

# 未成年人案件羁押率高低的反思

张 栋<sup>\*</sup>

---

**摘 要** 在当今社会大力倡导降低未成年人案件羁押率的背景下,鉴于未成年人案件的特殊性,其羁押率并不是越低越好,尤其是并不必然应当低于成年人案件的羁押率。未成年人“羁押率”高的原因在于国家较之成年人案件往往表现得更加积极主动,介入的范围更加宽泛,其中人身拘束措施作为非常有效的一种干预手段,不仅要承担保障诉讼的功能,同时还有教育、辅导、考察等功能。应针对未成年人不同性质的行为,明确国家责任,改变过窄的司法保护模式,尤其对于社会危害性很大的校园欺凌问题,应采取更有进取心的司法干预措施。

**关键词** 未成年人案件 羁押率 社会调查 校园欺凌

---

## 问题的提出

我国 2012 年《刑事诉讼法》专门设置了未成年人刑事案件诉讼程序。第 269 条第 1 款规定:“对未成年犯罪嫌疑人、被告人应当严格限制适用逮捕措施。人民检察院审查批准逮捕和人民法院决定逮捕,应当讯问未成年犯罪嫌疑人、被告人,听取辩护律师的意见。”其中,“严格限制适用”意味着较之法典中的成年人案件,未成年人应当更少地被羁押,这一共识在实践中已得到一定的体现。例如,2014 年静安区检察院未成年人案件非羁押率为 71.4%,长宁、浦东、金山、闸北、崇明的非羁押率均在 50%以上。上海市嘉定区检察院 2013 年以来贯彻“少捕、慎捕”方针,将提高涉罪未成年人的非羁押率前移至拘留阶段,未成年人刑事案件审前非羁押率达 47%。<sup>〔1〕</sup>北京市朝阳区检察院未成年人刑事案件检察处自成立以来,未成年人犯罪

---

<sup>\*</sup> 华东政法大学副教授。本文系国家社科基金重大课题“依法独立行使审判权、检察权保障机制研究”(课题编号:14ZDA017)的中期成果。

〔1〕“嘉定区检察院将提高未成年人非羁押率前移至拘留阶段”,<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2315/node15343/u21ai830870.html>,最后访问日期:2014 年 12 月 5 日。

羁押率已经下降到 32.1%，并呈逐年下降的趋势。<sup>〔2〕</sup>安徽省宿州市萧县检察院 2011 年未成年人犯罪案件涉案人数为 10 人，批捕人数为 10 人，批捕率为 100%；2012 年未成年人案件涉案人数为 18 人，逮捕率仍为 100%；2013 年以后，为贯彻《刑事诉讼法》的相关规定，对未成年人犯罪案件提请逮捕的慎用羁押强制措施，未成年人犯罪案件涉案人数为 33 人，逮捕 16 人，逮捕率为 48.5%。<sup>〔3〕</sup>很多学者大力呼吁对于未成年人应当以非羁押为原则，严格限制适用羁押措施，<sup>〔4〕</sup>实务工作人员也乐于探讨在现有的未成年人羁押状况下如何严把审查批捕关，降低羁押率。羁押率的降低事实上已经成为未成年人刑事案件诉讼程序走向法治化、文明化的一个重要标志，尤其是未成年人的羁押率起码应当比成年人要低，几乎已经不言自明。但笔者认为这种观点值得商榷。

纵观当今世界未成年人案件的司法实践，一个普遍的现象是未成年人所面临的人身拘束要比成年人更甚。由于未成年人司法程序的浮动、多元以及时间点的多变，具体数据很难搜集。以我国台湾地区高雄少年法院 2011 年的数据为例，2011 年 1 月至 12 月涉案未成年人共计 3068 人，实际收容人数为 663 人，收容率约为 21.48%。而根据我国台湾地区《法务统计年报》的数据，2011 年普通刑事案件共计 400893 件，总人数为 508257 人，检察官仅就其中的 10432 人申请羁押，法院准许 8715 人，羁押率约为 1.7%。可见，未成年人的羁押率要大大高于成年人。<sup>〔5〕</sup>事实上，未成年人羁押率高的原因就在于国家较之成年人案件往往表现得更加积极主动，其介入的范围包括校园暴力等在内更加宽泛，其中人身拘束措施作为非常有效的一种干预手段，不仅要承担保障诉讼的功能，同时还有教育、辅导、考察等目标。下文拟从未成年人案件羁押的对象、目的、社会调查等几个方面加以探讨。

## 一、羁押的对象

从犯罪学的视角来看，未成年人罪错是一种特殊的社会现象，不同于成年人犯罪。为了将未成年人罪错与成年人犯罪区分开来，各国通常另立概念。如在日本称为“少年非行”。而英美等国一般将犯罪 (crime) 一词适用于成年人，对于未成年人犯罪则称为少年罪错 (juvenile delinquency)。由于我国未成年人案件诉讼结构与其他国家有一定的差别，使得未成年人羁押在别国法律规定中很难找到对应的概念。以美国为例，未成年人案件用语与成年人案件是不同的。比如抓捕到案，成年人一般用“逮捕 (arrest)”，而未成年人则是用“人身拘束 (take into

〔2〕 “《朝阳检察院：未成年人羁押率呈逐年下降趋势》，[http://www.bj148.org/zhengfa/zffgmm/201303/t20130320\\_291281.html](http://www.bj148.org/zhengfa/zffgmm/201303/t20130320_291281.html)，最后访问日期：2014 年 12 月 5 日。

〔3〕 参见马群、张丹、孙静：“论基层检察院对未成年人逮捕后羁押的必要性审查”，《淮师范大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 2 期。

〔4〕 参见宋英辉、上官春光、王贞会：“涉罪未成年人审前非羁押支持体系实证研究”，《政法论坛》2014 年第 1 期；邵烟雨：“三方面严把未成年人刑事案件审前羁押关”，《人民检察》2013 年第 10 期；姚建龙：“未成年人审前羁押制度检讨与改进建议”，《中国刑事法杂志》2011 年第 4 期。

〔5〕 数据由我国台湾地区“司法院”优遇大法官曾有田先生提供，特此致谢。

custody)”;从形式上看,法院对于成年人逮捕要用“令状(warrant)”,对未成年人则用“传唤(summons)”;在待审期间,成人会被拘禁(incarceration)于看守所(jail),而未成年人则被收容(commitment)于观护中心(detention center)、拘留地(place of detention)或收容所(shelter care)等;成人须对于起诉书(criminal complaint/indictment)或简易起诉书(criminal information)中的起诉(charge)加以辩解,而未成年人则对于诉状(petition)中的陈述(allegation)加以答辩;成人受审判(trial),而未成年人参加听审(hearing/adjudication);法院对于成人之行为事实的认定,称为“判决(convicted)”,对于未成年人则仅能称为“发现关联与否(found involved)”。这种区别不仅在于名称不同,而且内涵也不尽一致。为避免理解上的混乱,本文仍沿用我国实践中“羁押”这一概念。

在我国司法实践中,对未成年人的羁押使用的是与成年人案件完全相同的拘留、逮捕等措施。目前我国未成年人刑事案件的羁押对象严格遵守和沿袭成年人刑事司法的原则,但在范围上非常谦抑,以是否构成犯罪为限,且仅适用于14周岁以上未成年人的犯罪行为。同时,已满14周岁不满16周岁的人只对特定的八种犯罪负刑事责任。相关的司法解释也进一步缩小司法管辖的范围,如最高人民法院颁布的司法解释规定,“已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪”;“已满14周岁不满16周岁的人使用轻微暴力或者威胁,强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大,且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的,不认为是犯罪”;“已满16周岁不满18周岁的人实施盗窃行为未超过三次,盗窃数额虽已达到‘数额较大’标准,但案发后能如实供述全部盗窃事实并积极退赃,且具有下列情形之一的,可以认定为‘情节显著轻微危害不大’,不认为是犯罪”;“已满16周岁不满18周岁的人盗窃未遂或者中止的,可不认为是犯罪”;“已满16周岁不满18周岁的人盗窃自己家庭或者近亲属财物,或者盗窃其他亲属财物但其他亲属要求不予追究的,可不按犯罪处理”等等。可见,我国未成年人案件的羁押对象范围是非常狭窄的。

人身拘束作为对未成年人罪错非常有效的一种干预手段,如其适用范围过窄,必然会存在以下弊端:

首先,司法干预措施介入的滞后,导致社会上出现了一批屡次违法或轻微犯罪,但是不够刑事处罚条件的不良少年。公安机关没有更好的办法,只能等到他们达到刑事责任年龄或者行为性质严重到一定程度的时候,才能以追究其刑事责任的形式来干预,事实上形成了“养肥了再打”这一问题现象。<sup>〔6〕</sup>

其次,未成年人犯罪之所以与成年人犯罪在刑法制度上有所区别,唯一的原因就是行为主体未成年,他们的心理成熟度和环境辨别度不及成年人。但是,未成年人实施危害行为所造成的危害后果或反社会程度与成年人犯罪并没有本质区别,有的甚至情节更加恶劣、后果更加严重。法律不应将严重危害社会的行为置之不理,不应让少数主观恶性很大或屡教不改的未成

〔6〕 参见鞠青:“少年司法的边界在哪里?——探讨构建中国少年司法制度的方向选择”,《青少年犯罪问题》2006年第6期。

年人觉得司法对他们无可奈何,以致于失去了对危害社会与接受惩罚的关联性的焦虑。对于低龄少年犯罪予以一定限度的严厉惩罚,其作用是和颜悦色的说服教育所无法取代的。青少年从小就应知晓,人人都应为其行为所产生的后果负责,并且必须由其亲自承担责任。由此才能迫使其学会对自己负责,对自己进行有效的自我约束。就特殊预防而言,对严重危害社会的未成年人的“保护”有时会被误解为社会的软弱,导致未成年犯中大量的惯犯、累犯成为严重的社会问题,他们既危险又不思悔改;就一般预防而言,未成年人心智不成熟,容易过分地夸大那些“古惑仔”的能力,在影视作品、暴力游戏的不良引导和现实打击不力的双重影响下,胆大妄为者因不受惩罚而被视为“英雄”,成为同龄人模仿的榜样,这也是少年罪错蓬勃滋生的一个重要诱因。<sup>〔7〕</sup>

第三,对罪错未成年人人身拘束的不足也不利于维护少年罪错受害者的权利。数据显示,5岁以下的儿童更易于受到家庭成员的伤害,但当他们成长到青春期时,则更可能受同龄人的伤害。<sup>〔8〕</sup>校园暴力已经成为一个世界性的问题,发生在未成年人世界里的恃强凌弱现象可能是成人世界难以想象的。据全美少年健康和人格发展研究所(National Institute of Child Health and Human Development)估计,在六年级到十年的学生中,约有160万的美国少年至少每周受到一次欺凌,170万少年则频繁地欺凌他人。很明显,恃强凌弱现象是非常严重的。<sup>〔9〕</sup>欺凌(bullying)一词系挪威学者Dan Olweus于1978年首先提出,其意指同龄人之骚扰(peer harassment)。少年欺凌行为以往被视为成长过程中的现象,现在已经成为各国共同的社会及教育问题。<sup>〔10〕</sup>这种欺凌行为已经与单纯的攻击(mere aggression)不同了,欺凌往往具有反复实施性(repetitive),并且涉及强者与弱者间的权力不对等(power imbalance)。<sup>〔11〕</sup>

一些受害儿童由于长期精神焦虑而发生人格扭曲,这时他们往往求告无门。如果负有保证社会安全责任的司法机关在特别严重的后果出现之前,一概采取不干预的态度,就会在未成年人保护上显得冷漠无情。按照法律的规定,几个成年人对另外一个成年人经常殴打并抢走其钱财是严重的暴力犯罪,但如果同样的事情发生的未成年人之间,竟然另当别论,对未成年人的保护明显不足。

从域外来看,司法对于未成年人的约束手段更具灵活性和改造性,对于我们有很大的借鉴意义。比如,根据我国台湾地区的“少年事件处理法”第26条的规定,少年法院受理案件后,在进行审理之前,会依据少年之情形,在必要时裁定责付或收容,收容就是人身拘束的手段。与此相类似,日本和美国的观护制度也具有同样的功能。因此,从世界范围来看,若将未成年人

〔7〕 参见张栋:“论未成年人案件的管辖范围”,《法学杂志》2008年第5期。

〔8〕 参见张鸿巍、韦林欣:“美国少年司法的新近发展”,《法学论坛》2005年第2期。

〔9〕 同上注。

〔10〕 Dan Olweus, *Bullying at School: What We Know and What Can We Do*, Blackwell, 1993.

〔11〕 Kiek R. Williams, Nancy G. Guerra, “Prevalence and Predictors of Internet Bullying”, 41 *J. Adolescent Health*, S14 (2007).

的羁押理解为人身拘束的话,其羁押率应当是高于成年人的,<sup>[12]</sup>而且并不是越低越好。这主要有以下三个方面的原因:

首先,未成年人在案件中是身份犯。所谓身份犯是指,特定类型的案件只有未成年人实施了该行为时,法律才会对其进行约束。若行为人是成人,则不构成犯罪行为,但若行为人是少年,就成为少年法院介入的对象,这就是美国《少年法》中的身份犯罪理论(status offense)。美国法中的身份犯概念类似于日本的虞犯概念,即有犯罪危险的人。日本《少年法》将涉案未成年人区分为犯罪少年、触法少年、虞犯少年。触法少年是指年龄未满14岁,触犯刑罚法令,虽然按照日本刑法的规定不负刑事责任,但是为了进行教育改造,由家庭裁判所进行审判,予以保护处分的少年。日本在《少年法》第二章少年保护案件第3条第1款将虞犯行为予以类型化,根据其性格及其环境,把将来有可能犯罪以及触犯刑罚法令的少年分为以下几种:①具有不服从保护人的正当监护之恶习的;②没有正当理由不靠近家庭的;③与有犯罪性的人或不道德的人进行交往,或出入可疑场所的;④具有伤害自己及他人品行行为之恶习的。<sup>[13]</sup>美国的相关少年法中则多以身份过错之名来表示日本法中的虞犯。如美国联邦司法部少年司法和少年偏差预防署将身份过错分为四个种类:离家出走、逃学、不服管教及低龄饮酒。<sup>[14]</sup>我国台湾“少年事件处理法”则将其行为分为:少年犯罪、少年触法、少年虞犯。根据“少年事件处理法”第3条第2款规定:虞犯行为包括经常与有犯罪习性之人交往者;经常出入少年不当进入之场所者;经常逃学或逃家者;参加不良组织者;无正当理由经常携带刀械者;吸食或施打烟毒或麻醉药品以外之迷幻物品者;有预备犯罪或犯罪未遂而违法所不罚之行为者。美国法中的身份犯由于其历史背景的原因,在设立之初既有预防未来犯罪之考量,又有保护少年的福利性考量。而日本的虞犯概念立法时则更多地是基于一种预防犯罪的理念,将与犯罪相关者视为重点关注对象。身份犯明确区分了未成年人与成年人涉案的界限,将未成年人的某些特定行为纳入了司法管辖范围。

第二,对罪错少年只规定管辖案件类型,不设下限年龄。很多国家的立法都采取了这样的做法,比如,《美国少年法院模范规则》第一章规定:所谓儿童或少年是指不满21岁,且属于该州少年或家事法院所属的少年法院审判权之内的任何人员。日本《少年法》第2条也规定:“本法所谓少年,是指未满20岁的人”。《英国青少年法》第1条第5款规定:“本法所称‘少年’指未满18岁者”。因此,适度放开年龄界限,让司法既能干预犯罪行为,又能处置不良行为,才能更好地预防未成年人罪错发生。同时,我们也注意到了一些国家设置刑事责任年龄的红线在往下移,趋向于严打模式。比如,2008年12月3日,法国刑法改革委员会向司法部长递交了

[12] 例如:2011年高雄少年法院涉案未成年人共计3068人,实际收容人数为663人,比例约为21.48%。

[13] 参见高维俭、胡印富:“少年虞犯制度比较研究”,《预防青少年犯罪研究》2013年第4期。

[14] 参见张鸿巍:《少年司法通论》(第2版),人民出版社2011年版,页211。

一份关于未成年人司法审判的报告,其中最引人注目的就是刑事责任年龄下移到12岁。<sup>[15]</sup>

第三,从国际范围上来看,近期的大趋势是强化对未成年人罪错的惩罚和打击力度,美国在这方面的探索可以给我们一些有益的启示。自20世纪90年代开始的旨在消除少年帮派活动和吸毒现象的“零宽容法律”(zero-tolerance laws)和反对恃强凌弱的“反对欺凌”策略(anti-bullying strategies)已经收到一定的效果。零宽容法律显示出公众希望采取措施制止暴力而对青少年施加压力的心理,而反欺凌计划要求实施更多的干预去制止恐吓,并制定关于不适当行为处罚的明确规则,为受害者提供支持和保护。有研究证明,在计划实施的两年内,恃强凌弱现象已经减少了50%以上。<sup>[16]</sup> 强干预措施已经被证明对遏制未成年人罪错是有明显效果的。

有鉴于此,笔者认为应当扩大未成年人案件人身拘束的范围,将更多的情况纳入司法干预的轨道。公权力介入未成年人案件的目的系教育保护,使之改过从善,就像一位智慧仁慈的父亲,在司法机关发现其子女过错之前,如何处理其子女过错一样。<sup>[17]</sup> 笔者认为,应当将受案范围加以扩大,同时扩大人身拘束范围。

基于循序渐进的原则,为避免实践中给司法机关增加过大的案件压力,笔者认为危险犯(虞犯)等概念并不一定应急于引进到我国少年司法制度内。我国首先可以将达到一定严重程度的校园暴力纳入少年司法管辖范围,此管辖不以年龄为限,应规定校园暴力的受害者、家长、老师等均可要求司法机关实施及时的司法干预,并视情况采取警告、训诫、责令悔过等措施。对屡教不改和情节严重的,经司法机关决定,可以采取人身拘束等隔离措施。通过短期拘束,对其进行教育、考察,未成年人在被拘束期间的表现对案件的最后处理结果有直接的影响,对于极少数性质特别严重、难以教化的,可裁定到类似我国目前的工读学校接受更加长时间的隔离和教育。<sup>[18]</sup>

[15] 参见刘婷婷、欧阳晨雨:“降低刑责年龄:立法坚冰出现消融”,《民主与法制》2009年第5期。

[16] 参见张鸿巍等,见前注[8]。

[17] Julian W. Mack, *The Juvenile Court*, 23 *Harvard Law Review*, 104, 107 (1909).

[18] 我国《刑法》第17条第4款规定,因不满16周岁不予刑事处罚的,责令其家长或监护人加以管教;必要时,也可由政府收容教养。这是一种刑罚替代措施,但此规定存在着很大的缺陷。青少年走向犯罪,本身就是家长和监护人管教失败的后果,再指望他们管教是不可靠的。而政府事实上很少对因不满14岁而不被追究刑事责任的未成年人采取收容教养,往往导致对此类未成年人的一定程度上的放任不管,容易使他们感觉刑法惩戒功能较弱,从而产生罪错无所谓的思想,不利于他们吸取教训,改过自新。而且未经法院判决而长期限制公民自由,本身就不符合现代法治理念。另外,未成年人如对收容教养的决定不服,目前的体制中难有合适的救济途径。曾有未成年人向法院提出行政诉讼,要求法院判决撤销公安机关收容教养的决定,而公安机关认为这一决定是依据《刑法》第17条第4款规定作出的,属犯罪行为,不是依据行政法规作出的,因而不在于行政案件管辖范围之内,不肯应诉,这导致对这一限制人身自由的决定是否合理合法事实上很难由司法机关进行裁断,显然不利于对未成年人的全面保护。扩大司法管辖范围,将收容教养权收归法院,方能有效解决这一问题。

## 二、羁押的目的

未成年人的羁押率高于成年人的根本原因在于其目标设定与成年人案件有所不同。除了保障诉讼顺利进行之外,尚有教育、辅导、考察、隔离等多种功能,为了实现这些功能,势必导致人身拘束的范围扩大。

我国《未成年人保护法》第57条规定:“羁押、服刑的未成年人没有完成义务教育的,应当对其进行义务教育。”《刑事诉讼法》第269条第2款规定:“对被拘留、逮捕和执行刑罚的未成年人与成年人应当分别关押、分别管理、分别教育。”我国已加入的《少年司法最低限度标准规则》规定:“应做出努力在诉讼的各个阶段为少年提供诸如住宿、教育或职业培训,就业或其他任何有帮助的实际援助,以便有利推动改造的过程。”《保护被剥夺自由少年规则》规定:“应向这些少年提供机会从事有酬工作或继续接受教育或培训;应可得到和保留一些消遣和娱乐用具。”可以认为,我国的未成年人羁押也包含教育的目的,但实践中此目的未得到应有的重视。在侦查阶段,未成年犯罪嫌疑人羁押于看守所内,鉴于侦查工作的特殊性,不能允许外界人员进入看守所;而监管民警警力有限,任务繁忙,加上人员素质参差不齐,也不可能完全负担对未成年人的教育工作。因此,在多数情况下,未成年犯罪嫌疑人在羁押期间的受教育权无法得到切实保障。<sup>[19]</sup>而且对未成年人羁押期间的教育不仅指文化教育,也包括技能培训以及法制教育。

由于我国未成年人案件的羁押目的没有区别于成年人,在期限上完全采用与成年人相同的拘留和逮捕期限,导致未成年人羁押期限与办案期限的重合,拘留可长达37日。逮捕后的羁押期限包括漫长的侦查、审查起诉和审判阶段,并可基于法定的各种事由加以延长和重新计算。上海市某区的调研发现,未成年人涉罪案件全程办理期限平均为151天,<sup>[20]</sup>羁押时间显然过长。

我国的审前羁押事实上具有惩罚的性质,并具有预判的效力。<sup>[21]</sup>虽然从理论上说,审前羁押不应具有预期惩罚的作用,但实践中,被羁押的未成年人较之取保候审者,承担着更大的被判实刑的可能。嫌疑人一旦被逮捕,往往被视为定罪、科刑、罪与非罪(诉与不诉)的选择、虚刑与实刑的裁量、刑期长短的裁判的前提条件已经明了。通常,被逮捕的嫌疑人基本不可能适用不起诉措施,即便逮捕不当也可能因此“将错就错”;被逮捕的被告人一般不会被判处缓刑;而审前羁押的期限也会对判处刑期的长短产生重大甚至决定性影响。这些对于未成年人保护和教育都是不利的。

纵观世界各国,对未成年人采取人身拘束的目的一般包括以下内容:

[19] 参见张学文:“刑事羁押未成年人之基本权利保障——新刑法实施背景下的实证考察”,《预防青少年犯罪研究》2013年第6期。

[20] 参见姚建龙,见前注[4]。

[21] 姚建龙,见前注[4]。

首先,对未成年人的羁押是为了及时地对其进行教育和辅导。未成年人刑事诉讼程序从根本上是为了帮助未成年人进行改造,避免在改造过程中出现逃匿、失踪等无法联系的情况。很多国家为此规定了专门的人身拘束措施,以保证少年调查官或法官能够及时介入未成年人的矫正过程,及时对其进行教育和辅导。如我国台湾地区的少年调查官在人身拘束期间,可以对少年进行适当的辅导。调查官具有保护少年的福利性色彩,其具备非常重要的功能。一方面,调查法官是最先接触未成年人者,后者受调查法官影响较深;另一方面,调查法官代表国家与未成年人接触,其言行举止都会影响到未成年人对国家机构及国家司法的印象,是否产生排斥或畏惧心理,还是放松戒备、积极配合,都取决于调查法官的教育和辅导。

其次,对未成年人的羁押和管束,也是对其自身考察的一部分。法院在必要时对未成年人予以收容处置,一定意义上也是为了调查法官行使职权的便利,更好地去了解未成年人,对其作出全面、准确的评价,从而为此后法官的审理提供充足的依据。法官会依据调查报告分情况作出移送检察官、进行审理、不付审理等决定。在日本的未成年人审判中,为了调查未成年人的人格、素质,可以采取“观护措施”,羁押的场所为少年鉴别所。<sup>[22]</sup>日本适用审前调查后收容至鉴别所的程序,其所实施的鉴别有收容鉴别、住宅鉴别、请求鉴别以及一般鉴别四种。其中,收容鉴别是对受家庭裁判所裁定观护处分少年所实施的鉴别。“风险评估”与“鉴别”对确定是否对涉案未成年人实行分流或释放至关重要。两者之所以为实务界倍加推崇,不外乎这样几个原因:采用客观评分流程、使用简单而可靠的测量方法、通过统计分析预测特定犯罪人再犯概率的成功率较高。<sup>[23]</sup>

第三,基于教育、辅导和考察目的的人身拘束时间一般较短,其理论渊源主要来自英国未成年法制中“短促而尖锐的震撼”原则(short—sharp—shock),又称3S原则。《联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)》第13.1条规定:“审前拘留应仅作为万不得已的手段使用,而且时间尽可能短。”第17条规定:“在不得已采取预防性拘留的情况下,少年法院和调查机构最优先给予最快捷方式处理此种案件,以保证尽可能缩短拘留时间。”《联合国保护被剥夺自由少年规则》第17条约定:“在不得已采取预防性拘留的情况下,少年法院和调查机构应给予最优先处理,以最快捷方式处理此种案件,以保证尽可能缩短拘留时间。”就羁押持续时间而言,各国及地区对规定未成年人审前拘留的期限亦有所差异。涉案少年在拘留所留置的时间全美平均为15天,未成年人拘留所亦因此被戏称为“公交车站”。<sup>[24]</sup>对于极个别恶性案件,某些未成年人在等待庭审时可被拘留长达3至4周甚至更长的时间。<sup>[25]</sup>在日本的未成年人审判

[22] 参见金光旭:“日本少年司法制度的基本特征及其最近的动向”,载《明德刑法学家讲演录》(第一卷),北京大学出版社2009年版,页340。

[23] 转引自张鸿巍:“未成年人审前拘留刍议”,《比较法研究》2012年第6期。

[24] R. del Carmen, C. Trulson, *Juvenile Justice: The System, Process and Law*, Belmont: Wadsworth/Thomson Learning, 2006, p.179.

[25] R. Lawrence and M. Hesse, *Juvenile Justice: The Essentials*, Thousand Oaks: Sage Publications, 2010, p.146.转引自张鸿巍,见前注[23]。

中,“观护措施”的期限原则上为两星期,而且只能延长一次,所以最长不能超过4个星期。<sup>[26]</sup>

综上,我国的羁押目的应当明确为教育、辅导、考察功能,并切实缩短期限,通过“短促而尖锐的震撼”达到教化的效果,改变目前由于以保障诉讼为目的而导致的羁押期限等于办案期限的不合理做法。过长的羁押则会使“震撼”的效力减弱,同时增加不良少年在一起交叉感染的风险。以前述我国台湾地区高雄少年法院2011年的未成年人羁押情况为例,虽然涉案未成年人被人身拘束的比例为21.48%,但至审理终结仍然处于收容状态的则仅余2%。<sup>[27]</sup>

### 三、羁押的社会调查

基于教育、考察以及保障诉讼等目的的未成年人羁押率的提高,存在着很大的对未成年人过度处罚的风险。张弛有度的未成年人司法制度应当是因材施教对症下药的,这就要求对未成年人的人身拘束措施必须辅之以发达的社会调查制度,以增加处遇的针对性。

由于未成年人犯罪的特殊性,其犯罪的动机、犯罪手段、犯罪心理等情况都不同于成人,其心理、生理尚未成熟,因此,未成年人刑事诉讼程序应当区别于成年人。对其采取羁押措施的最重要前提是要基于一种全面而综合的考量,也即审前社会调查制度,未成年人刑事诉讼程序不像成年人刑事诉讼程序那样具有激烈的对抗性。通过未成年人刑事诉讼程序来探知案件事实真相的能力相对较弱,因而,迫切需要有社会调查作为补足。在某种意义上,未成年人刑事诉讼程序更是信息搜集程序和问题解决程序。<sup>[28]</sup>

新《刑事诉讼法》通过之前,我国刑诉法虽然没有规定社会调查制度,但是最高人民法院和最高人民检察院早已出台了相关办案规定。2001年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第21条规定:“开庭审理前,控辩双方可以分别就未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查,并制作书面材料提交合议庭。必要时,人民法院也可以委托有关社会团体组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。”借此契机,很多基层法院都尝试进行了司法改革,做了有益探索。<sup>[29]</sup>2006年《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第16条规定:“审查起诉未成年犯罪嫌疑人,应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见。可以结合社

[26] 参见金光旭,见前注[22]。

[27] 参见张鸿巍等,见前注[8]。

[28] Janet Gilbert, Richard Grimm, John Parnham, “Applying Therapeutic Principles to a Family—Focused Juvenile Justice Model ( Delinquency)”, 52 *Alabama Law Review*, 1161 ( 2001 ).

[29] 2003年,北京市丰台法院在全市率先制定出首份有关未成年人社会调查工作的区域性规范文件——《关于丰台区未成年刑事案件社会调查工作的若干规定》;此后,特别是在2006年全国法院第五次少年法庭工作会议将“改革和完善社会调查报告制度”作为今后少年法庭的工作重点后,北京市的未成年人刑事案件社会调查报告工作开始以更快的速度发展,崇文、门头沟、昌平、石景山、朝阳、海淀、一中院、密云等8个法院相继推出一系列规范文件,实行社会调查报告制度工作的规范性、系统性及时性日益显现。参见谭京生、赵德云、宋莹:“北京市法院未成年人刑事案件社会调查报告工作的调研及建议”,《青少年犯罪问题》2010年第6期。

会调查,通过学校、社区、家庭等有关组织和人员,了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况,为办案提供参考。”2012年《刑事诉讼法》将未成年人刑事诉讼程序单列为特别程序,并且明确规定了社会调查制度。第268条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查。”与之前相比,新法最大的特点在于扩大了社会调查的时间范围。在此之前,社会调查一般是在检察院审查起诉阶段和法院审判阶段进行,为检察院作出起诉、不起诉等决定和法院量刑提供指导意见。现在,社会调查则可以扩展到刑事诉讼程序的各个环节,从而为侦查机关采取拘留、逮捕等手段提供参考依据,一定程度上体现了全面调查的羁押原则。但不容否认,现行调查制度仍存在非常明显的不足,主要表现在:

第一,调查主体混乱。我国调查主体混乱,且资质较差。根据《刑事诉讼法》以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(征求意见稿)》(以下简称《最高法司法解释稿》)的规定,有权参与社会调查的主体有公检法三机关,以及未成年被告人户籍所在地的县级司法行政机关、共青团组织以及其他社会团体组织,还有辩护律师。在司法实务中,很多地方针对社会调查进行的改革,尤其是关于调查主体的改革更是五花八门,大致有社区矫正机构、团委、青少年保护委员会、专职社会调查员等。<sup>[30]</sup>调查主体的不统一,引发了很多问题。在调查报告的采用上,办案机关究竟应当听取谁制作的调查报告,法律没有明确,甚至在多份报告内容发生冲突的情况下,谁的效力更高,法律对此也无规定。另外,很多调查主体比如公安机关及控辩双方都带有明显的倾向性,其制作的调查报告并不具有客观性。同时,调查报告的内容涉及面非常广,需要调查人员运用心理学、社会学、犯罪学等多方面的知识,而实践中,大多数调查主体都不具备这样的知识,甚至出现造假的情况,以至于调查报告流于形式,并没有实现真正价值。

第二,调查内容过于原则化。根据《最高法司法解释稿》第490条第1款规定,控辩双方可以根据未成年人被告人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历、犯罪原因、犯罪前后的表现、监护教育等情况进行调查。但是具体报告内容涉及到哪些方面,法律没有明确,实践中也是各有不同。这导致调查报告的制作相当不科学,在一些案件中本来应当着重调查的东西,在报告中却没有体现;本来不需要过分调查的东西,在报告中却罗列的过于详细。

第三,调查功能只限于提供审判依据。从《最高法司法解释稿》可以看出,当前我国社会调查的功能还是主要停留在为法院审判提供参考依据。山东东营河口区法院就规定“社会调查员必须出庭宣读反映未成年被告人基本情况的社会调查报告,并向合议庭提出对被告人如何适用刑罚的建议。要接受公诉人、被告人及其辩护人和其他诉讼参与人对调查报告的相关问

[30] 江苏省社会调查的主体是社区矫正工作机构,法院直接委托社区矫正工作机构进行未成年人社会调查,在调查过程中社区矫正工作机构还可以接受检察院的监督和公安部门的协助;2004年山东省东营河口区法院规定在未成年人犯罪案件诉讼过程中应当聘请社会调查员,对未成年被告人犯罪前背景等情况进行调查。参见陈立毅:“我国未成年刑事案件社会调查制度研究”,《中国刑事法杂志》2012年第6期。

题的质询。报告内容将作为裁判文书的一部分明确记录在内”。<sup>[31]</sup> 审前阶段,社会调查的功能缺失,并没有真正体现出为侦查阶段强制措施的采取以及审查起诉阶段的决定提供依据的立法精神。相比外国,我国的社会调查更多的是一种审判依据,而非羁押依据。

第四,调查方法过于单一。从传统上来看,调查人员一般通过到未成年人所在学校、社区等发放问卷、进行座谈、询问、电话联络等方式搜集信息。如此简单单一的调查方式远远不能满足社会发展和未成年人犯罪新变化的需求。《最高法司法解释稿》虽然规定了必要时可以对未成年被告人进行心理测试,但是没有明确具体的实施条件、人员、程序,导致这一规定难以发挥真正的作用。

综观其他国家,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,对未成年人的社会调查制度都已经比较完善,在调查主体、调查内容、调查时间、调查程序、调查报告的运用等方面都有了比较具体的规定,主要体现在如下方面:

第一,调查主体。以日本为例,法律将审前调查的权力赋予了调查法官。日本家庭裁判所调查官有候补调查官、调查官、主任调查官及首席调查官。调查官的选取有着非常严格的程序,需要经过专业资格考试,所涉及到的考试内容心理学、社会学、教育学领域的知识等。<sup>[32]</sup> 在考试通过以后还要经过长达两年的专业培训,共分四期,即预备期、前期共同学习期、实务训练期、后期共同学习期。我国台湾地区自1997年起,各地方法院负责少年观护业务的观护人改称为少年调查官与少年保护官,隶属于观护人室(尚未改称为“调查保护处”)。两项职务之任职资格为通过司法人员特考三等考试之观护人类科,应试资格为18岁以上,55岁以下,专科以上(不限科系)毕业,四等考试或普考及格满三年,或高等检定考试及格者。除了普通科目(国文与宪法)外,专业科目包括心理测验及个案研究、少年事件处理法及保安处分执行法、观护制度与犯罪学、社会工作概论、刑法与刑事诉讼法,以及谘商与辅导。录取后,除了参加一般初任公务员之训练外,还须接受四个月的带职实习,由资深观护人指导与考核,随后才能获得正式任职。<sup>[33]</sup> 在美国,由于少年事件并不是先送往少年法院,而是送到少年观护部门,所以由观护人先进行初步调查,也就是审前调查。英国进行社会调查的机构和人员则较多,包括地方缓刑委员会官员、青少年违法犯罪工作组成员、地方当局社会服务部门的社会工作者等。<sup>[34]</sup>

第二,调查内容。根据日本法律的规定,调查的具体内容应当包括:少年、保护人或者相关人员的品行、经历、素质、环境、不良化的经过、身心状况、审判及处遇上必要的事项等。法律还规定,调查官在调查时必须充分利用医学、心理学、教育学、社会学及其专业知识,特别是少年鉴别所的鉴定结果。<sup>[35]</sup> 我国台湾地区在实务上审前调查的事项包括少年基本资料、背景、身

[31] 同上注。

[32] 受验新报编辑部編集:《裁判所职员试验》,法学书院出版1981年版,页20。

[33] 王玉民:“台港地区非行少年之处遇研究——司法程序与社会工作途径之对比”,《青少年犯罪问题》2013年第6期。

[34] 参见陈立毅,见前注[30]。

[35] 参见孙云晓、张美英:《日本少年法》,中国检察出版社2005年版,页40。

心理健康情形、发展历史、医疗病史；家庭成员、家庭环境（包括家庭结构、家庭动力、家庭稳定性、社会地位、参与社区或宗教活动情形、家庭成员是否有情绪、身体、心理障碍、物质滥用或犯罪病史）、调查的成员与少年之间的关系，包括家庭成员、警方、邻居及社区对少年的态度、家庭经济状况、居住史；学校记录（包括就读学校、学校地址）、有无就学和就业历史、在社区中的适应情形、少年所处邻里的描述、现在的犯行与先前犯行记录、犯罪情景发生调查、少年及其家长对犯罪行为后的态度等。上述调查一般不包括对被害人反应的调查。美国的审前调查报告共包括六大部分：司法系统、家庭系统、少年本身、学校或职场、社会以及被害人。司法系统包含少年的前科记录、此次事件的警方记录、少年对此次犯行的认知与抗辩，若是有共犯时，共犯与少年说词的差异。家庭系统方面，调查内容非常广泛，主要是为了了解少年对家庭的依附情况、寻求家庭的支持、家庭是否可以提供复归资源协助少年矫正以及是否因父母失职造成少年非行而有亲职教育的需要。对少年本身主要就其身心状况和品格进行调查。学校或职场调查主要针对其在校或职场表现以及对学校依附情况。社会部分重点是少年的交友情况以及复归环境。最后是针对被害人所受身体及精神上的损害的调查。

第三，调查功能。各国一般均强调调查报告的法律效力。在日本，法官如不采纳调查报告的处遇意见，需附具理由，并将理由在裁定中公开。审前调查报告除了为审判法官提供参考依据以外，一项重要的功能就是作为未成年人监督辅导方向的指引。因为审前调查报告的内容包含初步保护处分的执行与个案介入的计划，少年保护官可借此针对少年个别需求安排处遇计划，例如职业训练、就学计划等。<sup>[36]</sup>在美国，当调查报告完成后，可以为观护人作出具体的处置措施提供依据，比如训诫、转交给专业机构监督、回归社区等。

第四，调查方法。鉴于各国调查官设置以及素质的差异，在具体的调查方法上也有所不同，但总体上大同小异。以我国台湾地区为例，其审前调查的方法有抄录法、嘱托法、访问法、会谈观察法以及测验法等。<sup>[37]</sup>《日本少年法》没有明确规定调查官进行调查的方法，一般情况下，调查官可以传唤未成年人和相关人员到家庭法院听取其陈述，也可以直接到少年、保护人住所、工作单位、学校听取其陈述。另外，调查官根据需要还可以向学校或者工作单位提出书面照会。<sup>[38]</sup>基本上，各国都是围绕调查内容采取灵活的变通，而不是一成不变的。但无论何种方法都应当追求调查报告的准确性、科学性、全面性和及时性。

完善我国的社会调查制度，需要首先明确其地位：第一，社会调查制度的初衷应是保护未成年人，而不是简单地服务于审判活动。其调查应当首先综合考量未成年人犯罪的各种主观客观因素，进而全面客观地为办案人员采取处置措施提供科学的指导意见；第二，社会调查除了服务于诉讼，还应当具有研究的价值，通过个案的调查进行详细具体的研究，从而更好地预防未成年人犯罪，完善未成年人司法制度。

在此基础上，完善和改革我国的社会调查制度，应当考虑如下方面：首先，应当明确调查主

[36] 参见徐锦锋：《少年观护制度理论与实务》，洪葉文化事业有限公司 2008 年版，页 24。

[37] 参见刘作揖：《少年观护工作》，五南出版社 2005 年版，页 129。

[38] 参见陈仲庚、张雨新编：《人格心理学》，辽宁人民出版社 1986 年版，页 35。

体。学术界对此意见并不统一,大多数学者倾向于认为控辩双方以及公安机关进行社会调查是不合适的。公安机关与控辩双方本身带有自己的利益倾向,在调查中难免会不客观。也有观点认为应当将调查权交由除此以外的第三方进行,比如负责社区矫正的基层司法行政机关。<sup>[39]</sup> 在一些地方实践中,如上海长宁法院1997年5月就已经开始在区社会治安综合治理委员会和区青少年保护委员会共同聘任社会调查员。<sup>[40]</sup> 笔者认为将调查权赋予社会团体或司法行政机关也是有问题的,原因是其工作人员的素质往往不能胜任社会调查的要求,后果只能是调查报告的不专业性和不准确性,不能发挥应有的作用。结合相关国家和地区立法,社会调查的主体应当由法院中设立的专门负责未成年人社会调查的法官来进行,同时对于社会调查法官的遴选应当设置较为严格的选拔规则,在其通过选拔之后,还要经过定期的专业培训和指导。

其次,细化社会调查的内容。社会调查报告的内容应当包括个人基本情况,包括性格、道德、心理观、价值观等;家庭情况,包括父母情况、成长环境、有无家庭暴力及恶习、与父母感情等;社会情况,包括学校表现、与同学或同事关系、邻里评价、参加社会活动情况等;司法情况,包括有无前科、犯罪原因、动机、犯罪后的认识态度、被害人的态度等。同时,调查官可以根据个案需要灵活变通调查手段和调查内容。必要时还可以依据法律规定进行心理测验,但是应当明确其辅助人员必须是具有心理测验资格的专业人员。

再次,规范社会调查的时间。笔者建议应当将我国社会调查的时间明确为从接受案件开始。根据美国经验,调查报告的制作往往需要一到两个月时间,时间跨度较大。如果仅规定审判阶段开始调查,对羁押的适用不能发挥作用,也很难跟上诉讼的节奏。并且越早进行调查越有利于保护未成年人的合法权益,为各个诉讼阶段采取的措施提供依据。同时,鉴于调查权赋予了专门的调查法官,因此公安立案后应当向法院发出通知,由调查法官着手进行调查,并在诉讼中对羁押措施提出参考意见。

最后,明确调查法官的诉讼地位。调查法官应当具有独立于审判的地位,是独立的诉讼参与人,不依附于侦查、审判任何一方,应不偏不倚地独立进行调查。同时,如果审判中控辩双方对此持有异议,调查官可以出庭进行补充说明,接受双方的询问和质证,法官在判决书中应当说明对调查报告的采用及不采用的理由。

## 四、结 语

本文并不是要否定当前公检法机关降低未成年人案件羁押率的努力,而是对这种努力抱以由衷的敬意。从绝对数值来讲,我国在2012年刑事诉讼法实施后已明显降低了的羁押率仍然大大高于国外法治发达国家的实际的人身拘束率,从绝对值上减少羁押的适用仍然任重道

[39] 参见杨飞雪:“刑事案件社会调查制度研究——以未成年人刑事案件为例”,《人民司法》2009年第3期。

[40] 参见刘建华、李敏:“论我国社会调查主体制度的建立”,《预防青少年犯罪研究》2012年第3期。

远。只是相对于成年人案件而言,未成年人案件羁押率当然应低于成年人案件的结论并不足取。为避免在实践中遽然增加过大的压力,笔者认为,未成年人触法和危险犯概念的引入于我国少年司法制度的时机并不成熟,但对于社会危害性极大的校园欺凌现象,应当主张更加具有进取心的司法干预。这一干预是强调未成年人羁押的教育、辅导、考察功能的必然结果。对于司法机关而言,目前预估的数据似乎会增加很大的工作量,但国外经验表明,强干预一般会导导致案件数量大幅下降,潜在的校园“霸王”会知所畏惧,自我约束,从而带来良性循环,最终并不一定带来过大的工作压力。

当然,司法干预的范围也不能无限制地延伸,否则这一干预不仅起不到预防犯罪的效果,反而因为过早地给未成年人贴上标签,而增加了对未成年人健康成长的不利因素。司法干预的关键是要对不同年龄、不同情况的未成年人采取不同的处遇措施。法律应规定明确的实施细则,针对未成年人身心特点区别对待,充分利用司法权威引导罪错少年改恶向善。既要积极介入、防微杜渐,又要设定必要的“门槛”,防止事无巨细过于琐碎。高效而成熟的社会调查制度应当在其中发挥重要且不可替代的作用。

---

**Abstract:** In today's society, people vigorously advocate reducing the detention rate of juvenile cases, while under such background, in view of the special nature of juvenile cases, its detention rate might not be the lower the better, especially it should not be necessarily lower than the detention rate of adult cases. Why the detention rate of juvenile cases is higher? The reason may lie in our country's more proactive actions and broader scope of intervention towards juvenile cases comparing to adult cases. Besides, personal restraint measures, seen as a valid and efficient intervention measure, not only function as means to protect legislation in adult cases, but also bear educational, tutorial and inspective functions. According to different juvenile behaviors with different nature, our country should identify responsibility, change the narrow mode of judicial protection, and particularly should take more active judicial intervention measures to deal with bullying issues in campus which is more harmful to the society.

**Key Words:** Juvenile Cases; Detention Rate; Social Investigation; School Bullying

---

(责任编辑:傅郁林)