



## 论未成年人刑事案件侦查分流机制的构建

马赛赛

中南财经政法大学刑事司法学院，武汉

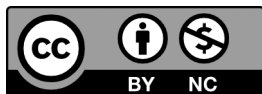
**摘要** | 司法分流制度对未成年犯罪嫌疑人保护具有重要意义，完善的司法分流制度应该是多主体参与并贯穿司法各个阶段。目前，我国已经在审查起诉阶段和审判阶段建立了司法分流制度，但是在侦查阶段却处于缺位状态，这无疑会使司法分流的效果大打折扣。为了完善我国的司法分流制度，应对侦查分流制度的可行性和制度价值进行分析，并在此基础上从适用条件、调查评估、监督与救济以及配套措施等方面构建侦查分流制度。

**关键词** | 未成年人；程序分流；人身危险性评估

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



多年前，我国著名的未成年人犯罪研究专家姚建龙教授就已经提出，我国的少年司法已经陷入“逗鼠困境”：少年检察官与少年法官，在适用完一系列特别为少年设计的程序后，共同在精心设计的少年法庭，将同样适用于成年人的刑罚加诸于少年之身。这种做法与小猫逗小老鼠玩耍后一口吃掉的做法异曲同工。<sup>[1]</sup>逗鼠困境表现出的尴尬状况是，虽然我国已经在刑事诉讼法中制定了一系列有关未成年犯罪嫌疑人的特别程序，如合适成年人到场制度、法律援助制度和社会调查制度等，但这些制度最终都无法帮助犯罪未成年人避免刑罚处罚。而破解逗鼠困局的关键在于实现对涉罪少年的非刑事化处罚，其中未成年人刑事案件侦查分流制度具有重要作用。未成年人案件侦查分流（Division），主要是指在侦查阶段，对符合一定条件的未成年人涉嫌犯罪案件不移送检察机关起诉，而由警察机关直接

处理的制度。<sup>[2]</sup>通过分流，将符合分流条件的部分涉罪少年从刑事司法程序中分流出去，并对其进行保护性处置。这不仅可以使涉罪少年最终免于刑罚处罚，还可以大大缩短其在刑事司法程序中停留的时间，有利于保护其人格尊严和进行社会化改造，是破解困境的一剂良方。发达国家的司法分流都是一套完整、连贯的体系，需要从侦查到审查起诉再到最后的审判阶段实现层层分流，以最大限度地保护未成年人。但我国目前的分流主要集中在审查起诉和审判阶段，侦查阶段的分流在规范层面和实践

[1] 姚建龙. 中国少年司法的历史、现状与未来 [J]. 法律适用, 2017 (19): 2-11.

[2] 宋远升. 未成年人案件侦查分流机制的价值探微和比较考察 [J]. 青少年犯罪问题, 2008 (1): 54-59.

层面缺乏,这必然会导致司法分流效果大打折扣,不利于未成年人权利的保护。因此,建立侦查分流制度具有现实的紧迫性。然而,任何制度都具有两面性,侦查分流制度在预防犯罪、挽救涉罪少年和提高司法效率的同时,也有可能因操作不规范以及监督制度的缺失而产生纵容犯罪和司法腐败等负面效果。因此有必要对侦查分流制度的适用条件、监督制度、分流后的处置措施以及被害人救济途径等方面进行明确,以确保该制度的规范化运行。

## 一、我国未成年人刑事案件侦查分流制度建立的可行性分析

首先需要明确的是,目前我国刑事诉讼法中并未明确规定侦查分流制度,因此有必要对该制度进行可行性分析。笔者认为,侦查分流制度具有深刻的理论基础和价值内涵,规范层面有国际准则和国内法规作为依据,实践层面无论是国外还是国内都已经进行了一定的探索并取得了良好的效果,因此侦查分流制度在我国具有可行性。

### (一) 国际准则

国际上有关未成年人犯罪的条约几乎都涉及到司法分流的问题,我国在建立侦查分流制度时应认真领会其中的精神,并将其转化为符合我国国情的国内法。《联合国少年司法最低限度标准规则》(即《北京规则》)第11条第2款规定:“应授权处理少年案件的警察、检察机关或其他机构按照各法律系统为此目的规定的标准以及本规则所载的原则自行决定处置这种案件,无需依靠正式审讯。”该规定明确了警察机关享有对未成年人案件的分流权。然而,我国目前警察机关的分流权却一直存在明晰度不足的问题,与《北京规则》的精神不相符。

### (二) 域外实践

发达国家基本上都已建立较为完善的司法分流制度,而侦查分流作为司法分流制度的开端和重要一环,在发达国家也受到了高度的重视,其对侦查分流制度的主体条件、案件条件以及配套措施等都做出了细致的规定。笔者选取美国和德国两个国家的侦查分流制度进行介绍和分析,以供借鉴。

#### 1. 美国式分流

在美国,警察在处理未成年人犯罪案件中具有较大的裁量权。警察在处理被控告的少年时通常有

以下两种选择:一是对被控告的少年进行简单的口头训斥并交由父母责令严加管教;二是将其带回警局继续询问并查询其是否有再犯记录,如果发现被控告少年有再犯记录,警察便会将其纳入司法程序。在美国的司法分流,警察起到了重要的作用。据多方数据显示,在美国,大约有25%的未成年人案件是由警察直接处理的。

#### 2. 德国式分流

由于德国国内各地对于侦查分流的规定差异甚大,笔者决定以最具代表性的柏林地区的侦查分流制度进行介绍。柏林地区的未成年人案件分流程序大致如下:首先警察会对实施犯罪的未成年人进行讯问,随后将讯问过程向检察官汇报。根据警察的描述,检察官可以直接在电话中决定是否对该未成年人进行分流。一旦检察官同意采取分流措施,便会联系转处办公室。转出办公室会在未成年人及其父母同意并做出承诺的前提下与他们签订一份有关后续教育措施的协议。在签订协议后,未成年人应当在七日内与具体负责自己案件的社会工作者取得联系,如果未成年人和社会工作者取得联系,社会工作者便会组织和未成年人的谈话并约定详细的教育措施。在教育措施履行完毕后,社会工作者便会向检察机关提供一份报告,报告的内容包括教育措施的内容以及未成年人的履行情况,最后由检察官决定终止或继续对未成年人的诉讼程序。<sup>[1]</sup>

#### (三) 国内立法及实践

目前我国侦查阶段的分流主要规定在《刑事诉讼法》第110条公安机关、检察机关和审判机关对受理的微罪案件可以不予立案:“认为没有犯罪事实,或者犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任的时候,不予立案,并且将不予立案的原因通知控告人。”该规定中提及的分流机关包括公安机关在内,表明我国法律是赋予公安机关一定的分流权,只是适用的范围极其狭窄。但关键的问题在于,该规定是针对所有被控告的人,那么对于情况较为特殊的未成年人是否可以在原有基础上进一步扩大适用的范围呢?笔者认为,从儿童利益最大化原则出

[1] 卡塔琳娜·博乐,程捷.德国少年转处的经验:意义、范围和手段[J].青少年犯罪问题,2020(2):106-113.

发结合相关国际准则的规定,这种做法具有合理性。正如我国检察机关在 2012 年刑事诉讼法修改之后获得了附条件不起诉的权力,公安机关也有足够的理由获得更多的裁量权以便处置未成年人犯罪。

我国香港地区于 1963 年实行警司警诫计划。如果警方发现一名未成年人犯罪行为比较轻微,且该名未成年人承认所犯罪行,则警司级别以上的警务人员有权对其提出口头警诫,以代替对其提出正式的刑事指控。<sup>[1]</sup>这实际上是仿效英美的警察警告制度所建立起的侦查分流制度,根据香港署理保安局的数据,接受过警司警诫的少年的再犯率自 2013 年起一直被控制在 10% 以下,显示出良好的再犯率控制。

综上所述,我国侦查分流制度的构建在规范层面有相关国际准则和国内法作为依据,在实践层面也有国内外有益经验可供参考,因此建立侦查分流制度切实可行。

## 二、未成年人刑事案件侦查分流制度的价值

### (一) 节约司法资源,提高诉讼效益

根据最高人民检察院的数据可以看出,近几年我国未成年人犯罪率逐年走高。与之形成鲜明对比的则是司法资源的捉襟见肘,不管是侦查机关、检察机关还是审判机关都存在“案多人少”的困境。针对此种情况,通过侦查分流可以使一部分轻罪少年从司法程序中分流出去,省去了后续诉讼程序中司法资源的投入。在保证司法公正的基础上,提高了诉讼效率。

### (二) 保障未成年人权利,践行未成年人利益最大化原则

新修改的《未成年人保护法》正式确立未成年人利益最大化原则。该原则要求“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。可以看出,未成年人利益最大化原则的适用范围极其广泛,刑事诉讼过程中当然也要对该原则予以体现。然而,根据多年以来的司法实践来看,未成年人在侦查阶段的人身权利却时常遭受侵犯。首先,在逮捕和羁押环节,由于我国实行“捕押一体”的模式,犯罪嫌疑人被逮捕后几乎必然会

被羁押。虽然我国刑诉法规定了如取保候审等非羁押性强制措施,但在实践中,公安机关出于方便办案的考虑以及大部分涉罪少年不能提供保证金甚至连保证人也无法提供,便导致公安机关主动适用非羁押性强制措施的比例较低。2012 年刑诉法修改后设置了羁押必要性审查制度,其目的主要是为了应对我国长期以来羁押率居高不下的问题。但是根据王贞会教授所做的实证调查,羁押必要性审查制度在应对未成年人犯罪嫌疑人高羁押率的问题上,所起到的效果并不理想。造成这种现象的原因主要有二:一是羁押必要性审查并未覆盖全部被逮捕的未成年人;二是羁押必要性审查后被释放或者变更逮捕措施的未成年人数量仍然较低。<sup>[2]</sup>由此可见,我国大部分未成年犯罪嫌疑人一旦被纳入刑事追诉的过程中,最终都会面临被羁押的后果。未成年人犯罪嫌疑人一旦被采取羁押措施其便会处于危险的境地。虽然我国刑诉法规定了对被羁押的未成年人犯罪嫌疑人要采取分押分管的措施,在分别关押方面,实践中,我国大部分地区虽然都按照法律规定设置了未成年人监室,但是数量往往十分有限,故在专门的未成年人监室紧缺的情况下,便会出现混合羁押的现象。在分别管理方面,也只是在成年人的管理模式框架下采取一些略微柔和的方法。这些不足限制了涉罪少年的改造效果,不利于对未成年人的教育感化,且有很大的概率会导致交叉感染。因此,为了更好的践行未成年人利益最大化原则,避免上述恶果的产生,应当提前采取分流措施,将符合分流条件的未成年犯罪嫌疑人予以分流。

### (三) 预防犯罪,贯彻教育刑理念

漫长的刑事追诉过程中,每一个阶段都会不断地提醒涉罪少年其是一个罪犯,这也导致涉罪少年产生负面的心理认同从而有“破罐子破摔”的想法。我国社会对于有过刑事追诉经历的未成年人包容性较差,其日后返回学校可能会受到老师和同学的歧视对待,也很难找到一份合适的工作,这样便愈加

[1] 卢莹. 香港认罪少年控前转处机制及启示[J]. 青少年犯罪问题, 2019(4): 92-101.

[2] 王贞会. 未成年人严格限制适用逮捕措施的现状调查[J]. 国家检察官学院学报, 2019, 27(4): 56-73.



强化“标签效应”，从而使其在走投无路之时再次踏上犯罪的道路。反之，如果法律能给涉罪少年一次改过自新的机会，并采取适当的措施对其进行教育和矫治，其便很有可能回归到正常的人生轨迹。侦查分流制度蕴含着丰富的教育刑理念。法律的根本目的不在于惩罚，而在于教育和预防。对于未成年人来说，这一点尤为重要。应当让未成年人从罪过行为中获得教训，对其成长产生正面的影响。

### 三、我国未成年刑事案件侦查分流制度的具体建构

#### （一）适用条件

有学者认为侦查转处制度的受案范围也应该与附条件不起诉制度的受案范围一致。<sup>[1]</sup>然而，本人认为侦查阶段的分流应当具有一定的独立性和能动性，不必一定要和附条件不起诉制度亦步亦趋。在笔者看来，侦查阶段的分流机制与附条件制度相比应该体现出“一宽一严”。具体而言，在适用主体条件上，应该体现出从严的一面。附条件不起诉制度规定，未成年犯罪嫌疑人要具有悔过情节，但并未要求其是初犯。换言之，即使是累犯，仍然可以享有附条件不起诉的待遇。笔者认为，具有悔过情节应当成为两种制度适用的共同条件。但对于累犯和惯犯，不能在侦查阶段予以分流，原因有二：其一，一般而言，累犯和惯犯相较于初犯而言具有较大的人身危险性。如果在侦查阶段就予以分流，可能会被视为纵容涉罪少年的嫌疑，而且被害方和社会公众恐怕也难以接受。由于侦查分流制度尚未正式建立，相关规定并不完善，在此背景下应采取一种较为审慎的态度。其二，美国作为司法分流制度最为成熟的国家，其在侦查阶段的分流也是将累犯和惯犯排除在外。我国的侦查分流制度刚刚起步，应当借鉴少年司法相对发达的国家的做法。在适用案件范围上，笔者认为相较于附条件不起诉制度，侦查阶段的分流应当更加从宽。具体来说，附条件不起诉在适用案件范围上主要有两条限制：一是刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，二是可能判处的刑罚应在一年以下。笔者认为，侦查阶段的分流，在适用案件范围上，相较于附条件不起诉制度可以进行放宽。在适用的罪名上，不必局限于上述三章的罪名，而应扩大到刑法规定的所有罪

名。在刑期设置上，有学者认为应当设置为五年以下有期徒刑，笔者认为这种观点略显激进，应当在附条件不起诉制度规定的一年以下的基础上调整为三年以下较为合适。

总而言之，在侦查分流时体现“一宽一严”的要求，也与附条件不起诉制度相呼应。因为在案件范围上附条件不起诉制度排除了刑法分则第四章、第五章、第六章以外的其他罪名。如果在侦查阶段不对剩余的罪名进行分流，那么涉罪少年在审查起诉阶段也将因不能适用附条件不起诉制度而最终难逃被送上审判席的命运。而在侦查阶段，出于审慎的态度对累犯、惯犯被分流的权利进行限制。到了审查起诉阶段，如果发现符合条件，仍然可以适用附条件不起诉制度进行宽大处理，为时亦不算太晚。

#### （二）评估工作

在决定是否对涉罪少年进行分流之前，需要科学评估其人身危险性。只有对人身危险性较低的涉罪少年，才能适用侦查分流制度。对涉罪少年的成长经历、家庭环境等因素的考察分析，通常以社会调查的方式进行。社会调查应当起始于侦查阶段，因为侦查是司法程序的开端。侦查人员在对案件做出处理决定之前，除了查清主要的犯罪事实之外，还要对未成年人的情况进行全面调查，这样才能做出释放、拘留或逮捕乃至移送审查起诉的决定。然而，在实践中，社会调查的启动者绝大多数情况下都是法院和检察院。究其原因，是因为侦查机关长期以来把刑事追诉当作主要目标而忽视了对涉罪少年的保护。这要求侦查人员转变观念，意识到在处理未成年人案件时保护优于惩罚。因此，对涉罪少年的调查评估工作要尽早开始，才能为侦查阶段的分流提供依据。除了调查评估的开始时间之外，更重要的是评估人员和评估手段的专业性。实践中，侦查人员往往只凭自己的经验和感觉便对涉罪少年的人身危险性下了论断，但这是极不合理的。首先，侦查人员受自身职业特点的影响，常常带着刑事追诉的目的来对待嫌疑人。其次，侦查人员所具备的知识主要集中在公安学和法学这两个领域。但是人身危险性的评估则需要社会学、心理学、教育学等

[1] 马雷，狄小华：论我国未成年刑事案件侦查转处制度[J]．青少年犯罪问题，2019（1）：40-47．

多种知识的综合运用。仅凭侦查人员显然难以胜任。因此,在进行评估时,笔者认为最好成立一个专门的评估小组。评估小组可以由侦查人员主导,但应当包括其他的人员,如心理咨询师、司法社工等。评估小组的人员各自发挥自己的专业能力,以保证评估结果的准确性。除此之外,还应当借助智能化的评估工具,构建更为科学的评估系统。

### (三) 监督与救济

在侦查阶段对未成年人案件进行分流,就不得不讨论警察的自由裁量权问题。简单地说,警察能否独立决定对涉罪少年适用程序分流?在这个问题上我国法律目前没有明确的规定,各地做法不一。域外有英国、美国式分流和德国、日本式分流两种模式可以参考。在美国、英国式分流中,警察在决定是否在侦查阶段采用侦查分流措施时一般可以独立决定。而在德国、日本式分流中,对于涉罪少年能否适用分流措施则由检察官作最终决定。笔者认为,我国的未成年人案件侦查分流权应当由检察机关掌握。主要出于如下考虑:其一,公安机关在我国国家机关中一直是一个颇为强势的实权机构,而我国公安机关的侦查程序又有着较强的封闭性,因此在侦查阶段公安机关所受到的监督很有限。加之我国的侦查分流机制尚不完善,缺少监督和制约措施。因此,如果赋予警察完全的决定权容易导致权力寻租和腐败。<sup>[1]</sup>其二,我国公安机关一直以来以打击犯罪为己任,公安内部的考核机制主要以犯罪追诉为主,且警察群体的有罪推定观念根深蒂固。如果最终决定对涉罪少年进行分流处理,不仅意味着之前的侦查或调查活动前功尽弃,也会影响自身的业绩考核。在这种情况下,大部分警察往往不愿意对涉罪少年进行分流处理。其三,我国尚未建立起少年警务制度,对于涉罪少年并无专门的机构和人员进行处理。相比之下,未检制度的发展已比较成熟,绝大多数检察机关都已建立起专门的未检队伍,对儿童利益最大化原则、保护主义原则较警察来说理解也更深入。因此,也许更能对是否对涉罪少年进行分流做出正确的决定。综上所述,基于目前现实情况的考量,警察暂时不宜享有完全的侦查分流的决定权,而是应当将涉罪少年的犯罪事实的调查和社会调查报告呈送检察机关,由检察机关作最后之定夺。

对于涉罪少年一方,如果其认为自身符合分流条件,但检察机关未对其进行分流处理,则可以向做出决定的检察机关提请复议。如检察机关维持原决定,则可以向人民法院提起自诉。对于受害人一方,应当赋予其参与分流决定的权利。在侦查阶段对未成年犯罪嫌疑人做出是否分流的决定前,应当考虑被害一方的意见。被害一方如果对检察机关采取分流措施不服,可以申请复议。检察机关若维持,则向人民法院提起自诉。

### (四) 侦查分流的配套措施

侦查分流制度与附条件不起诉制度同体现了“宽严相济”刑事政策中“从宽”的一面。但是近几年的实践表明,附条件不起诉制度有走入一味从宽的误区的趋势。这种趋势所带来的不良影响已显出端倪,其中最有说服力的便是附条件不起诉之后重新犯罪率居高不下。笔者认为,附条件不起诉制度之所以陷入此困境很大程度上是因为其配套措施不到位。对“教育刑”理念的过分推崇导致附条件不起诉制度的配套措施丧失了其应有的惩罚作用。

“宽严相济”绝不是一味从宽。对涉罪少年进行附条件不起诉处理已是宽大,那么在相应的配套措施上则应当体现出一些严厉。侦查分流的配套措施应当吸取此教训,对分流后的涉罪少年绝不能一放了之。而是通过合理的配套措施对其进行教育和矫正,最终完成对涉罪少年的再社会化改造。

笔者认为,对于被采取分流措施的涉罪少年,可以采取以下处置方法。

(1) 批评教育及责令父母严加管教。此种处置方法仅限于犯罪情节特别轻微且认错态度良好的涉罪少年,警察可以对其提出批评并警告其不要再犯,随后便可交由父母并责令其尽到监护人的责任对涉罪少年进行家庭教育防止其再次触犯法律。如果涉罪少年的监护人明显未尽到监护责任,警察可以对其处以罚款,使其认识到自己的监护责任。

(2) 赔礼道歉及赔偿损失。警察应当使涉罪少年当面向被害人及其家属赔礼道歉并视情况赔偿其损失,以获得被害人及其家属的谅解。(3) 定期探访对被分流的少年。警方应当派专人定期对被分流

[1] 亢晶晶. 我国侦查程序分流的制度化构建[J]. 犯罪研究, 2013(2): 47-53.

的少年进行探访,以观察其表现如何。主要通过了解其社会交往、日常活动、学习和工作情况推断其是否有再犯的可能性。如果发现其存在逃课上网、与不良少年接触等不端行为,应果断进行干预,避免再犯可能性。(4)社区公共服务。对于涉罪少年可以在其学习或者工作之余,让其到指定的社区参加无偿的社区服务或公益劳动。有条件的社区可以配备专门的青少年司法社工协助执行。通过义务劳动,可以唤起涉罪少年对社会的责任感,同时也能使社会在一定程度上改变对涉罪少年的看法,使得涉罪少年有机会获得社会的认同。(5)建立专门的矫治和羁押机构对于一些罪行较为严重的涉罪少年,以上措施的惩罚性可能略显不足。此时便有必要通过专门的矫治机构来对其进行矫治。英美国国家设有感化院制度,效果较为理想。我国也可仿照建立多元化的专门矫治机构。

#### 四、结语

侦查阶段的分流机制需要规范化运行,除了文

中所提到的方面之外,还需要依赖合理的考核机制。长期以来,我国司法机关往往把刑事追诉当作主要目标,而侦查机关尤其如此。侦查机关内部往往把逮捕率、破案率等指标与警察的绩效联系起来,导致许多警察在立案之后“不愿放嫌疑人一马”,对成年人犯如此,对未成年犯亦是如此。针对考核不合理的考核制度所带来的一系列弊端,必须尽快建立一套独立于成年人案件的考核机制之外的科学合理的未成年人案件的考核机制,以适应立法上的要求。在这方面,我国可以学习美国的少年警察制度。美国的少年警察有一套独立的绩效考核制度,其评判的主要标准不是逮捕率等与刑事追诉有关的指标而是分流率以及分流之后的再犯率。我国侦查机关应当建立类似的绩效考核制度,提升广大侦查人员的积极性,认真审查未成年人案件并将符合条件的予以分流。

(责任编辑:叶杨杨)

## On the Construction of the Investigation and Diversion Mechanism of Juvenile Criminal Cases

Ma Saisai

*School of Criminal Justice, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan*

**Abstract:** The judicial diversion system plays an important role in the protection of juvenile suspect. A perfect judicial diversion system should involve multiple subjects and run through all stages of justice. At present, China has established a judicial diversion system in both the review and prosecution stage and the trial stage, but the diversion in the investigation stage is in a state of absence, which will undoubtedly greatly reduce the effectiveness of judicial diversion. In order to improve China's judicial diversion system, it is necessary to learn from foreign experiences and construct China's investigative diversion system from the feasibility of system establishment, system value, application conditions, supervision and relief, and supporting measures.

**Key words:** Juveniles; Program diversion; Personal hazard assessment