

未成年人刑事司法省思

主持人 张鸿巍[暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师]:目前,我国未成年人司法正在逐渐摆脱刑事司法的传统桎梏,转向刑事、民事和行政。而且,未成年人刑事司法正悄然发生着诸多变化:一方面,一些基本制度趋于更加细致化、实操化且愈加接地气;另一方面,部分基本原则、制度、程序也不断面临着来自公众对“儿童最佳利益”原则与底线正义间博弈和磨合的质疑与拷问。

针对上述未成年人刑事司法理念与实务存在的一些纠结与挑战,张鸿巍教授的《未成年人刑事案件不公开审理的反思与转进》与程捷副教授的《未成年人刑事辩护的教育化倾向与回归路径》两篇论文聚焦未成年人刑事案件不公开审理及刑事辩护,分别从有条件附程序、控辩平衡等视角进行了省思。针对一些未成年人恶性暴力刑事案件是否予以公开审理及若公开审理所适用特定规则等考量,张鸿巍提出未成年人刑事案件审理宜由目前绝对不公开改为相对不公开,并提出若干完善建议。基于对未成年人刑事辩护教育化倾向背离了辩护制度初衷的现实担忧,程捷结合当前法律修订,对未成年人案件辩护人教育适格性进行了深入探讨,并在此基础上提出了关于未成年人刑事辩护制度的若干优化建议。

未成年人刑事案件不公开审理的反思与转进

■ 张鸿巍

(暨南大学 少年及家事法研究中心,广东 珠海 519070)

【摘要】作为刑事案件公开审理的例外规则,对未成年人刑事案件予不公开审理,体现出对减少未成年人污名化的认知及对其矫正自新的期待。然而辗转于公众知情权与未成年人隐私权保护的现实冲突下,一些未成年人恶性暴力刑事案件亦面临是否予以公开审理及若公开审理所适用特定规则等考量。基于“儿童最佳利益”原则,本文建议未成年人刑事案件审理,宜由目前绝对不公开审理改为相对不公开审理,并提出严格限定可予公开审理的刑事案件范围、审慎设计有条件附程序的公开审理流程、稳妥考量适格

收稿日期:2021-09-12

作者简介:张鸿巍,暨南大学少年及家事法研究中心教授,博士生导师,美国 Sam Houston State University 刑事司法学博士,主要研究法律实证及定量犯罪学、少年家事法、比较刑事司法。

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“《未成年人司法法》立法建议稿”(课题编号:18AFX010)、广东省高校哲学社会科学专项研究项目“全面依法治国背景下推进社会治理重心下移与基层治理研究”(课题编号:2019GXJK018)、中央高校基本科研业务费项目“留守儿童社会适应促进与反社会预防评估”(课题编号:19JNZX213)的阶段性研究成果。

人员有限旁听及媒体有限报道、认真赋予未成年被告人申请公开审理的权利、积极拓展人民陪审员参审的作用发挥及机制保障等建议。

【关键词】 未成年人刑事案件 不公开审理 儿童最佳利益原则
公众知情权 未成年人隐私权

一、问题提出

公开审理(open trial或public trial)与不公开审理(closed trial)对立统一于各法域的刑事司法实践中,前者为原则,后者为例外。作为“公正审理”的重要背书,“公开审理”已然成为现代刑事案件审理的金科玉律,各法域皆然,我国亦不例外。《中华人民共和国宪法》第125条规定,“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行”;《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第188条规定,“人民法院审理第一审案件应当公开进行”。这些规定,为我国当前刑事案件公开审理的直接法律依据。然而与公开审理所背,“不公开审理”在司法实践中亦有存在必要性,其系指法院依法律规定或因其他正当事由决定案件不予公开审理或公开宣判的司法制度。不公开审理通常分为法定不公开与申请不公开两种形式。据现行《刑事诉讼法》,审理时被告人不满十八周岁的案件,为法定不公开审理案件。

2013年,李某某强奸案备受瞩目,引发了公众及媒体对未成年人刑事司法诸问题的连锁反应。案件因被告人为未成年人而行法定不公开审理。审理过程中,李母提交了《关于公开审理的申请》。辩护律师称,李母此举是想让事实、证据和办案过程公开化,接受全社会监督,以消除公众对其家庭及司法的双重误会^[1]。该言论如一石激起千层浪,公众既有对此类案件公开审理的期待与欢呼,也有对该律师曲解现行法律条文的不解与质疑。就该案,无论当事人、公诉方、审判方与辩护方,抑或旁观公众,皆不同程度地主动或被动介入了未成年人刑事案件是否应予公开审理的热烈讨论之中。

我国立法自1979年以来长期坚持未成年人刑事案件绝对不公开审理原则。如1979年《刑事诉讼法》第111条规定,“十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件,一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件,一般也不公开审理”;1996年《刑事诉讼法》延续了上述规定,第152条对未成年人刑事案件不公开审理未做变动;2012年《刑事诉讼法》第285条再次明确,“审理的时候被告人不满十八周岁的案件,不公开审理”。但是,上述立法规定是否意味着对未成年人刑事案件审理仍可不加区分地一律适用不公开审理,特别是当公众对未成年人刑事司法之公正的担忧集中在未成年人所犯严重暴力犯罪上时?事实上,在“儿童最佳利益”(the best interests of the child)原则面前,未成年人刑事案件适用绝对不公开审理,究竟是基于理性推理还是主观推定?是否仍不可撼动,抑或如何撼动?

二、挑战:公开与不公开审理的边界

在无法立即给予答案之前,实有必要回顾刑事案件公开审理的衍进,并检讨和反思其与未成年人刑事案件“不公开审理”的冲突与博弈。

(一)公开审理的涵义及衍进

各法域对公开审理的定义虽不尽相同,但大体是指法院在审理及宣判时公开进行,且公众可到庭旁听、媒体可予报道。如保罗·格维茨(Paul Gewirtz)所主张,公开审理的功绩在于阻挡外

部压力,或者至少将其转变成形式化的正式举证和判决仪式。而一旦聚焦于刑事审理,则争议将围绕叙事结构和困惑应对进行,涉及在审理中讲什么故事、如何讲故事以及谁是适格听众。在他看来,“维持法庭与普通生活之间的界限,是法律程序的核心部分。”^[2]由此,公开审理维护法律程序公平、促进司法公正,构成刑事审理的基本要素。

在公开审理大行其道之前,东西方皆长期存在秘密审理或不公开审理,为司法擅断与不公提供温床。公开审理并非当下发明,而是社会思想逐渐演变的产物,其渊源值得考究。虽然古罗马人曾在某些场合进行过公开审理,但尚无证据表明英美法系的公开审理由罗马法演变而来^[3]。据现有文献,公开审理或始于1066年征服者威廉(William the Conqueror)入侵英格兰后。彼时,最常见的基层司法多由部落或社区实施:每位成员皆隶属于特定社区,须向该社区寻求司法保护;只要有人加害社区任一成员,便被视为加害于整个社区,将接受整个社区的审理。这些审理程序甚为简单:由自由人出任法律及事实上的法官并组成法庭,且无专业律师出庭;审理皆于公开场合甚至在露天进行^[4]。尽管这些并非源于“公开审理为权利”的概念,但已具有现代公开审理的雏形,亦被视为普通法系重要特征之一^[5]。

1166年,英王亨利二世(Henry II)依《克拉伦登诏令》(Assize of Clarendon)创设“巡回法庭”,始设陪审团审理,要求涉嫌谋杀、纵火、抢劫等恶性刑事案件皆须由至少有12名自由人组成的陪审团审理^[6]。参与审理是自由人所承担的主要社区义务之一;在某些情境下,社区可对未亲身或没有派遣合格代表参与审理的自由人科处罚款^[7]。尽管英国人亦认可酷刑并否认自证其罪,但并未采用当时欧洲大陆司空见惯的秘密审理^[8]。此后,从“星际法庭”(Star Chamber)时代逐步衍生出完全独立的陪审团。1670年的“布什尔案”(Bushel's)历史意义重大,其使陪审团终于摆脱了来自法官的干预和胁迫,被告人亦始享有包括以自己名义传唤证人、由律师代理和反对自证其罪等权利。正是在这个发展时期,公开审理显然具有了新的意义:为被告人提供了司法保护,防止其被剥夺其他基本权利^[9]。

类似关涉公开审理的规定,陆续于其他法域逐步落实。如,在美国国会1791年12月15日批准的《联邦宪法》之《人权法案》(Bill of Rights)中,被告人有权“享有由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开审理”的权利。该修正案制定的目的在于:为确保被告人获得公正审理,须进行迅速和公开的陪审团审理。针对未成年人无“未经过正当法律程序不能对其定罪及监禁”权利的窘况,在1870年“人民诉特纳案”(People Ex Rel. O'Connell v. Turner)中,伊利诺伊州最高法院要求,在所有针对未成年人的刑事起诉中,即便犯有严重和令人发指的罪行,未成年人仍有权要求被告告知指控的性质和原因,并有权要求公正的陪审团进行迅速的公开审理^①。

差不多同一时期,法国、德国、日本等国家于1808年、1877年、1880年相继实行公开审理。从1764年意大利人切萨雷·贝卡利亚(Cesare Beccaria)正式提出公开审理,到主要西方国家将这一原则规定在立法中,跨越了百年^[10]。在相当长时间里,欧陆对未成年人刑事案件审理通常没有特殊规定,公开审理为普遍现象^[11]。而随着清末法律改革的深入,公开审理原则亦传入我国。光绪三十二年(1906年)公布的《刑事民事诉讼法》,最早提出了公开审理原则^[12]。该法律第13条规定,“凡开堂审讯,应准案外之人观审,不得秘密举行。有关风化及有特例者,不在此限”。

鉴于其重要性,在联合国及其所属机构屡屡出台的“宣言”“公约”“准则”与“标准”中,公开审理皆被予以规定。如《世界人权宣言》(Universal Declaration of Human Rights)有两条涉及公开审理:第10条规定,“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”;第11条第1款继而规定,“凡受刑事控告者,在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审理而依法证实有罪以前,有权被视为无

① 参见 People Ex Rel. O'Connell v. Turner, 55 Ill. 280 (Ill. 1870)。

罪”。联合国《公民权利和政治权利国际公约》(International Covenant on Civil and Political Rights)第14条第1款亦规定,“任何人受刑事控告或因其权利义务涉讼须予判定时,应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问”。这些规定皆从国际法层面对刑事案件的公开审理作了原则性规定。

刑事审理须推进“寻求真相”,但也须使公众相信审理本身的“公正”^[13]。与不公开审理或秘密审理相对应,公开审理的“公开”通常指法庭不采取保密性措施以排斥公众知悉程序及争议事实,有助于推动辩护、回避、旁听等制度落地。由此来监督审理的公正推进,特别是证据采用、事实认定及责任确认^[14]。对公开审理内外延,学界有广义和狭义的不同理解:狭义公开审理包括审理和宣判阶段,而广义公开审理则涵盖从立案、审理、宣判到执行等阶段。仅以狭义公开审理观之,其强调审理全程皆应公之于众,如允可公众到庭旁听、媒体报道,实现作出公正裁决和保障人权的目^[15]。

从公开范围看,公开审理至少应涵盖向当事人公开与向公众公开两层含义。向公众公开涉及公众对刑事案件的知情权,可通过旁听案件庭审和媒体报道等途径实现。前者对应公平审理权,为直接公开;后者对应监督知情权,为间接公开^[16]。作为直接公开的重要路径之一,旁听即为公众到庭观摩与体验庭审;而间接公开则是公众通过媒体知晓审理^[17]。在审理全过程及具体特定环节中,法官可将公众全部或部分排除在外,以控制参与人数与对象。然而当公众被排除在庭审外时,可能出现知情权或知悉权被侵害的问题。

(二)未成年人案件之不公开审理

为更好保护未成年人,不公开审理其案件已被视为公开审理原则的例外。国际法及各法域现行立法皆认为未成年人与成年人不同,这也是相关司法程序有所不同的根本原因。《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child)、《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child)和《公民权利和政治权利国际公约》等国际重要人权公约皆体现了基于未成年人心智尚未成熟而来的特殊司法保护。如《儿童权利宣言》规定,“儿童因身心尚未成熟,在其出生以前和以后均需要特殊的保护和照料,包括法律上的适当保护”。《公民权利和政治权利国际公约》第14条第4款规定,“少年之审判,应顾念被告年龄及宜使其重适社会生活,而酌定程序”。《联合国少年司法最低限度标准规则》(United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice,以下简称《北京规则》)专章规定了“审判和处理”,其中第14.2条规定,“诉讼程序应按照最有利于少年的方式和在谅解的气氛下进行”。

大多数法域未成年人司法与我国未成年人司法尚不在同一语境下,前者多为民事或家事法体系中运作的非刑事司法体系,而后者大体仍“蜷缩”于传统刑事司法之内,两者在案件受理范围、庭审程序及证明标准等核心问题上差别甚大。从性质来说,域外少年法庭多为为不良少年所设立的家事法庭,所依据的法律“并非惩罚违法者,而是为了救助儿童”^[18]。以美国为例,自1899年芝加哥建立首家少年法庭后的二十多年中,少年法庭多公开审理未成年人案件,即对公众与媒体开放。如1907年亚拉巴马州未成年人庭审程序,“无需特定形式或仪式”,以“引发未成年人真实的心态与品德……并确定何为对其最好的……福祉”^[19]。直至20世纪20年代,美国各州法律才将公众拒之于少年法庭外,即适用不公开审理。在1967年“戈尔特案”(In Re Gault)中,联邦最高法院将少年法庭比作“袋鼠法庭”(kangaroo court),认为未成年人被非法剥夺了一系列正当程序权利。逐渐地,正当程序渐被引入少年法庭。即便如此,联邦最高法院仍认为享有公开审理的权利主体不应扩大至未成年人。在四年后的“麦基弗诉宾夕法尼亚州案”(McKeiver v. Pennsylvania)中,联邦最高法院明确拒绝将未成年人获得陪审团公开审理的权利注入少年法庭^①。近年来,美国未成年人司法以更加正式、对抗和惩罚为导向。几乎所有州都

^① 参见 McKeiver v. Pennsylvania, 403 U.S. 528 (1971)。

在修改其未成年人法,对未成年犯罪人的归责和关注公共安全成为改革的关键目标^[20]。时至今日,美国少年法庭已从仅关注矫正自新发展成为兼顾矫正自新和报应惩教^[21]。而这种非刑事化运作的少年法庭,已然剥夺了未成年被告人享有公开审理的权利^[22]。

但一些法域亦将犯有严重犯罪的未成年被告人视为“成年人”起诉至刑事(成人)法庭,并在其获罪后于刑事(成人)司法系统中对其予以惩教。20世纪90年代,美国几乎每个州皆修改了法律,以使被指控犯有严重罪行的未成年人可被视为成年人受审^[23]。仅2018年,美国少年法庭将大约3600起未成年人案件移送至刑事(成人)法庭受审^[24]。通过法律明文规定或检察官酌处,将部分未成年人案件直接起诉至刑事(成人)法庭的情况更是司空见惯。这些被移送至刑事(成人)法庭的未成年人刑事案件,将予公开审理。采取这种做法的并非只有美国,英国、印度等国也有类似做法。如在英国,未成年人原则上于少年法庭受审;但若其与成年人一同被指控,则将一并于刑事(成人)法庭受审。而未成年人一旦涉嫌凶杀、涉枪以及性侵等严重犯罪时,其将直接于刑事巡回法庭受审。与少年法庭不同的是,审理将是公开的,且不得公布姓名的媒体禁令亦有可能被法官予以解禁^①。这在一定程度上反映出未成年人案件审理的二元化趋势:轻微犯罪及偏差行为的案件由非刑事化运作的少年法庭进行不公开审理;而对于较为严重的未成年人犯罪及未成年惯犯、累犯,则往往由刑事(成人)法庭进行公开审理^[25]。

相较之下,我国现有法律及司法解释对公开审理例外情形皆有明确规定,包括未成年人刑事案件不公开审理原则。从《刑事诉讼法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》和《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)数次立法变动与相关司法解释出台看,立法与司法均严格规定了未成年人刑事案件不公开审理制度^[26]。2012年,《刑事诉讼法》修订并于第五编(特别程序)第一章专门规定了“未成年人刑事案件诉讼程序”,凸显了保护未成年被告人诉讼权利的特殊司法理念,强调了未成年人犯罪案件不公开审理原则,如第285条规定,“审理的时候被告人不满十八周岁的案件,不公开审理”。而在2021年颁行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)中,第557条对《刑事诉讼法》第285条作了进一步明确,“开庭审理时被告人不满十八周岁的案件,一律不公开审理”。上述规定中的“不公开”,常被理解为“审理过程”不公开,而不涉及“宣判”是否公开。如,有学者主张未成年人刑事案件不公开审理基本含义即是审理过程不公开,即法庭在开庭审理未成年人刑事案件时,限制出庭人员,审理过程不向公众公开^[27]。然而,考察《刑事诉讼法》及《解释》对未成年人刑事案件不公开审理的规定,则似有矛盾之处:一方面,两者皆规定“审理的时候被告人不满十八周岁的案件,不公开审理”;而另一方面,却又分别在《刑事诉讼法》及《解释》的第578条规定,对未成年人刑事案件,宣告判决应当公开进行。换言之,未成年人刑事案件的审理过程不公开、宣判判决公开,将审理与宣判硬性分离,适用了不同标准。而2013年颁行的《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》第2条要求最高人民法院在互联网设立中国裁判文书网,统一公布各级人民法院的生效裁判文书,但第4条却又规定涉及未成年人违法犯罪的生效裁判文书不应当在互联网公布。这种审理过程不公开与宣判判决公开的分离,在一程度上造成未成年人刑事案件不公开审理原则在司法实务中落实的前后矛盾,亟待予以进一步释明。

三、困境:“儿童最佳利益”原则下隐私权与知情权的冲突

新修订实施的《未成年人保护法》第4条要求,“保护未成年人,应当坚持最有利于未成年人

^① 参见 Magistrates' Court Act 1980, s.24.

的原则”,涵盖给予未成年人特殊、优先保护,尊重未成年人人格尊严,保护未成年人隐私权和个人信息,适应未成年人身心健康发展的规律和特点,听取未成年人的意见,保护与教育相结合等。上述对未成年人进行全面综合保护的要求,直接源自《儿童权利公约》第3条,即“在涉及儿童的所有行动中,无论是由公共还是私营社会福利机构进行的,法院、行政当局或立法机构,应以儿童的最大利益为首要考虑”。根据这一条,所有涉及儿童的行动,包括未成年人刑事案件是否予以公开审理,皆应以“儿童最佳利益”为首要考虑。

少年法庭自成立以来即遵循“儿童最佳利益”原则行事,各法域司法机构亦对未成年人进行适当保护。但并没有完美的公式或标准来确定如何最符合未成年人的利益,因此诸多域外学者认为,落实“儿童最佳利益”原则时,时常面临模棱两可的适用窘况,其缺陷在于:对任何儿童来说,“最佳”的涵义往往是不确定且兼具推测性的,需要在替代方案之间进行高度个性化比较。这意味着决策者依据“儿童最佳利益”原则作出相应决定时,在对不同论点和考量行使酌处权时有相当大的回旋余地^[28]。具体到对未成年人刑事案件特别是某些恶性刑事案件的审理,涉及公众知情权与未成年人隐私权保护的现实冲突。若不加区分地一律审理不公开,不仅可能过于理想化,还可能导致宽严失当、价值失衡。若公众无法直接或间接感知未成年人刑事案件审理的公正性,继而据此提出不解与质疑,将在很大程度上不利于全面落实对未成年人的特殊司法保护,包括督促涉罪未成年人切实迷途知返、矫正自新。

(一)案件保密性与未成年人隐私权

在未成年人案件审理过程中,未成年人隐私保护优先是未成年人司法特别是未成年人刑事案件审理的核心内容之一^[29]。《儿童权利公约》第40条规定,缔约国应当确保任何“儿童的隐私在诉讼的所有阶段均得到充分尊重”。《北京规则》在规则8与规则21中明确了隐私保密性与档案保密性,规则8指出,“应在各个阶段尊重少年犯享有隐私的权利,以避免由于不适当的宣传或加以点名而对其造成伤害”及“原则上不应公布可能会导致使人认出某一少年犯的资料”。在此基础上,规则21继而提出,“对少年罪犯的档案应严格保密性,不得让第三方利用。应仅限于与处理手头上的案件直接有关的人员或其他经正式授权的人员才可以接触这些档案”。上述国际公约及规则对未成年人隐私权特别是审理阶段的隐私权作了较为笼统的规定:一是明确未成年人享有隐私权;二是该隐私权应贯穿于诉讼始终,包括审理过程。

保持较高度度的案件保密性,对未成年人隐私保护及矫正自新至关重要。自创始伊始,少年法庭支持者即主张只有摆脱了公众污名,未成年人才可能摆脱陷入过去困境而不可自拔^[30]。仍以美国为例,少年法庭并不过度热衷于为未成年人提供类似成人案件的保密性权利。第一,少年法庭的庭审被设计为类似于诊断程序,其任务是评估未成年人问题而非证明有罪。第二,与成年人不同,未成年人有权得到监护。第三,少年法庭倾向于矫正而非惩罚未成年被告人。第四,成年被告人的诉讼权利不尽然适用于少年法庭,因少年法庭运作方式与刑事(成人)法庭大相径庭。第五,过多程序性保障措施被认为对维系少年法庭是有害的,因其可能会违反未成年人庭审所需的非正式性和灵活性^[31]。1967年,联邦最高法院大法官安倍·福塔斯(Abe Fortas)在“戈尔特案”中这样倡导,“将年轻人所犯错误隐藏在公众注视后,将其葬在被遗忘的过去墓地中”^①。但当面对联邦调查局定期收集各州法院记录时,联邦最高法院又高度质疑未成年人案件是否真的需要那么高度度的保密性^②。此外,尽管联邦宪法第一修正案隐含新闻界有参与刑事案件审理的权利,但联邦最高法院并未解决这一规定是否涉及未成年人案件的问题^[32]。这种对未成年人隐私保护及案件保密性前后矛盾的看法,突出反映

①② 参见 *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967)。

出法院对该问题持一定的保留态度。

（二）案件公正性与公众知情权

由隐私保护而来，“保密性”是少年法庭和传统刑事（成人）法庭审理之间的重要区别因素，但过度限制公众旁听及媒体报道可能会损害其参与庭审的权利。而对涉嫌恶性刑事犯罪未成年人的隐私权进行绝对保护，既不现实，也缺乏充分法理依据，宜过渡到相对保护。保密性仍被视为隐私保护措施，但不应被过度适用^[33]，特别是对实施严重犯罪行为的未成年人。

作为刑事公开审理原则的组成部分，旁听通常系指不特定公众亲自到法庭观摩公开庭审的司法制度，是落实和夯实公众知情权及监督权的重要体现。据考证，我国旁听制度或源于清末预备立宪时期，由西方法治体系中引进而来^[34]。1912年6月26日公布的《法庭旁听暂行规则》，要求法庭设旁听席座位，除法令特别规定外不得禁止旁听^[35]。整体而言，当前未成年人刑事案件审理仍面临着公众参与不足的窘况。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第222条规定，“不公开审理的案件，任何人不得旁听，但具有刑事诉讼法第285条规定情形的除外”。第557条规定，“经未成年被告人及其法定代理人同意，未成年被告人所在学校和未成年人保护组织可以派代表到场。到场代表的人数和范围，由法庭决定。”第578条继而规定，“对未成年人刑事案件，宣告判决应当公开进行。对依法应当封存犯罪记录的案件，宣判时，不得组织人员旁听；有旁听人员的，应当告知其不得传播案件信息”。但这三条不允许普通公众旁听未成年人刑事案件审理的规定似乎过于严苛，一定程度上限制了公众知情权与监督权。

四、出路：附条件依程序的相对公开审理

近年来，尽管未成年人犯罪数量经连续下降后趋于平稳，但未成年人犯罪仍是公众高度关注的热点问题，特别当某些恶性案件频频被曝光时更是如此。据《未成年人检察工作白皮书（2020）》，2016年至2020年，全国检察机关受理审查起诉未成年人涉嫌故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸等严重暴力案件分别是22 028人、19 954人、17 936人、18 172人、15 736人，占全部犯罪人数的比例分别为37.29%、33.48%、30.76%、29.65%和28.63%^[36]，绝对数字仍不容小觑。伴随对未成年人犯罪特别是暴力犯罪的隐忧及持续关注，未成年人刑事案件是否不公开审理，自然不能一概而论。未成年人刑事案件不公开审理原则应继续适用，但宜有例外。建议对于某些恶性案件，实施有条件、附程序公开审理，将未成年人刑事案件绝对不公开审理改为相对不公开审理。出路与具体建议如下。

（一）严格限定可予公开审理的刑事案件范围

包括《儿童权利公约》在内的诸人权公约并未明文规定未成年人刑事案件应不公开审理。如《儿童权利公约》第40条指出，对所有被指称或指控触犯刑法的儿童，应当“要求独立公正的主管当局或司法机构在其得到法律或其他适当协助的情况下，通过依法公正审理迅速作出判决，并且须有其父母或法定监护人在场，除非认为这样做不符合儿童的最大利益，特别要考虑到其年龄或状况”。关于诉讼程序，《北京规则》将其解释为“处理少年罪犯的程序在任何时候均应遵守在称为‘正当法律程序’的程序下几乎普遍适用于任何刑事被告的最低限度标准”。而“正当法律程序”“公平合理审判”应包括如下基本保障：假定无罪、证人出庭和受询问、公共的法律辩护、保持沉默的权利、在审讯时最后发言的权利、上诉的权利等。纵览这些公约及规则，均未直接规定未成年人刑事案件的不公开审理原则。

本文建议，严格限定可予公开审理的未成年人刑事案件范围。对于未成年人普通犯罪，应秉

承“教育为主、惩罚为辅”原则,遵行不公开审理;但对于某些未成年人恶性案件,可考虑采用限定或相对公开审理,包括审理及宣判时的公开进行。不过,相对公开审理的未成年人刑事案件范围不宜过大,或可参酌《中华人民共和国刑法修正案(十一)》中降低刑事责任年龄的条款,适当增加“强奸罪”,而限于“故意杀人、故意伤害罪、强奸罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣”的刑事案件,以回应公众关切,提升未成年人刑事司法的公信力。

(二)审慎设计有条件附程序的公开审理流程

《北京规则》第6.1条约定,“鉴于少年的各种不同特殊需要,而且可采取的措施也多种多样,应允许在诉讼的各个阶段和少年司法的各级(包括调查、检控、审判和后续处置安排)有适当的处理权限”。在其后解释中,《北京规则》强调了有效、公正与合乎人道的未成年人司法,允许在各级重要的诉讼程序中行使酌处权,使得有决定权的主体可对案件采取最适当的行动;必须规定进行核查和制衡,以便制止滥用酌处权而侵犯未成年被告人的权利。对部分未成年人刑事案件进行公开审理,将直面未成年人隐私保护及案件保密性的边界,检察官和法官采取最适当行动时宜有相应酌处权来应对。

本文建议,审慎设计有条件附程序的公开审理流程。即便未成年人涉嫌故意杀人、故意伤害罪、强奸罪,并不必然自动启动对其的公开审理程序,法官可依检察官的申请再酌处是否予以公开审理。此处涉及检察官与法官的双重酌处:一是赋予检察官向法官提出公开审理请求的酌处权,以此启动未成年人刑事案件是否需要公开审理程序;二是赋予法官接受检察官公开审理建议的酌处权,将涉及未成年人刑事案件是否进行公开审理的决定权赋予法官。但为对上述酌处权进行合理监督,还须于审前会议中设立听证程序,律师与检察官此时可提出具体答辩意见,法官在充分考量答辩意见和案件给被害人及社区带来的严重不利影响后,作出是否予以公开审理的最终决定。

(三)稳妥考量适格人员有限旁听及媒体有限报道

虑及程序公正与比例原则等均衡问题,亲历庭审并现场感知未成年被告人是否有悔意及接受法庭审理,可较大程度地保障公众及媒体的知情权和监督权。参与庭审特别是旁听,是推动未成年人刑事案件公正审理的重要渠道。如扬·L·特拉森(Jan L. Trasen)所主张的,只要公众和媒体尊重未成年人的隐私权,适格公众成员进入少年法庭系统的形式便符合“儿童最佳利益”原则^[37]。以美国为例,目前所有州皆许可公众适度参与未成年人刑事案件审理^[38]。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第186条第3款规定,“不公开审理的案件,任何人不得旁听,但法律另有规定的除外。”除了未成年人法定代理人或其他成年亲属外,《刑事诉讼法》第281条及第285条将“合适成年人”与“未成年被告人所在学校和未成年人保护组织”也纳入了参与庭审行列。这实际上对“未成年人不公开审理”作了适当拓宽,“派代表到场”或可被视为公众有限旁听的具体表现形式。《北京规则》在有关未成年人档案的规则中规定,“对少年罪犯的档案应严格保密性,不得让第三方利用。应仅限于与处理手头上的案件直接有关的人员或其他经正式授权的人员才可以接触这些档案。”在其后释义中,《北京规则》指出,“其他经正式授权的人员”一般包括除其他人员外,也应包含研究人员。在考虑是否应允许公众旁听未成年人刑事案件的公开审理时,实有必要在公众知情权和个人隐私权之间取得某些平衡。

本文建议,稳妥考量适格人员有限旁听及媒体有限报道。可旁听未成年人刑事案件审理的适格人员,除《刑事诉讼法》第285条所规定(主要包括未成年被告人所在学校和未成年人保护组织委派代表)的外,应明确包括犯罪被害人及其近亲属和研究人员,但皆应提前向法官提出书面申请并由后者酌处同意与否。对于媒体报道的有限介入,亦或可考虑法官依申请而裁量之。

（四）认真赋予未成年被告人申请公开审理的权利

针对未成年刑事被告人的政策与法律更新,不能忽视其青春期的发展现实,特别是在一定程度上认可其有权申请公开审理。依1924年《日内瓦宣言》(Geneva Declaration)和1959年《儿童权利宣言》(Declaration on the Rights of the Child),儿童被视为需要特别关注和保护的主体。但是自1989年颁布《儿童权利公约》以来,儿童更多被认为亦是权利行使的主体。如,《儿童权利公约》第12条第1款约定,“缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见,对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待”。该条第2款继而约定,“儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和行政诉讼中,以符合国家法律的诉讼规则的方式,直接或通过代表或适当机构陈述意见”。《北京规则》第14.2条亦明确,“应允许少年参与诉讼程序,并且自由地表达自己的意见”。这些规定皆赋予未成年被告人申请公开审理的权利,可予参酌适用。

本文建议,获得不公开审理为未成年刑事被告人的特有权利,其可在法定代理人同意前提下自愿作出放弃该项权利的决定;继而,未成年刑事被告人可行使申请公开审理的权利。但虑及其心智不成熟的现实,法官须结合法定代理人及检察官意见,综合评判是否符合基于“儿童最佳利益”原则及“社会最佳利益”原则而来的“司法最佳利益”原则,在审前会议中通过听证来确定是否许可审理公开。

（五）积极拓展人民陪审员参审的作用发挥及机制保障

人民陪审员制度是极具中国本土特色的司法民主机制,体现和保障了公众参与司法的权利。该制度发端于20世纪30年代的民主革命时期,确立于中华人民共和国成立初期^[39]。据对303万份刑事一审判决书的分析,刑事案件中人民陪审员的参审率显著上升,从2013年的36.3%稳步增至2017年的43.2%^[40]。《中华人民共和国人民陪审员法》于2018年4月通过,第15条规定:涉及群体利益、公共利益的,人民群众广泛关注或者其他社会影响较大的,案情复杂或者有其他情形的一审刑事案件,由人民陪审员和法官组成合议庭审理。由此可见,陪审案件的范围限缩在重大(涉及群体利益、公共利益)、敏感(人民群众广泛关注或者其他社会影响较大)、复杂(案情复杂)案件等有限范围,亦可能与故意杀人、故意伤害罪、强奸罪等未成年人恶性刑事案件交叉。2019年颁行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国人民陪审员法〉若干问题的解释》进一步细化了人民陪审员参与审理的程序。作为公众代表,人民陪审员来自不同岗位,社会经验丰富,可与职业法官同权断案,取长补短,协同法官职业判断与公众朴素判断尽可能合拍。2021年1月,最高人民法院发布《关于加强新时代未成年人审判工作的意见》(以下简称《意见》),其中第19条要求,“各级人民法院可以从共青团、妇联、关工委、工会、学校等组织的工作人员中依法选任人民陪审员,参与审理涉及未成年人案件。审理涉及未成年人案件的人民陪审员应当熟悉未成年人身心特点,具备一定的青少年教育学、心理学知识,并经过必要的业务培训”。这为进一步发挥人民陪审员在未成年人刑事案件审理中的作用提供了政策依据。

本文建议,可积极拓展人民陪审员参审的作用发挥及机制保障。首先,应当在确定进行公开审理后,考虑由法官及人民陪审员共同组成合议庭公开审理故意杀人、故意伤害罪、强奸罪等有限未成年人刑事案件。其次,应当按照《意见》要求选任符合条件热心人民陪审员参审,提高其广泛性和代表性,完善选任、调配、培训、评查、退出及经费等保障机制。再次,应当强化法官专业指引与陪审员业务培训,确保人民陪审员全程参与未成年人刑事案件的公开审理,贯穿庭前调查、庭审教育、缓刑帮教、回访考察等环节。最后,应当发挥陪审员不同于职业法官的特有亲和力,庭审中适时进行感化教育,情法相融,减少和纾解未成年刑事被告人对公开审理的对抗心理,使法律教育和法治宣传实效更接地气。

[参 考 文 献]

- [1] 《李天一律师:“公开审理”申请违法是常识性误导》, <https://news.qq.com/a/20130729/015621.htm>
- [2] Gewirtz, P.. Victims and Voyeurs at the Criminal Trial, Northwestern University Law Review, 1995, (3).
- [3][14] Schattenfield, T. The Right to a Public Trial, Case Western Reserve Law Review, 1955, (1).
- [4][8][9] Anonymous. Legal History: Origins of the Public Trial, Indiana Law Journal, 1960, (2).
- [5] Radin, M.. The Right to a Public Trial, Temple Law Quarterly, 1931, (6).
- [6] Helmholtz, R. H.. The Early History of the Grand Jury and the Canon Law, University of Chicago Law Review, 1983, (2).
- [7] Hurnard, N.. The Jury of Presentment and the Assize of Clarendon, English Historical Review, 1941, (4).
- [10][15] 程味秋 周士敏:《论审理公开》,载《中国法学》,1998年第3期。
- [11] Gardner, M.. Punitive Juvenile Justice and Public Trials by Jury: Sixth Amendment Applications in a Post-McKeiver World, Nebraska Law Review, 2012, (1).
- [12] 施 玮:《晚近中国审理公开原则的引进与实践——以姚荣泽案为例》,载《长江论坛》,2014年第1期。
- [13] Bradley, C., Hoffmann, J.. Public Perception, Justice, and the “Search for Truth” in Criminal Cases, Southern California Law Review, 1995, (4).
- [16] 王亚明:《审判公开的度量衡》,载《天津法学》,2012年第4期。
- [17] 陶 杨:《刑事庭审旁听制度研究》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》,2012年第1期。
- [18][19] 劳伦斯·弗里德曼:《二十世纪美国法律史》,周大伟等译,北京:北京大学出版社2016年版,第109、110页。
- [20] Myers, D.. Accountability and Evidence-based Approaches: Theory and Research for Juvenile Justice, Criminal Justice Studies, 2013, (2).
- [21] Larsen, K.. With Liberty and Juvenile Justice for All: Extending the Right to A Jury Trial to the Juvenile Courts, William Mitchell Law Review, 1994, (3).
- [22][31] Sanborn Jr, J.. The Right to A Public Jury Trial: A Need for Today's Juvenile Court, Judicature, 1992, (5).
- [23] Bradley, A., Mayzer, R., et al. Juvenile Competency and Responsibility: Public Perceptions, Journal of Applied Social Psychology, 2012, (10).
- [24] Hockenberry, S.. Delinquency Cases Waived to Criminal Court, 2018. Juvenile Justice Statistics: National Report Series Fact Sheet, Washington DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, 2021, pp.1-2.
- [25] Lawrence, R., Hesse, M.. Juvenile Justice: The Essentials, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2010, p.138.
- [26] 张鸿巍:《未成年人刑事案件媒体报道的尺度》,载《预防青少年犯罪研究》,2014年第6期。
- [27] 高一飞 李维佳:《审判公开的限度——以未成年人刑事审判为例》,载《法律科学(西北政法大學学报)》,2013年第2期。
- [28] Skivenes, M.. Judging the Child's Best Interests: Rational Reasoning or Subjective Presumptions? Acta Sociologica, 2010, (4).
- [29][38] 张鸿巍:《美国未成年人案件保密性原则及其松动》,载《当代青年研究》,2014年第5期。
- [30][33] Bazelon, E.. Public Access to Juvenile and Family Court: Should the Courtroom Doors be Open or Closed?, Yale Law & Policy Review, 1999, (1).
- [32] Greenebaum, S.. Conditional Access to Juvenile Court Proceedings: A Prior Restraint or a Viable Solution, Wash. UJ Urb. & Contemp. L., 1993, (Summer/Fall).
- [34][35] 苏全有 李燕南:《20世纪上半叶我国法庭旁听制度述论》,载《安阳工学院学报》,2020年第3期。
- [36] 最高人民检察院:《未成年人检察工作白皮书(2020)》, http://news.jcrb.com/jsxw/2021/202106/t20210601_2284640.html
- [37] Trasen, J.. Privacy v. Public Access to Juvenile Court Proceedings: Do Closed Hearings Protect the Child or the System, Boston College Third World Law Journal, 1995, (2).
- [39] 肖周录 何旺旺:《模式、评议规则与症结:人民陪审员制度改革路径研究》,载《湖南社会科学》,2020年第4期。
- [40] 王禄生:《人民陪审员改革成效的非均衡困境及其对策——基于刑事判决书的大数据挖掘》,载《中国刑事法杂志》,2020年第4期。

(责任编辑:崔 伟)