

再论少年观护制度之建构*

——兼议《刑事诉讼法修正案》附条件不起诉的规定

王雪梅

摘要:少年观护制度在帮助触法少年改过迁善、回归社会方面的成效显著,被西方各国借鉴和发展。我国在十年前开始进行暂缓起诉、司法分流的探索,特别是新《刑事诉讼法修正案》对“附条件不起诉”作出了明确规定,成为建立少年观护制度的契机。当然,由于认识的局限性以及观护制度本身的局限性,特别是少年观护专门立法的缺失以及社会工作者的缺位,建构我国的少年观护制度还会遇到很多难题。因此,需要尽快制定专门的少年观护法,加快建设社会工作者队伍,在少年观护过程中着重培育社会力量。
关键词:附条件不起诉;观护;暂缓起诉;程序分流

DOI 编码: 10.3969/j.issn.1007-3698.2012.03.001 收稿日期: 2012-04-16

中图分类号: DF73 文献标识码: A 文章编号: 1007-3698(2012)03-0005-08

作者简介:王雪梅,女,中国社会科学院法学研究所《环球法律评论》副编审,主要研究方向为刑法学、未成年人法学。100009

为避免或减少刑罚的弊端,观护制度应社会司法实践的需要而产生并逐渐制度化。在这个发展过程中,受到人道主义、科学主义、福利主义的影响,其深层的思想理论基础是教育刑、促进康复和回归社会等理念。因为观护的方法在少年司法中适用的效果显著,被各国少年司法制度广泛借鉴,而成为处置少年违法犯罪的非监禁处遇的基本方式。少年观护制度在国外的研究和应用已有上百年的历史,我国对少年观护问题的研究主要集中在以下三个方面:(1)对国外以及我国港台地区少年观护制度的介评;^{[1][2]}(2)通过西方保护观察制度与我国相关制度的比较,提出完善相关制度的建议;^{[3][4]}(3)对暂缓起诉、附条件不起诉、司法分流等具体问题的探讨。^[5]从司法实践上看,自上世纪90年代开始,实务部门已对这项制度有所借鉴,特别是,今年新颁布的《中华人民共和国刑事诉讼法修正案》(下文简称《修正

案》)充分注意到刑事诉讼中涉案少年以及所适用程序的特殊性,设专章对“未成年人犯罪诉讼程序”作出规定,其中就包括与本文探讨的少年观护制度密切相关的附条件不起诉制度。我们认为,这是一个建构少年观护制度的契机。但是,从我国对少年观护制度的研究、立法及适用来看,我们对少年观护制度的理解还存在片面性,所作的研究和实践探索都是观护制度中某一侧面的问题,没有完整地把握这项制度。因此,有必要重申这一制度所涉及的基本概念及其特点、该制度建构的必要性和可行性,并对所涉及的相关法律执行中可能会遇到的问题及其解决办法作进一步的探讨。

一、少年观护制度的概念及其特点

在《修正案》公布之前几年,学界和司法实务界对暂缓起诉、附条件不起诉、程序分流等问题作过

* 本文未采用“未成年人”称谓的原因在于下文涉及的大部分内容与国外、国际以及我国台湾地区相关法律制度有关,而在这些国家和地区以及国际上,仍习惯称为“少年司法”、“少年观护制度”,所以,为了尊重国际和地区习惯,除非涉及我国法律规定内容时用“未成年人”的表述,一般仍采用“少年”的称谓。

研究和探索,但对这些做法在整个少年司法体系中的地位,实践中到底应当怎样做才能达到帮助触法少年复归社会的目的等问题,还不十分清楚,要解决这些问题,首先需要对该制度涉及的一些基本概念及其特征进行探究。

对观护的概念可以作两方面的理解:从词义和词源上看,有观察、监督、看护、试验之意,对应的英文是“Probation”^①,在天主教中的原意是指神的试验与证明期间。19世纪中叶用在刑罚上,作为改善犯罪人恶性、考核其品行、给予更生自新的试验期间,并取代单一的监禁制度。^[6]从观护制度演进的角度看,观护的含义在不断扩张。《大英百科全书》是从观护前提、被观护者资格、观护人素质、观护期及其法律后果方面诠释观护的多层含义的。

正是由于观护概念的不断进化,对观护制度也有不同的理解。^{[7]145-158}1952年在伦敦举行的联合国第二届法律大会对观护制度的定义是:为特别选择的犯罪人之处遇方法,并将犯罪人置于特定人的监视下,予以个别的指导或处置,同时附条件延缓其刑罚之制度。美国犯罪学家苏哲兰(E. Sutherland)则称:“观护制度是对被认定为有罪的人,以保持善行为条件,允许其停留在社会上一定期间,暂缓执行。……但观护制度因伴有对犯罪人之积极措置,如监督、指导与援助,故与单纯的缓刑不同。”台湾刑事司法学界认为,少年观护制度是由特定的专业人员,运用行为科学的知识和方法,对可期改善的触法少年,利用缓起诉、缓审理、缓宣告或缓执行的犹豫期间,在收容机构以外附加条件,以个别化、科学化和社会化的原则,予以合理的救助、指导和监督,旨在帮助触法少年转移心性,变化气质,促其早日复归社会正常生活的非监禁触遇制度。^{[8]4}

由此看来,观护制度与缓刑制度有着千丝万缕的联系。从源流上看,有人将中世纪欧洲刑事法中的附条件的缓刑看作观护的最初形态。缓刑也是一项刑罚犹豫制度,是对判处一定刑罚的罪犯,在具备法定条件时,规定一定期间暂缓刑罚执行的制度。观护制度源于“缓刑”,但二者在适用上却有所差别,比如,在英美法系中,采取缓行和观护必然结合的方式;而在大陆法系中,则采取观护和缓刑非

必然结合的方式,即采取刑罚的执行犹豫后,未必交付观护处遇。^{[9]250-251}尽管各国观护制度,特别是两大法系观护制度的发展各有特色,但仍可分辨出观护制度之嬗变的大致路径:起源于英国,成熟于美国,为其他国家所吸收与发展,并各具特色。时至今日,观护制度已经成为刑事诉讼程序中不可或缺的重要环节。

现代观护制度与其生成之初的意蕴已有所不同,从总体上看,凡是具有刑罚犹豫性质或保护管束性质的措施都可纳入观护制度范畴。其基本形式有:交付审理的延缓、判决的延缓、刑罚宣告的暂缓和执行的暂缓。实践中也把这种延缓之后交付观护的措施称为程序分流(Diversion),也就是指在逮捕和裁决之间的某时段,暂缓追究犯罪少年的刑事责任,而将其提交社区处理或预防的方案。程序分流作为少年司法实践中的一项重要尝试,不仅在发起原因、本质、功能、目的等方面与观护制度有相同或相似之处,即使在适用上也有交叉重叠,并有渐至融合的趋势。观护这种非监禁性的处遇方式也得到了《联合国少年司法最低限度标准规则》(下文简称《北京规则》)的肯定,该规则第11条指出:“观护包括免除刑事司法诉讼程序,并且经常转交社区支助部门,是许多法律制度中正规和非正规的通常做法。”少年观护制度和程序分流本质上相同,但各国在适用的时段、决定机构等方面的规定有差异。

申言之,观护制度是执行徒刑外的另一种转处制度,这种附条件的个别化处遇措施,使行为人能于观护试验期间,继续其与原有之社会人际脉络联系,并在观护官或观护人的监督与辅导下改过迁善。故就少年观护制度而言,应当有如下特征:(1)是着重个别化的处遇方法;(2)是“社区处遇”的方式之一,不将行为人收容于一定机构内,而使其继续在原社会中生活;(3)该行为人必须服从法院所附加之限制条件并接受监督,其目的一为让观护人掌握其改过迁善之状况,二是协助行为人逐步自力更生,适应和改善生活环境而最终回归社会;(4)适用对象不仅包括犯了罪的少年,还包括仅有犯罪危险性或需要特殊照顾、辅导或监督、医疗帮助的少年,因此处遇的内容依据对象的具体情况,运用心理、

① “Probation”一词有“缓刑”的含义,所以有不少翻译者在翻译国外著作时一律将该词只译为“缓刑”,实际它有时用作观护之意,概因在英美法系中,缓刑采取与观护的必然结合主义,只要适用缓刑,必然采取观护的后续处遇方式。“Probation”实际包括宣告缓刑和采取观护这样两个阶段,因此,缓刑和观护的早期历史也纠缠在了一起。但是随着观护制度的发展,特别是被大陆法系所借鉴之后,在宣告缓刑后并不必然采取观护的后续处遇措施。

医疗、教育等多种知识和技能,采取不同的处遇措施。(5)执行主体上,主要是依赖非权力性的民间力量,除保护管束的监督外,观护人还有受理案件、个案研究、调查、介入诉讼等职责。(6)有“附条件暂停执行”的性质,但并不是“免刑释放”,一经发现违反刑罚法律或应遵守事项情节重大,即有受法院重行追诉或执行刑罚之危险。^{①②}^{[8]140}因此,观护制度有二要素:指导和监督。前者的目的在于诱导向善,后者的目的在于防止堕落。从本质上看,该制度是福利制度、教育制度和惩罚制度相结合的产物。

二、建构少年观护制度的必要性和可行性

除台湾和港、澳特别行政区外,我国大陆还没有确立少年观护制度。但十几年来,公安、检察等司法实务部门对“暂缓起诉”、“程序分流”、“暂缓判决”等问题的探索,特别是《修正案》对附条件不起诉的规定,为少年观护制度的建立打开了一扇门。由于“附条件不起诉制度”纳入《修正案》对少年观护制度的建构有着特殊重要的意义,笔者将在下文对附条件不起诉的规定作专门的讨论。除此之外,我国建立少年观护制度的必要性和可行性还体现在如下一些方面:

(一)建构我国少年观护制度的必要性

首先,建立少年观护制度是顺应国际少年司法改革先进理念和先进措施的需要。我们都知道,美国少年司法改革的首要理念就是,少年法院的设立是为了尽可能地防止将触法少年作为罪犯来对待,更明确地说是试图把触法少年从普通刑事审判程序中解放出来。甚至有论者认为刑事法院就是一种“对儿童的迫害”,而警察局则是触法少年奔赴监狱的“学前班”。^{[10]157-160}联合国少年司法改革也把预防少年犯罪、不诉诸司法审理或对已经进入司法程序的少年采取相应的干预措施作为少年司法综合政策的核心内容。因此,要在最大程度上有效地使用诸如转处、指导和监管法令、缓刑、社区监督等措施。^③《北京规则》关于观护制度的第11条也规定,应酌情考虑在处理少年犯时尽可能不提交正式审判。

其次,少年观护制度有利于保护触法少年个人,也有利于保护社会。少年观护制度是放与罚的

中间环节,对预防犯罪、行为矫治、虞犯少年有特别重要的意义。观护制度作为一项处遇措施,并非把观护对象作为少年罪犯对待,而是把观护对象看作是受家庭和社会的不良影响而使之成为有犯罪之危险性的人,或者是需要特殊照顾、辅导或监督之人。因此,采取观护措施,不仅不会使观护对象受到机构内强制措施威胁,还因为他们生活在一定的社会环境中,能弥补家庭和学校教育的不足。观护人的扶助、知识和情感教育可培养他们和谐、平衡的情感,开拓其发展的前程,对于其改过自新、再融入社会有积极意义,此其一。其二,可以防止短期自由刑的弊端。短期自由刑按国际标准指3个月以下的自由刑。这种短期的监禁刑难以使犯罪人得到教育改善,缺乏威慑力,易使犯罪人感染恶习,增加其人身危险性,使行刑工作负担过重,等等。^{[11]42}从保护社会的角度看,观护制度还是“个别化处遇”刑事政策的具体化。以起诉便宜主义为基本的理论,法院对触法少年的个人特点、生活环境等进行全面调查之后选择适宜观护的少年,有针对性地对其帮教和监督。因为观护制度是一种训练受观护人守法行为的处遇措施,所以也可以看作是预防犯罪的“社会性恢复措施”。根据《北京规则》第11条第4款的规定,为便利自行处置少年案件,应致力于提供各种社会方案,诸如短期监督和指导、对受害者的赔偿和补偿等等。可见,观护制度还有利于修复社会关系,防止矛盾的激化。

最后,实现刑罚经济。观护以改善的可能性为前提,以审前调查为依据,因此,比盲目的报复更能获得可靠的效果。同时还因其非监禁,被观护人仍能继续其犯事前的学业或职业,不影响其前途发展,从而照顾到犯罪人的尊严,免其日趋堕落。就现实情况看,在美国施以观护处遇的人中,有75%收到了效果,并能节省牢费的消耗。在纽约,每拘禁一名犯人所需费用是观护费用的18倍。^{[8]14}

(二)建构少年观护制度的可行性

第一,与刑罚措施相比,观护措施更符合人的发展的本质——自由。自由对人的重要性被很多哲学和法律学者所强调并论证。自由刑以限制人身自由为特征,尽管在一定期限内剥夺了犯罪人的犯罪能力,但是,刑罚的效果因其不仅不能防止再犯,而

① 参见吴基华:《我国少年观护制度之研究》,《司法院八十七年度研究发展项目研究报告》,1998年,第6-7页。

② 参见丁道源:《中外观护制度之比较研究》,中华文化复兴运动推行委员会、中央文物供应社,1983年,第1-8页。

③ 参见儿童权利委员会:《〈儿童权利公约〉第10号一般性意见:少年司法中的儿童权利》,2007年。

且还有可能固定犯罪人的犯罪人格而多受诟病。与此相比,观护措施则因其采取的非监禁、教育和医疗等措施而最大可能地满足了观护对象的自由空间和人格发展。比如,人身自由、职业选择自由、迁徙自由等,也因此被西方国家证明是一种更符合人性发展,更利于观护对象改恶迁善的处遇措施,因此更具可行性。

第二,与少年观护制度有关的实践和立法得到了司法实务界和大众的认同。我国司法实践对暂缓起诉、附条件不起诉等问题的积极探索已有十多年,其动因之一是国际社会对触法少年尽量免于刑事处罚的倡导;二是国外一百多年来少年法院改革基本理念和观护实践的成绩对我国少年司法的影响;三是对虞犯少年的教育以及少年司法实践中长期存在的问题对我们的困扰,以及标签化对违法犯罪儿童社会化的负面影响。尽可能地保护少年脱离刑事司法的负面影响是观护制度基本理念之一,因此,应当采取更为入道的观察、指导、矫正、医疗等措施,唯其如此,才能真正挽救触法少年,避免其在犯罪的道路上越走越远,这一点在学界已达成共识。从教育刑论的观点看,矫治是建立在少年人具有可塑性的理念之上的。既然强调可塑性,就必须给予触法少年以优良的指导和影响,避免刑事司法过程以及标签作用等不良因素对少年的影响和伤害,避免其进一步濡染恶习。有鉴于此,很多国家的少年司法法律政策都竭尽所能地避免单纯以报应或防卫社会为目的的严刑峻罚,而多倾向于以非监禁性处遇代替监禁性措施,以社会内处遇代替机构内处遇。

第三,具备了一定的社会工作者队伍以及相关的配套机制。经过近二十年的少年司法改革,我国已经拥有了一支较高素质的少年司法专业化队伍,包括少年法官、少年检察官、专门负责少年案件的社会工作者和律师。另外,就司法行政体制的合理配置来看,尽管对违法犯罪少年的帮教和矫治还没有形成有效的良性循环机制,但我们的司法和执法部门已经设置有专门处理少年违法犯罪的专门机构,另外还有一些保护未成年人的非政府组织和团体。根据香港、澳门的经验,在少年观护制度中,政府的支持不可或缺,特别是采取犹豫措施之后的跟进,比如,为指导、帮助受观护少年所需要一定的硬件设施、资源等。如果采取购买服务的方式请专业司法社工充当观护人的角色,也需要一定的资金支

持,因此,在少年观护制度的建构中,司法行政部门不能缺位。

三、少年观护制度建构之契机:

“附条件不起诉”纳入《修正案》

《修正案》特别增加了一编,即第五编“特别程序”,尤为引人关注。其中第一章“未成年人刑事诉讼程序”对涉及未成年人刑事诉讼的原则、辩护权保护、全面调查、强制措施适用、监护人到场、不公开审理、附条件不起诉、犯罪记录封存等作出了特别规定。应当说,在刑事诉讼法中设专章规定未成年人诉讼特别程序意义重大,这不仅在于特别程序对触法少年有着特别重要的意义,对于以后普通刑事诉讼制度的发展和完善也具有指导意义,还在于少年乃人生发展的初级阶段和关键时期,如果不针对其身心发育特点加以特别保护,极力教育和挽救,反而草率、片面地追究其刑责,将是其个人和社会的双重损失;更在于少年身心发育的特点原本就使其处于弱势地位,当面对强大的国家机器时,其弱势地位更是显而易见,这种双重弱势的地位,很容易使得刑事诉讼过程中少年的权利受到忽视和侵犯,因此,被追诉少年的权利需要得到特别的保护。《修正案》对附条件不起诉的规定有着特别重要的意义。从保障未成年人的权利角度看,可以使部分失足未成年人尽早摆脱刑事司法的负面影响,不必背负“犯罪”的标签而影响以后的正常发展,也使他们更易于融入社会,符合刑罚的人道思想。

《修正案》虽然对附条件不起诉作出了规定,而对于什么是“附条件不起诉”却没有给予解释。一般认为,附条件不起诉,是指检察机关在审查起诉时,根据犯罪嫌疑人的年龄、性格、情况、犯罪性质和情节、犯罪原因以及犯罪后的悔过表现等,对较轻罪行的犯罪嫌疑人设定一定的条件,如果在法定的期限内,犯罪嫌疑人履行了相关的义务,检察机关就应作出不起起诉的决定。^[12]从这个定义上看,附条件不起诉与几年来司法实践中实行的“暂缓起诉”的本质内涵是一致的,之所以在立法中采用附条件不起诉,大抵是因为这个概念更易于理解。《修正案》用三个条款对附条件不起诉作出了规定,为多年附条件不起诉的司法实践提供了法律依据,但对于更有利于保护未成年人的合法权利而言,尚存在需要进一步研究的问题。

(一)关于适用对象问题

《修正案》第二百七十一条规定：“对于未成年人涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，可能判处一年有期徒刑以下刑罚，符合起诉条件，但有悔罪表现的，人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。”本条明确指出了附条件不起诉的适用对象是未成年人涉嫌侵犯公民人身权利和民主权利罪、侵犯财产罪以及妨害社会管理秩序罪，以及可能判处一年有期徒刑以下刑罚，即轻罪案件和一些社会危害性不大的案件。我们认为，考虑轻罪案件是从嫌疑人恶性的角度出发，可以理解，但限定在一年有期徒刑以下，范围过窄，一是由于刑法中一年有期徒刑以下刑罚的犯罪非常少，如果考虑减刑之后达到这个尺度，实际上给理解法律及以后的执行带来不必要的麻烦，可能的后果是使得这项制度在接下来的实施中大打折扣，因此建议将此处改为适用法定刑五年以下有期徒刑、管制、拘役的案件，可能更加符合法律明确性的原则。

(二)关于附条件不起诉的执行问题

附条件不起诉的执行问题应当包括决定之前的全面调查、执行机关以及交付实施之后的监督、辅导。之所以在决定附条件不起诉之前作全面调查，是为了谨慎地选择适用该制度的对象，为将来进一步帮助教育、促进其早日回归社会打下良好的基础。交付观护前进行全面调查也是实行观护制度的国家的惯常做法，美国甚至要对适用对象作全面的技术评估，在我们还没有技术力量对不起诉对象作技术评估之前，至少可以在对犯罪嫌疑人的年龄、性格、境况、犯罪性质和情节、犯罪原因以及犯罪后的悔过表现、赔偿情况等作全面了解的情况下作出是否交付不起诉的决定。

《修正案》第二百七十二条规定：“在附条件不起诉的考验期内，由人民检察院对被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人进行监督考察。未成年犯罪嫌疑人的监护人，应当对未成年犯罪嫌疑人加强管教，配合人民检察院做好监督考察工作。”该规定明确附条件不起诉的执行机关是检察院，从我国目前立法情况看，因为附条件不起诉决定由检察院作出，因此交付帮教也由检察院负责执行是顺理成章的。但是，如果从检察院检察监督、防卫社会职能的角度考虑，似乎由检察院作为执行机关又有不妥之处。并且，由检察院办案人员负责跟进还存在两个

问题：一是检察人员不具备心理学、教育学、社会学等知识，可能影响帮教效果；二是帮教工作和其本职工作的冲突，使检察办案人员无法全心全意投入到帮教工作中。实际上，检察院作为法定执行机关并不意味着一定要亲自实施监督职能，借鉴国外观护制度实施的经验，在检察院的监督指导下，交由社区执行并配有专门的观护人以帮助观察管束被观护者，效果良好，有利于促进其尽快回归社会。

(三)所附条件问题

《修正案》第二百七十二条还对附条件不起诉的条件作出了明确规定，指出被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人应当遵守下列规定：“（一）遵守法律法规，服从监督；（二）按照考察机关的规定报告自己的活动情况；（三）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准；（四）按照考察机关的要求接受矫治和教育。”第二百七十三条可以理解为对附条件不起诉所立的反面条件，包括在考验期内，如果不起诉人“实施新的犯罪或者发现决定附条件不起诉以前还有其他犯罪需要追诉的”，或者“违反治安管理规定或者考察机关有关附条件不起诉的监督管理规定，情节严重的”，人民检察院应当撤销附条件不起诉的决定，提起公诉。该条设定的条件基本上比照目前我国缓刑社区矫正的条件而设定的，比较空泛，虽然利于执行，但实际效果可疑。这一制度的设计应当有再犯防止功能。从该制度的功能设计上看，通过两条途径防止观护对象再犯罪，一是谋求保护观察对象人精神上和环境上的安定以达到防止再犯；二是设定一定条件或要求，如果违反相关规定则取消观察保护，采取相应的惩罚措施。^[13]实际上，该制度设计还应考虑尽快使被不起诉人或观护人复归社会的问题，因此，除了促使被不起诉人悔过自新，还应当考虑赔偿或者补偿被害人的损失、恢复社会关系问题，这不仅有利于被不起诉人融入社会，还有利于安抚被害人，维护社会秩序稳定。检察机关可以命令被不起诉人具结并履行如下义务：向被害人道歉、赔偿被害人损失或补偿被害人、社区服务等。^[14]

四、少年观护制度建构中需解决的难题及建议

考察我国在适用刑罚犹豫制度方面的探索，有三个方面的发展取向令人鼓舞：一是以趋向轻缓的刑罚理念支撑的司法实践的探索，说明我们在观念

上和少年观护制度的目的是契合的 ;二是根据宽严相济的少年司法刑事政策 ,出于轻缓的目的 ,正试图尽量缩小机构内处罚 ,扩大非监禁处罚 ;三是关注适用刑罚犹豫的触法少年的后续教育和矫治问题 ,在公权力介入的情况下 ,积极动员社会力量帮助触法少年重返社会。由此看来 ,我们没有理由怀疑少年观护制度对完善我国少年司法制度的借鉴意义 ,但是 ,也不能排除随着认识和研究的深入 ,实践中还会暴露出一些新的问题。这些问题中 ,除了要克服该制度本身的局限性之外 ,还会遇到制度缺失所带来的法律执行等问题。

(一)遭遇难题

一是观护制度本身的局限性。从西方观护制度的实践角度看 ,观护制度以审前调查为基础 ,把受观护者的筛选作为观护成败关键的做法可能会导致两方面的不利后果 :一是说明这个制度不是靠严格的执法、正当的程序等就能够较好地完成它的运作过程 ,而是靠具有极高素质和知识水准的司法人员和观护人的细致“调查”和“筛选” ,把“人”的因素提得过高 ,这样 ,一旦司法人员和观护人的综合素质和知识稍有欠缺 ,就可能造成调查和筛选的失误和拖沓 ,有违效率和效益原则。二是观护人有太多的司法权 ,甚至左右法官的观点 ,影响对受观护者的正当程序保障。这些经验教训值得我们在执行附条件不起诉之后的跟进措施中引起特别的注意。从尊重基本人权的角度以及观护制度的目的分析 ,观护处遇的决定和实施至少应当做到以下几点 :一是所附条件符合罪刑法定原则 ,禁止类推 ;二是必要且相当原则 ,对观护对象的自由限制以最小为限度^① ;三是程序正当 ,避免未经合法程序决定而采取观护措施。

二是少年观护制度的建立需要引入高素质的观护人。观护人应当由有一定法律、社会、心理学等领域专门知识的专业人士担任 ,因此《修正案》中规定附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人由检察院办案人员负责考察 ,这就涉及负责具体指导帮助被观护对象的观护人的问题。从工作属性上看 ,专业社工属于社会工作者 ,但又是一群特殊的社会工作者 ,最主要的一点就是他们应当具有相当的专业知识和专业素养。专业社工基于其知识体系和素质 ,

较适宜担任观护人的角色 ,包括几年来有的法院少年庭试行的合适成年人制度中的“合适成年人” ,但从试点法院的情况看 ,合适成年人不管是法律等专业知识还是个人素养都普遍偏低 ,让其担任如此重要的角色 ,不仅无法开展工作 ,更重要的是会贻误触法少年重新塑造人格、改过自新、及时融入社会的时机 ,不仅不利于保护受观护者个人 ,对整个少年司法制度的建设和发展也是无益的。目前 ,我国司法专业社工队伍正在逐步扩大 ,但是在政策体系、配套制度、岗位设置、人才队伍建设等方面还不完善 ,其职业化、专业化水平还较低。这就构成了司法实践中对专业社工的需求量不断增加而适格的专业社会工作者又不能满足这种需求之间的矛盾。

三是司法实务部门执行附条件不起诉规定尚缺乏成熟的机制。《修正案》规定 ,附条件不起诉的决定权和之后的跟进都由检察院负责 ,这样的规定可能会导致不公平现象的发生 ,还有可能演变为司法腐败的温床。比如 ,法律规定检察院对符合条件的可以决定附条件不起诉 ,也就是说是否交付观护是有选择性的。因此 ,实践中 ,各地方一般都把较好的帮教条件 ,如具备家庭监护条件、社会帮教条件等作为适用暂缓起诉的前提。这中间存在两个问题 ,一是通常孩子有问题的家庭监护条件都不会太好 ,二是这样选择观护对象对于那些家庭条件不好的孩子是不公平的。这就等于说 ,家庭条件不好才会受到刑事追究 ,如果家庭条件好 ,就可以经过考验期之后不起诉。这明显违反了法律面前人人平等的原则。再如 ,因各个地方司法实际部门缺乏协调 ,各自为战 ,甚或是由于个人的好恶不同 ,而使少年司法的独立运作或流于形式 ,或成为事实上的不可能。^①

(二)对策建议

少年司法的核心问题是尽量避免违法犯罪少年进入刑事司法程序 ,以利于其早日重返社会。如果这个环节没有把握住 ,将可能导致这些少年继续被边缘化 ,重新走上犯罪的道路。在这方面 ,国外少年观护制度经历一个多世纪的发展 ,积累的经验教训值得我们借鉴。从总体上看 ,建构少年观护制度亟须加强专门立法 ,建立适格的社会工作者队伍 ,培育专业司法工作者 ,完善专门的程序设计 ,如果把虞犯少年问题纳入其中 ,还需要对工读(特殊或

^① 比如 ,有的地方警察和检察部门因为辖区小 ,少年案件少 ,造成司法资源的浪费 ,原来单独设立的处理少年案件的专门人员不得不转接成人案件。但在新刑事诉讼法修订之后 ,据了解 ,检察院都相继成立了少年检察处(科、室) ,以配合修订后的刑事诉讼法的实施。

专门)教育进行改革。目前亟须加强如下工作:

1. 尽快制定专门的少年观护法。为了更好地保护触法少年的合法权益,我们亟须建立健全体现保护性、具有适当惩戒性,集保护、预防、矫治和改造于一体的少年司法制度。《儿童权利公约》第40条第4款也要求缔约国对触法少年“应采用多种处理办法,诸如照管、指导和监督令、辅导、察看、寄养、教育和职业培训方案及不交由机构照管的其他办法,以确保处理儿童的方式符合其福祉并与其情况和违法行为相称”。为了实现这一目标,首先亟须制定一部专门的少年事件处理法。根据台湾地区的立法经验,少年观护的内容主要规定在少年事件处理法及其实施细则以及少年观护所条例中,内容涉及假日生活辅导、保护管束、劳动服务等保护处分,且为了不影响少年将来就学或就业,保护处分执行完毕经过一段期间后,法院会主动涂销纪录。台湾少年观护制度由法院少年法庭之少年调查保护官负责执行。为保证审前交付观护的正当性,尽管从程序上不必拘泥于普通刑事诉讼的做法,但审前交付观护的案件应当通过法院审查其适当性和公正性。

2. 加快建立一支学识广博、经验丰富、素质较高的社工队伍。让司法社工充当观护人的角色是适得其所。观护人是少年法庭内为施行少年观护制度而设置的专门人员。早期的观护人是指对缓刑犹豫期间之少年予以指导和监督的专门人员。伴随现代观护制度范围的扩张,观护人更多地介入了少年刑事司法程序,除对受观护者的指导、监督之外,还需运用教育学、社会学等行为科学对调查的数据作个案的纪录与研究,制定完整的报告提供法庭参考与出庭陈述意见,并对受观护者实施观察,执行保护管束,参与警察机关的训练活动,协助受观护者复归社会,指导就业、就学、医疗乃至追踪研究等。这里观护人的作用至关重要,他们的法庭角色除具有社会工作者的身份外,还兼有检察官、辩护人、鉴定人的地位,实际上他们还是司法和教育工作者。由观护人积极介入诉讼的这种审理方式已为许多国家的家事法院或少年法院所采用,现在美国所有一审法院均设有组织庞大的观护人办事处。少年法院中,除少数主持审判职务的推事外,观护人实为主干力量。

3. 培养一批高素质的司法工作人员,包括法官、检察官、警察人员、律师,这也是少年司法专业化的要求。少年司法专业化不仅为多国实践证明其

合理和必要,也为多部国际文件所要求和倡导。联合国《少年司法最低限度标准规则》第12条第1款指出,为了圆满地履行其职责,经常或专门同少年打交道的警官或主要从事防止少年犯罪的警官应接受专门指导和训练。在大城市里,应为此目的设立特种警察小组。由于警察介入是与少年司法制度发生接触的第一步,因此他们必须对此有充分认识而且行为恰当,这一点极为重要。专业资格和个人素养是确保公正有效地执行少年司法的一个重要因素。因此,有必要改进司法人员的聘用、晋升、专业和职业培训,并为其提供必要的条件,以便他们能有效地履行其职能。少年观护制度不仅专业性强,而且缓诉、缓判、缓执行的对象选择和制度设计都具有一定的选择性,这将带给相关的司法人员过大的自由裁量权,因此,不仅需要专业的警察人员,还需要有相当专业知识和素养的法官、检察官和律师,这就需要严格法官、检察官、律师的遴选,加强少年司法队伍的专业化。具有优良法治传统的英美德日等西方发达国家,同时也具有严格的法官、检察官遴选制度,因此,他们的法官、检察官都具有较高专业和职业素养,较少出现利用自由裁量权而枉法现象,这一点值得我国在建立少年观护制度中借鉴和思考。

4. 完善与少年观护制度相配套的程序设计。这其中包括缓诉、缓判、缓宣判、缓执行的决定程序、审批程序、交付观护程序、解除观护程序以及撤销观护再行起诉、审理、判决或执行程序。根据我国的目前情况看,《修正案》刚刚确立附条件不起诉制度,相关的配套制度都还在建设当中,但就《修正案》出台的司法实践看,还存在诸多问题,比如,就附条件不起诉决定程序来看,目前的附条件不起诉决定程序很多地方是采用承办人员审查、部门负责人签署意见、分管检察长或检委会审查决定的程序,这种决定程序存在不够严格、内部决定、透明度不高的缺陷。根据国外经验,在诉讼程序方面对不起诉的制约主要有以下几种方式:一是由检察机关自上而下的监督纠正,或经有关个人和机关提出申诉或申请复议后由检察机关自行纠正;二是司法制约,即以法院的司法审查对不起诉决定进行制约;三是特定组织审查;四是被害人直接起诉。^[9]实际上,在很多国家,检察官虽然拥有较大的不起诉裁量权,但是检察官做出不起诉决定要遵循严格的不起诉程序。比如,与联邦警察局或负责调查案件的部门协

商,举行听证会,特别是,要以详细而严格的调查为基础。交付观护调查通常包括:是否有违法犯罪记录及性质、身世、生活环境、性格或性行等方面,该前期调查既是司法部门做出缓诉、缓判等决定的基础,也是观护管束的重要参考,因此,包括美国在内的一些国家都将交付观护前的调查作为一项必经程序加以规定。

5. 加强公检法以及少年保护组织在少年观护工作中的协调与合作。公检法和其他行政部门应当形成良性的配合链。就少年观护制度的性质和内容看,其兼具司法、福利和教育性质,因此,它的建立和实施需要国家力量和社会力量的通力合作。特别是在中国市民社会不发达、社会力量整合乏力的情况下,只有公力和私力互相支持与合作,才能使该制度发挥应有的功效。诸如受观护者就学、就业、就医等的辅导,生活环境的改善,均需多方相助。必须利用现有的条件,在建立专门的少年司法保护机制的同时,发挥各方力量的积极作用。

【参考文献】

[1] 丁汀,石岩. 建立我国的未成年人犯罪观护制度[J].人民

检察,2008,(15).

- [2] 张健. 英国保护观察制度评析[J]. 法制与社会发展,1996,(4).
- [3] 李朝辉. 保护观察制度与缓刑、假释的考察监督[J]. 法学评论,2001,(3).
- [4] 冉容. 设立我国缓刑保护观察制度的构想[J]. 人民司法,2002,(12).
- [5] 姚建龙. 暂缓起诉制度研究[J]. 青少年犯罪问题,2003,(4).
- [6] 陈阳明. 观护制度的意义[J]. 刑事法杂志,1972,(6).
- [7] 周震欧. 少年犯罪与观护制度[M]. 台北:台湾商务印书馆,1983.
- [8] 房传珏. 现代观护制度之理论与实际[M]. 台北:三民书局,1977.
- [9] 朱胜群. 少年事件处理法新论[M]. 台北:三民书局,1976.
- [10] 富兰克林·E·齐姆林. 共同的思路:少年法院法学中的转处制度[A]. 玛格丽特·K·罗森海姆,等. 少年司法的一个世纪[C]. 北京:商务印书馆,2008.
- [11] 张明楷. 刑法学(上)[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [12] 陈光中,汪海燕. 《刑事诉讼法》再修改与未成年人诉讼权利的保障[J]. 人民司法,2007,(1).
- [13] 苏明月. 日本保护观察制度的品格与功能[J]. 厦门大学法律评论,2007,(14).
- [14] 陈光中,张建伟. 附条件不起诉:检察裁量权的新发展[J]. 人民检察,2006,(4上).

Construction of the Juvenile Probation System:

On the Provisions of “Conditional Non-prosecution” in the Amendment to the Criminal Procedure Law

WANG Xuemei

Abstract: Juvenile probation system was enlightened and developed because it can help delinquent to renew themselves and return to society. Ten years ago, we start to probe put-off lawsuit and diversion. Particularly, “conditional non-prosecution” was provided explicitly in the Amendment to the Criminal Procedure Law, it can be regarded as an opportunity to establish a juvenile probation system. Certainly, we will encounter many problems, due to the limitations of awareness and probation system itself, especially absence of specifically legislations on juvenile probation system and social workers. So, we need as soon as possible developed specifically of juvenile probation law, speed up construction social workers team, cultivate social forces serve to juvenile probation.

Key words: Conditional non-prosecution; probation; put-off lawsuit; diversion

责任编辑 蔡 锋