

中華女子學院

2007 屆普高本科畢業生

優秀論文集

教務處 編

二〇〇七年九月

中華女子學院

2007 屆普高本科畢業生

優秀論文集

教務處 編

二〇〇七年九月

目 录

法 学 类

法学专业论文

完善我国未成年人犯罪案件诉讼程序的思考.....	1
解决劳动派遣歧视问题的法律对策研究	11
论刑事诉讼中被害人的人权保障	24
未取得预售许可的商品房预售法律问题研究	32
论中国食品安全法律体系的完善	45
论我国网络犯罪的立法完善	54
论我国民事诉讼中法院调解制度的弊端与完善	62
论有限合伙.....	69
论持有型犯罪	76
论我国自然人破产制度的构建	86
论有利原则在劳动法领域的适用	96
对我国反倾销司法审查制度的几点思考	109
盗卖 QQ 号码如何定罪	118
论我国不起诉制度之立法完善	127
我国“非市场经济地位”问题之评析及对策	137
论生育保险促进女性就业的功能.....	149
公证服务构建和谐社会的思考	159
论法律传媒与司法公正	166

社会工作专论文

学会坚强	177
精神科病房陪护人员的心理需求及社会支持系统分析	192

管 理 类**会计学专业、财务管理专业论文**

股权分置改革的市场效应研究	204
上市公司股权分置改革对价方案公布的内幕交易研究	221
基于不同股权结构下现金股利信号传递作用的探讨	231

人力资源管理专业

企业人力资本再分析	245
积极情感、消极情感与工作满意度及组织公民行为的关系实证研究	256
我国行业收入差异之演进及其原因	266
外企员工工作压力源和压力应对方式的实证研究	285
跨国公司在东道国的知识溢出效应分析	307
旅游目的地形象影响因素实证分析	315
北京市基本养老保险基金现状与对策研究	326
女大学生就业难的经济分析	336

教 育 类**学前教育专业论文**

大班社交退缩幼儿的心理理论研究	348
幼儿园数学教育小学化倾向的现状研究	365

教育实习对学前教育专业师范生专业成长影响的研究	384
5-6 岁幼儿面积守恒水平现状的调查研究	402

文学类

艺术设计专业论文

试论建筑在历史上与服装的关系以及它对当代服装的影响	416
绳带的演变	426
户外运动装的功能性设计	437

完善我国未成年人犯罪案件诉讼程序的思考

陈友香

内容摘要: 未成年人刑事案件诉讼制度在世界范围内属于一项比较成熟的法律制度,我国历来重视未成年人权益的保护工作,未成年人的司法保护却还是一个薄弱环节。本文写作的目的就在于探讨建立和完善适合中国的未成年人刑事案件诉讼程序,以更好地维护未成年犯罪嫌疑人、被告人的合法权益并使未成年人刑事案件的处理在司法实践中更易操作。

关键词: 司法 未成年人 立法缺陷 程序完善 未成年人权益保护

Abstract: Juvenile criminal litigation system in the world is a mature legal system. China has always attached importance to the rights and interests of young person's protection, but young persons judicial protection is still a weak link. The purpose of writing this article is to establish and improve the procedures of Chinese penal litigation cases, in order to protect the legal rights and interests of young criminal suspects and the accused and make the proceeding of the penal litigation cases in the judicial practice more easier during the operation.

Keywords: Justice Juvenile Legislation defects Improve procedures The rights and interests protect of juveniles

我国目前没有关于未成年人犯罪的法律定义,根据现行刑法关于刑事责任年龄的规定,未成年人犯罪是指已满 14 周岁至不满 18 周岁的人实施的严重危害社会、触犯刑律而应受到刑事处罚的行为。不满 14 周岁的未成年人不负任何刑事责任;14—16 周岁的未成年人只对法律明文规定的八种罪行负责;16—18 周岁的未成年人对其所有罪行均负责任,但应当从轻或者减轻处罚。这种刑事责任年龄和责任能力的划分,是未成年人和成年人在犯罪和刑罚方面的显著区别,这种区别根源于未成年人心理、生理上的不成熟和社会化的不完全,同样的,这种不成熟和不完全也要求在刑事程序方面对待未成年人应当有符合其身心发展要求的特别模式和制度规定。

我国针对未成年人的一系列法律和规范性文件^①的颁布和实施,推动了我国未成年人刑事诉讼程序的发展,初步建立了具有中国特色的未成年人刑事诉讼程序。尤其要肯定的是《未成年人保护法》和最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》在促进未成年人司法保护工作方面都发挥了积极的作用。但是,那些为数不多的法律规定、司法解释、通知、意见层次参差不齐,而且各部门自搞一套,

^① 这些法律和规范性文件主要包括 1991 年全国人民代表大会第七届人大二十一次常委会通过的《中华人民共和国未成年人保护法》(2006 年又进行了修改),1999 年 6 月九届人大十次会议通过的《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》,最高人民法院 1991 年 1 月 26 日颁布的《关于办理少年刑事案件的若干规定》(试行),公安部 1995 年颁布的《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部(以下简称“两院两部”)1991 年 6 月 1 号颁布的《关于办理少年刑事案件建立互相配套工作体系的通知》,最高人民法院 2000 年 11 月 15 日颁布的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》,最高人民检察院 2002 年 4 月 22 日颁布的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》等。

相互之间不配套，并没有突破占主导地位的成人法规定。因此可以说我国目前关于未成年人犯罪和不良行为处理的法律和司法解释、规章，无论是实体方面还是程序方面，基本上还是以成人法为标准的，这导致了我国未成年人刑事诉讼程序的很多缺陷，理论界和实务界都呼吁对其加以完善。

一、我国未成年人刑事诉讼程序的主要缺陷

1996年修改后的刑事诉讼法，除了重复1979年刑事诉讼法对未成年人刑事审判程序原有的零星规定外，没有在立法上作出新的突破。在解决刑事诉讼共性问题时，刑诉法没有根据未成年人的身心特点和其刑事犯罪的特殊性以及《未成年人保护法》确立的宗旨，对未成年人犯罪案件的侦查、审查起诉、审判、执行程序作出进一步规定。各个程序上未成年人案件的特殊性法条没有形成系统、规范的体系，对未成年人广泛适用成年人适用的法条，反映不出立法机关对该程序特殊性的立法意图。

目前指导我国未成年人司法实践运作的刑事诉讼程序方面的规定比较杂乱、不配套，甚至互相冲突，与《儿童权利公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》（又称《北京规则》）、《联合国预防少年犯罪规则》（又称《利雅得准则》）、《联合国保护被剥夺自由少年规则》等国际性的少年法律文件的规定有较大的差距。可见，我国现行少年法律体系，实际上是一种以《未成年人保护法》为核心构建起来的少年保护法体系，其弊端在于原则性强，不具有司法的可操作性。我国现行未成年人刑事诉讼程序的缺陷主要表现在：

（一）对未成年犯罪嫌疑人获得律师帮助权的规定不完善

首先，《关于律师作用的基本原则》和其他国际法律文件均确认被追诉者享有其所聘请律师的在场权，但我国《刑事诉讼法》只规定犯罪嫌疑人在第一次讯问后可以聘请律师，为其提供法律咨询、代理申诉控告等法律帮助，却不承认第一次讯问当时的律师帮助权，不承认每次讯问时的“在场权”，显然不利于保护未成年犯罪嫌疑人的合法权益。其次，我国法律对未成年犯罪嫌疑人获得法律援助的规定不完善。《关于律师作用的基本原则》和《公民权利和政治权利国际公约》均明确规定，各国政府应确保向贫穷者和其他处境不利的人提供法律服务所需的资金和其他资源，即使在侦查阶段，也要为被指控人指定辩护人，提供法律援助。而我国刑诉法规定法律援助只适用于审判阶段，因此在侦查、审查起诉阶段的犯罪嫌疑人无权享受国家的法律援助，这显然不利于保护未成年人的合法权益。

（二）没有确立未成年人保释作为一项权利的应有地位

国际上通行的做法多是在拘留或逮捕后，对羁押的未成年犯罪嫌疑人采取保释的方法进行审前诉讼管理，一些国际性法律文件如《北京规则》规定保释是未成年嫌疑犯享有的一项权利。我国《刑事诉讼法》没有规定保释权，但规定了与国外保释制度相近似的取保候审制度，但从法律在取保候审制度上所采用的字眼如“未经批准不得离开”、“传讯时及时到案”等看，这一制度更多地表现为一种非监禁的人身控制措施，法律并未将其视为一项权利。这一基于“人身控制”思维而确立的制度，导致了在司法实践中，拘留和逮捕成为常规举措，包括大多数未成年人在内的犯罪嫌疑人都是在被羁押的状态下等待刑事司法机关的侦查、审查起诉和审判，取保候审和监视居住只是作为一种例外措施来适用，这显然与国际社会尽量减少羁押措施适用的趋势背道而驰。

（三）对抗性和专业性的“控辩式”庭审模式不适合未成年被告人

根据修改后的刑事诉讼法，法庭开庭审理采取的是“控辩式”的庭审模式，在讯问、质证、辩论活动中，法庭气氛显得庄重、严肃、威慑、激烈，对于未成年被告人来说，其本来就紧张的心理将更加恐惧不安，特别是对于对那些年龄偏低或是初犯、偶犯的未成年被告人，很有可能因为这样的庭审模式而紧张致使思维混乱，不能客观地陈述事实真相和表达其内心的真实意思。因此，用适用于成年被告人的“控辩式”庭审模式审理未成年人刑事案件，会给未成年被告人稚嫩的心灵打上不良的烙印，更不用说未成年被告人自己如何行使辩护权来保障其合法权益了。

另一方面，“控辩式”庭审模式的专业化包括辩护律师和公诉人争论的焦点、语言用词等方面，对于智力发育、社会知识、认知理解能力尚不健全的未成年被告人来说，往往很难理解控辩双方争执的实际内容及意义，这样不仅会影响审理过程，也会使本该通过控辩双方的控辩活动教育未成年被告人的目的难以实现。因此，刑事诉讼法确立的“控辩式”庭审模式以及在司法实践的运作，不完全适合于未成年人刑事案件的审理。

（四）社会调查工作的缺陷

根据《北京规则》第十六条规定：“所有案件除涉及轻微违法行为的案件，在主管当局作出判决前的最后处理程序之前，应对少年生活的背景和环境或犯罪的条件进行适当的调查，以便主管当局对案件作出明智的判决”。根据最高人民法院发布的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》：开庭审判前，控辩双方可以分别就未成年人的性格特点、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。

根据现行诉讼法，若把社会调查工作交由作为控方的公安、检察机关，则控诉职能的本质属性决定了要想通过控方来调查并提供不是犯罪事实的背景材料，是不现实的，而作为本该可以很好履行社会调查职能的辩护律师，因现行刑事诉讼法规定的对律师调查取证权的严格限制及司法实践中对未成年被告人刑事辩护不足的原因，使得辩护律师也无法承担起社会调查的重任。因此，从目前立法和司法现状分析，社会调查这一对于未成年人刑事案件审判极其重要又极有意义的工作，由控方或辩方承担是不现实的。如果允许法院自行调查，在我国也很难避免审判案件的法官与进行调查收集案件证据材料的法官的重合。最高人民法院发布的《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》规定的社会调查主体的多元化其实根本无法使社会调查得到真正的落实，况且，也没有查阅到其他国家和地区有这样成功实践的立法例。

（五）审判机构的缺陷

尽管我国基层法院和中级法院基本设置了少年法庭，专门办理未成年人刑事案件，最高法院和各高级法院也都设立了少年法庭指导小组。但是，由于目前我国少年法庭属于法院的一个机构，单个的少年法庭一般一年办理的未成年人刑事案件也不多，这样不仅分散了审判力量，又不利于加强和提高对未成年人刑事案件的审判以及审判经验的积累，而且目前我国严峻的犯罪形势和法院的组织体系，决定了法院不可能把未成年人刑事案件的审判作为工作的一个重心，在各个不成规模的少年法庭办理为数不多的未成年人刑事案件，达不到少年法庭的法官一年的工作量，因此，他们不可能不去承办其它案件，这对于发展和完善我国未成年人刑事审判程序极为不利。

当然,我国未成年人刑事诉讼程序存在的问题还很多,如没有规定未成年人刑事司法制度的暂缓起诉、暂缓判决、前科消灭等制度,本文将在下文中论述。

二、我国未成年人刑事诉讼程序完善建议

关于未成年人刑事诉讼程序的完善,实践中还是以法律为依据。具体还要看立法对侦查程序、起诉程序、审判程序和执行程序的规定。

(一) 侦查程序的完善

就未成年人刑事案件而言,警察作为侦办案件的主体,其在侦查阶段的任务除了收集证据,揭露和证实犯罪、犯罪人外,还具有保护、教育、感化、挽救少年的任务。《北京规则》第12条“警察内部的专业化”规定:“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。规则12提醒人们注意,必须对从事少年司法所有执法人员提供专门训练。由于警察是与少年司法制度发生接触的第一步,因此,他们的行为必须有充分认识而且恰当,这一点极为重要。”这方面日本的做法很值得借鉴,日本把未成年人案件的侦查叫“调查”,在地方警察局内特别设置了少年警察,专门办理少年案件。^①在我国,1991年“两院两部”《关于办理少年刑事案件建立互相配套工作体系的通知》规定:“对少年犯刑事案件的侦查、预审工作,公安机关应确定专门办案人员或侧重办理少年犯刑事案件的人员,有条件的地方也可设立专门机构。”但现实状况与法律规定有较大的差距。同普通刑事案件相比,未成年人刑事案件的侦查具有自身的特殊性。

1. 侦查不公开。我国《刑事诉讼法》只规定未成年人犯罪案件审判不公开原则,并未规定侦查不得公开。而未成年人刑事案件侦查不公开的目的强调的是对未成年人身心健康及合法权益的保护。现行联合国的相关决议和我国相关法律、规章的规定^②虽然没有明确规定未成年人案件的侦查不公开,但是基本上可以视为未成年人案件侦查不公开的法律依据。未成年人案件侦查不公开,除了有利于侦查工作的顺利进行外,更是为了保护未成年人和教育、感化、挽救未成年人的目的。这就要求公安机关在办案时,严格贯彻少年案件侦查不公开的原则,例如,到中小学校调查、讯问时严格控制调查、讯问的范围,一般不着警服,不使用戒具等。

2. 审前羁押。审前羁押又称未决羁押,是指犯罪嫌疑人、被告人在法院作出生效判决之前被剥夺人身自由的状态。犯罪嫌疑人、被告人被暂时释放等待审判的权利是一项已经被国际社会认同的基本准则。我国在1998年已经签署了《公民权利与政治权利国际公约》,其第9条第3款规定:“任何因刑事指控而被逮捕或拘禁之人……有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则。但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判,并在必要时报到听候执行判决。”未

^① 北大法学院国外法学研究室编,《国外青少年法规与资料选编》,群众出版社,2001年5月,第38页。

^② 《北京规则》8.1规定:“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。”8.2规定:“原则上不应公布可能导致使人认出某一少年犯的资料。”《未成年人保护法》第五十八条规定:“对未成年人犯罪案件,新闻报道、影视节目、公开出版物、网络等不得披露该未成年人的姓名、住所、照片、图像以及可能推断出该未成年人的资料。”公安部《公安机关办理未成年人违法案件的规定》第5条规定:“办理未成年人违法案件,应当保护未成年人的名誉,不得公开披露该未成年人的姓名、住所和影像。”

成年人因其生理、心理等方面的特殊性,国际社会对于其所应享有的不在羁押状态中等待审判的权利特别强调。《北京规则》第13条规定:“审前拘留应仅作为万不得已的手段使用,而且时间应尽可能缩短。”保释是各国普遍采用的使犯罪嫌疑人、被告人免受审前羁押之苦的审前羁押替代性措施,也是保障未成年犯罪嫌疑人、被告人的有力措施。它反映了国际社会保障人权的共同价值取向,并且可以节约国家为羁押等待审判人员所支付的必要的财政开支及管理上的资源。但我国的审前羁押制度被学者称为“一个封闭的权力圈,其间缺乏当事人的抗辩参与,缺乏中立者的裁量,缺乏有效的救济,是一个纯粹行政化的强力自决程序。”^①我国的取保候审近似于外国的保释。我国目前的法律法规中仅有最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第69条和《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第15条涉及未成年人取保候审,后者规定:“办理未成年人违法犯罪案件,应当严格限制和尽量减少使用强制措施。”但在司法实践中,审前羁押的目的一般被认为是确保犯罪嫌疑人参加以后的诉讼程序,防止相互串供、威胁证人或再行犯罪,因而被广泛适用。客观地讲,我国远没有形成完善的、适应少年司法制度发展需要的少年保释制度。从完善角度讲,今后应赋予被羁押的未成年犯罪嫌疑人、被告人以羁押异议权,并且可以向法官申请人身保护令状和启动人身保护程序,同时规定未成年犯罪嫌疑人、被告人应与成年犯隔离分押。此外,我国还应放宽对未成年人的取保候审的条件和方式,对未成年犯罪嫌疑人应当严格限制和尽量减少使用强制措施,多适用取保候审,应当加紧建立专门的少年监管机构,由其承担取保候审期间少年犯罪嫌疑人、被告人的考察、监督职责。

(二) 起诉程序的完善

“两院两部”《关于办理少年刑事案件建立互相配套工作体系的通知》规定:“人民检察院应根据办理少年刑事案件的特点和需要,逐步建立专门机构。目前,设立专门机构条件不成熟的,应当指定专人负责办理此类案件。”目前,全国有3000多个检察机关设有未成年人犯罪检察处、科、组等专业机构,共有6000余名检察官从事未成年人犯罪检察工作。

在起诉程序方面,我国未成年人刑事诉讼制度应当进行如下完善:

1. 不起诉。联合国《关于检察官作用的准则》第19条规定:“在检察官拥有决定应否对少年起诉酌处职能的国家,应对犯罪的性质和严重程度、保护社会和少年的品格和出身经历给予特别考虑。在作这种决定时,检察官应根据有关少年司法审判法和程序特别考虑可行的起诉之外的办法。检察官应尽量在十分必要时才对少年采取起诉行动。”

参考联合国的规定,我国对于未成年人刑事案件的起诉政策应当是“可诉可不诉的,坚决不诉”。检察机关在处理未成年人犯罪案件时,要按照不起诉的法定条件行事,应保护未成年人的合法权益,体现教育、挽救失足未成年人的精神。同时,对未成年人适用不起诉以切实发挥改造、挽救未成年人的独特作用,还需要建立与之相配套的机制。首先是不起诉决定宣布的不公开制度。结合未成年人案件不公开审理的精神,笔者认为,在检察机关宣布对未成年人案件不予起诉时,不应该采取类似成年人案件的公开方式,而应由检察机关向被不起诉的未成年人的家长、教师等其他可能参与帮教的人宣布不起诉的决定,以保护未成年人的声誉,促进未成年人的成长和积极改造。其次是检察机关还应继续做好帮教的延伸工作,在作出不起诉决定的同时,针对未成年人所犯罪行的原因、性质、特点等情况,向其家长、

^① 唐亮:中国审前羁押的实证分析,法学,2003年第7期,第41页。

学校、单位及基层组织等提出对其教育、改造、挽救的检察建议,协助有关的单位或部门落实帮教措施,并加强对不起诉未成年人的回访、考察工作,注意配合有关部门帮助他们解决实际困难,使他们在复学、就业等方面不受歧视,以利于他们的改过自新。

同时,要建立和健全不起诉的决定程序。我国目前不起诉大体采用的是承办人审查、部门负责人签署意见、检察长或检察委员会决定的程序,这种决定程序存在着不够严格、内部决定、透明度不高的不足。这方面澳大利亚的做法可供借鉴。在澳大利亚,虽然检察署是作出不起起诉决定的独立机构,但检察署要作出不起起诉的决定,应首先与联邦警察局或负责调查案件的部门协商。在检察署作出起起诉或不起起诉决定前,一般要举行听证会,由检察官、辩护律师与治安法官参加。检察署的不起起诉决定须经过检察长同意,并以检察长的名义作出,决定作出之前应通知调查部门以及利害关系人。^①

2. 暂缓起起诉。检察官在办理未成年人刑事案件时,除相对不起起诉、存疑不起起诉外,暂缓起起诉已经成为未成年人刑事检察制度与成人刑事检察制度的主要区别之一。

所谓暂缓起起诉,是指检察机关对于罪该起起诉但犯罪情节较轻,以暂不起起诉为宜的未成年罪犯,采取取保候审的方式设置一定的考察期,进行考察帮教,考察期限届满,检察机关认为确有悔改表现并不致再危害社会,即对未成年犯罪嫌疑人作出不起起诉决定,如在考察期间不思悔改,又违法或犯罪,即撤消取保候审并提起诉讼的一种制度。《北京规则》第11条规定:“应酌情考虑在处理少年犯时尽可能不提交主管当局正式审判。应授权处理少年案件的警察、检察机关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处置这种案件,无需依靠正式审判。”暂缓起起诉制度是在处理未成年人犯罪案件中从宽处理的一种新的尝试,从法律着力保护未成年人的立法本意来看,在决定是否提起公诉时,对未成年人的标准与成年人应有所不同,对未成年人应放宽尺度。

我国《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》对未成年人犯罪案件尽管确立了“教育为主、惩罚为辅”的基本原则,但我国法律并未确立暂缓起起诉制度。从完善未成年人刑事司法制度的角度看,笔者主张在我国确立此制度。同时,应着重配套完善以下两个方面制约机制:一是严格少年检察官的甄选,加强少年检察官队伍的专业化;二是健全和严格暂缓起起诉决定程序。对适用暂缓起起诉的少年实行考察帮教是暂缓起起诉的重要内容。一般包括:建立考察档案;检察机关与家庭、学校、社会、社区共同制定考察计划,检察机关定期或不定期回访、考察和进行帮教;未成年犯罪嫌疑人定期提出书面思想、活动材料,考察期满后由办案人员提出考察报告。^②

3. 分案起起诉。分案起起诉是未成年人刑事诉讼程序的一个亮点。分案起起诉是指检察机关对于提起公诉的未成年人与成年人共同犯罪案件,不妨碍案件审理的,应当分开办理,将少年与成年人共同犯罪的案件分案,分别以独立案件提起公诉,法院分案受理的制度。分案起起诉制度是少年司法分别处理原则的贯彻与体现,也是少年司法制度独立的重要目标,也是联合国少年司法准则所确立的一项基本原则。2000年4月,联合国第九届预防犯罪与刑事司法委员会通过的《少年司法改革一秘书长的报告》指出:“《北京规则》立足于把少年同成人明确分开的原则,立足于建立一个具有专门业务、工作人员和服务等的完全独立的系统结构。”对于未成年人不与成人发生牵连的单独犯罪案件,分别处理原则较易贯彻。而对

^① 陈光中:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社,2004年12月,第89页。

^② 陆红:《关于未成年人刑事案件审判前程序的若干法律问题研究》,南京晓庄学院学报,2005年7月第21卷第4期,第82页。

于未成年人同成人共同犯罪的案件，如何分案处理则较为复杂。最高人民检察院2002年发布的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第20条规定：“人民检察院提起公诉的未成年人与成年人共同犯罪案件，不妨碍案件审理的，应当分开办理。”故我国采用的是在起诉阶段不完全分案办理的做法。但是在起诉阶段将未成年人与成年人共同犯罪案件分案办理，是十分必要的。这是教育、挽救、感化未成年犯罪人的需要；是对未成年犯罪人开展特殊司法保护的需要；是区别对待未成年人犯罪与成年人犯罪、打击成年人利用、教唆、欺骗少年犯罪的需要；也是解决法律适用上的矛盾的需要。

那么，如何理解“不妨碍案件审理”，有关法律文件并没有具体规定。有的学者提出，妨碍案件审理的情形主要是指以下几种情况：一是未成年被告人为首要分子、主犯的。因为这两者在共同犯罪中牵连犯罪事实多，首要分子“按照集团所犯的全部罪行处罚”，主犯“按照其所参与或组织、指挥的全部罪行处罚”，分案后会导致未成年被告人未经相应审判，就要承担罪责的问题。二是未成年被告人被指控的是必要的共同犯罪，分案后容易导致事实难以全面查清。三是未成年被告人被指控的共同犯罪罪名，法定最低刑为十年以上有期徒刑。四是其他可能有碍正常审理的情况，由审查起诉部门自由裁量。^①笔者同意上述观点。

（三）审判程序的完善

法院受理检察机关提起公诉或自诉人提起的未成年人刑事案件以后，未成年人刑事诉讼便进入审判阶段。未成年人刑事案件审判程序应坚持寓教于审，让未成年被告人认识到其行为的社会危害性、犯罪的原因，以利于其今后改过自新；应坚持不公开审判，不仅庭审时而且判决后都不得公开披露未成年犯的姓名、住所、照片以及可能推断出该未成年犯的资料；还要加强对未成年犯诉权的特别保护，规定法定代理人等必须到庭参加诉讼，建立未成年犯的强制辩护制度。

1. 审判主体

世界各国多建立了各具特色的少年审判组织，由专门机关或者人员审理未成年人刑事案件。

我国的少年审判组织建立和发展较晚，在20世纪80年代初期以前一直没有少年审判组织。自1984年开始，上海市市长宁区人民法院率先组建少年法庭，专门审理少年刑事案件。以后各地法院结合本地的实际情况，纷纷建立少年审判组织，这些少年审判组织的建立适应了犯罪少年群体的特性对司法制度的特殊要求，其具有针对性的做法在综合治理少年犯罪中收到了显著的效果。据一些省、市法院统计，经过少年法庭审判的少年罪犯，重新犯罪的约在5%以下，宣告缓刑的重新犯罪率在2%以下，绝大多数犯罪少年都被教育挽救过来。^②

关于我国的少年审判组织，最高人民法院《关于办理未成年人刑事案件的若干规定》第6条规定：“中级法院和基层法院可以建立未成年人刑事审判庭。条件尚不具备的地方，应当在刑事审判庭内设立未成年人刑事案件合议庭或专人负责办理未成年人刑事案件。高级法院可以在刑事审判庭内设立未成年人刑事案件合议庭。上述两种形式统称为少年法庭。”为解决案源不足问题，一个地、市内可以将同一地、市内的所有未成年人犯罪案件指定一或两个基层法院集中审判。国际上将少年司法制度的健全、完善，作为衡量一个国家社会进步、法制文明程度的标志。我国在改革开放以来，一些经济文化较为发达

^① 转引自张宁：我国未成年人刑事案件审判程序的思考和探索，中国政法大学硕士学位论文，2006年11月，第23页。

^② 中国青年政治学院“中国青少年政策”课题组：现状与评价——中国青少年政策研究报告，中国青少年研究，2001年第一期。

的大中城市已基本具备了成立少年法院的经济、物资、文化、实践及社会认可等主客观条件。^①近年来,江苏、上海等省市先后设立了一些未成年人案件指定管辖审判庭,将管辖区域的未成年人案件通过指定管辖集中审理。这是少年法庭向少年法院进一步发展的前奏和基础。我国目前已经有了启动设立少年法院试点的依据。《未成年人保护法》第55条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人犯罪案件和涉及未成年人权益保护案件,应当照顾未成年人身心发展特点,尊重他们的人格尊严,保障他们的合法权益,并根据需要设立专门机构或者指定专人办理。”全国人大常委会执法检查组在《关于检查〈中华人民共和国未成年人保护法〉实施情况的报告》中提出,在一些条件较好的大城市,可建立少年法院的试点。当然,我们不可能一下子在全国普遍设立少年法院,而必须在条件适宜时和条件适宜地,逐步推进。现在上海市已在着手准备成立少年法院。

2. 庭审方式: 圆桌式审判

未成年人刑事案件采用圆桌式审判是我国刑事诉讼理论界讨论的一个热点。我国法律及有关部门的文件、司法解释都没有对少年法庭的设置作出统一的规定,在实践中,各地少年法庭各有一定的特色,但基本的思想是要体现“教育、挽救、感化”的方针,以利于减轻未成年被告人的心理压力和恐惧心理,如实供述犯罪事实,同时有利于查明犯罪原因,以便更好地进行教育和挽救。未成年人司法中,要求法官在庭审中积极主动,倡导控、审双方、甚至辩护人、法定代理人等的合作与参与,其目的并非限于追究犯罪、保护社会,而更大程度上是为了挽救、保护未成年犯罪人,因而在庭审时,可以采用“圆桌式审判”。《北京规则》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,应允许少年参与诉讼程序,并且自由地表达自己的意见。”圆桌式审判方式表现如下:一是审判庭的布置改过去法官审判席与被告人对立式为椭圆式,审判庭的总体布局体现缓和、宽松的气氛。二是让未成年犯与其父母或其他法定代理人多接触,配合法庭对少年犯进行教育感化,促使其认罪伏法。三是注意庭审阶段和语气的掌握,庭审时,控、辩、审三方要注意运用与未成年被告人相适应的语气,减轻其心理压力。四是被告人及其辩护人、法定代理人的发言,可以多角度了解被告人的成长经历和犯罪原因,促使其认识行为的危害性。五是强化判后法制教育,从而有利于未成年犯的自省、更生和改造。^②

3. 暂缓判决

所谓暂缓判决是指法官对某些犯罪的少年被告人在适用刑法上处于犹豫不决的情况下,先判定少年被告人有罪,但是暂不作出刑罚决定,确定一个考验期,然后视其在考验期的表现好坏,再作出处罚与否以及如何运用刑罚的一种审判方式^③。具有现代化的暂缓判决制度发端于英国,发展于美国。我国北京、上海等地的基层法院已经开始借鉴这一刑事审判制度,进行试点。暂缓判决制度也符合《北京规则》的精神,其第18条“各种不同的处理办法”规定:“应使主管当局可以采用各种各样的处理措施,使其具有灵活性,从而最大限度地避免监禁。有些可以结合起来使用的这类措施包括:(1)照管、监护和监督的裁决;(2)缓刑;(3)社区服务的裁决;(4)罚款、补偿和赔偿;(5)中间待遇和其他待遇的裁决;(6)参加集体辅导和类似活动的裁决;(7)有关寄养、生活区或其他教育设施的裁决;(8)其他有关裁决。在本条的“说明”中指出:“他们依靠和求助于社区有效执行监外教养办法。以社区为基础的改

^① 孙喜峰:我国未成年人刑事审判制度探讨,求索,2002年第四期,第81页。

^② 郭炜:圆桌审判,法律与生活,2000年10月,第34—35页。

^③ 陈建明:未成年被告人暂缓判决的实践与思考,青少年犯罪问题,2002年第二期,第61页。

造是一种传统方法，现在已有多种形式。在这个基础上，应当鼓励有关当局提供以社区为基础的服务。”暂缓判决体现了对未成年人犯罪惩罚与挽救并重的现代司法理念，具有灵活性，可以最大限度地避免监禁。暂缓判决的价值和意义在于：一是可以使未成年人刑事案件的审判方式多样化；二是可以使少年法庭的法官正确把握和适用自由刑；三是进一步发展寓教于审的原则；四是可以使国家对违法犯罪未成年人的“教育、感化、挽救”方针与“教育为主、惩罚为辅”的刑事政策在未成年人刑事诉讼中具体化和切实有效地贯彻，更好地履行司法机关对违法犯罪未成年人的特殊保护职责，在2007年的两会上，最高人民法院院长肖扬在工作报告中指出：“2006年，各级人民法院对未成年犯罪人实行教育、感化、挽救方针，寓教于审，惩教结合，使83697名失足青少年及时得到了矫治。”；五是有利于家庭稳定、社会稳定乃至政治稳定。

（四）执行程序的完善

对未成年犯的刑罚执行，也要体现对未成年人的保护原则。

1. 尽量少用监禁刑

《北京规则》认为“进步的犯罪学主张采用非监禁办法代替监禁教改办法。任何监禁机构似乎不可避免地对个人带来许多消极影响，很明显，这种影响不能通过教改努力予以抵消。少年的情况尤为如此，因为他们最容易受到消极影响的侵袭。此外，由于少年正处于早期发育成长阶段，不仅失去自由而且与正常的社会环境隔绝，这对他们所产生的影响无疑较成人更为严重。”正因为如此，《北京规则》第19.1条规定：“把少年投入监禁机关始终应是万不得已的处理办法，其期限应是尽可能最短的必要时间。”尽量少用监禁，已成为指导各国少年司法制度运作的一项重要原则。它要求：一是数量上尽量少地监禁少年，除非在没有其他适当办法时，不得把少年罪犯投入监狱；二是对于不得不投入监狱的少年犯，应从时间上控制监禁少年的期限，多适用减刑、假释，以求在“尽可能短的必要时间”内矫正少年犯；三是对于已经投入监狱的少年犯，应尽量减轻对少年犯的监禁程度，将剥夺其自由的程度限制在最低限度，并就监禁作出特殊安排，同时注意区别罪犯、罪行和监禁机构的种类。监禁程度尽量轻主要体现在行刑的社会化上。各国的措施主要是以设施外处遇代替设施内监禁，监禁生活社会化，已经成为世界性少年刑罚制度发展的方向。^①对于少年犯的管理、教育、生活等方面尽可能区别于成人犯监狱，按照有利于少年身心健康的发展、有利于少年获得更多社会知识和培养社会品格的要求来设计，体现一种社会化、学校化的趋势。

2. 未成年人的前科消灭(污点消灭)制度

所谓前科消灭，是指当曾经受过有罪宣告或被判处刑罚的人具备法定条件时，注销其有罪宣告或者罪及刑记录的制度，或者说曾经被国家审判机关依法宣告有罪或者判处刑罚的法律事实不再存在。应该说，前科制度是有效预防犯罪人再次犯罪和保护社会的必要手段之一，是符合国家和社会利益的一种制度。同时，无限期的保留前科会引起严重的负面效果，给犯罪人带来长期的消极影响，影响他们重新做人的信心，延缓他们复归社会正常生活的进程。这一制度对于未成年人来说非常有必要。有犯罪污点的未成年人被社会上贴上“犯罪人”的标签，受到社会的歧视，产生自卑和消极心理，很容易自惭形秽，自暴自弃，难以再次融入社会的正常生活，严重妨碍他们自我改造、重新做人的进程。如果取消刑事污点，

^① 何鹏，杨世光主编：《中外罪犯改造制度比较研究》，社会科学文献出版社，2003年9月，第300页。

给予其再教育的机会,有利于促进对他们的教育和感化。

未成年人犯罪的前科问题特殊化,是一个世界性的趋势。《北京规则》第21条对犯罪少年的档案保管作了严密的规定,并明确“少年罪犯的档案不得在其后的成人讼案中加以引用。”《联合国保护被剥夺自由少年规则》第19条规定:“释放时,少年的记录应封存,并在适当时候加以销毁。”应该说污点消灭制度还比较超前,但是我国可以参考国外立法例,逐步建立适合我国的前科消灭制度。

三、结束语

未成年人犯罪被列为世界“三大公害”之一。如何教育、挽救未成年人,预防未成年人的违法和犯罪是政府和社会共同关心的问题。我们国家虽然在针对未成年人犯罪上有一系列法律和规范性法律文件,但是还很不完善,关键问题是现有的有些规定都无法落到实处。我国的未成年人刑事审判制度与国际通行标准还有很大的差距,未成年人刑事审判制度还有很多地方有待完善。我们探讨建立和完善适合我国未成年人刑事诉讼程序就是为了更好地维护未成年犯罪嫌疑人、被告人的合法权益并使未成年人刑事案件的处理在司法实践中更易操作。

参考文献:

- [1]北大法学院国外法学研究室编.国外青少年法规与资料选编[Z].北京:群众出版社.2001.
- [2]李雪著.论我国未成年人刑事审判制度[D].中国政法大学硕士学位论文.2005.
- [3]陈光中著.21世纪域外刑事诉讼立法最新发展[M].北京:中国政法大学出版社.2004.89.
- [4]何鹏.杨世光主编.中外罪犯改造制度比较研究[M].北京:社会科学文献出版社.2003.
- [5]温小洁著.我国未成年人刑事案件诉讼程序研究[M].北京:中国人民公安大学出版社.2003.
- [6]申君贵著.刑事诉讼理念与程序完善研究[M].北京:中国法制出版社.2006.
- [7]纪红光著.呵护权利——未成年人权益保护法律实务[M].北京:群众出版社.2004.
- [8]柯葛壮主编.刑事诉讼中的人权保障制度[M].上海:上海交通大学出版社.2006.
- [9]张利兆主编.未成年人犯罪刑事政策研究[M].北京:中国检查私出版社.2006.
- [10]姚建龙著.长大成人:少年司法制度的构建[M].北京:中国人民公安大学出版社.2003.
- [11]郭炜.圆桌审判[C].法律与生活[J].2000(10).
- [12]中国青年政治学院“中国青少年政策”课题组:现状与评价——中国青少年政策研究报告[R].中国青少年研究[J].2001(1).
- [13]陈建明.未成年被告人暂缓判决的实践与思考[C].青少年犯罪问题[J].2002.
- [14]唐亮.中国审前羁押的实证分析[C].法学[J].2003(7).
- [15]陆红.关于未成年人刑事案件审判前程序的若干法律问题研究[C].南京晓庄学院学报[J].2005(4).
- [16]孙喜峰.我国未成年人刑事审判制度探讨[C].求索[R].2002(4).
- [17]杨韧.略论未成年犯罪侦查程序正当化[C].山东公安专科学校学报[J].2002(7).
- [18]周小萍.曾宁.略论未成年人刑事诉讼中的分案起诉制度[C].少年司法[J].2000(9).

解决劳动派遣歧视问题的法律对策研究

方盈洁

内容摘要:对劳动派遣中受派遣劳动者的就业歧视问题,在我国是一个普遍的严重性问题。本文通过分析在我国劳动派遣市场中存在的就业歧视现象和原因,借鉴国际公约、其他国家反就业歧视的立法经验,在《劳动合同法(草案)》和《就业促进法(草案)》中,提出明确规定三方当事人之间的法律关系,明确劳动派遣中要派单位、派遣单位的责任,明确规定受派遣劳动者和非派遣劳动者同工同酬,建立平等就业委员会,建立惩罚性赔偿金制度等反就业歧视法律对策。

关键词:劳动派遣 反就业歧视 法律对策

Abstract:It is a big problem in China that many dispatching labors are discriminated. The thesis gives the resolution to deal with this problem by analyzing current circumstances and reasons of discrimination. Meanwhile the author also merits both foreign legal documents and international conventions to better our legal documents such as *draft on labor contract* and *draft on employment improvement*. It is possible to make clear obligations among three parties to build up equal salary system.

Key words: labor dispatching, anti-discrimination employment legal suggestions

就业歧视是一个历史性的全球问题。在世界范围内,性别歧视、社会出身歧视是较为古老的歧视类型,对劳动派遣中受派遣劳动者的歧视则更具有中国特色。在中国,积淀已久的就业歧视问题越来越成为公众关注的焦点,而新出现的一些不太明显的但具有很强破坏力的就业歧视问题却没有得到关注,其中以劳动派遣的歧视问题最为突出。

一、我国劳动派遣市场中存在的就业歧视现象

在我国劳动派遣市场上,存在的就业歧视现象很严重。所谓就业歧视,是指劳动者由于与工作无关的因素而受到排斥、区别待遇或其工作价值得不到适当地承认,而受到的不平等对待。反对就业歧视一直是国际社会共同努力的目标,国际劳工公约保护所有的劳动者不受歧视,这些包括各种事项:获得就业和职业、同工同酬、和就业相关的社会保险福利、获得职业教育培训和指导、获得晋升和提拔、工作时间和休息期、职业安全和卫生、加入工人组织和其他工作条件。

根据歧视行为方式的不同可分为直接歧视和间接歧视。直接歧视也称差别对待,是指没有正当理由,在相同的情况下受到与他人不同的不利的对待。间接歧视是指表面上看似中性的规定和标准,将使(属于特别性别、种族和信仰等的)个人处于与他人相比特别不利的地位,除非这种规定、标准和

实践是基于合法的目的并有客观的法律理由,而且实现该目的的手段是必要的和适当的。^①在界定直接歧视和间接歧视时,绝大多数国家的立法是无须证明歧视的故意的。在我国,对于受派遣劳动者的歧视的界定也应该无须证明歧视性待遇的故意性。在我国劳动派遣市场中的受派遣劳动者多为弱势群体,笔者通过对北京、深圳地区受派遣劳动者的调查访谈后,对于他们在就业中所受到的就业歧视现象归纳如下。

(一) 社会出身歧视

社会出身歧视,是指劳动者由于其出身时所处的社会阶层、经济地位、性别、种族、地域等所构成的社会身份而受到的不平等对待。从我国高、中、低层次劳动力市场上看,都对劳动派遣存在着不同程度的依赖性,其中以低层次劳动力市场所占的比例最高。在我国低层次劳动力市场中,使用劳动派遣的行业主要集中在服务行业及某些传统产业。在服务领域中,铁路运输、旅游、家政、电信和饮食等行业都大量使用劳动派遣。在建筑业、钢铁业、汽车制造业和机械加工业等传统行业劳动派遣的使用也极其广泛。据统计,电信系统的电信、移动、网通、联通等四大集团共有职工 118.3 万人,其中劳动派遣工 48 万人,占职工总数的 40.5%。铁路系统职工总数为 240 万,通过劳务派遣企业城建制输入的劳务工为 32 万人,占职工总数的 13.3%。^②在我国整个劳动派遣市场中的受派遣劳动者绝大多数是进城务工的农村劳动者。在笔者所做的调查中显示,93.3%的受派遣劳动者是从外地进城工作的劳动者。对此类劳动者的歧视已经被制度化,也融入了用人单位的用人政策和社会习俗观念中,再加上此类劳动者往往自身文化素质不高,缺乏就业歧视的法律知识或法律意识不强,维权实际能力不足,导致了对此行业的劳动者的歧视随处可见。

(二) 劳动报酬歧视

所谓劳动报酬歧视是指同工种、同岗位的劳动者的劳动价值因与工作无关的因素而受到不平等的对待,获得不同的劳动报酬,具体体现为同工不同酬。据某省电信工会反映,劳务派遣工与企业正式员工收入差别很大,劳务派遣工与同工种、同岗位的正式员工相比,收入水平差距至少 1 倍以上。^③在笔者对受派遣劳动者的访谈调查中发现,受派遣劳动者的工资水平普遍都很低,月平均工资主要集中在 800-1000 元之间,这部分的比例达 53.3%。而 2006 年北京市职工年平均工资为 36097 元,月平均工资为 3008 元^④。这些受派遣劳动者从事的大部分都是社会底层最艰苦、最劳累的劳动,工资却比其他的劳动者低很多。用人单位不支付或少付受派遣劳动者加班费,不支付假期工资和停工工资,不支付试用期工资。有的用人单位还制定苛刻的劳动规章制度,以各种理由对受派遣劳动者实施处罚、克扣工资、变相收取其押金。且工资的水平一般保持在一定的幅度,在笔者所做的调查中,没有根据工作的年限提高工资和工资的涨幅很小的占 71.1%。这些无疑都是对受派遣劳动者的歧视。社会是个多元化的群体,需要不同的劳动者提供各种类型的劳动以保证它正常运转、推动它向前发展。受派遣劳动者和非派遣劳动者在各个领域同样付出了劳动,对社会来说,它们的劳动价值是相同的。受派遣

^① 《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，李薇薇、Lisa Stearns 主编，法律出版社，2006 年 4 月，第 27 页。

^② 关于劳务派遣情况的调查及建议，全总保障工作部工资处，中国工运，2005 年第三期，第 19 页。

^③ 关于劳务派遣情况的调查及建议，全总保障工作部工资处，中国工运，2005 年第三期，第 19 页。

^④ 2006 年北京市职工年平均工资为 36097 元，新华网北京频道，2007 年 03 月 27 日，http://www.bj.xinhuanet.com/bjpd_sdzx/2007-03/27/content_9616312.htm