



未成年人违警行为的提出与立法辩证

热点聚焦

□ 姚建龙（上海社会科学院法学研究所研究员、博士生导师）

从“群体”分级预防走向“行为”分级干预是预防未成年人犯罪立法需要厘清的根基性问题。审视预防未成年人犯罪法，其一方面仍然延续了旧法将违警行为与触刑行为混同为同一性质的“严重不良行为”的问题。另一方面，虽然增加或完善了部分保护处分措施，但总体上并未将对未成年人罪错行为的干预从普通法律中分离出来；对于保护处分的程序，特别是涉及罪错未成年人人身自由的专门教育措施的决定程序未及细致考量。

违警行为概念之提倡与定性

本文主张将新修订预防未成年人犯罪法第三十八条严重不良行为中包含的未成年人违反治安管理的行为在学理上概称为“违警行为”，而将未成年人因未达法定刑事责任年龄而不予刑事处罚的行为概称为“触刑行为”或“触法行为”。

（一）违警行为概念之提倡

形成不同于刑事司法的专门术语体系是少年司法的特点，也是少年法理论是否成熟以及少年司法制度是否独立的重要标志。主张将未成年人违反治安管理的行为概称为“违警行为”，主要有以下几点原因：第一，“违警”一词更能准确界定此类行为的性质。第二，我国近代有使用“违警”这一概念的传统，使用“违警行为”也体现了对我国法律术语的历史传承。第三，有利于明确违警行为在未成年人罪错行为分级中的独立类型地位。

（二）违警行为的法律性质

新修订预防未成年人犯罪法第三十八条列举

的违警行为具体类型与治安管理处罚法相应条款完全契合。对预防未成年人犯罪法第三十八条第9项“其他严重危害社会的行为”作出超越违警行为范畴的解释是值得商榷的。从立法技术而言，如果修订后的预防未成年人犯罪法采用“其他违反治安管理的行为”的表述显然更为准确。

违警行为独立分级的必要性与法律竞合

（一）“严重不良行为”存在的问题

违警行为的本质特征是“治安违法性”（违警性），而触刑行为的本质特征是“刑事违法性”，两者法律性质的差异意味着应当适用不同的法律程序和干预措施。修订后的预防未成年人犯罪法并未将两者在程序上区别对待，而是适用了同样的行政程序，这除了引起正当法律程序争议外，另一个争议较大的问题是，对严重不良行为保护处分措施的设计较为粗糙。承认和赋予违警行为在未成年人罪错分级中的独立类型地位，既符合预防未成年人罪错行为发生和发展的规律，也有利于立足我国法律体系的特点，以便有针对性地将对违警行为的干预从普通成年人法中分离出来，推动独立少年司法制度的建立。

（二）预防未成年人犯罪法与治安管理处罚法的竞合

将预防未成年人犯罪法的竞合性规定解释为惩罚，不仅与预防未成年人犯罪法的法律名称相悖，也脱离了少年司法改革的初衷和原意。新修订的预防未成年人犯罪法并未规定行政处罚适用的原则。对于违警行为应当如何适用预防未成年人犯罪法规定的保护处分与治安管理处罚法规定的治安管理处罚，存在“合并主义”“替代主义”两种观点，其中合并主义的主张是值得商榷的。在预防未成年人犯罪法专门针对包括违警行为在内的严重不良行为规定了具有强制性的矫治教育、专门教育

措施之后，对于违警行为应排除治安管理处罚措施的适用。在修订治安管理处罚法时也宜增加相关条款，以填补预防未成年人犯罪法留下的空白。

保护主义与预防未成年人犯罪法的应有立场

（一）少年法中的保护主义

区别于成年人予以特殊对待，是现代少年法与少年司法制度的典型特征。尽管在少年法与少年司法制度百余年的发展演变过程中，保护主义常常受到质疑和冲击，但其始终是少年司法变迁中难以舍弃的根基。保护主义在少年法与少年司法中通常体现为以下最有特色的方面：重新命名，以教代罚、程序再造。

（二）对预防未成年人犯罪法的反思

总的来看，新法具有在形式上推进少年司法改革特点，但是对现代少年司法的“保护主义”基本理念的接受是有限的。在对修订后预防未成年人犯罪法条文的解释中，坚持保护主义立场既重要，也可能面临挑战和质疑。

先议权的归属争议与厘定

在预防未成年人犯罪法修订过程中争议最大，也是对修订后预防未成年人犯罪法批评最多的焦点问题是：未能对专门矫治教育（即原收容教养措施）予以司法化改革，而是仍然采取行政程序评价触刑行为有违正当法律程序原则。

（一）双行政机关决定模式的检讨

修订后的预防未成年人犯罪法将未成年人违警行为的处分权分别赋予了公安机关和教育行政机关。双行政机关先议模式的设置既可能造成罪错未成年人教育矫治责任的不清晰，还可能不利于提升少年司法的专业化水平，更不利于推动独立少年司法制度的建立。

（二）先议机关的选择

先议权的归属不同，其本质是少年司法理念的差异。先议权的归属有两种基本模式：一种是福利模式；另一种是司法模式。两种模式均奉行保护主义，主张对罪错未成年人的教育矫治而非报应惩罚，只是在路径上存在不同。少年法的视角更关心先议权归属于哪一机关更有利于实现“以教代罚”的保护主义理念。在这样的视角下，享有先议权的机关有两大主要任务：一是对罪错未成年人的“需保护性”进行判断；二是提出矫治与教育方案，选择适合的保护处分措施。

（三）罪错先议与保护处分措施决定权的一体化

由于预防未成年人犯罪法在设计上并未完全贯彻“以教代罚”的保护主义理念，形式上由教育行政部门决定的专门教育是否会在实践中异化为惩罚性措施是令人担忧的。公安机关仍然有可能在专门教育措施的决定中架空教育行政部门，而成为实际的决定机关。笔者主张参照域外成熟国家和地区的通常做法，将先议权赋予法院，其主要理由有三：（1）公安机关和检察机关带有天然的追诉色彩，与少年司法教育、保护之宗旨相背离；（2）法院具有司法中立性和判断的终局性，与“先议”的属性定位相契合；（3）独立的少年法院设置是未来趋势，可以为先议权的行使提供组织机构的保障，先议权归属法院的方案也有助于进一步推动我国独立少年司法制度的诞生。

预防未成年人犯罪法未来发展的基本方向应是进一步“少年法化”，违警行为在未成年人罪错行为分级中获得独立的地位以及超越治安管理处罚，实现对违警行为的以教代罚，是预防未成年人犯罪法少年法化的关键，这也是基于我国刑事犯罪与治安违法二元立法特点所提出的针对性的少年司法改革建议。

（文章节选自《中国法学》2022年第3期）

观点新解

关博豪谈公共资源民间参与经营——应在行政法治的大视野中认知和考察



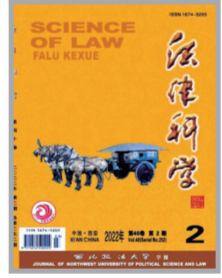
华东政法大学法学院关博豪在《法学论坛》2022年第2期上发表题为《公共资源民间参与经营法律规制研究》的文章中指出：我国推行市场经济以来，尤其随着政府职能的转变，公共资源的经营有了一个新的趋向，那就是由民间组织或者私人参与经营。这就带来了一系列需要厘清的法律问题，因此，公共资源民间参与经营应当放置在行政法治的大视野中进行认知和考察：公共资源要实现民间参与经营，其主体的行为只有在符合相应客观要件的前提下才能够成立；应当针对公共资源民间参与经营专门制定一个带有总则性的行政法规典，并确立相应的原则；在今后的法律建构中控制公共资源民间参与经营的公权滥用应当作为一个重点问题予以处理；公共资源的发包者应当在一定范围内随经营者的行为负法律责任或连带责任。

马明亮谈实现区块链司法的程序性正义——需做好从技术到法律规则的体系化准备



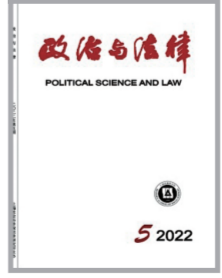
中国人民公安大学马明亮在《比较法研究》2022年第2期上发表题为《区块链司法的生成逻辑与中国前景》的文章中指出：区块链技术主要解决信息交换与共享中的信任和安全隐患，其融入司法领域，可以独特的方式重塑现有司法行为和司法程序。目前，无论是全球域外还是我国的本土探索，区块链技术不断融入司法领域已经成为重要的趋势。从发生逻辑来看，这是国家政策支持、数字法治建设内需共同推动的结果，也离不开区块链技术兼容性与数字正义的不谋而合。区块链技术赋能的互联网司法场景，都可以称为区块链司法。基于区块链的技术优势，落地的司法场景应当更为广泛。同时也要密切关注，区块链司法面临着来自技术风险与合法合规方面的双重挑战。因此，要实现区块链司法的程序性正义，需要做好从技术到法律规则的体系化准备。

郑曦谈刑事数据出境——应以刑事数据分类分级为基础



北京外国语大学法学院郑曦在《法律科学》2022年第2期上发表题为《刑事数据出境规则研究》的文章中指出：基于国际刑事司法协助的需要，刑事数据出境不可避免，但目前我国的研究和立法对此问题都缺乏足够的关注。事实上，刑事数据出境涉及主权、安全、权利保障等诸多重要法益。在处理国家主权与司法协助、数据安全与数据自由流动、常态开放与个案请求三组关系时，应坚持国家主权为本、数据安全优先、个案请求为主的要求。在此基础上，刑事数据出境应以刑事数据分类分级为基础，坚守必要性原则与目的限制原则，兼顾平台利益和公民的权利，并依此确立刑事数据出境的请求与接受、安全评估、安全保障和权利救济等具体规则。

梁晓敏谈环境诉讼中技术改造的规范表达——可通过“司法解释+典型案例”模式实现



中共浙江省委党校（浙江行政学院）梁晓敏在《政治与法律》2022年第5期上发表题为《论环境诉讼中“技术改造”责任承担方式的规范化》的文章中指出：环境诉讼中的技术改造是指在由责任人作出改变技术手段、升级设备或进行企业转型等行为，并在产生优化结果的基础上，法院以技术改造结果抵偿、抵法律上的一种责任承担方式。技术改造的规范化塑造应当从主体、对象和程序三方面入手：法院是决定适用技术改造的适格主体，其做决定时需要依据案件类型作出不同强度的价值判断；技术改造对象的选择范围依据结案方式和提出适用主体的立场不同而呈现开放性；技术改造适用程序的规范化要求对折算标准、履行期限、验收和审核等作出规定。环境诉讼中技术改造的规范表达可以通过“司法解释+典型案例”模式实现。

（赵珊珊 整理）

数字法学的理论表达

代法学的一种拓展方法、革新策略和优化路径。方法论路径下的数字法学，力图通过守成转型、守正创新，为现代法学提供一种新思维、新策略和新方法。

认识论路径。其核心在于，把数字法学视为由归纳演绎向数据分析、由知识理性向计算理性、由人类认知向机器认知的范式转型。作为数字法学的前沿开拓者，计算法学、认知法学将在法律认知、法律适用、法律运行上实现机器对人的替代（至少是相当一部分），直至“法律奇点”的到来。

本体论路径。其核心在于，把数字法学视为伴随“物理时代”转向数字时代的本体重建和代际转型，是前现代法学——现代法学——数字法学的变

革发展新阶段，并将成为数字时代的法学主导形态。如今数字时代的社会关系、行为模式、生活方式已经替代了“物理时代”的社会关系、行为模式、生活方式，基于“物理时代”生活规律的现代法律，必然要进行总体性的本体重塑，这无疑也是数字法学的历史使命。

数字法学的研究范围和内容

数字法学中的“数字”，并不是问题或领域上的内涵，而是时代意义上的指称。因此，数字法学总体上必然要涵摄数字社会的所有法律现象及其规律。它是迈进数字时代、数字社会的法学代表，是通过对现代法学的迁移承载和更新重建，并融入新兴数字法学理论之中来完成的。首先，扩张重塑。即对那

数字时代法学教育的传承与超越

以崭新的方式传承下去，依托新技术赋能法治运行效率，助力法治现代化目标的实现；另一个关键词是“超越”，即超越传统法治研究内容，聚焦网络犯罪、算法侵权、大数据杀熟等技术引发的法律问题，推动数字领域的良法善治。未来法学教育如何实现这种“传承”和“超越”，笔者认为需要关注如下三个方面。

其一，要依托技术创新法学研究范式。法律制度的着眼点在于人的行为，以大数据为代表的新技术得以广泛应用到法学领域的一个重要原因在于：技术可以实现对人的行为及其相关要素进行数据方式的可视化表达。例如，传统的反洗钱监管的主要困难在于数据量大，发现关联交易困难。但借助大数据分析技术，监管部门可以更为便捷地发现可疑资金异动，实现有效监管。这就要求我们在法学教育中更加重视法学同自然科学、技术科学、思维科学的交叉融合，积极开拓人工智能法学等新兴学科和交叉学科的研究与教育教学，促进完善和提升法科学生的知识结构与思维方式。

其二，要将数字素养培养融入法学教育教学体系。传统法学关注的是现实的社会治理，而新技术的快速发展催生了关于数字空间治理的研究。例如，伴随区块链技术及应用的不断创新，利用虚拟货币实施的洗钱和恐怖融资等犯罪也开始滋生，侦查人员只有掌握区块链技术的运作原理才能实现有效的犯罪侦防；而对一些新技术（尤其是面向政法机关的技术应用）的开发，研发者需要将法律思维表征为数字化语言，同样，这些技术的应用也离不开法律人进行适时的评估和纠偏、开展知识图谱的升级改造。这就要求高等院校着力培养法科学生的现代科学基本素养，通过信息技术方面的课程设置、专题讲座等方式提升法科学生运用现代科技、应对时代变革的能力。

其三，要以智能方式革新法学教育教学手段。在传统法学教育教学领域，知识的传递主要依靠教授者的“经验”和“逻辑”，接收者通常只能通过“集中授课”或者“书刊阅读”的方式获取知识，一旦出现教

乡村振兴战略下法治文化建设

法治思维形成的主要手段之一。其次，基层更需要强化资金投入建设法律基地，提升法律援助的软硬件设施和水平，让老百姓真切了解和运用法律来维护自身权益；通过建设基层法治学校，采购法治书籍、音像材料，让老百姓在闲暇之余能够便捷、迅速地进行法律法规的学习与洗礼，进一步提升他们的获得感和归属感，让法治学习成为基层老百姓的一个自觉行为。最后，加大经费投入。普法面向全体村民，目前农村普法经费严重不足，这极大地影响了农村普法力度和效果。通过增加农村普法经费投入，为家庭困难村民免除诉讼费用，解决农村由于经济发展滞后导致普法工作在农村推进难的问题，扩大诉讼免费范围，让村民在遇到法律问题时能够不再为了高额诉讼费用发愁，减轻村民负担，使村民能够第一时间运用法律武器维护自身权益，弘扬法律正义。

强化基层农村管理组织建设。众所周知，实现广大农村地区乡村振兴离不开村民自治组织，也就是我们所说的村民委员会，只有村民自治组织依法行政、强化为民服务宗旨意识，才能够更好地为乡村振兴提供良好的政治环境。首先，基层领导干部需要不断强化宗旨意识，发挥基层领导干部引领示范作用，用法治观念武装自己，依法依规进行乡村治理和管理，只有基层干部以身作则，才能在群众中树立榜样，才能在服务广大群众时达到事半功倍的效果。其次，进一步强化基层干部法治思维和法治观念，通过

组织培训和管理，提升基层干部法治思维和依法管理的能力，让基层干部在管理服务农村村民过程中，依法依规做事和处理各类矛盾。最后，进一步深化基层群众自治组织的服务意识，解放思想、善于学习，摒弃传统农村干部一言堂的陈旧原则，在进行管理和决策时，要以村民的合理利益为原则，通过对涉及村民切身利益的问题和事项进行解决，让人民群众真切感受到法治思维的重要性以及法律在解决各类矛盾中的重要意义和作用。只有在管理服务中融入法治思维与法治观念，才能够让乡村振兴背景下处理好农村各类问题和矛盾，才能够让乡村依法治理得到落实，也只有这样才能够让村民真切感受到自己作为农村社会治理的主人，进一步强化责任和担当意识，潜移默化中强化法治思维的形成。

鼓励专业师资队伍扎根农村。当前，还需加强乡村法治人才培养，农村教育教学资源比较薄弱，提升基层老百姓法治思维还必须建立一支专业素质过硬、理论知识扎实的师资队伍，让专业教师在农村进行宣讲说法，将专业晦涩的法律知识通过人民群众喜闻乐见、简单通俗的语言进行表述，传递法治魅力，真正得到人民群众的共鸣与认同，让法律法规成为基层老百姓自觉遵守的、能够实际使用的武器，进一步促进农村普法效率的提升，从而不断加强乡村法治化人才培养，将这项工作放在与培养文化人才和经济建设人才同等重要的位置，才能不断振兴

乡村法治文化。同时，国家还要制定具有一定倾向性的优惠政策，可以继续扩充乡镇司法所人员编制，重点招录具有法律专业背景的人才，从而弥补乡村法治建设人才不足问题；通过给予事业单位编制，增加每月专项补贴等形式，鼓励和吸引专业师资队伍扎根农村，让法律专业教师真正在为基层服务和培育中实现自身价值和作用，让法治教育深深扎根在广袤的农村大地。另外，通过法律援助、聘请律师顾问等方式，引入法律专业人才，满足村民日益增长的法治文化需求，让村民在家里就能够享受到最直接、最便捷、最专业的法律服务，从而提升村民法治思维和观念，而且乡镇司法服务人员帮助村民的过程中也在不断提升自身法律素养，营造双赢局面。最后，解决好农村法律工作人员待遇问题，通过增加公务员乡镇补贴，在职称晋升等方面予以便捷通道，解决他们的后顾之忧，稳定农村法律普及队伍，夯实农村法治工作人才基础，确保法律宣传切实有效。

保障人民群众的利益，促进法治思维的形成，是保障我们国家法治文化建设能否顺利开展的重要环节，也是顺利实现乡村振兴的重要基础和保障。随着农村经济不断发展，村民素质不断提升，乡村法治建设只有进一步做到上下齐心、群众认可，才能真正将乡村振兴引向深入，才能不断建立健全乡村法治文化根基，不断弘扬法治精神，保障村民合法权益。

前沿话题

□ 马长山（华东政法大学教授）

信息革命重新定义了生产力和生产关系，演绎着数字化发展的新式逻辑，孕育出不同于工商业时代的数字社会形态，进而对现代法学产生了某种“釜底抽薪”效应。在这一背景下，历经几百年工商社会修炼而成、一直被奉为主角的现代法学，必然要面临空前的严峻挑战，而数字法学将成为新时代的发展主角。

数字法学的三种演进路径

方法论路径。其核心在于，把数字法学视为现

前沿关注

□ 姚莉（中南财经政法大学副教授、教授）

近年来，以“大数据”“云计算”“人工智能”为代表的新技术的兴起，影响了人类经济社会发展各领域全过程。2021年10月18日，习近平总书记在中共中央政治局第三十四次集体学习时深刻指出：“数字经济发展速度之快、辐射范围之广、影响程度之深前所未有，正在成为重组全球要素资源、重塑全球经济结构、改变全球竞争格局的关键力量。”在这样的背景下，如何适应数字时代的法学教育，推动科技在法治的轨道上服务经济社会发展，是我们法人才培养领域亟待攻克的重大课题。

这一过程中我们的任务可以概括为两个关键词。第一个关键词是“传承”，即将传统法学理论知识

前沿观点

□ 杨玲

随着法治中国各项法律法规不断健全，广大农村地区法治化氛围、农村村民法治思维也需要与时俱进，不断开拓创新，用法治思维推动乡村法治化建设。

多方拓展营造农村地区尊法守法良好氛围。良好的法律氛围有助于法治思维和法治习惯的培育，在乡村振兴背景下，可以运用农村村民喜闻乐见的宣传形式，如报纸、电视、抖音、广播等形式，多渠道、宽领域地宣传法治思想，让法治思想深入到方方面面，进而引导广大农村地区的价值取向，构建中国特色的农村法律体制机制，不断推动法治化氛围向纵深发展，进一步夯实乡村治理基础，促进法治中国建设，让法治思想、法治文化成为广大村民内心自觉遵守的一项准则。

2022年中央一号文件指出，要持续推进乡村建设有序发展，谱写农业农村现代化建设新篇章，而法治建设作为新农村建设的重要抓手起着至关重要的作用。首先，强化教育资源投入，建立农村普法图书馆、法治教育基地等，让法治宣传融入村民生活方方面面，促进农村教育事业法治化发展，让教育成为促进