

## 未成年人刑事辩护的教育化倾向与回归路径

■ 程 捷

(中国社会科学院大学法学院,北京 102488)

**【摘要】**近年来我国未成年人刑事辩护制度呈现出教育化的发展倾向,规范、实践以及理论鼓励辩护人更多参与社会调查,为法定代理人或合适成年人补位,并要求辩护人具有社会科学知识以及教育经验,这使得辩护制度原本的正当程序价值被边缘化。未成年人刑事诉讼程序具有强烈的制裁属性,辩护的首要任务应是控辩平衡。未来可以增加未成年人法律援助律师选择权,规定讯问时辩护人在场,增设辩护人更换机制以强化刑事辩护的实效,并通过短暂回避制度调和未成年人教育任务和刑事辩护任务之间的冲突。

**【关键词】**未成年人刑事辩护 正当程序 教育原则 短暂回避

涉罪未成年人通常具有心理脆弱、性格缺陷以及情感挫败等特征,较之成年被追诉人,他们面对司法机关时在诉讼结构上处于更加弱势的地位。尤其是他们缺乏成熟思考、理解表达以及娴熟应对的能力,更需要全面平衡的制度设计去抵消身心发育受到司法环境干扰的危险<sup>[1]</sup>。同时,未成年人司法既然属于刑事司法的一环,若以未成年人的犯罪行为作为教育或惩戒的契机,唯有经过公平与法治的程序保障,才能促使涉罪未成年人从中体验到人格尊重与公正对待,期待其理解向善。

《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑诉法》)第267条规定了对涉罪未成年人的指定辩护制度,2020年修订的《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》)第104条也将法律援助作为未成年人司法保护的重要内容加以规定。从制度落实上看,实践中的绝大多数涉罪未成年人至少在审判阶段都配备了辩护人,而且以法律援助辩护人为主。但是,当前涉罪未成年人的司法保护较多依赖于检察人员和审判人员的责任感和爱心,刑事辩护功能被形式化、边缘化、搁置化。为了让未成年人辩护制度更具有实效性,理论界和实务界朝着偏重教育学和少年心理学的专业化路径对其重新规划,将辩护人转化成为办案机关的教育帮助人、未成年人的辅佐人或社会调查的参与者。笔者认为,这种教育化的改革倾向背离了辩护制度的初衷,造成了辩护人身份的错乱,混淆了未成年人刑事司法中各种程序参与者的职责分工,实有必要加以厘清。下文拟先总结未成年人辩护制度教育化倾向的若干

收稿日期:2021-09-01

作者简介:程捷,中国社会科学院大学法学院副教授,法学博士,南开大学·中国社会科学院大学21世纪马克思主义研究院研究人员,主要研究刑事法、少年法。

基金项目:本文系南开大学·中国社会科学院大学21世纪马克思主义研究院重大课题“司法公正理论的创新和发展”(课题编号:MYJ2021002)的阶段性研究成果。

表现及弊端,再分析辩护人承担教育任务的局限性,最后尝试对现有未成年人辩护制度提出若干改革建议。

## 一、从规范到实践:未成年人刑事辩护的教育化表现

“刑事诉讼的历史,正是辩护权扩大的历史。”辩护是被告人排除国家机关对其不利指控并影响程序进行方向的活动<sup>[2]</sup>。它原本是为保护被追诉人的利益并维系审判公平而设置的,借由辩护人的专业介入,以弥补被告人法律知识的落差并充实被追诉人的防御能力。但是,在我国未成年人刑事司法的探索中弥漫着一种观念,即未成年人司法的教育性和福利性特征应该更多体现在协作式的诉讼氛围和柔软弹性的司法环境之中,在家庭式的气氛中去处理未成年人违法犯罪的行为<sup>[3]</sup>。受这种思想的影响,在我国《未成年人保护法》《刑事诉讼法》以及相关解释性文件中,体现正当程序价值的制度敬陪末席,不受重视。在各地未成年人保护工作机制创新中,辩护人(尤其是法律援助律师)被更多地赋予了配合办案机关的要求。总之,辩护职能的教育化倾向发生在规范、实践和观念等多个维度,重点反映在以下几个方面。

### (一)从防御指控到调查真实:辩护内容的教育化倾向

2012年,我国修订《刑事诉讼法》,将行之有年的未成年社会调查制度的实践上升为立法。在此前后的一段时间,各地陆续出现辩护律师联合或配合办案机关开展社会调查的实践<sup>①</sup>。例如,在重庆市沙坪坝地区,法律援助律师在公安机关第一次讯问未成年嫌疑人或者对其采取强制措施之日便介入,开始进行社会调查并制作社会调查报告,提出是否逮捕的意见。公安机关积极配合援助律师进行社会调查,并在所属各单位和看守所设立律师会见室,确保法律援助律师在侦查阶段的会见权和社会调查权<sup>[4]</sup>。在湖南省平江县也曾有律师联合检察机关开展社会调查的实践案例<sup>[5]</sup>。近年来,尽管越来越多的未成年人办案机关通过政府购买服务的方式,将社会调查工作外包或委托给商业调查公司或者社工师事务所;但是全国律协发布的《未成年人刑事案件辩护工作指引》第五章仍要求律师参与社会调查环节,及时向办案机关提交社会调查报告,帮助办案机关全面掌握未成年人的人格特征、犯罪原因、动机、表现和帮教环境等客观事实,并将此作为辩护工作的基础。

然而,通过社会调查反映的事实有相当一部分来源于未成年犯罪嫌疑人、被告人的亲属、证人,甚至是利害关系人的言词证据。社会调查反映的情况未必能帮助未成年人办理取保、争取缓刑或不起诉,却可能成为支撑未成年人被判处刑罚甚至更不利处罚的依据。于是令人困扰的问题是,辩护人制作和提交社会调查报告是否可以豁免真实义务?如果不豁免客观真实义务,辩护律师提交或者协助办案机关共同探究未成年人的真实帮教条件,在结论对当事人不利的案件中,如何让辩护人取得未成年人及其法定代理人的信赖?此外,我国辩护律师

<sup>①</sup> 未成年人社会调查虽然在2012年修改《刑事诉讼法》以后被正式上升为立法制度,但是在此之前,其就已经被体现或规定在相关司法解释性文件之中。如,2006年的《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:“对未成年罪犯量刑应当依照刑法第六十一条的规定,并充分考虑未成年人实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等因素。对符合管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚适用条件的未成年罪犯,应当依法适用管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚。”再如,从2001年至2015年适用的《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。”但是,无论是立法还是后续的司法解释性文件,均仅规定司法机关可以委托有关社会组织和机构开展社会调查,未规定可以直接委托律师调查。

不具有强制调查权,社会公信度不高,由其开展社会调查不仅难以得到学校、社区和亲属的配合,反而会在接触被害人或证人过程中带来执业风险,某种程度上也解释了为何实践中律师开展社会调查的情况不理想<sup>①</sup>。

### (二)从监督讯问到替补辅佐:辩护作用的教育化倾向

涉罪未成年人往往属于家庭破碎、失教失养的社会群体,如果得不到辩护律师的帮助,他们在司法环境中受到不合法、不公正的对待将无人关注。让涉罪未成年人面对不当指控时能有机会自卫反抗,才是辩护制度首要关切的事项。只有让未成年人得到公正的对待,才谈得上教育、感化和挽救的实现<sup>②</sup>。辩护人如果能在讯问未成年人时在场,有利于纠正办案人员讯问中的诱供、施压、记录不全、怠于告权等程序违法。

但是,目前我国未承认讯问时辩护人的在场权。2012年,我国参考英国立法经验,在修订后的《刑事诉讼法》第281条(原第270条)确立了合适成年人制度(appropriate adult)。其规定,如果讯问未成年人时无法通知法定代理人、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的,也可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的其他成年亲属,所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场,并将有关情况记录在案。从某种程度上说,十年前的我国未成年人司法改革还肩负着为成年人司法程序正当化改革打破僵局的意义<sup>[6]</sup>。所以,我们对合适成年人制度的设计搭载了辩护律师讯问在场的部分功能,即期待合适成年人能监督和改善办案机关讯问方式,维护未成年人基本权利。这种期待本身就超出该制度在原产国的实际效用,注定会不尽如人意<sup>③</sup>。《刑事诉讼法》第281条规定的合适成年人多数缺乏刑事法律知识支撑,难以起到辩护律师在场的作用。正所谓“一不做,二不休”,不少地区又出现了法律援助律师充当合适成年人的“再改革”。例如,重庆市沙坪坝区检察院在受理公安机关提请批准逮捕的案件后,规定承办检察官应与律师进行联系,告知律师及时介入审查逮捕程序,承办检察官保证在讯问未成年犯罪嫌疑人时该律师在场,律师对讯问程序进行监督并可以向未成年人转达其家长的关怀。可见,此时的律师明显身兼了辩护人和合适成年人的双重身份。可是,辩护人身兼合适成年人的教育性功能,姑且不论其是否具有中立性,至少会抑制他面对讯问人的“战斗反应”。何况,担任合适成年人的法律援助律师并未被指派为辩护人,讯问前也没有会见过未成年人,因而难以迅速达成信赖关系,履职效果令人怀疑。

### (三)从专业分工到多学科通才:辩护人资质的教育化倾向

2013年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部共同出台的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》第13条第2款规定,“对于未成年人案件,应当指派熟悉未成年人身心特点的律师担任辩护人。”2020年修订的《未成年人保护法》第104条第2款规定,“法律援助机构应当指派熟悉未成年人身心特点的律师为未成年人提供法律援助服务。”学界多数观点也认为,理想的未成年人辩护不能再停留于单纯罪轻罪重的法律服务,而应该更多地开展社会调查、推进刑事和解、促进转处并联合社会资源等社会化工作。辩护人如果不掌握心理学、教育学和社会

<sup>①</sup> 实践中,辩护意见趋同化,辩护律师普遍不重视社会调查报告的审查和提供。参见李建超等,《程序失灵视域下律师参与未成年人刑事案件的路径反思与进阶选择——以C市Y区为样本的实证分析》,载《预防青少年犯罪研究》,2016年第6期。

<sup>②</sup> 按照前辈学者的说法,“在我国上世纪八十年代以前,其实就没有国家亲权或儿童最佳利益的观念,那时讨论预防青少年犯罪,要保护未成年人的时候,很多人觉得不可思议,无法理解。”参见徐建:《伟大变革中的我国青少年犯罪与未成年人保护法》,载《青少年法律问题》,2016年第1期。但是,1979年制定的《刑事诉讼法》第27条第2款规定,当被告人是未成年人时,应当为其指派辩护人。这至少可以印证,我国未成年人指定辩护乃至法律援助制度起初就是出于司法公正和法治文明的考虑。

<sup>③</sup> 有英国学者开展的实证研究表明,在英国,由社会工作者担任合适成年人的案件,大部分都无法起到监督纠正警察讯问的作用。参见何挺:《合适成年人讯问时在场的形式化倾向及其纠正》,载《中国刑事法杂志》,2012年第11期。

学等知识,不熟悉未成年人身心发育特点和规律,就很难胜任未成年人辩护工作<sup>①</sup>。

然而,这种主张与辩护资源现实却形成悖论:一方面,多数实证调研都表明,从事法律援助工作的律师往往执业时间不长且辩护经验薄弱,开展通常法律辩护工作的能力和水平都堪忧。即便委托辩护的律师在能力和经验上较强,但多数未成年人犯罪案件以扰乱社会治安和侵犯财产罪为主,往往还有自首和坦白等情形,较之成年人刑事案件,争议不大,辩护人参与积极性不强。另一方面,在补助经费和案件吸引力不足以刺激辩护人责任心和积极性的现实下,额外要求未成年人刑事辩护人成为律师兼矫正师的通才,犹如歌特式教堂建筑上的“虚柱”,徒具装饰而无实际功用。

## 二、未成年人案件辩护人教育适格性的检讨

上述各种表现可以归结到涉罪未成年人辩护是否以及在何种程度上须服膺于教育原则的问题。目前我国多数观点认为,辩护律师应更加重视涉罪未成年人的心理,在辩护行为中付出更多,尤其要承担起未成年人教育协助者的角色<sup>[7]</sup>。笔者却认为,基于以下几个方面的理由,未成年人辩护制度仍应优先服务正当程序目标,而不是教育目标。

### (一)我国未成年人刑事程序的属性仍是刑事制裁程序

我国未成年人刑事诉讼程序是一种刑事特别程序,秉承的是大陆法系将少年非行依照刑事法加以处理的传统。虽然《刑诉法》第277条第1款设置了“教育为主,惩罚为辅”的原则,但这绝不意味着未成年人刑事诉讼程序属于教育程序。一方面,在实体上我国仍然是以构成要件的该当性和违法性来认定未成年人行为的不法性,并且适用和成年人一样的法定刑种类和刑量,仅通过罪责减轻原则实行减轻或免除处罚。实体法不仅没有考虑未成年人发展的需求,规定各种个别化、多样化的教育处分措施<sup>②</sup>,还为了满足社会整体的安全感,在2020年底修订的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》中下调了个别刑事责任年龄。另一方面,我国《刑诉法》提供给涉罪未成年人的转处途径非常狭窄,检察机关的附条件不起诉制度仅适用于可能判处一年有期徒刑以下刑罚且罪名有限的案件<sup>③</sup>,甚至还将未成年人案件纳入认罪认罚从宽制度,增加了未成年人认罪伏法的压力<sup>④</sup>。附条件不起诉制度的考验期限和所附的条件也带有限制和干预的特征,属于一种教育性制裁措施<sup>⑤</sup>。这与国外未成年人司法仅将特殊暴力犯罪或重罪

① 这几乎是目前相关论文中千篇一律的观点。例如,宋志军:《未成年人刑事法律援助有效性实证分析》,载《国家检察官学院学报》,2019年第4期;姚辰:《未成年人刑事法律援助的现实困境与路径选择》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2018年第6期;马丽亚:《原理与路径:未成年人刑事法律援助制度分析》,载《青少年犯罪问题》,2016年第1期;叶青:《未成年人刑事法律援助的实践与新发展》,载《青少年犯罪问题》,2013年第1期;魏虹:《论刑事诉讼中未成年人法律援助制度之完善》,载《人民司法》,2011年第17期。

② 以同样采取刑事特别法模式处理少年非行的德国少年刑法为例,其未成年人犯罪虽然适用成人刑法的罪名,但却独立适用规定在《少年法院法》中的法律效果。德国《少年法院法》规定了教育措施、惩戒处分和少年刑罚三类制裁,在教育措施和惩戒处分的大类之中又区分从训诫到教养院收容教育,从训诫到少年拘禁等十多类处遇手段。参见维尔纳·薄逸克:《少年刑法论纲》,程捷译,载《青少年犯罪问题》,2017年第2期。最终被判处少年刑罚的比例仅占全部少年有罪判决的15.8%,且多数还适用缓刑。参见Vgl. Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, 16. Aufl., 2020, s. 164.

③ 实证研究表明,附条件不起诉制度的适用率仅占未成年人刑事案件的6%。参见何挺:《附条件不起诉制度实施状况研究》,载《法学研究》,2019年第6期。

④ 有观点认为,适用认罪认罚从宽制度也促进了未成年人案件缩短办案周期、降低羁押率、少捕慎捕、达成和解以及促使其悔过自新等目标的实现,参见史卫忠 王佳:《未成年人案件适用认罪认罚从宽制度的思考》,载《人民检察》,2017年第22期。但笔者认为,这种肯定性理由标签大于实质,认罪认罚从宽制度本身带有的办案效率追求和未成年人面临的“剪刀差”压力,即一旦拒绝认罪认罚可能会引发羁押后果的局面、刑事和解注重经济赔偿结果的实践都不利于未成年人的帮教向善。

⑤ 教育性制裁是指为纠正和调控未成年人的行为方式,促进其合乎规范生活的能力的一种非惩罚性的负担。关于教育性制裁的种类和功能,参见程捷:《论未成年人犯罪预防中的教育性制裁》,载《中国青年社会科学》,2020年第5期。

作为刑罚对象,其余犯罪皆由福利取向的少年法院或教育措施处置的做法有很大区别。未成年人处在发育阶段的事实,可以正当化地让他们得到不同于成年人的处遇,但这不足以成为未成年人辩护去对抗化的理由。为了避免司法机关借着保护之名过度限制少年的自由或滥用审判不公开原则,各国少年司法以及少年权利国际公约从来都将正当程序(due Process)与转处(diversion)、制裁上的非收容化(deinstitutionalisation)和少年非行出罪化(decriminalisation)等四项原则并重,并将其称为少年司法的“4D”特征<sup>[8]</sup>。总之,只要少年刑法没有被纯粹的教育法取代,那么辩护人就应该从单边主义立场上去服务自己的当事人<sup>[9]</sup>。

### (二)未成年人社会调查属于由国家担保实现的公共职能

当今未成年人司法制度成熟的国家,无论是将国家亲权还是教育刑法作为其思想基础,都在社会防卫机能之外,搭配了未成年人教育保护职能,使少年司法机关往往兼具行政福利机关的色彩。少年法逐渐自成体系且有别于传统部门法的划分标准,成为横跨宪法、民法、刑法、行政法、社会法和诉讼法,具有四维空间的组合法。以德国少年法为例,少年犯罪被理解为未成年人人格成熟过程中的“插曲行为”(episodentat),是国家以及成人社会修正其成长环境,并以建设性方式修正其行为的契机<sup>[10]</sup>。在未成年人刑事司法中对少年的人格、发育和家庭环境、社会和经济背景开展调查,并且由调查机构对少年特殊的保护需求以及应当采取的措施发表意见,这不仅是刑事诉讼查明事实的一项制度,同时也是链接行政职能,开启少年扶助、教育帮助、家庭支持、缓刑考察、戒护治疗、收容教育等各种福利资源的枢纽。根据德国《少年法院法》第38条规定,在刑事诉讼中开展社会调查的工作由德国专门负责少年福利的行政机关少年局(Jugendamt)会同少年帮助协会(Vereinigungen für Jugendhilfe)共同实施,他们被称作“法院帮助人”(Jugendgerichtshilfe),在刑事诉讼中自始至终担负着未成年人教育和社会照顾的任务。在我国台湾地区,社会调查职能由在少年法院的调查保护处下设置的少年调查官完成,并且可以被适用回避制度<sup>[11]</sup>。在日本,该项工作由家事裁判所交付调查官完成<sup>[12]</sup>。总之,社会调查通常是一种带有公共性、福利性的司法或行政任务,即便有第三方参与,也应该由中立、专业的社会组织会同国家机关通过公私合作的方式完成,同时国家机关要负主导责任或担保责任。由辩护律师开展或参与社会调查,不仅其他国家没有可以借鉴的成熟做法,也不利于克服我国现阶段社会调查制度的弊端。未来应该将该制度擘画成衔接《未成年人保护法》中的政府保护、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)中的分级处遇和《刑法》中的羁押替代、审前转处以及从宽量刑的桥梁。

### (三)利益维护者未必是代行教育权的理想主体

在未成年人刑事司法中,辩护人首先是受到完全信赖并且独立维护未成年人权利的第一责任人。但是,从帮教角度观之,未成年人行为控制既要改善他的人格,也需要空间环境和教育手段的保障。发展心理学研究表明,宽容、仁慈的环境有益于未成年人人格的发育和内在化的规范学习。没有什么比父母或教育权人更能直接且有效地促进外部约束转化成未成年人对自身行为的内部控制<sup>[13]</sup>。合适成年人在讯问时到场、在审判中必须到场、审判不公开、参与刑事和解并且容许在法庭上围绕教育事项参加讨论等一系列程序,既是为了实现符合未成年人特性的沟通,也是让法定代理人或教育权人从家庭或学校的角度解释涉罪未成年人犯罪的原因,从而争取法院和被害人的理解,让未成年人在温暖且安全的氛围中接受处置的一种“治疗性诉求”的过程<sup>[14]</sup>。不同于刑事辩护人的工作,教育权人在这个过程中不会避讳制裁的可能性,但他们可以增进未成年人对司法的信赖。

在我国司法实务中,由于多数涉罪未成年人属于农村留守或城市流动人口,法定代理人难以通知或拒不到场,有的法定代理人甚至成为共犯。应该借鉴域外经验,由前述承担教育和照

顾职责的未成年人专责保护机构承担合适成年人(辅佐人)角色,而不应由其他亲属、学校老师、社区工作者、法律援助律师等人员到场消极见证。因社会调查事前准备和后续工作的需要,专责人员可以与未成年人尽早实现会见且多次交流,有利于未成年人对他们形成信任。由他们以中立者身份斡旋刑事和解,制定修复关系方案和帮教计划,并且协助办案机关监督考察和专门辅导,最终由他们到庭介绍情况,发表量刑建议,参与法庭教育,承接后期帮教,这才是盘活少年司法一体化和社会支持一体化的一步活棋。辩护律师除了具有通知的便利外,其主要工作是监督纠正办案机关违法,本能地和被追诉人一道与办案机关博弈,尽最大可能地争取轻缓的法律后果。要求辩护人去制定或协商个性化帮教方案是缘木求鱼,会不合理地增加律师工作的难度,干扰辩护职能的发挥。

#### (四)社会科学知识和教育经验对辩护工作的助益不可验证

要求未成年人案件辩护人具有教育学知识或教育经验的主张也是值得商榷的。辩护人兼具法律专家和教育人的身份无疑是非常完美的,拥有敏锐的心理洞察力、对少年的爱以及对少年窘境的理解当然是从事未成年人司法事业的一项重要人格品质。但比教育经验更迫切的要求是,不应指派或委托一名欠缺辩护经验的人担任辩护人。因为未成年被告人面对司法机关不掌握话语权,尤其当他们面临严重刑罚和认罪认罚压力时,尤为如此。那些经受不住其他诉讼参与人(例如检察官和法官)诱惑和压力的人,很难维护未成年人的合法利益。从法事实面而言,要求法官和检察官具有特殊的心理学、教育学知识在我国目前尚难以实现。即便是在对法官和检察官的知识背景作了明确规定的德国,根据实证研究表明,实践中也未彻底落实。相反,为数不少的德国法官甚至拒绝这类知识<sup>[15]</sup>。重要的是,德国《少年法院法》规定了法官、审判员和检察官应该具备教育资质和经验,但至今也没有规定辩护人也要具备。

笔者认为,在辩护经验和法律素养之外无须额外追求辩护人的教育学背景,更没有必要将指派法律援助限定在特殊知识背景的律师。因为就罪责问题而言,辩护人始终都应该单边地站在有利于当事人的角度。所以,只要行为人年龄或其他罪责事项在诉讼没有得到证明,即便他内心已经获知了未成年人是犯罪人,他也应该追求无罪判决。就算辩护人已经确信,他的当事人的犯罪倾向或许只能通过剥夺自由的方式才能被矫治,他仍然应该反对国家刑罚权。因为未成年人刑事诉讼不仅具有教育的任务,还有报应惩罚的任务,辩护人恰恰需要在未成年人教育缺陷的评价之外,朝着尽可能轻缓的制裁去工作<sup>[16]</sup>。值得一提的是,是否具备教育经验或能否胜任教育任务的标准也不明确,负责监督辩护质量的主体也未必具有适合去判断的资质。更何况,没有明显的适当理由要求法律援助辩护人要比选任的辩护人具备更多的资质。

### 三、未成年人刑事辩护制度的优化建议

未成年人司法保护一体化并不意味着诉讼角色趋同化。促使未成年人辩护制度教育化的内在原因是实践中辩护质量不高。优化辩护质量不应该将控辩制衡当作教育上的风险,扭曲辩护人的主责主业和诉讼基本架构,也不应该过分偏重从经济上激发法律援助律师的参与积极性。如何提高未成年人辩护质量,并协调辩护目标与教育价值之间的冲突,笔者认为可以通过以下方案具体实现。

#### (一)增加未成年人对法律援助律师的选择权

通常辩护人和自己的当事人须就实施或不实施某个具体的诉讼行为的合目的性达成一致,唯有两者之间形成紧密的信赖关系,方能保证有效的辩护。我国涉罪未成年人获得辩护的主要渠道是法律援助。但实证研究显示,未成年人对刑事辩护律师的印象并不深刻<sup>[17]</sup>,遑论达

成信赖关系。信赖关系首先须建立在未成年人及其法定代理人对辩护人充分了解的基础上。建议未来在法律援助机构指派辩护律师之前,向未成年人及其法定代理人先提供法律援助律师名录,并附上每名律师及其成功案例的说明和介绍。法律援助律师的来源也不必限于办理案件所在的行政区域,可以尝试延展到附近适当距离的律师事务所。同时,应该克服分阶段指派法律援助律师的现象,要求指派的辩护人必须全流程参与案件。当然,如果有些案件具有紧迫性,必须第一时间指派法律援助律师。来不及让未成年人就指派人选发表意见或等待选择的律师到位的,未成年人有权事后要求更换为他理想的辩护人。除非有重大的事由或难以克服的障碍,原则上法律援助机构应该予以满足。

#### (二)规定未成年人讯问时辩护人的在场权

目前,在侦查阶段未及时向未成年人指派辩护人的现象比较突出。同时,侦查讯问时合适成年人在场制度也名存实亡。主要原因在于,法律未就侦查人员不履行指派和通知义务规定明确的程序性后果。笔者认为,侦查讯问的主要任务是调查核实犯罪事实,此时通常不具有开展帮教工作的事实基础。合适成年人此时在场的功能通常不是教育辅导,乃基于照料意义为未成年人提供各种支持。不妨由辩护人在场机制替代侦查讯问时的合适成年人在场。国外也有相同的立法经验,例如德国《少年法院法》第69条第1款规定,如果未成年人案件属于必要辩护的情形,便不再指派辅佐人。此外,一旦规定了未成年人讯问时必须有律师在场的制度,也可以倒逼办案机关及时联系法定代理人委托律师,或者及早保证未成年人得到法律帮助。为了让这种倒逼机制具有刚性,应该确立侦查人员故意违反该项义务时,讯问笔录不得作为定案的依据。目前,司法实践中,已经出现办案人员讯问时怠于通知法定代理人而招致非法证据排除的实务见解<sup>①</sup>,并且在2021年3月修订的《最高人民法院关于适用刑事诉讼法的解释》(以下简称《解释》)第94条第四项中以规范形式确定下来。未来不妨先以指导性案例的形式公布因没有辩护人在场导致未成年被告人讯问笔录排除的裁判规则,待时机成熟后,再正式成为立法或者司法解释规范。

#### (三)增设不合格辩护人更换制度

针对部分律师过分逐利、承担法律援助辩护不负责任的现象,在规则设计上可以参考德国于2019年在《刑事诉讼法》中新设的更换辩护人(verteidigerwechsel)制度。该法第143a条第2款规定,若辩护人和被追诉人之间的信赖关系已遭彻底破坏的,或基于其他理由已无法保证被追诉人能得到妥适辩护的,应由另一名义务辩护人替换现在的义务辩护人。所谓当事人和辩护人之间的信赖关系被破坏,不能单凭被追诉人宣称断,而应当令人信服地说明,从一名理性且清醒的被追诉人的角度观之,信赖关系已被彻底破坏了。例如,辩护人根本不去会见被羁押的未成年人,不去办案机关阅卷,迟延提交或发表辩护意见等<sup>[18]</sup>。如果办案单位或法律援助机构已经知晓辩护人不可能为未成年人提供适当辩护,则应该本着照料义务主动撤换掉法律援助律师。如果律师明确表达援助意愿低下,也应该及时加以解除。当然,办案机关主动解除和更换法律援助律师要慎重,避免破坏未成年人与辩护人之间来之不易的信赖关系。

#### (四)增加庭审中为教育利益的短暂回避规则

未成年人审判活动为了实现寓教于审,可以在法庭中围绕违法行为对社会的危害和处罚的必要性、导致违法行为发生的主客观原因及应当吸取的教训、正确对待法院裁判等内容开展法治教育。《解释》第576条结合《预防未成年人犯罪法》规定了法治教育制度<sup>②</sup>。笔者认为,目前的这项

<sup>①</sup> 如黄志坚等贩卖、运输毒品案(第1167号),载《刑事审判参考》,2016年第1期。

<sup>②</sup> 《解释》第576条:法庭辩论结束后,法庭可以根据未成年人的生理、心理特点和案件情况,对未成年被告人进行法治教育;判决未成年被告人有罪的,宣判后,应当对未成年被告人进行法治教育。对未成年被告人进行教育,其法定代理人以外的成年亲属或者教师、辅导员等参与有利于感化、挽救未成年人的,人民法院应当邀请其参加有关活动。

规定存在下列欠缺:第一,将对被告人判处有期徒刑作为开展法治教育的前提,明显遗漏了犯罪少年以外的虞犯少年、触法少年和违法少年的教育。第二,按照《解释》起草小组的说明,法庭教育可以在法庭调查和辩论结束之后进行,但被告人及其法定代理人或者辩护人提出无罪意见的,在庭审中不进行法庭教育,待作出有罪判决以后才可进行法庭教育。由于有罪判决本身已经包含了制裁后果,这样规定不利于法庭根据未成年人面对教育的反应和需求,会同诉讼各方有针对性地讨论,并制定制裁和帮教方案,有突袭裁判之嫌。第三,即使辩护人没有主张无罪辩护,该规定第2款似乎也有意在教育环节排除了辩护人的参与。如果法庭教育发生在法庭调查与法庭辩论环节之间,则不利于辩护人充分了解其缺席时的法庭进程和内容,以便进一步开展辩论。

笔者建议,未来不妨在该规定的基础上增加为了教育利益的短暂回避制度,具体包括以下内容:第一,在诉讼过程中,如果被告人在场可能不利于教育的,审判长应当让被告人在讨论处理期间回避。当对其辩护有必要的,应该告知其缺席期间审理的内容。第二,如果当着法定代理人、教育权人、辩护人的面讨论未成年被告人的情况,将明显给教育带来不利影响的,也可以命令法定代理人、教育权人和辩护人回避。第三,在作出回避决定前,应该以劝说的方式让有关人员自愿离场。当被告人的教育权人和法定代理人、辩护人再次到庭时,审判长应该以适当的方式告知其不在场时所陈述的或其他已经审理的主要内容。

**结语:**作为“教育、感化、挽救”方针的体现,近年来期待辩护制度在未成年人刑事司法中朝教育性方向的转型,旨在为商谈友好型司法开创机会。但是这种理想情境在全球范围仍属罕见。我们应该看到的是,未成年人辩护对于未成年人得到公正且合乎其人格尊严的对待至关重要。教育价值没有优先于人格尊严或正当程序价值的理由,辩护质量应该通过优化辩护权设计的路径去提升。同时,为了防止辩护给未成年人司法在教育上带来风险,应该增设更加多样化的社会处遇措施,拓宽转处的途径,并在诉讼制度上设计调和两种价值的庭审规则,让辩护制度成为未成年人司法更为兼容的部分。

## [ 参 考 文 献 ]

- [1] Reinhart Lempp. Gerichtliche Kinder – und Jugendpsychiatrie, 1983, s. 222.
- [2] 林钰雄:《刑事诉讼法》(上),台北:新学林出版股份有限公司2017年版,第211页。
- [3] 姚建龙:《权利的细微关怀——“合适成年人”参与未成年人刑诉讼制度的移植与本土化》,北京:北京大学出版社2010版,第225-226页。
- [4][6] 张红良 李和杰:《寻找正当程序与未成年人司法特殊性的平衡点》,载《人民检察》,2011年第13期。
- [5] 黄威雄:《未成年人刑事案件的社会调查报告司法实践》,http://blog.sina.com.cn/s/blog\_67d8675b0100j6oh.html
- [7] 李小猛 谭 尘:《论未成年人犯罪有效辩护的实现》,载《青少年犯罪问题》,2018年第5期。
- [8] Finckenauer. Juvenile Delinquency and Corrections: The Gap Between Theory and Practice, Academic Press, 1984, p.240.
- [9] Gunter Schlickum. Verteidigung in Jugendstrafsachen: Mithilfe zur Verurteilung? in: Strafverteidiger, 1981, s. 359.
- [10][13] Meier, Rössner, Schöch. Jugendstrafrecht, 3. Aufl., 2013, s.9, s.7.
- [11] 刘作揖:《少年事件处理法》,台北:三民书局2007年版,第63、68页。
- [12] 程 捷:《日本少年矫治体系的历史嬗变及对我国的启示》,载《中国青年政治学院学报》,2014年第2期。
- [14] Ostendorf. Jugendstrafrecht, 7.Aufl., 2013, s. 62.
- [15] Franz Streng. „Richter und Erzieher zugleich“? – Empirische Befunde zum professionellen Profil in der Jugendjustiz, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2015, s.605.
- [16] Ulrich Eisenberg. Jugendgerichtsgesetz, 18.Aufl., 2016, § 68, Rn 9c.
- [17] 宋志军:《未成年人刑事法律援助有效性实证分析》,载《国家检察官学院学报》,2019年第4期。
- [18] Beulke, Swoboda. Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, s.139 – 140.

(责任编辑:崔 伟)