



家事法苑™ 未成年人保护专题法律资讯简报

导 语

我们都曾经是儿童。我们都希望孩子们幸福。这一直是并将继续是人类最普遍珍视的愿望。儿童问题在国家和全球政治议程中被列入重要位置。

然而，现实中未成年人保护问题仍十分突出，来自互联网、来自成人的侵害经常见诸报端，离婚诉讼中“争抢孩子”的现象时有发生，我国加入海牙《国际诱拐儿童民事方面公约》还未被提到议事日程……

为更好地维护未成年人的权益，传递对未成年人的关爱，家事法苑™团队于 2018 年 5 月正式创办《家事法苑™ 未成年人保护专题法律资讯简报》。该专题简报两月一期，在日常点滴即时分享涉及儿童的法律资讯基础上，每两月对日常资讯分类、汇总而成。

点滴推进未成年人保护问题，促进儿童福祉，让我们共同努力。

资讯简报获取：

- ①家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”
- ②网址 <http://www.famlaw.cn/download.aspx?id=1> 直接在咨询简报页面下载

日常分享途径：微信公众订阅号



微信号：家事法苑 (famlaw) 涉外家事法苑 (foreignfamlaw) 继承法苑 (InheritanceLaw)

微信号：家事法苑 (famlaw) 涉外家事法苑 (foreignfamlaw) 继承法苑 (InheritanceLaw)

简报电子版下载启事：由于群发邮件受限，不能保证发送成功，请需要简报电子版的朋友今后可直接从网站下载，原则上每月 5 日前上传。如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消。

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《家事法苑™ 未成年人保护专题法律资讯简报》提出好的建议。



家事法苑™团队主办，编委：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、陈贝贝、李凤影



目录

一、立法动态	1
禁止未成年人参与直播打赏！四部门发文	1
“两高两部”印发《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》	1
【全文】《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》	3
法规 那些细化《未保法》的部门规章（一）	9
法规 那些细化《未保法》的部门规章（二）	18
中国首次就家庭教育专门立法，依法带娃家长也要补课	6
人民司法：关于父母为子女出资购房问题的理解与适用	10
学前教育法被纳入 2022 年年度立法工作计划	11
国务院关于儿童健康促进工作情况的报告	12
二、理论动态	20
鲁全：抚养比与抚养力	20
隔代教养对农村儿童社会性发展的影响——兼论父母教养投入的调节作用/琚晓燕 张晨轩	20
农村户籍儿童的出生顺序与非认知能力——基于亲子互动多重中介效应的分析/蒋亚丽	28
林琳：儿童个人信息网络保护的司法路径——以公益诉讼为视角	35
尹冷然：涉罪未成年人诉讼参与权的中国实践 中法评 · 思想	42
张爽 家庭教育面临的法律挑战与应对策略	53
赵琳琳 澳门违法青少年教育监管制度述评	61
何雪梅 欺诈性抚养关系中被欺诈方之权利救济	70
夏伟 收买被拐卖的妇女、儿童罪定罪量刑规则研究	79
叶小琴：未成年人保护立法的理念与制度体系	88
以法之名，呵护苏区少年儿童	99
姚建龙：对性侵儿童犯罪人实施化学阉割的本土化探索	103
杨金彪：负有照护职责人员性侵罪构成要素比较分析	110
儿童游戏权探析：“为了游戏而游戏”才是本质	118
侵害未成年人案件强制报告制度完善进路	128
赵建国等 日本工作和照护两立支援体系及对中国的启示	133
尹冷然：涉罪未成年人诉讼参与权的中国实践 中法评 · 思想	139
刘 涛 石华琛 中国儿童权利研究的逻辑紊乱及其调适——基于学术史的考察	151
离婚后未成年子女抚养权归属原则的反思与完善——兼议《民法典》第 1084 条第 2 款/张鸿巍 侯棋	161



郝素玉 刘 琰 美国隔代照顾福利政策分析——基于困境隔代照顾主体社会保障权维护的视角	168
聚焦 未成年人政府保护的问题与解决——以未成年人检察司法保护为视角	179
佳作译介 新家庭形式对育儿和儿童发展的影响	183
李冠煜: 人的尊严是收买被拐卖的妇女罪的法益吗	186
代孕儿童权利保护——以人类辅助生殖技术为切入点	196
张兴利: 未成年人监护制度的理解和思考	204
家庭教育指导令的规范统一	211
卫磊: 收买被拐卖的妇女罪背后的乡土失序与规范重构	214
金泽刚: 收买被拐卖的妇女罪的法定刑要不要修改——兼谈罗翔、车浩等学者论争中的几个问题	221
十余年探索未成年权益保护 学术研究助益立法司法实践	229

三、审判动态 231

跟进解决“事实孤儿”生活难题	231
未检公益诉讼: 从个案办理到全程守护	231
未成年人民事检察公益诉讼的法理缘由	232
立体把握未成年人检察公益诉讼优势	233
六岁女童独自流浪两个多月被好心人发现 法院撤销其继父监护人资格	235
母亲再婚后, 高中生竟在家放火..... 孩子的心结, 应该怎样解开?	235
娃带不好, 有“令”来教 BRTV《民法典通读通解》	236
父母离异后, 孩子谁来教育?	238
15 岁少年驾车撞死人! 父母被发家庭教育指导令	240
“为了孩子, 我们愿意再调解, 找到最好的解决方法”	241
沈亮在全国法院打击拐卖妇女儿童犯罪刑事审判工作电视电话会议上强调	242
充分发挥刑事审判职能作用切实维护妇女儿童合法权益	242
少女因敲诈勒索获刑 法院发出家庭教育指导令	242
海淀法院运用“N 次方”家庭教育联动机制, 在涉少刑事案件中发出首份家庭教育令	243
顺义法院发出该院首份家庭教育指导令	244
北京互联网法院发布首个线上《家庭教育指导令》	245
家庭教育宣传周 厦门首份《责令履行家庭教育职责告诫书》发出后, 发生了这些故事.....	246
15 岁少年与未满 14 周岁少女发生性关系! 法院开庭审理	247
不当探望带来困扰	249
影响成长变更方式	249
发出全市家事审判首份家庭教育令	249



2 岁幼童溺亡，3 岁玩伴成了被告	250
浙江海宁法院：玩伴未实施侵权，驳回原告诉请	250
接回孩子你却藏？中止探望没商量！	251
少年审判 守护未来 上街法院发送首份《家庭教育指导令》	251
北京海淀法院发出首份家庭教育令	253
猥亵多名儿童免于刑事处罚？人民监督员：应予纠正！	253
生父与女友虐待六岁儿童均被判刑？	254
用真情善意来化解抚养权执行难题！	255
今年以来发出 64 份《家庭教育指导令》，全方位保护少年的你	256
尊重真实意愿 倾听孩子心声	257
1.9 万余份“督促监护令”有效监督“甩手家长”依法带娃	258
当庭为失职父母“补课”——北京西城法院制作家庭教育指导视频课，协助离婚夫妻做好子女教育	259
权威“答疑”、谋篇布局！全国检察机关未成年人检察业务统一集中办理工作推进会解读来了	260
东莞第一法院发出家庭教育指导令，敦促离异夫妻“依法带娃”	264
【新闻发布会】陕西：发布未成年人检察工作白皮书	264
12 岁女孩被侵害背后……这份家庭教育督促令的苦心你可明白？	265
7 岁男孩父亲去世，母亲连饭都煮不熟……村委会把他母亲给告了	266
北互法院发布未成年人网络司法保护情况	269
自诉转公诉，为被虐待女童撑腰！	269
强制报告环节不能成为儿童保护的短板	272
童模权益，谁来保护？	275
失职父母修满学分才能“持证上岗”	279
二中院发出首份家庭教育指导令	281
护蕾行动（一） 温暖错季花蕾 呵护折翅天使	282
未成年人姓名变更的裁判标准	285
施行一年，这些保护未成年人的措施成效如何？	287
全国检察机关 2021 年共批准逮捕侵害未成年人犯罪 45827 人	289
让孩子的人生不再被“刺痛”	289
父母离婚后，未成年子女要求增加抚养费的因素考量——孙某某诉孙某增加抚养费案”	292
探望权，只能“望”不能“留”吗？	294
小学生在校园撞断门牙，父母将同学和学校告上法庭，谁来赔偿？	296
“黑户”男孩有了合法“身份”	297
【法护少年的你】呼和浩特市新城区法院召开未成年人监护人家庭教育指导圆桌会议 筑牢未成年人家庭保护防线 ...	300



四川彭州：创立“离婚证+告知书”关爱制度	301
多次虐待 2 岁半幼儿，他们付出终身禁业代价	301
支持起诉帮残疾女子找到“新家”	302
北京明确：制止他人家暴行为可认定为“见义勇为”	303
重庆发出首份《未成年人犯罪记录封存通知书》	304
多子女抚养权纠纷案应尊重子女真实意愿	305
南阳高新法院发出首份《家庭教育指导令》	306
未成年时的污点，不应成为入职“拦路虎”	306
六省（市）联动，开启社会组织维护未成年人权益新模式	307
《民法典》“漫”谈：离婚后，还能变更抚养费吗？	313
孩子打赏出去的钱能追回来吗	314
孩子的用网行为谁来监管？	317
生父母无力抚养子女可以交由亲友抚养吗？	318
“未”爱发“令”！金山法院首次发出家庭教育指导令	320
夫妻起诉离婚，均不愿抚养子女，法院这样判！	321
杭州女童被保姆遗留电梯致坠楼身亡，警方：以过失致人死亡刑事立案	322
案发时是未成年人但诉讼时已成年如何确定承担责任的主体？	325

四、媒体视点 328

对“未成年人合法权益”的理解和把握	328
请放下手机，陪孩子读书	329
其实，你不懂孩子	330
深圳一公司违法做试管婴儿被罚千万，业务涉赴美产子、泰国试管	331
“我绝不希望孩子被资本撕裂”：一位 70 后妈妈的犀利深思 文化纵横	331
孩子被爸爸抢走后，妈妈们的“战争”	337
小孩该不该做家务？一位全职妈妈有话说	342
学人说 育儿中的数字化劳动：隐形的夫妻分工不平等	345
媒体：不炒作“网红儿童”，才能让互联网时代孩子们健康成长	349
紫丝带妈妈纪录片 身为母亲，我的孩子被反复抢走	349
维舟 让年轻人生孩子？先解决 why，再谈论 how	356
重视隔空侵害未成年人现象	359
“依法带娃”时代，这些事情不能做！	360
优化“青少年模式”让孩子们远离网络沉迷	363



泰州海陵：让“问题家庭”不出“问题少年”	364
遏制“隔空猥亵”未成年人新动向	366
涉未成年人典型案例为错误家教理念纠偏	367
昆明中院家庭教育指导中心揭牌	369
社会协同提供高质量的家庭教育指导服务	370
发挥教育部门优势 促进制度化家校社共育发展	371
依法带娃，家长与孩子共成长	372
中小学道德与法治课程应增加人生责任感教育	381
开展家庭教育指导 司法守护“少年的你”	383
未成年人网络消费合同的效力判断	384
多地发出家庭教育令，如何照亮孩子的未来？	385
构筑干预机制促进家庭教育	388
最大限度教育挽救每一个犯错的孩子	388
青少年中心推出“未成年人保护热线”，律师 24 小时答疑	391
安徽高院举行全省法院未成年人审判工作情况新闻发布会	394
河北法院：民事审判托起未成年人法治蓝天	395
全国首个涉澳妇女儿童权益保护合议庭在珠海揭牌	397
深圳中院研究制定家庭教育令统一文本	398
服务型保护——未成年人保护的理念与实现路径 专家学者谈“两法”施行	399
以犯罪记录封存 让他们融入社会	401
发出家庭教育责任告知书护“未”成长	402
域外儿童保护的强制报告制度	402
全力护航儿童友好型城市创建 滨州中院未成年人司法保护新闻发布会召开	404
将家庭教育行为纳入法治轨道	405
监护困境儿童何以为家？	407
民政部最新答疑：父母同意也不行！	412
不动产登记与未成年人保护！	412
解除“娃娃亲”399 对，对婚俗陋习说“不”就对了 新京报快评	417
我卖掉了我的孩子... 庭前独角兽	418
大连中院召开“未成年人司法保护工作” 新闻发布会	422
如果你未来的孩子是畸形儿，你选择堕胎还是生下来？	422
十五岁的少年能设立慈善信托，八岁的呢？	427



五、典型案例 429

拒执罪案例：故意藏匿女儿，导致涉抚养权判决、裁定无法执行	429
敦促拐卖妇女儿童相关犯罪嫌疑人投案自首	429
电视说法 父母分开后 不满 2 岁的孩子该跟谁？	430
长沙一男子离婚后以不正当手段争夺孩子抚养权，法院这样判！	430
带外孙女 9 年，岳父岳母起诉女婿索要抚养费 18 万元，法院这样判.....	431
“并不容易”的监护权变更：无力抚养，奶奶将孙子交给民政局	432
父母争抢女儿抚养权 法官：你们的每一个决定都要考虑孩子的利益	436
孩子继父诉请返还大学期间生活费，法院这样判！	439
爷爷抚养孙子，能向儿子要代为抚养费吗？	440
宁乡一男子殴打 5 岁女儿，法院：构成虐待罪！变更抚养权！	440
全国首例基于未成年人“防沉迷”机制针对游戏代练行为作出的不正当竞争行为保全	442
重庆一在校大学生诉请父母支付抚养费被驳回	444
维护妇女儿童合法权益典型案例，点击收藏！	445
青岛中院发布预防未成年人犯罪白皮书和未成年人权益司法保护典型案例	447
信阳一男子因犯罪获刑，女方申请变更孩子抚养权，法院是否支持？	448
成都法院发布 2021 年未成年人权益司法保护典型案例	449
重庆市三中法院未成年人保护典型案例	454
参加工作的未成年人出具的欠条有效吗？	457
离婚是否为主张抚养费的前提条件	458
文旅部公布五起涉未成年人保护法的典型案例	460
【社会保护】案例：北京发布文化市场综合执法未保典型案例	461

六、异域资讯 463

巨星朱莉的孩子是偷来的？柬埔寨跨国领养被爆实为“贩婴”！	463
“你们的孩子并非你们的孩子”：被指定的父母？	468
域外 美国少年司法中的里程碑式判例（二）	473

附件一 “家事法苑” 家事法实务交流系列微信群群规则 476



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

简报主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委会成员：李凤影、邓雯芬、陈贝贝

①家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

②家事法苑™ 团队官方博客：<http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

③家事法苑™ 团队离婚协议自助网：<http://www.91lihun.com>

④简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

⑤简报电子版获取：家事法苑™ 家事律师网<http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”

⑥家事法苑™ 家事法实务交流微信群、继承法实务交流微信群、涉外家事法实务交流微信群：

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

1. 请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者先添加以下任一群管理员个人好友：李凯文律师（微信号：13240475703）、陈贝贝律师（微信号：18817836410）；2. 请拟申请加入“继承法苑实务交流群”者添加陈贝贝律师（微信号：18817836410）管理员个人好友；3. 请拟申请加入“涉外家事法苑实务交流群”者添加李凯文律师（微信号：13240475703）管理员个人好友。

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，家事法苑实务交流微信群/继承法苑实务交流群/涉外家事法苑实务交流群”。

⑦“家事法苑”电影·音乐休闲主题微信群

群内每天不定时分享电影及音乐最新资讯，群友围绕电影和音乐主题交流互动，丰富法律人的业余生活；

不定期组织群友线下集体观影、电影资料分享、电影原声音乐视听鉴赏沙龙。

有意愿加入者应以“城市+单位简称+真实姓名，加电影音乐群”，申请添加管理员：陈贝贝律师（微信号：18817836410）

家事法苑™ 是杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事法苑™ 是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的<http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京ICP 备10218255 号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

正文

一、立法动态

禁止未成年人参与直播打赏！四部门发文

2022-05-07 人民网

<https://mp.weixin.qq.com/s/Kx027QX-0076ANYJAjYroA>

近日，中央文明办、文化和旅游部、国家广播电视总局、国家互联网信息办公室四部门联合发布《关于规范网络直播打赏 加强未成年人保护的意见》（以下简称《意见》）。《意见》包含“禁止未成年人参与直播打赏”“严控未成年人从事主播”等具体工作举措。

《意见》提出，禁止未成年人参与直播打赏。网络平台应当坚持最有利于未成年人的原则，健全完善未成年人保护机制，严格落实实名制要求，禁止为未成年人提供现金充值、“礼物”购买、在线支付等各类打赏服务。网络平台不得研发上线吸引未成年人打赏的功能应用，不得开发诱导未成年人参与的各类“礼物”。发现网络平台违反上述要求，从严从重采取暂停打赏功能、关停直播业务等措施。

《意见》明确，严控未成年人从事主播。网络平台应加强主播账号注册审核管理，不得为未满 16 周岁的未成年人提供网络主播服务，为 16 至 18 周岁的未成年人提供网络主播服务的，应当征得监护人同意。对利用所谓“网红儿童”直播谋利的行为加强日常监管，发现违规账号从严采取处置措施，并追究相关网站平台责任。

此外，《意见》提出，榜单、“礼物”是吸引青少年“围观”互动的重要功能应用。网络平台应在《意见》发布 1 个月内全部取消打赏榜单，禁止以打赏额度为唯一依据对网络主播排名、引流、推荐，禁止以打赏额度为标准对用户进行排名。加强对“礼物”名称、外观的规范设计，不得通过夸大展示、渲染特效等诱导用户。加强新技术新应用上线的安全评估，不得上线运行以打赏金额作为唯一评判标准的各类功能应用。（点击阅读详情）

责编 | 姜越 编辑 | 赵雯

来源 | 人民网 记者 鲁婧

“两高两部”印发《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》

2022-05-30 司法部

https://mp.weixin.qq.com/s/462qh3fSs_imyFxi04KIDQ

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

关于未成年人犯罪记录封存的实施办法

图片

为严格落实《中华人民共和国刑事诉讼法》第 286 条规定的未成年人犯罪记录封存制度和新修订的未成年人保护法第 103 条、预防未成年人犯罪法第 59 条关于未成年人隐私和信息保护的规定，切实解决实践中未成年人犯罪记录和相关记录管理不当导致信息泄露，影响失足未成年人重新回归社会等问题，近日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部会签下发了《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》（以下简称《实施办法》）。现将有关情况通报如下：

一、制定《实施办法》的必要性

2012年修订的刑事诉讼法增加规定了未成年人犯罪记录封存制度，但由于规定较为原则，实践中对封存的主体、封存的具体内容和程序以及查询的主体、内容、程序等把握不一，导致该制度在落实中出现封存管理失范，相关部门监管失序等问题。如一些企业违法提供、出售、使用未成年人犯罪记录，致使未成年人犯罪记录泄露等。近年来，全国人大代表、政协委员也多次提出完善未成年人犯罪记录封存制度的建议、提案。为此，2021年6月，我们就此项制度落实情况开展了专项调研。

通过调研发现，绝大多数省份都存在未成年人犯罪记录应封未封或者违规查询导致泄露信息的案事件，造成涉案未成年人在考试、升学、就业、生活等方面遭遇歧视，很多涉案未成年人因无法正常工作生活而无奈走上信访维权道路。据司法机关统计，2017年4月至2022年4月，未成年人犯罪不起诉80855人、被判处五年有期徒刑以下刑罚157962人，共计238817人，如果这么一大批罪错未成年人因犯罪记录失密造成就业难、入学难，可能会再次滑向犯罪深渊，使办案环节教育、感化、挽救的全部努力归零，影响社会治理现代化进程。针对实践中存在的问题，为在国家层面统一细化相关法律规定，进一步统一认识，规范工作程序，促进公、检、法、司等各部门之间的衔接配合，形成合力，确保涉案未成年人教育、感化、挽救效果，经反复讨论、研究，最高检会同最高法、公安部、司法部共同制定了《实施办法》。

二、关于《实施办法》的主要内容

《实施办法》全文共计26条，涵盖未成年人犯罪记录的定义及范围、封存情形、封存主体及程序、查询主体及申请条件、提供查询服务的主体及程序、解除封存的条件及后果、保密义务及相关责任等内容，基本上解决了目前未成年人犯罪记录封存中遇到的主要问题。具体来讲：

（一）封存内容力求全面。即对于涉及未成年人案件的材料“应封尽封”。一是对于未成年人刑事案件程序中的材料，在诉讼终结前一律加密保存、不得公开；人民法院依法判决后，被判处五年有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的，相关部门应当主动对自己掌握的未成年人相关犯罪记录予以封存。对于共同犯罪案件，分案后未封存的成年人卷宗封皮应当标注“含犯罪记录封存信息”，并对相关信息采取必要保密措施。二是对于未成年人不予刑事处罚、不追究刑事责任、不起诉、采取刑事强制措施记录；对涉罪未成年人进行社会调查、帮教考察、心理疏导、司法救助等工作的记录也应当依法封存。三是对于涉及未成年被害人的案件、涉及未成年人民事、行政、公益诉讼案件，也要注意对未成年人的信息予以保密。四是对于2012年12月31日以前办结的案件符合犯罪记录或者相关记录封存条件的，也应当予以封存。

（二）封存措施力求有效。一是对所有的案件材料，应当执行个人信息保护法的相关规定，加密处理，执行严格的保管制度。除了纸质卷宗、档案材料等实质化封存外，特别强调电子数据也应当同步封存、加密、单独管理，并设置严格的查询权限。二是规定了封存的案件材料不得向任何平台提供或者授权相关平台对接，不得授权网络平台通过联网直接查询未成年人犯罪信息。三是司法机关工作人员均负有在所负责的诉讼环节告知知悉未成年人涉案信息的人员相关未成年人隐私、信息保护规定的义务，以及规定了不履行该义务的法律后果。四是未成年人犯罪记录封存后，非因法定情况，不得解封，但被封存犯罪记录的未成年人，成年后又故意犯罪的，人民法院应当在裁判文书中载明其之前的犯罪记录。

（三）查询程序力求严格。一是进一步明确了查询主体。依法严格限制了单位查询主体，没有国家规定的，有关单位查询未成年人犯罪记录应当不予许可。对于个人查询本人犯罪记录可以依申请受理。二是严格查询程序，明确非因法定事由、非经法定程序，不得向任何单位和个人提供未成年人涉罪记录。对于有关单位和个人查询关于未成年人犯罪记录的申请，认真审核申请理由、依据和目的，严格把关，及时答复。三是明确了出具证明的形式。即对于经查询，确实存在应当封存的犯罪记录，应当出具统一格式的、与完全没有任何犯罪记录人员相同的《无犯罪记录证明》，并后附统一格式。四是对于许可查询的，应当告知查询单位及相关人员严格按照查询目的和使用范围使用有关信息，严格遵守保密义务，不按规定使用所查询的记录或者违反规定泄露相关信息的，应当依法追究相关责任人员的法律责任。五是规范了查询出

口。为便于工作,《实施办法》中维持了目前由公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关依职权分别提供犯罪记录查询服务的做法。

(四) 责任追究力求到位。一是明确了对信息不当泄露的法律责任。第20条规定了承担犯罪记录封存、保护未成年人隐私、信息工作的公职人员,不当泄露未成年人犯罪记录或者隐私、信息的,应当予以处分;造成严重后果,给国家、个人造成重大损失或者恶劣影响的,依法追究相关刑事责任。二是明确了人民检察院对犯罪记录封存工作的检察监督权。规定了检察机关应当将未成年人犯罪记录封存和隐私、信息保护的全过程纳入检察监督范围之内,相关部门在收到纠正意见后要及时审查和反馈。

三、部门联动共同推动未成年人犯罪记录封存制度落到实处

“徒法不足以自行”,下一步,我们将以《实施办法》为抓手,加强部门间的联动和配合,共同抓好制度落实。一是持续加强宣传。促进相关部门和个人摒弃传统的报应主义思想,坚持最有利于未成年人原则,促进全社会了解、支持该制度的落实,保证轻罪未成年人顺利回归社会。二是组织开展相关培训。切实增强相关职责部门和人员对未成年人犯罪记录封存工作的使命感、责任感和自觉性,充分掌握和正确执行此项制度。三是加强对未成年人犯罪记录封存制度的进一步研究。对未成年人犯罪记录封存的争议问题及前沿性问题进行深入调研、论证,科学总结司法实践中的经验以及工作中出现的新情况、新问题,及时回应社会关切,适时修改完善《实施办法》,最大限度发挥未成年人犯罪记录封存制度的价值。

未成年人健康成长关系国家和民族的未来。我们将以贯彻落实未成年人保护法、预防未成年人犯罪法为抓手,进一步加强和改进未成年人司法保护工作,严格落实各部门责任,努力把未成年人犯罪记录封存制度落实好,最大限度教育挽救每一个犯错的孩子,有效保护未成年人的隐私权、受教育权和就业权等合法权益,更好地帮助罪错未成年人受到平等对待,顺利回归社会。

【全文】《未成年人网络保护条例(征求意见稿)》

2022-03-14 少年司法专业委员会

<https://mp.weixin.qq.com/s/7PqPjFvxkL4vzU6hJKfU2w>

为了营造健康、文明、有序的网络环境,保护未成年人身心健康,保障未成年人在网络空间的合法权益,按照有关立法规划计划安排,前期国家互联网信息办公室起草了《未成年人网络保护条例(征求意见稿)》并公开征求意见。此后,国家互联网信息办公室会同司法部根据新修订制定的《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国个人信息保护法》等法律和社会公众反馈意见,对《未成年人网络保护条例(征求意见稿)》进行了修改完善。为深入推进科学立法、民主立法、依法立法,提高立法质量,现再次公开征求意见。公众可通过以下途径和方式提出反馈意见:

1. 通过电子邮件将意见发送至:law@cac.gov.cn。

2. 通过信函将意见寄至:北京市西城区车公庄大街11号国家互联网信息办公室网络法治局,邮编:100044,并请在信封上注明“未成年人网络保护条例征求意见”字样。

意见反馈截止日期为2022年4月13日。

附件:1. 未成年人网络保护条例(征求意见稿)

2. 关于《未成年人网络保护条例(征求意见稿)》的说明

未成年人网络保护条例(征求意见稿)

第一章 总则

第一条 为了营造健康、文明、有序的网络环境,保护未成年人身心健康,保障未成年人在网络空间的合法权益,根据《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》等法律,制定本条例。

第二条 未成年人网络保护工作应当坚持最有利于未成年人的原则,以社会主义核心价值观为引领,适应未成年人身心健康发展和网络空间的规律和特点,实行社会共治。

第三条 国家网信部门负责统筹协调未成年人网络保护工作，并依据职责做好相关未成年人网络保护工作。

国家新闻出版部门和国务院教育、电信、公安、民政、文化和旅游、卫生健康、市场监督管理、广播电视等有关部门依据各自职责做好相关未成年人网络保护工作。

县级以上地方有关部门依据各自职责做好相关未成年人网络保护工作。

第四条 共产主义青年团、妇女联合会、工会、残疾人联合会、关心下一代工作委员会、青年联合会、学生联合会、少年先锋队以及其他人民团体、有关社会组织、基层群众性自治组织，应当协助有关部门做好未成年人网络保护工作，维护未成年人在网络空间的合法权益。

第五条 家庭、学校和其他教育机构应当教育引导未成年人参加有益身心健康的活动，科学、文明、安全、合理使用网络，预防和干预未成年人沉迷网络。

第六条 网络产品和服务提供者、个人信息处理者、智能终端产品制造者和销售者应当遵守法律法规规章，尊重社会公德，遵守商业道德，诚实信用，履行未成年人网络保护义务，承担社会责任。

第七条 网络产品和服务提供者、个人信息处理者、智能终端产品制造者和销售者应当接受政府和社会的监督，配合有关部门依法实施涉及未成年人网络保护工作的监督检查，建立便捷、合理、有效的投诉、举报渠道，通过显著方式公布投诉、举报途径和方法，及时受理并处理公众投诉、举报。

第八条 任何组织和个人发现违反本条例规定的，可以向网信、新闻出版、教育、电信、公安、民政、文化和旅游、卫生健康、市场监督管理、广播电视等有关部门投诉、举报。收到投诉、举报的部门应当及时依法作出处理；不属于本部门职责的，应当及时移送有权处理的部门。

第九条 网络相关行业组织应当加强行业自律，制定未成年人网络保护相关行业规范，指导会员履行未成年人网络保护义务，加强对未成年人的网络保护。

第十条 新闻媒体应当通过新闻报道、专题栏目（节目）、公益广告等方式，开展未成年人网络保护法律制度、政策措施和有关知识的宣传，对侵犯未成年人网络权益的行为进行舆论监督，引导全社会共同参与未成年人网络保护。

第十一条 国家鼓励和支持在未成年人网络保护领域加强科学研究和人才培养，开展国际交流与合作。

第十二条 对在未成年人网络保护工作中作出突出贡献的组织和个人，按照国家有关规定给予表彰和奖励。

第二章 网络素养培育

第十三条 国务院教育行政部门应当将网络素养教育纳入学校素质教育内容，并会同国家网信部门制定未成年人网络素养测评指标。

教育行政部门应当指导、支持学校开展未成年人网络素养教育，围绕网络道德意识和行为准则、网络法治观念和行为规范、网络使用能力建设、人身财产安全保护等，培育未成年人网络安全意识、文明素养、行为习惯和防护技能。

第十四条 县级以上人民政府应当科学规划、合理布局，加强提供公益性上网服务的公共文化设施建设，改善未成年人上网条件，促进公益性上网服务均衡协调发展。

县级以上地方人民政府应当通过为中小学校配备具备相应专业能力的指导教师或者政府购买服务等方式，为学生提供优质的网络素养教育课程。

第十五条 学校、社区、图书馆、文化馆、青少年宫等场所为未成年人提供互联网上网服务设施，应当通过安排专业人员和招募志愿者、教师、家长参与等方式，以及安装未成年人网络保护软件或者采取其他安全保护技术措施，为未成年人提供上网指导和安全、健康的上网环境。

第十六条 学校应当将科学、文明、安全、合理使用网络等内容纳入教育教学活动，并合理使用网络开展教学活动，建立健全学生在校期间上网的管理制度，对学生进行网络素养教育，依法规范管理未成年学生带入学校的智能终端产品，帮助学生养成良好上网习惯，培养学生网络安全意识，增强学生对网络信息的获取和分析判断能力。

第十七条 未成年人的监护人应当主动学习网络知识，提高自身网络素养，规范自身使用网络的行为，加强对未成年人使用网络行为的教育、示范、引导和监督。

第十八条 国家鼓励和支持专门以未成年人为服务对象、适应未成年人身心健康发展规律和特点的上网保护软件、智能终端产品和青少年模式、未成年人专区等网络技术、产品、服务的研发、生产

和使用，鼓励加强网络无障碍环境建设和改造，促进未成年人开阔眼界、提高素质、陶冶情操、愉悦身心。

第十九条 未成年人上网保护软件、专门供未成年人使用的智能终端产品应当具有有效识别违法信息和可能影响未成年人身心健康的信息、保护未成年人个人信息权益、预防未成年人沉迷网络、便于监护人履行监护职责等功能。

国家网信部门会同国务院有关部门根据未成年人网络保护工作的需要，明确未成年人上网保护软件、专门供未成年人使用的智能终端产品的相关技术标准或者要求，指导相关行业组织对未成年人上网保护软件、专门供未成年人使用的智能终端产品的使用效果进行评估，并向社会公布评估结果。

智能终端产品制造者应当在产品出厂前安装未成年人上网保护软件，或者采用显著方式告知用户安装渠道和方法。智能终端产品销售者在产品销售前应当采用显著方式告知用户安装未成年人上网保护软件的情况以及安装渠道和方法。

未成年人的监护人应当合理使用并指导未成年人使用上网保护软件、智能终端产品等，创造良好的网络使用家庭环境。

第二十条 未成年人用户数量巨大、在未成年人群体具有显著影响力的重要互联网平台服务提供者，应当履行下列义务：

（一）在互联网平台服务的设计、研发、运营等阶段，充分考虑未成年人身心健康发展特点，定期开展未成年人网络保护影响评估；

（二）提供青少年模式或者未成年人专区等，便利未成年人获取有益身心健康的平台内产品或者服务；

（三）按照国家规定建立健全未成年人网络保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构，对未成年人网络保护情况进行监督；

（四）遵循公开、公平、公正的原则，制定专门的平台规则，明确平台内产品或者服务提供者未成年人网络保护的义务，并以显著方式提示未成年人用户依法享有的网络保护权利和遭受网络侵害的救济途径；

（五）对严重违法法律、行政法规侵害未成年人身心健康或者侵犯未成年人其他合法权益的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务；

（六）每年发布专门的未成年人网络保护社会责任报告，并通过公众评议等方式接受社会监督。

第三章 网络信息内容规范

第二十一条 国家鼓励和支持弘扬社会主义核心价值观和中华优秀传统文化、培养未成年人家国情怀和良好品德、增强创新意识和能力、养成良好生活习惯和行为习惯、提高安全意识和技能等网络信息的制作、复制、发布、传播，营造有利于未成年人健康成长的清朗网络空间和良好网络生态。

第二十二条 禁止利用网络制作、复制、发布、传播含有危害未成年人身心健康内容的信息。

禁止向未成年人发送含有危害或者可能影响未成年人身心健康内容的信息。

第二十三条 禁止制作、复制、发布、传播或者持有有关未成年人的淫秽色情网络信息。

禁止诱骗、强迫未成年人制作、复制、发布、传播可能暴露其个人隐私的文字、图片、音视频，不得诱骗、强迫未成年人观看淫秽色情网络信息。

第二十四条 网络产品和服务中含有可能引发或者诱导未成年人模仿不安全行为、实施违反社会公德行为、产生不良情绪、养成不良嗜好等可能影响未成年人身心健康的信息的，制作、复制、发布、传播该信息的组织和个人应当在信息展示前予以显著提示。

第二十五条 国家网信部门会同国家新闻出版、电影部门和国务院教育、电信、公安、文化和旅游、广播电视等部门，在本条例第二十四条规定基础上确定可能影响未成年人身心健康的信息的具体种类、范围、判断标准和提示办法。

第二十六条 任何组织和个人不得在专门以未成年人为服务对象的网络产品和服务中制作、复制、发布、传播本条例第二十四条规定的可能影响未成年人身心健康的信息。

网络产品和服务提供者不得在首页首屏弹窗热搜等处于产品或者服务醒目位置、易引起用户关注的重点环节呈现本条例第二十四条规定的可能影响未成年人身心健康的信息。

第二十七条 任何组织和个人不得通过网络以文字、图片、音视频等形式，对未成年人实施侮辱、诽谤、威胁或者恶意损害形象等网络欺凌行为。

网络产品和服务提供者应当设置便利未成年人及其监护人保全遭受网络欺凌证据、行使通知权利的功能、渠道。遭受网络欺凌的未成年人及其监护人有权通知网络产品和服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接、限制账号功能、关闭账号等必要措施。网络产品和服务提供者接到通知后，应当及时采取必要措施予以制止，防止信息扩散。

第二十八条 任何组织和个人不得利用网络组织、胁迫、引诱、教唆、欺骗、帮助未成年人实施不良行为、严重不良行为或者违法犯罪行为。

第二十九条 以未成年人为服务对象的在线教育网络产品和服务，应当符合不同年龄阶段未成年人身心发展特点和认知能力。

以未成年人为服务对象的在线教育网络产品和服务提供者应当遵守教育行政部门会同有关部门制定的机构设置、人员资质、收费监管等相关标准和制度，按照规定合理设置时段、时长和内容，不得插入网络游戏链接，不得推送广告等与教学无关的信息。

第三十条 网络产品和服务提供者应当加强对用户发布信息的管理，采取有效措施防止违反本条例第二十二条、第二十三条、第二十六条、第二十七条第一款、第二十八条、第二十九条第二款规定的信息的制作、复制、发布、传播，发现违反本条例上述条款规定的信息的，应当立即停止传输相关信息，采取删除、屏蔽、断开链接等处置措施，防止信息扩散，保存有关记录，并向网信、公安等部门报告。

网络产品和服务提供者发现用户发布本条例第二十四条规定的可能影响未成年人身心健康的信息未予显著提示的，应当作出提示或者通知用户予以提示；未作出提示的，不得传输该信息。

第三十一条 新闻媒体应当客观、审慎和适度采访报道涉及未成年人事件，不得通过网络宣扬体罚未成年人、侮辱未成年人人格尊严和未成年人违法犯罪等行为，不得通过网络披露未成年人违法犯罪和欺凌事件当事人的姓名、住所、照片以及其他可能识别出未成年人真实身份的信息。

第三十二条 国家网信、新闻出版部门和国务院有关部门发现违反本条例第二十二条、第二十三条、第二十六条、第二十七条第一款、第二十八条、第二十九条第二款规定的信息的，发现本条例第二十四条规定的信息未予以显著提示的，应当要求网络产品和服务提供者停止传输，依法采取删除、屏蔽、断开链接等处置措施，保存有关记录；对来源于境外的上述信息，应当通知有关机构采取技术措施和其他必要措施阻断传播。

第四章 个人信息保护

第三十三条 网络服务提供者是为未成年人提供信息发布、即时通讯等服务，应当在确认提供服务时，要求未成年人或者其监护人提供未成年人真实身份信息。未成年人或者其监护人不提供未成年人真实身份信息的，网络服务提供者不得为未成年人提供相关服务。

网络直播服务提供者不得为未满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务；为十六周岁以上的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务的，应当对其身份信息进行认证，并经其监护人同意。

网络直播服务提供者应当建立网络直播发布者真实身份信息动态核验机制，对于不符合前款规定的，不得为其提供直播发布服务。

第三十四条 个人信息处理者通过网络处理未成年人个人信息的，应当遵循合法、正当、必要和诚信的原则，公开专门的处理规则，明示处理的目的、方式和范围，依法告知法律、行政法规规定的相关事项。

第三十五条 个人信息处理者基于个人同意处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的监护人同意。

未成年人个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，个人信息处理者应当依法重新取得同意。

第三十六条 个人信息处理者应当严格遵守必要个人信息范围的有关规定，不得以任何理由强制要求未成年人或者其监护人同意非必要的个人信息处理行为，不得因为未成年人或者其监护人不同意处理其非必要个人信息或者撤回同意，拒绝未成年人使用其基本功能服务。

第三十七条 个人信息处理者处理未成年人敏感个人信息的，应当具有特定的目的和充分的必要性，采取严格保护措施；在事前进行个人信息保护影响评估并对处理情况进行记录；依法告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响并取得单独同意。

前款规定的个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。

第三十八条 个人信息处理者原则上不得向他人提供其处理的未成年人个人信息，确有必要向他人提供的，应当事前进行个人信息保护影响评估，依法向未成年人或者其监护人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得单独同意。接收方应当在上述处理目的、处理方式和个人信息的种类等范围内处理未成年人个人信息。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依法重新取得同意。

第三十九条 未成年人的监护人应当正确履行监护职责，教育引导未成年人增强个人信息保护意识和能力，指导未成年人行使其在个人信息处理活动中的各项权利，保护未成年人个人信息权益。

第四十条 对于未成年人或者其监护人依法提出的查阅、复制、转移、更正、补充或者删除未成年人个人信息的请求，个人信息处理者应当依法及时处理。

第四十一条 发生或者可能发生未成年人个人信息泄露、篡改、丢失的，个人信息处理者应当立即启动个人信息安全事件应急预案，采取补救措施，按照规定及时向网信部门和有关部门报告，并将事件情况以邮件、信函、电话、推送通知等方式告知受影响的未成年人及其监护人，难以逐一告知的，应当采取合理、有效的方式及时发布相关警示信息。

第四十二条 个人信息处理者对其工作人员应当以最小授权为原则，严格设定信息访问权限，控制未成年人个人信息知悉范围。工作人员访问未成年人个人信息的，应当经过相关负责人或者其授权的管理人审批，记录访问情况，并采取技术措施，避免违法处理未成年人个人信息。

第四十三条 网络服务提供者发现未成年人私密信息或者未成年人通过网络发布的个人信息中涉及私密信息的，应当及时提示，并采取停止传输等必要保护措施，防止信息扩散。

第四十四条 个人信息处理者应当自行或者委托专业机构每年对其处理未成年人个人信息遵守法律、行政法规和国家有关规定的情况进行合规审计。

第四十五条 网信部门和有关部门及其工作人员对在履行职责中知悉的未成年人个人信息应当严格保密，不得泄露或者非法向他人提供。

第五章 网络沉迷防治

第四十六条 对未成年人沉迷网络进行预防和干预，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定。严禁任何组织和个人以侵害未成年人身心健康的方式干预未成年人沉迷网络、侵犯未成年人合法权益。

卫生健康、教育、市场监督管理等部门依据各自职责对从事未成年人沉迷网络预防和干预活动的机构实施监督管理。

第四十七条 学校应当加强对教师的指导和培训，提高教师对未成年学生沉迷网络的早期识别和干预能力。对于有沉迷网络倾向的未成年学生，学校应当及时告知其监护人，共同对未成年学生进行教育和引导，帮助其恢复正常的学习生活。

第四十八条 未成年人的监护人应当监督未成年人安全合理使用网络，关注未成年人上网情况以及相关生理状况、心理状况、行为习惯，防范未成年人接触危害或者可能影响其身心健康的网络信息，合理安排未成年人使用网络的时间，预防和干预未成年人沉迷网络。

第四十九条 网络产品和服务提供者应当建立健全防沉迷制度，不得向未成年人提供诱导其沉迷的产品和服务，及时修改可能造成未成年人沉迷的内容、功能或者规则，并定期向社会公布防沉迷工作情况。

第五十条 网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当针对未成年人使用其服务设置青少年模式，在使用时段、时长、功能和内容等方面按照国家有关规定和标准提供服务，并为监护人履行监护职责提供时间管理、权限管理、消费管理等功能。

第五十一条 网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当采取措施，合理限制未成年人在使用网络产品和服务中的单次消费数额和单日累计消费数额，不得向未成年人提供与其民事行为能力不符的付费服务。

第五十二条 网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当采取措施，防范和抵制流量至上等不良价值倾向，不得设置以应援集资、投票打榜、刷量控评等为主题的社区、群组，不得诱导未成年人参与应援集资、投票打榜、刷量控评等网络活动，并预防和制止其用户诱导未成年人实施上述行为。

以下罚款，没有违法所得的或者违法所得不足 100 万元的，并处 10 万元以上 100 万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 1 万元以上 10 万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证。

第六十四条 网络产品和服务提供者违反本条例规定，受到关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照处罚的，5 年内不得重新申请相关许可，其直接负责的主管人员和其他直接责任人员 5 年内不得从事同类网络产品和服务业务。

第六十五条 违反本条例规定，侵犯未成年人合法权益，给未成年人造成损害的，依法承担民事责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七章 附则

第六十六条 本条例所称智能终端产品，是指可以接入网络、具有操作系统、能够由用户自行安装应用软件的手机、计算机等网络终端产品。

第六十七条 本条例自 年 月 日起施行。

法规 | 那些细化《未保法》的部门规章（一）

2022-03-22 原创 法司年少 法司年少

https://mp.weixin.qq.com/s/XZTKfZ9tA09-I_ySUqaRhA

1、《未成年人学校保护规定》

（效力级别：部门规章）

中华人民共和国教育部令

（第 50 号）

为了落实学校保护职责，保障未成年人合法权益，促进未成年人德智体美劳全面发展、健康成长，根据《中华人民共和国教育法》、《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规，教育部制定《未成年人学校保护规定》，自 2021 年 9 月 1 日起施行。

《未成年人学校保护规定》涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
第四条 学校学生保护工作应当坚持最有利于未成年人的原则，注重保护和教育相结合，适应学生身心健康发展的规律和特点；关心爱护每个学生，尊重学生权利，听取学生意见。	第四条 保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则。处理涉及未成年人事项，应当符合下列要求： （一）给予未成年人特殊、优先保护； （二）尊重未成年人人格尊严； （三）保护未成年人隐私权和个人信息； （四）适应未成年人身心健康发展的规律和特点； （五）听取未成年人的意见； （六）保护与教育相结合。
第六条 学校应当平等对待每个学生，不得因学生及其父母或者其他监护人（以下统称家长）的民族、种族、性别、户籍、职业、宗教信仰、教育程度、家庭状况、身心健康情况等歧视学生或者对学生进行区别对待。	第二十九条第一款 学校应当关心、爱护未成年学生，不得因家庭、身体、心理、学习能力等情况歧视学生。对家庭困难、身心有障碍的学生，应当提供关爱；对行为异常、学习有困难的学生，应当耐心帮助。
第七条 学校应当落实安全管理职责，保护学生在校期间人身安全。学校不得组织、安排学生从事抢险救灾、参与危险性工作，不得安排学生参加商业性活动及其他不宜学生参加的活动。	第三十七条 学校、幼儿园应当根据需要，制定应对自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件和意外伤害的预案，配备相应设施并定期进行必要的演练。

学生在校内或者本校组织的校外活动中发生人身伤害事故的，学校应当依据有关规定妥善处理，及时通知学生家长；情形严重的，应当按规定向有关部门报告。	未成年人在校内、园内或者本校、本园组织的校外、园外活动中发生人身伤害事故的，学校、幼儿园应当立即救护，妥善处理，及时通知未成年人的父母或者其他监护人，并向有关部门报告。 第三十八条 学校、幼儿园不得安排未成年人参加商业性活动，不得向未成年人及其父母或者其他监护人推销或者要求其购买指定的商品和服务。 学校、幼儿园不得与校外培训机构合作为未成年人提供有偿课程辅导。
第九条 学校应当尊重和保护学生的人格尊严，尊重学生名誉，保护和培育学生的荣誉感、责任感，表彰、奖励学生做到公开、公平、公正；在教育、管理中不得使用任何贬损、侮辱学生及其家长或者所属特定群体的言行、方式。	第二十七条 学校、幼儿园的教职员应当尊重未成年人人格尊严，不得对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为。
第十一条 学校应当尊重和保护学生的受教育权利，保障学生平等使用教育教学设施设备、参加教育教学计划安排的各种活动，并在学业成绩和品行上获得公正评价。 对身心有障碍的学生，应当提供合理便利，实施融合教育，给予特别支持；对学习困难、行为异常的学生，应当以适当方式教育、帮助，必要时，可以通过安排教师或者专业人员课后辅导等方式给予帮助或者支持。 学校应当建立留守学生、困境学生档案，配合政府有关部门做好关爱帮扶工作，避免学生因家庭因素失学、辍学。	第二十九条 学校应当关心、爱护未成年学生，不得因家庭、身体、心理、学习能力等情况歧视学生。对家庭困难、身心有障碍的学生，应当提供关爱；对行为异常、学习有困难的学生，应当耐心帮助。 学校应当配合政府有关部门建立留守未成年学生、困境未成年学生的信息档案，开展关爱帮扶工作。
第十二条 义务教育学校不得开除或者变相开除学生，不得以长期停课、劝退等方式，剥夺学生在校接受并完成义务教育的权利；对转入专门学校的学生，应当保留学籍，原决定机关决定转回的学生，不得拒绝接收。 义务教育学校应当落实学籍管理制度，健全辍学或者休学、长期请假学生的报告备案制度，对辍学学生应当及时进行劝返，劝返无效的，应当报告有关主管部门。	第二十八条 学校应当保障未成年学生受教育的权利，不得违反国家规定开除、变相开除未成年学生。 学校应当对尚未完成义务教育的辍学未成年学生进行登记并劝返复学；劝返无效的，应当及时向教育行政部门书面报告。
第十三条 学校应当按规定科学合理安排学生在校作息时间，保证学生有休息、参加文娱活动和体育锻炼的机会和时间，不得统一要求学生在规定的上课时间前到校参加课程教学活动。 义务教育学校不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假，组织学生集体补课；不得以集体补课等形	第三十三条 学校应当与未成年学生的父母或者其他监护人互相配合，合理安排未成年学生的学习时间，保障其休息、娱乐和体育锻炼的时间。 学校不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假，组织义务教育阶段的未成年学生集体补课，加重其学习负担。

式侵占学生休息时间。	幼儿园、校外培训机构不得对学龄前未成年人进行小学课程教育。
第十八条 学校应当落实法律规定建立学生欺凌防控和预防性侵害、性骚扰等专项制度，建立对学生欺凌、性侵害、性骚扰行为的零容忍处理机制和受害学生的关爱、帮扶机制。	
第十九条 学校应当成立由校内相关人员、法治副校长、法律顾问、有关专家、家长代表、学生代表等参与的学生欺凌治理组织，负责学生欺凌行为的预防和宣传教育、组织认定、实施矫治、提供援助等。 学校应当定期针对全体学生开展防治欺凌专项调查，对学校是否存在欺凌等情形进行评估。	
第二十条 学校应当教育、引导学生建立平等、友善、互助的同学关系，组织教职工学习预防、处理学生欺凌的相关政策、措施和方法，对学生开展相应的专题教育，并且应当根据情况给予相关学生家长必要的家庭教育指导。	
第二十一条 教职工发现学生实施下列行为的，应当及时制止： （一）殴打、脚踢、掌掴、抓咬、推撞、拉扯等侵犯他人身体或者恐吓威胁他人； （二）以辱骂、讥讽、嘲弄、挖苦、起侮辱性绰号等方式侵犯他人人格尊严； （三）抢夺、强拿硬要或者故意毁坏他人财物； （四）恶意排斥、孤立他人，影响他人参加学校活动或者社会交往； （五）通过网络或者其他信息传播方式捏造事实诽谤他人、散布谣言或者错误信息诋毁他人、恶意传播他人隐私。 学生之间，在年龄、身体或者人数等方面占优势的一方蓄意或者恶意对另一方实施前款行为，或者以其他方式欺压、侮辱另一方，造成人身伤害、财产损失或者精神损害的，可以认定为构成欺凌。	
第二十二条 教职工应当关注因身体条件、家庭背景或者学习成绩等可能处于弱势或者特殊地位的学生，发现学生存在被孤立、排挤等情形的，应当及时干预。 教职工发现学生有明显的情绪反常、身体损伤等情形，应当及时沟通了解情况，可能存在被欺凌情形的，应当及时向学校报告。 学校应当教育、支持学生主动、及时报告所发现的欺凌情形，保护自身和他人的合法权益。	
	第三十九条 学校应当建立学生欺凌防控工作制度，对教职员工、学生等开展防治学生欺凌的教育和培训。 学校对学生欺凌行为应当立即制止，通知实施欺凌和被欺凌未成年学生的父母或者其他监护人参与欺凌行为的认定和处理；对相关未成年学生及时给予心理辅导、教育和引导；对相关未成年学生的父母或者其他监护人给予必要的家庭教育指导。 对实施欺凌的未成年学生，学校应当根据欺凌行为的性质和程度，依法加强管教。对严重的欺凌行为，学校不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。
	第一百一十九条 学校、幼儿园、婴幼儿照护服务机构及其教职员工违反本法第二十七条、第二十八条、第三十九条规定的，由公安、教育、卫生健康、市场监督管理等部门按照职责分工责令改正；拒不改正或者情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第二十三条 学校接到关于学生欺凌报告的，应当立即开展调查，认为可能构成欺凌的，应当及时提交学生欺凌治理组织认定和处置，并通知相关学生的家长参与欺凌行为的认定和处理。认定构成欺凌的，应当对实施或者参与欺凌行为的学生作出教育惩戒或者纪律处分，并对其家长提出加强管教的要求，必要时，可以由法治副校长、辅导员对学生及其家长进行训导、教育。 对违反治安管理或者涉嫌犯罪等严重欺凌行为，学校不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。 不同学校学生之间发生的学生欺凌事件，应当在主管教育行政部门的指导下建立联合调查机制，进行认定和处理。	
第二十四条 学校应当建立健全教职工与学生交往行为准则、学生宿舍安全管理规定、视频监控管理规定等制度，建立预防、报告、处置性侵害、性骚扰工作机制。 学校应当采取必要措施预防并制止教职工以及其他进入校园的人员实施以下行为： （一）与学生发生恋爱关系、性关系； （二）抚摸、故意触碰学生身体特定部位等猥亵行为； （三）对学生作出调戏、挑逗或者具有性暗示的言行； （四）向学生展示传播包含色情、淫秽内容的信息、书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品； （五）持有包含淫秽、色情内容的视听、图文资料； （六）其他构成性骚扰、性侵害的违法犯罪行为。	第四十条 学校、幼儿园应当建立预防性侵害、性骚扰未成年人工作制度。对性侵害、性骚扰未成年人等违法犯罪行为，学校、幼儿园不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。 学校、幼儿园应当对未成年人开展适合其年龄的性教育，提高未成年人防范性侵害、性骚扰的自我保护意识和能力。对遭受性侵害、性骚扰的未成年人，学校、幼儿园应当及时采取相关的保护措施。
第二十九条 学校应当建立健全安全风险防控体系，按照有关规定完善安全、卫生、食品等管理制度，提供符合标准的教育教学设施、设备等，制定自然灾害、突发事件、极端天气和意外伤害应急预案，配备相应设施并定期组织必要的演练。 学生在校期间学校应当对校园实行封闭管理，禁止无关人员进入校园。	第三十四条 学校、幼儿园应当提供必要的卫生保健条件，协助卫生健康部门做好在校、在园未成年人的卫生保健工作。 第三十七条第一款 学校、幼儿园应当根据需要，制定应对自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件和意外伤害的预案，配备相应设施并定期进行必要的演练。
第三十一条第二款 学校应当完善管理制度，保障学生在课间、课后使用学校的体育运动场地、设施开展体育锻炼；在周末和节假日期间，按规定向学生和周边未成年人免费或者优惠开放。	第四十四条 爱国主义教育基地、图书馆、青少年宫、儿童活动中心、儿童之家应当对未成年人免费开放；博物馆、纪念馆、科技馆、展览馆、美术馆、文化馆、社区公益性互联网上网服务场所以及影剧院、

	体育场馆、动物园、植物园、公园等场所，应当按照有关规定对未成年人免费或者优惠开放。
第三十二条 学校应当建立学生心理健康教育管理制度，建立学生心理健康问题的早期发现和及时干预机制，按照规定配备专职或者兼职心理健康教育教师、建设心理辅导室，或者通过购买专业社工服务等多种方式为学生提供专业化、个性化的指导和服务。 有条件的学校，可以定期组织教职工进行心理健康状况测评，指导、帮助教职工以积极、乐观的心态对待学生。	第三十条 学校应当根据未成年学生身心发展特点，进行社会生活指导、心理健康辅导、青春期教育和生命教育。
第三十三条 学校可以禁止学生携带手机等智能终端产品进入学校或者在校内使用；对经允许带入的，应当统一管理，除教学需要外，禁止带入课堂。	第七十条 学校应当合理使用网络开展教学活动。未经学校允许，未成年学生不得将手机等智能终端产品带入课堂，带入学校的应当统一管理。
第三十四条 学校应当将科学、文明、安全、合理使用网络纳入课程内容，对学生进行网络安全、网络文明和防止沉迷网络的教育，预防和干预学生过度使用网络。 学校为学生提供的上网设施，应当安装未成年人上网保护软件或者采取其他安全保护技术措施，避免学生接触不适宜未成年人接触的信息；发现网络产品、服务、信息有危害学生身心健康内容的，或者学生利用网络实施违法活动的，应当立即采取措施并向有关主管部门报告。	第六十八条 新闻出版、教育、卫生健康、文化和旅游、网信等部门应当定期开展预防未成年人沉迷网络的宣传教育，监督网络产品和服务提供者履行预防未成年人沉迷网络的义务，指导家庭、学校、社会组织互相配合，采取科学、合理的方式对未成年人沉迷网络进行预防和干预。 任何组织或者个人不得以侵害未成年人身心健康的方式对未成年人沉迷网络进行干预。 第六十九条 学校、社区、图书馆、文化馆、青少年宫等场所为未成年人提供的互联网上网服务设施，应当安装未成年人网络保护软件或者采取其他安全保护技术措施。
第三十九条 学校根据《校车安全管理条例》配备、使用校车的，应当依法建立健全校车安全管理制度，向学生讲解校车安全乘坐知识，培养学生校车安全事故应急处理技能。	第三十六条 使用校车的学校、幼儿园应当建立健全校车安全管理制度，配备安全管理人员，定期对校车进行安全检查，对校车驾驶人进行安全教育，并向未成年人讲解校车安全乘坐知识，培养未成年人校车安全事故应急处理技能。
第三十六条 学校应当严格执行入职报告和准入查询制度，不得聘用有下列情形的人员： （一）受到剥夺政治权利或者因故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的； （二）因卖淫、嫖娼、吸毒、赌博等违法行为受到治安管理处罚的； （三）因虐待、性骚扰、体罚或者侮辱学生等情形而被开除或者解聘的； （四）实施其他被纳入教育领域从业禁止范围的行为的。 学校在聘用教职工或引入志愿者、社工等校外人	第六十二条 密切接触未成年人的单位招聘工作人员时，应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记

员时，应当要求相关人员提交承诺书；对在聘人员应当按照规定定期开展核查，发现存在前款规定情形的人员应当及时解聘。	录；发现其具有前述行为记录的，不得录用。
第三十七条 学校发现拟聘人员或者在职教职工存在下列情形的，应当对有关人员是否符合相应岗位要求进行评估，必要时可以安排有专业资质的第三方机构进行评估，并将相关结论作为是否聘用或者调整工作岗位、解聘的依据： （一）有精神病史的； （二）有严重酗酒、滥用精神类药物史的； （三）有其他可能危害未成年人身心健康或者可能造成不良影响的身心疾病的。	密切接触未成年人的单位应当每年定期对工作人员是否具有上述违法犯罪记录进行查询。通过查询或者其他方式发现其工作人员具有上述行为的，应当及时解聘。
第五十二条第一款 教育行政部门可以通过政府购买服务的方式，组织具有相应资质的社会组织、专业机构及其他社会力量，为学校提供法律咨询、心理辅导、行为矫正等专业服务，为预防和处理学生权益受侵害的案件提供支持。	第九十条第三款 教育行政部门应当加强未成年人的心理健康教育，建立未成年人心理问题的早期发现和及时干预机制。

2、未成年人节目管理规定（2021 修订）

（效力级别：部门规章）

（国家广播电视总局令第 9 号）

为了规范未成年人节目，保护未成年人身心健康，保障未成年人合法权益，教育引导未成年人，培育和弘扬社会主义核心价值观，国家广播电视总局根据《中华人民共和国未成年人保护法》《广播电视管理条例》等法律、行政法规，于 2021 年 10 月 18 日发布《未成年人节目管理规定》（2021 修订）。

《未成年人节目管理规定》涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
第八条 国家支持、鼓励含有下列内容的未成年人节目的制作、传播： （一）培育和弘扬社会主义核心价值观； （二）弘扬中华优秀传统文化、革命文化和社会主义先进文化； （三）引导树立正确的世界观、人生观、价值观； （四）发扬中华民族传统家庭美德，树立优良家风； （五）符合未成年人身心发展规律和特点； （六）保护未成年人合法权益和情感，体现人文关怀； （七）反映未成年人健康生活和积极向上的精神风貌； （八）普及自然和社会科学知识； （九）其他符合国家支持、鼓励政策的内容。	第四十八条 国家鼓励创作、出版、制作和传播有利于未成年人健康成长的图书、报刊、电影、广播电视节目、舞台艺术作品、音像制品、电子出版物和网络信息等。
第九条 未成年人节目不得含有下列内容： （一）渲染暴力、血腥、恐怖，教唆犯罪或者传	

授犯罪方法； （二）除健康、科学的性教育之外的涉性话题、画面； （三）肯定、赞许未成年人早恋； （四）诋毁、歪曲或者以不当方式表现中华优秀传统文化、革命文化、社会主义先进文化； （五）歪曲民族历史或者民族历史人物，歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士事迹和精神； （六）宣扬、美化、崇拜曾经对我国发动侵略战争和实施殖民统治的国家、事件、人物； （七）宣扬邪教、迷信或者消极颓废的思想观念； （八）宣扬或者肯定不良的家庭观、婚恋观、利益观； （九）过分强调或者过度表现财富、家庭背景、社会地位； （十）介绍或者展示自杀、自残和其他易被未成年人模仿的危险行为及游戏项目等； （十一）表现吸毒、滥用麻醉药品、精神药品和其他违禁药物； （十二）表现吸烟、售烟和酗酒； （十三）表现违反社会公德、扰乱社会秩序等不良举止行为； （十四）渲染帮会、黑社会组织的各类仪式； （十五）宣传、介绍不利于未成年人身心健康的网络游戏； （十六）法律、行政法规禁止的其他内容。 以科普、教育、警示为目的，制作、传播的节目中确有必要出现上述内容的，应当根据节目内容采取明显图像或者声音等方式予以提示，在显著位置设置明确提醒，并对相应画面、声音进行技术处理，避免过分展示。	第五十条 禁止制作、复制、出版、发布、传播含有宣扬淫秽、色情、暴力、邪教、迷信、赌博、引诱自杀、恐怖主义、分裂主义、极端主义等危害未成年人身心健康内容的图书、报刊、电影、广播电视节目、舞台艺术作品、音像制品、电子出版物和网络信息等。 第五十一条 任何组织或者个人出版、发布、传播的图书、报刊、电影、广播电视节目、舞台艺术作品、音像制品、电子出版物或者网络信息，包含可能影响未成年人身心健康内容的，应当以显著方式作出提示。 第五十二条 禁止制作、复制、发布、传播或者持有有关未成年人的淫秽色情物品和网络信息。
第十三条 未成年人节目制作过程中，不得泄露或者质问、引诱未成年人泄露个人及其近亲属的隐私信息，不得要求未成年人表达超过其判断能力的观点。 对确需报道的未成年人违法犯罪案件，不得披露犯罪案件中未成年人当事人的姓名、住所、照片、图像等个人信息，以及可能推断出未成年人当事人身份的资料。对于不可避免含有上述内容的画面和声音，应当采取技术处理，达到不可识别的标准。	第四十九条 新闻媒体应当加强未成年人保护方面的宣传，对侵犯未成年人合法权益的行为进行舆论监督。新闻媒体采访报道涉及未成年人事件应当客观、审慎和适度，不得侵犯未成年人的名誉、隐私和其他合法权益。
第二十四条 网络用户上传含有未成年人形象、信息的节目且未经未成年人法定监护人同意的，未成年人的法定监护人有权通知网络视听节目服务机构采	第七十二条 信息处理者通过网络处理未成年人个人信息的，应当遵循合法、正当和必要的原则。处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当征得未成

取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络视听节目服务机构接到通知并确认其身份后应当及时采取相关措施。	年人的父母或者其他监护人同意，但法律、行政法规另有规定的除外。 未成年人、父母或者其他监护人要求信息处理者更正、删除未成年人个人信息的，信息处理者应当及时采取措施予以更正、删除，但法律、行政法规另有规定的除外。
第二十五条 网络视听节目服务机构应当对网络用户上传的未成年人节目建立公众监督举报制度。在接到公众书面举报后经审查发现节目含有本规定第九条第一款禁止内容或者属于第十条第一款禁止节目类型的，网络视听节目服务机构应当及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。	第七十八条 网络产品和服务提供者应当建立便捷、合理、有效的投诉和举报渠道，公开投诉、举报方式等信息，及时受理并处理涉及未成年人的投诉、举报。
第三十六条 广播电视主管部门工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者未依照本规定履行职责的，对负有责任的主管人员和直接责任人员依法给予处分。	第一百二十一条 违反本法第五十条、第五十一条规定的，由新闻出版、广播电视、电影、网信等部门按照职责分工责令限期改正，给予警告，没收违法所得，可以并处十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，责令暂停相关业务、停业停业或者吊销营业执照、吊销相关许可证，违法所得一百万元以上的，并处违法所得一倍以上十倍以下的罚款，没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款。 第一百二十七条 信息处理者违反本法第七十二条规定，或者网络产品和服务提供者违反本法第七十三条、第七十四条、第七十五条、第七十六条、第七十七条、第八十条规定的，由公安、网信、电信、新闻出版、广播电视、文化和旅游等有关部门按照职责分工责令改正，给予警告，没收违法所得，违法所得一百万元以上的，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他责任人员处一万元以上十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证。

3、市场监管总局关于加强固体饮料质量安全监管的公告

（效力级别：部门规范性文件）

（国家市场监督管理总局公告 2021 年第 46 号）

为进一步加强固体饮料质量安全监管，维护消费者合法权益，保障公众身体健康，依据《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国未成年人保护法》等规定，市场监管总局关于加强固体饮料质量安全监管发布公告，自 2022 年 6 月 1 日起实施。

公告涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
四、固体饮料标签、说明书及宣传资料不得使用文字或者图案进行明示、暗示或者强调产品适用于未成年人、老人、孕产妇、病人、存在营养风险或营养不良人群等特定人群，不得使用生产工艺、原料名称等明示、暗示涉及疾病预防、治疗功能、保健功能以及满足特定疾病人群的特殊需要等。	第五十五条 生产、销售用于未成年人的食品、药品、玩具、用具和游戏游艺设备、游乐设施等，应当符合国家或者行业标准，不得危害未成年人的人身安全和身心健康。上述产品的生产者应当在显著位置标明注意事项，未标明注意事项的不得销售。

4、市场监管总局、教育部、公安部关于开展面向未成年人无底线营销食品专项治理工作的通知

（效力级别：部门工作文件）

（国市监稽发〔2022〕10号）

近期，一些包装或内容含有色情暗示、宣传违背社会风尚的食品，面向未成年人销售，有些甚至成为“网红零食”，引发社会各界高度关注。为深入贯彻落实《未成年人保护法》和《国务院未成年人保护工作领导小组关于加强未成年人保护工作的意见》有关要求，保护未成年人身心健康，全面治理校园及周边、网络平台等面向未成年人无底线营销色情低俗食品现象，市场监管总局、教育部、公安部发布关于开展面向未成年人无底线营销食品专项治理工作的通知，自2022年1月19日起实施。

通知涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
（一）压实食品生产经营者食品安全主体责任。 食品生产经营者要严格执行相关规范要求，加强生产经营过程控制和标签标识管理，主动监测上市产品质量安全状况，对存在的隐患及时采取风险控制措施。校园及周边的食品经营者要进行全面自查，严格落实进货查验责任和义务，严禁采购、贮存和销售包装或标签标识具有色情、暴力、不良诱导形式或内容危害未成年人身心健康的食品。凡发现存在宣传违反公序良俗、损害未成年人身心健康的食品，经营者要立刻下架。	第五十五条 生产、销售用于未成年人的食品、药品、玩具、用具和游戏游艺设备、游乐设施等，应当符合国家或者行业标准，不得危害未成年人的人身安全和身心健康。上述产品的生产者应当在显著位置标明注意事项，未标明注意事项的不得销售。
（二）压实电子商务平台管理责任。 电子商务平台要依法依规落实入网经营者资质核验、登记等义务，加强对平台内经营者身份信息的管理、公示，全面落实不需要登记的经营者自我声明公示。以无底线营销用语及行为为监测审查重点，开展全面自查，及时清理包装、标签标识违法违规以及违反公序良俗的相关宣传用语和违法广告，对平台内经营者违反法律法规的行为要及时采取警示、暂停或终止服务等措施，并将处理情况向所在地县级市场监管部门报告。	第八十条 网络服务提供者发现用户发布、传播可能影响未成年人身心健康的信息且未作显著提示的，应当作出提示或者通知用户予以提示；未作出提示的，不得传输相关信息。 网络服务提供者发现用户发布、传播含有危害未成年人身心健康内容的信息的，应当立即停止传输相关信息，采取删除、屏蔽、断开链接等处置措施，保存有关记录，并向网信、公安等部门报告。 网络服务提供者发现用户利用其网络服务对未成年人实施违法犯罪行为的，应当立即停止向该用户提供网络服务，保存有关记录，并向公安机关报告。

法规 | 那些细化《未保法》的部门规章（二）

2022-03-23 原创 法司年少 法司年少

<https://mp.weixin.qq.com/s/Dhfrv3tJKe4t8iTfUI2mZQ>

1、国家烟草专卖局关于发布《电子烟管理办法》的公告

(效力级别：部门规范性文件)

(2022 年第 1 号)

为进一步加强电子烟等新型烟草制品监管，规范市场秩序，保障人民健康安全，促进产业治理法治化、规范化，根据《中华人民共和国烟草专卖法》《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》，国家烟草专卖局制定了《电子烟管理办法》，自 2022 年 5 月 1 日起施行。

《电子烟管理办法》涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
第十八条 普通中小学、特殊教育学校、中等职业学校、专门学校、幼儿园周边不得设置电子烟产品销售网点。	第五十九条第一款 学校、幼儿园周边不得设置烟、酒、彩票销售网点。禁止向未成年人销售烟、酒、彩票或者兑付彩票奖金。烟、酒和彩票经营者应当在显著位置设置不向未成年人销售烟、酒或者彩票的标志；对难以判明是否是未成年人的，应当要求其出示身份证件。
第二十二条 禁止向未成年人出售电子烟产品。电子烟经营者应当在显著位置设置不向未成年人销售电子烟的标志；对难以判明是否是未成年人的，应当要求其出示身份证件。	
第四十二条 违反本办法的，由烟草专卖行政主管部门等部门按照职责分工依据《中华人民共和国烟草专卖法》《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》等法律法规中有法律责任的规定处罚。	第一百二十三条 相关经营者违反本法第五十八条、第五十九条第一款、第六十条规定的，由文化和旅游、市场监督管理、烟草专卖、公安等部门按照职责分工责令限期改正，给予警告，没收违法所得，可以并处五万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，责令停业整顿或者吊销营业执照、吊销相关许可证，可以并处五万元以上五十万元以下罚款。

2、国家烟草专卖局、国家市场监督管理总局关于印发保护未成年人免受烟侵害“守护成长”专项行动方案的通知

(效力级别：部门工作文件)

(国烟专[2021]89 号)

为贯彻落实新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》关于保护未成年人免受烟侵害的规定，依法保障和维护未成年人身体健康和合法权益，国家烟草专卖局、国家市场监督管理总局联合制定了《保护未成年人免受烟侵害“守护成长”专项行动方案》，自 2021 年 6 月 18 日起实施。

方案涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
(一)认真落实校园周围不得设置销售网点要求。 1.明确规范校园周围距离标准及测量标准。 各地烟草专卖行政主管部门要结合实际,科学合理设定距离标准,既要兼顾当地正常消费需求,又要保护未成年人远离烟草危害。测量标准应合理、符合普通民众认知,测	

量方法应简便易行、易验证。2.清理校园周围存量售烟网点。2021 年 6 月 25 日前,各地烟草专卖行政主管部门要全面排查校园周围存量零售许可证持证户,建立工作台账,定期报告清理进展情况。要积极劝导校园周围持证户主动退出;对换址经营的,可依法适当放宽办证条件;对原址经营的,许可证到期后不予延续。市场监管部门要加大对无证经营行为的查处力度,依法查处校园周围的无证经营户,营造规范有序的市场环境。	第五十九条第一款 学校、幼儿园周边不得设置烟、酒、彩票销售网点。
(二)严格查处向未成年人售烟违法行为。 1.落实警示标志设置和身份证件核验规定。各地烟草专卖行政主管部门要加快组织在售烟网点显著位置张贴禁止向未成年人售烟的警示标语或专用宣传标识。督促经营者主动拒绝未成年人购烟要求。对难以判明是否为未成年人的,严格落实身份证件查验,探索应用新技术手段,提高查验有效性。2.切实加强烟草市场监管。各地烟草专卖行政主管部门要完善 12313 烟草市场监管服务热线运行机制,畅通举报投诉渠道,及时回应群众诉求。综合运用“双随机、一公开”监管和重点监管等手段,将校园周围纳入重点监管区域,确保《中华人民共和国未成年人保护法》有效落实。3.依法查处向未成年人售烟违法行为。各地烟草专卖行政主管部门要统筹做好《中华人民共和国未成年人保护法》法律适用指导,切实规范辖区行政处罚裁量基准,强化证据固定。坚持以案释法、以案示警、形成震慑,引导售烟网点守法经营,教育执法人员严格规范文明执法。	第五十九条第一款 烟、酒和彩票经营者应当在显著位置设置不向未成年人销售烟、酒或者彩票的标志;对难以判明是否是未成年人的,应当要求其出示身份证件。 第一百二十三条 相关经营者违反本法第五十八条、第五十九条第一款、第六十条规定的,由文化和旅游、市场监督管理、烟草专卖、公安等部门按照职责分工责令限期改正,给予警告,没收违法所得,可以并处五万元以下罚款;拒不改正或者情节严重的,责令停业整顿或者吊销营业执照、吊销相关许可证,可以并处五万元以上五十万元以下罚款。
(三)持续加强电子烟市场监管。 2.持续加强互联网渠道管控。落实国家市场监督管理总局和国家烟草专卖局联合印发的《关于禁止向未成年人出售电子烟的通告》(国家市场监督管理总局国家烟草专卖局通告 2018 年第 26 号)、国家烟草专卖局和国家市场监督管理总局联合印发的《关于进一步保护未成年人免受电子烟侵害的通告》(国家烟草专卖局国家市场监督管理总局通告 2019 年第 1 号)精神,全面清理互联网改头换面、变相销售电子烟行为及虚假违法广告。各地烟草专卖行政主管部门要约谈电子烟企业和联网企业,压实主体责任,防止互联网领域电子烟对未成年人的侵害。3.引导电子烟实体店合法规范经营。各地烟草专卖行政主管部门要全面排查电子烟销售网点,登记建档。清理整治校园周围违法销售网点和自动售卖设备,依法查处向未成年人销售电子烟违法行为,切实保护未成年人合法权益。	第五十九条第一款 学校、幼儿园周边不得设置烟、酒、彩票销售网点。 第七十四条第一款 网络产品和服务提供者不得向未成年人提供诱导其沉迷的产品和服务。

3、文化和旅游部办公厅关于加强网络文化市场 未成年人保护工作的意见

（效力级别：部门规范性文件）

（办市场发[2021]211 号）

近年来，网络表演、网络音乐、网络动漫、网络演出剧（节）目、网络艺术品等网络文化市场快速发展，创造了良好的社会效益和经济效益，丰富了群众文化生活，拉动了数字经济发展。同时，在发展过程中，部分网络文化平台存在“儿童邪典”内容、利用“网红儿童”牟利等不良现象和问题，对未成年人价值观产生错误影响，严重妨害未成年人健康成长。为贯彻落实《中华人民共和国未成年人保护法》，深入推进文娱领域综合治理，加强未成年人网络保护，保障未成年人在网络空间的合法权益，文化和旅游部办公厅特制定关于加强网络文化市场未成年人保护工作的意见，自 2021 年 11 月 29 日起实施。

意见涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
4. 切实强化用户识别。督促网络文化市场主体提高识别实名认证未成年人用户账号能力，通过用户观看内容分析、行为特征研判等方法，强化对未成年用户的识别、引导和管理。要求网络文化服务提供者不得为未满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务，对年满十六周岁的未成年人提供注册服务应当依法认证身份信息并征得监护人同意。	第七十六条 网络直播服务提供者不得为未满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务；为年满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务时，应当对其身份信息进行认证，并征得其父母或者其他监护人同意。
5. 严格保护个人信息。指导网络文化市场主体建立健全未成年人个人信息保护机制，提高信息保护制度化、规范化、法治化水平。通过网络处理未成年人个人信息，应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，有效落实《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国个人信息保护法》关于处理、更正、删除未成年人信息的要求。接到遭受网络欺凌的未成年人及其父母或者其他监护人的通知后，应当及时采取必要的措施制止网络欺凌行为，防止信息扩散。	第七十二条 信息处理者通过网络处理未成年人个人信息的，应当遵循合法、正当和必要的原则。处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当征得未成年人的父母或者其他监护人同意，但法律、行政法规另有规定的除外。 未成年人、父母或者其他监护人要求信息处理者更正、删除未成年人个人信息的，信息处理者应当及时采取措施予以更正、删除，但法律、行政法规另有规定的除外。 第七十七条 任何组织或者个人不得通过网络以文字、图片、音视频等形式，对未成年人实施侮辱、诽谤、威胁或者恶意损害形象等网络欺凌行为。 遭受网络欺凌的未成年人及其父母或者其他监护人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等措施。网络服务提供者接到通知后，应当及时采取必要的措施制止网络欺凌行为，防止信息扩散。
6. 坚决阻断有害内容。督促网络文化市场主体加强网络内容建设，探索建立未成年人不适宜接触内容的审核判断标准，持续提升违法违规内容模型识别能力，提高人工审核专业性和有效性，及时有力屏蔽、清理涉邪典、色情、非法传教、危险行为、不良价值	第五十二条 禁止制作、复制、发布、传播或者持有有关未成年人的淫秽色情物品和网络信息。 第六十七条 网信部门会同公安、文化和旅游、新闻出版、电影、广播电视等部门根据保护不同年龄

观等有害内容。禁止直播间通过展示低俗图片、“福利”、“资料”等暗示性信息和电话号码、微信号、二维码等私密联系方式诱导未成年人前往获取有害内容。

7. 严禁借“网红儿童”牟利。严管严控未成年人参与网络表演，对出现未成年人单独出镜或者由成年人携带出镜超过一定时长且经核定为借助未成年人积累人气、谋取利益的直播间或者短视频账号，或者利用儿童模特摆出不雅姿势、做性暗示动作等吸引流量、带货牟利的账号依法予以严肃处理。

8. 有效规范“金钱打赏”。网络文化市场主体不得以打赏排名、虚假宣传等方式炒作网络表演者收入，不得以虚假消费、带头打赏等方式诱导未成年人用户消费。引导网络文化市场主体依法对未成年人充值打赏权限进行规范，推动建立并优化未成年人借助成年人账号充值打赏的识别认定机制，加大电子证据综合分析采集力度，实现快处快赔。

9. 持续优化功能设置。指导网络文化市场主体依法建立“未成年人保护模式”，针对未成年人使用其服务设置密码锁、时间锁、消费限制、行为追踪以及卸载重装继承（防绕开）等保护机制，及时防堵盗用、冒用、借用账号等漏洞。开发利用“监护人独立授权”等功能，更好地支持家长 and 平台共同管理和保障未成年人健康上网。

阶段未成年人的需要，确定可能影响未成年人身心健康网络信息的种类、范围和判断标准。

第八十条 网络服务提供者发现用户发布、传播可能影响未成年人身心健康的信息且未作显著提示的，应当作出提示或者通知用户予以提示；未作出提示的，不得传输相关信息。

网络服务提供者发现用户发布、传播含有危害未成年人身心健康内容的信息的，应当立即停止传输相关信息，采取删除、屏蔽、断开链接等处置措施，保存有关记录，并向网信、公安等部门报告。

网络服务提供者发现用户利用其网络服务对未成年人实施违法犯罪行为的，应当立即停止向该用户提供网络服务，保存有关记录，并向公安机关报告。

第一百二十七条 信息处理者违反本法第七十二条规定，或者网络产品和服务提供者违反本法第七十三条、第七十四条、第七十五条、第七十六条、第七十七条、第八十条规定的，由公安、网信、电信、新闻出版、广播电视、文化和旅游等有关部门按照职责分工责令改正，给予警告，没收违法所得，违法所得一百万元以上的，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他责任人员处一万元以上十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证。

第七十四条第一、二款 网络产品和服务提供者不得向未成年人提供诱导其沉迷的产品和服务。

网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当针对未成年人使用其服务设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能。

第六十五条 国家鼓励和支持有利于未成年人健康成长的网络内容的创作与传播，鼓励和支持专门以未成年人为服务对象、适合未成年人身心健康特点的网络技术、产品、服务的研发、生产和使用。

第七十四条第二款 网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交等网络服务提供者应当针对未成年

	人使用其服务设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能。
11. 研究完善监管制度。加强网络文化市场调查研究，发挥专家学者“外脑”作用，密切关注市场和技术发展变化，及时跟踪研判相关产品和服务内容，监测行业动向和发展趋势，开展网络文化市场未成年人保护工作前瞻性研究，制定可能影响未成年人身心健康的信息的辨识要素、标准和尺度，提高有害内容识别有效性，完善相关监管要求。	第六十五条 国家鼓励和支持有利于未成年人健康成长的网络内容的创作与传播，鼓励和支持专门以未成年人为服务对象、适合未成年人身心健康特点的网络技术、产品、服务的研发、生产和使用。
12. 切实畅通举报渠道。充分发挥全国文化市场举报平台作用，加强网络文化市场举报受理。指导网络文化市场主体严格落实实名认证，增加“包含不适内容”的快捷举报反馈按钮，进一步增强违法违规内容的可追责性。鼓励网络文化企业设置外部举报奖励机制，开通未成年人保护相关的专项举报入口。	第七十八条 网络产品和服务提供者应当建立便捷、合理、有效的投诉和举报渠道，公开投诉、举报方式等信息，及时受理并处理涉及未成年人的投诉、举报。

（国家互联网信息办公室、全国“扫黄打非”工作小组办公室、工业和信息化部、公安部、文化和旅游部、国家市场监督管理总局、国家广播电视总局等七部委联合发布的《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》亦涉及未成年人网络直播等内容。）

4、教育部办公厅等六部门关于进一步加强预防中小学生沉迷网络游戏管理工作的通知

（效力级别：部门规范性文件）

（教基厅函[2021]41 号）

为深入贯彻《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规要求，认真落实中央有关未成年人网络环境治理的决策部署，有效预防中小学生沉迷网络游戏，切实促进中小学生健康成长，教育部办公厅等六部门关于进一步加强预防中小学生沉迷网络游戏管理工作发布通知，自 2021 年 10 月 20 日起实施。

通知涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
一、确保内容健康干净。各地出版管理部门要引导网络游戏企业开发导向正确、内涵丰厚、种类多样、寓教于乐的网络游戏产品，确保内容优质健康干净。督促网络游戏企业加大内容审核力度，严格落实相关法律法规要求，坚决杜绝网络游戏中含有可能引发中小学生模仿不安全行为、违反社会公德行为和违法犯罪行为的内容，以及恐怖暴力、色情低俗、封建迷信等妨害中小学生身心健康的内容。指导网络游戏企业按照有关规定和标准，对产品进行分类，作出适龄提示，并采取技术措施，避免中小学生接触不适宜的游戏或者游戏功能。要严格执行网络游戏前置审批制度，未经批准的游戏，不得上线运营。	第六十五条 国家鼓励和支持有利于未成年人健康成长的网络内容的创作与传播，鼓励和支持专门以未成年人为服务对象、适合未成年人身心健康特点的网络技术、产品、服务的研发、生产和使用。 第七十五条第一、三款 网络游戏经依法审批后方可运营。 网络游戏服务提供者应当按照国家有关规定和标准，对游戏产品进行分类，作出适龄提示，并采取技术措施，不得让未成年人接触不适宜的游戏或者游戏功能。
二、落实好防沉迷要求。网络游戏企业要按照《中华人民共和国未成年人保护法》和《国家新闻出版署关于进一步严格管理 切实防止未成年人沉迷网络游戏的通知》（国新出发〔2021〕14 号）规定，严格落	

实网络游戏用户账号实名注册和登录要求。所有网络游戏用户提交的实名注册信息，必须通过国家新闻出版署网络游戏防沉迷实名验证系统验证。验证为未成年人的用户，必须纳入统一的网络游戏防沉迷管理。网络游戏企业可在周五、周六、周日和法定节假日每日 20 时至 21 时，向中小学生提供 1 小时网络游戏服务，其他时间不得以任何形式向中小学生提供网络游戏服务。

三、严格校内教育管理。地方教育行政部门要指导学校对经申请带入校园的手机等终端产品进行统一管理，严禁带入课堂。学校提供的互联网上网服务设施，应安装未成年人网络保护软件或者采取其他安全保护技术措施。学校教职员工发现学生进入互联网上网服务营业场所时，应当及时予以制止、教育。学校要广泛开展各类文体活动，引导学生培养兴趣爱好，自觉远离不良网络诱惑。要采取多种形式加强网络素养宣传教育，采取科学合理的方式对中小学生沉迷网络行为进行预防和干预，引导中小学生正确认识、科学对待、合理使用网络。

四、推动家校协同发力。地方教育行政部门和学校要加强家校沟通，做好家庭教育指导工作，引导家长充分认识沉迷网络游戏的危害性和加强管理的必要性，形成家校协同育人合力。要督促家长履行好监护责任，发挥好榜样作用，安排好孩子日常学习生活，有意识地让孩子多从事一些家务劳动、户外活动、体育锻炼，帮助孩子养成健康生活方式。学校和家长发现学生有沉迷网络游戏、过度消费等苗头迹象，要相互告知，共同进行教育和引导，及时矫正不良行为，帮助其恢复正常的学习和生活。

五、切实加强监管问责。各地出版管理、网信、

第七十五条第二、四款 国家建立统一的未成年人网络游戏电子身份认证系统。网络游戏服务提供者应当要求未成年人以真实身份信息注册并登录网络游戏。

网络游戏服务提供者不得在每日二十二时至次日八时向未成年人提供网络游戏服务。

第六十四条 国家、社会、学校和家庭应当加强未成年人网络素养宣传教育，培养和提高未成年人的网络素养，增强未成年人科学、文明、安全、合理使用网络的意识和能力，保障未成年人在网络空间的合法权益。

第六十八条 新闻出版、教育、卫生健康、文化和旅游、网信等部门应当定期开展预防未成年人沉迷网络的宣传教育，监督网络产品和服务提供者履行预防未成年人沉迷网络的义务，指导家庭、学校、社会组织互相配合，采取科学、合理的方式对未成年人沉迷网络进行预防和干预。

任何组织或者个人不得以侵害未成年人身心健康的方式对未成年人沉迷网络进行干预。

第六十九条第一款 学校、社区、图书馆、文化馆、青少年宫等场所为未成年人提供的互联网上网服务设施，应当安装未成年人网络保护软件或者采取其他安全保护技术措施。

第七十条第一款 学校应当合理使用网络开展教学活动。未经学校允许，未成年学生不得将手机等智能终端产品带入课堂，带入学校的应当统一管理。

第七十条第二款 学校发现未成年学生沉迷网络的，应当及时告知其父母或者其他监护人，共同对未成年学生进行教育和引导，帮助其恢复正常的学习生活。

第七十一条 未成年人的父母或者其他监护人应当提高网络素养，规范自身使用网络的行为，加强对未成年人使用网络行为的引导和监督。

通信管理、公安、市场监管等部门要加强对网络游戏企业的事中事后监管，对违反有关规定，上线运营后落实防沉迷措施不到位或擅自添加违法、不良信息内容以及未经审批违法违规运营的网络游戏，要按有关规定予以惩处。网信、市场监管部门对发布不良网络游戏信息、插入网络游戏链接、推送网络游戏广告的中小学在线教育网络平台和产品，要按有关规定及时进行处罚或关停。各地出版管理部门要鼓励相关组织或个人，对未按要求落实实名注册、时段时长限制、充值限制或者涉及不良内容的网络游戏企业和平台进行举报。教育督导部门要将预防中小学生网络沉迷工作纳入对地方政府履行教育职责评价和责任督学日常监督范围，并将督导结果作为评价地方教育工作和学校管理工作成效的重要内容。

第一百二十七条 信息处理者违反本法第七十二条规定，或者网络产品和服务提供者违反本法第七十三条、第七十四条、第七十五条、第七十六条、第七十七条、第八十条规定的，由公安、网信、电信、新闻出版、广播电视、文化和旅游等有关部门按照职责分工责令改正，给予警告，没收违法所得，违法所得一百万元以上的，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他责任人员处一万元以上十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销营业执照或者吊销相关许可证。

5、《中小学法治副校长聘任与管理办法》

（效力级别：部门规范性文件）

中华人民共和国教育部令

（第 52 号）

为了完善中小学治理体系，健全学生权益保护机制，进一步规范中小学法治副校长聘任与管理，促进未成年人健康成长，教育部根据教育法、未成年人保护法、预防未成年人犯罪法等法律法规，制定《中小学法治副校长聘任与管理办法》，自 2022 年 5 月 1 日起施行。

《中小学法治副校长聘任与管理办法》涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
第四条 国务院教育行政部门会同最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部制定学校法治副校长聘任与管理的宏观政策，统筹指导地方开展法治副校长的推荐、聘任、培训、考核、评价、奖励等工作。 县级以上地方人民政府教育行政部门会同人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政部门负责本地区学校法治副校长聘任与管理工作。 有条件的地方，可以建立由教育行政部门、人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政部门参加的学校法治副校长工作联席会议制度，统筹推进本地区学校法治副校长聘任与管理工作。	第一百一十五条 公安机关、人民检察院、人民法院和司法行政部门应当结合实际，根据涉及未成年人案件的特点，开展未成年人法治宣传教育工作。
第五条 法治副校长履职期间协助开展以下工作： （一）开展法治教育。推动习近平法治思想的学习宣传，参与制订学校法治教育工作计划，协助学校创新法治教育内容和形式，每年在任职学校承担或者组织落实不少于 4 课时的、以法治实践教育为主的法治教育任务，提高法治教育的针对性和实效性。面向	

教职工开展法治宣传，指导、帮助道德与法治等课程教师开展法治教育。

（二）保护学生权益。参与学校学生权益保护制度的制定、执行，参加学生保护委员会、学生欺凌治理等组织，指导、监督学校落实未成年人保护职责，依法保护学生权益。

（三）预防未成年人犯罪。指导学校对未成年学生进行有针对性的预防犯罪教育，对有不良行为的学生加强管理和教育。

（四）参与安全管理。指导学校完善安全管理制度，协调推动建立学校安全区域制度，协助学校健全安全事故预防与处置机制，主持或者参与学校安全事故的调解协商，指导学校依法处理安全事故纠纷，制止侵害学校和师生合法权益的行为。

（五）实施或者指导实施教育惩戒。协助学校、公安机关、司法行政部门按照法律和相关规定对有不良行为、严重不良行为的学生予以训诫或者矫治教育。根据学校实际需要，参与建立学生教育保护辅导工作机制，对有需要的学生进行专门的辅导、矫治。

（六）指导依法治理。协助学校建立健全校规校纪、完善各类规章制度，参与校规校纪的审核，协助处理学校涉法涉诉案件，进入申诉委员会，参与处理师生申诉，协助加强与社区、家庭及社会有关方面的沟通联系。

（七）指导、协助学校履行法律法规规定的其他职责。

第六条 人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政部门（以下称派出机关）应当遴选、推荐符合以下条件的在职工作人员担任法治副校长：

（一）政治素质好，品德优秀，作风正派，责任心强；

（二）有较丰富的法律专业知识与法治实践经历，从事法治工作三年以上；

（三）身心健康，热心教育工作，了解教育教学规律和学生的身心特点，关心学生健康成长；

（四）具有较强的语言表达能力、沟通交流能力和组织协调能力。

符合上述条件，年龄不超过 65 周岁的退休人员也可以经推荐担任一个任期的法治副校长。

* 此外，在新《未保法》发布以后、正式实施以前（2020.10.17-2021.5.31），也有部门规范性文件和部门工作文件对修订内容做出了细化规定，主要包括以下三个文件：

6、文化和旅游部关于调整娱乐场所和互联网上网义务营业场所审批有关事项的通知

（效力级别：部门规范性文件）

（文旅市场发[2021]57号）

为贯彻实施《中华人民共和国未成年人保护法》和《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》，按照国务院“证照分离”改革要求，文化和旅游部就娱乐场所、互联网上网服务营业场所审批有发布有关事项通知，自 2021 年 5 月 27 日起实施。

通知涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
二、幼儿园周边不得设置娱乐场所、互联网上网服务营业场所。根据《中华人民共和国未成年人保护法》第五十八条规定，学校、幼儿园周边不得设置娱乐场所、互联网上网服务营业场所。根据《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于未成年人保护法第五十八条中幼儿园周边不得设置有关场所规定含义理解和适用问题的答复意见》，幼儿园与娱乐场所、互联网上网服务营业场所距离及测量方法，由省、自治区、直辖市文化和旅游行政部门结合实际作出具体规定。《中华人民共和国未成年人保护法》施行前已开设在幼儿园周边的娱乐场所、互联网上网服务营业场所，审批机关在办理经营许可证延续或变更时，应当严格依照有关法律、法规规定执行，切实落实不得在幼儿园周边设置娱乐场所、互联网上网服务营业场所的法定要求。	第五十八条 学校、幼儿园周边不得设置营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所。营业性歌舞娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动场所的经营者，不得允许未成年人进入；游艺娱乐场所设置的电子游戏设备，除国家法定节假日外，不得向未成年人提供。经营者应当在显著位置设置未成年人禁入、限入标志；对难以判明是否是未成年人的，应当要求其出示身份证件。 第一百二十三条 相关经营者违反本法第五十八条、第五十九条第一款、第六十条规定的，由文化和旅游、市场监督管理、烟草专卖、公安等部门按照职责分工责令限期改正，给予警告，没收违法所得，可以并处五万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，责令停业整顿或者吊销营业执照、吊销相关许可证，可以并处五万元以上五十万元以下罚款。

7、民政部、发展改革委、教育部、公安部、财政部、国家卫生健康委、应急管理部、共青团中央、全国妇联、中国残联关于做好因突发事件影响造成监护缺失未成年人救助保护工作的意见

（效力级别：部门规范性文件）

（民发[2021]5号）

党中央、国务院高度重视未成年人权益保护工作，特别关注突发事件应对中未成年人的生命安全和身体健康。习近平总书记深刻指出儿童是祖国的未来和希望，关乎民族延续和事业传承，要重视少年儿童健康成长。为贯彻落实习近平总书记重要指示精神和《民法典》、《未成年人保护法》有关规定，切实做好因突发事件影响造成监护缺失未成年人（以下简称监护缺失未成年人）的救助保护工作，民政部、发展改革委、教育部、公安部、财政部、国家卫生健康委、应急管理部、共青团中央、全国妇联、中国残联共同提出做好因突发事件影响造成监护缺失未成年人救助保护工作的意见，自 2021 年 1 月 13 日起实施。

意见涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
3. 父母或者其他监护人因突发事件影响暂时不能	第二十条 未成年人的父母或者其他监护人发现

履行监护职责且具备主动报告条件的，应当及时主动向未成年人住所地的民政部门报告。父母或者其他监护人因突发事件影响与未成年人失散且具备主动报告条件的，应当第一时间向失散地的公安机关报告。	未成年人身心健康受到侵害、疑似受到侵害或者其他合法权益受到侵犯的，应当及时了解情况并采取保护措施；情况严重的，应当立即向公安、民政、教育等部门报告。 第九十二条 具有下列情形之一的，民政部门应当依法对未成年人进行临时监护： …… （三）监护人因自身客观原因或者因发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件不能履行监护职责，导致未成年人监护缺失； ……
4. 应急管理部门在突发事件救援过程中，要主动询问被救援对象未成年子女的监护状况，存在未成年子女监护缺失情形的，要及时向未成年人住所地的民政部门通报；存在与未成年子女失散情形的，要及时向失散地的公安机关通报。救援过程中发现未成年人存在监护缺失情形的，要及时向未成年人发现地的公安机关和民政部门通报。	第七条第二款 国家采取措施指导、支持、帮助和监督未成年人的父母或者其他监护人履行监护职责。
5. 卫生健康部门、医疗卫生机构对在突发事件中需要治疗和集中隔离医学观察的对象，要询问其未成年子女的监护状况，对存在监护缺失情形的，要及时通过未成年人保护热线等方式向未成年人住所地的民政部门通报。	第九十二条 具有下列情形之一的，民政部门应当依法对未成年人进行临时监护： …… （四）监护人因自身客观原因或者因发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件不能履行监护职责，导致未成年人监护缺失； ……
6. 公安机关在处置突发事件过程中，对于决定执行行政拘留的被处罚人或者采取刑事拘留、逮捕等限制人身自由刑事强制措施的犯罪嫌疑人，应当询问其是否有未成年子女存在监护缺失情形，对存在监护缺失情形的，要及时向未成年人住所地的民政部门通报。	第九十六条第一款 民政部门承担临时监护或者长期监护职责的，财政、教育、卫生健康、公安等部门应当根据各自职责予以配合。
7. 村（居）民委员会、学校、幼儿园、托育机构、儿童福利机构和未成年人救助保护机构在工作中发现未成年人存在监护缺失情形的，要及时向未成年人住所地的民政部门通报。	第九十七条 县级以上人民政府应当开通全国统一的未成年人保护热线，及时受理、转介侵犯未成年人合法权益的投诉、举报；鼓励和支持人民团体、企业事业单位、社会组织参与建设未成年人保护服务平台、服务热线、服务站点，提供未成年人保护方面的咨询、帮助。
8. 各地要开通未成年人保护热线，扩大热线社会知晓度，充分发挥其对监护缺失未成年人的发现、报告和转介作用。鼓励个人或单位拨打热线电话，主动报告未成年人监护缺失情况。	第九十二条 具有下列情形之一的，民政部门应当依法对未成年人进行临时监护： （一）未成年人流浪乞讨或者身份不明，暂时查
10. 对监护缺失未成年人，由未成年人住所地民政	（一）未成年人流浪乞讨或者身份不明，暂时查

部门依法进行临时监护。 12. 对父母或者其他监护人下落不明的未成年人，在临时监护阶段，民政部门应当建档留存未成年人的基本信息、主要特征、随身衣服物品等，便于统计和寻亲比对。可制作身份信息卡和相关档案材料，便于未成年人在转移过程中随身携带。	找不到父母或者其他监护人； （二）监护人下落不明且无其他人可以担任监护人； （三）监护人因自身客观原因或者因发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件不能履行监护职责，导致未成年人监护缺失； （四）监护人拒绝或者怠于履行监护职责，导致未成年人处于无人照料的状态； （五）监护人教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，未成年人需要被带离安置； （六）未成年人遭受监护人严重伤害或者面临人身安全威胁，需要被紧急安置； （七）法律规定的其他情形。
11. 对父母或者其他监护人下落不明的未成年人，公安机关要密切配合民政部门及时核查未成年人身份，全力寻找其父母和其他监护人。对寻亲无着的未成年人，公安机关要采集其 DNA，录入数据库比对，并将结果反馈民政部门。	第九十六条第一款 民政部门承担临时监护或者长期监护职责的，财政、教育、卫生健康、公安等部门应当根据各自职责予以配合。
13. 民政部门应当为监护缺失未成年人安排必要的生活照料措施。也可本着有利于未成年人生活的原则，由具备条件的未成年人住所地村（居）民委员会安排必要的生活照料措施。 18. 对因突发事件影响导致生活陷入困难的未成年人，符合条件的，要及时落实临时救助、最低生活保障等社会救助政策，确保其基本生活得到有效保障。 19. 相关部门在临时安置点设计管理、调拨救援物资等方面应当关注未成年人面临的风险因素，充分考虑未成年人的特殊需求。	第九十一条 各级人民政府及其有关部门对困境未成年人实施分类保障，采取措施满足其生活、教育、安全、医疗康复、住房等方面的基本需要。
14. 卫生健康部门应当指导医疗卫生机构做好监护缺失未成年人的救治工作，确保未成年人得到规范治疗。定点医院、临时治疗点或集中医学观察点应当设立专门区域，及时安置需要治疗或医学观察的未成年人，针对未成年人特殊需求配备专门的护理人员。	第九十条第一款 各级人民政府及其有关部门应当对未成年人进行卫生保健和营养指导，提供卫生保健服务。
15. 教育部门和学校应当加强监护缺失适龄未成年人就学保障的指导和服务。	第八十三条第一款 各级人民政府应当保障未成年人受教育的权利，并采取措施保障留守未成年人、困境未成年人、残疾未成年人接受义务教育。
16. 父母或者其他监护人重新具备履行监护职责条件的，应当及时接回未成年人。 对与父母或者其他监护人失散的未成年人，其父	

母或者其他监护人提出认领的，能够确认监护关系且适龄未成年人能够辨认的，可由父母或者其他监护人领回。因未成年人年幼无法辨认父母或者监护人的，应当由公安机关采集 DNA，经鉴定为亲生父母或者其他血缘关系监护人方可领回未成年人。	第九十三条第二款 临时监护期间，经民政部门评估，监护人重新具备履行监护职责条件的，民政部门可以将未成年人送回监护人抚养。
父母或者其他监护人治愈出院、结束隔离等恢复监护能力的，应当在提供当地医疗卫生机构出具的出院证明或者相关健康医学证明的前提下，及时将未成年人接回。	
17. 监护缺失未成年人符合事实无人抚养儿童认定情形的，应当及时将其纳入事实无人抚养儿童保障范围；符合孤儿认定情形的，应当及时纳入孤儿保障范围。符合民政部门长期监护情形的，应当由民政部门长期监护。	第九十四条 具有下列情形之一的，民政部门应当依法对未成年人进行长期监护： (一) 查找不到未成年人的父母或者其他监护人； (二) 监护人死亡或者被宣告死亡且无其他人可以担任监护人； (三) 监护人丧失监护能力且无其他人可以担任监护人； (四) 人民法院判决撤销监护人资格并指定由民政部门担任监护人； (五) 法律规定的其他情形。
20. 各地要支持、鼓励和引导专业社会组织、社会工作机构等社会力量依法有序参与监护缺失未成年人的救助帮扶工作。	第四十二条第二款 国家鼓励、支持和引导人民团体、企业事业单位、社会组织以及其他组织和个人，开展有利于未成年人健康成长的社会活动和服务。
22. 社会力量在参与救助帮扶工作中，要充分考虑未成年人身心特点，充分保护未成年人权益，避免信息不当披露对未成年人造成再次心理伤害。	

8、教育部办公厅关于印发

《防范中小学生欺凌专项治理行动工作方案》的通知

(效力级别：部门工作文件)

(教基厅函[2021]5号)

近年来，各地深入开展中小学生欺凌行为治理工作，取得了积极成效。但有的地方学生欺凌事件时有发生，严重损害学生身心健康，引发社会广泛关注，影响非常恶劣。为持续深入做好中小学生欺凌防治工作，加大专项治理力度，巩固治理成果，健全防治长效机制，教育部制定了《防范中小学生欺凌专项治理行动工作方案》，自 2021 年 1 月 20 日起实施。

通知涉未条文	《未成年人保护法》相关条文
(一) 全面排查欺凌事件。各地教育部门要围绕学生欺凌防治工作机制、制度措施、队伍建设、责任落实、宣传引导、教育惩戒、条件保障等方面，对行政区域内所有中小学校开展全面排查，确保全覆盖、无遗漏。学校要对全校学生开展全面梳理排查，与家	

长进行深入沟通交流，了解掌握学生心理状况、思想情绪和同学关系状况，及时查找发生欺凌事件的苗头迹象或隐患点，对可能发生的欺凌行为做到早发现、早预防、早控制。

（三）切实加强教育引导。各地教育部门和学校要结合学生身心发展规律和思想状况，加强新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》等法律宣传解读，深入开展思想道德教育、法治教育、心理健康教育，引导学生养成良好思想品德和行为习惯。要将防治学生欺凌专题培训纳入教育行政干部和校长、教师在职培训内容，提高防治学生欺凌的意识和能力。要进一步加大家庭教育力度，密切家校沟通交流，引导学生家长掌握科学家庭教育理念，依法落实监护责任。要教育引导学生正确使用网络，自觉抵制不良网络信息、影视节目、网络游戏等侵蚀影响。

（六）健全长效机制。发生学生欺凌事件的地方，要认真反思，深入总结经验教训，全面提高防治工作水平。其他地区要引以为鉴，警钟长鸣，防患未然。各地都要进一步健全责任机制，制订学生欺凌防治工作责任清单，明确省市县各级各部门职责，压实学校校长、班主任、学科教师和教职工各岗位职责。进一步强化预防机制，制订学校或年（班）级反欺凌公约，建立师生联系、同学互助、紧急求援制度，积极探索在班级设置学生安全员，发挥法治副校长作用。进一步完善考评机制，将学生欺凌防治情况纳入教育质量评价和教育行政、学校校长、班主任、学科教师及相关岗位教职工工作考评，作为评优评先决条件。进一步健全问责机制，对学生欺凌问题突出的地区和单位进行督导检查、通报约谈，并向社会公开通报恶性欺凌事件处置情况。对失职渎职的，严肃追究问责。

（二）依法依规严肃处理。各地教育部门要依据相关政策法规和《中小学教育惩戒规则（试行）》有关要求，指导学校进一步完善校规校纪，健全教育惩戒工作机制。对实施欺凌的学生，情节轻微的，学校和家长要进行严肃的批评教育和警示谈话。情节较重的，学校可给予纪律处分，并邀请公安机关参与警示教育或予以训诫。对实施暴力、情节严重、屡教不改的，应将其表现记入学生综合素质评价，必要时依法转入专门学校就读。涉嫌违法犯罪的，由公安机关、

第三十九条第一、二款 学校应当建立学生欺凌防控工作制度，对教职员工、学生等开展防治学生欺凌的教育和培训。

学校对学生欺凌行为应当立即制止，通知实施欺凌和被欺凌未成年学生的父母或者其他监护人参与欺凌行为的认定和处理；对相关未成年学生及时给予心理疏导、教育和引导；对相关未成年学生的父母或者其他监护人给予必要的家庭教育指导。

第六十四条 国家、社会、学校和家庭应当加强未成年人网络素养宣传教育，培养和提高未成年人的网络素养，增强未成年人科学、文明、安全、合理使用网络的意识和能力，保障未成年人在网络空间的合法权益。

人民法院、人民检察院依法处置。对遭受欺凌的学生，学校要给予相应的心理辅导。

（四）规范欺凌报告制度。各地教育部门和学校要建立健全学生欺凌报告制度。学校全体教师、员工要进一步增强责任感，一旦发现学生遭受欺凌，都应主动予以制止，并及时向学校报告；学校和家长要相互通知，及时进行调查处理。对情节严重的欺凌事件，要向上级教育主管部门报告，并迅速联络公安机关介入处置，配合相关部门依法处理。对舆论高度关注、社会影响广泛的欺凌事件，要及时报送教育部业务主管部门。报告的主要内容包括事件基本情况（时间、地点、起因、过程、涉及人员等）和已采取的措施等。报告内容要准确、客观、详实，不得迟报、谎报、瞒报和漏报。事件情况发生变化后，要及时续报。

（二）及时消除隐患问题。对排查发现的苗头迹象或隐患点，学校要及时向上级教育主管部门报告，与家长进行沟通，调查了解原因，采取必要的干预措施，做好疏导化解工作，并举一反三，及时完善有关规章制度、加强日常管理、压实工作责任、完善工作流程、细化工作举措、防控化解风险、营造良好氛围，切实防止学生欺凌事件发生。要对近年来发生过学生欺凌事件的学校和地区，进行“回头看”，确保整改落实到位。

第三十九条第三款 对实施欺凌的未成年学生，学校应当根据欺凌行为的性质和程度，依法加强管教。对严重的欺凌行为，学校不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。

第三十九条第二款 学校对学生欺凌行为应当立即制止，通知实施欺凌和被欺凌未成年学生的父母或者其他监护人参与欺凌行为的认定和处理；对相关未成年学生及时给予心理辅导、教育和引导；对相关未成年学生的父母或者其他监护人给予必要的家庭教育指导。

中国首次就家庭教育专门立法，依法带娃家长也要补课

2022-03-24 原创 法治周末报 法治周末报
https://mp.weixin.qq.com/s/kIO2D3B_8BosyCdfQNFVFW

今年央视财经频道“3·15晚会”上，一则新闻让不少家长闻讯色变——

时下风靡的儿童智能手表，竟然摇身变为“行走的偷窥器”。不知不觉间，它们将孩子的种种个人信息收入囊中。

如此乱象，或在不久的将来得到有效治理。3月14日，《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）再次公开征求意见。其中，对智能终端产品制造者和销售者提出了明确要求，并规定了“未成年人用户数量巨大、在未成年人群体具有显著影响力的重要互联网平台服务提供者”的六项义务。

而在网络世界，未成年人可能遭遇的并非只有个人信息安全问题。诸如网络信息内容、网络欺凌、网络沉迷等，都是未成年人网络保护中的重要议题。

近日，就《征求意见稿》的亮点与影响等话题，法治周末记者专访了长期关注未成年人网络保护并对此有深入研究的中央民族大学法学院副教授朱芸阳。

回应了“刘学洲事件”等社会热点问题

法治周末：前不久，《征求意见稿》再次公开征求意见。对于未成年人网络保护的意义以及法规出台的社会背景，你有何观点？

朱芸阳：就未成年人网络保护立法，我们可以梳理出这样的时间线：

2016年，《未成年人网络保护条例（草案征求意见稿）》公开征求意见。

2019年10月1日，《儿童个人信息网络保护规定》施行。

2021年6月1日，修订后的未成年人保护法实施，其中一大创新和亮点就是增设“网络保护”专章。

2022年，《征求意见稿》再次公开征求意见。

由此可见，多年以来，我国一直高度重视未成年人网络保护。相较于《未成年人网络保护条例（草案征求意见稿）》，此次《征求意见稿》篇幅翻倍。它不仅与未成年人保护法网络保护专章的内容一脉相承，而且在网络素养培育、信息内容管理、个人信息保护、网络沉迷防治等方面作出了更为细化的规定。

值得一提的是，《征求意见稿》还回应了一些社会热点问题。举例来说，前段时间在网络上引发关注的“刘学洲事件”，就反映出治理网络欺凌的重要性和迫切性。而《征求意见稿》的第二十七条、第三十一条也专门就防治网络欺凌作出了相关规定。比如，“网络产品和服务提供者应当设置便利未成年人及其监护人保全遭受网络欺凌证据、行使通知权利的功能、渠道”，以及遭受网络欺凌的未成年人及其监护人通知网络产品和服务提供者后，网络产品和服务提供者接到通知后，应当及时采取必要措施予以制止，等等。

法治周末：至今为止，《征求意见稿》进行了哪些方面的修改和完善？其实施后，可能带来哪些影响？

朱芸阳：比如网络素养培育，原有的征求意见稿中所规定的内容相对比较简单。网络素养教育是实现网络保护的基石，培养网络素养教育，不仅有利于未成年人把握网络时代的发展机会，也有利于未成年人提高应对网络风险的意识和能力，正确应对信息安全、网络沉迷、网络欺凌等网络风险，从根本上实现保护和发展并重的立法目标。因此，本次《征求意见稿》中重点关注未成年人网络素养培育是其中一大亮点。其中第二章“网络素养培育”，特别是从第十三条到第十七条，都与未成年人网络素养培育密切相关。

又比如，最初的《未成年人网络保护条例（草案征求意见稿）》中，并没有关于网络游戏适龄提示的相关内容。但这次的《征求意见稿》第五十四条将未成年人保护法第七十五条第三款进一步细化，明确规定了网络游戏服务提供者的适龄提示义务，即“网络游戏服务提供者应当落实适龄提示标准规范，根据不同年龄阶段未成年人身心发展特点，通过评估游戏产品的类型、内容与功能等要素，对游戏产品进行分类，明确游戏产品所适合的未成年人用户年龄阶段，并在用户下载、注册、登录界面等位置显著提示”。

再比如，此次《征求意见稿》中第四章“个人信息保护”也是特色之一。个人信息保护法作为条例制定的上位法，其中第二十八条规定了不满十四周岁未成年人的个人信息属于敏感个人信息。并且，第三十一条第二款规定，个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当制定专门的个人信息处理规则。因此，《征求意见稿》第四章对个人信息处理者处理未成年人个人信息也进一步作出细化规则。

这些例子都说明，我国关于未成年人网络保护的立法，处于不断发展、进步的过程中。立法者吸收了已经被实践证明卓有成效的成熟经验，既能通过立法填补空白、完善管理，也尊重了现行成熟的管理制度，

既体现了立法的稳定性和延续性，又体现出前瞻性和包容性。可以预见，未来相关主管部门也会进一步采取相关举措，落实和强化条例中的相关条款。

法治周末：在你看来，《未成年人网络保护条例》实施后，可能带来哪些影响？

朱芸阳：目前来看，此次立法有助于拉齐实践中不同企业的未成年人网络保护水平。总体来说，现有的行业头部企业在未成年人网络保护方面的投入比较多，实践经验丰富，在合规方面也通常会直接对标国际上通行的未成年人保护做法，因此，这些企业未来的合规压力相对较小，而且甚至可能会给其他中小型企业作出一定的表率。但是，对于一些小企业而言，如果前期存在不规范、不当行为的，那么，在《未成年人网络保护条例》颁布实施后面临的合规压力较大。

精准地落实了相关平台责任

法治周末：能否对此次的《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》亮点进行解读？

朱芸阳：我个人认为，《征求意见稿》几经易稿，是经得起考验的，且亮点明显。保障未成年人合理安全地使用网络是各国未成年人保护立法的普遍诉求，但是此次征求意见稿能够在面对国际共性问题的同时，充分立足我国国情，很多规定能够切中我国的实际情况，可见其确实是经过充分调研、广泛征求意见后的结果。

举个例子：在我国一线城市，可能很多人都会觉得“网吧”已经失去了其存在的意义——因为未成年人使用智能手机很普及，甚至一线城市的不少孩子还能同时拥有多种智能终端设备，但全国各地并非都是如此。比如，在一些边远或者相对贫困的地区，那里的孩子要上网可能就存在各种各样的困难，这就使得处于不利地位的孩子们可能丧失了通过网络平等发展的机会。

面对这样的客观现实，《征求意见稿》第十四条规定：“县级以上人民政府应当科学规划、合理布局，加强提供公益性上网服务的公共文化设施建设，改善未成年人的上网条件，促进公益性上网服务均衡协调发展。”同时，“县级以上地方人民政府应当通过为中小学校配备具备相应专业能力的指导教师或者政府购买服务等方式，为学生提供优质的网络素养教育课程”。

另外，在《征求意见稿》中多处采用了“可能影响”未成年人身心健康的提法。相对以往法规的二分法，此次采用了“三分法”，即认为：部分网络信息即使并不违法，但也可能影响未成年人的身心健康，包括可能引发或者诱导未成年人模仿不安全行为、实施违反社会公德行为、产生不良情绪、养成不良嗜好等可能影响未成年人身心健康的信息。同时，《征求意见稿》第二十五条进一步规定，国家网信部门会同国家新闻出版、电影部门和国务院教育、电信、公安、文化和旅游、广播电视等部门，在本条例第二十四条规定的基础上确定可能影响未成年人身心健康的信息的具体种类、范围、判断标准和提示办法。

此外，智能终端产品制造者和销售者，诸如时下流行的儿童智能手表等等，与网络产品和服务提供者、个人信息处理者一样，也是《征求意见稿》的规制对象，同样需要依照本法履行相应的未成年人网络保护义务。如第六条规定：“网络产品和服务提供者、个人信息处理者、智能终端产品制造者和销售者应当遵守法律法规规章，尊重社会公德，遵守商业道德，诚实信用，履行未成年人网络保护义务，承担社会责任。”可以说，这一规定也是充分考虑到为未成年人提供更为周延的保护，回应了社会现实关切，其做法也是与国际接轨的。

过去，很多人没有特别注意到儿童智能手表、iPad等智能终端设备。但现实是，智能终端设备同样存在着安全隐患。特别是智能终端设备的普及，实质上是会放大未成年人可能存在的网络风险，孩子们更容易脱离家长的监管范围。比如，如果孩子看电视，家长很容易就能看到电视播放的内容，对于出现的不良

内容等可以及时引导或制止观看。但是如果未成年人使用的是儿童智能手表、iPad等智能终端设备，相比较而言，家长更不容易发现潜在的网络风险，对于可能存在的不当上网行为难以监管。

因此，面对这样的社会现实，家长作为未成年人的监护人，固然肩负着非常重要的监护责任，但面对日新月异的科技产品，家长们本身可能也会力不从心。这时，我们有必要通过增加社会公共供给，例如，社会教育、学校教育、平台责任等，给予家长、未成年人更多提升网络素养和防范网络风险方面的支持。

因此，对企业而言，父母是未成年人保护的第一责任人，与企业依法履行未成年人网络保护义务两者是并行不悖的。并且，《征求意见稿》第二十条借鉴个人信息保护法第五十八条规定的做法，对“未成年人用户数量巨大、在未成年人群体具有显著影响力的重要互联网平台服务提供者”明确了相应义务和职责，可谓精准地落实了相关平台责任。

网络保护并非一种“消极的保护”

法治周末：根据您的研究，英、美及欧洲发达国家的立法情况如何？其中是否有可供借鉴的相关经验？

朱芸阳：未成年人网络保护是全世界所有国家共同面临的重要问题。随着互联网经济的蓬勃发展，信息技术提高和普及，全球大部分国家和地区都经历着信息化、城镇化趋势，虚拟的网络世界给青少年带来数字机遇的同时，未成年人网络保护问题也随之凸显出来。但是，我个人有两个观点，一是，风险不等于危害，二是，更重要的是给未成年人提供一种积极的保护，或者可以理解为促进未成年人网络发展。

近年来，在英国、美国、澳大利亚等国，都已经颁布方案或者积极推进相应的法案出台。例如，澳大利亚的《儿童安全在线法》、英国积极推进的《在线安全法》等。当然，各国根据各自国情的差异，立法的侧重点和规制措施也有所区别。

从2019年开始，英国更为积极地关注未成年人在网络世界的风险。除了出台《在线安全法》外，英国还根据不同的具体行业发布了关于未成年人网络保护的指南，内容可以说是非常细致的。同时，英国特别关注网络色情可能对未成年人造成的不利影响，这对我国也是有启发意义的。

目前，多个国家的共识是：将未成年人屏蔽在网络世界之外已经是不可能、不现实的，因此，网络保护意味着要保证他们能够合法、安全、健康地使用互联网，而并非一种“消极的保护”。

事实上，在这个时代，由于地域、财富等现实差异的存在，已经造就了难以跨越的“数字鸿沟”。对未成年人而言，我们更应该积极保障他们在网络上的受教育权。换言之，未成年人网络保护问题宜疏不宜堵，从保护未成年人发展权利的正面视角，尊重“数字原住民”的客观成长规律，从加强未成年人网络素养教育出发，既保护其免于因接触网络遭受负面影响，又充分利用网络新媒介带来的资源与发展机会。

我们对待网络媒介和产品的态度也是如此。例如，曾有朋友问我：“能否像禁止儿童吸烟一样，禁止他们玩网络游戏？”我的回答是：“不能。”

烟是已经被证明对健康有严重的危害性，但网络游戏的类型和内容本身是多元化，不应当将网络游戏视为洪水猛兽。比如说，一些益智类的网络游戏，对于未成年人而言，本身就是一种学习的工具。因此，我们要做的不是切断未成年人接触网络的途径，而是要把适当的产品和服务提供给他们，包括教育和引导他们如何合法、安全、健康地上网。

从网络内容信息的角度来说也是一样。网络信息内容虽然良莠不齐，但是同样，网络世界中有相当一部分内容既有趣味性，又对未成年人的发展成长和益智教育很有帮助。那么，我们可以通过设置未成年人

保护模式，一方面，从观看时长、消费限制等方面进行管理规制，另一方面，从增加有益的内容供给，引导和教育未成年人，而不能直接剥夺未成年人上网的权利，把他们禁锢在所谓的“安全花园”里。

人民司法：关于父母为子女出资购房问题的理解与适用

2022-03-26 民商事审判资讯

<https://mp.weixin.qq.com/s/1-x2t7rk6TMkq2ptUDV1uQ>

近年来，由于房价高企，子女购房财力有限，往往需要父母的资助，为了子女能够安居乐业，很多父母也是倾其大半生积蓄。父母为子女购房出资的性质以及归属关涉各方切身利益，往往成为社会热点。婚姻法解释二和婚姻法解释三对此问题均有规定。此次清理中对上述规定进行了体系化整合，删除了婚姻法解释三第7条。在理解时需要注意以下问题：

1. 严格遵守法律的规定

根据民法典第一千零六十二条第一款第（四）项和第一千零六十三条第（三）项规定，夫妻在婚姻关系存续期间继承或受赠的财产原则上为夫妻共同所有，除非遗嘱或者赠与合同中确定财产只归一方。也即，在我国法定夫妻财产制为婚后所得共同制的前提下，夫妻一方婚后所得的财产原则上均为夫妻共同所有，除非赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。因此，总体上，婚姻法解释二第22条第2款是符合立法精神的。但考虑到实践中的情形非常复杂，有借款的情形，也有赠与的情形；有只赠与一方的，也有愿意赠与双方的，如果当事人愿意通过事先协议的方式明确出资性质以及房屋产权归属，则能够最大限度减少纠纷的发生。为此，我们对婚姻法解释二第22条第2款进行了重新表述。首先规定当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；对于没有约定或者约定不明的，严格按照法律规定的精神，直接转引至民法典第一千零六十二条第一款第（四）项的规定，即如果没有明确表示是赠与一方的，则按照夫妻共同财产处理。

2. 要明确法律关系的性质

实践中，对父母为子女购房出资的性质是借贷还是赠与，各方可能存在争议，在此情况下，应当将法律关系的性质作为争议焦点进行审理，根据查明的案件事实，准确认定双方的法律关系是借款还是赠与，不能仅依据《解释（一）》第29条当然地认为是赠与法律关系。要特别强调的是，在相关证据的认定和采信上，注意适用《关于适用民事诉讼法的解释》第105条的规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，从而准确认定法律关系的性质。从中国现实国情看，子女刚参加工作缺乏经济能力，无力独自负担买房费用，而父母基于对子女的亲情，往往自愿出资为子女购置房屋。大多数父母出资的目的是要解决或改善子女的居住条件，希望让子女生活更加幸福，而不是日后要回这笔出资，因此，在父母一方主张为借款的情况下，应当由父母来承担证明责任，这也与一般人的日常生活经验感知一致。

3. 准确认定是赠与一方还是赠与双方

认定父母为子女出资购房为赠与的情况下，根据民法典第一千零六十二条的规定，婚姻关系存续期间受赠的财产原则上为夫妻共同财产，除非赠与合同中确定只归一方的财产。因此，本解释没有再作出具体规定，而是转引至民法典第一千零六十二条第一款第（四）项。要特别注意的是其中的但书条款，即民法典第一千零六十三条第（三）项的规定，对于如何认定“赠与合同中确定只归一方”，司法实践中最具争议。如前所述，我们在《解释（一）》中首先引导当事人事先约定，以期尽量减少纠纷的发生。但是，基于父母子女间密切的人身关系和特有的中国传统家庭文化的影响，实践中父母与子女之间一般并没有正式赠与合同的存在，或者说没有一个书面赠与合同的存在，对于是否存在口头的赠与合同以及赠与合同的内

容，在夫妻离婚时往往是双方争议的焦点。在一方父母出全资并且在购买不动产后将不动产登记在自己一方子女名下的，考虑到物权法已经实施多年，普通民众对不动产登记的意义已经有较为充分的认识，在出资后将不动产登记在自己一方子女名下，认定为是父母将出资确定赠与给自己子女一方的意思表示，符合当事人本意，也符合法律规定的精神。

4. 删除双方父母出资情况下房产按份共有的规定

实践中，由于房价高企，一方父母可能无力单独承担购房负担，由双方父母共同出资为子女购房的情形并不鲜见，父母为子女出资购房不仅是家族财产的传递形式之一，也寄托了父母对子女婚姻幸福美满的期望，在双方没有明确约定的情况下，认定为是按份共有与家庭的伦理性特征不相符，也与法律规定有一定冲突。根据民法典第一千零六十二条规定，在没有明确表示赠与一方的情况下，应当归夫妻共同所有。同时，民法典第三百零八条也规定，共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。可见，在双方没有明确约定的情况下，基于家庭关系的特殊身份属性，亦不宜认定为按份共有。

学前教育法被纳入 2022 年年度立法工作计划

2022-04-27 人民法院报

http://e.mzyfz.com/paper/1828/paper_48793_10244.html

近期，全国人大常委会工作报告中提到，根据 2022 年年度立法工作计划，我国将制定学前教育法。

关于学前教育立法，讨论已久。2010 年发布的《关于当前发展学前教育的若干意见》提出，实施学前教育三年行动计划。2017 年，教育部在工作计划中提出，“启动学前教育法立法”。2020 年 9 月，教育部发布《中华人民共和国学前教育法草案（征求意见稿）》（以下简称《学前教育法草案》），公开征求意见。

学前教育立法的动因是什么？此前公布的《学前教育法草案》重点规定了哪些内容？专家学者对《学前教育法草案》的进一步完善还有哪些建议？记者采访了有关专家学者。

学前教育立法的动因

近年来，国家连续实施三期学前教育行动计划，推动学前教育取得快速发展，有效缓解了“入园难、入园贵”问题。为进一步提高学前教育普及普惠水平，2021 年 12 月教育部等 9 部门印发了《“十四五”学前教育发展提升行动计划》。

广西大学法学院教授管华认为，制定学前教育法可以在制度上进一步解决目前学前教育事业发展面临的一系列问题，促进学前教育事业健康发展，健全学前教育法律制度。

浙江工业大学文化与法制研究中心主任石东坡教授认为，学前教育立法的直接动因在于通过法律调整破解学前教育领域存在的一系列问题，确立以儿童受教育权为核心的体制机制、主体架构与行为规范，明晰政府在学前教育领域的角色定位，有效发挥市场、社会资本的积极作用。

湖南师范大学教授倪洪涛认为，实践中，师资不足在一定程度上阻碍学前教育发展。为学前教育立法，可以明确提升幼儿教师学历水平要求，吸纳高学历、高素质人才从事学前教育。

《学前教育法草案》的重点内容及问题

2020年9月7日,《学前教育法草案》公开征求意见。此后,教育部根据征求意见情况对《学前教育法草案》修改完善,并于2021年4月12日形成《中华人民共和国学前教育法草案(送审稿)》。

管华表示,《学前教育法草案》将学前教育定位为“社会公益事业”,强调发展学前教育应当坚持政府主导,要求“国家普及学前教育,构建覆盖城乡、布局合理、公益普惠的学前教育公共服务体系”,对学前教育进行“逐利限制”。但有的地方有待进一步明确,如第五十六条第三款规定,“加强对公办幼儿园和非营利性幼儿园收费的监管,遏制超成本过高收费”。什么是“超成本过高收费”,应明确。

石东坡认为,《学前教育法草案》以保障儿童受教育权为核心,立足学前教育公共服务的性质与定位,基本搭建了学前教育法律制度的内容结构,明确了学前教育的价值理念、在国民教育体系中的地位、运行体制与管理体制等,但在三个方面还可以进一步完善:

第一,学前教育的公平性、可及性问题。即通过立法设计在制度上为每一个家庭、每一位学龄前儿童提供平等、就近接受基本均衡学前教育的机会。除将学前教育作为基于政府财政的公共服务体系事项外,还可以通过吸纳社会力量、发挥市场作用,设置和运营布局合理的多类型幼儿园,逐步达到在布局、要素、水平上的一体化、均等化。

第二,营利性民办幼儿园的存续空间问题。营利性幼儿园在成本核算、收费标准、投资融资、收益范围以及价格监管、发展规模等多方面受到《学前教育法草案》规定的限制和约束。在这种情形下,社会资本如何介入学前教育领域,值得进一步深入调查研究。

第三,非营利性民办幼儿园,即普惠性民办幼儿园的成本核定参照标准、财政补助标准、教师工资标准如何确定?即如何规定合理的利益调节机制,调动社会资本创办普惠性民办幼儿园的积极性,值得探讨。

完善建议

石东坡表示,除上述问题外,学前教育立法还要考虑0-3岁阶段儿童是否纳入法律调整范围问题、幼儿园的产权条件及其产权归属界定问题、小区配套幼儿园的认定等问题。

石东坡建议,建立学前教育规划动态调整机制,增强幼儿园布局规划的适应性;加强学前教育领域部门联动管理,保障校区配套幼儿园的规划、设计、建设、验收与交付使用,促进学前教育在城乡一体化的公共教育服务中得到均衡发展;规定学前教育成本分担机制,增强科学核定办园成本的程序公正性、参与性,可采取听证或委托第三方评估等方式合理优化成本核定,实现对普惠性民办幼儿园、营利性幼儿园等运营的有效保障与合理监管,保障劳动合同制教师的合法权益;依法强化幼儿园安全保障与突发事件应对中的应急能力建设,加强对各类幼儿园安全风险防范上的支持并使之制度化、规范化;规定设立智慧托育系统、学前教育质量监测大数据平台等,以加强学前教育中的数据权利保护。

倪洪涛建议,采用“过渡期”立法模式,解决现行学前教育中教师综合素质发展不均衡问题。所谓“过渡期”立法模式,指立法对教师的学历作出明确高要求,但该条款并不立即实施,而是给出一个3到5年的过渡期,过渡期届满提高学历要求条款开始施行。

管华表示,制定学前教育法,可以进一步促进学前教育规范化、科学化,但还应考虑农村和边远地区的现实条件,使其起到“保基本、兜底线”作用,不宜将示范性标准直接法律化。

国务院关于儿童健康促进工作情况的报告

2022-06-22 卫健委 少年司法专业委员会
https://mp.weixin.qq.com/s/Nz-062_F3HEGScUe8xc-FA

国务院关于儿童健康促进工作情况的报告

图片

——2022 年 6 月 21 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议上

图片

全国人大代表大会常务委员会：

按照全国人大常委会安排，受国务院委托，就儿童健康促进工作情况报告如下，请审议。

党中央、国务院高度重视儿童健康促进工作。习近平总书记指出，儿童健康事关家庭幸福和民族未来，在全国卫生与健康工作大会上强调要重视少年儿童健康，主持中央全面深化改革领导小组会议审议《关于加强儿童医疗卫生服务改革与发展的意见》，对做好儿童青少年近视和肥胖防控、心理健康服务、缓解儿童医疗服务资源短缺问题、幼儿园和中小学卫生与健康工作等多次作出重要指示批示。李克强总理多次作出重要批示，强调要推进儿童健康服务的优先供给，完善儿童医疗卫生服务网络，深入实施健康儿童计划。孙春兰副总理多次主持召开会议，研究重要政策措施，部署推进重点工作。各地各有关部门深入贯彻习近平总书记重要指示精神，认真落实党中央、国务院决策部署，不断完善政策，狠抓工作落实。

一、主要工作和成效

图片

(一)完善儿童健康促进法规政策。全国人大以宪法为依据，不断完善儿童健康法律体系，制定公布基本医疗卫生与健康促进法，明确规定国家发展妇幼保健事业，建立健全妇幼健康服务体系。两次修订人口与计划生育法，不断强化提高出生人口素质，加强母婴保健和婴幼儿照护服务。修订未成年人保护法，坚持最有利于未成年人的原则，加强未成年人全方位保护。修订药品管理法，进一步明确鼓励儿童用药品的研制和创新，对儿童用药予以优先审评审批。在民法典、传染病防治法、疫苗管理法、食品安全法、家庭教育促进法、学前教育法、反家庭暴力法等法律制修订中，均强化儿童健康促进有关规定。

国务院及各有关部门认真贯彻落实党中央决策部署和相关法律要求，坚持依法行政，全力推进儿童健康促进工作。制定实施四个周期中国儿童发展纲要，针对儿童健康关键问题，明确主要目标和策略措施。在《“健康中国 2030”规划纲要》中，明确到 2030 年婴儿死亡率和 5 岁以下儿童死亡率控制在 5.0‰和 6.0‰，提出实施健康儿童计划。将儿童健康纳入《国务院关于实施健康中国行动的意见》等重要文件，建立健全工作推进机制。

(二)健全儿童健康促进保障机制。一是推动建立党委领导、政府主导、多部门分工合作、全社会共同参与的工作机制。强化国务院妇女儿童工作委员会作用，成立国务院未成年人保护工作领导小组，统筹推进儿童健康事业发展。二是建立持续的儿童健康投入保障机制。将预防接种、儿童健康管理、儿童中医药

健康管理纳入国家基本公共卫生服务项目免费向0—6岁儿童提供。中央和地方各级财政持续加大投入，2012年以来，国家基本公共卫生服务项目经费人均财政补助标准从25元提高到2020年的74元，中央和地方各级财政共投入5934.85亿元，根据安排，2021年人均财政补助标准再提高5元。在打赢脱贫攻坚战中统筹加大对贫困地区儿童健康投入，印发《国家贫困地区儿童发展规划(2014—2020年)》，强化贫困地区儿童健康促进。三是建立覆盖包括儿童在内的全民基本医疗保障制度。强化基本医疗保险、大病保险与医疗救助三重保障功能，促进各类医疗保障政策互补衔接，稳步提高包括儿童在内的广大城乡居民整体医疗保障水平。加快儿童药品纳入医保，儿童专用药和适用药占国家医保目录内药品种类的20.13%，经谈判新进入目录的34个独家儿童用药品平均降价55.6%。四是建立残疾儿童康复救助制度。连续制定实施两周期国家残疾预防行动计划，开展出生缺陷和发育障碍致残防控行动。印发《关于建立残疾儿童康复救助制度的意见》，为符合条件的0—6岁视力、听力、言语、肢体、智力等残疾儿童和孤独症儿童进行康复救助。2012年以来，累计救助0—6岁残疾儿童140余万人。五是健全儿童用药供应保障机制。印发《关于保障儿童用药的若干意见》，先后发布3批共105个鼓励研发申报儿童药品，通过“重大新药创制”科技重大专项投入5.74亿元，支持儿童药品研发和临床研究。加强儿童用药重点监测，鼓励儿童药品集中生产基地建设。六是持续加强儿童健康科研投入。国家科技计划部署儿童生长发育与疾病防治相关经费由“十二五”时期的7561万元，增长到“十四五”时期的1.26亿元。推进儿童健康领域科技创新平台建设，强化儿童健康领域临床医学研究中心和重点实验室建设。

(三)建设防治结合的儿童健康服务体系。认真落实《关于加强儿童医疗卫生服务改革与发展的意见》，不断加大改革力度。一是加强儿童医疗服务网络建设。设置2个国家儿童医学中心和5个国家儿童区域医疗中心，有序推进儿科方向国家医学中心和国家区域医疗中心项目建设，持续加强儿科相关国家临床重点专科建设，构建国家、区域、省、市、县级儿童医疗服务网络。2013—2021年，累计安排中央预算内投资309亿元支持全国1960个儿童医院和妇幼保健机构建设。截至2021年底，我国共有儿童医院151家，每千名儿童床位数达2.2张，较2015年增加0.27张。二是强化儿童保健服务网络建设。构建以省、市、县三级妇幼保健机构为核心、基层医疗卫生机构为基础的儿童保健服务网络。2019—2021年，中央财政累计安排27.91亿元支持省级和县级妇幼保健机构能力建设。2021年，全国共有妇幼保健机构3032家，全年总门诊量3.31亿人次，乡镇卫生院3.5万家，社区卫生服务中心(站)3.6万家，当年提供儿童健康体检8550万人次。三是加快儿童健康人才队伍建设。引导和支持高校新增27个儿科学、1个中医儿科学专业布点，加强“5+3”高校一体化儿科硕士学位研究生招收培养。加大儿科等紧缺专业住院医师规范化培训招收，大力开展转岗培训和继续医学教育，实施中西部儿童保健人员培训项目。印发《关于深化公立医院薪酬制度改革的指导意见》，推动薪酬待遇政策向儿科医务人员倾斜。我国儿科执业(助理)医师数从2015年的11.8万人，增加到2021年的20.6万人。四是推进儿童保健与临床服务有机融合。突出以儿童健康为中心，打破妇幼保健机构“防”和“治”的科室分设格局，优化服务流程，整合服务内容，强化中医药服务，改革组建孕产保健部、儿童保健部和妇女保健部，努力构建系统连续、防治结合的服务新模式。五是推动儿童健康服务体系上下联动。推动基层医疗卫生机构、妇幼保健机构与专科医院建立儿童疾病筛查、转诊工作机制，落实分级诊疗制度，强化医疗联合体建设，促进优质资源下沉基层。六是促进儿童健康信息互联互通。推进“互联网+妇幼健康”发展，实施“云上妇幼”项目，促进上下互联、横向互通、方便快捷、智慧服务。以推进出生医学证明在线申领和电子证照应用为抓手，积极推进“出生一件事”跨部门、跨地区办理，逐步实现“网上办”“掌上办”，极大方便了群众。

(四)推动形成促进儿童健康的协同支持体系。一是推动形成儿童友好的社会环境。优化城市公共空间规划，推动全社会关心关爱儿童健康成长。二是加大家庭养育支持力度。设立3岁以下婴幼儿照护个人所得税专项附加扣除，按照每个婴幼儿每月1000元的标准定额扣除。实施母乳喂养促进行动计划，推进婴

幼儿营养喂养咨询指导,保护女职工权益,推进公共场所和用人单位母婴设施建设,全力支持母乳喂养。促进托育服务健康发展,严格托育机构标准设置和规范管理,开展普惠托育专项行动。三是持续加大环境保护和治理力度。以最严标准推进生态保护和环境治理,淘汰升级落后产能,推广使用清洁能源,儿童群体性铅中毒事件明显减少。四是加强食品安全监管。严格落实“四个最严”要求,建立完善食品安全标准体系,连续5年将婴幼儿配方食品、辅助食品作为高风险品种列入食品安全监管重点,加大抽检和执法力度。印发《学校食品安全与营养健康管理规定》,推进中小学、幼儿园建立集中用餐陪餐制度,对校园食堂等集中供餐单位开展风险排查,大力推进学校食堂“明厨亮灶”工作,截至2021年底,全国学校食堂“明厨亮灶”覆盖率达99.8%。五是加大儿童用品质量监督抽查和执法力度。连续3年开展儿童和学生用品安全守护行动,共检查儿童用品生产企业2.4万家、重点商超和批发市场25.4万家,监督抽查产品5.4万批次,立案查处违法案件0.5万起,严格实施童车、玩具、儿童安全座椅强制性产品认证。六是加大对儿童产品市场反不正当竞争执法力度。连续5年开展反不正当竞争执法专项行动,聚焦近视眼镜市场、校外培训、早教机构等重点领域,严厉打击虚假宣传等侵害儿童合法权益的不正当竞争行为。七是进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担。坚持健康第一的教育理念,强化德智体美劳全面培养,指导学校提高作业管理、课后服务和课堂教学质量,严格校外培训管理,给孩子留出更多运动时间。据调查,73%的家长表示孩子完成书面作业时间比“双减”前明显减少。八是大力促进儿童体育运动。全面加强和改进新时代学校体育工作,深化体育教学改革,不断加大学校体育课比重。开展儿童青少年体育活动促进,针对儿童青少年近视、肥胖、脊柱侧弯等进行体育干预,在社区、公园、绿地等公共场所加强配备适合未成年人身体锻炼的体育设施。“十三五”期间,每年利用中央资金9亿多元,支持1000多个公共体育场馆向青少年等人群免费或低收费开放。

(五)强化儿童健康全过程全方位服务。一是强化生命早期1000天健康保障。加强全方位孕产期保健,实施母婴安全五项制度,加强危重孕产妇、危重新生儿救治中心建设,保障生育政策调整完善。2012年以来,全国住院分娩率保持在99%以上,县级危重新生儿救治中心覆盖率达90.7%。二是扎实推进出生缺陷三级防治措施落实。实施免费孕前优生健康检查,产前筛查率提高至81.1%,新生儿遗传代谢病和听力障碍筛查率保持在90%以上。安排中央专项彩票公益金实施出生缺陷干预救助项目,救助困难家庭患儿。2021年启动实施罕见病诊疗能力水平提升项目,进一步推进儿童罕见病救治。三是加强7岁以下儿童健康管理。在全国推广使用《母子健康手册》,规范生育全程基本医疗保健服务,普及科学育儿知识,促进儿童早期发展。2021年,全国7岁以下儿童健康管理率为94.6%。四是着力推进儿童营养改善。印发《国民营养计划(2017—2030年)》,开展相关重大行动。2011年以来实施农村义务教育学生营养改善计划,中央财政累计安排补助资金1968亿元,每年惠及约3800万学生。2012年以来持续开展贫困地区儿童营养改善项目,中央和地方财政累计投入52亿元,受益儿童1365万。五是加强幼儿园和学校卫生保健。将健康教育纳入国民教育体系,大力推进青春期保健服务,加强监督指导,提高儿童青少年疾病防控意识和生殖健康水平。修订印发《中小学生健康体检管理办法》,规定中小学校每年组织1次在校学生健康体检,学生体检率持续提高。

(六)集中力量解决儿童健康重点问题。一是综合防控儿童青少年近视。全面加强儿童青少年近视防控,制定发布《综合防控儿童青少年近视实施方案》,持续开展近视监测,开展儿童青少年近视防控适宜技术和中医适宜技术试点,加强儿童在新冠肺炎疫情期间近视预防专业指导,强化学校卫生监督检查,积极推进近视防控产品违法违规商业宣传整治。各级政府逐级签订工作责任书,加强评议考核,以最严的措施、最大的力度加强近视防控,努力让孩子们拥有一个光明的未来。2020年,0—6岁儿童眼保健和视力检查覆盖率91.8%;儿童青少年总体近视率52.7%,比2018年下降0.9个百分点。二是加强儿童常见传染病防治。统筹做好国家免疫规划疫苗常规免疫工作,以乡镇为单位国家免疫规划疫苗接种率维持在90%以上。

持续实施艾滋病、乙肝母婴阻断，艾滋病母婴传播率下降到2021年的3.3%，降至历史最低点。三是加大儿童重大疾病救治力度。加强综合医疗保障，开展集中定点救治，逐步扩大救治病种范围，将免疫性溶血性贫血、中枢神经系统肿瘤等12个病种纳入儿童血液病、恶性肿瘤救治管理病种范围。2013—2021年，中央财政通过彩票公益金预算安排16.6亿元专项救助贫困白血病和先天性心脏病儿童。2021年，全国儿童肿瘤患者省域内就诊率达到85%以上。四是加强儿童青少年肥胖防控。印发《儿童青少年肥胖防控实施方案》，加大科学指导和科普宣教力度，加强监测和评价，持续开展重点地区营养干预项目，推广合理膳食和科学运动等理念，家校联动、社会联手，推动儿童“管住嘴、迈开腿”。五是促进儿童青少年心理健康。将儿童青少年心理健康纳入健康中国行动统筹推进，强化学校心理健康工作人员配备，推动精神卫生服务网络建设。以抑郁症、孤独症为重点，探索防治适宜技术和干预模式。全国1379家妇幼保健机构开展儿童心理保健服务，318个地市设有精神专科医院，2756个区县能够开展精神卫生专科服务，初步缓解了基层儿童心理服务短缺问题。

(七)加强新冠肺炎疫情期间儿童健康保障。坚持人民至上、生命至上，在疫情防控中对儿童予以重点救治保障。一是积极预防儿童新冠肺炎。普及疫情防控知识，规范儿童口罩生产和佩戴，指导学校和家长做好儿童防控措施落实。大力推广线上健康评估和指导等智慧服务。指导各级各类医疗机构做好发热患儿筛查和疫情防控工作。二是全力保障孕产妇安全分娩。指导各地向社会公布孕妇产检和住院分娩定点医院，建立危重孕产妇、新生儿救治绿色通道。做好危重感染孕产妇救治工作，保障疫情期间孕产妇安全分娩，减少新生儿感染。三是稳妥推进儿童新冠病毒疫苗接种。周密组织安排，强化医疗保障，全力做好新冠病毒疫苗供应，切实做到儿童安全接种和应接尽接。全国3—17岁人群新冠病毒疫苗第一剂次接种覆盖率和全程接种覆盖率分别达到98%和95%以上。四是加强儿童救治。及时更新《新型冠状病毒肺炎诊疗方案》中儿童患者诊疗内容，强化中医药防治。按照“四集中”原则，加强儿童定点救治，针对儿童患病特点，指导各地加强儿童心理疏导和人文关爱，努力保障儿童生命安全和身心健康。

党的十八大以来，在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，我国儿童健康工作投入力度持续加大，政策体系不断完善，儿童健康水平整体明显提高，《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》的儿童健康相关目标均如期实现。2021年全国婴儿死亡率、5岁以下儿童死亡率分别为5.0‰和7.1‰，较2012年下降51.5%和46.2%，总体优于中高收入国家平均水平。6岁以下儿童生长迟缓率和低体重率等指标逐步改善，特别是农村儿童生长迟缓问题改善明显。儿童常见传染病得到有效控制，2021年0—18岁儿童法定传染病报告发病率为928.16/10万，较2012年下降16.2%。严重高出生缺陷得到初步控制，与2010年相比，2020年出生缺陷导致5岁以下儿童死亡率由2.8‰降至1.3‰，神经管缺陷、唐氏综合征等严重致残出生缺陷发生率降幅达41%。2020年，18岁以下儿童伤害死亡率由2010年的22.41/10万降至11.06/10万，降幅50.6%。

二、存在的主要问题

图片

(一)从儿童健康服务需求看。一是区域、城乡间儿童健康状况不平衡。2021年，农村婴儿死亡率是城市的1.8倍，西部地区是东部地区的2.2倍；农村5岁以下儿童死亡率是城市的2.1倍，西部地区是东部地区的2.2倍。二是儿童健康主要影响因素逐步转变。我国已消除新生儿破伤风，5岁以下儿童死亡率持续下降，但一些影响儿童正常生长发育的健康问题凸显。儿童青少年总体近视率仍处高位，超重问题不容忽视，脊柱侧弯、孤独症患病增多，溺水、道路交通事故等伤害是5岁以下儿童的主要死因。儿童肿瘤、心脏病等慢性非传染性疾病及罕见病等依然威胁儿童健康。三是新冠肺炎疫情发生以来，儿童居家和上网

课增多,体育运动减少,在电子屏幕前暴露时间延长,导致较多儿童青少年出现近视加重情况。四是科学养育方面问题仍较突出。家庭科学育儿知识总体不足,“隔代养育”现象普遍,城市中长辈过度溺爱儿童娇生惯养,农村留守儿童缺乏父母关爱。同时,群众对儿童健康提出更高要求,希望儿童得到更高水平的医疗保健服务,食品玩具更安全、体育运动更丰富、社会保障更健全。

(二)从儿童健康服务供给看。一是儿童医疗卫生资源总量不足与分布不均衡问题并存,优质资源主要分布在东部和城市地区,中西部地区和农村地区优质资源较为薄弱。二是我国儿童保健服务网络特别是基层儿童保健服务网络有待加强。据调查,基层配备专职人员从事儿童保健服务的乡镇卫生院数量仅占总数的52.2%,难以满足日益增长的儿童保健需求。三是儿童医疗服务人才短缺且工作负担重,吸引力不强。我国每千名儿童儿科执业(助理)医师数与发达国家相比仍有较大差距,儿童心理、康复等特殊领域人才紧缺。虽然儿科医师总体数量有所提高,但近年来在总体医师中的占比变化不大,人才队伍发展相对缓慢。四是群众获取科学育儿知识的渠道仍需完善,相关媒体、社会组织和学校等健康教育和社会宣传力度有待进一步加大。五是儿童健康促进支持政策有待加强。托育服务尚不能满足群众实际需求;学校校医配备有缺口,能力水平有待进一步提高;儿童食品用品安全执法需持续加强;“双减”政策下,儿童青少年参与体育运动需求增多,体育场地设施等仍然不足。

(三)从儿童健康保障机制看。一是儿童健康法制保障需要进一步加强,儿童用药、儿童心理健康、儿童伤害防控等方面还存在制度短板。二是儿童健康投入机制需要进一步完善,以更好适应儿童健康需求,推动解决预防投入不足等问题。三是儿童健康领域相关改革还需持续深化。相关医疗机构特别是综合医院、妇幼保健机构和基层医疗机构,因儿童所需的药品、耗材品种繁多,人员和运行成本高,业务收入少,发展儿科和儿童保健科动力不足,对于儿科医务人员的倾斜政策在部分地区和医疗机构尚未落实到位。四是儿童用药总体规模较小,临床试验难度大,研发成本高,企业研发生产动力不强,儿童用药适宜剂型、适宜规格依然有限,小品种药仍存在供应风险。五是儿童健康促进需要各有关部门密切配合,全社会共同参与,特别是涉及儿童伤害预防、食品安全、学校卫生、儿童心理健康、肥胖干预、健康教育宣传等问题,需要进一步加大力度协同推进。

三、下一步工作安排

图片

坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,深入贯彻习近平总书记关于儿童健康工作的重要指示精神,认真落实党中央、国务院决策部署,坚持以人民健康为中心,强化大卫生大健康理念,依法行政、强化保障、创新机制、强基固本,不断推进儿童健康事业高质量发展。

(一)强化儿童健康促进法制建设。一是进一步完善儿童健康法律法规体系。积极争取将儿童健康促进工作急需的立法修法项目列入下一届全国人大常委会五年立法规划。尽快启动修订学校卫生工作条例,研究完善儿童健康促进工作相关法规和配套规定。二是持续推动儿童健康促进相关法规政策落实。以法制保障儿童健康,进一步推动各级政府和各有关部门落实儿童健康促进主体责任。将儿童优先发展放在重要位置,在制定经济社会发展规划中优先考虑,在公共资源配置上优先满足,建立稳定的与经济社会发展相协调的儿童健康投入保障制度。

(二)深化儿童健康领域改革创新。一是加强儿童医疗保障。逐步提高儿童基本医疗保障水平,统筹发挥基本医保、大病保险、医疗救助三重制度综合保障梯次减负作用,共同减轻患儿医疗费用负担。落实落

细参保缴费政策,确保儿童应保尽保。充分发挥商业保险风险保障的补充功能,鼓励商业保险机构开发针对儿童的商业健康保险产品。二是稳妥有序推进深化医疗服务价格改革试点,指导试点城市按照改革思路和机制设计完善本地实施方案,在机制设计上将支持儿科医疗服务发展作为相关指标统筹考虑。三是深化公立医院薪酬制度改革。切实落实保障儿科和儿童保健科医务人员薪酬待遇的倾斜政策,吸引更多优秀人才从事儿童健康事业。四是强化儿童用药保障。进一步加大对儿童药品研发生产等方面政策支持力度,完善儿童用药监测预警机制,持续推动儿童药品集中生产基地建设,扩大品种覆盖,深化供应链协作,努力推动实现一批儿童国产药品上市。动态调整国家医保药品目录,支持将符合条件的儿童药品纳入国家医保药品目录,定期开展国家医保药品目录准入谈判,支持将符合条件的罕见病用药等儿童药品纳入谈判范围。五是强化儿童健康科技创新支撑。大力支持儿童重大疾病预防、诊断、治疗、康复和健康管理等方面科技研发,加强科技创新体系建设,促进成果转化惠及儿童健康。

(三)健全儿童医疗卫生服务体系。一是推进儿童医疗卫生服务高质量发展。“十四五”期间,继续安排中央预算内投资支持儿科项目建设,支持开展10个左右儿科类国家区域医疗中心建设项目,推动儿科优质医疗资源扩容和均衡布局,推进优质资源下沉。进一步筑牢基层儿童保健服务网底,着力提高乡镇卫生院、社区卫生服务中心和村卫生室儿童保健服务能力。根据需要完善儿童医院建设相关标准,开展母婴友好医院和儿童友好医院建设。二是加快开展重点人群健康服务补短板工作。通过中央预算内投资,实施妇女儿童健康服务能力建设工程,支持每省份1个省级儿科项目建设,以及分娩量较大、人口较多的地市级妇幼保健机构项目建设。支持革命老区、民族地区、边疆地区和欠发达地区的儿童健康服务体系发展。三是加强儿童健康人才队伍建设。加强不同层次儿科医学人才培养,重点培养儿童保健、营养、心理、康复等紧缺专业人才。推进实施基层医疗卫生机构全科医生特设岗位计划,每所乡镇卫生院、社区卫生服务中心至少配备1名全科医生提供规范的儿童基本医疗服务,至少配备2名专业从事儿童保健的医生,努力补齐人才短板。

(四)加强儿童健康全程服务。一是把好生育关,围绕孕期、产前、分娩期、新生儿期等儿童的生命最早期,加强孕产期保健、母婴安全保障和出生缺陷防治等,着力提高孕产期服务质量。二是把好养育关,主要围绕儿童营养喂养、交流玩耍、生活照护、伤害预防等,加强对养育人的健康指导,促进儿童早期发展。三是把好发育关,主要围绕儿童体格生长发育和神经心理发育,加强儿童保健服务,开展系统化儿童健康综合管理和体质锻炼指导,健全儿童心理健康服务体系,强化儿童心理保健和干预,提高儿童环境和社会适应能力。四是把好教育关,强化幼儿园、托育机构卫生保健工作,加强学校心理教师 and 校医及幼儿园保健医配备,科学规划新冠肺炎疫情期间课程安排,强化学生健康教育,从小抓起,引导儿童树立正确健康观念,养成良好行为习惯。五是把好疾病防治关,围绕儿童传染病、常见病、多发病,以及近视、肥胖、脊柱侧弯、孤独症、心理健康等问题,进一步完善防控体系和工作机制,全面实施残疾儿童康复救助制度,做好儿童新冠肺炎防治,切实做到预防为主、防治结合。

(五)强化儿童健康促进工作协同。一是强化政策统筹。加强中国儿童发展纲要落实。结合推进公共服务补短板、强弱项、提质量,促进公共资源向儿童适度倾斜。二是落实家庭支持政策。大力推进家庭教育促进法实施,引导全社会注重家庭、家教、家风,将健康促进和科学育儿纳入家庭教育。加快普惠托育服务发展,到2025年实现每千人口拥有3岁以下婴幼儿托位数达4.5个。完善生育休假制度,健全假期成本合理分担机制,保障妇女就业和劳动权益,落实税收等支持政策,减轻家庭养育负担。三是落实完善儿童教育、体育相关政策。深入推进“双减”政策落实,规范校外培训,增加体育和劳动等课程。开展青少年科学健身指导普及活动,突出体教融合,支持学校全覆盖、高质量开展体育类课后服务,加强公共体育设施供给,推动体育、文化场馆向儿童青少年免费开放。四是完善社会关爱政策,开展儿童健康综合发展

示范县(市、区、旗)创建,在城市规划中引入“1米高度看城市”的儿童视角,将儿童健康促进纳入城市更新行动,在交通管理、公园绿地布局等方面更多考虑儿童身心健康和发展需要。加强儿童食品、玩具、用品等生产、销售全程监管,持续加大执法力度。建立健全多部门参与的预防儿童伤害工作机制,完善儿童伤害监测报告系统。五是充分发挥妇联、共青团、计生协等群团组织作用,加强国际交流合作,共同做好儿童健康政策宣教实施。充分调动社会组织和企业积极性,汇聚各方力量保障儿童健康。

我们将更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围,坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,在全国人大及其常委会的监督支持下,进一步做好儿童健康促进工作,深入推进儿童健康事业改革发展,不断提升儿童健康水平,以实际行动迎接党的二十大胜利召开!

二、理论动态

鲁全：抚养比与抚养力

2022-05-05 中国社会保障 中国社会保障学会
https://mp.weixin.qq.com/s/ypb5X_--ewK0tnf_WTzZtQ

抚养比是养老保险制度研究中反映人口结构变化的重要参数，包括全口径抚养比、老年人抚养比和儿童抚养比，其中老年人抚养比等于就业人口与老年人的比值，在现收现付的养老保险制度中定义为缴费人数与领取待遇人数的比值。伴随着人口老龄化的快速发展，我国的老年人抚养比和养老保险制度的抚养比都迅速下降，意味着缴费人数与领取待遇人数的比值在不断下降。这成为社会大众和部分专家学者担心养老金制度长期财务可持续性的重要原因。

上述逻辑看似顺理成章，但仔细斟酌，却发现与事实有所违背。简言之，如果抚养比的迅速下降必然导致养老金制度危机的话，那么过去30年我国快速的人口老龄化早就应当使养老金制度出现系统性财务风险，甚至是支付危机，但现实情况是，我国养老金制度总体上仍然是财务可持续的。从微观上看，如果抚养比的下降必然导致养老金危机的话，那么我父辈的养老金水平（他们大多只生育了一个孩子）应当远远不及我祖辈的养老金（他们大多生育了两个以上的孩子），而现实却完全相反。原因何在呢？笔者认为，我们对于养老金制度的分析，长期以来过于强调基于人口数量规模的“抚养比”，却严重忽视了基于经济增长的“抚养力”。即我们只关注了缴费人数的相对下降，却忽视了缴费人供养能力的提高。

举例而言，当老年人抚养比从3:1下降到2:1，缴费的相对人数的确是下降了，但是缴费者的缴费能力伴随着经济发展却可能大幅度提高了。假如在抚养比3:1的情况下，每个缴费者要拿出自己工资的15%才能使得当时的退休者过上体面的老年生活；那么在抚养比2:1的情况下，也许每个缴费者只需要拿出自己工资的10%就可以让退休者过上体面的老年生活。也就是说，伴随着经济发展，缴费者的供养能力提高了，从而可以在一定程度上抵消缴费人数下降对养老金制度带来的财务冲击。

那么，抚养力应当用什么指标来衡量呢？抚养比的衡量指标是缴费者与领取待遇者的数量之比，抚养力则可以用缴费者工资水平与老年人基本生活开支之比来衡量。当综合考虑由于人口数量结构变化所带来的抚养比变化和由经济发展与收入分配结构变化所带来的抚养力变化时，我们就能够更加充分和全面地理解全球养老金制度的财务可持续状况。按照上述两个指标，可以简单分为四种情况，其一是人口年轻且经济发展较快，人口红利和经济红利使得养老金财务状况最佳，即我国改革开放初期的情况；其二是人口老龄化速度较快，但经济仍然快速发展，经济红利对冲了抚养比对养老金财务的负面影响，即我国近30年的情况；其三是人口结构年轻但经济发展缓慢，人口红利成为维持财务可持续性的主要因素，即大部分欠发达国家的情况；其四是人口老龄化严重且经济发展停滞，人口红利和经济红利均不复存在，养老金制度则会面临严峻挑战，即当前部分欧洲发达国家的情况。

过去30年，虽然缴费者比例在相对下降，但缴费者的供养能力却在显著提高。据国家统计局相关数据显示，城镇单位就业人员平均工资从2001年的10834元提高到2020年的97379元，增长了近9倍，远远超过老年人基本生活支出的涨幅。而且，过去30年经济快速发展使得当下的老年人普遍受益，绝大部分人的可支配收入与资产都有所提升，从而有了更加丰富的养老资源储备。

总而言之，我们不能仅关注基于人口结构变化的抚养比指标，还要关注基于经济发展速度和质量的抚养力指标，兼顾人口和经济的因素，才能对养老金制度的财务可持续性做出准确的分析判断。

注：本文转自《中国社会保障》2021年第11期，作者系中国人民大学副教授鲁全。

隔代教养对农村儿童社会性发展的影响——兼论父母教养投入的调节作用/琚晓燕 张晨轩

2022-05-06 中国青年社会科学

<https://mp.weixin.qq.com/s/PoTy1BtOn9pxuSVCfpcA7Q>

据晓燕，中国青年政治学院社会工作系副教授，博士，主要研究婚姻家庭、青少年心理健康；

张晨轩，中国公益研究院养老研究中心政策分析师，主要研究儿童与青少年发展、老年人服务。

【摘要】

本研究旨在探讨隔代教养方式对农村儿童社会性发展的影响，进一步探索父母的教养投入是否对隔代教养家庭中儿童的社会性发展具有调节效应。采用隔代教养问卷、父母教养投入量表和儿童社会性发展量表对陕西农村的380个家庭进行问卷调查。结果发现：农村家庭隔代教养类型是儿童社会性发展的重要影响因素。其中完全隔代教养家庭儿童的社会性发展水平显著低于不完全隔代教养家庭的儿童，也显著低于完全父母教养家庭的儿童，后两者之间差异不显著；隔代教养类型与父母教养投入交互作用于儿童的社会性发展。即使在完全隔代教养家庭中，如果父母教养投入较高，儿童的社会性发展也趋于正常。上述研究表明，农村完全隔代教养方式对儿童社会性发展最为不利，因此，提高父母的教养投入是此类家庭干预的关键点。

【关键词】

隔代教养 儿童社会性发展 父母教养投入

一、问题提出

社会性发展是儿童健全发展的重要组成部分，家庭是儿童社会性发展的第一个场所，家庭内的社会资本（如教养投入、父母期望、亲子间的情感支持等）是影响儿童社会性发展的直接因素[1]。据全国第六次人口普查的数据显示，我国农村留守儿童人数已达6102.55万人，其中46.74%由隔代亲人照管[2]。农村隔代教养方式下儿童的社会性发展更值得关注。目前对于隔代教养方式对儿童发展的影响到底是积极的还是消极的，研究并未得出一致结论，这意味着隔代教养的家庭系统中还有其他可能的保护性因素未被分离出来，如隔代教养类型、父母教养投入的影响。本研究拟探究不同隔代教养方式对儿童社会性发展的影响，并探索父母的教养投入如何与隔代教养交互作用于儿童的社会性发展，以期为农村隔代教养家庭教育和干预提供实证支持和建议。

关键词：儿童利益最大化原则；未成年人权利；刑事诉讼程序；处遇个别化；分流转处

二、文献综述与研究假设

（一）儿童社会性发展界定儿童的社会性发展又称“儿童社会化”“儿童社会能力发展”。儿童社会能力是指儿童为实现他们的人生目标并能与他人进行有效沟通所需具备的知识和技能，其中包括社会价值、积极的自我认同、与他人交际的技能、自我调节、计划和做出决定、文化能力、情商等方面[3]。国内学者陈会昌认为，社会性是由于个体参与社会生活、与人交往，在他固有的生物特性基础上形成的独特心理特性，它们使个体能够适应周围的社会环境，正常地与他人交往，接受他人影响，也反过来影响他人，在努力实现自我完善过程中积极地影响和改造周围环境[4]；其包含遵守社会规则、社会认知、意志、情绪稳定性、自我概念、同伴关系等15个测量指标[5]。因国内学者对儿童社会性发展的定义和测量指标更加全面和本土化，本文采用以上界定。家庭为儿童提供了最初的社会关系、行为和角色的榜样、社会

认知和价值渗透。因此家庭教养方式和环境是儿童社会性发展的重要场所。(二)隔代教养对儿童发展的影响隔代教养有广义和狭义之分。广义的隔代教养是指由祖辈完全或部分承担起抚养孙辈的责任,分为完全隔代教养和不完全隔代教养两种类型[6]。完全隔代教养是指儿童的生活和教育完全由祖辈负责。例如,双亲外出的留守儿童。不完全隔代教养是指父母和儿童短暂分开,祖辈暂时承担养育责任或者祖辈与父辈住在一起共同抚养孙辈。狭义的隔代教养是指祖辈承担主要或全部的抚养孙辈的责任。如学者李阳和曾彬认为隔代教养是祖辈单独抚养孙辈[7],凌辉等提出隔代教养即以祖辈为主的教养模式,祖辈承担主要责任,对孩子的生活、教育和身心健康施加主要影响[8]。本研究采用广义的隔代教养的内涵,即包含完全隔代教养和不完全隔代教养两种形式。在社会经济转型、城乡二元结构的大背景下,大量农村劳动力向城市流动,隔代教养是农村家庭迫不得已的选择。对于隔代教养对儿童发展的影响,现有研究并未得出一致结论。一类研究认为隔代教养对儿童的消极影响更大。例如,国外研究发现,由祖辈抚养的儿童中,31.3%的儿童行为问题达到临床诊断标准[9]。由祖辈抚养的儿童会表现出更多的情绪和问题行为[10]。与祖父母一起生活在低收入城市社区3—16岁的非洲裔儿童青少年,犯罪率更高,存在焦虑、抑郁情绪以及一系列的适应困难问题[11]。国内的研究也发现了类似的结果,隔代教养家庭学生的行为问题检出率为15.7%,显著高于亲代教养家庭学生的行为问题检出率(4.7%)[12]。隔代教养对6—12岁儿童整体自立行为和学业自立行为有显著的负向预测作用[13]。与父辈抚养的儿童相比,祖辈抚养的儿童情绪更不稳定,情绪控制和调节能力更差,爱生气,阻碍儿童的心理健康成长[14—15]。一系列研究发现,早期隔代抚养对儿童学业成绩和认知能力[16]、认知发展水平无显著影响[17],但对心理健康[18]、性格、人际关系、社会适应[19]等社会性发展有消极影响。另一类研究认为隔代教养对儿童发展没有负面影响,甚至存在积极效应。印度[20]和南非[21]的研究均发现,祖辈共同抚养的儿童有较低的抑郁检出率、较高的情绪智商和亲社会行为。英国的一项研究发现,在单亲或者继亲家庭中,祖辈养育人承担责任越多,青少年的适应困难越少[22]。学者石志道对上海地区婴儿期采用亲子养育和隔代养育两种方式的青少年进行研究发现,两类青少年整体心理健康水平没有明显差异,说明不同养育方式对儿童远期心理健康的影响有限[23]。分析影响研究结果异质性的因素可以看出:一方面与文化背景、城乡差异、隔代教养类型、比较时参照对象的不同以及儿童发展领域的差异有关;另一方面,研究还未清晰地解释隔代教养对儿童社会性发展的影响机制,例如,隔代教养家庭系统中其他因素如父母投入等的影响。有研究发现,在隔代教养家庭中,母亲和父亲与儿童的依恋可以相互弥补,而祖辈与儿童的依恋无法弥补和替代母亲与儿童的依恋关系对儿童发展的影响[24],意味着在隔代教养家庭中父母投入可能是一个重要的变量。(三)父母投入对儿童社会性发展的影响家庭系统理论认为,家庭是一个复杂的系统,同一家庭环境中的各个家庭子系统的影响是相互交织的[25]。父母教养投入是维持隔代教养家庭系统正常运转的重要因素。父母教养投入是指父母为了促进孩子健康发展在认知、情感和行为上的投入,是父母教养的核心内容[26],它侧重父母教养孩子的内容与行为。研究表明,父母教养投入对儿童青少年共情意识[27]、青少年的亲社会行为[28]、儿童的孤独感[29]都有着显著影响。在隔代教养家庭中,父母缺场、亲子分离并不必然带来父母养育缺位、亲子关系断裂,父母可以通过电话、视频、微信等方式让留守儿童感受到父母在位[30]。研究表明,父母教养投入主要受到自身教养价值态度[31]、对孩子的教育期望[32]等个体因素的影响。那么,在隔代教养的模式下,父母教养投入的情况到底如何?隔代教养对儿童社会性发展的影响是否会因父母教养投入的高低而产生变化呢?回答这些问题,有助于厘清隔代教养方式对儿童社会性发展影响的内在机制。综上所述,为了进一步明确隔代教养对儿童社会性发展的影响,本研究以农村家庭为研究对象,探索完全隔代教养、不完全隔代教养形式与完全父母教养相比,是否会对儿童社会性发展产生不良影响。根据以往的研究经验,我们倾向于假设在完全隔代教养、不完全隔代教养方式下,儿童社会性发展显著落后于完全父母教养的儿童。如果以上假设成立,那么我们进一步推测:父母教养投入与儿童的社会性发展之间存在显著正相关;父母教养投入与隔代教养对儿童社会性发展的影响存在交互效应。

三、研究方法

(一)研究对象本研究调查对象为农村3—6年级的小学生家庭,填答人为儿童及其父母,所有量表均为配对填答。为了便于对比,我们同时对三类家庭(完全隔代教养、不完全隔代教养、完全父母教养)进

行研究。研究者在陕西省某县的农村学校发放 580 组问卷,回收有效问卷 380 组。其中,孩子是三年级的占 23.5%,四年级的占 23%,五年级的占 25%,六年级的占 28.5%;男孩占 42%,女孩占 58%;完全隔代教养占总人数的 23.4%,不完全隔代教养占总人数的 36.6%,完全父母教养占总人数的 40.0%;填答人为父亲的占 38.5%,填答人为母亲的占 61.5%。父母职业中,专业技术人员占 4.5%,公务员或事业单位占 4.8%,工厂企业职工占 13%,个体劳动者(特指农民)或自由职业者占 73.2%,其他类型占比 4.5%。父母的受教育程度在小学及以下的占 7.9%,初中或同等学历占 63.9%,高中或同等学历占 18.9%,大专或高职占 5.3%,本科及以上占 3.9%。家庭月收入在 500 元以下的家庭占总人数的 14.2%,500—1000 元的占 25.3%,1000—2000 元的占 22.9%,2000 元以上的占 35.8%。

(二) 研究工具

1. 儿童社会性发展采用儿童社会性发展量表对儿童的父母进行施测[33]。该量表由 15 个因素组成,每个因素 4 个项目,共 60 个项目。其中的 15 个因素分别为遵守社会规则、社会认知、意志、生活习惯、内外向性、依恋家人、情绪稳定性、自我概念、同伴关系、非侵犯性、独立性、诚实公正、共情和助人、好胜心、自尊心。量表采用李克特五点计分,从“完全不符合”到“完全符合”分别记 1—5 分。总分越高,表明儿童的社会性发展越好。本研究中量表的内部一致性信度为 0.96。

2. 父母教养投入本研究采用伍新春等人编制的《父母教养投入问卷》[34],对儿童的父母进行施测。父母教养投入问卷共 56 个项目,为自陈式问卷。由互动性、可及性、责任性三个维度组成。互动性指无论是否有第三方(如祖母)在场的父母直接与儿童互动的行为,例如,“我抽出时间和孩子聊天”;可及性指父母未发生直接互动,但当儿童需要时,父母能做出回应,例如,“没和孩子在一起时,我会主动联系他/她(打电话、发短信等)”,着重显示了现代科技在父母可及性方面的作用;责任性指父母为了孩子长远、顺利发展而做的准备、积累、规划、支持等活动,这些活动没有与儿童直接接触,但会对儿童的生活产生影响,例如,“我以身作则,为孩子树立榜样”。问卷采用 0—4 级评分(0 表示“从不”,1 表示“偶尔”,2 表示“有时”,3 表示“经常”,4 表示“总是”)。问题具体包括父母根据自己最近一年来投入儿童教养的行为频率做出选择。得分越高,说明父母的教养投入越高,本次调查中父母投入量表的内部一致性信度为 0.97。

3. 隔代教养模式设置一道问题,由儿童填答。问题内容为你属于哪一种教养类型,答案设置为 3 个类型:完全隔代教养(例如父母在外地工作,完全由祖辈抚养)、不完全隔代教养(例如由祖辈与父母一方共同教养)和完全父母教养。(三)施测程序由研究者对班主任老师进行培训后,发放问卷。学生填答完属于自己的一道问题后,其余问卷装入信封,由学生带回家让家长填答后回收。

四、结果分析

(一) 共同方法偏差检验

采用 Harman 单因素法检验共同方法偏差,结果发现,共有 26 个特征根大于 1 的因子,且第 1 个因子的解释量占比为 24.30%,小于临界标准 40%[35]。因此,本研究数据的共同方法偏差不严重。

(二) 儿童社会性发展在不同教养类型上的差异分析

儿童的社会性发展在不同教养类型上存在显著差异($F=10.921$, $p<0.001$)。事后检验显示,完全隔代教养家庭的儿童社会性发展得分显著低于不完全隔代教养和完全父母教养的儿童,后两者之间差异不显著(见表 1)。

表 1 儿童社会性发展在不同教养类型上的差异分析

教养类型	N	M	SD	F	事后检验
完全隔代教养	89	227.70	41.53	10.921***	A<B,C
不完全隔代教养	139	242.68	29.83		
完全父母教养	152	248.88	32.96		

注:*** $p<0.001$,** $p<0.01$,* $p<0.05$;A:完全隔代教养,B:不完全隔代教养,C:完全父母教养。下文同。

(三) 父母教养投入在不同教养形式上的差异及其与因变量的相关分析

父母教养投入在不同教养类型上存在显著差异($F_{\text{父母教养投入}}=8.10$, $p<0.001$; $F_{\text{互动性}}=9.58$, $p<0.001$; $F_{\text{可及性}}=6.23$, $p<0.01$; $F_{\text{责任性}}=56.07$, $p<0.01$)。事后检验表明:在父母教养投入总

分上,完全隔代教养模式下父母教养投入显著少于不完全隔代教养和完全父母教养的家庭。在父母教养投入的子维度互动性、可及性和责任性上,均呈现出相同的差异趋势。父母教养投入与儿童社会性发展之间的相关性显著(R 父母教养投入=0.41, $p<0.01$; R 互动性=0.37, $p<0.01$; R 可及性=0.40, $p<0.01$; R 责任性=0.41, $p<0.01$),表明父母教养投入越高,儿童社会性发展越好(见表2)。

表2 父母教养投入总分及各维度在不同教养形式上的差异及相关系数

维度	完全隔代教养 (M±SD)	不完全隔代教养 (M±SD)	完全父母教养 (M±SD)	F	事后检验	儿童社会性
父母教养投入	137.23±51.22	154.55±28.89	154.47±29.10	8.10***	A<B,C	0.41**
互动性	50.50±20.87	57.66±11.70	58.48±11.80	9.58***	A<B,C	0.37**
可及性	20.92±7.88	23.63±4.66	23.00±5.84	6.23**	A<B,C	0.40**
责任性	65.80±24.26	73.26±14.44	73.00±14.80	6.07**	A<B,C	0.41**

(四) 不同教养形式与父母教养投入对儿童社会性发展影响的交互效应分析

首先将父母教养投入以互动性、可及性和责任性三个变量为参照,做K-均值聚类分析。所有样本分为两类:一类为高父母教养投入组($N=264$);另一类为低父母教养投入组($N=116$)。然后,以隔代教养(3种类型)以及父母教养投入(2个水平)为自变量,以儿童社会性发展为因变量,做 3×2 的多因素方差分析,检验主效应和交互效应。把父母受教育程度和家庭收入作为协变量进行控制,结果见下页表3。结果表明,隔代教养类型和父母教养投入的主效应均显著 [$F(2, 364)=9.57$, $p<0.001$; $F(1, 364)=45.75$, $p<0.001$]。隔代教养类型与父母教养投入的交互效应显著 [$F(2, 364)=11.83$, $p<0.001$]。

表3 隔代教养形式与父母教养投入的交互效应检验

变异来源	SS	DF	MS	F
家庭月收入	176.13	1	176.13	0.174
父母受教育程度	0.02	1	0.021	0.00
教养形式	19398.35	2	9699.17	9.57***
父母教养投入	46385.57	1	46385.57	45.75***
教养形式×父母教养投入	23995.82	2	11997.91	11.83***
误差	369027.26	364	1013.81	

进一步进行简单效应分析发现,在高父母教养投入组,三种教养形式在儿童的社会性发展上两两差异均不显著(M 完全隔代教养=251.15, $SD=4.63$; M 不完全隔代教养=245.22, $SD=3.17$; M 完全父母教养=252.72, $SD=3.04$)。而在低父母教养投入组,完全隔代教养的儿童社会性发展($M=199.96$, $SD=5.06$)显著低于不完全隔代教养儿童($M=236.28$, $SD=5.30$, $p<0.001$),也显著低于完全父母教养的儿童($M=237.39$, $SD=5.39$, $p<0.001$) (见图1)。

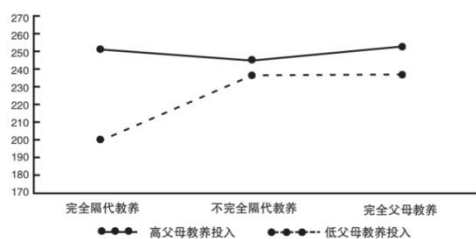


图1 隔代教养类型与父母教养投入对儿童社会性发展的交互效应图

五、讨论

（一）隔代教养方式对儿童社会性发展的影响

从研究结果可以看出，完全由祖辈抚养的儿童社会性发展显著低于完全由父母抚养的儿童，而不完全隔代教养家庭的儿童未见差异。这说明隔代教养对儿童的发展不能一概而论，只有在由祖辈承担完全抚养责任的家庭中，儿童的社会性发展才会受到负面影响。学者郭筱琳研究隔代教养对儿童认知发展的影响也发现了类似的结果[36]。与父母同住的隔代教养方式对儿童的言语能力、执行功能、心理健康的发展无消极影响，而祖辈单独抚养对儿童的心理健康发展水平有消极影响。这个结果提示我们，哪怕只有父母一方在身边陪伴，儿童的社会性发展就可以达到正常水平，确认了完全隔代教养方式对儿童发展有不利影响。本研究中的数据也显示，在不完全隔代教养的家庭中，父母投入在互动性、可及性和责任性上与完全父母教养的家庭并无显著差异，这可能是其儿童社会性能够正常发展的一个原因。

（二）父母教养投入的保护作用

父母教养投入与隔代教养类型对儿童社会性发展的影响存在交互效应。也就是说，即使在完全隔代教养家庭，如果父母能够通过电话、视频、微信等方式，让儿童感受到父母的关注（互动性），认为自己需要的时候父母可以提供积极支持（可及性），多做正面引导，为孩子规划未来（责任性），依然可以弥补父母不在身边造成的负面影响。可能的解释是，在隔代教养家庭中，父母即使不与儿童在同一时空中生活，父母和留守儿童也可以通过社会互动的不断积累而产生心理上的亲代在位[37]。这种父母的心理在位起着不可替代的作用，特别是母亲的影响。最近针对中国儿童的研究也表明，在隔代教养家庭中，即使共同抚养人奶奶比母亲陪伴儿童的时间更多，但是只有母亲与儿童的情感依恋才是教养行为影响孩子抑郁症状的中介变量，而不是祖辈—儿童依恋[38]。祖辈与儿童的依恋无法弥补和替代母亲与儿童的依恋关系对儿童发展的影响[39]。这些研究结果都让我们更好地理解祖辈父辈共同抚养的儿童社会性可以正常发展的原因。一般而言，父母一方外出，大部分是母亲留守在家，本研究样本中，也是约60%的家庭是母亲留守。母亲在身边的陪伴，似乎一定程度上弥补了父亲的缺位。在完全隔代教养模式下，高教养投入的父母通过每年与孩子的一两次相聚，以及平时生活中与孩子远程的沟通和情感表达影响着儿童，儿童也通过在场的具象父母与不在场的责任父母的形象，建立了较强的亲子联结，从而缓冲了祖辈教养中的不利因素对儿童的影响。而如果外出的父母缺乏教养责任和投入，不知道如何与孩子沟通，那么就会使得留守儿童暴露在不利的教养环境中。祖辈教养对儿童的社会性产生影响的原因在于祖父母对儿童的教养属于“养而不教”。由于文化水平、知识储备和精力等各方面的限制，祖辈能够让留守儿童“吃饱穿暖”已经不易，对于儿童的情绪健康、同伴关系、社会认知、共情和助人等社会性的发展和引导就显得力不从心。而这部分的教养责任显然应该由“缺席”但不能“缺位”的父母来承担。

（三）启示和建议

国外学者对隔代教养家庭的干预倾向于改善祖辈的抚养质量[40]。然而本研究的结果表明，对于农村留守儿童来说，强化父辈教养投入更具有关键作用，也更具有现实意义。一方面，父母与孩子的亲子联结具有较强的保护作用，不可替代；另一方面，年轻的父辈比起年迈的祖辈来说，接受新知识和观念的能力更强。学校作为儿童教育的重要主体，要坚持父母是儿童教育的第一责任人原则，摆正父辈教养和祖辈教养的位置，构建与留守儿童父母沟通的平台和机制，激发远在外地父母的养育责任和担当，引导他们深度参与儿童的学习和生活，远程关注并参与引导儿童的情绪健康、人际关系、道德品质的发展。乡村社会工作服务站、公益机构等社会服务机构在对留守儿童进行干预时，要加强对完全隔代教养家庭父母心理在位技能的培训，改变年轻父母觉得自己身在外地，有心无力的认知困境。首先，要让他们意识到，虽然身在外地，也可以通过各种方式与孩子建立情感上的依恋关系和联结。其次，要引导他们增加与孩子联系的频率，学习亲子情感沟通的具体技巧，表达对孩子的关爱与支持，了解儿童身心发展的知识和规律，学会倾听、共情，建立与孩子的亲密情感联结，助力儿童的社会性发展。

（四）研究不足与未来方向

本研究主要运用问卷调查的方法，且样本量有限，研究结果的推论要谨慎。后续还应该开展追踪研究及田野调查，把祖辈与父辈之间的互动关系纳入研究视野，更清晰地揭示隔代教养家庭子系统之间的相互影响机制，为更好地服务于留守儿童及其家庭提供更有力的实证支撑。

参考文献

- [1] 高 耀：《人力资本与家庭资本对高校学生就业的影响——基于调研数据的实证研究》，载《教育科学》，2012 年第 2 期。
- [2] 段成荣 吕利丹 等：《我国农村隔代教养儿童生存和发展基本状况——基于第六次人口普查数据的分析》，载《人口学刊》，2013 年第 3 期。
- [3] 马乔里·J·科斯特尔尼克：《0-12 岁儿童社会性发展：理论与技巧（第八版）》，王晓波译，北京：中国轻工业出版社 2018 年版，第 2—3 页。
- [4] 陈会昌：《儿童社会性发展的特点、影响因素及其测量——中国 3-9 岁儿童的社会性发展课题总报告》，载《心理发展与教育》，1994 年第 4 期。
- [5] [33] 张 晓 王晓艳 等：《北方地区 3—7 岁幼儿的社会性发展特点》，载《内蒙古师范大学学报（教育科学版）》，2006 年第 12 期。
- [6] 阙 攀：《隔代教育的不良影响及解决对策》，载《盐城师范学院学报（人文社会科学版）》，2011 年第 2 期。
- [7] 李 阳 曾 彬 等：《隔代教育对幼儿语言发展的消极影响及对策》，载《江苏第二师范学院学报》，2016 年第 7 期。
- [8] [13] 凌 辉 郑梦娇 等：《隔代教养对 6-12 岁儿童自立行为的影响：孙辈性别的调节作用》，载《中国临床心理学杂志》，2021 年第 4 期。
- [9] Kelley S J, Whitley D M, Campos P E. Behavior Problems in Children Raised by Grandmothers: The Role of Caregiver Distress, Family Resources, and the Home Environment, Children and Youth Services Review, 2011, (11) .
- [10] Pilkauskas N V, Dunifon R E. Understanding Grandfamilies: Characteristics of Grandparents, Nonresident Parents, and Children, Journal of Marriage and Family, 2016, (3) .
- [11] Sadruddin A F, Ponguta L A, Zonderman A L, et al. How do Grandparents Influence Child Health and Development? A systematic Review, Social Science & Medicine, 2019.
- [12] 陈传锋 孙亚菲：《隔代教养家庭初中生的学习困难及其心理行为问题研究》，载《中国教育学刊》，2020 年第 8 期。
- [14] 姚春荣：《家庭环境与幼儿社会适应的相关研究》，载《心理科学》，2002 年第 5 期。
- [15] 戚海燕：《祖辈抚养人对幼儿社会性发展影响的因素分析》，载《巢湖学院学报》，2011 年第 5 期。
- [16] [18] 曾迪洋 洪岩璧：《早期隔代抚养对初中生教育和健康状况的影响》，载《南京师大学报（社会科学版）》，2020 年第 1 期。

[17] [36] 郭筱琳:《隔代抚养对儿童言语能力、执行功能、心理理论发展的影响:一年追踪研究》,载《中国临床心理学杂志》,2014 年第 6 期。

[19] 王玲凤:《隔代教养幼儿的心理健康状况调查》,载《中国心理卫生杂志》,2007 年第 7 期。

[20] Renny P P, Jayasankara R K, et al. Influence of Grandparents on the Emotional Intelligence of Early Adolescents in Kerala. Journal of the Indian Academy of Applied Psychology, 2016, (2).

[21] Profe W, Wild L G. Mother, Father, and Grandparent Involvement: Associations with Adolescent Mental Health and Substance Use, Journal of Family Issues, 2017, (6).

[22] Attar-Schwartz S, Tan J P, Buchanan A, et al. Grandparenting and Adolescent Adjustment in Two-parent Biological Lone-parent and Stepfamilies, Journal of Family Psychology, 2009, (1).

[23] 石志道 曹日芳:《婴儿期不同养育方式对青少年期心理健康的影响》,载《中国健康教育》,2010 年第 3 期。

[24] [39] Xing S F, Liang X, Yue J H, et al. Multiple Attachment Relationships and the Impacts on Children's Socio-emotional Development under the Background of Grandmother Co-parenting, Acta Psychologica Sinica, 2016, (5).

[25] Minuchin P. Families and Individual Development: Provocations from the Field of Family Therapy, Child Development, 1985, (2).

[26] 伍新春 刘畅等:《青少年评价父母教养投入行为问卷的修订及其信效度检验》,载《中国临床心理学杂志》,2018 年第 4 期。

[27] Yoo H, Feng X, Day R D. Adolescents' Empathy and Prosocial Behavior in the Family Context: a Longitudinal Study, Journal of Youth and Adolescence, 2013, (12).

[28] 侯 芬 伍新春等:《父母教养投入对青少年亲社会行为的影响:亲子依恋的中介作用》,载《心理发展与教育》,2018 年第 4 期。

[29] 李佳依 丁 菀等:《父母教养投入与儿童孤独感:自尊与同伴依恋的中介作用》,载《中国临床心理学杂志》,2021 年第 4 期。

[30] [37] 吴重涵 戚务念:《留守儿童家庭结构中的亲代在位》,载《华东师范大学学报(教育科学版)》,2020 年第 6 期。

[31] 邹盛奇 伍新春 刘畅:《父亲关于自身教养价值的态度对其教养投入行为的影响:一个有中介的调节模型》,载《心理发展与教育》,2016 年第 2 期。

[32] 张庆华 杨 航等:《父母教育期望与留守儿童的学习投入:父母教育卷入和自我教育期望的中介作用》,载《中国特殊教育》,2020 年第 3 期。

[34] 伍新春 刘畅 等:《父亲教养投入问卷的编制及其信效度检验》,载《中国临床心理学杂志》,2015年第4期。

[35] 周浩 龙立荣:《共同方法偏差的统计检验与控制方法》,载《心理科学进展》,2004年第6期。

[38] Tan Y X, Ding W, Jiang YQ, et al. Different Associations of Parental Control, Attachment, and Child Depressive Symptoms between Paternal and Maternal Grandparenting Families, Current Psychology, 2021.

[40] 闻明晶 滕树元 等:《美国祖辈抚养对儿童心理发展的影响及改善措施》,载《外国教育研究》,2021年第5期。

农村户籍儿童的出生顺序与非认知能力——基于亲子互动多重中介效应的分析/蒋亚丽

2022-05-06 中国青年社会科学

<https://mp.weixin.qq.com/s/UtXdkqkxc6tZiou6r-i69Q>

蒋亚丽,四川外国语大学国际法学与社会学院副教授,博士,主要研究教育社会学、青少年发展。

【摘要】

本文采用中国教育追踪调查(CEPS)2014—2015学年追访数据,分析农村儿童出生顺序对其非认知能力的作用机制。结果显示,农村户籍儿童出生顺序对非认知能力有三条作用路径。直接效应:不同出生顺序农村儿童的非认知能力并无显著差异。亲子交流中介效应:出生顺序越靠前的农村儿童与父母情感交流的频率越高,表现出的在校社交非认知能力越强。亲子活动中介效应:出生顺序越靠后的子女,与父母共度的亲子活动时间越少,在校社交非认知能力越弱。研究结论再次印证了资源约束假说和次序歧视理论在农村家庭的适用性。即使在文化资本贫乏的农村家庭,亲子交流和亲子活动依然能够显著影响农村儿童非认知能力的发展。为了提升农村儿童的非认知能力,可以实施政策干预,通过家庭外帮扶增强农村儿童的机会获得,以达到能力培养的公平。

【关键词】

农村户籍儿童 出生顺序 非认知能力 亲子交流。

对非认知能力的研究始于经济学家和心理学家。他们主要关注在儿童身上的经济投资如何影响教育获得,乃至今后职场上的薪资回报[1]。与认知能力的研究相比,非认知能力的探讨长期处于被忽略的地位。以诺贝尔经济学奖获得者詹姆斯·赫克曼(James Heckman)为首的新人力资本理论支持者,将人力资本划分为人力资本(认知能力)和非人力资本(非认知能力)两部分[2],开始了把对个人成就的探讨转换到个人能力的视角上来的研究进程。所谓非认知能力,简而言之就是一个人的个性特征[3]。具体指与个人人格特质、个性特征等相关的态度、信念、价值观和行为等[4-6]。

进入20世纪,学术界把与经济发展和个人成就密切相关的研究议题从认知能力转移到了非认知能力领域[7]。越来越多的研究发现,除了智力因素,社交能力、恒心、毅力等非认知能力因素与个人受教育程度、职业和健康等密切相关[8-9]。非认知能力水平不仅预示着一个人在整个生命历程中获得事业成就,在劳动市场上获得高薪资回报的能力,同时也反映了在职场上避免失败、面对逆境时触底反弹的本领[10]。农村户籍儿童大多在复制父辈的社会阶层,他们像父辈一样从事着低技术含量和非管理类工作,很难实现向上的社会流动[11]。对底层技术工人就业影响效果更为显著的非认知能力的培养,对他们的职业发展、在失业时快速重新就业的意义尤为突出。相较于认知能力,非认知能力更具有延展性,也更便于后期进行政策干预[12]。

非认知能力被认为与家庭环境和父母在儿童时期不同阶段的家庭投资密切相关[13]。研究发现[14-15]，最为有效的家庭投资是培养子女的非认知能力。较高的非认知能力能够促进认知能力的发展，进而带来智力的良好发育和未来学业的成功，反之则不成立。家庭环境不仅包括父母的社会经济地位，还包括兄弟姐妹数量、出生顺序等因素。父母对子女的家庭投资除了物质投资外，还包括对子女的关注、照顾、亲子交流等非物质类投资。父母对子女的关注则是培养其非认知能力的主要途径。和谐的亲子活动是培养儿童良好个性的教育之道[16]，良好的亲子关系还有助于弥补家庭资源缺失带来的心理劣势[17-18]。农村儿童因父母外出打工或教育意识缺失等原因，亲子互动频率普遍在较低水平徘徊，甚至出现了“疏离型”亲子互动模式[19]，进而导致儿童心理健康[20]和语言发育[21]出现问题。由此可见，农村家庭的亲子互动对子女非认知能力的培养尤为重要。

关于出生顺序对个人成长的研究比较著名的解释理论有两种：一种是资源约束假说，该理论认为出生越早的孩子面临家庭资源的约束越少，相反，出生越晚的子女由于存在兄弟姐妹之间的竞争，获得的父母资源越少[22]。这种现象又被称为“次序歧视”。罗凯、周黎安[23]的研究则得出了相反的结论，他们发现在受教育程度上，出生顺序越靠后的孩子，受教育程度越高。为了进一步说明家庭资源的作用机制，与之相近的资源稀释假说把家庭资源分为间接影响教育成就的家庭资源（如亲子互动）和直接影响教育获得的资源（如家庭经济能力）[24-25]。另一种是交流互动论，该理论认为兄弟姐妹之间无论是交流、冲突、游戏，还是竞争，均能促进儿童的心理健康发展，也能促进学业提升[26-28]。

国外学术界把出生顺序作为重要变量对家庭资源分配进行考察，试图寻找出生顺序和非认知能力之间的因果逻辑联系。国内相关研究大多集中在出生顺序对教育成就的影响上，涉及非认知能力的研究还未引起足够重视。随着国家生育政策的放开，更多的农村家庭选择养育更多的子女。考察出生顺序与亲子互动①、非认知能力之间的因果关系，对于家庭资本比较薄弱的农村子女来说，具有更加重要的意义。出生顺序对农村户籍儿童非认知能力的影响，更多的是资源约束作用，还是交流支持作用，出生顺序如何影响农村儿童家庭内部的亲子互动资源分配，亲子互动频率又能否影响农村儿童非认知能力的形成，这些都是本文回答的问题。

一、文献梳理及研究假设

（一）出生顺序与非认知能力

研究发现，家庭环境因素在个人性格特征塑造上扮演重要角色[29-30]。出生在同一家庭的兄弟姐妹在智力和个性特征上都具有一定的相似性[31]，通过对非认知能力的进一步测算发现，兄弟姐妹间非认知能力的相关性高达45%[32-33]。不同出生顺序的子女在竞争家庭资源时会采用不同的策略，从而造就不同的非认知能力。早在1927年，心理学家就发现家庭中同胞个性的差异与出生顺序相关，最早出生的孩子更富有权威[34]。生长在同一家庭中子女的非认知能力随着出生顺序的增加而降低[35]。家庭中第一个孩子从事高级管理职位的比例最大，而高级管理职位相应的要求也更高，包括社交能力在内的非认知能力。另外的研究[36]，则得出了相反的结论，他们认为第一个孩子更具责任心，而后出生的孩子则更具创新性，也会变得容易相处，社交能力较强，进而非认知能力较强。进化心理学也认为，后出生的子女为了努力让自己变得与众不同，会变得更加乖巧随和、容易相处以获得父母更多的资源[37]。

根据以上内容，提出第一组竞争性假设。

假设1a：出生顺序对农村户籍儿童的非认知能力具有显著的直接影响。出生顺序越靠后，非认知能力越强。

假设1b：出生顺序对农村户籍儿童的非认知能力具有显著的直接影响。出生顺序越靠后，非认知能力越弱。

（二）出生顺序、亲子交流与非认知能力

亲子互动是一个十分宽泛的概念。科尔曼[38]根据社会资本理论和社会闭合理论将父母对子女成长过程的参与分为家庭外部参与和家庭内部参与[39]。其中家庭内部参与就包括了父母与孩子交流以及带子女参加文化活动等内容，这些维度被国内学者所接受，具体操作化为“亲子交流”和“亲子活动”两个维度[40-41]。

出生后的第一年被认为是儿童技能形成的关键期[42]。最先出生的孩子作为父母第一个子女得到了全部的关爱。随着后面子女的到来，父母的精力被分散，包括父母陪伴和关注在内的家庭资源也开始变得

稀缺[43]。尽管如此,在家庭资源受到约束的情况下,父母仍然会对第一个出生的子女另眼相待[44-45]。出生在同一家庭中的子女竞争是常态,在幼年时期,他们会为了得到母亲更多的关爱使尽浑身解数[46],进而造成不同出生顺序子女的行为和父母的投资多寡也不相同。西方学者研究发现,越晚出生的子女,父母与他们交流学校生活的时间越少,他们的非认知能力也越低[47]。

我国有学者研究发现,家庭亲子互动情况存在显著的城乡差异,来自农村家庭或低阶层家庭的儿童与父亲的关系亲密度较低,显著阻碍了其学业发展[48]。另一项关于所有儿童家长参与的研究表明[49],虽然有些父母无力参与子女的学习过程,但他们的情感支持,如高质量的亲子交流,则可以提升孩子在校的竞争力。在双子女家庭中,排行“老二”的孩子得到父母的亲子沟通、家校沟通以及共同活动教育卷入水平最高[50]。在此基础上,提出本文的第二个假设。

假设2:出生顺序通过亲子交流对农村户籍儿童的非认知能力发挥着间接影响作用。出生顺序越靠前,亲子交流越频繁,儿童的非认知能力越强。

(三) 出生顺序、亲子活动与非认知能力

父母积极构建亲子活动能够提升子女的自我效能感[51],促进子女在学校适应能力的提升,进而提高子女非认知能力的水平。亲子活动亦能通过非认知能力的中介作用提升子女的学业成绩[52]。基于100余位留守儿童的教育实践也发现,和谐的亲子活动能够有效培养孩子良好个性的发展[53]。除此以外,亲子活动还能够显著影响大学生在校的情感投入以及与老师和同学的互动[54],能有效促使子女加大在校的学习投入[55]。

另外,一项基于0—8岁儿童图书馆亲子阅读活动的研究显示,亲子活动不仅能促进儿童能力提升[56],还能促使亲子交流增加、亲子情感加深和儿童发展的进一步提升[57]。自然博物馆亲子教育活动的实践也显示,物理场馆的亲子活动能够促进亲子之间的交流和互动,从而使父母更好地了解子女[58]。随着城市中亲子活动的开展,农村家庭的家长也意识到了亲子活动对子女发展的重要性,并自发地加以实施[59]。

综合以上内容,提出本文的第3个假设。

假设3:出生顺序通过亲子活动对农村户籍儿童的非认知能力发挥着间接影响作用。出生顺序越靠前,亲子活动越频繁,儿童的非认知能力越强。

二、数据、变量及模型

(一) 数据

本文使用的数据为中国教育追踪调查(China Education Panel Survey,简称为CEPS)2014—2015学年追访数据。该数据在抽样时选择大量农村户籍儿童入样,是研究农村儿童非认知能力问题比较理想的数据资源。依据农村户籍儿童的概念及特性,按照“户口类型为农业户口”筛选样本,并排除独生子女家庭,得到研究数据。追访数据只有原来就读七年级,追访时就读八年级的学生样本。最终得到农村户籍非独生子女,且家中兄弟姐妹数量少于4个的学生样本共3669份①。

(二) 变量

1. 因变量

非认知能力总体来说指人们的个性特征[60],它包含很多维度。外文文献中,与人们个性和性格特征相关的特质都被称为非认知能力,如社交能力、自我效能感、毅力等。由此可见,非认知能力是个综合概念。纵观国内外关于非认知能力的相关研究,均采用人格特征的某一方面指代非认知能力[61-64]。因此,本文以社交能力指代农村儿童的非认知能力。

非认知能力作为潜变量,题目来自于学生问卷B6部分的4个问题:“班里大多数同学对我很友好”“我所在的班级班风良好”“我经常参加学校或班级组织的活动”“我对这个学校的人感到亲近”。答案选项为:完全不同意、比较不同意、比较同意、完全同意。潜变量非认知能力以及下面的亲子交流、亲子活动的观察变量均通过了结构方程模型对题目的信度分析。后面不再赘述。

2. 中介变量

亲子互动是本文的中介变量，它包含亲子交流和亲子活动两个潜变量。研究发现，在能力的代际传递过程中，母亲相较于父亲通过较多的子女抚养行为对子女的能力培养发挥着更为重要的作用[65]。因此，亲子互动变量在同时涉及父亲和母亲的情况下，只选择母亲变量进行分析。亲子交流潜变量的观察变量题目是学生问卷 A21 题，即你母亲是否经常与你讨论以下问题：“学校发生的事情”“你与同学的关系”“你与老师的关系”“你的心事或烦恼？”选项设置为“从不”“偶尔”“经常”。亲子活动潜变量的观察变量题目在学生问卷 A 部分 24—26 题，包括：“你和父母一起吃晚饭；参观博物馆、动物园、科技馆等场所；外出看电影、演出、体育比赛等的频率大概是？”选项设置为“从不、每年一次、每半年一次、每个月一次、每周一次、每周一次以上”。

3. 自变量

核心自变量为出生顺序，结果按照被访者的填答进行了重新编码：姐姐数量与哥哥数量之和再加 1 为被访者的出生顺序。

（三）模型

由于本研究涉及到亲子交流、亲子活动两个中介变量，因此采用结构方程模型进行分析。概念模型见图 1。出生顺序对非认知能力的影响共有三条路径：一是出生顺序对非认知能力的直接影响；二是出生顺序经由亲子交流中介效应的间接影响；三是出生顺序经由亲子活动中介效应的间接影响。分析软件采用 Amos24.0 版本。

由于中介效应乘积项通常不满足传统中介效应检验所要求的正态分布，因此采用更为强大的 Bootstrap 方法进行中介效应检验与比较分析[66-67]。样本抽取放回次数设定为 2000，估计方法为最大化似然法，并用 MLM 法对模型进行修正。

三、数据分析结果

（一）相关变量的信效度检验

由表 1 所示，亲子交流、亲子活动、非认知能力三个潜变量维度及其所有题目，标准化因子载荷量大体在 0.620—0.813 之间，根据 P 值所示，所有题目具有统计学意义上的显著性。组成信度（内部一致性）基本大于 0.7，收敛效度在 0.434 以上，均在可接受范围。

根据福内尔和拉克尔（Fornell&Larcker）[68] 的建议，区别效度部分的对角线放上 AVE 开根号值，下三角为三个变量相互间的皮尔逊相关系数。由表 2 可见，两个中介变量和因变量之间有着显著的相关性。比较结果发现，AVE 开根号值全部大于同行和同列的其他相关变量，表明模型具有良好的区别效度。

（二）结构方程模型指标及结果分析

由图 2 可知，出生顺序对农村儿童非认知能力影响的两条间接效应均在 $p < 0.001$ 范围内显著。出生顺序对非认知能力的直接效应的非标准化系数接近于 0，且不具有统计学意义上的显著性，表明出生顺序对农村儿童的非认知能力没有直接显著影响。因此“假设 1a：出生顺序对农村户籍儿童的非认知能力具有显著直接影响。出生顺序越靠后，非认知能力越强”和“假设 1b：出生顺序对农村户籍儿童的非认知能力具有显著直接影响。出生顺序越靠后，非认知能力越弱”没有通过验证。出生顺序对亲子交流潜变量影响的系数为负，表明出生顺序越靠后的农村儿童与母亲的交流越少。亲子交流对农村儿童非认知能力的影响系数为正，说明与母亲交流越多，农村儿童在学校融入时表现出的非认知方面的社交能力越强。总的来说，出生顺序越靠后的农村儿童，在家庭内部得到父母的情感关注越少，在家庭外部的学校表现出的主观社交意愿和行为能力也越差。亲子活动潜变量涉及到与父母一起吃饭，一起参观博物馆、动物园、科技馆，一起看电影、演出和体育比赛等行为。结果发现，越晚出生的孩子，与父母一起从事亲子活动的概率也越低，其在校所表现出的非认知能力也越弱。

值得一提的是,由表2区别效度部分的变量间皮尔逊相关系数可以看出,亲子活动与亲子交流呈正向相关关系,亲子活动越多的家庭,亲子交流也越频繁。愿意花费时间关注子女在校人际关系和子女成长烦恼的家长,一般对子女的整体关注度较高,会用心培养子女并陪伴他们的成长,也会有意识地带子女去一些文化场馆开阔他们的眼界。总的来看,家里年纪越小的孩子,与父母一起吃饭,一起参观博物馆、动物园、科技馆,一起看电影、演出、体育比赛的概率越低,与父母情感交流的机会也越少。当活动场域从家庭扩展到学校后,这部分农村儿童表现出来的非认知社交能力也越低。

(三) 多重中介效果的对比分析

本研究设定了两个中介效果,一条是出生顺序→亲子交流→非认知能力,另一条是出生顺序→亲子活动→非认知能力。由表3可以看出,基于亲子交流和亲子活动的中介效应都得到了数据的有效支持,总间接效应也具有统计学意义上的显著性。中介效应的路径分解:出生顺序与亲子交流的因果关系 a_1 ,亲子交流对农村户籍儿童非认知能力影响的效应 b_1 ,出生顺序与亲子活动的因果效应 a_2 ,以及亲子活动对农村户籍儿童非认知能力的效应 b_2 ,都在 $p<0.001$ 的水平上显著。至此,“假设2:出生顺序通过亲子交流对农村户籍儿童的非认知能力发挥着间接影响作用。出生顺序越靠前,亲子交流越频繁,儿童的非认知能力越强”和“假设3:出生顺序通过亲子活动对农村户籍儿童的非认知能力发挥着间接影响作用。出生顺序越靠前,亲子活动越频繁,儿童的非认知能力越强”均通过了验证。

特定间接效应被定义为因变量 Y 经由中介变量 i 对自变量 x 两个过程的非标准化系数的乘积。经由亲子交流中介效应的特定间接效应为 $ab_1=a_1*b_1$ 。同理,经由亲子活动中介效应的特定间接效应为 $ab_2=a_2*b_2$ 。比较两个中介效应的差异,生成新的变量 $diff=ab_1-ab_2$,即为表3中两条路径对比部分。数据分析结果显示 ab_1 和 ab_2 两条路径存在统计学意义上的显著差异。亲子交流中介效应的非标准化参数是0.268,表示亲子交流变量使出生顺序与非认知能力二者直线的斜率增加了0.268个单位。同理,亲子活动变量使直线斜率增加了0.089个单位。由此可见,亲子交流变量的中介效应大于亲子活动的中介效应。

以上是对亲子交流和亲子活动两个中介变量间接效应的比较分析。关于文化场馆(图书馆、博物馆)亲子活动的研究发现,文化场馆的亲子活动在提升儿童能力发展的同时,还能增进亲子交流,促进亲子感情的提升[69-71]。基于此,把亲子交流做因变量,亲子活动做自变量,做简单回归,探究二者之间的因果链条是否成立。数据分析结果发现,亲子活动对亲子交流的影响在 $p<0.001$ 水平上具有统计学意义上的显著性。回归系数为0.288,调整 R^2 为8.3%。由此可见,家庭内外的亲子活动可以使父母从多维度观察和了解子女,共同的活动也为亲子交流提供了话题,增进了彼此间的感情。这又进一步促使子女把父母当作朋友,愿意把学校的见闻趣事、人际关系、烦恼等与父母分享。可见,亲子活动在子女的非认知能力培养方面发挥着双重作用。

四、结论和讨论

本文采用中国教育追踪调查2014—2015学年追访数据,研究出生顺序、亲子互动与农村户籍儿童非认知能力之间的因果关系。根据国内外研究惯例,非认知能力采用的是社交能力这一细分维度,亲子互动则包含亲子交流、亲子活动两个变量。

研究发现,出生顺序不能直接影响农村儿童非认知能力的发展,即出生顺序对子女以社交能力为代表的非认知能力并无显著作用。经由亲子交流和亲子活动两条中介效应的间接影响效果均具有在 $p<0.001$ 水平上的显著性。这说明出生顺序主要通过亲子交流和亲子活动的中介作用机制,对农村儿童非认知能力产生影响。出生顺序与亲子交流潜变量是负向因果关系。出生越早的子女,与父母的亲子交流越多,在学校也表现出容易亲近,更愿意参与学校活动的一面。另外,出生较晚的孩子,在遭受母亲情感忽视的情况下,也极少能享受到与父母一起参观文化场馆或者外出就餐这样的休闲时光。这也进一步印证了西方学者的论断,即父母的第一个孩子会被另眼相待[72],也会分配到家庭中更多情感资源[73-74]。这为该结论的跨文化普适性提供了新的证据。本研究结论也再次印证了资源约束假说和次序歧视在农村儿童成长过程中的适用性,出生顺序甚至可能成为约束农村儿童发展的重要因素之一。

深受家庭环境制约的非认知能力,对于一个人尤其是处于社会底层的人更为重要。它不仅影响着其学业成绩和最终的教育获得,还预示整个职业生涯中取得成就、面对失败及触底反弹的能力。对于农村儿童的教育帮扶,一方面要加强教育公平进程,通过教学设施和师资的配备,增加其通过教育实现阶层向上流动的机会。另一方面,则要加强学业之外的非认知能力的教育,通过另一种形式的人力资本增加其生命历程的厚度。总的来看,亲子交流带给子女非认知能力的提升大于亲子活动,即子女更需要父母情感上的深度陪伴。家中出生较晚的孩子更需要加强父母的关爱,在农村家庭中要加强养育孩子的亲职教育。

参考文献

- [1] [2] [61] James J. Heckman, Yona Rubinstein. The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program, *The American Economic Review*, 2001, (2).
- [3] [60] Mood, Carina, Jan O. Jonsson, and Erik Bihagen. Socioeconomic Persistence across Generations: Cognitive and Non-cognitive Processes. In John Ermisch, Markus Jantti, and Timothy M. Smeeding (ed.), *From Parents to Children: The Intergenerational Transmission of Advantage*, New York: Russell Sage, 2012, pp.53-83.
- [4] [9] [10] Lindqvist, E., Vestman, R. The Labor Market Returns to Cognitive and Noncognitive Ability: Evidence from the Swedish Enlistment, *American Economic Journal: Applied Economics*, 2011, (3).
- [5] 盛卫燕 胡秋阳:《认知能力、非认知能力与技能溢价——基于 CFPS 2010—2016 年微观数据的实证研究》,载《上海经济研究》,2019年第4期。
- [6] [63] 黄超:《家长教养方式的阶层差异及其对子女非认知能力的影响》,载《社会》,2018年第6期。
- [7] Duckworth Angela L., Abigail Quirk, Robert Gallop, Rick H. Hoyle, Dennis R. Kelly, and Michael D. Matthews, *Cognitive and Noncognitive Predictors of Success*, *Psychological and Cognitive Sciences*, 2019, (47).
- [8] Almlund, M., Duckworth, A.L., Heckman, J.J., Kautz, T.. *Personality Psychology and Economics*. In E. A. Hanushek, S. Machin, & L. Woessmann (eds.), *Handbook of the Economics of Education*, 2011, pp.76-84.
- [11] 蒋亚丽:《父母期望、学校类型与流动儿童学习成绩》,载《青年研究》,2017年第4期。
- [12] [65] Erik Gronqvist, Erik Lindqvist. The Making of a Manager: Evidence from Military Officer Training, *Journal of Labor Economics*, 2016, (1).
- [13] [72] Cunha, Flavio, James J. Heckman. The Technology of Skill Formation, *American Economic Review*, 2007, (97).
- [14] Cunha, F., Heckman, J.J., Schennach, S.M.. Estimating the Technology of Cognitive and Noncognitive Skill Formation, *Econometrica*, *Econometric Society*, 2010, (3).
- [15] Borghans, L., Meijers, H., Weel, B.T.. The Role of Noncognitive Skills in Explaining Cognitive Test Scores, *Economic Inquiry*, 2008, (1).
- [16] 江西省教育十一五规划重点课题组:《和谐的亲子活动是培养留守儿童良好个性的教育之道——对100余位留守儿童两年教育的实验研究报告》,载《教育学术月刊》,2010年第1期。
- [17] 杨慧琼 李萌:《媒介使用的亲子交流和父母介入:一项小学生的家庭媒介教育研究》,载《福建技术师范学院学报》,2021年第6期。
- [18] 赵春梅:《窗边的孩子:青少年电子游戏成瘾的家庭因素研究》,杭州:浙江大学出版社2010年版,第134-156页。
- [19] 沈玉萍:《流动家庭亲子互动理论构建研究》,载《文化创新比较研究》,2021年第17期。
- [20] 李潇晓 刘越等:《留守初中生亲子互动与心理健康的性别差异》,载《中国学校卫生》,2021年第6期。

- [21] 段小倩 等:《亲子互动对0—3岁留守儿童语言发育的影响》,载《中国生育健康杂志》,2020年第5期。
- [22] 陶东杰 王军鹏 张克中:《家庭规模、资源约束与子女教育分布——基于CFPS的实证研究》,载《华中科技大学学报》,2017年第2期。
- [23] 罗 凯 周黎安:《子女出生顺序和性别差异对教育人力资本的影响——一个基于家庭经济视角的分析》,载《经济科学》,2010年第3期。
- [24] 叶 华 吴晓刚:《生育率下降与中国男女教育的平等化趋势》,载《社会学研究》,2011年第5期。
- [25] Downey, D. B., T. von Hippel Paul, B. A. Broh. Are Schools the Great Equalizer? Cognitive Inequality during the Summer Months and the School Year, American Sociological Review, 2004, (5).
- [26] Cutting A L, Dunn J.. Conversations with Siblings and with Friends: Links between Relationship Quality and Social Understanding, British Journal of Developmental Psychology, 2006, (1).
- [27] Perner J, Ruffman T, Leekam S R.. Theory of Mind is Contagious: You Catch It from Your Sibs, Child Development, 1994, (4).
- [28] 聂景春 庞晓鹏 等:《农村儿童兄弟姐妹的影响研究:交流互动或资源稀释?》,载《人口学刊》,2016年第6期。
- [29] Plomin, Robert, Denise Daniels. Why Are Children in the Same Family So Different from Each Other? Behavioral Brain Science, 1987, (10).
- [30] Grönqvist E., Öckert B., Vlachos J.. The Intergenerational Transmission of Cognitive and Noncognitive Abilities, The Journal of Human Resources, 2016, (4).
- [31] Black, Sandra E., Paul J. Devereux. Recent Developments in Intergenerational Mobility, In David Card and Orley C. Ashenfelter (ed.), Handbook of Labor Economics, Amsterdam: North Holland, 2011, pp.973—989.
- [32] Björklund, Anders, Markus Jönntti. How Important Is Family Background for Labor—Economic Outcomes? Labour Economics, 2012, (4).
- [33] Anger, Silke, and Daniel D. Schnitzlein. Cognitive Skills, Non—Cognitive Skills, and Family Background: Evidence from Sibling Correlations, Discussion Paper 9918, Bonn, Germany: IZA, 2016, pp. 297—312.
- [34] Adler, Alfred: Menschenkenntnis, Leipzig: Fischer, 1927, pp.321—334.
- [35] Black, Sandra E., Erik Grönqvist, Björn Öckert. Born to Lead? The Effect of Birth Order on Non—Cognitive Abilities, The Review of Economics and Statistics, 2018, (2).
- [36] [37] Sulloway. Born to Rebel: Birth Order Family Dynamics, and Creative Lives, New York: Pantheon, 1996, pp.1321—1357.
- [38] Coleman J S.. Social Capital in the Creation of Human Capital, American Journal of Sociology, 1988, (Supplement).
- [39] 李 波:《父母参与对子女发展的影响——基于学业成绩和非认知能力的视角》,载《教育与经济》,2018年第3期。
- [40] 吴艺方 韩秀华 等:《小学生父母教育卷入行为理论模型的建构与验证》,载《北京师范大学学报(社会科学版)》,2013年第1期。
- [41] 李晓晗 郑 磊:《家庭社会经济地位对父母参与的影响及作用机制——基于CEPS数据的研究》,载《教育经济评论》,2017年第1期。
- [42] Zajonc, Robert B. Family Configuration and Intelligence, Science, 1976, (192).
- [43] Price, Joseph. Parent—Child Quality Time: Does Birth Order Matter? Journal of Human Resources, 2008, (43).
- [44] [73] Becker, Gary S., Nigel Tomes. Child Endowments and the Quantity and Quality of Children, Journal of Political Economy, 1976, (4).

- [45] [74] Yi, Junjian, James J. Heckman, Junsen Zhang, Gabriella Conti. Early Health Shocks, Intra-Household Resource Allocation and Child Outcomes, *Economic Journal*, 2015, (125).
- [46] Dunn, Judy, Penny Munn. Development of Justification in Disputes with Mother and Sibling, *Developmental Psychology*, 1987, (7).
- [47] Black, Sandra E., Paul J. Devereux, Kjell G. Salvanes. Older and Wiser? Birth Order and IQ of Young Men, *CESifo Economic Studies*, 2011a, (1).
- [48] 朱安新 曹蕊:《当前中国家庭的亲子关系:城乡和阶层差异模式》,载《贵州社会科学》,2019年第7期。
- [49] 黄小瑞 安桂清:《家长参与类型与儿童学习结果的关系》,载《学前教育研究》,2018年第11期。
- [50] 郭筱琳 罗良:《独生子女父母与不同出生顺序的非独生子女父母教育卷入的比较分析——以山东省聊城市小学生家长为例》,载《教育科学研究》,2019年第5期。
- [51] 韩仁生 王晓琳:《家长参与与小学生学习自我效能的关系研究》,载《心理科学》,2009年第2期。
- [52] Oluwatelure TA. Effects of Parental Involvement on Students Attitude and Performance in Science, *African Journal of Microbiology Research*, 2010, (1).
- [53] 彭建兰 段小倩等:《和谐的亲子活动是培养留守儿童良好个性的教育之道——对100余位留守儿童两年教育的实验研究报告》,载《教育学术月刊》,2010年第1期。
- [54] 吕素珍 黄修文:《地方综合性大学学生家庭文化资本对其学习投入的影响研究——以J大学为例》,载《江汉大学学报(社会科学版)》,2021年第5期。
- [55] 许怀雪 秦玉友等:《家庭文化资本对初一学生学业成绩的影响研究——基于学习投入的中介作用分析》,载《教育理论与实践》,2020年第4期。
- [56] [69] 潘卫芳:《图书馆亲子阅读活动对儿童早期阅读能力的影响研究》,载《才智》,2020年第5期。
- [57] [70] 桂静文 朱立新:《亲子阅读活动对0—8岁儿童家庭亲子关系影响的实证研究》,载《教育观察》,2021年第10期。
- [58] [71] 邓卓舒 琛等:《自然博物馆亲子教育活动中的对话内容研究》,载《自然科学博物馆研究》,2021年第5期。
- [59] 贾焱:《农村家庭亲子阅读中父母指导方式探究》,载《延边教育学院学报》,2020年第8期。
- [62] Heckman, James J., JoraStixrud, Sergio Urzua. The Effects of Cognitive and Noncognitive Abilities on Labor Market Outcomes and Social Behavior, *Journal of Labor Economics*, 2006, (3).
- [64] 方超 黄斌:《非认知能力、家庭教育期望与子代学业成绩——基于CEPS追踪数据的经验分析》,载《全球教育展望》,2019年第1期。
- [66] Sobel, M. E.. Some New Results on Indirect Effects and Their Standard Errors in Covariance Structural Models, *Sociological Methodology*, 1986, (16).
- [67] MacKinnon D. P., Lockwood CM, Williams J.. Confidence Limits for The Indirect Effect: Distribution of The Product and Resampling Methods, *Multivariate Behavioral Research*, 2004, (1).
- [68] FornellClaes, David F. Larcker. Evaluating Structural Equation Models with Unobservable Variables and Measurement Error, *Journal of Marketing Research*, 1981, (5).

林琳：儿童个人信息网络保护的司法路径——以公益诉讼为视角

2022-05-07 原创 林琳 法律适用

<https://mp.weixin.qq.com/s/XQmnLIuUbzTs6AKJykSj0w>

林琳，北京科技大学文法学院讲师，法学博士

摘要

尽管我国不断完善立法，规制网络时代个人信息安全与保护，但法律与技术博弈下的制度存在执行风险与困境，在儿童个人信息保护方面更为严峻，立法和司法保护层面都存在问题。儿童个人信息滥用主要表现在网络平台收集和管理儿童个人信息没有充分贯彻监护人同意制度，并超出约定目的再次推送，置儿童用户于危险境地。规制儿童个人信息滥用行为，公益诉讼制度具有理论基础和现实可行性，可以通过民事公益诉讼，对网络平台提出相应诉讼请求，同时通过行政公益诉讼，要求行政主管部门加强监督管理，促进行业整改，形成社会合力，实现网络时代儿童个人信息整体式、综合性、全局化保护。

关键词

儿童个人信息 网络保护 司法路径 公益诉讼

儿童是一个国家和民族发展壮大的希望，习近平总书记在同全国各族少年儿童代表共庆“六一”国际儿童节的讲话中强调，“孩子们成长得更好，是我们最大的心愿。党和政府要始终关心各族少年儿童，努力为他们学习成长创造更好的条件”。加强儿童个人信息网络保护，是儿童权益保护的重要内容，是全社会的共同责任。2019年中国互联网络信息中心调查数据显示，我国网络用户高达8.54亿，其中10岁以下和10-19岁用户数量分别占用户总数的4.1%和17.5%。由于儿童年龄小，阅历浅，自我保护意识较弱，更容易在网络平台中遭遇非法互动、线上营销、网络诈骗和骚扰等问题，成为网络平台违法侵害的对象。但我国对儿童个人信息没有成立专门的监管机构，也没有形成独立的监管模式，当前以成年人为主要保护对象的制度设计不能完全适应儿童个人信息保护的需要，亟需完善儿童个人信息司法保护路径。

一、儿童个人信息网络保护的现状及问题

（一）儿童个人信息网络保护的界定

1. 儿童个人信息

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息。关于个人信息的法律界定，《民法典》及《个人信息保护法》均有规定。个人信息作为公民个人权利，其私权属性最早由《刑法》的侵犯公民个人信息罪确认。在民法领域，《消费者权益保护法》和《民法典》的“隐私权和个人信息保护”专章，也都明确了公民个人信息权利。近年来，我国先后制定了一系列网络信息安全的法律、法规和司法解释，逐步确立了公民个人信息保护的合法、正当、必要等基本原则，《民法典》也明确要求最低限度处理个人信息，不得过度，且必须征得权利人同意。2021年《数据安全法》和《个人信息保护法》相继出台，进一步从不同视角规制我国数据网络安全和个人信息保护。

2019年出台的《儿童个人信息网络保护规定》（以下简称《规定》）首次在立法层面明确儿童个人信息的界定，规定不满十四周岁的未成年人为儿童。儿童个人信息在网络空间需要特殊保护，是国际社会的共识，但各国在年龄设定上不尽相同，美国《儿童网络隐私保护法》中的儿童年龄为十三岁以下，欧盟《通用数据保护条例》中则将儿童年龄最高界限定在十六岁，同时允许成员国自行在十三至十六岁之间依据实际情况设置自己的标准。我国《规定》在网络保护中考虑儿童年龄时，参考了美国和欧盟等国的经验，同时作为行政法规兼顾了与国内刑事法律制度等的衔接。2021年《个人信息保护法》未使用儿童个人信息的表述，但规定不满十四周岁的未成年人个人信息是敏感个人信息，其保护和处理要遵循更严格要求。《信息安全技术个人信息安全规范》也将个人信息特殊保护的年龄线划定在十四周岁。

2. 儿童个人信息网络保护的權利

基于上述法律规定,保护公民个人信息,主要对信息处理者处理个人信息的行为予以规制,《民法典》规定,个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等处理方式,《个人信息保护法》在《民法典》基础上增加了删除的处理方式。《儿童个人信息网络保护规定》将适用范围规定为:在中华人民共和国境内通过网络从事收集、存储、使用、转移、披露儿童个人信息等活动,以及制作、发布、传播侵害儿童个人信息安全的信息。可见,尽管不同法律对处理行为的具体列举和表述稍有不同,收集、存储和使用个人信息,是信息处理者的基础行为,也是其他一切侵权行为的源起,从个人信息权利主体的角度,个人对其信息至少应享有知情同意权、获取权、异议更正权、拒绝权、删除权等权利,在儿童个人信息保护领域,应格外关注监护人的知情同意权。鉴于篇幅和重点,本文将研究重点集中于信息处理者对儿童个人信息的收集、使用和提供方面存在违法不当情形、侵犯信息主体知情同意权、拒绝权等权利的案件。

（二）儿童个人信息网络保护立法现状及问题

我国立法中,基本法位阶没有明确儿童个人信息的概念,也没有将其作为专门保护对象。2019年《规定》虽然是行政法规,但作为我国首部专门立法,是儿童个人信息保护的重要依据,《规定》围绕儿童个人信息安全和保护问题,进一步细化了《网络安全法》的相关规定,提出了网络运营商责任、监护人义务等规则,为儿童这一特殊主体的个人信息网络保护提供了专门明确的依据。2021年新修订的《未成年人保护法》专章设立了网络保护,也体现了全社会对未成年人网络空间保护达成的共识。2021年《个人信息保护法》对敏感信息的处理,规定了特定目的性和充分必要性要求,其中包含十四岁以下未成年人信息。同时,《个人信息保护法》在第七章“法律责任”部分,对侵犯个人信息行为的行政监管和公益诉讼,作出了相应规定。

尽管近年来我国加大力度保护个人信息,并开始重视儿童个人信息的特殊性,但在立法层面仍存在较多问题:首先,除了《规定》这一行政法规外,没有专门的《儿童个人信息保护法》,也没有在《个人信息保护法》中专章设立儿童个人信息特殊保护,上述关于个人信息保护的重要法律中,有关儿童个人信息的规定比较原则和笼统,不够细化,执行难度大;第二,《规定》与其他相关法律的衔接不畅通,如《刑法》对儿童个人信息保护力度较低,相当一部分侵犯和危及儿童个人信息安全案件的处理适用“侵犯公民个人信息罪”,没有体现儿童这一受害主体的特殊性,且民事、行政和刑事法律之间没有形成完整的儿童个人信息侵权法律责任体系;第三,关于儿童个人信息侵权标准、法律后果,以及侵犯儿童个人信息权案件中的举证责任和维权路径等,相关法律仍付之阙如,需要进一步完善;第四,在互联网治理领域,制度完善的进度远远滞后于技术创新的速度,法律规定与技术运用存在现实博弈的困境,增加了《规定》的执行难度。

（三）儿童个人信息保护司法现状及问题

互联网发展给人类社会行为规范带来深刻变化,在为人类生活提供快捷和便利的同时,网络存在着大量安全风险,其虚拟性、间接性和隐蔽性中蕴含和滋生着犯罪诱因。儿童年龄轻、阅历浅,辨别是非能力薄弱、身心不能保持平衡,强烈的好奇心极易受到社会环境特别是技术环境的影响,网络技术搭建的虚拟环境,因其新鲜刺激和高互动性,对儿童极具诱惑力。儿童用户个人信息如果被运营者秘密收集、超限使用、违规利用,转化为其他犯罪的工具或对象,次生危害后果又会不断蔓延和放大。

近年来我国曝光的相关案例,表明相关网络平台处理儿童个人信息包括私密信息面大量广,侵犯不特定儿童个人信息和隐私并产生了实害后果。如在柏某涉黑案中,案犯能通过网络平台“同城搜索”等功能搜索未成年女性账户,多名未成年女性在平台交友后被案犯拐卖到卖淫场所,导致被侵害;还有的网络平台对儿童用户注册不加限制,默认关注即可聊天,使相关案犯因在平台交友而收到陌生人发送的滋扰信息,发展为线下约架造成寻衅滋事。这些涉及未成年人的违法犯罪案件,均由网络平台监管不严引发,不但在网络环境中造成恶劣影响,还被不法分子利用形成线下真实案件,后果无法挽回。

案件背后体现了我国对儿童个人信息的司法保护存在的问题：第一，执法刚性不足，行业规范尚未形成，亟需司法监督。目前对儿童个人信息安全的监管思路，基本是放在大数据行业监管的框架下作价值考量的。也就是说，监管机构在行业发展初期，对其中的问题多采取宽容态度，促进数据运用发挥正面作用，而缺少对收集和运用数据行为合法性的关注。“先发展、后治理”的监管思路，无法给予被监管对象有效的合规指引，如对威胁儿童个人信息安全的问题，网信部门等基本采用“约谈、曝光”的柔性措施，不对违法行为进行刚性处罚，无法起到警示作用，法律法规约束力和公信力较弱；第二，个人维权司法成本过高，难以实现。在司法保护途径中，除了刑罚作为最后屏障，在造成难以挽回的严重后果后，对侵犯公民个人信息的犯罪人予以惩戒外，儿童个人信息的综合全程保护尚未实现。特别是对儿童及其监护人而言，在信息生命周期的较早阶段开展保护的难度较大，成本过高。即使监护人下定维权决心，开展维权的进程也异常艰难。2016年我国《个人信息安全和隐私保护报告》的调查表明，在一百多万的调查对象中，六成人对如何维权表示茫然，近一半的人因为程序复杂和成本太高而放弃维权。救济渠道不完善导致儿童及其监护人在主张权利时极其被动，惩罚力度不足导致法律的威慑作用较弱，违法成本低成为网络儿童个人信息持续被滥用的重要原因。

二、网络侵犯儿童个人信息的具体表现与法律适用分析

如前所述，我国《儿童个人信息网络保护规定》作为儿童个人信息保护最直接的法律依据，明确规定了网络平台收集和管理儿童个人信息的一系列原则，《个人信息保护法》也对敏感信息的处理作出更严格限制，但实践中制度的执行在技术操作层面受到诸多挑战。

（一）儿童个人信息在网络平台被大量收集和管理

当前我国移动终端智能应用软件市场中的很多软件平台，均存在收集和管理儿童个人信息情况。儿童登录网络平台的账号、位置、联系人，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等信息被网络平台收集管理，可依法认定为儿童个人信息和隐私。以某软件注册账户流程为例，平台要求用户使用真实身份信息注册账号，提供手机号码、电子邮箱地址等信息才可确保正常使用服务。在应用权限列表中，存在确定本机号码和ID、拍摄照片和录制视频、录制音频、读取日历、读取联系人、访问大致位置信息等用户敏感隐私信息的权限，而这些敏感隐私权限中的部分内容在用户注册过程中点击“同意”后，一键均授权应用软件使用；用户登录后，默认被使用并被公开ID账号、所在城市位置信息等，在关注栏目中“你可能感兴趣的人中”推送有“通讯录好友”，在个人资料栏目“+好友”栏目中，存有手机通讯录中使用该软件的人员列表。此外，有的应用软件会在后续使用中提示用户资料完善，内容包括性别、生日/星座、所在地和个人介绍，资料完善之后均为公开可见。在这些流程中，尽管用户服务协议中有关于未成年人隐私提示内容，但有时用户未经阅读同意也可完成注册登录成为平台用户。值得注意的是，尽管软件平台对儿童用户注册采取放任态度，但软件平台采取标签关联机制，对用户的肖像、性别、浏览内容、时长等，设定数以千计的标签作人员特征识别，一般能精准识别用户年龄段。即软件平台无须儿童注册时清晰标明，通过大数据算法即可识别儿童个人信息，存在明知用户是儿童身份而放任其个人信息被收集的不合法情况。

根据法律规定和司法解释，公民（包括儿童）个人信息的核心特点是“可识别性”，包括身份识别和特征识别两部分，即该主体“是谁”和“是什么样的人”。其中除了人的自然情况信息，还包括其社会活动信息。隐私的核心特点是“私密性”，即自然人享有私人空间、活动、生活不受干扰的权利。可见，大量网络平台从儿童注册账户开始，就收集管理了儿童个人信息和隐私：首先，网络平台收集的儿童信息可识别个体身份。网络平台在儿童用户注册过程中收集了儿童网络账号、位置、联系人等信息，包括用户在微信、QQ等第三方账户转入的昵称、头像，注册形成的平台账号（识别用户的识别码），以及手机通讯录联系人、用户位置等，都属于法律法规列举的个人信息内容，都能指向识别出特定自然人；其次，网络平台管理的儿童信息可识别个体特征。儿童用户上传到网络平台的视频信息，多数包括了儿童用户本人的面部识别特征和声音识别特征，与用户主体身份具有强对应关系，综合部分视频信息能反映出用户日常生活习惯、偏好等，体现出儿童社会特征，且相关信息与识别儿童个人身份的信息结合后，更能明确指向特定的儿童；第三，网络平台收集管理的部分儿童信息涉及隐私。根据《个人信息保护法》，十四周岁以下

的儿童个人信息属敏感信息，个人敏感信息与私密信息存在交叉。网络平台中部分儿童视频内容，反映出家庭住宅、就读学校、活动轨迹等，存在监护人不愿为他人知晓的私密空间、私密信息和私密活动等情形。这些信息如不作有效管理，可能会侵扰儿童生活安宁，甚至会给儿童身心健康带来风险，可视为私密信息。

（二）显著清晰告知并征得监护人同意原则未得到有效落实

监护人知情同意制度是儿童个人信息网络保护中的重要制度，知情同意权是儿童个人信息权的核心权利。该制度的落实以“征得同意”为必要条件，从国际惯例看，信息生命周期的各个环节中均应贯彻落实监护人知情同意制度。

首先，网络运营者具有显著清晰告知义务，对此《网络安全法》第41条、《儿童个人信息网络保护规定》第9条以及《民法典》第1035条均予以明确规定。根据法律法规，网络运营者收集、使用、披露儿童信息需显著清晰告知监护人，是强制性义务。以现有生物识别技术，通过身份证结合人脸识别认证等识别儿童身份，进而由平台自身实现对监护人显著清晰告知，是可行的。若网络平台出于商业利益考量，未设置识别儿童用户前置程序，未采取显著清晰方式有效告知监护人，则明显违反法定义务。同时，依据我国《合同法》第40条的规定，如果网络平台推定用户注册时为完全民事行为能力人，将通知监护人的责任转归于儿童，加重用户责任，也属于违法行为。

其次，根据法律法规，处理儿童信息必须取得监护人明示同意，以强化对儿童监管和保护。《规定》第7条和第9条明确提出了网络运营者处理儿童个人信息的原则和义务，《信息安全技术个人信息安全规范》也有相同规定。但实践中有的网络平台在用户协议中仍然以格式合同推定用户具有相应民事行为能力，针对儿童注册为用户的情形，推定监护人在场，将告知监护人义务直接归属于儿童，儿童注册即默认经过监护人同意，并将因此可能产生的不利后果归责于用户。采取儿童注册“默认获得监护人同意”方式获取儿童信息，无法确保监护人有效参与，剥夺监护人行使知情权和选择权，明显违反法律规定。同时，儿童作为无行为能力或者限制行为能力人，用户协议作为复杂专业合同文本，儿童甚至无法准确阅读和理解，其签署的协议是无效或可撤销的。

（三）未经再次同意超出约定的目的、范围进行推送

《规定》第14条明确了网络平台再次征得同意的义务，实践中网络平台特别是短视频平台为了吸引用户使用，其核心算法逻辑一般是：在采取标签关联机制精准识别用户信息后，采取决策机制将相关人员与推送内容进行匹配，在网络平台的隐私权保护政策中也会显示这种算法推送逻辑。这种算法推送在未明确区分儿童注册用户的前提下，无疑会产生两个风险：一是向儿童用户推送不适宜观看的内容和定向投放广告，二是向有犯罪倾向的人群推送儿童账户信息。双向不当利用儿童个人信息谋取利益、引发违法犯罪行为的情况在实践中均有发生。如果说上述第一种风险是以牟取经济利益为驱动，存在会对儿童用户产生不良影响的风险，那么第二种风险则社会危害性更大，有可能直接引发针对儿童的犯罪行为。在未再次征得儿童监护人有效明示同意的情况下，超出约定的目的、范围，运用大数据算法，向具有浏览儿童视频喜好用户直接推送儿童账户，极易侵害不特定儿童的个人信息权和隐私权，如果平台还默认加关注即可交流，使其他用户可与儿童直接接触，则会导致儿童用户处于危险境地。

（四）知情同意规则下监护人责任的实际履行困境

监护人与网络运营者在儿童个人信息的保护中，均负有义务和责任，但二者在能力上存在不平衡，在信息掌握上存在不对称。监护人为了能在儿童上网过程中予以正确引导，确实需要不断提高网络安全意识，增强风险识别能力，甚至学习一定的专业知识。但是不可否认，如果网络平台不能严格依法有效地履行告知同意义务，即使监护人具备安全意识，了解信息安全的重要性，也只能停留在主观认知层面，无法落实到各种形式多样的网络应用环境和具体场景中，无法主动识别出影响儿童用户信息安全的具体风险点，无法有效引导儿童的上网行为。

一方面,监护人对儿童注册平台是否有效告知难以判断。告知只是形式要求,有效才是结果判定。网络平台有形式上的告知条款和隐私政策,但机械将一份为了规避法律风险而提前拟好的格式条款提供给用户,一般监护人无法阅读其中技术性较强的规则,难以判断是否有效告知;另一方面,监护人对平台使用儿童个人信息是否正当必要难以判断。平台推送儿童个人信息、关注即可聊天等侵权行为,对监护人而言属于技术盲区,如果平台有意仅完成“告知”动作而不对有效的结果负责,监护人面对隐蔽复杂的技术软件和程序繁杂的上网流程,无法切实承担起监督、识别、判断风险的责任,更遑论对儿童进行有价值有意义的安全引导。

三、完善儿童个人信息网络保护公益诉讼路径

(一) 公益诉讼司法保护路径的可行性

利用公益诉讼制度保护儿童个人信息,是现有法律框架下既有充分法律依据、又有较成熟实践经验的最优选择,通过公益诉讼途径确立儿童个人信息保护的司法认定标准,并向全行业释放法治信号,有利于解决目前实践中的紧迫问题。

首先,儿童个人信息网络保护属于公益诉讼范围。未成年人最佳利益原则已被《未成年人保护法》明确,也符合国际公约中的儿童利益最大化理念。《民法典》及未成年人专门立法中明确了未成年人特殊保护、优先保护制度,在儿童权益受到侵害时,国家承担最终监护责任,因此儿童权益是社会公益的应有之义。《民事诉讼法》第55条赋予了检察机关公益诉讼主体地位,并规定了公益诉讼范围,“损害社会公共利益”是其核心要旨。近年来,公益诉讼案件的范围的适度拓展,一直是理论研究和实践共同关注的重点和亮点,其中与儿童个人信息网络保护相关的网络公益侵权、个人信息保护、未成年人权益保护、大数据安全均是高频内容。2021年《个人信息保护法》第70条首次立法确立了公益诉讼可以作为个人信息保护的法定方式,并将违法处理个人信息“侵犯众多个人的权益”作为前提条件。可见,侵害不特定众多儿童个人信息和隐私权,造成儿童合法权益遭到侵害,给千万家庭带来伤害,必然属于社会公共利益受损的范围,可以依法提起公益诉讼。在管辖权方面,最高法《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》也给出了相应的法律依据。

其次,除了民事公益诉讼,依据我国《行政诉讼法》第25条一并提起行政公益诉讼,更有利于促进行业源头性治理并形成长效机制。监管作为儿童个人信息保护的重要方式,其效力直接影响保护成效,一方面要通过监管活动规制网络平台处理信息的行为,更重要的是通过行政执法手段的运用,保障法律的有效实施。从推动网络平台行业治理、促进网络平台依法加强对儿童个人信息和隐私权保护的长远目标来看,采取同时提起行政公益诉讼方式进行监督,可以激活行政监管职能,促进行政机关联合执法,发挥优势、形成合力,实现行业源头治理和形成长效机制。

第三,公益诉讼有利于促进互联网企业合规化进程和行业健康发展。2019年美国联邦贸易调查委员会指控抖音公司国际版TikTok,非法收集13岁以下儿童的姓名、电子邮件、地理位置等个人信息,抖音最终被处罚570万美元,为我国互联网企业敲响警钟,互联网行业健康发展必须规范个人信息保护,否则企业即使有暂时发展,走出去也会遭受损失。规范个人信息处理的公益诉讼不但不会制约行业发展,还可以促进企业个人信息保护制度、机制和技术的不断创新。抖音公司在美国被处罚后也加强了技术改进,实现迅猛发展。实践证明,选择儿童群体保护、监护人告知同意原则的切入口提起公益诉讼,能够实现兼顾保护未成年人和促进行业发展的社会效果。

(二) 公益诉讼在儿童个人信息网络保护领域的具体适用

1. 民事公益诉讼促进儿童个人信息网络保护技术整改

(1) 诉讼主体

《民事诉讼法》第55条规定，行政机关和法定组织是排在检察机关之前提起公益诉讼的法定主体，两高《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条规定，经过诉前公告，没有法定机关和有关组织主张权利时，可由检察机关代为提起民事公益诉讼。《人民检察院公益诉讼试点工作办法》第13条也明确了，检察机关在提起民事公益诉讼前应督促法定机关或有关组织提起，作为检察机关提起民事公益诉讼的诉前程序。对此，《个人信息保护法》第70条将提起公益诉讼的权利赋予了人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织，对三者的提起顺位和程序没有做详细规定。鉴于儿童个人信息侵权的隐蔽性、技术性、规模性等特点，以及国家网信部门的监管职责以及消费者组织收到举报线索的时效性优势，对于侵犯儿童个人信息案件，应当按照相关法律规定，遵守提起诉讼的顺位要求，这样也能督促负有监管职能的行政机关和有关组织切实履行职责，在儿童个人信息保护工作中发挥应有作用。

（2）举证责任

民事诉讼证明责任遵循“谁主张，谁举证”原则，但在网络儿童个人信息侵权案件中，存在举证成本与技术的难题，网络平台极易拥有“数据特权”，制造收集提取侵权证据的困难，为自己逃避法律责任、隐匿侵权事实提供便利。为此，《个人信息保护法》第69条确定了举证责任倒置原则，明确规定个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。这种过错责任推定的举证规则，有利于解决原被告双方在个人信息侵权案件中的证明能力悬殊问题。

（3）诉讼请求

综合考量法律法规的担责方式和规范网络治理的诉讼目的，可以通过停止侵害、消除危险、赔偿损失、赔礼道歉的民事公益诉讼请求，针对网络平台收集、管理、推送儿童个人信息的违法问题进行整改：

第一，停止侵害，规范网络平台收集和管理儿童个人信息。网络平台应秉持企业社会责任，用正确的价值观指导算法，停止对儿童用户个人信息和隐私的侵害，传播正能量。如要求网络平台在第三方技术机构见证下，运用算法技术筛选已经收集、使用的儿童个人信息和隐私信息，对相关儿童账户进行加密保护，并默认禁止“关注即可聊天”功能。设定合理期限，要求平台采取身份证、人脸识别等验证方式，征求儿童用户监护人意见，对监护人明示同意儿童注册账户的，该账户可在公共空间继续使用；对监护人明示不同意注册的，对相关儿童账户及信息予以删除。此外，如在规定期限内未能联系到监护人的，要求平台对不满八周岁的儿童账户及信息予以删除，并将已满八周岁的儿童账户及信息，纳入青少年保护模式严格管理。

第二，消除危险，完善显著清晰告知并经监护人同意条款。为推进侵权平台网络治理的建章堵漏，应当要求网络平台完善用户审核管理机制，全面建立儿童个人信息网络保护体系，预防新的侵害行为发生。要求平台对儿童监护人默认同意授权的行为进行整改，增加显著清晰告知儿童监护人并经明示同意授权的条款；在用户服务协议、隐私权保护政策条款中，充分告知监护人儿童信息使用目的、范围；禁止向其他用户再次推送儿童个人信息；在技术层面，通过身份证识别、人脸识别等验证技术，主动加强识别后的告知义务执行和检查；在管理层面，专门设立儿童个人信息保护部门，专人审查和检查儿童个人信息收集、管理、推送情况，以有效落实儿童监护人告知同意规则。

第三，损害赔偿与道歉，敦促企业平衡获取经济效益与承担社会责任。儿童个人信息和隐私的采集利用能够为网络平台带来商业利益，这也是网络平台不惜利用儿童个人信息侵犯未成年人合法权益的动机所在，通过赔偿和处罚方式，可以提高企业违法成本，倒逼其重视企业效益之外的公共利益。《民法典》规定了侵权赔偿责任的数额标准，《个人信息保护法》第69条对个人信息侵权案件的侵权赔偿数额给予了更明确法律依据。据此，原则上可按照网络侵权平台获利情况，提出较高赔偿金额，以此警示和督促网络平台在经济效益之外承担社会责任。此外，能否在公益诉讼中提出惩罚性赔偿金，一直是学界争议的问题。《民法典》没有专门针对个人信息侵权案件作出赔偿规定，《个人信息保护法》的规定的赔偿责任以补偿性赔偿为主。但从《民法典》关于惩罚性赔偿制度的立法本意看，对于行为人主观恶性大且行为造成严重后果的，以公共利益维护为出发点，可以提出惩罚性赔偿。司法实践中，检察机关也有针对侵犯消费者个人信息提起公益诉讼惩罚性赔偿金的个案尝试。而侵犯儿童个人信息案件，从对象特殊性看，无疑是侵犯

个人信息案件中恶性大、获利高、后果严重的案件，给社会和家庭带来严重危害，未来可以通过惩罚性赔偿加强对儿童个人信息的保护力度。

除损害赔偿外，作为互联网企业责任，侵权平台在案件发生后，应当在全国性媒体上公开赔礼道歉，发挥司法威慑作用，警示公众关注儿童个人信息和隐私安全问题，促进行业整改。

2. 行政公益诉讼加强儿童个人信息网络保护行业规范

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第21条，在出现网络平台侵犯儿童个人信息和隐私权案件，而相关行政责任主体没有履行监管职责时，可以考虑一并提出行政公益诉讼。根据《个人信息保护法》《网络安全法》《网络信息内容生态治理规定》《互联网信息服务管理行政执法程序规定》等相关规定，国家网信部门负有网络安全的统筹监管职能，是保护儿童个人信息安全的主责部门。《个人信息保护法》第66条赋予了监管部门对侵犯个人信息的应用程序、主管人员和其他责任人员等责任主体的行政处罚权，包括要求责令改正，给予警告，没收违法所得，责令暂停或者终止提供服务，停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者营业执照，罚款和执业禁止等。

实践中如果因主管部门监督管理不到位，使网络平台在利益驱动下违反法律规定，造成不特定多数儿童利益受损的损害后果，则监管失职与侵权后果发生存在因果关系。证明责任方面，根据《人民检察院公益诉讼试点工作办法》第44条，在个人信息保护行政公益诉讼案件中，检察机关承担证明行政机关“违法使用职权或者不作为，致使国家利益或者公共利益收到侵害”的初步证明责任，没有消极或不当履行职责的证明责任由行政机关承担。

综上，司法机关可以建议网信部门等行政执法机关，综合运用行政处罚权，采取多种处罚措施，包括但不限于责令改正、给予警告、没收违法所得、罚款、暂停业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或营业执照等，由轻到重，逐步推进，促进侵权网络平台秉持企业社会责任，用正确的价值观指导算法，停止对儿童用户个人信息和隐私的侵害，同时推进网络平台网络治理的堵漏，以有效增强民事公益诉讼效果。此外，对于达到合规标准的网络运营者，可以考虑给予优惠措施、行业奖励、荣誉称号等方式，激励其更好地保护儿童个人信息，履行社会责任。

四、结语

儿童个人信息网络保护是全社会共同的责任，“全社会都要了解少年儿童、尊重少年儿童、关心少年儿童、服务少年儿童，为少年儿童提供良好社会环境”。保护儿童个人信息，应将刑法治理、公益诉讼和其他方式有机结合，形成法律规范的协调统一，共同构筑相关侵权行为的法律责任和制裁体系，实现对数据滥用的有效治理。《个人信息保护法》赋予了个人信息保护公益诉讼制度法定地位，为儿童个人信息司法保护提供了法律依据，但仍存在对儿童个人信息侵权特殊性回应不足的问题，应在制度设计和实施过程中进一步完善相关配套机制，丰富诉讼请求内容，增强诉讼效率效果，切实发挥公益诉讼作用，打造行业自律、行政监管、司法救济的全面系统保护网络，实现儿童个人信息网络保护的全局性和有效性。

尹冷然：涉罪未成年人诉讼参与权的中国实践 | 中法评 · 思想

2022-05-14 原创 尹冷然 中国法律评论
<https://mp.weixin.qq.com/s/A-uu9HTR1ffjh9TccvGpCw>

在刑事诉讼中，涉罪未成年人诉讼参与权的实现体现为通过表达意见来主动推进、影响与其相关的诉讼活动或决策。基于定性访谈、问卷调查与实地观察的研究方法对全国7省市12个地区的有关办案人员、法律援助律师、社会工作者、未成年人及其父母的调查，可以从知情、理解、表达意见、考虑意见、给予反馈这五项核心要素来系统呈现我国涉罪未成年人诉讼参与权的实现状况。调查结果显示，不

同要素之间、同一要素在不同地区之间受未成年人司法的发展程度影响形成了差异化的实践样态。未来，应当基于实践经验针对性地提炼诉讼参与权的实现标准，助推未成年人司法的持续、良性发展。

一、问题的提出

二、数据来源、研究方法 with 样本选择

（一）数据来源

（二）研究方法

（三）样本选择

三、涉罪未成年人诉讼参与权的核心要素及其实践样态

（一）知情

（二）理解

（三）表达意见

（四）考虑意见

（五）给予反馈

四、涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准与完善路径

（一）实现标准

（二）重点问题的改革完善

五、结语

问题的提出

在社会生活的各个领域，未成年人都以其特有的方式参与其中，向成人社会表达其主张和要求，涉及家庭、社区、学校、司法、政治、媒介等诸多方面。参与权是未成年人享有的一项基本权利，强调由未成年人主动推进、影响与其相关的活动或决策。

2019 年 11 月中国人大网公布《未成年人保护法（修订草案）》与《预防未成年人犯罪法（修订草案）》，向社会各界征求意见，截至 11 月 25 日，未成年人保护法修订草案有 17000 多名未成年人提出了 21000 多条意见，约占总意见数量的 45%，预防未成年人犯罪法修订草案有 1700 多名未成年人提出了近 2000 条意见，约占总意见数量的 25%，即为未成年人实现其参与权的典型例证。未成年人的参与权最早确立于联合国《儿童权利公约》。世界范围内的很多国家为实现未成年人的参与权作出了努力，包括制定与参与权相关的法律法规、政策，设立实现未成年人参与权的相应组织机构。

我国虽于 1990 年签署了《儿童权利公约》，法律法规与方针政策也屡次提及鼓励未成年人的参与权，但其强制力与可操作性仍有待加强。在司法实践中，更多停留于承认未成年人被动的受保护的权力，鲜少将未成年人视为权利行使的积极主体。在司法过程中，抽象的权利概念、晦涩的法律术语、烦琐的程序事项对涉罪未成年人来说更多是一种形式上的参与，难以体现真正的法律意义。对诉讼程序及其背后深层用意的准确理解依赖于未成年人的有效参与。充分参与到程序中更是涉罪未成年人顺利复归社会的关键。

为此，本文的核心主题是考察我国涉罪未成年人诉讼参与权的实现状况，发现问题并汲取有益经验，助推未成年人司法的持续、良性发展。

数据来源、研究方法 with 样本选择

在研究设计上，主要参考了域外相关研究如斯蒂芬妮·拉普（Stephanie Rap）与伊多·威杰斯（Ido Weijers）对欧洲 11 个国家、50 个少年法庭开展的实地观察。受该研究的启发，将涉罪未成年人的理解与

表达意见作为参与权实现的核心要素予以吸收。其后,在联合国《儿童权利公约》与《联合国少年司法最低限度标准规则》等国际文件中尽可能挖掘与罗列参与权涉及的关键要素。

最后,综合考虑我国司法环境与未成年人进入诉讼的特定时代、社会背景,提炼出具有共通性的参与权要素,主要包括知情、理解、表达意见、考虑意见、给予反馈。以此为基础设计访谈提纲、调查问卷以及针对性的参与观察,可以较为充分地展现涉罪未成年人的诉讼参与权实现状况。

(一) 数据来源

实证考察持续近三年时间(自2017年6月至2020年6月),主要分为四个阶段:

第一阶段,2017年6月至8月赴S市I区看守所、K省J市看守所、K省未成年犯管教所调研,向未成年人发放调查问卷进行数据收集。

第二阶段,2017年11月至2018年6月,分别赴甲省A区、B区,乙市C区、D区,丙省E市、F区,丁省G区、H市基层办案机关调研,访谈相关办案人员、法律援助律师、社工、未成年人及其父母等。

第三阶段,2018年6月至2019年4月,分别赴L市M区公安分局,M区、N区人民检察院,M区、N区人民法院,L市青少年社工事务所,访谈相关办案人员与社工,实地观察附条件不起诉阶段性考评会、未成年人刑事案件法庭审理以及社工组织开展的活动。

第四阶段,2020年6月了解疫情期间各地未成年人参与权实践状况,以弥补实证研究的时效性问题。

(二) 研究方法

本研究主要采用了定性访谈、问卷调查、实地观察的方法。

首先,采用定性访谈的方法主要为了了解办案人员在实际办案过程中是否关注未成年人的诉讼参与权,法律援助律师、社工为未成年人提供帮助的情况,未成年人参与诉讼的内心体验。访谈对象包括侦查人员、检察官、法官、法律援助律师、社工、未成年人及其父母。具体方法包括个别访谈与集中访谈。其中,访谈侦查人员38人次,检察官32人次,法官14人次,法律援助律师28人次,社工24人次,未成年人64人次,未成年人父母或其他监护人21人次,共计访谈221人次。

其次,问卷调查旨在从未成年人的视角具体了解其参与权行使状况。其中,在S市I区看守所、K省J市看守所共发放调查问卷100份,受访群体均为未成年犯罪嫌疑人。考虑到不仅对正在经历司法程序的未成年人,而且对已经完整地经历过整个诉讼程序但在未成年犯管教所服刑的这部分未成年人,同样有必要了解其参与权的行使状况,笔者又向K省未成年犯管教所继续发放调查问卷,问卷发放数量同样为100份。尽管问卷整体发放数量与均衡性尚不足,集中性与代表性有缺憾,但仅从未成年人视角反映诉讼参与权相关问题也已足够。在200份调查问卷中,有效问卷回收数量为176份,有效回收率为88%。其中,男女比例分别为96.59%和3.41%。

最后,实地观察未成年人刑事案件的法庭审理、附条件不起诉考评会与监督考察期间社工组织的活动,重点了解未成年人在附条件不起诉与法庭审理中参与权的实现状况。限于未成年人刑事案件不公开审理的规定,在M区人民法院采取观看庭审录像的方式对一起案件进行了观察,在N区人民法院实地观察了三起案件的法庭审理。参与L市青少年社工组织的集体活动一次,在活动过程中与未成年人接触并交流。

(三) 样本选择

由于无法在全国范围内开展大规模的实证研究,多数情况下只是借助各地调研的便利对相关问题予以了解,难以对我国涉罪未成年人诉讼参与权的整体状况进行更为细致全面的考察。因此,相关研究仅限于一种探索式的解读,意在呈现实践中存在的问题与值得推广的经验。

囿于样本所限,本研究难以逐一呈现诉讼全程中未成年人的参与权实现状况,仅以侦查讯问、附条件不起诉以及法庭审理中的参与问题作为重点内容予以考察。同时,由于未成年人在上述不同诉讼程序中参与权实现的侧重点亦有所不同,且体现为不同的参与权要素,下文拟以各项参与权要素为纲,选择对未成年人诉讼参与权影响较为显著的程序环节进行集中考察。

涉罪未成年人诉讼参与权的核心要素及其实践样态

(一) 知情

未成年人普遍缺乏风险评估能力,尤其缺乏对风险的觉察与对风险现实可能性的判断,更为看重行为的即时后果而缺乏长远考虑。如果未能在进入司法程序之初即明确告知诉讼权利与诉讼程序,使未成年人对相关诉讼信息有较为完整的了解,他们很可能基于错误的风险评估而做出不理智的决定。

在实践中,仍然存在相当比例的未成年人对诉讼权利与诉讼程序缺乏足够了解。即便部分未成年人对相关诉讼信息有大致了解,但这种有限的了解基本上依赖于简单的口头告知、交谈或书面规定,致使未成年人的认识流于表面或失之片面。

法律援助律师与合适成年人的帮助是未成年人进一步获知其他诉讼信息的重要渠道,也是知情的重点所在。就法律援助而言,大部分地区采取口头告知或发放书面权利义务告知书的方式,但并未对这项权利的具体内容与行使方式等给予较为详细的解释说明。例如,口头告知多以“家里人 not 给你请律师,我们给你请个律师”简单带过,书面告知则以要求未成年人在权利义务告知书上签字的方式完成。显然,办案人员过于简略的口头告知或形式化的书面告知,不可避免地导致未成年人对这项权利不甚了解,即使他们通过其他途径有所“耳闻”,但缺乏对这一权利的全面、具体了解,无疑将制约其行使权利并参与诉讼。

同样,办案人员的告知方式也直接影响着未成年人对合适成年人讯问时在场的了解。实践中,办案人员通常会简单告知“有个人过来监督下讯问过程”,而没有对合适成年人的身份、作用及所能提供的具体帮助给予更为深入细致的解释。由于未成年人对合适成年人的了解止步于见证讯问过程合法性的“监督者”,往往不会主动向其寻求帮助,导致合适成年人所承担的沟通、抚慰、教育等职责难以发挥。这不利于未成年人更为稳定地面对与接受讯问,并会进一步影响其参与权的实现。

(二) 理解

相较成年人,未成年人身心发育未臻健全,认知与理解能力存在一定局限,生活经验与人生阅历通常较匮乏,即使告知相关诉讼信息也难以确保其准确理解。而办案人员在实际办案过程中,通常会较高频率地使用法律术语,这些法律术语构成未成年人理解相关信息的障碍。

从更深层次讲,未成年人的理解还应涉及对诉讼程序适用目的与意义的理解,这种理解往往伴随精神层面的触动与成长,体现为未成年人最终适应并接受进入诉讼程序所带来的诸多变化和挑战。附条件不起诉制度因其所倡导的“社会化”复归路径及其特有的监督考察期而尤为需要未成年人的理解。从最初对附条件不起诉的字面理解,到监督考察过程中的实际感知,未成年人往往要在较长时间内从反复经历各种考验的过程中逐渐获得理解,检察官与社工在帮助其理解方面发挥着至关重要的作用。

1. 检察官的解释与未成年人的初步理解

未成年人对附条件不起诉的初步理解是后续监督考察过程中进一步理解的基础,这种初步理解依赖于检察官以通俗易懂的语言进行全面、反复的解释。实践中,尽管给予解释的方式不尽相同,但检察官基本

会就附条件不起诉的原因、目的、监督考察期限与考察方式等给予解释。在M区检察院，检察官不仅会向未成年人及其父母发放《考察帮教通知书》，还会召开附条件不起诉宣告会向其作出较为详细的口头解释。

除对相关法律规定解释外，也会对监督考察方案的具体实施、观护基地的工作强度、未通过监督考察可能面临的后果等内容做重点说明，使未成年人有一定心理预期，如“接下来六个月到一年会做很多事情，很有可能你坚持不下来，就又要重新起诉或者被羁押”。

相对于检察官的解释，未成年人的理解实际上难以达至预期。这种理解停留在“要配合检察官，不配合就会再次进入看守所”的程度。至于如何配合，未成年人并没有较为充分的思想准备、信心和相对明确的规划，短时间内的反复解释与告诫很难对其监督考察期间的行为产生实际约束。这不仅得到了检察官的确认，也恰恰是检察官在适用附条件不起诉时遇到的最大难题。例如，检察官反复强调保持联系方式畅通，随传随到，未成年人却难以做到。

对此，检察官虽稍显力不从心，但依旧对反复解释的重要性与必要性表示肯定，认为“未成年人有时犯懒或存在侥幸心理，就得反复给他叨叨”，他们的理解“既需要时间，也需要方法和技巧”。反复解释在短期内看不到明显效果，但这种解释往往需要持续进行，并依赖于更为专业的方法与手段。

可见，反复解释并非无用，恰恰相反，检察官不仅需要反复解释并确认未成年人的初步理解，这一解释、叮嘱乃至更为专业、更具针对性的教育还应当延续至整个监督考察期间，使未成年人逐步获得理解并有效参与诉讼。

2. 社工的教育与未成年人的理解

社工作为考察帮教的重要主体，与未成年人在长达六个月至一年的考察期内会建立较为稳定的关系并保持日常联络，通常每个星期联系一次。稳定的关系与定期的联络，是社工了解未成年人实际状况并开展工作的必要前提。在监督考察初期，未成年人普遍不理解且难以忍受有一定约束力的生活，频频在人际关系的处理上出现问题。观护基地的考察无异于使未成年人提前步入社会并受到种种社会规则的约束，也几乎不可避免地会遭到旷工、迟到、态度不好等“反抗”。在社工看来，这种适应过程是必要的，因为“将来他们会离开司法系统，步入的真实社会本身就是这样的社会，必须要理解并学会适应”。

而社工在考察期间的陪伴与教育也“适逢其时”。站在社工的角度上，未成年人出现心理情绪问题之时正是其开展工作之时，亦是有效的社会工作时间，及时介入并给予适当教育是发挥帮教作用并体现帮教效果的最佳时机。社工通常会采取专业的社会工作方法帮助未成年人调适心理情绪状态，激发其发展潜能并辅导其正常发展。相较问题的成因，社工更关注未成年人如何改变，如何充分适应并融入社会。有社工坦言，“希望未成年人在活动中尽量暴露问题，如果不出现问题反而没有机会处理或开展这方面的工作”。

但是，受制于未成年人的能力与状态，他们往往需要较长时间才会逐渐理解监督考察的特殊意义。多数涉罪未成年人很早辍学并在社会上“游荡”，他们的认识水平通常较正常在学的未成年人更为有限，生活经历与生活状态亦存在较大差异。有些情况下，即使社工从各个角度反复解释与教育，也需要较长时间才能发挥作用。社工谈到，“有的孩子可能讲三个月才能渐渐地理解，为什么对他适用这样的程序，对他来讲意味着什么”。而这种缓慢、有限的理解可能导致不良的后果。例如，曾有未成年人因对监督考察存在强烈的负面情绪而要求被起诉以摆脱令其“难以忍受的生活”，最终撤销附条件不起诉。社工表示，撤销后未成年人一定会后悔，但已经来不及了。

在缺乏理解的状态下，未成年人很难意识到附条件不起诉代表着司法程序对他们的宽容，是回归并融入社会的契机，是值得珍惜的机会，他们所表达的意见及作出的决定自然不够理智，亦缺乏长远考虑，实际上并不是符合其最大利益的选择。

通过观察社工在监督考察过程中定期开展的教育矫治活动,可以更直观地了解未成年人的理解状况。定期组织这类活动的目的,主要是使未成年人在团体中获得情感、情绪等内在心理方面的支持,学会与人相处与接受社会规则,调整自己的行为模式以适应外部环境的要求,纠正其行为偏差并实现个人行为的转变与个人社会功能的恢复、发展。

在笔者实地参与观察的教育矫治活动中,社工在活动中与未成年人均有交流,并选择个别未成年人展开重点帮教,了解其生活状态与问题,给予适当安抚和教育。社工也会运用团体社会工作的技巧提高未成年人参与活动的积极性。例如,鼓励未成年人为活动开展中遇到的修路工人、清洁工人送水,通过送水行为拉近未成年人与他人的关系,使其学会关心与体谅他人。又如,活动结束后引导未成年人分享感悟并思考参与活动的意义。

但是,有些未成年人缺乏参与活动的积极性,理解状况不及预期:其一,有未成年人在连续三次活动中迟到,却拒绝接受共同制定的活动规则中做俯卧撑的惩罚;其二,有未成年人在活动中屡次表示无法坚持,以拒绝次日回观护基地工作威胁社工;其三,几乎所有未成年人在分享感悟时都陷入沉默,有未成年人直接表示,“不走不行,就这个原因,如果可以让我走我早就不走了”。

可以说,监督考察期间不断面对与解决问题的过程,也是未成年人逐渐获得理解并实现其参与权的过程,发现问题本身成为社工教育、引导未成年人理解的重要契机。这种理解并非只关乎司法程序给予未成年人的“宽容”与“机会”,更应包括监督考察所蕴含的适应社会与遵从社会规则的意识。否则,即使最终作出不起诉决定,未成年人也难以顺利地回归并融入社会。

当前,尽管未成年人的理解状况不尽如人意,但社工帮教的价值与意义却不应否定。至少,提高未成年人在监督考察过程中接触社会的频率与程度,强化其理解、适应与融入社会的意识,不仅对其参与诉讼大有裨益,也恰恰契合未成年人司法所倡导的“社会化”路径。

(三) 表达意见

从参与权的角度来看,表达意见尤其应当在侦查讯问与法庭审理中引起重视,因为封闭性与强制性的讯问环境天然不利于未成年人表达意见,法庭审理的正式性与严肃性也制约其表达意见的程度。

1. 侦查讯问中的表达意见

侦查讯问并非“你问我答”的过程,而是侦查人员与未成年人互相对话的过程。两者的互动关系决定了双方沟通交流的程度。良性互动关系有助于拉近双方的距离,促使未成年人主动表达意见,而形式化的、不良的互动关系,则对未成年人表达意见存在消极影响。在M区公安分局,侦查人员会使用一定的沟通技巧与未成年人建立这种良性的互动关系。例如,寻找未成年人在意的事情作为突破口,站在未成年人的角度考虑问题,沟通中放低姿态,等等。

同时,侦查人员也会根据未成年人的具体情况做出适当变通,注重交流的针对性。例如,以父亲式的口吻批评教育未成年人,反而增进了双方沟通的程度,取得较好的沟通效果。访谈中有未成年人谈道,“我爸要是早能这么说我,我也不至于这样”。另外,也不乏有侦查人员采取成人化的对待方式。由于未成年人易于服从办案人员的权威身份,这种生硬的讯问方式很少遭到反抗,他们往往会按照办案人员的思路被动地回答问题,较少主动表达自己的意见与诉求。

法律援助律师能否及时介入案件为未成年人提供法律帮助,对其表达意见也存在重要影响。实践中,大部分律师介入案件的时间相对较晚,通常为一周以上,有时达到20天左右。律师会见时间相应滞后,会见次数难以保证。据有的未成年人反映,进看守所后通常侦查人员或检察官的讯问在前,律师会见则在其后,会见次数一般为一至两次。而谈及律师帮助,多数未成年人也未留下较深的印象,只记得律师简单

询问过案情经过，很少对所涉罪名及如何处理等问题进行解释。问卷调查显示，在153名接受过法律援助的未成年人中，有35.95%的未成年人表示律师的帮助作用小、较小甚至无帮助作用（见表1）。

合适成年人讯问时到场并承担抚慰、沟通、教育等职责，同样有利于未成年人表达意见。但实践中合适成年人的到场状况并不乐观，主要体现在首次讯问时未能及时到场，这可能错失保护未成年人的最佳时机。合适成年人的“缺席”易使未成年人的合法权益面临侵犯，受到一定程度的身心伤害与负面影响。

不过，即使合适成年人讯问时在场，其与未成年人的交流时间、空间有限，交流效果也不尽如人意。这既与办案人员的态度积极与否有关，也源于合适成年人对自身定位与所承担职责的认知偏差。办案人员之所以对双方交流所持态度并不积极，主要是出于担心无法完全掌控这种交流的边界，例如一些触碰未成年人敏感神经的对话，可能会严重削弱后续讯问的效果。

合适成年人则普遍认为在场的主要功能是监督与见证讯问的合法性，亦即作为被动的旁观者“观察”讯问过程是否有不当或违法情形，而对需要主动行使的职责如安抚、交流、教育等则有所忽视。短暂、有限的交流，使双方难以建立起信任关系，促使未成年人表达意见的作用也十分有限。

疫情初期，办案人员讯问后会与合适成年人电话沟通，告知讯问情况与讯问内容，双方确认后再制作电话笔录。在疫情进入常态化防控后，则将合适成年人通知至讯问室与办案人员一起参与讯问。因提审室加装防护隔离设备，偶尔出现提审期间双方声音听不见的现象，这可能进一步减损合适成年人讯问时在场的效果，降低未成年人表达意见的意愿。

2. 法庭审理中的表达意见

在法庭审理中，法庭设置是影响未成年人表达意见的“硬环境”，多方诉讼主体与未成年人之间的关系状态构成与“硬环境”相对的“软环境”。法庭设置作为法庭环境的组成部分，主要涉及整体性的布局问题，如席位摆放与普通成人法庭相似还是照顾到未成年人的特殊性而适用圆桌审判，以及局部的如是否在受审时对未成年人使用戒具等。

从参与庭审的170名未成年人问卷数据来看，采用普通成人审判方式的占大多数，为143人，比例高达84.12%（见表2）；相应地，其中62.94%的未成年人并不适应这种审判方式，庭审庄严肃穆的氛围常常使其感到恐慌。也有人反映受审过程并非想象的那样平常，而是备受煎熬，适用圆桌审判也未能有效缓解这一状况。

使用戒具会导致未成年人受审时无法自在地进行表达，尽管身体被束缚在多数未成年人看来是“正常”的。高达80.12%的未成年人在庭审中被使用戒具（见表3），他们事实上在融入法庭并与各方主体交流方面面临较大的阻力。父母在场更能平复未成年人的情绪，由于多数未成年人审判前没有机会见到父母，受审时父母在场更令他们感到心安。

庭审中办案人员特别是法官的态度决定了未成年人表达意见的程度。有24.71%的未成年人认为曾在庭审中遭到呵斥、吓唬或讽刺（见表4），三成以上表示当庭法官对此未予制止。有31.18%的未成年人认为法官“偏向”检察官（见表5）。访谈中有人表示，法官对公诉人态度比较好，对律师就是一副“公事公办”的样子。这导致多数未成年人在庭审中少言寡语，原因是“担心说错话，落个态度不好”。也有人谈到，“如果法官不问就不会说，很多话会藏在心里”。

观察法官提示与打断未成年人发言的状况,可以更直观地展现未成年人表达意见的程度。调查发现,法官均会提示未成年人发言,较少或不打断发言。提示发言时会确认未成年人能否听清,鼓励其主动询问,提高发言的声音。例如,“×××,公诉人宣读的证言内容你能听清吗?你好好听,如果有听不清或跟不上的向法庭提出来,回答问题的时候声音大一点”。面对女性未成年人时法官的态度和语气更为缓和,如在播放执法记录仪内容时表示,“再往后就是破口大骂的情节了,法庭就不再播放了”。只有一起案件法官打断发言高达9次(见表6),甚至超过了提示发言的次数。

(四) 考虑意见

未成年人的生活、心理状态会随诉讼程序的推进不断发生变化,对未成年人意见的考虑应当随其身心发育变化而不断做出调整。在附条件不起诉监督考察下的约束性生活中,未成年人的身心状态最易发生显著变化。此时,对未成年人的意见有必要结合其具体情况加以考虑。

在监督考察期间,检察官会通过建立包括社工、监护人、观护人等在内的考察帮教小组,在信息共享与互动合作中了解未成年人的具体情况。考察帮教小组的实际运行主要有两种方式,一种是召开会议进行集体讨论,如附条件不起诉阶段性考评会,另一种则是建立微信群实现考察帮教各方主体的实时交流。

在M区检察院,检察官会定期召开附条件不起诉阶段性考评会以及时反映问题,召开频率基本为每月一次,并视未成年人考察帮教的情况决定次数增减。未成年人在熟悉考评会流程后,通常会放下戒备,愿意沟通,检察官得以了解其真实状态并据此考虑其意见。例如,在了解到未成年人更希望去一个“体面”的观护基地后,检察官为其选定了超市理货员的工作,不同于一般的餐饮服务行业,“选择这个基地他更能坚持下去”。又如,有未成年人在考察期间被安排到餐厅后厨工作,但经过一段时间发现很难适应,检察官综合考虑其意见调整了考察帮教方案,未成年人的情绪状态明显较之前有所好转。

不过,实践中也有未成年人因自身懒散而要求更换简单、清闲的工作,检察官应根据具体情况辨别究竟是监督考察方案不适合,还是未成年人根本就不愿意接受监督考察。相对于考评会,微信群所承载的通过互动随时了解未成年人近况的功能未得到充分实现。更多的情况是检察官被动地等待社工、监护人等反馈未成年人存在问题的信息,在这些信息的基础上作出反应。

在考察帮教小组之外,社工是检察官了解未成年人情况的最主要信息来源与帮教未成年人的最主要力量。监督考察期间未成年人与社工的接触最为频繁,也更加依赖于社工。调查发现,未成年人会以其特有的方式向社工表达意见,例如不分时间、持续不断地打电话抱怨。

在社工看来,未成年人发泄情绪的过程其实也是表达意见的过程,应当及时予以应对,判断其意见背后的问题与需要。有时未成年人的意见并不是他们所表达出来的,比如离开观护基地,他们只是需要爱、肯定、关心和平等。社工通过陪伴不断鼓励未成年人,帮助他们当下情境作出分析,舒缓压力和不稳定情绪,同时为其提供认识自身潜能的机会,使未成年人有能力根据自己的需要和实际情况作出选择。

(五) 给予反馈

对未成年人的意见给予反馈,意味着办案人员不仅应告知未成年人作出相关决定的依据和理由,还应当向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑。给予反馈使未成年人得以了解自己的意见在诉讼过程中发挥的作用,使其意见表达不至于流于形式,而得到认真对待。由于判决结果关涉未成年人的切身利益,其对判决的接受与认可影响着处置方案的效果与未来复归社会的程度,因而给予反馈尤其应在审判阶段得到重视。

法官详细阐明判决结果的依据和理由，使未成年人充分了解相关决定的形成过程，不仅有助于未成年人认识自身行为后果，也是进一步向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑的前提。在M区法院少年法庭，法官宣判时详细阐明了理由：

抢劫对人身、财产权利都有重大损害，刑罚起点高，实施六次抢劫，基准刑是十八年。鉴于被告人为未成年人，如实供述，认罪态度好，案发后积极赔偿，法庭教育能认识到错误，表示吸取教训，所以减轻处罚。判处有期徒刑九年，罚金三万，当庭宣判，不服可以在十日内上诉，听懂了吗？

法官向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑，是保障未成年人的意见得到尊重与认真对待的重要环节。M区法院少年法庭的法官不仅在宣判时明确告知未成年人抢劫罪的社会危害性与刑罚的严重性，本案最终量刑的依据和理由，同时也就如何考虑未成年人及其律师的意见作出说明：

被告人及辩护律师就未参与第二起抢劫事实的辩解和辩护意见，合议庭经评议认为，第一起和第二起先后发生在半小时之内，对同案犯实施的相关事实有明确认知，后续有分赃，被害人也陈述有五人对其实施抢劫。明知他人实施抢劫，在共同犯罪中相互支持配合，对相关辩解不予采信。

涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准与完善路径

涉罪未成年人有权在刑事诉讼中得到倾听，其意见也有权得到认真对待。通过行使参与权，未成年人可以主动采取行动保护和促进其他权利的实现。在不少欧洲国家，参与权已经成为评价少年司法发展程度的一项重要指标。欧洲委员会和欧洲主要国家为实现未成年人的参与权采取了很多措施，评估参与权的实现也是其重要举措之一。立足于我国实证考察，形成涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准，可以为实践活动提供有效指导。

（一）实现标准

1. 知情的标准

未成年人的知情依赖于办案人员的告知，而告知的内容与方式决定着知情的程度。办案人员简略、片面、滞后的口头告知，发放告知书却未予任何解释的书面告知，易使未成年人知情权受损。从告知内容来看，应当包括但不限于诉讼权利、诉讼阶段与具体程序、涉嫌罪名及理由、诉讼参与人的身份角色、可能的判决结果与刑罚处罚等。全面告知之外，还应确保告知内容的准确性与告知的及时性。

就告知方式而言，书面告知虽较为规范、具体，但因涉及法律术语，不利于理解能力有限且不识字的未成年人获知相关诉讼信息，书面告知还有可能沦为形式化的签字确认程序，难以使其留有印象。口头告知相对更为灵活，避免了法律术语的晦涩难懂，但又往往流于简单，同样不利于未成年人的充分知情。因此，原则上应当对未成年人同时采用这两种告知方式。知情的标准宜确立为：全面、准确、及时告知；书面告知与口头告知相结合。

2. 理解的标准

未成年人的理解需要办案人员使用通俗易懂的语言，尽量避免使用法律术语，以及反复给予针对性的解释和教育。解释与教育的频率可以因理解程度的差异而有所区别，应根据未成年人的反馈进行综合判断，但不能仅仅依赖于其口头表示的理解。同时，不同诉讼阶段的解释，其侧重点也是不同的。

在侦查阶段和审判阶段，诉讼权利的解释最为重要，因为侦查讯问活动易侵犯嫌疑人合法权益，审判的公正性关系到对判决的认可度与接受度，均会影响未成年人的实质参与。而在审查起诉阶段，特别是附条件不起诉程序中，解释这一程序适用的目的与意义，通过持续、针对性的教育，强化未成年人适应、理

解与融入社会的意识，应当成为重点，以促使未成年人反思自身行为及其后果，为顺利复归社会奠定基础。据此，理解的标准宜确立为：使用通俗易懂的语言；反复解释；持续与针对性的教育。

3. 表达意见的标准

未成年人表达意见的程度主要取决于办案场所的设置、办案人员的态度以及法律援助律师与合适成年人的帮助。相较普通成人审判方式，契合未成年人身心特殊性的圆桌审判依然是目前促使其参与庭审的更优选择。较高频率地使用戒具同样会对未成年人表达意见造成消极影响，应尽量少使用或不适用戒具。办案人员对未成年人的尊重及良性互动关系的建立，法律援助律师及时介入案件并提供针对性的帮助，合适成年人特别是父母在讯问与审判时在场，均会提高未成年人表达意见的程度。

因此，表达意见的标准宜确立为：契合未成年人身心特点的办案场所；尽量少使用或不使用戒具；尊重未成年人，注重与其建立良性的互动关系；及时获得法律援助律师的针对性帮助；合适成年人特别是父母讯问与审判时在场。

4. 考虑意见的标准

未成年人的身心状态会随诉讼程序的推进发生一定变化，年龄的增长与成熟程度的提升影响着对其意见的实际考虑。在何种程度上考虑未成年人的意见，应结合其不断变化的具体情况进行综合判断，而判断的前提是对其现状的充分了解。这依赖于办案人员与社工、监护人、观护人等的信息共享与互动合作，及时发现与应对未成年人的问题。在具体方式上，通过召开阶段性考评会可以与未成年人及其监护人、帮教人员等进行面对面的沟通交流，采用微信等线上交流方式可以实现多方主体的实时互动。考虑意见的标准宜确立为：办案人员与监护人、帮教人员等的信息共享与互动合作；线下交流与线上交流相结合。

5. 给予反馈的标准

对未成年人的意见给予反馈，需要办案人员告知作出相关决定的依据和理由，同时向其说明是否及如何考虑其意见，未成年人据此了解自己的意见在何种程度上得到办案人员的尊重与认真对待（见表7）。给予反馈应当贯穿于刑事诉讼的始终，以保障未成年人诉讼参与权的实现效果。据此，给予反馈的标准宜确立为：阐明作出决定的依据与理由；说明如何考虑未成年人的意见。

（二）重点问题的改革完善

应当以诉讼参与权的实现标准为依据，关注其中涉及的具体问题并提出解决思路。

首先，在诉讼过程中，办案人员应当承担一定的职责以保障未成年人的参与权，主要包括以下五个方面：

第一，告知与解释相关诉讼信息。办案人员应当全面、准确、及时地告知诉讼权利、所涉罪名及理由、诉讼阶段与具体程序、诉讼参与人的身份角色、可能判处的刑罚等基本信息，原则上同时采用书面告知与口头告知的方式，并使用通俗易懂的语言就法律术语与诉讼程序适用的目的、意义等给予反复解释。第二，教育。办案人员应当采取适当的方式对未成年人进行持续与针对性的教育，教育应当贯穿诉讼全程。第三，尊重未成年人，与其建立良性的互动关系。办案人员应当采取一定的沟通技巧，充分了解其家庭情况、亲子关系、成长经历等可能导致其涉罪的具体情况，涉罪后的生活、心理状态等可能影响其参与诉讼的具体情况。第四，与监护人、帮教人员等展开信息共享与互动合作。办案人员应当采取召开阶段性考评会等线下方式以及微信互动等线上方式，发现问题并给予有效应对。第五，阐明作出决定的依据、理由及如何考虑未成年人的意见。

其次，就法律援助律师及时介入诉讼程序为未成年人提供针对性的法律帮助而言，需要从以下方面进行改革：

其一，应保障法律援助律师与办案机关之间的沟通渠道顺畅，缩短对接时间。在条件具备的地区，可以探索建立未成年人综合保护信息共享平台，将法律援助的通知、指派等信息录入该平台，借助线上指派提高法律援助律师介入案件的及时性，在社会支持体系框架内提升未成年人法律援助的效果；在条件不具备的地区也应尽量采用电话、微信等直接联系的方式进行指派。检察机关应当对法律援助律师的指派进行监督，对于没有及时介入的予以核实，并发出《纠正违法通知书》或者《检察建议书》。

其二，提高法律援助律师的专业化程度。法律援助律师在履行一般的辩护职能之外，应掌握一定的心理学、教育学等知识，能以未成年人理解的语言和方式向其解释相关法律问题，及时告知案件进展情况、可能的处理结果等，保障未成年人理解自身处境并做出符合其最大利益的决定。

再次，充分发挥合适成年人讯问时在场的的作用，应重点从以下几个方面进行完善：

其一，提升合适成年人到场的强制性与法律约束力。应当明确合适成年人在讯问笔录上的签名效力，对于未在讯问笔录上签名的情形，应当对该口供予以排除，除非该口供未签名确实是因存在特殊情形，且可以对合适成年人讯问时在场进行合理解释，或者对未签名笔录进行事后补正，否则均应排除其证据效力。检察机关对此类情况应当进行充分核实，发现讯问时合适成年人未在场的，及时发出《纠正违法通知书》或者《检察建议书》，要求公安机关重新讯问并制作笔录，否则不得采纳该笔录。对办案人员阻碍或限制合适成年人行使权利的情形，合适成年人有权在讯问笔录中进行记录，情节严重的，有权拒绝在讯问笔录中签字。

其二，明确合适成年人的职责。合适成年人在场除监督与见证办案机关的讯问和审判活动，还应承担沟通、抚慰与教育的职责。

其三，保障合适成年人与未成年人单独交流，这种单独交流对于合适成年人预设功能的发挥具有至关重要的作用，办案人员有必要转变其旧有观念，不仅不应禁止双方交流，还应为此提供一定的空间与便利。交流地点尽量选择讯问室以外的房间，交流时间尽量控制在15分钟以内，保证充分交流的同时避免可能的突发情况。

其四，建立合适成年人值班制度。可以安排一定数量的合适成年人在固定的时间段轮班，在夜间、节假日等特殊时间，难以联系合适成年人或合适成年人无法到场时，保障值班合适成年人及时到场。

最后，改革未成年人案件的审理方式，主要涉及如下问题：

其一，明确圆桌审判的适用范围及条件。除涉嫌严重暴力犯罪如故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、绑架、强奸等案件，以及不认罪的案件，原则上不适用圆桌审判，其他未成年人案件均应适用圆桌审判。但是，圆桌审判并非徒具其形，更应关注蕴含其中的多方诉讼主体之间及其与未成年人之间的互动关系，为未成年人营造一种友好、尊重与教育色彩的庭审氛围。

其二，法官、检察官应履行适当的关照义务。以平和而非强势的态度与未成年人沟通，建立良性的互动关系，并注意适时教育未成年人。同时，法官还应当采取适宜于未成年人的提醒、复述等方式，为其表达意见提供便利，保持中立，不频繁打断未成年人的发言。

结语

“参与”之于未成年人，不仅是一种权利，更是一种状态。抽象的参与状态可通过知情、理解、表达意见、考虑意见以及给予反馈的实践样态得以展现，并由此获得动态、立体的解读与阐释。作为涉罪未成年人诉讼参与权的要义，尊重未成年人的特殊性并以适宜的方式对待他们，根植于独立的少年司法之中并不断得到丰富与发展，对未成年人特殊性的重视生发于此、蕴含其中并由此成为参与权的根本所在。

我国未成年人刑事诉讼程序带有许多成人司法的“烙印”，对未成年人的特殊性缺乏足够关注。但不可否认的是，从部分地区未成年人诉讼参与权的实践状况来看，也在一定程度上体现了对少年司法特殊规律的遵循，乃至对少年司法发展方向的追求。

在这个意义上，对涉罪未成年人诉讼参与权的探讨“适逢其时”。现阶段，逐步引导理论与实践关注诉讼程序中未成年人的参与权问题，转变对待未成年人的观念意识与行为方式，不再停留于成人化的简单思维，既是应对诸多现实问题的有效途径，彰显了司法程序对未成年人的特殊关怀，亦可看作推动少年司法整体性发展的切入点。

张爽 | 家庭教育面临的法律挑战与应对策略

2022-05-20 原创 张爽 上海市法学会 东方法学
<https://mp.weixin.qq.com/s/ysX8VPKTgjPankSDBRvo2w>

引言

一、家庭教育的特点

二、家庭教育实践中面临的法律挑战

三、完善家庭教育的应对策略

结语

家庭教育是我国教育体系中的重要组成部分。家庭教育作为一种社会化教育、柔性教育、综合教育和人性教育对未成年人身心健康成长都至关重要。目前，在家庭教育实践中还面临一些法律挑战，如家庭教育概念模糊、内部关系不清晰、外部关系不和谐以及对特殊群体家庭教育利益保护不够充分。为更好地促进未成年家庭教育的发展，培养好我国社会主义事业的建设者和接班人，使他们能够在未来担负起国家富强、民族复兴的伟大重任，可从厘清家庭教育概念、明晰家庭教育内部关系、界定清楚家庭教育外部关系和完善特殊群体家庭教育利益保护四个方面予以应对。

图片

引言

2021年10月23日第十三届全国人大常委会第三十一次会议顺利通过家庭教育促进法，该法是我国专门针对教育领域中的家庭教育而立的法。家庭教育是教育的开端，关乎未成年人的终身发展和家庭的幸福安宁，也关乎国家发展、民族进步、社会和谐稳定。自古以来，中华民族都有家庭教育的传统，我们所熟知的“孟母三迁”“岳母刺字”“曾国藩家训”以及“傅雷家书”都是家庭教育中的经典范例。如今“学位房”的热卖，也间接反映了人们对家庭教育的重视。家庭教育不仅是每个家庭的“家事”，也关乎国家当下和未来，是一种“国事”。

学理上，家庭教育的调整主体有“广义论”和“狭义论”两种理解。广义论认为，家庭教育是全体家庭成员间相互教育的活动；狭义论认为，家庭教育仅限于针对未成年人的家庭教育活动。目前，家庭教育促进法及国内各地行政法规均采狭义论主张，本文也以狭义论为基础进行讨论。当今，在家庭教育领域仍

存在一些问题尚待解决,如家庭教育的法律概念不明确、家庭教育的内部关系不清和外部关系不和谐以及特殊群体保护不足等。本文对这些问题逐一进行分析并提出一些有针对性的应对策略。

一、家庭教育的特点

家庭是未成年人受教育的第一环境。家庭是未成年人所处时间最长、影响最深的场所,家庭氛围影响未成年人性格发育与品质发展。家庭教育是我国教育体系中的一部分,其拥有一定的特殊性。家庭教育的特殊性主要表现为家庭教育是一种社会化教育、一种柔性教育、一种综合教育和一种人性教育。

图片家庭教育是一种社会化教育

家庭教育具有社会性,是一种社会化教育。我国家庭教育促进法并不着眼于某个具体家庭教育的改善,而是注重整个国家、整个社会家庭教育的发展,是出于国家整体家庭教育利益的考量。家庭是社会的细胞,家庭教育在经济社会发展中起着基础性作用。家庭教育是未成年人进入社会的基础,未成年人最初都是在家庭教育的帮助下开始认识世界、了解世界。家庭教育的社会性通过政治、经济和文化三方面展现出来。政治方面,家庭教育用“好家风”熏陶未成年人,预防未成年人越轨行为的发生,维护政治稳定与政治权威;经济方面,家庭教育通过对未成年人的启蒙,促使未成年人成才,为经济发展储备后备劳动力;文化方面,是指通过家庭教育,社会文化得以传承。在未成年人踏入社会之前,他们获得的大部分知识都来自家庭。由此,家庭教育又是未成年人社会化的基石。

图片家庭教育是一种柔性教育

家庭教育是一种柔性教育,其主要内容是教育未成年如何做人。2019年,全国妇联、教育部等九部门发布的《家庭教育指导大纲》明确将“家庭教育重在教孩子如何做人”列为家庭教育的核心理念之一。在做人方面,家庭教育重点培养未成年人形成良好的习惯、道德情操,拥有正确的价值观念、伦理观念。家庭教育的柔性体现在其是一种非强制性教育,与学校义务教育不同,家庭教育形式多样、内容丰富、教育方式不固定。而且,家庭教育区别于学校应试教育,无考试考核,不采用分数作为评价机制。另外,家庭教育并无预先谋划,目的性、功利性也不强,更多的是一种柔性教育。家庭教育并不是对未成年人进行“流水线”式的批量生产,而是注重“因材施教”,充分尊重未成年人身心发展规律和个体差异。

图片家庭教育是一种综合教育

家庭教育也是一种综合性教育。习近平总书记曾说过:“中国特色社会主义道路必须坚持以人民为中心的发展思想,不断促进人的全面发展”。未成年家庭教育是一个不断促进未成年人全面发展的过程,也是一种综合教育。从家庭教育参与主体看,家庭教育既有父母及其他监护人,又有国家、社会、学校提供帮助和支持。从教育形式上看,家庭教育虽无固定形式,但是一种多元、多样、综合的教育,其既有家庭内部教育,又有家庭外部教育;既有言语教育,又有潜移默化的行为教育;既有思想教育、心理教育,又有行为教育;既有生存教育,又有生活、发展教育。从内容上看,家庭教育不局限于传授书本知识,也不只是知识性教育,其内容广泛,涵盖各种知识,家庭教育既有知识性教育,更有社会生活、经济文化、科学技术、社会主义核心价值观等方面的教育。家庭教育是父母及其他监护人对未成年子女进行的全方位、综合性、持续性教育,对促进未成年子女全方位发展都有助益。

图片家庭教育是一种人性教育

家庭教育还是一种人性教育。自古以来,中华民族就以“人之初,性本善”教育后代子孙,该理念自形成以来就流传至今,仍未过时。从人性本善角度看,家庭教育侧重点就是从人性“善”的根本出发,最大程度保持未成年人内心的“善”。个体内心的“善”对国家稳定、社会和谐及家庭幸福都具有积极作用。因此,现代家庭教育更应该弘扬“人之初,性本善”,最大程度维持未成年人内心最大范围的“善”,不

能让如今的未成年人输在“人性本善的起跑线”。家庭教育是个体人性化的起点，在未成年的人性形成阶段，家庭教育更是处于不可或缺的地位。只有每个家庭教育的成功才会推动整个社会教育的成功，促进整个国家教育的发展。因此，家庭教育作为未成年人人性教育的起点更应从开始就维护好、发展好。

二、家庭教育实践中面临的法律挑战

家庭教育是个体教育的起点和基础，家庭教育质量的优劣对未成年人影响深远。当前，家庭教育还面临着诸如家庭教育法律概念模糊、内部关系不清晰、外部关系不和谐以及对特殊群体家庭教育利益保护不充分的挑战亟需解决。

图片家庭教育概念模糊

家庭教育概念模糊主要体现在家庭教育法律属性不够清晰和家庭教育范围有待明确两方面。

图片

1. 家庭教育法律属性不够清晰

在关于家庭教育法律属性问题上，学界尚未统一。有学者认为家庭教育属于家庭私领域，家庭教育权具有明显的私权性质。有学者虽承认家庭教育是私人领域的事务，但也认为家庭教育的公益性日益明显。还有学者认为，家庭教育不仅是家庭事务，更是社会事务。与此同时，还有学者认为家庭教育权基于婚姻关系产生，是由文明社会所确认的一种普遍存在的教育权。学者周文娟从生产力发展角度观察，认为教育是随着社会生产力的发展而一步步发展的，教育权可分为国家教育权和社会教育权。基于国家社会经济文化发展需要，国家教育权由国家行使，基于家族或家庭个体发展需要，家庭教育权是家庭成员的权利。目前，对于家庭教育的法律属性是“公法属性”、“私法属性”还是“社会法属性”，学界还未有统一论。

图片

2. 家庭教育范围有待明确

家庭教育顾名思义，即有关家庭的教育。家庭教育促进法第2条规定，家庭教育，是指父母或者其他监护人为促进未成年人全面健康成长，对其实施的道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面的培育、引导和影响。根据上述法律规定，对家庭教育的法律规定看似清晰明确，实则模糊。首先，家庭教育内涵宽泛模糊。根据该条基本规定，家庭教育内容包含道德、身体、生活、文化、行为习惯的方方面面，几乎无所不包。其次，在基本内容之后，该条以“等”字再次扩张其涵盖范围，使家庭教育的概念成为一个开放式的概念，且该开放式概念的基础范围也很广泛，导致该条对家庭教育所规定的范围价值大打折扣。总之，家庭教育促进法对家庭教育的概念规定看似清晰，实则模糊。

图片家庭教育内部关系不清晰

家庭教育的内部关系通常指父母与子女之间的权利义务关系。当前，家庭教育内部关系还存在不清晰之处，主要表现为父母与子女权利义务不平等以及父母子女的权利义务范围不清两点。

图片

1. 父母与子女权利义务不平等

父母对未成年子女的教养方式主要有四种形式：（1）过度溺爱型；（2）公正权威型；（3）独裁专制型；（4）忽视放任型。其中，过度溺爱型教养方式中子女处于权利的优势地位，父母处于权利的劣势地位；公正权威型教养方式中，父母与子女权利义务居于平等地位；独裁专制型教养方式中父母处于强势地位，子女正好相反；忽视放任型教养方式中，父母处于权利的相对优势地位，子女则处于权利的劣势。

有研究表明，家庭教养方式是影响儿童问题行为的重要因素。接受公正权威型教养方式的儿童问题行为得分最低，过度溺爱型次之，独裁专制型再次之，接受忽视放任型教养方式的儿童问题行为得分最高。

当前在家庭教育中,除公正权威性教养方式中父母与子女权利义务居于平等状态外,许多父母及其他监护人都未能正确处理他们与未成年子女之间的权利义务关系。许多父母及其他监护人要么基于中华民族传统家庭教育理念,自觉不自觉的将自己置于权利的强势地位,以长者的姿态命令式教育未成年子女;要么基于血缘亲情关系对未成年子女过度宠爱,将子女置于权利的强势地位,放弃了对未成年子女必要的约束,这在一些独生子女家庭较易发生;要么基于社会谋生的压力,父母虽处于权利的偏强势地位,但忽视了对未成年子女基本家庭教育权利的尊重。这些权利义务不平等的父母子女关系都对未成年子女的健康成长产生深远的影响。

图片

2. 父母子女的权利义务范围不清

家庭教育促进法中并未明确规定父母子女的权利义务关系,以及各自权利义务内容。这就导致了现实中无论父母抑或子女,都不清楚各自权利义务范围。常常出现父母及其他监护人在管教子女时,仅具有模糊笼统的法律权利义务观念,而缺乏对父母、子女各自家庭教育权利义务范围的清晰认识。一些极端的父母,如“虎妈”“狼爸”式父母,更是将家庭教育扭曲为命令-服从式教育,使未成年子女深陷智力训练,而忽视了对未成年子女道德、身体、心理、行为等其他权利的尊重。在家庭教育过程中,部分父母单纯的只知履行指导教育子女的权利,不知认真倾听未成年子女声音,尊重子女应有的权利;子女只知父母应保障其接受教育的权利,不知其也有接受教育的义务。家庭教育的过程本是一个双向互益的动态平衡,父母与子女之间本应是相互协调、相互配合的持续、动态的维持互动平衡关系。而部分家庭则将其异化为服从与被服从、优势与劣势的等级化制度中。还有部分父母,由于不清楚父母、子女各自权利义务范围,存在着“重智轻育”“重养轻教”“重物质轻精神”等不当家庭教育理念。这些不健康的教育理念都会对未成年子女产生深远持久的消极影响。

图片家庭教育外部关系不和谐

家庭教育的外部关系通常指家庭教育与学校教育、社会教育之间的关系。现阶段,家庭教育的外部关系还存在三种教育定位不清、价值存在冲突的问题。

图片

1. 家庭教育、学校教育和社会教育定位不清

目前,家庭教育、学校教育和社会教育三者定位不清主要体现在以下三个方面:

一是,认为家庭教育是学校教育的比附和附庸。这一观念受英美等国“在家教育”的影响。英美等国的“在家教育”兴起于20世纪70年代,允许未成年在家接受教育,在家教育时间可一直持续至未成年子女进入大学之前。美国有50个州承认“在家教育”的合法性。我国有些父母,将国外的“在家教育”与国内的“家庭教育”相混淆,认为家庭教育就是在家教育,学校教育即在学校的教育,其他方面只是地点、教育方式等的差异,而在培养未成年子女方面并无显著不同,从而推导出社会教育即是在社会环境下的教育。

二是,认为学校教育仅承担传授书本知识的责任。目前,国内学校教育多是以教授未成年书本知识为主,多数学校教育会刻意以学生升学率为评价教育质量好坏的指标。造成许多学校和家长“重智轻德”“重教轻育”,把未成年学业成绩作为教育的目标。由此,催生了社会上以校外培训机构为主的社会教育的兴起。而以利益导向的校外培训机构,为使利益最大化,不惜向家长、学校宣传错误的教育理念,诱导家长和学校过度焦虑。

三是,社会教育定位不清。目前,社会上许多校外培训机构进入未成年教育领域,并演变为学校教育的升级版,复刻学校教育形成“影子教育”,还有些教育机构忽视未成年身心成长规律开展超前教育、精英教育扰乱未成年教育秩序。

图片

2. 家庭教育、学校教育和社会教育的价值冲突

家庭教育促进法第3条规定家庭教育的根本目的是“立德树人”，义务教育法第36条强调学校应把“德育”放在首位，教育部《未成年人学校保护规定》第3条同样将“立德树人”作为学校根本任务。通常人们认为，社会教育的目的在于培养个体适应社会生存与发展的能力，本质上是一种社会树人教育。在此，家庭教育和学校教育在“立德树人”价值范围内重叠；三种教育又在“树人”价值范围内重叠，有学者认为，既然三种教育目的一样，是否可认为三种教育价值处于同等地位，应予以同等对待。然而，问题在于当三种教育发生冲突时，能否分出优先顺序。若能够分出，何种教育处于优先地位？若不能分出先后顺序，则如何在实践中对三种教育进行分工。现阶段对三种教育出现的价值冲突问题还并无定论。

图片对特殊群体家庭教育利益保护不足

家庭教育对未成年子女的发展至关重要。我国地大物博、幅员辽阔，家庭状况也千差万别，家庭教育客观上也存在着地区差异、城乡差异、个体差异。本文所指特殊群体即上述差异中的弱势一方，在这些特殊群体中还存在着一定程度上的不平等。

地区差异上，不同经济基础的家庭对家庭教育的重视程度也有所不同。有研究表明经济基础好的家庭在家庭教育方面的支出更多，未成年子女获益也最大；经济基础薄弱的家庭在家庭教育方面的投入并不充分，未成年子女受益也有限。

城乡差异上，城市教育因具备良好的教育基础设施、教育条件和教育资源，相对会有较高的教育质量，且城市父母还会借助优质的社会教育资源，对未成年进行额外的强化教育；而乡村教育则因缺乏教育基础设施、教育条件和教育资源而处于劣势，乡村父母在借助社会资源能力有限，这些现实存在的差距客观上促成了城乡家庭教育上的不平等。

个体差异上，主要集中在特殊家庭的未成年教育问题。特殊家庭如单亲家庭、离异重组家庭、服刑人员家庭、流动人口家庭、留守儿童家庭、隔代家庭、残障家庭、受灾家庭和重疾家庭等。这些家庭中，父母与子女至少一方存在特殊情况。家庭教育促进法仅用第30条1条法律规制留守未成年和困境未成年父母及其他监护人的帮扶，稍显不足。

三、完善家庭教育的应对策略

家庭教育是未成年人的人生起点，未成年人又是祖国发展的未来，关系中华民族的伟大复兴。为使家庭教育得到更好的发展，本文建议从厘清家庭教育概念、明晰家庭教育内部关系、界定清楚家庭教育外部权利义务和完善特殊群体家庭教育利益保护四个方面进行完善。

图片厘清家庭教育概念

家庭教育中，清晰的概念和范围是家庭教育顺利开展的前提和基础，也是家庭教育促进法成功落地实践的保证。为此，现阶段可在这两方面进一步完善，减少家庭教育实践中面临的困惑。

图片

1. 明确家庭教育的社会属性

人作为社会生物，不仅需要个人私利，也需要社会公共利益。家庭教育虽然具有保护个体家庭私领域教育属性的属性，但并不影响其对社会公共利益的追求。家庭教育不仅是基于身份产生的家庭义务，也是一种社会责任，是承担未成年社会化的教育。家庭教育是一种综合教育，涵盖未成年社会生活的方方面面，又是未成年社会化的教育，所追求的又是社会整体教育的发展。因此，其具备社会性，当归属于社会法领域。

从法律分类上,人们可将法律简单分为公法、私法和社会法。从法所代表的利益上看,私法以个人利益为本位,公法以国家利益为本位,社会法以社会利益为本位。社会法具有维护社会利益的价值取向。从规制主体和保护范围上看,家庭教育促进法具有明显的社会利益本位。规制主体方面,该法主要规制未成年人,保护处于社会弱势地位的未成年人利益,且其为了促进整个社会的发展;保护利益范围方面,其保护的是整个社会的家庭教育利益,而非单纯为了某个具体的家庭教育利,其维护的是整个社会的家庭教育利益。

按照现代主义学者观点,法律类型又可分为:设范型立法、管理型立法和促进型立法。设范型立法主要以规范主体行为为特征;管理型立法特点是为政府管理提供服务;促进型立法多以鼓励性、指导性规范为主要法律手段,规范不具有强制性。我国的家庭教育规范都规定在家庭教育促进法中,从名称上看,家庭教育促进法属于促进法;从法律文本上看,家庭教育促进法全文共55条,涉及“促进”6处,“鼓励”7处,“支持”9处,且法律内容含有大量鼓励性、倡导性条款;从家庭教育促进法产生过程上看,该法律由《家庭教育法(草案)》更名而来,最终以家庭教育促进法正式通过,这表明我国立法机关即有意调整立法思路,从原先对家庭的干预转变为支持、帮助和指导,鼓励社会力量在家庭教育中充分发挥作用,从管理型立法转变为促进型立法。可见,家庭教育促进法是以促进社会整体家庭教育利益发展的促进型法律,具备较强的社会法属性。

家庭教育是未成年教育体系中的特殊形式,是社会生产力发展的一定阶段而特有的产物,又是未成年子女进入社会的起点和基础。因此,我们认为家庭教育具备明显的社会属性,对家庭教育的社会法属性也应及时予以明确。

图片

2. 厘定清晰家庭教育边界

家庭教育促进法虽然对家庭教育概念进行了界定,但其还面临两个应用挑战:一是家庭教育法范围宽泛模糊;二是家庭教育促进法给出的家庭教育概念是一个开放式的概念,使得原本模糊的概念又扩张了家庭教育原有的边界。本文建议,要厘清家庭教育的边界,应解决好以上两个问题。

首先,调整家庭教育法内容,将家庭教育法内容设置成有限领域。将家庭教育概念调成涉及未成年家庭教育的具体内容。其次,删除家庭教育促进法中家庭教育概念中的“等”字,将其改为封闭式概念。删除家庭教育促进法中家庭教育概念中的“等”字既具有理论意义又具有现实意义。理论上,删除“等”字可使得家庭教育概念成为封闭式概念,使家庭教育概念变得更为清晰;现实上,删除“等”字具备操作可能性,简单易行,既不浪费立法资源,又不用在“等”字的解释问题上纠缠不休,引发法律概念上的歧义。

图片明晰家庭教育内部关系

众所周知,内因起决定作用。家庭教育的内部关系的良性平衡即是家庭教育的内因,也是未成年子女健康成长的根基。家庭教育是教育体系的一部分,其主体责任承担者是父母,义务承受者为未成年子女。在内部关系中,家庭教育还存在父母权利义务不平等及双方权利义务范围不清的问题,本文认为可通过为双方建立平等的沟通交流机制和澄清双方权利义务范围两方面改善家庭内部关系,促进未成年人家庭教育的发展。

图片

1. 建立平等的父母、子女沟通交流机制

家庭教育不仅是父母或其他法定监护人对未成年人的教育,更是家庭成员之间的互相教育、互相学习。家庭教育需要父母和未成年子女两大主体共同参与,相互尊重对方权利义务,共同维护家庭教育的和谐与稳定。据前文所述,在家庭教育过程中,过度溺爱型、独裁专制型和忽视放任型家庭教养方式都不能维持父母与未成年子女间平等关系,也难以保证双方内部关系的动态的平衡。在家庭教育主体间不平衡的状态,

能够给父母和未成年子女都带来消极影响。只有在父母与未成年子女双方平等交流沟通的公正权威性家庭教育方式中,最有利于抑制未成年问题行为的发生,也最有利于父母开展家庭教育活动,将积极观念传递给未成年子女。因此,在家庭教育中应积极推进父母双方建立平等的沟通交流机制,促进家庭教育的发展。

图片

2. 澄清父母、子女权利义务范围

在家庭教育过程中,父母与未成年子女之间权利义务范围不清,不仅会引发法律适用的困惑,还易诱发诸多社会问题。父母与未成年子女家庭教育双方权利义务范围的澄清,应结合现行法律法规,从家庭教育双方主体角度进行分析。

从父母角度看,父母对未成年子女应享有监护权、教育权。父母的监护权在民法典第27条中已有体现,即“父母是未成年子女的监护人”。家庭教育既是父母对未成年子女的一种家庭教育更是一种监护。宪法第49条、民法典第26条和第1068条、教育法第50条及未成年人保护法第16条等多部法律都规定“父母有教育未成年子女的义务”。家庭教育中,父母的教育权主要是保护未成年子女接受义务教育、法治教育和道德教育。

从未成年子女角度看,未成年子女应享有学习权、受教育权和休息娱乐权。家庭教育是教育体系的重要组成部分,家庭成员均为学习者,均享有学习权。因此,父母和未成年子女均应享有学习权。未成年人保护法第16条规定未成年父母及其他监护人应尊重未成年受教育的权利,保障未成年人休息、娱乐和体育锻炼的时间。家庭教育中,父母在保护未成年子女受教育权的同时,更要注意对未成年人休息娱乐权的保护。

因此,在家庭教育中父母对未成年子女享有监护权和教育权,未成年子女则享有学习权、受教育权和休息娱乐权。相对的,在父母或未成年子女任何一方享有权利的同时,对方也有义务予以配合。

图片界定清楚家庭教育外部关系

家庭教育外部关系的和谐稳定,妥善解决三者之间的冲突是未成年人健康成长的外部保障。

图片

1. 准确定位家庭教育、学校教育和社会教育

美国哈佛大学教授霍华德·加德纳在《重塑真善美》一书中认为,环境影响着儿童真善美观念的发展,其中学校教育容易培养“真”,家庭教育容易培养“善”,而同伴教育和媒体容易培养“美”。本文认为,同伴教育和媒体是一种社会影响,可将其归为社会教育。因此,家庭、学校和社会就是支撑起未成年教育的外部环境。三种教育的准确定位,是未成年人健康成长的外部保障。

在未成年人教育中,家庭、学校和社会分别扮演各自的角色,其中家庭教育的主要责任是对未成年人进行道德教育,培养良好的家国情怀、良好的社会公德、家庭美德和个人品德;学校教育的主要责任是教授未成年人基础阶段的科学文化知识;社会教育的主要责任是引导未成年人树立对“美”的正确认识,发现自然之美、生活之美、生命之美等。三者之间是一种协同促进的关系。简言之,家庭、学校和社会分别担负“德育”、“智育”和“美育”的责任。由此,三种教育可构成一个稳固的三角结构,共同对未成年教育产生作用,其具体结构如下图所示。

图片

图1 家庭教育、学校教育和社会教育关系图

在这种三角形教育机构中,家庭教育是未成年人“德育”的支撑,主要目的在于育善。家庭教育要重点把握人性的“善”,坚持立德树人这一根本任务,并将社会主义核心价值观融入其中。在家庭教育中,

家长应加强亲子陪伴,注重发挥父母言传身教的作用。培养良好的家国情怀、良好的社会公德、家庭美德和个人品德。促进未成年人健康成长,培育德智体美劳全面发展的时代建设者。明确家庭教育本质在德育,主要是最大程度保持未成年内心的“善”,而不应盲目承接学校的“知育”功能和社会的“美育”功能。

学校教育是未成年人“知育”的主导,主要目的在于求真。在学校教育中,学校应担负起向未成年人传授基础阶段科学文化知识的作用,帮助未成年人打好基础教育。学校教育是由国家设立的专门教育机构承担的培育和教育的公共职责。因此,学校教育应坚持“知育”的主导责任,传授科学文化知识,在此基础上兼顾“善育”和“美育”,不应试图替代家庭教育和社会教育,也不应把传授文化知识和书本知识的义务盲目推给家庭教育和校外培训机构为主的社会教育。

社会教育是未成年人“美育”的保证,主要目的在于培美。社会教育,主要是社会大众、社会媒体和校外教育机构。社会大众和社会媒体应帮助未成年人形成正确的“美”的认识;校外教育机构则主要承担非学科教育,在对未成年的基础教育上应是学校教育的有益补充。因此,社会教育应保持“美育”的本质属性,可为家庭和学校教育提供有益的补充,但不可越俎代庖代替家庭和学校实施教育,使父母和社会在未成年人教育上产生焦虑。

图片

2. 妥善处理家庭教育、学校教育和社会教育可能发生的价值冲突

将家庭教育、学校教育和社会教育比作真善美的平衡,是一种相对理想的状态,但在现实中,仍存在三者利益发生冲突的可能,如三种教育在“立德树人”方面存在价值重叠。当三者利益发生冲突时,如何妥善化解这种价值冲突对未成年人意义重大。本文认为,可从未成年人个体成长发展角度进行分析。

首先,应当将家庭教育放置于首位。当人类个体从出生时起,就意味着其具备人的所有生物属性。在个体的成长过程中,人首要的目标是成为一个具备人性的“善人”,在此基础上追求更好的发展才有价值和意义。若将学校教育或社会教育置于首位,则并不能使个体形成“良善”的基础,而缺乏“良善”基础的个体即使学校教育或社会教育十分成功,也可能给社会带来极大的危害。因此,本文认为应将具备育善功能的家庭教育放在首要位置。

其次,学校教育可位列第二位。学校教育承担着“知育”的功能,是未成年人掌握基本科学文化知识的重要途径,对人的认知发展起到至关重要的作用。学校教育对未成年人形成正确的世界观、人生观和价值观具有重要推动作用。未成年人成长发展过程中,学校教育可以帮助未成年人更好的理解和形成自己的世界观、人生观和价值观。因此,学校教育在未成年人保持“良善”本性后是亟需的。

最后,若三种教育发生不可调和的冲突,可将社会教育置于最后。一般而言,社会教育与家庭教育和学校教育可同步进行。但是若三者出现冲突,则社会教育可适当晚于家庭教育和学校教育。从未成年人个体成长角度看,个体完全融入社会最晚。通常,个体在融入社会之前需具备一些基本的社会生存常识和技能,否则将会成为社会的负担。而且,一般情况下,社会教育也是与家庭教育和学校教育同步进行。但从未成年人发展阶段看,社会教育稍晚于家庭教育和学校教育也是可以的。

因此,本文认为家庭教育、学校教育和社会教育是一种和谐共生的关系,若三种教育价值冲突不可避免,则可将家庭教育置于首位,学校教育次之,社会教育放于最后。

图片完善特殊群体家庭教育利益的保护

教育公平是社会公平的基石,家庭教育是教育体系的重要组成部分。教育不是部分人的专利或奢侈品,而应惠及最广泛的普通民众。罗尔斯认为,“如果立法者和法官运用他们的特权和权力改善了较不利者的状况,他们也就普遍改善了所有公民的状况。”特殊群体家庭教育上,不同群体教育负担能力虽然有所差异,但追求教育平等的愿望与普通民众都是一致的。针对我国家庭教育存在的地区差异、城乡差异和个体

差异，本文认为可重点关注这些相对弱势群体的利益，根据这些现实差异分别进行完善，以促进我国家庭教育整体水平的提升。

针对地区差异，各地可根据本地区、本民族特色，开展个性化的家庭教育。这要求充分发挥本地资源优势，传承多元化的家庭教育，而不必机械式追求各地区家庭教育的一致。消除地区差异追求平等固然重要，但在追求平等的道路上，我们也应看到，平等不是纯粹的平等，而应是包含差异的平等。因此，家庭教育在不同地区间，应更多的促进多元化而非一元化。

针对城乡差异，可以在一定范围内建立双向互动机制。家庭对未成年子女教育的投入是多方面的，除了经济投入外，感情投入、社会资源投入也是必须的。城市家庭在教育未成年子女方面的投入与乡村家庭教育未成年子女的投入上也是有区别的。因此，可考虑在城市和乡村间建立一种双向互动机制，相互学习交流各自独特的家庭教育经验。如城市家庭可借鉴乡村家庭在未成年劳动教育的经验；乡村家庭也可借鉴城市家庭先进的教育理念和方式，在认识层面实现缩小家庭教育差异的目的。

针对个体差异，应加大特殊未成年人保护制度的构建。基于各种特殊家庭客观上仍然存在，我国还存在大量特殊的未成年人群体，如留守儿童、流动儿童、残障儿童、受灾儿童、重疾儿童等。在这些特殊个体中，他们存在各种各样的情况。立法者应重点关注这些特殊未成年人的利益，采取相应措施以完善对特殊未成年人群体利益的保护。在家庭教育上，如果改善了弱势家庭和弱势未成年群体的利益，也就促进了绝大多数家庭的公平。当前家庭教育促进法仅用 1 条涉及对特殊个体未成年人的关注，立法稍显不足。针对这种不足，本文建议可加紧制定更加完善的实施细则加以补充规制。

结语

家庭教育中，家长是责任主体，学校和社会是辅助队员。家庭教育是未成年人社会化和人性化的起点，也是未成年人教育体系的基础。俗话说“基础不牢，地动山摇”，家庭教育从一开始就应筑牢根基，为未成年人健康发展作好长远准备。

赵琳琳 | 澳门违法青少年教育监管制度述评

2022-05-16 赵琳琳 法司年少

<https://mp.weixin.qq.com/s/dTFL-z16VtRifAglFNP14Q>

赵琳琳

澳门科技大学法学院副教授，博士生导师。

本文作者赵琳琳老师于 2022 年 5 月 14 日病逝。“法司年少”公众号推送此文以表达对赵琳琳老师的沉痛悼念和深切缅怀。斯人已逝，风范长存！

内容摘要

为了防治未成年人违法犯罪，澳门特区建立了比较完善的法律体系，针对不同年龄段的未成年人适用不同的法律制度，较好地反映了未成年人违法犯罪的特殊性。从实践情况来看，这些制度取得了不错的效果。其中，2007 年出台的违法青少年教育监管制度专门用于规范 12 岁至 16 岁的违法青少年，教育监管措施和司法程序的设计回应了社会发展的需要，有利于帮助违法青少年改过自新，也有利于实现程序公正和提高程序效率。

关键词：违法青少年 教育监管 未成年人法庭 社会重返厅 少年感化院

2007年之后,澳门对于违法青少年采用教育监管制度。这一制度以保护违法未成年人为核心,设计了司法程序和非司法程序的两套处理模式,加入警方警诫、复和会议等方式,强调运用社区资源并获得家庭的支持,以鼓励其改过自新,更好地适应和重返社会。澳门违法青少年教育监管制度在立法模式、具体措施、实施程序等方面均具有明显优势,运行近十年来取得了不错的社会效果,对于完善内地少年司法制度具有较大的借鉴意义。

一、立法模式特别化

澳门回归前的第65/99/M号法令《未成年人司法管辖范围内之教育制度及社会保护制度》涉及教育制度和社会保护制度两个范畴。澳门《刑法典》第18条规定了刑事归责年龄,“未满16岁之人,不可归责”。澳门回归以后,随着社会经济的发展及青少年违法情况的变化,上述法令逐渐显得不合时宜,于是立法会进行了修改,最终生效的第2/2007号法律《违法青少年教育监管制度》(以下简称《教监法》)适用于“年满12岁尚未满16岁时于澳门特别行政区作出被法律定为犯罪或轻微违法的事实之青少年”,因而第65/99/M号法令中的“教育制度”部分随之废止。《教监法》一方面旨在引导青少年树立守法观念和正确的价值观,教育和矫治其违法犯罪行为;另一方面为了提高办案效率。

1. 回应青少年违法犯罪增长的现状。从少年感化院的统计数据来看,违法青少年的数量在2007年前后有明显的变化。尤其是2004~2007年间,接受少年感化院收容服务的院生人数达到三位数。在实践中,澳门青少年的违法行为比较集中在烧电单车、滥药和贩毒等类型;年龄大多介乎12岁至16岁之间。因此,第65/99/M号法令已经难以满足现实需要,2007年的修法是为了回应现状,培养青少年的法律意识及责任感,更好地预防其违法或再犯;同时,也是为了加快处理青少年个案的程序,适时响应青少年的发展需要。

2. 顺应保护青少年的世界潮流。青少年是未来社会的基石。如何有效引导和协助误入歧途的青少年改过自新也是全世界关注的课题。大多数国家和地区的少年司法制度都朝着保护少年权利的方向发展,为其提供不同于成年人的程序保障,比如,引入协商机制,促进违法青少年与被害人之间的沟通与和解;扩大社会力量的参与,等等。2007年修法时,澳门增设了警方警诫及复和措施。在澳门,违法青少年接受矫治后,其偏差行为大多得以矫正,重犯率比较低;少年感化院收容的院生人数自2007年开始逐年下降,《教监法》功不可没。

3. 合理运用司法资源。在2007年以前,澳门青少年一旦触犯法例,无论违法行为的种类及轻重,一律交由司法机关处理。这种简单划一的处理方式不仅会给青少年的前途带来负面影响,还会给司法机关造成巨大的办案压力。因此,在总结实践经验的基础上,并结合周边地区(如香港)的成功经验,《教监法》引入司法介入前的分流措施,即“警方警诫”,通过处理一些较轻微且属初犯的案件,有利于从整体上更有效地配置司法资源。

二、参与主体多样化

参与违法青少年教育监管活动的主体众多。除了司法机关以外,“社会重返厅”和“少年感化院”主要负责协助执行和跟进,警察部门、社区、民间组织等也承担一定工作任务。

1. 司法机关。在澳门,法院和检察院均属于司法机关。司法机关在整个教育监管制度中享有相当大的权力。除了警方警诫以外,其他所有措施都由法官决定或主持。法官和检察官均可要求公共及私人实体、青少年的父母、监护人或实际照顾青少年的实体作出所需的相关解释。法官在作出任何决定前,须听取检察院的意见。

(1) 家庭及未成年人法庭。澳门第9/1999号法律《司法组织纲要法》第27条第2款规定:“初级法院由民事法庭、刑事起诉法庭、轻微民事案件法庭、刑事法庭、劳动法庭、家庭及未成年人法庭组成。”不过,家庭及未成年人法庭的成立相对较晚,直到2013年,行政长官根据《澳门基本法》第50条及《司

法组织纲要法》的相关规定，经征询行政会的意见，制定了第23/2013号行政法规《初级法院设立劳动法庭和家庭及未成年人法庭》作为补充；两个专门法庭已于2013年10月16日正式运作。《司法组织纲要法》第29条还规定了家庭及未成年人法庭的管辖权，其中第1款第7项是“第65/99/M号法令第95条所列举的特别措施有关的程序”，与违法青少年教育监管最相关，不过，《司法组织纲要法》的出台早于《教监法》，所以具体内容需要参照新法。家庭及未成年人法庭成立后，总的来看，收案数不大，运转良好，基本达到设立目的，对恢复家庭关系、保护妇女儿童合法权益等起到了较大的作用。

家庭及未成年人法庭办案数据统计

教育监管案件的数据统计

(2) 检察院。澳门检察院是整个教育监管程序的启动者、参与者和监督者。不过，目前澳门检察院内并未设有专门的未成年人检察机关，只是有专责的检察官负责跟进青少年案件。根据《教监法》，检察院在教育监管中的权限体现在以下方面：一是有权发表意见，法官在作出任何决定前须听取检察院的意见；二是有权要求获得相关实体的解释，检察院可要求公共及私人实体、青少年的父母、监护人或实际照顾青少年的实体提供协助和作出所需的解释；三是有权监督警方警诫，如果青少年、其父母、监护人或实际照顾青少年的实体在警诫过程中反对参加社区支持计划，则治安警察局须将卷宗送交检察院；四是有权在法官讯问时在场；五是有权检阅及发出意见书，案件的调查完成后，须将卷宗送交检察院检阅，以便其在8日内发出意见书，等等。

2. 治安警察局。为教育及促使违法青少年能以适当和负责的方式融入社群生活，《教监法》增加了由治安警察局负责执行的警方警诫方式。警诫由警员进行，对于警员的素质有非常高的要求，因此，治安警察局专门成立了一个小组负责此项工作。这是一个长期跟进的工作小组，旨在统筹和协调有关工作，包括与相关政府部门展开协调会议、制订内部工作指引、建立数据库、安排人员培训等事宜。

3. 社会重返厅。社会重返厅原属法务局，现在属于社会工作局。社会重返厅主要职权是社会重返范畴的工作，包括：协助司法机关执行各种非剥夺自由刑罚及措施；协助司法机关执行《教监法》的各项非收容措施；辅助司法机关编制判前社会报告；协助曾违法人士重新融入社会；推动预防再犯的工作。离开少年感化院的青少年如有需要，社会重返厅也可作教育跟进；或由感化院社工继续跟进，再转介予社会重返厅。根据《教监法》的有关规定，评估结果显示有需要参加社区支持计划的青少年，社会工作局将联合社区青少年工作队向其提供服务，帮助接受警方警诫的青少年改过自新，遵纪守法，抵御不良朋辈的引诱。

4. 少年感化院。少年感化院原为法务局下设部门之一，自2016年1月1日起，监狱与少年感化院合并组成“惩教管理局”。少年感化院负责执行收容措施，目的是教育青少年遵守法律及社会共同生活的最基本的原则，使其以适当和负责的方式融入社群生活。“近年来青少年因犯罪进入感化院的数字，与最高峰时期（2005年）的110人比较已减少约一半，相信是由于2007年《教监法》出台，以及本澳总体青少年人口比率减少所致。”

少年感化院的中心思想是教育、关爱、励正。为满足教育辅导的需要，感化院内分设“教导中心”、“教管训练中心”和“观察中心”，三个中心的监管对象和监管内容有所不同。一是观察中心的对象是须在院舍接受观察的青少年；法院未能实时判决，但又须暂时安置于院舍的青少年（观察期不得超过20日，但在例外情况下可延长10日）。二是教导中心的训练内容包括正规的学习课程、规律性的生活训练及辅导教育。监管对象是首次被判收容的青少年，收容期最短1年，最长3年。三是教管训练中心的训练内容包括纪律训练、体能锻炼、学习活动、职业培训及辅导教育。监管对象是触犯严重罪行的青少年；曾接受非收容措施的青少年，但长期表现恶劣，且在被判收容措施时已满16岁；在少年感化院收容期间或离院后再犯案的青少年；被收容于教导中心但违反纪律制度的院生；曾入住感化院，获准提前离开但其后表现恶劣的青少年。收容期一般为1至3年；但触犯严重罪行者则最短为3年，最长为5年。

感化院内分为男童区和女童区，各自独立运作。社工、心理辅导员、职业培训导师及学习辅导老师等互相支持和配合，使整个服务流程更富持续性、计划性及针对性。违法青少年抵院后立刻接受体表检查、健康及情绪状态评估，然后个案负责人进行必要的实时医疗及心理治疗转介。个案负责人会收集院生的成长背景、家庭现况、社交情况、学习历程等重要资料，于其入院后14日内准备判前社会报告，并根据个案情况及避免重犯的原则为新生编拟一份个人教育计划，协助其重返社会。感化院设计了各项活动，协助青少年健康成长。感化院还有放假制度，院生接近重返社会阶段、表现良好的，每月可放假一次，回家时间从3小时到12小时不等，根据表现逐步增加。此外，感化院积极拓展各类社区服务计划，让院生在社会服务中学习和成长，增强社会责任感。感化委员会每月与院生个别晤谈，评述其辅导进度。法院每半年一次重新审查个案措施，如果个案的进展理想，院生表现稳定，达到离院等级时，法院则可准许其离开少年感化院。院生离开少年感化院后，社会重返厅会继续进行必要的辅助或跟进。对于部分须协助的青少年，社会重返厅会建议对其实施“入住短期宿舍”的措施，让其逐步重返主流社会。

5. 教育暨青年局。与少年感化院相衔接的是社会支持体系。其中，由教育暨青年局提供的少年辅导中心同时负责对未成年人跟进教育。一些民间组织也在社会工作局的资助下，也开展对违法未成年人的跟进教育，从而形成一个社会支持网络，可以向违法青少年提供不同类型的服务，发挥社区的教育作用，有利于维护社会安定，防止违法青少年重蹈覆辙。

6. 社会力量。澳门对于违法青少年还特别注重家庭参与、社区保护、社会福利计划及其他辅助服务，突显家长管教子女的责任，亦强调社区参与和协助的重要性。在青少年收容期间，其父母及其监护人或实际照顾青少年的实体保留与执行措施无抵触的一切权利和义务。社区支援计划以及社会服务令、感化令等都体现了“社区为本”的色彩。此外，澳门有8所儿童及青少年之家，共可收容540名儿童。自2004年起，澳门共成立了三队社区青年服务队，主要为身处不利环境的青少年服务：外展工作、青少年生涯发展计划、家庭支持服务、预防药物滥用服务及社区支持计划等。

三、教育监管措施多元化

根据《教监法》的规定，教育监管措施共有八种：警方警诫；司法训诫；复和；遵守行为守则；社会服务令；感化令；入住短期宿舍；收容。这八种措施的适用条件各不相同，可调整严重程度和危害性不一的行为，具有较好的区分度和针对性，更有利于达到矫正和教育的目的。各项措施还设定了跟进期限，分别由最短的20小时“社会服务令”至最长的“收容”5年。总的来看，措施的设计兼顾教育、治疗及矫治三方面的因素，既引进了恢复性司法的概念，也融入了社区为本的监管方式，而收容是作为最后手段来适用的。

1. 警方警诫。“警方警诫”是2007年新增加的一种非司法介入措施，将适用司法程序的严重个案与适用行政程序的轻微个案区分开来，从整体上完善了澳门少年非行的处理体系。该措施可给予初犯青少年一次改过自新的机会，避免标签效应，还可以加快案件处理速度，减轻法院的积案负担。根据《教监法》第15条的规定，“警方警诫”是指治安警察局的专责小组在违法青少年的父母、监护人或实际照顾青少年的实体面前，以严正方式向青少年指出其行为的不法性以及再次作出该行为的后果，告诫其守法，鼓励其以适当和负责的方式融入社群生活。该措施配套了各项细则，相关负责的警务人员、教师、社工、青少年服务机构的前线工作人员等也接受了工作指引、守则及专业技巧方面的培训。从“警方警诫”措施的性质、前提及后果来看，其充分尊重各方意愿，对人权的影响也较轻。

采用警方警诫的法定条件包括四个方面。一是年龄条件，在作出有关违法行为时，青少年已年满12岁但未满16岁。二是范围条件，青少年作出轻微半公罪或私罪的事实，但被害人有意追诉，则不作警方警诫，将案件交由检察院处理。三是青少年在年满12岁后，首次作出上述事实（可通过警方警诫文书工作小组数据库或向法院查询）。四是青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体以书面方式同意采用警诫措施。为了便于理解，治安警察局的官网还列举了三个可实施或不可实施警方警诫的案例。

根据《教监法》第16条第1款规定,“治安警局须指派具适当资格且已接受适当培训的人员负责警方警诫工作”,自查获违法青少年起30日内作出。执行警方警诫的警官须向该青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体讲解警方警诫的目的,以及接受与否所带来的不同后果;然后,以严正方式向青少年指出其行为的违法、不当之处以及可能产生的后果;鼓励其以适当和负责的方式融入社群生活。警诫之后,根据相关实体的表现,综合考虑青少年的犯案性质、情节及辅助需要,认为警诫已足够,则将卷宗归档。否则,不应将卷宗归档,如果青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体以书面方式同意青少年参加为期不超过6个月的社区支持计划,则将个案通知社会工作局进行评估。社区支持计划由社会工作局委托民间机构执行,其目标是让青少年认识其违法行为的严重性,提高自我控制和独立思考的能力,并协助家长提高管教的责任和技巧。

2. 司法训诫。司法训诫属于司法介入措施,由法官向违法青少年作出严正警告,指出其行为的不法性、不正确之处及后果,告诫其行为应当符合法律规范及相应的价值观,并鼓励其以适当和负责的方式融入社群生活。可见,司法训诫和警方警诫的内容相似,都是一种口头训诫、劝喻及教导行为,区别在于实施的主体不同,从而导致性质也不相同。

3. 复和。“复和”体现了当今世界非常盛行的恢复性司法因素。复和会议由法官主持;法官也可经附理由说明的批示许可,由社会重返厅主持。主持人召集违法行为所涉及的人(包括违法青少年,其父母、监护人或实际照顾青少年的实体,被害人,社工及其他有关人士)通过协商方式矫正和教育青少年,协助其认识错误,真心悔过,并取得被害人的谅解与宽恕,修复加害青少年与受害人之间的关系,具体内容包括向受害人道歉、赔偿、为非营利机构进行社会活动、遵守行为守则等。复和措施的启用方式有两种情况,但均须征得被害人的同意:一是由法官依职权决定;二是经社会重返部门在判前社会报告中或在执行其他教育监管措施期间建议。法官根据青少年的经济能力许可分期给付和订定有关金额。社会性质活动不得超过240小时,且应在1年内完成。遵守行为守则的期间最短为3个月,最长为1年。复和会议由社会重返部门主持的,则相关人员须自达成复和之日起15日内编制复和建议书,并交法官认可。复和会议可分多次举行,但须自采用复和措施的裁判作出之日起3个月内结束。如果复和不成或未能依期完成,则由法官依职权或经社会重返厅建议,对该裁判进行重新审查,改用其他教育监管措施。

4. 遵守行为守则。这是一项跟进和指导的措施,旨在设定或强化限制青少年行为的条件,使其行为符合社群生活的基本法律规范及价值观,矫正违法青少年的恶习,重建规律的生活。该措施具体包括:不得前往某些场合、地方或观看某些映演项目;不得与某些人为伍;不得加入某些团体或社团;不得持有某些物件;不得饮用含酒精的饮料、服用麻醉品或精神科物质;接受心理辅导和遵从为其订定的指示。遵守行为守则的期间最短为3个月,最长为1年。社会重返部门负责监督本措施的执行。

5. 社会服务令。社会服务令是指由法院命令违法青少年进行有利于公共实体或非营利私人实体的特定活动。社会服务的时数最短为20小时,最长为240小时,且应在1年内完成。社会重返部门亦负责监督本措施的执行。违法青少年通过参与有计划、有意义且对社会有利的无偿服务,可以反省及补偿个人过失,并提升处理人际关系的技巧,重塑自信心。目前,社会重返厅已得到多个政府部门及民间团体的支持,为违法青少年提供无偿社会服务工作的机会。

6. 感化令。感化令与少年感化院无关。该措施是指执行一项个人教育计划,包含法官给违法青少年设定的符合其需要的活动,以及法官对青少年的父母、监护人或实际照顾青少年的实体所定的义务。法官还可规定受感化令约束的青少年须遵守某些行为守则。社会重返部门负责编制个人教育计划,并辅导和跟进青少年履行该计划。个人教育计划须自社会重返部门获得法院感化令裁判之日起60日内送交法官认可。在认可之前,法官可要求提供补充资料或作出更改,并命令将卷宗送交检察院检阅,以便该院于5日内发出意见书。社会重返部门每6个月撰写关于青少年进展的社会报告,评估个人教育计划的执行情况并送交法官。感化令措施的期间最短为6个月,最长为3年。

7. 入住短期宿舍。2007年以前，“半收容”与“收容”的青少年均安置在感化院，但实际上，两者的辅导计划及目标都不相同，分开管理更为合适。为此，《教监法》将“半收容”改成“入住短期宿舍”。入住短期宿舍是指青少年须在短期宿舍内留宿，日间可以外出工作或学习，并于指定时间返回宿舍。其适用情形如下：犯罪且不适合对其采用其他措施；经社会重返部门跟进，但其行为未改善；离开少年感化院时，须继续接受辅助或跟进；作出被定为犯罪或轻微违反的事实及缺乏家庭支持，且不适合对其采用其他措施。入住短期宿舍的期间最短为1个月，最长为1年。法官可规定入住短期宿舍的青少年须遵守某些行为守则。社会重返部门负责监督本措施的执行。自2007年开始，澳门基督教青年会与社会重返部门合作，承办了励青中心（男子舍）及励新中心（女子舍），通过有纪律的集体生活以及有关辅导服务，协助违法青少年适应学习及工作，以便日后顺利融入社会。

8. 收容。收容是指使青少年离开自由环境而留在少年感化院，培养其守法观念，并使其获得必要的知识及技能，以便日后能以适当和负责的方式融入社群生活。青少年作出下列事实，如果不适合采用其他措施，则须收容：作出被定为可科处最高限度超过3年徒刑的犯罪事实；再次作出被定为犯罪或可处以徒刑的轻微违反事实。少年感化院负责编制和跟进青少年的个人教育计划。该计划须自感化院获知有关收容裁判时起60日内送交法官认可。感化院每6个月撰写关于青少年进展的社会报告，评估个人教育计划的执行情况并送交法官。收容期间最短1年，最长3年，但两种情况除外：一是如果青少年作出被定为可科处最高限度超过8年徒刑的犯罪事实，或作出多于一个被定为可科处最高限度超过5年徒刑的侵犯人身罪的事实，则收容期间最短3年，最长5年；二是如果符合下列全部条件，法官听取感化院的建议后，可基于教育青少年的需要，将收容措施延长最多3年：如果青少年以往曾作出两个或两个以上被法律定为犯罪的事实，且就每一事实已采用收容措施；当前述收容措施最长期间届满时，经考虑青少年在收容期间的表现及违反纪律的情况，认为青少年仍未能以负责方式融入社群生活，且有依据预见其可能再次作出被法律定为犯罪的事实。不过，如果在青少年年满21岁前仍未完成，至其年满21岁时也须终止。对于收容裁判，法官每6个月必须定期审查一次，也可以在一定情形下随时审查，如：未成年人再次作出犯罪或轻微违反行为，或作出裁判后才知悉未成年人曾作出该等行为；基于教育青少年的需要而须重新审查有关裁判；或者所采用的措施未能实际执行。

四、监管程序规范化

除了措施完备以外，澳门青少年教育监管措施的适用程序也较为规范，充分发挥了判前社会报告的作用，证据调查程序也兼顾了青少年案件的特点，最大限度地保障了相关青少年的合法权益。

1. 适用原则。八种教育监管措施的适用必须遵循合法性原则、适当及适度原则等，以更好地实现教育矫正违法青少年的目的。除了警方警诫以外的其他七种监管措施，法官须根据违法行为的性质及严重性、青少年的人格及过往行为、对被害人造成的损害，并考虑相关措施能否实际执行，以及青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体对拟选用措施的接受程度，选择最适合的措施。如果青少年作出超过一项被定为犯罪或轻微违反的事实，则法官按照教育该青少年守法及使其融入社群生活的具体需要，采用一项或多项教育监管措施。评估时须考虑排除或减轻不法性或罪过的事由。

2. 青少年的权利。在程序的任何阶段，青少年享有下述权利：获告知所享有的权利；由司法当局依职权或在其本人要求下，听取其陈述；不回应任何实体就向其归责的事实或就该等事实所作声明的内容而提出的问题；不回应有关其行为、性格或人格的事宜；在其要求时，得到精神病学或心理学专家的辅助，以评估有否需要采用教育监管措施；提出证据及声请措施；依法对裁判提起上诉。可见，《教监法》为违法青少年提供了比较全面的权利保障。

3. 司法保密。为了保护相关青少年的合法权益，整个程序遵循保密原则。但以下情况例外：在青少年年满21岁前，具有执行刑罚或保安处分职权的法官可要求取得卷宗或从该卷宗制作的证明。青少年年满21岁前，在下列情况下，任何法官亦可要求取得卷宗或从该卷宗制作的证明：卷宗所涉的人在年满16岁后，实施可科处最高限度超过3年徒刑的犯罪，或可能会延长对卷宗所涉的人所科处的实际徒刑；卷宗

所载资料有助于审理就青少年的行为所造成的损害而提出的赔偿请求。在青少年年满21岁前，上诉权人或其诉讼代理人可查阅卷宗和取得从该卷宗制作的证明；而为了撰写社会报告或观察青少年，社会重返部门及少年感化院亦可查阅卷宗和取得从该卷宗制作的证明。违反保密原则，将全部或部分卷宗或从该卷宗制作的全部或部分证明不正当交予他人、供他人查阅，或透露其内容者，科处最高2年徒刑或最高240日罚金。

4. 辩护人。鉴于青少年的身心特点，为了更好地维护其合法权益，教育监管程序赋予青少年委托辩护或者申请司法援助的权利。在任何阶段，违法青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体均可委托辩护人或按照有关司法援助的法例，向法院申请指定辩护人。并且，应当指定律师为辩护人；如果不可能，则指定实习律师为辩护人。一旦委托或指定另一辩护人，原辩护人即须终止其职务。

5. 听取陈述。法官亲自听取青少年的陈述，也可指定一名社工或其他具有专业资格的人陪同青少年，并在有需要时，向青少年提供心理辅导。在听取青少年陈述时，除检察官及辩护人以外，只有法官认为适宜在场的人，才可以在场。在讯问过程中，禁止在场的青少年父母、监护人或实际照顾青少年的实体干预讯问。

6. 拘留和送交。刑事警察机关拘留青少年基于三种情形：属现行犯的情况，以最短时间且不超过48小时，将青少年送交法官，以便对其讯问；属非现行犯的情况，以最短时间且不超过12小时，将青少年送交法官，以便对其讯问；法官命令对青少年作出精神病学或人格的鉴定。不过，在任何情况下，都不允许涉嫌共同作出犯罪或轻微违反事实的青少年与成年人接触或共处，以防止交叉感染。

7. 保全措施。将青少年送交法官之后，如果有关申请书或检举文件未在初端阶段归档，也无法立即采用任何教育监管措施，则法官可作出下列决定：将青少年交回其父母、监护人或实际照顾青少年的实体照料，但不影响程序继续进行；立即命令青少年依法接受观察。观察亦分为两种情况：一是不将青少年收入院舍，在自由环境下由社会重返厅进行，为期不得超过3个月；二是将青少年收入少年感化院进行，为期不超过20日，但可延长最多10日。此外，如果法官有充分理由恐防青少年逃走或再次作出犯罪或轻微违法事实，且预计可采用收容措施，则命令将青少年交托给观察中心，为期不超过7日。

8. 调查。立案后实行必需的证明措施，以便查证有关事实是否存在、评估是否需要采用教育监管措施，以及决定采用何种教育监管措施。实行由法官主持的证明措施时，检察官须在场。法官可随时决定召开调查证据的联合会议，在保障辩论权的情况下，调查所发现的迹象以及有关青少年的人格、行为等情况，并了解其社会、家庭背景及经济、教育状况。在联合会议中，青少年及其父母、监护人或实际照顾青少年的实体必须到场；如果有委托或指定的辩护人，则该辩护人亦必须到场。出于调查证据的需要，法官须命令被害人或他人，尤其是社工出席联合会议。

五、教育监管制度的实施效果及最新发展趋势

《教监法》实施近十年来，取得了较好的社会效果。从有关数据统计来看，2007年前后，澳门违法青少年案件的数量有明显的变化。当然，这里面有很多原因，比如，本地经济繁荣稳定，青少年人口在减少等。但是，不容否认，《教监法》起到了至关重要的作用。

1. 教育监管制度的实施效果。如前所述，司法机关、治安警察局、社会重返厅、少年感化院等均直接参与教育监管活动，各方对违法未成年人的情况也一直在跟进。根据官方统计，近年来，澳门违法青少年的入案数在减少。以少年感化院为例，2004~2007年，接受感化院收容服务的院生人数曾一度达到三位数，但是，自2008年开始，人数在明显减少，近三年来（2013、2014、2015年9月止）分别只有28、30、24人；1997~2015年第3季度，感化院收容院生的数目平均值也从高峰期的77.7（2005年）下降至17.17（2014年）。

2. 教育监管制度的最新发展趋势。总的来看,违法青少年的个案在减少,社会危害程度在减轻。具体来说,八个教育监管措施由轻到重,使用频率可以说是两头少、中间多。根据社会重返厅公布的数据,截至2016年7月31日,社会重返厅现行跟进的青少年个案总数为81名个案,其中,感化令占48个,比例为59%;其他几种措施中,入住短期宿舍占11个,遵守行为守则、社会服务令等只是个位数。据了解,近几年来,均基本呈现这一态势。那么,为何在所有的教育监管措施当中,法官比较青睐感化令呢?从前面的介绍不难发现,“感化令”在严厉程度由轻到重的八种措施当中,位居第六位,比“入住短期宿舍”及“收容”轻微,但是,在所有非限制或剥夺自由的措施当中又是最严厉的;关键是从感化令的内容来看,其规定了个人教育计划等,内容丰富,且跟进时间最长可达3年,更有利于保障跟进的效果,确保违法青少年真正改过自新。

总之,未成年人违法犯罪的防治是一项系统工程,不仅仅需要立法改革,还需要完善相关社会处理方式和配套机制。澳门相关法律分别针对12岁以下、12~16岁、16~18岁的违法犯罪未成年人设置了不同的保护、教育监管及刑事法律制度。从整体来看,兼顾了不同年龄段的特点,既有利于保护和矫治未成年人,也大大提高了相关程序的效率。内地目前恰好在此方面存在缺失,特别是在未达到刑事责任年龄的部分。澳门虽然地方小、人口少,但是对欧洲大陆法系的传统保留得比较好,且吸收了周边香港地区的英美法元素,经过实践检验,法律效果和社会效果俱佳,值得借鉴。

六、澳门青少年教育监管制度对内地的借鉴意义

少年立法和司法的运作及发展应当体现对少年违法犯罪的预防和矫治。从内地未成年人的相关法律来看,刑法主要从规定刑事责任年龄、刑罚适用等方面,体现对未成年人的保护。2012年3月内地刑事诉讼法修订后,增加了未成年人刑事案件诉讼程序,凸显了对未成年人刑事司法的重视,有利于对未成年涉案人的人权保障。但是,对于没有达到刑事责任年龄、却作出违法犯罪事实的未成年人,目前缺乏足够的处理机制,导致这些未成年人没有得到应有的矫治和教育,可能造成更严重的后果。澳门相关制度具有较强的区分度和针对性,总体来说,没有留下教育监管或保护的空白地带,且具有操作性,值得借鉴。

1. 整合相关立法。我国内地在处理违法未成年人方面的立法比较分散。首先是刑法、刑事诉讼法,但这两部法律只能适用于达到刑事责任年龄的未成年人,且比较笼统,针对性不强,许多制度还是和成年人的规定无异。其次,虽然颁布了《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》等,可这些法律大多是宣誓性的规定,缺乏可操作性,在解决校园暴力、校园欺凌等现实问题时难以奏效。最后,防治未成年人的违法犯罪是一项系统工程,需要全社会多层面多力量的积极参与,对此,内地目前的立法也没有足够的明确规范。对比观之,澳门一部法律就解决了诸多问题,因此,内地也可以整合相关法律规范,制定一部真正适合未成年人的、具有可操作性和实用性的法律,尤其是未达到刑事责任年龄的部分必须配有应对的制度,不能过于放纵。

2. 明确参与主体及其责任。未成年人违法犯罪的背后原因非常复杂,既反映了家庭教育和学校教育的缺失,也说明监管和社区参与的不足。因此,必须多管齐下,才可能发挥防治之效。当然,内地和澳门的社会制度及人口规模不同,有些经验未必能够直接借鉴,但整体思路差异不大,都需要调动公权力机关、家庭、学校及社区参与的积极性,从不同渠道预防和治理未成年人的违法犯罪问题。公安、检察院、法院等机关需要分工明确,责任到位。鉴于未成年人工作的特殊性和专业性,应当建立专门机构。目前,内地检察院、法院普遍建立了专门的未成年人案件办理机构,但是公安机关内部尚缺乏相应的配套。从相关资料和真实案例来看,不少违法未成年人的家庭存在问题,如,父母工作太忙,对孩子不够关注,孩子缺乏家庭温暖等,所以,应当强化父母的监管和教育责任。当然,学校教育也是重要一环,应当经常开展各种形式生动的法治教育,加强预防,并建立和校外机构的信息共享机制。此外,从未成年人违法犯罪的防治趋势来看,完善的社区参与机制也是必不可少的。

3. 建构多层次的处理机制。值得肯定的是,我国《刑事诉讼法》为了有效矫治未成年人作出了不少新的尝试。但是,从整个特别程序以及相关法律规范来看,某些制度的设计比较生硬,未能考虑实践中的

复杂情况,和处理成年人犯罪的区别并不明显,因而难以真正有效地实现未成年人刑事司法的宗旨。从世界发展潮流来看,未成年人犯罪的处理带有明显的非刑罚化倾向,尤其是对于没有达到刑事责任年龄的违法未成年人,必须设置相应的教育监管措施。第一,增加适合未成年人的措施。我国对于违法犯罪的未成年人在处置方式上过于简单化,没有根据未成年人的特点建立具有分明层次的教育矫正体系。如,《未成年人保护法》第39条规定:“已满14周岁的未成年人犯罪,因不满16周岁不予刑事处罚的,责令其家长或者其他监护人加以管教;必要时,也可以由政府收容教养。”该条规定在《刑法》中也有体现。可见,从管教到收容教养,再到刑事处罚,各种处置方式之间严厉程度的跨度较大,要么轻要么重,缺乏必要的过渡,容易产生纵容等负面效果;因此,可借鉴澳门的遵守行为守则、社会服务令、感化令、入住短期宿舍等措施,以完善处理体系。第二,完善刑事和解制度。澳门的复和会议措施类似于内地的刑事和解,但是对于案件范围没有作出过多的限制,主要是结合个案情况由法官自行判断,其注重的是违法青少年的具体悔罪表现以及被害人的谅解。我国《刑事诉讼法》第277条规定了刑事和解的条件:“下列公诉案件,犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解,被害人自愿和解的,双方当事人可以和解:(1)因民间纠纷引起,涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件,可能判处3年有期徒刑以下刑罚的;(2)除渎职犯罪以外的可能判处7年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。犯罪嫌疑人、被告人在5年以内曾经故意犯罪的,不适用本章规定的程序。”刑事和解代表了现代刑事司法的一个发展方向,但目前适用范围相当有限。鉴于其特殊性,就成年人犯罪严格限制适用范围是可以理解的,但对于未成年人犯罪可考虑扩大。对未达刑事责任年龄的人也可以适用和解。毕竟,未成年人的心智尚不成熟,对其行为和后果缺乏充分的认识,如果通过自己的积极努力获取了被害人的谅解,应该给予其改过自新的机会。

4. 规范社会调查报告。《联合国少年司法最低限度标准规则》第16条规定:“所有案件除涉及轻微违法行为的案件外,在主管当局作出判决前的最后处理之前,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。”我国《刑事诉讼法》第268条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查。”但是,围绕调查报告的一些问题,立法并未给予明确的答案。将来整合立法时,对于未达刑事责任年龄的违法未成年人,也应当进行社会调查。

(1) 明确社会调查报告的性质。内地刑事诉讼法八种法定证据中并未提及社会调查报告。不过,2001年最高院《关于未成年人刑事案件适用普通程序的刑事判决书样式》确定了应将有关未成年被告人的品格证据写入判决书。2010年9月中央综治委预防青少年违法犯罪工作领导小组、最高法、最高检、公安部、司法部及共青团中央联合发布的《进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》采取了大多法院的做法,将调查报告作为一种参考材料附于卷宗中以备查阅。2010年10月最高院、高检院、公安部、国家安全部、司法部《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》第11条规定:“人民法院、人民检察院、侦查机关或者辩护人委托有关方面制作涉及未成年人的社会调查报告的,调查报告应当在法庭上宣读,并接受质证。”但是,这些文件对于社会调查报告的性质及作用没有明确规范。在澳门,“判前社会报告”是作为法官终局裁判依据来使用的,我国内地也应在立法中加以明确规定。

(2) 明确调查主体。2009年最高院、高检院、公安部、司法部《关于在全国试行社区矫正工作的意见》要求“人民法院要依法充分适用非监禁刑罚和非监禁刑罚执行措施,对依法可能适用非监禁刑罚的被告人,在审理中可以委托司法行政机关进行审前社会调查。”从《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《规定》)第311条、《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《规则》)第486条的规定来看,公安机关和检察院均有权制作调查报告。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》)第476条规定:“对人民检察院移送的关于未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历、犯罪原因、犯罪前后的表现、监护教育等情况的调查报告,以及辩护人提交的反映未成年被告人上述情况的书面材料,法庭应当接受。必要时,人民法院可以委托未成年被告人居住地的县级司法行政机关、共青团组织以及其他社会团体组织对未成年被告人的上述情况进行调查,或者自行调查。”可见,在社会调查报告的制作主体上,刑事诉讼法及司法解释的规定是多元的。由于公检法三机关的特殊身份及职能,为确保社会调查报告的公正性,参照澳门的立法和实践经验,最好由中立机构来提供社会调

查报告。其实，在我国内地的司法实践中，公安、司法机关也往往委托司法行政机关进行调查。因此，为了统一起见，立法应明确规定：未成年人社会调查主体应由公检法以外的社区矫正机构担任，毕竟这里还涉及未成年人隐私权保护的问题，不能规定得过于宽泛，交予民间机构也不合适。在澳门，社会调查报告只能由社会重返厅或少年感化院作出。

5. 加强隐私权保护。尽管我国《刑事诉讼法》对于未成年人案件规定一律不公开审理，但是从司法实践的情况来看，未成年涉案人的隐私并未能得到充分的保护。《规定》第307条规定：“公安机关办理未成年人刑事案件，应当保障未成年人行使其诉讼权利并得到法律帮助，依法保护未成年人的名誉和隐私，尊重其人格尊严。”《规则》第502条、《解释》第469条也有类似的规定。但是，立法和司法解释没有明确侵犯未成年人隐私权导致的法律后果，这可能使得相关规定落空。为了不影响未成年人将来顺利回归社会，不妨借鉴澳门的经验，对其隐私权的保护作出周详的规定，其中最重要的是法律责任的设置。澳门《教监法》第36条规定了“司法保密”的范围；第37条还规定了违反司法保密的法律责任。

6. 完善讯问程序保障。未成年人的讯问程序至关重要，设计不当，不但不利于查明案件真相，还可能对未成年人的心理造成伤害或阴影。内地针对未成年人的特点，规定了合适成年人在场等制度。此外，还可以进行适当优化。比如，除了当事人、检察官、法官、监护人以外，也可以吸收心理学、精神病学、社会学等方面的专家参与疏导。在讯问中，保障未成年人充分表达的权利，以及申请调查证据的权利等。对于涉及未成年人的性格、人格等问题，访问对象有权不回应。

结语

未成年人违法犯罪的防治是一项系统工程，不仅需要立法改革，还需要完善相关社会处理方式和配套机制。澳门相关法律分别针对12岁以下、12岁至16岁、16岁至18岁的违法犯罪未成年人设置了不同的保护、教育监管及刑事法律制度。从整体来看，兼顾了不同年龄段的特点，既有利于保护和矫治未成年人，也大大提高了相关程序的效率。我国内地目前恰好在这些方面存在缺失，特别是在未达到刑事责任年龄的部分。澳门虽然地方小、人口少，但是对欧洲大陆法系的传统保留得比较好，且吸收了周边香港地区的英美法元素，经过实践检验，法律效果和社会效果都不错。因此，可以借鉴澳门的经验并结合内地的特点，先把相关制度构建起来，然后通过相应的社会配套机制加以落实。

（责任编辑：陈振华）

何雪梅 | 欺诈性抚养关系中被欺诈方之权利救济

2022-05-24 何雪梅 兰大法律评论

<https://mp.weixin.qq.com/s/G1VUzXAFCYMAK4waZsXjvw>

摘要：欺诈性抚养之核心问题在于如何对被欺诈一方的权利进行救济。在现行理论框架内，可通过不当得利返还请求权与请求承担侵权责任两种路径加以救济，适用前者须解析不当得利中受益者之善意或恶意对返还范围是否存在影响，适用后者须对侵犯之客体、共同侵权之判定、权利行使之时间等进行详细分析。二者在规范意旨、构成要件、返还（赔偿）范围、举证责任等方面仍存在差异，且两种请求权为竞合关系，故当事人可以根据实际情况择一适用。另外，因离婚损害赔偿之性质属于“离异损害赔偿”，现《民法典》婚姻家庭编在保留可请求离婚损害赔偿的四种情形之基础上增设兜底条款，因此，对于因欺诈性抚养导致婚姻破裂的离婚案件，未来有望被纳入离婚损害赔偿中的“其它重大过错”中，并通过离婚损害赔偿对欺诈性抚养中的无过错方进行进一步救济。

关键词：欺诈性抚养；不当得利；侵权责任；离婚损害赔偿

本文首发于《兰大法律评论》2020年第1辑，为阅读方便，脚注从略。

正文

一、问题的提出

欺诈性抚养并非婚姻家庭领域的新现象,其自婚姻家庭产生之始便已存在,于现代社会更是屡见不鲜。有数据显示,在1991年-2007年间,全国涉及“亲子鉴定”的案件不足60件,2010年之后数量上升较为明显,增加到100例以上,2015年数量达到高峰为2406例。这表明欺诈性抚养出现的可能性增加,而欺诈性抚养无疑会使得被欺诈一方权利受损,对于被欺诈一方该如何救济成为实践中需要予以明确的问题。

凡有权利侵害必应予以救济。欲对欺诈性抚养中被欺诈一方予以救济,首先,须明晰“欺诈性抚养”的内涵。在传统观念里,欺诈性抚养中抚养的对象仅指婚姻关系存续期间所生的非婚生子女。随着人们观念的转变,婚前同居、奉子成婚、甚至婚前产子等情况日渐增多,那么对于婚前怀孕或生子而后结婚的情形是否应纳入呢?欺诈性抚养的主观状态应限制为明知还是包括重大过失?其次,对于欺诈性抚养的性质,理论上存在无因管理说、行为无效说、不当得利说和侵权行为说,须对此进行检视。再次,一般而言,主流观点倾向于将欺诈性抚养认定为侵权行为,若经分析确是如此,那么被欺诈一方所得之救济将限定为侵权责任请求权。如此,侵权责任义务主体为谁?侵权之客体为何?请求权请求的范围为何?婚内能否主张该侵权责任?此外,除了侵权责任理论,被欺诈抚养是否便不符合其他请求权之构成?譬如不当得利能否实现对被欺诈人之救济?

最后,《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)仍采纳了《婚姻法》第四十六条的离婚损害赔偿的规定,但是除了保留原有离婚损害赔偿的四种法定情形外,又增设了其他重大过错的兜底条款,那么,欺诈性抚养是否能被纳入其他重大过错的情形?须得先对离婚损害赔偿之性质进行研究,并在此基础上,探讨欺诈性抚养是否符合离婚损害赔偿中其他重大过错之情形。若属于其他重大过错,仍须讨论侵权损害赔偿与离婚损害赔偿之关系,二者共同适用还是排斥适用?本文将试对以上问题一一进行分析。

二、欺诈性抚养的基本内涵与法律定性

(一) 欺诈性抚养的基本内涵

婚姻家庭领域中特殊亲属间法定的照顾义务,体现为长辈对晚辈之抚养,同辈者之间的扶养,晚辈对长辈的赡养。其中,抚养是指父母为子女提供经济上和生活上照料的法定义务,体现为提供子女的生活费、教育费、医疗费等必要费用。本文所讨论的欺诈性抚养指的是非生父对未成年子女抚养的情形。

对于欺诈性抚养的概念内涵,有学者认为,欺诈性抚养关系是指在婚姻关系存续期间乃至离婚之后,妻子在明知婚姻关系存续期间所生子女并非婚生子女,仍采用欺诈手段声称婚生子女,而使丈夫承担对该子女的抚养义务。该关系产生于非婚生子女否认之后,亦可产生于非婚生子女认领之后。欺诈性抚养的义务主体仅限于生父母,主观心理状态限定为故意。另有学者认为,欺诈性抚养是指不论是否在婚姻关系存续期间,关系人双方中的一方明知或应知该期间所生子女与另一方并无血缘关系,仍使其相信该子女为其亲生子女而为抚养。存在将第三人纳入的观点。对于过错的主观心理状态,认为应将重大过失涵盖在其中。不论具体如何表述,其核心在于一方在另一方的欺骗下,对于非亲生子女进行了事实上的抚养,但对于欺诈性抚养发生时间、欺诈主体、欺诈者的主观心理状态存在不同理解。

本文认为欺诈性抚养须符合以下特征:其一,欺诈性抚养的主体应为生父母。此外的第三人并不具有法定扶养义务,因第三人欺诈使另一方权利受损属于普通的民事主体间关系,依据一般的民法理论便可加以解决。其二,欺诈性抚养的欺诈一方的主观状态应仅包括故意。顾名思义,欺诈须是一种故意使他人陷入错误认识的恶意主观状态,即明知子女并非对方之亲生,仍欺骗或隐瞒真相使得对方陷入该子女为己出的错误认识,并实施了抚养行为。若因一般过失与重大过失即其应知但是不知,抚养一方仅构成错误抚养,而不属于欺诈抚养。其三,欺诈性抚养中被欺诈的男方事实上对非亲生子女进行了抚养。若其根本未对非亲生子女进行事实上的抚养行为,则难言属于欺诈性抚养。其四,欺诈性抚养发生在婚姻关系存续期间。

但是女方的怀孕时间与子女的出生时间并不要求在婚内，传统观点认为该子女须是在婚内所生，但是基于现代社会婚前同居及婚前性行为日益多发，奉子成婚甚至产子后成婚亦不罕见，欺诈性抚养的内涵也应作调整。

因此，本文所讨论的欺诈性抚养内涵为：在婚姻关系存续期间乃至离婚之后，妻子明知子女并非婚生子女，仍单独或串通子女生父，采用欺骗或隐瞒真相的手段使其丈夫陷入错误认识，认为子女为自己亲生并承担对该子女的抚养义务。

（二）欺诈性抚养的法律定性

对欺诈性抚养之法律定性，决定了其所能寻求之救济基础。而对于欺诈性抚养的法律定性，理论上存在不同观点，以下将对此进行检视：

1. 无因管理说

无因管理，是指没有法律规定或约定的义务，为避免他人利益受损而为其管理事务。构成无因管理需满足以下要件：其一，行为人在客观上实施了为他人管理事务之行为；其二，管理人主观上须具有为他人管理并为人谋求利益的意思；其三，管理人对他人事务进行管理并没有法定或约定的义务。支持欺诈性抚养属于无因管理行为的观点认为，欺诈性抚养中的被欺诈一方对子女并无法定的抚养义务，客观上也实施了对他人事务进行管理的行为，符合无因管理“缺乏法律上的原因而代行他人之职”的事实外观。该说为台湾地区民法所采用，无法定抚养义务者实际上进行了抚养，构成无因管理之行为，具有法定抚养义务者应当返还其支付的抚养费。

2. 行为无效(可撤销)说

在《民法通则》第五十八条第（三）项规定受另一方欺诈做出的民事法律行为无效的背景之下，该观点认为民事法律行为应当是当事人真实的意思表示，一方以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下所为的行为是无效的民事行为，民事行为被确认无效后，当事人因该行为取得的财产应当返还给受损失的一方，有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，其法律后果为恢复原状，具言之便是返还抚养费。实践中有法院直接采用此观点，认为在欺诈性抚养中，被欺诈一方不具有法定抚养义务，其在婚姻关系存续期间支付的抚养费是基于相信子女为自己的亲生子，其对非亲生子的抚养是一种违背其意志的无效民事行为，故其所支付的抚养费应由女方予以返还。《民法总则》第一百四十八条将受对方欺诈作出的民事法律行为规定为可撤销行为，若仍使用该观点，则应将欺诈性抚养相应修正为可撤销行为。

3. 不当得利说

不当得利是指没有法律根据取得利益而使他人受损的事实。比较法上，德国及日本皆将此种情况下无抚养义务的人支出的抚养费归属不当得利。有抚养义务的生父母应当返还不当得利于无抚养义务人。在欺诈性抚养关系中，被欺诈人对非亲生子女无法定的抚养义务，而其在受蒙蔽之情形下为实际上具有法定抚养义务人履行了抚养义务，其财产因此受损；而使得有法定抚养义务之生父母的财产消极增加，符合不当得利之构成要件。

4. 侵权行为说

该观点认为欺诈性抚养的行为是欺诈一方采取欺诈手段，使得配偶另一方相信该子女为其亲生并为之支付抚养费。欺诈一方实施了欺骗或隐瞒子女并非配偶一方亲生的行为，被欺诈一方财产或者人身权益因此遭受不利影响，欺诈抚养一方的欺诈行为与被欺诈一方的损害结果之间存在因果关系，且欺诈人主观上存在故意，符合一般侵权行为的构成要件。欺诈性抚养属于侵权行为这一观点被学者广泛采纳。

上述四种学说观点堪为推敲：“无因管理说”在构成要素层面凸显了被欺诈一方非基于法定或约定义务而对他人事务进行管理的客观特征，但受欺诈一方并没有为他人抚养孩子的意思，这与无因管理的主观状态不符。再者，于权利救济层面，受损权益状态的回复也仅局限于既已支出抚养费用的返还，难言精神损害之补偿。

“行为无效(可撤销)说”值得思索之处在于：其一，亲属法或言婚姻家庭领域的行为在法律适用上与民法总则是何关系？应当认为，婚姻家庭领域的行为优先由相关专门法律调整，婚姻家庭法有特别规定的事项，可排斥《民法总则》的规定；若未作规定，应类推适用婚姻家庭法中可供参照之规定；若仍无规定，直接适用民法总则是否妥当亦尚有讨论的空间。举例言之，《婚姻法》中可撤销婚姻的事由仅限于“胁迫”一种，《民法典》第一千零五十三条增加了“一方婚前隐瞒重大疾病”的情形。此时，《民法总则》中有关“重大误解、欺诈、显失公平”法律行为可撤销的规定并不宜直接适用于婚姻家庭领域。尽管对欺诈性抚养行为之效力尚未作出规定，但涉及家庭成员之间的身份关系与法定义务问题，应认为在《婚姻法》未

明确规定其为无效或可撤销之时，不应援引民事法律行为理论予以解释及适用。其二，即使欺诈性抚养适用《民法总则》之规定而被认定为无效或者可撤销，但事实上的抚养行为是被欺诈一方对子女作出的，而欺诈行为由子女生父母作出，我国法律并不认可双方之间的民事法律行为可因第三人之欺诈而无效或可撤销，除非对方知道或者应当知道该欺诈行为，否则在欺诈性抚养中并无可适用之空间。

“不当得利说”的观点立足于构成要件的分析，欺诈性抚养中受欺诈方并无法定抚养义务而对欺诈方与他人之子女予以抚养，对其而言是可支配财产的“积极减少”，而对于有法定抚养义务之人，因其部分或全部抚养义务得以免除，由此构成所支配财产的“消极增加”，符合不当得利“一方无法律上的依据获利，另一方受有损失，且二者之间存在因果关系”的构成要件。不支持此观点的学者认为，虽然不当得利可能产生于事件，也可能产生于行为，但是其本质上均与人的意志无关，受益人的主观状态不影响不当得利的成立。不当得利之债旨在纠正受益人之“得利”，核心为调整受益人无法律原因的财产利益变动，而非制裁。欺诈性抚养中的欺诈一方具有强烈的恶意，该主观状态是成立欺诈性抚养的必备要件之一，因而也是适用法律对其进行价值评价时不可忽视的考量因素。若将欺诈性抚养定性为不当得利，则未对欺诈人的恶意进行评价。且若应用不当得利制度救济欺诈性抚养中的受损方，会使得欺诈方仅需返还其受领之利益，不利于弥补欺诈方所遭受之损害。

笔者认为，是否能够采用某种方式进行救济，取决于是否满足该救济方式所必备的构成要件，在成立不当得利的情形下，当事人自然有权利选择适用。另一方面，不当得利制度并非不包含对受益人的价值评价。一般认为，在不当得利返还范围的认定上，若受益人主观为善意，则其返还义务以现存利益为限，若已然不存在现存利益，则无须承担不当得利的返还义务；相反，在受益人主观状态为恶意的情况下，即使不存在现存利益，受益人亦无法被免除返还不当得利的义务。从返还范围的相关规定来看，该制度已然包含了对当事人主观状态的合理评价。故欺诈性抚养成立不当得利并不存在理论上的刚性障碍。

“侵权行为说”观点论述了欺诈性抚养符合侵权行为之特征，又兼法律定性为救济方式的择取提供索引，根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条第2款，违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或其他人格利益，受害人以侵权向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。如此，“侵权行为说”在受欺诈方权益的补完方面显然更为周到与全面。

如上论述，笔者赞成欺诈性抚养构成侵权，并符合不当得利之要件，由此便生发出下文所进一步探讨的“不当得利返还请求权”与“请求承担侵权责任”两种救济路径。

三、欺诈性抚养构成不当得利与侵权责任竞合

（一）依据不当得利路径救济

被抚养人非抚养人之亲生子女，被欺诈一方对非亲生子女并无抚养的义务，根据我国关于不当得利之规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当得利返还受损失的人。在婚姻关系存续期间用共同财产抚养子女，无法定义务一方必然遭受经济利益损失，从而使得具有法定抚养义务的一方从中获得不当利益。因此，欺诈一方应当返还被欺诈方因抚养非亲生子的损失。

如前文所述，在成立不当得利的基础上，又以区分不当得利受益人之主观状态来确定不当得利的返还范围。若受益人对得利之事实为“善意”则返还范围仅以现存利益为限，若受益人的主观状态为“恶意”，则并不以现存利益为限对受损方负有返还义务，此时受益人须返还之范围不仅包括受领时所得利益，还包括基于该利益所生之利益。那么欺诈性抚养中，一方之善意与恶意在返还范围上有何差别呢？应当认为，欺诈性抚养中的利益为“未支付的抚养费”，该利益是欺诈一方财产“消极减少”的部分，亦为现存利益。因此，无论生父母主观状态为善意抑或恶意，其返还范围皆是消极减少部分，即全部的抚养费。

依不当得利之路径对当事人进行救济的优势在于，其一，当生父并不存在欺诈行为时，被欺诈一方主张返还的对象不仅限于实施欺诈行为的配偶，亦可以依据不当得利请求权请求生父承担返还抚养费之责任。其二，不当得利的判别依据仅在于其获利是否有法律上的原因，成立与否与获益人是否具有违法性和可归责性并不相关，因此受欺诈方依据不当得利向欺诈人主张权利无须证明其主观状态。但是，依据不当得利请求权主张权利也存在其局限性，即仅在得利与损害相当时，当事人可以通过请求不当得利返还而使自身

权利得到满足。而在欺诈性抚养的情况下，被欺诈一方除了财产遭受损失，其精神受到严重打击亦会产生精神损害的问题。在精神损害赔偿方面，则无法通过不当得利得到救济。

（二）依据侵权责任路径救济

依据侵权责任路径对欺诈性抚养中被欺诈一方进行救济，须对欺诈性抚养中侵权的客体进行分析，即欺诈性抚养究竟侵犯了被欺诈一方的何种权利？另外，实施欺诈行为的配偶一方是否与子女之生父构成共同侵权？在此基础上，仍须讨论欺诈性抚养的损害赔偿范围问题。如若欺诈性抚养中侵权人的侵权责任已成立，责任范围亦已明晰，那么被欺诈方在何时可以向侵权人主张权利？

1. 欺诈性侵权客体之再审视

侵权法保护之客体为民事权益，民事权益包括民事权利和民事利益，民事权利为法律所确认之权利；民事利益，指虽未经法律明文规定为权利，但是也受到私法上一定程度之保护的利益，包括人身利益与财产利益。对于欺诈性抚养的侵权客体，有观点认为属于财产侵权行为，受欺诈一方可以请求损害赔偿；有学者认为欺诈性抚养侵害被欺诈一方的亲权；亦有学者认为，欺诈性抚养损害的是被欺诈人的抚养利益，体现为对人格尊严的侵害，侵犯当事人之一般人格权，在一些案件中或附带被欺诈人的生育权、名誉权、配偶权等。

其一，欺诈性抚养侵犯财产利益。在当今社会，抚养一个孩子成长，往往需要耗费巨大的财力。欺诈性抚养的法律后果为受欺诈一方为非亲生子女支付了抚养费，侵害的是财产权，受欺诈方的财产因此遭受直接损失，故欺诈性抚养关系实质上是被抚养子女生父母对受害人的财产侵权行为，应承担民事侵权责任。有学者认为受欺诈抚养的财产损害不仅包括对非亲生子女的抚养费等支出，还包括利息与合理增值的部分。但从司法实践来看，法院一般仅认同欺诈性抚养侵害了被欺诈方的财产利益，并基于此支持被欺诈方的抚养费返还请求权，对于抚养费利息或增值部分赔偿请求的支持却极为少见。

其二，欺诈性抚养侵犯被欺诈一方之亲权、配偶权等身份权。

亲权属于身份权，基于父母子女之间的身份产生，对父母而言，其意味着对未成年子女享有管教、监护等与未成年人子女之成长密切相关的身份权益。域外立法中不乏对亲权之规定，我国虽无明确规定，但仍可从散见的条文中窥得，如抚养权、监护权、继承权等规定。亲权建立在父母子女间血缘关系的基础上，随着子女的出生而自然产生。在欺诈性抚养的案件中，“父亲”受欺诈抚养的是非亲生子女，其作为亲权人在抚养子女过程中的身份利益遭受侵害，亲权中的抚养利益体现着亲权人之尊严。

欺诈性抚养亦侵犯了配偶权。配偶权是夫妻双方因婚姻而成立的以互相忠诚为内容的权利。配偶权是一种身份权，夫妻双方之间互为配偶，系于婚姻存续期间夫对妻以及妻对夫的身份权利。质言之，配偶权是基于夫妻双方之间的特殊身份而享有的身份权。夫妻间的权利可以分为基于普通的民事主体地位所享有的权利，和基于婚姻关系而产生的特定的民事权利，这种权利来源于夫妻间的亲属身份与共同生活。过去我国立法上未明确规定配偶权，但有学者基于《民法总则》第一百一十二条关于婚姻家庭关系的规定新增“人身权利”的表述，认为这是我国首次在立法上明确规定夫妻身份权，即配偶权。配偶权的权利内容体现为财产方面以夫妻间对财产的给付或处分为内容的家事代理权，互相扶养、互相继承权；伦理性的配偶权以夫妻间基本道德准则为内容的身份权，如同居义务、忠实义务等。欺诈性抚养一方若在婚内与他人通奸并怀孕生子，便是违反了夫妻之间的忠实义务，侵犯了另一方的配偶权。

其三，欺诈性抚养侵犯受欺诈一方的一般人格权。依《侵权责任法》之规定，侵权法调整客体中的民事权益既包括生命权、健康权、名誉权等具体人格权，亦包含其他人格权益。其他人格权益又称作一般人格权，是与具体人格权相对的概念。一般人格权，作为相对于具体人格权而言的一个概念，是指民事主体基于人格独立、人格自由、人格尊严全部内容的一般人格利益而享有的基本权利，欺诈性抚养中被欺诈一方长期抚养非亲生子女，待到发现子女并非己出必然感到人格尊严受损，其一般人格权遭受侵犯。一般人格权作为欺诈性抚养的精神损害赔偿之请求权基础较为合理，且不会因使用尚未明确规定的权利而使司法裁判的权威性受到质疑。实务中，法院也多支持欺诈性抚养侵犯一般人格权之观点。

其四，欺诈性抚养不构成对生育权、名誉权的侵犯。

欺诈性抚养未侵犯生育权。生育权本身的性质尚未明确，但一般认为生育权是一种人身权，与人身紧密相连，其不以直接的财产为内容，客体为法定的人格利益，属于人格权之范畴。生育权的权利内容包括生育请求权、决定权、生育方式选择权等。在欺诈性抚养中存在侵犯生育权之可能，即受欺诈方误认为自身所养育子女为亲生而放弃了其他的生育机会，使得其知晓自身实际上是受欺诈为他人代养孩子而并无子嗣时，可能已无生育能力或已错过最佳生育期。实践中还有当事人提出虽与妻子育有一女，但因欺诈抚养

非婚生儿子而放弃了继续生育的机会,也是侵犯生育权的行为,这与我国传统观念中养“儿”传宗接代,养“儿”防老,“儿女双全”的观念有关。被欺诈一方认为自己因欺诈性抚养放弃了生育,属于生育权被侵犯,但是实际上生育仍须另一方之同意,女方仍享有决定生育或者不生育之权利。女方实施欺诈行为其中隐含着自己对是否再次生育的决定,虽欺诈抚养存在恶意,但其不同意生育系行使自己不生育的权利,难言放弃自己的生育权造成对对方生育权之侵害。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法司法解释(三)》)中,也仅将生育纠纷视作感情确已破裂的表现之一,仅以侵犯生育权为由请求赔偿,法院并不予以受理。

欺诈性抚养并未造成名誉权的毁损。名誉是一种广泛社会意义上的综合性评价,就自然人而言,其内容通常涉及品德、才干、声望、信誉、形象等方面。名誉权既可内化为自身的名誉感,亦外在表现为社会对个体名誉的客观评价。构成名誉权侵权须满足四个条件:一为侵权人客观上实施了侮辱、诽谤等行为,并为第三人知悉;二为行为人主观上有过错;三为被侵害的对象应当是特定的人;四为侵权人的行为与受害人的客观社会评价降低之间存在因果关系。本文认为欺诈性抚养不构成对名誉权之侵害。就侵权行为而言,欺诈一方客观上并未对另一方实施侮辱诽谤之行为;就主观状态而言,亦无使对方社会评价降低之恶意;从因果关系角度而言,侵犯名誉权之核心在于社会评价降低,一方面要确定特定侵权行为有一定的影响范围,欺诈性抚养并不必然为公众所知悉,即不会导致社会评价降低的后果;另一方面对社会评价是否降低采取推定的方式,即评判特定行为是否导致一般人对特定人的评价降低,即该种评价在一般人的常识范围内。欺诈性抚养中被欺诈一方属于受害人,从社会观念来看是值得同情的一方,并不会因为配偶一方的过错行为使得自身的社会评价降低。

2. 欺诈性抚养是否属于共同侵权之认定

共同侵权行为是指二人以上共同侵害他人的合法权益,依法应当承担连带赔偿责任的侵权行为。在欺诈性抚养中,欺诈一方一般为生母,其若采取欺诈手段使另一方产生错误认识而对非亲生子女进行了抚养造成了损失,自然构成侵权。那么生父一方是否构成共同侵权呢?对此,江苏高院根据欺诈行为的实施主体来判断侵权主体,若子女的生父与女方通谋作出欺诈行为,则双方构成共同侵权,依据《侵权责任法》之规定,应当承担连带赔偿责任。且被欺诈一方对被起诉被告享有选择权,若其仅起诉女方,法院不必依职权追加子女生父为共同被告。

本文认为,对生父母是否构成共同侵权的问题,理应视情况而定。若子女的生父与子女生母一同实施了欺诈行为,则二者之行为构成共同侵权,生父母应承担连带赔偿责任。若生父对于孩子的身世或欺诈性抚养完全不知情,则其主观上并不存在过错,此时仅为生母一方的欺诈行为,孩子的生父不具备侵权的过错基础,不构成侵权,更不构成共同侵权。此时,受欺诈一方无法向生父主张侵权责任,可单独对实施欺诈行为的女方提起侵权之诉,但并不意味着受欺诈方无法向非亲生子女之生父主张任何权利,因其事实上代生父履行了法定的抚养义务,使之没有法律上的依据而获利,故仍可依据不当得利向其主张返还其应支付的抚养费。

3. 欺诈性抚养的损害赔偿范围

(1) 抚养费返还责任

返还财产与赔偿损失是承担侵权责任的典型方式。在欺诈性抚养中,欺诈一方首先应承担返还抚养费的责任。抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。在进行计算时,医疗费与教育费尚且易于举证与计算,但是生活费与夫妻关系存续期间的其他各项费用掺杂在一起,单独按项计算不切合实际,因此可以参照受诉法院所在地的平均生活水平和抚养年限进行计算。另外,可参照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》之规定。因此,在抚养费的返还问题上,应首先尊重当事人的意思自治,欺诈方与受欺诈方若能对抚养费的返还数额达成一致,则法院可依据二者协商之数额直接判决予以返还;若二者对抚养费返还数额无法达成一致,则由受欺诈方对其为抚养子女所支出的合理费用进行举证。在夫妻共同财产制度下,因抚养费为夫妻共同财产,故返还范围应为被欺诈方所举证之支出费用的一半;因日常家庭支出的零碎性与混合性,当事人往往无法对于抚养费进行详细举证,此时则可以按照当地城镇居民可支配收入的平均水平结合抚养年度进行综合考量。

(2) 精神损害赔偿

欺诈性抚养中,受欺诈方将非亲生子女当作亲生子女养育,在此过程中不但支付了抚养费,亦倾注了大量的精力与情感,当其发现实际遭受了另一方的欺骗与蒙蔽,为其他异性养育子女多年,将会对其带来严重的精神痛苦。我国法律规定精神损害的责任承担方式包括停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉

与支付精神抚慰金等。在被欺诈一方受欺诈已成既定事实的情况下,确定精神损害赔偿,是抚慰补偿被欺诈一方的必要手段。其中,精神损害赔偿的赔偿范围是较难衡量的问题。在《最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚养费的复函》(下文简称《复函》)中并未提及精神损害赔偿问题,但在司法实践中,给予欺诈性抚养中受欺诈一方以精神损害赔偿已成通常做法。从法院的判决结果来看,由五千元至十万元不等,多为一万元至五万元之赔偿。

精神损害赔偿具有补偿、抚慰功能。一方面通过给付金钱使被侵权人借此取得替代性的欢愉,从损害事故的阴影中走出来,重新开始生活,起到补偿之功效;另一方面,精神损害赔偿可以体现法律伸张正义的精神,消除受害人的报复念头,起到抚慰功能。因此,对于被欺诈一方精神损害赔偿的具体数额应综合多方面进行考量,与侵权人的过错程度相适应,与受害人的痛苦程度相匹配,与受欺诈一方实际抚养子女之年限相结合,并考虑双方当事人及当地的平均收入水平。

4. 欺诈性抚养侵权责任可在婚内主张

探讨欺诈性抚养的侵权责任能否在婚内主张,须解决婚内是否可以主张侵权请求权的问题。婚内侵权是指夫妻及婚外第三人侵犯另一方配偶之权利的行为。学理上存在肯定婚内侵权与否定婚内侵权两种观点,其中婚内侵权肯定说逐渐占据主流地位。从制定法的角度来看,我国《民法总则》并未对婚内侵权作出规定,《侵权责任法》中亦未将双方存在夫妻关系作为特别规定。仅有《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(下文简称《婚姻法司法解释(一)》)规定,对于当事人依据《婚姻法》第四十六条提起离婚损害赔偿必须以离婚为前提条件。

部分学者认为该司法解释否认了婚内侵权行为;有学者认为该条仅是对《婚姻法》第四十六条所规定的特定情形限制了婚内侵权请求权;亦有学者认为该解释并未禁止婚内侵权请求权。持否定说的主要理由不外乎:配偶一方在婚内请求对方承担侵权责任不利于夫妻关系的和谐;我国婚姻家庭财产关系一般为共有制,即使主张婚内侵权仍无法得到执行;婚内侵权属于婚姻法规制范畴应由道德加以管控。肯定说之理由包括:婚内侵权本质上属于侵权的一种,只因夫妻关系而剥夺受害人婚内请求对方承担侵权责任的理由并不充分;婚内侵权难以完全通过道德加以调整,侵权法应予以干预;夫妻之间为平等的民事主体,侵权之诉不应受婚姻关系之牵制;我国并未承认婚内侵权豁免原则。

就欺诈性抚养这一具体问题来说,能否在婚内主张欺诈方之责任,仅有《复函》支持离婚后给付的抚育费,受欺骗方要求返还的,可酌情返还,但对于夫妻关系存续期间受欺骗方支出的抚育费用应否返还并未作出明确答复。

笔者赞同肯定说,婚姻关系固然具有其特殊性,因此在法律适用时应首先适用《婚姻法》之规定,但我国《婚姻法》第四十六条仅规定了四种情形下离婚中无过错方可以主张损害赔偿,无法满足对于被侵权人之救济。而婚内侵权满足侵权法之一般构成要件,婚内侵权损害赔偿难以执行并不排斥侵权责任的产生。况且侵权责任的承担方式并不限于赔偿责任,还包括赔礼道歉等,通过主张赔礼道歉之责任承担形式使双方心中芥蒂化解,更有利于夫妻关系的长久稳定。对于婚内侵权责任执行问题,我国配偶双方可以约定婚内财产制度,并不必然为夫妻财产共有制;且即使法定财产制为共有制,仍不排除有婚前个人财产的存在。另外,可以通过主张“重大理由”分割共有物、婚内分割共同财产等途径加以解决。

(三) 不当得利返还请求权与侵权责任请求权之竞合

就我国现行法而言,一方面,《侵权责任法》的侵权责任中存在返还财产这一责任承担形式,基于侵权的得利返还实际上与基于不当得利的返还请求权难以作出区分。另一方面,在不当得利返还请求权与其他请求权之关系上存在争议。理论上一般存在辅助说与竞合说,也有极少数学者提出聚合说。辅助说的观点认为不当得利请求权不具有独立的地位,仅是一种辅助性权利。因此,其与其他请求权也不存在竞合之问题,在无法通过其他请求权得到足够救济或无法救济时,才得以通过不当得利请求权予以辅助。就辅助说而言,又分为绝对辅助说与相对辅助说,前者即不当得利对一切请求权均仅有辅助性,后者为只对特定请求权具有辅助性,在不当得利请求权与侵权责任请求权竞合时,请求权人可以择行行使。《意大利民法典》立法中明确规定不当得利的辅助性。竞合说认为不当得利请求权具有独立的请求权地位,当与其他请求权并存时,请求权人可以自由选择。我国台湾地区及德国在立法上即采用此种立场。聚合说学者提出考虑到充分救济当事人权利,在因同一事实符合多个请求权时,应考虑多个请求权并用。即便在请求权竞合的情况下,若通过使用一种请求权无法使请求权目的完全实现,仍然可以累积适用其他请求权。

我国学者多赞成采用竞合模式。即当事人可以自行选择行使何种权利,但是当事人一旦选择了其中一种,即使通过该种请求权未能实现救济目的,也不可在二审或是再审中重新选择行使另一种请求权。司法

解释亦予以认可。本文赞同侵权请求权与不当得利请求权为竞合关系,在欺诈性抚养的情形下,既符合不当得利之构成要件,亦符合侵权之构成要件。即基于欺诈性抚养这一法律事实,产生侵权行为之债与不当得利之债,当事人可以择一适用。

侵权责任请求权与不当得利返还请求权均是立足于公平正义之理念,然而二者在规范意旨、构成要件、举证责任等方面仍存在差异。在规范意旨方面,侵权损害赔偿以完全赔偿为原则,包括物质损失与精神损害。对于损害的认定采取差额说,即侵权行为发生之前与发生之后受害人财产状况之差额。不当得利仅以填补损害为目的,填补之范围不包括精神损害。因此侵权损害赔偿请求权保护更为全面。但并不意味着侵权责任在任何情况下都优于不当得利返还请求权。在构成要件与举证责任方面,采用不当得利返还请求权并不需要受益人主观状态为恶意,受益人主观状态仅影响不当得利的返还范围,而前文已论证,因欺诈性抚养中受益人所得利益为“未支付抚养费”,这一利益既是受益方之所得利益,亦是现存利益。受益方之善意恶意对返还范围并无实质影响。因此,受损一方可免于对方之恶意进行举证。另外,在生父不存在欺诈行为时,实施了抚养行为的一方仍可通过不当得利返还请求权请求其返还抚养费。

从私法自治的角度,在同时符合侵权责任请求权与不当得利返还请求权的行使条件时,法院应当尊重当事人之选择,允许当事人择一适用。

四、欺诈性抚养可请求离婚损害赔偿之证成

现行《婚姻法》第四十六条规定因重婚、有配偶与他人同居、实施家庭暴力和虐待遗弃家庭成员的离婚案件中,无过错方可以请求损害赔偿。而《民法典》婚姻家庭编在保留《婚姻法》所规定的可以请求离婚损害赔偿的四种情形外,又增设了一项“有其他重大过错”的兜底条款。那么,在离婚的情况下,受欺诈而抚养非亲生子女的一方能否请求离婚损害赔偿以寻求救济呢?

欲解决这一问题,首先须明确离婚损害赔偿请求权属于何种性质之权利,其行使之条件如何,与侵权损害赔偿请求权的关系如何。

(一) 离婚损害赔偿请求权之性质

1. 离婚损害赔偿请求权之性质应为离异损害赔偿

理论上多有观点认为《婚姻法》所规定的损害赔偿属于离因损害赔偿。即当离婚的主要原因是夫妻一方的侵权行为时,另一方在离婚时可以请求就因侵权行为所产生的损害进行赔偿。亦有观点认为,我国《婚姻法》所规定的离婚损害赔偿应属于离异(离婚)损害赔偿。即离异本身形成对另一方的损害。二者之区别在于,前者是配偶一方的过错行为给对方造成之损害,后者是离婚本身给另一方造成之损害。

支持我国《婚姻法》第四十六条属于离因损害赔偿的学者的主要理由有:我国离婚损害赔偿的法定情形中不仅仅包括夫妻之间之关系,第四项之虐待、遗弃家庭成员的对象并不限于配偶双方,还包括其他家庭成员,因此该权利基于侵权产生。

赞同离婚损害赔偿属于离异损害赔偿的主要观点在于:首先,从我国《婚姻法》第四十六条之文义来看,着重使用“导致离婚”的表述,可见离婚本身才是导致赔偿的原因。详言之,即配偶一方的过错系导致离婚的原因,但离婚本身构成赔偿的原因,所规定的法定情形只是一方有过错的具体表现,为承担离婚损害赔偿的主观要件。

本文认为我国的离婚损害赔偿不属于离因损害赔偿。其一,前文已论证过我国并不排斥婚内侵权责任,因此便难以解释为何夫妻间一般性的侵权行为可以主张婚内侵权,相反当配偶一方的行为达到重大过错,对夫妻双方感情造成严重影响的情况下,反而忽视对受害方的救济,堵塞其主张婚内侵权的救济途径;其二,若认为离婚损害赔偿是一种侵权责任,仅是在离婚时对该侵权行为加以救济,那么为何要求另一方当事人为无过错方呢?侵权责任适用损益相抵,其成立仅需符合侵权之一般构成要件即可,另一方的主观状态仅能作为责任减轻或免除之事由。对被侵权一方主张权利之条件限定得如此苛刻,仅以维系家庭稳定和谐之需要的理由恐难以成立;其三,若将其视为因侵权产生的离婚损害赔偿请求权,难以解释为何将虐待、遗弃家庭成员纳入离婚损害赔偿的保护范围,此种情形下依赖侵权责任予以解释,则请求离婚损害赔偿的主体甚至包括家庭成员,另一方面也不属于对无过错方的侵权行为。

因此,本文认为“离异损害赔偿”的性质认定更为合理。离异损害赔偿请求离婚损害赔偿的基础在于过错一方的行为导致离婚对另一方配偶造成了损害,但并非任何一种过错行为导致的离婚都应当赔偿,因此《婚姻法》对可以请求离婚损害赔偿的方式限定在四种法定情形,并且以解除婚姻为条件。这也更符合《婚姻法司法解释(三)》第十七条“夫妻双方均有婚姻法第四十六条规定的过错情形,一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的,人民法院不予支持”之要义,因离异损害赔偿是对离婚本身的救济,故为专属于无过错方的权利。

关于离婚损害赔偿之范围,从财产损害的角度,因他方之虐待、遗弃及暴力等行为所受之损害为婚内侵权责任,应由侵权责任予以救济。因此判决离婚产生的财产上的损害几乎不存在,最多也仅包括为请求离婚而支付的离婚诉讼费用等。对于非财产上之损害,一方因离婚产生精神上之痛苦,可以请求赔偿相当的金额,但以受害人无过失为限。因此,离异损害赔偿的范围极为狭隘。

2. 离婚损害赔偿请求权与侵权责任二者并不冲突

有观点认为,在存在离婚损害赔偿请求权的法定情形下,当事人仅能依据《婚姻法》第四十六条在离婚时主张离婚损害赔偿请求权而不能提起婚内侵权之诉。主要理由在于,根据《婚姻法司法解释(一)》第二十九条之规定,当配偶一方存在《婚姻法》第四十六条之规定的法定情形时,无过错方配偶能且只能在离婚时或者离婚后一年内提起损害赔偿,侵权行为人的受害人不能在婚姻关系存续期间内请求侵权责任救济。笔者认为这是对《婚姻法司法解释(一)》第二十九条的错误理解,该观点之前提是将离婚损害赔偿之性质定性为离因损害赔偿,即侵权损害责任。在此逻辑前提下,该四种法定情形为婚姻法之特别规定,根据特别法优于一般法之原则,当然优先适用婚姻法之规定,因此该四种情形下只能在离婚时请求损害赔偿。但是在采离异损害赔偿的视角之下,因离婚损害赔偿是对婚姻关系破裂的赔偿,自然只能在离婚时提起,法院判决不予离婚的案件因为不存在离婚之事实,法院当然不予支持;婚姻关系存续期间因根本无离婚之事实,法院应直接不予受理,因此与制定法及司法解释并无违背之处,相反此种解释下逻辑更加贯通。

由此,侵权责任与离婚损害赔偿属于两种不同性质的权利,二者并不排斥适用。在司法实践中,北京高院即肯认婚姻存续期间遭家暴的受害人可以依据《侵权责任法》之规定主张婚内人身损害赔偿。并仍拥有在离婚诉讼中请求离婚损害赔偿之权利。

(二) 欺诈性抚养属于“其他重大过错”

有学者多年前即提出应扩大离婚损害赔偿的过错范围,具体措施为增加概括性规定“其他导致离婚的重大过错”,具体操作上由法官依据过错之情节与伤害后果进行确定。亦有学者对重大过错的类型予以梳理,并尝试将欺诈性抚养列入。从现行制定法角度来看,立法者为防止道德义务法律化,对离婚损害赔偿请求权适用情形予以了限制,采保守态度。在《婚姻法》第四十六条对离婚损害赔偿予以封闭性规定时,对其进行解释较为艰难只能运用目的性扩张等解释方法将其他情形纳入。而《民法典》婚姻家庭编增设兜底条款,意味着离婚损害赔偿不限于原先规定的四种情形,又因离婚损害赔偿在性质上属于离异损害赔偿,故该重大过错指的是对导致离婚这一结果具有重大过错,即欺诈性行为与离婚之间应有相当的因果关系。

从法的价值层面来看,秉承天理、国法、人情三位一体的价值追求和法制传统,考虑到婚姻家庭领域之讼争多含有情感诉求之成分,法律对于当事人权益的保护已不仅限于身份及财产利益,而应进一步延伸至当事人的人格利益、安全利益乃至情感利益。简言之,离婚损害赔偿是夫妻一方严重过错行为导致婚姻破裂的赔偿制度。将“欺诈性抚养”纳入可申请离婚损害赔偿的其他过错情形,至少具有三方面的价值:其一,秩序回溯价值。参考既已列明的四种过错情形,无一不显著扰乱了健康的婚姻家庭秩序,“欺诈性抚养”情形亦然,藉由离婚损害赔偿制度以作机能丧失秩序之终结与清算,有助于开启新一轮的婚姻家庭结构之重组,同时也彰显了法律适用的系统性与统一性。其二,权益弥补价值。通过赋予婚姻中无过错的受欺诈方请求补偿的权利,责令有过错的欺诈方对侵害配偶合法权益的损害后果承担赔偿责任,使双方的权利义务关系趋于平衡,达到填补受欺诈方的财产损失、抚慰其所受精神创伤之目的。其三,归正引导价值。唯有将“欺诈性抚养”归入可申请离婚损害赔偿的其他过错情形之范畴,方能直观体现出法律对“欺诈性抚养”的否定性评价,重申法不违公序良俗之本旨。

从权利属性的角度来看,考察其他几种法定行为之规定,家庭暴力和虐待遗弃行为侵害的是人身权和抚养请求权并无疑义。而对于重婚、有配偶与他人同居侵犯的客体,我国大陆大多学者认为侵犯的是配偶权,就配偶权的理解又有广义狭义之分。广义上的配偶权泛指夫妻之间人身权、财产权等一切权利之集合,狭义的配偶权则仅指基于配偶身份之确立而产生的权利,其核心为性权利,即配偶一方对另一方的性的独占权,相应负担着对对方的忠实义务。《婚姻法》规定了夫妻间具有忠实义务,若一方因违反该法定义务

而使婚姻关系破裂,可以认定有过错一方应承担责任,将欺诈性抚养的行为纳入离婚损害赔偿之保护范围,具有保护客体的一致性。

从社会一般观念来看,婚姻是指男女双方以终身共同生活为目的而建立的结合关系,夫妻共同生活又涵盖物质、精神、性等诸多方面。之所以将“性”独立于夫妻精神生活而加以列出,乃因在中国社会的主流观念中,性的专属性是婚姻和夫妻权利义务的本质之一。妻子一方因婚内通奸并且怀孕生育的行为,不仅强烈违反了性道德,更是对婚姻家庭秩序的公然破坏,过错行为严重影响到夫妻共同生活的基础。司法实践中,法院也通常认为欺诈性抚养行为不仅违反《婚姻法》第四条所设定的忠实义务,亦侵犯了被欺诈方的配偶权,对其造成巨大的精神压力与痛苦。另一方面,中国人自古以来注重血脉传承,而一旦发生欺诈性抚养意味着被欺诈方养育多年的子女与其并无血脉联系,对其心理之伤害不可谓不深重。且现行中国的家庭结构以三口之家、独生子女的家庭模式逐步取代大家庭模式,被欺诈者通常至多养育一至二位子女,故而欺诈性抚养案件中往往亦伴随着生育纠纷。《婚姻法司法解释(三)》亦肯定对于生育发生纠纷属于判断双方感情是否破裂的考虑因素之一,且与重婚或有配偶者与他人同居的,实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的,都属于调解无效的应准予离婚的情形。可见关于生育发生的纠纷致使感情破裂,是与重婚或有配偶者与他人同居的,实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员同样对于婚姻破裂有重大影响的行为。

我国现行《婚姻法》将无过错方的离婚损害赔偿请求权限定在四种类型之中在于这四类行为违背婚姻本意,使得婚姻家庭对于夫妻双方的互慰互助、未成年子女成长的稳定之功能受到严重冲击。欺诈性抚养严重违背婚姻伦理、破坏家庭秩序,给予无过错方沉痛的精神打击,使其直面“人财两空”的悲惨窘境,并最终导致了婚姻关系的破裂及家庭单位的解体,这与四种法定情形行为在过错方的主观恶性、无过错方的权益毁损以及离婚的结局后果上,如出一辙。再者,四种法定情形更集中地表现为对无过错方人格权之侵害,而少有或未直观体现出对其财产性利益的毁损,在这一点上,“欺诈性抚养”中的无过错方却遭受着财产及人格权的双重侵犯,比之四种法定情形,其恶劣之程度实可谓有过之而无不及,将其纳入《民法典》婚姻家庭编之离婚损害赔偿中的“其他重大过错”,符合离婚损害赔偿之立法目的。

五、结语

作为欺诈性抚养关系中的被欺诈一方,可以依据两条路径对自身权利加以救济,其一为通过主张不当得利返还请求权之路径,其二为依据侵权责任请求权之路径。二者在救济范围,可请求返还对象、举证责任等方面存在差异,当事人可以依据实际情况选择适用。当依据侵权责任请求权主张权利时,应当认为婚内侵权与一般侵权并无本质上的差异,为了维护家庭关系、婚内侵权仍无法得到执行等说辞并不能成为阻碍婚内主张侵权之理由;另外,《民法典》婚姻家庭编对于离婚损害赔偿请求权的法定情形增设“其他重大过错”的兜底条款,而欺诈性抚养属于严重破坏婚姻家庭秩序的行为,与其他四种情形的恶劣程度相当乃至已出其“右”,使得将其纳入到离婚损害赔偿请求权之救济范围成为可能。又因离婚损害赔偿请求权在性质上属于离异损害赔偿请求权,产生于婚姻破裂之事实,而非基于导致离婚的侵权行为本身所产生的请求权,故与侵权责任请求权并不排斥,与不当得利请求权亦能同时适用;除上述法律救济方式,在夫妻双方离婚情形下,《婚姻法》还规定了离婚经济帮助、离婚经济补偿等制度对双方之利益进行调整,但因其与本文讨论之核心并无太多关联,便不予论述。

夏伟 | 收买被拐卖的妇女、儿童罪定罪量刑规则研究

2022-05-23 夏伟 西南政法大学学报

<https://mp.weixin.qq.com/s/2pieLdL79FhpKhJoHIQZEw>

摘要:或囿于认知误区,或源于立法疏漏,刑法对收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑配置明显轻微。轻刑化的立法配置,使刑事司法在对收买被拐卖的妇女、儿童行为定性时广泛援引《刑法》第13条但书规定出罪,在有罪判决中频繁适用缓刑与免于刑事处罚规定,导致该罪呈现高无罪率与高非实刑率的态势。收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪的法益具有同质性,对该罪的轻刑化立法配置,是造成定罪量刑失衡与犯罪黑数高的重要原因。应当对本罪的立法与司法进行理性调适:在立法上,宜对收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑进行重新配置,参照拐卖妇女、儿童罪设置三档法定刑;在司法上,应当从严打击收买被拐卖的妇女、儿童行为,提高实刑率,以增强对收买被拐卖的妇女、儿童罪制裁的实效性。

关键词:收买被拐卖的妇女、儿童罪;定罪规则;量刑规则;高无罪率;量刑轻缓化

本文载《西南政法大学学报》2022年第2期

一、问题的提出

收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪虽然属于对向犯,但无论在理论、立法还是实践中,前者都不是刑法打击的重点。刑法理论认为,之所以打击收买被拐卖的妇女、儿童行为,一方面是由于“收买行为严重侵犯了被害妇女、儿童的人身自由与人身安全”,另一个重要原因是,收买行为“客观上助长了拐卖妇女、儿童的犯罪活动”,因而成为了刑法处罚对象。

由于处罚收买行为的重要理由是其助长了拐卖行为,因而在理论认知上,收买行为的危害性与可罚性较之拐卖行为更低,由此逐渐形成了“以处罚拐卖行为为中心”的打击人口买卖犯罪刑事政策逻辑。受此影响,相对于拐卖妇女、儿童罪而言,我国刑事立法对收买被拐卖的妇女、儿童罪法定刑配置明显更加轻微,仅规定了3年以下有期徒刑、拘役或者管制一档法定刑,没有规定加重情节,其出罪空间也相对更为宽泛。

在早期的司法实践中,收买被拐卖的妇女、儿童,情节轻微的,一般不以犯罪论处。根据2010年3月15日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第20条的规定,收买被拐卖的妇女、儿童,通常只有具备严重情节的,才以收买被拐卖的妇女、儿童罪论处,如“收买被拐卖的妇女后,违背被收买妇女的意愿,阻碍其返回原居住地的”“阻碍对被收买妇女、儿童进行解救的”“非法剥夺、限制被收买妇女、儿童的人身自由,情节严重”“所收买的妇女、儿童被解救后又再次收买,或者收买多名被拐卖的妇女、儿童的”,等等。

随着人权观念的发展,刑法基于维护社会稳定的客观需要,对收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的刑事政策也有所收紧。其一,立法上适度扩大收买被拐卖的妇女、儿童行为的处罚范围,限缩收买行为的出罪空间。2015年8月29日全国人大常委会表决通过《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》),其第15条规定,“将刑法第二百四十一条第六款修改为:‘收买被拐卖的妇女、儿童,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。’”由此,收买被拐卖的妇女、儿童行为从可以无罪转变为一律入刑。其二,司法上加强对收买被拐卖的妇女、儿童行为的处罚力度,强调从严打击。2015年9月16日最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》指出:“严惩严重危害社会治安犯罪……加大对收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的惩治力度,强化对妇女、儿童的司法保护。”

然而,与拐卖妇女、儿童罪相比,收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑配置仍然明显轻微,处罚范围也相对较狭窄,这表明在立法上,收买被拐卖的妇女、儿童罪实质上属于“轻罪”之范畴,加之长期以来对收买被拐卖的妇女、儿童行为的危害性认知不足,可能导致司法实践中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的处罚存在漏洞。基于该问题意识,本文将对现有的法律文书进行实证分析,以阐明在现有的立法规定下,收买被拐卖的妇女、儿童行为定性量刑中存在的司法实践问题,进而总结出该罪适用的司法规则,以为可预期的立法重构与司法裁判优化提供相应参考。

二、定罪影响因素的假设与分析

根据刑法理论预设,能够确定影响收买被拐卖的妇女、儿童罪认定的可能因素;根据公开的法律文书,可以形成研究收买被拐卖的妇女、儿童罪实践规则的样本。两者相结合,可以建立收买被拐卖的妇女、儿童行为定罪的逻辑回归模型,以此为基础,总结出本罪司法认定的基本规则。

（一）研究设计

1. 样本及来源

本研究样本来源于“中国检察网”和“中国裁判文书网”。“中国裁判文书网”公布的裁判文书基本都是无罪判决,极少数是有罪判决,判决书所体现的无罪判决率也并非真实的无罪率,因此,仅搜集“中国裁判文书网”的样本并不能准确反映出本研究主题内容,即在司法过程中,哪些因素影响收买被拐卖的妇女、儿童行为的定性。充分搜集有罪和无罪判决,是保障研究结论可靠的前提。基于我国的司法现实,大量的无罪案件出现在审查起诉阶段,对此,可以通过检索“中国检察网”公布的不予起诉决定书确定。

首先,在“中国裁判文书网”以“收买被拐卖的妇女罪”“收买被拐卖的儿童罪”“收买被拐卖的妇女、儿童罪”为关键词进行交叉检索,将其他检索条件设定为“刑事案由”“判决书”,在筛除重复、无效的文书之后,得到568份判决书,均为有罪判决,但有38例属于定罪免刑。其次,在“中国检察网”以“收买被拐卖的妇女罪”“收买被拐卖的儿童罪”“收买被拐卖的妇女、儿童罪”为关键词进行交叉检索,将其他检索条件设定为“不起诉”,在筛除重复、无效的文书之后,得到136份不予起诉决定书。以上法律文书将作为本研究的有效样本。

2. 变量及假设

本研究的因变量为“收买被拐卖的妇女、儿童的行为是否构成犯罪”,结论有两种:有罪和无罪。模型的逻辑判断过程是,在满足特定条件下,收买被拐卖的妇女、儿童的行为构成犯罪;在不满足特定情况下,收买被拐卖的妇女、儿童的行为无罪。由于因变量属于二分类变量,因此,适合建立二元逻辑回归模型。

根据刑法规定,收买被拐卖的妇女、儿童罪是行为犯,只要有收买行为即构成本罪,因此,本罪的出罪通常需要援引《刑法》第13条但书规定,即满足特定条件时,认定为“情节显著轻微危害不大”,进而不作为犯罪处理。当然,即使适用但书规定,也应当说明何为情节显著轻微以及何为危害不大。在司法实践中,收买被拐卖的妇女、儿童罪适用存在较多的法定或酌定情节,经过研读裁判文书,可能影响定罪量刑的因素有:(1)自首。自首是法定的从宽处罚情节,行为人自首的,可以作为影响定罪的重要因素。(2)坦白。行为人犯罪后如实供述自己犯罪行为的情况较为常见,可能影响犯罪性质认定。(3)不阻碍解救。根据《刑法》第241条规定,行为人收买被拐卖妇女、儿童之后不阻碍解救的,可以作为从宽处罚的情节,叠加其他影响因素,有可能被认定为“情节显著轻微危害不大”。(4)没有虐待行为。考虑到此类案件的特殊性,行为人收买妇女、儿童后没有虐待行为,或者将妇女、儿童视为家属的,表明行为的危害性较轻,可能影响定罪。(5)没有实际收买。司法实践中,存在“放鸽子”行为,即行为人一开始有收买意愿,后来反悔的,由于没有实际的收买行为,可能影响定罪。(6)组建家庭。收买被拐卖的妇女,并与该妇女组建家庭的,司法机关往往将之作为定罪考虑因素。(7)民间收养。司法实践中,存在民间送养与民间收养两种无罪的形态,在部分案件中,行为人在收养儿童时,虽然支付了一定费用,但该费用被认为是营养费而非购买儿童的对价时,不影响民间收养的认定。因此,如果能够认定收买儿童行为属于民间收养,则一般也不作为犯罪处理。

（二）定罪模型与定罪逻辑

由于收买被拐卖的妇女罪与收买被拐卖的儿童罪在对象上存在差异,在定罪情节上也存在一定的区别,两者共同的影响因素是前5个,即“自首”“坦白”“不阻碍解救”“没有虐待行为”“没有实际收买”,不同影响因素有2个,分别是“组建家庭”和“民间收养”。据此,应当建立两个模型。为此,对以上指标进行操作化赋值如下:

由此,得到两个模型:

模型一(收买被拐卖的妇女罪定罪模型): $Y_1=a_0+a_1X_1+a_2X_2+a_3X_3+a_4X_4+a_5X_5+a_6X_6$

模型二(收买被拐卖的儿童罪定罪模型): $Y_2=a_0+a_1X_1+a_2X_2+a_3X_3+a_4X_4+a_5X_5+a_7X_7$

运用 SPSS21.0 软件,经过相关性检验、因子适应性分析,得出模型的相关运行情况如下表所示:

从模型运行结果来看,模型一的预测准确率达到 83.7%,模型二的预测准确率达到 72.5%,均超过 70%,表明模型预测的结果较好。

分析收买被拐卖的妇女罪的定罪模型可知,“自首”“坦白”“不阻碍解救”“没有虐待行为”“没有实际收买”“组建家庭”6 个因素,都与定罪存在负相关关系,即满足以上条件,行为有可能被认定为无罪。其中,指标 X_3 和 X_6 的系数较大, X_3 每变动 1 个单位,因变量 Y_1 将变动 6.792 个单位, X_6 每变动 1 个单位,因变量 Y_1 将变动 9.265 个单位,表明收买被拐卖的妇女罪的认定受“不阻碍解救”和“组建家庭”两个因素影响较大,成为司法实践中经常考虑的认定无罪的影响因素。

分析收买被拐卖的儿童罪的定罪模型可知,“自首”“坦白”“不阻碍解救”“没有虐待行为”“没有实际收买”“民间收养”6 个因素,与定罪都存在负相关关系,即满足以上条件,行为可能被认定为无罪。其中,指标 X_3 和 X_4 的系数较大, X_3 每变动 1 个单位,因变量 Y_2 将变动 3.077 个单位, X_4 每变动 1 个单位,因变量 Y_2 将变动 6.219 个单位,表明收买被拐卖的儿童罪受“不阻碍解救”和“没有虐待行为”两个因素影响较大,因此,收买儿童行为无罪结论的得出经常考虑这两个因素。

综合分析两个模型的定罪影响因素,除了法定因素之外,还存在法外因素,如被收买的妇女与行为人组建家庭,行为人对被收买的儿童没有虐待行为,这些因素虽然非法定,但是在个案中极大地影响着定罪裁判。

需要说明的是,虽然《刑法修正案(九)》修改之后,收买被拐卖的妇女、儿童行为在立法逻辑上应当一律作为犯罪处理。但在事实上,但书的广泛援引,使得司法实践中收买被拐卖的妇女、儿童罪的实际无罪率较高,约 19.3%,出罪的主要理由是“情节显著轻微危害不大”,但是关于何为“情节显著轻微危害不大”,司法实践中并未达成一致意见。同时,在个案中,酌定不起诉的适用也越来越多。根据《刑法》第 37 条以及《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款的规定,对于犯罪情节轻微,不需要判处刑罚的,可以不起起诉。例如,宋某某涉嫌收买被拐卖的儿童案中,人民检察院认定:宋某的行为“应以收买被拐卖的儿童罪追究刑事责任,但犯罪情节轻微,具有犯罪未遂、自首、认罪认罚情节,根据《中华人民共和国刑法》第二十三条、第六十七条的规定,可以从轻或者减轻处罚。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定,决定对宋某某不起诉”。通过分析模型及相关法律文书可知,适用但书及酌定不起诉出罪,通常情况下要叠加多个从宽处罚因素,依据单一从宽因素进而出罪的案件极少。由此可见,司法实践中虽然认为收买被拐卖的妇女、儿童罪属于轻罪,可以不起起诉,但出罪时仍然比较谨慎。

三、量刑影响因素及其倾向分析

由于立法对收买被拐卖的妇女、儿童罪仅设置了一档法定刑,同时,《刑法》第 241 条第 6 款规定:“收买被拐卖的妇女、儿童,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚”。因此,本罪量刑事实上存在较大的自由裁量空间。为了研究收买被拐卖的妇女、儿童罪的司法全貌,尤其是审判机关在自由裁量时是否存在某种倾向,需要对该罪量刑规则进行具体分析。

(一)样本与统计

本研究样本来源于“中国裁判文书网”关于收买被拐卖的妇女、儿童行为作出的有罪判决,研究目标是判断在有罪判决中哪些因素能够影响量刑。由于“中国裁判文书网”检索的568份判决书,对收买被拐卖的妇女、儿童行为都作出了有罪判决,因此,该568份判决书即为本部分研究的有效样本。

根据量刑的基本理论及量刑规范化的要求,本部分选取“量刑时长”“是否缓刑”“拐卖对象”“从轻或从重”作为指标,用于评估收买被拐卖的妇女、儿童罪的量刑状况。具体指标的含义是:(1)量刑时长,反映对犯收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为人量刑的轻重,分为1-3年有期徒刑、不满1年有期徒刑(包括拘役和管制)、免刑。在不考虑其他因素的情况下,基准刑的确定一般采取法定刑中间线标准,以此为基础,再结合从轻或从重处罚因素确定宣告刑和执行刑。(2)是否实刑,反映对犯收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为人究竟有没有判处实刑,评估司法机关对该罪行为的危害性认知状况。一般而言,对于法定刑3年以下的轻罪,如果较为普遍地判处实刑,意味着司法对此类行为从严打击;反之,则表明司法有从宽倾向。(3)拐卖对象,分为妇女和儿童,反映司法机关对不同被收买对象量刑是否存在差异;(4)从轻或从重,反映司法机关对本罪中量刑情节的运用情况。经统计,形成如下表格:

(二) 量刑倾向:轻刑化与非实刑化

经过对量刑状况的描述性统计,可以整体把握司法实践中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的量刑倾向,即轻刑化与非实刑化。具体而言:

1. 轻刑化及其缘由。从量刑时长分析,虽然《刑法》第241条规定,犯收买被拐卖的妇女、儿童罪,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,但从“中国裁判文书网”公布的568份判决书来看,实际判处的最高刑仅为1年有期徒刑,没有任何案例被判处大于1年有期徒刑,更遑论判处3年有期徒刑。由此可见,1年有期徒刑在司法实践中事实上成为了本罪量刑的上限。上述568份判决书中,有7例被判处了管制,有63例被判处了拘役,有38例定罪免刑,其余案件在名义上都被判处了1年以下有期徒刑(包含本数)。由于管制相对于有期徒刑或拘役而言性质较轻,且一般情况下最高期限为2年,结合《刑法》第41条的规定,羁押1日折抵管制2日,为了便于计算刑期均值,参照刑法规定将管制的刑期折半计算;由于拘役与有期徒刑的性质相似,且《刑法》第44条规定,羁押1日折抵拘役1日,为了便于计算刑期均值,将拘役与有期徒刑按照1:1代换。据此,可以计算出司法机关对收买被拐卖的妇女、儿童罪量刑的均值为8.3个月有期徒刑。

结合以上分析,本罪实际判处的最高刑为1年有期徒刑、量刑均值约为8.3个月有期徒刑。据此可知,司法机关对收买被拐卖的妇女、儿童罪的量刑有明显的轻刑化倾向。这种倾向的形成,反映了司法机关普遍认为收买行为的危害性较低,因此,在刑事司法政策上趋向于从宽,甚至在个案中,即使行为人收买妇女、儿童后又构成其他关联犯罪的,对收买行为本身的处罚也较为轻微。例如,钟某某收买被拐卖的妇女、强迫卖淫一案中,法院认为:钟某某“伙同他人收买被拐卖的妇女,并使用非法关押、殴打、恐吓等手段逼迫被收买的妇女卖淫,其行为构成收买被拐卖的妇女罪和强迫卖淫罪”,据此认定,钟某某构成收买被拐卖的妇女罪与强迫卖淫罪,数罪并罚。但是在量刑上,法院对钟某某所犯的收买被拐卖的妇女罪仅判处了1年有期徒刑。从案件事实来看,钟某某收买被拐卖的妇女不是为了“传宗接代”,而是为了利用妇女卖淫赚钱,并“使用非法关押、殴打、恐吓等手段”强迫,证明其收买行为本身性质也极为恶劣,因此,仅就收买行为本身而言,存在极大的社会危害性,不宜认定该收买行为情节轻微而仅判处1年有期徒刑。既往的司法实践中,由于普遍认为收买行为较之拐卖行为的危害性轻微,并非重点的打击对象,因而对收买被拐卖的妇女、儿童所实际判处的最高刑仅1年有期徒刑,刑法规定的本罪最高刑3年有期徒刑形同虚设。

2. 非实刑化及其逻辑。从是否判处实刑来看,仅有17例案件被判处了实刑,其余的案件要么被判处了缓刑(513例),要么定罪免刑(38例)。由此可见,司法实践中收买被拐卖的妇女、儿童罪非实刑率极高,约为97%。如此之高的非实刑率,一个重要的原因是,收买被拐卖的妇女、儿童罪中几乎都适用了从轻处罚情节(567例),而从个案来看,本罪裁判所考量的从轻情况,很多都是法外因素。

首先,司法实践中对收买行为广泛适用从轻情节,全面考量法定因素与法外因素,导致本罪量刑上明显轻微。法定情节如收买妇女案发后“坦白”(判处有期徒刑、缓刑1年)、收买妇女案发后“自首且坦白”(判处有期徒刑、缓刑1年)、收买儿童案发后“坦白”(判处有期徒刑、缓刑1年6个月);酌定情节如收买儿童案发后“认罪态度较好,有悔罪表现”(判处有期徒刑、缓刑1年)、收买精神障碍妇女案发后“不阻碍解救、认罪认罚”(判处有期徒刑、缓刑2年)。事实上,即使没有从轻处罚情节,法院在判决时也可能从轻处罚。例如,关于王某某收买被拐卖的妇女、强奸一案,基本案情是:2014年7月18日,王某某经他人介绍,从几名妇女手中以人民币28000元购买了一自称杜某某(国籍不明)的女子。当晚,王某某以暴力手段强行与杜某某发生性关系。就此事,法院认定王某某构成收买被拐卖的妇女罪与强奸罪。就收买被拐卖的妇女行为而言,法院在没有采纳任何从轻处罚情节的前提下,仅判处了王某某有期徒刑8个月。《刑法》第241条规定收买被拐卖的妇女罪的法定刑为3年以下有期徒刑、拘役或者管制,对没有从轻处罚情节的案件,按照量刑的中间线标准,基准刑宜确定为有期徒刑1年6个月。更何况,本案中王某某又涉嫌强奸罪,与类案相比,性质更为恶劣,理应从重而非从轻处罚。以上判决表明,对犯收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为人,即使没有从轻处罚情节,法院也可能运用自由裁量权实现对个案事实上的从轻处罚。

其次,大量法外因素被作为对收买人从宽处罚的依据。例如,“基于真实收养而引起”的收买行为“没有虐待被拐卖儿童,且以收养为目的”“以夫妻名义共同生活并且生育了小孩,妇女自愿留在当地共同生活”,等等。由此可见,法外伦理因素的影响渗透是导致此类案件处罚明显轻微的另一重要原因。

最后,多因素累加,是司法裁判对收买行为进一步从宽处罚的关键原因。从相关判决书分析,行为人具有两个或两个以上的从轻处罚情节,则法院对其实际判处的刑罚通常低于1年有期徒刑。例如,行为人收买被拐卖的妇女,与之“共同生活并生儿育女,没有对被害人打、骂、体罚、虐待等违法行为,各被害人亦均表示愿意继续留在当地生活”。因此,对行为人定罪免刑。又如,行为人收买被拐卖的儿童,“坦白且对被买儿童没有虐待行为,不阻碍公安机关对其进行解救”。因此,对行为人仅判处有期徒刑8个月,缓刑1年。

基于以上分析,司法实践中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的量刑存在明显倾向,即轻刑化与非实刑化。这种刑罚轻缓化的背后,正是长期以来偏重打击拐卖行为而忽略对收买行为规制的刑事政策之体现。由此,司法机关广泛适用从轻处罚情节,尤其是将法外因素普遍作为从轻处罚依据。从现实来看,非实刑化与从轻处罚情节的大规模运用,有放纵违法犯罪的法治风险。

四、研究结论及对立法、司法的反思

(一) 研究结论

基于以上实证研究,可以得出如下结论:

第一,在定罪规则方面,收买被拐卖的妇女罪与收买被拐卖的儿童罪的定罪影响因素有所不同,“不阻碍解救”和“组建家庭”对收买被拐卖的妇女罪认定影响较大,“不阻碍解救”和“没有虐待行为”对收买被拐卖的儿童罪影响较大。司法实践中,《刑法》第13条但书成为主要的出罪理由,即满足特定条件的,可以认定为“情节显著轻微危害不大”,进而出罪。除了但书之外,部分案件依据《刑法》第37条及《刑事诉讼法》第177条第2款的规定酌定不起诉。收买被拐卖的妇女、儿童行为的无罪率约为19.3%,明显高于所有案件无罪率的均值(约12%),且都发生在审查起诉阶段。这也表明,案件一旦进入到审判阶段,收买被拐卖的妇女、儿童行为将难以出罪。

第二,在量刑规则方面,轻刑化与非实刑化是收买被拐卖的妇女、儿童罪的两大基本特征。之所以轻刑化,一方面是受立法配置影响,另一方面是由于司法实践中倾向性认为收买行为的危害性与可罚性较低,这导致本罪法定刑名为3年以下有期徒刑,实际量刑最高仅1年有期徒刑;之所以非实刑化,是因为本罪量刑中大规模适用从宽处罚情节,且只要有从宽处罚情节,几乎必然适用缓刑或定罪免刑。

综上所述,司法实践中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的定罪与量刑都较为宽松,从宽处罚是本罪刑事司法政策的主要倾向。

(二)反思

1. 以良法之治提高刑法的科学性

对收买被拐卖的妇女、儿童罪的实证研究,不仅是为了反思司法问题,也在一定程度上揭示了立法问题。科学的法需形式完备、实质良善,“法律的形体虽完备,而其质若不善良……其逞荼毒之害”。现行《刑法》对拐卖与收买行为采取“一重一轻”的刑事立法政策,体现了立法对拐卖行为打击的针对性与对收买行为打击的附带性,在特定时期具有积极意义。随着收买行为的危害性显现,刑事立法对此类行为不能仅采取附带打击的策略,而应当重新配置刑罚及对应情节,优化罪刑结构。

刑法对收买被拐卖的妇女、儿童行为的规制,经历了从非犯罪到犯罪化的发展历程。1979年《刑法》只规定了拐卖人口罪,并没有规定收买行为构成相关犯罪,换言之,此时的收买行为尚未被犯罪化。1997年《刑法》通过后,“考虑到拐卖男子属于罕见的情况,况且直接规定拐卖妇女、儿童罪具有惩治的针对性,有助于提高立法的威慑力”,故将拐卖人口罪修改为拐卖妇女、儿童罪。而对于收买被拐卖的妇女、儿童行为,直到1991年9月4日全国人大常委会《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》第3条中才首次予以犯罪化。立法将收买被拐卖的妇女、儿童行为犯罪化,当然有严密刑事法网之考量,而对于收买行为处罚较轻,则与当时的立法认知密切相关。立法者认为,之所以处罚收买行为,是因为“伴随着拐卖、绑架妇女、儿童犯罪的出现,一些地区由于法治观念淡薄,收买被拐卖、绑架的妇女、儿童的情况比较突出,为拐卖妇女、儿童提供了市场”。“法治观念淡薄”与“为拐卖妇女、儿童提供了市场”是立法理由所表达的两个关键词:由于本罪是法治观念淡薄所致,因而对行为人的处罚不能过于严厉;又由于收买行为的危害性主要是为拐卖行为提供市场,因而在处罚上应当较之拐卖行为轻微,处罚收买行为不过是打击拐卖行为的附带结果。以上立法认知,与早期立法仅打击拐卖而不打击收买行为的刑事政策立场,以及当时背景下我国的现实因素有关。受此影响,刑法将收买被拐卖的妇女、儿童罪设定为轻罪,并配置了明显轻于拐卖妇女、儿童罪的法定刑,由此形成了拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪“一重一轻”的立法格局。

然而,立足于良法之治的立场,刑法对收买被拐卖的妇女、儿童罪的立法规定总体较为粗糙,对本罪的法益侵害性欠缺充分认知,法定刑配置偏轻,亦未能结合关联情节设置科学的刑罚梯度,因此,1997年《刑法》将收买行为犯罪化虽然严密了刑事法网,但是其具体规则仍然存在优化空间。

首先,收买行为与拐卖行为的法益侵害具有同质性。基于法益保护主义,犯罪的本质是行为侵害或威胁法益,刑罚的配置应当与行为的法益侵害性相当。因此,立法的基本立场应当着眼于被害人,而不是行为人,行为对被害人的法益侵害严重时,法定刑配置要重;反之,行为对被害人的法益侵害轻微时,则相应法定刑配置要轻。虽然刑罚配置的整体趋势是去重刑化,但在个罪中仍然存在刑罚配置过于轻微的问题,有必要适度提升。有关收买被拐卖的妇女、儿童罪,刑法理论认为,本罪的法益是被害妇女、儿童的人身自由、人格尊严,与拐卖妇女、儿童罪同质。既然如此,收买被拐卖的妇女、儿童罪在法定刑配置逻辑上应当与拐卖妇女、儿童罪形成基本呼应。拐卖妇女、儿童罪的法定刑有三档,第一档为“五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,第二档即情节严重的为“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”,第三档即情节特别严重的为“死刑,并处没收财产”。据此,即使认为收买行为较之拐卖行为轻微,可以在法定刑设置上轻一些,但是基于法益的同质性,以及两罪对向犯的特征,也宜参酌拐卖行为设置三档法定刑。

科学的刑事立法必须基于中国现实,基于此,收买被拐卖的妇女、儿童罪应当是重罪而不是轻罪。传统刑法理论认为,刑罚应当与犯罪所造成的法益侵害性相匹配,这是着眼于被拐卖的妇女、儿童的法益保护所作出的理论预判。刑事立法必须经由中国话语凝练,立足于中国现实,如此才能体现其本土科学性。我国之

所以对拐卖人口犯罪深恶痛绝,不仅在于其行为侵害了妇女、儿童的合法权益,更大的原因在于“血浓于水”的亲情关系,“为人父母天下至善,为人子女天下大孝”的观念根植于国人内心,亦是社会主义核心价值观所倡导。对拐卖及收买行为,不能仅视为对妇女、儿童的侵害,而应当延伸至中国传统文化的亲情关系中,视为对亲属合法权益的侵害,立法只有将此考虑进来,才能在中国刑法话语中找到合适的解决方案。例如,对于收买被拐卖的儿童的行为,有的收买者是基于真实收养目的,事实上也将被拐卖的儿童从“人贩子”手中买下,这样看来,收买行为似乎对儿童而言有时是有益的,是一种解救行为。然而,收买妇女、儿童背后存在深层次的侵害,尤其表现为对妇女、儿童亲属的侵害,无数寻亲者的经历表明,儿童、妇女被拐卖被收买,对亲属的伤害无疑更大,而这一点收买者明知。因此,此类犯罪的真正的被害人不仅限于被拐卖、被收买者,还应该包括其亲属的情感法益,这正是其特殊性之所在。如果仅考虑对被害人法益侵害本身,而不考虑对亲属的实质侵害,就不可能充分认识到收买行为的危害性。更何况,被收买的妇女往往沦为“生育工具”,被收买的儿童常常成为“传宗接代工具”,而这种侵害在妇女、儿童被收买后长期持续存在。

其次,现行立法对收买被拐卖的妇女、儿童罪刑罚配置的轻缓化,事实上造成了处罚的不合理。一方面,由于收买被拐卖的妇女、儿童罪被立法设置为轻罪,对应的刑罚是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”,同时还特别规定了从轻或者减轻处罚情节,这导致了两个结果:一是缓刑的大量适用。根据最高人民法院的统计,我国历年的总体缓刑适用率约为30%。而缓刑适用的实质要件即无再犯危险,由于欠缺可操作性,事实上主要取决于法官的自由裁量。在此情况下,缓刑是否适用,受司法实践中对犯罪本身的认知影响很大。根据《刑法》第72条的规定,对被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子,可以适用缓刑。据此,收买被拐卖的妇女、儿童罪完全符合缓刑的前提条件,由此,立法传递的信号是,该罪属于轻罪,可以较为普遍地适用缓刑。结合司法实践中行为人认罪认罚、悔罪率极高的现实情况,本罪的真实缓刑率超过90%。二是无罪率偏高。实证分析表明,对于收买被拐卖的妇女、儿童行为,虽然审判阶段并无无罪判决,但在审判之前的审查起诉阶段存在大量的不起诉文书,综合无罪率达到19.3%,远超无罪率均值12%左右。除此之外,司法实践中还存在大量由于经过5年追诉时效而不追诉,以及由于受害人与行为人组成了长期稳定的家庭关系而没有进入刑事程序的案件。例如,有关被拐卖妇女起诉离婚的案件,“中国裁判文书网”可以检索到17例不予离婚的判决。判决不予离婚,意味着案件只被视为民事纠纷,自然在事实上也没有作为犯罪处理。此类案件,应当属于事实上没有作为犯罪处理,应当计入到真实的无罪率之中。因此,收买被拐卖的妇女、儿童行为的真实无罪率可能更高。另一方面,此类犯罪存在大量的犯罪黑数。收买与拐卖是对向行为,因此,从拐卖妇女、儿童罪的案发数量及行为人供述,可以初步确认收买犯罪的大致数量。以“拐卖妇女罪”“拐卖儿童罪”“拐卖妇女、儿童罪”为关键词在“中国裁判文书网”进行交叉检索,将其他检索条件设定为“刑事案由”“判决书”,在筛除重复、无效的文书之后,得到3210份有效判决书。对以上判决书涉及到的拐卖情节进行逐个分析,统计出被贩卖的妇女、儿童数量合计为19117名,由此可得出的初步结论是,一定有19117个涉嫌收买被拐卖的妇女、儿童的犯罪事实存在。然而,已公布的判决书中关于收买行为只有568个有罪判决,与拐卖妇女、儿童罪判决书所呈现的情况相差约32.7倍,如此巨大的差距,除了由于经过追诉时效而不追诉以及在审查起诉阶段做出不起诉决定的之外,无疑是犯罪黑数大量存在所致。

最后,收买行为还隐藏了许多其他的犯罪行为,刑法对作为源头行为的收买行为应当从严从重打击。收买被拐卖的妇女、儿童罪,是很多其他犯罪的源头。比如,收买被拐卖的妇女的,可能引发强奸罪、强迫卖淫罪、强制猥亵、侮辱妇女罪等;收买被拐卖的儿童的,可能引发故意伤害罪、组织残疾人、儿童乞讨罪等。这些犯罪的源头正是收买行为,从源头治理以及打击核心犯罪的角度分析,应当对收买行为从严从重打击。而立法上对收买被拐卖的妇女、儿童罪的轻刑化配置,可能在一定程度上放纵了犯罪。例如,收买被拐卖的妇女之后,极有可能触犯强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪、强迫卖淫罪等犯罪,然而,在实践中,被认定为收买被拐卖的妇女罪之后,又被认定为其他关联犯罪进而数罪并罚的却只有6例,而没有被迫追究强奸罪等关联犯罪的行为人,往往是因为被收买的妇女与行为人已经组建家庭。再如,收买被拐卖的儿童常常伴随着虐待、故意伤害等行为,同样存在几乎不处罚关联犯罪的问题。面对这种情况,有学者提出,应当“上调收买被拐卖的儿童罪的法定最低刑,新增加重的犯罪构成”。预防犯罪是现代刑法的基本功能,所谓预防性立法应当

回溯至犯罪的源头,对源头犯罪从严打击。在此意义上说,提升收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑,使之成为重罪是必要的。

综上分析,无论是从立法逻辑还是保护法益抑或源头治理的角度分析,刑法都应当重新配置、适度提升收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑。既然收买与拐卖是对向犯、两种行为侵害的法益具有同质性以及两种行为都属于实质意义上的“上游犯罪”,因此,两种犯罪的法定刑配置应当相似。考虑到收买行为较之拐卖行为的危害性较轻,可以将收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑重设如下:收买被拐卖的妇女、儿童的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

此处的“情节严重”与“情节特别严重”,可以参照拐卖妇女、儿童罪,根据实践中高发的关联犯罪行为予以类型化,如收买妇女后有强制猥亵、侮辱或者奸淫行为的、收买儿童后有虐待、故意伤害等行为的。按照以上逻辑设置三档法定刑,维持了本罪的基准刑为“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”,同时参照拐卖行为并兼顾实践状况规定加重情节,整体上实现了刑罚配置的科学化。

2. 以严格司法释放刑罚的有效性

无罪率高与非实刑率高是收买被拐卖的妇女、儿童罪的两大司法倾向,其中也暗示了本罪在刑事司法方面的问题。2015年9月16日最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》提出要从严打击收买被拐卖的妇女、儿童犯罪,但是从本罪高无罪率和高非实刑率的司法现实来看,从宽显然更加契合刑事司法政策逻辑。这也印证了前文的理论分析,即我国事实上形成了“以处罚拐卖行为中心”的打击人口买卖犯罪的刑事司法政策,对收买行为的打击力度偏轻,司法矛盾由此凸显。

一方面,刑法对收买被拐卖的妇女、儿童行为几乎没有实质威慑力。虽然《刑法》规定,犯收买被拐卖的妇女、儿童罪,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,但事实上,只要收买者与被拐卖的妇女组成家庭、生育子女,对被拐卖的儿童没有虐待行为,一般都适用缓刑,叠加认罪认罚、被害妇女自愿留在当地等因素的,甚至可以免除处罚。刑法的威慑性首先来源于刑罚,当刑罚不再被严格执行时,刑法的一般预防功能将极大受阻。

从司法逻辑分析,本罪之所以存在高无罪率和高非实刑率现象,固然源于立法将本罪设置为轻罪,但在另一个层面,司法上过多考虑法外因素,是产生以上现象的重要原因。在有些案件中,当收买行为完成后,又实施其他犯罪的,明显能够表明收买行为情节恶劣,却仍然仅对行为人判处1年以下有期徒刑,对本不应当从轻处罚的行为人事实上从轻处罚,体现了司法上的认知误区,即不区分情形,一律认为收买行为属于轻罪,应当判处较为轻微的刑罚,这与量刑的一般规则相抵牾。

根据2021年6月16日最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》的规定,量刑的首要原则是“以事实为根据,以法律为准绳,根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度,决定判处的刑罚”,在“常见量刑情节的适用”第17条规定:“对于犯罪对象为未成年人、老年人、残疾人、孕妇等弱势人员的,综合考虑犯罪的性质、犯罪的严重程度等情况,可以增加基准刑的20%以下”。妇女和儿童,当然属于刑法中的弱势群体,对收买被拐卖的妇女、儿童行为,原则上应当从重,或者即使不从重至少也应当采取中间线标准。在不考虑其他情节的情况下,本罪将基准刑至少确定为1年6个月有期徒刑,再根据“同向相加、逆向相减”的量刑规则,对犯收买被拐卖的妇女、儿童罪又对该妇女或儿童实施其他犯罪的行为人,应当认定为性质恶劣或情节严重,进而从重处罚,如此才符合量刑规范化的基本要求。

另一方面,司法上对关联犯罪行为打击不力。前文表明,对犯收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为人,司法机关大多仅判行为人构成一罪,而很少数罪并罚,这也在一定程度上表明了当前的刑事司法倾向,即很少处罚收买者实施的关联犯罪。与之相对,拐卖妇女、儿童的行为人经常一并被判处强奸罪、强迫卖淫罪或故意伤害罪等犯罪。这种现象与其说是收买者很少犯关联犯罪,毋宁说是由于收买者与被拐卖的妇女、儿

童组建了家庭,司法权不愿意干涉“家庭内部纠纷”的错误观念使然。例如,行为人如果收买的是精神病妇女,由于精神病妇女欠缺性的自我防御能力,则与该妇女发生性行为的,应当构成强奸罪。但是司法实践中,行为人与精神病妇女组建家庭并生育子女的,要么仅认定收买被拐卖的妇女罪,要么没有作为犯罪处理,没有任何一例因此被判强奸罪。司法上的这种认知错误,导致了司法的不作为,有放纵违法犯罪之嫌疑。

法是“一种强制秩序”,有效的法应当对违反法秩序施加必要的强制制裁,“不附制裁的法律义务”或者制裁的强度与行为对法秩序的侵害程度不对应,都可能耗损、削弱强制规范的效力。刑罚是对犯罪附加的刑事制裁,面对收买被拐卖、妇女儿童罪轻缓化与非实刑化的整体态势,司法实践中应当加大对收买行为及关联犯罪的打击力度,提高本罪的实刑率,以强化刑罚对此类行为制裁的实效性。

结语

收买被拐卖的妇女、儿童不是单纯法律问题,伦理因素、社会因素乃至经济因素都极大影响着行为人的决策行动。行为人收买妇女、儿童,也许基于“成婚需求”,或许为了“传宗接代”,或许还有更深层次的“生存决策”。然而,当一个群体的利益获取以牺牲他人权益为代价时,这样的利益维护将从根本上丧失意义。因为人类共存的前提是实现自我利益的同时尊重他人的自由权利,并适度忍受来自他人的冒犯,为彼此留下必要生存空间,而不是相反。收买被拐卖的妇女、儿童罪侵害了人之为人最核心的法益即人性尊严,当刑事立法将该罪设定为轻罪,同时刑事司法对该罪全面从宽之时,刑法对此类行为的威慑力将被实质削弱。

叶小琴: 未成年人保护立法的理念与制度体系

2022-05-24 叶小琴 中外法学

<https://mp.weixin.qq.com/s/WXPI-g3mWVhSuuhULdDIRw>

摘要

通过将美国少年法院法视为现代少年刑法的历史起源,我国法学界引入保护主义研究未成年人法。然而保护主义在建构层面忽视美国干预主义和转处主义的理念鸿沟,体系论层面也没有形成阐释未成年人犯罪特殊法律责任制度的基本概念和理论框架。基于社会系统论的分析表明,围绕多元主义的立法理念,我国形成了具有不同基本功能的“三根支柱”制度体系。“第一根支柱”秉承支持主义理念,将未成年人视为未来的有效人力资本,健全支持积极生育及未成年人合法权益保障的制度。“第二根支柱”秉承矫治主义理念,将未成年人视为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群,健全分级矫治未成年人罪错行为的制度。“第三根支柱”秉承转处主义理念,将未成年人视为年幼的犯罪人,健全科学惩罚涉罪未成年人的制度。此外,涉罪未成年人保护刑事立法还具有“保护区”“试验田”和“连通器”的具体功能。

关键词 未成年人法 社会系统论 支持主义 矫治主义 转处主义

目录

一、问题的提出

二、对保护主义的系统性反思

三、未成年人保护立法的多元主义理念

四、未成年人保护法律的“三根支柱”体系

五、涉罪未成年人保护刑法立法的具体功能

六、结论

一、问题的提出

未成年人保护立法是人口长期均衡发展法治保障的重要内容。当代社会立法过程是法律理念与生活事实交互分析处理的过程,“一方面法律理念须对于生活事实开放,它须被实体化、具体化以及实证化,以便于形成概念;另一方面所预见的生活事实须以法律理念为导向来进行典型构建及形成”。所以,理念与立法是指导思想与制度构建的关系。我国未成年人口治理进入构建系统性积极生育支持法律制度的新阶段,阐明未成年人保护立法的理念从而擘画制度发展蓝图是理论和实践面临的重大问题之一。

保护主义理念深刻影响着我国未成年人保护立法的研究。保护主义的代表性观点认为:“狭义的少年刑法仅是指规定少年犯罪与刑罚的法律规范的总称,以比照成人犯罪从轻、减轻或者免除处罚的‘小刑法’模式为基本特征。这是我国少年刑法的现实。而广义的少年刑法则是指关于不良行为、少年犯罪及保护处分与少年刑罚的法律规范总称,这是我国少年刑法发展的理想”;“现代少年刑法的最大特性在于对于少年社会危害行为(包括严重社会危害行为)的处置超越刑罚,也超越保安处分,而以体现保护主义(具体表现为奉行儿童最大利益原则、优先保护少年原则)理念的保护处分为核心”;“1899年美国伊利诺伊州库克郡制定了世界上第一个少年法——《少年法院法》,以一套完全不同于成人刑法的规则处理少年案件,这标志着现代少年刑法的诞生”。保护主义其他观点的表述略有不同,有的主张少年刑法应“强调‘保护和教育优先’的基本理念”,有的建议保护性少年刑事政策,强调帮助少年完成成熟化进程,有的认为“未成年人犯罪刑事政策的独特理念是国家亲权理论和未成年人特别保护观念”,还有的倡导贯彻特殊和优先保护理念的恢复性少年刑事司法模式。总之,保护主义以国家亲权理论和儿童最大利益原则作为理论基础,主张少年刑法与成年人刑法二元分离并优先运用保护性非刑罚措施处分犯罪未成年人,建议未成年人犯罪刑事立法专门化或未成年人立法综合化的立法模式。具体立法建议稍有差别,主要观点包括创建刑法典的未成年人犯罪刑事责任专章、作为特别刑法之一的现代少年刑法、“综合性的少年刑事法典”,规定办理刑事、民事和行政案件的实体处置措施、诉讼程序和组织机构的少年司法法、或者“集实体法与程序法、保护措施、惩治方法以及预防对策于一体的综合性立法”。多数观点赞成以单行法形式重构我国未成年人犯罪刑法立法,制定集实体法、程序法和组织法于一体的未成年人综合性法律。所以保护主义建构了未成年人法的整体性变革思路。

只有对保护主义展开系统性反思,才能对我国未成年人法的创新发展形成科学认识。2020年以来我国未成年人保护立法的活性化趋势显著。2020年,《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未保法》)、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防法》)和《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)刑事责任年龄条文完成重大修改,同时《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)全面完善保护未成年人的婚姻家庭等制度。2021年,《中华人民共和国人口与计划生育法》(以下简称《人口法》)完成修改,专条保护未成年人个人信息的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《信息法》)及《中华人民共和国家庭教育促进法》(以下简称《促进法》)相继通过。这一系列立法是未成年人口治理领域全面推进依法治国的重大举措。科学认识我国未成年人保护的分散性立法需要理论指引。既有研究表明,保护主义似乎属于人类法治文明有益成果,然而这个关键问题并未被证成。保护主义偏重阐述美国少年法院创立时期赞成者的理由,还将美国不同历史时期和不同国家少年法不加区分地置于保护主义概念之中,这是一种静态的、片面的分析。本文首先系统性反思保护主义的法学建构不足和体系论困境。再基于法社会学的社会系统论分析未成年人保护立法的基本功能,总结支持主义、矫治主义和转处主义的多元主义理念。然后分析未成年人法律“三根支柱”制度体系的具体构成。最后围绕转处主义理念阐释涉罪未成年人保护刑法立法的“保护区”“试验田”“连通器”这三方面具体功能。

二、对保护主义的系统性反思

“对于实在法的法律科学式加工在三个层面上展开：解释、建构、体系论。”保护主义从美国为代表的外国少年司法制度中建构国家亲权理论及儿童最大利益、优先保护少年和特别保护少年原则（以下简称“一论三原则”），进而提出重构我国未成年人法的建议。然而问题在于：保护的概念能否有机联结“一论三原则”的观念集合？反思发现，保护主义存在法学建构误区和法律体系论困境。

（一）保护主义法学建构的误区

保护主义对于美国这个代表性样本的总结不充分也不准确，从而对于外国少年司法在理念层面的法学建构存在误区。

首先，保护主义没有充分注意美国少年司法制度的钟摆现象及其潜藏的控制和预防未成年人犯罪刑事政策目标。19世纪初至21世纪初这200年以来美国陷入放纵与重罚的被迫选择两极化政策时期（以下简称“两极化时期”）与中间地带多元化政策时期（以下简称“多元化时期”）交替轮转的少年司法政策循环。循环体现为两种少年司法政策交替占据主导地位的钟摆现象，一轮钟摆现象的周期包括“两极化时期”“多元化时期”和“两极化时期”重新开始三个阶段。首先，“两极化时期”未成年人犯罪率被认为特别高，法律对于未成年罪犯规定很多严厉刑罚却基本没有宽缓处置措施，刑事司法官员面临适用严厉刑罚、完全不处罚从而放纵未成年罪犯的两种极端选择；其次，未成年犯罪率仍然被认为特别高，严厉刑罚和完全不处罚都被认为与未成年人犯罪率增加有关，于是重要改革被推行，法律增加大量对未成年犯罪人的宽缓处置措施，形成处置的“多元化时期”；最后，随着多元化政策的实施，未成年人犯罪率仍然被认为特别高而且被归咎于对未成年人的宽缓处置，于是针对未成年人的严厉刑罚逐步扩张且宽缓处置措施逐渐限缩，“两极化时期”重新开始。总之，钟摆现象反映美国未成年人法的不变与变，不变的是降低未成年人犯罪率的政策目标而非保护未成年人利益，周期性变化的是帮助与惩罚立法目的。少年法院管辖权以及最低刑事责任年龄的变迁则是改革中的重要制度表现。

其次，保护主义没有准确理解美国采纳国家亲权理论和儿童最大利益原则的制度导向。保护主义的这个观点被广泛认同：“在国家亲权观念下，少年犯罪（juvenile delinquency）被认为与成人犯罪（crime）存在着质的差别，而不是传统刑法所认为的量的差异。”然而，“少年罪犯最初的概念与具有成长为不值得救济贫民危险的未成年人具有一致性”。所以，少年罪犯指好逸恶劳的穷人家庭孩子，并非体现对未成年人的特别保护。该概念表明富裕城市决策者对于新涌入城市的“不上进”贫穷家庭的厌恶，以及不将其视为慈善法中帮助对象的区别对待制度导向。所以美国少年法院法体现的主流理念并非对于涉罪未成年人的特别保护而是州政府对家庭监护的强制性干预。国家亲权理论和儿童最大利益原则隐含的逻辑前提是儿童具有独立的需求并且能够被政府客观评估，其需求不能完全由监护人代理表达。所以，国家亲权理论和儿童最大利益原则论证了州政府通过强制性帮助未成年人从而干预家庭监护的手段正当性。而且，1870年美国伊利诺伊州最高法院在Daniel O'Connell一案判决中，认定将没有实施犯罪的未成年人监禁于未成年人教养院不是帮助而是惩罚，并且拒绝将国家亲权理论作为处置未成年人的基础，而是基于刑事法院和刑罚理论阐述判决结果。正因为如此，美国19世纪初从纽约市开始逐步建立的未成年人教养院由于面临合法性质疑，少年司法制度逐步重回“两极化时期”；这才助推1899年从伊利诺伊州开始逐步建立少年法院，实际上实现“两极化时期”到“多元化时期”的第二轮转变。

最后，保护主义没有充分注意美国少年司法制度的干预主义和转处主义理念鸿沟。干预主义强调少年法院具有的优点，认为少年法院的处置措施能保护社会并帮助未成年人。转处主义认为刑事司法制度对于未成年人发展存在消极影响，主张少年法院可以避免普通刑事法院的弊端。转处主义比干预主义更加具有说服力，一则转处主义能够减少刑事司法制度对未成年人犯罪化造成的弊端；二则转处主义旨在减少损害的路径最适合少年法院创立以后的主要制度即社区观护，社区观护在低廉的司法成本和有利于未成年人复归社会两方面具有明显优势。形式上的理论融合并不能弥合两者在制度导向方面的差异。美国的少年法院更大程度由干预主义推动创立，因为论证少年法院管辖权正当性的许多理由是由将获得少年法院新职位的法官群体提出的，而法官与这些新职位带来的声望和司法权扩张具有切身利益。忽视转处主义和干预主义的理念鸿沟导致三方面不利后果：一是20世纪晚期多数少年法院未能充分避免刑事司法制度弊端；二是少年法院的发展历史难以对建立专门少年法院这一全世界流行现象提供理论根据，而实际上避免刑事司法制度弊端而非司法权的干预主义才是少年法院20世纪初在全世界范围内迅速获得认同的原因；三是对转处主义的忽视导致无法理解社区观护等制度。因此，美

国少年法院体现了干预主义为主、转处主义为辅的理念。但保护主义并未意识到两者制度导向的差异和改革成功标准追求更好还是避免更糟的潜在冲突。

总之，美国少年法院在形式上实现未成年人福利法对刑法的功能替代，在实质层面则是慈善法中区分值得帮助和不值得帮助贫民观念的映射。其他建立少年法院或者家事法院的国家，实际上也都是结合本国情况，基于未成年人犯罪刑事责任实体法及程序法、未成年人福利法的功能定位，逐步探索未成年人福利法的司法化及其对于未成年人犯罪刑事责任制度的部分性功能替代。

（二）保护主义法律体系论的困境

第一，保护主义没有通过基本概念或逻辑结构将“一论三原则”有机联结起来，也未能明晰考虑“一论三原则”的思维模式。实际上，“一论三原则”属于不同概念层次。国家亲权理论属于保护主义强调的理论基础之一，但是该理论能够推导的结论为：家庭监护缺失时国家应当帮助，家庭监护不当时国家应当干预。这有助于阐释2020年《未保法》增加的“政府保护”专章。儿童最大利益原则由国家亲权理论推导而来，该原则主张的保护未成年人合法权益基本立场当然值得肯定，但这并不能论证对于未成年人犯罪行为规定刑罚制度就是违反比例原则。至于特别保护与优先保护，则只是儿童最大利益原则的派生要求，将直接指导具体法律规则的构建。所以，“一论三原则”属于未成年人保护立法的理论基础、法律原则、规则要求这三个从抽象到具体的概念层次，并非同属于可以推导法律原则并指导具体制度创建的理念层面。保护主义通常用保护或者“一论三原则”中的两个、三个或全部论证少年刑法或未成年人法的理念。但保护不是具备理论解释力的基本概念，也无法直接推导“一论三原则”。某种程度上，保护与“一论三原则”形成循环解释。

第二，保护主义不能阐释创建未成年人犯罪特殊法律责任制度的正当性。保护主义强调未成年人身心发展的不成熟特点，主张对于涉罪未成年人给与保护处分或者其他非刑罚措施。这实质上提出了一个刑法教条：未成年人犯罪行为不适用刑罚或者例外情况下才适用刑罚。然而未成年人成熟化进程并不完全由生理年龄决定。综合考虑生物学上的、心理上的及社会性上的变化，年轻人包括一个宽阔的年龄范围，涵盖从10岁到14岁的青少年早期、从15岁到18岁的青少年晚期，以及从18岁到25岁的初显成人期。我国也早有结合思想教育实践的观点指出：“在对青年学生个体的把握中，可以从生理、心理、社会三种年龄尺度上去衡量。”所以，如果以身心发展不成熟作为犯罪行为特殊法律责任制度的理由，这种制度似乎可以延申至初显成人期的年轻人。这并不是纯粹的理论推演。“在我国，扩大检察机关自由裁量权范围之议来自对于青少年犯罪（有些地方主要针对中学生和大学生犯罪）斟酌处理的需要。”那么一些地方检察机关曾经对于中学生、大学生犯罪群体实行相同的暂缓起诉制度是否合理？附条件不起诉制度仅仅针对未成年人而不包括大学生是否妥当？对此，保护主义无法阐释。同时，从1979年中央宣传部等《关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告》的“做好对青少年的教育和对违法犯罪青少年的改造工作”，到《法治社会建设实施纲要（2020—2025年）》的“强化预防青少年犯罪工作的基层基础”等，我国关于年轻人群体刑事政策的文件中长期不区分青少年犯罪和未成年人犯罪。保护主义既无法阐释前述法律现象，也未能从统一化或区分化法律制度层面展开理论分析。

第三，保护主义无法阐释仅仅对于不满十八周岁自然人群体犯罪规定特殊法律责任制度的理论依据。保护主义还面临一个困境：刑法的责任主义原则在何种条件下能够对于特定自然人群体确立一个例外？1991年通过的《未保法》第4条规定保护未成年人工作应当“适应未成年人身心发展的特点”，2006年修订的《未保法》第3条规定“根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护”。不过，如同公共交通工具普遍设置“老、幼、病、残、孕”专座，我国对于其他特殊自然人群体也构建了特别的权益保障制度。《中华人民共和国老年人权益保障法》第3条、《中华人民共和国残疾人保障法》第4条和《中华人民共和国妇女权益保障法》第2条分别规定老年人享受社会优待、对残疾人给予特别扶助、保护妇女依法享有的特殊权益。前述立法的“优待”“特别”“特殊”与《未保法》的“特殊、优先保护”虽然用语有别但功能类似，都旨在根据特定自然人群体的身心特点给予其高于、优先于普通自然人的权益保障水平。而且我国刑法对于老年人、未成年人、精神病人、残疾人、怀孕的妇女都在不同程度上规定了特别保护制度，《刑法》第49条关于“不适用死刑”的三类对象就是代表性规定。所以，保护主义在体系论层面不可回避的困境还在于，既然“幼”这个自然人群体是责任主义原则的例外，似乎“老、病、残、孕”也应当部分或全部复制未成年人犯罪特殊法律责任制度。我国早有学者提出，从自然规律、刑罚目的等各方面进行考察，刑法都应规定刑事责任的最高年龄，超出刑事责任年龄的年老耆属无刑事责任能力人，对其危害行为的处置可参照对未成年人危害行为的处置办法。所以，特定自然人群体的何种特殊性可以成为责任主义的例外？保护主义未能从理论层面阐释该问题。

综上,保护主义由一个立场正确但内容空洞的“保护”概念标签和“一论三原则”的观念集合组成,没有提出基本概念或者结构化的理论框架解决教义学问题。高举特别保护未成年人的大旗自然立于不败之地,但法教义学要解决的恰恰是特别、优先保护的论理依据。唯有如此,才能体系化阐释现有立法并展望制度创新。

三、未成年人保护立法的多元主义理念

只有深入分析未成年人保护立法的基本功能才能明确理念。我国未成年人保护立法已形成基本功能分化,这决定了多元主义理念的科学性。

(一) 未成年人保护立法模式与基本功能的关系

我国和美国未成年人保护立法在社会中的基本功能具有显著差别。传统自然法思想把社会构想为一种法律关系,现代法社会学则认为社会是一种系统,不存在某些在所有社会都同样有效的法律规范;特定社会的法律具有在不同可能性制度中进行一致性选择的相对性,这种与法律的内在视角及其道德基础保持距离的研究方法,是法社会学的经典起源。社会学对法律所做的思考一直以社会的两种理想类型即合意性视角和冲突视角为起点,前者将法律视为维系社会整合的中立性框架,法律的目的是调控利益、维系和谐与社会整合;后者认为法律是利益表达的手段,将法律视为社会冲突中的武器以及统治阶级为自身利益镇压其他阶级的工具。从冲突视角更能准确把握美国少年司法制度的基本功能。美国用未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法,却不改善贫困家庭生活的微观和宏观社会环境。这实质上是运用针对未成年人的强制性处置措施直接干预贫民家庭生活,旨在保障城市安全。

从合意性视角分析法律和社会关系的社会系统论对我国未成年人法更具有指导价值。社会系统论不是根据与应然固有本质的某种相似性或者国家制裁这样的特定事实性机制理解法律,主张从功能性和选择性角度理解法律,认为法律是在制度化过程中获得选择一致性并因而形成一个社会系统的结构,这个结构依赖于规范性行为期望的一致性一般化,因此在每个意义建构的社会中,法律的发展是法律逐渐分出和功能独立的过程。所以基于社会系统论的视角,法律是复杂性程度日益增加过程中社会整合机制的反映,其进化的方向是功能分化和多样化。故而,未成年人立法是特定社会某种行为期望在特定制度化机制中,为实现某种功能而被一致性选择的结果。

我国未成年人保护法律采取分散立法模式,与美国少年法院法的统一立法模式不同,不过也能构建某些功能相同的重要制度。美国少年法院法虽然在执行过程中存在不如人意之处,不过,“少年法院在专门针对青少年犯罪根本原因的过程中,无意中在犯罪预防行为方面作出了巨大的贡献”。少年法院在未成年人法中引入的康复目标在三个方面发挥积极作用。一是针对未成年人探索致力于帮助而非惩罚的法律制度;二是未成年人监狱的专门化;三是未成年人非监禁性处置措施的多元化。我国未成年人立法初步构建了前述制度。例如第一方面制度,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第277条、2006年最高人民法院《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》(以下简称《未成年人解释》)均规定,办理未成年人刑事案件“贯彻‘教育为主,惩罚为辅’的原则”;《预防法》第2条还规定“立足于教育和保护未成年人相结合”。再如第二方面制度,《看守所条例》第14条和《中华人民共和国监狱法》第39条规定成年、未成年人分别关押制度。又如第三方面制度,包括《未保法》第93条的家庭寄养、《预防法》第41条的责令接受社会观护及《未保法》第116条的鼓励社会组织参与社会观护制度。因此,美国少年法院法采取统一立法模式,由少年法院这个福利机构运用准司法程序处置不同类型的“问题”未成年人,其优势是体系性和统一性。我国分散立法模式在对不同类型未成年人实行分类保护方面则具有独特优势。所以,我国既不存在用未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法从而解决贫困问题的社会期待,现阶段也不存在制定单行的少年刑法、少年司法法或少年法来整合或重构未成年人保护法律的制度需求。

因此可以得出两点中间结论。第一,功能决定形式,未成年人保护法律是协调各阶层利益并维系社会整合的人口治理体系,回应未成年人发展权保障突出问题所具有的基本功能决定立法理念。第二,形式也影响功能实现,刑法与其他未成年人法相互关系的科学定位对未成年人保护法律整体功能实现具有重大影响。

(二) 我国未成年人保护立法的三种理念

根据宪法规定的根本立法目的,我国未成年人保护立法形成“三根支柱”体系。《宪法》第46条规定“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”,这表明最大限度保障未成年人发展权是未成

年人法律的根本立法目的。“发展权的实现就是为了不断改善全体人民和每一个人的福利，确保全体人民和每一个人都有权参加、推进和取得各方面发展成果。”最大限度保障未成年人发展权就是依法特别、优先保护未成年人发展机会的充分性、均等性。根据实现前述根本立法目的不同基本功能，未成年人保护立法由具有相对独立性的“三根支柱”构成，包括以《未保法》为代表的支持积极生育及未成年人合法权益保障法律，以《预防法》为代表的分级矫治未成年人罪错行为法律，以《刑法》为代表的科学惩罚涉罪未成年人法律，体现了对于未成年人的三种定位和基本功能。

“第一根支柱”对未成年人的定位为未来的有效人力资本，反映一切为了提振未成年人口增长及发展水平的制度导向，围绕支持的关键词构建三方面制度。支持未成年人口可持续发展的制度旨在为了释放公民生育潜能规定积极生育政策及配套支持措施，主要包括《人口法》《中华人民共和国母婴保健法》《中华人民共和国个人所得税法》专项附加扣除条文等规定三孩生育政策和配套支持措施的法律。支持特殊未成年人群体特别保障的制度为留守、困境等特殊未成年人提供满足生活基本需要的支持，主要包括《未保法》的关爱帮扶特殊未成年人条文及2018年民政部《儿童福利机构管理办法》等未成年人福利法、《中华人民共和国残疾人保障法》的保障残疾未成年人条文。支持未成年人合法权益保障的制度规定未成年人权益清单和配套措施，主要包括《未保法》保护普通未成年人的规定，《促进法》《中华人民共和国义务教育法》（以下简称《教育法》），《民法典》监护、婚姻家庭和继承制度的保护未成年人条文，《信息法》保护未成年人个人信息条文，《刑法》与《刑法》的特别保护未成年被害人条文等。总之，“第一根支柱”为解决未成年人发展权保障的普遍性问题发挥全局性基本功能。

“第二根支柱”对未成年人的定位为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群，反映对于一切潜在违法犯罪未成年人的制度导向，围绕矫治关键词构建未成年人道德与法治教育的两方面制度。一方面是消除各种滋生未成年人违法犯罪行为消极因素的法律制度，主要包括《预防法》预防犯罪教育规定。另一方面是未成年人不良行为或违法犯罪行为的预防制度，主要包括《预防法》预防犯罪教育以外的规定、《中华人民共和国治安管理处罚法》保护未成年人条文、专门学校和专门教育具体办法。《预防法》的思路是通过预防犯罪教育提高未成年人的自我管控能力，还通过对于未成年人不良行为及严重不良行为的提前、及时干预从而预防犯罪，也通过对未成年人初犯的教育和帮助预防其重新犯罪。所以，未成年人罪错行为包括不良行为、严重不良行为、初次犯罪行为和重新犯罪行为，前述两方面制度构建了未成年人罪错行为的分级矫治体系。《预防法》第38条规定的严重不良行为包括结伙斗殴等8类严重危害社会行为以及“其他严重危害社会的行为”的兜底条款，实际涵盖了未成年人违法行为，因此实现了对未成年人违法行为治安管理处罚制度的功能替代和升级。总之，“第二根支柱”为解决未成年人法治教育与发展的普遍性问题发挥主导性基本功能。

“第三根支柱”对未成年人的定位为年幼的犯罪人，反映对于一切犯罪未成年人的制度导向，围绕惩罚的关键词构建涉罪未成年人道德与法治教育的制度，主要包括刑法、刑事诉讼法、监狱法、社区矫正法、看守所管理等法律的保护涉罪未成年人条文。“第三根支柱”强调教育为主，《刑法》也专门规定针对未成年人的附条件不起诉制度。不过，现行刑法没有规定针对未成年人的特殊行为定性标准、刑种或非刑罚处罚措施，教育为主实际上只能通过办案或刑罚执行过程中附带开展的法治教育工作实现。刑法是以禁止性规范为主的法律，《刑法》第1条规定的“惩罚犯罪”同样适用于未成年人，因此立法论层面刑法仍然将未成年人视为年幼的犯罪人。总之，“第三根支柱”为解决涉罪未成年人法治教育与发展的突出问题发挥针对性基本功能。

综上，“三根支柱”具有不同的基本功能和制度导向，从而分别具有独特的法律理念。“第一根支柱”体现一切为了未成年人的制度导向，针对适龄家庭以及未成年人的监护人、学校、社会、政府、司法机关，通过综合运用义务性、禁止性、授权性规范解决最大限度保障未成年人发展权的支持措施问题。“第二根支柱”和“第三根支柱”共同体现对于一切违法犯罪未成年人的制度导向，直接针对未成年人展开制度安排。“第二根支柱”对于一切实施不良行为、严重不良行为和犯罪行为未成年人的制度具有弱强制性、矫治性。“第三根支柱”对于一切犯罪未成年人的制度具有强制性、惩罚性及教育性。同时，矫治和惩罚具有显著区别，矫治侧重行为主义、个别化，而惩罚侧重行为主义、罪责刑相适应。因此，“三根支柱”实际上具有不同基本功能，从而也具有独特的法律理念，分别为支持主义、矫治主义和转处主义。

四、未成年人保护法律的“三根支柱”体系

围绕各自独特的法律理念，“三根支柱”形成具有不同特点的制度体系。

（一）支持主义及其立法体系

首先,“第一根支柱”秉承支持主义理念,强调政府充分发挥积极生育和未成年人合法权益保障的指导、促进和监督作用。支持主义理念引领全社会充分认识优化生育政策、促进人口长期均衡发展的重大意义,并推动法律围绕未成年人发展的突出问题规定支持措施。支持主义理念的突出特点是注重统筹协调和整体推进综合改革,充分发挥未成年人法保障社会公平的功能。支持主义理念强调核心价值观引领,在全社会培育最大限度保障未成年人发展权的观念。而且,支持主义理念重视制度保障,将生育、养育、教育、婚嫁一体考虑,从而降低社会抚养成本。这样有助于切实解决公民后顾之忧,释放生育潜能,并促进家庭和谐幸福。2021年《人口法》全面删除与三孩生育政策不适应条文并详细规定积极生育支持措施,就是支持主义理念的集中体现。

其次,支持主义理念导出的最有利于未成年人原则充分贯彻联合国公约要求。依照联合国《儿童权利公约》第3条,“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”,这就是儿童利益最大化原则。结合该公约第1条和第2条,该原则包括三点含义:法律全面规定不满18周岁未成年人的各项权利;法律规定一切适当措施确保未成年人能够平等享受各项权利;法律规定关于未成年人有关的一切行动中优先保护未成年人合法权益。总之,该原则的核心是权利,要求是平等享受和优先保护。《儿童福利机构管理办法》第4条规定坚持儿童利益最大化。国务院《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》基本原则部分规定“从儿童身心发展特点和利益出发处理与儿童相关的具体事务,保障儿童利益最大化”。2020年《未保法》第4条明确最有利于未成年人原则,并规定“给予未成年人特殊、优先保护”等六项要求。因此,“第一根支柱”规定的最有利于未成年人原则与儿童利益最大化原则功能相同,在权利范围广泛性与具体要求明确性方面均充分贯彻公约要求。

再次,支持主义理念指导的制度构建注重优化有利于未成年人口增长和全面发展的社会环境。未成年人实际享有权利主要依靠外部帮助,《未保法》构建政府保护等六大保护体系,并详细规定政府对困境等特殊未成年人的福利性帮助和对普通未成年人的一般性保护制度,属于未成年人权益保障法与适度普惠型福利法的制度融合。而且我国还特别保障未成年人的参与权。例如《未保法》第19条规定监护人作出与未成年人权益有关决定前,应当充分考虑未成年人真实意愿。《民法典》第1084条也规定,对于离婚后子女抚养问题,应尊重已满八周岁未成年人的真实意愿。反观美国少年法院法忽略对社会环境的改善。“无论是在纽约市还是在芝加哥市,面对未成年人越轨行为的新问题时,一个具有可能性的立法回应是改变社会状况,但是当时的改革者忽略这种可能性并且聚焦于改变越轨未成年人及其父母的行为。这种立法之所以被选择,是因为改变贫困群体生活的社会状况非常麻烦。”实际上,美国少年司法是正式控制机制逐步扩张到原先正常未成年人的过程。“改革引入了一种新措施处理以前被忽略的未成年人(例如年幼的越轨未成年人),由此一种新的未成年人越轨行为被识别并规定于法律制度之中。结果法律之网被拓宽了。”支持主义理念针对政府等多元主体构建义务性和授权性规范为主、禁止性规范为辅的制度体系,全面规定积极生育和科学教育未成年人的支持措施,以此最大限度保障未成年人发展权。

最后,支持主义理念指导的制度构建充分落实平等原则,积极构建赋能及减负的配套措施。《教育法》和《促进法》最能说明“第一根支柱”的创新性。受教育权是一项给未成年人直接赋能的权利,未成年人平等享受该权利的状况影响公民及其家庭的社会阶层,也决定国家能否合理缩小贫富差距并保持民族的可持续发展能力。《教育法》第2条规定义务教育是国家必须保障的公益性事业,并在第6条规定促进义务教育均衡发展,这是政府保障未成年人充分、平等享受受教育权的体现。同时,减负是赋能的基础性配套制度。2020年《未保法》第33条对补课、校外培训作出针对性的减负规定。2021年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》也采取一系列重大措施,为充分贯彻《教育法》奠定更加坚实基础。而且,法律也注重为家庭教育赋能。《促进法》在审议过程中将名称增加“促进”,并将家庭教育服务机构规定为非营利性组织,表明国家对促进家庭教育的重视;同时删除草案一审稿法律责任中的罚款、拘留等处罚措施,体现了避免公权力过度干预家庭教育的导向。因此,我国全面依法治国的重心正逐步从效率优先转向兼顾公平,“第一根支柱”也初步实现从未成年人权利范围全覆盖的形式平等到未成年人权利享受真落实的实质平等转型。

(二) 矫治主义及其立法体系

首先,“第二根支柱”秉承矫治主义理念,强调政府直接对罪错未成年人进行分级矫治。总结《预防法》的制度安排,分级矫治包括四个层级的保护性措施。第一级为初次罪错行为预防,措施为国家、社会、学校和家庭应当对未成年人开展预防犯罪教育。第二级为不良行为干预,措施为学校可以对学生予以处分或采取管理

教育措施。第三级为严重不良行为矫治,措施为公安机关可以采取矫治教育措施、教育行政部门决定送入专门学校接受专门教育、教育行政部门会同公安机关决定进行专门矫治教育。第四级为重新犯罪预防,措施为司法机关办理未成年人刑事案件过程中应当有针对性地进行法治教育、落实安置帮教措施等。总之,我国的分级矫治制度具有法律规范多样性和保护性措施灵活性的特点。法律规范多样性体现为,第一级措施属于针对学校等的义务性规范,第二级和第三级措施属于针对教育行政部门等的授权性规范。第四级措施则属于针对司法机关等的义务性规范。保护性措施灵活性体现为国家必要时才干预家庭教育,第一级措施是对家庭教育的指导和促进,第二级措施直接针对未成年人但不具有强制性,第三级措施具有弱强制性而且规定严格的适用条件和程序,第四级措施是对家庭和学校教育短板的补强以及未成年人隐私权的特别保护。

其次,专门教育是“第二根支柱”贯彻矫治主义理念的核心制度。《预防法》的重要修改是构建具有广泛性、强制性、不定期性的专门教育制度。广泛性体现为,《预防法》第38条规定对于“未成年人实施的有刑法规定、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的行为”也进行专门矫治教育。1979年《刑法》第14条和1997年《刑法》第17条规定的收容教养制度由于缺乏配套立法,具体执行场所一直处于不稳定状态。根据1996年司法部《关于将政府收容教养的犯罪少年移至劳动教养场所收容教养的通知》,1982年至1996年期间收容教养的执行场所为少年管教所,1996年以后改为劳动教养所。但2013年劳动教养制度被废止之后,劳动教养所功能转型为强制隔离戒毒所,收容教养的执行场所处于无法可依状态。实践中有的地区通过跨部门协调机制安排未成年人犯管教所执行,但由于缺乏法律依据,收押数量极为有限,实际上形成对于低龄未成年人触犯刑法行为的放纵。《预防法》将低龄未成年人触犯刑法行为规定为严重不良行为并配置专门教育措施,是弥补家庭教育、普通学校教育和刑罚之间制度空白点的重大举措,是立法的重大进步。二则,强制性体现为,依照《预防法》第44、45条,经专门教育指导委员会评估同意后,教育行政部门有权单独或者会同公安机关决定对未成年人进行专门教育或专门矫治教育。三则,不定期体现为,依照《预防法》第46条,专门教育指导委员会每个学期对接受专门教育的未成年学生情况进行评估,评估通过的才能启动转回普通学校就读的决定程序。

再次,“第二根支柱”规定的专门教育制度属于有利于未成年人的保护处分措施,与刑罚具有显著区别。《预防法》第2条将专门教育确定为保护处分措施。虽然专门教育具有决定程序规范性、执行场所专门性和人身自由限制性,但并不能据此混淆法律强制与刑罚的区别。并非任何形式的强制或制裁都能称为刑罚,甚至强制性监禁也不能表明刑罚在发挥作用,例如控制一个人从而防止其自杀既不是伤害也不是刑罚,而是一种有益的强制措施,因此必须注意刑罚和替代性的、有益于行为人的强制措施之间的区别,后者统称为“处置”。因此《预防法》规定的专门教育制度性质上属于处置,符合最有利于未成年人原则。

专门教育制度是对未成年人非刑罚性、限制自由性保护处分措施的有益探索。从1987年国家教育委员会等《关于办好工读学校的几点意见》到1999年《预防法》第35条,工读学校教育经历了强制性向自愿性的转型。此后工读学校 and 在校生数量均明显减少。2014年数据显示,“全国共有67所工读学校”。《预防法》规定对低龄未成年人触犯刑法行为适用专门矫治教育,并对其他严重危害社会的九类行为适用送入专门学校接受专门教育,这是对工读教育制度和收容教养制度的合并升级。虽然专门学校和专门教育的具体实施办法还有待进一步完善,不过《预防法》构建的专门教育以及专门学校制度,为提升未成年人犯罪治理的法治化水平奠定了坚实基础。

(三) 转处主义及其立法体系

首先,建议刑法逐步改变降低刑罚严厉性的立法模式,“第三根支柱”全面贯彻对涉罪未成年人转向处分、司法分流的转处主义理念,从而在刑事司法中实现涉罪未成年人适用刑罚范围最小化。《刑法》规定的24个涉未成年人条文中,第17、49、65、72条和第100条均规定未成年人涉罪行为宽缓的法律后果。这实际采取降低刑罚严厉性的立法模式,即对于未成年人和成年人基本采取相同的定罪标准,不过量刑时尽量适用较轻的刑罚和缓刑。相对不起诉在不起诉制度框架内进行未成年人刑事案件程序性司法分流的探索,是程序法贯彻转处主义理念的成功尝试。建议刑法参照刑事诉讼法的成熟立法模式,通过规范化试点探索未成年人刑事责任制度的创新,以最大限度在审判环节对涉罪未成年人适用非刑罚处罚措施、非监禁性的刑种或特别的刑罚具体运用方式。

各国贯彻转处主义理念的未成年人法主要有两种模式。一种以美国少年法院法为代表,以未成年人福利法替代未成年人犯罪刑法立法。“对于少年法院而言,转处主义一直都是两种理论基础中最重要的那个,并且延续

至今。”美国少年法院法不区分越轨未成年人和具有依赖性却被疏于照顾的未成年人，实际属于普惠型的福利法立法模式，即用福利法替代刑法。但问题恰恰在于，干预主义更适合具有依赖性却被疏于照顾未成年人的传统福利法，转处主义则与针对越轨未成年人的刑法更加契合。另一种以日本少年法为代表，将未成年人犯罪刑事立法专门化。不同于美国少年法院法处置需要扶助的以及被遗弃的少年，日本少年法中规定应当交付刑事审判的犯罪、触法以及虞犯这三类少年，所以实际上少年法是刑法与刑事诉讼法的特别法。建议我国进一步完善刑法保护涉罪未成年人专门条文，在具体制度方面进行创新性探索。

其次，“第三根支柱”以转处主义为理念，并非意味着刑法放弃对适龄涉罪未成年人的惩罚功能。刑法对于未成年人当然应该有温度，但绝不意味着完全放弃刑罚。一方面，惩罚未成年犯罪人往往就是对未成年被害人的直接保护。2016年对H省未成年人犯管教所服刑未成年罪犯的调查显示，被害人是未成年人的占比51.02%。虽然刑事法通常强调对未成年被害人和犯罪人的双向保护，但这种保护的前提和侧重点不同。对未成年被害人是绝对保护、实体性权益保护，对未成年犯罪人则是相对保护、程序性权利保护。因此，“第三根支柱”贯彻转处主义理念的前提是充分保护未成年被害人合法权益，否则刑法的法益保障机能就无法实现。另一方面，刑罚具有不可替代的预防犯罪功能。“需要有足够的有形动机来预防个人专横的精神将社会的法律重新带回古代的混乱之中。这种有形的动机就是针对违法者规定的刑罚。我们之所以说刑罚是有形的动机，是因为经验表明，普通人并不接受稳定的行为准则。除非，给普通人留下深刻印象的动机直接影响感官，同时这种动机重复不断地出现在头脑中，并能够抗衡那些与普遍利益对立的自私激情形成的强烈印象，否则普通人就无法远离物质和精神世界无序状态中都存在的普遍原则。”因此，刑罚具有运用易感触力量对涉罪未成年人作出反应的不可替代功能。涉罪未成年人保护刑法立法并不能以儿童利益最大化原则替代刑法三大基本原则，基于特别保护随意放纵涉罪未成年人可能对未成年人和社会造成更大损害。因此，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（以下简称《修十一》）降低最低刑事责任年龄的立法具有科学性。该条文针对最严重罪行并设定最严格核准程序，造成追究刑事责任范围不当扩大化的可能性极低。

五、涉罪未成年人保护刑法立法的具体功能

转处主义理念还反映涉罪未成年人刑法立法具有三方面具体功能，对此的全面认识有助于推动“第三根支柱”制度创新。

（一）“保护区”功能

“保护区”功能指通过犯罪和刑罚制度创新逐步限制对未成年人适用刑罚的范围。“保护区”功能的现实基础是“第一根支柱”“第二根支柱”支持及矫治功能的充分发挥，理论基础则是犯罪学理论。“刑法典的作用，仅仅在于把那些不重视它的人与社会暂时隔离开来。这种惩罚可以在短期内防止罪犯再重新犯罪。显然，除非已有犯罪行为，否则刑罚是不可能施加于他的。它是一种针对犯罪结果而采取的措施，没有触及犯罪的原因和根源。”犯罪倾向、犯罪生涯和发展犯罪学这三种理论研究均发现，改造社会环境立法的事前预防比事后惩罚更重要。

首先，犯罪倾向理论发现犯罪与年龄之间存在稳定关系，但这并不能成为依靠刑罚预防未成年人触犯刑法行为的根据。检验犯罪倾向理论的实证研究发现，犯罪原因领域区分未成年人和成年人毫无价值，因为高犯罪倾向与低犯罪倾向群体均具有相对稳定的年龄与犯罪相关关系曲线，而且曲线不受社会条件影响，但这并不能用于预测行为人生命历程中参与犯罪的可能性，而且可以否认注重对生命早期开始实施犯罪行为的男性未成年人进行预防和矫治的观点。所以，犯罪倾向理论关注不同群体具有高或低犯罪倾向的原因。后来的纵向调查发现，从青春期到成年人转变期间同步发生社会控制等六种因素变化，这能够解释15至25岁期间犯罪与年龄相关关系曲线三分之二至四分之三的变化原因；其中社会学习理论对年龄效应的解释力最强并高达49%。

其次，犯罪生涯理论认为年龄与犯罪之间不具有稳定关系，这在一定程度上否定了低龄未成年人触犯刑法行为适用刑罚的理论根据。基于纵向调查的研究发现，儿童晚期反社会行为与成年早期犯罪行为之间具有相关性，但这并不代表特定未成年人群体具有犯罪倾向，这其实是一个发展的过程；儿童晚期反社会行为实际是

家庭养育质量偏低、学校教育参与度降低、与违法犯罪同龄人交往增加这三项因素的征兆，而这三项因素才预示成年早期实施犯罪行为的可能性。

再次，发展犯罪学融合了犯罪倾向和犯罪生涯理论，认为应当用不同理论解释人类生命历程中不同时点的犯罪行为，所以导致未成年人实施反社会行为的因素并不能预测成年人犯罪。该理论分支中最重要的是非正式社会控制理论。基于个人情况类似的长期实施越轨行为和守法的两组各自500位未成年人的对照研究，该理论对未成年人时期越轨行为是成年人犯罪行为最佳预测因子的观点提出质疑，提出未成年越轨人成为成年犯罪人的稳定性是司法机关制裁经历使其失去诸多发展机会所致，同时未成年越轨人不会成为成年犯罪人的变化性也普遍存在。

综上，犯罪学理论为未成年人犯罪刑法立法将理念调试为转处主义提供了丰富理论资源。犯罪学理论关注的同龄人不良交往等结构性背景因素，可以被融合到促进未成年人全面发展的风险管理和犯罪预防制度之中。建议在犯罪和刑罚领域进行创新性制度的先行先试，逐步限制对涉罪未成年人适用刑罚的范围，并坚持通过“第一根支柱”和“第二根支柱”持续塑造最大限度保障未成年人发展权的社会环境。

（二）“试验田”功能

“试验田”功能指涉罪未成年人保护刑法立法为整体性刑法制度创新提供可推广的经验。我国相当数量的实务工作者认为，未成年人司法保护就是对涉罪未成年人处理上的“小儿酌减”。这实质是一种少年刑法批判论，主张不对未成年人给与过多优待。这种观念的现实根据有三点。其一，我国未成年罪犯数量少、罪名集中，涉罪未成年人的司法问题并非刑法发展的突出矛盾。2020年全国法院审结刑事一审案件中，未成年罪犯人数为33768，占全部罪犯的比例约为2.2%。2015年1月1日至2016年12月31日全国法院审结刑事一审案件数据显示，未成年人刑事案件罪名主要为盗窃罪、抢劫罪、故意伤害罪、寻衅滋事罪和强奸罪。所以，数量不多的未成年人刑事案件又都是常见罪名，分散到各基层司法机关后难以形成对刑法立法具有冲击力的问题。其二，未成年人暴力犯罪呈现凶残化特点，对未成年犯罪人过分宽缓未必有利于发挥刑法规范的教育作用。例如2015年烟台李某故意杀人、抢劫、盗窃一案中，公诉人指出李某虽然犯盗窃前科时系未成年人依法不构成累犯，但李某被释放后一年之内又犯盗窃、抢劫、故意杀人等重罪，当街杀害警察，手段极其凶残和残忍，足见其社会危害性和人身危险性极大。法院当庭以数罪并罚判处李某死刑。所以，如何让刑法对未成年人的“厚爱”不被滥用、不被辜负，确实不好把握。其三，保护主义过于强调少年刑法与成年人刑法的二元分离，涉罪未成年人保护刑法立法的理论和实践难以促进刑法体系的整体发展。不过如果打破未成年人与成年人犯罪刑法立法的理论壁垒，就能够通过制度创新更科学贯彻宽严相济刑事政策。

首先，涉罪未成年人保护刑法立法也可以扩大适用于成年人。日本对少年法也存在为什么只有少年被特别对待的批判，这种观点其实表达了从成年人角度观察时，对于看似被不当优待少年的敌意，消解这种敌意的途径大体有两个：一是取消对少年的优待，将成年人与少年同等对待，这是少年法废止论的立场，二是尽可能缩小未成年人与少年在处遇方面的差距，将成年人的处遇水平努力提升至与少年相同的水平；后一种途径更加妥当，据此应当完善被害人救济的理论与制度，以此约束被害人与社会的报应情感。因此应对少年刑法批判论的思路在于，一是探索在成年人犯罪刑法立法中复制未成年人犯罪的制度，二是尝试在两者之间创建互动法律机制。实际上美国和日本已经开始两方面的探索。20世纪晚期以来美国许多州规定混合量刑制度，既允许少年法院法官在处置程序中适用在普通监狱执行的刑罚制度，也允许普通刑事法院法官在量刑程序中适用少年法院法的处置措施。日本规定逆送制度，是指家庭法院考虑少年的身心成熟度等各种因素后，如果认为刑事处分比保护处分更加合适时，可以决定将该案件从家庭法院逆送即反向移送至检察机关，使少年接受和成年人一样的刑事审判；逆送之后适用与成年人相同的刑法与刑事诉讼法，但是少年可以适用不定期刑等特别规定，而且逆送之后检察官原则上必须提起公诉。这种重新定位未成年人与成年人犯罪刑法立法之间关系的新思路，值得我国参考。

其次，涉罪未成年人保护刑法立法的依法先行先试可以将改革的局部经验上升为整体经验。当前我国刑法改革面临的巨大挑战在于各地经济发展不平衡、犯罪状况和刑法执行情况有差异，需要防止制度创新有损法的安定性。公共政策决策者往往担心削弱刑法的法益保护机能会危及社会稳定。结果贯彻从宽的刑法创新容易在立法中实现，而贯彻从严的刑法创新往往难以具备成熟的实践条件。1997年《刑法》施行以来的修正案绝大部分都是犯罪化和重刑化，没有任何非犯罪化条文，轻刑化则集中于减少死刑罪名、从宽处罚未成年人和修改贪污贿赂罪确定数额立法。但是，刑法立法活性和犯罪化、重刑化的结合既阻碍刑法人权保障机能的充分发挥，

也不利于推进社会治理体系和治理能力的现代化。因此,刑法发展应当全面贯彻宽严相济刑事政策。如果实现涉罪未成年人保护刑法立法和刑法整体发展的有机联系,则有助于通过涉罪未成年人保护刑法立法的先行先试发展从宽制度。

最后,“试验田”功能包括涉罪未成年人保护刑法制度的扩大适用、创新并逐步扩大适用两种实现路径。已有研究指出,认罪认罚从宽制度为附条件不起诉扩大适用于成年人案件提供了制度空间,建议将适用于成年人与未成年人案件的附条件不起诉进行二元化设计。这种将未成年人刑事案件专门诉讼制度调整具体条件后复制到成年人刑事案件的思路,同样适用于刑法。涉罪未成年人保护刑法制度扩大适用的突破口在于,将《刑法》第72条“应当宣告缓刑”制度扩大适用到成年人。因为《社区矫正法》的施行促进了缓刑配套措施制度化,这为刑法扩大非监禁刑适用比例奠定了坚实基础。

同时,涉罪未成年人保护刑法制度创新并逐步扩大适用的突破口在于,删除《刑法》第100条前科报告义务条文并探索前科消灭制度。实践中国家机关都具有依法查询相关人员受刑罚处罚记录的权限,第100条主要涉及民营实体企业及新业态灵活就业人员的报告义务。然而前科报告义务及前科消灭制度的缺失并不适应法律保障公民发展权的现实需要。而且《刑法》第37条之一已经完善职业禁止制度,《未保法》第62条新增密切接触未成年人单位查询应聘者违法犯罪记录的制度,《中华人民共和国劳动合同法》第8条也规定劳动者对与劳动合同直接相关的基本情况具有如实说明义务。从法律性质上分析,“前科报告属于劳动者如实说明义务的范围,但仅限于与录用条件、工作内容直接相关的刑罚处罚情况”。如果行为人瞒报的前科可能影响其履行岗位职责的适格性,劳动法能为用人单位主张劳动合同无效提供法律依据;反之前科报告义务则会成为用人单位解除劳动合同的借口,不利于公平保障公民就业权。而且,2019年危险驾驶罪成为我国法院一审刑事案件中排名第一的罪名,严重暴力犯罪案件连续十年呈下降态势。现阶段,“我国经济发展、社会安定,犯罪结构明显变化,重罪占比持续下降,轻罪案件不断增多。判处不满三年有期徒刑及以下刑罚案件,从2000年占53.9%升至2020年的77.4%”,刑法如何促进对轻罪罪犯的康复和重新犯罪预防,成为新的时代命题。实践早已证明,稳定的就业对于修复刑满释放人员社会联系具有不可替代的积极作用。因此刑法已经不具备规定前科报告义务的必要性。结合未成年人犯罪记录封存制度的优化,以涉罪未成年人保护刑法立法的创新为切入点,废止刑法的前科报告制度并探索前科消灭制度迫在眉睫。

(三)“连接器”功能

“连接器”功能指充分发挥刑法在未成年人保护法律中的托底作用,以涉罪未成年人保护刑法立法为切入点,逐步建立健全“三根支柱”之间的配套衔接制度。日本学者对于本国少年司法制度的三点反思值得参考。反思之一,少年刑法依然是真正的刑法。当少年福祉法充分发挥其应有作用时,少年刑法其实不需要具有教育性机能而可以专注于其本来的处罚机能,虽然这一机能与成年人刑法不同。少年福祉法与少年刑法之间的这种职能分担才能促进双方各自充分发挥其作用,这应当是少年处遇制度发展的下一个阶段。反思之二,《日本儿童福祉法》未能充分发挥作用,导致《日本少年法》一家独大。反思之三,少年司法制度的完善有赖于真正的少年福祉法与真正的少年刑法之间的分离与协同:真正的少年福祉法应当同样适用于犯罪少年;同时真正的少年刑法应当具有较成年人刑法更宽大的刑罚措施,以及并非仅仅作为刑罚替代措施的保护处分。前述三点反思提出未成年人体系化和功能专门化的协调问题。我国未成年人保护法律初步形成功能专门化的不同制度体系,建议将“三根支柱”之间的配套衔接制度作为立法发展重点。配套衔接制度主要包括两方面。一方面,建议“第一根支柱”逐步增加针对普通未成年人的普惠性福利制度和针对罪错未成年人的特殊性帮助措施。例如,“第一根支柱”逐步增加未成年人实现参与权的途径,并适当给与罪错未成年人福利性帮助,从而与“第二根支柱”的安置帮教等制度形成合力。另一方面更为迫切的是,逐步探索《刑法》与《未保法》《预防法》的配套衔接制度。

首先,建议探索《刑法》保障《未保法》实施的配套制度。六大保护体系有效实施的核心是政府及其他主体履职尽责,不过《未保法》法律责任部分对该法义务性和禁止性规范的保障可能稍显不足。一是对于政府和司法保护主体的义务性、禁止性规范,配置的法律后果比较简单。《未保法》第128条规定,国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊,损害未成年人合法权益的,依法给与处分。前述规定缺乏具体的处罚条件和标准,没有为对公职人员适用政务处分或追究刑事责任提供明确的前置法规定,可能形成追责漏洞。二是法律责任仅仅授权不同行政机关在既有职权范围内实施行政处罚,但不同类型和层级行政执法存在交叉点和空白点,这使得义务性和禁止性规范的有效实施可能面临挑战。因此,修订《未保法》应当有系统性思维而不能仅

仅考虑单部法典的修订，还应当考虑与《刑法》等法律的关系，并进行一体化完善。建议从两个层面完善刑法保障《未保法》实施的配套制度。第一重保障是探索精准保护未成年人刑法制度。建议根据《未保法》的禁止性规范查漏补缺，对于行政处罚不足以及及时、有效惩罚的严重侵害未成年人合法权益行为适度犯罪化。《修十一》新增的负有照护职责人员性侵罪就属于此类制度。第二重保障是探索精准惩罚不依法履行保护未成年人义务行为的刑法制度。建议参考环境监管失职罪等专门罪名，对严重的不依法履行保护未成年人义务行为适度犯罪化，以弥补渎职罪的规制漏洞。

其次，建议探索《刑法》与《预防法》的衔接制度。《预防法》强化普通学校、专门学校和刑事司法机关的法治教育当然重要，不过应注意法治教育效果有限。未成年人犯罪前对自己行为犯罪性有明确认识的占79.5%，强化思想品德及法治教育对于防止未成年人犯罪的实际效果非常有限。少年司法实践中对相关刑事政策的单一适用模式可能带来保护有余、惩治不足的隐忧。建议《刑法》逐步扩大专门矫治教育制度的适用范围并创新非刑罚处置措施。《修十一》引入对不满十六周岁不予刑事处罚未成年人的专门矫治教育，《预防法》也初步规定执行机构。不过专门矫治教育制度立法只是新的起点，该制度仍然存在逐步扩大适用的先行先试空间。制度创新的切入点在于，结合《未成年人解释》第6至第11条关于“不认为是犯罪”“依法适用管制、缓刑、单处罚金或者免于刑事处罚”的规定，探索未成年人涉罪行为的特殊定性标准和更为宽缓的法律责任方式，逐步扩大对未成年人适用专门矫治教育的范围，从而为《预防法》的分级矫治在适用对象方面规定衔接制度。

六、结论

结合对于美国少年司法制度钟摆现象的分析发现，保护主义在法学建构层面忽视干预主义和转处主义的理念鸿沟，体系论层面也没有形成阐释未成年人犯罪特殊法律责任制度的基本概念和理论框架。对于废除独立少年法院或将少年法院向成年人刑事司法制度方向改造的观点，有美国学者提出，与刑事司法采取传统回顾性裁决模式相比，毒品法庭等专门法院更多转向运用前瞻性决策方法的行政模式，对非法律专业人员和实证数据更开放、更注重解决问题，这被证明对预防犯罪具有积极的工具性作用，因此建议少年法院改革致力于针对处于危机中的未成年人构建以个别预防为重点的少年司法系统，即推动主动、管理和系统的解决问题方法。的确，美国少年司法制度的最大启示在于，避免更糟成为衡量改革成功的标准，立法没有为保障未成年人发展权提供全方位社会改革方案。我国应当明确追求更好的改革导向，继续以科学理念引领未成年人法律制度创新。

根据社会系统论的分析表明，基于理念的多元主义，我国未成年人保护法律形成具有不同基本功能的“三根支柱”制度体系。“第一根支柱”秉承支持主义理念，将未成年人视为未来的有效人力资本，属于支持积极生育及未成年人合法权益保障制度。“第二根支柱”秉承矫治主义理念，将未成年人视为容易被环境诱使实施违法犯罪行为的高危人群，属于分级矫治未成年人罪错行为制度。“第三根支柱”秉承转处主义理念，将未成年人视为年幼的犯罪人，属于科学惩罚涉罪未成年人制度。转处主义理念还反映涉罪未成年人保护刑法立法的三方面具体功能：逐步限制涉罪未成年人适用刑罚范围的“保护区”；为整体性刑法制度创新提供可推广经验的“试验田”；健全“三根支柱”之间配套衔接制度的“连通器”。

以法之名，呵护苏区少年儿童

2022-05-27 人民法院报 徐佳佳

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/27/content_217291.htm?div=-1

随着清末民族危机的不断加重，一些有识之士逐渐意识到“少年强则国强”。为此，新文化运动前后忠君重道等传统少年儿童培育思想遭到了猛烈抨击，“儿童本位”主义等教育理念得到快速传播和实践，中国现代少年儿童保护和培育观念逐步形成。在此大背景下开展革命斗争的苏区立法工作者为了进一步保护和培养苏维埃事业的接班人、促进苏区社会建设和革命战争，开展了苏区少年儿童权益保护立法探索和实践。

作为苏区法治建设的重要组成部分，苏区少年儿童权益保护法律体系以苏维埃宪法为根本和基础，苏区教育、劳动、婚姻家庭、刑事等领域的法律文件及其他苏区政府机构出台的政策、规范性文件等为主体，从苏区少年儿童群体自身特点及苏区实际出发，充分体现出苏区少年儿童权益法律保护的优先性、特殊性等，为苏区少年儿童健康成长提供了较为完备的法律保障，也为当前少年儿童权益立法工作的完善提供了历史镜鉴。

苏区少年儿童权益保护立法的主要内容

苏区虽然没有制定关于少年儿童权益保护的专门法，但却在开展苏区教育、劳动、婚姻家庭、刑事等领域的立法工作时，围绕少年儿童的教育、劳动、财产、刑罚等问题制定了诸多法律文件，主要内容体现在以下方面。

（一）教育立法领域

教育权是少年儿童享有的重要的一项权益，也是促进少年儿童健康成长的重要途径，各级苏区政府对此尤为重视。总体来说，围绕少年儿童的教育问题，苏区立法工作主要凸显了以下几方面的内容。

践行新型教育理念。有别于封建社会和国民党统辖的少年儿童教育为统治阶层培养人才的理念，苏区开展少年儿童教育的一方面是为了促进少年儿童的健康成长。1934年2月颁布的《中华苏维埃共和国小学校制度暂行条例》就提出苏维埃政权下的小学教育，要发展儿童的创造性和自治能力，儿童在学校，当有自己的组织和独立的活动，教育者只站在领导地位。另一方面则是为了提高工农群体的文化水平，让他们更好地当家作主。1934年9月《红色中华》刊登的《苏区教育的发展》一文就提出“工农和他们的子女，有享受教育的优先权，苏维埃政府用一切方法，来提高工农的文化水平”。

突出教育的免费性。对少年儿童施行免费的义务教育这一要求在苏区各类教育法律文件得到广泛体现。1930年3月颁行的闽西《保护青年妇女条例》就明确规定，六岁以上的男女小孩，由政府予以免费教育。同时，对于红军子弟，除了免除其学费，各级苏区政府还会给予额外补贴。1934年2月中央政府内务、教育人民委员会发布的联合通知就规定“凡是在服务期间的红军子弟入校读书的，由乡优待红军家属委员会，于优待红军家属的基金中抽取一部分，作为津贴纸张、笔墨、书籍等费，每名每学期津贴大洋二角五分到三角，交由乡教育委员会代购书籍纸笔等文具发给红军子弟”。

强调教育的普及性。苏区在施行义务教育时，尽可能让所有符合条件的少年儿童都能入学，“要对于一切儿童不分性别与成分差别，皆施以免费的义务教育”。为此，1934年4月颁布的《小学管理法大纲》还要求“每学期开学前十天至十五天，即须组织招生委员会”，其任务就是“发动全学区的群众，号召他们送学龄儿童入学，尤其要使得已经超过八岁的儿童来插班”。

加强对义务教育实施的监管。对于破坏义务教育的各项活动，苏区予以坚决打击。1934年3月发布的《江西省第一次教育会议的决议案》就提出“要动员群众对于反革命的破坏教育的阴谋，加以无情地打击”，并要求对苏区各类小学的办学资质进行严格审查，“将各乡一切小学校（初级的及两级的）加以严格的审查，详细地报告省及中央教育部”。

（二）劳动立法领域

在旧社会，少年儿童严重缺乏劳动保护，“中国童工的采用，事实上是全无限制的，十岁左右的童工数量的发展殊足惊人。多数工厂（如火柴厂、纺织厂）雇用六岁至八岁的童工更是常事”。为了改变这一局面，各级苏区政府纷纷通过立法对少年儿童的劳动环境、时间和待遇等进行规范：

缩短少年儿童的劳动时间。1930年5月通过的《劳动保护法》就提出“未成年工人工作时间不得超过六小时”。1931年《中华苏维埃共和国第一次全国工农兵代表大会宣言》则进一步细化为“青年工作八小时，童工工作四小时”。

改善少年儿童的劳动环境。1930年5月发布的《劳动保护法》就规定“妇女与未成年工人禁止做夜工及额外工作”。而1931年11月发布的《中华苏维埃共和国劳动法》则进一步强调“凡某些特别繁重或危险的工业部门，禁止青工女工及童工在那里工作”。

提高少年儿童待遇。苏区劳动立法普遍要求参加劳动的少年儿童工资、津补贴等应该与成年人相同。1930年5月通过的《劳动保护法》就提出“妇女、未成年工人及成年工人同样，应得同样工资”。而1933年10月重新颁行的《中华苏维埃共和国劳动法》还规定一旦被保险人死亡或失踪，其“未满十六岁的子女兄弟及姐妹”可以领取补助金。

（三）婚姻家庭立法领域

在旧中国，儿童被当作家庭的私有财产，其人身和财产权益都被漠视。为了改变儿童的这一处境，苏区通过婚姻家庭立法实现了对少年儿童的保护。具体体现在以下几方面：

废除童养媳制度。1930年3月颁布的闽西《保护青年妇女条例》中就规定“废除妾媵童养媳制度”。而1931年11月颁行的《中华苏维埃共和国婚姻条例》则再次强调“禁止童养媳”。

禁止遗弃虐待少年儿童。1931年11月颁行的《中华苏维埃共和国婚姻条例》对离婚之后小孩的抚养问题作了明确规定“离婚前所生子女归男子负责抚养，如男女都愿抚养，则归女子抚养；哺乳期内小儿，归女子抚养”“愿养小孩的新夫，必须向乡苏维埃或城市苏维埃登记，一经登记后，须负抚养成人之责，不得中途停止或虐待”。另外，1934年4月重新颁布的《中华苏维埃共和国婚姻法》还对离婚后小孩的抚养权归属作了补充“年长的小孩，同时须尊重小孩的意见”。

保障家庭中少年儿童的财产权。1931年11月颁行的《中华苏维埃共和国婚姻条例》就规定“小孩分得的田地，田地随小孩同走”。同时，该法还规定，离婚时“在结婚满一年，男女共同经营所增加的财产，男女平分，如有小孩则按人口平分”。

确保非婚生子女在家庭中的权益。旧社会中非婚生子女身份尴尬、地位低下，为了全面保护少年儿童的各项权益，苏区婚姻立法中对非婚生子女的权益给予了保护。1934年4月重新颁布的《中华苏维埃共和国婚姻法》就明确规定“一切私生子女得享受本婚姻法上关于合法小孩的一切权益，禁止虐待抛弃私生子”。

此外，为了保障苏区少年儿童的健康，各级苏区政府还联合医护、保育、家庭等开展了卫生防疫工作，并予以立法保护。1934年2月颁行的《托儿所组织条例》就规定“托儿所的房子要选择比较清洁，光线充足及空气好的地方”，要“责成卫生机关经常派人检查托儿所的卫生和小孩身体的健康”“小孩进托儿所时，看护人必须给他洗脸或洗身，饭前要洗一次手”。

（四）刑法领域保护

针对少年儿童群体存在的合法权益易受侵犯、危害结果易造成心理和身体的双重伤害等特点，苏区立法工作者制定了不同的刑罚措施：

从重处罚侵犯少年儿童合法权益的犯罪分子。1931年颁行的《赣东北特区苏维埃暂行刑律》就规定“对未满十二岁之男女为猥亵之行为者，处三等至五等有期徒刑”“奸未满十二岁幼女者，处死刑至二等有期徒刑”。

坚持教育感化基本原则的前提下，减轻对少年儿童犯罪人员的处罚。1934年4月颁行的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》就规定“年龄在十六岁以下的未成年人，犯本条例所举各罪者，得按照该条文的规定减轻处罚；如为十四岁以下的幼年人，得交教育机关实施感化教育”。

苏区少年儿童权益保护立法的主要特点

对儿童人身、财产权益的重视。针对旧社会普遍存在的童养媳、童工、虐童以及遗弃少年儿童等问题，苏区立法工作者从社会、家庭、劳动工作等方面制定了较多专门法律条文，对少年儿童的人身和财产权益进行了较为全面的保护，为苏区少年儿童的健康成长构筑了较为坚实的法律保障。

凸显少年儿童教育权益。教育是关系到苏区少年儿童发展的一项基本权益。苏区立法工作者致力于提高教育的公平性、普及化程度、参与性及质量等。首先,苏区在开展教育立法时就提出要划分学区,让少年儿童就近入学,努力促成教育资源的公平分配。其次,苏区在开展教育立法时重视教育的普及化程度,力求让苏区教育惠及每一个少年儿童。再次,苏区在开展教育立法时十分注重少年儿童对教学和管理等方面的参与。在1934年4月颁行的《小学学生组织大纲》就要求建立学生检察委员会,负责“检察学生及委员等的工作和行为”。此外,苏区还制定了《小学教育制度草案》《小学课程与教则草案》《红色教员联合会暂行章程》等,对教学制度、内容和教师等做了全面规定,以促进苏区教育质量的提高。

带有鲜明的社会福利特征。不论是教育立法中施行的免费义务教育,还是劳动立法中要求少年儿童与成年工人同等待遇,亦或是让少年儿童拥有家庭财产,少年儿童权益保护立法工作中制定的诸多法律条文都是各级苏区政府主导下给予的资源 and 政策的倾斜,体现了苏区对少年儿童的关怀 and 爱护。

尝试了多方通力合作。苏区的少年儿童权益保护立法内容覆盖了该群体生活、学习、劳动和革命斗争的众多方面,在立法草案的调研、起草、颁布、施行及宣传普及等工作中,得到了家庭、政府机构、社会组织、学校、军队乃至报刊等方面的配合和支持,展现了苏区对少年儿童权益保护立法工作的高度重视和高效落实。

尊重苏区实际及少年儿童自身的特殊性。一方面考虑到苏区面临战争威胁且劳动力短缺等情况,相关立法对少年儿童的教育学制不做机械规定。1933年10月中央文化教育建设大会通过的《目前教育工作的任务的决议案》就提出“但是估计着我们在战争的情况之下,特别是实际的环境对于我们的需要,大会同意把义务教育缩短为五年”。而这五年的义务教育也可以根据具体情况进行调整,1934年2月颁行的《中华苏维埃共和国小学制度暂行条例》就说明“有家庭教育基础或其他教育条件,能早完规定的课程的儿童,修业年限可以少于五年”。另一方面出于促进苏区社会建设的考虑,相关立法增加了较多实用性的课程并允许少年儿童参加劳动,促进理论与实践相结合。苏区在开展义务教育时,初级小学除要求教授“国语、算术、游艺”等课程之外,还要求设置“劳作实习”“社会工作”两门课程,并要求这两门课程每星期课时不少于十二小时(总课时为十八小时)。

苏区少年儿童权益保护立法的启示

进入新时代,随着《中华人民共和国民法典》的颁行和《中华人民共和国未成年人保护法》的修订,少年儿童权益保护的法律屏障越来越牢固。但校园霸凌及少年儿童食品安全等问题时有发生,仍然凸显了进一步完善我国少年儿童权益保护立法的必要性和紧迫性。追根溯源,从苏区少年儿童权益保护立法中汲取历史经验,或许不失为完善当前少年儿童权益保护立法工作的参考。

树立科学的立法理念。苏区在开展少年儿童权益保护立法工作时,摒弃了封建社会及国民党统治下少年儿童培育理念,坚持以促进少年儿童身心健康发展为重要目的,通过不断提高苏区少年儿童的受教育水平和地位,鼓励他们积极参与苏区社会建设,让少年儿童真正成为苏维埃事业的接班人。良法是善治之前提,要完善当前少年儿童权益保护工作,还应该提高少年儿童保护的立法质量。为此,可以继承和发展苏区少年儿童权益保护立法理念,在坚持少年儿童利益最大化的前提下,既充分保障少年儿童人身、财产权益,还对其人格尊严及心理诉求进行充分保护,以此促进少年儿童权益保护立法的主动补位,织密少年儿童权益保护网,让当代少年儿童真正担负起新时代建设社会主义现代化强国的历史使命。

重视和完善少年儿童的教育。苏区在开展少年儿童权益保护立法工作时,将教育摆在十分重要的位置,并一方面采用以义务教育为主,辅之职业教育的办法,满足少年儿童群体不同的教育需要;另一方面鼓励少年儿童积极参与社会实践,注重理论联系实践,促进少年儿童能力的真正提高。虽然当前少年儿童的入学率已经大为提高,但汲取历史的经验,把教育问题摆在当前少年儿童权益保护立法的重要位置,并着力解决网络、毒品等引发的少年儿童教育的新问题,不断提高少年儿童的动手能力,对于不断提高新时代少年儿童教育质量仍然具有重要价值。

多方合力促进少年儿童保护立法工作的开展。苏区在开展少年儿童权益保护立法工作时,积极调动教育、司法行政、宣传、医疗卫生及军队等多方力量,努力促成学校教育、社会教育和家庭教育的合力,让苏区少年

儿童权益保护真正落到实处。当前，要让少年儿童保护法律法规真正发挥作用，仍需以史为鉴，充分动员各方力量，确保科学立法、严格执法、广泛普法，让少年儿童权益保护成为全社会的共识。

促进少年儿童权益保护相关法律文件的立改废释。在开展少年儿童权益保护立法工作时，苏区会根据当时战争威胁、经济较为落后、少年儿童入学率普遍较低的情况，制定教育方针、内容及劳动要求等，并依据现实变化进行修改和完善。当前，社会发展日新月异，少年儿童群体发展需要也呈现多元化的特征、面临的问题也不断变化。因此，汲取历史经验，根据当前社会发展变化、少年儿童身心发展规律及需要，及时开展立法工作，填补相关领域的立法空白，不断修改完善相关法律中相对滞后的内容、增强立法内容的可操作性等，对于促进少年儿童权益保护立法工作与新时代少年儿童保护与发展相适应或许具有重要意义。

姚建龙：对性侵儿童犯罪人实施化学阉割的本土化探索

2022-05-30 环球法律评论

https://mp.weixin.qq.com/s/8ZuK8NBE5cP_msVVior9ig

姚建龙，上海社会科学院法学研究所研究员。

本文系《对性侵儿童犯罪人实施化学阉割的本土化探索》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2022年第3期，原文请参见环球法律评论网站：<http://www.globallawreview.org>，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：化学阉割实际只是一种已经较为成熟的通过激素药物治疗并辅以心理辅导达到降低性犯罪人再犯率的治疗措施。国外化学阉割主要适用于性侵儿童犯罪人，是刑事司法进化的结果，也有对儿童最大利益的考量，其虽不完美但是必要的选择。近年来，性侵未成年人犯罪在我国已成为广受关注的社会问题。刑法修正积极回应，呈现出严密惩治性侵未成年人犯罪法网，加重性侵未成年人犯罪处罚力度的特点。在现阶段，化学阉割的引入可行、必要且正当，其在有利于强化未成年人保护的同时，还能缓解性侵未成年人犯罪过度重刑化倾向。借鉴域外经验及结合本土实际，应当毫不迟疑地通过刑法修正案引入化学阉割，并更名为“药物治疗措施”，专门适用于性侵未成年人犯罪。

关键词：化学阉割 性侵未成年人 儿童最大利益原则 药物治疗措施

随着校长带小学生开房案、王某华猥亵儿童案、鲍某明性侵养女案等性侵未成年人案件的曝光，如何有效惩治和预防性侵未成年人犯罪，成为全社会瞩目的焦点。媒体与社会公众屡屡在此类案件发生后呼吁将化学阉割（chemical castration treatment）这一域外主要适用于性侵未成年人犯罪的措施引入我国，然而“怪异”的是，学术界和立法机关对这一呼吁反应冷淡，与媒体和公众的热烈关注形成了鲜明的对比。本文拟淡化“化学阉割”这一容易引起争议的“俗称”，在探究国外化学阉割立法发展与实践状况的基础上，主要基于本土化视角理性评析化学阉割在我国引入的正当、可行、有效、必要性及路径。

一、化学阉割的起源与发展

（一）针对性犯罪人的手术阉割

虽然在我国古代刑罚体系中曾经存在“宫刑”这样一种残酷的刑罚，但是作为专门针对性犯罪人的预防与惩罚措施，却是起源并发展于西方国家。遵照《圣经·旧约》的戒条以及广为传播的法律和同态报复原则，手术（物理）阉割被视为惩罚性犯罪分子“犯罪工具”的适当方式。直至19世纪中叶至20世纪初，手术阉割仍

然被很多西方国家刑法所明确规定，强制并且实际适用于相当数量的性犯罪人。只是在性质上，从同态复仇的报应手段转变为“治疗”（treatment）措施，理论上更加符合新派刑法学的主张。不过，手术阉割的适用规模和范围自20世纪30年代后不断缩小，原因在于其受到了日益严厉的批评，主要集中在两个方面：一方面，被质疑是一项非人道的酷刑，违反了《欧洲人权公约》（The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）禁止酷刑与不人道或侮辱的待遇和《美国宪法》（The Constitution of the United States of America）反酷刑规定。1942年美国联邦最高法院在斯金纳诉俄克拉荷马州（Skinner v. Oklahoma）一案中，基于平等保护的理据，认定绝育（手术阉割）的处罚违反美国宪法。此后，手术阉割的适用规模和范围急剧缩小。手术阉割这一“入侵性”切除手术被严厉批评为一项残酷的肉刑，会把罪犯钉在“耻辱柱”上，一定程度上还属于变相的终身监禁。此外，手术阉割还将让罪犯永远丧失生育权，一旦错误适用将对罪犯产生无法补救的终身影响。另一方面，1940年至1980年间，有学者对手术阉割在降低高风险性犯罪人再犯率的有效性上提出了质疑，尽管类似质疑后来被推翻，但在当时依然对手术阉割的适用产生了不小的打击。然而，令人意外的是，尽管手术阉割备受批评和质疑并且形成了较为广泛的共识，但手术阉割至今仍未被废除，在一些国家依然合法地运行使用。例如，在2001年至2006年期间，捷克共和国仍有50多名性犯罪人接受了手术阉割。

（二）化学阉割的创立与推广

鉴于针对手术阉割性犯罪人的质疑强烈但其预防再犯的效果又十分“诱人”，各国开始尝试使用化学方法操纵睾丸激素的替代性方案。其原理与手术阉割类似，即给青春期后的男性服用药物，将他们的循环睾酮降低到青春期前的水平，它实际上实现了药物诱导且可逆的生化模仿。化学阉割由此产生并逐步成为替代手术阉割的针对性犯罪人尤其是恋童癖（恋童癖）性犯罪人的治疗措施。从世界范围来看，至少有20余个国家以不同形式在立法中规定且在刑事司法中执行化学阉割。

在欧洲，丹麦、德国等非天主教国家率先通过了化学阉割的立法。其中，丹麦是欧洲首个立法将化学阉割合法化的国家，并于1925年正式实施了第一起化学阉割案例。1935年至1970年间，化学阉割在丹麦作为自由刑的替代，可由罪犯自愿申请适用。20世纪初，受到性侵未成年人恶性案件的影响，德国也开始讨论化学阉割这一前沿问题，当时德国的家庭、老人、妇女和儿童部部长呼吁对性侵犯罪分子的惯犯施加化学阉割。此后，瑞典、英国、比利时、法国、波兰、马其顿和俄罗斯等国先后将化学阉割合法化。

1966年，心理学家约翰·曼宁（John Money）在美国首次尝试化学阉割治疗。他的“治疗”方式是通过向有易装癖和恋童癖的性犯罪人注射复合醋酸甲羟孕酮以控制性犯罪人体内的睾丸激素水平，同时辅之以心理健康咨询。20世纪末，美国媒体报道了数起惨绝人寰的儿童性侵、绑架和谋杀事件，引发美国公众极大的不满与愤怒，这种情绪在1993年一个年仅12岁的女孩被性侵及残忍虐杀一案中达到了顶点。这种社会情绪与彼时美国所推行的新报应主义刑事政策结合，成功推动了加利福尼亚州在1996年通过了全美第一个化学阉割法案。加利福尼亚州化学阉割法案产生了积极的示范效应，有力推动了美国其他州化学阉割立法的进程。

进入21世纪后，化学阉割开始推广到亚洲国家。韩国是亚洲第一个执行化学阉割的国家。2010年正式通过《对性暴力犯罪者性冲动进行药物治疗相关法律》（Act on Pharmacologic Treatment of Sex Offenders Sexual Impulses），并自2011年开始对年满19岁且再犯可能性大的性暴力犯实施化学阉割。此后，印度尼西亚、哈萨克斯坦等国相继出台了化学阉割的专门法案或在相关法律中增加相应法律条款。其中，印尼为回应性侵儿童犯罪激增的现象，于2016年修改了儿童保护的相关法律，其中的关键修正是增加了对性侵儿童罪犯进行化学阉割的条款。哈萨克斯坦也于2016年修订刑法典，增加了专门针对性侵犯罪的化学阉割条款。

（三）化学阉割的立法模式

梳理各国有关化学阉割的立法，大体可区分为强制适用和自愿适用两种模式。其中，美国制定了化学阉割法案的大部分州和亚洲国家主要采取的是强制适用模式，而欧洲多数国家的化学阉割法案则采取的是尊重性犯罪人自主权的自愿适用模式。不过，不论何种模式都强调化学阉割是一种“治疗”而非单纯的惩罚措施——包括那些采取强制适用化学阉割立法模式的国家。两种立法模式也都对化学阉割的适用作出了严格的限定，特别是主要将化学阉割的对象限定在性侵未成年人犯罪或严重性累犯，同时要求化学阉割的罪犯须为成年犯等，体现了鲜明的未成年人保护立法特色。

以代表性国家美国为例，其化学阉割的立法以强制适用的惩罚模式为主，大部分州都确立了“初犯酌定、再犯须适用”的原则，即初次性侵低龄儿童可由法院酌定是否适用化学阉割，但是再次犯罪则法院必须判决接受化学阉割。将接受化学阉割作为性罪犯获得释放或者假释的前提条件，也是多个州化学阉割法案的规定。如爱荷华州规定，法院或假释委员会可以要求实施严重性侵犯罪的初犯者接受化学阉割，以此作为其释放的条件之一；法院或假释委员会应要求有性侵前科的性侵犯罪分子接受化学阉割，除非法院或假释委员会经过合理评估认为，化学阉割对其无效。威斯康星州规定，不论罪犯是否为初犯，接受化学阉割都将有可能作为其释放或者假释的条件。在美国，尽管化学阉割可以强制适用，但对适用对象有严格限定：一是仅适用于对低龄未成年人实施性侵害的罪犯。如加州规定化学阉割适用于鸡奸、强奸和猥亵未满13岁儿童的案件。二是对适用对象的年龄进行严格限制。如阿拉巴马州规定适用化学阉割要求罪犯年满21岁。蒙大拿州规定适用化学阉割的罪犯应是性侵害未满16岁且比被害人大3岁及以上的人。

欧洲也有部分国家选择了强制适用模式，如波兰、比利时等。例如，波兰规定，对于强奸15岁以下儿童或者近亲的性犯罪人，经过精神科专家会诊认可后，可以由法院强制实施化学阉割。采用化学阉割立法的亚洲国家，在化学阉割的适用上相对欧美国家更为严厉，体现了较为浓厚的惩罚性和报应性特点。例如韩国在《对性暴力犯罪者性冲动进行药物治疗相关法律》中规定，不论是初犯还是重犯，法官可依案情对性侵16岁以下未成年人且年满19岁的成年罪犯处以最长不超过15年的“化学阉割”和心理治疗。2013年该法修正案进一步将化学阉割适用对象扩大至“所有性暴力犯中性欲倒错症患者”。印度尼西亚作为亚洲第二个通过化学阉割立法的国家，其在修改后的儿童保护相关法律中除了将刑期从10年提高到最多20年外，还规定对被定罪性侵儿童罪犯实施强制化学阉割，并在假释后佩戴电子监控设备。哈萨克斯坦在其《化学阉割法案》中也规定了强制适用化学阉割的条款。

欧洲多数采用化学阉割立法的国家采取自愿适用的治疗模式，如丹麦、瑞典、英国、德国、法国、俄罗斯和马其顿等，其特点是性犯罪人对于化学阉割的适用具有较大的自主选择性，且更加强调将化学阉割视为一种治疗手段，而非对性犯罪人的惩罚措施。不过，这些国家仍然对化学阉割的适用范围作出了严格限定，这些限定主要体现在三个方面：一是对申请适用化学阉割的犯罪人年龄有最低要求。例如，瑞典立法规定适用化学阉割的罪犯应年满23周岁，德国规定应年满25周岁。二是对被害人年龄作出限定。如俄罗斯规定化学阉割仅适用于性侵被害人年龄在14岁以下儿童的案件，波兰则规定为15岁。三是对实施化学阉割的必要性提出明确要求。例如瑞典规定适用化学阉割的前提条件为：如果不适用化学阉割，罪犯将对社会构成威胁。在此立法模式中，各国往往为了鼓励罪犯积极选择适用化学阉割，通常将化学阉割设置为减刑和假释的前提条件，或将化学阉割作为减刑的“补偿”鼓励罪犯“自愿”适用化学阉割。比如，马其顿《刑法》规定，“自愿”接受化学阉割的罪犯将获得减刑作为“补偿”：对判处无期徒刑的罪犯可以减为40年有期徒刑，对判处40年有期徒刑的罪犯可以减为20年有期徒刑，对于判处20年有期徒刑的罪犯可以判处该罪法律规定的最低刑期，但罪犯需要接受持续的药物治疗，直至法院认为可以停止注射或罪犯死亡。从这个角度看，所谓“自愿适用”模式与强制适用模式的区分是相对的，两者之间其实并无本质区别。在所谓自愿适用立法模式的国家，化学阉割的适用实际仍具有“隐性强制”的特点，严格意义上说，性犯罪人也并不存在真正意义上的“自主选择权”。有的学者认为各国化学阉割“常以自愿方式为之”，某种意义上是一种误解。

二、本土化视角下的化学阉割

尽管化学阉割已经在至少超过二十个国家立法中确立及适用，但回顾化学阉割制度走过的百年历程，其所引发的争议从未停止过，不过这些争议并未能阻止其在总体上的推广之势。在我国，早已经有引入化学阉割立法的呼吁，特别是每在发生影响全国的性侵未成年人恶性案件之时。但是，这样的呼吁似乎并未能打动立法机关，也未能消除不少专家对于化学阉割立法的担心与偏见。在笔者看来，单纯去讨论化学阉割在国外所引发的相关争议意义并不大，从立法借鉴与本土化视角出发，需要去探究的是以下几个问题：一是正当性。化学阉割是否违背基本法理，例如是否为残酷刑罚而侵犯人权？二是可行性。化学阉割治疗的技术是否成熟和可行？三是有效性。化学阉割对于防治性犯罪有效吗？四是必要性。我国性犯罪特别是针对未成年人的性犯罪状况如何，是否需要考虑化学阉割措施？如果对上述问题的回答是肯定的，那么我国就应当毫不迟疑地引入化学阉割。

（一）正当性

针对化学阉割在法理层面的最大争议在于，其是否为酷刑而构成对性犯罪人人权的不正当侵犯。尽管围绕这一问题的争议促使各国在化学阉割立法上普遍采取较为谨慎的立场，包括在对象范围上主要限于性侵未成年人的罪犯，但是这些质疑在总体上被认为是不成立的，也并不能阻碍化学阉割的适用和总体推广之势。

化学阉割是对手术阉割的替代措施，避免了通过侵入性切除手术给性犯罪人造成不可逆的终身伤害和耻辱。总的来看，化学阉割是对性犯罪人的一种文明、人道且相称的治疗措施，恰恰体现的是刑事司法从野蛮向文明的进化。第一，化学阉割是对性侵未成年人罪犯的一种相称治疗，并非违反比例原则的惩罚。如果说化学阉割治疗仍然具有“惩罚性”，其严厉程度也显然远不及有期徒刑、死刑等刑罚，更不及针对性犯罪人的手术阉割。每周注射药物以减少罪犯的性冲动，也远比许多其他已使用的治疗方法更人道。在美国，天主教会也完全支持化学阉割，并于1985年设立了圣卢克研究所（St. Luke Institute），要求有变童癖的牧师在此接受咨询和对其进行化学阉割。第二，化学阉割本质上是一种激素疗法，治疗过程几乎没有痛苦，只是降低而非彻底剥夺性犯罪人的性能力，与手术阉割有着本质区别，更谈不上是一种酷刑。化学阉割主要效果是消除罪犯社会危险性，即降低和抑制性犯罪人的性欲使其从变态和痛苦的性幻想中得到解脱。第三，化学阉割也不会剥夺性犯罪人的生育权，如前所述，当药物作用消退，性犯罪人的性功能将逐步恢复正常，包括睾丸激素水平也将会恢复，对身体的影响是可逆的。即便在化学阉割期间，也不会妨碍性犯罪人的正常生育能力，更不会造成性犯罪人此后无法生育后代。不可否认，化学阉割可能引起新陈代谢变慢、肥胖、抑郁等副作用，但这些副作用在停止药物注射后即可随着时间推移而代谢或逆转。最为重要的是，化学阉割可给予性犯罪人宝贵的自由，有利于其再社会化，绝大部分接受化学阉割的性犯罪人都能够有效防止再犯，重新回归正常生活。

性侵对未成年人的伤害是严重且深远的。世界卫生组织一项研究显示，性虐待会给儿童留下难以抹去的影响：6%的人会上忧郁症，6%的人有酒精和药物滥用行为，8%的人有自杀未遂行为，10%的人会有惊恐障碍，27%的人会有创伤后应激障碍。即便认为化学阉割对性犯罪人人权会构成侵犯，但在儿童最大利益面前，这种所谓“侵犯”也是在权利衡量之后，或许不完美但却是正当的选择。儿童最大利益原则是联合国《儿童权利公约》（Convention of the Rights of the Child）所规定的基本原则，也被视为未成年人保护领域的帝王法则，要求在涉及未成年人的事务中，均应将未成年人的最大利益作为首要考虑。该原则要求尊重未成年人利益的优先性，具体到未成年人与性犯罪人之间的权利衡量，对性犯罪人的所谓“人权”进行必要限制是正当和必要的。对性侵未成年人的罪犯实施化学阉割，避免未成年人再次受到性侵害的风险和威胁，符合儿童最大利益的要求。正如印度尼西亚学者从《公民权利和政治权利国际公约》（International Covenant On Civil And Political Rights）第7条角度，对印尼将化学阉割作为对性侵儿童罪犯刑事制裁的评估所得出的结论：人权不是绝对的，“化学阉割限制了性侵儿童罪犯的权利，以保护儿童不遭受酷刑或虐待的权利。这是为保护受害者和潜在受害者的权利，并通过治疗给犯罪者一个正常生活的机会。因此，化学阉割是对人权的一项重要贡献”。

从本土化视角看，我国引入化学阉割还可以发挥严格限制死刑适用的特殊意义，与《刑法修正案（九）》专门针对贪污贿赂犯罪所增加的终身监禁有异曲同工之用。无需否认的是，近些年来我国对性侵未成年人犯罪的惩治出现了重刑化趋向，包括死刑的适用。如果引入化学阉割，一些性侵害未成年人的案件可以避免死刑的适用。例如，某市邻居猥亵并强奸4岁女童案，被告人被判处死刑。如果有化学阉割的立法，对尚未造成被害人死亡的该被告人判处死缓并终身化学阉割而非死刑立即执行，相信一般民众也是可以接受的。正如有学者所指出的：“‘化学去势’入刑必然可以减少对性犯罪人死刑的适用。”

（二）可行性

化学阉割的机理是通过对性犯罪人，主要是变童癖和性侵低龄儿童罪犯，注射（或服用）人工合成孕激素，促使其大脑认为身体已有足够的雄性睾丸激素，从而抑制睾丸以减少或停止分泌睾酮激素，加速肝脏中睾酮激素的代谢，降低血液中循环的睾丸激素水平，以达到降低和减少罪犯的性冲动或性活动，控制罪犯的异常行为的效果，通常还会同时进行心理治疗，最终达到防止再犯的目的。简言之，化学阉割是一项通过联合使用激素药物治疗与心理治疗，实现降低性犯罪人，尤其是变童癖和性侵低龄未成年人的犯罪者再次实施性侵害行为的制度。“化学阉割”这一俗称确实有一定震撼性，但如果从医学的角度来看，这不过是一种已经经过近百年临床实践的针对性犯罪人的成熟治疗措施。

当前,人工合成孕激素主要有甲羟孕酮醋酸酯(MPA)和环丙孕酮醋酸酯(CPA)两种。其中,甲羟孕酮醋酸酯是美国的首选药物,而环丙孕酮醋酸酯则主要在欧洲、中东和加拿大等国适用,其适用范围更加广泛,已在超过20个国家投入使用。从医学角度看,“化学阉割”作为一种治疗措施,其实施的技术性要求并不高,相关治疗药物及治疗技术也已经很成熟。尽管仍不乏化学阉割副作用的质疑,但从化学阉割近百年的实践来看,这些所谓“副作用”是可控、可接受的,而且一旦停药也是可逆的——包括仍可以恢复正常的性行为。例如甲羟孕酮醋酸酯治疗一旦停止,所有的副作用都是可逆的,勃起和射精在7-10天内即可恢复。可以肯定的是,在我国并不存在化学阉割适用的技术性障碍,作为一种“可逆性”的药物治疗措施,引入我国也并不会引发太大的医学伦理争议。

化学阉割的另一个优点在于其成本低廉,可以大大降低司法和社会成本。以美国为例,有统计表明每周进行化学阉割注射的费用为每月160美元(约1130元人民币)。而监禁一名囚犯的平均费用每月超过1660美元(约11760元人民币),再加上监禁后续所产生的各类费用,最终监禁一名罪犯的费用可能比化学阉割的费用多出15倍。化学阉割的另一个优势是不影响罪犯的正常工作和生活。

(三) 有效性

无论是将化学阉割界定为刑罚还是治疗性的保安处分措施,一个需要探讨的问题是,这一措施对于控制性犯罪特别是降低性犯罪的再犯率是否是有效的。从化学阉割近百年的实践来看,不管持何种批评与怀疑态度,在化学阉割对于降低性犯罪再犯率的有效性这个问题上,总体上得到了证实和公认。关于化学阉割对降低再犯率是否有有效的研究,可以说贯穿了这一制度诞生以来的始终。

已经有研究显示,化学阉割可以有效地降低性犯罪的再犯率,个别预防效果显著。国外对性犯罪人化学阉割治疗的有效性进行了长期且相当广泛的研究和评估。“有证据表明,无论是否接受辅助性的心理治疗,化学阉割都能成功降低再犯率”。例如,美国一项权威研究发现性犯罪人的再犯率很高,但是,如果每周接受一次药物注射治疗,就能够让再犯率从90%以上大幅度下降到2%。美国弗雷德·柏林(Fred S. Berlin)教授对629名接受过化学阉割治疗男性的追踪研究也证实,只有8%在五年随访期后再犯。丹麦的一项追踪研究也证实,30名接受化学阉割治疗的罪犯在治疗后再犯率为0。2010年韩国施行化学阉割法案后,化学阉割的有效性是各方都关注的议题,而对38名性犯罪人(患者)治疗效果的评估结果发现:化学阉割“是减少韩国性犯罪人性冲动的有效方法”,并且“副作用最小”。

有学者还比较了化学阉割与监禁、厌恶疗法等对于降低性犯罪人再犯的效果,结果显示,化学阉割是当前最有效的降低性犯罪再犯率的措施。监禁似乎是一种有效的惩罚措施,但是犯罪人的人身危险性与再犯可能性未必随着监禁刑的执行完毕而消除,犯罪人回归社会后仍然可能具有较高的人身危险性。有研究发现,监禁对性犯罪人并没有太大的威慑作用,在监狱服刑对矫治变童癖对儿童的性倾向没有任何作用,这类罪犯在监禁期间通常没有得到充足的矫正治疗,在此情况下,被释放的人通常会“恢复到早期的行为模式”,再次实施犯罪。而化学阉割可谓是一种“治根”的措施,实际剥夺的是性犯罪人的“犯罪能力”,相比监禁更为有效。

以“剥夺”性犯罪人“犯罪能力”为特点的化学阉割相比以厌恶疗法为代表的各式各样的治疗方法也更为有效。其中比较有代表性的疗法是厌恶疗法。厌恶疗法是将异常的性行为、性幻想与痛苦的刺激(如电击)建立关联,以达到抑制异常性行为和性幻想效果的治疗方法。尽管厌恶疗法对某些罪犯是有用的,但其效果并不长久,而且需要持续且不断加强刺激,在实践中难以保障有效性且面临较大的伦理风险。其他疗法,诸如愤怒管理、解决冲突、社交技能培训和音乐疗法等,也均已被证实无效,不能降低罪犯性侵害儿童的可能性。

除了显著的个别预防功能外,化学阉割的一般预防功能也不容忽视。尽管化学阉割实质是一种治疗性措施,但其名称及对性犯罪人“性能力”的靶向根治性,仍不可避免地产生强烈的震慑力,客观上能够对潜在的犯罪人产生强大的威慑和心理压力,让部分潜在的犯罪分子因畏惧而放弃犯罪。这也是尽管“化学阉割”的名称容易遭受质疑,但一些国家的立法仍然坚持使用“化学阉割”一词的重要原因。

(四) 必要性

在我国，性侵未成年人犯罪是当前各界所严重关切的社会问题，其不但在侵害未成年人犯罪中占比居首，而且犯罪数量也呈现逐年增长的态势。据最高人民检察院2020年发布的《未成年人检察工作白皮书（2014-2019）》显示：与2017年相比，2019年检察机关起诉三类性侵儿童类的犯罪人数占侵害未成年人犯罪总人数的比例由22.34%上升到30.72%，其中强奸罪在侵害未成年人犯罪中居于首位，占比从2017年16%上升至2019年的21%。2017年至2019年，检察机关起诉成年人强奸未成年人犯罪分别为7550人、9267人、12912人，2018年、2019年同比分别上升22.74%、39.33%；起诉猥亵儿童犯罪分别为2388人、3282人、5124人，同比分别上升37.44%、56.12%；起诉强制猥亵、侮辱未成年人犯罪665人、896人、1302人，同比分别上升34.74%、45.31%。此前由北大法宝司法案例研究组发布的《关于儿童性侵的司法案例数据分析报告》中也显示，近十年来性侵未成年人犯罪案件呈激增态势，尤其是2013年，性侵未成年人犯罪案件数量由666例增长至2014年的2395例，同比增长260%。如果考虑犯罪黑数的情况，实际发生的性侵未成年人犯罪要更加严重。尽管我国尚未有权威的性侵未成年人犯罪黑数研究，但如果以其他国家的类似研究数据作为参照，实际情况不容乐观。例如，美国每年平均约有21万名12岁以上性侵受害者，但报案率仅有50%。学者厄尔曼（Sarah E. Ullman）综合评述有关披露儿童性侵的经典研究后指出，有近三分之一在童年遭受过性侵犯的女性会终身缄默。

令人不安的是，性犯罪尤其是针对未成年人的性犯罪还是一种再犯率极高的犯罪类型，是各国犯罪控制所共同面临的挑战与难题。以未成年人为性侵害对象的犯罪人，往往由于精神和生理异常而具有难以控制的犯罪成瘾性，因此再犯率畸高，而且监禁等通常的刑罚无法矫正。如在美国，性犯罪人的整体再犯率在15%到48%之间，但以未成年人为侵害对象的性犯罪人的再犯率则高达50-70%，而且这些性侵累犯所实际犯下的罪行要比他们被逮捕或定罪的行为多二到五倍。1980至1994年间，美国性罪犯的人数就增加了大约330%，三分之二的被害人是未成年人，其中一半以上未成年被害人是12岁以下的儿童。美国学者大卫·努德森（David Knudsen）对大量研究进行了核查，最后的结论是：“至少30%的女孩和20%的男孩经历过某种形式的性虐待。”变童癖罪犯往往如瘾君子一般难以控制自己的行为，例如一名接受阉割的罪犯就曾经表示，“街上唯一安全的办法是让我接受一个可以控制自己的化学阉割注射，然后我才可能停止自己的犯罪行为”。

在我国，尚缺乏类似的有关性侵未成年人再犯率的权威性研究，但是已有研究表明性侵未成年人犯罪的再犯率同样是不容忽视的。例如，我国有学者对2006年1月至2016年1月曾因性犯罪受过刑事处罚后再次实施犯罪的9070名犯罪人样本的统计分析发现，猥亵儿童罪的再犯率为12.67%。还有学者收集了451名因猥亵受到刑事处罚后再次实施性犯罪的罪犯样本，该研究发现，首次对14岁以上女性实施猥亵行为罪犯的再犯率为16.7%，而受害者在14岁以下的罪犯再犯率为40.8%。2016年6月，浙江慈溪市人民检察院推出了公开性侵罪犯身份信息试点，促进这一试点推出的原因在于，该院在办案中发现，性侵害未成年人的案例中“犯罪人员大多有性侵害犯罪前科”。遗憾的是，这一试点因争议较大而未能推广。

近些年来，我国通过实践先行、立法跟进的方式，建立了包括强制报告、入职查询、从业禁止等性侵未成年人犯罪预防机制，也通过修改刑法强化了对于性侵未成年人犯罪的惩治力度，但是性侵未成年人犯罪的防控仍然是我国所面临的严重挑战。尽管围绕化学阉割的争议迄今不断，但是正如柏林教授所深刻指出的：“如果光靠立法和惩罚还不能完全解决问题，那么医学和科学就需要付诸行动。如果社会可以通过这种方式变得更安全，为什么不使用呢？”。

三、引入化学阉割的立法考量

讨论化学阉割的引入与本土化，专家学者与立法机关很容易“下意识”地持怀疑立场。例如，曾有知名刑法学者公开表示，“在中国以往的立法研究中从未触及，立法尚不成熟”。即便主张我国应当引入化学阉割的学者，也同时认为“从目前来看，在我国化学阉割短时间内不会入法”。根据前文的分析，从本土化借鉴的视角看，化学阉割是正当且被证明能够有效降低性犯罪再犯率的治疗措施，在我国的引入也是可行、必要和可操作的。基于最有利于未成年人原则的要求和进一步加强对性侵未成年人犯罪防控的目的，我国应当毫不迟疑地引入化学阉割。

之所以会存在所谓“不成熟”“短期内不会入法”等观点，很可能受到了我国古代曾经所存在的“宫刑”这一残酷刑罚的影响，一见“化学阉割”这一名称就容易被“吓到”而下意识地排斥。美国学者彼得斯（Kimberly A. Peters）曾言：“化学阉割这个俗称只是名字比较吓人，其实质内容只是一种可逆的药物治疗。”如果将化学阉割的本质回归为一种可逆的、成熟的药物治疗措施，并且能够客观理性地评价化学阉割的有效性以及引入

我国的必要性、可行性、正当性，相信专家及立法等精英阶层也能够与一般公众形成“应当引入化学阉割”的共识。

（一）化学阉割的定性及引入路径

在采用化学阉割立法的国家，或者将化学阉割作为刑罚之一种，或者将其界定为保安处分措施。我国持支持引入化学阉割立场的学者中，亦有观点主张应将化学阉割定位为一种附加刑，并主张在处以化学阉割时可以酌情从轻适用主刑但不能作为假释和缓刑的条件这样的观点是值得商榷的。从晚近以来我国刑法的改革来看，刑罚种类已经定型，历次刑法修正均未打破既有的刑罚体系。将化学阉割增设为刑罚——不管是主刑还是附加刑的方案，在立法技术上基本不具有可行性。另外，如果将化学阉割作为刑种之一，也容易产生与古代“宫刑”之间的不恰当关联，增加立法机关接受的难度。

从国外有关化学阉割的立法与评价来看，即便是那些将化学阉割作为刑罚的国家，化学阉割所受到肯定和推崇的也并非其惩罚和威慑功能，而是其作为一种防止再犯的预防性“治疗”功能。在现代刑法理论与立法体系中，以消除再犯危险性为主要目标的化学阉割更加符合保安处分的性质特征，而且强调治疗与预防性措施的定位也更容易让其被接受。在我国，尽管刑法没有明确采用保安处分的概念，但理论界一般认为我国刑法实际采用了刑罚与保安处分的“隐性双轨制”。从现行刑法规定来看，专门矫治教育、强制医疗、禁止令、从业禁止、没收是典型的保安处分类型。就化学阉割的引入路径来看，刑法修正案增设禁止令、从业禁止以及将收容教养改为专门矫治教育等立法先例可以为参照。具体可以通过刑法修正案增加第三十七条之二，专条增设化学阉割为我国刑法中一种新的保安处分类型。

（二）化学阉割名称的确定

受历史文化传统影响，“阉割”一词在我国自带强烈耻辱性。凡提及“阉割”，总会与非人道的肉刑相联系，呈现令人异常痛苦折磨的画面。公众也多将“阉割”与“太监”直接联系，难以克服对“阉割”的本能反感和负面效应。名正则言顺，鉴于化学“阉割”的俗称太过“吓人”，在引入化学阉割的立法中有必要采用恰当的名称，通过“去阉割化”以去除其天然的污名属性。只有当化学阉割脱离丑陋刺耳的“阉割”污名，回归治疗性措施的本质，才更有可能被接纳和发挥作用。综观已有化学阉割立法的国家，在立法中也大多使用“治疗”代替或淡化“阉割”。如“醋酸甲羟孕酮（MPA）疗法”（Medroxyprogesterone Acetate Treatment）、“化学治疗”（Chemical Treatment）、“抗雄激素药物治疗”（Pharmacological Treatment Using an Antiandrogen）、“医学治疗”（Medical Therapy）、“医学药物治疗”（Medical Pharmacological Treatment）、“荷尔蒙干预治疗”（Hormonal Intervention Therapy）等。我国在通过刑法修正案引入化学阉割时，在名称上可以使用“药物治疗”代替“化学阉割”。“药物治疗”之名不仅能够去污名化，而且从医学角度看，这一名称也更能揭示化学阉割针对变童癖等精神疾病治疗手段的实质特征。

（三）化学阉割的适用对象与方式

域外化学阉割措施主要还是适用于性侵未成年人的犯罪，尤其是有变童癖的犯罪人。在现阶段，我国引入化学阉割仍应采取谨慎立场，其适用对象范围不宜过大，更不宜适用于所有类型的性犯罪人。化学阉割作为一项仍可能会引发较大争议的保安处分措施，可以参考刑事诉讼法规定附条件不起诉制度的做法，将其限定为一项未成年人司法保护特别措施，即规定只适用于性侵害未成年人的犯罪，并且要求化学阉割对象必须年满18周岁。未成年人司法是刑事司法改革的先驱和试验田，将化学阉割限制于未成年人司法保护领域，也有助于其被立法接受及未来的实施。正如林纪东所言：“今后刑事法改正之途径，均可于少年法之检讨，见其端倪。”待化学阉割在未成年人司法领域实施成熟后，可再考虑适度扩大其适用范围。作为保安处分之一种，化学阉割宜与禁止令、从业禁止等同样由人民法院裁定适用。有观点主张可借鉴国外立法中的“自愿适用模式”，对此笔者认为在刑事司法中并不存在真正意义上的自愿，对于纯自愿性的药物治疗可以在医疗系统中实施，而在刑事司法中仍宜由人民法院根据犯罪情况和预防再犯罪需要来裁定是否适用化学阉割。公安机关或者人民检察院认为犯罪嫌疑人、被告人需要进行化学阉割的，可以向人民法院提出建议。当然，这并不意味着对于自愿化学阉割的否定，对于自愿申请化学阉割的被告人，可以作为酌定量刑情节，但同样仍应由人民法院根据犯罪情况和

预防犯罪需要裁定。有观点主张化学阉割可以作为假释的条件,或者作为获得减刑和缓刑的条件,这种观点不无道理。人民法院在裁定减刑、假释和缓刑时,可以将犯罪人是否申请或接受化学阉割作为重要考量因素或者前置条件。与主张自愿适用模式观点不同的是,笔者主张基于最有利于未成年人原则以及充分发挥化学阉割特殊预防和一般预防功能的考虑,对于有性侵害未成年人前科,或者性侵害未成年人情节恶劣或者造成严重后果的,人民法院应当决定在刑罚执行完毕或者假释之日起进行化学阉割治疗。

(四) 化学阉割的实施

作为一种强制性治疗措施,化学阉割宜由公安机关监督实施。对于被决定化学阉割的人违反人民法院决定的,可以参考从业禁止的规定,由公安机关依法给予处罚,情节严重的,依照《刑法》第313条拒不执行判决、裁定罪的规定定罪处罚。相应地,也应撤销相关的缓刑、减刑或者假释决定。参考国外化学阉割实施的经验,可以同时引入全面知情告知原则和强制心理辅导原则。在美国,对于化学阉割的罪犯,法院须执行“知情同意”程序,即告知性犯罪人药物治疗的疗效及副作用,并让其在知情同意书上签名确认。性犯罪人在治疗前有权知晓药物治疗的副作用和风险,对其荷尔蒙水平和性欲的遏制效果,若不予治疗再犯的可能性和可以替代的其他治疗方案。全面知情告知原则要求向实施化学阉割者告知药物治疗的法律规定,尤其是违反化学阉割执行规定的法律后果;也要求告知进行药物治疗后可能导致身体等方面的副作用,如可能引起肥胖、新陈代谢变化、骨质疏松等,不得刻意隐瞒。全面告知应当以当事人能够充分理解的语言进行,保证当事人知悉药物治疗的后果。强制心理辅导原则要求罪犯在注射后应接受心理咨询师的辅导,直到治疗结束。化学阉割与心理辅导同步进行,是实施化学阉割国家的通常做法。因为心理辅导不仅可以保证性犯罪人积极接受药物注射,更重要的是,药物注射只能控制性犯罪人的生理激素,对于其心理等更深层次的诱因是化学阉割无法解决的,因此需心理专家提供专业服务予以疏导,同时也可避免化学阉割期间因为激素变化而产生心理异常。

四、结 论

化学阉割的本土化可能仍然会面临诸多质疑、顾虑和争议。但正如美国加州化学阉割法案的起草者威廉·霍格(William Hoge)所言:“无论人们是支持还是反对强制化学阉割,但必须同意的是,任何有助于保护儿童无辜生命的措施都有一定的价值。还有另一点也应得到肯定:那便是孩子的天真应该通过他们无忧无虑的笑声来表现,而不是像年幼的娜塔莉·阿斯特纳那样,通过她死亡时的白色棺材展现在世人面前。”实施近百年的化学阉割也许仍然是不完美的,但是为了未成年人的最大利益,它仍是必要的正义。针对化学阉割的争论再大,都不能否定化学阉割的可行性、有效性及未成年人利益的优先性。近些年来,我国刑法的修正与刑事司法实践均呈现出严惩性侵未成年人犯罪的重刑化趋向,强制报告、入职查询、从业禁止等制度的增设也进一步完善了预防性侵未成年人犯罪的机制。引入化学阉割,不仅可以进一步形成预防性侵未成年人犯罪的闭环机制,有效降低性侵未成年人的再犯率,强化对未成年人的保护。与对化学阉割所容易产生的误解相反的是,还有助于减少死刑及在一定程度上扭转惩治性侵未成年人犯罪的重刑化趋势。

本文建议通过刑法修正案在我国刑法中增设第三十七条之二,具体条文可规定如下:

年满十八周岁因为性侵害未成年人被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,决定自刑罚执行完毕之日或者缓刑、假释之日起进行药物治疗,期限为三年至十年;对于有性侵害未成年人前科,或者强奸、猥亵未成年人情节恶劣的,应当同时决定自刑罚执行完毕或者假释之日起进行药物治疗,期限为五年以上。

被决定药物治疗的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的,由公安机关依法给予处罚;情节严重的,依照本法第三百一十三条的规定定罪处罚。

杨金彪:负有照护职责人员性侵罪构成要素比较分析

2022-05-31 环球法律评论

<https://mp.weixin.qq.com/s/IVDK-DfdpC0Sb0ujExLUoA>

杨金彪，中国人民公安大学法学院副教授。

本文系《负有照护职责人员性侵罪构成要素比较分析》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2022 年第 3 期，原文请参见环球法律评论网站：<http://www.globallawreview.org>，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：负有照护职责人员性侵罪的保护法益是复合法益，既保护女童性的自决权，也保护被害女童性的健康发展和正常性心理的养成。教育和医疗等机构的正常运转及公众信赖、性伦理等社会法益不是本罪的保护法益。本罪犯罪主体是负有监护、收养、看护、教育、医疗职责的人员。教育培训等机构的教师、一次性治疗的医生以及事实上的看护人员均属于本罪的主体。本罪在客观上要求发生了事实上的性行为，并不要求利用影响力或支配性，只要具备负有照护职责的身份就足以形成鼓励性。缺乏暴力、胁迫等强制手段以及被害人是否同意，均不影响本罪的成立。此外，本罪存在不作为犯及共同犯罪。本罪在主观上要求是故意，在发生认识错误的场合，根据主客观相一致的原则具体判断。特殊职责人员性侵女童的，要么构成与强奸罪的想象竞合犯，要么单独构成本罪。

关键词：照护职责 性侵犯 未成年被害人 复合法益 强奸罪

随着利用照护责任性侵未成年人犯罪案件的增多，许多国家的刑事法都相继做出回应。比如，德国刑法通过二十多年的修改，特别是 2015 年对相关条款的修改，形成以受保护人性侵罪为基础的一系列负有照护职责人员性侵罪。日本刑法也于 2017 年分别增设监护人猥亵罪和监护人性交等罪。我国 2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（下称“《意见》”）第 21 条第 2 款规定：“对已满十四周岁的女童负有特殊职责的人员，利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年被害人就范，而与其发生性关系的，以强奸罪定罪处罚。”2020 年又通过了《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（下称“《刑法修正案（十一）》”），增加规定：“对已满十四周岁不满十六周岁的女童负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该女童发生性关系的，处三年以下有期徒刑；情节恶劣的，处三年以上十年以下有期徒刑。有前款行为，同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”负有照护职责人员性侵罪的增设提出了以下问题，在与强奸罪的比较上，本罪的犯罪构成具有什么特别之处，本罪与强奸罪之间的关系以及与非罪领域的界限等问题，以下从与德日刑法比较的视角进行考察。

一、本罪的保护法益之争

（一）学说分歧

关于本罪的保护法益，我国有单一说和复合说之争。单一说大致包括：女童性自主权说，青少年免受侵扰的性健康发展权说，身心健康说。复合说主要有两种观点：性自主决定权和身心健康权说，性的自决权和伦理禁忌说。在日本，其单一说认为，监护人与被监护人性交罪与强制性交等罪一样，侵害了不满 18 岁未成年人性自由、性自决权。因为行为人利用了不满 18 岁未成年人对其在生活上、精神上、经济上的依赖关系，未成年人的同意不是依据自由意思决定做出的，因此本罪与准强奸罪具有同样的旨意，只不过射程范围更广。还有学者认为本罪的保护法益是性自由及性自决权，并从而否认青少年的健全育成是直接保护法益。复合说认为本罪的保护法益除了被害人性的自决权外，还包括儿童性的发育和健康养成。德国刑法学一般认为，本罪旨在保障儿童和青少年在某些依赖关系中的性自决和不受干扰的性发展。

（二）本罪保护的法益为复合法益

负有照护职责人员性侵罪是对性侵犯罪的扩张，首要保护女童的性自决权。对于强奸罪的保护法益，尽管国外也有对性自决权提出质疑的动向，但是该说仍是通说。在我国，性自决权说也是强有力的学说。正如有论者所指出的，《刑法修正案（十一）》并非对性同意年龄的提升。不承认女童具有性自决权会导致不协调，因为在非特殊职责人员与女童实施性行为的场合又不得不承认性的自决权。而在日本，一般都承认被害人性自决（权）是保护法益。同时，本文认为，不能将本罪的保护法益概括为女童的身心健康。对于奸淫幼女的保护法益，多数说认为是幼女的身心健康。但是，身心健康是个过于宽泛的概念，指称并不明确。即使非要概括为身心健康，也必须限定为性的健康和正常性心理的养成。

因此，本罪保护的另一个法益是女童的性健康和性心理。首先，负有照护职责人员的性侵行为不仅侵犯了女童性自决权，还侵犯了其未来的性健康发展和正常性心理的养成。其次，保障女童性的健康发展和正常性心理养成是负有照护职责人员应尽的义务。女童性发育、性心理尚不健全，无疑需要负有照护职责人员进行正确的引导。最后，女童性的健康发展和正常性心理的养成具有补强不法程度的性质。日本学者认为，不满18岁未成年人的监护人利用其影响力对被看护人形成压制状态，在罪质上可以评价为与强制性交罪同等。也有学者认为，在监护人对不满18岁的人继续反复实施性交行为的案件中，从时间、场所等特定性行为的情景看，不能判断存在暴力、胁迫，也不符合不能抗拒情况的，作为性犯罪追诉存在困难。因此，单纯从被害女童性自决方面寻找处罚根据，不足以揭示其犯罪本质，需要从行为人侵犯了对被害女童性健康发展和正常性心理养成所承担的义务上寻找根据。

综上，性健康发展说试图巧妙地避开对女童性自决保护而可能导致实质上限制其性自决权（积极自由）的指摘。还可能引发性自决权法益与性健康发展和性心理养成法益之间关系问题的思考，即这两种法益之间是否具有包容、替代关系的问题。性健康发展和正常性心理养成更多地是指向未来的发展权，性自决权则是指当下对性行为的支配权，因此，有必要从这两个方面理解本罪的保护法益。关于两种法益之间的顺序，日本有学者认为，对照监护人性交等罪的立法经过、宗旨以及构成要件，本罪有对被害人性自决权保护的一面，同时被害人身心健全的培养也是保护法益。相反观点认为，本罪的保护法益主要是儿童性的发育和性健康的养成，附带地也考虑儿童性自决。本文持前者观点，主张性自决权决定本罪的法益侵害性，性的健康发展和正常性心理的养成则具有补强法益侵害程度的性质。

（三）本罪保护法益的除外内容

其一，教育、医疗等机构的正常运转及公众对其安全秩序的信赖并非本罪的保护法益。在德国刑法中，规定有利用公务地位以及利用咨询、医疗或照护等关系的性侵害罪，学说认为此种情况性侵犯罪的保护法益还包括机构的无障碍运行及公众对其完整性的信任，这是基于规范的一般预防价值的考量。在我国，尽管负有照护职责人员性侵行为也有可能发生在教育、医疗机构中，但是，不能认为这些机构的工作秩序及公众对其安全秩序的信赖等超个人法益也是本罪的保护法益。首先，德国刑法关于发生在拘押机构、安置机构以及医疗机构内的看护人对被照顾女童的性侵行为是否构成本罪，以被害人与机构的高度依赖关系为基础。对于被委托从事教育、培训等人员与被害人发生性行为的情形，并不符合具有照护义务这个条件。我国关于本罪的构成客体具有同样的构造，负有照护职责人员性侵罪是对其所肩负的照护义务的背离，而非取决于女童对机构的依赖性。其次，性自决、性的健康发展和正常性心理的养成与机构的正常运转以及公众对其安全秩序的信赖是表里的关系。在机构内如果发生对受照顾女童的性侵犯行为，必然包含对机构的正常运转造成破坏并减损公众的信赖，但这种损害并不能揭示该罪的本质特征，不能看作是本罪的保护法益。最后，与强奸罪一样，本罪的保护法益是个人法益而非超个人法益。普通强奸罪也有发生在机构内部利用职务关系实施犯罪的可能，而强奸罪并没有把机构的正常运转以及公众的信赖作为保护法益。因此，要求本罪同时保护超个人法益也是不合理的。

其二，近亲相奸等性伦理也并非本罪的保护法益。负有照护职责人员性侵罪属于自然犯，通常具有违背乱伦禁忌、恋童禁忌的性质，但是不能由此认为乱伦禁忌、恋童禁忌的性伦理也是保护法益。首先，本罪规定在强奸罪之后，保护法益与强奸罪相同，应当属于个人法益，因此，没必要将性伦理作为本罪的保护法益。其次，我国不像德国刑法那样规定了血亲性交罪。德国刑法血亲性交罪规定在调整身份关系、婚

姻与家庭关系部分,保护法益是家庭秩序和性伦理。而其关于负有照护职责人员性侵罪则安排在妨害性自主犯罪的部分。显然,在德国刑法中,这两种犯罪保护的法益是不同的。我国刑法将本罪安排在强奸罪之后,可见考虑的保护法益在于被害女童的性自主和性健康,而非乱伦禁忌等性道德。最后,认为性道德是本罪的保护法益难以为女童的不可罚性提供根据。德国刑法第173条血亲性交罪规定,与直系血亲卑亲属性交的、与直系血亲尊亲属为性交的以及具有血缘关系的兄弟姐妹彼此间为性交的构成犯罪。尽管第三项规定,行为时不满18岁的,则该直系血亲卑亲属与兄弟姐妹不处罚,但是,仍难以否定其行为具有不法性。如果认为本罪的保护法益包括乱伦禁忌等性道德,就难以否定女童行为的不法性。即使女童因为未达刑事责任年龄而侥幸逃脱刑事处罚,但仍然可能因为刑法第17条第4款的规定遭受不利益。从本罪意在保护被害女童性自主及性健康视角,即便在被害女童的贡献超过了必要共犯的限度场合,也不具有可罚性。

二、负有照护职责人员的射程

在日本,监护人性交等罪的犯罪主体范围相当狭窄,属于身份犯,仅限于监护人。德国刑法关于本罪的主体范围则非常广泛,但要求犯罪主体与被害人之间必须存在某种特别的关系,也属于身份犯。我国刑法把本罪的主体范围设定为,对已满14周岁不满16周岁的女童负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员。这里的“等”一般认为还包括其他的特殊职责人员,例如狱警等监管机关的工作人员;负有解救被拐卖妇女职责的国家工作人员等。因此,本罪犯罪主体的范围并不能拘泥于文义,应当综合考量予以确定。尽管本质上起决定作用的是行为人是否对被害人负有照护职责,即行为人是否与女童共同居住,是否照料其日常生活、负担生活费支出等经济状况,以及负责其教育、医疗事项,实质是能否对女童的决断包括性自决做出准确判断产生影响,行为人是否负有保护女童性的健康发展和正常性心理养成的义务。

(一) 监护人、收养人

监护人、收养人是指我国《民法典》总则编规定的监护人以及婚姻家庭编规定的收养人。在日本,监护人性交等罪要求犯罪主体必须是事实上的监护人,即日本民法第820条所规定的处于实质上对未成年人监督以及保护立场的人。事实上的监护人判断标准的立法解释,是指不问有无法律上的监护权,只要事实上持续地负责未成年人的生活,包括经济上的供养以及指导监督等精神上的培育,存在依赖与被依赖、保护与被保护关系的人。因此,即使是有法律上监护权的人,如果不存在事实上的监护与被监护的状态,也不是事实上的监护人。即使不具有法律上的监护权,但事实上对未成年人具有监督、保护责任的人,也符合“事实上监护人”的要求。我国对监护人的理解也应当考虑事实上负有监护职责的情形,因此,尽管负有首要监护职责的父母仍然在世,但如果因为各种原因而无法与子女共同生活,那么,与未成年人形成监护关系的祖辈或姐姐可以视为事实上的监护人。收养关系属于拟制血亲关系,收养人的认定与血亲关系认定等同。

(二) 负有教育、医疗职责人员

负有教育、医疗职责的人员主要是指在相应的教育机构对女童负有教育职责的人员。前提是行为人在教育机构中负有教学和管理等职责。被害人在该机构中接受教育。也有论者主张教育机构中的管理人员不属于本罪主体。日本法中本罪的主体仅限于监护人,不包括教育、医疗等机构人员。其理由是,对于教师、体育教练等,不能认定涉及全部生活的依赖被依赖、保护被保护的关系。我国刑法考虑包括这些人员在于负有教育、医疗职责人员对女童发展所具有的某种权威性,应当综合考虑培训场所、培训次数、培训方式、培训人数等因素判断上述人员的职责是否能够对女童性自决产生影响,上述人员是否负有保护女童性的健康发展和正常性心理养成的义务。教育机构中不负有教学和管理职责的园艺师、公寓的管理者、清洁工等对女童不存在这种权威性,因此不在该犯罪主体之列。同样,负有医疗职责的人员对女童病患也存在这种权威性。当然,这里的负有医疗职责的人员并不限于取得医师资格的人,也包括江湖郎中等非法行医者。因为不处罚非法行医者的性侵行为将会导致不公平,产生处罚的漏洞,也不符合刑事政策的目的。存在争

议的是对于临时的、一次性的医疗关系的场合是否构成本罪。否定说认为,应从实质规则即“对于青少年的育成发展具有实质性的管护作用”进行判断,认为加害方与被害方短期、偶然的接洽难以形成对被害人的支配关系。实质判断的方法无可厚非,值得讨论的是特殊职责地位是需要达到支配的程度,还是只需要对女童性自决的准确判断具有重大影响就可以。在医疗关系中,患者由于缺乏相关专门知识,对医疗工作人员具有高度依赖性,处于极度不平衡的关系下,并对医疗工作人员高度信赖,因此即使一次性的医疗关系,也可能存在导致女童对性自决难以准确判断的情况。而且,鉴于医疗工作者特殊的职业义务,认定其对作为病患的女童性健康发展和正常性心理养成负有保护义务不存在太大障碍。因此,在一次性医疗关系的场合,足以形成性支配关系,所以不能排除一次性医疗工作者成为本罪主体。

(三) 负有看护职责的人员

负有看护职责的人员主要是指在依法成立的机构如未成年人(救助)保护中心、未成年救助保护科(室)的救助管理站等未成年人救助保护机构中,对女童负有看护职责的人员。基于合同关系对女童负有看护职责的人员,例如看护女童的保姆以及父母临时委托邻居看护女童的场合等。被委托看护女童的保姆和邻居可以成为本罪的犯罪主体。因为,从文义理解上难以径直得出要求具有长期职责关系的结论。同时,被委托暂时看护女童的邻居,除了看护时间短之外,如果其负责女童的生活起居,就难以否定这种看护关系可能对女童构成某种支配性,包括性自决的支配性。另外,在法律上不属于监护、收养关系的负有看护职责的人员,例如《民法典》第1107条规定孤儿或者生父母无力抚养的子女,可以由生父母的亲属、朋友抚养,这里的亲属、朋友也属于负有看护职责的人员。因自愿接受等行为而具有看护职责的人也应当包括在内。此外,负有看护职责人员还包括基于某种事实的看护人,例如,德国刑法第174条规定的行为人可以是对同居伴侣的未成年后代实施性行为的人,将刑事责任扩展到同居关系中。德国学者认为构成犯罪的前提是行为人同与被害人相关的人员之间存在同居关系。至于行为人与被害人之间是否存在家庭关系,甚至是否需要有任何形式的社会接触都在所不论。但是,我国学者则认为,只有在行为人与同居性伴侣的直系卑亲属之间形成事实上的家庭关系,才具有使被害人对性自决难以作出准确判断的可能,所以,是否形成事实上的看护关系才是重点,包括在祖辈尊亲、兄等近亲属对女童实施性侵的场合。因此,即使不存在家庭关系,如果事实上与被害人具有生活上依赖关系的所谓“干爹”“养父”,也可能构成本罪主体。总体上看,负有看护职责的人员可以视为一种兜底性规定,凡是不属于负有监护、收养、教育、医疗关系的,但基于法律规定、合同关系、自愿接受行为等的看护职责以及其他事实上具有看护职责的都属于这里的看护关系。而且,看护职责与其他职责之间可能并不具有严格的界限。例如,按照《儿童福利机构管理办法》的规定,儿童福利机构主要收留由民政部门担任监护人的未满18周岁儿童,儿童福利机构中的工作人员既可以认为是代替儿童福利机构履行监护职责的人,也可以认为是负有看护职责的人。

看护人中还有一个比较特殊的主体,就是接收离家出走儿童的接收人。对接收人的身份认定问题,在日本,是否承认离家出走儿童接收人的“事实上监护人”身份存在争议。有学者认为,此类接收人因为没有出走儿童方面的委托,不是监护人身份。亲子关系是本罪从属关系的基础,接收人与出走儿童之间不存在拟制的亲子关系,因此接收人原则上不是保护人。但是,在我国,离家出走儿童的接收人可以构成本罪。一是日本刑法监护人性交等罪法定刑较高,与强奸等罪的不法性难以相当,所以学说倾向于限制解释。德国对于受保护人的性侵罪设置了低于强奸罪的法定刑,不存在限定解释的契机。所以学者们认为离家出走的未成年人也可以委托给实际接管人照管。我国负有照护职责性侵罪也设置了低于强奸罪的法定刑,没有限定解释的必要。二是日本刑法的犯罪主体限于监护人,文理解释的空间有限。德国的犯罪主体范围广,将接收人纳入本罪主体没有障碍。我国的犯罪主体范围也非常广泛,特别是负有看护职责人员的规定,可以涵摄离家出走儿童的接收人。三是日本刑法监护人照护义务来源于民法典明文规定,其解释受到民法典规定的严格限制。我国刑法的义务来源非常广泛,特别是在负有看护职责人员的场合,甚至包括了基于生活事实而形成看护关系的情况。在离家出走者的场合,就是基于自愿接受行为引起的照护义务。尽管离家出走者的接收人并未受到离家出走者父母的委托,但是,在离家出走者暂时脱离了父母保护的场合,高度地依赖于接收人的保护。依据自愿接受的法理,自接收人的行为阻断离家出走者父母及其他人现实上行使照护义务的那一刻起,应当负有对离家出走者性自决、性健康的发展和正常性心理养成的保护义务。四是

离家出走者往往对于接收人在生活和精神上形成事实上的依赖关系，因此，在接收人与之发生性关系时，离家出走者难以对性自决作出准确判断。

（四）主体身份不明朗 ——恋人关系的视角

对于监护人与女童存在恋爱关系的情形，日本学者首先从保护女童性发展以及健全的性心理培育立场出发，认为监护人具有保护和教育孩子对监护人所具有的情感不转化为性感情、性关系的义务，否则，仍然有构成本罪的可能性。哪怕是在监护人继续地滥用监护身份而导致被害人价值观发生重大变化，积极实施性交行为的场合。特别是，如果这种恋爱关系的形成是在行为人成为特殊职责人员之后而产生的，则难以排除不法。当然，不排除在行为人成为特殊职责人员之前，双方已经具有爱恋关系的，特殊职责人员不构成本罪。

三、负有照护职责人员性侵行为的 成立要件

（一）发生了事实上的性行为

本罪的犯罪客观方面表现为与女童发生性关系。表现在：一是这种性关系仅限狭义的性交，不包括单纯的猥亵行为。二是包括女童主动的场合也构成本罪。德国刑法学认为，任由实施性行为不单纯是不作为，“特殊职责”身份已经具备了某种确实的鼓励性。但是我国刑法没有要求确实的鼓励性。三是构成本罪不需要以暴力、胁迫作为手段，也不需要乘人之危。这一点与奸淫幼女之外的强奸罪不同。四是本罪的既遂以插入说为标准。五是本罪是行为犯。将本罪界定为危险犯的理解既不符合实际，也不符合我国刑法传统理论。六是本罪行为并不需要持续性。

（二）是否利用影响力或支配性

行为人具有特殊职责就意味着对被害女童形成事实上的影响和支配性，因此，负有照护职责可以看作是本罪行为人的主体特征，也即本罪构成主体是一类特殊主体。但在本罪构成行为上是否利用了这种影响力或支配性是存在争议的。比如，在日本，构成监护人性侵等罪要求必须利用事实上是监护人所产生的影响力。表现为利用了被害人父母等监护权人的要求难以拒绝的心理状况而达到性交的目的。包括因为与监护人的性关系继续地常态化被害人感情处于麻痹的情况，以及存在强制、强要、意思压制的程度比较轻微的情况。德国刑法则要求有滥用以及与教育、培训等关系相结合的依赖性。构成滥用的先决条件是，在犯罪时具体存在事实和/或心理的依赖，而且双方都知道这一点。

我国刑法只要求行为人具有特殊职责，一般情况下双方都认识到这种地位而发生性关系就可以。首先，条文文本并没有要求利用特殊职责，也没有要求利用具有特殊职责的影响力。其次，本罪显然扩大了处罚范围，如果仍然要求行为人利用特殊职责或者特殊职责的地位迫使女童就范，就完全没有增设的必要。最后，如果要求利用影响力则有可能无法实现保护被害女童的目的。对此，国外立法和学术解释都存在争议，比如，日本刑法明文要求“乘具有影响力之机”，但学者多数则认为并不要求积极利用影响力的行为（诱惑、胁迫等），因为，“监护人的身份”本身就满足了“乘具有影响力之机”的要件。对此，我国刑法没有作出严格限制的必要，因为对于已满14不满16周岁女童，监护等特殊职责足以形成一定的影响力。

（三）未成年被害人同意无效

尽管日本学界对被害人同意是否构成监护人性交等罪存在不同看法,但是多数学者认为,即使被监护人承诺了性的行为,因为承诺本身是在监护人的影响力之下形成的,不能由此否定监护人性交等罪的成立。甚至在行为人误信被害人同意实施性交等情形时,对本罪的故意也没有影响。我国刑法学者也认为,在奸淫幼女罪中幼女的同意无效,本罪应作同样理解。即刑法对这类女性采纳了家父主义的保护原则。首先,特殊职责人员与女童发生性行为,正是利用了女童在行为人特殊职责影响下难以对自己的性自决做出准确判断的情况。其次,本罪的保护对象仅限于已满14周岁不满16周岁的人,低于日本刑法或德国刑法的18岁,很难承认该年龄段的人在特定人际关系下能够准确做出同意的意思表示。最后,特殊职责人员负有保障女童性的健康发展和正常性心理养成的义务,不受女童同意与否的影响。

(四) 本罪的不作为犯和共犯问题

如果第三人有义务对本罪行为进行干预而不作为可以构成不作为的帮助犯。例如校长明知某教师对学生有性侵行为而未采取措施阻止并放任不管的。日本刑法和德国刑法都认为本罪的成立以实施性行为的身体接触为前提,因此得出本罪是亲手犯的结论。然而,根据我国刑法理论,该罪不属于亲手犯,不排除构成共同犯罪的可能。例如,父亲让自己15周岁的女儿与他人发生性关系的行为。首先,从文义上看,尽管条文描述为“与该女童发生性关系的”,并不意味着亲自发生性关系。正如强奸罪描述为“强奸妇女的”,但是强奸罪并非亲手犯。其次,不能由本罪是身份犯或者义务犯就径直得出不构成间接正犯的结论。是否可以构成间接正犯应当进行实质判断。本罪的实质在于,行为人对女童具有特殊职责,使女童对性自决难以作出准确判断。特殊职责人员将女童交由第三人发生性关系,特殊职责人员的影响力没有变化。而且,也背离了其对女童性的健康发展和正常性心理养成的保护义务,因为这种义务不仅包括亲子关系不能转化为性关系的义务,还包括阻止他人利用自己地位的义务。最后,日本也有学者认为监护人性交等罪在没有身份的人参与的场合,根据参与形态,成立本罪的共同正犯、教唆犯、帮助犯。这就并没有完全排除特殊职责的人可以构成间接正犯。那么,第三人是否应受处罚?回答应当是肯定的。因为第三人作为帮助犯,其行为通过利用特殊职责人员的特殊地位违背了培育女童性自决、性的健康发展和正常性心理养成的义务。不过应当以第三人认识到行为人与被害人之间的特殊职责关系为前提。

四、本罪主观上要求存在故意

在教义学上,几乎没有争议地认为本罪在主观上存在犯罪故意,即与已满14不满16周岁被照护女童故意发生性关系的行为。这可能会发生认识错误的情形,在行为人认识错误的场合,可能影响是否构成本罪故意的认定,从而影响是否成立本罪。

首先,对象的认识错误。如果行为人将自己负有照护职责的人误认为其他人而对之实施性侵犯的,由于不构成本罪的故意,因此不能构成本罪。

其次,对被害女童年龄的认识错误。必须主观认识和客观事实相一致时才能确定为本罪。比如,行为人误以为被害人年龄超过16岁而实施性侵的,就不能构成本罪。那种基于推定“应当知道”可以构成本罪的观点不妥。

最后,对于自己所承担特殊职责的性质认识错误,或者对于自己所在机构的性质认识错误,属于涵摄错误,通常不影响犯罪故意的成立。例如,行为人因为自己的行为并不符合收养的形式条件误以为自己不是负有收养职责的人员;对自己是否属于看护人员产生错误认识的,或者教育矫正机构的教育工作人员误以为自己所从事的并不属于刑法第236条之一的教育职责的,都不影响本罪故意的成立。

五、本罪与强奸罪之间的关系

在教义学上有必要将负有照护职责人员性侵罪与强奸罪进行比较,以便更深入地理解本罪。刑法第236条之一规定了两罪的基本关系,即规定“有前款行为,同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。也就是本罪行为可能会构成两罪,产生竞合问题,因此采取择一重处罚的原则。但是对该条款的性质在学理上还存在不同认识。有学者认为,本条是对强奸罪的补充条款,因此本罪与强奸罪之间构成补充关系的法条竞合犯。也有论者认为,本罪的保护法益还包括被害人性的健康发展和正常性心理的养成,与强奸罪之间应当是想象竞合的关系。从法条表述上看,本罪的构成并不要求暴力等手段,因此,在行为人采取暴力、欺骗等手段性侵被照护人的,就会发生与强奸罪的区分问题。

(一) 通过暴力、胁迫手段 实施性侵犯场合两罪的界分

根据日本学者的观点,在不满18岁的人由于暴行、胁迫而被迫与监护人性交的场合,不满足“乘具有影响力之机”的要件,成立强奸罪。但是本文认为,因特殊职责人员使用暴力、胁迫手段,就断言妨碍到特殊职责的身份、地位的影响力缺乏说服力。同时,即便采取暴力等行为也改变不了行为人违背了保护女童性健康发展和正常性心理养成义务的一面,因此,这种情况应当成立强奸罪与本罪的想象竞合犯。

但是,也不能简单地认为本罪只是处罚强势关系下双方自愿发生性关系的犯罪。只要暴力未达到使女童显著难以反抗的程度,就只能成立本罪。这就可能与“胁迫”发生混淆。在通过胁迫手段实施性交行为的场合可能存在区分上的困难。在日本,利用地位、关系等优势如果行为手段符合胁迫的,也可以适用强奸罪。对于强奸罪上所谓的暴行、胁迫的概念,判例认为“只要达到使对方的抗拒显著困难程度就够了”。在具体的判断上,即使根据列出的暴行、胁迫行为判断,认为没有达到暴力等程度,但是“伴随着对方的年龄、性别、品行、经历等,实施行为的时间、场所的周围环境以及其他具体情况,使对方不能抗拒或者陷入困难就够了”。日本刑法第178条规定了准强制性交等罪,是以乘“心神丧失”或者“不能抗拒”之机,或者使他人进入这种状态而达到性交的场合为对象。在学说上也有通过扩大解释,将高尔夫教练、牧师、俱乐部顾问等,利用对未成年人构成的优势地位、关系,使被害人陷入恐怖、惊愕的场合,使其害怕遭受不利益而答应性行为的场合,认定为不能抗拒的观点。在我国,如果特殊职责人员单纯利用职责影响力,实施的行为达到使被害人显著难以反抗的程度时,不排除构成强奸罪的可能性。例如,父母、养父母等长时间不给食物吃、不给衣服穿,或者以此为要挟,如果使被害人显著难以反抗的,构成强奸罪与本罪之间的想象竞合犯。因此,在刑法增设了本罪之后,《意见》第21条第2款关于“以强奸罪定罪处罚”的规定依然有效。

(二) 通过欺骗实施性交场合 两罪的界限

德日刑法在构成特殊职责人员性侵罪上都强调了满足“乘具有影响力之机”的要件,例如,在监护人于黑暗中或者化妆间实施奸淫的场合,就不符合“乘具有影响力之机”。本文认为,在特殊职责人员隐瞒自己身份实施骗奸的场合,譬如某中学老师甲,通过假扮成乙与已满14周岁的女学生丙发生性关系,如果丙知道是自己的老师甲就不会与其发生性关系,因为违背了女童与谁发生性关系的性自决,由于欺骗使其不法侵害程度高于本罪,应当以强奸罪定罪处罚。但如果丙知道甲是自己老师就会同意的场合,应当认定甲的行为构成本罪。首先,甲作为对丙的性自决、性健康发展和正常性心理的养成负有照护职责的人员,故意予以侵犯,客观上具有侵犯女童性自决、性健康发展和正常性心理养成的不法性。其次,不承认上述情况构成本罪,将形成处罚的漏洞,也不符合刑事政策的要求。最后,与德日刑法相比,我国刑法更注重身份的有无。德日刑法不仅要求有身份,还要求“乘具有监护人影响力之机”或利用依赖关系。

此外,如果行为人欺骗被害人误解其行为性质的,构成强奸罪。例如在弗莱特瑞(Flattery)案中,被告人谎称对被害人实施外科手术而实际上实施了性交行为,被判决构成强奸罪。这种情况成立与本罪的

想象竞合犯，择一重处。有疑问的是，在行为人使被害人误以为性行为是治疗的必要手段而实施奸淫的，是否构成强奸罪。在英美法上，医生通过虚假宣称可以治病而诱使生病妇女与之性交，不构成普通法强奸，因为普通法认为诱因中的欺诈不会使同意无效。然而，尽管被害人对实施性交行为有误解，但性行为具有繁衍后代的社会属性和两性愉悦的自然属性，行为人妄称性行为是基于治疗的目的，而且使女童对此深信不疑，显然是对性行为目的的隐瞒欺骗，导致被害人本来就不能实现的性行为目的落空，因此应当构成强奸罪。在特殊职责人员实施的情况下，同时构成与本罪的想象竞合犯。

六、余论

尽管《刑法修正案（十一）》对负有照护职责人员性侵罪的增设强化了对未成年人性犯罪的刑法规制，但是囿于我国刑法的立法传统和固有体系，性犯罪的刑事立法依然显得过于保守。第一，本罪的侵害对象仅限于已满14不满16周岁的人，处罚面过窄。性自决的能力是对与性有关事项的判断能力，未成年人往往不具有足够的判断能力。很多国家的犯罪对象都是不满18岁的人，不仅德国、日本如此，英国《2003年性犯罪法》（Sexual Offences Act 2003）同样考虑不满18岁的人可能不能进行成熟的判断而产生性虐待、性剥削（即产生保护的必要性），最终把犯罪对象确定为不满18岁的人。否定未成年人在特定条件下具备性自决的判断能力与是否肯定其具有性自决权不是一回事。将不满18周岁的人纳入性犯罪的保护年龄，是为了保护未成年人的性自决权，而不是为了限定未成年人的性自决，所以学界考虑不满18周岁的人是否应该具有性自决权，或者担心将本罪的行为对象设置为不满18周岁的人涉嫌侵犯其性自决，既不合理也不具有说服力。第二，刑法只是规定了奸淫的行为，而现实中还存在很多猥亵行为得不到处罚。第三，只保护女童而不保护男童，造成性别的差别对待也是不恰当的。上述问题都不是解释论的问题，只能期待刑事立法的跟进。

儿童游戏权探析：“为了游戏而游戏”才是本质

2022-06-01 王浩

<https://mp.weixin.qq.com/s/aihnuK1VwWPNP3aXifPshQ>

引言

一 儿童游戏的双重价值本质

（一）工具主义与内在主义之争

（二）价值统一说：儿童游戏的双重价值本质

二 儿童游戏权的立法演进与实践困境

（一）儿童游戏权的立法演进：从教育附属到独立人权

（二）儿童游戏权的实践困境

三 儿童游戏权的权利本质与体系功能

（一）儿童游戏权的权利本质：为游戏而游戏

（二）《公约》中儿童游戏权的体系地位与功能

四 儿童游戏权的制度实践与完善

（一）转变对儿童游戏的传统观念

（二）改善儿童游戏时间和空间

（三）保障儿童的参与表达权

结语

引 言

游戏是童年的本质特征。联合国《儿童权利公约》（以下简称《公约》）第 31 条规定：“缔约国应当承认儿童有权休息和休闲，参加适合其年龄的游戏和娱乐活动，并自由参加文化生活和艺术活动。”作为儿童游戏权的国际人权法依据，该条于各国的制度实践和保护却受到冷落。鲍威尔（Powell）在其就英国国家政策对儿童游戏机会影响的研究中就发现，在 28 份与执行《公约》第 31 条有关的主要文件中，仅一份文件提到游戏权。诚然，第 31 条在规范文义上的宽泛处理使儿童游戏权的构成要件不够明确，进而影响到其作为独立权利的品格确立，但究其根本，仍在于有待厘清对儿童游戏本质的认识。

鉴此，本文拟先就儿童游戏之本质加以澄清，通过对既有学说的检视，明确儿童游戏具有双重价值本质。同时，在梳理儿童游戏权立法演进史的基础上，结合其权利实践的现实困境，指出儿童游戏权保护在应然与实然面向上的割裂，进而在规范文本与权利证成的双重视阈下，澄清儿童游戏权的权利本质与权利功能，并就其权利保护之路径提出完善建议。

图 片

一 儿童游戏的双重价值本质

在联合国儿童权利委员会《关于儿童享有休息和闲暇、从事游戏和娱乐活动、参加文化生活和艺术活动的权利（第 31 条）的第 17 号一般性意见》（以下简称“第 17 号一般性意见”）中，游戏的定义如下：由儿童主导、掌控和组织的行为、活动或过程，无论何时何地只要有机会就会发生。照顾者可能有助于创造游戏发生的环境，但是游戏本身是非强制性的，由内在动机驱动，为了本身目的而进行，而非达到目的的手段。它涉及自主性、身体、精神或者情感活动的行使，并有可能以无穷的形式出现。游戏的主要特点是乐趣、不确定性、挑战性、灵活性和非生产性。这些因素共同促成了游戏所带来的乐趣，以及由此产生的继续游戏的动力。

（一）工具主义与内在主义之争

儿童游戏的重要性是一个相对现代化的概念，出现在 19 世纪末进步时代（1890~1920 年）。技术和劳动力的变化导致对工人阶级儿童劳动力的需求降低，在此期间，童工改革也在顺利进行。义务教育的急剧增长意味着儿童的时间被分为上学时间和空闲时间，放学后儿童进行广泛的自由游戏。在这一时期，社会

对游戏的观念充满矛盾。一方面，游戏被认为对身体健康、智力发展以及社会发展至关重要；另一方面，儿童自由游戏被认为是浪费时间，在无监督环境下自由游戏被视为叛逆。在20世纪早期，社会倡导的是在成人指导下的有组织的游戏，承诺有效利用这种活动培养合格工人。游戏也并非漫无目的的活动，而是为了练习日后所需技能。这种将游戏视为发展进步的论调在当今社会依然存在，它强调游戏的工具性价值而忽视游戏的内在性价值。但是否需要通过强调游戏产生良好结果来“推销”游戏的重要性？有学者质疑道，把游戏视为成人生活的预演可以理解，但几乎没有证据证明这一点。事实上，因关注视角的不同，就儿童游戏之本质，学理上亦存在工具主义与内在主义之理论分野。

工具主义的代表性学者是皮亚杰（Piaget）和维果茨基（Lev Vygotsky）。其中，前者提出的“游戏连续等级交替阶段理论”一度具有广泛影响，该理论认为游戏是从一个阶段发展到另一个阶段，后来的阶段建立在先前的水平之上，因此更复杂、更难以合理控制；游戏的发展被视为观察儿童发展的有益指标，游戏在某些情况下也作为确定与成长有关问题的诊断工具。但事实上，不同阶段间的连结及过渡并非彻底割裂。进而，维果茨基提出，游戏并非过去经验的反映，而是作为“发展成为未来成年人”所必需之活动。与之相反，内在主义强调儿童游戏的内在价值或者固有价值，即儿童游戏本质纯粹是为了乐趣和享受等内在价值。诚然，内在主义将游戏的本质回归至人对自身价值之追求，进而获得多数学者的支持，但在权利实证主义的背景下，单纯对乐趣或享受的价值肯定并不足以证成其应受法律保护之正当性。

鉴于此，希拉·戴维（Ciara Davey）认为，游戏是儿童的权利，其兼具内在价值和工具价值，将游戏作为人权可以使国家对其在国际义务方面的行动负责；儿童游戏权的范围包括获得适龄游戏设施的权利、获得安全和保护免受虐待的权利、不受歧视的权利以及观点得到适当重视的权利。丽塔·沙克尔（Rita Shackel）在讨论游戏权时，强调了游戏的内在价值，也指出了游戏的附带利益。莱斯特（Lester）等学者指出，儿童游戏的重要性是将游戏提升为儿童权利的基础，并认为将游戏提升为一种儿童权利是必要的，因为游戏在成年人的理解中仅仅是“奢侈而非必需”的。安德烈斯·帕亚·里科（Andrés Payà Rico）强调要促进对儿童游戏权的承认，并尝试建立儿童游戏权评价指标体系，指出儿童游戏权评价指标包括游戏时间、游戏空间、游戏材料和游戏同伴。可见，以权利为基础的研究进路超越了工具主义和内在主义两分法，对于儿童游戏本质的澄清具有重要意义。

（二）价值统一说：儿童游戏的双重价值本质

游戏在文化和社会范畴内不断变化，每个理论对游戏的定义都不相同，形成统一固定的游戏定义并非易事。由于游戏存在多种形式，具有不同功能和特点，而且游戏参与者和参与环境不同，导致提供一个全面的游戏定义一直是一个理论挑战。诚如萨顿·史密斯（Sutton Smith）所言：游戏是模棱两可的，这种模棱两可的证据存在于这些完全不同的学术观中，因此没有一个单一的定义可以包含游戏。在古希腊，游戏被认为是人类在任何年龄阶段都进行的一种特殊活动。如亚里士多德认为，游戏应与工作区分开来，因为游戏缺乏必要性，游戏与美德和幸福一样，它的特点是自由和自给自足。康德则将游戏与美学条件联系起来，认为游戏能够使想象和智力一起发挥作用。但从游戏开始被研究，游戏似乎逃过了任何试图固定、编码它的定义。

即使如此，研究者通常通过区分游戏与非游戏来理解游戏，区分的常用标准包括内在动机、令人愉悦、个人自愿控制等。代表性人物包括韦斯特（Wuest）、科德斯（Cordes）等儿童游戏研究专家。韦斯特认为游戏是为了乐趣而自由从事、自发的活动，本身是有益的。科德斯将游戏定义为个人自由参与并从中获得个人满足的活动。佛罗贝尔（Froebel）认为，游戏是儿童洞察个人世界的方式，是一种创造性的自我表达方式。怀特（White）认为，游戏是儿童了解周围世界、学会交谈、分享和了解自己的方式，是促进认知和社会发展的方式。此外，部分学者将游戏描述为无目的的乐观力量的消耗，为儿童主要需求满足时剩余能量的产物。罗布·惠威通过对游戏研究者观点的整合分析，认为游戏标准包括自由选择、个人指导和内在激励。首先，自由选择意味着儿童可以选择何时进行什么游戏，即游戏不是课程或计划的一部分，没有需要完成的步骤。其次，个人指导意味着儿童自己同意活动的角色或规则以及结果。最后，要让游戏

有内在动机，它必须纯粹考虑本身，而不是为了外部奖励。游戏是为了趣味，而不是为了评估、干预或治疗。尽管游戏的定义各不相同，但多数定义具有共同元素，即自发、没有规则、主动参与、内在动机、手段而不是目的、没有时间和地点维度等。综上，儿童游戏的本质，应是包括一系列由儿童为自己兴趣、享受和满足而进行的自选活动的价值统一。

持价值统一说的学者认为，儿童游戏的研究有一个明显的局限性，即缺乏对儿童如何实际体验游戏的深入的定性和理解。多数关于儿童对游戏的感知和经历的研究都是来自对成年人的访谈，是为了了解如何利用儿童时间。游戏主要是一种成年人的建构，即成年人关于游戏的观点占主导地位。事实上，如果重视游戏内在价值，那么理解儿童为何游戏以及参与游戏的感受如何应成为理解游戏的焦点。通过关注儿童如何体验游戏，价值将归因于游戏本身，而不仅是游戏的衍生。部分学者认识到观察性研究以及成人游戏观点的局限性，进行了一场旨在激发儿童观点和声音的参与性研究方法运动。比如，朱莉娅·穆德(Julia Mulder)等学者通过摄影传声和访谈的方法进行分析，认为游戏没有一个单一的定义，而成年人应与儿童合作，帮助儿童为每一个情境、儿童、环境重新定义游戏。

通过对游戏研究演进历程的梳理而重新理解游戏，发现游戏对儿童具有独特的重要性，不仅是因为其具有促进非游戏性技能的工具性价值，更重要的是游戏具有纯粹享受和乐趣的内在价值或者固有价值。

图片

二 儿童游戏权的立法演进与实践困境

(一) 儿童游戏权的立法演进：从教育附属到独立人权

1989年11月，联合国大会通过了被称为“儿童权利大宪章”的《儿童权利公约》。《公约》规定了54条关于儿童基本权利的条款，并承诺全面设立保护儿童权利的最低标准。《公约》是首份专门规定儿童权利且具有法律约束力的国际人权文件，它要求已批准该公约的国家必须保障立法与公约协调一致。作为被广泛接受的人权条约，截至目前，除美国以外的所有联合国会员国都已签署和批准《公约》。《公约》阐述的各项权利均是每个儿童基于其人格尊严所应享有，也是实现其发展所必须享有之人权。作为《公约》最具创新性的条款之一，第31条确定了儿童游戏权。

虽然《公约》第31条是儿童游戏权最主要的国际法依据，但早在1959年联合国大会通过的《儿童权利宣言》第七项原则就已对此明确规定，即儿童应享有游戏和娱乐的充分机会，应使游戏和娱乐达到与教育相同之目的，社会和公众事务当局亦应尽力设法使儿童得享此种权利。与《公约》不同，《儿童权利宣言》认为只要游戏服务于教育这一首要目标，它就对儿童和社会有益，换言之，游戏的目的是使儿童在平等机会的基础上发展个人能力、道德和社会责任感，即“成为一个有用的社会成员”。《儿童权利宣言》仅将游戏视为一种学习教育的方式，这符合20世纪人们所普遍接受的“儿童游戏是一种发展进步形式”的观点。因此，为了有趣、娱乐或者消遣的游戏并不是1959年《儿童权利宣言》所保障的一项具体权利，其保障的是作为扩展教育方式从而附属于造就有用公民的游戏权。

1988年，欧洲住院儿童协会(European Association for Children in Hospital)制定了《欧洲住院儿童协会宪章》，该宪章强调了儿童游戏权的价值，即住院儿童应有机会根据其年龄和医疗状况以适当方式进行游戏，并生活在为满足其需要而设计的环境中。2007年，世界卫生组织为了提供统一、标准的语言和框架以描述儿童的健康状况，颁布了《国际功能、残疾和健康分类》(儿童和青少年版)(International Classification of Function, Disability and Health for Children and Youth, ICF-CY)，进一步表达对游戏的关注，并将游戏视为儿童期的基本活动以及儿童幸福、发展和健康的重要组成部分。

除《公约》第31条外，联合国儿童权利委员会还于2013年通过了第17号一般性意见。该意见旨在提高第31条所载权利之地位，促进《公约》缔约国认识和理解这些权利在儿童生活和发展过程中发挥的核心作用，并促请缔约国制定措施，确保落实这些权利。该意见为决策者、教育工作者、监护人等提供了具体、明确的操作性意见，对实现儿童游戏权非常重要。通过第17号一般性意见，《公约》的整体性得到了肯定，即儿童每一项权利都与其他权利相联系，每项权利都同等重要。该意见强调，与其他权利相比，游戏权一直以来被认为是附属的，在诸多权利中并非优先事项，但对儿童而言，它具有至高无上的重要性。联合国儿童权利委员会关切地注意到儿童游戏权实现之困难：儿童游戏权并没有得到充分承认，即缔约国没有为儿童游戏权行使提供适当设施；保护性法律薄弱或根本不存在；国家和地方规划未考虑儿童等。第17号一般性意见对儿童游戏权的重大贡献是它澄清了游戏和休息、娱乐的概念，谴责对儿童游戏的误解和低估，并强调儿童游戏权适用于所有社会，尊重所有文化传统和形式的价值观，即每个儿童不论生活在何处、文化背景如何、其父母地位如何，都应享有游戏权。

然而，尽管《公约》得到了广泛承认，儿童游戏权在各国的制度实践却面临诸多困境，并致使《公约》第31条被称为“被遗忘的条款”，儿童游戏权亦沦为“被遗忘的权利”。

（二）儿童游戏权的实践困境

波兹曼在其著作《童年的消逝》中指出，儿童游戏已经成为濒于灭绝的事物。迄今为止，各国关于儿童的社会政策集中于儿童的生存和受保护权，相较而言对实现游戏权的政策鲜有问津。诚如国际游戏协会（International Play Association: Promotion the Children's Play to Play, IPA）所指出的，儿童游戏权是最不为人所知、最不为人所理解和最不为人所承认的儿童权利之一，因此，它是目前世界上最常被忽视、被低估和被侵犯的权利之一。安德烈斯·帕亚·里科等学者对《公约》规定的儿童游戏权被忽视这一现象进行了批判，强调与儿童生存有关的权利或许具有更紧迫的性质，但这并不能证明游戏权有被遗忘的正当性。长期严重的游戏剥夺对儿童个人能力和福祉产生严重的消极后果，甚或与重罪犯对暴力反社会犯罪活动的偏好存在因果关系。儿童游戏剥夺主要涉及儿童本身、环境以及成年人等其他因素。儿童限制自己游戏似乎难以理解，但是缺乏行动能力、交流受限、感官反应受损等都可能影响儿童游戏权。此外，除了明显的生理和感官限制之外，儿童体内可能存在其他限制游戏的因素，诸如有限的内在动机和注意力下降以及由于缺乏技能或因挫折而退缩均被认为是儿童本身的问题。例如，处于压力下的儿童会在游戏前优先确保生存，如若压力因素持续时间长，儿童会经历严重的游戏剥夺。虽然关于儿童游戏权的实现障碍不能忽视儿童自身的因素，但必须认识到，任何对自我的干预均不能忽视环境因素，只有解决儿童个体之外的障碍，儿童方能脱离游戏权实现之困境。

1. 家庭情境中的障碍

家庭情境包括私人家庭以及医院或孤儿院等其他照料环境。家庭情境中的障碍主要包括三个方面。

第一，在观念层面，照料者通常认识不到游戏的内在价值，认为游戏是儿童用于无意义或者无产出活动的“亏损”时间。儿童的生活基本由成年人精心组织和安排，成年人期望儿童参与特定的运动或者课程后能在其成年后更成功。因此，当照料者发现儿童大部分时间在游戏，他们会感到焦虑。

第二，过度控制也是影响儿童游戏权实现的重要因素。近几十年来，家长对儿童过度监督和过度安排的问题一直存在。一项针对16个国家父母态度的调查显示，绝大多数照料者担心儿童在户外游戏，这与交通、犯罪、骚扰、暴力、细菌以及其他类似问题的增加有关。照料者常常缺乏支持儿童游戏并且以游戏方式与儿童进行交流的信心、技能和知识。许多儿童必须得到父母许可方能在户外游戏，因而游戏权的实现受到父母对风险承受程度的影响。有的父母出于对“风险”的警惕，通常不鼓励或支持儿童邀请朋友到家

中游戏。一些极端的照料者甚至把儿童特别是残疾儿童与游戏空间隔绝，导致儿童对自由的反应是寻求生存的基本需要而非游戏。

第三，家庭结构和父母就业模式的变迁影响儿童游戏权的实现。目前传统大家庭结构的功能在许多文化中被削弱，家庭和社会网络在地理上比前几代更分散。婚姻破裂的增加以及家庭更加分裂，导致更多单亲家庭。此外，目前许多家庭父母均工作，而且工作时间较长，尤其是越来越多有可能从事有偿工作的母亲减少了对邻里空间的非正式监督，也是导致父母不愿让儿童进行户外游戏的一个因素。过去儿童可以进入户外自由游戏，但往往需要母亲进行监督。因此，游戏不仅是儿童权利问题，还涉及女性权利问题，实现儿童游戏权与保障妇女劳动权益之间的平衡至关重要。

2. 教育情境中的障碍

教育情境包括幼儿园、中小学教室等正式场所，还包括课后俱乐部等非正式场所。教育情境应当为儿童发展提供一个安全的场景，促进儿童积极学习并鼓励积极同伴关系。然而，目前的教育环境中存在诸多儿童游戏权的实现障碍。

首先，教育专业人士阻碍游戏。教育环境的主要特征是教育专业人士在场，但他们有时会制造障碍，不支持儿童参与多元游戏，或限制儿童作出选择、冒险、迎接挑战的机会。没有适当知识水平和敏感度的教育专业人士可能会通过他们所提供的教育政策而剥夺儿童游戏权。此外，尽管部分教育人士可能意识到游戏存在内在价值，但迫于来自父母的压力，他们很难让儿童自由游戏。

其次，在校游戏时间严重缩短。许多国家出现的趋势是缩减儿童在校的游戏时间，增加正规的教学和测试。即使在幼儿园和托儿所，日常活动的重点也逐渐成为实现教育目标而非促进儿童游戏。这种儿童学习方法延伸到校外时间和课后活动，导致儿童课后时间被非游戏活动挤占。有些校外活动可能包括娱乐活动，但并非真正的游戏，而且也不符合儿童休息的需要。不幸的是，许多教师、照料者以及决策者认识不到游戏与非游戏的根本区别，未认识到尽管游戏可能需要成年人参与和指导，但游戏本质是无组织的、不受成人控制的。近年来，高质量儿童教育的重要性越来越得到研究界、政府决策者的承认。然而，“高质量”的本质受到质疑。虽然在一些欧洲国家，教育环境仍将重点放在为儿童提供有益于增进健康的丰富体验，但是许多国家采取了“越早越好”的教育方法，将重点放在儿童的识字和计算等正式技能上。这并不利于为儿童提供游戏机会。

最后，在儿童所处的教育环境中，“为了游戏而游戏”的概念似乎通常被程序化的“类似游戏的活动”所取代。当言者谈论儿童游戏时，通常使用“教育”或“教育学”一词，之所以使用这些术语，唯一合理的解释是希望通过游戏促进学习。虽然游戏具有非凡的教育价值，但是游戏不是学习。毫无疑问，为了促进学习而进行的“类游戏”活动，失去了游戏的自由、主动和自我表现等特征。虽然这些活动由崇高的目标所驱动，但为了上述目标而选择，意味着儿童可能失去“欢乐时刻”的游戏体验，是对游戏本质价值的忽视。

3. 公共情境中的障碍

对于游戏的儿童而言，公共空间主要包括游乐场、公园和社区游戏空间等。公共环境造成游戏剥夺的现象非常明显。儿童在户外游戏与接触自然的文化正在逐渐消失，儿童日常生活正在向日益机构化、以家庭为中心转移。丽塔·沙克尔研究发现，城市化带来的竞争性的社会等级制度、快节奏的生活方式、一定程度上的社会鼓励等都是阻碍儿童游戏权实现的重要因素。一方面，公共场所可能缺乏游戏资源和资料，或者存在其他可能在游戏空间造成障碍的问题，比如噪音、过度拥挤、不合适的照明等。另一方面，公共空间的日趋商业化阻碍了儿童使用公共空间进行游戏。公共空间被视为货币价值的承载而非公众对社区资源

的享有。此外，多数正常的游戏体验都集中在与同龄人的互动上，但部分儿童由于身体限制、同龄人排斥以及社区环境缺乏包容等因素，在与社区中的同龄人互动方面受到限制。部分儿童甚至不知如何开始与其他儿童游戏，或者不知如何加入社区中游戏的同伴。

三 儿童游戏权的权利本质与体系功能

《公约》第31条包含了除游戏之外诸如休息、休闲、娱乐以及文化生活和艺术等一系列不同含义的概念，意味着《公约》将游戏权作为与休息、休闲、娱乐等权利并列的一种权利。娱乐、休闲、休息等被视为与日常生活所必需的工作相区别，同时与游戏也存在区别。游戏通常被标记为可以在工作和休闲时发生的一种内在动机行为，缺乏严格组织，即非结构化的。休闲被定义为独立于工作和自我照顾时间，包括比如沉思、放松或精神体验以及有组织的活动。娱乐一般被视为发生在休闲时间的自愿活动，比如踢足球等。因此，对儿童实现游戏权的认识应与实现休息权、娱乐权等权利相区分。

（一）儿童游戏权的权利本质：为游戏而游戏

传统儿童游戏研究者未将儿童当作存有的人（human being）看待，儿童仅被视为未成熟的有待发展的形成中的人（human becoming）。传统发展心理学认为游戏对儿童发展具有特殊功能，被视为儿童发展技能和准备成为成年人的工具。例如，邦迪（Bundy）开发了“游戏性测试”，认为“喜欢游戏”的儿童比“不太喜欢游戏”的儿童控制力强，能自我激励，与他人互动更多。帕帕西奥多鲁（Papatheodoru）描述了游戏在评估那些在学习、发展和行为方面遇到“困难”和“风险”的儿童方面的价值，认为游戏是支持儿童克服“困难”的机制。然而，把游戏作为实现发展目标的手段，将实际削弱游戏的自发性和内在价值，因为指导游戏“目标”和评估游戏“质量”等均由成年人所控制。当父母和儿童努力满足外部设定的“富有效益”的游戏标准以确保儿童发展时，游戏成为标准化工作的一部分，儿童被剥夺了主动、无忧无虑的游戏乐趣。古德利（Dan Goodley）等儿童游戏学者指出，当前儿童游戏的内在价值已被儿童及其家庭对游戏工具价值的过分关注所掩盖，被试图以牺牲其内在价值为代价来支持儿童学习和发展的成年人所控制。以妮可·玛丽·格伦（Nicole Marie Glenn）为代表的部分学者已认识到这一问题，认为只有生产性的“工作”才有价值这一观点，反映了一种成人视角和当代新自由主义意识形态，并开始对游戏“生产价值”这一概念进行批判。

然而，多数人仍倾向于认为游戏是一种手段比目的更重要的活动。传统发展心理学创造的关于游戏的诸多观念，包括“作为教育的游戏”“作为可测量的游戏”“作为智力标志的游戏”“作为监控的游戏”等，在当代生活中仍被视为具有正当性。实际上，传统发展心理学一直受到多方质疑，如沃克丁（Walkerline）揭露了儿童发展心理学所坚持的“正常”神话的本质：这种“正常”构建了一种世界，在该世界发展异常的儿童被认为“有缺陷”或“有问题”，因此必须通过游戏对儿童进行评估，以确保“正常”发育。当观察到儿童“异常”或病理性发育时，必须对其进行分类和纠正。莫尔斯（Morss）认为对发展心理学的解构可以改变对游戏的观念。通过将游戏重新定位在发展心理学的宏大叙事之外，游戏将不仅仅是儿童诊断、干预和矫正的工具，父母也不再仅将游戏作为支持儿童发展的手段。这种解构对残疾儿童尤其重要，因为残疾儿童的游戏更容易被视为工具性的，残疾儿童的自发的游戏常常被视为“异常”的。实际上，正如第17号一般性意见所述，虽然一些治疗和康复方案的确具有部分游戏的特征，但绝不能作为游戏的替代品。

对儿童游戏认识转变影响最大的理论是兴起于20世纪80年代的新童年社会学。新童年社会学在对传统儿童研究框架特别是发展心理学批判的基础上，实现了从研究儿童到与儿童一起研究或为儿童研究的范式转变，倡导儿童应当被视为建构和决定他们自己社会生活的主体，而不仅仅是被动的客体，因此应对儿童权利予以研究。以英国学者艾莉森·詹姆斯（Allison James）和艾伦·普劳特（Alan Prout）为代表的新童年社会学家主张重新评价儿童时期，挑战儿童“被动”的形象，重新认识儿童在其社会世界中的主动作用。新童年社会学认为童年和儿童的社会关系和文化本身就应得到重视，具有独立存在的价值。他们重视儿童本身的价值，而不是仅仅将童年视为成年人的准备而只重视儿童可获得的延期性利益。新童年社会学的上述观点支持了游戏对儿童具有内在价值而不仅仅是工具价值的论点，即儿童有权“为了游戏而游戏”。

对游戏的误解在关于游戏研究的历史文献中造成了“为了游戏本身目的而游戏”和“类似游戏活动”两个概念之间的重叠,从而导致对儿童游戏权本质出现认识偏差。为了游戏本身目的而游戏将游戏与“类游戏”区别开来。游戏是由游戏者发起和执行,仅出于游戏本身的目的,包括乐趣与欢乐、兴趣与挑战、对比赛与竞争的热爱、兴奋与眩晕等。它们会对成长和发展产生影响,但这些影响并非有意追求。“类游戏”是由成年人在教育、临床和社会情境中发起和执行,它们可能有趣、令人愉快,但其主要目的包括诸如认知学习、社会学习、功能康复、儿童观察和评估、心理支持、心理治疗等。比如,传统教育学关注的是游戏在教育中的价值和作用,并将其视为一种学习中介。特别是从20世纪开始,游戏成为幼儿学校课程中的重要组成部分。教育情境中许多活动可能具有游戏的形式,亦具有趣味性,但由于它们不以活动本身为目的,而是以教育或治疗为目的,这些活动应属于“类游戏”的范畴。儿童是游戏的“老师”,和儿童一起游戏的成年人除了游戏本身,不应有“监控”和“训练”等其他意图。诚如霍奇金(Hodgkin)等学者在对《公约》第31条分析时强调的,游戏应是童年最有趣的活动,因为它包含了不受成年人控制的活动。总之,儿童游戏不应仅是“治疗性的”或“教育性的”,更应是“游戏性的”,即快乐分享既是儿童游戏的意义,也是它的本身目的。综上所述,从权利视角出发,游戏权不应仅是儿童其他权利实现的手段,其本质更应是儿童享有选择为了游戏而游戏的权利。

(二)《公约》中儿童游戏权的体系地位与功能

《公约》承认每个儿童享有所载全部权利,即所有权利对儿童充分发挥潜力的机会都至关重要。换言之,如果儿童某些权利得到保障,而其他权利无法得到保障,那么这些权利的效用有限。因此,在全面理解《公约》中儿童游戏权体系功能的同时,也应关注儿童游戏权重要的权利地位,其并非其他权利实现之后才予以考虑的次要权利。

1.《公约》中儿童游戏权的重要地位

人权的一个普遍原则是各项人权之间相互依存、关联和不可分割,游戏权亦与《公约》中的所有条款都相互关联。

首先,游戏权是支撑《公约》四项一般原则必不可少的组成部分。联合国儿童权利委员会参照《公约》的四条规定,确立了《公约》的四项一般原则,即平等和不受歧视原则(《公约》第2条),儿童利益最大化原则(《公约》第3条),保障儿童生命、存活与发展原则(《公约》第6条),尊重儿童意见原则(《公约》第12条)。游戏有益于融合和包容,体现了平等和不受歧视原则;游戏有利于儿童发展技能和能力促进其成长,体现了保障儿童生命、存活和发展原则;游戏满足儿童天然的游戏需求,体现了儿童利益最大化原则;游戏有利于自由表达,体现了尊重儿童意见原则。

其次,在《公约》的框架下,可以根据四项基本人权对儿童游戏权予以分析。《公约》规定的权利通常被分为生存权、发展权、受保护权和参与权四项基本人权。生存和发展权是儿童获得生存和充分发展所必需的资源、技能和救助的权利,包括生命权、适足生活水准权、住房权、清洁饮水权、受教育权、初级保健权、休闲娱乐权、文化活动权、言论自由权以及有关权利的信息权。儿童通过游戏来发展那些使其充分生存和发展的机制。儿童的生存和发展权受到侵犯时,也会对游戏能力产生影响,正如儿童的游戏能力会对他们的健康、福祉和发展产生影响一样。受保护权指儿童有权受到来自国家、社会、家庭的保护,包括确保儿童免受一切形式的虐待、忽视、剥削,禁止童工,远离毒品、酒精、烟草以及对难民的保护等。在受保护权框架下的游戏的重要性亦存在证据证明,即游戏通过快乐和享受、情绪调节、压力反应系统、依恋、学习和创造力等适应系统发挥作用,有利于增强适应力,从而成为一种自我保护形式。游戏可以帮助儿童应对其他权利被侵害,比如应对虐待、冲突和贫困等。参与权主要指儿童有权在影响其社会、经济、宗教、文化和政治生活的问题上自由表达意见和发言。艾玛·科鲁奇(Emma Colucci)和劳拉·赖特(Laura Wright)通过权利本位和社会生态的研究方法研究发现,儿童可以通过行使《公约》第31条规定的游戏权促进参与权的实现。游戏作为儿童一种主要的参与形式与日常生活交织在一起,儿童通过游戏学习社会规范,并认识到与成年人的联系。

2. 《公约》中儿童游戏权的体系功能

在《公约》的制度背景下,儿童游戏权涉及《公约》所载关于儿童自由与权利的所有方面。一方面,儿童游戏的过程是参与和实现自由的过程,儿童游戏权与自由直接相关。通过游戏,儿童不仅参与到社会环境和社会生活中,还实现着支配时间、利用空间以及接触他人的自由。因此,第31条就与《公约》中有关参与和自由相关的条款产生了直接联系。另一方面,儿童游戏权亦与《公约》中信息权、受保护权、健康权、医疗权、适足生活水准权、受教育权等存在体系上的关联。信息权鼓励大众媒体传播对儿童有社会和文化利益的信息,关于如何游戏的信息对儿童有很大的社会和文化利益,因此,大众媒体应当传播这些信息。受保护权要求缔约国应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施,保护儿童免受一切形式的身心暴力,其权利内涵也包涉交通安全、玩具和游戏设备的安全以及社会安全等。健康权、医疗权主张缔约国应当采取适当措施发展预防保健、卫生保健,包括以预防为主的心理保健,而游戏是对心理健康非常有利的预防活动。适足生活水准权承认所有儿童有权享有足以促进其身心、精神、道德和社会发展的生活水平。当孩子们游戏时,他们的身体、心理、精神、道德和社交都在发展。因此,应该为儿童提供足够的生活水平以及游戏的空间和时间。受教育权要求对儿童的教育应着眼于使儿童的个性、才能和身心能力得到最大限度的发展。这意味着应创造和安排更多空间和时间供儿童进行自我主导的游戏。

四 儿童游戏权的制度实践与完善

《公约》第31条和第17号一般性意见,为进一步提高政府、照料者和公众对儿童游戏权的认识以及帮助儿童脱离游戏权的实现困境提供了理想路径。越来越多的国家逐渐认识到儿童游戏的价值,在《公约》第31条的基础上制定了一系列保障儿童游戏权的政策。例如,欧盟委员会于2011年提出了“欧盟儿童权利议程”(An EU Agenda for the Rights of the Child),主要包括对儿童友好司法和保护脆弱儿童等内容,并充分认识到游戏的重要性。文件的结论如下:“所有行动者都必须重新做出承诺,实现一个世界的愿景,在这个世界上,儿童应当是儿童,可以安全地生活、游戏、学习、发挥其全部潜力,并充分利用现有的一切机会。”毫无疑问,游戏的内在价值以及与儿童健康、幸福和发展的联系使得儿童的游戏是基本且必需的。因此,各缔约国有义务保障儿童游戏权,为实现《公约》第31条创造条件。参照第17号一般性意见,应从以下方面尊重、支持和促进儿童游戏权,克服儿童游戏权在制度实践中的困境。

(一) 转变对儿童游戏的传统观念

认识到游戏在儿童生活中的重要性是尊重、支持和促进游戏作为一项权利的基石。对游戏的一般文化认知或观点大致分为三种,即“文化上限制游戏”“文化上接受游戏”“文化上培养游戏”。“文化上限制游戏”认为游戏是被容忍的,但其价值有限,某些类型的游戏在文化上是不受欢迎的。“文化上接受游戏”,即父母希望儿童游戏,直到他们长大到可以使用为止,但不鼓励游戏,父母也不会普遍参与。“文化上培养游戏”,即游戏受到鼓励,成年人认为与儿童一起游戏非常重要。当审视21世纪欧洲的当代形势时,可以清楚地发现,“文化上培养游戏”的总体观点盛行。传统上把儿童游戏贬为不必要的,或者至少是一种很有选择性的奢侈品,这种文化误解不再可行。正如上文所述,缺乏对儿童游戏的理解成为实现儿童游戏权的主要障碍,因此应当采取措施解决儿童游戏价值特别是内在价值常常被低估这一问题。

首先,国家层面应在儿童教育和卫生等领域制定并执行游戏战略和决策,承认游戏是一项基本人权。国际游戏协会的声明值得提倡:游戏是人类体验的基本和重要部分。游戏之所以对儿童至关重要不仅是因为它有利于儿童的身心健康成长,能够在儿童的文化和社会生活中发挥作用,还因为它能给予儿童作为儿童的乐趣。其次,教育工作者、照料者等儿童密切接触者应允许儿童游戏,并在游戏陷入僵局时谨慎干预,尊重、支持和促进儿童的意向性。应认识到儿童有权以他们选择的方式自由游戏,有权不受过度保护。为做到该点,儿童密切接触者应喜欢游戏、观看游戏以及教儿童游戏。最后,社会公众应对儿童游戏予以包容。政策制定者应将游戏明确定位为建立和衡量儿童生活质量(quality of life)的领域之一,因为生活质量与自主和包容地参与社会环境的可能性有关,而游戏对儿童积极体验自主性和包容性至关重要。儿童可以在游戏中自主决定和组织活动,与其他游戏伙伴或成年人互动的同时体验生活的社会性。

此外,改变对儿童游戏态度的关键在于实现儿童自主权与受保护权二者平衡。《公约》中的内部紧张关系表现在两个相反的趋势上:一方面,儿童有权作出自己的选择并表达观点;另一方面,成年人必须为儿童的利益采取行动,并对儿童福利负责。然而,这些立场可能互相矛盾。如果儿童的选择不符合自身利益,那么谁将作出最终决定?关于儿童游戏权的争论集中在这一关键问题上。实际上,联合国儿童权利委员会于2013年颁布的《儿童将他或她的最大利益列为一种首要考虑的权利》的第14号一般性意见已明确指出,倘若其他人员的权利与儿童最大利益形成冲突,应审慎实现所有当事人之间的利益平衡,达成适当折中。如果无法达成协调,主管当局和决策者应当铭记,将儿童最大利益列为优先考虑的权利意味着儿童权利拥有高度优先权。成年人对儿童最大利益的判断不得推翻履行《公约》所列所有儿童权利对应的义务,不得以对儿童最大利益的负面解释贬损任何权利。成年人作为游戏的促进者和调解者的角色应得到广泛认可。成年人可以支持游戏过程,帮助理解规则,保持对游戏活动的关注,通过给予儿童鼓励,消除儿童身体障碍,或在儿童遇到运动障碍时,通过身体支持儿童的动作,使游戏变得更容易。成年人的行为可以在儿童之间创造一种游戏互动,促进儿童参与,帮助解决冲突,消除互动障碍,使其在社交方面更容易游戏,推动同龄儿童共同游戏。但是,成年人不应当控制游戏,而应与儿童合作,支持和扩展游戏,同时保留儿童的自主权,使他们能自由发展游戏。

(二) 改善儿童游戏时间和空间

首先,在所有的教育环境中都应重视通过游戏提供主动、交流和创造的机会,发展支持游戏的方法,并将其纳入专业人员、社会工作者及其他所有从事儿童工作的专业人员的培训之中。通过将游戏方案纳入教育机构的生活,缩小教学与游戏之间的差距,保证儿童在教育环境中有足够时间和空间进行游戏。

其次,在家庭环境中,游戏应当作为社会环境的组成部分和成人照料儿童的一种形式纳入家庭生活。国家应充分支持有利于儿童与父母之间积极关系的倡议。对父母而言,不仅应努力让儿童游戏,而且要承担创造安全游戏环境的责任。父母应保证足够时间与儿童一起游戏,从而在儿童与父母之间建立纽带。虽然大多数游戏应当由儿童发起,但是所有照料者均应鼓励和欣赏儿童游戏,适时参与和指导游戏。照料者应认识到,通过为儿童提供游戏机会,同样可以促进儿童发展、学习和未来的成功。

最后,游戏需要在关爱的公共环境中合理利用本地资源。儿童游戏设施应作为所有社会机构的整体组成部分。国家机关、私营机构等应在公共环境中提供专门游戏空间、时间和材料,为教育工作者、父母和其他愿意参与游戏的成年人提供游戏支持方案,使儿童充分行使游戏权。私营机构应减少对儿童游戏的商业利用,为儿童提供多元化游戏设施、玩具、游戏材料等。

概言之,游戏在家庭、教育和公共环境中均应占适当位置。一是国家层面要制定全面战略,以确保资源可用,并确保照顾者和游戏引导者有能力成为儿童游戏权的主要建设者。国家应完善儿童游戏权评价指标体系,为儿童提供免费、无障碍和便利的游戏设施,增强和改善游戏空间的可及性,为包容性社区打下基础,使儿童平等共享游戏资源。二是政府应通过立法保护儿童进入公共空间游戏的权利。全社会均不应过度管制儿童使用公共空间,确保儿童在进入公共空间时不受歧视和持续监视。满足儿童对安全、无障碍、包容和儿童友好游戏空间的需求,并确保这些空间具有促进儿童优质游戏所必需的设施。三是社区层面要规划儿童游戏区域,保留和维护为游戏预留的空间。在规划居民生活空间时优先考虑儿童需要,特别是在规划新设施和重建现有设施时,考虑不同年龄儿童身心特征和游戏能力。四是企业应对儿童的社会、情感、身体和教育需求以及兴趣具有敏感性,为儿童提供适合的游戏资源。适合多数儿童的玩具可能会因为个别儿童性格、动机以及生活经历的不同而与其极不适合。因此,为了使游戏体验最优化,必须考虑儿童发展水平和多元差异。诚如南希·波洛克(Nancy Pollock)等学者所强调的,中等新奇感的玩具通常是最理想的,即玩具应对儿童有熟悉元素,同时足够新颖以便儿童进行探索。

(三) 保障儿童的参与表达权

如前所述,过度监督和安排是阻碍儿童游戏权实现的重要原因,这种过度监督和安排不仅体现在家庭层面,在教育等其他环境中也常常存在。因此,必须认真倾听儿童的声音,保证儿童在游戏过程中的发言权。《公约》第12条规定,所有儿童都有权发表意见,并有权根据其年龄和成熟程度,在影响儿童的任何事

项或程序中考虑到这一意见。联合国儿童权利委员会在其第12号一般性意见“儿童发言权”中明确表示，敦促缔约国创造环境，使儿童能够就影响其生活的各种问题发表意见，认真听取儿童所表达的各种观点，以便儿童在真正决策过程中成为积极和持续的行动者，并在为实现这些目标所做的努力中打断表面文章。如果支持儿童的人权，就必须努力实现如下目标：使儿童成为积极和公平的行动者，有更多的机会影响关于游戏的讨论和话语。

首先，认真对待儿童意见。儿童作为单独的个体，有权对影响他们的一切事项发表意见，儿童的话语权应在游戏中得到更加突出的体现。然而，现状是父母和专业人士对儿童高谈阔论，却不咨询儿童意见。根据芬兰监察员每年对儿童对《儿童权利公约》执行情况态度进行的调查报告，儿童认为游戏权是一项非常重要的权利，但是没有足够的自由时间进行游戏。如果游戏权被认真对待，儿童生活将更加幸福和健康。以残疾儿童为例，内奥米·格雷厄姆（Naomi Graham）研究发现，残疾儿童认为观察他人游戏亦是他们自身游戏体验的一部分。残疾儿童还会将成人辅助其残疾身体而进行的游戏视为他们独立进行的游戏，辅助者成为他们自身的一部分（an embodied part of self），导致残疾儿童感知到自由、选择和控制，让他们认为这就是游戏。通过倾听残疾儿童的意见，大量由于需要辅助而未被视为游戏的活动，应被视为残疾儿童的游戏。因此，成年人必须特别注意倾听儿童的暗示，从而使游戏的主导者是儿童而非成年人。

其次，平衡成年人指导和儿童自由游戏。关注、倾听并与儿童交流的成年人在促进儿童游戏权方面比仅仅安排和指导儿童游戏的成年人更有益。规划、成人控制、追求教学目标等可能会损害儿童游戏权。成年人应当支持游戏，并为游戏创造环境，但不应控制游戏，不应低估游戏的固有价值，也不能由于可能的风险而限制儿童的独立性或将游戏仅用于达到工具目的。规避风险与自由游戏之间应建立一种平衡，需要成年人更多的“良性忽视”（benign neglect）。在儿童游戏的语境中使用诸如“指导”等概念，重塑了父母在儿童充分享受游戏权中的角色，即父母是“儿童生命的关键参与者，而不是决定者”。因此，父母促进游戏权的方式是承认儿童是游戏权的持有者和行使者，在“指导”的关系过程中扮演动态参与者的角色。事实上，“成人主导型和儿童主导型”“结构化和非结构化”等二元划分在实践中对儿童游戏并无特殊帮助，关键是儿童是否认为游戏有趣。因此，成年人要与儿童合作，支持和扩展儿童游戏，并同时保留儿童自由和自主权，让儿童充分行使为了游戏而游戏的权利。

最后，关注特殊困境儿童游戏权。正如关于《公约》第31条的第17号一般性意见所专门强调的，需要特别关注女童、贫困儿童、残疾儿童、收容机构的儿童、少数民族儿童以及在自然灾害处境中的儿童等脆弱性儿童，保证所有儿童都享有不受压力束缚，免受社会排斥、偏见或歧视的自由，为困境儿童游戏权的实现创造条件。

正如旨在促进儿童游戏权的国际游戏协会（IPA）在《儿童游戏权利宣言》（IPA Declaration of the Child's Right to Play, 1989）和《游戏重要性宣言》（Declaration on the Importance of Play, 2014）中所强调的：游戏是一种重要、普遍的行为，能给儿童带来乐趣，所以对儿童作为儿童（children to be children）以及在现代世界成长至关重要。游戏是一种本能、自发以及自愿的活动。儿童游戏的满足感应由儿童定义，不应仅仅关注游戏的工具价值。游戏亦存在内在价值，即为了游戏而游戏。总之，儿童游戏权与《儿童权利公约》所载权利均息息相关，它不应是其他权利实现后的额外奢侈品。政府、父母、照料者和所有从事儿童工作的专业人员，以及私营机构和民间社会都应承担为儿童游戏权创造最佳条件的义务，支持儿童作为儿童所享有的游戏权。

侵害未成年人案件强制报告制度完善进路

2022-06-08 检察日报正义网

<https://mp.weixin.qq.com/s/C3YBelDQqspYDc43dZoYdw>

摘要 强制报告制度的创设，契合理性推演逻辑，符合未成年人保护的社会价值观念，亦是化解侵害未成年人案件查处难题的良药。强制报告制度的理论逻辑为国家亲权理念下公权力对私权利义务关系的干

预。现行强制报告制度尚存制度规范体系内部矛盾、制度模糊性较强、制度实践效用不足等问题亟待解决。基于强制报告制度积极倾向与消极倾向理性调和而产生的有序性、明确性、精准性等应然属性，为我国强制报告制度的完善提供了路径指引。

随着对未成年人身心条件特殊性与社会未来主体地位的认识由理论共识逐步转化为社会共识，未成年人特别保护亦成为社会公认的价值观念。侵害未成年人强制报告制度（以下简称“强制报告制度”）要求特定义务主体发现侵害未成年人的行为后，应及时向有关机关进行报案或举报，意在延伸未成年人保护的制度末梢，及时固定证据，降低案件黑数，对未成年人进行有效地救助与保护。但现有强制报告制度仍处于探索阶段，笔者拟于分析强制报告制度理论逻辑的基础上，探寻我国强制报告制度的完善策略。

一、强制报告制度的理论逻辑

制度理论逻辑是指制度构建与运行的基础理论嵌入制度之中，从而发挥指引制度内容构建与边界划定机能的逻辑路线。

（一）国家亲权理论与强制报告制度间的逻辑空缺

国内理论研究者通常将国家亲权理论及其衍生的未成年人最大利益原则作为强制报告制度的理论根基。国家亲权理论将国家置于未成年人的最终监护人地位，对于监护不当的未成年人国家负有最终监护义务。不可否认的是，强制报告制度以国家亲权理论为依据，是国家亲权理论的具体体现，亦是未成年人最大利益原则指引下未成年人保护制度体系的重要组成部分。国家亲权理论虽是国家介入未成年人保护相关事项，构建未成年人保护制度的理论基础，但其仅是一种导向性理论，难以为强制报告内容构建提供逻辑指引，划定具体制度边界。换言之，国家亲权理论并未指明强制报告制度的具体构建思路，未说明强制报告制度通过何种途径实现未成年人特别保护，亦未阐明强制报告制度中的权利义务关系及其运作方式。总体而言，由国家亲权理论尚难直接引申出强制报告制度，二者之间尚存逻辑缺漏。

（二）强制报告制度的理论逻辑：公权力对私权利义务关系的介入

权利义务关系是法律制度理论逻辑的重要载体，亦是法律制度理论逻辑的主要研究对象。强制报告制度中的法律关系具有典型的公权力干预属性，其理论逻辑着重体现于“强制”二字之上。“强制”所蕴含的不仅是对未成年人保护的坚决态度，更体现了强制报告制度权利义务关系中的国家意志主导性，本质是在未成年人健康成长价值目标指引下产生的公权力对私权利义务关系的干预。强制报告制度所体现的公权力对私权利义务关系的干预将报告义务主体的举报、控告行为国家意志化，配之以法律责任规范，使报告行为由权利转向义务。

强制报告制度出现之前，我国法律虽规定任何人发现侵害他人合法权益的违法犯罪行为，皆有进行控告、举报的权利，也有控告、举报的义务。但单纯对违法犯罪行为不进行控告、举报并不需要承担法律责任。因此，控告、举报原本属于社会主体自主决定权的范畴而非义务。强制报告制度，通过报告义务与不履行报告义务法律责任的紧密衔接，将形式呼吁类的报告义务转为具有实质约束力的报告义务，解除了社会主体对举报、控告行为的自主决定权。报告义务主体转而成为实现国家未成年人保护意志的载体，是国家监护职能的实际执行者，也是监督家庭监护状况的手段方式。

具体来说，未成年人法律关系（或称少年法律关系）场域可分为家庭场域、学校场域、社区场域三大类。强制报告制度理论逻辑场域，亦可比照上述分类。其中，家庭场域为核心场域，其次为学校及其他管

照机构场域。而社区场域具有特殊性，现今社区难以形成单独的监护管照场域。因此，公权力对单纯社区主体的干预至多体现为对有关举报行为的国家意志化。

1. 公权力对家庭监护关系的干预。多数国家的强制报告制度，属于不良管照干预机制的重要部分，家庭监护失当为其制度源起与核心内容。强制报告制度的创设，使公权力对家庭监护的监督干预由形式转向实质，以包括监护资格撤销在内的法律责任为强制力后盾，稀释家庭监护人对监护事项的决定权，对监护人和被监护未成年人之间的不平等关系进行合理调适，进而更有效地实现未成年人特别保护的价值目的。具体而言：

首先，强制报告制度实质性改变家庭监护决定权的分配状况，由国家与家庭监护人共同享有监护事项决定权。由此，家庭监护人丧失了对家庭监护事项的绝对话语权。其次，强制报告制度推进家庭内部成员地位的平等化。强制报告制度，通过外部监督与内部介入，对未成年人提供国家公权力后盾，改善未成年人与监护人力量对比过于悬殊的现状，将强弱差异控制于恰当的范围内，推动未成年人与监护人地位的平等化。

2. 公权力对管照关系的干预。学校、校外培训机构及其他未成年人管照机构，对未成年人皆具有由委托而产生的管照权，亦具有管照义务。于特定管照场域，管照机构与未成年人之间形成了与家庭监护具有一定类似性的管照关系。而在管照关系中，管照机构及其工作人员处于强势地位。2020年颁布的《中小学教育惩戒规则（试行）》赋予教师的教育惩戒权，是管照关系中强制权的显著体现。通过外在制衡，监督并降低管照机构及其工作人员侵害未成年人合法权益的能力，是维系管照关系正常运作的合理机制。对学校及其他管照关系的多侧面、多方式的综合监督干预体系是必然选择，强制报告制度正是综合监督干预体系的重要部分。于强制报告制度中，公权力对学校及其他管照关系的干预，与对家庭监护关系的干预具有相似性。相关制度旨在改变管照关系中的强弱对比过于悬殊的状况，约束诸如教师惩戒权等具有强制性管照权的适用，以及避免强制性管照权的异化对未成年人合法权益造成危害。

二、我国强制报告制度的规范分析

（一）制度体系内部规范不一致

我国强制报告制度规范分散于未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、反家庭暴力法以及多项司法解释之中。各规范间连接性不强，尚未形成连贯完整的制度逻辑体系。

其一，报告义务主体规定不一。现行强制报告制度中，不同规范对报告义务主体的界定范围不一。未成年人保护法将所有组织与个人皆规定为报告义务的主体，并着重突出国家机关、居民委员会、村民委员会、密切接触未成年人的单位及其工作人员等主体的报告义务。反家庭暴力法中将报告义务主体规定为“学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员”。部分司法解释规定任何人都负有报告义务，但强制报告制度确立的里程碑式文件——最高人民检察院、国家监察委员会、教育部等《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》（以下简称《意见（试行）》）将报告义务主体限于“国家机关、法律法规授权行使公权力的各类组织及法律规定的公职人员，密切接触未成年人行业的各类组织及其从业人员”。由此，不同法律规范对报告义务主体划定了范围不一的界限。

其二，报告接收主体规定差异较大。同报告义务主体规定矛盾相似，报告接收主体于不同规范中的规定亦存在较大的差异。刑事诉讼法将对犯罪行为举报、控告的接收主体规定为公安机关、检察机关与法院。未成年人保护法则将侵害未成年人事件的报告接收主体，扩大到公安机关、民政部门、教育部门等有关部门。然而，《意见（试行）》却将公安机关作为唯一的报告接收主体。应当说，现今强制报告制度尚未确定统一的报告接收主体。

（二）制度规定存在一定模糊性

其一，报告义务主体规定的模糊性。一方面，部分规范采用“任何人”这一概括语词作为报告义务主体界定标准。然而，“任何人”是仅限于自然人，还是包括法人与其他组织，尚不明确。另一方面，未成年人保护法与《意见（试行）》皆以“密切接触”作为划定报告义务人范围的标准。然而何为“密切接触”仍需进一步的、颇费周章的解释。

其二，前提要件尚不明确。强制报告制度以未成年人合法权益遭受侵害为前提，但是否任何侵害未成年人合法权益的行为皆需进行报告，则是一个亟须明确的问题。从现行规范分析，除未成年人保护法对监护人的报告义务规定了“情节严重”的前提要件，其他法律与司法解释皆未对其他报告义务主体规定前提要件。然而，在未成年人保护的核心主体监护人于侵害行为“情节严重”时，方具有报告义务的前提下，其他主体却对任何侵害未成年人合法权益的行为都负有报告义务，是否符合理论逻辑，实践中应当如何进行抉择？可见，现行强制报告制度的前提要件仍有待明确。

（三）制度效用性有待进一步加强

其一，监护人制度地位的边缘化。监护人为未成年人的主要监护主体，通常也是对未成年人成长状况最了解的主体，具备及时了解未成年人侵害案件情况并进行报告的便宜条件，于强制报告制度中理应处于核心地位。然而，现行强制报告制度中，监护人却处于制度边缘地位。未成年人保护法将监护人的报告义务与其他主体进行了分割，仅对监护人的报告义务规定了前提要件，监护人于“情节严重”时方负有报告义务。同时，在不履行报告义务的责任规范中，亦未将监护人列入。《意见（试行）》则未将监护人明确列为报告义务主体，更未于责任规范中突出监护人不履行报告义务的法律后果。其他强制报告制度法律规范与司法解释中，监护人亦处于边缘地位。监护人作为未成年人合法权益保护的首要主体，却于强制报告制度中处于边缘地位，各类管照机构及其工作人员反而处于强制报告制度核心地位，不符合未成年人保护的理论逻辑，亦违背未成年人保护实践活动的客观规律，恐将消减强制报告制度的实践效用。

其二，责任规范的效用性疑问。相关法律规范与司法解释虽对不履行报告义务规定了行政责任与刑事责任，但责任规定的效用性仍存有疑问。不履行报告义务的行为属于不作为。虽然不作为同作为皆为违法行为的客观行为方式，但朴素的社会观念通常认为不作为的危害性远小于作为，对其惩治的必要性较小。强制报告制度责任规范中，一方面，虽针对不履行报告义务的行为规定了主管机关或本单位的行政处分，但行政处分的处罚力度较弱，并不能为强制报告制度的实践效用提供充分的保障；另一方面，各项法律规范与司法解释虽有与刑法的衔接条款，但刑法中并无针对强制报告制度的单独罪名。而以不纯正不作为犯的形式对不履行报告义务的行为进行惩处，于理论逻辑与实践效用方面皆不尽如人意。

三、我国强制报告制度的完善策略

强制报告制度是以未成年人特别保护为核心价值目标的公权力干预制度，于制度倾向上显现出较为显著的二重性。一方面，未成年人特别保护的价值目标对强制报告制度构建提出了积极倾向的要求，即强制报告制度构建应以更为积极的姿态保障未成年人健康成长。另一方面，作为具有公权力干预属性的制度，强制报告制度又应恪守让与公民最大限度自由的准则，尽可能少地干预私权。由此，我国强制报告制度的完善应以寻求制度积极倾向与消极倾向的平衡点为其方略要领。制度积极倾向与消极倾向的平衡点可具体化为有序性、明确性与精准性等属性。

（一）强制报告制度的有序性

有序性是强制报告制度积极倾向与消极倾向的调和点之一。一方面,有序性是强制报告制度发挥未成年人保护机能的重要前提;另一方面,有序性亦是公权力干预逻辑前提下对强制报告制度的应然限制。有序性对强制报告制度的完善,主要通过规范集中化、统一化、层级化三种具体途径来实现。

其一,制度规范的集中化,即将散落于不同法律规范中的强制报告规范,聚合于同一规范层级,尽量将强制报告制度规范整合于同一规范文件中,其余规范则以衔接性规范为主。从而,强制报告制度规范过于零散、受各自法律规范体系逻辑影响较大等问题可得化解。集中化完善策略也是强制报告制度规范体系完善的首要步骤。

其二,制度规范的统一化,即将各项制度规范的边界进行统一化,避免不同规范划定边界范围不一、相互矛盾的状况。具体而言,对报告义务主体、报告接收主体、报告前提要件皆应当划定统一的界限标准。

其三,制度规范的层级化,即在集中化、统一化的前提下,推动强制报告制度规范形成联系紧密的制度规范层级体系。强制报告制度涉及内容广泛,具有综合性。其制度规范必然包括不同类别、功能的法规规范。而综合性制度规范体系的理想状况,是依据不同功能对规范进行划分,形成排列有序、层级明确的制度规范体系。制度规范层级化构建的具体思路是确立上级规范对下级规范的约束力。具体而言,可先于刑法、刑事诉讼法等基本法中确立强制报告制度的体系性地位;后于未成年人保护法中构建强制报告制度的总体制度框架,其他一般法中仅进行衔接性规定;再于司法解释中对强制报告制度进行具体细化。

(二) 强制报告制度的明确性

明确性亦是强制报告制度积极倾向与消极倾向的平衡点之一。一方面,明确性是实现强制报告制度未成年人特别保护价值目标的重要前提。另一方面,明确性为强制报告制度中公权力的行使套上了枷锁,即强制报告制度中公权力对监护、管照关系干预的目标、方式应当明确。具体而言,对报告义务主体、报告接收主体、报告前提要件、不履行报告义务的法律责任等内容,应当尽量减少规范语词的歧义,以便使强制报告制度规范通过文义解释、体系解释等解释方法,得出的解释结论更具一致性。同时,尽可能地减少概括、省略表述的适用。总体而言,依据明确性对强制报告制度进行完善,以最大限度地避免实践适用中制度适用标准不明确导致的实践活动恣意以及制度“空心化”等现象的出现。

(三) 强制报告制度的精准性

精准性是强制报告制度积极倾向与消极倾向调和的具体要领所在。首先,精准性隐含了效力要求,即强制报告制度应当精确有效,能切实保护未成年人合法权益。其次,精准性天然排斥过度扩展,要求以最小代价实现最大效果。具体而言,强制报告制度的精准性是指公权力对监护、管照关系的干预应当切实有效,对不履行报告义务的处罚应当与其危害程序相适应,并具有恰当的界限。

其一,提升强制报告制度的实践效用程度。首先,监护人于强制报告制度中的地位与作用应予以提升。其次,在实践调研与试点的前提下,针对不履行强制报告义务的行为,设立处罚力度更强的行政处罚,对造成特别严重后果的不履行报告义务行为,设立专门罪名进行规制。

其二,合理划定强制报告制度的界限。强制报告制度虽以维护未成年人合法权益,保障未成年人健康成长为价值目标,符合侵害未成年人违法犯罪行为治理的需要,但不论从公权力限制角度,还是从未成年人健康成长角度,皆需对强制报告制度划定适当界限。详言之,强制报告制度中公权力对社会主体举报自由以及监护、管照关系的干预应当具有限度,只可于特定范围内进行干预。强制报告制度界限的划定,应当从报告义务主体界限、报告接收主体界限、报告前提要件、不履行报告义务责任等方面着手。在制度界限划定方法上,应注重理论推演与实践问题症结的结合。而在具体界限表述方式上,不应采用刻舟求剑的方式划定具体刻度,而宜综合相关权益的重要程度、未成年人特别保护的便宜程度、国家资源投入的实际效益等因素,确定强制报告制度的边界。

本文系2021年最高人民检察院检察理论研究重点课题《侵害未成年人强制报告制度研究》(GJ2021B18)的阶段性成果,西南政法大学少年法学研究中心与四川省邻水县人民检察院横向研究课题《侵害未成年人强制报告制度研究》的研究成果。

(作者系西南政法大学教授、博士生导师、少年法学研究中心主任高维俭,西南政法大学法学院博士研究生、少年法学研究中心研究人员彭宇轩。本文有删减,全文详见《人民检察》2022年第5期)

赵建国等 | 日本工作和照护两立支援体系及对中国的启示

2022-06-10 中国社会保障学会

<https://mp.weixin.qq.com/s/JSQ-1iVzMt6oq0KF193Eg>

摘要:解决工作与照护难以平衡的问题是积极应对人口老龄化进程中不可忽视的重要课题。在老龄少子化程度急剧加深的背景下,中国劳动年龄人口尤其是独生子女一代正面临工作与照护“双肩挑”的挑战。日本是进入老龄化社会最早的国家之一,针对工作照护“两立难”困境,日本政府以照护休假制度和介护保险制度为基础,通过建立政府、用人单位和劳动者间的良好协作机制,融合时间配给、照护服务和经济补贴等福利手段构建了工作和照护两立支援体系,提升了老年人照护服务的供给水平、减轻了劳动者的家庭照护压力、对抑制照护离职问题成效显著。借鉴日本工作和照护两立支援体系经验对缓解我国老年人长期照护压力、解决工作和照护两难问题、建立完善我国以家庭工作平衡为目标的家庭政策以积极应对人口老龄化具有重要启示。

关键词:老年人照护;工作照护;双制度耦合;多主体协作;日本

引言

人口老龄化及其衍生的一系列问题是全世界正在应对的发展现实。日本是进入老龄化社会最早的国家之一,在应对人口老龄化及其问题上经验较为丰富,在工作和家庭照护老年人难以兼顾这一问题的解决方面,日本的工作和照护两立支援体系具有借鉴意义。1995年日本在《育儿休假法》中新增了针对照护老年人的支援制度,形成了新的《育儿和照护休假法》,为劳动者应对老年人的照护初期或急性期提供了法律保障。2000年介护保险实施以后,日常照护服务供给大量增加,与照护休假制度结合,形成了帮助劳动者从应对紧急照护转变为可常态化长期照护的工作和照护两立支援体系。2016年6月,日本内阁召开会议正式出台《日本一亿总活跃计划》,并提出了全面振兴老龄少子化社会经济的“新三支箭”政策,其中之一是建立以“零照护离职”为目标的安心社会保障体系,进一步明确了平衡好工作和家庭照护的目标和举措,为工作和照护两立支援体系的发展指明了方向。日本的工作和照护两立支援体系以照护休假制度和介护保险制度为制度基础,通过建立政府、用人单位和劳动者间的良好协作机制,融合时间配给、照护服务和经济补贴等福利手段,对承担老年人照护活动的劳动者给予直接支持和帮助,促进了劳动者工作和照护的协同发展。

与日本相似,当前中国老年人口基数大、增长速度快、老龄化程度深,劳动年龄人口尤其是独生子女一代正与老年人口总量的快速增长发生正面碰撞,加之家庭结构变化和老年人社会照护服务进程滞后于老龄化发展的速度等现实情境,引发了工作与老年人照护之间难以兼顾的问题。已有许多学者研究表明长期照护老年父母所需要付出的时间、精力以及承受心理压力等对成年子女就业有显著的抑制作用,劳动者难以独自承担重任,易导致工作效率低下甚至离职。尽管国家出台一系列政策全面推进居家养老服务发展,但政策大多从老年人需求视角出发,突出子女作为家庭照护者的责任和义务,缺少对家庭照护者所做贡献的价值认同和对减轻照护压力的直接支持。近年来中国部分城市虽然也陆续推行独生子女护理假制度,试图平衡照护和工作的两难境地,但制度单一零散且实际执行效果不容乐观。

工作和照护无法平衡,不仅事关老年人晚年的生活质量,更是应对人口老龄化过程中每个家庭无法回避的突出问题。我国“十四五”规划中指出“要全面强化就业优先政策,千方百计稳定和扩大就业,保障劳动者的待遇和权益”,帮助劳动人口缓解工作和照护二者间的矛盾更是稳定就业的重要举措,关系到社

会的稳定和经济的发展。因此,分析和借鉴日本工作和照护两立支援体系对完善我国以家庭工作平衡为目标的家庭政策具有重要启示意义,这既充分契合积极应对人口老龄化的国家战略,又符合当前千方百计稳定就业的指向性发展方向,对于建立发展型的老龄社会具有符号性意义。

一、日本工作和照护两立支援体系的形成背景

(一) 需要被照护的老年人数量持续大幅攀升

日本早在 20 世纪 70 年代进入老龄化社会,近年来随着团块世代老年人相继迈入 70 岁,日本老年人照护问题日愈严峻。截至目前,日本 65 岁以上老年人口达 3589 万人,占总人口的 28.4%,与 1970 年相比,老年人口数增长 2849 万人,高龄化率增加 21.3%。由此导致的需要照护和支援的老年人数量也持续大幅攀升。

如图 1 所示,2000 年日本介护保险制度实施初期,65 岁以上被保险人数达 2242 万人,其中需要照护或支援的老年人达 247 万,占 65 岁以上参加保险老年人数的 11%。2010 年 65 岁以上被保险人数和需要被照护或支援人数分别上升至 2911 万人和 492 万人,需要被照护或支援比达 16.9%。截至 2019 年年末,日本需照护和支援老年人达 654 万,占 3555 万 65 岁以上被保险人数的 18.4%。到 2025 年,团块世代全员将达到 75 岁以上,成为“后期高龄者”,一般来说,超过 75 岁的老年人其需要照护和支援的比例会大幅提高,因此在未来一段时期内需要照护和支援的老年人数量仍呈持续增加态势。预计到 2030 年,需要照护或支援的老年人数量约 860 万人。

图片

(二) 能够承担家庭照护责任的人数减少

受高龄少子化影响,承担照护责任的现役世代(15-46 岁劳动年龄人口)人数也随之减少,目前该年龄段人口数为 7507 万人,与 65 岁以上老年人的人数之差为 1950 年以来的最低值(见图 2)。从照护比来看,2000 年每 1 位需要照护或支援的老年人可由 35 个劳动年龄人口负担,这一数量在 2010 年减少至 17 人,到 2019 年减少至 12 人,这意味着每个劳动人口直面照护的可能性正大大增加。与高龄少子化相伴而来的还有家庭结构的变化,一方面体现为家庭子女人数的减少,根据日本国立社会保障人口问题研究所的调查,40 岁以上人口的兄弟姐妹数量逐年减少,若父母需要照护,兄弟姐妹个人的责任负担则相对提高;另一方面体现为三代同堂家庭数的减少和独居老人家庭数的增加,2001 年需要被照护的老年人其家庭形式为三代同堂和独居家庭的占比分别为 32.5%和 15.7%,到了 2019 年变化至 12.8%和 28.3%,这在一定程度上减弱了家庭照护的可及性和便利性。

图片

(三) 工作和照护两立难问题凸显

由于劳动者照护老年人常面临照护者角色的多重性、照护时间的不确定性以及照护内容的多样性等考验,使得工作和照护兼顾难上加难。在日本的家庭照护者中,处于工作和家庭照护兼顾状态的人达 346.3 万人且呈逐年增加趋势,超过了家庭照护者总人数的一半。从性别来看,日本工作和照护兼顾的劳动者数性别差异较小,女性人数略高于男性。从年龄段划分来看,40 岁至 60 岁年龄段人群在家庭照护者中所占比重最高,同时该年龄段的家庭照护者需兼顾工作的人数比例超过 70%,同为所有年龄段人群中占比最高(见图 3)。这一年龄段人群通常具有丰富的工作经验和扎实的工作能力,是单位和企业的中坚力量,工作压力和照护压力双肩挑易出现工作效率低下甚至因照护而离职等情况,致使企业的生产经营面临一定的风险和损失。日本厚生劳动省《雇用动向调查》数据显示,近年来日本因照护而离职人数不断增加,2001 年开始日本照护离职人数保持在 5 万人水平,至 2013 年照护离职人数翻一番,近年来保持平均每年 10 万人水平,同时,由于照护离职而引发的企业人才流失、劳动力不足、经济增速放缓等问题造成的经济附加值损失每年高达 6500 亿日元。

图片

二、日本工作和照护两立支援体系的制度基础及运行

为缓解照护老年人和工作之间的矛盾,促进日本社会经济发展,日本政府从 20 世纪 90 年代开始着手建立工作和照护两立支援体系。一方面,通过不断调整《育儿和照护休假法》中老年人照护休假等制度安排,为工作和照护两立者提供直接的便利条件和增进福祉,以促进劳动者不间断就业和再就业;另一方面,随着家庭照护能力弱化,日本各级政府和社会积极承担照护责任,通过实施介护保险制度提供照护服务,以减轻失能、半失能老年人的家庭长期照护负担。日本工作和照护两立支援体系以照护休假制度和介护保险制度为运行依据和制度基础,通过提供照护服务、经济补贴和时间配给为照护劳动者和被照护者提供全

方位的直接支持与间接支持。政府、用人单位和劳动者共同参与构建工作和照护两立支援体系，共同承担和践行两立支援的构建责任（参见图 4）。

图片

（一）日本工作和照护两立支援体系的制度基础

日本的照护休假制度是日本《育儿和照护休假法》中的重要组成部分。自 1995 年《育儿和照护休假法》施行以来，经不断修订和完善，照护休假制度更具两立支援的实用性和便利性，包括对休假时长、次数和休假的单位时间加以改进和细分，增设加班限制等，形成了以照护休假为主，加班限制、工作时间调整以及照护补贴等为辅的照护休假制度体系，制度内容及修订过程详见图 5。此外，用人单位还有义务在劳动者需要调岗或出差时优先考虑照护者的实际情况，增设远程办公等灵活办公方式，营造利于家庭和职业平衡的用工环境，普及照护休假制度实施的理念及休假申请程序等。但若员工休假妨碍用人单位业务的正常运营，用人单位也有权利拒绝劳动者的申请。

图片

除了照护休假制度外，介护保险制度也是工作和照护两立支援体系的重要一环。照护休假制度实施初期意在为劳动者应对家中老人突发护理需要时提供应急性的便利条件，自介护保险实施后，居家照护服务的供给得到了质的飞跃，照护休假制度与多种照护服务互为补充共同完成了从应对紧急照护到常态化长期照护的转变。日本介护保险制度自 2000 年起实施以来，历经 20 多年的发展目前已十分成熟，近年来受老龄化迅猛发展的态势影响，护理服务供需失衡、财政支出压力过大、机构护理人员短缺等问题逐渐显现。为解决此类问题使制度持续高效发展，日本政府不断采取措施对介护保险制度进行改进和完善，现阶段制度建设仍以深入推进地域综合照护服务体系为主要抓手，打造生活服务、照护与医疗一体化的居家养老服务。目前服务种类及内容详见表 1，丰富的照护服务内容不仅能够全方位满足老年人的养老服务需求，而且通过与照护休假制度的组合使用能够在很大程度上减轻家庭照护者负担，为工作和照护两立提供可能。

图片

（二）日本工作和照护两立支援体系的运行

在工作和照护两立支援体系的具体运行中，日本政府通过活用介护保险制度和照护休假制度，从顶层设计上为劳动者调和工作与家庭矛盾提供了制度保障和宏观指导，孕育了工作和照护两立支援体系的政策环境，也为用人单位探索两立支援体系的可操作化路径指明了方向。各用人单位和劳动者不断提升制度体系实施的意愿和能力，探索责任践行的实现机制，通过用人单位与劳动者的积极配合承担责任履行义务，共同打造安心和谐的职场环境，努力实现工作和照护两立支援体系的顺利运行。

1. 政府通过顶层设计提供制度保障和宏观指导

随着老年人尤其是 75 岁以上高龄老年人数量的急剧增加，为了打造一亿人民能够安心舒适生活的社会，日本政府以“零照护离职”为目标对工作和照护两立支援体系的运行提出了更高的要求，重点围绕老年人照护服务供给和用人单位照护休假实施两方面加以完善。

由于照护离职劳动者中有近两成的人离职原因为家中老人无法利用照护服务，这使日本政府意识到扩充照护服务供给的紧迫性。一方面，为满足与日俱增的照护服务需求，通过加速推进地域综合照护服务体系，增强和扩大居家照护服务和社区照护服务的可及性和受众人数，并加快建设特殊养护老人院等照护服务机构，消除由于机构服务紧缺而导致的劳动者被动参与照护而后离职的现象；另一方面，面对照护服务人才匮乏问题，日本政府采取不断培养新的照护服务人才，吸纳有照护经验的潜在照护人才加入照护服务行业，并缩小照护服务业与其他行业的收入差距，同时通过活用照护机器人、信息通讯技术（ICT，Information and Communications Technology）、人工智能等革新技术提高照护服务生产率。

为使照护休假更好地与照护服务有机结合运用，减轻照护对劳动者的负担，日本政府通过 6 次修订不断调试照护休假系列制度的实用性。尤其在 2017 年日本政府对休假制度作出了根本性调整，例如将 93 天的长期休假分割成可 3 次利用，以更好地适应老年人照护的起止时间不确定性、将短期休假以半日甚至小时为单位计数以应对照护者陪同看病或办理介护保险手续等的片段时间需求、增加长假外 3 年期内的灵活用工制度以及照护期内可免于加班制度以方便与社区提供的日间照护服务衔接等等，并给予各用人单位可根据自己的业务特征和劳动者的实际情况灵活调整和运用各种休假制度的权利。与此同时，为全面普及和推进工作和照护两立支援事业，日本厚生劳动省联合日本经济团体联合会面向企业和劳动者出台《工作和照护两立支援实践手册》《照护支援计划制定手册》和《工作和照护两立要点》，为企业及各单位如何把握劳动者实际情况、制度设计、工作制度改革等作出了具体说明，并对劳动者如何做好照护准备、如何申

请介护保险和照护休假、运用照护支援方案等提供了详细的指导和帮助。此外，考虑到用人单位成本和平衡各方的利益，为保障制度的顺利落地，劳动者在申请长期休假时由国家雇用保险出资按照休假前劳动者实际工资的67%支付“照护休假”津贴，并且为鼓励中小企业积极参与，政府对积极实施工作和照护两立支援制度的用人单位，在劳动者获得休假、职场复工及享受其他特定待遇时，每年按人次给予用人单位补贴。

2. 企业和个人共同打造安心和谐的职场环境

首先，用人单位通过建立上传下达的宣传反馈机制，对劳动者进行两立支援体系的理念传达以及摸底劳动者实际家庭情况。一方面是自上而下的宣传。由管理层向劳动者传达制度实施的理念和目标，使劳动者的思想从根本上发生改变，认识到“每个人不但有可能成为照护者，更是两立支援体系构建的践行者”。在使劳动者对照护话题的关注度提高的同时，向劳动者明确本单位将和劳动者共同应对工作和照护两立难题的目标意志，给予劳动者足够的职业安全感；另一方面是自下而上的反馈。用人单位领导或人事部门专员通过定期谈话形式了解劳动者照护状态的有无、今后是否有直面照护的可能性以及有照护经历的劳动者的经验分享和反馈等，或通过调查问卷方法获取劳动者对两立支援体系的了解程度、目前工作的现状和需求及参与家庭照护的困扰等。同时，劳动者也需主动向单位报备家庭照护状况，以形成良好的信息对称关系，使制度体系的实施更具针对性和多样性。

其次，用人单位向劳动者普及工作和照护两立支援体系具体内容，并帮助劳动者制定合适的两立方案。宣传手册、公司内网和讨论会是用人单位普及信息的常用途径。由于劳动者的年龄以及家庭情况不同，面临的照护情况也有所不同，通常将劳动者划分为全体劳动者、潜在照护者以及照护者3个层面进行有针对性的信息提供。第一，对于全体劳动者层面以普及和提高照护意识为基础，主要信息包括介护保险制度和照护休假制度概要以及熟悉本单位的两立支援制度咨询窗口，既要强化职场内部专员的咨询应对能力，完善单位内部的咨询窗口，也要做好单位外部和照护管理师等咨询服务的合作对接以弥补内部咨询的专业性及时效性不足的问题；第二，对于40岁以上或父母年龄在75岁左右的潜在照护者群体来说，要促使其做好面临照护的充分准备，包括面临照护的心理准备，与父母共同商议照护方案，去父母家就近的地域综合支援中心咨询等；第三，对于正直面照护的劳动者群体来说，要引导其顺利利用两立支援体系，包括从照护认定申请到照护方案制定的一系列流程，照护方案和本单位两立制度的组合以及照护机构的选择等，同时增进劳动者间照护经验的沟通交流有助于其释放压力和孤独感。

最后，用人单位和劳动者共同打造安心和谐的职场环境。在完备的两立支援体系下，同事给予照护者以理解支持和业务帮助，照护者提高照护意识合理选用照护服务和休假制度方案，用人单位管理层构筑业务体制并向照护者提供鼓励和帮助，才得以形成安心和谐的职场环境。第一，通过开办两立支援研讨会、以照护为主体的学习会以及意见交流恳谈会，酿造易于沟通照护话题的职场氛围。同时对分担照护者业务的员工，合理地进行考核评价，建立回报支持机制，对主动承担业务的劳动者给予待遇奖金鼓励，营造两立支援体系实施的良好职场风气。第二，各用人单位根据自己的业务特征和劳动者的实际情况灵活运用休假制度，既要在不影响员工的工作时间和收入使工作和照护协调的同时，又要使之对单位正常业务的开展影响程度降至最低。通过盘点出可被代替解决的业务并跟进业务进展，开展职场内的业务技能摸底，减少只能由特定人员完成的业务并引入多重负责制。对于管理层等其他骨干人才较难被替代的情况，通过重新制定工作进程或权限委让等方式减轻照护者工作负担，尽可能地为其继续工作创造条件。第三，重视管理人员的教育启发。增加管理层的学习机会，最低限度要做到理解两立支援体系概要、与两立劳动者沟通并建立信赖关系以及在必要时给予劳动者适当的建议和心理疏导等，管理者要有作为两立支援体系构建的关键人物的觉悟，通过相互沟通讨论或亲自实践两立支援体系的方式，体会劳动者深处照护任务时面对上司、同事的心理，总结高效能工作经验从而完善体系的运行。

三、日本工作和照护两立支援体系的特征、成效及不足

（一）日本工作和照护两立支援体系的特征

1. 双制度的耦合衔接

介护保险制度和照护休假制度一道成为日本工作和照护两立支援体系的重要制度支撑，对现有制度的整合使用，既能督促两项制度的落地实施和不断完善，又能够节约由于创建新制度所带来的一系列附加成本问题。两项制度的衔接与耦合有效地发挥了各自的制度优势，互相补充形成合力，进而帮助劳动者平衡家庭工作和照护间的关系，创造让全体国民在家庭和职场各领域轻松自在生活的社会环境。在解决工作和照护两难的问题上，介护保险制度和照护休假制度具有很强的互补性。

一方面,介护保险制度从国家层面以社会性服务方式解决了部分由于家庭护理功能弱化导致的老年人照护需求无法满足的问题,减轻了家庭照护者的负担。但介护保险制度的照护服务使用仍与家庭照护者密切相关,照护服务从申请、选择到使用的流程中涉及申请材料的准备、地域综合支援中心的名称地点查询、照护等级的评估、家庭照护者工作情况和经济能力考量、照护机构参观考察等诸多细致繁琐的问题,这对于大部分尤其是65岁以上老年人来说很难独立完成,需家庭照护者参与到每个环节保其周全才能使最后的照护方案最大程度满足老年人的需求。此外,由于受老年人照护服务偏好、特殊照护需求以及精神慰藉需求等因素影响,介护保险制度不能包揽解决老年人照护的所有问题,家庭照护者仍需在老年人照护问题上承担重要责任。此时,辅之以照护休假制度能够为劳动者参与家庭照护创造时间条件,以协调家庭工作和照护的时间冲突问题。

另一方面,照护休假制度通过用人单位提供照护休假、额外工作限制、灵活的工作场所以及资金补贴等方式为劳动者参与家庭照护提供全方位支持,同时在用人单位为劳动者定制个性化照护休假方案过程中,通过对劳动者个人的家庭情况和照护需求的了解、疑难问题的解答等给予劳动者充分的心理疏导和人文关怀。但由于家庭照护活动本身的特殊性,照护活动复杂多样具有一定的专业性,且照护起始时间不易预见,结束时间也很难估计,单靠照护者承担家庭照护任务易产生身体和心理健康问题。因此,在照护者个人无法完成照护活动或照护者需要放松喘息时,介护保险制度的居家型、社区型和机构型多种照护服务方式可供选择,有效满足老年人和照护者的双重需求。

2. 多主体的协同合作

日本工作和照护两立支援体系体现了国家保障机制、用人单位的社会责任、个人的家庭责任的融合。在现代国家治理体系中,社会保障是政府、企业、社会组织和公民个人等多元主体参与的共治之域。多元主体治理强调各主体参与社会治理的自主性,是多中心理论应用的表现形式之一,是解决社会公共问题行之有效的方式。

在日本工作和照护两立支援体系中,政府扮演“指路人”的角色,是体系构建和制度供给的首要责任主体,孕育政策环境,指明体系运行方向,政府从顶层设计上对支援体系和制度的理念、对象、框架、管理和监督等关键任务进行了明确的规定和部署,并引导和鼓励其他责任主体配合工作和照护两立支援体系的构建和运行;用人单位是工作和照护两立支援体系的运行载体和核心,在政府的规定和指导下积极配合各项工作执行任务,各用人单位切实考虑两立支援体系在单位自身的可操作性和适应性,在体系运行过程中灵活运用制度规则发挥自身特色解决自身问题,为劳动者设定个性化的工作和照护两立支援制度。同时通过单位内部的明确分工和高效合作,管理层和劳动者之间建立上传下达的宣传反馈机制形成良好易沟通的工作氛围,为工作和照护两立支援体系创造了良好的运行环境;劳动者是工作和照护两立支援体系的直接受益者更是责任的践行者,一方面在做好本职工作的同时配合用人单位完成体系的运行,潜在照护者提高照护意识做好照护准备,照护经验者传授经验乐于分享,另一方面勇于承担照护老人的家庭责任,主动了解介护保险制度和照护休假制度,实时跟进老人的身体健康状况等。这样,政府、用人单位和劳动者的力量都得到充分发挥,产生协同效应,形成了多元主体共同构建工作和照护两立支援体系、共同承担和践行责任、共同分享支援体系利益的协作模式。

(二) 日本工作和照护两立支援体系取得的成效

1. 照护离职率下降

总体来看,日本劳动者的照护离职率有所下降。图6显示了历年来劳动者在长期照护老年人期间发生的离职人数比例。可见2000年至2009年照护离职率超过了10%,2010年至2019年,离职率得到了明显下降,尤其是2017年至2019年,继照护休假制度调整为可阶段性取得长假、可以半日计数享受短假以及设立了加班限制等以后,离职率下降至1%以内,说明照护支援两立体系的应用取得了实效。并且从照护时长来看(见图7),无论是3年以内的相对短期照护,还是超过3年的长期照护,照护离职率都得到了一定程度的抑制,尤其是3年以上的长期照护抑制作用更为明显,这正说明工作和照护两立支援体系不仅缓解了家庭应急性照护的困境,也为常态化的家庭照护者不间断就业起到了很好的保障作用。

图片

2. 获得照护服务人数增加

随着工作和照护两立支援制度的普及,能够获得照护服务的老年人数量逐渐增加,在一定程度上减轻了劳动者家庭照护的负担。图8显示,自2000年政府提供照护服务以来,获得照护服务的人数呈现逐年上升趋势,其中居家照护服务为利用人数占比最高的服务方式。值得注意的是,自2006年社区依托型服

务投入使用后,照护服务承载力得到显著增强,使机构服务利用比例逐年降低,尤其是2011年照护短假、加班限制、灵活办公等便于劳动者家庭照护的举措正式实施后,居家服务和社区服务的利用比例超过80%,居家型和社区型照护服务的搭配选择与照护休假的巧妙结合不仅能够为与父母同住的劳动者提供一定的喘息机会,也能够为与父母分住且距离较远的劳动者照护父母提供了可行的解决办法。同时,劳动者通过远程居家办公的灵活工作方式的家庭照护创造条件,便于老年人在生命的特殊阶段既能享受专业周到的照护服务,又能得到精神上的慰藉和满足。

图片

(三)日本工作和照护两立支援体系存在的不足之处

1. 用人单位照护休假制度实际利用率较低

照护休假制度从表面来看会增加企业的用工压力,大部分用人单位虽纷纷响应政府号召拟定本公司的照护和工作两立支援体系方案,但制度得到真正有效实施的企业并不多。

总体而言,日本用人单位照护休假制度利用人数不足9%,相比于中小企业,政府机关和大型企业的照护休假制度落地情况较好,企业人数规模越大照护休假制度落实越好(详见表2)。这说明当前日本用人单位照护休假制度整体实际利用率低,相当一部分劳动者未能享受到制度红利,企业未能有效营造良好的照护和工作两立支援环境,制度执行情况流于表面,部分劳动者“不敢请、请不了”的现象仍然突出。

图片

2. 照护服务人才缺乏

为实现“零照护离职”目标,在加大力度完善照护服务基础设施建设的同时,如何从质量和数量两方面确保照护服务人才的供给充足是日本政府面临的紧迫课题。日本厚生劳动省在各都道府县协助下估算数据显示,2020年日本照护服务从业人员数量达206万人,虽然照护服务人员数量逐年递增,但现仍有25万人才缺口,到2025年这一缺口将扩展至38万人。日本总务省《劳动力调查》结果显示,2018年照护服务行业的求人倍率高达3.9,其数量和增速均远高于整个日本劳动力市场的平均情况。这都表明,当前日本照护服务行业人才匮乏问题较为严峻,这直接影响到照护服务的供给与工作和照护两立支援体系的顺利运行。如今日本政府正着手从稳定现有照护服务人员就业、帮扶离职照护服务人员再就业、培养新的照护服务人员3个方面应对照护服务人才不足问题,但鉴于当前日本社会的人口结构和就业形势,该问题的解决任重道远。

四、日本两立支援体系对中国的启示

人口老龄化的快速演变正深刻地影响着我国经济社会的高质量发展和人民高品质生活的美好实现,积极应对人口老龄化不仅要保障亿万老年人能够享受幸福晚年生活,更要切实解决老龄化引发的家庭、社区、社会等面临的突出问题。目前我国劳动年龄人口尤其是独生子女一代也正在或即将面临工作与照护“双肩挑”的挑战,但尚未有解决工作和照护平衡难题的完整对策体系,长期护理保险制度和独生子女护理假制度仍处于试点和探索阶段,因此亟需在国家层面采取前瞻性、系统性、综合性的措施以应对人口老龄化引发的此类社会稳定风险。日本工作和照护两立支援体系作为日本社会保障体系的重要组成部分,提升了老年人照护服务的供给水平、减轻了劳动者的家庭照护压力、对抑制照护离职问题成效显著。因此,吸取经验和借鉴日本工作和照护两立支援体系对缓解我国老年人长期照护压力、解决工作和照护两难问题、建立完善我国以家庭工作平衡为目标的家庭政策以积极应对人口老龄化具有重要启示,具体如下。

(一)普及照护休假制度,保障制度落地执行

日本于1995年对照护休假制度正式立法,近年来通过对休假时长、次数加以改进和细分,增设加班限制、照护补贴等,使照护休假制度覆盖到更多的劳动者,更具实用性和规范性。而我国目前还未形成统一完整的照护休假制度体系,其制度形式主要表现为各省市在地方性法规中单独设立的独生子女护理假。因此应尽快从国家层面对照护休假制度的适用对象、休假时间、休假标准、休假方式等进行统一部署,将各地不一的实践探索转化为人人可享的普惠政策。借鉴日本经验,可将休假适用对象放宽至除独生子女外的所有有家庭照护需要的劳动者,同时将休假时间和形式细致划分为短假、长假及灵活劳动时间和设置加班限制等,以提升休假效率和优化休假效果。在制度成熟后可适当考虑将护理假制度列入劳动法或制定专门的照护休假法。此外,还要保障制度落地执行,日本虽然有较为完整的制度规范,但在执行过程中也出现了照护休假制度实际利用率较低、中小企业制度执行流于表面等问题,因此,政府需要强化保障、监督和奖励机制,行政机关、事业单位及大型国企要起到示范先行作用带动民营及中小企业落实护理假,各用人单位应结合自身实际情况通过科学的制度设计平衡自身与劳动者间的利益关系。

（二）完善长期护理保险制度试点建设，增加照护服务供给

日本介护保险制度的实施为老年人提供了大量的照护服务，日本政府通过深入推进地域综合照护服务体系打造生活服务、照护与医疗一体化的居家养老服务满足了老年人照护的多种需求。目前日本65以上老年人参保率达99%以上，制度几乎达到了老年人全覆盖。现阶段，我国长期护理保险制度试点运行目前已取得了一定成果，为了让更多的城乡失能失智及其他有照护需求的老年人受益于该制度，进一步加快试点建设阶段要以增加照护服务供给能力，提升照护服务的受众数量和服务质量为抓手。在当前经济发展水平和新的社会矛盾背景下，要以制度惠及到全体老年人为出发点，培养老年人的参保意识，并对经济困难、残疾、空巢等弱势群体给予适当补贴提高其参保意愿。同时，面对我国4000万失能半失能老年人的庞大群体，应充分利用财政支持政策夯实市场力量、促进照护服务市场发展、提升照护服务质量，培育居家照护服务、社区照护服务和机构照护服务的补充和衔接机制，强化多元服务供给，并且要规避日本已出现的照护服务人才不足问题，加快长护专业人才培养以弥补机构护理人员缺口，同时以照护津贴方式鼓励家庭成员参与家庭照护，发挥家庭保障作用和代际互助功能，完善照护服务体系建设。

（三）运用制度整合和有效衔接，充分发挥制度效果

日本解决工作和照护两立难的问题主要是通过运用介护保险制度和照护休假制度的策略整合与有效衔接，使之发挥了“1+1>2”的制度效果。由于工作和照护之间的矛盾追根溯源是老龄化引发的社会问题，在矛盾的化解上不能以年龄为界将群体割裂开来，视其为单纯的中青年群体就业问题或老年人的照护需求问题，单一的制度并不能够成为应对工作和照护两立问题的万全之举，需要从问题导向出发，依靠整合现有制度发挥合力。从日本工作和照护两立支援体系的制度整合经验来看，一方面是要看到制度间的互补性，充分利用各项制度的优势，长期护理保险制度通过强化居家型服务和社区型服务的整合照护，尤其是对家庭照护者的辅助性照护服务以减轻家庭照护压力，多样化的照护休假设计为劳动者创造时间条件；另一方面要充分发挥用人单位人事专员、机构照护管理师、社区基层工作人员的跨部门协调能力和社区工作能力，使办事人员的工作目标为解决某项问题而非仅仅是某项业务，使长期护理保险制度与照护休假制度在具体实施过程中接续化和一体化。

（四）充分发挥政府、社会和个人合力，打造共建共治共享的和谐关系

日本工作和照护两立支援体系的另一大特征表现为多主体的协同合作，厘清政府、社会 and 个人的权责关系并发挥各责任主体合力是关键。首先，对政府而言，在对制度进行顶层设计的同时，还要对制度的执行出台相应的政策支持和监督措施，如对有效落实照护休假制度的用人单位减免一定的税费，或灵活运用失业保险基金建立劳动者休假专项基金，给予积极构建工作和照护两立支援体系的企业补贴和奖励，同时注重对劳动者的权益保障，对实行软抵制侵害劳动者休假权利的行为进行合理处罚。其次，对用人单位而言，积极构建工作和照护两立支援体系不仅是承担社会责任的表现形式，还是对人力资本的投资，可避免劳动者因照护离职而产生的人力资本浪费和其他影响单位正常业务开展不可估量的经济损失。结合日本经验，各用人单位内部应建立上传下达的宣传反馈机制和制度的普及问询机制，灵活运用制度安排打造安心的职场环境。最后，对劳动者而言，要提升自身照护责任和照护意识，主动了解长期护理保险制度和照护休假制度，配合好单位完成两立支援体系的构建。明确的权责关系使各方力量有着更为清晰的努力方向，各主体间合力协作使体系运行更具温度。

尹冷然：涉罪未成年人诉讼参与权的中国实践 | 中法评 · 思想

2022-06-10 法制年少

https://mp.weixin.qq.com/s/x0013_QAtrmR0qX9WXFJsQ

在刑事诉讼中，涉罪未成年人诉讼参与权的实现体现为通过表达意见来主动推进、影响与其相关的诉讼活动或决策。基于定性访谈、问卷调查与实地观察的研究方法对全国7省市12个地区的有关办案人员、法律援助律师、社会工作者、未成年人及其父母的调查，可以从知情、理解、表达意见、考虑意见、给予反馈这五项核心要素来系统呈现我国涉罪未成年人诉讼参与权的实现状况。调查结果显示，不同要素之间、同一要素在不同地区之间受未成年人司法的发展程度影响形成了差异化的实践样态。未来，应当基于实践经验针对性地提炼诉讼参与权的实现标准，助推未成年人司法的持续、良性发展。

本文原首发于《中国法律评论》2022 年第 2 期思想（第 122-134 页），原文 14000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。

一、问题的提出

二、数据来源、研究方法与样本选择

（一）数据来源

（二）研究方法

（三）样本选择

三、涉罪未成年人诉讼参与权的核心要素及其实践样态

（一）知情

（二）理解

（三）表达意见

（四）考虑意见

（五）给予反馈

四、涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准与完善路径

（一）实现标准

（二）重点问题的改革完善

五、结语

问题的提出

在社会生活的各个领域，未成年人都以其特有的方式参与其中，向成人社会表达其主张和要求，涉及家庭、社区、学校、司法、政治、媒介等诸多方面。参与权是未成年人享有的一项基本权利，强调由未成年人主动推进、影响与其相关的活动或决策。

2019 年 11 月中国人大网公布《未成年人保护法（修订草案）》与《预防未成年人犯罪法（修订草案）》，向社会各界征求意见，截至 11 月 25 日，未成年人保护法修订草案有 17000 多名未成年人提出了 21000 多条意见，约占总意见数量的 45%，预防未成年人犯罪法修订草案有 1700 多名未成年人提出了近 2000 条意见，约占总意见数量的 25%，即为未成年人实现其参与权的典型例证。未成年人的参与权最早确立于联合国《儿童权利公约》。世界范围内的很多国家为实现未成年人的参与权作出了努力，包括制定与参与权相关的法律法规、政策，设立实现未成年人参与权的相应组织机构。

我国虽于 1990 年签署了《儿童权利公约》，法律法规与方针政策也屡次提及鼓励未成年人的参与权，但其强制力与可操作性仍有待加强。在司法实践中，更多停留于承认未成年人被动的受保护的权利，鲜少将未成年人视为权利行使的积极主体。在司法过程中，抽象的权利概念、晦涩的法律术语、烦琐的程序事项对涉罪未成年人来说更多是一种形式上的参与，难以体现真正的法律意义。对诉讼程序及其背后深层用意的准确理解依赖于未成年人的有效参与。充分参与到程序中更是涉罪未成年人顺利复归社会的关键。

为此,本文的核心主题是考察我国涉罪未成年人诉讼参与权的实现状况,发现问题并汲取有益经验,助推未成年人司法的持续、良性发展。

数据来源、研究方法与样本选择

在研究设计上,主要参考了域外相关研究如斯蒂芬妮·拉普(Stephanie Rap)与伊多·威杰斯(Ido Weijers)对欧洲 11 个国家、50 个少年法庭开展的实地观察。受该研究的启发,将涉罪未成年人的理解与表达意见作为参与权实现的核心要素予以吸收。其后,在联合国《儿童权利公约》与《联合国少年司法最低限度标准规则》等国际文件中尽可能挖掘与罗列参与权涉及的关键要素。

最后,综合考虑我国司法环境与未成年人进入诉讼的特定时代、社会背景,提炼出具有共通性的参与权要素,主要包括知情、理解、表达意见、考虑意见、给予反馈。以此为基础设计访谈提纲、调查问卷以及针对性的参与观察,可以较为充分地展现涉罪未成年人的诉讼参与权实现状况。

(一) 数据来源

实证考察持续近三年时间(自 2017 年 6 月至 2020 年 6 月),主要分为四个阶段:

第一阶段,2017 年 6 月至 8 月赴 S 市 I 区看守所、K 省 J 市看守所、K 省未成年犯管教所调研,向未成年人发放调查问卷进行数据收集。

第二阶段,2017 年 11 月至 2018 年 6 月,分别赴甲省 A 区、B 区,乙市 C 区、D 区,丙省 E 市、F 区,丁省 G 区、H 市基层办案机关调研,访谈相关办案人员、法律援助律师、社工、未成年人及其父母等。

第三阶段,2018 年 6 月至 2019 年 4 月,分别赴 L 市 M 区公安分局, M 区、N 区人民检察院, M 区、N 区人民法院, L 市青少年社工事务所,访谈相关办案人员与社工,实地观察附条件不起诉阶段性考评会、未成年人刑事案件法庭审理以及社工组织开展的活动。

第四阶段,2020 年 6 月了解疫情期间各地未成年人参与权实践状况,以弥补实证研究的时效性问题。

(二) 研究方法

本研究主要采用了定性访谈、问卷调查、实地观察的方法。

首先,采用定性访谈的方法主要为了了解办案人员在实际办案过程中是否关注未成年人的诉讼参与权,法律援助律师、社工为未成年人提供帮助的情况,未成年人参与诉讼的内心体验。访谈对象包括侦查人员、检察官、法官、法律援助律师、社工、未成年人及其父母。具体方法包括个别访谈与集中访谈。其中,访谈侦查人员38人次,检察官32人次,法官14人次,法律援助律师28人次,社工24人次,未成年人64人次,未成年人父母或其他监护人21人次,共计访谈221人次。

其次,问卷调查旨在从未成年人的视角具体了解其参与权行使状况。其中,在S市I区看守所、K省J市看守所共发放调查问卷100份,受访群体均为未成年犯罪嫌疑人。考虑到不仅对正在经历司法程序的未成年人,而且对已经完整地经历过整个诉讼程序但在未成年犯管教所服刑的这部分未成年人,同样有必要了解其参与权的行使状况,笔者又向K省未成年犯管教所继续发放调查问卷,问卷发放数量同样为100份。尽管问卷整体发放数量与均衡性尚不足,集中性与代表性有缺憾,但仅从未成年人视角反映诉讼参与权相关问题也已足够。在200份调查问卷中,有效问卷回收数量为176份,有效回收率为88%。其中,男女比例分别为96.59%和3.41%。

最后,实地观察未成年人刑事案件的法庭审理、附条件不起诉考评会与监督考察期间社工组织的活动,重点了解未成年人在附条件不起诉与法庭审理中参与权的实现状况。限于未成年人刑事案件不公开审理的规定,在M区人民法院采取观看庭审录像的方式对一起案件进行了观察,在N区人民法院实地观察了三起案件的法庭审理。参与L市青少年社工组织的集体活动一次,在活动过程中与未成年人接触并交流。

(三) 样本选择

由于无法在全国范围内开展大规模的实证研究,多数情况下只是借助各地调研的便利对相关问题予以了解,难以对我国涉罪未成年人诉讼参与权的整体状况进行更为细致全面的考察。因此,相关研究仅限于一种探索式的解读,意在呈现实践中存在的问题与值得推广的经验。

囿于样本所限,本研究难以逐一呈现诉讼全程中未成年人的参与权实现状况,仅以侦查讯问、附条件不起诉以及法庭审理中的参与问题作为重点内容予以考察。同时,由于未成年人在上述不同诉讼程序中参与权实现的侧重点亦有所不同,且体现为不同的参与权要素,下文拟以各项参与权要素为纲,选择对未成年人诉讼参与权影响较为显著的程序环节进行集中考察。

涉罪未成年人诉讼参与权的核心要素及其实践样态

（一）知情

未成年人普遍缺乏风险评估能力，尤其缺乏对风险的觉察与对风险现实可能性的判断，更为看重行为的即时后果而缺乏长远考虑。如果未能在进入司法程序之初即明确告知诉讼权利与诉讼程序，使未成年人对相关诉讼信息有较为完整的了解，他们很可能基于错误的风险评估而做出不理智的决定。

在实践中，仍然存在相当比例的未成年人对诉讼权利与诉讼程序缺乏足够了解。即便部分未成年人对相关诉讼信息有大致了解，但这种有限的了解基本上依赖于简单的口头告知、交谈或书面规定，致使未成年人的认识流于表面或失之片面。

法律援助律师与合适成年人的帮助是未成年人进一步获知其他诉讼信息的重要渠道，也是知情的重点所在。就法律援助而言，大部分地区采取口头告知或发放书面权利义务告知书的方式，但并未对这项权利的具体内容与行使方式等给予较为详细的解释说明。例如，口头告知多以“家里人不给你请律师，我们给你请个律师”简单带过，书面告知则以要求未成年人在权利义务告知书上签字的方式完成。显然，办案人员过于简略的口头告知或形式化的书面告知，不可避免地导致未成年人对这项权利不甚了解，即使他们通过其他途径有所“耳闻”，但缺乏对这一权利的全面、具体了解，无疑将制约其行使权利并参与诉讼。

同样，办案人员的告知方式也直接影响着未成年人对合适成年人讯问时在场的了解。实践中，办案人员通常会简单告知“有个人过来监督下讯问过程”，而没有对合适成年人的身份、作用及所能提供的具体帮助给予更为深入细致的解释。由于未成年人对合适成年人的了解止步于见证讯问过程合法性的“监督者”，往往不会主动向其寻求帮助，导致合适成年人所承担的沟通、抚慰、教育等职责难以发挥。这不利于未成年人更为稳定地面对与接受讯问，并会进一步影响其参与权的实现。

（二）理解

相较成年人，未成年人身心发育未臻健全，认知与理解能力存在一定局限，生活经验与人生阅历通常较匮乏，即使告知相关诉讼信息也难以确保其准确理解。而办案人员在实际办案过程中，通常会较高频率地使用法律术语，这些法律术语构成未成年人理解相关信息的障碍。

从更深层次讲，未成年人的理解还应涉及对诉讼程序适用目的与意义的理解，这种理解往往伴随精神层面的触动与成长，体现为未成年人最终适应并接受进入诉讼程序所带来的诸多变化和挑战。附条件不起诉制度因其所倡导的“社会化”复归路径及其特有的监督考察期而尤为需要未成年人的理解。从最初对附条件不起诉的字面理解，到监督考察过程中的实际感知，未成年人往往要在较长时间内从反复经历各种考验的过程中逐渐获得理解，检察官与社工在帮助其理解方面发挥着至关重要的作用。

1. 检察官的解释与未成年人的初步理解

未成年人对附条件不起诉的初步理解是后续监督考察过程中进一步理解的基础，这种初步理解依赖于检察官以通俗易懂的语言进行全面、反复的解释。实践中，尽管给予解释的方式不尽相同，但检察官基本会就附条件不起诉的原因、目的、监督考察期限与考察方式等给予解释。在M区检察院，检察官不仅会向未成年人及其父母发放《考察帮教通知书》，还会召开附条件不起诉宣告会向其作出较为详细的口头解释。

除对相关法律规定解释外，也会对监督考察方案的具体实施、观护基地的工作强度、未通过监督考察可能面临的后果等内容做重点说明，使未成年人有一定心理预期，如“接下来六个月到一年会做很多事情，很有可能你坚持不下来，就又要重新起诉或者被羁押”。

相对于检察官的解释，未成年人的理解实际上难以达至预期。这种理解停留在“要配合检察官，不配合就会再次进入看守所”的程度。至于如何配合，未成年人并没有较为充分的思想准备、信心和相对明确的规划，短时间内的反复解释与告诫很难对其监督考察期间的行为产生实际约束。这不仅得到了检察官的确认，也恰恰是检察官在适用附条件不起诉时遇到的最大难题。例如，检察官反复强调保持联系方式畅通，随传随到，未成年人却难以做到。

对此，检察官虽稍显力不从心，但依旧对反复解释的重要性与必要性表示肯定，认为“未成年人有时犯懒或存在侥幸心理，就得反复给他叨叨”，他们的理解“既需要时间，也需要方法和技巧”。反复解释在短期内看不到明显效果，但这种解释往往需要持续进行，并依赖于更为专业的方法与手段。

可见，反复解释并非无用，恰恰相反，检察官不仅需要反复解释并确认未成年人的初步理解，这一解释、叮嘱乃至更为专业、更具针对性的教育还应当延续至整个监督考察期间，使未成年人逐步获得理解并有效参与诉讼。

2. 社工的教育与未成年人的理解

社工作为考察帮教的重要主体，与未成年人在长达六个月至一年的考察期内会建立较为稳定的关系并保持日常联络，通常每个星期联系一次。稳定的关系与定期的联络，是社工了解未成年人实际状况并开展工作的必要前提。在监督考察初期，未成年人普遍不理解且难以忍受有一定约束力的生活，频频在人际关系的处理上出现问题。观护基地的考察无异于使未成年人提前步入社会并受到种种社会规则的约束，也几乎不可避免地会遭到旷工、迟到、态度不好等“反抗”。在社工看来，这种适应过程是必要的，因为“将来他们会离开司法系统，步入的真实社会本身就是这样的社会，必须要理解并学会适应”。

而社工在考察期间的陪伴与教育也“适逢其时”。站在社工的角度上，未成年人出现心理情绪问题之时正是其开展工作之时，亦是有效的社会工作时间，及时介入并给予适当教育是发挥帮教作用并体现帮教效果的最佳时机。社工通常会采取专业的社会工作方法帮助未成年人调适心理情绪状态，激发其发展潜能并辅导其正常发展。相较问题的成因，社工更关注未成年人如何改变，如何充分适应并融入社会。有社工坦言，“希望未成年人在活动中尽量暴露问题，如果不出现问题反而没有机会处理或开展这方面的工作”。

但是，受制于未成年人的能力与状态，他们往往需要较长时间才会逐渐理解监督考察的特殊意义。多数涉罪未成年人很早辍学并在社会上“游荡”，他们的认识水平通常较正常在学的未成年人更为有限，生活经历与生活状态亦存在较大差异。有些情况下，即使社工从各个角度反复解释与教育，也需要较长时间才能发挥作用。社工谈到，“有的孩子可能讲三个月才能渐渐地理解，为什么对他适用这样的程序，对他来讲意味着什么”。而这种缓慢、有限的理解可能导致不良的后果。例如，曾有未成年人因对监督考察存在强烈的负面情绪而要求被起诉以摆脱令其“难以忍受的生活”，最终撤销附条件不起诉。社工表示，撤销后未成年人一定会后悔，但已经来不及了。

在缺乏理解的状态下，未成年人很难意识到附条件不起诉代表着司法程序对他们的宽容，是回归并融入社会的契机，是值得珍惜的机会，他们所表达的意见及作出的决定自然不够理智，亦缺乏长远考虑，实际上并不是符合其最大利益的选择。

通过观察社工在监督考察过程中定期开展的教育矫治活动，可以更直观地了解未成年人的理解状况。定期组织这类活动的目的，主要是使未成年人在团体中获得情感、情绪等内在心理方面的支持，学会与人

相处与接受社会规则，调整自己的行为模式以适应外部环境的要求，纠正其行为偏差并实现个人行为的转变与个人社会功能的恢复、发展。

在笔者实地参与观察的教育矫治活动中，社工在活动中与未成年人均有交流，并选择个别未成年人展开重点帮教，了解其生活状态与问题，给予适当安抚和教育。社工也会运用团体社会工作的技巧提高未成年人参与活动的积极性。例如，鼓励未成年人为活动开展中遇到的修路工人、清洁工人送水，通过送水行为拉近未成年人与他人的关系，使其学会关心与体谅他人。又如，活动结束后引导未成年人分享感悟并思考参与活动的意义。

但是，有些未成年人缺乏参与活动的积极性，理解状况不及预期：其一，有未成年人在连续三次活动中迟到，却拒绝接受共同制定的活动规则中做俯卧撑的惩罚；其二，有未成年人在活动中屡次表示无法坚持，以拒绝次日回观护基地工作威胁社工；其三，几乎所有未成年人在分享感悟时都陷入沉默，有未成年人直接表示，“不走不行，就这个原因，如果可以不让走我早就不走了”。

可以说，监督考察期间不断面对与解决问题的过程，也是未成年人逐渐获得理解并实现其参与权的过程，发现问题本身成为社工教育、引导未成年人理解的重要契机。这种理解并非只关乎司法程序给予未成年人的“宽容”与“机会”，更应包括监督考察所蕴含的适应社会与遵从社会规则的意识。否则，即使最终作出不起诉决定，未成年人也难以顺利地回归并融入社会。

当前，尽管未成年人的理解状况不尽如人意，但社工帮教的价值与意义却不应否定。至少，提高未成年人在监督考察过程中接触社会的频率与程度，强化其理解、适应与融入社会的意识，不仅对其参与诉讼大有裨益，也恰恰契合未成年人司法所倡导的“社会化”路径。

（三）表达意见

从参与权的角度来看，表达意见尤其应当在侦查讯问与法庭审理中引起重视，因为封闭性与强制性的讯问环境天然不利于未成年人表达意见，法庭审理的正式性与严肃性也制约其表达意见的程度。

1. 侦查讯问中的表达意见

侦查讯问并非“你问我答”的过程，而是侦查人员与未成年人互相对话的过程。两者的互动关系决定了双方沟通交流的程度。良性互动关系有助于拉近双方的距离，促使未成年人主动表达意见，而形式化的、不良的互动关系，则对未成年人表达意见存在消极影响。在M区公安分局，侦查人员会使用一定的沟通技巧与未成年人建立这种良性的互动关系。例如，寻找未成年人在意的事情作为突破口，站在未成年人的角度考虑问题，沟通中放低姿态，等等。

同时，侦查人员也会根据未成年人的具体情况做出适当变通，注重交流的针对性。例如，以父亲式的口吻批评教育未成年人，反而增进了双方沟通的程度，取得较好的沟通效果。访谈中有未成年人谈道，“我爸要是早能这么说我，我也不至于这样”。另外，也不乏有侦查人员采取成人化的对待方式。由于未成年人易于服从办案人员的权威身份，这种生硬的讯问方式很少遭到反抗，他们往往会按照办案人员的思路被动地回答问题，较少主动表达自己的意见与诉求。

法律援助律师能否及时介入案件为未成年人提供法律帮助，对其表达意见也存在重要影响。实践中，大部分律师介入案件的时间相对较晚，通常为一周以上，有时达到20天左右。律师会见时间相应滞后，会见次数难以保证。据有的未成年人反映，进看守所后通常侦查人员或检察官的讯问在前，律师会见则在其后，会见次数一般为一至两次。而谈及律师帮助，多数未成年人也未留下较深的印象，只记得律师简单

询问过案情经过，很少对所涉罪名及如何处理等问题进行解释。问卷调查显示，在153名接受过法律援助的未成年人中，有35.95%的未成年人表示律师的帮助作用小、较小甚至无帮助作用（见表1）。

合适成年人讯问时到场并承担抚慰、沟通、教育等职责，同样有利于未成年人表达意见。但实践中合适成年人的到场状况并不乐观，主要体现在首次讯问时未能及时到场，这可能错失保护未成年人的最佳时机。合适成年人的“缺席”易使未成年人的合法权益面临侵犯，受到一定程度的身心伤害与负面影响。

不过，即使合适成年人讯问时在场，其与未成年人的交流时间、空间有限，交流效果也不尽如人意。这既与办案人员的态度积极与与否有关，也源于合适成年人对自身定位与所承担职责的认知偏差。办案人员之所以对双方交流所持态度并不积极，主要是出于担心无法完全掌控这种交流的边界，例如一些触碰未成年人敏感神经的对话，可能会严重削弱后续讯问的效果。

合适成年人则普遍认为在场的主要功能是监督与见证讯问的合法性，亦即作为被动的旁观者“观察”讯问过程是否有不当或违法情形，而对需要主动行使的职责如安抚、交流、教育等则有所忽视。短暂、有限的交流，使双方难以建立起信任关系，促使未成年人表达意见的作用也十分有限。

疫情初期，办案人员讯问后会与合适成年人电话沟通，告知讯问情况与讯问内容，双方确认后再制作电话笔录。在疫情进入常态化防控后，则将合适成年人通知至讯问室与办案人员一起参与讯问。因提审室加装防护隔离设备，偶尔出现提审期间双方声音听不见的现象，这可能进一步减损合适成年人讯问时在场的效果，降低未成年人表达意见的意愿。

2. 法庭审理中的表达意见

在法庭审理中，法庭设置是影响未成年人表达意见的“硬环境”，多方诉讼主体与未成年人之间的关系状态构成与“硬环境”相对的“软环境”。法庭设置作为法庭环境的组成部分，主要涉及整体性的布局问题，如席位摆放与普通成人法庭相似还是照顾到未成年人的特殊性而适用圆桌审判，以及局部的如是否在受审时对未成年人使用戒具等。

从参与庭审的170名未成年人问卷数据来看，采用普通成人审判方式的占大多数，为143人，比例高达84.12%（见表2）；相应地，其中62.94%的未成年人并不适应这种审判方式，庭审庄严肃穆的氛围常常使其感到恐慌。也有人反映受审过程并非想象的那样平常，而是备受煎熬，适用圆桌审判也未能有效缓解这一状况。

使用戒具会导致未成年人受审时无法自在地进行表达，尽管身体被束缚在多数未成年人看来是“正常”的。高达80.12%的未成年人在庭审中被使用戒具（见表3），他们事实上在融入法庭并与各方主体交流方面面临较大的阻力。父母在场更能平复未成年人的情绪，由于多数未成年人审判前没有机会见到父母，受审时父母在场更令他们感到心安。

庭审中办案人员特别是法官的态度决定了未成年人表达意见的程度。有24.71%的未成年人认为曾在庭审中遭到呵斥、吓唬或讽刺（见表4），三成以上表示当庭法官对此未予制止。有31.18%的未成年人认为法官“偏向”检察官（见表5）。访谈中有人表示，法官对公诉人态度比较好，对律师就是一副“公事公办”的样子。这导致多数未成年人在庭审中少言寡语，原因是“担心说错话，落个态度不好”。也有人谈到，“如果法官不问就不会说，很多话会藏在心里”。

观察法官提示与打断未成年人发言的状况，可以更直观地展现未成年人表达意见的程度。调查发现，法官均会提示未成年人发言，较少或不打断发言。提示发言时会确认未成年人能否听清，鼓励其主动询问，提高发言的声音。例如，“×××，公诉人宣读的证言内容你能听清吗？你好好听，如果有听不清或跟不上的向法庭提出来，回答问题的时候声音大一点”。面对女性未成年人时法官的态度和语气更为缓和，如

在播放执法记录仪内容时表示，“再往后就是破口大骂的情节了，法庭就不再播放了”。只有一起案件法官打断发言高达9次（见表6），甚至超过了提示发言的次数。

（四）考虑意见

未成年人的生活、心理状态会随诉讼程序的推进不断发生变化，对未成年人意见的考虑应当随其身心发育变化而不断做出调整。在附条件不起诉监督考察下的约束性生活中，未成年人的身心状态最易发生显著变化。此时，对未成年人的意见有必要结合其具体情况加以考虑。

在监督考察期间，检察官会通过建立包括社工、监护人、观护人等在内的考察帮教小组，在信息共享与互动合作中了解未成年人的具体情况。考察帮教小组的实际运行主要有两种方式，一种是召开会议进行集体讨论，如附条件不起诉阶段性考评会，另一种则是建立微信群实现考察帮教各方主体的实时交流。

在M区检察院，检察官会定期召开附条件不起诉阶段性考评会以及时反映问题，召开频率基本为每月一次，并视未成年人考察帮教的情况决定次数增减。未成年人在熟悉考评会流程后，通常会放下戒备，愿意沟通，检察官得以了解其真实状态并据此考虑其意见。例如，在了解到未成年人更希望去一个“体面”的观护基地后，检察官为其选定了超市理货员的工作，不同于一般的餐饮服务行业，“选择这个基地他更能坚持下去”。又如，有未成年人在考察期间被安排到餐厅后厨工作，但经过一段时间发现很难适应，检察官综合考虑其意见调整了考察帮教方案，未成年人的情绪状态明显较之前有所好转。

不过，实践中也有未成年人因自身懒散而要求更换简单、清闲的工作，检察官应根据具体情况辨别究竟是监督考察方案不适合，还是未成年人根本就不愿意接受监督考察。相对于考评会，微信群所承载的通过互动随时了解未成年人近况的功能未得到充分实现。更多的情况是检察官被动地等待社工、监护人等反馈未成年人存在问题的信息，在这些信息的基础上作出反应。

在考察帮教小组之外，社工是检察官了解未成年人情况的最主要信息来源与帮教未成年人的最主要力量。监督考察期间未成年人与社工的接触最为频繁，也更加依赖于社工。调查发现，未成年人会以其特有的方式向社工表达意见，例如不分时间、持续不断地打电话抱怨。

在社工看来，未成年人发泄情绪的过程其实也是表达意见的过程，应当及时予以应对，判断其意见背后的问题与需要。有时未成年人的意见并不是他们所表达出来的，比如离开观护基地，他们只是需要爱、肯定、关心和平等。社工通过陪伴不断鼓励未成年人，帮助他们对当下情境作出分析，舒缓压力和不稳定情绪，同时为其提供认识自身潜能的机会，使未成年人有能力根据自己的需要和实际情况作出选择。

（五）给予反馈

对未成年人的意见给予反馈，意味着办案人员不仅应告知未成年人作出相关决定的依据和理由，还应当向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑。给予反馈使未成年人得以了解自己的意见在诉讼过程中发挥的作用，使其意见表达不至于流于形式，而得到认真对待。由于判决结果关涉未成年人的切身利益，其对判决的接受与认可影响着处置方案的效果与未来复归社会的程度，因而给予反馈尤其应在审判阶段得到重视。

法官详细阐明判决结果的依据和理由，使未成年人充分了解相关决定的形成过程，不仅有助于未成年人认识自身行为后果，也是进一步向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑的前提。在M区法院少年法庭，法官宣判时详细阐明了理由：

抢劫对人身、财产权利都有重大损害，刑罚起点高，实施六次抢劫，基准刑是十八年。鉴于被告人为未成年人，如实供述，认罪态度好，案发后积极赔偿，法庭教育能认识到错误，表示吸取教训，所以减轻处罚。判处有期徒刑九年，罚金三万，当庭宣判，不服可以在十日内上诉，听清了吗？

法官向未成年人说明是否及如何对其意见予以考虑，是保障未成年人的意见得到尊重与认真对待的重要环节。M区法院少年法庭的法官不仅在宣判时明确告知未成年人抢劫罪的社会危害性与刑罚的严重性，本案最终量刑的依据和理由，同时也就如何考虑未成年人及其律师的意见作出说明：

被告人及辩护律师就未参与第二起抢劫事实的辩解和辩护意见，合议庭经评议认为，第一起和第二起先后发生在半小时之内，对同案犯实施的相关事实有明确认知，后续有分赃，被害人也陈述有五人对其实施抢劫。明知他人实施抢劫，在共同犯罪中相互支持配合，对相关辩解不予采信。

涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准与完善路径

涉罪未成年人有权在刑事诉讼中得到倾听，其意见也有权得到认真对待。通过行使参与权，未成年人可以主动采取行动保护和促进其他权利的实现。在不少欧洲国家，参与权已经成为评价少年司法发展程度的一项重要指标。欧洲委员会和欧洲主要国家为实现未成年人的参与权采取了很多措施，评估参与权的实现也是其重要举措之一。立足于我国实证考察，形成涉罪未成年人诉讼参与权的实现标准，可以为实践活动提供有效指导。

（一）实现标准

1. 知情的标准

未成年人的知情依赖于办案人员的告知，而告知的内容与方式决定着知情的程度。办案人员简略、片面、滞后的口头告知，发放告知书却未予任何解释的书面告知，易使未成年人知情权受损。从告知内容来看，应当包括但不限于诉讼权利、诉讼阶段与具体程序、涉嫌罪名及理由、诉讼参与人的身份角色、可能的判决结果与刑罚处罚等。全面告知之外，还应确保告知内容的准确性与告知的及时性。

就告知方式而言，书面告知虽较为规范、具体，但因涉及法律术语，不利于理解能力有限且不识字的未成年人获知相关诉讼信息，书面告知还有可能沦为形式化的签字确认程序，难以使其留有印象。口头告知相对更为灵活，避免了法律术语的晦涩难懂，但又往往流于简单，同样不利于未成年人的充分知情。因此，原则上应当对未成年人同时采用这两种告知方式。知情的标准宜确立为：全面、准确、及时告知；书面告知与口头告知相结合。

2. 理解的标准

未成年人的理解需要办案人员使用通俗易懂的语言，尽量避免使用法律术语，以及反复给予针对性的解释和教育。解释与教育的频率可以因理解程度的差异而有所区别，应根据未成年人的反馈进行综合判断，但不能仅仅依赖于其口头表示的理解。同时，不同诉讼阶段的解释，其侧重点也是不同的。

在侦查阶段和审判阶段，诉讼权利的解释最为重要，因为侦查讯问活动易侵犯嫌疑人合法权益，审判的公正性关系到对判决的认可度与接受度，均会影响未成年人的实质参与。而在审查起诉阶段，特别是附条件不起诉程序中，解释这一程序适用的目的与意义，通过持续、针对性的教育，强化未成年人适应、理解与融入社会的意识，应当成为重点，以促使未成年人反思自身行为及其后果，为顺利复归社会奠定基础。据此，理解的标准宜确立为：使用通俗易懂的语言；反复解释；持续与针对性的教育。

3. 表达意见的标准

未成年人表达意见的程度主要取决于办案场所的设置、办案人员的态度以及法律援助律师与合适成年人的帮助。相较普通成人审判方式,契合未成年人身心特殊性的圆桌审判依然是目前促使其参与庭审的更优选择。较高频率地使用戒具同样会对未成年人表达意见造成消极影响,应尽量少使用或不适用戒具。办案人员对未成年人的尊重及良性互动关系的建立,法律援助律师及时介入案件并提供针对性的帮助,合适成年人特别是父母在讯问与审判时在场,均会提高未成年人表达意见的程度。

因此,表达意见的标准宜确立为:契合未成年人身心特点的办案场所;尽量少使用或不使用戒具;尊重未成年人,注重与其建立良性的互动关系;及时获得法律援助律师的针对性帮助;合适成年人特别是父母讯问与审判时在场。

4. 考虑意见的标准

未成年人的身心状态会随诉讼程序的推进发生一定变化,年龄的增长与成熟程度的提升影响着对其意见的实际考虑。在何种程度上考虑未成年人的意见,应结合其不断变化的具体情况进行综合判断,而判断的前提是对其现状的充分了解。这依赖于办案人员与社工、监护人、观护人等的信息共享与互动合作,及时发现与应对未成年人的问题。在具体方式上,通过召开阶段性考评会可以与未成年人及其监护人、帮教人员等进行面对面的沟通交流,采用微信等线上交流方式可以实现多方主体的实时互动。考虑意见的标准宜确立为:办案人员与监护人、帮教人员等的信息共享与互动合作;线下交流与线上交流相结合。

5. 给予反馈的标准

对未成年人的意见给予反馈,需要办案人员告知作出相关决定的依据和理由,同时向其说明是否及如何考虑其意见,未成年人据此了解自己的意见在何种程度上得到办案人员的尊重与认真对待(见表7)。给予反馈应当贯穿于刑事诉讼的始终,以保障未成年人诉讼参与权的实现效果。据此,给予反馈的标准宜确立为:阐明作出决定的依据与理由;说明如何考虑未成年人的意见。

(二) 重点问题的改革完善

应当以诉讼参与权的实现标准为依据,关注其中涉及的具体问题并提出解决思路。

首先,在诉讼过程中,办案人员应当承担一定的职责以保障未成年人的参与权,主要包括以下五个方面:

第一,告知与解释相关诉讼信息。办案人员应当全面、准确、及时地告知诉讼权利、所涉罪名及理由、诉讼阶段与具体程序、诉讼参与人的身份角色、可能判处的刑罚等基本信息,原则上同时采用书面告知与口头告知的方式,并使用通俗易懂的语言就法律术语与诉讼程序适用的目的、意义等给予反复解释。第二,教育。办案人员应当采取适当的方式对未成年人进行持续与针对性的教育,教育应当贯穿诉讼全程。第三,尊重未成年人,与其建立良性的互动关系。办案人员应当采取一定的沟通技巧,充分了解其家庭情况、亲子关系、成长经历等可能导致其涉罪的具体情况,涉罪后的生活、心理状态等可能影响其参与诉讼的具体情况。第四,与监护人、帮教人员等展开信息共享与互动合作。办案人员应当采取召开阶段性考评会等线下方式以及微信互动等线上方式,发现问题并给予有效应对。第五,阐明作出决定的依据、理由及如何考虑未成年人的意见。

其次,就法律援助律师及时介入诉讼程序为未成年人提供针对性的法律帮助而言,需要从以下方面进行改革:

其一，应保障法律援助律师与办案机关之间的沟通渠道顺畅，缩短对接时间。在条件具备的地区，可以探索建立未成年人综合保护信息共享平台，将法律援助的通知、指派等信息录入该平台，借助线上指派提高法律援助律师介入案件的及时性，在社会支持体系框架内提升未成年人法律援助的效果；在条件不具备的地区也应尽量采用电话、微信等直接联系的方式进行指派。检察机关应当对法律援助律师的指派进行监督，对于没有及时介入的予以核实，并发出《纠正违法通知书》或者《检察建议书》。

其二，提高法律援助律师的专业化程度。法律援助律师在履行一般的辩护职能之外，应掌握一定的心理学、教育学等知识，能以未成年人理解的语言和方式向其解释相关法律问题，及时告知案件进展情况、可能的处理结果等，保障未成年人理解自身处境并做出符合其最大利益的决定。

再次，充分发挥合适成年人讯问时在场的的作用，应重点从以下几个方面进行完善：

其一，提升合适成年人到场的强制性与法律约束力。应当明确合适成年人在讯问笔录上的签名效力，对于未在讯问笔录上签名的情形，应当对该口供予以排除，除非该口供未签名确实是因存在特殊情形，且可以对合适成年人讯问时在场进行合理解释，或者对未签名笔录进行事后补正，否则均应排除其证据效力。检察机关对此类情况应当进行充分核实，发现讯问时合适成年人未在场的，及时发出《纠正违法通知书》或者《检察建议书》，要求公安机关重新讯问并制作笔录，否则不得采纳该笔录。对办案人员阻碍或限制合适成年人行使权利的情形，合适成年人有权在讯问笔录中进行记录，情节严重的，有权拒绝在讯问笔录中签字。

其二，明确合适成年人的职责。合适成年人在场除监督与见证办案机关的讯问和审判活动，还应承担沟通、抚慰与教育的职责。

其三，保障合适成年人与未成年人单独交流，这种单独交流对于合适成年人预设功能的发挥具有至关重要的作用，办案人员有必要转变其旧有观念，不仅不应禁止双方交流，还应为此提供一定的空间与便利。交流地点尽量选择讯问室以外的房间，交流时间尽量控制在15分钟以内，保证充分交流的同时避免可能的突发情况。

其四，建立合适成年人值班制度。可以安排一定数量的合适成年人在固定的时间段轮班，在夜间、节假日等特殊时间，难以联系合适成年人或合适成年人无法到场时，保障值班合适成年人及时到场。

最后，改革未成年人案件的审理方式，主要涉及如下问题：

其一，明确圆桌审判的适用范围及条件。除涉嫌严重暴力犯罪如故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、绑架、强奸等案件，以及不认罪的案件，原则上不适用圆桌审判，其他未成年人案件均应适用圆桌审判。但是，圆桌审判并非徒具其形，更应关注蕴含其中的多方诉讼主体之间及其与未成年人之间的互动关系，为未成年人营造一种友好、尊重与教育色彩的庭审氛围。

其二，法官、检察官应履行适当的关照义务。以平和而非强势的态度与未成年人沟通，建立良性的互动关系，并注意适时教育未成年人。同时，法官还应当采取适宜于未成年人的提醒、复述等方式，为其表达意见提供便利，保持中立，不频繁打断未成年人的发言。

结语

“参与”之于未成年人，不仅是一种权利，更是一种状态。抽象的参与状态可通过知情、理解、表达意见、考虑意见以及给予反馈的实践样态得以展现，并由此获得动态、立体的解读与阐释。作为涉罪未成

年人诉讼参与权的要义，尊重未成年人的特殊性并以适宜的方式对待他们，根植于独立的少年司法之中并不断得到丰富与发展，对未成年人特殊性的重视生发于此、蕴含其中并由此成为参与权的根本所在。

我国未成年人刑事诉讼程序带有许多成人司法的“烙印”，对未成年人的特殊性缺乏足够关注。但不可否认的是，从部分地区未成年人诉讼参与权的实践状况来看，也在一定程度上体现了对少年司法特殊规律的遵循，乃至对少年司法发展方向的追求。

在这个意义上，对涉罪未成年人诉讼参与权的探讨“适逢其时”。现阶段，逐步引导理论与实践关注诉讼程序中未成年人的参与权问题，转变对待未成年人的观念意识与行为方式，不再停留于成人化的简单思维，既是应对诸多现实问题的有效途径，彰显了司法程序对未成年人的特殊关怀，亦可看作推动少年司法整体性发展的切入点。

刘涛 石华琛 | 中国儿童权利研究的逻辑紊乱及其调适——基于学术史的考察

2022-06-12 刘涛 石华琛 Human Rights Study
<https://mp.weixin.qq.com/s/ZqMqhvwNPu8cla57SPSZJg>

刘涛 曲阜师范大学法学院副教授 法学博士

石华琛 上海社会科学院法学研究所 2020 级法学理论专业硕士研究生

来源 | 《人权研究》第 25 卷（因篇幅较长，已略去原文注释）

摘要：中国儿童权利研究受到中国权利理论、西方儿童权利理论和中国儿童权利保护实践三重背景因素的影响。三者分别发挥着思想基石、理论源泉和现实动力的作用。中国儿童权利理论发展缓慢，已明显滞后于当下儿童权利保护的现实需要。通过学术史的考察，可以发现中国儿童权利研究的逻辑紊乱：理论基调模糊、理论语境杂糅和理论功能虚置。鉴于中国儿童权利理论的发展需要和中国儿童权利保护的实践要求，中国儿童权利研究的进路调适应从强化儿童权利基础理论研究、突出儿童权利理论的现实回应能力以及勾连儿童权利与本土文化这三个方面着重展开。

关键词：儿童权利；未成年人保护；学前教育；家庭教育

一 问题的提出

中国对儿童权利的专门研究肇始于 20 世纪 80 年代末、90 年代初，研究的主要阵地为法学、教育学和社会学。其中，社会学和教育学分别从儿童群体和教育价值入手来分析和促进儿童的生存与发展，法学界的研究则以其特有的权利思维作为基底，从而有助于儿童权利体系的建构。本文主要立足于法学研究，以中国儿童权利研究的成果为研究对象，来梳理和考察中国儿童权利研究的现状。

截至 2021 年 3 月 1 日，以中国知网数据库为检索工具，在文献分类目录下“社会科学 I 辑”中勾选法学类文献，分别进行如下检索工作。首先，在期刊数据库中以“儿童权利”为主题进行检索，找到 682 条结果，其中 CSSCI 期刊 158 篇。其次，以“未成年人保护”为主题，检索到 5895 条结果，其中 CSSCI 期刊有 886 篇。对 5895 篇论文中近 30 年的研究成果绘制发表年度趋势分布图，如图 1 所示，可以反映出儿童权利研究在我国逐渐受重视的整体趋势。其次，对以上 886 篇论文的研究主题进行可视化分析，如图 2 所示，发现研究旨趣主要集中于刑事司法和民事权利保护两大领域。再者，以“儿童权利”为“篇关摘”进行检索，共找到 1597 条结果，研究主题主要集中在儿童权利公约、儿童最大利益原则、儿童受教育权、儿童福利、监护探望、留守儿童、亲子关系等。最后，在会议库中将检索条件中的“全文”设置为“儿童权利”，对 229 条检索结果的研究主题进行了可视化分析，如图 3 所示。

在博士论文库中以“儿童权利”为主题，共检索到61条结果，其中属于法学学科的有36篇，对后者进行主题分析，发现存在研究主题分散的现象。具体而言，“儿童权利”、“儿童权利保护”和“未成年人”这三个主题的研究论文数量均为8篇，“受教育权”的研究论文有4篇，“少年司法”、“少年犯罪”以及“儿童最大利益原则”的研究论文各3篇，其他更为广泛的主题研究论文只有1篇或2篇，这些主题包括“儿童虐待”、“国家亲权”、“儿童观”、“儿童本位”、“国家责任”、“亲子关系”、“人权保护”、“诉讼离婚”、“宪法化”等。

在专著方面，代表性的主要包括李双元和李娟的《儿童权利的国际法律保护》，该书立足国际法视角，对儿童权利保护的、国际组织和工作机构进行了概述；张杨的《西方儿童权利理论及其当代价值研究》，则是我国法理学界比较系统地研究西方儿童权利理论的著作。还有三部专著是由博士论文转化而来：王勇民的《儿童权利保护的、国际法研究》在考察儿童权利保护的、国际法律制度、原则与实践的基础上，对中国儿童权利保护制度与实践进行了反思；侧重于义务教育研究的管华则著有《儿童权利研究——义务教育阶段的、权利与义务保障》；叶强的《论国家对家庭教育的、介入》是我国宪法学关于家庭教育权研究的第一部专著。此外，教育学者王雪梅在其专著《儿童权利论——一个初步的、比较研究》中，对儿童的、地位、权利、基本内容与实施机制，儿童权利保护的、基本原则以及特殊状态下的、儿童权利进行了考察。总之，目前儿童权利研究方面的专著或者执着于儿童权利的、国际保护，或者偏重于西方儿童权利理论脉络的、梳理，或者限定于部门法角度的、国家权力边界探讨，或者从某一教育环节切入对儿童权利的保护予以分析，切中当下中国儿童权利保护实践的、系统性理论著作目前尚告阙如。

通过上述实证考察，我们看到儿童权利研究在中国逐渐得到重视的趋势，但是，也可以看到这些成果的研究主题杂多分散且不成体系，缺乏儿童权利理论的、系统性研究。此外，目前我国儿童权利遭受侵害的事件仍旧频繁，出现了儿童权利理论与儿童权利保护现实需要严重不匹配的现象。那么，造成这种问题的原因何在？基于对这种原因的探求，需要我们对目前儿童权利进行理论逻辑的研究。如果不能找到中国儿童权利研究自身存在的偏差，就难以推进中国儿童权利理论的发展与完善，进而也无法为我国儿童权利保护实践提供有效的理论支持。虽然目前也有学者对中国儿童权利研究的成果进行了较为全面和直观的梳理，但遗憾的是，仅停留在量化分析的层面，而没有对中国儿童权利研究的内部逻辑进行剖析。为了克服这一缺陷，我们将基于学术史的视角，选择中国儿童权利研究的逻辑进路为研究主题，旨在在此脉络中挖掘出其中存在的问题，揭示出其中亟需转型与升级的方面，并进而尝试对中国儿童权利研究的进路进行必要调适。

二 中国儿童权利研究的背景因素

任何观念和理论的产生与发展都有其不可分割的背景因素。为了更好地把握中国儿童权利研究内在的推进脉络，就要对其所处的背景场域进行考察：一方面是理论背景，即中国儿童权利研究所受的外在学术因素影响，具体包括中国权利理论的发展与西方儿童权利理论的引入；另一方面则是实践背景，主要是指中国儿童权利保护实践之需要。

（一）中国权利理论的成熟和发展

20世纪90年代是中国权利理论的迅速发展时期，以权利与义务关系之论战为动力源，中国法完成了从“义务本位法”到“权利本位法”的更新，中国法哲学的研究历经了从“阶级斗争范式”到“权利本位范式”的变革。从中国权利理论的发展来看，其对中国儿童权利研究的影响主要体现为以下三个方面。

首先，人权研究的持续深入及其对儿童权利研究的推进。2004年“人权入宪”和2012年刑诉法增加人权保障条款对于中国人权实践具有非凡意义。如图表4所示，在这两个时间点前后理论界对人权的研究呈现出持续增长或者小峰值状态。我国对儿童权利的集中研究则相对滞后于人权研究（图表4），这在一定程度上彰显了人权研究对儿童权利研究的推动和促进作用。就发文量而言，2003至2005年是我国人权

研究的迅速发展时期并且在2010年之前均维持很高的研究热情；在人权理论不断完善的基础之上，自2010年开始儿童权利研究产生出较多理论成果。实际上，在西方儿童权利理论中关于儿童权利证成最经典的范式也是人权范式。

其次，权利体系的扩张和新兴权利研究的热炽。在“基本权利—一般权利—新兴权利”的基本脉络中，权利体系在扩张中不断完善，有些以往并不在权利体系中的权益或者不被重视的权利，现在可能需要被纳入权利体系或者要被更好地加以对待，这里自然也包括儿童权利。此外，从“三代人权”的进化发展到以“数字人权”为关键的“第四代人权”的提出，无不体现了权利体系自我繁衍扩张的能力。加之，近年来新兴权利研究成为法学界的理论热点，虽然目前我国关于新兴权利的研究仍存在许多问题，但新兴权利研究对法律权利制度的意义重大，一方面引领着旧有权利体系的发展，另一方面还指引着权利实践的进步。

最后，权利的运作方式及其实现程度得到进一步关注。根据经典的“三代人权”理论，不同代际权利的保障主体和实现方式不尽相同。其中，儿童权利作为第二代人权，则要依赖于国家权力的积极作为加以落实。但在人权保障和权利实现方式上，传统的“国家权力—公民权利”模式并不利于权利的实现，因而学者开始转向对国家义务的研究，主张现代社会应该当遵循“国家义务—公民权利”的权利实现方式。最近，关于经济与社会权利保障的研究成为一个理论热点，这对儿童权利的实现将大有裨益。

权利理论确立之后，儿童权利的产生和发展才成为可能。中国权利理论的成熟和发展为中国儿童权利研究提供了一个基本的理论参照系。同时，中国权利理论框架中的不恰之处亦可能造成我国儿童权利研究的误区。

（二）西方儿童权利理论的引入

“儿童权利”概念率先在西方确立。事实上，从儿童权利观念到儿童权利概念经历了漫长的过程，并且儿童权利概念本身的内涵也在不断发展变化。最初的儿童权利内涵比较单一，主要强调一种照顾和保护，即“child rights = care + protection”；后来，尤其是在《儿童权利公约》（以下简称《公约》）生效以来，儿童权利概念变得更为丰富，突出一种个人权利的理念，即“child rights = care and protection + individual personality rights”。

西方儿童权利理论是何以能够进行对外输出的呢？首先，西方从20世纪初期开始意识到儿童处境的不公平到1924年的《儿童权利宣言》再到60年代大规模的儿童权利运动，已经使儿童权利观念深入人心，儿童权利所蕴涵的自由解放的人权思想是其能够向外传播的理论根基。其次，《公约》的生效是西方儿童权利理论繁荣的直接原因。截至2015年10月，《公约》的缔约国已达196个，是迄今获得最广泛批准的人权条约。最后，儿童作为权利主体的定位意味着人类对待自身的态度开始发生转变，反映了人类对自身未来的关照。

西方儿童权利理论的发展有其自身的关注和特殊的背景，那么，它的兴趣点又是何以能够以及在何种程度上影响中国儿童权利研究的呢？一方面，我国于1991年加入《公约》，以此为契机，西方儿童权利理论迅速输入中国。从图1也可以看出我国学者对儿童权利理论的集中研究也由此起步。对我国儿童权利研究的成果进行分析，发现其研究进路主要有三条：一是直接对儿童权利的基础理论进行阐释和探讨，二是对儿童权利保护的国际法律和国际实践进行研究，三是以西方儿童权利理论或者《公约》等国际文件为参照标准来揭示中国儿童权利保护中存在的问题。另一方面，中国儿童权利研究的问题域也深受西方儿童权利研究的影响。图2、图3展示的研究主题是西方儿童权利研究旨趣的一部分，西方儿童权利研究的主题范围广泛，其中还有很多成熟的研究内容我国刚开始关注甚至还未关注到。

综上，西方儿童权利理论的引入是中国儿童权利研究的背景因素之一，西方儿童权利理论构成中国儿童权利的直接理论渊源，其问题旨趣也极大地影响了中国儿童权利的研究主题。

（三）中国儿童权利保护的现实实践

一方面，在《公约》以及国际压力的推动下，中国加快了儿童权利保护的步伐。儿童权利在中国的发展是晚近的和被动的，加入《公约》之后，为了弥补相关法律制度的空白，我国将儿童权利保护的实践主要集中在相关法律规范的制定和某些重点问题的政策性回应上。首先，制定的综合性法律主要有1992年生效的《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》，前者于2006年和2020年进行两次修订、2012年进行一次修正，后者分别于2012年、2020年进行了一次修正和修订。其次，我国还制定了一些与儿童权利有关的专门性法律，主要有《收养法》和《义务教育法》。最后，还有一些地方性立法，比如省政府制定的学前教育管理条例。但正如有学者指出的，这些法律普遍存在口号化严重，重述其他法律，可操作性不强以及系统性差的缺陷。针对我国儿童权利保护法律规范的空白和无力现象，我国在重点的问题领域制定了一系列政策或者开展了专项行动，如《国家人权行动计划》、《中国儿童发展纲要》、《国务院关于当前发展学前教育的若干意见》、《学前教育三年行动计划》等。不能否认它们发挥的作用，但无论是作为公共政策还是专项行动的行政改革都缺乏一般制度能力，由于其稳定性、普遍性和时效性较差，在落实的过程无可避免地表现出一种“运动式治理”的样态。

另一方面，中国权利事业的发展推动了我国儿童权利的保护实践。首先，国家在法治建设的整体背景下展现出对权利和人权的重视。例如，2004年“国家尊重和保障人权”写入我国宪法，2012年新刑事诉讼法增加了人权保障条款，分别从根本法和基本法层面明确了国家对人权的保障义务。其次，对儿童权利进行特殊保护是一国权利事业发展的内在要求，也是权利时代的呼唤。我国正处于社会转型时期，再加上风险社会的不确定性因素，儿童作为一个易受侵害的弱势群体需要受到特殊保护。例如，本次新冠疫情期间，由于医学隔离等原因使一些儿童客观上无法得到监护人的照顾和保护，甚至有些儿童直接丧失监护人，我国对此进行提炼和总结，在民法典中增加了突发事件等紧急状况下，对无人照料的被监护人进行公职监护的临时监护制度。最后，改革开放以来，特别是从中共十五大提出“法治方略”以来，执政党关于儿童权利保护的意识形态极大地推动了儿童权利保护实践。如在十九大报告中明确提出保障儿童教育权利——“推动城乡义务教育一体化发展，高度重视农村义务教育”、“办好学前教育”、“普及高中阶段教育”、“努力让每个孩子都能享有公平而有质量的教育”；强调加强儿童权利社会保障体系建设——“坚持男女平等基本国策，保障妇女儿童合法权益”、“健全农村留守儿童……关爱服务体系”。此外，我国在《国家人权行动计划》中设有“儿童权利”专节。

综上，中国权利理论、西方儿童权利理论和中国儿童权利保护的现实实践分别构成了中国儿童权利研究的思想基石、理论源泉和现实动力。但目前我国儿童权利保护的制度体系还不够健全，儿童权利保护的现实状况也亟待改善。面对这样的时代呼唤和社会呼唤，国家通过政策、专项行动等手段予以积极回应，但是儿童权利保护的实际效果依旧欠佳。其中非常重要的一个原因在于中国儿童权利理论研究的滞后与脱节，亦即中国儿童权利理论研究对中国儿童权利保护实践的支撑不足。故而，中国儿童权利保护的现实状况呼唤着中国儿童权利理论研究的转型和优化。然而在转变研究思路和方法之前，我们首先需要把握当下的研究样态是怎样的？在哪些方面是值得肯定和继续发扬的？更为重要地，在哪些地方是存在问题的？文章的第三部分将对这些问题作出回应。

三 中国儿童权利研究的逻辑紊乱

上文对影响中国儿童权利研究的背景因素进行梳理，一方面是为了在整体上把握我国儿童权利研究现状的诱因，另一方面则是希望能为我们理解中国儿童权利研究逻辑提供一种前提性的支撑。下面我们将对中国儿童权利的研究成果进行更为细致的剖析，旨在理清其内在的脉络和逻辑，揭示出其中存在的问题。

（一）中国儿童权利研究的理论基调模糊

面对儿童和成人在权利分配和权利实现上的现实差异性和不平等性，当代西方儿童权利理论中主要存在着“保护论”和“解放论”两派观点。要言之，保护论以家长主义为基础，强调儿童是脆弱的和非理性

的,进而主张儿童权利的保障和实现必须依赖于成人的干预和保护;而解放论则认为儿童的本质并非脆弱和非理性的,况且成人也不总是或者总能为了儿童的利益着想和行事,例如,现实中成人侵害儿童权利的事件是数见不鲜的,故而主张儿童并非是依附于成人的客体,而应该是权利的主体。两派之间存在激烈的论辩,也正是在双方的论争中“保护”和“解放”构成了西方儿童权利理论的基调。

从本质上说,解放论和保护论之间的理论张力主要根源于“儿童权利”概念本身的复杂性。儿童“权利”作为一种权利,它首先体现出一种儿童作为权利主体所具有的自治属性;但又因为是“儿童”权利,基于儿童的脆弱性、依赖性、易受侵害性以及儿童在权利享有和权利实现上的特殊性等事实,使得它又必然要蕴含一种保护指向。

在我国,“儿童权利研究”一般被表述为“未成年人保护研究”。从语义分析的角度来看,中国儿童权利研究的理论基调似乎是一种保护论,然而,这里的“保护”与西方保护论者“保护”之内涵并不相同,就二者的具体关系而言,前者包含后者。由于基本概念使用不精确,不可避免有些学者在儿童权利“保护”的题域内讨论的实质上却是儿童“解放”的内容,反之亦是如此,进而造成一种理论基调上的错乱感。由于基本概念的粗略处理,很多研究者甚至没有注意到“解放”和“保护”两种理论基调的不同,只是立足于儿童权利保护的立法对策和规范完善层面研究儿童权利。除了概念处理模糊导致理论基调不明晰,目前我国儿童权利研究还出现了第三条道路,这又主要有两种情形。一是在对儿童性质和地位进行考察时坚持解放论的观点——儿童权利是对儿童的赋权,而赋权是与参与紧密相连的——且更侧重于儿童权利的自决权和参与权面向;但讨论到儿童的具体权利部分则转向保护论,仅强调国家、社会和家庭的保护义务,而忽视儿童在儿童权利实现过程中主体性的发挥。二是有一部分理论成果虽然注意到“解放”和“保护”两种理论基调的差异性,但面对二者的价值吸引力,试图调和彼此之间的矛盾和冲突,但遗憾的是,目前这种折中理论不仅没有得到充分有效的论证,甚至还使我国儿童权利理论基调不清的程度进一步加深。总之,目前“折衷说”在处理中国儿童权利研究理论基调模糊的问题上仍然是无力的。

以上,我们可以看到我国对西方儿童权利基础理论研究的严重不足。我国儿童权利研究成果中关于未成年人刑事司法保护的占据绝大比例(图2),体现了中国儿童权利保护及研究还主要局限于底线保护的范围内,对于儿童福利的相关研究则比较薄弱。此外,我国关于儿童本体理论研究还远远不够。在基础理论研究不足,“保护”研究不到位的情况下,寻求儿童“解放”必然会相当困难。

(二) 中国儿童权利研究的理论语境杂糅

所谓中国儿童权利研究理论语境杂糅是指中国儿童权利理论工作者在研究儿童权利时所采取的一种过度化约的处理方式,即面对儿童权利中义务主体的多元化以及国内(法)/国际(法)话语的差异性,试图以一种统一的、不区分理论展开之关系语境而进行儿童权利研究的现象。

在考察中国儿童权利研究的理论语境之前,有必要对儿童权利中涉及的主体以及主体之间的相互关系进行梳理。儿童权利作为一种制度,涉及的主体主要有四个:国家、社会、家庭与儿童自身。其中,儿童应当处于最中心的位置,其他三者之存在或干预的最终目的均需是为了儿童的最大利益;与此同时,国家、社会和家庭也均可能对儿童造成侵害。需要注意的是,在“国家—儿童”、“社会—儿童”和“家庭—儿童”这三组关系中,与儿童相对的既有公法主体又有私法主体,因此这三对关系的色彩和性质是不同的,在此之下的儿童的角色和地位也是各异的,国家、社会和家庭在儿童权利实现中的职能亦是不尽相同的。其次,国家、社会、家庭都具有介入其他两组关系中的可能性,进而造成一种公、私关系的交叉格局。而现实中这种公私交叉关系是更为普遍的,这也就进一步造成了儿童权利制度中主体方面的复杂性。此外,在学者的研究中还有一个重要的义务主体会被单独分析,即学校,因为儿童的受教育权(发展权)主要通过学校来实现和保障。但从学校的性质入手,基于公立学校背后的“国家性”以及私立学校具有的“社会性”,我们可以做将前者归入国家、后者纳入社会的处理。图5将上述复杂关系作了更为具体和形象地展示。

一方面,中国儿童权利研究对儿童权利主体方面的理解比较狭隘,基础理论部分对主体的研究局限在儿童身上,而缺少对义务主体基础理论的阐释。我国研究儿童权利的专著一般采用总论(上篇)一分论(下篇)式的思路,第一部分探讨有关儿童权利的一般性问题,基本上是对西方儿童权利理论的重述,第二部分则是探讨特殊领域的儿童权利保护或者是特殊儿童的权利保护问题。这种看似逻辑严密的总分式写法,在面临儿童权利中权利主体与义务主体以及不同义务主体之间相互交织的、不停变动的复杂关系时难免产生处理能力不足的问题,而这种能力欠缺又将直接导致基本理论语境的模糊化。当然也有学者会首先交代其所要讨论的就只是国家介入父母子女关系的这一组关系,并且认为在此种语境之下干预主义的国家介入实质上是一种政治问题,此时儿童权利所要达到的目标是分配正义。还有学者从宪法学的视角出发,在国家介入家庭教育的语境下探讨了国家、家庭和儿童三者利益如何平衡的问题。但遗憾的是,目前仍然缺少将儿童权利置于图5的复杂关系网结中进行全面分析与论证的成果。另外,在硕博论文中关于儿童权利研究的成果相对丰富,但也只有一小部分注意到了界定儿童权利中义务主体的问题。以其中的法学博士论文为例,主要存在两个突出问题:第一,绝大部分文章只对儿童和不同义务主体之间的关系进行单独分析,而缺少对其他主体介入之下的关系分析。第二,其中对介入情形有所探讨的文章仍未能全面阐释图5展示的关系网络。

另一方面,当下中国儿童权利研究中还存在国际语境和国内语境杂糅的问题。在国际法层面,儿童权利之实现强调的是主权国家这个义务主体,例如《公约》明确规定“缔约国应尊重本《公约》所载列的权利”、“缔约国应采取一切适当措施确保儿童得到保护”。而在国内法层面,儿童权利保护是国家、家庭、社会与儿童之间的互动关系网络(图5)。既有中国儿童权利的理论研究以及专门立法主要是在国际法律和国际实践的推动下被动展开的,由于此前并没有直接的理论准备,我国很多学者将西方儿童权利理论作为中国儿童权利发展的唯一理论渊源,并将《公约》等国际文件作为衡量中国儿童权利发展状况的唯一标准,而忽略了儿童权利的国际法面向和国内法面向的区分。西方儿童权利理论虽是中国儿童权利发展的背景因素之一,但我们反对“为了公约而公约”的做法,因为《公约》仅是一个框架性规定,若只是一味地套用之,那么会将国内儿童权利保护方面的很多问题忽略掉。这种缺乏反思性的理论移植实质上源于一种过度化约思维,缺乏对中国传统观念、制度基础和技术手段的考量。因此,我们应该逐步走向“设计法律移植阶段”和“反思法律移植阶段”。也就是说,我们在对西方儿童权利进行引入的时候应当注意进行资源协调、理论协调与文化协调。

综上,目前我国对儿童权利义务主体方面的阐释欠佳,今后在进行儿童权利基础理论阐释时应当首先澄清所要阐释的理论是在哪一关系语境下展开的,并尝试对儿童权利主体方面的复杂关系进行全面研究。此外,需要对公约框架进一步地挖掘和分析,避免在国际问题与国内问题、国际话语与中国话语上产生混淆和杂糅。实际上,中国儿童权利研究的语境杂糅与前面所提及的中国儿童权利研究中理论基调的模糊也是不无关系的。

(三) 中国儿童权利研究的理论功能虚置

“人们对法律所做的无论是‘理论性’思考还是‘实践性’思考,始终都是基于法律实践并为法律实践而展开的,法律实践构成全部法律思考的起点与归宿……”。不止法律理论和法律实践如此,任何理论的形成和发展都要立足于一定的社会背景和社会条件,其论证的素材要尽可能涵盖当下;我们关注西方、学习西方理论,终要回到中国情景并解决中国问题。在此种意义上,我们认为理论应当且实际上是回应实践的,无论是直接的还是间接的。那么,儿童权利作为一套理论,也应具有回应儿童权利保护现实实践需求的基本功能。

中国儿童权利研究者具有强烈的现实关怀,但由于种种原因,目前的研究存在明显的理论功能虚置问题,可以概括为“应当回应而没有回应”和“有所努力但未能实现”两个方面,具体分析如下。

一方面,中国儿童权利理论与儿童权利保护实践需要之间出现了断层。近年来,我国儿童权利保护领域暴露出了很多亟待解决的现实问题,但囿于缺乏有效的应对策略和解决方案,或者说,由于制度建设层

面的缺漏和滞后,使我国儿童权利保护的现实状况不甚乐观。究其本质,是因为中国儿童权利理论研究未能与儿童权利保护的迫切需要相匹配。例如,13岁大连男孩杀害10岁女孩的事件,直接引发了降低刑事责任年龄的刑法修正案。在这里,当作为“二次法”的刑法越来越成为解决社会问题的首选,所反映的恰恰是现行儿童权利保护专门制度建设的不足,而其背后的原因之一则是中国儿童权利理论研究不力,未能担负起回应现实的责任。另外,理论工作者也要在现有制度框架之下挖掘更加恰适的理论,通过解释的方法来应对和解决新型问题,避免一种非立法不可的思维。

另一方面,有一些学者对自己开展的儿童权利研究进行了较为精准的理论功能置放,但最终却没有完成预设的理论功能目标。第一种情形是,在论证的过程中偏离了最初的理论预设。例如,张杨在《西方儿童权利理论及其当代价值研究》一书中预设的理论功能是在源出脉络中批判性地考察西方儿童权利以促进中国儿童权利的发展,但论证到最后却割裂了儿童权利与中国文化传统,暗含一种以西方为标准来改造中国文化传统的观点。第二种情形是,由于当下的客观原因而无法达到预设的理论目标。以儿童福利理论的研究为例,目前的研究主要体现了两种思路:一是对国外儿童福利立法开展横向考察,二是对中国儿童福利观念、政策的纵向研究,来寻找适合中国的儿童福利模式。就整体而言,综合模式已经成为我国儿童福利立法模式的基本共识,但在究竟谁是主导方面问题上存在分歧。这里主要有两派观点:其一,以陆士桢为代表,主张中国应当以家庭为中心,建立全面普惠型的儿童福利制度;其二,以吴鹏飞和童小军为代表的国家本位观点,他们分别从国家义务论和国家亲权视角论证了以国家为主导的儿童福利制度建设模式。需要指出的是,中国儿童福利财政保障的现实问题——“资金来源单一”、“预算不足”、“预算与决算脱节”等,限制了我国儿童福利政策的有效实现。因此,我们的当务之急不是比较、选择、构建一种最理想的儿童福利模式(高标准的理论置放),而是在中国当下的现实状况之内,立足于我国所处的阶段、经济状况、制度现状以及政策考量等多方面的因素,寻找和发展与中国实际最相适应的儿童福利理论和制度。

综上,中国儿童权利研究出现了理论与实践的脱节问题,预设的理论功能目标并未能实际发挥出原本的功效。我们认为主要原因有三:一是中国儿童权利研究整体上的滞后,使其未能实现回应现实的理论预设;二是中国儿童权利研究受西方儿童权利范式影响太大,由于过度的理论依赖而减弱了对中国儿童权利理论和中国儿童保护实践的回应性;三是中国权利本身的研究还需要进一步细化,并通过自身的发展为儿童权利研究提供思想支撑,促进中国儿童权利理论的发展。

四 中国儿童权利研究的进路调适

诚如上述所呈现的,目前中国儿童权利研究中存在逻辑紊乱的问题,因此我们必须在研究进路上进行及时转换与必要调适。为了能更好地理顺和澄清中国语境下的儿童权利理论,当下中国儿童权利研究可以着重从三个方面入手:强化基础理论,突出现实回应能力与勾连本土文化。其中,强化儿童权利基础理论的研究是基础,突出儿童权利理论对现实的回应能力是关键,勾连本土文化则是发展儿童权利理论的内在要求。

(一) 强化中国儿童权利基础理论研究

儿童权利理论滥觞于西方,有其自身发展的特定历史、文化、社会等环境因素。西方儿童权利引入并非简单的理论重述,而是在把握影响中国儿童权利发展背景因素的基础上提高理论转化能力,并对西方儿童权利理论进行必要调适,使之适应中国特殊的“生态环境”,以理顺当前中国儿童权利研究逻辑,构建中国儿童权利理论体系。

第一,儿童权利理论和权利理论体系的兼容问题需要更深入的分析与论证。权利的发展是儿童权利发展的背景因素之一,并且儿童权利作为权利家族的一员,或者说儿童权利是一种特殊权利。基于二者之间的这种关系,权利理论研究应当是能够有效推动儿童权利研究的,同样地,儿童权利理论的研究也应能推动权利理论的发展。但实际上,我国权利理论的研究成果并没有被有效地运用和指导儿童权利的研究,发展滞后的中国儿童权利研究也未能为权利理论带来应有的活力。因此,我们亟需加强对儿童权利与权利体

系兼容问题的理论研究,以使双方的研究成果能为彼此发展提供兴趣点。这要求我们更加精准地定位儿童权利在权利体系中的位置,探寻儿童权利在哪些方面具有特殊性。例如,前文所讲的儿童权利中义务主体的多元化以及儿童权利中权利主体的成长性,即随着儿童的成长,其权利内容也在不断发展变化。此外,由于中国权利理论最初的发展也受到西方权利理论的影响,所以还应时刻关注西方权利研究的理论动态。

第二,中国儿童权利理论体系需要进一步完善。由于儿童权利的特殊性,不能完全直接套用权利理论体系。但是目前中国儿童权利研究太过分散,缺乏理论自觉性,很难形成整体性的理论突破。此外,我国儿童权利研究的基本进路——无论是国际法进路,还是国内法进路——主要是以1989年《公约》的理论框架为标准,并且对其尚且存在片面性研究的问题。故要构建和完善中国儿童权利理论体系,可以从以下三个方面着眼:首先,拓展儿童权利基本原则研究的面向。《公约》确立了儿童权利保护的四项基本原则——无歧视原则、儿童最大利益原则、最大限度地确保儿童的生存和发展原则以及尊重儿童意见原则。目前我国的研究主要集中在“儿童利益最大原则”上,而对其他基本原则的专门研究甚少。其次,加深儿童权利保护原则研究的深度。以“儿童利益最大原则”为例,我国对该原则的研究并不成熟,一方面是具有描述性和重述性特征,或仅停留在表面的初步探析上。但该原则一直在不断进化,并且在不同情形下其内涵也是有所差异的。另一方面则是主要局限在私法领域,多集中于婚姻家庭中子女最佳利益的探讨。对儿童利益最大化原则理论研究的不深入也导致了司法裁判中不平衡适用与过激适用该原则的现象。最后,扩大对儿童权利内容的研究。目前我国对儿童权利内容的研究主要集中在刑事司法、婚姻家庭和教育领域,实际上很难形成完整的儿童权利体系。此外,目前对儿童权利的研究还多停留在底线保护的范围内,虽然也有学者对儿童福利权进行了一定研究,但只是一种初步的和底线式的探索。

第三,增进法学二级学科以及法学与其他学科之间的交流与合作。首先,在未来的儿童权利研究中需注重法学与其他相关学科的合作。鉴于儿童的特殊性,对儿童权利的研究很难凭法学的一己之力完成,例如关于儿童本质问题就可能涉及法学、心理学、社会学、教育学等多门学科的知识。另外,目前法学外部学科关于儿童的相关研究已经十分丰富,足以能为法学研究提供一些借鉴和启发。实际上,这种多学科的合作研究能增加儿童权利研究的全面性,完善儿童权利理论体系,甚至能提高儿童权利的社会关注度和社会地位。其次,加强理论法学和部门法学之间的合作。从前文的分析可知,目前我国法理学界对于儿童权利的研究不够深入,部门法关于儿童权利的研究则比较狭隘,可以尝试通过二者的合作交流来探求促进中国儿童权利研究快速发展的路径。例如,对于“虐童”问题可以更多地由部门法学作更恰适的阐释。最后,儿童权利实现过程中的学科合作需要进一步加强。这主要是指与权利的实现、保障、运行等问题保持一种理论的沟通,剖析权利实现背后的问题本质,探寻儿童权利真正实现的路径。

(二) 突出中国儿童权利研究的现实回应能力

目前我国儿童权利保护虽然已经形成了以《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》为主体、以《教育法》、《义务教育法》、《收养法》等特殊领域立法为重点以及以其他部门法相关条款为补充的基本法律框架,但尚存在重点领域基本立法缺失问题,如学前教育法、家庭教育法等。此外,现有相关法律制度的运行也不顺畅。理论对现实应当是具有解释力和诠释力的,未来的中国儿童权利研究应着重从儿童权利保护制度创制与制度运行两方面入手。

关于儿童权利保护法律制度的创制,仍有很多问题需要学理上的进一步探讨。在此将以我国儿童权利保护领域的最新立法动态为例证进行分析与论证。首先,教育部就《学前教育法草案》公开征求了意见。就目前草案内容来看,仍有许多问题不够明晰:学前教育的性质和地位是怎样的?对幼儿园类型的划分是否合理?政府在学前教育中的定位是怎样的?在不同种类幼儿园中政府责任内容分别有哪些?如何协调政府、家庭、社会与幼儿园在学前教育领域中的关系?如何建立幼小衔接制度?其次,全国人大组织开展了家庭教育立法的调研工作。关于家庭教育立法还有很多基础性问题需要予以论证:当下中国家庭教育立法的可行性和必要性在哪里?家庭教育法的性质是什么?在家庭教育领域应该如何协调政府、学校、社会和家庭之间的关系?它们各自的职责内容又如何界定?留守儿童的家庭教育工作机制如何建立?家庭教育法与其他儿童权利保护立法之间如何进行有效衔接?最后,《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》均于2020年10月进行了二次修订。前者最大的改变是增加“网络保护”和“政府保护”专章,从而

形成了家庭、学校、社会、网络、政府和司法保护的似乎全面的保护格局。虽然有学者肯定了本次修订，但是其对未成年人的罪错行为仍然坚持“不良行为”、“严重不良行为”和“犯罪”三分法划分是否科学？

另外，还需要补充的一点是，教育法学这个交叉学科的兴起或许能够为解决上述的一系列问题提供些许思路，促进我国教育立法的科学化。目前关于教育法体系化和教育法法典化主要存在两种针锋相对的观点：一是认为教育法体系化是教育法法典化的前提，二是主张只有先实现教育法法典化才能够有助于完善教育法体系。从规范体系来看，从学前教育到义务教育至少可能体现出一种规范的整合或体系的重构。教育法学要做的就是探寻如何以儿童权利保护为主线去实现这种整合。总之，儿童权利理论工作者需要以这些问题为导向，开展深入的理论研究，以推进儿童权利保护制度的理性构建。

然而，制度建构只是起点，更为关键的是如何保障法律制度能有效运行，亦即儿童权利保护制度的法律实效问题。《民法典》的颁布被视为“人权事业发展的丰碑”，而儿童权利作为人权体系的重要组成部分，如何确保民法典中的儿童权益保护制度真正有效落实理应成为儿童权利理论工作者的重点研究内容。例如，胎儿利益的保护问题，父母对未成年子女教育、保护的权利和义务问题，“最有利于被收养人原则”的落实问题，收养评估制度的实施问题，性骚扰未成年人的预防问题，离婚制度中“最有利于未成年子女”原则的把握问题，未成年人的临时监护制度的落实问题……目前我国的未成年人法总体上处于备而不用用的状态，例如《预防未成年人犯罪法》实际上并没有司法适用性，对于未成年人的罪错行为，我们援引的是《治安管理处罚法》、《刑法》等成年人法，亦即我国少年刑法或少年司法的缺失导致了对待少年罪错行为的制度实施的怪象和困境。

总之，中国儿童权利保护法律制度的构建、运行及其预设理论目标的实现均需来自于儿童权利理论的支撑，而突出理论的现实回应力是理论工作者的本分。

（三）中国儿童权利研究的本土文化勾连

弗里德曼在以“观念——文化”为视角对人权进行剖析的过程中，向我们展示了整个世界相互作用的文化和作用图景。无独有偶，我国亦有论者认为对儿童的全方位保护使得少年司法制度变得像是一个全人类的文化生态体系。实际上，儿童权利概念被移植到中国后其影响从来不是单向的，而是会与中国的本土文化发生双向作用。因此，这也在客观上要求我们在进行儿童权利研究的过程中应当勾连起中国的本土文化。

我国学者将儿童权利与中国本土文化进行融合研究的理论成果还比较有限，反而是将其“割裂”的倾向更加明显。割裂的路径主要有两条：第一种认为儿童权利源自西方，中国的传统文化的落后保守观念阻碍了儿童权利的发展，甚至认为中国传统文化自始未能孕育出儿童权利观念并指出需要对相关本土文化进行改造以为儿童权利的发展寻得出路。第二种观点认为儿童权利保护中存在文化选择的问题，而中国儿童权利保护的文化选择必须以《公约》为规范依据才能防止最终走向文化误区。那么，割裂儿童权利与中国本土文化的问题根源在哪里？我们认为，这主要是因为我国许多从事儿童权利研究的学者受制于对传统的错误认识。

根据希尔斯的论述，传统就是被代代相传的事物，是人类行为、思想和想象的产物；在代代相传的过程中不会完全保持同一性，那些继承了传统的人赋予其新的内涵，以使其更为完善。除了什么是传统，在这里我们面临一个更重要的问题，那就是今天的中国传统到底处于一个怎样的状态？甘阳认为中国传统呈现出一个“通三统”的样态，即分别以儒家文化、平等正义和市场为核心的孔夫子的传统、毛泽东的传统和邓小平的传统共同构成了一个中国历史文明的连续统。俞可平则以现代化和全球化双重变奏的时代背景为基点，主张中国文化是由中国传统文化、西方近代文明和马克思主义传统三种要素的融合。具体到法律领域，姚建宗在一般法理学意义上对“法律（文化）传统”进行了剖析；与甘阳“通三统”理论相类似地，

侯猛主张中国现代司法文化应该是一种儒法传统、政法传统与现代法治传统的“三通”格局。总之，在当下中国我们必须面对一个多元传统并存的基本格局。

那么，中国儿童权利保护的传统基因从何而来呢？

首先，从中国古代传统中，可以提炼儿童权利的文化基因。目前的研究成果主要通过铸造一把儿童权利与中国传统“孝道”根本对立的利剑来割裂儿童权利观念与中国传统文化之间的关系。虽然儒家文化讲究“百善孝为先”，强调“君君、臣臣、父父、子子”，但这并不仅是一种子对父的单向义务，孝文化本质上是一种双向关系，在“生养一孝顺”的逻辑中，“生”和“养”是“孝”和“顺”的必要条件，亦即“父父”方能“子子”。在此意义上，我们认为儿童权利观念与中国传统孝道并非对立关系，二者甚至还具有某种共通的精神内核。“儿童权利”虽是舶来品，但不能否认在中国传统中早有儿童权利的观念存在，“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”的体弱恤幼就是典型例证。此外，孟母三迁、杀彘教子的典故说明了家庭对子女教育的重视以及良好的家风家教对于儿童成长的裨益；孔融让梨、芦衣顺母的故事则体现了通过典范示例来培养儿童修养；“宣父犹能畏后生，丈夫未可轻年少”的诗句传递出贤达之士对于少年人的鼓励和期许；“养不教父之过，教不严师之惰”、“贤母使子贤”、“慈母有败子”、“庸师误子弟，子弟可复胚乎？”这样一些训言则强调了为人父母和师长者对于儿童成长所担负的责任。中国古代传统的底色可以说是一种“家天下”的思想观念所铺就的，在那个“家国同构”、“家国一体”的社会里表面看来似乎更多地在强调个人对国家的义务和担当，实则不然。因为这里所讲的个人对国家的担当更多是结果意义上的，抑或说是国家对于个人的一种理想期望，而有所担当的前提是通过教育使儿童的人格有所养成。这又可以从国家对儿童和学生的教育思想中得到印证——“仕而优则学，学而优则仕”。或许在这里曾子的“君子”思想会更具有阐释力度，在他看来，所谓君子“可以托六尺之孤，可以寄百里之命，临大节不可夺也”。可见，中国古代对儿童的教育是以整个国家为背景的。虽然这种儿童观具有功能性或工具性色彩，但我们不能否认其对儿童个人品格养成的价值。

其次，从新民主主义革命以来的革命传统中，亦能挖掘出儿童权利保护的传统基因。中国共产党作为马克思主义政党，以人的解放与人的全面发展为终极追求，以“全心全意为人民服务”为宗旨。基于自身的使命，中国共产党高度重视并厚望于青少年的成长，始终认为青年是祖国的未来，赢得了青年就是赢得了一切。中国共产党在其成立的第二年就组建了中国共产主义青年团（原称中国社会主义青年团），以领导全国的青少年工作。在中国共产党的领导下，中国少年儿童团（第一次国内革命战争时期称“劳动童子团”，抗日战争时期称“抗日儿童团”）在组织、领导、教育少年儿童方面发挥了重要作用。这一革命儿童组织为中国新民主主义革命以及后来的社会主义建设培养了大量的后备力量，其中包括刘胡兰、王二小等为中国革命事业做出杰出贡献的革命先烈。抗日战争时期，毛泽东在革命根据地曾三次为“儿童节”题词，分别为：“天天向上”、“好生保育儿童”和“儿童们团结起来，学习做新中国的新主人。”建国后，儿童团演变为中国少年先锋队，成为贯彻中国共产党儿童教育政策，组织、教育、保护和关心少年儿童成长的群团组织。中国少年先锋队的队徽、队旗、队歌和队员的“红领巾”标志均体现了革命传统的传承。

中国共产党重视青少年成长的思想可以追溯到新文化运动时期，例如1915年《青年杂志》（《新青年》）的发刊词即陈独秀撰写的《敬告青年》，之后李大钊则在该刊发表了脍炙人口的篇章《青春》。这种对青年一代寄予厚望的观念恰恰体现了儿童权利的一个面向，即将儿童作为主体来对待。不过，由于“五四运动”对于中国封建礼教的猛烈抨击，中国共产党寄希望青少年改造世界的理想可能会被误解为和中国传统文化的决裂。其实，革命传统并非和中国古代传统不能衔接，作为“五四运动”领导者的中国共产党主要创建人的批评对象是和封建统治融合在一起的“君道臣节”、“纲常名教”，而并非是全部中国古代传统。例如李大钊曾明确说明：“余之掊击孔子，非掊击孔子之本身，乃掊击孔子为历代君主所雕塑之偶像的权威也；非掊击孔子，乃措击专制政治之灵魂也。”陈独秀在《我之爱国主义》一文中，认为勤、俭、廉、洁、诚、信等几种传统道德，“固老生之常谈，实救国之要道”。即便在批评封建的“孝道”时，陈独秀也没有否定父母与子女之间天然的伦理关系，他在扬弃这些道德的封建性所带来的片面和不平等时，

继承了儒家传统的孝悌道德、家庭关系，保存了由血缘关系而产生的天然伦理的爱和义务，并设想要把家庭的爱扩展到社会上去。

最后，在改革开放以来的社会主义现代化建设时期，也蕴含着儿童权利保护的文化基因。其中，邓小平“教育要面向现代化，面向世界，面向未来”的题词，成为该时期儿童受教育权保障的精神内核。此外，该时代还出现了“再苦也不能苦孩子，再穷也不能穷教育”的经典口号。再比如，自20世纪80年代末、90年代初，由中国共产主义青年团中央和中国青少年发展基金会发起的希望工程，至今已经取得了较为丰硕的成果。1990年2月，经中共中央批准，以热心关心下一代工作的离退休老同志为主体，以关心、教育、培养青少年健康成长为目的的群众性工作组织中国关心下一代工作委员会（简称中国关工委）成立。中国关工委组织和动员老干部、老战士、老专家、老教师、老模范（简称五老）等老同志，积极配合党政有关部门和群团组织开展工作，引导青少年树立和践行社会主义核心价值观，支持和帮助青少年成长成才，也体现了革命传统在当代青少年教育中的创造性发展。

实际上，这种儿童权利保护基因的“连续统”直至今天仍然是一以贯之的。例如，表1对近三年政府工作报告中儿童权利保护的内容进行了汇总。再比如，2021年是“十四五”规划的起始年，“十四五”时期儿童被放到更高的位置，即以“一老一小”为重点完善人口服务体系，同时坚持儿童优先发展，并着力解决儿童托育问题和儿童安全问题。

由上述分析可知，中国传统文化中具有儿童权利保护的观念。实际上，中国本土文化是儿童权利理论能够在中国生长的根基。为了改变中国儿童权利研究的理论转化能力不足而导致的儿童权利理论在中国水土不服以及发展受限的状况，需要在中国儿童权利制度构建中加强中国传统的创造性转化，促进儿童权利保护传统观念与儿童权利保护制度的融合。总之，中国儿童权利研究需要加强本土文化的勾连，一方面，要着力加强对我国本土文化的研究，深入挖掘与儿童权利保护相关的本土文化的丰富内涵；另一方面，则要强化西方儿童权利理论研究的广度与深度，而其关键就在于提高理论转化能力。

五 结语

如联合国儿童基金会全球官网的《儿童权利公约》引导语所言：“但并非每个孩子都能拥有美好的童年。还有太多孩子无法享受到完整的童年时光。我们这一代人应当担起责任，并呼吁各国政府、企业和社区的领导者履行承诺，为现在及将来所有儿童的权利而行动起来。他们必须致力于实现每个孩子的每项权利。”儿童权利保护事业寄托着人类高贵的情感，在全球范围内的权利保护实践和权利理论研究中更容易引发共鸣、达成共识，蕴含着穿越时空、跨越国界、伴随人类共同发展的巨大能量。同时，儿童权利作为历史的产物，其保护实践又和特定国家的制度体系、文化传统具有密切的联系。在全球共识的底线框架上，儿童权利的保护进程依赖每一个特定国家的实际行动。具体的儿童权利制度建构及其运行又依赖法学理论研究的创新和突破。基于儿童权利关涉国际国内、国家社会家庭个人多个权利义务主体且贯通历史、现在和未来的特殊性质，可以预见儿童权利研究的深入发展将会推进整个权利理论体系的升级进化，并牵引多个法律部门和若干规范性法律文件的优化整合。以人民为中心的发展思想，呼唤对儿童权利更充分、更有效、更优质的保护。中国儿童权利保护事业在新的历史方位上加速发展，必将为中国儿童权利的理论研究带来更充沛的研究素材和机遇。

离婚后未成年子女抚养权归属原则的反思与完善——兼议《民法典》第1084条第2款/张鸿巍 侯棋

2022-06-13 中国青年社会科学

<https://mp.weixin.qq.com/s/1jgLn7v1aTEtw4-OMBQTWA>

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，主要研究少年家事法、法律实证与定量犯罪学、比较刑事司法；

侯 棋，暨南大学少年及家事法研究中心硕士研究生，主要研究少年家事法、法律社会学。

【摘 要】

随着《民法典》的出台及《未成年人保护法》的修订实施，我国未成年人抚养权归属的酌定亦愈发要求依“儿童最佳利益”原则而来的“子女最佳利益”原则行事。然而，由“子女最佳利益”原则考量而来的离婚后未成年子女抚养权归属原则歧义多变，如《民法典》第1084条第2款的规定。本文建议，应基于“子女本位”主义的“子女最佳利益”原则，融合父母性别平等视角，综合考量符合该原则标准的诸多重要现实因素，作出最有利于未成年人成长的研判。

【关键词】

父母离婚 抚养权归属 性别平等 子女最佳利益

一、问题提出

未成年人监护自古以来即为家庭要事。为切实维护和保障未成年子女的合法权益，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、《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》）等一系列法律对此进行了规制。如《民法典》第26条第1款规定，“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”；第27条第1款继而规定，“父母是未成年子女的监护人”。新修订的《未成年人保护法》第16条，更以列举加概括的方式细化了父母对未成年子女的上述监护职责，凸显了父母作为未成年子女第一监护人的监护地位以及父母或其他监护人的首要监护责任[1]。

近年来，我国经济社会与婚姻家庭观念等变迁甚巨，现已进入第三次离婚浪潮期。据统计，粗离婚率自1978年的0.18%持续上升至2017年的3.15%[2]。另据民政部数据，截至2020年底，全国办理离婚手续433.9万对，其中民政部门登记离婚373.6万对，法院判决、调解离婚60.3万对[3]。在这些离婚案件中，最重要且最敏感的问题多与未成年子女抚养权有关。如有学者统计了南京市6家基层人民法院4年的离婚案件，过半案件涉及未成年子女的监护权问题[4]。

现行监护制度下，抚养是基于父母与子女之间的特殊身份法律关系，独立于亲权或监护之外的父母对子女在经济上扶助供养、提供衣食住行与生活照护的法定权利与义务，具有强制性[5]。离婚案件中，未成年子女抚养权归属的酌定具有法律上与事实上的复杂性与争议性[6]，首要的便是需要确定抚养权的归属原则。我国《民法典》第1084条第2款规定，“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情形，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满8周岁的，应当尊重其真实意愿。”据此，父母离婚后未成年子女抚养权归属的纠纷解决分别以“由母亲直接抚养”“最有利于未成年子女”“尊重其真实意愿”等不同原则予以具体应对。但从文本表述上看，上述原则既与国际通行的“幼年推定”“子女最佳利益”等原则有内容重合之嫌，亦有内涵不清之疑，更有适用序阶之感。故而，该款存在的理解与适用误差，在很大程度上折射出父母离婚后未成年子女抚养权归属背后原则间的冲突，更反映出“子女最佳利益”等原则在我国法律语境中定位不明、含义不清的问题。

图片

二、解读：抚养权归属原则的衍进与反思

对《民法典》第1084条第2款所涉未成年子女抚养权归属原则理解的纠结，或可回溯过往，从理念、实践与立法等历史衍进中探寻其核心理念与具体含义，继而探寻抚养权归属原则具体适用的现实路径。抚养权归属的酌定曾历经从“父母本位”（父亲本位、母亲本位）主义到“子女本位”主义的转变，当然并非后发原则直接取代前一个原则，而是共存一段时间后方见高下。“父母本位”主义下的“父权推定”“幼年推定”原则曾先后居于抚养权归属原则之首，其从父母保护未成年子女利益的角度出发，推定父亲或母亲更适合或更有资格成为未成年子女的主要照护人，因而对后者优先拥有抚养权。时至今日，随着保护未成年子女利益理念的发展，愈来愈多的法域愈加认同“子女本位”主义并基于“子女最佳利益”原则来综合考量父母与子女等具体情形而做出最优选择。

（一）抚养权归属原则的衍进与冲突

1. 基于“父亲本位”主义的“父权推定”原则

在昔日奉“父权至上”为圭臬的传统社会，受神学与自然法学影响，子女被视为上帝赠与男性的礼物，在离婚中未成年子女监护权亦自然归于父亲[7]。“父权”（power of a father, paternal authority 或 paternal power）一词源自拉丁语“patria potestas”。在古罗马家事法中，父亲作为一家之主，拥有对其子女及男性后代的绝对权力。未成年人被普遍视为财产，可连同其母亲与奴隶一起被父亲随意使用、出售或处置甚而肆意处死[8]。从自然法“父权”概念出现伊始，父亲即认为拥有对几乎所有与未成年子女有关事务的决定权，但亦负有保护、抚养和教育子女的道德及法律义务[9]。而在衡平法院判决中，“父权”规则兴起于父亲在未成年子女抚养中扮演的保护角色。两相交交互下，“父权”渐衍进至推定：父母离婚后，父亲一方自然拥有未成年子女的抚养权，亦即绝对的“父权推定”原则。该推定主张由父亲抚养未成年子女更符合“子女最佳利益”，后世即有学者认为“子女最佳利益”原则基本上源自“父权”的倡导[10]。

起初，“父权推定”原则在适用时所受限制较少。然而于1763年“雷克斯诉德瓦尔案”（Rex v. Devall）后，情形则发生了变化。在彼时绝对的“父权推定”原则下，法院并未拒绝父亲拥有未成年子女抚养权，但通过否认人身保护令等司法救济，为父母对未成年子女抚养权的公平竞争奠定了法理基础①。随后于1774年，法院在另一个竞争性抚养权归属纠纷案件中继续阐明其立场，主张有责任根据“儿童最佳利益”原则作出抚养权归属的判决，而非自动将其判予父亲。在该案中，未成年子女福利被置于首要考量因素①。15年后，法院在“鲍威尔诉克利弗案”（Powell v. Cleaver）中对未成年子女抚养权及其继承权予以审查，并再次挑战了绝对的“父权推定”原则。在该案中，未成年子女的生父允许立遗嘱人照护并抚养其子，直至立遗嘱人去世。当立遗嘱人去世后，该生父随即现身并要求获得未成年子女的抚养权以及立遗嘱人留给未成年子女的遗产，但衡平法院坚持“不会让父母之感受影响其对未成年子女利益所应履行的义务”②。至此，虽然“父权推定”原则历经从绝对推定到相对推定的流变，但保护未成年子女的最佳利益乃是其中不变核心理念。

2. 基于“母亲本位”主义的“幼年推定”原则

在固有“父权推定”原则下，普通法剥夺了女性对其未成年子女的监护、照护和控制的任何合法权利；妻子只是因“其身份与丈夫身份融合的动产”这一概念而被反映在婚姻法中[11]。在这种情形下，女性在离婚后无权抚养子女。工业革命后，受到“母亲最适合养育未成年子女”的社会观念影响[12]，为确保未成年子女的最佳利益，“幼儿从母”“母亲优先”等观念兴起。直至1839年，《婴儿监护法》（Custody of Infants Act）给予法官在未成年人监护案件诉讼中一定程度的自由裁量权，且确立了母亲对7岁以下未成年人拥有抚养权的推定。自此，英国法律将基于“母亲本位”主义的“幼年推定”原则引入普通法传

统,逐步脱离了原有的父权偏好及对抚养权归属预设前提的“父权推定”原则[13]。“幼年推定”原则通常又被称为“襁褓”原则,系指法院用来确定未成年子女抚养权归属的法律原则,尤其适用于父母离婚案件。在该原则下,当所有其他因素皆相同时,除非有证据显示母亲存在监护人资格缺失等情形,否则在父母离婚后应将未成年子女抚养权优先授予母亲。及至1873年,英国进一步修订了《婴儿监护法》以更好回应和考量未成年子女需求。依据该法,母亲对未成年子女抚养权的推定被延长至子女年满16岁时;但特殊情况如父亲确定母亲犯有通奸罪等情形下,法院判决亦有例外。

直到20世纪60年代后期,大多数法域依然遵从“幼儿从母”的观念,恪守“幼年推定”原则。然而在“国家亲权”法则影响下,该原则逐渐松动,法院关于父母离婚后对未成年子女权利义务的行使负担逐渐有更多介入[14]。而随着性别平等意识的高涨,诸多法域也越来越多地从父母性别平等的角度对父母之未成年子女抚养权归属进行考量,“幼年推定”原则影响日衰。但毕竟“幼儿从母”观念盛行了数个世纪,“幼儿推定”原则已然根深蒂固,仍有一些法域在具体情形中继续适用该原则,于立法规定及司法实践中继续偏袒母亲,特别是在对涉及婴幼儿的抚养权案件作出判决时[15]。

3. 基于“子女本位”主义的“子女最佳利益”原则

诸多法域基于“国家亲权”法则制定未成年人保护法,并基于更多的与未成年人身体及发展需求而非单纯保护财产或经济利益相关的考量而合法化剥夺父母亲权[16]。此外,随着家庭结构的巨大变化,未成年人监护法已从对母亲的绝对偏好加速转变为更加平等的标准——“儿童最佳利益”(best interests of child)原则,即父母离婚后普遍适用的“子女最佳利益”原则。这一新标准开始逐渐取代了优先授予母亲对未成年子女尤其是婴幼儿之抚养权的“幼年推定”原则。由此,从“子女本位”主义出发,法院根据“子女最佳利益”原则来决定抚养权特别是抚养权的归属,并将其视为优先于所有其他因素的首要因素。在新原则下,母亲或父亲互相平等而均无预设优先地位。如在我国台湾地区,撤除第三人监护情形,2015—2017年离婚后子女亲权酌定(包含两愿离婚、裁判离婚、调解离婚及和解离婚),由父亲行使占41%、由母亲行使占39%、共同行使占20%[17]。法院在考量几个因素后决定抚养权,例如父母谁最能满足子女需求,以及谁系子女的主要照顾人,等等。

从产生到确立,“儿童/子女最佳利益”原则历经了约三个世纪的发展历程。早在18、19世纪,“儿童最佳利益”原则即成为家事判例法理缘由的一部分。及至1924年,国际联盟通过《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child),明确提出“儿童最佳利益”原则。此后,其发展远远超出了其作为家事法原则的最初概念。法院在涉及婚姻、收养、抚养和未成年人监护的诉讼中,皆适用该原则。虽然20世纪60年代后期仍有一些法域的法院根据“幼年推定”原则自动授予母亲抚养权,但随着性别平等观念的迅速普及,法院在判决抚养权案件时已更多地适用“儿童/子女最佳利益”原则。

因“子女最佳利益”原则内容的极大包容性与拓展性,“幼年推定”原则亦可一定程度上统之于“子女最佳利益”原则。但两者侧重点显然有所不同,前者直接基于“母亲本位”主义而倾向于将未成年子女抚养权优先授予母亲,而后者则基于“子女本位”主义将未成年人利益最大化作为首要考量。

(二) 我国民事法治中抚养权归属原则的衍进及反思

“幼年推定”与“子女最佳利益”原则皆以保护未成年子女利益为导向,其指导思想亦不同程度内嵌于我国民事法治抚养权归属酌定的实践沿革中。如1980年通过、2001年修订的《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第36条第2款规定,“离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”2021年,《婚姻法》废止,上述条款经过修订并入《民法典》第1084条第2款。期间,最高人民法院曾于1993年发布《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》(以下简称《子女抚养意见》),规定抚养权归属判决应依据“有利于子女身心健康”“保障子女的合法权益”等原则。又如2021年修订实施的《未成年人保护法》第24条规定,“未成年人的父母离婚时,应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜,听取有表达意愿能力未成年人的意见。”

整体而言,这些相关立法与司法解释在不断衍进中渐与国际潮流接轨,但仍有持续改进的空间。如研读《民法典》第1084条第2款,或可见其于不同情景下分别适用了“幼年推定”原则及“子女最佳利益”原则:一是离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则,此为“幼年推定”原则(亦即“由母亲直接抚养为原则”)。二是对已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,则由法院根据双方具体情形,按照最有利于未成年子女的原则判决;子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿,此为“子女

最佳利益”原则（亦即“最有利于未成年子女原则”与“尊重其真实意愿”）。然而在适用时，该款可能未尽然明确“子女最佳利益”原则在未成年子女抚养权归属所有情形中一以贯之的指导地位及该原则在法律实践中应充分考量的相关标准与具体因素，可能仍有含混不清之嫌。

首先，该款法条似乎缩小了“子女最佳利益”原则的适用范围，仅在“已满两周岁的子女”抚养问题上援用“最有利于未成年子女”原则。此番表述及安排似将“不满两周岁的子女”抚养权酌定排除在该原则之外。

其次，该款法条认为“不满两周岁的子女”原则上应由母亲直接抚养，但并未明晰该“幼年推定”原则的适用前提及条件，有过度考量父母性别、在抚养权归属中偏袒母亲之嫌，而非适用整体考量特别是根据未成年子女的最佳利益来综合研判并确定抚养权归属。

最后，该款法条规定尊重未成年人真实意愿仅限于适用八周岁以上未成年子女，极大缩小了适用范围。仅就尊重未成年人真实意愿而言，《未成年人保护法》对此亦有回应：其第4条提出，处理包括抚养权归属等涉及未成年人事宜时，应听取未成年人的意见；其第24条规定，未成年人的父母离婚后应“听取有表达意愿能力未成年人的意见”，亦即，充分尊重未成年人真实意思表示，由其表达与父或母共同生活的意愿。联合国《儿童权利公约》（Convention on the Rights of the Child）第12条亦规定，“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。为此目的，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。”上述国际法、国内法对尊重未成年人真实意愿的表述，皆未限制年龄区间。

此外，《民法典》第1084条第2款以“两周岁”及“八周岁”作为年龄区分点，或引发“三分法”与“二分法”两种不同理解，导致“幼年推定”原则及“子女最佳利益”原则理解与适用上的误差。

第一种“三分法”理解，是以“两周岁”及“八周岁”作为上述原则分别适用的起始点，亦即对于不满两周岁的子女，抚养权原则上授予母亲，以母亲作为不满两周岁婴幼儿的主要照护人为考量，适用“由母亲直接抚养为原则”，亦即“幼儿从母”“幼年推定”原则；而对已满两周岁未满八周岁的子女，父母对抚养权有争议的，法院据父母双方的具体条件，按照“最有利于未成年子女”原则，将抚养权授予更能代表未成年子女利益的一方；至于已满八周岁而未满十八周岁的未成年子女，则“尊重其真实意愿”。

而对于第二种理解，则是在前种理解基础上，以“两周岁”分界点再划分为两种情形，并将“八周岁”作为分界点对第二种情形作进一步细分：一是对于不满两周岁的子女，抚养权原则上授予母亲，以母亲作为不满两周岁婴幼儿的主要照护人为考量，亦即“幼儿从母”“幼年推定”原则；二是对已满两周岁未满十八周岁的子女，父母对抚养权有争议的，法院据父母双方的具体条件，按照“最有利于未成年子女”原则作出判决；对已满八周岁未满十八周岁的未成年子女，应“尊重其真实意愿”。

三、纠结：“子女最佳利益”原则的标准与衔接

未成年人监护旨在监督和保护未成年人的人身、财产或其他合法权益，以弥补未成年人民事行为能力的不足[18]。以未成年子女为权利主体的“子女最佳利益”原则，已成为国际社会处理亲子关系与民事法律基本制度特别是未成年人抚养权归属的核心且首要原则。如《联合国儿童权利公约》第9条第1款规定，“缔约国应确保不违背儿童父母的意愿使儿童和父母分离，除非主管当局按照适用的法律和程序，经法院的审查，判定这样的分离符合儿童的最大利益而确有必要。”虽然各法域法律关于法院在确定抚养权归属时须考量的因素各不相同，但当下的通行标准应是“子女最佳利益”原则。

我国现行法律规定已较多体现出“子女最佳利益”原则的色彩，如《民法典》第1084条第2款规定了“最有利于未成年子女”原则；《未成年人保护法》第4条亦规定“保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则”。这些原则的适用扩大了法院审酌情形及介入父母间纷争的权限[19]。在该情形下，法院将抚养权判给离婚父母的一般原则是：以家庭环境的各种因素为依据，重点考量父母双方对未成年子

女利益最大化实现所能提供的最优质成长条件，而非仅考虑父母性别的差异。解析“子女最佳利益”原则在我国《民法典》第1084条第2款的适用，亦要不断恢复到该原则相关因素的考量之中。

（一）“子女最佳利益”的衡量标准

虽然国际法及各法域立法愈加要求与未成年人相关的决定应坚持“儿童/子女最佳利益”原则，但对于一般情形或特定情形下该原则的构成却仍未达成共识。比如，家事法学者琼·B·凯利（Joan B. Kelly）认为，关于“儿童/子女最佳利益”原则的讨论，通常是模糊的、循环的，且充满了本身缺乏定义和共识的心理概念和陈词滥调。她继而主张，该原则的定义为：在维持未成年人适应和发展、确保未成年子女继续茁壮成长的目标下，明确该未成年人在监护和探视中所需的因素，并应尽可能确定并保留育儿、亲子关系和社会支持体系等方面的优势[20]。类似阐述虽朝着正确方向迈出了一步，但依然没有在酌定中带来理想的统一性，且其影响因素也非常繁多[21]。在不同法域，“儿童最佳利益”原则的具体涵义各有阐述。如在美国《统一婚姻与离婚法》（Uniform Marriage and Divorce Act）中，“儿童最佳利益”一般准则包括：父母及未成年子女意愿；未成年子女与其父母、兄弟姐妹和其他重要人物的关系；未成年子女对家庭、学校和社区的适应；以及所有相关人员的身心健康状况。该法明文规定以“子女最佳利益”作为父母离婚后未成年子女亲权行使争议的判决标准[22]。

尽管家庭结构在父母离婚后发生了变化，但应最大化维持或持续为未成年子女提供至少与分离前相一致的情感和智力资源[23]。司法实践多适用两种标准：一是综合考量标准，又称利益权衡论，意指在预设前提下，综合考量父母与子女各方的具体情形与需求而作出最终决定；二是主辅结合标准，又称利益考量论，意指在设定优先保护对象及原则标准基础上，再考量其他满足需求与规范的利益与条件[24]。比如，应权衡未成年子女与父母双方关系保持连续的必要性并考量各种共享的共同监护。而当离婚原因包括未成年子女具有心理或发育问题时，“子女最佳利益”原则则会变通考量支持未成年子女适应变化与未来发展所需的条件。未成年子女的利益调整是在正常范围内还是显著受家庭历史和养育能力影响，亦将影响最终决定[25]。例如在英国，法官审酌“儿童之最佳利益”时所考量因素大致可分为儿童、父母与外在的特质条件：儿童意愿与想法、儿童年龄、父母亲的亲职能力、父母亲的个性表现、父母亲的婚姻与居住状况、可能造成的伤害与危险的具体情形、父母亲照顾孩子的意愿与态度、亲子关系、亲友支援、儿童的背景及特质、儿童生理、情感与教育的需求、儿童与申请人间的互动关系、主要照顾人、父母亲或同居人有儿虐情形、儿童状况、父母的健康、手足关系、父母背景、儿童性别、父母年龄、父母亲或同居人酒瘾行为等[26]。

但在一些棘手的未成年子女抚养权归属纠纷案件中，即使阐明了“子女最佳利益”原则的标准，亦无权来指导酌定上述因素在抚养权归属中的重要性排序。“子女最佳利益”原则时常受到批评的重要原因就在于，允许一定程度的司法自由裁量空间而难以与法治承诺相协调，并由于法官皆有人性的固有偏见而较难作出实质性酌定。比如，家庭暴力被认为是抚养权归属中“子女最佳利益”所应考量的重要因素，但目前司法实践中存在一定程度上“同案不同判”的难题[27]。

（二）基于父母性别平等的讨论

过去数十年间，促使男女平等是各法域家事立法改革及未成年人司法实践的主旨。在较多适用“幼年推定”原则的过往案例中，有时法院简单化处理，自动将未成年子女交给不称职的母亲，而这些做法则不公平地剥夺了父亲的抚养权。一些女权主义者批评“母亲默认取得抚养权而父亲须证明母亲不适格才能取得抚养权”这一规定与性别平等的倡导相反。他们认为，“幼年推定”原则强调了母亲在未成年子女尤其在其婴儿期间的生物学优势，由此导致对母亲抚养权归属的法律偏好，保证了单身女性及其监护下未成年子女的经济地位，但反而会强化女性作为家庭主妇或母亲的刻板印象[28]，可能进一步加深“女性居家照顾未成年子女”的观念。有学者继而主张，这一原则“事实上仍未脱离父权体制的阴影。盖此原则之前提乃源自父权体制下对于母职的认定与想像”[29]。即便基于父母性别平等基础的“子女最佳利益”原则确立后，仍有一些女权主义者认为该标准实则对女性有害。他们强调，在该原则下，女性在离婚案件中失去了讨价还价的权利；并主张父亲会以剥夺抚养权为要挟，迫使母亲接受较低的赡养费和财产，甚而声称父亲更常被授予抚养权[30]。

从法律文本审视，虽然绝对的“父权推定”“幼年推定”已逐渐予以修正，但维护未成年子女最佳利益核心理念仍在一定程度上得以承袭，亦为“子女最佳利益”原则的建立奠定了理论与实践基础。亦可发现，从“父亲本位”到“母亲本位”再到“子女本位”的变迁中，父母性别平等观念日渐发挥着重要作

用。为了明晰离婚案件中未成年人之抚养权纠纷的脉络，以及与当前“子女最佳利益”原则的联系，须借鉴性别平等观念作为指导。

图片

四、破局：“子女最佳利益”原则的适用与展开

需要说明的是，没有一刀切的监护安排，也没有千篇一律的法律规定。回到《民法典》第1084条第2款，适用离婚后未成年子女抚养权归属原则酌定时，本文建议通过研拟、修订和出台最高人民法院司法解释、指导性案例等形式，基于以“子女本位”为基础的“子女最佳利益”原则，并融合父母性别平等视角，综合《子女抚养意见》等相关司法解释的规定，由此考量符合该原则标准的诸多重要现实因素，并据此作出最有利于未成年人成长的研判。

（一）基于以“子女本位”为基础的“子女最佳利益”原则

在我国离婚案件关于未成年子女抚养权的酌定实践中，依照“子女最佳利益”原则，应始终坚持“子女本位”主义，综合考量关涉未成年子女成长利益的相关因素，如子女的意愿、年龄阶段的特殊需求及当前与未来发展所需的条件等。

一是未成年子女的年龄，即年幼性。通常认为，年幼的未成年人尤其是哺乳期的婴儿更需母亲养育，因而若无特殊情形，应优先随母亲共同生活。此番考量与“幼年推定”原则具有一定的相似之处，但究其根本仍然应当是“子女最佳利益”原则，即从幼年子女身心成长的需求而非母亲亲权出发，考量核心应聚焦婴幼儿对母亲的特殊生理与心理需求。即便因未满两周岁子女的哺乳与成长等需求而考虑将抚养权判归母亲，也应当首先考虑未成年子女的利益最大化，继而再考量母亲是否具备相应的抚养条件。即便母亲在未成年子女的婴幼儿时期为主要照护人，也仅将其作为重要考量因素而非自动授予其抚养权。若母亲一方存在不适合抚养子女的具体情形，如患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病及《子女抚养意见》规定的其他不利情形，则依据“子女最佳利益”原则，法院可以将子女抚养权判归父亲一方或其他有监护能力的人。如有学者对南京市六家基层法院四年离婚纠纷案件的调查发现，因母亲无法或不愿意抚养等原因而将子女抚养权判归父亲的案例亦约有两成[31]。

二是未成年子女的意愿，即自主性。法院应当考量未成年子女对抚养权和探视的偏好，尤其是当未成年子女年龄较大时。首先，“尊重”并不直接等同于“遵从”或“听从”。法院应明确未成年子女是否已达到能够表示并知悉其意思表示的阶段，并在最终决定中将其意愿作为重要的考量因素，但依然应在“子女最佳利益”原则指导下综合考量其他相关因素。其次，尊重未成年人真实意愿，不宜仅限于适用八周岁以上未成年子女，而应适度扩大至所有可“真实意愿表达”的未成年子女。《民法典》第1084条第2款将有表达意愿的年龄以“八周岁”为明确的划分界限，应是引鉴了民事行为能力的相关规定。如《民法典》第19条规定，“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”对此，据《儿童权利公约》与《未成年人保护法》关于未成年人意愿表达及听取的相关规定，或可进一步明确未成年子女真实意愿表达及能力的评估判断标准，以适度扩大“真实意愿表达的未成年子女”范围，在尊重其意见的基础上进一步实现其利益的最大化。

三是未成年子女的适应，即稳定性。在父母离婚情形下，应着重考量维持未成年子女的成长与教育质量，尽量通过破坏性最小的监护和探视安排减少父母离婚后对未成年子女的影响，相关重要考量因素之一为目前国际较惯用的“主要照护人原则”（又称“照护继续原则”）。“主要照护人”（primary caregiver）意指最能满足未成年子女需求、最愿意承担责任或一直照护未成年子女的父母。“主要照护人原则”试图确定父母何方能负责满足未成年子女的大部分日常需求。“子女最佳利益”原则本身并没有贬低主要照护

人角色的重要性,反而是将这一点包括在其考量因素中。如,出于稳定原因,有固定住所的父亲或母亲可在其他条件相当前提下优先取得抚养权。

(二) 积极融合父母性别平等视角

“子女最佳利益”原则是基于“子女本位”主义提出的标准,虽长期备受争议,但从父母性别平等角度来看,该原则的适用标志着未成年人监护法对性别平等观念的合理吸纳与适用。应当明确的是,“子女最佳利益”原则与“幼年推定”原则之间不应是分庭抗礼的关系,而应有适用序阶之别。在性别平等观念下,除法律另有规定外,父母离婚后,抚养权归属不宜预设父母性别为考量前提。大多数情形下,在一方提出对方于未成年子女监护利益不利的证据之前,父母亲皆被视为拥有平等的抚养权,因此须对父母双方维持子女最佳利益的能力进行评估、衡量与比较。

一是父母的抚养能力,即适格性。例如父母的身心健康、经济能力、居住情形、生活方式和其他社会因素。抚养能力的考量不应局限于物质性条件,亦应包括心理能力、情感能力等要素[32]。据我国《未成年人保护法》第16条规定,监护人应为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障,且应关注其生理、心理状况和情感需求。在父母离婚情形中,维持未成年子女生活与学习各方面的稳定性与继续性是重要的原则标准,并应据此对父母双方的抚养能力进行考量。同时,父母为未成年子女提供衣食住行和健康安全的能力,亦是重要的考量因素。

二是亲子的连接关系,即纽带性。首先,考量父母和未成年子女之间的情感纽带,如父母对未成年子女进行指导的能力、父母在分居前后对子女的抚养意愿,等等。其次,考量父母是否愿意支持另一方配偶与子女的关系,关注父母是否在抚养子女方面相互合作,或者父母是否干涉对方与子女的关系。最后,考量隔代的辅助抚养条件。在考量“子女最佳利益”时,祖父母、外祖父母等家庭成员在未成年子女抚养中所能提供的资源与条件也应囊括在内[33]。如据《子女抚养意见》,当父母双方抚养条件基本相同时,子女单独随祖父母或外祖父母生活多年,且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助照顾的,可作为抚养权授予的优先考虑条件。

三是抚养的安全稳定,即排除性。若父亲或母亲对未成年子女虐待或照管不良,法院将不考量其抚养权,并限制其对未成年子女的探视。无论是直接遭受家暴还是间接遭受家暴亦或是遭受直接与间接双重家暴,皆会对未成年子女的身心发展造成强烈的、即时与长久负面影响。因此,在酌定未成年子女抚养权时,应着重考量家庭中是否存在虐待或照管不良情节。如,在审理涉家暴的离婚案件中,应对施暴者、抢孩子一方的抚养权主张慎重考量甚而不予支持,亦应查明家暴被害人放弃子女抚养权的原因及做好后续司法保障工作[34]。

四是抚养的妥善履行,即适宜性。首先,强调父母对未成年子女的共同监护,即友善父母条款。《民法典》在总则部分允许有资格的监护人就子女的抚养权达成一致,使离婚的父母可在不剥夺配偶监护权的情形下就具体的子女抚养权达成一致。其次,强调同胞子女不宜分离,即手足原则。2014年,广东省广州市越秀区人民法院审理了一宗离婚案件中双胞胎子女的抚养权争议。该案中,父亲主张抚养婚生子,而婚生女由母亲抚养;母亲则主张双胞胎子女均由其抚养。一审判决支持了母亲的主张;二审综合父母双方的抚养能力与抚养条件等具体情况,确定双胞胎子女均由母亲抚养更有利于健康成长而作出了维持原判的终审判决^①。随着“二孩”“三孩”政策的逐步落地,我国多孩家庭的数量在逐步增加。有研究表明,在经历消极生活或创伤事件时,积极的同胞手足关系会通过决策、情感支持等途径为彼此提供支持[35]。通常情形下,针对多孩家庭中多个子女的抚养权归属,应当始终坚持“子女最佳利益”原则,综合考量未成年子女间的情感与相互扶助等多方因素。

郝素玉 刘 琰 | 美国隔代照顾福利政策分析——基于困境隔代照顾主体社会保障权维护的视角

2022-06-16 原创 郝素玉 刘 琰 Human Rights Study
https://mp.weixin.qq.com/s/obyR91Acm2Ip0S0gAbcV_w

摘要: 隔代照顾主体的生存困境与社会保障权受侵害问题逐渐引发社会关注, 国家有承担相应权益保障

的责任。从困境隔代照顾主体社会保障权维护角度分析发现,美国隔代照顾福利政策以收入维持、社会服务、住房救助、教育与医疗福利等实体性手段和相应的程序性手段为困境隔代照顾主体提供权利保护,其特点体现为“家庭主义”与“去家庭化”理念模式融合发展、延续自由主义福利体制传统、政策去商品化程度较低、社会保障权利的实有程度有所欠缺等。美国隔代照顾福利政策可以为我国相关政策讨论提供一个域外参考,可以在相关政策设计中引入隔代照顾视角,注意平衡家庭、国家与市场之间的关系。

关键词: 隔代照顾; 社会政策; 社会保障权; 困境儿童; 美国

一 问题的提出

在人口老龄化不断加剧、生育政策逐渐放松、经济社会转型发展的综合背景下,隔代照顾以更加普遍的方式快速发展起来。根据中国健康与养老追踪调查2018年数据显示,中国有49%的祖父母选择照顾孙子女。随着隔代照顾模式的普遍发展,隔代照顾者和被照顾儿童的生存状况与权利保障问题引发社会关注,“老漂族”、农村留守隔代照顾者的照顾压力与家庭矛盾事件、被照顾儿童身心健康受侵害事件被频繁曝光,与困境隔代照顾主体相关的社会保障权维护问题受到不同程度的关注和讨论。

本文将困境隔代照顾主体界定为提供隔代照顾服务的祖父母、被照顾的未成年孙子女由于个人、家庭、社会性原因,以及隔代照顾原因等,其基本权利难以得到切实维护,生存与发展遭遇障碍,处于生理性困境、心理性困境、社会性困境或三重困境,需要借助外在力量支持和帮助的中老年人和儿童。困境隔代照顾主体一般深受孩子父母异地工作、贫困、离婚、患有严重疾病、死亡、监禁服刑、吸毒等风险性因素的影响,儿童的身心成长、社会功能发展、经济生活、受教育权利被严重限制,部分祖父母可能因照料孙子女而引发或加剧生活困境,表现在隔代照顾难度大、身心负担重、经济困难、代际矛盾增加等。其中,农村留守、随迁或全职性隔代照顾模式中当事人更容易陷入困境,其社会保障权利受到威胁。从道德要求、法律规制和现实角度来看,国家有承担人权保障的责任与义务,通过法律与政策手段切实维护困境隔代照顾群体的社会保障权利。然而,中国政府并未将困境隔代照顾群体的社会保障问题作为专门议题纳入法律和政策介入框架,困境隔代照顾群体只能通过留守儿童、困境儿童、留守老人、贫困人口的社会保障项目得到部分间接支持,但政策针对性不强,未切实考虑到困境群体在隔代照顾关系中的影响机制和现实需求,很难起到标本兼治的作用,其权益主要依靠当事人与其家庭等非正式社会支持系统。

社会保障权是现代社会的一项普遍人权和公民的基本权利,是实质法治的重要组成部分,蕴涵着人权保护、社会正义、良法之治等基本法价值取向。虽然学术界关于社会保障权的概念界定并未达成一致,但基本都指向“社会成员在面临威胁自身生存的社会风险时有从国家和社会获得物质保障和社会服务,使之维持生存并达到相当生活水准的权利”。其主要特点有法律规定性、以国家和社会为义务主体、以全体社会成员为权利主体、具备民众的基本生存受到威胁等法律事实后才能产生相应法律关系、以物质和服务保障为客体等。社会保障权的实现程度依靠一国的法律规定和政策干预。隔代照顾者主体作为社会成员的一部分,享有与其他民众相同的社会保障权利,当其生存受到威胁时,国家有责任完善相关法律规制予以保护。

西方国家自上世纪初开始对困境隔代照顾群体提供法律与政策支持,美国、英国、德国、澳大利亚等相继建立相关规则体系。其中,英国的政策强调对隔代照顾者的基本养老保险补偿;德国政策主要体现在照顾者法定假期制度上;澳大利亚和新西兰突出对隔代照顾尤其是隔代法定监护的经济补贴等。而美国的隔代照顾立法与政策实践较为完善,在隔代照顾主体权益保障和照顾能力提升方面扮演着重要但又充满争议的角色,对中国相关政策的学术讨论和建构更具讨论价值。基于此,本文将从保护困境隔代照顾群体社会保障权的角度,阐述和分析美国隔代照顾福利政策的背景、内容和特征,以期为我国隔代照顾相关政策讨论和建构提供域外参考。

二 美国隔代照顾福利政策发展背景

（一）美国隔代照顾福利政策的社会背景

1. 隔代照顾模式普遍发展并发挥着一定的福利功能

随着社会人口变迁、女性普遍就业、公共性儿童照顾服务短缺、市场性儿童照顾服务超出普通家庭支付能力、社会风险因素增加等因子变化，隔代照顾逐渐走向普遍。在父母育儿能力或育儿意愿不足的情况下，隔代照顾这种安全可靠无偿的照顾方式能补足其他福利供给主体的缺位，成为工具性价值与情感性价值并重的重要照顾安排。从上世纪70年代至上世纪末，美国生活在祖父母家庭中的儿童数量增加一倍多，进入本世纪后，这一数据继续稳步攀升，全美有近10%的儿童与祖父母共同居住，其中约40%儿童由祖父母而非父母提供主要照顾。2017年，约有565.4万儿童居住在祖父母家中，近268.5万祖父母对共同居住的孙子女承担部分或全部的抚养任务，约1/3祖父母在父母缺位情况下照顾孙子女。

隔代照顾模式具有一定的福利效应。研究发现，隔代照顾儿童相比于孤儿、福利机构照顾儿童、非亲属家庭寄养儿童等，前者能在熟悉的家庭环境中生活，保持与原生家庭、亲属网络的联结，可以获得更多的家庭关怀，也减少了其他照顾安置带来的社会适应挑战，其问题行为相对更少。此外，隔代照顾通过儿童照料和家务劳动的代际时间转移，减轻了年轻一代的经济负担与育儿压力，对提高女性就业水平和生育意愿上发挥着正向功能。普遍发展的隔代照顾模式在促进困境儿童成长、减轻成年子女负担、节省政府用于儿童福利的公共开支等方面的显著效应，使美国政府愈加关注和支持隔代照顾模式发展，也为相应的法律和政策支持提供基本前提。

2. 隔代照顾的困境儿童面临生存威胁

隔代照顾的困境儿童主要有以下特点：0-6岁居多、父母没有时间或能力提供照顾、家庭社会经济地位较低、有相当一部分处于困境中，其父母的家庭暴力、吸毒、监禁、青少年未婚生育等问题给儿童带来身心创伤与生活压力。虽然隔代照顾对儿童成长有所助益，但仅凭中老年祖父母与其家庭的力量无法扭转孙子女的生存困境，儿童成长所需的经济资源、医疗资源、教育资源、来自父母的关爱和教育引导比较匮乏，与祖父母的沟通互动也面临挑战，儿童的生存权、受保护权、教育权等基本人权受到不同程度的威胁，获取相应的社会保障资源成为现实诉求。

保护隔代照顾困境儿童的生存权益是美国隔代照顾福利政策产生与发展完善的首要动力。联邦政府以困境儿童公共救助为政策开端，1935年出台的《社会保障法》确定对父母有身心障碍而与祖父母共同居住的16岁以下儿童等失依儿童发放救助金，即失依儿童补贴（Aid to Dependent Children，简称为ADC），这成为隔代照顾福利政策后续发展完善的起点。

3. 困境隔代照顾者承受较重的照顾负担

困境隔代照顾者以高强度、全职性的照顾者居多，而且多为女性、个人收入和受教育水平偏低、照顾活动一般持续多年，这种人口学上的分异性伴生的有限资源和经济社会地位低下问题使原本弱势的隔代照顾者更容易陷入生存困境。而隔代照顾活动需要大量的人财物力投入，往往超出中老年人的承受能力，造成身体、心理、社会交往、经济与社会资源上的负担（表1），催生了广泛的社会保障需求。另外，对坚持个人主义文化、家庭关系薄弱、社会经济地位较高的老年人来说，照料孙子女会打乱其原有的人生规划和生命历程，老年人的权利和诉求可能被隔代照顾活动所压制。随着照顾者权利、社会正义、支持家庭的社会政策发展，美国逐渐对隔代照顾者提供经济与服务补偿，缓解老年人的照顾压力，保障其生活质量。

图片

（二）美国隔代照顾福利政策的制度背景

1. 学术研究与社会组织倡导

20世纪八九十年代后，美国隔代照顾的快速发展使隔代照顾模式成为热门的学术研究议题，研究主题聚焦于隔代照顾者和被照顾儿童的生存状况、照顾活动对二者的影响、隔代照顾功能等方面。同时，隔代照顾动态调查被纳入全国大型数据调查、相关部门工作动态调查中，隔代照顾主体的生存状态得到更多关注，其生存困境与发展障碍也被揭开。学术界积极建议政府部门对困境隔代照顾主体提供正式社会支持，维护其社会保障权和相当生活水准权。

此时，一些颇具影响力的社会组织关注到隔代照顾议题，如美国退休人员协会（America Association of Retired Persons）、安妮 E. 凯西基金会（Annie E. Casey Foundation）等，并新成立了以隔代照顾主体为工作对象的大家庭社会组织（Grandfamilies Organization）、世代联合组织（Generation united Organization）等，这些组织积极向行政部门、司法部门提出完善隔代照顾主体社会保障的立法建议与政策倡导，并鼓励积极的隔代照顾者参与到政策倡导工作中，帮助其向有关部门请求申请社会保障权益。美国的隔代照顾福利政策即以回应隔代照顾主体社会保障权益的请求与倡导建议为特征而逐渐完善起来。

2. 法律案件判决推动

美国在1978年、1980年先后出台的《印第安儿童福利法》（Indian Child Welfare Act）、《收养救助与儿童福利法》（Adoption Assistance and Child Welfare Act）规定不适合或无法与父母共同生活的儿童可以优先选择由祖父母等亲属进行家庭寄养照顾。不过，部分州、地方政府为隔代寄养家庭提供的福利待遇显著低于非亲属寄养的福利水平。此时出现的典型法律案件判决结果进一步推动隔代照顾主体的福利保障进程。其代表是联邦最高法院处理的 Youakim vs. Miller 案件，该案缘起于伊利诺伊州的4名儿童所在的寄养家庭能否领取寄养经济补贴问题，起初，4名儿童全部由非亲属家庭提供寄养照顾，之后有2个孩子转移到符合要求的亲属家庭中，但州因为寄养家庭与儿童的亲属关系并未为其提供寄养补贴与服务支持，代表寄养儿童及其亲属照顾者利益的法律诉讼由此开始。最终，法庭判定如果亲属寄养家庭达到了相应的寄养许可标准，州政府应向其支付与非亲属寄养相同的经济补贴，并有权获得相应的社会支持。Youakim vs. Miller 案件之后，美国才真正着手解决包括隔代照顾者在内的亲属照顾群体的福利保障问题。

美国隔代照顾福利政策的产生与发展演变是在隔代照顾模式在全国范围内普遍发展、隔代照顾模式的福利效应被政府和社会广泛认可的社会背景下，政府公权力和民众对隔代照顾群体的生存困境和权益保障需求不断认识、充分理解并与各种相关利益博弈选择的过程，也受到学术精英与社会力量参与推动、法律案件判决直接推动等制度性因素的动态作用，是多重因素共同形塑的结果。

三 美国隔代照顾福利政策的主要形式

虽然美国政府还未有意识地建立一套健全完整的隔代照顾福利政策体系，但从政府和相关学者建构的对隔代照顾主体形成显性或隐性影响的社会政策角度来看，美国已基本建立了影响、支持隔代照顾主体的松散且复杂的政策系统。本节从政策对象、实体性福利措施、程序性福利措施角度梳理和分析美国隔代照顾福利政策的主要形式。

（一）隔代照顾福利政策的主要对象

美国隔代照顾福利政策的政策对象主要以隔代照顾模式的具体类型作为划分依据,主要面向政府行政部门、司法部门介入或安排的针对困境儿童的正式隔代照顾群体,如隔代寄养尤其是持有寄养许可资格的隔代寄养家庭、隔代法定监护家庭等。

隔代寄养一般是由行政部门或司法部门认定儿童不适合或无法在原家庭中生活,而将儿童法定监护权从父母或原监护人处转移到州政府,州政府按规定将儿童安置在符合寄养条件的祖父母家中,由祖父母提供生活照顾、住宿等服务的临时性照顾方式。这是美国20世纪中后期发展起来的儿童原生家庭外安置的重要形式,也是美国隔代照顾的主要类型之一。另外,为了提高隔代家庭寄养的规范性和寄养服务质量,美国对隔代寄养家庭实行寄养许可管理制度,需要寄养家庭向政府儿童福利部门提出申请,儿童福利部门对寄养照顾者的年龄、身体状况、受教育程度、职业、家庭收入、家庭关系、居住环境、安全性等因素进行综合评估以决定家庭能否获得寄养许可资格,现实中仍有相当一部分的隔代寄养家庭因条件不符未得到寄养许可资格。虽然美国隔代照顾福利政策的多数项目都面向隔代寄养群体,但是否持有寄养许可也是美国隔代照顾福利资源分配的具体标准之一。相比之下,持有寄养许可资格的家庭比未持有许可资格的更容易得到更多的政府经济补贴与福利服务。

美国几乎所有的隔代照顾福利项目都会惠及困境隔代法定监护群体。隔代法定监护模式的设定与美国儿童监护法律和判例有关,如果孙子女的父母或原监护人无法或不适合承担孩子的法定监护责任,尤其当寄养儿童被寄养一段时间内后,既无法回归家庭与父母共同生活,也很难被收养时,美国政府提倡祖父母等亲属担任此类儿童的法定监护人进行长期照顾,有监护意愿的祖父母一般向司法部门提交法定监护申请,司法部门在综合考虑儿童利益、法定监护的适当性和永久性等因素的基础上将儿童监护权依法永久或临时授予孩子的祖父母,由祖父母履行儿童监护人的权利和义务进行全职照顾。祖父母如果是孙子女的法定监护人,便可以代表孙子女做几乎所有的日常决定,包括身心健康、医疗、教育、社会交往等方面的决定,州政府很少或完全不再进行监督管理。为鼓励隔代监护模式发展,美国政府为隔代法定监护儿童、照顾者与其家庭提供了相对较全面的福利支持。

当然,并非所有的隔代寄养家庭、隔代法定监护群体都能获得政府经济补贴、社会服务、教育、医疗、住房援助机会等,儿童福利部门一般还需依据美国《社会保障法》第IV编E类的给付资格要求确定具体救助对象,如要求申请家庭的收入或资产在所在地政府设置的家庭收入或家庭资产的限制标准以下等,这些福利支持仍旧主要针对生活陷入困境的贫困的隔代照顾群体等。

虽然美国的多数隔代照顾福利政策均针对正式的隔代照顾模式,但是也有部分政策项目面向非正式的私人性的困境隔代照顾群体,这些政策项目主要来自于州政府、地方政府、社会组织、慈善机构等。非正式的隔代照顾主要指政府行政部门和司法部门未介入的仅由孩子父母与祖父母私下达成儿童照顾关系的隔代照顾行为,即父母或其他监护人虽然拥有儿童的法定监护权却无法充分抚养孩子,而私下决定由祖父母提供事实性的抚养的情况,被多认为是家庭内部的互助行为。州政府、地方政府、民间组织等对非正式的私人性的隔代照顾群体的政策享有资格标准主要由福利供给方决定,地区或部门间的标准差异较大,但基本都指向贫困的、有其他实际困难的、高强度的隔代照顾者与被照顾儿童等。不过,由于稳定的持续的资金支持,目前仅有少部分非正式的困境隔代照顾群体获得了相应的福利支持。

(二) 隔代照顾福利政策的实体性措施

传统的国家福利政策主要包括社会保障(社会保险和社会救助等经济支持)、住房、医疗、教育、社会服务等内容。本研究结合美国隔代照顾福利政策当前的主要政策内容,将政策的实体性措施分为收入维持、社会服务、住房保障、医疗与教育福利等方面。

1. 为困境隔代照顾群体提供收入维持项目

收入维持主要指政府为了保障个人一定的收入水平而向有需要人群提供经济援助的政府项目，大致涵盖福利津贴、经济救助、税式福利、社会保险等直接或间接的经济转移支付方式。美国针对困境隔代照顾群体主要提供了寄养经济补贴、法定监护补贴、基本公共救助、减免税等内容。

首先，对困境隔代寄养家庭、隔代法定监护家庭发放经济补贴。美国政府为保障贫困的隔代寄养家庭的基本生活水平，《收养和家庭安全法》（Adoption and Safe Families Act）、《社会保障法》决定由政府对寄养家庭发放用于寄养儿童生活、照料的经济补贴。这一经济补贴可以分为三种类型。第一种为联邦资金支持的寄养补贴，要求寄养儿童应符合《社会保障法》第IV编E类的给付资格，即父母监护权被剥夺、儿童被寄养前6个月内的原家庭收入满足州设定的家庭收入限制条件、寄养家庭持有寄养资格等。第二种是由州和地方资金支持的寄养补贴，一般按照州和地方政府确定的标准执行，多要求寄养家庭持有寄养许可、家庭经济贫困等，也有少数州不需要此许可。第三种是亲属寄养抚养费（Relative foster care maintenance payments）是联邦与州对寄养儿童不符合《社会保障法》第IV编E类的资格要求的其他困境亲属寄养家庭提供的现金补贴。家庭寄养补贴的给付水平一般高于基本的公共救助标准，而且金额会随寄养儿童数量的增加而增加。除隔代寄养补贴项目外，为鼓励隔代法定监护模式发展、增强祖父母的监护能力和监护质量，美国部分州和地方政府从上世纪末开始使用本地政府资金对贫困的隔代法定监护家庭提供经济补贴，并取得积极成效。2008年，美国颁布《促进成功和增加收养法》（Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act）决定从全国层面推广隔代法定监护模式，确定由联邦资金资助建立法定监护援助项目（Guardianship Assistance Programs，简称为GAP），改变过去仅由州和地方政府出资的局面，困境隔代监护家庭的生活境况有所改善。这一项目要求受助者具备法定监护资格并通过政府的家计调查和需求评估。该补贴金额一般低于或等于家庭寄养补贴水平，但高于基本公共救助金，而且近些年的政府资金支持力度逐渐增强。

其次，向贫困隔代照顾群体提供有限的公共救助。1996年《个人责任与工作机会协调法》（Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act）规定实施困难家庭临时救助（Temporary Assistance for Needy Families，简称为TANF）项目，这是美国贫困人口社会救助的主要项目。在该项目中，困境隔代照顾者、被照顾儿童可以受益的救助主要有家庭补助款（Family grants）、儿童补助款（Child-only grants）两项。家庭补助款的目的是通过救助困难家庭，让儿童尽可能在父母或祖父母等亲属家庭中生活，尽可能不要采用政府监护、机构救助模式，同时防止被救助家庭的福利依赖行为，鼓励其增加就业，倡导职业福利。按照《个人责任与工作机会协调法》规定，隔代照顾家庭需要满足州政府设定的贫困家庭经济状况审查条件、工作要求、累积受益时间与单次连续受益时间等要求才能获得经济救助。儿童补助款项目主要面向家庭不符合家庭补助款项目要求而专门针对困境儿童设立的救助项目，该救助主要评估儿童的需求与收入，由于儿童几乎没有收入，使得这项救助的覆盖率较高，但救助水平很低。这两项家庭补助款的救助标准都较低，一般低于其他经济补贴的给付标准。TANF实行地方分权制管理，各州有较大的管理自主权，因此，TANF的给付资格和给付标准在各州、地区之间存在较大差异，同样条件的隔代照顾家庭与儿童在不同州能否获得救助、获得的救助金水平差异较大。

再次，为中等收入以下的隔代照顾家庭提供减免税和退税式福利。根据《美国国内税收法》（Internal Revenue Code）和2017年12月颁布的《减税和就业法》（Tax Cuts and Job Act），隔代照顾者与其家庭当前可能受益的税式福利主要有以下四种。①儿童与被抚养人照顾税收抵免（Child and Dependent Care Credit），即祖父母为了工作或寻找工作，为共同居住半年以上的需要依靠祖父母生活的13岁以下的孙子女或有身心障碍的孙子女支付其接受正规儿童照顾服务的费用，一个孙子女的照顾花费低于3000美元、两个及以上孙子女花费低于6000美元的部分能得到最高35%的非退还性的税收抵免。②儿童税收抵免（Child Tax Credit），如果孙子女满足孙子女抚养免税条件且低于17岁，可获得抵税资格，每个孩子的最大抵免额度为2000美元。这项福利是非退还性的，只能抵扣祖父母需缴纳的联邦个人所得税。③劳动所得退税（Earned Income Tax Credit），对于有工作的低收入祖父母，被抚养的孙子女与其共同居住半年以上，孙子女年龄在19岁以下或是24岁以下全日制学生，申请者达到退税要求后，政府根据申请人与其家庭的收入水平和被抚养儿童的数量，向其返还全部或部分的联邦个人所得税。④祖父母支付的孙

子女的医疗、教育和日常生活花费也可以申请退税，现有的退税项目有高等教育退税、医疗与牙齿治疗支出的税收福利等。

2. 为隔代照顾者与其家庭提供社会福利服务

美国隔代照顾者支持服务中最主要、最成功的项目是2000年《美国老年法》(Older Americans Act)修订授权建立的全国家庭照顾者支持计划(National Family Caregiver Support Program, 简称为NFCSP)。对隔代照顾群体而言, NFCSP针对的是担任孙子女主要照顾者的55岁以上的祖父母, 项目要求祖父母与孙子女共同居住; 与孙子女有法定监护关系, 或提供事实性的非正式隔代照顾。项目主要提供五类服务: ①提供服务信息; ②帮助照顾者获得服务; ③提供个人咨询、支持小组, 以及营养健康、财务管理、解决照顾问题等方面的培训; ④喘息服务; ⑤其他补充服务等。NFCSP不仅面向隔代法定监护, 也惠及了私人性的隔代照顾者群体, 一定程度上弥补了多数联邦政策面向政府安置的正式隔代照顾、忽视私人性的非正式隔代照顾的不足, 对改善困境隔代照顾者的福祉、维护其社会保障权益颇有助益。

为便于隔代照顾家庭与亲属照顾家庭获取所需的经济津贴和社会服务等福利资源, 2008年《促进成功和增加收养法》授权建立亲属关系导航员项目(Kinship Navigator Programs, 简称为KNP), 该项目主要用于为隔代照顾与其他亲属照顾家庭提供福利信息、服务转介、跟踪服务等, 具体服务内容包括建立福利信息和服务转介系统, 帮助祖父母等亲属照顾者与亲属照顾者支持小组、社会服务提供者建立关系联结, 协助当事人提供隔代照顾服务, 帮助获取相应的法律援助服务, 并为其提供获取服务和福利津贴的相关培训, 告知照顾者相应的联邦、州、地方相关经济津贴的申请资格和申请方式等; 同时也帮助相关福利服务部门、福利服务提供者了解隔代照顾家庭的需求、为工作人员和社区提供系统培训; 协调公共服务部门和私人服务部门之间的关系以更好地服务与隔代照顾者等群体。亲属导航员项目扮演着福利资源协调者、联结者、服务提供者、危机家庭安置协助者等多重角色。近些年政府逐渐加大对亲属关系导航员项目的经济支持力度, 2014年《防止非法性交易与巩固家庭法》(Preventing Sex Trafficking and Strengthening Families Act)、2018年《家庭优先预防服务法》(Family First Prevention Services Act)相继提高拨款数额, 设立大批专项支持资金用于扩大项目的服务规模。2018财年, 全美有48个州、8个部落、2个领地的亲属关系导航员项目获得联邦资金支持。多项评估发现, KNP对增进隔代照顾的安全性和稳定性、改善照顾者家庭与被照顾儿童福祉有显著的福利成效。

除NFCSP、KNP外, 地方政府、民间组织、教育机构、医疗单位、社区中心等也对隔代照顾者与其家庭、子代家庭等提供单一对象群体或多对象群体的服务, 通过个案管理、支持小组、社区工作、家庭治疗、教育培训、社会倡导等方式缓解服务对象的身心压力, 培养其社会交往和问题处遇能力, 帮助应对隔代照顾的复杂处境。州、地方政府也为隔代照顾儿童提供社会服务, 服务内容包括儿童的身心成长支持、学习态度与能力培养、代际沟通、家庭关系互动引导等方面。联邦资金支持的社会服务主要针对有政府部门认定或法院判令确定的隔代法定监护、隔代寄养等, 州和地方资金支持的社会服务在此基础上兼顾了无法定或官方认证的私人性隔代照顾家庭。

3. 为困境隔代照顾家庭提供住房援助

为缓解困境隔代照顾家庭的住房紧张和房屋租赁问题, 美国先后为困境隔代照顾家庭提供特殊住房援助政策。多切斯特、底特律等16个地区率先探索建立了大家庭住房项目(GrandFamilies House), 政府为有住房需求的困境隔代照顾家庭资助建立专门的住房, 并依托住房条件, 为当事人提供相关的社会福利服务。此后, 全国性的住房援助项目在2003年《居住公平: 帮助儿童和青年的祖父母法》(Living Equitably: Grandparents Aiding Children and Youth Act)中首先确立下来, 联邦政府拨款支持非营利组织为困境隔代照顾家庭、其他亲属照顾家庭发展住房示范项目, 并配套相应的社会支持服务, 对项目人员开展如何为隔代家庭、跨代家庭提供服务的相关培训等。美国《住宅法》(Housing Act)第202节确定建立老年安居支持项目(Supportive Housing for the Elderly program), 通过政府免息贷款的方式, 支持非营

利性的开发商为低收入老人建设保障性租赁住宅，以匹配老年人的中方需要，但房屋供应量有限，等待时间很长。

美国政府除了为隔代照顾家庭、相应的老年人建立特别住宅项目外，还在《住宅法》授权下，利用经济补贴手段帮助贫困隔代照顾家庭支付房屋租金等。《住宅法》第8节的以租户为基础的代金券计划（Tenant-based voucher program）为私人租赁市场中的贫困租户提供租房代金券；以项目为基础的代金券计划（Project-based voucher program）为特定项目中的房屋租赁经济援助，政府以代金券的形式帮助贫困租户支付家庭收入的30%和市场租金之间的差额，以缓解贫困家庭的房屋租赁压力。虽然两项政策并非专门为隔代照顾家庭建立，但是符合低收入条件的隔代照顾者家庭也可以得到相应的福利支持，对保障困境隔代照顾者的住宅权有一定作用。

整体来说，虽然困境隔代照顾家庭有资格获得几种类型的住房援助，但也面临着可负担性与安全性高的、有足够居住空间的房屋严重短缺的问题，住房设计亦未充分考虑中老年隔代照顾者、年幼的隔代照顾儿童的特点和实际需求，而且依托住房配套的社会福利服务往往难以到位，住房援助政策还需进一步改善。

4. 改善隔代照顾儿童的医疗与教育福利供给

美国儿童的教育与医疗资源获取主要依托于儿童的父母和监护人的选择。对隔代照顾儿童而言，监护关系的归属给儿童的教育和医疗资源使用带来挑战。如果隔代照顾者持有被照顾孙子女的法定监护权利，或州政府持有儿童监护权而将儿童正式寄养在祖父母家中，祖父母或州政府有权帮助被照顾儿童匹配相应的医疗和教育资源，如隔代法定监护人可以为儿童申请学校入学资格、帮助其获取医疗保险、医疗救助与健康服务项目等。如果隔代照顾者未持有孙子女的法定监护权利，祖父母则无权在未成年孙子女的登记入学、医疗保险或救助资源获取、部分医疗服务使用等方面直接做出有效决定，孙子女的医疗与受教育机会仍旧依赖其父母或其他监护人才能获得，这威胁到困境隔代照顾儿童的医疗与教育权利实现。

各州为此在上世纪90年代中期以后陆续出台应对措施，放宽困境隔代照顾儿童的医疗救助项目、儿童健康保险项目等的准入条件，帮助那些不具备隔代法定监护资格的被照顾儿童得到免费的或低缴费的医疗资源。此后，部分州、地方开始实行医疗同意法（Medical consent laws）、教育同意法（Educational consent laws）、授权委托法（Power of attorney laws），允许祖父母即便没有孙子女的监护权，可以由父母或其他监护人以授权委托的形式让祖父母基于儿童的利益和需求申请某些医疗服务、公立学校入学资格等。按照医疗同意法、教育同意法的要求，隔代照顾者一般需要撰写一份宣誓书，证明他/她是孙子女的事实上的主要照顾者或唯一照顾者，并且已经获得孩子父母的同意，可以为孙子女的医疗、教育做出符合孙子女利益的决定。授权委托法要求孩子父母出具一份授权委托文件，说明他们暂时赋予隔代照顾者的权利内容、方式等，授权委托书的有效期一般为半年至一年。截至目前，美国约有26个州实行医疗同意法、17个州实行教育同意法、28个州颁布了授权委托法。为完善隔代照顾儿童的教育福利供给政策，有的州逐渐推行儿童合法居住权、开放招生法，准许儿童无需依赖其父母或其他监护人而能按照自己的实际居住地、隔代照顾者的居住地获得相应的学校教育机会。

（三）隔代照顾福利政策的程序性措施

除以上实体性福利政策措施外，美国逐渐完善隔代照顾福利政策的程序性措施以间接支持隔代照顾群体与其家庭，通过建立良好的管理服务体制，鼓励、监督、引导各部门以更高效的方式为隔代照顾群体提供物质保障与社会服务，利用计划与整合的方式来影响社会保障资源的分配。

美国隔代照顾福利政策中的多数项目主要由联邦卫生与公众服务部（Department of Health and Human Services）下属的儿童与家庭局（Administration for Children and Family）管理，部分政策也涉及到司法部、教育部、住房和城市发展部等部门。为提高资源整合程度，防止管理服务碎片化问题，2018年7月美国颁布《隔代抚养支持法》（Supporting Grandparents raising grandchildren Act），组建联邦

隔代抚养咨询委员会,委员会由联邦卫生与公众服务部统筹,联合教育、社区管理、精神健康与药物滥用、儿童与家庭管理局等相关部门组成。该委员会坚持循证导向,整合隔代抚养与亲属照顾福利支持的最佳做法、资源与服务经验,统筹与隔代照顾福利相关的政府部门、非营利组织、私人性营利组织、互助团体、宗教组织和个人等,指导改善服务质量。咨询委员会的建立打破了过去不同政府部门各自管理、分散服务的格局,以统筹协调隔代照顾福利资源的间接方式优化服务质量、服务可及性和系统性。

另外,进一步完善隔代照顾福利政策管理方式,将权力下放、问责、审计、鼓励竞争、循证主义、信息技术运用等融入到管理之中,渗透着新公共管理主义的色彩。一方面,联邦政府将大部分权利下方到州,联邦主要负责拨付资金、设定政策基本要求、监督、评估与问责工作,而州、地方政府负责资金分配使用、制定项目计划、确定福利传递形式、对实施过程与结果进行实时监测工作。另一方面,引入竞争机制,像KNP等项目多实行申请-审核方式,由州、地方政府、社会组织、高校等向联邦提交项目申请计划,联邦政府进行审核,通过审核批准后的项目才能获得联邦经费支持,以此优胜劣汰的竞争方式提高项目质量。在福利递送过程中,实行部门协同合作,以政府购买服务等社会化形式增进服务的灵活性和多样性,使服务能更加匹配隔代照顾群体的不同需求。另外,利用信息化手段,发展将隔代照顾者、被照顾儿童、福利提供方联系起来的网络系统,便于隔代照顾信息登记、了解并获取福利资源等。

四 美国隔代照顾福利政策的特点

(一) “家庭主义”与“去家庭化”理念模式融合发展

隔代照顾福利政策是国家介入家庭代际成员互助关系提升人们福祉的社会性行动,涉及到隔代照顾在福利责任中的分配问题,讨论的是福利供给中的国家与家庭责任分配的相关内容。这一问题与家庭政策意识形态中的“家庭主义”(familialism)和“去家庭化”(de-familialism)分野有关。“家庭主义”主要指在福利供给过程中将家庭作为主要责任者为其成员提供福利的一套价值观与原则,家庭主义取向的社会政策旨在通过对家庭的某种干预来强化家庭的照顾功能,多见于儿童、老年人和身心残障者等人群的照顾政策领域。而“去家庭化”取向的照顾政策一般由市场、社会组织或政府部门而非家庭提供相关服务,试图减轻家庭负担,减少个体对家庭和亲属的依赖,获得个体独立。政策的去家庭化程度越高,家庭所承担的福利责任就越低,对家庭照顾者的减负效果也越明显。

以家庭主义和去家庭化的理论视角来分析美国隔代照顾模式发展与相关福利政策,美国政府首先在不适合与父母共同生活的困境儿童安置方面,严格控制机构照顾、非亲属寄养等去家庭化模式的规模,提倡优先选择让合适的祖父母等亲属提供照顾,并通过立法、福利支持的方式鼓励发展隔代家庭寄养、临时性或永久性的隔代法定监护、非正式的私人性隔代照顾等方式,尽可能防止国家在困境儿童照顾上的过度责任化、去家庭化问题。当儿童生存与发展陷入困境后,祖父母不管基于生物亲缘关系、代际互助交换或家庭责任的动机,多倾向于帮助孙子女、子女家庭共同承担危机,作为孙子女的重要保护性资源为其提供照顾服务。这种照顾能让儿童在相对安全熟悉的环境中生活,符合儿童的心理需求和成长规律,更利于保护其福祉和基本权益,而且能够节省政府用于机构照顾的公共开支,这是隔代照顾相较于机构照顾、非亲属照顾等方式的重要优势。美国政府恰恰利用了祖父母对孙子女的保护性功能以及家庭代际互助的福利效应,调整困境儿童安置和救助政策设计,转而鼓励和支持发展隔代照顾模式。

当然,美国在强调隔代照顾的福利功能的同时,并未将困境儿童照顾的责任完全交由隔代照顾者与其家庭,而是在家庭主义取向的政策范式基础上,为困境隔代照顾主体的社会保障权益保护提供福利支持,以修复和巩固隔代照顾的福利效应。隔代照顾模式虽然可以满足困境儿童的照顾需求、帮助暂时缓解危机,但仍有部分祖父母与其家庭无法完全应对被照顾孙子女的复杂境况,无法消化隔代照顾带来的压力和消极影响,导致部分隔代照顾群体陷入困境。就美国隔代照顾福利政策而言,政府作为隔代照顾福利政策的中心行动者,主要对困境隔代照顾群体提供两类强化隔代照顾功能的家庭政策:第一种是直接或间接的经济

转移支付,通过事实隔代法定监护补贴、寄养经济补贴、税收优惠政策、对极度困难家庭给予救助等手段,实现对隔代照顾家庭的收入保护,以此增强隔代照顾家庭履行对其成员进行社会保护的能力;第二种是隔代照顾附加的社会权利,如围绕隔代照顾模式的社会服务、获取教育与医疗福利的机会、住房保障等策略,派生给照顾者和被照顾儿童更多的福利权利。此外,社会组织、高校、社区等也提供类似帮助和支持隔代照顾的补充福利,强化隔代照顾模式的照护功能。这与西格丽德·莱特纳(Sigrid Leitner)在家庭福利体制划分中使用的主要政策工具相吻合,凸显福利政策中的回归家庭、支持家庭的特征。政府并未将困境隔代照顾问题完全推给家庭,而是通过公共资源的再分配回应其问题与诉求,既突出家庭作为儿童福利供给主体的责任和功能,一方面保护困境隔代照顾群体的社会保障权利,同时强化国家对隔代照顾模式尤其是困境隔代照顾主体的政策保护,巩固隔代照顾的福利功能,让儿童尽可能地在家人、亲友环境中生活。美国隔代照顾福利政策始终在家庭主义、去家庭化的分野与整合中探索二者融合发展的政策路径,这一融合发展的家庭政策实践表现出来的是一种“再家庭化”的价值意蕴,灵活整合隔代照顾福利供给中的国家责任与家庭责任的关系。

(二) 去商品化能力较低

美国政府并非针对所有困境隔代照顾主体提供能满足其需求的福利支持,而是有选择性的对部分隔代照顾主体提供一定水平的福利支持,这就涉及到“去商品化”能力在形塑隔代照顾福利政策特征方面的议题。丹麦学者考斯塔·埃斯平-安德森(Gosta Esping-Andersen)提出了社会政策中的“去商品化”概念,认为现代社会政策的原动力源于人类需求和劳动力的商品化过程,由此,福利渐渐取决于他们与市场的关系。从这个角度来说,社会政策平衡的是福利供给过程中国家责任和市场责任的关系。去商品化指个人和家庭脱离市场劳动(更多情况下是被市场排斥后)仍然维持一种被社会所接受的生活水平,去商品化程度用以揭示政府部门旨在减少公民依赖自身劳动或市场获得福利保障的公共行为和努力,显示公民生活免受自由市场逻辑支配的程度。埃斯平-安德森认为去商品化程度可以从如下三个维度进行考量:一是获得福利机会的规则,即享受的资格标准与资格限制,如果不论过往工作表现、就业记录、需求审定等情况,均有权享受充分的生活水平,那么这个政策就具有较大的去商品化潜能;二是与收入替代率有关,如果获得的福利给付水平明显低于社会接受的适当生活水平,那么可能的结果是促使人们尽快回到工作岗位;三是资格授权的范围,这与第一条维度有一定的相关性,主要分为三种常见类型,即获得福利的机会是基于贫困,还是基于工作业绩,抑或基于普遍的公民权利而无论其需求或工作表现等。

从福利享有的资格标准、资格限制以及资格授权的范围来说,美国隔代照顾福利政策并不容易获得,隔代照顾群体获得能保持适当生活水准的权利保障与政府的需求审定、照顾者身份资格密切挂钩。隔代照顾福利政策分配所依据的主要权益基础并不是工作成就、职业类型、个人缴费或者公民身份等指标,而是经过家计调查评估证明了的确实存在的需要,这与美国社会福利体制中一直坚持的社会救助传统即对资产或收入进行严格程度不等的审查有关。美国几乎所有的隔代照顾福利政策项目都需要对申请者与其家庭进行资产调查、资格审查和需求评估,以此证明申请者或其家庭确实存在通过自身努力难以满足的现实需要,政府才会提供援助。就身份资格而言,祖孙之间是否拥正式的照顾或监护关系,即是否拥有法定监护关系、正式寄养关系、拥有寄养家庭许可资格等,是影响隔代照顾主体是否能获得福利资源的决定性因素。多数隔代照顾福利政策尤其是联邦层面的政策主要面向具有政府部门、司法部门认定的有合法照顾关系的隔代照顾群体,虽然州政府、地方政府、民间组织也面向非正式的、私人性的隔代照顾群体发展了现金补贴、社会服务等支持项目,但项目变动性较大,缺乏系统性与连续性。美国家庭调查发现,有68%的正式亲属照顾儿童得到了政府经济救助与补贴,而私人性的非正式亲属照顾儿童获得这些经济支持的比例仅为22%。这种依靠家计调查、身份资格等判定隔代照顾福利政策受益资格的方式形塑着政策的补缺性特征,那些未获得政府部门或司法部门认定的、未达到极端贫困水平的隔代照顾主体,即便其生活再困难,仍很难获得所需的社会保障资源。

从福利给付水平来看,美国政府并未为困境隔代照顾群体提供能满足其生活需要的福利援助,而是选择性地对部分困境隔代照顾群体提供维持低生活标准的社会救助式的福利支持。按照美国的平均消费标准来看,抚养一个儿童的月平均花费约990美元,而寄养补贴每月平均511美元,占儿童抚养成本的52%;

TANF 基本救助金平均每月 249 美元, 仅占儿童抚养成本的 25%, 经济补贴与救助水平较低。由于领取寄养补贴、TANF 救助金的隔代照顾者与其家庭一般都处于贫困线以下, 而且大多面临着年龄较大、身体健康较差、隔代照顾时间冲突、不宜进入劳动力市场等难以逾越的现实困境, 政府提供的仅满足最低生活标准的有限救助明显低于社会接受的适当生活水平, 迫使隔代照顾家庭不得不依靠家庭互助、工作、社区网络、慈善等其他获取生活资源的方式, 政策的去商品化水平较低。

(三) 延续自由主义福利体制传统

福利体制指的是福利产品在国家、市场和家庭之间的分配模式, 也就是说国家、市场和家庭在福利供给上的制度性分工。虽然福利体制多用于分析一个国家的福利资源分配模式, 但同样可以用于分析单一、特定的福利政策与方案。埃斯平-安德森根据福利的去商品化程度、福利的阶层化和市场与政府之间的关系, 对欧美国家的社会福利模式进行跨国比较研究, 归纳出自由主义、保守主义、社会民主主义等三种福利体制。其中美国属于自由主义福利体制国家, 其特征主要为: 强调市场机制在福利资源分配中的主导作用和政府干预的最小化, 国家只作为最后的安全网对切实需要帮助的家庭提供低水平的福利资源, 以家计调查式的社会救助为主等。

就美国隔代照顾福利政策而言, 其多数政策项目都是实行基于正式照顾关系的身份资格、较为严格的需求审查而建立的资格标准, 项目主要针对困境家庭等切实需要帮助的家庭, 即只有当隔代照顾儿童、照顾者无法通过工作等自身努力获得满足生活所需的福利资源时, 国家作为困境家庭的底层安全网对其补充福利资源保障其基本生活。福利资源的保障水平和替代率整体较低, 政策的去商品化程度低。美国隔代照顾福利政策延续和体现了其自由主义福利体制的传统。

从隔代照顾福利政策的整体情况来看, 美国政府也提倡隔代照顾家庭能保持独立性, 鼓励发展工作福利, 避免依赖公共福利。从上世纪 30 年代开始, 隔代照顾福利政策一直在儿童照顾责任归属、家庭自给自足、社会保障支持程度等参数之间摇摆, 但最终定位是政府仅对部分困难的隔代照顾家庭的生活系络进行修修补补, 未进行大刀阔斧的实质性干预, 仍然寄希望于家庭的自给自足, 倾向于实行抗拒介入的不情愿模式 (Reluctant model)。这种模式无法从较大程度上保护困境隔代照顾群体的福祉, 也决定了其社会保障权利的实有程度仍有所欠缺。

五 总结

隔代照顾是家庭代际成员之间的互助共济、风险共担的过程。面对困境的隔代照顾者与被照顾儿童社会保障权受侵害问题, 美国政府逐渐承担人权保障的责任, 自 20 世纪 30 年代以来不断发展隔代照顾福利政策形式, 采用收入维持、社会服务、住房救助、教育与医疗福利等实体性政策手段, 完善程序性政策措施, 保护隔代寄养、隔代法定监护等正式照顾关系和私人性的非正式隔代照顾关系中的参与主体的社会保障权利, 实现了一定的福利保障效果。美国隔代照顾福利政策进一步整合了家庭主义、去家庭化政策范式的关系, 在家庭政策实践表现出来的是一种“再家庭化”价值意蕴, 既充分利用以隔代照顾为核心的家庭作为儿童福利供给主体的责任和功能, 同时又强化国家对隔代照顾模式尤其是困境隔代照顾主体的政策保护。但是, 美国隔代照顾福利政策也体现和延续了其自由主义福利体制的传统, 基于隔代照顾家庭的身份资格与需求审查、家计调查建立福利资源的准入标准、为困境隔代照顾群体提供低生活标准的救助式社会福利, 使得隔代照顾福利政策的去商品化程度较低, 困境隔代照顾群体的社会保障权实有程度有所欠缺。这些政策特征与不足或许可以为中国困境隔代照顾群体的权益保障提供政策借鉴与反思。

当前中国家庭变迁过程中所展现出来的隔代照顾问题尤其是困境隔代照顾主体权益保障问题与美国的情况略有相似之处, 然而, 中国相关社会政策的改革与发展还具有滞后性, 政府和民众多将隔代照顾模式和困境隔代照顾群体视为家庭私领域的事务, 隔代照顾模式的福利价值被普遍忽视, 政府未对困境隔代照顾主体的问题和诉求做出直接的政策回应。如何维护困境隔代照顾群体的社会保障权利, 并修复和增强

以隔代照顾为缩影的家庭的福利功能，需要做出更多的现实平衡。可以尝试考虑在相关政策设计中引入隔代照顾视角，增加对隔代照顾家庭尤其是困境隔代照顾家庭的价值关怀和政策关怀，综合考虑其现实需求和复杂境况，以更积极的态度回应照顾过程中的矛盾、冲突与问题，有针对性地保障隔代照顾群体的社会保障权利，例如在现有的留守儿童、留守老人、困境儿童福利政策中新增对农村隔代照顾群体的保障对策，在社会救助政策中兼顾困境隔代照顾群体的现实需要等。同时调动隔代照顾模式的活力，助力家庭履行福利保护责任的能力。结合中国的政策背景，审慎地思考相关政策规划，包括资格标准、给付水平、权利范围等，平衡好国家与家庭、市场之间的关系。

当然，中国隔代照顾相关政策建构需要经过严格的论证，需要结合中国场域做综合分析，寻求适合本国社会环境的困境隔代照顾主体权利保障措施。美国政府对困境隔代照顾群体的现实关怀、社会保障责任承担、法律规制性、手段综合性、再家庭化价值意蕴等方面具有一定的借鉴价值，也提醒我们在社会保障权保护的实有性、平等性、保障性、因地制宜等方面多做努力。

聚焦 | 未成年人政府保护的问题与解决——以未成年人检察司法保护为视角

2022-06-18 中国检察官

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZY1axG3gacvETTn2Yq-gZg>

未成年人政府保护的问题与解决

——以未成年人检察司法保护为视角

朱本欣

北京交通大学法学院副教授

张丹

重庆市云阳县人民检察院

摘要：对近5年重庆市Y县检察机关办理的未成年人案件进行分析，可以发现司法办案中存在未成年人政府保护不充分的问题，主要包括合适成年人到场补助标准低、强制报告制度落实不足、政府综合救助体系不完善、专业人才短缺等。可通过更新合适成年人库、监督落实强制报告制度、建立未成年人综合救助体系、引进专业人才等措施加以完善，以实现未成年人全面综合保护。

关键词：未成年人司法保护 政府保护 未成年人检察 保护合力

全文

2020年习近平总书记在给全国少年儿童“六一”国际儿童节的寄语中提出，“各级党委和政府、全社会都要关心关爱少年儿童，为少年儿童茁壮成长创造有利条件。”2021年施行的修订后《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称《未保法》）将“政府保护”从“社会保护”中单独分离出来，增设了“政府保护”专章，进一步彰显了国家对未成年人保护工作的重视。实务中，未成年人政府保护工作情况如何？检察司法保护该如何融入政府保护？为探明这些问题，我们梳理了2017年1月1日至2022年3月31日5年内重庆市Y县检察院受理的未成年人案件，对发现的问题予以分析，以期为未成年人司法保护主动融入政府保护建言献策。

一、未成年人检察司法保护的困境

5年内,重庆市Y县检察院检察一部未成年人检察办公室共受理未成年人案件179件230人,其中未成年人犯罪案件99件148人,人数占比64.3%。侵害未成年人刑事案件80件82人,人数占比35.7%。性侵害未成年人刑事案件62件63人,人数占比27.4%。

《未保法》实施后,受理未成年人案件28件33人,其中未成年人犯罪案件10件15人,占比45.4%;侵害未成年人刑事案件18件18人,占比54.5%,其中性侵未成年人刑事案件17件17人,占比60.7%。分析上述案件,可发现未成年人司法保护存在以下困境:

(一) 合适成年人参与办案积极性不高

根据刑事诉讼法规定,询问、讯问未成年人应有法定代理人到场,法定代理人无法到场的应有其他成年亲属或者合适成年人陪同询问、讯问。据统计,Y县检察院5年内办理的未成年人案件中,合适成年人到场的89件。合适成年人到场367人次,法定代理人或亲属到场78人次;法定代理人或亲属全程到场参与未成年人讯问的案件仅有10件44人次,合适成年人到场率仅为75%。合适成年人经两次以上通知或经团委协调后才到场的258人次,占有合适成年人到场比例的70.3%,由此反映出合适成年人到场难的问题。

《未保法》实施后合适成年人到场的案件有12件。合适成年人到场57人次,法定代理人或亲属到场25人次;法定代理人或亲属全程到场参与未成年人讯问的案件仅有2人,合适成年人到场率为69.5%,合适成年人经两次以上通知或经团委协调后才到场的41人次,占有合适成年人到场比例的71.9%。合适成年人到场难的问题并未改善。

(二) 未成年人受侵害后发现难

性侵未成年人案件具有极强的隐蔽性。据统计,Y县检察院近5年来办理的62件性侵未成年人案件中,有8件为加害人长期性侵被害人,占比12.9%,其中最长的达3年,最短的也有半年。《未保法》实施后,Y县检察院办理性侵未成年人案件共14件14人,加害人长期性侵被害人的有3件,占比21.4%。性侵未成年人案件发现难的问题未得到有效解决。

(三) 未成年被害人获得综合救助难

一是获得经济救助比率低。78名被性侵未成年被害人中,仅有5人得到经济赔偿,占比6.4%;获得司法救助的被害人仅有9人,占比11.5%。《未保法》实施后Y县检察院办理的性侵未成年人案件,17名被害人无一人得到经济赔偿;6名被害人获得司法救助,占比35%。二是心理救助难。被性侵的78名未成年被害人中,主动接受检察机关免费心理疏导的有6人,占比7.7%;经过检察官释法说理消除心理顾虑后愿意接受心理疏导的有62人,占比79.5%;坚决拒绝心理疏导的有10人,占比12.8%。《未保法》实施后办理的性侵未成年人案件,17名被害人接受心理疏导15人,占比88%;2人拒不接受心理疏导,占比11.7%。5年来,由心理咨询师进行疏导的有10人,占比仅12.8%。《未保法》实施后,仅有2人由专业心理咨询师进行心理疏导,占比11.7%,其余均系由检察官自行心理疏导。三是开展家庭教育指导难。据统计,家庭教育指导立法以后,重庆市Y县检察机关开展家庭教育指导5件5人,由于缺乏专业的家庭教育指导师,以上5人均是由检察官自行开展家庭教育指导,缺乏专业性、有效性。

(四) 涉罪未成年人帮教矫治难

《预防未成年人犯罪法》中对未达刑事责任年龄的罪错未成年人的惩治措施主要包含：训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、定期报告活动、责令接受行为矫治、参加社会观护等，采取以上措施均没有效果的，经过专家委员会评估同意，送专门学校进行专门教育矫治。5年来，Y县检察院在办案中发现未达刑事责任年龄未成年人共计25人，其中开展书面训诫的仅有4人，与社工联合开展帮教矫治的有3人。以上7人在训诫、帮教矫治中经检察机关通知均有拒不到场的情形，后经多次通知虽勉强到场，接受训诫、帮教矫治后效果也欠佳。《未保法》实施后，Y县检察院办案中发现未达刑事责任年龄未成年人3人，对其均进行了书面训诫并联合社工开展帮教矫治，但其中1名未成年人在签订帮教矫治协议后失去联系，导致帮教矫治被迫中止。

二、检察司法保护困境中政府保护存在的问题

（一）合适成年人到场补助标准低

Y县公安局、检察院为了激励合适成年人到场，对到场协助办案的合适成年人给予一定的误工补助。对于上班时间误工在4小时以内的补助50元，超过4小时的补助100元；对于非上班时间误工4小时以内的补助100元，超过4小时的补助200元。但该标准为2016年制定，已远不能适应当前经济收入水平，无法激励合适成年人到场的积极性。

（二）强制报告制度落实不足

《未保法》规定了强制报告制度，但该制度实施以来宣传、培训指导力度不足，部分义务报告人不知晓强制报告，不知道该如何报告、向谁报告。经统计，自强制报告制度实施以来，性侵未成年人案件中履行强制报告义务的有3件，报告主体均为被害人老师，未落实强制报告制度的有1件。另外，《未保法》第57条明确规定了旅馆、宾馆、酒店等住宿经营者接待未成年人入住时，有询问核实报告的义务。但自《未保法》实施以来，Y县检察机关受理的17件性侵未成年人案件，有5名未成年被害人系在宾馆被性侵，宾馆经营者均未履行登记核实报告义务。

（三）政府综合救助体系不完善

1. 缺乏未成年人综合救助绿色通道。如前述，大部分被性侵的未成年被害人都未得到经济赔偿或司法救助补偿。被害人得不到嫌疑人赔偿，政府专项救助资金又无法及时补位，往往会导致未成年人陷入困境。如向某某强奸案，13岁的被害人小林在被性侵后患上重度抑郁症，其家庭无力支付巨额医药费。犯罪嫌疑人是在校大学生，无经济赔偿能力，其父母亦拒不为其赔偿。虽然Y县检察机关立即启动司法救助程序，但因司法救助审核审批流程繁琐，效率极低，导致小林无法得到及时治疗，病情加重。

2. 专业救助人才匮乏。当前未成年人专业心理咨询师、家庭教育指导师、未成年人司法社工等从业者社会缺口较大。如Y县暂无专业家庭教育指导师，从事专业心理咨询的心理咨

3. 跨区域救助难度大。如谭某某猥亵儿童案，被害人小花为事实上无人抚养儿童，可享受相关福利救助。但根据民政部发布的《关于进一步加强事实无人抚养儿童保障工作的意见》，事实无人抚养儿童的认定应当向儿童户籍所在地乡政府（街道办事处）提出申请，由儿童户籍所在地的乡政府受理申请查验资格。本案中，被害人户籍所在地与居住地不一致，导致无法得到实质救助帮扶。为帮助小花一家度过难关，Y县检察机关为其申请了5万元司法救助金，但仍未解决小花日后生活来源问题。Y县检察机关为帮助小花迁户，免费为小花进行亲子鉴定，成功证明小花与其父亲的亲子关系，又多次往返湖北沟通协调，最终帮助小花顺利迁户回家。后民政部门才将其纳入事实无人抚养儿童救助系统，解决了小花成年以前的生活来源问题。

（四）社会支持体系不完善

未成年人保护是一项系统性综合工作，需要全社会多方主体的共同参与。当前政府部门在有效引导建立社会支持体系方面主要存在以下问题：一是专门学校严重不足，难以满足社会需求。专门学校是防治未成年人违法犯罪的有效措施，是我国社会治理取得的宝贵经验。当前重庆市只有一所专门学校，仅能容纳40人，无法满足全市38个区县的实际需求，导致公安机关在抓获未达刑事责任年龄的未成年人后只能一放了之，形成“养猪困局”。二是社会观护基地不足。根据《预防未成年人犯罪法》，对于具有严重不良行为的未成年人，可以责令接受社会观护，由社会组织、有关机构在适当场所对其进行教育、监督和管束。但司法实践中，社会观护基地严重不足，不能满足未成年人帮教矫治考察的需求，导致帮教矫治效果不佳。三是专业从事未成年人工作的社会组织较少，主要原因是政府缺乏激励机制，无法引入更多优质社工组织参与未成年人保护工作。

三、加强政府保护，破解检察司法保护困境

（一）定期更新合适成年人人员库，适当提高误工补助标准

合适成年人不到场，不仅会严重影响司法办案效率，更无法保障未成年人合法权益。针对司法办案中合适成年人到场难的问题，首先要动态更新合适成年人库。检察机关可通过情况反映、工作函等形式将合适成年人到场难的问题及时反映给当地政府，最大限度争取当地政府部门的支持，同时建议政府指定具体部门专人负责此项工作，将合适成年人中无法到场的人员排除在外，让真正能够从事这项工作的人作为合适成年人，保证合适成年人库中都是“合适”的成年人，在接到公安司法机关通知时如无特殊情况均能到场。二是可签订合适成年人及时到场承诺书，建立合适成年人到场考勤制度和奖励制度。如对于办案中经3次以上通知均无故不到场的合适成年人，及时向其所在单位或组织通报，对于一年内每次通知均按时到场的合适成年人给予适当表彰或奖励。三是适当提高合适成年人因参与案件办理的误工补助标准，与社会经济发展水平相适宜，提高合适成年人到场的积极性主动性。

（二）监督落实强制报告制度，及时发现性侵未成年人案件

一是加强对强制报告制度的普法宣传力度。当前，重庆市检察院推出强制报告制度公益短片《聚光》，号召强制报告主体履行义务，虽获得社会广泛关注，但未能达到长久关注效果。建议在客流量多的广场商场显示屏、电视广告上滚动播放或以海报、短视频等方式多渠道宣传强制报告制度，增强制度的知晓度。二是将强制报告制度纳入政府工作人员、医疗卫生工作人员、基层组织工作人员的入职培训内容，加强以上人员履行强制报告义务的发现识别能力和报告意识。三是拓宽报告渠道，建立线上报告平台。当前，重庆市检察院推出全国首款强制报告APP，极大地方便了强制报告主体及时履行报告义务，可以说是一个有益的尝试。四是立足检察职能，充分发挥检察优势，督促强制报告制度落地生根：以办案为切入点，倒查强制报告制度落实情况。在未成年人被侵害案件办理中，专门针对是否落实强制报告制度建立一案一查机制，根据倒查情况及时发现问题并监督相关部门依法履行职责，协助解决强制报告制度履行中遇到的困境。对未落实强制报告制度的人员，督促相关部门严肃追责处理。以法治副校长为依托，广泛宣传强制报告制度。建议将强制报告制度纳入法治副校长普法清单，作为密切接触未成年人行业工作人员的普法必修课内容之一。以“一号检察建议”为牵引，督促学校落实强制报告制度。“一号检察建议”是预防校园性侵害的重要监督措施，张军检察长提出要没完没了抓好“一号检察建议”的落实监督工作。检察机关在对落实“一号检察建议”监督回访时，应将学校落实强制报告制度情况作为重点监督工作内容之一，建立工作台账，及时发现学校履行强制报告义务中存在的问题、分析原因并有针对性地提出改进建议，及时通报教委，确保监督整改落实到位。

（三）加强资金投入，建立未成年人综合救助绿色通道

1. 建立未成年人紧急救助专项资金及救助绿色通道。解决资金短缺的问题，既有赖于上级政府部门加大对基层政府未成年人保护工作的投入，也可以大力引入社会辅助力量，如爱心企业、爱心人士的捐赠，建立未成年人专项救助基金。同时，建议政府各部门间加强协作，开启未成年人救助绿色通道，缩短未成年人司法救助行政审批周期，以尽快拨付未成年人司法救助专项资金。

2. 加大人才培养和引入工作。一方面，政府要建议高校加强相关专业人才的培育，做好相关专业人才的引进工作，让专业人才愿意来、留的下。另一方面，司法行政工作人员要加强自身专业综合素养提升。从事未成年人相关工作的政府人员、公安民警、司法人员均应加强教育学、心理学、社会学等方面知识的学习，全面提高未成年人综合工作业务素养。

3. 完善未成年人救助相关法律法规，制定跨区域协同救助机制。针对跨区域救助困难的问题，建议建立未成年人救助跨区域协助机制，确定由居住地政府先实施临时救助，后及时协调其户籍地予以跟进救助的规则。

（四）加强硬件软件建设，构建社会支持体系

一是加强专门学校的建设。建议以省为单位，政府部门统筹全省资源，选取地理位置上能辐射全省的合适地点建设专门学校。二是加强未成年人观护基地建设。政府可通过出台一系列优惠政策鼓励、支持和引导人民团体、企业事业单位等社会组织积极参与未成年人帮教矫治工作，建立未成年人观护帮教基地，为未成年人观护帮教提供有效平台。三是鼓励支持成立一批专业未成年人社工组织，由民政部门每年定期组织当地司法社工进行专业培训，以提高未成年人司法社工工作的专业性。

佳作译介 | 新家庭形式对育儿和儿童发展的影响

2022-06-18 婚姻家庭研究

<https://mp.weixin.qq.com/s/gfXvbJpH8BJhef6rzYrGJQ>

在过去的40年里，法律的变化、技术的进步和社会态度的转变使家庭的性质和结构发生了显著的变化。20世纪后半叶之前那些不存在或不可见的家庭形式，现在通常被称为新家庭形式，与其他“非传统”家庭形式（如同居、单亲父母或父母分居后的继父母所形成的家庭等）区分开来。“传统”家庭模式通常是指一对异性夫妇抚养与其有基因关系的孩子。新家庭形式可能在父母的数量、性别和性取向以及父母和孩子之间的遗传和妊娠关系上不同于这种结构。“新家庭”通常是指父母是同性恋者的家庭、通过辅助生殖技术组建的家庭以及自愿选择的单亲家庭。人们通常认为，“传统”模式仍然是促进儿童健康发展的最佳环境，而且在许多国家也被写入法律，然而，一些关注在“新家庭”背景中成长的孩子的研究对这些假设提出了挑战，证明了家庭育儿过程对孩子的影响远比家庭结构更重要。

—

新家庭的发展

20世纪70年代末，关注新家庭的科学研究兴起，其背景是英国和美国离婚的女同性恋者因其性取向问题，导致子女的监护权被判给前夫而引起的监护权纠纷日渐增多。两国的研究人员开始研究离婚后的同性恋母亲家庭中的儿童发展问题。在接下来的几十年里，该领域扩展到包括通过捐赠的配子组建的同性恋家庭、异性恋夫妇家庭和利用辅助生殖技术组建的单身女性家庭。对大多数新家庭形式的探索性研究通常采用比较研究设计，将异性夫妇家庭作为对照组进行比较，后来的研究转向探索特定家庭类型中儿童之间的个体差异。

文章讨论了六种新家庭形式中的家庭功能，作者认识到，家庭类型之间的结构性区别是不完善的。采用这种分类方式是因为它们最好地反映了新家庭研究的不同领域中各类文献的发展。

二

新家庭形式中的育儿和儿童发展

1. 同性恋父母的家庭

女同性恋母亲：在20世纪70年代的监护权纠纷中，人们关注的焦点集中在女同性恋者是否会比异性恋者更缺乏教，以及儿童是否需要在父母双方的教养下发展。对美国 and 英国女同性恋母亲家庭的研究比较了由离婚的女同性恋母亲和离婚的异性恋母亲抚养的儿童，发现两组儿童在社交、情感或行为问题上没有差异。大量的研究表明，与异性恋母亲抚养的儿童相比，同性恋母亲抚养的儿童更有可能在心理上适应良好，并与母亲保持良好的关系，在某些情况下，他们的表现比同龄人更好。

男同性恋父亲：由两个父亲组成的家庭通常被认为是最具争议的新家庭形式之一，因为很少有父亲是主要的照顾者。同性恋父亲挑战了许多国家仍普遍存在的假设，即女性比男性更适合养育，更适合做父母，父母在家庭中履行不同的职能。此外，同性恋父亲经历了与父亲身份相关的高污名率，这可能直接通过压力传递或者间接地通过育儿影响父母的心理健康和儿童的适应力。来自全国代表性调查的数据发现，荷兰或者美国的同性恋父亲家庭和异性恋父母家庭的儿童在心理适应方面没有差异。在美国和英国同性恋父亲家庭的追踪调查中，在同性恋父亲家庭中长大的孩子与同性恋母亲、异性恋父母家庭中的孩子相比不存在发展问题。

育儿压力、支持性共同育儿以及家庭互动的质量与儿童的适应和发展有非常密切的关系，家庭劳动分工、劳动分工满意度与儿童适应力无关，但实际劳动分工和理想劳动分工之间的差距与生活满意度有关，父母的病耻感也与儿童的适应能力有关。在同性恋家庭中进行的调查显示，在4-8岁儿童中，当父母有较强的病耻感时，女孩的自尊心会更低，男孩则更易多动。在父母认为遭受了更多污名化的家庭中，儿童会有更高水平的外显行为问题。父母的支持感知度是与家庭幸福相关的重要因素。文献表明，在同性恋父母家庭中长大的儿童，在某些情况下比异性恋父母家庭的同龄人有更好的心理适应能力。

2. 自愿选择的单身母亲

对单身母亲育儿和儿童适应的研究历来集中在离婚/分居或意外怀孕后形成的单亲家庭中。最近，研究人员开始关注一种新型单身母亲家庭，这种家庭是指单身女性意图通过捐赠的精子受孕组建家庭。对因离婚而形成的单亲家庭的孩子的研究显示，这些孩子比双亲家庭的孩子表现出更高的心理问题率，这些问题与离婚有关，包括父母冲突、经济困难和母亲抑郁，而非单身母亲本身的问题。由自愿单身的母亲抚养的孩子不太可能会经历家庭破裂，并且这类母亲多数经济条件较好。

图片

一些研究比较了这类单身母亲的孩子和异性恋母亲抚养的孩子，发现当孩子处于婴儿期和学步期时，单身母亲家庭的亲子关系质量良好，且出现行为和情绪问题的几率较低。不同家庭类型的儿童出现社会情感或行为问题的几率没有差异，表明两组儿童的适应问题是由相同的因素（儿童性别、父母压力和经济困难）影响的。无论家庭类型如何，较高水平的父母压力都与儿童的适应困难问题相关。对儿童童年早期的研究发现，从孩子的角度来研究他们如何看待自己是被“捐赠”的孩子的孩子的问题，母亲反映孩子更关注父亲的缺席，而不是捐赠者，并且孩子们以一种积极的方式看待他们的家庭。

3. 辅助受孕的家庭

通过辅助受孕而组建的家庭中,孩子与抚养他们的父亲(在捐精的情况下)或母亲(在捐卵的情况下)没有共同的基因关系。对辅助受孕家庭的关注点集中在儿童与其父母之间缺乏遗传联系的假定负面影响上。尽管在几种家庭类型中父母都可能会通过捐赠的配子受孕,但本节主要集中关注异性双亲家庭。

一项对辅助受孕家庭的追踪研究调查了配子捐赠对儿童发育的影响,研究收集了六个时间段的家庭数据,发现辅助受孕家庭的亲子关系比非辅助受孕家庭更积极,儿童在学龄前的心理适应水平也更高。在童年中期,辅助受孕家庭继续表现出良好的家庭功能,与对照组在儿童适应、母子关系质量或者父子关系质量方面没有差异。儿童处于青春期中期时,捐卵母亲和青少年的关系质量比捐精母亲和青少年的关系质量差,但在互动质量或养育质量的评估中没有发现差异。两个辅助受孕组的青少年都表现出与对照组相似的积极心理适应能力和自尊。

4. 通过代孕组建的家庭

对代孕家庭的关注集中在缺乏产前关系是否会影响母婴关系,通过代孕受孕的孩子是否会产生被代孕母亲抛弃的感受,以及在孩子出生后与代孕母亲继续保持联系是否会模糊两个家庭之间的界限。本节主要介绍通过代孕所建立的异性恋双亲家庭的研究。

一项关于代孕家庭育儿和儿童发展的追踪研究在英国招募了代孕家庭的代表性样本,队列婴儿出生于2000年至2002年,并对这些家庭进行了14年的跟踪调查。在研究的第一阶段,当孩子还是婴儿时,代孕父母表现出比非辅助受孕家庭更低的育儿压力和抑郁水平,以及更积极的亲子关系质量。当孩子两岁时,与对照组相比,代孕母亲继续表现出更积极的母婴关系,代孕父亲表现出更好的心理健康。在青春期,与辅助受孕的家庭相比,代孕家庭的父母心理健康状况更好,家庭关系问题也更少。

就儿童心理适应方面而言,代孕儿童在幼儿期与非辅助受孕组的儿童没有区别。在童年中期,代孕儿童在7岁时表现出比辅助受孕家庭更高水平的适应问题,但这种群体差异在10岁时不再存在。在14岁时,根据母亲、老师和青少年自己的评估,代孕青少年在心理适应方面与对照组没有区别。尽管有人担心,维持代孕者和代孕家庭之间的联系可能会带来问题,但从母亲、老师和青少年自己的评估报告中发现,这些关系是和谐、有益的。

5. 跨性别家庭

据估计,美国成年跨性别人口约为140万人,英国约为20万至50万人,四分之一至一半的跨性别者已经成为了父母。跨性别父母的家庭是一种新的家庭形式,但人们对父母及儿童的行为发展却知之甚少。

对儿童行为发展的关注集中在,经历父母跨性别的儿童是否有能力重新与他们的跨性别父母建立关系,他们是否可能经历更大的家庭冲突。鉴于全球普遍存在系统性和社会性跨性别恐惧症,与其他的新家庭形式相比,跨性别父母可能被认为更容易遭受少数群体的压力,包括羞辱、歧视和暴力,他们的孩子也可能会经历污名,且缺少专业帮助。

最早关于跨性别父母家庭儿童适应的研究关注儿童的性别发展,发现儿童表现出典型的性别刻板偏好。关于儿童心理适应的研究发现,儿童经历精神障碍的比率与普通人群相似或更低。一项使用标准化精神障碍筛查工具的研究发现,这类家庭中的儿童和青少年具有良好的心理适应能力。在儿童经历了父母性别变化的家庭中,父母的关系质量、儿童的污名经历、儿童的年龄被确定为是与儿童幸福感相关的风险因素。尽管Green(1978)早在40多年前就对跨性别父母家庭中的儿童适应问题进行了研究,但关于儿童适应力发展的实证文献仍然有限,样本量也往往较小。

结论和未来方向

这40年来,对各种新家庭形式的研究一致发现,新家庭中的儿童适应良好,并体验到积极的育儿和温暖的亲子关系。从理论的角度来看,这些发现有助于我们理解家庭进程和家庭结构对儿童发展和育儿的影响。关于新家庭形式的文献表明,家庭关系的质量和家庭所处的社会环境,对儿童的健康心理发展的影响远远大于父母的数量、性别、性别认同、性取向,或父母与儿童之间的基因关系等。比较新家庭和传统家庭的研究,通常发现不同群体之间几乎没有差异,即使存在差异,它们也往往认为新家庭具有更积极的功能。

在新家庭形式中,关于育儿和儿童发展的科学研究受益于多源评估法的使用,利用深度访谈、家庭互动的观察性评估以及对家庭功能标准化问卷评估的数据,尽可能地对数据进行三角检验。许多研究采用了多源评估法,包括来自父母双方的数据、来自对儿童行为的评估,以及来自儿童对其家庭的看法。定性方法的使用为新家庭的生活经历研究提供了丰富的见解,在关系系统框架下研究的学者认为,定性方法有助于对家庭关系做更全面和细致的理解。

从具有全国代表性的数据集中提取数据,对于同性恋父母家庭中儿童适应情况的稳健性评估至关重要,由于人口规模有限,这种方法目前不可能用于所有新的家庭类型。因此,这一领域的许多研究依赖于便利样本,可能容易受到采样偏差的影响,家庭成员心理状况更好,或者认为所受的污名较少的家庭更有可能参与。新家庭研究也因其样本缺乏多样性而受到批评,这些样本主要由经济稳定、受过高等教育的白人家庭组成,家庭代表性有待商榷。

传统的家庭形式仍是社会主流的家庭形式,但不可否认新家庭形式的出现和发展。无论家庭结构如何,儿童在充满爱、关怀和支持的家庭中都能茁壮成长。

李冠煜:人的尊严是收买被拐卖的妇女罪的法益吗

2022-06-21 青少年犯罪问题编辑部

https://mp.weixin.qq.com/s/ySKLQYh_zxKBrRbt5ZzWvw

【内容摘要】人的尊严是宪法上的最高价值,它不是一项宪法基本权利。人的尊严是法益的基础,它不是具体犯罪保护的客体。人的尊严是指社会成员基于相互承认和彼此尊重,对其之间形成的平等地位及主体资格免遭否定和促进实现的价值实践。收买被拐卖的妇女罪侵犯了彰显妇女尊严价值的人身自由权利。法益概念只具有一定的立法批判机能和解释指导机能,所以,对本罪的犯罪化合理性及其刑罚化均衡性研究,还需从刑法体系外寻找刑事政策学、犯罪学上的根据。详言之,本罪采取了分立式立法技术,与拐卖妇女罪构成非对称型对向犯,且近年来对妇女尊严价值的侵害程度日益提升。然而,即使对本罪的法益侵害性、非难可能性的评价趋于严厉,也不一定要提高法定刑,严格刑罚裁量和强化行政执法都是可以考虑的方案。

【关键词】收买被拐卖的妇女罪 尊严 法益 犯罪化的合理性 刑罚化的均衡性

自2022年1月以来,“丰县生育八孩女子”事件引起了社会的广泛关注,许多刑法学者就收买被拐卖的妇女罪的危害性及其法定刑发表了自己的看法。例如,有学者认为,本罪是强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪等重罪的预备犯,从而体现出对收买行为的提前惩罚和从重打击。如果完全脱离收买之后对女性的身心伤害,单纯的金钱交易行为难以体现对女性尊严价值的蔑视。但是,也有学者指出,收买行为本身具有独立性,侵犯到个体作为人的基本人格尊严。人格尊严不止是民事上的权利,它也是宪法上的基本权利。除了人性尊严这种超个人法益,收买犯罪还侵害了女性的个人法益。从收买行为的不法程度来看,三年的法定刑与它的危害性之间是不相称的。可见,关于是否应当提高收买被拐卖的妇女罪的法定刑的不同

意见,其实源于对本罪保护客体的认识分歧:否定论者在承认处罚本罪的目的在于保护女性尊严价值的同时,更为强调对其人身自由、身体安全等个人法益的保护。相反,肯定论者不仅直接将人性尊严界定为一种超个人法益,而且使其与女性个人法益一起形成本罪的双重法益构造。

据此,本文以人的尊严是否系收买被拐卖的妇女罪的法益为问题意识,分别从三个方面对此依次进行探讨:一是人的尊严在本罪犯罪客体中的理论定位;二是人的尊严目标指引下本罪法益的内涵及其构造;三是人的尊严理念填充下对本罪性质和法定刑的再诠释。

一、收买被拐卖的妇女罪的犯罪客体之争

根据人的尊严在本罪犯罪客体中的不同定位,可以将其分为以下两类。

(一)明确以人的尊严作为客体内容的观点

1.人格尊严说

该说主张,拐卖妇女罪侵犯的客体是妇女作为人的尊严,即人格尊严。因为这种犯罪未必侵犯到妇女的人身自由,对被拐卖家庭造成的间接影响也不应视为客体内容。人身之所以不能买卖,正是因为体现了人有尊严。拐卖妇女行为将人降低为物,侵犯了被拐卖者乃至作为整个共同体的人的尊严。由于拐卖妇女罪和收买被拐卖的妇女罪属于对向犯,具有侵害对象的同一性,立法者也将两种犯罪规定在同一章,刑法学界往往认可它们所侵犯的主要客体是相同的。

不过,这种观点并未区分“人的尊严”“人性尊严”和“人格尊严”三个概念,混用不利于揭示本罪的客体,此其一。其二,即使人的尊严或人格尊严能够成为本罪客体,并将其具体化为人身不受买卖的权利,但这仍然是对道德哲学研究成果的套用,没有从自由主义的立场出发深刻说明促进妇女人格完善所需的条件。其三,人格尊严究竟是个人尊严还是社会尊严,性质不明,倘若以此指导本罪的构成要件解释,容易造成处罚扩大化。

2.人身自由、人格尊严与家庭稳定说

该说认为,收买被拐卖的妇女罪侵害的客体是复杂客体:被收买妇女的人身自由、人格尊严及其家庭稳定。公民的人身在我国具有不可买卖性,所以,无论行为人的收买行为是否违背被收买人的意志,只要实施了收买行为并将被拐卖的妇女归自己控制,即构成本罪。显然,被收买妇女的人身自由、人格尊严是主要客体,其家庭稳定是次要客体,这从本罪的实行行为上可以得到证明。

然而,这种观点的不足之处具体体现在以下几个方面。首先,将家庭稳定纳入到本罪的客体之中并不完全符合司法实践,将其纳入随机客体更加合理。其次,尽管将人身自由和人格尊严并列设置,使原本抽象、多义的尊严概念具有了一定的规范意蕴。但问题是,人身自由之外的人格尊严到底指的是什么?如果指的是人身自由权、隐私权等具体人格权,则可能构成对人之尊严价值的矮化;如果指的是尚未被类型化、具有普遍性的一般人格权,就不能与人身自由处于同一权利位阶,且需要进一步明确一般人格利益的内容,否则难以通过法益可损害性的验证。

3.人身自由权、人身不可买卖权说

该说指出,拐卖妇女罪的法益为妇女的人身自由权利、人身不可买卖的权利。人身自由有狭义和广义之分:前者是指人身不受非法拘捕、限制、搜查、讯问和侵犯,后者还包括与人身相关联的人格尊严不受侵犯、人身不可买卖的权利。本罪保护的核心法益应是人身不受买卖的权利,即人不是待价而沽的商品。无论何种情形下,行为危害的都是国家、社会以及公共利益。被拐卖的妇女无权处置这种同国家、社会利

益具有紧密联系的人身权，“同意”被卖也侵犯其人身自由权、人身不受买卖权。而收买被拐卖的妇女罪就是将拐卖的妇女视为商品，并以金钱或其他物品为对价而买入的行为。因此，同拐卖妇女罪的客体一样，收买被拐卖的妇女罪也侵犯了妇女的人身自由权、人身不可买卖权。

然而，这种观点将人格尊严视为广义人身自由的下位概念，进而使其与人身不可买卖的权利相并列，不仅打乱了一般人格权内部通行的权利结构层次，不当提高了人身自由权的地位，还由于缺乏人身不可买卖权利的准确定义，导致它沦为人格尊严利益的同语反复。正因为没有厘清人身自由权、人格尊严和人身不可买卖权三者的内涵与外延，尚未深入揭示人的尊严的本质及其内外价值区别，才造成本罪法益性质不清，摇摆于个人法益（强调尊严的主体性）和超个人法益（重视尊严的社会性）之间。

（二）仅仅以人的尊严作为客体论据的见解

1. 以人格尊严作为论据的人格权说

该说主张，无论拐卖人口犯罪采取何种手段，都是为出卖服务的，其本质属性是把人作为特殊商品出卖，从中获取非法暴利。从理论上确认犯罪客体时，必须具备两个特性：一要能反映犯罪行为的本质属性；二要能穷尽犯罪行为的周延性。侵犯人身自由、婚姻家庭和侵犯人身权利的主张都不符合上述要求，本罪侵犯的是社会主义制度下公民的人格权。《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”人格，是指一个人作为权利、义务主体的资格。在社会主义社会中，“人”既是社会关系的主体，又是社会财富的创造者，不是商品，不能成为买卖的对象。把“人”作为商品出售，就严重侵害了其人格权利。以此推论，既然拐卖妇女行为侵犯了被卖妇女的人格权，那么收买妇女行为同样侵犯了其人格权。

人格尊严条款在《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”的规范定位，并不必然意味着它就是一种宪法基本权利。以主观防御权能和客观价值决定的双重面向来衡量，即使人格尊严可用于对抗国家干预，但它难以提供可操作的价值标准进行利益比较，充其量只能作为一种价值观念，通过发挥自身的统一、指导功能以服务于某种价值体系建设。论者只解释了什么是人格，而没有说明何为尊严？倘若这里的人格权是指人身自由权、生命健康权等具体人格权，人格尊严就自然成为以上人格利益的基础。简言之，尊严概念可以起到价值目标定位的作用，但无力承担基本权利保障的重任。

2. 以人的尊严作为论据的人之为人自由说

该说认为，本罪法益与拐卖妇女罪一样，都是人之为人的自由。收买的基本特征是将妇女当作商品买进，不要求违背其意志。因为无论被收买人同意与否，都改变不了收买行为在客观上贬低了妇女作为人的尊严这一属性。相比前面几种观点，此处更为强调自由保障具有“人之为人”的特性，并上升到妇女尊严的高度，以此統合了买卖妇女犯罪的立法理念。

从语义上分析，“人之为人”实际上是人的尊严的另一种说法，体现了人的内在价值；“自由”是社会生活中实现个人尊严的现实条件，包括人身自由（权利）和人格独立（利益）。因此，“人之为人的自由”其实表达的是“自由享有人的尊严”的意思。不过，并非只有买卖妇女犯罪侵犯了人的尊严，故意杀人、非法植入基因编辑、贩卖淫秽物品等行为在特定情形下都会侵犯人的尊严，但理论上也没有将这些犯罪的法益界定为“人之为人的生命”“人之为人的健康”“人之为人的性自由”。这表明，本罪法益的内涵及其构造还有待于进一步明确。

3. 以人格尊严作为论据的人身不受买卖性说

该说指出，本罪侵犯的法益是妇女的人身不受买卖性。收买行为没有对被收买妇女家人的法益造成更大侵害，而是拐卖妇女行为的延续。人格尊严是个人的专属法益，个人专属法益除生命权外，被害人都可以进行承诺而阻却违法性。人格尊严与生命、身体健康相比较，较易恢复，故被收买妇女的法益侵犯性较

小。即使承认人格尊严属于个人法益，它与人身不受买卖性也不能等量齐观，否则会重蹈上述第一类观点的覆辙。

但是，人格尊严是否具有法益的适格性，论者对此并未予以详细论证，将其与生命、身体健康进行比较衡量并得出较易恢复的结论，其合理性值得怀疑。而且，既然《宪法》第38条首次在规范上肯定了人格尊严的不可侵犯性，那么只有将其置于相互承认、彼此尊重的社会交往语境下才有可能实现。所以，人身不受买卖性正好体现了人格尊严的不可剥夺性，人格尊严不能轻言放弃。人身不受买卖是人格尊严的外在表现，被害妇女的“承诺”无法改变本罪法益侵害的事实。

以上两类观点一方面突出了人的尊严对认识本罪客体的重要意义，并据此讨论收买行为的本质和确定收买犯罪的处罚范围。这是其可取之处；但另一方面，各位学者对人的尊严理论缺少基础性研究，导致对其含义、性质、特征的见解分歧，从而造成了一些不必要的理论误解和无谓的学说争议，最终影响了对本罪法益的正确理解以及对本罪罪质、罪量的适当评价。这是其缺陷所在。

二、收买被拐卖的妇女罪所保护法益的界定

只有先回答人的尊严的概念等前提性问题，才能确定能否将尊严概念引入法益论中；再结合当前关于本罪法益的研究成果，方可阐明其具体内容。

（一）人的尊严的概念阐释

1. 西方学者对尊严概念所下的定义

人的尊严理论在西方国家人的尊严理论有着悠久的哲学渊源，其进入法律领域后也经常见诸于国际性法律文件和多国的宪法规范及其适用实践。早在古希腊时期，哲学家们就在探寻人的本质时涉及尊严理论。及至文艺复兴时期，对人文主义精神的追求使学者们更加注重人的价值和尊严。启蒙思想家在继承人文主义精神并致力于提高哲学理论体系化程度的过程中，将自由、平等和民主思想推向了新高度。例如，孟德斯鸠认为，政治自由并不是愿意做什么就做什么。在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。哲学上的自由，是要能够行使自己的意志，或者，至少自己相信是在行使自己的意志。政治的自由是要有安全，或者至少自己相信有安全。只有将自由同政治、法律相联系，人的尊严才有可能成为连接社会伦理和实定规范的桥梁，并借此获得全面而切实的保护。

康德并未局限于人文主义者对人的尊严采取的形而上学论证框架，而是立足于目的论，从道德哲学之外的政治哲学视角去理解人的尊严理论。他主张，在“目的王国”中，人是目的而不是手段，人所具有的理性和自由超越其他价值，从而构成了尊严。换言之，超越一切价格、不容有等价物予以替代的东西，就具有尊严。人格本身就是人之目的，尊严即人的内在价值，当人具备这一内在价值时，便成为道德上能够自我立法的自治、自决的主体。虽然尊重人的理性和自由，就能维护人的尊严，这种建立在道德自由基础上的尊严观难以被验证，但它毕竟为法哲学、国家哲学研究提供了道德根据和共同基础，极大地推动了尊严理念的普遍化，并对《德国联邦基本法》（以下简称《基本法》）及其适用实践产生了重要影响。

2. 我国学者对尊严概念所下的定义

古代仁人志士在等级观念的支配之下，也提倡作为高尚人格和崇高气节的人之尊严，但尊严观完成从秩序性到普遍性的现代转型，是与人格尊严条款的规范功能发挥以及学界对尊严理念的批判性研究分不开的。

实证研究表明，截至2020年，《宪法》《民法典》《预防未成年人犯罪法》等15部法律中有“人格尊严”的规定，它们在实践中发挥四种功能：一般个别性权利、基本原则、价值基础和概括性权利。鉴于

人格尊严的功能定位不统一，有学者强调固定“人的尊严”概念的必要性，并希望借此厘清相关表述之间的关系。尽管论者并未指明尊严概念的含义，但其通过对我国人格尊严制度现状进行梳理后发现存在概念混杂问题，并据此主张区分人格尊严的部门法规范功能和人的尊严的宪法基础规范功能，这种研究思路是值得称道的。

若想明确尊严概念，就要弄清不同学者对其进行价值设定和规范分析的具体方式。在此问题上，主要存在目录策略（依据特定价值表达整理出尊严概念目录）、最后手段策略（尊严是其他价值穷尽时的最后填补手段）、历史进路（从历史变迁的角度探讨尊严概念的渊源及其实践进路）以及操作模式进路（关注尊严证成其他价值的特定方式）四种选择。考虑到目录策略难以全面呈现尊严概念的独特价值，最后手段策略在尊严概念的功能定位及其实际应用方面存在明显局限，历史进路仍停留在对尊严价值的宪法宣示上，因此，除非采取操作模式进路，否则无法充分说明尊严概念的价值内涵及其证成方式。而且，由于尊严价值对其他价值的证成关系存在梯度差异，强的操作模式与弱的操作模式分别通过强调尊严是所有价值的锚和对尊严的规范关联进行弱化处理走向了两个极端，只有中道的操作模式才会赋予尊严适当的价值内涵，并为其外化为制度实践提供合理根据。尊严的价值分析模式研究既明确了尊严价值与某些价值之间的证成关系，深入剖析了尊严概念的价值命题，也进一步拉近了尊严价值和实定法规范之间的距离，大大提高了尊严理论的方法论意义。此时，尊严概念才在共同体语境中真正展现出人之为人的内在价值，并借助其与人权的互惠性结构证成及其转化而决定了自身的规范含义。

或许可以认为，在公法上，人的尊严是一种道德准则和根本价值，它不能直接决定人权和其他法益的内容，但可以为其提供道德正当性与价值合理性的论证理由。而在私法上，人的尊严不仅具有上述功能，而且可以参与确定诸如人格权、隐私权等权利的界限，并通过人格尊严条款以实现人的尊严概念的规范化转变。依循这一研究路径，理论上应当树立对有关尊严概念予以区别对待的研究意识，并兼顾其主体性和社会性，关注尊严概念在不同法律规范适用场合下沟通、统合、指导、填补功能的发挥。虽然将人的尊严概括为“作为社会共同体的成员为避免彼此之间被单纯地客体化或工具化而相互承认与尊重对方最基本的主体性和自我决定的自由”，有助于打通社会观念和法律体系的沟通管道以及加强二者之间的价值统合，但这一定义在体现人的尊严的法律规范意蕴和法律实践品格方面仍有缺憾。

马克思、恩格斯通过将人的尊严与其创造性活动相联系，既肯定了尊严概念的价值面向和实践基础，又描绘了尊严实现的制度前提和美好愿景。他们指出，尊严是最能使人高尚、使他的活动及其一切努力具有更加崇高品质的东西。能给人尊严的只有这样的职业，是在自己的领域内独立进行创造。生产力的发展之所以是绝对必需的实际前提，是因为如果没有这种发展，就只会有贫穷、极端贫困的普遍化，必须重新开始争取必需品的斗争，全部陈腐污浊的东西又要死灰复燃。在这里，人的尊严不仅具有人在社会关系中的价值意蕴，还基于人的自主行为而实现。若想获得并提高自己的尊严，人除了展现自身独特的个性、知识、经验、能力之外，还应当依托所处环境为他人服务、为社会作贡献。尽管马克思、恩格斯在描绘人的解放和发展的宏伟蓝图的同时，肯定了人的尊严的价值性和实践性，但尚未完成哲学上的尊严概念向法学上的尊严概念的转化，也无法围绕人的尊严展开法律规范分析和保护客体审查。

3. 本文对尊严概念所下的定义

一旦将人的尊严概念引入法律规范中，就必须回答其规范定位问题，即它是宪法上的最高价值，还是宪法基本原则或者宪法基本权利？

第一，人的尊严无疑是宪法上的最高价值。只有当人人皆享有尊严时，每个人在法律上才都是平等的；虽然平等也是一种重要的法律价值，但它只是每个尊严主体得到相互承认的标志。毕竟人的尊严源于其内在价值，而不是人的外在特征。即人只是且仅仅因为他是人，就获得了和别人一样的尊严。在今天世界各国的法律制度中，普遍以“人的尊严”作为最高的伦理总纲，进而起着统领整个法律体系与法律部门的功能，并发挥着使法律文明化、人道化、同质化的功能。假如将人的尊严纳入法律体系中，它便成为一种法律价值；如果人的尊严出现在宪法规范中，就升华为一种宪法价值。《基本法》第1条第1款赋予了人的

尊严以不可侵犯性，使其具有了规范效力的绝对性，并成为《基本法》的“元法律性”维度和实证法的实体基础。然而，我国与德国在文化传统、法治进程和思维方式等方面存在巨大差异，人的尊严在德国具有的最高宪法价值地位，并不必然意味着其在我国也是一种绝对价值。根据现行法的相关规定，“人格尊严”在特定情况下代替发挥了“人的尊严”的部分功能，但不能因为人格尊严手段性价值的运用，就放弃对人的尊严目的性价值的追求。在“人权入宪”后，还要积极推动的“人的尊严入宪”，以此宣示对严重践踏尊严行为的反对态度，并着力使体现人的固有价值的重要利益免于遭受侵犯。

第二，人的尊严并不是一项宪法基本权利。由于人的尊严并未获得我国《宪法》和其他部门法的立法确认，造成对人的尊严的价值实现欠缺规范依据，进而导致对其能否作为宪法基本原则或刑法基本原则的讨论只能停留在比较法分析的理论层面，无法结合司法实践展开本土化研究。较之人的尊严作为基本原则的规范效力，对其是否属于基本权利的争论具有更大的制度意义和实践价值。关于这一问题，肯定论者主张，《基本法》明确赋予了人的尊严以基本权利的双重性质：国家既要通过放弃干预的方式对人的尊严加以保护，又要为了人的尊严而对来自第三人的侵犯进行干涉。倘若人的尊严不是基本权利，对其核心价值就无法进行救济。科技发展和社会生活的复杂化对人的尊严的侵害往往溢出传统基本权利形态，此时将其作为各位权利予以保障，不仅维持了人的尊严的最高价值地位，而且避免了架空其他权利和贬损自身价值。反之，否定论者指出，尊严是一种人之为人而具有的内在价值，即人的不可侵犯性。它主要体现在人之为人而具有的独特且独立、应受尊重和认可的价值状态。这种尊严观蕴含了进入到宪法框架的规范可能，但尊严不同于权利和自由等宪法性概念。人的尊严只给人格权的价值意义提供了弱意义上的支持，并经由人格权发挥弱的规范效力。笔者认为，人的尊严与人权存在价值关联，但其不可侵犯性特征与基本权利特征并不吻合，因此，它不能成为宪法基本权利中的一种。首先，人的尊严在构成权利渊源的同时，为人权理念的正当性提供了价值根据。权利是各种各样的，权利的基础也是各种各样的。尊严可能是这些权利的基础，但却不是另一些权利的基础。这里的“基础”指的是渊源与正当性，即权利背后存在着尊严这种超实证因素，人权法的正当性是源自人的尊严观念。其次，只要人的尊严不能被相对化，对其就不能放弃和不可限制。然而，没有任何基本权利可以主张绝对效力，人之尊严并不具有主观权利的特征。同理，法律体系中不存在绝对的、不可衡量的规则或原则，它也不能成为客观规范。总之，人的尊严是基本权利的基础，是规则的规则。它可以作为公共信念的核心内容为整个宪法秩序提供形而上学的基础，并内化为我国法律文化中不可或缺的价值。最后，人的尊严的法律属性是对法律主体平等地位的宣示和确认，与权利概念有着显著区别。详言之，人的尊严保证了人人拥有平等的法律地位，而法律地位是派生法律权利的基础。“地位”代表着人在社会关系中所占的位置，受制于历史传统及文化观念，“权利”则表征着行为的自由度，是国家对行为可能性的确定。所以，“权利”常常被用于保证人的“地位”的落实。

综上所述，人的尊严是指社会成员基于相互承认和彼此尊重，对其之间形成的平等地位及主体资格免遭否定和促进实现的价值实践。此处的“实践”既包括为避免受到共同体和第三人侵犯而导致主体物化的价值主张，表现为消极的尊严概念所蕴含的手段性价值，也包括社会成员为寻求理解和获得尊重的价值要求，表现为积极的尊严概念所蕴含的目的性价值。

（二）根据尊严价值对本罪法益的重新解读

人的尊严是法益的基础，它并不是具体犯罪的保护客体本身。“法益”的词源是德语中的“法律性财货”。所谓“财货”，不仅因为其本身实际存在，同时也因为对人有用而被赋予某种价值。那么，所谓“法益”，就是以具有经验性把握之可能的实体（经验的实在性）、对人的有用性（与人相关的有用性）为理由，而需要法律保护的对象。各国刑法学者对法益概念必须具有经验实在性和价值关联性并无异议，对其含义（价值目标和内在构造）却莫衷一是。通常认为，法益即值得法律保护的利益。不过，刑法并非毫无选择地保护所有利益，只有那些重要的生活利益，才会获得刑法的保护。如果没有刑法的制定和认可，前实定的法益概念就不可能上升为实定法的法益概念。基于上文分析，收买被拐卖的妇女罪侵犯了彰显妇女尊严价值的人身自由权利。其一，在内容上，立法者动用刑罚处罚该罪，旨在保护妇女作为人的内在价值。收买妇女的行为通过侵犯其人身自由而将其当作商品买入，既损害了其自由利益，更是对其自由权利的侵害。其二，在性质上，这种法益属于个人法益，而非超个人法益。一方面，人格尊严没有指明个体人格利

益的具体内容,无法通过个人法益适格性的审查;另一方面,人身不受买卖也并不意味着对个人处分自由的放弃,不放任被卖妇女自由处分法益,正是社会关系中要求个体自我尊重的表现,不自尊就没有尊严,这足以构成对超个人法益的否定。其三,在功能上,若要实现对妇女人身自由的尊严性保护,就应当以此为根据并考虑当前收买妇女犯罪刑事政策的变化情况,指导对本罪的构成要件解释和罪刑均衡评价。此时,保护人的尊严价值就成为刑事政策和刑法体系的融管道。

1. 收买被拐卖的妇女罪法益的价值面

本罪法益的价值取向是保护妇女尊严,因此,在厘清人的尊严含义的同时,还要明确其与人性尊严、人格尊严的联系与区别。具言之,就三者的联系来说,人的尊严、人性尊严和人格尊严均指向人的固有价值,即只是因为他是个人,就应当保护其尊严。而且,“人的尊严”有时也被译为“人性尊严”,它们几乎具有相同意义,都代表了一种自主性尊严观。此外,人格尊严作为人的尊严的外显表征,往往借助公私法上的人格权概念充实自身内涵。但就三者的区别来说,在外延上,人的尊严较广,人性尊严次之,人格尊严最窄;在内涵上,与其认为人的尊严是一组人权的缩略语或一系列主体权利的集合,倒不如说它是人权清单或权利集合的基本理念、价值根基和判断前提。以民法中的人格尊严概念为例,除了化身为制度性规定的具体人格权而无需专门指出以外,其作为一般人格权的客体或一般人格利益的基础,负责在法律适用时解释各项具体人格权,创造新的具体人格权以及补充不被具体人格权所涵括的一般人格利益。可见,人的尊严和人格尊严存在价值落差:前者源于人与人之间不可互换、不能等价权衡的关系,具有普遍性和统领性;而后者距离人格利益更近,只要结合规范目的和个案情况,就能明确这种利益的具体内容及其归责方法,因而具有局部性和适用性。显然,不能止步于人格利益的具象保护层面,而要升华到人的尊严的抽象价值高度,方能证立收买妇女犯罪的处罚正当性。

本罪法益的价值侧面主要指向妇女的自为价值,并通过其为他价值拉近人与人之间、人与社会、国家之间的距离,以使人的尊严在现实生活中得以实现。人的尊严具有主体性和社会性,分别对应于人的内在价值和外在价值。其中,内在价值是自为价值,指人作为主体自身的意义;外在价值是为他价值,指人对他人、社会和国家意义。假如说个人尊严体现的是人的内在价值,强调个体为他人服务的目的是要求他人为自己服务,人与人之间应当是平等的,社会尊严体现的就是人的外在价值,指出人作为社会中的一员是实现其他主体效用的手段,个人和其他主体之间实际上是不平等的。自为价值是为他价值的前提,为他价值是自为价值的延伸。不保护自为价值,就不可能实现为他价值。立法者规定收买妇女犯罪显然不是为了将妇女作为实现他人目的的手段,而是基于保护妇女自身独特价值的考虑。

本罪法益的价值追求侧重体现消极的妇女尊严,是对个体不可侵犯性的实践认可,而不是为了正面确认每个人通过形塑自己的社会交往规则而对对方给予相应尊重。原因在于,在人类思想史的两种自由观中,消极自由是指一个人或一群人在不受他人干涉和强迫的情况下能够自发活动的状态,其本质是限制自由、最低限度的自由保留;积极自由则源自个体要成为自己主人的愿望,其本质是自我引导、自我主宰。为了防止自由的强制和专制的自由,法律应当着重保护消极自由而非积极自由。这表明,只有尊严的消极版本,即认为它是“免于”,而不是像积极版本那样认为它是“实现”,才能被置于传统的自由主义之中。例如,即使人们想要把自杀当作对尊严的漠视,这也不能作为惩罚自杀未遂的理由。因为这种论据与一种积极的尊严概念的努力并无二致,它超出了刑法自由主义的框架。但当人为改变人类生殖细胞的遗传信息时,一定不能让个体的遗传信息被他人所决定,这是个人自由的一部分。如果一个人必须有某些特征被培育出来,那么他的不可规划的发展自由就被限制了。在服务于他人目的的工具化之中,存在着对消极意义上的尊严的侵犯,根据法益保护的观点,这需要动用刑罚。

2. 收买被拐的妇女罪法益的存在面

本罪法益的存在面只涉及妇女的人身自由权,妇女的性自由、生命、健康、家庭稳定等权利并非收买行为必然侵犯的对象。所谓收买,是指以金钱或其他有经济价值的物资作价,换取被拐卖妇女的行为。这种将妇女当作商品买入的行为,不仅是出卖妇女行为的交易延续和目的实现,而且是拐取妇女行为的非法

状态持续和自由支配转移。收买人要想顺利买入妇女,就必须以出卖人实际控制妇女并剥夺其人身自由为条件。只有对妇女人身自由的非法支配从出卖人转移给收买人,妇女的其他权利才可能受到进一步的侵害,所以,妇女的人身自由是本罪的主要客体,其他权利均为随机客体。

需要注意的是,妇女的人身自由权比妇女的人身不可买卖权或人身不受买卖性更有利于展开利益衡量,判断立法者欲保护的利益是否显著大于可能损害的利益,而人身不可买卖权或人身不受买卖性是对人的尊严价值及其侵害方式在买卖人口犯罪场景下的具体凝练,糅合了法益保护对象及其手段,且否定表达方式容易使人误解犯罪的本质是义务违反而非非法益侵害。

一般认为,利益是客观内容与主观表现的统一,或者利益是客观对象满足主体需要的利害关系。它与权利的联系和区别在于:利益是权利形成的动机和权利行使的目的指向,权利是维持、实现利益的工具和手段。利益具有目的性和可衡量性,权利具有手段性和可选择性。对权利的比较其实就是对利益的取舍,这取决于利益的抽象重要性及其受干涉的程度。假如某种利益越重要,受干涉的程度越大,它就越应当获得优先保护。收买妇女犯罪对其人身自由的剥夺具有“致命性”,因为这种关键利益的减损乃至丧失将动摇或推翻个人将来的生活基础,而且,当地社会文化、犯罪治理现状、妇女身心特征等原因也增大了妇女人身自由被侵犯的几率及其严重性。

三、收买被拐卖的妇女罪的法益机能展开

即使将本罪法益界定为体现妇女尊严价值的人身自由权利,也并不意味着可以在其指导下径行确定本罪的形态、不法性以及解决刑罚配置科学问题,因为关于法益机能的内容及其适用边界一直存在争议。一方面,就法益概念是否具有立法批判机能存在两种截然相反的态度,甚至涉及法益概念的存在必要性。否定说主张,如果法益作为体系批判性的概念,就应当提供规范的标准以衡量立法机关制定的刑法规范,此时,需要各种前实证的、先于立法者而存在的标准或内容要素。但是,法益概念对立法的普遍性限制遭到了许多抵制,有问题的法律规范通过非常曲折的、与法益理论自身的设定难以协调的措辞得以正当化。这首先源于法益概念的多义性和模糊性,因而弱化了保护目的和保护手段之间的规范联系,而且其奉行的价值观念只能在极其有限的情况下凭借一己之力作出立法缺乏正当性的判断,相反在某些场合不能有效限制前置化或象征性立法。总之,在作为限制刑法的设想方面,法益理论是无用的。肯定说则认为,只要承认刑法的任务与目的是保护法益,就需要以此目的对刑事立法进行判定。如果刑法的处罚范围过于宽泛,会使较多人的利益受到剥夺,这本身就有违保护法益目的。法益具有清晰的内涵与外延,能使刑法的处罚界限明确。于是,实质的法益概念提出了刑事立法正当化判断的消极标准和积极标准,即要求废除没有保护法益的犯罪和要求为保护新的法益增设犯罪。不过,主张它具有以上两个方面的机能,并不是要否认删除与增加刑法条文的具体审查过程。相反,在审查一个犯罪构成要件的正当性时,必须考虑法益保护目的,并进行具体论证。笔者认为,法益概念仍应予以保留,但只有明确其外延,尤其是确定对其存在面的判断资料,才能据此展开立法正当性审查。然而,作为“观念上的石头”,它难免具有抽象性,且在现代社会中的精神化趋势越发明显,对此,必须借助特别的犯罪结构作为附加的可罚性界限,通过增补比例原则,与法益保护原则一起完成立法正当性的检验任务。强调刑事立法具体审查过程的必不可少,实际上反证了法益概念立法批判机能的有限性。对于法益保护原则和比例原则之间的关系,理论界主要有“统合论”(尝试将法益理论融入比例原则之中,构成比例性的法益保护的见解)与“阶段论”(提倡为了按照比例原则展开判断,有必要以法益论作为其前提的见解)之争。但法益理论无力单独设置逐步推进的审查程序,比例原则又缺少目的审查的关键环节,没有提出手段审查的具体标准,因此,应当以比例原则补充法益保护原则,借助保护目的考察和保护方式分析的配合运用来进行立法正当性审查。另一方面,就法益概念是否具有解释指导机能,理论界和实务界基本上没有反对意见,但鉴于法益概念的明确内容仅在传统刑法的核心领域才会有所体现,即使承认在其指导下的目的论解释方法对犯罪实质解释的重要性,也不应忽视文义解释、历史解释、比较解释等在逻辑上的制约作用,否则,刑法的各种机能之间就可能失衡。

综上所述,法益概念只具有一定的立法批判机能和解释指导机能,对本罪犯罪化的合理性及其刑罚化的均衡性研究,还需从刑法体系外寻找刑事政策学、犯罪学上的根据。

（一）收买被拐卖的妇女罪犯罪化的合理性再论

1. 本罪采取了分立式立法技术

针对20世纪70年代以来我国拐卖人口犯罪日益猖獗，特别是出现了较多的拐卖人口犯罪集团的治安现状，1979年7月6日颁布的《刑法》第141条规定了拐卖人口罪。它是以营利为目的实施的拐骗、贩卖人口的行为。构成本罪，必须要有拐卖的行为。易言之，要先对被害人进行蒙骗、诱惑甚至威逼，然后将其当作商品卖予他人。这种统一规定“拐”的行为和“卖”的行为的立法模式从整体上将拐卖行为塑造为犯罪实行行为，进而被1983年9月2日通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》（以下简称《决定一》）第1条、1991年9月4日通过的《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》（以下简称《决定二》）第1条以及现行《刑法》第240条所继承。尽管《决定一》加大了对拐卖人口罪的处罚力度，但为了顺应社会上对拐卖人口犯罪危害性程度的认识变化和突出对拐卖妇女、儿童犯罪的打击重点，《决定二》增设了拐卖妇女、儿童罪，并成为现行立法的蓝本。与立法机关将参与拐卖妇女行为的所有环节都囊括其中的立法方式不同，其对收买被拐卖妇女的行为采取了单独设罪方式，即收买行为独立成罪，行为人后续可能实施的非法拘禁、故意伤害等行为并不在收买被拐卖的妇女罪的构成要件涵摄范围之内。虽然这种分立式立法源自《决定二》第3条，但1996年8月8日、8月31日的《刑法修改草案》曾删除了《决定二》第3条第3款关于构成非法拘禁、故意伤害等罪的提示性规定，后来又考虑到该款规定已适用多年，对统一司法具有积极意义，若删除恐引起理解上的混乱，就在10月10日的《刑法修订草案（征求意见稿）》中予以恢复。尽管有别于拐卖妇女罪的整体式立法，但收买被拐卖的妇女罪的分立式立法同样有着较长的刑事立法史。这种立法技术上的区别也贯彻到司法实践中，从《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第14条（对涉及多个环节拐卖妇女犯罪活动的事实认定）、第20条（对收买被拐卖的妇女后又实施其他犯罪的罪数处理）等规定可见一斑。

2. 本罪与拐卖妇女罪系非对称型对向犯

本罪与拐卖妇女罪构成对向犯，刑法学界对此几乎没有异议。所谓对向犯，又称对合犯，狭义上是指以复数行为人相互对向或互为对象的行为构成要件的犯罪，属于一种必要共犯。但是，这一定义不仅在理论上存在疑问，而且不符合我国刑事立法。因为必要共犯以共犯一罪为特征，而受贿罪和行贿罪不是以共犯贿赂罪为前提，二者具有对合关系并不表明其同时构成犯罪，应当区分对合犯与对合关系。所以，在广义上，对向犯不以双向行为均构成犯罪为条件，但二人行为至少要具有对向性，即以一方行为与另一方行为具有反向作用的关系。其中，买卖型对向犯是对向犯的典型形式。买卖型对向犯包括同罪同罚型（如非法买卖毒品原植物种子、幼苗罪）、异罪异罚型（如非法出售增值税专用发票罪和非法购买增值税专用发票罪）以及卖方构罪型（如非法出卖武器装备罪）三种。拐卖妇女罪和收买被拐卖的妇女罪无疑属于异罪异罚型，但二者不应属于对称处罚型，鉴于它们在处罚范围、程度上的较大差异，应当构成非对称型对向犯。

将对向犯分为对称型和非对称型的意义在于，除了说明处于对向关系的两罪构成要件的相异之外，更重要的是揭示罪名设置区别的根源——立法技术的不同。立法者预想的拐卖妇女罪的实行行为是“拐”与“卖”相统一的复合行为，前者是手段行为，后者是目的行为，以完整呈现拐卖妇女犯罪活动的各个环节，但这与拐卖妇女行为可以是单一实行行为的现实相矛盾。因为贩卖妇女不一定以收买妇女为前提，贩卖行为并非不能独立于收买行为而存在。“拐”仅是选择性的手段行为，“卖”的不具备只会影响既遂评价。为了更周延地保护妇女尊严，应当将“拐卖妇女罪”修改为“贩卖妇女罪”，以彰显贩卖行为这一核心要素，并将贩卖行为的完成作为既遂标准。相应的，“收买被拐卖的妇女罪”也应修改为“收买被贩卖的妇女罪”。上述修法建言是从罪名确立的角度，进一步展现了作为拐卖妇女共犯行为的整体式规定与对收买妇女行为及其后续危害行为采取的分立式规定在行为构造、危害大小等方面的显著差别。关于买卖妇

女行为罪名调整的反思，其实体现了将两种犯罪由非对称型对向犯“还原为”对称型对向犯的构想。只有将“拐”的行为从拐卖妇女罪中分离出来，才能使“卖”的行为与收买行为成为真正的对向犯，二者对妇女尊严的侵犯性质才会相同，侵害程度才会大体相当。例如，《日本刑法典》在第225条和第226条之二分别将出于营利目的的拐取行为与买卖人身行为独立成罪。以暴行、胁迫和欺骗、诱惑为手段的拐取行为通过将被害人置于自己或第三人的实力支配下而侵害其在原来环境中的生活自由，这种生活自由当然以人身自由为前提。所谓买卖人身，是指有偿地转移对他人人身关系的非法支配，因而，收买与出卖属于必要的共犯。同拐卖妇女罪和收买被拐卖的妇女罪相对照，出于营利目的的出卖他人行为（《日本刑法典》第226条之二第4款）与非出于营利目的的收买他人行为（《日本刑法典》第226条之二第1款）构成必要共犯，但对前者配置的“1年以上10年以下惩役”为何远远重于为后者配置的“3个月以上5年以下惩役”，恐怕只能从刑事政策导向、对妇女尊严价值的侵害程度和行为人的可非难性大小上寻找答案。

3. 从严评价本罪对妇女尊严价值的侵犯

第一，今年开展的打击拐卖妇女儿童专项行动在加大对拐卖犯罪分子惩罚力度的同时，致力于坚决铲除拐卖犯罪的滋生土壤，其中就包括买方市场，这是针对买卖妇女犯罪发生原因的务实选择。倘若对收买妇女犯罪处罚过轻或者只要不阻碍对妇女进行解救就不追究刑事责任，就无助于贯彻保护妇女尊严的价值理念和“买人犯罪”的基本正义观。不加大收买妇女犯罪分子的违法成本，不使其认识到收买妇女犯罪的刑罚必定性，就不可能打消买主的侥幸心理，也不利于瓦解巨大的买方市场。因此，有关部门对收买妇女犯罪也应采取从严政策，并做到严中有宽，原则上不得对任何一个收买人网开一面，例外时才能为了维护被害妇女权益而适用《刑法》第241条第6款之规定，以实现刑事政策上的利益平衡。

第二，作为一种独立的行为犯，收买被拐卖的妇女罪不是强奸、非法拘禁等罪的预备犯。首先，本罪侵犯了彰显妇女尊严价值的人身自由权利，人之为人的尊严是其固有价值，而附着其上的外部自由也有着重要的保护必要性，因而是一种独立的犯罪类型。其次，本罪和随后可能实施的各种犯罪并不构成预备犯与实行犯的关系。德国学者沃勒斯将预备犯类型化为四种典型事例：（1）以使他人直接决意实行犯罪为目的的行为样态，如对犯罪行为的公然煽动；（2）传授犯罪专门技能，如指导爆炸物制造；（3）无权限地制造和携带危险物质，如无权限地制造或携带军用武器；（4）先行行为成为他人恶行的示范，如对他人具有潜在模仿效果的成人间基于同意的性虐待就不具有答责性。本罪与关联犯罪不仅不属于上述任何一种类型，而且收买人承担刑事责任的基础是对妇女尊严的贬损和对妇女自由的剥夺，无需将答责范围扩张至强奸等后行行为上。而且，《刑法》第22条第2款之所以规定对预备犯可以比照既遂犯从宽处罚，是因为实施预备行为是完成实行行为的必经程序，一旦实施预备行为后没有出现意志以外的原因，行为人所追求的法益侵害危险或结果将得以顺利实现，其指向的正是实行行为危险现实化的过程。但是，收买行为和奸淫等行为并非处于同一法益侵害方向上，保护客体的内容明显不同，对收买妇女犯罪也不是比照强奸等罪从宽处罚，而是适用独立的法定刑。

第三，即使收买妇女行为和收买儿童行为的法益侵害性相当，对二者也应当给予不同的可谴责性评价。对于不能生育、失独家庭来说，收买儿童行为的期待可能性或许并不大，但妇女的主体性、社会性有别于儿童，不能以解决婚姻、生育问题为由也认为收买妇女行为的期待可能性较小。立法机关应当将收买妇女行为和收买儿童行为分别成罪，并在当前刑事政策的指导下对收买被拐卖的妇女罪规定较之于收买儿童罪更高的法定刑。

（二）收买被拐卖的妇女罪刑罚化的均衡性演绎

无论是提高本罪的法定刑，还是新增一档加重法定刑，都意味着对罪刑均衡性的重新评价。不过，在提出修法建议之前应当追问的是，造成收买妇女犯罪屡禁不止的根本原因究竟是因为立法上的法定刑过低，还是司法上的量刑畸轻，抑或执法上的打拐不力？对此，必须进行充分的实证研究，才能提出合理的立法完善建议。

为了提高立法质量,不仅犯罪化时要进行立法前的行为入罪必要性分析、立法中的罪状设计科学性论证、立法后的司法定性有效性评估,刑罚化时也要重视入刑必要性分析、制刑科学性论证、量刑有效性评估。倘若缺乏这方面的实证研究成果,就只能根据刑罚配置原理对本罪的刑罚配置均衡性从理论上进行探讨。整体而言,要尽量对较轻罪行配置5年以下有期徒刑。有期徒刑的配置应最大限度地实现刑与罪的均衡,并注意罪与罪之间有期徒刑的协调。根据罪责刑相适应原则,法定刑应当与收买行为的法益侵害性和收买人的非难可能性相对应。

一方面,不能因为本罪和拐卖妇女罪是对向犯,就直接主张将前者的法定刑提高到与后者同等的程度。其一,在法益侵害性上,拐卖妇女罪与收买被拐卖的妇女罪并不一致:前者采取了整体立法模式,涵盖了纯粹的出卖行为及其共犯行为;后者则采取了分散立法模式,只包含单纯的收买行为,后续可能实施的强奸、非法拘禁、故意伤害等行为独立成罪。其二,在非难可能性上,一般民众对拐卖妇女罪的谴责程度明显更高,但由于收买妇女犯罪恶性案件频发,刑法收紧了从宽处罚幅度,近年来对其谴责力度也有上升趋势。另一方面,不能通过买卖妇女和买卖动物的类比,就简单认为应当将二者的法定刑维持在相当的程度。法益是一种有价值的利益,本罪的法益是凸显妇女尊严价值的自由利益。与本罪同属于侵犯自由法益的非法拘禁罪、绑架罪并不以保护人的尊严价值为目标,这是由行为人采取的法益保护手段所决定的。动物不是人,买卖动物的行为不会侵犯动物的尊严,更谈不上对动物自由利益的保护,只可能危及生态环境法益或生物安全法益。不过,根据“生态学—人类中心的法益论”,生态环境法益或生物安全法益是当代人及其子孙后代的个人利益和环境利益的集合,且在追求物质文明的现代社会愈发脆弱,其保护必要性明显大于个人自由法益。

从立法上加大对妇女儿童的保护力度,只是提供了保护其身心健康和合法权益的底线。改变处于弱势的妇女儿童的合法权益是一个系统工程,需要相关部门形成合力,齐抓共管,多措并举。有限的实证研究也表明,经济发展水平与本罪的发案率密切相关。收买妇女行为反映的是社会问题和社会需求的失衡现实,只要旺盛的市场需求存在,买卖妇女的价格就会攀升。在巨大的利润面前,犯罪行为只会变得更加隐蔽,犯罪的组织化程度越加鲜明,犯罪手段进一步“转型升级”。因此,提高法定刑的威慑效应未必就能产生遏制收买妇女犯罪的实际效果。笔者认为,即使对本罪的法益侵害性、非难可能性的评价趋于严厉,也不一定要提高法定刑,严格刑罚裁量和强化行政执法都是可以考虑的方案。换言之,应当对收买行为在原有法定刑幅度内给予一定程度的从严惩处,特别是严格从宽处罚情节的适用。更重要的是,必须加强源头治理,促进当地经济发展,提升民众教育水平,切实维护妇女权益,提高妇女社会地位,减少买卖妇女犯罪黑数,这才是践行尊严价值保护的实践品格和预防收买妇女犯罪的治本之策。

代孕儿童权利保护——以人类辅助生殖技术为切入点

2022-06-20 杨成铭 孙超辉

<https://mp.weixin.qq.com/s/rJpZUuYzvyyiTTVqv5W4Bw>

摘要:采用人类辅助生殖技术代孕生子正演变为继收养之后的一个全球性法律现象,它突破了传统的法律规制并引发了一系列儿童权利保护的难题。它导致跛足的亲子关系,可能直接或间接导致买卖儿童;此外,由于监管的缺位,还易导致遗弃、虐待儿童以及使儿童处于无国籍状态等问题。这些问题在中国具体表现为三个方面:一是代孕亲子关系的认定缺乏统一标准;二是缺乏防止代孕儿童买卖、遗弃以及虐待的法律机制;三是代孕增加了儿童无国籍的法律风险。针对这些问题,我国有必要对通过辅助生殖技术的正当代孕行为在立法上给予肯定性评价,对通过辅助生殖技术的代孕行为进行法律规制,从立法上明确“孕者为母”的法律定位,完善代孕儿童人身权保护的法律机制,构建适用于代孕儿童的特殊收养制度以及完善跨境代孕的相关法律规定。

关键词: 人类辅助生殖技术; 代孕; 儿童权利保护; 法律困境

一 引言

生命科学的快速发展促成了人类辅助生殖技术的兴起和成熟,技术的运用在对人类生育权予以保障的同时,也对伦理和法律造成了冲击。代孕作为辅助生殖技术的产物,其引起的儿童权利保护与公共秩序之间的矛盾俨然成为一个全球性的难题。对于代孕,各国国内法有不同的认识和态度,尽管国际社会已就制定代孕的统一实体法规则和国际私法规则等进行了探讨,但至今尚未形成国际法规范。大多数国家试图通过对代孕进行否定性或禁止性法律评价来避免其产生不利的伦理和法律后果,但这并未达到减少代孕的效果,事实上,通过代孕生子的数量正在不断攀升。在中国,不孕不育夫妻、失独家庭对代孕有现实需求,收入的增长为意向父母负担商业代孕提供了经济上的可能。2015年10月全面放开“二孩”政策后,想要“二孩”的高龄妇女和超龄妇女出现并不断增加。从供给端来看,2009年全国办理收养登记44260例,2018年全国办理收养登记15143例,仅占2009年办理收养登记量的34%,收养子女变得越来越困难,而信息渠道的发达使得代孕信息很容易被意向父母以及中介机构获取。虽然中国国内法禁止医疗机构和医务人员从事代孕活动,但民间机构或个人为意向父母开展代孕服务日益兴盛。此外,在某些国家或地区,如乌克兰、东南亚的一些国家、美国的一些州,代孕协议的有效性是为法律所认可的,中国的意向父母仍可以跨越国边境进行代孕。据统计,中国的意向父母多选择在美国和东南亚进行代孕。而在我国,由于禁止医疗机构和医务人员利用人类辅助生殖技术开展代孕,“地下”采用人类辅助生殖技术代孕屡禁不止,代孕儿童的生命安全和健康受到侵害,采用人类辅助生殖技术的代孕行为亟待法律规制,代孕儿童的权利亟待法律保护。2021年6月22日,中共中央、国务院作出的《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》中指出,要“规范人类辅助生殖技术的应用,强化规划引领,严格技术审批,建设供需平衡、布局合理的人类辅助生殖技术服务体系。加强人类辅助生殖技术服务监管,严格规范相关技术应用”。在这一背景下,对人类生殖辅助系统应用于代孕进行规制,对代孕儿童的权利保护进一步完善恰逢其时。鉴此,本文拟从生命科学和儿童权利保护的角度来解析采用人类辅助生殖技术代孕所引发的法律困境,并提出走出法律困境的建议。

二 采用人类辅助生殖技术代孕引发的儿童权利保护的法律困境

“代孕”是指一种“第三方”生殖行为,即意向父母与代孕母亲商定,由代孕母亲为其进行受孕、妊娠和分娩。根据精子和卵子的来源不同,代孕可以细分为以下几种类型:完全型代孕、卵子或精子捐献型代孕、胚胎捐献型代孕、传统型代孕、精子捐献型传统代孕。这些不同类型的代孕往往是通过“代孕安排”(surrogacy arrangement)进行的,它通常包含这样一种期望或目的:代孕母亲在法律上和实际上将孩子转给意向父母,而不保留亲权或父母责任。受制于不同国家的法律规范和伦理传统差异,这种安排极有可能对儿童的人身和权利保护产生负面影响,其主要表现在以下几个方面。

(一)产生跛足的亲子关系

传统的家庭法律关系是建立在血缘或者拟制血缘的基础之上的,代孕方式下的血缘关系很难适用传统意义上的定义,而拟制血缘关系的建立依赖于法律的建构,但并非所有国家的法律都为代孕提供了此种途径,这就导致亲子法律关系先天性畸形,产生“跛足的亲子关系”(limping parent-age)。从现有代孕亲子关系认定的主要学说来看,无论采取何种理论,均无法解决所有类型的亲子关系的认定。契约说、基因说将子宫工具化,将代孕母亲视为“代孕载体”,显然与人作为主体的地位是不相符的。分娩说无法解决当代孕母亲与意向父母之间存在血缘关系时的伦理冲突,子女利益最大说与传统的亲子关系存在较大的冲突,而且在适用上存在很大的不确定性。

这种畸形的亲子关系的存在,影响了《儿童权利公约》规定的出生即获得登记的权利,并继而可能导致与身份相关的抚养、监护、赡养、继承等法律关系的混乱。儿童身份无法准确登记还影响社会保障登记,可能使儿童的社会保障权、健康权无法实现。还可能导致儿童无法完成入学登记从而影响其受教育权。另外,它还影响国际法上其他儿童权利的实现。例如,《儿童权利公约》第7条规定了儿童有知悉其父母的权利以及受其父母照顾的权利,而代孕儿童的父母可能不仅有现实中的父母,在极端情况下,如胚胎捐赠型代孕,存在意向父母、基因父母、代孕父母(某些国家或地区认为代孕母亲的配偶为代孕子女的法律上的父亲)三种类型,成员国是否有义务让代孕儿童知悉所有类型的父母,而这些父母是否全都有义务照顾代孕儿童,都是存在疑问的。

(二) 代孕可能导致儿童人身权利受到侵害

无论国际法还是国内法,均承认生育权是一项重要的人权,然而生育权不等同于“拥有孩子的权利”,个人不享有“拥有孩子的权利”已经成为一项国际共识,因为承认“拥有孩子的权利”容易为“买卖儿童”提供理论支撑。根据《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第2条(a)项对买卖儿童的定义,买卖儿童包含三个要素,即报酬或其他补偿、转移儿童和交换三个要素,按照这种理解,任何商业代孕安排均有可能构成买卖儿童。儿童权利委员会也认为,代孕可能导致或者相当于买卖儿童,并提出,成员国应当对跨国代孕建立甄别程序以防止买卖儿童和可能的性虐待。

代孕“交易”的一方是代孕母亲,另一方是意向父母,这种交易是否构成儿童买卖,在理论上可以从以下几种情形进行探讨。第一,若意向父母中的一方或者双方被认定为法律上的父母,则意向父母向代孕母亲支付“报酬”的行为不能被认定为构成买卖儿童的因素,因为购买自己的孩子在逻辑上是不成立的。第二,若意向父母双方均不被认定为法律上的父母,则双方之间的行为可被视为买卖儿童。第三,如果基因联系可以作为不构成买卖儿童的特殊抗辩理由,那么胚胎捐献型和精子捐献型传统商业代孕则完全符合“买卖”的定义,与一般的买卖儿童仅有的不同是,代孕安排的时间要早于妊娠,而买卖儿童的时间往往发生在胎儿出生以后。然而,由于代孕安排或者代孕协议的合法性并不被大多数国家承认,时间差别很难作为区分构成买卖与否的依据,这种基于合同的时间差别在没有严格事前监管的情况下极易被伪造,而且这种理论容易被“婴儿工厂”合法化利用。

目前,国际法和多数国家的国内法并未提供法律程序来对全部类型的代孕是否构成买卖儿童进行甄别。尽管代孕是否构成买卖儿童尚存疑问,但是因代孕技术的滥用导致的买卖儿童行为并不鲜见,在印度,一些医生为了提高代孕成功率往往将多于一个的胚胎植入代孕母亲的子宫,成功孕育的胎儿有时超过委托方的要求,而委托方对此是不知情的,这些“剩余”的婴儿可能成为“商品”流向“市场”。

除了可能构成买卖儿童,代孕还增加了遗弃儿童的风险。在整个代孕过程中,意向父母更容易“违约”,在妊娠期或者代孕儿童出生后改变委托意向或终止代孕安排,而委托父母除了金钱损失外,几乎没有其他损失。代孕母亲在多数情形下并没有抚养代孕儿童的意向,极易造成代孕儿童被遗弃或者买卖。另外,妊娠本身具有风险性,目前的科技水平无法保证出生的胎儿都是健康的和符合意向父母要求的,代孕儿童在一定程度上容易被意向父母视为“产品”,一旦代孕儿童没有达到委托父母的要求甚至出现残疾,很容易遭到遗弃。

另外,虽然意向父母往往更有能力养育子女,但是一些涉及代孕儿童的独立事件从另一个角度说明对意向父母进行持续的监管并非没有必要,与收养不同的是,代孕目前没有像《跨国收养方面保护儿童及合作公约》和《海牙收养管辖权、法律适用和判决承认公约》这样的国际实体法和冲突法规范,多数国家也缺乏对意向父母的资格进行持续审查和监管的法律规定,这给代孕儿童人身权利的保护带来一定风险。

(三) 代孕易造成儿童的无国籍状态

各国对代孕的不同态度或者某些国家在商业代孕上的成本优势使得代孕跨越国边界,形成跨国代孕。意向父母要携带子女回到接收国,必然要涉及代孕子女的国籍问题。

各国对国籍的认定采用出生地主义、血统主义和混合主义三种方式。在代孕儿童国籍的认定方面,采用出生地主义似乎是最明确的,然而事实上,即使在采用出生地主义的国家,代孕儿童也并非当然地获得该国国籍,在一些国家,代孕儿童还需满足该国的特殊要求,除非出生国与接收国均采用出生地主义,否则有可能导致儿童的无国籍状态。假设其中有一方以血统主义作为国籍认定的依据,那么首先要明确的是儿童的血统,这就形成了逻辑上的悖论,与身份相关的法律关系往往适用属人法,连接点往往是父母的国籍、居所地和住所地,而确定这些连接点首先必须要确定父母身份,而代孕形成的跛足的亲子关系使得代孕儿童的血统变得更加复杂,这造成了国籍认定上的困难。若出生国和接收国均采用血统主义且不认可代孕儿童具有本国血统,代孕儿童便会处于无国籍状态。另外,跨国代孕关于亲子关系的认定往往需要接收国的承认,这可能与接收国的公共秩序发生冲突,日本、法国、德国、意大利、瑞士等国均曾在司法实践

中以公共秩序为由拒绝承认出生地国认定的亲子关系。如果此时出生地国采取血统主义，那么代孕儿童就有可能处于无国籍状态。

《世界人权宣言》第15条规定，人人有权享有国籍。《儿童权利公约》第7条规定，儿童有获得国籍的权利。国籍在国际私法上是一个重要的连接点，无国籍则有可能无法确定儿童权利保护可适用的准据法，并将导致儿童权利无法得到保障。从人权角度，国籍为个人生存提供了前提，为个人自由的实现提供了保障，并明确了平等权的具体内涵，而无国籍状态将直接影响儿童的经济、社会、文化权利以及政治权利和公民权利的实现。

三 中国采用人类辅助生殖技术代孕儿童权利保护存在的问题

（一）正常采用人类辅助生殖技术代孕法律规制缺失

人类辅助生殖技术是高精尖的医疗技术，需要配备全套医疗设备，包括试管婴儿操作台、显微镜、胚胎培养箱、胚胎储存室、操作床等。由于这些设备价格昂贵和财力有限，从事“地下”代孕的中介机构大都使用公立医院淘汰下来的设备，这些设备的性能难以保障。采用辅助生殖技术代孕的操作过程需要在无菌和常温实验室进行，这要求医院必须装配有百级层流操作系统，但有“地下”代孕机构用普通空气净化器过滤空气后就进行上述操作。另外，“地下”代孕机构为代孕者提供的居住、饮食、护理和诊断及医疗条件大都令人担忧。由于我国禁止医疗机构和医务人员采用人类辅助生殖技术开展代孕业务，代孕活动大多在“地下”进行，这种失范的状况危害代孕儿童的生命和健康。鉴此，我国应通过立法对正常采用人类辅助生殖技术代孕行为加以规制。

（二）代孕亲子关系不清晰

在立法层面，中国关于代孕亲子关系的规定处于空白状态。亲子关系认定属于民事基本法律的范畴，只能由法律规定，而2021年开始实施的《民法典》也未对代孕作出规定。卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和2003年颁布的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》禁止医疗机构和医务人员实施代孕，二者对代孕协议合法性均未作出规定，但其对代孕的否定性评价是显而易见的，法院裁判时往往引用其作为否定代孕协议有效性的依据。从这一点可以看出，我国并不赞同将契约说作为代孕亲子关系认定的标准。

在我国司法实践中，卵子捐献型代孕最为常见，法院往往认定基因父亲为亲生父亲，而认定分娩母亲为其亲生母亲，代孕子女被视为基因父亲的非婚生子女，代孕儿童的权利和义务则适用有关非婚生子女的法律规定，但是也有个别法院根据代孕协议的约定排除了代孕母亲与代孕儿童之间存在亲子关系。而代孕儿童与意向母亲之间的亲子关系则处于不稳定的状态，在某些案件中，法院认为代孕儿童与意向母亲之间构成继母与继子女关系，而在另外的案件中，法院直接以血缘说排除了意向母亲与无基因联系的代孕儿童之间存在亲子关系。而对于完全型代孕有的法院则以基因说确定法律上的亲子关系，而在采基因说的同时也考虑精子或卵子提供方是否同意。

在我国，户籍登记是确认亲子关系的重要依据。根据公安部下发的《户口管理规范》，新生儿只能随父或者随母一方或者双方落户，而且需要提供新生儿的《出生医学证明》，而医院出具的《出生医学证明》登记的母亲一般来说是代孕母亲，因代孕母亲与意向父亲之间缺乏合法的婚姻关系，国内出生的代孕儿童无法直接随意向父母登记落户。但根据《国务院办公厅关于解决无户口人员登记户口问题的意见》（以下简称《意见》）的第2条第1款和第2款，卵子捐献型和完全型代孕的意向父母可以退而求其次，通过亲子鉴定的方式来实现随父落户登记。从这些规定可以看出，行政机关在进行亲子关系登记时，认定《出生医学证明》上登记的母亲（一般为代孕母亲）为法律上的母亲，而法律上的父亲则采用基因说。

综上，我国关于代孕亲子关系的认定在立法上处于空白状态，尽管部门规章对代孕持否定性评价，但其仅有助于否定代孕协议的合法性，而对通过代孕生子的亲子关系的认定并没有相应规范。尽管已经进行了广泛讨论，但《民法典》对代孕还是持谨慎态度，没有对代孕亲子关系的认定作出规定。司法实践对代

孕亲子关系的认定缺乏统一的标准,对卵子捐献型代孕通常采用分娩说认定法律上的母亲,采用基因说认定法律上的父亲,但在个案中也有法院采用契约说;对于完全型代孕采用基因说,但前提是精子或卵子提供方同意代孕。户籍登记行政机关对母亲的认定以登记为标准,而对父亲的认定则采用基因说。总体来说,在代孕亲子关系认定方面,我国立法、司法以及行政缺乏系统、一致的认识。

(三)代孕儿童人身权利法律保护不完善

我国现行法律法规未就代孕是否构成拐卖儿童作出规定。从现行规定来看,《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第16条、第17条规定了出卖亲生子女构成拐卖妇女儿童罪的情形。据此可知,现行规定界定父母出卖亲生子女是否构成拐卖儿童罪的关键在于区分行为人是否有非法获利的目的,故而,是否构成拐卖儿童罪的关键仍依赖于亲子关系的认定。如果按照国内主流观点,认定代孕母亲属于法律上的母亲,那么多数的商业代孕中代孕母亲均涉嫌拐卖儿童,然而与一般的拐卖儿童不同的是,买方可能是代孕儿童基因上的父母,这种情况下是否侵犯儿童的人身自由与人格尊严是存疑的。司法实践中鲜有代孕父母和意向父母因拐卖儿童而受到追究,但有代孕中介机构因促成了胚胎捐献型代孕而以拐卖儿童罪受到追诉。

遗弃是指负有扶养义务而拒绝扶养的行为。传统的扶养义务限于婚姻家庭法律关系,然而由于亲子关系的不确定,当事各方是否存在扶养与被扶养关系是不确定的。另外,传统婚姻家庭关系的主体是各家庭成员,而代孕下的家庭成员认定就存在不确定性,而且中介机构、医疗机构往往在商业代孕中充当重要角色,但其应当承担何种责任是不明确的,在我国就曾经发生过因中介机构导致代孕儿童与意向父母在血缘上没有任何关系,并继而导致意向父母和代孕母亲双双遗弃代孕儿童的事件。另外,受传统重男轻女思想影响的意向父母可能选择性地遗弃女婴。

我国现行法律中也不存在对代孕父母资格审查的规定。在传统家庭法律关系中,继父母与继子女之间关系的形成依赖于继父母与亲生父母之间婚姻关系的成立,而无须另外的法律程序进行确认和审查继父母资格,相关法律无法满足对意向父母适合性的审查要求。在现行的法律中关于父母资格审查的规定主要见于《民法典》,其第1098条对收养人的资格进行了规定,另外《民法典》实施前,各地也纷纷出台了关于收养的评估办法,然而关于养父母资格审查的规定并不能直接适用于代孕。

(四)代孕增加儿童无国籍的可能性

我国《国籍法》在国籍取得方面以血统主义为主,兼采出生地主义。目前在跨国代孕中,我国主要扮演跨国代孕儿童的接收国的角色,跨国代孕儿童获得我国国籍的关键在于意向父母中的一方或者双方依我国法律被认定为该儿童的父母。虽然我国在司法实践中多根据基因联系确定生父的身份,但并没有法律对此予以确认,这使得代孕儿童仍有无法取得国籍的可能性。我国《涉外民事法律关系适用法》第25条规定:“父母子女人身、财产关系,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”从我国司法实践来看,在代孕儿童与意向父母存在基因联系时,可根据意向父母中有基因联系的一方的经常居所地(中国)法认定该儿童与基因父母之间的亲子关系,继而确定国籍。然而,并非所有的代孕儿童都与意向父母存在基因联系,在胚胎捐赠型和精子捐赠型代孕情形下,代孕儿童与意向父母中的任意一方都无法建立基因联系,尽管可能根据代孕儿童的出生地国法律,意向父母是其法律上的父母,但我国行政主管部门或者法院不予认可出生地的登记文件或者法院判决的可能性较大。当出生地国采取血统主义作为国籍认定标准时,代孕儿童可能成为无国籍者。

四 完善我国通过辅助生殖技术代孕儿童的法律建构

(一)立法上容忍辅助生殖技术正当代孕行为并对其进行法律规制

在原卫生部2001年颁布《人类辅助生殖技术管理办法》和2003年颁布《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》后,医院和医务人员开展代孕活动被禁止,但非医疗机构和非医务人员仍在开展代孕活动,且这类“地下”代孕越来越盛行。2015年4月国家卫生计生委联合公安部等12个部门在全国范围内开展

为期8个月的打击代孕专项行动。但2015年12月27日，全国人大常委会表决通过了人口与计划生育法修正案，该修正案草案中“禁止以任何形式代孕”等规定被删除。鉴此，立法上可进一步放宽，删除原卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和2003年颁布的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中禁止医疗机构和医务人员实施代孕的规定。

在制定有关采用人类辅助生殖技术正当代孕的法律、法规或规章时，首先，应将采用人类辅助生殖技术正当代孕纳入现有医疗机构和医务人员的业务领域和执业范围，将“地下”代孕转变为公开和正常开展的医疗事务。其次，应制定医疗机构和医务人员从事通过人类辅助生殖技术代孕活动所需的技术、安全、设备、环境和业务标准。再次，应制定和实施有关允许采用人类辅助生殖技术代孕的类型、代孕申请者以及代孕母亲的标准和资格。就代孕类型而言，目前学界对开放代孕技术也持谨慎态度，普遍的观点是将代孕开放的范围限定于非商业代孕。而从基因联系角度，合法的代孕安排应当排除胚胎捐赠型代孕和精子捐赠型代孕，因其可能导致“婴儿工厂”和儿童买卖。就申请者资格而言，申请者应限定在失独且无法生育的夫妇、不孕不育夫妇，代孕应当由夫妻双方共同申请，要充分保证无基因联系一方的知情权，这有利于维护收养后儿童的家庭完整，故而，在目前阶段，还不适宜向未婚者开放代孕申请。同时对于接受委托的一方也应当作出资格限制，应当由医生对代孕母亲的身体状况进行检查，降低影响代孕母亲、胎儿健康的风险，并充分告知其代孕可能带来的生命健康风险与法律伦理风险，从生理上保护代孕儿童的健康，从法律上构建可期待的、稳定的法律关系。再次，应对采用人类辅助生殖技术代孕实行优生优育，应建立满足正常采用人类辅助生殖技术代孕所需的精子库和卵子库，鼓励社会捐赠精子和卵子。复次，应规范采用人类辅助生殖技术代孕的收费标准，严格禁止乱收费和高收费。最后，应将采用人类辅助生殖技术代孕活动纳入计划生育，严格禁止通过人类辅助生殖技术代孕超生，避免技术滥用。

（二）立法上应确立以“孕者为母”为主、儿童权利最大化为辅的亲子认定规则

我国现行法律对代孕行为具有明显的否定倾向，以分娩说来确定代孕儿童的法定母亲是符合这一立法导向的。从我国的司法实践来看，多数司法判决都是采用孕者为母的这一原则。从全球范围来看，虽然关于亲子关系认定的理论有很多，但从各国的立法、司法实践来看，“孕者为母”为大多数国家所采用，即使在代孕合法化的国家也并不否定“孕者为母”。从法律上明确“孕者为母”，既是出于否定女性子宫工具性的需要，也是对代孕行为的间接否定，它将母亲的权利和义务加于分娩母亲，增加了代孕母亲与意向父母的法律风险。而且，在我国，买卖血液，买卖配子、合子、胚胎，买卖器官以及卖淫嫖娼等涉及组织、器官、人身的交易都是法律所禁止的，明确“孕者为母”也是在此领域实现法制统一性的要求。

当然，实践表明，孕者为母并不能解决所有的代孕亲子关系问题，这一理论有天然的缺陷，即一旦代孕发生在亲属之间，这种亲子关系的认定就存在伦理上的风险，这是法律和伦理都无法接受的。因而，在适用这一理论将影响儿童的利益时，应当以儿童权利最大化原则加以斧正。

鉴此，笔者建议在《民法典》第三章“家庭关系”的第二节增加关于亲生母子关系及代孕产生的亲子关系的认定的内容，具体可规定如下：“分娩孩子的妇女是孩子的亲生母亲，但代孕产生的母子关系的认定若与未成年人利益最大化的原则相违背，则应当根据具体情况按照最有利于未成年人利益的原则判定。”

（三）建立适合代孕儿童的特殊收养制度

根据我国司法实践，部分代孕类型下的代孕儿童可以视为意向父母的非婚生子女，但这并不能使其摆脱跛足的亲子关系，只有为代孕儿童提供一条能够稳定地认定亲子关系的路径才能真正维护代孕儿童的最大利益。《德国民法典》第1741条第2款规定：“以收养为目的，以违反法律或善良风俗的方式参与子女的媒介或者携带，或以此委托第三人，或以此向第三人支付报酬的人，仅在收养为子女的最大利益所必要时，才应该收养。”在我国现有条件下，借鉴德国立法，允许委托父母与代孕儿童通过收养程序实现亲子关系的转移更加符合我国法律对代孕的否定性态度，进而能够理顺代孕状态下复杂的亲子关系的认定。在我国法律允许医疗机构和医务人员正常开展代孕业务后，同样需要通过收养程序实现亲子关系的转移，这能够最大限度地化解公共秩序与儿童权利保护之间的冲突。

同时,为了最大限度地保护被收养儿童的权利,还可以参考国际法上的规定和借鉴国外成熟的经验,建立试养期制度。例如,1986年联合国《关于儿童保护和儿童福利特别是国内和国际寄养与收养办法的社会和法律原则宣言》第16条规定:“收养前,应由儿童福利机构或单位观察待收养儿童与将来的收养父母之间的关系。立法应确保在法律上承认该儿童为收养家庭的一个成员并享有成员的一切应享权利。”《瑞士民法典》第264条规定:“预期的收养人对养子女至少已照顾、教育满一年,并且有理由认为亲子关系的建立有利于养子女,又不致损害养父母其他子女的利益,才可以收养。”《法国民法典》第345条第1款规定:“只有年龄不满15周岁,在收养人或者两收养人家庭中接纳至少已经6个月的儿童,始允许收养之。”

鉴此,笔者建议将代孕儿童亲子关系的确立纳入《民法典》调整的范畴,将其作为一种特殊的收养方式,在《民法典》婚姻家庭编第五章“收养”中增加特殊收养的内容,具体规定如下:“在利用辅助生殖技术委托他人进行妊娠的情况下,仅在为子女最大利益所必要时,经亲生母亲同意,与未成年人存在生物学上父母子女关系者及其配偶可以收养该未成年人,并可以不受被收养人资格、送养人资格、收养人与被收养人年龄差、收养子女数量的限制。”而是否允许建立特殊收养关系,代孕儿童的最大利益应当是决定性因素,对因特殊收养而导致事实上违反计划生育政策的问题可以依据计划生育相关法律进行规制。同时,建议在第1093条有关被收养未成年人的内容中增加一款,即通过代孕方式出生的儿童;在第1097条单方送养的情形中增加“代孕母亲”。另外,在《民法典》中增加试养期的内容,可规定为:“预期收养人对预期被收养人已照顾、教育满六个月的,主管部门认为收养有利于预期被收养人利益的,方得收养”,并且明确规定“由代孕引起的特殊收养适用试养期的规定”。

此外,特殊收养并不因基因联系便可省略对意向父母的资格审核环节。现行收养的评估与回访制度应同样适用于代孕儿童特殊收养。在进行评估时应当遵循儿童利益最大化原则和非歧视性的原则。

(四)完善防止拐卖代孕儿童的相关法律

《民法典》第1044条第2款规定了禁止以收养名义买卖儿童。在是否适用特殊收养的问题上,应当明确将基因联系作为特殊收养的必要条件,不存在基因联系的胚胎捐献型和精子捐献型传统代孕则不适用特殊收养的规定,此类代孕儿童应当通过一般的收养程序进行收养,否则将会为“婴儿工厂”提供合法通道。代孕母亲与意向父母之间的代孕行为是否构成拐卖儿童和应受到的处罚应适用《中华人民共和国刑法》第240、241、242条的规定加以认定和处罚。为了避免特殊收养中意向父母向代孕母亲支付费用的行为构成“买卖”,特殊收养应采用与一般收养相同的标准。故而,主管机关应对整个代孕过程的财务状况进行审查,保证意向父母支付的费用处在“适当”范围内,法律仅保护代孕母亲合理的经济补偿,经济补偿可以包含医疗费、检查费、合理的营养费、适度的误工费等,相关的费用以实际发生和一般的社会认识为标准。法律不保护代孕母亲的“佣金”,对超出部分行政与司法部门不予保护,防止其蜕变为“买卖儿童”的工具。2017年1月1日起施行的《最高人民法院关于审理拐卖妇女儿童犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》对“偷盗婴幼儿”罪和医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员拐卖儿童罪作出了规定,但没有涉及通过辅助生殖技术出生的代孕儿童的拐卖问题。为了防止和惩处拐卖通过辅助生殖技术出生的代孕儿童,司法机关应通过司法解释和判例的形式对相关标准加以明确。另外,公安、卫生、市场监管部门要加强对违法从事代孕活动的中介机构、医疗机构的监管,防止出现超量移植胚胎造成的潜在的遗弃或者买卖儿童的风险。

(五)刑法上明确遗弃代孕儿童的各方主体

我国《刑法》第五章第261条对遗弃罪及其刑罚作出如下规定:“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”在采用辅助生殖技术出生的代孕儿童遭受遗弃时,怎样认定对其负有扶养义务的人和遗弃儿童的犯罪主体值得深入讨论。在通过收养实现亲子关系的合法转移之前,作为法律上母亲的代孕母亲无疑是负有扶养义务的,而意向父母则是代孕儿童的“创造者”,其中一方或者双方与代孕儿童之间存在基因联系,且根据预期能够与代孕儿童建立收养亲子关系,也正是因为意向父母与代孕母亲之间的签订代孕合同(虽然代孕

合同依现行法律被认定为无效)的先行行为,代孕儿童的亲子关系在法律上处于一种危险的境地,这种风险也是在其发起代孕行为时便应当预见的,而且这种风险往往是由意向父母合意造成的,而非仅仅是存在基因联系的一方的单方意志,所以,意向父母双方都可作为遗弃罪的犯罪主体。此外,中介机构或者医疗机构除了参与造成亲子关系不确定的风险,在某些情况下其处于支配和控制代孕儿童的地位,应当将这三者都纳入遗弃罪的犯罪主体范围内,这有助于防止代孕儿童在任一环节被遗弃。为此,可以通过司法解释对所涉主体做扩大解释,即委托他人进行代孕的行为人以及从事代孕的医疗机构、中介机构均可作为遗弃罪的犯罪主体。司法机关也可以以具体案件为契机,将其上升为指导性案例,对遗弃代孕儿童案件进行审判指导。据我国《刑法》第87条第2款的规定,遗弃儿童罪的追诉期限为10年,即经过10年,法律就不再追究行为人的刑事责任。但是,遗弃儿童罪是一种典型的继续犯,即犯罪行为一经实施,就持续地对被害人的权利造成侵害,直至侵害行为停止。我国《刑法》第89条第1款规定:“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或者持续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。”因此,对上述遗弃采用辅助生殖技术出生的代孕儿童的追诉期不是从上述行为人的遗弃行为发生之日起计算,而是应从遗弃行为的终了之日起开始计算。

(六)完善涉及跨境代孕的相关法律

首先,为了防止代孕儿童无国籍情况的出现,我国应确保每一个代孕儿童能够得到准确的出生登记。因为“出生登记记录儿童的父母情况和出生的地点、时间,从而也具有帮助儿童维护其国籍权的重要功能。在某些情况下,无法获得出生登记直接妨碍国家把儿童认定为其国民”。现阶段,在我国采用辅助生殖技术出生的代孕儿童获得完整记载意向父母姓名的《出生医学证明》主要通过两种途径,一是通过伪造结婚证、生育服务单等证明文件或者直接伪造《出生医学证明》;二是利用医疗机构审核不严、登记不规范获得《出生医学证明》。故此,除了由司法机关继续依法打击伪造国家机关公文的行为外,医疗机构应该规范出生医学证明登记行为,登记的母亲应严格限定为分娩母亲,对于不能提供合法证明文件的,不应在出生医学证明上登记为父亲。这既是防止代孕儿童陷于无国籍状态的需要,也是保障代孕儿童知情权的需要。自2019年1月1日,我国开始启用国家统一制发的新版《出生医学证明》(第六版),各级医院和医疗机构在对采用辅助生殖技术出生的代孕儿童签发《出生医学证明》时应坚持由新生儿母亲本人持《出院证明书》申办。如果新生儿母亲不便本人申办,则须提供新生儿母亲亲笔签字的委托书,委托新生儿父亲或意向父母办理,其他人员原则上不予受理。意向父母在受托办理《出生医学证明》时,须提供有效的收养上述新生儿的协议或公证文书。另外,一经签发,《出生医学证明》不得出卖、转让、出借和私自涂改,其所记载的所有信息不能变更。

其次,承认外国法院关于包含代孕合法的判决或者其主管当局出具的意向父母为法律上父母的证明文件显然与我国司法实践否定商业代孕协议的有效性相矛盾,而且也与我国宪法规定的人格尊严不受侵犯相冲突。在国外的实践中,日本、意大利等许多国家在涉及承认此类外国法院判决或者法律文件时也都拒绝予以承认。然而,不承认外国司法判决和法律文件可能导致儿童无国籍状态或者损害儿童利益,所以允许跨国代孕的意向父母进行特殊收养有其必要性。

最后,应当完善我国现行的涉外收养制度。代孕引起的特殊收养导致我国从主要作为被收养儿童出生地国的单向收养向同时作为接收国的双向收养转变,这要求建立有关中国公民在境外通过代孕方式实现特殊收养的法律规范,除此之外,“要在立法与司法实践中完善跨国收养的跟踪机制”,持续关注跨国收养中被收养人的实际状况,防止在跨国代孕儿童收养的过程中出现买卖、遗弃以及虐待儿童的情形。

(七)司法上贯彻“儿童权利最大化原则”

尽管立法可以规范代孕行为并提供代孕儿童法律保护的路径,但再完善的法律也不可能完美解决代孕所产生的法律问题和伦理问题。适度容忍代孕并不意味着接受所有代孕形式,一旦接受商业代孕合法化意味着人身可以作为客体,这将导致一系列涉及人身、器官交易行为的违法性的理论基础坍塌。同时,法律也不可能为代孕母亲与意向父母之间存在血缘关系的代孕预设可能性,因为这有可能导致伦理关系的混乱。法律对代孕的放宽仅限于特殊情形,故而可合理预见,“地下代孕”“旅行代孕”中非法代孕行为仍不可

能在短时间内消失。在此情形下，作为儿童权利保护的最后一道闸门，司法要将“儿童权利最大化原则”贯彻始终。

在司法实践中，对“公共秩序”的考量应向“儿童权利最大化”倾斜。欧洲人权法院在梅尼森诉法国案(Mennesson v. France)和帕拉迪索和坎帕内利诉意大利案(Paradiso and Campanelli v. Italy)中援引了《欧洲人权公约》第8条规定的“尊重家庭生活权利”、“尊重私人生活”作为儿童权利最大化的具体裁量标准。我国在司法实践中可以借鉴“家庭生活权利”作为儿童权利最大化原则具体化的适用标准，一方面，将基因联系作为判断代孕儿童与意向父母之间是否存在真实家庭生活联系的重要标准；另一方面，当意向父母与代孕儿童不存在基因联系时，也应当考虑到他们之间的真实家庭生活联系，以及不如此即可能导致儿童不可或缺的家庭生活权利受到侵害的可能性。涉及跨国代孕亲子关系的认定时，尽管特殊收养可能缓解代孕与公共秩序之间的冲突，但无疑特殊收养仍可能遭遇国际私法上的冲突，当特殊收养无法适用时，如何在司法活动中实践儿童权利最大化原则显得尤为重要。笔者认为，当代孕儿童通过国外法院判决获得意向父母与代孕母亲之间亲子关系的确认时，无论是否存在基因联系，国内法院可以将是否存在真实家庭生活联系作为判断是否承认外国判决的重要考量。

另外，儿童权利最大化原则下对拐卖儿童罪的刑事司法规制要保持谦抑。如上文所述，非法代孕，尤其是不存在基因联系的胚胎捐赠型和精子捐赠型代孕涉嫌拐卖儿童，但一旦认定其构成犯罪，则可能出现代孕母亲与意向父母双双入刑的情形，对保护儿童利益造成了更大的不利。此种情形下，尤其是胚胎捐赠型代孕，如果断然否定代孕儿童与意向父母之间的联系，那么对遗弃儿童罪的认定也将缺乏依据。故而，在对非法代孕行为是否构成拐卖儿童进行判断时应慎之又慎，充分考虑其主观的恶性以及所侵犯法益的严重程度等因素。

张兴利：未成年人监护制度的理解和思考

2022-06-22 张兴利 家事法苑

https://mp.weixin.qq.com/s/5LD5Xt50FgTU7G71MX9_TA

前言

“少年强则国强；少年进步则国进步；少年雄于地球，则国雄于地球”，梁启超先生的《少年中国说》一直激励着中国少年自强不息。未成年人是中国特色社会主义祖国的未来和希望，是中华民族可持续发展的源动力和伟大战略决策的实践者。未成年人保护一直是国家高度重视和持续关注的问题，新修订的《未成年人保护法》明确了实现富强民主文明和谐美丽社会主义现代化强国的人才培养需求，即促进未成年人德智体美劳全面发展，培养有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义建设者和接班人，培养担当民族复兴大任的时代新人。《民法典》总则编及其司法解释、新修订的《未成年人保护法》、《家庭教育促进法》、《未成年人网络保护条例》等一系列与未成年人保护相关法律法规，构建未成年人立法保障体系。笔者结合《民法典》总则编及其司法解释，对未成年人监护的理解与公证实践，谈个人粗浅认识，不妥之处，望指正。

摘要

因未成年人心智处于不断健全过程中且生活能力不足、抗挫折能力不强、易盲目冲动，故其教育引导、保护更迫切和必要。《民法典》总则编区分未成年人监护和成年人监护，并对未成年监护专门做了针对性规定；《家庭教育促进法》进一步强化家庭监护的主体地位，辅以社会监护作为补充，国家监护兜底的未成年人保护体系；《民法典总则编解释》对监护制度落地实操做了细致有针对性的规定，明确监护能力的认定标准、细化监护人确定的立法参考依据、监护人职责及责任承担等。上述相关法律法规均尊重未成年人的真实意愿与最有利于未成年人原则，在进一步促进家庭和睦、社会和谐发挥了重要作用。

关键词

未成年人监护 监护分类 监护人职责 最有利于未成年人原则 监护权协议公证

一、什么是监护

监护是指对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法民事权益，进行监督和保护的法律制度。监护权属于亲权中的身份权，其强调的是国家对个人的强制性和个人对家庭和社会利益服从性。监护人是针对对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产和其他一切合法权益负有监护职责的人。

父母是未成年人的监护人，父母基于监护对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务，所以抚养、教育、保护未成年子女是父母和其他监护人的法定或约定义务。

（一）抚养，是为未成年人的生活和健康成长提供保障，满足未成年人物质保障、心理和情感上的需求

抚养权与人身密切相关，其基于血亲（包括拟制血亲）而产生，多指父母对未成年子女负有的法定义务。抚养权是监护的派生权利，其与是否婚生无关，且不因离婚而丧失，但可协商或裁判授权。因此有抚养权一定有监护权，有监护权不一定有抚养权。

（二）教育，这里仅指父母及其他监护人的家庭教育

家庭教育，是指父母或者其他监护人为促进未成年人全面健康成长，对其实施的道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面的培育、引导和影响。

《家庭教育促进法》2022年1月1日起实施，该法以立法手段强制规定父母或者其他监护人的法定权利和义务，从弘扬民族文化、立德树人、培育和践行社会主义核心价值观的高度，定位未成年人的健康成长。明确父母或者其他监护人对未成年人成长应尽职责，应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯；树立正确的家庭教育理念，自觉学习家庭教育知识，掌握科学的家庭教育方法，提高家庭教育的能力；注重家庭建设，培育积极健康的家庭文化，树立和传承优良家风，弘扬中华民族家庭美德，共同构建文明、和睦的家庭关系，为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。

（三）保护，指父母或者其他监护人对未成年子女的保护

2021年6月1日起施行的修订后的《未保法》第4条规定，保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则。处理涉及未成年人事项，应当适应未成年人身心健康发展规律和特点，给予未成年人特殊、优先保护。在尊重未成年人权利主体地位方面，应尊重未成年人人格尊严，保护未成年人隐私权和个人信息，听取未成年人的意见。

《民法典》第1068条规定，父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年人的父母或者其他监护人不得因性别、身体状况、智力等歧视未成年人，不得实施家庭暴力，不得胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动。

教育是确保未成年人及时学习知识，树立正确的“三观”，当然也包括对未成年人不良行为的制止和管教；保护既包括为未成年人的健康成长提供安全的家庭环境，也包括出现侵害或危害未成年人的行为时的帮助和救助。针对未成年人，教育是为了更好的保护，而自我保护意识是通过教育实践来强化提升的，两者相辅相成，互相促进。

二、未成年监护主体的确定

（一）未成年人父母

父母是未成年人的法定监护人，这里父母不仅包括生父母、养父母，同时包括抚养未成年子女的继父或继母。

（二）未成年人祖父母、外祖父母、兄、姐

《民法典》第27条第二款，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）、其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

《民法典》第1074条第一款，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。《民法典》第1075条第一款，有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有扶养的义务。进一步释明监护主体的抚养和扶养义务法定性。

1、祖父母（外祖父母）的抚养义务、兄姐的扶养义务是有条件的

一是父母已经死亡或者父母无力抚养；二是祖父母（外祖父母）、兄姐有负担能力；三是孙子女、外孙子女未成年或弟、妹未成年；四是此处对祖父母、外祖父母、兄、姐没有严格的年龄限制，体现中华民族血浓于水的亲情和共渡难关的家族传统。

2、祖父母、外祖父母及兄、姐监护能力判断

参考《民法典总则编》司法解释第6条规定，人民法院认定自然人的监护能力，应当根据其年龄、身心健康状况、经济条件等因素确定；认定有关组织的监护能力，应当根据其资质、信用、财产状况等因素确定。

自然人年龄、身心健康状况、经济条件判断可参考《民政部》特困人员认定办法第8条规定，从年龄、经济收入身体状况、行为能力、人身自由等方面，将特困人员、最低生活保障对象、低收入家庭、在监狱服刑的人员认定为本办法所称的无履行义务能力。但对于监护能力有无及强弱、担任监护人是否恰当需要综合考虑，并尊重未成年人真实意愿。

（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织

当父母、祖父母、外祖父母已经死亡或者没有监护能力的；无兄姐或者兄姐没有监护能力的，由其他愿意担任监护人的个人或者组织担任监护人，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

1、确定监护人时严格按照顺位执行。从最有利于未成年人权益原则出发，只有当没有前位顺序监护人或前位顺序监护人无监护能力才可适用。这里虽然将其他愿意担任监护人的个人或者组织并列安排在同一顺位，但实践中确定监护人应先个人后组织。一般情况下，自然人监护优于组织监护，亲属监护优于其他人监护，当然不排除例外情况。在自然人担任监护人中，未成年人旁系血亲一般优于其他个人，如未成年人的叔、伯、姑，舅、姨，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹等，旁系亲属虽无法定义务，但必定血浓于水，更容易让未成年人感受亲情的温暖和家的感觉，利于未成年人的健康成长。

2、“其他愿意担任监护人的个人或者组织担任监护人”的限制性规定是“须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意”。该限制性规定意义在于，明确未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门选任监护人和监督履职的法定义务，为其履行职责提供法律依据。

其他愿意担任监护人的个人或者组织（居民委员会、村民委员会或者民政部门除外）担任监护人系非法定义务，普通民众对监护人履责标准相对降低，甚至个别有监护资格的人出于甩“包袱”而不闻不问，因此同样需要村民委员会、居民居委会和民政部门监督过程对监护人怠于履职或履职不当，及时劝诫、制止、调解、报告等，积极发挥国家兜底保护及时有效的救济作用。

（四）监护人撤销、恢复

《民法典》第36条规定，监护人实施严重损害被监护人身心健康；怠于履行监护职责或者无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态；严重侵害被监护人合法权益行为时，撤销其监护人资格。

为维系家庭和睦，基于父母子女的直系血亲关系，监护资格与继承资格均安排了宽恕制度，未成年人的父母除对未成年人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院视情况恢复其监护人资格，但强调的是尊重未成年人真实意愿。

三、未成年人监护分类

（一）法定监护

指未成年人的父母、祖父母、外祖父母、兄姐，前述《民法典》第27条、第1074条、第1075条已做说明，不再赘述。《民法典》第31、32、34条规定，在没有依法具有监护资格的人、被监护人处于无人保护状态的、紧急情况被监护人处于无人照料状态时，被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门对被监护人有法定监护义务。

（二）协议监护

《民法典》第30条，依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿，突出未成年人利益最大化原则的落地适用。

实践中，监护缺位一是父母进城务工，未成年子女大多由祖父母、外祖父母或寄宿学校受托监护，未成年子女缺乏父母照管的成长氛围，甚至有的父母遗弃未成年子女或怠于履行监护职责或监护不当。二是未成年人的父母死亡或因病、因伤丧失、部分丧失监护能力，祖父母、外祖父母、兄姐监护能力不足，无力履行监护职责和监护不当。三是未成年人祖父母、外祖父母去世，无成年兄姐或上述人员无抚养能力，此时未成年人的监护面临无法定义务人状态。

此时，由居民委员会、村民委员会、民政部门指定确定监护人，或国家机关直接担任监护人可以，但应优先考虑“其他愿意担任监护人的个人或者组织担任监护人”，其优势不再赘述。可以指定监护（实践中指定监护也需要其他个人或者组织愿意担任监护人情况下指定），也可以协议监护。两者对比，协议监护优于指定监护，即由具有监护资格的人之间通过协议方式确定监护人。因该类未成年人情况特殊，政府从特困、低保、最低生活保障等方面给予经济救助，来减轻监护人的经济负担。国家救助和其他个人或者组织担任监护人相结合方式，不失为解决未成年人子女监护问题的有效途径。生活中祖父母、外祖父母监护能力欠缺时，未成年子女叔婶或姑姑姑父、舅舅舅母或姨姨父辅助履行监护职责的情况也不鲜见。总之，

尽量减少未成年子女因亲属的推诿或无奈而被“拒之家门之外”，被亲人“遗弃”对未成年人心理负面影响。

1、协议监护不能免除父母的监护职责

《民法典总则编》司法解释第8条第一款规定，未成年人的父母与其他依法具有监护资格的人订立协议，约定免除具有监护能力的父母的监护职责的，人民法院不予支持。《民法典总则编》司法解释第13条规定，监护人因患病、外出务工等原因在一定期限内不能完全履行监护职责，将全部或者部分监护职责委托给他人，当事人主张受托人因此成为监护人的，人民法院不予支持。

父母法定监护义务具有法定排他性，不能约定免除，但对于父母外出务工或患病等特殊情况下，将法定义务委托或部分委托他人代为监护是法律允许的，但不能通过委托方式使受托人成为未成年人的监护人，也不等于作为委托人的父母对“留守儿童”不闻不问等社会问题合理合法，对于专属于父母的监护义务必须父母自己依法履行，责无旁贷。

2、协议监护可以打破《民法典》第27条监护资格人的顺位的要求

《民法典总则编》司法解释第8条第二款规定，依法具有监护资格的人之间依据《民法典》第30条的规定，约定由《民法典》第27条第二款规定的不同顺序的人共同担任监护人，或者由顺序在后的人担任监护人的，人民法院依法予以支持。

由上可见，不同顺序的人可以协议确定监护人，但协议监护人资格应以第27条规定人员为准，不宜做扩大化解释。参考《民法典》第1101条，有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。监护人的法定、指定、协议三种产生方式，均未对监护人的配偶做出规定。对于未成年人来说，具有监护资格的祖父母、外祖父母法定义务是一致的，不必考虑。但兄姐作为监护人的情形下，成年兄姐的配偶自然要付出时间和精力对未成年人进行辅助监护，这里类比于儿媳与公婆、女婿与岳父母一样，虽无法定义务，但辅助配偶履行法定义务，兄姐的配偶在兄姐是否担任监护人问题上有一定话语权，但法律法规无法将监护人资格强加给兄姐的配偶，这也是法律规定的难度和空白。但此时兄姐的配偶在兄姐无监护能力情况下，作为其他愿意担任监护人的人，经未成年人住所地村民委员会、居委会或民政部门同意，不改变未成年人生活学习环境，担任监护人，履行监护职责，更有利于未成年人的健康成长。

3、父母可以与其他具有监护资格的人签订监护协议

《民法典总则编》司法解释第8条规定，协议约定在未成年人的父母丧失监护能力时由该具有监护资格的人担任监护人的，人民法院依法予以支持。此解释与《民法典》第33条意定监护出发点相同，不同在于一是被监护对象不同，这里是父母为未成年子女协议确定监护人，不是为自己确定监护人，也不是免除自身监护职责；二是协议当事人有所不同，此处父母只能与具有监护资格的人协议，并且协议确定的监护人无正当理由请求解除协议的，人民法院不予支持。这样开放式未成年子女监护问题处理方式，使未成年子女在父母丧失监护能力时，由具有监护资格的人作为监护人，符合最有利于未成年人利益的原则，减轻生活突变给未成年人带来的心理问题，更好维持家庭和睦，家族团结。

（三）指定监护

1、遗嘱指定

《民法典》第29条，被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。遗嘱指定监护人体现未成年人父母的单方意思表示，被指定的监护人可能是监护顺位在后的人，或指定不具有监护资格的人。当然遗嘱指定监护人的，对于被指定人承担监护职责可能不是法定义务，也可能是无偿的，因此不能强制，

其是否发生法律效力取决于被指定的人。《民法典总则编》司法解释第7条规定，担任监护人的被监护人父母通过遗嘱指定监护人，遗嘱生效时被指定的人不同意担任监护人的，人民法院应当适用民法典第27条、第28条的规定确定监护人。因此，不难看出，遗嘱指定监护人的行为效力不仅取决于立遗嘱人的意思表示是否真实，更决定于可能承担监护职责的被指定的人，被指定的人不同意，等同于遗嘱未指定。

这里还有一种情况，立遗嘱人作为离婚后享有未成年人子女抚养权一方，遗嘱指定时故意剥夺另一方对未成年子女监护义务的情形，该司法解释规定，未成年人由父母担任监护人，父母中的一方通过遗嘱指定监护人，另一方在遗嘱生效时有监护能力，有关当事人对监护人的确定有争议的，人民法院应当适用民法典第27条第一款的规定由另一方担任监护人。明确未成年人父母的法定监护义务，否定该遗嘱指定在有关当事人对监护人的确定有争议时的效力，避免离婚父母将未成年子女监护权作为双方博弈的筹码，当然还要考虑另一方是否有监护能力或撤销监护人资格的情形。

遗嘱指定监护人中，被指定人无资格限制。但本着最有利于未成年人原则，当遗嘱生效时，其遗嘱需经检认程序，尤其对于指定监护资格以外的人（如朋友、同学、战友等），其遗嘱有效性需经具有监护资格的人知晓认可，并尊重未成年人意见后，经村民委员会、居民委员会、民政部门或人民法院监督确定，实践中一般由遗嘱指定监护人通过确认之诉来确定自己的监护人身份。

2、依法指定

《民法典》第31条，对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护。监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

3、指定监护人原则及参考因素

这也是《民法典总则编》司法解释的亮点之一，对监护能力确定标准和指定监护人参考因素作出提示。

《民法典总则编》司法解释第9条规定，人民法院指定监护人时，应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则指定，具体参考与被监护人生活、情感联系的密切程度；依法具有监护资格的人的监护顺序；是否有不利于履行监护职责的违法犯罪等情形；依法具有监护资格的人的监护能力、意愿、品行等因素。并且明确指出人民法院依法指定的监护人一般应当是一人，由数人共同担任监护人更有利于保护被监护人利益的，也可以是数人。

上述规定不仅为法官衡量评判确定监护人提出法律依据，也为村民委员会、居民委员会、民政部门指定监护人、调解协议监护提供思路 and 法律依据，为担任司法辅助任务的机构和社会调查员（教师、心理咨询师、司法工作人员、人民调解员等）收集未成年人相关数据信息提供思路，更好保护未成年人健康成长，更好贯彻执行《民法典》的立法目的和精神。

4、监护人指定后的协议变更

被指定的监护人履行监护职责过程中，出现影响其监护能力的情况，继续履行监护职责存在困难，从最有利于未成年人角度出发，应允许其变更，或申请重新指定，或协议变更均可。若协议变更，协议主体只能是指定监护人与其他具有监护资格的人之间进行。

（四）特殊情况下临时和代为照护

1、临时照护

《未保法》第21条规定，未成年人的父母或者其他监护人不得使未满八周岁或者由于身体、心理原因需要特别照顾的未成年人处于无人看护状态，或者将其交由无民事行为能力、限制民事行为能力、患有严重传染性疾病或者其他不适宜的人员临时照护。未成年人的父母或者其他监护人不得使未满十六周岁的未成年人脱离监护单独生活。

2、代为照护

《未保法》第22条规定，未成年人的父母或者其他监护人因外出务工等原因在一定期限内不能完全履行监护职责的，应当委托具有照护能力的完全民事行为能力人代为照护；无正当理由的，不得委托他人代为照护。这里明确规定了被委托人条件：除具有监护能力的完全民事行为能力人外，还应当综合考虑其道德品质、家庭状况、身心健康状况、与未成年人生活情感上的联系等情况；并听取有表达意愿能力的未成年人的意见。对曾实施性侵害、虐待、遗弃、拐卖、暴力伤害等违法犯罪行为；有吸毒、酗酒、赌博等恶习；曾拒不履行或者长期怠于履行监护、照护职责和其他不适宜担任被委托人的情形时，不得作为被委托人。从代为照护的责任承担看，代为照护只是代为照顾、看护，监护人很多具体监护职责，比如承担抚养费、教育、情感联系等都是不可能对外委托的。

四、监护人职责与法律责任

《民法典》第34条规定，监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。监护人不履行监护职责或侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

（一）监护人职责

监护人依法代理未成年人实施民事法律行为时，应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。例如：根据《不动产登记暂行条例实施细则》第十一条规定，监护人因处分不动产而申请登记的，还应当提供为被监护人利益的书面保证。父母之外的监护人处分未成年人不动产的，有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。

《未保法》第16条至19条对监护人履行保护职责作出了具体规定，未成年人的父母或者其他监护人应当妥善管理和保护未成年人的财产；不得违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；应当为未成年人提供安全的家庭生活环境，应当根据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定前，听取未成年人的意见，充分考虑其真实意愿。

（二）监护人的法律责任及监督、救济

监护人消极不履行或怠于履行监护职责、故意侵害被监护人合法权益的应承担法律责任。在无充分证据证明基于未成年人存在生活、教育、医疗等迫切需求或其他正当理由的情况下，监护人滥用代理权造成未成年人损害的，依照《民法典》侵权责任编有关规定处理。

同时法律对监护人履职行为监督主体、程序做出明确规定。《未保法》第108条规定，未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的，由其居住地的居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止；情节严重的，居民委员会、村民委员会应当及时向公安机关报告。

公安机关接到报告或者公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中发现未成年人的父母或者其他监护人存在上述情形的，应当予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。人民法院可以根据有关人员或者单位的申请，依法作出人身安全保护令或者撤销监护人资格。被撤销监护人资格的父母或者其他监护人应当依法继续负担抚养费。

五、监护权协议公证

对于监护资格人对监护人确定无争议情况下，公证机构运用监护协议公证替代法院指定监护的特殊程序，有效缩短法院审理期间未成年人监护空白。

1、协议主体的确定

监护权协议人不受监护资格人顺序限制，如监护能力欠缺的离异或丧偶的父或母与外祖父母或祖父母，祖父母、外祖父母与成年兄姐，监护能力欠缺的父母与成年兄姐，其他愿意担任监护人的个人（如姑伯姨舅等）或者组织经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意，法定监护义务的近亲属认可均可参与其中，以未成年子女的利益最大化为原则，协议确定监护人、监护监督人等。

2、明确监护职责和内容，便于监护人履行和监督人监督

《未保法》对父母或其他监护人的监护职责大多方向性比较强，实务中根据未成年子女实际情况，对法律规定的监护职责可以补充细化利于量化操作，包括成长环境、教育、生活照管等，其财产保护可以具体到未成年人父母死亡抚恤金、作为保险受益人应享有的保险利益、继承财产、吃穿用度等日常消费。在监护协议内容确定时，积极引导监护人将未成年人人身照管及财务管理情况公示公开，对重大医疗决定、重大财产处分等主要条款的履行程序作出明确规定，并承诺接受其他协议人或组织监督。

习近平总书记强调，“全社会都要了解少年儿童、尊重少年儿童、关心少年儿童、服务少年儿童，为少年儿童提供良好社会环境”。未成年人保护是一个系统工程，需要家庭、学校、社会、网络、政府、司法等多方面共同努力。未成年人监护更趋向于家庭保护，也是未成年人最根本、最重要的保护，是树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设的基础。作为法律人应积极落实法律法规，实践中总结提升，共同维护好未成年人的身心健康，推动完善未成年人保护法律体系，让少年儿童更好成长。

家庭教育指导令的规范统一

2022-06-23 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/23/content_218265.htm?div=-1

家庭教育指导令是人民法院参与家庭教育治理、提升家庭教育能力、改善未成年人家庭生活环境的重要方式。家庭教育促进法实施以来，人民法院在办理家事案件过程中坚持最大限度保障未成年人合法权益，发现存在家庭教育缺失或不当行为时，通过积极发出家庭教育指导令，规范家庭教育行为，在改善未成年人家庭生活环境、提升家庭教育能力方面作出了很多有益探索，凸显了人民法院的司法担当和社会责任意识。下一步，人民法院应聚焦家庭教育指导令的名称、适用对象、适用情形、形式内容、执行方式及不履行的法律后果等，推动家庭教育指导令的统一化、规范化。

一、家庭教育指导令的名称应统一

目前，全国各级法院发出的家庭教育指导令形式多样，名称也略有差异，包括家庭教育指导令、家庭教育令、家庭教育告知书、家庭教育承诺书、家庭教育责任告知书等。不同的名称强调的重点不同，可能造成强制性和约束力上的差别，名称的不统一也可能带来法律效果的差异性。例如，比较家庭教育令和家庭教育告知书，前者具有较强的命令性，后者则有明显的提示性和指导性。

家庭教育指导令是法院在审判过程中发现家庭教育缺失、不当或侵害未成年人合法权益时所发出的旨在纠正不当家庭教育行为的法律文书，其核心在于对家庭教育行为作出科学的规范和指引，其内容多为对行为指导，因此从名称的使用上应凸显指导性，建议统一为家庭教育指导令，既能与家庭教育促进法第四十九条的规定相符合，有效规范家庭教育指导令的制作和适用，又能提高当事人的可接受度，便于在司法实践中具体操作执行。

二、家庭教育指导令的适用对象是父母或其他监护人

家庭教育指导令的适用对象是未成年人所在的还是仅针对其父母或监护人，能否对其他家庭成员发出家庭教育指导令，在司法实践中存有疑问。家庭教育促进法第二条规定，家庭教育是指父母或者其他监护人为促进未成年人全面健康成长，对其实施的道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面的培育、引导和影响。可见，这里已经明确了家庭教育的责任主体是父母或其他监护人，因此法律所要约束的行为是监护关系中的家庭教育行为。因此，家庭教育指导令的适用对象不宜扩大为全体家庭成员，而应限定为监护关系中的监护责任主体，即父母或其他监护人。

关于“其他监护人”范围的确定可以参考相关法律规定。民法典总则编第二节专门规定了监护制度，未成年人的监护除了法定监护，还有遗嘱监护、指定监护和委托监护等情形。其中，委托监护不涉及监护权的转移而只是全部或部分委托职责的转移，那么委托监护中的被委托人能否成为家庭教育指导令的适用对象呢？家庭教育促进法第四十八条规定：“未成年人住所地的居民委员会、村民委员会、妇女联合会，未成年人的父母或者其他监护人所在单位，以及中小学校、幼儿园等有关密切接触未成年人的单位，发现父母或者其他监护人拒绝、怠于履行家庭教育责任，或者非法阻碍其他监护人实施家庭教育的，应当予以批评教育、劝诫制止，必要时督促其接受家庭教育指导。未成年人的父母或者其他监护人依法委托他人代为照护未成年人，有关单位发现被委托人未依法履行家庭教育责任的，适用前款规定。”可见，家庭教育指导令的适用对象可以是委托监护中的被委托人。此外，部分儿童（如孤儿）是由机构全权负责监护抚养的，这些机构也应成为家庭教育指导令的约束对象。

三、家庭教育指导令的适用情形应有所区分

家庭教育促进法第三十四条和第四十九条规定了法院干预家庭教育的情形。第三十四条规定：“人民法院在审理离婚案件时，应当对有未成年子女夫妻双方提供家庭教育指导。”第四十九条规定：“公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。”

由于这两条规定较为宽泛，自由裁量余地相对较大，因此各地法院做法不一。准确理解这两条的规范意涵，尤其是注意区分二者的差异性，能够有效避免家庭教育指导令扩大化适用的情况。因为，家庭教育指导令发出后还有大量的后续跟进或回访工作，适用范围的扩大化会造成承办法官工作量剧增，而且过多适用家庭教育指导令也会降低令状的严肃性和警示性，不利于精准纠正不良家庭教育行为。

从这两条规定的内容来看，家庭教育指导令的发出似乎可以分为“应当”和“可以”两种情形。但细看条文措辞，这两条规定存在本质的区别，第三十四条使用的是“提供”，而第四十九条使用的是“责令”。也就是说，离婚案件中的家庭教育指导实际上更强调的是家庭教育指导服务，是司法服务的一种，具有福利给付性，而第四十九条则更具有惩戒性，是责令家长接受教育指导。从司法实践看，有的法院要求在所有离婚案件中均发出家庭教育指导令，显然有扩大适用范围之嫌，是对家庭教育促进法第三十四条的误读，同时也存在对家庭教育指导令性质的误判。家庭教育指导令应当是具有某种惩戒性质的司法令状，否则将失去司法权对家庭教育行为的介入性和强制干预性。

在司法实践中，第四十九条是大部分法院发出家庭教育指导令的直接法律依据。从该条规定可以归纳出家庭教育指导令主要针对三类行为：一是未成年人存在严重不良行为；二是未成年人实施犯罪行为；三是未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益。三类行为中，“犯罪行为”在刑法中有明确规定，无需赘述。

“严重不良行为”在预防未成年人犯罪法第三十八条中也有明确规定，即严重不良行为是指未成年人实施的有刑法规定、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的行为，以及严重危害社会的行为，包括结伙斗殴，追逐、拦截他人，强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物等寻衅滋事行为；非法携带枪支、弹药或者弩、匕首等国家规定的管制器具；殴打、辱骂、恐吓，或者故意伤害他人身体；盗窃、哄抢、抢夺或者故意损毁公私财物；传播淫秽的读物、音像制品或者信息等；卖淫、嫖娼，或者进行淫秽表演；吸食、注射毒品，或者向他人提供毒品；参与赌博赌资较大；其他严重危害社会的行为。未成年人存在以上严重不良行为的，法院可以对其父母或其他监护人发出家庭教育指导令。

需要明确作出界定的是第三类行为，可以从体系化解释的视角出发，并关联其他相关的未成年人保护立法来总结归纳。家庭教育促进法第二十三条规定：“未成年人的父母或者其他监护人不得因性别、身体状况、智力等歧视未成年人，不得实施家庭暴力，不得胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动。”第四十五条规定：“医疗保健机构在开展婚前保健、孕产期保健、儿童保健、预防接种等服务时，应当对有关成年人、未成年人的父母或者其他监护人开展科学养育知识和婴幼儿早期发展的宣传和指导。”可见，针对歧视、家庭暴力以及胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动，甚至侵害胎儿合法权益的行为，法院均可依法作出家庭教育指导令。此外，民法典第三十四条至第三十六条、未成年人保护法第十七条等对家庭监护过程中侵害未成年人合法权益的情形作出了规定，应注意统合此类规定，细化适用情形，为统一适用家庭教育指导令提供准绳和依据。

四、家庭教育指导令的格式内容需规范统一

家庭教育指导令是对父母或其他监护人不当家庭教育行为作出的具有规训性、惩戒性的法律文书。因此，在内容上，一方面家庭教育指导令应对父母或其他监护人实施的不当家庭教育行为进行否定性评价，并根据相关规定，列明具体措施，对不当家庭教育行为进行纠正；另一方面，为增强威慑性，家庭教育指导令中还应当明确拒不执行家庭教育指导令的法律后果，并告知当事人复议权。

目前，部分高级人民法院已经发布了家庭教育指导令的规范样本，提升了家庭教育指导令的规范化水平。从这些规范样本来看，家庭教育指导令的内容主要分为以下几个部分：文书名称、文书号、义务履行人、事由、法律依据、家庭教育指导的具体内容与形式、复议程序、拒不履行令状的法律后果等。下一步，可吸收各地方司法实践中的经验，及时制作并发布家庭教育指导令的规范文本，提高法律文书的规范化和统一化水平。

五、家庭教育指导令应具有强制力

家庭教育促进法的立法本意是为家长赋能，不断提升父母的家庭教育能力，从而预防未成年人因家庭教育问题而使自身权益受损。政府和社会在家庭事务领域应积极担当作为，为家长提供家庭教育指导服务，从正面提升家庭教育能力。法院的干预则是反向发力，旨在及时制止和纠正不当家庭教育行为。

关于家庭教育指导令是否具有强制力以及是否能够强制执行的问题，在实践中也有争议。如前所述，法院干预家庭教育指导的两种形式中，家庭教育促进法第四十九条针对的是家庭教育缺失或不当行为，是对该不当行为的法律惩处措施，是司法强力介入家庭事务、纠正家庭教育违法行为的一种体现，因而该类家庭教育指导是“责令”，应当具有法律强制力。强调家庭教育指导令的司法强制力，能够加强该令状的警示性和教育性，提高对不当家庭教育行为的打击规范力度，有效增强适用家庭教育指导令的针对性和实际效果。

（作者系中国青少年研究中心助理研究员、《预防青少年犯罪研究》编辑）

卫磊：收买被拐卖的妇女罪背后的乡土失序与规范重构

2022-06-22 青少年犯罪问题编辑部

<https://mp.weixin.qq.com/s/BLBhFYENZJGGgshw8sNXw>

【内容摘要】分析收买被拐卖的妇女行为的罪与罚，应当区分事实与规范两个层面。收买被拐卖的妇女犯罪的线索发现难、追诉到位难、实际处罚轻、逆反作用强等现象，属于评价该类罪行的事实层面，其事实语境是乡土失序。收买被拐卖的妇女罪的法定刑格低、数罪并罚少、重罪吸收少等现象，属于评价该类罪行的规范层面，其规范语境是规制体系失衡。事实与规范两个层面不能直接联通，既不能以事实层面的困难来注解规范层面的规制体系失衡，也不能以规范层面的规制体系失衡赋予事实层面的乡土失序合理化。促成两者联通的路径是贯彻刑事政策，通过落实宽严相济刑事司法政策推动乡土秩序转型，通过落实预防型刑事立法政策推动规范重构，共同提升规制拐卖妇女犯罪的刑法保障效能。

【关键词】收买 拐卖 妇女 乡土 规范

近年来，收买被拐卖的妇女罪成为公众和学界热议的话题，尤其是刑法学界就该罪是否需要立法改造，大体形成了维持说和改进说两种观点。前者认为：“收买被拐卖的妇女罪……大体上还是罪责相当、罚当其罪的。”“单纯地提高刑罚上限，恐怕不会收到公众所想象的威慑效果。”后者认为：“主张提高收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚，买卖同罪同罚。”两种观点均有可取之处，也就此展开各自颇具启发的理由与论证。然而，上述观点对收买被拐卖的妇女罪的分析，似乎仅关注事实或规范层面其中之一，忽视了兼顾分析事实与规范两个层面，未能达到更充分的辨法析理。

事实与规范的区分起源于“由事实命题能否推导出价值命题”的“休谟难题”，该难题是否已得到解决，至今仍然众说纷纭。“事实与规范，作为考察犯罪的双重视角，具有各自的功能，因此而形成刑事法理论的不同语境。”刑法语境的基本内容是需要构成要件评价的规范事实结构，立法过程通过从事实到规范的进路来判断设罪的规范事实结构、司法过程通过从规范到事实的进路来判断定罪的规范事实建构，该规范事实结构既可能被统一在立法条文中，又可能存在司法运行中分离的矛盾。忽视事实与规范双层结构来研究刑法问题，显然不符合刑法的功能语境。

分析收买被拐卖的妇女行为的罪与罚，也应当区分事实与规范两个层面。这既是源自事实与规范两分结构的当然延伸，也是由于收买被拐卖的妇女罪存在特别的事实语境与规范语境，即一是该罪事实上源自传统乡土秩序在当下的失序；二是该罪规范上存在保障妇女人身不可买卖的刑法规制体系失衡。由于前述“休谟难题”的存在，造成事实上的乡土秩序中人无法认同收买行为的违法性，也造成规范上的非乡土秩序中人无法认同收买行为的合理性，从而也就使得该罪的认定与完善亟须弥合事实与规范间的认知鸿沟，需要寻找在事实与规范之间可以承担桥梁或缓冲作用的理论工具。在我国，刑事政策具有连接事实与规范、立法与司法的独特功能，在“休谟难题”未得到彻底解决前，尝试以刑事政策的运行来弥合该鸿沟，将是较为可行的处理思路。

一、收买被拐卖的妇女罪的事实语境：

乡土失序

在分析收买被拐卖的妇女罪的认定与处理时，较多研究都指出存在一些明显困难，并或多或少将之与无须修改立法相联系。这些困难主要有以下四个方面：一是线索发现难。据不完全统计，在裁判文书网记载的部分涉嫌收买被拐卖的妇女案件中，被害人成功自救的比例不到10%；二是追诉到位难。对犯罪嫌疑

人的追诉普遍困难重重，从发现线索到确定立案的时间较为漫长；三是实际处罚轻。据不完全统计，在裁判文书网记载的部分涉嫌收买被拐卖的妇女案件中，被告人被判处缓刑的比例高达70%，被适用数罪并罚的比例略超过10%；四是逆反作用强。犯罪嫌疑人家属、族亲、乡邻对认定有罪普遍具有逆反表现，认罪悔罪意识薄弱、对抗对立情绪强烈。然而，上述困难问题均属于表象，也并非收买被拐卖的妇女犯罪所独有，在涉及行贿罪、污染环境罪、责任类职务犯罪、性侵未成年人等犯罪中也较为普遍，将之与无须修改收买被拐卖的妇女罪的立法相联系，说服力不强。需要探讨隐藏在表象之后的深层次事实结构，发掘出引发上述问题的独特事实渊源，为根本上消解收买被拐卖的妇女犯罪的现实土壤提供有说服力的可靠事实语境，该事实语境可称之为乡土失序。

乡土失序指的是乡土秩序失衡或失落，其概念源自费孝通先生的“乡土中国”。费先生指出：中国社会的基层是乡土性的，存在着差序格局、熟人社会、礼治为先等特征的乡土秩序。自“乡土中国”的观念类型提出以来，产生了广泛的学术影响力，已成为解读中国传统社会的重要理论范式。进入新世纪以来，随着我国城镇化城市化水平不断提高，“乡土中国”的观念类型是否仍具有理论说服力，出现了较多争议，有的认为“中国已经从‘乡土中国’进入‘城乡中国’，任何基于‘乡土中国’的公共政策都不利于中国完成伟大的转型”。也有的认为：“今天的中国，仍然可以称为‘捆绑在土地上的中国’，也就是新的‘乡土中国’”。就当代中国经济社会发展的全貌而言，“乡土中国”的概念可能已无法对其进行概括，但就收买被拐卖的妇女现象的事实情境而言，在社会行动模式与文化心理特征上的乡土中国仍然存在，并通过乡土秩序的变迁、失序等逐步显现其深层次的影响力。

乡土中国源自乡土、扎根于土，“土”象征最稳定、最不易变动的元素，与之相联系而形成的乡土秩序，因而也就具有如下若干特征。其一，具有非常稳定而不易变动的特征。“秩序概念，意在指自然过程和社会过程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。”乡土秩序亦是如此，并且由于其与最稳定的土地固着在一起，更加具有超强的稳定性；其二，具有自生自发秩序的特性。所谓自生自发秩序指的是“那些追求自己目的的个人之间自发生成的一种秩序，它是人类行动的结果，但不是人类有意识设计的结果”，是人类社会演进而成的秩序。乡土秩序源自本土自然形成，尤其是源自农耕社会的历史连续性。中华文明之所以能够绵延不断的原因很多，而乡土秩序自生自发特性的包容、融合是其中重要原因之一。乡土秩序不同于所谓冲击回应模式下被动形成的某些秩序情境，也不同于其他类似的建构型秩序；其三，具有固化的社会行动模式及文化心理特征。秩序的威力在于两个方面：一是外在的行为规制；二是内在的社会行动模式与文化心理。乡土秩序的力量同样也在两个方面，但在后一个方面的体现更为明显且固化。有关认为已经从“乡土中国”进入“城乡中国”“城市中国”的观点，可能仅仅从乡土中国的经济发展水平或经济结构变化着眼，而没有充分考虑到“乡土中国”内化在中国人的心灵，成为文化心理的一部分；固化为中国人的社会行动模式，成为日常生活的一部分，共同成为现代中国的“乡土秩序”。由此，认识和把握乡土秩序的存在及其影响，对于理解和认定现代中国的法律问题，尤其是发生在非城非乡、城乡结合部地区的收买被拐卖的妇女犯罪具有更为独特的意义和价值。

乡土秩序在社会行动模式与文化心理特征上表现为差序格局、熟人社会、礼治为先等特征，与之相对应，乡土失序突出表现为该三种特征的异化。结合处罚收买被拐卖的妇女罪的事实表现，可以对此进行事实情境的阐述，由此提出对该类现象的较充分解释支撑。其一，差序格局的异化引发收买被拐卖的妇女犯罪线索发现难、追诉到难。乡土秩序中的差序格局突出表现为身份依附体系，这一格局或体系既是乡土秩序的内在载体之一，同时也对维持传统社会的生存与生产具有重大作用。进入现代社会后，开始了“从身份到契约”的运动，当然，是否“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”尚有待商榷。但差序格局确实开始受到冲击，并开始发生重大变化。这一变化呈现出两个方向：一是差序格局中的家庭外身份依附内容开始消解，传统宗族、氏族等身份依附体系逐渐减弱对个人的制约；二是差序格局中的家庭内身份依附内容仍然存在，由家庭衍生出来的近亲圈反而得到部分强化，异化为新类型的“亲亲相隐”，造成我国不少地区的收买被拐卖的妇女犯罪线索发现难、追诉到难；其二，熟人社会的异化引发收买被拐卖的妇女犯罪实际处罚轻。乡土秩序中的生存生产等经济活动高度附着于土地之上，人际交往也就被固定在土地上，人与人之间也就自然形成了“熟人社会”。乡土秩序中的“熟人社会”有助于降低社会交往中的信任成本，提高人际交往的协调一致程度，能够构建更为稳定和谐的社会氛围。随着

现代经济社会的发展,生存生产不再高度依赖土地,而转向现代工业、商业等高度流动的市场资源,人际交往中的陌生人因素也就日益增长,社会交往模式开始转向“陌生人社会”。乡土秩序中的“熟人社会”由此发生变化,总体表现为对“陌生人社会”存在较多不适应甚至抵触,异化为对陌生人、外来者的抵触或反对,以及对熟人的容忍与接纳。突出表现为某些地区的执法者、司法者对收买被拐卖的妇女的熟人的某种容忍、同情、怜悯等,由此造成我国不少地区的收买被拐卖的妇女犯罪实际处罚轻;其三,礼治为先的异化引发收买被拐卖的妇女犯罪逆反作用强。但随着现代社会结构的发展,礼治为先逐步发生异化,突出表现为:礼治在维护社会秩序时往往否定基本人权;在对象上,礼治差别对人;在范围上,礼治则无禁区。因而,行为人及其亲属通常认为收买被拐卖的妇女是符合当地社会公认的行为规范,在传统上是对的。由此,收买被拐卖的妇女的行为人及其亲属对追责受罚具有强烈的逆反作用,却不会认识到:礼治所宣扬的秩序规范与现代法治格格不入……在于它的核心部分:礼义出了问题。

综上所述,收买被拐卖的妇女行为反映了乡土秩序在现代社会的部分异化失序,在事实层面上映射出该类行为存在较深层次的社会资本与行动结构问题,能够说明对抗规制收买被拐卖的妇女犯罪的潜在稳固因素,有助于有的放矢地思考应对之策。然而,事实层面的分析有其独到的优点,也有其难以克服的缺陷:事实分析往往难以针对现实问题,形成直接有效的规制策略。特别是对于收买被拐卖的妇女这类严重违反现行刑法的兼具传统与现代双重性质行为,仍需要从现代刑法的罪刑规则寻求规制策略。

二、收买被拐卖的妇女罪的规范语境:

规制体系失衡

在1979年制定刑法时,并没有对收买被拐卖的妇女罪予以专门规定。直到1991年全国人大常委会专门出台《严惩拐卖、绑架犯罪的决定》时,才对该罪作出专门规定,并形成与现行刑法规定基本一致的条文体系,这实际上表明立法机关对于收买被拐卖的妇女的定罪认识也是一个循序渐进的过程。现行《刑法》第241条规定了6款内容,单条款的数量在刑法全部规定中位列前茅,足见立法者的重视。同时,该6款规定包含了注意提示、法律拟制等多种性质的规范,更体现立法者对该罪规制的重视程度。由此可见,现行刑法对收买被拐卖的妇女罪的立法规定已达成了较为完备的状态,对于惩治收买被拐卖的妇女罪具有较为全面的立法基础。然而,形式上“收购野生动物罪的法定刑比收买被拐卖的妇女、儿童法定刑要重”,仍有许多研究认为需要对该罪进行修改,如建议:在刑法中重新规定收买被拐卖的人口罪,将收买被拐卖的妇女规定为加重情节;或上调法定最低刑、设置加重犯,或增设单独的收买被拐卖的妇女罪,同时对该罪增设罚金刑、没收财产和法院禁止令等刑罚措施等。

上述观点基于各种不同的理由而提出修改立法建议,但相对较为分散。总体来看,需要对收买被拐卖的妇女罪的规范语境进行综合分析,抓住其根本问题:即规制体系失衡,诸如法定刑格低、数罪并罚少、重罪吸收少等现象,均属于收买被拐卖的妇女罪需要完善的具体表现。主要是因为:在许多刑法立法与司法处理中,法定刑格低、数罪并罚少、重罪吸收少等问题并不鲜见,并不能成为修改完善某个特定罪名的可靠理由。然而,就某个特定罪名而言,可能仅存在法定刑规定不当、数罪并罚规定不当、加重规定不当等其中之一的问题,而不会同时存在数个问题,因而引发规制体系失衡的整体问题。收买被拐卖的妇女罪的立法规定则同时出现上述数个立法不当问题,从而造成规制体系失衡的问题,并且由于有关条款对法律拟制的设置不当,更加剧了该体系失衡问题,从而加剧了收买被拐卖的妇女罪的规制体系失衡。其失衡情形主要表现为以下三个方面。

其一,《刑法》第241条第1款的法定刑设置过轻,压缩惩治收买被拐卖的妇女罪的空间。收买被拐卖的妇女罪的法定刑是否过轻,成为评价该罪是否需要修改的中心问题。前述改进说认为:收买被拐卖的妇女罪的法定刑过轻,并将其与动物类和植物类犯罪的比较,“危害珍贵、濒危野生动物罪的入罪标准是没有情节严重的限定,只要是二级保护动物,即便犯罪对象只有一只也构成犯罪。有时收购一只一级保护动物就属于情节特别严重,比如金丝猴、大熊猫、豹子等,收购一只就是十年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”“无论是出售还是购买,无论是(国家重点保护)植物,还是(国家重点保护)植物制品,

买卖同罪同罚，最高可判七年。”前述维持说认为：“在判断收买妇女罪的法定刑是轻了还是重了，若将其与购买鹦鹉的罪名进行比较，由于二者罪质不同，实际上无法比较。”“如果主张A法条买人是三年，B法条买鹦鹉五年，所以说A法条太轻了要改，为什么不说是B法条的刑罚太重了，应该改B法条呢”。

上述两种观点均有可取之处，改进说的结论值得肯定，但理由较为牵强，维持说的理由值得思索，但结论值得商榷。总体上可以认为《刑法》第241条第1款的法定刑设置过轻，压缩惩治收买被拐卖的妇女罪的合理空间，需要进行立法完善。其理由有如下三个方面：一是从量刑基准上看，需要适当提高《刑法》第241条第1款的法定刑或增设加重刑条款。理论上对于量刑基准的观点主要有“量刑根基说”“量刑原则说”“量刑方法说”三种观点，但无论何种观点，量刑基准都需要考察具体个罪的构成事实与法定刑之间的关系。《刑法》第241条第1款规定的个罪事实可以概括为“明知是被拐卖的妇女，而使用金钱或其他财物予以收买”，其法定刑为3年以下有期徒刑、拘役或管制。如果认可“法定刑的适用展开应依立法规定按‘（个罪）免刑/处断刑→（个罪）宣告刑→（全案）执行刑’的常规流程依次展开”，则对于收买被拐卖的妇女的，要首先适用《刑法》第241条第6款的规定，对其予以从轻或者减轻处罚。同时由于《刑法》第241条第1款的规定，并无其他加重情节或描述性构成要件要素，仅依靠对“收买被拐卖的妇女”要件内容的单一解释来匹配3年以下有期徒刑、拘役或管制的法定刑，则对收买被拐卖的妇女的从轻处罚也就在所难免；二是从法定刑适用规律看，需要适当提高《刑法》第241条第1款的法定刑或增设加重刑条款。依照《最高人民法院、最高人民检察院关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（法发〔2021〕21号），量刑步骤分为三步：首先根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点；其次根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实，在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑；最后是根据量刑情节调节基准刑，并综合考虑全案情况，依法确定宣告刑。而《刑法》第241条第1款对收买被拐卖的妇女罪的规定，其基本犯罪构成事实相对单一，仅规定为“收买被拐卖的妇女”，也没有基本犯罪构成事实以外的事实可供参照，实际上存在一定的逻辑悖论。主张收买被拐卖的妇女罪为其他严重犯罪的预备犯或危险犯的观点，缺乏法定支撑，也不符合通常学理。同时《刑法》第241条第1款也没有规定其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等要件要素或其他量刑情节，也就无法合理确定收买被拐卖的妇女罪的量刑起点、基准刑，结合前述影响该罪的事实情境，该罪的法定刑在司法实践中的实际宣告也就无可避免的轻刑化；三是从《刑法》第241条其他款的适用效果看，需要适当提《刑法》高第241条第1款的法定刑或增设加重刑条款。主张维持《刑法》第241条第1款现有规定的观点，佐证其观点的常见理由认为：《刑法》第241条第2至5款分别规定了对收买被拐卖的妇女有强奸、非法拘禁、故意伤害、侮辱、出卖等行为的，依照相关规定处罚或数罪并罚，从而整体上形成了对收买被拐卖的妇女行为的重刑体系，并不会轻纵收买被拐卖的妇女罪行。上述看法并不妥当，暂且不论争议的焦点是《刑法》第241条第1款的法定刑轻重，而不是《刑法》第241条的法定刑轻重。即使是评价《刑法》第241条第2至5款的规定，后文也将分析其并没有有效构建收买被拐卖的妇女行为的重刑体系。《刑法》第241条第2至5款的适用，并没有达到立法者期望的注意规定或数罪并罚的加重效果。综上，《刑法》第241条第1款的法定刑设置过轻，因而予以规范重构，条件成熟时应当予以立法修正。

其二，《刑法》第241条第2—4款的注意规定适用效果不明，弱化了对收买被拐卖的妇女的罪责刑相适应状态。《刑法》第241条第2至4款分别规定：收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第236条的规定定罪处罚；收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚；收买被拐卖的妇女、儿童，并有第2款、第3款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。据此，通常认为收买被拐卖的妇女以后，行为人将可能按照强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪等罪处罚，同时有上述数个行为的，应当予以数罪并罚。根据刑法上注意规定与法律拟制的三个区分规则：根据某条款不存在与存在情况下得出的结论是否相同进行区分、根据法条所蕴涵的立法意图进行区分、根据某条款是否具有普遍适用性或可推广性进行区分，可以认为《刑法》第241条第2至4款属于刑法上的注意规定。理论上一般认可：注意规定不改变基本规定的内容，即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据；注意规定只具有提示性，其表述的内容与相关基本规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按相关规定论处。然而，上述三款内容作为注意规定的适用效果，在司法实践中却经常出现效果不明，以至于弱化了对收买被拐卖的妇女的罪责刑相适应状态，这不得不折射到立法本身。

一是《刑法》第241条第2款的注意规定适用效果不明。根据《刑法》第241条第2款的规定，收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第236条的规定定罪处罚，即适用强奸罪的定罪规定处罚。然而，依照《刑法》第236条的规定定罪处罚，需要符合《刑法》第241条第2款的规定作为前提，也就是需要符合收买被拐卖的妇女，并强行与其发生性关系的，才能构成《刑法》第236条的强奸罪，由此存在两个方面的适用效果不明问题。问题一：收买被拐卖的妇女，并未强行与其发生性关系的，不能适用《刑法》第236条处罚。司法实践中，存在收买被拐卖的妇女后，并未强行与其发生性关系的现象。收买者有意或者无意地软化被拐卖的妇女的对抗情绪，逐步取得被拐卖的妇女的信任，再与其发生性关系的，显然表面上不存在“强行”的情形，也就不能认定为强奸罪。然而，该情形并不符合保障被拐卖的妇女的合法权益，也不符合本罪设置的法益保护目的；问题二：收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，仍存在认定不明的较多困难。就《刑法》第241条第2款的规定而言，“强行与其发生性关系”的表述似乎比《刑法》第236条的规定更为广泛，但也因此使得司法机关适用时更为谨慎。性犯罪的发生在现实生活中普遍较为隐秘，收买被拐卖的妇女后强行与其发生性关系的，也将更加隐秘。收买被拐卖的妇女后，对被拐卖的妇女实施强制猥亵、侮辱等前期行为，将难以按照该款规定处理，因而总体上大大削弱了对收买被拐卖的妇女后续行为的公正惩治。

二是《刑法》第241条第3款的注意规定适用效果不明。根据《刑法》第241条第3款的规定，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照刑法有关规定处罚。适用上述规定，同样遇到效果不明问题。问题一：收买被拐卖的妇女，非法剥夺、限制其人身自由的，应当对应适用《刑法》第238条有关非法拘禁罪的规定。在司法实践中，对非法拘禁罪的认定本身就存在较多争议，在收买被拐卖的妇女后又非法剥夺、限制其人身自由的，是否能构成非法拘禁罪，更存在较多争议。同时，根据《刑法》第241条第6款的规定“按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚”，又将在客观上导致非法拘禁罪的认定虚化；问题二：收买被拐卖的妇女，有伤害犯罪行为的，可能对应适用《刑法》234条的故意伤害罪或235条的过失致人重伤罪。由此可以发现，《刑法》第241条第3款仅规定有“伤害”犯罪行为，并未明确其伤害的主观认识。当发现收买被拐卖的妇女后，又受到轻伤害时，有较大可能被认定为过失致人轻伤，从而不负刑事责任。当发现收买被拐卖的妇女后，又受到重伤害时，有较大可能被认定为过失致人重伤，最高刑期也不超过3年有期徒刑，很大程度上弱化了收买被拐卖的妇女后又实施伤害行为的惩治效果；问题三：收买被拐卖的妇女，有侮辱等犯罪行为的，可能对应适用《刑法》第237条的强制猥亵、侮辱罪或《刑法》第246条的侮辱罪。该问题与问题一类似，强制猥亵、侮辱罪与侮辱罪本身的认定方面，就存在较多争议。当发现收买被拐卖的妇女后被猥亵、侮辱的，其是否具有强制性，将成为追究其责任的重要内容。同时由于前述的事实情境原因，也将成为被从宽处理的模糊空间。同时，《刑法》第246条的侮辱罪属于亲告罪，一般需要由被拐卖的妇女告诉才处理，这无疑弱化了收买被拐卖的妇女后又实施侮辱行为的惩治效果。

三是《刑法》第241条第4款的注意规定适用效果不明。该款规定，收买被拐卖的妇女，并有第2款、第3款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。我国刑法上的数罪并罚，经常被误认为是具有从重处罚效果的刑罚制度，但实际上，对于在同一个判决作出前的数罪处理，客观上反而具有限制加重效果，反而可能弱化了对数罪的惩治。同时如上所述，《刑法》第241条第2、3款规定的适用效果不明，客观上也将导致对收买被拐卖的妇女后，受到非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为侵害的，很大程度上得不到准确及时的处罚，也就难以得到准确及时的数罪并罚处理。

其三，《刑法》第241条第5款的法律拟制模式，不利于有效惩治收买被拐卖的妇女犯罪。《刑法》第241条第5款规定：收买被拐卖的妇女又出卖的，依照本法第240条的规定定罪处罚，即对于收买被拐卖的妇女又出卖的，需要按照拐卖妇女罪定罪处罚。法律拟制，是指立法者基于某种价值目的的考虑，不论事实上的真实性，有意用现有的法律概念、法律规范去解释和适用社会生活中出现的新情况、新问题，以将不同事物等同对待并赋予其相同法律效果，从而达到既能适应社会需要又能体现法律基本价值之目的的立法技术或立法活动。收买被拐卖的妇女又出卖的，前后实施了两个行为，在前的行为是收买被拐卖的妇女、在后的行为是出卖原收买的妇女，前后两个行为不在一个犯意支配下实施，分别符合收买被拐卖的

妇女罪与拐卖妇女罪两个罪，应当予以数罪并罚。但立法者不论该事实的真实性，而有意用拐卖妇女罪一罪处理，从而该款规定属于法律拟制。因为对于行为人收买被拐卖的妇女、儿童后又出卖的行为，虽然我们可以根据行为人的客观行为证明其主观上具有出卖目的，但很难进一步证明这一出卖目的是在收买妇女、儿童之前产生的还是在收买之后产生的。对于这种无法准确确定行为人出卖目的产生的时间点的情况，立法者基于“从宽”的政策，为统一规定而将其仅以拐卖妇女、儿童罪一罪处理，而不以收买被拐卖的妇女、儿童罪和拐卖妇女、儿童罪数罪并罚。上述分析颇具理论说服力，然而客观上却不利于有效惩治收买被拐卖的妇女犯罪。

综上可见，现行《刑法》第241条的规定突出显现了收买被拐卖的妇女罪的规范语境，存在较明显的规制体系失衡。该失衡既表现为法定刑设置较轻，也表现为注意规定与法律拟制规范的设置不当，需要予以规范重构。

三、贯彻刑事政策推动秩序转型与规范重构

收买被拐卖的妇女行为的罪刑问题，深刻反映了事实层面的基层社会人际关系与社会行动模式的某些异化，也反映了规范层面的刑法规制体系失衡。仅仅从事实层面应对乡土秩序失序，化解基层社会人际关系与社会行动模式的某些异化，并不能在规范层面重置规制体系的均衡；仅仅从规范层面应对规制体系失衡，修正《刑法》第241条的有关规定，也不能根本上铲除收买被拐卖的妇女现象的社会行动模式与文化心理土壤。由此需要从事实与规范两个层面同时着手，打通两个层面的连接路径，共同推动秩序转型与规范重构。然而，由于前述“休谟难题”的存在，事实与规范两个层面不能直接联通，既不能以事实层面的困难来注解规范层面的规制体系失衡，也不能以规范层面的规制体系失衡赋予事实层面的乡土失序合理化。这就迫切需要寻找能够连接事实与规范的连接桥梁，既能够关照基层社会的社会行动模式与文化心理土壤，对其发生秩序转型作用，又能影响刑法立法、对其发生规范重构作用。能够同时符合这两个属性的存在，当属刑事政策。

刑事政策是执政党和国家为预防与惩治犯罪而制定和推行的政治决策与方略，具有高度战略性与社会整合性。刑事政策通常在转型社会或迈向现代化发展国家的功能更加突出，“从刑事法治的角度来看，整体法秩序下的社会共治模式要想获得成功，需要贯彻刑事政策的发展模式”。李斯特曾提出，刑法是刑事政策不可逾越的藩篱。李斯特虽然十分重视刑事政策，并首倡刑事政策学，但他仍然认为罪刑法定是刑事政策无法逾越的一道屏障，是保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害之必需。在李斯特那里，“一方面，他将体现整体社会意义之目的、与犯罪作斗争的方法，按照他的话，也就是刑法的社会任务，归于刑事政策；另一方面，按照刑法的司法意义，法治国一自由的机能，亦即法律的平等适用和保障个体自由免受‘利维坦’的干涉的机能，则应归于刑法。”刑事政策和刑法规则之间，就被有意识地增加了一种刑事政策的“应然”之于刑法规则的“实然”的紧张关系，从而形成了体系上的隔离，也即罗克辛所谓的“李斯特鸿沟”（Lisztische Trennung）。但罗克辛同时指出：“当刑事政策的评价承担起对刑法体系及其各种范畴进行解释的支持时，就有必要提出刑法信条学和刑事政策的关系问题”，并且毫不讳言地认为李斯特的看法“已经过时”，“在解释意义上应当作为现行法律来理解的东西，就表现为立法者对刑事政策的目标概念所做的让人能够理解的继续思考的结果。在这个范围内，已经存在的法律和应当那样的法律并不是对立的。因此，信条主义者（只要他是学者或者法官）就必须像立法者那样进行刑事政策上的辩论。他必须在一定程度上对立法者仅仅能够粗略描绘的现行法的形象，在一切细节上进行设想和加工。”因而，刑事政策与刑法规范或刑法教义学的联系不再是格格不入，反而可以成为彼此深度融入的新契机。

刑事政策在功能结构上可以区分为刑事司法政策与刑事立法政策，分别对应刑事司法领域与刑事立法领域。在我国推进城乡一体化转型的现代化发展阶段，在惩治收买被拐卖的妇女这一兼具古老传统与现代异化双重特征的现象时，刑事政策将更加能够发挥联系基层社会乡土秩序与规范层面刑法重构的重要功能。通过贯彻宽严相济刑事司法政策推动乡土秩序转型，从深层次根源上引导乡土秩序转向城乡一体化新秩序，逐步消解收买被拐卖的妇女现象的社会行动模式与文化心理土壤。通过贯彻预防型刑事立法政策推动规范

重构,修正《刑法》第241条规定,将其重构为能积极预防收买被拐卖的妇女犯罪、有效遏制买卖妇女罪行的规范体系。

其一,通过贯彻宽严相济刑事司法政策推动乡土秩序转型。2006年10月党的十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,要求实施宽严相济的刑事司法政策,自此成为我国现阶段和今后一段时期的刑事政策的重要内容。就基层社会而言,刑事司法政策通过对基层刑事司法活动的基本价值发挥导向作用,从而影响司法活动参与人的社会行动模式与文化心理,从而逐步实现乡土秩序转型。具体的刑事裁判活动既要严格依据法律进行,同时还要正确理解和应用刑事政策及其所蕴含的价值理念,来裁判具体的案件,合理地实现刑法惩罚犯罪、保障权利的功能。尤其在惩治收买被拐卖的妇女罪行个案时,通过贯彻宽严相济刑事司法政策,因地制宜地衡量具体案件,更有利于实现个案正义。通过在个案裁判中直接融入刑事司法政策的价值考量来定罪量刑,裁判者认真理解和贯彻宽严相济刑事司法政策,能动地将法律规范适用于收买被拐卖的妇女犯罪案件,合理准确地进行定罪量刑,就会实实在在地影响到收买被拐卖的妇女案件所在地区的基层社会秩序,从而引导乡土秩序发挥正向作用、克服失序效应。

在20世纪末,曾经有过一段关于“法治及其本土资源”的重要争鸣,其争议的核心问题主要是:法治的发展,是依靠外来的移植资源,还是依靠本土资源。主张法治的本土资源观点认为:法治的本土资源不仅仅只存在于历史之中,当代人的社会实践已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源。由于法学知识的地方性,国家不可能通过移植国外成功的法律而企图达到一样的效果。恰恰相反,只有社会自发的发展才能逐渐推动法治的改革。探索中国自己的法律发展之路,归根结底是要依靠中国自己的“地方性知识”,归根结底是要从“本土化”的底蕴中汲取发展的能量,具体到中国刑事政策的存在与发展,也同样是需要“本土化”的刑事政策,或者是植根于中国自己“地方性知识”的刑事政策,这是宽严相济刑事司法政策引导基层社会乡土秩序转型的深刻思想来源。

结合惩治收买被拐卖的妇女犯罪的司法过程,贯彻宽严相济刑事司法政策推动乡土秩序转型,应当着眼于下列若干方面内容。一是对于收买被拐卖的妇女的现象,应当贯彻宽严相济刑事司法政策“当严则严”的一面,做到应处尽处。买卖人口,严重侵害公认的道德伦理准则,自古以来就是应当予以惩罚的自然犯罪。依照我国现行刑法规定,同样属于一般意义上的自然犯罪,无须进行依托其他前置法的违法性判断。一旦发现收买被拐卖的妇女的行为,应当贯彻宽严相济刑事司法政策“当严则严”的一面,做到及时有效查处;二是对于收买被拐卖的妇女的现象,可能已经形成地方化习俗的,同样要善于贯彻宽严相济刑事司法政策“当严则严”的一面。就目前查获的收买被拐卖的妇女案件而言,多数发生在未能充分城镇化或城市化的地区,并且可能已经形成了收买被拐卖的妇女的地方化习俗,形成了收买被拐卖的妇女较为多发的区域化特点。对此,同样要善于贯彻宽严相济刑事司法政策“当严则严”的一面,破除“法不责众”的错误观念,逐案惩治收买被拐卖的妇女罪行。“一个不公正的判决比多个不合法的行为危害更大。不合法的行为只是弄脏了水流,而不公正的判决污染了水源。”反之,一个公正的惩治收买被拐卖的妇女案件判决,将是对法治水源的清洁维护,也是对当地善良习俗的培育与支持,进而逐步引导乡土秩序转型、融入城乡一体化进程;三是对于收买被拐卖的妇女,确实是由于受到“无后为大”等传统思想的影响,对被拐卖的妇女没有其他侵害行为,或者按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,依法从轻或者减轻处罚。收买被拐卖的妇女的行为人受到外界较强的氛围压力和行为诱导,在相当程度上削弱了其不正当性的认识。由此,应当贯彻宽严相济刑事司法政策“当宽则宽”的一面,对没有实施其他侵害行为或按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以依法从轻或者减轻处罚;四是对于收买被拐卖的妇女,在被抓获后,能够积极认罪认罚的,应当贯彻宽严相济刑事司法政策“当宽则宽”的一面,对其予以从宽处理。认罪认罚从宽是近年来刑事诉讼制度改革的重要内容,对刑法实体法也具有重要意义。收买被拐卖的妇女后,能够积极认罪认罚的,应当贯彻宽严相济刑事司法政策“当宽则宽”的一面,对其予以从宽处理。这既有助于对行为人的个别化预防,也有助于解救被害妇女,更加有助于对所在地区的一般预防,潜移默化地推动所在地区的乡土失序向城乡一体化秩序转型。

其二，通过贯彻预防型刑事立法政策推动规范重构。“刑事政策首先是立法政策。立法设定预防、惩治和控制犯罪的基本策略，立法活动有其自身发展规律和科学内涵。”我国目前已经进入刑法立法活跃化时代，刑法立法积极回应刑事政策需要，从以往的相对消极、谦抑转向更加积极、扩张，已成为当下和今后一段时期的立法趋势，这是我国刑法现代化发展的标志之一。推动刑法立法活跃化时代的重要动力来自预防型刑事立法政策，确立“打早打小”刑事立法政策思路，通过贯彻对传统犯罪的预备行为实行化、上下游犯罪的行为分立并罚化、对合行为分立定罪化、传统犯罪行为增设加重情节化等预防型刑法立法方式，完善我国刑法的现代化修正体系。

收买被拐卖的妇女行为兼具古老传统与现代冲突的多重属性，其本身与现代文明秩序并不相容，只是由于其社会行动模式与文化心理隐藏于较深的乡土失序之中，长期以来也受到人口性别失调、城乡发展不协调等社会问题的干涉，从而刑法现行立法中对其处罚相对较轻。但随着我国城乡一体化的迅速发展、现代化水平不断提高，买卖妇女现象日益成为严重损害我国现代文明发展的恶劣罪行，需要对此进行适应现代化发展的刑法修正。同时，强化对收买被拐卖的妇女犯罪的立法规制体系，也有助于打击买卖妇女的卖方市场，从对合行为的角度预防拐卖妇女罪行的发生。贯彻预防型刑事立法政策，强化对收买被拐卖的妇女犯罪的刑法规制体系，建议从以下方面考虑。

一是建议将收买被拐卖的妇女罪从《刑法》第241条中单列出来。现行《刑法》在241条中规定了收买被拐卖的妇女、儿童罪，实际上存在两个罪名。收买被拐卖的妇女罪与收买被拐卖的儿童罪，在法益保护目的方面存在较大差别。将两个罪名融合在一个法条中，既不利于打击收买被拐卖的妇女、儿童罪行，也不利于对被拐卖的妇女、儿童的专门保护。建议将《刑法》第241条第1款分别修正为两款，或另行规定第241条之一，专门规定对收买被拐卖的妇女罪的惩治。

二是建议删除现行《刑法》第241条第2款至5款。如前所述，现行《刑法》第241条第2款至5款采取注意规定与法律拟制模式的规制方式，不利于有效惩治与预防收买被拐卖的妇女罪，建议予以删除。删除后的完善方式，建议采取增设加重犯模式。

三是建议将《刑法》第241条第1款修正为加重犯条款，设置更高的加重法定刑情节。建议修正为如下规定：“收买被拐卖的妇女的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。有下列情形之一的，处三年以上七年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金：（一）强行与被买妇女发生性关系的；（二）非法剥夺、限制被买妇女的人身自由的；（三）侮辱被买妇女的；（四）虐待被买妇女，情节恶劣的。”

四是建议增设数罪竞合处理条款。建议增加如下规定：有前（两）款行为，同时（又）构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。“这一规定对应多种罪数形态，除将数罪拟制为一罪的特别规定外，主要是关于想象竞合、牵连犯、包括的一罪的处理规定，可以将这一规定视为基本规定或者总则性规定”。上述第三点建议修正的内容中没有将故意伤害、强制猥亵被买妇女列入加重条款，主要是考虑目前刑法对故意伤害罪和强制猥亵罪的法定刑设置较高，不宜作为加重条款。但对于包括故意伤害、过失伤害、强制猥亵被买妇女在内的各种罪行，设置数罪竞合处理条款，将能够进行较为合理的规制。

结语

收买被拐卖的妇女，在现象上具有传统惯性与乡土秩序失序的事实属性，反映了乡土秩序向城乡一体化秩序过渡的社会行动与文化心理特征。在行为上具有个体正当化弱化与规则有效性不足的规范属性，反映了刑法立法转向相对积极的预防型立法的刑事政策特征。通过倡导贯彻宽严相济司法刑事政策与预防型刑事立法政策，尝试破解“休谟难题”，实现保障妇女合法权益与重塑城乡秩序的有机协调。

金泽刚：收买被拐卖的妇女罪的法定刑要不要修改——兼谈罗翔、车浩等学者论争中的几个问题

2022-06-24 青少年犯罪问题编辑部

https://mp.weixin.qq.com/s/pSGVKJtGi_YxUsWM0UdZw

【内容摘要】关于现行刑法“收买被拐卖的妇女、儿童罪”法定刑是否过轻的问题不仅在刑法学界引发争论，也是法学界普遍关注的问题。站在法学理性与刑罚理论的高度，法定刑“提高派”和“维持派”的学术逻辑论证背后既有缜密的思维，也有情感的冲动。评价具体犯罪的法定刑的高低，除需受刑法原理的制约外，还要考虑犯罪的社会环境因素、民众的价值观变迁等。虽然立法机关不能因个案而搞“情绪性立法”，但个案对立法的启发和推动也是显而易见的。跳出“提高派”和“维持派”的争论，可为寻找一种中间方案，主要包括激活本罪的数罪并罚制度，建议立法将《刑法》第241条的第2款到第5款合并为一款：“收买被拐卖的妇女后，再实施其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚”。同时可以考虑删除本条的第6款规定。这一修改方案既对接了“维持派”主张的收买必然导致其他重罪的理性思考，也兼顾了“提高派”严惩收买妇女犯罪行为的情感诉求。

【关键词】收买被拐卖的妇女罪 法定刑 提高派 维持派 立法建议

一、问题的提出——争议的焦点

自2021年12月24日至2022年1月22日，《妇女权益保障法（修订草案）》公开征求意见，85221人参与，意见多达423719条。就在《妇女权益保障法》修订引发关注之际，一场围绕收买被拐卖的妇女、儿童罪法定刑要不要提高的争议席卷法学界。中国政法大学罗翔教授和北京大学车浩教授分别代表“提高派”与“维持派”发表了颇有影响力的见解，另有一些学者也纷纷跟进，甚至还有一些非刑法研究者也加入，争论颇为热烈。

北京大学法学院助理教授彭鐔博士撰写的《收买被拐妇女刑责之辩：他们到底在争什么？》中归结出“提高派”与“维持派”论者的两大实质争点：第一，如何用刑罚来准确界定和表征收买被拐妇女之恶？第二，修法提高刑期是否有助于阻遏和解决拐卖妇女之恶？进而得出结论：辩论双方的本质分歧既非道德的，也非法理的，而是经验的；“提高派”认为包括收买者、执法者和旁观者在内的利益相关方会对刑责提高给出正反馈，而“维持派”则预估零反馈甚至负反馈；双方关于人的社会想象存在根本差异：前者相信人性可被刑罚触动，而后者更悲观。

彭鐔认为，争议双方对此均未给出令人信服的论据。主张这个问题应该而且可以从经验上作答，并引用中国政法大学黎敏副教授的观点，要求法律学人跨出法教义学的“舒适圈”，引入社会科学方法，定量加定性地分析修法重刑究竟会产生什么实际效果。若结论是同时有利于减少收买和解救被拐，则可毫不犹豫修法；若结论是只有利于其中一个目标，则须通过民主审议抉择修法或不修法；若结论是两大目标均无法实现，则维持现状就是最佳选择。然而，基于收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的现实情况，特别是犯罪黑数的存在，对该罪进行定量和定性研究存在困难，在徐州“丰县生育八孩女子”事件发生后，人们有理由怀疑已决案件无法反映买卖妇女现象。在前提难以确证的情况下，这种假设式的作答难以解决问题。

彭鐔博士还提到，眼下法学界关于收买妇女刑事责任的争论仍在进行，并引起最高司法机关的关注。有鉴于此，笔者针对“收买被拐卖的妇女”行为刑事责任的相关问题发表看法，供广大同仁们批评指正。

二、“对向犯”“继续犯”等能否作为立论的

理论前提

继罗翔教授提出提高收买被拐卖的妇女、儿童罪法定刑的建议后，车浩教授提出了维持不变的不同观点。但在笔者看来，他们的部分论点或论据存在瑕疵。在某种意义上，这次论争（包括其他学者）反映出刑法理论界在一些基本概念的界定和使用上容易产生歧义或者本就模糊不清。

例如，罗翔教授以“对向犯”来论证问题。他认为，所谓“对向犯”指以存在两人以上相互对向的行为为要件的犯罪，如受贿罪与行贿罪。罗翔教授进一步把对向犯分为两种：一是共同对向犯；二是片面对向犯。前者所对向的双方都被刑法规定为犯罪；而后者是只有一方被规定为犯罪。拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪就属于共同对向犯，因为所对向的双方都被刑法规定为犯罪。但销售伪劣产品罪则是片面对向犯，只有销售者一方构成犯罪，而购买者不构成犯罪，一般认为，购买伪劣产品者并非销售伪劣产品方的共犯。照此说法，法律规定对向的双方都有罪的就是共同对向犯，否则一方有罪的就是片面对向犯，既然要依照法律规定来分类（也就是说法律已先做了规定），那么我们来做这种分类的意义就大打折扣了。为了论证提高收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑，罗翔教授还举例说，非法买卖枪支罪的买卖双方同罪同罚；购买假币罪和出售假币罪的刑罚完全一样；受贿罪与行贿罪的刑罚也相差不大，以此类比，收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑明显比拐卖妇女、儿童罪的法定刑要低，应当予以提高。

但罗翔教授这里的类比存在两个问题。首先，《刑法》第125条规定的买卖枪支、弹药、爆炸物罪和《刑法》第171条规定的出售、购买假币罪本身就是一个罪名（选择性罪名），不存在法定刑比较这个问题，刑法规定为一个罪名后，就不存在对向犯之说，倒是应该研究立法为何把买卖行为作为一个罪名予以规定。而对于收买被拐卖的妇女、儿童的行为和拐卖妇女、儿童的行为，刑法规定了两个罪，与这种一个罪名的情况殊为不同，不可比较。其次，受贿罪与行贿罪这两个罪名差异更大，撇开法定刑本身差别就很大不说，单是实践中对这两个罪名的刑事司法政策也不可同日而语，研究发现，司法实践中行贿罪被重罚的案例极少，而且司法实践中行贿者往往还有污点证人的外衣庇护，对其不作任何处理的情况一直存在。将一起行贿者不构成犯罪，只是受贿构成犯罪的贿赂案说成是对向犯，本身就值得质疑。至于说把销售与购买伪劣产品行为，组织卖淫和卖淫（自损）行为，以及贩卖毒品和吸毒（自损）行为纳入到对向犯的范畴进行举例同样值得商榷。笔者认为，刑法理论中的一个概念必须有严格的内涵和外延，不宜过于宽泛，将吸毒、卖淫这种本就不是犯罪的行为纳入“对向犯”的范畴有点勉强。

对向犯这一概念源于德日刑法学界对共犯的研究。1901年，佛罗伊登塔尔首次提出将必要共犯分之为聚众犯和对向犯。所谓对向犯，理论上一般认为是指互为行为客体（对象）的犯罪。在我国刑法上，所谓对向犯属于法定的犯罪形态，即刑法怎么规定的就怎么定罪量刑，没有给司法者提供过多可解释的空间。刑法将所谓对向犯规定为同罪同刑、异罪异刑和只罚一方三种形态，完全是基于刑法所要保护的法益考虑。对向犯的提出，对某一行为的定罪处罚没有过多的参考价值。在理论上，我们承认对向犯这个概念仅仅是因为对向的双方有一定相互依赖、促进作用，对于研究各罪名之间的关系具有一定影响。由此可见，罗翔教授将这些行为特征不同、罪质与危害各异的犯罪，置于“对向犯”这个概念之下进行比较，说服力不强。还不如说，妇女权益极端重要，无论是买还是卖，都应该施以重刑，这个理由来得更直接、充分。况且，在刑法理论上，对向犯究竟如何界定尚有争议，以它来论证这个重大而现实的犯罪问题（也是社会问题）证明力不足。

同样地，罗翔教授在回复车浩教授的不同意见时，还有两个容易产生争议的用词：“继续犯”和“状态犯”。罗教授说，“拐卖儿童罪是一种继续犯，张三2000年1月1日拐了一个小朋友，卖了三年到2003年1月1日才卖出去，虽然从拐的那个时间点，张三就构成了犯罪，但是这个犯罪行为 and 状态都在继续，一直到卖出去那个点才结束。所以从2003年1月1日开始计算15年的追诉时效。但是，收买被拐卖的儿童罪则是一种状态犯，李四在2000年1月1日买了个孩子，买的那个时间点构成犯罪，虽然不法状态或者说不法结果一直在继续，但是行为已经结束。所以必须从购买时也即2000年1月1日开始计算追诉时效五年。显然，如果在这五年内没有新的犯罪，那么过了五年，就不能再进行追诉。”

罗翔教授的这种论断也值得商榷。首先，追诉时效的问题刑法有严格的制度规定，追诉期限虽然主要取决于法定刑的轻重，但现行刑法已尽量避免重罪不被遗漏。事实上，妇女、儿童被拐失踪或者丢失后，其亲属一般都会及时报案，对于这类案件，公安机关也会第一时间立案侦查，依据刑法的规定，超过追诉时效的可能性并不大。最近几年曝光的几起拐卖、收买妇女、儿童案件都没有发生追诉过期的问题。其次，用“继续犯”和“状态犯”这种模糊的法律用语来证明自己的观点同样未必有足够的说服力。以何标准判

别或者界定拐卖妇女、儿童罪是“继续犯”，收买被拐卖的妇女、儿童罪则是“状态犯”，在逻辑前提不明确或者很有争议的情况下，推导出的结论就有疑问。

根据刑法规定，拐卖妇女、儿童的行为，是指“拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为”，一般认为，只要把被害人置于自己或者第三人的非法控制下，就是本罪的犯罪既遂，也就是说，只要拐骗到儿童，有没有卖出去不影响既遂之成立，既然犯罪既遂了，当然就应该开始计算追诉期限，不必等到卖出去了再计算时效。也就是说，张三拐卖儿童案应该自2000年1月1日拐了孩子开始，就计算15年的追诉时效。

华东师范大学的柏浪涛教授也不支持罗翔教授的观点，他认为，收买被拐卖的妇女、儿童罪虽然不是继续犯，但是收买被拐卖的妇女行为本身就高度伴随继续犯（非法拘禁、虐待等），而对于收买被拐卖的儿童而言，自收买完成后，养育的行为持续构成拐骗儿童罪，所以，对收买被拐卖儿童的行为，也有可追诉的空间。柏浪涛教授的这种论断是建立在拐骗儿童罪是继续犯的基础之上的。不过，根据刑法关于继续犯的通说观点，继续犯也称持续犯，是指犯罪行为自着手实施到实行终了的过程中，犯罪行为与不法状态在一定时间内同时处于继续过程的犯罪形态。继续犯必须是犯罪行为与不法状态同时处于继续的过程，成立继续犯往往要求犯罪行为对特定对象的侵害达到一定时间。学界认可的比较典型的继续犯是非法拘禁罪、非法持有型犯罪，对于买卖妇女、儿童的犯罪贴上继续犯或持续犯的标签很容易引发争议。实际上，刑法所规定的很多犯罪行为在完成时，其后续行为（或称伴随行为）要么可能触犯新的罪名，要么属于事后不可罚的违法行为，像故意杀人后藏匿尸体，盗窃后隐藏赃物，都不属于继续犯或持续犯。拐骗儿童行为在骗取儿童信任后，就完成了犯罪，其后的持续养育行为虽属违法，但不是拐骗儿童犯罪的继续进行，故不宜认为是继续犯，否则就会成了一个一辈子的犯罪，无论从刑法学还是犯罪学角度都解释不通。笔者认为，如何确定一个罪名是不是继续犯值得推敲。实际上，刑法规定了近五百个罪名，除了几种比较典型的犯罪外，哪些是继续犯即使一个个地进行研究，结论很可能五花八门。继续犯、状态犯这些“某某犯”的概念均是学术上对犯罪形态的不同表达，哪个罪名是继续犯、状态犯，大多数乃一家之言，以此来论证收买被拐卖的妇女、儿童罪应当加刑或者不加刑同样不具有说服力。近年来，不少论著动辄把某个具体罪说成是“某某犯”（如结果犯、危险犯、行政犯等），这种先自贴标签，后再证实自己结论的做法是不严谨的。

三、收买被拐卖的妇女罪是不是后续重罪的

预备犯或危险犯

笔者赞同罗翔教授发文回复车浩教授并再证自己的观点时的部分结论。如，罗翔教授认为，车浩教授关于对收买妇女罪（“买媳妇”行为）该评价为轻罪还是重罪的说法，这种观点有合理之处，但不足之处在于没有考虑收买被拐卖儿童的现象，这种体系解释并不完美。

车浩教授认为《刑法》第241条不只有第1款（规定收买被拐卖的妇女、儿童罪），这是当然，因为本条共包括了6款。具体如下：

“收买被拐卖的妇女、儿童的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。”

车教授认为，《刑法》第241条第2款规定强奸罪；第3款规定了非法拘禁罪或故意伤害罪；第4款规定了数罪并罚的情形；第5款规定了收买后又出卖的，按拐卖妇女罪论处，其中多款的法定最高刑为死刑。故综合全部条款，可以得出结论：收买被拐卖的妇女罪的收买行为本身，的确只有最高3年的基本刑，但是，收买之后极高概率甚至是必然伴随实施的各种行为，都是法定刑极高的重罪。因此，不能仅仅着眼于《刑法》第241条第1款本身，片面地评价成轻罪，而要结合《刑法》第241条的全部条款综合评价成重罪。

对于罗教授称车教授该种体系解释为何不完美，笔者也做点补充。现在讨论的问题是收买被拐卖的妇女罪是不是重罪的问题，而不是讨论收买被拐卖的妇女后“可能”衍变发展为重罪的问题，即就罪论罪。车浩教授把轻重罪问题放在《刑法》第241条中就全部条款一并解释，在这一点上，的确如罗翔教授所言很是“巧妙”，但收买被拐卖的妇女罪作为一个独立罪名，依据罪刑法定原则，最高刑期为3年有期徒刑，这就是一个轻罪的标准。再说，从司法实践来看，这类案件绝大多数没有听说衍生出了其他几类重罪，即使发展为其他性质的犯罪，那就不是收买被拐卖的妇女罪了，既然是其他罪名，那就与收买被拐卖的妇女罪刑罚轻重无关。所以，与其这样“体系性”地将收买被拐卖的妇女罪说成是重罪，不如认可该罪的法定刑决定了它就是个轻罪。

至于说车浩教授从报应刑和教义学的角度指出收买被拐卖的妇女罪实质上是后续重罪的预备犯，这个观点也如罗翔教授所言是“不完美的预备犯理论”。车浩教授重点强调，收买被拐卖的妇女罪有其独特的罪质，不能简单地与其他买卖类犯罪对比。这一点笔者也是认同的。例如，不宜做“买一个女的才判3年，买一只鹦鹉就能判5年”这样的比较，因为购买的意义不同。对购买鹦鹉者而言，不是要把鹦鹉拿来当媳妇、生孩子的，而是当作一种宠物饲养和观赏。这里面基本上不包括对动物本身的利益损害，更不存在对人的身体、自由等权益的损害。但收买被拐卖的妇女则不同。买方是为了“买媳妇”，既然是买媳妇，就必然是追求与被拐卖妇女发生性关系，因此买方必然会触发强奸罪；即使短期内不能发生性关系，被收买的妇女也面临着被剥夺自由、被殴打侮辱的命运，因此买方也必然会触发非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪等。故整体评价来说，违背女性意愿的“买媳妇”行为，几乎是天然地内含了强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪等重罪的内容。在这个意义上，车浩教授认为，收买被拐卖的妇女罪，甚至可以被评价为是强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪等重罪的预备犯。

笔者认为，如果车浩教授将这里的预备犯说成是一个社会学意义上的“预备性犯罪”（主要是指实施其他犯罪的一个必然的准备过程），那无疑是有道理的。但如果要以教义学之名兼以刑法规定来阐释之，则显得不周密。

诚如车浩教授所论，以往的理论和实践对预备犯都过于漠视，但预备犯危害较小，不仅不易暴露，更不容易被抓现行（因形迹可疑被抓也很少），且难以被证明。的确，就收买被拐卖的妇女案而言，行为人为后面与被拐卖者发生性关系（生孩子），以及实施为压制对方反抗而实施伤害、拘禁等行为，都要以与人贩子交易，将该女性购买成功为前提条件，但这种交易式的收买行为，是否就是后续重罪的预备犯，在司法实践中无法证明，司法判决中几乎没有判例。

《刑法》第22条规定，“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备”。但是不是二者具有条件关系，就成立犯罪预备呢？这里有必要厘清以下几点：首先，刑法中的预备行为与所要实施的目标行为具有紧密而必然的联系，当二者已然分割，不存在紧密而必然的联系时，应以各自独立成罪为宜。而由于强奸等犯罪具有自己严格的构成要件和证明标准，它们与收买行为之间未必具有这种紧密而必然的联系。其次，预备行为与所要实施的目标行为往往是同一罪名，前者一旦成立，还必须停顿下来，则成立目标行为的预备犯。如果预备行为本身也是个独立的罪名，就要按照独立罪名定罪，这个时候，该独立罪名即使为目标罪名而存在，但与收买被拐卖的妇女罪有显著不同，甚至是质不同。最后，收买被拐卖的妇女罪是

不是特定犯罪类型中的实行犯化呢？我国刑法将预备行为实行犯化有一个较典型的罪名，即《刑法》第120条之二规定的准备实施恐怖活动罪，而将收买被拐卖的妇女行为作为“准备强奸”的预备犯理解，要实行犯化也很难确定罪名，总不能定“准备强奸罪”吧。相对于预备犯普遍不罚的现状，“对其处以三年以下有期徒刑”已经是提前和从重打击了，这个结论不能脱离刑法对预备犯涵义的限定。否定收买行为的独立性和危害性，也正是后文要说到的一些“提高派”论者所抓住“维持派”的一个把柄。

另外，上海社科院郭晶副研究员从“奴役罪”的“预备犯”正犯化的视角支持“提高派”的观点。她认为，收买被拐卖的妇女是一种国际罪行，应提高法定刑。不过，收买被拐卖的妇女，进而对其进行殴打、控制、拘禁、强奸、强迫婚姻、强迫生育，绝不是孤立、简单的强奸、非法拘禁和故意伤害行为，而是针对妇女的人格尊严、人身自由、身体健康、婚姻自主、性自主有计划、系统性的摧毁，进而实现对妇女的物化、奴化，是赤裸裸的奴役。故车浩等学者提到收买的后续（序）重罪行为，可以统称为“奴役罪”。为此，郭晶副研究员认为，《刑法》第241条的规范目的应当明确或调整为“预防和惩治使女性沦为被他人支配和奴役工具的行为”，收买被拐妇女应作为“奴役罪”的预备犯加以正犯化，并配置较重的法定刑。而车教授所谓的“数罪并罚”技术处理虽可以实现重判，但不如适用“正确的罪名”更加正义，这不仅关乎刑法适用的权威性，更关乎每个“被害人”被法律公正以待。而考虑到我国刑法增设“奴役罪”的可能性较低，收买被拐卖的妇女罪还需要承接后续的奴役行为，刑法无法准确评价的重任，从这个角度，该罪的法定刑上限应显著提高。如果不提高收买被拐妇女罪的法定刑，则只能通过数罪并罚的权宜之计。这种观点对于该问题的争议不仅是一个新的视角，也是一种重要补充。只不过，它本身也否定了刑法设立“奴役罪”的可能性，进而论证收买妇女罪的独立价值。而且，对于预备犯的正犯化是否应该不止适用最高三年有期徒刑这个论断，需要多角度多因素的考量，尚待进一步的论证。

针对预备犯的说法，中国海洋大学的桑本谦教授认为，刑法应当严惩收买被拐卖的妇女罪，视其为危险犯，而非预备犯。危险犯和预备犯都发生在后续严重犯罪之前，而且前序犯罪和后续犯罪之间有明显的因果关系。但不同的是，危险犯会制造出迫在眉睫的严重风险，且从前序犯罪到后续犯罪，一缺乏自然障碍；二缺乏受害人可以反制的机会和手段；三缺乏司法机关可以介入的环节和抓手。收买被拐卖的妇女几乎必然滑向后续严重犯罪，此罪一旦既遂，则无论受害人还是司法机关，都丧失了阻止后续严重犯罪的机会。司法机关束手无策，指控前序犯罪易，指控后续犯罪难。一旦收买者把生米作成熟饭，尤其是生下孩子之后，情况就变得更加棘手。

笔者认为此处的危险犯应该也是既遂犯的一种表现形式，但这种泛化危险犯概念的说法极易产生歧义。日本刑法学者木村龟二说过，“危险犯概念是一个危险的概念”。如今，危险犯已大大超出传统危害公共安全罪既遂形态的范畴，在刑法规定的各种犯罪中，哪些应该算作危险犯众说纷纭。随意界定一个犯罪是“危险犯”也是危险的。犯罪当然危险，但不能因为犯罪是危险的，把刑法弄出很多危险犯。刑法中的危险犯应该有其特定的涵义，我们通常说的放火、决水、爆炸、投毒犯罪是典型的危险犯，其中包括《刑法》第115条规定的尚未造成严重后果的情形，也包括第115条规定的造成严重后果的情形。危险犯通常是对一个完整罪名既遂形态的评价，不是评价某个罪名的一部分；危险犯应该指静态完整的个罪，而不是动态的犯罪过程。否则，再这样讨论下去，收买被拐卖的妇女罪是具体危险犯还是抽象危险犯，刑法规定的所有犯罪都是危险犯，这样的讨论很可能陷入不可知论。

四、妇女享有的自由尊严等人格权

是否高于生存权

《妇女权益保障法》实施已届30年。然而，严峻的社会现实不容否认，当今妇女权益被侵犯的现象还相当严重。就在刑法学者争论收买被拐卖的妇女罪的刑责轻重之际，其他领域的学者也参与其中，他们独特的研究视角同样引起了不少人的共鸣。

北京大学王锡锌教授从宪法角度提出了观点：“对于收买妇女儿童罪量刑不应只停留在技术层面，此类案件的核心，是触犯到了社会共同体的核心价值，即每个人都有免受支配和奴役的权利。基于对这一核心价值的保护，应提高收买拐卖妇女儿童罪的量刑。”王教授还认为，拐卖妇女儿童案件中的执法不严现象，根源于法律传递出的错误信号，对买方的轻微刑罚，导致治理者对这一犯罪行为的危害性认识不到位，最终加剧价值扭曲的恶性循环。只有在价值层面掀起波澜，作出明确而坚定的价值宣告，才能传导出方向性的价值信号，这样方能抑制潜在的需求，刺激管理者的神经，激活执法者责任感，从而在守法、执法和司法的系统中收牵一发而动全身之效。看得出，王锡锌教授属于“提高派”。中国政法大学黎敏副教授也从妇女的自由与尊严不可侵犯更不可买卖的角度，强调要严惩收买被拐卖的妇女犯罪。她认为，国家法要怎样去改变或矫正落后的“习惯法”，既是经典“法律社会学”议题，也是“刑法教义学”要面对的，高品质的刑法教义学研究不能离开社会科学的视野与恰切的价值基准。她评价车浩教授的文章：“恰恰在人的尊严问题上出现了一种不自觉的隐蔽的价值漂移”。上述两位学者均立足于妇女人权价值地位的高度，支持提高收买被拐卖的妇女罪的法定刑。他们的观点有利于认识买卖妇女行为的社会危害性，不过，这种激发全社会价值波澜的观点和人人痛恨人口买卖本质上互为表里，但离法定刑轻重的评价尚有较大距离，为刑事立法操作提供的帮助亦有限。因为，维持论者也并不反对收买被拐卖的妇女行为具有严重的社会危害性，并不反对买卖人口对人的自由、尊严的严重侵犯，只不过，刑法配置法定刑还受到其他诸多因素的制约。

杭州师范大学郝铁川教授更是直接提出了“人格权高于生存权”的观点。郝铁川教授首先运用马克思主义立场观点分析道：一部人权史，最根本的就是一部人格权不断实现的历史，奴隶社会比原始社会进步，就在于原始社会抓住战俘要杀掉，而到了奴隶社会则不再杀掉，保留其生命而变成可以买卖、会说话的工具；封建社会的进步，就在于劳动者有了可以耕种的土地，汉、唐立法都禁止买卖人口；资本主义社会的进步，就在于劳动者可以自由择业，并逐渐有了选举、罢工等政治经济社会权利；社会主义比资本主义的进步，就在于它要从过去的形式平等正义逐步实现实质平等正义。与人格权发展史相一致，郝铁川教授认为，生存权在发展中国家特别重要，但不论其多么重要，都代替不了人格权在人权中的基础地位。“一句话，人有独立意识、思想、尊严是人的本质体现，生存权为其提供条件。两者虽然相互依存、不可分割，但人格权占据主要地位。”人格权在人权体系中处于基础性地位，地位高于生存权，生存权说到底服务于人格权的实现。

尽管郝教授是从人权法体系中论及生存权不如人格权重要，但生存权和人格权的基本含义有必要加以明确。我国民法典在第四编系统规定了“人格权”，《民法典》第990条规定，人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利，这可以称为广义的人格权。而生存权是什么呢？可能是容易理解的缘故，法律倒没有明确规定，无论是理解为人类衣食住行等基本生存权利，还是保障人的生命存活和身体健康的权利，其含义已包含在民法典的“人格权”范围内。所以，谈论人格权与生存权的关系，实际上是要把民法之人格权中的生命权、身体权、健康权与后面的名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等区别开来，是要研究前后划分开来的各部分权利的关系。即使是从人权法角度解读这个问题，那也要落实到具体的基本法律（如民法、刑法）中来体现和解释。显然，生存权和人格权都不是空洞的人权。

作出这样的界分后，笔者并不否认学界关于人格权体现人的本质，人格权的神圣从未受到什么限制等论断。只不过再怎么强调人格权重要，强调人的意识、思想、尊严体现人与动物的区别，无论把名誉、荣誉、隐私等人格权拔得多高，都不能得出这里的人格权高于生存权（主要是生命健康权）的结论。即使认为人格权体现人之为人本质，而生存权则是人之为基础，一个反映人文思想精神特质，一个则是人活着的物质根基，二者很难比较出大小和高低。说到底，最重要的还是如何正确看待二者的关系。而显而易见的是，没有生存权，一切权利均无从谈起。放眼世界各地，在那些战火纷飞、人民食不果腹的国家和地区，生命危险无处不在，生存都是问题，哪来什么其他人格尊严可言。事实证明，在一个国家，只有发展经济，人民富裕了，各种人格权利往往就能够水到渠成。中国的发展道路已经证明了这一点。这也是我们国家近年搞脱贫攻坚战的重要意义。再从刑法规定来看，我国侵害生存权和人格权的犯罪主要规定在侵犯公民人身权利、民主权利一章，侵害生存权的典型表现是故意杀人罪和故意伤害罪，以及其他可以包括

杀人、伤害在内的犯罪，而侵犯人格尊严的犯罪，主要包括非法拘禁、绑架、强奸猥亵、侮辱诽谤、收买被拐卖的妇女等。根据法益保护理论，生命法益最为重要，所以故意杀人罪永远排在严重犯罪的第一位，刑法对其配置了最严厉的法定刑。它宣告了漠视生命之恶无疑是最大之恶，世界各国莫不如此。对于被拐卖的妇女，其生存权同样应该首先得到保护。即使是收买者能够让被拐妇女吃饱穿暖，但其人格权被侵犯的背后，生存权也可能危机四伏。所以，即使是今天就案论案，以徐州“丰县生育八孩女子”为例，被铁链拴住的被害人小花梅的悲惨遭遇并不能说明自由尊严等人格权更高出一等。

在这个问题上，虽然罗翔、车浩等教授并未针对被拐卖妇女遭受的权益侵犯做重点讨论，但“买卖妇女”与“买卖鹦鹉”“买卖枪支”的比较还是反映了学者们不同的认识论立场。就在罗翔教授发出“买妇女”比“买鹦鹉”判的还轻的灵魂拷问后，后续“维持派”又有新的回应，如车浩教授认为：以买卖枪支的“买卖同罚”来批判收买被拐卖的妇女罪的法定刑不合理，为什么就不能反过来认为是枪支买卖同罚的规定不合理呢？他进而认为，这种思维模式是典型的一只脚还在解释论（如认为枪支买卖同罚合理）的范畴，另一只脚却踏进了立法论（如认为妇女买卖不同罚不合理）领域，犯了方法论错误。但在这个问题上将解释论与立法论对立很容易使讨论复杂化（姑且不说这是不是解释论与立法论之争）。而参与此次争论的柏浪涛教授后面还专门撰文做了阐释，以支持“维持派”。柏浪涛教授认为，在判断收买妇女罪的法定刑是轻还是重，若将其与购买鹦鹉进行比较，由于二者罪质不同，实际上无法比较。这里的“罪质”不同大概是指鸟与人背后的利益无法比较。但问题是，柏浪涛教授立论的基础正是把买鹦鹉与买妇女进行比较的。他认为，根据“买卖”的含义，买受方享有所有权的四项权能“占有、使用、收益、处分”。而在这四项权能的表现上，买鹦鹉和买妇女有重大差异。买鹦鹉后，购买者对鹦鹉行使占有、使用、收益、处分等行为，不再单独定罪，全部归为“危害珍贵野生动物罪”。而收买被拐卖的妇女对妇女行使“占有、使用、收益、处分”等行为，没有被纳入收买被拐卖的妇女罪中，而是被分解出去了。如占有（非法控制支配妇女），被剥离到了非法拘禁罪；使用（强奸），被剥离为强奸罪；收益（强迫结婚），被剥离为暴力干涉婚姻自由罪；处分（卖掉妇女），被剥离出去，认定为拐卖妇女一罪。这样一来，当购买者的“四项权能”被剥离（掏空）后，剩下该罪的保护法益，就是对妇女人身自由的危险，以及妇女人格尊严。而拐卖妇女罪不同，它包括两个环节，即占有和处分，也就是通过暴力、威胁、欺骗等方式对妇女形成了支配力，使妇女成为行为能够出卖的“标的物”。正是“对妇女形成支配力”严重侵犯妇女的人身自由，所以，该罪的法定刑很高。言下之意是，买鹦鹉侵犯的是使用权的全部权能，买妇女侵犯的是其部分权能；卖妇女的手段比买妇女的手段更坏更残忍，这就使得收买被拐卖的妇女罪的法定刑不必太高。然而，《民法典》规定，“物包括不动产和动产”，我国民法上的“买卖”只限于“物”的买卖。从所有权的四项权能剖析买妇女侵犯了什么权益，虽然“新奇”，但明显是对妇女的“物化”，是民刑混淆、错误嫁接的表现。加上否认人与物之间价值位阶排序，遂出现了“方法和价值立场上的瑕疵”。

五、结语：修法的可能路径

评价一种犯罪之轻重，包括有两层含义：一是社会危害性大小；二是刑法配置的法定刑轻重。二者一般也是保持正比关系。现在的问题是，收买被拐卖的妇女罪是不是属于重罪却配置了轻刑。争论双方都不反对收买被拐卖的妇女罪危害很大，但“维持论”者不仅考虑收买行为的社会危害性，还要考量刑罚的预防功能，强调加重刑罚未必有用，不如加强执法。而一些提高法定刑论者更强调人的社会价值回归，感觉收买被拐卖的妇女行为危害越来越大，再不提高处罚，恐怕会导致“以刑致刑”。

论证收买被拐卖的妇女罪的法定刑是重还是轻，仍然要以这类危害行为对法益侵害程度为标准，这种侵犯不仅仅局限于被害人本人及其家庭，需要进行国家和社会视角的综合评价。当今社会，法益侵害论之法益侵害与之前相比，更凸显散发性、伸延性与穿透性特点，有的犯罪除了危害被害人，还危害其家庭成员，乃至挑战社会秩序，这种“一因多果”的危害使得现代社会法益侵害圈呈现多元扩张趋势。评价该罪法定刑高低与否，除了考虑各种法律因素，如受刑法原理的制约外，还要考虑犯罪的社会环境因素，民众的价值观变迁等。刑法不能因少数个案产生冲动，但可以因个案而带来启示。

也正因此，从长远来看，笔者以为，收买被拐卖的妇女罪需要从严修正，但从严修正并不意味着必须提高该罪的法定刑，目前这是一种艰难的选项。对此，笔者提出一种“提高派”和“维持派”的中间方案，具体包括以下三点：

首先，从整体社会大环境来看，提高本罪法定刑的呼声时不时响起，2022年的“两会”也有代表准备了相关建议或提案。尽管很多人也认为严格执法胜过提高法定刑，但这种比较强烈的民意很可能最终会推进刑法的修正。正如有观点所言，因为收买被拐卖的妇女罪法定刑较低，导致该罪名在司法实践中适用率也低，加大刑罚处罚力度一方面可以提高该罪在司法实践中的适用率，另一方面也可以重新塑造新的道德观念，警示全社会收买被拐卖的妇女是一种很严重的罪行。所以，修正规定收买被拐卖的妇女、儿童罪的《刑法》第241条乃大势所趋。

其次，总体上看，提高本罪法定刑，不如修改该条数罪并罚的规定更加紧迫和实际。根据《刑法》第241条规定，收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照强奸罪定罪处罚。收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚。收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。也就是说，现行立法采取的是后罪吸收前罪的吸收犯模式，只定一罪。只有收买被拐卖的妇女、儿童，并有第2款、第3款规定的犯罪行为的，才实行数罪并罚。基于前两款规定，这里的数罪并罚应该不包括将收买行为也单独定罪，再与其他犯罪合并处罚。笔者认为，对于上述情形，应该将收买被拐卖的妇女后，再实施其他犯罪的行为，与收买行为进行数罪并罚，而不能以后罪吸收前罪。也就是将《刑法》第241条的第2款到第5款合并为一款，即：“收买被拐卖的妇女后，再实施其他犯罪的，一律依照数罪并罚的规定处罚”。这一修改方案既对接了“维持派”主张的收买必然导致其他重罪的现实，也兼顾了“提高派”严惩收买行为的情感诉求。

最后，关于《刑法》第241条第6款要不要取消的问题也值得讨论。现行刑法作此规定的意图是出于解救被收买的妇女、儿童的目的，但这一规定也使收买者有了退路或台阶可下，收买者心存“大不了放她走”的想法或许并不利于预防这类恶行的发生。

当然，诚如有的学者所言，要想彻底解决收买被拐卖的妇女的问题，刑罚变革是重要措施，但不是根本。从更长远角度来看，还需要结合各种行之有效的社会政策，消除收买妇女犯罪的诱因。正所谓，最好的社会政策是最好的刑事政策。

十余年探索未成年权益保护 学术研究助益立法司法实践

2022-06-28 原创 中国应用法学研究所
https://mp.weixin.qq.com/s/P_yhBdf8lr0sxd_DZw0nQ

十余年探索未成年权益保护学术研究助益立法司法实践

近日，中华全国妇女联合会印发《全国妇联关于表彰第十三届全国五好家庭暨家庭工作先进集体、先进个人的决定》（妇字〔2022〕18号），中国应用法学研究所刑事行政审判研究部负责人、副研究员、未成年人保护研究中心主任代秋影同志被授予全国家庭工作先进个人荣誉称号。这是代秋影同志十余年深耕未成年权益保护研究领域的又一殊荣。2019年11月，她曾获得“全国维护妇女儿童权益先进个人”荣誉称号。

代秋影，女，中国人民大学法学博士、法国巴黎第一大学法学硕士，2011年7月进入最高人民法院中国应用法学研究所工作，现任中国应用法学研究所刑事行政审判研究部负责人、副研究员、未成年人保护研究中心主任，主要从事未成年人保护与犯罪预防、家庭教育指导、少年司法和家事审判等领域的研究工作。

未成年人是国家的希望、民族的未来。家庭是绝大多数未成年人生活成长的最重要场域，基于家庭教育实施环境的封闭性和亲子双方权力的不对等性，家庭教育能够对未成年人健康顺利成长产生决定性影

响。与此同时,受制于多重因素的影响,家庭教育的专业研究和实践探索尚未得到足够重视,而家庭教育通常体现在日常生活的琐碎细节中,何谓“好的家庭教育模式”本身亦很难达成共识,无论是普及性的家庭教育指导还是个性化的家庭教育服务,都亟需系统研究。近年来,围绕家庭教育,立足未成年人保护和犯罪预防,代秋影同志广泛参与未成年保护的各类研讨、培训和调研活动,主题涉及“儿童利益最大化”理念、农村留守儿童与城市流动儿童、未成年人保护专门机构设置与早期帮教、未达刑事责任年龄未成年人危害行为分级干预、预防未成年人再次犯罪、未成年人犯罪记录封存、监护制度、预防与应对校园暴力、未成年人网络保护、儿童福利立法、家庭教育立法、未成年人案件综合审判等。未成年人保护是跨学科的研究领域,为更好地认识儿童成长规律,主动参加心理学培训,于2018年3月人力资源和社会保障部核发的国家二级心理咨询师资格。综合运用法学和儿童保护相结合的跨学科视角完成了十余项重点研究课题,相关成果直面司法实践中的难题和社会热点事件,具有较强的学术价值和实践指导意义,主要包括:

1. 2016年3月,参与中央政法委专项研究,完成研究报告《未成年人保护与犯罪预防问题专项规划》;

2. 2017年11月,完成全国妇联家庭和儿童工作部委托课题,形成《实施“民族振兴”国家战略,加快制定〈家庭教育促进法〉》的立法论证报告;

3. 2017年12月,参与教育部委托课题“我国教育领域若干法律问题研究”,完成研究报告《校园安全法律制度体系的完善》(附:《中小学生校园欺凌和暴力防范工作方案(建议稿)》)。

4. 2020年7月,主持完成最高人民法院“6·30”专项工作中的一项重点研究任务,形成《关于“冒名顶替上学”案件的裁判标准研究报告》;

5. 2020年12月,完成最高人民法院专项工作“加强新时代未成年人审判工作问题研究”,形成的内参文章《进一步提升新时代涉未成年人审判工作专业化的建议》获最高人民法院主要领导肯定性批示。

6. 2021年1月,主编完成《婚恋财产纠纷案件裁判规则(一)》,法律出版社出版;

7. 2022年,围绕《家庭教育促进法》立法和宣传,参与全国人大法工委组织的“草案”征求意见专家论证会,并在《法治日报》《中国妇女报》《中国家庭报》等报刊撰文参与宣传报道。

8. 2022年6月,完成内参文章《建议制定〈家庭教育促进法〉司法适用意见,切实提升人民法院家庭教育指导实效》。最高人民法院相关院领导批示“建议很有价值”,并指示相关部门研究采纳。

展望未来科研之路,代秋影同志表示,将持续专注未成年保护与犯罪预防领域,充分发挥中国应用法学研究所未成年人保护研究中心的平台聚合优势,团结一大批未成年人保护领域的专家共同发力,聚焦家庭教育指导和未成年人保护领域的热点难点问题,重点围绕父母家庭教育主体责任、家庭监护能力评估、青少年问题行为矫治、预防和处置学生欺凌、构建信任结实的师生关系、未成年人网络保护等社会各界广泛关注的主题,开展深入系统全面的研究,致力于为培养德智体美劳全面发展、能够担当民族复兴大任的社会主义建设和接班人而不懈努力!

三、审判动态

跟进解决“事实孤儿”生活难题

2022-05-05 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220505/20220505_006/content_20220505_006_4.htm#page5?operate=true

“小玉现在和同寝室的同學相處融洽，學習成績也在穩步提升。”近日，浙江省淳安縣檢察院未成年人檢察工作辦公室承辦檢察官撥通了小玉（化名）班主任的電話，了解到小玉的近況。

未成年的小丹和小玉姐妹倆是“事實孤兒”：她們的父親被法院判處有期徒刑二年，母親因一場意外離世，只剩下年近80歲的奶奶與她們相依為命。

今年初，淳安縣檢察院檢察官吳琦倩和江紅仙在辦案中了解到小玉和小丹的情況。“孩子爸爸在服刑期間，兩個孩子的基本生活該如何保障？”姐妹倆的遭遇讓檢察官揪心不已。在走訪中，檢察官了解到姐姐小丹在讀高中，妹妹小玉是一名小學生，家庭條件比較困難。

難事一件一件解決。

首先是小玉的上學問題，從小玉家到學校有3公里多的路程，步行需要將近一個小時。為解決小玉的現實困難，淳安縣檢察院牽頭，組織公安機關、法院相關單位工作人員共同進行實地調查走訪。充分了解具體情況後，檢察官提議讓小玉住校，周一、周五有校車到村里接送，這樣就可以解決小玉的上學問題。但小玉擔心自己的家庭條件無法承擔住校後的費用，拒絕了檢察官的提議。

孩子的懂事讓檢察官心中更加不忍。經與學校溝通，檢察官確認小玉可以在學校申請到困難兒童救助，小玉這才沒了後顧之憂。

上學問題解決了，可兩個孩子日常生活開銷怎麼辦？僅僅依靠奶奶的老年人補貼遠遠不夠，檢察官認為小玉和小丹符合申請事實無人撫養兒童基本生活保障的條件，隨即與縣民政部門工作人員溝通聯繫，向民政部門工作人員介紹案件情況及姐妹倆的現實處境。在接到線索後，民政部門工作人員迅速告知申請事實無人撫養兒童所需提供的材料。

3月下旬，縣民政局對申報資料核實後，為小玉和小丹辦理了相關審批手續，每月2057元的生活補貼為一家三口的生活掀開了新的一頁。

未檢公益訴訟：從個案辦理到全程守護

2022-05-05 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220505/20220505_007/content_20220505_007_1.htm#page6?operate=true

對話背景

修訂後的未成年人保護法對檢察機關未檢工作具有重大意義，該法實施後，未檢部門在辦理個案的同時，需要更加關注未成年人的整體權益問題，通過公益訴訟等多種方式去幫助更多未成年人獲得持續的保護和福祉。作為一項新興業務，未成年人檢察公益訴訟理論研究與辦案實踐相互促進，本期成長對話聚焦未成年人檢察公益訴訟，從學者和檢察官不同視角進行深入探討。

未成年人民事检察公益诉讼的法理缘由

2022-05-05 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220505/20220505_007/content_20220505_007_2.htm#page6?operate=true

近年来,学界与司法实务界对未成年人及其民事权利保护的关注度持续升温。创设和完善未成年人民事公益诉讼,已成为社会治理的重要内容。经试点实践与经验总结,未成年人检察公益诉讼经由未成年人保护法的修订而正式上升为法律救济机制。未成年人民事检察公益诉讼案件通常意指检察机关通过未成年人检察等部门对因父母或其他监护人、其他个人或组织等作为或不作为而导致未成年人民事权利严重受损而予介入保护的案件,含诉讼案件与非诉案件。而对“公共利益”判断之落地,成为检察机关介入未成年人民事公益诉讼案件特别是涉少家事公益诉讼案件最重要的考量因素。

一、公私法二元化下的“最有利于未成年人”

“公益”或“公共利益”概念由来已久,经不停演变而分别被概括为特殊利益总和、私人利益总和、社会共同利益及集体价值观等。而从组词来看,“公共利益”由“公共”及“利益”组成,前者表征“公有”或“共有”,后者则表意“益处”或“好处”,统合起来可以理解为共有的益处,即关乎社会中每个个体的共同利益与普遍福利。换言之,公共利益涉及值得被承认和应当被保护的共同利益,亦关乎与公众有利害关系的普遍福利。从这一角度而言,公共利益更衍射出“社会正义”,即每个人都对包括自己在内的所有人的福祉进行负责。当然,亦包括为未成年人等弱势群体提供支持 with 保护,既涉及特定未成年人,也涉及不特定未成年人。

及至涉少家事法领域,国家不干涉家庭的传统做法日渐式微,家庭自治不再是绝对不受公法限制的,如今已逐步融入公共利益及社会秩序维系之中。在未成年人于家庭成长中面临诸多潜在危险与紧迫威胁时,国家愈多以公权力介入,通过不断增强对未成年人及其父母或其他监护人的家庭教育指导乃至有序监管,进而规范监护关系。

未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、家庭教育促进法等法律法规的修订和出台,愈发要求利益攸关者在作出与未成年人民事权利的相关决定时优先考量并适用最有利于未成年人原则。从儿童最佳利益原则的国际表述到最有利于未成年人原则的国内探索,如何在未成年人家庭生活中实现最有利于未成年人原则的要求,已成为理论与实践探索的重点与难点。尽管尚未就该原则的构成标准及应用要求达成共识,但从“公共利益”视角进行解释或为较现实的路径。

事实上,“公共利益”与最有利于未成年人原则,既有合拍一面,亦有差异之处:前者意涵维护未成年人之公共利益,也是践行最有利于未成年人原则;而从两者分歧来看,“公共利益”范围可能更为宽广,因而在落实最有利于未成年人原则时有可能面临多个利益攸关者权利的冲突解决问题。只有唤起未成年人保护各利益攸关者,特别是国家、父母或其他监护人等,才有可能调动各方面积极性来共同推动和实现未成年人利益的最大化。

二、“公共利益”考量之适用对象不宜以“不特定未成年人”为限

未成年人民事检察公益诉讼,涉及面较传统未成年人刑事检察、民事检察和行政检察更为复杂,突破难点在于确定其“公共利益”之具体表现与适用,特别是涉少家事案件中是否存在公共利益。最高检《人民检察院公益诉讼办案规则》是在未成年人保护法2021年6月1日修订实施后的7月1日施行的。该规则提及“国家利益”与“社会公共利益”,但并未予以界定,或可认为“公共利益”为二者之集合。目前,学界和实务界似乎将“公共利益”考量之适用对象聚焦于识别“不特定未成年人”。但,“公共利益”考量之适用对象似不宜以“不特定未成年人”为限。

首先,将未成年人民事权利严重受损且相关组织和个人未代为提起诉讼作为未成年人民事公益诉讼之启动阀,涉及“公共利益/公益”与“私益”的争辩与磨合。公民社会的发展与完善,客观上要求以更大力度保障私人权利,包括身处家庭场域之下的未成年人权利。而于此中,父母或其他监护人对未成年人成长负有艰巨的法定责任与义务。除非出现法定事项并经法定程序,否则公权力通常不宜直接干涉家庭生活中的未成年人以及其父母或其他监护人行使监护权,也就是传统的“国家不干涉”主义。但未成年人之“身份”特殊且重要,随着“父母本位”主义向“儿童本位”主义的过渡,国家介入和干预未成年人健康成长与家庭生活的方式、频率愈增,“公益”与“私益”在未成年人民事权利受损而需要紧急介入时更加趋同,对“特定”未成年人之“私益”保护亦体现出公共利益。

其次,对“不特定”的理解见仁见智,是否一定将“公共利益”之解读局限于此,可能需要结合最有利于未成年人原则来考察。未成年人保护法第106条并未明确“公共利益”之内涵,因而如何科学、审慎界定出“公共利益”,仍需要回归“公共利益”本身以及“儿童利益”双重考量。未成年人保护法第4条规定,“保护未成年人,应当坚持最有利于未成年人的原则。”该条由《儿童权利公约》第3条第1款“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”而来,也是儿童最佳利益原则的中国化表述。最有利于未成年人原则可视为落实关涉未成年人保护“公共利益”中最需要落实的原则。因而从这一角度出发,将“儿童/未成年人”设为“不特定”似有画地为牢之嫌,不尽符合最有利于未成年人原则。

三、检察机关介入未成年人民事公益诉讼的路径

关涉“公共利益”之案件既可来自公法事务,又可源自私法事务,可在家事法等不同领域落地。在对未成年人民事权利特定问题作出决定时,检察机关应当考量一般公众的最大利益诉求,而这种诉求与特定未成年人利益诉求本质上应是同向同行。由此,从保护公共利益角度来看,检察官代表社会与一般公众,特别在未成年人民事合法权利受损时努力维护其权利和利益。检察机关介入未成年人民事公益诉讼,满足未成年人的安全、福利、健康、教育等需求,以最切实、最有效的方式为未成年人提供民事司法保护,将特定或不特定未成年人民事权利之实现融入公共利益整体考量之中。

未成年人民事检察公益诉讼的具体实践中,或当厘清以下要点:一方面,检察权作为公权力,在介入未成年人民事权利保护案件时,宜恪守司法谦抑性,秉持公益有限性原则,夯实民事公益诉讼边界。另一方面,尽管以“诉讼”为名,但未成年人民事检察公益诉讼宜倡导以非诉为常态、以诉讼为补充,尽可能节约司法成本、减少司法干预。例如,据未成年人保护法、《人民检察院公益诉讼办案规则》,检察机关可通过提出检察建议、提起诉讼和支持起诉等方式履行民事公益诉讼检察职责。

(作者为暨南大学少年及家事法研究中心教授、博士生导师)。

立体把握未成年人检察公益诉讼优势

2022-05-05 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220505/20220505_007/content_20220505_007_4.htm#page6?operate=true

修订后的未成年人保护法明确规定检察机关在未成年人保护领域开展公益诉讼,未成年人检察公益诉讼由此进入新的发展阶段。检察机关近年来开展了大量的涉未成年人公益诉讼司法实践探索,如何立体、准确把握未成年人检察公益诉讼的优势,充分发掘未成年人检察公益诉讼工作的巨大潜力,推动涉未成年人公益诉讼走得更深更远?笔者从以下几个方面浅谈几点思考。

一、受案线索来源多样的优势及运用

未成年人检察公益诉讼线索渠道更加多样。2020年12月,最高检印发《关于加快推进未成年人检察业务统一集中办理工作的通知》,包括未成年人公益诉讼在内的未检业务统一集中办理工作在全国检察机关

关稳步全面推开。专门办理未成年人检察的工作部门或办案组打破业务部门分类限制,实现了未成年人保护社会治理的常态履职,未成年人检察公益诉讼案件线索来源也更加广泛。近年来,检察机关持续贯彻落实“一号检察建议”,常态化开展法治进校园,增设举报信箱,建立线索移送机制,都极大拓宽了涉未成年人公益诉讼线索来源。涉未成年人刑事案件法律关系背后,往往伴随着侵犯未成年人生存权、受保护权、发展权和参与权等民事、行政、公益诉讼领域的法律问题。在具体司法实践中,笔者所在的恩施州检察机关立足涉未成年人刑事案件“一案多查”,办理了酒吧、网吧等营业性娱乐场所违规接待未成年人,向未成年人销售烟、酒、彩票,以及侵犯未成年人个人信息等多件公益诉讼案件。其中,巴东县检察院与教育部门形成公益诉讼线索移送机制,督促教职员及时移送学生群体合法权益遭受侵害的案件线索,极大拓宽了检察机关办案线索来源。

二、诉讼领域更加广泛的趋势及运用

未成年人检察公益诉讼适用范围更加广泛。修订后的未成年人保护法第106条,明确规定检察机关提起未成年人公益诉讼的条件为“涉及公共利益”。未成年人检察公益诉讼相较于一般公益诉讼领域“列举+等外”探索式的规定,有着更加开放、广泛的适用范围。最高检近期发布的5件未成年人保护公益诉讼指导性案例,指导、引领办案人员对未成年人公共利益有了更加清晰的理解和规范判断。未成年人是国家未来和希望,这本身就是最大的公共利益。对于涉未成年人公共利益的把握,应当贯彻最有利于未成年人原则,坚持特殊、优先保护理念,通过办案消除对不特定未成年人合法权益的现实侵害和风险隐患。恩施州检察机关发现辖区某县教育部门对学校落实农村义务教育学生营养改善计划存在监管漏洞,及时部署开展未检检察官与州域内山区中小学学生“同吃一餐饭”的活动,广泛收集公益诉讼线索。在办理一件重大责任事故案件时,发现涉案游泳场所存在救生员未持证上岗、救生员上班时间擅自脱岗等严重安全管理漏洞,造成在该处游泳的一名未成年人溺水死亡的严重后果,同时发现相关主管部门对游泳场所安全监管不严的问题,主动开展“守护未成年人安心畅游”活动,立办涉未成年人公益诉讼案件。

三、“六大保护”更加全面的趋势及运用

未成年人检察公益诉讼“六大保护”配合有力。实现对未成年人全面综合保护,需要司法保护与家庭、学校、社会、网络、政府“五大保护”协同配合,方能实现“1+5>6”“1+5=‘实’”的效果。检察机关统筹运用未成年人刑事、民事、行政、公益诉讼“四大检察”能动履职,高效、顺畅协调各职能部门及社会力量推进未成年人社会治理,未成年人检察公益诉讼优势明显。恩施州检察机关在办理性侵害未成年人刑事案件时,发现宾馆为性侵未成年人多发地,便集中开展宾馆违规接待未成年人行政公益诉讼案件专项办理。检察机关与公安机关进行诉前紧密磋商,督促主管部门开展行业治理,同时对该地性侵未成年人多发情况向党委政府作专题报告,协同政法委、教育、妇联、团委等部门和组织聚焦问题,从家庭、学校、社会、网络等多个层面开展诉源、溯源治理,共商对策,助推《恩施州防范打击性侵害未成年人违法犯罪“十项机制”》落地。由此可见,在未成年人领域开展公益诉讼能充分实现“六大保护”同向发力,对社会关系的修复和治理也是多维度、全方位的。

四、救济方式更加多元的趋势及运用

未成年人检察公益诉讼救济方式更加多元。检察机关在办理未成年人刑事案件中,始终秉持教育、感化、挽救的方针,坚持教育为主、惩罚为辅的原则,锻造了一支熟悉未成年人身心特点和未成年人保护法律法规的检察队伍,探索了一系列更有利于未成年人教育矫治和成长需求的工作机制,形成了较为完整有序的法律援助、司法救助、心理干预、生活安置、家庭教育指导等多元救助体系,在办理未成年人检察公益诉讼案件中,采取更加多元的救济方式,对受侵害的未成年人提供全方位的保护措施。其中,宣恩县检察院在辍学保学公益诉讼线索调查过程中,通过恩施州检察院和团县委共建的未成年人司法社会服务中心,指派专业心理咨询师对辍学未成年人开展心理疏导。通过检察院与民政等部门形成《宣恩县涉未成年人案件家庭教育指导工作办法(试行)》,对辍学未成年人开展家庭教育指导,促进7名学生顺利返校。上述司法实践充分说明在未成年人公益诉讼领域,对涉公共利益的救助方式更加多元、全面。

（作者为湖北省恩施土家族苗族自治州人民检察院第七检察部主任）。

六岁女童独自流浪两个多月被好心人发现 法院撤销其继父监护人资格

2022-05-10 北青 Qnews

https://kandianshare.html5.qq.com/v2/news/552904032575580482?cardmode=1&docId=552904032575580482&from_app=qb&sGuid=16406686fe577dd4c045bdd813b788cb&sQueryId=1652186255027&sUserId=&sUserType=-1&sh_sid=5__25bf713314ec8bf8__16406686fe577dd4c045bdd813b788cb&target_app=kb

5月10日，据天津市高级人民法院消息，日前，天津市和平法院审理了一起监护权特别程序案件，当庭宣判撤销6岁女童继父的监护人资格，指定外祖父为监护人，结束了孩子长时间无人监护照料的困境局面。

案件中的女孩小萌（化名），年仅6岁。2021年底、2022年初的两个多月里，小萌独自在河北省某地流浪生活两个多月，其跟随生活的母亲下落不明。饥饿的小萌，靠着捡垃圾和乞讨过活，有幸被好心人发现。多部门几经查找后，联系到小萌的外祖父张先生。张先生将小萌接回和平区的家中照顾。

为了保证能够顺畅安排小萌的生活、教育等一系列事项，张先生到和平法院起诉要求撤销小萌继父的监护人资格，指定自己为小萌的监护人。

民一庭法官耿娟接手案件后第一时间向区妇联了解情况，及时接待了申请人张先生，前往家中看望了小萌，积极联系公安机关获得了小萌生父的联系方式，向小萌生父详细说明案件情况，小萌生父表示同意指定小萌的外祖父为小萌的监护人。

之后，耿娟又联系了小萌的继父，继父表示自己和小萌的母亲生育的一对龙凤胎刚刚四岁，现在由其独自抚养，其没有能力和精力再抚养小萌，同意撤销自己的监护人资格，指定小萌的外祖父为监护人。

审理前的准备工作一切就绪，因疫情原因，和平法院确定线上线下相结合的方式开庭。开庭当天，小萌的继父在线上、小萌的外祖父在法院参加庭审。在庭审查明案件事实、合议庭充分评议后，案件当庭宣判：撤销小萌继父的监护人资格，指定小萌的外祖父为监护人。

庭审后区妇联表示，近期会组织心理咨询师对小萌进行心理测评和疏导，并将动态跟踪小萌的成长；区教育局表示在小萌入学后，会及时安排学校老师进行家访，在学校教育中给予孩子更多关爱，确保其接受优质的教育；区关工委表示会持续关注小萌的成长，继续做好工作。

（北京青年报记者 匡小颖）

母亲再婚后，高中生竟在家放火……孩子的心结，应该怎样解开？

2022-05-08 北京海淀法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/rUDaMN2qvwLP0XpZ7rReJw>

17岁的小李是某校的高三学生，即将面临高考。父母离异后小李跟着母亲生活，没过多久，母亲就再婚了，给小李找了继父。渐渐地，母亲发现小李出现了情绪低落、厌学、易怒等情绪变化，之后小李就休学在家，但母亲并没有将此事放在心上。一天，独自在家的小李在家中焚烧衣物，引发火灾。经过路人报警，消防人员及时将火扑灭。小李家中的家具、家电等受到不同程度的烧毁，所幸没有人员伤亡。

而小李也因为涉嫌放火罪被公诉机关起诉到法院，法院最终以放火罪判处小李有期徒刑缓刑期执行。

一个17岁的高中生，为何要在自己家中放火？审理过程中，母亲告诉我们：她和小李的父亲离婚后，为了给小李一个完整的家庭，跟一名通过相亲认识的男士结婚了。

但小李并不喜欢她为自己找的这个准“爸爸”，从那以后，母子关系开始逐步变得紧张，小李的脾气也变得比以前暴躁，经常和她吵架。而母亲的工作经常需要加班和出差，在家的时间比较短，她自认为给小李一些独处的时间，可能会缓解小李的激动情绪，也希望小李能够慢慢接受自己的新“爸爸”。但事情却变得更加糟糕，小李休学后，几乎断绝了所有社会交往，只在家睡觉、打游戏，思想越来越封闭，甚至出现了一些偏激行为。

事发后，母亲非常的后悔并深深自责，她虽然察觉到了小李的异常表现，但母子二人从未真正沟通过各自心中的想法，使小李心中的郁结无法纾解而实施了犯罪行为。

从离婚到再婚，甚至可能再到决定孕育一个新的生命，在大人的每一次选择中，孩子都没得选择，只能接受。离异父母当然有重组家庭、寻找幸福的自由。但是在此过程中要特别注意与未成年子女的沟通，特别是处于青春期的孩子，由于心智发育尚不健全、加上青春期的特殊心理，有时难以理解父母的选择。这些家庭的孩子往往本因为缺少父爱或者母爱而导致心理失衡，而新家庭成员的突然加入，又会让他们认为自己仅剩的情感寄托被剥夺，因此很有可能会感到孤独、忧虑、失望，往往情绪低沉、心情浮躁或者性格孤僻。

这种心态如果不及时矫正，久而久之就会使孩子性格扭曲，严重影响其情感、意志和品德的发展。本案就是典型的单亲母亲不能正确处理青春期未成年子女的心理困扰，采取回避、无视的错误方法，导致孩子出现行为偏差的案件。

因此，当离异父母有再婚需求时，我们建议父母应先妥善疏导未成年子女的心理与情绪，时刻关注孩子的一举一动，了解孩子的内心想法，让孩子逐步接受新家庭成员的加入；同时，要学会换位思考孩子的感受，加强沟通，适当考虑孩子的意愿，了解孩子的需求，与孩子一起探讨未来的家庭生活，让孩子感受到重组家庭带来的情感依靠。

娃带不好，有“令”来教 | BRTV《民法典通读通解》

2022-05-09 京法网事

<https://mp.weixin.qq.com/s/1NHTd2psJxbLIHrJfmmCIA>

近日，平谷法院刑事审判庭副庭长唐丽珺法官受邀参加北京电视台科教频道《民法典通读通解》栏目，就平谷法院发出首份家庭教育令案件的事实进行介绍，围绕《家庭教育促进法》《民法典》的具体适用，家庭教育令的实施情形、意义、法律后果等内容展开解读，生动阐释在“依法带娃”时代，家长应如何“合格上岗”。

案例简介

被告人小强16岁，2021年7月24日，小强进入某小区室内，趁无人之际，将现金340元、金项链1条、手机1部盗走；9月3日，小强伙同他人在网吧盗走数千元现金；10月26日，小强又在网吧盗走手机1部；10月29日，小强潜入某小区，将现金500元、金项链1条、金耳钉一对盗走。2021年7到10月间，小强共盗窃四次，盗窃金额达2万余元。公诉机关认为被告人小强的行为已经构成盗窃罪，依法向平谷法院提起公诉。因案件事实清楚，证据确实充分，法院经审理后以盗窃罪判处小强有期徒刑八个月，罚金人民币一千元。

在案件审理中，承办法官发现小强盗窃的时间大多是晚上，进一步了解到其经常夜不归宿、结交社会人员、出入网吧。而小强的父母对其不良行为放任不管，缺位的家庭教育客观上助推其走上违法犯罪的道路。因此在案件宣判后，法院向小强的父母发出《家庭教育令》，督促积极履职。

法条链接

《家庭教育促进法》第四十九条规定：“公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。”

有问有答

Q:

家庭教育令应该在什么情况下发出？

A:

未成年人存在严重不良行为、实施违法犯罪行为或者未成年人的父母及其他监护人不正确实施家庭教育，侵害未成年人合法权益的，会视情况发出家庭教育令。

如在本案中，小强经常存在夜不归宿、出入网吧、结交社会人员的行为，而其父母怠于履职，针对这种情况，可以发出家庭教育令，督促其履职。

Q:

如果小强父母收到家庭教育令后，仍不履职，有哪些后果？

A:

如果小强父母在收到家庭教育令后仍怠于履职，存在违反家庭教育令的情况，法院将视情节轻重采取训诫等措施。如构成违反治安管理行为的，由公安机关依法予以治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

离异后有抚养权的一方收到家庭教育令仍不履职，可能因此导致抚养权变更。

Q:

家庭教育令内容在《民法典》中如何体现？

A:

《民法典》第二十六条规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”不仅包括在生活上、物质上对未成年人成长予以保障与支持，也要承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，帮助未成年人树立正确的人生观、价值观。

法官提示

2022年1月1日,《家庭教育促进法》正式施行,这是我国首次就家庭教育进行专门立法,标志着我国全面开启“依法带娃”时代,也意味着家庭教育从“家事”变为“国事”。作为父母,仅仅履行抚养义务是不够的,还需要注重家庭建设,帮助孩子树立正确的人生观和价值观,培养其良好的道德品质,促进未成年人健康成长。

父母离异后,孩子谁来教育?

2022-05-11 原创 罗法官微 深圳市罗湖区人民法院
<https://mp.weixin.qq.com/s/ZGK0nGkhSrBinzN2RCJeTA>

案情回顾

曾女士与赵先生在婚姻关系存续期间生育大女儿琪琪和小女儿依依,后双方因感情不和,曾女士起诉至法院请求离婚,双方均主张两个女儿的抚养权,但对两个女儿的生活成长情况各执一词。

根据双方的证据及陈述:

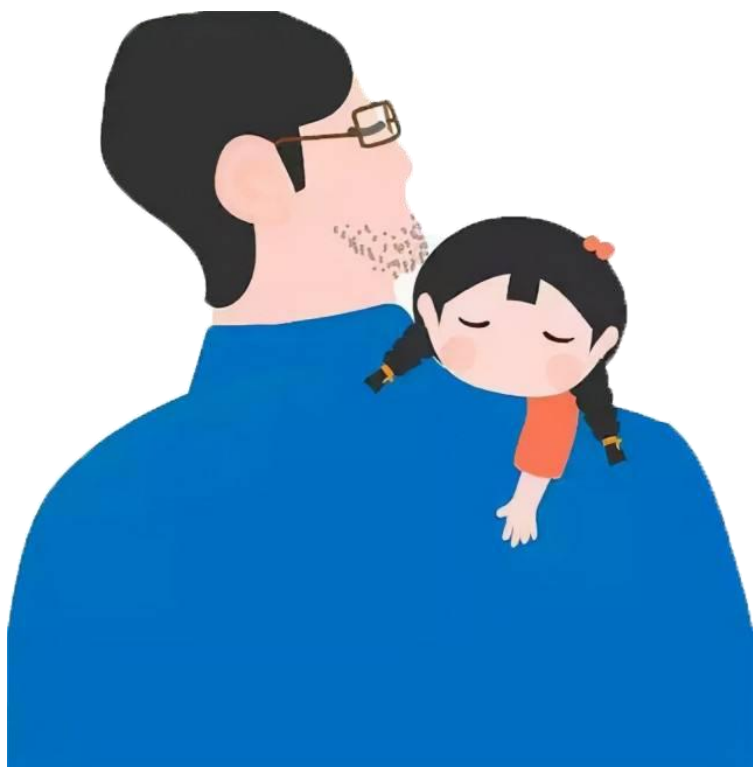
曾女士在惠州工作

婚前购买了东莞市房产。起诉前,琪琪主要在东莞和惠州生活,依依主要在东莞某公立幼儿园就读。



赵先生在深圳工作

赵先生陈述其一直参与两个女儿的成长过程,并指责曾女士在深圳强行带走了两个女儿。



在双方委托对涉案房产进行评估期间，赵先生在未与曾女士协商的情况下，不考虑依依的主观意愿和情感需要，将依依从东莞带走，改变其生活和抚养环境，带至深圳生活。赵先生在将依依带至深圳生活以来，未将其送入幼儿园就读，多次往返深圳与安徽老家，并拒绝曾女士探望，双方多次因抚养、探望问题报警。



法院判决

法院认为，虽然曾女士与赵先生均承担了抚养义务，但双方将夫妻矛盾与父母子女之间的感情混杂在一起，没有为年幼子女提供良好的家庭教育环境。从子女利益最大化角度出发，判决目前琪琪由曾女士直接抚养，依依由赵先生直接抚养。

法院在判决的同时，依据《中华人民共和国家庭教育促进法》第五条第（一）项、第二十条、第四十九条，《中华人民共和国未成年人保护法》第十六条第（二）项、第二十四条之规定，裁定：

一

赵先生应树立正确的家庭教育理念，自觉学习家庭教育知识，在直接抚养依依的过程中，尽快使依依恢复参与学前教育，促进家庭学校共同教育；

二

赵先生应在直接抚养依依过程中，使其充分享受到母爱，保障其心理和情感需求，使其身心健康成长；

三

赵先生应在一个月后带领依依至法院心理疏导室进行判后第二次心理评估和疏导，此后每两个月配合法院进行一次判后回访。

法官释法

家事纠纷的当事人之间不仅存在诉辩争议，时常还夹杂着强烈的情感纠葛，父母一方容易忽略子女对父母的情感需求，不利于子女的健康成长。无论分居或者离异，父母都需要厘清夫妻关系和亲子关系，树立“家庭是第一个课堂、家长是第一任老师”的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。针对不同年龄段未成年人的身心发展特点，尽最大努力履行家庭教育责任。

15岁少年驾车撞死人！父母被发家庭教育指导令

2022-05-13 北大法律信息网

<https://mp.weixin.qq.com/s/LIWWkxbXqgWyCG080KJ3eA>

2021年11月14日晚上，江苏扬州一辆蓝色电三轮停在斑马线上，被一辆由西向东行驶的摩托车迎面撞个正着。事故发生后，交警赶到现场，发现电三轮的车头已被撞烂，两名男子倒在地上，不省人事。

经查，被撞的是64岁的陈某，肇事者是15岁的吴某，两人都在事故中受了伤，但被撞的陈某因伤势过重不治身亡。民警勘查事故现场，发现电三轮被摩托车撞出13米远，结合摩托车的行驶轨迹，警方认为，事故发生时，吴某严重超速。

按照规定，年满18周岁才能申请驾照，当时吴某只有15岁，根本无法取得驾照。民警进一步调查发现，吴某驾驶的摩托车还存在套牌问题。

随后，警方对吴某采取了行政强制措施。由于双方赔偿金额无法谈拢，陈某家属将吴某和其父母告到宝应县人民法院。法院审理认定，吴某承担全部责任，鉴于他是未成年人，死者赔偿金由监护人支付。同时，法院还向吴某的父母发出家庭教育指导令，责令其尽到监护义务。

什么是家庭教育指导令？

什么情况下法院才会发家庭教育指导令？

本案主审法官于健说，教育既是家庭的事，也是社会的事。家庭教育指导令是一种司法令状，它主要就是督促家长，积极、正确履行对孩子的家庭教育和监护责任。“我们在案件审理过程中发现，吴某追求刺激闯下大祸，和他的家庭教育严重缺失有着直接关系。因此我们向吴某的父母发出家庭教育指导令，责令其尽到监护义务。”于健说道。

据了解，吴某初中没有毕业就已辍学。父亲长期在外打工，母亲溺爱孩子，对他疏于管教。

家庭教育指导令是否具有强制性？

不履行有什么后果？

于健说，家长违反家庭教育促进法规定，根据其行为严重程度，可能会受到治安处罚或被追究刑事责任。但就家庭教育指导令本身而言，虽具有一定的强制力，但因尚未有更为细化的配套法律法规及司法解释，对拒不履行的义务人应承担何种具体法律责任，还需进一步予以规范。

怎样才算履行家庭教育指导令的内容？

家庭教育指导令是否能够满足家长对家庭教育的指导？

于健说，教育的根本目的在于“立德树人”，因此只有家长切实承担起教育责任，对未成年人道德品质、身体素质、生活技能、文化修养等方面进行正确的培育、引导，实现其全面健康成长方能认定履行了教育指导令的内容。结合到本案，吴某家长应及时纠偏此前对吴某溺爱、放任自由的教育理念，帮助吴某深刻认识到自身违法行为的严重性，尽快回到正确的学习、生活轨道，做一个遵纪守法的好少年。

“我们发出家庭教育指导令，是希望家长能够认识到家庭教育已经从家事上升到国事的高度，希望通过这种方式为孩子的健康成长提供一种新的探索。”于健说。

“为了孩子，我们愿意再调解，找到最好的解决方法”

2022-05-13 无锡市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/zvlf2fWs1X0u4xxDBf3d3g>

近日，惠山法院联合区妇联对一起离婚纠纷当事人及其家庭人员进行了家庭教育辅导，并向双方当事人发出了《家庭教育倡议书》。

2017年，沈某与陈某办理结婚登记手续，两人育有一女小敏（化名），后因夫妻感情不和，沈某诉至法院要求离婚。案件审理过程中，双方就小敏的抚养问题一直未达成一致意见。男方陈某强调小敏多数时间由爷爷奶奶照顾，突然改变生活环境对小敏不利，并且爷爷奶奶有经济能力，也有时间，希望己方能抚养小敏。女方沈某则认为自己和父母平日里也尽到了照顾小敏的义务，并且小敏尚不满4岁，所以离婚后小敏应跟随母亲生活。

为了缓和双方矛盾，减少因父母离婚给孩子带来的伤害，惠山法院主动对接区妇联，由承办法官和区妇联工作人员一起，对案件当事人及其家庭人员进行家庭教育辅导。

“婚姻关系中真正对小孩造成伤害的，是父母对子女爱的缺失。未成年人的父母或其他监护人依法委托他人代为照护未成年人的，应当与被委托人、未成年人保持联系，定期了解未成年人学习、生活、心理状况，与被委托人共同履行家庭教育责任……”在这场家庭教育辅导中，法官和区妇联工作人员向双方阐明了家庭教育对于未成年子女的重要性，教育双方当事人不能因离婚就忽视对孩子的家庭教育，而应该承担起相应责任，共同呵护孩子健康成长。

“感谢法院和妇联对我们进行家庭教育辅导，我愿意就孩子的抚养问题再和对方协商一下，找到对孩子最好的解决方法。”

“我也愿意再调解。”

陈某

最终，经法院主持调解，双方自愿达成离婚协议，并就小敏的抚养问题达成了一致意见：小敏由女方抚养，2022年5月起男方每月支付抚养费直到小敏满十八周岁。男方隔一周探视一次小敏，寒暑假及春节小敏跟随父母双方各生活一半时间，具体时间由双方另行协商。

为再次提醒双方积极履行家庭教育责任，在送达民事调解书时，法院还向双方当事人发送了《家庭教育倡议书》。倡议书指出，父母应重视家庭教育，树立正确的家庭教育理念，自觉学习家庭教育知识，掌握家庭教育方法，提高家庭教育能力，促使孩子健康快乐成长。

“家庭是孩子的第一课堂，家庭教育的好坏直接关系到孩子能否健康成长，家长任何时候都不能忽视对子女的家庭教育。本案双方当事人虽已协议离婚，但还是应积极履行父母对孩子的监护责任，为孩子营造温暖和谐的家庭氛围。”

沈亮在全国法院打击拐卖妇女儿童犯罪刑事审判工作电视电话会议上强调 充分发挥刑事审判职能作用切实维护妇女儿童合法权益

2022-05-14 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/14/content_216843.htm?div=-1

本报北京5月13日电（记者 刘 婧）今天下午，最高人民法院召开全国法院打击拐卖妇女儿童犯罪刑事审判工作电视电话会议。最高人民法院党组成员、副院长沈亮出席会议并讲话。

沈亮指出，党的十八大以来，人民法院认真贯彻习近平总书记一系列重要指示精神和党中央决策部署，充分发挥刑事审判职能作用，依法严厉打击拐卖犯罪，为保护妇女儿童合法权益、维护社会大局稳定、促进社会公平正义提供了有力刑事司法保障。

沈亮强调，要深入学习贯彻习近平总书记关于尊重和保障人权、做好妇女儿童权益保护工作的重要指示精神，贯彻落实国务院反拐部际联席会议电视电话会议精神，认真落实《中国反对拐卖人口行动计划（2021—2030年）》，扎实开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动，切实保障妇女儿童合法权益。

沈亮指出，要主动顺应人民新期待和时代新要求，提高思想认识，准确把握刑事政策，聚焦重点，精准发力，依法严惩拐卖妇女儿童犯罪及关联犯罪。要积极延伸审判职能，主动担当作为，加强沟通协调，形成工作合力，大力开展法治宣传及救助保障等工作，切实打好反拐工作整体战。

安徽、江西、云南、广东、山东高院负责同志在会上作交流发言。最高人民法院有关部门负责同志及各高级人民法院分管院领导、有关部门负责同志在主、分会场参加会议。

少女因敲诈勒索获刑 法院发出家庭教育指导令

2022-05-14 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/yrg_3deuX_T4UaDMvcIBqg

5月13日，北京朝阳法院向未成年被告人小丽的监护人发出“家庭教育指导令”，督促监护人履行家庭教育职责，与刑罚执行机关一道加强对小丽的管教，引导其继续接受学校教育，树立正确的人生观、价值观。

小丽因涉嫌敲诈勒索罪被提起公诉，朝阳法院王四营法庭经开庭审理并结合社会调查报告，发现小丽家长对其缺少管教。小丽年幼时父母离异后与祖辈共同生活，初中二年级因厌学而放弃学业，后结交社会上的“朋友”，法律意识淡薄，逐渐走上了违法犯罪的道路。

法院经审理认为，被告人小丽文化程度不高，法律意识较差，缺乏家庭关爱和监护教育，受到不良朋友的影响，最终导致其走上犯罪道路。鉴于小丽在实施犯罪行为时尚未成年，如实供述所犯罪行，自愿认罪认罚，协助公安机关抓捕同案犯系立功，退赔部分犯罪所得并得到被害人的谅解，故法院依法对其减轻处罚，以敲诈勒索罪判处缓刑，并责令其退赔犯罪所得。

小丽父母离婚后，小丽主要与祖辈共同生活，但会定期与母亲沟通。法院认为，小丽母亲虽不与其共同生活，但亦应承担对小丽的教育责任，因不能积极、正确履行家庭教育职责，未能及时发现小丽出现的偏差并进行纠正，致其最终做出违法犯罪行为。故依据《中华人民共和国家庭教育促进法》的相关规定，责令小丽母亲切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任，对小丽进行道德教育和法治教育，同时，定期接受家庭教育指导。如小丽母亲违反本令规定，法院将依据相关法律规定予以处理。

父母与子女之间双向奔赴的爱与责任是建立良好家风的基础，而父母往往是子女人生道路上的第一任导师。主审法官张妍表示，《中华人民共和国家庭教育促进法》是我国首次对家庭教育专门立法，将家庭教育这个“家事”上升为“国事”，法院发出家庭教育指导令的目的亦是为未成年人健康成长和全面发展提供法治保障。人民法院在办理案件过程中，发现未成年人的父母或者其他监护人（以下简称监护人）存在侵害未成年人合法权益、不依法履行监护职责或者怠于履行监护职责、不当履行监护职责等情形，依法发出家庭教育指导令，旨在帮助监护人掌握科学的教育理念和方法，督促监护人切实正确履行监护职责，提升科学实施家庭教育的能力，预防未成年人违法犯罪，建设幸福家庭与和谐社会。

供稿：朝阳法院

文字：黄硕

编辑：尚涵霄 姚日辉

海淀法院运用“N次方”家庭教育联动机制，在涉少刑事案件中发出首份家庭教育令

2022-05-15 北京海淀法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/9ekIKYghymY7VMKfEURmhw>

家庭是孩子的第一所学校，家长是孩子的第一任老师，家庭教育对孩子的全面健康成长至关重要。5月15日“国际家庭日”来临之际，海淀法院少年法庭在一起未成年人聚众斗殴、寻衅滋事的刑事案件中，向三名未成年被告人的父母发出海淀区首份家庭教育令，并开展深入的家庭教育指导。

该案中，两名被告人系在校学生，一名为其中一被告人的网友，为替朋友出气，三名被告人与另一伙未成年人约架，继而见面发生殴斗，导致对方三人轻微伤，并借机向对方索取财物。经法院审理后认为，三名被告人的行为已构成聚众斗殴罪、寻衅滋事罪，考虑到三名被告人犯罪时未成年，认罪悔罪态度明显，且已获得被害人谅解等因素，依法从轻处罚并判处缓刑。

该案审理过程中，鉴于三名被告人为初次涉罪的未成年人，法官坚持“教育、感化、挽救”的方针，深入了解了三名被告人的犯罪动机，从社会调查中发现其犯罪原因与家庭环境有很大关系。三名被告人的父母存在监护不到位的情况：或是离异后将孩子交由祖父母照顾疏于管教，或是忙于事业甚少陪伴，或是着力创造优越条件忽视道德教育，缺少对未成年人心理状况、情感需求的关注，以致未能及时发现、纠正未成年人存在的偏差行为，进而导致三名被告人伙同他人实施违法犯罪。

为督促三名被告人的父母依法履行家庭教育职责，为改过自新营造良好的家庭环境，法官在宣判后向三名被告人的父母颁布家庭教育令，有针对性地开展家庭教育指导。为了做好该项工作，法官一方面积极与父母沟通，聆听其关于自身教育的反思，找准每个家庭教育问题的症结，制作了个性化的家庭教育令。另一方面，邀请海淀区家庭教育研究会会长李洁，中国人民公安大学犯罪心理学教师刘慧娟，与参与案件审理的人民陪审员、开展社会调查工作的社工一起，分别为三名未成年人的父母开展“一对一”的指导会。

家庭教育指导会当日，法官首先宣布了家庭教育令的内容，指出三名被告人父母在家庭教育中存在的问题，并责令其切实履行监护职责、加强亲子陪伴、增强道德和法治教育、培养健康的生活方式，以及定期接受家庭教育指导等等。在随后的“一对一”座谈会上，两名专家就亲子沟通、青少年心理特点等主题开展指导，并与父母互动交流，启发父母思考、提出切实建议。参与该案审判的陪审员结合法庭审理过程中，被告人的表现、自身的经验与父母交流了家庭教育的方法。社工结合社会调查工作中掌握的三名被告人的个性特点和家庭职责分工向父母提出针对性建议。三名被告人的父母与指导老师进行了深入的沟通，并保证今后按照家庭教育令的内容提高家庭教育的能力，促进孩子健康全面发展。指导会取得良好的效果。

该案的家庭教育指导是海淀法院贯彻落实家庭教育促进法的生动实践。海淀法院始终将家庭教育作为未成年人审判延伸工作的重要内容，经过多年探索，2013年在全国首创“四三二一”亲职教育工作机制，联动辖区内相关部门为涉少刑事、民事案件中的未成年人及家庭开展多种形式的家庭教育，取得良好社会效果。而自《中华人民共和国家庭教育促进法》颁布实施以来，海淀法院以此为契机，创新打造“N次方”家庭教育联动机制，即以未成年人审判工作为根本，利用丰富的民刑案例资源、辖区教育资源等多重优势，采取涉案一对一家庭教育指导、辖区普适化家庭教育课堂等多种形式，将法院、妇联、教委、社工等多方力量融合形成乘法效应，实现家庭教育指导效能倍增的目的。

今后，海淀法院少年法庭将继续立足未成年人审判工作，探索完善常态化“N次方”家庭教育联动机制：依法运用家庭教育令做好涉案家庭教育指导工作，总结提炼审判实践中的家庭教育问题，采取亲子课堂、案例汇编等丰富多样的形式向社区、学校宣讲家庭教育知识，主动联合妇联、教委等多方力量搭建家庭教育法治服务平台，以增强监护人的监护意识，培育家长科学的家庭理念，为未成年人的健康成长提供幸福和谐的家庭环境。

顺义法院发出该院首份家庭教育指导令

2022-05-15 顺义法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/1e0ayewGak4lgCHJRpRNA>

15岁的小张初中未毕业即辍学在家，沾染很多不良习惯，经常与父母吵闹，对父母的管教不断采用离家出走、自残等激烈方式进行对抗。随着小张的父母渐渐不敢再对小张进行管教，小张整日在社会游荡。期间，小张与未满14周岁的小欣（化名）成为男女朋友，懵懂的小张将小欣视为唯一能与其进行心灵沟通的爱人，不久二人即发生性关系。但小张出于自身心理和生理的需要，频繁与身心发育尚不成熟的小欣发生性关系，对小欣的身体和心理均造成了不良影响。双方父母发现此事后，对小张和小欣进行了管教，但未能有效制止。最终，小张在其父亲的陪同下到公安机关自动投案。

公诉机关认为，被告人小张奸淫不满十四周岁的幼女，应当以强奸罪追究其刑事责任。审理过程中，小张及其法定代理人均自愿认罪认罚。

开庭当日，经过3个小时的审理，顺义法院当庭判决被告人小张犯强奸罪，判处有期徒刑一年九个月。宣判后，顺义法院依据《中华人民共和国家庭教育促进法》对小张的父母发出家庭教育指导令，指出：被告人小张存在饮酒、吸烟、离家出走、纹身等不良行为，并实施奸淫幼女的犯罪行为，义务履行人作为小张的父母存在失管失教的情形，在对于小张的家庭教育上缺乏行之有效的办法。综上，依据《中华人民共和国家庭教育促进法》第四十九条之规定，责令小张父母：

一、树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任；

二、及时关注小张心理、生理状况、情感需求及社交情况，对小张进行道德教育和法治教育；

三、定期接受家庭教育指导。请于每季度首月第一个星期五下午14时至15时到指定地点接受家庭教育指导，为期一年。

在接到判决和指导令后，小张的父母再次表达了对被害人及其父母的歉意，并表示：一定遵从指导令的内容，加强对小张的教育。对于孩子犯下的大错，疏于管教的自己也有不可推卸的责任。此后一定会把更多的时间和精力放在陪伴和管教小张上面，同时积极接受家庭教育指导，努力学习如何才能更好地为人父母，尽到父母应尽的责任和义务。

重视家庭教育一直是中华民族的优良传统，也是家庭幸福、社会和谐的基础。《中华人民共和国家庭教育促进法》自2022年1月1日起实施，该法规定家庭教育由国家支持、社会协同，未成年人的父母或者其他监护人负责实施。第八条规定：人民法院、人民检察院发挥职能作用，配合同级人民政府及其有关部门建立家庭教育工作联动机制，共同做好家庭教育工作。第四十九条规定：公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

在本案中，小张作为一名未成年人，其父母在家庭教育上出现了失管失教，对此他们也是一筹莫展。鉴于此，顺义法院对其发布家庭教育指导令，并将在今后的一年当中，对其开展亲职教育、心理疏导等工作，帮助其较好的履行监护职责。

顺义法院将不断发挥人民法院在未成年人法治教育方面的优势，与学校、基层政府等部门开展多元的联系沟通，帮助更多的未成年人养成良好的行为习惯和遵纪守法的意识。

北京互联网法院发布首个线上《家庭教育指导令》

2022-05-15 京法少审

<https://mp.weixin.qq.com/s/pbLlpmBkSROUimNuroIcYQ>

近年来，未成年人直播打赏问题引起社会广泛关注。未成年人使用父母手机等电子设备，在直播平台、游戏平台等充值打赏，进行与其年龄、智力不相适应的大额支付行为。在此类案件中，未成年人监护人一定程度上履行教育监护责任不足。

5月7日，北京互联网法院依据新施行的《中华人民共和国家庭教育促进法》，针对审理的一起未成年人直播打赏案向其监护人发出首个线上《家庭教育指导令》。

案情回顾

在这起未成年人直播打赏案中，当事人年仅11岁，假期期间使用母亲的手机在某直播平台观看直播，仅6天共计充值打赏一万余元。

案件审理过程中，法官发现，监护人对未成年人的网络活动关注不够，未安装未成年人网络保护软件，未选择适合未成年人的服务模式和管理功能，未采取有效的消费管理措施，对个人的网络支付密码保管不当。因此，根据《中华人民共和国家庭教育促进法》，法院向未成年人监护人发出《家庭教育指导令》，要求监护人树立教育引导子女健康上网的意识，帮助提升未成年人网络安全意识及用网能力，并在北京互联网法院“首互未来”线上家庭教育平台接受家庭教育指导。



考虑到原告及其父母居住地不在北京，本次指导令以线上形式作出，由法官在北京互联网法院开发的“首互未来”未成年人虚拟谈话室中进行，方便与未成年人及家长进行细致耐心的沟通交流。收到指导令的未成年人父母表示非常感谢法院的关心关注，“一定会积极参加线上指导”。

家庭教育指导制度



2022年1月1日《中华人民共和国家庭教育促进法》正式施行，这是我国首次就家庭教育进行专门立法。为切实落实好家庭教育制度，北京互联网法院建立全国法院首个线上家庭教育平台——“首互未来”平台，围绕未成年人监护人及未成年人的网络素养，开设“健康上网、网络法治、家庭教育”板块，集合行政机关、司法机关、高校等研究机构、专业协会及公益组织的专业课程以及主要互联网平台的“未成年人模式”使用指南。接受家庭教育指导的义务人需要在指定期限内完成一定时长的课程学习，由法官定期对学习进度进行指导跟踪，督促父母等家庭成员切实履行家庭教育第一责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

家庭教育宣传周 | 厦门首份《责令履行家庭教育职责告诫书》发出后，发生了这些故事……

2022-05-16 湖里法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/qw1860i3bPEt6o1Gneix0w>

2020年4月29日，阿张因琐事与阿胡约架。阿张纠集阿翁（未成年人）、阿杜（未成年人）纠集小陈（未成年人），与阿胡及其纠集人员在某药店门口进行殴斗。其中，阿杜和小陈持刀、阿翁持棍参与殴斗。期间，小陈持刀砍伤阿胡一方两人。

案发后，小陈被公安民警抓获，其到案后如实供述上述犯罪事实，并通过微信劝说阿杜、阿翁及阿张投案自首。后在小陈的陪同下，三人主动到厦门市公安局湖里分局投案。

基于小陈系未成年人，自愿认罪，悔罪态度良好，且有立功表现，湖里法院经审理对其判处缓刑。

在本案审理过程中，承办法官了解到，小陈辍学务工，自己在外租房居住，未与父母共同居住。父母对小陈各方面情况都不了解，且平日忙于工作、生活，忽略了对小陈的教育，沟通方面也存在一定障碍。

为此，湖里法院向小陈家长发送《责令履行家庭教育职责告诫书》，要求其加强自身修养，树立正确的教育理念，学习必备的家庭教育知识和科学的教育方法，提高教育能力，以身作则、言传身教，以健康的思想、良好的品行、适当的方法教育和影响孩子。

在本案中，湖里法院还创新性联手司法局、检察院、社工签订四方协议，加强对未成年社区矫正对象教育帮扶工作，搭建了一张由家庭、社会、司法三位一体撑起的未成年人“保护网”。

该协议对未成年社区矫正对象在社区矫正期间作出4条规定。对监护人要求其应当尽到其监护职责，督促被监督考察对象完成社区矫正期间帮教内容。对社工要求加强对小陈的帮教和协助监管，综合运用政策、法律、情理进行教育引导，及时了解和掌握监督考察对象的思想变化和行行动态，帮其稳定情绪，积极就业，有效回归社会。

此外，协议还要求，在社区矫正期内，各方和未成年社区矫正对象的监护人成立监督考察教育帮扶小组，共同开展教育帮扶及监督考察工作，并对教育帮扶及监督考察的情况进行评估。其中，要求小陈每个月向法官提交书面思想小结（心得体会）。

1月7日上午，小陈来到湖里法院将手写的第一份“心灵体会感（心得体会）”交给法官。“不要因为一时的冲动做出让自己后悔一辈子的事，我也一直在想办法弥补自己做错的事”，稚嫩的笔触让人动容。

从今年1月到本月，小陈每个月都会准时向法官提交心得体会。据最新消息，小陈已经找到一份工作，在餐厅学习厨艺。目前，从小陈上交的心得体会中可以得知，小陈已经不再沉迷于游戏，也不再跟之前的“兄弟”戏耍，现在的重心已经放在研究厨艺上了。即使目前餐厅因为装修原因暂停营业，但是小陈每天仍然在钻研摆盘以及尝试新菜品，一有烧煮出自己比较满意的菜品，小陈都会主动跟帮教的社工分享。

而随着法院、检察院、社矫局和社工的介入帮教，小陈父母已经意识到对孩子管教不足，目前已经逐渐修复了亲子关系，现在小陈有事情也愿意跟父母说，与父母一起分享了。

15岁少年与未满14周岁少女发生性关系！法院开庭审理

2022-05-13 北京日报

https://kandianshare.html5.qq.com/v2/news/7767671476380625218?cardmode=1&docId=7767671476380625218&from_app=qb&sGuid=&sQueryId=&sUserId=&sUserType=-1&sh_sid=5_21df60290cf88507_a65f30fc1cd11d55685ee60613b788cb&share_count=1&source_id=1&target_app=kb

2022年5月9日至5月15日是首个全国家庭教育宣传周。5月13日，顺义法院刑事审判庭开庭审理一起涉及未成年人的强奸案，并向未成年被告人的父母发出该院首份家庭教育指导令。

15岁的小张初中未毕业即辍学在家，沾染很多不良习惯，经常与父母吵闹，对父母的管教不断采用离家出走、自残等激烈方式进行对抗。随着小张的父母渐渐不敢再对小张进行管教，小张整日在社会游荡。

期间，小张与未满14周岁的小欣（化名）成为男女朋友，懵懂的小张将小欣视为唯一能与其进行心灵沟通的爱人，不久二人即发生性关系。但小张出于自身心理和生理的需要，频繁与身心发育尚不成熟的小欣发生性关系，对小欣的身体和心理均造成了不良影响。双方父母发现此事后，对小张和小欣进行了管教，但未能有效制止。最终，小张在其父亲的陪同下到公安机关自动投案。

开庭当日，经过3个小时的审理，顺义法院当庭判决被告人小张犯强奸罪，判处有期徒刑一年九个月。作出判决后，主审法官白玉龙还向小张的父母发出了一份《家庭教育指导令》，指出：被告人小张存在饮酒、吸烟、离家出走、纹身等不良行为，并实施奸淫幼女的犯罪行为，小张的父母存在失管失教的情形，

在对于小张的家庭教育上缺乏行之有效的方法。指导令责令小张父母树立责任意识，切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任；及时关注小张心理、生理状况、情感需求及社交情况，对小张进行道德教育和法治教育；在之后的一年内定期接受家庭教育指导。

在接到判决和指导令后，小张的父母再次表达了对被害人及其父母的歉意，并表示：一定遵从指导令的内容，加强对小张的教育。对于孩子犯下的大错，疏于管教的自己也有不可推卸的责任。此后一定会把更多的时间和精力放在陪伴和管教小张上面，同时积极接受家庭教育指导，努力学习如何才能更好地为人父母，尽到父母应尽的责任和义务。

据承办法官白玉龙介绍，《中华人民共和国家庭教育促进法》自2022年1月1日起实施，该法规定家庭教育由国家支持、社会协同，未成年人的父母或者其他监护人负责实施。第八条规定：人民法院、人民检察院发挥职能作用，配合同级人民政府及其有关部门建立家庭教育工作联动机制，共同做好家庭教育工作。第四十九条规定：公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

“在本案中，小张作为一名未成年人，其父母在家庭教育上出现了失管失教，对此他们也是一筹莫展。鉴于此，顺义法院对其发布家庭教育指导令，并将在今后的一年当中，对其开展亲职教育、心理疏导等工作，帮助其较好地履行监护职责。此后，顺义法院也将发挥人民法院在未成年人法治教育方面的优势，与学校、基层政府等部门开展多元的联系沟通，帮助更多的未成年人养成良好的行为习惯和遵纪守法的意识。”白玉龙说。

为群众办实事 | “孩子上学问题一定要解决！”

2022-05-17 北京市第一中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/0Cqb4NnAPjqbd_xbgzn5uQ

前不久，北京一中院张乾雷法官在案件审理过程中，成功帮助被告人家属解决“入学难”的问题。

阅卷，是每一名法官最平常的工作，张乾雷在翻阅刘某的涉案卷宗时发现，刘某有一外孙，因为刘某的女儿和女婿在早年下落不明，所以一直是祖孙俩共同生活。

“刘某服刑后，孩子怎么办呢？”张乾雷暗自担心道。

为了解决心中的担忧，在审理过程中，张乾雷主动向刘某了解孩子的情况，发现孩子已经9岁，但仍未上学！于是张乾雷立即和办案民警沟通，得知孩子因无人监管已被送往未成年人救助保护中心。张乾雷随即联系救助中心，详细了解孩子近况和未能入学的原因，与救助中心一起商讨解决办法。在寻方问路过程中，张乾雷发现，救助中心若想帮孩子办理各项入学手续离不开监护人刘某的委托授权。

如何在疫情期间，让被羁押的刘某与救助中心成功签订委托授权协议，这成了张乾雷面临的最大难题。

为了双方能成功签署协议，张乾雷提前确定救助中心的具体联系人，并严格按照北京市防疫政策，实时沟通其疫苗接种情况、每次核酸检测结果和居住地疫情状况；同时，又主动和刘某沟通，解释孩子入学手续办理流程以及签署委托授权协议的重要性。

终于，在刘某一案的宣判当日，相关协议和手续成功办理。

宣判后，刘某哽咽道：“谢谢你们，没想到法官对我孙子的事情这么上心，我一定好好改造，早日回归社会！”言毕，刘某向法官深深地鞠了一躬。

供稿：北京一中院刑一庭

作者：王泽恒、何宛珊

编辑：方硕

不当探望带来困扰 影响成长变更方式

2022-05-15 法治日报

<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20220515/Article106004GN.htm>

“ ☐ 本报记者 战海峰
☐ 本报通讯员 鞠劼 沈小会

近日，重庆市南岸区人民法院审结一起探望权纠纷案件，依法判决变更不利于未成年子女成长的探望方式。

法院查明，2018年11月，王某与刘某因感情不和，经法院调解离婚。调解协议约定，婚生子女王小某由父亲王某抚养，在不影响王小某生活和学习的条件下，母亲刘某每周末可探视王小某两次，节假日可适当延长的滞留式探望方式，除周末和节假日外，刘某还可随时探望王小某。

2019年5月，王某向法院诉称，在执行滞留式探望过程中，刘某对孩子灌输的思想严重影响了孩子的生活学习及身心健康，且刘某对孩子照顾能力不足，导致孩子经常生病。现有的探望方式严重影响了王小某的身心健康，请求判令改变原探望方式为刘某每半年可探望孩子一次，每次不超过半天，且需由王某家人陪同。

法院经审理认为，父母双方应当给孩子营造一个温馨、和睦的氛围。王某、刘某虽协议约定了刘某探望孩子的时间、方式，但双方在实际履行过程中发生了诸多问题，已经给双方和孩子都造成了诸多困扰，且给孩子身心健康带来了不利影响，确有必要进行变更。在父母能够做到且不至于对子女正常生活产生较大不利影响的前提下，探望子女的时间应当尽量避免占用子女的学习时间，探望的方式以对子女生活产生的影响尽量降低为宜。故依法判决刘某在不影响孩子正常生活、学习的条件下，每两周探望王小某一次，每次两天。

法官庭后表示，探望权是离婚后未直接抚养子女的一方依法享有的对未与之共同生活的子女进行探视、看望、交往的权利。父母离婚后，子女也有获得未直接抚养其的父亲或母亲对其探望的权利和情感需求，亦有利于弥合家庭解体给子女造成的感情伤害，这不仅是父母关怀子女的重要方式，也是子女健康成长的要求，但探望权行使应当有利于子女身心健康、生活安定、不影响学习为前提，本着有利于子女健康成长的原则，依法酌情确定探望方式和时间。

发出全市家事审判首份家庭教育令

2022-05-18 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/18/content_216944.htm?div=-1

本报讯（记者 王建舟）日前，辽宁省沈阳市中级人民法院发出全市家事审判首份家庭教育令。

在一起离婚纠纷案件的审理中，沈阳中院少年及家事案件审判庭审判长孙硕发现，男方自赌气离家后，双方当事人已分居两年，其间婚生两女儿均由女方抚养，男方未履行对女儿的家庭教育责任，严重影

响孩子正常生活。当天，法官通过“云庭审”对该案进行审理，向孩子父亲发出了沈阳市家事审判首份家庭教育令，责令孩子父亲切实履行家庭教育义务，为孩子健康成长提供全面保障。接到家庭教育令后，孩子父亲郑重承诺履责。

据悉，沈阳中院还在辖区内两级法院开展了家庭教育周系列宣传活动。。

2岁幼童溺亡，3岁玩伴成了被告 浙江海宁法院：玩伴未实施侵权，驳回原告诉请

2022-05-18 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/18/content_216947.htm?div=-1

本报讯（记者 余建华 通讯员 海 薇）两岁幼童在池塘边玩耍时不幸溺亡，父母将其同伴和当地村委会告上法庭，要求赔偿各项损失128万余元。近日，浙江省海宁市人民法院判决了这样一起生命权、身体权、健康权纠纷案，驳回了原告的赔偿诉请。

2018年9月，安徽人张某夫妇带着刚出生的儿子小张来到海宁务工，租住在许村镇某村。在张某夫妇出租屋大约250米处，有一个自然形成的废弃池塘。池塘北面村道上有水泥板、砖块、杂物等阻挡，西面设有围栏，西面公路和池塘间夹杂一块杂地，东面和南面都是民房，封闭性较强。

2020年11月3日上午9时许，邻居家3岁的小黄与2岁的小张结伴来到该废弃池塘周边各自玩耍。过了一会，小黄发现小张不见了，一边喊着一边寻找，随后又来到张某住处，告诉张某小张不见了。张某两次出门在附近寻找均未找到。小黄回家后将此事告诉母亲，黄母带其一起寻找小张仍无果。当日下午1时许，张某妻子报警。一个多小时后，民警在废弃池塘西北角发现了漂浮在水面上的小张。小张经120抢救无效死亡。

事后，张某夫妇一纸诉状将村委会、小黄及其监护人告上法庭，索赔各项损失共计128万余元。张某夫妇认为，小黄在小张落水后未及时呼救，同时村内池塘属于公共场所，村委会作为该池塘的管理人，对事发池塘疏于采取安全措施，无人监管，且未设置明显警示标志，致使小张溺水而亡。

法院审理后认为，本案中，被告小黄与死者小张结伴至案涉池塘周边玩耍，但没有证据显示小黄看见小张落水的过程。小黄发现小张不见后即呼叫“小弟弟”并寻找，寻找无果后告知张某夫妇“小弟弟”不见了，回到家后又与母亲再次寻找。无证据证明小黄实施了侵权行为，且其事发时还不满4周岁，属无民事行为能力人，法律没有规定其具有积极救助的义务，故其监护人也不应承担赔偿责任。

案涉池塘是天然的废弃池塘，并非属于公共场所，故被告村委会不承担安全保障义务。其次，案涉池塘封闭性较强，池塘中的水浑浊、肮脏，不适宜戏水、游泳，一般人不会轻易靠近，被告村委会虽不负有安全保障义务，但已对案涉池塘采取了安全措施以作防护，故村委会对小张的死亡也不存在侵权行为和过错，不应承担赔偿责任。

张某夫妇失去幼子令人同情，但其作为小张的监护人，应对租住房屋附近的环境、潜在的危险等情况有一定的认识，然而本案中，张某夫妇未能尽到对幼子的教育、监护之责，任由小张在池塘边玩耍，对小张的死亡负有不可推卸的责任。

最终，法院认为本案中并无证据表明被告小黄、村委会对小张的死亡存在侵权行为及过错，两原告的诉讼请求缺乏事实与法律依据，不予支持。

庭审中，被告村委会出于人道主义补偿小张父母2万元，法院予以准许。

接回孩子你却藏？中止探望没商量！

2022-05-21 玄武区人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/Xu8MlfvrPFYsg6JmFU9m0A>

2022年5月13日，玄武法院发出了首个中止探望的执行裁定书，裁定申请执行人王某在60日内中止探望其婚生女王小某。本应享有探望权的申请执行人为何在一定期限内受到限制？让我们来一探究竟。

案情简介

关于王某与赵某探望权纠纷一案，玄武法院于2021年11月3日作出判决，判令：自本判决生效之日起，王某于每周六上午8时30分至赵某处接出王小某探视，于同日下午7时30分送王小某至赵某处。赵某有协助的义务。2022年4月25日，王某向法院申请执行，要求行使探望权。

法院向赵某发送执行通知后，赵某一通声泪俱下的电话引起了案件承办人的高度重视：“法官，我不给王某探视孩子，只是我再也不能承担孩子连续数月音讯全无的后果了，如果孩子被他接走，我恐怕只能再次踏上漫长的寻找孩子之路。我申请法院中止王某探视孩子，直到确保他能准时把孩子交还到我的手上！”

案件承办人经查询关联案件并深入调查后得知，案涉判决生效后，赵某曾于2021年12月4日上午将孩子交予王某探视，但王某将孩子扣留、藏匿，拒不依约准时将王小某交还赵某，赵某于2021年12月13日向法院申请执行，申请法院帮其找回孩子。经该案承办人耐心细致地执行，先后采取了罚款、拘留、公安临控、移送公安侦查拒执罪线索等措施，并前往王某父母家中释法说理、反复规劝，直至2022年4月22日王某才不得已将孩子交还给赵某。

鉴于上述情况，王某是否适宜继续按照生效判决探望孩子成为萦绕在案件承办人心头的大问题。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第六十六条等相关规定，父或母探望子女，应有利于子女的身心健康。而本案中王某拒不依约将王小某送回抚养权人处，使其长期脱离母亲的养育、照料，系拒不履行生效判决确定义务的行为，明显不利于其子女的身心健康，故赵某提出王某中止探望王小某的申请，法院应予支持。

5月13日，玄武法院发出了中止探望的执行裁定书，并要求王某正确认识并积极改正错误，争取能够在中止期间届满后恢复探望王小某。后续玄武法院也将依据《家庭教育促进法》的规定，适时对王某开展家庭教育指导工作，引导其牢固树立家长是孩子第一任老师的责任意识，依法正确行使探望权。

夫妻离婚后，不享有抚养权的一方依法行使探望权，也是保障孩子身心健康成长的重要途径。但不当行使探望权甚至是将孩子藏匿、拒不交还孩子的，其探望孩子的权利必将依法受到限制，甚至应当承担相应的违法后果。在这里，希望离异家长能够抛弃过往恩怨，更多立足于孩子身心健康成长，着眼于孩子未来全面发展，为孩子营造积极向上、遵纪守法的良好成长环境。

少年审判 守护未来 | 上街法院发送首份《家庭教育指导令》

2022-05-20 检察日报

https://mp.weixin.qq.com/s/x_741joK01R5C4eTwfmT1Q

“孩子误入歧途我有责任，是我忽视了对孩子的教育和监管，现在非常后悔，作为孩子的父母，我们诚恳接受训诫，吸取教训，切实做好家庭教育，履行监护责任。”训诫过程中监护人父亲自责地说道。

2022年5月18日上午，郑州市上街区人民法院向被告李明（化名）的监护人发出《家庭教育指导令》，要求限期接受家庭教育指导。这是上街区人民法院少年法庭在贯彻落实《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国未成年人犯罪预防法》《中华人民共和国家庭教育促进法》等法律规定中发出的首份《家庭教育指导令》，该令的发出是从司法保护、家庭保护层面做好未成年人权益维护的一次实践探索。

用心用情唤醒迷途少年

在法庭审理过程中，审理此案的上街法院刑事团队陈超法官了解到李明由于家庭监护、教育不力，缺乏家庭的温暖和情感链接，法律意识淡薄，走上犯罪道路。“在庭审中采用情、理、法对李明进行了法庭教育，指出其犯罪行为给社会、家庭、他人和自己带来的危害，要求其树立正确的人生观、价值观，做一个对社会有益的人。”陈超表示。

都说父母是孩子的第一任老师，家庭是孩子的第一所学校，家庭教育对于一个孩子的成长至关重要。对于一个“误入歧途”的孩子，依法惩戒之余，需要思考的是如何引导其“回归正途”，考虑到李明是未成年人，认罪态度较好，有教育挽救的可能，法院决定依法对其适用缓刑一年。

“你正值青春年华，这个年龄本应该坐在教室里学习，你却因不懂法律，有着来快钱的心理，诈骗、盗窃他人财产，这不是一个青年该做的事……念在你还未成年，能够认罪悔罪，并且本案损失已挽回，今天对你进行训诫，并向你的监护人发送《家庭教育指导令》，希望你今后能够严守法律底线，用自己的努力创造未来幸福的生活，监护人要认真履行监护责任，配合社区矫正工作，携手让孩子顺利回归社会。”上街法院副院长王天超对李明及监护人进行训诫。

倾情守护，助矫正对象圆了实习梦

“谢谢各位叔叔、阿姨，我可以实习了，感谢你们为我做的一切，我会铭记于心的，今后不再犯……”在社区矫正中心，李明当场感谢法官、司法局工作人员对他的帮助。

5月初，李明提到其在学校即将完成学业，但还没有找到合适的实习单位。为了能让李明在矫正期间顺利回归社会，上街法院与上街区司法局沟通，司法局副局长杨文学联系到郑州市某单位，该单位同意为李明提供对口的实习岗位，待李明学校办理好手续后，便可到该单位报到、实习。

“今天对我们家来说终生难忘，孩子在法官、社区矫正人员的帮助下，改变了很多，现在还联系了实习单位，感谢对我们家庭的帮助。”李明的监护人感激地说道。

近年来，上街区法院以社区为中心，构建司法、社区、家庭“三位一体”的少审矫正共教体系，认真组织开展思想道德、法治、家庭教育指导等教育，帮助被矫正人员提高思想道德修养，增强法治观念，积极探索矫正的社会化，调动家庭参与，加强亲情的感化教育。

下一步，上街区法院将持续探索“法院+社工+N”的多部门联动，参与家庭教育指导模式，由法院主导、社会参与、家庭受益的“三位一体”工作机制，推进家庭教育指导中心建设，开展家庭教育个案靶向指导。针对未成年人有严重不良行为或有犯罪行为的家庭、未成年人的父母或监护人不能正确实施家庭教育的家庭、侵害未成年人合法权益的家庭、父母或监护人履行家庭责任存在一定困难的家庭，上街法院将主动向其发出《家庭教育指导令》。同时，还将根据案件情况，着眼未成年人的成长经历、家庭背景、社

会关系、受教育程度、亲子关系等，开展“亲子心理课程、家庭教育课程、法治教育课程、公益活动”多角度、多维度强制式专业家庭教育指导。

北京海淀法院发出首份家庭教育令

2022-05-20 人民法院报

http://e.mzyfz.com/paper/1840/paper_49134_10308.html

本报讯（记者任文岱 通讯员计莉卉）近日，北京市海淀区人民法院少年法庭在一起未成年人聚众斗殴、寻衅滋事的刑事案件中，向3名未成年被告人的父母发出海淀区首份家庭教育令，并开展深入的家庭教育指导。

该案中，3名被告人与另一伙未成年人约架，继而发生殴斗，导致对方3人轻微伤，并借机向对方索取财物。经法院审理后认为，3名被告人的行为已构成聚众斗殴罪、寻衅滋事罪，考虑到3名被告人犯罪时未成年，认罪悔罪态度较好，且已获得被害人谅解等因素，依法从轻处罚并判处缓刑。

该案中，3名被告人为初次涉罪的未成年人，法官从社会调查中发现其犯罪原因与家庭环境有很大关系。3名被告人的父母存在监护不到位的情况：或是离异后将孩子交由祖父母照顾疏于管教，或是忙于事业甚少陪伴，或是着力创造优越条件忽视道德教育，缺少对未成年人心理状况、情感需求的关注，导致3名被告人伙同他人实施违法犯罪。

为督促3名被告人的父母依法履行家庭教育职责，为被告人改过自新营造良好家庭环境，法官在宣判后向3名被告人的父母发出家庭教育令，有针对性地开展家庭教育指导。法官找准每个家庭教育问题的症结，制作了个性化的家庭教育令。同时，邀请专家和参与案件审理的人民陪审员、开展社会调查工作的社工一起，分别为3名未成年人的父母开展“一对一”的指导会。

据悉，海淀法院于2013年在全国首创“四三二一”亲职教育工作机制，联动辖区内相关部门为涉少刑事、民事案件中的未成年人及家庭开展多种形式的家庭教育，取得良好社会效果。自《中华人民共和国家庭教育促进法》颁布实施以来，海淀法院以此为契机，创新打造了“N次方”家庭教育联动机制，即以未成年人审判工作为根本，利用丰富的民刑案例资源、辖区教育资源等多重优势，采取涉案一对一家庭教育指导、辖区普适化家庭教育课堂等多种形式，将法院、妇联、教委、社工等多方力量融合形成乘法效应，实现家庭教育指导效能倍增的目的。

猥亵多名儿童免于刑事处罚？人民监督员：应予纠正！

2022-05-22 检察日报正义网

https://mp.weixin.qq.com/s/BCiDYNr2yswPny_y750qzw

刘某某通过QQ冒充学生老师，以健康调查、心理测试为由，要求5名儿童通过视频裸露胸部及其他隐私部位供其观看等方式进行猥亵，法院一审判决免于其刑事处罚……5月22日，最高人民检察院发布首批人民监督员监督检察办案活动典型案例，其中包括这起案件。

2016年4月至2017年7月，刘某某为寻求性刺激，陆续注册了五个QQ号码，在其家中或办公室通过QQ冒充学生的班主任或者英语老师，以健康调查、心理测试为由，要求5名儿童通过视频裸露胸部及其他隐私部位供其观看等方式进行猥亵。

2018年1月，湖南省某县公安局以刘某某涉嫌猥亵儿童罪立案侦查，同年2月经该县检察院批准后执行逮捕。同年8月，县检察院以刘某某涉嫌猥亵儿童罪向同级法院提起公诉，县法院于同年11月作出一审判决，判处被告人刘某某犯猥亵儿童罪，免于刑事处罚。

2019年，最高人民检察院案件管理办公室组织对六省检察机关办理的部分案件开展案件质量评查活动。评查过程中，评查组发现湖南省某县一件被判处免刑的刘某某猥亵儿童案量刑畸轻、当地检察机关应当抗诉而未抗诉的情况。

为落实《人民检察院办案活动接受人民监督员监督的规定》，评查活动邀请了人民监督员参与评查案件，与评查人员交叉互评、共同讨论。人民监督员在讨论过程中，也认为该案属于应当抗诉而未抗诉，应该予以纠正。评查组高度重视人民监督员的监督意见，将意见由省院案件管理办公室转给案件承办单位的上一级检察院某市检察院，并进行跟踪督办。某市检察院检委会研究后采纳了人民监督员的监督意见，按照审判监督程序提出抗诉。该案经法院再审、二审，最终被依法改判有期徒刑三年。

《人民检察院办案活动接受人民监督员监督的规定》明确规定，人民检察院应当认真研究人民监督员的监督意见，依法作出处理。人民检察院经研究未采纳监督意见的，应当向人民监督员作出解释说明。人民监督员制度就是要发挥人民监督员通民情、知民意的优势，及时指出检察机关和检察人员在执法办案中存在的问题和不良倾向，提出加强和改进检察工作和检察队伍建设的意见和建议，监督检察机关更好地履行法律监督职能，提高法律监督水平。

生父与女友虐待六岁儿童均被判刑？

2022-05-24 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/24/content_217154.htm?div=-1

本报讯（记者 陶琛 通讯员 向进）近日，湖南省张家界市永定区人民法院公开开庭审理并当庭宣判了亲生父亲及其同居女友虐待6岁儿童案（两案合并审理）。被告人李某辉犯虐待罪，判处有期徒刑一年四个月；被告人李某凡犯虐待罪，判处有期徒刑九个月。

法院经审理查明，2018年2月，李某辉与喻某离婚后获得儿子小李的抚养权。2020年8月，李某辉带小李与李某凡共同生活后，李某辉、李某凡多次使用衣架、皮带、木棍等工具对小李进行殴打。其居住的小区邻居、保安也多次反映其家中经常在深夜传出小孩哭喊声。2021年6月7日，张家界市公安局永定分局向李某辉出具家庭暴力告诫书，要求李某辉立即停止不法行为，严禁对家庭成员再次实施暴力行为。6月24日，沙堤派出所、区妇联、沙堤街道办事处、高桥社区等工作人员到二人家中调查走访时发现，小李脸部、颈部、背部出现多处淤青。经查，该伤为李某辉、李某凡用木棍、手指甲戳伤、划伤。经鉴定，小李的伤情为轻微伤。

法院审理后认为，被告人李某辉、李某凡虐待未成年家庭成员，情节恶劣，其行为已构成虐待罪。该案中，李某辉、李某凡属共同犯罪，二人均起主要作用、均系主犯，应当按照其所参与的全部犯罪予以处罚。鉴于被告人李某辉、李某凡归案后，能如实供述自己的罪行，依法可从轻处罚，被告人李某凡自愿认罪认罚，依法可从宽处理，遂作出上述判决。宣判后被告人李某辉、李某凡均当庭表示服从判决。

庭审结束后，永定区法院向李某辉发出家庭教育指导令，责令其依法积极正确履行监护职责，做好对未成年子女的家庭教育。该院将定期进行走访调查李某辉履行家庭教育指导令情况，如有违反法定义务、怠于履行监护职责或不当履行监护职责行为，法院将依法依规对其予以处理。

用真情善意来化解抚养权执行难题！

2022-0524 深圳市龙岗区人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/H0-Vuyh32K0xsB4M4r-uwg>

李山（化名）早年离异，育有一子。后经人介绍，与张芳认识结婚，婚后两人生育两女一子。因双方年龄差距较大、观念不合，先后经历离婚、复婚、再次离婚，关系彻底破裂，恶化到见面就吵、互相指骂的程度。经法院判决，三个子女抚养权归女方张芳。判决生效后，李山拒绝交出三个小孩，张芳遂向法院申请强制执行。

双方当事人因感情破裂，提起了离婚、抚养权、离婚财产分割、抚养费支付等多个诉讼，关系极度紧张。为全面了解情况，执行法官查找本院办理的所有关联案件，向家事审判团队的承办法官详细询问案件办理经过，对当事双方的学历背景、家庭状况、性格特点、经济能力等进行深入了解。

同时，专门请教法院特邀的心理专家对婚姻案件当事人的心理进行了分析，听取执行阶段的可行性建议，准确把握工作重点，为妥善处理本案奠定了基础。

三个小孩在不同的学校上学，执行法官逐一走访，上门了解小孩在学校的学习生活情况，充分掌握未成年人的性格特点。为了将对小孩学习生活的影响降到最低，执行法官通知李山在放学后小孩带到离家最近的法庭，自己则从院本部赶到那里，利用夜间加班，与三个孩子进行零距离交流。

为解除未成年人的抵触心理，执行法官专门购买了零食和小玩具，陪他们吃零食、玩游戏、交朋友，在轻松愉快的氛围中了解孩子的真实想法。执行法官还积极与李山的原配长子李大（化名）进行沟通，希望其能做好父亲的开导工作，放弃违法抗执的错误思想。

执行法官在处理案件过程中展现出来的真诚、善意，特别是对孩子幼小心灵的悉心爱护，令张芳和李山都大为感动，纷纷表示要以生效判决确定的内容为前提，充分考虑子女意愿，配合好法院执行工作。

然而到了约好张芳与子女见面的日子，李山却只将其中2个年龄较大的女儿带到法院，声称小儿子军军（化名）身体不适没有带过来。

执行法官判断李山大概率在说谎，责令其必须将军军带到法院。李山称军军交给邻居帮忙照看，没有邻居电话，现不知道上哪找。执行法官一句“你不知道上哪找那我就带着你去找，警车已经备好”，李山一时无言以对。

随后，执行法官让李山拨打原配长子李大电话，接通后直接拿过电话说道：“李大，我是林法官，你爸让你把军军带过来。”李大回答道：“那你把电话给我爸，我跟他确认一下”。至此，李山的谎言被识破，心理防线也被攻破。

执行法官对李山不诚信的言行进行严厉训诫，并拟对其拒不配合执行的行为采取罚款、拘留措施。李山这时才意识到问题的严重性，赶紧让李大将小儿子带至法院。

为了让张芳充分了解孩子的意愿，执行法官特地安排他们在单独的房间内见面，并给予充足的沟通时间，同时做好李山的安抚工作，让其耐心等待。

三个子女与张芳相聚结束后，转而心疼起父亲李山来，紧紧抱着李山不愿离开，表示现在还想和爸爸一起居住。张芳看得此情景，也认可了李山对子女的尽职抚养，放下了今天一定要将小孩带走的执念。

经双方协商，张芳同意小孩继续随父亲李山生活，张芳需要看望时，李山予以配合。至此，一宗极为棘手的抚养权纠纷案件，在法官的不懈努力下画上圆满的句号。在离开法院的时候，双方都对法官在执行过程中展现出来的对小孩身心健康的真切关心，表示衷心感谢。

抚养权纠纷案件涉及的是血缘亲情的特殊关系，出于朴素感情及传统观念的考虑，被抚养对象的监护人往往抵触情绪特别大，一直是执行工作的难中之难。

本案中，执行法官秉持司法为民的理念，以“一切为了孩子”为工作落脚点，坚持强制执行与善意文明执行相结合，情法交融，用心感化，用自己的真诚耐心最大限度地化解双方矛盾，最终实现案结事了人和，达到了法律效果与社会效果的有机统一。

今年以来发出 64 份《家庭教育指导令》，全方位保护少年的你

2022-05-25 重庆市高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/obIHcsJGtM8GuUABtDDRoa>

市高法院审判委员会专职委员夏红丽介绍，全市法院深入学习贯彻习近平总书记关于关心关爱未成年人健康成长的重要指示精神，充分发挥司法保护职能，努力构建以审判为核心的全方位未成年人司法保护体系，取得良好成效。

市高法院成立少年法庭工作领导小组，由党组书记、院长李永利任组长，加强对全市法院未成年人审判工作的组织领导、统筹协调、调查研究和审判业务指导。设立少年法庭工作办公室，指导全市法院未成年人审判机制改革，推进少年法庭建设，统筹开展未成年人法治宣传教育，强化家庭教育指导。全市法院整体联动、上下衔接，构建起较为完善的未成年人审判工作体系。

充实未成年人审判工作力量，确定专门的审判庭、合议庭、审判团队办理涉及未成年人案件。目前，全市法院共有未成年人案件专门审判团队 72 个，较 2021 年增加 60%，专门从事未成年人案件审判工作的员额法官、辅助人员 282 人，较 2021 年增加 125.6%。去年，市五中院未成年人案件审判庭荣获“全国普法工作先进单位”。

坚持对未成年人犯罪“教育、感化、挽救”方针和“教育为主、惩罚为辅”原则，积极开展“圆桌审判”，2021 年以来共审结未成年人犯罪案件 460 件，生效判决未成年人罪犯 620 人，其中，判处缓刑 163 人，非监禁刑适用率为 26.3%。严惩侵害未成年人权益犯罪，共审结犯罪案件 370 件 397 人，重刑率 36.3%。与市检察院、市公安局、市司法局联合开展“共护未来”严厉惩治性侵害未成年人犯罪专项行动，对性侵害未成年人犯罪有案必查、有罪必惩，依法从重打击。

依法审理涉未成年人抚养、抚育、监护、探视、教育等民事、行政案件 11854 件，尽最大努力保护未成年人合法权益。向社会公开发布未成年人司法保护典型案例 23 件，未成年人文身案、向未成年人出售烟酒案、父母跨域接受家庭教育指导案入选最高人民法院 2022 年未成年人司法保护典型案例。

市高法院持续推进以“一个小公民法律课堂”“一支法治教育队伍”“一套法治教育标准课件”“一间法治教育工作室”为核心的未成年人司法保护“‘四个一’建设”，加强未成年人法治宣传教育，增强未成年人法治意识，提高未成年人自我保护能力。建立“小公民法律课堂”法治教育实践基地，推动“小公民法律课堂”进校园，特别是覆盖山区、库区、边远地区学校。去年以来，开展“小公民法律课堂”等多种形式的活动293次，受众10.3万余人，邀请125名人大代表、政协委员参与活动，受到社会各界高度评价。

联合团市委深入开展“双援帮扶”项目，持续完善未成年人法律援助和心理咨询服务渠道，推动实现对未成年人全面双向保护。携手团市委“12355”热线共同开展“法护青春、团润成长”校园普法系列活动，已经覆盖全市各区县。扎实开展兼职法治副校长选聘工作，目前，全市法院共有519名法官、审判辅助人员被选聘为各中小学校兼职法治副校长，较2021年增加132%。

夏红丽表示，市高法院充分认识家庭教育指导工作的重要意义，把家庭教育指导工作作为坚持以人民为中心发展思想的生动实践，作为“我为群众办实事”实践活动的重要内容，试点设立“家庭教育指导工作站”，发布《家庭教育指导令》，加强家庭教育指导，引导全社会关注优良家庭家教家风建设，保障未成年人健康成长。

市高法院围绕《家庭教育促进法》实施，探索构建多元协作家庭教育工作格局，推动形成家庭教育指导工作联动机制。与市妇联等部门联合出台文件，建立涉未成年人案件特别指导机制，采取“评估、处置、指导、回访”4步工作法，对涉案未成年人家庭开展家庭教育指导。今年以来，全市法院发出《家庭教育指导令》64份，其中民事案件47件，刑事案件17件；给予训诫9人，涉及未成年人81人。

市高法院印发《关于开展“家庭教育指导工作站”试点工作方案》，确定在市五中院、黔江区法院等11家中基层法院开展家庭教育指导试点工作。通过前期试点探索、后期总结推广两步走的方式，在全市法院建立“家庭教育指导工作站”，努力完成三项核心平台建设目标，推动我市未成年人司法保护工作全面提升。

开展家庭教育指导工作过程中，支持鼓励法官及审判辅助人员辅修行为矫正、心理辅导等相关专业，注重带动、发现、培养一批业务能力强、理论水平高的家庭教育工作力量。加强法院与妇联、教委、民政、团委等部门协作配合，建立健全联系对接反馈机制，推动未成年人权益保护体系化发展。

尊重真实意愿 倾听孩子心声

2022-05-26 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/26/content_217256.htm?div=-1

父母离异，孩子跟谁一起生活？民法典规定：子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。但怎样才算真正的尊重？这正是我在办理张某和谭某的离婚诉讼案中反复思量的问题。

张某和谭某婚后生育了两个可爱的儿子，一个8岁半、一个9岁半。如今两人分道扬镳，都想争取孩子的抚养权。“想跟爸爸还是妈妈一起生活？”成人世界的爱恨情仇，化为一道艰难的选择题。孩子们面临抉择，作为主审法官的我又何尝不是？

庭前调查走访中，我第一次来到这个四口之家。家中，妈妈无微不至地照顾着兄弟俩的起居饮食，为孩子的学业焦虑，为孩子的未来谋划；爸爸鲜少监督孩子的课业，却会在空余时间陪孩子玩耍，父子三人甚至深夜一起看球赛。这样的相处模式，相信许多家庭都能找到自己的“影子”。

以往，在父母离异不可避免的情况下，孩子跟随妈妈生活可能更符合大众的认知。但大众认知不能代替个体感受，在“谁来抚养”这个关乎孩子一生的问题上，我想孩子应该拥有更多话语权。

征得父母双方同意后，我决定引入亲子观察项目来了解孩子们内心的真实意愿。轻松舒适的咨询室内，孩子们在心理咨询师的引导下进行沙盘游戏。经过充分沟通和观察后，咨询师出具了评估报告。曾经令我纠结万分的问题在这一刻迎来了答案，结果大大出乎意料——他们不约而同选择了爸爸。

告知裁判结果的那一天，妈妈得知兄弟俩将由爸爸抚养，一时难以接受，甚至提出要上诉。诚然，妈妈的反应在意料之中，我能做的就是给双方耐心解释孩子们选择的意图和想法，以及对父母的观感。随着交流的深入，妈妈的情绪由最初的抵触拒绝，到若有所思。“我不打算上诉了”，离开法庭前，妈妈最终释然并接受了这一结果。

今后，兄弟俩如愿跟随爸爸生活，妈妈也将继续参与孩子们的成长。“只有容许孩子不是孩子，被聆听、被尊重、被共情之后，他们才可以真正做孩子，回到孩子本来的位置。”案件至此，在亲职教育建议的最后，我郑重其事写下对这对父母的寄望。

从事家事审判多年，在我看来，这起案件中孩子的意愿值得被发掘，而更具价值的是背后带来的思考和启发。法律条文中“应考虑该子女的意见”改为民法典的“应当尊重其真实意愿”，从“考虑”到“尊重”，一词之差恰恰体现了法律对生命的尊重、对尊严的呵护。

回归案件本身，孩子的选择就是最好的证明：不要告诉我什么对我好，我只是需要耐心倾听、平等对话。而这样的尊重将对他的这一生影响至深，因为他能感受到作为一个“人”、一个个体，在还未成年时就得到了来自法律、来自社会的尊重和保障，这也正是我们家事审判工作的应有之义。

1.9万余份“督促监护令”有效监督“甩手家长”依法带娃

原创 2022-05-25 黄莎 方圆

<https://mp.weixin.qq.com/s/0DtygxytfljD2xge6flr3A>

今日上午10点，最高人民检察院召开以“携手落实‘两法’ 共护祖国未来”为主题的新闻发布会，通报未成年人保护“两法”实施一年来，检察机关以能动履职护航未成年人健康成长的情况，发布“检爱同行 共护未来”未成年人保护法律监督专项行动典型案例，并通报专项行动有关情况。

2021年5月，最高检在全国检察机关部署开展为期两年的“检爱同行 共护未来”未成年人保护法律监督专项行动。专项行动开展以来，检察机关重点围绕未成年人保护的突出问题积极履职，在深化未成年人综合司法保护，促进未成年人保护社会治理、协同其他部门共同落实“两法”等方面取得较好成效。

去年6月1日，修订后的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法正式施行。新修订的未成年人保护法确立了家庭、学校、社会、网络、政府、司法“六位一体”未成年人保护大格局。今年1月1日，《中华人民共和国家庭教育促进法》正式颁布实施，构建了家庭主责、国家支持、社会协同的家庭教育体系。该法规定，公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

最高检第九检察厅厅长那艳芳在发布会上介绍，2021年，检察机关对监护人侵害问题支持、建议撤销监护人资格464件，同比上升49.2%；撤销监护人资格388件，同比上升48.7%。对监护缺失问题向民政等部门提出检察建议326件，同比上升3.1倍。在家庭保护方面，2021年，检察机关会同全国妇联、中国

关工委出台全面开展家庭教育指导工作的意见，并在全国检察机关推广“督促监护令”，全年共制发“督促监护令”19328份，有效监督“甩手家长”履职管教、依法带娃。

在答记者问时，那艳芳称将在2022年实现涉未成年人案件家庭教育评估全覆盖，在发出“督促监护令”的基础上，重点推进制度落地见效，对制发“督促监护令”后仍然不履行监护职责、违反相关法律法规规定的，协调公安、法院予以训诫。

今日发布的“检爱同行 共护未来”未成年人保护法律监督专项行动典型案例之一李某某与王某甲抚养纠纷支持起诉案中，上海市长宁区检察院针对监护人存在的管教不当、监护缺位等问题，主动与法院、民政、妇联、关工委等职能单位的协作，通过搭建强制报告平台、开展支持起诉、制发督促监护令、分类开展家庭教育指导等方式，推动形成系统化保护合力。

最高检第九检察厅副厅长李峰在未成年人保护法律监督专项行动通报中称，各地检察机关积极对监护侵害、监护缺失问题开展法律监督，重庆市检察院联合15个职能部门建立家庭教育指导联动工作机制，联合市教委、妇联、关工委共同建立家庭教育评估、转介服务、专业服务等五个基地，共建五项机制；北京市检察院制定《落实〈家庭教育促进法〉对未成年人父母或者其他监护人训诫工作指引》，规范开展家庭教育训诫工作。

在今天的新闻发布会上，《方圆》记者就落实家庭教育促进法采取的举措以及下一步的工作打算，向中国关心下一代工作委员会办公室主任陈江旗先生提问。

陈江旗说，家庭教育是人生的启蒙和起点，家庭教育的好坏直接关乎一个人的终身发展，也关系到国家强盛、民族进步和社会稳定。为贯彻落实家庭教育促进法，中国关工委组织“五老”（老干部、老战士、老专家、老教师、老模范）开展弘扬好家教好家风活动，深入开展家庭教育指导服务，针对调研中发现的监护缺失、监护不当、监护侵害等问题，配合最高检、全国妇联出台《关于在办理未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的意见》。关工委积极推动家庭教育专业化建设，探索建立了96个“全国规范化家长学校实践活动试验区”，试点建立28个“全国家校社共育实践区”。下一步，关工委将以第五届“关爱明天，普法先行”青少年法治宣传教育活动为载体，教育引导广大青少年树立尊法、学法、守法、用法意识，还将选树、推广10个全国关心下一代家庭教育工作品牌，推动家庭教育工作高质量发展。

今年5月9日至5月15日是全国首个“家庭教育宣传周”，而从明天起，全国检察机关将举行“保护少年的你·新时代检察宣传周”活动，包括举行贯彻落实未成年人保护“两法”一周年座谈会，召开全国检察机关未成年人检察业务统一集中办理工作推进会，向社会发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》，《未成年人保护法律全书》正式出版宣推活动，“法治进校园”精品网课展示活动，发布《未成年人犯罪记录封存实施办法》，发布侵害未成年人案件强制报告追责典型案例等。地方各级检察机关也将同步组织相关新闻发布会、检察开放日以及送法进校园等未成年人检察宣传活动。

当庭为失职父母“补课”——北京西城法院制作家庭教育指导视频课，协助离婚夫妻做好子女教育

2022-05-26 京法网事

<https://mp.weixin.qq.com/s/KjFGzsPNxReIYYgi3UL3bA>

“我非常想念爸爸妈妈，希望爸爸妈妈不要放弃我。”10岁的小丽在电话中哭着跟北京西城法院少年家事审判庭法官杨桂林说。2022年5月25日上午，西城法院就小丽、小明（小丽的弟弟）父母离婚纠纷案通过“云法庭”审理并当庭宣判，庭上杨桂林法官对孩子的父母进行了家庭教育指导。

“如何在审理案件的同时，引导父母给予子女良好的家庭教育？”这是资深家事法官杨桂林一直思考的问题。2022年1月1日实施的《中华人民共和国家庭教育促进法》明确规定人民法院在审理离婚案件时，应当对有未成年子女的夫妻双方提供家庭教育指导。这也就使得家庭教育指导成为了涉及子女抚养离婚案件的常态化事项。”

其实，早在《中华人民共和国家庭教育促进法》实施前，杨桂林法官就家庭教育缺失的家长，或进行口头指导，或通过文字在判决书中指明，《家庭教育促进法》施行后，如何以创新的方式最大程度发挥立法成效，杨桂林法官向民二庭负责人张达提出了自己的困惑。少年法庭工作领导小组经商讨，决定与心理学专家联动制作《同心守护共育未来》家庭教育指导视频课程，在庭审中当庭播放给离婚夫妻。

父母长期在京务工，姐姐小丽自幼随爷爷奶奶在农村老家长大，5岁的弟弟小明跟随母亲在京生活。法庭上，父母就两个孩子的抚养权争执推托，父亲表示愿意抚养两个孩子，但其在外务工赡养年迈父母负担也很重。母亲表示儿子一直跟随自己生活，夫妻感情不好之后就再也没有回老家看望过小丽了。

法庭上播放了《同心守护共育未来》视频课程。“我是法官，我也是一位家长，我想提醒离婚的父母不能只考虑自己的难处，更要坚持儿童利益最大化原则协商出对孩子健康成长最有利的抚养方案，关注子女的身心健康，特别是心理健康，意识到自己的不当行为给孩子的成长将会带来怎样的伤害。”杨桂林法官在视频中说。“离婚后的父母要学会放下成人之间的恩怨，关注和帮助孩子学会表达和释放父母离婚带来的情绪方面的压力。”北京师范大学心理学部副教授徐洁在视频中对离婚夫妻进行指导。视频播放结束，孩子的父母陷入沉思，表示意识到了自己给孩子造成的伤害，无论子女抚养权如何归属，都将尽家长责任关心教育两名子女。

随后杨桂林法官当庭宣判，根据子女年龄及现在学习生活状况考虑，判决由女方抚养双方之子，男方抚养双方之女。杨桂林法官特别指出：希望双方能担负起抚养、教育子女的责任，尽量多陪伴子女，不在子女身边时通过微信、电话、书信等多种方式多联系、多关心子女生活、学习和成长。

宣判后，获得小丽抚养权的父亲表示将多回老家看望女儿，待有能力时将女儿接到身边照顾。获得小明抚养权的母亲也表示暑假会带着儿子一起回老家看望女儿，让女儿感受母爱。

2022年1月1日，《中华人民共和国家庭教育促进法》施行，首次以专门立法的形式确定了家庭的教育义务。该法第十四条规定：父母或者其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。第三十四条规定：人民法院在审理离婚案件时，应当对有未成年子女的夫妻双方提供家庭教育指导。

西城法院联动专业人员和机构，制作家庭教育指导视频，向离婚夫妻发放，旨在推动监护人切实承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，将有助于为未成年人健康成长营造良好的家庭环境，维护未成年人合法权益。

“教育子女是一个复杂且漫长的过程，法庭教育之后，希望每一位家长切实担负起为人父母的法定职责，用耐心、爱心和恒心培养教育子女”，杨桂林法官说。

权威“答疑”、谋篇布局！全国检察机关未成年人检察业务统一集中办理工作推进会解读来了

2022-05-27 最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/poJIom3yhyI_u0FL1SnTKg

将最有利于未成年人原则
贯穿监督办案全过程
——全国检察机关未成年人检察业务统一集中办理工作推进会解读

五月的京城，万木葱茏，犹如朝阳下奔跑中的少年，一派朝气蓬勃。

“检察机关作为国家法律监督机关和司法机关，依法履职保护、促进未成年人健康成长，是义不容辞的重要政治责任、法治责任、检察责任。”5月26日，全国检察机关“保护少年的你·新时代检察宣传周”正式启动，全国检察机关未成年人检察业务统一集中办理工作推进会以电视电话会议形式召开。最高人民检察院党组副书记、常务副检察长童建明出席会议并讲话。

如何统筹行使未成年人刑事检察、民事检察、行政检察、和公益诉讼检察职能，全方位保护未成年人合法权益？如何通过检察履职促推家庭、学校、社会、网络、政府、司法“六大保护”有机融合，实现“1+5>6=实”？会议进行了权威“答疑”，进一步明确了深化未成年人检察业务统一集中办理工作思路，细化了相关措施，为全方位保障未成年人合法权益进行谋篇布局。

提高认识：

统一集中办理工作优势日益彰显

青少年是祖国的未来，民族的希望。习近平总书记多次强调，当代中国少年儿童是实现第二个百年奋斗目标、建设社会主义现代化强国的生力军。

新时代新发展阶段，人民群众对未成年人司法保护的期待已经从“有没有”到“好不好”向“更加好”转变。会议分析指出，当前，未成年人保护总体形势不容乐观，涉及未成年人的刑事案件持续高发，侵害未成年人民事、行政等合法权益问题多发，加强未成年人综合保护已成为人民群众对执法司法关注的重点领域之一。

“未成年人案件往往涉及多个法律关系，迫切需要加强综合保护、系统保护。”

“未检业务统一集中办理打破了传统未检工作在职能、范围、运行上的思维定式和固有流程，通过更加契合未成年人案件特点的多维度、集成式、系统性履职方式，能够将最有利于未成年人原则贯穿监督办案全过程、各方面。”

“推行未检业务统一集中办理，可以综合考量涉未成年人刑事、民事、行政等各方面因素，跟进开展主动监督、同步监督、全过程监督，以司法保护协同家庭、学校、社会、网络、政府保护齐抓共管，促进系统治理、源头治理，从根本上改善未成年人健康成长环境。”

会议进一步剖析了未检业务统一集中办理的必要性、紧迫性及制度优势，强调各级检察机关要心怀“国之大者”，深刻认识这项工作的重要意义，切实增强深化落实的责任感和使命感。

未检业务统一集中办理工作自2018年启动试点,2021年在全国检察机关全面推开。各地检察院高度重视,积极行动,结合自身实际,细化落实举措,未检业务统一集中办理工作取得明显成效。

未成年人刑事执行检察业务全面开展,2021年检察机关开展涉罪未成年人羁押必要性审查数是2020年的4.8倍,纠正混管混押人数是2020年的5.8倍;未成年人民事检察、行政检察业务深入推进,2021年检察机关支持起诉、提出建议撤销监护人资格数分别同比上升49.2%、45.5%,促进行政争议实质性化解25件;未成年人公益诉讼检察业务积极稳妥推开,2021年办案数量是2020年的4.2倍……会议特别指出,未检业务统一集中办理各项工作呈现有序、创新、融合发展的良好态势,统一集中办理工作的优势日益彰显,未成年人“四大检察”格局初步形成。

强化办案:

推动“四大检察”有机“融合”

“开展未检业务统一集中办理,就是要做到统筹履职,也就是未成年人‘四大检察’职能统一由未检部门或办案组织履行。”会议特别指出,各级检察院要抓住办案这个关键,准确把握涉未成年人案件的特殊规律,切实加大未成年人“四大检察”办案力度,提升未成年人检察综合保护实效。

在做优未成年人刑事检察方面,会议强调,要依法妥善做好捕、诉工作,以未成年人案件刑事政策把握、法律适用、诉讼程序落实、权益保障等为重点,加强刑事诉讼和执行监督,做到监督、帮教、维权有机融合。

记者了解到,作为首批试点院,上海市检察院指导该市未检部门建立未成年人刑事执行监督三个“全覆盖”工作机制,即实现未成年人羁押必要性审查全覆盖,最大限度“少捕慎诉慎押”;实现看守所交叉巡回检察全覆盖,推动解决“混押混管混教”问题;实现未成年社区矫正对象动态管理全覆盖,将审前帮教与判后矫正无缝衔接,更好践行教育感化挽救方针。

民法典、未成年人保护法等法律法规为推进未成年人民事检察工作提供了广阔空间。对此,会议要求,检察机关要以督促监护人履职为重点,围绕涉及未成年人监护、代理、抚养、收养、继承、教育等领域积极探索,大胆开拓和推进。

数据显示,2021年1月至2022年3月,检察机关对于符合撤销监护人资格条件的,支持个人或单位起诉520件,提出检察建议334件,撤销监护人资格428件。

针对撤销监护权相关问题,会议明确提出,要依法规范适用撤销监护权制度,在办理相关案件要注意把握谦抑性,遵循最有利于未成年人原则,把撤销监护人资格作为“迫不得已”的方式和手段,力促未成年人在原生家庭健康成长。

“对于遗弃、虐待等依法可以撤销监护人资格,但综合案发原因、被监护人意愿、监护人认罪悔罪态度和监护能力条件等情况,可以探索对监护人设置一定期限的观察期,通过开展帮扶救助、心理辅导、家庭教育指导等工作,促进监护人依法、正确履行监护职责。”会议指出。

“要善于发现案源”“要加强涉未成年人公益保护新领域案件办理工作”“要提高办案质效”……围绕未检做好公益诉讼工作,会议特别指出,办理未成年人公益诉讼案件,从一开始就要把办案质量摆到重要位置,避免“一案多办”“类案群发”等滥发诉前检察建议问题,提高检察建议的规范性、说理性和操作性,确保监督实效。

据了解,2021年至2022年3月,未检部门办理新领域新类型公益诉讼案件5903件,涉及向未成年人销售烟酒、网络信息传播、文身治理、未成年人活动场所和设施安全、个人信息保护、校园周边安全以及点播影院、密室剧本杀、电竞酒店等新兴业态治理等,取得了良好的办案效果。

“未检业务统一集中办理,不是‘四大检察’简单叠加的‘物理组合’,而是实现‘化学反应’式的有机‘融合’。”会议强调,各级检察院要强化系统审查意识,办理涉未成年人刑事案件过程中,一并审查未成年人民事、行政权益及公共利益是否遭受损害,对同步开展监督的必要性进行审查评估。同样,办理涉未成年人民事、行政、公益诉讼案件时,也要同步考虑是否涉及刑事犯罪问题,查找是否有其他案件线索。对发现的涉及多项检察业务交叉的案件,要由一名检察官或一个办案组统一办理,综合运用调查、审查等监督手段,统筹同步运用刑事、民事、行政、公益诉讼等监督方式,以达到全面综合保护的效果。

能动履职:

助力实现“1+5>6=实”

未成年人家庭、学校、社会、网络、政府保护都与检察履职密切相关,最高检党组多次强调要秉持双赢多赢共赢理念,通过检察履职促推落地落实,努力实现“1+5>6=实”。

会议强调,各级检察机关要以检察司法办案为依托,找准检察司法保护与其他五大保护的结合点,通过履行司法保护职责和法律监督职能,协同各方发挥作用。积极争取党委政府及未保委重视支持,密切与其他政法机关、政府相关部门、群团组织的沟通协作,建立请示报告、业务研讨、工作会商、信息通报等工作机制,共同推动解决影响未成年人综合司法保护的突出问题。

记者采访了解到,在开展未检业务统一集中办理工作过程中,江苏省检察机关通过会签文件、联合督导、工作会商等方式,推动实现司法保护与其他“五大保护”在供需两端的平衡协调,有效驱动未成年人保护整体提质增效。在家庭教育指导方面,江苏省检察院会同该省妇联部门深入基层开展调研指导,了解工作实践中遇到的困难问题,并在修订《涉案未成年人家庭教育指导规定》过程中予以解决。

新修订的未成年人保护法施行后,福建省检察机关积极推动“督促监护令”机制列入省未保委年度工作重点,同时充分发挥未成年人保护相关职能部门已有长期合作基础的优势,依托联席会议机制,打破信息壁垒、整合各方资源、畅通部门间程序衔接,深化推广“督促监护令”工作机制,推动形成工作合力。

“办理个案只是治标,促进解决背后的社会问题才是治本之策。”会议强调,各级检察院要加强总结分析,通过办案发现未成年人案件背后暴露出来的社会问题,“办理一案、治理一片”,推进未成年人保护源头治理、系统治理、综合治理。

在办理儿童游泳馆溺亡案时,办案检察官敏锐发现游泳经营场所存在重大安全隐患,对此,重庆市检察院组织全市检察机关对144个游泳场馆进行专项调查,发现150多个问题,指导重庆市检察院第一分院向主管部门发出检察建议,督促其排查游泳场所165家。经排查,70家游泳场所被责令整改,4家被停业整顿。上海市检察机关针对点播影院监管制度不健全、未成年人保护措施缺失、性侵害案件时有发生等问题,上下联动,接续监督,推动在全市层面开展了相关规范整治。

“加强未检业务统一集中办理工作,事关未成年人综合司法保护成效,事关广大未成年人安全、健康成长。我们要更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围,深入学习贯彻习近平法治思想,依法能动履职,以深化未成年人检察业务统一集中办理为抓手,不断推动未成年人检察工作高质量发展,以实际行动迎接党的二十大胜利召开!”会议吹起新时期未成年人综合保护新号角。

东莞第一法院发出家庭教育指导令，敦促离异夫妻“依法带娃”

2022-05-27 东莞市中级人民法院 <https://mp.weixin.qq.com/s/vxZOIBUfLvVTSSqZL-DImA>

“对这件事的处理，的确是我太过激进，我应该考虑小孩的身心健康。”训诫过程中，孩子的父亲张先生（化名）自责地说道。正值“全国家庭教育宣传周”及六一国际儿童节来临之际，东莞市第一人民法院（下称“东莞第一法院”）就一宗变更抚养关系纠纷案件向双方当事人发出家庭教育指导令，就婚生女的抚养、监护和探视等问题，对父母双方进行了教育指导。

基本案情

张先生与陈女士（化名）原是一对夫妻，因感情破裂，由陈女士起诉至法院。2021年3月，法院判决准予双方离婚，并判决女儿小恩（化名）由陈女士抚养。此后，双方多次就女儿探望问题发生激烈矛盾，张先生为此诉至法院，请求变更女儿由其抚养。

家事解纷团队钟柳云法官在处理该案时，强烈觉察到双方尖锐的矛盾已对女儿的身心健康造成一定损害，严重影响了女儿的思想、情绪和价值观念。

“双方当事人积怨已深，关系恶劣，甚至在女儿小恩准备中考的关键时刻，双方仍就女儿探望及变更抚养权问题争执不休，极大影响女儿的备考状态，严重损害了未成年人的身心健康及合法权益。”钟柳云说道。

发出首份《家庭教育指导令》

5月19日，东莞第一法院家事解纷团队向双方当事人发出《家庭教育指导令》，责令其接受法院的家庭教育指导。在家庭教育指导中，法官向双方送达了《责令履行监护责任告诫书》，对双方进行了谈话，强调了离异夫妻的关系对小孩成长和学习的的重要性，引导双方反省和纠正在子女教育中存在的的行为，提出了切实可行的教育方法和建议，并告知双方怠于履行家庭教育责任的法律后果。同时责令二人应妥善处理纠纷，不得在未成年子女面前攻击对方，特别是在女儿备战中考期间，相互配合履行家庭教育责任。双方当事人表示会进行自我反省，并对法院的做法表示了肯定和感谢。

据了解，本案例是《中华人民共和国家庭教育促进法》实施以来，东莞第一法院发出的首份《家庭教育指导令》。

家事解纷团队负责人杨小可表示：“我们将以贯彻落实《家庭教育促进法》为契机，将家庭教育指导工作纳入涉及未成年子女抚养教育的家事案件审理中，依法纠正监护人怠于或不正确履行家庭教育责任的行为，引导家长采用正确的教育理念和方式教育未成年人养成良好思想、品行和习惯，为未成年人的健康成长营造安定和谐的法治环境和家庭氛围，敦促父母双方实现‘依法带娃’。”

【新闻发布会】陕西：发布未成年人检察工作白皮书

2022-05-29 最高人民检察院 <https://mp.weixin.qq.com/s/4EfX-V-gXPVgSzAN9kJqZA>

在“六一”国际儿童节即将到来之际，5月29日，陕西省检察院召开“携手落实‘两法’ 共护祖国未来”主题新闻发布会，首次向社会公开发布《陕西省未成年人检察工作白皮书（2019-2021）》，并发布4件未成年人保护检察公益诉讼典型案例。

《陕西省未成年人检察工作白皮书（2019-2021）》全面梳理总结了2019年到2021年陕西检察机关未成年人检察工作情况。从涉未成年人刑事案件情况，依法惩戒和精准帮教涉罪未成年人等七个方面，全面展示了陕西检察机关三年来依法能动履行刑事、民事、行政、公益诉讼“四大检察”职能，认真贯彻“两法”要求，护航未成年人健康成长的工作成效。

2019年到2021年，陕西检察机关“零容忍”惩治侵害未成年人犯罪，共批准逮捕侵害未成年人犯罪2934人，起诉3749人；对涉嫌严重犯罪、社会危害性大的未成年人依法惩戒，共批捕1999人，起诉2287人；对主观恶性不大、犯罪情节轻微的未成年人，坚持“少捕慎诉慎押”，减少涉罪未成年人标签化、交叉感染等问题，不捕率、不诉率、附条件不起诉率分别为35.2%、20.7%和20.6%，实现对涉罪未成年人的依法惩戒和精准帮教。会同公安机关、妇联等部门，建成集询问、生物样本提取、身体检查、心理疏导于一体的“一站式”办案场所43个。陕西检察机关结合办案，商请法律援助机构为被害人提供法律援助319人次，心理干预2000余人次，为537名未成年人申请国家司法救助金600余万元。

陕西检察机关积极推进未成年人刑事、民事、行政、公益诉讼检察业务统一集中办理，深化检察一体化履职，加强未成年人综合司法保护。在从严惩治侵害未成年人犯罪的同时，强化与公安机关沟通衔接，及时监督纠正有案不立、有罪不究、以罚代刑等问题。对231名涉罪未成年人开展羁押必要性审查，督促释放或变更强制措施41人。纠正混管混押133人。加强对未成年人遭受监护侵害与监护缺失等问题的监督，共制发检察建议书15份，支持起诉18件。积极推进未成年人公益诉讼检察业务，聚焦涉未成年人校园周边安全、食品药品安全领域，制发诉前检察建议书99份，提起公益诉讼4件。

三年来，陕西检察机关立足本职，积极融入社会治理，加强与教育、妇联、民政、团委等相关部门沟通联系，推动构建未成年人保护大格局。以开展监护监督为基础促进家庭保护，2021年共发出“督促监护令”226份；以检察官担任法治副校长工作为牵引促进学校保护，全省1625名检察官担任法治副校长，为130余万师生、家长开展巡讲19007场次；以深化专项治理为抓手促进社会保护，共制发社会治理检察建议书314份；以形成合力为目标促进“六大保护”相互融通，在“一号检察建议”专项督导活动中，各级督导组深入3294所学校明查暗访，围绕未成年人受教育权、人身权和校园及周边安全等25个方面，查访学校周边经营场所3061个，发现问题1554个，督促整改829个。

陕西检察机关不断推进专门化建设，探索建立“独立机构+专门办案组+专门人员”的专业化办案组织体系，目前全省检察机关设立独立未检机构9个，349名检察干警从事未检工作。加强规范化建设，全省三级检察院出台规范性文件334个，确立“捕、诉、监、防、教”一体化办案模式。构建未检工作社会支持体系，陕西省检察院联合团省委、省儿童心理学会、武汉大学社会学院共同开展深化未成年人检察社会支持体系建设专项活动。由全国人大代表宋亚平女士策划出品，反映陕西未检工作的普法公益舞台剧《五月向阳六月花》在全省公演。打造优秀团队品牌，培养选树富平县检察院“柿柿红”、商洛市检察院“商山细雨”等一批有较大社会影响的未检工作品牌。全省137个未检工作集体和个人获省级以上表彰，1个集体获评全国未成年人检察优秀办案团队。

12岁女孩被侵害背后……这份家庭教育督促令的苦心你可明白？

2022-05-29 法治日报

<https://mp.weixin.qq.com/s/07f3V7ThR5EoQU8WKYpM7g>

“监护人要加强学习家庭教育的专门知识，掌握科学的家庭教育方法，提升与孩子沟通交流的能力……”日前，珠海市中级人民法院在审结一起涉及未成年人被性侵的刑事案件时，主审法官侯静晶向被害人监护人发出《家庭教育督促令》，明确要求家长切实履行起家庭教育的主体责任，保障孩子接受义务教育的权利，加强家庭教育知识学习。

本案的被害人丽丽（化名）与被告人小邝（化名）认识后不久，小邝将丽丽带回家中，同睡一张床。不久后又带回家两次，后两次发生了性关系。当时丽丽年仅12周岁，小邝也刚满18岁。

《法治日报》记者了解到，被告人小邝因犯盗窃罪、强奸罪被公诉机关提起公诉。珠海中院经二审审理后判决，小邝犯盗窃罪、强奸罪，决定执行有期徒刑并处罚金人民币一千元。

侯法官在二审开庭前约谈了丽丽父母。丽丽母亲哭诉孩子是受了坏人的胁迫：“我家丽丽平常很乖，都呆在家里，外出会向我报告。回老家上学一年，因语言不通难以适应，初二上学期休学返回珠海。虽然没有上学，但是我也从网上找了些试听的免费网课给她……”丽丽母亲滔滔不绝讲了三个小时，而讷言的丽丽父亲根本就插不上话。

丽丽在公安机关询问笔录中陈述也是被强迫才与小邝发生性关系的。

但是本案的证据反映，涉案期间被告人小邝和被害人丽丽的QQ聊天记录显示二人关系亲密，谈论关于两性话题时，语言非常直接，事后丽丽也多次主动发亲昵信息联系小邝。

刑法规定，与未满十四周岁的幼女发生性关系，无论双方是否自愿，都以强奸罪论处并从重处罚。本案即便丽丽是自愿的，也不影响对小邝的刑事责任追究。但是丽丽及其父母的言词与证据反映的情况差异较大，引起了侯法官的关注。证据显示，案发期间丽丽没有上学，通过社交软件交友聊天频繁涉及两性内容，还有夜不归宿的情况。法官觉察丽丽的父母可能并不真正了解孩子的实际状况，甚至沉浸于他们所看到的“假象”，不愿意去面对丽丽在青春期的心理需求。

“及时发现问题、矫正问题，助力未成年人健康成长才是未成年人司法保护制度设立的初衷。”侯法官意识到，目前对丽丽的司法救助，已经不仅仅是对其遭受性侵后的心理进行干预的问题，还要帮助丽丽树立正确的人生观和价值观。然而解决这个问题的关键在于其家庭教育。

因此，侯法官与丽丽父母谈话后，严肃指出了丽丽父母在家庭教育中存在的问题，让二人正确认识丽丽的现状，尊重并理解孩子的想法，正确引导孩子健康快乐成长。

在判决后，珠海中院向丽丽的父母发出了家庭教育督促令，要求丽丽父母切实履行起家庭教育的主体责任，首先保障丽丽接受义务教育的权利；其次关注丽丽的思想和行为状态，加强亲子陪伴，了解其心理需求，必要时借助专业力量进行心理疏导，引导其树立正确的世界观、人生观、价值观；最后还要学习家庭教育的专门知识，掌握科学的家庭教育方法，提升与丽丽沟通、交流的能力。

“针对丽丽的情况，我们还将持续进行跟踪，加强监督，帮助其父母提升家庭教育水平。”侯法官说。

7岁男孩父亲去世，母亲连饭都煮不熟……村委会把他母亲给告了

2022-04-20 刘亚 等 方圆

https://mp.weixin.qq.com/s/xpC_CP8JLYt2V_HHmvGErQ

3月22日，江西省鹰潭市余江区福利院门口，一身蓝色衣服衬得男孩格外清秀可爱。男孩拽了拽衣角，犹豫片刻，终于和身边的工作人员一块踏进了福利院大门。

男孩名叫小海，今年7岁，尽管还认不全“福利院”几个字，但他知道，从这天开始，这里就成为了他的新家。

在大家交谈的空隙，小海已经和福利院的孩子们玩起了丢手绢的游戏。尽管天气有些阴冷，但大家心里仍然泛起暖意——仅仅两小时前，经鹰潭市余江区检察院支持起诉，余江区法院作出判决，将小海的监

护人变更为余江区社会福利院。这意味着，小海终于结束两年居无定所、无依无靠的境况，迎来有家住、有学上、有人关爱的新生活。

1

7岁男孩成了无依无靠的“小草”

小海出生于鹰潭市余江区的一个镇上，父亲因病于2020年去世，母亲患有小儿麻痹症，在丈夫去世后患上精神疾病，生活不能自理；小海的祖父母和外祖父母或死亡或失联或身患疾病，所以一直由其四位姑祖母轮流照顾，但其姑祖母均年过六旬，家庭负担重，没有能力抚养小海。

虽然村委会偶尔可以照顾，但工作人员也只能负责小海的温饱，7岁孩子该是上小学的年纪，小海就读的村校只教到一年级，往后的学习该怎么办呢？无奈，村委会一纸诉状，将小海母亲告上法庭，要求其履行监护义务。

“小海母亲艾云虽然生活不能完全自理，但无法证明其不具备监护能力，法院既不能依村委会的申请判决艾云履行抚养义务，也不能依法撤销艾云的监护资格。”审理该案的余江区法院法官丁晒样表示，面对这样的情况，法院也犯难。

“根据法律规定，国家、集体、社会公共利益及弱势群体的民事权利遭受侵害，有诉权的当事人因诉讼能力欠缺等原因未提起诉讼的，检察机关可支持受侵害的单位、集体或个人向人民法院提起民事诉讼。”余江区检察院副检察长张强新说道

得知情况的当天，张强新立即联合当地民政等相关部门前往小海及其母亲所在村委会调查，找到小海的外祖父母、姑祖母们当面问询、核实，情况基本属实。

“在村委会，我们第一次见到了小海，特别可爱，特别乖。”想起初次见小海的样子，余江区检察院检察官陈笑告诉《方圆》记者，“我们走访了艾云家，因为患有小儿麻痹和精神疾病，艾云连饭都煮不熟，生活起居都由年迈的母亲照料，没精力再管一个正处活泼好动年龄的孩子了。”

2

检察机关支持起诉变更监护权

“检察机关必须对艾云行为能力进行司法鉴定，明确艾云是否具备监护权。”陈笑说。为此，余江区检察院牵头区法院、民政局、残联、妇联及当地乡镇通力合作，协调专业鉴定机构首先对艾云行为能力进行鉴定，认定艾云为精神三级残疾，无法履行监护职责。

艾云虽确定没有监护能力，小海监护缺位及监护空白是事实，怎么破解小海“居无定所”的困境呢？

随后，检察官联合相关部门，实地入户走访、深入村委会，聘请专业社工对小海心理健康状况做专业评估、询问小海的意愿，并就小海的外祖父母、姑祖母们的经济条件、收入来源、精神状况、抚养意愿、抚养能力等情况进行调查。检察院查明了小海的祖父母及姑祖母均无抚养能力，村委会不具备长期监护的条件。

“小海，我们把你送到一个有很多人照顾你的地方，那里也有很多小朋友和你玩，可以吗？”陈笑询问小海的意见，小海说愿意。

因此，余江区检察院从对未成年人特殊、优先保护原则和未成年人最大利益原则出发，建议小海所在村委会以艾云不具备监护能力为由向法院撤回诉艾云抚养权纠纷案，并口头建议余江区社会福利院向法院起诉申请：

1. 撤销艾云作为小海监护人的资格；
2. 指定余江区社会福利院为小海的监护人。

2.

3月16日,小海所在村委会撤回起诉艾云抚养权纠纷案。3月17日,余江区社会福利院向余江区法院提出撤销艾云监护人资格,指定余江区社会福利院为小海的监护人,余江区法院当日立案受理。同日,余江区社会福利院向检察机关申请对小海变更监护权案支持起诉。

余江区检察院检察官走访小海家(图片来源:受访者供图)

3

检察+N: 照亮儿童成长之路

为一揽子解决小海及其母亲艾云的困境,3月18日,余江区检察院组织区民政局、妇联、残联、未成年人救助中心、教育、乡政府等部门召开公开听证会,围绕检察机关是否对小海变更监护权支持起诉、如何对小海母子进行全方位的救助等方面深入探讨。

与会人员一致同意检察机关支持起诉,破解小海监护权缺位问题,凝聚合力,相关部门通过为艾云办理残疾证、纳入低保、协助入院治疗及为小海解决上学等方式,全方位的对母子二人进行救助。当日,余江区检察院向法院送达支持起诉书。

3月22日,余江区法院作出判决,撤销小海母亲的监护权,重新指定余江区社会福利院作为其监护人,小海于当日被送至鹰潭市余江区社会福利院生活,该福利院安排专业社工照顾小海,且已协调教育部门让小海就近上学。小海的新学校距离福利院只有100多米距离。

此时,距离余江区检察院了解并介入此事只有8天时间,但正因为这8天的努力与坚持,小海2年“居无定所”的困境破解了。

“你们让小海以后的生活有了着落,我们心里的大石头也落地了!”庭审后,小海4个年过六旬的姑祖母们围着检察官、法官含泪道谢。

案件办结,帮扶没有停止。余江区检察院联合区法院,召集区民政局、妇联、关工委、残联、救助站、福利院和当地乡镇政府、村委会等单位参加座谈会,就小海身心健康和未来发展进行会谈,成立救助专班。

余江区检察院联合多部门就小海身心健康和未来发展进行会谈(图片来源:受访者供图)

“我们已经帮助小海母亲办理了残疾证,下一步将用足用活用好各项帮扶政策,帮助这个家庭走出困境。”参会部门负责同志纷纷表示。

检察官表示,他们将根据小海家庭实际情况,对其家庭开展司法救助,成立“检爱”工作室,为小海制定长期关爱帮扶方案,由专人负责,对小海的学习、生活、心理等情况进行动态监测,定期回访,随时提供帮助。

在余江区检察院检察长梁波看来,小海这样的困境儿童并不是孤例,不满18周岁,因自身和家庭原因而陷入生存、发展和安全困境,需要政府和社会予以关心帮助的儿童都称为困境儿童。这起案件只是检察机关帮扶救助困境儿童的一个缩影。

接下来,该院将会同区民政部门对全区困境儿童基本情况梳理排查,重点走访特殊困境儿童,对符合条件的未成年人提供司法支持。这也是检察机关以责无旁贷的心态、舍我其谁的担当,积极能动履职,以“我管”促“都管”的写照。(文中涉案人员均为化名)

本文为《方圆》杂志原创稿件，转载时请在醒目位置标明作者，并注明来源：方圆（ID:fangyuanmagazine）。

北互法院发布未成年人网络司法保护情况

2022-05-30 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/30/content_217385.htm?div=-1

本报讯（记者 赵岩 通讯员 高雅）为加强新时代未成年人网络空间权益保护，5月26日，北京互联网法院召开“首互未来”新闻发布会，对外发布涉未成年人网络司法保护情况及典型案例。

2018年9月成立至今，该院共受理涉未成年人网络纠纷76件，集中在游戏充值、直播打赏、网络购物、人格权侵权等纠纷领域，涉案金额最高达61万元。北京互联网法院副院长姜颖指出，案件反映出未成年人用网行为受监管不足，容易受到不良信息侵害，易引发网络沉迷、冲动消费、网络侵权等行为，未成年人网络空间合法权益保障仍需加强。

“北京互联网法院始终高度重视未成年人保护工作，成立“首互未来”工作站，把未成年人保护工作放在首要位置、坚持首善标准、突出首都特色，运用互联网思维、多方互助支持，以法治之光守护成长之路。”姜颖介绍，该院搭建了首个线上家庭教育平台，发出首份线上家庭教育指导令，帮助和督促监护人提升网络素养。

“线上家庭教育平台包括健康上网、网络法治、家庭教育三个板块，集合来自司法机关、高校等研究机构、有关社会组织、行业协会等不同领域提供的专业课程及主要互联网平台的‘青少年模式’使用指南，切实为家庭安全用网提供智力支持。”据少年法庭庭长孙铭溪介绍，该院还建立起家庭教育指导反馈机制，通过与接受家庭教育指导义务人进行谈话、发放问卷等方式，及时跟进了解学习情况，督促他们正确履行家庭教育责任。

自诉转公诉，为被虐待女童撑腰！

2022-05-30 最高人民检察院

<https://mp.weixin.qq.com/s/c-9aufMULEpuxVFkv8GmaA>

主动履职，保护“少年的你”

保护未成年人就是保护未来和希望。当前，全国检察机关“保护少年的你·新时代检察宣传周”活动正在进行中。今天特推出一组检察机关立足检察职能，通过制发督促监护令、推动侵害未成年人案件强制报告制度落实、规范未成年人犯罪记录封存等方式，以高质量检察履职强化未成年人全面综合司法保护的典型案例。

强制报告环节

不能成为儿童保护的短板

淮安市淮安区检察院联手多部门

推进强制报告制度落地生根

5岁的小雪（化名）到隔壁邻居家玩耍时，被邻居李某性侵。家人发现后，立即送小雪到医院检查，但接诊医生却未履行侵害未成年人案件强制报告义务。今年2月，经江苏省淮安市淮安区检察院提起公诉，法院以强奸罪判处被告人李某有期徒刑十年六个月。李某不服，提出上诉。法院日前驳回其上诉，维持原判。接诊医生也被有关部门依法追责。

五岁女童被邻居侵害

小雪的父母常年在外打工。放暑假后，小雪随爷爷奶奶回老家生活。2021年8月27日，小雪独自来到隔壁邻居李某家玩耍。玩耍过后，小雪去李某家屋后的厕所小便，正在种菜的李某见状，立即尾随小雪来到厕所，随后以“玩游戏”为借口，对小雪实施侵害。

从厕所出来后，小雪爷爷刚好接其回家。爷爷见小雪走路时两条腿不能并拢，表情痛苦，便问其缘由，小雪遂告诉爷爷刚才发生的事。爷爷立即去质问李某，但李某矢口否认。

回到家后，小雪奶奶和一位邻居检查了小雪的身体，发现其下体红肿、充血，便立即带小雪去医院就诊。妇科医生刘某接诊后，小雪奶奶将事情经过如实相告，刘某只说孩子下体有点炎症，无大碍，回去用药物清洗即可。因为医生说没什么事，加上为孩子的声誉考虑，小雪的爷爷奶奶决定瞒下此事。当天晚上，奶奶给小雪洗了澡，并清洗了衣服。因为害怕孩子再次受到伤害，第二天两位老人便带着小雪回到父母身边。

深挖证据指控犯罪

几天后，小雪与妈妈王某聊天，说在老家的时候，隔壁爷爷跟她“玩游戏”，她当时很疼，还流血了，但很勇敢，没哭。听了小雪的话，王某赶紧问小雪奶奶怎么回事，奶奶便将事情经过告诉王某，王某愤而报警。

李某到案后，拒不承认犯罪事实。2021年9月，公安机关以涉嫌强奸罪将李某移送淮安区检察院审查逮捕。承办检察官发现，由于小雪的内衣已经被清洗，公安机关未能提取到关键证据。而作为小雪的接诊医生，刘某未及时履行强制报告义务，也是导致关键证据灭失的重要因素。

虽然未能提取到关键证据，但承办检察官认为，李某与小雪家是邻居，两家相处融洽，素无矛盾。小雪年仅5岁，但对案件事实描述清晰，表达方式与其年龄、记忆力、认知能力相适应，如果不是亲身经历，很难编造出被侵害的详细经过，据此可以排除李某被诬告陷害的可能。同时，小雪被侵害后立即将事情经过告诉爷爷，其爷爷随即质问李某，之后奶奶和另一位邻居又对小雪的身体进行了检查，医生也证实了小雪的受伤情况。案发后，小雪的爷爷奶奶因考虑孩子声誉等因素未及时报警，直至小雪母亲发现后才报警，案发经过自然可信。综上，该院认为李某对小雪实施了强奸行为，遂对李某批准逮捕。2021年11月，公安机关侦查终结后，将该案移送淮安区检察院审查起诉。日前，法院作出如上判决。

推动全区开展专项宣传

办案中，承办检察官向刘某了解情况时发现，刘某根本不知道侵害未成年人案件强制报告这项制度。为掌握医护人员对强制报告制度的知晓情况，承办检察官在有关部门的配合下，对区、镇医院开展了随机调查，发现辖区内很多医生确实不了解这项制度。

结合前期调研掌握的情况，淮安区检察院向该区卫健委制发检察建议，建议在全区医疗卫生系统大力开展强制报告制度专项宣传活动，并规范医生履行强制报告义务工作流程；同时根据相关规定，对接诊医生刘某予以相应处罚。

检察建议发出后，淮安区卫健委迅速制定了落实强制报告制度的工作细则，明确了报告流程，在全区各医院集中开展了强制报告制度宣传活动，并将妇科、儿科、急诊科等关键科室的医护人员，作为宣传教育的重点对象。

针对性侵未成年人案件持续多发的现状，2021年12月，淮安区检察院联合区妇联、区教育体育局开展了“守护花蕾，防止性侵”女童保护业务培训会，并将强制报告制度列为培训的重要内容。会后，各学校均明确了专人负责强制报告制度的宣传、落实工作，镇、村两级妇联组织向区妇联递交了宣传、落实强制报告制度承诺书和责任状。

在此基础上，淮安区检察院专门就落实强制报告制度相关问题向该区未成年人保护工作领导小组作专题汇报。随后，该领导小组召集妇联、教育、卫生、民政等相关职能部门召开联席会议，就进一步贯彻落实强制报告制度提出明确要求并列出详细工作计划。据悉，今年以来，淮安区司法机关共接到涉及侵害未成年人线索的强制报告6次，其中2起因医生履行强制报告义务，涉案嫌疑人被公安机关立案侦查，案件得以及时告破。

犯罪记录封存

帮失足少年无痕回归

“你当志愿者也要注意保护好自己哦！”5月25日，湖北省来凤县检察院检察官肖茜予得知小张（化名）主动报名成为一名抗疫志愿者后如此回复道。

2021年6月，肖茜予第一次见到焦虑不安的小张。小张的叔叔说：“我侄子现在大学毕业找工作，需要无犯罪记录证明，你们能帮忙开一个吗？”“这个证明应该由公安机关出具，你们怎么来到检察院了？”带着疑问，肖茜予和他们交谈起来。

原来，2012年，小张上高中时与同学打架，被法院判处故意伤害罪，免于刑事处罚。此后，小张认识到了自己的错误，努力读书考上了大学。如今小张大学毕业，好不容易有了工作机会，却卡在了开具无犯罪记录证明的环节。为了让孩子顺利上班，小张的叔叔带着他来到检察院。

为解决小张的问题，肖茜予迅速组织相关人员讨论。该院检察官郭炯说：“小张故意伤害案是我办的，他认罪态度很好，最后被法院免于刑事处罚。刑事诉讼法规定犯罪时不满十八周岁、被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关犯罪记录予以封存。小张这种情况应该为其出具无犯罪记录证明……”

2021年6月，来凤县检察院检察长左静来到该县公安局，双方就未成年人犯罪记录封存问题开展研讨。左静列举了全国其他地方未成年人犯罪记录封存实施的典型案例，具体分析了本案，最后双方达成共识。在检察机关的帮助下，小张终于拿到了无犯罪记录证明并交给了用人单位，开启了一段新的征程。

自诉转公诉

为被虐待女童撑腰

正在上小学二年级的小菲（化名）浑身是伤，常年遭受继母虐待，已经两周多没来上学了……班主任及时将相关情况向有关部门报告。近日，经浙江省临海市检察院提起公诉，法院认定被告人韦某犯虐待罪，判处其有期徒刑一年，缓刑二年。

“在侵害未成年人案件中，强制报告制度对于阻止犯罪侵害、惩治犯罪分子，具有非常强的现实紧迫性。班主任的报告及时有效。”临海市检察院检察官介绍，获知该线索后，检察机关第一时间提前介入，引导侦查取证，安排小菲到医院进行全面检查，并邀请相关专家对小菲的精神状况进行评估，开展心理疏导。同时，检察官联系了小菲的父亲，但其因疫情原因处于隔离期，暂时无法行使监护职责。为避免孩子再次受到伤害，检察机关与妇联、团委等部门商讨小菲的临时安置问题，决定将其交给爷爷奶奶照顾。

小菲暂时有了着落。然而，根据刑法规定，虐待罪属于自诉案件，公安机关征求小菲父亲的意见，他却为了维护家庭和睦，不愿追究韦某的刑事责任。该案要如何继续推进？

经鉴定，韦某长期、多次对小菲进行殴打，造成小菲损伤达轻伤一级，情节恶劣，其行为涉嫌犯罪。承办检察官认为，小菲因年幼无法行使告诉权利，也没有近亲属代为告诉，属于“被害人不能告诉”的情形，符合自诉转公诉的条件。因此，该院建议公安机关以韦某涉嫌虐待罪立案。今年4月29日，该院向法院提起公诉。5月5日，法院作出如上判决。

案结事未了。检察官走访调查得知，因为生活琐事，韦某与家人经常发生矛盾，她把负面情绪都发泄到小菲身上。小菲不但身体受到伤害，也存在一系列的心理问题。而小菲父亲消极履职，对女儿不闻不问，将管教责任全部交给韦某，这是纵容韦某施暴的直接原因。而韦某则认为，她打孩子是正常的家庭管教手段。

针对小菲的家庭情况，临海市检察院对小菲的父亲及继母进行了教育和训诫，指出其家庭教育存在的问题，并请专家对二人进行心理测评和辅导。经过释法明理和心理疏导后，二人认识到自己的错误，韦某还主动写下了不再殴打小菲的保证书。鉴于小菲父亲怠于行使监管、照料职责，该院向其发出督促监护令。

此外，临海市检察院还联合妇联、团委、民政、公安机关、小菲所在学校等多部门组成帮扶小组，制定有针对性的家庭教育指导方案，对小菲的监护人持续进行家庭教育指导。

强制报告环节不能成为儿童保护的短板

2022-05-30 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220530/20220530_004/content_20220530_004_2.htm#page3?operate=true

江苏省淮安市淮安区检察院检察官为孩子们讲授以自我保护为主题的法治教育课。

5岁的小雪（化名）到隔壁邻居家玩耍时，被邻居李某性侵。家人发现后，立即送小雪到医院检查，但接诊医生却未履行侵害未成年人案件强制报告义务。今年2月，经江苏省淮安市淮安区检察院提起公诉，法院以强奸罪判处被告人李某有期徒刑十年六个月。李某不服，提出上诉。法院日前驳回其上诉，维持原判。接诊医生也被有关部门依法追责。

五岁女童被邻居侵害

小雪的父母常年在外打工。放暑假后，小雪随爷爷奶奶回老家生活。2021年8月27日，小雪独自来到隔壁邻居李某家玩耍。玩耍过后，小雪去李某家屋后的厕所小便，正在种菜的李某见状，立即尾随小雪来到厕所，随后以“玩游戏”为借口，对小雪实施侵害。

从厕所出来后，小雪爷爷刚好接其回家。爷爷见小雪走路时两条腿不能并拢，表情痛苦，便问其缘由，小雪遂告诉爷爷刚才发生的事。爷爷立即去质问李某，但李某矢口否认。

回到家后，小雪奶奶和一位邻居检查了小雪的身体，发现其下体红肿、充血，便立即带小雪去医院就诊。妇科医生刘某接诊后，小雪奶奶将事情经过如实相告，刘某只说孩子下体有点炎症，无大碍，回去用药物清洗即可。因为医生说没什么事，加上为孩子的声誉考虑，小雪的爷爷奶奶决定瞒下此事。当天晚上，奶奶给小雪洗了澡，并清洗了衣服。因为害怕孩子再次受到伤害，第二天两位老人便带着小雪回到父母身边。

深挖证据指控犯罪

几天后，小雪与妈妈王某聊天，说在老家的时候，隔壁爷爷跟她“玩游戏”，她当时很疼，还流血了，但很勇敢，没哭。听了小雪的话，王某赶紧问小雪奶奶怎么回事，奶奶便将事情经过告诉王某，王某愤而报警。

李某到案后，拒不承认犯罪事实。2021年9月，公安机关以涉嫌强奸罪将李某移送淮安区检察院审查逮捕。承办检察官发现，由于小雪的内衣已经被清洗，公安机关未能提取到关键证据。而作为小雪的接诊医生，刘某未及时履行强制报告义务，也是导致关键证据灭失的重要因素。

虽然未能提取到关键证据，但承办检察官认为，李某与小雪家是邻居，两家相处融洽，素无矛盾。小雪年仅5岁，但对案件事实描述清晰，表达方式与其年龄、记忆力、认知能力相适应，如果不是亲身经历，很难编造出被侵害的详细经过，据此可以排除李某被诬告陷害的可能。同时，小雪被侵害后立即将事情经过告诉爷爷，其爷爷随即质问李某，之后奶奶和另一位邻居又对小雪的身体进行了检查，医生也证实了小雪的受伤情况。案发后，小雪的爷爷奶奶因考虑孩子声誉等因素未及时报警，直至小雪母亲发现后才报警，案发经过自然可信。综上，该院认为李某对小雪实施了强奸行为，遂对李某批准逮捕。2021年11月，公安机关侦查终结后，将该案移送淮安区检察院审查起诉。日前，法院作出如上判决。

推动全区开展专项宣传

办案中，承办检察官向刘某了解情况时发现，刘某根本不知道侵害未成年人案件强制报告这项制度。为掌握医护人员对强制报告制度的知晓情况，承办检察官在有关部门的配合下，对区、镇医院开展了随机调查，发现辖区内很多医生确实不了解这项制度。

结合前期调研掌握的情况，淮安区检察院向该区卫健委制发检察建议，建议在全区医疗卫生系统大力开展强制报告制度专项宣传活动，并规范医生履行强制报告义务工作流程；同时根据相关规定，对接诊医生刘某予以相应处罚。

检察建议发出后，淮安区卫健委迅速制定了落实强制报告制度的工作细则，明确了报告流程，在全区各医院集中开展了强制报告制度宣传活动，并将妇科、儿科、急诊科等关键科室的医护人员，作为宣传教育的重点对象。

针对性侵未成年人案件持续多发的现状，2021年12月，淮安区检察院联合区妇联、区教育体育局开展了“守护花蕾，防止性侵”女童保护业务培训会，并将强制报告制度列为培训的重要内容。会后，各学

校均明确了专人负责强制报告制度的宣传、落实工作，镇、村两级妇联组织向区妇联递交了宣传、落实强制报告制度承诺书和责任状。

在此基础上，淮安区检察院专门就落实强制报告制度相关问题向该区未成年人保护工作领导小组作专题汇报。随后，该领导小组召集妇联、教育、卫生、民政等相关职能部门召开联席会议，就进一步贯彻落实强制报告制度提出明确要求并列出详细工作计划。据悉，今年以来，淮安区司法机关共接到涉及侵害未成年人线索的强制报告6次，其中2起因医生履行强制报告义务，涉案嫌疑人被公安机关立案侦查，案件得以及时告破。

同居得子意外发现竟非亲生

2022-04-26 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-04/26/content_216195.htm?div=-1

本报讯 抚养多月的孩子在办理户籍登记时通过亲子鉴定才发现不是自己生的，支出的抚养费用能要回来吗？近日，重庆市丰都县人民法院一审审结一起代为抚养非亲生子损害赔偿纠纷案。

2019年8月何某某与谭某某经人介绍相识恋爱，次年1月双方举办婚礼仪式后以夫妻名义同居生活。同居生活期间，谭某某于2020年12月产下一子何小某，由何某某抚养并支付相关生育、抚养费用等。因何某某为何小某办理户籍登记时需亲子关系鉴定，何某某方才发现何小某并非其亲生。后经公安机关调查及相关鉴定查明，谭某某与杨某在2020年间多次自愿发生性关系，致谭某某怀孕生育何小某。2021年7月6日，何某某起诉至丰都法院，请求判决谭某某、杨某共同支付其抚养费损失、精神损害抚慰金等损失。

法院审理后认为，抚养子女本应是父母的法定义务，何某某不是何小某的生父，故在孩子出生后，何某某没有抚养的法定义务。作为何小某亲生父母的二被告本应因抚养何小某而减少的财产，现因何某某代为抚养而未实际减少，构成不当得利，应当返还。故法院判决二被告支付原告何某某抚养非亲生子何小某包含精神损害抚慰金在内的各项经济损失25575.53元。

向抢夺隐匿小孩的行为说不——秦淮法院发出责令接受家庭教育指导令

2022-04-25 秦淮法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/8wklKn4pgVr9GEhRwqHC4Q>

近日，秦淮法院在审理一起变更抚养关系纠纷案件时，发现原、被告离婚后，原告作为非直接抚养人，却未经被告同意擅自带走子女并拒绝将其送回，致使子女学前教育中断。而被告在日常教育过程中，也存在亲自陪伴不足，未能根据年龄和个性特点进行科学引导等教育欠缺情形。

了解相关情况后，秦淮法院少家庭顾荣荣法官当即依据《中华人民共和国家庭教育促进法》规定向双方下发《责令接受家庭教育指导令》，要求双方在线接受家庭教育指导。

在家庭教育指导过程中，顾法官动之以情、晓之以理，向双方释明树立良好家风，营造良好家庭环境，加强亲子沟通，亲子陪伴的法律要求和重要意义。并特别指出，根据家庭教育促进法的规定，未成年人父母分居或者离异的，应当相互配合履行家庭教育责任，除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育。无论双方存在何种分歧，擅自抢夺、隐匿小孩，阻碍对方探视、教育子女都是违法行为。

经过教育引导，双方对法院进行的家庭教育指导均表示接受，原告意识到其行为存在错误，被告称今后会改正教育方法，多从孩子角度出发，关注孩子的心理健康。

法官表示

此次在变更抚养关系纠纷案件审理过程中下发《责令接受家庭教育指导令》，对父母正确履行家庭教育职责起到了很好的效果。本案在判决时，也将双方接受家庭教育指导之后的效果作为确定未成年子女抚养权的考量依据之一，确保未成年人权益在教育方面也能得到充分保障。

父母是子女的第一任老师，承担着对未成年人实施家庭教育的主体责任。《中华人民共和国家庭教育促进法》的实施从法律层面明确了父母为未成年人全面健康成长营造良好家庭环境的责任。此次秦淮法院依据家庭教育促进法的相关规定，有效保障了该法在司法环节的落地实施。

除依法进行家庭教育指导外，本案创造性的将家庭教育指导效果与司法裁判相结合，将双方接受家庭教育指导之后的效果作为确定未成年人子女抚养权的考量依据之一，这一方面增强了诉讼中家庭教育指导的严肃性，让家庭教育促进法倡导内容获得了司法保障，另一方面也有利于落实未成年人利益最大化原则，切实保障未成年人生活、学习利益。

未来，秦淮法院将继续加强探索，进一步丰富家庭教育方式、内容，为青少年的健康成长，社会和家庭的和谐稳定提供更强的法律保障。

童模权益，谁来保护？

2022-05-31 法治日报

<http://appdzb.legaldaily.com.cn:8081/nz/101817.jhtml>

目前童模市场仍处于一个不成熟的阶段，行业乱象频出。比如，一些家长强迫童模长时间、高强度工作，一些童模培训机构虚假宣传吸引客源，以及培训师资水平参差不齐等

● 童模的出现源于童装市场销售的需求，需要警惕这其中可能存在的儿童被物化、被异化、被过度商业化的问题

● 现实中童模权益被侵害，关键点往往在于其父母或监护人的立场和行为。要杜绝童模权益被侵害，应首先根据未成年人保护法和家庭教育促进法，对童模父母或监护人给予必要的辅导和教育，使其牢固树立起保护儿童人身权益、维护儿童合法权益的意识，真正成为儿童的保护人和代理人

□ 本报记者 赵丽

☑ 本报见习记者 孙天骄

早上8点到片场，开始化妆准备，9点到12点上半场拍摄，中午休息1个小时，下午2点到5点下半场拍摄。有时因为状态不好，拍摄时间会延长1个小时甚至更长。

这是5岁童模小花的工作节奏。拍摄时，她需要保持最佳状态，在镜头前微笑，做大人们要求的动作，每拍完一套服装后自己主动换下一套服装，自己对着镜子做调整。

像小花这样的童模在现实中还有不少。近年来，我国童装市场快速发展，对童模的需求量不断扩大，童模商拍、少儿模特培训等相关机构大量涌现。公开数据显示，作为我国童装三大产业聚集地之一的浙江省织里镇，聚集了近1.3万家童装生产企业、7000余家童装电商企业，每年的童模需求量在8000人次，拍摄量约500万张。

然而,《法治日报》记者调查发现,目前童模市场仍处于一个不成熟的阶段,行业乱象频出。比如,一些家长强迫童模长时间、高强度工作,一些童模培训机构虚假宣传吸引客源,以及培训师资水平参差不齐等。

多位受访专家近日接受《法治日报》记者采访时说,应聚焦童模行业的儿童权益保障,有关部门、市场平台、儿童及其监护人等有关主体需要共同出力,避免儿童被过度商业化和娱乐化。

童模拍摄络绎不绝

警惕被物化被异化

听到小花的经历,轩仔妈妈很是心疼,她曾经也带着儿子轩仔奔赴在童模路上。那时候,5岁半的轩仔走一个秀场,最少要拍摄20套服装;电商服装拍摄更多,达20至60套。

“幼儿园时光,轩仔的出勤率勉强只有一半,很多时间都用在了外出培训以及拍摄和走秀上。”轩仔妈妈回忆道,后来考虑到儿子的学业,加上身边出现“把孩子当成摇钱树”的风言风语,她便放弃了让儿子往童模方向继续发展的想法。

可现实中,有些妈妈却真的将孩子当成了摇钱树,甚至为了拍摄效果不惜在现场对孩子动手。

2021年11月,一则在广东广州某摄影基地的拍摄视频流出。画面中,一名10岁左右的女孩在拍摄过程中微微有些疲惫,一旁的母亲手拿一根棒球棍,直接朝着女孩的肩膀探了过去,还严厉呵斥:“你再这样,以后谁还敢用你?”

更早发生的一起家长殴打童模事件,曾将童模行业推向风口浪尖。2019年4月,一名名叫妞妞的童模在拍摄现场累了,把手中的道具包放在地上,旁边的妈妈立刻一脚踹向她,揪着她摆出合适的拍照姿势。作为童模,妞妞一周工作时间是4到5天,平均每天正常拍摄的服装数是20到30套。当天,妞妞已经从白天拍摄到晚上10点,工作时间近10个小时。

一位童模拍摄基地的知情人士接受媒体采访时透露,每天来基地拍摄的童模络绎不绝,拍摄过程中发生家长或工作人员打骂童模的现象十分常见。

“童模的出现源于童装市场销售的需求,需要警惕这其中可能存在的儿童被物化、被异化、被过度商业化的问题。”中国社会科学院性别与法律研究中心副秘书长邓丽说。

培训机构多为利往

师资水平参差不齐

抱着各种目的,不少家长把孩子送去进行模特培训。来自山西的张燕(化名)曾为6岁的儿子诺诺报过一个模特培训班,现在回想起来,她直言自己是“掉坑里了”。

长高的个子、优雅的仪态、外向的性格,朋友家孩子在儿童模特培训班的收获,让张燕羡慕不已。2019年7月,张燕给放暑假的儿子诺诺报了名,“觉得模特高大帅气,如果将来能往这个方向发展也不错”。

某模特培训机构的程老师告诉张燕,因为有熟人介绍,可以免费试课一节,之后如果正式报班,可以享受最低折扣。在45分钟的试听课中,诺诺享受了机构一对一关于仪态、台步指导和T台讲解的课程内容。课后,诺诺表示“很喜欢老师,觉得很有趣”。

原本还有些犹豫价格的张燕，在程老师“原价 298 元一节课，小课包 30 节课打包每节 150 元，再加上熟人价折扣算下来是 98 元一节”的介绍后，立刻签了约。

但是，接下来的正式课和当初试课时却大不相同——一个班上六七个孩子配一名老师，大家轮流走台步指导，每个人能接受指导的时间非常有限。不满意的张燕找到程老师沟通，对方称如果想一对一辅导，每节课的价格为 500 元起。

此外，曾经承诺的走秀活动更是“变了味”。机构称参加市里的少儿模特比赛，获得三等奖以上可以代表市里去省里乃至全国参加比赛。结果，置装费、化妆费、报名费等付了不少钱，所谓比赛过程也非常潦草，获奖学员之后也没有参加省级模特大赛。

对此，轩仔妈妈也深有体会。轩仔报名一家培训机构后，参加了很多该机构举办的儿童模特比赛，取得了不少荣誉，可参加其他儿童模特大赛时却从来没得到过好成绩，深究后被告知：评审标准不一样。

对于培训机构出现的种种乱象，来自浙江的童模经纪人小凯直言不讳：一些童模培训机构抓住家长急于求成，短期培训童模后就上台演出，甚至通过服装道具来掩饰孩子自身形体姿态上的不足，以达到良好的舞台效果，目的就是为了让家长在短时间内看到成果，从而吸引客源。

做过 10 年模特，目前在北京担任形体老师的安琪介绍说，目前行业内的师资培训课程没有统一标准，一两周甚至两三天就能“刷”出一个初级的童模老师培训资格证书。

“有的老师不是模特专业出身，也没有模特行业从业经验，通过参加模特师资培训班，在短时间内学习模特基础知识、授课技巧后就上岗授课了，造成有的孩子上了模特课程后，反而身姿出现问题，甚至一些错误动作给孩子带来了身体伤害。”安琪说。

走秀乱收费倒贴钱

商拍 App 盯上报名费

家长们之所以看重模特比赛的奖项，大多是为了终极目标——更多的拍摄以及走秀，而这背后又衍生出走秀演出乱收费的问题。

轩仔妈妈告诉记者，一般童模的走秀演出分两种：一种是平时商场的演出或一些小品牌的新品发布会，这些演出会挑选一些合适的童模参加，给少量劳务报酬，对孩子而言主要在于锻炼。

另一种是儿童时装周。主办方在举办这类活动时，不仅要挑选优秀的童模，还需收取一定的活动费。活动费包括：品牌官方聘用函、品牌走秀一次、现场高清舞台照两 three 张、走秀视频等。交纳活动费之后就可以参加演出，还有机会成为该品牌的形象代言人。

业内人士介绍，活动费并没有标准，主要是由培训机构或者服装品牌方决定，高的能收到 5000 元左右一人，低的也要 1000 多元一人，大部分价格在三四千元。

“童模走秀乱收费的问题，很大程度上是因为培训机构两头收钱，一边是童装品牌方找机构需要模特走秀，另一边机构又以锻炼为名将走秀的机会卖给家长，定义为活动费，童模在付出劳动力的同时还要倒贴钱。”安琪说。

此外，记者调查发现，作为童模行业中一个重要板块的商拍、寄拍业务，已经衍生出多个相关 App 或公众号。这些 App 基本上是以“报名授课—童模建档—报名寄拍”为模式运营。以某童模 App 为例，如果要成为平台童模，必须报名童模摄影课，原价 369 元的手机摄影童装拍摄全流程课程，有时折扣后为 299 元、199 元不等。根据其页面信息，已有两万余人在学，如果购买超过 7 天或已进入课后群及资源群，不接受任何理由的退款。

不过，有购买过相关课程的家长反映：“上了课之后发现，课程中的摄影教程基本网上都能搜索到，且是用手机摄影，只适合完全零基础的摄影小白。这个课程更多像是进入该平台的一个报名费。”

致力于培养模特的心心妈妈透露，一些打着零收费名义的寄拍平台，会通过所谓的“新用户必须接海淘单”“无活跃度限制接单”等手段变相收费。而她在某童模培训机构交了 149 元报名费后，整整 3 个月没有接到一个拍摄订单，“这些机构的商单都是僧多粥少，交的报名费和收到的回报根本不成正比”。

建立完善监督机制

维护童模合法权益

在上海市法学会未成年人法研究会副秘书长田相夏看来，童模市场背后的诸多乱象说明，童模市场仍处于自生阶段、初级发展阶段或者说是一个不成熟的阶段。

邓丽认为，行业乱象频出，与一些培训机构逐利和目前规范机制缺位有关。当童模业务的各方，包括业务的开发方、使用方以及引领或主导儿童参与该业务的父母或监护人等，以高度的商业理性和典型的市场规则专注于通过童模业务逐利，而外界又缺乏足够明确的行为规范和足够有效的惩戒机制，此间身心发育尚不充分、相对于成人处于脆弱地位的儿童所享有的权益就很可能被漠视甚至牺牲。

事实上，未成年人保护法、广告法等相关法律法规都对未成年人从事商业活动作出了一些保护性规定，如禁止未满 10 周岁的未成年人作为广告代言人。

2019 年“童模妞妞被踹”事件发生后，浙江省杭州市滨江区人民检察院发布《关于规范童模活动保护未成年人合法权益的意见》，明确童模活动范围，对活动场所、内容、强度等作出详细规定，如规定不得让儿童穿戴有违公序良俗的服饰进行拍摄，不得因童模活动使儿童辍学或变相辍学等。

最高人民检察院提出，建立童模保护机制落实涉众未成年人权益检察监督具有典型意义。互联网经济的发展使儿童模特成为新兴产业，同时也暴露出儿童权益保护相关问题。为此，检察机关需要牵头推动建立童模保护机制，共同对童模行业中存在的损害未成年人权益的行为进行监督规范，给童模穿上“法律保护服”。

对于越来越多儿童模特培训机构的建立，多位业内人士向记者表示，这对行业管理方式、水平是一个极大的挑战。

“目前行业管理机构数量仍然较少，管理的范围仅覆盖少数几个城市，缺乏全行业统一的管理部门。儿童模特行业期待具有权威性、专业性的管理机构出现，这对整个行业进一步发展有至关重要的作用。”小凯说。

在田相夏看来，目前涉及童模权益保护的法律法规存在法律位阶效力不强、专门系统规制性缺乏、操作性不强、强制效力不高等问题，尚不能对这一市场中的乱象进行比较系统和直接的规制。

为更好地维护童模合法权益，田相夏建议，应首先明确法律供给和规制，出台专门性法律或指导意见，明确童模市场的正面清单管理和负面清单管理，明确童模的具体定义，规制童模的从业时间、行业种类、休息时间、受教育时间、黑名单管理等，推动市场健康发展。

他还提到，要健全和完善监督机制，有关部门需要强化童模市场的监管和引导。如建立明确的事前、事中和事后监管流程，强化行政手段的发挥，引导和规范市场主体或监护人的行为。

多位业内人士指出，家长是童模的“代言人”，参加儿童模特培训的儿童年龄尚小，对事物缺少基本的判断和作决定的能力，培训机构在招生宣传时，也是聚焦儿童背后的家长。

“现实中童模权益被侵害，关键点往往在于其父母或监护人的立场和行为。要杜绝童模权益被侵害，应首先根据未成年人保护法和家庭教育促进法，对童模父母或监护人给予必要的辅导和教育，使其牢固树立起保护儿童人身权益、维护儿童合法权益的意识，真正成为儿童的保护人和代理人。”邓丽说。

失职父母修满学分才能“持证上岗”

2022-05-31 法治日报

<http://appdzb.legaldaily.com.cn:8081/nz/101816.jhtml>

本报记者 罗莎莎

□ 本报通讯员 陈苗

“今晚由我来领学《不唠叨也能让孩子更主动》，孩子不听话就对他吼叫、打骂，不仅让亲子关系紧张，还会导致孩子产生叛逆心理……”5月11日晚上8点，由江苏省淮安市洪泽区人民检察院联合社会组织“心灵家园”共同搭建的“朗读8:00”家庭教育线上微信群准时开课。

不同以往的是，此次授课的并非家庭教育指导师，而是涉案未成年人父母，现身说法向更多家长普及“依法带娃”的重要性。

这是洪泽区检察院探索涉案未成年人家庭教育指导学时积分制的生动一幕。2021年5月以来，洪泽区检察院积极能动履职，主动将检察司法保护融入家庭保护，在办案过程中探索这一机制，让失职父母“持证上岗”。截至目前，已有11名涉案未成年人父母均适用家庭教育指导学时积分制。

制发《督促监护令》

积极性主动性不高

据介绍，失职父母通过学习“打卡”、参加家庭教育沙龙等线上与线下学习相结合的方式，完成50学时积分任务即可持证上岗。“持证上岗关键不在于‘证’，而在于‘学’，让失职父母学习可量化。”洪泽区检察院第四检察部检察官张学良向《法治日报》记者谈起推行这项制度的初衷。

2021年1月，张学良在办理一起未成年人盗窃案时发现，涉案时刚满16岁的王某从小跟年迈的奶奶长大，父母常年在外打工，对他关心较少导致亲子关系疏远。长期缺少关爱和正确引导，初中辍学的王某结识了一些社会不良青年，学会了抽烟喝酒，迷恋网络游戏，经常夜不归宿。为满足个人挥霍需求，王某伙同他人多次盗窃超市香烟。

“我们在外辛苦打工不都是为了孩子，他自己不争气，不好好学习，走上违法犯罪道路我们能有什么办法？”案发后，在与王某的父母交流时，张学良发现王某的父母存在主体意识不强、责任落实不到位、家庭教育理念和方法欠缺等问题。

在对王某情况进行了深入调查后，2021年3月，洪泽区检察院对王某作出附条件不起诉决定，并向王某的监护人制发《督促监护令》，督促其深刻剖析在孩子成长过程中存在监管缺位、缺少关爱教育的问题，要求监护人调整工作、生活重心，帮助孩子树立正确的人生观、价值观。

“感谢检察官的督促教育，我一定会给予孩子更多关心，加强监管，坚决不当‘甩手家长’。”收到督促监护令后王某母亲作出承诺。

为帮助失职父母提升监护能力，洪泽区检察院委托社会组织心灵家园对王某的父母开展家庭教育指导。张学良发现王某的父母虽然表面态度好，但仍然以工作忙为由，参与家庭教育指导学习的积极性、主动性不高。

积分量化学习效果

失职父母合格上岗

冰冻三尺非一日之寒，家庭教育是一项长期性、系统性工程，尤其是“问题家庭”不可能通过一次训诫、一次教育就从根本上解决问题。

如何让涉案未成年人家庭教育可量化，让失职父母真正合格上岗？2021年4月，来自人大、政协、教体局、团委、妇联等部门代表会聚洪泽区检察院，就如何在涉案未成年人家庭开展教育指导进行讨论。会上张学良结合司法办案，提出家庭教育指导学时积分制的设想。

经过几轮的探讨论证，2021年5月，该院联合区教体局、妇联、关工委等部门出台《关于在办理涉未成年人案件中全面开展家庭教育指导工作的实施意见》（以下简称《意见》）。

《意见》明确，检察机关在办理案件过程中应当对未成年人进行社会调查或委托司法行政部门、其他有关社会组织进行补充调查。根据社会调查和监护状况评估，对需要接受家庭教育指导的，启动强制家庭教育指导工作，并设置家庭教育指导学时积分制。

积分由检察环节必修分和社会环节选修分两部分组成。必修分将监护人责任意识、法治意识、监护能力等方面“硬指标”作为重点学习内容。选修分侧重道德习惯、人格健全、亲子关系改善等方面优化。根据监护人积分情况进行等级评定，评定为优秀档次可视情况缩短家庭教育指导期限，以及未成年人附条件不起诉的考察期限，评定为不合格档次的则反之。如果造成未成年人再次违法犯罪，或者严重违反考察规定，将撤销附条件不起诉。

2021年6月，洪泽区检察院提前介入一起8名未成年人参与的聚众斗殴犯罪案件。承办检察官张学良发现他们的监护人均存在监护不当问题，遂联合公安机关对8名未成年人的监护人集中进行训诫。

根据调查情况，该院委托“心灵家园”从未成年人家庭情况、家庭监护质量及家庭监护能力3个维度、40个具体指标对涉案未成年人家庭作出监护状况评估。根据评估结果，该院制发《督促监护令》强制监护人接受家庭教育指导，制定为期3个月专业化指导方案，采取学时积分制方式，通过“1+1”单独辅导、课堂教学、实境教学获满30分必修分。

“以前对孩子的关心就是给钱，却忽略了他的情感需求，作为母亲我很少倾听孩子真实想法，没有尽到监护职责，才使他走向违法犯罪的道路。”在一次家庭教育沙龙会上，该案涉案未成年人的家长分享学习心得时流下了悔恨的泪水。

“让失职父母‘持证上岗’，帮助父母树立终身学习的观念，提升陪伴的质量，建立和谐的亲子关系；通过学习让家长们对自己重新审视，也让他们对自己的孩子有了重新认识。”洪泽区检察院检委会专职委员王艳说。

设家庭教育指导站

学校社区跟踪效果

根据家庭教育长期性、复杂性特点，为确保涉案未成年人家庭教育指导可持续性，洪泽区检察院加强与学校、社区合作，涉案未成年人的监护人完成检察环节强制家庭教育指导后，由涉案未成年人所在学校或社区做好持续跟踪，并设置20分选修分。

2021年11月，洪泽区检察院联合教体局在该区24所中小学校挂牌成立家庭教育指导站，构建检校协作机制，同时建立信息平台共享机制，实现检校案件线索移交、失管未成年人信息等方面互通。家庭校内指导站以中小学德育老师、专业家庭教育指导师为骨干力量，通过制定合理有效的个性化家庭教育方案，为涉案未成年人父母提供家庭教育指导和帮助。

“育儿先育己，家长要做孩子的榜样，合格的父母才能更好成为孩子的引路人。”2022年5月，洪泽区检察院检察长石海伟以法治副校长身份走进洪泽区实验中学进行法治宣讲，并结合司法办案就学校存在不良现象与老师、家长进行座谈，通过检校、家校合作做好涉未成年人法治教育的溯源治理。

针对强制家庭教育指导期满的非在校生，该院坚持以“三全”社区（社区全域、父母全程、家庭全类型）为主阵地，联合妇联、关工委等单位，开展家庭教育知识进社区，加强涉案家庭教育后续指导。

为促进家庭教育成果互相转化，洪泽区检察院建立回访反馈机制，联合相关部门进行不定期回访，了解涉案家庭教育问题改善情况。建立涉案未成年人家庭指导“三卡一袋”档案，确保涉案未成年人基本情况、家庭监护状况、家庭教育评估意见、家庭教育指导内容“四个清楚”。

针对家庭教育状况仍未改变的，父母监护责任仍未落实的，启动强制措施，会同公安机关向未成年人父母或者其他监护人发出《督促监护令》，并将家庭教育评估结果作为支持撤销监护权诉讼、附条件不起诉的参考依据。

江苏省人大代表刘卉曾参加过洪泽区检察院联合相关部门举办的家庭教育指导工作座谈会，对这项工作感受很深：“‘熊孩子’背后往往有一个‘熊家长’，让失职父母‘持证上岗’，将监护状况有无改善、亲子关系是否修复等方面作为家长结业重要标准，能够推动家长和未成年人共同成长，这种做法非常好。”

二中院发出首份家庭教育指导令

2022-05-31 北京二中院金色天平

https://mp.weixin.qq.com/s/DBz70346azRMLHKKipy9_w

该案中，13岁的未成年人小王在与附近居住的幼女小李一起玩耍中，对小李实施了人身侵害。后小李父母代小李提起民事诉讼，请求判令小王及其父母赔偿医疗费、心理治疗费用、护理费、精神损失费等各

项损失。一审法院审理后判决支持了小李的部分诉讼请求。判决后，小王及其母上诉至二中院。二审中，二中院依法适用民事诉讼法新规定，由法官独任制开庭审理。就双方争议的行为性质等焦点问题向有关机关调查取证，对当事人进一步询问并结合鉴定结论等证据材料，依法查明侵权事实及损害程度，最终判决驳回上诉，维持原判。

法官说法

本案法官在二审中了解到，小王在父母离异后，受到了网络不良游戏的影响，而其父母未能发现更未能认识到青春期子女教育指引的重要性，在日常管教和交流中存在严重疏失，未能尽到作为监护人的法定职责。鉴于小王实施的严重不良行为，对女孩小李人身权利造成侵害，该院在审理中进行了严肃的法庭教育，促使小王认识行为过错并书面道歉。在判决作出之际，更依照《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国家庭教育促进法》等规定，发出北京中级法院层面的首份《家庭教育指导令》，督促小王的父母依法履行监护职责，承担法定义务，并责令小王的父母接受一定时间的家庭教育专门指导。

审判延伸

在送达指导令后，二中院组织专业机构的心理咨询师进行了首次线上网络课程指导，小王的父母依指令参与了课程学习，对自身家庭教育中存在的诸多问题有了较为深刻的认识。法院亦将对指导效果等相关情况听取专业机构的反馈，组织该家庭教育指导分不同阶段持续进行。

本案审理中及审结后，二审法官亦就受害人小李的身心健康情况持续关注，向其父母了解情况并进行适时地沟通交流，提示其父母平时对孩子注意看护，引导孩子树立自我保护和防范侵害的意识，更要多关注孩子今后的心理建设和自我认知等。

“青青园中葵，朝露待日晞。阳春布德泽，万物生光辉。”二中院严格保护未成年人合法权益，就个案具体情况制定专门预案，针对青春期等特殊阶段未成年人心理需求和心理健康问题开出矫治清单，在网络云端开启用法守护未来的“守未课堂”，并由参与家庭教育促进法立法相关工作的法官参与督促和指导，直面未成年审判工作新问题、满足人民群众新期待，为协同社会力量全方位共促未成年人权益保护，推进未审工作在新时代向更高质量发展，做出了有益探索。

护蕾行动（一）| 温暖错季花蕾 呵护折翅天使

2022-06-01 辽宁高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/RqoB26LuFKca8pE0Ru9ArA>

踔厉奋发，笃行不怠。

年初以来，辽宁高院党组全面贯彻习近平法治思想，以全力护航党的二十大为中心任务，以六项重点工作为抓手，持续推动辽宁法院高质量发展，为辽宁全面振兴全方位振兴取得新突破提供强有力的司法服务和保障，以实际行动迎接党的二十大胜利召开。

即日起，“辽宁高院”微信公众号推出“护航二十大 法院新风貌”系列报道，开展全方位、多视角、立体式主题宣传，充分展现全省三级法院积极推进法治中国建设的新担当、新作为、新风采。敬请关注。

今日主题：六一前夕，辽宁高院召开网络新闻发布会，通报辽宁法院未成年人司法保护情况，发布六起典型案例。

近年来，辽宁法院以少年审判、家事审判为依托，加强专业化建设，健全法庭教育、心理疏导、回访帮教等工作机制，深化普法进校园等宣传活动，构建了一张集“挽救、维权、预防”于一体的未

成年人司法保护网，走出了一条具有辽宁特色的未成年人司法保护之路。

嗨起来!!!

强劲的节奏激荡着躁动的心。17 岁的小潘在舞池里与小刚、小强发生碰撞。一言不合，小潘纠集小一岁的小唐和小李，与小刚、小强等人约架，造成数人轻微伤。

法院经审理认为，被告人小潘、小唐、小李的行为均已构成聚众斗殴罪，分别被判处有期徒刑一年九个月，缓刑二年；有期徒刑七个月，缓刑一年；有期徒刑七个月，缓刑一年。

5 月 31 日，辽宁高院召开网络新闻发布会，辽宁高院党组副书记、分管日常工作的副院长牛克乾通报三年来辽宁法院未成年人司法保护情况，该案是会上发布的 6 起典型案例之一。

据介绍，在未成年人犯罪中，聚众型、暴力型犯罪比例较大。犯罪人数较多的罪名分别是聚众斗殴罪、抢劫罪、盗窃罪、寻衅滋事罪、故意伤害罪、强奸罪和诈骗罪，以上七种罪名占比超过 80%。

翻开涉少刑事案件卷宗，常常发现无论是未成年被告人还是未成年被害人，他们大多生长在经历苦难的家庭，脱离监护，四处飘零。有的不知道生父是谁，有的出生就没有见过母亲。几乎每一个残损的家庭背后都站着一个可怜的孩子。生活中，缺失的家庭教育更体现在家长、家庭日常的监护、看管之中。

2022 年 1 月 1 日，《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施，这是我国首次就家庭教育进行专门立法，家庭教育从“家事”上升为“国事”，父母们开启了“依法带娃”的时代。家庭教育促进法规定，父母应当加强亲子陪伴，即使未成年人的父母分居或者离异，也应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行。案件审理中，法院对 3 名被告人家长发出家庭教育令，引导他们正确履行家庭教育职责，从源头上预防和消除未成年人再次违法犯罪。

近年来，辽宁法院坚持未成年人利益最大化原则，确保未成年人依法得到特殊、优先保护。为推进未成年人审判专业化建设，辽宁高院出台加强新时代未成年人审判工作实施意见，成立少年法庭工作领导小组，统筹协调全省法院未成年人审判和司法保护、犯罪预防、法治宣传教育等工作，通过采取独立建制、挂靠审判庭以及设立专门合议庭等多种方式，全省共 97 家法院建立少年法庭工作机制。目前，辽宁法院少年法庭归口管理格局基本形成。

对于未成年人犯罪案件，各地法院积极规范和完善社会调查制度，与当地团委、司法行政、妇联、教育等相关部门组成社会调查员队伍，在开庭审理前对未成年被告人的个性特征、家庭情况、社会交往等背景情况进行全面、客观、公正的调查，为法庭教育和准确定罪量刑打下坚实基础。采取多种形式对未成年犯进行帮教，鞍山法院组织已判处非监禁刑的未成年犯“重回”法庭旁听接受教育，抚顺法院与当地检察院共同依托技师学院建立未成年人观护教育基地，丹东法院办理全省首例服刑人员患艾滋病子女由民政部门代育案件。

2019 年至 2021 年，辽宁法院共判处未成年罪犯 1748 人，未成年罪犯在全部罪犯中占比逐年下降，2021 年降至 1.1%。被判处五年有期徒刑以上刑罚的未成年罪犯人数在未成年罪犯总数中占比为 7.44%，被判处缓刑、管制、单处罚金等非监禁刑的人数在未成年罪犯总数中占比为 34.9%。

涉少民行

为雨中弱苗撑起“保护伞”

3岁，满地跑，跑来跑去也找不见爸爸。

5岁，都夸宝宝聪明，宝宝却患上了脑瘤。

小吕离婚后抚养宝宝，生活原本拮据的她为孩子治病花了34万余元，通过“轻松筹”“水滴筹”等平台在网络筹款40万余元（实际使用29万余元），却依然没能拉住那双小手，宝宝7岁病逝。小吕以宝宝名义两次起诉前夫小刘，要求小刘承担医药费、生活费等25万余元。

在庭审中，孩子的父亲辩称孩子的医疗费用已经通过社会捐助支持，不应再向自己主张。

法院经审理认为，孩子因病产生的医疗费用实际上已由捐款负担，再次向被告主张该部分费用，于法无据。而在诉讼过程中小吕单方垫付的近8万元新增医疗费，被告作为父亲，应当担负该医疗费的一半。

法院最终判决被告给付孩子医疗费近4万元。

“小吕与小刘虽已离婚，但均对孩子有法定抚养义务。原告在网络平台筹集的善款系他人无偿捐助，捐助人不负有法定义务，社会捐赠并不免除被告的法定义务。”辽宁高院刑一庭副庭长宋晓枫解释。

孩子去世后，未使用的善款不应作为原告、被告的财产由二人所有，而应当退回社会捐助或者以其他方式回报社会。孩子治疗过程中的实际花销费用，应由负有法定义务的人共同承担。

本案是一起同时涉及未成年人权益保护和网络大病筹款平台的民事案件。法院坚持未成年人利益最大化原则，依法支持小吕所诉离婚后财产纠纷的合理请求。案件审结后，“轻松筹”等平台健全了善款转账支付规则，将由款项直接打给筹款人改为打款至被救助人的医疗账户，从而堵塞平台管理运行制度漏洞。

在审理未成年人民事案件中，各地法院与当地妇联等相关部门积极沟通，及时高效妥善处理涉未成年人家事纠纷，切实帮助未成年当事人解决困难，修复失衡的家庭关系，积极探索未成年人民事案件的特色审判模式。

2019年至2021年，辽宁法院受理的未成年人民事案件中，抚养费纠纷为9794件。

每一个孩子都是一个小天使。然而，那个天使一出生便折断了翅膀。

6岁的姐姐患有先天性疾病，在某省儿童医院救治。出院后，监护人小李将医疗费收据原件丢失，后经医疗机构核实，在原住院收费票据复印件加盖了医疗机构结算专用章。然而，在向某县医疗保障事务服务中心提出申请报销时，该中心以不能提交医疗费收据原件而未予受理、审核。小李一纸诉状告到法院。

法院经审理认为,原告姐姐的监护人小李提交的加盖医疗机构结算专用章的收费票据所载明的医疗费用金额,能够与其提交的住院病人费用明细清单所载明的金额相印证,被告未提供相应证据证明原告存在重复申报或其他不符合申报资料受理、审核情形的证明材料,法院经过释法明理,判决被告某县医疗保障事务服务中心在判决发生法律效力后60日内对原告提出的申报资料予以受理、审核。

辽宁大学法学院教授张弘认为,本案是一件涉及未成年人基本医疗保险金给付的典型行政案例,法院作出医疗保险经办机构对当事人的申请予以受理、审核的判决,不仅对行政争议进行了实质性化解,最大限度维护了涉案未成年人的合法权益,也维护了保险制度的信誉。

2019年至2021年,辽宁法院每年受理的未成年人行政案件波动不大,在160件至170件之间。

开学第一课,迎来法治大礼包。

2022年3月1日,沈阳中院少年及家事案件审判庭法官来到沈阳市第一三四中学,以“线上+线下”的方式,为全校学生家长讲解家庭教育促进法,把法和爱带进课堂、揣进书包、装入心中。抚顺市新抚区人民法院法官走进抚顺市学院附小以“爱护国旗国歌国徽、维护祖国荣誉”为题,通过校园广播站为广大师生普及国旗法等相关知识,传播爱国主义情怀。铁岭、本溪、辽河等法院法官走进小学、初中、职高向同学们讲解校园欺凌、防拐防骗、远离毒品等方面法律知识……

近年来,各地法院紧扣未成年人身心特点,通过法治进校园、进社区、进网络等方式,开展各具特色的法治宣传教育。大连、锦州、辽阳、葫芦岛等地法院与学校联合开展“体验式”模拟法庭活动,指导中小學生扮演不同角色,模拟法庭审理。各地法院积极选派优秀法官干警担任当地中小学法治副校长,走进学校宣讲未成年人保护和犯罪预防方面的相关法律知识,并与学校沟通了解未成年人保护工作情况,指导学校深入创建平安校园。

今年3月以来,辽宁法院开展“辽法护蕾2022”专项行动,以学习贯彻落实家庭教育促进法、开好“新学期第一堂法治课”、组织中小学师生看法院、选派优秀法官担任中小学法治副校长等为重点内容,进一步推动未成年人法治宣传教育工作常态化制度化。目前,全省法院共有270名法官担任中小学法治副校长。新民市法院刑事审判庭、抚顺市新抚区人民法院少年案件审判庭、开原市法院刑事审判庭被团中央命名为全国“青少年维权岗”。

未成年人姓名变更的裁判标准

2022-06-02 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/02/content_217572.htm?div=-1

【案情】

向某云与郑某原系夫妻关系,婚后生育一子,取名向某某,因夫妻感情破裂于2011年离婚,向某某由郑某抚养。2012年9月24日,郑某未经向某云同意,将“向某某”姓名变更为“郑某某”。2018年12月27日,向某云以郑某未经其同意擅自变更孩子姓名为由,到向某某户籍所在地派出所将孩子姓名从“郑某某”恢复为“向某某”。然而,向某某认为,其在日常生活和学习中一直使用“郑某某”名字已有七年之久,但其户籍姓名却被变更为“向某某”,严重影响了其生活、学习及健康成长。向某某遂诉至法院,请求判令被告向某云配合向某某及其母亲郑某将向某某姓名变更为“郑某某”。经查明,向某某在读小学

期间一直使用“郑某某”这一姓名，以该姓名获得校内、校外多个比赛奖项，并以该姓名从小学毕业考入重庆市某知名中学。

【分歧】

本案中，关于应否支持向某某的诉求，存在以下两种观点：

第一种观点认为，不应支持向某某的诉求。因为变更未成年人姓名，应征得父母双方同意。实践中，夫妻离婚后，抚养孩子的一方出于愤恨或再婚等原因，变更孩子姓氏或名字的情况比较常见，但理应事先征得另一方的同意。本案中，郑某擅自将向某某姓名予以变更不值得提倡，向某云予以恢复是正当的。

第二种观点认为，应支持向某某的诉求。虽然变更未成年人的姓名通常需要征得父母双方的同意，但裁判时更应坚持未成年人利益最大化原则，考量具有一定判断和合理认知能力的未成年人的真实意愿，结合实际使用姓名的时长、认可与知晓度等因素进行综合判断，审慎保护未成年人的姓名变更权。本案中，向某某已多年使用“郑某某”名字，形成了稳定的社会认知，且其已进入初中阶段，具备参与行使姓名权的相应能力，应当尊重其意愿。

【评析】

笔者赞同第二种观点，理由如下：

未成年人姓名的变更关涉未成年人的人格利益，姓名变更权的行使对未成年人人格利益影响重大。夫妻离异后一方擅自变更未成年子女的姓名，另一方要求恢复原姓名，或实际使用姓名与户籍登记姓名不一致而要求变更的，是未成年人姓名权变更纠纷中频发的类型。办理该类纠纷案件应坚持最利于未成年人原则，审慎保护未成年人的姓名变更权。

1. 遵循未成年人利益最大化原则。未成年人利益最大化原则，是未成年人姓名变更需考虑的核心要素。我国未成年人保护法第四条规定，保护未成年人应坚持最有利于未成年人的原则。民法典第三十五条规定，监护人应当按照最利于被监护人的原则履行监护职责。未成年人的姓名权虽由监护人代为行使，但未成年人人才是其姓名权的权利主体。在未成年人的姓名变更问题上，“父母一致同意”这一规定容易被滥用，成为离异父母的意气之争，从而使得未成年人在姓名变更上无法争取最大权益。当父母的监护权与未成年人利益相冲突或监护人之间对变更未成年人姓名意见不一致时，法院应坚持最利于未成年人的原则，综合考量变更姓名对未成年人身心健康的影响进行判断。本案中，母亲一方擅自变更孩子姓名虽不值得提倡，但考虑到孩子实际使用该变更后的姓名已长达七年时间，该姓名已成为其稳定的人格标志，变更姓名可能会对孩子的身心健康、学习生活等产生不利影响。基于未成年人利益最大化的原则，应判决向某云配合向某某及其母亲郑某办理姓名变更登记。

2. 尊重具有一定判断和合理认知能力的未成年人意愿。关于未成年人对姓名变更是否有决定权，存在“行为能力说”和“意思表示能力说”两种不同的观点。行为能力说认为，自然人对姓名决定权的行使，以其具备民事行为能力为前提。意思表示能力说认为，公民决定自己的姓名，需以具有意思表示能力为前提。本文更赞同意思表示能力说，一旦未成年人具有表达自己意愿的意思能力，应尊重未成年人对姓名变更权的行使。实践中，应结合未成年人的年龄、智力、思想、表达、认知能力等因素，综合认定未成年人的真实意愿。未成年人的姓名变更，亦可参考民法典第一千零八十四条对父母离异时未成年子女的抚养人确立规则，即尊重已满八周岁子女的真实意愿。已满八周岁的未成年人，为限制民事行为能力人，具有一定的判断和合理认知能力，尊重其真实意愿也是贯彻未成年人利益最大化原则的体现。本案中，向某某已年满十二周岁，按其目前的年龄和智力水平，已能理解姓名的文字含义及社会意义，故在变更姓名权问题上充分考虑了其真实意愿。

3. 综合考量实际使用姓名的时长、认可与知晓度。姓名，作为自然人的人格标志，应当具有一定的持续性和稳定性。姓名变更权的行使对未成年人人格利益影响重大，需审慎对待，若罔顾子女姓名使用的实际情况，变更已实际使用多年的姓名，会损害未成年人的利益。父母离婚后，若一方擅自变更子女姓名，另一方发现后要求公安机关恢复原姓名，将导致未成年人实际使用姓名与户籍登记姓名不一致而引发纠纷。若未成年人实际使用姓名已有多多年，通过该姓名建立了自我身份的认同感与稳定的社会人际关系，该姓名已为亲友、老师、同学所熟知，成为其学习、生活中不可或缺的一部分，法院应根据姓名使用的时长、认可与知晓度，考量变更姓名对未成年人利益的影响进行裁判。

施行一年，这些保护未成年人的措施成效如何？

2022-06-06 中国儿童福利

<https://mp.weixin.qq.com/s/3ZCLN6UfQWRdIFyDX2G1Kg>

网络保护：游戏、参与直播受限 仍有漏洞待补

新未成年人保护法增设“网络保护”一章，对预防网络沉迷、网络消费管理等作出规定。

一年来，各相关部门接连发力：去年8月，国家新闻出版署下发通知，明确非规定时间不得向未成年人提供网络游戏服务；今年5月，中央文明办等4部门发布意见，禁止未成年人参与直播打赏、严控未成年人从事主播……

各网络平台予以响应。腾讯禁止12周岁及以下未成年人在游戏内消费、对55周岁以上实名用户的夜间游戏登录进行人脸识别。去年第四季度，国内未成年人游戏时长占比下降至0.9%。快手将没有家长授权的高度疑似未成年人账号纳入青少年模式并限制开播功能，目前已有上万个用户被强制纳入该模式。

尽管采取了不少措施，但记者调查发现，仍有未成年人设法“绕过”防沉迷机制。有福建家长反映，孩子借上网课的机会“顺走”家长手机，利用家长的实名认证玩游戏、购买游戏装备。

对此，北京康达（厦门）律师事务所高级合伙人张翼腾建议，进一步完善未成年人防沉迷机制，真正构筑防范未成年人网络沉迷的防火墙。

针对短视频和直播平台上部分未成年用户“悄悄打赏”问题，浙大城市学院教授沈爱国表示，家长要看管好自己的网络账号和关联的金融账户；同时，相关平台也要升级技术措施，及时发现并制止疑似未成年用户的打赏行为。

欺凌防控：制度逐步完善 仍存发现难、认定难等问题

暴力殴打、语言谩骂、集体孤立……学生欺凌问题频频挑动公众神经。

新未成年人保护法规定，学校应当建立学生欺凌防控工作制度。一年来，从中央到地方，一系列措施密集出台。

去年9月1日施行的《未成年人学校保护规定》针对学生欺凌、校园性侵害等社会关注度高的问题，构建专项保护制度；今年5月1日起，每所中小学校要至少配备1名法治副校长，参加学生保护委员会、学生欺凌治理等组织。

地方立法方面，《辽宁省校园欺凌防治条例（草案）》于今年4月进行了一审；北京、上海、河北、甘肃等地的地方法规也对校园欺凌问题作出规定。

一系列组合拳之下，问题改善明显。据最高检统计，2021年，全国检察机关起诉校园暴力和欺凌犯罪案件较2018年同期下降74.7%。

但记者调查发现，学生欺凌仍存在“预防难、发现难、认定难、处置难”等问题。有教师反映，在一些“疑似”校园欺凌案件中，界定标准不清晰，给定性处置带来困难。

对此，《辽宁省校园欺凌防治条例（草案）》以专章形式，对校园欺凌的预防、处置等环节逐项明确具体措施。沈阳市第一三四中学校长傅巍川表示，在立法规范的基础上，还应制定配套措施，细化家庭、学校、社会、网络、政府、司法等各方主体责任，依法依规科学处置，让校园欺凌防控机制运转更有效。

强制报告：一批隐蔽案件被发现 加大对不报告的刚性约束

对未成年人的侵害往往发生在“隐秘的角落”，难以及时发现。新未成年人保护法的一大亮点是吸纳了此前在实践中效果良好的强制报告制度。

入法一年来，该制度作用明显。最高检日前通报了一起典型案例：辽宁省东港市人民检察院在办理一起强奸少女案时发现，2021年10月，东港市某门诊部妇科医师季某某在明知当事人孙某某为未成年人，在无监护人陪同、签字确认的情况下，为其进行人工流产手术，且未向有关部门报告。检察机关向东港市卫生健康局通报相关情况，建议对涉案医疗机构和人员依法追责。该门诊部随后被处以警告、没收违法所得、罚款2万元的行政处罚，相关科室被注销；医师季某某被给予暂停六个月执业活动的行政处罚。

据最高检统计，今年一季度，河北、内蒙古、辽宁、黑龙江、江西、宁夏等地强制报告案件量同比均增长一倍以上。

“强制报告‘每案必查’机制建立以来，检察机关起诉侵害未成年人犯罪案件中，线索源于强制报告的有2854件，一批隐蔽的侵害未成年人案件得以及时发现。”最高检第九检察厅厅长那艳芳说。

不少地方还立足自身实际推出细化措施。比如，杭州西湖区规定，前台人员若发现成年人携带未成年人特别是不满14周岁儿童入住登记的，或者未成年人单独、多人要求入住登记的，须询问相互关系、入住目的、监护人是否知情，并及时向属地派出所报备。

在其他领域，民政部已将强制报告制度的落实情况作为全国未成年人保护示范建设标准之一；新修订的《中华人民共和国医师法》等，也对相关行业落实强制报告制度作出规定。

杭州西湖区检察机关有关负责人建议，将不履行强制报告义务的处分措施落实落细，增加对主动报告的鼓励措施；明确牵头部门，设立报告电话进行统一受理。

预防犯罪：加强专门学校建设 破解“问题孩子”背后的社会问题

一些罪错未成年人，家长管不了、学校无力管，陷入“抓了放、放了抓”的恶性循环。

新预防未成年人犯罪法明确，国家加强专门学校建设，对有严重不良行为的未成年人进行专门教育。

记者了解到，一些专门学校正在探索一条以教代刑、提前干预的新路径，帮助罪错未成年人更好地回归社会。

“早期我们也会像一些老式工读学校一样，依赖庞大的军训量培养学生规则意识。”广州市新穗学校教务处主任尹章伟告诉记者，目前，学校大力推进美育课程、心理健康课程等校本课程建设，通过教育理念的內化让学生自觉纠偏。实施这些教学方法之后，有些学生升入重点高中、重点大学。

分级干预矫治未成年人偏常行为，是新预防未成年人犯罪法的一个重要理念。广州市针对具有一般不良行为或严重不良行为的未成年人、附条件不起诉或免于起诉的涉罪未成年人，和正在服刑的未成年犯三种不同教育矫治对象，正在探索建设不同类型的专门学校精准施策分类矫治。

“问题孩子”的背后是社会问题。最高检有关负责人表示，检察机关在办案中加强对案件成因、规律和趋势等分析，协同家庭、学校、社会各方面，从解决涉未成年人案件背后的深层次社会问题入手，更有效地预防未成年人违法犯罪。

全国检察机关 2021 年共批准逮捕侵害未成年人犯罪 45827 人

2022-06-07 人民法院报

http://rmfbyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/07/content_217676.htm?div=-1

最高人民检察院近日发布的《未成年人检察工作白皮书（2021）》披露，2021年，全国检察机关共批准逮捕侵害未成年人犯罪 45827 人，提起公诉 60553 人。

白皮书介绍，2021年，检察机关对侵害未成年人犯罪提起公诉人数居前六位的分别是强奸罪、猥亵儿童罪、寻衅滋事罪、抢劫罪、交通肇事罪、盗窃罪，以上六类犯罪共计 40612 人，占提起公诉人数的 67.07%，较 2020 年增长 4.64 个百分点。白皮书显示，拐卖妇女儿童犯罪呈下降趋势。2021 年，检察机关起诉拐卖妇女儿童犯罪 1135 人，较 2012 年下降 69.32%。起诉收买被拐卖的妇女儿童犯罪 328 人，较 2012 年上升 73.54%。

白皮书指出，2021 年，全国检察机关共受理审查逮捕未成年犯罪嫌疑人 55379 人，受理审查起诉 73998 人，经审查，批准逮捕 27208 人，不批准逮捕 27673 人；提起公诉 35228 人（含附条件不起诉考验期满后起诉人数），不起诉 22585 人（含附条件不起诉考验期满后不起诉人数），附条件不起诉 19783 人，不捕率、不诉率、附条件不起诉率分别为 50.4%、39.1%、29.7%。

白皮书披露，2021 年检察机关受理审查起诉未成年犯罪嫌疑人人数居前五位的分别是盗窃罪 19061 人、聚众斗殴罪 9049 人、强奸罪 7591 人、抢劫罪 7186 人、寻衅滋事罪 6902 人，分别占受理审查起诉人数的 25.8%、12.2%、10.3%、9.7%、9.3%，五类犯罪人数共 49789 人，占比达 67.3%。

让孩子的人生不再被“刺痛”

2022-06-07 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220607/20220607_001/content_20220607_001_3.htm#page0?operate=true

未成年人能不能文身？

法律虽未明令禁止未成年人文身，但去除文身的高额费用和所要承受的巨大痛苦、孩子身上那些无法去除的疤痕，无不向人们诉说着后悔的代价。“管”好未成年人文身，渐已成为多数人的共识。

6月6日，国务院未成年人保护工作领导小组办公室印发《未成年人文身治理工作办法》，要求任何企业、组织和个人不得向未成年人提供文身服务，不得胁迫、引诱、教唆未成年人文身，擅自向未成年人提供文身服务的，将被依法追究法律责任。

未成年人文身风险隐患极大

在办理一起聚众斗殴案件时，浙江省绍兴市检察院未检检察官金森英注意到，参与者小辰和小涛身上都有不同程度的文身，两人也都在极力想办法洗掉文身。

初中时，小辰和小涛认识了很多“社会上的朋友”，觉得他们身上有文身特别酷，还能让周围人怕自己。在对文身没有明确认知的情况下，两人就随意作出了文身的决定。

当初花300元在手背上文的图案，如今清洗起来至少需要4000元。而胳膊、手臂、前胸都有文身的小辰，去除文身不仅要承受极为痛苦的过程和高达几十万元的费用，而且没法彻底去除干净，还会留下醒目的疤痕。

在江苏省沭阳县，检察官叶梅也注意到了文身对未成年人的不良影响。

2020年4月，未满17岁的小克因涉嫌聚众斗殴罪被抓，他的手臂、前胸有大面积的黑白无常文身图案。此案中涉及的其他十几名未成年人身上均有不同程度的文身。

经查，一家未进行工商注册登记的文身馆，在2017年6月至2020年4月间，用含对身体有毒有害的染料给40余名未成年人文了身。同时，该文身馆还在没有办理医疗机构执业许可证的情况下，为7名未成年人去除文身。文身馆的店主章某，曾因给未成年人文身被孩子家长殴打。

文身是不是更容易让未成年人受到违法犯罪分子和不良文化的侵蚀？带着这些疑问，浙江、江苏两地检察机关分别开展了走访调查工作。随着调查的深入，文身给未成年人带来的风险隐患逐渐清晰：

不同于成年人，未成年人在文身时缺乏理性认识，等到其随着年龄的增长逐步认识到文身对学习、生活、就业发展等造成的不良影响时，往往已无法挽回。在检察机关调查的187人中，有125人明确表示后悔，其他人也表示会根据场合对文身进行遮蔽。

大面积文身伴有的“社会”“江湖”气息往往会带来标签效应，也会给未成年人造成负面的心理暗示。数据显示，2020年绍兴市检察机关查办的涉罪未成年人363人中，有187人文身，占比50.14%，其中文身大面积覆盖后背、手臂、双腿的有46人。这些未成年人主要为涉众、涉暴、涉黄犯罪，以及参与恶性犯罪、团伙犯罪等。

.....

让检察官担忧的还有无证经营、超范围经营的各种文身场所。在绍兴全市登记经营文身业务的店铺共84家，其中名称带有文身字样的仅12家，其他大多依附于美容、美发等店铺，而且经营文身店在卫生条件、从业人员资质及健康、产品质量、器械安全等方面均无特殊要求。

监管治理难题突出

检察官在走访调查中发现，卫健委、商务局、市场监管局等部门均认为应当对文身行业加强管理，但因文身行业类别不明，缺少必要履职依据，文身行业处于“三不管”地带，出现了监管空白。

文身店的营业执照上标注“文身服务属于依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动，具体经营项目以审批结果为准”，但由于立法层面未明确文身服务的具体审批部门，因此这个规定成为空文。

从《居民消费支出分类》（2013）的规定看，文身属于美容服务，但根据《美容美发场所卫生规范》的规定，文身因其侵入性特点不属于生活美容，《卫生部关于文身不纳入医疗美容项目管理的批复》中也明确表示，文身不纳入医疗美容项目管理。

文身场所是否属于公共场所？《公共场所卫生管理条例》中规定的公共场所监管范围不包括文身场所，卫生健康管理部门无法把文身场所纳入卫生许可证管理范围进行监管。

严重侵害未成年人合法权益的文身领域，该不该“管”？该怎么“管”？检察官认为，对用不合格颜料给未成年人文身、没有医疗机构执业许可给未成年人清洗文身等行为必须严厉打击，向未成年人提供文身服务也亟须治理。没有现成的法律规定，那就依托现有的法律手段进行探索。

2020年10月，沭阳县检察院向县卫健局发出行政公益诉讼诉前检察建议，建议其依法履行对文身馆未取得医疗机构执业许可情形下开展洗文身业务行为的监管职责。县卫健局联合市场监督管理局、商务局在全县范围内对文身行业进行了专项整治，对5家文身馆立案，并处罚金2.5万元。

绍兴市检察机关同样在进行积极探索。嵊州市检察院以向嵊州市政府制发检察建议为突破点，推动部署开展文身行业专项整治工作。相关部门在嵊州市文身场所实施“文身风险提示单”“法律风险提示单”“监护人承诺书”，还对全市247家文身及美容美发等相关场所进行全面清查。

对未成年人文身说“不”

新修订的未成年人保护法确立了最有利于未成年人的原则，并于2021年6月1日正式施行。当日，适用这一原则的全国首例未成年人文身民事公益诉讼案迎来一审判决。这起案件就是前文提到的江苏沭阳章某给未成年人文身案。

2020年12月25日，沭阳县检察院启动民事公益诉讼程序，诉请禁止章某继续向未成年人提供文身服务。2021年4月9日，此案被移送至宿迁市检察院办理。同年5月6日，该院以章某为未成年人文身，侵害了未成年人的身体权、健康权为由提起民事公益诉讼。同年6月1日，法院判令章某停止向未成年人提供文身服务，并在国家级媒体上向社会公众书面赔礼道歉。

章某的文身馆不能再给未成年人文身，可其他地区的“章某”呢？

2021年3月，最高检在浙江举办了推进未成年人文身治理研讨会，总结交流各地未成年人文身治理的经验做法，相关部委代表、未成年人保护领域专家学者以及行业协会代表，就限制未成年人文身、加强未成年人文身治理达成一致意见。

在检察机关推动下，江苏省沭阳县人大常委会于2021年7月14日通过了《关于加强未成年人文身治理工作的决议》，明确文身场所不得允许未成年人进入，任何人不得为未成年人提供文身服务，并从约谈、信用记录等方面对为未成年人文身予以规制，提高治理的可操作性。

绍兴市检察院联合12家单位制定了《关于开展未成年人文身专项治理工作的实施计划》，通过开展专项行动，完善协作机制，明确职责任务，督促各部门各司其职。同时，该院向绍兴市政府发出检察建议，就文身行业地方标准的制定提出了可操作性的方案。2021年9月，绍兴市检察院推动该市商务局、卫生健康委和市场监督管理局联合出台《绍兴市文身行业管理规范（试行）》，从经营场所、从业人员、使用耗材等方面提出监管意见，创设“两单两书”机制，限制未成年人文身。

未成年人文身治理被全面纳入法治轨道

江苏和浙江的“破冰”之举，既是指南针，也是强心剂。

2021年11月1日起施行的《海南省未成年人保护和预防犯罪规定》对未成年人文身作出了禁止性规定。江西省南昌市新建区人大常委会通过了《关于加强未成年人文身治理工作的决议》，明确在新建区范围内禁止为未成年人文身。

此外，河南、四川两地检察机关分别向省人大建议在修订的未成年人保护条例中明确未成年人美容、文身等相关规范。

“文身行业走向法治化轨道，为基层执法提供了确切可行的依据。”在沭阳县卫生健康局安全生产监督管理科科长仲伟勇看来，地方立法有助于规范未成年人文身行为，助力形成全社会共识，进一步增强未成年人法治意识和自我保护意识。

沭阳县市场监督管理局信用风险与广告监督管理科科长章建用“三个更加”评价未成年人文身治理效果：社会更加关注未成年人文身问题，未成年人自己对文身的危害性也有了清晰的认识；行业主体更加规范了，一些无照无证经营主体均被清理；日常监管更为有序，联动机制也更加顺畅了。

章建从执法角度提出，当前市场监督管理局对文身行业仅能依据相关规定对无证无照经营行为进行查处，“建议尽快从国家层面出台法律法规，明确监管主体，让管理有法可依。”

针对在文身治理中的深层次问题，最高检向国务院未成年人保护工作领导小组报送了专题报告，提出明确行业主管部门、齐抓共管形成监管合力、健全完善相关法律法规、开展未成年人文身专项治理、加强宣传引导提升未成年人自护能力水平等工作建议，受到高度重视。

2021年5月，最高检部署开展了“检爱同行 共护未来”未成年人保护法律监督专项行动，积极推动文身等涉及未成年人公共利益重点领域治理。

在最有利于未成年人原则指导下，各地检察机关能动履职，在推动未成年人文身治理一事上久久为功。今年的全国两会上，最高法工作报告、最高检工作报告均提到治理未成年人文身问题。最高检提出“未成年人文身不是私事，也不是家事，而是关系到未成年人身心健康的大事，必须‘管’起来”。

随着《未成年人文身治理工作办法》的发布，未成年人文身治理将全面纳入法治轨道。

父母离婚后，未成年子女要求增加抚养费的因素考量——孙某某诉孙某增加抚养费案”

2022-06-08 济宁高新区人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/mQdDmMxbHK0hmlukLCdLxw>

裁判要旨

父母与子女的关系，不因父母离婚而消除；离婚后，子女由父母一方直接抚养的，另一方应当负担部分或全部抚养费。本案中，虽然原告孙某某的父母离婚时约定孙某某由其母亲抚养，其父孙某每月支付抚养费500元，但随着孙某某的成长及当地生活水平的提高，孙某每月支付抚养费500元已不能满足孙某某生活和学习需要，孙某某要求提高抚养费标准符合法律规定，应予以支持。

基本案情

关某与孙某原系夫妻关系，婚后育有一女孙某某。2015年1月，关某与孙某协议离婚，离婚协议约定孙某某抚养权归关某所有，孙某承担抚养费每月500元。2017年4月24日，因孙某未依约支付抚养费，孙某某诉至本院，经本院主持调解，于2017年5月17日出具民事调解书，确认孙某于每月20日之前支付孙某某抚养费500元，自2017年6月起至孙某某年满18周岁止。现孙某某诉至本院，因物价上涨，500元远不能满足生活需要，请求2022年1月1日开始提高抚养费至1200元/月。另查明，孙某某现就读于济南市某小学三年级，该学校系公立学校。

裁判结果

原、被告均未提交证据证明被告目前的收入情况，本院认为可参照2021年度山东省城镇居民人均消费性支出29314元对比2015年度山东省城镇居民人均消费性支出19853元的涨幅，酌情认定由被告自2022年1月起每月支付孙某某抚养费800元。

相关法条

《民法典》第一千零八十四条第一款 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

《民法典》第一千零八十五条第一款 离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第四十九条 抚养费的数额，可以根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。有固定收入的，抚养费一般可以按其月总收入的百分之二十至三十的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可以适当提高，但一般不得超过月总收入的百分之五十。无固定收入的，抚养费的数额可以依据当年总收入或者同行业平均收入，参照上述比例确定。有特殊情况的，可以适当提高或者降低上述比例。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第五十八条 具有下列情形之一，子女要求有负担能力的父或者母增加抚养费的，人民法院应予支持：（一）原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平；（二）因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额；（三）有其他正当理由应当增加。

案例解读

父母离婚后，不直接抚养子女的另一方应当负担部分或者全部抚养费。随着子女的成长以及生活水平的提高，原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平或者因子女患病、上学实际需要已超过原定数额的，另一方应当适当增加抚养费数额。

对于增加抚养费数额的确定，可从以下几个方面考虑：

一、有证据证明不直接抚养子女的另一方有固定收入的，抚养费一般可以按其月总收入的百分之二十至三十的比例、参照之前确定的抚养费数额，结合子女现阶段的实际需要作适当调整。

二、不直接抚养子女的另一方无固定收入的，抚养费的数额可以依据当年总收入或者同行业平均收入，结合子女现阶段的实际需要参照上述比例作适当调整。

离婚致夫妻关系的终结，但父母与子女的关系不因父母离婚而消除。离婚后，父母对于未成年子女仍负有法定的抚养义务，亦应保障未成年子女的健康成长。在现实生活中生活费的数额会随着社会发展而发生变化，若对之前约定的抚养费不能调整，则会影响未成年子女的正常生活。本案中，原告不能提供其父亲的收入证明，被告孙某未到庭也未提供自己收入的证据，法官综合考量了未成年子女和其父亲的权益，参照人均消费性支出的涨幅，酌情认定了其父亲应当支付的抚养费数额，对于前述问题能够起到较好的价值导向作用。另外，抚养费仅仅是为孩子成长提供经济支持，孩子的茁壮成长，还需要父母双方给予陪伴与关爱。希望我们的判决能够让关涉到的孩子获得稳定的物质保障，更希望呼吁所有的父母对孩子做到关心、关爱，温暖以待。

探望权，只能“望”不能“留”吗？

2022-06-08 广州市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/D80qiz32j0jVMeFZDfkqng>

陈先生和张女士于2018年11月登记结婚，婚后生育女儿小潼。2020年10月，二人办理离婚，并签订《离婚协议书》，约定：小潼归母亲张女士携带抚养，陈先生享有探视的权利，每周可与女儿相处1天，女儿满9周岁可偶尔与陈先生生活2至3天，寒暑假可延长5至7天，张女士有协助义务。

没过多久，双方因探望权履行的具体时间和方式发生争议，陈先生因此诉至法院。陈先生认为，张女士剥夺了他与女儿相处的权利，对女儿的身心健康成长极为不利。虽然二人离婚，但是他希望并请求可以有更多的时间与女儿相处，给予女儿应有的关怀与教育，使女儿能够健康快乐成长。

妈妈有担忧

要求看望式探望

张女士称，陈先生曾将女儿单独带走，此后女儿的作息规律完全被打乱，回家后出现不同程度的腹泻和绿便现象，还经常半夜哭闹不肯入睡。

张女士认为，3岁内的孩子适宜探望性探视，陈先生及其家人可到张女士家中探视。张女士请求：在女儿三周岁以前不能由陈先生单独带出，如有特殊情况需要单独带出，必须张女士同意且在场。疫情期间，请求酌情减少陈先生探视的次数，将探视周期改为半个月一次。

裁判结果

陈先生每月探望婚生女儿小潼四次；探望在每周周六上午10时至下午18时进行，其中两次由陈先生到张女士家中探望，其余两次由陈先生在周六上午10时从张女士住处单独接走女儿小潼，下午18时前将女儿小潼送回张女士住处；两种探望方式轮流使用。

该判决已生效。

裁判理由

本案是探望权纠纷，探望权的意义在于保证离婚后不直接抚养子女的一方能够定期与子女团聚，有利于弥合家庭解体给父母子女之间造成的感情伤害，有利于未成年子女的健康成长。

现实生活中，一般可分为看望式探望和逗留式探望。看望式探望是指非抚养一方父或母以看望的方式探望子女。而逗留式探望在约定或判决确定的探望时间内，由探望人领走并按时送回被探望子女。两种探望方式各有其优点和缺点。

看望式探望一般时间较短、方式灵活，但不利于探望人和子女的深入交流。而逗留式探望时间较长，有利于探望人和子女的深入了解和交流，但直接抚养人则要承担不能和子女一起生活的不利后果，而探望人也必须具有必要的居住和生活条件以及良好的生活习惯。如果探望人存在酗酒、赌博、吸毒等不良嗜好，或者居住、生活条件差，不利于子女的身心健康发展，则应避免适用逗留式探望。

在本案中，陈先生不存在上述消极因素。让陈先生在固定时间段内以带走女儿的方式行使探望权，既能够了解和满足女儿生活上的需求，也能够平衡女儿对于直接抚养人即母亲的依赖，更有利于女儿的健康成长。故法院判决陈先生每月可逗留式探望两次，其余则仍采看望式探望。

法官说法

广州市荔湾区人民法院 陈俊薇

《中华人民共和国民法典》第一千零八十六条是我国探望权制度的核心内容。探望权基于血缘关系产生，往往要更多地考虑家庭成员之间的情感关系，不宜作过多干预，因此我国探望权制度只有相对原则性的规定。因法律对探望权具体包含哪些内容没有十分明确具体的规定，当事人在协商探望权时往往对权利界限、范围等出现不同理解，比如不直接抚养子女的一方是否可以和子女短暂居住，一方携带子女外出时另一方是否可以在场等，因理解不同，易激发矛盾。

审查探望权案件时，法院通常会结合双方的实际情况，例如居住环境、工作时间等情况选择看望式探望和逗留式探望的适用。无论哪种方式，直接携带子女的一方都负有协助另一方探望的义务。

该义务内容包括：

第一，除危害子女利益外，探望权人的探望行为不应受到阻碍，对子女主动要求探望的，应该积极联系、配合；

第二，不得向未成年子女灌输错误思想，影响另一方父母的形象，破坏其与子女之间的和睦关系；

第三，引导未成年子女正确面对探望问题，营造和谐的亲子氛围，使子女能与不直接携带自己的一方愉悦、平和的相处，从而实现探望权立法的目的。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千零八十六条 离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

小学生在校撞断门牙，父母将同学和学校告上法庭，谁来赔偿？

2022-06-11 湖南高院

https://mp.weixin.qq.com/s/Ianc_lWVJB1MAwdApsifzw

某小学两小学生课间休息时间在操场跑道上玩耍，一方不慎撞断另一方门牙，造成一名小朋友的门牙永久性脱落，门牙脱落的学生将另一方小朋友及学校起诉至法院，要求侵权小朋友和学校承担相应赔偿责任。法院对侵权小朋友的法定代理人以及就读小学的责任承担该如何判决呢？近日，桂阳县人民法院就审理了这样一起侵权案件。

2021年7月的一天，某小学课间休息，胡某、肖某（均未成年）两学生各自在学校操场跑道上玩耍，两人同时往相对方向奔跑，肖某的头部撞击到胡某的上门牙，造成胡某门牙损伤缺失。事后经鉴定，胡某门牙脱落为永久性脱落。此后，胡某及其父亲就此事向肖某、肖某父母及学校主张损害赔偿。多次协商无果后，胡某将肖某和某小学诉至法院，要求承担相应损害赔偿责任。

法院审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千二百条规定：“限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的应当承担侵权责任。”胡某、肖某均系年满八周岁以上的未成年学生，属于限制民事行为能力人，胡某所受损伤系肖某无意间撞到所致，肖某及其法定代理人应当承担相应的法律责任。

胡某与肖某就读的某小学，课间休息时，在合理的注意范围内难以预见该偶发行为，该小学提交了安全制度、安全教育班会记录、安全教育家长承诺书、校内外宣传照片等证据，可以证明其履行了安全管理和安全教育职责。而胡某提供的证据并不足以证明某小学未尽到教育、管理职责。故某小学不需承担赔偿责任，对胡某要求某小学承担责任的主张，法院不予支持。

肖某与胡某在课间休息期间玩耍时，不慎相撞导致胡某牙齿受伤，未尽到合理注意义务，具有过错，应当对胡某的损伤承担赔偿责任。胡某作为限制行为能力人，对自身的行为应当具有一定的辨别能力和自我保护意识，其对自身的损害亦具有一定过错，应当自行承担一定责任。根据胡某、肖某各自过错程度及事实情节，法院酌定胡某的合理损失由肖某承担50%的责任。

据此，法院依法作出判决，肖某的法定代理人赔偿胡某的损失，驳回胡某对某小学的诉讼请求。

根据《中华人民共和国民法典》第一千二百条和《学生伤害事故处理办法》第七条规定，限制民事行为能力人的未成年人在教育机构学习、生活期间受到人身损害，教育机构承担过错责任，而非监护人责任。教育机构未尽到教育、管理职责的举证责任由受害人承担，不实行举证责任倒置，如受害人举证不能的，则教育机构不承担责任。

在进行责任认定时，应根据事件发生的原因、过程、时间、地点等，结合学校职责履行情况，进行综合判断，避免唯结果论，不合理地拔高教育机构的注意义务。此外，应当注意到，对于无民事行为能力的未成年人，教育机构承担过错推定责任，实行举证责任倒置。

另外，父母作为未成年子女监护人应履行好监护职责，既要帮助未成年子女排除日常生活中所面临的危险因素，保护其人身和财产安全，也要加强对孩子的安全意识教育，增强其安全意识，使其在保护好自身安全的同时，避免将他人置于危险之中。

“黑户”男孩有了合法“身份”

2022-06-13 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/Ianc_lWVJB1MAwdApsifz

自出生以来，男孩阳阳（化名）一直没有户口，随之而来的影响一直伴随着他：没有医保不方便就医，小升初成为了问题，不能代表学校参加比赛，还时不时遭受到邻居、同学的嘲讽。

“我终于能够代表学校参加比赛了，也不用担心不能上初中了。谢谢法官，给了我一个‘身份’！”近日，一起人格权纠纷案件经浙江省常山县人民法院判决生效后，法院通过开展案外跨部门协作，让12岁的阳阳终于拥有了属于自己的“身份”。

出生后一直没有户籍的男孩

2010年10月，未婚生下阳阳后，母亲徐君（化名）并没有给他办理《出生医学证明》和户籍。2011年，徐君把8个月大的阳阳寄养在老郑家代为照顾，约定由徐君负担照顾费用。之后，徐君没有如期支付抚养费，阳阳一直在老郑家生活。

阳阳在老郑夫妇的悉心照顾下逐渐长大。与老郑夫妇不同，生母徐君鲜少探望阳阳。2019年，徐君申请做亲子鉴定，司法鉴定结果显示，阳阳与何明（化名）之间存在亲生血缘关系，这也是阳阳第一次见到自己的生父。2020年，阳阳向法院起诉，要求何明支付其出生以来的抚养费并履行18岁之前的抚养义务，获法院支持。此后，何明虽然每个月支付1000元抚养费，却再也没有来看过儿子。

随着阳阳慢慢长大，没有户口的烦恼也越来越多。根据《浙江省常住户口登记管理规定》，婴儿（包括超计划生育、非婚生育的婴儿）出生后一个月以内，由婴儿的监护人或者户主，持《出生医学证明》向婴儿父亲或者母亲常住户口所在地的公安派出所申报出生登记；无民事行为能力或者限制民事行为能力的公民，应当由其监护人代为申报户口登记。这就意味着，只能由阳阳的亲生父母为其启动补办《出生医学证明》和申报户口程序。

为此，阳阳多次打电话给亲生父母，希望他们能为自己办理户籍，但每次都遭到了他们的推脱。徐君认为自己生活条件较差、居无定所，不适合让阳阳落户；何明则表示自己现在已有家庭且已有三个孩子，不想影响现在的家庭。

老郑及阳阳就读的小学反映情况后，在浙江省常山县妇联的牵头组织下，法院、检察、公安、民政等当地相关部门也多次召开协调会，介入调解案件，但一直未果。

“黑户”男孩提起姓名权之诉

民法典规定，人格权是民事主体依法所固有的基本权利，包括生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权等权利。因何明、徐君一直不配合办理《出生医学证明》和户籍，阳阳以人格权中的姓名权

受到侵害为由向常山县人民法院提起诉讼，要求二被告何明、徐君履行为其办理《出生医学证明》及户籍的义务。

2022年1月，常山法院正式立案。承办法官郑颖第一时间前往临时监护人老郑家中及学校了解原告阳阳的生活、学习情况，并与其耐心交谈。

面对法官，阳阳表示，在二被告中更想落户在生父何明处，但希望在落户后能将户口迁移到老郑名下：“我希望一直跟着现在的‘爸爸妈妈’生活，他们对我很好。”

“第一次见到阳阳时，他还是一个8个月大的小婴儿。正因为他不是我的儿子，所以我更要对他好一点。”谈及这个乖巧懂事的“儿子”，老郑很是欣慰，并表示全家都愿意让他和自己一家人一起生活。

深入了解案情后，为了更好地帮阳阳解决户籍办理问题，承办法官积极联系公安、妇联、民政等部门，了解户籍办理的相应事宜，希望能通过多部门会商协作和案件判决，给原告一个“身份”。

2022年3月11日、4月7日，在常山法院的两次庭审中，二被告仍然对阳阳的户口应该落在哪里存在较大分歧，他们均不愿意让阳阳落户。

非婚生子女享有婚生子女同等权利

承办法官郑颖表示，民事主体的人格权受法律保护，任何组织和个人不得侵害。父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。该义务涉及子女身心成长、发展的全过程，既包括提供子女所必须的一切生活、教育费用即物质保障，还包括为让子女顺利参与社会活动而办理《出生医学证明》等各项法律文书。为未成年子女办理户籍更是其中最基础的义务。

本案中，原告阳阳作为二被告的非婚生子，享有与婚生子女同等的权利，二被告应当积极履行义务，充分保障原告的合法权益。二被告自原告阳阳出生至今已逾十一年仍未为原告办理《出生医学证明》，亦未给原告办理落户手续，导致原告阳阳的入学、参赛、就医等遇到极大的困难，已经严重侵犯了原告阳阳的合法权利。

关于原告的户口落户在何处，因二被告未能达成一致意见，法院认为应该尊重原告本人的真实意愿，其明确表示希望落户在被告何明处，法院从保护未成年人身心健康角度出发，对原告的该诉请予以支持。

4月7日，法院判决被告何明、徐君在判决生效十五日内为原告阳阳办理《出生医学证明》及户籍，并将阳阳户口落户在被告何明处。

跨省多部门协作解决落户难题

案件判决后，经过法官再次做思想工作，被告何明的态度也有所松动，表示愿意配合阳阳办理《出生医学证明》及落户。

“《出生医学证明》是新生儿出生时健康和自然状况、血缘关系的一种证明书，是新生儿获得保健服务的凭证和获得国籍的医学依据，同时也是登记户籍、入学、升学、参军和就业等必不可少的证明依据。”郑颖表示。4月28日，判决正式生效，首先需要解决的就是阳阳的《出生医学证明》。

受疫情影响，身处外地的何明、徐君均无法及时赶回常山，遂委托承办法官郑颖帮助阳阳办理《出生医学证明》。

“拿到来之不易的委托书后，我也非常激动，希望快一点帮孩子把户口办好。”5月7日，收到来自二被告的委托书后，郑颖立刻联系江西省玉山县人民法院，委托玉山法院为阳阳在其出生的玉山县某医院启动《出生医学证明》办理程序。5月12日，在玉山法院的协助下，阳阳的《出生医学证明》顺利办理完成。

5月17日，带着阳阳的《出生医学证明》，郑颖一行来到了常山县行政服务中心公安窗口，按照之前跨部门的协商意见，为阳阳办理了落户手续。在大家的见证之下，12岁的男孩阳阳终于拥有了属于自己的“身份”。

■ 裁判解析

法治呵护“少年的你”

《中华人民共和国民法典》第九百九十条规定，人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。除前款规定的人格权外，自然人还享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

户口作为记载和留存住户人口基本信息的法律文书，是每个公民的身份证明。其主要内容包括公民的姓名、出生年月、民族、居住地址等身份信息。公民没有户口就意味着其与姓名权有关的相关人格权利无法得到法律的保护。民事主体的人格权受法律保护，任何组织或者个人不得侵害。本案关于阳阳的户口登记，主要涉及以下几个法律问题。

其一，公民应当依法履行户口登记义务。户口是指国家主管户政的行政机关所制作的，用以记载和留存住户人口基本信息的法律文书，也是我们每个公民的身份证明。根据《中华人民共和国户口登记条例》第二条规定，中华人民共和国公民，都应当依照本条例的规定履行户口登记。公民依法进行户口登记既是权利，也是义务。

其二，谁是未成年人户口登记的义务人？根据户口登记条例第七条规定，婴儿出生后一个月以内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记。

本案中，阳阳出生后应当由其亲属、抚养人即其母亲徐君向阳阳常住地户口登记机关申报出生登记。但其母亲徐君并未依法履行为阳阳申报出生登记的义务，后其生父何明也有为阳阳申报出生登记的义务。被告徐君、何明相互推诿拒不履行为阳阳申报出生登记的义务，损害了阳阳的合法权益，也违反了国家户口登记制度。

其三，阳阳作为无户口人员，其登记户口是否存在法律和程序障碍？为解决无户口人员登记户口问题，国务院办公厅专门下发了《国务院办公厅关于解决无户口人员登记户口问题的意见》。阳阳虽然未办理《出生医学证明》，但根据该意见，即使阳阳在其出生医院无法找到在助产机构内出生的证明，也可以凭借具有资质的鉴定机构出具的亲子鉴定证明，向拟落户地县级卫生计生行政部门委托机构申领《出生医学证明》。然后由其监护人凭《出生医学证明》和监护人一方的居民户口簿、非婚生育说明（民事判决书），申请办理常住户口登记。因此，为阳阳办理户口登记不存在任何法律和程序上的障碍。阳阳向法院起诉要求二被告履行办理户口登记的义务，于法有据，应当予以支持。

■ 专家点评

彰显司法为民的宗旨和理念

浙江财经大学法学院副教授 李海龙

落户，对绝大多数自然人而言是再普通不过的一件事情了。然而，由于种种原因，现实中未落户或无法落户的情形屡见不鲜，形成了无户口人员这一特殊群体。无户口虽不至于导致自然人寸步难行，然而却严重影响着其日常生活，并妨碍其应有权利的行使。在本案中，法官借助司法力量为当事人阳阳争取其应享有的权利扫清了障碍，凸显了司法为民的宗旨和理念。依法为阳阳争取“身份”的这一典型案例具有如下两点基本启示。

第一，户口簿等证明材料是确定民事主体权利与义务的核心证据。

户口登记是公安机关按照《中华人民共和国户口登记条例》等相关规定，对自然人的身份信息进行记载的制度。同时，根据《国务院办公厅关于解决无户口人员登记户口问题的意见》的规定可知，办理户口登记需提供《出生医学证明》。据此，本案中的当事人阳阳要获得户口登记，则须提供《出生医学证明》。另外，根据《中华人民共和国居民身份证法》的规定，自然人依法申领身份证亦需交验居民户口簿。简言之，根据民法典第十五条的规定，这些相互关联的证明材料又是确定自然人出生——民事权利能力产生的关键证据，只有确定了民事权利能力的产生，才谈得上民事权利保护的问题。

另一方面，依据民法典第二十五条之规定，在通常情况下，自然人的住所是以户籍登记或其他有效身份登记（主要指身份证）记载的居所，它是自然人参与各种法律关系集中发生的中心地域。毫无疑问，只有确定了自然人的住所，才能确定在此地域内发生的与自然人密切相关的相关事项的状态或具体空间。例如，确定自然人是否应被宣告失踪、宣告死亡；决定债务的清偿地；决定婚姻登记的管辖地；决定诉讼管辖法院和司法文书送达地以及涉外民事法律关系中确定法律适用的准据法等等。

第二，监护人未履行其法定职责时，权利人可主张相应权利。

我国民法典对监护制度作了详尽规定，但并未规定委托监护制度。然而，实践中监护人委托他人承担一定的监护职责是比较常见的。尽管如此，这并不意味着监护资格与职责就会发生转移。根据民法典第二十六条第一款的规定可知，监护人与受托人之间的法律关系属于委托合同关系，在被监护人权益遭受损害时，监护人仍须依法承担法定监护职责。在本案中，尽管老郑夫妇抚养了阳阳，但这并不意味着阳阳生父母的监护职责已转移或消灭。事实上，何明、徐君一直不配合办理《出生医学证明》和户籍系违反监护职责的行为，与民法典“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责”的要求相悖。

【法护少年的你】呼和浩特市新城区法院召开未成年人监护人家庭教育指导圆桌会议 筑牢未成年人家庭保护防线

2022-06-13 内蒙古高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/XrEHsp5rsFJIPgN1UXADdwz>

呼和浩特市新城区法院受理的刘某某等四人抢劫罪一案中，四名被告人均为不满十八周岁的未成年人，其中有曾经老师家长口中品学兼优的好学生，还有两名被告人正值中考的关键时期，在短短几年的时间里他们变成了让老师头疼的问题少年。生活和学习中，不适当的家庭教育以及监管缺位，让孩子愈发叛逆，在歧途上渐行渐远。

日前，新城区法院家事少年审判团队邀特专业的调查员和心理咨询师、家庭教育指导师对本案中的未成年人监护人进行家庭教育指导。

心理咨询师首先分析了少年犯罪的原因，包括家庭、学校以及社会层面的原因，又阐述了少年犯罪的危害以及应对措施。

法官、心理咨询师与本案中被告人的每个家庭逐个交谈，掌握了家庭情况、孩子的性格、学习情况，全面地了解孩子的成长轨迹。其中被告人小美（化名）的父亲在其很小的时候就犯罪入狱，而母亲为了赚钱养家，也经常不能陪在小美的身边，小美从小就缺少父母的关爱与教育，这导致小美的内心极度缺乏安全感。她打架斗殴、抽烟喝酒甚至自残，都是她内心缺乏爱的折射。了解了小美的情况后，承办法官与小美和其妈妈进行了耐心细致的沟通，缓和了母女俩的关系，帮助他们重新建立良好的沟通，并决定请专业的心理咨询师来对小美进行心理疏导，必要时进行进一步治疗。

而本案中的另一位被告人小强（化名），则是因为结交了社会上的“朋友”，沾染上了一些恶习，讲究所谓的兄弟义气，当“朋友”请求帮助实施犯罪行为时，便不管不顾地去做。承办法官与小强进行沟通时发现小强的性格温和，也很有礼貌，了解到他曾经是一个品学兼优的学生，马上要参加今年的中考，只是因为交友不慎造成了这样的后果，承办法官对他进行了教育疏导，劝导他尽快回归课堂，帮助他树立正确的是非观念。小强也在谈话后诚恳地表示认同。

该案承办人——新城区法院家事少年审判团队、赵婧工作室负责人赵婧法官表示，在未成年人的成长过程中，父母是最重要的引路人，父母不仅要在物质上保障孩子的生活，更要关心、关注其生理、心理状况和情感需求，及时纠正其不良行为，防止其再次走上违法犯罪的道路。“生而养之，养而教之，教其向善是每一位父母需要专注一生的事业”，希望通过这次教育指导圆桌会议，家长们能够有所启发。

未成年人走上违法犯罪道路，既有其自身心智发育尚不健全、尚不具备完全辨认、控制能力的原因，往往也有家庭环境、社会等方面的原因。《中华人民共和国刑法》明确规定，对未成年人犯罪应当从轻或者减轻处罚；《中华人民共和国刑事诉讼法》明确规定，对犯罪的未成年人实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。对未成年人犯罪，应当具体分析、区别对待，在准确定罪、恰当量刑的同时，要高度重视做好对未成年被告人的教育挽救、跟踪帮扶工作；要通过认真负责、耐心细致的工作，促使犯罪的未成年人悔过自新，不再重蹈覆辙，成为遵纪守法的公民和社会的有用之材。

四川彭州：创立“离婚证+告知书”关爱制度

2022-06-14 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/14/content_217911.htm?div=-1

本报讯（记者 姜郑勇）近日，四川省彭州市人民法院与该市民政局创立“离婚证+告知书”关爱制度，联合发出首份《家庭教育责任告知书》。

据了解，自2017年彭州法院与民政局联合构建“婚姻家庭教育促进机制”以来，法官一直坚持到民政局“坐班”，围绕家庭日常矛盾化解技巧、反家庭暴力、亲子关系等家长里短，对前来咨询的群众开展现场辅导，5年共现场指导147次2000余人。

为进一步强化对离婚夫妻的指导，加强未成年子女的权益保护，促使离异父母相互配合履行好家庭教育责任，彭州法院和民政局对已经办理离婚登记且有未成年子女的离婚夫妻联合发放《家庭教育责任告知书》，提示妥善处理好子女抚养问题，避免离婚后未成年子女家庭教育缺位。

多次虐待2岁半幼儿，他们付出终身禁业代价

2022-06-13 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220613/20220613_004/content_20220613_004_2.htm#page3?operate=true

我是两个孩子的妈妈，我打电话来不是反映问题，而是想表扬密云区检察院的郭桂英检察官……她一帧一帧地看事发视频，理解我作为一个母亲的悲愤，才让事情有个公正的结果……”近日，北京12345市民热线接到了一个特别的表扬电话。

这位母亲因何悲愤？检察官又缘何赢得这位母亲的认可？一切还要从北京市密云区检察院办理的北京市检察机关首例适用新修订的《中华人民共和国人口与计划生育法》督促行政机关整治托育领域违法违规行为行政公益诉讼案说起。

2021年10月，郭桂英收到一起立案监督申请。申请人何女士认为公安机关“不予立案”的决定与自己孩子的现实遭遇不符，遂向密云区检察院申请立案监督。

原来，何女士于2021年8月底，将2岁半的儿子小童（化名）送往密云区某托育机构上早托班。可是一段时间后，小童经常晚上从睡梦中哭醒。感到疑惑的何女士来到该托育机构要求查看监控录像，看完后，何女士陷入了愤怒。

“午休时，孩子多次遭到2名托育老师推搡、掐拧、拖拽或被推入消防通道，孩子受到惊吓，所以经常在半夜哭醒。”在郭桂英第一次接待何女士时，这位母亲复述了她在视频中看到的场景。“孩子才2岁半，哭闹也是正常的，她们不但不哄他，还打他。我们报案，但派出所认为情节轻微，没有对老师进行处罚。”说到伤心处，何女士忍不住流泪。

“我们必须坚持对托育机构虐童行为零容忍。”郭桂英和办案团队成员经认真审查，认为2名托育老师的行为虽然不构成刑事犯罪，却违反治安管理处罚法规定，应当予以相应的行政处罚，遂多次与相关单位沟通协商，共同推进。今年1月29日，相关部门对2名托育老师进行了行政处罚，并处以罚款。

“这个案子办完了吗？老师行为失当，该托育机构是否也存在管理失职或其他问题呢？”郭桂英又陷入了深深的思考。为了做到标本兼治，她再次带领团队对该托育机构展开调查。

办案团队发现，该托育机构存在未到卫生行政部门备案的问题。“依据新修订的人口与计划生育法，托育机构应当向县级政府卫生健康主管部门备案；托育机构有虐待婴幼儿行为的，其直接负责的主管人员和其他直接责任人员终身不得从事婴幼儿照护服务；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”郭桂英介绍，密云区检察院随即于2月11日对相关部门启动了行政公益诉讼立案，并于3月22日分别向两家相关单位制发检察意见和检察建议。

最终，该机构直接负责人和2名托育老师分别受到终身禁止从事托育服务工作的处罚。

该案发生后，郭桂英与办案团队深入分析案件背后的行业治理漏洞和隐患，多次与相关职能部门座谈。双方共同探索建立托育机构负责人黑名单制度、定期督导托育机构制度，并牵头起草了《密云区关于促进3岁以下婴幼儿照护服务发展的实施方案》，促进相关部门立足本职，依法加强对托育机构的指导、监督和管理。同时，密云区检察院协同相关部门对辖区32家托育机构进行检查，监督相关部门对7家违法机构作出行政处罚，合力促进托育机构正规化。

支持起诉帮残疾女子找到“新家”

2022-06-12 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220613/20220613_004/content_20220613_004_2.htm#page3?operate=true

本报讯（记者雒呈瑞 通讯员曹娟）“我今天去看了小丽（化名），经过这段时间的治疗，她的病情比较稳定，你们放心。”日前，江苏省南京市雨花台区某社区社工给该区检察院检察官打来电话。

2021年5月,雨花台区某社区工作人员向该区检察院反映,该社区居民小丽是一名精神残疾人,因其父亲不履行监护职责一度流落外地,被外地收容站送回社区后,急需治疗和照顾。社区在进行临时救助措施后,联系其父亲陈某,要求其承担对小丽的监护职责,但陈某自称没钱,没有照顾小丽的意愿,甚至不愿配合社区为小丽申请医保和其他救助。

雨花台区检察院办案检察官联合社区援助律师,几次奔赴小丽在外地的暂住地、收容站等地调查走访,收集证据。经查,小丽今年30岁,系三级精神残疾人。之前病情较轻,基本能够自理。2020年9月,小丽开始出现明显的疾病恶化的情况。据当地居民反映,小丽的父亲有酗酒的习惯,且平时对小丽的照料不到位。“有一两次小丽划伤自己,在寻找其父亲未果后,我们与民警联系将小丽送到医院治疗,帮助垫付了医药费用,至今其父亲也未偿还。”小区物业人员反映。

办案检察官走访和调查的证据证明,陈某不负责任的行为严重侵害小丽的合法权益,他已经不适合、也无能力继续担任小丽的监护人。检察官又联系小丽的亲属,无人愿意照料小丽的生活。经过与社区协商,雨花台区检察院建议社区发挥基层组织的保障托底作用,通过诉讼方式变更社区为小丽的监护人。

2021年11月,小丽所在社区起诉至法院,请求剥夺陈某的监护权,改由社区担任小丽的监护人。在当地社区的申请下,雨花台区检察院依法支持起诉,并将调查收集的全部证据材料提交法院审查。今年3月,法院开庭审理,采纳了检察机关的支持起诉意见,判决撤销陈某作为小丽监护人的资格,并指定社区居委会担任小丽监护人。目前判决已生效。

如今,社区已经为小丽办理了医保、低保等社会保障,并与司法机关联系,准备共同为小丽争取相关社会救助金。

北京明确:制止他人家暴行为可认定为“见义勇为”

2022-06-15 检察日报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-06/15/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220615_5-5.htm?time=1655338395688

■ 新华社记者 邵思聪

在北京市委社会工委市民政局近日举行的新闻发布会上,北京市委社会工委市民政局二级巡视员张青之介绍,北京正式启动第四届北京市见义勇为宣传月暨第十三届首都见义勇为好市民社会化评选活动。制止他人的家暴行为等情形,符合确认条件的,可以认定为“见义勇为”。

张青之介绍,能够确认为见义勇为行为的主要有四种情形:一、同正在进行的侵犯国家、集体财产或者他人人身、财产安全的违法犯罪行为作斗争的;二、同正在进行的危害国家安全、妨害公共安全或者扰乱公共秩序的违法犯罪行为作斗争的;三、在抢险救灾中,不顾个人安危,抢救国家、集体财产或者他人生命财产的;四、其他为保护国家、集体利益或者他人生命财产安全免受正在遭受的侵害,不顾个人安危,挺身救助的行为。

张青之表示,根据《北京市见义勇为人员奖励和保护条例》《〈北京市见义勇为人员奖励和保护条例〉实施办法》等法律法规,例如制止他人的家暴行为等情形,符合确认条件的,可以认定为“见义勇为”。

他强调:“‘见义勇为’必须是保护人民生命财产安全,必须是具有危险性,而且具有‘为他性’。”

据悉,评选表彰活动每三年一届,是以北京市政府名义进行的常设表彰项目。目前,已表彰“首都见义勇为好市民(荣誉市民和模范群体)”979人、“首都见义勇为权益保护工作先进单位”79个。

重庆发出首份《未成年人犯罪记录封存通知书》

2022-06-18 重庆市高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/wBCMvMFY-ACacbESQDt-zA>

5月30日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合下发的《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》（以下简称《办法》）正式施行。6月13日，重庆市巫溪县人民法院对一名未成年人犯罪案件进行了犯罪记录封存，并向这名未成年人及其法定代理人、县检察院、县公安局送达了《未成年人犯罪记录封存通知书》。据悉，这也是《办法》试行以来，重庆发出的首份《未成年人犯罪记录封存通知书》。

在2017年至2018年期间，被告人小明（化名）非法制造枪支两支的行为，触犯了非法制造枪支罪，被判处有期徒刑一年二个月，缓刑一年二个月。

考虑到小明系未成年人、在校学生，因法律意识淡薄走上犯罪道路，且已为自己的犯罪行为付出了代价，案件承办法官本着“教育、感化、挽救”未成年人的原则，依据《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》的相关规定，在该案判决生效后，依法向县检察院、县公安局送达了《未成年人犯罪记录封存通知书》，同时向小明及其法定代理人送达了《未成年人犯罪记录封存通知书》《未成年人犯罪记录封存制度权利义务告知书》，对小明的犯罪记录进行了封存，帮助其真正实现“无痕”回归社会。

相关法条链接

01

《中华人民共和国刑事诉讼法》

第二百八十六条 犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关犯罪记录予以封存。

犯罪记录被封存的，不得向任何单位和个人提供，但司法机关为办案需要或者有关单位根据国家规定进行查询的除外。依法进行查询的单位，应当对被封存的犯罪记录的情况予以保密。

02

《未成年人犯罪记录封存的实施办法》

第四条 犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的未成年人的犯罪记录，应当依法予以封存。

对在年满十八周岁前后实施数个行为，构成一罪或者一并处理的数罪，主要犯罪行为是在年满十八周岁前实施的，被判处或者决定执行五年有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的未成年人犯罪记录，应当对全案依法予以封存。

03

《未成年人犯罪记录封存的实施办法》

第十一条 人民法院依法对犯罪时不满十八周岁的被告人判处有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的，判决生效后，应当将刑事裁判文书、《犯罪记录封存通知书》及时送达被告人，并同时送达同级人民检察院、公安机关，同级人民检察院、公安机关在收到上述文书后应当在三日内统筹相关各级检察机关、公安机关将涉案未成年人的犯罪记录整体封存。

04

《未成年人犯罪记录封存的实施办法》

第十五条 被封存犯罪记录的未成年人本人或者其法定代理人申请为其出具无犯罪记录证明的，受理单位应当在三个工作日内出具无犯罪记录的证明。

多子女抚养权纠纷案应尊重子女真实意愿

2022-06-21 郝红吉 高倩 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/21/content_218148.htm?div=-1

法院在办理多个子女抚养权纠纷案时，要时刻把握法律法规和司法解释的立法宗旨在于未成年子女的利益最大化，首先考虑的是未成年子女的身心健康成长，而非考虑离婚纠纷中父或母的利益。

随着“二孩时代”的到来，婚姻家庭纠纷案件中多个子女抚养权纠纷越来越多。据统计，2021年，河南省汤阴县人民法院受理婚姻家庭纠纷案件584件，其中涉多个子女抚养权纠纷案件135件。多个子女抚养权纠纷如何处理，子女抚养权如何确认，关系到社会、家庭的安定团结，关系到未成年人健康成长。笔者以为，此类纠纷处理，法院应当充分尊重未成年子女的真实意愿。

针对子女抚养权纠纷处理，法院依据《中华人民共和国民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》的相关规定，对子女抚养问题及关于父母与子女关系规定，是从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况确定。一般考虑以下因素：两周岁以下的子女一般随母亲生活，八周岁以上的，应当尊重其真实意愿；随其生活的一方应有必要的经济能力；无不利于子女健康成长的行为等因素，如有赌博习惯、身体有疾病、长期在外等；与子女生活时间较长，形成稳定的生活、学习环境，一旦改变环境，不利于子女成长。但针对多个子女抚养权纠纷，法律没有详细规定。

在司法实践中，针对多个子女抚养权纠纷，有法官认为，夫妻双方就子女抚养权应当协商解决，协商不成的，如果夫妻双方均要求抚养子女的，应当考虑到夫妻二人均系子女的父母，对子女都有着深厚的感情，不能随意剥夺任何一方直接抚养子女的权利，故由夫妻二人各抚养一个子女或均衡抚养比较妥当，也比较公平。上述纠纷处理，更多的是从婚姻家庭纠纷中父或母的角度，来确定抚养权的，而不是站在未成年子女健康成长、尊重子女真实意愿的角度来考虑。

为此，笔者建议，法院在办理该类案件过程中，要时刻把握法律法规和司法解释的立法宗旨在于未成年子女的利益最大化，首先考虑的是未成年子女的身心健康成长，而非考虑离婚纠纷中父或母的利益。另外，在家庭关系中，夫妻因为婚姻形成亲属关系，同时子女也因为父母的婚姻形成了浓厚的同胞兄弟姐妹关系，这种感情同样值得保护。如果仅仅考虑到由父母均衡抚养子女可以减轻双方的负担，不考虑子女不仅面临父母的离异，还要面临兄弟姐妹的分离，这种分离是被迫性的，反而不利于未成年子女健康人格的养成。因此，在未成年子女抚养权确认上，法院应当考虑到父母对于孩子的疼爱，更要考虑到子女的利益，他们不仅需要父母的陪伴，有时候更需要和自己朝夕相处的同胞兄弟姐妹的陪伴。年龄相近的同胞兄弟姐

妹的陪伴，不仅可以弥补父爱或者母爱的缺失，更有助于帮助未成年人学会彼此理解、相互协商、相互学习、相互交流社会经验，也会更有利于帮助未成年人形成健康的人格。

南阳高新法院发出首份《家庭教育指导令》

2022-06-20 南阳高新区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/fN_sV1_YBrOmJrHLDvXV7g

2022年6月17日上午，南阳高新法院向未成年罪犯监护人发出首份《家庭教育指导令》。

在南阳高新法院审理的一起未成年被告人郝某某故意毁坏财物罪案件中，郝某某与同伙于2021年6月23日及6月27日凌晨1时许，用逃生锤砸毁路旁所停车窗玻璃，共计砸毁19辆汽车玻璃，财物损失总价值46950元。本院认为，被告人郝某某伙同他人故意毁坏私人财物，数额较大，其行为已构成故意毁坏财物罪。

法院在审理过程中发现，郝某某父母忙于生计，疏于对孩子耐心细致的教育和管理，放任其自行发展；导致郝某某在校期间，长期与社会不良人员接触，出入网吧、酒吧、游戏室等不适宜未成年人进入的场所，最终走上了犯罪道路。

作为郝某某的法定监护人，未能及时发现郝某某在外交友情况和不良行为。本次郝某某实施故意毁坏财物犯罪与监护人未能提供持续有效的家庭教育有密不可分的关系。依照《中华人民共和国家庭教育促进法》，高新法院依法对被告郝某某的监护人杨某发出《家庭教育指导令》，责令其依法履行监护职责，切实履行家庭教育的主体责任，促进子女健康成长。

俗话说“子不教，父之过”，在养育未成年人的过程中，父母不仅要言传更要身教，家庭是人生的第一所学校，家长更是孩子的第一任老师。《中华人民共和国家庭教育促进法》的发布实施，正式将家庭教育从“家事”升级为“国事”，孩子不仅是一个家庭的希望，更是国家的未来；每个孩子的成长只有一次，父母作为监护人的责任不可或缺。作为未成年人的父母，应当依法履行监护职责，关注未成年人的生理、心理状况和情感需求，做好家庭教育，用正确的行动、思想和方法教育引导孩子，守护未成年人健康成长。

今后，高新法院将全面推动《家庭教育促进法》落地实施，切实担负起人民法院在未成年人审判中的社会责任，打通落实好家庭教育指导工作的“最后一公里”。

未成年时的污点，不应成为入职“拦路虎”

2022-06-21 最高人民检察院

<https://mp.weixin.qq.com/s/cM0a01ATqbkdDedGXcUhPcg>

近日，曾因犯罪记录泄露而失去工作机会的小李，成功入职某科技公司。兴奋的小李第一时间给江苏省仪征市检察院检察官打来电话。

2020年11月，即将大学毕业的小李通过了某商业银行的校园招聘。正当对未来满怀憧憬时，他却突然收到银行发来的不予录用通知，理由是政审未通过。在多次追问下，小李知道了原因——银行获取了自己未成年时的犯罪信息。原来，2014年，17岁的小李因一时冲动与人打架，涉嫌寻衅滋事罪，后因犯罪情节轻微、认罪悔罪，被检察机关附条件不起诉。此后，他改过自新，努力学习并考上大学。

到手的工作没了，小李的精神受到极大刺激。在与银行多次交涉无果后，小李的父亲于2020年12月来到仪征市检察院，请求查明小李未成年时犯罪记录泄露的原因，并追究银行侵权责任。

仪征市检察院随即开展调查，发现银行是通过当地行政执法部门查询到小李的未成年犯罪记录的。在调查期间，该院又收到当地法院、团委、民政局等多家单位有关未成年人违法记录未被依法封存导致相关人员就业受阻的线索通报。2021年4月，仪征市检察院向相关行政部门发出行政公益诉讼诉前检察建议，督促其履行犯罪记录封存的法定职责。

收到检察建议后，相关行政部门迅速整改，采用加盖封章、单独存放、专人看管等方式，封存了500余名未成年人违法案件卷宗，并对案件电子数据设置严格的查询权限，做到应封存尽封存。

同时，仪征市检察院认为，银行违规获取小李未成年时的犯罪记录，且以此为理由不录用小李，侵害了小李的平等就业权，使小李遭受严重精神损害，应当赔偿相关精神损失。对此，检察官征求了小李的意见，积极联系法律援助机构，于2021年6月支持小李向法院提起民事诉讼。同年9月，法院判决银行赔偿小李交通费和精神损害抚慰金共计2万元。

六省（市）联动，开启社会组织维护未成年人权益新模式

2022-06-23 至诚儿童

<https://mp.weixin.qq.com/s/TFWI53-6ERG16Rw18RTX5g>

编者按

近些年来，一些未成年人因遭受性侵害、家庭暴力、学生欺凌等权益受到侵害的恶性案件经媒体曝光后，引发社会各界广泛关注。国家法律制度日益完善，但未成年人的权益受到侵害后去向谁寻求直接帮助？这是一个简单但也非常复杂的问题。很多案件都涉及到父母监护职责、学校保护、政府救助以及向司法机关投诉控告、提起诉讼等复杂法律问题以及社会调查、心理辅导等具体服务工作，谁来为权益受到侵害的孩子们提供上述直接帮助呢？

在北京字节跳动公益基金会的资助下，2022年4月18日，北京青少年法律援助与研究中心启动了“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”。项目致力于打通落实未成年人保护法律制度的最后一公里，支持北京青少年法律援助与研究中心以及来自贵州、四川、江西、河北、江苏共六家社会组织推出融媒体“未成年人法律帮助热线”、案（事）件处理、普法宣传等在内的综合服务。自启动2个月以来，项目进展良好，数百未成年人获得直接帮助，通过线上线下开展的普法活动惠及10余万人。

6月22日下午，北京青少年法律援助与研究中心通过线上线下相结合的方式，邀请全国人大、最高人民检察院等单位相关负责人参加，组织召开了“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”专题研讨会，首次向全社会介绍项目的成效及进展，相关工作受到专家和有关部门负责人的高度评价。

在“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”专题研讨会上，全国人大社会建设委员会工青妇室主任王幼丽，最高人民检察院第九检察厅厅长那艳芳、最高人民检察院第九检察厅高级检察官宋丹，全国妇联权益部一级巡视员兰青，团中央权益部二级巡视员张蔚红，中国关心下一代工作委员会办公室副主任蔡艳，中国儿童福利和收养中心儿童社工部主任王翠萍，中国网络社会组织联合会对外交流部主任、中国网络社会组织联合会未保专委会秘书长丁秀云，联合国儿童基金会儿童保护项目高级官员陈雪梅以及北京师范大学法学院教授、博士生导师宋英辉和中国科学院心理研究所研究员、博士生导师刘正奎进行了交流研讨，北京字节跳动公益基金会的乔栋、杨化冰和抖音安全部门的刘欢应邀参加会议。

贵州省民政厅儿童福利处四级调研员罗兰、贵州省检察院第九检察部副主任宋晓琼，石家庄市民政局儿童福利处处长严晓林、石家庄市未成年人救助保护中心主任康亚明、共青团石家庄市委权益部部长李辉以及贵州、河北、四川、江苏、江西五省示范性社会组织的机构负责人和项目团队成员参加了线上会议。

“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”专题研讨会

会议由北京青少年法律援助与研究中心主任佟丽华主持。北京青少年法律援助与研究中心执行主任于旭坤向与会人员介绍了项目背景以及开展情况，五省示范性社会组织负责人在线介绍了各自的项目开展和未成年人保护工作情况，抖音安全部门的相关负责人介绍了抖音在未成年人保护中开展的工作以及未来设想。

各省中心及嘉宾线上会场

一、六省（市）社会组织联合推出融媒体“未成年人法律帮助热线”，并为未成年人提供法律、心理、社工等综合专业服务

六省（市）推出融媒体“未成年人法律帮助热线”。一些未成年人在其权益受到侵害后，不知道如何处理，也不敢跟身边大人说；有的监护人、亲属、邻居、教师等本身就是侵害未成年人权益的主体，未成年人也不知道向谁求助，而一个畅通的咨询渠道和专业的咨询服务则可以为未成年人送去雪中送炭式的帮助。在项目启动的前两个月，各社会组织提供咨询的时间和方式都是分散的。现在项目办与各示范性社会组织协商，确定从现在开始，六省（市）联动推出融媒体“未成年人法律帮助热线”。其中，北京青少年法律援助与研究中心可以解答涉及全国的未成年人法律咨询，其他省份主要为本省内的未成年人及其他相关人员提供专业咨询。

六省（市）推出融媒体“未成年人法律帮助热线”，具体信息附文后

石家庄护航社会工作服务中心主任张海忠说，自从入选了首批示范性社会组织后，石家庄中心倍感使命光荣，责任重大。中心通过精心挑选，组建了年轻有朝气、经验丰富、工作认真有激情、热爱未成年人保护事业的项目团队。接下来，项目团队将在项目办的统筹下，积极提供涉及未成年人的专业咨询、案（事）件办理等。如果有项目办转介的案（事）件，中心也会积极提供专业服务。

石家庄护航社会工作服务中心主任张海忠

推出每周七天“热线电话”咨询服务。项目办统筹北京和贵州、四川、江西、河北、江苏六省（市）的六家社会组织，继续发挥传统热线电话咨询服务。各示范性社会组织每天上午8:30至下午5:30，会有律师等专业人员值守热线电话。考虑到一些涉未成年人案件可能发生在周末，六家社会组织也在休息日安排了值班，保证一周七天为未成年人及其监护人、教师、政府有关部门、社会爱心人士等提供专业电话咨询服务。

一位高三女生因在学校练习舞蹈而严重受伤，无助的母亲在周末拨打了江西致诚法律援助与研究中心的咨询电话。值守律师详细了解了案情，认真解答了咨询，并提出了一些法律意见，使其明确了下一步的调解方案。江西致诚法律援助与研究中心主任王惠说，中心律师认真对待每一个咨询，及时为咨询人提供专业指导意见，积极为未成年人赋能，希望让孩子们切实感受到各级党委政府的江山情怀、人民情怀和法治情怀。在以后工作中，中心的项目团队会一如既往地穷尽所有智慧与力量，为未成年人保护事业做出更大贡献。

江西致诚法律援助与研究中心主任王惠

积极打造未成年人保护线上咨询平台。互联网与人们的生活、学习密切相关，很多未成年人在权益受到侵害后，往往会通过互联网寻求帮助。在项目办统筹协调下，六家社会组织以电话咨询为基础，开通了抖音平台、电子邮件等多个网络服务平台，在接到与未成年人有关的线上咨询以后，六家社会组织均力争在12个小时、最迟24小时内给予回复。

会上，北京青少年法律援助与研究中心执行主任于旭坤介绍了一个通过抖音账号进行咨询的案件。咨询人因童年受到侵害的经历而饱受折磨，亟需获得法律、心理等方面的支持。中心律师连续8天跟咨询人进行沟通，查阅了大量资料，双方往返信息有110多条，累积服务时长超过12个小时，后又协调其所在省份的社会组织提供后续专业支持，期望能给无助的咨询人提供一些帮助和慰藉。

北京青少年法律援助与研究中心执行主任于旭坤

构建以法律为主，心理咨询师和社工等专业人员参与的未成年人保护服务新模式。实践中，涉及未成年人保护的案（事）件不全是单纯法律或者心理、社工等问题，很多都需要通过司法程序维护未成年人的合法权益，律师要代理未成年人整理证据、要求赔偿、组织调解、参与诉讼以及开展其他法律服务工作，有一些案（事）件还需要心理咨询师、社工共同参与到对未成年人的服务中。首批示范性社会组织可以为权益受到侵害的未成年人提供法律、心理、社工等综合服务，必要时还会将案件转介至有关单位。

如：贵阳市聚爱助学公益中心办理的继父猥亵15周岁未成年人小红案件中，在律师代理小红提起刑事附带民事诉讼后，心理咨询师和社工也为小红提供了服务：心理咨询师对小红的行为进行了评估、引导其到医院接受抑郁症治疗并提出了环境改造的方案，社工也持续对小红及其母亲开展支持性服务，帮助其申请司法救助等。律师、心理咨询师、社工共同发力，为小红及其母亲提供了及时帮助。

贵阳市聚爱助学公益中心理事长孙哲表示，自项目启动以来，中心积极完成项目工作，而且随着项目的推进，团队在案件办理、心理和社工服务、普法宣传和培训以及部门联动等方面有了重要收获和成长。在案（事）件处理方面，在项目办的指导下，中心构建了以法律为主、心理咨询师和社工等专业人员参与的未成年人保护服务新模式，未来将会取得更大成绩。

贵阳市聚爱助学公益中心理事长孙哲

北京字节跳动公益基金会资助了“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”，希望为我国未成年人保护事业的发展作出贡献。抖音安全部门刘欢介绍了期望着力打造安全可信的抖音青少年守护体系的情况，他用“安全”“健康”“责任”三个关键词介绍了相关工作：一是通过加强内容治理、推荐优化、帐号管理、隐私保护、财产保护等，努力为未成年人创造一个安全的网络环境；二是通过设置青少年模式、亲子模式、时间锁以及开展家长评议等工作，积极推进未成年人健康使用网络；三是通过开展创作者扶持、网络安全教育和社会合作等多种方式，积极履行企业社会责任。此外，抖音还开设了青少年守护客服热线（400-9922-556），及时处理涉抖音的未成年人网络保护相关问题。

抖音安全部门刘欢

二、政府有关部门、司法机关和群团组织等高度重视未保工作，对项目开展及相关成果给予充分肯定

社会组织可以成为专业社会支持力量。当前，很多单位也都非常重视未成年人保护工作，我国人民检察院的未成年人检察部门、人民法院的少年法庭、民政部门的儿童福利机构以及共青团、妇联等都在未成年人保护事业中发挥了越来越重要的作用。根据《未成年人保护法》等相关规定，社会组织可以成为政府相关部门、司法机关、群团组织处理未成年人案（事）件的专业社会支持力量。

社会组织积极配合有关部门处理未成年人保护案(事)件。2个月来,六家社会组织处理的很多案(事)件都是由民政部门、检察院以及共青团、妇联等相关单位转介,如:民政部门会将未成年人监护、上户口等问题转介至社会组织;检察机关会协调社会组织为一些刑事案件中的未成年被害人提供专业服务,有时也会支持社会组织起诉;共青团、妇联将涉及未成年人遭受性侵害、家暴等案件转介至社会组织办理;等等。

北京师范大学法学院教授、博士生导师宋英辉认为,“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”非常具有特色,对未成年人保护事业的发展具有非常积极的意义,这个项目将有效促进《未成年人保护法》和相关法律的贯彻落实。项目中有关专业社会组织建设可以为这个领域积累丰富经验、提供实践样本、培养优秀的专业人才。而且,这个项目能够促进我国专业社会组织往多元化发展,让社工、心理专业的人员也加入到未成年人保护工作中来,弥补当前未成年人保护工作中专业社会组织发展不充分、不平衡的短板。宋老师希望在未来的探索中进一步积累经验,形成社会组织服务未成年人的指引和规范,使其可持续发展并能够推广到更多地区。他同时希望政府有关部门、司法机关、群团组织和基金会等继续支持相关探索,为专业社会组织的可持续发展提供保障。

北京师范大学法学院教授、博士生导师宋英辉

中国科学院心理研究所研究员、博士生导师刘正奎发言指出,项目推出了第一批有工作基础、有社会公信力的社会组织开展未成年人保护工作,这将对其他社会组织的建设和发展起到非常好的示范和引导作用。六省(市)联动模式有利于在未成年人保护类社会组织中建立资源共享体系,包括一些服务规范、服务标准等,还可以提高服务资源利用率。项目也实现了多部门和多专业合作,有利于推进公益事业的社会服务进程,未来非常愿意在心理专业方面提供更多支持。刘老师还提出了两个建议:一是加强调查研究,可以就一些问题形成政策性建议;二是利用先进的人工智能方式等实现各地热线的联合,加强资源整体调配力度。

中国科学院心理研究所研究员、博士生导师刘正奎

全国人大社会建设委员会工青妇室主任王幼丽认为,北京青少年法律援助与研究中心是全国第一家专门从事未成年人保护工作的公益法律服务机构,通过法律咨询、法律援助、普法培训等工作,直接受益人数达数十万。像这样的机构永远不嫌多,这种模式应该在全国推广,让全国各地的未成年人都可以获得专业的帮助。现在,北京字节跳动公益基金会积极履行社会责任,并且慧眼识珠,找对了合作伙伴。4月18日,中心启动了“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”,贵州、四川、江西、河北、江苏的五家社会组织参与这个项目,这对《未成年人保护法》和相关法律的有效落实,具有非常好的推动作用。培育专业社会组织和人才是一个系统性工程,希望中心和各方持续发力,培育更多优秀社会组织,用心守护孩子们健康快乐成长。

全国人大社会建设委员会工青妇室主任王幼丽

最高人民检察院第九检察厅厅长那艳芳认为,项目各方对未成年人保护工作都有很高热情,虽然项目仅开展了2个月,但是成效显著,效率也很高。那厅长认为项目具有一些特点:一是项目起步规范,制定了遴选机制、项目管理办法、考核评估指南、风险防控办法,还开发了“未保社会组织工作平台”,做到了制度先行和规范化发展;二是项目效率高,北京青少年法律援助与研究中心和五家示范性社会组织开展了很多工作,接待了很多咨询,也处理了很多案(事)件;三是项目专业性强,不仅仅是法律服务,而且建立了包含律师、社工、心理咨询师等多领域的综合服务体系。那厅长指出,未检部门的很多工作都需要社会组织的协助和参与,希望项目能够推动未保类社会组织在服务标准、服务质量、专业水平等方面更加规范,为进一步做好未成年人保护工作奠定坚实基础。

最高人民检察院第九检察厅厅长那艳芳

全国妇联权益部一级巡视员兰青认为,“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”具有三重意义:一是回应了社会需求。项目将律师、社工和心理咨询师凝聚起来,积极开展对遭受性侵害的未成年人的关爱保护工作,回应了社会需求。二是凝聚了社会力量。项目搭建了一个很好平台,把各方凝聚起来共同开展未成年人保护工作。三是有利于推动社会建设。社会组织和企业一起开展未成年人保护工作,可以更好形成人人互助的社会氛围,让社会更文明、更和谐、更有活力。最后,兰青提出了三点希望:希望扎扎实实做项目,做出样板;希望吸引更多社会组织力量参与进来,不断扩大专业队伍,培养更多的专业力量;希望注重宣传和倡导,引导社会发出理性的声音,营造保护未成年人的良好环境。

全国妇联权益部一级巡视员兰青

团中央权益部二级巡视员张蔚红提出,“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”既是落实新修订的《未成年人保护法》最后一公里的创新举措,也是社会治理方式的一种创新,同时还是社会组织与公益基金在具体领域里面进行深化合作探索的创新。他对项目未来发展提出几点希望:一是坚定正确方向,进一步增强做下去的信心,让社会组织成为服务社会治理大局的有益帮手。二是以核心社会组织、核心专业人才为抓手,巩固好现有成绩,进一步推动未成年人保护工作。三是加强经验总结,在未成年人保护工作的道路上,有很多同行者、同路人,希望能够总结经验并凝聚更多力量。

团中央权益部二级巡视员张蔚红

中国关心下一代工作委员会办公室副主任蔡艳认为,项目响应了国家开展未成年人保护工作的号召,抓住了国家注重培育未成年人保护类社会组织的契机,在全国范围内挑选了贵州、四川、江西、河北、江苏五个省份的社会组织作为首批示范性社会组织进行培育,这项工作值得肯定。项目特别注重在互联网背景下的新媒体融合发展,扩大了未成年人保护的渠道,可以帮助更多有需要的未成年人。未来地方关工委可以加强与首批五家示范性社会组织的合作,充分发挥老干部、老战士、老专家、老教师、老模范和专业社会组织的优势,让更多的未成年人受益。

中国关心下一代工作委员会办公室副主任蔡艳

中国儿童福利和收养中心儿童社工部主任王翠萍认为,虽然项目时间短,但是成效高,对其他开展未成年人保护工作的社会组织起到了很好的示范作用。一是在整合相关社会资源方面进行了很好的探索和尝试,努力将律师、社工和心理咨询师的专业力量形成未成年人保护的工作合力。二是积极发挥了社会组织、基金会等多方力量,有利于推动国家顶层设计的在基层落地、落实。她最后提出,应当加大对社会组织的资金支持力度,一方面社会组织要开展政府购买服务的项目,另一方面还要鼓励像北京字节跳动公益基金会这样的社会资金投入未成年人保护工作中;要孵化、培育更多优秀的未保类社会组织,持续加强未保专业人才的培养,鼓励、支持更多优秀人才从事未成年人保护工作;加强制度建设,完善社会组织运行的制度保障;探索对社会组织的赋权,使其更好发挥作用。

中国儿童福利和收养中心儿童社工部主任王翠萍

联合国儿童基金会儿童保护项目高级官员陈雪梅说,联合国儿童基金会与北京青少年法律援助与研究中心在未成年人保护领域有很多交流、合作,我们可以深切地感受到中心对未成年人保护工作的热爱,而且中心律师的专业能力非常强,在提供法律咨询、开展法律援助、进行实证研究等方面开展了很多工作。希望本项目能够发挥出中心的工作优势,带领各省示范性社会组织不断提升社会组织的专业化水平,积极为遭受性侵害、家庭暴力等伤害的未成年人提供专业服务。当然,社会组织也不会短时间内就具备服务未成年人的专业能力,需要持续开展机构培育和人才培养工作,而且还要强化制度和标准等建设。未来希望能够继续加强与中心的合作,共同推动未成年人保护工作的全面开展。

联合国儿童基金会儿童保护项目高级官员陈雪梅

“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”和社会组织的工作受到了当地政府部门、司法机关等有关单位的大力支持。比如：

贵州省民政厅和贵州省检察院多次组织召开未成年人保护项目推进会，为贵阳市聚爱助学公益中心协调、链接相关资源，积极探索社会组织支持系统建设和工作模式。

5 月 28 日，贵州省未成年人保护普法宣传活动月启动仪式在贵阳市筑城广场举行，聚爱公益作为唯一的社会组织协办单位参与活动。

石家庄护航社会工作服务中心参加了由石家庄市民政局、教育局、法院、检察院等 10 家单位组织召开的市未保工作小组联席会，该中心在会上做了未保工作专题汇报，并与相关部门建立了更好联系。

护航社工中心参与石家庄市未保工作领导小组联席会议，并做未成年人保护网络建设项目专题汇报

2022 年 6 月 8 日，全国人大常委会副委员长曹建明一行到南京市玄武区人民检察院设立的“向阳花”未成年人保护中心调研，李晓霞汇报了南京乐行公益法律服务中心长期参与检察院的帮教工作和特色，以及取得的成效。

2022 年 6 月 8 日，全国人大常委会副委员长曹建明一行到“向阳花”未成年人保护中心调研，李晓霞汇报帮教工作

三、积极培育专业未成年人保护社会组织，不断推动未成年人保护事业健康发展

北京青少年法律援助与研究中心在业务指导和项目管理等方面发挥了重要作用，项目成果显著。作为项目的主要执行方，北京青少年法律援助与研究中心不但继续直接为未成年人提供法律服务，而且还成立了专门的项目管理办公室，从社会组织遴选、制度建设、业务指导和协调等方面开展了大量工作，为执行该项目的北京、贵州、四川、江西、河北、江苏六省（市）的六家社会组织积极提供专业咨询、案（事）件处理、专题培训和社会倡导等多项指导工作。截至 2022 年 6 月 18 日，六家社会组织在 2 个月内共解答专业咨询 258 件，处理涉未成年人案（事）件 65 件，开展专题培训和普法宣传 37 场，发布抖音短视频 125 条，各项工作进展顺利。

南京乐行公益法律服务中心律师董曼曼提到，两个月以来，中心按照项目要求组建了专业团队，不断优化内部治理结构，各项工作取得较好成绩。本项目特别重视建立部门协作关系，中心也非常愿意成为政府相关部门、司法机关、群团组织等处理未成年人案（事）件的专业社会支持力量。其中，中心处理的 7 岁女童落户难、入学难问题效果较好，其相关工作得到了玄武区民政局和检察院的大力支持，也得到了项目办的指导。今后，中心将继续保持初心、秉承热心，为未成年人保护工作贡献更多力量。

南京乐行公益法律服务中心律师董曼曼

制度先行，短期内制定多项关键制度。项目办依托多年项目经验，十分注重项目制度建设，先后制定并发布了《遴选方案》《项目管理办法》《考核评估指南》《风险防控办法》，开发了《专业咨询服务指导手册》，将来还要围绕监护人侵害、学生欺凌等开发业务手册，努力为首批五家示范性社会组织提供专业支持。项目办还开发了“未保社会组织工作平台”，并强化了对典型案（事）件的指导、协调、会商，这些制度建设和业务指导工作有效保障了项目规范、健康发展，有利于社会组织更好开展未成年人保护工作。

会上，四川伟旭公益法律服务中心副理事长王恩慧发言指出，自未保项目开展以来，中心在免费咨询、案件办理、普法宣传、抖音短视频、实证调研、参与立法和外联推广等方面实现了积极有效运转。之所以能够取得这样的成绩，关键原因之一是中心组织项目团队专职人员认真学习了项目办制定的各项规章制度，使得服务质量得以提高，项目开展更加规范有序。

四川伟旭公益法律服务中心副理事长王恩慧

北京青少年法律援助与研究中心主任佟丽华从三个方面对会议做了总结：

北京青少年法律援助与研究中心主任佟丽华

第一，项目的主要目的是帮助权益受到侵害的未成年人解决问题，尤其是处理疑难复杂案（事）件。佟丽华认为，在未成年人保护的实践中，专业咨询、专题培训、环境优化等工作固然非常重要，但能否为权益受到侵害的未成年人解决实际问题更为重要。为此，项目从四个角度开展工作：一是六省（市）社会组织继续发挥传统热线电话功能，每周七天为未成年人提供电话咨询服务；二是六省（市）联动推出融媒体“未成年人法律帮助热线”，打造兼具普法和服务功能的抖音网络平台；三是积极打造以法律为主、心理咨询师和社工等专业人员参与的多专业相配合的未保服务新模式；四是坚持最有利于未成年人原则，积极帮助未成年人解决实际问题，努力让孩子们过上快乐幸福的生活。

第二，建立跨部门协作关系，社会组织要成为政府相关部门、司法机关、群团组织等处理未成年人案（事）件的专业社会支持力量。佟丽华认为，只有建立跨部门合作，各方形成合力，才能更好地保护未成年人权益。我国人民检察院的未成年人检察部门、人民法院的少年法庭、民政部门的儿童福利机构以及共青团、妇联等都在未成年人保护事业中发挥了越来越重要的作用，但同时在遇到某些案例时也缺乏专业力量的支持和协助。社会组织作为专业的社会支持力量，一方面为权益受到侵害的未成年人服务，另一方面也是相关部门可以借助的推动未成年保护工作的专业服务力量。

第三，强调项目制度建设，积极保障项目规范、健康、可持续发展。佟丽华认为，想要让项目切实落地并实现项目目标，规范的起步非常重要，而与项目管理、执行相关的建章立制工作将直接关系到后续的项目开展。北京青少年法律援助与研究中心和致诚公益团队具有业务开展和项目管理的丰富经验，在短时间内制定了多项制度，这为保障项目规范、健康、可持续发展和后期项目执行打下了坚实基础。

结语

“全国首批未成年人保护类示范性社会组织培育项目”项目是在北京字节跳动公益基金会的支持下应运而生，这是网络平台企业积极参与我国未成年人保护事业发展的良好尝试。网络平台企业不仅关注未成年人网络保护问题，也能积极参与、推动线下未成年人保护工作，这是我国互联网企业积极履行社会责任的具体体现。

专题研讨会取得圆满成功，这也激励着北京青少年法律援助与研究中心和五家示范性社会组织继续在未成年人保护领域开展更多有意义的工作。未来希望各方共同努力，培育更多专业的未成年人保护类社会组织，培养更多专业、稳定的未成年人保护人才，在孩子们权益受到侵害的时候，都能及时获得专业的综合服务，让更多的未成年人在这项工作中受益！

《民法典》“漫”谈：离婚后，还能变更抚养费吗？

2022-06-24 北京市第三中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/ss3uNi01fpTBcytoF59qwA>

漫画中的情形反映了现实生活中存在的问题。夫妻双方离婚后，直接抚养未成年子女的一方，有时面临着子女生活教育等费用支出增加的情形，如子女患病、升学等，其中一些必要性费用的增加会给家庭经济带来巨大压力。此时若仍依照双方离婚时约定的较低抚养费标准进行执行，可能会导致直接抚养子女的一方无法负担相关费用，影响子女的健康生活与成长，也会致使父方或母方承担的抚养义务悬殊。

《民法典》第一千零八十五条规定：离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。因此，面对离婚后一方不同意负担合理抚养义务的行为，未成年子女的监护人应积极采取法律手段，维护孩子的合法权益，为孩子提供正常学习成长的经济保障。

孩子打赏出去的钱能追回来吗

2022-06-24 北京市互联网法院

https://mp.weixin.qq.com/s/FleP_yJUQYNW1uQmeK50rg

疫情发生后，多地中小學生居家上网课，很多家长工作较忙无法经常看顾，有的孩子在学习之余独自上网，未经父母同意，就在网络平台为主播作出大额打赏或者充值，有的金额甚至高达上百万元，被家长发现后向平台索还。那么，孩子打赏出去的钱能追回吗？家长要如何证明打赏行为是孩子作出的呢？

1. 认定为未成年人打赏可要求返还

近年来，未成年人网络打赏纠纷多发，究其原因涉及多方面。

首先，未成年人接触网络年龄持续走低，人数增长迅速。一方面，未成年人在游戏、直播等网络平台进行交易的需求与能力日趋增长；另一方面，年龄过小的孩子在判断能力、认知能力、自制能力等多方面存在局限，网络安全意识薄弱，使得未成年人大额网络游戏充值、网络直播打赏的现象频发。

其次，监护人疏于教育管理，未能尽到监护义务。在多数案件中，未成年人在较长时间内多次进行额度不等的充值，而监护人称对整个交易过程不知情。这体现了监护人忽略对未成年人的网络消费观念教育，对资金账户、交易密码等网络支付信息保管不利，导致未成年人大额网络消费案件发生。

最后，网络直播平台监管欠缺。平台对于成年人、未成年人等不同辨别能力的使用群体，缺乏区分性、针对性的管理措施。即使部分平台推出未成年人使用模式，但也未全面落实。同时，主播行业作为新兴产业，暂未形成统一、成熟的行业规范，主播市场良莠不齐，存在主播诱导支付的现象。

发生在未成年人身上常见的是直播打赏和游戏充值，这两种行为的法律认定性质并不相同。打赏主播通常形式是赠送平台上的虚拟礼物，包括免费礼物和收费礼物。民法典第六百五十七条提出，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。观众把自己的财产无偿地送给主播，符合法律上赠与的特征。游戏充值，也是实施民事法律行为的一种，其实质是未成年人与网络游戏公司签订买卖合同，未成年人提供金钱，网络游戏公司提供游戏服务。

未成年人的巨额打赏行为显然并非纯获利益的合同，与其年龄、智力与精神健康状况不相适应。打赏后，限制行为能力人的法定代理人一般拒绝追认，那么未成年人签订的涉直播巨额打赏合同归于无效。民

民法典第一百五十七条规定，民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

在未成年人打赏的案件中，原告（未成年人）在诉讼请求中通常会要求平台承担一定的赔偿责任，比如要求支付资金占用期间的利息，这可以理解为原告要求被告进行一定的赔偿。但在未成年人打赏的案件中，因为被认定为无效的民事法律行为，平台有过错方才需要承担一定的赔偿责任。在互联网世界，认定平台“明知该用户为未成年人而提供服务”是比较困难的。通常案件起诉到法院后，结合原告的证据，平台再对该用户的打赏行为进行画像，确定是否为未成年人本人的行为。如果是其本人行为，通常平台会选择和原告进行调解。

2. 如何认定未成年人所为成难点

在此类案件中，认定打赏行为是未成年人作出的往往是司法审理的难点。

一般情形下，人脸支付、指纹支付，只能由法定代理人本人完成。对于密码支付，需要结合交易涉及的未成年人具体年龄、家庭经济情况、打赏金额、投诉人背景、主体关系人核查、父母对自身账户监管情况、交易时间、惯例、生活常识、证据等多方面因素，综合判断打赏行为由未成年人独立完成的盖然性。如在吴某诉某直播平台案中，现有证据表明，充值时间段与吴某在学习生活中可支配的时间段高度吻合；充值频率较高，甚至一分钟内数次充值；打赏的主播多为未成年人以及所播内容为校园生活，法院在综合考虑了上述因素后认为进行打赏的主体为未成年人具有高度盖然性。

除此之外，法院在审理过程中还需认定打赏行为及性质，是否超出未成年人的认知能力。对此，法院需要综合未成年人实际年龄、交易数额、交易背景、审判经验等多方面因素进行判定。在审判实践中，法院会把未成年人传到法庭，法官对其进行必要的询问，比如韦某诉某直播平台网络服务合同纠纷一案中，法官在庭上通过询问了解注册的过程、充值打赏的行为过程等，综合考虑案情来认定该未成年人的认知能力。

3. 无效打赏涉及的返还义务不同

用户和直播平台之间因为双方形成的合同关系不同，会产生不同的法律关系，这造成未成年人打赏行为归为无效后的返还义务也不同。

一是服务合同关系。平台为用户提供信息技术、管理服务。在平台上，无论是否打赏，用户均可以观看不同主播的节目，打赏特定虚拟礼物之后会出现特效，打赏者拥有更多的权限，这些均是平台通过提供信息服务、技术支持、规则制定等进行管理的体现。如果双方形成的是服务合同关系，未成年人作为用户并未支付服务费用，打赏行为是否有效均不涉及平台返还的义务。

二是买卖合同关系。一方面，用户在向账户充值的过程中，直播平台将虚拟货币转移给用户，用户向平台支付价款，双方各负权利义务，因此成立买卖合同的关系。另一方面，在购买礼物打赏的过程中，用户向平台支付虚拟货币，平台给付虚拟礼物，双方各负权利义务，同样成立买卖合同关系。在合同归于无效的情况下，平台与未成年人各负返还义务，平台向未成年人返还人民币，未成年人向平台返还虚拟礼物、虚拟货币。

三是消费赠与行为。这是指经营者在商品交易中，附带地向交易对方无偿提供一定数量的现金和物品的行为。直播平台向用户销售虚拟货币时，有时设置一些优惠活动，如“充值980钻石送10钻石”，这里的980钻石是用户花98元购买的，平台送10个钻石属于消费赠与。提供赠品的经营者与交易对方存在

双重法律关系，即交易关系和赠与关系。因此，在未成年人与平台之间的买卖合同关系归于无效的情况下，赠与合同也无效，未成年人应当返还平台赠与的虚拟货币。

实践中，还有未成年人从他处购买虚拟货币的情况。比如通过微信好友、某个直播的粉丝群等购买虚拟货币，以此购买打赏礼物。由于未成年人并不是在平台购买的，因此无权要求平台退还虚拟货币对应的人民币。这虽使未成年人及其监护人的维权成本提高，但此类事件中未成年人及其监护人均有过错，因此为此付出代价亦有合理性。

4. 当事人过错影响返还金额

根据民法典规定，在合同无效的情况下，当事人各负返还义务，并由有过错的当事人承担相应的赔偿责任。当认定打赏、充值行为是未成年人作出的，法院在确定返还金额时主要考虑两方面因素，一是合同各方当事人的过错，二是在退还金额时损失如何计算。司法实践中，主要从平台、未成年人（用户）、主播、未成年人监护人这几方面来考虑。

直播平台有义务对于用户的身份充分进行审核，进而排除未成年人直播打赏。首先，直播平台作为用户打赏的主要受益者，具有审核相对方是否具有完全民事行为能力的注意义务。直播平台完全有能力对于注册用户，至少是打赏超过一定金额的用户尽到更为审慎的审核义务。其次，限制未成年人参与和其年龄、智力不相适应的经济活动，也是企业应当承担的社会责任。个别情况下，用户的注册信息显示其年龄为未成年，平台并未对其打赏权限进行限制，也有的平台并未要求用户填写年龄信息。如果平台对用户身份的审核选择了不作为或少作为，违反了先合同义务，可以推定平台具有过错。

判断未成年人是否有过错，要从其登录账号、进行充值时是否隐瞒年龄信息等因素去判断。对于已实行分级管理的平台而言，若未成年人利用漏洞去获取仅属于成年人的打赏权限，确实属于隐瞒了重要事实，在法律上应承担缔约过失责任。对于并未要求用户填报年龄，仅在格式合同中以未突出显示的方式限制未成年人缔约的平台而言，可以视为未成年人并未对其隐瞒身份，此种情况下未成年人并未违反先合同义务且无过错。

不同于直播平台拥有技术、管理优势，主播只能通过评论、私信等途径获知用户的年龄信息，要求其对于每位打赏者主动询问年龄也不切实际，因此主播仅在知道或者应当知道打赏者为未成年人的情况下违反先合同义务，具有过错。

监护人并非直播打赏法律关系的一方主体，但未成年人绑定监护人的第三方支付平台账号进行打赏，与其未尽到监护义务直接相关。监护人因过失违反监护义务，在合同归于无效之后，对方产生信赖利益损失，监护人应当对于未成年人可能存在的缔约过失责任承担替代责任，同时应基于自身的过失，对于被监护人给他方造成的损失承担赔偿责任，赔偿的总金额不应超过平台因此而遭受的信赖利益损失的数额。

至于退还金额，应包括直接损失和利息损失。缔约人违反先合同义务造成的损失大多为信赖利益的损失，主要表现为缔约费用、准备履行所支出的费用，以及支出上述费用所失去的利息等。直播平台在与未成年人订约的过程中，基于服务合同与买卖合同提供了技术、流量、管理等方面的支持，均可以转化为具体的财产金额来主张。而未成年人一方，主要是利息损失。

法官提醒

家长需妥善保留证据

在此类案件的审理中，未成年人及其监护人一方负有以下举证责任：一是未成年人参与打赏的事实证明，包括证明打赏的主体是未成年人、打赏的具体金额。二是如果还主张利息损失，则要对损失进行举证。

手机归属及型号、社交账号注册信息、GPS 定位地点等都可以作为证据提交。三是如果向主播主张缔约过失责任，未成年人及其监护人应就主播知晓打赏者是未成年人进行举证。

一般而言，未成年人网络直播打赏案件的裁量关键在于交易主体的识别。实践中，未成年人往往使用其法定代理人的账号进行登录及交易操作，导致诉讼中其法定代理人很难举证证明自己并非交易行为人。

那么，何种证据材料才能证明网络直播打赏的实际交易主体是未成年人呢？比如交易发生时的视听资料，案发期间未成年人与网络主播在社交平台进行文字、语音或视频聊天互动的视听资料；再如打赏的对象与时间，提交能够证实监护人与未成年人的日常消费习惯、账户进行打赏的时间和频率、未成年人对账户密码的知悉情况等证据，来证明未成年人是账户的实际控制者。

未成年人当庭陈述也很重要。法官可以从当事人的陈述中了解未成年人对直播行为的认知、主播是否有私下引诱未成年人打赏的行为、监护人与未成年人之间的关系以及监护人是否使用过直播账号等。在未成年人与监护人分隔异地的情况下，若打赏行为是未成年人未经监护人授权或同意实施的，法院可以通过直播平台的后台系统查看交易发生时用户的实际 IP 地址，结合原告方提供的监护人当时所在地的证明，判定打赏行为的主体是否为未成年人。

在收集证据方面，由于未成年人直播打赏大多发生在网络环境下，许多涉及电子数据证据取证问题，这就需要监护人注意留存电子数据证据的原件、原始载体，出具符合民事诉讼法证据规则要求的证据。

孩子的用网行为谁来监管？

2022-06-25 北京市互联网法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/LVKhLjzAmQ80MDYacEld0A>

有些漫画不适合孩子，却被孩子私自付费阅读；充值、打赏，孩子的用网行为谁来监管？北京互联网法院综合审判三庭（少年法庭）庭长孙铭溪做客 CCTV1《今日说法》，带我们一起了解，法律如何给家长“上课”。

点击查看精彩节目

案例一

中学生小雪的母亲发现，小雪在手机上看漫画中有很多博人眼球的画面，甚至还出现了一些不合法的词汇。15岁的小雪不仅阅读这些漫画，还在漫画阅读平台进行充值，从2019年5月25日开始，到2020年12月22日累计充值金额1466元，小雪的父母对这些充值不知情。在与漫画阅读平台沟通无果后，小雪的父母将漫画阅读平台诉至北京互联网法院。

小雪的父母认为，平台提供了不适合未成年人阅读的漫画内容，未尽到识别未成年人的责任，也没有对未成年人的浏览内容做限制，针对这些内容向未成年人进行收费，也没有经过监护人的追认，应属无效。

虽然被告漫画阅读平台当庭陈述，未成年人并非其目标用户，也无从知晓漫画读者中有多少是未成年人，但法院认为，平台不能以此为借口，放任不适合未成年人阅读的内容在平台上任意传播。平台方提供的漫画中，很多角色设置为学生、发生环境为校园、题材涉及校园爱情，容易吸引未成年人阅读。而依照平台的功能设置，只需要简单点击监护人同意，就可以无差别使用平台进行阅读，对未成年人缺乏有效的身份识别以及显著提示。综合来看，平台方存在较大的过错。最终，法院认为涉案合同内容违背公序良俗，应属无效，判决被告返还原告充值款1466元。

本案中，除了对平台方提出整改意见之外，法院同时建议父母强化对孩子心理健康的关注，注重加强对其健康上网的知识教育。小雪的父母监护职责履行不足，未能妥善保管好自己的电子支付密码，使得未

成年人有机会得以私自充值消费。《中华人民共和国家庭教育促进法》第二十二条规定，未成年人的父母或者其他监护人应当合理安排未成年人学习、休息、娱乐和体育锻炼的时间，避免加重未成年人学习负担，预防未成年人沉迷网络。

在北京互联网法院审理的案件中，沉迷游戏、大额充值、直播打赏等纠纷引发的案件不在少数，不少未成年人会采用种种方法绕过平台认证，躲过父母监管。部分父母自身用网能力也存在不足，网络安全意识不到位，没有安装相关的未成年人保护软件，采用合理的时间管理、服务模式等。从这类案件中可以看出，有对父母加强家庭教育指导的必要性。

案例二

未成年人小张年仅十一岁，假期使用母亲的手机观看直播，短短6天时间，在直播间打赏一万多元。小张的父母将平台起诉至法院，经过北京互联网法院调解，原告方撤回了起诉。

但调解并不是案件的终点。案件审理过程中，法官发现，小张的母亲平时把自己的手机交给孩子使用，使得小张有机会登录各种平台，轻易发起支付。显然，小张的父母作为监护人对未成年人的网络活动关注不够，未安装未成年人网络保护软件，未选择适合未成年人的服务模式和管理功能，未采取有效的消费管理措施，对个人的网络支付密码保管不当等。

根据新实施的《中华人民共和国家庭教育促进法》，北京互联网法院向小张的父母发出了《家庭教育指导令》。家庭教育指导令是家庭教育促进法赋予司法机关的权利和职责。在发现父母在家庭教育中严重缺失或不当的，可根据情况向未成年人的监护人签发家庭教育指导令，责令其接受指导。本案中，指导令要求小张的父母关注孩子的用网行为，教育引导孩子科学合理健康用网，同时保管好个人电子设备、支付账户等。由于小张父母不在北京，这份指导令以线上的形式作出，法官在虚拟谈话室中，与父母进行交流。

为进一步提升网络保护家庭教育水平，北京互联网法院还结合涉网案件特点，与相关研究机构共同创设了全国法院首个线上家庭教育指导平台。在互联网时代，为人父母也要加强学习，加强自身的网络素养，才能更好地引导、教育孩子。

生父母无力抚养子女可以交由亲友抚养吗？

2022-06-27 原创 吴军 江西民事审判

<https://mp.weixin.qq.com/s/cIHDj9CTUJ7ewBMMsGJV0Q>

十年前，杨某花因丈夫犯罪入狱，独自抚养4岁的儿子李某军。后杨某花另行组成家庭，考虑到无法尽心照顾孩子，杨某花便与其大姨王某夫妇商量，将李某军交由王某夫妇抚养，并将李某军的户口迁入王某夫妇处，当时王某夫妇已经育有一子。如今，李某军15岁了，在镇中心中学寄读，王某夫妇因夫妻关系不和，未再关心照顾李某军，也不给李某军提供必要的生活费用。学校老师得知后，发动全体师生为李某军捐款。还有好心人知道后，收留李某军在家吃住。杨某花知道该情况后，以王某夫妇遗弃李某军，没有尽到监护人责任为由，向人民法院起诉，要求解除王某夫妇与李某军之间的收养关系。法院最终没有支持杨某花的诉讼请求，这是为什么呢？

权威观点

因为王某夫妇与李某军之间压根没有建立合法有效的收养关系，所以不需要通过法院判决解除本就不存在的收养关系，杨某花可以直接要回小孩自己抚养。法律规定，对于生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养，但如果是收养，则要办理合法正规的收养手续。，。

法官解读

由于年幼之人并无生存能力，需要依赖父母双亲的抚育，但在遭遇变故，父母死亡或父母无力抚养之时，生活便无以为继。所以，孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养，有利于充分发挥亲属朋友间的互助互爱，为处于困境中的未成年子女提供基本生存条件，充分发挥家庭、社会在扶助弱小方面的积极作用，促进社会的和谐稳定。但需要注意以下几个问题：

（一）抚养的条件

在上述的抚养关系中，除了有负担能力的祖父母、外祖父母有法定抚养义务之外，其他亲属、朋友对于孤儿或者生父母无力抚养的子女，并无法定抚养义务，并不能强制其抚养。只有当有负担能力的祖父母、外祖父母等法定抚养义务人不愿意抚养未成年人时，如果生父母的其他亲属、朋友有抚养能力和抚养意愿，并且更加适合抚养孤儿或者生父母无力抚养的子女，也可以在各方当事人协商一致的情况下，由生父母的其他亲属、朋友抚养。当然，应按照最有利于未成年人的原则，结合亲疏关系的远近、抚养能力和抚养意愿等因素，综合确定抚养人。

（二）抚养与收养的区别

抚养和收养均属于安置孤儿或者生父母无力抚养的子女的途径，但抚养与收养存在显著的区别：一是抚养人不需要具备收养人的各项限制条件，但对抚养人的范围有所限制；二是被抚养人仅限于孤儿和生父母无力抚养的子女，而被收养人除了这两类未成年人外，还包括查找不到生父母的未成年人；三是抚养人只要履行了抚养行为就可以认为成立抚养关系，而收养关系必须到县级以上人民政府民政部门登记才能成立；四是抚养不产生收养的法律效果，即不会消除被抚养人与生父母之间的父母子女关系，也不会让被抚养人与抚养人之间产生父母子女关系。

综上，杨某花与王某夫妇并没有成立合法的收养关系，双方是亲属关系，杨某花将李某军交由王某夫妇抚养时，并未签订收养协议和办理收养登记，未明确是将李某军送养，同时，王某夫妇当时已育有一子，并不符合当时法律规定收养人条件。故王某夫妇与李某军之间的收养关系并不成立，王某夫妇应当将李某军送回至杨某花处抚养。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千零四十五条 亲属包括配偶、血亲和姻亲。

配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

第一千零七十四条 有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。

有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

第一千一百零七条 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养；抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。

特别提醒

生父母将无力抚养的子女，送给亲友抚养时，应当明确是抚养还是收养。如果是收养，应当办理合法正规的收养手续。

“未”爱发“令”！金山法院首次发出家庭教育指导令

2022-06-27 原创 民庭 上海金山法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/ucyNvgByfX2VmLUoin0EAg>

“依照《中华人民共和国未成年人保护法》第七条、第十条、第十六条、第十七条、第一百一十八条、《中华人民共和国家庭教育促进法》第二十条、第四十九条之规定，责令如下：

你应当依法积极正确履行监护职责，做好对未成年子女的家庭教育。在不影响儿子 XXX 正常学习生活的前提下，征得其本人同意，多与儿子 XXX 相处，主动增进情感联系和沟通交流，关心、关注、关爱儿子 XXX 的生活学习和身心成长。努力引导、培养 XXX 成为有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义建设者和接班人，成为担当民族复兴大任的时代新人。”

6 月 27 日上午，在一起否认亲子关系纠纷案件宣判后，法官唐若愚并没有如往常让当事人直接离开法庭，而是向案件所涉未成年人的父母双方发出了家庭教育指导令。

△法官宣读家庭教育指导令

这是 2022 年 1 月 1 日《中华人民共和国家庭教育促进法》正式施行后，金山法院首次发出家庭教育指导令。

此次，金山法院共向两起家事纠纷中的双方当事人，发出了 4 份家庭教育指导令，责令 2 对父母接受人民法院安排的家庭教育指导。

案件一

父亲无证据怀疑儿子并非亲生

李先生与妻子周女士结婚后，一直没有孩子，直到结婚 10 年后，妻子周女士终于怀孕成功并顺利生下儿子。两年后两人离婚，约定儿子随妻子周女士共同生活。儿子今年已经 10 周岁，但李先生作为父亲却听到了周围邻居的“风言风语”，说儿子和自己长得不太像，于是起了“疑心病”，要求儿子与自己做亲子鉴定。

母亲周女士非常气愤，觉得前夫李先生是无中生有，对自己和儿子人格进行侮辱，说到底就是不想付抚养费，拒绝配合做亲子鉴定。

李先生就将儿子起诉至法院，要求法院判决自己和儿子之间不存在亲子关系。

法院经审理后认为

李先生的主张缺乏证据支持，最终法院驳回了李先生的诉讼请求。

本案开庭审理后，法官心情沉重，简单的一纸判决无法解决李先生和周女士的心病，而李先生和周女士作为儿子的法定监护人，两人的矛盾将影响一名未成年人的身心健康成长。

儿子目前已经 10 岁，具有一定的认知能力。根据母亲周女士陈述，儿子在知道父亲李先生起诉后，心情不佳闷闷不乐，和继父的关系也不太融洽。

△社工与当事人进行家庭教育指导

为帮助李先生和周女士改善不正确的家庭教育，金山法院向李先生和周女士发出了家庭教育指导令，并邀请上海市阳光社区青少年事务中心金山工作站的王文梅社工和张园社工参与对李先生和周女士的家庭教育指导，开展面对面、一对一辅导，解答他们对子女教育的困惑，围绕构建良好亲子关系等方面进行指导，并且今后半年时间内，将每月对李先生、周女士对儿子的家庭教育情况进行回访跟踪。

案件二

夫妻离婚却都不要亲生儿子

王先生与张女士都是来沪打工人员，两人于2014年因工作相识，2015年生育了长子小跃，2017年登记结婚，同年12月生育了次子小嘉。

结婚初期，王先生与张女士感情尚可，但2020年开始，两人因为生活琐事产生了矛盾，并开始分居。

此后，王先生将两个儿子带走交给自已母亲照看。现王先生起诉离婚，张女士表示同意离婚，但双方都要求次子小嘉随对方共同生活。

法院经审理后认为

父母均有抚养照顾未成年子女的义务。虽然王先生和张女士就解除婚姻关系达成了一致意见，但双方均以各种理由不主张次子小嘉的抚养权。从保护未成年人合法权益的角度考虑，法院难以支持王先生的离婚诉请，最终驳回了王先生的诉讼请求。

本案审理后，王先生和张女士对次子小嘉抚养问题的态度让法官倍感担忧。父母闹离婚，孩子原本就是最大的受害者，更何况现在两人还都不愿意抚养小嘉。孩子的权益该如何保障，孩子以后的教育和生活又该如何安排？

△社工与当事人进行家庭教育指导

为了帮助王先生和张女士正视子女抚养问题，改善不正确的家庭教育观念，金山法院向王先生和张女士发出了家庭教育指导令，并邀请了上海市阳光社区青少年事务中心金山工作站的张雪婷社工和彭燕社工对两人进行家庭教育指导。通过面对面，一对一的辅导，分析他们在家庭教育中存在的问题，解答他们的疑惑，并且在今后半年内，将定期就王先生、张女士对两个儿子的抚养和教育情况进行回访，监督他们切实增强家庭责任感，履行好为人父母的责任。

2022年1月1日起，《中华人民共和国家庭教育促进法》正式施行，从此家庭教育从“家事”上升为“国事”，中国父母也进入了“依法带娃”的新时代。

父母作为孩子的法定监护人、第一任老师，不仅仅只是满足孩子的吃穿住行，更多的应当是用正确的方法和自己的言传身教去影响孩子，使未成年人形成良好的品行、积极向上的价值观念。即便父母分居或离异的，也应当相互配合履行家庭教育责任，双方应当管控分歧，不能因为父母的矛盾而影响未成年人的正常身心健康发展。

夫妻起诉离婚，均不愿抚养子女，法院这样判！

2022-06-28 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/FyeLwHQ8COAMxwQvfMGfww>

近日，青海省海东市互助县人民法院审理了一起离婚案件，与其他离婚案件不同的是，原被告双方没有争夺孩子抚养权，反而都拒绝抚养孩子，最终法院依据未成年人利益保护最大化的基本原则，且原告无证据证明夫妻感情确已破裂，不准予原告的离婚诉求。

原告小花与被告小伟因打工相识后发展成恋人关系，经过一段时间的交往，双方登记结婚，小花远嫁青海。婚初，两人感情较为稳定，生育了男孩小小伟，但好景不长，随着时间的推移，双方开始为生活习惯、家庭琐事等发生争吵，二人在产生矛盾后没有采取合理的方式解决，而是选择用分居加剧矛盾，小花离开青海回住娘家，两人开始了长达一年多的分居生活。

今年3月，小花向法院提起诉讼，要求与小伟离婚，并诉请因家庭条件困难无能力抚养孩子，请求法院判决小小伟由被告抚养。被告辩称，自己亦无抚养能力，若小小伟由原告抚养，则同意离婚。

承办法官认为，原告要求与被告离婚，被告在附条件的情况下可以同意离婚，双方未能就未成年子女的抚养问题达成一致且均不愿意抚养，依据未成年人利益保护最大化的基本原则，且原告小花无证据证明夫妻感情确已破裂，故不予原告小花的离婚诉求。

理由如下：

01

离婚诉讼是复合之诉。在离婚案件中，不仅仅是对夫妻双方婚姻关系的处理，而应该对子女抚养、财产分割等问题一并进行处理。特别是对于子女抚养问题的处理，能够成为决定法院是否判决准许离婚的直接因素。

02

父母拒绝或怠于抚养未成年子女的行为违反法律规定。我国民法典规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。未成年人保护法规定，父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，正确履行监护职责，抚养教育未成年人。父母子女关系是基于出生事实而形成的自然血亲关系，义务必须履行。

而本案原、被告双方均一味地强调自己的客观困难，推卸自己的责任，拒绝抚养未成年子女，其行为违反了民法典和未成年人保护法的相关规定，侵害了未成年人的合法权益。

03

父母拒绝抚养未成年子女的行为违背了民法上的公序良俗原则。民法典规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。尊老爱幼是中华民族的传统美德，未成年人是国家的未来和民族的希望，抚养未成年子女不仅仅是一种家庭责任，更是一种社会责任，不能因为个人私利而拒绝承担抚养子女的责任。

本案原告小花仅考虑自己离婚的需求，而无视未成年男孩小小伟已明确表示愿意跟随其生活的意愿，以无抚养能力为由拒绝抚养，被告小伟以拒绝抚养附条件同意离婚，是不负家庭责任和社会责任的表现，双方的行为均违反了公序良俗的原则，也与中华民族尊老爱幼的传统美德相悖。

法官说法

司法实践中，夫妻双方在离婚诉讼时争夺未成年子女抚养权的案例较多，像本案中双方均拒绝抚养子女的情况少之又少。

在此类离婚诉讼中，无论是原告还是被告，都应从离婚对未成年子女造成的伤害中汲取教训，而不应只为自己的私利和一味地强调自己的客观困难，利用未成年子女的抚养问题，推脱家庭责任和社会责任。双方应该转变思想观念，反思自己的行为，着重致力于夫妻感情的修复或者在夫妻关系确实无法维系时，为未成年子女提供优于现状的生活学习环境，真正为未成年子女的健康成长着想，最终妥善解决目前存在的纠纷和矛盾。

因此，本案中，虽然原告起诉要求与被告离婚，但基于未成年利益最大化保护原则和家事审判理念，对原、被告的此种行为不应提倡和鼓励。

杭州女童被保姆遗留电梯致坠楼身亡，警方：以过失致人死亡刑事立案

2022-06-27 东方网

<https://mp.weixin.qq.com/s/kof7qY40reIVFYmiJd4yjQ>

6月14日晚，在浙江杭州，一保姆因粗心大意将女童遗留在电梯轿厢内，随后女童独自随电梯升到8楼后，边哭边走出电梯找人，从楼道的窗户处坠楼身亡。

事发第二天，孩子的母亲赵女士报案称保姆吴女士过失致2岁的女儿死亡。杭州市公安局拱墅区分局认为此案符合刑事立案标准，已进行立案侦查。“先追究保姆的刑事责任，后续将继续追究保姆和物业的民事责任。”

涉事保姆吴女士称，自己不是故意伤害孩子，这几天她也陷入了深深的自责当中，她会承担自己该承担的责任。

孩子消失半小时在二楼平台被发现

陈先生介绍，他家和孩子外婆家位于杭州市同一小区的同一栋楼，分属两个单元。

意外发生在6月14日晚。当时，陈先生在3楼的家里，还不满两岁的女儿则由保姆带着，从隔壁单元15楼的外婆家准备回家。

当天20时许，陈先生接到了保姆的电话，说女儿找不到了。

陈先生挂了电话，马上赶到隔壁单元找孩子。听保姆说孩子自己可能到过这个单元的8楼，陈先生就跑到8楼去找。没有找到，陈先生再次询问保姆孩子可能在哪里，保姆又说在1楼。前后说法不一，陈先生不再信任保姆，他开始在整栋楼两个单元一层一层地找。

“我开始推测是保姆的同伙把孩子给抱走了，因为她到我家才7天。”担心“人贩子”一直躲在楼顶，陈先生冲到楼顶平台，但什么也没发现。

回到8楼后，陈先生一户户地敲门询问。其中一户的老人告诉他，确实听到小孩子哭得很大声，还说“刚才有个女的也上来找了”。

此时，陈先生有不祥的预感，便跑到一楼的草丛里找孩子。

草丛里没有，陈先生看到了二楼楼道窗户处往外伸出的窗台。他赶忙到二楼平台，将窗户推开，发现孩子躺在平台上。

△女童失踪半小时后，在二楼平台被找到。图片来源/受访者供图

此时，离孩子坠楼的时间已经过去了半个小时，人已经没了。

孩子被遗留电梯后哭喊不止

监控记录揪心一幕

6月25日中午，陈先生在社交平台上发布了一段视频，该视频由装在电梯轿厢角落的监控摄像头拍摄，还原了事发经过。

这段监控视频显示，6月14日20时04分，无人的电梯停在15楼。电梯门打开后，保姆提着一个滑板车，带着孩子进入电梯。

随后保姆摁下1楼按键，电梯下行，其间保姆一直在电梯内看手机。电梯来到一楼后，孩子似乎想去摸电梯按键。

电梯门打开，保姆说：“摸那么多干嘛呢，会有危险的。”

14日20时05分13秒，保姆便带着滑板车走出了电梯。电梯门即将关闭时，保姆回头看了一眼，发现孩子并未跟出来，她尝试用滑板车挡住电梯门，但已经来不及。

△事发时电梯监控画面

随后，孩子一个人被关在了电梯里，嚎啕大哭。20时05分50秒，电梯开始上行，到8楼后，电梯停止。

20时06分07秒，电梯门打开，孩子从电梯跑出，进入楼道，最后消失在镜头里。从孩子被关电梯，到上到8楼从电梯离开，整个过程约1分钟。

△监控视频显示，孩子被独自留着电梯后，一直在大声哭喊，且电梯停在1楼40秒后才开始上行。图片来源/受访者供图

陈先生介绍，当时女儿为了找保姆，爬上了8楼楼道边45厘米高台阶的窗户，之后坠落在二楼平台。

保姆称很自责

称会接受惩罚

25日下午，保姆吴女士告诉记者，确实是她大意了造成了不可挽回的后果，但她不是故意想要伤害孩子。

△监控视频显示，带孩子乘坐电梯期间，保姆一直在看手机。图片来源/受访者供图

吴女士说，出电梯时，孩子摸了下按键面板，也分散了一下她的注意力。

吴女士告诉记者，电梯门关了之后，她心里很慌，马上按了电梯键，上下两个键都摁了，但是开门的却是另外一个电梯轿厢。她没有想到其它办法，只是在原地等待，看孩子在这个电梯会上到几楼。

发现电梯停靠8楼后，吴女士随后也上了8楼，但没有找到孩子，就给孩子爸爸打了电话，说孩子不见了。

吴女士称，她十多年来断断续续做过保姆，6月6日，她通过了孩子父母的面试，8日开始去照顾孩子。

“我这几天几乎崩溃了，我要是用什么能够换回孩子的命，我都愿意。”吴女士说，她不想再辩解什么，公安机关对她也已经做了笔录，她会接受“惩罚”，等待法律的制裁。

律师：保姆涉嫌过失致人死亡罪

陈先生还质疑，保姆吴女士明明知道孩子坠落在二楼平台，却说自己不知道，导致延误了救援的时间。“如果早一点把女儿送到医院，可能还有所挽救。”

江苏法德东恒律师事务所合伙人蓝天彬律师认为，该保姆涉嫌过失致人死亡罪，她应当预见自己的行为可能造成他人死亡的结果，由于疏忽大意而没有预见，以致造成他人死亡。根据《刑法》规定，过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。

△因涉嫌过失致人死亡罪，保姆吴某已被警方立案侦查。图片来源/受访者供图

陈先生向警方报案后，收到杭州市公安局拱墅区分局出具的《立案告知书》显示，符合刑事立案标准，该局已对吴某涉嫌过失致人死亡案立案侦查。

本案是否起诉，是否判缓刑或实刑，有待于司法机关综合事实和证据而定，也要看女童父母是否谅解。另外，湖北易圣律师事务所合伙人律师袁三慧认为，保姆带孩子时，是孩子的看护人，因粗心大意导致孩子坠楼，保姆没有尽到看护照顾的义务，保姆或其所属的家政公司应该承担赔偿责任。

△吴女士曾考取母婴护理师证，并通过中介到陈先生家工作。图片来源/受访者供图

电梯厅窗户无防护栏

物业或需承担民事赔偿

赵女士认为，小区物业也有责任。女儿在电梯内哭喊求救时，物业没有留意到处在危险中的孩子，及时施救。电梯厅内不到50厘米的窗台高度，窗户上也没有安全防护栏。

记者致电涉事小区物业，前台工作人员表示，窗户目前还未加装防护栏，“具体情况需要问领导。”随后，记者联系到该小区物业负责人何女士，她表示，自己前几个月刚接手该小区，多年来，窗户一直没有防护栏。事发后，已上门慰问孩子家属，后续将联系开发商加装防护栏，并将持续关注此事。

河南豫龙律师事务所付建律师认为，物业未尽到安全保障义务，对小区内业主共有部分的窗户明知其未安装保护措施而未改善和维修，导致儿童坠楼，应当承担民事赔偿责任。

△事发现场的窗户

在社交平台，这几天，陈先生发了多段怀念女儿的短视频。

女儿天真烂漫的笑脸，陈先生和女儿做游戏的合影，太多的记忆涌入陈先生和妻子的心头。悲伤过后，众多网友也在评论区安慰陈先生：“就当女儿去了天堂，没有伤痛，那个每天都开心的天堂。”

25日下午，陈先生告诉记者，这几天，已经给女儿找好了墓地。之后，他会追究相关方面的责任。现在，他只想让更多的人知道、了解这个事情，让无论是家长还是保姆都能关注到这个隐患，不再让这种悲痛的事情发生。

案发时是未成年人但诉讼时已成年如何确定承担责任的主体？

2022-06-29 原创 江居才 山东高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/caBb3CH6XS4XJHh92VEQMA>

原本是同学间的嬉戏打闹

却不慎致其中一个同学的眼部受伤

昔日同学如今对簿公堂

如果被告案发时未成年

诉讼时已成年

责任应当由谁来承担？

一起看看下面的案例吧~

基本案情

原告孙某某与被告朱某某、马某、穆某某、崔某某、李某某均系技师学院的在校学生。2019年9月26日晚,原告到朱某某所在宿舍借水喝,与朱某某、马某、穆某某、崔某某、李某某嬉戏打闹,把朱某某摁在地上。随后各自散去。朱某某拿着扫帚追到原告孙某某的宿舍时,原告把门关上用身体挡着门,朱某某推不开,就用扫帚打了一下玻璃,致使玻璃破碎导致原告眼部受伤。原告住院治疗21天,被诊断为右眼角膜穿孔伤等,支付医疗费22604.08元。

经鉴定,孙某某伤后护理期限为45天,伤后营养期限为45天,住院期间需2人护理,出院后需1人护理,孙某某右眼外伤性白内障,评定为十级伤残。原告支出鉴定费2100元。原告因伤造成的医疗费等各项损失共计121561.86元。被告崔某某、马某的监护人各支付原告2000元,被告穆某某、朱某某的监护人各支付原告3000元。对于朱某某是否应当承担赔偿责任,产生争议。

裁判要旨

被告朱某某应当对原告孙某某所受损失承担主要赔偿责任,但因被告朱某某当时系未成年人,现虽然已经成年,但其仍在上学,尚不具备独立承担责任的能力,故给原告造成的损失仍应当由其监护人赔偿。

裁判结果

聊城东昌府区法院经审理判决:

一、被告朱某某(朱某某父亲)于本判决生效后10日内赔偿原告孙某某医疗费、护理费、住院伙食补助费、营养费、交通费、伤残赔偿金、鉴定费、隐形眼镜费等共计72937.12元(含已付3000元);

二、被告技师学院于本判决生效后10日内赔偿原告孙某某医疗费、护理费、住院伙食补助费、营养费、交通费、鉴定费、隐形眼镜费等共计12156.19元;

三、被告马某、穆某某、李某某、崔某某于本判决生效后10日内分别赔偿原告孙某某医疗费、护理费、住院伙食补助费、营养费、交通费、鉴定费、隐形眼镜费等3039.05元(崔某某、马某的监护人已分别支付原告孙某某2000元,被告穆某某的监护人已支付原告3000元,均应扣除);

四、驳回原告孙某某的其他诉讼请求。

案例解读

该案于《民法典》施行之前宣判,判决生效于民法典施行之后,当时适逢《民法总则》施行期间。对于行为人侵权时系未成年人,在诉讼时已年满18周岁的,承担民事责任的主体,《民法总则》并未有详细规定。按照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第161条的规定,行为人侵权时系未成年人,在诉讼时已经年满18周岁,有经济能力的,应当承担民事责任;行为人没有经济能力的,仍由原监护人承担。本案经审理查明行为人朱某某在实施侵权行为时未满18周岁,在诉讼时已经年满18周岁了,但其仍在上学,没有独立经济能力,遂做出了其民事责任由其监护人即其父亲朱某某承担的判决。《民法典》第一千一百八十八条对行为人侵权时系未成年人,诉讼时已经成年的,如何承担民事责任并未做出明确规定,相关司法解释对此也没有进行规范。因此,《民法典》虽然施行了,由于目前缺乏相关规定,故对此类案件的解决,仍应参照前述司法解释精神予以办理。

相关法条

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第一百六十一条规定：行为人侵权时系未成年人，在诉讼时已经年满 18 周岁，有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，仍由原监护人承担。

2 ►

《民法典》第一千一百八十八条规定：无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任；监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任；有财产的无民事行为能力人、限制行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。

四、媒体视点

对“未成年人合法权益”的理解和把握

2022-05-05 检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220505/20220505_007/content_20220505_007_3.htm#page6?operate=true

党和国家历来高度重视未成年人健康成长，习近平总书记指示“全社会都要了解少年儿童、尊重少年儿童、关心少年儿童、服务少年儿童，为少年儿童提供良好社会环境。”最高检察长张军在全国未成年人检察工作会议上指出“让孩子们安全、幸福成长，可以说是奋斗的全部所在。”未成年人检察公益诉讼是为未成年人创造良好成长环境、保障未成年人健康成长的有效手段。

未成年人公益诉讼是检察机关确立公益诉讼制度后出现的新业务类型，是未成年人检察部门一体化职能发展的结果，体现了未检部门对全面综合司法保护理念的具体落实。未成年人检察要求在适用未成年人特别程序依法办好案件的同时，坚持诉源与溯源理念，发现并解决案件背后存在的社会问题。未成年人本身的特殊性和与之相关的未成年人保护的专业性，决定了未成年人公益诉讼检察具有鲜明的未成年人检察特色，未成年人检察公益诉讼一开始便是为保护未成年人合法权益而生。

一、众多未成年人合法权益是涉未成年人公共利益的核心要义

未成年人保护法第106条规定：“未成年人合法权益受到侵犯，相关组织和个人未代为提起诉讼的，人民检察院可以督促、支持其提起诉讼；涉及公共利益的，人民检察院有权提起公益诉讼。”其中“未成年人合法权益受到侵犯”是该条规定的前提。最高检《关于加强新时代未成年人检察工作的意见》规定：“对食品药品安全、产品质量、烟酒销售、文化宣传、网络信息传播以及其他领域侵害众多未成年人合法权益的，结合实际需要，积极、稳妥开展公益诉讼工作。”该规定中的概括句是“侵害众多未成年人合法权益”。可见，未成年人检察公益诉讼是通过履行检察机关公益诉讼职能，纠正侵害众多未成年人合法权益的违法行为，达到保护未成年人合法权益的目的。

在检察机关近年的实践中，也可以看出未成年人检察公益诉讼紧紧围绕“众多未成年人合法权益”展开，早已经突破一般公益诉讼领域的范畴，或者说未成年人公益诉讼检察是以“未成年人”这一主体来界定的，不是根据公益领域来界定的。如检察机关未检部门办理的儿童产品质量、烟酒销售、文化宣传、未成年人活动场所和设施安全、校园周边安全、文身治理等公益诉讼案件中涉及的问题，都很难成为检察机关一般公益诉讼的领域。基于此，检察机关未检部门可以摆脱公益领域的思维窠臼，更加灵活、广泛开展未成年人检察公益诉讼工作，从而全面维护未成年人合法权益。

二、未成年人合法权益保护是未成年人检察公益诉讼的切入点和落脚点

不是所有未成年人权益保护事项都属于未成年人公益诉讼检察的范畴。公益诉讼制度本身和检察机关职权行使的规定性，决定了侵害未成年人合法权益的情形应当同时具备公共利益的特征。曾有不少学者将检察机关支持起诉撤销监护权认为是检察机关公益诉讼，实际上未成年人受到的监护侵害仅产生于一个家庭内部的特定成员，不具有扩散性、开放性，不符合公共利益的特征。受到侵害的未成年人合法权益，应当符合“众多”的要求，既应包括现实数量上的多数，也应包括潜在的不特定多数。

未成年人合法权益具有广泛性，不仅包括未成年人保护法规定的各项特殊权益，也包括民法典规定的各项民事权益，还包括宪法和其他法律规范规定的其他各项合法权益。如江苏省宿迁市检察院对章某为未成年人文身提起民事公益诉讼案中，沭阳县检察院就是以文身服务“危害未成年人的身体权、健康权，影响其发展，损害社会公共利益”为由提起未成年人民事公益诉讼。未成年人合法权益受到侵害的形式具有多样性，既包括积极侵害，如爱国主义教育基地违法向未成年人收取门票；也包括消极侵害，

如网络音视频服务提供者未依法针对未成年人使用其服务设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能。未成年人合法权益的广泛性和合法权益受到侵害的多样性，决定了未成年人检察公益诉讼的更多可能性。检察机关通过纠正侵犯未成年人合法权益的违法行为，在保护未成年人合法权益同时，可以通过公益诉讼程序督促行政机关履行保护未成年人职责，与政府相关职能部门形成合力，共同为未成年人健康成长创造良好的社会环境。

三、在积极稳妥履行检察公益诉讼职能中保护未成年人合法权益

如果说保护未成年人合法权益是未成年人检察公益诉讼的目的，那么积极稳妥履行好公益诉讼检察职能、确保未成年人检察公益诉讼行稳致远则是达到目的的基本保障。这就要求检察机关未检部门，一要遵循检察公益诉讼一般规律，遵守《人民检察院公益诉讼办案规则》确定的原则与规则，及时学习吸收公益诉讼检察部门先进工作经验；二要秉持未检工作理念，将最有利于未成年人原则、国家责任原则、优先特殊保护原则以及综合全面保护原则等贯彻落实到具体案件办理中，办出未成年人检察公益诉讼的特色；三要遵循检察职责边界，明白检察机关只是未成年人保护链条中的一环，不能包打天下，在工作中始终坚持督导而不替代。

（作者为北京市人民检察院第九检察部检察官）。

请放下手机，陪孩子读书

2022-05-06 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/06/content_216576.htm?div=-1

青少年是祖国的未来，作为一名少年法庭的法官，我呼吁：亲爱的家长朋友们，请放下手机，拿起书本，和孩子们一起在知识的海洋里遨游吧。

十余年来，作为一名从事少年审判工作的法官，每年我都和同事们去乡镇中学、实验高中等学校为孩子们上法治教育宣传课，每次去讲的案例不一定相同，播放的微电影也不一样，但是有几句话是我经常同孩子们讲的：“读好书，多运动，守法者最自由。”每每看着孩子们那明亮的眼睛，就忍不住多叮嘱几句，也许会有作用的吧。

“读好书，多运动”。青春期的孩子自我认知觉醒的时期，心灵世界的觉醒往往会表现为一种勃发的求知欲，对书籍产生热烈的向往。“我扑在书籍上，就像饥饿的人扑在面包上一样”。前苏联作家高尔基回忆他的童年时所说的这句话，可以很好地诠释文学大师为什么能够成为文学大师。而这世界上古今中外的书籍不计其数，又有哪些是好书呢？我想，对于青少年来说，咱们国家的传统文化经典应该读一读，高尔基的自传体三部曲《童年》《在人间》《我的大学》应该读一读，还有其他一些外国经典名著如《简·爱》《悲惨世界》《呼啸山庄》等可以读一读。

青少年是祖国的未来，是中华民族的希望。党的十八大以来，习近平总书记始终心系青少年成长，前往学校考察调研、与青少年代表座谈、给学生回信……在多个场合表达对青少年的真挚关怀和殷切希望。家庭是人生的第一所学校，家长是孩子的第一任老师，要给孩子讲好人生第一课，帮助扣好人生第一粒扣子。父母的言传身教就是对孩子最好的教育。杨绛先生曾回忆过女儿钱媛在很小的时候看到父母读书，也就拿本书有样学样在一旁翻着书，养成了读书的好习惯。2001年，杨绛先生代表全家在清华大学设立了“好读书”奖学金，激励了无数学子。她在《读书苦乐》文章里写道：我觉得读书好比串门儿——“隐身”的串门儿，要参见钦佩的老师或拜谒有名的学者，不必事先打招呼求见，也不怕搅扰主人，翻开书面就闯进大门，翻过几页就升堂入室，而且可以经常去、时刻去，如果不得要领，还可以不辞而别，或者另找高明，和他对质。不问我们要拜见的主人住在国内国外，不问属于现代古代，不问属于什么专业，不问他的讲正经大道理还是聊天说笑，都可以挨近前去听个足够。先生写的读书多么好玩生动啊！

季羨林在《我和书》（三则）中也写道，古今中外都有一些爱书如命的人，我愿意加入这一行列。书能给人以知识，给人以智慧，给人以快乐，给人以希望……中国古代光辉灿烂的文化有极大一部分是通过书籍流传下来的。我们必须认真继承这个世界上的优秀传统文化，要读书、读好书。只有这样，我们才能上无愧于先民，下造福于子孙万代。

我国家庭教育促进法已于2022年1月1日实施。在该法第二章家庭责任中，对如何科学开展家庭教育给予了详尽的阐述和要求，特别是第十七条对家庭教育的具体方法中明确规定：（一）亲自养育，加强亲子陪伴；（二）共同参与，发挥父母双方的作用；（三）相机而教，寓教于日常生活之中；（四）潜移默化，言传与身教相结合……该法第四十九条规定，公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。作为一名从事少审工作多年的法官，笔者深深感到未成年人家庭教育的缺失，与父母沟通的不畅，常常会导致青春期的孩子不能明辨是非，走上犯罪的道路。庭审中，面对被告人席上孩子茫然无助的眼神，其父母掩面而泣的情形，我常常感到痛心惋惜。如果年轻的父母不会因为一时冲动离异；如果青春期的女孩能够感受到来自父母双方的关爱，而不是去虚拟社会里寻找温暖；如果原生家庭的父母不是常常用暴力解决教育问题；如果那位再婚的妈妈能够细心觉察女孩的内心；如果学校的老师及时发现那个爱欺负同学的孩子心里的无助……那么，未成年人一定会更健康快乐地成长。家长是孩子的第一任老师，只有家长意识到家庭教育的重要性，主动科学地进行家庭教育，孩子才能健康茁壮成长。

世界读书日刚刚过去不久，作为一名少年法庭的法官，我要呼吁：亲爱的家长朋友们，请放下手机，拿起书本，和孩子们一起在知识的海洋里遨游吧

其实，你不懂孩子

2022-05-06 林红 三联生活周刊

<https://mp.weixin.qq.com/s/XRzieCgUdASRRhe3hVRpNg>

中国科学院心理研究所发布的《中国国民心理健康发展报告（2019~2020）》显示：2020年，青少年抑郁检出率为24.6%。其中，轻度抑郁检出率为17.2%，重度抑郁为7.4%。

也就是说，每4个青少年里，就有1位正在被抑郁症折磨。

抑郁已经不再是小概率事件。

不仅仅是我国。

美国也有研究数据指出：平均每100名美国儿童中就有10名有心理健康问题。这些问题主要是抑郁症、强迫症和多动症。

日本的研究人员也发布报告：6岁至15岁的中小学生人群中，13%的孩子有抑郁症倾向。

触目惊心的数据告诉我们：身为父母，不应该只关注孩子的物质生活，更应该关注孩子的心理健康。

在众多影响孩子心理的因素中，家庭教育是首要其冲的。

2022年1月1日，《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施，父母进入了“依法带娃”时代。

但教育孩子，不仅仅是要“依法带娃”，更要“从爱出发”。

个体心理学奠基人阿德勒说：“幸运的人一生都被童年治愈，不幸的人一生都在治愈童年。”

如何打开孩子的心门，了解孩子内心的真实想法，做一个懂孩子、会爱孩子的父母，才是我们修炼的第一法则。

深圳一公司违法做试管婴儿被罚千万，业务涉赴美产子、泰国试管

2022-05-06 九派财经

https://www.toutiao.com/article/7094464379034272271/?tt_from=weixin_moments&utm_campaign=client_share&app=news_article&utm_source=weixin_moments&iid=2203861679609340&utm_medium=toutiao_android&share_token=5ce3e2d6-917e-456e-9099-406ed53cf651&wxshare_count=2&wid=1653109048417

近日，企查查新增一条深圳市柒月健康管理咨询有限公司的行政处罚。

深圳一公司违法做试管婴儿被罚千万，业务涉赴美产子、泰国试管

经调查核实，具体事由为2020年4月-2021年10月13日期间，该公司存在未取得《医疗机构执业许可证》擅自为20名客户开展打针的诊疗服务行为，违法所得共计约331万元。最终深圳市宝安区卫生健康局对该公司处以，没收违法所得人民币约331万元、罚款人民币约1158.9万元的决定。

2021年10月13日下午，宝安区卫生健康局收到市民反映线索：深圳市柒月健康管理咨询有限公司开展试管婴儿业务，欺诈消费者违法经营。

深圳一公司违法做试管婴儿被罚千万，业务涉赴美产子、泰国试管

当天下午，宝安区卫生健康局监督员立即前往该公司开展调查，在现场，公司方面未能提供《医疗机构执业许可证》。在该公司的财务室电脑中，监督员发现公司与客户签订人类辅助生殖技术服务的合同照片31份、2020年财务报表数据及2021年财务报表数据。

经询问，该公司法定代表人及其配偶均承认上述合同真实有效，两人都表示2020年4月至今在国内共为20名客户提供人类辅助生殖技术服务，并由其公司员工为该20名客户提供上门打针的医疗服务。

九派财经记者注意到，企查查显示，该公司成立于2015年，注册资本为100万元。在2018、2019年，南昌、北京两地分别开立深圳市柒月健康管理咨询有限公司分公司，后均在2021年注销。

“我绝不希望孩子被资本撕裂”：一位70后妈妈的犀利深思 | 文化纵横

2022-05-08 原创 魏南枝 文化纵横

<https://mp.weixin.qq.com/s/f6eXEECP7CuCfLqvdyRA>

【导读】近年来，性别话题不时成为舆论热点。一方面，这一话题经常激起对立情绪，但另一方面，简单化对立背后，人们对问题的认识又充满迷雾，以至于争吵之后，问题无解，撕裂却在拉大。近期，文化纵横新媒体采访一位70后母亲、中国社会科学院美国研究所魏南枝老师，就当前社会关注的女性议题展开讨论。

魏南枝老师从百年视野分析中国女性解放的历史过程，认为当前女性问题面临双重压力：一重是传统家庭式的产权关系错位，导致夫妻、母子关系错位；另一重则是资本逻辑对人的异化和压制。关系错位给年轻女性带来压力，而资本逻辑则要求包括女性在内的普罗大众，都成为纯粹的劳动者和消费者，都去拼

命工作、努力消费，而不为包括家庭在内的其他需求去付出。但从本质上看，人类对社会关系和爱是有天然需求的，社会原子化和资本支配化，最终会对人造成物质和精神的双重伤害。今天性别议题争议如此激烈，态度撕裂被不断放大，就是一个侧面反映。

她认为，要建设性地、进一步推动中国妇女解放，需从社会结构切入，从制度、法律、观念等层面做出努力。我国有妇女解放的社会主义传统，也曾有许多支持妇女解放的有效机制，这些机制对今天来说，依然有着重要意义。我们要把对社会问题的关注，转化成实质性的改变力量，首先就要跳出精英化的视角和知识分子自身的想象和投射，去关注真正的问题和实际的困难，通过务实的制度优化、社区建设和能力培养，为女性进一步赋能，以实践精神推动女性解放，进而推动国家发展和社会进步。

本文为文化纵横新媒体“社会观察”特稿，原题为《拨开当代女性议题的迷雾》，仅代表作者观点，供诸君参考。

文化纵横新媒体

“社会观察”特稿

拨开当代女性议题的迷雾

《文化纵横》：过去百年来，中国在产业变革和政治变革的基础上，兴起了一场深刻的社会变革。土地问题、城乡问题、劳工问题、青年问题、妇女问题、家庭问题、道德问题等等交织在一起，构成中国社会变革的复杂图景。这其中，妇女问题正引起新的关注和讨论。您如何看待当代中国妇女问题的变迁？今天的妇女问题，与历史上的妇女问题，有何异同？

魏南枝：我想，从百年历史看中国的妇女问题，更有助于我们理解今天这个问题的复杂性。为什么这么说呢？

回顾革命时期，当时的妇女平等问题，就是要打破传统社会结构对妇女的压抑。妇女解放既是中国革命的重要组成部分，也是中国革命能够取得成功的一个重要原因。从农村的革命，到少数民族地区和边远地区的解放，我们能看到大量的，随着女性解放而来的女性自我认识提升、进而改变其个人命运和子女命运的鲜活事例。所以女性是革命事业中不可忽视的一股力量。这是我国革命的宝贵经验，也代表了中国共产党对中国妇女地位的基本认识。

我国女性社会地位的一个高峰，出现在毛主席时代，后来经过持续推动，在社会层面充分体现出来，是在70年代到80年代中期。这是全球公认的，那个年代我们在女性解放方面的作为，无可指摘。通过农村的生产队、城市里的单位等形式，形成了男女共同参加社会生产劳动的经济机制。但这一时期，女性解放主要还是爆发式、政治化的，由先锋队带领着向前推动。后来，随着生产队的解散和单位体制的改革，女性解放的经济基础和社会基础也发生变化，就难以持续下去了。

从社会结构的角度来看性别问题，真正具有解放意义的，是改变女性必须依附男性的传统关系结构。这一关系的肌理，与一般的想象，存在一定差异。历史上，从汉唐时期甚至到宋代，女性离婚改嫁都是很正常的事情，而且据史料和艺术作品记载，女性是掌握生产资料的。在古代的中产以上阶层的家庭里，丈

夫去世后，妻子掌握家庭财产，而财产的增长主要来自于儿子，儿子主要从事经济活动，要把收入交给母亲。所以实际上，在中国传统家庭关系中，母子关系比夫妻关系更重要。这是传统女性对儿子的执念很深，而且婆媳之间要争夺儿子或丈夫的重要原因。今天人们争论女性主义问题时，往往还忽略了另一个重要角度：妇女解放，很多时候反对的不是丈夫，而是婆婆。背后的根源，就是传统家庭关系中的夫妻、母子关系错位，而错位的背后是家庭内部的产权关系。

我们建国后一个时期内的妇女解放工作，抓住了关键点。当时城市单位里都有托儿所，孩子出生50天后就可以送去托育，农村生产队中也有类似的互助组织。这些机制，让女性在生育这个人生最脆弱的阶段，得到社会的帮助和支持。而在传统家庭关系里，是一种错位的经济和道德关系，在女性最需要帮助时，只有向婆婆求助，才可能配合丈夫来从事经济劳动。女性获得帮助，而丈夫和孩子出于感情，也会要求女性对待婆婆，像自己一样孝顺，从而使得女性对婆婆的照顾和顺从，成为一种道德义务。像托儿所之类的社会支持，就在一定程度上帮助女性跳出传统家庭关系。

而且在这一时期，妇女解放与扫盲一起，不仅为整个社会增加了一批重要劳动力，也促使女性地位平等、女性平等参与生产劳动等方面的思想、能力和意识有了很大提升。那个年代涌现了一批非常优秀的女性劳模。她们是很有价值的研究对象，也是真正意义上最解放的女性。

改革开放以后，我们借鉴了国外的一些具体制度和做法，伴随高度市场化而来的，是社会的高度原子化。之前建立起来的托儿所等等随之消失，女性在生育阶段缺乏社会帮助，只能回归家庭，有的成为全职妈妈，有的求助婆婆。这就又重新回到类似传统家庭的关系结构中去。如果单从女性解放角度看，以资本为核心逻辑的一整套做法，本身就是一种性别不平等的制度。资本的要求是，人要做一个能够提供价值的劳动者，女性不能去生育，不能因为生育而付出时间和成本的代价——例如美国社会到今天都没有产假一说。从这个角度来说，我国女性解放在一定程度上遭遇了挫折。

《文化纵横》：当前舆论场中，有关女性问题的讨论，出现了标签化、情绪化、两极化的现象。像“女权主义”这样西方舶来的概念，原本很流行，如今却似乎变成一个负面话题。为什么会这样？您认为这一变化背后，有着怎样的社会心理机制，更深一步，有着怎样的社会政治因素？

魏南枝：前面已经提到，资本主义本质上就是一种不平等的制度。一些分析认为，现在围绕女性主义话题所生成的信息场中，参与主体非常复杂，不仅仅有利益相关方和我们普通大众参与，而且还浮现出诸如CIA（编者注：美国中央情报局）等资本主义国家特殊机构的身影。从历史和现实中可以发现，资本主义最擅长通过推动反对资本的议题来巩固资本主义。因为一旦普通人在议题中形成立场，进而互相对立时，就不可能团结起来，去对抗资本主义本身了。

具体到今天的女性主义讨论，很容易陷入两种误区：

第一种误区，是各方面都要和男性比，恨不得把男性踩在脚下，才能显示对女权主义的坚定追求。但这是一种极度的控制欲望，背后还是基于对男权主义的认可：先把男性放在强者位置上，那么如果女性打败了这个强者，就成为更强。但很多人没意识到，这种打败暗含一个背景，即社会价值的制定标准还是在男性手中。真正的心态解放，应该是根本不关心、不在乎男性怎么看，对吧？

第二种误区，是完全把男性视为洪水猛兽，搞彻底对立，拒绝结婚，拒绝生育。但这其实就掉进资本主义陷阱里去了。一辈子不结婚、不生孩子，就消费，做一个能够提供价值的劳动者，然后继续做好的消费者，但最终给自己留下了什么呢？

人类，都是需要一定社会关系的。我做社会保障相关研究时，曾经到养老院实际体验过。在那里感受很深的是，人到最后阶段，金钱、身份等所有东西都不重要了，人最需要的只是一个字——爱。但爱是只有你真正付出，才能得到的。家庭，才是建立真正感情关系的地方。

对于女性来说，怀孕生产阶段是脆弱的，之后养育孩子的过程，要付出更多。但在这个过程中，母亲与孩子之间能建立起真正的爱的关系。母亲对孩子的保护，和孩子对母亲的感情更亲更深，这是大自然给予女性的回馈。所以我理解的“天道”，不是人要顺从哪个性别主导的秩序，而是人要接受和用好自然存在的某种平衡。

然而，所有利用身份标签来造成对立的炒作，都会剥夺每个人爱的能力和意识，结果是人退回到动物状态——自己感觉好像无所不能，越来越强大，但其实与各种社会关系都剥离了，与原生家庭割裂了，也不组建新的家庭，不愿意生孩子，甚至不愿意与他人产生链接，到最后就只能依赖工作，乃至被工作绑定，但其实工作是最靠不住的。一个人周围的链接，越来越被消解，就会变得越来越脆弱。

国内外都有研究指出，今天舆论场上的一些话语话题或“文化战争”背后，是资本主义最上层精英的无形操盘。在这些精英的视角下，随着科技发展，社会已经不再需要那么多人口，多出来的人口既不能很好地组织起来生产，又不能成为很好的消费主体，到最后就变成他们眼中报废的垃圾人口。既然如此，那就设计一种文化标签，造成一种流行思潮，让人自觉地生孩子、减少人口。这些拒绝生育的话语标签看起来很现代，但其本质就是资本主义不需要那么多劳动力了。在他们看来，人多了就要付出更大的管理成本，还要给这些人投票权，已经不符合资本的利益，那么不如让他们认为的“垃圾人口”自我毁灭，例如通过不生育、放开吸毒、放任持枪等等，让这些人自动消失。

我们的女性问题也是类似的。上世纪90年代开始，我们国内也逐渐接受了这套现代话语体系，女性开始了被商品化和自我商品化的过程，呈现出来就是妇女解放程度的下滑。从表面上看，有关女性的观念日益新潮，似乎和国际接轨了，但我们往往看不到这些变化背后是一系列庞大的资本主义链条的控制。也就是说，我们接受并沉浸在这套话语中时，就已经掉进了一个套子，这反过来阻碍了我们对问题本质的认识。

回到当下现实，为什么现在的女性越来越不愿意生孩子？

我们已经分析了资本主义现代理念的陷阱，以及传统家庭和财产关系延续至今的错位问题。传统的婆媳关系中，年轻一代女性是被压抑的，而有了资本主义的一套现代理念和话语后，拒绝生育就变成反抗传统压抑的方式。不仅如此，资本主义对人的价值的评判，往往是以职场成功为核心的一套标准，所以一旦出现生育这个变数，就对这种价值评判造成严重打击。值得注意的是，现代女性出现产后抑郁症的情况也越来越多，也与这种价值评价的逻辑有关。

我们建国初期的妇女解放工作，真正抓住了主要矛盾和主要方面。在女性最需要支持的时候，提供一个社会托底的作用，帮助女性度过脆弱阶段、更好地生活。但这套机制只持续了短暂的一段时间，不可能一下子改变经历了那么多代的传统家庭模式；后来它的经济基础也没有了，也不可能对抗资本主义的不平等模式。

所以我们回头看，可以发现历史上有一个时期，中国女性地位之高，是全世界所公认的。也是有赖于那个时期，当代中国有很多女性幸运地成长起来，进入了精英行列，尤其是在学界和商界，都取得了突出成就。从这个意义上说，任何解放运动都要有一定的经济基础。无论是思考女性解放还是思考社会变化，都有必要考虑自然性和社会性的结合。我们一旦脱离自然性或社会性去看问题，就很难看清本质，而且思维很容易被左右。事实上，如果讨论女性议题，不厘清背后的机理，只放大性别对立，可能解决不了真正的问题。

《文化纵横》：说到精英女性，确实还有一个社会分层的问题。我们现在所处的社会，是一个复杂结构的社会。有评论指出，有一些女性议题，本质上是特定阶层的理念、焦虑、诉求或道德准则的表达。而另一个情况是，精英女性的成功和光芒，与普通女性的境遇，往往有着鲜明的对比，她们面临的问题也不一样。女性问题在这样复杂现实中，往往是多面的，甚至有时相互矛盾。您怎么看这个问题？

魏南枝：我们用女性议题去回应社会现象时，确实存在视角差异。因为我们每个人看别人的事，都会有自身意识的投射。女性话题中有一个现象，尤其是在性别问题上有过自身伤痛的精英女性，无形中会把自己的内心和痛苦投射到一些议题上，她们对公共事件的同情和表达无可厚非，但有时她们提出的其实是对生活的想象和要求。人在表达自己内心感受的时候，会有最强烈的情绪，所以这种感同身受，很多时候包含了个人投射。

这也是女性问题两极化的一个后果。两极化之后，一些精英女性反而会有强烈的痛苦感。这些女性要同时承担职场和家庭中的很多责任，很多女性甚至要付出巨大努力来打破重男轻女的社会现实，才能获得一个较好的地位。她们在公共议题讨论中流露出的痛苦值得同情，她们投射的对象也值得同情，但不能忽视的问题是，她们表达的痛苦不一定就等于被投射对象的痛苦，甚至后者真正的痛苦被遮蔽了。

事实上，历史上女性群体之内也从来不是平等的。即使是女性地位最高的时候，城市女性之间是平等的，农村女性之间是平等的，但城市女性和农村女性之间肯定是不平等的。我们从电视剧、电影、小说里面都能看到，那个年代的农村女性，为了能进城，为了改变自己的命运，往往要付出很多代价。所以就会有农村年轻女性嫁到城市家庭里，受到家庭里的女性欺负的事例。这种不平等，从整个社会来看是城乡之间的不平等，在家庭里，又结合了传统家庭关系的扭曲。

所以城乡不平等、精英和其他人不平等一直存在，今天可能更为突出。今天中国的精英女性在学界、商界的地位可以达到很高程度，这在全世界也是先进的。不过女性在参政方面，比例还很低。这些年常有人问，为什么现在女干部这么难得？一方面与女性整体发展境况的下移有关，另一方面也是因为干部选拔主要从精英里产生。当年很多工人出身的女干部是可以成长起来的，现在还有机会吗？还有，为什么非要认为知识分子一定比工人更优秀呢？而且从基层出来的女干部很优秀，她们可能要经历更多的困难，怎能不优秀？所以我们关注女性，尤其应该关心劳动女性。大家有兴趣可以研究女劳模们，不同时代女劳模的背景和经历，如果放在一起梳理，会呈现出一个很有意思的时代变迁史。

另外还有一个问题，就是现在很多女性问题中，争执的不是男女双方，而是女性之间。现在有一个不妙的情况是，家庭关系一定程度上重新回到婆媳争夺的模式。年轻女性的压力来自于年长女性，反抗的对象也是女性。有时女性内部在对抗，在搞话语对立，男性的牵扯反而不那么大。要改变这种状况，女性内部需要形成更多共识，需要更多的互相理解和支持。

《文化纵横》：今天中国正进入一个民族复兴、建设现代化国家的时代。一个现代化的国家，首先要有一个现代化的社会。在新的历史背景下，如何定位不同的性别角色，确立怎样的性别理念？联系当前，有哪些好的趋势，又有哪些不足有待改进？如何进一步推动中国妇女事业发展，促进社会进步？

魏南枝：首先还是要看到，我们生活在一个社会形态极其复杂多样的国家，区域不平衡现象明显，东部的农村，与中部的农村、西部的农村还很不一样。如果拿北京、上海、深圳的社会想象，去想象这些区域，很容易脱离实际。因此，对于我们这样一个多民族、多文化、多经济形态和多社会形态的国家，什么叫现代化，要回答起来是相当困难的，一不小心就容易犯想当然的错误。作为一种文明形态，中国历来就以多样性著称，我们很难用一个简单的现代化标准去衡量，也不宜拿自己想象的好去要求别人的好。费孝通先生说，美人之美，美美与共。这是一个基本的良知。

从社会发展角度看，还有很多问题，需要我们共同解决。比如市场经济结构对女性其实是不利的，《婚姻法》对女性保护不足，未考虑到女性对家庭的更多付出；《劳动法》给予女性更长产假，但又缺乏相应的配套保障，结果是女性的就业空间无形中受到限制；我们已经有了《反家庭暴力法》，这是一个重要进步，但如何把纸面上的法律变成实实在在的反家庭暴力机制，如何通过个案正义实现社会正义，如何避免恶性事件的发生，恐怕还要付出更大努力。另外，还有一些领域搞公共服务市场化，对女性的支持也变少了。我们很多讨论往往把矛盾焦点指向男性主导的社会秩序，这种秩序当然有其扭曲性，但问题不可能靠情绪化地反对男权来解决。因为最关键的，还是社会结构出了问题，解决问题也必须从社会结构切入。随着资本逻辑向社会渗透，人越来越无法以人的方式去生活。前面已经分析，资本把人看作剩余价值提供者和商品消费者，一旦普通人达不到这些要求，就会被抛弃、被消失。这些普通人怎么生活，资本上层精英不那么关心，也不会把这些人当做平等的人。例如美国、欧洲很多地方，警察都不会进去，而是由黑帮控制，里面发生什么，没有人会关心。对于我们国家来说，这种情况是不能容忍的。我们有社会主义的基础，在出现社会问题事件时，全社会都会高度关注，国家和人民共同推动问题解决。下一步，我们需要考虑如何把这种精神，转化成更实际更有效的力量，真正促进社会的发展进步。

这其中最关键的，是要给女性赋能。一方面，要设法重建类似当年的、为女性提供支持的组织，包括公共服务性和社会互助性的力量；另一方面，要进一步激活、发挥女性自己的能量，让她们能够处理生活中的各种问题。中国有近7亿女性，想象一下，这蕴含着多么大的能量？

同时，我们要警惕那些听起来像特别关照，实际上可能让女性更加弱势的事物。就像美国少数族裔问题那样，真正的解决之道是社区建设，是提高教育水平，而不是降低录取分数，更不是犯罪后宽松处理，因为那只会让他们越走越远越无能，陷入恶性循环。如果我们能发掘一些站起来的女性案例，从她们身上获得力量，带动更多的女性也站起来，这不是更好吗？

女性群体两极分化的问题需要引起重视。怎么才能让那些难以发声的女性获得表达机会？我建议做研究时，要和真正的对象展开对话，真正了解她们的困难和要求，而不是陷入知识分子的误区，代入自己的想象。我也给媒体提过建议，可以去各地农村找最普通的人家，每个省100户，就问他们最大的困难是什么，不问幸福就问困难，这是有意义的。

女性之间也要互相赋能。比起在网上争吵，建设女性之间的互助组织，大家互相帮助，更有价值。这种互相帮助不应限于同代人，是对所有人的。比如面对最麻烦的婆媳关系，我们要追求的是婆婆不欺负媳妇，媳妇也不算计婆婆。如果陷入互掐，又变成一种分裂，解决问题的力量就分散了。

其实，人最重要的东西是爱。人需要与周围世界产生链接，通过不断互动和沟通，向着积极的方向前进。人的身体会生病，心理也会生病，也需要在社会互动和沟通中，获得治愈。为什么这些年来北欧的凶案比例较高？人和人之间分离了，会孤独，会愤怒，也会面临很多心理困境，甚至会做出一些极端的事来。因此，我们的家庭不能被资本逻辑所主导。家原本是最温暖的地方，但很多人为什么越来越不喜欢家了？因为家成了一个经济组织，充满算计，没有感情。而在网络时代，我们每个人都被封闭在信息茧房里，形成一个个“政治部落”，很容易受到极化影响和恶意操纵，互相之间产生矛盾纷争，消耗能量。可以说，在被资本逻辑扭曲的社会里，不管什么性别，都是弱势者。

坦率地说，我的视角是马克思主义的。同时，作为两个孩子的妈妈，我希望孩子们未来能生活好，但绝不仅仅是他们自己过得好，而是我们全社会的孩子都有一个更好的未来，都能在一个更加平等、包容、进步的社会中成长成才，而不是被资本逻辑撕裂。这肯定需要一个过程。这些年我也参与了有关部门的工作，希望推动妇女托育保障方面的基础设施建设，希望我们的公共服务，能够切实减轻女性负担。现在像一些地方推出了快乐爸爸、开心妈妈的社区活动，为夫妻共同抚育孩子探索新路。这些都是细节性的小事，但社会建设就需要一步一个脚印地推动起来。在这个过程中，我们依然可以充分讨论，但不宜陷入话语对立乃至撕裂之中，每个人可以少一些空谈、多一些建设，这是我的观点。

孩子被爸爸抢走后，妈妈们的“战争”

2022-05-08 原创 刘怡仙 南方周末

https://mp.weixin.qq.com/s/3esclrdY_RrgJkN_nTpBoA

把孩子先带在身边”。新修的未保法规定，不得以抢夺、藏匿孩子的方式争夺抚养权。

法官认为不能像财产执行一样，直接扣押带走孩子，只能对藏匿孩子的一方作出警告或者罚款、拘留，敦促他主动交出孩子。而见不到孩子的另一方感觉法官在“拖延”。

大部分被抢夺藏匿的孩子会有不安全感。朱莉告诉接回来的孩子，不用那么抗拒爸爸。但“他这么做是因为爱你”的话，朱莉说不出口：“爱不是这样的。”

本文首发于南方周末 未经授权 不得转载

文 | 南方周末记者 刘怡仙

南方周末实习生 张校毓

责任编辑 | 谭畅

李菁有时会懊恼，报警时没有说两岁半的儿子“失踪”了，而是如实告诉警方，孩子是被他爸爸当街抢走的。警察听后表示，这是夫妻俩的家事。

为了争取孩子的抚养权，李菁打了离婚官司。一审法院将孩子判给李菁，男方不服上诉；2022年2月，南京市中级人民法院二审维持原判。

然而，男方不愿交出孩子。整个离婚诉讼期间，包括两次上法庭，孩子也没有在李菁面前出现。截至2022年4月27日，李菁已有395天未见过孩子。

她加入了“紫丝带妈妈”互助群，得知有许多像她一样的妈妈，孩子被爸爸抢夺藏匿，即便获得抚养权也未能直接抚养，甚至无法探视。群里也有孩子被母亲抢夺，常年见不到孩子的“紫丝带爸爸”，但数量较少。这一群体多次公开讲述困境，争取自身权益。

事情逐渐向好发展。新修订的未成年人保护法于2021年6月1日正式实施，其中第24条规定，未成年人父母离婚时“不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权”。这让许多涉抚养权的案件有了判决依据，不利于紫丝带妈妈们的司法因素减少了。

但这一原则性规定也被评价为没有“牙齿”，缺乏配套细则及违反后的惩罚措施。离婚过程中，孩子被抢夺藏匿的事件仍不时上演。

在国际上，“紫丝带”是反暴力的标志。沿用这一称呼的妈妈虽经历骨肉分离之苦，但不愿“以暴制暴”，她们要以不给孩子造成额外伤害的方式，打赢这场“战争”。

1

抢走孩子的人不再胜券在握

紫丝带妈妈公益群体的发起人朱莉认为，李菁是未保法第24条的“受益者”——孩子在被抢时已满两周岁，但法院两次判决都将孩子判给了母亲。

此前，法院在审理涉及未成年人抚养权案件时有多方面考虑，“不轻易改变孩子的生活环境”是其中一个重要因素。

在民法典婚姻家庭编中，对已满两周岁的未成年子女也有类似规定。“子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利”是优先获得抚养权的情形之一。

朱莉认为，这在客观上促使父母以抢夺藏匿的方式，制造出与子女生活的实际情况。不少有经验的律师甚至会劝当事人，“你最好把孩子先带在身边”。

在李菁的案件中，男方也在诉讼请求中写到，孩子“出生后主要由上诉人（孩子父亲）照顾，由上诉人直接抚养更为适宜”。男方在庭上称李菁有性格缺陷，自理能力较差，不会照顾孩子，并提交了大量男方对孩子进行生活照料、沟通的影像资料。李菁则称男方有家暴行为，控制欲强。

在判决书中，法院认为双方的证据都不能证明对方有不适宜抚养孩子的法定情形，而“（男方）带他人将正在户外玩耍的不满两岁半孩子从李菁处抢走、藏匿，至今母子不得相见，其行为与孩子成长的要求是相悖的”。

在紫丝带妈妈公益群体开设的公众号中，曾公布7个根据新修订的未保法判决抚养权的案例。

32 岁的妈妈陈婷即为其中一个，她的案子恰好卡在新未保法正式实施前后。2021 年 4 月一审开庭时，孩子判给抢夺方，只允许陈婷每月月末探视一次。令陈婷无法信服的是法官私下给出的判决理由：“因为执行难的问题普遍存在，所以判决就取决于现在孩子在哪一方（手里）。”

“这岂不是让大家都利用抢夺藏匿的办法争夺抚养权么？”陈婷说，她也动摇过，想要“抢回孩子”，但终究没走这一步。

待到两个月后，二审开庭时，新修订的未保法已经实施，抢夺藏匿的问题得到了重视。法院认为，应该以“孩子被抢夺前跟随谁生活”的状态确定抚养权，而不是谁以抢夺孩子的方法获得孩子随其生活的状态，谁就直接赢得抚养孩子的权利。于是，抚养权被改判给陈婷。

但未保法 24 条的出台并不意味着，被抢夺藏匿孩子的一方就必然获得抚养权。“抚养权案件其实非常复杂。”朱莉说，据她了解，法官要综合考量离婚双方的经济条件、工作稳定情况、有没有不良嗜好等因素，是否有抢夺藏匿孩子行为只是考量因素之一。

2

孩子不是财产，难以强制执行

争取抚养权仅是紫丝带妈妈找回孩子的第一步，接下来，她们会遇到更为普遍的执行难问题。

令李菁没想到的是，判决生效不久，男方及其父母的手机都注销了，无法联系。李菁又到他们之前住的房子找，发现已经住进陌生人。对方带着孩子“失踪”了。

李菁向法院申请强制执行孩子的抚养权，并于 2022 年 3 月 1 日正式立案。可立案一个月以来，法院执行局表示他们也联系不上男方，正在想办法。“法官说，我们跟你们一样的（寻人）技术手段”，只能通过男方委托的律师进行沟通。

李菁为此感到焦虑。她想起之前孩子爱去捡树叶，却遭到父亲呵斥：“脑子不好跟你妈一样，树叶脏死了。”她认为，这样的教育下，每推迟执行一天，孩子受到不良影响的风险就多一分。“为什么不上措施，不限高纳失（限制高消费、纳入失信人名单）？”她有些激动地追问。

陈婷此前经历过抚养权执行难，她总结称，在孩子“失踪”的情况下，执行法院通常不会帮助当事人找孩子。其次，涉及孩子人身权利，即使知道孩子下落，法院也不会以强行带走孩子的方式去执行。

一份由法官作出的涉抚养权执行案件分析也部分印证了这一说法。2018 年，北京市海淀区人民法院法官助理张慧聪、民一庭副庭长黄杨对 167 份涉抚养权案件执行裁定书进行统计分析，其中因被申请人外出逃避案件执行或未成年子女被藏匿导致案件无法执行到位的占比为 39.56%；而以涉及人身为由，在未列明是否已穷尽可行的强制执行措施情况下，认定案件无法执行的占 25.27%。

作者梳理这些文书后发现，法官们认定案件无法执行的原因大多为子女的抚养权具有人身性质。例如一份执行裁定书写明，“民事强制执行标的必须具有给付内容，其范围限定于财务和行为，而涉及人身内容的法院不得强制执行，故申请人请求将被抚养人强制送交其抚育不属法院执行范畴。”

紫丝带妈妈公益群体法律顾问郭小明认为，执行困境的确与法官的办案理念有关：法官认为不能像财产执行一样，直接扣押带走孩子，只能对藏匿孩子的一方作出警告或者罚款、拘留，敦促他主动交出孩子。而当事人感觉法官在“拖延”。

家住广西钦州的李玮玮没有感受过这种“拖延”。她告诉南方周末记者，法官第一次上门与男方沟通无果后，第二次直接强制执行了。李玮玮记得，2021年2月，当时应有十多位法警在现场，男方的父亲开始时拒绝配合，“法警把他控制在房间里，然后逐个房间找孩子”，李玮玮找到孩子以后抱出，并由法警一路护送回家。

另一位河北的紫丝带妈妈陈琳则认为，她的孩子能被送回是因为一次意外事件。执行法官把陈琳及男方叫到法院执行局调解，其间男方借口出去想想，结果一去不回，“把法官也撂那儿了”。两天后，法官带着法警和陈琳一块将孩子从对方手中领了回来。“他（法官）也觉得男方没有责任心。”

也有藏匿孩子的人会走到最后一步——被判拒执罪。

拒执罪即拒不执行判决、裁定罪，是指对人民法院的判决裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。拒执罪已属刑事犯罪，它的认定更为慎重。

朱莉说，她应该是群里最早了解拒执罪的紫丝带妈妈。2018年8月，执行法院以朱莉前夫涉嫌拒执罪将案件移送公安，但各方为能否认定拒执罪讨论了很久。直至2020年10月，公安重新启动程序，对朱莉前夫采取强制措施。在这种压力下，朱莉前夫提出调解，当年11月交回孩子，最终未被判拒执罪。

2021年新修订的未成年人保护法规定，不得以抢夺、藏匿孩子的方式争夺抚养权。（视觉中国/图）

3

职能部门“应更积极介入”

整体而言，当未获得孩子抚养权一方藏匿孩子、拒不执行判决，司法实践中的惩戒措施相对有限、震慑乏力，拒执罪的适用也很罕见。针对这一情况，全国人大代表、江苏省律师协会副会长车捷在2022年全国两会时提交建议，希望通过司法解释的方式规定，离婚案中一方抢夺、藏匿未成年子女的，不宜获得直接抚养权。

此外，车捷还建议明确对抢夺、藏匿孩子导致生效抚养权判决无法执行行为入罪的标准。

全国人大代表、广州市中级人民法院少年家事审判庭庭长陈海仪曾在2019年对媒体表示，“起诉到法院的离婚纠纷，只要有孩子的，百分百涉及孩子的抚养权、探视权问题。其中，至少半数以上会由于各种原因发生藏匿孩子的行为。”而2022年全国两会期间，她建议在妇女权益保障法修订中，明确规定抢夺藏匿子女一方应当赔偿因此给另一方造成的精神损害，缓解骨肉分离的痛苦。

在促进法规细化的建议以外，郭小明还关注到另一方面内容——除了司法途径，许多涉及未成年子女抚养权、探视权的矛盾纠纷，更应该在诉前得到解决。“当地妇联、居委会、公安机关，其实他们的职能作用还是蛮重要的。”

多位妈妈提及孩子被抢时，曾报警寻人。李菁在2021年3月孩子被抢当天曾报警寻求帮助，警方认为这是家务事，仅向男方打了一通电话，“问孩子跟你们在一起吗，安全吗”，得到肯定回复后便结束了。

“抚养权纠纷属于民事纠纷，确实不是公安机关管辖的范围。”郭小明说，还应注意到的是，一方通过暴力手段抢孩子可能会对孩子以及另一方都造成伤害，公安机关可以采取训诫、治安处罚等措施，“应该更积极地去介入”。

陈婷的孩子被抢夺时，正由姥姥带着在公园玩耍，孩子爸爸和奶奶下车把孩子姥姥推倒在地，然后把孩子抢走。路人报了警，当地派出所调查后，针对男方造成孩子姥姥受伤的问题作出行政处罚决定。

这份行政处罚决定最终在抚养权纠纷的庭审中，提供了关键证明——确有抢夺孩子的情况。另外，这也间接说明在被抢夺藏匿以前，孩子一直由陈婷抚养。陈婷认为，这才有判决书提到的“应该以抢夺前跟随谁生活的状态确定抚养权”这一说法。

在公安机关以外，相关方还包括当地妇联、社区居委会等。李菁离婚诉讼时，曾在南京市妇联登记求助信息。案件执行受阻后，李菁再次求助妇联，他们协助李菁向男方所在的公司发了一份正式函件，要求男方配合法院执行。南方周末记者联系该妇联采访，截至发稿未获回应。

朱莉认为，妇联能给予的帮助可大可小。此前她的案子尚在离婚诉讼期间，当地妇联便全程跟进监督，“包括我的人身保护令，也是在妇联的帮助下，24小时内就出具了”。

4

妈妈们的约定

自2019年底，朱莉发起紫丝带妈妈公益群体以来，联络的微信群里逐渐汇聚了二百余名成员。她们在群里分享经历和找孩子的渠道——比如疫情期间可以查看对方是否给孩子做了核酸，在哪里做核酸。

李菁也尝试查过，但没有查到孩子做核酸的记录。她一次又一次地往男方之前工作的单位跑，要求单位督促他履行法院判决。她还在微博公开自己的经历，讲述自己的处境，以引起各方重视，“我也不想回忆这些，每次讲这些都是在自揭伤疤”。

“没办法啊，孩子一天回不来，精神状态就接近崩溃。”陈婷说，她曾每天都到幼儿园的栅栏外守着。那时候是冬天，女儿学校每天上午9点半到10点会组织户外活动，有时会路过那儿。虽然孩子不会每次都走那条路线，但总有几次是能看到的。到最后，幼儿园的老师也认识陈婷了。

群里的紫丝带妈妈特别约定，不能“以暴制暴”，而是尽量用合法手段接回孩子。她们积极呼吁完善法律，“我现在天天想的就是立法、立法。”朱莉说。

截至2021年12月31日，群里两百多名成员通过诉讼离婚获得抚养权约61名，其中孩子成功回归约46名；协议离婚后，在抚养权、探视权诉讼中争取到正常权利的约13名。

约定不“以暴制暴”，是因为她们知道，抢夺藏匿会给孩子巨大伤害。朱莉的孩子9岁，在被男方藏匿期间曾多番转学，甚至没有转学籍就被安排至乡下的学校上学。朱莉接回孩子以后发现，孩子学习跟不上了，与同龄人相比要吃力得多。

大部分被抢夺藏匿的孩子会有不安全感。朱莉觉得，她的孩子特别怕去爸爸家或者怕他爸爸来看他。按约定，孩子每周跟爸爸视频一次，有次视频时爸爸说要看他，孩子特别紧张，想办法不让他爸爸过来。

朱莉告诉孩子，爸爸、奶奶都是亲人，不用那么抗拒。但“他们这么做（抢夺藏匿）是因为爱你”的话，朱莉说不出口：“爱不是这样的。”

李玮玮也发觉孩子缺少安全感。孩子回来后不怎么说话，一听到车声就显得很害怕。而她自己也对抢夺藏匿有了阴影，每次送孩子探视时，都会换两辆车：在第一辆车上确认男方没有跟来以后，她再换第二辆车回家。

她也不敢让孩子父亲单独探视，每次都要求在当地派出所见面，那儿有个小型游乐设施可以供孩子玩。有一回天气不好，孩子、孩子父亲、李玮玮和她妹妹四个人就在派出所办公室空坐着，“让他看够5个小时”。

2022年4月28日，李菁终于在法院门口等来盼了许久的孩子。法院同意采取包括限高纳失在内的强制措施后，男方“认输”了。

一年多不见，李菁发现，儿子长高了一个头，重了许多，但是似乎没以前那么爱讲话、爱唱歌了。（李菁、陈婷、陈琳、李玮玮为化名）。

小孩该不该做家务？一位全职妈妈有话说

2022-05-08 原创 脆脆 三联生活周刊

https://mp.weixin.qq.com/s/Ra9w6UFwfVcgg60h9M_BTQ

这几天我的朋友圈里好多中年父母欢天喜地转贴一个政策新闻，觉得自己应该可以开始享福了。原因是教育部近日发布了新的《义务教育劳动课程标准》，对咱们家长来说，影响最大的部分就是：以后能以学习的名义名正言顺地在家请小孩分担家务了。

课程标准上还详细地分了4个阶段，对每个阶段的孩子有循序渐进的具体要求，并且完整地涵盖了日常生活劳动、生产劳动以及服务型劳动，例如烹饪、洗衣、修理简单家电等等。

这让我回想起我为人父母后第一次注意到的一个家务表，上面列举了从0-7岁各个年龄段孩子应该学会做的十大家务清单：从6个月自己握奶瓶到7岁独立简单炊食。上面还写着：“研究显示：会做家务的青少年成年后的收入多出10倍、失业率减少了15倍”。

且不论这研究的可信度，对我自己来说：“家务”这件事，结婚前没我的事，结婚后成了夫妻闹矛盾的理由，生小孩后反而开始研究怎么让孩子参与到家务中来，仅仅是因为在等待产检时看到了医院里母婴杂志上写的做家务对孩子有诸多好处。

我有3个孩子，分别是接近12岁、9岁、6岁，目前我已经当了6年的全职妈妈。在对待孩子做家务上，我自己有一个渐进的过程。如果大人时间宽裕、愿意耐心教导，那心理上会轻松得多。

先来看看孩子是什么时候开始做家务的？

其实一开始，孩子不会觉得自己在做家务，肯定是因为好玩才开始模仿。我很清楚地记得：我的3个孩子在喜欢玩扮演游戏的阶段，都是从厨房游戏开始——模仿炒菜、洗菜、做饭、切水果等等。因为我们是三代同堂的家庭，很少外食。一日三餐，孩子看得多了，自然开始模仿。其实很多家庭的孩子应该也是这样的，看看商店里的厨房玩具组做得多精致、卖得多火爆就知道了。

但是我们给孩子玩真的。

锅碗瓢盆拿出来，适合孩子用的小刀买一把，厨房放个矮凳，开始淘米揉面洗洗切切，接着就是最考验大人的时候：

2岁还包着尿布的孩子“洗”一小把青菜洗了快一个小时。我不阻止，我想2岁的孩子能专注这么久，真了不起。

3岁的孩子拿小刀切杏鲍菇切到了手，包扎完流血的伤口，他哭着说还要继续切；我不阻止，我欣赏他把一件事做到底的韧性。

4岁的孩子帮忙剥大蒜，大蒜皮散了一地，他拿小扫帚一扫，大蒜皮越飞散四处；我不阻止，因为他开始思考为什么扫不起来，反而四处飞。

5岁的孩子洗全家人晚餐后的碗盘，弄湿了自己的衣服裤子，也洒了一地的水；我不阻止，因为这是他第一次主动承担家务，而不是像玩游戏似的洗半个碗就不玩了。

6岁的孩子想学做面条，桌上地上都是洒落的面粉，自己的脸儿也白扑扑的；我不阻止，因为揉好面团，他第一次学着清理弄脏的部分。

这些都是我们家不同孩子真实发生的事。孩子“帮忙做家务”时，我要慢慢手把手地做给他们看，然后再等待他们自己做一次。孩子通常会边做边问：“妈妈，我这样对吗？”过后，我要花更多时间收拾，加起来花费的时间几乎是我自己做事的两倍，但是我仍觉得有意义。

有意义的部分，不是孩子学会了那样的家务技巧，而是过程中孩子尝试的勇气、实践的专注、亲子的沟通，更让孩子亲身体会了一双勤劳的手“从无到有”的魔法。

我记得第一次决定自己包小馄饨的时候，下班前查了菜谱，接着去市场买肉和馄饨皮。在这之前，我每周会在网上订购同一家有机商店的蔬菜箱和肉品宅配到家，不足的部分都由我公公婆婆上市场买。那是婚后第一次去市场，也启发了我作为母亲的责任意识，不再依附于长辈关怀的羽翼之下。

我和孩子都是第一次包，我们胡乱地把馅和好，胡乱地把馅包在皮里面，但是我们边包边聊天，一点都不含糊。

孩子问我：黑猪肉和白猪肉有什么差别？加在肉馅里的小葱是时令蔬菜吗？台斤跟公斤有什么不一样？为什么老板做的馄饨皮一张一张不会黏在一起？台湾用的计量单位是台斤，每台斤600克，16台两，又正好学了一个成语“半斤八两”。

我把问题回答完，小馄饨也包好了，孩子拍手欢呼：“我们有美味的馄饨可以吃了！”

直到现在，包馄饨成了我和孩子们每隔一段时间就要一起做的事，只要冷冻库没有了馄饨，孩子们总会说：“妈妈，再来包一批吧！”而且我们都学会了更好看的包法。透过这件事，他们也知道了“不管开始做得多不好，只要想改变，总是会进步的”。

家务都是累的吗？不会呢，光是包小馄饨就为我们家创造了很美的亲子时光。

度过了学龄前孩子凭着兴趣“乱做家务”的阶段，我的第一个孩子上小学了。学校的一、二年级亲师联络簿上每天都会有一栏：“做家务”，我的大儿每天都会选一样小家务做完请妈妈打勾。中年级和高年级的孩子在学校则负责打扫校园环境、清理厕所和垃圾分类回收。

弟弟也长大了，再借着学校对孩子做家务的鼓励，我决定给家务加点难度，不再让他们凭兴趣做事。

先从最简单的洗衣服开始：只需要把衣服放进洗衣机，加洗衣液，再按几个按钮就好了。动作很简单，难度就在于坚持：要每天记得有这件事，并确实地完成。

等兄弟俩轮流把洗衣服这件事做得很好之后，我们又换了项目：每天收拾碗筷、擦餐桌和扫地，接着是照顾宠物、照顾妹妹、收拾玩具、收拾房间、收拾书桌、倒除湿机的水、整理院子落叶等等，每一样都简单而具体。

孩子们会偷懒是一定的，我也不会很严厉。家务做不好不是我们骂孩子的理由，重点是让孩子们睁开眼睛，围绕日常生活，去看看家里有多少事需要有人完成。

孩子们慢慢用实际行动感受到了维持一个家的正常运作有多少琐碎的工作。无心插柳，兄弟俩对我这个整天在家照顾妹妹、做家务的全职妈妈越来越体贴。

有一回，弟弟扫着地对我说：“妈妈，我终于知道你做家务的感受了。”他还在期末考卷上写着：“我最爱妈妈，妈妈最辛苦了，因为妈妈除了上班以外，做了家里全部的事。”虽然这句话让辛苦上班、一个人扛起全家生计的爸爸都吃醋了。爸爸问弟弟：“那我开车带全家人去玩、修理家里各种坏掉的东西、自己粉刷墙壁都不算家事吗？”弟弟不好意思地看着爸爸直笑。

还有一回，我骑电动车去学校接放学时没赶上校车的孩子。孩子背着沉重的书包爬上小电动车后座，我双脚撑着地准备回转车头的时候，孩子说：“妈妈，是不是太重了？我帮你撑着。”他伸长腿，试图帮我撑住正在后退的电动车。

做家务累吗？会累更好！孩子透过做家务，不再以自己为中心，开始懂得关心身边的人。看到小区里扫地的伯伯，也知道拿着扫把的手很酸，要谢谢帮我们维护环境整洁的伯伯。

结婚后不久我因为家务问题跟另一半有不少小矛盾，还问其他结了婚的同学：“你们家的家务活都怎么分配的？”

问完才突然觉得原来家务活不仅是家庭问题，甚至是男女平权问题、经济问题。因为我问的几位同学家里经济条件好，有阿姨有公婆帮忙，家务活不占用他们的时间精力。

我知道现在很多人都会把家务活外包出去。比如吃饭叫外卖、清洁打扫请小时工，经济条件好一点的还有专门的保洁阿姨和保姆。我有一个好朋友就很直接地跟我说：“做家务太浪费时间了！”我自己全职带孩子这些年来，也深深觉得家务活实在是永无止境。每天买汰烧、洗晾晒、收拾打扫，没有结束的一天。

既然这么些吃力不讨好的事情都可以花钱请专门的人帮忙，为什么我们还要鼓励孩子做家务呢？

现在的孩子手机、平板、网络、电视等各方面的资讯很多，这些都造成了孩子们想得多、做得少。我观察到有些平板儿童游戏，用手指头点一点就能种菜、做饭、穿衣服……孩子们会以为做任何事情都很简单，无法认知到现实生活中的实际操作困难。

比如在平板上可能只要触碰一下，在游戏里就能把饭煮好。但是在实际生活中，煮饭会拆解成几个步骤：先用量杯装米、把米倒在锅子里、淘米、再量水倒进锅里等等。孩子很可能在量米的时候就把米洒了，有些孩子习惯了虚拟世界随意获得的成就，在现实生活中遇到挫折，反而容易放弃。

所以我们更应该鼓励孩子做家务、鼓励孩子参与到真实的家庭生活，把孩子的成就感建立在生活中。

我记得大儿子10岁的时候，他在我生日那一天一大早就自己查食谱，自己去家门口的超市买材料，从揉面团开始，最后烤了一个披萨给我当生日礼物。

这个烹饪的过程，孩子除了用心，还运用了计划、阅读、计算、危机应变（食材没买全）、时间安排的能力，最后还收获了弟弟妹妹的崇拜。

疫情第三年了，在可能继续动荡的未来，能用自己的双手把生活安顿好，建立生活的安全感，是一件值得骄傲的事情。我特别希望我的孩子们在成年后，再也不会因为家务活跟另一半吵架。做家务不是我们的负担，而是安顿身心、神气流通、创造生活乐趣的必须。这就是我在结婚12年后再也不会因为家务跟另一半吵架的秘诀。

教育部发布的这项政策，对父母来说是一个很大的助力。在孩子的教养上，学校和家庭能够配合，那是十分相得益彰的事情。即使目前劳动课程在学校里占的课时不多，对孩子总是一个鼓励的开始。

借着学校的主导和鼓励，我想我作为家长可以把孩子的“家庭教育”和“家务教育”的主动权握在手中。我自己陪伴孩子做家务的过程中，真心感受到孩子做家务有非常多的正面意义。当然，也希望教育部和学校不要把孩子学做家务，变成一项有标准答案的考核任务，那样可能反而不利于培养孩子的家务劳动习惯。我想这更是我们作为家长最迫切的心声。

学人说 | 育儿中的数字化劳动：隐形的夫妻分工不平等

2022-05-11 原创 缪斯夫人 MsMuses 缪斯夫人
<https://mp.weixin.qq.com/s/iSONzCoKkOQKOH5T6nmPdA>

撰文：

马欢（澳大利亚凯斯林大学人文与社会科学研究所博士生）

杨嘉文（香港浸会大学社会学系高级研究助理）

责编：彭钊旋（香港浸会大学社会学系副教授）

导读：数字科技和媒体为父母们的育儿带来了积极的转变还是隐形的负担和不平等？

当代中国城市家庭的育儿正体现出照料精细化和资源密集化的趋势。与此同时，随着数字科技和社交媒体对家庭的不断渗透，中国城市家庭的育儿也呈现出数字化的特点：网购、线上教育和在线家校沟通成为城市父母育儿的日常活动。如何理解这一转变对育儿中夫妻分工的影响呢？

彭钊旋博士发表在最新一期 Sex Roles 上的文章《育儿中的数字化劳动和性别分工：聚焦中国城市家庭的定性研究》探讨了这一问题。彭博士引入了“育儿中的数字化劳动”这一概念来描述这些通过数字科技和社交媒体所进行的育儿活动。她指出，育儿中的数字化劳动包含大量隐性的、非物质化的劳动，涉及

信息、知识、沟通、协调、规划与统筹等多方面，要求父母具备数字化相关知识和能力来满足孩子的需求。这些数字化劳动与父母在育儿中的体力和情感劳动互相交织，消耗父母的时间、体力和脑力，并且呈现出隐密性、碎片化和繁琐性等特点。

那么，谁在育儿中承担了这些繁琐隐形的数字化劳动呢？彭博士在2019-2020期间，于深圳、厦门及泰安先后开展多次调研，对来自84个城市家庭的147位父母进行了深度访谈。这些父母大多数来自城市中产阶级家庭，年龄介于26岁到49岁之间。

通过比较80位母亲和67位父亲在育儿中对数字科技和社交媒体的使用，彭博士发现，在大多数家庭中，母亲是该数字化劳动的主要承担者。她从育儿信息检索、在线家校联系、网购与线上教育三个维度探究了育儿中数字化劳动的性别分工机制。

▲来源：www.pexels.com

1

育儿信息检索：妈妈的“兴趣”？

城市父母崇尚科学育儿，互联网成为了妈妈们获取孕育知识的主要渠道。彭博士发现，大部分家庭中都是妈妈在关注育儿信息。研究中，有76位妈妈定期追踪微博、微信上的育儿公众号，加入线上“妈妈群”，使用百度、知乎和小红书获取与育儿相关的各种资讯：小到如何给孩子做辅食和挑选玩具，大到儿童心理健康、亲子沟通以及如何选择孩子的课外兴趣班。妈妈们关注这些信息是为了吸收有用的育儿知识，以促进孩子的健康发展。然而，搜索育儿信息并不是简单的检索，妈妈们需要从庞大的育儿资讯中，甄别来源可靠且适用于自身情况的信息，以优化自己的育儿实践。

相反，爸爸们在育儿信息检索上表现消极。除6位爸爸比较主动外，大多数爸爸很少关注育儿信息。爸爸们普遍认为关注育儿信息是一种性别化的“兴趣”：妈妈们的“母性本能”使得她们对网上的育儿资讯更感兴趣，而忙于工作的爸爸们对小红书等“女性化”平台兴致寥寥。妈妈们体谅丈夫工作辛苦，不仅“自觉地”搜索育儿信息，还乐于与丈夫分享自己的搜索成果，致使爸爸们依赖妻子去获取育儿资讯。

搜索育儿信息这项看似轻而易举进行的工作——划一划手机、点一点鼠标——实则耗时耗力，隐藏了妈妈们在此过程中耗费的时间、关注力和信息分析能力。而她们的劳动和付出也未被认可，甚至有些爸爸认为，妈妈被商业化的育儿博客“洗脑”，从事的是无意义的活动。

▲来源：www.pexels.com

2

在线家校联系：忙碌的妈妈和“潜水”的爸爸

线上家校群已经成为父母与老师沟通的基地。彭博士发现，有53个家庭的线上家校沟通由妈妈负责。妈妈们不仅要关注和及时回复家校群中大量的信息，定期汇报孩子的情况，还要协助孩子按时在线提交作业和完成各种打卡。

疫情期间，妈妈们的这种数字化劳动因为孩子上网课而变得更加繁重。不少妈妈一边在线办公，一边实时关注家校群中的消息，一边还要督促孩子的线上学习。不仅如此，妈妈们在家校联系中力求维持良好的家长形象以增进老师对孩子的关注，因此她们必须深谙网络沟通的规则，注意语言表达技巧，时刻保持得体与礼貌。

然而，大部分爸爸选择在家校群中常年“潜水”。很多爸爸妈妈会用“妈妈与老师都是女性，方便沟通”来解释这种分工。在工作领域，幼师和教师多由女性担任。在家庭分工中，人们普遍认为女性“擅长”照顾和沟通工作，而男性工作忙又没耐心。这种公私领域的性别机制导致由妈妈承担家校联系工作看似更为恰当。其次，老师也会优先选择和妈妈沟通，老师与家长的这种互动模式为爸爸的逃避提供了借口。还有一些爸爸以自己工作忙和不善言辞为由，回避与老师的线上沟通。

少数爸爸即便自己参与得少，但对妈妈高标准严要求，希望妈妈能时刻关注家校群并及时回复老师的信息。而当为数不多的爸爸在家校联系中表现积极时，妈妈则会给予感激和肯定。

▲来源：www.pexels.com

3

网购与线上教育：妈妈的主场

随着电子商业的发展，父母们一方面依赖便利的网购为孩子挑选零食、文具和衣服，另一方面也给孩子选择各种线上兴趣班和辅导班，为孩子提供更多的教育资源。

别小瞧网购：摸不到的实物、差距大的买家秀和卖家秀、真假难辨的货源……每逢“双十一”，各种复杂的折扣和优惠券使得网购成为一门难懂的学问。在彭博士的研究中，由妈妈主导网购的家庭有 54 个，爸爸主导网购的家庭仅有 2 个，另有 6 个家庭爸爸妈妈共同承担这一线上劳动。

在网购中，主导者需要投入大量的时间和精力，筛选成百上千的产品，并综合考虑家庭经济能力和需求，最后做出购物决定。然而，妈妈们通过网购满足孩子各种需求的劳动常常被视为“剁手党”的乐趣，变成了一种有性别色彩的技能，或者一种母爱本能的体现。兴趣与特长，成了将网购加之于妈妈们的理由。爸爸们偶尔在网上给孩子买礼物，来表达他们对孩子的拳拳父爱。

给孩子选择线上兴趣班和辅导班也带来了类似的数字化劳动，包括筛选合适的课程、报名、安装 APP、注册、与客服联系等细碎繁琐的工作。彭博士发现，在 52 个使用线上教育资源的家庭中，51 个家庭以妈妈为主导。妈妈们不仅需要陪伴孩子上网课，帮助他们和老师交流，还需监督孩子保持注意力。低龄孩子的妈妈，更要时刻准备着辅助他们使用复杂的 APP。爸爸们很少参与，他们大多知道孩子正在使用线上教育服务，却很少能说出细节。“能者多劳”成为爸爸们偷懒的理由。线上教育不是一项单独的工作，需要信息检索和家校沟通的能力，妈妈在前两项工作中的优良表现，使得其顺势承担起与线上教育相关的劳动。

▲来源：www.pexels.com

4

数字化时代的性别与科技

彭博士从性别与科技互相建构的角度分析了育儿中数字化劳动性别分工不平等的成因。性别意识、性别关系和性别机制塑造科技的发展与应用，与此同时，科技变革会体现、强化、或者挑战既有的性别关系和机制。

在育儿的数字化劳动中，性别从三个维度影响科技使用。

首先，性别本质主义使得这种不平等的分工看似自然而然：女性更加细心、耐心、善长沟通与照顾他人；男性缺乏耐心、粗心且不善言辞。由于父母内化了这种对于男女的刻板认知，他们惯于用“生而不同”理解彼此在数字化劳动中的角色和分工。

其次，公共与私人领域的性别角色和制度对育儿中数字化劳动的分工产生影响。教育职业的性别偏好和“男主外女主内”的家庭分工，导致老师与照顾者往往同为女性。同性沟通的恰当性成为由母亲负责家校沟通的理由。

第三，父母的日常育儿活动、夫妻间的互动和家校间的交流，例如夫妻间育儿知识的分享、对配偶劳动的不同评价和老师优先选择与妈妈沟通等，维系了育儿中数字化劳动分工的不平等并将其合理化。

科技同时也影响性别关系的建构。数字化劳动的特性改变了父母育儿活动的呈现方式。

首先，人们普遍认为，科技令育儿变得简单便捷，实则带来了繁重而隐密的数字化劳动。母亲在育儿中付出的数字化劳动看似轻松，而掩藏其中的难度和琐碎却常常被忽视。

第二，数码技术的多功能性模糊了育儿工作和娱乐之间的边界，因此当母亲通过手机、电脑进行育儿劳动时，她们常被误认为是在娱乐。

第三，数字化劳动多是散布在其它日常活动中，很多母亲见缝插针地利用工作和生活中的碎片化时间完成各项线上育儿任务。数字劳动的隐密性、边界模糊性、繁琐性和碎片性，使得母亲繁重的育儿工作被低估，也让父亲在育儿的数字化劳动中的缺失显得顺理成章。

通过对育儿中的数字科技持续性地差异化使用，中国城市父母们慢慢地形成了一种新的性别分工不平等。

因此数字化技术和媒体的运用并没有将女性从繁重的育儿劳动中解放出来，反而带来了一种新的育儿责任，并且强化了育儿分工的性别不对等。然而，彭博士也发现，少数父亲在数字化劳动中承担了更多的工作，例如主动承担家校联系工作和给孩子海淘奶粉，从而佐证了母亲的付出并非本该如此以及科技与性别的互相建构不是一成不变的。这些研究发现不仅为家庭育儿中的性别分工提供了新的方向，亦展现了在数字化时代挑战父权制的可能性。

参考文献

Peng, Yinni. (2022). Gendered division of digital labor in parenting: A qualitative study in urban China. *Sex Roles*, 86 (5-6), 283 - 304. <https://doi.org/10.1007/s11199-021-01267-w>.

媒体：不炒作“网红儿童”，才能让互联网时代孩子们健康成长

2022-05-11 中国青年报

https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_18048945

近日，中央文明办等四部门联合发布《关于规范网络直播打赏 加强未成年人保护的意见》（以下简称《意见》）。《意见》要求，严控未成年人从事主播，平台不得为未满16周岁的未成年人提供网络直播服务，为16-18周岁的未成年人提供网络直播服务的，应当征得监护人同意。

人们常常把这一代青少年儿童称为“互联网的原住民”“网生代”，就是因为这一代孩子几乎从懂事开始就接触互联网。根据今年2月发布的《中国互联网络发展状况统计报告》，目前，我国未成年网民已达1.83亿，未成年人互联网普及率为94.9%，远高于成年群体的互联网普及率。但是，会上网不代表能用好网。随着视频直播的兴起，许多未成年人沉迷于网络直播，还有一些未成年人则成为网络主播，早早地开始了向“网红”进军的经历。

近年来，出现在舆论视野里的“网红儿童”实属不少，其中不乏令人痛心的案例。2020年，“3岁女童被喂到70斤做吃播”事件一度引发轩然大波。不少网友质疑其父母不顾孩子的健康，把孩子喂到70斤是为了直播赚钱。前两年，多个视频平台上出现未成年人怀孕、生子的视频。一些未成年妈妈借怀孕成为网红，堂而皇之地宣扬早婚、早孕，却不知未成年人结婚生子对身体有极大的损伤，并且这种行为还可能违法。但在猎奇心理的驱动下，“未成年妈妈”现象竟然吸引了大量的流量。

当然，并不是所有的未成年人直播都如此极端甚至荒谬，在青少年“网红”中，也不乏积极向上的力量。但是，未成年人的认知能力尚不成熟，他们还无法很好地分辨是非。一方面，一些未成年主播沉浸在流量带来的虚荣中，却不关注自己播出的内容是否合法合规、符合公序良俗。另一方面，未成年网民很可能认识不到低俗不良视频的危害，反而被同龄主播出人意料直播内容所吸引，感到“新奇”“好玩”，甚至生出模仿之心。

此外，成年人利用孩子直播牟利、吸引流量，也是不可忽视的乱象。目前，我国网络视频（含短视频）用户规模达9.75亿，占网民整体的94.5%。做“网红”、炒作“网红”成为越来越多人的职业选择。而孩子天真可爱的特点，在直播中有着特别的优势，为了吸引流量，部分炒作者罔顾青少年的健康和利益，甚至有人制作传播涉未成年人“软色情”内容，严重侵害未成年人权益，也扰乱了互联网生态。而被卷入直播浪潮的青少年儿童，或者意识不到自己的权益被侵害，或者即使意识到了，也无力维护自己的合法权益。

保护未成年人合法权益，需要与时俱进。如何引导孩子们用好网、如何为他们打造一个清朗的网络环境，应该成为保护未成年人的重要课题。鼓励未成年人当主播、炒作“网红儿童”，很可能给孩子的健康成长带来危害。而仅仅靠行业自律、家庭保护，无法杜绝这种侵害的可能。因此，相关主管部门及时出手，严控未成年人从事主播，就是看到了这一涉未成年人保护的重要方面，从根本上为未成年人“撑腰”。

无论是家庭还是社会，都应该引导未成年人合理上网、善于用网，最大程度发挥网络的正面作用，减少网络的负面影响。不炒作“网红儿童”，才能让互联网时代的孩子们健康成长。

责任编辑：王卉 图片编辑：沈轲。

紫丝带妈妈纪录片 | 身为母亲，我的孩子被反复抢走

2022-05-12 紫丝带妈妈反藏匿孩子行动
<https://mp.weixin.qq.com/s/BGEc6hYGcDwXkAZY5mhPWw>

“紫丝带妈妈”，指的是一群无法与自己孩子接触的母亲。她们生育孩子、抚养孩子，却因婚姻不幸，生生被夺走了孩子。

而抢夺者，往往正是她们曾经的丈夫、孩子的生父。

为了在争夺抚养权方面获得有力支持，夫妻中的一方——往往是男方，会将孩子强行从另一半身边带走、藏匿，并切断孩子与另一方的联系，以期制造“长期生活”的既定事实。

甚至，还有人对法院判决无动于衷，即便抚养权最终被判归给对方，他们也拒绝执行，带着孩子一起消失得无影无踪。

过往的新闻事件里，曾有妈妈在孩子1岁半时就被迫与其分离，之后的8年，母子相见的时间一共只有20多个小时。

这样的妈妈不在少数，但她们却长期处在“无声”的状态下，孤立无援。

有资深律师分析过中国裁判文书网上700多起涉及抚养权纠纷的案例，其中，约12.68%的案例存在“抢夺、藏匿子女行为”，受害者多为女方。另有数据推算，中国每年大约有八万女性成为“紫丝带妈妈”，沦为配偶绑架孩子案件的受害者。

徐芸也不幸成为了其中的一个。

2021年6月1日，新《未成年人保护法》开始施行，其中增加了“不得以抢夺、藏匿未成年子女的方式争夺抚养权”的条例。但这并没有给徐芸带来转机。

去年7月，徐芸5岁的女儿在法院执行下，终于回到自己身边。但谁也没想到，不到一个月的时间，男方又一次带着二十余人，浩浩荡荡地闯入徐芸家中，抱走被吓哭的孩子，消失在摄像头的画面里。

直到现在，徐芸都没再见过自己的女儿。

一

被抢夺的孩子

2021年8月，正值暑假，距离女儿艺诺上小学不到一个月。

徐芸早早地规划了一切：重新打印出生证明、转户口、联系好学籍。在徐芸的老家湖北闵集，母女二人的生活也渐入秩序，不出意外的话未来十几年，从一年级、二年级，甚至到高中，艺诺都会在徐芸身边慢慢长大。

计划越圆满，担忧也越深厚。徐芸的心里还留有以往数次被“抢夺”、被欺骗、被撕毁契约的不安感。徐芸给女儿买了很多画笔和玩具，这是女儿艺诺的画

她不想接听那个男人的电话，有时候说上几句也会直接挂断。尽管程某作为父亲有权利探视，但对徐芸来说，每一次约定的探视都是被“趁人之危”的空隙，她不再愿意相信了。

矛盾还在那里，只是女儿终于回到身边。

8月24日这天下午，徐芸还没做完上一次“抢夺”的笔录，闵集家里只剩下艺诺和父母。

16点过5分，门口的摄像头里忽然出现一群陌生男子。这一次，程某带来了比以往更多的人。他们行动有序，一开始只静静站在门口，派出一人敲门，见徐芸父亲出现，几个壮汉拖住老人的步伐，蜂拥而进屋里。

接着摄像头里只剩下空空的院坝，和徐芸父亲的叫喊声。

16点过6分，一分钟不到的时间，哭泣的艺诺被抱走，男人们嚷嚷着：“走！走！”

孩子再一次被从母亲身边抢走了。

生父喊人来把女儿夺走的全程，都被监控摄像头捕捉下来

法令已改，判决已经执行，孩子还是会在光天化日之下被人夺走。对方是女儿的生父，不算拐卖，报案也只当是家庭纠纷，无法立案。

徐芸无奈地收好给女儿买的东西，有画笔，有亮晶晶的粉色小裙子。“我找他的话（他）又是来抢”，她很怕这样动荡的童年会给女儿心里留下伤害。

这是女儿从她身边离开的多少天，徐芸已经记不清了。

2015年，女儿艺诺出生，徐芸收获了一段紧密无间的哺乳期时光，这给她带来某种前所未有的感动。与之相反的是，徐芸和女儿父亲程某的关系阴晴不定，逐渐面临崩溃。

2018年，徐芸作为原告与程某对簿公堂，争议的焦点之一便是女儿艺诺的抚养权。最终，法院以孩子出生后一直与母亲生活为由，将抚养权判给了徐芸。

但围绕监护与探视问题的争吵并没有就此停止。2019年春节，前来探视的程某以“带孩子回家过年”为理由，把艺诺带去了湖南岳阳。徐芸不放心地跟了过去，却被男方一家拦下，“亲戚朋友都在这里，有人脉让她上学，你想要孩子就到岳阳来。”

之后的半年多时间，在幼儿园前，不到四岁的艺诺被父亲和母亲抢来抢去。“他高兴了，就让我见一面，他不高兴了就拿孩子要挟，”徐芸回忆起当时的场景，“我们常常在幼儿园的路边吵架。”

为了见女儿一面，徐芸常常站在幼儿园的栅栏外端详

直到2019年深秋，男方彻底带走了女儿，并且删了徐芸的微信，也不再接她的电话。

此后，在男方的“嘱托”下，幼儿园将徐芸拒之门外，程某家的大门也紧紧锁住。徐芸和女儿的相见，变得遥遥无期。

二

漫长的寻找

在岳阳这座有着五百多万常住人口的城市，藏起一个小孩好像也不是什么难事。

徐芸知道女儿在哪儿上学，也知道程某会带她住在哪里，但没有一次上门寻访最终是她所期盼的结果。

在程某居住的房子外，她常独自徘徊，像一个行踪不明的陌生人。

“我听见里面在说话，能不能开门见一下？”隔着铁门，徐芸的声音有些卑微，“艺诺你在的话，喊妈妈一声，妈妈来看你了。”

门外的灯熄了又亮，亮了又熄，楼道里是无人回应的空洞。

透过门缝，徐芸朝里面喊话，但始终无人回应

去幼儿园看一眼孩子的愿望，也变得棘手起来。隔着幼儿园的铁栏，徐芸仔细寻找着艺诺的身影，最终引起了园内老师的注意。

“我骗你干什么！”对方的语气近乎无奈，声音也愈加高亢，“她不在这儿，她退学了。”

回到车上，徐芸仍没有放弃，她开始拨打艺诺同学母亲的电话，小心翼翼地试探艺诺的行踪，对方告诉她孩子已经转走了。

转走了？孩子去哪儿了？孩子能去哪儿呢？疫情之下，所有的追问更加不可捉摸。

2020年初，突然爆发的新冠疫情使得人寸步难行，徐芸一直呆在武汉附近的家乡闵集，无法走动。直到6月管控放开，交通松动，“找孩子”又一次提上日程。

2020年6月，徐芸等待多时，终于找到艺诺所在的幼儿园，园方却以父亲不同意为由，拒绝母亲的探视和接送。

徐芸又急又气，拨通了派出所的电话。

因为抢走孩子的是孩子的亲生父亲，属于家庭内部纠纷，警察无奈地告诉她这是法院管辖的范围，需要父母双方自己协商。徐芸没有办法，只好联系所属法院。

法院也没有办法，毕竟孩子不是财产，说强制就能强制，法官跟徐芸讲，“孩子是人身，我们该怎么执行呢？”

为了解决女儿的抚养权纠纷，徐芸多次联系法院请求帮忙

放学时分，幼儿园门口热闹起来，人群熙熙攘攘，小贩的叫卖声此起彼伏。徐芸一眼看到了自己的女儿，大步向前的程某拖着艺诺小小的身躯，直到他们眼神交汇。

身体比大脑更诚实。程某动作娴熟，一开车门，把女儿关在路旁，不由分说。

“我能听见孩子在里面哭，但他没有理会，他就看着我。”徐芸回忆起那个慌乱的场面，周围人奇怪的眼神把她包围，“我说你再不开门，我就要砸车了。”

身为母亲的勇气，并没有给她带来任何转机。徐芸看着轿车远去的影子，和女儿一起，消失在车水马龙中。

三

失序的生活与爱

闵集和岳阳相距并不远，驾车不过三小时，乘动车只需一个半小时。但对四岁的艺诺来说，这代表了父亲与母亲两个家。年幼的她必须就这样反反复复地辗转在两座城市，伴着匆忙的步伐，和急促的呼吸声。

属于她的童年生活就在这一一次次辗转中慢慢消磨、失序。

疫苗接种，是六岁孩童的必经之事。乙肝疫苗、脊灰疫苗、百白破疫苗、麻腮风疫苗等等，分别需要在儿童出生后不同月龄接种，且需按时、按序接种。

2021年7月，在徐芸的不断争取下，围绕女儿“抚养权争夺”的问题由法院立案执行，孩子终于回到母亲身边。由于分别太久，以及前两年间孩子随生父在外地接种，疫苗本上的信息格外混乱。下一针该接种什么呢？徐芸不得而知。

孩子随父母两地奔波，疫苗本接种一针就补一个，徐芸为此不得不打电话和孩子的生父核对

这样的失序，在感情中也不例外。

在被抢走的孩子那里，时间不再是连贯。短暂的童年时光，被分成“和母亲在一起”和“父亲在一起”的不同区域。重新接回女儿后，徐芸意识到，要弥补关系，就要和孩子一起找回过去。

她们坐在床边翻开相册，厚厚的一沓记录了艺诺从出生到六岁的点点滴滴。徐芸指着一张合照，说：“这是幼儿园小朋友，是吗？我还记得她叫什么。”

艺诺显得有些慌张，她对此好像并不感兴趣，只是快速地翻过照片，合上相册，“没了！”

家里还有一只异瞳的小狗，本是徐芸打算送给女儿的礼物，现在反倒成为了她的心结。每当小狗缠着她时，女儿就会立马转头走开，装作生气的样子，好像它是敌人，而非陪伴的朋友。

徐芸也会抓住机会和女儿聊天，努力把失去的沟通弥补上来。关于父母的关系，关于过去在岳阳的生活，关于总是被抢来抢去的纠纷，徐芸没有遮遮掩掩。“艺诺好像反应没那么强烈，她知道这件事，但她就不说。”

女儿接回来后，徐芸常常带着她翻看以前的相册，希望能借此弥补她们之间断裂的两年感情

抢与被抢的争夺，仍然每隔几个月就会发生一次。

孩子的抚养权被强制执行给母亲后，生父程某仍以探视为由不断找上门来，有时候还会带上一两个友人。

孩子对这一切没有太多的表达。每当听到父亲闯入的脚步声，艺诺会几近默契地躲进屋里，锁好门窗，只是听着争吵声，那些习以为常的争吵声。

在徐芸的记忆里，五岁的女儿只对电视里的东西滔滔不绝。只要屏幕闪烁，她就能安安静静地坐在跟前，好像到了另一个世界。

在一段破裂的婚姻关系中，孩子变成了和财产一样需要被抢夺和被分割的“东西”，他们自身对父母亲情的渴望很容易被忽视。

在这样失序的生活里，再深的爱也步履维艰。徐芸一想起孩子，就难过不已，“我只是想让她知道，妈妈没有放弃。我不希望孩子对我有误解。”

四

悬在空中的答案

徐芸的遭遇并非个例。她和有着相同经历的妈妈在网络上汇聚在一起，组成了“紫丝带妈妈”维权群体。她们当中，有人十年没有见过孩子，有人在生产后不到一个月就失去了孩子的下落。

自2021年6月1日起，第二次修订的《中华人民共和国未成年人保护法》正式施行，其中增加了“不得以抢夺藏匿未成年子女的方式争夺抚养权”的条例。

这意味着法院在审理离婚案件时，可以将此作为当事人不利于抚养未成年子女的证据予以考量。

不少身陷离婚纠纷、被迫亲子分离的母亲因此看到了希望，但亲身经历过一次次判决执行的徐芸知道，这远远不是结束。

女儿再一次被抢走后，徐芸把孩子的东西都收了起来

拿到抚养权，如何执行？这是一个摆在眼前急需解决的问题。

某律师团队整理过2020年181份涉及抚养权的案件，其中近四分之三起案件的执行结果是“终结本次执行”。这句话的意思是，如若在法定的执行期限（6个月）内采取各种执行措施，都无法将本案执行完毕，最终将暂时作结案处理。

据统计，在无法执行的原因“其他阻却事由”中，有41%是因被执行人故意逃匿或未成年子女被藏匿导致案件无法执行到位，也就是徐芸所遇到的这种情况。

这样的“抢孩大战”，通常发生在孩子八岁前。因为法律上规定，两周岁到八周岁的孩子因认知能力不足，尚不足以决定自己的行动。此时，父亲或母亲谁把握了陪伴的先机，谁就占据了争取抚养权的重要地位。

如果理性谈判没有效用，那就让“抢”来决出胜负。这一点，徐芸后来才明白的道理。

徐芸最担心的，是父母之间的争吵会给孩子带来成长阴影

2021年7月，法院强制执行女儿艺诺的抚养权判归，徐芸立刻把孩子带回了闵集老家。她特别向父母嘱咐要守好院子，若是暴力闯入私宅，就把民警找来解决问题。

但不到一个月后，孩子的生父便找上门来，强行闯入了徐芸父母的老宅，再一次把女儿带回岳阳。

找回来，抢回去，找回来……孩子在动荡里长大，大人在动荡里消耗。

“什么时候能见面呢？可能等她长大点吧，长大了我就可以和她单独见面了。”徐芸觉得，女儿8岁或许是一个盼头，到时候，法官就会倾听女儿自己的意愿。

但是，在女儿的童年里缺席这么久，她还会和妈妈亲近吗？还是会因为害怕父亲，不敢说出真心的想法？

孩子被抢走后，徐芸和家人发生过一些争吵，也从他们那得到一些建议

徐芸知道自己不能干等下去了。

今年徐芸搬去了武汉市区，找了一份有宿舍的工作。对她来说，没有艺诺的闵集也再没停留的必要。

（赵媛为南京师范大学金陵女子学院院长、教授，鄢继尧为南京师范大学博士生）

维舟 | 让年轻人生孩子？先解决 why，再谈论 how

2022-05-13 原创 维舟 南都观察家

<https://mp.weixin.qq.com/s/r03W0Gu1NNB2kAPX50QD5A>

就在不到十年之前，当大家谈到诸如贫穷、争抢等各种社会问题时，最后往往都会归结为一点：“中国人太多了！”那时候，“人多”几乎像是中国社会的原罪，被视为无数问题的根源。由于那些推动了独生子女政策实施的专家主张，中国适度人口应为 7 亿人，在很长时间内，中国人都相信，如果人口减少，全社会都会更加幸福繁荣。

现在，当年的期待正在成真：2021 年中国结婚登记仅 763.6 万对，创下 1986 年以来的新低，仅及 2013 年最高峰时的 56.6%；2017 年以来，全国每年净增人口依次是 779 万、530 万、467 万、204 万，2021 年仅为 48 万，跌得很快，今年极有可能是中国人口开始负增长的第一年，比一些人口学家所预测的人口峰值提早 10 年以上。

然而，舆情已完全变了，如果说当年是恐慌将来人口太多，那么，如今却又倒向另一个极端——恐慌将来中国人口太少，危及整个民族的生存和未来。问题是：当初让人“少生优生”就够难办的了，现在却是“放开生，也不生”，年轻一代都喊出了“不婚不育保平安”，怎样才能让他们愿意生孩子？

■ 五花八门的“催生”

对中国人口未来的忧虑，不是没有根据的，毕竟，任何一个国家、一种文明的存续，归根结底都得靠人。如果人都没了，无论是经济发展、文化创造、国家和政府的生存，都将无从谈起——人口并不仅仅只是负担。

人口问题的关键还不止数量上的多少，更重要的是结构：中国劳动人口 2015 年就已达到峰值，由于年轻人不愿多生，而他们的父母辈不断变老，曾让日本头痛不已的“老龄少子化”在中国将以更庞大的规模迅速浮现。2021 年，中国 65 岁及以上人口占比高达 14.2%，正式越过“老龄化社会”14%的标线。庞大的老年人口，与不断萎缩的劳动力结合起来，使得社会抚养负担加重、储蓄下降，进而拖累投资下降，在最好的情况下也将导致社会经济停滞不前。

这个问题也不是现在才有人意识到：早在 2013 年底，国家就推出了“单独二胎”政策；2015 年 10 月又实施“全面二胎”政策；2021 年 5 月再度放开“全面三孩”。这也确实在短期内掀起了一波生育小高潮，尤其是一些受限于独生子女政策一直想生而不能生的“80 后”夫妇，但这最多只是延缓，明显并未能阻止出生率一路下滑——想想就知道，如果二胎政策奏效，恐怕也就没必要进一步放开了。

为了鼓励年轻人“我为祖国多生娃”，许多人提出了五花八门的各种建议：人大代表吴金笔建议，税收、医保、购房政策向“三孩家庭”倾斜；湖南省劳模聂鹏举提出，对第三孩免除高中三年的教育费用，第三孩高考加 10-20 分；其他建议还有打击学区房、推出公办托育服务等。

3 月 28 日，人口经济学家梁建章在“育娲人口研究”发布《中国婚姻家庭报告 2022 版》，强调要减轻年轻人结婚生育的负担，给予有孩家庭购房补贴，比如返还二孩家庭房贷利息的 50%，对于三孩家庭的房贷利息可全部补贴返还，或在高房价地区，可实施一孩房价九折、二孩房价七折、三孩房价五折的政策。

经济学者任泽平的想法比他更大胆，将“多生孩子”与经济发展联系起来，提议尽快建立鼓励生育基金。央行多印 2 万亿，用 10 年多生 5000 万孩子，对于一二线城市，生三胎可以考虑奖一个购房指标。在他看来，要让未来更有活力，且不增加老百姓、企业和地方负担，只有这个办法最务实有效。

这些建议都有一个共同的预设前提：年轻人不生是因为经济上“生不起”，所以只要减轻他们生娃的负担，加上物质奖励，就能让他们乐于生娃。然而，几乎所有这些，对“95 后”的年轻人却都效力可疑——如果他们连一胎都不想生，甚至连婚都不想结，那对二孩、三孩的种种奖励又有什么意义？何况如果真要减轻负担，还有什么比不生孩子更轻松的呢？网上有人因此尖刻地挖苦，这些奖励举措好比是“法拉利 5 元代金券仅限第二辆使用”。

物质激励效力有限，还有什么招？2021 年北大法学院毕业演讲中，章永乐副教授公开鼓励学生本科期间结婚生子。梁建章也抱怨，中国现行的法定结婚年龄（男性不得早于 22 岁、女性不得早于 20 岁）是全世界最高的，既然现在要鼓励生育，那就有必要将法定婚龄降至 18 岁。然而，“早婚早育”大概率都会致贫，因而从全世界范围来看，越是繁荣发达的社会，年轻人普遍的理性选择都是晚婚晚育。

如果激励无效，那么试试惩罚？网上不乏有人提出向不婚不育者征收惩罚性的重税，打击流产堕胎。中原集团主席施永青还建议：每个人必须先生育两个孩子，才有权利使用避孕产品。今年 4 月，湖北省荆州市人大代表、长江大学法学院院长李华成主张，年轻人不婚不育是受社会舆论影响，因而为了营造浓厚的婚育氛围，要多宣传美满家庭、优生优育，对不符合主流价值观的“独立女性”和“丁克”等理念减少报道或不予报道，“对不符合流产情形的堕胎行为给予相关责任人严厉处罚。”

但现在真正的关键在于：无论是物质激励也好，福利保障也罢，可能都难以“催生”，至于那些惩罚措施，也许会让年轻人对生育产生更大的恐惧。看看日本就知道了，近几十年来日本从未出台任何限制性生育政策，跟国内相比极为宽松：新婚夫妇可获最高 60 万日元补贴，男性陪产假 30.4 周为全球之最，0-3 岁儿童每人每月可享 1.5 万日元补贴，且过去 30 年里房价相当稳定，不存在高房价对生育的阻碍，然而，日本的生育率仍然一路下滑，以至于要专门设立“少子化担当大臣”来应对这个难题。

也许意识到这些软硬举措都可能失效，历史学家葛剑雄一度提出要恢复孝道，他的结论是：只有某种保持社会繁衍的宗教信仰，才能让人们愿意多生，犹太人和摩门教徒都是如此，而在中国，就只有孝道。应该说，这个推论不无道理，但我觉得唯独遗漏了一点：“多子多福”这种理念已经没法与时俱进、给年轻一代提供有力的信念支撑了。

■ “见人口不见人”

年轻人为什么不想生了？

从表面上看，因为房价高、教育负担重带来的育儿成本高，但如果真找一些年轻人来深入谈谈，就会发现，那些提出种种建议的专家从一开始就把问题搞错了——他们设想的是“怎样让年轻人愿意生孩子”（how），然而对现在的很多年轻人来说，关键是“为什么要生孩子”（why）。

所有的刺激生育措施，说到底，只有在人们有生育意愿的时候才能奏效。这就好比打折促销，你得先有购买意愿，打折才能让你动心，如果你根本不想买，免费送你都未必想要。因此，就算任泽平等专家的提议奏效，那极有可能也就是在近几年的窗口期，犹豫的“85后”夫妇还可能被打动，过了这几年，人口数字不是照样自由落体？

我觉得，很多专家谈论人口的时候，其实是抽象、宏大的叙事，“下一盘大棋”，却没有真正代入到个体的处境去想“他们为什么要这么做？”

换言之是“见人口不见人”。对那些年轻人来说，即使本世纪末全国人口暴跌一半，跟自己有什么关系？但多生一个孩子，对自己可就是实实在在的重负，自顾不暇，还嫌不够累？

在每一个国家的现代化进程中，这一幕不断出现。社会学家阿莉·霍克希尔德访谈了很多美国夫妇后，在其名著《职场妈妈不下班》中得出结论：“第一个孩子让夫妻俩疲于应付，而第二个孩子则触发了危机。”在苏联时代，女性参加工作的同时承担了绝大部分家务，因而有个笑话说：“你工作？那你被解放了。”很多女性理想的家庭是2-3个孩子，但现实权衡下来只生了一个乃至干脆不生。当时有一位女作家有一辛辣的警句：“苏联妇女被叫去参加生产（production），却被剥夺了再生产（reproduction，也指生育）。”这样的景象正在中国重复：很多职业女性将上班视为“休息”，因为这八小时内可以不带孩子，不忙家务。疫情之后的在家办公，却让她们疲惫不堪。

当越来越多女性觉醒，自然会意识到，自己在为这个体系的延续做着最重要的工作，却从未得到真正的回报，因为这一一直被默认为是你的“天职”。事实是，中国有一个顽强的传统：为了社会的低成本运行，以道德、习俗的名义让人无偿地提供服务，而这通常都由最没有议价能力的人承担，但现在，人们开始发问：为什么？凭什么？

现在很多人相信，“恐婚恐育”是一种错误的观念，认为可以通过“做通思想工作”和奖惩的软硬两手来解决。然而问题在于，“恐婚恐育”是不少人反复权衡之下的理性决定，其背后其实是一个独立个体的权利诉求。反过来说，如果你提出权利诉求，却被当作孩子一样语重心长地说教一番，那意味着你没有被当作一个独立的有思考能力的“人”来尊重。同时，在这个系统中，改变人要比改变权力结构容易。这种情况不改变，问题就不可能真正解决。

一个坚固的结构之下，个体的诉求遭到更强烈的干预。社会学家费孝通曾多次说过，“一个学科，可以挥之即去，却不可能招之即来。”生育也是同理，这不是自来水，水龙头一拧就来。事实上，一个大问题就在于：我们现在面临的棘手问题，经常是此前用力过猛造成的。但这并不意味着它们会吸取教训，而往往是再朝另一个方向用力过猛。既过度干预，又缺乏预见性和调适能力，最终造成的结果往往是不可逆的，需要接下来的几代人承担并消化其猛烈的后坐力。

■ 无需恐慌

即使是在功利性的物质层面上，也没必要因此太过恐慌。现在舆论似乎从以往“人多是坏事”猛然倒向了另一个极端，但有必要冷静下来想想：“人少真的全是坏事吗？”

看看我们周围就可知，中国社会的劳动力仍然大量富余，并没有真正短缺，“灵活就业”的人数达两亿。以至于出现了一种奇观：一边是专家们忧虑人口减少，另一边却又处处可见人浮于事的人力浪费和错配。一位朋友说，他的同学大学毕业后，在机关单位月薪三千，一星期就只干了一件事：把几个图片放在一个文件夹里，打包压缩一下。

如果这样，别说“以人为本”，甚至连“物尽其用，人尽其才”都谈不上。从经济角度，社会生产率还有很大的提升空间。而从人的角度，很多人在经历了艰辛的求职、失业之后，感受不到生而为人应有的乐趣。尤其在疫情之后，有人说：“别说生娃了，现在觉得养猫狗都得慎重，特别怕我的猫被打死。”如果一个人连活着都觉得耗尽了力气，没有安全感，看不到将来，又怎么让他/她相信，让孩子来到这世上是件好事？

正因此，低生育率并不仅仅是一个人口问题，而是权利意识的觉醒和结构性的社会转型。从这一意义上，这其实是一件好事。有一位单身的年轻人坦然对我说：“在生育率这一块，算是我们当下为数不多在大踏步地往发达国家靠近的领域了吧。”

他说的对。眼下年轻一代的选择，预示着中国人口模式的重大转型：英国统计学家约翰·哈伊纳尔(John Hajnal)在研究20世纪初期的人口普查资料后发现，以圣彼得堡和的里雅斯特为连线，该线以东的欧洲女性大多早婚早育，但该线以西则有多达1/5的女性选择独身，即便结婚也是晚婚晚育。人们更注重生活的质量、个人权利，而非单纯的家族繁衍。后一种婚育模式被称为“欧罗巴婚姻模式”，但只是最早出现在西欧罢了，所有工业社会无一例外都要迟早走上同样的道路。

既然如此，我们没必要过分恐惧出生率的降低，因为这是社会转型的必然结果。如果真想应对好这个问题，解决之道既不是那些已被发达国家证实为没多大效果的“小恩小惠”，更不是惩罚措施，而是顺势而为，给年轻一代赋权，创造一个能让人感觉生活在其中幸福有保障的、对将来有希望的环境。不错，总有一小部分人宁可选择单身，任何生育激励措施都拿他们毫无办法，他们的选择也应当尊重。但如果从整体角度，这个社会希望人们能更多地生育，那么就需要通过好的公共政策，提供保障和希望，让那些愿意生的人能安心地生。”

重视隔空侵害未成年人现象

2022-05-15 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/15/content_216863.htm?div=-1

绝不能仅仅偏重于现实世界中对儿童的呵护而忽视潜藏在网络世界的“黑手”。

5月12日，北京市高级人民法院通报多起涉未成年人家庭教育指导典型案例。记者注意到，在一起猥亵未成年人刑案中，法院发现在网络环境下，性侵未成年人犯罪已经出现隔空猥亵新动向。案情显示，被告人徐某通过网络聊天方式，分别骗取、威胁3名不满10岁的女童拍摄隐私部位供自己观看。徐某被抓获归案后，法院以猥亵儿童罪依法对其判处刑罚。案件审理过程中法院发现，未成年被害人家长存在履行家庭教育不当的问题，对未成年人使用手机等通讯工具上网疏于监管，对未成年人防范性侵害安全教育不足。

随着社会经济的发展，在保护儿童权益方面面临着越来越复杂的问题。如随着互联网和智能手机的普及，一些未成年人成了网络控、手机控。随之而来的是一些针对儿童的违法犯罪行为通过网络实施，且花样翻新。故在这一特殊背景下，非常有必要紧跟时代发展，有效惩戒新形势下隔空猥亵儿童等侵犯儿童权益的违法犯罪行为，让儿童权益在复杂的现实生活和网络世界中受到全方位、无缝隙式的保护。

随着时代发展和技术进步，特别是在网络环境下，性侵未成年人犯罪已经出现了类似的隔空猥亵新动向。当互联网和智能手机成为人们工作生活离不开的工具时，一些人自然会借助网络实施相应的违法行为。如通过网络实施诈骗、造谣、传谣，辱骂、诽谤他人。而一旦网络沦为犯罪工具时，往往让这些行为的隐蔽性更强，危害面更大，社会危害程度更重。

如在隔空猥亵儿童事件中，行为人并未与被害儿童有任何肢体接触。而是通过网络聊天方式诱骗、威胁被害幼女拍摄淫秽视频、裸体照片。此时，就应大胆地跳出传统思维，将该行为认定为猥亵。因为，通过言语方式诱骗、挑逗、威胁被害幼女拍摄淫秽视频、裸体照片将产生与传统方式相同的危害结果。且网络只是一种工具和方法，不能因为披上了网络外衣就忽视其行为的违法性。

可以说，互联网时代，必然会有违法犯罪行为通过网络实施。当一些未成年人成为手机控、网络控时，其必然会通过网络浏览信息，通过社交软件与不特定的人交往、交流、见面，进而导致其处于比传统生活更加复杂、危险的网络环境中，面临不法分子侵害的可能性更大。加之很多未成年人防范能力较差、好奇心较强、分辨是非能力较弱、自我保护意识不强，极易沦为“待宰的羔羊”。

因而，绝不能仅仅偏重于现实世界中对儿童的呵护而忽视潜藏在网络世界的“黑手”。防范隔空猥亵等侵害未成年人的新现象，既要求家长等监护人正确履行监护职责，避免未成年人过多接触互联网。也要求学校和其他部门围绕未成年人健康上网、防性侵等方面开展安全知识教育，增强自我保护意识和能力。同时还应强化网络执法、取证力度，有力地斩断借助网络伸向儿童的“黑手”，让未成年人受到更坚实全面的保护。

“依法带娃”时代，这些事情不能做！

2022-05-15 人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/UVv3_z0jXnsaYHm3yWrVVQ

2022年1月1日，《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施，这是我国首次就家庭教育进行专门立法。《家庭教育促进法》的出台，将“子不教父之过”这一传统理念上升为法律，让“家事”上升为“国事”，这意味着家长们进入“依法带娃”时代。

家庭教育关系孩子终身发展，关系千家万户幸福，关系社会和谐稳定。在审判实践中，因缺少了家庭关爱和管教，而导致未成年人误入歧途、走上犯罪的例子屡见不鲜。

近期，浙江省永嘉县人民法院刑事审判庭先后审理两起涉未成年案件时，发现两案被告人均系在校学生。其中一案被告人郑某某曾先后因盗窃、寻衅滋事等违法行为被公安行政处罚，父母对于其行为止于赔偿未尽到纠正引导义务，后郑某某仍未能改过自新反而走上犯罪的道路。另一案被告人戴某某未树立正确的是非观、价值观，与他人共同实施诈骗，数额巨大，父母对于戴某某的犯罪行为却全然不知。

承办法官知情后，向被告父母发送《责令接受家庭教育指导令》，先后邀请婚姻家庭咨询师向被告父母了解家庭教育情况，并同步开展指导工作。经了解，两位被告人家中不止一个孩子，负担较重，父母文化程度均不高且忙于生计，又存在性子急、不擅与孩子沟通的问题，认为保障孩子基本生活与学习开支就算尽到抚养义务，而被告人长期缺乏父母沟通与关爱，容易受身边朋友不良影响，最终误入歧途。



经指导，被告人父母敞开心扉，深刻认识到平日偏于疏离亲子关系的严重性，认真听取咨询师的意见，表示今后定会正视不足，重视对孩子的沟通、引导与关怀，帮助孩子克服困难、重拾回归社会的信心。

对家庭暴力零容忍

杨女士与柳先生经人介绍相识相恋，2002年登记结婚，婚后共同生育一儿一女，拥有两套房屋，生活蒸蒸日上令人艳羡，但慢慢的，夫妻二人常因生活琐事发生争吵，甚至大打出手。

2020年的一天，二人再次因家庭经济开销等问题发生争执，然而柳先生虽保证今后不再有过激行为，但并未遵守承诺，酒后仍有打骂杨某及子女的行为，杨女士遂向浙江省平阳县人民法院提起离婚诉讼。

2022年5月12日，经办法官了解到柳某曾对家人实施暴力，且婚生子小柳尚未成年的情况后，立即启动家庭教育指导机制，向柳某出具《接收家庭教育指导令》及《履行监护责任告诫书》，在庭审开始前与妇联委派的家庭教育导师告诫柳某要树立正确的家庭教育理念，严慈相济、科学育儿，不得实施家庭暴力。如继续不当履行监护责任，构成违反治安管理行为的，将由公安机关依法予以治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。



柳某最终意识到问题的严重性，表示不应将成年人的负面情绪发泄在孩子身上，今后会好好学习家庭教育科学方法，与儿子共同成长进步。

隔代抚养更应注重健康教育

2022年5月，平阳法院刑事审判庭法官在审理两起刑事案件时，发现案件的被害人系同一人，且系未成年人。

被害人的经历让经办法官意识到其父母没能正确引导孩子进行自我保护，遂向被害人的家属出具《责令接受家庭教育指导令》及《责令履行监护责任告诫书》。

同时，经办法官联系妇联邀请家庭教育导师向被害人小陈的父亲陈某了解家庭教育情况。经了解，小陈的母亲近年来在外经商，陈某一人照顾多个子女压力颇大，因小陈在兄弟姐妹中年纪最大，陈某便将其托付给小陈的爷爷独自照顾。由于小陈身边长期缺乏女性长辈的引导及家长的监护，最终导致了这样的结果。



经办法官和家庭教育导师根据陈某的反馈，指出其孩子存在的问题并提供了针对性的意见。陈某也意识到了自己在孩子教育上的缺位，表示十分懊悔，承诺今后会与妻子更加重视家庭教育，多多关注小陈的想法，引导其提高自我保护意识。经办法官也会与陈某及小陈所在的社区保持紧密联络，持续关注小陈后续的心理状况及家庭教育情况。

解除婚姻，不解除抚养义务

原告张某与被告胡某于2009年相识后结婚，婚后生育一女小张，婚后双方因债务问题等家庭琐事经常争吵，矛盾不断升级导致夫妻感情彻底破裂，双方曾多次至民政局办理离婚手续，均因债务、女儿抚养权、抚养费等问题协商未果，2022年4月张某以夫妻感情破裂为由向文成县人民法院提起离婚诉讼。

调解过程中，为避免双方当事人离婚后，怠于履行对女儿家庭教育的职责，承办法官就家庭教育的重要性、父母如何履行家庭教育职责、不履行抚养教育义务的法律后果等方面的知识，向当事人进行了宣讲。

“父母与子女的关系，不因父母离婚而消除，离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。”



双方当事人认真倾听了告知书的内容并表示离婚后会继续关心、教育好女儿。



自《中华人民共和国家庭教育促进法》施行以来，温州两级法院共作出了25份责令接受家庭教育指导令，通过现场教育、责令父母或监护人到场进行家庭教育、联合妇联等职能部门开展家庭教育指导、邀请心理咨询师进行专业干预和介入等，家长意识到家庭教育的主体责任和重要意义，与子女之间的良性沟通、教育引导均有明显进步，效果显著。

优化“青少年模式”让孩子们远离网络沉迷

2022-05-16 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/17/content_216902.htm?div=-1

四部门联合印发《关于规范网络直播打赏加强未成年人保护的意见》，对未成年人参与网络直播划了“红线”。近年来，短视频迅猛发展，用户规模逐年扩大，除了未成年人参与直播打赏等问题外，青少年沉迷短视频而引发的一系列问题，已成为许多家长的担忧。

“双减”之后，孩子们的上网时间和空间受到了全方位限制，这是网络防沉迷的应有之义。尽管多家短视频平台已设置“青少年模式”功能，但大部分在未成年人保护上仍存在不少漏洞。同时，青少年模式依赖家长的监管，导致该模式在很大程度上打了折扣。

流量为王的时代，对“青少年模式”“动真格”难免会损失数据，但对于维护未成年人的健康成长却大有裨益，这也是短视频平台必须履行的企业责任和社会责任。实际上，网络并不只是娱乐平台，也可以成为学习平台，关键是互联网企业能否以更多适合未成年人的内容池品类，营造出更加清朗的网络空间。这需要聚焦各类网络直播、短视频行业乱象，着力破解平台信息内容呈现不良、功能运行失范、充值打赏失度等突出问题。尤其是在防未成年人沉迷短视频上，亟待进一步完善短视频平台“青少年模式”，大力对其进行优化改进。

一方面，健全内容审核机制，建立完善短视频内容分级制度，区分受众，甄别不同级别的内容投入不同的受众池。对知识类视频账户进行学术认证，邀请专家进行专业审查，变被动监管为主动监管。另一方面，对短视频平台全部用户实行强制性实名认证，落实落细“青少年模式”。各平台须推行用户统一实名注册认证，对仅限成年人浏览的内容，需在每次进入前进行有效身份识别，或定时进行用户识别。只有在制度不断完善、企业主动参与的基础上，才能为整个行业形成统一的标准和规范，共同助力未成年人健康成长。

——吴学安

泰州海陵：让“问题家庭”不出“问题少年”

2022-05-17 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/17/content_216927.htm?div=-1

今年1月1日，家庭教育促进法正式施行，标志着我国开启“依法带娃”时代。

法官向未成年人发普法资料。

“家庭是人生的第一个课堂，父母是孩子的第一任老师。”父母在未成年子女教育中的角色缺位，往往是涉未成年人犯罪发生的重要因素之一。2016年，江苏省泰州市海陵区人民法院成立少年及家事审判庭，多年来不断探索创新，不断延伸审判触角，引导家庭正确开展教育，努力帮助未成年人远离伤害、健康成长。

一份档案追踪孩子成长

“这是当时的‘1号档案’，当年6岁的露露如今已快小学毕业了，现在的她活泼开朗。”翻开厚厚的《离异家庭子女成长档案》，海陵区法院少年及家事审判庭法官们便打开了话匣子。

“当时在整理证据材料时，发现一份材料背面有露露的一幅涂鸦。”这引起了法官助理李瑶的注意，当即决定以“爸爸妈妈朋友”的身份登门拜访。看到自己随手涂鸦的画作，露露解释道：“这是妈妈、兔子和我。”面对“怎么没有画爸爸呢”这样的追问，露露选择了沉默，咬着嘴唇不说话。

露露的父母是普通的农民，且均系离异或丧偶后再婚，40多岁才生育了这个女儿。露露平时由年迈的外婆照料，父母离婚后母亲以打零工维持生计，父亲则表示自己要再婚。“无论从家庭经济条件还是情感关怀方面，露露与同龄的孩子相比都有一定的差距。”对露露的情况有了深入了解后，李瑶萌生了为露露建立成长档案的想法，这个想法得到了时任庭长徐文君的支持。

“对当事人履行义务的监督不仅仅局限在审判期间，保护未成年人合法权益的方式也不仅仅局限于审判。家庭破裂对未成年人的影响并不局限于当下，而往往延伸至未来的数年甚至数十年，足以改变一个孩子的人生。”徐文君说。

为了跟踪了解父母离婚后露露的成长情况，确保其能享受基本的生存需求和受教育权，承办法官在档案中详细记录了露露的家庭成员、经济状况、教育经历、性格心理等相关情况，并且备注了露露父母的电话号码以及她所在幼儿园的联系电话。

目前，海陵区法院已建立《离异家庭子女成长档案》40余份，最大限度保障涉案未成年子女权益。通过记录离异家庭和准离异家庭中未成年子女的生活现状和心理情况，对涉案未成年人的成长风险进行评定，对存在高风险的未成年人，由专人定期回访并介入矫正；对存在一般风险的，由妇女儿童权益维护中心定期向其父母发送提示短信，共同呵护孩子的成长。

破解探视难题

“谢谢法官，我终于可以经常看到女儿了。”3月29日，在签署完调解协议书后，沈女士感激地对法官说。

沈女士和陆先生育有一女文文，离婚后文文随陆先生生活，平日由爷爷奶奶照顾。因为陆先生长期出差，很少有空照顾女儿，沈女士遂向法院提出变更监护权的请求。

“文文平时跟爷爷奶奶一起生活开心吗，想不想多见见妈妈？”在征求文文意见时，文文表示更想跟爸爸生活。承办法官基于未成年人的成长环境及身心健康考虑，多次与沈女士交流。“在交流过程中，我们发现，其实沈女士的真实诉求是想能多看看孩子。”法官表示。

经过法官和家事调解员的努力，最后这起案件成功调解。调解书明确，文文仍随父亲生活，8周岁前，在不影响文文学习、生活的情况下，沈女士可于每周日7时到陆先生家将文文接回家，并于当日19时30分送回；8周岁后，沈女士可于每周六19时30分将文文接回家，并于次日19时30分将其送回。

“婚姻关系可以解除，父母子女关系却不因此灭失。行使探视权既是保障不直接抚养子女一方和子女情感沟通的需要，也是为孩子身心健康成长提供支撑。”近年来，海陵区法院针对家事案件中未成年人权益问题建立了探视见证制度，依托辖区现有的网格长制度和“五老”志愿者体系，聘请网格长、“五老”志愿者担任其所在社区离异男女的探视见证人，陪同不直接抚养子女的一方前往另一方家中探视子女，为不直接抚养子女的一方将子女接出探视提供担保，按时督促怠于行使探视权的离异人士履行探视义务。除网格长、“五老”志愿者之外，离婚案件男女双方也可以共同约定由一方或双方的亲属担任探视见证人。

为失职父母“补课”

“责令你们依法积极正确履行监护职责，做好对未成年人小夏的家庭教育，关注其工作、生活、社会关系、心理健康等情况，引导、教育其远离违法犯罪行为、树立正确三观。”4月13日上午，海陵区法院少年及家事审判庭法官当庭向小夏的父母韩某某、夏某某宣读家庭教育指导令。

小夏在15周岁时曾参与实施盗窃，因未达刑事责任年龄未被追究刑责，但案发一年多以来，其父母作为小夏的监护人，既未及时督促小夏主动退出赃款赃物，也未代为赔偿被害人损失，怠于履行监护人职责。对此，法官从社会调查、精准帮教等环节出发，对监护人发出教育指导令，并持续跟进开展家庭教育指导工作。

2020年5月，泰州市首家亲职教育基地——“XIN”课堂在海陵区法院揭牌。该院探索对失职父母强制“补课”，让不合格的父母“回炉再造”。

近日，在该院的“XIN”课堂上，一节别开生面的亲职教育课正在开展。泰州学院教育科学学院副教授薛桂琴围绕发现孩子的兴趣、与孩子深度交流等主题，为家长们讲解如何培养孩子的专注力。

此外，海陵区法院还聘请心理学、教育学专家定期开设心理咨询课程，通过一对一心理辅导，帮助“问题家长”打开心扉，引导“问题家庭”构建有效沟通渠道和正确教育方式，帮助“问题少年”重获新生，构建起家、校、社会、司法为一体的教育帮扶体系。

“最开始亲职教育仅面对问题少年的父母开设，如今已扩展至离婚案件中有未成年人子女的当事人。”该院少年及家事审判庭副庭长吴爱萍表示。趁着今年家庭教育促进法落地的春风，海陵区法院在已有的基础上进一步探索，打造了“XIN海港湾”亲职教育驿站，在案件办理过程中引入亲职教育“五步法”，通过问卷调查、分析评估、教育指导、专项建档、回访跟踪等方式，对失职父母进行家庭教育指导。

遏制“隔空猥亵”未成年人新动向

2022-05-13 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-05/18/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220518_3-5.htm?time=1652831029010

“隔空猥亵”儿童事件中，行为人并未与被害儿童有任何肢体接触，而是通过网络聊天方式诱骗、威胁被害幼女拍摄淫秽视频、裸体照片，但产生了与传统方式相同的危害结果。此时，如果依然拘泥于传统的办案理念，显然难以判定该行为的社会危害与法律后果，理应大胆地跳出传统思维，将该行为认定为猥亵。

■ 史洪举

5月12日，北京高院通报多起涉未成年人家庭教育指导案例。记者注意到，在一起猥亵未成年人刑案中，法院发现在网络环境下，性侵未成年人犯罪已经出现“隔空猥亵”新动向。

案情显示，被告人徐某通过网络聊天方式，分别骗取、威胁三名不满10岁的女童拍摄隐私部位供自己观看。徐某被抓获归案后，法院以猥亵儿童罪依法对其判处刑罚。案件审理过程中法院发现，未成年被害人家长存在履行家庭教育不当的问题，对未成年人使用手机等通讯工具上网疏于监管，对未成年人防范性侵害安全教育不足。

随着社会经济的发展，儿童权益保护面临着越来越复杂的问题。如随着互联网和智能手机的普及，一些未成年人成了网络控、手机控，随之而来的是一些针对儿童的违法犯罪行为通过网络实施，且花样翻新。故在这一特殊背景下，非常有必要紧跟时代发展，有效惩戒新形势下“隔空猥亵”儿童等侵犯儿童权益的违法犯罪行为，让儿童权益在复杂的现实生活和网络世界中受到全方位、无缝隙保护。

猥亵儿童是指以刺激或满足性欲为目的，用性交以外的方法对不满14周岁的儿童实施的淫秽行为。传统的法律理念和司法实践将猥亵儿童的“猥亵”限定为具体的接触行为，即只有行为人实施了客观具体且与被害人肢体接触的抠摸、亲吻等淫秽行为，方属于猥亵儿童。但随着时代发展和技术进步，特别是在网络环境下，当互联网和智能手机成为人们工作生活离不开的工具时，一些人自然会借助网络实施相应的违法行为。而一旦网络沦为犯罪工具时，往往让这些行为的隐蔽性更强，危害面更大，社会危害程度更重。

面对“隔空猥亵”未成年人新动向，传统的猥亵认定标准已经落伍，无法有效规制借助网络实施的侵害儿童行为。如在“隔空猥亵”儿童事件中，行为人并未与被害儿童有任何肢体接触，而是通过网络聊天方式诱骗、威胁被害幼女拍摄淫秽视频、裸体照片，但产生了与传统方式相同的危害结果。此时，如果依然拘泥于传统的办案理念，显然难以判定该行为的社会危害与法律后果，理应大胆地跳出传统思维，将该行为认定为猥亵。网络只是一种工具和方法，不能因为披上了网络外衣就忽视其行为的违法性。

可以说，互联网时代，必然会有违法犯罪行为通过网络实施。当一些未成年人成为手机控、网络控时，其必然会通过社交软件与不特定的人交往、交流、见面，进而导致其处于比传统生活更加复杂、危险的“网络环境”中，面临不法分子侵害的可能性更大。加之很多未成年人防范能力较差、好奇心较强、是非能力较弱、自我保护意识不强，极易沦为“待宰的羔羊”。

因而，绝不能仅仅偏重于现实世界中对儿童的呵护而忽视潜藏在网络世界的“黑手”。防范“隔空猥亵”等侵害未成年人这一新现象，既要求家长等监护人正确履行监护职责，避免未成年人过多接触互联网，也要求学校和其他部门围绕未成年人健康上网、防性侵等方面开展安全知识教育，增强自我保护意识和能力；同时，还应强化网络执法、取证力度，有力地斩断借助网络伸向儿童的黑手，让未成年人受到更坚实全面的保护。

涉未成年人典型案例为错误家教理念纠偏

2022-05 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-05/18/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220518_2-6.htm?time=1652831071114

■ 中国妇女报全媒体记者 王春霞

日前，北京市高级人民法院发布北京法院少年法庭涉未成年人案件家庭教育指导工作情况及典型案例。

打造“1+X”家庭教育法治服务体系

未成年人王某因结交一些热衷高消费的“朋友”，逐渐产生不当的消费欲望，多次伙同“朋友”盗窃商场名牌衣服、鞋子等物品；还多次利用打球之机盗窃他人手机。最终，检察机关以盗窃罪提起公诉。

法院经审理后认为，王某的行为已构成盗窃罪，鉴于其犯罪时系未成年人，到案后能够如实供述自己的罪行，自愿认罪认罚，且已退赔经济损失并取得被害人谅解，依法从轻判处刑罚。

法官在回访帮教中发现，王某的父亲工作繁忙，对王某的日常教育参与较少；王某母亲为照顾王某兄妹全职在家，由于教育观念缺失，特别是对王某青春期的心理变化和需要、交友情况关注不足，有效沟通较少，亲子关系颇为紧张。

为此，法院邀请该院家庭教育指导中心家庭教育咨询高级指导师，联合区妇联对王某母亲进行“一对一”家庭教育指导，针对王某性格特点和家庭环境制订家庭教育方案，建议父母正确引导孩子看待物质需

求，树立正确的人生观和价值观，逐步将孩子引导到正确的人生轨道上。区妇联还为王某母亲提供“女性终身学习平台”，帮助王某母亲提高综合素质，促进家庭亲子和谐。

典型意义

家庭教育促进法明确了父母或其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，引导未成年人培养广泛兴趣爱好、健康审美追求和良好道德品质，促进未成年人健康茁壮成长。

北京市法院探索打造“1+X”家庭教育法治服务体系，通过法院这一司法载体，联合区妇联、区教委等X方力量，建立“家庭教育+心理疏导”“家庭教育+回访帮扶”等联动机制，努力让家庭教育指导发挥最大效能。

与社区党委合作共建协同开展家庭教育指导工作

李某与张某因感情破裂协议离婚，约定婚生子由张某抚养。离婚后，李某发现婚生子身上有外伤并报警。经查明，张某在日常教育孩子期间存在过度责罚行为，李某将张某诉至法院，请求变更婚生子的抚养权。庭审中，张某承认在对孩子教育中存在不当之处，但表示均是由于孩子犯错不知改正，其心急之下才动手，并表示愿意积极改正。考虑孩子已年满10周岁，法院询问孩子本人意见，其表示仍愿意继续随张某共同生活。

法院经审理认为，根据查明的事实，张某在日常管理教育子女过程中存在过度责罚婚生子的行为，依照家庭教育促进法第49条的规定，依法对张某的错误行为予以训诫，并责令其接受家庭教育指导。随后，法院依托与当地社区党委共建机制，邀请社区工作室人员及国家级心理咨询师共同对张某进行家庭教育指导，李某自愿与张某一同接受指导。

典型意义

长期以来，“棍棒出孝子”“不打不成器”等错误家庭教育理念导致未成年子女在家庭教育中被过度责罚的情况时有发生。该案通过司法裁判纠正此类简单粗暴的错误教育方式，旨在提醒广大家长，家庭教育行为受到法律约束，过度责罚子女的家庭教育行为侵害未成年人的合法权益，将依法受到惩戒。

法院还依托与社区党委的合作共建，凝聚多方力量，形成针对家庭教育指导的长效工作机制，有力推动家庭教育促进法在辖区落地落实落细。

根据被害人家长需求开展家庭教育

被告人徐某通过网络聊天，分别骗取、威胁三名不满10岁的女童拍摄隐私部位供自己观看。后徐某被抓获归案，检察机关以徐某涉嫌猥亵儿童罪向法院提起公诉。

法院经审理认为，被告人徐某通过网络以欺骗、威胁手段猥亵儿童，其行为构成猥亵儿童罪，依法对其判处刑罚。在审理过程中，法院发现未成年被害人家长存在履行家庭教育不当的问题，对未成年人使用手机等通讯工具上网疏于监管，对未成年人防范性侵害安全教育不足。法院遂聘请家庭教育指导师，针对上述问题形成指导预案，通过北京云法庭系统，线上对未成年被害人的家长开展家庭教育指导，效果良好。

典型意义

近年来，侵害未成年人合法权益的犯罪手段不断翻新，家庭教育的理念、内容和方式方法都迫切需要不断更新。该案审理中，法院积极贯彻落实家庭教育促进法的要求，及时聘请家庭教育指导师，结合8至10岁儿童的生理和心理特点，重点围绕如何引导未成年人正确使用网络、预防性侵害等内容共同制定指导方案，对被害人家长开展有针对性的家庭教育指导。

依托线上家庭教育指导平台开展涉网络家庭教育指导

2021年，未成年人张某放假期间，其父母在未安装未成年人网络保护软件、未选择适合未成年人的服务模式和管理功能、未采取有效消费管理措施的情况下，将其母个人手机交予张某使用，使得张某以其母名义注册某直播平台账号，在无需输入支付密码的情况下即得以在网络平台对游戏直播充值打赏。其父母发现后诉至法院，要求退还已充值的款项。

法院审理期间，张某的父母与被告公司达成和解协议，申请撤回起诉。案件审理中，法院发现张某的父母存在对未成年子女关注不足、自身网络安全意识不强等问题，遂向张某父母发出家庭教育指导令，要求其教育引导子女健康上网，加强亲子陪伴，预防未成年人沉迷网络，并在法院线上家庭教育平台接受家庭教育指导，学习掌握主要直播平台的“青少年模式”使用指南及提升家长网络素养、孩子自我管理能力方面的相关课程。

典型意义

近年来，未成年人在网络游戏、网络直播等平台大额充值打赏纠纷不断。为进一步提升网络保护家庭教育水平，法院结合涉网案件特点，与相关研究机构共同创设全国法院首个线上家庭教育指导平台，包括健康上网、网络法治、家庭教育三个板块，集合来自行政机关、司法机关、高校等研究机构、专业协会及公益组织提供的各类专业网络素养课程、互联网平台“未成年人模式”使用指南。该案即是依托该平台，帮助监护人提升网络素养的实例。

此外，法院还建立家庭教育指导反馈机制，通过与接受家庭教育指导义务人进行谈话、发放问卷等方式，及时跟进了解学习情况，督促他们正确履行家庭教育责任。

昆明中院家庭教育指导中心揭牌

2022-05-18 法治日报

http://appwx.legaldaily.com.cn/share/news/detail_index.html?contentType=5&contentId=396179&cId=0

本报讯 记者石飞 通讯员杨帆 近日，云南省昆明市中级人民法院家庭教育指导中心揭牌成立，16名具备法学、心理学、教育学等知识背景或从事未成年人保护工作的专业人士受聘担任家庭教育指导员。

据介绍，中心由昆明中院联合共青团昆明市委、市司法局、市妇女联合会等七家单位共建成立，集家庭教育指导、未成年人心理疏导、回访帮教、法律咨询、普法宣传等多项功能于一体，是社会各方力量广泛参与到家庭教育指导工作机制的探索和实践。

中心将涉未成年人刑事案件和涉未成年人家事案件有机结合，在化解矛盾、妥善处理案件中开展家庭教育，探索行之有效的家庭教育指导模式和方法，优化工作质量和效果。

此外，七家共建单位还共同签订了《关于联合建立家庭教育指导工作机制的意见（试行）》，明确了昆明中院家庭教育指导工作类别、步骤、人员构成，列举了家庭教育指导的内容、形式以及启动家庭教育指导的8种情形。

来源：法治日报——法治网

编辑：方芳。

社会协同提供高质量的家庭教育指导服务

2022-05-17 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-05/17/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220517_1-4.htm?time=1652832701747

● 根据服务对象和服务重点的不同，家庭教育促进法规定的社会力量支持服务可分为四类：面向全体家长提供的全方位普惠性指导服务；面向学生家长提供的协同育人指导服务；面向准家长和3岁以下婴幼儿家长提供的科学育儿指导服务；面向所有家长提供的个性化、多元化指导服务

● 为促进社会力量更好地履行指导、支持和服务家庭教育的法定职责，专家认为，在家庭教育促进实施过程中应发挥家庭教育指导机构的统筹协调与资源支持功能，加强家庭教育服务机构的监督指导和自律管理，探索适应新生代父母特点的家庭教育指导服务

□ 中国妇女报全媒体记者 王春霞

“家庭是实施家庭教育的主体，国家、社会为家庭提供支持、协助。”首都师范大学教育学院副教授、家庭教育立法专家顾问罗爽告诉中国妇女报全媒体记者，除了父母或其他监护人要按照法律规定承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，家庭教育促进法明确国家与社会在家庭教育工作中的职责，要为家长提供家庭教育指导服务。这是非常重要的。

家庭教育促进法规定学校等社会力量对家庭教育工作中的协同任务，主要包括两个方面，一是学校配合。中小学校、幼儿园要将家庭教育指导服务纳入工作计划和教师业务培训的内容；中小学校、幼儿园可以建立家长学校，组织公益性家庭教育指导服务和实践活动；中小学校发现未成年学生违反校纪校规，要及时制止管教，并告知其父母或者其他监护人，并为父母或者其他监护人提供有针对性的家庭教育指导服务等。

二是社会力量协助。居民委员会、村民委员会可以设立社区家长学校或者家庭教育指导服务站点；婴幼儿照护服务机构、早期教育服务机构、医疗保健机构根据自身的工作，宣传家庭教育知识，提供家庭教育指导服务；图书馆、文化馆等公共文化服务机构和广播、电视等新闻媒体，传播科学的家庭教育理念，推动家庭教育服务和实践活动等。

在罗爽看来，根据服务对象和服务重点的不同，家庭教育促进法规定的社会力量支持服务可分为四类：面向全体家长提供的全方位普惠性指导服务；面向学生家长提供的协同育人指导服务；面向准家长和3岁以下婴幼儿家长提供的科学育儿指导服务；面向所有家长提供的个性化、多元化指导服务。

家庭教育促进法通过并实施，罗爽看到越来越多地方的落实举措。如早在2021年年底，北京市海淀区就召开“海淀家长学校建设工作启动会”，成立海淀家长学校，依托“区级-学区-学校”三级家长学校服务体系建设，协同推进，使科学育人理念、“双减”任务在家庭得到落实。“海淀探索建立三级家长学校，有助于引导学校重视家庭教育工作。”

2022年4月，全国妇联、教育部等11部门印发《关于指导推进家庭教育的五年规划（2021—2025年）》（以下简称《规划》），推动“十四五”时期家庭教育高质量发展。

罗爽参加了《规划》的起草工作。在《规划》起草时，家庭教育促进法还未出台。因为罗爽等专家同时参与家庭教育促进法的立法工作，所以《规划》在制定过程中就留出了与法律接轨的空间，将家庭教育促进法的很多规定融入其中，并做出了细化规定。“《规划》的很多内容是落实家庭教育促进法的重要方面。”罗爽说。

在巩固发展学校家庭教育指导方面，《规划》指出，推动中小学、幼儿园普遍建立家长学校，每学期至少组织2次家庭教育指导服务活动，做到有制度、有计划、有师资、有活动、有评估。在规范强化社区家庭教育指导方面，《规划》指出，依托城乡社区综合服务设施、文明实践所站、妇女儿童之家等普遍建

立家长学校，每年至少组织4次普惠性家庭教育指导服务活动。在完善3岁以下婴幼儿家庭育儿指导服务机制方面，《规划》指出，推动妇幼保健机构、基层医疗卫生机构开展婴幼儿早期发展服务。

在罗爽看来，家庭教育促进法的一个重要目标就是构建覆盖城乡的家庭教育指导服务体系。这也是《规划》的重要目标，最终是要提供高质量的家庭教育指导服务。

学校家长学校和社区家长学校在家庭教育促进法出台之前，就已经存在。“为了提供高质量的家庭教育指导服务，从家长学校的角度，要提高社区家长学校、学校家长学校的建校率；提高规范化程度；满足家长的实际需求，特别是个性化家庭教育指导服务的需求。”罗爽告诉记者。

罗爽在调研中发现，家长学校的建校率还有待进一步提高，特别是农村社区家长学校的建校率和城市还有一定的差距。目前，家长学校在开展家庭教育指导时，还有待提高服务的规范性，比如科学系统地开展课程设计与实施。

新闻媒体也是社会协同的一大主体。在家庭教育促进法出台实施后，与家庭教育促进法相关的报道常见诸报端，广播、电视、报刊、互联网等新闻媒体充分发挥各自优势，宣传正确的家庭教育知识，营造重视家庭教育的良好社会氛围。

为促进社会力量更好地履行指导、支持和服务家庭教育的法定职责，罗爽认为，在家庭教育促进实施过程中应发挥家庭教育指导机构的统筹协调与资源支持功能，加强家庭教育服务机构的监督指导和自律管理，探索适应新生代父母特点的家庭教育指导服务。

作为学者，罗爽心中社会协同的理想状态是，家庭教育促进法规定的社会协同相关主体依法履行各自的家庭教育工作职责，为家长提供高质量的家庭教育指导服务。

发挥教育部门优势 促进制度化家校社共育发展

2022-05-16 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-05/16/nbs.D110000zgfnb_1.htm#nw.D110000zgfnb_20220516_1-4.htm?time=1652832872574

● 教育行政部门应发挥部门优势，朝着制度化家校社共育的方向发展，明确家庭、学校、社会（主要是社区）在家庭教育中的权利和义务边界，尤其是要对教师 and 父母赋能，增强他们各自在家庭教育方面的能力，促进家庭学校社会协同育人

● 教育行政部门按照家庭教育促进法的精神，设立家庭教育司，可更有力地承担起家庭教育管理和服务的职能

□ 中国妇女报全媒体记者 富东燕

“让父母履行第一监护人的责任是必要的，但对提升家庭教育能力作为家庭教育立法的直接目的而言，确定有效的政府组织架构也是有必要的。相较而言，教育行政部门在提供更加精准、更高质量、更富个性的家庭教育指导服务方面更具优势。”中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心讲师叶强表示。

家庭教育促进法于今年1月1日颁布实施，叶强分析，根据其中的条文，教育行政部门的职责可以分为三个部分，一是专有职责，二是与妇联组织的共有职责，三是与有关部门如民政、卫生等部门的配合职责。

对于专有职责，家庭教育促进法第11条规定“国家鼓励开展家庭教育研究，鼓励高等学校开设家庭教育专业课程，支持师范院校和有条件的高等学校加强家庭教育学科建设”“这是教育行政部门尤其是省级教育行政部门的职责。”叶强表示。

同时，家庭教育促进法规定了“畅通学校家庭沟通渠道，推进学校教育和家庭教育相互配合”“督促和指导学校、幼儿园建立家长学校，并指导学校、幼儿园开展家庭教育指导服务工作”，叶强认为，“家校合作需要教育行政部门通过对学校、幼儿园的指导来完成。”

针对教育行政部门与妇联组织的共有职责，则广泛分布于条文中，叶强梳理说，比如，制定、修订并及时颁布全国教育指导大纲，编写或者采用适合当地实际的家庭教育指导读本，制定相应的家庭教育指导服务工作规范和评估规范等。“除此之外，在一些条文中，比如非营利性家庭教育服务机构的设立和管理、社区家长学校等家庭教育指导服务站点设立等，都需要教育行政部门的配合。”

自家庭教育促进法实施以来，教育行政部门积极响应，主动作为。据叶强观察，今年初，教育部制定了《学习宣传贯彻〈中华人民共和国家庭教育促进法〉的通知》，各个教育部门纷纷响应，出台了本地区的学习计划；在《教育部2022年工作要点》中明确提出“落实家庭教育促进法，会同相关部门研制构建家校社协同育人的指导意见，推动学校提升家庭教育指导能力，探索在高校开设家庭教育选修课”；教育部还联合妇联制定了《关于指导推进家庭教育的五年规划（2021—2025年）》，近日还共同发起了“家校密切配合，共育时代新人”等十条育儿倡议。

“一直以来，家校社共育就是一个重要的议题，但是如何在中小学、幼儿园内建立起理想的家校社共育制度体系，还是一个需要在实践中不断摸索的问题。”叶强提出，今后，教育行政部门应发挥部门优势，朝着制度化家校社共育的方向发展，明确家庭、学校、社会（主要是社区）在家庭教育中的权利和义务边界，尤其是要对教师和家长赋能，增强他们各自在家庭教育方面的能力，促进家庭学校社会协同育人。

特殊困境儿童群体的家庭教育一直是一个复杂的问题，在家庭教育促进法中规定，教育行政部门、妇女联合会应当采取有针对性的措施，为留守未成年人和困境未成年人的父母或者其他监护人实施家庭教育提供服务，引导其积极关注未成年人身心健康状况、加强亲情关爱。

在叶强看来，教育行政部门对此可以做的事情很多。第一，借鉴精准扶贫的思路，就每个困境家庭量身定做家庭教育档案，精准识别这些家庭的家庭教育问题；第二，建立困境家庭的定期家访制度。有研究表明，家访制度是一种有效的家庭教育帮扶措施；第三，按照《关于加强困境儿童保障工作的意见》等文件精神的要求，和妇联、民政等机构一道建立起困境家庭家庭教育协作联动机制。

叶强还建议，教育行政部门按照家庭教育促进法的精神，设立家庭教育司，可更有力地承担起家庭教育管理和服务的职能。

依法带娃，家长与孩子共成长

2022-05-16 中国妇女报

http://epaper.cnwomen.com.cn/html/2022-05/16/nbs.D110000zgfnb_4.htm#nw.D110000zgfnb_20220516_1-5.htm?time=1652832892682

编者按

2022年1月1日，《中华人民共和国家庭教育促进法》（以下简称家庭教育促进法）正式实施。家庭教育在传统的“子不教，父之过”这样的道德要求基础上被赋予了法律界定，家庭教育也因此由“家事”上升为“国事”，我国正式进入“依法带娃”时代。

家庭教育应该如何开展？对不少家长而言，这不是一个简单的问题。一项对1149名未成年人家长开展的调查显示，80.7%的受访家长平时在家庭教育上的困惑很多，94.7%的受访家长期待家庭教育促进法能帮助自己缓解教育焦虑。据了解，“教什么”和“怎么教”，成为困扰家长实施家庭教育的两大难题。

家庭教育促进法规定，每年的5月15日国际家庭日所在周为全国家庭教育宣传周。值此之际，《家周刊》特邀请家庭教育学、心理学方面的专家及家庭教育指导师，针对家庭教育中存在的一些普遍问题，予以解答和指导，帮助父母依法教子，将注重孩子们德智体美劳全面发展的理念和科学的教子方法融入家教实践，自觉地择其善者而从之，以爱为出发点，言传身教，尊重、鼓励、支持、陪伴孩子，实现亲子共同成长。

父子关系代表着孩子和社会的关系

做客专家

宗春山，北京市青少年法律与心理咨询服务中心主任，研究员。著有《断乳》《青少年必须克服的人性弱点》等作品。

案例一

我儿子今年读高二，对学校的如理发等穿着打扮要求和规章制度不以为然，也不喜欢数理化等学科学习。他喜欢艺术，想报考艺术院校，这个想法遭到他父亲的强烈反对，在父亲看来，学习传统的理工科、文科才是正道。父子俩无法有效交流，关系剑拔弩张，家庭气氛也很紧张。

欣然（化名）

专家释法

家庭教育促进法第十六条规定，未成年人的父母或者其他监护人应当针对不同年龄段未成年人的身心发展特点，开展家庭教育。

欣然，你好！

从描述的状况来看，孩子的问题，是不适应学校环境、不适应社会的表现，根源是其内心对权威的挑战。这从他和父亲的关系中可以看出端倪。

在家庭中，父亲代表着权威、纪律和约束，如果男孩与父亲关系紧张，他会把对父亲的反感和敌意、对父亲权威的蔑视投射到自己的生活和学习中，反抗学校的纪律、要求和约束等，这样的孩子是很难适应社会的。

在心理学上，父亲和孩子、特别是和儿子的关系特别重要。在孩子心目中，父亲是第一个社会人，孩子和父亲的关系代表着孩子和社会的关系。因此，父子关系和情感是否和谐，直接影响到孩子对社会规范、习俗、道德、体制的认同。这是一个重要的心理轨迹。然而，很多父亲不知道这一点，他们一味强调自己的权威、自己对孩子的管教，忽略了自身代表着社会的规范。

那么，如何面对这样的孩子？

在家庭教育中，我们首先强调父母一定要学习心理学知识，了解青少年成长发展的规律。因为，如果家长不了解孩子的心理年龄特点，不学习和自省，他们只能复制上一代的教育方式。但是，今天的孩子生活在互联网时代，他们的发展、需求与过去的孩子不可同日而语，如果我们还沿用传统的教育方式，就会带来很大的亲子冲突。这位父亲显然没有尊重孩子身心发展的规律，也没有意识到当今的社会和环境变化带给家庭教育的转变。

其次，在你们的家庭中，父亲不大懂得父子关系代表着孩子和社会的关系这层意思。所以，这也说明了家长需要学习，掌握民主的、文明的管教方式的重要性。

第三，父亲还有一个错误观念，即学习艺术不是正常的成长和求学方向。但是，人的发展是多元的，每个人各有所长，且爱好不同。父亲硬把自己的观念、自己的愿望强加到孩子身上，这也是陈旧的教育观和发展观，会极大阻碍孩子的发展动力。

从心理学上讲，一个孩子真正成年，必须从心理上“打败”父亲。因此，在孩子的成长过程中，父亲一定要能包容孩子，懂得逐渐示弱，甘愿被孩子“打败”，给孩子“我已经长大、成熟”的感觉，这能增强孩子的责任心、主人感。因此，对孩子并不出格的要求，父母可以说“我听你的”“我同意你的做法”。家里有重大事情也应让孩子参与进来，这不仅是家庭教育促进法，也是未成年人保护法所提倡的，这样做的意义在于让孩子承担责任，成为自己的主人，勇于面对和承担一些后果，同时在此过程中，孩子能与父亲、母亲建立良好的合作关系，并把这种关系带到学校生活、社会生活中去，有利于孩子的社会化。

家长失去权威，其教育很难产生效果

做客专家

宗春山，北京市青少年法律与心理咨询服务中心主任，研究员。著有《断乳》《青少年必须克服的人性弱点》等作品。

案例二

我是个高中生，学习成绩一般，为了鼓励我好好读书，妈妈承诺，如果我考试成绩进入一定的名次，就奖励我手机、Ipad、笔记本电脑这些电子产品。我在最近的一次大考中做到了，但是，妈妈却“爽约”了，又说要我考上大学以后才能买，我对此真的很生气。

宇浩（化名）

专家释法

家庭教育促进法第二十二条规定，未成年人的父母或者其他监护人应当合理安排未成年人学习、休息、娱乐和体育锻炼的时间，避免加重未成年人学习负担，预防未成年人沉迷网络。

宇浩，你好！

非常理解你的心情，不认同妈妈的做法。因为，这样的奖励方式，不利于你的成长。

首先，学生学习是为了获取更多知识、提高能力，是分内的事情。然而，当家长用这种方法奖励孩子时，无疑是以外在的物质“分散”了孩子内在的“学习是我的愿望、我的责任”的动机，孩子会慢慢觉得，自己是为父母学、为了一个物质奖励而学的，这容易误导孩子的学习动机。

其次，父母权威性的重要体现是说话算数。反之，一方面使孩子对父母的权威性产生怀疑，另一方面亲子之间很难再建立起信任关系。

其三，很多家长认为，不给孩子手机，不让上网，孩子就不沉迷网络了。但是，我的研究发现，父母很少上网，他们的孩子更容易沉迷网络。原因在于，父母不懂网络，不知道网络对孩子的影响是什么，更不知道如何引导孩子正确使用网络。有一点我们不能忽视，即如果一个人对一个事物没有任何了解，很难

对这个事物有免疫力。所以，当被禁止使用网络的孩子一旦有机会接触互联网，会更投入，比不被限制的孩子高出 3% 的比例。所以，用这种规避、远离现实社会的教育方式引导孩子，效果适得其反。

以上三点，你可以尝试跟父母好好沟通，以达成一致。而以下内容，则希望你转达给父母，以期他们能改变现有的教育方式。

儿童权利公约、未成年人保护法也明确规定儿童使用互联网的权利。公允地说，现在孩子使用互联网更多的是学习。因此，孩子是否沉迷网络，关键不是互联网和手机本身，而是家长如何为孩子建立规则，引导孩子学会自律。所以，家庭教育促进法特别强调，要遵循青少年身心发展的规律，让他们真正接触社会。

父母一定要了解当前社会形势与自己成长的年代有巨大的不同，了解今天互联网与孩子的关系，实现自身的学习和成长。尊重孩子的年龄、成长规律和个性，平等交流，互相促进。父母一定要言而有信，相机而教，言传身教，潜移默化，避免出尔反尔。否则，孩子很可能把规则、承诺、纪律当儿戏，家长权威不复存在，教育效果化为乌有，最终影响孩子的身心健康发育和成长。

重建和谐温暖亲情，疗愈心灵伤痛

做客专家

黄晓芳，国家二级心理咨询师，资深结构式家庭治疗专家，累计咨询个案时长约 15000 小时。

案例三

我是三个孩子的妈妈，两个女儿由爷爷奶奶带大，儿子在我和丈夫身边。丈夫脾气暴躁，行事专制，经常打骂孩子们。我在家没有地位，看不惯丈夫的行为时，就对他言语攻击，家里像一个“冰窖”。

2020 年，二女儿被诊断为重度抑郁，有自残行为，因长期服药导致身体发胖，曾辍学在家；2021 年大女儿与小儿子也相继被诊断为抑郁症，大女儿人际困难，社交功能退化；小儿子失眠、爱哭、厌学、情绪不稳定，在学校多次被霸凌。丈夫因此更加指责我和孩子们。

沐子

专家释法

家庭教育促进法第十五条规定，未成年人的父母或者其他监护人及其他家庭成员应当注重家庭建设，培育积极健康的家庭文化，树立和传承优良家风，弘扬中华民族家庭美德，共同构建文明、和睦的家庭关系，为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。

沐子，你好！

从描述中可以看到，孩子厌学、抑郁，夫妻不和，亲子关系紧张等问题正困扰着你的家庭。丈夫打骂孩子的管教方式和你的语言暴力，必然导致家庭气氛雪上加霜。而夫妻关系的不和谐，双方对待孩子态度的不一致，直接导致孩子面对父母时的内心“撕裂”，使整个家庭系统呈现出混乱的局面。

你的家庭“生病了”，而这个“病根”在你们夫妻身上。夫妻关系是家庭第一关系，夫妻中任何一方之所以产生负面情绪，都是因为这一方期待自己的感受、想法能被理解与看见，实际上是渴望爱与被爱。

解决孩子的问题，首先要解决好你们夫妻间的相处模式，改变你“保姆”+妈妈，丈夫貌似“单身汉”的生活状态，共同操持家务、照料孩子、承担家庭责任并努力求同存异，各自扮演好丈夫和妻子、父亲和母亲的角色。

现实生活中，不少孩子6岁以前由老人抚养，重新回到父母身边后，亲子之间会有理想化的期待。而要实现家庭教育促进法中规定的构建文明、和睦的家庭关系，夫妻双方要尽量理解和欣赏彼此，提前做好生活、经济上的规划，各归其位，各司其职，发挥各自功能。

在养育孩子方面，建立养育同盟：夫妻双方在教育上达成一致，不互相拆台，营造和谐和睦的家庭氛围，给予孩子稳定的、充满爱的生活环境，用足够的耐心，发自内心地接纳、欣赏孩子，让孩子在父母的护佑之下健康成长。

实际上，这对父母来说是极大的考验，孩子的到来改变了原有的生活方式。所以，夫妻双方要有良好的沟通，丈夫多关注、疏导妻子的情绪，避免妻子将抱怨、指责的情绪投向孩子；妻子则要尊重丈夫，防止丈夫情绪失控。家庭成员注重情感交流，父母诚心与孩子交朋友，用行动爱孩子。如果你们全家能做出积极调整，重建和谐温暖的亲情，孩子们心灵的伤痛将逐渐被治愈。

夫妻和睦是一个家庭的定海神针，理想的家庭不是没问题，而是有解决问题的能力。

离异家庭如何构建信任的亲子关系

做客专家

代秋影，最高人民法院中国应用法学研究所副研究员，未成年人保护研究中心主任，法学博士。著有《正确处理和有效预防校园冲突事件，为孩子营造一个健康安全的成长环境》《履行父母责任的前提是其监护能力的提升》《形成“儿童友好型”亲子模式至关重要》等作品。

案例四

我儿子今年14岁，学习和习惯很让人头疼。孩子8岁时，我离婚了，儿子平时跟我生活，两周去他爸爸家过一个周末，他爸爸觉得亏欠孩子，有求必应，带着孩子吃喝玩乐，也不督促孩子做功课。我们多次沟通，但总是谈不拢，如今孩子学习成绩明显下滑。

我工作很忙，平时晚上的时间多关注他学业，生活上由保姆照顾，随着他长大，我越来越感觉到他对我的厌烦和疏远；他爸爸很舍得为他花钱，但他对爸爸并不满意，不免冷言冷语，还有一种“他的钱不花白不花”的报复心理。

楚燕

专家释法

家庭教育促进法第二十条规定，未成年人的父母分居或者离异的，应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行；除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育。

楚燕，你好！

孩子是父精母血的结合，我国民法典明确规定：父母与子女之间的关系，不因父母离婚而消除，无论子女由父或者母抚养，仍是父母双方的子女。离婚，是父母双方的生活选择，孩子的成长环境必将因此发

生大的改变。但是，父母的关系状态并不必然对孩子的成长不利。作为直接抚养孩子的家长，应特别留心孩子的心理变化，及时沟通，消解孩子的心理负担，在家庭变化中构建信任有爱的亲子关系，继续为孩子健康成长营造良好的环境。

第一，父母离婚不是孩子的过错。由于各种原因，有的孩子会误认为自己是导致父母离婚的原因，或者至少是部分原因，因此陷入严重的情绪低落、自我谴责和贬低等消极情绪中，从而影响到正常的学习和生活。父母或者其他主要抚养人，尤其是直接抚养孩子的家长，要明确告知孩子：“父母离婚是成年人的事情，与你无关，更不是你的过错。”

第二，孩子有权利以自己的方式与父母双方相处。育儿过程中，父母的观点差异，并非离异家庭才有。家庭教育促进法也并非强求父母双方在所有事情上观点一致、行为一致。父母都能够看到并理解孩子的真实愿望和想法并非易事，成年人大多有各自的成长经历和未愈合的心理创伤，即使保有高度的觉察，在与孩子相处时，都难免会代入自己先入为主的观念和处理问题的方式。如果不能建立在充分尊重孩子生命自主权的基础上，强求统一，则相当于进一步扼杀了孩子的自主空间，反而更加不利于孩子的健康成长。

第三，给予孩子爱的确认，构建信任有爱的亲子关系。离异家庭的孩子，心灵相对更加敏感，更需要给予孩子爱的确认。从孩子的角度来说，他的安全感和幸福感的体验，来自与生命中最重要的依恋对象——父母相处的过程中，自己的需要能够被看见、能够被理解、愿意被满足。而舍得花钱，并不必然意味着看见并满足了孩子的需求，信任有爱的亲子关系，无法只靠物质和外求，需要亲子双方，尤其是不直接抚养孩子的爸爸，要更加花费心思，以孩子为主体去构建。而对妈妈而言，青春期孩子的厌烦和疏远，肯定会让妈妈伤心难过，但也要清醒地意识到母子之间确实缺少了爱的流动和正向反馈。这时候，重点在于重建信任有爱的关系。

第四，学习、做功课，从根本上说是孩子的事情。尤其是对14岁的青春期男孩而言，他自己才是学习的主体，父母或者其他人都只是辅助者，其是否督促、关注，不可能是、也不应成为关键环节。更为重要的是孩子本身的内驱力和对学习探索的专注投入度。当然，在具体的学习方法和个别的问题上可能需要父母的指导，但只有以良好信任的亲子依恋关系为基础，父母的指导才有可能真正走进孩子的心灵。

作为成长的目标而言，不靠他人的督促和关注，学习要成为孩子主动自觉的事情，这是内驱力的范畴，与成长的动力有关。而成长的动力，来自生命的本能和原始渴望，即自己的生命要自己做主，自己的需要能够被看见、能够被理解、能够被满足，自己是安全的、被爱的。只有体验过爱的孩子才会爱人，内心安定、精神内守的孩子，才能专注投入地做事情，自由随心地探索世界，不遗余力地发展自己。这期间，确实需要父母的陪伴和引导，但一切的前提是建立良好信任的亲子关系。这是孩子内驱力不被破坏的保障，也是孩子健康成长的先决条件。

家庭教育促进法处罚了家长，然后呢？

2022-05-19 原创 翟星理 南方周末

<https://mp.weixin.qq.com/s/QcueFhz2sNwY6WJ0V81GAw>

全文共 4345 字，阅读大约需要 10 分钟

推进家庭教育不单单是法律上的惩戒，“你再处罚家长，家长还是不懂，那还能怎么处罚呢？”

为何教育令会比较集中地出现在未成年人犯罪、离婚纠纷、抚养权变更的案件中？

储朝晖指出，筹建家庭教育指导团队超越了法院的职能范围，建立家庭教育指导体系，更应该从中小学、妇联、社区等方面发力。

本文首发于南方周末 未经授权 不得转载

文 | 南方周末记者 翟星理

南方周末实习生 罗艳

责任编辑 | 吴筱羽

家庭教育促进法实施已近五个月。

2022年5月12日，北京市高级人民法院发布涉未成年人家庭教育指导工作情况及六起典型案例。自2022年1月1日家庭教育促进法（下称“促进法”）正式施行以来，北京法院少年法庭先后在71件涉未成年人案件中开展了家庭教育指导工作。

前述六起典型案例，分别是发出北京首份家庭教育令的张某某盗窃案，以及王某盗窃案、李某诉张某变更抚养关系纠纷案、李某离婚纠纷案、徐某猥亵儿童案、张某诉某公司网络服务合同纠纷案。

南方周末记者梳理公开信息、判决书，除西藏外，各地均有将促进法作为判决依据的案例，且案件基本集中在未成年人犯罪、离婚纠纷、抚养权变更这三个领域。

促进法的一项重要立法原则是“社会协同”，以法律条文形式对社区居委会、村委会、中小学幼儿园、早教机构、医疗保健机构甚至图书馆、博物馆等机构都提出了相关配套要求。公开信息显示，各地也在进行一些社会协同方面的探索。

有受访者认为，推进家庭教育不单单是法律上的惩戒，对家长的指导培训尤为必要，“再处罚家长还是不懂，那还能怎么处罚呢？”

1

多地首份“教育令”

全国人大法工委曾表示，家庭教育促进法的初衷是引导全社会注重家庭、家教、家风，增进家庭幸福与社会和谐。

促进法规定，公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

2022年1月6日，促进法施行后的全国第一份《家庭教育令》（下称“教育令”）由湖南省长沙市天心区人民法院发出（详见南方周末报道《“家事变国事”：首份家庭教育令发出，“依法带娃”照进现实》）。

那是一起抚养权变更纠纷。原告胡某与被告陈某协议离婚时约定女儿由陈某抚养，后陈某再婚，带着女儿搬家，孩子两个星期未能上学。胡某知晓后，通过找全托、请保姆的方式来履行对女儿的抚养与照顾义务，陈某则只在周末接送，胡某让女儿与保姆单独居住。结合原、被告双方问题，当事人主观意愿和抚养约定，法院判决陈某继续履行监护责任，并对其失职行为依法予以纠正。

4 天后，内蒙古包头市九原区人民法院少年法庭审理了一起未成年人盗窃案，其间发出自治区首份教育令。少年法庭在庭前调查时了解到，该案两名未成年被告人平日的社交圈较复杂，父母疏于管教，未能及时发现并纠正，导致被告人屡教不改，先后参与实施盗窃十余次，造成多名被害人经济损失一万余元。

广东省首份教育令也在同日发出。据《南方日报》报道，江门市新会区人民法院审理的涉寻衅滋事刑事案件中，两名被告人及一名参与作案的未成年人（另案处理）在公园内实施欺凌，导致未成年的被害人面部和体表轻微伤；同时，两未成年人存在无故夜不归宿、交友不当、进出与之年龄身份不相符场所等不良行为。院方分别向作案人和被害人的监护人发出教育令。

甘肃省首个教育令与故意伤害案有关。根据甘肃高院刊发的案件情况，在一起故意伤害案中，小明与小华发生争执后相互厮打，小明持刀将小华致伤。法院了解了小明的成长环境，并向其父母询问后发现，家长在教育孩子的问题上存在简单粗暴、方法单一、法律意识淡漠等问题，遂发出全省第一份教育令。

在有的地区，首份教育令的背景是未成年人作为原告起诉监护人的抚养费纠纷案例。

黑龙江哈尔滨市南岗区人民法院在审理一起原告多次与被告协商变更抚养费无果的诉讼时，发现被告因工作原因长期未与原告见面并疏于联系，未尽足够的生活保障和家庭教育责任，属于“怠于履行家庭教育责任”行为，遂发出教育令，裁定被告每两周至少探视原告一次，关注其生理、心理状况和情感需求，并与学校老师保持至少每周一次的联系频次。该教育令的有效期为 1 年，在失效前，原告本人或密切接触原告的单位可根据实际情况向法院提出申请撤销、变更或者延长。

2

未成年人犯罪、离婚纠纷、抚养权变更

南方周末记者梳理公开信息发现，各省市的教育令主要发自未成年人犯罪案、离婚纠纷案和抚养权变更案。

山东省临沂中院发布的三起涉及家庭教育与父母监护责任的案例，与虐待、隐私权和抚养费相关。在隐私权案中，三名初二学生拍摄并公开传播某同学的隐私照片，造成恶劣影响。针对审理过程中发现的未成年人的父母未正确履行家庭监护职责行为，法院联合检察院发出家庭教育指导令。

江苏省苏州市发布了八个典型案例，涵盖抚养纠纷、人格纠纷、聚众斗殴、离婚纠纷、遗弃、故意伤害、性侵和家暴。在离婚纠纷案中，女方唆使现年 14 岁的长子至男方的办公场所烧毁文件、打砸等以示报复，苏州中院向女方发出当地首份家庭教育指导令，开展了第一例家庭教育指导。

浙江湖州一起抚养权争夺案中，孩子教育是争议焦点。法院于几年前将二人的儿子判给男方抚养，当时，儿子已被女方带到省外接受非正规的国学教育，中断了义务教育，男方把儿子带到湖州继续接受义务教育后，女方继续诉讼，要求变更抚养权，指出接受国学教育并无什么不妥，并指责男方喜欢打牌、对孩子疏于管教。按照法律规定，法院在征求孩子意愿后维持由男方抚养儿子的判决，同时发出家庭教育指导令，责令男方接受家庭教育指导，并自学完成 3 堂线上课程等。

中国裁判文书网上只有两则以促进法为判决依据的案例。

一是甘肃省崇信县的婚约财产（彩礼）纠纷案，原告以被告与其他男性保持不正当关系、对孩子不闻不问等为由请求孩子抚养权及收回彩礼；被告则称原告所指不属实，实际是原告多次出轨并家暴，导致被告被诊断为抑郁症，并要求孩子由她抚养。法院认为，原告与被告对孩子的教育责任并不因双方分开而免除，应争取一切机会培育和引导孩子健康成长，最终判决近两年一直随爷爷奶奶生活的孩子由原告抚养并随其生活。

第二则是发生在广州市的继承纠纷，原告称自己承担还贷义务后难以有效、持续保障未成年女儿的正常生活和教育开支，案涉遗嘱未依法为其保留必要份额，应认定为部分无效，要求与女儿分别占有越秀区某房62.5%、12.5%的产权份额。依据民法典和促进法，法院对原、被告的婚姻家庭教育观念进行相应指导：各继承人应互谅互让，放下争执和睦相处。

3

“社会协同”尚待探索

为何教育令会比较集中地出现在未成年人犯罪、离婚纠纷、抚养权变更的案件中？

中国教育科学研究院研究员储朝晖解释，家庭教育问题原本就集中在这些领域，法律施行让社会有了新的形式和工具去解决这些问题。

北京师范大学儿童家庭教育研究中心主任边玉芳曾以专家身份参与过促进法的两轮意见征集。她指出，尽管现在已是“依法带娃，家事变国事”的时代，但家庭教育始终由家长自己承担，教育令主要针对“生而不养、养而不教、教而不当”的现象，上述三类情况恰恰体现家长不能履行家庭教育的主体责任。此外，促进法在过度施加学习压力、溺爱、留守儿童问题等方面也都有重要意义。

“促进法属于部门法，它在一定程度能发挥作用，但指望凭这一依据去解决所有问题是不可能的。”据储朝晖观察，家长的职责落实问题涉及其本身的亲子观，但国内的亲职教育尚不成熟。目前，部分地区在建立为家长开展家庭教育指导的学校，但这一举措还不够完整和普遍。

他认为，建立指导机构是推进家庭教育的客观需求，法院作出判定或发出教育令后，如何让家长接受教育、到哪里接受教育、谁来教育，都需要懂家庭教育的机构来落实。

北京隆安律师事务所律师黄琳琳办理过不少婚姻纠纷案件和抚养权案件。她也认为，推进家庭教育不单单是法律上的惩戒，对家长的指导培训尤为必要，比如心理咨询、普及宣传和亲子活动。

促进法还以整章条文对社会协同工作提出要求。

边玉芳同时担任教育部基础教育教学指导委员会家庭教育专业委员会秘书长，与全国各地不少中小学、教育部门都有密切联系。她注意到，一些较发达区域，如北京东城、四川成都、杭州上城的学校都在积极探索，各社区也相继建立指导机构向家长授课。

教育部家庭教育专业委员会还面向就读幼儿园、小学、初中、高中，以及大学阶段的孩子家长做宣传。只不过，和法院发布教育令相比，这些属于普遍意义上的家庭教育指导，因此动静较小。

4

家长“不配合”，怎么办？

也有观点提到，教育令实则是教家长如何做人，强制性比较低。黄琳琳谈到，监护人的认识和对孩子教育的重视程度比较重要，法律的落实程度更多由自身因素决定，“至于如何应对不配合的家长，鉴于法律刚实施不久，法院也处在摸索阶段。”

边玉芳也认为有待各地在实施中去探索。她指出，需要注意的是，绝大多数父母都爱孩子，家庭教育指导应该是个春风化雨的过程。“在生活现状和认知阻碍下，部分家长没有意识去承担起家庭教育，经过指导，他们是愿意改变的。”

假如家长很难意识到，或很难做到义务之事，单纯被强制履责也并不容易。“因为家庭教育不是像支付抚养费这样的简单行为，出了问题，还是要采取综合方式来提供支持和帮助。你再处罚家长，家长还是不懂，那还能怎么处罚呢？”黄琳琳说。

北京、山东等地法院已经展开了相关探索，筹备心理专家以及专业司法社工以组建家庭教育指导团队，往专业化方向发展。

“家庭教育指导的专业化非常重要，包括高校也在让（相关专业）学生更多地学习这方面的专业知识。”边玉芳认为，法院可以考虑是自己建立专业团队，还是利用高校和科研资源，抑或是购买社会服务。

何谓专业化方向？边玉芳说，实际就是怎么让家长意识到家庭教育的重要性，具有正确的儿童观，掌握科学的教育方式，认识到家庭教育的重点是培养孩子良好的品德，以及怎么应对出现的问题。

但储朝晖指出，筹建家庭教育指导团队超越了法院的职能范围，建立家庭教育指导体系，更应该从中小学、妇联、社区等方面发力，未来也许还会出现家庭教育指导师的职业人才，“通过这些途径来规范流程和明确职责，解决问题的可能性才比较大。”

施行近五个月来，促进法整体的落实情况未算理想。边玉芳指出，现在还未建立起覆盖城乡的家庭教育指导体系，“希望伴随着法律实施，各地能探索出更配套的保证制度和保障体系。”

储朝晖分析，原因是目前还不具备条件，但总的来说，促进法能在孩子出问题时给家长以警醒，“有比没有更好，但家庭和谐肯定不能靠强制，法律的作用是事发后保住底线。”。

中小学道德与法治课程应增加人生责任感教育

2022-05-20 中国妇女报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/20/content_217064.htm?div=-1

很多违法犯罪人员在反思罪行时，都会提到社会不良习气的侵蚀、个人不良嗜好的影响、不良朋友及身边人的引诱等各种外界因素的作用。其实，这些更多是表面的因素。从深层次原因看，是责任感的缺失让这些迷失了方向，失去了自我。

责任感培养，需要从小进行。仅让青少年知道现阶段的责任是不够的，更重要的是从小要树立这一生的责任感。这样他才能了解自己未来的使命，不同阶段的不同任务，及早做好心理准备。培养了责任感，不仅知法守法水到渠成，而且能从内心知道自己要做什么，成为怎样的人。

责任感教育，家庭和学校都有份。学校占用了学生大部分的学习时间，道德和法治课中的责任感教育更为重要。单纯的法治教育，只能教导孩子们不犯事，不能教导孩子们成事、成人。因此必须要将道德与法治结合，即“德主刑辅”。道德也好，法治也好，若要遵守，仅强调“必须”二字又是远远不够的，因为它更多的是外界对个人的要求。而责任感教育，则是要让青少年明白人生的使命和意义，让他从内心明白，自己该做什么不该做什么。

虽然目前学校开设有道德与法治课，语文课中也有相关内容，但是关于学生责任感教育还是存在诸多不足，效果不甚理想：一是责任感教育在课程内容中的比重不够，不足以支撑其他道德与法治内容；二是责任感教育的哲学深度不够，缺少可受用终生的精神主旨，学生很难产生发自内心的共鸣；三是责任感教育的系统性、完整性不够，课程多限于相应年龄段的内容，缺少系统性框架，缺少覆盖学生整个人生的责任感的引导，缺少责任感教育分类和分阶段实现路径的阐述；四是相关内容仅就责任说责任，就义务说义

务，一些内容过早的套用西方法学理论中的“权利义务”观念，将责任感等同于基于交换价值而生的权利义务。

笔者认为，传统文化中责任感教育的内容丰富、博大精深、体系完整、易于理解。教时润物无声，思时深入骨髓，用时信手拈来。其不仅适合在道德与法治课中专门讲授，还易于与语文、历史、政治等课程内容相结合，实现举一反三、触类旁通、事半功倍的效果。

“自强不息，厚德载物”，可以说是总纲，是精神核心。中国古代哲学信奉“天人合一”，认为人是“集天地之灵气，日月之精华”所生，人之在世，需做出一番成就，不可以枉活一世。司马迁就曾讲，“人固有一死，或重于泰山，或轻于鸿毛”。所以才有“天生我材必有用”的豪言壮语；否则“徒具人形，与禽兽无异”。正是这种人生观和价值观，引申出古代责任感的核心——“自强不息，厚德载物”。这是我国古代诸经之首《易经》的开篇之句，也是整部《易经》的精华，将责任感最核心的内容浓缩到这短短八个字中。“自强不息”是对自己、对人生的责任；只有奋发图强，永不停息，才不会被外力所压倒，才能立于天地之间。“厚德载物”是对社会、对世界的责任；只有深厚广博、有益于他人的德行，才能在社会中立足；社会才能将更多的财富交给这个人，让他为社会作出更大的贡献。它饱含着积极的人生观、世界观和价值观，指出了人对生命的责任，对自我的责任，对社会的责任，要将人生价值与社会价值的实现融为一体，在实现造福他人的过程中，实现自我价值。

“修齐治平”则是阶段化的实现路径。《大学》详细阐释了人生责任感各阶段的任务：格物、致知、诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下。

以“修身”为核心的个人责任。“格物、致知”是对外界事物的认识，是学习知识的要求；“诚意、正心”是对自身主观态度的要求，是“修身”的根本。“自天子以至于庶人，一是皆以修身为本。其本乱而未治者否矣”。修身，最强调人品。其中包含了主要的道德要求，如善恶方面要求“勿以善小而不为，勿以恶小而为之”；在勤俭方面认为“天道酬勤”，“由俭入奢易，由奢入俭难”；诚信上讲“言必信，行必果”等等。

以“齐家”为核心的家庭责任。家庭是个人最重要的社会圈，一个人先要承担家庭责任，才能承担社会责任；家庭责任都承担不了，根本不可能去承担社会责任。每个人在不同的人生阶段都有不同的家庭角色，承担起不同角色中的责任，成为一个好儿子、好兄弟、好丈夫、好妻子、好父亲、好母亲，形成“父慈子孝、兄友弟恭，夫唱妇随”的家庭关系，才是“齐家”中最重要的。

夫妻关系是家庭关系的核心。《中庸》讲道：“君子之道，造端乎夫妇，及其至也，察乎天地。”古人认为，夫妻关系与天地之道相通，是君子修身的起点。它能够衍生出父子、兄弟姐妹、亲族等一系列关系，是整个家族关系中的重中之重。“执子之手，与子偕老”，不仅是浪漫的爱情宣言，更是将爱情转化为家庭美满存续的基本要求。

子女教育则是家庭传承的关键。中华民族非常重视子女教育和家族传承。《三国演义》虽然是历史小说，但在子女教育上最具有代表性，连曹操都说“生子当如孙仲谋”；刘备“天地英雄气”，诸葛亮“名成八阵图”，还写了千古名篇《诫子书》，可是最后落得个“得相能开国，生儿不象贤”。

家庭责任是个人责任向社会责任转化的关键。古人的“家”人口众多，不仅包括家庭，还包括家族。很多地区性的社会组织都是由家族演变而来。因此古人认为“家国一体”，国就是放大版的家。能把家庭关系处理好，自然也就能把社会关系处理好。所以《论语》中说，“老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼”，“其为人也孝悌，而好犯上者，鲜矣”。

以“治国”“平天下”为目标的社会责任。人生责任感的终极目标不是个人享乐，而是造福社会。在强化自身修为，处理好家庭关系之后，就需要为社会作出贡献。所以要“天下兴亡，匹夫有责”，“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”。在造福社会的过程中实现自己的人生价值，就是“厚德载物”。

传统文化中责任感教育具有其独特之处，非常适合青少年学习。

一是形象化。古人的智慧在于把复杂的问题简单化。比如说法律“譬权衡之知轻重，若规矩之得方圆”“刑罚不可弛于国，笞捶不得废于家”“观雷电而制威刑，睹秋霜而有肃杀”。这些内容没有复杂的逻辑体系，却充满着中国式深刻的哲学智慧，极其形象，极易理解，正所谓“大道至简”。

二是进阶性。“修齐治平”是责任的阶段化路径。古人强调社会责任的重要性，却是阶段的最后一步，它不宜越过个人责任和家庭责任，因此才有“穷则独善其身，达则兼济天下”。人的能力有别，并非所有的人都能够“治国”“平天下”，但是所有的人都必须“修身”“齐家”，不能承担个人责任和家庭责任却想要承担社会责任的，实际上是空谈。这就照顾了绝大多数普通人的责任感教育，不求人人都是精英，但求人人都有责任感。

三是实例化。古人特别善于用实例来进行责任感教育，而且历史上的真人真事不胜枚举。“昔孟母，择邻处；子不学，断机杼。窦燕山，有义方；教五子，名俱扬”；“人生自古谁无死，留取丹心照汗青”；“生当作人杰，死亦为鬼雄”等等，背后都是精彩的故事，特别适合对青少年进行责任感教育。

四是可与其他学科融会贯通。人生责任感教育与语文、历史、政治等学科有着天然的联系，一些内容用文言文来学效果更好，白话文反而不佳。可以直接在道德与法治课中设置相关内容的文言文原文和历史故事，学起来一举多得。

人生责任感教育，是教育中不可或缺的内容。个人、家庭、学校都应该把它作为一项基础教育工程。只有在这一基础上，道德和法治教育才能真正在心中扎根。因此，笔者建议可以考虑在道德与法治课中，系统性地加入人生责任感教育的内容，与文言文学习相结合，如此，将对个人、家庭和社会的责任感从小就融于青少年的血液之中，将青少年培养成对自己、对家庭、对社会有益的人。

（作者系司法部预防犯罪研究所副研究员）。

开展家庭教育指导 司法守护“少年的你”

2022-05-24 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/24/content_217152.htm?div=-1

人民法院要积极开展形式多样的家庭教育指导活动，积极引导培育良好家风、有效预防未成年人犯罪，体现人民法院的司法智慧和担当。

习近平总书记指出：“不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风。”随着《中华人民共和国家庭教育促进法》的实施，各级人民法院闻令而动，积极作为，主动在婚姻家庭、抚养等相关涉未成年人案件中，为未尽到为人父母义务的家庭发出家庭教育指导令、指导书、训诫令，联合妇联、司法局等部门，成立家庭教育指导站，开展形式多样的家庭教育指导活动，对培育良好家风、有效预防未成年人犯罪起到了重大作用，体现了人民法院的司法智慧和担当。

家庭教育促进法从家庭、国家、社会在家庭教育活动中的不同作用出发，界定了各自的权责边界，适应了家庭教育社会治理的要求。在传统观念中，教育是学校的责任，社会上生而不养、养而不教的问题

日趋严重。在法院办理的相关案件中，尤其是涉未成年人犯罪案件，绝大多数被告人的家庭都出现了或多或少的的问题。家庭教育的缺失，对未成年人自身、家庭和社会都带来了不可逆的伤害。近年来，家庭教育问题引发的社会事件更是引起高度关注与讨论。此次的家庭教育促进法将“家事”上升为“国事”，明确提出法律指引和责任承担，对各相关部门提出了要求。尤其是，该法第四十九条规定：“公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。”该条规定为人民法院在案件办理中对不合格父母或监护人进行劝导和训诫提供了法律支撑，是目前法院干警进行家庭教育普法和实施家庭教育指导的重要依据之一。

不过，家庭教育促进法规定，只有当父母或者其他监护人拒绝或者怠于履行家庭教育责任，或者实施家庭教育不当，导致孩子行为出现偏差，以及家庭教育实施过程中侵害未成年人合法权益等情况时，公权力部门才会介入家庭教育进行干预。目前，司法实践中该如何将家庭教育促进法中的训诫、责令接受家庭教育指导落实到具体案件办理过程中，各法院做法不一。未成年人的健康成长与优良的家教家风有着密切关系。每一名家事法官，在看到与未成年人相关的案件，尤其是未成年人权益受到侵害、未成年人自身作为被告人时，都十分痛心。因此，从预防的角度来说，法院可以开展相关司法活动引导全社会更加注重家庭教育。例如，各法院可根据实际情况，围绕家庭教育宣传周以及即将到来的“六一”国际儿童节活动，通过审理案件发布家庭教育指导令、开设“家长课堂”等形式，围绕法律、法规、社会主义核心价值观、家长抚养子女义务以及亲子相处技巧等问题，督促辖区内父母或其他监护人履行监护职责，不断提升、优化未成年人的家庭成长环境。。

未成年人网络消费合同的效力判断

2022-05-25 法治日报

<http://appdzb.legaldaily.com.cn:8081/nz/101285.jhtml>

未成年人使用网络，参与网络消费活动的情形越来越常见，如网络购物、订购外卖、注册社交账户、付费听歌看剧、玩网络游戏以及观看直播并打赏等。这些活动从民法的角度来说，就是在订立和履行所谓的网络消费合同。网络消费合同与普通的线下消费合同本质相同，但也有很大的差异。一方面，当事人并不是面对面缔约和履约，而是通过互联网等信息网络完成合同订立，继而在网上完成合同的履行。故此，一方往往无法知悉与其缔约的另一方的民事行为能力如何？是否属于未成年人？另一方面，网络消费合同是“一对多”合同。为了交易效率，这些合同都是网络服务提供方事先拟定的格式条款，相对人只能接受或不接受，无法修改或协商。这样两个特点产生的问题在于：其一，未成年人网络消费合同效力如何认定？其二，怎样规制网络消费合同中的格式条款？本文讨论第一个问题，即未成年人网络消费合同的效力。

依据民法典，未成年人是指未满十八周岁的自然人。十八周岁以上的自然人为成年人，是完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。不满八周岁的未成年人，是无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。由此可见，当未成年人是无民事行为能力人时，其不能独立实施民事法律行为，当然包括不能订立任何网络消费合同，即便订立，依据民法典第一百四十四条，合同也是无效的。但如前所述，网络消费合同中的经营者也好，网络平台服务的提供者也罢，并不是与消费者面对面订立合同，所以并不知道缔约当事人是无民事行为能力人。当然，即便不是面对面的订立合同，经营者或网络服务提供者也可以通过电子身份验证系统等技术手段来核实对方当事人的民事行为能力。未成年人保护法第七十五条就要求建立统一的未成年人网络游戏电子身份认证系统，网络游戏服务提供者应当要求未成年人以真实身份信息注册并登录网络游戏。第七十六条还规定，网络直播服务提供者不得为未满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务；为年满十六周岁的未成年人提供网络直播发布者账号注册服务时，应当对其身份信息进行认证，并征得其父母或者其他监护人同意。故此，如果网络服务提供者没有按照法律法规施加的义务核实未成年人的身份，导致无民事行为能力人订立网络消费合同的，该合同当然是无效的。

问题在于，如果作为无民事行为能力或者限制民事行为能力的未成年人是利用父母的手机号码或者微信号逃避技术监管手段，而与网络服务提供者订立了网络消费合同的，怎么办？笔者认为，此时网络消费合同是有效的。因为，导致未成年人成为网络消费合同实际的一方当事人的原因在于父母等监护人没有履行监护职责，并且经营者或者网络服务提供者已履行法定义务如采取电子身份验证等技术措施来验证身份，不存在过错。为了维护网络交易的效率与安全，应当认定网络消费合同是有效的。考虑电子商务经营者作为交易对方通常难以在网络环境下，通过自动信息系统认定消费者无民事行为能力人或者有无与其年龄、智力、精神健康状况相符的行为能力，电子商务法第四十八条第2款还明确规定：在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力。但是，有相反证据足以推翻的除外。这就是说，如果父母等监护人提供了足够的证据来证明，电子商务经营者知道或者应当知道对方当事人是不完全民事行为能力人而不能独立实施民事法律行为的，就可以推翻对当事人具有相应的民事行为能力的推定。例如，在司法实践中曾发生过的未成年人高额充值打赏主播的纠纷中，父母通过提出自己与未成年人的交流记录、自己账户的平日消费习惯、未成年人的充值消费时间、账户与主播的聊天内容等证据证明了平台应当知道实际的账户操作人是未成年人时，那么，当未成年人是无民事行为能力人时，或者未成年人是限制民事行为能力人且该民事行为与其年龄、智力不相适应的，那么合同应属无效，充值和打赏的金额应当返还。对此，《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》第9条规定：“限制民事行为能力人未经其监护人同意，参与网络付费游戏或者网络直播平台‘打赏’等方式支出与其年龄、智力不相适应的款项，监护人请求网络服务提供者返还该款项的，人民法院应予支持。”

限制民事行为能力人并非绝对不能实施民事法律行为，而是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。因此，在认定限制民事行为能力人订立的网络消费合同的效力时，关键是要看该合同是否与其年龄、智力相适应。如果适应，合同有效，否则，除法定代理人追认，合同归于无效。如何认定限制民事行为能力人实施的民事法律行为是否与其年龄和智力相适应，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第五条的判断标准是：从行为与本人生活相关联的程度，本人的智力能否理解其行为并预见相应的后果，以及标的、数量、价款或者报酬等方面认定。该标准来源于《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第3条：“十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。”但是，这一条中只是提及了“标的数额”，却没有规定标的本身。考虑到民法典第四百七十条第1款所规定的合同的主要内容包括了“标的”“数量”“质量”以及“价款或者报酬”，而关于限制民事行为能力人所实施的民事法律行为主要涉及的是财产关系，故此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第五条将“标的、数量、价款或者报酬”作为认定的参考因素。该条中的“标的”主要是要考虑标的的复杂程度对于行为人的理解力的影响。换言之，就是要考虑到在财产交易中行为入能否理解其从事的民事法律行为的权利义务关系以及相应的法律责任，至于标的的具体内容如网络消费合同中消费的具体内容是什么，并不需要考虑。如果限制民事行为能力人所实施的民事法律行为的标的扩张地理解为包括了消费内容，如未成年人看的网络文学作品的内容是什么等，将会导致判断上更加复杂和不确定。当然，如果网络消费合同的标的存在色情、暴力等违背公序良俗或违反法律、行政法规的强制性规定的，则可以依据民法典第一百五十三条，认定该合同无效。

多地发出家庭教育令，如何照亮孩子的未来？

2022-05-27 中国儿童福利

https://mp.weixin.qq.com/s/dLnrsbZF-YjyWXofI_mCHQ

家庭教育促进法施行近半年来，多地人民法院根据最高人民法院关于贯彻学习家庭教育促进法的通知要求，积极探索，发出家庭教育令。这项带有创新性的司法举措，折射出儿童保护怎样的理念变化？“依法带娃”能否照亮更多孩子的成长之路？

折射儿童保护观念转变

1月6日，一位母亲从长沙市天心区人民法院审判员手中接过一份裁定。这是家庭教育促进法1月1日施行后的全国首份家庭教育令。

事情源于一起抚养权变更纠纷案。法庭审理查明，2020年夫妻协议离婚后，女儿由妈妈抚养。但从2021年2月起，孩子一直与保姆居住。

首次庭审后，案件承办法官、综合审判庭副庭长彭星意识到，仅一纸判决下去，无法真正实现儿童利益最大化。但在当时，还没有针对失职父母追责的有效司法举措，全方位的司法保护还缺少有效抓手。

2021年10月家庭教育促进法表决通过，彭星找到了司法主动作为、有效创新未成年人保护方式的法律依据。

法律规定，公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

彭星认为，家庭教育促进法和未成年人保护法，让国家司法机关在常规的司法审查中有了主动延伸的探索依据。

之后，彭星拟出一份“儿童守护令”，在湖南省高院指导下几易其稿，并上报最高法指导后，最终以“家庭教育令”的形式发出。

这份家庭教育令责令，母亲要与老师至少每周联系一次，了解孩子详细状况；不得让孩子单独与保姆居住生活，应与孩子同住，由自己或近亲属养育与陪伴。

彭星记得，庭审谈话时，8岁半的孩子一直强忍眼泪。她希望通过家庭教育令，给这些没有力量改变父母的孩子，提供更多帮助和可能性。

事实上，这一司法举措也折射出儿童保护观念上的转变。

“未成年人案件关注的不仅仅是行为，还有行为背后的人。”北京师范大学未成年人检察研究中心主任宋英辉介绍说，家庭教育令体现了“国家亲权”理念，即在父母作出不利于孩子的行为时，国家有责任保护孩子的利益。在法令中规定孩童的需求高于父母的需求，是社会进步的标志。

家庭教育促进法施行以来，湖南、北京、江苏、山东、河南、内蒙古、广东、甘肃等多地人民法院陆续发出家庭教育令。

在北京，截至5月12日，已有137名父母或其他监护人被予以训诫或责令接受家庭教育指导，累计发出的家庭教育责任告知书、提示书及家庭教育指导令共116份。

截至5月份，山东省法院共办理涉及家庭教育指导的案件67件，依法向102名家长发出家庭教育令，建立家庭教育指导站29个。

梳理各地教育令可以发现，父母和监护人被予以训诫或责令接受家庭教育指导，主要缘于三种情形：一是家长因疏于管教或教养失当，导致未成年人罪错或不当行为；二是因婚姻破裂等情况影响未成年子女健康成长；三是缺乏对未成年子女网络活动的监管。

大部分教育令责令监护人依法积极正确履行监护职责，做好对未成年子女的家庭教育，积极行使探望权，主动增进沟通联系和情感交流，关心、关注孩子的生活学习和身心发展。

北京的一份教育令，要求家长在法院线上家庭教育平台接受家庭教育指导，学习掌握主要直播平台的青少年模式使用指南及提升家长网络素养、孩子自我管理能力方面的课程。

一些教育令中包含了量化指标。如黑龙江的一份教育令，要求被告每两周至少探视一次，并与老师保持至少每周一次的联系频次。浙江一位被指责喜欢打牌、疏于管教的爸爸，被责令接受家庭教育指导，自学完成3堂线上课程等。

各地的教育令并不仅仅着眼惩戒，同时也强调加强指导培训和行为理念纠偏。一些教育令也未将指导情形限于事后追责，而是采取前瞻性、沟通性的方式。

比如，在一起变更抚养关系纠纷案中，离婚后的母亲发现婚生子身上有外伤并报警。法院查明父亲存在过度责罚行为，依法予以训诫，并责令其接受家庭教育指导。

法院认为，“棍棒出孝子”“不打不成器”等错误理念，导致过度责罚的情况时有发生，通过司法裁判对此类简单粗暴方式予以纠正，旨在提醒广大家长，家庭教育行为受到法律约束，侵害未成年人合法权益将依法受到惩戒。

彭星介绍，首份家庭教育令发出后，孩子被接到新房子里，和母亲一起居住，成绩有提升，性格也开朗了些。从目前情况看，相关法律义务是履行到位的。

目前，家庭教育令的期限并无统一标准，一些教育令有效期为一年。对此彭星说，改变和纠错需要周期，在一年内义务履行人如能有效纠错，就可能形成类似于“肌肉记忆”的行为记忆，正确履行和承担起相应的责任和义务。

那么，教育令有效期结束后，如何继续保证效果？

彭星介绍，如果行为未完全或有效纠偏，被监护人本人及密切接触未成年人的单位可提出延长；如果履行人拒绝履行义务甚或变本加厉，法院会视情节轻重，予以训诫、罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

北京市海淀区人民法院少年法庭负责人秦硕说，家庭教育令不能限于“一纸裁定”。此前，未成年人审判有法官判后回访制度；针对家庭教育令，法院也会要求法官定期回访，如果责任履行不到位，还会再次发出。

北京市平谷区人民法院刑事审判庭（未成年人案件审判庭）法官乌云嘎表示，目前，开展家庭教育指导规范性与专业性不足，在心理辅导等方面缺乏专业支持。除法律教育外，家庭、学校和社会等要共同发力。

《2021年中国家庭教育白皮书》调查显示，近六成受访家长表示缺乏完善、系统的家庭教育方法。《中国儿童发展纲要（2021-2030年）》提出，95%的城市社区和85%的农村社区（村）建立家长学校或家庭教育指导服务站点。

为确保家庭教育令取得实效，一些地方探索引入专业力量。北京市朝阳区人民法院与区妇联、家庭教育指导中心联合设立涉诉“家庭教育指导工作室”；北京市密云区人民法院联合区妇联、区教委等，建立“家庭教育+心理疏导”“家庭教育+回访帮扶”等联动机制。一些社区工作室人员、国家级心理咨询师、家庭教育指导师已加入进来，对家长开展指导或制定具体方案。

宋英辉认为，长远来看，要通过加强管理及购买服务方式，让社会组织充分发挥优势，“专业的人做专业的事”。

中南大学社会学教授李斌认为，不当的家庭教育行为“隐藏”在社会各个角落，法律真正落地有待建立起学校、社区、社会共同的监管机制。此外，对于留守儿童等重点群体，也应建立起有针对性的保护、落实机制。

构筑干预机制促进家庭教育

2022-05-30 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/30/content_217381.htm?div=-1

家庭教育促进法施行以来，湖南、北京、江苏等多地人民法院陆续发出家庭教育令。中南大学社会学教授李斌认为，不当的家庭教育行为“隐藏”在社会各个角落，法律真正落地有待建立起学校、社区、社会共同的监管机制。

随着未成年人保护需求的提升和家庭教育问题的凸显，家庭教育已不只是家事，而是成为全社会关注和参与的大事。尤其是家庭教育问题开始具有公共问题的性质和特征，必须通过专门立法的方式来调节家庭教育的外部关系。尤其是未成年人的父母或监护人拒绝或者怠于履行家庭教育责任、实施家庭教育不当，导致未成年人行为出现偏差或者合法权益受到损害时，已经意味着家庭教育实施出现了严重问题，理应予以必要的干预。

家庭教育立法提升家庭教育地位、明确家庭教育核心内容、扩大公共服务供给、规范家庭教育行为，从制度层面推进家庭教育法治化进程。一方面，要从制度化的层面给予家庭教育明确的操作指引，明晰家庭、学校、社会教育的边界，防范家长把家庭教育的责任推给学校和社会；另一方面，也要强调有效发挥政府、学校和社会的促进作用，必要时进行国家干预，从而加强家庭教育的价值引领和教育功能，促进未成年人德智体美劳全面发展。与此同时，推进家庭教育立法与未成年人保护法、预防未成年人犯罪法配套衔接，完善未成年人保护法律体系。

家庭教育是整个教育体系的前端。对家庭教育立法并进行国家干预，为家庭提供系统专业科学的指导和全面充分多元的保障，用法律手段规范家长和教育服务机构的行为。让家庭教育回归本位，让学校、家庭和社会教育各司其职、形成合力，这才是家庭教育立法的重要目的。——吴学安

最大限度教育挽救每一个犯错的孩子

2022-05-31 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/31/content_217410.htm?div=-1

日前，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》（以下简称《实施办法》），自2022年5月30日起施行。为更好地理解 and 适用《实施办法》，最高人民法院研究室负责人、最高人民检察院第九检察厅负责人、公安部刑侦局负责人、司法部相关部门负责人接受了记者采访。

问：为保障法院环节对涉案未成年人信息的封存效果，《实施办法》作了哪些完善性规定？

答：犯罪记录封存制度是教育挽救犯有较轻罪行的失足未成年人的一项重要法律制度，其功能 and 意义在于，尽可能降低轻罪前科对未成年人回归社会的影响，促使其悔过自新、重回正轨。一直以来，人民法院高度重视未成年人司法保护工作，认真贯彻落实犯罪记录封存制度。但是，由于刑事诉讼法的规定相对较为原则，对犯罪记录封存制度的一些具体操作问题在实践中尚存在不同认识。经过深入调研论证，《实施办法》对有关问题作出了统一、明确的规定。一是明确了十八周岁前后实施数个犯罪的犯罪记录封存问题。即在年满十八周岁前后实施数个行为，构成一罪或者一并处理的数罪，主要犯罪行为是在年满十八周岁前实施的，被判处或者决定执行五年有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的未成年人犯罪记录，应当对全案依法予以封存。二是明确了未成年人与成年人共同犯罪的犯罪记录封存问题。根据是否分案办理分别作出了明确具体规定：如果分案处理，在封存未成年人案卷材料和信息的同时，应当在未封存的成年人卷宗封面标注“含犯罪记录封存信息”等明显标识，并对相关信息采取必要保密措施；如果未分案处理，应当在全案卷宗封面标注“含犯罪记录封存信息”等明显标识，并对相关信息采取必要保密措施。三是对成年后又实施故意犯罪应当如何处理封存的犯罪记录问题作出明确规定。对于被封存犯罪记录的未成年人，成年后再故意犯罪，综合考虑犯罪记录封存制度设立的目的、被告人前罪的改造情况、后罪的主观恶性等因素，《实施办法》明确规定，人民法院应当在裁判文书中载明其之前的犯罪记录。

《实施办法》的出台，必将有助于犯罪记录封存制度更加全面、准确的贯彻实施，有助于该项制度重要功能的充分发挥。

问：刑事诉讼法仅规定“犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关犯罪记录予以封存”，而《实施办法》在封存范围方面列举了很多，这样规定是否突破了法律？检察机关在牵头起草《实施办法》过程中是如何考虑的？

答：刑事诉讼法设立犯罪记录封存制度，有利于涉轻罪的失足未成年人消除因犯罪记录产生的标签效应、重新回归社会，也有利于推动社会善治。检察机关一直非常重视未成年人犯罪记录封存工作。早在2017年，《未成年人刑事检察工作指引（试行）》就对此项工作作出专章规定，在顶层设计层面对刑事诉讼法相关内容进行了细化，各地检察机关也会同相关部门制定实施细则，进一步规范了工作程序。2021年，最高人民检察院专门制发了犯罪记录封存样章，会同档案部门对未成年人案卷的归档、存放、封存加以进一步规范。上述各项措施保障了检察环节的封存效果。

但同时我们也看到，虽然各部门内部均制定了较为完善的制度，但相互之间衔接不畅，个别规定甚至存在冲突，亟须在国家层面统一标准，因此，我们在专项调研基础上着手起草《实施办法》。起草过程中，我们确实发现很多问题，例如，刑事诉讼法规定“犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应当对相关犯罪记录予以封存”，但对于何种材料属于“相关犯罪记录”并未明确。这导致司法实践中有些地方认为未成年人违法记录，如绝对不起诉、附条件不起诉、相对不起诉、宣告无罪、社区矫正、接受专门教育、行政处罚等不属于“犯罪记录”，因此不在封存范围，致使涉案未成年人前科劣迹材料泄露；有些地方认为犯罪记录仅限于判决、不起诉等终局处理结果，而强制措施记录、立案文书、侦查文书、刑罚执行文书等过程文书均不包含在封存范围内，导致有的案件在侦查、起诉环节各种信息资料已经不当泄露，判决作出后再进行封存为时已晚。

未成年人保护法第一百零三条规定：“公安机关、人民检察院、人民法院、司法行政部门以及其他组织和个人不得披露有关案件中未成年人的姓名、影像、住所、就读学校以及其他可能识别出其身份的信息，但查找失踪、被拐卖未成年人等情形除外。”预防未成年人犯罪法第五十九条规定：“未成年人的犯罪记录依法被封存的，公安机关、人民检察院、人民法院和司法行政部门不得向任何单位或者个人提供，但司法机关因办案需要或者有关单位根据国家有关规定进行查询的除外。依法进行查询的单位和个人应当对相关记录信息予以保密。未成年人接受专门矫治教育、专门教育的记录，以及被行政处罚、采取刑事强制措施和不起訴的记录，适用前款规定。”因此，针对前述问题，《实施办法》第二条明确规定“应当封存的未成年人犯罪记录，包括侦查、起诉、审判及刑事执行过程中形成的有关未成年人犯罪或者涉嫌犯罪的全部案卷材料与电子档案信息”，第三条进一步规定“不予刑事处罚、不追究刑事责任、不起訴、采取刑事强制措施的记录，以及对涉罪未成年人进行社会调查、帮教考察、心理疏导、司法救助等工作的记录，按照本办法规定的内容和程序进行封存”。对封存范围作出这样的细化，既是考虑到此类可能影响、降低对涉案未成年人社会评价的相关记录被查询、泄露问题，在实践中确实存在并造成了严重不利影响，也是落实未成年人保护法、预防未成年人犯罪法的具体举措。特别需要强调的是，鉴于线上系统缺乏对未成年人犯罪案件单独录入、管理及加密的设置，《实施办法》特别规定电子档案信息也应当封存，即第十条规定“对于电子信息系统中需要封存的未成年人犯罪记录数据，应当加设封存标记，未经法定查询程序，不得进行信息查询、共享及复用。封存的未成年人犯罪记录数据不得向外部平台提供或对接”。确保了对全部案卷材料封存到位。下一步，检察机关要认真履行好对犯罪记录封存工作的检察监督权，确保《实施办法》落地见效。

需要强调的是，未成年人身心未完全成熟，依法应当予以特殊优先保护，但实践中也要坚持宽严相济，对罪行较轻的，着力教育感化挽救；对涉嫌严重犯罪的，依法批捕起訴，刑期超过五年的，依法不予封存犯罪记录。

问：司法实践中，公安机关办理犯罪记录查询的事项较多。请问公安机关对下一步落实《实施办法》有什么考虑？

答：公安部历来高度重视犯罪记录查询工作。2021年12月，在充分调研论证基础上，通过接入最高人民法院刑事判决数据，建成了“全国犯罪记录信息系统”，印发了《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》（以下简称《规定》），明确犯罪记录以人民法院裁判文书为准，群众开具《无犯罪记录证明》实现“跨省通办”，在户籍地和居住地均可办理，切实为群众提供了便利。

在未成年人犯罪记录封存方面，《规定》第十条规定，“对于个人查询，申请人有犯罪记录，但犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，受理单位应当出具《无犯罪记录证明》。对于单位查询，被查询对象有犯罪记录，但犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，受理单位应当出具《查询告知函》，并载明查询对象无犯罪记录。法律另有规定的，从其规定。”《实施办法》对犯罪记录的封存作出了进一步明确，并特别强调既要封存办案过程中形成的纸质材料，也要封存相关电子数据。各地公安机关将按照《实施办法》的要求，严格做到“应封尽封”。同时，《实施办法》还对涉案未成年人查询犯罪记录作出进一步细化，这是对《规定》的重要补充和完善，各地公安机关也将严格落实，切实帮助罪错未成年人顺利入学、就业、重新回归社会。◇ 下转第三版

◇ 上接第二版

问：刑事执行环节是未成年人犯罪记录封存的重要环节，请问司法部对在刑事执行环节贯彻落实《实施办法》有什么考虑？

答：未成年人犯罪记录封存制度是刑事司法保护未成年人合法权益的一项重要制度。一直以来，司法部高度重视对犯罪未成年人隐私和信息保护工作，严格执行刑事诉讼法、社区矫正法等相关法律法规，认真做好未成年人犯罪记录封存相关工作，为守护未成年人健康成长创造了良好法治环境。

为进一步规范刑事执行中未成年人犯罪记录封存工作，下一步，司法部将指导各地司法行政机关认真贯彻落实“两高两部”《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》，组织开展相关宣传和培训，加强与公、检、法等部门之间的衔接配合，规范工作程序，确保未成年罪犯的合法权益得到切实保障。主要做好以下三方面工作：一是及时全面做好犯罪记录封存。《实施办法》第十三条对刑事执行中犯罪记录封存内容和封存时限等作出明确规定，即“对于被判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外执行的未成年罪犯，依法实行社区矫正，执行地社区矫正机构应当在刑事执行完毕后三日内将涉案未成年人的犯罪记录封存”。司法部将指导各地司法行政机关贯彻及时、有效原则，将刑事执行过程中形成的有关未成年人犯罪的全部卷宗材料与电子档案信息依法及时封存，建立健全严格的保管制度，确保封存效果到位。二是严格依法办理封存犯罪记录查询。《实施办法》对封存犯罪记录查询主体、程序及出具证明的形式等作出详细规定，司法部将指导各地司法行政机关严格审核查询理由、依据和使用范围的合法性，严格按照法定程序办理相关查询工作，严格要求保密承诺书签订，依法在法定时限内出具犯罪记录证明，确保未成年人权益保护到位。三是强化保密措施和保密责任的落实。《实施办法》对犯罪记录封存的保密措施和保密责任作出明确规定，司法部将指导各地司法行政机关依法落实犯罪记录封存相关卷宗材料的保密管理、电子档案信息的加密保存，严格落实相关工作人员的保密要求，建立健全责任体系，对不当泄露未成年人犯罪记录或者隐私、信息的，依法严肃追究相关人员责任，确保保密责任到位。

青少年中心推出“未成年人保护热线”，律师24小时答疑

2022-06-01 至诚儿童

<https://mp.weixin.qq.com/s/U10uGV2SPXeJgA2n8axC0w>

今年六一儿童节之际，北京青少年法律援助与研究中心将推出24小时法律帮助热线，及时为权益受到侵害、疑似受到侵害或者面临危险的未成年人提供及时专业的法律帮助。新京报将与该中心合作，及时跟进求助的案例，予以关注追踪报道。

新京报讯(记者汪畅)今年六一儿童节之际，北京青少年法律援助与研究中心将推出24小时法律帮助热线，为未成年人保护提供法律帮助“最后一公里”，及时为权益受到侵害、疑似受到侵害或者面临危险的未成年人提供及时专业的法律帮助。新京报将与该中心合作，及时跟进求助的案例，予以关注追踪报道，为未成年人筑好安全防护墙。

六一儿童节来临之际，为了更好落实新修订的《未成年人保护法》，新京报社与北京青少年法律援助与研究中心达成合作意向，将由该中心推出未成年人保护法律帮助热线，通过以下方式接受求助：1. 热线电话010-63813995、010-63835845；2. 抖音“北京青少年法律援助与研究中心”账号私信留言；3. 求助邮箱iiccp@126.com。所有提出的问题，该中心承诺律师都将在24小时内给予答复。

新京报社将发挥媒体的职责，根据未成年人相关求助问题予以跟进报道，加大对《未成年人保护法》等法律法规的普及，为未成年人健康成长呼吁社会更多人付出行动。。

北京青少年法律援助与研究中心负责人表示，除了提供法律咨询帮助外，对于符合法律援助条件、权益受到侵害的未成年人，该中心还将及时指派律师提供法律援助，代理未成年人依法维权；对那些权益受到严重侵害、短期生活面临严重困难的，提供小额爱心资金帮助。

北京青少年法律援助与研究中心创始人，北京市致诚律师事务所主任佟丽华。

专访

佟丽华：让法律落地，做好公益“护苗人”

北京青少年法律援助与研究中心成立于1999年，是我国第一家法律专业背景的未成年人保护类社会组织，其创始人是北京市致诚律师事务所主任佟丽华，二十余年来，他始终关注未成年人保护领域。

今年6月1日，也是新修订的《未成年人保护法》正式实施一周年的日子。新修订的《未成年人保护法》增加、完善了多项规定，在原先的家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护的基础上，新增了网络保护和政府保护，确立了“六位一体”的未成年人保护大格局。

佟丽华是此次《未成年人保护法》修订工作顾问、专家建议稿起草人。他见证了中国未成年人保护的相关法律改革发展的过程，“这些年来，关于未成年人保护的法律法规正在趋于完善。”

“不能有法而不知法、不用法”，当了二十余年的公益“护苗人”，佟丽华认为，在当下，让每个孩子都真正被法律法规保护到位，是全社会应该努力的方向。

保护网络时代的未成年人

新京报：现在网络是我们生活的一部分，孩子们越来越多地接触互联网，他们被称为网络时代的原住民。网络时代下成长起来的未成年人，有什么新的特点？

佟丽华：未成年人要在虚拟空间参加各种各样的活动，网络不可避免地对未成年人产生一些影响，他们会面临各种诱惑，承担各种各样的风险，也可能面临各种各样权益受到侵害的问题。

过去我们常提到沉迷游戏的问题，现在还有更复杂的情况，比如有的孩子在线上被引诱，导致线上发生的猥亵案件，又或者通过线上联系到线下进行侵害的案件，还有孩子玩网络游戏花了几万元无法退款的事情，巨额打赏主播等等。

网络是利弊共存的，未成年人有权利使用并享受网络，只是现在在网络空间里，要保护好他们的权益，都是一件难事。

新京报：保护网络时代的未成年人，有哪些难点？

佟丽华：网络活动具有一定的隐匿性，隔着屏幕，我们都不知道对面那个人是谁，越来越多的陌生人有可能对未成年人实施侵害行为。而未成年人未必知道这样的行为是否有问题，他们可能当时只是产生了一些屈辱感，也不知道去问谁，去哪里寻求帮助，网络空间里，涉及未成年人权益的犯罪行为不容易被发现，一些隐匿的犯罪角落由此诞生。

新京报：应该怎样面对这些新问题？

佟丽华：今年3月，《未成年人网络保护条例》再次征求意见，此次《征求意见稿》专门增加“网络素养培育”一章。其实在互联网时代，不仅要培养未成年人的网络素养，成年人也应该具备相当的网络素养，比如在家庭里，父母首先要规范自己使用网络的行为，父母可以把孩子从虚拟空间带到现实空间来，多进行线下的沟通交流。

互联网企业也要承担保护未成年人的责任，监督和规范平台用户的行为，积极参与保护未成年人，让互联网更好地服务未成年人。

而像我们这样的社会组织，就可以利用好互联网平台，给未成年人开通一道窗口，提供便捷专业的法律服务，我们可以帮忙辨别事件性质，提供相应的帮助。有效的窗口越来越多，隐匿的角落可能也就越来越少。

“法律在不断完善”

新京报：在投身未成年人保护领域的二十多年里，你觉得中国未成年人保护领域的发展如何？

佟丽华：值得一提的是，新修订的《未成年人保护法》，增加、完善了多项规定，新增了网络保护和政府保护，确立了家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护、网络保护和政府保护“六位一体”的未成年人保护大格局，着力解决社会关注的未成年人侵害问题，包括监管不力、学生欺凌、性侵害未成年人、未成年人沉迷网络等问题。

可以说，这二十多年来，关于未成年人保护的法律正在趋于完善，在未成年人身上出现的新问题、新情况，相关的法律法规都在跟进。

新京报：法律的完善，体现在哪些方面？

佟丽华：对于孩子的侵害，有时候出现在熟人之间，甚至是家庭、学校里。孩子不懂法，又对家长存在依赖，有些这样的案件，很难进入司法程序。过去在如何处理监护人侵权的问题上，法律政策依据存在不充分的情况。但是后续法律明确规定了父母的监护职责。如果父母侵害孩子权益或者不履行监护职责，情节严重的，会受到法律干预。

比如发放“督促监护令”，5月25日，最高检的新闻发布会上就提到，在家庭保护方面，全国检察机关推广“督促监护令”。2021年制发“督促监护令”19328份，有效监督“甩手家长”履职管教、依法带娃。如果是家暴行为，《反家庭暴力法》提到，公安机关可以出示告诫书，情节严重的，有可能被撤销监护人资格。这样的情况下，以往难以处理的熟人作案，现在都可以处理了。

“让法律落地”

新京报：下一步该怎样加强对未成年人的保护？

佟丽华：现在问题的难点重点，就是如何贯彻落实这些法律。有的责任主体，对保护未成年人的重视程度还远远不够。

法律虽然给家长规定了很多责任，但是很多家长根本没有看过这部法律。包括教育部还颁布了近9000字的《未成年人学校保护规定》，围绕“谁来保护”“保护什么”“如何保护”等问题，系统构建未成年人学校保护的制度体系，但是有些校长，甚至是教育行政部门的人员，也没有读过《未成年人学校保护规定》。

相关的责任主体对自己所需要承担的职责并不清楚，我们也不能指望未成年人自己在这领域变得多么专业，那么就可能存在即便有法律，但是不知法、不懂法、不用法的情况。目前需要努力的方向是让法律落地，真正让更加完备的法律保护好未成年人。

新京报：如何让孩子知道应该合理保护自己？

佟丽华：一方面是法治教育，教育部经商最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部同意，制定颁布了《中小学法治副校长聘任与管理办法》，于今年五月一日开始实施，将法治副校长纳入中小学治

理体系。法治副校长这样一个制度开始规范起来，现在全国四级检察院检察长都亲自去学校担任法治副校长，起到了很好的示范带动作用。

法治副校长会亲自到学校去讲课，这确实有一定作用，能提高孩子们的法治意识，告诉孩子们什么是底线，告诉他们首先自己不能违法犯罪，然后告诉他们自己有哪些权利，当自身权利受到伤害的时候，该如何依法维权。

另一方面，社会层面应该给孩子们开通一道随时可以咨询、求助的窗口。我们团队马上要推出的“未成年人保护法律帮助”融媒体平台，就是希望可以给孩子们这样一个专业、便捷的服务，如果未成年人遇到事情之后，不愿意和父母、老师或者朋友说，可以通过热线、网络的方式咨询专业人士，我们承诺最迟二十四小时内给出答复，保证一周七天的上班时间，每天上午八点半到下午五点半，热线电话都保持畅通，随时给未成年人解答咨询。如果是网络私信留言咨询，也力争在十二个小时内给出回复。

除了提供上述法律咨询帮助外，对于符合法律援助条件、权益受到侵害的未成年人，北京青少年法律援助与研究中心还将及时指派律师提供法律援助，代理未成年人依法维权；对那些权益受到严重侵害、短期生活面临严重困难的，提供小额爱心资金帮助。

截止到 2021 年底，北京青少年法律援助与研究中心已经为 5 万余人提供免费法律咨询服务，办理未成年人权益受到侵害法律援助案件 500 余件，为 1700 多名权益受到侵害、家庭贫困却无法得到赔偿的未成年人提供“小额爱心”资助 260 余万元。

这里面有些案例是很悲痛的，有的涉及未成年人互相伤害，有的未成年人受到伤害后选择自杀，我总在想，如果他们早期就能够获得有效的帮助，可能不至于发生类似的悲剧。在这些数字背后，还可能隐匿着更多不为人知的角落，有很多不知所措的未成年人，要保护好他们，全社会都需要付出努力。。

安徽高院举行全省法院未成年人审判工作情况新闻发布会

2022-06-01 安徽高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/wxipuSShpsw0FW21TuB4hA>

2021 年以来，安徽法院深入学习贯彻习近平总书记关于青少年工作重要论述精神，认真落实中央及最高人民法院、省委相关部署，大力加强未成年人审判工作，取得明显成效。安徽法院少年家事法庭建设、关爱农村留守儿童举措相继写入 2021 年、2022 年全国“两会”《最高人民法院工作报告》，反拐专项审判在全国法院打击拐卖妇女儿童犯罪刑事审判工作电视电话会上作经验交流；两部微电影在第二届全国法院未成年人司法保护展播中分获“十佳”“优秀”奖。

提高站位加强组织领导。安徽高院高度重视未成年人审判工作，主要领导担任未成年人审判工作领导小组组长，强化统筹部署、组织保障、指导调度。安徽高院成为全国第三家成立少年法庭工作办公室的高级法院，较早实现了全省 126 家法院少年法庭审判机制全覆盖。

发挥职能强化司法保护。严格依法办案，共审结未成年人案件 10343 件，其中刑事 651 件、民事 9308 件、行政 360 件，侵害未成年被害人罪犯的减刑、假释 24 件。对未成年被告人贯彻“教育、感化、挽救”方针，落实未成年人刑事审判政策，在生效判决未成年被告人中，非监禁刑适用率达 32.4%，同时依法严惩各类侵害未成年被害人的犯罪。目前，全省有 42 家少年法庭将未成年人刑事、民事、行政案件纳入受案范围，实现了“全面保护”。

完善机制推进特色审判。依法对未成年被告人开展社会调查 450 件 697 人，把调查报告作为定罪量刑、法庭教育和判后矫治的重要参考。通知合适成年人到场，充分保障未成年人诉讼权利。落实“教育为主、

惩罚为辅”原则，在办理案件过程中积极做到寓教于审。对判处五年以下刑罚且犯罪时未满十八周岁的未成年被告人诉讼档案，严格执行犯罪记录封存要求，为其回归社会创造了条件。对适用非监禁刑的未成年人开展回访帮教，预防和减少未成年人重新犯罪，2021年共回访帮教298件453人。

延伸职能促进综合治理。通过加强法治宣传、强化司法建议、开展司法救助、关爱特殊群体，努力营造未成年人健康成长的良好法治环境、社会环境。2021年“六一”儿童节前后，统筹开展百场公众开放日、百堂法治课进校园“双百”活动，全省法院共举行公众开放日310场、参加学生16106人，邀请旁听庭审203场、参加学生11547人；有636人担任法治副校长、覆盖792所学校，法治课进校园927场、受教育学生126658人，庭审进校园66场、受众6782人，举行模拟法庭90场、参加学生7176人。与此同时，结合案件审判，向教育、市场监管、文旅部门和学校等发送61条司法建议，为227件刑事案件中的297名未成年被害人提供司法救助604.4万元。

河北法院：民事审判托起未成年人法治蓝天

2022-06-01 河北高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/PFiaqBqlzLp1EUN6aw1fmw>

值此六一儿童节来临之际，河北高院将《河北民事审判指导与参考（未成年人权益保护篇）》第四期部分内容，即《河北省未成年人民事审判工作状况》及典型案例通过公众号予以发布，在通报河北省未成年人民事审判工作状况的同时，旨在增强全社会关于保护未成年人合法权益的法治观念，提高未成年人的自我保护意识，给未成年人健康成长营造良好的社会环境。

家和理念、柔性司法、人身安全保护令，家庭教育责任告知书……近年来，河北法院高度重视未成年人权益保护工作，多措并举深化未成年人民事权益保护机制专业化和规范化建设，积极构建法院与行政部门之间的互动协作机制，为保护未成年人健康成长提供有力司法保障。

据统计，近三年，全省法院共依法审结涉及未成年人民事权益保护案件4万余件，其中抚养纠纷案件2万余件、侵权纠纷案件1万余件、人格权纠纷案件3000余件，另外，还涉及监护权纠纷、探望权纠纷、收养关系纠纷、继承纠纷等案件，为未成年人民事权益保护提供了坚实的司法保障。

河北法院充分发挥民事审判职能，坚持“未成年人利益最大化”原则审理涉未成年人权益保护案件，深化新时代少年法庭改革，推进未成年人保护和家事审判工作融合发展。贯彻最高法院要求，将与未成年人权益保护和犯罪预防关系密切的涉及未成年人的刑事、民事及行政诉讼案件纳入少年法庭受案范围，推进未成年人保护与家事审判融合发展。

全省法院丰富家事审判和其他涉未成年人案件审判工作内容，仅廊坊、邯郸两地法院就发放家庭教育责任告知书100余份，家庭教育指导令20余份，确保《家庭教育促进法》及时落地见效。各地法院延伸审判职能，配合同级人民政府及其有关部门建立家庭教育工作联动机制，共同做好家庭教育工作。邯郸磁县人民法院与邯郸市家庭教育协会联合成立邯郸市家庭教育协会磁县基地，整合法院、妇联、协会的优势资源，建立集家庭教育指导、青少年维权帮教、涉少矛盾纠纷化解、法律咨询、心理疏导、回访帮教、法治宣传为一体的家庭教育体系。

河北法院延伸审判职能，健全完善“社会一条龙”的社会协作机制，构建与有关职能部门、社会组织和团体协调合作的多维未成年人权益保护体系。各地法院开设涉妇女儿童立案窗口、母婴室，将妇联的调解组织纳入冀时调解平台，建立常态化维护妇女儿童权益的“绿色通道”等。全省各地法院组织了法治进校园、法院开放日等多种形式的法治宣传活动，形成全社会保护未成年人权益的良好氛围。

案例一

对未成年人家庭暴力说“不”

张某某申请人身安全保护令案

基本案情

申请人张某某与被申请人陈某曾是夫妻，于2021年12月经法院调解自愿离婚，离婚时二人约定婚生子陈某某由其父亲陈某抚养。离婚后陈某为威胁张某某，多次对其子陈某某实施打耳光、脱衣服罚站等家庭暴力，并将对陈某某实施家庭暴力的视频发送给张某某，对张某某进行威胁、骚扰。

法院判决

法院收到张某某的诉讼请求后，立即启动非诉讼程序的人身安全保护令程序，裁定禁止被申请人陈某对陈某某实施家庭暴力，禁止被申请人陈某骚扰、接触张某某。如陈某违反禁令，人民法院将依据《中华人民共和国反家庭暴力法》第三十四条规定，视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

法官说法

家庭应是孩子健康成长的沃土，父母应是孩子健康成长的守护者，不应该伤害孩子。近年来发生的针对儿童的家庭暴力案件，刺痛公众的神经，引发全社会对儿童权益保护问题的持续关注。惩罚施暴者、保护未成年人合法权益是立法和司法义不容辞的责任。本案中儿童作为受害者，与妇女受害者相比，自身无法维护自己的权益，这就需要依照《反家庭暴力法》第二十三条的规定，由其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构代为申请，这样才能更有效的维护儿童权益。坚决对家庭暴力说不，运用好人身安全保护令等措施，依法护航青少年健康成长。

案例二

拒绝校园暴力，遏制校园欺凌

尚某某与张某某等五人生命权、健康权、身体权纠纷一案

基本案情

该案原被告均系在校住宿初中女生，因个人琐事纠纷，五被告多次在宿舍对原告进行肢体伤害，后造成原告严重的精神疾病多次住院治疗，因赔偿问题不能达成一致意见而引发诉讼。

法官说法

法院认为，本案尚某某与五被告在学校学习、生活期间，发生矛盾，五被告进而对尚某某进行扇耳光、逼其下跪、言语威胁等侮辱行为，导致尚某某精神受刺激，进而引发抑郁症、精神分裂症、双相情感障碍等精神疾病，且司法精神医学鉴定意见明确，尚某某目前的症状与其被殴打事件之间存在间接因果关系。因此，五被告的父母应对尚某某的损失承担主要的赔偿责任。另外，本案所涉及的侵权行为系五被告共同实施，五被告的父母应当承担连带责任。

法官说法

近年来，校园欺凌、校园暴力问题引发了社会广泛关注。校园欺凌、校园暴力，对未成年人的伤害是巨大的，对于未成年被施暴者来讲，不仅会造成身体上的伤害，还会带来难以治愈的心理、精神创伤，严重的还可能对以后的人生产生负面影响。本案中施暴者具有团伙性，且实施了一系列侮辱行为，给原告造成了巨大的精神伤害和不良影响，侵权责任依法应当承担相应的民事责任。

全国首个涉澳妇女儿童权益保护合议庭在珠海揭牌

2022-06-01 珠海市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/nxIUNdXuc3YgFN7_zVvVcA

6月1日，全国首个涉澳妇女儿童权益保护合议庭（以下简称“涉澳合议庭”）在珠海市中级人民法院揭牌成立。

广东省高级人民法院副院长林碧艳，珠海市委常委、政法委书记吴轼，珠海中院院长张春和，珠海市妇联主席杨红梅等为合议庭揭牌。

涉澳合议庭实行珠海中院涉澳妇女儿童权益纠纷审判管理归口化、审判人员专业化、裁判尺度统一化运作，努力为妇女儿童事业发展和权益保障，贡献珠海法院智慧，打造珠海法院样本。

涉澳合议庭，实行民事、刑事和行政案件“三审合一”审理模式。专门配备至少一名女性法官或者女性人民陪审员，审理涉及澳门妇女儿童婚姻家庭权益、劳动和社会保障权益以及其他涉及妇女儿童人身权、财产权的案件。

涉澳合议庭建立了妇女儿童权益案件“四优先”工作机制，即优先收案、优先排期、优先审理、优先执行。

涉澳合议庭以信息化为依托，实现人在澳门就能在珠海中院打官司。澳门当事人可以通过网上立案、远程缴费、网上开庭、网上调解、电子送达等线上诉讼服务参与诉讼。

珠海中院一直致力于打造涉澳民商事审判品牌，此次，围绕珠澳妇女儿童权益保护机制对接、规则衔接开展制度创新，以“2+2+2”模式开展了一系列制度创新。

引入2个第三方力量

联动珠海市妇女联合会、澳门妇女联合总会等社会组织，发挥珠澳妇女组织在涉澳妇女儿童权益保护中的软化矛盾、家事调查、心理疏导、诉前调解等作用。

建立2个库

澳门人民陪审员库和调解员库。吸纳澳门居民作为人民陪审员参审婚姻家庭类纠纷案件。将澳门家事调解协会、澳门街坊会联合总会等纳入法院特邀调解组织名册，创新“内地调解员+澳门调解员”的跨境联合调解模式，促进纠纷有效化解。

利用2个平台

在线授权见证和司法协助平台。利用涉港澳案件在线授权见证平台，打造集授权见证、在线调解审理、在线司法确认、电子送达等为一体的信息融合平台，实现涉澳妇女儿童权益保护案件“云审判”。

珠澳司法融合再探索

随着粤港澳大湾区发展和横琴粤澳深度合作区建设迈向深入，珠海法院受理的涉澳民商事案件数持续增长，2021 年，珠海法院受理涉澳民商事案件 1724 件，其中涉澳妇女儿童权益纠纷类案件 240 件。为加快推进珠澳两地司法融合，珠海中院做了大量的有效探索，为促进珠澳妇女儿童保护事业营造了更加良好的法治环境。

探索常态化交流机制

珠澳法院互通两地司法情况，共享法律法规、案例等司法资源，通过线上线下相结合形式，共同探讨加强妇女儿童权益司法保障，增进对珠澳两地法律和诉讼制度的理解。

探索域外法查明机制

将涉澳妇女儿童权益保护实践与域外法、国际规则研究相结合，通过域外法的查明和适用，提高珠海法院涉外、涉港澳台民商事审判的司法公信力和国际影响力。

探索建立珠澳妇女儿童权益

司法保护智库

深入研究妇女儿童权益保护领域的新情况新问题，对妇女儿童权益司法保护、改革创新提供指导和协助。

深圳中院研究制定家庭教育令统一文本

2022-06-01 深圳市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/GUzZqgtC-Rs6Qq35pVtaUQ>

深圳市中级人民法院迅速贯彻落实，联合市妇联探索前端深入家庭教育指导各项工作，指导基层法院针对不正确履行家庭教育侵害未成年人合法权益的未成年人父母或其他监护人，发出多份家庭教育令及家庭教育指导信，同时积极引入未成年人教育社会支持体系，通过组建专业化的家庭教育指导队伍，探索建立规范化的家庭教育指导工作机制，丰富家庭教育指导形式，确保家庭教育指导取得实效。

针对家庭教育令在名称、形式、内容和适用情形等方面在全国尚未统一，执行的方式以及不履行的法律后果缺乏明确规范的情况，市中级法院积极探索，研究制定了全市法院《家庭教育令》统一文本，确保法律准确、统一、有效实施。

让我们看看

深圳法院的《家庭教育令》

统一文本有哪些亮点吧！

“双跑道”合力保护

深圳法院发出的《家庭教育令》以裁定形式作出。在办理案件过程中发现父母或其他监护人不正确履行家庭教育义务的，发出《家庭教育令》，这是第一种适用情形。

此外，还规范了诉前由申请人请求法院发出《家庭教育令》的情形，即相关职能部门或《中华人民共和国民法典》第一千零四十五条规定的未成年人的近亲属在接触未成年人或其家庭中，发现父母或其他监护人不正确履行家庭教育职责的，可以申请人身份申请法院发出《家庭教育令》，督促义务履行人接受家庭教育指导。

由此，深圳法院打造以《家庭教育令》形式开展家庭教育指导的“双跑道”，将家庭教育指导工作推向诉讼前端，未雨绸缪督促父母或其他监护人为未成年人提供良好的家庭环境，促进未成年人健康成长、全面发展。

裁定内容不设有效期限

为充分发挥教育令的作用，《家庭教育令》自作出之日起生效，不设置复议申请程序，也不设有效期限，全周期、全流程保障未成年人健康成长，即使义务履行人已经依法履行《家庭教育令》，《家庭教育令》也无需撤销。以《家庭教育令》管家长、帮家长，形成家庭教育指导与规范的长效机制。

统筹协作畅通联动渠道

《家庭教育促进法》从家庭责任、国家支持、社会协同三方面规定了不同主体职责，并要求建立家庭教育工作联动机制，要求各职能部门及相关单位统筹协作，构建联动渠道，落实好各自责任，发挥好各自作用。

据此，统一文本规定《家庭教育令》应送达义务履行人、被监护人居住地或学校所在地的公安机关、居民委员会以及被监护人学校等有关单位，并由以上职能部门及单位协助执行。义务履行人违反《家庭教育令》的，将依法追究其相应责任，以推动相关职能部门及单位共同参与、加强协作，形成家庭教育指导一盘棋的网状联动，为综合解决家庭教育工作中存在的问题，提供便利有效的家庭教育指导与服务。

服务型保护——未成年人保护的理念与实现路径 | 专家学者谈“两法”施行

2022-06-02 团中央权益部

https://mp.weixin.qq.com/s/JEKTJSR4z0B9eeit_kFgxA

今年6月1日，是新修订的“两法”施行一周年。共青团中央维护青少年权益部推出特别报道，集中梳理共青团开展思想引领、政策倡导、关爱服务、权益维护等新时代未成年人保护工作的做法成效，并邀请立法机关、全国人大代表、专家学者、中长期青年发展规划专家委员会委员等，从各自角度就新“两法”施行一年来情况进行简要点评，对共青团立足工作职责，持续推动新“两法”贯彻落实、积极参与新的未保机制建设提出意见建议。

本期为大家带来首都师范大学北京青少年社会工作研究院执行院长、教授席小华的解读。

在新修订未成年人保护法正式施行一周年之际，关于未成年人保护的理念和实现路径尚需进行深入思考。例如，未成年人保护法第六条规定，未成年人保护的原则是“教育与保护相结合”。众所周知，对于未成年人保护而言，教育无疑是重要途径，然而很多未成年人保护的问题仅依靠教育手段难以解决，而是需要开展个体认知调整、家庭支持、资源链接等专业服务。鉴于此，笔者认为，未来我国未成年人保护工作需要强调“服务型保护”的理念，并据此建立未成年人保护的服务体系。

一、未成年人“服务型保护”理念的提出及依据

所谓服务型保护，是指在未成年人保护过程中，强调通过专业服务促成未成年人保护目标的实现。具体而言，各类工作者在开展未成年人保护工作中，应摒弃“权威的”、“自上而下的”等居高临下的姿态采用“施舍的”和“说教的”等方式开展各项未成年人保护工作，反之，应以平等的视角去分析和理解未成年人呈现的各种问题，并运用相关专业知识和方法促成问题的改善和解决。笔者提出“服务型保护”的理念主要有以下几个依据：

首先，是未成年人的需要。采用何种理念和行动开展未成年人保护工作，最核心的依据来自未成年人的需要。众所周知，未成年人在成长过程中，面临个体生理、心理成长的各种危机和挑战，需要专业的干预和服务，未成年人的需求是多元的，而满足这些需求依靠的是实实在在的专业服务，而不是简单的“说教”。

其次，是国家相关政策的要求。我国自 2000 年以来提出建设“服务型政府”的理念，党的十八大报告对建设服务型政府提出了明确的要求，十九大报告再次提出要“建设人民满意的服务型政府”。另外，党的十八届三中全会提出“推进社会治理水平和社会治理能力的现代化”，社会专业力量参与未成年人保护工作正是实现社会治理创新的重要手段和途径。以上政策为建立未成年人“服务型保护”的工作体系提供了制度支撑。

最后，“服务型保护”在我国已经具备了一定实践基础。2018 年，团中央和最高检签署构建未成年人检察工作社会支持体系的合作框架协议，其中对社会力量参与未成年人保护服务做出了细致的规定。随后两年在全国启动 80 个试点，探索社会服务参与未成年人司法保护工作的途径和机制，充分调动社会工作等专业资源开展未成年人司法保护实践，取得了显著成效。我国未成年人司法领域建立“服务型保护”的实践基础已经确立。

二、未成年人“服务型保护”面临的主要问题

首先，未成年人保护需要“专业服务”的理念尚需进一步深化。对于未成年人司法保护的必要性，目前社会各界持一致性观点，但对于保护的路径或方法大家的认知并不一致，或者说缺乏更深入的研究和讨论。传统的未成年人保护理念认为保护的途径是教育，甚至仅是成年人对未成年人开展的“自上而下”、“成人权威”的关心和指导，而非以社会学、心理学、教育学等专业为基础的专业技术人员为其提供专业服务。这种理念在未成年人保护实践中仍然占据绝对权威地位，需要很长时间影响和改变。

其次，未成年人保护专业服务体系尚未建立。为了保障“两法”的实现，需要以未成年人需求出发，建立相应的服务体系。比如，依据未成年人保护法，应建立各领域中未成年人保护服务内容体系。依据预防未成年人犯罪法，应围绕预防犯罪的教育、不良行为干预、严重不良行为矫治、再犯预防分别设计相应的服务体系。

最后，未成年人保护专业服务队伍的建设亟待加强。未成年人保护服务体系的建立，需要一支专业能力强的社会服务队伍。历经近 20 年的实践探索，目前我国已经培养了 23.35 万的青少年事务社会工作者队伍。但总体而言，这支队伍还远远不能满足我国未成年人保护的实践需求，需要进一步加强这支队伍的培育。共青团组织在未成年人保护社工培育中发挥了重要作用，展望未来，未成年人保护专业服务队伍的建设尚需得到各个部门的积极培育和支持。

三、未成年人“服务型保护”的实现路径

首先，建立未成年人“服务型保护”的制度体系。未成年人保护法为我国未成年人保护提出了总的要求和目标，要建立未成年人司法“服务型保护”体系，需要建立更具有操作性的规范或制度。在团中央、最高检、民政部等相关部门的推动下，《青少年社会工作服务指南》、《未成年人司法社会工作服务规范》等社会工作服务国家标准相继出台。在国家层面制度的引领下，各地也需要建立适合本地情况的未成年人保护实施意见，以引领当地未成年人保护服务实践，促进我国形成层级清晰的未成年人保护制度体系。

其次，丰富与完善未成年人保护服务内容。丰富和完善未成年人保护服务体系，需要着力做好以下三点工作：一是根据立法和未成年人的需要，细致梳理出社会工作服务内容清单；二是相关部门制订政府购买服务清单，并委托社会组织开展相关服务；三是服务标准和服务规范的建立也尤为重要，这是服务质量提升的重要推动力。总之，通过服务需求梳理，服务清单制订，服务标准研发和实施，提升未成年人保护水平是未成年人服务体系搭建过程中非常重要的一环。

再次，推进未成年人保护服务人才的专业化培养和职业化发展。在专业化培养方面，要通过高等学历教育加强对社会工作专业学生的培养。在职业化推动方面，相关职能部门可以在充分调研基础之上，根据未成年人服务需求和工作性质设计购买社会工作服务的方法和途径。

最后，建立未成年人司法保护服务的保障体系。未成年人保护服务并非独立的存在，无论是初步探索还是持续性推动，都离不开相关保障机制的建立。具体而言，包括队伍建设、经费保障、相关设施的保障等。

以犯罪记录封存 让他们融入社会

2022-06-03 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/03/content_217586.htm?div=-1

近日，两高两部印发了《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》（以下简称《办法》），自2022年5月30日起施行。根据该《办法》，采取刑事强制措施的记录，以及对涉罪未成年人进行社会调查、帮教考察、心理疏导、司法救助等工作的记录，犯罪时不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚以及免于刑事处罚的未成年人犯罪记录，应当依法予以封存。对于犯罪记录被封存的未成年人，在入伍、就业时免除犯罪记录的报告义务。被封存犯罪记录的未成年人本人或者其法定代理人申请为其出具无犯罪记录证明的，受理单位应当在三个工作日内出具无犯罪记录的证明。

根据刑法规定，受过刑事处罚的人负有前科报告制度，即在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。这是维护社会稳定和公众安全感，维护行业秩序，减少特定行业风险的必然要求。但与此同时，刑法及刑事诉讼法对未成年人予以着重保护，豁免其前科报告义务，且规定了前科封存制度，即犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，对相关犯罪记录予以封存，除司法机关办案需要外，不得向任何单位和个人提供。

未成年人前科封存制度体现出对未成年人的着重保护和特殊保护，也有利于这些犯下一时之错的未成年人能够更好地融入社会。可以说，绝大多数未成年人之所以误入歧途，走上犯罪道路，既与其身心发育尚未成熟、抗拒诱惑能力较差、是非判断能力较弱有关，也与家庭、社会、教育等因素有关。

因而，当一些未成年人走上犯罪道路时，显然不能将其弃之不顾，让其承担由于多方“过错”所带来的不良后果，在接受刑罚惩罚时再承载前科所带来的更多不利影响。否则，这既是对未成年人的不公，也不是现代法治社会中文明司法的应有之义。而且，通常而言，判处有期徒刑五年以下的刑罚的罪行，并非影响极其恶劣、社会危害极大的犯罪，对该前科予以封存不会产生不良后果。

故对这些前科予以封存既是必要的，也是应当的。纵观该《办法》，可谓亮点颇多，如不仅对裁判结果予以封存，且对从采取强制措施到刑罚执行完毕期间的所有可以推断出涉罪未成年人的信息、文书一律封存，相当于对其犯罪信息进行“全面无痕消除”。同时，明确了该未成年人在入伍、就业时无需报告前科，且相关部门应为其出具无犯罪记录证明。这表明其只要能够痛改前非，完全可以不受前科的任何影响而摆脱“枷锁”，在人生道路上提升自我。

众所周知，刑罚既具有惩戒和教育功能，又具有挽救功能，对未成年人的保护和挽救更是不可或缺的重要内容，也是司法机关的重要职责。特别是对于未成年人，如果只重视惩罚而忽视了挽救，只会让其与社会更加隔膜甚至仇视，这绝非刑罚的初衷。这一更加科学、翔实、全面的前科封存制度，切实体现出对未成年人权益的有力保护，对其未来的关心护航，有助于彻底消除歧视和偏见，让一时失足的未成年人能够感受到现代司法制度的文明与温情，进而卸掉包袱，悔过自新、回归正途，走向新生。

发出家庭教育责任告知书护“未”成长

2022-06-06 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/06/content_217642.htm?div=-1

本报讯 近日，广东省佛山市高明区人民法院成功调解一起离婚纠纷案件，并向双方当事人发出全市首份家庭教育责任告知书，督促双方正确履行家庭教育义务。

原、被告婚后因感情破裂在高明区法院调解离婚并对抚养权与探视权、共同财产和债务等问题达成一致协议。调解过程中，承办法官了解到双方因工作及负债等原因将未满三岁的婚生子留在女方家乡交由女方父母代为照顾，对婚生子未尽到家庭教育义务。于是，法官联合区妇联发出并引导双方签订家庭教育责任告知书，随后与家庭教育指导师一起对双方当事人进行了2个小时的家庭教育指导及心理疏导，为未成年人的健康成长撑起法律“保护伞”。（刘江欣）

域外儿童保护的强制报告制度

2022-06-10 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/10/content_217836.htm?div=-1

编者按 侵害儿童案件往往具有隐蔽性。未成年人遭到侵害并不自知或虽然知道但不敢、不愿报告。为尽早发现未成年人被侵害的线索，许多国家都制定了儿童保护强制报告制度，要求任何组织或个人，只要发现侵害儿童行为都必须立即向有关部门报告。本版特刊登文章，介绍相关法律制度，敬请关注。

报告主体

目前，儿童保护强制报告制度在世界多个国家推行。比较典型的有加拿大、瑞典、澳大利亚、新西兰、印度、南非、日本、以色列、韩国、沙特阿拉伯等国。报告制度将报告行为界定为一项法律义务，并规定由谁来承担这项义务，即报告主体。综合各国的情况看，报告主体一般分为两大类，一类为专业主体，一类为普遍主体。

专业主体。专业主体包括以下方面人员：1. 医务工作者。包括医生、注册护士、登记护士、心理咨询师、心理医师或其他精神健康专业人士、儿童照料人士、药剂师等。2. 教育工作者。包括学校教师、家庭教师以及其他学校工作人员。3. 执法人员。包括警察、法医或验尸官、法律执行机构人士、牧师、神职人员以及调解员和仲裁员等。4. 社会工作者。包括学校咨询顾问、儿童照顾机构工作人员、负有协调和监督居家服务的日托机构业主、为儿童家庭提供服务的公职人员等。5. 影视从业人员。6. 广告业者。

普遍主体。在南非，根据 2007 年《刑法修正案》《性侵害及相关事项法案》规定，所有在南非境内居住的人士，在发现儿童遭受性侵害时均负有向警察部门报告的义务，否则将承担刑事责任。在英国，任何人，不管与儿童之间是否存在监管关系，只要怀疑儿童正在被虐待，都可以向地方当局儿童服务机构或警察局报告；全国防止虐待儿童协会设立了免费的电话服务专线，任何想举报虐待儿童事件的人(包括受虐待儿童本人)都可以拨打该热线电话。

报告内容

各国法律规定了强制报告的受理机关、报告渠道，并重点规定了报告的内容。

受理机关。一是向儿童服务机构和警察局报告。在英国，负责调查虐待儿童案件的法定机构是地方当局儿童服务机构和警察儿童保护小组。二是向弱势儿童保护部和警察局报告。新西兰司法部、教育部均要求学前从业人员若发现疑似虐待或忽视，且儿童处在危险状态时，必须立即联系警方。

报告内容。一是过去的、正在发生的、未来可能发生的虐待案件。澳大利亚的法律要求对过去或正在发生的虐待儿童行为进行报告，澳大利亚纽芬兰州立法规定，只要儿童所在家庭发生家庭暴力事件，即使没有对儿童造成危险或伤害，责任主体也必须向主管机关报告。二是严重的虐待案件。澳大利亚一些州规定，儿童目睹家庭暴力构成虐待儿童行为，但要求仅在可能对儿童造成严重的生理或心理伤害时，才可作为强制报告的内容。加拿大《儿童与家庭服务法》关于强制报告事项则较为宽泛，除了身体虐待、精神虐待、性虐待和疏忽虐待四类儿童虐待事件外，2008 年的修正案还将“儿童色情”事件也列在强制报告内容之中。

处置程序

在处理程序方面，综合一些国家的情况看，主要有六个程序。

筛选与启动调查。地方政府可以启动虐待儿童事件的调查。警察、健康专家、教师和其他专业人员应当协助调查进行。一般是接到报告后 72 小时之内，但对于紧急情况，应当在 2 小时至 24 小时内启动调查。调查机构一般在 30 天至 60 天内完成调查。

服务与安置儿童。如果发现有虐待行为，但将儿童留在家中没有现实危险，就会让儿童和家庭成员继续共同生活。如果发现儿童面临侵害的现实危险，则会直接将儿童带离家庭送至紧急保护监管机构，并在带离之后的 24 小时或 48 小时内向少年法庭申请听证，获得保护儿童的授权。

处置和登记姓名。对于轻微的虐待和忽视行为，会与家庭签署协议以避免再次发生该类事件。对于严重的虐待行为，执法机构会接手调查甚至对侵害者提出刑事指控，侵害者可能会承担相应的刑事责任。只要经证实存在虐待或忽视行为，侵害责任人的姓名和相关信息都会被儿童保护数据库登记。

申请保护令。如果儿童存在生命危险或即将受到重大伤害，地方当局社会服务机构或警察局应当行使法定权力并立即采取措施以保护儿童的安全，如有必要会将儿童从家里带走，地方当局社会服务机构或警察局也会向法院申请紧急保护令。

召开儿童保护会议。如果调查确定儿童正在受到或可能受到重大伤害，地方社会工作者及管理者会决定召集首次儿童保护会议。会议要通知家庭成员(如果合适的话，还包括儿童)及其支持者和辩护律师、与儿童和家庭密切联系的专业人员参加。

对涉嫌犯罪者提出控告。如果警察调查发现虐待案件涉嫌犯罪，就会将案件卷宗移交检察院。如果案件被裁定为有罪，会举行量刑听证。如果合适，起诉律师还可以向法院提出赔偿或发布保护未来儿童安全的命令等要求。

责任追究

在明确法律义务的前提下，未履行报告职责的知情主体要被追究法律责任。

追究行政责任。南非法律规定，未能履行报告义务的职业群体将承担相应责任。以医护人员为例，《南非卫生专业委员会伦理规章》要求医护人员必须报告任何违反道德或违反法律的行为。《南非卫生法》规定，未履行报告责任者可给予罚款或暂停执业甚至取消执业资格的处分。

追究民事责任。美国有一部分州还规定了民事责任，如科罗拉多州规定，故意违反强制报告义务的责任人应当承担相应的赔偿责任；艾奥瓦州规定，未能履行报告义务的责任人应当承担相应的民事赔偿责任。

追究刑事责任。加拿大《儿童与家庭服务法》规定，责任主体如果被法院裁定未履行强制报告义务即构成犯罪，相关组织的雇员和管理人员亦构成犯罪，均将被判处 1000 加元以下的罚款。澳大利亚各州法律规定，未能履行强制报告义务将受到罚款处罚，处罚的额度从 1000 澳元至 22000 澳元不等，北领地州 1999 年《儿童与少年法》第 159 条规定，如果责任报告主体在工作（无论是否付酬）过程中怀疑儿童或少年遭受或正在遭到性虐待或者非意外的人身伤害，必须尽快报告儿童的姓名、所受侵害以及怀疑的理由，如果未履行强制报告责任，可处 5000 澳元的罚款或 6 个月的监禁。

报告者保护

为确保强制报告制度贯彻落实，且持续有效，各国制定了对报告者进行法律保护的制度。

保密。各国都规定可以匿名报告，且都明确规定禁止向侵害者透露报告主体的个人信息，并规定文件信息应当严格保密。根据澳大利亚昆士兰州 1999 年《儿童保护法》第 186 条规定，收到报告和掌握报告者身份的人员除非在法律明文规定的情形下，不得向他人披露报告者的信息，否则将受到罚款处罚。

免责。南非 2007 年《儿童法》修正案规定，不得追究基于“善意和真诚”原则作出报告的责任主体的民事责任。澳大利亚新南威尔士州 1998 年《儿童和少年照顾和保护法》第 29 条规定，如果报告主体根据善意的原则向儿童保护机构负责人或其他有权保护儿童的人员履行报告义务，不得认定报告主体违反职业道德或职业行为准则，不得认定报告主体应承担诽谤责任，也不得认定为恶意诉讼或是图谋不轨行为。

《美国儿童虐待预防和处理法》规定，各州的法律中必须设立报告免责条款，但这种免责不适用于恶意的或明知是虚假的报告行为。

禁止打击报复。加拿大《儿童与家庭服务法》关于保护报告主体条款则更为全面化，保护方式亦更为多元化。一方面，明文规定“除在司法程序过程中要求或允许的情况外，除法律另有规定外或经报告者书面同意，任何人均不得披露报告者的身份；另一方面，明令禁止对报告者进行骚扰、降级、干扰等方式的报复。为提升对报告责任主体的保护力度，还设立了对报复报告主体严格惩戒的条款，即其单处或并处 50000 加元以下的罚款或两年以下的监禁。

（作者单位：重庆市第三中级人民法院）

全力护航儿童友好型城市创建 | 滨州中院未成年人司法保护新闻发布会召开

2022-06-10 滨州市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/dL8j0T6TRMaewbb3SCFYlQ>

6月10日上午，滨州市中级人民法院召开“加强未成年人司法保护，创建儿童友好型城市”新闻发布会，通报了全市法院未成年人司法保护工作情况，发布了未成年人司法保护典型案例及妇女儿童维权便民举措。

2019年以来，全市法院共审理涉未成年人民事权益保护案件2886件，涉未成年人权益司法救助案27件，涉未成年人刑事案件241件，一审未成年被告人认罪认罚率达78.2%。

中院副院长孔宪军通报了全市法院未成年人司法保护工作情况。

多年来，滨州两级法院高度重视未成年人司法保护工作，全市法院成立了少年法庭，打造了“蔷薇花开”少审品牌，发出了全省第一份“家庭教育令”，不断深化家事审判方式改革，在依法严惩未成年人违法犯罪的同时，保护未成年人合法权益，建立起聚焦未成年人个体成长、家庭和谐、社会安全三位一体的法治护航体系，助力滨州“儿童友好型”城市的创建。

在优化未成年人个体成长方面

坚持“教育、感化、挽救”的工作方针，深入开展未成年人判前社会调查，推行圆桌式审判模式，严格执行《未成年人犯罪记录封存实施办法》。加强未成年人判后帮教，建立跟踪帮教档案，形成了“法院、家庭、单位、社会一体，教育、监管、扶持配套”的立体化帮教网络。选任法学理论水平高、审判经验丰富的法官兼任中小学法治副校长，今年6月初，共有122名法官受聘担任中小学法治副校长；其中，滨城区、开发区法院辖区中小学实现法治副校长全覆盖。目前，滨州中院“青少年法治教育基地”正在筹建中。

在营造和谐家庭氛围方面

全市法院积极推进家事审判机制改革，组建了以业务娴熟、擅长调解工作的女性法官为主的家事合议庭，开通了家事矛盾纠纷化解“绿色通道”，在优先立案、优先审理的同时注重婚姻家庭关系的修复和情感治愈；在家事审判中发现有家庭暴力行为的，及时发出“人身安全保护令”，与公安机关密切衔接，切实保障家暴受害者的人身安全；贯彻落实《家庭教育促进法》，对养育子女严重失职的父母依法发出家庭教育令，督促家长“依法带娃”，呵护未成年人健康成长。

在构建社会安全体系方面

与公安检察机关密切协作，开展了打击侵害妇女儿童权益犯罪专项审判活动，对强奸、强制猥亵、拐卖妇女、儿童、组织强迫卖淫等犯罪依法从重从快惩处；法院与妇联召开妇女儿童权益联席会议，对侵害妇女儿童权益案件实行风险联查、信息共享、问题联治；加大与市检察院、公安局、民政局、教育局等单位的沟通联络，联合预防家庭暴力、预防未成年人犯罪。今年6月，邹平市法院挂牌成立了全市首个“家庭教育指导工作站”“法治辅导站”，在全市范围形成家庭、学校、社会、法院、政府多位一体的青少年普法和权益保护模式。

新闻发布会上，中院民一庭庭长张秀峰发布了妇女儿童维权便民举措十二条；中院少审庭庭长李然深发布了父母不当管教致害、法官寄语挽救失足少年、联合救助未成年人、法院发出家庭教育令等5个典型案例。

将家庭教育行为纳入法治轨道

2022-06-12 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/12/content_217856.htm?div=-1

家庭教育促进法明确将家庭教育行为纳入法治轨道,规定了家庭、学校、国家、司法和社会等各类主体在促进家庭教育方面应当发挥的积极作用,强调要对不当家庭教育行为进行干预,为全面、系统、科学地实施家庭教育提供了法律保障。

家庭在青少年成长成才过程中发挥着至关重要的作用,它提供了青少年人格养成最基本的环境和条件,是个人社会化的前提和基础。家庭教育的质量和水平,既关乎无数青少年个人成长和亿万家庭的福祉,也关系着社会的和谐与稳定,更关系着国家和民族的前途命运。随着社会经济的快速发展,家庭结构和家庭功能不断发生变化,家庭教育领域出现了育儿功能弱化、价值失衡、父母缺位、未成年人网络沉迷、低龄犯罪等各式各样的问题,加强家庭教育的引导和规范意义深远。

我国自古以来就有重视家庭教育的优良传统。“昔孟母,择邻处”就表达了传统中国人对于子女教育环境的重视。然而,子女也常被视为家族“私产”,依附于家长,缺少独立的人格权,教育子女常被视为家庭内部的“私事”,子女犯错,家长甚至可以动用“家法”予以处罚,现实中随意处分子女人身自由、侵害子女合法权益的现象也时有发生。

随着国家法治化进程的加快,以及家庭教育领域出现的诸多问题,家庭教育的法治化日渐被提上日程。为发扬中华民族重视家庭教育的优良传统,引导全社会注重家庭、家教和家风,增进家庭幸福与社会和谐,2022年1月1日,《中华人民共和国家庭教育促进法》(以下简称家庭教育促进法)正式施行。作为我国第一部家庭教育领域的专门性立法,该法明确将家庭教育行为纳入法治轨道,规定了家庭、学校、国家、司法和社会等各类主体在促进家庭教育方面应当发挥的积极作用,强调要对不当家庭教育行为进行干预,为全面、系统、科学地实施家庭教育提供了法律保障。

父母或其监护人是家庭教育的实施主体。家庭教育促进法第四条明确规定,未成年人的父母或者其他监护人负责实施家庭教育。这意味着,父母是家庭教育的首要责任人,也是第一责任人。家庭教育可以分为有形教育和无形教育两个方面,未成年人生活的家庭环境和父母日常的言行举止会对青少年的认知和行为选择发生潜移默化的影响,这一类是无形的家庭教育。对此,该法第十五条规定,未成年人的父母或者其他监护人及其他家庭成员应当注重家庭建设,培育积极健康的家庭文化,树立和传承优良家风,弘扬中华民族家庭美德,共同构建文明、和睦的家庭关系,为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。父母对未成年人的指引和教导是有形的家庭教育,在有形的家庭教育中容易产生诸如家庭暴力、侵犯隐私权等不当家庭教育行为问题,为此,家庭教育促进法第十六条、第十七条分别对父母或其监护人实施家庭教育的内容和方式作出明文规定,廓清家庭教育行为的法治底线。

国家致力于为未成年人获得良好的家庭教育提供保障和支持,这是由家庭教育的公共性决定的。随着国家亲权观念、公共福利观念和儿童权利最大化观念的兴起,家庭教育已经不再是传统的“家务事”,而是上升到“国事”“大事”“公事”的高度。家庭教育促进法的出台和实施,标志着国家从更高的站位加强对家庭教育行为的规范和约束,同时,也是以更高标准加强对家庭教育的支持和保障力度。该法第七条明确规定,县级以上人民政府应当制定家庭教育工作专项规划,将家庭教育指导服务纳入城乡公共服务体系和政府购买服务目录,将相关经费列入财政预算,鼓励和支持以政府购买服务的方式提供家庭教育指导。除此之外,该部法律还专设“国家支持”一章,分别明确了各级政府部门在开展家庭教育指导工作中的具体职责和义务。与家庭所承担的主体责任相比,国家所承担的责任更具有福利性,承担的是“为家庭教育提供指导、支持和服务”的福利性供给义务。

司法机关负有对不当家庭教育行为进行干预的义务,这是司法本身所具有的救济性决定的。实践中,大量的家庭教育不当行为和侵权行为往往是在司法机关处理案件过程中被发现的。然而,由于司法权具有较强的谦抑性和被动性,这类“发现”对于青少年来说已经是滞后的。因此,需要立法明确赋予司法机关在家庭教育领域强势干预的权力。家庭教育促进法第八条规定,人民法院、人民检察院发挥职能作用,配合同级人民政府及其有关部门建立家庭教育工作联动机制,共同做好家庭教育工作。同时,在第四十九条规定,公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中,发现未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪

行为，或者未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。如今，在司法实践中，已经有不少法院在办理案件过程中针对当事人的家庭教育问题发出家庭教育指导令，从而有效地维护了未成年人合法权益，为家庭教育和未成年人权益维护守住最后的底线。

最后，全面、正确、科学地实施家庭教育还需要社会共同助力。家庭教育促进法对社会这一范围较为广泛的主体课以“为家庭教育提供社会支持”的法律义务，其原因在于，教育行为具有极强的公共性，家庭教育也被认为是具有公共利益性质的社会公共事务，社会主体应当有所作为。社会主体数量多、范围广，例如人民团体、社区、学校、各类企事业单位均可能成为支持家庭教育的主体，此时应强化协同性和不同职能部门之间的分工，社会支持应以各单位的专业技术力量为支撑，加强政府在调动社会资源方面的主导性和能动性，以网格化的协同力量实现共同参与未成年人的家庭教育，为未成年人的健康成长创造良好的社会环境。

监护困境儿童何以为家？

2022-06-14 《瞭望》新闻周刊 瞭望智库

<https://mp.weixin.qq.com/s/FnuKgZ4aA092gfZdUHbREg>

近日，广西壮族自治区南宁市兴宁区检察院支持起诉，将一名事实无人监护儿童的监护权，由其丧失监护能力的外婆变更为兴宁区民政局。

在该案中，儿童的外婆身体状况突然恶化，母亲患有精神残疾，父亲下落不详，外公已经去世，其他亲属均表示不愿意承担监护职责。监护权变更至民政局解决了儿童的监护困境。

有调研发现，近年，由于社会转型背景下人员流动频繁、思想观念多元多变等，导致少数家庭功能逐渐弱化，个别孩子在家庭中长期处于监护缺失状态，一些孩子甚至因监护不当或监护侵害处于危险境地。

将监护权转移至民政部门，被认为是保护监护困境儿童权益的一种兜底性实践。

究竟在什么情况下可以变更监护权？相关司法实践在立法层面如何被明确？民政部门发挥兜底职能的条件是什么？实践中还有哪些需要厘清之处？家庭、政府、社会之间，监护困境儿童何以为家？

记者 | 于雪 魏雨虹《瞭望》新闻周刊

本文转载自微信公众号“瞭望”（ID: OutlookWeekly1981），原文首发于2022年6月12日，原标题为《兜底儿童监护之辨》，首刊于《瞭望》新闻周刊2022年第24期。

1

激活“沉睡”的条款

未成年人监护权转移至民政部门的司法实践，其相关立法近年得到几轮细化、明确，改变了国家兜底儿童监护有法难依的局面。

2014年，最高法、最高检联合公安部、民政部颁布《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（下称《意见》），规定了七种法院可以判决撤销其监护人资格的情形。

北京青少年法律援助与研究中心副主任、全国律协未成年人保护专业委员会主任张雪梅告诉《瞭望》新闻周刊，《意见》出台前，我国一直适用1987年施行的民法通则，其虽然规定了撤销监护人资格制度，

由于缺少细化规定，在实践中成为“沉睡”条款。“《意见》详细说明了监护权转移案件的申请主体、判决情形、判后安置等，激活了民法通则的撤销监护人资格制度，在我国未成年人监护制度改革中具有里程碑意义。”

多位受访专家表示，《意见》属于司法规范性文件，而2015年通过的反家庭暴力法，则从立法层面规定了撤销、转移监护资格类案件的申请主体。2020年通过的民法典、2021年6月实施的新修订的未成年人保护法，进一步在立法上细化了相关规定。

首先是细化列举了申请主体。民法典规定撤销监护权的申请主体包括其他依法具有监护资格的人，以及居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等组织，同时规定这些主体皆未及时申请时，民政部门应当兜底向人民法院申请。

其次，对判后如何安置，民法典也明确民政部门在未成年人监护权转移案件中发挥兜底职能。

中国政法大学未成年人事务治理与法律研究基地副主任苑宁宁告诉记者，在之前的民法通则中，居民委员会、村民委员会履行国家监护职能排序在民政部门之前，而民法典和新修订的未成年人保护法将民政部门排在履行国家监护职能的第一顺位，确立了国家监护制度，增大了国家介入的空间和灵活性，令判后安置的落实有了法律保障。

张雪梅说，从实践层面看，民政部门的保障能力更加充足，强化政府保护确实有利于未成年人更好成长。相比之下，村（居）委会一般缺乏专门能力养育儿童，接收儿童后，往往委托其他机构抚养。民政部门担任监护人后，可以将孩子安排在民政部门下设的未成年人救助保护机构、儿童福利机构等地抚养或进行家庭收养、寄养等。由民政部门来担任监护人，在最终的生活安置上能够给予儿童直接保障，确保其获得有效的国家监护。

多位专家表示，几轮完善后，关于未成年人监护权转移的立法更明确和完善，司法标准更精准。

2

民政部门何时兜底

接下来的问题是，什么条件下，可以撤销监护资格并由民政部门兜底监护。

张雪梅说，此前相关规定比较模糊，导致法院审理难。民法典对此进行细化，规定了撤销的具体情形，包括：

实施严重损害被监护人身心健康的行为；

怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态，以及实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为。

“监护缺失和监护侵害，这是监护权方面的国家介入主要针对的两种情况。”苑宁宁说。

北京大成律师事务所律师黄颖进一步解释说，判定是否应该撤销监护人资格的核心标准，是当前监护是否有利于未成年人。

她举例说，2021年7月，广东省广州市黄埔区人民法院作出判决，将一名患有先天性智力残疾儿童的监护权，由其不具备监护能力的养祖母变更为黄埔区民政局。“该案例中，养祖母年迈多病，很难照顾一个智力残疾、没有自理能力的儿童，让未成年人处于这样的监护下，是不利于其成长的。”黄颖说。

北京市人民检察院第九检察部三级高级检察官田东平告诉记者，相比丧失监护能力撤销监护权，以往的司法实践中，更多是因为监护侵害撤销监护权。在他看来，“广州、南宁两起案件的意义，恰在于明确了由于监护缺失撤销监护权的司法标准”。

受访专家提醒，监护权撤销不等于儿童直接进入民政部门。

据了解，新修订的未成年人保护法规定了在五类情形下，由民政部门履行长期监护职责：

查找不到未成年人的父母或者其他监护人；

监护人死亡或者被宣告死亡且无其他人可以担任监护人；

监护人丧失监护能力且无其他人可以担任监护人；

人民法院判决撤销监护人资格并指定由民政部门担任监护人；

法律规定的其他情形。

而判断有无其他人可以担任监护人，根据民法典，要按照父母，祖父母、外祖父母，成年兄、姐等的顺序对他们进行监护能力排查。

虽然监护权撤销、转移至民政部门的司法标准更加明晰，但在田东平看来，监护权撤销要格外慎重，要坚持按照最有利于未成年人的原则处理。

田东平讲述了自己作为检方经手的一个案例：夫妻吵架，父亲在愤怒情况下，抱住幼孩往地上摔，孩子受伤严重，父亲因此被判刑。检方原考虑以监护侵害为依据撤销该父亲监护权，但在后续综合评估中发现，父亲是家中主要收入来源，其悔改态度明确，心理评估结果过关，于是综合多方因素，最终没有撤销其监护权。

张雪梅说，撤销监护人资格是在多种监护支持、监护干预措施，均已无法有效帮助被监护人摆脱监护困境时采取的非常严厉的措施，必须万不得已才能适用，不能说监护人对孩子有轻微打骂，就要撤销监护人资格，这样做也不利于对未成年人的保护。

“但是，一旦监护人对未成年人进行了严重侵害，比如性侵害，在该撤销的情况下要坚决撤销。”田东平说。

3

监护细节如何衔接

必须注意的是，实践中完成监护权撤销、转移耗费时间较长，需确保儿童不会在此期间受到难以逆转的伤害。

这就需要在制度安排上确保临时监护及时到位。

苑宁宁表示，新修订的未成年人保护法规定了民政部门采取临时监护的具体情形，村（居）委员、民政部门应当对家庭了解备案，根据需要及时介入采取临时监护，避免悲剧发生。

张雪梅说，当监护侵害发生时，或者儿童处于其他监护困境时，需要对儿童进行紧急安置，公安、民政部门此时应密切配合，不能把孩子留在有危险的家庭当中，可以把孩子就近护送到近亲属处，没有近亲属的可通知民政部门临时监护。尤其是孩子有表达能力的，应就护送地点征求孩子意见。

此外，实践中也还存在一些有待优化完善的细节：

第一，家庭监护能力评估标准亟需完善。张雪梅表示，民法典规定了家庭中有监护能力的人按顺序担任监护人，但实践中可能出现祖父母、外祖父母有能力但不愿意担任监护人，并以自己没有能力为由，把抚养孩子的责任从家庭推向政府和社会的情况。在她看来，目前法律尚没有明确如何评估和确认其监护能力，相关责任追究力度也较弱。

第二，异地户籍儿童监护权转移程序有待明确。张雪梅表示，异地户籍儿童临时监护目前可以较好解决，但撤销监护人资格、指定新监护人、享受儿童福利待遇等异地保障仍需完善。“比如去哪里撤销其监护人资格，居住地、户籍所在地相关部门怎么协调，是由本地法院和本地民政部门衔接起诉，还是到户籍地解决等，都需进一步明晰。”

第三，儿童福利综合配套保障有待衔接。张雪梅认为，目前，由民政部门承担临时监护与长期监护职责的孩子，其综合配套保障仍有待继续完善。生活费、教育方面的转学安置、医疗、落户等都存在一定难题，还需要财政、教育、公安等部门根据各自职责配合。特别是临时监护的孩子若户籍不在案发当地，有可能在相关福利保障上还需疏通一些堵点。

4

“儿童不是父母的所有物”

多位受访专家认为，近年关于监护权转移至民政部门的诸多立法完善、司法前进，意在解决当家庭无法为儿童提供监护时，儿童不至于无处可依。实际上，即便国家介入干预家庭监护，最终也是为了帮助家庭完善监护功能。

张雪梅表示，对于很多情节不严重的案件，民政部门会采取临时监护，同时为家庭提供大量社会服务，帮助家庭从儿童教育、经济等方面提升监护能力，保障孩子最终能够回归原生家庭、健康成长。如果儿童监护权要从原生家庭转移至近亲属，对于孩子与近亲属生活、感情联系程度较弱的情况，政府也应注意安排专业人员开展亲情融合、监护指导等。

“只有儿童实在没有办法在家庭中获得监护时，国家才应介入承担其长期监护。还是应该尽量把孩子留在家中。”苑宁宁说。

在苑宁宁看来，相比机构养育，家庭养育在为未成年人提供基本生活保障之外，还提供了促使其完成社会化的情感连接、观念行为养成等支持。

鉴于此，他认为担任监护人的近亲属如有经济困难，国家可发放监护津贴，如有其他困难也可给予支持措施。

同时，多位受访专家也提醒，监护权撤销、转移至民政部门的司法实践表明，儿童监护不完全是私域化、亲属化、自治化的事情。儿童除了是父母的孩子，也是“国家人”和“社会人”，对其监护不能放任家庭自行消化。

“儿童不是父母的所有物，相反父母需对其监护承担责任。”在南京从事儿童保护社会工作的何春兰告诉记者，家庭是最有利于儿童成长的，这个观念的前置条件是家庭功能完善，家庭氛围健康。如果家庭对儿童成长有害，政府和社会须履行保护儿童的义务和职能。

何春兰说，实际帮扶中他们会区别儿童被监护的风险等级。“对于高危困境儿童，比如父母死亡、吸毒、服刑，导致儿童完全无人监护，生存受到威胁，这个时候的干预，政府是优先排序的，民政部门肯定要承担责任。”

在一些不那么危急的情况中，比如儿童处在有精神病人存在的家庭，虽有风险但还没有形成恶劣影响，这时社区帮扶、家庭自我完善是排序在前，社区要日常跟进，看是否能够通过政府或社会的功能补充支持该家庭。

另外，受访专家表示，如何对儿童自身赋权、赋能，同样值得深入研究并付诸行动。这方面，上海在全国首创了儿童权益代表人机制，在父母离婚并涉及儿童抚养权的案件中，由熟悉妇女儿童保护工作的社会力量代表儿童权益参与诉讼，表达儿童诉求。“儿童自身权益不能被忽视，相关探索实践、立法仍然要向前迈步。”张雪梅说。

民政部最新答疑：父母同意也不行！

2022-06-13 全国妇联女性之声

https://mp.weixin.qq.com/s/hejpUosfb0_bcSdt3k4omQ

民政部儿童福利司6月10日答复了网民关于《未成年人文身治理工作办法》的一些疑问，明确表示即使父母同意许可也依然不能提供文身服务，父母自己经营的文身店也不能给自己孩子文身。

网民6月7日在民政部网站留言称，查阅相关资料，似乎在此之前对于未成年人文身行为并未有一个明确的肯定或否定的认定，最近刚出台的《未成年人文身治理工作办法》明确禁止向未成年人提供文身服务。针对此次的明文规定，我有几个疑问：1. 在文身行为上，是否应完全不考虑未成年人自身的主观意愿？2. 取得父母许可后的未成年人要求文身，是否能够被认可？或父母经营文身店，可否给自己未成年子女文身？3. 无法证明被文身的未成年人权益受到侵犯，是否也应当追究文身服务提供者的责任？

民政部儿童福利司6月10日答复称：未成年人是无民事行为能力或者限制民事行为能力的人，文身已明显超出未成年人的理解和理性判断范围，应予以特殊保护、优先保护。《未成年人保护法》第17条规定，父母或其他监护人不得侵犯未成年人身心健康的行为，即使父母同意许可也依然不能提供文身服务。父母自己经营的文身店也不能给自己孩子文身。对文身服务提供者追究责任，要依据不同个案，根据有关办法及程序办理。

不动产登记与未成年人保护！

2022-06-27 原创 张亚楠 中国不动产官微

<https://mp.weixin.qq.com/s/qJMSVeIKuzlFj5SIz25Yhg>

随着社会发展，父母或其他监护人为未成年人购买房屋的做法日益普遍。不动产登记实践中，涉及未成年人的不动产登记，须其监护人代为申请办理。但如果出现未成年人父母离婚而监护人一方不同意处置或拒绝配合等情况，那么即使另一方向不动产登记机构提出申请，登记机构在履行合理审慎义务时，也可能会以“未经数个监护人一致同意”为由不予受理。

本文将从未成年人不动产登记相关规定出发，结合不动产登记实践，本着保护未成年人财产权益的目的，梳理未成年人不动产登记中的法律关系，分析登记机构的审查职责。同时，笔者认为，在受理监护人代为处置未成年人不动产登记申请时，登记机构不应采取“一刀切”的做法，而应该以法定代理人制度为基本原则，结合监护制度的立法目的，允许作为法定代理人的一方监护人处置未成年人不动产。

权利主体和财产归属

《民法典》第3条、第13条分别规定，“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯”“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”。

从以上规定可以看出，自然人从出生起依法享有民事权利，这里的民事权利既有人身权利又有财产权利。财产权利包括不动产物权和动产物权，因此，未成年人是不动产物权即房屋所有权的权利主体。根据法律规定，未成年人依法取得不动产物权后，对该不动产依法享有占有、使用、收益、处分的权利。

登记在未成年人名下的不动产，究竟是属于未成年人的个人财产还是家庭共有财产，理论界存在不同的认识，主要包括个人财产说和家庭财产说。

个人财产说认为,登记在未成年人名下的不动产系未成年人个人的合法财产。根据《民法典》第13条、第14条规定,自然人从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。因此,不论是未成年人还是成年人,都具有民事权利能力。财产权是自然人权利能力的一个重要组成部分,未成年人有获得财产的权利,其虽不能自行获得劳动报酬,但可以通继承、他人赠与等其他合法方式获得财产。父母或其他监护人为未成年子女购买房屋等不动产,经依法申请并登记在未成年人个人名下,系未成年人的个人合法财产。

家庭财产说认为,未成年子女系家庭成员,一般无独立经济来源,日常生活尚需父母供给,且未成年人作为无民事行为能力人或限制民事行为能力人,购房款一般源于父母支付,实际支付购房款来自未成年人家庭的共同财产。因此,即使不动产登记在未成年人名下,也是家庭共有财产的组成部分。此外,我国家庭成员的基础关系决定了未成年子女名下房产的家庭共有属性。除未成年人因继承、奖励、他人赠与、报酬、收益等合法来源获得的财产外,来源于父母支付购房款购买的房屋,应确定为家庭共同财产。

对于以上观点,笔者认为,随着《民法典》的颁布施行,婚姻家庭法一并回归《民法典》体系,仅以“家庭成员”身份关系为由认定财产为家庭共有,与“物权法定”及物权登记的“公示公信原则”不相符合。《民法典》第209条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但是法律另有规定的除外。其第216条、第217条规定,不动产登记簿是物权归属和内容的根据。因此,结合《民法典》不动产物权登记制度,经依法登记的不动产,所有权属于登记簿上记载的权利主体。父母出资购买或他人赠与未成年人的房屋,以未成年人名义办理不动产登记的,应认定为未成年人合法财产,未成年人依法享有不动产完全物权。

未成年人的法定代理人与监护人

未成年人民事行为能力。我国《民法典》对未成年人根据年龄划分为无民事行为能力人和限制民事行为能力人两种。《民法典》第19条规定,8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认。其第20条规定,不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人,由其法定代理人代理实施民事法律行为。民法上民事行为能力制度的直接目的在于确定各类行为能力人的行为法律效力如何。一旦行为人的行为能力不完全,那么其实施的民事法律行为在效力评价上即可能出现瑕疵。因此,未成年人无法独立实施申请办理不动产登记的民事法律行为。

法定代理人与监护人。民事生活无法将无民事行为能力或限制民事行为能力的未成年人完全排除在市场交易的大门之外。因此,民法创设法定代理人制度。法定代理人能够对行为能力欠缺者实施行为的效力进行有效管控,使其避免承受自身无法履行的法律后果,又不会阻断其参与交易的法律通道。无民事行为能力人或限制民事行为能力人则能够借助法定代理人的力量,弥补自身行为能力之不足。根据此项制度,法定代理人代理行为能力欠缺者实施民事法律行为或者允许其实施特定的行为,一方面可以使其参与交易、融入社会生活,另一方面也可以确保其不因能力欠缺而遭受损害或导致他人因此受损。

《民法典》在“自然人”一章中,将监护制度规定在民事主体制度中,其目的是保障未成年人或限制民事行为能力成年人的权益,弥补其民事行为能力的不足。同时,监护制度还要求父母对未成年子女尽到抚养、教育和保护义务,以适当方式、方法管理和教育未成年人,保护未成年人的人身和财产不受侵害等。

《民法典》第23条、第27条和第34条分别规定,“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人”“父母是未成年子女的监护人”“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等”。通过上述规定可以看出,父母是未成年子女的监护人,应履行监护人职责,包括抚养、教育和保护未成年子女等。同时,因监护人履行职责,还会产生相应权利,如为保护被监护人的人身权益而享有医疗方案的同意权,为保护被监护人的财产权益而享有财产的管理和支配权等。当被监护人不能对外独立实施民事法律行为,监护人应依法代理被监护人实施相应行为。

不动产登记实务界和理论界有观点认为未成年人的法定代理人与监护人是同一法律概念，并常将两者混用，导致登记实践中因概念不清存在认识和应用上的偏差。

笔者认为，法定代理人制度是调整代理人与第三人民事法律行为的制度，约束其在“外部”产生的法律效果。当监护人代理被监护人对外与第三人实施民事法律行为，此时的法定代理已将监护人与被监护人视作一个整体。法定代理人制度规范该整体与外部进行民事法律行为而产生的“整体”概念。而监护制度是规范监护人与被监护人“内部”关系的规则，主要是调整监护人与被监护人之间法律关系的制度，是一个“内部”法律关系的概念。虽然《民法典》规定未成年人的法定代理人与监护人在“范围”上重合，但两者在法律含义及法律效果上存在不同。

未成年人不动产登记应由法定代理人代为申请。不动产登记机构在受理未成年人不动产登记业务时，可从法定代理人的角度去判断代为申请登记行为。当监护关系证明材料证明未成年人与监护人之间存在“法定代理关系”，即证明监护人享有法定代理权，可依法代理未成年人从事申请登记的民事法律行为。

一般情况下，父母是未成年人的法定监护人。父母具有抚养、教育和保护未成年子女的法定义务，与未成年子女的关系最为密切，对未成年人的健康成长至关重要。因此，父母无条件地成为未成年人的法定监护人。当父母代未成年人申请办理不动产登记时，是合法的申请主体。而法定代理人资格的审查，主要涉及监护关系证明材料。在父母为监护人时，户口簿、出生医学证明、独生子女证明等是监护关系证明材料。

在父母没有监护能力的情况下，一般会设置其他个人或者组织担任监护人作为补充，以保护未成年人的人身和财产权利。《民法典》第27条规定，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

因此，在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的情况下，祖父母、外祖父母、兄、姐或经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意的其他愿意担任监护人的个人或者组织以及人民法院指定的监护人，均可以成为未成年人的法定监护人。此时，公证监护关系材料、人民法院的法律文书是监护关系证明材料。此种情况下的法定监护人代理未成年人申请不动产登记，不动产登记机构应依法受理。

至于人数，最高人民法院印发的原《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）曾规定，“监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》中也规定，“人民法院依法指定的监护人一般应当是一人，由数人共同担任监护人更有利于保护被监护人利益的，也可以是数人”。可见，监护人可为一人或数人。在法定代理人的确定上，两者范围完全重合，因此法定代理人也可以是一人或数人。故笔者认为，按此精神由监护人代为申请不动产登记的，可以是一个监护人代为申请，也可以是多个同一顺序的监护人代为申请。

处置未成年人不动产的权限

《民法典》第34条明确了监护人的职责，是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。第35条还规定，监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

最有利于被监护人的原则可以理解为，在保护被监护人的人身权利、财产权利和其他合法权益的过程中，要综合各方面的因素进行权衡，选择最有利于被监护人的方案，采取最有利于被监护人的措施，使被监护人的利益最大化。

对于如何认定监护人“为被监护人利益”处置财产，《民法典》条款中并无准确定义，实践中判断监护人处分未成年人房屋是否系为其利益也较为困难。一旦出现争议，当事人陈述的意见大多源于主观，或因涉及利益对象不同而发生变化，较难确认其真实性。对此，笔者认为，与处理被监护人财产的方式相比，将是否以合理价格转化未成年人的财产价值作为保护被监护人利益的判断标准，更为适当。当然，还要充分考虑其效益是否全部由被监护的未成年人享有。

处分不动产的登记申请主体

立法规定。《不动产登记暂行条例实施细则》（以下简称《细则》）第11条规定，因处分不动产而申请登记的，还应当提供为被监护人利益的书面保证。父母之外的监护人处分未成年人不动产的，有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。从该条来看，处分未成年人的不动产，应提供为被监护人利益的书面材料。但这里没有明确，在父母双方作为监护人或存在多个监护人的情况下，是否需要多个监护人一并同意。

理论观点。不少专家学者认为，在数个监护人的情况下，应由数个监护人一致同意才能处置未成年人不动产。理由为，根据《民法典》监护制度的立法初衷，处置未成年人不动产，在父母为监护人或存在多个监护人的情况下，需要父母一致同意或多个监护人一致同意。因此，在签订处置未成年人不动产的买卖合同、代为申请办理不动产转移登记时，均要父母双方或多个监护人一致同意并签字确认。

司法实践。司法审判实践中，监护人出售登记在未成年人名下的房屋，判断该买卖合同效力时，法院则常适用《民法典》“合同编”关于代理行为对合同效力影响的规定。即未成年人的法定代理人代未成年人对外实施民事法律行为时，是否存在违反代理人义务、滥用代理权等导致合同无效的行为。通常情况下，即使父母双方为监护人或有多个监护人存在，一方监护人代理未成年人对外签订的房屋买卖合同应认定为有效法律合同。

不动产登记实践。《重庆市土地房屋权属登记条例》对上述问题进行了明确。其第15条“监护人有人的，应当根据监护约定代为申请，或者由监护人共同代为申请登记”规定，在有数个监护人的情况下应由监护人共同代为申请登记。

在父母等多个监护人的情况下，是否要求共同监护人都在承诺书上签字，各地方立法中或明确或未明确。但登记实践一般采用数个监护人一致同意或到场原则，不论作为父母的监护人是否离婚。其理由均来自监护制度及《意见》第21条的规定，即使夫妻双方离婚，也改变不了他们皆为未成年子女法定监护人的身份。

法定代理人无效处分情形

登记在未成年人名下的不动产，不能转让给法定监护人。根据《民法典》的规定，监护人应当以最有利于被监护人的目的行使监护权。如作为监护人的父母将未成年人名下的房屋过户给自己，在办理不动产登记时即使向不动产登记机构出具了“为了未成年人利益的承诺”，不动产登记机构也不能受理。因为从监护的目的角度理解，将未成年人不动产出售给监护人，从法理上看不是为了未成年人的利益。父母代未成年子女与自己签订房屋买卖合同的行为，与监护制度的法理相悖。从代理权的角度理解，将未成年人名下不动产转让给监护人将会存在“自己代理”的情况，且未成年人无法“同意或追认”自己代理。

登记在监护人名下的不动产，若非被监护人纯获利益，不能赠与未成年人。根据《民法典》的规定，赠与需要受赠人明确作出接受赠与的意思表示。《民法典》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”无民事行为能力人不能作出“接受奖励”“赠与”的意思表示。因此，笔者认为，8周岁以下的未成年人，不管其智力或者意思表示能力如何，一律没有独立实施民事法律行为的能力，即使作出接受的意思表示，也是没有法律效力的，除非其纯获利益。年满8周岁不满18周岁的限制民事行为能力人，可以作出接受赠与的意思表示。但对照《民法典》第145条限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为有效，父母将房屋赠与子女，法律规定受赠方要缴纳契税等费用，不属于纯获利益的民事法律行为，除非监护人明确承担全部税费。

登记在监护人名下的不动产，不能出售给未成年子女。父母将登记在自己名下的房屋出售给未成年子女，同样存在问题。未成年人只能实施纯获利益的民事法律行为。父母将房屋出售给子女，未成年子女要支付对价。支付购房款是一种负担行为，从立法规定上看，未成年人不能独立实施民事法律行为，只能通过法定代理人参与。此外，父母代未成年人与一般第三人交易为民事法律行为，不违反“自愿、平等、等价有偿、诚实信用”原则。但父母代未成年人与自己实施有偿的、互相履行义务的买卖法律行为时，在法律行为中只有一方当事人的意思表示，与《民法典》的基本原则相违背。

现实问题

审查职责。不动产登记工作实践中，特别是在遇到处置未成年人财产的不动产登记申请时，登记机构往往要求作为监护人的父母双方一致同意才能处分未成年人名下不动产。若遇到双方离婚后一方拒不配合或其他滥用监护权的情况，则可能导致为维护被监护人利益而处置财产的目的无法实现。此外，若登记机构需要核实作为监护人的父母购置房产时是否离婚、申请登记时是否离婚、出资购置房产的是一方还是双方等情况，不动产登记的审查压力将大为增加。根据《不动产登记暂行条例》（以下简称《条例》）、《细则》等要求，登记机构履行实质审查职责一般是在初始登记、在建建筑物抵押登记、房屋灭失登记等情形中。而在法律没有明确规定需要实质审查的，不动产登记机构一般以形式审查为主。

内部民事法律关系。如监护人申请处置未成年人不动产时，进行虚假承诺，提供虚假材料，且没有征得其他监护人的同意，笔者认为属于监护人之间的民事法律纠纷。如监护人损害被监护人的利益，应依据《民法典》规定进行处理，包括停止侵害、赔偿损失等。如一方监护人认为其他监护人处置未成年人不动产的行为损害了未成年人利益，应依法通过民事诉讼解决。不动产登记机构可根据人民法院的判决书等依嘱托办理。

不动产登记业务量大，登记工作人员无法对民事主体内部问题一一进行判断。而对法律关系的实质判断以及对权利主体处分不动产权利的实质判断，则属于司法机关的职责。

受理建议

履行合理审慎注意义务。笔者认为，登记机构不审查未成年人名下不动产是否为监护人双方婚姻关系存续期间为其购买，以及是否为婚姻关系存续期间处分或离婚后处分。同样也无须审查其是否为离婚后由抚养子女一方单独出资为未成年子女购置、离婚后拟处分。此外，其是否为离婚后由有监护权但不抚养子女的一方为未成年人购买、离婚后处分等情形，也无须审查。

不动产登记机构合理审慎的注意义务，应视为履行合理审查义务的范围，包括：监护人具有完全民事行为能力，不属于法定的不能履行监护职责的情形；监护人是否存在滥用代理权的行为。尤其应注意，监护人在代理被监护人对外签订房屋买卖合同时，不能存在超越代理权、滥用代理权的行为，如监护人将未成年人名下的房屋以极低的价格出让给第三方，明显损害未成年人的利益。

注重材料形式审查。目前理论和实务界较一致的观点是，登记机构对申请人的申请材料履行形式审查职责。结合处置未成年人财产的情况，监护人是否为了被监护人的利益而处分未成年人的房屋？未成年人有几个监护人，具体监护人是谁？在有多多个监护人时是否必须多个监护人同时在不动产登记申请书上签字申请？为了未成年人利益的书面声明是否必须有多个监护人一致签字？这些问题均涉及复杂的民事法律问题。

不动产登记机构应从形式材料要件方面进行受理审查。《民法典》第212条规定：“登记机构应当履行下列职责：（一）查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；（二）就有关登记事项询问申请人；（三）如实、及时登记有关事项；（四）法律、行政法规规定的其他职责。”这里不动产登记机构审查的重点是“材料”而不是“民事法律关系”；对申请人的询问针对的也应当是登记事项，而不是登记事项所包含的内部民事法律关系。

笔者认为，不动产登记机构严格审查材料的内容包括：第一，申请人应出具身份证明材料，即监护关系证明材料，包括出生医学证明、户口簿、独生子女证明等能证明监护人与被监护人之间存在监护关系的材料。父母之外的监护人处分未成年人不动产的，有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。第二，监护人应出具为了被监护人利益的书面承诺。至于监护人的书面承诺是否切实有利于被监护人，不动产登记机构无法进行实质审查。《细则》规定，监护人应出具为被监护人利益的书面保证。该规定是法律宣示性和提示性程序，可以起到“警示”恶意处分的作用，但难以完全杜绝恶意处分行为的发生。

树立法定代理人思维。《民法典》《条例》《细则》均未明确父母为监护人时，离婚后处置未成年人财产是否需要双方一致同意、共同签字申请并共同签署承诺。如果强制要求，可能反而不利于对被监护人利益的保护。

因此，对待监护人处置未成年人不动产的登记申请，登记机构应该以法定代理人制度为基本原则，结合监护制度的立法目的，在“法定代理人”有权代理被监护人实施民事法律行为且行为符合法定形式要件的情况下，允许一方监护人为法定代理人处置未成年人名下不动产。

依据《民法典》《条例》《细则》的规定，若法定代理人（即监护人）出具了“为未成年人利益处分财产的书面承诺”“监护关系证明材料”等书面申请材料且材料齐全、符合法定要求，法定代理人依法享有代理权且无滥用代理权的情况，不动产登记机构应当依法受理其提出的处分未成年人不动产的申请。

解除“娃娃亲”399对，对婚俗陋习说“不”就对了 | 新京报快评

2022-06-28 原创 李万友 新京报评论

https://mp.weixin.qq.com/s/_J0-5n9YzWMjHw1-7-6ag

据新京报报道，6月23日，四川凉山州布拖县召开的深化移风易俗工作视频调度会显示，截至6月23日，全县上下共签订了2万余份治理高价彩礼、丧事大操大办、农村人居环境脏乱差深化移风易俗工作承诺书；已自愿解除“娃娃亲”399对。

399对“娃娃亲”，这个数据引发了广泛关注。在不少人看来，法律早就明确，公民婚姻自由，但没想到，布拖县竟然还存在“娃娃亲”现象，而且为数不少。好在当地深入开展移风易俗工作，数百对“娃娃亲”自愿解除婚姻，回归婚姻自由，这再好不过，也说明当地移风易俗工作成效显著。

“娃娃亲”是包办婚姻的典型表现，不仅严重束缚当代年轻人婚姻自由，更颠覆下一代爱情婚姻观，影响和危害可想而知。纵观古今中外，这种婚姻形式过早地将两个尚不能作出自主决策的孩子的未来强行捆绑在一起，酿成了无数人间悲剧。因此，现代文明社会体系中对这类婚姻形式是极度排斥的，并以法律的形式予以明确界定，以此保障民众的婚姻自由。

我国《未成年人保护法》规定，未成年人的父母或者其他监护人不得允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约。《民法典》也明确指出，禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。毫无疑问，现代化文明体系内早已容不下“娃娃亲”，法治社会更是如此，对婚俗陋习说“不”就对了。

破除“娃娃亲”是民心所向，更是建设法治社会的必然要求。但不得不承认的是，“娃娃亲”作为一种陋习由来已久，长期以来我国一些偏远地区受经济发展缓慢和当地风俗习惯制约，依旧残存一些传统时代的“娃娃亲”现象，随着文明演化与法治进步，这种现象应该彻底被抛弃了。

此次布拖县在进行相关工作的时候也下了一番功夫。据澎湃新闻报道，当地基层工作人员既当“法治宣传员”又当“情感专家”，个个使出浑身解数，通过列举身边因定“娃娃亲”而引发婚姻破裂的真实案例，晓之以情、动之以理，将“娃娃亲”的积弊对公众做了清晰解释，引导双方签订解约协议。布拖县此次之所以能一次性解除 399 对“娃娃亲”，也是因为前期普法工作做得到位。

此外，当地还通过制定相关规定明确，凡已定“娃娃亲”的，须从本实施意见发布之日起 2 个月内解除婚约关系、退还礼金不得超过原给付的订婚彩礼金。任何人不得迫使未成年人结婚或为未成年人订立婚约，已订立婚约的未成年人由乡（镇）、村（社区）负责调解解除。

在既有法律的基础上，明确相关实施细则，并通过基层工作人员的广泛宣讲，主动作为，这都有利于提升当地民众的法治意识，有效引导破除陋俗，更好地保护未成年人的权益。

我卖掉了我的孩子… | 庭前独角兽

2022-06-29 原创 陈莹 庭前独角兽

<https://mp.weixin.qq.com/s/j7tzmuG2JAPigAmzN8S9lg>

拐卖——一个听起来似乎有些遥远的词汇。

词面上带了一个“卖”字，似乎是为了用公平化的市场交易去混淆本质。但挂在前面的那个不情不愿的“拐”字，已经挑明了一切。

与很多交易不同，拐卖面向的对象，是人。

在法治昌明的今天，当人格权的观念越来越深入人心，它便被文明的疫苗所驱赶，在阳光下逐渐销声匿迹。

但它的阴影依然没有彻底散去。在法庭上接触到一个个鲜活的实例，我们便能愈加清晰地感受到它对社会和家庭造成的巨大伤害。

#1

“我卖掉了自己的孩子”

如果要为拐卖案件的犯罪嫌疑人作一个侧写，你的脑海中会浮现怎么样的形象？

或许，很多人会拿人贩子“梅姨”的形象作为生动的注解：中年女性、眼神里透着一股麻木和冷漠、脸上挂了一丝市侩的笑容。

而眼前的这位被告人，面容稚嫩、今年 19 岁、未婚先孕，怎么看都和拐卖案的嫌疑人搭不上边。

但公安和检察院悉心整理的证据不会骗人，是的，她把刚出生没几天的亲生儿子，卖掉了。

说出来你可能不信，在摄像头遍布的现代社会，拐卖儿童案件中相当一部分被告人，是像她这样的“亲生父母”。他们或因经济压力，或年少无知，或绊于名誉，披着“网络送养”的隐蔽外衣做着拐卖的事。

她的男朋友跟她一般大。得知她怀孕后，干脆消失不见。看着逐渐变大的肚子，自己还是个孩子的她不知如何是好，家里肯定是不能说了，父母知道可能打断她的腿。但如果将小孩生下，自己一人又决计承担不起高昂的抚养费用。

最后，她做出了一个所有可能性中最荒唐的决定。孩子出生后，她在某群里发布：“送月子中 nan 宝补 7 有意私聊。”

很快，就有人联系她。那人说，买家夫妇人到中年，膝下无子，条件优渥，一定会好好待孩子。收了 7 万块“营养费”后，她按约定交出了孩子。

反抗命运？追寻自由？报复前男友？摆脱过去？万千借口，可以说服得了自己一时，却不能说服自己一世。

孩子送走的这段时间，她患上了失眠的毛病。心里不知道为什么，总有些空虚和焦虑，无数次在噩梦中被孩子撕心裂肺的哭声惊醒。

最后，为了要回孩子，她主动报了警。

像她这样迷途知返的父母，只是少数。在更多的案件里，当公安民警顺着线索追溯源头时，孩子的亲生父母会打着送养、为孩子好之类的幌子，振振有词地辩解理由。

但他们不知道、或者说不愿意去细想的是，孩子到了别人的手里，也可能被转卖、被虐待……甚至卖给职业乞讨的团伙，沦为赚钱工具，直到榨干价值。

可以将活生生的孩子看作是商品的人，你永远也无法预测他下一秒的行为底线。

有人说：“一想到为人父母居然不用经过考试，就觉得真是太可怕了。”陌生人的恶意我们尚且可以心安理得的谴责，“自愿”贩卖孩子的“父母”却让我们不禁脊背发凉，打起寒颤。

在生命的繁衍轮回中，孩子没有选择父母的权利，那么为人父母，至少要在身体和心智上做好准备，因为法律不会等待“父母们”长大。

孩子不是父母的商品和私有物品，“给孩子找一个好人家”也不是生而不养的借口，以爱之名逃脱抚养和监护责任，不但是对法律红线的触犯，也是对人性底线的挑战。

#2

“我应该回哪个家？”

经验丰富的打拐警察们内部，有一句口口相传的话：打拐最难的部分，是善后。

拐卖导致的一系列后果，使得无论怎样的选择和处理，都难以避免痛苦和争议，因为这种经年累月的伤害，往往是难以逆转的。

在一场漫长的庭审后，他问承办法官：“他们会坐牢吗？”还没等法官回答，他又问：“如果我请爸妈出谅解书，他们可以少判几年吗？”

就在几个月前，他还是县城里一名普普通通的青年，过着平凡却又安心的日子。家庭虽不算大富大贵，从小也是衣食无忧。父母有求必应，两个姐姐也把他捧在手心。

但是一个电话突然打破了他十几年来平静的生活。电话那头的人说：“我们可能找到你的亲生父母了，你来验个DNA。”“骗子！”他没听对方说完就挂掉了电话。这年头骗子的话术真可笑。

晚上，父母把他单独叫到了小房间，脸色异常难看。他心里咯噔了一下，欲言又止，但还是爸妈先开了口。原来，警察也通知了他们。

在父母的故事里，他是一个被人送养的弃婴，这些年来瞒着他，也是不想他有心理负担。“不管我不是你们亲生的，你们永远是我唯一的父母，既然生父母早年不要我了，现在也不必再来找我。”面对父母的坦白，他一时间难以接受。

失眠几天后，他终究还是去验了DNA。跟结果一起揭开的，还有他的身世真相。“你现在的养父母是从人贩子那买的你。你的亲生父母，这些年找你，大半个中国都跑遍了。”他不知所措的愣住了。

认亲这一天，两张哭到扭曲的脸，紧紧的将自己拥在怀中，他不由自主的退后，差点无法呼吸。

这两张脸如此陌生，且两鬓斑白，看起来比同龄人苍老许多。他想叫一声“爸”和“妈”，声音却哽在了喉咙里。

猝不及防摆在面前的现实问题是，该回哪个家？

乌鸦尚知道反哺，何况是十几年来久蒙养育之“恩”的人，可“他们和人贩子是一伙的”啊。

而自己的亲生父母，已成了“纵使相逢应不识”的陌生人，那一丝骨血上的联系，也早已在时间的冲刷下暗淡无光。

我们很难苛责像他这样的被拐儿童做出的最终选择，这一场伦理上的困局，裹挟着埋在十几年光阴里的分量，足以压垮任何一个人，他们内心的撕裂感，旁人永远也无法体会。

在很多类似的案件中，有的人选择回到生父母的身边，但也有人直接拉黑了生父母的微信。

那些横亘在孩子和家庭之间的心结，远远不是一个简单的认亲仪式可以消弭的。

这场拐卖案，看似有了圆满的结局，却绝不是终点，而是一个新的开始。人贩子为孩子和两个家庭带去的伤痛，可能需要他们用一生的时间去抚平。

#3

“被偷走的时光，谁来归还？”

在拐卖案件中，靴子落地的痛苦固然让人难以承受，但其实还有一种痛苦比之更甚，叫做无望的等候。

一起拐卖案件开庭结束后，旁听席一名中年男子义愤填膺地走上前来，要求严惩被告人。法官和他聊了聊，他说起了自己的故事。

他是一名被拐儿童的父母，也是一个大型寻亲会的组织骨干之一。今天被告人席上的这名人贩子，拐走了他所在寻亲会某位成员的孩子，时隔多年终于落网。虽然自己的孩子还没有找到，但他很替别人高兴，也很想亲眼看看人贩子被法律制裁的现场。

寻亲会里，还有几百个像他们这样的父母。这些奔波在路上的可怜人互相抱团、分享、支撑，艰难走过一个又一个孤独的季节。

他的家里本来是开修车行的，生意还算不错。这些年他一般花上半年在店里，另外的半年就背着包出门去找孩子。随身带厚厚一沓传单，印满了他被拐孩子的照片和信息。

找孩子的这些年，记不清鞋底磨破了几双，背包换了几个。为了节省时间和成本，风餐露宿是常态。一条模棱两可的线索，可能就要跨越成百上千公里的距离核实。

然而多年来收获的，只有一次又一次的失望，还有因着急莽撞被人赶打的累累伤痕。

随着国家打拐力度的加强、技术的进步，寻亲会里的许多人都陆陆续续找回了孩子。

每一次认亲仪式，他和会里的其他父母都会穿着印满孩子信息的衣服，举着寻人启事牌，努力的往镜头前伸伸。

这是曝光的好机会，即使有人说他们蹭热度，他们也要紧跟每一个媒体的镜头。多一次曝光，就多一份关注，就多一点找到孩子的可能。

他不知道还要找多久，也不知道这辈子能不能找得到孩子，但只要还走得动，他就会继续找下去。

孩子两岁那年，因为看管不善被人拐走，他一直内疚至今。只有不停地奔波在路上，他才能感觉到自己是个父亲，才能感觉到对孩子的愧疚被辛苦掩盖了一点点，才能感觉到生活是有盼头的。

他的故事是众多被拐孩子父母的缩影，他们中的大多数人，余生可能会在漫长的寻找和等待、期望又失望的境遇中度过。

对他们来说，每一年都或许不同，但却又极为相似，因为一个周而复始的任务，他们的人生仿佛被按下了暂停键。

“我相信，人贩子们终会受到法律的惩罚，但我们这些人被偷走的时光，谁来还给我们？”故事的最后，他喃喃地说道。而这个问题，谁也无法给他答案。

有人说，拐卖是超越谋杀的罪恶。在刑事法官们看来，这句话并没有错。它造成的，是一幕幕真实的人间悲剧；它为受害者家庭带去的，是一个接一个的无尽噩梦。

正因如此，政府部门打击拐卖犯罪的坚定决心从未动摇。在今年，公安部决定：自3月1日起至12月31日，开展打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动。对于很多受害者家属来说，这是一则备受关注、振奋人心的好消息。

面对拐卖，政府在积极地努力，每个普通公民其实也可以做得更多。小到宣传危害，大到提供线索，个人一个小小的义举，或许可以直接挽救他人濒临毁灭的人生。

最后，愿天下所有失散的亲人都能平安团聚，愿天下无拐的美好愿景，能够早日化作现实。

大连中院召开“未成年人司法保护工作”新闻发布会

2022-06-29 大连市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/eBRpSNdPOB_52nPN6cI1fg

“我宣布，携手护青苗——涉案未成年人家庭教育指导中心正式成立！”6月29日，大连甘井子法院联合六家单位举行涉案未成年人家庭教育指导中心揭牌仪式，这是大连两级法院护航未成年人成长，推进未成年人审判工作高质量发展的又一有力举措。

据悉，为加强新时代未成年人审判工作，完善未成年人司法保护机制，推进少年审判专业化、队伍职业化建设，6月29日，大连中院专门组织召开“未成年人司法保护工作”新闻发布会，发布2019年以来全市法院涉未成年人案件审判情况，通报了未成年人司法保护工作经验做法及下一步工作举措。西岗法院、甘井子法院分别介绍了未成年人司法保护工作情况。

数据显示，2019年以来，全市涉未成年人刑事犯罪案件数量、犯罪人数呈持续下降态势，全市两级法院共审结未成年人刑事犯罪案件96件，犯罪人数共147人；共审理侵害未成年人犯罪案件194件，被害人人数217人；共审理未成年人民事案件4478件，其中抚养纠纷案件数量最多。

据大连中院审判委员会专职委员刘晓燕介绍，近年来，全市两级法院高度重视涉未成年人案件审理工作，依法打击侵害未成年人的各类犯罪行为，充分贯彻《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》以及《民法典》《刑法修正案（十一）》中关于审理未成年人案件的特殊规定，创新未成年人诉讼保护机制，坚持未成年人利益最大化原则，全阶段、全覆盖贯彻对未成年人犯罪“教育、感化、挽救”方针和“教育为主、惩罚为辅”原则，加强全市法院未成年人审判组织建设，把握专业化发展方向，坚持惩治与帮教并举，注重未成年人犯罪案件回访帮扶，建立公、检、法、司与教育主管部门、学校、家庭协作配合、齐抓共管一体化工作机制，确保未成年人得到特殊、优先、全程、全面保护。截至目前，全市两级法院全部挂牌成立了少年法庭，打造了未成年人司法保护的“大连品牌”。

在做好案件审理和队伍建设的同时，全市两级法院还通过举办主题开放日活动、专题讲座、座谈会、观摩庭审、普法进校园等多种形式，开展未成年人保护法治宣讲工作，增强未成年人自我保护的意识和能力。

据了解，下一步，全市法院将继续深入学习贯彻习近平总书记关于加强未成年人保护工作的重要批示指示精神，大力推进未成年人审判专业化发展方向，进一步强化队伍建设，完善机制建设，提升未成年人案件办理的效果。坚持预防为先的司法理念，有针对性常态化开展未成年人法治宣讲活动，增加法治宣传的频度、广度和深度，确保法治宣传和教育预防的成效。进一步加强与公安、检察院和司法行政机关等部门的沟通联络，深化与民政、妇联、教育、学校等职能部门的合作，完善未成年人保护工作体系。积极借鉴经验做法，完善“警示+预防”为主的审前防御机制和“帮教+救助”为主的判后保护机制，构筑防护性审判模式，为未成年人健康成长提供坚实的司法保障。

如果你未来的孩子是畸形儿，你选择堕胎还是生下来？

2022-06-30 原创 肉做的铁 秦兽

https://mp.weixin.qq.com/s/_yrte87BYzj2Ag6PYz1PzQ

因为很多人问我对美国反堕胎事件的看法，就简单做了个表态，但是没想到这个表态捅了马蜂窝。

留言区和后台以及私聊强烈支持我和愤怒骂我的人同样多，但是这篇文章的点赞和转发率都非常低。

我是这样分析的：中国是全球第一生育大国，也是“传宗接代”文化最浓厚的国家，无论男人女人，尤其是（多数）男人，对于生孩子这件事是乐此不疲并当做人生目标来努力践行的，而且非常重要的一点是中国男人知道只要孩子出生，今后绝大部分带孩子的重担都是由妈妈来完成的，自己主要负责挣钱就行了（有的甚至连挣钱都不好好挣）。

所以多数中国男人是反对堕胎的，但他们打着的旗号是尊重生命而非传宗接代，其实看看多数人在那么多不尊重生命的热点事件中的表现你就知道他们有多么虚伪——车轮下的孩子都视而不见，却关心起美国女性肚子里没出生的孩子的生命来了？

美国自由派和保守派在堕胎事件上的分歧说到底是党派之争将堕胎事件政治化之后的结果，而美国民间在堕胎事件上的对立是宗教因素在起作用。

所以中国人反堕胎和美国人反堕胎的内因其实完全不同。

接下来简单说说几个重要概念和节点事件。

今天留言区很多自以为聪明的人说美国联邦最高法院并没有反对堕胎，只是把是否允许堕胎的立法权还给了各州。

这样说的人非常多，我没精力一一回应，只回应了一个人，我打了一个不太恰当但很形象具体的比方：这样做等于是把羊群交给狼来管理。

为什么这样说呢？我们看下面这张图。

从上图我们可以看到，在 2000 年的时候，美国支持堕胎和敌视堕胎的州基本旗鼓相当，但是到了 2020 年，非常敌视、深度敌视和倾向敌视堕胎的州，已经占据了绝对优势，这个时候联邦最高法院把是否支持堕胎的立法权交给各州，你说是不是把羊交给狼保管？

美国是宗教立国的国家，反对堕胎的民众一般是保守派，他们大多信仰天主教或者新教，是宗教的狂热支持者。在他们看来，只要形成了受精卵，就已经是生命的开始，而生命是神所赐予的，堕胎等于杀害生命，除了神，没有任何人有杀人的权力。所以美国有久远的反堕胎传统和法律，但这些反堕胎的法律都是在女性没有参政权的情况下制定的，也就是说制订这些法律的男性并没有考虑过女性的权益。

还有一点，教徒可以认为生命是神迹，但是不信教的人可以认为生命只是最正常不过的生理现象，那么反对堕胎的人凭什么把你对生命的理解强加到他人头上？

美国人引以为豪的一句话是起源于北美最早的 13 个殖民地的那句口号——“无代表不纳税”：在英国议会里连我们北美的直接代表都没有，这等于剥夺了我们作为英国公民的权利，那我们凭什么给女王纳税？

但是轮到美国自己立国后，硬是在没有女性代表参政的情况下制订了关乎女性最重要权益的反堕胎法。

因此，反堕胎的法律从诞生之日起就不是一项具有平等基础和法治精神的法律。

套用今天很流行的一句话叫做“恶法非法”，不知道那些反对堕胎的人敢不敢承认一个事实：即使是在今天，禁止堕胎的法令也依然是在男性主导下制订的。

美国有非常多的值得学习的地方，但是这次下放反堕胎的立法权，我看不值得学习——我们要宪法的目的是保护人类最基本的那些权力，这些权力不可以被任何人、任何组织、任何法律剥夺，即使是民主，也不可以成为多数人的暴政。

我们从阿利托整整 98 页的文档中没有看到堕胎是不是杀人的讨论，也没有看到生命应该从哪个时期开始算起，我们只看到了他说最高法不想管这件事……

美国只有 200 多年的历史，女性合法堕胎已经有 50 年的历史，阿利托居然说“这不是根植在我们的历史传统里的”，荒唐而不负责任！

最高法对涉及女性公民生命健康和宪法被架空的事情说“我们不想管”，这本身足以说明最高法这次将堕胎立法权下放各州是对联邦宪法的背叛。

1969 年德克萨斯州一名化名 Jane Roe 的女性（真名 Norma Mc Corvey）因为性伴侣的抛弃而不想生下第三个胎儿，寻求堕胎，但因德克萨斯州实施严格的反堕胎法，她又没钱去其他州堕胎，所以起诉了州政府检察官亨利·韦德（Herry Wade），这就是美国反堕胎历史上具有里程碑意义的罗伊诉韦德案，简称罗伊案。

德克萨斯州政府严厉指控罗伊涉嫌谋杀本州公民，联邦最高法院原因联邦宪法第十四条的规定认为堕胎权是女性的隐私权，应该得到保护，同时指出堕胎权应该在保护妇女和产前生命之间进行平衡，最高法院给出的平衡方案以三个月为期限，在头三个月里，各州政府在不得对堕胎进行任何监督，但女性的堕胎必须由有执照的医生进行。

最高法院并指出堕胎权是“基本权利”，受宪法保护，这意味着各州在监督堕胎这件事上只能根据最高级别的“严格审查”（Strict scrutiny）来执行。

罗伊案的最终结果是最高法院否定了德州的指控，于 1973 年 1 月以 7:2 票的多数意见支持罗伊。

划重点：

联邦最高法院认为，由于胚胎/胎儿的医学、道德和法律地位并没有一个准确的定义，州政府不能简单武断地采用一种生命理论——即胚胎/胎儿的生命始于受孕之时——作为限制妇女堕胎权的根据。

我们经常说美国是一个开放的国度，但那只是和同时期的中国的横向比较，如果研究美国自己的历史，做一个纵向比较就会发现立国之初的美国其实也是很保守的——直到 20 世纪中后叶，因为宗教习俗和男权势力的强大，堕胎都被视为是一种罪行，但是对这种罪行的制造者——男性，却完全没有受到任何指责，不用担负任何法律责任，女性的子宫，女性的身体，都由男人说了算。

随着科学的发展推动观念的进步，以及药物对孕妇和胎儿有致残的影响，还有性犯罪率的上升，以及因为严苛的堕胎禁令导致很多非法堕胎诊所的医疗事故率大幅上升，越来越多的人要求放松对堕胎的限制，以此来保护妇女的健康，一些州开始放宽对堕胎的限制。

一方面是堕胎引发的女性健康危机，以及因为女性社会地位提高而带来的对堕胎权的争取和呼声日益高涨，另一方面则因为围绕堕胎和堕胎权形成的宗教、道德、法律和文化的冲突越来越强烈，造成美国社会的不稳定，已经上升为棘手的政治问题，联邦最高法院为了解决这些矛盾，平衡各种群体之间的诉求，有必要做出一个有权威性的判例，为女性提供更多的保护。

罗伊案正是这一努力的结果。

最高法院的这一判决推翻了美国当时 45 个州的堕胎禁令，使得堕胎在大多数州成为合法，该案是美国确定女性合法拥有堕胎权的历史性判例。

但是现在，今年 6 月 24 日，美国联邦最高法院在多布斯诉杰克逊妇女健康组织一案中以 6:3 的表决推翻了罗伊诉韦德案的判决，造成这一判决的根本原因在于：目前在联邦最高法院 9 名大法官中，有 6 人（罗伯茨、托马斯、阿利托、戈萨奇、卡瓦诺、巴内特）是共和党人总统提名的大法官，在堕胎权问题上，持“保守派”的立场（主张推翻罗伊案），其余 3 人（布雷耶、索托迈耶尔、卡根）是民主党人提名的大法官，在堕胎权问题上，持“自由派”立场，主张维护女性的堕胎权。所以，保守派大法官们构成了一个 6:3 的“超级多数”（supermajority），足以推翻罗伊案。

在全美多数州都不同程度敌视堕胎权的前提下，联邦最高法院说：你们今后不用参考罗伊案了，允许不允许堕胎你们各州政府自己说了算。

这算不算“把羊交给狼保管”？或者是“坐在熊皮上审判熊”？

美国最高法的这一判决在全世界都引发了轩然大波，尤其是在欧洲，际特赦组织的格兰尼·塔格特（Grainne Taggart）表示，这是一个“可耻的决定”，著名的医学杂志《柳叶刀》最新一期的封面文章则是：你无法终止堕胎，你只是在终止安全堕胎”。联合国人权事务高级专员米歇尔·巴切莱以及英法加等国首脑均予以谴责，认为美国此举是“巨大倒退”。

上图：《柳叶刀》：“如果美国最高法院确认其决议草案，女性将会死亡，投票否决罗伊案的大法官们不会成功终止堕胎，他们只会成功终止安全堕胎。阿利托和他的支持者手上会沾满女性的鲜血。”

在过去的二十年中，全世界已经有 50 多个国家放宽了堕胎的相关法令。

说完了罗伊案，我们再讨论一下胚胎/胎儿到底有没有生命权的问题。

我的观点是：无论胚胎还是胎儿，都有生命，但是能不能算作生命体，可能在不同的群体里有不同的划分标准。

我觉得不要说有了心跳，即使是从胚胎开始发育的那一刻算起，就可以视为一个新的生命正在成长，它理应得到赋予它生命的人的呵护。

呵护自己的后代和基因，几乎是所有生物的本能，但是当生存环境不利于后代生存或者由于自己缺乏养育能力的时候，生物有没有终止妊娠或者吃掉自己后代的可能？

答案是肯定的，因为在自然界这样的例子有很多，但是人类不同于其他生物，我们有道德、法律、利益、意识形态等诸多人类发明、创建出来的各种东西和我们自身的情感来规范、约束我们的行为。

所以人类不能像其他动物那样随意遗弃甚至杀死自己的后代——这种“不能”既有自身的情感因素，也有外界强加给个体的。

人类不能抚养自己的后代有很多具体的原因，不一而足，从贫穷、疾病、胎儿畸形到战争、瘟疫、被强奸……各种我们难以想象的原因都有，这些孩子出生后的命运从我们现在的环境就可以得到展望：多数穷人的孩子，多数山区的孩子，多数身有残疾或者遗传病的孩子，他们的未来会怎样？

他们一旦出生，我们就应该尊重他们，爱惜他们，但是在他们没出生的时候，我觉得还是把选择权交给他们的父母比较好：毕竟，将来承受他们命运的是他们的父母和他们自己，而不是我们这些看客。

写到这里我很想反问那些反对堕胎的人一句话：

如果医学检测确诊你未来的孩子是个畸形儿，你会选择堕胎还是生下来？

通过最近几天的调查我发现：凡是反对堕胎的，基本上都是经济条件比较好的人，或者自己已经有了孩子的人，而支持堕胎的人，无一例外都是条件不太好或者对环境很失望的人。

最让我感到奇葩的是，有的人我明明知道他曾经让自己的女人堕胎，甚至不止一次，却跑到留言区义正辞严的说要爱惜生命……

人类历史上生存最艰难的时期曾发生“易子而食”的惨剧，为了自己的生存成年人吃掉他人的孩子，前提是把自己的孩子交换给对方做为食物，这比之堕胎，又是何等的残酷？但是我们似乎都原谅了这些事，我确信如果今后还有类似的艰难时刻的话，这样的惨剧还会发生，那么人们为什么能接受“易子而食”却不能接受堕胎？

美国人不接受是因为宗教因素，那中国人不接受是为什么？我觉得是不是可以这样设想：艰难时期易子而食是为了让自己活下去，和平时期反对堕胎是为了传宗接代？

话就说到这里吧，再延伸到潜意识深处的东西，我自己也写不下去了。

结语

连同最近的反堕胎事件，我也在反思自己的思想。

我是带有保守主义倾向的自由主义者，我的内核是自由主义，但我又不是绝对的、极端的自由主义——相较于“我有做什么的自由”，我更在意“我有没有不做什么的自由？”

我也是一个环保主义者和爱惜生命的人，我不穿皮鞋，不背皮包，爱惜除了蚊子苍蝇、蟑螂蛆虫、以及恶狗以外的诸多生灵，连办公室飞进来一只蛾子我都会想办法把它放出去而不是拍死，但是我吃肉，而且我反对极端环保主义——要想做到彻底环保，人类必须全部灭绝，别无出路——不吃动物是因为动物有生命，难道植物没有生命？难道我们呼吸的空气里没有微生物？难道你走路不会踩死蚂蚁？难道你呼吸不吐出二氧化碳污染环境？

环保没错，爱惜动物没错，但是如果到了因为爱惜这种生命就必须伤害另外一种生命的地步，那么这种“环保”的意义何在？

再回到反对堕胎这件事上说我的观点和立场：从珍惜生命的一贯立场出发，我反对堕胎（abortion），从尊重自由权利的角度出发，我尊重他人的堕胎权（the right to an abortion）。

而且我不认为自己这个观点自相矛盾——前者是我作为自然人的悲悯情怀，后者是我作为社会人的权利意识。

美国是宗教立国的国家，但是治理国家靠的是法律和行政手段，宗教凝聚了美国的民心，但治理国家是否要靠宗教的影响力，我想伊朗、塔利班也许可以提供先例。

最后给那些昨天不友好的留言者提个问题：你爱惜生命，你满怀爱心，连人类胚胎都爱，我很佩服，但是你能感知胚胎的痛苦却不能感知那些女性的痛苦？

十五岁的少年能设立慈善信托，八岁的呢？

2022-06-30 原创 inlawwetrust InlawweTrust
<https://mp.weixin.qq.com/s/z0R3f7kxcWu-y0w80zfI0A>

1.

财富的传承不单单是物质财富的传承，最核心、也是最艰难的是价值观的传承，是对年轻一代人格的养成。仅仅拥有巨额财富的人不过是土豪而已，很难长久传承下去。教育不仅以知识增进为目的，重要的是丰富人的人格。慈善事业在财富传承、人格培养方面的巨大功能应引起我们的关注。

2022年6月27日，“中诚信托2022诚善·凯德盛世助学慈善信托”完成备案。此慈善信托的委托人是一名15岁的中学生，深受“慈善家风”的影响，在多次慈善志愿活动中萌生了用历年积累的压岁钱做慈善的想法，并得到了父母的鼓励和支持。“凯德盛世助学慈善信托”用于帮助家庭困难的学生完成学业，并委托中诚信托担任受托人。

据相关信托公司的文宣称，这“标志着国内首单由未成年人作为委托人设立的慈善信托正式落地，实现了我国慈善信托领域的又一创新突破”。

2.

这里的核心法律问题是，未成年人能否作为委托人设立慈善信托？

就未成年人能否以个人财产设立慈善信托，需要对《信托法》和《民法典》的相关条文做出解释。

《民法典》第19条的规定：“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为”。

八周岁以上的未成年人从事慈善信托设立这种法律行为，可以通过其法定代理人同意或者追认的方式实施。

本件中，委托人已经十五岁，在得到其监护人同意或追认的条件下设立慈善信托并无问题。

3.

一个有趣的延伸问题是：八周岁以下的未成年人无法从事法律行为，其财产事务完全由其监护人决定。此时，能否在得到其监护人的许可后设立慈善信托呢？

根据《民法典》第35条：“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿”。监护人对未成年人的财产具有管理的职权，可以设立以未成年人自身作为受益人的私益信托，不过这种私益信托不可以为受益人以外的人输送利益，否则不能算是“最有利于未成年人”，监护人违背监护职责。据此得出监护人不能以未成年人的财产设立慈善信托的结论似乎是合乎逻辑的。

但是，如果把捐出财产从事慈善事业作为对未成年人教养的一部分，拿出未成年人的巨额财产中较少一部分设立慈善信托，似乎亦无问题。

五、典型案例

拒执罪案例：故意藏匿女儿，导致涉抚养权判决、裁定无法执行

2022-05-04 强制执行实务指导

https://mp.weixin.qq.com/s/Kq7dWi_OTwTHx8OPx713UQ

故意藏匿女儿，导致涉抚养权判决、裁定无法执行

——黄某涉嫌拒不执行判决、裁定案

要点提示

被执行人故意藏匿女儿，导致涉抚养权的判决、裁定无法执行，法院通过移送拒执手段，促使被执行人及时履行判决确定的特定行为，案件最终得以顺利执行完毕。

基本案情

申请人陈某和被执行人黄某同居期间生下女儿，两人感情不和后，黄某强行带走 6 个月大的女儿。陈某多次沟通仍然无法见到女儿，遂向法院提起诉讼，2020 年 4 月 16 日，法院作出民事判决，判令女儿自 2020 年 5 月起跟随陈某生活。判决生效后，黄某拒绝履行，陈某向法院申请执行。

案件执行过程中，执行法官向黄某发出执行通知书，后又与其进行多次执行谈话，黄某仍拒绝履行义务。执行法官先后对其采取列入失信被执行人名单、两次罚款（共计 11 万元）、上门搜查等强制措施，但黄某依旧拒不履行判决，甚至将执行法官的联系方式全部拉黑，并有意藏匿女儿。

考虑到黄某拒不履行态度恶劣、情节严重，办案部门认为应以拒不执行判决、裁定罪移送公安机关，通过追究刑事责任的震慑力促进案件执行，让孩子回到母亲身边。在得知案件材料移送公安机关，自己的行为将可能面临刑事处罚的情况下，黄某主动联系申请人，并将女儿交还，案件得以顺利执行完毕。

典型意义

本案属于行为执行案件，执行标的涉及未成年人抚养权，不宜也不能直接强制执行。法院以谦抑原则为指导的同时，坚持执行工作的强制性，通过审慎适用包括追究刑事责任在内的多种手段督促被执行人履行义务，追究刑事责任具有强大威慑力，对被执行人形成明显压力，从而迫使其履行。案件的顺利执行，既保障了申请人胜诉权益，有利于未成年人健康成长，又彰显了人民法院维护司法权威的坚定决心。

敦促拐卖妇女儿童相关犯罪嫌疑人投案自首

2022-05-05 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/05/content_216534.htm?div=-1

本报讯（记者 孙 航）为深入推进全国打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动，依法严厉打击拐卖妇女、儿童犯罪活动，切实维护广大妇女儿童合法权益，最高人民法院、最高人民检察院、公安部近日联合发布《关于敦促拐卖妇女儿童相关犯罪嫌疑人投案自首的通告》（全文见二版）。

通告指出，实施或者参与拐卖妇女、儿童，收买被拐卖的妇女、儿童以及关联犯罪行为的犯罪嫌疑人，自本通告发布之日起至 2022 年 6 月 30 日前自动投案，如实供述自己罪行的，可以依法从轻或者减轻处罚；

犯罪较轻的，可以依法免除处罚。在规定期限内拒不投案自首，继续实施拐卖妇女、儿童相关犯罪活动的，将依法从严惩处。犯罪嫌疑人要认清形势，尽快投案自首，争取从宽处理。

通告指出，对于窝藏、包庇拐卖妇女、儿童的犯罪人员，帮助转移、藏匿被拐卖妇女、儿童，或者为拐卖妇女、儿童犯罪提供出具虚假结婚证明、虚假亲子鉴定、虚假出生医学证明等帮助的，将依法严厉打击。对聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童的，依法追究刑事责任。鼓励个人和有关组织积极举报、控告拐卖妇女、儿童犯罪，规劝在逃犯罪嫌疑人投案自首。对举报人、控告人及其他有关证人，司法机关依法予以保护。对威胁、报复举报人、控告人，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

电视说法 | 父母分开后 不满 2 岁的孩子该跟谁？

2022-05-05 天津市南开区人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/An5H9PY1BuaV40-HU4dAg>

对于一个家庭而言，孩子的出生往往意味着幸福和希望。然而父母未登记结婚便生育子女，孩子出生后二人感情破裂，无法继续一起生活，孩子一直由父亲抚养，不满 2 周岁时母亲起诉要求变更抚养关系，同时要求对方每月支付 2000 元抚养费，孩子的抚养权该何去何从呢？

南开法院民一庭副庭长迟雪涛：依据民法典第一千零七十一条的规定，非婚生子女和婚生子女享有同等权利。依据民法典第一千零八十四条的规定，对于不满两周岁的子女，一般由母亲抚养。但是本案的特殊性在于母亲一方在具有抚养能力的情况下，拒绝抚养，因此在其起诉变更抚养关系时，法院没有支持她的诉讼请求，而是判决孩子由父亲抚养，由母亲每月支付抚养费 1000 元，直至孩子年满 18 周岁为止。

《中华人民共和国民法典》

第一千零七十一条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。

第一千零八十四条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年人子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

长沙一男子离婚后以不正当手段争夺孩子抚养权，法院这样判！

2022-05-10 湖南高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/rrhfKnvsJxDbvW-h0yjfRQ>

张山（化名）是长沙一家音响店老板，2011 年 11 月，他与某学校在编教师李诗（化名）登记结婚，并于 2013 年 3 月生育一子张小小。婚后一段时间，两人感情不和分居，自 2019 年上半年两人分居开始，张山开始人为地阻隔母子见面。

2021 年 2 月，两人经法院判决离婚。考虑到女方工作时间固定，更有精力抚养孩子，法院判决张小小由李诗抚养。判决生效后，张山却不履行，一直将儿子带在自己身边。2021 年 4 月，张小小满 8 岁，张山向法院起诉要求变更抚养权，而孩子也表示愿意跟父亲共同生活。

依照新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》，离婚案件中，涉及未成年子女抚养问题的，应当尊重已满八周岁未成年子女的真实意愿，根据双方具体情况，按照最有利于未成年子女的原则依法处理。

既然张小小表明了跟父亲共同生活的意愿，法院会支持张山变更抚养权的诉求吗？

法院判决

一审法院认为，2019年上半年起，张小小实际跟随张山共同生活。张小小年满8周岁，亦明确表示愿意跟随父亲共同生活。结合张山的抚养能力、张小小的生活现状及意愿，对其主张变更张小小抚养关系的诉讼请求，依法予以支持。对此判决，李诗不服，遂向长沙市中级人民法院提起诉讼。

长沙市中级人民法院审理认为，在《中华人民共和国民法典》和新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》中，均规定了“已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力”，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。该款规定变更限制民事行为能力未成年人的抚养关系需尊重未成年人真实意愿，目的是为更好保护未成年人的合法权益。而所谓真实意愿，应指未成年人在不受外界或第三人干扰情况下作出的真实意思表示。

本案中，张山无视法院生效判决，导致孩子母亲无法抚养张小小，阻断了孩子与母亲正常的生活联络和情感交流，干扰了年龄尚幼、心智尚未成熟的孩子思想。张小小的表述是在长期无法与母亲相处、亲近的情况下作出，张小小对母亲处于不正常、不充分的认知中，不足以作为决定孩子抚养权归属的唯一依据，且这种不充分认知状态，是因张山拒不履行生效判决的违法行为造成，因此张山不应从其违法行为导致的结果中获益。

综上，二审法院对张山要求变更抚养权的主张不予支持，驳回其全部诉讼请求。

带外孙女9年，岳父岳母起诉女婿索要抚养费18万元，法院这样判……

2022-05-13 方圆

https://mp.weixin.qq.com/s/uSkHMoKuLU0gF_TYgIFWRw

案情回顾

年近古稀的陈某和夏某，本应在家安度晚年，享受天伦之乐，可没想到，2012年，癌症夺走了独女夏某珍的生命，只留下10个月大的外孙女。

考虑到女婿姜某在外地工作，见不得外孙女受苦的陈某和夏某，便将外孙女接到自己身边抚养，却没想到，姜某自此当起了“甩手掌柜”，除了一开始的时候给了点生活费，之后几乎没有出过钱，也几乎没有来看过孩子。

随着外孙女的长大，生活费和教育费的开支也越来越多，两位老人与姜某多次沟通未果。2020年4月，姜某回到衢州工作，陈某和夏某再次与其沟通依旧未果。

无奈之下，这对老夫妻向浙江省衢州市柯城区法院提起诉讼，要求女婿姜某支付自2012年10月至2021年10月的孩子抚养费合计18万元。

庭审中，姜某辩称，他支付过抚养费，也并没有不闻不问，况且陈某和夏某是自愿抚养孩子，相应费用也是他们自愿出的。

法院判决

柯城区法院审理后认为，根据民法典的规定，父母对子女负有抚养义务，有负担能力的外祖父母，对于父母无力抚养的未成年外孙子女，才有抚养的义务。

本案中被告姜某具有抚养子女的能力，为被告抚养女儿并非两原告的法定义务。被告的女儿姜某某长期由两原告直接抚养，原告为此要求被告支付相应的抚养费，具有事实与法律依据。

关于抚养费的数额，根据双方当事人在庭审中的陈述，可以认定大部分抚养费由两原告负担，但也不能排除被告承担部分费用的可能。对原告的诉请，柯城区法院酌情参照2012年至2020年浙江省农村常住居民人均生活消费支出的70%左右确定为10.5万元。

经多次组织调解，双方无法达成一致，柯城区法院遂综合全案考虑，判决被告姜某支付原告陈某、夏某抚养费10.5万元，并驳回了原告陈某、夏某的其他诉讼请求。上述判决双方均未上诉，现已生效。

法官说法

“哀哀父母，生我劬劳”。在我国大多数家庭中，老人不仅养育了一代人，还帮他们养育下一代人。然而抚养未成年人子女系为人父母的法定义务，并不是祖父母、外祖父母的法定义务。只有当父母均已死亡或无力抚养时，有负担能力的祖父母、外祖父母才有抚养未成年外孙子女的义务。

本案原告起诉的“带孙费”并不是照看孩子的辛苦费、劳务费，而是要求被告支付其垫付的抚养费。原告陈某、夏某抚养未成年的外孙女，彰显了家庭亲情、人伦道德；但被告作为未成年子女的父亲，在妻子去世后更应尽到抚养义务，多陪伴和照顾孩子，给孩子一个健康的成长环境。

诚然，当代年轻人为生活打拼，没有时间看娃，这时父母就成为了看娃的放心“保姆”。老人养我们长大，又要养我们的下一代，他们从不求回报，帮忙带娃是基于对子女及孙辈无私的爱，却不该是理所应当的事。

为人父母应当传承这份无私奉献的善良并常怀感恩之心，多一些陪伴、问候，积极履行自己的抚养义务，而不是揣着明白装糊涂，理直气壮地“啃老”，别让老人出钱出力又寒心。

“并不容易”的监护权变更：无力抚养，奶奶将孙子交给民政局

2022-05-14 原创 冯皓辰 南方周末

<https://mp.weixin.qq.com/s/GsKcbLaMWqzPe-Tsba9QZQ>

全文共 4217 字，阅读大约需要 10 分钟

“吴兴案”是民法典与新修订的未成年人保护法实施后，广东省首例以判决形式确定民政部门担任监护人的案件。2022年2月，最高法发布第一批贯彻实施民法典的典型案例，此案排在第一。

监护权的转移，将不可避免地牵涉到财产继承权的变更。亲属们都表示，只要吴兴能够在一个更好的环境中健康成长，愿意因变更监护权放弃连带的其他权利。

本文首发于南方周末 未经授权 不得转载

文 | 南方周末记者 冯皓辰

责任编辑 | 苏有鹏 钱昊平。

2021 年 8 月 6 日，一个雨天，陈玉香将自己唯一的孙子吴兴，送到了广州市儿童福利院。

患有先天性智力残疾的吴兴出生于 2010 年。两岁的时候，吴兴被过继给姨父和姨妈，姨父就是陈玉香的儿子。

2012 年之后，吴兴养父母先后因病去世，照料吴兴的重担，落在了养祖母陈玉香的肩上。

陈玉香年迈多病，2018 年起，她多次找到广州市黄埔区长洲街道和黄埔区民政局，希望能将吴兴送往儿童福利机构养育，并把监护权转移到民政部门。

因缺乏经验借鉴，案件推进十分不易。2021 年 7 月，黄埔区人民法院作出判决，鉴于陈玉香已不适宜继续承担吴兴的监护职责，而其他亲属同样不具备监护能力，故将吴兴的监护人变更为黄埔区民政局。

案件主审法官李德军介绍，“吴兴案”是民法典与新修订的未成年人保护法实施后，广东省首例以判决形式确定民政部门担任监护人的案件。2022 年 2 月，最高法发布第一批贯彻实施民法典的典型案例，此案排在第一。

此前，各地已有不少将监护权转移至民政局的判决，但与吴兴的情况不同，这些判例中的儿童往往受到来自亲属的人身侵害。

上海市法学会未成年人法研究会副秘书长田相夏认为，“吴兴案的宣判意味着，国家更加尊重、保护孩子根本利益，让他们能在一个更加健康的环境中成长。”

1

无力照料

对于陈玉香而言，将孙子送至福利院，是一个艰难的抉择。

此前抚养吴兴的过程并不容易。他被判定有 3 级智力残疾，缺乏生活自理能力。除了照顾吴兴的日常饮食起居外，陈玉香一家人还需要在孙子的康复治疗上投入大量的精力。

2012 年和 2014 年，吴兴的养父母也即陈玉香的儿子、儿媳相继因病去世。1944 年出生的陈玉香身患多种慢性病，收入除了每月五百余元的农村养老保险，还有每年两千余元社区股份分红，但她要偿还儿子、儿媳治病时所欠下的债务。

生活日益困窘，不识字的陈玉香无力帮助吴兴进行日常康复治疗，孩子的自理能力后来也未得到明显的改善。

陈玉香曾计划，让吴兴的外祖父母或者吴兴的亲生父母照料孩子。

实际情况却是，外祖父母没有监护能力，亲生父母又缺乏监护意愿。黄埔区人民检察院检察官周园向南方周末记者介绍，吴兴的外祖父母身患各种基础性疾病，又常年以务农为生，缺乏医保和相对稳定的经济来源。而亲生父母，按照法律规定，在养父母办理收养手续以后，并不在小吴兴的法定监护人序列里。关键是二人并无重新照料吴兴的强烈意愿。

转机出现在2019年。黄埔区民政局启动了困境儿童成长关爱服务项目，申请区福彩资金购买普爱社会工作服务社的社工专业服务，同时安排各街镇设置儿童督导员、各村居设置儿童主任，对负责辖区内的困境儿童进行逐一摸排，了解困境儿童的生活状况。

作为困境儿童的吴兴进入当地社工与黄埔区民政局的视野内。

2

谁有监护权？

2020年夏天，在一次社工例行探访中，陈玉香向一行人再次表达了将小吴兴监护权转移至政府部门的念头。

但监护权的变更并不容易。

2020年起，黄埔区民政局与区未成年人救助保护中心介入案件，并分别向区法院、检察院咨询转移监护权的流程和要点，希望通过司法程序受理此案。

周园告诉南方周末记者，其间，民政部门、检察院与法院三方都“强烈地认识到了其中的困难，以及其后可能会引起的诸多‘不确定情况’”。

据了解，近5年来，黄埔区法院受理的监护权纠纷类案件仅有12起，其中以变更监护人作为核心诉求的案件只有5起，但尚无要求变更监护人为民政局的案例。

事实上，田相夏观察到，“监护权转移的条款一直都有，但却没有部门去实践。”

据了解，在未成年人保护法和原来的民法通则中，早已有明文规定可以适时剥夺失职父母的监护权，但相关法律条文规定过于模糊，有学者曾将其称为“僵尸条文”，长达二十多年的时间里，无一例剥夺监护权案件进入司法程序。

2014年，“两高”联合公安部、民政部颁布《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（以下简称“意见”），第三十五条围绕侵害未成年人合法权益的行为，规定了几种法院可以判决撤销其监护人资格的情形。

依据意见规定的几种情形，第一例撤销监护人资格的司法实践发生于江苏徐州。据媒体报道，2014年6月，年仅10岁的徐州女孩小玲向张女士求助，称遭到父亲和邻居性侵。当父亲和邻居被判刑后，小玲的生母却对女孩不闻不问，徐州市铜山区民政局根据检察机关的建议，向铜山区法院提起了撤销女童父母邵某和王某监护人资格的意见。

2015年2月4日，经法院判决，小玲父母的监护权被撤销，由铜山区民政局接管。

此后，浙江金华、辽宁本溪均有相似的司法实践。但在过往的案例中，困境儿童的权益往往遭受了不法侵害。而田相夏认为，吴兴案最重要的特点，“在于主动申请监护权转移。”

2021年1月1日正式生效的民法典，为民政部门履行监护困境孤儿的职能提供了法律依据。民法典第三十二条规定，“没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任。”原民法通则中的规定是，在没有法定监护人的情况下，由欠缺民事行为能力的父母的所在单位、居委会、村委会或者民政部门来作为监护人。

“这里暗含了一个监护人确定的顺位。民政部门通常只对因受到侵害进入机构的未成年人承担临时监护责任，对于没有具有法定资格的监护人时，一般由未成年人住所地的居民委员会、村民委员会担任监护人。”吴兴案的主审法官李德军向南方周末记者解释：“民法典作了两处修改，一是删除了父母所在单位，另外，明确首先由民政部门作为国家监护人来承担起监护职责。”

周园则认为，即便民法典中有相关规定，而在具体的司法实践当中，仍有值得谨慎处理的一点，便是需要通过法律程序来调查、取证并最终确认吴兴的情况是否满足“没有依法具有监护资格的人的”条件。

3

避免可能的不良影响

围绕监护权的变更可能涉及的法律纠纷，民政局及街道的工作人员，做了不少准备工作。

2020年7月21日，在案件正式移交法院前，民政局邀请检、法两院与长洲街道相关人员一起召开联席会议，共同讨论小吴兴监护权变更过程中的法律认定程序。

周园回忆道，各方最终达成共识：假如能够有相应的证据证实小吴兴的亲属没有监护能力或监护意愿，他们同时也愿意放弃相关的权利，那么由民政部门来进行托底对小吴兴予以长期监护，实际上也不会有太大的法律风险。只要把前期的工作做足了，是可以去避免、预防出现一些后续的不良影响。

联席会议结束后，逐一确定小吴兴有哪些具有监护资格的亲属，成为各方工作的重点。

2020年10月，黄埔区民政局与长洲街道工作人员先是联系到吴兴的亲生父母。了解对方已经另育一子，对重新抚养小吴兴一事抱有顾虑。

不久，工作人员又前往广东省揭阳市揭西县，了解到吴兴（养）外祖父母的情况与陈玉香相似，年事已高，以务农为生，生活条件并不富裕。

监护权的转移，将不可避免地牵涉到财产继承权的变更。“假如民政部门接了这个孩子，未来可能会发生的财产分配纠纷就会变得更加难以调和。”周园说。

工作人员询问相关亲属后，亲属们都表示，只要吴兴能够在一个更好的环境中健康成长，自己也愿意因变更监护权放弃连带的其他权利。

2021年7月20日，一场特殊的听证在陈玉香的家中举行。

斑驳的墙面，老旧的深红色柜子，街道负责人、民政局代理人等相关方挤在陈玉香闷热的家里，听她介绍着吴兴的情况。“平时吃饭需要靠人喂，生活也不太能自理。”“陈玉香只会说白话，很难教育吴兴。”“亲生父母已经找不到了。”

在了解各方意见后，李德军认为，陈玉香不适宜继续承担对吴兴的监护职责，而黄埔区民政局担任监护人，更有利于吴兴的健康成长。黄埔法院宣判，将吴兴的监护人变更为黄埔区民政局。

4

民政局的压力

困境儿童，通常指遭遇困难，需要政府和社会提供相应支撑和保障的儿童。据报道，截至2019年底，广东省共有农村留守和困境儿童26.4万名。

吴兴的案件成为民法典和新修订的未成年人保护法施行后，广东省首例判决由民政部门担任监护人的案件。

作为一个在广东省“开先河”的判例，李德军认为，吴兴案的意义在于，“面对监护权变更当事人因为家事案件私密性与法律认知缺失导致的‘不懂诉、不会诉’困境，从司法实践的角度提供了一个可参考、可复制的样本。”

到底该如何看待这个样本？据周园回忆，民政局曾有“很大的困惑”，因为吴兴有亲生父母，也有外祖父母，他们都健在的情况下，是否应该由民政局直接发挥监护困境儿童的托底作用？

在吴兴的案子宣判后，民政局仍然抱有顾虑。

黄埔区未成年人救助保护中心的一位工作人员告诉南方周末记者，“民政部门也是顶着很大的压力。我们很担心开了个口子以后，其他家庭会把监护子女的责任就此推给政府部门。”

在新修订的未成年人保护法中，规定了五种民政部门应当依法对未成年人进行长期监护的情形。民政部儿童福利司司长郭玉强曾将其概括为两大类：“一类是孤儿，另一类是在监护人丧失了监护能力或者被撤销了监护资格，并且没有其他人可以担任监护人。”

“判断困境儿童能否转移监护权至民政部门，要经过一个充分的调查核实过程，由相关的职能部门确认，才能够由这个行政部门予以介入。”周园认为，“并不是只要一提出申请，就可以把监护责任转移到行政部门来承担。”

田相夏认为，随着吴兴案的宣判，民政部门也需要意识到，自己是国家监护制度落实的主体，“从另一个角度来说，在某些案例中，监护权转移到民政部门并不是结束。当亲属具备了抚养的条件，也有了监护意愿，是可以要回监护权的。”

宣判3日后，小吴兴就被送至广州市儿童福利院接受照料。据工作人员介绍，小孩子状态很好，白了、胖了，说话也比之前利索了。

黄埔区民政局代理人徐海文曾表示，自己并不希望福利院成为吴兴人生的终点。“如果他通过接受特殊教育，成年后走出福利院，能真正融入这个社会，这个目标实现了，我觉得才算是真正对得住陈玉香给予我们的信任。”

父母争抢女儿抚养权 法官：你们的每一个决定都要考虑孩子的利益

2022-05-16 甘肃高院

<https://mp.weixin.qq.com/s/wkLoWM1whLuCvnFlNqeXXA>

我离婚时已经将儿子的抚养权给他了，为什么他现在连女儿也要从我身边夺走！

我能理解你作为一个母亲的心情，也相信你是真心想和女儿一起生活。但作为她的母亲，你的每一个决定不能只考虑自己的感受，更要顾及女儿的未来，如果你执意将女儿留在自己身边，真的对她以后的成长有利吗？



这是近日兰州市西固区法院少年法庭里发生的一幕，面对这名母亲的哭诉，办案法官正在引导她转变思路，从有利于孩子的角度考虑抚养权的归属。这名母亲姓张，和前夫小王育有一子一女。2020年2月，小王和小张因感情破裂协议离婚，约定女儿由母亲小张抚养，儿子归父亲小王抚养。离婚后，小张带着女儿回娘家居住，在办理完女儿的转学手续后，小张便赴外地打工挣钱，女儿的学习生活全部由小张的父母负责照顾。



其实如果事情能够按照小张预想的结果发展下去，女儿也能得到良好的成长环境，只可惜人算不如天算，随着小张父母年事日高，照顾外孙女愈发显得力不从心。就在去年，小张的父亲突发疾病，母亲每日忙于病床前照顾，根本无暇顾及外孙女的学习生活，而远在异乡打工的小张对此也是无能为力。自此之后女儿的学习成绩一落千丈，老师将孩子的在校表现告诉了父亲小王，小王这才得知事情的原委。为了让女

儿得到妥善的照顾，小王主动向前妻小张提出由自己负责抚养女儿，但却遭到了拒绝，小王遂于近日向西

固区法院提起了变更抚养权之诉。



受理案件后，办案法官很快对原、被告双方的生活状况进行了解。经查，原告小王在一家私企工作，每月收入 8000 余元，且小王的父母都有稳定的退休工资，身体尚好；反观被告一方，除了父母年迈多病之外，小张自己也没有稳定的收入来源，长年在外打工，根本没有能力辅导孩子的功课。此外，由于小女孩目前已年满八周岁，办案法官还专门征求了她的意见，询问她更愿意和谁共同生活。虽然这个懂事的小姑娘也不想让妈妈伤心，但经过一番思索，她还是表示希望和爸爸生活在一起。



既然双方当事人的抚养条件高下立判，且孩子也明确表达了自己的意见，按说法院应该很容易作出变更抚养权的决定。但考虑到本案系家庭成员内部纠纷，办案法官还是极力做被告小张的思想工作，希望她能够从有利于孩子成长的角度，同意让女儿和原告小王一起生活，于是就出现了开篇的那一番对话……最终，母爱的天性促使小张忍痛放手，她同意变更女儿的抚养权归属，而小王也承诺会保障小张对子女的探视权，双方在调解协议上签字确认，案件得以平和化解。



其实婚姻家庭关系不仅是夫妻双方的事，更直接关乎孩子的成长发育。希望每一对父母都能站在孩子的角度妥善经营婚姻，作出对家庭、对孩子负责的决定。作为“黄河少年维权岗”，西固区法院也将把保障孩子合法权益作为审理所有涉未成年人案件的重要原则，用司法的温暖守护每一个孩子健康成长。

孩子继父诉请返还大学期间生活费，法院这样判！

2022-05-17 重庆高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/hNj819KP46BP2Nbk4mp8hw>

近日，重庆市万州区人民法院审结一起婚姻家庭纠纷案，原告唐某某请求判决被告刘某返还大学期间生活费共 35200 元，万州法院认定原告为被告支付的生活费系出于自愿履行道德义务所为的赠与，原告不享有可撤销该赠与之权利，对其诉讼请求法院不予支持。

2009 年 6 月，被告刘某的母亲带着年仅 10 岁的刘某与原告唐某某再婚，刘某即由其母与唐某某共同抚养、教育长大。在刘某上大学期间，唐某某共支付其生活费 35200 元。2021 年 12 月，刘某母亲起诉离婚，与唐某某解除了婚姻关系。2022 年 3 月，唐某某向法院起诉请求刘某返还大学期间生活费。

法院审理后认为，原告与被告母亲结婚时，被告尚未成年，由原告与刘某的母亲共同抚养、教育长大，双方已形成具有抚养教育内容的继父子关系。原告基于父子关系，在被告成年后选择继续支付被告就读大学期间的生活费，系出于自愿履行道德义务所为的赠与，该赠与合同已成立并实际履行，并对双方产生法

律上的约束效力，原告并不享有可撤销该赠与之权利。因此，对原告要求被告返还其在被告上大学期间支付的生活费的诉讼请求，欠缺法律依据，法院不予支持。

法官说法

抚养费的给付期限，一般至子女年满十八周岁为止，年满十八周岁后尚在校接受高中及其以下学历教育的成年子女，仍可以要求父母支付抚养费。本案中，被告在就读大学时已年满十八周岁，按照现行法律规定，原告不负有继续支付抚养费的法定义务。但原告基于父子关系，在被告成年后选择继续支付被告就读大学期间的生活费，系出于自愿履行道德义务所为的赠与，该赠与合同已成立并实际履行，并对双方产生法律上的约束效力，原告并不享有可撤销该赠与之权利。

原告与被告无血缘关系，其作为继父，积极履行教育、抚养责任，为被告的成长成才提供了物质保障。但原告在与被告的母亲离婚后起诉要求被告返还大学期间生活费，与社会主义核心价值观不符，与爱幼助幼的良好社会风尚相悖，故法院不予支持。

爷爷抚养孙子，能向儿子要代为抚养费吗？

2022-05-18 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/18/content_216950.htm?div=-1

本报讯 带孩子这件事本应是父母的责任，但由于现在家庭多为双职工，孩子的爷爷奶奶、姥姥姥爷就成了带娃“主力军”。帮忙带娃是理所应当的吗？孩子的爷爷奶奶、姥姥姥爷能向孩子父母索要“带孙费”吗？近日，山东省济南市历城区人民法院审结了一起案件，最终判决孩子父亲向孩子爷爷支付抚养费2万余元。

刘某和妻子常年在外奔波，刘某的父亲刘大爷见小两口带两个孩子不容易，就主动将大孙子带在身边抚养。刘某给刘大爷写了协议，承诺每月支付抚养费300元。但自从写了协议，刘某经常找不到人，协议成了空头支票。碍于亲情，刘大爷多次与刘某沟通此事，但刘某总是以各种理由搪塞。刘大爷无奈将儿子起诉至法院，要求其支付抚养费2万余元。经调解，刘某不同意支付，开庭时也拒不到庭。

法院认为，父母对子女负有抚养义务，刘某具有抚养子女的能力，抚养孙子并非刘大爷的法定义务。且刘某在与刘大爷签订的协议中承诺每月支付抚养费300元，却未依约履行，此举势必导致代其承担抚养义务的刘大爷付出增加。刘大爷不仅需要投入精力照顾孙子，还不得不投入更多的费用以保证孙子的正常生活，刘大爷作为利益受到损害的一方，有权要求刘某支付欠付的抚养费。

最终，历城区法院根据刘大爷的诉请及事实，依法判决刘某支付刘大爷2万余元。双方均未上诉，该判决现已生效。（陈茜 张汉霖）

宁乡一男子殴打5岁女儿，法院：构成虐待罪！变更抚养权！

2022-05-21 民商法典

<https://mp.weixin.qq.com/s/YxKlv1ie29V9xoXwUBs0IA>

基本案情

2019年7月，小芽的父母协议离婚，约定3岁的小芽跟随父亲徐某生活。2021年5月以来，徐某以女儿小芽在超市弄坏玩具、小偷小摸、调皮捣蛋为由，多次用手、衣架、木棍等对小芽的四肢进行殴打，用小剪刀刀尖扎小芽右手手臂，造成小芽四肢多处红肿受伤，右手手臂多处留下血痂。

小芽青紫的手臂

经鉴定，小芽的人体损伤程度为轻微伤。

2022年，徐某因殴打小芽构成虐待罪获刑。2月10日，小芽的母亲李某向宁乡市人民法院提出变更小芽抚养权的申请。

判决结果

宁乡市人民法院经审理认为，根据民法典第一千零八十四条的规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。父母对子女均有抚养教育保护的權利和义务。子女由谁抚养应从有利于子女身心健康、保障子女合法权益的角度出发。

本案中，小芽的父母在离婚协议中约定了小芽的抚养权，该协议是双方当事人的真实意思表示，应受法律的保护。然而，在上述协议达成后，徐某在抚养小芽期间有虐待小芽的行为，对小芽的身心健康确有不影响，因此小芽的母亲要求变更抚养关系，符合法律规定，法院予以准许。

同时，依据民法典第一千零八十五条的规定，离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或全部抚养费。法院根据徐某的具体情况以及本市平均生活水平，依法作出判决，小芽变更由母亲李某抚养，徐某从2021年9月起按每月800元的标准（每月20日前）支付小芽抚养费，直至小芽年满十八周岁止。徐某在抚养关系变更后，在不影响小芽正常学习生活的情况下，享有探望权，李某对此应予以协助。

发放家庭教育指导令

案件审结后，小芽现在生活得好不好，有没有得到关心与爱护，父亲徐某有没有按时支付抚养费，有没有履行监护职责，主动修复父女关系？这些问题一直萦绕在承办法官周正良心头。

为了获得小芽的最新情况，周正良联系了小芽的母亲李某，了解到徐某虽然履行了部分抚养费，但并未与小芽沟通联系，也没有主动探望小芽、关心她的生活学习。徐某的这种“漠视”行为，客观上伤害了小芽对亲子关系的情感需求。

4月12日，宁乡市人民法院刑庭庭长李红波，承办法官周正良联合宁乡检察院、市妇联工作人员以及徐某所在镇的妇联主席一同来到徐某家中对案件进行跟踪回访，并向其发放了家庭教育指导令。

众人从情理和法理角度出发，语重心长地多番与徐某沟通，终于让徐某意识到了自己的问题。徐某表示，今后将积极主动跟小芽沟通，掌握了解小芽的生活学习情况，积极履行抚养费，正确履行监护职责，让小芽能够健康快乐地成长。

家庭是孩子的第一个课堂，家长是孩子的第一任老师。民法典规定，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

管教孩子是一种责任，它不是简单的对不良行为的愤怒或报复，恰当的管教需要父母花费大量的精力，认真关注孩子的言行，判断对错及分析原因，并树立公正而充满关怀的管教原则，这样，孩子才能通过父母的管教获得良好的习惯，养成文明的言行。同时，父母还应培育积极健康的家庭文化，共同构建文明、和睦的家庭关系，这样才能保证未成年人身心愉悦，促进其身心健康发展。

全国首例基于未成年人“防沉迷”机制针对游戏代练行为作出的不正当竞争行为保全

2022-05-23 上海高院研究室

<https://mp.weixin.qq.com/s/o4C3jAz7pyJCYF525EpeYw>

全国首例基于未成年人“防沉迷”机制针对游戏代练行为作出的不正当竞争行为保全

——腾讯科技（成都）有限公司等申请诉前行为保全案

裁判

要点

1. 判断申请是否“具有事实基础和法律依据”实质为被诉行为构成侵权或不正当竞争的可能性。被申请人引诱、鼓励包括未成年用户进行“代练”交易并从充值中抽取手续费获利，不仅损害了消费者的游戏体验，同时诱导用户违反游戏用户协议、致使申请人账号实名制及未成年人“防沉迷”机制落空，妨害游戏运营秩序，可认定构成不正当竞争。

2. “难以弥补的损害”不限于经济利益的减损、交易机会的丧失。被诉行为的发生或继续发生，将严重破坏申请人的游戏运营机制、致使社会公众对申请人是否承担社会责任产生质疑，导致申请人处于被投诉、被处罚的经营风险之中，给其商誉造成难以挽回的损害。该损害通过事后停止侵权、经济补偿也难以挽回，应认定构成“难以弥补的损害”。

基本案情

申请人腾讯科技（成都）有限公司（以下简称腾讯成都公司）是《王者荣耀》网络游戏的著作权人，其授权申请人深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称深圳腾讯公司）独家运营该游戏。经过长期的推广、运营，《王者荣耀》游戏已拥有广泛的玩家群体，具有较高的知名度。该游戏通过向用户提供免费的游戏下载、营造公平的竞技环境，以吸引更多用户，并提供“皮肤”等增值服务从中获利。为落实未成年人保护要求，《王者荣耀》游戏采用账号实名制、未成年人“防沉迷”机制，未成年人仅能在国家新闻出版署《关于进一步严格管理切实防止未成年人沉迷网络游戏的通知》规定的时长、时段登录游戏。申请人还通过游戏用户协议明确要求用户不得将游戏账号提供给他人做代练代打等商业性使用。被申请人佛山市南海区北笙网络科技有限公司（以下简称北笙公司）运营的“代练帮”APP以“发单返现金”、设立“王者荣耀”专区的形式引诱、鼓励包括未成年人在内的用户通过其平台进行商业化、规模化的《王者荣耀》游戏代练交易。接单者可以非真实身份登录涉案游戏，未成年人亦可接单获得他人的游戏账号进入游戏并赚取费用。“代练帮”APP从平台用户充值中抽取一定比例的手续费。被申请人上海二三四五网络科技有限公司（以下简称二三四五公司）在其运营的“2345手机助手”上提供“代练帮”APP的下载。“代练帮”APP上线于2020年左右，截至申请人公证取证之时已有万余次的下载量。“代练帮”APP明确要求接单者关闭手机定位以避免封号等处罚措施。

两申请人向上海浦东法院提出行为保全申请，请求被申请人北笙公司立即停止允许未成年人进行游戏代练，被申请人二三四五公司立即停止在“2345手机助手”中提供“代练帮”APP。



裁判结果

上海市浦东新区人民法院于2021年12月27日作出(2021)沪0115行保1号民事裁定书,裁定被申请人北笙公司立即停止通过“代练帮”APP允许未成年人提供《王者荣耀》游戏代练,被申请人二三四五公司立即停止提供“代练帮”APP,直至“代练帮”APP停止涉案行为。裁定作出后,两被申请人积极履行并将结果反馈法院。



裁判理由

法院生效裁判认为:对诉前行为保全的审查应重点考量以下因素:申请人的请求是否具有事实基础和法律依据、不采取行为保全措施是否会对申请人的合法权益造成难以弥补的损害、采取行为保全措施是否会导致当事人间利益显著失衡、采取行为保全措施是否损害社会公共利益。

首先,关于申请人的请求是否具有事实基础和法律依据。国家新闻出版署通知要求游戏企业严格落实账号实名要求,严格控制未成年人游戏时长、时段,切实防止未成年人沉迷游戏。申请人对《王者荣耀》游戏采取账号实名制、未成年人“防沉迷”机制,未成年人仅能在规定的时长、时段登录游戏。申请人还通过游戏用户协议明确要求用户不得将游戏账号提供给他人做代练代打等商业性使用。被申请人通过“发单返现金”、设立“王者荣耀”专区的方式,引诱、鼓励未成年用户进行《王者荣耀》代练交易并从中获利。该行为不仅破坏了涉案游戏的公平竞技机制,亦使得用户可绕开申请人的账号实名制和未成年人“防沉迷”系统,妨碍涉案游戏的运营秩序,存在构成不正当竞争的可能性。

其次,关于不采取保全措施是否会对申请人造成难以弥补的损害。若不对涉案行为加以制止,商业化、规模化的代练交易将借助网络突破时间和地域的限制进行,大量未成年人可通过承接订单不受时段、时长限制进入游戏系统,导致社会公众对申请人是否依法采取“防沉迷”机制、是否承担社会责任产生质疑,致使申请人处于被投诉、被处罚的经营风险之中,从而给申请人的商誉造成难以挽回的损害。

再次,关于采取行为保全措施是否会导致当事人间利益显著失衡。诉前行为保全申请指向明确、范围适当,不会造成当事人间利益的显著失衡。此外,申请人提供了相应的担保,被申请人因申请人诉前行为保全错误可能带来的损害已有充分的法律保障。

最后,关于采取保全措施是否会损害社会公共利益。涉案“代练帮”APP系一款市场化产品,并不具有社会公共产品的属性,故对被申请人采取诉前行为保全措施不会损害社会公共利益。反之,及时采取保全措施,可有效保障游戏运营的正常秩序,并可保证未成年人“防沉迷”机制的落实。

综上,申请人的申请符合人民法院作出诉前行为保全措施的条件,法院裁定被申请人北笙公司立即停止通过“代练帮”APP允许未成年人提供《王者荣耀》游戏代练,被申请人二三四五公司立即停止提供“代练帮”APP,直至“代练帮”APP停止涉案行为。



评析

本案是全国首例基于未成年人“防沉迷”机制针对网络游戏代练行为作出的不正当竞争行为保全。人民法院审查行为保全申请,主要综合考量下列因素:申请人的请求是否具有事实基础和法律依据、不采取行为保全措施是否会对申请人的合法权益造成难以弥补的损害、采取行为保全措施是否会导致当事人间利益显著失衡、采取行为保全措施是否损害社会公共利益。

一、不正当竞争行为保全中胜诉可能性的认定。

司法实践中,判断“申请人请求是否具有事实基础和法律依据”,主要是判断申请人的请求是否具有胜诉可能性。本案涉及客户端进行网络游戏代练交易行为是否构成不正当竞争的判断。法院首先确认申请人对涉案游戏享有合法权益。进而判断被申请人是否存在不正当竞争的可能性。法院认为,被诉行为给申请人造成了如下损害后果。一是影响游戏用户的消费体验。被诉行为破坏了游戏的公平竞技匹配机制,使用户无法匹配水平相当的对手。二是减损申请人的用户粘性。用户无需注册游戏账号即可获得游戏体验。三是破坏网络游戏运营秩序。被诉行为绕开了涉案游戏的账号实名制及未成年人防沉迷机制,妨碍游戏运营秩序。同时,涉案行为明显具有不正当性。被申请人通过损害申请人的方式获利,申请人却因无从知晓使用者真实信息难以监管、规制。且被申请人明确要求接单者关闭定位以避免封号,刻意规避申请人的监管机制,反映了其主观恶意。

二、商业信誉损失属于“难以弥补的损失”

损失是否达到“难以弥补”的程度,是行为保全构成要件认定的难点。法院认为,“难以弥补的损失”不限于商业机会的丧失、经济利益的减损。涉案行为破坏了申请人网络游戏实名制和未成年人防沉迷机制。若不对该行为加以制止,商业化、规模化的代练交易将借助网络突破时间和地域的限制大量进行。大量玩家能够在无需实名认证的情况下达成代练交易。未成年人亦可通过承接订单不受时段、时长限制进入游戏系统,导致社会公众对申请人是否按照国家规定依法采取防沉迷措施、是否承担社会责任产生质疑,使申请人及其产品的社会评价降低,申请人处于被投诉、被处罚的经营风险之中,从而给申请人的商誉造成难以挽回的损失。该损害通过事后停止侵权、经济补偿也难以挽回其市场份额,应认定构成“难以弥补的损失”。

三、筑牢保护未成年人权益屏障,填平防治游戏沉迷洼地

防治未成年人沉迷游戏是一项系统工程,既需要游戏企业切实履行法律义务,不断优化治理技术,加强身份识别,最大程度减少未成年人的作弊行为,也需要游戏代练等周边产业承担起必要的社会责任,共同构筑起保护未成年人权益的屏障。此次法院对涉事游戏代练平台发出禁令,向全社会亮明了司法保护未成年人权益的鲜明态度,也给此类游戏周边平台敲响警钟:期待整个游戏产业都能从此案中吸取教训,不为眼前利益所惑,共同为未成年人的成长打造一个健康的网络空间。

重庆一在校大学生诉请父母支付抚养费被驳回

2022-05-31 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/31/content_217423.htm?div=-1

本报讯 (记者 刘洋 通讯员 陈芳)近日,重庆市合川区人民法院一审宣判一起在校大学生与父母之间的抚养费纠纷案,判决驳回了大学生要求支付抚养费的诉讼请求。

小赵出生于2002年7月,现就读于重庆某大学。小赵的父母赵某、黄某于2013年12月协议离婚,约定小赵由母亲黄某监护抚养,父亲赵某每月给付小赵600元生活费,并承担其一半的学费、医疗费。

此后,赵某按照离婚协议约定履行了对小赵的抚养义务,直至小赵进入大学学习,小赵的父亲便以小赵已成年为由停止支付抚养费。

2022年3月,小赵将父母诉至合川区法院,请求判令二被告支付生活费、学费等费用。

庭审中,母亲黄某表示愿意承担小赵的生活费、教育费、医疗费的一半。

法院审理后认为,原告小赵已年满十八周岁,系完全民事行为能力人,且已完成高中学业,不符合法律规定的未成年或者不能独立生活的成年子女的范围,其父母黄某、赵某已无承担其抚养费的法定义务。关于被告黄某在庭审中表示愿意承担原告小赵生活费、教育费、医疗费的一半,法院认为被告黄某作为原告小赵的母亲,且与原告小赵一起共同生活,故对其愿意协助原告小赵完成大学学业的意愿,法院予以尊重,但被告黄某已无

承担抚养费的法定义务，故不宜直接判决。法院认为，原告小赵可通过申请助学贷款、获取助学金、奖学金或者勤工俭学等方式解决其上大学期间所需的费用。

综上，法院依法判决驳回原告小赵的全部诉讼请求。

■法官说法■

父母对子女有抚养教育的义务，父母不履行抚养义务的，未成年子女或不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。未成年子女是指未满十八周岁的子女、不能独立生活的子女；不能独立生活的成年子女是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。因此，尽管目前我国的大学生完成大学教育最主要的经济来源是父母的经济资助，但从法律层面，已年满十八周岁的大学生，具备完全的民事行为能力，父母已没有法定的抚养义务，这对进一步增强大学生的独立自主精神、积极适应社会发展的能力，具有良好的推动作用。

维护妇女儿童合法权益典型案例，点击收藏！

2022-05-31 重庆市四中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/JaFoYuGUrdbGLFvRx0jBA>

维护妇女儿童合法权益，事关千家万户幸福，事关社会和谐稳定。近年来，市四中辖区两级法院深入贯彻习近平总书记关于家庭文明建设的重要指示精神和最高人民法院关于家事审判工作部署要求，坚持以人民为中心司法理念，深入推进家事审判改革，积极探索家事案件诉源治理，推进审判团队专业化、审判场所柔性化建设，搭建家事司法协作平台，倾力维护妇女儿童合法权益。

值此“六一”国际儿童节来临，市四中法院发布辖区两级法院保护妇女儿童权益典型案例，引导家庭成员学法、懂法、守法、用法，提高妇女儿童的法律意识和自我保护意识，筑起全社会保护妇女儿童合法权益的基础防线。

案例 1

离婚时都不要孩子

法院可发《家庭教育令》

裁判要旨

《中华人民共和国家庭教育促进法》旨在督促父母履行监护和教育职责，保护未成年人健康成长。根据《中华人民共和国家庭教育促进法》第四十九条的相关规定，人民法院在办理案件的过程中，发现未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，根据情况对父母或者其他监护人予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。

基本案情

白某某、童某某于2008年认识后恋爱，2009年10月16日，白某某、童某某自愿在秀山县民政局婚姻登记处办理结婚登记，2010年3月4日，婚生儿子童小某。2022年2月15日，原告白某某因感情破裂向秀山法院起诉离婚，请求判决正在上小学六年级的婚生子童小某由被告童某某抚养。童某某同意与白某某解除婚姻关系，但以童小某与白某某感情更为深厚、自己常年在外出、收入较低等为由，拒绝直接抚养童小某。经法院调解，原被告依旧拒绝抚养童小某。

裁判结果

重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院在组织白某某、童某某调解无果后，向双方发出《家庭教育令》：

一、要求白某某、童某某实施家庭教育，应当关注未成年人的生理、心理、智力发育状况，尊重其参与相关家庭事务和发表意见的权利，做到亲自养育、共同参与、严慈相济。

二、要求白某某、童某某即使分居，应当互相配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行。除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育

法官提醒

“家庭者，人生最初之学校也”，家庭是孩子的第一所学校、家长是孩子的第一任老师。孩子健康成长离不开父母的关爱保护。本案中，白某某、童某某拒绝直接抚养童小某的行为，既不符合法律规定，也有悖于中华民族尊老爱幼传统美德，违背公序良俗。父母作为孩子的监护人应承担其对未成年人监护和教育的责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

案例 2：

抚育子女较多的一方

离婚时有权请求经济补偿

裁判要旨

夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

基本案情

原告王某与被告胡某于 2018 年 6 月结婚，次年生育女儿王小某。王小某出生前，被告胡某一直从事幼师工作。女儿出生后，被告胡某放弃工作全职在家抚育王小某。2021 年，原告王某以夫妻感情破裂为由提起离婚诉讼，被告胡某同意离婚，并请求原告给予经济补偿 30 万元。

裁判结果

重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院审理后判决：一、准予原告王某与被告胡某离婚；二、原、被告的婚生女儿王小某由被告胡某抚养，原告王某从 2022 年 1 月起每月底前支付王小某的生活费 600 元至其年满十八周岁时止，教育费、医疗费凭票由原、被告各承担一半；三、原、被告的夫妻共同财产电瓶车一辆归被告胡某所有；四、被告胡某的嫁妆组装电脑一台、双开门冰箱一个、微波一个归被告胡某所有；五、原告王某于本判决生效后十五日内补偿被告胡某 50000 元；六、驳回原告王某及被告胡某的其他诉讼请求。

法官释法

依照《中华人民共和国民法典》第一千零八十八条规定，夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。本案中，因婚姻关系存续期间，被告胡某全职在家带孩子两年多时间，对抚育女儿负担了较多的义务，综合考量其全职抚育孩子的时间、被告的经济负担能力以及当地一般生活水平等，法院酌情由原告给予被告 50000 元的经济补偿。

青岛中院发布预防未成年人犯罪白皮书和未成年人权益司法保护典型案例

2022-05-30 青岛中院

https://mp.weixin.qq.com/s/3CfEB87yer_xzc_wLZ1Sxw

5 月 30 日，青岛市中级人民法院举行新闻发布会，通报青岛法院涉未成年人案件审判工作情况，发布《青岛预防未成年人犯罪白皮书（2017-2021）》和青岛法院 2021 年未成年人权益司法保护典型案例。

2017 年以来，青岛全市两级法院审理未成年人实施犯罪刑事案件 428 件 582 人，以暴力犯罪、财产犯罪及性侵害犯罪居多，占比最多的罪名依次为寻衅滋事、盗窃、强奸、抢劫、故意伤害、聚众斗殴，六种罪名占犯罪总人数的 81.6%。

从年龄看，16 至 18 周岁的未成年被告人 506 人，占 86.9%，其中超过半数在更早时期即出现过不良行为或严重不良行为。另外，青岛中院通过调研发现，涉世不深的未成年人容易被他人利用教唆，犯下抢劫罪、寻衅滋事罪、介绍、协助组织卖淫罪甚至危害国家安全等罪行。

青岛法院坚持“教育为主、惩罚为辅”少年司法原则，582 名未成年被告人中，判处五年以上有期徒刑 26 人，五年以下有期徒刑 511 人，拘役 25 人，管制 3 人，单处罚金 13 人，免于刑事处罚 4 人，其中适用缓刑 195 人，免缓刑适用率 34.2%。

发布会还通报了 2021 年青岛法院侵害未成年人刑事案件和涉未成年人民事案件审理情况。其中，针对未成年人实施的犯罪主要集中在强奸、猥亵类性侵害犯罪和其他暴力伤害犯罪。2021 年全市法院审结的涉未成年人民事案件中，涉及离婚、抚养、抚育、监护、探视等的家事案件超过 5500 件，其中离婚纠纷 3978 件，抚养费纠纷 1087 件，变更抚养关系纠纷 463 件，探望权纠纷 77 件，监护权纠纷 13 件，教育机构责任纠纷 81 件，近 95% 的涉未成年人案件一审服判息诉。多个区（市）法院先后发出家庭教育令，对父母不正确履行抚养监护义务的行为进行训诫，责令怠于履行监护职责的父母积极承担家庭教育主体责任。

白皮书对 2017-2021 年青岛法院审理的全部未成年人犯罪案件进行梳理，从未成年人自身、家庭、社会三方面对未成年人犯罪原因进行剖析。从未成年人自身来看，文化程度不高、法律意识淡薄、心智不成熟、自律能力差、沉迷网络世界是诱发未成年人犯罪的重要因素。从家庭来看，家庭结构、教育方式、经济状况与未成年人犯罪有很大关联。从社会层面看，主要原因是持续性教育缺失、司法关怀和改造失衡以及社会救济制度缺失。

近年来，青岛全市两级法院围绕强化未成年被告人诉讼权利保障、落实合适成年人参与诉讼制度、严格落实不公开审理制度、强化法庭教育、注重未成年人心理疏导、落实轻罪记录封存制度、开展多元化普法活动等，不断健全完善预防未成年人犯罪机制。

青岛中院相关负责人表示，“预防和减少未成年人犯罪还应广泛动员全社会力量共同参与。”为汇聚全社会合力，对未成年人犯罪进行有效预防和综合治理，白皮书从社会层面提出三点建议：一是加强娱乐场所、住宿经营场所管理，二是保证平等受教育权，三是加大普法宣传力度。

青岛中院发布的六个典型案例是从 2021 年审结的案件中选取，包括两个刑事案例和四个婚姻家庭案例。两个刑事案例涉及利用未成年人对特殊职责身份人员的信任和依赖实施的性侵害犯罪及利用未成年人精神空虚、物质匮乏、需要认同等弱点，组织其从事谋利性违法犯罪活动。四个婚姻家庭案例涉及确定抚养关系、抚养费支付和探望权实现等直接关系未成年人健康成长的主要家庭要素，案件当事人存在对抚养费承担义务相关法律规定的认识误区及对亲权与子女心理健康冲突的知识盲区。

青岛中院希望通过发布典型案例，客观呈现涉诉未成年人身心健康发展和道德品行形成受到的影响，引导公众进一步了解未成年人保护工作的复杂性和重要性，共同提高保护未成年人的法律意识和责任意识，合力构建有益于未成年人成长的家庭环境和社会环境。

信阳一男子因犯罪获刑，女方申请变更孩子抚养权，法院是否支持？

2022-06-01 信阳中院

<https://mp.weixin.qq.com/s/mesbhtmlCmSE9ycpEmpiiQ>

为进一步强化未成年人权益司法保护力度，教育引导未成年人树立法治观念和提高自护防范能力，在“六一”儿童节来临之际，罗山法院发布了 3 起未成年人司法保护典型案例，向全社会彰显人民法院严惩侵害未成年人犯罪、保护未成年人权益的鲜明态度和坚定立场，凝聚社会各方力量，为未成年人的健康成长营造良好、安全、和谐的环境。

男方因犯罪获刑，女方申请变更孩子抚养权，

法院是否支持？

基本案情：

刘某和孙某婚后生育一女刘某月，2014 年 12 月二人协议离婚，明确刘某月由被告刘某抚养，原告孙某不承担抚养费。

后被告刘某因涉嫌绑架罪于 2016 年 1 月被刑事拘留，并被判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利三年，现在河南省某监狱服刑。

婚生刘某月现已八周岁，上小学二年级，由被告母亲抚养。2019 年 7 月，原告孙某将被告刘某诉至法院，请求法院判决婚生女刘某月由原告孙某抚养。

法院裁判：

原告孙某与被告刘某的婚生女刘某月变更由原告孙某抚养。一审判决作出后，原、被告均未上诉，该案判决书已经生效。

该案属于较为典型的维护婚姻家庭权益的案例，被告因触犯刑法被判处有期徒刑，所犯罪名性质恶劣，负面社会影响、社会评价较大，在此情况下其子女如若继续跟随父亲生活，精神层面、物质层面都不利于孩子的身心健康成长，故在处理此类案件时需根据未成年子女成长生活实际需要，结合父母的抚养条件与能力进行判定抚养权的归属。

.....

成都法院发布 2021 年未成年人权益司法保护典型案例

2022-06-01 成都市中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/7Kx3juNqrJyFxFh1fQhDmQ>

未成年人健康成长关系到家庭幸福安宁、社会和谐稳定、国家发展进步和民族伟大复兴。依法严惩各类侵害未成年人的违法犯罪，切实保护未成年人的合法权益，是人民法院的重要职责。

为深入贯彻习近平总书记关于加强少年儿童工作重要指示精神，认真落实最高人民法院《加强新时代未成年人审判工作的意见》，提升未成年权益司法保护水平，进一步发挥司法裁判示范引领作用，值此“六一”国际儿童节及《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》实施一周年之际，成都法院发布 6 件未成年人司法保护典型案例，旨在提升法治宣传效果，呼吁形成家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护“六位一体”的未成年人保护工作格局，为未成年人健康成长全面护航。

案例 1：

支持变更扶养关系保障未成年人受教育权案

【基本案情】

张某某、吕某某原系夫妻关系，2007 年生育一女张某妮。2014 年，二人协议离婚约定婚生女张某妮由吕某某抚养，张某某每月承担生活费、教育费、医疗费，直至张某妮年满 21 周岁。离婚后，张某某每月按时足额支付了张某妮的生活费。2018 年 9 月，张某妮辍学在家（小学五年级），吕某某一直对张某某隐瞒其辍学在家的事实。2021 年，得知实情的张某某诉至法院，请求变更婚生女的扶养关系至自己名下。

【裁判结果】

四川省邛崃市人民法院经审理认为，张某妮自小学五年级就辍学在家，吕某某的隐瞒导致其至今未完成义务教育，其抚养条件已发生不利于被抚养人张某妮的重大变化；加之张某妮现已年满十岁，自愿选择跟随父亲生活。从有利于子女身心健康、保障子女合法权益出发，判决张某妮随张某某生活，吕某某每月给付张某某子女抚养费，教育费、医疗费凭票据支付一半。该判决已生效。

判决作出后，案件承办人积极联系张某某，现张某妮已得到妥善照料并继续完成学业。

【典型意义】

本案的典型意义在于通过支持变更抚养关系保障未成年人受教育权。教育对未成年儿童一生的生存和发展至关重要，而受教育权作为我国宪法确认和保障的公民基本权利之一，因家庭离异、抚养人法律意识淡薄等原因导致该权利遭受侵害的情形并不罕见。在本案中，法院判决变更抚养关系的重要原因就在于：被告让婚生女辍学在家的行为使其受教育权严重受损。相较于被告而言，原告有意愿、有条件保障婚生女的受教育权，且婚生女已满十周岁，自愿跟随原告生活，故其诉请依法应当得到支持。法院通过判决保障未成年儿童的受教育权，既保障了我国义务教育政策的正确实施，又充分体现了裁判者对未成年个体未来发展的重视。

案例 2:

多部门联动协同保障未成年受害人得到有效监护案

【基本案情】

2020 年某日，S 女因心情不好虐待两周岁的儿子 H，致其轻伤一级。2021 年 8 月，成都市郫都区人民法院判决 S 犯故意伤害罪，判处有期徒刑十个月。S 在被刑事羁押期间，H 在成都市某医院接受治疗，由于 H 受监护问题亟待解决，2021 年 7 月，成都市中级人民法院主动召集成都市人民检察院、市民政局、市卫健委、市医保局、市妇联、市残联 7 家单位召开妥善安置受害人 H 联席会，研究 H 监护权、医疗费保障等相关问题并达成会议纪要。2021 年 9 月，成都市某居民委员会向成都市成华区人民法院请求撤销 S 为 H 监护人的资格，申请指定该居委会为 H 监护人，成都市成华区人民检察院支持起诉。

【裁判结果】

成都市成华区人民法院经审理认为，S 作为 H 母亲、法定监护人，因无故殴打 H 致轻伤而被判刑，其行为严重侵害被监护人 H 的合法权益，对其监护人资格予以撤销。在审查 H 其他近亲属监护能力后，成都市成华区人民法院判决指定申请人成都市某居民委员会为 H 监护人。该判决已生效。

【典型意义】

本案是法院联动多部门保障未成年受害人得到有效监护，共同保护未成年人合法权益的典型案件。未成年人保护是社会的共同责任，各部门在未成年人保护方面都应发挥相应职责。在 S 故意伤害案审理期间，受害人 H 一直住院治疗，为了在宣判前解决好 H 的监护权问题，成都中院依托与全市 14 部门建立的联席会议制度，召集市检察院、市卫健委、市妇联等相关部门，共同协商解决被害人 H 的医疗费、监护权等问题。同时，本案也是适用《民法典》撤销监护人资格的典型案例。S 作为 H 母亲，实施了损害被监护人身心健康的恶劣行为，应依法撤销其监护人资格。法院调查走访了 H 其他近亲属的情况，均无监护能力。在此情况下，监护人依法可由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任，在认定公职监护人的监护资格时，重点审查公职监护人的经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等。最终，法院坚持未成年人利益最大化原则，指定 H 所在地居民委员会为其监护人。

案例 3:

学校未尽监管职责依法承担赔偿责任案

【基本案情】

张某某系某小学男学生，于 2021 年某周六感到下腹疼痛，其家长带去医院未检测出腹部异常，医院建议继续观察。周一张某某正常到校上课，早上突感下体疼痛，向班主任老师反映情况后，班主任老师让其休息一下。随后在上午的体育课，张某某再次向体育课老师反映其下体疼痛，体育老师仍然让其休息一下。至下午放学，张某某家长接其回家时，发现其下体已严重红肿，遂立即送至医院治疗。经诊断，张某某患突发外科急症，重要器官已无挽救希望，立即做了切除器官手术，经鉴定为七级伤残。张某某监护人将学校诉至法院，认为学校未尽到监管职责，应承担赔偿责任。

【裁判结果】

成都市青羊区人民法院经审理认为，张某某多次向老师反映其身体不适，但学校未尽到相应管理职责，酌定该学校承担 30% 的责任，原被告双方均不服，提起上诉。

成都市中级人民法院经审理认为，该学校在张某某患急症当日早上就掌握了张某某身体不适、明显异常的信息，而后张某某再次向任课老师反映其身体不适状况，学校既未向家长反映情况，也未带张某某去校医务室就诊，而且在其后数小时都未对该生有特别关注以及询问身体状况。因此，该学校持续数小时不作为，对造成张某某急症病情持续发展、恶化具有明显过错，该学校未尽到监管责任，改判学校承担 60% 的主要责任。该判决已生效。

【典型意义】

本案的典型意义在于提示教育机构和老师在日常教育、监管过程中，要注意关注学生的身体不适和情绪变化，保护学生在校期间的身心健康安全。学生在校期间处于学校的监管之下，在学生面临身体不适等问题时，学校应当给予及时有效的帮助。无论学生向班主任老师还是其他任课老师反映，老师都应代表学校履行监管职责，学校的监管职责要义在于关心学生的身心健康，对有身体不适的学生应有更多的谨慎注意义务，并加以持续关注、询问身体状况。同时，学生家长在将学生送至学校就读前，对学生的特殊体质、身体异常变化及注意事项等应提前告知学校，以便学校对该生的身体不适变化有预判并采取更合理的措施。

案例 4:

未成年人饮酒造成损害后果，酒局组织者、餐饮经营者依法承担赔偿责任案

【基本案情】

李某 1 就读于成都某学校，事故发生时 16 周岁。2021 年某周六傍晚，李某 1 和 14 名同学在成都某餐馆聚餐。本次聚餐由吴某和陈某组织。聚餐中，李某 1 先点了 24 瓶啤酒，吴某组织大家一起喝，而后大

家自由喝酒。中途李某2提议喝白酒，叫服务员送来8瓶白酒。李某1在敬酒过程中，多次一口喝下二两白酒，还去前台又拿了4瓶白酒，同学劝李某1不要喝了，但李某1未听劝说。随后，李某1口唇发白，吴某、何某某用手指伸进李某1喉咙对其催吐，部分同学和餐饮公司都拨打了120。李某1经急救车送往医院抢救，经治疗18天未见好转，后抢救无效死亡。该学校《学生安全管理制度》明确规定严禁学生喝酒等；留校学生可在周六8:00-20:30等时间段外出购物、休息。该学校曾多次对饮酒人员进行批评教育。李某1父母将成都某学校、成都某餐饮公司和其他共同聚餐学生诉至法院，要求承担赔偿责任。

【裁判结果】

成都市郫都区人民法院经审理认定各方责任如下：尽管李某1是在校学生，但父母仍应履行监护职责，李某1年满16周岁明知饮酒危险仍然大量饮酒，承担60%主要责任；事故发生系在校生外出时间，但学校仍应询问外出事由并予以监管，学校承担30%责任；该餐饮公司向未成年人售酒违反法律规定，承担10%责任；饮酒组织者和参与者无须承担责任。李某父母和学校均不服，提起上诉。

成都市中级人民法院经审理认定各方责任如下：一审法院认定李某1及其法定代理人承担主要责任即60%并无不当；该事故发生时是学生自由外出时间，学校责任应限于学生在校学习、生活期间，且学校对学生进行了安全教育，也对喝酒学生进行过批评教育，学校无法预见本次事故的发生，学校已经尽到监管职责，无须承担责任；餐饮公司在学校附近经营多年，应当知晓聚餐者大多为未成年人，却多次向聚餐者提供酒品，在李某1醉酒后，未能采取及时有效的安全保障措施，具有明显过错，承担30%责任；李某2点酒、吴某组织大家一起喝酒，其行为存在过错，各承担5%责任；其他参与者未劝李某1喝酒，还劝阻李某1大量饮酒，吴某、何某某将手指伸进李某1喉咙进行催吐的行为，属于在其能力和认知范围内对李某1采取了救助措施，对李某1的死亡不存在过错，无须承担责任。该判决已生效。

【典型意义】

本案的典型意义在于提示未成年人饮酒的各方法律风险。同学之间正常聚餐，增进友谊、交流感情无可厚非，但未成年人饮酒严重损害身体健康和智力发育，易发生酒精中毒等危险，为国家所严格禁止。未成年人应当提高自我保护意识和对危险的预见能力，对自己的安全负责，切莫主动饮酒、放纵饮酒，将自身置于醉酒的危险境地，造成不可挽回的后果。未成年人的监护人作为其第一责任人应当切实履行好监护职责，学校或者其他教育机构应当尽到对未成年人的教育管理职责，建立并严格执行相关安全管理制度，均不得放任未成年人饮酒，日常应加强对未成年人的安全教育，互相配合，保障未成年人在校期间的人身安全。餐饮服务经营者应当提高法律意识，禁止向未成年人供酒，不得抱有侥幸心理，对难以判明是否是未成年人的，应当要求其出示身份证件。共同聚餐者在明知聚餐人员大部分为未成年人的情况下，应当避免饮酒，不仅应当提醒未成年人不得饮酒，更不得强迫饮酒、恶意劝酒，对醉酒人员负有劝阻义务和照顾看护义务，根据具体情形及时采取安全措施、将其送至医院或家中。

案例5：

支持遭受性侵害未成年人后续心理治疗费案

【基本案情】

2019年至2020年期间，Z（男，被告人）趁W（女，未成年人）、Y（女，未成年人）在其家中玩耍期间，对二人实施猥亵、奸淫。二被害人回家后告知家人，随之家人报警，民警立即前往Z住处将其抓获归案。诉讼过程中，W、Y的监护人向法院提起附带民事诉讼，请求依法判令Z赔偿营养费、后续心理治疗费、精神损害抚慰金。

【裁判结果】

成都市新都区人民法院经审理认为，Z的行为构成强奸罪、猥亵儿童罪，数罪并罚，判处有期徒刑十四年。关于附带民事赔偿部分，附带民事诉讼原告人虽未提供心理治疗费用的证据，但法院综合考虑其心理创伤严重程度及需要长期进行心理治疗的实际情况，兼顾被告人的赔偿能力，分别酌定支持了W、Y的后续心理治疗费用。该判决已生效。

【典型意义】

本案的典型意义在于法院支持未成年被害人因遭受性侵害导致的后续心理治疗费，在现行法律框架下做到最大限度保护未成年人。根据相关司法解释，因遭受人身损害所产生的医疗费由医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据而确定；根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用也可以一并纳入医疗费赔偿范围。而未成年人被性侵害案件具有特殊性，被害人除了身体受到伤害，心理还受到更为严重的创伤。本案被害人因遭受性侵害导致严重心理问题，为了修复心理创伤，需要长期接受专业的心理干预，由此产生高昂的治疗费用，对被害人家庭无疑是双重打击。因此，虽然法律未明确将心理治疗费用纳入医疗费，但本案坚持未成年人利益最大化原则，结合未成年被害人的实际损害并从保护未成年人心理健康出发，将两名被害人后续接受心理咨询、心理干预的费用认定为医疗费用，并依法予以支持，帮助她们回归正常生活。

案例 6:

对“问题家长”随案发放家庭教育指导令案

【基本案情】

2021年某日21时许，成都某学校在校学生W（女，被害人）与同学T（女，未成年人）因琐事发生纠纷。当日23时许，被告人L（女，16岁）随同T等7名女同学来到学生宿舍，将被害人W叫到宿舍。之后，被告人L等人辱骂W，并采取威胁、逼迫的方式让W自虐，整个过程有同学拍照、录像且部分音视频被上传到QQ群并被转发到部分同学手机上，致使W遭受精神刺激而住院治疗。经四川华西法医学鉴定中心鉴定，W患有应激相关障碍，且该病与该起纠纷事件有关。

【裁判结果】

四川省蒲江县人民法院经审理认为，被告人L为寻求刺激、发泄情绪，辱骂他人，情节恶劣，其行为已构成寻衅滋事罪。被告人L自愿认罪认罚，犯罪时系未成年人，且具有监护条件，没有再犯罪的危险，对其宣告缓刑。判决被告人L犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年六个月。该判决已生效。

在该案审理过程中，四川省蒲江县人民法院联合蒲江县人民检察院、蒲江县公安局向本案被告人的父母及其他参与校园欺凌的未成年人的父母发送《责令接受家庭教育令》，要求家长关注孩子的生理、心理状况和情感需求；切实履行监护职责，承担起家庭教育的主体责任，引导其子女遵纪守法，养成良好的思想品德和行为习惯。

【典型意义】

本案是落实《中华人民共和国家庭教育促进法》的典型案例。未成年人存在严重不良行为或者实施犯罪行为，反映出家长在家庭教育主体责任方面的严重缺位或失职。近年来，校园欺凌案件在全国各地屡有发生，实施校园欺凌的未成年人，大多处于思想品格形成的关键时期，如家长不履行好监护职责，对未成年人缺乏引导、陪伴、沟通，不及时关心他们的心理健康，则容易导致他们最终铸成大错。本案中，虽然除了被告人之外的其他校园欺凌参与人，多数因未达到刑事责任年龄而未被追究刑事责任，不属于本案被告人，但为防止其走向犯罪道路，法院从教育、矫治、关爱未成年人的角度出发，切实落实《家庭教育促进法》，不仅向被告人的监护人，还向其他各参与人的家长发放《责令接受家庭教育令》，告诫他们不要继续当“问题家长”，督促他们切实履行好监护职责、实施好家庭教育。

重庆市三中法院未成年人保护典型案例

2022-06-01 重庆市第三中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/J9H5j70swap8F4ZrFmJ56g>

黄某某与重庆市南川区某医院医疗损害责任纠纷案

基本案情

胡某于2019年在重庆市南川区某医院分娩，生育黄某某。黄某某出生经复苏转至儿科治疗后反应仍差，后转至重庆医科大学附属儿童医院继续治疗，病情未见明显改善。黄某某与其母自行出院，后三次至南川区某医院住院治疗，未被确诊。2020年5月，黄某某到河北省某医院进行治疗，被诊断为缺血缺氧性脑病。黄某某以南川区某医院存在医疗过错为由，向法院提起诉讼，要求其赔偿损失。在诉讼过程中，双方共同选定的司法鉴定机构出具司法鉴定意见：南川区某医院在为胡某及其子黄某某提供的诊疗行为存在过错，损害后果由医疗行为与患方自身或其它因素共同造成，医患双方占共同作用。南川区某医院对该鉴定意见不服，申请鉴定人员到庭接受了质询，对该质询意见不认可，要求重新鉴定。

裁判结果

南川区法院经审理认为，本案鉴定机构是黄某某、南川区某医院共同选定的，且南川区某医院无证据证明鉴定机构在鉴定过程中存在法定重新鉴定的情形，对该医院要求重新鉴定的意见，不予采纳，对鉴定意见予以确认。由于南川区某医院在为胡某及黄某某提供的诊疗行为存在过错，双方对损害后果占共同作用。因此，对于黄某某的损失，由南川区某医院承担50%的赔偿责任，并据此下判。宣判后，南川区某医院不服，提起上诉。重庆市三中法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

典型意义

本案是医疗机构在为产妇提供诊疗行为存在过错导致缺陷儿出生并判担责的典型案例。《未成年人保护法》规定国家保障未成年人的生存权。本案中，医疗机构在产妇产前阶段未尽充分告知义务，在产妇待产时未尽注意义务，在产妇分娩时未尽不良后果防范义务，在产妇分娩后未尽病历书写规范义务，导致未成年人出生即为患病的缺陷儿。缺陷儿来到这个世界上，可能要承受额外的身体和精神痛苦，医疗机构应当承担与其过错相应的赔偿责任。本案裁判有利于规范医疗服务行为，最大限度保护未成年人合法权益，预防和减少医疗纠纷发生。

2

叶某与涪陵区某中心小学校教育机构责任纠纷案

基本案情

叶某系涪陵区某中心小学四年级在校住读学生。2019年6月19日下午5时左右，叶某在下午放学后到吃晚饭之间的自由活动时间，独自一人从三楼教室下楼时摔伤。叶某回教室后体感不适，经同学告知老师后，被老师送至涪陵中心医院治疗，经诊断为脾破裂、腹腔积液、失血性休克等症，同日进行手术。后叶某被鉴定为七级伤残。叶某向一审法院起诉请求依法判决学校赔偿其各项损失。

裁判结果

一审法院审理认为，叶某已年满八周岁，系限制民事行为能力人，且事发前，该小学已经进行安全教育、校园巡查，在楼梯间粘贴警示标语，并将叶某及时送医就诊，不应承担本案的民事赔偿责任。故驳回叶某的诉讼请求。叶某不服，提起上诉。

重庆市三中法院审理认为，叶某作为限制民事行为能力人，因活泼爱动的天性难免发生人身意外伤害；学校作为教育机构，负有保障在校学生人身安全的保障义务。因叶某在学校住读期间其父母无法行使监护权，监护权被暂时转移到学校，学校对住读生的教育管理职责应当高于普通走读学生，特别是对住校生正常课外时段的教育管理职责不应放松。本案学校在下午课后至晚饭这段时间，对住校生并未有任何安排，任其处于自由放任状态；学校保安的巡查签到册和住校生辅导教师签到表均不是到班级签到，存在教育管理漏洞；另《中小学校设计规范（GB50099-2011）》和《民用建筑设计通则（GB50352-2005）》均规定踏步应采取防滑措施，作为教育机构的学校应采取各种措施尽力消除安全隐患，比如楼梯上粘贴凸起的防滑条或开凿凹槽等。综上，不能认定涪陵区某中心小学已完全尽到教育管理职责。故判决涪陵区某中心小学校承担叶某总损失150510元的30%的赔偿责任。

典型意义

限制民事行为能力人在校期间，学校具有具有照顾、提醒等义务。且本案受害人叶某系住校学生，学校对住读生的教育管理职责应当高于普通走读学生，对住读生除上课外的其余时间，也应合理安排其作息、学习、活动，尽到教育管理职责。本案依法判决学校承担一定比例的赔偿责任，对学校做好学生管理教育工作具有积极引导意义，为未成年人营造安全的成长、生活环境，切实维护了校园安全。

3

王某庭、王某美诈骗案

基本案情

2020 年 10 月初，被告人王某庭提议并提供诈骗方法，伙同其姐夫吴某成（已判刑）、姐姐被告人王某美，为非法牟利，在抖音上私信未成年被害人，假称被害人中奖，可添加 QQ 好友领奖。在被害人添加其提供的 QQ 号后，给被害人发送假的转账截图，让被害人误以为对方已经转账。被害人回复没有收到钱时，便对被害人提出要用成年家人的手机，按其要求输入代码才能收到钱，并提出如果不配合其操作就将报警处理。被害人因此按其要求，向其提供的收款二维码、银行卡转账，或者向其提供的支付宝、微信群发红包、转账，以此骗取被害人钱财。从 2020 年 10 月 1 日至 2021 年 1 月 13 日，王某庭、王某美等人共诈骗秦某某（11 岁）、舒某某（11 岁）、韩某（11 岁）、赵某某（10 岁）、杨某某（10 岁）等未成年人合计 60799 元。2021 年 1 月 13 日，王某庭、王某美被民警抓获到案。

裁判结果

武隆区法院经审理认为，被告人王某庭、王某美以非法占有为目的，利用电信网络技术手段，虚构事实，骗取未成年财物，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。故判决被告人王某庭犯诈骗罪，有期徒刑二年，罚金五千元；被告人王某美犯诈骗罪，有期徒刑一年六个月，缓刑二年，罚金三千元。责令被告人王某庭、王某美共同退赔各被害人损失。

王某庭不服武隆区法院一审判决，提起上诉，重庆市三中法院裁定驳回上诉，维持原判。

典型意义

随着智能手机普及，使用网络群体呈现低龄化趋势。本案被告人利用小学生心智不成熟的特征，通过视频软件虚构被害人中奖的事实，欺骗被害人被害人用成年家人的手机输入代码才能收到钱，并恐吓被害人如不配合操作则报警处理。小学生天真烂漫、涉世未深，无法完全辨认和抵御网络风险，基于认识错误纷纷向被告转账。本案的依法判决，有力地打击了针对未成年人的网络诈骗犯罪，有利于保护未成年人合法权益。

4

李某猥亵儿童案

基本案情

被告人李某于 1998 年开始在垫江县某中学校任教，2020 年 9 月，李某开始担任该校初一某班班主任。2021 年 4 月 22 日，李某趁学生午休，将学生卓某某（女，2007 年 12 月出生）叫到办公室帮其录入考试成绩，录完成绩后，卓某某先回到教室，李某随后也到了教室。之后，李某趁教育卓某某之机，将卓某某拉到自己腿上坐下，对卓某某实施搂抱、摸腿、摸胸等猥亵行为。2021 年 5 月 1 日，被告人李某在垫江县某中学校内被垫江县公安局民警抓获归案。

裁判结果

垫江县法院经审理认为，李某利用其教师的特殊身份，明知被害人卓某某未满十四周岁，在教室内对被害人实施搂抱、摸腿、摸胸的行为，其行为已构成猥亵儿童罪。据此，以犯猥亵儿童罪依法判处被告人李某有期徒刑三年，禁止被告人李某自刑罚执行完毕之日起三年内从事教育相关职业。

宣判后，被告人李某不服，提出上诉。重庆市三中法院经审理后裁定驳回上诉，维持原判。

典型意义

李某身为人民教师，本应为人师表，却利用自己的特殊身份、便利条件从事针对未成年人的犯罪活动，对被害未成年人进行猥亵，致使该受害人纯真童年蒙上阴影，并对其身心健康造成严重伤害。李某的行为践踏了伦理道德底线，性质恶劣，罪行严重，应依法惩处。刑事审判不仅注重制裁犯罪，更注重预防犯罪，法院禁止李某自刑罚执行完毕之日起三年内从事教育相关职业，正是刑罚预防功能的体现，通过禁止李某从事教育相关职业，减少其利用教育职业便利再犯同类罪行的可能性，最大限度地保障未成年人的安全。

参加工作的未成年人出具的欠条有效吗？

2022-06-08 江西民事审判

<https://mp.weixin.qq.com/s/raJ0CGX2eydqpjVjaLkYXA>

参加工作的未成年人出具的欠条有效吗？

情景案例

冯某（17岁）和秦某（20岁）原是朋友关系。冯某从16岁开始就外出打工，现在与他人合伙开了一家宠物店。2019年10月，冯某向秦某购买一批宠物狗，价值36500元。在秦某把宠物狗交给冯某后，冯某向秦某出具欠条一张，写明欠秦某36500元。后来秦某多次找到冯某要求其还钱，冯某都以各种借口不还钱。无奈之下，秦某将冯某起诉至法院，要求冯某支付欠款36500元。在法院审理过程中，冯某辩称，在购买宠物狗、写欠条的时候自己没有年满18周岁，属于限制行为能力人，父母也不同意其开宠物店、买宠物狗，所以其与秦某之间的宠物狗买卖行为以及自己写欠条的行为都应该无效，其不应当承担法律责任。那么，冯某的说法能成立吗？

权威观点

冯某的说法不能成立。16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人，应当对自己的民事行为承担相应的法律责任。

法官解读

（一）未成年人能参加工作吗？

未满 16 周岁的未成年人不能参加工作，如果用人单位雇佣了未满 16 周岁的未成年人，则属于非法使用童工，是违法行为，会受到相应处罚。年满 16 周岁不满 18 周岁的未成年人可以参加工作，这类未成年人我们称之为未成年工，国家对未成年工实行特殊劳动保护。比如文艺、体育和特种工艺单位招用未满 16 周岁的未成年人，必须依据国家有关规定，履行审批手续并保障其受义务教育的权利。用人单位招收录用未成年工应当经过体格检查，录用后也应定期进行健康检查，且不得安排未成年工从事高危行业工种，比如有毒有害作业。

（二）未成年人在什么情况下可以视为完全民事行为能力人？

16 周岁以上的未成年人，如果以自己的劳动收入作为主要生活来源的，即能够以自己的劳动获取较为固定的收入，并能维持当地普通人一般生活水平的，这类未成年人不再是限制民事行为能力人，而是视为完全民事行为能力人。通俗点理解，这类未成年人就是“小大人”。在法律上，这类“小大人”可以享受像正常成年人一样的民事权利，比如自主决定消费、出行，可以与他人签订合同、签署借条等，这些行为无需父母的同意或者追认就能发生法律效力。但相对应的，这类“小大人”也应当像正常成年人那样独立承受自己行为所带来的各种法律后果，比如借别人的钱要自己还；造成他人伤害的，要独立承担赔偿责任等。

前述案例中的冯某虽然没有年满 18 周岁，但在与秦某进行宠物狗交易以及写欠条时已满 16 周岁，且在之前就以打工为生，现在与他人合伙开宠物店，冯某应视为完全民事行为能力人，其与秦某之间的宠物狗买卖行为合法有效，其向秦某出具的欠条也合法有效。因此，冯某应该对自己的行为承担相应的法律责任，归还欠付秦某的 36500 元。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第十八条 成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

特别提醒

在侵权类型的案件中，16 周岁以上以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人，如果受到侵害，还可以向侵权人主张误工费损失。当然，应当提供证据证明自己参加工作的的事实以及获取的劳动报酬金额。

离婚是否为主张抚养费的前提条件

2022-06-09 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-06/09/content_217802.htm?div=-1

【案情】

张某和王某于2006年登记结婚，2009年生育一子王小明。2015年至2016年，王小明因上小学与母亲张某搬离房山区，与父亲王某分开居住。2017年至2018年，王某去外地生活。王某自结婚至今没有工作，也没有给过孩子抚养费，且在生活上未对孩子给予照顾、关心和教育，没有尽到抚养和教育的责任。家庭开销一直由张某承担。张某身有残疾，现因身体原因待岗，月收入不足5000元。张某与王某目前仍为夫妻关系，王小明因上学和生活需要，起诉要求王某支付抚养费。

【分歧】

本案中，关于是否应当支持王小明诉求，存在以下两种观点。

第一种观点认为，不应支持。王小明的父母未约定双方实行分别财产制且未离婚，母亲张某虽以自己的收入抚养子女，但其收入属于夫妻共同财产，可视为另一方也履行了抚养义务。故王小明没有理由主张王某支付抚养费。

第二种观点认为，应予支持。王小明的父母已经长期分居但未离婚，虽然父亲王某常年没有收入，也未履行相应的抚养义务，但无论是否分居以及是否实行分别财产制，都不能否定其对王小明的抚养义务。故王小明有权要求其支付抚养费。

【评析】

笔者同意第二种观点。理由如下：

1. 抚养未成年子女是父母的法定义务。目前法律并未规定离婚是主张子女抚养费的前置条件，尽管父母双方并未离婚，一方不履行抚养义务的情况下，子女也可以要求不直接抚养一方支付必要的抚养费。民法典第一千零六十七条规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）第四十三条规定，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。

2. 充分尊重未成年人的真实意愿。民法典第三十五条规定，未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。在抚养费纠纷案件中，应探究和充分尊重未成年人的真实意愿。本案中，鉴于王小明已经年满10周岁，具有相应的认知能力，故法院在审理过程中探寻了其真实意愿，其表示上小学后，父亲从来没有回家，未尽到父亲的职责，母亲是残疾人，收入有限，其与母亲目前生活困难，父亲应该支付抚养费。

3. 重点分析父母抚养义务的履行情况、分居时长等，并综合考量父母的支付能力、抚养能力、孩子的实际需要以及当地生活水平。在具体案件中，应重点对不直接抚养一方实际抚养、教育子女的程度、时长予以考量，如果其长期对孩子不管不问，怠于或拒绝履行抚养义务，则应在抚养费的支付标准上予以适当增加。反之，则应予以适当减少。依据《婚姻家庭编解释（一）》第四十九条，抚养费的数额，可以根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定，并考虑有无固定收入或特殊情况，适当提高或者降低相应比例。本案中，因为王某没有固定收入，但是考虑到张某是残疾人，以及王某长期怠于履行抚养义务的特殊情况，在核算抚养费数额的时候可进行适当提高。

（作者单位：北京市房山区人民法院）

文旅部公布五起涉未成年人保护法的典型案例

2022-06-15 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/U-0-zobhqyUwocBR6lUwkg>

为进一步加强新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》贯彻实施工作，近期，文化和旅游部在全国范围内部署开展了文化市场执法领域保护未成年人合法权益专项行动，组织各地文化和旅游行政部门、文化市场综合执法队伍加强对文化市场经营场所、营业性演出活动的执法检查，集中查处损害未成年人合法权益的违法违规行为，并于近日公布了五起涉未成年人保护法的典型案例。

在此次专项行动中，文化和旅游部督促指导各地以违规接纳未成年人、未设置未成年人禁入或限入提示、未核实身份信息、组织未成年人进行危害其身心健康的表演等为重点，严查娱乐场所、互联网上网服务营业场所等经营场所和营业性演出活动。目前，北京、天津、河北、江苏、山东、湖南、云南等 20 余个省（区、市）已查办一批涉未成年人保护法的案件，安徽、福建、江西等地已先行公布辖区典型指导案例，震慑了违法行为，净化了市场环境。

文旅部公布的五起典型指导案例如下：

案例 1 江西省宜春市袁州区某音乐餐厅组织未成年人进行危害其身心健康的表演案

江西省宜春市袁州区某音乐餐厅于 2022 年 1 月举办的营业性演出活动有未成年人参与，其演出以观众打赏方式开展。演出活动中，演员为获打赏而迎合观众，并于演出结束后到台下与观众互动，不适宜未成年演员参与。对该机构组织未成年人进行危害其身心健康的表演活动的行为，宜春市文化广电新闻出版旅游局依据《中华人民共和国未成年人保护法》第一百二十五条的规定，责令其改正违法行为，给予警告，没收违法所得，并处罚款 3 万元的行政处罚。

案例 2 天津市津南区某互联网上网服务营业场所疫情期间擅自经营且违规接纳未成年人案

天津市津南区某网吧有限公司于 2022 年 3 月违反津南区关于新冠肺炎疫情期间暂停部分场所运营的要求，擅自从事经营活动，并违规接纳 4 名未成年人上网，情节严重。对该互联网上网服务营业场所违反疫情防控要求擅自经营、违规接纳未成年人的行为，津南区文化和旅游局依据《中华人民共和国未成年人保护法》第一百二十三条的规定，责令其停业整顿（自津南区文化娱乐场所恢复运营之日起计算），并处罚款 15 万元的行政处罚。

案例 3 云南省昆明市官渡区某互联网上网服务营业场所多次违规接纳未成年人案

云南省昆明市官渡区某互联网上网服务营业场所 2021 年因违规接纳未成年人受到行政处罚后，于 2022 年 1 月再次违规接纳未成年人，并使用他人身份证件为未成年人上网提供便利，情节严重。对该场所违规

接纳未成年人的行为，官渡区文化和旅游局依据《中华人民共和国未成年人保护法》第一百二十三条的规定，给予吊销《网络文化经营许可证》的行政处罚。

案例 4 湖北省十堰市某游艺娱乐场所设置的电子游戏设备在国家法定节假日外向未成年人提供案

湖北省十堰市某游艺娱乐场所于 2022 年 2 月 16 日（星期三），将其设置的电子游戏机提供给未成年人消费。对该场所将其设置的电子游戏设备在国家法定节假日外向未成年人提供的行为，十堰市文化和旅游局依据《中华人民共和国未成年人保护法》第一百二十三条的规定，责令其改正违法行为，给予警告，没收违法所得，并处罚款 3 万元的行政处罚。

案例 5 贵州省贵阳市某歌舞娱乐场所违规接纳未成年人案

贵州省贵阳市某娱乐有限公司于 2022 年 3 月接纳 2 名未成年人进行歌舞娱乐消费。对该场所违规接纳未成年人的行为，贵阳市文化和旅游局依据《中华人民共和国未成年人保护法》第一百二十三条的规定，责令其改正违法行为，给予警告，没收违法所得，并处罚款 2 万元的行政处罚。

【社会保护】案例：北京发布文化市场综合执法未保典型案例

2022-06-18 少年司法专业委员会

<https://mp.weixin.qq.com/s/-Arzy8EAfhtXZbMsKoE9JQ>

为进一步推进《中华人民共和国未成年人保护法》的贯彻实施，切实保护未成年人合法权益，提高经营者的知法、懂法、守法的意识，引导社会公众共同参与未成年人保护工作，营造健康向上的社会文化环境和氛围，在新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》实施一周年之际，北京市“扫黄打非”工作领导小组办公室、北京市文化市场综合执法总队联合对文化领域依据《中华人民共和国未成年人保护法》查办的典型案件予以发布。

1. 北京某信息技术公司在限定时间外向未成年人提供网络游戏服务案。2021 年 8 月，北京市文化市场综合执法总队在检查中发现，北京某信息技术公司自营的游戏平台含 6 款 H5 网络游戏，存在于每日 22 时至次日早 8 时向未成年人提供网络游戏服务的违法行为。2021 年 9 月，总队依据《中华人民共和国未成年人保护法》对该公司作出警告、罚款人民币 10 万元的行政处罚，并对涉案主管人员处以人民币 1 万元的罚款。

2. 北京某有限公司传播含有危害未成年人身心健康内容的动画片案。2021 年 9 月，北京市文化市场综合执法总队执法人员巡查发现，北京某有限公司通过经营的手机 APP 登载传播以学生为主要角色含有惊悚、恐怖内容的动画片《逃亡死寂岛（动画版）》《噩梦时代前传》。2021 年 11 月，总队依据《中华人民共和国未成年人保护法》对该公司作出警告、暂停动画片传播业务一个月、罚没款人民币 30 万余元的行政处罚。

3. 北京某科技有限公司传播含有危害未成年人身心健康内容的广播电视节目和网络信息案。2021 年 9 月，北京市文化市场综合执法总队在工作中发现，北京某科技公司经营的视听平台 APP 向用户提供含有宣

扬淫秽色情内容的广播剧、动画片和电视剧。2021 年 11 月，总队依据《中华人民共和国未成年人保护法》对该公司作出警告、罚没款人民币 6 万余元的行政处罚。

4. 北京某科技有限公司未要求未成年人以真实身份信息注册并登录网络游戏案。2022 年 2 月，北京市文化市场综合执法总队执法人员在日常检查中发现，北京某科技有限公司运营的网络游戏未要求未成年人以真实身份信息注册并登录网络游戏。2022 年 4 月，总队依据《中华人民共和国未成年人保护法》对该公司作出警告、罚款人民币 10 万余元的行政处罚。

5. 北京某营业性歌舞娱乐场所违规接纳未成年人案。2022 年 4 月，北京市文化市场综合执法总队执法人员在日常执法检查中发现，北京某娱乐管理有限公司经营的歌舞娱乐场所包厢内允许未成年人进入，存在接纳未成年人的违法行为。2022 年 5 月，总队依据《中华人民共和国未成年人保护法》对该单位作出警告、罚没款人民币 5 千余元的行政处罚。

少年儿童是国家的未来和民族的希望。北京市“扫黄打非”战线将履行好“护苗”责任，坚决管控打击侵害未成年人身心健康和合法权益的违法行为，为少年儿童健康成长营造天清气朗的文化环境。

六、异域资讯

巨星朱莉的孩子是偷来的？柬埔寨跨国领养被爆实为“贩婴”！

2022-05-01 原创 我是报姐 英国报姐

<https://mp.weixin.qq.com/s/mq4hjpPHJZVpT08I6o6KCg>

过去 22 年里，伊丽莎白·雅各布斯（Elizabeth Jacobs）一直在美国养父母的悉心栽培下幸福长大。

但温馨的家庭还是挡不住伊丽莎白对过去的好奇，她很想知道，亲生父母为何要把自己丢在柬埔寨孤儿院，以及他们现在究竟身在何方？

翻看父母给的相关领养手续，伊丽莎白发现了很多不对劲的地方：

出生证明显示自己在 2000 年 1 月 1 日出生，但柬埔寨孤儿院保存的记录却是 2 月 2 号。

在收养文件中，伊丽莎白的柬埔寨姓氏叫 Rath。

这个姓氏在柬埔寨十分特殊，是政府专门为本国孤儿设立的，代表“州”或“政府”，也就是说凡是姓 Rath 的孩子都是不知父母身份的孤儿，国家就是他们的监护人。

而文件里也不会有关于亲生家庭的任何信息。

伊丽莎白打听到，在柬埔寨民间，这种出生证明多半是伪造，只是为了让外国人方便领养孩子走得一个程序过场。

最重要的是，在签字人那里，伊丽莎白看到了一个陌生的名字——劳琳·加林多（Lauryn Galindo）。

在网上输入这个名字，伊丽莎白查到了十分震撼的信息。

很多新闻报道显示，加林多被判犯有欺诈罪，她被无数人指控，以慈善名义诱导柬埔寨贫困母亲将孩子放到孤儿院收留照顾，等孩子到了孤儿院就会被伪装成“孤儿身份”介绍给美国或其他国家来的收养家庭，以此赚取中介费。

这份“收养工作”加林多干了 13 年之久，造成无数家庭骨肉分离。

这当中自然少不了无良孤儿院和政府人员们牵线搭桥，说白了，他们就是在腐败和利益渗透下，把婴儿从亲生父母手里骗走偷走。

伊丽莎白意识到自己很可能也是其中之一，她根本不像领养文件上写的那样是“父母不知去向的孤儿”，而是遭遇了“欺诈性跨国收养”，被加林多从亲生父母手中骗或偷走的。

更令人意外的是，她深入调查发现，好莱坞巨星安吉丽娜·朱莉领养的大儿子马多克斯，极有可能也和自己一样是这条产业链上的受害者。

据媒体报道，这种“洗婴”产业链在柬埔寨十分成熟，并 2000 年左右达到顶峰，无数柬埔寨婴儿被带离亲生父母身边，送往全球。

关键是，这种“跨国收养”都是在孩子父母被强迫或不知情的情况下发生的。

根据调查报告显示，柬埔寨农村里离婚、寡妇等单亲妈妈是主要被掠夺的对象。

孤儿院的工作人员甚至会跑到妇产医院寻找目标，这些人专门接近分娩不久的贫困女性，因为这时她们的情绪正处于脆弱恍惚的状态，很容易被说服把孩子交给福利机构照管。

“孩子们会平安健康地长大，得到专业照顾，在那还能接受教育，继续读书。”

通常情况下，这些母亲还会拿到一笔 30~100 美金不等的“捐款”，并被许诺可以随时到孤儿院看望孩子，只要她们找到工作有了稳定收入，就能接孩子回家。

但实际上，被带走的孩子会在孤儿院与相关政府的操作下，被赋予新的假身份，洗成“无父无母的孤儿”，然后等待外国来的养父母挑中带走。

从 1970 年代起，柬埔寨开启了数十年的政治动荡，接连内战造成 300 多万人死亡，再加上艾滋病和肺结核等疾病的流行，更是让柬埔寨陷入无法想象的经济泥潭。

与此同时，文化上的影响又让柬埔寨的生育率在东亚名列前茅，于是因为养不起而卖孩子的现象十分常见，更不用说为生活所迫把孩子丢到孤儿院。

光靠政府解决孤儿问题似乎不太可能，为了“分担压力”，柬埔寨政府于 1989 年开始允许外国人来此收养。

因此，劳琳·加林多就在这片混乱中找到了牟利的商机。

在美国当地，收养孩子要走复杂且漫长的程序，于是很多家庭选择出国领养。根据美国移民法，收养国外被遗弃的孤儿也容易让孩子拿到签证。

渐渐地，很多家庭开始找上加林多，大家都知道，在众多“孤儿院中介”中，加林多拥有“官方授权”，领养程序也走得最快。

特别是在 1997 年~2001 年间，加林多帮助美国家庭收养了约 800 名柬埔寨儿童，占两国收养人数的一半，而每个收养家庭都要给加林多交 3500 美金的“中介手续费”，这些年下来她至少赚了数百万美金。

调查人员称，加林多开的价格还算“厚道”，有的养父母甚至要向其他中介机构支付 1.3 万~2 万美元不等的“捐赠费”，这笔钱一部分用来贿赂低级政府官员以拿到假领养文件，剩下的则流入中间人和孤儿院院长的口袋。

而在这当中，加林多最出名的客户就是安吉丽娜·朱莉。

今年 20 岁的马多克斯是朱莉收养的第一个孩子，2002 年七个月大的他被收养时，就有人质疑过其“孤儿身份”的真实性。

当时，有柬埔寨儿童福利工作人员认为，马多克斯很可能是被人从一位贫困母亲手中，以 100 美元的价格买来的。

调查机构负责人也曾发声：“我确信这个孩子不是真正的孤儿，也没有被遗弃。”

对于种种质疑，朱莉本人也做出过回应，说早在收养前就尽全力调查过，马多克斯的父母已经过世。

“我永远不会从一名母亲手里抢走她的孩子，我知道那有多可怕。”

公众人物领养的孩子的身份都遭到诸多质疑，可想而知每年有多少孩子的身份被抹去。

Neang Phol 是一位 34 岁母亲，2008 年，丈夫丢下她和 5 个孩子独自离家出走。

为了养家糊口，Neang 只能在橡胶种植园工作，由于孩子无人看管，她把其中四个还小的孩子送进了距离首都金边大约 6 小时车程的孤儿院。

按照她的设想，等自己工作稳定了就能把他们接回身边，殊不知，这却成了 Neang 这辈子最后悔的决定。

几个月后，当 Neang 去孤儿院看望孩子们时，才发现其中两个女儿和一个儿子早已被送往意大利。在这期间，自己没接到工作人员的任何通知，甚至拿不到孩子们出国后的联系方式。

直到今天，14 年过去了，Neang 仍然不知道三个孩子过得怎么样，这些年她也对寻找孩子失去希望，只能默默祈祷他们平安就好。

像这样与孩子生生剥离的情况也在 Meta 身上发生。

2006 年，Meta 带着两个孩子和丈夫来到金边生活。几年前，丈夫因为工作落下一身病痛，全家所有的经济重担都落在了 Meta 身上。

因为上不起正规学校，Meta 选择把孩子们送到孤儿院，主要为了接受教育。

每个周末，Meta 都会带着水果来孤儿院看望孩子，但渐渐地，她发现孤儿院工作人员对她充满敌意。

几个月后的某天，Meta 再次来到孤儿院，发现两个孩子已经“消失”，她被告知孩子们已经被送到奥地利，而她作为母亲却毫不知情。

崩溃至极的 Meta 当即要求孤儿院把孩子还回来，让她没想到的是，自己却被院长叫来的警察给拖了出去。警方给出的说法是，Meta 涉嫌诽谤他们“贩卖儿童”。



示意图

亲生父母这边痛苦万分泪流满面，另一边，那些国外来的养父母也同样遭受着孤儿院的欺骗，很多人都以为这些孩子是因为战乱和贫穷被遗弃，从来没想到自己竟成了这条“掠夺”产业上的一环。

卡罗尔·劳森伯格是加林多的客户之一。

在见到儿子山姆时，卡罗尔被告知山姆的亲生母亲已经抛弃了他，因为家里孩子实在太多。

但在办理收养手续时，卡罗尔在文件上看到山姆亲生父母的那一栏写着“未知”，那时卡罗尔也起过疑心，但这怀疑的念头很快就消失了。



山姆与猫咪弗雷德（领养后）

直到2005年，卡罗尔读到一篇报纸文章，上面描述了一位柬埔寨母亲是如何被迫放弃她的孩子的，那一刹那，她意识到这位母亲所说的孩子很可能是山姆。

“那一刻，我整个人都僵住了，所以，我夺走了一个母亲的孩子，我不是故意的……但我确实参与了一个非常罪恶的事件。”

同样的情况戈夫也经历过，当她看到女儿的领养文件时，亲生父母那一栏也写着“未知”，但她想起自己明明在孤儿院看到一本笔记本，上面有一张女儿照片，背面写着她父母的名字，以及他们所在的村庄。



示意图

后来，戈夫承认自己对这件事有所保留，“我想成为一名母亲，但我又不想做错误的决定，最后我还是带着女儿回到了美国。”

随着越来越多的美国家庭受到“贩卖儿童”的指控，2001 年，美国和其他国家相继暂停了柬埔寨的收养程序。

现在伊丽莎白正在制作一部纪录片，还原自己被偷走的真相。



制作期间，伊丽莎白遇到了和自己有着同样经历的 Galindo。

她说 2014 年时，养母曾带着自己回到柬埔寨度假，两人在露天市场逛街时，有个妇女来搭讪，问她们要不要买孩子，只要 30 美元，见二人没有理会，这个妇女又主动把价格砍到 25 美金……

那一瞬间，Galindo 鼻头一酸，她仿佛看到了自己当年被卖掉的场景。

“跨国收养背后的人口贩卖对很多家庭来说几乎是毁灭性的打击，但哪怕现在被停止，也依旧改变不了孩子们被买卖的命运。”



如今，加林多早已恢复自由之身，在接受采访时，她坦言并不觉得自己的行为是不道德的：

“确保儿童的遗弃身份是柬埔寨政府和孤儿院的责任，不是我这个替罪羊。”

“我做的事始终把孩子们的利益放在首位，在我的努力下，700 多名儿童被安置在充满爱心的家庭中，让他们免受虐待，卖 Y 和饥饿……这些悲剧也不是从我开始的，而是那些柬埔寨人。”

难过的是，尽管柬埔寨政府在 2001 年关闭了海外领养程序，但在 2005 年~2015 年间，柬埔寨孤儿院的数量增加了 60%，其中，有 80% 孩子的父母都在世。

无论“跨国收养”是否存在，都无法改变这些孩子被遗弃的命运。

“你们的孩子并非你们的孩子”：被指定的父母？

2022-05-05 弗朗西斯 意定之爱

https://mp.weixin.qq.com/s/RwONyYHvaTx-0vrPG_46pQ

知道谁是我们的孩子，或者从关系的另一端出发，知道谁是我们的父母，毫无疑问是对每个人而言至关重要的问题。然而这一问题的答案却变得越来越模糊不清。固然历史的任何时段都存在着不确定或者难以决断的情形，但是科学的发展赋予了人们更多操纵或者阻碍亲子关系的可能性。应当明确对亲子关系中的各方身份予以确定的法律处于危机与建立之间，处于混乱无序与秩序重建之间。因此，必须要对亲子法律进行重构以便回答这一核心问题：由谁来指定父母？

1. 在离开其被放逐的城市之前，一位智者回答了那些收容他之人的提问。当他们问及孩子时，智者回答：“你们的孩子并非你们的孩子，他们只是应着生命本身的召唤而来的儿子或者女儿。他们通过你们而来，但并非由你们而来。而且即便他们与你们在一处，却并不为你们所有。”这一回答展示了成人与子女关系的一些方面：生理层面（子女通过父母而来）以及家庭层面（子女与父母在一处）。但是对于亲子关系本身，这段回答却显得颇为神秘（对于出发点的否定，提及生命的召唤）。因此下述问题依然悬而未决：由谁来指定父母？

2. 这一指定功能显然属于法律：任何亲子关系都是由法律所确立。传统上，这一关系的确立依赖于一个自然事实：亲子关系是从法律层面反映不可回避的生理事实，因此父母不可避免地是就生理层面而言的。这一选择在当下更具可行性，因为如今我们可以准确地获知这些信息。这一自然进路获得了普遍的认同，血缘关系始终是亲子关系中最根本的参照。然而法律本身对这种联系提出了质疑。因此，除了身份占有（*possession d'état*）的情形之外，生物联系在完全收养（*l'adoption plénière*）的场合被掩盖，在精子捐献的场合甚至被篡改。而作为生育基础的两性关系本身，也在简单收养（*l'adoption simple*）的场合遭遇了第一个例外，因其允许子女拥有同性的双亲。另外，生物学联系与亲子关系之间的纽带因为生育技术的发展与多样化（合法的或者非法的）而受到了严重的挑战。然而，事实难道并非一向如此吗？正如杰拉德·考尔努所言：“亲子法律并不单纯是关于真相的法律。它同时也部分的是有关生活的法律、有关儿童利益的法律、有关家庭和睦的法律、有关亲密关系的法律、有关道德情感的法律、有关往昔的法律……”

3. 然而，通过传统血缘关系“之外的方式”获得子女的可能性，使得该领域存在商品化的风险，并对收养制度或者辅助生育技术造成破坏：一个世界范围内的市场已然成形，确保中介机构获得丰厚的回报——这是任何市场的规则——并且对抗或者规避着国家的政策。似乎所有人都认同保护儿童的必要性，关注其健康成长，尊重其“最大”利益。然而事实上，对于如何具体确定儿童的福祉或者利益，人们往往存在着绝对的分歧。这些争论动摇了法国的亲子关系法律，使其原则发生分裂，另外还有来自外部，尤其是欧洲人权法院的压力，以及受到国外法律规定鼓励而产生的境外实践。这一错综复杂的困局所产生的结果，便是亲子法的无序状态，而该法律本应当成为子女身份可以信赖的依托。由此，秩序的重建便显得尤为必要：尝试克服阻碍，超越分歧，促成一种真正顾及儿童利益的模式，这一任务是持不同观点的作者之间所取得的共识。

I 亲子关系的无序状态

4. 如果一部法律相比其他部门法更关注于调整人际关系，则其最有可能沦为无序的领域，这是所有人都能得出的可悲结论：这是人们偏差行为的结果，也可归咎于那些试图恢复被打破平衡的徒劳尝试。

A. 偏差

5. 这些偏差行为是人们对科学技术以及法律熟练的、过度的或者欺诈性的运用所产生的后果。它们被主要用来规避父母作为子女生育者的传统进路。事实上，法律经常提供不同的手段来打破亲子关系与生育事实之间的纽带。

6. 那些制度性的偏差行为恰恰采用了收养这一路径来操纵一部分儿童的亲子关系。颇具悖论意味的是，所涉及的国家或者达成了某种默契，或者打着传统家庭理念的旗号。它们所采用的手段既简单而又残忍：出于道德的、社会的或者是政治的原因，一部分子女被强行从他们的生母手中带走，而提供给一些经过遴选的家庭进行收养。这一实践曾经波及拉丁美洲，尤其是阿根廷与危地马拉，但同样存在于独裁期间的西班牙、比利时、英国以及爱尔兰。法兰西共和国同样不能幸免：在1963年到1982年期间，1600名法属留尼汪的儿童被以饱受诟病的方式转移到法国本土：打着所谓儿童利益的名号，生理学上的亲子关系被以欺诈性的方式予以规避！

7. 而个人层面的偏差行为则是当下最为急迫的问题。例如，那些在法国本土生活的夫妻可能会利用波利尼西亚群岛的一些习惯做法而实现收养的目的。实际上，在波利尼西亚，（生理学意义上的）母亲可以将其子女交给其家庭成员抚养，后者成为其“养育者”，而母亲则能够继续探视自己的子女。利用这一实践，夫妻便着手联系一名当地女子，要求其将亲权委托给他们代为行使。在取得儿童之后他们重新回到法国本土，并申请完全收养，由此通过对一项地方习俗的歪曲，他们使得孩子与其原有家庭之间的纽带被斩断。

8. 随着辅助生育技术的发展，这些偏差行为的可能性空前增加。不可否认，法国的法律以及司法实践对于这些技术的使用设置了严格的界限。但是这一立场由于更为宽容的国外立法的存在而很难维持。因此，

尽管法国法上明令禁止,但是同性恋配偶或者单身者求助于人工授精技术已经司空见惯,以致我们使用“塔利斯(Thalys,欧洲高速列车名,主要开往荷兰、比利时等地——译者注)婴儿”借以指明这些生育之旅的最佳目的地。更有甚者,法国人甘冒刑事处罚的风险挑战代孕生子的禁忌,明智的目的地选择使他们可以免受处罚:因此我们可以设计出一张最佳目的地地图,从中可以对比各地的操作成本及费用。由国家、组织以及个人所为的偏差行为所具有的广度使得越来越多的儿童受到波及,它们的亲子关系被反复操纵,变得脆弱不堪。但是对这些偏差行为所采取的应对措施却往往又是失望之源。

B. 失望

9. 失望总是伴随着期待而生。有关代孕子女的处理完美地阐释了这一点:为了不惜一切代价坚守原来严苛的禁止立场,其带来的风险就是应对举措的毫无节制。这种对代孕不留任何回旋余地的禁止立场最初为最高法院所采纳,而后被写入了民法典的规定:其结果便是,无论是最初的代孕协议、后续的收养,还是某些场合下由外国登记的出生证明,所有的程序均被认定为违反公共秩序而绝对无效。最初,最高法院将其禁止的依据确定为身体及主体身份的不可处分性,但是这一依据的合理性遭到了一定质疑,因此这一立场逐渐为规避法国法的论据所取代:这一理论依据被认为更具合理性,并且更有利于维持对代孕程序的惩罚。因此,法国法律以及司法判例在20年的时间里都对代孕采取了不可通融的敌视态度。

10. 自1991年开始,这一严苛的态度就在惩罚条件层面表现出来。无效后果及于所有类型的合同,哪怕其是以无偿形式缔结的:此处利他主义并无栖身之地。同样的,即便事后的收养行为明显符合儿童的利益,其依旧无法逃避无效的惩罚,以致该儿童将被交由社会救助机构抚养。对于儿童利益的漠不关心最终也反映在法院拒绝登记外国出生证明的立场之中:最初,法院不无乐观地认为,拒绝登记并不会影响儿童在外国法上所享有的亲子关系,因而也不会对其家庭及私生活的尊重和儿童的最大利益造成损害:这一观点并非是无懈可击的。法院立足于规避法国法的立场,试图对反对意见作出回击:“在存在此类规避行为的场合,无论是儿童的最大利益,还是对其私人或者家庭生活的尊重,都不能有效地作为抗辩提出”。

11. 对儿童利益的拒斥完全符合法国法最初选择的极端立场。对代孕的憎恶立场在人们刻意使用的贬义语汇以及一些牵强的甚至是极端的类比中显露无遗。术语的使用从来都不是中性的:因此我们可以将这一程序称为儿童的贩卖,然而这与无偿代孕场合格格不入(赠与?)。我们可以选择转让(cession)一词来囊括无偿的情形,但是其仍然预设生产者,而非卵子的提供者母亲。相反,如果我们考虑到生物学上的联系,则使用“返还”一词。最后,“归返”(remise)一词似乎更为中性,但在实务中鲜被使用。

12. 这一禁止规则绝对性的另一体现,便是从第一则判决以来法院便拒绝对具体情形作出任何形式的区分。但是实践中所面对的情形并非总是相同的。从最能够接受的到最应当制裁的(这在现实中可能是最为常见的?),我们可以区分出三种典型情况。在第一类情形中,一位已婚妇女由于疾病而无法正常生育。她的姐妹同样也是已婚并已经身为人母,她同意接受该夫妇的配子,代其进行生育:从生理学的角度而言,孩子显然属于“意向父母”(parents d'intention),这一出于“亲情”的行为中完全不包含经济交易的内容,而且代为怀孕的姐妹也从未有过将孩子占为己有的想法。在第二类情形中,夫妻仍然求助于一位已婚母亲在与情形一相同的条件下代为生育子女。孩子出生后虽然与意向父母共同生活,但是其知道自己的生育家庭并与其保持较为疏远的关系:然而,与情形一不同,两个家庭之间不存在任何的亲属关系,而上述操作可能会产生一定的“补偿金”。最后在第三种情形中,一位女子接受夫妻双方中一方的配子为该夫妻代孕子女,子女一经出生后便和该女子断绝一切关系。在此种假设的情况下该女子为外国人,其收取的费用以及成本要根据所选的目的国家而定。应当承认,对上述第一种情形——其固然是最为罕见的——使用那些贬损的言语是不恰当的,甚至是一种无理的冒犯:相反,对于第三种情形,这些描述尽管未必准确,却也并不显得那么格格不入。

13. 更有甚者,采用规避法国法律这一依据,将不仅导致对于意向母亲(哪怕其作为卵子的提供者)身份的排除,同时也会使其伴侣对于子女的认领归于无效,即使这种认领是符合血缘关系的:规避法律之惩罚后果的极端性不仅罔顾生理学事实——从母亲方面而言是部分的——而且也漠视了儿童利益:想要坚守并且强化一项绝对化的禁止措施的执念,必然会导致一些让人难以容忍的选择和失望的预期。实际上,禁忌的绝对性最终使得最主要的利害关系人陷入困境:颇为吊诡的是,刑法的处罚并未施予规避法国法的行为,却要让孩子承担该制裁的所有严厉性。

14. 正因为此,欧洲人权法院最终介入了这一领域。在始于2014年6月26日的一系列判决中,人权法院惩罚了法国最高法院拒绝对国外出生证明办理登记的行为:它区分了意向父母与子女的情形,认为对子女的私人及家庭生活的尊重权未得到体现。在这一系列判决作出之后,最高法院终于允许在符合实际情

况的条件下，对合规的国外出生证明予以登记。对现实的质疑与推翻，作为不确定性与无序的源头，并不会就此终结：与其被动承受不可避免之事，莫不如对现有秩序进行理性的重塑。

II 亲子关系的秩序重建？

15. 从目前的亲子法中所能得出的结论是，生育者与父母之间的简单对等关系在很大程度上受到了挑战，这种挑战不仅来自实践，也来自法律本身。我们并非主张两者之间不存在任何关联，因为这与现实中最常见的现象相背离，然而应当承认这种关联并非绝对必要，甚至也并非绝对自足：在这种条件下，究竟什么构成了亲子关系，这种亲子关系又将如何获得承认？

A. 对关系的区分 16. 成人与子女的关系存在于三个不同的层面。首先是生理层面，它反映在遗传顺位之中：生理学联系或者说基因联系，使得儿童与其生育者联系在一起。这一关联是不可规避的事实，它使得所有的儿童都能被归至一个男人和一个女人。第二层关系考虑的是对儿童的实际培养，这也被称为家庭关系：正是在这个意义上存在着亲权的规定。第三层关系是象征意义上的继承顺位关系：由亲子关系所确立起来的家谱。对于大多数的子女而言，父母同时负责对他们的抚养、教育，上述三个层面的关系具有同一的指向。但是正如我们所知，情况并非总是如此：当子女的生父母不行使亲权时，他们可能就缺乏与子女之间的家庭关系。同样的，在接受配子的辅助生育或者完全收养的场合，父母与子女之间的生理关系也并不存在。

17. 上述三个层面要求法律对其区分对待。就生理关系而言，子女理应能够获知有关其出生的信息，这于他而言是最密切相关的：但是这一知情权对配子捐赠者的匿名制度、对于接受胚胎的夫妻、对于希望对这一信息保密的当事人都构成了挑战。事实上，如果说一个人的出生是人格主体确立的关键信息，任何的保密行为原则上都应当被禁止，或者至少不得对子女产生对抗效力，或者至少被严格限定在一段期间内。作为这一信息透明的对价，法律必须向接受参与生育计划但并不想承担父母责任的自愿人士作出承诺，他们在将来不会被强加不愿意负担的职责：对于对方的一臂之力，我们不能回报以突然袭击！因此，出生信息始终应当被公开，但其并不必然导致亲子关系的建立。在一些情况下，生育者试图逃避父母职责，不愿为自己的行为承担相应的责任：如果父母不履行职责，则法律可以对其强制。但是在另一些情况下，生育者让位于第三人，由后者独自担任法律上的父母。配子捐赠中的捐赠者、同意完全收养的人或者提供代孕但本身并未提供卵子的人，都属于此类情形：在这些场合，生育与亲子关系实现了分离。

18. 最后，有时第三人会以另一种身份与生育者分享父母的身份。简单收养的例子最为典型：子女在保有原来的血缘亲子关系的基础上，又获得了一个新的收养亲子关系，以致他就有了两个父亲与两个母亲。这种复数亲子关系具有一项巨大的优势：当双方争夺同一地位时，他们不需要互相排斥而是可以共存，只要这种形态符合儿童的利益。因此，简单收养为一些由于匿名生育给亲子关系带来的矛盾冲突提供了一个可能的出路：在本杰明一案中，父亲最终锁定了自己的亲生儿子，但此时一对夫妻正在办理有关本杰明的完全收养，两者的冲突最终由于简单收养的判决而有了一个“皆大欢喜”的结局。当然，我们也不应当过度夸大复数亲子关系的积极一面：和传统亲子关系一样，它也可能产生矛盾冲突。但是它至少提供了一种为了孩子的利益和平相处的方式。

19. 对于情形多样性的关注将最终导致全部或者部分地否定血缘关系在确立亲子关系中所扮演的角色。出生来源固然在亲子关系建立中具有优先性，尤其是当亲子关系的确立发生在出生不久后时。但是随着时间的推移，血缘的影响就越来越多地需要结合其他的决定性因素一同考量，尤其是身份占有的事实，其最终将完全取代血缘的地位：在某一时刻，生理联系将不再能决定亲子关系。然而，对于血缘因素重要性的演变性考量在很大程度上取决于案件的具体情况。例如，如果当事人明知其并不是儿童的生理学父亲而承认父子关系的，则即便是存在生理学上的相反证明，他本人（因为诉权消灭）或者是检察官（由于儿童利益的最大化）都可能无法对该亲子关系提出质疑。相反的，利害当事人意见的听取也可能具有决定性的作用：如果说所有的当事人都表示同意的话，那么由 20 年前的判决所确立的不符合血缘联系的亲子关系也同样可以被推翻。

20. 我们可以假设儿童的利益构成结论得出的依据，然而人们对于这一利益的判断并非总能达成一致。例如在儿童已满 9 岁的情况下，申请人被允许摧毁了之前建立起来的亲子关系。且不说操纵儿童真实意思的风险，此处值得推敲的是儿童的利益本身：欧洲人权法院认为，儿童的利益“首先便是对其身世的了解”，即便其与生母的丈夫之间已经建立起非常深厚的情感。它由此支持了成员国国内法院的立场，认为“儿童的最大利益并不体现在既有亲子关系的维持上……而是体现在真正的亲子关系的建立上……”对于这一看法我们持有保留意见，它武断且抽象地认为，对于儿童来说，他的最大利益就是了解自己的

身世，但同时又将生理学意义上的血缘关系直接等同于真正的亲子关系，就好像两者所代表的利益必然是相同的！人权法院随后指出，“亲权的行使被赋予了本案的第一申请人（也就是孩子的生母），”以致即使被剥夺了父亲资格，母亲的丈夫依然都可以“如其所愿”地与孩子“继续维持日常的生活关系”：多么虔诚的慰藉！此处的表述不禁使我们联想到了人权法院在 Mennesson 和 Labassé 案中所使用的论据。因此，仅仅是对成人与儿童之间的各种不同性质的联系加以区分还是远远不够的。亲子关系的认定中哪些因素具有决定性意义，依然具有不确定性。

B. 关系的指定

21. 首先需要回答的第一个问题是各主体在亲子关系确认中所扮演的角色：谁最具有话语权？在任何时期，成人在亲子关系的确立中均具有主导地位。首先自然是丈夫，他曾经享有接受（*tollere liberos*）或者拒绝（*deponere*）其妻子所生子女的权利：这一权利在旧民法典的 314 条中尚留有痕迹，对于妻子在婚后 179 天内所生的子女，该条款允许丈夫通过简单的否定来拒绝认领。同样的，直到 1912 年，非婚生子女对不愿承认的生父不具有任何的诉讼权利。同样的拒绝权利直到今天仍然对那些不愿意透露自己生育信息的妇女所开放，2002 年 1 月 22 日出台的第 2002-93 号法律允许其对寻求自己出生信息的子女继续保守秘密。

22. 从某种意义上来说，子女被动地接受了亲子关系。对于其父母的事后追认，实际上子女并不拥有任何的否决权：例如最高法院驳回了 29 岁子女对其母亲事后追认亲子关系的权利，后者在其子女出生后便将其抛弃，如今的追认仅仅是为了成为赡养费的债权人。强迫子女与一个从未对其真正履行过抚养义务的人建立亲子关系，难道不是难以接受的吗？或许我们应当认为，相比于成人，儿童更应当占据首要的地位：父母造就了子女（生育），而子女同时造就了父母（亲子关系）！对于超过 13 岁的子女而言已经基本如此，因为他们必须对涉及自身的收养行为表示同意。另外，子女往往对于自身的亲子关系有较为固定的看法。埃里克·佛多里诺在献给其去世养父的书中明确表示：“我所经历的收养对于我而言就是出生，或者说重生……我很清楚地认识到血缘关系并不必然意味着亲子关系。”在错抱胎儿经过十年后被发现时，我们也得到了同样的结论。实际上，孩子的反应并非总是相同的。例如在阿根廷，将近四分之一在独裁统治期间被“抢”的儿童最终被锁定：我们可以想象他们知道真相时的情形：“你们的父母并非你们的父母，他们是因为你们的生父母之死才成了你们的父母的”！面对这样残酷的事实，大多数的子女都断绝了和收养家庭的联系，但另外的一部分仍愿意全部或者部分地保留与两个家庭之间的联系，并且还有一部分孩子不愿意改变现状：无论子女作出怎样的选择，谁或者哪一部法律可以强迫他们接受他们所不愿意接受的结果？

23. 对于亲子关系的选择，有一位作者提议应当“将亲子关系建立在作为父母的担当之上”：但事实上这种担当在所有的情形中都存在，在血缘亲子关系中从希望拥有孩子到最后的生育行为，收养者以及意向父母的主观意愿。但是这难道不是仅仅从亲子关系的一个角度看待问题？成人以父母自居，而子女则接受其如是。身份占有正反映了这种关系的相互性：民法典第 311-1 条首先考虑的事实就是“当事人被其养育者作为自己的子女来对待，而他本人也将他们作为自己的父母看待”。

24. 生育、担当和计划：什么才是这三种亲子关系建立模式的共性，才是揭示亲子关系本质的东西？在让·加尔伯尼埃的笔下，通过对比所罗门判决和贝尔托·布莱希特的戏剧《高加索灰阑记》，我们可以从中找到问题解决的方向。在这两则案例中，都是两个妇女为同一小孩的归属发生争执。根据圣经的描述，所罗门命令将新生儿分为两段分别交给两位妇女：其中一人答应了，而另一位则表示拒绝。于是就有了判决：“将孩子活着交给第二位女子，不用将他杀死了，因为第二位女子是他真正的母亲。”在布莱希特的故事中，被争夺的小孩在小时候由于得了重病而被其生母抛弃，后来好心的女佣将其从死神手中夺回并抚养成人。为了解决争议，法官采用了相似的做法，而这次是女佣拒绝将孩子一分为二：这里的角色发生了互换！但是在这两则看似矛盾的判决背后，却传达了同样的信息：我们并不能仅仅依据生育事实来确定母亲，这与第二项判决不符。事实上在两个判决中，被指定为母亲的妇女都作了同样的选择：“让他活着！”这就意味着亲子关系的确立是为了“让他活下去”。父母是真正响应了生命感召的人，这回应了卡利尔·吉卜兰笔下智者的回答。这是一种长时段的感召。它甚至发生在妊娠之前，通过出生得以具体化，并且一直持续至孩子成年之后。尽管形态不同，但却是始终存在的。但是这种感召也同样存在于收养者的意愿之中，存在于求助于第三方代孕的夫妻的意图之中。法国法非常正确地鼓励推广身份占有的概念，因为它体现了对于“持续”生命的感召，正如民法典第 311-2 条所要求的那样：这是一项不容逃避的感召。在这一框架下，儿童的利益自然占有一席之地。

26. 当然对于父母来说，他们并不总能轻易地知道这一利益存在于何处，正如莫泊桑在他的小说《在田野上》中所表现的：两个邻居家庭过着清贫的生活。一对生活富足的夫妻提议以支付一笔补偿金的形式来收养他们的孩子：第一对家庭不快地拒绝了该提议，但是第二对则表示接受。从这天起，收到补偿金的一方过上了好日子，而另一家庭则依然贫苦，终日被酸楚与暴怒的情绪所包围。在成年之后，那位被收养的孩子重回故里。面对他们举行的盛大庆典，另一家的孩子抱怨自己的父母拒绝了当年的提议将自己留在身边，并冲他们大发雷霆：“与其像现在这样我宁可自己没有生下来。当我看到那家的孩子……我不自主地对自己说：本来这应当是我现在的样子！”于是他离开了自己的父母……

27. 这是很难的抉择：父母是否应当不遗余力地将子女留在自己身边，还是可以在合理的情况下让他们离开（此处并没有切断亲子关系），哪怕是为此收受一部分的补偿金？如果说是对生命的感召指定了父母，那么我们是否可以说在这一案例中，两个家庭都以他们自己的方式回应了这一感召？但无论如何，如果孩子和你们在一起，他们也并不属于你：莫泊桑在字里行间对我们发出了警示：若你抓住自己的孩子不放，那你终究会失去他们！

域外 | 美国少年司法中的里程碑式判例（二）

2022-06-10 法司年少

<https://mp.weixin.qq.com/s/T1r-a5vniUm5HR0mUcsnXA>

1. 布里德诉琼斯案 Breed v. Jones, 421 U.S. 519 (1975)

(1) 基本案情

加利福尼亚州的一家少年法庭经审理认定，如果17岁的盖里·琼斯（Gary Jones）按照成年人的刑事司法程序接受审判，其将构成抢劫罪（robbery）。此后，该少年法庭又认定，琼斯不适合接受少年法庭的审判，而应当被视为成年人进入刑事司法程序。随后，刑事法庭判决琼斯构成一级抢劫罪（robbery in the first degree）。琼斯认为该案的程序将违反了禁止双重危险原则，逐级上诉至美国联邦最高法院。

(2) 争议焦点

对于少年犯罪案件，在少年法庭开始审理之后，再改由刑事法庭审理，是否违反了禁止双重危险原则？

(3) 审判结果

美国联邦最高法院的九位大法官一致认为，在少年法庭审理后，再对琼斯进行刑事审判，违反了禁止双重危险原则。同时，他们建议少年法庭在预审阶段就对少年犯罪嫌疑人是否适合接受少年法庭的审判作出判断，以避免双重危险情形的出现。

(4) 案件影响

布里德诉琼斯案明确了禁止双重危险原则应当在少年司法程序和刑事司法程序之间适用。少年犯罪案件一旦在少年法庭中进入审判程序，就不得再转入刑事司法程序。

案件链接：

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/519/>

2. 汤普森诉俄克拉荷马案 Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988)

(1) 基本案情

15 岁的汤普森涉嫌一级谋杀罪（first degree murder），且手段残忍。检察官申请按照成年人的刑事司法程序对其进行审判，得到了法院的批准。格雷迪地方法院（Grady County District Court）对该案进行审理后，认定汤普森有罪，并判处了死刑。汤普森上诉至俄克拉荷马州刑事上诉法院（Court of Criminal Appeals of Oklahoma），上诉法院维持了原判。汤普森随后上诉至美国联邦最高法院。

（2）争议焦点

对 15 岁未成年人适用死刑，是否构成美国宪法第八修正案所禁止的“残酷和异常的刑罚”（cruel and unusual punishments）？

（3）审判结果

美国联邦最高法院以 5 比 3 作出判决（安东尼·肯尼迪大法官没有参与该案的审理），认定对汤普森适用死刑构成“残酷和异常的刑罚”，推翻原判并发回重审。该法院首先明确美国宪法第八修正案禁止“残酷和异常的刑罚”的规定因美国宪法第十四修正案而适用于各州，继而提出所有州的法律都不得设置对 16 岁以下的未成年人可以适用死刑的规定，并指出这一禁止性要求是社会发展进步和走向成熟的一个标志。

（4）案件影响

汤普森诉俄克拉荷马案明确禁止对 16 岁以下的未成年人适用死刑，在减少未成年人遭受严酷刑罚方面迈出了重要的一步。

案件链接：

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/815/>

3. 罗珀诉西蒙斯案 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

（1）基本案情

西蒙斯在 1993 年被判处死刑，当时他只有 17 岁。此后，他在州法院和联邦法院进行了一系列的上诉，都被驳回了。2002 年，密苏里州最高法院依旧对其维持死刑判决。同年，美国联邦最高法院对阿特金斯诉弗吉尼亚案（Atkins v. Virginia）作出判决，禁止对具有精神疾病的人适用死刑，因为大多数美国人认为这是残忍和异常的。该案使密苏里州最高法院决定重审西蒙斯一案。经过重审，密苏里州最高法院以 6 比 3 作出判决，以类似的理由即大多数美国人反对将死刑适用于未成年人，推翻了原判决。公诉方随后上诉至美国联邦最高法院，

（2）争议焦点

对未成年人适用死刑，是否构成美国宪法第八修正案所禁止的“残酷和异常的刑罚”？

（3）审判结果

美国联邦最高法院以 5 比 4 作出判决，认定对西蒙斯适用死刑构成“残酷和异常的刑罚”，维持了密苏里州最高法院的判决，并指出，社会的准则已经进一步发展，死刑对于 18 岁以下的所有人来说都是残酷和异常的，且国际社会普遍反对将死刑适用于未成年人，因而应当彻底排除死刑对未成年人的适用性。

(4) 案件影响

罗珀诉西蒙斯案明确禁止对任何未成年人适用死刑，是未成年人保护的重大进步。该案为此后对未成年人适用刑罚的进一步轻缓化提供了基础和条件。

案件链接：

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551>

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

（2019年2月版）

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下11个群：家事法苑实务交流微信群（A-H群）、继承法苑实务交流群（A-B群）、涉外家事法苑实务交流群。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬、李凯文、陈贝贝、刘海娜；

王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、陈建宏、李炜、辜其坤、季凤建、严健、王钦、万薇、谷友军。

1、建群宗旨

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家庭继承及相关领域感兴趣的律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体朋友加入，共建阳光下专业领域内法律职业共同体业务探讨交流的和谐平台。

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家庭案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与本群主题交叉的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

1.请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者先添加以下管理员个人好友：陈贝贝律师（微信号：18817836410）、李凤影助理（微信号：18734563726），申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，家事法苑实务交流微信群”；

2.请拟申请加入“继承法苑实务交流群”者添加陈贝贝律师（微信号：18817836410）管理员个人好友，申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，继承法苑实务交流群”；

3.请拟申请加入“涉外家事法苑实务交流群”者添加李凯文律师（微信号：13240475703）管理员个人好

友，申请信息务必请注明：“城市+单位简称+姓名，涉外家事法苑实务交流群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-H 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示

如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公众号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）！

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络（个人网站、博客、公号等自媒体）、转到自己或其他的微信群、QQ群，或其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响

其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日