

WEI CHENG
NIAN REN
XING SHI SU
TE BIE CHENG
XU YAN JIU

未成年人刑事诉讼特别程序研究

——基于实证和比较的分析

徐美君 著



法律出
LAW PRESS

未成年人刑事诉讼特别程序研究

——基于实证和比较的分析

徐美君 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

未成年人刑事诉讼特别程序研究:基于实证和
比较的分析/徐美君著. —北京:法律出版社,2007. 12
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8064 - 9

I. 未… II. 徐… III. 青少年犯罪—刑事诉讼
—诉讼程序—研究—中国 IV. D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 198383 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.5 字数/230 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8064 - 9

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 未成年人刑事诉讼特别程序 研究的展开 /1

第一节 刑事诉讼中的未成年人 /1

一、未成年人概念在法律领域的提出 /1

二、刑事诉讼中未成年人的年龄界限 /7

第二节 未成年人刑事诉讼特别程序的 界定 /12

一、未成年人刑事诉讼特别程序的概念 /12

二、研究未成年人刑事诉讼特别程序的目的 /15

第二章 未成年人刑事诉讼特别程序的 理论基础 /24

第一节 未成年人的身心特点 /24

第二节 刑事诉讼程序的特点 /29

第三节 福利模式与司法模式的对抗与 融合 /38

第四节 未成年人刑事诉讼应当为未成年人提供有别于成年人的程序保护 /45

第三章 多样化的未成年人刑事诉讼程序 /48

第一节 加拿大：司法模式的代表之一 /49

- 一、1908 年《未成年人罪错法》/49
- 二、1984 年《年轻罪犯法》/54
- 三、2002 年《年轻人刑事司法法》/57

第二节 瑞典：福利模式的代表之一 /61

- 一、社会福利体系 /62
- 二、刑事司法体系 /67

第三节 世界范围内未成年人刑事诉讼的发展态势 /71

- 一、独立的未成年人刑事诉讼体系渐成趋势 /71
- 二、未成年人刑事诉讼始终处于发展变化当中 /76
- 三、国际公约对未成年人刑事诉讼影响显著 /80

第四章 未成年人刑事诉讼之侦查程序 /83

第一节 未成年人刑事诉讼程序的启动 /83

- 一、我国现行刑法关于刑事诉讼程序启动的规定及弊端 /83
- 二、限制启动未成年人刑事诉讼程序的立法例考察 /86
- 三、在我国限制未成年人刑事诉讼程序启动的制度设计 /93

第二节 取保候审的运用 /96

- 一、我国现行有关未成年人取保候审的规定及实践 /96
- 二、未成年人审前不被羁押的理论基础 /100
- 三、未成年人取保候审制度改革的总体思路 /105
- 四、建立取保候审风险评估机制 /110

第三节 “合适成年人”讯问时在场 /115

- 一、“合适成年人”讯问时在场的理论基础 /115
- 二、“合适成年人”讯问时在场制度相关立法例比较 /119
- 三、构建具有中国特色的“合适成年人”讯问时在场制度 /123

第四节 未成年被指控者获得律师帮助的权利 /132

- 一、未成年人心理的不成熟决定了获得律师帮助的权利不可或缺 /133
- 二、律师帮助权利缺失导致的未成年人刑事诉讼实践问题 /139
- 三、完善未成年人获得律师帮助的权利 /142

第五章 未成年人刑事诉讼之审查起诉 /148

第一节 暂缓起诉 /149

- 一、实践部门试点暂缓起诉制度的背景 /149
- 二、其他国家暂缓起诉的规定及评价 /156
- 三、暂缓起诉制度在我国的具体设计 /163

第二节 分案起诉 /167

- 一、分案起诉制度的实质与追求 /168
- 二、分案起诉制度在我国的试点及出现的问题 /171
- 三、分案起诉制度在立法中的确立 /173

第六章 未成年人刑事诉讼之审判程序 /177

第一节 未成年人审判机构 /177

- 一、我国未成年人审判机构的回顾 /177
- 二、国内关于设立未成年人法院的争论 /181
- 三、构建多种形式的未成年人审判机构 /187

第二节 未成年人审判程序中的几个问题 /197

- 一、未成年人审判的特殊原则 /197
- 二、关于庭审教育的几个问题 /207
- 三、关于圆桌审判 /213
- 四、关于普通程序简化审 /218
- 五、关于对未成年罪犯的处置 /224

第三节 未成年证人 /243

- 一、未成年人的证人资格 /243
- 二、未成年证人证言的可信度 /249
- 三、未成年证人作证的特殊程序 /252

第七章 恢复性司法与未成年人刑事诉讼 /258

第一节 恢复性司法概述 /259

一、恢复性司法的产生缘由 /259

二、恢复性司法的内容分析 /263

第二节 恢复性司法与未成年被害人的保护 /269

一、恢复性司法在未成年人刑事诉讼中的表现 /269

二、两种典型的未成年人恢复性司法项目 /275

三、恢复性司法与我国未成年人刑事诉讼的结合 /282

参考书目 /291

后记 /295

第一章 未成年人刑事诉讼特别程序研究的展开

第一节 刑事诉讼中的未成年人

一、未成年人概念在法律领域的提出

“未成年人”这个词的出现或发明,与社会的发展和转型密不可分。历史上,未成年人并不会受到特殊的照顾,相反,却受到比成年人更严厉的处罚。古埃及法律对杀了孩子的父母不会判处死刑,尽管规定他们必须在常驻的公共卫士监督下抱着孩子的尸体连着三天三夜。古埃及人认为剥夺给了孩子生命的人的生命是不公平的,但是通过这种带有不舒服和反悔的谴责方式,以威慑其他人不要步其后尘。相反,法律却对杀害他们父母的儿童要科处非同寻常的惩罚。法律规定犯有这种罪行的儿童必须在被用削尖的苇木从他们身上凿下来一块块手指大小的肉之后,睡在草铺成的床上活活烧死。当时的人们

认为人类最大的罪恶是强迫剥夺给予他们生命的父母的生命。^①公元前2270年的《汉谟拉比法典》规定：“如果一个儿童打他的父亲，他就会被砍掉手。”一般来说，未成年人的不良行都被作为犯罪来对待。

至少到中世纪，儿童在社会中都没有受到与成年人不同的待遇。^②现代的儿童概念开始于17世纪。^③从17世纪早期，儿童被认为比成人软弱并且需要成人的监督。儿童被认为内在的具有邪恶，并且不遵守父母教导的儿童要处以严厉的惩罚。从17世纪晚期到19世纪，儿童之间的区分被公众接受。当时，在生日与完全的责任之间有四个等级。14岁的未成年人，被认为有能力区分好与邪恶，因此他们应当对自己的行为负全部责任。7岁以下的儿童被认为没有形成犯罪故意的能力，因而不可能被认定重罪有罪。而7—14岁的未成年人，则居于上述两者的中间，与已满14岁的未成年人相比，更具有不确定性。12—14岁的未成年人不能表面地推定有犯意，而14岁以下的未成年人则经常不能被认定死刑案件有罪。所以当时，14岁以下的被指控的未成年人是否有能力区分好与坏，由法院和陪审团认定。如果法院和陪审团认为犯意存在，那么他就能被认定有罪并且被判处死刑。^④

19世纪末，随着工业的发展，社会越来越城市化，大城市中年轻人状况急剧恶化，时常面临贫穷的威胁，也接受不到良好的教育。这些变革使得社会有必要改变以前处理未成年人问题的方式，涉及

① Marcia Johnson. Juvenile Justice. 17 Whittier Law Review (1995 - 1996). 716.

② Rayna Hardee Bomar. The Incarceration of the Status Offender. 18. Mem. St. U. L. Rev (1987). 716.

③ Rayna Hardee Bomar. The Incarceration of the Status Offender. 18. Mem. St. U. L. Rev (1987). 717.

④ Christian Sullivan. Juvenile Delinquency in the Twenty-First Century: Is Blended Sentencing the Middle-Road Solution for Violent Kids? 21 Northern Illinois University Law Review (2001). 486.

儿童的一系列问题,比如儿童福利、儿童劳工、义务性教育和未成年人法院,都被提了出来,社会也出现了一些儿童保护机构或有利于未成年人的司法运动。这场“未成年人司法运动”对后来未成年人刑事司法产生了深远的影响,现代意义上独立的未成年人刑事诉讼程序的建立,乃直接得益于此。

在美国,经历了激烈的讨论之后,社会达成的共识是“传统的成人法院太缺乏效益,或至少对成年人来说是不适当的”。^①于是,1899年美国在伊利诺伊州的考克郡设立了世界上第一个未成年人法院,揭开了世界上设立专门的未成年人刑事诉讼程序的序幕。

20世纪早期,单独适用于未成年人的一些法律及做法也开始在其他国家出现。瑞典是把保护未成年人的措施投入使用的第一个国家之一。1902年,第一部推行矫正措施的法律开始在该国实施。1924年,保护未成年人,包括保护、帮助以及家长政治等一些观念的法律也开始实施。该部法律施行了达40年之久。1964年瑞典的改革取消了强迫性原则,强调预防和自愿的措施,要求根据未成年人的社会情况对其采取措施。

在比利时,第一部保护未成年人的法律于1912年被投入使用。它规定了一种专门的司法,负责处理未成年人违法或违法前的未成年人,以及有充分的证据表明处在危险中的未成年人,比如不上学和逃学。1965年的法律建立了保护未成年人的两级体系。一方面,未成年人法院对21岁以下的所有的“危险中的未成年人”具有广泛的处理权,但只能采取教育性的手段。年轻人的问题应当尽可能地在司法外的程序中被解决。保护未成年人委员会在比利时扮演着重要的作用。在威胁到儿童安全、道德福利或健康的案件中,委员

^① Jennifer D. Tinkler. The Juvenile Justice System in the United States and the United Nations Convention on the Rights of the Child. 12 B. C. Third World Law Journal (1992). 469.

会负有干预的责任,并且在征得父母的同意后,有权下令采取预防性措施。

葡萄牙第一部保护未成年人的法律在 1911 年付诸实施。它强调了个人的保护,并建立了第一个少年法院。但是保护未成年人委员会与未成年人法院相比起来,具有行动上的优先。未成年人法院只有在父母对委员会采取的措施不满意的情况下才可以干预。1991 年起,法律赋予了地方行政服务机构更多的权力。1982 年,葡萄牙实施了一项新的法律,对 16—20 岁的年轻人规定了一些专门的措施,要求优先考虑教育和未成年人的待遇。这意味着,对这个年龄档的年轻人,应当免于刑罚而尽可能地采取一些教育手段。

1921 年,巴西建立了第一个少年法庭,第一部有关未成年人的法律在 1927 年被实施。从 1990 年始,法律规定帮助年轻人的机构应当提供促进帮助和保护的途径和手段。

德国第一部关于未成年人的法律于 1923 年开始实施。这部法律作为一部自治的刑法专门适用于未成年人,规定了专门的管辖司法和自成体系的惩罚系统,包含与普通法律不同的程序规定以及专门的监禁法律。这部法律同时考虑了未成年人的福利以及规定了对所有未成年人的不适应行为和违法犯罪的司法管辖。1923 年的未成年人司法法被认为是进步的和现代的版本。但是在纳粹时期,这部法律以各种违法的方式被适用。目前德国适用的法律基本上是沿用 1953 年改革后颁布的法律。该部法律强调对未成年人采取帮助的手段,并且要求这些手段必须符合自愿性原则。

在澳大利亚,独立的未成年人法律从 1929 年开始就存在,同时还有保护未成年人的法律。除了被德国统治的 1938 年至 1945 年之外,最初制定的未成年人司法法律一直被适用,直到 1961 年,该部法律被改革。1989 年,一部新版本的法律被实施。该法律认为应当优先考虑调解,将未成年人从司法内程序转换至司法外程序处理,只有对严重的罪行才可以采用一些镇压性的手段。

尽管从19世纪末期,意大利就认识到应当对未成年违法犯罪者建立专门的处置系统的必要性,但是直到1934年有关未成年司法的法律才被适用。这部法律规定了专门的法院,处理从14—18岁的未成年违法犯罪和危险中的未成年人。意大利也认识到教育的重要性。但是在1971年才安排了专门处理未成年人案件的法官和检察官。

在英格兰和威尔士,1908年的法律规定了建立专门的未成年人法院。第一部有关未成年人司法的主要法律于1933年开始实施。对儿童和处于危险中或被抛弃的青少年的保护是地方社会服务机构的责任,这些机构有责任通过建议、照顾和帮助以帮助未成年人。如果没有效果,则由未成年人法律来处理这些案件。未成年人法院对刑事诉讼中的年轻人享有管辖权。在20世纪60年代之前,为打击日益增多的未成年人犯罪,涉及剥夺自由的惩罚措施被较多地应用于未成年人。鉴于对这种处置方式的日益增多的批评,1968年法律规定了开放环境中的措施,这些措施在1982年和1988年的改革中被推开。在刑事诉讼中,设立了一个专门的保护程序,允许在安全的或开放的环境中科处羁押的措施。

由此可以看出,现代意义上的“未成年人”概念是在19世纪末随着未成年人司法运动的推动而提出的。以美国成立未成年人法院为标志,世界上许多国家纷纷于20世纪早期制定了专门针对未成年人的法律。未成年人这一概念的最先提出,是为了区别于成年人,使他们能够受到社会的关注,得到社会更多的帮助和关怀。而在法律领域,未成年人概念的提出也是为了使未成年人能够得到不同于成年人的待遇,无论是在罪行的考虑上还是在相应的惩罚上,都应当按照不同于成年人的处理方式,使他们得到额外的利益。

我国在第二次国内革命战争时期,开始重视未成年人保护问题。当时,中华苏维埃共和国制定的《宪法大纲》、《劳动法》、《婚姻法》等法律中都有关于保护未成年人生存、生活、劳动和教育等权利的

规定。比如,1933年制定的《中华苏维埃劳动法》中规定:“禁止雇佣十四岁以下的童工。雇佣十四岁至十六岁的未成年人,须经劳动检查机关的许可。”新中国成立后,我国颁布的第一部宪法也明确的规定:“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”党的十一届三中全会之后,对未成年人的保护更是受到了重视。在17个省、市、自治区相继颁布了地方性未成年人保护条例的基础上,我国于1991年颁布了针对未成年人的专门立法——《中华人民共和国未成年人保护法》,标志着我国关于未成年人的法制建设从摸索逐渐成熟。

未成年人概念因为在20世纪初期,有关未成年人的问题引起了社会的关注而使得建立专门处理未成年人问题的法律机制和规定具有必要性的情形下得以提出。不容质疑,这些事实和努力在今天看来仍然是合理和必要的。由于各国的具体情形不同,目前在世界范围内,在对待未成年人的具体方式上,有些国家专门在地方社会管理中建立一个针对未成年人的委员会,该委员会由对未成年人问题感兴趣的人士组成,比如教师、医生、牧师,由他们来决定未成年人的命运。在这些国家,并没有未成年人刑法或专门的司法。另一些国家则将年轻的刑事罪犯和年轻的违法者混为一体,专门的未成年人司法既处理未成年人犯罪和违法行为,同时也处理其他诸如保护和帮助的案件。巴西、波兰、卢森堡、葡萄牙都采取了这种方式。还有一些国家则将刑事案件与其他领域的保护案件区分开来。在未成年人刑事案件中,由专门的司法机关,即未成年人刑事法院处理。同时,还有专门的法官和行政委员会来负责未成年人的保护工作。^①可以看出,在法律领域,未成年人既指涉及刑事犯罪的未成年人,也指并未犯罪,但需要照顾和保护未成年人。

^① Juvenile Delinquents and Young People in Danger in an Open Environment: Utopian or reality? Legal Frameworks and New Practices Comparative Approach. Edited by Willie McCarney. Winchester, England: Waterside Press 1996. 30-31.

我国《中华人民共和国未成年人保护法》第2条规定,未成年人是指“未满十八周岁的公民”。既指涉入刑事诉讼程序的未成年人,也包括没有涉嫌犯罪或不按罪犯处理的在司法程序外的未成年人。

由于刑事诉讼是专门处理犯罪和打击犯罪的专门程序,其本身具有鲜明的强制性质,各国从保护未成年人的角度,均对涉入刑事诉讼的未成年人作了明确的年龄划分,以严格限制未成年人涉入刑事诉讼。

二、刑事诉讼中未成年人的年龄界限

大多数国家,由于存在专门针对未成年人的立法,比如德国、奥地利,因此成年刑法对未成年人并不适用。另外一些国家,没有关于未成年人的专门立法,因此通常关于未成年人罪犯的措施只是在刑罚典中专门规定,比如荷兰、瑞典、瑞士和希腊。这些国家中的大多数同时也没有针对未成年人的专门程序和有关羁押中未成年人待遇的专门法律规定。但是,不管存在独立的未成年人立法与否,关于刑事诉讼中未成年人的年龄界限划分都是至关重要的。诚如美国律师协会委员会所指出:“划一条界限是困难的且必须是武断的,成年人与儿童之间的界限在每一种情境下都是重要的,但是无论如何都比不上在刑事法律的适用上来得重要。”^①

表1列举了各个国家(或地区)未成年人法院管辖的未成年人的最低年龄和最高年龄。可以看出,最低年龄,在各个国家(或地区)之间的差异比较大,从8岁到15岁。而大国数国家或地区成人刑事法院管辖的年龄都定在18岁。丹麦和瑞典没有专门的未成年人法院,因此“成人”法院的管辖权从15岁就开始。

① 引自 Royce Scott Buckingham. The Erosion of Juvenile Court Judge Discretion in the Trasfer Decision Nationwide and in Oregon. 29 Willamette Law Review (1993). 689.

表 1: 各国(或地区)未成年人法院管辖的最低年龄和最高年龄^①

国家	最低年龄	最高年龄
加拿大	12	17
荷兰	12	17
以色列	12	17
德国	14	17
英格兰	10	17
苏格兰	8	17
美国(一般地)	10	17
瑞典	15	—
丹麦	15	—
新西兰	14	16
日本	14	19
中国台湾	12	17

总的来说,各国立法者将未成年人分成两大类:一类是儿童,他们被认为完全缺乏刑事责任能力,因此不能被惩罚,不能被通过任何方式或途径接受未成年人刑法(或专门为未成年人设计的法律规定)或成年刑法的约束。儿童只能接受保护、帮助和教育的措施。另一类是受有关处理未成年人罪犯的法律调节的儿童和年轻人,这些人通常得到减轻的刑事责任处罚。

^① 最高年龄指的是未成年人在未成年人法院的年龄,因此,“17”指的是到18岁的生日那一天止。美国关于未成年人法院的管辖年龄各州差别很大。比如,北卡罗纳规定刑事责任年龄是6岁,马塞诸塞州、马里兰州和纽约州的这一年龄是7岁。未成年人法院管辖的最大年龄也从15至17岁不等,前者比如纽约州、北卡罗纳和康涅迪哥州,大多数州则把这一年龄规定为17岁。

反观二十余年来世界各国有关未成年人的司法立法改革,可以清楚地看到,刑事责任年龄有逐渐增高的趋势。在加拿大,这个年龄从7岁已被提高到12岁(被处以监禁的年龄被提高到14岁)。瑞士,1986年提出将刑事责任年龄从7岁提高到12岁,1993年确认了这一年龄界限。在法国,1990年提出应当将刑事责任年龄定在13岁。

很显然,只有达到刑事责任年龄的未成年人如果触犯刑法才能被纳入到刑事诉讼中来。同时,出于对年轻人的关爱,越来越多的国家将已经属于成年人,但年纪比较轻的这些年轻成年人也纳入到未成年人的范畴。比如德国的法律制度就将年轻人区分为三类:儿童(Kinder)、未成年人(Jugendliche)和年轻成年人(Heranzwachsende)。德国法将14岁以下的划归为儿童,未成年人法不能对他们适用。14—18岁(不超过18岁)被列为未成年人。而年轻的成年人是18—21岁。成人(Erwachsene)则是指21岁以上的人。年轻人根据道德的和心智的发展被评估。另外,还有一个标准是辨别能力。法官为了明确年轻人的辨别能力,必要的话,会邀请专家参与。14—18岁的未成年人因为主观上的未成熟而享有减轻的刑事责任。在所有情况下,如果未成年人被认为是应当承担责任,他们会被要求对实施的罪行负责并承担由未成年人法所规定的法律后果。但是当法院认为未成年人无须承担刑事责任时,未成年人法院仍然有权作出适用保护措施的决定。另外,针对18—21岁(不超过21岁)的年轻成年人,德国未成年人法规定,以所犯罪行的性质或实施者的成熟程度,他们要么受未成年人罪犯体系调节,要么受成年人体系调节。除非是法律规定的个别案件,他们被未成年人法院而非通常的成人法院审判。

荷兰将年轻人分为四个类别。12岁以下的儿童并不具有刑事责任能力,12—16岁的未成年人根据未成年人刑法而被审判,16—18岁的未成年人中的大多数受未成年人刑法调节,但在例外情况下接受成年刑法的调节,18—21岁被称为年轻成年人,他们将从适用的法律制度中享受优惠。因此在荷兰,根据年轻人的个性和所犯罪行的严重程

度,对年轻成年人所犯的罪行,法官既能适用未成年人刑法,也能适用成年人刑法。但是与德国司法实践不同,在荷兰,未成年人刑法很少被适用于这些案件。

在美国,也有未成年人罪犯、有违法倾向的未成年人、依靠的儿童等区分,对不同类型的未成年人分别适用不同的处理程序和处理结果。比如《加利福尼亚州福利和机构法》(Welfare and Institutions Code)明确界定了由未成年人法院管辖的未成年人的概念。该法第602条规定,犯罪的未成年人(delinquent child),是指年龄在18周岁以下,侵犯了这个州或美国的任何规定刑事犯罪的法律,或这个州的任何城市或郡的任何规定刑事犯罪的法令,而非仅因为年龄而被规定宵禁的法令,受未成年人法院的管辖,法院可能裁决这个人接受法院的监禁。

有违法倾向的未成年人(delinquent tendency),范围要比未成年人罪犯更广。该法第601条规定,他们是指一直地或习惯地拒绝遵守合理的和适当的法令或他的父母、监护人、监管人合理的和适当的指示,或脱离了他们的监管,年龄在18周岁以下的任何人;或侵犯了这个州的任何城市或郡的任何只基于年龄而规定宵禁的法令年龄在18岁以下的任何人,受未成年人法院的管辖,法院可能裁决这个人接受法院的监禁。

该法第300条规定了依靠的儿童(dependent child),他们是指符合下列各种情形之一的年龄在18周岁以下的任何人:(1)需要适当和有效的父母照顾或控制,但没有父母或监护人,或没有父母或监护人愿意行使或有能力行使这种照顾或控制,或没有父母或监护人实际上行使这样的照顾或控制。父母只是因为身体上的缺陷原因,包括但不限于视听方面的缺陷,不能被认定不能行使适当的和有效的父母照顾或控制,除非法院认为这种缺陷阻碍了父母行使这种照顾或控制。(2)贫穷,或者没有生活的必需品,或者没有家或没有合适居住的地方。(3)因为精神或身体上的缺陷或不正常而对公众具有人身上的