮、吕点点: 《法国罪错未成年人分级处遇制度及其借鉴》, 载《国家检察官学院学报》2020年第2期。笔者虽支持“罪错未成年人”这一进步性概念, 但本文主要研究的是未成年人犯罪记录对其再社会化的影响问题, 为避免引起歧义, 仍使用“涉罪未成年人”这单一性概念。
- ③ 2003年12月, 石家庄市长安区法院试行《未成年人前科消灭实施办法》, 首开国内未成年人前科消灭的先河。
- ④ 2007年5月, 四川省彭县创设了针对未成年人犯罪的“前科消灭”制度。
- ⑤ 2010年9月, 贵州省颁布的《贵州省未成年人保护条例》第50条第2款规定: 对违法和轻微犯罪的未成年人, 可以试行违法和轻罪记录消除制度。
- ⑥ 2009年3月, 最高人民法院出台的《人民法院第三个五年改革纲要》在落实宽严相济刑事政策中指出: 配合有关部门有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度, 明确其条件、期限、程序和法律后果。
- ⑦ 保护未成年人的理念主要包括三种, 即国家亲权、福利儿童与恢复性司法, 参见刘艳红: 《新法视角下罪错未成年人司法保护理念的确立与展开》, 载《云南社会科学》2021年第1期。

参考文献:

- [1] 肖姗姗. “罪错未成年人”概念选择与适用的理性证成[J]. 预防青少年犯罪研究, 2020(4): 60-71.
- [2] 于志刚. 前科株连效应的刑法学思考[J]. 法学研究, 2011, 33(1): 150-166.
- [3] 切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风译, 北京: 北京大学出版社, 2008: 66.

- [4] 王贞会. 罪错未成年人司法处遇制度完善[J]. 国家检察官学院学报, 2020, 28(4): 134-148.
- [5] 王东海. 未成年人犯罪记录封存制度的中国实践: 适用与走向[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2013, 19(5): 125-132.
- [6] 宋英辉, 杨雯清. 我国未成年人犯罪记录封存制度研究[J]. 国家检察官学院学报, 2019, 27(4): 20-40.
- [7] 罗世龙. 我国未成年人犯罪记录封存制度之反思与完善[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2018, 40(2): 37-49.
- [8] 王启富, 陶髦. 法律辞海[M]. 吉林: 吉林人民出版社, 1998: 1341.
- [9] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 709.
- [10] 房清侠. 前科消灭制度研究[J]. 法学研究, 2001(04): 80-93.
- [11] 喻伟. 刑法学专题研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1992: 367.
- [12] 于志刚. “犯罪记录”和“前科”混淆性认识的批判性思考[J]. 法学研究, 2010, 32(3): 42-56.
- [13] 王新. 未成年人犯罪记录封存制度之核心概念及其功能[J]. 中国青年研究, 2015(6): 110-115.
- [14] 张丽丽. 从“封存”到“消灭”——未成年人轻罪犯罪记录封存制度之解读与评价[J]. 法律科学(西北政法大學学报), 2013, 31(2): 56-62.
- [15] 吴睿佳, 王瑞君. 刑罚附随后果与社会信用体系的耦合及其优化[J]. 征信, 2019, 37(4): 48-53.
- [16] 汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017: 1062-1063.
- [17] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理(注评版)[M]. 陈忠林, 译评. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 302-303.
- [18] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 502.
- [19] 李明琪, 杨磐. 犯罪学标签理论的应然走向[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2012, 28(3): 133-139.
- [20] 于志刚. 犯罪的规范性评价和非规范性评价[J]. 政法论坛, 2011, 29(2): 29-43.
- [21] 王瑞君. “刑罚附随性制裁”的功能与边界[J]. 法学, 2021(4): 44-60.
- [22] 姚建龙. 标签理论及其对美国少年司法改革之影响[J]. 犯罪研究, 2007(4): 75-80.
- [23] 付强. 论犯罪行为的刑罚附随后果[J]. 法学杂志, 2015, 36(7): 105-111.
- [24] 徐久生, 师晓东. 犯罪化背景下犯罪附随后果的重构[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(6): 65-75.
- [25] 杨学锋. 标签效应的衍生与整合理论之引介[J]. 中国

- 刑警学院学报, 2020(1): 14-20.
- [26] 王瑞君. 我国刑罚附随后果制度的完善[J]. 政治与法律, 2018(8): 92-106.
- [27] 姚建龙. 转变与革新: 论少年刑法的基本立场[J]. 现代法学, 2006(1): 167-176.
- [28] 姚莉. 未成年人司法模式转型下的制度变革与措施优化[J]. 法学评论, 2016, 34(1): 79-85.
- [29] 梁云宝. 我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度[J]. 政法论坛, 2021, 39(4): 30-43.
- [30] 波兰刑法典[M]. 陈志军, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 42-43.
- [31] 于志刚. 前科消灭制度司法探索模式的批判性反思[J]. 法学评论, 2013, 31(3): 127-134.
- [32] 黄晓亮, 徐啸宇. 论我国未成年人前科消灭制度的构建[J]. 法学杂志, 2012, 33(3): 14-18.
- [33] 李颖峰. 构建我国未成年人前科消灭制度的若干思考[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2018, 58(4): 71-76.
- [34] 梁云宝. 积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对[J]. 政治与法律, 2021(7): 35-48.
- [35] 高艳东. 从仇恨到接纳罪犯: 个人与社会立场间的刑法抉择[J]. 环球法律评论, 2006(3): 263-273.
- [36] 韩宝庆. 前科消灭制度建构论[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2016(2): 110-114.
- [37] 宋英辉, 杨雯清. 未成年人犯罪记录封存制度的检视与完善[J]. 法律适用, 2017(19): 34-39.
- [38] 张璐. 何为私密信息? ——基于《民法典》隐私权与个人信息保护交叉部分的探讨[J]. 甘肃政法大学学报, 2021(1): 86-100.
- [39] 苏斐. 未成年人犯罪记录的“拟制隐私权”保护——以未成年人犯罪记录封存制度切入[C]// 尊重司法规律与刑事法律适用研究(下)——全国法院第27届学术讨论会获奖论文集, 2016: 807-817.
- [40] 于志刚. 关于对犯罪记录予以隐私权保护的思索——从刑法学和犯罪预防角度进行的初步检讨[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2010, 50(5): 30-40.
- [41] 吴星, 郭婕. 真相与未来——新媒体时代未成年被告人隐私权的司法保护[J]. 中国青年研究, 2014(5): 97-101, 107.
- [42] 高维俭, 杨新慧. 论少年特别隐私权——一项源于刑事法领域的拓展研究[J]. 贵州民族大学学报(哲学社会科学版), 2015(3): 124-137.
- [43] 宋志军. 未成年人刑事司法的社会参与问题研究[J]. 北方法学, 2016, 10(2): 97-109.
- [44] 切萨雷·龙勃罗梭. 犯罪人论[M]. 贾宁, 译. 上海: 上海三联书店, 2019: 431.
- [45] 吴宗宪. 西方犯罪学[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 386.
- [46] 田苗苗, 司盈盈. 预防未成年人犯罪的家庭教育路径[J]. 中国检察官, 2021(3): 59-62.
- [47] 王国祥, 林安民. 家庭教养视角下未成年人犯罪特征差异研究[J]. 青少年犯罪问题, 2021(5): 135-146.
- [48] 胡勇, 于倩倩. 家庭环境与青少年犯罪的实证研究——以四川地区为例[J]. 预防青少年犯罪研究, 2017(2): 21-30.
- [49] 徐超凡. 家庭治疗在“问题”未成年人矫治中的应用综述[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2016(2): 78-81.
- [50] 葛敏, 缪建东. 家庭教育实践的方法论阐释: 基于场域的视角[J]. 首都师范大学学报(社会科学版), 2018(4): 175-183.
- [51] 郭晓红. 未成年犯罪人社区矫正的路径选择——以社会控制理论为视角[J]. 法学杂志, 2014, 35(7): 62-70.
- [52] 李川. 从教养式矫治到修复式教育: 未成年人矫治教育的理念更新与范式转换[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2021(4): 131-139.
- [53] 李泊毅. 专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善[J]. 预防青少年犯罪研究, 2021(5): 69-76.
- [54] 吴静. 制度与出路: 专门矫治教育制度困境与重构[J]. 重庆社会科学, 2021(8): 91-103.
- [55] 林维. 未成年人专门教育的适用难题与制度完善[J]. 探索与争鸣, 2021(5): 27-30.
- [56] 周颖. 专门教育定义的思考——以中美比较为视角[J]. 青少年犯罪问题, 2021(3): 126-136.
- [57] 吕新建. 论我国未成年犯社区矫正的必要性及可行性[J]. 河北法学, 2008(3): 190-194, 200.
- [58] 李川. 修复、矫治与分控: 社区矫正机能三重性辩证及其展开[J]. 中国法学, 2015(5): 158-176.
- [59] 刘晓梅, 刘晓雯. 加强社会力量参与未成年人社区矫正工作——以社会支持理论为视角[J]. 预防青少年犯罪研究, 2021(5): 53-61.
- [60] 李岚林. “柔性”矫正: 未成年人社区矫正的理论溯源与实践路径[J]. 河北法学, 2020, 38(10): 101-114.
- [61] 庄乾龙. 论社区矫正分类集中教育[J]. 犯罪与改造研究, 2021(10): 45-51.
- [62] 吴立志, 李景晖. 未成年人社区智慧矫正的困境与突破[J]. 犯罪与改造研究, 2021(11): 28-33.

On the path of redemption for criminal minors: Take the criminal record of a minor as the cut-in

HUANG Mingru, ZHANG Ji

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: In the academic circle, there is no doubt about the criminal record as the biggest obstacle to the return of criminal minors to the society, but there is considerable controversy about whether it should be eliminated. This is because of the confusion between the criminal record and its derivative "label effect" in both the factual theory and the normative theory. From the factual perspective, criminal records cannot be eliminated; but from a normative perspective, the "label effect" can be eliminated. Rather than the criminal record, it is the "label effect" that hinders the re-socialization of criminal minors. De-tagging and re-socialization have become the most effective redemption paths for criminal minors: the normative path is mainly based on the establishment of a conditional extermination system of "criminal records", supplemented by setting minors to expect privacy protection; the non-normative path is composed of the "trinity" of family therapy, school education and community correction. The two paths are complementary and complementary to each other, aiming to remove the "label effect" to promote the return of criminal minors to society.

Key Words: criminal minors; criminal record; label effect; criminal personality; resocialization

[编辑：苏慧]