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，让我们一起努力。

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）　　**视频号：** 家事法苑

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™ 资讯简报
2022 年 8 月第 28 期

分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

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 5

【全文】上海市未成年人特别保护操作规程 5

二、理论动态 10

再议未成年人设立慈善信托的效力：慈善信托的委托人资格很特殊吗？ 10

处分未成年人不动产是否要父母双方共同代理 11

林琳 | 涉罪未成年人分流与观护制度比较及完善 13

侯艳芳：未成年人保护处分制度的反思与改进 18

姜金良：婚姻挤压与人口推拉效应：拐卖妇女犯罪发生学的一种解释 26

张磊、刘丛丛：通过减少存量、遏制增量打击拐卖妇女、儿童犯罪 32

论对暴力侵害未成年运动员行为的法律规制 41

涉抚养权案件强制执行的困境及破解 52

未成年人司法社会支持体系之思考：基于风险控制理论范式的视角 55

郭旨龙、郝洁：收买被拐卖的妇女罪法定刑的实证研究与理论反思 63

龚红卫：日本防治拐卖儿童行为的犯罪学启示 70

追寻跨国收养法律冲突解决之路 78

关涉他罪之对合犯的刑罚比较：以买卖妇女、儿童犯罪为例 83

性侵犯罪专题研究 |《环球法律评论》2022 年第 4 期 91

冲突与平衡：未成年被害人作证保护与被告人对质权行使 | 92

去家庭化和儿童非正规照顾：欧洲跨国比较研究 101

《民法典》时代隔代探望纠纷的裁判思路——从权利进路向义务进路的转向 112

潘淑岩：父母处分未成年子女财产法律效力的解释论 121

三、审判动态 130

父亲使劲掌掴儿子致其死亡！法院判了 130

男子打伤猥亵女儿者，检察院决定：不起诉！ 130

用奶奶的账号玩游戏，11 岁女孩被 17 岁少年以赠送皮肤为由诈骗近万元！ 131

信阳中院发出首份未成年人犯罪记录封存通知书 132

女子转移 11.2 万存款却拒付孩子抚养费 3600 元，法院：罚款 1 万，强制执行！ 132

离婚纠纷中“探望困境”的解决之道 133

促进家庭教育 护航未成年人健康成长 136

抚养费用难满需求 结合实际适当增加 138
给小宝找到最合适的监护人 138
陕西白水：男子打伤猥亵女儿者为何不起诉？ 139
时评丨未成年人犯罪记录封存，重在操作细则 141
善意执行，父子隔海“云”探视 142
子女系代孕所生，丈夫可否认妻子与子女的亲子关系吗？ 144
离婚后，给予子女高额的抚养费，是否侵犯现任妻子财产共有权？ 148
事发南昌，全省首例！未成年被侵害，酒吧酒店担责！ 150
母亲房屋过户给儿子，是买卖还是赠与？ 151
离婚后，爸爸行使“探望权”受阻，法院如何执行？ 154
拖欠抚养费，需要支付违约金吗？ 155
电竞酒店侵犯不特定未成年人合法权益 157
公安部：截至目前，打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动破获案件 906 起 160
把未成年人犯罪记录封存制度落实好 160
擅自使用儿童照片做宣传海报被诉侵权 162
【法官说法】离婚后，孩子上兴趣班的费用如何分摊？ 163
防未成年人上网色情诱惑需两端发力 164
妥善处理抚养纠纷 维护权益护娃成长 165
要求支付高额抚养费，法院会支持吗？丨案例参考册 168
善意温情执行，法院这样破解丧子老人隔代探望难题！ 171
女子离婚后卖掉亲生儿子作为“经济来源”，女报评论：贩卖亲生子女违法悖德，必受惩处！ 172
湖南 13 岁女孩生下女婴，警方通报：涉案村民被刑拘子女教育 173
“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之三丨能动履职，未成年人检察公益诉讼迎来新动力 174
夫妻分居“抢”闺女，真的是爱她吗？ 178
“外孙女的生活有着落了” 180

四、媒体视点 183

彝族小城退了 733 对“娃娃亲”，更难退的是彩礼 183
全市首个涉案未成年人家庭教育指导中心在甘井子区成立 185
超生孩子“被调剂”？当地民政局：以前抱过很多，派出所直接上户口 186
男孩在视障家庭长大丨深度报道 188
强制报告制度：给未成年人多一道保护 194
《广州市未成年人保护规定》启动修订，将增加收养能力评估 194

严惩性侵犯罪 守护未成年人健康 196
用司法力量守护少年儿童健康成长 198
域 外 |欧洲人权法院关于智力缺陷的未成年人有效参与审判的典型判例——S.C.诉英国案 200
【人民日报】依法促进家庭教育 守护儿童健康成长 201
国家卫健委：婴幼儿无人照料是阻碍生育首要因素 204
聚焦四个方面 筑牢妇女儿童权益司法保护屏障 205
“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之一丨呵护未成年人，检察机关交了一份怎样的答卷？ 206
“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之二丨“双向保护”，让法律既有力度又有温度 211
“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之四丨家庭教育指导，是责任担当更是法律义务 216
“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之五丨“未”你说法，构建法治宣传教育新格局 219
保护未成年人远离盲盒陷阱 224
莫让淫秽网站“套路”未成年人 224
家庭教育指导制度在家事审判中的运用与完善 229
为“军娃”成长提供全方位司法保护 232
【检察先锋】王洁 ：“孩子的事，一刻都不能等！” 233

五、典型案例 235

重庆：针对未成年人网络保护提起民事公益诉讼 235
离婚后，孩子的兴趣班费用可否纳入抚养费中分摊？ 236
老人索要“带孙费”背后的法与理 237
私生子女出生证标注父亲姓名，法院仍不准许亲子鉴定，并不予认定亲子关系—北京三中院 21 年案例 239
【以案普法】男方怀疑婚生子女均非亲生，女方拒绝亲子鉴定，法院判了！ 241
国内首例婚内监护权纠纷案件落槌 243
离婚后女方将孩子改姓 男方起诉被法院驳回 245

六、异域资讯 247

美国 10 岁女童遭强暴怀孕，却得换个州才能堕胎？！悲剧中的悲剧！ 247

七、书籍推荐 249

《儿童虐待的公权干预》：如何更好引入恢复性司法 249

家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 255

【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

❶家事法苑™ 家事律师网：http://www.famlaw.cn

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

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

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

❺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”

❻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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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”。

❼“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

【全文】上海市未成年人特别保护操作规程

2022-07-07 上海市民政局 少年司法专业委员会
https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220704/20220704_006/content_20220704_006_1.htm#page5?operate=true

上海市未成年人特别保护操作规程

第一章 总 则

第一条（目的和依据）

为了规范本市未成年人特别保护工作，根据《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》《最高人民法院 最高人民检察院 公安部 民政部〈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〉的通知》（法发〔2014〕24 号）、《上海市未成年人保护条例》《上海市人民政府关于深化推进困境儿童保障工作的实施意见》（沪府规〔2022〕4 号）等规定，结合本市实际，制定本操作规程。

第二条（适用范围）

本市行政区域内对因监护缺失或监护不当情形陷入困境的未成年人，给予应急处置、临时监护和保障、家庭监护能力评估、监护干预等特别保护措施，适用本操作规程。

第三条（定义）

本操作规程所称的监护缺失或监护不当情形，包括因未成年人父母双方或其他监护人同时存在监护缺失情形，或者一方存在监护不当情形，导致未成年人处于无人照料或者人身安全受到威胁等危险状态。

本操作规程所称的监护缺失，包括下列情形：

（一）因死亡（宣告死亡）、失踪（宣告失踪）、失联、重残、重病、被执行限制人身自由的刑罚和措施、被撤销监护资格、被遣送（驱逐）出境等原因，无法履行监护职责的；

（二）因突发事件等紧急情况正在接受治疗、被隔离观察或者参与相关应对工作，无法履行监护职责的；

（三）法律规定的其他情形。

本操作规程所称的监护不当，包括下列情形：

（一）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人的；

（二）放任、教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为的；

（三）胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨的；

（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）法律规定的其他情形。

第二章 发现报告

第四条（发现报告）

任何组织或者个人发现未成年人存在或疑似存在监护缺失情形的，都有权向民政部门或者居（村）民委员会报告。

任何组织或者个人发现未成年人存在或疑似存在监护不当情形的，都有权劝阻、制止，或者向公安、民政、教育等有关部门检举、控告。

具备先期核实条件的相关单位、机构、组织及人员，可以对未成年人疑似遭受监护缺失、监护不当的情况进行初步核实，并在检举、控告、报告时将相关材料一并提交前述部门或单位。

第五条（强制报告义务）

国家机关、居（村）民委员会、密切接触未成年人的单位及其工作人员，在工作中发现未成年人处于、疑似处于监护缺失或监护不当的情形，或者面临危险的，负有强制报告义务。发现监护缺失情形的，应当立即向民政部门报告。发现监护不当情形或者面临危险的，应当立即向公安、民政、教育等有关部门报告。

第六条（信息共享）

市民政部门牵头建立本市未成年人特别保护信息交换平台。各级公安、民政、教育、卫生健康、法院、检察院等部门和共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会等群团组织应当依法及时将涉及未成年人特别保护的信息录入该平台，实现信息共享。

第三章 应急处置

第七条（分类响应）

居（村）民委员会或者民政部门发现未成年人有监护缺失情形或者接到有关报告的，应当立即介入，调查了解未成年人家庭监护情况。居（村）民委员会还应当及时报告所在地的街道办事处、乡镇人民政府。

公安部门发现未成年人有监护不当情形或者接到有关报告的，应当立即出警处置，制止正在发生的侵害行为。符合刑事立案条件的，应当立即立案侦查，并按照有关规定调查取证、协助就医、鉴定伤情。有关单位和个人认为公安部门应当立案而不立案的，可以向检察机关申请监督。

公安、民政、教育及其他部门和居（村）民委员会在工作中发现未成年人存在监护缺失或者监护不当情形，或者接到有关报告，但不属于本单位处理权限的，按照本条前两款规定，区分监护缺失和监护不当的情形，及时转交给相应的民政、公安部门，或者告知相关居（村）民委员会。

第八条（对监护缺失情形的应急处置措施）

对监护缺失的未成年人，居（村）民委员会或者民政部门应当及时与未成年人父母或其他监护人联系，听取未成年人意见，并与相关部门做好衔接。必要时，应当于发现或接报后十二小时内确定合适的临时照料人；一时难以找到合适的临时照料人的，原则上经未成年人父母或其他监护人同意，签署委托照料协议书，街道办事处、乡镇人民政府应当指导督促居（村）民委员会落实临时生活照料措施，并提供相关支持保障。

无法联系到未成年人父母或其他监护人的，街道办事处、乡镇人民政府应当及时通报公安部门查找。

没有居住场所或因客观原因无法在社区照料的，由街道（乡镇）的未成年人保护工作站提供临时生活照料等庇护措施。街道（乡镇）的未成年人保护工作站不具备庇护条件的，应当及时转送至区未成年人救助保护机构。对于需要医疗救治、体检或医学隔离观察的未成年人，应当先送至定点医疗机构或隔离观察点救治或观察。

第九条（对监护不当情形的应急处置措施）

公安机关在工作中发现未成年人受到侵害，需要由未成年人救助保护机构负责临时生活照料的，应当将其送到当地卫生健康部门指定的医疗机构体检或救治，并根据需要开展对该未成年人其他监护人的查找工作。

公安部门、定点医疗机构和未成年人救助保护机构应当建立闭环工作机制，及时办理移送交接手续，确保未成年人得到及时、妥善的保护。

第十条（对监护人的查找）

对父母或者其他监护人下落不明的未成年人，公安部门应当立即核查未成年人身份，全力查找其父母和其他监护人。必要时应当及时采集其 DNA，录入数据库比对，六个月内查找不到的，公安部门应当向承担未成年人临时监护职责的居（村）民委员会或者民政部门提供查找结论，并协同开展后续处置工作。

第十一条（对监护人的后续处理措施）

公安部门在接到报告或者在办理案件过程中，发现未成年人的父母或者其他监护人存在监护不当情形、违反治安管理规定的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

对存在监护不当情形，但情节特别轻微，或者符合其他情形依法不给予治安管理处罚的监护人，接报公安部门应当视情形对实施加害行为的监护人进行批评教育或者出具告诫书。告诫书应当送交实施加害行为的监护人、受害人，并可以通知临时照料未成年人的其他监护人、未成年人临时生活照料场所。

公安部门在对实施加害行为的监护人作出批评教育、出具告诫书或作出治安管理处罚后，应当将相关情况及时通报居（村）民委员会或者区民政部门。公安部门和居（村）民委员会应当及时对实施加害行为的监护人、未成年人进行查访，监督实施加害行为的监护人不再实施加害行为。

人民检察院、人民法院在办理案件过程中，发现因监护缺失或监护不当导致未成年人违法犯罪或受到侵害时，可以依法向监护人发出督促监护令、家庭教育指导令，并可以责令其接受家庭教育指导。

第四章 临时监护与相关保障

第十二条（临时监护）

依法需要临时监护的，居（村）民委员会或者区民政部门应当及时落实临时监护措施。临时监护一般不超过一年。

对临时监护的未成年人，可以采取委托亲属抚养、家庭寄养、邻里照护等方式，或者交由未成年人救助保护机构、儿童福利机构收留、抚养。

具体承担临时监护职责的机构和个人应当按照有关规定，做好未成年人生活照料、医疗救治和预防接种、教育、心理疏导、情感抚慰等工作，保护未成年人人身安全，不得侵害未成年人合法权益。必要时，可以依法向未成年人住所地、监护人住所地或侵害行为地人民法院申请人身安全保护令。

第十三条（临时监护的终止）

临时监护期间，监护人重新具备履行监护职责条件，或者已依法重新确定其他监护人的，临时监护职责终止。

父母或者其他监护人因治愈出院、结束隔离等原因重新具备履行监护职责条件的，应当在提供相关医疗卫生机构出具的出院证明、相关健康医学证明等材料的前提下，及时接回未成年人，终止临时监护。

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，应当通过采集 DNA 鉴定方式予以确定。

临时监护期间，其他依法具有监护资格的人要求照料未成年人的，经公安部门或者居（村）民委员会确认其身份后，履行临时监护职责的居（村）民委员会或者民政部门可以将未成年人交由其照料。

履行临时监护职责的居（村）民委员会或者民政部门委托亲友等其他人临时照料的，应当办理书面交接手续，并书面告知临时照料人有权依法向人民法院申请人身安全保护令和撤销监护人资格。

第十四条（保障支持措施）

对于未成年人家庭经济困难且符合有关社会救助、社会福利政策的，街道办事处、乡镇人民政府，居（村）民委员会或者民政部门应当指派专门人员协助其提出相关保障申请。符合本市困境儿童基本生活保障对象认定条件的，应当及时将其纳入困境儿童基本生活保障范围。

卫生健康部门应当指导医疗卫生机构做好未成年人的救治工作。定点医疗卫生机构、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，条件允许的可以安排亲子照料陪护。

教育部门和学校应当加强适龄未成年人的就学保障指导和服务。

第十五条（市区协同）

承担临时监护职责的区民政部门，不具备对三周岁以下未成年人照料条件或有其他特殊情况的，经报请市民政局同意后，可以书面委托市未成年人救助保护机构或市儿童福利院代为临时照料，期限一般不超过三个月。委托临时照料期间，未成年人的保障费用和其他监护责任仍由相关区承担。

协议到期后因场地、查找不到父母或其他监护人等客观条件所限不能接回未成年人的，相关区民政局可以向市民政局申请延长临时照料期，临时照料期的延长不超过六十日。延长期满仍不接回未成年人的，市民政局应当书面督促责任区有关部门加快采取监护干预等措施。

第五章 家庭监护能力评估

第十六条（家庭监护能力评估的启动情形）

对于存在监护缺失或者监护不当情形的下列家庭，民政部门、公安部门、人民法院、人民检察院等拟采取监护干预措施的，应当根据需要及时启动对该未成年人家庭的监护能力评估：

（一）经应急处置，由居（村）民委员会、民政部门承担临时监护职责的；

（二）被公安部门给予治安处罚、出具告诫书或训诫的；

（三）被人民检察院训诫或出具督促监护令的；

（四）被人民法院训诫或出具家庭教育指导令的；

（五）其他存在监护能力不足或监护侵害行为的。

第十七条（家庭监护能力评估机构）

家庭监护能力评估可以由相关部门委托市、区未成年人救助保护机构或委托社会工作服务机构等专业机构（以下简称评估机构）实施。

评估机构应当同时具备下列条件：

（一）依法登记成立；

（二）组织机构健全，内部管理规范；

（三）业务范围包含社会调查或者评估，或者具备评估相关经验；

（四）有五名以上具有社会工作、法学、医学、心理学等专业背景或者从事相关工作两年以上的专职工作人员；

（五）开展评估工作所需的其他条件。

第十八条（家庭监护能力评估工作要求）

评估机构应当按照本市家庭监护能力评估有关地方标准，选派两名以上具有相关专业背景或者从事相关工作两年以上的专职工作人员组成评估小组，对未成年人的家庭开展监护能力评估。

评估机构应当在十个工作日内出具评估报告。评估结果分为低风险、中风险、高风险三个等级，作为监护能力认定、监护干预或者恢复监护人监护资格的参考依据。

第六章 监护干预

第十九条（督促监护人领回）

经家庭监护能力评估，评估结论为低风险，或通过其他方式认定监护人重新具备履行监护职责条件的，承担临时监护职责的居（村）民委员会或民政部门应当及时通知父母或其他监护人领回未成年人。

父母或其他监护人应当在三日内领回未成年人并办理书面交接手续。因特殊情况不能及时领回未成年人的，父母或其他监护人可与承担临时监护职责的机构或个人另行约定接回时间。期间，需要探望的，应当凭身份关系证明和个人有效身份证件进行探望。在约定时间内未领回未成年人的，承担临时监护职责的机构和个人应当报请民政部门协助未成年人返回家庭，必要时公安部门应予协助。

父母或其他监护人领回未成年人后，民政部门应当将相关情况向未成年人所在学校以及公安部门、居（村）民委员会通报，相关部门和单位应当对通报内容予以保密。居（村）民委员会应当对监护人的监护情况，未成年人的学习、生活等情况进行随访。

第二十条（会商启动干预）

对存在监护不当情形的未成年人，被临时监护满三个月，但其父母或其他监护人继续拒绝、怠于或不宜履行监护职责的，或者存在监护缺失情形的未成年人被临时监护满一年，应当启动会商程序，由民政部门牵头，会同公安部门、检察机关、教育部门、妇联、居（村）民委员会、所在学校、未成年人亲属以及监护能力评估机构等进行会商，研究后续处置措施。对未成年人实施故意伤害、性侵等严重犯罪行为的，自认定犯罪判决生效之日起，即可启动监护干预会商程序。

各会商单位根据案件侦办查处情况说明、家庭监护能力评估结果和监护人悔改、接受教育辅导等情况，并征求有表达能力的未成年人本人意见，形成书面会商结论。

第二十一条（提起撤销监护人资格的诉讼）

根据会商，认定监护人继续拒绝或者怠于履行监护职责，或者仍然存在使未成年人面临严重人身安全威胁或者处于危险状态情形的，承担临时监护职责的机构和个人可以根据人民检察院的书面建议或自行决

定向人民法院申请撤销监护人资格，也可以建议其他监护人、本市户籍的监护人所在居（村）民委员会等有关组织和个人向人民法院申请撤销监护人资格。

涉嫌遗弃等刑事犯罪的，公安部门应当予以刑事立案侦查。认为公安部门应当立案而不立案的，有关单位和个人可以向检察机关申请监督或者向检察机关提出立案监督申请。

第二十二条（判后安置）

根据人民法院的判决，指定由民政部门担任监护人的，由市属儿童福利机构收留抚养。承担抚养职责的儿童福利机构可以依法送养未成年人，送养未成年人一般应当在人民法院做出撤销监护人资格判决一年后进行。监护人因对未成年人实施故意犯罪被人民法院撤销监护人资格的，不受一年后送养的限制。

第七章 工作保障与监管

第二十三条（分级承担与保障）

按照“事权与支出责任相匹配”原则，市、区两级根据职责分工，分别由同级财政部门承担未成年人特别保护工作的相关经费。

区级未成年人救助保护机构负责本辖区户籍未成年人、父母双方或一方是本辖区户籍或持有《上海市居住证》以及无法查找生父母但已事实生活在本辖区未成年人特别保护工作，统筹建设和管理本区困境未成年人照料床位，用于满足本区未成年人应急保护、临时监护等服务保障需求。

市级未成年人救助保护机构负责非本市户籍或难以界定区级责任的未成年人的特别保护相关工作，承担非本市户籍困境未成年人的跨省协调和转介工作。

定点医疗机构对特别保护的未成年人体检及医疗救治费用，按照疑似弃儿救治费用渠道予以保障。

第二十四条（监护监督制度）

人民检察院依法对未成年人保护工作等进行监督，会同相关职能部门建立监护监督制度，针对家庭监护能力状况评估等级为中、高风险的未成年人及家庭，会同相关部门选任一名或数名监护监督员对监护人进行监督。

监护监督员应当对监护人不履行或怠于履行监护职责的行为进行监督和督促，加强对监护人监护行为的指导和帮助，紧急情况下对监护人的监护行为、监护状况进行临时调查，根据调查情况申请对监护人采取相应的教育和惩戒措施，并根据调查情况申请提高或降低监护状况的风险等级。

对怠于履行监护职责、侵害未成年人合法权益的监护人，人民检察院可以根据工作需要或者依监护监督员、有关参与单位的申请，结合具体情况，依法决定对怠于履行监护职责、侵害未成年人合法权益的监护人采取下列一种或多种教育惩戒措施：

（一）训诫或督促公安部门训诫；

（二）责令接受家庭教育指导；

（三）建议公安部门治安处罚；

（四）其他法律法规规定的措施。

第八章 附 则

第二十五条（参照适用）

被拐卖未成年人的特别保护参照适用本操作规程。

第二十六条（事发地牵头职责）

本操作规程中规定的各项工作措施，应当按照属地原则，由事发地的居（村）民委员会、街道办事处、乡镇人民政府和相关区级部门按照职责分工负责实施。未成年人或未成年人父母一方为本市户籍的，事发地在作应急处置后，可以转至户籍地后续处置。

第二十七条（实施日期）

本操作规程自 2022 年 7 月 6 日起实施，有效期至 2027 年 7 月 5 日。

二、理论动态

再议未成年人设立慈善信托的效力：慈善信托的委托人资格很特殊吗？

2022-07-01 inlawwetrust InlawweTrust
https://mp.weixin.qq.com/s/1zc1FfddeCEjHEobAxRe1Q

1.

昨天，本博对某信托公司备案的 15 岁少年作委托人的慈善信托做了简单的分析（点击链接：十五岁的少年能设立慈善信托，八岁的呢？）。分析的内容并非当时草就，都来自《中国慈善信托法基本原理》一书当中的一个脚注。其中的基本观点是：设立信托行为和其他法律行为（如缔结合同、赠与、捐赠）相比并不具有特殊性，限制行为能力人在经过其监护人的同意之后也可以作为委托人设立慈善信托。

昨天博文的基本逻辑是：信托法是民法的特别法，信托法第 19 条虽然规定信托的委托人应当具有完全的行为能力，但是，该规定无非是对从事法律行为应当具有完全的行为能力的民法基本要求的重申而已，因此，根据民法典第 19 条，限制民事行为能力人经过其法定代理人的同意，可以补正其法律行为的效力。15 岁的未成年人也可以作为委托人设立慈善信托。

2.

但是，对这个观点，不少师友提出了质疑。一个代表性的意见是，信托法作为民法特别法，其规定应当优先适用。该观点的基本逻辑是，信托法具有强制法的特征，信托法第 19 条明确规定委托人必须是完全行为能力人，该规定修改了民法典的一般规则。

笔者当然认可信托法是民法的特别法。我在去年专门写了一篇小文，题目就是《作为民法特别法的信托法》（环球法律评论，2021 年第一期）。但是，信托法和民法规则的适用关系，不仅是特别法规则优先适用然后排除一般法规则的关系，也有可能是特别规定规定不完全、必须以一般规定加以补充的关系。

意定信托的委托人必须具备完全的行为能力，这和合同缔结主体必须具有完全的行为能力一样。信托法第 19 条虽然没有像民法典的第 19 条一样明确给出的法定代理人行为能力补正的规则，但是，不能将此理解为信托法作为强制法规则、对委托人资格做出了更为严格的要求，不能理解为信托设立行为不允许法定代理人的同意补正。

3.

另有一种观点认为：慈善信托和家族信托等都属于他益信托，家族信托属于对家庭成员的赠与，慈善信托更是对社会的赠与，对于委托人的这种无偿的处分行为更应当加以保护。

这种观点有部分道理。但是，从对法条解释上看，民法典第 19 条并不区分法律行为是否有偿。限制民事行为能力人的法律行为，都可以通过法定代理人的同意补足使之生效的。

民法设置限制行为能力人制度，是保护限制行为能力人，避免其因不理性或仓促决定产生不利益。但是，该制度通过其法定代理人帮助其决策，尽量避免限制行为能力人的决策给自己带来伤害，已然十分充分。

民法上并不限制限制行为能力人在得到法定代理人同意后捐赠或者缔结合同。

信托法是任意法，而非监管法，信托当事人享有更为广阔的自由，而这种自由既包括从事有偿的商事交易，也包括捐赠和设立慈善信托。对信托法条文不应自动做限缩解释。

4.

过分狭窄的解释相关条文，是业界的通病。

之前把“37 号文”中的“家族信托受益人应当是包括委托人的家庭成员”解释为受益人必须全部是家庭成员是一例。

这里把委托人行为能力的要求特殊化又是一例。

即使是最完备的民事法律，也需要在遵照基本文义的前提下，做出合理解释：既可以是在民法的背景下对其作出限缩解释，也可以是体系化的补充解释。很少有法律条文可以未经解释直接适用的。

更何况信托法因其粗略一定存在着不少的瑕疵和不协调的地方。

规范解释的最终目的是使法律适用产生相对合理、公平和体系和谐的结果。把信托法关于委托人行为能力的要求特殊化，会限制当事人的行为自由。

5.

比较法上，举凡台湾地区信托法、日本信托法，均未对信托委托人的资格做出特别的规定（参考：王志诚：《信托法（增订第六版）》，五南出版社，2017 年）。

英美信托法对非营业信托的委托人亦并无特别的要求。

如此，信托委托人的资格应遵照民法中法律行为、合同法、继承法等的规定，并无需要特别规制或者特别保护之处。

把我国信托法第 19 条解释为有别于民法典的相关规定的观点，是值得商榷的。

当然，昨日文中关于无民事行为能力人的部分（8 岁以下的未成年人）的讨论，完全是学术探讨。对其质疑，我完全接受。

处分未成年人不动产是否要父母双方共同代理

2022-07-04　原创 金绍达 中国不动产官微
https://mp.weixin.qq.com/s/kyqYHa8XAMHQuJchNA4VwQ

现在各地未成年人房主很多，在日常工作中，登记机构经常遇到未成年人的父母作为法定代理人代理未成年人进行不动产权属登记。这种代理行为是需要未成年人的父母双方共同代理，还是只要其中一方代理即可，在业内一直存在不同的看法。

1

未成年人申请登记是否应由父母共同代理尚无明确规定

曾有一对夫妻因男方沉迷赌博而离异。双方育有一子，在离婚时由法院判归女方抚养；有一套房屋，原来就已经登记在未成年儿子名下。离婚后不久，男方称其未成年儿子的房屋权属证书遗失，由他作为法定代理人按补证程序补领了权属证书。然后，男方以儿子出国留学需要贷款为由，出具了为未成年人利益而抵押的承诺书，用补发的证书办理了抵押登记，贷得款项被男方挥霍一空。直至抵押权需要行使时，女方才发现其子的房屋被抵押，而实际上房屋权属证书一直由女方保管，并未遗失。

在这一案例中，登记机构办理补证手续及办理抵押登记均按规定要件和程序进行。但事情发生以后，有人认为，夫妻离异后，如果要处分未成年人财产，直接抚养未成年人的一方才有权代理。也有人认为，在为未成年人取得权利时，可以由未成年人的父或母一方代理，但对未成年人的财产进行处分时，应当由未成年人的父母双方共同代理。

不主张父母共同代理的观点认为，我国法律并未规定法定代理要全体代理人共同代理。《不动产登记暂行条例实施细则》第 11 条规定，“无民事行为能力人、限制民事行为能力人申请不动产登记的，应当由其监护人代为申请”；《不动产登记操作规范（试行）》（以下简称《规范》）附录 A.8 监护人的承诺书中已经明确表述了“监护人现承诺，对被监护人不动产权……所进行的处分……是为被监护人的利益且自愿承担由此产生的一切法律责任”等内容，这一承诺书是处分未成年人不动产的必收要件。因此，只要确定是法定代理人并出具了书面承诺，就可以代理，而没有规定要全部监护人代理。如果某个代理人实施的代理行为侵害了被代理人权益，应当按《民法典》第 164 条规定由实施该行为的代理人承担民事责任。

可见，对未成年人申请不动产登记是否应当由其父母共同代理，目前还没有统一的直接规定，因此值得进行探讨。

2

父母离异不影响法定代理权

《民法典》第 1084 条规定，“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除”，即使父母离异，父母与子女之间的关系并未消失。

父母对子女的监护权是基于父母与子女之间的关系而产生的。法院在法律文书中确定由某一方抚养未成年人，也只是抚养权的变更，并不影响另一方的监护权。

所以，除非某一法定监护人的监护权被法院判定取消，否则未成年人的父或母仍然都是法定监护人。因而，并不是直接抚养未成年人的一方才有权代理。

3

法定代理人行使代理权不应类推适用《民法典》关于委托代理的规定

《民法典》在第 163 条第 1 款中规定了“代理包括委托代理和法定代理”，又在该条第 2 款中规定了“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权”。父母作为未成年子女的监护人，对同一代理事项进行代理，共同行使代理权，这种代理也应属于共同代理。

有人由此认为，由于《民法典》并未就父母作为监护人行使代理权进行直接规定，因而应当类推适用《民法典》第 166 条“数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外”的规定，即在为未成年人行使代理权时应当由父母双方共同行使。

但是，“类推”应是在法律规定不明确时对法律规定的一种补充，《民法典》对共同代理进行规定的第 166 条是在第 2 节“委托代理”中，而委托代理中对共同代理的规定应当不适用于法定代理。早在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（试行）》中就规定：“数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。”这里明确是指委托代理。因此，法定代理人行使代理权不应当类推适用《民法典》第 166 条的规定。

《规范》虽然规定“代理人为两人或者两人以上，代为处分不动产的，全部代理人应当共同代为申请，但另有授权的除外”，但这是在《规范》“受托人代为申请”的 1.9.1 条中的规定。在“监护人代为申请”的 1.9.2 条中并未要求全体代理人共同代理，只是加上了“处分被监护人不动产申请登记的，还应当出具为被监护人利益而处分不动产的书面保证”。

4

处分不动产时由父母中一方代理极易导致纠纷

代理未成年人进行权属登记大部分是为未成年人取得权利，一方代理还是双方代理一般不影响未成年人的利益。处分未成年人不动产的主要原因往往是为未成年人换取更好的房屋、未成年人出国留学需要资金或是未成年人患病需要治疗费用等。因此，在处分未成年人财产时，监护人的意见大多比较一致。但是也有意见不一致的，特别是一些夫妻已经离异的家庭，对处分未成年人财产的意见往往不一致。一方处分了未成年人财产，另一方就可能会提出异议，极易导致纠纷。

相较于由一方还是双方代理，《民法典》第 35 条关于“除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产”这一规定才是更重要的。由一方代理不等于就会侵犯未成年人利益，双方代理也不能保证不会侵犯未成年人的利益。但如果明确规定在处分未成年人财产时应当由全部监护人同时代理，可以大大减少侵权行为的发生，更有效地保障《民法典》这一规定的实施，避免因一方代理而产生的纠纷。

自然资源部有关不动产登记新规的征求意见稿中规定了“处分被监护人不动产申请登记的，监护人应当共同申请”，笔者认为，这样的规定既有利于保障未成年人的合法权益，又能使为未成年人取得不动产权利的申请较为便捷，因此建议其正式发布时能予以保留。

林琳 ｜ 涉罪未成年人分流与观护制度比较及完善

2022-07-05　林琳 法司年少
https://mp.weixin.qq.com/s/Tl2P5_U11vRZIIMJyKJXhg

林琳，北京科技大学文法学院讲师，法学博士。

内容提要

涉罪未成年人分流和观护制度是未成年人司法的核心制度，在帮助涉罪未成年人复归社会和预防再犯等方面发挥着不可替代的作用。分流与观护制度是互为前提、相辅相成、不可分割的，其程序设计在不同少年司法中呈现同时作出与先后作出等不同模式。配置我国未成年人分流与观护的相关权力和构建具体程序时，应在充分考察二者关系的基础上，区别不同诉讼阶段作出科学设计。

关键词：分流；观护；关系模式；制度设计

未成年人是国家最有价值的未来，也是人类社会最脆弱的资源，未成年人的成长发展关系一个国家和民族的兴衰存亡，更是家庭和父母的希望寄托。近年来，我国未成年人立法和司法均取得长足发展，社会开始普遍关注未成年人身心特殊性，逐渐重视少年刑罚替代措施的探索和适用，加强对涉罪未成年人采取非监禁处遇措施，但缺乏对分流与观护相关制度的体系性和系统化研究，也较少在实践基础上对未成年人适用分流和观护作扩大化、突破性的制度设计，与有效落实对涉罪未成年人的非犯罪化、非刑罚化和非监禁化，帮助问题少年回归正轨，实现未成年人的利益最大化和复归社会目的距离尚远。

一、涉罪未成年人分流制度界定

刑事司法和少年司法语境下的“diversion”一词，有“分流”“转送”“转处”的意思，即制定相关非正式程序和替代措施处理罪错少年，以避免和减少其过早进入司法程序。《布莱克法律词典》将司法分流转处解释为“一种通过培训教育等方案将罪犯从审判移交到社区的程序，一旦替代方案得到完成并取得圆满效果，则可以撤销指控。”同时词典里还将分流转处的涵义扩大到“针对避免法院对少年照管不良、未成年人犯罪与偏差、旷课逃学及桀骜不驯实施干预的社区计划。”本文为避免写作用语过多造成混乱，将统一使用“分流”一词。

为罪错未成年人制定非正式程序替代刑事司法的要求，体现在很多国际文件中。《儿童权利公约》第 40 条规定，在尊重人权和法律的前提下，制定不对此类少年诉诸司法程序的措施。采取照顾管理、指导观察、寄养寄宿、培训教育等多种方法，以及非机构处遇的其他办法，确保对少年的处理方式与其情况和违法行为相称。《北京规则》第 11 条规定，在处理少年罪犯时，尽量不提交主管当局正式审判，按照各国法律系统为此目的设定的标准以及本规则所载的原则，给予少年案件警察、检察机关或者其他机构自行处置这种案件的权力，无需依靠正式审讯。联合国经社理事会《刑事司法系统中少年问题行动指南》第 15 条规定，为避免通过刑事司法处理受到犯罪指控的少年，应对现有的程序进行审查，制定转送教改或其他替代措施。应在全国范围内设计适当程序，在逮捕前、审判前、审判和审判后阶段都可采取广泛的教育替代措施，促进少年犯在社会中改过自新、避免再犯。以上文件都要求缔约国对违法犯罪的未成年人设置特殊程序、采取特殊措施，以避免刑事司法程序对未成年人带来的影响，但对可以适用分流的诉讼阶段的描述又有差别，其中，《儿童权利公约》规定不对少年适用此类“司法程序”，《刑事司法系统中少年问题行动指南》规定在“逮捕前、审判前、审判和审判后阶段”广泛采取替代措施，《北京规则》规定“为不提交正式审判”。可见，前两个文件规定分流的阶段是少年司法程序的全部阶段，《北京规则》规定的分流则集中在审前阶段。

这一差别正体现了对分流的狭义和广义之分。狭义的分流指在庭审前将特定刑事被告人转介至工作培训、教育及诸如此类的社区计划中，若其成功完成则可能导致指控撤销，故而被称为审前分流或审前干预。这种传统意义上对分流的界定认为，司法程序以外的措施是进入正式法院程序之前的首要举措，而不是司法程序的附加内容。在美国，狭义的未成年人审前分流是指在法庭开庭审理之前的诉讼阶段，将实施犯罪行为的未成年人从正式的刑事诉讼程序中分离出来，通过适用刑罚替代措施处置涉罪未成年人的一种制度，是与缓刑、假释等并列的刑罚替代措施，可见美国对涉罪未成年人的刑罚替代措施并非都是通过审前分流来实现的；在我国台湾地区，狭义的分流是针对犯罪情节轻微可以不进行审理的少年，根据《少年事件处理法》第 29 条的规定移交少年儿童福利机构或儿童教养机构，由法定代理人等进行适当辅导。

广义的分流，不仅局限于审前阶段，可以适用到侦查、检察、法院审理案件等少年司法程序的各个阶段。在美国，广义说认为未成年人刑事司法分流不应受到诉讼阶段的严格限制，对进入到审判程序后经法院判决适用非监禁刑执行方式的未成年人犯罪案件，也属于刑事司法分流的对象。美国学者史蒂文·拉布认为，分流的主要目的是将少年从正规的司法系统转出，核心是运用替代方式，处理那些将受正式刑事司法系统或少年司法系统干预的个人，尽量减少因此产生的负面影响。在我国台湾地区，广义的分流除了包含审前分流外，还包括法院审理后裁定的保护处分、安置辅导等。

分流的设计机理在于将面临进入司法程序或者已经进入司法程序的未成年犯罪人从正式程序中分离出来，以非犯罪化、非刑罚化、非监禁化的替代措施，实现未成年人的利益最大化和复归社会目的。未成年人进入司法程序后一定受到负面影响，比如诉讼效率拖沓可能造成未成年人对司法失去信心，审判前的羁押可能对未成年人的心理造成一定伤害，判决后的监禁可能使未成年人受到交叉感染等。那么在审前分流的基础上，法院在正式审判中，同样应对涉罪未成年人通过其他途径和措施处理，避免剥夺其人身自由。在刑罚执行过程中，执行机关也应同样追求与审前分流类似的效果，通过假释、监外执行等非监禁化手段对符合条件的未成年人分流。分流理应贯彻整个司法程序，在立案、侦查、起诉、审判到执行各个阶段，均应有其投射。那么，按照我国刑事诉讼阶段的权力配置主体不同，未成年人分流可以分为公安、检察、法院等类别。公安分流一般采取不立案、训诫等方式实现对微罪未成年人的社区转介，检察分流多采取附条件不起诉等方式，法院分流包括暂缓判决、缓刑、假释等方式。

二、涉罪未成年人分流与观护的关系

观护是对即将进入司法程序或者已经进入司法程序的涉罪未成年人进行分流处遇后，适用相应措施，由专业人员通过有针对性的教育、监督和矫治，帮助其复归社会的制度。关于分流与观护的关系，较少有文献对二者进行研究。在域外和国内的众多参考资料中，有的以分流为研究对象，其中也包含了观护的措施和内容，有的直接以社区矫正、缓刑、未成年人保护措施为研究对象，并未论述这些内容属于分流还是观护，给人以二者似有交叉但又不同的模糊印象。

在域外国家或者地区的司法实践中，有的在决定分流的同时，将观护措施一并宣布，再由专门主体负责观护的具体执行，有的则直接将观护措施作为分流的一种予以规定。

如德国《少年法院法》规定了四类未成年人分流：一是不干涉分流，即对未成年人不采取任何处罚措施；二是教育分流，即由学校或者父母等主体采取教育与调解结合的措施；三是干涉分流，即由少年法院判处涉案少年警告、社区服务、和解以及参加交通违规培训课程等轻微处分；四是混合分流，将三种分流灵活结合使用。其中干涉分流里就含有观护的内容。加拿大《青少年刑事司法法》将未成年人分流分为警告、训诫、转介等。澳大利亚未成年人分流分为非正式警告与警戒、正式警告、各种恢复性司法会议，以及涉毒特别条款四类。有学者认为，分流依托多种社区处分形式，既有惩罚性的社区矫正，如缓刑、假释等，也有非惩罚性的社区计划，如心理咨询、教育培训和社区服务等，还涵盖一些社会复归项目，比如替代纠纷解决、恢复性司法等，这也是持分流与观护混合的观点。

分流和观护之所以难以界定和区分，是因为两者的附随性：首先，刑事司法分流的一个基本前提，就是存在着可以采用的其他替代性措施，如果没有完善的观护制度，分流后的未成年人就无法得到有效教育监督和矫治，而如果没有分流程序，对涉罪未成年人开展观护便是无米之炊；其次，分流是对符合一定标准的涉罪未成年人从正式刑事程序中转出，而观护是对未成年人犯罪后社会化的司法处理方法和对策；再次，分流偏重于将本应进入到刑事诉讼程序中的涉罪未成年人，从司法程序中解脱出来，强调程序的价值和作用，而观护则强调在程序之外，更要关注参加诉讼的主体以及社会公共利益，认为可以对未成年人适用对其更为有利的矫治和预防犯罪的措施；最后，观护措施本质是刑罚替代措施，是实现对涉罪未成年人分流的重要基础和前提，也是司法分流后的必要手段。可见，分流和观护制度是互为前提、相辅相成、不可分割的整体。观护作为未成年人司法制度的必要组成部分，其适用的诉讼程序阶段理应与分流一致。凡是适用分流措施的未成年人，均应辅以适当的观护措施，有配套的观护体系作为支持。

从终局性分流决定与观护执行的时间节点上看，有的分流决定与观护决定是同时作出的，分流决定直接是终局性的，观护决定和执行都是帮助和促进涉罪未成年人回归社会的手段；有的分流决定是暂时的，需要赋予一定的犹豫期对涉罪未成年人进行观察，能否将其分流出司法程序教育矫治，要依据和参考未成年人的观护表现，观护执行效果成为对涉罪未成年人终局性处遇的依据。从域外各国和地区的少年司法程序看，侦查阶段的分流决定，多是终局性的，由相关主体一次性作出分流决定，其后对涉罪未成年人的观护决定和执行，都是帮助其回归社会的辅助性、过渡性措施；审查起诉阶段和审判阶段对涉罪未成年人作

出的分流决定，多是附以考察期限的暂时性决定，通过在考察期限内对涉罪未成年人开展观护，进行适当的矫治、监督和辅导，观察其是否能够不经机构化处遇而改过向善、复归社会。此时的分流决定不是终局的，在观护执行期间诉讼程序是处于中止状态，观护执行完毕、考察期满后，司法机关如果依据法律规定和观护效果作出对涉罪未成年人分流的最终决定，刑事诉讼程序才正式终结。相反，如果观护因达不到预期效果而宣告失败，司法官仍有恢复诉讼程序的机会和权力。域外各国和地区少年司法制度中以“暂缓”为名的分流决定，基本都是在制度设计中先保留了对涉罪未成年人机构化处遇的权力，评估观护执行情况和观护效果后，再最终决定是否将未成年人排除在刑事诉讼程序之外。我国的附条件不起诉制度在制度设计中也蕴含此意，只是对帮教考察期间观护的内容和标准，以及观护效果与最终不起诉决定的关系都没有明确规定，需要进一步完善。观护的作用相当丰富，既可以通过观护考验涉罪未成年人能否被教育和矫治，也可以通过观护帮助涉罪未成年人在复归社会之前顺利过渡和适应。在构建我国分流和观护制度时，应视涉罪未成年人的个体情况和需求，对分流和观护的顺序作出不同的设计，在各个诉讼阶段发挥观护的应有作用。

三、我国涉罪未成年人分流及观护的制度设计

长期以来，我国没有对轻缓化未成年人刑事司法理念形成认同，未能充分认识未成年人刑事司法的特殊性，未成年人刑事司法应将涉罪未成年人作为特殊需求群体，为其提供保护照顾服务和必须的教育训练，协助其摆脱不利环境，只有对于重罪和矫治无效的未成年人才采取教育取向的刑罚。我们在认识未成年人刑事司法的特殊性上存在差距，导致对未成年人分流和观护的视野过于狭窄，制度缺乏体系性。

基于分流与观护制度在未成年人刑事司法中的核心和基础地位，其首要功能应是对涉罪未成年人的羁押和刑罚替代，公安机关、检察机关、法院通过特殊程序，用更灵活、有针对性和柔和的方式处理，避免涉罪未成年人被正式审判，避免司法程序将犯罪未成年人贴上强调其负面特质的标签，减小其今后再社会化过程的阻力，实现未成年人司法程序多元化的价值目标。同时程序设计中贯穿恢复性司法功能，如通过司法听证环节，促进涉罪未成年人对被害人赔礼道歉、弥补损失，通过分流后的社区服务等观护措施，修补社会关系、弥补犯罪对社区环境造成影响等。此外，分流和观护制度在发挥帮助涉罪未成年人复归社会和预防再犯等方面具有不可替代的作用，未成年人犯罪是社会因素、家庭因素、个体因素交织一起总和作用的结果。不针对这些犯罪根源做出调整改变，而一味惩罚打击犯罪未成年人，对仍处于成长期的他们来说，无疑是将其推向再犯罪的深渊，加重再犯罪的可能。而分流和观护制度在实际效果上根本性地减少了涉罪未成年人复归社会的障碍，通过各种方法增强涉罪未成年人社会适应能力，培养其生存和发展技能，为涉罪未成年人复归社会进行训练和做足准备，促进涉罪未成年人复归社会是分流和观护制度最核心的功能价值所在。

未成年人司法的处遇多样性、处遇针对性和个别化要求丰富的分流和观护措施予以匹配，但这并不应该以牺牲未成年人权利为代价，未成年人司法仍应以充分尊重人权和提供法律保障为前提，未成年人更应享有宪法权利，未成年人司法更应体现正当法律程序，在具体制度构建中，有以下程序设计建议：

1. 社会调查与风险评估

未成年人刑事案件立案后就应该及时开展社会调查。社会调查应与刑事案件侦查同步开展，以期在最早的刑事诉讼阶段实现对涉罪未成年人的分流和观护。社会调查最初在刑罚中体现针对性和个别化发挥作用，随着其价值的不断被证明和认可，开始在诉讼全过程得到重视和应用。

在未成年人刑事领域，对未成年人的任何分流和观护措施的选择，都以充分的社会调查为前提，以社会调查内容为参照，其范围、主体、阶段和内容都应该服务于为司法机关作出合理的有利于涉罪未成年人的司法决定提供参考。但社会调查不是一蹴而就的，立案后的社会调查如果随着办案进展出现遗漏，审查起诉阶段可以根据实际需要进行补充。社会调查的内容和结果，是未成年人人身危险性的重要表征，一方面，为风险评估提供了资料，而风险评估是考察能否对未成年人进行分流的最重要因素，另一方面，社会

调查的内容是选择观护方式和观护内容的依据，社会调查得出的未成年人需要保护的特质和需要改善的环境，就是观护的重点。

风险评估相对于社会调查，是更量化的表现，测评是对某一事物或事件带来的影响或损失的可能程度。刑事诉讼中的风险评估主要针对犯罪嫌疑人社会危险性及再犯风险高低进行预测。风险评估作为社会调查的目的和结果之一，在未成年人刑事司法中，更加需要了解和掌握涉罪未成年人的群体性和个别化特征，尤其是与犯罪和再犯相关的因素，才能在观护过程中进行科学的介入和干预，开展有针对性的教育矫治工作。

2. 听证程序

听证是听取利害关系人意见的法律程序，是充分实现各方参与权的途径，也是司法公开和文明的象征。在未成年人刑事司法中组织听证，对实现恢复性司法功能意义重大，同时通过充分的意见听取和交换，有利于决定最适合涉罪未成年人的分流和观护措施，有利于涉罪未成年人接受和配合教育矫治，提高观护的质效。因此对未成年人刑事案件决定分流和观护前，应当进行不公开听证。听证会由该未成年人各诉讼阶段的案件警察、检察官、法官等分流决定主体主持，被害人、未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人或合适成年人、社会调查官、观护机构代表等相关人员参加，围绕被害人谅解、分流决定和观护内容展开。通过充分的意见交流和会商，给案件承办机关提供科学依据，作出分流和观护决定。

3. 司法分流与观护程序

对涉罪未成年人进行分流的主体和分流的类型是分流程序设计中密切关联的两个要素构成，也是最受我国目前的未成年人刑事诉讼结构和特殊程序影响制约的程序。因此，在设计分流程序时，遵循未成年人刑事案件的办理程序和职权配置，在分流主体方面，侧重建立不同诉讼阶段办理未成年人案件的专门机构和专业化主体，在分流类型方面，侧重在《刑事诉讼法》规定的现有分流措施之外，参考域外分流措施的多样性，作出更丰富的制度设计。

在侦查阶段，可以考虑增设对未成年人犯罪案件的特殊规定，区分未成年人案件与成年人犯罪案件的不同立案标准，分流决定分为不予立案、训诫和取保候审三个层次，由轻到重，并辅以责付、假日生活辅导、交付保护管束或安置辅导的观护措施。首先，对未成年人案件分流和过滤，应当从立案阶段开始，建立以人立案观念，要求不仅有犯罪事实发生，而且要对未成年人犯罪原因、学习生活状况、是否被教唆等可能导致犯罪的因素做初步了解，设立与成年人犯罪案件不同的立案标准，体现区别对待理念。其次，对于立案的未成年人案件，对于可能判处三年以下有期徒刑、积极悔过、弥补被害人损失的涉罪未成年人，经过社会调查，可以决定对其训诫并予以假日生活辅导。同时适度放宽未成年人取保候审条件，确立未成年犯罪嫌疑人有不被羁押的权利，除非有确切证据证明其可能逃跑或进行其他犯罪活动，根据风险评估不适宜取保候审的，均应予以取保候审。

在审查起诉阶段，进一步用足用好附条件不起诉这一未成年人特别程序和特殊制度，附条件不起诉为未成年人观护提供制度保障，未成年人刑事案件的办案思路，不仅要关注危害行为，更要关注对其的教育矫治。为此扩大附条件不起诉适用范围，集中考量犯罪嫌疑人主观恶性的大小，只要不是危害国家安全、危害国防利益等涉及国家安全、国家利益的罪名，不论可能判处刑罚的种类和刑期，均可以适用附条件不起诉。同时调整考察期限，基于适用条件的放宽和观护措施的衔接，可以在三个月至两年之间确定考察期限。再通过完善考察期间的观护措施和内容，让未成年观护官充分行使职责，提高附条件不起诉率和观护效果。

在审判和刑罚执行阶段，可以考虑增加未成年人案件暂缓判决制度，开庭后对已构成犯罪的未成年人定罪但暂不判处刑罚，而是根据未成年人的综合因素、观护需求和案件情况设置一定的考察期限予以观护，待考察期结束后，根据考察期内的表现，观护期满后少年法官可以决定对其适用免刑或缓刑。同时随着观

护措施的完善，从有利于未成年人教育矫治、减少标签效应和交叉感染的目的出发，可以进一步扩大对未成年人非监禁化，放宽未成年人的缓刑和假释条件，让符合条件的未成年犯尽早脱离监禁，接受观护指导。

当然，未成年人刑事案件的分流并不意味着对未成年被告人或罪犯放任不管，而是需要通过替代的方式实现对未成年人的教育和监督，以达到矫正目的。如果没有替代和辅助措施，未成年人刑事司法就无法取得保护未成年罪犯和保护社会发展之间的平衡。在理念上贯彻分流和非监禁化是容易的，真正的困难在于如何设计这些替代措施和辅助手段，观护措施成为了分流制度存在和发展的实质性前提。

上述分流决定中，均可决定对未成年人进行保护管束或安置辅导的观护措施，根据未成年人有无监护条件、经济来源和固定住所等情况，区分是否需要对其进行安置。具体来说，适合安置辅导观护措施的最主要观护对象是户籍地非本地，在本地无固定住所、无固定工作、无家长监管教育的“三无”未成年人，这些外来打工或无业的未成年人，因为缺乏监管和观护条件，往往在考虑是否对其分流时遇到阻力，安置辅导的观护措施，解决了对这类未成年人的分流和处遇困难，是实现平等保护的重要途径。安置辅导还可以适用于未成年人家庭功能欠缺或丧失，如家庭经济困难，重大变故，父母滥用侵权、有虐待遗弃问题等原因，以及未成年人自身有失学、失业、药瘾、再犯或其他严重不良习惯等情况。对于没有上述特殊情形的涉罪未成年人，则可以适用保护管束的观护措施。在决定分流和观护措施后，再根据个体的特殊教育矫治需求，配以更具体有针对性的观护内容，包括对涉罪未成年人的品德、心理、人际沟通能力、学业、技能、生活等具体项目开展辅导，以及休闲活动、医疗服务、公益劳动等，全方位的对涉罪未成年人开展观护。

我国未成年人司法分流和观护，是密不可分的整体制度架构，必须与社会化支持体系相结合，根据罪错未成年人的行为性质，判断其应受何种司法处置，通过科学合理的教育矫治措施适用，促进其回归正常社会生活、健康自我成长。

侯艳芳：未成年人保护处分制度的反思与改进

2022-07-11 法学论坛
https://mp.weixin.qq.com/s/mDshvv0W6d0fdHa2BkhFOw

在摘要：构建并完善未成年人保护处分制度、加强矫治教育是解决严重危害社会行为主体低龄化问题的有效路径。我国未成年人保护处分政策应采用恢复性模式，坚持以教育为本位的理念。包括分类处理机制和补足机制的未成年人案件分流机制应当以公安机关为分流主体，发挥检察机关的法律监督职能，构建内部监督和外部监督的闭环。采取未成年人保护处分制度相对化区分机制，即未成年人保护处分可普遍适用于实施严重不良行为的未成年人，而仅在特殊情形下，依据未成年人的行为是否达到刑法规定的犯罪程度和责任年龄对保护处分措施进行差别化规定。通过健全教育行政部门会同公安机关决定机制、完善专门教育指导委员会评估机制、强化与接受专门教育未成年人的父母或者其他监护人的联系机制、设置特殊的行政复议和行政诉讼救济程序以及由检察机关行使法律监督权等制度设计，构建权利保护、专业判断、多方参与、有效救济的科学决定程序。

关键词：未成年人保护处分；严重不良行为；专门矫治教育

《法学论坛》2022 年第 4 期（第 37 卷，总第 202 期）

目次
一、未成年人保护处分问题的提出
二、未成年人保护处分研究的立法现状与理性界定
三、未成年人保护处分的模式选择与本位理念
四、未成年人保护处分制度关键机制的确立

五、未成年人保护处分制度具体措施的完善

近年来接连发生的未成年人实施严重危害社会行为的恶性事件，再次引发了对未成年人保护处分制度的高度关注。未成年人保护处分制度是对于实施了严重不良行为的未成年人，因其身心与智力发育原因而由法定机关对其采取的具有教育性和强制性措施的规定。立法对社会需求迅速回应，2020 年 12 月 26 日第 13 届全国人民代表大会常务委员会修订通过了《预防未成年人犯罪法》，同时通过了《刑法修正案（十一）》。两部法律为未成年人保护处分研究提供了制度依据和机制前提。修法背景下如何构建并完善符合社会需求的未成年人保护处分制度，成为关系家庭稳定、社会和谐和国家发展的重要课题。

一、未成年人保护处分问题的提出

（一）未成年人恶性案件引发的制度需求

我国严重危害社会行为的主体呈现出低龄化趋势，突出的问题是未达刑事责任年龄之未成年人实施刑法规定的故意杀人、故意伤害、抢劫等行为的案件频发。2019 年 10 月 20 日，辽宁省 13 岁男孩蔡某某在家中将 10 岁女孩王某杀害。蔡某某因案发时未达刑事责任年龄，公安机关对其收容教养三年，后王某的父母对蔡某某的父母提起民事诉讼。2018 年 12 月 2 日，湖南省 12 岁的男孩吴某因对母亲的教管不满，持刀将母亲杀害。吴某因未达刑事责任年龄，被公安机关释放，但遭到学生家长和村民的抵制，后被送往长沙接受教育管束三年。2016 年 6 月 13 日，四川省 13 岁男孩方某为抢劫手机用汽油泼女教师，后纵火将对方烧成特重度烧伤。方某因未达刑事责任年龄，先由其监护人在家看管，在经过一定程序后转入工读学校就读。

触动公众认知底线、具有严重社会危害性的未成年人恶性案件频发，不仅引起社会公众的集中关切，而且引起了国家立法的高度重视。对未达刑事责任年龄但实施刑法规定行为的未成年人应当采取何种措施，刚出台的现有制度亟待理论细化和实践考验。同时，司法实践原有的探索性做法急需进行理性评价和及时回应。制度构建的迫切需求以及立法与司法互动的僵化等因素，决定了有必要在崭新的制度平台上对未成年人保护处分展开深入探讨。值得注意的是，降低刑事责任年龄是刑法应对严重危害社会行为主体低龄化趋势的技术性措施，为未成年人保护处分的构建和完善创设了新课题，因此需对刑事责任年龄降低这一影响未成年人保护处分制度构建的技术要素进行考量。

（二）降低刑事责任年龄的限度及其考量

刑事责任年龄的划定不仅要基于社会防卫的需要，亦应当以儿童权利保护为宗旨。《联合国儿童权利公约》要求成员国致力于促进制定和完善特别适用于涉嫌违反、被起诉违反或者被认定违反刑法之儿童的法律、程序、职责和组织。该公约还促进了针对违反刑法儿童的非处罚措施的发展，并要求缔约国考虑儿童情感和智力不成熟的因素，制定最低限度的刑事责任年龄。2007 年联合国儿童权利委员会主张，各成员国的最低刑事责任年龄不得低于 12 岁。就刑事责任年龄来看，12 岁是基于儿童权利保护宗旨达成的国际共识。

关于最低刑事责任年龄，各国法律经历了历史性变化。英格兰、威尔士和北爱尔兰将刑事责任年龄从 8 岁提高到了 10 岁；苏格兰则将刑事责任年龄从 8 岁提高到了 12 岁。在美国，加利福尼亚州的法律没有规定少年法庭管辖的最低年龄，但是刑法规定了一个可反驳的推定，即未满 14 岁的未成年人不承担刑事责任，除非有明确可靠的证据证明其意识到行为的不法性。最低刑事责任年龄的确定，受到多种因素的影响，每个国家均有自身的发展规律与历史选择。

我国《刑法修正案（十一）》将最低刑事责任年龄降低至 12 周岁，使部分已满 12 周岁未满 14 周岁未成年人实施严重危害社会行为纳入到需承担刑事责任的范畴。但是，上述修法只是一定程度上提升了未

成年人实施刑法规定的行为后被追究刑事责任的比例，而这并未从实质上解决未成年人的处遇问题：一方面，《刑法修正案（十一）》对已满 12 周岁未满 14 周岁未成年人需承担刑事责任的情形，在行为性质、危害后果、犯罪情节以及适用程序方面设置了严格的限制性条件，因此对原有立法的修正极为有限。另一方面，行为人承担刑事责任的主要依据在于自身具有辨认和控制自己行为的能力且能够选择实施合法行为却实施犯罪行为，由于未成年人辨认和控制自己行为的能力受到身心和智力发展等因素影响而具有高度的不确定性，因此统一的划线式立法虽为刑事责任追究提供了便宜性，但是难以从根本上有效预防未成年人犯罪。综上，降低刑事责任年龄不仅具有限度，而且对于未成年人犯罪预防而言亦是治标不治本的方式；构建并完善未成年人保护处分制度、加强矫治教育才是解决严重危害社会行为主体低龄化问题的有效路径。

二、未成年人保护处分研究的立法现状与理性界定

（一）未成年人保护处分研究的立法现状

我国现有制度中体现未成年人保护处分价值取向与保护倾向的相关规定，散见于刑事、行政等规范性文件中，但是尚未有以保护处分为名称的制度规定，也尚未形成明确的体系性制度。《未成年人保护法》从六个维度规定了关于未成年人的保护性措施，但是未涉及处分性措施。《刑事诉讼法》设立“未成年人刑事案件诉讼程序”作为特殊程序，规定了“教育为主、惩罚为辅”的重要原则；设置了未成年人社会调查、附条件不起诉、不公开审理、犯罪记录封存等具体制度。但是这些内容很显然是为追求实体上的刑罚而设置的程序性规定，并不能适用于与刑罚具有排斥关系的保护处分。

关于未成年人保护处分的重要立法体现之一为，《刑法》对因不满 16 周岁不予刑事处罚的未成年人，仍保留了责令其父母或者其他监护人加以管教的规定，同时规定在必要的时候依法进行专门矫治教育。《刑法》将带有惩罚性质的收容教养制度废除、设立专门矫治教育制度，彰显了对未成年人“教育为主、惩罚为辅”的刑事政策。关于未成年人保护处分的另一重要立法体现为，《预防未成年人犯罪法》规定了未成年人严重不良行为的处遇方式主要包括训诫、赔礼道歉和赔偿损失、具结悔过以及定期报告活动情况等。目前，《刑法》与《预防未成年人犯罪法》两部重要法律对未成年人保护处分制度已经形成了一致性表述，这是立法的重大进步。

我国已经形成关于未成年人保护处分的制度框架，但是如何实现具体制度的对接和完善亟待深入研究：首先，《预防未成年人犯罪法》中虽规定有相关制度，但是没有形成具操作性的具体方法，八项专门矫治教育措施的适用条件亟需完善。其次，现有制度设计中部分措施缺乏刚性，在实践中未成年人保护处分适用的效果受到公众关注程度、家长配合程度等多种因素影响，这就需要规定具有强制性的必要手段和跟进措施。再次，现有制度对促使未成年人保护处分发挥恢复性功能的设计不足，缺乏恢复被害人、社区等受损害关系的措施。复次，较之于追究未成年人刑事责任有《刑事诉讼法》这一完备程序法保障，未成年人保护处分尚未实现专门机构的专业处理，程序法需要完备。最后，现有制度中涉及到的公安机关、司法机关、司法行政部门、教育行政部门、学校以及社区等主体的信息沟通和工作衔接机制需要理顺，各部门之间职责如何分配、工作如何配合等问题应当予以明确，以避免谁都管但谁都管不好的尴尬局面。

（二）未成年人保护处分的适用范围与基本特征

《预防未成年人犯罪法》将作为调整对象的未成年人行为划分为“不良行为”“严重不良行为”和“犯罪行为”三种行为类型，并设置了不同的处遇形式：首先，对不良行为规定了父母或者其他监护人的管教职责、学校的教育管理措施以及公安机关的保护职责。其中，父母或者其他监护人的管教职责与《刑法》规定的“责令父母或者其他监护人严加管教”高度相似，但在性质上更偏向于《民法典》规定的监护；学校的教育管理措施具有内部管理的特征，应当同时符合、参照教育行政法规范的相关规定；公安机关的职责强调保护性，并不具备矫治教育性。《预防未成年人犯罪法》对不良行为规定的措施并不属于未成年人保护处分。其次，该法将严重不良行为实质性分类为未成年人实施的一般严重不良行为和未达刑事责任年龄的未成年人实施的违反刑法规定行为。对于前者，规定了公安机关可以根据具体情况采取八项矫治教育

措施；对于后者，规定了专门矫治教育措施。最后，对未成年人实施的违反刑法规定、应被追究刑事责任的行为，该法特别强调了刑事司法程序中应当注意的特殊事项。

未成年人保护处分的适用范围因受到研究宗旨的影响而有狭义和广义之分。狭义的未成年人保护处分仅针对严重不良行为，广义的未成年人保护处分则同时针对不良行为、犯罪行为与严重不良行为。本文意在从制度构建和机制完善的层面探讨未成年人保护处分，而采取狭义的研究视角有利于实现这一目标。同时，为维护国家立法的权威性和统一性，本文将未成年人保护处分的适用对象表述为“实施了严重不良行为的未成年人”。

未成年人保护处分制度呈现出以下基本特征：（1）未成年人保护处分的对象具有特殊性。未成年人保护处分设置的初衷在于，因未成年人身心与智力发育不成熟而对其采取的有别于成年人且具有针对性的特殊措施。只要未成年人实施了严重不良行为，均应依据其自身的特点适用保护处分。（2）未成年人保护处分的方式具有专业性。为更为周全地保护未成年人福祉，保护处分应当有熟悉未成年人智力与身心发展特点的专业人士参与，同时对未成年人工作的专业性应当在制度设计中予以充分体现。（3）未成年人保护处分的内容兼具教育性和强制性。未成年人保护处分的本质在于对特定生命阶段之人基于宽容态度而采取的特殊措施。因此，未成年人保护处分的保护功能是制度的核心和重心，保护功能要通过教育性措施予以实现；未成年人保护处分同时具有处分功能，处分功能要通过强制性措施予以实现。（4）未成年人保护处分的决定主体具有法定性。未成年人保护处分是一项系统工程，这一具有明显强制性的措施应当由特定机关作出，以确保其更具科学性和公信力，因此应当依据处分措施的性质和特点、结合现有职能划分情况确定未成年人保护处分的决定主体。

三、未成年人保护处分的模式选择与本位理念

（一）未成年人保护处分的模式选择

关于未成年人的刑事政策是影响未成年人保护处分制度的重要因素。世界各国关于未成年人的刑事政策呈现出两极分化的局面，这主要体现为对未成年人罪错的报复性模式和恢复性模式。各国通常根据本国被监禁未成年人的数量、适用少年法庭的最低刑事责任年龄、国际人权标准等因素选择适合本国的模式。报复性模式中，犯罪控制、惩罚和监禁具有优先性。恢复性模式中，强调人权、未成年人发展和弥补受害者受到的伤害。美国和英国等国家已经率先采取了报复性模式，强调惩罚性措施的运用。其他国家，如新西兰和芬兰，则采取了恢复性模式，利用监禁的替代性措施来解决未成年人的问题。

报复性模式认为，犯罪行为是对社会秩序的破坏，进而将犯罪定义为“反抗国家的斗争”，因此国家有权力追究行为人的刑事责任。报复性模式中未成年人与受害者之间是对抗性关系，且受害人处于被动地位。同时，该模式将对未成年人的责任追究视为后续惩罚，认为通过惩罚能够使被破坏的社会秩序得以恢复。报复性模式以强制力为后盾，有利于通过强制措施快速恢复被破坏的社会秩序，但是在涉及未成年人案件中该种司法模式难以充分有效满足受害人和社区的恢复性需求。

恢复性模式中，罪错被视为两个或两个以上的人之间关系的破裂或者创伤，而不仅仅是对国家的对抗。该模式更关注行为对受害人和社区造成的实际伤害。恢复性模式倡导给未成年人提供机会以达成被害人和社区均能接受的结果，使各方受益。未成年人能够积极弥补伤害，同时认识到行为对他人的严重影响。恢复性模式以合作为导向，有利于弥合破裂的关系，抚平受害人和社区的创伤，同时让未成年人得到有效的矫治教育。

报复性模式和恢复性模式在防卫社会和弥补伤害的作用上各有优劣。我国未成年人保护处分宜采用恢复性模式，理由在于：首先，我国降低最低刑事责任年龄的修法已经对未成年人保护处分适用对象的年龄作了进一步的限缩，其适用于相对更为低龄的未成年人。鉴于未成年人智力与身心发展特点，应当弱化未成年人保护处分的强制性而强调教育性。其次，未成年人保护处分不同于未成年人刑事追责，其作为一种

专门矫治教育措施具有综合治理的特点。我国正在形成具有专门、独立性质和福利色彩的综合性未成年人司法范畴。教育仍是综合治理中不可或缺的要素，因此报复性模式并不适用。再次，修法为未成年人保护处分制度发展提供了更多的空间，现阶段应当改变修法前“政府收容教养”等制度对被害人和社区关系修复的漠视态度，将未成年人顺利适应、回归社会作为制度设计的重要目标。我国对未成年人宜采恢复性模式，在刑事政策上强调教育的重要性。

（二）未成年人保护处分坚持以教育为本位的理念

对未成年人采取恢复性模式的国家，未成年人保护处分以教育为本位。中国预防青少年犯罪研究会副会长姚建龙表示，从“工读学校”到“专门学校”更突出教育的属性和学校的特点。对未成年人采取报复性模式的国家，虽然以考虑犯罪控制、惩罚和监禁为先，但是也并不否认未成年人保护处分中教育本位的设计。

教育本位意味着在设计、构建一切应对罪错未成年人的处遇措施时都应当将教育功能置于惩罚功能之前。未成年人智力与身心发展尚未成熟，其行为的可追责性不同于完全刑事责任能力者。未成年人保护处分旨在实现未成年人利益保护和社会防卫的平衡，要坚持以教育为基础对特定未成年人采取强制性措施，因此，未成年人保护处分制度不能一味追求处分效果，而要坚持教育本位。

未成年人保护处分较之于未成年人司法更强调教育本位理念。因此，保护性措施应在未成年人保护处分中处于主导地位，这要通过未成年人保护处分的专业化实现。未成年人保护处分的专业化要求熟悉未成人智力与身心发展的专业人士参与到未成年人保护处分中，系统性地对从事未成年人保护处分工作的人员进行专业培训，加强教育学、心理学发展，鼓励专业化的社工队伍加入到未成年人保护处分工作中。

四、未成年人保护处分制度关键机制的确立

（一）未成年人案件分流机制的构建

未成年人案件分流机制是对未成年人实施的不良行为、严重不良行为以及犯罪行为如何按照特定程序处理的机制，是未成年人保护处分的前置性制度。目前，我国未成年人案件并未根据行为性质进行分流处理，缺乏明确的案件分流机制。根据散见于不同法律的条款，未成年人不良行为主要由公安机关进行处理，居民委员会、村民委员会、学校、公共场所管理机构、监护人等在法定情形下负有特定责任；未成年人严重不良行为主要由公安机关采取专门矫治教育措施，教育行政部门决定送入专门学校；未成年人犯罪行为依据《刑事诉讼法》规定的司法程序进行处理。未成年人不良行为、严重不良行为以及犯罪行为案件的处理没有确定主要责任主体和兜底机构；对于无法进入到司法程序的不良行为和严重不良行为案件缺乏明确的责任机构和统一的处分标准，存在处理空白。

我国未成年人保护处分制度构建和完善的前提是明确未成年人案件分流机制，这包括未成年人案件分类处理机制和补足机制，以厘清未成年人保护处分制度适用的内部边界，并在处理发生偏离时及时纠正。对此，英国苏格兰未成年人案件分流机制可资借鉴。苏格兰所有涉及未成年人的案件最初都是由社会工作部门、警方和教育部门等一系列机构提交给特定机构；然后，由该机构进行初步调查，决定采取何种途径以保障未成年人的利益。苏格兰未成年人案件分流机制的关键在于设有特定机构处理未成年人案件，在汇集未成年人案件信息后，根据不同情况做出转给地方社会工作部门、经由听证程序进入刑事诉讼程序、不转移处理等决定。对未成年人案件设置相对明确的处理机构、规定各机构职责，建立分流机制，有利于为未成年人案件处理提供制度依据和保障。

我国未成年人案件分流机制应当以公安机关为分流主体，理由在于：根据《预防未成年人犯罪法》的规定，公安机关既参与部分不良行为的处理，也是严重不良行为处理的重要主体；同时，公安机关是未成

年人犯罪行为的侦查机关，是未成年人司法程序的启动主体。因此，在现有制度框架和司法环境中，公安机关作为未成年人案件的分流主体最具权威性和经济性。需要说明的是，我国公安机关作为未成年人案件分流主体具有补足性。公安机关对未成年人案件的分流，并不是作为必经环节而不论案件性质直接汇总进行处理，而是一般情形下按照现有法律规定对未成年人犯罪行为进行侦查，对不良行为、严重不良行为在法定条件下介入处理；只有当未成年人案件处理偏离了法律规定的职责设置、发生了处理空白，或者因其他原因而没有能够由法定主体进行处理时，才由公安机关进行补足性作为，来确定未成年人案件的性质和流向。该种分类处理机制和补足机制有利于节省司法资源、提高运转效率，有利于保障案件处理的合法性。

我国未成年人案件分流机制应当以检察机关为监督主体，充分发挥检察机关的法律监督职能。司法实践中，检察机关在未成年人案件处理中发挥着重要作用。自行发现或者公安机关商请介入是检察机关监督未成年人案件线索的两个来源。检察机关具有主动或者被动介入未成年人案件的权力和职责，是未成年人保护的重要力量。有观点提出，在检察机关设置未成年人罪错行为调查官。该观点有利于发挥检察机关现有部门设置的优势，同时应与现有制度对公安机关、检察机关职责的规定相协调。笔者认为，对未成年人不良行为和严重不良行为的处理，检察机关依法行使法律监督权，该权力具有全面性和全程性。未成年人保护处分案件，检察机关应当进行全面监督，不限于对案件处理主体的监督，在必要时可以直接介入案件处理；检察机关应当进行全程监督，从案件的分流到案件的处理检察机关都有权进行监督。检察机关积累了未成年人保护的长期经验，已经成立专门部门展开未成年人保护工作，因此对于未成年人保护处分检察机关能够实现专业监督。

综上，未成年人案件分流机制（包括分类处理机制和补足机制）应当以公安机关为分流主体，发挥检察机关的法律监督职能，构建内部监督（公安机关补足机制）和外部监督（检察机关法律监督）的闭环，为以公安机关为主体、多部门依法履职的未成年人保护处分制度完善提供保障。

（二）未成年人保护处分制度相对化区分机制的选择

我国未成年人保护处分制度的相关规定散见于不同类型和层级的规范性文件中，尚未形成明确的体系性规定。实践中，未成年人保护处分的应用性探索较为丰富。《2018-2022 检察改革工作规划》提出，探索建立临界预防、家庭教育、分级处遇和保护处分制度。理论和实务对上述四种制度的内涵及相互关系存有争议。有学者认为，“分级处遇”是一种制度价值中立的规范表达，其可以包容其他三种制度。笔者认为，上述四种制度均为具体的规范性设计，受到未成年人保护基础理念的统领。其中，临界预防的适用条件较为单一，是对于实施严重不良行为但未达犯罪程度的未成年人采取的预防性制度；家庭教育的适用条件具有广泛性，无论是实施不良行为、严重不良行为还是实施刑法规定行为的未成年人，只要其人身自由没有被完全剥夺、家庭成员能够参与教育，均可适用家庭教育制度；分级处遇是根据未成年人的人身危险性、涉案轻重程度、行为性质以及情节等要素，采取的具有预防性和制裁性的措施；保护处分则是在分级处遇的基础上，对未成年人严重不良行为采取的兼具教育性和矫治性的措施。四种制度并不具有彼此衔接、强制性递增关系，而是从不同侧重点进行的制度分类。未成年人保护处分制度以分级处遇为基础，临界预防、家庭教育都是其重要内容。进行绝对化区分会陷入概念交叉的误区。未成年人保护处分与未成年人犯罪处遇受多种理念、制度、机制影响并相互作用，最终决定着未成年人保护的实践走向。因此，任何试图从外部抑或内部将未成年人制度完全独立化、分割化的思维与做法都会遇到诸多障碍。

由于我国对未成年人保护处分没有立法界定，因此，相关研究中基本概念的厘定直接影响着研究的科学性。本文对未成年人保护处分的界定采取了狭义说，即仅将实施了严重不良行为的未成年人作为适用对象。而《预防未成年人犯罪法》将严重不良行为划分为实施严重不良行为但是未达到犯罪程度和未达刑事责任年龄实施刑法规定的行为两种情形。依据上述分类对未成年人保护处分措施进行截然不同或者独立的绝对化区分，抑或在一般情形下不做区分而仅在确有必要时在个别制度上进行相对化区分，对二者的选择是影响未成年人保护处分制度的重要问题。

未成年人保护处分制度的构建和完善不宜依据未成年人严重不良行为的分类进行绝对化区分，而应当采取相对化区分机制：在一般情形下，未成年人保护处分可普遍适用于实施严重不良行为的未成年人，而仅在特殊情形下，依据未成年人的行为是否达到刑法规定的犯罪程度和责任年龄对保护处分措施进行差别化规定。选择未成年人保护处分制度相对化区分机制的原因在于：未成年人刑事责任年龄的判断具有相对客观、明确的标准，但是未成年人的行为是否达到刑法规定的犯罪程度难以判断。未经法院判决不得认定任何人有罪，而未成年人由于未达刑事责任年龄而不可能进入并完成《刑事诉讼法》规定的司法程序。未成年人的行为是否达到刑法规定的犯罪程度，缺乏具有说服力的实体标准和程序保障。作为绝对化区分依据的“严重不良行为”分类缺乏明确的判断标准，因此不宜对未成年人保护处分采取绝对化区分机制，而应当采取相对化区分机制。

五、未成年人保护处分制度具体措施的完善

未成年人保护处分制度具体措施的完善，应当以未成年人的已然行为为基础，以未成年人的人身危险为根据，进行分级分类综合治理。依照措施自身的特点，可将未成年人保护处分分类为矫治型措施、教育型措施、恢复型措施以及专门型措施。

矫治型措施是以纠正未成年人严重不良行为为主要目的而采取的具有明显强制性的措施。具体包括责令定期报告活动情况、责令遵守特定的行为规范，不得实施特定行为、接触特定人员或者进入特定场所，责令接受心理辅导、行为矫治，责令参加社会服务活动以及责令接受社会观护等。教育型措施是以加强未成年人的守法意识为目的而采取的具有明显教育性的措施，其主要包括予以训诫、责令具结悔过以及责令父母或者其他监护人加以管教。恢复型措施是以未成年人回归社会为目的而采取的弥合其与被害人、社区关系的措施。恢复型措施能够使未成年人真正认识到行为的危害性，并将社会关系修复到正常状态，有利于未成年人悔过自新、回归社会，其主要包括责令赔礼道歉和赔偿损失等。专门型措施是针对需要闭环式矫治教育的未成年人采取的，固定在特定场所进行矫治教育的措施。该措施主要包括送入专门学校接受专门教育和专门矫治教育。综上，随着立法的进步，我国未成年人保护处分体系已现雏形，为聚焦研究重点，下面对《刑法》第 17 条规定的“责令父母或者其他监护人加以管教”和“在必要的时候依法进行专门矫治教育”两种措施的适用展开探讨。

（一）未成年人保护处分中监护人责任的强化

责令父母或者其他监护人加以管教，是对实施严重不良行为的未成年人采取的重要措施。该项措施既可适用于实施严重不良行为但是未达到犯罪程度的未成年人，也可适用于实施刑法规定的行为但未达刑事责任年龄的未成年人，其决定主体是公安机关。未成年人保护处分中监护人责任的强化亟待加强，这需要民事法律对监护关系进行调整，同时针对实施严重不良行为未成年人特点强化亲职教育、做好效果评估。

家庭对于未成年人的成长与发展具有重大意义，因此对实施严重不良行为的未成年人，要高度重视督促监护人履行职责。我国《民法典》规定了监护人对未成年人履行监护职责的具体内容，为夯实监护人在未成年人犯罪预防中的责任、筑牢预防未成年人再犯防线提供了民事法律的制度支撑。

提高责令父母或者其他监护人加以管教措施的执行力度，要强化亲职教育。国家强化亲职教育，通过作为社会细胞之家庭的孵化作用，教育未成年人。由于我国社会经济发展尚不平衡，对于教育能力不足的家庭，应当进行特殊辅导和帮助。除通过增强家校互动等方式对未成年人监护人进行一般性的监护职责提醒外，对于实施严重不良行为的未成年人监护人应当设定专门职责。被责令对实施严重不良行为的未成年人加以管教后，监护人应签署亲职教育承诺书，国家根据未成年人个体情况不定期对监护人开展单独或者集体的教育辅导，帮助监护人正确履行监护职责，发挥监护人在未成年人严重不良行为纠正过程中的作用。未成年人实施严重不良行为被采取保护处分措施后，为督促其监护人履行监护职责，如果未成年人存在违反规定或者监护人履行监护职责不力的情形下，对未成年人和监护人应当采取要求其缴纳一定金钱的措施（罚款）。罚款的目的在于督促未成年人接受矫治教育、督促监护人履行监护职责。

责令父母或者其他监护人加以管教，不能一责永逸，而应当对实施严重不良行为未成年人的家庭监护状况进行定期跟踪和评估，及时发现并纠正问题。对于家庭监护缺位的，应当建立监护评估、监护监督、监护指导、监护支持、委托监护及监护权转移等监护干预机制。法国处理未成年人案件具有灵活性特点，其通过最大限度收集未成年人信息、聚焦行为产生的原因，以提供干预治疗方法，尤其是对未成年人家庭环境进行干预，其中重要措施就是“开放环境中的教育行动”。该措施要求未成年人与父母共同居住，家庭成员定期与社会工作者见面，社会工作者通过合作方式，评估其家庭情况、制定计划。同时，社会工作者会对未成年人提供帮助。在六个月内，社会工作者会对上述计划实施情况进行再次评估，以决定是否延长或终止该计划。该评估的重点是未成年人继续留在家庭中的风险。引入社会工作者参与严重不良行为纠正既能够使未成年人和家庭获得专业性的指导，同时非国家强力标签的社会第三方介入有利于消除未成年人及其家庭的抵触心理、保障教育目的的实现。

（二）未成年人保护处分中专门矫治教育的完善

将实施严重不良行为的未成年人置于普通学校中，可能会使学校、其他学生以及未成年人本人产生强烈的抵触，对未成年人的成长和矫治教育本身极为不利。我国刑法曾经规定了收容教养措施，对实施刑法规定的行为但未达刑事责任年龄的未成年人采取封闭式管理。鉴于我国未成年人犯罪形势的变化和收容教养措施本身的弊端，该措施被废除，取而代之的是专门矫治教育。专门矫治教育是一种综合性的保护处分措施，兼具矫治型措施、教育型措施和恢复型措施的特点，但因其执行场所和执行方式具有一定的封闭性而单独成为一种保护处分的类型。

对于专门矫治教育的决定主体，有专家建议对实施严重不良行为的未成年人进行专门教育、送入专门学校，应当由人民法院作出裁定，检察机关行使法律监督权。笔者认为，法律并没有明确送入专门学校这一决定的法律性质。按照现有法律规定，送入专门学校适用于实施严重不良行为但是未达到犯罪程度的未成年人和实施刑法规定的行为但是未达刑事责任年龄的未成年人。而即使是社会危害性更为严重的后者，在司法实践中也难以通过刑事司法程序由审判机关对其行为性质做出认定。因此，对有严重不良行为的未成年人进行专门教育、送入专门学校，由人民法院作出裁定没有依据，且不符合司法现状。

《预防未成年人犯罪法》对实施严重不良行为的未成年人送入专门学校规定了三种情形：一是未成年人监护人、所在学校无力管教或者管教无效的，由教育行政部门作出决定；二是在三种特定条件下，由教育行政部门会同公安机关作出决定；三是未达刑事责任年龄的未成年人实施刑法规定的行为的，由教育行政部门会同公安机关作出决定。该三种情形都需要经由专门教育指导委员会评估同意。值得探讨的是，对于第一种未成年人监护人、所在学校无力管教或者管教无效的情形，不适宜由教育行政部门单独做出决定。原因在于，教育行政部门仅对未成年人在学校的情况比较了解，但是未成年人在学校的表现并不是送入专门学校的充分条件；教育行政部门目前的职能定位和公众对教育行政部门的期待，导致由教育行政部门决定未成年人是否送入专门学校，不仅不具有权威性而且可能产生不必要的社会矛盾。而公安机关通过社区观察对未成年人的监护人无力管教或者管教无效的情况更为了解，因此，建议该种情形应当由教育行政部门会同公安机关共同作出决定。这样，对实施严重不良行为的未成年人送入专门学校的决定，均统一由教育行政部门会同公安机关作出。

《预防未成年人犯罪法》对实施严重不良行为但是未达到犯罪程度的未成年人，规定“送入专门学校接受专门教育”；而对实施刑法规定的行为但是未达刑事责任年龄的未成年人，规定“对其进行专门矫治教育”。二者之间的差异仅存在于字面表述抑或在制度设计上存在较大区别应当予以明确。使用文义解释方法，同一部法律中前后紧密相连的条文表述存在差异，根据客观解释论，应当是有意为之的区别性表述。同时，在规定未达刑事责任年龄未成年人实施刑法规定的行为而接受专门矫治教育的条文中，要求省级人民政府设置专门场所对“前款”规定的未成年人进行专门矫治教育，也进一步印证了上述区别性表述的立法深意。有学者将专门教育和专门矫治教育做了严格区分。笔者认为，对实施严重不良行为的未成年人在送入专门学校后要进行区别对待：对实施严重不良行为但是未达到犯罪程度的未成年人采取保护性的教育

措施；对实施刑法规定的行为但是未达刑事责任年龄的未成年人则采取兼具保护性和处分性的矫治教育措施，该措施具有突出的强制性特征。未成年人保护处分的专门型措施应当根据未成年人实施严重不良行为的类型，有条件地进行个别化教育，不可不加区别的混同，以防止具有不同人身危险性的未成年人进行相互的不良影响。

由于对实施严重不良行为的未成年人送入专门学校进行专门矫治教育，是在特定场所实行闭环管理，对未成年人的权利影响重大，为有效保护未成年人权益，应当建立相关决定程序。通过健全教育行政部门会同公安机关决定机制、完善专门教育指导委员会评估机制、强化与接受专门教育未成年人的父母或者其他监护人的联系机制、设置特殊的行政复议和行政诉讼救济程序以及由检察机关行使法律监督权等制度设计，构建权利保护、专业判断、多方参与、有效救济的科学决定程序。

姜金良：婚姻挤压与人口推拉效应：拐卖妇女犯罪发生学的一种解释

2022-07-11　青少年犯罪问题编辑部
https://mp.weixin.qq.com/s/84kixq0T19wTbEaennRqvQ

作者：

姜金良，南京信息工程大学讲师，法学博士

来源：《青少年犯罪问题》2022 年第 4 期

由于篇幅所限，刊物在此推送未加注释版本，请广大读者前往中国知网下载全文阅读

【内容摘要】拐卖妇女犯罪处罚收买方，本意是切断收买行为，实现源头打击。男女比例失衡等引起的婚姻挤压，才是买卖妇女的诱因。这一诱因的本质是社会资源的结构紧张，因婚姻挤压被排除在正式婚姻制度之外的行为人容易引起购买行为。被害人多是落后地区人员，按照人口推拉效应，经济发达地区具有吸引力，被害人为生活策略、工作机会，容易被拐卖至经济发达的地区。但随着我国脱贫工作的完成以及经济发展的协调，人口推拉效应已经基本完成，因而被害人具有转向外籍妇女的趋势。因此，在治理拐卖妇女犯罪中刑罚手段虽然必不可少，但作用有限，治理源头是缓解社会结构性紧张矛盾。

【关键词】拐卖妇女罪　婚姻挤压　人口推拉效应　性别比例失衡

贩卖人口是以人口为商品买卖的犯罪行为，本质是对人的奴役，侵犯了人的基本权利。因此，贩卖人口自古以来就属于被严惩的犯罪；当今全球化加速了人员的流动迁徙，也使得贩卖人口成为一项全球性治理难题，继毒品、武器走私犯罪后成为国际上第三大有组织犯罪。联合国 2009 年发布的《全球人口贩卖报告》，根据对 155 个国家的调查发现，贩卖人口中最常见的形式是性剥削，占 79%，受害者大多数是女性。第二类人口贩卖形式是强迫劳动，占总数的 18%。2012 年以后联合国每两年发布一次报告，根据 2020 年《全球人口贩卖报告》，受害人中成年女性约 46%，女童约 19%，合计 65%，虽然女性比例有所下降，但女性仍然是贩卖人口的主要受害者。根据我国刑事政策，对于拐卖妇女的犯罪一贯是秉持严惩的态度，“因为拐卖妇女是严重侵犯妇女权益的恶性案件，导致许多家庭骨肉分离甚至家破人亡，严重危害社会和谐稳定，一直以来都是各级司法机关惩治的重点。”2016 年《刑法修正案（九）》对刑法第 241 条修改，删除了“可以不追究刑事责任”的规定，修改为根据情形“可以从轻处罚”或“可以从轻或者减轻处罚”，对收买行为一律作为犯罪评价，进一步加大打击力度。

法律现象首先作为一种社会现象，有其社会性。从社会治理的原理上看，法律仅仅是解决社会问题的一种方式，而刑法作为最严厉也是最后的一种方式，既具有滞后性，又具有非常规性。因此，拐卖妇女犯罪的治理，绝非单纯地法律论题甚至是刑罚的轻重之争，需要家庭关心、社会救助、政府干预、司法惩治等众多社会力量、制度的合众治理。刑法对犯罪的惩罚关注的是具体犯罪行为和刑事责任，仅仅是表明了犯罪现象的存在。犯罪学对犯罪现象的研究还要进行深层次的追问，这种犯罪学的研究往往表现为对某种

现象和犯罪之间是否具有某种关系的追问。因此，开宗明义，本文是从关系犯罪学中寻找犯罪发生的原因，追问这一犯罪现象生成、发生的机理，对应提出前端治理策略，力求实现预防犯罪，刑期于无刑的愿景。

一、研究视角转向：原因研究的当事人立场

对拐卖妇女犯罪的研究可以分为公共政策的治理角度和当事人的立场。不论是从刑罚惩罚的有效性，还是政府的救助、干预等角度，都是从公共政策中法律治理的角度进行研究。从公共政策的角度研究，需基于国家家长主义的立场对拐卖妇女犯罪进行防治，对被拐卖的妇女进行解救、救助干预等，刑罚的威慑自不必言，地方政府的作为、干预的积极性程度具有重要的作用。当政府不作为时，不仅让法律沦为纸面规定，执法落空，甚至还会变相地鼓励这类行为，导致对犯罪的纵容。对犯罪发生原因分析，从当事人角度研究的视角更为适宜。其一，当事人立场与拐卖妇女的犯罪性质相符，与行为过程相契合。在拐卖妇女犯罪中实际上将妇女商品化，将其作为他者而非同等对待，侵犯的是妇女人身的不可买卖性，而在拐卖者和收买人之间形成的买卖关系，实际上就是一种供求关系。对此，我国刑事司法秉持的治理政策一直都是截源堵流，“没有买卖，就没有拐卖”，故而，需要首先探究作为诱因的收买行为。其二，从当事人立场更有利于理解拐卖拐骗事实的发生和延续，也更有利于防治。因为相关反对拐卖拐骗人口行动的话语权掌握在“局外人”手上，相关的法律和公共政策皆是“局外人”制定的，是以“局外人”的论断、推论和预测为基础的，而从对当事人角度出发，明确日常生活是如何建构、形塑当事人的行为，使之将自己的行为意义化、价值化和事实化，有利于从犯罪情境中分析犯罪发生的原因并进行预防。其三，从当事人立场出发可以对犯罪发生的诸多因素进行统筹，进而解释犯罪的发生过程。通常情况下，犯罪原因具有宏观性和概括性，分为个体原因、社会原因、自然原因等方面，对于具体犯罪的解释有限。在具体犯罪原因分析上，对于犯罪的引起、发生或者助长，并与犯罪乃至犯罪现象有关的因子，确切说并不是犯罪的原因，而应该将其作为犯罪的因素。拐卖妇女犯罪与人口结构、经济发展程度、政府对当地拐卖妇女的查处力度等诸多因素相关，从当事人立场分析，可以将以上犯罪因素涵括在内。

行动与互动理论为解释性社会学理论提供了基础，社会个体并不是原子化的行动者，个人行动是有意向性的，需要与其他个体发生关联，该个体的行动才能被理解和解释。因此，本文立足当事人的立场，从社会机制解释角度，试图解析拐卖妇女的行为如何发生、收买者的动因以及被拐卖者的被害诱因，在此动因和诱因下拐卖者则是机会者，在具体时空中将这种买卖行为组织起来。此外，收买被拐卖的妇女存在多种犯罪目的，有的研究将被拐卖或者拐骗妇女流入后的首次身份定位分为成婚者、性服务妇女、廉价劳动力、被收养者四大类型。根据实践情况，收买目的可以分为婚迁型、劳动剥削型、性剥削（强迫卖淫）型以及从事其他犯罪（再次转卖、被迫乞讨等）等。根据学者对 2010 年 1 月至 2017 年 7 月期间拐卖妇女犯罪 1038 份判决文书统计，反映出收买被拐卖的妇女主要用于强迫婚姻，成为收买者或其亲属的妻子，比例达 90%，另有小部分用于强迫卖淫和进一步贩卖。2022 年有平台对 654 件相关案件统计发现，以婚姻为目的的占 528 件，占比 80.74%；与婚姻相关作为生活伴侣的 45 件，占比 6.88%，以生育为目的的 4 件，占比 0.61%，其他类型合计 11.97%。可见婚姻以及伴随的生育是收买被拐卖的妇女的主要目的。因此，本文研究也主要是为了说明婚迁型的收买妇女犯罪发生原因。本文借鉴社会机制原理分析犯罪产生的原因，现实中收买人大多面临婚姻困难而寻找买卖机会，造成婚姻困难的因素，有男性或男性家庭因生理、经济等因素导致在社会选择中处于劣势，但是现如今性别比例失衡加剧了这一困难。由此，从这一社会结构性紧张关系出发，认为买方决定了买卖妇女黑市场存在的动因，从被害妇女的身份变迁分析，认为这一紧张关系引发拐卖妇女的风险外溢，向跨国拐卖转移。

二、买方市场的形成：性别失衡下的

婚姻挤压

从当事人立场研究并非对犯罪行为合理化，而是更有利于分析犯罪发生的原因。买卖是犯罪的源头，因此，从收买者的行为、意愿进行研究是最佳切入口。一方面，购买意愿是形成买卖的源头动力。需要产生买卖，当个人的需要转化为个人的行动时就引发与社会的互动，产生购买信息的同时也产生了买方市场，

再因买卖而产生了犯罪链条，这种互动既提供了买卖的机会，也会带动社会执法等各层面的运行。只有遏制了买方市场才能从根本上遏制犯罪，《中国反对拐卖人口行动计划（2021—2030 年）》等官方文件中也提出要“铲除买方市场”。另一方面，相较于被害人角度，从收买人角度研究对犯罪预防更具有优势性。从被害妇女的角度进行研究，虽然可以对犯罪预防起到一定作用，但这种研究并未解决根本性问题，只能决定了具备特定预防技能的妇女不会被骗，人贩子只好转向其他群体，被害机会发生了转移。而拐卖妇女社会原因是特定的社会环境和制度因素，如果不存在这种环境，教育水平普遍较低、流动的盲目、自我防御能力弱的妇女也并不必然成为拐卖犯罪的受害者；妇女、儿童所生存在其中的社会环境是单个的个人所无法突破的结构性约束，这实为拐卖问题产生的最为重要的原因。拐卖妇女现象发生是一种结构性原因，如果把拐卖受害者的产生归结为个人特征时，也就错失了寻求一般性社会控制来解决这一问题的机会。因此，从社会性角度分析，收买人的需求反映出的也是一种社会结构问题。性别失衡一直被认为是拐卖妇女犯罪的原因之一。当然这一因素并不是单一性表现，而是与社会、经济等因素结合后表现得更为复杂化，使得男性完成婚姻任务的焦虑感增强，进一步加剧了社会结构的紧张。

（一）性别失衡下的婚姻挤压现象：买方市场的形成

理论上和司法实践普遍认为，人口性别比例失衡导致的社会结构性紧张是产生拐卖妇女罪的原因之一。性别比例是人口群体中男性人口数与女性人口数的比值，在计算方式上以女性人口数为 100 作为比值基数计算。早在 16 世纪，被称为“人口学之父”的约翰·格兰特(John Graunt)通过收集整理海量的人口数据进行比对分析，发现在某一地理固定区域内，特定时间里新生婴儿的男女性别比例是具有内在规律可循的。沿着这样的思路，后代学者在进一步的研究中，提出与总结了总人口性别比和出生人口性别比的科学概念。总人口性别比受制于出生人口性别比、流动迁移人口性别年龄结构与男女两性人口年龄死亡率等因素，有研究统计显现，世界上绝大多数国家总人口性别比正常阈值在 95—102 之间。1955 年 10 月，联合国《用于总体估计的基本数据质量鉴定方法》认为出生人口性别比的正常值应当在 102—107 之间。根据 2020 年第七次全国人口普查数据，我国男性人口为 723339956 人，占 51.24%；女性人口为 688438768 人，占 48.76%。总人口性别比为 105.07，与 2010 年第六次全国人口普查时比例基本持平。从人口的总体性别比例分析，这一比例在合理阈值范围内。但我国人口基数大，即使小比例也会是大数值，由此计算男女人口数相差已达到 3490 万余人。

婚姻挤压现象，是性别比例失衡后的产物，在人口结构宏观比例基础上，还需要考虑适龄人口的比例。适龄人口比例需要回溯到出生性别比例情况，从 20 世纪 80 年代中期以来，我国的出生性别比开始出现失调，进入 90 年代之后越来越严重。1982 年第三次人口普查，全国男女出生性别比是 108.5：100，1990 年第四次人口普查为 111.3：100，第五次全国人口普查为 116.9：100。江西、广东、海南、安徽、河南五个省出生性别比超过 130：100，其中海南高达 135.64：100，居全国最高水平。由此可以推测在我国婚姻挤压现象不仅存在，还会持续性存在。婚姻挤压可能会产生多元反应，如延迟结婚，适龄男性扩大结婚对象的年龄搜索范围，延伸至其他年龄段，以此形成连锁反应，形成拖延和传递效应必然会形成新一轮的婚姻挤压。为缓解当地的这种紧张关系，通过外地迁移妇女解决婚姻紧张关系就具有必要性了。

婚姻挤压刺激了购买意愿，也产生了买方市场。而传统的男权思维，既有传宗接代的家族思维，又有女人是男人附庸的观念，又进一步强化了收买的意愿。这也说明了收买被拐卖的妇女犯罪的主观原因，并非由于单纯地不知法、落后盲目等因素可以解释的，从当事人立场上这一行为具有充足的自我合理性。在男权思维支配下，女人是被支配的，对被买来的女人更具有控制和支配的正当性，加之又是外来户，心理上不会平等对待，仅仅作为“他者”对待。这种男权特征虽然是封建思想残余，因在中西方历史上长期存在，甚至被法律所确认。例如 19 世纪德国法律专门规定了针对妇女的诱拐罪，诱拐罪是男人霸占女人，满足其性欲，将该女人带离其居住地的行为。这类行为用欺骗或者暴力方式违背了妇女的意志离开其居住地。但是法律又承认未经被诱拐的人同意，相关权利人同意也不成立犯罪，即被诱拐的人之上还有权利人可以支配妇女的人身，《查理五世刑事法院条例》第 118 条规定这种情况发生在妻子与其丈夫之间，孩子与对其享有父权的人之间。因此，这种思想的根除并非一朝一夕之间可以解决的，仍然具有持续性，潜意识中对收买者的行为产生支配作用。在传宗接代的观念中，代际关系传承是家族的重要任务，为儿子娶上

媳妇也是为人父母的责任。因此，收买被拐卖的妇女并非是简单的个人行为，而是家庭甚至是家族行为。由此也可以解释在对婚迁型收买犯罪中，司法对收买人体现出了刑罚轻缓化。收买被拐卖的妇女的目的对法律的执行弹性具有很强的影响力，对于收买被拐卖的妇女从事强迫卖淫、劳动、强迫乞讨等行为的，司法对其惩治的立场一贯也是严惩重罚，可见对其社会危害性的认识也是统一和一致的。但是对于婚姻型的收买，当地执法机关对违法行为查处力度并不一致，在司法的惩治层面甚至体现出了刑罚轻缓化现象，对于收买被拐卖的妇女后实施非法拘禁、强奸等行为应实行数罪并罚的，多作一罪处理，对收买者从轻处理。在经济落后地区收买妇女的行为，往往是家庭行为，而非刑法上的个人对自己行为负责的责任主义所可以进行解释的，甚至有时候会演化成一个村落、一个局部地区的司空见惯行为，当地执法者难免也会产生虽“于法难恕”但“情有可原”的心理。此外，婚姻挤压状况下，部分弱势男性对于性资源的需求又容易刺激另一类拐卖犯罪的产生，即以性剥削为目的的拐卖。

（二）婚姻挤压下的竞争机制：贫困家庭更容易收买

男女比例失衡导致的婚姻挤压虽然可以量化反应，但这种量化数据属于静态的衡量，单纯地考虑作为适婚人群的人口性别因素，并假定其他条件都是均等的。在这样的条件下，只要男女比例均衡，婚姻市场（供求关系）也是均衡的。而婚姻绝不是纯粹的两性关系结合，实际上是内嵌于社会关系之中，动态的婚姻挤压还考虑到经济、社会、文化等多方面的因素。这些因素决定了被婚姻挤压下被排除在结婚之外的群体，也更容易成为被拐卖的妇女的收买者。

在理想的婚姻结合中，女人争取权利超越男权，男女之间是基于性和感情的平等交流的关系，不依赖外部条件，以伙伴关系取代统治关系。但是从社会意义上，婚姻承载着生养、抚育等诸多社会功能，家庭的运行必然也需要物质、经济的支撑。婚姻挤压下，女性资源稀缺，必然导致的后果是男性之间同性竞争加剧，女性在竞争中选择资源丰厚的男性，一些男性在婚姻竞争中出局。当然，在性别失衡导致的婚姻挤压中女性并非就是当然的受益者。从女性群体分析，因女性自身就具有稀缺性，受到追捧的同时，也会放松对勤劳、善良等内在品质美德的追求，进而转向外在物质条件的要求，以确保个人生活相对优渥，从而形成了过高的彩礼要求，变相地将女性商品化。这样在婚恋市场中，由于女性的稀缺导致彩礼等经济型因素竞争凸显，容易掩盖婚姻中理性选择或者两厢情悦的爱情因素，在扭曲婚姻关系下，女方对于男方的内在品质也会忽略；而男方则对女方的内在品质已经无法进行选择，因为女性稀缺决定了男性已经几乎没有可选择空间了。在婚姻挤压的压力传导下，男性为了支付过高的彩礼形成竞争优势，不惜通过借贷等方式筹款，在婚姻挤压通行竞争机制下，从当事人男方立场看来结婚已经被认为演化成为一种买卖行为。婚姻困难实际表现为家庭的贫困，贫困地区及经济相对落后的乡村男性择偶娶妻愈加困难，影响了婚姻和家庭稳定，引发诸多问题。各类的实证调查以及破获的案件也均印证了这一情况，即买方家庭一般都是贫穷的，如果经济条件相对不错，完全可以通过合法途径进行娶妻，也不会走上违法犯罪的道路。据 1995 年对全国 30 岁-49 岁男性未婚人口调查显示，农村男性未婚人口数为 704 万，占 77.7%，城市为 159 万，占 17.6%，集镇为 34 万，占 3.8%。可以看出，农村适龄男青年在婚姻市场竞争中，整体的生活资源竞争并不占优势，农村大龄未婚男性群体是潜在的买方市场。

回归到当事人收买人的立场，婚姻挤压导致婚姻的市场化，这种市场化竞争机制决定了收买者是当地的贫困群体，而选择收买被拐卖的妇女也是其理性选择的结果，因为从男性结婚成本的角度考虑，彩礼的方式在婚姻中是明市场，而犯罪市场买卖妇女是所谓的黑市。“所谓明媒正娶，说穿了也是一种买卖，不同之处就在于从人贩子手中买女人不合法，需要在阴暗之中像做贼一样偷偷摸摸地进行”，而女人在“黑市”上比“白市”便宜得多。

三、被害原理分析：资源推拉下的人口外流

（一）推拉效应下国内的人员流动

所有的犯罪现象都是人际相互现象。被害人学以被害人及其被害现象为研究对象，从中揭示被害过程，以实现犯罪现象的预防和对被害人的保护。在拐卖妇女儿童犯罪中，有的研究基于当事人角度研究认为被害人为了生存策略选择迁徙，在盲目流动中更容易导致被害。被害人流动是基于生存需要选择离开原来的生活居住地，流出地为贫困的农村或者山区，经济条件较差，向经济富裕地区流动，在流动意向上除了极少数为被暴力劫持后或不知情出卖的，但是对于流入地家庭经济情况并不是很满意。因此，被害人这种婚迁现象是基于生存策略的考虑，甚至少数的被害人妇女还可得以改善了个人生活。这种解释的原理实际是遵循人口推拉原理。人口推拉原理是反映人口的流动规律，是英国学者芭芭拉在 1950 年提出的理论，认为迁移发生是原住地的推力或者排斥力和迁入地的拉力或吸引力等原因相互作用决定的。按照这一原理，人口流入地往往具有吸引力即具有拉力，这种吸引力表现是多元的，可能是生活环境、医疗资源、就业机会等，最为典型的是经济发展水平，经济发展与工作机会、收入等直接挂钩，更容易吸引人，由此成为人口密集区；而原来居住地可能是经济欠发展地区，收入受到限制而成为流出地。在拐卖妇女犯罪的实证调研中发现，被害妇女总有一些共同性特征，以山区、边境等地的贫困地区知识水平较低的妇女为主，还有一些涉世不深的女大学生、农民。而被拐卖人口的流入地与流出地分布呈现出集中性。例如王金玲教授组织的团队对 1995 年至 2006 年期间拐卖妇女、儿童犯罪案件分析发现，云南、贵州、四川、广西、新疆等 5 个省市为主要流出地。广东、浙江、江苏、山东、福建、安徽等为主要流入地。黄忠良等对 2010 年 1 月至 2017 年 7 月之间拐卖妇女犯罪的裁判文书统计分析，其中被害人中我国公民 1026 名，在地域分布上云南、四川、重庆、贵州、西藏等 5 个省市为主要流出地，占被拐卖的妇女总人数（含外国人）的 38.7%，其中云南省又最多，达 518 名受害人，占全部受害人（含外国人）的比重达 28%。由此可见，人口推拉理论虽然主要在于解释人口迁移现象，但对于拐卖妇女犯罪现象的发生也具有一定的解释力。

理论中，在拐卖妇女犯罪中运用人口推拉的理论框架也有提出批评者，因为人口推拉效应解释迁徙，是基于个人理性选择的结果，根据居住地和迁徙地的信息比较后进行有目的性的选择。第一，单纯地将经济发展因素看作是人口流动的因素，将追求利益看作是人的本能，导致欠发展地区向发达地区人口进行流动，而忽略了决定经济平衡规则的政治权力的影响。第二，推拉理论认为迁移是基于主客观因素后的理性选择，而拐卖妇女罪实际上是利用信息阻隔存在的欺骗性。这一批评也是基于一定的客观事实分析的，因为拐卖犯罪中除了少数的暴力、劫持手段，大多采取帮助介绍工作、介绍条件好的结婚对象等欺骗的方式，而被拐卖的妇女大多是被卖入因婚姻挤压中被排除在正常结婚途径之外、经济条件比较困难的家庭，形成“双贫”现象，如果是理性选择自然应该选择条件更好的家庭，借以改变原来贫困生活状态。需要说明的是，人口推拉理论仍然可以解释拐卖妇女犯罪中人口流向问题，实证统计显示，经济发达地区具有吸引力成为流入地，而云贵川地区的贫困地区妇女因当地生活贫困，为寻找更好的工作机会、生活出路，凭借模糊的认识认为“外面的世界很精彩”，这种心理容易被拐卖人特别是之前认识熟悉的拐卖人利用，被信息不对称所欺骗，成为受害者。但经济不发展地区并不必然具有排斥力，在人口推拉的因素中不仅有推力和拉力，还存在黏合力，这种黏合力既可能是安土重迁的文化因素，也可能是人口流动的行政管制强度。在这个意义上也可以解释，西北等地区经济并不发达，但并没有成为被拐卖的妇女的人口流出地。因此，推拉理论对于说明了人口流动的趋向，犯罪现象发生仍然有很强的解释覆盖率。

（二）推拉效应下跨国的人员流动

近年来，被拐卖人口流入地也发生了变化，20 世纪 90 年代至本世纪初的数据反映以流入广东、江苏、浙江等地为主，而最近的案件显示，被拐卖的妇女的流入地以安徽、河南、山东、河北等地较多，其中云南既是被拐卖的妇女的流出地，也是流入地。其中既有安徽、河南等地高性别比例失衡导致婚姻挤压增强，也有云南等地妇女流出导致的代际传递压力，同时也因为有新的被拐卖的妇女流入地加入。被害群体的形象也在不停地变迁，相关实证统计反映出，近年来妇女被害人系外籍女子的情形越发常见，其中主要来自越南、缅甸、朝鲜、老挝、柬埔寨等中国相邻的地区，而越南的官方机构宣称中国是被拐卖越南妇女第一大流入国。

从社会因素分析，我国宏观调控注重经济协调发展，原经济落后地区经济也得以改善，我国脱贫攻坚任务的完成，信息网络基础建设普及，地域之间信息被隔断、严重不对称的现象已经不存在，人口推拉的效应已经减弱。我国综合治理也越发完善，对于拐卖妇女的高发地点车站、码头等监控布置、巡逻加强，在犯罪的情境预防中被害机会减少。在犯罪规律面前，需要客观承认犯罪是一种必然性存在，可以减少却不会被消灭。男女性别比例失衡导致的婚姻挤压现象并不会由此消失，买方需求一直存在。在我国随着公共场所的安全监控措施完善、被害人知识水平提升等原因，被害人自我防御能力的增强，预防效果随之提高，被害机会则随之减少，这种情形下会形成需求效应外溢，将被害的风险向外转形成跨国拐卖妇女。跨国贩卖之所以能够实现并得逞，是因为很多外籍妇女离开当地具有推力因素，而到中国就业、结婚很多是为了讨生活。这些因素仍然可以说明，在国际层面由于我国自身具有吸引力，周边发展中国家和地区的妇女基于嫁给中国人生活就会变好等模糊印象，愿意迁徙到中国，因此，在很多拐卖外籍妇女的犯罪中被拐卖的妇女的跨境行为具有自愿性，是入境后被贩卖的。

四、代结语：拐卖妇女犯罪的社会控制策略的调节

（一）刑罚治理的效果的再分析

在拐卖妇女的犯罪中，对拐卖行为严惩并无异议。但对于收买行为是否需要严惩一直存在着争议，是否提高收买被拐卖的妇女罪的刑罚也引起了刑法理论界的热议。第一种观点主张应买卖同罚，提高收买行为的法定刑；第二种观点主张应对收买行为刑罚轻缓化，因为收买被拐卖的妇女罪不论从法定刑配置上形式判断，还是从法益侵害的实质性上判断，都应属于轻罪。按照轻罪刑事政策指导，可以根据案件不同的情形进行非犯罪化、非刑罚化或非监禁化。特别是在被拐卖的妇女已经形成家庭的情况下，对被收买人判处较重的刑罚是对其二次伤害；第三种观点认为可以维持现行法律规定。基于罪名体系考察，收买行为具有预备性质，实施其他犯罪的应实行数罪并罚，这种处断原则也可以实现罪当其罚。从拐卖犯罪的历史考察，例如费尔巴哈的刑法教科书中将拐卖犯罪列为侵犯人与生俱来的权利即侵犯公民身体自由的犯罪，掳人罪是指非法占有他人，任意支配其为特定的目的，但是以该行为未转化为其他犯罪为限。可见将收买行为定位为实施其他犯罪的预备犯也是具有理论的依据。

针对当前热议的收买被拐卖的妇女的个案而言，因行为发生时间在二十年前，即便法律修改，按照溯及力从旧兼从轻原则，也难以实现回溯性惩罚。需要引起深思的是，这种以一般预防主义为基础，以提高刑罚实现威慑的方法，是否足以达到预防犯罪的效果。通过我国公开的司法统计数据显示，从 2012 年以来，我国拐卖妇女、儿童的犯罪案件数量逐年降低，2012 年全国法院审结拐卖妇女、儿童犯罪案件 1918 件，2013 年 1313 件，2014 年 978 件，下降幅度明显。2015 年 853 件，相对 2012 年相比下降 50%以上；2016 年 1 至 11 月，全国法院审结 618 件；2018 年，公安机关破获拐卖妇女案件 434 起；2019 年，公安机关破获拐卖妇女案件 320 起，案件数量进一步下降。

随着综合治理措施的完善，必须要客观承认对拐卖妇女儿童犯罪的社会治理效果有很大改善，犯罪高发态势有一定缓解。在这个意义上而言，似乎现行刑法规定的刑罚也已经达到了惩戒效果。而在刑罚轻重与威慑力关系难以建立可量化标准的前提下，提高刑罚的手段更应谨慎，刑罚的过剩甚至可能引发犯因性作用，进一步刺激犯罪的产生。一方面，风险增加后买卖价格更会随之提高，“因为将某些行为规定为犯罪或者提高刑罚后，增加了被禁止的市场与从事这类行为的危险性，因而会进一步提高这类服务或者产品的价格，极大地提高了愿意冒险的人从中获取利润。”另一方面，收买人为逃避更重的处罚，可能会让收买行为以及收买后的侵犯行为更加隐蔽化，反而增加了救助难度。因婚迁型的拐卖具有复杂的社会机制因素，我国刑事司法中采取的“打击—解救式”治理模式中，对于被害妇女而言，打击过后并不是事件的结束，事后的解救帮扶政策更为重要，因为传统行为收买人会通过与被拐卖的妇女发生性关系、生育，采取

柔化或者暴力手段，使其融入当地生活。被害妇女面临着既回不去故乡，也无法留在原地的困境。当然并不是说因为这项工作的难度大就放任停留在收买人家庭环境中继续生活，对收买人不追究刑事责任。这里仅仅想说明对于被拐卖的妇女的解救、社会恢复仍然是一项任重而道远的社会性工作，而非刑罚治理就可以完成的。

（二）缓解社会结构紧张的路径

针对拐卖妇女犯罪的现象，有论者指出大量的妇女外流并伴生出的拐卖妇女现象不仅表明国家在这一问题上的控制不力，更重要的是，这些现象的背后恰恰是人们对现有制度和社会结构的一种反抗。因此，在明确刑罚治理有限前提下，解决之道还是回归到缓解社会结构紧张的路径。从社会层面转变男性偏好，思想转变需要潜移默化长期的作用，还要配套养老体系社会制度支持；在执法层面，我国也开展过非医学性胎儿性别鉴定和非法进行性别选择终止妊娠的“两非”治理活动，从源头上避免人为干预选择性别加剧性别比例失衡。但不论采取何种方式，短时间内都将难以改变这种性别比例失衡的情形，这也说明导致拐卖妇女犯罪的潜在动力还一直持续存在，短时间内改善婚姻挤压的方式，只能通过人员的合法流入使之有所缓解。我国境内的地区性流入只能解决地方的性别结构差异，不能从根本缓解这种紧张关系，甚至会加剧人口流出地区的矛盾。随着我国国家综合实力不断提升，国际影响力不断扩大，可以充分利用社会人口推拉效应，鼓励合法的跨国婚姻。现实中跨国婚姻的情形也越来越多，一些务工人员利用在东南亚地区国家工作的机会与当地女性结婚，但迁入我国生活后，面临着取得中国国籍或获得永久居留权的难度，可以考虑在我国开放跨国婚姻中取得国籍制度，以此吸引迁入人群。

张磊、刘丛丛：通过减少存量、遏制增量打击拐卖妇女、儿童犯罪

2022-07-12　青少年犯罪问题编辑部
https://mp.weixin.qq.com/s/bJrB10I21ZVq2n5G-TpcZw

【内容摘要】理论界和实务界的统计均表明，我国拐卖妇女、儿童犯罪高发期在 20 世纪 80-90 年代，进入 21 世纪特别是近几年犯罪数量有所下降，这说明我国打击拐卖犯罪特别是遏制新增犯罪方面已经取得了明显成效。徐州铁链女事件引起了各界对于拐卖妇女、儿童犯罪的关注，但是此案发生于十余年前，并不足以说明我国现在遏制新增犯罪方面还存在较大不足。由于刑法坚持从旧兼从轻原则，所以即使现在提高收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚，也不能适用于存量较大的旧案。在此背景下，我们应当在严格依据《中国反对拐卖人口行动计划（2021-2030 年）》全方位推动反对拐卖人口工作的基础上，着重通过严格司法大幅度减少旧案的存量，通过完善立法和严格司法坚决遏制新案的增量，引起全社会对于拐卖人口犯罪的关注和警惕，形成对于拐卖人口犯罪的全方位打击。

【关键词】拐卖妇女、儿童罪　收买被拐卖的妇女、儿童罪　存量　增量

拐卖人口犯罪不仅侵犯被害人的人身自由、人格尊严，给被害人及其家庭带来难以磨灭的伤害，而且会造成一系列严重的社会问题。联合国毒品和犯罪问题办公室（UNODC）2021 年发布的《全球人口贩运问题报告》显示，2018 年世界 148 个国家发现并报告了近五万名人口贩运受害者，而这种犯罪的隐蔽性意味着实际被害者人数可能高得多。可以说，没有哪个国家可以免受人口贩运的影响，我国也不例外。新中国从成立之初就秉承对人口拐卖行为的严惩力度，于 20 世纪 60 年代初见成效。然而随着经济的发展，20 世纪 70 年代后期开始，拐卖犯罪案件死灰复燃并呈现上升趋势，并逐步演变成严重的社会问题。进入 21 世纪，我国继续对拐卖人口犯罪实施严厉打击政策，取得了显著的效果。2022 年 2 月，徐州丰县铁链女事件更引起了各界对于拐卖妇女、儿童犯罪的关注。如何进一步严厉打击拐卖妇女、儿童犯罪，妥善保护受害人的而各项权益，成为社会各界关注的热点。本文拟在对于当前我国拐卖妇女、儿童犯罪的实际状况、现有立法和司法进行客观评价的基础之上，提出有效惩治和应对我国当前拐卖妇女、儿童犯罪的建议。

一、我国拐卖妇女、儿童犯罪的发展趋势

有效打击拐卖妇女、儿童犯罪，以对我国拐卖妇女、儿童犯罪发展趋势的正确评估为前提。关于我国当前拐卖妇女、儿童犯罪的发展趋势，理论界和实务界的统计都得出了近年来此类犯罪数量呈下降趋势的结论，这为我们正确制定应对策略提供了科学依据。

（一）理论界对于拐卖妇女、儿童犯罪发展趋势的统计

理论界关于拐卖妇女、儿童犯罪趋势的统计，主要是通过对于判决书的分析、个案调研以及对于其他法律资料的统计三种途径。

1.通过对于一定时期的判决书统计案件发展趋势

小包公智能法律平台通过对于中国裁判文书网及其他权威机构公布的 2007-2021 年间 3668 个拐卖妇女、儿童案件的裁判文书的研究显示，我国 2007-2021 年的拐卖妇女、儿童案件数量从整体上呈现出不断“上升-下降”的发展趋势，陆续出现了 3 个高峰，且新高峰值总是高于旧高峰值。2014-2019 年间此类犯罪案件数量居多，但是最近两三年的案件数量却在直线下降。在此基础上，该项研究得出结论，即随着 2022 年专项行动的开展，此类犯罪定然会受到重击与遏制。

“北大法宝”司法案例编辑组立足“北大法宝”司法案例库，对拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪相关的司法案例进行梳理及统计分析后撰写的《“拐卖、收买妇女、儿童犯罪”司法案例数据分析报告》显示，2008-2017 年，我国拐卖妇女、儿童犯罪和收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的案件数呈上升趋势，在 2013-2014 年间增长幅度最大。从 2016 年到 2019 年 3 月，拐卖妇女、儿童犯罪和收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的案件数均逐年下降。

2.通过个案调研统计案件发展趋势

“华东五省云南/广西籍未成年被拐卖/拐骗妇女、儿童流入地个案调研”项目课题组在 2004 年对于 21 名被拐卖/拐骗妇女的研究表明，20 世纪 80 年代被拐的 14 人 ，90 年代被拐的 5 人，2000 年以后被拐的 2 人。在接受项目组采访时候，时任安徽省肥东县某官员表示：“云南姑娘到肥东大概是在 1978 年改革开放以后，以前户口管得严，还有粮油统购统销，出来没饭吃，生存都困难。”时任山东莱阳市某村村支书表示：该村有十七、八个云南来的女子，最早是 1985 年、1986 年左右，被人贩子贩过来的，他们来的时候大的十七、八岁，小的十四、五岁。徐州丰县铁链女事件中的被害人小花梅也是于 1998 年被人以介绍对象、看病为由带至东海县出卖，后辗转流落到徐州丰县。

3.通过对儿童寻亲网站上的案例统计案件发展趋势

有学者针对中国最大的反拐寻亲公益平台“宝贝回家”网站上面的 647 名被拐后寻亲成功的儿童的案例的研究表明：自 20 世纪 70 年代起，中国拐卖儿童犯罪经历长期低发以后开始死灰复燃。20 世纪 80 年代（222 人） 和 20 世纪 90 年代 （302 人） 基本对应了中国拐卖儿童犯罪最高发的二十年，合计占中国拐卖儿童犯罪总数的 80.99%。近年来由于公安部门打拐力度的加大和社会各界反拐意识的增强，当前拐卖儿童犯罪呈现低发态势，当下中国儿童安全环境趋于好转。

此外，还有一些学者在研究成果中直接对我国拐卖妇女、儿童犯罪的趋势进行说明，但是并没有明确说明研究的依据。如有学者称：新中国的拐卖妇女、儿童始于 20 世纪 70 年代，以后蔓延于 80 年代，在 90 年代达到顶峰，进入 21 世纪后，则逐渐开始减少。到了今天，人口拐卖的现实案件已经相对较少，网上更多的是在那个时代丢失了孩子的，父母苦苦寻找的求助贴。也有学者称，近年来在持续高压严惩态势下，人民法院审理的拐卖案件数量近年来呈现出下降的趋势。

（二）实务界对于拐卖妇女、儿童犯罪发展趋势的统计

实务界对于拐卖妇女、儿童犯罪发展趋势的统计主要体现在最高司法机关在新闻通报会的通报，或者向全国人大所做的工作报告中：

2015 年 2 月 28 日，最高人民法院召开新闻通气会通报惩治拐卖妇女、儿童犯罪的有关情况时称：在持续高压严惩态势下，此类犯罪案件数量自 2012 年起呈逐年下降趋势。2014 年，全国法院审结拐卖妇女、儿童犯罪案件 978 件，与 2012 年审结 1918 件、2013 年审结 1313 件相比，下降幅度明显。

2022 年 3 月 2 日，公安部打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动动员部署电视电话会议上也表示，我国拐卖犯罪的高峰期集中在 20 世纪 80、90 年代，2021 年，全国拐卖妇女、儿童案件与 2013 年相比，降幅达到 88.3%，其中群众高度关注的盗抢儿童案件目前年立案不到 20 起。

2022 年 3 月，最高人民检察院张军检察长在向全国人大所作的《最高人民检察院工作报告》对此也予以印证，报告显示“2000 年至 2021 年，检察机关起诉拐卖妇女、儿童犯罪从 14458 人降至 1135 人，年均下降 11.4%；起诉收买被拐卖的妇女、儿童犯罪由 155 人增至 328 人。”

综上，不论是理论界还是实务界的统计，虽然在具体时间上还存在一些差异，司法机关审理的案件和实际发生的案件也不完全相同，但是都基本表明了一个趋势：从 20 世纪 70 年代开始，中国拐卖妇女、儿童犯罪逐步增多，到八九十年代达到高峰，这 20 多年案件的数量占到了拐卖犯罪的绝大多数。进入 21 世纪，特别是近年来随着我国打拐力度的加大，新发生的拐卖犯罪逐步呈现下降趋势，这也是我们正确制定未来打击此类犯罪策略的重要依据。

二、我国拐卖妇女、儿童犯罪的

立法与司法现状

（一）我国打击拐卖妇女、儿童犯罪的立法现状

我国的拐卖妇女、儿童犯罪，最早是我国 1979 年《刑法》第 141 条规定的拐卖人口罪。随着时间的发展，由于拐卖类犯罪的对象主要集中在妇女和儿童，有相关人士呼吁提出，要从刑法上强化对妇女、儿童合法权益的保护。1991 年全国人民代表大会常务委员会发布《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》（以下简称 1991 年《决定》），增设了拐卖妇女、儿童罪，绑架妇女、儿童罪，收买被拐卖、绑架的妇女、儿童罪，聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪，利用职务阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪这五项罪名。

1997 年修订《刑法》将 1991 年《决定》的内容纳入进来，在第 240 条规定了拐卖妇女、儿童罪，将原有的绑架妇女、儿童罪作为加重情形纳入拐卖妇女、儿童罪的处罚范围。在第 241 条、第 242 条第 2 款与第 416 条第 2 款分别保留了收买被拐卖的妇女、儿童罪，聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪与阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪。同时还在第 262 条设立了拐骗儿童罪，第 416 条第 1 款新设立了不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪。同时，取消了拐卖人口罪，将已满 14 周岁的男子排除在了拐卖犯罪的对象之外。由此，我国《刑法》中的打击拐卖妇女、儿童犯罪，就主要包括六个犯罪：拐卖妇女、儿童罪，收买被拐卖的妇女、儿童罪，聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪，拐骗儿童罪，不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪，阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪。

此后，对于拐卖妇女、儿童罪修改较大的是 2015 年《刑法修正案（九）》，该修正案将《刑法》第 241 条第 6 款“收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。”修改为“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”，从而加重对收买方的刑罚，从此收买被拐卖的妇女、儿童后，即使不阻碍其返回原居住地，也不存在不追究刑事责任的情形。

（二）我国打击拐卖妇女、儿童犯罪的司法实践

为了有效预防、严厉打击拐卖人口特别是妇女儿童犯罪活动，积极救助、妥善安置被解救妇女儿童，切实维护妇女儿童合法权益，国务院办公厅于 2007 年 12 月发布《中国反对拐卖妇女、儿童行动计划（2008-2012）》，2007 年公安部正式成立打击拐卖犯罪办公室，这是我国设立的专门负责打拐机构，2008 年又成立了国务院反拐部际联席会议，由国务院 26 个部委参加。2009 年 4 月 9 日，公安部开展全国打击拐卖儿童妇女专项行动，取得良好效果。此后，国务院办公厅又于 2013 年 3 月发布《中国反对拐卖人口行动计划（2013-2020）》（简称“2013《行动计划》”），2021 年 4 月发布《中国反对拐卖人口行动计划（2021-2030）》（简称“2021《行动计划》”），指明我国“反拐”未来十年方向。

2022 年 2 月，徐州铁链女事件引发了学术界和舆论界关于收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑是否应当提高的争论，也引起了社会各界对于拐卖妇女、儿童罪及相关联犯罪的广泛关注。在此次舆论风暴的影响下，我国有关机关更加重视对于拐卖妇女、儿童犯罪的打击。公安部决定，自 2022 年 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。要求要集中摸排一批线索，特别是对来历不明的流浪乞讨、智力障碍、精神疾病、聋哑残疾等妇女儿童要全面摸排，确保底数清、情况明。最高人民法院院长周强在全国人大会议上所做《最高人民法院工作报告》中明确表示要“严惩拐卖妇女、儿童和收买被拐卖的妇女、儿童等犯罪，及时发布典型案例，强化对被拐卖的妇女、儿童的司法保障。”最高人民检察院检察长张军在全国人大会议上所做《最高人民检察院工作报告》也指出：“贯彻《中国反对拐卖人口行动计划（2021－2030 年）》，继续从严从重追诉拐卖人口犯罪；同时与有关部门形成合力、综合整治，对收买、不解救、阻碍解救被拐卖的妇女、儿童犯罪坚决依法追诉、从严惩治。”

为了配合推进全国打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动，最高人民法院、最高人民检察院、公安部 2022 年 4 月 24 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》，敦促相关犯罪嫌疑人在 2022 年 6 月 30 日前，尽快到公安机关等有关单位、组织投案自首。我们也相信，经过各机关和社会各界的共同努力，此次打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动一定能够取得丰硕的成果，将有一大批相关犯罪分子得到应有的惩罚。

三、我国打击拐卖妇女、儿童犯罪的

应有策略

如前所述，我国拐卖妇女、儿童罪的高峰出现在 20 世纪 80、90 年代，由于随后打击力度的逐渐加大，此类 犯罪的发生整体呈下降趋势。也就是说，当前，此类犯罪整体来说处于旧案存量较大，而新案增量较小的状态。所以，对于此类犯罪的打击，可以针对犯罪存量和犯罪增量，采取不同的策略和方式来分别进行。

近年来，我国针对腐败犯罪就是采取“减少存量、遏制增量”的方式治理，取得了明显的成果。对于腐败犯罪的存量和增量，党中央围绕“减少存量、遏制增量”问题，先提出“用最坚决的态度减少腐败存量，用最果断的措施遏制腐败增量”，然后要求“通过有效处置化解存量、强化监督遏制增量”，再到强调“存量还未清底，增量仍有发生”，体现出党中央严厉惩治腐败、去存量遏增量的态度始终不变、决心始终不减、尺度始终不松，经过不懈努力，迄今为止反腐败斗争取得压倒性胜利并全面巩固。所以，针对拐卖妇女、儿童犯罪，也可以根据拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪的不同特点，分别采取不同的“大力减少存量、坚决遏制增量”的策略进行。

就再犯可能性来说，人贩子实施的拐卖妇女、儿童罪（简称“拐卖类犯罪”）很可能具有重复性，而收买者实施的收买被拐卖的妇女、儿童罪（简称“收买类犯罪”）很可能是一次性。也就是说，人贩子在实施一次拐卖行为后一般还会再次甚至多次实施。而对于收买者来说，因为其目的一般是为了娶妻得子、传宗接代，所以不论是收买妇女作为妻子，还是收买儿童进行收养，收买一次，满足了结婚、传宗接代的目的即可。除非该妇女、儿童被收买后基于各种原因而脱逃、离开，导致收买人娶妻得子目的没有实现。由此，在明确了人贩子的再犯可能性大，而收买者再犯可能性较小的前提下，针对拐卖类犯罪和收买类犯罪来说，其减少存量与遏制增量的工作重点也有所不同。

第一，对于拐卖类犯罪要减少存量和遏制增量并重。由于人贩子有重复实施拐卖行为的可能，所以对于拐卖类犯罪来说，不仅要减少存量，发现和挖掘已经发生的旧案，而且要遏制增量，避免发生新案，这又包括两个方面，即遏制老手人贩子再次实施犯罪，以及遏制出现新手人贩子并实施犯罪。

第二，对于收买类犯罪主要减少存量，同时遏制增量。由于收买类犯罪一般具有一次性，所以对于收买类犯罪，主要任务在于减少存量，同时兼顾遏制增量。以往的实践表明，收买妇女儿童的现象往往发生在同一地域，如某一经济较为落后的农村地区，收买的成功与否，以及购买后是否会受到制裁，都具有趋同性或者传染性。所以，对于收买类犯罪存量的挖掘和积案的严惩，对于遏制增量、避免新案的出现具有重要意义。

第三，拐卖类犯罪和收买类犯罪的减少存量、遏制增量密切关联、互相影响。首先，两类犯罪之间密切联系。根据我国刑法之规定，拐卖妇女、儿童罪是以出卖为目的，所以排除掉部分人贩子拐骗成功但是尚未出卖的案件之外，大多数拐卖类犯罪和收买类犯罪同时成立。那么只要挖掘、发现了拐卖类犯罪的旧案，实际上也就同时发现了收买类犯罪的旧案；遏制了拐卖类犯罪的新案，同时也就遏制了收买类犯罪新案，反之亦然。其次，减少存量与遏制增量互相影响。不论是拐卖类犯罪还是收买类犯罪，对于存量（旧案）的挖掘都体现了社会对于此类犯罪的零容忍，只要实施此类犯罪必然会受到惩罚，也就会起到遏制增量（新案）的效果。如果对于存量不能及时发现和减少，就会降低犯罪与刑罚之间的必然联系，体现社会对于此类犯罪的适度容忍，严重不利于对于增量的遏制和新案的发生。

第四，当前减少存量主要通过司法途径，遏制增量要通过司法和立法途径。徐州铁链女事件所引发的关于拐卖妇女、儿童罪的争议的焦点，主要在于收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚太低，是否应当提升的问题。主张提高刑罚的观点是为了更加严厉地打击收买类犯罪，通过减少买方市场来遏制拐卖类犯罪。但是由于我国刑法在溯及力上坚持从旧兼从轻原则，所以即使现在通过立法提高了该罪的法定刑，也只能适用于修正刑法之后新出现的犯罪，而不能适用于之前已经实施的犯罪。而对于当前大量存在的积案（也就是存量犯罪）并不能直接发挥作用。所以，对于存量犯罪来说，只能主要靠严格司法来实现。而对于遏制新增犯罪，则既可通过立法提高法定刑来实现，也可以通过司法也就是严密法网来实现。

四、我国打击拐卖妇女、儿童犯罪的应有措施

在理清了当前我国拐卖妇女、儿童犯罪的发展趋势，并明确当前的主要任务是大力减少存量、，同时坚决遏制增量的前提下，我们可以从以下三个方面展开工作。

（一）严格依据《中国反对拐卖人口行动计划（2021-2030 年）》全方位推动反对拐卖人口工作

针对自从 2007 年以来，国务院已经发布了三个反对拐卖人口（妇女儿童）行动计划，各部门互相配合、统筹协调，有效预防、严厉打击拐卖妇女、儿童的犯罪活动，切实维护妇女儿童合法权益，取得了良好效果，拐卖妇女、儿童犯罪近年来已经在数量上呈下降趋势。这三个行动计划，较为全面地规定了我国反对拐卖人口特别是妇女儿童的各项工作。也正是由于各部门严格执行了行动计划的各项内容，才取得了预防和打击妇女儿童犯罪的全面成效。例如，2021《行动计划》，既包括了反拐的指导思想和总体目标，也包括了行动措施和任务分工，以及保障措施三个方面的内容。具体来说，在指导思想上，2021《行动计划》明确反拐行动要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，采取法治反拐、协同反拐、科技反拐、全民反拐的工作模式，不断提高反拐工作法治化、协同化、科技化、社会化水平。有效预防和惩治拐卖人口犯罪，切实保障公民基本权利，维护社会和谐稳定，维护国家安全。在此基础上提出六个方面具体措施：一要加强源头治理，完善以社区为基础的预防拐卖人口犯罪网络；二要始终保持打击拐卖人口犯罪高压态势，持续组织开展全国打击拐卖人口犯罪专项行动；三要加强被拐卖受害人的救助、安置、康复、家庭与社区融入等工作；四要坚持法治反拐基本原则，完善有关法律法规和政策；五要加强宣传、教育和培训；六要加强国际合作，有效预防和严厉打击跨国跨境拐卖人口犯罪。

特别是 2021《行动计划》有以下亮点值得关注：（1）强调加强法治反拐，推动反对拐卖人口法纳入立法规划。新立法的通过也将完善反拐的法律依据和措施，引起全社会对于反拐的重视；（2）强调持续组织开展全国打击拐卖人口犯罪专项行动。专项行动的开展意味着我们始终保持打击拐卖人口犯罪高压态势，发挥震慑效应；（3）强调形成科技反拐和全民反拐的工作模式，高科技的应用和全民的参与，将布下反拐的天罗地网；（4）强调加大买方市场的整治力度，买方市场的整顿对于减少存量，遏制增量具有釜底抽薪的作用。

客观来说，2021《行动计划》的内容，从宏观到微观，从指导思想到具体措施，从预防到惩治，从任务分工到保障措施，从打击犯罪到妥善安置，从国内措施到国际合作，从专项斗争到完善立法，较为

全面详细地规定了反拐的各项工作。事实上，也已经包括当前舆论中讨论的关于完善反拐立法，加大对于收买犯罪的打击力度等问题。所以，应当说，我们的反拐工作已经拥有了相对完善和全面的指导性文件和计划，当前的重点是继续严格执行、切实落实该行动计划的各项内容，才能持续保持打击拐卖妇女、儿童罪的高压状态，取得反拐行动的最终胜利。

（二）通过严格司法坚决减少拐卖妇女、儿童案件的存量

如前所述，在拐卖妇女、儿童罪数量整体下降的情况下，我们的工作重点在于通过严格司法大力发现和挖掘存量。当前我们正在进行的打拐专项行动和已经发布的《关于敦促拐卖妇女、儿童相关犯罪嫌疑人投案自首的通告》（以下简称《敦促自首公告》），必将发挥重要作用。同时，我们还应当严格执行刑法的现行规定，对于收买妇女儿童后实施相关罪行的，严格执行数罪并罚：

1.持续开展专项行动，保持打击拐卖妇女、儿童犯罪的高压状态

2022 年 3 月 1 日开始的打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动是当前我们打击拐卖妇女、儿童犯罪的重要举措。公安部要求，将专项行动作为今年重点任务来抓，迅速掀起打击拐卖妇女、儿童犯罪新高潮。特别是强调，要在快破现案的同时，要多破积案。在常态化侦破拐卖儿童积案的同时，重点攻坚拐卖妇女积案，全力组织开展攻坚突破。要督办大案，公安部将挂牌督办一批久侦未破、影响恶劣的重大案件。此次专项行动是 2009 年 4 月 9 日公安部开展全国打击拐卖儿童妇女专项行动以后，时隔 13 年公安部再次部署“打拐”专项行动。与以往的“反拐”行动主要是侦破现案相比，此次专项行动的一个突出特点是提出在快侦快破拐卖现案的同时，全力侦破拐卖积案，强调在侦破现案的同时要多破积案，特别是侦办一批久侦未破的重大案件。公安部此次专项行动强调工作重点在于多破积案，大力减少案件存量，这既是在评估当前我国拐卖妇女、儿童犯罪的发展趋势的情况下做出的正确判断，也是 2021《行动计划》规定的行动措施“持续组织开展全国打击拐卖人口专项行动”的重要内容。2021《行动计划》是 10 年行动计划，所以以后根据案发情况，还可以在适当时间再次实施专项行动，严厉打击拐卖妇女、儿童犯罪。回顾 2009 年的打拐专项行动，在短短 11 个月里，就破获拐卖妇女案件 4922 起、拐卖儿童案件 3550 起，解救被拐卖儿童 4466 人、妇女 8070 人，被解救儿童妇女已妥善安置。所以，在科技手段日益发展，民众法治意识更为觉醒的今天，我们也可以期待，此次打拐行动也将取得丰硕的成果。

2.发布《敦促自首公告》，通过区别对待促进嫌疑人主动投案

作为打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动的一部分，2022 年 4 月 24 日两高和公安部联合发布《敦促自首公告》，敦促相关犯罪嫌疑人，在 2022 年 6 月 30 日前尽快投案自首。事实上，我国之前发布的类似敦促自首公告还有很多，如之前对于境外在逃经济犯罪嫌疑人、职务犯罪嫌疑人，涉黑涉恶在逃人员、跨境赌博相关犯罪嫌疑人等都曾经发布过敦促自首公告，都取得了较为良好的效果。而且即使是针对拐卖妇女、儿童犯罪，我国在 2010 年 12 月 30 日也已经发布过类似的公告。可以预见，此次再次发布针对拐卖妇女、儿童犯罪的《敦促自首公告》，对于发现积案，大力减少存量也将发挥重要作用。此次《敦促自首公告》具有以下特点：（1）敦促自首的对象包括拐卖妇女、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。（2）敦促相关犯罪嫌疑人在期限内自动投案，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。这实际上是对于刑法关于自首规定的再次强调和提示。同时，还规定了对于嫌疑人自动投案的认定，以及成立立功的规定。（3）强调如果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。这种规定实际上是该公告较为重要的一条，也是促使嫌疑人考量是否投案的关键因素，如果不及时投案将会面临从严处罚。值得注意的是，该条规定强调，在规定期限内拒不自首，同时继续实施相关犯罪的，才从严处罚。如果仅仅拒不自首，而没有继续实施犯罪，则不符合从严的条件，这

是不同于以往敦促自首公告的一点。（4）规定任何为在逃人员提供帮助的，都要追究刑事责任。同时规定知悉在逃人员信息的公民，都有义务向司法机关检举揭发。根据此公告的上述内容，并结合以往其他犯罪相关公告发布到后的效果，我们可以预计公告发布后将有不少犯罪嫌疑人投案自首。

《敦促自首公告》的上述内容实际上是贯彻我国宽严相济刑事政策的体现。宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策，“贯彻宽严相济刑事政策，要根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，打击和孤立极少数，教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。”《敦促自首公告》强调对于在法定期限投案的嫌疑人要从宽处罚，而对于拒不投案的嫌疑人要从严处罚，是贯彻宽严相济刑事政策区别对待，打击和孤立极少数，教育挽救大多数的重要体现，对于推动犯罪嫌疑人主动投案，鼓励民众举报、控告拐卖妇女、儿童犯罪具有重要意义。

3.严格适用现行刑法，加大对收买被拐卖受害人行为的打击力度

2021《行动计划》明确规定：“完善法律适用制度，加大对收买被拐卖受害人行为、网络拐卖人口贩子的打击力度”。此前的 2013《行动计划》对此的规定是“完善有关法律，加大对收买被拐卖受害人行为的打击力度”。其中一个重要变化体现为从“完善有关法律”调整为“完善法律适用制度”。法律适用是指国家机关按照法律规定的职权和程序运用法律的一般规定来解决具体问题的活动，包括行政执法和司法活动。所以此次调整后，国家对于收买被拐卖人的打击方式从完善立法转移到了完善司法和执法。具体来说，我们可以从以下方面加大对收买被拐卖受害人行为的打击力度：

（1）对于收买后实施强奸、非法拘禁行为的适用数罪并罚。通常来说，收买被拐卖的妇女之后，收买者往往会对妇女、儿童进行强奸、非法拘禁等侵害行为，对此《刑法》第 241 条规定，要进行数罪并罚。但多位学者的研究表明，实践中对收买人按照收买罪与强奸罪、非法拘禁罪等数罪并罚并不占主导。有学者针对 2014 年到 2021 年的 477 份判决书进行研究后发现，总体而言，收买后再实施强奸行为和非法拘禁行为的，数罪并罚的案件并不占主体，绝大部分案件仅判决构成收买被拐卖的妇女罪，刑罚轻缓，为一年左右，从而更加顺理成章地适用缓刑。也有记者梳理近 10 年逾 400 份涉及“收买被拐卖的妇女罪”判决文书发现，在刑罚方面，将收买被拐妇女罪与强奸罪、非法拘禁罪等数罪并罚，因而刑罚较重的案件不占主流地位，绝大部分判决仅以“收买被拐卖的妇女罪”一罪进行定罪处罚，量刑普遍偏低，且缓刑的适用率较高，约占 7 成。这说明，虽然立法者对于此类行为规定了要数罪并罚，但是司法者基于各种原因并没有适用。所以，基于对于收买者进行从言惩处的需要，就要对于此类行为进行数罪并罚，提到对于收买者的打击力度。

（2）严厉打击阻碍解救拐卖妇女、儿童，和怠于解救被拐卖的妇女、儿童的行为。实践证明，收买被拐卖的妇女、儿童经常在某些重点省份和重点地区，在这些地区由于历史、经济、文化等原因，对于，收买被拐卖的妇女、儿童的事件容忍度较高，村民（居民）和相关部门政府部门的人员对此习以为常，甚至“实际上到那一片哪个村里谁家的媳妇是买来的都跟明镜似的”。当地负有解救职责的国家工作人员基于当地陈规陋习和熟人社会的压力而怠于解救被拐卖的妇女、儿童。而且，在有关部门解救被拐卖的妇女、儿童的时候，附近居民或者村民会往往会阻碍解救，对于此类行为也很少被认定为犯罪，这就大大纵容了当地的收买被拐卖的妇女、儿童的现象的发生。对此，最高检察院检察长张军表示，检察机关要“与有关部门形成合力、综合整治，对收买、不解救、阻碍解救被拐卖的妇女、儿童犯罪坚决依法追诉、从严惩治。” 所以，在严厉打击收买被拐卖的妇女、儿童的行为的同时，对于其他人阻碍解救的行为，以及当地国家工作人员怠于履行解救职责的行为坚决追究刑事责任，加强对于不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪，阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪，以及聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪的适用，在当地形成收买被拐卖的妇女、儿童，阻碍对于他们的解救，和怠于履行解救职责的行为是严重的犯罪的共识和氛围，保障妇女儿童的合法权益。

（三）通过完善立法和严格司法坚决遏制拐卖人口案件的增量

经过近年来的坚决打击，虽然从整体来说拐卖妇女、儿童犯罪数量在下降，但是基于各种原因的拐卖和收买现象还大量存在。当前开展的打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动以及严格司法在推动减少增量、挖掘积案的同时，也将形成全民反拐、有拐必打的氛围，对于遏制增量具有重要意义。同时不可否认，我们的相关立法也可以从以下方面进一步完善：

1.将拐卖的对象由妇女儿童扩大为所有人口，平等保护所有人口的合法权益

对于拐卖的对象，我国经历了一个从人口到妇女儿童的变化。1979 年刑法规定的是拐卖人口罪，但是后来由于拐卖类犯罪的对象主要集中在妇女和儿童，为了从刑法上强化对妇女、儿童合法权益的保护，在 1997 年刑法中将该罪修订为拐卖妇女、儿童罪。这样虽然强调了对于妇女儿童权益的保护，但是却忽视了对于已满 14 周岁的男性的保护。建议将拐卖犯罪的对象恢复为所有人口：（1）拐卖犯罪侵犯的是人的尊严，应当对于所有人群同等对待。正如有学者所指出的，取消拐卖人口罪，将拐卖犯罪的对象限制为妇女、儿童，属于人为地制造立法漏洞。拐卖人口犯罪的危害性主要体现在对人格尊严的侵犯，无论被拐卖对象的性别具体如何，均不应当被区别对待。而且随着社会多元性发展的要求，不仅成年男性，还有一些双性人以及性别不明群体都可能成为拐卖的对象。如 1992 年 4 月有一例拐卖人口案件，其中被害人系双性人，该罪能不能认定为拐卖妇女罪引发了很大的争议。所以，有必要将成年男性、双性人以及性别不明群体都纳入到该罪的保护范围之内。（2）强迫劳动罪和组织贩卖人体器官罪并不能完全评价贩卖成年男性的行为。虽然实践中贩卖男性主要是为了强迫劳动和买卖器官，但是强迫劳动罪和组织贩卖人体器官罪并不能对于拐卖男性的行为进行评价。首先，这两个罪只能评价拐卖后的侵害行为，而无法评价拐卖行为。其次，这两个罪的法定刑明显低于拐卖妇女、儿童罪。强迫劳动罪的法定刑是拘役到 10 年有期徒刑，组织出卖人体器官罪的刑罚幅度为 6 个月到 15 年有期徒刑，而拐卖妇女、儿童罪的刑罚为 5 年以上 10 年以下有期徒刑，在具有加重情节的情况下为 10 年以上有期徒刑、无期徒刑直至死刑。（3）是贯彻我国反拐行动计划的要求。我国自 2008 年以来先后发布的三个反拐行动计划，除了 2008 年发布的行动计划名称为《反对拐卖妇女、儿童行动计划》外，2013 年和 2021 年发布的名称均为《反对拐卖人口行动计划》，说明我们国家的反对拐卖并不只针对妇女儿童，而是针对所有的人口，所以基于和上述行动计划相对应的要求，也应当对于将罪名扩展为拐卖人口罪。（4）是我国履行国际义务的要求。2000 年 11 月，联合国通过《〈打击跨国有组织犯罪公约〉关于预防禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》（简称《禁止人口贩运议定书》），于 2003 年 12 月 25 日生效。截至 2022 年 4 月 1 日，已有 178 个国家和组织成为该议定书的缔约国。《禁止人口贩运议定书》是第一个全面处理人口贩运问题所有方面的国际文书，第一次在全球范围内统一了人口贩运犯罪的定义，是联合国在打击人口贩运领域制定的最具代表性的法律文件。该议定书是第一个全面处理人口贩运问题所有方面的国际文书，要求缔约国将组织、参与、实施贩运人口的行为罪刑化。我国于 2009 年 12 月 26 日批准加入该议定书，这是我国在人权保障领域的一个新进展。作为该议定书的缔约国，我国应当比照议定书的规定完善国内法律规定。《禁止人口贩运议定书》在第 2 条规定其宗旨是为了预防和打击贩运人口，特别是贩运妇女和儿童的行为，在第 3 条规定“儿童”是指 18 岁以下者。对照我国刑法，一方面保护人口仅限于妇女儿童，不包括成年男子；另一方面即使是儿童，也是未满 14 岁的男女儿童，不包括 14—18 周岁的男性儿童，所以从履行我国的缔约义务来说，也有必要尽早恢复拐卖人口罪。

2.进一步完善反拐法律体系，全面遏制拐卖人口犯罪的增长

反对拐卖人口工作中，除了通过刑法严厉打击拐卖人口犯罪之外，还应当继续完善反拐法律体系，需要全社会的力量参与到依法反拐工作当中。对此，2021 年《行动计划》明确提出法治反拐，强调进一步健全反拐法律体系，推动设立反拐专门立法：（1）提出坚持法治反拐基本原则。此次《行动计划》在“完善法律法规和政策体系”部分的工作目标中，明确提出：“坚持法治反拐基本原则，研究

制定和修订有关法律法规和政策，为深化反拐工作提供法律法规和政策支持”，在历次《行动计划》中这是首次明确提出“法治反拐基本原则”，将法治贯穿反拐的全过程。（2）由全国人大法工委和司法部共同负责反拐法律体系的完善。虽然 2013《行动计划》也强调要完善反拐法律体系，但是在该计划中负责该项工作的是国务院法制办，此次行动计划负责部门提升为由全国人大法工委和司法部共同负责，也就是由国务院立法部门提升为全国人大和国务院立法部门共同负责，体现了对于此项工作的重视。（3）尽快制定反对拐卖人口法。2021《行动计划》提出：“研究论证对反对拐卖人口专门立法的必要性、可行性，推动将反对拐卖人口法纳入全国人大常委会立法规划。”据此，国家已经开始考虑将反对拐卖人口法纳入全国人大常委会立法计划。在总结以往实践的基础上，尽快通过法定程序将反拐的经验上升为立法，对于提高全社会、各个相关部门对于反拐工作的重视，推动我国反拐工作全面开展具有重要意义。（4）加强配套立法工作。为了推动反拐工作的全面开展，2021《行动计划》提出要制定家庭教育法，明确未成年人父母的监护责任，发挥家庭教育在儿童安全成长中的作用；完善被拐卖受害人救助有关法律法规，切实保障其合法权益；完善收养有关法规，防止被拐买儿童通过收养渠道“合法化”；等等。这些配套法律的制定对于预防受害人被拐卖，充分保障被拐卖人的合法权益具有重要意义。

论对暴力侵害未成年运动员行为的法律规制

2022-07-12　法司年少
https://mp.weixin.qq.com/s/pv0_cXa8SXYQtCySU2JNdg

摘要

未成年运动员的主体身份具有双重属性，即运动性与未成年性。暴力侵害未成年运动员的行为主要体现在体罚暴力、滥用兴奋剂与性侵害等方面。从体系性考察来看，我国对于暴力侵害未成年运动员行为的现行法律规范有《体育法》《未成年人保护法》《反兴奋剂条例》等专门法律法规，《民法》《刑法》等部门法中也有诸个条文对此予以了规定。然而，未成年运动员权利保护的理念仍较为薄弱，其权利往往容易被忽视。对此，应当以修订《体育法》或制定《未成年运动员保护条例》的方式，确立最有利于未成年运动员原则，加大对未成年运动员的倾斜性权利保护，并从从业禁止、信息公开、强制报告等制度或措施入手，加大对暴力侵害未成年运动员行为人的惩处力度，从而给未成年运动员更加有效的法律保障，进一步推动国家体育事业的发展。

关键词

倾斜性保护；未成年运动员；体罚暴力；性侵害；限制性规定

未成年运动员是指 18 周岁以下，愿意在专门人员的监督下从事与其年龄相适应的专业体育活动的运动员。近年来，未成年运动员被暴力犯罪行为所侵害的现象屡见不鲜，如 2009 年我国 14 岁的足球少年母诗灏被教练体罚致死案、我国举重冠军邹春兰自 16 岁时起食用“大力补”致不育事件、2016 年美国国家体操队队医性拉里·纳赛尔性侵多名未成年运动员案等。运动员的培养周期较长，其运动生涯几乎全在年幼时开启，如一名体操运动员的运动生涯大致如此：从 12～14 岁开始参加全国性锦标赛，15 岁开始参加国际比赛，15 岁至 17 岁是体操运动员参加奥运会的黄金年龄阶段，成年以后退役。研究表明，运动员的优秀资质越来越呈现低龄化的特点，如在当代体操比赛中，运动员竞技水平的高峰期为 14～16 周岁，在 20 世纪 60 年代时，运动竞技水平的高峰期则为 25 周岁。然而，由于体育训练的高压性、封闭性等特征，未成年运动员长期处于脱离其父母和家庭监护的状态，其极易受到违法犯罪行为的侵害。对此，应当从暴力侵害未成年运动员的现状出发，以最有利于未成年人原则为基础，完善对未成年运动员的法律保护。

一、暴力侵害未成年运动员的主要行为类型

联合国儿童基金会（United Nations Children’s Fund，简称 UNICEF）于 2010 年发布的一项研究结果将暴力侵害未成年运动员权利的行为总结为 12 类，即基于性别、体型或表现实施羞辱、为取得优异成绩而施加过度压力、将性别视为团队选择或特权的先决条件、身体伤害或性侵害、营养和减肥制度导致未成年运动员饮食失调（如厌食症或其他健康问题）、殴打或其他体罚形式刺激未成年运动员以提高表现、在极端环境中通过强迫冒险造成的伤害、使用兴奋剂或其他能提高成绩的药物、同龄人使用酒精或成瘾药物的压力、利用体育锻炼作为惩罚、拒绝充分的休息和照顾。我国学者林琼博士根据实证调研，对未成年运动员的暴力现象予以泛化处理，运用扎根理论将对未成年运动员的泛暴力化行为分为硬暴力与软暴力，并进一步将前者分为躯体暴力和体罚暴力，将后者分为语言暴力、经济暴力、冷暴力与心理暴力。本文认为，上述这两类划分模式均过于宽泛，超越了法律的张力范畴，有些行为应被纳入职业道德规范的范畴，如对未成年运动员冷暴力、性别歧视等。法律范畴中的暴力（ violence），是指不正当或未经授权而非法使用暴力，违背公众自由、法律或公共权利，造成人身伤害或财产损害的行为。结合我国暴力侵害未成年运动员的实际情况，我认为主要可以归纳为以下几类：

（一）体罚暴力行为

根据《现代汉语词典》的释义，体罚是指“用罚站、罚跪、打手心等方式来处罚儿童的错误教育方法”。根据《教育大辞典》的释义，体罚是指“以损伤人体为手段的处罚方法”，同时将留堂、饿饭、罚劳动、重复写字几百几千等行为定义为“变相体罚”。体育学、运动学中的“体罚”概念，显然有别于日常运用于教育学的“体罚”。结合实证研究来看，体育运动中的体罚大多体现为非直接性地身体殴打，其可同于变相体罚，通常通过罚站、罚跪、蛙跳、倒立、扎马步、加量训练等方式对未成年运动员实施大量高强度超负荷训练（简称强迫式训练）、惩罚式训练等非人道训练。

运动员进行重复运动的主要目的在于帮助其创建自动反应和无故障执行，训练可以发展运动员的耐力、力量、技能或表现水平。持续时间和强度是定义训练活动的两个维度。不同年龄阶段的未成年运动员所接受的运动强度和时间都应该有一定量的标准，在标准范围内实施体育训练有助于未成年运动员的发展。然而，在许多受欢迎但要求非常严格的运动项目中，例如体操，网球，滑冰和潜水，儿童在很小的时候（通常在 4 至 6 岁之间）就被迫接受强迫式训练。对这些年龄尚小、身心发育尚未完全的未成年人，多大的训练强度和多久的训练时间为合适？对此，存在区分合理的训练与强迫训练的困难。毫无疑问，未成年运动员要想在运动中取得成功，就必须付出汗水和痛苦，但基于未成年人身心发展的有限性，他们不一定知道或理解这一区别。有证据表明，参与强迫式训练的未成年人为了取悦成年人而努力工作，以至于当他们达到身心极限时，也无法发展出对父母或教练说“不”的能力。然而，一些教练有滥用服从的倾向，要求未成年人绝对服从，并迫使未成年运动员做对他们来说太难的运动。强迫式训练会造成暴力的无限循环，并不值得为了极低的获奖概率而强迫未成年运动员从事超出其身心承受范围内的训练。惩罚式训练主要是指在运动语境下，将体育训练作为一种惩罚方式要求运动员参加。对此，需要从以下几个维度去理解：

其一，惩罚性训练的定义应该与它所包含的行为相关，而不是依赖于这种行为对相关运动员的影响。因此，惩罚式训练并不要求发生物理或其他形式实质性伤害结果或潜在可能危险。其二，在界定惩罚性训练时，无需考察其目的何在。不论以何种目的为理由将体育训练作为惩罚，都是对运动员的人格尊严以及身心健康的摧残。其三，应该从未成年运动员是否同意及教练施以惩罚性训练的目的两个角度来区分惩罚式训练与合理训练。一方面，未成年运动员同意从事某些体育训练，以发展他们的能力，而非同意接受以羞辱或惩罚的形式参加训练；另一方面，前文强调的是实施惩罚式训练为行为目标，而此处强调的是教练等主体对未成年运动员施以惩罚式训练的主观目的何在，即他们是为了激发未成年运动员的运动技能，还是为了惩罚或造成身体或心理上的不适。

体罚暴力行为虽然不同于直接外化的身体打击伤害，也不一定对未成年运动员造成医学鉴定意义上的轻伤害、重伤害结果，但对这一群体的生命权、健康权、身体权的伤害一点都不亚于暴力打击行为。结合实证研究来看，对未成年运动员施以体罚暴力，不仅可能破坏未成年运动员的心血管系统，造成心率过快、心肌肥厚、心脏肥大、血红蛋白失常等损害结果，同时容易造成未成年运动员骨骼肌肉的畸形发育或骨骼

受损，还可能导致未成年运动员因激素分泌增量而致使免疫系统降低或破坏。对未成年运动员实施体罚暴力行为显然有悖于生长发育的连续性与阶段性的自然特征，即使行为后果不立马显现，体罚暴力行为将给未成年运动员的职业生涯、身体健康、生命长短带来不可预估的长足危害。

（二）兴奋剂滥用行为

“兴奋剂”被视为阻碍体育运动事业健康良性发展的“顽疾”，也被称为体育赛场的“亚毒品”。未成年运动员也未能幸免于兴奋剂的滥用。与成年运动员滥用兴奋剂相同的是，未成年运动员滥用兴奋剂也有着不同的形式和不同的原因。例如，在体操比赛中，训练者经常鼓励未成年女性运动员在重要比赛前服用利尿剂来减重。在举重项目中，未成年男性运动员通常被要求使用类固醇来增加力量。未成年游泳运动员、短跑运动员和自行车运动员也常被要求滥用药物来增加他们的肌肉量。与成年运动员不同的是，未成年运动员更具可控性。对于教练来说，这非常具有诱惑力，因为未成年运动员把自己的全部信任都寄托在教练身上，而教练却在滥用他们的信任，欺骗或强迫他们服用违禁药品用以提高成绩，有时甚至将这些药品冒充为维生素，但实际上很可能有害于未成年人的身体健康。

滥用兴奋剂的行为违反了大多数体育联合会的现有规定，如果成年人欺骗或强迫未成年运动员使用兴奋剂的，即使在未成年运动员被告知并意识到兴奋剂的性质，这一行为都直接侵犯了其健康权，违反了最有利于未成年人的原则性要求。滥用兴奋剂将给未成年运动员的身心健康带来极大的危害，如产生药物依赖，导致细胞和器官功能异常，产生过敏反应，损害免疫力，引起各种感染（如肝炎和艾滋病）、心力衰竭、激动狂躁等。滥用兴奋剂的危害主要来自激素类和刺激剂类的药物，药品种类繁多，且处于不断地更新调整中。特别令人担忧的是，许多有害作用只是在数年之后才表现出来，而且即使是医生也分辨不出哪些未成年运动员正处于危险期，哪些暂时还不会出问题。国家、社会、家庭、教练等相关组织和人员都有义务保护未成年运动员免受兴奋剂的伤害。

（三）性侵害

需要强调的是，本文中的性侵害并非仅指《刑法》中规定的强奸罪，应为包括强迫性行为、强奸或性侵犯、猥亵等在内的侵犯未成年人性自主权或身心健康权的行为。有数据显示，在年满 18 周岁以前，每 5 个女孩中就有 1 人被性侵害，每 20 个男孩中就有 1 人被性侵害，儿童性侵害的比例在 8%～18%之间。体育训练场被视为了性侵儿童的理想场所，因为教练、队医等身份的特殊性，使他们接触儿童的身体成为可能，同时也取得了其父母的同意。由此，身体接触可能会在失当行为与性侵害行为之间产生灰色地带，从而导致信息披露不充分，低估了体育运动中针对儿童的性暴力（2%～8%）。从媒体报道的 159 例体育运动性暴力案件中分析发现，98%的施暴者是 16 至 63 岁的教练、教师或指导员。也有调查显示，同伴运动员也成为了性侵行为主体之一。此外，在体育运动中，对未成年运动员实施性侵害的行为主体多为男性，女性也逐渐发展成为性侵主体之一。当然，无论何种年龄、何种性别、何种类别的行为主体，对未成年运动员实施性侵害的过程通常包括四个步骤，即锁定目标——建立信任——创造独处的机会——实施性侵害行为。

从未成年运动员主体来看，其主要体现为易被性侵害、难以察觉被性侵害和性侵害后难以披露。教练员、队医等专业人士在日常生活中有诸多机会与未成年运动员接触，并建立起一种非同寻常的“亲密关系”。未成年人运动员年幼弱小，缺乏自我保护意识，加之运动服装的暴露和对教练等专业人士的盲从与依赖，导致其容易成为性侵人员所锁定的“猎物”，极易成为被性侵害的对象。相对于成年运动员，未成年运动员由于性知识的缺乏导致其难以发觉性侵害的发生，甚至成为长期被性侵的对象。如在 2016 年美国体操队丑闻中，涉案队医以检查、康复的名义触碰运动员的身体，对未成年女性运动员实施性侵害，但诸多女性未成年被害人并未及时认清自己是被医疗救治还是被性侵害，甚至在成年后都未察觉在幼年时已被性侵害。未成年运动员性侵害的难以披露性与体育运动的特性密切相关。就有组织性的体育运动来看，未成年运动员在遭受性侵害后并没有正当的性侵害报告程序，其无法寻求适当的帮助与披露机制。同时，性侵害被视为个别主体的问题，而非机构内部发生的问题，通常通过开除性侵害主体的办法以求“息事宁人”。

此外，体育运动训练的封闭性和父母对培训机构、教练等人员的盲目信任助长了性侵未成年运动员的火焰，致使未成年运动员没办法或不敢向他人披露自己被性侵害的事实。

未成年免受性侵害的前提条件是对未成年人性权利的法律承认。相较于成年人，未成年人的性权利更多地体现为一种健康利益，具有明显的排他性、被动性、脆弱性等特点。由于未成年人处于身心发展尚未完全的阶段，性侵害给未成年人带来的损害是无法预估的。儿童时期的性侵害，是诱发人们一系列心理问题的重要风险因素，如抑郁症、恐惧症、强迫症、恐慌症、创伤后应激障碍、性障碍和自杀倾向等。这种身心伤害虽然在成人后会有所缓和，但“污名化”和创伤后的二次适应社会问题将给他们带来无限困扰，亦有在被性侵害后恶逆变为性侵害实施行为主体的情形。因此，加强事前预防与事后救济成为了解决未成年运动员性侵害工作的重中之重，也成为了完善未成年运动员法律保护体系必不可少的一部分。

除却上述三种主要的暴力侵犯未成年运动员权利的行为外，语言暴力也充斥着体育运动场，贬低压抑、嘲讽挖苦、威胁恐吓、哀求抱怨、粗口谩骂、侮辱尊亲等语言暴力方式十分普遍，伤害了未成年运动员的自尊与自信，导致未成年运动员的性格暴躁，甚至人格变态。强迫未成年运动员节食以保持体重或抑制发育等情形也为运动场所常见的暴力现象，体育运动员之间的欺凌行为，尤其是年幼的运动员遭受年长运动员的欺凌现象也十分常见。随着竞技体育的快速发展，随着体育业的市场化、产业化，一种更加平等、公开、强调教练与队员之间相互交流的“师徒关系”才是现代体育的主流。类似于家长制的传统师徒关系，师傅权威凌驾于个人权利和隐私之上，未成年人没有反抗的余地，只有服从。一旦反抗或试图脱离，那就意味着要付出沉重的代价。如何有效地对侵害未成年运动员合法权利的行为予以法律规制，是保障我国体育事业长足发展的基本要求，也是构建法治社会的重要组成部分。

二、暴力侵害行为法律规制的体系性考察

目前，我国对暴力侵犯未成年运动员权利行为的法律规制主要散见于《刑法》《民法》《行政法》《未成年人保护》《教育法》《反兴奋剂条例》和《体育法》等法律法规及规范性文件中，并呈现以下特征：

（一）以专门法原则性规定为基础

未成年运动员的主体身份具有双重属性，即运动性与未成年性，对他们的行为规范及权利保护的专门法律法规有《体育法》《反兴奋剂条例》和《未成年人保护法》。《体育法》作为规制体育活动的专门性法律，对基于体育运动的特殊性可能存在的侵害未成年运动员行为作出了原则性规定。如该法第 27 条明确提出了应当对运动员实行严格、科学、文明的训练和管理；第 34 条规定了体育竞赛实行公平竞争的原则，在体育运动中严禁适用禁用的药物和方法，禁用药物检查机构应当对禁用的药物和方法进行严格检查。《反兴奋剂条例》第 3 条明确规定禁止使用兴奋剂，任何单位和个人不得向体育运动参加者提供或者变相提供兴奋剂。对于性侵害未成年运动员的行为，《体育法》并未有专门性的法条予以规定。但《未成年人保护法》有多个条文涉及对未成年人的保护，如该法第 21 条明确规定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 41 条规定“禁止拐卖、绑架、虐待未成年人，禁止对未成年人实施性侵害”。

就具体侵害未成年运动员行为的法律规制来看，专门法规定了应当以体育社会团体章程中的行业规制和行政处分作为前置处罚手段。如对于体罚暴力行为的规制，前提在于区分体罚暴力行为的适当性与违法性。虽然适当的体罚一定程度上能够激发未成年运动员的运动机能、有效提高未成年运动员的运动水平，但应当注意该行为是否符合体育训练的限度标准。若超出必要的范围，则构成违法。同时，对于体罚暴力的合法性与合理性，应当通过体罚类型、体罚程度、被体罚运动员的年龄和精神状况、参与体罚的自愿性等四个要素的综合考量。对于此种行为，根据《体育法》第 49 条、第 50 条规定，首先应当由社会团体按照章程规定给予处罚，对于国家工作人员中的直接责任人员这一特殊主体，则依法给以行政处分。《体育法》对于兴奋剂滥用的行为规制，也可追溯至上述两个法律规范。《反兴奋剂条例》对兴奋剂滥用行为虽设专章规定了法律责任，但从其具体规定来看，仍将行业规制和行政处分作为前置处罚手段，并对特定情

形作出了二年或四年的从业禁止规定。对于性侵害未成年运动员权利的行为，专门法并未就这一特殊侵害行为的法律责任予以明确规定，而是将其作为侵害未成年人合法权益的一种形式，在《未成年人保护法》第 129 条予以原则性规定，即“违反本法规定，侵犯未成年人合法权益，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担民事责任。违反本法规定，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。”

《体育法》《反兴奋剂条例》和《未成年人保护法》均以抽象的原则性规定为主导，行业章程中通常规定停职、停薪、行政记过等一系列处分方式，这一定程度上有利于对相关行为违规性与违法性的衔接。同时，也体现了对体育活动中违反工作要求、操作规程、职业道德或者其他有关规定的行为的职业性与规范性要求，为规范运动员所在单位责任与教练员责任具有一定的指导性意义。

（二）以行政处分与民事赔偿为补充

除却专门法的原则性规定外，我国对暴力侵害未成年运动员的行为规定了相应的行政处分，对违法性的体罚暴力行为的具体法律规制主要体现在行政处分与《民法》中的侵权责任篇中。

行政处分，是指国家机关、企事业单位对隶属于它的犯有违纪行为或轻微违法行为但尚未构成犯罪的行政人员的一种行政制裁。行政处分分为警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、开除留用察看和开除八种。结合实施暴力侵害未成年运动员行为主体身份的特殊性，我国现有法律体系规定了对教练员等特殊主体的行政处分措施。在实践中，对于具有特殊身份的暴力侵害主体，其所在单位或主管部门视情节给予行政处分或者解聘。如在辽宁省锦州市“教练体罚学生用便池水洗脸”一案中，“便池水洗脸”是一种人格侮辱式体罚，作为专业培养体育人才、负责全市竞技体育训练基础工作的事业单位，锦州市文化旅游体育服务中心就此对涉案跆拳道教练员戴某某进行警告处分，并将其调离教练员岗位；在“江苏宿迁市赛艇队教练体罚”一案中，宿迁市体育局对涉案教练方某作出停职、停薪、行政记过等一系列处分；在“马俊仁强迫队员服用兴奋剂的丑闻”一案中，前国家田径运动队教练马俊仁被开除出国家队等。上述行政处分措施，大幅度降低了施暴主体再次实施暴力伤害行为的可能性。然而，非国家机关、企事业单位的教练、训练员的职业禁止问题成为了我国现行法律体系的留白之处。

我国《民法典》第 1176 条规定：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”这一法条确定了风险自担或自甘风险原则在体育运动中的适用。但是，这并非意味着运动员对体罚暴力行为自甘风险。对于体罚暴力行为，应当适用一般侵权的法律规定。根据我国《民法典》第 1165 条和第 1166 条规定，民事侵权责任可分为过错责任原则、推定过错责任原则和无过错责任原则。根据体罚暴力行为特征，并基于未成年运动员对教练的严重依赖性与依附性，笔者认为适用推定过错责任更为妥当，即在体罚暴力行为中，推定实施体罚的行为主体具有过错，若其不能证明无过错的，则应当承担民事侵权责任。若采用过错责任，则忽视了运动训练的封闭性，加大了证明难度，无法及时有效保障未成年运动员的合法权利；若采用无过错责任，则容易造成教练指导员等专业人员的不作为，不利于未成年运动员技能与水平的提升。对于暴力侵害未成年运动员行为的民事赔偿责任，我国《民法典》第 1179 条规定了损害赔偿范围，包括医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。除追究施暴主体的民事赔偿责任外，还可比照该法第 1197 条至 1121 条的规定追究体育训练机构或管理部门的民事责任。

（三）以刑事处罚为最后保障手段

作为最后一道法律防线，刑法所特有的法益保护机能要求其必须为未成年运动员提供最后的法律保护屏障。在我国的《刑法》体系规范中，对暴力侵害未成年运动员的刑法规制主要体现在侵犯公民人身权利、民主权利一章。

1. 对体罚暴力行为的刑法规制

根据体罚实施主体的主观方面差异性，可适用的罪名包括故意杀人罪、故意伤害罪、过失致人重伤罪、过失致人死亡罪及虐待罪。在司法实践中，鉴于主观认定的难度，体罚暴力适用于故意类犯罪的相对较少，且过失重伤罪要求达到重伤害的结果，过失致人死亡罪要求达到被害人死亡的结果，在体育训练过程中体育致人伤残、死亡的情形并不常见，因此，过失型罪名的适用也相对较少。

我国《刑法修正案（九）》对虐待罪的修改一定程度上能有效应对教练等人员体罚暴力未成年运动员的行为。《刑法修正案（九）》修订之前，我国虐待罪的犯罪主体仅限定于家庭成员，此次修正案在《刑法》第 260 条虐待罪后增加“虐待被监护、看护人罪”，规定“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处三年以下有期徒刑或者拘役。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。有第一款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。根据构成要件理论，此罪的客观表现形式通常表现为行为人采用殴打、冻饿、有病不给治疗、强迫进行超体力劳动等肉体摧残手段，以及侮辱、限制行动自由等精神折磨手段，对被害人的身心进行经常性的摧残和折磨，使被害人遭受到肉体上、精神上的痛苦。由此，在封闭式训练中，教练取代父母角色，特定情形下成为未成年运动员的被委托监护人，其在监护期间对未成年运动员进行体罚的行为，可构成虐待被监护人罪。对于体罚情节严重构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的，按照处罚较重的规定定罪处罚。

2. 对兴奋剂滥用行为的刑法规制

对于未成年运动员兴奋剂滥用行为的刑法规制，2020 年底的《刑法修正案（十一）》明确对此予以入刑处理，在《刑法》第 355 条后增加“妨害兴奋剂管理罪”这一新罪名，规定“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛，或者明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的，依照前款的规定从重处罚”。从这一最新法条规定来看，引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂，提供兴奋剂、组织、强迫使用兴奋剂等妨害兴奋剂管理的行为均被纳入到刑事处罚的范畴，为未成年运动员的公平竞争权与身体健康权免受兴奋剂滥用行为的侵害提供了最后的法律屏障。

3. 对性侵未成年运动员行为的刑法规制

我国现有《刑法》对侵害未成年运动员性权利行为的刑法规制主要涉及强奸罪、猥亵儿童罪。这两个罪名在构成要件上有较大的差异，在犯罪客体和犯罪对象上体现尤为明显。《刑法修正案（十一）》对第 236 条强奸罪予以修订，增设“负有照护职责人员性侵罪”，对特定主体与已满 14 周岁未满 16 周岁未成年女性发生性关系的予以定罪处罚。结合修订后的这两个条文，我们可以将未成年女性划分为四个年龄层次：

其一，16 周岁至 18 周岁未成年女性。此类女性基于身心发展已基本等同于成年女性，我国《刑法》并未对其性权利予以特殊规定，而是笼统归于强奸罪的犯罪对象——妇女之中。

其二，已满 14 周岁未满 16 周岁的未成年人女性。我国《刑法修正案（十一）》在第 236 条后增加一款，作为第 236 条之一，即负有照护职责人员性侵罪：“对已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该未成年女性发生性关系的，处 3 年以下有期徒刑；情节恶劣的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。”这一规定并未完全否定 14 周岁以上 16 周岁以下未成年人的性自主权，但是与其负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该未成年女性发生性关系的，即使取得该未成年女性的同意，亦构成犯罪。这一规定的立法目的在于预防和规制负有照护职责人员利用法律地位、法律行为或职务上的便利性侵未成年女性。

其三，未满 14 周岁的未成年女性。这一年龄阶段的未成年女性在刑法上被称为“幼女”。我国《刑法》第 236 条规定，对奸淫幼女的行为，应当以强奸罪论处，从重处罚。从这一规定来看，奸淫幼女行为的犯罪构成，并不需要以暴力、胁迫或者其他手段为基础，该罪保护的法益不仅包括了幼女的性权利，同时也侵犯了幼女的身心健康权。由此可知，我国法律是否认 14 周岁以下的幼女具有性自主权的。对于奸淫幼女的行为，规定从重处罚的同时，《刑法修正案（十一）》将“在公共场所当众奸淫幼女的”“造成幼女伤害的”作为加重处罚情形，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。

其四，不满 10 周岁的幼女。《刑法修正案（十一）》对 10 周岁以下的幼女的性权利保护予以了特殊规定，增加了强奸罪的加重处罚情形：“（五）奸淫不满 10 周岁的幼女”，对于奸淫 10 周岁以下的幼女的，应当加重处罚，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。

强奸罪的保护对象仅限于女性，对于男性未成年运动员的性权利保护，可依据我国《刑法》第 237 条之一“猥亵儿童罪”的规定。《刑法修正案（十一）》将原本“猥亵儿童罪”规定的“猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚”修改为具体的两种情形，针对猥亵儿童的，处五年以下有期徒刑；并规定 4 种加重处罚情形，具体包括：（一）猥亵儿童多人或者多次的；（二）聚众猥亵儿童的，或者在公共场所当众猥亵儿童，情节恶劣的；（三）造成儿童伤害或者其他严重后果的；（四）猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。

综上所述，虽然我国《刑法》并未将未成年运动员的性权利予以特殊化处理，但从我国对未成年人性权利的刑法保护发展来看，为有效预防教练、医护人员等利用职务上的便利性侵害未成年运动员提供了法律保障。

三、对现有法律体系规定的反思

虽然我国有多个部门法多个法律条文涉及对暴力侵害行为的规制，特别是《民法典》的出台与《刑法修正案（十一）》的颁布进一步规范了暴力侵犯未成年运动员的行为，但从体系性方面考察，我国现有的暴力侵害未成年运动员的法律规制仍存在以下几个方面的问题：

（一）未成年运动员保护理念不足

未成年运动员的双重属性未得以重视，缺乏对未成年运动员权利保护的观念。即使是作为运动员权利专门法的《体育法》和作为未成年人保护专门法的《未成年人保护法》也仅作出部分原则性规定，鲜有法律条文将“未成年运动员”这一主体予以特殊化规定。未成年运动员具有双重身份属性，即未成年人和运动员。相较于一般的运动员，作为未成年人的运动员，身心发展尚未完全，自我保护意识更为薄弱；相较于一般的未成年人，作为运动员的未成年人，一般在寄宿制体育学校，不能得到正常的父母监护，长期与教练、队医等年龄较长的成年人相处，容易导致其处于服从地位。由于自我保护意识与自我保护能力薄弱，加之训练环境的封闭性与训练活动的盲从性，导致未成年运动员容易受到他人的暴力伤害。然而，现有的法律规范并未凸显对未成年运动员的特殊保护。未成年运动员特殊保护的法律规定和观念的缺失，导致当前暴力侵害未成年运动员的行为无法得到有效规制。未成年运动员与家长在暴力侵害事件发生后，大多选择不了了之。然而，暴力侵害给未成年运动员所带来的伤害是无法估量的。

（二）缺乏明确的法律概念

“概念是构造理论的砖石，它是研究范围内同一类现象的概括性表述。”现有法律规范并未对“暴力”“体罚”“性侵害”等与暴力侵害未成年运动员行为密切相关的术语予以法律界定。“体罚”一词常出现在体育训练与竞技场中，也常出现在教育教学场所中。然而，“体罚”这一概念并非是规范法学的法律用语，而是属于犯罪学中对现象予以归纳或概括的事实用语。法律规范要求明确性，尤其是作为最后保障规

范的刑法，在涉及对暴力侵害未成年运动员的行为规制中，应当从规范的角度入手，而不能直接搬用犯罪学中所描述犯罪现象时所使用的概念。何谓“体罚”？体罚与惩戒行为的界限何在？达到何种程度即构成体罚？《体育法》《未成年人保护法》《教育法》均未对此予以明确界定。此外，“性侵”亦为如此，在刑法规范中，有“强奸罪”“负有照护职责人员性侵罪”“猥亵儿童罪”等罪名，但是对于“性权利”的性质属性，我国民法、刑法等法律规范并未加以明确规定，而是将其通归于“生命健康权”。

（三）缺乏对未成年运动员与教练等专业指导人员的权利义务关系规范

未成年运动员与教练等专业指导人员均具有自然人所享有的民事法律地位，不因指导地位而发生改变。但是，未成年运动员长期与教练、队医等年龄较长的成年人相处时，容易导致其处于服从地位，教练与未成年人运动员的基本法律权利义务关系主体扭曲化为“特殊权力——服从关系”，甚至呈现“家长主义”色彩。家长主义一般认为是精英们基于行为对象利益的考量而对其行为或选择作出的干预，其前提条件在于，由于受主客观条件的影响与制约，并非每一法律主体都能根据自我意志和事实认知作出对自身利益最佳的选择。家长主义起源于罗马法中的家父权制度，后家长主义发展为法律家长主义，即国家作为精英的集大成者，为了儿童或精神错乱者的利益，可以允许实施家长式干预。根据少年司法的理论，国家可以基于未成年人利益的考量，而对未成年人的行为实施干预，但禁止个人或单位对未成年人实施家长主义。然而，明确的权利义务关系的缺失，导致“家长主义”作风仍在体育训练、竞技场盛行，如教练等专业指导人员强迫、组织未成年运动员使用兴奋剂、以激发未成年人运动机能为由加大对未成年运动员的训练力度甚至“体罚”。

如何结合暴力侵害未成年运动员的现状，给予未成年运动员以有效的法律保障，从而更进一步地推动国家体育事业的发展成为新时代体育事业发展进程中亟待解决的问题。

四、新时代未成年运动员法律保护的完善

暴力侵害是威胁未成年运动员安全和健康的重要隐患，具有体育特殊性和专业性。在一般规定的基础上，国家有义务和责任通过制定和修改法律法规，对特殊主体人员的权利义务边界予以明确，规范职业要求，规定从业禁止制度以降低教练、医护人员等专业人员给未成年运动员暴力伤害所带来的风险，从而减少对未成年运动员的暴力侵害，保障未成年运动员的职业安全与身心健康发展安全。

（一）确立最有利于未成年人的基本原则

最有利于未成年人原则源于英美法中的“儿童利益最大化原则（the best interest of the child）”，亦有学者将其译为“儿童最佳利益原则”。但由于“最大化”“最佳”不符合中文的用语习惯，因此这一概念一直被诟病。2020 年 10 月 17 日修订通过的《未成年人保护法》在总则第 4 条明确规定“保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则”。最有利于未成年人这一原则，贯穿在《未成年人保护法》的方方面面，也为与未成年人相关的法律法规修订提供了指导，如《民法典》婚姻家庭篇就明确了最有利于未成年子女原则。

未成年运动员的双重身份属性要求在《体育法》中必须明确最有利于未成年人原则，因此，笔者建议将总则中的第 5 条修改为：“国家应当坚持最有利于未成年人的原则，对青年、少年、儿童的体育活动给予特别保障，增进青年、少年、儿童的身心健康。”在此原则的指导下，确立社会体育、学校体育、竞技体育中对未成年运动员的特殊保护，为未成年运动员体育事业的发展提供特殊的保障条件。如结合未成年人身心发展的特点，确定未成年运动员的休息权、获取劳动报酬权等。以此原则为基础，指导《反兴奋剂条例》等与未成年运动员权利相关的法律法规的修订。

（二）进一步明确未成年人运动员的倾斜性权利

未成年运动员的权利不仅为一种自然权利，也应当为一种法律权利。这种权利的内容不仅包括一般自然人所享有的权利内容，还应当赋予其作为未成年人与运动员双重主体身份的特殊权利，如在有权接受体育训练的同时享有接受义务教育的权利。有鉴于此，本文将“未成年运动员权利”定义为“依照法律规定，十八周岁以下的运动员在参加各项体育运动实践中所产生和拥有的各项消极权利与积极权利的总和”。其中，消极权利是指“要求权利相对人予以尊重和容忍的权利”，积极权利是指“要求权利相对人予以给付和作为的权利”。在未成年运动员保护体系中，这一特殊主体处于弱势地位，其消极权利占主导地位，如生命健康权、免受兴奋剂侵害的自由、注册和转会的自由权等。当然，也应当享有一系列的积极权利如受教育权、公平竞争权、获取劳动报酬权、监护权等。以最有利于未成年人为原则，通过修订《体育法》或制定《未成年运动员保护条例》，将未成年运动员的特殊权利落到实处。

1. 明确未成年运动员的人格权

在我国《民法典》出台之前，这一类权利被称为“生命健康权”或“身体健康权”。《民法典》将生命权、身体权、健康权作为人格权的基本组成部分，在第 1002 条至 1004 条予以明确规定。其中，生命权包括生命安全和生命尊严，身体权包括身体完整和行动自由，健康权包括身体健康与心理健康。这一系列权利也被《世界人权宣言》所确定，其第 3 条明确规定“人人有权享有生命、自由和人身安全”。《奥林匹克宪章》更是将保护运动员的权利作为国际奥委会的基本职能之一，明确要求不得实施有害于运动员生命权、身体权与健康权的行为，如要求男女平等、反对任何形式的歧视、鼓励消除暴力、反对兴奋剂的使用等。

生命权、身体权和健康权是人格权的基本内容，它们是“维系整个体育运动发展的生命要素”。这一系列权利决定了未成年人是否能成为一名优秀的运动员，同时也决定了其运动生涯的长短。未成年运动员由于其处于特殊的身心发展阶段，自我保护能力较低，加之常处于脱离家庭与父母的监护和封闭或半封闭的环境之中，因此，其生命权、身体权、健康权更应予以重视。

实则，职业安全权和免受兴奋剂侵害的权利，也应当被归入人格权的实质范畴。反兴奋剂使用是每一名运动员的义务，同时也是运动员消极权利的体现。使用兴奋剂具有极大的风险，轻者可导致运动员内分泌紊乱，重者可导致运动员重伤或死亡。对于未成年运动员这一自我保护意识与自我防御意识相对薄弱很多的特殊群体，更应当加强对其反兴奋剂侵害权利的保护。职业安全权这一积极性权利，要求相关部门在未成年人运动员实施体育训练、体育竞技比赛时，应当根据其身心发展特点、参与项目的高难度等，配置适合的、符合安全标准的运动设备、场所及其他必要的条件和保护措施，以保障其训练的安全性。否则，将未成年运动员置于无限的风险之中，给未成年运动员身心所带来的危害结果和潜在隐患将不可估量。这两项职业性权利既是人格权的实质性要求，同时也是未成年运动员生命权、健康权、身体权的具体呈现。

2. 明确未成年运动员的公平竞争权

公平竞争是体育竞技运动的灵魂所在，公平竞争权是未成年运动员享有的最重要的职业性权利。因此，也有学者将此权利称为“职业公平权”。公平竞争，是指在体育竞技比赛中，各相关主体为了争夺有限的体育发展资源（物质或精神）或对自己有利的存续条件，以规则公平为前提，在许可的技术运用范围内，以同样的规则为标准进行裁定的竞争。我国《体育法》第 37 条明确规定了公平竞争在竞技体育中的原则性地位。

未成年运动员的公平竞争权不应当仅限于运动竞技场，其适用范围应当扩大到选拔、参赛、裁判与奖励等各阶段。首先，就训练条件而言，未成年运动员应当享有符合其身心发展特点的训练、表演和竞赛的条件，应当符合人权标准；其次，就参赛资格而言，应当以未成年运动员的运动水平为依据，避免其他不正当利益或其他博弈因素的介入考量；再次，就裁判而言，应当强调裁判员执法和成绩判定的公平，拒绝一切“假球、黑哨”现象，以防对未成年运动员造成精神和物质上的打击。此外，也应当注意对未成年运

动员的奖励制度的平等，获得成绩的未成年运动员应当享有与同一俱乐部、同一训练队或同一项目的成年运动员相当的奖励，不能因为运动员未成年的身份而将相应的奖励予以折扣，应根据其实际表现予以发放。

3. 保障未成年运动员的受教育权

“在运动员成长过程中，早期的专业化训练迫使其入队年龄越来越年轻化……，为了取得更好的竞训成绩，他们的文化学习时间长期被大量挤占，运动员文化程度低已成为长期存在的普遍现实。”这一现状显然有悖于法律授予未成年运动员的受教育权。受教育权是我国《宪法》所规定的公民的基本权利之一，主要包括两个基本要素：一是公民均有上学接受教育的权利；二是国家提供教育设施，培养教师，为公民受教育创造必要机会和物质条件。

对于未成年运动员，国家首先应当确保其接受义务教育的权利。国家及相关部门，不得以未成年运动员以参加体育训练、比赛为借口剥夺其接受义务教育的权利，不得以体育成绩来取代对未成年运动员文化成绩的要求。国家及相关部门应当积极创造条件帮助未成年运动员的文化学习，以保证其接受完整、公平的义务教育。当然，受教育权既是公民的权利，也是公民的义务。对于未成年运动员厌恶文化学习，以体育训练、比赛为借口拒绝文化学习的情形，其监护人应当与相关部门相互监督、相互配合，采取积极干预措施，提高未成年运动员对于接受义务教育重要性的认知，在特殊情况下，对适学适龄未成年运动员采取约束性措施，帮助其完成义务教育。

此外，还应当注意对未成年运动员升学优待权利的保护。我国《体育法》第 28 条虽然明确规定了“国家对优秀运动员在就业或者升学方面给予优待”，但这并不意味着未成年运动员可以获得免试升学的机会。基于教育公平，应当对未成年运动员采用加试或加分的方式，在升学时充分考虑其体育方面的成绩，同时也不忽视对其文化成绩的考核。由此，才能更进一步提升未成年运动员本人、家庭及相关部门对义务教育权的重视，进而提高未成年运动员的综合素质，为我国体育事业的发展提供更为坚固的后备力量。

4. 落实未成年运动员的获取劳动报酬权与社会保障权

获取劳动报酬和社会保障是国家赋予未成年运动员的积极性权利。体育运动是一项特殊的劳动，运动员是特殊的劳动者，具有专业性与特殊性。体育运动多从未成年幼小阶段开始，通过开发体育潜质以求最大限度地发掘其运动机能。运动中的训练、比赛等活动对未成年运动员而言就是劳动，他们有权通过这一系列劳动获得相应的物质报酬。同时，未成年运动员的获取劳动报酬权也应当具有平等性，这一平等性体现在对同工同酬方面，不因年龄差异性而区别对待未成年运动员与成年运动员，未成年运动员应当获得与其运动水平、训练强度等相当的工资、报酬、津贴等。

社会保障权则强调对未成年运动员物质层面的保障。未成年运动员除却获得普通劳动者所享有的社会保险外，还应当享有与其主体特性、所从事的项目特色相符合的特殊社会保险保障。履行未成年运动员社会保险保障义务的主体不仅限于政府相关主管部门，他们所在的俱乐部或运动会的组办者都应当为其购买相关的养老保险、医疗保险、伤残保险和失业保险等。运动伤害是威胁未成年运动员安全和健康的主要隐患。因此，国家有义务要求和监督运动员所属单位建立健全未成年运动员医疗服务和保障制度，并及时、全面地处理运动伤害。同时，应当提供相关的保障制度和具体的措施，帮助未成年运动员受伤后的康复治疗、恢复训练等；或在未成年运动员康复不能或退役的情况下，提供相关的就业和优抚保障。

（三）加大对教练等专业人员的限制性规定

从目前对暴力侵害未成年运动员行为人的限制性规定来看，主要体现在《反兴奋剂条例》第 39 条、第 40 条对体育社会团体和运动员管理单位相关主管人员和责任人员、运动员辅助人员向运动员提供兴奋剂，或者组织、强迫、欺骗运动员在体育运动中使用兴奋剂的，或非法持有兴奋剂的行为规定了 2 年、4

年和终生不得从事体育工作和运动员辅助工作的处罚。然而，对于其他暴力侵害未成年运动员的行为并未有明确的禁止性规定。因此，本文认为，应当从以下几个方面入手，规制暴力侵犯未成年运动员的行为。

1.扩大从业禁止的适用范围

从业禁止，是指人民法院对因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的人，根据其犯罪情况和预防犯罪的需要，禁止其在一定时期内从事相关职业。从现有的对侵犯未成年运动员行为人的规定来看，呈现出主体单一、从业禁止范围过窄等问题。对暴力侵犯未成年运动员的行为人而言，可以从以下两个层面入手，加大对暴力侵害未成年运动员行为人的限制规定。

其一，扩大适用从业禁止的主体范围。结合暴力侵害未成年运动员的现状，应当将从业禁止的适用主体范围扩大到暴力侵害未成年运动员的行为人，尤其是性侵行为人，而不仅限于妨害兴奋剂管理的行为人。从业禁止的主体适用范围不仅包括因强奸、强制猥亵、猥亵儿童犯罪等被作出有罪判决的人员，还包括因上述犯罪被检察院作出相对不起诉决定的人员以及因猥亵，容留、介绍卖淫等涉性违法行为被行政处罚的人员。将暴力侵害未成年运动员的行为主体纳入到从业禁止的适用范畴，无疑突破了原有刑法中规定的犯罪且被判处刑罚的前提条件，加大了对未成年人保护的力度和范围。这也是为了应对目前暴力侵害未成年运动员的严峻形势，最大程度保护未成年运动员免受性侵害的应有之义。

其二，扩大从业禁止的从业范围。当前对暴力侵犯未成年运动员人员的从业禁止仅限于对妨害兴奋剂管理的行为人，禁止他们从事体育工作和运动员辅助工作。然而，根据当前暴力侵害未成年运动员的现状，应当禁止暴力侵害主体参与至与未成年人密切接触的工作单位之中。这里的“接触”主要是指人与人之间的物理性接触。具体而言，这些工作单位包括学校、幼儿园、校外培训等教育机构、未成年人救助保护机构、儿童福利机构等未成年人安置、救助机构；校外托管、临时看护机构、为未成年人提供医疗服务的医疗机构，以及其他对未成年人负有教育、培训、监护、救助、看护、医疗等职责的企业事业单位、社会组织等。审查对象既包括教师、培训师、教练、保育员、医生等直接对未成年人负有职责的工作人员，也包括行政工作人员以及保安、门卫、驾驶员、保洁员和各级各类民办学校的创办者、理事会或者董事会成员、监事等虽不直接负有特殊职责，但具有密切接触未成年人工作便利的其他工作人员。

2.完善信息公开制度

目前，我国多个省市和地区尝试对性侵害未成年人的违法犯罪人员予以信息公开。笔者认为，可以将这一举措纳入到暴力侵害未成年运动员的行为人限制性规定范畴。但是，为了维护违法犯罪人员的正当权利，这种信息公开应当有所限制：

其一，有条件的限制公开。并非对所有暴力侵害未成年运动员的行为人的信息进行公开，公开的范围限定于对未成年运动员造成了严重伤害的行为人。严重性的判断应当结合被害人的情况以及性侵行为人的情况进行综合判定：一方面，可以考虑对被害人造成的严重后果，比如身体损伤程度、心理健康情况以及是否剥夺了其生命等；另一方面，对其犯罪情节的严重程度、再犯的可能性大小、是否具有病态心理以及他人对其评价等进行综合考察评估。

其二，建立全国暴力侵害未成年运动员人员信息库。在目前强化政法工作信息化的背景下，可以借助政法专用网络和共享平台发展的契机，多部门协同发力，由第一时间掌握信息来源的公安机关、检察机关和审判机关作为违法犯罪记录的主要提供机关，将各自工作中处理的暴力侵害未成年运动员的案件信息及时汇总并主动录入，再由负责信息管理的部门对相关信息扎口进行形式审核，对于符合要求的统一上传至全国信息库。为了准确识别暴力侵害者，登记的信息内容应当全面，一般应当包括暴力侵害未成年运动员行为人的基本信息、违法犯罪信息和识别信息。需要登记的基本信息包括姓名、性别、身份证号、住所地等。

其三，制定风险评估机制，决定公开的期限。基于对行为人的人身危险程度和社会危害性的整体考量，对不同暴力侵害行为人的再犯风险程度、人身危险性和病态心理进行评估，并以此为依据来进行分级管理。如果暴力侵害行为人在公开期限内没有再次暴力侵害未成年运动员，则可以裁定取消对其信息公开。对不同危险程度的暴力侵害行为人施以不同的信息公开期，进行分级管理。将公开期限分为两档，五年的信息公开期限是原则性要求，终身公开个人信息为例外情况。

3.推进体育行业中强制报告制度的适用

2020 年最高人民检察院联合有关部门出台了《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》，从国家层面确立了强制报告制度，并对强制报告的主体、应当报告的情形，以及未履行报告职责的法律后果等予以明确。2020 年修订的《未成年人保护法》从立法层面确定了强制报告制度的法律地位。推进体育行业的强制报告，可以促使负有报告义务的单位和个人了解自己的报告义务、应当报告的情形以及报告的对象，积极履行报告职责。

其一，规定对体育运动训练相关求职者的强制报告义务。要求求职者在应聘时应当如实告知本人是否有过暴力侵害未成年运动员的违法犯罪行为，促使负有报告义务的体育从业人员了解自己的报告义务，积极履行报告职责。

其二，规定用人单位的严格审查义务。显然，严格规范用人单位的审查义务，相比事后处罚，具有事先预防的优势，在招聘环节就能将有性侵记录的人排除在外。同时，用人单位具有人员排查的便利条件，对于已在职的工作人员是否存在暴力侵害未成年运动员的记录，能够第一时间发现并辞退。

其三，建立强制报告奖惩制度。对于因及时报案使未成年运动员摆脱困境，让暴力侵害未成年运动员的行为人受到依法惩治的，应当给予奖励和表彰；对于负有报告义务的单位及其工作人员未履行报告职责，造成严重后果的，如导致犯罪行为持续发生，未成年运动员身心健康受到严重伤害的，应当给予相应处分，取消其评优、评奖资格；对于阻止报告的，要从严处罚；对于公职人员不重视强制报告工作、不按规定落实的，应当由监察委员会进行问责。由此，将使报告义务落到实处，进而推动对未成年运动员被害人及其家庭提供伤害救治、心理疏导、法律援助、司法救助等相关举措的完善。

五、结语

未成年人运动员的双重属性，导致他们受到暴力侵害的可能性更大，因此，对这一弱势群体予以特殊的法律保护势在必行。体罚暴力、性侵害、兴奋剂滥用等暴力侵害未成年运动员的行为虽然受到部分法律条文的规制，但实际上并未阻却这一现象的发生。为打破传统的运动员与教练等专业人员不对等的关系，应当从立法层面明确最有利于未成年运动员原则，对未成年运动员的权利作出倾斜性规定，并从从业禁止、信息公开、强制报告等司法措施入手，加大对这一部分违法犯罪人员的限制性规定。

涉抚养权案件强制执行的困境及破解

2022-07-13　人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/13/content_218894.htm?div=-1

涉抚养权案件的强制执行一直是执行工作的难点，执行中稍有不慎即会对当事人子女的身心健康造成影响，激化当事人之间的矛盾。笔者认为，破解涉抚养权案件执行难，应当充分保障当事人子女权益，提倡谦抑执行，通过组建专业“人事”执行团队、健全配套机制、依托社会公益力量等方式来提升执行效果，以实现法律效果和社会效果的有机统一。

一、涉抚养权案件强制执行的理论依据

（一）涉抚养权案件强制执行的可行性

强制执行是人民法院运用国家强制力迫使被执行人按照执行依据履行一定行为或金钱给付义务的一种公力救济，强制执行的对象只能是金钱或行为，不能适用于人身。实践中有观点认为，涉抚养权案件的生效法律文书内容涉及到子女的人身，不宜强制执行。对此，笔者认为，法院作出的涉抚养权纠纷判决或调解书，是夫妻离婚时或离婚后将子女确认由一方抚养的法律文书，夫妻中的一方据此获得了与子女共同生活并抚养的权利，另一方则负有将子女交由对方抚养并不破坏、干扰对方行使抚养权的行为给付义务，即判决所确定的义务为行为义务，强制的对象是不履行判决义务的一方当事人，而非未成年子女。此外，就父母与子女的关系而言，无论生效法律文书将子女确认给父母中的哪一方来抚养，或是由其中一方变更为另一方抚养，都不能否认不与子女共同生活的另一方对子女享有探视的权利和承担应有的抚养义务。父母与子女之间的这种联系是基于血缘和伦理关系而联结在一起的，是不判自明的。因此，涉抚养权案件的执行具有一定的人身属性，但不是对人身的执行，其执行标的是行为而非人身。

（二）涉抚养权案件强制执行的必要性

法律的生命在于执行，得不到执行的判决只能是一纸空文。若生效法律文书确定了父母中的一方享有对子女的抚养权，但另一方拒不履行义务，擅自将子女隐匿或对抗执行，则不仅仅是在伤害获得子女抚养权的一方当事人，也是在挑战生效法律文书的强制力，长此以往必然会损害法律的权威。

此外，婚姻家事法官在审理涉抚养权纠纷案件时通常会对夫妻两方的经济状况、个人品质、亲子关系等情况进行详细的了解和调查，在综合考量的基础上作出最有利于未成年子女的判决，这也是儿童利益最大化原则在涉抚养权纠纷案件审判程序中的体现。因此，对拒不履行生效法律文书确定义务的一方当事人采取强制执行措施，不仅仅是在维护胜诉一方的合法权益，也是在保护未成年子女的合法权益，在当前状况下为他们提供最为有利的成长环境。

二、涉抚养权案件强制执行的困境

涉抚养权案件能够强制执行在司法实践中已成共识，但受制于种种原因，在执行此类案件时，时常困境重重、难以推进。

（一）隐匿子女现象严重、执行工作难以开展

涉抚养权案件难以执行的一个很大原因就在于，负有协助执行义务的一方当事人或者当事人的父母、亲属可能会将子女隐匿或带离居住地，甚至“流动隐匿”，故意设置障碍，增加执行工作难度。在这种情形下，即便执行法官与被执行人或其亲属多次、反复沟通，但受家庭矛盾和对立情绪的影响，效果往往不尽人意。在笔者执行的一起涉抚养权纠纷案件中，未成年子女在诉讼期间即被被执行人父母带离居住地，下落不明。被执行人在因拒不履行生效法律文书确定的义务被拘留十五日后，仍然坚持拒绝告知子女下落，致使案件陷入僵局、推进困难。

（二）执行手段相对单一、惩戒措施收效甚微

涉抚养权案件的执行，执行标的虽不是子女的人身，但显而易见的是，这类案件的执行与人身有着密切联系，强制带离子女容易激化被执行人与执行法院及申请执行人之间的冲突或矛盾，也会对子女的心理健康状况产生巨大冲击，造成难以弥补的不良影响和不可估量的社会后果。因此，在执行此类案件时，执行法官采用的执行措施往往较为单一，严重依赖调解，一旦调解不成，执行极易陷入被动境地。

执行法官虽然可以对被执行人采取罚款、拘留或以拒不执行判决、裁定罪追究刑事责任等制裁措施，但如何适用、适用到何种程度，不仅仅考验着执行法官的智慧，还考验着执行的技巧。对于家境富裕的被执行人而言，一般的罚款金额难以对他们产生震慑作用，罚得过多则易引起社会争议；而对经济状况较为普通的被执行人而言，罚款无疑会降低他们的消费能力和生活水平，在他们拒不配合将未成年子女交由对方抚养时，子女的生活水准同样也会受到不良影响。至于拘留、追究刑事责任等制裁措施，虽然力度很大，但也需要投入更多的

人力、物力，而且在涉案子女较为年幼的情况下，将女性被执行人拘留或采取刑事制裁都不合适，即便最终适用缓刑，也显得不尽人情。

（三）配套措施不够完善、缺乏外界力量支持

与普通的金钱、行为给付类执行案件不同，涉抚养权案件的执行与子女的人身密切相关，需要有相应的机制予以支撑、配合。但就目前的情况来看，相应的配套机制有待完善，尚缺乏外界力量支持。

以征询子女意见为例，《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条第三款规定：“……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子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。”执行实践中，对于八周岁以上的未成年子女，法院在采取执行措施前通常会了解该子女的基本状况，征询其意见，并在此基础上制定执行方案。但选择合适的征询地点却并不是一件容易的事情，法院的氛围显得过于庄严，不利于各方关系的缓和；学校则容易对子女形成压力，不利于子女的健康成长。而在征询方式的确定上，亦有诸多因素需要考虑，比如是在一方父母的陪伴下征询还是在双方的见证下征询？如果是在一方的陪伴下，很难保证子女不受到陪伴他的这一方当事人的干扰；如果在双方见证下征询，当事人一旦对结果不满意，势必会引发争论甚至肢体冲突，给子女造成心理创伤。因此，在执行过程中执行法官亟需有资质对子女成长环境、心理健康等状况进行全面评测的专业机构提供指导意见和专业支持。

三、破解涉抚养权案件强制执行困局的路径

破解涉抚养权案件强制执行的困境需要多措并举，在汲取有益经验的基础上，不断健全配套机制，实现法律效果和社会效果的有机统一。

（一）保障子女权益、提倡谦抑执行

在多年的探索中，大家基本上形成了一个共识，即在保障子女利益最大化的前提下开展执行工作。执行中要始终秉持谦抑理念，提倡谦抑执行，条件不具备时切不可直接带离子女交由申请执行人一方抚养。应当在调解的基础上，尽量缓和被执行人与申请执行人及执行法院之间的对立情绪或冲突，提醒各方在表达诉求时应以子女利益的最大化作为出发点，努力创造最有益于子女成长的环境。对于八周岁以上的未成年子女，在各方当事人及子女均同意的情形下，选择适合征询工作开展的地点、时间充分征询子女意见，在开展具体执行工作前先制定详尽的执行预案，避免执行过程中出现不可控情形，以致激化矛盾、产生负面影响。

（二）组建专业团队、专职“人事”执行

涉抚养权、探视权执行案件均具有人身属性，在执行理念和方式上有别于财产给付型执行案件。抚养权执行案件应以子女利益最大化为基本原则，倡导谦抑执行，尽量淡化执行行为的强制性色彩；而财产给付型执行案件则以充分保障申请执行人的胜诉债权为出发点，更强调执行行为的主动性和强制性。有鉴于此，笔者认为，可以在执行实施部门采取人事分流措施，成立专业的执行团队，专职“人事”执行，由他们专门负责抚养权、探视权、探望权等具有人身属性案件的执行。在人员配置方面，适当调配一定比例女干警加入团队，强化执行行为的柔性色彩，引导被执行人自觉履行生效法律文书确定的义务，配合将子女交由对方抚养。同时，应进一步强化培训赋能，进行审判业务、调解技能、心理学等方面的专门培训，针对“人事”执行实践中的难点、痛点问题，组织开展专题调研，加强不同地区法院之间的交流、协作，交流、学习有益经验。

（三）适度进行惩戒、敦促主动履行

罚款、拘留措施在涉抚养权案件执行中发挥的作用虽然并不理想，但这并不意味着在执行此类案件时就放弃适用惩戒措施。在被执行人拒不配合执行时，执行法官可以酌情发出预处罚通知书或直接适用罚款、拘留、纳入失信被执行人名单等惩戒措施，作为震慑被执行人心理的方式之一，督促被执行人主动履行义务。当然，当被执行人抗拒执行的行为严重到一定程度，且造成严重的社会不良影响时，亦可以以拒不执行判决、裁定罪对被执行人予以刑事制裁。但考虑到此类案件执行目的的特殊性，该措施只能在“迫不得已”时适用，不宜作为常用的惩戒手段。

（四）健全配套机制、多元破解难题

破解涉抚养权案件执行难，仅仅依靠执行部门还不够，还应有相应的配套机制，多方助力，多元破解。从完善内部联络机制来看，执行部门应进一步密切与婚姻家事审判部门的沟通、协调。审判部门预判其作出的涉抚养权纠纷判决后续可能进入执行程序的，可以主动联系执行部门，告知审理过程中掌握的相关情况，便于执行部门提前了解案情，制定执行预案。执行部门还应依托社会力量，强化与学校、未成年人权益保护机关、社会公益组织以及心理辅导机构的联络，动员、激励社会公益力量共同参与，提供专业指导意见和帮助，竭力修复子女与父母的情感，提升涉抚养权案件执行的专业性、有效性。

（作者单位：北京市大兴区人民法院、北京市第一中级人民法院）

未成年人司法社会支持体系之思考：基于风险控制理论范式的视角

2022-07-18 何挺 张丽霞 法司年少
https://mp.weixin.qq.com/s/qJ9YBWu3eJZq8OXTCH8mVg

作者简介

何挺，北京师范大学刑事法律科学研究院教授，北京师范大学未成年人检察研究中心执行主任。

张丽霞，北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

摘要：风险控制理论范式是以风险识别和风险降低为核心的理论体系，通过风险评估将风险因素与相应的干预措施相匹配，并进一步改变了国家犯罪控制责任的分配，为社会支持的引入奠定理论基础。英美等西方国家以风险控制理论范式为基础，调整了未成年人司法的整体理念，改进了社会支持的组织体系，引入精算风险评估工具，并促进未成年人司法社会支持的精准化发展。风险控制理论范式可以为我国未成年人社会支持体系建设提供多方面的启示，包括：通过引入风险控制理念，突破惩罚和保护二元对立的困局并调和司法系统和社会支持系统的不同立场与理念；加强国家层面的指导和管理并建立多机构合作的组织体系；以风险为核心，将风险因素识别和风险评估贯彻整个司法过程，开展围绕风险因素的精准社会支持实践。

关键词： 未成年人司法 社会支持 风险控制 风险评估 循证实践

一、问题的提出

2012 年《刑事诉讼法》修改设立未成年人刑事案件诉讼程序专章，规定了社会调查、合适成年人在场和附条件不起诉等制度，为社会支持力量引入未成年人司法领域提供了法律依据。各种社会支持力量积极寻找参与未成年人司法并发挥作用的合适路径，并进行了很多地方性的实践创新。虽然关于社会支持体系对于我国未成年人司法发展的重要性甚至不可或缺性已经基本达成共识，但在司法实践中，办案人员和以社会工作者为代表的社会支持服务提供者却往往在具体的司法流程和个案情境中面临困境：一方面，传统刑事司法系统对社会工作的“异物感”较强，对社会支持的整体需求与实际操作时的“格格不入”形成鲜明对比，社会支持如何深度嵌入甚至融入司法体系尚待进一步的探究；另一方面，各类社会支持服务的专业性有待提高，缺乏足够的专业支持。一些研究发现，各类社会支持组织提供的合适成年人、社会调查服务在具体的司法环境中并没有产生实质的作用和影响，欠缺专业社会支持力量广泛介入的附条件不起诉、审前非羁押等制度在具体的落地过程中也出现各种问题。

事实上，除了资源不足、社会组织发育滞后等客观原因外，社会支持体系面临上述困境的一方面重要原因在于我国未成年人司法如何引入、对接社会支持的理论根基不足。我国研究者已经围绕未成年人司法社会支持的理论基础进行了多角度和跨学科的探讨。有研究者从社会工作介入的角度出发，认为司法场域具有刚性特征拒绝外部事物的介入，以社会工作为代表的社会支持在我国未成年人司法中采取的是嵌入式的发展路径，嵌入

式发展的理论基础在于两者的理念契合。有研究者则认为未成年人刑事司法以教育矫治和回归社会为导向的制度设计，为社会支持的介入提供了理论依据，社会支持可以弥补成人刑事司法系统的不足，使其专注于提供办案专业化水平。还有的研究者主张从刑事司法理论、社会工作理论和本土文化寻找司法社会支持本身的理论基础，调和各自体系的价值理念和工作方法。现有的研究虽然在未成年人社会支持的理论基础上有所推进，但总体而言还是没有突破刑事司法体系和社会支持体系各自的理论场域。如果仅仅停留在价值理念的契合和工作方式的调和这一层面，社会支持体系可能仍然无法内化为我国未成年人司法的稳定组成部分。进一步而言，即在我国未成年人司法仍然隐身于传统刑事司法的整体背景下，社会支持体系尚须在刑事司法的专业话语体系中找到其共同的理论基点和理论依据，只有如此才能为社会支持体系融入我国未成年人司法奠定更为扎实的理论基础，提高刑事司法对于社会支持的接纳度和认可度。

近年来，英美国家未成年人司法采用以风险识别和风险降低为核心的风险控制实用主义改革路径，将传统的司法体系和社会支持体系深度融合，取得了显著的效果，未成年人羁押率和再犯率等核心指标都逐步下降。从“风险”概念出发的风险控制理论范式为未成年人司法中社会支持体系的建立提供了新的视角，使得社会支持体系的引入能够“直击”刑事司法体系所最为关注的社会危险性概念和有助于实现犯罪控制的终极目的。该理论范式以“风险”为基点，将刑事司法系统的“危险性”与社会支持“保护性”因素统一纳入了风险控制体系。风险控制责任的分化还重塑了犯罪控制中国家、社会和个人的关系，为社会支持力量介入及其角色提供了理论性的阐释。有鉴于此，本文拟以风险控制理论范式为新的视角切入，考察风险控制理论范式对域外未成年人司法及其社会支持体系建设的影响，以之为参照提出若干我国未成年人司法社会支持体系的整体性、方向性的发展建议。

二、风险控制理论范式的新视角

未成年人司法一直在福利和惩罚两者之间寻找平衡，福利和惩罚理念的博弈，也反映在社会支持体系和刑事司法体系的关系中。但是风险控制理论范式的视角，在福利和惩罚之外，通过风险概念的演化在社会支持体系和刑事司法体系之间搭建了共通的预防理论体系，并通过责任分化的策略，将社会支持体系稳固地纳入刑事司法体系中。这实际上通过风险因素的识别、评估和分类，以风险评估这一核心为载体，影响司法裁量，使得社会支持体系和刑事司法体系深度融合。

（一）风险概念的演化：共通的预防理论体系

随着德国社会学家贝克“风险社会”理论的提出，“风险”这一概念对社会科学各学科发展都产生了深远的影响。“风险”本身是一个社会学的概念，根据风险社会理论，风险是指未来可能产生威胁的行为和想法，风险社会的主要任务是避免、减少和管理随着社会的现代化逐步出现的风险。在将风险社会理论引入刑事司法领域后，风险概念体现在累犯和假释等暴力犯罪预测的风险因素中。学者们对刑事司法中“风险”概念中包含的风险因素没有形成统一的认识，存在着以静态风险因素为主的人为设定的人定风险和包含社会动态因素的结构主义风险的区分。但不管采用何种方式对其进行定义，“风险”都指向未然之事，其本质是通过风险因素来预测未来某种行为发生的可能性和行为的严重性。美国学者克雷默及研究团队认为风险因素是一个在统计上与再犯相关，在时间上先于再犯的变量。刑事司法中的风险概念存在模糊性，不同学者对于风险因素也有不同的理解，但正是这些风险因素所代表的风险，在以国家为主导的刑事司法领域和以个体为服务重心的社会支持领域之间建立了一个共通的预防理论的桥梁。这个桥梁的基点主要体现在两个方面：

其一，风险个体责任的强化与社会支持以个体为中心的增权（empowerment，也译为“赋权”）理念具有内在统一性。随着风险概念的发展，犯罪风险也从传统的习惯性犯罪风险和非习惯性犯罪风险两分法，演进出了责任内涵，即风险个体的责任。风险个体可以通过改变态度、行为等以满足个体的犯因性需求，管理个体的犯罪风险。在这个过程中，个体控制犯罪风险的责任被强化。传统刑事司法对风险的控制不再围绕行为，而是开始关注犯罪人个体的风险因素。在未成年人司法领域，风险概念的这种演进趋势则更为明显。因为未成年人司法中关注重点是行为人而不是行为，未成年人司法本质上是以行为人为核心的犯罪控制体系。从风险个体出发，涉罪未成年人需要承担与个体的风险因素相适应的犯罪控制责任。风险责任要素的演进也重构了对未成年人罪错行为的认识，更加强调未成年人犯罪个体的风险预防责任。有的学者也将其归纳为少年责任理念对少年保护理念的一种补充，并认为少年责任理念与以往少年保护理念强调少年利益和行为人的人格特征相比，责任理念更加关注少年行为背后的风险因素，强调社会、社区的安全、利益以及对受害人的保护和补偿。另一方面，增

权理论是现代社会工作的重要理论基础，认为社会工作需要以个体对世界的认识以及个体所处的情景和需求为基础为其增权。个体层面增权理论的假设前提是个人对自己的改变负有责任。在未成年人司法中社会支持本身就是增权的过程，通过社会支持为涉罪未成年人增权，使其承担犯罪责任，并通过增权使其复归社会。因此个体风险责任的强化与社会支持所要追求的增权效果具有内在统一性。事实上，美国“少年司法和预防犯罪办公室”的核心目标就包括为未成年人增权，使其对自己的犯罪承担责任，并通过增权使其过上富有成效和守法的生活。

其二，社会支持以风险因素为媒介影响司法的自由裁量权。随着风险因素理论的研究推进，除了传统犯罪学关注的风险因素之外，保护因素、责任因素也被纳入其中。这些因素并不是传统刑事司法话语体系中的概念，而是与广泛的社会支持体系密切相关，比如以涉罪未成年人的亲社会行为、稳定的社会支持为代表的保护性因素以及认知功能、治疗动机等影响干预措施的责任性因素等。这些因素的确定和识别需要家庭、学校以及社会等多方力量的参与。一般而言，未成年人司法的司法者具有相对更为广泛的自由裁量权，而这些风险因素则使得司法者的自由裁量中所隐含的内容，比如严重性、社会危险性和再犯可能性等，通过风险因素得以显性化。风险因素的识别、分类和评估以司法的自由裁量权为载体，将未成年人司法中关注的“危险性”和社会支持体系倡导的“保护性”纳入以“风险”为核心的预防理论体系。基于这一路径，社会支持体系得以经由“风险”因素的预防为媒介，介入司法话语体系，影响司法者的自由裁量。

（二）风险控制的模式：以风险因素预防为核心的国家犯罪控制责任分化

除了风险概念在刑事司法领域的引入和演进，以风险识别和风险降低为核心的风险控制模式也被引入刑事司法。这一风险控制模式实际上以公共卫生与健康领域的疾病风险防控模式为范本。在疾病风险防控模式中，通过识别风险因素和保护性因素，划定风险等级，来制订相应的干预计划防控疾病。疾病预防的干预以社区为基础，通过个人、家庭、社区各部门等进行分层级合作，具有普遍预防和前端预防的特征。在这个过程中，国家的风险控制责任开始分化，社会学学者称之为“社会的消亡”，具体是指国家不再是社会福利和其他社会问题责任的唯一承担者，而是让渡一部分国家权力由社会力量来承担，鼓励以社区为基础的合作关系，鼓励自我监管，国家进行远程的监管。这实际上体现了国家风险控制责任分化趋势。

这种趋势在刑事司法领域也有体现。1992 年 Feeley 和 Simon 提出的新刑罚理论，认为传统的刑事制裁范式已经发生改变，不再强调个体的制裁效果，而是强调从整体上对危险群体进行识别、分类和管理。这种预防和管理导向的风险控制，淡化了刑事司法和其他社会控制之间的间隔。英国学者 Garland 进一步指出新刑罚理论影响了主权国家进行犯罪控制的策略。他认为在风险社会，犯罪风险也变得如交通事故一样普遍，犯罪控制也成为一种需要计算和管理的风险。在对犯罪进行控制的过程中，国家普遍采取了一种责任化的策略。传统刑事司法中的警察、法院和监狱等国家机构，不再是犯罪控制的单一承担者，社会力量也是对犯罪风险进行非正式控制的重要参与者。国家鼓励地方机构协调各方力量，对犯罪进行非正式的控制。风险控制的责任主体也由传统的刑事司法机关扩展到社会支持力量。国家通过政府购买的方式，将部分刑事司法职能转介给社会力量或者商业公司。

风险控制模式对未成年人司法的影响则更为明显。通过风险因素的识别，对未成年人犯罪进行评估和分级，在符合传统刑事司法罪责刑相适应原则的前提下，对于高风险的未成年人加强风险控制，对低风险的未成年人则尽量转移出刑事司法系统或采用福利保护的方式进行教育挽救。这一模式以风险因素的识别、评估和干预为基础，在福利和惩罚之外，开辟了未成年人司法的第三条路径。这一路径更具体地诠释了风险控制的社会化趋势，在这一过程中，社会支持力量围绕风险因素和风险控制被广泛地纳入未成年人司法体系。通过风险的识别和分级，以不同风险水平为基点，司法体系和社会支持体系发挥各自的优势，共同承担未成年人犯罪控制的责任。风险因素识别和评估以及相应的干预更是以社会支持体系为主力。此外，风险控制理论范式也突破了传统犯罪学理论探究犯罪原因的执念，通过实证研究在可能的犯罪风险因素和犯罪之间建立了科学关联，也进一步促进了未成年人司法循证实践的发展，并在未成年人司法的理论研究者和未成年人司法实务的实践者之间搭建了桥梁。

（三）风险控制的核心：风险评估

在风险控制模式之下，风险评估是对风险水平进行分级分类的核心，是社会支持体系与司法体系深度整合的关键一环。风险评估并不是新的事物，观护官、缓刑官、假释官、心理学家以及其他社会支持参与人员，很早就通过临床访谈、社会背景调查等方式对罪犯的犯罪风险进行评估。随着风险因素研究的推进，统计技术被应用到风险评估中，根据不同风险因素与犯罪风险的相关性，利用回归模型建立精算风险评估工具，可以更加高效和准确地对未成年人的风险因素进行识别、分级和评估并与相应的干预措施相匹配。如何定义风险，如何确定风险因素，也影响着风险评估工具的选择和使用。目前风险评估已经从第一代的临床评估、第二代静态风险评估、第三代动态风险评估发展到了第四代结构化风险评估。第四代结构化风险评估，在精算评估基础上，纳入风险个体的责任性因素，增加风险个体在风险评估和控制过程中的参与，并扩大了以社会支持主体为代表的评估者的专业裁量权。

某种角度来说，风险评估是专业社会支持力量介入司法体系的媒介，可以提升社会支持的专业水平，提高司法者对支持服务的认可度。由客观、理性并以循证研究为基础的风险评估使得司法者自由裁量的决策过程更加公开，标准化的风险评估也更符合科层式刑事诉讼所追求的公正的准确性。在以复归社会为主导理念的未成年人司法中，风险评估的这一特征更容易被司法者所接受，提高他们对社会支持机构所提供的服务的认可度。风险评估的引入还使得未成年人司法向更前端和更广阔的范围推进，风险的分级评估也促进了未成年人转处和非监禁化的正当化，未成年人的转处和非监禁化又进一步为社会支持力量的介入提供了正当的理由。可见，围绕风险评估这一核心要素，未成年人司法中的司法体系和社会支持体系得以进入一个互相促进的良性循环。

三、风险控制在域外未成年人司法社会支持中的体现

事实上，风险控制理论范式对西方工业国家未成年人司法影响深远，开启了未成年人司法新的改革浪潮。从风险控制理论范式出发，未成年人司法社会支持体系也作了相应的调整，在以风险为核心的共同预防体系内与传统司法体系有序协作，共同致力于少年福祉。以下主要从未成年人司法整体理念的调整、社会支持组织体系的改革、风险评估的广泛引入以及社会支持项目精准化四个方面来呈现风险控制理论对未成年人司法社会支持体系的影响。

（一）未成年人司法整体理念的调整

风险控制理论范式对整个未成年人司法体系影响巨大，直接体现为未成年人司法整体理念的调整。未成年人司法不再单纯地强调保护或者强调惩罚，而是从犯罪预防和犯罪控制的角度，将预防未成年人犯罪作为整个体系的核心目标。这一理念的调整，从宏观上将社会支持纳入未成年人司法体系，使得司法体系和社会支持体系将犯罪的预防和控制作为共同的行动准则和核心目标。很多国家都直接在新修订的未成年人相关法律中，确立了预防的理念，并以此为基础在未成年人司法体系的整体架构中明确社会支持力量的参与。英国 1998 年《犯罪和社会失序法》（CrimeandDisorderAct1998）确立了英国现行的未成年人司法体系的基本框架。该法第 37 条明确规定了预防未成年人犯罪的核心目标，并要求所有参与未成年人司法的机构和个人都应该以该目标为行为的指南。该法还在第 38 条中详细阐述了地方政府负责向未成年人司法提供支持服务，地方政府设立专项基金，与警察、观护、医疗卫生等机构和组织合作，为未成年人司法中的未成年人提供庭外警告、保释、合适成年人在场、观护等全方位的支持服务。加拿大 2003 年《青少年刑事司法法》（YouthCriminalJusticeAct）在序言明确指出社区、家庭、父母和其他与未成年人发展有关的人和机构应通过多学科的方法，采取合理的步骤，通过解决未成年人犯罪的根本原因来预防犯罪，回应未成年人的需求，向有犯罪风险的未成年人提供指导和支持。该法还在指导原则中明确表明支持将罪错未成年人转介到社区的项目和机构中以达到犯罪预防的目的。

（二）社会支持组织体系的改革

风险控制模式的引入对未成年人司法社会支持组织体系的影响主要体现在两个方面：一是国家采取责任分化犯罪控制策略，鼓励社会力量积极参与，同时加强了国家层面的统一指导和监督。二是吸纳多机构的组织和人员，将社会支持组织从原有的单一社会工作机构发展到多机构的合作。社会支持组织体系的改革提升了未成年人司法中的社会支持服务的综合性和规范性。

1. 国家层面的指导和监督

很多国家都在国家层面建立专门的机构，指导全国未成年人司法的社会支持体系。比如，英国在司法部下设了青少年司法委员会（YouthJusticeBoard）指导和监督整个未成年人司法体系的运行，并通过制定国家标准指导各地青少年犯罪小组（YouthOffendingTeams）等社会支持机构的支持服务。2019 年青少年司法委员会发布最新版《青少年司法服务标准》以指导和促进未成年人司法社会支持体系的发展，除了合适成年人服务、受害人服务等的国家标准，还明确了社会支持在法庭外、法庭内、社区、安全管理设施、转移和安置过程等不同司法阶段的服务标准。在美国，各州都有自己相对独立的未成年人司法体系，没有联邦层面统一的未成年人司法和社会支持体系，但是联邦和州政府也努力加强国家层面对未成年人司法支持服务的统一监督和指导。美国《少年司法和罪错预防法（JuvenileJusticeandDelinquencyPreventionAct）》设定了未成年人司法与预防犯罪服务的联邦最低标准和核心要求。各州的未成年人司法社会支持服务必须遵守该法规定的联邦未成年人司法的四个核心标准，才能获得联邦资金的支持。此外，美国也设立了一个类似英国青少年司法委员会的机构：少年司法和预防犯罪办公室，其使命是联合不同领域的专家，共同致力于改善未成年人司法的政策和实践，帮助和支持各州、各地方以及部落司法辖区实施有效的未成年人司法支持服务，保护公共安全。

2.多机构合作的支持组织体系

各国未成年人司法社会支持服务的提供者主要来自社会工作机构，社会工作者一直是未成年人司法社会支持的主力。但是在风险控制模式中，单一类别的机构已经不能应对多元风险因素带来的挑战，越来越多的国家开始采纳多机构合作的策略。多机构合作策略由英国犯罪学家乔克·扬（JohnYoung）教授提出，他认为针对不同的犯罪风险因素，需要由不同的机构参与犯罪控制。比如盗窃未成年人和吸毒未成年人，就需要不同的机构介入。他认为应该根据犯罪发展不同阶段的影响因素，由不同的机构和专业人员实行相应控制干预措施。多机构合作的策略最为典型的代表就是英国的青少年犯罪小组。英国《犯罪和社会失序法》对未成年人司法支持体系进行了创新性的组织体系改革。根据该法要求，各地方政府必须成立由警察、法院、缓刑、社会服务、教育、医疗等多部门派出的专门工作人员组成的青少年犯罪小组。根据英国学者的研究，在青少年犯罪小组成立以前，社会工作者是社会支持的主体，青少年犯罪小组成立以后，社会工作者的比例下降，社会支持组织的人员构成开始多样化。青少年犯罪小组通过跨部门、跨专业的合作，以风险因素的识别、评估和干预为基础，可以满足未成年人多样化需求，并进一步预防和控制未成年人犯罪。比如青少年犯罪小组中有法庭部门的人员，可以负责青少年犯罪小组和法庭相关事宜的沟通，如涉罪未成年人有教育方面的需求，教育部门工作人员将发挥作用。再如，丹麦建立了预防未成年人犯罪的 SSP 机制，分别代表学校、社会和警察，是包括社会服务机构、儿童福利机构、文化事业管理部门、警察、监狱和看守部门、戒毒所、社会团体、教育家、思想教育工作者、心理咨询师、普通学校、职业学校等多领域合作的犯罪预防机制。

（三）风险评估的广泛引入

风险控制理论范式对未成年人司法社会支持体系最直接的影响是风险评估的广泛引入。风险评估是围绕风险控制开展的改革中关键的一个环节，是社会支持体系介入司法体系的直接体现和重要载体，并影响到各个阶段的司法决策。

风险评估工具的引入改变了社会支持提供者对风险因素的采集和判断方式，风险评估中涉及的风险因素与社会调查报告的内容有重叠之处，但是收集这些风险因素和资料的理由和用途并不相同。风险评估工具的研发是建立在多学科多部门合作的基础上，通过科学的实证研究确定涉及的风险因素以及不同风险因素在整体风险水平中的比重。英国青少年司法委员会在成立之初，就研发了风险评估工具 Asset，随着研究和实践的推进，进一步研发了 AssetPlus。改进后的该工具加入了自我评估和基础调节部分，并根据不同司法阶段的特征，划分为不同的模块，例如恢复性司法、转处、保释、羁押等。青少年犯罪小组采用统一的风险评估工具，根据不同的阶段选择不同的模块，对未成年人的再犯风险、对自己和对他人的风险进行评估。风险评估的结果被纳入社会调查报告，并成为社会调查报告的核心组成部分，进而影响审前处置、保释、法庭裁判及最终司法处置等司法过程。在美国，随着未成年人司法循证实践的发展，风险评估的作用也日益凸显。美国《少年司法与罪错预防法》2002 年修订时就要求未成年人司法专家帮助各州建立风险评估机制，协助司法人员对罪错少年进行适当的处置。各州政府开始逐步推进全州统一的风险评估工具，并将风险评估纳入社会调查报告，作为未成年人处遇的核心参考。根据美国未成年人司法 GPS 在线数据库的统计,截至 2017 年，美国 50 个州和哥伦比亚特区都将风险评估纳入观护工作，其中有 38 个州在州层面使用统一的风险评估工具。

（四）社会支持项目精准化的发展

在未成年人社会支持服务体系的最终端，是具体的社会支持服务项目，一般都通过政府购买的方式，由社会支持体系具体开展。风险控制理论范式的引入，对具体的社会支持服务项目也产生了影响。因为社会支持服务项目最初本着福利救助的理念广泛发展，但是结果却面临“nothingwork（没有什么是有用的）”的质疑。以未成年人具体的风险因素的预防和矫正为目标的循证项目开启了未成年人司法循证实践的改革。循证实践在制定政策和购买服务的政府、提供社会支持服务的实践者和未成年人司法研究者之间搭建了桥梁，本质是通过研究机构对各类未成年人司法社会支持服务项目的有效性进行评估，并由政策制定者根据循证评估结果选择最佳项目予以支持和推广来推进未成年人司法的社会支持。它的突出特征是高效和经济。高效体现在研究者和实践者有效互动来实现社会支持服务项目的有效性。社会支持项目的有效性体现在是否再犯、目标行为是否改善等方面，其中再犯是评价社会支持项目有效性的核心指标。在美国的研究机构已经形成一些有效项目的清单，指导各州未成年人司法社会支持服务项目的推广，为社会支持体系提供经过科学评估被认为有效的社会支持实践方法，例如“少年司法和预防犯罪办公室示范项目指南”和“预防暴力犯罪蓝图计划（BlueprintsforViolencePrevention）”等。目前在联邦拨款的支持下广泛开展的循证项目包括功能性家庭治疗（FunctionalFamilyTherapy）、多系统治疗（Multisys-temicTherapy）、多维治疗寄养（MultidimensionalTreatmentFosterCare）和护士—家庭伙伴关系（Nurse-FamilyPartnership）等。经济主要体现在经济成本上，循证实践能有效改变政府的购买决策，确保政府财政投入的有效性。美国学者的研究表明，在一个证实有效的项目上投入 1 美元，可以给纳税人节省 7—10 美元。

四、风险控制理论对我国未成年人司法社会支持体系的启示

如上所述，英美等西方发达国家基于风险控制理论范式对其未成年人司法的理念与实操进行了适度的调校，使司法系统与社会支持系统得以围绕共通的“风险控制”更为协调地运作。我国未成年人司法及社会支持体系均处于初步发展阶段，虽然面临的问题不同于未成年人司法发育较为成熟的国家，但风险控制理论范式及其指导下的具体做法仍可以为我们提供多方面的启示。

（一）风险控制理念的引入

未成年人司法长期以来都面临着“保护”与“惩罚”、“康复”与“制裁”等指导理念的矛盾与平衡，这一点在未成年人司法发育较为充分的国家如是，在我国亦如此。近年来，随着我国未成年人司法实践的推进和未成年人严重暴力犯罪屡有发生，这些指导理念上的矛盾冲突呈现出加剧的趋势。这些矛盾冲突加剧的背后其实蕴含着社会转型时期未成年人保护与社会保护之间看似“此消彼长”的紧张关系。从这一角度来说，风险控制理念的引入恰恰可以突破“保护”与“惩罚”二元对立的困局，提供一种使未成年人保护与社会保护“共赢”的思维方式。一方面，风险控制并非对未成年人保护的否定，实际上是在准确评估涉罪未成年人的风险并在全程掌控涉罪未成年人的风险因素的前提下对其进行的精准化的保护，这种保护较之于单纯基于福利理念的泛化保护可能因更具针对性而质量更高。此外，风险控制很大程度上也是建立在强调对涉罪未成年人转处和非监禁化这一前提之上的，因为将未成年人投入监狱后风险控制的重要性就会大打折扣。另一方面，风险这一概念的提出本来就是对“未然之事”的关注，风险控制旨在防止涉罪未成年人转处和非监禁化过程中可能出现的“社会危险性”，其对社会保护的关注不言而喻。而且，风险控制模式通过对风险控制责任的分担以及对未成年人应当承担责任的强调，也更有助于对风险的控制以提高对社会的保护。因此，风险控制理念的引入有助于我们采用一种更为综合多元的视角来看待未成年人司法中的“保护”与“惩罚”之争，对于厘清我国未成年人司法发展的整体发展方向无疑具有重要的启发价值。

更宏观一点来说，以风险控制为指导理念的未成年人司法对于推进国家治理体系亦具有重要的价值。“少年司法制度总的功能，应当是在最大限度保护未成年人权益的同时，促进加强社会治理。”中共中央第十九届四中全会提出了“推进国家治理体系和治理能力现代化”的目标，其中坚持和完善共建共治共享的社会治理制度是防范化解风险、建设更高水平的平安中国的迫切需要。可见，风险控制理念的引入还有助于我国未成年人司法制度与国家整体治理体系的对接。

风险控制理念引入的另一方面价值可能还在于调和司法系统和社会支持系统的不同立场和工作理念。不难想象的是，以社会工作者为代表的社会支持系统和以法官、检察官为代表的司法系统有着不同的知识背景、基

本立场和工作理念，而这些不同的立场和理念在围绕涉罪未成年人共同开展工作的时候时常会发生碰撞，这一点在我国社会支持刚刚涉入刑事司法的情况下表现得可能更为突出。笔者在实地调查对司法人员和社工进行访谈时，常常感受到司法人员基于法律规定所秉持的监督管理立场与社工基于其专业所秉持的自愿支持立场之间的冲突。风险控制理论的核心——“风险因素”或许恰能为双方提供一个沟通彼此工作的“立足点”。对于司法人员而言，涉罪未成年人所具有的风险因素（及其相应的表现行为）以及变化情况无疑是其依照法律规定进行监督管理、调整相应司法措施以及作出最终裁决所关注的重点；对于社会工作者和其他支持体系的服务提供者而言，他们的工作重点正在于密切关注涉罪未成年人风险因素的全流程变化，并经由内在动力和外在环境两个方面支持涉罪未成年人降低甚至消灭其风险因素。在这一过程中，风险因素可以成为司法人员、社会工作者、涉罪未成年人以及其他需要参与其中的多元机构、人员的共同“着力点”，各方都可以按照自己的立场和理念围绕风险因素开展工作。当然，这种理想的状况还需要实践的检验，并可能需要建立在围绕风险因素而设计的未成年人司法流程以及各方对其他方工作的理解基础之上。

（二）国家指导管理与多机构合作的社会支持组织体系

自 2010 年六部委联合出台《关于进一步建立和完善未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》到 2018 年最高人民检察院与共青团中央签署《关于构建未成年人检察工作社会支持体系的合作框架协议》，我国未成年人司法社会支持体系已进行了诸多有益的探索，但总体上还处于起步阶段。在这一过程中，专业的社会工作者参与未成年人案件的办理成为这些探索中的一条主线，各地通过孵化、培育、对接、购买服务等各种因地制宜的方式将社会工作者引入未成年人案件办理的流程，承担起社会调查、帮教等一系列社会支持服务。如果以 2019 年最高人民检察院和共青团中央《关于开展未成年人检察工作社会支持体系建设试点工作的通知》中公布的 40 个试点单位的情况为例，可以发现我国现有的社会支持体系机构背景比较单一，社会工作事务所的比例很高。

社会工作者毫无疑问是未成年人社会支持体系的主要甚至最重要参与者，其重要性已被我国实践所证明。但是社会工作者在具体个案的支持服务中，并非能够“包打天下”。正如风险控制理论所强调的，每个涉罪未成年人都有其独特的风险因素，在教育矫治的过程中还要考虑到个别化因而多样化的犯因性需求、保护性因素和责任性因素等众多因素，社会支持服务需要考虑到这些不同的影响其风险的因素，并精准地对接不同的支持资源，其中还包括一些相对更为专业和资源更为缺乏甚至垄断的教育、医疗等方面。这也是前述西方国家开始在国家控制犯罪责任分化的基础上推进多机构合作的社会支持组织体系的原因所在。在我国，在为涉罪未成年人提供社会支持服务时需要链接其他社会资源时，社会工作者通常还面临更为特殊的困难。我国社会工作起步较晚，社会团体和非营利组织不发达，社会工作本就在政府主导的体制“夹缝”中生存，没有获得独立的社会服务空间，故而社会工作者很难在支持服务过程中开发或者链接多种支持资源。

有鉴于此，笔者认为，我国未成年人司法社会支持体系的推进在重点扶持社会工作机构和社会工作者的同时，也应当加强对多背景、多类型机构合作参与机制的建设，使未成年人司法社会支持体系真正成为一种“体系”。同时，还应当从国家层面加强指导和监督，使自上而下的推动与自下而上的探索相得益彰。

具体而言，在国家层面可以借鉴英国和美国成立类似青少年司法委员会的机构或者组织，吸纳各相关部门和专家参与，进行宏观性的政策指导和监督，主要可以体现在三个方面：第一，确立社会支持服务的国家标准。事实上，我国已经开始国家服务标准的探索，2019 年以来，首都师范大学北京青少年社会工作研究院受最高人民检察院第九检察厅等的委托，已经开始全国性“未成年人司法社会工作服务标准”的研发工作。这种全国性标准的制定过程中应注重多部门多机构的参与，并在明确国家标准的前提下，给予支持主体一定的自主探索创新的空间。第二，加强循证研究和技术支持。一方面，应当统筹各地实践探索并集中研究力量，研发统一的风险评估工具并根据实践推进不断升级，为司法决策和确定风险因素开展精确性的社会支持服务奠定基础。另一方面，还应当加强对各地开展社会支持服务进行循证评估，总结在降低再犯率和提升回归社会率方面有效的方式方法并进行推广。严格来说，我国基本尚无对社会支持项目的效果进行科学的评估，社会支持项目处于“野蛮生长”的状态。在社会支持体系发育的初期，固然需要鼓励其多元化的发展，以满足实践的需求。但是随着社会支持体系的发展，势必需要围绕再犯、成本效益、社会防卫效果等对社会支持项目进行科学的评估和管理。第三，在国家层面争取更多的资金支持并明确资金使用的总体原则和方向，提升未成年人社会支持体系资金使用的效益。

在地方层面，则可以采取多机构合作的组织策略，调动政府各部门和多种社会资源参与。在我国，社会组织虽然发育相对较慢，但多样化的社会资源只要愿意发掘也能有所收获。可以借鉴前述英国的青少年犯罪小组，设立地方性的多机构合作组织，在社会工作机构之外，纳入公安、检察院、法院、社区矫正、教育、医疗、社区等相关机构以及更为多样化的社会资源代表。多机构合作组织相当于多部门联合诊断和治疗中心，可以针对不同的风险因素，由不同的机构或个人来进行应对，并通过跨领域的合作迅速调配资源，对未成年人司法社会支持作出综合性的反应。

（三）风险因素与风险评估的全程贯穿

在我国未成年人司法中存在着社会危害性、人身危险性、社会危险性等与风险相关的概念，但是尚未确立风险的概念以及建立在风险概念基础之上相应的风险评估。借鉴前述风险控制理论范式和相应实践，我国可以以风险因素为核心，将风险评估在未成年人司法的全流程中予以贯穿。

第一，以风险因素为核心，完善社会调查制度。从域外风险评估的实践可以看出，风险评估与社会调查制度存在一定的重合，也可能改变和替代社会调查的原有内容。社会调查是我国未成年人司法的基本制度之一，现阶段的社会调查仍然是以临床访谈为主的综合评估，对涉罪未成年人的风险因素关注不够，且缺乏对专业风险评估工具的运用。笔者认为，可以借鉴风险控制理论来重新审视社会调查的方式和内容，将涉罪未成年人的风险因素作为社会调查的重点内容，围绕风险因素进行风险评估，使社会调查报告成为后续司法程序中风险因素预防和干预的起点。其中，研发我国本土的未成年人风险评估工具至关重要。风险评估工具的研发不能照搬国外工具，而是应该结合本国、本地区的具体情况并经过严格的实证检验。风险评估工具的研发还需要注重多部门跨领域的合作，风险评估工具的研发需要公安、检察院、法院、司法行政部门、社会支持服务机构等的共同参与。域外学者研究表明，法官、检察官等的参与会提高他们对风险评估的接受度和认可度。

第二，公安司法人员在办理未成年人案件时需要对风险因素和风险评估进行全面和全流程的把控。风险控制理论范式使传统司法中隐含于司法者自由裁量的风险因素得以显性化，这就要求司法者在具体的案件处理过程中必须重视风险因素和风险评估，并全面、全流程地予以体现。具体来说，公安司法人员应当在立案、适用强制措施、起诉或不起诉、审判、刑罚执行等全流程的程序中，将涉罪未成年人的风险因素和风险评估作为动态性的重点考虑因素，后一阶段的处置应当考虑涉罪未成年人风险因素和风险级别的变化，并根据风险的现状与变化趋势调整相应的司法措施或者处置方案。对于风险因素可控和风险水平较低的，或者风险因素和风险水平已经出现积极变化的，应当在不同阶段尽量采取转处或非监禁的处置措施，比如非羁押措施、附条件不起诉和观护等，而这些社会化的处遇措施的具体要求也要围绕风险因素进行设计。例如附条件不起诉的所附条件和观护的帮教和监督考察内容都应当体现出风险控制的要求。

第三，社会支持主体应当基于风险评估的发现并围绕风险因素为未成年人提供精准的支持和矫治。根据风险控制理论范式的要求，真正有效的支持服务应该围绕其风险要素展开，并能够降低涉罪未成年人的再犯率。因此，社会支持体系所提供的服务不仅应该基于未成年人的具体情况而具有针对性和个别性，更应该具有精准性，“直击”导致其涉罪的和可能继续导致其涉罪的风险因素。社会支持的提供者应当与办案人员和其他社会资源的代表通力合作，共同围绕社会调查和风险评估所识别的风险因素对未成年人提供支持和矫治，致力于在提供社会支持的过程中降低甚至消除风险因素对未成年人的影响。从另一方面来说，鉴于未成年人的风险状况可能随着环境、诉讼阶段等变化而发生变化，这种精准的支持和矫治还应当具有动态调整的特征。例如，根据英国未成年人司法支持服务的标准，青少年犯罪小组需要根据涉罪未成年人的情况，及时跟进评估，间隔三个月就须重新评估。动态的风险评估可以根据未成年人本身的风险因素，调动未成年人本身的力量来开展精准的帮教，以达到改善和预防的目的。因此，需要开展动态的风险评估，并根据评估调整支持和矫治的方案，使之具有动态精准性，这与前述公安司法人员对风险的全流程把控也是一致的。整体而言，我国目前的社会支持服务大多仍停留在“陪伴式”或者“日常监管式”的状态，较之风险控制理论所要求的动态精准性差距较大。这一方面可能是我国社会支持体系今后发展需要予以着重关注的，毕竟只有通过有效的支持和矫治降低涉罪未成年人再犯率和提高复归社会率才能真正实现社会支持参与未成年人司法的最终目标。

结语

风险控制理论范式的核心是一种以风险因素为基础的、面向未来的预防体系，这一理论范式可以使司法体系和社会支持体系深度融合。毫无疑问，风险控制理论范式也有其不足，研究者们对风险因素预防以及风险评估的质疑和批评一直都存在，比如隐含的种族歧视、对专业自由裁量的侵蚀和对未成年人本身参与的忽视等，这一理论本身也在不断地探索以修正和改进。本文从风险控制理论范式的视角进行的思考也只是希望提供一个观察和反思我国未成年人司法社会支持体系如何发展的新的视角，或有益或偏误，都需要后续更多的研究和实践来检验。

郭旨龙、郝洁：收买被拐卖的妇女罪法定刑的实证研究与理论反思

2022-07-21 青少年犯罪问题编辑部
https://mp.weixin.qq.com/s/g1wTAGpbqSmqqCmUXvPo-g

作者：

郭旨龙，中国政法大学刑事司法学院讲师

郝洁，中国政法大学刑事司法学院硕士研究生

来源：《青少年犯罪问题》2022 年第 4 期

由于篇幅所限，刊物在此推送未加注释版本，请广大读者前往中国知网下载全文阅读

【内容摘要】司法判决梳理和司法过程分析表明，刑法有关收买妇女罪行的刑罚配置偏轻。《刑法》第 241 条数罪并罚的立法设计也面临着实践困局，难以有效制裁收买之后的拘禁、强奸或伤害恶行。收买被拐卖的妇女并非简单的金钱交易行为或买卖行为，其具有双重的法益侵害性，不仅侵犯被害妇女的个体权利，还会侵犯妇女的群体尊严。现有的法定刑设置违反罪刑相适应原理，难以评价收买行为的社会危害性。有关收买的社会观念已经发生重大变化，现有的法定刑设置与社会文明观念不符，难以实现罪刑相适应的公平正义价值，会给社会及执法司法方传递错误的价值理念。适当提高收买被拐卖妇女罪的法定刑，不仅可以实现立法层面上的罪刑相适应，也能够回应社会文明观念的变化，矫正各方价值偏差。

【关键词】收买被拐卖的妇女罪　数罪并罚　人格尊严　妇女尊严　罪刑相适应　社会文明观念

引言

丰县八孩母亲事件愈演愈烈，当地政府机关前后矛盾的公告更是引发公众质疑，截至本文写作时，江苏省委省政府成立了事件调查组，这是有关此事件的一个好消息。截至本文截稿时，调查组已公布相关处理情况，对董某民以涉嫌虐待罪批准逮捕，并对其涉嫌收买被拐卖的妇女等犯罪开展侦查取证工作。丰县事件引起了社会对收买妇女问题及基层政府工作问题的广泛关注，丰县母亲所受的非人待遇也使得大家开始深思买方之恶，并引发了有关收买被拐卖的妇女罪刑罚轻重问题的探讨。

学界进行了激烈讨论，分为以罗翔和黎敏为代表的“支持加重派”以及以车浩和柏浪涛为代表的“维持现状派”，两派从法教义学、法社会学及法经济学等方面进行充分的说理和论证。车浩教授对《刑法》第 241 条进行体系解释，将收买视为后续重行为的预备犯，并认为提高法定刑也难以起到威慑作用。柏浪涛教授认为法律不是被嘲笑的对象，加强执法才是该问题的解决之道。支持加重派的黎敏教授认为本罪的刑罚是否需要加重关涉道德原则，妇女的尊严不可被物化，需要用严厉刑罚来表明态度。罗翔教授主张买卖同罪同罚，并从人与物的比较等角度论证应加重本罪刑罚。

法律规范的实效不仅与规范自身有关，还与司法地方性、经济、文化、政策等法律规范外因素有关。收买罪行的法定刑是否偏轻，《刑法》第 241 条的实效如何，不仅在于本条自身的规定是否符合罪刑相适应原理，也在于其是否符合已发生变化的社会文明观念和价值理念。法的有效性研究既离不开法教义学，也不能没有实证研究，实证研究在集体经验中彰显规范本身的实效。刑法设置的法定刑的效用究竟如何，需要刑罚实证研究来证实。本文从收买一罪单罚情况和数罪并罚情况两方面进行判决梳理：前者将说明在目前的刑罚配置下，仅收买一罪的量刑偏轻现状及其中蕴含的法院对收买行为危害性的认识误差；后者将说明《刑法》第 241 条的实践现状及困局。刑罚立法的罪刑相应与刑罚适用的罪刑相应并不相同。需要说明的是，本文所涉的罪刑相适应原理并非实证法上的罪刑责相适应原则，更多地指导司法适用，而是理论观念上的罪刑相适应原理，也指导立法完善。本文的罪刑相适应指的是刑罚应与犯罪的社会危害性相适应，在刑罚立法上，轻罪配置轻刑，重罪应配置重刑。

一、收买被拐卖的妇女罪的判决梳理

本文判决书的样本来自北大法宝 V6 网。数据检索方法如下：进入高级检索，内容输入“收买被拐卖的妇女罪”，案件类型选择“刑事案件”，文书类型选择“判决书”。截止本文写作时间 2022 年 2 月 17 日，共获得样本 361 份，排除重复样本 5 份，共得有效样本 356 份。分析发现，本罪不管是一罪单罚，还是与其他罪结合进行数罪并罚，第 214 条的实践效果皆不尽人意。

（一）一罪单罚适用情况

1.自由刑适用情况。356 份样本中，有 4 例免予刑事处罚，排除 18 例数罪并罚样本，认定为构成收买一罪（334 例）的案件的自由刑适用情况如下（见表 1）。本罪的基本刑最高刑期为 3 年有期徒刑，但实际判处刑罚为有期徒刑 1 年以下、拘役或管制的案件比例较高，达 58.38%。可见本罪的量刑刑期整体偏低，司法适用上存在罪责刑不相适应。例如在案号（2021）豫 1328 刑初 409 号案中，被告人先后收买了两名妇女，仅判处 1 年有期徒刑，且宣告了缓刑。

2.缓刑适用情况。

356 份样本中，215 例法院判决适用缓刑，占比 60.39%，且不存在数罪并罚案例。其中，被告人被判处拘役的 39 例；1 年以下有期徒刑的 78 例；1 年至 2 年的 81 例；2 年至 3 年的 17 例。在缓刑适用方面，结合缓刑适用条件和案件实际情况，可以发现，缓刑的实际适用率较高，只要存在自首、认罪认罚、未虐待被害人、未限制人身自由、被害人自愿继续共同生活、不阻碍返回原居住地等情节，并如实供述，认罪悔罪，法院都会认定符合适用条件并适用缓刑。

3.存在免予刑事处罚案例。存在 4 例对收买免予刑事处罚的案例。但法院的说理并不充分：首先，案号（2011）盱刑初字第 0098 号案，免予刑事处罚的原因是被告人收买被拐卖的苏某某仅是为了做老婆，当发现苏某某已怀孕并患某病后，及时把苏某某送到范某某家，犯罪情节轻微，不需要判处刑罚。被告人将被害人送回是由于自己的收买目的不能实现，但这并不能否认收买行为的罪恶，法院的情节轻微认定难以让人接受。其次，案号（2010）新刑初字第 251 号案，被告人发现被害人有精神问题，感觉自己被骗所以报警，法院认为其明知被害人家庭住址，本应在收买后及时将其送回原居住地，但是被告人并没有这样做，但法院又提出，行为人在案发后没有阻碍李某返回，依法可以不追究刑事责任。法院说理逻辑混乱。再次案号（2010）新刑初字第 125 号案，法院未说理。最后，案号（2018）皖 0321 刑初 50 号案，犯罪行为发生在 2014 年，根据当时法律，可以不追究刑事责任。这几例免予刑事处罚也可见法院对收买的社会危害性的认识存在价值偏差。

（二）数罪并罚适用情况

1.数罪并罚适用情况。除部分为了卖淫而收买外，收买的主要目的是娶妻生子，妇女在被收买后往往会反抗，随之会伴随着对其的殴打、强行性行为或限制人身自由，且可能会实施较多次或持续较长时间。《刑法》第 241 条规定，收买后具有上述行为的，数罪并罚。356 份样本中，有 18 例数罪并罚，占比 5.06%。包括和强

奸罪并罚，和非法拘禁罪并罚，以及和强奸罪、非法拘禁并罚。18 例数罪并罚案件中，执行刑罚最高为有期徒刑 11 年，最低为拘役 5 个月。

从判决文书看，即使是以娶妻生子为目的的收买，相当一部分判决在被害人已生育，或者经鉴定因精神问题，无性防卫能力的情况下，对是否存在限制人身自由或强行性行为避而不谈，仅仅判定成立收买一罪，并且类似判例不是少数。甚至在被害人陈述有强行性行为，或有看守限制自由行为时，也未提及是否构成强奸罪或非法拘禁罪。此外，即使并罚了强奸或非法拘禁罪行，对殴打、故意伤害行为也关注不足。例如，案号（2011）潢刑初字第 145 号案中，多个证人证言表明，被告人经常对被害人进行殴打，身上都是伤，甚至导致被害人精神痴呆，但法院并未认定故意伤害。这可能与时隔久远缺乏证据、难以证明因果关系有关。

2.数罪并罚的实践困局缘由。车浩教授对《刑法》第 241 条进行了精妙的体系解释，将收买视为后续重罪的预备犯，收买后实施强奸、非法拘禁及故意伤害等犯罪，可以数罪并罚，达到严惩收买方的效果，并对拐卖和收买的危害性的进行解释区分，认为拐卖的社会危害性要远远大于收买。但这一解释与司法实践严重不符，上述的司法判决梳理给予明显的信号，356 例案件中，只有 18 例判处了数罪并罚，占比仅为 5.06%，除去少数的善意对待被拐妇女的例子，其余案例几乎全部包含着对被拐妇女的伤害、非法拘禁或强奸等行为，《刑法》第 241 条的立法设计在实践中显然捉襟见肘，难以评价收买之后的强奸、非法拘禁及故意伤害。诚然，这一局面与车浩教授所讲的官民相护等执法不公和司法不严难以脱离，但怎能不论及收买刑罚较轻，区别对待拐卖与收买之因？正是由于本罪的刑罚偏轻，影响执法方和司法方的价值判断，导致执法不严格，案件在司法层面往往被宽大处理。

分析 18 例数罪并罚样本还可以发现一个现象，除去以卖淫为收买目的 1 例，因初审判决书查不到确认不了案发时间 1 例外；其余 16 例案件，从案发到距离被害人被收买均未超过 1 年时间，最长 10 个月，最短仅 1 天，其中有 9 例是当月或下一月事发，平均为 2.8 个月（将当月案发算为 1 个月）。这些与强奸或非法拘禁数罪并罚的案件的一个共性特点为被害人与收买人共同时间较短，且均未生育子女。对比大量的未数罪并罚的案件中妇女往往与收买人共同生活较长时间或已生育子女，可以推断，若被害人被收买后没有在短期内被解救，法院一般不会对后续强奸或非法拘禁行为进行惩戒。而短期内没有获救的被拐妇女才是绝大多数的，这也是判决中少见数罪并罚的原因。换言之，大部分案件的被害人长期未被解救，但犯罪人却不用面临数罪并罚；而少部分案件的被害人有幸在短期内被解救，犯罪人却需要面临数罪并罚，罪刑失衡可见一斑。

数罪并罚设计难以实现存在证据和证明问题，除去为数不多短期内被解救，大部分妇女会在收买家庭生活较长时间，且收买地一般偏僻落后，为被害人更名改姓，办理婚姻登记有漏可循，很多收买人会与被害人登记婚姻关系，已经生育的情况下，妇女往往自愿继续生活，不会供述后续恶行。这是因为妇女在收买家庭停留时间久了，即使持续性被殴打、看管或强奸，出于生存目的，会选择将与收买者的关系正常化、接受收买家庭的牵绊。盛洪教授也指出，妇女长期被毒打虐待，会精神扭曲，甚至为了心理上适应该环境，表现出斯德哥尔摩综合症，产生某些对加害者的认同或“感情”，并会因为生育小孩而处于两难，在供述上不会陈述强奸或拘禁事实。即使妇女愿意供述，也存在证明方面的困难，妇女被收买后，无论是被殴打、强奸或非法拘禁，有关事实往往只有被害人的陈述证明，而缺乏其他证据佐证，在乡土关系中，村民们往往也不愿作证，如果妇女与收买者共同生活较久，则更是如此，而仅凭被害人陈述难以达到刑事责任的证明标准。

但上述事实和原因也不能否认强奸、拘禁等行为不存在，更不能否认收买行为本身的罪恶。收买是后续行为的阀门，甚至可以说，收买行为几乎包含着后续恶行的必然性。司法实践中少见数罪并罚就足以说明，通过对后续罪行的数罪并罚来实现体系性追责，这样的立法设计在实践中难以奏效。

综上所述，收买被拐卖的妇女罪的自由刑适用整体偏轻，判处 2 年以上有期徒刑的仅占 5.69%，且缓刑适用比例高。同时，《刑法》241 条设计的数罪并罚体系适用效果较差，实践中，检察院起诉后续的强奸、拘禁及故意伤害行为，法院判定数罪并罚的比例较低。收买被拐卖的妇女罪的刑罚整体偏轻。这导致对本罪的一般预防效果较差。

二、收买被拐卖的妇女罪罪质的

正本清源

上述司法现状和实践困局的分析仅表明车浩教授所言的《刑法》第 241 条的立法设计在实践中难以奏效，但只是由果析因。罪刑相适应才是对应加重收买行为罪责的根本原因。刑法不仅要确定什么是犯罪，还要对被认定为是犯罪的行为根据一定的标准设置相应的法定刑，这道标准就是行为的社会危害性。不仅要在司法方面实现罪责刑相适应，更要在立法方面直截了当地实现收买拐卖妇女的罪刑相适应。修改刑罚设置和加强执法并非一道选择题，而同是答案。短期内需要加强执法和司法，而从长远计，配置合理的刑罚才是改变收买陋习和愚昧观念，实现罪刑相适应的根本之道。

本罪的刑罚是否需要提高，根本上取决于本罪的社会危害性。犯罪的社会危害性实质上是对法益的侵犯性。笔者认为，从其对被害妇女个人的人格尊严以及对妇女群体尊严的危害出发，收买被拐卖的妇女罪具有严重社会危害性。收买被拐卖的妇女罪在实质上属于重罪而非轻罪，提高其法定刑不仅不是重刑主义，而是出于罪刑相适应的要求。如黎敏教授所言，收买行为本身具有极大的社会危害性，其本身的罪质已经非常独特，罪恶性非常深重。立法不能给价值相对主义留有任何余地，而应通过严厉的刑罚配置表明态度。

（一）收买被拐卖的妇女罪的法益争论

有关收买被拐卖的妇女罪的保护法益存在不同观点，主要有几类：（1）妇女的人身自由；（2）妇女的人格尊严和人身自由；（3）人身不受买卖的权利；（4）妇女的人格尊严、人身自由及家庭稳定；（5）双重法益说，本罪不仅侵犯个人法益，妇女的人格尊严，还侵犯人类意义上的人性尊严这种超个人法益。上述观点所涉及的内容，会因收买行为受到侵害而被实践所证明，但犯罪会现实侵犯的法益不等同于该罪名所保护的法益。上述观点中，除了第四种观点中的家庭稳定外，其余的人身自由、人格尊严及人身不受买卖权利均属于人身权利，其中人身不受买卖的权利也是人格尊严的一种具体表现形式。

第四种观点中的家庭稳定论，第一种、第二种及第四种观点中的人身自由论都有不合理之处。从结果上讲，妇女作为家庭的重要组成人员，收买行为的确会破坏其原家庭的完整和安宁，造成不可逆转的伤害，但这种伤害是收买的结果造成的，犯罪所带来的后果不能等同于其所侵害的法益；并且家庭稳定不具有被收买行为侵害的必然性，难以包含被收买人没有家庭的情况。

同时，人身自由论也不能反映本罪的本质。首先，人身自由包含认识性和意志性，前者指需认识到自己人身被控制的事实，后者指人能够控制或者支配自己的身体和行动，而成立收买行为并不考虑妇女当时的认识和意志，将人身自由作为法益也无法覆盖妇女精神能力有缺陷无法认识以及自愿出卖自己的情形，而无法认识或自愿出卖并不影响本罪的成立。而且，将人身自由作为本罪的保护法益也与刑法条文数罪并罚的设计不符，会导致重复评价。因此，人身自由不宜作为本罪的法益。将人身不受买卖的权利作为本罪的保护法益也有不妥之处。

人身不受买卖的确能够揭示收买行为的商品化本质，保护人的人格尊严，但人身不受买卖更多的是一种政策性的通俗宣告，而非一种规范性的基本权利表述，其内涵可以被人格尊严这项基本权利包含。但是，双重法益说中的人性尊严论有过于泛化本罪保护法益之嫌。首先，从个人到社会角度来讲，收买被拐卖妇女是对妇女的物化，除了侵害被害妇女的人格尊严外，其所侵犯的群体尊严更精准来说应该全体妇女的尊严。其次，人类的人性尊严范围太过宽泛，收买物化女性会侵犯人性尊严，故意杀人是对生命的蔑视也会侵犯人性尊严。从这一意义上讲，所有侵犯人身的犯罪都会侵犯人性尊严，将宽泛的人性尊严作为法益会影响法益的立法指导意义。因此，将人性尊严作为本罪的保护法益并不妥当。相较于人性尊严，妇女的群体尊严更有针对性和具体性，更具有立法和司法指导意义，因为部分人身犯罪仅直接侵犯某个群体的尊严。

（二）人格尊严说之确证

笔者认为，将人格尊严作为本罪的保护法益更能揭示本罪的犯罪特征和奴役本质，收买本质上是将人物化的行为，是对妇女独立人格和人格尊严的践踏。犯罪的本质是侵害法益，刑法的任务和目的是保护各种重大法益。将人格尊严作为本罪的保护法益能够揭示收买罪行的本质，即收买将妇女作为商品，是对妇女的奴役。收买不只是一个金钱交易行为，即使将妇女所受的身心伤害归咎于收买后的重罪行为，将妇女自由的丧失归咎于拐卖行为，仅收买一个行为就严重侵犯妇女的人格尊严。收买行为使妇女被冠以了商品属性，从独立自由、有

人格尊严的人变成了可以被金钱衡量的物，用“买卖”和“金钱交易”来形容这种犯罪行为，是对其奴役本质的掩盖。这种罪恶深重的罪行必须配置以较高的刑罚，才能与其社会危害性相匹配，实现罪刑相适应。

轻罪观点持有者认为收买人收买时，被害人就已经被拐卖，收买之后的行为可以用其他罪名规制，收买本身的人身危险性不大，对妇女生命权和健康权的侵害微乎其微。车浩教授认为，剥离了后续的重罪行为后，独立评价收买行为本身仅是一个金钱交易行为，并且，被拐女性的意志自由并非在收买环节才丧失，而是在被拐环节就已失去。不可否认，拐卖行为的危害性确实比收买行为严重得多，妇女的人身自由的确在被拐环节就已丧失，但收买人明知妇女是被拐卖的，仍从拐卖人处继受了妇女的被剥削状态，继续对妇女进行剥削奴役，收买的“收”就是一种转移控制，在对妇女的奴役上，收买方与拐卖方的罪恶是相同的，收买行为本身就具有严重危害性。

将人格尊严作为本罪的法益也能与国际价值达成一致。对本罪的法益以及对收买危害性的认识均应尽量与国际公认的价值理念接轨。《联合国禁止贩运人口议定书》及《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于防止、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》已揭示了收买人口的奴役本质以及对其的严禁立场。我国于 2009 年已加入该议定书，将人格尊严作为本罪法益更符合国际精神。此外，有关本罪的罪刑不相适应也有域外横向对比的依据。我国澳门地区刑法的“使人为奴隶罪”的刑罚为 10-20 年徒刑。日本刑法典将人身买卖罪的本质视为是对人格尊严的严重侵害，处 3 个月以上 5 年以下惩役，并对以营利、猥亵、结婚为目的而收买的，处 1 年以上 10 年以下惩役。德国刑法典对收买设置的法定刑为 6 个月以上 10 年以下自由刑。意大利刑法典将收买人口视为侵犯人格的犯罪，法定刑更高，为 8 年至 20 年有期徒刑。澳大利亚将购买人口和贩卖人口均视为奴役，列入反人道罪，处 25 年监禁。可见，其他国家针对收买罪刑的法定最低刑和最高刑均高于我国，且均为徒刑；我国最高刑为 3 年有期徒刑的刑罚设置较轻。

（三）双重法益说之提倡

法益保护原则不仅是刑事立法的基本指导原理，还是立法者设定个罪之处罚边界的衡量标准。本文认为，收买被拐卖的妇女确实会侵犯双重法益，第一重为个人法益，即被害妇女的人格尊严；第二重法益为超个人法益。超个人法益不依附于个人法益，而是刑法基于社会观念和社会本位对国家与社会等抽象层面利益的保护。其应反映法益本质，即以人的利益为中心。同时它还必须是社会生活所必须的现实条件，对其损害会长远地危害社会发展和公民生活。

此处的第二重法益即为生活在社会中的同一群体的所有成员的尊严，该群体应是全体妇女。尊严不仅强调所有个人的价值，也强调每个群体的价值，所有的个人和群体都应受到尊重。买卖妇女侵犯的不只是被害妇女本身，其本质上是对妇女的物化，是对妇女尊严这种群体尊严的严重侵犯，会破坏性别平等秩序。性别平等意味着男性、女性和其他性别人群在人格、尊严和价值上的平等，而收买妇女会创造并维持一种妇女是可以被物化的、妇女人格不被人尊重的社会氛围，是对妇女尊严的贬低，会对性别平等秩序造成冲击，影响妇女生活和社会长足发展。因此，将妇女尊严也作为本罪的保护法益，采取双重法益说更能揭示本罪的犯罪本质和社会危害性，又符合宪法精神和国际价值理念。同时，将妇女尊严而非人类尊严作为本罪的第二重法益也更具实践意义。

与拐卖妇女相同，收买妇女本质上是对妇女的物化和奴役，带有奴隶制色彩，阿马尔和维达尔斯基将奴隶制定义为支配的、降低人格的和从属的权利关系，在这种关系中尊严受损的是全体女性。犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该更强有力，这就需要刑罚与犯罪相对称。人口买卖犯罪将妇女冠以商品属性，具有双重的法益侵害性，现有的刑罚设置与罪质显然不对称。对比同样会侵犯妇女群体尊严的强奸罪的法定刑和量刑设置，本罪的法定刑偏轻，目前的刑罚配置难以实现罪刑相适应。

行为的社会危害性是确定法定刑的首要标准。犯罪对社会的危害是衡量犯罪的真正标尺。罪刑相适应不仅是刑事立法和司法的基本要求，也是人们的情感需求，是正义原则在罪刑关系的体现。行为危害性大而法定刑轻，不仅是对正义的破坏，也是对不法行为的鼓励。结合本罪对被害妇女个体以及对整个妇女群体的侵害，收买行为本身就具有严重的社会危害性，目前的刑罚设置难以实现罪刑相适应。

三、提高收买罪行刑罚的治理效益

上文已经论述了收买行为的严重的社会危害性，目前的刑罚设置与其社会危害性明显不相适应。罪刑相适应原理不仅具有立法指导功能，内含的公平正义价值更是社会对法的认可因素。其作用会体现在社会治理效果中。随着经济和文化的发展，主流社会已经认可收买行为罪恶深重这一社会文明观念，这一变化需要得到立法的及时承认。而部分群体相对主流社会文明观念的价值偏差，也需要立法的及时纠正。回应社会文明观念、矫正群体价值偏差也是罪刑相适应的刑罚立法所能带来的社会治理效益。

（一）回应文明社会观念

拐卖人口在中国有着复杂的历史和经济原因。过去，经济和文化落后地区，重男轻女及传宗接代等思想极度盛行，影响着人们的生活方式和思维方式。但我国四十多年经济文化的迅速发展，社交媒体兴起，人权意识和女性意识崛起，有关人口买卖、“买媳妇”及传宗接代的社会观念已经被时代逐步鄙弃。从立法学角度来看，犯罪就是违反依据特定社会的文化观念所确立的行为基准的行为。正是因为特定社会物质生活条件下的社会文化观念不同，各个社会时期人们的行为基准会发生变化，这些行为基准则进一步被确定成为刑法所保护的对象。有关收买及其罪恶的观念已经发生变化，妇女人格尊严不可侵犯、不可物化、不可买卖，已是现代社会的文明共识。罪刑相适应是刑法功能实现的重要渠道，其作用会体现在社会效果中。社会观念发生重大变化后，罪刑不相适应的刑罚设置会使得刑罚效果违反国民预期，从而影响刑罚的公正性、威慑性及预防性价值。

将妇女视为商品已经触犯了新时代的文明社会共识，我国《宪法》第 33 条、第 37 条及第 38 条规定了人的平等、自由和尊严不可侵犯，《妇女权益保障法》也规定要消除对妇女一切形式的歧视。在国内价值和国际价值双层上，收买行为的剥削和奴役本质已深入到社会文化观念中。国务院办公厅印发的《中国反对拐卖人口行动计划（2021-2030 年）》中也表明要加强对人口拐卖“买方市场”的打击。丰县事件的社会反响就已证实收买被拐卖的妇女的恶性在社会文化观念中已变得越来越严重，严重触犯了现有的社会秩序，收买行为目前三年以下有期徒刑的最高法定刑设置已经不符合当前的社会观念。刑法必须回应社会，罪刑相适应必须符合国民普遍认同的道理。本罪的刑罚应随之提高，实现社会观念中的罪刑相适应，回应社会观念的变化需求，这也是刑事立法学的要求。

（二）矫正群体价值偏差

收买被拐卖的妇女罪的刑罚是否应提高关乎价值判断和道德论证，而价值判断是定罪量刑的前提，必须承认妇女人格尊严神圣不可侵犯的道德原则和人不能被奴役的核心价值理念。而本罪的刑罚不仅难以满足罪刑相适应的需要，还会对收买方、执法和司法方以及社会观念造成错误的价值引导。法的价值指向人与社会，法只有满足了人与社会对于公平正义的需求，人们才会产生对法的价值的整体认同，这同时也是罪刑相适应原理所体现的价值内涵。

回顾我国有关人口买卖的立法史，1979 年刑法确立了拐卖人口罪，1997 年刑法增设收买被拐卖妇女儿童罪名，2015《刑法修正案（九）》则将收买行为一律入罪，并出台相应司法解释，实际上已经形成了对收买行为的全面禁止。但将拐卖罪责和收买罪责严重区别对待，对收买罪较低的法定刑配置，仍然发出了错误的价值信号，而这些错误的信号在收买人，社会公众以及执法司法方面都造成不好的引导。

从收买人和社会公众角度而言，现行刑法对本的设置的法定刑较低，再加之即使进入司法程序，收买人被判处的也只是轻刑。公众和收买人会收到错误的价值观念，即收买不是重罪，不会受到严重刑罚处罚。收买人认为收买没有多大罪恶，甚至觉得“收买无罪”，也不会意识到后续行为的罪恶。在判决中，“只是和买来的媳妇睡觉”等类表述比比皆是，律师也会用此来辩解收买人的主观恶性和行为危害性。在案例中，可以看到大量的收买人与被害人已办理结婚登记、为被害人更改姓名及办理户口的事实，这些工作人员往往是知道妇女是收买而来的，正是因为收买行为的刑罚较低，所以帮忙办理成本也较低。加重收买行为的刑罚，不仅可以沉重打击收买人；也能使相关人员认识到收买的深恶罪质，有效遏制与此相关的链条行为。

执法不严和法院方的问题也来源于此，刑法对收买行为配置轻刑，执法和司法部门对收买的危害性认识不足，认为本罪是一个轻罪。例如（2018）皖 13 刑初 20 号案中，被告人 4 个月内先后收买了 3 名妇女，法院对其收买之罪仅判处 2 年有期徒刑。再例如第一部分的几例免予刑事处罚的案例，对犯罪情节轻微的判定。此类

案件的较高的缓刑适用率也可由此得到解释。可见，法院对收买妇女的社会危害性存在认识错误。从这个意义上讲，提高刑罚可以矫正执法和司法部门的错误认知，促进执法力度，纠正基层司法实践，促使法院审慎地进行犯罪情节和社会危害性的判断，从严、慎重适用缓刑。

不可否认，收买问题来源于区域经济发展问题及愚昧落后的观念，需要长期教化。在立法上提高法定刑来进行价值宣告，向公众传递收买是重罪的信息，能起到一定的威慑效果，长远上达到移风易俗的无形教化功能。对妇女的保护程度，体现社会的文明进步程度。丰县的案例之所以引发公众愤慨，是因为人们难以想象在 21 世纪还有如此惊世骇俗的恶行，认为《刑法》第 241 条目前的刑罚设置脱离社会现实和正义理念。广州孙志刚事件，促使我国废止收容制度。南京张明宝醉驾事件，促使我国醉驾入刑。丰县八孩母亲案也正是一个契机，正视刑罚设计缺陷所带来的实践困局和错误价值导向，提高本罪的法定刑进行价值纠偏。

四、解决收买罪刑失衡的应然路径

上述论述已经表明了收买罪行的严重危害性，以及提高其法定刑能带来的社会治理效益。本罪的法定刑设置的确偏轻，但“买卖同罪”的呼吁也并不可取，从社会危害性来说，拐卖的危害要比收买严重得多。法定刑配置只有在能够维持刑罚与罪行和罪过之间大致的平衡、能够在最弱意义上实现报应时才具有正当性。完善本罪的法定刑设置，应遵守罪刑相适应原理，准确评价本罪的社会危害性，并结合宽严相济的刑事政策设计立法路径。

（一）取消管制

通过对比世界上约 15 个国家或地区刑法中有关“收买人口”法定刑的规定，虽然规定各不相同，但总体上有一个共同点，即设置的法定刑均为徒刑。对于人口买卖的严重危害性，国际已达成普遍共识，即人口买卖是重罪。管制为我国最轻的主刑，适用于社会危害性及人身危险性均较小的犯罪，难以评价本罪的深恶罪质。并且，在取消管制的情况下，仍然存在缓刑适用空间，对于罪行轻微被判处 3 年以下有期徒刑或拘役的犯罪分子，仍可通过缓刑来实现宽严相济。

对于拘役是否要取消，笔者认为不需要。对比社会危害性相当的拐骗儿童罪和同样会侵害妇女尊严的强制猥亵、侮辱罪，两罪的法定刑设置均为 5 年以下有期徒刑或拘役，保留本罪的拘役刑也能保持刑法体系的协调性。同时，也是基于法律修改对司法的实际作用的考虑，尊重社会观念的“粘滞效应问题”（Sticky Norms Problem）。法律修改应遵循循序渐进，大幅度提升刑罚的严厉程度可能会产生相反效果，循序渐进地引导司法者和公民才能达到最终消除落后社会观念的效果。因此，在取消管制的情况下，不宜再取消拘役。

（二）适当提高法定刑上限

前文已论述，本罪的法定刑偏低，最高刑为 3 年有期徒刑的设置难以实现罪刑相适应。一般认为，法定刑为 3 年以下有期徒刑的犯罪为轻罪。因此，应适当提高本罪的法定刑上限。从域外对比可见，外国有关收买人口的法定刑最高刑均高于 3 年，且除日本刑法为 5 年外，其余均为 10 年或以上。我国的拐卖人口罪的基本刑为 5 年以上、10 年以下有期徒刑，拐卖比收买的危害性要严重得多。收买的法定刑最高刑不宜提升至与拐卖相同，否则也是对罪刑相适应的违背，也《刑法》第 241 条立法设计不符。

具体的提升幅度可以通过收买被拐卖的妇女罪、收买被拐卖的儿童罪、拐骗儿童罪（5 年以下或拘役）与拐卖妇女、儿童罪的类比，和与同样会侵犯妇女群体尊严的强奸罪（3 年以上 10 年以下）、强制猥亵侮辱罪（5 年以下或拘役）的类比两条类比路径来设计。前一路径中，与拐卖妇女、儿童相比，拐骗儿童缺少出卖目的，危害性小于拐卖儿童。收买被拐卖的儿童与拐卖儿童相比，危害性是相当的，都会使儿童脱离原生家庭，给儿童及其家庭带来伤害，将收买被拐儿童的法定刑提升至同一水平也并无不妥。收买妇女与收买儿童位于同一法条中，且被收买的儿童不会遭受后续恶行。因此，可以考虑将收买被拐妇女的法定刑提升至 5 年有期徒刑。后一路径中，强制猥亵侮辱妇女以及强奸都会危害妇女群体尊严，参照其法定刑也有一定的参考意义。强奸会侵害妇女的人身安全，其危害性要高于收买被拐妇女，但强制猥亵妇女的法定刑高于将妇女视为商品收买奴役也不符合国民情感。因此，可将收买被拐妇女的法定刑上限提升至 5 年。

这里需要提到车浩教授所讲的“善意收买者”，车教授认为目前的刑罚设置可以给善意收买者留下回旋空间。首先，在现实中是不存在“舒尔茨医生”式的善意收买者的，现实中的“善意”往往是想让妇女为自己生育，而非出于解救其的想法；其次，倘若真的存在此类善意，也可以在违法阻却事由层面出罪处理，这与本罪的法定刑设置无涉。

关于本罪下限的是否需要提高，本文认为不宜提高，以留有轻刑余地。这既是宽严相济刑事政策的需要，也是基于现实因素的考量，同时也是上述循序渐进推进的需要。充分考虑行为的社会危害性的法定刑配置，因为符合罪刑均衡的基本要求和报应的需要而具有道义公正的基础；而同时兼顾行为人的人身危险性的法定刑配置由于契合于刑罚目的观念而具有刑事政策上的必要性。法定刑的设置需要报应和预防的双重考量，收买人在收买妇女后往往就达成了娶妻生子的目的，不会有再犯可能性，人身危险性较低，也可为存在善意对待情节的情形留下轻刑空间。在取消管制及拘役的情况下，不宜再提高下限，保留轻刑适用余地，也存在适用缓刑的空间。

结语

每份判决书所记载的都是血淋淋的事实，是对妇女尊严和人类尊严的严重践踏，性别平等与妇女发展是人类追求公平、正义与平等的永恒主题，是社会文明进步的衡量尺度。收买对被害妇女的人格尊严和妇女群体尊严具有严重危害性，现有法定刑难以实现罪刑相适应。即便抛却刑法万能的迷思，在收买被拐卖妇女罪上，最能反映其社会危害性，回应社会文化观念变化，回应价值需求的，还是反映在《刑法》第 241 条的修改和落实执行上。

不可否认，在刑罚修改和长久的发展教育发挥功能之前，近期依赖的还是执法力度的提升和司法观念的改变，包括对严禁人口买卖刑事政策的贯彻，数罪并罚的认定，缓刑的慎重适用等。先进技术已应用于打击拐卖犯罪，基层执政力量也较之前加强，民间对买方无罪的法律认识错误也正在逐渐消除，现在正是调整刑罚立法的时机。现状的改善不能仅仅依赖立法，执法力度和司法质量的提升，长期的教育改化以及对善后安置等多方位协同发力才是解决收买问题，维护妇女尊严及人类尊严的根本之计，但执法司法以及愚昧陋习的改变均需要合理的刑罚配置来奠定价值基调和指明方向。

龚红卫：日本防治拐卖儿童行为的犯罪学启示

2022-07-22　青少年犯罪问题编辑部
https://mp.weixin.qq.com/s/ljKfl5Ld_dTqIgRYHn3nzA

作者：

龚红卫，天津社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士

来源：《青少年犯罪问题》2022 年第 4 期

由于篇幅所限，刊物在此推送未加注释版本，请广大读者前往中国知网下载全文阅读

【内容摘要】日本在防治拐卖儿童方面卓有成效，其在宏观、中观层面有许多经验做法值得总结，表现为：对儿童的法律保护体系严密；注重发挥社会组织的重要作用，重视科技手段在情境预防中的运用；讲究协同共治，发挥国家、社会、公民等主体的共同合力；构建严密的保护机制，促进社会安全感和国民整体安全感不断增强。从犯罪学视角来看，其中蕴含着诸多启示，即最好的社会政策就是最好的刑事政策；要树立预防为先的理念，重心放在“防拐”而不是“打拐”上；要注重多元主体之间的合作；要关注拐卖儿童现象的生成规律，加强其源头治理和系统治理。

【关键词】防治拐卖儿童　合作共治　系统治理　科技反拐　中国打击拐卖人口方案

一、问题的提出

防治拐卖儿童是全世界各个国家都要面临的一个棘手问题，即使是在治安环境很好的日本也同样备受重视。在日本有一个备受瞩目的现象，就是大多数孩子都是自己上下学，不用父母专门接送，其国民安全感较高，在防治拐卖儿童方面有一些可圈可点的做法，值得我们进一步研究和探讨其在防治拐卖儿童方面的犯罪学启示。

我国有关拐卖儿童案件的官方立案统计数量及司法案例统计数据相较于日本而言，绝对数上是要多很多（参见图 1 和表 1）。其中据公安机关受理立案的拐卖妇女儿童罪案件数（我国拐卖妇女儿童罪是个选择性罪名，所以在官方统计中是将拐卖妇女罪和拐卖儿童罪放在一起的，没有进行分离）显示，2004-2018 年间也是有过起伏的，但整体呈上升趋势，并在 2013 年有过剧烈的上升（参见图 1）；国务院妇女儿童工作委员会的数据显示，公安机关针对拐卖妇女儿童案件的立案数在 2012 年达 18532 件，同年被侦破的仅为 3152 件，2012 年拐卖妇女儿童案的破案率仅为 17%。这一数据，远低于国内年均 40%左右的刑事案件破案率。这一点也可以从我国近十多年有关拐卖妇女、儿童罪的司法案例数据统计数量上看出（参见表 1），能够纳入司法案例数据库进行统计的都是进入了司法程序的，可以视为被侦破的案件，其司法案例较多的年份主要集中在 2014-2018 年，但相较于公安机关的受理立案数而言，还是相差甚远。

对比日本的拐卖儿童案发数，在绝对数上我国的拐卖儿童的案发数确实要高出许多，但如果从总人口的比率来看相对数的话，需要正视日本的总人口数只占中国总人口数的约 9.14%这一客观事实。粗略地将拐卖妇女、儿童罪一分为二，以 2017 年为例，日本拐卖儿童的案发数也确实要比中国拐卖儿童发案数要低（参见图 1 和表 2）。而拐卖儿童行为的案发数和侦破率是可以直观地呈现出防治拐卖儿童现象的事前和事后措施是否得力的两个数据，继而会影响到儿童和父母的安全感。基于此，我们有必要从犯罪学的视角对日本防治拐卖儿童行为的一系列做法进行探讨和总结。

二、日本防治拐卖儿童行为的现状

日本防治拐卖儿童行为的现状、主要做法的经验总结等方面着手，探讨日本在防治拐卖儿童行为方面的犯罪学启示，以期对我国和其他国家进一步提升防治拐卖儿童行为的效率和指数有所帮助，进一步提升未成年人的父母和整体国民在监护儿童方面的安全感。日本 2004-2012 年的人口总数为 1.28 亿，2013-2018 年的人口总数为 1.27 亿。从 2004 年至 2017 年，日本警察厅统计拐卖 13 周岁以下儿童案件的案发数量整体是呈减少趋势的，虽然在 2014 年曾经有过短暂的上升（参见表 2）。从 2009 年至 2019 年，日本法务省统计咨询买卖人口案件的数量整体也是呈减少趋势的，虽然在 2010-2016 年曾经有过起伏性的上升下降（参见表 3）。其中，日本法务省咨询买卖人口案件中 2011 年、2015 年各受理过一件，将这两件计入案发数中，也并不会对同年整体拐卖儿童的案发率产生数据变动上的影响。

从表 2 可以看出，日本也是存在拐卖儿童现象发生的，只是这种现象出现的几率较小。日本法务省作为负责管理司法系统、惩教署、刑事起诉、改造罪犯和国家相关的诉讼机构等，从表 3 中可以看出日本的买卖人口案件进入司法程序的数量确实很少。因为 2005 年日本修改刑法后将人口贩卖与诱拐视为同罪，所以法务省统计的咨询买卖人口案件中的数量其实并不全是拐卖儿童案件数。这至少可以说明一点：日本的确存在拐卖儿童的行为发生，但是这些案件一旦报警，很容易侦破，且绝大多数是可以在短时间内将被诱拐的儿童寻回的。有一种民间说法认为，日本诱拐儿童事件的找回率是 98%，目前对该说法还不能找到确切的论据，但是结合表 2 和表 3，以 2013 年、2014 年、2017 年为例很保守地估算一下，找回率最低的是 2013 年，约为 90.4%，这个保守估算的比例是逐年升高的，2017 年的找回率达到了约 91.6%。

三、日本防治拐卖儿童行为的经验总结

从日本拐卖儿童现象的整体现状来看，其在防治拐卖儿童行为方面是卓有成效的。从宏观、中观、微观层面而言，日本在防治拐卖儿童行为方面，是有经验可循的，如宏观上注重系统性的防治，中观层面注重社会不同主体的共同参与和发力，以及相应监护机制、法律体系的完备，微观层面注重科技手段在防控中的具体应用。

（一）对儿童的法律保护体系完备且严密

1. 在法律上确立儿童最大利益保护原则。儿童最大利益原则最早是在 1959 年的《儿童权利宣言》中被确认为保护儿童权利的国际性指导原则，而作为确立儿童最大利益原则的里程碑事件则是 1989 年《儿童权利公约》的颁布和施行。该公约第 3 条第 1 款明确规定：“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。”儿童最大利益原则是公约最主要的原则，也是一个具有普遍性意义的原则，各缔约国政府必须通过一些可能的方式在具体的道德、文化、宗教传统中蕴含“相对适用标准”以促进儿童权益最大化的实现，同时将其转化为国内法才具有可操作性。

日本民法中称“监护”为“后见”，这是带有国家福利性质的。日本虽然有完备的亲权体系，但在民法中确立了子女最佳利益原则，摒弃了父母对子女身份上的绝对支配与控制，弱化了未成年子女对父母人身的绝对依附，同时强调国家在亲权方面的责任与义务，这是立法本位已发生了根本转变。日本《民法》最新修正案于 2022 年 4 月 1 日生效，其将日本成人年龄正式由 20 岁下调至 18 岁。依据该修正案，年满 18 岁即可独立签订信用卡办理、投资、消费等涉及财务的合同，但吸烟、饮酒、参与公营赌博等仍需年满 20 岁。这也是国内法律向国际标准调整的表现，通过对未成年人的扩大赋权和赋能进一步弱化其对父母的人身和财产上的依附，更好地践行对未成年人利益的最大保护原则。日本民法典采取的是亲权与监护并行的立法模式，在没有行使亲权者或者未监护人的情况下，日本法律规定由儿童福祉设施长对儿童行使亲权。现行的亲权含义主要是通过规定对未成年子女在人身及财产方面的权利与义务来实现父母对子女的照顾、教养、保护和监督。日本对儿童福利事业的完善走的是一条渐进式的发展道路，即从“补救型”逐渐转变到“普惠型”。如《日本民法典》第 766 条规定，当父母协议离婚时，应当以协议来确定子女的监护人和其他监护的必要事项，不能达成确定监护人的协议的，由家庭法院来确定；根据未成年子女利益最大原则，家庭法院也可变更未成年子女的监护人。2012 年日本《民法修正案》规定，针对临时看护或者养父母委托看护的儿童，由儿童咨询所所长在亲权者恢复行使亲权期间代为行使亲权。其中，儿童咨询所是日本政府于 1997 年对《儿童福利法》做大幅度修改时，强调要超越“保护、救助”的观念而建立起来的，同时建立的还有“儿童家庭支援中心”。除此之外，日本政府为调查、审议儿童、孕妇以及智障者的福利情况还专门设立了中央儿童福利理事会，地方都、道、府、县也设立都道府县儿童福利理事会，市、镇、村以及特别行政区为配合行政机构事务，也设立了相应的儿童福利理事会。可见，日本不仅在民法中确立了儿童最大利益原则，强调父母和国家在亲权方面的责任，而且在专门的《儿童福利法》中也进一步要求政府以具体政策和福利设施践行这一原则。同时，日本学者中也有观点认为，国家应该制定《学校事故无过失的国家赔偿法》，即在事故发生后，不需要对学校、教师一方的过失进行举证，便可以得到赔偿。可见，日本学界对儿童最大利益原则的适用也延伸至学校，倾向通过法律规定来赋予学校责任，且意图确立无过错责任归责原则以期促进儿童利益最大化的实现。

2. 严密的体系化法律规范为儿童福利政策提供硬性保障。日本不靠严刑峻法，儿童福利政策却首屈一指，主要依赖完备而严密的法律规范体系为儿童福利政策提供硬性保障。

一是日本 1947 年颁布的《儿童福利法》为儿童福利政策的顶层设计提供专门的法律保障。日本儿童福利政策制定时，日本正处于战后混乱期，当时主要将重点放在解决大量的孤儿与流浪儿童的安置问题上，关注的仍是以家庭为核心的儿童福利政策，这主要是因为当时顶层有关儿童保护的观念中还未萌发儿童权利及最大儿童利益保护的意识。但是，实践中日本企业界因受“男主外女主内”家庭结构模式的影响，特别重视员工的忠诚度和归属感，将员工乃至其家人视为企业的必要组成部分，由此将提供儿童福利作为日本企业员工待遇的一部分，故而日本企业界承担着儿童福利责任。

二是日本相关专门法律修订时对负责儿童福利的机构、职责权限以及可采取的福利措施予以了明确规定。日本的《儿童福利法》有鲜明的制度特色就是确定了一个职责明确、层级清晰的儿童福利行政组织，重视儿童休闲娱乐等权利保护，确立了以儿童自立、自护为指向的福利政策理念。日本政府据此设置了儿童福利司，主要职责在于根据儿童咨询所所长的命令，致力于增进儿童的福利，如接受有关儿童保护及其他儿童福利相关事项的咨询，并给予相关专业性问题的技术指导等。

三是日本未成年人保护立法的理念比较先进，规范比较细密，法律体系比较完备。在具体法律设置上呈体系化，从法律规范上为儿童福利政策提供硬性保障。日本对未成年人保护形成了以《儿童福利法》《教育基本法》《少年法》《民法典》《刑法》等部门法为主的体系化法律保障。在整个法律体系中，刑法真正属于保障法，在日本即使再严重的犯罪，其刑事立法都尽量考虑适用缓刑的可能性，说明刑法适用极其克制。日本刑法的自我克制源自其日本家族或是地域社会中统治强大的日本文化，这决定了整个日本社会对刑法的依赖程度远没有西欧那般强烈。日本《刑法》第 177 条规定：“以暴行或者胁迫奸淫 13 岁以上的女子的，是强奸罪，处两年以上有期惩役；奸淫未满 13 周岁的女子的，亦同。”由此可见，日本《刑法》将奸淫幼女行为视为强奸罪的一种表现形式，处罚与强奸罪相同，并不存在奸淫幼女罪这一独立罪名。《日本改正刑法草案》与日本现行《刑法》有所不同，它单独设立了奸淫幼女罪，对采用暴力、胁迫等普通强奸罪的手段奸淫幼女的定强奸罪，只有不采用普通强奸罪的手段奸淫幼女的才定奸淫幼女罪，从中可以看出，该草案对奸淫幼女行为的否定性评价本质上同普通强奸罪相比并无改变。2004 年以前的日本刑法中只有略取、诱拐罪，即“略诱及和诱之罪”，略诱是指以强暴、威胁为手段拐卖他人的行为；和诱是指以欺骗或诱惑等非暴力手段拐骗他人的行为。涉及略取、诱拐罪的罪名体系主要有以下具体罪名，分别是：拐取未成年人罪（20 岁之未成年人）、营利拐取罪、勒赎拐诱罪、移送国外拐取罪、以移送国外为目的的买卖人口罪、勒索拐诱预备罪。除此之外，《日本刑法》第 228 条之二还规定，犯勒赎拐诱罪及帮助、收买罪者，若于提起公诉前将被诱拐人释放于安全场所的，减轻处罚，以示对被害人安全的保护。2005 年两次修改刑法典中，增设了人身买卖罪（刑法第 226 条之二），其中包括五项内容：（1）收买人口的，处 3 个月以上 5 年以下惩役；（2）收买未成年人的，处 3 个月以上 7 年以下惩役；（3）以营利，猥亵或者对生命、身体进行加害为目的，收买他人的，处 1 年以上 10 年以下惩役；（4）出卖人口的，处 1 年以上 10 年以下惩役；（5）以移送至所在国外为目的买卖人口的，处 2 年以上惩役。从以上规定可以看出，日本刑法对拐卖儿童罪名的规定相较于我国刑法相关罪名的设置来说，存在着很大的不同：一是内容简单，日本相关规定大概只有我国刑法相关条文的 1/10；二是处罚较轻，日本拐卖儿童的最高刑是十年有期徒刑，而我国对此的处罚可能上至死刑；三是拐养同刑，日本刑法中拐卖儿童的刑期为 10 年以下有期徒刑，收养被拐卖儿童的刑期为 7 年以下有期徒刑，但是我国对拐卖儿童罪的最高刑为死刑，对收养被拐卖儿童的行为可不予追究刑事责任。在这种刑法规范的配置和设置下，以提升违法成本的方式从根本上打击买方市场，这是从治本的角度从拐卖儿童行为存在的逻辑根源进行防治，因此日本成为了亚洲拐卖儿童案件发生率最低的国家。在日本，对于拐卖儿童罪犯的惩罚看似较轻，实践中其实是带有终身性的严厉惩罚。日本拐卖儿童罪犯刑罚执行完毕后即不再是一个拥有基本权利的正常公民，如其将失去购买房子、车子和贷款等各项权利。这意味着触犯拐卖儿童相关罪行的犯罪者将要承担“社会性死亡”的重大后果，这些足以威慑犯罪人或是潜在犯罪人。同时，日本并不倚重于刑法单方面的规制，还主要借助于其他部门法的规定和调节，如日本在《关于禁止不正当侵入网络行为等的法律》《嫖宿儿童及儿童色情禁止法》《关于规制利用网络介绍异性业务引诱儿童行为的法律》等法律中对未成年人的权益保护都有侧重，以防止拐卖未成年人行为的发生。

（二）社会组织发挥重要作用，注重科技手段在情境预防中的运用

日本民法将未满 20 岁视为未成年人，但又规定例外；日本新少年法则将少年年龄规定为所有小于 20 岁者。2022 年 4 月 1 日生效的最新日本《民法》修正案中将未成年人年龄由 20 岁下调至 18 周岁，这是日本时隔 146 年首次在民法中调整成人年龄。因此，日本将未成年人在法律上一直是规定为一个年龄跨度较大的群体。对于这样一个特殊的群体，在对其进行保护过程中，应尤其注重发挥社会组织的重要作用。如 BBS 设立之初，就是发端于 1947 年以同志社、立命馆大学的学生为中心发起的“京都少年保护学生联盟”，

其设立的宗旨就是接受更生保护机关的培训指导，针对在校学生进行法律宣传，防止非法行为的发生等。再如日本有一个叫做家长教师联合会（Parents Teacher Association，简称 PTA）的社会组织，该组织由社区、家庭、学校自发组成，其宗旨是保护儿童权益，具体职责是完善学校的各种软硬件设施，协助并促进学校各项教育制度的落实，为学生过好校园生活创造良好的外部环境。

同时，日本在防治拐卖儿童行为方面还注重情境预防，尤其是在涉及儿童防拐的具体措施设计方面，特别注重科技手段的运用。对所有可能导致拐卖儿童行为发生的关联因素或者影响因子都尽量进行考量，并逐一降低其发生可能性，最终实现从整体上降低发生的概率。这种犯罪预防之技术性因应措施因其所能触及的范围具有可控性和可操作性，故而能将情境预防发挥到极致，虽然最终不能实现对犯罪预防的治本作用，但能够很好地实现对拐卖儿童的治标价值。如学生背书包是特制的，呈方形的“双肩背书包”，通常为黑色或红色，上面常常挂满各种物件，包括反光贴纸、报警器或口哨等。学生双肩书包背带上可由家长安装蜂鸣器，学生遇到纠缠不休的可疑人士时，可通过摁响蜂鸣器引起周围人注意，从而获得外界帮助；最新式样的这种背包还专门用来装 GPS 手机的口袋，手机的 GPS 定位功能与家长手机连通，这样家长可以通过手机把握孩子的定位。学生基本上人手一个口哨，报警器之类的应急求救物品。学生可以佩戴特殊的防范手表，这种手表只有用来联通家长、老师和警察的三个按键，防范手表拥有定位和简单发信功能。学生着装醒目，没有校服的学校会让学生戴上亮黄色的帽子或类似头饰，这提高了其上学放学的安全性。再如大街上易拉环报警器随处可见，易拉环报警器可以发出巨大的报警响声，引起周围人的注意，帮助小朋友求助逃生。这些电子产品大大地降低了儿童被诱拐的风险。又如，日本公共场所的摄像头遍布全国。一旦警方接到报警就会调取监控录像进行追查，将失踪儿童的照片在各地警所及车站内告示栏上贴出，方便全社会合力找回失踪儿童，大大提升儿童失踪案的破案率。

（三）国家、社会、公民等主体共同发挥作用，协同共治

日本每年不足百件的诱拐案件与日本政府和社会各界的努力息息相关。国家、民间志愿者、学校、企业、成年公民等都共同发挥治理主体的社会调节机能，协同守护未成年人的安全。国家层面，除了有立法保护，还有警察等职能主体发挥作用，同时在福利设施上政府也有跟进，如地铁专设女性车辆；学校层面更多地承担了社会责任，《日本国立小学 365 天》中公立学校硬性规定小学生从一年级开始必须自己上下学。上下学属于学校生活的一部分，由学校负责学生上下学途中的保险。实践中，学校为保证学生安全，需制定详尽的通勤规则。从幼儿园开始，老师就教育小朋友一些防范措施，并定期组织防范演习。老师给学生制定了三原则：拒绝、逃跑、不靠近。学校放学后要求学生径直回家，沿途的居民常常会将违反上学放学规则的情况上报给学校，哪怕是轻微小事也不放过。在日本，未成年人尤其是小女孩是日本的重点保护对象，学校和家庭都会进行安全教育，甚至学校作业里有都有相关的安全教育习题。近年来日本诱拐儿童事件时有发生，家长和学校针对孩子的安全问题从能力、技能、技巧多方面着手，提升孩子的防范意识、自我意识、应激能力和逃生技巧等，将安全知识的学习作为日常学习的补充和辅助。如日本小学家长们还专门成立了“父母联合会”，专门定期举办相关安全防范讲座。此外，日本公立小学基本就近入读，规定好上下学的路线，设置专门的通学路，放学时错开离校。志愿者、家长会、警察一起守护其上下学，公众保持高度的警觉意识。另外，国家和地方政府尊重民间自治组织主动发挥作用，承担社会责任。整体而言，国家、社会、学校、家庭等多元主体共同组成了强大的护卫行动团体，以及在儿童失踪后建立起的强大搜救联盟，这在防治拐卖儿童行为中发挥了协同共治的作用。

（四）构建严密的保护体制机制，促进社会安全感和整体国民安全感不断增强

根据日本法务综合研究所的调查（参见表 4、表 5）可知，日本在近 20 年间，国民对犯罪的焦虑感是很低的，保持在 2%左右。这充分说明日本国民的社会安全感是较高的。以未成年人防拐措施为考察对象，主要是由于其构建了严密的保护体制机制，既有法律层面的顶层设计及具体规制，亦有实践层面的保护措施落地与实施，还有各个主体之间的相互配合与严密防护。如地方执法严格、学校的规则严密、包括家长教师会在内的各种组织、公众教育活动以及邻里志愿者等多方结合，织造了一张覆盖上下学学生的周密的安全网络，这种严密的保护体制机制，大大减少了上下学途中儿童被拐事件发生几率。另外，儿童失踪后

及时有效的反应机制和强大的搜救联盟，大大提升了儿童失踪或被拐后的找回率。超低的发案率和极大的找回率，形成了整个防治拐卖儿童行为的有效闭环。最终，这种整体氛围也会形成一种良性循环，更加促进社会安全感和国民安全感的提升。

四、日本防治拐卖儿童行为的犯罪学启示

日本防治拐卖儿童行为的一系列做法体现出了很强的犯罪学思维，这些自觉或是不自觉的策略和措施在很大程度上契合了一些经典的犯罪学观点，如犯罪现象存在饱和原则，犯罪现象存在着动态的规律性，因而“犯罪现象并不是宿命的或人类命中注定的不可改变的命运，而只不过是由其原因所决定的，通过改变其原因的活动可以改变原因的结果本身”等。不同国家因其社会环境因素、人类学因素等存有差异，因而即使是作为全球公敌的拐卖儿童行为，各国发生该现象的具体原因也各有不同。那么，治理拐卖儿童现象的具体防控对策也因此而需各自具有符合国情的针对性特征。但是，日本在防治拐卖儿童行为方面的宏观设计、中观布局中蕴含着诸多犯罪学启示，将犯罪学作为一门学科在犯罪治理中的应有作用发挥得较为充分，这是值得借鉴和学习的。

（一）最好的社会政策就是最好的刑事政策

日本对于儿童权益的法律保障涵盖各个领域和阶段，使得日本虽与其他发达国家在发展中同样经历着其他类似的困境，但却未曾遭受到成年犯罪激增现象的困扰，尤其是儿童遭受拐卖现象不曾出现激增态势，始终保持在一个较为安全的阈值。这得益于日本在创造性地构建能动的预防模式，践行着最好的社会政策就是最好的刑事政策，将法律预防作为兜底预防，其他社会制度视为预防的根本，始终坚持全社会总动员，坚持预防主体全面且多元。这也正如我国犯罪学者张荆教授所言，最好的社会是寻找到最佳平衡点的社会。日本在未成年人防拐及保护方面，就是在社会政策中寻找着最佳平衡点。不单一地依靠法律保护体系甚至主要依赖于刑法保护，而是调动起全社会参与保护的积极性，将国家、社会、学校、家庭等各自的责任明晰，让未成年人始终处于一个被保护的环境中，贯彻儿童利益最大化原则。如前章所述，严密的法律保护体系是基础，多方主体协同共治是根本，科技手段运用是保障，构建严密的保护体制机制以提升社会安全感和国民安全感为宗旨。

以此来观察我国防治拐卖儿童现象，还是有些具体做法值得借鉴的。如有学者建议在对儿童的法律保护中，具体是在刑法中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚配置中应坚持轻刑化的制刑政策，但应取消该罪中的免责条款；在《刑事诉讼法》中设置专门的程序性条款，保护涉未成年人犯罪案件中参与作证的未成年被害人、证人的隐私和身份；等等。针对我国拐卖儿童案件中跨省、区作案增多，作案手段多样化、智能化倾向明显等特点，提出遏制拐卖儿童应堵疏结合：一是健全数据法规，构建防范拐卖儿童的防线；二是修改收养法规，疏通抚养儿童需求渠道；三是完善救助机制，确保救助安置实效。还有很多好的思路和做法，如建议整治买方市场须多维视角，打拐勿忘儿童利益最大化等等，虽然这些宏观原则现在已经在我国《民法典》婚姻家庭编以及《未成年人保护法》中明确规定，但针对这些宏观原则细化出来的具体建议和微观措施都在遵循着“最好的社会政策就是最好的刑事政策”，细微如“需要对新生儿进行指纹采集，录入身份系统，彻底切断婴儿买卖交易”这些可行性的具体措施和方法，目的就是多方位、系统性地重视各个层面的微小措施，注重拐卖现象发生的多因性而不是纠结于归因性，这样致力于减少每一个可能致罪的因素，最终降低整体发案的可能性，从情境预防的角度发力从而达到预防的最佳效果和务实效果。

（二）重心在“防拐”而不是“打拐”，树立预防为先的理念

从日本防治拐卖儿童现象的系统化做法中我们可以发现，日本对于拐卖儿童行为并未施以重刑，日本刑法中规制涉及儿童拐卖的罪名主要是两个，一是营利目的等略取或诱拐罪，表现为违反未满 16 周岁未婚者的意志，非法拐带该对象或致使其被拐带；二是人身买卖罪，表现为以营利、猥亵、结婚或加害为目的，出卖他人（包括儿童）。这两罪的法定刑都是 1-10 年惩役，并没有上升至无期徒刑甚至死刑，但是日本没有依靠严刑峻法却将拐卖儿童现象治理得很有成效，其原因之一可归结于其重心放在“防拐”而不

是“打拐”上，从顶层设计上就树立起了预防为先的思维和理念，不单一地依靠刑法治理拐卖儿童行为，注重其他部门法之间的相互协调与配合。如日本民法强调对儿童利益的最大保护原则，由儿童福祉设施长代表国家对未成年人进行亲权兜底保护。同时，日本政府不允许流浪和乞讨，会为流浪者设置专门的生活保障金。因此，一旦某地出现了乞讨儿童，一定会引起当地警方的高度关注并进行调查，这在一定程度上也会对拐卖儿童的行为产生威慑作用。依靠刑法对拐卖儿童罪设置死刑的打拐方式，从表象上是能够满足对民众情绪上的呼应和安抚，但是反向从更深层次的行为的生成机理和买卖市场的交易逻辑进行思考，单纯设置死刑是对被拐儿童生命权益的置之不理，这样的法律设置并不一定算得上是智慧的法律，因为“是否可以判处死刑”与“一律判处死刑”这是两个完全不同的问题。

而以预防的思维去防治拐卖行为，就会将重点放在事前、事中、事后的各个环节，注重集合力量的共治，惩治就只是其中的一环。这对防治拐卖儿童是有启示的，如要重视拐卖儿童现象发生的背后原因，切断儿童买卖市场的存在才是根本，如完善社会养老体制、加大扶贫力度、调整完善生育政策，从买方市场的动机和需要着手切断买方市场的需求；加强社会治理，如严格户籍和流动人口管理，这是源头治理思维。再如要通过各种措施对儿童进行自我保护意识培训，通过社会力量介入加强社会保护，这是事前预防机制。又如要建立起失踪儿童快速反应机制，案发后第一时间动用相关警务资源和信息平台，快速查找失踪儿童，这是事中预防反应机制。还如建立全国统一的失踪儿童信息平台，加强信息反馈与实时交换，完善失踪和被解救儿童的查询登记制度，切实保障被拐儿童权益；通过加大对拐卖者和收买者的惩治力度，以提高拐卖犯罪的犯罪成本，这是事后预防机制。如此环环相扣，才能最大限度地发挥出预防拐卖儿童行为发生的效能。

（三）防治主体多元而不限于国家，注重多主体之间的合作

日本防治拐卖儿童现象的经验之一就是构建防治主体的多元化，不将防治责任仅局限于国家，不单靠国家层面进行防治，而是注重发挥多元主体之间的合力，注重合作与共治。如日本交通管理部门每年都会举办“交通安全运动会”，期间会安排家长穿上制服，充当交通管理员，负责指挥交通，并且要求每位家长每年至少要参加一次。可见，家长和社区的资源被很好地利用起来，同时跟进“安全巡逻”“儿童 110 之家”等机制建设，整个社会构筑起保护儿童生命安全的蓝盾。这种共建活动只是地方政府、学校、家庭之间实现联动合作的具体表现形式之一，旨在提高全社会儿童安全意识，形成全社会联手保护儿童安全的机制和习惯。再如学校和社区联动，将学生编成按地域划分的“同学小组”，高年级学生会带着低年级学生共同上下学，甚至会有社区家长轮流陪护。如此等等，都是源自社区、家庭、学校之间形成了联手保护孩子的共同理念。在这种备受国家、社会、家庭等多元主体共同爱护和重视的社会环境下成长起来的未成年人，等到他们成长为成年人后，这些曾经受社会和陌生人关爱长大的未成年人又会自然而然地成为关爱下一代未成年人的公民。如此反复，一代代培养起来的良好社会风气就进一步促成了日本良好的社会治安环境。

当前我国救助保护被拐卖儿童的工作模式也是政府主导、公安推动、社会参与、国际合作的多层面救助保护模式，如 2009 年建立的全国 DNA 打拐信息库，就是在整合多方力量，高效推动寻亲打拐，但是中国拐卖儿童破案率仅为 17%。基于此，我国在防治拐卖儿童现象方面，还需进一步加强各主体之间的合作，包括司法合作、扶持和壮大保护和救助儿童的民间组织；引导社会力量积极参与，利用新媒体等工具整合线上线下一切资源，建立失踪人口早期干预和应对机制，加强被拐儿童救助后的保护、康复与权利救济工作，并进一步加强对儿童防拐的事前、事中、事后综合治理力度。

（四）注重拐卖儿童现象的生成规律，加强其源头治理和系统治理

日本防治拐卖儿童现象最显著的特点之一就是注重拐卖儿童现象的生成规律，加强其源头治理和系统治理。如针对日本近年来多发的父母允许的“儿童拐卖”事件，即不同于诱拐和绑架，通常是夫妻离婚时，其中一方父母在没有另一方父母同意的情况下带走孩子，另一方父母再也见不到孩子的情况。针对此，日本学界和实务界就能从事件发生的背景和源头上，提出从民法上确立离婚后实现父母双方共同监护权，从确保儿童利益最大化的立场来根治这一特殊拐卖现象。治理拐卖儿童犯罪不仅是法律问题，更是社会问题。拐卖儿童现象发生的原因是多重的，加强系统治理就要重视分析其系统结构犯罪原因。所谓系统结构犯罪原因论，是指以纵横交错而有机结合在一起的、作用性质和程度不同的、相互影响和作用的引起犯罪的社会因素和个人因素的综合体系来解释犯罪现象产生的理论体系。基于此，不仅要从立法上着手遏制预防，更要寻找其深层次原因，从源头上减少此类犯罪发生，加强其源头治理和系统治理。

针对拐卖儿童现象的治理，我国学者也注重从该现象的生成规律，结合我国客观实际贡献了很多智识，有代表性的观点包括：不能只依靠法律手段、甚至但依靠死刑威慑解决遏制拐来儿童犯罪，需要进行政策调整解决现实难题。如完善儿童收养制度、建立丢失儿童的信息系统等多管齐下；治理拐卖儿童犯罪不仅是法律问题，更是社会问题，除了惩治打击犯罪者之外，还需要对加强对孩子的社会常识教育，建立儿童失踪反应机制，从防拐事前预防和事后打击双方面加强合力；要构建成本—收益模型，深挖其背后的经济动因，从国家—社会—个人三个层面构建防治拐卖儿童犯罪的有效对策，等等。在这些宏观论点的指引下，如何从中观层面构建具体的政策，也产生了诸多有益的见解。如重视买卖市场的存在规律，建议反拐法律与人口政策的制定应充分评估对拐卖犯罪的影响，收养制度的完善将有利于化解买方市场；重视打拐行动的重要性，在法律打击中“买卖同罪”，加强对向犯中的买受一方的打击，但是又不能孤立地依靠法律手段严惩，需要运用更为全面综合的手段预防犯罪；重视边缘性群体的利益考量，针对“买卖”亲生子女的复杂成因，买卖亲生子女在实践中对儿童的影响并非全为负面，以刑罚严厉规制及“强行解救”的应对策略未必符合涉案儿童的实际生活利益，反倒有可能堵塞儿童冠脉问题的潜在疏解管道，要警惕刑法靠前参与社会治理中可能隐含损害法治及社会治理的巨大风险，慎用刑法做一刀切地打击所有“拐卖”行为，这与德国学者拉德布鲁赫的“将法和臆断的或者自称的民众利益等量齐观，就把法治国家变成了非法治国家”的观点契合。在此逻辑思路下，又产生了很多微观方面可圈可点的对策，如建立新生儿生物信息数据库，终身追溯血缘亲属关系。从源头上建立完善追溯的身份识别系统—将新生儿指纹、血型采集纳入初次身份登记必备系统，提高儿童生物识别率，建立全国联网的人口资料库，彻底切断婴儿买卖交易。

余论

拐卖儿童在全球范围内又称为贩卖儿童，将儿童物化为可以买卖和交易的对象本身就是一种违背人伦的绝对之恶，是世界各国联合打击的对象。每个国家针对此都有努力并付诸实践，都在探索适合自己国家的路径。日本在该领域得了突出的成绩，但是我国也同样取得了很大的进步，并不逊于他国，且逐步形成了契合本国客观实际的防治拐卖儿童现象的中国方案。

在此，特别需要说明。一是不能迷信他国的做法和经验，适宜本土的才是最好的。二是各国的经验和做法都是讲究系统性和体系性的，日本做得好的是因为有一系列可以先后承接的前后因果，我们不能断章取义，直接拿来所用，否则容易出现排异反应，要有国际的视野、中国的视角和自己的方案。三是要有制度自信，我们在预防和打拐这一块形成的制度仍旧是先进的，单从拐卖儿童的发案数量来说，我们是多一些，但是我国人口基数本身就大，不能忽视这一事实。从发案数占总人口数的比率而言，我们的比率应该是更低一些的，且而就是大国治理本身就要比小国治理难度更大。另外，对于防拐打拐，我国也做出了很多独一无二的尝试，并收到了很好的成效，如 2021 年 4 月 9 日我国国务院办公厅印发《中国反对拐卖人口行动计划（2021-2030 年）》，要实现有效预防和惩治拐卖人口犯罪，需坚持和完善集预防、打击、救助、安置、康复于一体的反拐工作长效机制，推进法治反拐、协同反拐、科技反拐、全民反拐的工作模式；再如公安部刑侦局发布微电影《团圆行动之我要找到你》，其中建立丢失儿童 DNA 采集，对于拐卖儿童现象的事中事后预防也是效果显著。四是说到自信，如何建立起国民的自信，这点日本做得好一些，日本国民自上而下都体现出自信和安全感。我们打拐、防拐固然重要，需要提上日程，但是不能矫枉过正，因噎废食，各方面强化或是夸大拐卖儿童的事实，让每个人尤其是儿童生活在时刻警惕或是人为形成的不安全

或是恐惧氛围中，这也可能会建构起另一种不安全感氛围，就是一种心理上的不安全感，这对一个国家的发展，尤其是儿童的心理健康而言，也是另一种意义上的威胁。这种威胁将可能导致人与人之间很难建立起一种信任感，而如何回归建立信任关系，形成一种心理上的安全感对一个国家安全感的整体建构又是至关重要的。其实只要准确把握拐卖儿童行为的规律性特征和生成机理，制定科学的犯罪预防对策，它就是可以最大限度地被控制和预防的。同时，我国也是世界上最安全的国家之一，但是要有这种大国自信，这种自信需要一定时间的传导，然后让民众释放出来，形成一种安全感的自信，进而会影响着一代人或几代人的行为方式。五是我国治理拐卖儿童现象的整体效果甚好，但仍不免有些权利覆盖不到的地方，即我们通常所说的边缘性群体的权利保护问题，在防治拐卖儿童现象中应该有一种兼济天下的胸怀，注重边缘性群体防拐意识的培养，给予他们更多的技术性指导措施，实现对其权利保护和福利救济的整体覆盖。最后，凡事要成体系性地做整体性探索，对于犯罪现象或者说是越轨现象的防治，尤其是犯罪学意义上的犯罪行为的防治，一定要跳出刑法规范之外进行思考，不能局限于刑法学规制的条条框框，否则其思路就会受到局限，可能会因此将问题狭隘化，人为地制造壁垒和边界并不利于最好或最大限度地发挥出对某类现象的预防和治理效能。

追寻跨国收养法律冲突解决之路

2022-07-28　武汉大学出版社
https://mp.weixin.qq.com/s/JI_75xfw9Pd50I5G71OfsA

追寻跨国收养法律冲突解决之路

——评《跨国收养法律冲突的解决路径：中国经验与方案》一书

李琼宇

（湖南 长沙，湖南师范大学法学院）

世界各国关于跨国收养问题的立法或公共政策，经常呈现出两种极端的状态，时而宽纵，时而严苛。宽纵之时，法律毫无作为，政策犹似虚文，致使被收养儿童之利益难于保障，因跨国收养引发的国际民事争议频现报端，甚至跨国拐卖儿童之犯罪行为亦屡禁不绝。严苛之时，法律失之呆板，执法者常存偏见，以致跨国收养之路闭塞，潜在的被收养儿童丧失获得更好的生活、教育条件的机会，亦与跨国收养的国际发展趋势相悖。

究其原因，或许与各国国内收养法律制度之间迥然有异，存在明显的法律冲突有关。为保障被收养儿童的生存权益，构建既与国际接轨又符合我国国情的跨国收养良性运行机制，有必要探寻跨国收养法律冲突之解决路径，为我国收养立法和司法实践提供新的思路和方案。蒋新苗教授所著的《跨国收养法律冲突的解决路径：中国经验与方案》一书试图解决前述问题。本书由武汉大学出版社于 2022 年首版，笔者有幸首批阅读本书文稿，现结合阅读体会发表书评如下，以飨诸君。

一、探索与追寻：研究脉络与内容提要

本书以探求解决跨国收养法律冲突问题的最优路径为核心目的，全书共分为六章。其中第一章系从宏观角度对跨国收养法律冲突的历史和现状进行梳理，就跨国收养法律的调整对象和渊源，跨国收养法律冲突产生的客观基础、内在根源和法律冲突外化类型的主要特征进行系统性分析。

一方面，本章运用历史分析方法，在就跨国收养的历史、现状和发展趋势进行总结的基础上，深刻地揭示了跨国收养实践对各国跨国收养立法和公共政策制定所产生的影响。另一方面，本章亦就全书研究的跨国收养法律冲突的类型进行了限定，并运用综合比较的研究方法进行基础性剖析。

本书研究的跨国收养法律冲突外化类型主要包括下述五个方面：跨国收养关系成立地确定的法律冲突、跨国收养当事人应具备的基本要件的法律冲突、跨国收养同意权行使的法律冲突、跨国收养效力的法律冲突和收养关系的解除或撤销的法律冲突。

在提出本书拟研究的核心理论问题之后，本书的第二章和第三章通过个案分析方法，详细梳理了欧洲理事会、美洲国家组织两个国际组织为解决区域性跨国收养法律冲突问题所作出的努力，并重点介绍了1967 年《关于儿童收养的欧洲公约》及修订稿和 1984 年《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》的起草（修订）过程、主要内容、特点和局限性。

前述两个章节是作者探索跨国收养法律冲突解决方案的第一次尝试，在本书中起到了承前启后的作用，即通过总结两个重要区域性跨国收养法律冲突解决方案的成就和缺陷，不仅为进一步论述全球性跨国收养法律冲突解决方案奠定了基础，也为中国方案的提出提供了经验与借鉴。

随即作者将研究视角由区域性视角转为全球性视角。本书第四章以海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》为主要研究对象，重点分析了海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的主要价值、实施过程中存在的主要障碍及其消除对策。

可以明显地感受到，自本章开始，本书的研究内容更加务实，不局限于对公约起草背景和主要内容的介绍，而是更加关注公约在实施过程中存在的客观障碍，并且试图以此为引就我国收养实践中存在的弊病进行剖析和反思。例如，本书在论及跨国收养的从属性原则的遵守问题时，即通过例举大量实例，对我国部分儿童福利机构无视跨国收养的从属性原则，草率拒绝国内符合条件的收养人的收养申请现象进行了批判和思考。

从第五章开始，本书的研究视角由国外逐渐转向国内，开始尝试探讨我国跨国收养法律冲突的解决机制的完善问题。第五章是本书的点睛之笔，是本书前四章进行探讨和论证的目的所在，充分表达了作者在跨国收养法律冲突解决问题上的主要观点，提出了完善我国跨国收养法律冲突解决机制的对策，并试图就跨国收养法律适用条款的构建进行检讨。

本章提出的解决跨国收养法律冲突的对策，主要包括完善跨国收养关系成立实质要件法律适用规范、完善跨国收养关系成立形式要件法律适用规范、完善跨国收养效力法律适用规范、完善跨国收养关系解除法律适用规范、强化海牙跨国收养公约在我国的实施机制五个方面。

第六章则是第五章论述内容的延伸，是作者将学术观点应用于收养实践的探索和尝试。作者试图以点带面，在对我国与德国、瑞士两个欧洲国家收养法律制度进行比较的基础上，对我国与德国、瑞士之间存在的收养法律冲突进行剖析，并提出解决前述法律冲突的具体路径。

二、经验与情怀：研究特点与主要贡献

以往关于跨国收养法律冲突问题的研究成果，或因局限于某一特定问题而缺乏体系性，或混同于其他国际私法研究成果之中而丧失独立性。本书是有关跨国收养法律冲突解决路径的一本系统性研究著作，本书作者长期深耕跨国收养法律问题，本书亦是作者多年研究积累的提炼和总结。

本书参考全球性或区域性解决跨国收养法律冲突的成功经验，结合我国跨国收养实践存在的客观问题，在探究跨国收养法律冲突基本理论的基础上，提出了我国解决跨国收养法律冲突的原则和具体方案，研究成果具有重要的理论价值与实践意义。

本书既为读者提供了详实的研究数据和第一手参考资料，也为我国解决跨国收养法律冲突问题提供了完整的解决方案，更为后来者进一步研究相关理论问题指明了研究趋势与方向。

首先，儿童利益最大化原则贯穿于本书研究的始终，本书字里行间均能体现出作者对被收养儿童利益的关切之情。儿童利益最大化原则是联合国《儿童权利公约》中最重要的核心原则。前述公约第 21 条提出，在所有的寄养和跨国收养过程中，应首先考虑儿童的最大利益，并提出了五项具体要求。前述条款是儿童利益最大化原则在跨国收养领域的具体体现。

本书在对跨国收养法律冲突方案进行理论构建和规则设计时，旗帜鲜明地将儿童最大化原则作为首要考虑因素，作者在书中指出，“应注意将儿童利益最大化原则融入儿童收养安置的顶层设计”。同时，作者在具体法律问题探讨的过程中，也结合儿童利益最大化原则展开论述。例如，作者对《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 28 条第 2 款关于收养效力准据法选择问题进行批判时，即将违反儿童利益最大化原则作为重要的考量因素之一。

从本书的内容来分析，关注儿童的最大化利益正是作者写作的初心。作者试图既避免儿童因过于严苛的跨国收养成立要件而丧失获得良好生活、教育途径，又保障被收养儿童的合法利益免受非法侵害，在限制失范的跨国收养与遵循跨国收养国际趋势之间痛苦地左右徘徊，认真探索与求证。

其次，理论联系实际是本书写作的重要风格。这里所称的实际，既包括各国国内收养法的立法现状，也包括全球性或区域性跨国收养公约实施过程中存在的障碍，更立足于国际和国内收养实践中存在的现实问题。

作者在探讨法律问题时，密切关注我国收养立法和收养实践的现实状况与发展趋势。例如，本书第五章在探讨我国跨国收养法律冲突机制完善对策问题时，作者通过大量的数据分析对我国跨国收养实践从萌芽到迅猛发展，进而逐步降温的发展历程和趋势进行了认真总结和剖析，并就法律和公共政策在前述收养实践中发挥的作用进行评价和检讨。

同时，详实的研究资料与研究数据使本书的研究成果更加丰满。真实可靠的实证研究数据，将使社会科学的研究成果更加趋近于真理，也更能使读者信服。首次阅读本书，笔者就对书中详实的研究数据和资料深感震撼，就作者科学求实的研究工作态度钦佩不已。同时，作者并未满足于简单地列举研究数据，而是在对研究数据进行科学分析的基础上，总结跨国收养的发展趋势，从而作为支撑本书核心观点的重要佐证。

最后，提出中国经验与方案是本书写作的落脚点。在论述过程中，作者并不满足于对收养实践现状的描述，也不局限于对全球性或区域性现存法律冲突解决经验的参考与借鉴，而是立足于就我国经验进行认真总结，并提出我国解决跨国收养法律冲突的方案和对策。例如，本书第二章不满足于对《关于儿童收养的欧洲公约》及其 2008 年修订稿关于解决跨国收养法律冲突的新方案与突破进行检讨，还明确提出了我国应对前述国际立法革新的因应对策。

同时，在法律理论探讨之余，作者充分关注了我国跨国收养早期实践中存在的侵害被收养儿童利益，甚至利用跨国收养牟取私利的现象。我国作为全球主要的跨国收养送养国，每年均有大量儿童因跨国收养而到国外家庭生活和接受教育。作者在书中指出，由于我国早期收养立法和公共政策的不完备，收养公证流于形式，行政管理体制中缺乏行之有效的监督制约机制，未建立后勤跟踪调查机制等原因，我国早期跨国收养乱相频生，不仅巧立名目收取高额的涉外收养服务费用，跨国收养制度甚至沦为个别不法分子倒卖儿童，牟取暴利的工具，因而受到国际社会的长期诟病。

作者提出的担忧令人感同身受，记得笔者早年曾经看过 2012 年韩国家庭伦理剧《芭比》，面对收养人与送养人之间的狼狈为奸，难以帮助朋友的美国女孩芭比那张写满了道歉的纸，无法拯救被收养妹妹生

命的韩国女孩顺英那无助的呐喊，令人心情久久不能平静。针对前述问题，虽然作者仍试图使用平和的、学术化的语言来展开论述，但在书中的字里行间已经能够体现出作者对我国个别地区跨国收养实践中长期存在的乱相痛心疾首，对部分行政机关和儿童福利机构的失职失范行为愤慨之至，对遭受侵害的被收养儿童的不幸遭遇的关切与同情跃然纸上。

值得关注的是，作者对我国跨国收养实践中存在的部分矫枉过正的倾向也给予了负面评价。作者在书中指出，受到海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》实施及其他因素的影响，就跨国收养法律冲突问题，我国实务界长期持保守性的观点，消极回避对跨国收养法律冲突解决机制的探索，拒绝来自与我国收养法存在法律冲突的国家的收养人的收养申请。

目前，只有来自美国、西班牙、澳大利亚、意大利等 17 个国家的收养人可以到我国收养儿童。这种做法虽然在表面上使跨国收养法律冲突问题得到部分解决，但或将导致部分确有跨国收养需要的儿童无法获得国外家庭能够提供的更好的家庭照料和教育条件，亦难于谓之与跨国收养国际发展趋势相吻合。

在本书第六章中，作者择取了德国和瑞士两个与我国收养法存在法律冲突的欧洲国家，通过分别梳理我国与德国、瑞士国内收养法的历史沿革与现状，就双方国内收养法存在的现实冲突提出有针对性的解决方案和策略。针对这一问题，作者在书中评论称：“必须直面现存的问题，不可回避，更不必讳莫如深，切勿消极等待；否则有可能贻害无穷，祸及后世”。或许作者的前述评论有夸张之嫌，但不可否认作者敢于直面困难问题的勇气，以及解决跨国收养法律冲突问题的决心。

三、商榷与反思

阅读本书，犹如与作者促膝长谈，作者理论功底深厚，而论证过程又深入浅出；书中严谨的论证令人如饮美酒而陶醉其中，书中精妙的见解令人茅塞顿开而受益良多。然而，金无足赤，书中部分见解或许仍存在有待商榷之处。例如，本书中提出下述立法建议：“收养的效力，适用收养人和被收养人的共同属人法。没有共同惯常居所或共同国籍的，适用被收养人的惯常居所地法或最密切联系地法。”虽然前述观点在表面上考虑到了我国被收养儿童的利益，但在收养实践中可能存在缺乏实际可操作性的问题，反而易于引发争议。

就通常情况而言，跨国收养关系成立以后，被收养儿童将随收养人到其他国家定居，因收养而引发的诉讼通常也将由收养人居所地国法院管辖，强调适用被收养人惯常居所地或最密切联系地法，通常与适用收养人属人法通常并无实质差异，且容易因理解差异而引发争议。

由此，学界主流意见倾向于将有关跨国收养效力的准据法选定为收养人属人法，以期保护和维持已经成立的跨国收养关系。同时，若将准据法选定为收养人属人法，也或将促使送养人在送养儿童时主动关注收养人属人法，作出更为审慎的送养决定。

另一方面，或许限于篇幅或书稿体系性的考虑，书中就部分问题的讨论尚显不足，深有意犹未尽之感。例如，区别于国内收养，跨国收养的被收养儿童通常随收养人到国外定居，如果不建立必要的后期追踪调查机制，掌握被收养儿童接受生活照料、教育和医疗等基本情况，将使被收养儿童的权益难于得到保障。受制于各国法律和公共政策之间的差异，后期开展追踪调查的难度和成本均较高。特别对于我国这种送养大国而言，前述问题亟待解决。

本书在探讨有关我国涉外收养关系成立形式要件法律适用规范的完善问题时，重点关注了涉外收养的追踪调查程序，并就中国儿童福利和收养中心当前实行的安置后报告制度表示担忧。再如，有关同性配偶收养未成年子女的问题，虽然我国《民法典》并未承认同性婚姻的合法性，但丹麦、瑞典、荷兰、法国等诸多国家已经开始认可同性婚姻，部分国家甚至允许同性伴侣收养未成年子女，我国现实生活中同性伴侣的现象并不鲜见，在探讨跨国收养法律问题过程中亦应将其列入考量范围。在评述《关于儿童收养的欧洲

公约》及其修订稿时，作者明显已经意识到前述问题的存在，甚至就《关于儿童收养的欧洲公约》修订稿允许同性伴侣收养未成年子女给予肯定性评价，但并未结合我国实际情况继续进行探讨，甚为遗憾。

谋求各国国内收养法的趋同或一致，无疑是解决跨国收养法律冲突的最理想方案。然而，区别于合同法等财产法，以人身关系作为主要调整对象的收养法更容易受到各国显著差异的风俗习惯、宗教信仰乃至人口政策等因素的影响。各国国内收养法不仅内容差异极大，立法理念亦各不相同，短期内并不具备实现各国国内收养法趋同或一致的可能性，只能作为一种理想去追求并朝着该方向努力。

由此，承认各国国内收养法存在法律冲突的客观现实，探索构建跨国收养法律冲突的解决机制，是解决当代跨国收养法律适用难题的“次优选择”，也是更具备可行性的研究路径。知之虽艰，行之维艰，跨国收养法律冲突解决路径的探寻显然并不容易，本书亦不可能给读者一个完美的答案。或许作者也已经认识到，无论是国际民间组织提出的倡议，还是专家学者的奔走呼吁，都不能从根本上解决跨国收养的法律冲突问题。真正意义上解决跨国收养法律冲突问题并使跨国收养法律机制能够长期良性运行，需要整个国际社会的共同努力

在这种意义上，本书的研究成果也应该是开放性的，并非是学术权威者的说教，而是寄托着一位学术领航者的期盼和嘱托，作者试图提出富有探讨价值的学术问题，期冀引发理论界和实务界对跨国收养法律冲突现实问题的关注，通过严谨的学术论证和开放性的研究结论为读者预留继续思考与深入研究的空间，以上或许这正是作者的良苦用心所在。

【图书介绍】

国际社会备受瞩目的跨国收养，远在天边，近在眼前。中国自 20 世纪 90 年代中期起，不时跃居世界第一大儿童送养国的位置，将近 20 万名中国儿童通过跨国收养途径被外国家庭收养。跨国收养曾在中国遭遇诸多诟病，早期成立的中国涉外收养中心被别有用心者污名为“全球最大贩卖儿童组织”，为避免此类无端的污名化攻击，2011 年更名为“中国儿童福利和收养中心”，大力倡导“一切为了儿童利益 ”和“优先国内收养”等理念，积极采取相应措施，从而使得跨国送养儿童的规模和数量日趋缩减并不断创出新低。近两年，跨国送养的中国儿童数量几乎回归到 20 世纪 90 年代初的水平。跨国收养涉及面广、争议大且影响深远，跨国收养法律问题繁杂，尤其是跨国收养法律冲突等难题令国际社会十分困惑。本书立足于梳理中国涉外送养的演变历程，比较分析相关国家的立法与实践，追踪联合国和海牙国际私法会议在该领域的最新导向，着重探讨中国解决跨国收养法律冲突问题的成功经验与方案，力求为全球提供可资借鉴的范式。

本书共分为六章，分别从跨国收养法律冲突的历史与现状、欧洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与办法、美洲解决区域性跨国收养法律冲突的途径与办法、全球性解决跨国收养法律冲突的途径与方略、中国的跨国收养法律冲突解决机制完善对策和中国解决跨国收养法律冲突对策的因应范例论述了跨国收养法律冲突的解决路径问题。本书通过对多个国家跨国收养法律的研究与剖析，分析和探讨中国面对跨国收养法律冲突之下如何寻求更好的解决路径，为之提出中国的经验与方案。本书为作者经过几十年的对跨国收养法律的研究并通过实地访学调研集合而成，汇聚了作者大量的心血，对解决跨国收养的法律冲突起到很大的推动作用，并可供后续的研究者借鉴，具有一定的意义和价值。

作者介绍：

蒋新苗，男，汉族，1964 年 10 月生，湖南东安人，国际私法博士，二级教授、博士生导师，湖南师范大学党委委员、副校长。

2012 年入选教育部长江学者特聘教授，第七届和第八届国务院学科评议组法学组成员，第五届全国十大杰出青年法学家、教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员，“教育部新世纪优秀人才”，国家“万

人计划”哲学社会科学领军人才，中宣部全国文化名家暨“四个一批”理论人才，百千万人才工程国家级人选，国家有突出贡献青年专家，享受国务院政府特殊津贴专家，国家社科基金学科规划评审组专家，中国国际私法学会副会长。专注于国际私法、民商法学、世界贸易组织法以及法律逻辑学等领域的研究，曾留学德国和瑞士，与欧洲著名法学家合作研究跨国收养法律问题，是我国目前唯一从事跨国收养法理论研究的法学家。

关涉他罪之对合犯的刑罚比较：以买卖妇女、儿童犯罪为例

2022-08-01　　原创 学报编辑部 国家检察官学院学报
https://mp.weixin.qq.com/s/JzJH2X-Ed2LEoIfvFzcImg

拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪是当前我国社会公众较为关注的两个罪名，在某些极端个案的带动下，对收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑配置是否过轻的问题在我国刑法学界展开了激烈的争议。对两罪的行为性质和法益侵害程度，不能简单地以法定刑轻重对比加以说明，而应立基于刑法教义学，既要在立法史的维度上把握两罪刑罚轻重的由来，又需围绕刑法对两罪的基本构成要件和加重构成事由进行全面比较，特别是在关涉犯罪场合中还应结合包容犯、转化犯、竞合犯、并合犯的法理，进而为现行法中两罪的刑罚轻重提供合理解释。

随着现实生活中极端个案的曝光，收买被拐卖妇女、儿童罪进入公众的视野，同时引起刑法学者的高度关注，并引发了收买被拐卖妇女、儿童罪的修法之争。争论的焦点在于：收买被拐卖妇女、儿童罪的刑罚是否过轻？对此，存在两种观点：第一种观点是肯定说，认为收买被拐卖妇女、儿童罪的法定最高刑只有 3 年有期徒刑，明显过轻，应当通过修法提高收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚。第二种观点是否定说，认为收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚并不轻，因此不需要修法。应当看到，针对被收买的妇女、儿童罪的刑罚是否过轻的争议，是以拐卖妇女、儿童罪的法定刑为基准进行比较而导致的。因此，只有对拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑进行合理对比，才能得出收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑是否需要修改的正确结论。本文采用刑法教义学的方法，拟在对人口买卖犯罪的历史严格加以叙述的基础上，对上述两罪的刑罚轻重进行对比分析。

一、人口买卖的罪名演变

拐卖人口与收买人口这两种现象古已有之，然而在我国古代刑法传统中只是处罚拐卖人口行为，并不处罚收买人口行为。例如《唐律》在《贼盗篇》对略人、略卖人做了规定，《唐律疏议》之“疏”云：“略人者，谓设方略而取之。略卖人者，或为经略而卖之。”“注”云：“不和为略”。这里的略人是指拐骗，略卖人则指出卖被拐骗的人。因此，《唐律》是将拐骗人口与出卖人口分别论罪。如果只有拐骗人口行为的，单独认定为拐骗人口罪。如果拐骗以后又出卖的，则认定为拐骗并出卖人口罪。此外，“疏”又云：“和诱，谓之和同相诱。”和诱是指采取欺骗手段诱骗他人，相对于采取强制手段的略人而言，情节较轻，因而《唐律》规定，对和诱者，“减略一等”。在《唐律》中只是规定了出卖人口的犯罪，但并没有将收买人口的行为规定为犯罪。这里的原因在《唐律疏议》中并未论及，根据我的观察，这主要是与对人的物化理解有关。例如《唐律》规定：“诸略奴婢者，以强盗论；和诱者，以窃盗论。”在此，《唐律》是将奴婢作为财产对待的。因而，以强制手段略取奴婢的，认定为抢劫罪；以欺骗手段略取奴婢的，认定为盗窃罪。出卖被略取的奴婢，这是一种类似于销赃性质的行为。收买人口者付出了相应对价，因而不能与略取并出卖人口者的行为等量齐观，这也许就是古代刑法只处罚拐卖人口行为而不处罚收买人口行为的原因。

在现代刑法中，拐卖人口与收买人口实现了双向处罚，并将保护法益确定为人身自由。例如《日本刑法典》第 226 条之二规定了买卖人口罪，包括买受人口行为与卖出人口行为，对这两种行为处以同一之刑。此外，《日本刑法典》第 227 条还规定了收受被拐取者罪，这里的收受是指接受，包括有偿或者无偿接受，因而包含了收买被拐取者、被出卖者，并将其置于自己支配之下的内容。由此可见，在《日本刑法典》中，存在两种收买人口的行为：第一种是单纯的买卖人口中的收买，例如收买他人子女的行为。第二

种是收买被拐骗的人口，由于在《日本刑法典》第 227 条第 1 款明确规定该罪是以帮助拐骗罪为目的，故而属于拐骗人口罪的事后帮助犯。因此，第二种收买人口罪是以与拐骗罪相分立为前提的，因而《日本刑法典》对买卖人口罪的罪名设置是较为复杂的。尤其是第二种收买人口罪在一定程度上借鉴了我国《唐律》的立法例。

同时，因为在我国学者对拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪进行讨论的时候，往往论及国际公约中的跨国人口贩卖罪，故而应对国际公约中的人口贩卖罪加以说明。1998 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》（以下简称《议定书》）中对人口贩卖的定义，其具体内容如下：1. 人口贩卖是指为剥削目的而通过暴力威胁或使用暴力手段，或通过其他形式的胁迫，通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱境况，或通过授受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段招募、运送、转移、窝藏或接收人员。剥削应至少包括利用他人卖淫进行剥削或其他形式的性奴役、强迫劳动或服务、奴役或类似奴役的做法、劳役或切除器官。2. 不论人口贩卖受害者同意与否，人口贩卖加害者已涉及第一项所定义之人口贩卖方式，皆不应排除前项之适用。3. 在征募、运输、转送、藏匿、接收过程中，遭遇剥削的个人为儿童，即使没有涉及第一项所规定之方式，仍应视为人口贩卖受害者。4. 未满 18 岁者皆为儿童。根据上述国际公约的规定，跨国人口贩卖是一种特殊的人口买卖犯罪，其特殊性在于以下三点：第一，跨国贩运的方法。跨国人口贩卖罪并不发生在一国之内，而是跨越不同的国家，因而具有国际犯罪的性质，通常都是国际公约加以规定的。第二，有组织犯罪的实施形式。跨国人口贩卖罪具有涉案人数多、贩卖人口规模大和犯罪手段隐蔽等特征，非一人或者数人所能实施，往往是国际贩卖人口集团采取有组织犯罪的形式从事这种跨国人口贩卖的犯罪活动，因而具有较强的逃避打击的能力。第三，以剥削为目的。跨国人口贩卖罪是以剥削为目的的犯罪，这里的剥削主要表现为将妇女贩卖给卖淫场所从事卖淫活动进行性剥削，或者将人口卖给地下血汗工厂充当劳工或者童工，从事经济剥削。因此，从某种意义上说，跨国贩卖人口罪可以归属于奴隶制及相关犯罪。例如我国学者指出：奴隶制及相关犯罪是国际刑法所禁止的有意实施使他人处于奴隶地位或奴役地位的犯罪行为。其中，贩卖人口罪就是使他人处于奴隶与奴役地位的新的方式，上述《补充议定书》规定的贩运人口犯罪就是国际刑法所禁止的犯罪行为。由此可见，国际公约中的跨国人口贩卖罪与各国刑法中所规定的人口买卖犯罪在行为方式和法律性质上都存在较大的区别。以我国为例，买卖人口的主要对象是妇女、儿童。买卖妇女的目的是充当配偶，而买卖儿童的目的是用于抚养。因此，我国《刑法》所规定的人口买卖犯罪与跨国人口贩卖罪存在明显差异，不宜对二者进行简单的对比。

我国 1979 年《刑法》第 141 条规定了拐卖人口罪，用以规制拐骗人口并予以出卖的行为。此外，1979 年《刑法》第 184 条还规定了拐骗儿童罪，这里的拐骗是指采取欺骗或者引诱等方法，使不满 14 周岁的儿童脱离家庭或者监护人的行为。由此可见，拐卖与拐骗是不同的：拐卖包含了拐骗，另外再加上出卖，拐骗只是拐卖的行为方式之一。由于我国 1979 年《刑法》并未设立与拐卖人口罪相对应的收买人口罪，因此，只有拐卖人口才构成犯罪，收买人口则不为罪。虽然在收买人口行为与拐卖人口之间具有一定的对合关系，但在我国刑法理论上并没有从片面的对合犯之共犯的意义上，论证收买人口行为的刑事可罚性。值得注意的是，拐卖成年男子的行为根据 1979 年《刑法》是可以构成犯罪的。但 1997 年《刑法》将人口买卖犯罪的对象限缩为妇女、儿童，从而将成年男子从人口买卖犯罪中予以排除。立法机关是考虑到当时这种买卖成年男子的案件在现实生活中较为罕见，因而认为在刑法中没有必要将此种行为规定为犯罪。当然，近些年来我国也出现了个别黑劳工的案件，其行为既包括买卖，也包括收买和雇佣。为此，我国《刑法》第 244 条设立了强迫劳动罪，其行为是以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动。第 2 款同时还规定了，“明知他人实施前款行为，为其招募、运送人员或者有其他协助强迫劳动行为的，依照前款的规定处罚”。因此，可以将贩卖黑劳工的行为认定为其他协助强迫劳动的行为，以强迫劳动罪论处。由此可见，贩卖黑劳工的行为在具备明知的情况下，属于强迫劳动罪的构成要件行为的一部分，构成共同犯罪。在这种情况下，结果行为吸收了原因行为。

我国刑法关于拐卖人口的犯罪在 1991 年全国人大常委会《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》（以下简称《决定》）以后，罪名设置和行为归类都发生了重大变化，《决定》的颁布是我国刑法关于拐卖人口犯罪的一个立法转折。《决定》的颁布背景是在我国改革开放以后，随着社会治理方

式的改变，人口流动量的大幅增加，以及地区之间经济发展水平的差异等原因，拐卖人口犯罪活动呈现出一种高发态势。在这种情况下，为因应拐卖人口犯罪现象的变化，立法机关对拐卖人口犯罪以单行刑法的方式进行了修改补充。如上所述，在我国 1979 年《刑法》中只是设立了单一的拐卖人口罪的罪名，《决定》将该罪名修改为拐卖妇女、儿童罪，以此作为买卖人口的基本罪名。替代罪名与原罪名的主要区别在于将人口的范围限制在妇女、儿童，因而限缩了拐卖人口罪的范围。与此同时，立法机关在拐卖妇女、儿童罪之外，引人注目地设立了绑架妇女、儿童罪，该罪是指以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的行为。此外，《决定》还规定将以出卖或者勒索为目的，偷盗婴幼儿的行为以绑架妇女、儿童罪处罚。在刑法理论上认为，上述行为构成独立罪名，即偷盗婴幼儿罪。更为重要的是，《决定》在我国刑法中首次将收买人口的行为入罪，设立了收买被拐卖、绑架的妇女、儿童罪。除此以外，《决定》还设立了阻碍解救被收买的妇女、儿童罪与聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪等相关罪名。可以说，《决定》较为完整地形成了我国拐卖人口犯罪的罪名体系，为惩治拐卖妇女、儿童的相关犯罪提供了法律根据。

1997 年《刑法》修订时，吸纳了《决定》的具体内容，将拐卖妇女、儿童罪的相关罪名吸纳到《刑法》分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪之中，由此形成第 240、241、242 条之规定。从内容来看，1997 年《刑法》对《决定》可以说是全盘接受、一脉相承。就法定刑而言，1979 年《刑法》第 141 条对拐卖人口罪规定的法定刑分为基本犯和加重犯两个罪刑单位。其中，基本犯是 5 年以下有期徒刑；情节加重犯是 5 年以上有期徒刑，因此，法定最高刑是 15 年有期徒刑。及至《决定》出台，对拐卖妇女、儿童罪加重犯的法定最高刑增加到无期徒刑，并且增加了情节特别加重犯，其法定刑是死刑，并处没收财产。显然，《决定》大幅增加了拐卖妇女、儿童罪的法定刑，使其成为可以判处死刑的罪名。同时，《决定》对新设的收买被拐卖、绑架的妇女、儿童罪，规定该罪的法定刑是 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。1997 年《刑法》第 240 条对《决定》规定的法定刑只是做了微调，情节加重犯的法定刑调整为 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并将情节特别加重犯的法定刑调整为 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。至于收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑则未作变动。

综上所述，我国刑法关于人口买卖犯罪的规定，从 1979 年《刑法》的初创，经过 1991 年《决定》的修改，再到 1997 年《刑法》的定型，经历了一个立法规定的演变过程，形成具有我国特色的人口买卖的罪名体系。其主要特点是：以保护妇女、儿童的人身自由权利为核心，对拐卖和收买妇女、儿童的对合行为一并处罚，同时将阻碍解救被拐卖的妇女、儿童的行为犯罪化。在人口买卖犯罪的罪名设立上，我国刑法学界并无争议，但由于现实生活中出现的极端个案，对拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚协调问题随之产生了较大的分歧。在这种情况下，应当进一步根据刑法对相关罪名的具体规定方式，对两罪的刑罚轻重问题进行深入分析，以便为完善刑法立法提供参考。

二、对合犯罪的刑罚比较

对合犯罪，又称为对合犯，是指存在对合关系的犯罪。对合犯罪的核心是犯罪之间的对合关系，而这种对合关系是建立在行为、对象与结果之间联系的基础之上的。在刑法教义学中，对合犯可以分为彼此同罪的对合犯与彼此异罪的对合犯两种类型：第一是彼此同罪的对合犯。彼此同罪的对合犯是指在犯罪的对合关系中，行为相对人构成同一犯罪。共同犯罪中的对合犯，一般指的就是这种情形。例如重婚罪，就是彼此同罪的对合犯的典型。根据《刑法》第 258 条的规定，有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，是重婚罪。由此可见，重婚行为包括两种：一是有配偶而重婚的，这是狭义上的重婚行为；二是明知他人有配偶而与之结婚的，这是相婚行为，属于广义上的重婚行为。重婚者与相婚者之间存在对合关系，由此构成对合犯。第二是彼此异罪的对合犯。彼此异罪的对合犯是指在犯罪的对合关系中，虽然双方行为人都构成犯罪，但刑法分别规定为罪名相异的两种不同犯罪。例如受贿罪与行贿罪，就是彼此异罪的对合犯的典型。根据《刑法》第 385 条规定，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。《刑法》第 389 条规定：为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。在受贿与行贿都构成犯罪的情况下， 由此构成对合犯。

在对合犯的情况下，如果是彼此同罪的对合犯，则互相对合的两个罪名共用一个法定刑，因而无论是卖方还是买方都处以相同之刑。立法机关之所以对彼此同罪的对合犯处以相同之刑，我认为主要是对合双方在行为性质上基本相同，其法益侵害程度亦基本相等。在这种情况下，对合的双方没有必要在罪名上彼此区隔，当然也就可以处以同一之刑，这样完全能够实现罪刑均衡。例如在买卖枪支、弹药罪中，就双方行为来说，就是一种交易。只不过枪支、弹药属于违禁品，按照我国法律规定不得私下交易，因而买卖枪支、弹药行为被规定为犯罪。在实际案例中，有的是卖方对他人进行兜售，他人欣然购买；也有的是买方先向他人求购，他人应约出卖。无论是上述哪一种情形，买卖双方的地位和作用都是相同的，两者之间的法益侵害性并无重大区别，因而处以同一之刑并无不妥。然而，在某些对合犯中，对合的双方无论是在行为性质还是在法益侵害程度上都存在较大的区隔，在这种情况下，如果处以同一之刑，就会抹杀两罪之间的差别，导致刑罚失衡。例如受贿罪与行贿罪，两罪之间虽然存在对合关系，但两罪的行为方式和侵害法益都存在明显不同。就行为方式而言，受贿罪是国家工作人员利用职务上的便利，勒索他人财物或者收受他人财物，为他人谋取利益的行为。因此，受贿罪是国家工作人员的职务犯罪，该受贿行为是利用职务上的便利实施的，其侵害的法益是职务上的廉洁性。尽管为他人谋取利益是主观违法要素，但在某些情况下，国家工作人员已经实施了为他人谋取利益的行为，就应当对为他人谋取利益所造成的国家、公共财产造成的损害，在以受贿罪定罪处罚时加以一并考量。相比之下，行贿罪的行为方式较为单纯，是指为谋取不正当利益向国家工作人员交付财物。在具体案件中，有的是行贿人主动行贿，国家工作人员消极受贿；还有的是国家工作人员主动索贿，行贿人被动交付财物。因而，行贿罪与受贿罪相比，无论是行为方式还是侵害法益，受贿罪都要重于行贿罪，所以受贿罪的法定刑应当重于行贿罪。虽然有些学者提出受贿与行贿应当可以相同之刑的主张，但世界各国刑法中，受贿罪的刑罚都要重于行贿罪，我国亦不例外。

根据上述对合犯的概念和分类，拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪无疑属于对合犯。拐卖妇女、儿童的行为，根据我国《刑法》规定，是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。在上述行为中，贩卖是最核心的行为。收买被拐卖的妇女、儿童罪指不以出卖为目的的收买，以出卖为目的的收买则应以拐卖妇女、儿童罪论处。因此，在拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪之间具有对合关系。由于我国刑法将拐卖妇女、儿童行为与收买妇女、儿童行为分别设立两个罪名，因而拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪属于彼此异罪的对合犯。尤其是，刑法对两个罪名规定了悬殊较大的法定刑。我国《刑法》第 240 条对拐卖妇女、儿童罪规定了三个罪刑单位：第一个罪刑单位是基本犯，其法定刑是 5 年以上有期徒刑，并处罚金。第二个罪刑单位是加重犯，其法定刑是 10 年以上有期徒刑、无期徒刑，并处罚金或者没收财产。第三个罪刑单位是情节特别加重犯，其法定刑是死刑，并处没收财产。在以上三个罪刑单位中，由于加重犯的刑罚关涉他罪，因而在下文第三部分讨论。在本部分讨论的则是基本犯的刑罚。就拐卖妇女、儿童罪的基本犯的法定刑而言，起刑点就是 5 年有期徒刑。也就是说，法定最低刑就是 5 年有期徒刑，可以说是相当之重。因为在我国《刑法》中，即使是故意杀人罪，最低刑也是 3 年有期徒刑，此外，放火罪等危害公共安全罪的法定最低刑是 3 年有期徒刑。但拐卖妇女、儿童罪的法定最低刑设置为 5 年有期徒刑，重于故意杀人罪，这是异乎寻常的。这种立法的背景在于：1997 年《刑法》修订的时候，第 239 条绑架罪的法定最低刑设置是 10 年，只是在 2009 年《刑法修正案（七）》增设了情节减轻犯，“情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”，才将绑架罪的法定最低刑降到 5 年有期徒刑。在当时的情况下，由于拐卖妇女、儿童罪的加重事由中包含绑架妇女、儿童的情形，因而将拐卖妇女、儿童罪的法定最低刑设置为 5 年有期徒刑，也就不难理解了。更何况，在 1991 年《决定》中，对绑架妇女、儿童罪规定了绑架勒索罪相同的法定刑，即“10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 1 万元以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产”。因此，在 1997 年《刑法》修订时，将绑架妇女、儿童罪并入拐卖妇女、儿童罪以后，对本罪的法定最低刑规定为 5 年有期徒刑，也就不足为奇。相比较之下，收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定最高刑仅为 3 年有期徒刑，两者之间的悬殊可谓相当之大。

当然，在比较拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚轻重的时候，我们还是不能对两罪的法定刑进行简单的对比，而是要看到两罪之间虽然具有对合关系，但其行为方式和侵害法益程度上存在较大的差别。拐卖妇女、儿童罪从构成要件来看，属于复行为犯：手段行为是拐骗，这里的拐骗是指欺骗和利诱，以此为手段控制妇女、儿童，使其丧失人身自由。目的行为是出卖，即将被拐骗的妇女、儿

童当做商品出售给他人，并将妇女、儿童的控制权转移给收买人。值得注意的是，《刑法》第 240 条第 3 款所规定的“拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的”，是对拐骗妇女、儿童罪的构成要件行为的扩张解释，如前所述，拐卖妇女、儿童罪的构成要件行为就是拐卖，即拐骗并出卖的行为。但在现实生活中，存在拐卖妇女、儿童的犯罪集团，形成拐骗、运送和贩卖的黑色产业链。在这种情况下，刑法规定只要以出卖为目的，具有上述行为之一，即可构成拐卖妇女、儿童罪。从拐卖妇女、儿童罪的构成要件可以看出，拐卖妇女、儿童罪的行为并非仅仅是出卖行为，而且还包含了拐骗行为，这里的拐骗行为具有致使妇女、儿童丧失人身自由的性质，其本身就是一种非法拘禁行为。与之对应的收买被拐卖的妇女、儿童罪的构成要件行为是收买，这里的收买对应于贩卖，两者之间存在对合关系。但采取暴力、欺骗、利诱手段对妇女、儿童进行控制这一拐卖妇女、儿童罪的手段行为，却是收买被拐卖的妇女、儿童罪所不具备的。当然，收买被拐卖的妇女、儿童以后，也会对妇女、儿童的人身自由进行控制，但这仅是拐卖妇女、儿童行为对妇女、儿童人身自由控制状态的一种延续。因此，就拐卖妇女、儿童罪的构成要件行为而言，其行为性质较之收买被拐卖的妇女、儿童罪更为严重。就此而言，拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪虽然属于对合犯，但考虑到两罪的行为方式和法益侵害程度存在较大的差别，因而对两罪分别设立法定刑而不是处以同一之刑，这是完全正确的。那种以没有收买就没有出卖为由，要求对拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪同等处罚的观点，我认为是不能成立的。至于两罪的法定最低刑过于悬殊，这是一个立法的合理性问题，值得商榷。

三、关涉他罪的立法方式

不同罪名之间的法定刑比较，本来并不是一个特别复杂的问题，只要根据刑法对两个罪名的刑罚幅度规定即可得出法定刑轻重的结论。例如我国学者提出了法定刑比较的结构性标准，“以主刑为主、附加刑为辅，即在既有主刑又有附加刑的情况下，先比较主刑的轻重，在主刑相同的情况下，再比较附加刑的轻重。在存在一定幅度的刑罚（包括法定刑和处断刑）时，一般应先比较法定最高刑，在最高刑相同的情况下再比较法定最低刑。”尤其是在互相独立全然无关的罪名之间的法定刑比较，更是简单明了。例如，故意杀人罪的法定刑和盗窃罪的法定刑，前者是侵犯人身罪，后者是侵犯财产罪，两罪之间并没有关联性，其法定刑比较就是对两罪的处罚规定进行简单对比。根据我国《刑法》第 232 条的规定，故意杀人罪可以分为基本犯和减轻犯：基本犯的法定刑是死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑，减轻犯的法定刑是 3 年以下有期徒刑。根据《刑法》第 264 条的规定，盗窃罪可以分为基本犯、加重犯和特别加重犯：基本犯的法定刑是 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金，加重犯的法定刑是 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金，特别加重犯的法定刑是 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。可以说，故意杀人罪与盗窃罪的法定刑差别是一目了然的，不会存在疑问。然而，在某些关涉他罪的情况下，对各个不同的罪名之间的法定刑就不能简单地比较轻重，而是应当结合立法机关对关涉他罪的立法方式加以考察。以下我将引述我国《刑法》对关涉他罪的四种情形的立法规定进行分析。

（一）包容犯

包容犯是指立法机关在处理关涉他罪的时候，将他罪包含在本罪之中，因此，本罪的法定刑包含了对本罪所包含的他罪的刑罚评价。包容犯是我国《刑法》中所特有的一种立法现象，在其他国家的刑法中十分罕见，而在我国《刑法》中，包容犯的立法例较为普遍。包容犯在本罪与其所关涉的他罪之间具有三种情形：

第一种是基本犯包含他罪的情形。基本犯包含他罪是指在本罪的基本构成要件中内含了他罪，因而他罪就成为本罪的基本构成要件要素。例如黑社会性质犯罪通常伴随着高利放贷的套路贷行为，同时行为人往往采用各种违法犯罪方法收取高额债务及其利息。对此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部 2018 年颁布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》）第 17 条规定：“为强索不受法律保护的债务或者因其他非法目的，雇佣、指使他人有组织地采用上述手段寻衅滋事，构成寻衅滋事罪的，对雇佣者、指使者，一般应当以共同犯罪中的主犯论处。”在此，《指导意见》对采取寻衅滋事方法催收非法债务行为明确规定以寻衅滋事罪论处。此外，在催收非法债务过程中，

行为人还可能采取非法拘禁、非法侵入住宅等其他方法，在司法实践中对此都以非法拘禁罪、非法侵入住宅罪实行数罪并罚。鉴于在催收非法债务行为中，往往并发上述犯罪，因而《刑法修正案（十一）》设立了催收非法债务罪。该罪是指有下列情形之一，催收高利放贷等产生的非法债务，情节严重的情形：（1）使用暴力、胁迫方法的；（2）限制他人人身自由或者侵入他人住宅的；（3）恐吓、跟踪、骚扰他人的。在催收非法债务的上述三种行为中，暴力方法具有致人轻伤的性质，限制他人人身自由具有非法拘禁性质，侵入他人住宅具有侵入住宅性质，恐吓、跟踪、骚扰他人具有寻衅滋事性质，因此在具备情节严重的情况下，上述行为就会构成故意伤害罪、非法拘禁罪、非法侵入住宅罪和寻衅滋事罪。《刑法修正案（十一）》增设的第 293 条之一，将上述四种犯罪行为规定为一个独立罪名，该罪属于复合性的罪名。催收非法债务罪的手段行为是上述四种犯罪行为，目的行为则是催收非法债务，因而本罪属于复行为犯，其不同于其他复行为犯之处在于：本罪具有四种手段行为可以选择其一实施，也可以同时实施。这种情形属于基本犯包含他罪的包容犯，换言之，他罪行为成为本罪的基本构成要件的一部分，如果离开他罪，则本罪的基本犯就不能成立。

第二种是加重犯包含他罪的情形。加重犯是相对于基本犯而言的，加重犯包含他罪是指立法机关将他罪规定为本罪的加重处罚事由，因而他罪就成为本罪的加重构成要件要素。例如我国《刑法》第 239 条对绑架罪的规定：“以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。犯前款罪，杀害被绑架人的，或者故意杀害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”在这一规定中，立法机关将绑架过程中的故意杀人行为和故意致人重伤、死亡行为包含在绑架罪的构成要件之中，作为绑架罪的加重构成要素。因此，在加重犯包含他罪的情况下，他罪就成为本罪的加重事由。

第三种是实害犯包含他罪的情形。实害犯是相对于危险犯而言的，危险犯是指对保护法益具有侵害危险的犯罪，而实害犯则是指已经发生法益侵害结果的犯罪。在实害犯中，法益侵害结果可能触犯他罪，因而他罪就成为本罪的一部分。例如，我国《刑法》规定的危害公共安全罪分为危险犯和结果犯两种类型。刑法规定的危害公共安全罪基本上都是由实害犯和具体危险犯构成的，例如《刑法》第 114 条规定的放火罪属于具体危险犯，其构成要件是放火危害公共安全，尚未造成严重后果，法定刑是 3 年以上 10 年以下有期徒刑。第 115 条规定的是实害犯，其构成要件是致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，法定刑是 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。在实害犯的结果中，包含了故意杀人或者故意伤害等严重侵犯人身犯罪的内容，以及造成公私财产严重损失等侵犯财产罪的内容。显然，放火罪的实害犯属于包容犯。

包容犯是犯罪的一种特殊类型，由于在本罪中包含他罪，因而包含他罪的本罪与被本罪包含的他罪之间存在部分法与整体法之间的法条竞合关系：包含他罪的本罪是整体法，被本罪包含的他罪则是部分法。根据整体法优于部分法的法条适用原则，应当以本罪论处。因为刑法对本罪规定的刑罚已经包括了对他罪的评价。

（二）转化犯

转化犯是指在实施轻罪的过程中，因涉及重罪，转而以重罪论处，轻罪则被重罪所吸收，不再单独构成犯罪的情形。转化犯也是在实施犯罪过程中关涉他罪的情形，我国刑法中存在这种转化犯的立法例，其中最为典型的是聚众斗殴罪，《刑法》第 292 条第 2 款规定：“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚。”所谓聚众斗殴致人重伤、死亡，可以分为两种情形：第一种是聚众斗殴行为直接造成他人死亡或者重伤。例如在莫某某故意杀人案中，法院判决认定，被告人莫某某为首纠集并指使他人持械聚众斗殴，造成致一人死亡的后果，其行为符合聚众斗殴转化为故意杀人罪的构成要件，已构成故意杀人罪。本案的裁判要旨指出：“聚众斗殴犯罪的转化应当根据具体行为和意志因素，对照故意杀人和故意伤害两个罪名的具体犯罪构成要件认定，不能简单以结果定罪。”第二种是聚众斗殴行为间接造成他人死亡或者重伤。例如在彭某某故意杀人、聚众斗殴案中，法院判决认定被告人彭某某等人积极参加聚众斗殴，且实施了追赶被害人及向被迫跳入池塘的被害人投掷石块的行为，三人均系本案聚

众斗殴致被害人死亡后果的共同加害人，应对聚众斗殴造成被害人死亡的后果承担相应的刑事责任。本案的裁判要旨指出：“在聚众斗殴中，斗殴的一方为躲避另一方的追赶而逃跑，在逃跑过程中跳入池塘逃生而被投掷石块溺水死亡的，可以认定为聚众斗殴致人死亡，应以故意杀人罪或者故意伤害罪论处。”在转化犯的情况下，虽然涉及开始所犯的轻罪和后来转化的重罪这两种犯罪，但因为犯罪性质已经发生转化，因而轻罪不再认定，径直以转化后的重罪论处。

（三）竞合犯

竞合犯是指不同的犯罪交错在一起而形成的复杂形态。对竞合犯在刑法教义学中存在不同的理解，通常认为，想象竞合和法条竞合所构成的犯罪都具有竞合的性质，因此可以归属于竞合犯。想象竞合是指行为人实施一个行为触犯数个罪名的情形，由于只有一个行为，因此即使触犯数个罪名，也只能认定为一个犯罪。法条竞合的情况则较为复杂，在独立竞合中，行为人实施的一个行为同时触犯数个罪名，但数个罪名之间存在互斥关系，因此只能认定为一个犯罪。对于这种情形，称为竞合犯并无疑问。但在包容竞合中，行为人实施两个行为，刑法将两个行为设置为一个犯罪，对此称为竞合犯并不妥当。因此，我认为包容犯不属于竞合犯。竞合犯是在实施一个犯罪行为的过程中，关涉他罪，因而将本罪与他罪一并予以评价的情形。在我国《刑法》中，相关条文明文规定对竞合犯按照处罚较重的规定处罚。例如《刑法》第 342 条之一第 1 款规定了破坏自然保护地罪，第 2 款规定：“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”这里的同时构成其他犯罪，是指破坏自然保护地的行为同时触犯《刑法》第 342 条非法占用农用地罪、第 343 条非法采矿罪等罪名。例如在国家公园、国家级自然保护区内非法开垦的，如果同时属于非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途的，还可能构成非法占用农用地罪。在此，破坏自然保护地罪与同时构成的他罪之间存在想象竞合关系，属于竞合犯。根据刑法规定，应当依照处罚较重的犯罪定罪处罚。

（四）并合犯

并合犯是指在犯此罪的过程中又犯有彼罪，《刑法》规定以此罪和彼罪实行数罪并罚的情形。在这种情况下，同时所犯的两个罪名直接存在并合处罚的关系。例如，我国《刑法》第 244 条之一规定，“违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。有前款行为，造成事故，又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚”，其第 1 款规定了雇用童工从事危重劳动罪，第 2 款则是在犯雇用童工从事危重劳动罪的同时，又犯责任事故犯罪的数罪并罚的规定。因而，在某些情况下，雇用童工从事危重劳动罪与其同时所犯的他罪属于并合犯，应当实行数罪并罚。以上四种情形，在我国《刑法》中都有规定，其中包容犯和竞合犯规定较多，转化犯规定较少，至于并合犯则规定更少。这主要是因为我国《刑法》总则已经规定了数罪并罚制度，对于在实施具体犯罪过程中同时犯有数罪的情形，可以直接按照数罪并罚的规定进行处罚。

从表面上看，对包容犯、转化犯、竞合犯和并合犯这四种立法方式的论述，似乎与本文所讨论的拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪刑罚轻重比较问题没有关系，其实不然。因为不同立法规定会对相关罪名的法定刑轻重评价带来重大影响，因而需要进行细致分析。在我国《刑法》中，对拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪，立法机关在加重犯关涉他罪的情况下，分别采用了包容犯和并合犯的不同立法方式，由此在基本犯的法定刑已经轻重悬殊的情况下，进一步加大了两罪之间刑罚的轻重差异。因此，只有充分考虑这种立法方式的差别，才能对两种犯罪之间刑罚轻重加以正确地比对。

《刑法》第 240 条规定的拐卖妇女、儿童罪的加重事由共计以下 8 项：（1）拐卖妇女、儿童集团的首要分子。这是基于严厉惩治拐卖妇女、儿童的犯罪集团所做的规定，因为此种犯罪集团是专门为拐卖妇女、儿童而设立的，人数较多、作案手法隐蔽、分工细致，有的甚至分别承担拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童行为之一，形成拐卖妇女、儿童犯罪的黑色产业链，具有严重的法益侵害性，因而

将拐卖妇女、儿童集团的首要分子规定为加重处罚的对象。（2）拐卖妇女、儿童三人以上的。这是根据拐卖妇女、儿童的人数规定的加重处罚事由。这里涉及同种数罪的问题，在刑法教义学中将数罪分为同种数罪与异种数罪，在大多数国家的刑法中，不仅对异种数罪实行并罚，而且对同种数罪也实行并罚。我国《刑法》关于数罪并罚的规定虽然从字面上并没有将数罪限于异种数罪，但在司法实践中通常对同种数罪不并罚，只有在发现漏罪或者再犯新罪的情况下，才对同种数罪进行并罚。我国《刑法》尽管对同种数罪不并罚，但通过对同种数罪规定为加重处罚事由，规定较重的法定刑，以此实现对同种数罪处以更重的刑罚。我国《刑法》将拐卖妇女、儿童三人以上的情形规定为加重处罚事由就体现了在同种数罪不并罚的情况下，对拐卖妇女、儿童罪的同种数罪的更为严厉的处罚。（3）奸淫被拐卖的妇女的。这是指在拐卖过程中对被拐卖妇女实施了奸淫行为，这种奸淫行为构成强奸罪。因为拐卖妇女通常都采取对妇女实施人身控制的手段，被拐卖妇女处于不敢反抗或者不能反抗的状态，因而与之发生性关系的行为，具有强奸的性质。（4）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的。这里的诱骗被拐卖的妇女卖淫的行为构成引诱卖淫罪，强迫被拐卖的妇女卖淫的行为构成强迫卖淫罪，将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的行为构成强迫卖淫罪的共犯。（5）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的。这是一种绑架妇女、儿童的行为，在 1991 年《决定》中曾经被单独设立为罪名，在 1997 年《刑法》修订时，将该行为被规定为拐卖妇女、儿童罪的加重处罚事由。（6）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的。这是拐卖儿童的特殊行为类型。（7）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。这是指在拐卖过程中，犯罪分子采用捆绑、殴打、虐待、侮辱等手段，造成被拐卖的妇女、儿童重伤、死亡等严重后果，以及被拐卖的妇女、儿童及其亲属因犯罪分子的拐卖行为而自杀、精神失常或者造成其他严重后果。在此，行为人的行为关涉过失致人重伤罪、过失致人死亡罪，以及侮辱罪等罪名。（8）将妇女、儿童卖往境外的。这一行为可能触犯组织他人偷越国（边）境罪、运送他人偷越国（边）境罪。根据上述分析，拐卖妇女、儿童罪的加重事由中，包含了其他罪名，主要包括强奸罪、引诱卖淫罪、强迫卖淫罪、过失致人重伤罪、过失致人死亡罪、侮辱罪、组织他人偷越国（边）境罪、运送他人偷越国（边）境罪。在这些犯罪中，强奸罪最高可以判处死刑，强迫妇女卖淫罪和组织他人偷越国（边）境罪最高可以判处无期徒刑，其他犯罪均属重罪。可以说，只要在加重事由中包含强奸罪这一个罪名，本罪的法定刑就势必提高到死刑。在这个意义上说，拐卖妇女、儿童罪的法定刑实际上是借助于其所包含的强奸罪等关涉罪名而成为死刑罪名。

与之形成鲜明对比的是收买被拐卖的妇女、儿童罪，它只有基本犯，并未设立加重犯。之所以未设立加重犯，是因为立法机关将关涉罪名与本罪设置为并合犯，实行数罪并罚。《刑法》第 241 条第 2 款规定了强奸罪、第 3 款规定了非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪，同时第 4 款规定：“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。”可以明显看出，在拐卖妇女、儿童罪，将这些关涉罪名包含在本罪的加重事由之中，以此提升本罪的法定刑，但与之相反，在收买被拐卖的妇女、儿童罪中则将这些关涉罪名排除在本罪的构成要件之外，本罪与关涉罪名实行数罪并罚。在这个意义上说，拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚轻重的表象，至少在一定程度上是由于立法方式的不同所造成的。可以说，虽然两罪的法定刑确实存在轻重差异，但这种差异并不如我们想象的那样大。

结　　语

本文的目的是采用刑法教义学的分析方法，对拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚轻重的成因提供合理的解释。

目前我国学者对是否需要对收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑进行修改存在两种观点：第一种观点是维持说，例如车浩教授认为，收买被拐卖的妇女、儿童罪具有预备犯的性质，收买妇女的行为（《刑法》第 241 条第 1 款）和非法拘禁、强行发生性行为（《刑法》第 241 条第 2、3 款）等犯罪行为之间具有法理层面的内在关联，因此需要重视数罪并罚条款的适用，扩大司法实践者的视野。收买者多为传宗接代收买妇女，长期限制人身自由和发生性行为具有高度可能性，司法实践者通过合理解释，建立第 241 条

第 1 款和其他各款之间的联系，从而更合理地实现罪刑相适应原则，同时也能很好地解决其他罪行的举证问题（即除非被害方否认，否则不能免责）。同时，车浩教授还指出，我国刑罚是轻名誉尊严、重实质伤害，故不应对收买行为设置较高的法定刑，而应当重点打击侵犯人身安全及自由等实质性伤害。第二种观点是提高说，例如罗翔教授认为，刑法有关收买被拐卖的妇女、儿童罪的规定存在着人不如物、买卖人口刑罚失衡的漏洞，不符合共同对向犯的基本理论，背离了民众朴素的法感情，对于人身权的保护并不充分。综合考虑历史经验和大部分国家和地区的法律状况，有必要慎重考虑修改法律的建议。该立法建议的主要内容是：提高买卖人口犯罪中买方的法定刑。

对于上述两种观点，我认为应当进行具体评判。对于维持说，关键问题在于司法，如果将收买被拐卖的妇女、儿童罪以及所关涉的并合犯一并加以处罚，利用数罪并罚制度，完全可以有效惩治收买被拐卖的妇女、儿童罪。换言之，如果只是单纯的收买行为，按照《刑法》第 141 条处以 3 年以下有期徒刑。当然，如果必要，将 3 年以下有期徒刑修改为 5 年以下有期徒刑，也并非不可。如果存在关涉罪名的，通过数罪并罚处以较重的刑罚，是可以做到罪刑均衡的。从这个意义上说，维持说在观察收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚的时候，并不是只看第 241 条第 1 款的规定，而是将第 2 款、第 3 款结合起来考察，这是完全正确的。

至于提高说，我认为还需要商榷。如前所述，拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪虽然是对合犯，但两罪的构成要件性质和侵害法益的程度有所不同，因而提高说所主张的对买卖人口行为处以相同之刑的立法修改方向，我并不赞同。现在的问题不是收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑过轻，而是拐卖妇女、儿童罪的法定刑过重，因此，修改的方向应当是合理降低拐卖妇女、儿童罪的刑罚。拐卖妇女、儿童罪的刑罚过重，主要体现在两个方面：第一是法定最低刑过高。如前所述，拐卖妇女、儿童罪的法定最低刑是 5 年，与绑架罪相同。这个法定最低刑甚至高于故意杀人罪，故意杀人罪重于拐卖妇女、儿童罪，这是没有疑问的，因而拐卖妇女、儿童罪的法定最低刑高于故意杀人罪显然不合理。第二是加重犯的加重事由包含强奸罪等重罪，人为地抬高了本罪的法定最高刑，尤其是在收买被拐卖的妇女、儿童罪采取并合犯的立法方式的情况下，两罪之间的不相称性反映得较为明显。基于上述原因，我认为应当将拐卖妇女、儿童罪的法定刑修改为 5 年以下和 5 年以上两个罪刑单位。5 年以下是本罪的基本犯，5 年以上是本罪的加重犯。在加重事由中仅应包括以下三种情形：1.拐卖妇女、儿童集团的首要分子；2.拐卖妇女、儿童三人以上的；3.造成其他严重后果的。至于关涉他罪的情形，都规定为并合犯，实行数罪并罚。在这种情况下，虽然法定最高刑降低为 15 年有期徒刑，但通过对关涉他罪的情形实行数罪并罚，完全可以实现罪刑均衡。至于死刑，如果对被拐卖的妇女进行强奸，强奸特别严重的，可以适用强奸罪的规定对犯罪分子判处死刑，而没有必要保留拐卖妇女、儿童罪的死刑。

最后应当指出，拐卖妇女、儿童与收买被拐卖的妇女、儿童的犯罪现象，是一个严重社会问题，虽然刑法可以在应对这种犯罪现象中发挥重要作用，但绝不能依赖刑罚，更不能依赖重刑。我们应当铭记李斯特的名言：“最好的社会政策就是最好的刑事政策。”唯有如此，才能正确评价拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪的刑罚轻重问题。

性侵犯罪专题研究 |《环球法律评论》2022 年第 4 期

2022-08-01 原创 环球法律评论 环球法律评论
https://mp.weixin.qq.com/s/5Bj7q_i1ujo15hAQ2MjENg

在性侵犯罪，尤其是以未成年人作为对象的犯罪，是近年来刑法学界研究的热点，与之相关的案件数量也逐年上升，受到社会的广泛关注。随着《刑法修正案（十一）》对强奸罪、猥亵儿童罪的修改以及新罪名的增加，对性侵犯罪行为，尤其是性侵害未成年人的犯罪行为的打击力度加大。为进一步推进性侵犯罪相关规制问题的理论研究，尝试解决在程序和实体领域存在的司法实践问题，有必要对性侵犯罪的证据适用、作证程序、行为界定等问题进行更加充分的探讨。

有鉴于此，《环球法律评论》编辑部组织了“性侵犯罪专题研究”主题研讨，现推出其中优秀成果，以飨学林。

冲突与平衡：未成年被害人作证保护与被告人对质权行使 |

2022-08-01　原创 尹泠然 环球法律评论
https://mp.weixin.qq.com/s/aJ9NhX5t4J8mIUl8wpO4wQ

尹泠然，中国政法大学刑事司法学院讲师。

本文系《冲突与平衡：未成年被害人作证保护与被告人对质权行使》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2022 年第 4 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”。

图片

内容提要：性侵案件未成年被害人作证保护与被告人对质权行使之间的冲突关系与平衡方式是一个不断演进的过程。未成年被害人出庭作证的实践效果及其检验结果符合认知功能理论下未成年人与成年人信息处理能力与方式的差异，从而将作证保护的特殊程序探索推上司法实践的舞台。美国平衡冲突的经验表明，对质权让位于作证保护的过程也是不断强化被害人保护的过程，但二者之间的冲突关系实际上在一轮又一轮的争论与博弈中始终保持着某种微妙的平衡。在不断产生冲突与不断形成新的平衡过程中，作证保护与对质权的关系也渐趋明晰，并形成新的标准以应对实践发展。我国对质权虚置的司法常态，造成这一冲突被长期掩盖。排斥对质权的介入而倾斜作证保护，反而会减损作证保护的实际效果。在刑事审判要兼顾国法与人情的现实下，对质程序前置与侦查询问程序重构可能是平衡冲突的一种有益探索。

关键词：性侵未成年人案件　被害人作证保护　对质权　侦查询问

一、问题的提出

近年来，侵害未成年人犯罪多发高发，性侵害未成年人问题突出。据统计，2017 年至 2020 年，检察机关起诉侵害未成年人犯罪在未成年人检察案件中所占比例分别为 44.34%、46.51%、50.67%、51.04%，2019 年以来已超过受理审查起诉未成年人犯罪数量。性侵未成年人案件数量的增长使越来越多的未成年被害人被裹挟进入刑事司法程序中。被害人固有的诉讼地位边缘化、诉讼权利形式化等问题投射在未成年人身上容易产生叠加放大的负面效应，导致“二次被害”的程度更深、影响更远，危及作证的效果及其陈述的质量。实践中，相当多的性侵未成年人案件存在客观证据少、被害人报案不及时、作证资格受质疑、陈述存在瑕疵等特殊证明问题，呈现出以被害人陈述为主要证据的特殊证据构造。显然，这种“一对一”证据案件需要被告人行使其质证权，与被害人充分对质以揭露虚假的陈述；但此类对质又很难经由出庭作证这一传统的发现真实的方式来实现，未成年被害人因作证所产生的压力可能影响其陈述的可靠性，同时会削弱对未成年人的特殊保护与优先保护。

在刑事证人出庭作证与庭审实质化紧密勾连的中国语境下，作为广义证人的未成年被害人虽然也承担出庭作证的义务，但考虑到其特殊性，司法解释确立了“不出庭为原则，出庭为例外”的作证规则。未成年被害人通过提供书面陈述或相关笔录的方式代替出庭作证，确有必要出庭的，法庭会根据案件情况采取不暴露外貌和真实声音，通过视频播放未成年人的陈述、证言等保护性措施。但是，这样可能会导致被害人的陈述难以得到被告人的有效质证。在性侵未成年人案件中，被害人保护与被告人对质权的行使并非截然对立，作证保护更有助于将被告人的质证活动纳入合法、规范的制度环境内，在减轻未成年人作证压力的同时避免对质权的滥用及其可能导致的伤害。

本文试图从三个方面对性侵案件被害未成年证人的保护和被告人对质权行使的问题展开分析：其一，从遭性侵未成年被害人出庭作证的实践效果出发，以认知功能理论为框架阐释未成年人与成年人在信息处

理能力和方式上的差异及对其作证的影响；其二，围绕美国相关判例中未成年人作证保护与被告人对质权行使的争论，探讨平衡二者冲突的思路与方式；其三，如何在制度安排上最大程度地实现二者平衡，是尊重未成年人司法规律与兼顾程序正义无法回避的现实问题。所以需要探究冲突在我国的表现形式及其被掩盖的原因，寻找平衡之道。

二、未成年被害人出庭作证的实践效果与理论解释

现有的以成年人为模板创设的司法系统，不仅对作为性侵案件被害人的未成年人的需求漠不关心，不信任其陈述案件事实的能力，而且在他们诉诸正义的道路上设置特殊障碍。未成年人的身心、认知与情感发展的不成熟特性常常使其在法庭上的陈述显得不那么可靠，这给被告方通过对质来质疑其陈述的可信度留下了余地。

（一）未成年被害人出庭作证的实践效果及其检验

在性侵未成年人案件中，由于通常缺乏物证且被害人往往不愿或无法指认被告人，发现性侵行为并对侵害人进行定罪非常困难。遭受性侵害的许多重要迹象可能是心理和情感上的，而不是身体上的。加拿大儿童保护中心指出，除了生殖器创伤和出血等身体指标外，遭受过性侵害的未成年人可能会表现出行为变化，例如变得孤僻、抑郁、黏人、好斗或“自我毁灭”。这些症状不仅短期内会难以识别，也可能会被归因于性侵犯和性虐待以外的问题。即使有可靠的证据表明未成年人被性侵，也只有 5%到 15%的未成年人会遭受与性侵相一致的生殖器损伤。因此，在 85% -95%的案件中，未成年被害人基本上必须在法庭上作证，否则侵害者将被无罪释放，因为未成年人的证言通常是证明被告人有罪的唯一证据。然而，在作证压力下，一些未成年人的行为水平可能会退回到低于实际情况的不成熟的阶段。例如，在家中聪明、口齿伶俐、自信的未成年人，在法庭的正式环境中可能会表现出语言障碍和记忆困难。

1. 出庭作证对未成年被害人显著且持续的影响

未成年被害人在面对侵害者并在有许多旁听人员在场时作证，不仅负面影响较成年人被放大，其遭受的创伤在庭审结束后也会长期持续。加州大学公共政策研究中心主任盖尔·古德曼（Gail S. Goodman）进行过一项研究，通过审判前、审判中和审判后对未成年被害人的访谈、观察作证及问卷调查，揭露出庭作证对其带来的负面影响。这项为期两年的研究跟踪并调查了 218 名遭受性侵害的未成年人，他们向有关机构报告遭遇性侵害的年龄在 3 至 17 岁之间，首次报告时超过 55%的未成年人未满 10 周岁。研究发现，许多未成年人出庭作证面临很大压力，且往往伴随着未成年人及其照料者的不满情绪。作证结束三个月后，出庭作证与未出庭作证的未成年人在行为和情绪方面似乎都有同等程度的改善，但在七个月后，与未出庭作证的未成年人相比，出庭的未成年人表现出更多情绪障碍，行为改善较少。这种显著且持续的负面影响还源于未成年被害人与被告人的面对面对质所产生的恐惧感。即使被告人被判处重刑也只会进一步加剧其恐惧，因为被告人通常会因为未成年人作证及其与检察官的合作而更加愤怒，这导致未成年人害怕被告人出狱后会报复自己。

出庭作证对未成年人的负面影响同样在另一项实验研究中得到证实，该项研究旨在检验未成年人的作证效果因环境而异这一假设。实验分为两个阶段，第一阶段安排未成年人观看一段模拟父女“对峙”的录像，第二阶段则将未成年人带至两处不同地点接受询问。其中一半未成年人在有两面单向镜及天花板装有麦克风的小房间接受询问，另一半将出席法庭，由法官确认未成年人能否区分真相与谎言，询问撒谎导致的后果及能否尽其所能回答问题。研究结果表明，未成年人出庭作证可能受以下因素的综合影响：法庭空

间大，座位距离父母远，旁听人员在场，陌生人询问，法官身着长袍且距离很近，面对录像中的男子且距离很近等等。出席法庭的未成年人出现了拉扯头发、颤抖、哭泣及试图在庭审结束前离开证人席或法庭等状况。实验结束后，出庭作证的未成年人普遍表示再也不想作证了，而在小房间里作证的未成年人则表示以后更愿意参与类似的程序。

2. 出庭作证对未成年被害人陈述准确性的影响

辩护律师在庭审期间的大部分提问已被研究证明是超出未成年人语言能力发展阶段的。多项研究表明，许多未成年人会误解法庭上常用的法律术语或语法习惯，还有可能无法理解法庭质询的内容。此外，他们有时也难以判断自己是否理解了某一问题，对于没有理解的问题也很少寻求澄清，并且可能会试图回答复杂甚至荒谬的问题。在沃特曼（A. H. Waterman）等人的研究中，未成年人回答这种问题的意愿可能取决于问题是开放式的还是封闭式的，其结果显示 5 至 8 岁的未成年人试图回答 75%的荒谬的封闭式问题，如“箱子比膝盖还响吗”，但只有一小部分荒谬的开放式问题得到了回答，如“砖块吃什么”，当要求的回答仅为“是或否”时，未成年人更有可能做出回答。

未成年被害人陈述的准确性还可能受到法庭上交叉询问的消极影响，辩护律师会利用各种询问策略增加未成年人的困惑与不安，进而引导其作出不准确的陈述或在陈述的可信度方面给陪审团留下误导性印象。首先，辩护律师善于提出引导性问题，在这些问题中提出期望的答案或假设有争议的事实。心理学研究表明，提出特定答案的问题越多，答案可能越不可靠，这对未成年人的影响相较成年人更甚，并且年龄越小越明显。其次，以攻击性或恐吓性而非支持性的方式质疑未成年人可能会产生破坏性的结果。如果一个未成年人被指责为说谎者但其所说的是真话，可能导致其陷入压力状态，在这种状态下他们常常无法集中注意力，甚至有可能仅仅为了结束提问而承认对自己的责难。最后，交叉询问会削弱未成年人提供可靠和有效陈述的能力。辩护律师在交叉询问中提出问题的方式是对他述说的信息进行结构化和控制，而未成年人所依赖的结构性线索，如表明询问主题发生变化的线索，很少在交叉询问中出现。当被问及复杂、不恰当的问题时，未成年人一般不会直接表达自己无法理解该问题，而是尝试去回答，但却远不如对简单问题的回答准确。此外，未成年人在作证时越害怕被告人，他们就越不可能完整、连贯地回答辩护律师提出的问题，即使是在支持未成年人的检察官直接询问时也是如此。前述实验研究也发现，与出席法庭的未成年人相比，在小房间接受询问的未成年人在自由回忆中往往涉及更多核心信息，对具体问题的正确回答更多，回答“我不知道”或未做回答的也明显更少。

（二）未成年被害人作证效果的认知功能理论解释

研究表明，未成年人可以和成年人一样完成某些记忆任务，而且与成年人在短期或长期记忆保持方面几乎没有区别。然而，尽管未成年人可以与成人一样回忆起存储在记忆中的信息，但他们检索信息的方法却与成人不同，并会在对抗制诉讼环境中受阻。

1. 未成年人与成年人信息处理能力的差异

未成年人处理信息的能力主要取决于个体的认知发展阶段、推理能力以及应对创伤与压力的具体方式。随着个体的成熟及其经验的累积，未成年人对过去事件的陈述会越来越全面，但在受到当下所处情境的影响时，某些情境特征会促进或削弱未成年人的记忆功能。成年人虽然对特定情境也较为敏感，但他们不太容易受到情境的影响。所以，如果未成年人既不熟悉庭审程序，又对出庭作证压力较大，就会导致作证效果不佳。

2. 未成年人与成年人信息处理方式的差异

未成年人与成年人信息处理方式的差异主要体现在专注于特定任务的能力上。未成年人可能会将注意力集中在眼前的特定任务上，几乎完全忽视周围的一切，也可能处于精神游离的状态，会注意到许多细节但并不深入，后者被称为“偶然学习”。关于未成年人“偶然学习”对目击某一事件及其后作证的影响，有两种观点。一种观点认为，注意看似无关紧要的细节在某些案件中可能会有所帮助；相反的观点是，未成年人过于关注细节会导致无法像成年人那样整合信息。然而，这种发展差异可能使未成年人提供更准确的证言，因为如果他们记住的是细节而不会据此推断出有效或无效的关系，就可能还原“真实”的情况。相比之下，成年人可能会推断特定情况下通常发生的事情，并且在无意中填补记忆空白，即将其看到的与设想的信息结合起来，但实际上所“回忆”的内容并没有发生。但是，过于关注细节同样会将未成年人的注意力引向作证场所与在场人员，作证场所的设施、布局、气氛，在场人员的数量、性别、服饰、位置等细节，导致其回忆与陈述回忆的能力和意愿受到消极影响，甚至危及作证后恢复正常生活的水平。

三、作证保护与对质权行使之冲突与平衡的美国经验

出于对遭性侵未成年被害人因作证压力导致的创伤及其所提供陈述准确性的担忧，很多国家都规定了未成年被害人作证的特殊方式，其中最常见的方式是让未成年人在看不见被告人的情况下作证，例如在双方之间设置屏障、在未成年人作证时将被告人带离法庭、通过声像传播的方式作证等。然而，在历来重视程序正义的美国司法实践中，关于这些特殊的程序设置是否侵犯了被告人与未成年被害人对质的权利争议颇多。在解决二者冲突关系的过程中，美国逐步形成了平衡冲突的经验与思路，并在相关司法判例中显示出国家对待该问题的态度：至少在某些案件中，保障性侵未成年被害人身心健康的利益诉求会超越被告人在法庭上与其对质的权利。

（一）作证时设置屏障

美国宪法第六修正案规定：“在所有刑事指控中，被指控者有权……要求与不利证人进行当面对质。”强调与不利证人当面对质的权利主要有三方面功能：首先，确保证人在宣誓下作证，以作伪证可能受到惩罚的后果来防止其说谎；其次，迫使证人接受交叉询问，这是发现事实真相的“最伟大的法律引擎”；第三，陪审团得以观察证人作证时的举止，从而评估证人的可信度。质证权的核心目的是确保交叉询问的机会。

被告人与未成年被害人对质的权利是否因在双方之间设置屏障以保护后者而受到侵犯，在科伊诉爱荷华州一案（Coy v. Iowa）中成为争议焦点。该案中，被告人被指控性侵两名 13 岁女孩，初审法院允许未成年被害人作证时使用屏障遮挡以防止其看到被告人，但被告人质疑初审法院的做法违反了美国宪法第六修正案中被告人与不利证人面对面对质的权利。爱荷华州最高法院认为，由于被告人与证人的交叉询问没有受到屏障的影响，因此并不违反对质权条款。案件上诉至联邦最高法院，最高法院的大多数法官认为，设置屏障导致被告人在审判中与证人面对面这一对质权的核心要素缺失，但奥康纳（O’ Connor）大法官强调，面对面对质的权利在适当的情况下可能会让位于其他竞争利益，如未成年证人的保护，如果国家能够证明该程序促进了重要的公共政策利益，则该权利可能存在例外情况。最终，联邦最高法院认定爱荷华州防止未成年人遭受创伤的利益诉求过于笼统，无法超越宪法第六修正案赋予被告人的对质权。

在科伊案中，为避免未成年被害人直面被告人作证而采取的特殊保护方式（设置屏障）是否可以作为被告人行使对质权的例外，是寻找平衡二者冲突关系方式时的焦点。该案中，平衡冲突的需要与努力受到了一定关注，但如若将被告人与未成年被害人面对面作为行使对质权的核心要素，不仅类似冲突在所难免，实际上也限缩了对质权的实现方式。首先，虽然当面对质是审判中提供证言的首选方式，但即使被告人没有与证人当面对质，确保交叉询问证人的机会也可以满足对质权条款的要求，因而当面对质的优先性并不是“绝对的、没有弹性的”，而是允许例外存在的。其次，在性侵未成年人案件中，对质权条款并不要求

未成年被害人与被告人之间进行“眼球对眼球”的接触，保护未成年被害人免受进一步的创伤是更为迫切的政府利益，使用特殊的作证方式代替传统的面对面对质，不应该被认定为侵犯了被告人的对质权。最后，联邦最高法院曾指出，不应从字面上教条地解释被告人与证人当面对质的权利，对质权条款并不保障被告人享有绝对的在审判中与证人当面对质的权利。相反，对宪法条款文字的技术性遵守有时可能会超出对被告人公正保护所必须的范围，也超出了公众安全所保证的范围。

（二）使用闭路电视作证

随着信息技术的发展，美国许多州允许在法庭中使用单向或双向闭路电视将未成年被害人作证的过程实时传输到法庭，以实现被告人对质权行使与未成年人作证保护的平衡。在这一程序下，未成年被害人被安排在法庭之外的单独房间内作证，允许父母或其他支持人员一人在场陪伴，法官、陪审团、被告人及双方律师等则留在法庭，通过闭路电视向未成年人提问并观察其作证的情况。这种方式避免了未成年被害人直接在法庭之上面对被告人并在其他人员在场时作证，降低致使其产生心理创伤的风险，但同时也受到了来自被告人行使对质权的挑战。马里兰州诉克雷格（Maryland v. Craig）案再次将二者冲突推上了司法实践的舞台。

该案中，初审法院允许未成年被害人通过单向闭路电视作证，这一举措受到该州上诉法院的支持，因为对未成年人个体情况的调查表明，被迫在被告人面前作证会使其遭受情感创伤。但马里兰州最高法院对此予以否决，认为对该案特定的未成年证人需要使用闭路电视作证的证明并未达至科伊案要求的“高门槛”，因为初审法院法官仅依靠专家证言而不是直接观察而引入该程序。案件上诉至联邦最高法院，在五比四的裁决中，法院认为虽然被告人与不利证人之间的对抗并非“面对面”，但被告人受宪法保护的权利并未通过争议程序被剥夺，多数人认为对质权条款并不能保证被告人在审判中与不利证人面对面的绝对权利。奥康纳大法官指出，先例只是确立了“在审判中面对面对质的优先性”，这种优先性必须偶尔让位于公共政策考量和每个案件的特殊需要。如果国家能充分证明保护未成年人免受作证带来的创伤这一利益足够重要，就足以证明未成年证人在没有与被告人当面对质的情况下作证的特别程序是合理的。

然而，克雷格案也引发了另一个问题，即如何认定未成年人可能遭受的创伤。联邦最高法院对此采取保守态度，认为如果未成年人因在法庭上作证可能遭受严重的情绪困扰，以至于“无法合理地沟通”，则无须通过对未成年人的直接观察而允许使用特殊程序。但也有人指出，并不是对未成年人可能造成创伤本身就足以证明使用特殊程序是正当的，创伤必须对未成年人提供可靠证言的能力产生某种预期的影响。最终，联邦最高法院通过克雷格案确立了允许未成年人在被告人不在场时作证的必要性证明标准。首先，必要性的认定必须针对特定案件，须依据证据确定是否有必要使用单向闭路电视程序来保护特定未成年证人的福利；其次，未成年证人会受到创伤不是因一般性的出庭导致，而是因为被告人在场；最后，未成年证人在被告人在场时作证所遭受的情绪困扰超过了最低限度，即不仅是紧张、兴奋或不愿作证。

克雷格案试图在未成年人作证保护与被告人对质权行使的冲突中寻求一种新的平衡方式，但同时也确立了一系列证明标准以限制特殊作证程序的适用范围。这说明，法院对于减少被告人与指控证人面对面的情形持谨慎限制的态度，也意味着未成年人作证保护面临的来自正当程序的挑战仍在继续。

（三）录像作证的持续探索

几乎在同一时期，美国许多州允许在审判中使用录像证言代替未成年人的当庭证言。此类程序改革的出发点倾向于将未成年人从法庭中“解救”出来，减少在诉讼程序中重复陈述的次数，但因过分强调平衡被告人的对质权，低估了未成年人可能遭受的心理创伤，再次展现出二者的冲突。事实上，作证场所的差异与是否和被告人面对面对质对未成年人作证效果的影响是难以进行人为割裂的，很难说在法庭上看不到被告人的情况下作证和在小房间但被告人在场的情况下作证，对不同案件的不同未成年人个体来说孰优孰劣。

1. 平衡作证保护与对质权行使的具体方式

录像作证通常在控方起诉阶段前进行，录像的主要内容为未成年人的初始陈述。之所以采取这种方式，首先是由于在大多数案件中初始陈述发生于侵害事件后不久，降低了未成年人的记忆力随着时间推移而衰退的可能性；其次，减少未成年人回忆与重复陈述其遭受侵害的次数，使其承受更少的创伤；第三，初始陈述难以得到演练，证言会有更高的准确性，而多次询问往往会失去陈述的自发性和即时性；第四，对于发生在家庭内部的案件，未成年人因来自家庭成员的压力而撤回指控的可能性会降低，因为录像的方式会缩短其承受这种压力的时间。美国各州在未成年人录像作证方面的探索主要有三种途径，均强调对被告人质证权的保障。第一种是将录像视为未成年证人的审前证言，并进一步要求在录像期间进行交叉询问。例如南达科他州、科罗拉多州和加利福尼亚州适用这种方式。第二种方式允许审判时采纳录像证言作为证据代替被害人的庭审证言。这种程序为被告人提供了两次交叉询问的机会，因为法律规定被告人在录像期间以及在庭审中均可以在场并对未成年人进行交叉询问。相较仅仅在审判时作证，这种方式因对未成年人的伤害更大而饱受争议。新墨西哥州、阿肯色州和威斯康星州都采用了这种程序。第三种方式允许采纳未成年人在录像期间未经交叉询问的证言，但同时也要允许被告人在庭审中对未成年人进行交叉询问；如果被告人有机会在录像期间进行交叉询问，则不能要求未成年人出庭作证。这种方式使未成年证人不至于面对两次交叉询问带来的双重威胁。肯塔基州和德克萨斯州采取了这种方式。

2. 平衡作证保护与对质权行使的实践问题

录像作证将未成年人作证的场所从法庭转到法官的办公室或类似环境，作证阶段也前置于控方起诉前，这不能不说是一种进步，但从各州规定来看，适用录像作证的条件较为严苛。大多数州规定，只有在法庭认定未成年人公开作证会造成严重的情感创伤时，才允许制作录像或在审判中将录像作为证据。仅个别州规定，如果在法庭上公开作证将使未成年人遭受情绪或精神压力，或者进一步拖延会损害回忆相关指控罪行事实的能力，可以对被害人采取录像作证的方式。

即使在允许适用录像作证情况下，各州在录像作证中平衡被告人对质权的做法反而会打破平衡，不利于保护未成年人与获取准确的证言。许多州明确要求被告人录像时在场，有些州要求将未成年人隐藏在被告人的视线之外，以缓和面对面对质的问题。但无论如何，被告人均有机会对未成年被害人进行交叉询问。一方面，与被告人面对面对未成年人的记忆力有明显的不利影响，会损害证言的可靠性、质量，甚至证言的真实性。所以，即使在压力较小的环境中通过录像作证的方式代替出庭作证，被告人的在场也会引起未成年人的焦虑并降低其证言的价值。另一方面，处于交叉询问的敌对环境时，回忆的准确性和效率会降低，更可能产生不准确的证言。这种状况在小房间、近距离并且通常没有支持人员在场时只会更为糟糕。因此，许多人开始质疑，录像作证中平衡对质权的实践做法带来的麻烦是否超过了其价值。

3. 平衡作证保护与对质权行使的其他方案

2011 年 9 月 1 日，德克萨斯州在其刑事诉讼法中通过了第 38.071 条（以下简称“第 38.071 条”）作为传闻证据规则的具体例外。当法院确定在侵害未成年人案件中实际发生的事实已由一名中立的个人以独立的方式进行全面和公正的调查以寻求事实真相时，可以使用调查期间未成年人所作陈述作为证词。根据第 38.071 条的规定，控辩双方可以在调查中提交各自问题，由法医调查员询问未成年人，未成年人所做回答将接受双方审查，并可以继续向其提出其他问题，直至所有人满意为止。当未成年人“无法”作证时，原始录像和后续录像可以一并提交法庭，并被视为传闻证据规则的例外情况。是否“无法”作证通过以下因素来确定：被告人与未成年人的关系、被指控罪行的性质和持续时间、未成年人的年龄、成熟度和情绪稳定性、自指称的罪行以来经过的时间，以及未成年人是否由于心理伤害可能无法出庭作证等。第 38.071 条是对美国传统规则中关于证言、对质和传闻精心设计的例外，它允许对未成年证人进行公平的交叉询问，同时保护其免受过度的创伤和痛苦，从而在作证保护与对质权行使中保持平衡。一方面，辩方根据第 38.071 条提交的问题与审判中所允许的类型和范围完全相同，未成年人对这些问题的回答在审判中可以完全接受，而辩方在提交这些问题时的动机与他们在庭审中的动机也是相同的。另一方面，获取未成年证人口中真相

的最准确和最有效的方法是由中立的、受过专门训练的法医调查员进行询问。在 Coronado v. State 案中，辩护律师甚至承认法医调查员在询问未成年人方面更有能力也更有效。

（四）平衡冲突的整体思路

美国司法实践在性侵未成年人案件中平衡作证保护与对质权行使之冲突的思路主要取决于两个方面，一是被告人在场与公开作证可能对未成年人造成创伤的严重程度，二是对质证权条款的具体解释。

在对作证时设置屏障、利用闭路电视作证以及录像作证等手段的持续探索中，对未成年人施以作证保护的前提即可能遭受的创伤，从最初限定为因面对被告人而产生，进一步拓展至公开作证，从通过直接观察认定到依赖于专家证言，显示出逐步放宽作证保护适用的趋势。同时，未成年人作证空间从法庭之上转移至法庭之外，作证时间从庭审阶段前置于控方起诉之前，这都在一定程度上体现了在传统对抗制审判中平衡未成年人作证保护与被告人对质权行使的思路。

为确保作证保护不至于侵犯被告人对质权行使而在二者之间达成一种新的平衡，美国通过相关判例对质证权条款进行的解释，使各州在实践探索中逐步形成了有效的平衡思路与方式。对质权条款由三项要素组合而成，即被告人与证人面对面，被告人有机会对证人交叉询问，事实调查者能够观察证人的举止。克雷格案已表明，审判时没有绝对的面对面要求，面对面作为对质权的核心要素也存在例外。早期判例之所以反对使用录像证言，可能是由于 19 世纪的法官无法预见技术发展已经可以做到即使不用面对面也能进行交叉询问和对质。平衡未成年人作证保护的需要，恰恰要求在适用对质权条款时具有灵活性，特别是要求未成年被害人与被告人面对面时，应当优先考虑适用录像作证。亚利桑那州等法院已经在一些案件中裁定，使用性侵害未成年人的录像证言可以满足对质权条款，而无须与被告人面对面。对质权条款所保证的主要利益是交叉询问权，即使在没有当面对质的情况下，足够的交叉询问机会也可以满足该条款的要求。交叉询问的实质是检验证人证言的真实性，如果可以通过其他可靠的方式做到这一点，那传统的交叉询问就没有必要了。比如德克萨斯州在录像作证基础上探索的经由专门训练的中立的法医调查员进行询问。这类程序事实上没有限制交叉询问，只是改变了传输问题和答案的方式，满足了质证的求真功能。无论是通过闭路电视作证还是录像作证，均能确保事实调查者观察证人的举止。一些州法院和联邦法院也指出，录像证言因能够捕捉到足够的行为举止从而满足了对质权条款的要求。例如，通过录像提供证言的过程“不会显著地影响信息流向陪审团”，因此录像证言满足了对质权条款的“广泛目的”，录像是在审判中提供证据的一种公平可靠的媒介。

四、我国作证保护与对质权行使之冲突转化与平衡方式

美国司法实践中作证保护与对质权行使的关系之所以引起持续不断的争论，源于对抗性诉讼模式下被告人与不利证人当面对质的权利观念，而我国的诉讼实践对被告人质证权的重视程度不足，导致二者的冲突在某些方面、某种程度上被遮蔽了，转而以另一种新的形式呈现出来。如弗里德曼（Lawrence M. Friedman）所言：“社会力量塑造了法律秩序，法律制度是社会的一部分，它要符合社会，就像手套要符合手一样。”既然社会力量扮演着更为重要的角色，在中国语境下探究冲突的表现形式及其被掩盖的原因就显得非常重要了。只有找到渗透其中的关键因素，平衡二者冲突才成为可能。

（一）对质权的虚置

一直以来，我国司法实践中盛行的“案卷笔录中心主义”赋予证人的书面证言以更高的效力，以庭前书面证言定案而不采证当庭作证的证言，是刑事诉讼中经常发生的情况。同时，关键证人出庭率低，即使出庭，由于“法官控权”的侵袭，也在一定程度上削弱了被告人及其辩护律师询问证人的机会。这表明，我国没有准备好也不太可能如西方国家那样建立起一种充斥着诉讼技巧的“唇枪舌战”式的对抗制审判制度。种种迹象之下，被告人与证人对质的权利经常被虚置成为中国审判实践的突出特征之一。

在司法实践中，被告人的对质权利益可能会与未成年被害人作证保护、诉讼效率等多重因素发生冲突，曾在 2018 年轰动一时的汤某兰案将这一冲突展示无遗。该案中，被告人之间互相印证的口供是定罪的主要依据，但在庭审阶段几乎所有被告人都推翻了先前的供述，称有罪供述是在遭到刑讯逼供的情况下做出的。此案唯一的物证，用于观看黄色录像的 501 型奇声牌影碟机的购机时间、来源存疑；汤某兰与他人的一段电话录音显示其指控可能受到其他因素的干扰；一份“未怀孕”、一份“子宫内有胎儿症状”的阴阳 B 超单，统统表明该案可能存在疑点。然而，被告人无论在庭前还是庭审中均未获得与被害人对质的机会，作为定案根据的证据也没有经过充分的质证。随着刑满释放者接连申诉上访引发媒体对此案的关注，及至挑起舆论的轩然大波，汤某兰案才第一次被推到公众视线的焦点上。而社会情绪也将愤怒与不满一股脑地倾泻于对被害人隐私的曝光、新闻伦理、媒体与司法的关系等问题的关注上，却忘了案件本身之所以出现冤情与被告人对质权的虚置休戚相关。也正是由于该案所背负的公众效应过于浓烈，一些原本更为重要的问题反而被忽视了。冲突不仅在司法场域内被掩盖，也淹没于公众的激愤之下。

（二）作证保护效果的内在冲突

与其他刑事案件不同，性侵未成年人犯罪案件常常由于缺少实物证据或者实物证据灭失，而在被告人与被害人双方各执一词时呈现“一对一”证明情形，证据之间难以相互印证，未成年被害人陈述往往成为定罪的关键证据。但被害人陈述不是“万能”的。一方面，未成年人认知、记忆与表达能力的局限性，言词证据本身的复杂、多变特征，导致陈述的真实性与稳定性欠佳。另一方面，想要通过询问获得真实有效的陈述，既需要硬件设施的配备供给，如专门的询问场所、同步录音录像设备等，也需要软件设施的协调运作，如社会支持体系的配套搭建以及办案队伍的专业化建设等。因此，实践中推动探索的未成年被害人“一站式”询问机制逐渐成为处理此类案件的主流方式，从案件介入、调查取证、综合救助全方位贯穿未成年被害人的权益保护，最大程度提升作证保护的实际效用。

然而，无论从《未成年人刑事检察工作指引（试行）》的具体规定还是实践状况来看，当前“一站式”办案模式都倾斜于作证保护而未能有效平衡被告人对质权的行使。但如果意识到被害人陈述并非“万能”，作证保护在追求尽量避免多次询问与尽量获得完整、准确的被害人陈述的过程中，同样迫切需要被告人行使其对质权，就会发现二者之间被掩盖的冲突以另一种形式转嫁到了作证保护之上。从程序上看，如果对质权缺位导致案件事实或证据之间存在矛盾或疑点，可能导致办案人员多次就同一事实进行询问，要求未成年人反复陈述或确认，这反而背离了作证保护尽可能减少询问次数的初衷，使未成年人产生心理压力，造成二次伤害的严重后果；从结果来看，反复询问还可能对未成年人产生暗示，导致陈述的准确性下降，同样使作证保护探求事实真相的积极效果在一定程度上被削弱。而一旦陈述失实，定案证据本身出现裂痕，被告人就有遭受冤狱的风险。

当对质权虚置以牺牲作证保护的实际效果为代价，作证保护与对质权之间的冲突就转化为作证保护预期效果与实际效果的内在冲突：排斥对质权的介入而倾斜于作证保护，实际上恰恰减损了作证保护的效果。虽然美国经验表明，对质权让位于作证保护的过程也是不断强化被害人保护的过程，但二者之间的冲突关系实际上在一轮又一轮的争论与博弈中始终保持着某种微妙的平衡。在不断产生冲突与不断形成新的平衡的过程中，对质权与作证保护的关系也渐趋明晰并形成新的标准以应对实践发展。反观我国，长久以来对质权的虚置根源于对案卷笔录的充分信赖，这种不以双方当庭对质来发现案件真实的裁判方式，在性侵未成年人案件中似乎更有适用的理由——当庭对质反而不利于未成年人的保护与事实真相的发现。但以牺牲被告人对质权来成全被害人作证保护，并不是解决二者冲突关系的良方，恰恰相反，它打破了平衡，失掉了程序正义的底线，也终将因违背司法规律而承担应有的代价——冲突必定会以一种新的形式卷土而来。

（三）平衡冲突的程序运作

萨维尼指出，法律是“内在地、默默地起作用的力量”的产物，它深深地根植于一个民族的历史之中，而且其真正的源泉乃是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”。这在作证保护与对质权行使的冲突关系与平衡方式的认知及实践中得到充分展现。美国各州与联邦法院此消彼长的争论蕴含着人们关于正义、自由、人权观念理解的不断深化，从出庭保护到录像作证的持续探索也在一定意义上反映了这一认识的实践变迁。而我国的法律传统要求刑事审判也要兼顾天理、国法与人情的现实，导致了对质权虚置的司法常态，美国式的冲突自然就没有发生的“土壤”。但如前所述，冲突有可能以另一种形式出现，同样需要去努力平衡。

1. 美国经验与中国现实

美国平衡作证保护与对质权行使之冲突的经验，实际上是在其对抗制诉讼模式下要求被害人与被告人“面对面”对质的过程中，探寻不断虚拟化和前置化的作证方式。核心思路是既要实现控辩双方的对抗，又要照顾未成年被害人脆弱、敏感的身心特征。为此，在具体方式上将作证场所从法庭转向更加柔和、私密的空间，将面对面对质替换为通过闭路电视或录像作证，将对质程序前置于控方起诉之前，从而在作证保护与对质权行使中达至平衡。与美国不同，无论从法律文本抑或司法实践来看，我国从来都不像西方国家那样强调被告人与证人“面对面”对质的权利。在传统职权主义诉讼模式下的中国审判实践中，控辩双方法庭之上的对抗性始终处于较弱的状态。性侵未成年人案件中被害人原则上不出庭作证，则有继续弱化这种对抗性的趋势。但冲突的转化恰恰说明在我国作证保护的实践探索中需要嵌入一种对抗性程序，以平衡作证保护效果的内在冲突。

2. 对质程序前置

美国在审判阶段虚化对抗性要求与对质权行使，而前置于控方起诉前加以实化的方式，同样是我国需要探索的重点领域。将对质程序前置于侦查询问阶段，融合于目前的一站式询问程序中，同时基于作证保护的要求在一定程度上限制未成年人与辩方当面对质，可以成为平衡二者关系的一种探索。

对质程序前置到侦查询问阶段的一个重要出发点，即为兼顾未成年被害人保护与获取完整、准确的陈述，同步录音录像对于实现上述目标起着举足轻重的作用。实践中，被害人进入司法程序后经常被迫接受来自办案人员多次、反复地询问，主要原因不外乎案情本身的复杂性、言词证据的不稳定性、不同办案机关的利益诉求多样化等等。同时，询问被害人同步录音录像缺失现象严重，通过询问笔录记载未成年人的陈述又存在简略化、成人化，难以如实反映陈述等问题。由检察机关提前介入侦查程序，引导侦查取证，与辩护律师共同参与侦查询问，辅以同步录音录像记录、固定未成年人的陈述，对于减少询问次数和提高询问质量均有重要意义。

在具体操作上，询问前应当由侦查人员与检察人员、心理学专家等共同制定适合于未成年人的询问提纲，特别是对案情有疑点、证据不充分、报案时陈述前后矛盾的，尽可能将问题设计精准、得当、详尽，避免“返工”。可以由一名有经验的女性侦查人员对未成年人进行询问，询问场所应当配备摄像头并在询问开始时同步启动录音录像功能，将询问未成年人的视频画面同步传输至另一监控房间以供观看与观察。应视情况安排合适成年人询问时在场陪同未成年人，考虑到此类案件中存在父母为侵害人或干扰作证等情形，由经验丰富的社工在场更为适宜。辩护律师通过视频观察作证过程的同时应记录用以质证的问题，检察人员等可以将询问中需要修改、补充的问题、不适当的提问方式、态度、语气等记录下来，在询问暂停、中间休息时与侦查人员共同商议，及时调整后续询问方向与内容。质证问题也需要巧妙设计、融合于其中，再由侦查人员返回询问场所继续询问。遇有突发状况时，检察人员可以通过用以沟通的耳麦要求暂停询问并到监控房间共同商议。侦查人员询问、暂停、商议、再询问的过程可以重复进行，直至询问各方均不再有问题为止。但应注意，暂停次数不得过于频繁，商议时间也不宜过久，总体上应以心理学专家的现场建

议为准，以未成年人接受询问时的情绪状态为限。询问结束后应当妥善保存录音录像，不得剪接、删改并随案移送，且可以作为被害人陈述直接被法官采纳。原则上这一询问程序只进行一次，未成年人其后不得再接受任何询问，除非出现了新的事实、证据或者在案证据之间存在矛盾但此前没有发现，需要进一步询问未成年人以查明案件事实。

3. 侦查询问程序重构

将对质程序前置到侦查询问阶段，实质上就是对侦查询问程序在这种特殊案件中进行的全方位重构，涉及询问场所、询问方法、询问人员等方方面面的问题。就询问场所而言，当前各地探索施行的“一站式”办案区设有专门的询问场所，室内布置温馨、舒适，同时配有录音录像设备记录询问过程，取得了一定的办案效果。在一些办案条件有限的地区，即便无法设置专门的询问场所，也应对现有成年人讯问场所进行适度改造，尽量消除影响未成年人作证的负面因素，如放置沙发、玩偶、沙盘等。

长期以来，我国较少关注询问方法对未成年人陈述真实性的影响，侦查人员对遭性侵的未成年被害人询问时也经常面临着“不得不进行诱导性询问，否则无法获得对案件有意义的陈述”的棘手问题。但相关研究表明，当运用具有高度诱导性的询问方法时，未成年人作出虚假陈述的概率很高。在对质程序中可以借鉴美国在此类案件中询问的特殊规则，如采取以开放性问题为主、封闭性问题为辅的“漏斗型提问方式”、禁止多次询问规则、适度追问规则、适时暂停询问规则等。同时，对于通过诱导性询问获得的陈述应当建立裁量性排除规则，由法官依据经验与理性作出符合其心证的裁判。

无论制度机制设计得多么完美，最终还要依靠办案人员及其相互间的配合协作予以落实。一方面，我国在开展一站式询问过程中亟待建立起检察引导侦查的常态化模式。当前各地虽然出台了一站式询问中检警应互相配合的相关规定，但是对如何配合、如何分工等并没有统一的指导，造成实践中性侵未成年人案件一站式询问检警分工混乱。由检察人员提前介入侦查，与侦查人员共同商讨制定科学、合理的询问提纲，针对个案确定具体询问方式与询问内容，同时在询问程序中发挥监督与指导作用，有助于提升侦查人员取证质量与办案效果。在检察引导侦查模式下平衡作证保护与对质权行使，检察人员主要以监督者的身份兼顾对质程序的一方主体介入侦查程序，而侦查人员则是在检察人员指导下具体开展询问的主体，需要提升其专业化办案能力与素质。目前各地少年警务尚未形成独立的业务类别，涉及未成年人的案件分散于治安、刑侦、经侦、禁毒等多个业务部门，难以形成专业化队伍。大部分侦查人员存在根深蒂固的成年人办案思维，缺乏与未成年人接触、沟通的经验，往往导致询问既抓不住要害又无形中造成了二次伤害。我国《未成年人保护法》《刑事诉讼法》都对办理未成年人案件的专门机构或专业人员有明确规定，当务之急是建立专门的少年警务队伍。一是在顶层设计上赋予少年警务正当性地位。明确少年警务的职能定位与受案范围，特别是设计针对性侵未成年人案件有权适用的程序与采取的措施，建立选任、考核、培训与监督等机制。考虑到性侵案件中由女性侦查人员询问通常更为适合，专门队伍中的女性人员数量、比例不宜过低。同时，应就询问方法和技巧开展长期培训。二是注重在实践探索中形成相对固定的办案方式。目前已经有一些地区开始推动制定性侵未成年人案件的询问指引，相较逐步积累的个人经验，指引将普遍的询问经验集合汇总并上升为具体的规则，有助于尚未办理过此类案件或者办案经验不足的侦查人员参考，也体现了实务部门对此类案件处理的高度重视。这一方式可以继续推广，待时机成熟可以将作证保护与对质程序融合的有益经验作为补充纳入指引中，进一步强化侦查人员的专业化办案理念与办案方式。

去家庭化和儿童非正规照顾：欧洲跨国比较研究

2022-08-01 原创 马春华 社会学研究杂志
https://mp.weixin.qq.com/s/hFFitDpJCVkVkrEhlOQFjA

侯去家庭化和儿童非正规照顾：

欧洲跨国比较研究

来源 | 《社会学研究》2022 年第 4 期

作者 | 马春华

责任编辑 | 杨可

本文以父母劳动力“去商品化”程度、儿童照顾“去家庭化”程度构建分析框架，使用 EU-SILC 数据分析欧洲 31 国儿童照顾现状。本文发现，北欧各国去家庭化程度最高，非正规照顾处于边缘；东欧各国去家庭化程度最低，以非正规照顾为主。父母劳动力性质、各国福利体制、性别平等指数等对非正规照顾程度存在一定影响。在国家和市场尚不能提供充足正规照顾资源的中国，儿童非正规照顾应受到重视和支持，使其与儿童正规照顾、父母照顾相互支撑，共同成为支持生育的重要工具。

一、引言

新冠肺炎疫情造成全球大量托幼机构和学校关闭，再加上家庭之外的儿童照顾难以获得（OECD，2021a），儿童照顾和供给之间的矛盾集中爆发。事实上，进入后工业时代以来，欧洲福利国家照顾供需之间的缺口，也即照顾赤字便迅速增加（Hochschild，1995）。随着欧洲各国母亲就业率的持续上升（OECD，2021b），双薪家庭模式逐渐取代了男性养家糊口模式（Lewis， 2001），家庭的时间结构被重塑（Leria，2002），照顾工作只能转移到家庭之外（Fraser，2016），“家庭化”照顾不再理所当然（Beck，1992）。男性赚钱养家、女性提供家庭照顾、国家通过福利支撑家庭的战后现代福利国家制度已趋于瓦解（Fraser，1994）。有研究者寄望于家庭价值的复苏，试图推动照顾的“再家庭化”（Daly & Lewis，2000），但更多研究者提出应修订社会政策，出台更多支持育儿的政策，推动儿童照顾的“去家庭化”（defamilization）。

根据埃斯平-安德森的理论，照顾的“去家庭化”主要有两个方向：一个是“公共化”（state provision），一个是“市场化”（market provision）（Esping-Anderson，1999：51）。此外，他也提及了祖父母提供的儿童照顾，称之为“家户内部的去家庭化”（defamilization within households）（Esping-Anderson，1999：62）。这种包括亲属关系在内的通过社会关系来分担照顾责任的去家庭化儿童照顾（Zagel & Lohmann，2021），就属于儿童“非正规照顾”（Bryson et al.，2012）。

本文从欧洲各国儿童非正规照顾使用现状和差异入手，分析了儿童非正规照顾的国家类型，基于本文构建的欧洲各国儿童照顾“家庭主义/去家庭主义”理想类型，考察了儿童非正规照顾对“去家庭化”儿童照顾和整体儿童照顾安排的作用。在讨论了儿童非正规照顾和父母劳动力“商品化”相关性、分析了可能影响因素之后，本文将讨论欧洲经验为中国儿童照顾安排提供的借鉴和启发。

二、分析框架：去家庭化和儿童非正规照顾

（一）儿童照顾的构成：父母照顾、正规照顾和非正规照顾

以核心家庭为边界，儿童照顾分为家庭内的父母照顾以及家庭外的正规照顾（formal childcare）、非正规照顾（informal childcare）。这里的“非正规照顾”是相对于“正规照顾”“规制照顾”“注册照顾”而言的，也就是说，这些儿童照顾不在国家出于照顾品质监控、儿童保护或者税收等目的设立的相关制度的管制之下（Rutter & Evans，2011；Bryson et al.，2012）。

“儿童非正规照顾”分为两部分：一部分儿童通过社会（亲属）关系，比如祖父母、其他亲属、邻居、朋友或者社区育儿团体等获得照顾；一部分是由市场中未注册的照顾者提供的照顾，这些未注册的照顾者包括居家照顾的临时保姆、（非）住家保姆、家庭托育机构和私人寄养等。前者不一定无偿，后者需付费，但费用相对低廉（Rutter & Evans，2011；Eurostat，2021a）。

现有的有关儿童照顾的跨国比较研究多关注儿童正规照顾，特别是国家提供的公共化儿童正规照顾，这是福利国家比较研究的重要构成部分（Esping-Anderson，1990，1999；Gauthier，2002/2003；Kröger，2011；Mills et al.，2014，Lohmann & Zagel，2015；Zagel & Lohmann，2021）。非正规照顾的研究多集中于老年人照护，有关儿童的相对较少（Ghysels，2011；EIGE，2020），且主要集中于特定国家（Rutter & Evans，2011）。

（二）儿童照顾“去家庭化”趋势及多元主体构成

要讨论儿童非正规照顾，需厘清儿童照顾中家庭、国家、市场和社会之间的复杂关系，“去家庭化”是一个重要的理论工具（Zagel & Lohmann，2021）。当家庭照顾无法满足儿童照顾的需求时，或者当儿童成为准公共产品/社会投资品时，儿童照顾就走出了私领域，成为一种由多元福利主体共同提供的产品。这些多元主体除了国家和市场，还有祖父母等亲属（Esping-Anderson，1999：62-64）以及社会关系（Zagel & Lohmann，2021）。

本文所说的儿童照顾“去家庭化”，指的是在父母/家庭之外，不同的福利生产主体（国家、市场和社会）分担儿童照顾责任（Lohmann & Zagel，2015）。这个定义拓展了埃斯平-安德森的福利生产主体，新纳入的“社会”这个福利生产主体和（部分）市场主体构成了儿童非正规照顾的供给主体。

总的来说，在儿童照顾“去家庭化”的路径中，国家是“公共化”，市场是“市场化”，社会是“社会化”。这些儿童照顾供给的多元主体常常是以不同组合方式存在的，形成不同的福利多元组合（welfare mix）（Rose，1986）。“公共化”的儿童照顾供给措施更加明确，也更容易测量，因此在对各国的儿童照顾“去家庭化”状况进行跨国比较的时候，大多数研究关注的都是这种照顾模式（Lohmann & Zagel，2015），而对于市场化的正规照顾和非正规照顾研究相对较少。

（三）去家庭化视角下的儿童非正规照顾分析框架

“去家庭化”概念源于对劳动力“去商品化”概念的批评，埃斯平-安德森用这两个并行的概念重新构造了福利国家体制分析框架：“去家庭化”意味着独立于家庭，讨论女性和福利国家的关系；“去商品化”意味着独立于市场，讨论男性和福利国家的关系。但伴随着母职的现代化和父职的家庭化，母亲劳动力“商品化”和照顾“去家庭化”同步，而父亲劳动力“去商品化”和照顾“家庭化”同步，两性生命历程开始同化（Moss & Deven，2000）。因此，在分析父母和福利国家的关系时，“去商品化”和“去家庭化”总是放在一起讨论。

本文用“商品化/去商品化”和“家庭化/去家庭化”两组概念构建了表 1，展示了在父母劳动力的不同性质之下，儿童照顾中家庭、市场、国家和社会之间的责任分担模式。这里的概念是埃斯平-安德森的概念的简化和拓展：父母劳动力的“商品化”是指用劳动力换取工资或某种形式的报酬；“去商品化”指劳动者无需工作，福利国家提供收入补偿（津贴）。儿童照顾的“家庭化”指父母提供照顾，国家通过儿童津贴或者亲职假等政策来支持父母在家照顾孩子（Leira，2002）。

如果父母的劳动力处于“去商品化”状态，儿童照顾可以通过“家庭化”的父母照顾实现。父母劳动力的去商品化一般是不同步的，更多是母亲在家照顾儿童（Torella & Masselot，2020:13），工作与家庭的冲突更多地被概念化为女性的困境，男性选择退出儿童照顾的权利不会受到质疑（Leira，2002）。福利国家提供育儿津贴或者较长但津贴额度较低的假期来支持家庭化儿童照顾（Lohmann & Zagel，2015）。

如果父母的劳动都“商品化”了，儿童照顾在很大程度上只能依赖于“去家庭化”照顾：要么是“社会化”的由祖父母等亲属/社会关系或“市场化”的未注册的各类保姆或机构提供的非正规照顾；要么是

由“公共化”的国家或“市场化”的注册的各类保姆或机构提供的正规照顾。国家除了直接成为去家庭化照顾的福利供给主体之一，还能够通过政策介入其他主体提供的照顾供给：或是提供家庭育儿津贴来帮助家庭分担成本，或是提供照顾者津贴来鼓励照顾供给。

“商品化/去商品化”和“家庭化/去家庭化”测量的是程度的深浅，而不是“是”或“否”。因此，父母劳动的商品化和去商品化总是混合着的，儿童照顾的家庭化和去家庭化也是混合的。儿童照顾经常是父母照顾、正规照顾和非正规照顾并行，家庭化和去家庭化的儿童照顾相互支撑，共同满足儿童照顾的需求。只是在父母劳动力的不同状况下，有不同的主次组合模式。

在国家层面上，支持儿童照顾家庭化和去家庭化的政策共同作用，塑造了家庭主义和去家庭主义的儿童照顾国家理想类型 （Lohmann & Zagel，2015）。而包括非正规照顾在内的两种不同取向的儿童照顾结果更加清晰地展示了这些理想类型中家庭、国家、市场和社会的关系和作用。

（四）数据来源

在有关去家庭化的跨国比较研究中，很多研究的测量指标都是“制度（政策）指标”（institutional indicators），但在测量儿童或老人的照顾供给时，研究者多倾向于用“结果指标”（outcome indicators）来描述儿童或者老人照顾状况（Esping-Anderson，1999；Leitner，2003；Saraceno & Keck，2010）。因数据所限，特别是儿童非正规照顾无法用政策变量来测量，本文讨论欧洲各国儿童照顾安排时将使用结果指标，也即“使用特定的照顾模式的儿童有多少”来测量。

本文使用的数据来自于欧洲统计局的欧盟收入和生活条件统计(European Union Statistics on Income and Living Conditions，EU-SILC)。按欧洲统计局的定义，儿童非正规照顾=（社会化）儿童非正规照顾+（市场化）儿童非正规照顾；儿童正规照顾=（公共化）儿童正规照顾+（市场化）儿童正规照顾。去家庭化儿童照顾=儿童正规照顾+儿童非正规照顾（Eurostat，2021a）。

本文讨论的核心是儿童非正规照顾，因此本文关注的儿童群体以 0~2 岁为主，3~5 岁为辅。在欧洲各国，除了奥地利和捷克、匈牙利、克罗地亚、罗马尼亚等国家，大多数国家使用“非正规照顾”更多的都是 0~2 岁儿童（见后文图 3）。虽然 0~2 岁儿童更依赖家庭化的父母照顾，但是在父母不得不工作以保障家庭的经济安全、正规儿童照顾供给又不足的情况下，非正规照顾可能是唯一的选择。而欧洲各国 3~5 岁儿童正规照顾供给更为充分，非正规照顾的作用就相对边缘化了。

三、欧洲儿童照顾的“去家庭化”和非正规照顾

欧洲各国的儿童照顾政策都是各国在各自特定的经济、政治和文化背景上形成的，嵌入在各国福利体制之中。而欧盟从 20 世纪 80 年代开始推动形成的“欧洲儿童照顾战略”极大地推动了其成员国的儿童照顾供给，使其可获得性和可负担性都有了极大的改善（Torella & Masselot，2020：53-82）。

但是，受经济危机等因素影响，2002 年制定的巴塞罗那目标（到 2010 年应该实现的儿童正规照顾的比例）许多国家都迟迟未能实现（European Commission，2013）。欧洲各国的儿童照顾缺口无法依赖公共化儿童照顾填补，而且市场化的正规儿童照顾也不足以弥补（EIGE，2020），只有依赖去家庭化的儿童非正规照顾来填补。

（一）欧洲儿童照顾的“去家庭化”和“家庭化”：儿童照顾的现状

1.欧洲儿童照顾的“去家庭化”：儿童非正规照顾现状

父母对儿童正规照顾关注的是可获得性和可负担性，对儿童非正规照顾则关注可靠性和情感性。不同的照顾模式组合构成了不同的“照顾策略”（Crompton & Lyonette，2010）。一般在需要照顾婴幼儿、解决学龄儿童的课后和假期照顾以及遇到紧急情况时，父母会使用非正规照顾(Rutter & Evans，2011)。

如图 1 所示，对于大部分国家来说，0~2 岁儿童和 3~5 岁儿童非正规照顾使用率不存在明显差异（欧盟 27 国均值分别为 25.9%和 25.0%）。从分布来看，北欧的丹麦、瑞典、芬兰使用率都是极低的，无限趋近于 0；而瑞士、英国和南欧的罗马尼亚、匈牙利、捷克等国家使用率最高。

很多国家 3~5 岁儿童非正规照顾使用率高于 0~2 岁儿童，后者由父母照顾的比例较高是一个重要原因（Eurostat，2021d）。虽然大多数国家 3~5 岁儿童的正规照顾供给相对更多，但是也没有达到欧盟巴塞罗那目标（90%）（Eurostat，2021e）。因此，社会化和市场化的非正规照顾就成为这些国家重要的照顾供给。

总体上看，欧洲各国 0~2 岁和 3~5 岁儿童非正规照顾使用率不存在明显差异，但使用非正规照顾的儿童人均每周使用时长存在明显差异（见图 2）。2020 年，0~2 岁儿童的每周使用平均时长为 19.5 小时，3~5 岁儿童为 12.9 小时。

结合图 1 和图 2 可以看到，欧洲各个国家的儿童非正规照顾的使用率和使用时长都存在差异。因此，本文构建了一个新指标 AEICH（等价所有儿童人均每周使用非正规照顾的时长），用以测量和比较各国特定年龄段所有儿童都使用非正规照顾的情况下人均每周使用的时长。

AEICH=所有儿童非正规照顾使用率×使用非正规照顾儿童人均每周使用小时数

如图 3 所示，总体来看，无论是 0~2 岁儿童还是 3~5 岁儿童，AEICH 最少的是瑞典、挪威、芬兰、丹麦和冰岛等北欧国家以及德国，最多的是塞浦路斯、罗马尼亚等东欧国家，以及葡萄牙、希腊等南欧国家。

德国作为保守主义福利体制国家，其政策更多地支持传统家庭模式，支持父母照顾儿童，家庭是儿童照顾最重要供给主体（Esping-Anderson，1999:81-83）。而在属于社会民主主义福利体制国家的北欧五国，“去家庭化”的儿童照顾中“公共化”照顾占据主要位置，国家是儿童照顾最重要供给主体（Esping-Anderson，1999:78-80）。因此，这些国家的儿童非正规照顾都边缘化了。

2.欧洲儿童照顾的“家庭化”：儿童父母照顾现状

欧洲各国 0~2 岁儿童去家庭化非正规照顾或者正规照顾比例较低，很大的原因是家庭化的父母照顾比例较高，因为科学育儿的理论主张，这一段时间是孩子发育的关键时期，如果剥夺了母亲的陪伴和照顾，儿童身心发展会受到不利影响（黄俐婷，2011）。欧洲各国也给这个年龄段的儿童提供了更多的亲职假等政策支持，让他们可以享受父母的照顾（马春华，2019）。

图 4 证实了这个推断：0~2 岁儿童父母照顾的比例较高；随着儿童年龄的增加，父母照顾的比例在降低。这一方面是因为许多国家提供了超长育儿假或者津贴支持母亲在家照顾 0~2 岁的孩子（OECD，2021b），另一方面是因为 0~2 岁儿童的正规照顾供给相对较少。即使在以高品质公立托育体系著称的瑞典，0~2 岁儿童由父母照顾的比例也将近一半。

从国家分布来看，0~2 岁和 3~5 岁的儿童由父母照顾比例最高的都是德国，这可能也解释了为什么在儿童非正规照顾中德国的 AEICH 值和瑞典、挪威等北欧国家处于最少的那一组。这和德国的福利体制主要是支持家庭发挥照顾作用的基本原则是一致的（Esping-Anderson，1999:81-83）。

除了德国之外，0~2 岁儿童由父母照顾的比例中居于前列的基本是保加利亚等东欧国家，这可能和这些国家在后社会主义时期育儿政策的“再家庭化”（re-familization）有着密切关系（Glass & Fodor, 2007）。这些国家正规儿童照顾福利供给不足，只能更多依赖父母照顾和非正规儿童照顾。父母照顾比例最低的是那些正规儿童照顾福利供给“去家庭化”程度最高的北欧国家。而葡萄牙和荷兰父母照顾比例低则是因为儿童非正规和正规照顾供给比较充分。

（二）欧洲儿童照顾的“去家庭化”和“家庭化”：类型化分析

1.欧洲儿童照顾“去家庭化”和“家庭化”测量指标

儿童照顾的“家庭化”，指的是父母承担儿童照顾责任的程度，本文用“仅由父母照顾儿童比例”这个结果指标来测量，前文已述及；儿童照顾的“去家庭化”，指的是国家、市场和社会分担儿童照顾的程度，本文构建一个新的变量来测量。

“去家庭化”包括儿童非正规照顾和正规照顾。本文在前面构建了 AEICH 来测量儿童非正规照顾，在这里构建另外一个类似的新指标 AEFCH（等价所有儿童人均每周使用正规照顾的时长），用以测量和比较各国特定年龄段所有儿童都使用正规照顾的情况下人均每周使用的时长。

AEFCH=所有儿童正规照顾使用率×使用正规照顾儿童人均每周使用小时数

同时构建另外一个新指标 DFI（去家庭化指标），用以测量和比较欧洲各国特定年龄段儿童照顾“去家庭化”程度，即“等价所有儿童人均每周使用非正规照顾和正规照顾的时长”，包含了国家、市场和社会提供的儿童照顾的结果。

DFI= AEICH+AEFCH

2.欧洲儿童照顾“去家庭化”程度

从图 5 和图 6 可以看出，0~2 岁和 3~5 岁儿童照顾展现的欧洲各国去家庭化差异模式是不一样的。

如图 5 所示，对于 0~2 岁的儿童来说，去家庭化程度最高的主要是丹麦、冰岛、挪威等北欧国家，葡萄牙、卢森堡夹杂在其中。但是看各国的构成可以发现，在丹麦等五个北欧国家，0~2 岁儿童“去家庭化”福利供给中儿童正规照顾占据主要的位置（超过 90%）。这些结果和埃斯平-安德森从北欧各国儿童照顾去家庭化政策出发分析的结果是一致的（Esping-Anderson，1999:78-81）：北欧各国儿童照顾去家庭化程度最高，儿童正规照顾贡献最多。

图 5 值得注意的一点是，在许多研究根据去家庭化政策讨论各国去家庭化程度时，总是排在第一位的瑞典（Esping-Anderson, 1999:79；Lohmann & Zagel, 2015）排到了中间位置。这一方面可能是政策的实施效果，另一方面，更重要的是这个结果是根据 0~2 岁儿童照顾的结果变量进行排序的，而瑞典 0~2 岁儿童有相当大的比例是由父母照顾的。瑞典同时出台了支持儿童照顾“去家庭化”公共托育政策和支持“家庭化”的育儿津贴、长时间高津贴的假期政策（Duvander & Löfgren, 2021），让父母有更多自由选择育儿模式的空间。

0~2 岁儿童照顾的“去家庭化”程度北欧三国相对接近，而其他福利体制国家没有表现出明显的聚集。虽然罗马尼亚等东欧国家在去家庭化程度上表现出了明显差异（斯洛文尼亚排第 6 位，捷克排第 31 位），但是这些国家非正规照顾的贡献率都超过 50%，和北欧国家形成鲜明的对比。

图 6 中欧洲各国 3~5 岁的正规儿童照顾比例远高于 0~2 岁儿童，因此整体的“去家庭化”程度也相对较高。即使在“去家庭化”程度最低的德国，所有儿童享受的“去家庭化”儿童照顾每周也能达到 14.99 小时。图 6 的欧洲各国“去家庭化”差异模式和图 5 的明显不同，各国差异较小但是更为分散。

3.欧洲儿童非正规照顾的类型

从各国儿童去家庭化照顾的非正规照顾贡献率（AEICH/DFI）来看，欧盟 27 国的平均值 0~2 岁儿童为 34.45%，3~5 岁儿童为 11.18%，0~2 岁儿童的去家庭化照顾中非正规照顾作用更大。因此，为了讨论欧洲各国儿童照顾中非正规照顾的作用，本文根据 0~2 岁儿童各国 AEICH/DFI 的取值（见图 5），把欧洲国家划分为三类。

（1）“非正规照顾支配性”国家，指的是在去家庭化儿童照顾时长中非正规照顾贡献率超过 50%的国家。对于这些国家的儿童来说，非正规照顾极为重要，甚至处于支配性位置。主要包括罗马尼亚、捷克、斯洛伐克、希腊、塞浦路斯、波兰、保加利亚、英国和瑞士。

东欧各国在后社会主义时期经历了社会转型和经济重建，福利供给走向了再家庭化（Glass & Fodor，2007），国家退出了福利产品生产和社会保护（Bratic，2008；Cerami，2009）。在这种情况下，公民自己“创造”了一个独立于国家但是履行国家福利生产职能的非正规福利制度，也就是所谓“非正规保障体制”（informal security regime），非正规福利供给在许多国家福利供给中甚至占据支配性地位（Wood & Gough，2006）。个体家庭用非正规的方式解决了国家和市场提供的福利与实际福利需求之间的缺口。

罗马尼亚是典型的“非正规照顾支配性”国家，AEICH/DFI 高达 86.36%，居于欧洲各国的首位。这个国家母亲全职就业的比例高达 63.9%，儿童正规照顾供给不足（AEFCH 居于倒数第二位），市场化的正规照顾供给不足，也负担不起。在这种情况下只能求助于市场化的儿童非正规照顾，而正好也有很多女性愿意提供相对廉价的照顾服务（Polese et al.，2014）。

埃斯平-安德森认为英国部分属于自由主义福利体制国家，部分属于社会民主主义福利国家（Esping-Anderson，1999:85-86）。在儿童照顾领域，英国更偏向于前者，政府处于缺位状态（Barnes et al.，2010），将近一半的家庭不得不求助于非正规照顾（Rutter & Evans，2011）。英国的 DFI 低于欧盟 27 国的平均值，但其中非正规照顾的贡献率高达 54.22%，处于欧洲各国前列。2006 年英国出台的《儿童保育法》要求社区在儿童照顾中发挥重要作用，祖父母也是英国儿童非正规照顾的主要提供者（Rutter & Evans，2011）。

（2）“非正规照顾辅助性”国家，指的是在“去家庭化”儿童照顾时长中非正规照顾贡献率为 20%~50%的国家。在这些国家中，儿童非正规照顾是父母照顾和正规照顾的重要补充。这些国家包括匈牙利、爱尔兰、马耳他、意大利、拉脱维亚、克罗地亚、立陶宛、葡萄牙、奥地利、荷兰和斯洛文尼亚。

意大利属于南欧，其福利国家体制或被认为类似于保守主义福利体制（Esping-Anderson，1999：90），或被认为形成了独特的家族主义福利体制（Minas et al.，2014），或被视为“家庭/亲属团结模式”（Naldini & Jurado，2012），其父母照顾和亲属提供的非正规照顾对于儿童来说都极为重要（Reher，1998；Ferrera，1996），祖父母等亲属也认为自己有责任提供非正规儿童照顾（Naldini & Jurado，2012）。在意大利的女性就业率持续上升（从 2000 年的 30.4%上升到 2020 年的 35.8%）的情况下（World Bank，2021），非正规照顾成为重要的辅助模式。

奥地利和德国类似，也属于保守主义福利体制，国家只是福利供给的“辅助者”，母亲是主要的照顾者（Esping-Anderson, 1999:82-83）。即使奥地利在“二战”后因为经济原因鼓励女性就业，也是让女性兼职进入劳动力市场（Kang，2018），0~2 岁儿童还是以父母照顾为主（59.5%）（Eurostat，2021d），远高于欧盟 27 国的平均水平。奥地利去家庭化儿童照顾比例远低于欧洲其他国家（7.22 小时），但 AEICH/DFI 却达到了 31.30%，非正规照顾发挥了重要的补充作用。

（3）“非正规照顾边缘性”国家，指的是在“去家庭化”儿童照顾时长中非正规照顾贡献率低于 20%的国家。在这些国家中，相对于儿童正规照顾和父母照顾，非正规照顾处于边缘位置。这些国家包括瑞典、挪威、丹麦、芬兰、冰岛、卢森堡、西班牙、法国、比利时、德国和爱沙尼亚。

北欧五国都属于这个模式，这些国家儿童照顾的去家庭化主要是通过公共化儿童正规照顾实现的。从 20 世纪中叶开始，北欧各国就逐步通过立法确定了给儿童提供照顾是国家的责任，儿童获得公共托育成为一种法定权利和社会权利（Leira, 1994; Sipilä，1997）。这些国家的儿童照顾由国家提供，由父母来组织安排（Bryanson et al., 2012），给非正规照顾留下的空间极为有限。

法国和北欧五国类似，对于 0~2 岁的儿童来说，父母照顾占有相当比例（36.2%），而在去家庭化的儿童照顾中正规照顾占有支配性位置(85.28%)。法国作为欧洲第一个经历生育率下降的国家(King,1998)，从 20 世纪初就逐步出台了各项支持生育的政策（Pedersen, 1993），包括建成多样化和高品质的儿童保育与学前教育的综合服务体系（Schreyer & Oberhuemer，2017），正规照顾充足。因此，非正规照顾只能在法国儿童照顾中居于边缘位置。

4.欧洲各国儿童非正规照顾在整体儿童照顾中的位置

在欧洲各国，支持儿童照顾的家庭化和去家庭化政策塑造了“家庭主义/去家庭主义”的儿童照顾国家理想类型。下文通过家庭化和去家庭化儿童照顾结果变量的交互作用，展示欧洲各国的儿童照顾安排在各个理想类型中的位置，儿童非正规照顾在各国儿童照顾中的位置。这个类型化分析是建立在已有的照顾类型化分析基础上的（Lohmann & Zagel，2015；Leitner，2003）。

本文用 0~2 岁儿童“去家庭化”（AEICH、AEFCH、DFI）和“家庭化”的操作指标（父母照顾的比例）构建了一个四域矩阵（见表 2），其中划分“强”“弱”的标准是四个指标的平均值。而每一个大类中都按照非正规照顾进一步细分。

（1）“隐性家庭主义/去家庭主义”（implicit familialism/ defamilialism）国家（Lohmann & Leitner，2015）。这些国家支持 0~2 岁儿童照顾家庭化和去家庭化的政策都较少，儿童照顾家庭化和去家庭化都比较弱（处于平均值以下）。这样的国家包括英国和瑞士，它们的去家庭化儿童照顾更多是依赖儿童非正规照顾（AEICH/DFI>50%），福利生产中市场和社会发挥着更为重要的作用。

（2）“选择性家庭主义/去家庭主义”（optional familialism/ defamilialism）国家（Lohmann & Zagel，2015）。这些国家在 0~2 岁儿童照顾的家庭化或者去家庭化方面都给予了支持，家庭可以根据自己的需要选择不同照顾模式。家庭有照顾的选择，没有被迫照顾的义务。这样的国家包括意大利、希腊和拉脱维亚。在儿童去家庭化照顾中，意大利和希腊侧重非正规照顾，而拉脱维亚是非正规照顾和正规照顾并重。换句话说，在有选择的情况下，在这三个国家的儿童照顾中，非正规照顾依然扮演着重要的角色。

（3）“显性家庭主义”（explicit familisim）国家（Leitner，2003）。这些国家相对更支持 0~2 岁儿童的家庭化照顾。实际上其 0~2 岁儿童也更多地依赖父母照顾。如果从去家庭化的儿童非正规照顾角度看，可以分为三类：一类是侧重正规照顾的芬兰和西班牙，一类是侧重非正规照顾的罗马尼亚、保加利亚、波兰、爱尔兰和马耳他，还有一类非正规照顾和正规照顾都不足，包括德国、奥地利，以及捷克、爱沙尼亚、匈牙利、斯洛伐克、立陶宛和克罗地亚等东欧国家。

这些国家主要集中在东欧各国，但是因为儿童非正规照顾作用分成了两类：罗马尼亚等三个国家即使 0~2 岁儿童以家庭化照顾为主，但同时非正规照顾也发挥着重要的作用。芬兰是北欧各国中唯一更依赖家庭化儿童照顾的国家，而德国是典型的“显性家庭主义”国家：0~2 岁儿童家庭化和去家庭化照顾差异最为明显，前者居于欧洲首位，后者居于末位。

（4）“去家庭主义”（defamilialism）的国家（Leitner，2003）。这些国家相对更支持 0~2 岁儿童的去家庭化照顾。实际上其 0~2 岁儿童也更依赖去家庭化照顾。从非正规照顾的角度看，这些国家分为三类：一类是侧重非正规照顾的塞浦路斯，一类是非正规照顾和正规照顾并重的葡萄牙，还有一类是侧重正规照顾的瑞典、挪威、丹麦、冰岛、比利时、法国、卢森堡、荷兰和斯洛文尼亚。

在儿童照顾主要依赖去家庭化照顾的国家中，除了塞浦路斯，大多数都（仅）依赖正规照顾，非正规照顾不足以使去家庭化照顾成为儿童照顾的主要模式。除了芬兰以外的北欧四国都属于这个类别。这个国家类型中最值得注意的是丹麦，其 0~2 岁儿童去家庭化照顾程度远超欧洲其他国家。2020 年，为了给 0~2 岁儿童提供更多照顾供给，丹麦 2020 年对 0~2 岁儿童正规照顾进行了较大的调整：其 DFI 从 22.37 小时（2019 年）激增到 47.25 小时（2020 年）（Eurostat，2021d，2021e）。使得丹麦成为非常典型的 0~2 岁儿童照顾“去家庭主义”国家。

5.欧洲儿童非正规照顾和父母劳动力的“商品化”

如前文所述，父母劳动力的“商品化/去商品化”性质对儿童照顾的“家庭化/去家庭化”安排有着重要的影响。但是从表 3 的结果可以看出，欧洲各国父母劳动力的商品化性质对于儿童非正规照顾安排的影响是有限的。男性就业率甚至和包括非正规照顾在内的儿童照顾模式没有统计上的显著相关，可能是因为男性就业率不等于父亲的就业率。女性就业率只和非正规照顾在统计上显著相关，其中原因可能还需进一步探讨。

0~2 岁儿童“去家庭化”的非正规照顾和母亲就业率不相关，一方面可能因为这一阶段有相当比例的母亲劳动力处于“去商品化”状态，国家通过亲职假保障其兼顾育儿和获取收入；另一方面，如果母亲因为就业而不能照顾幼儿，那么正规照顾也是首选。有 0~2 岁儿童的家庭选择非正规照顾，可能更多是出于安全性和情感性因素的考量。而 3~5 岁儿童的母亲多已休完亲职假，返回劳动力市场，母亲劳动力重新“商品化”。此外，母亲就业率越高的国家提供的工作—家庭平衡支持政策可能越多，3~5 岁儿童正规照顾供给越充足，对于非正规照顾需求也就越低。

四、影响因素分析和方法探析

受到女性主义研究的影响，福利国家跨国比较研究中对儿童照顾的关注越来越多，因为这是家庭、国家、市场和社会等福利生产主体责任分担的重要切入点（Esping-Anderson，1999，2009），也是讨论女性和福利国家关系的重要维度（Fraser，1994），更是讨论各国持续低迷的生育率不可忽视的重要因素（Fraser，2016）。但是这些研究都更为关注去家庭化的正规儿童照顾，除了其重要性之外，也因为它较为直观，更好测量。

随着儿童照顾供需的失衡，欧洲福利国家的照顾赤字迅速增加（Hochschild，1995），不同国家和家庭采取了不同的照顾应对策略，形成了不同的儿童照顾国家的理想类型。其中，相对于正规照顾来说，家庭自主选择的儿童非正规照顾扮演着重要的角色。

（一）儿童非正规照顾的可能影响因素

1.福利体制的影响

去家庭化和去商品化是埃斯平-安德森福利体制理论的核心概念。在讨论去家庭化和儿童非正规照顾欧洲各国之异同的时候，本文曾多次讨论他定义的福利体制类别的影响。比如，社会民主主义福利体制的北欧三国的 0~2 岁儿童照顾去家庭化程度是最高的，保守主义福利体制的德国 0~2 岁儿童照顾表现出极高的家庭化程度，而具有明显自由主义福利体制特征的英国 0~2 岁儿童照顾更侧重市场和社会提供的儿童非正规照顾。

但埃斯平-安德森划分的福利国家的三个世界在讨论儿童照顾类型化时解释力有限：在属于社会民主主义福利国家的北欧国家中，四个国家均属于照顾“去家庭主义”国家，只有芬兰单独成为“显性家庭主义”国家；保守主义福利国家最为分散，法国和比利时属于“去家庭主义”国家，德国、奥地利和西班牙是照顾“显性家庭主义”国家，意大利属于“选择性家庭主义/去家庭主义”国家；自由主义福利国家只有属于“隐性家庭主义/去家庭主义”的英国（Esping-Andersen, 1999:85-86）。

其原因可能在于：（1）埃斯平-安德森理论中的福利生产主体是家庭、国家和市场，而本文在讨论儿童照顾时侧重非正规照顾，把社会作为新的福利生产主体纳入其中，重点是探讨社会和市场提供的儿童非正规照顾在各国儿童照顾安排中的位置和作用；（2）埃斯平-安德森在讨论“去家庭化”和家庭主义的时候，包含了制度变量和结果变量，不仅考虑了儿童照顾，还考虑了老人照顾和现金福利（Esping-Andersen，1999:61），而本文只考察了 0~2 岁儿童照顾这个结果变量。

2.其他可能的影响因素

除了父母劳动力的商品化，其他影响父母照顾和正规照顾的政策可能会间接影响儿童非正规照顾（Bryson et al.,2012）。而照顾的性别化特征（Daly & Lewis, 2000）则决定了现有的性别秩序，可能会影响包括儿童非正规照顾在内的儿童照顾安排。

从不同儿童照顾模式相互作用来说，只有 3~5 岁的儿童非正规照顾和“家庭化”父母照顾正相关，这说明这个年龄段非正规照顾主要起补充作用。在父母照顾不足时，更多是正规照顾起替代作用。而无论哪个年龄段，儿童非正规照顾和正规照顾之间都不存在统计意义上的相关，说明欧洲各国在正规照顾不足的情况下可能会选择非正规照顾，但是后者又还不足以代替前者。

无论是支持家庭化还是去家庭化的儿童照顾政策，和儿童非正规照顾都是统计上的负相关，特别是人均公共支出和普惠性实物福利。也就是说，如果国家给予公共化儿童正规照顾和父母照顾更多的支持，家庭采用非正规照顾的比例会显著减少。普惠性现金福利与家庭采用非正规照顾的相关性相对更低，可能是因为现金使用的范围并不局限于儿童照顾；而实物福利相关性更高，是因为本身就包含着公共化的儿童托育服务等。

全薪亲职假对于儿童照顾家庭化或去家庭化影响不确定，儿童非正规照顾和性别平等有关的指标都有着中度甚至强负相关，其性别化的特征得到一定程度的验证。GEI 的相关系数超过 0.5，而父亲的全薪亲职假也在 0.5 左右。也就是说，如果家庭内更为平等，父亲更多参与育儿，那么儿童非正规照顾使用率就更低。性别平等程度最高的北欧国家和最低的南欧国家非正规照顾使用情况就明显证明了这一点。

（二）儿童照顾“去家庭化”和非正规照顾的研究方法探析

虽然现在欧洲各国致力于建立统一的“儿童早期教育和照顾”（ECEC）体系，但很多国家针对幼儿的“照顾”和“教育”政策曾经是分开发展的，它们对于儿童的理解不同，相关的治理体系和政策也不同（OECD，2017）。针对 0~2 岁儿童强调“照顾”，在很多国家都是属于社会事务/劳动部门管辖，主要是

给工作父母提供的福利；针对 3~5 岁儿童强调“教育”，属于教育部门管辖，关注的是人力资本投资（OECD，2006）。

不同年龄段儿童背后的不同政策逻辑表现在儿童照顾的结果变量上，就是儿童照顾去家庭化程度和去家庭化照顾中的非正规照顾贡献率在 0~2 岁儿童和 3~5 岁儿童之间存在明显的差异。比如，相对于 0~2 岁的儿童，3~5 岁的儿童照顾去家庭化程度变动最大的丹麦下降了 29 位。3~5 岁儿童“去家庭化”照顾中的“非正规照顾贡献率”变动最大的冰岛提升了 25 位。

由此可见，在讨论欧洲各国儿童照顾去家庭化程度，或者去家庭化儿童照顾中儿童非正规照顾的贡献率时，其结果都受到很多因素的影响：讨论的是哪个年龄段的数据，哪个年度的数据，结果数据还是制度（政策）数据？如果是综合不同年龄组的数据测量指标，如何综合？如果综合考察不同年份，如何选择年份？哪种测量方法能更加准确地反映一个国家儿童照顾去家庭化程度和儿童非正规照顾的状况？这些可能都需要进一步深入讨论和探索。

本文在研究方法上还存在不足之处。首先，由于数据限制，儿童照顾只能区分正规照顾和非正规照顾，无法在正规照顾中进一步细分国家和市场的照顾供给、在非正规照顾中细分市场和社会的照顾供给，因此尚未完全厘清在儿童照顾中特定主体的具体作用。其次，本文构建的儿童照顾国家理想类型没能更加深入地讨论这种类型化的原因，明确非正规照顾在其中的作用以及类型内和类型间的差异性。要解决这些问题，尚需有关国家更加细致的数据，并在此基础上挑选具体的个案进行更加细致的剖析，以求了解各个国家儿童照顾安排背后的机制和中国可资借鉴之处。

五、欧洲儿童照顾安排对于中国的启发

和欧洲各国类似，中国现在也面临着明显的儿童照顾赤字（马春华，2020）。多年来一直低迷的生育率、女性就业率的持续下滑，都和这个因素有着密切的关系（马春华等，2011）。随着中国逐步实施“全面两孩”政策、“三孩”政策，对于儿童照顾的需求将进一步增加，照顾的供需不平衡将会进一步加剧。如何弥补照顾的缺口，是提高生育率和女性就业率无法回避的问题。因此，国家在十四五规划中提出要发展普惠托育服务体系，积极发展多种形式的婴幼儿照护服务机构，增加（公共化的和市场化的）儿童正规照顾的供给。

2019 年，中国 0~2 岁的儿童中有 2.31%的儿童获得了正规照顾，其中 0.51%是公共化儿童正规照顾，1.81%是市场化儿童正规照顾；3~5 岁的儿童中，90.21%儿童享受了正规照顾，其中 38.88%是公共化儿童正规照顾，51.33%是市场化儿童正规照顾（国家统计局，2020）。有关父母照顾和非正规照顾，官方没有给出相关的数据（周鹏，2019）。但是经验研究表明，由于代际之间关系密切，祖父母作为照顾者的儿童非正规照顾一直存在，特别是农村劳动力的大规模流动，已使隔代抚养成为常态（段成荣等，2013）。近些年有些地区还出现了社区层面的儿童非正规照顾（施芸卿，2022）和市场化的儿童非正规照顾。

欧洲儿童照顾国家理想类型说明去家庭化的儿童非正规照顾是填补儿童照顾缺口的重要来源，是恢复照顾供需平衡的重要工具。社会作为儿童照顾的供给主体不可忽视。中国现在的儿童正规照顾体系正在建设中，0~2 岁儿童公共化的正规照顾供给不足，而父母照顾因为其劳动力“商品化”又不可及，市场化的儿童照顾难以负担或不可及。在这种情况下，由祖父母、亲属或者市场提供的儿童非正规照顾就成为现实的选择，而且它一不需要经济成本或者价格低廉，二可以满足照顾的情感劳动需求，三可以满足非典型工作时间父母对于儿童照顾的需求，四可以和父母照顾、正规照顾相互补充，满足父母对于儿童照顾不同层面的需求。

而且，对于祖父母等非正规照顾者来说，儿童非正规照顾并不仅仅是一项利他的活动。实际上，很多时候儿童非正规照顾对于双方都是有益的。对于父母来说，这是低价和灵活的儿童照顾模式；对于照顾者

来说，也提供了他们和幼儿建立密切情感联系的机会（Rutter & Evans，2012:113），特别是对于祖父母来说，这也是他们和子女建立亲密关系的实践机会（钟晓慧、何式凝，2014）。

但这种照顾模式的价值常常被低估。政府在出台正规儿童照顾政策或评估每个地方的照顾需求时，常常会忽视非正规照顾。国家应该把儿童非正规照顾和儿童正规照顾一样看成去家庭化儿童照顾的重要组成部分，认可儿童非正规照顾的价值，出台相关政策加以支持。同时，要大力发展儿童正规照顾的供给，现在的儿童正规照顾供给远远无法满足儿童照顾需求。而且儿童非正规照顾也有自己的短板，除了品质不可控以外，也更加不稳定。对于很多父母来说，最理想的是能够结合正规照顾和非正规照顾，各自发挥优势，彼此补充以期产生最好的效果。

简而言之，为了使儿童非正规照顾成为减少照顾赤字和支持生育的有效政策工具，本文建议，国家要意识到儿童非正规照顾的重要性，认可儿童非正规照顾的价值。同时，应扩大儿童正规照顾的供给，通过父职假等政策推动父亲参与育儿，让不同照顾模式发挥有效的互补作用。对于祖父母等非正规照顾者，应考虑提供照顾者津贴实施的可能性，这是对于他们照顾劳动的认可，也是他们劳动力商品化的一种手段，有利于鼓励他们提供非正规儿童照顾。在社区层面，亦可帮助父母发展互惠的社区育儿支持网络。对于那些非正规照顾者，可提供相关的儿童照顾的课程和培训，提高非正规儿童照顾的品质。

《民法典》时代隔代探望纠纷的裁判思路——从权利进路向义务进路的转向

2022-08-03　ZUEL 法商研究
https://mp.weixin.qq.com/s/gtMcGWZpN4FENYj3141tDQ

摘　要　（外）祖父母的隔代探望权是《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编立法中争议较多的问题。《中华人民共和国民法典》正式条文未对隔代探望加以规定。在审判实践中人民法院试图证成隔代探望的论据均存在瑕疵，其背后的根源在于权利进路在隔代探望问题上的局限性：权利话语激化了矛盾，使未成年子女的利益被边缘化，隔代探望权的提法也与探望权的属性不合。在《中华人民共和国民法典》的实施中，隔代探望问题的解决应当从监护人职责的维度切入，从关系型视角来判断儿童的最大利益，并根据祖父母与孙子女之间的实际情感和年长孙子女的自身意愿来完成对举证责任的分配。

关键词　隔代探望权　儿童最大利益　权利话语　义务本位

伴随我国人口结构的改变和家庭模式的转型，由（外）祖父母对（外）孙子女进行隔代抚养成为当下我国社会的一个普遍现象，隔代抚养对父母的生育意愿、老年人的身心健康以及未成年子女的成长发育具有深远的影响。然而，祖父母对于孙子女的隔代探望权始终未能在立法层面得到确认。在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的制定过程中，曾就是否要新增祖父母隔代探望权的规定进行过激烈的讨论。意识到祖父母隔代探望情形的复杂性，以及其可能对核心家庭生活所产生的干扰，立法者最终放弃在《民法典》中将其明文规定的选择。但在实践中祖父母隔代探望的纠纷依然真实存在，人民法院依然将面对无法可依的困境。本文试图结合比较法上的经验和《民法典》的现行规定，从解释论的维度为隔代探望纠纷提供一种可资参考的裁判思路。

一、我国司法实践中隔代探望权的证明缺陷

在目前的司法实务中，人民法院倾向于在没有文本基础的情况下赋予祖父母以隔代探望权。其赋予祖父母隔代探望权大多基于如下理由：（1）权利与义务相一致的原则，（2）父母亲权的延续和替代，（3）对老年人利益的照顾。但这些理由事实上都存在商榷的余地，并无绝对的说服力。

（一）权利与义务相一致原则

一种常见的观点是，按照权利与义务相一致的原则，应当赋予祖父母探望孙子女的权利。两项规定被举例证明祖父母对孙子女的义务，即抚养义务和代位继承制度。然而，权利与义务相一致的论点存在瑕疵。就祖父母所尽的抚养义务而言，首先，该法定义务仅存在于第一顺位抚养义务人——未成年人的父母——无法履行抚养义务之时。但就目前司法实践中的隔代探望纠纷来看，诉讼往往发生在祖父母不承担法定抚养义务的情形，所谓权利与义务相一致自然无从谈起。其次，即便在存在抚养义务的情形下，抚养义务与探望权之间也不存在对等关系。例如，对父母一方而言，即使其探望权被中止，抚养义务也依然存在，两者之间并无牵连关系。最后，祖父母对孙子女存在第二顺位的抚养义务，但孙子女对于祖父母也存在对等的第二顺位赡养义务。《民法典》第 1074 条第 2 款规定：“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。”抚养义务与赡养义务之间本就实现了权利与义务的对等，所谓的失衡无从谈起。以孙子女享有的代位继承权来证明隔代探望权的做法同样不具有说服力。其理由如下：（1）遗产继承是一种财产上的权利，而探望权则是一种人身性的权利，在两种属性完全不同的权利之间建立对价关系，本身就值得商榷。（2）在代位继承的场合，很难说祖父母有将财产转移给其子女以及孙子女的义务，因为祖父母在原则上可借由其遗嘱自由决定其财产的死后归属。（3）孙子女的代位继承权是附带条件的，即被继承人先于继承人去世，而人民法院对于隔代探望权的论证却并未附带此类条件，难言两者间存在对等关系。（4）祖父母虽然不享有对孙子女的代位继承权，但是在我国继承法上却是孙子女的第二顺位继承人。从这种意义上讲，两者在继承上的权利本来就不存在失衡之说。由此可见，从权利与义务相一致的原则很难得出祖父母享有隔代探望的权利。法律并未规定孙子女有权要求祖父母接受探望，若从权利与义务相一致的立场出发，似乎也应否定祖父母当然的探望权利。

（二）父母亲权的替代履行

另一种观点是，祖父母行使隔代探望权是父母亲权的自然延伸，是父母一方探望权的替代形式。在法律条文没有明确赋予祖父母探望权的背景下，人民法院将祖父母探望权视为父母亲权延伸和补充的做法，在一定程度上缓和了无法可依的困境，相比立足于纯粹的传统美德和公序良俗的做法更为可取。这一论据的优势在于：一方面可以将探望权的主体解释为父母，从而尊重法条的规定；另一方面以祖父母作为父母亲权的特殊补充，赋予前者隔代探望权。2016 年《全国法院民事商事审判工作会议纪要》也表达了类似的观点，即“祖父母、外祖父母对父母已经死亡或父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女尽了抚养义务，其定期探望孙子女、外孙子女的权利应当得到尊重，并有权通过诉讼方式获得司法保护”。这一观点也获得了部分学者的支持。然而，将祖父母探望权视为父母亲权的延伸和替代，至少存在以下缺陷：（1）代位理论意味着，祖父母只能在其子女无法直接行使亲权的场合才享有探望的权利。然而在部分探望权案件中，情形则是夫妻双方均健在，甚至是其亲生子女一方拒绝其行使隔代探望权。（2）代位理论与探望权的身份权属性存在冲突，因为身份性权利原则上不得代理与转让，必须由权利人亲自行使。（3）尽管祖父母与孙子女之间确实存在密切的亲属关系，但是这种关系与父母子女关系相比依然存在差异，人民法院将祖父母的探望权视为父母探望权的延伸补充，从而将两者置于同等地位，导致对于隔代探望权的过度保护。

（三）对老年人权益的保障

还有观点从老年人权益保障的维度论述隔代探望权的必要性。有判决援引《中华人民共和国老年人权益保障法》（以下简称《老年人权益保障法》）第 13 条的规定：“老年人养老以居家为基础，家庭成员应当尊重、关心和照料老年人。”此类判决常结合晚年丧子的情形，将隔代探望权视为慰藉老人心灵创伤的手段。这种将隔代探望权视为对老年人实施精神赡养的方式的观念在“丁洪、王建华与白珈绮探望权纠纷抗诉案”中体现得最为明显，因该案在一审时曾被人民法院作为赡养权纠纷处理。然而这种论证思路同样存在缺陷。一方面，老年人与未成年人处于相同的保护位阶。从老年人权益保障的维度推出老年人一方单方面享有对孙子女的探望权，其理由略显牵强。另一方面，《老年人权益保障法》第 13 条以家庭成员为规范对象。《民法典》第 1045 条对“家庭成员”的范围作出了明确的界定，是指“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属”，而近亲属则是指“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”。换言之，老年人的女婿或者儿媳，无论是否符合共同生活的要件，都无法成为法律意义

上的“家庭成员”。但在绝大多数案件中，恰恰是女婿和儿媳阻挠祖父母对孙子女的探望。在《民法典》出台以后，通过《老年人权益保障法》第 13 条赋予祖父母隔代探望权的实现可能已不存在。另有案件则直接援引《中华人民共和国民法通则》第 7 条“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”的规定，来证明祖父母隔代探望权的赋予符合公序良俗的要求。在《中华人民共和国民法总则》出台以后，也有人民法院依据该法第 8 条“不得违背公序良俗”的规定，肯定祖父母的隔代探望权。有学者支持人民法院的这一判决理由，认为禁止祖父母探望孙子女构成违反公序良俗的适用情形。然而，通过公序良俗原则来为祖父母的探望权提供法律基础，其合理性同样值得商榷。一方面，此处的公序良俗并不是用来对法律行为内容的有效性进行审查，而是被用来创设一项新型的民事权利，这显然超出了公序良俗原则一般的功能范围；另一方面，人民法院在使用该原则确立祖父母的隔代探望权时并未进行充分论证，从而没有形成一项具有可操作性的个案规范。

二、“权利”话语下隔代探望的两难困境

尽管人民法院倾向于允许祖父母进行隔代探望，但是其未能给出令人信服的法律理由。其原因在于“权利”话语在隔代探望纠纷中的局限性，即权利话语易引发家庭成员间的冲突，也会使得子女的最大利益处于遮蔽的状态，并最终导致探望权本质属性的崩塌。

（一）权利话语与家庭矛盾的激化

在“祖父母是否享有探望权”这一语境下，父母与祖父母之间的矛盾不可避免地将被激化。“权利”本身是从权利人个体的立场出发的，其与生俱来带有对抗性。在理想的状态中，权利人应当积极、主动地去追求自身权利的实现。然而“权利”的这种属性在家庭关系中有时难免显得格格不入，因为后者往往更多地强调成员间的忍让、包容、扶持和互助。美国学者卡尔施耐德认为：“当我们谈及权利时，我们……偏好个体的视角……然而权利的框架往往不适合家庭的语境，因为在这里，一项对抗政府的权利同时也是一项对抗另一家庭成员的权利。并且因为我们不喜欢面对政府时对权利作出妥协，我们也被阻止在家庭内寻求鼓励妥协让步甚至讨论协商的其他解决途径。”

1.隔代探望权在确认过程中的冲突。从某种意义上讲，确认祖父母享有对孙子女的隔代探望权，并没有从根本上回答该权利是否可以在抚养父母一方明确反对的情况下行使，因为这里同时涉及父母对于子女的抚养管教权利。在父母拒绝祖父母探望孙子女的背后，事实上是父母的教育抚养权与祖父母所谓的“探望权”之间的冲突，而这一权利冲突的化解结论并非一目了然。比较法上的经验即充分证明了这一点。在美国，父母对于子女的抚养、教育以及控制权利长久以来便被作为一项宪法上的权利予以保护，而对于子女探望的安排显然属于父母管教权的范围之内，“因为父母要实现对子女的教育，必须有权决定子女的交往，即决定子女可以或应该和哪些人交往。所以交往决定权对父母的教育权具有重大意义。而为第三人设立交往权意味着对父母教育权的直接干预。即使法律规定第三人和子女的交往必须符合子女最佳利益，也不能完全消除此种弊端”。在传统的英美法上，祖父母只有在极个别的情形下才能在父母明确拒绝的场合行使探望权，即便是已经与孙子女建立长期稳定关系的祖父母，其探视权也不必然得到法律保障。法国法则坚持了与之完全对立的立场。根据《法国民法典》第 371-4 条的规定，除非能够证明与尊亲属的交往不利于未成年子女的最大利益，否则交往权均应当得到保障。因此，父母若拒绝祖父母的探望，则必须举证证明该探望将有悖于子女的最大利益。

2.探望权执行过程中的冲突。隔代探望纠纷所引起的冲突不仅仅表现在探望权的确认阶段，还会进一步延伸到探望权的执行阶段。事实上，父母与祖父母之间的紧张关系并不会因为一纸判决而消弭，相反，对簿公堂的经历反而可能导致双方矛盾的进一步激化，而这种氛围显然不利于探望权的行使。探望权的“执行难”问题在父母探望子女的领域已经得到充分的印证。更为棘手的是，在父母一方不配合探望的场合，可供人民法院选择的手段也是极其有限的。有判决认定，对于违反协助义务的父母一方可以要求其承担迟延履约金，但这种金钱处罚导致的效果很可能是子女抚养费的部分抵销。此外，尽管依据《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 68 条规定，人民法院可以“对拒不履行协助另一方行使探望权的有关个人和单位采取拘留、罚款等强制措施”，但是这些措施势必会严重

撕裂核心家庭的纽带，造成未成年子女无人看护的局面，使得法律对于父母的惩罚最终部分转嫁到子女身上。因此，“法院在探望权的执行上多处于无奈状态，不管是父母还是未成年人的权益都无法得到有效的保护”。

（二）权利话语与未成年人利益被边缘化

除了会激化家庭成员之间的矛盾，权利话语还将造成未成年子女利益被边缘化。

1.探望权视角下未成年子女的客体化。“探望权”一词带有浓厚的家长主义色彩，其预设了子女作为权利客体存在的地位。尽管依据我国理论界的共识，探望权应当以儿童最大利益作为其最核心的原则，但是“一般而言，卷入诉讼纠纷中的每一方当事人都会说他们考虑并且追求未成年人的最大利益，但事实上他们的诉求往往会偏向他们自身的利益，并且受到文化和代际差异的影响”。在这种争夺中，未成年子女的利益往往被边缘化。在美国，父母对于子女的抚养教育决定被推定为最符合子女利益，由于这一推定很难被推翻，因此在隔代探望诉讼中讨论的焦点依然是父母抚养教育子女的宪法性权利是否被过度干涉。而在支持祖父母进行隔代探望的国家，未成年人的最大利益也并未得到充分的强调。在法国，父母要证明祖父母的探望不利于未成年子女利益并非易事，尤其是，父母与祖父母之间的紧张关系本身不足以否定祖父母的探望权，即便子女反对也不必然导致祖父母无权探望，若子女年龄较小的，则父母有义务对其进行疏导。从两大法系国家的司法实践中可以看出，无论是在隔代探望纠纷中采用偏向祖父母的做法还是偏向父母一方的做法，未成年子女本人的利益往往处于遮蔽之中。我国人民法院在赋予祖父母探望权时，往往会对子女最大利益有所提及。在法官看来，允许祖父母探望不仅满足了祖父母的精神诉求，而且这种关系的维系也符合孙子女的最大利益，从而营造出一种双赢的表象。但是仔细阅读这些判决书会发现，隔代探望有利于子女的结论与其说是一种个案考察的结果，毋宁说是一种无须证明的抽象原则，其合理性被预设为理所当然。殊不知子女与祖父母之间的关系维系要产生正面效应，往往要求这种关系在一种和睦亲密的前提下展开，但在父母与祖父母之间就子女探望问题产生严重分歧的场合，强制探望是否依然符合孙子女的利益，却并非不证自明。

2.会面交往权视角下未成年子女权利实现的障碍。现代婚姻家庭法的发展趋势是从“父母本位”向“子女本位”过渡，越来越多的学者主张要将未成年人改造成探望权的主体，而不再只是一个被探望的对象。不少国家的立法不再使用“探望权”概念，而是使用子女的“会面交往权”概念。以法国为例，最初法国法并不承认祖父母的探望权，对祖父母探望利益的保护在传统上借助权利滥用的法理得以实现，即父母无正当理由阻止祖父母对孙子女进行接触的，构成对其亲权的滥用。1970 年《法国民法典》修改时增加了第 371-4 条的规定：“父母除非有重大理由，不得为未成年子女与祖父母之间的关系设置障碍。”这被认为确立了祖父母的探望权。为了突出子女的核心地位，立法者在 2002 年进一步对第 371-4 条作出修正，规定“未成年子女有权与其直系尊亲属维持交往。只有重大理由才能否定这一交往权”。该规定明确将未成年人确立为交往权的主体。在 2007 年最新一次的修法中，“重大理由”被改成“儿童的利益”，“子女本位”的转向最终完成。另一个具有代表性的立法例是《荷兰民法典》。《荷兰民法典》第 1:377 a 条第 1 款规定：“儿童有权与其父母以及其他与其具有亲密关系的人进行交往。对其子女不拥有监护权的父母，有和自己子女进行交往的权利和义务”。该条第 3 款进一步列举了法院拒绝承认交往权的情形：“（1）这一交往会对儿童的身心发展造成严重伤害的；（2）父母或者其他与儿童保持密切关系的人丧失能力或者明显不适合与子女交往的；（3）对于达到 12 周岁的儿童，在法庭听证会上明确陈述其有重大的反对理由不与父母或者与其保持密切关系的人进行交往的；（4）这一交往权与儿童最大利益存在冲突的。”上述例外完全围绕儿童最大利益展开，尤其是第 3 项的规定，更是赋予未成年人主观意愿以决定性的意义。尽管儿童最大利益是探望权纠纷中最为核心的议题，但是纯粹站在儿童的立场上来理解最大利益，仍然存在以下缺陷：（1）儿童被作为探望权（或者交往权）的主体，但在绝大多数场合其权利的行使依然需要通过其法定代理人来实现。而在祖父母寻求隔代探望的情形下，未成年子女的监护人一般就是拒绝其探望的人。此时如何能够指望父母自愿保证未成年子女交往会面权的实现？（2）将子女作为交往会面权的主体，与司法实践的情形不符。因为几乎所有的案件均是由祖父母提出探望的请求，在子女交往会面权的语境中，祖父母提起诉讼的请求权基础何在？由于交往会面权的主体是子女，因此只能认为此时祖父母是代

理未成年子女行使属于后者的权利。在父母担任监护人的情形下，这种法定代理的基础何在，似乎很难得到圆满的解释。由此可见，以子女作为会面交往权或者探望权的主体，只具有形式上的利益，其具体落实会遇到重重的现实阻力。

（三）权利话语对探望权本质的侵蚀

一个更为深层的危机在于，如果祖父母“隔代探望权”成立，那么将从根本上改变探望权的属性。探望权往往被称为“职责性权利”或者“他益权”，前者强调其是权利与义务的统一体，后者强调权利是为权利人以外的第三人设立的。在民法领域，这些所谓的“他益权”主要集中在婚姻家庭法领域，如抚养权、赡养权、监护权、代理权等。但此类“他益权”是否构成真正意义上的“权利”，存在讨论的余地。事实上，有关权利本质的两种传统理论——“利益论”和“意志论”——在解释“他益权”时均显得捉襟见肘：一方面，“意志论”没有办法合理解释此类“权利”的强制属性，即权利人不得单方面放弃或者转让；另一方面，“利益论”也无法忽视此类权利并不必然使权利人获益的事实。从比较法的角度看，此类术语中所使用的“权”往往并不对应“权利”的概念，而更接近“权力”的概念。法国学术界对于民法上的权力有一个经典的定义：所谓权力，就是指为了他人的利益所赋予的特权。这些为了第三人利益所设立的“权利”，更确切地说构成一种“权力”。探望权设立的目的是为了未成年子女的利益，尽管其表现为父母的一种“权利”，但同时也属于一种义务。这一点在《德国民法典》中得到了充分的体现。《德国民法典》第 1684 条规定：“子女享有与父母的任何一方进行交往的权利；父母的任何一方均有与子女进行交往的权利和义务。”由此可见，“探望”既是父母的一种权利，也是一种义务。在法国法上，虽然法条使用“权利”的概念来描述父母的探望权，但是司法实践表明这项权利同时也构成父母的一项义务，不履行探望义务将承担民事责任。就深层的含义而言，将“探望”理解为一种权限优于将其理解为一种权利。《民法典》第 1086 条第 1 款规定：“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。”若将探望理解为一项权利，则探望权的义务主体理应是子女，而子女是否有义务被其父母探望？但最有利于子女的原则显然与这种义务的强制和不可变通的属性很难兼容。因此，法条没有规定子女的义务，只规定了配偶一方的协助义务。但若将配偶作为义务主体，则子女岂不沦为一种被交付的物品而成为权利的客体？这种“权利”话语带来的困境完全可以通过改造探望权得到解决，即探望权并非一种权利，而是父母的一项权限，是父母抚养义务在离婚背景下的具体展开。然而，承认祖父母的隔代探望权将从根本上改变探望权的本质属性。在隔代探望的语境下，祖父母仅拥有探望孙子女的权利，但并没有探望孙子女的义务，因此“隔代探望权”从原来的“职责性权利”转化为一项纯粹的个体性权利。而从权利与义务相一致的立场出发，恰恰应该对赋予祖父母这样一项单方面的权利持保留态度。至于将未成年子女设立为探望权主体的做法，则在理论上更是难以自圆其说：作为权利主体的未成年人不能强迫义务人进行探望，相反，义务人却可以要求权利人行使其对自己的权利，即便权利人本人并未主动要求！

三、“义务”视角下隔代探望的证成

在民法上，权利与义务是一对并行的概念，因此如果法律对于权利界定不明，但对当事人义务有明确规定的场合，那么不妨从义务的维度寻求救济的途径。

（一）“义务论”具有实证法基础

与前述“新型权利”的话语相比，通过“义务”的视角——更确切地说，通过监护人责任的路径——解决探望纠纷具有更加坚实的实证法基础，也减少了法官在“赋权”过程中的论证义务。

1. 监护人职责与隔代探望。父母作为子女的监护人，需要履行对子女的监护职责。《民法典》第 26 条第 1 款规定：“父母对未成年子女负有养育、教育和保护的义务”；第 34 条第 1 款规定：“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”。如果说监护在其诞生之初主要是一项财产法上的制度的话，那么在其后续的发展中，人身照护和财产管理逐渐发展成监护职责的两项内容，并且人身照护的内容在现代监护法上占据了至关重要的位置。从解释论的

视角看，被监护人的人身利益保护自然应该包含未成年子女与其近亲属，尤其是与祖父母之间的会面交往。在一般情况下，这样的会面交往是有利于未成年子女健康发展的。依据 2020 年新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》第 4 条的规定，处理未成年人的事项时应当“尊重未成年人人格尊严”“适应未成年人身心健康发展的规律”“听取未成年人意见”，第 16 条特别强调父母或者其他监护人“关注未成年人的生理、心理状况和情感需求”。因此，父母在没有正当理由和合理顾虑的情况下违背未成年子女意愿、妨碍其与祖父母交往会面，可以被认为构成不履行监护职责的事由。《民法典》第 34 条第 3 款规定：“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担法律责任。”不履行监护职责，并非一定产生监护资格被撤销的法律后果，也可能是在保留监护人监护资格的前提下，要求其承担相应的法律责任。对该法律责任的性质，法律并未明确界定。在隔代探望的语境下，其完全可以表现为停止侵害、排除对探望权的妨碍。因此，在既有民法规定的框架下，祖父母完全可以依据该规定请求人民法院同意其隔代探望。这种做法一方面避免了“隔代探望权”无法可依的局面，另一方面也避免了“权利”话语所导致的诸多弊端。

2. 精神赡养与长辈探望。在涉及探望纠纷的问题时，人民法院对于“精神赡养”规定的运用已经为“义务论”的转向提供了一个范本。《老年人权益保障法》第 18 条规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。”这一条款在学界也被称为“常回家看看”条款，通过法律的形式规定了家庭成员（尤其是成年子女）对老人的探望义务。在司法实践中，一些判决书也以履行精神赡养义务为理由，满足父母提出的探望请求。需要注意的是，从精神赡养的角度看老人探望问题，该探望是否符合老年人的最大利益是人民法院裁判的依据，因此即便在老人主动请求的情况下，若人民法院认为该探望并不符合老人的利益，也可选择不支持其诉讼请求。这些拒绝探望的理由包括关系恶化、矛盾激烈、或者长期没有来往、情感淡薄等。即便是支持老人的探望请求，人民法院在确定具体的探望频率及方式时，依然会参考双方的关系、子女的工作情况、老人的身体状况等因素，避免给子女造成过重的负担。上述做法均可为隔代探望纠纷的解决提供有益的借鉴。

（二）“义务论”更符合亲属关系的本质

在家庭关系中，各方利益的纠缠和混合往往无法避免。“从理想的角度而言，父母与子女之间的关系应当是某种有意识的结合体，这种关系更适合用诗化的、精神性的语言，而不是用道德分析的语言来描述。我们在亲密关系中分享我们自身，并且同时意识到对方也做着相同的事情。传统的道德边界划定了自我的严格范围，是与这种类型的分享绝缘的。”在家庭成员中过度强调权利，难免造成冲突和疏离，而强调义务，则会促进无私和妥协。相比权利，义务进路更好地捕捉到了家庭成员关系的本质，“通过权利的方式对父母子女关系加以界定，无疑错失了靶心，也忽视了当事人本人的真实需求”。在现代民法典全面贯彻“权利”本位理念的背景下，义务性规范依然在“婚姻家庭编”中占据主要地位。当然，这并不是说权利与婚姻家庭绝缘，只不过其适用具有明显的范围：在强调家庭成员个体独立的场合立法者往往使用权利的概念，而在涉及家庭成员之间的依存关系时，则更多地从义务入手。显然，在隔代探望的纠纷中，我们所强调的恰恰是子女对家庭成员亲密关系的依赖，此时使用权利的话语显然不是一种最优的选择。

（三）“义务论”能够好地平衡各方当事人的利益

首先，从监护人责任的角度看隔代探望的问题，将凸显未成年人利益的中心地位。人民法院在判断是否赋予祖父母隔代探望权时，应考察父母拒绝探望的行为是否违背子女的最大利益，从而违反监护职责。虽然隔代探望的权利路径也是以子女最大利益为最高原则，但正如前文所述，一方面“权利”话语容易激化当事人之间的矛盾；另一方面，在将子女作为交往权主体的情况下，权利名义主体与行使主体之间的矛盾难以消除。此外，在子女交往会面权利的语境下，子女的主观意愿被赋予了最高价值。然而研究表明，在高度冲突的语境下，儿童所表达的意愿具有极大的可变性，不仅可能受到其他家庭成员的影响，而且一些原本拒绝任何接触的儿童，在祖父母行使探望权之后的短时间内也很可能改变看法。相反，在监护制度的语境下，将对未成年子女真实意愿的尊重作为判断未成年人最大利益的重要考量因素，被赋予了恰如其分的权重。

其次，从监护人责任的角度看隔代探望的问题，也将更好地协调父母与祖父母之间的利益冲突。权利总是从个体的立场出发，是一个人对另一个人、一个人对另一群人的利益主张。这种模式与探望所具有的关系性、交互性特质存在冲突。一段健康的关系需要双方当事人的共同经营，而不应该理解为一方施加给另一方的强制。因此，最有利于被监护人的原则绝不意味着祖父母和父母的诉求完全被排除在外，恰恰相反，在决定隔代探望是否有利于被监护人的最大利益时，人民法院必须综合考量未成年子女、父母、祖父母三方的利益诉求。如果说祖父母与未成年子女的正常交往在一般情况下有利于后者成长的话，那么父母对于子女的教育指导同样起到至关重要的作用。传统的“隔代探望权”的话语往往过多关注祖父母一方的利益诉求，却忽略了父母一方所享有的监护权限，而后者同样值得法律保护。而在监护人职责的语境下看隔代探望问题，人民法院所要解决的是父母对子女的教育、抚养职责是否会受到祖父母探望的影响等问题，在这种利益权衡之中，人民法院必然会将父母一方和祖父母一方的利益诉求纳入考量的范围。

（四）“义务论”更有利于冲突的解决

采用义务进路还可能在一定程度上缓和当事人之间的紧张关系。如前所述，权利话语所带有的“对抗性质”很容易使当事人之间的诉讼变成一场“零和博弈”，而通过话语的转换，在义务进路下我们不再强调祖父母作为第三人所享有的“权利”，而是更强调父母作为监护人的法定“义务”。这种话语的转化很有可能缓和当事人之间剑拔弩张的关系。与此同时，从监护职责的立场出发，事实上也赋予了作为监护人的父母一方以更大的话语权，即祖父母的隔代探望诉求也不得损害监护人职责的正常履行。与“隔代探望权”下父母被迫对祖父母一方的权利作出让步不同，在“监护职责”进路上法律更倾向于鼓励父母自己决定祖父母探望的正当性及探望频率，并将其视为“监护权限”的行使方式。从这种意义上讲，监护人的管理权限和祖父母的探望利益将更有机会实现契合。更为重要的一点或许在于父母一方拒不配合时的法律救济。前文已经提到在“探望权”纠纷中的执行两难问题，这种两难使得人民法院往往不愿惩罚不予配合的父母。但在监护职责的语境下，如果父母一方无正当理由拒不配合祖父母的探望，那么其不履行监护职责的行为很可能被解读为监护人的不适格，在严重损害被监护人利益的情形下甚至会触发监护资格被撤销的法律效果。这种无形的威慑力有可能促成当事人双方和解，促成隔代探望目标的最终实现。

（五）“义务论”能更好地应对多元探望需求

义务进路的另一个优势或许在于其适用范围的巨大弹性，这种弹性使它可以被运用到各类情形中，满足现实社会的需求。隔代探望权的进路在其适用范围上有严格的限制，即担任监护人的父母方拒绝祖父母探望孙子女的情形。然而，在现代社会中家庭成员间的探望需求远不止这一种，曾祖父母、兄弟姐妹、离婚后的继父母等，都可能存在探望的需求。在“姚某与覃某探视权纠纷案”中，人民法院就曾通过调解的形式，允许签订代孕协议的女方在离婚后探望与其不存在血缘关系的“子女”。由此带来的问题是，这些祖父母以外的主体对子女的探望需求是否应当得到满足，应当在多大限度内得到满足？此外，并非只有未成年子女才有探望的需求，成年人同样有此需求。在成年人因欠缺行为能力而需要他人监护的场合，其与自己的亲属朋友保持交往会面的权利是否应当得到其监护人的尊重？祖父母隔代探望权的设置不能涵盖现实生活中所有的探望需求，但采用权利进路的立法者势必陷入一种两难的境地：一方面，如果针对每一类主体都规定具体的探望权，那么既会浪费立法成本，也难免挂一漏万；另一方面，如果针对父母以外的所有第三人作出统一的探望权规定，那么很难凸显不同法律主体关系的特殊性。从义务进路入手则能很好地解决上述问题。以监护制度为例，首先，无论监护人是否父母，也无论被监护人是否未成年人，均有确保被监护人与第三人进行正常交往会面的义务。其次，只要与被监护人之间的交往被认为符合被监护人的最大利益，监护人就有义务保障该会面交往的进行，第三人的身份可以在所不问。最后，监护职责的进路也为未成年子女要求父母探望提供了法理依据。尽管我国大多数学者主张子女也享有要求父母探望的权利，但是在司法实践中往往坚持保守的立场。依据我国现行法的规定，父母双方离婚并非一方监护权终止的事由，未直接抚养子女的一方依然是子女的监护人。《民法典》第 26 条规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”而履行抚养义务并不仅仅是提供物质上的资助，还包含精神层面的抚育。父母

一方在离婚后拒绝与子女接触的，显然违反其法定的抚养义务，也是对其监护职责的不履行。子女可以此为依据，要求其父或母探望。

四、隔代探望中子女最大利益的具体落实

通过隔代探望纠纷的“义务论”转向，传统权利话语所造成的诸多困境均可得到化解。但如何对子女最大利益进行认定，依然是允许隔代探望与否的核心问题，仍有进一步讨论的必要性。

（一）子女最大利益的关系视角

即使将探望权视为一种权利，其特殊性也无法被忽视。这种特殊性体现在此类权利的交互性和双向性方面。探望权的本质在于对一种交往关系的维系，可称其为一种“关系型权利”。不少关于心理学的研究成果表明，儿童在其幼年时与其照顾者之间形成的稳定关系对于前者人格的健全和性格的发展起决定性的作用；相反，一种不稳定的、冲突的关系将会给子女带来巨大的创伤。由此可见，子女利益最大化要求的并不仅仅是一段关系的维系，而是一种良好、健康关系的维系。而一种健康的关系永远是兼顾各方的，不能仅仅着眼于被探望一方，也必须将探望者的利益纳入考量之中。同时，在祖父母隔代探望的纠纷中不仅存在祖父母与未成年子女的关系，受影响的还有父母子女关系的稳定性，而后者对于子女的成长显然更为重要。因此，在是否承认隔代探望时，这种探望对于亲子关系所带来的冲击也必须纳入人民法院考量的范围。总之，隔代探望权所具有的交互属性要求人民法院在考量子女的最大利益时采用一种关系型的视角，不是将子女作为一个孤立的、原子化的个体考察其利益，而是将父母、祖父母的利益同时囊括在内。英国学者乔纳森·海林提出了最大利益判断的关系型进路，以区别于传统的个人主义进路。其总结了将儿童作为一个孤立的个体判断其福祉和利益的局限性：首先，在亲密关系中，儿童的最大利益往往是与该关系中的其他个体紧密纠缠的；其次，采用这种孤立的判断模式将会产生这样的风险——判决在表面上促进了子女的最大利益，但事实上却给其照护者的权利带来严重的侵扰；最后，个体化的判断模式经常局限于当时的利益衡量，却忽视长时段内对儿童福祉的影响。对于隔代探望权的纠纷，关系型进路意味着不应该孤立地考察儿童的最大利益，而是应当在判断儿童最大利益的同时，将祖父母、父母的利益同时融入其中。换言之，“以关系为基础的福祉判断提供了这样的手段，使得我们在坚持（子女）最大利益的同时，尊重照顾者的权利和利益”。

（二）子女最大利益的考量因素

不可否认，对儿童最大利益原则的判断充满不确定性，然而在探望权诉讼中，这种规则的弹性空间或许是不可避免、甚至是可欲的：“探望权的案例向审判法院所呈现的是极端复杂、充满情感冲突的剧情。不可能找到一个放之四海而皆准的标准。鉴于探望权纠纷所产生的多样情形，审判法官必须被赋予一定的自由裁量权，从而找到在具体个案中最能满足各方当事人的特殊利益的方案”。当然，为了给法官的裁判提供方向，美国各州的立法大多对隔代探望诉讼中应当考量的因素予以列举。结合比较法上的经验以及关系型的视角，这些考量因素可分为两大类：一类与每一方当事人直接相关，另一类则涉及隔代探望诉讼中的三组关系。与当事人一方相关的考量因素主要包括：祖父母一方的身体、精神健康状况，祖父母一方申请隔代探望权的理由是否正当；父母是否合格的抚养人、父母拒绝隔代探望权的理由是否充分；对于达到一定年龄具有辨识能力的儿童，需要考察儿童本人的意愿。在祖父母和孙子女的关系中，需要考察先前存在的祖父母对孙子女照料的时间长度、强度，两者之间的情感纽带，以及拒绝探视将给祖父母、孙子女身心造成的损害。在父母与子女的关系中，需要考察父母子女关系的融洽程度，探望权的赋予可能对父母子女关系产生的干扰程度。在父母与祖父母的关系中，需要考察父母一方是否愿意配合探望权的行使，两者之间的紧张关系是否不可调和等。

（三）子女最大利益的举证责任

在隔代探望纠纷中，应当由谁来对探望是否符合子女最大利益承担举证责任？如前文所述，不同国家针对这一问题采取了截然相反的立场。在法国法上祖父母与孙子女之间的交往关系被推定为最有利于儿童利益，因此父母拒绝探望的，需要证明该探望不符合子女的最大利益。要推翻这一推定，法院设置了较高的门槛：单纯父母与祖父母之间的矛盾并不能构成不利于子女的理由。当然，在矛盾激化的场合，法院在赋予祖父母隔代探望权时会对权利行使的方式作出限制，以避免对父母子女关系造成过大的冲击。在一般情况下，只有当探望孙子女构成对其健康、安全以及道德品行的威胁时，法院才会拒绝祖父母的探视请求。相反，在美国，2000 年联邦最高法院审理的“特罗塞尔诉格兰维尔案”具有里程碑的意义。该判决被普遍认为确立了有关儿童最大利益的一项基本推定，即称职父母有关第三人探望所作出的决定被推定为符合儿童最大利益。这一判决对美国各州后续的探望权立法产生了深远的影响。几乎所有的后续立法都确立了这一有利于父母的推定，并且许多立法都规定，为了推翻这一推定，单纯证明探望符合子女最大利益是不够的，祖父母或者需要证明父母存在不称职的情形，或者需要证明不承认探望权将给子女带来严重的伤害，或者祖父母和孙子女之间已经建立起“重要的和有价值”的关系。当然，美国法对于第三人探视权持保守立场有其深层次的原因。目前美国隔代探望权的立法主要以白人中产阶级的老年人作为其理想的规范对象。学者将此类祖父母的形象概括为“伙伴型祖父母”，他们倾向于保持自己独立的生活。他们会定期但有限度地陪伴自己的孙子女，主要是在一些“娱乐性和纪念性的场合”。“这些祖父母并不参与孙子女的抚养，并不负责教导孙子女，因此他们并没有紧密地融入孙子女的生活中去。”然而这种“伙伴型祖父母”具有强烈的文化色彩，它并不能当然描述祖父母在其他族群文化中所扮演的角色。由于“伙伴型祖父母”理想型的存在，因此导致美国法院在审理少数族裔（非裔、拉丁裔等）的隔代探望权案件时有失公允。

在我国社会的语境下，祖父母在孙子女成长过程中往往起着至关重要的作用，不少祖父母在孙子女年幼阶段承担了主要的抚养义务。因此，美国法对于祖父母隔代探望是否有利于子女最佳利益的严格立场，或许并不符合中国的基本国情。但同时也必须注意到，父母对于子女所享有的权威在中国社会中也具有毋庸置疑的核心地位，并且我国的夫妻一方与配偶父母之间的矛盾往往特别容易发生。由此，一般性地推定祖父母的隔代探望有利于子女的成长，从而广泛赋予其探望权的做法，也很可能激化家庭成员之间的矛盾，不利于和谐关系的建构。就笔者的立场而言，从监护人职责的义务进路看，避免被监护人受损和尊重被监护人意愿为最基本的两项原则。我们可以由此出发，实现对举证责任的配置。

首先，对于年幼的未成年子女来说，由于其尚不具备足够的识别能力，因此需要考察的问题是：祖父母与孙子女之间是否已经存在稳定的、长期的亲密关系。如果存在这种关系，那么法律就应当推定此关系的维系符合子女的最大利益，提出反对意见的父母需证明祖父母的探望将不利于子女的健康成长。相反，如果这样的亲密纽带并不存在，那么应当由祖父母一方证明允许探望将有利于子女的最大利益。在我国，祖父母与孙子女之间的紧密程度也常常成为左右人民法院裁判的主要因素。在比较法上，不少国家都将这种既有的亲密关系作为裁判探望权时的重要考量因素。例如，在德国法上，如果祖父母的探视权与儿童受教育相冲突，那么需要优先考虑后者，但如果儿童与祖父母之间有密切的生活关系，那么可突破上述限制。法国最新的判决表明，即便祖父母与父母之间的矛盾在原则上不被认为是拒绝探望的理由，但在祖父母未与孙子女建立起稳定关系的情况下，这种探望所带来的好处与对核心家庭关系导致的干扰不成比例，不能被认为符合儿童的最大利益。美国有学者也主张应当区分对待已经建立起密切联系的祖父母与主张在未来建立这种关系的祖父母，并提出了“事实父母”理论，用以保护那些在事实上由于抚养、教育子女而扮演了一部分父母角色的近亲属。例如，在判断探望权是否符合儿童最大利益时，当祖父母曾经至少在半年的时间内承担孙子女的主要抚养责任时，探望权应当被推定为符合子女的最大利益，此时需要由父母就相反的结论承担举证责任；在相反的情况下，父母的决定应当被推定为是合理的，由祖父母承担探望符合儿童最大利益的举证责任。

其次，在未成年子女达到一定的年龄，具有理解能力时，其本人的主观真实意愿应当得到人民法院的尊重。在目前的司法实践中，不少人民法院在承认祖父母的探望权时将判决的效力确定至未成年子女 10 周岁时止，其背后的理由在于，对年满 10 周岁的未成年子女而言，是否允许探望需要征求本人的意见。在“张某、秦某与陶某探望权纠纷案”中，人民法院明确指出应当以法律关于无民事行为能力人与限制行为能力人的区分作为“认定其对某一事项如是否愿意被探望有无认知和表达能力”的判断标准。为了和

《民法典》关于行为能力年龄划分的标准相一致，未来可将需要征求未成年子女意愿的年龄定为 8 周岁，即已满 8 周岁的子女拒绝祖父母探望的，推定该探望不符合子女利益；同意探望的，则推定该探望符合其利益。

五、结　语

尽管祖父母探望权在近年来成为比较法上备受关注的理论问题，但是我国法学界对此却未引起足够的关注。然而祖父母的探望权在我国具有极大的社会意义，在理论储备不足的情况下，《民法典》最终未对隔代探望权作出规定未见得是件憾事，而既有的法律规范事实上也为这一问题的解决提供了可行的解释论方案。在隔代探望问题的背后，一个更深层次的主题乃是婚姻家庭法向民法的回归方式。家庭关系的特殊性决定了这种回归并非简单地对民事规范的套用，如何在婚姻家庭法自身的特殊性与民法体系的自洽性之间找到平衡点，将是未来不可回避的理论难题。

潘淑岩：父母处分未成年子女财产法律效力的解释论

2022-08-10　原创 潘淑岩 中国政法大学学报
https://mp.weixin.qq.com/s/So8RiEdYaX1I7g4HOac6iw

【作者】潘淑岩，山西工程科技职业大学副教授，中国政法大学 2019 级博士研究生。

【来源】《中国政法大学学报》2022 年第 4 期热点聚焦 ｜《民法典》颁布两周年专题之二专题。因篇幅限制，原文有删节，引用请参见原文。

【摘要】父母处分未成年子女财产的法律效力在司法实务中有不同认定，直接原因在于我国财产监护规范过于概括。《民法典》第 35 条第 1 款是处理此类案件的主要法律依据，但此款缺少法律后果的规定，属不完全法条，应在具体适用中类推适用代理规则，以无权代理路径证成父母“非利益”财产处分的性质；父母财产处分效力的判断还应考虑父母监护具有伦理性、身份性等特殊属性，采限缩解释，不判断事实处分的效力，仅以法律处分展开，并将未成年人利益最大化作为司法裁判的优先价值选择；父母“非利益”的财产处分无效，其在外部交易和内部监护两个法律关系中应分别承担相应的法律责任。

【关键词】财产监护 法律处分 无权代理 法律责任

引 言

父母是未成年子女的法定监护人，承担保护未成年子女人身、财产的法定职责。一直以来，人们更多关注未成年子女在家庭生活中人身权益的保护，对被遗弃、虐待、性侵等人身权利受到损害的儿童采取积极救助措施，但却长期忽视对未成年人财产权益的保护。不容忽视的事实是，未成年人拥有一定数量的财产已成为当今社会的一种普遍现象，由于未成年人欠缺完全民事行为能力，不能独立管理、处分其财产，各国立法均规定由父母承担对未成年人财产监护的首要职责。近年来，父母在履行财产监护过程中因处分未成年人财产而引起的纠纷已是屡见不鲜。然而，司法实践中对父母财产处分行为的性质和效力却存在不同的理解和认定，不同法院做出了不同的路径选择。理论研究中学者们的解释亦不统一，主要的观点包括：解亘（2017）以日本法中的“利益相反规则”作为比较对象，以平衡被监护人利益、交易安全以及监护人自由裁量的三种价值为目标，论证了监护人违反限制的财产管理行为属于无权代理或滥用代理权，在法律效果上遵循代理制度；夏昊晗（2018）以最高人民法院的相关裁判为视角，指出父母以子女不动产设定抵押这一特定的财产处分行为并非全部有效，非为子女利益的抵押行为属无权代理，须待未成年人成年后追

认；杨丽珍（2019）提出父母的财产处分具有特殊性，不应以民事法律行为的一般标准对待，立法应具体划定未成年人的财产范围，禁止父母作出债权免除、无偿赠与、抵押担保等非利益的财产处分，父母实施非利益的的财产处分则无效，非法律明确禁止的处分则有效；朱广新（2020）以第 35 条第 1 款第 2 句的“表达方式和意义功能”切入，指出被监护人利益在价值位阶上处于优先保护地位，非为维护被监护人利益的处分如是事实处分构成一般侵权，如是法律处分则属无权代理。本文认为，司法裁判以及理论研究中对父母财产处分效力不同判断的根本原因在于，作为约束监护人财产处分的法律依据——《民法典》第 35 条第 1 款——属于不完全法条，该款仅提出了限制监护人监护行为的构成要件，却没有规定监护人违反此限制的法律后果，正是由于对法条的不同解读导致各方观点各异。还应注意到的是，根据《民法典》第 27 条之规定，未成年人的监护人包括父母，也包括父母之外的其他监护人。但法典第 35 条第 1 款并没有对监护人的身份进行区分，没有强调父母财产处分的特殊性。而事实上，父母子女关系比一般监护关系更加亲密，基于对血缘亲情的尊重和信任，立法者相信父母乃子女最佳利益的维护者，相较于其他监护人，父母在家庭领域的私密范围内承担更多的监护职责，同时也享有更多的监护自由。在生活实践中，父母处分子女财产的现象确实比一般监护人更加普遍和频繁，因此，司法实践中有关处分未成年人财产的纠纷和矛盾往往都是父母的处分行为所致。

综上，本文限缩《民法典》第 35 条中监护人的范围，仅以“父母的财产处分”为研究对象，以司法裁判为分析蓝本，反思父母处分未成年人财产效力不同认定的原因，通过对立法规范的法教义学解释并结合其他裁判因素的考量，明确父母“非为被监护人利益”的财产处分的类型及效力，并进一步探讨父母因“非利益”财产处分而在不同法律关系中应承担的法律责任，以期为司法实践提供有益的理论指导。

一、父母处分未成年人财产效力的不同认定——以司法裁判为分析蓝本

检索北大法宝、中国裁判文书网，涉及父母处分未成年人财产的案件主要围绕处分效力的争议展开，裁判结果一般有两种：一种为有效裁判，大多数法院持此观点，但裁判理由有所不同：（1）对第 35 条中的未成年人的利益做扩大解释。“利益”不仅包括经济利益还包括发展利益、居住利益、健康利益等，不仅仅包括直接利益还包括间接利益，只要父母的财产处分符合以上利益范畴，该财产处分即为有效；（2）认为第三人利益和交易安全应优先维护。此类判决认为父母作为法定监护人对子女财产予以支配和使用系履行法定职责，第三人基于对父母处分权的信赖与之发生交易，应优先保护此信赖关系，判决父母的财产处分合法有效有利于维护市场交易秩序的稳定；（3）父母的财产处分未侵害未成年人利益，其论证逻辑在不同案件中又有所区分：“对价论”认为父母处分未成年人财产通过了正常的市场交易并且取得了对价，因此未成年人的财产利益未受损失；“保证书论”认为父母处分未成年子女财产时明确作出了保证，如将未成年子女名下的不动产进行登记转移时，不动产登记机构通常要求父母以法定代理人的身份签定保证书，此保证书即可证明父母的财产处分行为未侵犯未成年子女的利益；（4）将父母的财产处分行为分别在内部监护法律关系和外部交易法律关系中处理，两者之间相互独立，互不影响。即使父母财产处分行为不当，也仅在内部法律关系中承担对未成年子女的损害赔偿责任，而不影响外部交易的法律效力。

与有效裁判相反，认定父母处分未成年人财产行为无效的裁判理由主要包括：（1）将《民法典》第 35 条作为效力强制性规定，否定父母的财产处分权，父母的财产监护职责不包括对未成年人的财产处分，除特殊情况之外，父母做出的财产处分均不发生法律效力；（2）在价值选择上优先保护未成年人利益，否定第三人以善意取得的方式获得交易财产。父母利用未成年人的财产与第三人发生交易乃行使法定代理权，第三人知道或应当知道此财产属于未成年人后仍选择继续交易，其主观上并非善意，此交易当然无效；（3）以未成年人的实质利益为标准。这类判决对未成年人利益的衡量跨越了形式审查标准，不管父母是否取得交易“对价”或者签署了“保证书”，从利益相反的角度，只要该处分是为偿还父母的个人债务或为其自身谋取利益（包括直接利益或间接利益），都属于违反了未成年人利益的处分，处分无效。（4）将父母财产处分的行为同样在内部监护法律关系和外部交易法律关系中分别判断，但与有效裁判不同之处在于，此类裁判认为内部监护法律关系和外部交易法律关系具有联动性，一旦内部监护法律关系中存在损害未成年人利益的认定，则外部交易法律关系亦无效。

通过梳理以上司法判决发现，之所以会出现不同的论证思路和选择路径，主要的分歧在于对《民法典》第 35 条第 1 款的理解不同，有效裁判通常认为此款属于授权性规范，在遵循维护被监护人利益的前提下，赋予父母处分未成年子女财产的自由；与之相反，无效裁判则认为此款属于义务性规范，父母不得随意处分未成年子女财产，除非存在特殊情况；对适用规范的不同理解必然会指向不同的判决结果。实际上，对第 35 条理解不一的深层次原因还在于一个重要的问题，就是对于父母的财产处分是否要与其他监护人的财产处分区别对待？也就是说，如果基于亲子身份关系的特殊性，父母与子女之间存在血缘、伦理以及天然的亲密情感关系，那么父母将比其他监护人承担更多的监护责任也享有更多的监护自由，包括财产处分的自由；但如果不把父母监护特殊对待，父母监护等同于其他人监护，就意味着父母并不享有比其他监护人更多的监护自由，其对子女的财产处分同样受到严格限制。与此同时，在司法价值的选择上，有的法院追求交易安全价值，有的法院倾向于未成年人利益的保护，有的法院力图在两者之间寻求平衡，也即法院对此类案件中的价值位阶也有不同的选择和倾向，这些因素均对法院的裁判结果产生了影响。因此，对影响裁判结果的法律规范及其他特殊因素展开解释论证是当务之急。

二、父母处分未成年子女财产适用规范的解释

我国未成年人监护重人身监护、轻财产监护的制度格局由来已久，自《民法通则》以来，未成年人监护制度不区分父母监护和其他监护人监护的不同，将父母对未成年子女的抚养、教育和保护的权利义务统摄在监护制度之下，也就是学界常说的的“大监护”概念，并以“总则模式”的形式出现，这一模式在《民法典》予以沿用。当然，从制度设计的逻辑关系来看，“‘总则模式’旨在构建我国民事法律制度的基本框架，将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入草案，起到统率作用。”但与此同时，不能回避的问题是，基于总则篇幅的限制和统领作用的要求，监护人的产生、职责、监护人资格的撤销和恢复、监护关系的终止等所有的监护内容仅以 14 个条文体现，在内容上的不周延也就难以避免。

（一）父母财产监护规范过于概括

我国现行立法并未对父母财产监护作出专门性规定。从域外来看，《德国民法典》在未成年人的财产保护上，严格区分父母的财产照顾与其他监护人的财产监护，详细规定了父母财产照顾的范围、制定财产目录的要求、禁止处分和应批准的行为、父母利用未成年子女财产进行金钱投资的限制以及利用子女财产收益的用途等等；《法国民法典》中有关父母对未成年子女财产的亲权内容虽然没有《德国民法典》那么详细，但也涉及父母法定管理、使用子女财产的范围，对子女财产收益的用途，以及对子女财产权利的停止等多个方面；《意大利民法典》对父母以财产管理为内容的亲权规定得也十分详细，包括父母财产管理的范围、用途，禁止性行为以及须经监护法官许可的行为等。此外，日本、瑞士民法典也对父母的财产处分权作出了具体限制。反观我国未成年人财产监护制度，除《民法典》第 35 条第 1 款要求“监护人除为维护被监护人利益，不得处分被监护人的财产”外，没有更为详细的财产监护的具体规则。尽管婚姻家庭编也有涉及父母监护的个别条款，《未成年人保护法》《家庭教育促进法》等特别法中也对父母抚养、教育以及保护未成年人的具体权利义务有所拓展，但在对未成年人财产监护的问题上，基本上没有对父母履行财产监护职责的具体规则展开细化和补充。也就是说，完整意义上的父母与未成年子女间的财产监护规范并未形成。这一制度格局会不可避免地导致司法实践中对父母财产处分行为的性质和后果的不同理解，甚至出现“类案异判”现象。

（二）父母财产处分适用规范的法解释

1. 直接适用的裁判规范——《民法典》第 35 条第 1 款

审判实践中，法院审理父母财产处分的案件通常以《民法典》第 35 条第 1 款作为裁判依据。从方法论上，《民法典》第 35 条第 1 款属于不完全规范——仅提出了对监护人监护行为的限制，且此限制乃概

括性、原则性规定，却没有规定监护人违反此限制的法律后果。从文义解释来看，此款包含了两句话：第一句规定了“最有利于被监护人”是监护人履行监护职责应当遵循的基本原则，是对监护人履职行为的标准提出了要求。监护人的职责规定在《民法典》第 34 条第 1 款，该款规定，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、财产及其他合法权益。结合上下文语境可知，监护人的监护职责内容上包括人身监护和财产监护，履行方式则是行使代理权，代理被监护人实施民事法律行为，履行原则是“最有利于被监护人”。现代监护理念认为，监护制度的初心是为了鼓励被监护人积极参与市场经济，通过监护补足其行为能力，使其能够平等地参与市场交易。只要监护人遵循“最有利”原则的要求，在代理权限范围内即可享有对被监护人的人身监护和财产监护的自由，因此第 35 条第 1 款第一句实际上是对监护人监护行为的授权，只不过对此授权行为划定了一个权利边界；再来看第二句话，第二句运用“除……外”的表达方式，规定“监护人除为被监护人利益，不得处分其财产”。在现行民法规定中，除外型法条主要发挥两种作用——扩充内容或相反规定。其中，为达到扩充内容的目的，法条通常表达为“除……外，可以……”，如果表述为“除……外，不得……”，那么立法者的目的是在于将某种不得行使的行为特殊对待，与前述行为形成相反规定。具体在第 35 条中可发现，立法者有意将财产监护中的处分行为单列出来加以限制，与第一句中的其他监护行为形成了一般与特殊的关系；当然，将处分行为单列出来进行特殊限制不能理解为对监护人处分行为的禁止，如果禁止监护人作出财产处分，就意味着被监护人的财产无法投入市场交易，被监护人的机会利益反而受损，这样也会造成与第一句的“最有利”原则的矛盾。因此，对第二句规范内容的全部表述应还原理解为：监护人为维护被监护人利益，可以行使财产监护权，包括作出处分行为。但若该处分非为被监护人利益，则不得行使。

2. 类推适用的法律规范——狭义无权代理规则的介入

通过前文分析发现，对第 35 条第 1 款作出解释只是回答了立法对监护人财产处分行为是限制还是禁止的争议，仍然不能解决的问题是，父母作出财产处分行为的性质及效力的认定。也就是说，司法审查中，《民法典》第 35 条第 1 款不能作为父母财产处分行为评判的唯一依据。

一般而言，处分权作为所有权的一种，只能由所有权人自己行使，父母作为非所有权人，其对未成年子女财产的处分只有法律规定的情况下才可能发生。事实上，父母在处分未成年子女财产时，其身份具有多样性。一种情况是父母作为法定监护人，以自己的名义直接处分未成年子女的财产。行为人以自己名义行使处分权是指所有权人之处分，也有可能是得到了所有权人的授权。显然，未成年子女作为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，无法以其真实意愿将自己的财产处分权移转给父母，因此父母对未成年子女财产的处分既非所有权人的处分，也非子女财产处分权的明确转移。那么，父母对未成年子女财产处分的权利源自何处？从域外民事立法看，德国、法国、瑞士等国均明确规定了父母财产处分权属于其亲权（父母照顾权）的内容，而我国现行立法采用了“大监护”概念，没有明确规定父母亲权的具体内容，而是将父母与未成年子女间的权利义务纳入到了监护制度中，也即父母对未成年子女财产处分权的来源在于其享有监护职责。根据民法典第 34 条的规定“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为”，那么父母处分未成年子女财产的实质乃是其法定代理权的实施。按照一般代理的要求，代理人实施代理行为应以被代理人的名义进行，而在生活实践中，父母通常是直接以自己的名义处分未成年子女的财产，尽管其未使用被代理人的名义，但第三人基于对亲子间特殊身份关系的信任，对父母的法定代理权不加怀疑，并且双方默认交易的法律效果归属该未成年人。另外一种情形是根据《民法典》第 145 条之规定，对限制民事行为能力的未成年子女实施的非纯获利益的民事法律行为，或者与其年龄、智力、精神健康状况不相适应的民事法律行为时，要求父母以法定代理人身份行使同意权或追认权。在这一情形中，未成年子女对财产处分这一交易事实通常知晓，父母在此基础上予以追认。事实上，这种同意或者追认的目的在于保护限制民事行为能力子女的交易安全，虽然不是父母对未成年子女财产的直接处分，但如果父母“不当同意或不当追认”损害了未成年子女之利益，亦会对未成年人产生不利后果。由此可见，无论父母以自己名义直接处分还是以法定代理人的身份间接同意处分未成年子女的财产，实则都是法定代理权的行使。既如此，父母处分子女财产的效力认定依据除了《民法典》第 35 条第 1 款，还离不开代理规则的适用。

父母运用法定代理权以未成年子女财产与他人发生交易，如该处分行为有利于被监护人，则属法律允许的处分范畴；如该处分属于不利于被监护人的不得处分的范畴，又当如何定性？从域外来看，《日本民法典》第 107 条规定，代理人为自己或者第三人谋取利益为目的，在代理权范围内实施行为时，如相对人知道或应当知道其目的，则该行为视为无权代理。按照我国《民法典》第 171 条之规定，无权代理是框定在委托代理的范畴内，因行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施的代理行为。那么，父母“非利益”的财产处分能否类推适用无权代理？从我国现行立法来看，《民法典》对法定代理仅作了概括规定，有关法定代理的范围与行使、限制和监督等具体内容均没有明确规定。事实上，无论是委托代理还是法定代理，其目的都是为了“对弱势群体提供固定的地位和尊严”，从而保障被代理人合法权益的实现。不同之处在于前者的代理权限源自被代理人本人的同意，后者的代理权限源自国家运用公权力的许可。对于未成年人而言，因其不能以真实意愿将自己的人身财产事务委托给他人行使，只能由国家以“家父”的角色运用法律赋予父母代理资格，保障未成年人也能够参与社会生活。从规范目的上讲，父母“非利益”的财产处分构成一种逾越法定代理权的无权代理，当然，这一认定在规范构造上成为一种特别存在。如果以无权代理的路径继续推进，无权代理又可分为狭义无权代理和表见代理，虽然两者的规范目的都是为了维护交易安全和公平，但侧重点却有所不同。前者侧重保护被代理人的利益，后者侧重保护市场交易安全。我国民事审判实践中基本默认表见代理中被代理人的可归责性，但显然，这一归责性不能适用于被代理人是未成年人的情形，若父母作出的财产处分属无权代理，采表见代理不利于未成年人利益的保障，也即不能归责未成年人而要求其无条件承担代理后果。因此，只有以狭义无权代理解释父母“非利益”的财产处分行为才更有利于实现被监护人利益最大化原则，有利于实现立法规则的衔接和补充，有利于实现未成年人财产监护与代理效果的融贯。

三、父母处分未成年子女财产效力判断的其他考量因素

统一的“大监护”概念之下，我国未成年人监护实质上既包括父母的亲权性监护，也包括其他监护人的一般性监护，这种形式上的统一与实质上的区分导致司法裁判时既要遵循民事财产法的一般规则，也应注意到身份法与财产法之逻辑起点与价值追求之不同。

（一）父母监护特殊性的解释

根据《民法典》第 27 条，未成年人监护既包括父母的监护，也包括其他监护人的监护。那么，父母的监护职责与其他监护人是否有别？进一步说，在财产监护的具体案件中，父母对未成年子女财产的处分应否被特殊考虑？从前述法院的裁判理由来看，对于这一问题的理解和处理并不一致。有的法院认为父母享有与其他监护人同等的权利义务，父母监护与其他监护人的监护没有不同；也有法院认为父母身份具有特殊性，父母比其他监护人享有更多处分子女财产的自由，就算父母在财产监护中的处分行为造成了未成年人利益受损，也仅应在父母子女之间解决，而无涉外部与第三人之间的交易。显然，如果基于血缘、伦理、亲情等亲子身份关系的考虑，将父母监护特殊对待，那么父母和一般监护人相比，在履行监护过程中将获得更多的信任和尊重，也会享有更多监护权利和监护自由，而立法也将对亲子间监护法律关系的干预保持谦抑，出于家庭团体主义的强调，对于父母作出的财产处分更倾向于肯定性评价；相反，如果不对亲子间的身份关系做特殊考量，将父母对未成人的财产处分等同于其他监护人的财产处分，不再强调亲子之间紧密的利益关系而更侧重对未成年子女个体利益的维护，那么在父母财产处分效力的判断上就更倾向于否定性评价。显然，对父母身份特殊性的不同理解，是关系父母处分未成年子女财产效力判断的重要因素。

接着需要讨论的问题便是，我国《民法典》是否体现了父母监护的特殊性？《民法典》采用了“大监护”概念，监护作为主体法而非身份法，在总则进行总体概括和一般性规定，在制度形式上没有对父母监护与第三人的监护作出区分。那么，父母监护与其他监护人之监护在实质意义上是否不同？首先，按照《民法典》第 27 条的规定，父母是未成年人的法定监护人也是首要监护人，只有在父母死亡或没有监护能力的情况下，其他监护人才有可能补位监护人资格。也就是说，父母监护权利义务来源与其他监护人不同，父母对未成年人的监护是建立在自然血缘关系之上，以身份关系的存在为前提，父母在监护顺序上享有优

先性和排他性，父母身份不能被任何其他第三人替代，父母监护资格也不能被随意剥夺；其次，按照《民法典》第 26 条以及《未成年人保护法》第 16 条、第 17 条的规定，父母监护的权利义务比其他监护人更加复杂，父母比一般监护人承担更多的抚养、教育和保护的义务，特别是在未成年子女生理、心理、情感、道德、精神等各个方面的需求，这些监护义务是亲子间伦理关系的必然要求，具有强烈的身份性；再次，从父母监护职责的行使来看，立法者相信父母乃子女最佳利益的维护者，相较于其他监护人，对父母的监护行为较之一般监护人更加宽容，父母在履行监护职责时比其他监护人享有更大的自由裁量权，需要注意的是，这种自由并不是放任父母滥用监护权利，而是公权力恪守介入家庭领域的审慎态度。按照《民法典》第 38 条的规定，即使父母的监护资格被撤销，只要满足一定的条件，其监护资格仍可被恢复。显然，父母监护较之一般监护人在监护顺序、内容、行使以及资格恢复方面均具有特殊性。

建立在父母监护特殊性的基础上，进一步需要讨论的问题是，如果公权力基于对亲子关系的信任和尊重而保持一种谦抑，那么在父母财产处分问题上，是否父母作出的所有财产处分行为都应纳入法律监督和控制的范畴？梅迪库斯认为“处分”是指权利的转让、消灭或在权利上设定负担或者变更权利内容。财产处分是权利主体依法对其享有的动产或不动产进行的处置，对所有权人的财产所有权具有重大影响，为维护所有权人的合法权益，立法通常对财产处分予以严格限制。对于未成年人而言，其财产处分权通常由父母来行使，但为保护财产所有权人的利益，即使亲子间具有亲密的血缘和情感联系，立法也需要对处分附加一定的限制条件，《民法典》第 35 条第 1 款的意义即在于此。从法理上讲，根据行为主体是否有处分的意思表示，处分有法律处分和事实处分之分。法律上的处分是指通过转让、废止、变更内容或设定负担等方式对既有权利施加影响的法律行为，事实上的处分则是指由于发生了财产处分的事实导致法律后果的出现，这一后果并不存在法律效力的判断。从生活逻辑出发，父母对子女财产的处分既有抵押、提供担保等法律上的处分，也有日常管理、修缮等事实上的处分，甚至事实处分多于法律处分发生的频率，显然事实处分具有普遍性、日常性，并且事实处分通常没有交易相对人，也就是说事实处分无涉第三人权益，不波及市场交易安全。因此，如果将父母全部的财产处分行为不加区分地纳入第 35 条第 1 款的处分范围，对父母的事实处分动则介入、归咎，不仅过多限制了父母财产监护的自由，同时也增加了司法成本，造成司法负累。笔者认为，父母在抚养、教育和保护未成年子女过程中，我国民法典并未设置过多的干预和监督条款，立法者有意对家庭团体主义之下的父母子女关系给予更多自由和意思自治的空间。父母为日常财产管理需要而为之事实处分，一方面对于子女来说只是财产形态的改变，并非是财产权益的减损，另一方面就算子女财产权益有所损失，父母作为监护人承担同一注意义务符合常理，财产管理中增值和减损都有可能。除非父母因故意或重大过失造成子女利益损失，否则公权力对事实处分不应过多干涉。因此，对父母财产“处分”的理解应作限缩解释，即仅以法律上的处分展开，基于未成年人日常生活需要，对未成年人财产进行的事实处分，不应包括在《民法典》第 35 条第 1 款的处分中。

（二）司法裁判价值取向的解释

“每种价值背后都隐藏着利益”，司法裁判中不同的价值选择直接影响当事人的利益，关涉父母财产处分效力的判断结果。但从前述裁判来看，哪一价值应当优先作为裁判的考量因素，司法实务未达成一致，有的法院倾向于优先保护交易安全，肯定父母的财产处分行为，以保护市场经济秩序的稳定；有的法院倾向于优先未成年人利益的保护，对父母的财产处分行为也就更容易作出否定性评价。对此问题学界亦存在不同的观点，史尚宽、戴东雄教授主张优先保护未成年人利益，父母非为未成年人利益的处分属无权代理，从而否定其财产处分的效力。陈棋炎教授主张“交易安全优先”，认为亲子关系作为一个整体，倘若未成年人利益受损，可在内部法律关系中寻求解决，不应影响交易安全。依据此说，无论未成年人利益在此交易中是否受损，都必须优先保护交易安全。不同于以上单方面价值倾向性保护的观点，王泽鉴教授提出了“价值兼顾说”，旨在兼顾双方利益，并根据是否有偿的标准区分案件类型，“无偿行为”优先保护未成年人的利益，“有偿行为”则优先维护交易安全，但王教授也认为，此分类“在现行法上无直接依据，有待法院之造法”，且以“是否无偿”为标准来界定未成年人之利益，似不周延。

从规范体系上看，父母处分未成年人财产不仅关涉被监护人财产利益的保护，还涉及父母监护权利的保护以及市场交易安全的保障。其中，“最有利于被监护人原则”在我国《民法典》第 31 条和 35 条中两

次出现，体现了立法者对被监护的弱势群体权益倾向性保护的立法用意。“被监护人利益最大化”在父母处分未成年人财产的情境中表现为“未成年人利益最大化”。在一般情况下，父母享有处分未成年人财产的自由，但如果该处分不利于子女利益的保护，按照第 35 条第 1 款“非利益不得处分”的规范要求，父母的财产处分权要受到限制；其次，《民法典》也体现了对父母监护权利的保护原则。根据法典第 27 条之规定，父母是未成年人的首要监护人。将子女抚育成人并帮助其融入社会生活是父母的天然职责，自子女出生之日起，父母便承担起不可推卸的抚养、教育和保护的职责，父母身份不能被任何其他第三人替代。按照法典第 37、38 条之规定，即使父母被撤销监护资格，其对未成年子女的抚养义务亦不能免除，并且如父母确有悔改表现，其监护资格仍可恢复。由此可见，立法者有意对父母身份给予特殊对待和保护，此外法典第 34 条第 2 款规定，监护人在履行监护职责过程中产生的权利受法律保护。最后，维护交易安全和市场秩序，营造公平公正的法治市场环境是《民法典》编纂目的的应有之义。父母代理未成年子女与第三人进行市场交易，交易双方在平等自愿的基础上应遵守市场交易的制度规范和行为规则，维护法治市场秩序。

在具体案件中，如何进行法律价值位阶的选择？笔者认为，司法适用中的价值位阶只有在同一法律关系中才可能作出科学的判断。父母处分未成年子女财产过程中产生两个法律关系：一是发生在亲子之间的内部监护法律关系，关涉未成年人的利益保护和尊重父母监护自由的价值。《民法典》第 35 条第 1 款通过限制父母财产处分的自由实现被监护人的利益保护，显然立法者在内部法律关系上优先选择保护未成年人的利益。可以肯定的是，这一价值位阶的选择是儿童利益最大化原则在亲子关系法领域的发展趋势，未成年子女利益优先是处理父母子女关系的首要依据和衡量标准；其二是发生在外部交易法律关系中，主要涉及未成年人利益保障和市场交易安全价值的冲突。在这一交易法律关系中，未成年子女始终处于被动的弱势地位，虽然被处分的是其所有的财产，但却是父母独立的意思表示；而对于第三人而言，其在市场交易中是具有完全行为能力的独立个体，其交易行为是本人的真实意思表示，因此在涉及未成年人财产交易时，第三人应承担更加审慎的注意义务，防止不必要的风险，虽然这种注意义务加重了第三人的负担，但从长远来看，事前风险防范意识的加强更有利于良好市场秩序的形成；此外，从救济目的实现的难易度考量，相较交易第三人，未成年人依旧处于弱势地位。如果父母做出“非利益”的处分行为，未成年子女只能承担此不利后果，尽管其也享有损害赔偿救济的权利，但是基于血缘、亲情、生活依赖等的考虑，未成年子女宁可承担损失也不会和父母对簿公堂，不愿追究父母的损害赔偿责任，就算得到裁判支持，若父母财务状况不良，同样无法实现有效救济；退一步讲，即使未成年人的财产损失得到了有效救济，从长远看，对于家庭和谐以及亲子情感的维护同样不利。而对第三人而言，如果交易行为被确认为无权代理，其可通过向未成年人的父母提起违约或损害赔偿请求得到救济，即使丧失交易机会，也可通过其他途径实现经济目的。由此可知，在外部交易法律关系中，从交易地位和事后救济的层面，未成年人利益的保护都处在更加紧迫的优先地位。综合以上分析，无论在内部监护法律关系还是外部交易法律关系中，在父母处分子女财产问题上，法官无法平衡利益冲突的情况下，未成年人利益的保护应当始终是优先选择的法律价值。

四、父母“非利益”财产处分类型、效力及后果

按照“利益”标准，父母的财产处分可分为对子女“有利益”的财产处分和“非利益”的财产处分。事实上，引起争议的往往只是后者，因此，有必要对父母“非利益”的财产处分展开进一步解释。

（一）父母“非利益”的财产处分类型

“利益”作为一个抽象概念，从字面理解，是指对于主体之实际好处或益处，能够满足主体的需要和愿望。也就是说，对子女有好处，能够满足子女实际需要即为未成年人之利益。当然，此解释不足以在制定法体系下得以全部承认，此利益须被立法认可并得到国家强制力之保护。并且，此处利益并非“对价”“保证书”等形式意义所指，而应以未成年人的实质利益为目标。利益法学派创始人耶林认为权利是法律所确认和保护的利益，这一观点仍为当下不少学者所坚持。克莱默指出，法律权利的精髓在于它倾向保护权利人某方面的福祉。根据《民法典》第 34 条，未成年人之利益包括人身权利、财产权利以及其他合法

权益。也就是说，子女受保护之权利即是保护其在人身、财产等各方面的福祉、利益所在。按照权利利益理论，父母作出财产处分时应维护的利益不局限于对子女经济利益保值或增值的考虑，还应对子女人身权利以及其他合法权益综合考虑，如为了子女的医学治疗、教育保障、生活改善和提高等。那么究竟哪些财产处分属于父母为子女福祉、利益之进行的处分？显然，这一问题的回答难以通过正面列举的方式实现，从域外立法经验看，大陆法系国家如德国、意大利、瑞士等均采用了反面列举的方式。《德国民法典》禁止父母代理子女赠与，但基于道德上义务或礼节上的考虑除外；对父母以子女财产的金钱投资作出限制；还规定了其他必须得到家庭法院批准的行为，如以子女名义开始新的营业，以被监护人的信用进行的金钱代进，对他人债务的承担特别是保证的承担等。《瑞士民法典》禁止父母运用子女财产的收益，对于子女受赠、特留份以及自己劳动所得的财产，排除父母的财产管理权。《意大利民法典》规定，父母不得接受、转让、抵押、质押未成年人财产；不得代替子女拒绝接受遗产、遗赠或赠与；不得解除共有，不得订立消费借贷契约或 9 年以上期限的租赁契约等。英美法系国家立法明确禁止父母对未成年人以遗赠或继承权形式取得的财产享有用益权。我国台湾民法 2008 年修正后，禁止父母以被监护人的财产投资（购买公债等行为并经法院许可的除外）和受让被监护人的财产，同时规定父母购置或处分子女不动产，出租、供他人使用或终止租赁被监护人的居住地，以被监护人财产购买公债、国库券等行为须经法院批准。

借鉴域外立法例，对《民法典》第 35 条第 1 款所涉父母“非利益”的财产处分类型亦可通过列举的方式得以明确。结合我国司法实践，父母“非利益”财产处分的常见类型主要包括三类：一是父母自我代理与相互代理的财产处分行为。自我代理是指代理人与自己发生交易行为，面对本人利益与他人利益的冲突，理性经济人必然会作出趋利避害的选择；双方代理同样存在多个被代理人之间的利益冲突，代理人亦难排除厚此薄彼之可能。为防止被代理人利益受侵害，大陆法系诸多国家和地区立法均限制自我代理和双方代理，我国《民法典》第 168 条亦作明文规定，禁止代理人自我代理和同时代理，除非被代理人同意或追认；二是父母以未成年子女的不动产为自己或他人提供担保。父母利用子女财产进行抵押的情形一般有三种可能：一是为未成年子女自身债务或其教育、医疗等需要而提供担保；二是为与子女无直接关联的第三人提供担保；三是为父母自身债务或家庭债务提供担保。显然，除第一种情形外，父母出于自己本人的直接利益或间接利益而为之的处分都属于对未成年子女的“不利益”；三是父母以未成年子女价值较大的财产无偿赠与他人或对子女的财产性权利无正当理由的放弃或免除等行为。

（二）父母“非利益”财产处分的效力

如前文所述，对父母“非利益”的财产处分采无权代理的路径，即父母自我代理与相互代理的财产处分行为，父母以未成年子女的不动产为自己或他人提供担保行为，父母以未成年子女价值较大的财产无偿赠与他人或对子女的财产性权利无正当理由的放弃或免除行为都属无权代理。根据《民法典》第 171 条第 1 款的规定，无权代理未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。也就是说，无权代理的财产处分行为并非当然无效，而是由被代理人决定是否追认此代理行为，若被代理人追认则外部交易行为生效；若被代理人不追认，则外部交易行为无效。然而，在父母处分未成年子女财产问题上，能否以未成年人的追认作为父母财产处分有效的条件？答案是否定的。被代理人的追认是建立在被代理人具有完全民事行为能力、能够表达其真实意愿的基础之上，而未成年人的意思能力不足，其对父母行为的同意或追认是否是其真实意愿？就算 8 周岁以上的未成年子女能够表达相应的真实意愿，但其对于该财产处分有利还是不利的判断必然会受到父母的引导和影响。有学者指出，可于子女成年后再行使追认权。但如此一来，市场交易将长期处于不稳定状态，显然不利于市场交易发展。笔者认为，法院在个案审理中，等待未成年子女成年后的追认不符合当事人纠纷解决的迫切需求，对于确属“非利益”的财产处分行为，法院应直接作出无效裁判。

（三）父母“非利益”财产处分的法律责任

父母应当对其“非利益”的财产处分行为承担相应的法律责任。在外部交易法律关系中，善意相对人基于对父母代理权的信任而与之发生交易，在此过程中，相对人无从判断父母的财产处分是否有利于未成年人。因此，如果父母的财产处分被认定为狭义无权代理，善意相对人可以提出救济并且享有法定选择权，可以择一救济方式来请求无权代理人承担。根据《民法典》第 171 条第 3 款的规定，行为人实施的行为未

被追认的，善意相对人可以向未成年人的父母主张替代履行的损害赔偿责任，亦可选择主张父母赔偿其信赖利益的损失。当然，不能排除第 171 条第 4 款规定的可能情形，如果交易相对人明知父母的财产处分不利于未成年人仍与之发生交易——如父母因偿还自身赌债而将未成年人财产抵押或出卖——则由相对人和父母按照各自的过错承担责任。当然，相对人善意与否并不影响代理人责任的承担，只会影响代理人承担责任的形式与范围。

在内部监护法律关系中，如果父母“非利益”的财产处分导致未成年子女的财产权益受损，根据《未成年人保护法》第 129 条之规定，父母应依法承担民事责任。在具体民事责任的确认上，根据《民法典》第 120 条，民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。笔者认为，在内部监护法律关系中，父母应当对“非利益”财产处分而导致未成年人的财产权益受损的情形承担损害赔偿责任；如有证据证明父母恶意、与他人同谋等明显侵害子女财产利益的——虽然这种情况属极少数，说明该未成年人的父母不仅没有按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，反而利用亲子之间的亲密和信任关系作出有损未成年人合法权益的行为，在此情形下，已不适合继续担任未成年人的监护人，应根据《民法典》第 36 条第（三）项“实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为”之规定，撤销其监护资格。

结 语

未来社会未成年人拥有财产的渠道和形式愈加丰富，司法裁判面临的纠纷数量将大幅增加，如果法院在司法裁判中不能给出稳定合理的司法预期，那么无论对未成年人合法权益的保障还是市场交易安全都将面临巨大风险。父母处分未成年人财产效力的认定离不开对其裁判依据的正确的理解和适用，除了直接适用的《民法典》第 35 条第 1 款外，还应类推适用委托代理规则，以无权代理的路径认定父母“非利益”财产处分的性质。与此同时，应当充分考量影响效力裁判的两个重要因素：其一是不能忽视父母监护在实质意义上的特殊性，限缩父母财产处分的范围，给予父母事实处分的自由，仅就其法律处分行为予以规制；其二是应始终将未成年人利益的保护作为优先价值选择。事实上，父母对未成年人财产处分效力的判断，主要围绕“非利益”的财产处分展开，可归类排除父母“非利益”的处分，如父母自我代理与相互代理的财产处分、父母以未成年人的不动产为自己或他人利益所需提供抵押或担保的行为、父母以未成年人价值较大的财产无偿赠与他人或对子女财产性权利无正当理由的放弃或免除等行为；父母应对未成年子女“非利益”的财产处分行为在外部交易法律关系中承担违约责任，在内部监护法律关系中应承担侵权责任，如有证据表明父母确系主观故意并且在客观上严重侵害了未成年人的合法权益后果，还应启动公力救济，撤销其监护资格。

三、审判动态

父亲使劲掌掴儿子致其死亡！法院判了

2022-07-03 检察日报
https://kandianshare.html5.qq.com/v2/news/4065721455064299842?cardmode=1&docId=4065721455064299842&from_app=qb&sGuid=16406686fe577dd4c045bdd813b788cb&sQueryId=1656835163983&sUserId=&sUserType=-1&sh_sid=5__25bf713314ec8bf8__16406686fe577dd4c045bdd813b788cb&target_app=kb

“为人父母天下至善”，世界上对待孩子最善良的当是父母，令人遗憾的是，有些父母性格暴力，极易将怒火蔓延至孩子身上。近年来，因父母殴打导致孩子伤亡的事件屡有发生。

近日，新疆哈密市伊州区人民法院就审理了一起父亲为制止孩子哭闹掌掴孩子致死的案件。

2021 年 7 月，被告人张某的母亲因事外出，由张某一人在家照看仅 4 个月大的儿子。照看期间因孩子一直哭闹不停，为制止其哭闹，张某用右手举过头顶使劲连续扇了孩子左边脸部两下，又用右手捂住其嘴部，当孩子不再哭闹后将手松开，片刻之后孩子继续哭闹，张某又用右手捂住孩子的嘴部，松手之后孩子的身体状况出现异常，四肢开始僵硬。张某随即拨打 120 急救电话，其幼子经医院抢救无效死亡。

2022 年 1 月，当地检察机关以张某涉嫌故意伤害罪向法院提起公诉。

法院审理认为，首先，被告人张某经鉴定精神正常，案发时已年满 30 岁，具备一定的生活经验和判断能力，是具有完全刑事责任能力的成年人；其次，只有 4 个月大的被害人没有任何生活自理能力以及抗击打能力；最后，被告人张某的掌掴行为力度很大，否则不足以导致被害人颅内出血。所以被告人张某明知自己的掌掴行为会对一个 4 个月大的婴儿产生伤害，仍然大力打击婴儿脸部，放任危害结果的出现，造成幼小的被害人因颅内出血引发死亡。因此，该行为属于故意（间接）伤害行为。

作为父母，应善意地对待自己的孩子，被告人张某却在看护孩子过程中多次情绪冲动采取措施不当，不计后果地掌掴孩子脸部致其死亡，此种违背人伦的行为应依法严惩。考虑到其事发后主动拨打 120 送医并主动投案如实供述犯罪事实，有一定的悔罪表现，并得到其妻子谅解，依法酌情从轻处罚。

最终，伊州区人民法院以故意伤害罪判处被告人张某有期徒刑六年。

一审宣判后，被告人张某不服判决，上诉至哈密市中级人民法院，请求撤销一审判决改判其为过失致人死亡罪。经哈密市中级人民法院审理，裁定驳回其上诉，维持原判。

法官说法：

审理此案的法官说，“养育讲方法，暴力不可取”，父母对于子女的养育应持有正确的方法，虽然养育孩子期间会面对诸多难以预料的问题，但仍需尊重客观规律，讲究方式和感情。而所谓的“棍棒教育”、“棍棒底下出孝子”是忽视和漠视孩子身心健康的教育方式，断不可取。结合此案，对仅 4 个月大的婴儿通过暴力来制止哭闹更是不可理喻。

此案是一个惨痛的教训，家长尤其是初为父母的年轻家长，一定要保护好自己的孩子，不仅要保护他们免受外来危险的伤害，更要杜绝自己造成的“亲子伤害”。

男子打伤猥亵女儿者，检察院决定：不起诉！

2022-07-05 浙江普法
https://mp.weixin.qq.com/s/9TwPTfTHPYF5eZ_Ara10qA

得知女儿被猥亵，陕西渭南白水县 35 岁男子张某甲将猥亵者打伤，后者经鉴定为轻伤二级。

近日，中国检察网公布了一份不起诉决定书。白水县检察院认为，张某甲主动投案，如实供述罪行，自愿认罪认罚，且被害人张某乙有严重过错，综合考虑殴打他人的前因后果、危害程度等，决定对张某甲不起诉。

内容显示，被不起诉人张某甲，男，1986 年生人，初中文化，户籍所在地陕西省渭南市白水县某镇某村某组，农民。

经检察院依法审查查明，2021 年 6 月 12 日早 11 时许，张某甲得知自己的女儿被张某乙猥亵后，赶到张某乙家，用脚将其蹬倒在地，又用拳头向其头上捶打了两三下，并用瓷碗砸向其头部。陕西佰美法医司法鉴定所法医临床司法鉴定意见书显示，张某乙的损伤程度属轻伤二级。

检察院认为，张某甲殴打他人身体，造成被害人张某乙轻伤二级的行为，犯罪事实清楚，证据确实、充分，其行为触犯《中华人民共和国刑法》第二百三十四条的规定，应当以故意伤害罪追究其刑事责任。

此外，检察院认为，鉴于张某甲自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，且其自愿认罪认罚，被害人张某乙有严重过错，综合考虑其殴打他人的前因后果、危害程度等。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，决定对张某甲不起诉。

用奶奶的账号玩游戏，11 岁女孩被 17 岁少年以赠送皮肤为由诈骗近万元！

2022-07-04　湖南高院
https://mp.weixin.qq.com/s/m9sqo5B67SPQrZ-SeBQ4Bw

2002 年底出生的伍某某系某中专学校的一名学生。2020 年 2 月，伍某某伙同贺某某（已判决）在耒阳市某酒店利用“TT”语音账号开设微信聊天房间，寻找未成年人游戏玩家，以免费赠送游戏皮肤为由实施诈骗。

伍某某提供手机，利用“TT”语音账号开设“和平精英”微信游戏房间，在里面找到了一个叫“李某某奶奶”的目标，并诱使被害人李某某（女，11 岁）将使用的其奶奶微信名的微信密码修改为自己提供的密码。随后贺某某登录该微信充值 1 万元，再以购买皮肤时充值过多为由，诱骗李某某分十二次将 9992 元转至贺某某的微信后，将李某某拉黑。事后，伍某某分得 3000 元。
其后，伍某某主动向岳阳市屈原管理区公安局投案，并赔偿被害人李某某 5000 元。

2020 年 3 月，伍某某通过同样的方式，与他人一起骗取被害人杨某 23700 元、被害人李某某 21900 元，被贵州省印江土家族苗族自治县人民法院以诈骗罪判处有期徒刑一年，缓刑两年，并处罚金四千元。

法院判决

岳阳市屈原管理区人民法院经审理认为，被告人伍某某以非法占有为目的，虚构事实骗取他人财物，数额较大，其行为已构成诈骗罪。伍某某伙同他人作案，系共同犯罪，在共同犯罪中，伍某某提供了犯罪工具，但其并非犯意的提出者，也非犯罪行为的实际操作者，应当认为在共同犯罪中起次要辅助作用。伍某某主动到案并如实供述自己的罪行，并积极赔偿被害人损失，取得被害人监护人谅解，予以从宽处罚。伍某某于 2020 年被其他法院以诈骗罪判处有期徒刑一年，缓刑二年的刑罚，法院综合考虑伍某某的犯罪

性质、情节和社区矫正评估意见，判决撤销他院涉及伍某某判处的有期徒刑一年所宣告的缓刑部分，被告人伍某某犯诈骗罪，判处拘役三个月，并处罚金一千元，与前罪数罪并罚，合并执行有期徒刑一年，并处罚金五千元。

信阳中院发出首份未成年人犯罪记录封存通知书

2022-07-05　信中法宣 信阳法院
https://mp.weixin.qq.com/s/QNEqcePgHYhg_bOGzxNPag

为了贯彻对违法犯罪未成年人教育、感化、挽救的方针，加强对未成年人的特殊、优先保护，坚持最有利于未成年人原则，2022 年 5 月 30 日，《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>》正式实行，对未成年人犯罪记录封存提供了切实可行的操作指引。2022 年 6 月 28 日，信阳市中级人民法院依照该《实施办法》发出了本地区第一份未成年人犯罪记录封存通知书。

被告人小寒应他人邀约，持械积极参与聚众斗殴，致人轻伤。案发后，小寒父母积极对被害人进行赔偿，取得了被害人谅解。考虑到小寒犯罪时系不满 18 周岁的未成年人，能够认罪、悔罪，法院依法对其从轻、减轻处罚，判处有期徒刑一年四个月。为体现对未成年人的司法保护，消除未成年人因犯罪记录产生的标签效应，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，我院依照《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>》的相关规定，对小寒犯聚众斗殴罪一案进行了犯罪记录封存，并将《未成年人犯罪记录封存通知书》依法送达给小寒及其法定代理人，并同时送达同级检察机关、公安机关。

未成年人犯罪记录封存，是指对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予刑事处罚的未成年人犯罪记录，依法予以封存。对于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岁周岁前实施的，被判处或者决定执行五年有期徒刑以下刑罚以及免予刑事处罚的未成年人犯罪记录，也应当对全案依法予以封存。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，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，受理单位应当出具无犯罪记录的证明。

需要注意的是，并非所有未成年人犯罪案件均适用未成年人犯罪记录封存，如被判处五年以上有期徒刑或未成年时期犯新罪、发现漏罪（数罪并罚后执行刑罚超过五年），均不符合封存条件。（信阳中院 金磊）。

女子转移 11.2 万存款却拒付孩子抚养费 3600 元，法院：罚款 1 万，强制执行！

2022-07-09　互联网法律记者沙龙
https://mp.weixin.qq.com/s/lTJtOEzOW1Rvq21YRYNzvw

邓某 1（2001 年出生）、邓某 2（2002 年出生）、邓某 3（2003 年出生）、邓某 4（2009 年出生）原本有一个幸福的家，2016 年 5 月，父亲邓某某被检查出患肝癌晚期，同年 7 月去世。几个月后，母亲刘某改嫁他人，不再照顾 4 个孩子，几人只好随爷爷奶奶生活。

2018 年，因两位老人身患各种疾病，经济困难，没有能力抚养 4 人，无奈之下孩子的奶奶刘某某以法定代理人的身份诉至法院，要求刘某按月支付每个孩子抚养费 300 元直至其成年，法院依法支持了该诉请。

然而判决生效后，刘某并未按照判决主动支付抚养费。

每过一年，奶奶刘某某都要代孩子申请强制执行一次，法院通过划扣被执行人刘某的银行存款执行，他们才能拿到钱。就这样，几个孩子陆续成年，只剩下最小的邓某 4。

承办法官在申请执行人刘某某家了解情况

2022 年 1 月，奶奶刘某某再次申请执行，要求刘某支付（邓某 4）2021 年 1 月至 2021 年 12 月期间的抚养费 3600 元。

移存款拒不支付抚养费，法院强势出手！

案件立案执行后，刘某拒不报告财产情况，法院通过网络和线下查询，也未发现刘某名下有可供执行的财产。承办法官多次电话联系刘某，她都拒接电话，多次上门，刘某也避而不见。

法官在多次查询刘某的银行流水后发现，刘某为了逃避执行，于 2021 年 3 月将存款 11.2 万元悉数转移至现任丈夫的银行账户。对此刘某还试图狡辩，称这笔钱本来就是自己现任丈夫的。

据此，永兴县人民法院认为，刘某拒不履行人民法院生效法律文书确定的义务，并且拒不报告财产情况，对法律及人民法院缺乏最低限度的尊重与敬畏，应当对其予以司法惩戒，故依法对其作出罚款 1 万元的决定。

刘某这才意识到问题的严重性，写下悔过书，及时给付了抚养费，但仍拒不缴纳罚款。

6 月 28 日，永兴县人民法院将罚款 1 万元强制执行到位。

法官提醒：逃避执行终将受到法律制裁

父母对子女有抚养教育的义务，未与子女共同生活的父母一方应履行法定的抚养义务。刘某作为孩子的生母，在其丈夫去世后，改嫁他人系其权利，但应妥善安置好未成年子女，并履行法定的监护和抚养义务。

人民法院对有能力履行却拒不履行生效判决、裁定的被执行人可以采取罚款、拘留措施。情节严重构成拒执罪的，人民法院可对其处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。被执行人应引以为戒，及时履行应尽义务，逃避执行终将受到法律的制裁。

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。

离婚纠纷中“探望困境”的解决之道

2022-07-08 民主与法制时报
http://e.mzyfz.com/paper/1866/paper_49891_10436.html

探望权是法律保障离婚后未直接抚养孩子一方探望孩子的权利，该权利的行使需要直接抚养方的支持和配合。现实中，探望权的行使往往由于直接抚养方的不配合而受阻。即使进入强制执行阶段，也因为此类案件的特殊性而使得探望权的实现陷入困境。

近年来，一些法院创新探望权执行方式，通过发出《探望权自动履行承诺书》《家庭教育令》等方式解决探望权执行难题。目前正在征求意见的《中华人民共和国民事强制执行法（草案）》（以下简称《草案》），也为解决探望权执行难题进行了创新规定。

如何破解“探望困境”？结合《草案》的创新规定及各地的创新实践，记者采访了相关专家，探讨“探望困境”的解决之道。

被“阻碍”的探望权

探望权是原婚姻法 2001 年修正时的新增内容。民法典第一千零八十六条对此也有相应规定，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。

然而现实中，由于种种原因，直接抚养方往往拒绝履行协助的义务，甚至设置重重障碍阻止对方探望，迫使一方因与子女难相见而以探望权纠纷为由诉至法院。

在中国裁判文书网上，以“探望权纠纷”为案由的裁判文书数量近 3 万篇。这些判决书中，“拒绝配合”“推脱”“霸占”“阻挠”“避而不见”“协商未果”是高频词。直接抚养方拒绝“协助”的原因“五花八门”，包括对方未支付抚养费、离婚后双方家庭之间的摩擦、双方关系恶化、探望方式不利于子女身心健康、探望行为影响孩子学习等。

值得关注的现实问题是，探望权纠纷案件判决容易执行难。即使胜诉，想实现探望权也困难重重。

中国法学会婚姻家庭法学研究会理事、南京师范大学法学院教授陈爱武早在 2005 年就开始关注探望权执行难问题。根据她的研究，被执行人不配合、被探视的子女不配合、案外人阻挠等是探望权执行难的主要表现，原因主要在于缺乏有效的执行措施或者执行措施没有针对性，从而难以对被执行人产生震慑效果。

“探望权纠纷案件中的未成年人的父母乃至两个家族之间的矛盾和情感纠葛，带有非理性成分，未成年子女成为被一方或双方利用的‘砝码’，使得探望权执行雪上加霜。”陈爱武说。

中国法学会民法学研究会常务理事、四川大学法学院教授王建平说，父母与子女的关系，不因父母离婚而消除。未成年子女在成长过程中，需要未直接抚养方在情感上的滋润，由于部分夫妻在离婚时矛盾重重，离婚后未成年子女归一方抚养后，直接抚养方认为孩子与对方已经不再有关系，从而设置重重障碍阻止对方实现探望权。

“强行探望”不被允许

值得注意的是，不同于一般的执行案件，在探望权执行案件中，法院只能通过合法程序，强制被执行人履行义务，而不能直接对未成年人子女的人身、探望行为进行强制执行。

6 月 24 日公布并征求意见的《中华人民共和国民事强制执行法（草案）》第一百九十四条规定，“执行依据确定未成年子女由一方当事人抚养，另一方当事人或者他人拒不交出的，除依据前条规定的方法执行外，人民法院也可以将该子女领交抚养人。但是，满八周岁的子女明确表示反对的，不得领交。”

陈爱武解释说，“领交”不是强制，而是温和地“领走和交接”，不涉及对未成年人的人身进行强制。“满八周岁的子女明确表示反对的，不得领交。”表明“领交”是有限度的。从保护未成年子女利益的角度出发，即使是未满八周岁的孩子，当他们对执行行为强烈抵触和明确反对时，也应当查明原因，做好相关人员的思想工作，或者在科学评估的基础上继续执行或者暂停执行。

而在探望权纠纷案件中，当被执行人不配合探望权执行时，法院是否同样可以采取将被探望子女领交探望人的方式？

王建平认为，在探望权案件中直接将子女领交探望人的方式并不合适。未成年子女不是探望权行使的义务配合主体，父母一方不得对未成年子女进行强行探望，也无权请求法院强制未成年子女配合。

陈爱武也认为，法院一般不可以采取将被探视的子女领交探视人的方式。对未成年子女的探视权，涉及的是探视行为，从行政法中比例原则角度来说，无须采取更为严厉的“领交”子女的方式实现探视权。如果直接抚养人拒不接受和解和说服，拒不配合探视，则构成非良善父母，探视权人在必要时可以向法院申请变更监护人，要求法院判决由自己担任监护人。

“孩子是人不是物，更不是执行的客体，探望权执行应当注意呵护孩子敏感的自尊心，并在和缓的环境下实施探望，直接抚养方的配合是实现探望权的重要因素。做好双方的思想工作依然是重要选项。”陈爱武说。

拟“升级”强制措施力度

按照民事诉讼法及相关司法解释的规定，对于拒不协助另一方行使探望权的有关个人或者组织，可以采取拘留、罚款的强制措施。个人罚款限额为十万元以下，单位罚款金额为五万元以上一百万元以下。拘留的期限为十五日以下。一般来说，罚款、拘留不得连续适用。

《草案》第一百九十三条、第一百八十八条对有协助探望义务的被执行人的罚款、拘留强制措施进行“升级”。罚款方面，虽然对个人和组织的罚款上限和民事诉讼法第一百一十八条的规定相同，但《草案》建立按日罚款制度，累计罚款天数不超过一百八十日。此外，《草案》建立特殊拘留制度，对拘留期限进行大幅提升，当拘留期限届满后，被执行人仍未作出特定行为的，可以再次予以拘留，但累计拘留期限不得超过六个月。

陈爱武说，探望权案件执行难很重要的因素在于不协助执行的成本低。此前，由于罚款额度有限，起不到震慑作用，且拘留通常只能拘留一次，对于当事人之后的继续拒不履行行为，执行人员往往束手无策。另外，此前罚款和拘留措施没有专门针对探望权和交付子女等涉及未成年子女案件的执行进行规定和界定，具体适用时往往依据不足，执行人员不会用或不善用这些强制措施，使得拘留和罚款强制措施在探望权纠纷案件执行中的效果不尽如人意。

“《草案》强化执行力度，按日罚款体现涉未成年人案件执行的紧迫性，足以使被执行人受到震慑；特殊拘留制度的设立，同样提高拘留措施的震慑力，可以更好地维护法院裁判权威，保护未成年子女的合法权益。”陈爱武说。

王建平认为，按日罚款和特殊拘留制度的建立，均带有惩罚性，是对藐视法院生效判决的强制处罚，有利于现案和积案的执行。虽然是按日罚款，但赋予法院酌情裁量的权利以及被执行人对罚款决定不服的救济途径，拘留措施也设置了提前解除的条件，说明拘留、罚款不是目的，执行裁判才是目的，是为了让被执行人认识到法院生效裁判的权威性。

破解“探望困境”仍需多方合力

除《草案》上述解决执行难的条款外，破解现实中的探望权执行难题还应做哪些努力？

陈爱武说，探望权纠纷案件执行难，其中一个重要原因是夫妻双方将个人感情纠葛带入对未成年子女的抚养关系之中，通过拒不协助探望作为惩罚对方的方式。解决探望权执行难的深层次举措是加强家庭文明建设，真正落实“注重家庭、注重家教、注重家风”。此外，还应加强宣传力度，最高人民法院和地方法院可以通过指导性案件、典型案例、以案释法等方式，引导全社会认真对待离婚后子女抚养和探望问题。

记者注意到，十三届全国人大常委会第三十五次会议分组审议《草案》时，有委员建议根据家庭教育促进法的规定，责令被执行人接受家庭教育指导，教育引导被执行人正确地树立探望观念，从根本上解决探望权执行难的问题。

近日，上海、苏州、广州等地法院在探望权纠纷案件执行过程中就加入了家庭教育指导。以上海为例，今年 2 月，上海市宝山区人民法院向一起离婚后探望权强制执行案中的被执行人发出宝山区首份《家庭教育令》，也是上海市首份在执行阶段发出的《家庭教育令》。

王建平认为，法院应在裁判文书中附加相应条款和解读，提前告知当事人合理行使探望权，并提前警示和告知当事人违反相应承诺可能承担的法律后果，减少日后探望纠纷、强制执行的发生。

类似方法已经在部分法院适用。今年以来，广东、四川、江苏等地法院通过发出《探望权自动履行承诺书》的方式，对离异夫妻关于子女探望权问题作出引导约束，就如何依约行使探望权及如何依法配合对方行使探望权作出承诺。

此外，王建平建议，对探望权纠纷案件中不履行法院生效裁判的党政机关工作人员，增加党纪政纪惩戒。将拒不履行协助义务的被执行人纳入失信平台，进行相应的信用惩戒，并向社会公开曝光。

促进家庭教育 护航未成年人健康成长

2022-07-10 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/10/content_218785.htm?div=-1

家庭教育促进法的制订，将“家事”上升为“国事”，形成了未成年人保护大格局，标志着我国未成年人保护之网越织越密、越织越实，多维度护航未成年人全面健康成长。

《中华人民共和国家庭教育促进法》于今年 1 月 1 日实施，这部法律是我国在家庭教育领域出台的第一部专门立法，自颁布以来备受社会特别是广大家长的关注。该法的制订，与 2021 年 1 月 1 日、6 月 1 日施行的民法典、新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法等法律一脉相承，互相衔接，“家事”上升为“国事”，形成了未成年人保护大格局，标志着我国未成年人保护之网越织越密、越织越实，多维度护航未成年人全面健康成长。

一、提升共识共谋共为，共同促进未成年人成长

家庭教育促进法在制订的过程中，立法的名称从“家庭教育法”到“家庭教育促进法”，其中“促进”关键词的加入，充分体现了我国关于加强家庭、家教、家风建设，健全家庭学校社会协同育人机制的发展方向和基本遵循。

一是明确国家层面的“促进”意义所在，就是以立德树人为根本任务，通过培育和践行社会主义核心价值观，弘扬中华民族优秀传统文化、革命文化、社会主义先进文化，促进未成年人健康成长。通过立法，让国家支持、社会协同达到促进家长实施更科学的家庭教育，全社会形成家庭教育的共同理念和价值引领。

家长们切忌产生家事既然上升为国事，那么就可以推卸监护责任，将孩子交给国家、社会抚养教育了事的错误思想，立法中明确“促进”的意义就在于纠正生而不养、养而不教、教而不当的家庭教育误区，从国家社会层面预防并减少因家庭教育缺乏科学指导而产生侵害未成年人健康成长的情形，最大限度防范极端不良事件甚至违法犯罪的发生。

二是明确家长系家庭教育的具体实施者和责任人，家庭教育的“促进”应明确两点：第一，家庭教育并非家长包办孩子一切，而是尊重成长规律和孩子自身的个体差异，以促进未成年人全面健康成长为目标，将未成年人保护法中最有利于未成年人原则以及维护未成年人合法权益在家庭教育中全面落实。如在父母离异分居等情况下，对孩子的家庭教育不应以家长的意志为转移，父母不能单方决定孩子的一切学习生活安排，而应该根据孩子的具体情况协商作出最有利于孩子发展和维护孩子合法利益的决定，严禁出现抚养、探视纠纷当中极端的抢夺、藏匿孩子的情形，保障孩子家庭教育的稳定性和可持续发展；第二，明确家长促进未成年人成长的重点，应落在道德品质、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，应避免重智轻德、重身体健康轻心理健康等错误行为，家长的家庭教育必须注重言传身教。只有全面理解立法促进家庭教育的出发点和落脚点，家庭学校社会协同育人才能实现共识共谋共为，才能真正促进未成年人全面健康快乐成长。

二、规范内容方式方法，科学指导家庭教育实施

笔者从所在的广东省广州市中级人民法院所审理的涉及未成年人的家事、刑事案件中，发现家长对家庭教育应包含的内容、如何实施存在很多不确定性以及认识盲区，缺乏科学的指导，尤其在孩子处于青春期等成长节点时无从下手，面对家庭出现的一些新问题，如何发挥家庭教育功能帮助孩子，不少家长们的方式方法也不得要领。家庭教育促进法从六个方面有针对性地进行了内容指引，列举了九种方式方法提供给家长们参考，指导家长们根据自身的家庭情况，在关注孩子身心发展特点、尊重其参与相关家庭事务和发表意见权利的基础上，合理选择家庭教育的侧重点和实施的方式方法，总能找到一款适合自己的家庭。同时，在家庭教育促进法中更单独规定了四种家长应该高度注意以避免出现不当家教的情形，可以帮助家长检视现有的家庭教育存在的偏差，及时加以纠正。对于孩子已经出现不良行为、严重不良行为甚至罪错行为，在家庭教育促进法的规定中也明确预留了与反家庭暴力法、预防未成年人犯罪法等衔接的内容和方式方法。

在国家支持层面，家庭教育促进法构建了家庭教育国家科学指导体系，主管部门、职能部门的工作内容、服务对象明确，高等教育新增家庭教育专业课程等内容，具有很强的规范性和指向性。其中，规定人民法院在离婚案件审理当中应当对有未成年子女的夫妻双方提供家庭教育指导，就能充分发挥法院在多元化解家事纠纷中的司法力量，助力当事人家庭教育能力的提升。

三、通畅育人协同干预机制，形成未成年人保护合力

家庭教育促进法和未成年人保护法等相关法律一样，将社区作为开展各项工作的主要阵地。一来可以发挥社区贴近群众，了解群众家庭教育需求的作用，整合社区资源，将家庭教育指导服务落到实处，及时解决群众的揪心事烦心事；二来可以直接畅通育人协同难点堵点的“最后一公里”，结合未成年人就近就读学校及双减教育政策，家长实施家庭教育以及未成年人活动的区域主要集中在社区。引导家长就近寻求社区的帮助，能打通家庭学校社区联动，最大限度将家庭教育存在的问题预防在社区、解决在萌芽。协同育人机制畅通问题在家庭教育促进法中得到有效的解决。

强而有力的干预机制也是促进家庭教育起效的关键。家庭教育促进法并非单一的倡导性法律，在立法过程中，赋予了协同育人各相关部门、社区村居委、未成年人家长所在单位、中小学校、幼儿园等密切接触未成年人的单位以相应的问责“牙齿”，也就是说发现家长存在不当家庭教育行为，不是发现了事，而是要及时干预出手，家庭教育促进法规定了两个有力且可落地的措施。一是对于一般性不当家庭教育，予以批评教育、劝诫制止，督促接受家庭教育指导；二是对于上升到涉案严重程度包括涉及未成年人严重不

良行为、罪错行为、侵害未成年人合法权益的家庭教育，就要由公安机关、人民检察院、人民法院予以训诫、责令接受家庭教育指导，直至追究治安处罚、刑事法律责任等。家长们应该注意，未成年人保护是家庭、学校、社会、网络、政府、司法六位一体，促进未成年人全面健康成长，家庭教育并非法外之地。

人民法院积极参与社会治理，推动家庭教育促进法深入实施，不断探索新路径，形成司法促进家庭教育发展新格局。以广州法院系统为例，截至今年 6 月 1 日，该市两级法院独立或联合相关职能部门建立家庭教育服务指导机构 6 个，共计发出 27 份独立制作针对不同家庭教育类型问题的家庭教育令，法院所判决的每一份涉及未成年人的裁判文书均有家庭教育指导专门法官寄语。家事案件宣判后，延伸家庭教育指导功能，开展家庭教育指导 39 人次，开展家庭教育促进法普法宣传 24 场次，深入学校、社区 8 次，覆盖 60 所学校与所在社区，将近 6.5 万名学生及家长参加。通过网络直播、微信公众号等线上宣传家庭教育促进法 15 场次，受众超过百万。

相信随着各部门协同促进家庭教育的落实，我国的家庭教育会更趋科学，走向更光明的未来。

抚养费用难满需求 结合实际适当增加

2022-07-08　法治日报
https://mp.weixin.qq.com/s/LIWWkxbXqgWyCGO8OKJ3e

法治日报全媒体记者战海峰 通讯员严小光 卢爽

金某与张某于 2016 年经人民法院判决离婚，婚生子金小某由张某抚养，金某每月支付抚养费人民币 1258.9 元至金小某 18 周岁。

此后，金小某向法院提起诉讼，要求金某将每月抚养费提高至人民币 7500 元。据调查，金某任某公司副总工程师，月收入人民币 8000 元。

重庆市南川区人民法院经审理认为，随着社会经济发展和生活水平的提高，之前判定的抚养费已不能满足金小某的成长和教育的需求。为给金小某健康成长提供必要的物质支持，依法应予支持其提高抚养费诉求。

随后，法院根据金小某生活、学习的实际需要和金某的工资收入，结合金小某居住生活地的生活水平，判决金某每月支付金小某抚养费人民币 1800 元至其年满 18 周岁。宣判后，双方均未提起上诉。

法官庭后表示，本着遵循未成年人利益最大化原则，即使父母双方在离婚时已对子女抚养费达成协议或经判决确定抚养费数额，也不妨碍未成年子女出于自身成长需求在必要时提出超出协议或判决原定金额的合理要求。人民法院一方面着眼于子女健康成长的实际需要，另一方面考量给付抚养费一方的经济承受能力，根据社会生活水平综合确定增加抚养费金额，保障了未成年人基本生活学习的物质条件，使增加后的抚养费更易落实。

来源：法治日报——法治网
编辑：温远灏

给小宝找到最合适的监护人

2022-07-11　无锡市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/zvlf2fWs1XOu4xxDBf3d3g

本报讯（通讯员覃觅　宋俏）母亲患病无监护能力，父亲又因车祸去世，男孩无人依靠，陷入困境。近日，湖北省秭归县检察院办理了一起确认监护权支持起诉案，给了男孩一个温暖的家。

多年前，小宝的父亲外出务工时，发现一名流浪女子，于是将其带回老家共同生活，后来有了小宝。2018 年，小宝的母亲被查出患有精神分裂症，被送到精神病医院住院治疗。母亲常年患病，父亲没有稳定的经济来源，小宝一家靠低保维持生活，日子拮据而艰难。

然而，突如其来的意外让这个家庭雪上加霜。2021 年末，小宝的父亲被一辆货车撞倒，经抢救无效死亡。父亲骤然离世，母亲无监护能力，又没有兄弟姐妹和其他近亲属，小宝无人可以依靠，生活陷入困境。

“我们在审查案件过程中，了解到小宝家庭的大致情况，发现他可能面临无人照料、无人抚养的境况。而且该案还涉及小宝父亲因交通事故死亡获得的赔偿款如何使用的问题，于是我们迅速将该线索移送未检办案组。”秭归县检察院民事检察部门检察官介绍说。

该院未检办案组迅速与民事检察部门组成联合办案组，第一时间前往小宝所在村委会及其母亲所在精神病院展开线索初查。经查，自小宝父亲出事后，小宝就由村委会村干部轮流照看，但村干部工作繁忙，经常无暇顾及小宝。该院迅速启动事实无人抚养儿童救助机制，主动联系民政部门、小宝家所在村委会等单位，商讨小宝的监护问题。多方经过协作配合，最终决定由民政部门将小宝送到福利院生活，小宝暂时有了一个安身之所。

但新的问题随之出现，该福利院并非抚养少年儿童的专门机构，只能作为临时照顾场所。“我们必须尽快落实监护权问题，以保证小宝以后顺利升学和得到其他合适家庭收养，回归正常家庭生活。”承办检察官说。随后，检察官专程到学校看望小宝，充分征求其关于监护权的意见。

随后，承办检察官多次到法院沟通，共同商讨司法程序，研究法律适用。经协商，由小宝所在村委会作为申请人向法院提起确认监护权民事诉讼，确定村委会为监护人，检察机关负责收集证据、指导村委会提起诉讼并出庭支持起诉。

秭归县法院经开庭审理，采纳检察机关支持起诉意见，指定村委会担任小宝的监护人。小宝父亲获得的赔偿款，先由村委会代为保管，等小宝长大成人后再交由其自行支配。

陕西白水：男子打伤猥亵女儿者为何不起诉？

2022-07-11　四川法治报 中国检察官

https://mp.weixin.qq.com/s/yRBEJauQL-MX9svU8yriAw

2021 年 6 月 12 日，陕西省渭南市白水县男子张某甲得知女儿被张某乙猥亵，对其脚蹬、拳捶、碗砸，导致张某乙达到轻伤二级，办理该案的白水县检察院对张某甲作出不起诉决定。近日，12309 中国检察网上公布了该案的不起诉决定书，引发广泛关注。

对于检察院作出的不起诉决定，

“司法正义”“法律有温度”

成了网民们表示支持和赞扬的高频词。

检察院为何决定不起诉？

这份不起诉决定书为什么深得民心？

7 月 7 日，本报记者采访了省律协妇女和未成年人权益保护委员会主任、四川衡平律师事务所副主任、律师张建新，西南政法大学法学院副教授陈小彪，探究这份不起诉决定书背后的法治深意。

案件回顾

男子殴打猥亵女儿者致其轻伤

2021 年 6 月 12 日，得知女儿被猥亵，陕西渭南白水县的 35 岁男子张某甲将猥亵者打伤，猥亵者经鉴定为轻伤二级。今年 3 月 7 日，白水县公安局侦查终结后，以张某甲涉嫌故意伤害罪向白水县检察院移送起诉。

近日，中国检察网公布了白水县检察院关于张某甲故意伤害案的不起诉决定书，不起诉决定书载明了该案基本事实。

经检察院依法审查查明，2021 年 6 月 12 日 11 时许，张某甲得知自己的女儿被张某乙猥亵后，赶到张某乙家，用脚将其蹬倒在地，又用拳头向其头上捶打了两三下，并用瓷碗砸向其的头部。陕西佰美法医司法鉴定所法医临床司法鉴定意见书显示，张某乙的损伤程度属轻伤二级。

检察院认为，张某甲殴打他人身体，造成被害人张某乙轻伤二级的行为，犯罪事实清楚，证据确实、充分，其行为触犯《刑法》第二百三十四条的规定，应当以故意伤害罪追究其刑事责任。

检察院认为，鉴于张某甲自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，且其自愿认罪认罚，被害人张某乙有严重过错，综合考虑其殴打他人的前因后果、危害程度等，依据《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定，决定对张某甲不起诉。

7 月 6 日，白水县检察院在接受媒体采访时表示，今年 5 月 26 日，实施猥亵的男子张某乙被白水县法院以猥亵儿童罪判处有期徒刑，已收监执行。

法律解析

构成故意伤害罪 检察院为何不起诉

张建新认为，从张某甲的犯罪事实和法律规定来看，其符合故意伤害罪的犯罪构成，在没有其他法定减免情节的一般情况下，检察机关应该起诉张某甲。从公开的不起诉决定书上可以看出，张某甲已构成故意伤害罪，根据《刑法》第十四条、第二百三十四条的规定，故意伤害他人身体的，依法应当处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

“但是，张某甲虽构成犯罪，因其性质和情节并不恶劣、危害程度轻微，可以免予刑事处罚。”张建新表示，《刑法》第五条规定，刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。

陈小彪认为，在此类案件中犯罪情节轻微与否的重要评价依据是行为动机。在本案中，张某甲出于义愤，动机符合情理，属于可宽恕的情形，不同于基于报复或无端生事的伤害案件，其主观恶性明显不高。

《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款规定，对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。

不起诉决定书显示，《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款是白水县检察院作出不起诉决定的法律依据。

陈小彪分析，运用本条款应注意需罚性的判断，即是否需要判处刑罚的判断。实践中往往除了动机的判断外，尚需结合行为手段、行为后果、被害人过错等因素综合评价。本案中，行为人使用拳脚以及瓷碗等日常用具，并未使用高致伤性工具进行攻击，加之被害人具有严重过错，是引发行为人愤怒的重要原因，综合评价行为人的行为不具有需罚性，即使不判处刑罚。陈小彪解释：“该条款明确，是否作出起诉决定，检察机关具有较高的裁量权。”

张建新认为，张某甲案发后投案自首，是免除处罚的法定事实和法律依据。《刑法》第六十七条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。根据《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）》相关规定，张某甲有主动认罪认罚情节，可以从轻或减轻处罚。基于这些综合考量，白水县检察院对张某甲作出了不起诉决定。

执法有温度 法不应向不法让步

“保护自己的孩子，他做了大多数父亲都会做的事情。”“打人的时候作为父亲，自首的时候作为中国公民，这份不起诉决定书体现了法律有温度。”……不起诉决定书公开后，网民们基于朴素的情感，支持父亲的行为，并纷纷给白水县检察院“点赞”。

作为一个父亲，得知自己女儿被猥亵，有愤怒继而采取行动，符合一般人的情感需求。陈小彪告诉记者：“虽然寻求公力救济更符合现代法治精神，但采取私力报复亦有情感的正当性。白水县检察院作出不起诉决定，显然关照了本案中行为人特殊的情感需求，体现了法治温度、人性关怀，是对民意的有效回应，也是对社会正义的有力维护。”张建新也认为，如果单一的根据张某甲故意伤害的事实对其进行刑事处罚，可能产生错误的导向，不利于形成公平正义的良好社会风气。

此外，张建新表示，这份不起诉决定书彰显出中国法治的进步，“执法必须依据事实和法律原则，不管是犯罪嫌疑人还是被害人，有错就要有惩罚，但是，在执法过程中更应该以人为本，应当追求社会效果与法律原则的统一。”

陈小彪提醒，面临亲人的被侵害，寻求公力救济是最符合现代法治的稳妥做法。但如果寻求私力救济，须特别注意采取法律不禁止的行为方式、行为后果。对于正在发生的不法侵害，《刑法》也规定了正当防卫制度，为反抗不法侵害提供了法律后盾。陈小彪说：“‘法不应向不法让步’，这既是法治精神，也是普通大众心中朴素的正义观。”

来源 ｜ 四川法治报

编辑 ｜ 虞滢颖

审核 ｜ 吴平

时评丨未成年人犯罪记录封存，重在操作细则

2022-07-16 原创 于平 minzhuyufazhizhoukan
https://mp.weixin.qq.com/s/PODAAIurb8x6uL5_xJhjyg

未成年人犯罪记录封存，重在操作细则

近期，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部四部门联合发布《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”）。该“实施办法”强调，未成年人犯罪案件材料“应封尽封”，并对一系列相关问题作出了明确规范。

封存未成年人犯罪记录，不仅关乎这一特殊群体的隐私和信息保护，也是帮助失足未成年人改过自新、融入社会的重要举措。在我国，建立这一制度已达十年之久，2012 年刑事诉讼法修订后，即对此作出了规定。然而，由于相关规定过于宽泛和笼统，未成年人犯罪记录封存的具体实践并不尽如人意，出现了封存管理失范、部门监管失序、责任追究与救济措施缺失等问题。一些曾经犯罪失足的未成年人，因此常常遭遇困扰和尴尬，对他们而言，虽然看得见的刑罚早已结束，看不见的“刑罚”却如影随形，难以真正摆脱。

比如，一些未成年时曾有过犯罪记录的人员参加工作、办理入职时，常常会遭遇“身份信息异常”的波折，一些用人单位因此以“有案底”为由，直接拒绝录用。再比如，一些地区并未对未成年人犯罪记录进行单独封存，电子数据信息平台也未设置专门的封存模块。甚至仅凭用人单位介绍信，便可随意查阅未成年人违法犯罪记录。此外，现实中未成年人犯罪记录的泄露现象也时有发生，比如在互联网上公布的一些共同犯罪案件，对涉及未成年人的部分没有隐匿……诸如此类的问题，都影响了未成年人犯罪记录封存制度的实施效果，难以真正实现该制度的良好初衷。

也正因此，此次最高法等四部门公布相关“实施办法”，为未成年人犯罪记录封存制度量身打造操作细则，以进一步统一认识、规范程序，促进部门衔接配合，形成制度落实合力，进而保护涉案未成年人的合法权益，确保教育、感化、挽救效果，其进步意义和积极效应显而易见。

就具体规则设计而言，总计 26 条的“实施办法”，以明确、细化、精准的视角，涵盖了未成年人犯罪记录封存制度的各个环节，进而为现实中存在的诸多问题，提供了极具针对性的解决方案。

比如，“实施办法”统一了未成年人犯罪记录封存的范围，即“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”，“不予刑事处罚、不追究刑事责任、不起诉、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”，如此全面、细致的规定，不仅解决了实践中封存范围认识不一的问题，也确保了未成年人犯罪记录真正做到“应封尽封”，避免因某一环节的遗漏而导致封存制度破防。

再比如，“实施办法”对未成年人犯罪记录的查询主体作出了严格限制，明确了查询人的保密义务及其法律责任，同时明确赋予检察机关以相应的监督权，对未成年人犯罪记录封存工作实行检察监督。诸如此类的规定，既扎紧了未成年人犯罪记录的保密篱笆，也满足了相关部门基于维护公共利益的特殊查询需要。尤其是，保密义务和责任的明晰，对违法泄露未成年人犯罪记录的行为必将形成有力的制约，而检察监督的介入，则有助于倒逼相关部门积极作为、依法行事。

值得注意的是，对于一些程度较为严重的未成年人犯罪案件，社会上始终存在着一种担忧，一旦封存其犯罪记录，是否可能导致放纵犯罪、进而危害公共安全？事实上，现行刑事诉讼法已经明确，只有判处五年有期徒刑以下的犯罪未成年人，才能适用犯罪记录封存制度。但这一原则规定如何真正适用于司法实践中的各种复杂情形，却需要更为细化的规则。对此，“实施办法”也提供了明确的答案，比如，在未成年时实施新的犯罪或发现未成年时实施的漏罪，且新罪或漏罪与封存记录之罪数罪并罚后被决定执行刑罚超过五年有期徒刑的，均可以解除封存。“实施办法”同时规定，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。诸如此类的规定，秉持的正是宽严相济的刑罚原则，既体现了教育挽救的初心，也回应了社会大众的关切，进而在惩治犯罪和保护未成年人之间，实现了最好的平衡。

从封存内容力求全面，到封存措施力求有效，再到查询程序力求严格，“实施办法”的全方位、针对性、精细化规则设计，当能有效破解现实困境，助推未成年人犯罪记录封存制度的真正落地。对于提升未成年人权利保护水平、推动国家法治进步而言，这样的操作细则，可谓正当其时、意义深远。

善意执行，父子隔海“云”探视

2022-07-17　深圳市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/QFNVOih6xwoPEV5caLJhxQ

起初，双方均能自觉履行调解书约定，但在一次高先生的探视过程中，小龙不幸头部摔伤，险摔成脑震荡。从 2018 年 12 月 21 日开始，冉女士不予理会高先生探视小龙的请求，仅仅让小龙在 2019 年与高先生进行一次视频见面，并且在视频过程中没有给予父子深入沟通的机会。此后事态逐渐恶化，冉女士开始拒绝与高先生进行任何形式的沟通联络。高先生年事已高，又独居海外，思子心切，无奈之下寻求帮助，申请法院强制执行。

法院执行

深入实际 了解心声

执行过程中，经过多方查找，承办人终于联系上冉女士。据了解，冉女士不愿配合探视的根本原因是其对高先生行为处事的不满。冉女士坦言，双方性格不合，育儿观念分歧较大，时常发生争吵，在 2018 年那次探视孩子摔伤后，加上双方自身的一些矛盾和摩擦，冉女士不愿主动履行民事调解书中的相关约定。

了解原因后，承办人在敦促冉女士履行法律义务、告知其拒不履行的法律后果的同时，还考虑到家事案件的当事人都有着强烈的情感需求。在一系列的沟通后，承办人敏锐地意识到解决冉女士的心理障碍是推进整个案件的关键所在。一味采取强制措施，未必能令冉女士发自内心予以配合，并达到理想的探视效果，必须根据本案的具体情况和双方当事人的心理状态、性格特点对症下药、量体裁衣。

审执联动 善意执行

总结以往探视权执行案件办理经验教训，为提升探视的效果和质量，承办人决定向上借力，探索家事执行的有效途径，即利用南山法院执行局与家事审判庭联合共建的家事案件执行联动机制，邀请心理咨询师参与执行，共同制定本案的执行方案。

冉女士来到家事执行工作室，心理咨询师为其进行了情感疏通与心理辅导，分析其拒不履行的心理和思想症结。经过深度沟通和心理疏导，冉女士对高先生的负面情绪有所平复，冷静思考后认识到她与高先生的矛盾并不能成为高先生探视孩子的阻碍，完整的父爱母爱才更有利于孩子健康成长。

看到冉女士态度的变化后，承办人与心理咨询师现场视频连线高先生，通过心理测评分析高先生的性格特点，承办人指出其与冉女士相处中存在的问题，并就其与冉女士能够实现正常沟通交流并行使探视权提出了建议。冉女士当场表示虽然双方已经离婚，但还是小龙的父母，愿意配合高先生履行调解书约定。

一周后，高先生发电邮给承办人，欣喜地表示自己终于通过视频看到朝思暮想的儿子，并且冉女士的态度也有了很大变化，会为配合高先生探视提供各种便利。因此，高先生十分感谢承办人与心理咨询师的共同付出，并高度评价了此次兼顾法律与情感的灵活执行方式。他表示：“非常感谢法官在我山穷水尽之际，给我以希望；在我万念俱灰之时，送来了阳光。”

鹏法君说法

不同于一般金钱债权执行案件和其他行为执行案件，此类家事执行案件不宜直接采取强制执行措施，而需要敦促被执行人配合履行。在此情况下，如果只靠法院执行部门“单打独斗”，一味采取强制执行措施，不但执行效果不甚理想，甚至可能激化矛盾。

本案中，未采取任何强制措施，通过心理疏导“春风化雨”地化解了双方当事人对立情绪，顺利达到了配合探视的目的，有效避免了以往同类案件办理周期长、执行效果不佳的问题，实现了办案的政治效果、法律效果和社会效果的统一。

为推进婚姻家事执行案件的集约处理、提速增效，南山法院执行局与家事审判庭密切配合，探索类型化婚姻家事案件的有效执行模式。专门针对家事执行案件，成立家事案件执行工作室，组建家事案件专项执行工作团队，采取以执行和解为主，辅以心理辅导的新模式，有效切合了当事人情感需求强烈的特点，解决了家事案件执行中双方当事人情绪对立难题。

子女系代孕所生，丈夫可否认妻子与子女的亲子关系吗？

2022-07-18　最高人民法院司法案例研究院

https://mp.weixin.qq.com/s/LD2NepGeC718CnDyCXZ6Uw

对于代孕行为，我国目前尚属禁止，然而代孕作为一种现实客观存在。法律可以对代孕行为进行制裁，但代孕所生子女仍然应当得到法律的同等保护。在代孕语境下，传统亲子关系确认的一般规则存在明显局限性。关于对代孕所生子女适用何种亲子关系认定规则以及各类型“父”“母”的诉权是否受到一定限制，是审判实践中的难点问题。以下案例中，一方婚内起诉否认另一方与代孕所生子女的亲子关系，法院秉承儿童利益最大化等原则予以驳回。

周某某诉史某某其他婚姻家庭案

案例撰写人

熊燕

关键词

否认亲子关系 / 代孕 / 诉的利益

裁判要旨

夫妻一方对双方合意委托代孕所生的子女，在婚姻关系存续期间单独提起亲子关系否认之诉的，不具有诉的利益，应当裁定驳回起诉。

基本案情

2013 年 4 月 28 日，周某某、史某某登记结婚。

2015 年 12 月 22 日，史某某作为委托方（甲方）与代理方（乙方）、中介方（丙方）签订《爱心代孕中心协议》（三方托管合同）；史某某作为委托方（甲方）与代理方（乙方）签订《爱心代孕协议》。上述两份协议对代孕事宜进行了相关约定。

2016 年 12 月 9 日，周甲、周乙出生。

2019 年 9 月 17 日，经鉴定，在不考虑同卵多生，近亲和外源干扰的前提下，依据现有资料及 DNA 分析结果，支持周某某为周甲的生物学父亲；支持周某某为周乙的生物学父亲。

此后，周某某以史某某既不是卵子的提供者，也非孕母，史某某和两孩子之间未形成母子关系，且夫妻关系濒临破裂，有必要明确史某某和两孩子之间不存在亲子关系为由提起诉讼，请求判令史某某与周某某之子周甲、周乙之间不存在亲子关系。

裁判结果

法院裁定驳回周某某的起诉。

裁判思路

裁判理由

法院生效裁判认为：代孕子女应当得到法律的同等保护。亲子关系的认定是代孕子女法律地位认定的首要问题，不仅关涉父母双方之间的权利义务关系，更为重要的在于它直接关涉代孕子女包括身份认同等人格利益在内的众多权利。另外，还是父母主张监护权、抚养子女等的前提。

面对众多权利的冲突，需明确：血缘真实并不是亲子关系确认的唯一规则，婚姻家庭关系稳定，特别是儿童利益最大化都是应当考量的因素。

（一）夫妻合意代孕后否定亲子关系的权利应受到限制

一般情况下，子女的亲子关系可能因是否亲生而关涉父母的人格尊严等人格利益。然而，代孕语境下，真实血缘联系本身已不是意愿父母的首要追求，儿童利益的保护、社会关系的稳定更应得到有力维护。法律虽未禁止意愿父母行使亲子关系否定的权利，但从诚实信用的普遍正义观来说，意愿父母一旦不可逆地主导、推动子女出生，子女权利就应当得到优先考虑。此时，无论父母以何种方式获得亲子关系，都不得轻易自行撤销。

就本案而言，周某某、史某某共同选择代孕，即意味着对代孕子女是否亲生的事实是完全明知且认同的。从诚实信用的民法基本原则及禁止反言的一般法理，双方均不得再基于是否亲生的事实主张该种人格权益。更何况，双胞胎均已在史某某抚养下成长至 3 周岁，即便史某某不能基于代孕协议而获得母亲身份，从保持儿童成长环境稳定的角度也不宜轻易剥夺史某某的“母亲”身份。周某某在明知子女非史某某亲生的情况下与之共同选择代孕，明知子女自出生即已受史某某抚养至今，仍提起本案诉讼，有违诚实信用，属于权利滥用。

（二）父母在婚姻关系存续期间就子女抚养、监护等发生纠纷，应审查诉讼干预的必要性和实效性。

父母对子女亲子关系的确认间接影响着对子女的抚养、监护等权利。但这些权利系家庭内部纷争，在夫妻未离婚的情形下，缺乏诉讼干预之现实必要。即对本案在婚状态的周某某而言，其并没有不通过本案诉讼就无法保护的利益。周某某认为史某某的行为可能妨害他对亲生子女的抚养，对子女成长造成不良影响。但该种担忧实属因其与史某某婚姻关系产生矛盾而引发，可以通过双方修复婚姻关系或解除婚姻关系来一并解决，因为婚姻关系的解除本身就具有复合性，除夫妻双方关系的解除，当然包括财产分割和子女抚养关系变更。周某某单独提出本案诉讼，除了挑衅婚姻和谐，并无其他现实意义，缺乏法院审理并作出判决予以解决的必要性和实效性。

综上，秉承儿童利益最大化的基本原则，出于维护婚姻家庭稳定和谐的考虑，周某某在其与史某某婚姻关系存续期间，以合意委托代孕所生子女欠缺与史某某的血缘或基因联系为由单独提起亲子关系否认之诉，涉嫌权利滥用且纠纷欠缺诉讼干预的必要性和实效性，故不具有诉的利益，应当裁定予以驳回。

案例评析

关于对代孕所生子女适用何种亲子关系认定规则以及各类型“父”“母”的诉权是否受到一定限制，是审判实践中的难点问题。

一、代孕语境下传统亲子关系认定规则具有局限性

（一）分娩、血缘、养育产生分离

在人工生殖技术介入前的自然生育中，客观血缘的存在是传统亲子关系认定规则的首要依据。“分娩者为母”、婚生推定及一定条件下的否定规则，加上非婚生子女认领规则，可以解决绝大多数子女的父母确认问题。而在代孕语境下，生育与性行为发生分离，使得分娩与血缘也一定程度上发生分离。如本案，对于代孕之双胞胎而言，可能产生血缘的、分娩的及出生后养育的三种不同类型的“母亲”。谁的母亲角色能够得到法律认可？更多是一种价值选择。

（二）意愿父母生育意愿具有意义

代孕语境下，男女双方甚至一方的生育意愿，客观上主导子女从受精卵到分娩出生的全程。这种意愿往往也决定了子女抚养的实际状况，即通常还是意愿父母在实际抚养孩子。代孕子女是某些主体生育意愿的直接受体，这些子女自其出生即为独立的法律主体，他们的利益不应被忽视。

二、现行审查依据存有不足

关于亲子关系的确定，《民法典》主要规定在第 1073 条。然而，此规定面对人工授精、代孕等新型、非传统型生育模式存有不足。

（一）缺乏一般规则的指引

准确而言，《民法典》第 1073 条只是对亲子关系有异议情形的救济，并没有确定什么情形才算存在法律上的亲子关系。无法解答在代孕语境下，到底以意愿自治、妊娠分娩还是基因来源来确定法律上的父母。

（二）可能面临的诉讼类型无法估量

《民法典》已适度限制了亲子关系确认以及否认的主体范围，即仅限于“父或母”及只能行使确认权的成年子女。然在代孕语境下，父或母的指向不明，相关的主体可能包括基因的父亲及母亲、孕育的母亲以及她可能存在的法律上的丈夫、有意愿生育且实际抚养子女的父亲及母亲。到底“谁”，在怎样的情形下才算有正当理由，从而具有提起亲子关系确认或否认的诉讼？这些疑问即可能衍生相关权利主张，产生各种诉讼类型，是否都有纳入民事诉讼范围的必要，值得探讨。

三、基于儿童利益最大原则对父母否认亲子关系诉权的限制

《民法典》第 1073 条没有明确用以解决代孕亲子关系在内的亲子关系确定的一般规则，给实践留下了可发展的空间。

（一）明确价值追求

依据原《婚姻法司法解释三》第 2 条的规定，亲子鉴定看似提起亲子关系确认或否认的必要证据，但在该条适用的实践中，强调人民法院系“可以”推定请求确认亲子关系存在或不存在一方的主张成立，而非＂应当＂推定。这表明真实的血缘关系也并非亲子关系成立的唯一要素，亲子身份的安定，家庭、婚姻的和谐稳定和儿童利益最大化也是应遵循的原则。

同时，我国是联合国《儿童权利公约》的签署国，儿童利益最大化在国际社会获得普遍认可与接受。亲子关系的确认是典型的涉儿童事务，在制定相关政策时理应考虑该原则，把儿童视为独立权利个体，让儿童权利成为成人权利的边界。

（二）实践中可行规则的预想

在我国当前禁止代孕的大背景下，选择＂分娩者为母”以及婚生推定作为代孕子女亲子关系确认的一般规则，是恰当的。但这种传统规则是静态的，只关注于子女出生时的亲子关系确认，却忽略了相关主体的后续行为以及他们对出生后作为独立权利个体的子女可能带来的影响。子女出生后，子女而非父母的权利应当得到优先的考虑，因此，亲子关系确认规则在子女出生后因儿童权利诉求的变化也应当有相应的考量。

1. “分娩者为母”可有失权期限

“分娩者为母”规则表明人们对孕育之苦、分娩之痛的感恩。然代孕语境下，一方面，代孕者并不情愿法律去感恩这种付出，另一方面，她们可能也事实上放弃或者出卖了这种付出。对子女而言，孕母的不情愿与对子女的放弃无疑是一种伤害，也给亲子关系的异常与变动带来隐患。

因此，即便代孕者被确定为代孕子女的生母，其向意愿父母“交付”子女后，再行主张身份利益的权利应当受到严格限制。规则上，应当设计一个期限，明确代孕者在事实上放弃对代孕子女的抚养达到一定时限，将不再享有对代孕子女的身份权利，从而使代孕子女的亲子关系尽快稳定下来。

2. 因生育意愿而抚养的事实应纳入考量

意愿父母虽然选择了违法的代孕，但子女出生后，意愿父母“得偿所愿”后为子女“操碎了心”的事实，也应当为法律所关注。出于对儿童利益最大化原则的坚持，对未成年子女长期抚养的事实理应成为亲子关系确认的考量因素。可能的难题在于，多长时间的抚养才足够？这可与孕母的失权期限结合考量，保障不出现责任真空；同时，为了防止意愿父母事后因为缺乏与子女间的基因联系而作出对子女不利行为，相关部门应当积极实施对此类父母的监督。

3. 限制意愿父母放弃责任

随着保护未成年子女利益理念的发展，各国的亲子关系否认制度都逐渐从侧重追求血缘真实向一定程度上维护身份的安定发展。如规定父亲身份的撤销只能在较短的撤销期间行使，以使亲子关系不至于长期处于不稳定状态。

代孕语境下，真实血缘联系本身已不是意愿父母所首要追求的，那么，基于儿童利益的考量，社会关系的稳定更应得到更有力的维护。目前，法律虽未明确意愿父母不得行使亲子关系否定的权利，但从诚实信用的普遍正义观来说，意愿父母一旦不可逆地主导、推动了子女出生，无论其以何种方式获得亲子关系，其都不得轻易主张撤销。

相关法条

《中华人民共和国民事诉讼法》第 122 条

起诉必须符合下列条件：

（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；

（二）有明确的被告；

（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；

（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

离婚后，给予子女高额的抚养费，是否侵犯现任妻子财产共有权？

2022-07-18　中国家事审判改革与探索

https://mp.weixin.qq.com/s/nmgACtB18CLPIOJlDccSHA

大家都知道，婚姻关系存续期间，一方擅自处分夫妻共有财产，可能会侵犯配偶的财产而无效，尤其是婚外情案例中，丈夫赠与给小三的财产往往会被确认为无效。

那么，离婚后，承诺给予与前期所生子女高额抚养费，是否侵犯现任妻子合法财产权益？

今天为大家带来最高院的公报案例：

一审原告诉称
原告刘青先诉称：原告与被告徐飚系夫妻，于 2008 年 4 月登记结婚，被告尹欣怡系徐飚的非婚生女儿。

2014 年 9 月原告和徐飚的父亲均收到尹欣怡的母亲尹丽芳发送的短信，被告知法院于 2014 年 7 月 24 日作出判决，判令徐飚按每月 2 万元给付尹欣怡 2014 年 2 月至同年 6 月抚养费共计 10 万元，并自 2014 年 7 月起每月给付尹欣怡 2 万元抚养费至其 20 周岁止。

在原告的追问下，徐飚方称尹丽芳曾于 2014 年 4 月以尹欣怡的名义提起诉讼。经向法院查询得知尹丽芳曾于 2008 年也向法院提起诉讼，法院也作了判决。

现因(2014)徐少民初字第 60 号判决违反了婚姻法的有关规定，严重侵犯了原告的合法权益，请求撤销（2014)46-徐少民初字第 60 号判决，改判抚养费每月 2000 元。

一审法院认为
上海市徐汇区人民法院一审认为：

法院在审理(2014)徐少民初字第 60 号案件的过程中，首先因不能归责于原告刘青先本人的原因，导致其未成为该案件的第三人参与诉讼；

其次(2014)徐少民初字第 60 号判决徐飚应自 2014 年 2 月起至尹欣怡年满二十周岁，每月给付尹欣怡抚养费 2 万元，而徐飚在 2008 年 4 月 15 日已经与原告登记结婚；

再次因现无证据表明原告与徐飚婚后实行夫妻分别财产制，故该判决应给付的抚养费实际是原告与徐飚的夫妻共同财产，夫妻双方对共同财产享有平等的处分权；

最后同样无证据表明原告准允徐飚与尹丽芳关于尹欣怡抚养费的承诺。综上，该判决显然涉及原告的经济利益，现原告认为该判决损害其民事权益，其诉讼尚未超过法定期限，请求成立，原告的撤销之诉予以准许。

至于尹欣怡目前恰当的抚养费金额和给付年限，相关方可另行通过协商或诉讼解决争议，本案不涉。徐飚无正当理由未到庭参加诉讼，视为其放弃答辩权利。

综上，上海市徐汇区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条第三款、第一百四十四条的规定，于 2014 年 12 月 24 日判决如下：

撤销上海市徐汇区人民法院(2014)徐少民初字第 60 号判决。

二审法院认为
上海市第一中级人民法院二审认为：本案中被上诉人刘青先要求撤销(2014)徐少民初字第 60 号判决的请求权能否成立，需从以下两点分析：

第一，从(2014)徐少民初字第 60 号判决内容来看，在 2008 年已有生效判决确认原审被告徐飚按每月 10000 元的标准支付抚养费后，徐飚又分别于 2010 年 4 月 12 日和 2011 年 10 月 13 日出具承诺，将抚养费调整到每月 12000 元和每月 20000 元至上诉人尹欣怡 20 周岁，并且其在两份承诺中都明确“如果以后有任何原因（如家人的压力上法庭）等产生关于此事的法律纠纷，本人请求法院按照本人此意愿判决。”之后，徐飚亦按承诺履行至 2014 年 1 月。抚养费费用的多少和期限的长短，系先由父母双方协议，协议不成时再由法院判决。本案中徐飚对于支付尹欣怡抚养费的费用和期限都已经明确作出承诺，原审法院在审查双方当事人的陈述、提供的证据、徐飚的收入等材料后，确认徐飚应按其承诺内容履行，据此判决徐飚按每月 20000 元的标准支付抚养费，并支付到尹欣怡 20 周岁时止。法院认为，（2014)徐少民初字第 60 号判决内容并无不当。

第二，原审被告徐飚就支付上诉人尹欣怡抚养费费用和期限作出的承诺，是否侵犯了被上诉人刘青先的夫妻共同财产权。

要解决这个问题，首先需要明确父母基于对子女的抚养义务支付抚养费是否会侵犯父或母再婚后的夫妻共同财产权。父母对未成年子女有法定的抚养义务，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

虽然夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权，但夫或妻也有合理处分个人收入的权利，不能因未与现任配偶达成一致意见即认定支付的抚养费属于侵犯夫妻共同财产权，除非一方支付的抚养费明显超过其负担能力或者有转移夫妻共同财产的行为。

本案中，虽然徐飚承诺支付的抚养费数额确实高于一般标准，但在父母经济状况均许可的情况下，都应尽责为子女提供较好的生活、学习条件。徐飚承诺支付的抚养费数额一直在其个人收人可承担的范围内，且徐飚这几年的收入情况稳中有升，支付尹欣怡的抚养费在其收人中的比例反而下降，故亦不存有转移夫妻共同财产的行为。因此法院认为，徐飚就支付尹欣怡抚养费费用和期限作出的承诺，并未侵犯刘青先的夫妻共同财产权。

最终，二审法院撤销一审判决，驳回了原告一审诉讼请求。

事发南昌，全省首例！未成年被侵害，酒吧酒店担责！

2022-07-18　高苑轩 江西法院

https://mp.weixin.qq.com/s/CG5kb9DRTBPHf81zYAQepQ

甲某是未成年人，在校就读期间交友不慎，沾染了饮酒的不良习惯。2021 年 5 月 7 日晚，甲某主动联系几个朋友去南昌某酒吧喝酒，酒吧工作人员明知其是未成年人，仍私开后门让其进入包间娱乐饮酒。期间又来了几名不认识的未成年陌生人，但甲某丝毫没有戒心仍喝酒直至醉酒状态。

第二天凌晨 3 点左右，甲某被共同饮酒的三名陌生人背着来到南昌某酒店。其中一名陌生人用自己的身份证在前台登记后，公然背着甲某从酒店前台处乘坐电梯进入酒店房间，期间酒店工作人员明知开房人也是未成年人，背着的甲某不省人事，但没有依法询问监护人信息及双方关系，也没有及时向公安机关报告。后三名陌生人与甲某共同入住酒店期间，对甲某实施了侵害。

事后经甲某报警，上述三名侵害人被抓捕归案，并被判决入刑。2021 年 6 月 17 日，经医院诊断，甲某患有焦虑抑郁症。甲某以南昌某酒吧及酒店违反未成年人保护法使其遭受性侵害为由诉至法院，请求南昌某酒吧及某酒店赔偿精神损害抚慰金及医疗费 30 万元。

经南昌市东湖区人民法院审理认为：酒吧经营者不得允许未成年人进入，甲某系未成年，酒吧员工明知不能为甲某提供酒水服务，却主动违规带入包间放纵其喝酒至醉酒状态，该行为违反了《中华人民共和国未成年保护法》第五十八条规定。

酒店在接待未成年人入住时，应询问其父母或者其他监护人的联系方式、入住人员身份关系等有关情况，发现有犯罪嫌疑的应当及时报警。但工作人员不仅不闻不问，更在登记入住之后发现有人背着醉酒未成年人甲某进入酒店房间时仍不予询问，显然违反了《中华人民共和国未成年保护法》第五十七条法律规定。

法院根据《中华人民共和国未成年保护法》及《中华人民共和国民法典》规定，判决酒吧和酒店各赔偿甲某 1 万元。

法官提醒

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。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。

旅馆、宾馆、酒店等住宿经营者应严格履行保护未成年人的法律义务和主体责任，接待未成年人入住，应严格查验身份并如实登记，询问未成年人父母或者其他监护人的联系方式，询问同住人员身份关系、加强安全巡查和访客管理，严格落实强制报告制度，发现未成年人疑似遭受侵害线索或者面临不法侵害危险的，应当履行安全保护义务，立即向公安机关报案或举报。如违反有关法定义务，发现异常情况不报告的，将依法承担相应法律责任。

广大家长也应加强对未成年人的教育管理，使未成年人形成正确的人生观和价值观，自尊自爱、谨慎交友，预防此类案件的发生。有关主管部门应当强化对酒店、宾馆的日常监管，建立健全预警处置机制，实现对未成年人入住的风险防控，保护未成年人的健康成长。

法条链接

《中华人民共和国未成年保护法》

第五十七条：旅馆、宾馆、酒店等住宿经营者接待未成年人入住，或者接待未成年人和成年人共同入住时，应当询问父母或者其他监护人的联系方式、入住人员的身份关系等有关情况；发现有违法犯罪嫌疑的，应当立即向公安机关报告，并及时联系未成年人的父母或者其他监护人。

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。

母亲房屋过户给儿子，是买卖还是赠与？

2022-07-21 爱劳动的家事律师 丽姐说法

https://mp.weixin.qq.com/s/ZePOVchWtbuXkz68g6wsxw

系争房屋产权过户行为性质究竟是买卖还是赠与。

首先，丁某与孙某 2 之间签订的买卖合同中腾房时间、查验时间，孙某 2 未按期付款的违约责任、丁某逾期交房的违约责任，设备及装饰费用折算等条款空格处均为空白，仅象征性地约定了无法办理房产登记的违约责任，与一般的房屋买卖合同对当事人合同权利义务的约定较为全面、详实有所不同。

其次，在一般房屋买卖合同中，买受人最主要的合同义务即支付房款，出卖人最主要的合同义务即交付房屋（包括权利交付及实物交付），但本案中，系争房屋自始至终由孙某 2 居住使用，丁某在合同签订后，房款未付的情况下即办理了系争房屋的过户手续，将房屋所有权转移给孙某 2，也即孙某 2 在未支付对价的情况下即已无偿取得了系争房屋，现亦无丁某生前曾向孙某 2 催讨过房款的证据。由此可见，丁某与孙某 2 之间虽形式上签订的系买卖合同，但该合同并不符合一般买卖合同的特征，而孙某 2 关于该合同名为买卖，实为赠与的辩解意见则较为合理。

此外，丁某与孙某 2 系母子关系，日常生活中亦不乏以房屋买卖的形式实施赠与的情形。

综上，法院认定，丁某与孙某 2 签订的买卖合同虽在形式上为买卖，但实质上为赠与合同，且赠与的财产已实际转移，赠与合同已履行完毕，现孙某 1 以双方之间系买卖关系主张要求继承孙某 2 应支付的房款，无事实依据。

诉讼请求
孙某 1 向一审法院起诉请求：判令孙某 2 向孙某 1 支付 193,116 元。
一审查明
被继承人孙某 5 与被继承人丁某系夫妻关系，二人生育孙某 1、孙某 2、孙某 3、孙某 4。

被继承人孙某 5 于 2012 年 2 月 22 日报死亡，被继承人丁某于 2017 年 12 月 6 日报死亡。系争房屋原登记在孙某 5 名下，系孙某 5 和丁某的夫妻共同财产。

孙某 2 于 1999 年春节开始在系争房屋内居住至今，该房内户口为孙某 2 一人。

2012 年 4 月 10 日，上海市杨浦公证处出具《公证书》，载明系争房屋一半为孙某 5 的遗产，一半为丁某的财产，孙某 5 的父母先于孙某 5 死亡，丁某、孙某 3、孙某 1、孙某 4 三人表示放弃继承孙某 5 的遗产，孙某 2 要求继承孙某 5 的遗产，故上述遗产由孙某 2 继承。

2012 年 6 月，系争房屋登记为丁某、孙某 2 按份共有，各占二分之一。

2012 年 11 月 20 日，丁某和孙某 2 签订《上海市房地产买卖合同》，约定将丁某名下系争房屋二分之一的产权转让给孙某 2，转让价 386,232 元。该合同中，腾房时间、查验时间，孙某 2 未按期付款的违约责任、丁某逾期交房的违约责任，设备及装饰费用折算等条款空格处均为空白，在补充条款中约定了如因未如实提供家庭情况等致使房产交易中心不予办理房地产登记的属于孙某 2 责任，孙某 2 应承担违约金 100 元。付款协议中注明房钱一次付清，该房价款孙某 2 实际未支付。

2012 年 12 月 24 日，孙某 2 登记为系争房屋的权利人。

2021 年 2 月，孙某 1 诉至一审法院，以丁某无民事行为能力为由要求确认孙某 2 与丁某就系争房屋所签订的房屋转让合同无效，恢复原产权登记。一审法院于 2021 年 7 月 5 日作出判决，未支持孙某 1 的诉讼请求。该判决现已生效。

一审判决

一审法院认为，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。

本案争议焦点为系争房屋产权过户行为性质究竟是买卖还是赠与。

买卖合同系出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同；而赠与合同系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。买卖合同与赠与合同最大的区别在于，买卖合同是有偿合同，标的物与货币给付互为对价，而赠与合同是无偿合同，赠与人无偿给付财产，受赠人不负担相应对价。

首先，丁某与孙某 2 之间签订的买卖合同中腾房时间、查验时间，孙某 2 未按期付款的违约责任、丁某逾期交房的违约责任，设备及装饰费用折算等条款空格处均为空白，仅象征性地约定了无法办理房产登记的违约责任，与一般的房屋买卖合同对当事人合同权利义务的约定较为全面、详实有所不同。

其次，在一般房屋买卖合同中，买受人最主要的合同义务即支付房款，出卖人最主要的合同义务即交付房屋（包括权利交付及实物交付），但本案中，系争房屋自始至终由孙某 2 居住使用，丁某在合同签订后，房款未付的情况下即办理了系争房屋的过户手续，将房屋所有权转移给孙某 2，也即孙某 2 在未支付对价的情况下即已无偿取得了系争房屋，现亦无丁某生前曾向孙某 2 催讨过房款的证据。由此可见，丁某与孙某 2 之间虽形式上签订的系买卖合同，但该合同并不符合一般买卖合同的特征，而孙某 2 关于该合同名为买卖，实为赠与的辩解意见则较为合理。

此外，丁某与孙某 2 系母子关系，日常生活中亦不乏以房屋买卖的形式实施赠与的情形。

综上，一审法院认定，丁某与孙某 2 签订的买卖合同虽在形式上为买卖，但实质上为赠与合同，且赠与的财产已实际转移，赠与合同已履行完毕，现孙某 1 以双方之间系买卖关系主张要求继承孙某 2 应支付的房款，无事实依据。综上所述，依照《中华人民共和国合同法》第一百三十条、第一百八十五条、《中华人民共和国继承法》第三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条，《最高人民法院关于适用〈民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款之规定，作出如下判决：

驳回孙某 1 全部诉讼请求。

上诉意见

孙某 1 上诉事实和理由：

1. 孙某 2 主张《上海市房地产买卖合同》为赠与合同，明显违背了该合同形式上所表现的买卖合同关系。孙某 2 没有证据证明其与被继承人丁某之间有赠与的真实意思表示，在此情况下，一审判决仅以合同条款部分空白为由推测认定孙某 2 与丁某之间为赠与关系，明显错误。一审法院裁判理由认为，买卖合同中“腾房时间”，“查验时间”等条款均为空白，且孙某 2 一直居住于案涉房屋，未支付房款就直接获得产权，与一般房屋买卖有所不同，因此认定实为赠与的辩解更合理。

该理由与事实情况不符，首先，孙某 2 实际已居住在案涉房屋内，本次交易根本不涉及“腾房时间”，“查验时间”等约定内容，且丁某又是高龄老人不便书写（最后合同落款也是按手印），双方不对具体条款进行填写，实属是正常现象。

其次，孙某 2 与丁某系母子关系，天然具备信任，不能以一般房屋买卖交易先付款后交付的交易习惯生硬认定双方为赠与关系，双方基于信任完全可以先办理过户后支付房款。另外，虽然上诉人因证据不足在另案中确认涉案买卖合同无效败诉，但事实上该份《上海市房地产买卖合同》签订时丁某不具备相应能力（连最起码在合同上签字的能力也不具备），之后其病情一直恶化，导致无力向孙某 2 讨要房款；

2．一审庭审中，孙某 2 并未提供任何可以证明赠与事实存在的证据，一审法院仅凭推测即认定双方为赠与关系，完全违背了《证据规定》对赠与的认定规则；

3．一审判决对于另案生效判决查明的事实以及孙某 2 自认的事实置若罔闻，严重违背基本的证据规则。根据（2021）沪 0110 民初 3244 号案庭审笔录内容显示，孙某 2 亲口承认“在我母亲家里我以现金给了母亲，当时就我和母亲两个人，时间大概是 2012 年 12 月初。……”。该陈述属于孙某 2 的自认，表明其与丁某之间签订的《上海市房地产买卖合同》的真实意思表示是买卖，并非赠与。丁某和孙某 2 签订的《上海市房地产买卖合同》约定，将丁某名下上海市杨浦区 XX 村 XX 号 XX 室房屋（以下简称：系争房屋）内二分之一的产权转让给孙某 2，转让价人民币（以下币种均为人民币）386,232 元，明确写清“房款一次性付清”，该房价款孙某 2 实际未支付，现应作为丁某之遗产予以分割；

4．丁某的其他子女是在丁某去世后才知道房屋已经过户到孙某 2 名下，对于如何过户并不知情。现因丁某已经去世，虽不能证明丁某生前是否有讨债行为，但有证据证明丁某无力讨债。故请求二审法院支持上诉人的诉请。

孙某 2 辩称：

1．原审判决认定事实清楚，涉案房屋买卖合同名为买卖实为赠与，孙某 2 自认的买卖合同是指在形式上确实是与丁某签了买卖合同，但实质是赠与。具体的理由与一审时的意见相一致；

2．在（2021）沪 0110 民初 3244 号案庭审中，因孙某 2 无诉讼经历且时隔年代久远，其回答不客观在所难免，经法官释明后，其承认确实没有支付过房款；3．系争房屋是被继承人孙某 5 增配的，增配时就是由孙某 2 居住，孙某 5 夫妻的本意就是要将该房赠与孙某 2，所以在孙某 5 去世后，先作了一个公证将孙某 5 所有的产权份额给孙某 2 一人，第二步就是由丁某将其名下的系争房屋 50%的产权继续给孙某 2，因为办理房屋赠与会产生三项费用，即公证费、评估费和交易契税，分别是房屋评估值的 1%、0.25%和 3%，故双方签订了房屋买卖合同，合同内容是按照交易中心的要求填写。丁某亦明知是以买卖合同的方式将系争房屋产权赠与孙某 2，其本人配合办理了过户手续，生前也从未向孙某 2 主张过购房款。故请求二审法院驳回上诉，维持原判。

孙某 3、孙某 4 共同书面辩称，此案是孙某 1 诉孙某 2 的案件，由于孙某 3、孙某 4 不愿意“打官司”，且放弃此案有关财产的继承权，因此一审时就提出不参与此案审理，得到一审法院的允许，故二审仍是这个态度，不参与庭审，由二审法院依法处理。

二审判决

二审审理中，当事人没有提交新证据，本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，原审法院根据双方当事人的诉辩意见、提交的证据经质证属实后，对本案事实进行了认定，并在此基础上所作判决理由阐述较为充分，本院在此不再赘述。上诉人在二审中的上诉请求及理由与其在一审时的起诉意见及理由基本相同，但在二审审理中并未提供新的事实或证据证明其主张能够成立，故本院认可原审法院对本案事实的认定及对相关法律、法规的理解适用，对上诉人的上诉请求均不予支持。

综上所述，孙某 1 的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

案号： (2022)沪 02 民终 2341 号。

为群众办实事丨“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/OCqb4NnAPjqbd_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间下落不明，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的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

离婚后，爸爸行使“探望权”受阻，法院如何执行？

2022-07-22 湖南高院

https://mp.weixin.qq.com/s/ckSubpPF531oR6Tpx7Dmpg

2019 年 8 月，因感情不和，李某与妻子张某协议离婚，并约定女儿小小（化名）由张某抚养，李某享有探望权。可是离婚后，张某常以各种理由拒绝李某探望女儿，李某因此诉至法院。

2021 年 5 月，郴州市苏仙区人民法院判决李某每年寒、暑假均有一定时长的探望权。行使探望权时，张某应将女儿送至李某居住地。探望期满，李某应将女儿送回张某处。年满八周岁后至十八周岁止，李某行使探望权的时间、方式、地点可征求女儿个人意见行使。

判决生效后，张某仍然拒绝李某探望女儿。长时间看不到孩子的李某只好向苏仙区法院申请强制执行。

02

法官办案

立案后，执行法官首先联系双方当事人。电话里，李某对张某拒绝其探望孩子的行为很气愤，而张某对李某也有诸多抱怨，且称自己已经到陕西省榆林市工作生活，让李某探望女儿多有不便。

孩子不是冷冰冰的执行物品，简单粗暴的执行很可能让李某、张某的关系继续恶化，进而影响孩子的身心健康。

考虑到案件的特殊性，执行法官决定温情执行，尽可能的化解双方矛盾。

张某带着女儿小小远在陕西省榆林市，因为疫情和路途遥远等原因，张某一直不愿意把女儿送回来。执行法官便一次又一次打电话与张某沟通。

于情，孩子的健康成长不仅需要母爱的滋养，同样也需要父爱的关怀；于理，父母离异已给孩子造成了伤害，不应再让孩子成为父母关系博弈的牺牲品；于法，法律规定了离婚后，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，且法院已判决了探望时间，不履行生效判决也将承担相应的法律后果。

李某、张某和小小沟通

多番沟通，张某逐渐意识到，为了孩子的身心健康，她愿意放下积怨，不再阻止孩子与父亲相见，并同意放暑假后把小小带回郴州。

在法院调解室，李某终于见到了女儿小小。因许久未见父亲，小小在李某面前显得有些生疏，挨着妈妈不愿意和父亲李某回去。

执行法官见状，带着小小买了她喜欢的零食，并与小小交流，告诉小小其父亲和爷爷奶奶的思念，以及以后父亲会抽出更多时间陪伴她，随后，又安排李某与女儿小小单独相处，让小小和父亲多亲近。另一面，执行法官与张某沟通接送孩子的时间、费用等相关细节。

最终，经过一上午的调解，中午一点半时，李某如愿接走了小小。

小小和父亲李某回家

相关法条

《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。

拖欠抚养费，需要支付违约金吗？

2022-07-24　爱劳动的家事律师 丽姐说法
https://mp.weixin.qq.com/s/5NPwo3EmJD45ifXu5FhuIQ

关于违约金的问题。

抚养费的给付是基于身为父母的法定义务，抚养费设立的初衷是为了保护离婚后未成年子女的合法权益，是以赋予未抚养一方法定义务的方式，努力使得未成年子女的生活恢复到其父母离婚前的状态，抚养费本质上是一种针对未成年人的保障。因此，抚养人不应以违约金的形式从子女的抚养费中获利。

诉讼请求

陈某 1 向一审法院起诉请求：

1、判令陈某 3 支付 2009 年 1 月 1 日计算至 2022 年 12 月 31 日的抚养费 152100 元；

2、判令陈某 3 支付违约金 100000 元；

3、由陈某 3 承担本案诉讼费用。

一审查明

陈某 3 与陈某 1 母亲石某于 2013 年 12 月 22 日在民政部门办理结婚登记手续，于 2015 年 3 月 16 日生育陈某 1，后陈某 1 的父母于 2018 年 5 月 21 日在民政部门协议离婚，双方约定陈某 1 由石某直接抚养，随同石某共同生活到 18 岁，由陈某 3 每年给付抚养费 50000 元，在每年阳历 1 月 1 日前付清，直到孩子完成高中教育阶段止，高中教育阶段之后的有关费用双方日后重新协商；陈某 3 每月任意两个周末可随时探望女儿；陈某 3 应于 2020 年 1 月 1 日前一次性还清于 2014 年 6 月 20 日向石某亲友借支的 160000 元整债务；任何一方不按本协议履行相关义务的，应付违约金 300000 元给对方等。

陈某 3 自 2018 年 6 月 16 日起至 2020 年 1 月 23 日通过银行转账和微信支付方式向石某共支付 24 笔计 113388 元，陈某 3 还于 2019 年 2 月 1 日向石某母亲银行转账 30000 元；陈某 3 父亲 2021 年 2 月 10 日向石某母亲银行转账 60000 元，于 2022 年 1 月 21 日向石某银行转账 20000 元，上述合计 223388 元。后陈某 1 母亲石某向陈某 3 催讨其余抚养费未果，双方故而成讼。

另认定，陈某 1 现就读于外国语学校一年级。

一审判决

一审法院认为，夫妻离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议，协议不成时，由人民法院判决。陈某 1 的父母在协议离婚时约定陈某 1 由其母亲石某抚养，陈某 3 每年支付小孩抚养费 50000 元，系双方真实意思表示，陈某 3 辩称受陈某 1 母亲欺骗签订协议，并无证据证实，故不予采纳。后陈某 3 及其父亲共计向石某及其母亲支付 223388 元，其中向陈某 1 的母亲石某支付的 133388 元应为小孩抚养费，向石某母亲支付的 90000 元应为归还差欠石某亲友债务，而陈某 3 自 2018 年 6 月起至 2022 年 12 月止按每年 50000 元标准应向陈某 1 支付 55 个月的抚养费计 229167 元，故陈某 3 还应向陈某 1 支付抚养费 95779 元。陈某 1 诉称陈某 3 应支付其抚养费 152100 元的意见，并未提供证据证实，其超出抚养费 95779 元的部分诉讼请求，不予支持。

陈某 3 辩称其已全部支付抚养费及请求驳回陈某 1 诉讼请求的意见，与事实不符，不予采纳。陈某 1 还要求陈某 3 支付违约金 100000 元，因陈某 1 每年 50000 元抚养费较高，陈某 3 已支付了大部分抚养费，且陈某 3 近年来的收入受新冠肺炎疫情的影响有所下降，故陈某 1 要求陈某 3 支付违约金的诉讼请求，不予支持。

综上，依照《中华人民共和国民法典》第五百零九条、第一千零八十四条、第一千零八十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条之规定，判决：

一、陈某 3 应支付陈某 1 自 2018 年 6 月起至 2022 年 12 月止的抚养费 95779 元，定于本判决生效之日起三十日内一次性付清；

二、驳回陈某 1 的其他诉讼请求。

上诉意见

陈某 1 上诉事实与理由：

1、原审法院认定陈某 3 向其母亲石某支付的 133388 元为抚养费与事实不符，判决结果错误；

2、原审判决一方面认定陈某 3 构成违约，应当向其支付抚养费，另一方面又驳回了其要求支付违约金的诉讼请求，判决结果错误。

陈某 3 辩称：

1、其已支付了陈某 1 的抚养费，同时请求对约定的抚养费数额变更为每月 3000 元；

2、陈某 1 要求支付违约金没有事实和法律依据。

二审判决

二审期间，当事人均未提交足以推翻一审认定事实的新证据。

本院对原审查明的事实予以确认。

本院认为，父母对子女有抚养教育的义务，不直接抚养子女的一方应负担部分或全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议。父母不履行抚养义务时，未成年子女有要求父母给付抚养费的权利。

本案中，陈某 1 的父亲陈某 3 与母亲石某对陈某 1 的抚养费问题已经进行了明确的约定，该协议系双方真实意思表示，不违反法律规定，内容真实、合法、有效，双方均应遵照执行。

根据查明的事实，陈某 3 及其父亲从 2018 年 6 月 16 日至 2022 年 1 月 21 日期间共计向石某及其母亲支付 223388 元，因陈某 3 与石某签订的离婚协议书中还包含了陈某 3 应向石某的亲友偿还 160000 元的债务的约定，而陈某 3 及其父亲向石某及其母亲支付的每笔款项中并未注明款项的性质，故原审法院依据涉案款项的收款主体来认定陈某 3 向石某支付的 133388 元为陈某 1 的抚养费并无不当，本院应予支持。

关于违约金的问题。抚养费的给付是基于身为父母的法定义务，抚养费设立的初衷是为了保护离婚后未成年子女的合法权益，是以赋予未抚养一方法定义务的方式，努力使得未成年子女的生活恢复到其父母离婚前的状态，抚养费本质上是一种针对未成年人的保障。因此，抚养人不应以违约金的形式从子女的抚养费中获利。故原审法院对于陈某 1 主张违约金的诉求未予支持并无不当，本院亦应予以支持。

综上所述，陈某 1 的上诉请求不能成立，应予驳回；原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第（一）项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

案号： (2022)鄂 02 民终 915 号

电竞酒店侵犯不特定未成年人合法权益

2022-07-25 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/25/content_219251.htm?div=-1

导读

近年来，以“电竞+”为营销噱头的酒店备受年轻消费者青睐。与普通的宾馆、酒店不同，电竞类酒店的主要宣传卖点在于其高端的电脑配置和高品质的游戏体验，且以网络服务为主要营利手段。但在满足市场需求的同时，电竞酒店却仅以住宿场所登记营业，使得大量未成年人以住宿名义齐聚酒店无节制上网，锁门关窗的特性甚至伴随刑事犯罪发生。江苏省宿迁市中级人民法院公开开庭审理了首起电竞酒店向未成年人提供上网服务民事公益诉讼案，判决该酒店立即停止向未成年人提供互联网上网服务，并于判决生效后在国家级媒体公开向社会公众书面赔礼道歉。2022 年 6 月 10 日，判决生效。目前，该电竞酒店已履行判决。

未成年人为上网频繁出入酒店

沉迷上网的未成年人小苏发现，学校附近新开的一家电竞酒店只要入住就能上网，而且网速极快，游戏特别丰富，还不用像其他网吧那样查验年龄。几次尝试下来，小苏还发现虽然该酒店声称未成年人入住需要征得监护人同意，但是自己在入住登记表中填写了父亲手机号，酒店从未真的打电话核实过。如此一来，小苏就愈发胆大，甚至逃课去电竞酒店上网。调查发现，类似小苏的情况并不鲜见，他只是多名未成年人前往某酒店上网的一个缩影。

某酒店从 2021 年 3 月 27 日开始从事电竞主题酒店经营，拥有的 20 个房间全部为电竞房间。截止到 6 月底，短短三个月时间内，该酒店住宿系统就显示未成年人入住记录 387 人次。并且根据调查得知，入住酒店的未成年人消费者主要目的是上网玩电竞游戏，而不是为了住宿。

在营业期间，包括小苏父母在内的多名家长曾制止酒店接纳未成年人上网。该酒店却称，“这里是酒店不是网吧”，仍然接纳未成年人入住，并先后两次被行政处罚。

2022 年 5 月 12 日，宿迁市中级人民法院公开开庭审理宿迁市人民检察院诉被告某酒店管理公司向未成年人提供上网服务民事公益诉讼案。

电竞酒店实为上网服务营业场所

据了解，某电竞酒店的企业登记表显示，其许可经营项目并不包含互联网上网服务，但其门牌上清晰地标明服务范围包括“上网、住宿、餐饮、休闲”，在美团的营销广告中也宣传自己是“依托于电竞游戏的新型酒店，不仅享受媲美网吧的高品质电竞服务，还可以拥有住酒店的舒适体验”。在宣传页下方消费者的评论中，消费者也都重点评价了电脑配置、网速、游戏等。

根据《互联网上网服务营业场所管理条例》第二条对互联网上网服务营业场所作出的规定，判断是否属于互联网上网服务营业场所，不能仅以它的外在形式和场所的名称作为标准，而应以是否符合实质要素作为判断标准。实质要素有三个，服务对象的不特定性、本身的营利性和提供互联网上网服务。

宿迁中院审理后认为，某酒店的营利性和服务对象的不特定性没有争议，主要判断其性质上是属于提供互联网上网服务还是住宿、餐饮服务。某酒店的名称虽然是酒店，但其与普通的提供住宿和餐饮服务为目的的酒店存在明显的不同。首先，从配备的设施看，某酒店共 20 个房间，全部为电竞房间。每个房间均配备 2 台到 5 台电脑，电脑的软、硬件配置和功能与网吧基本相同，可以供消费者玩电竞游戏以及互联网上网。同时，房间内提供多台电脑，不仅可以供单人上网，还可供多人同时上网玩游戏，更符合网吧的特征。其次，从消费模式及招揽手段看，某酒店虽然提供住宿服务，但其主要以提供互联网上网服务为消费点，入住酒店的未成年人消费者主要目的也是上网玩电竞游戏，而不是为了住宿。最后，从收费模式看，某酒店系根据房间内电脑数量和软、硬件配置高低不同设置收费标准。

因此，某酒店兼具提供互联网上网服务和住宿、餐饮服务的功能，实质上以提供互联网上网服务作为主营业务和主要招揽手段，故其性质属于互联网上网服务营业场所。

侵害不特定未成年人权益

大量未成年人齐聚电竞酒店无节制上网，给身心健康带来不利影响的同时，也难以避免发生刑事犯罪。涉案未成年人小明因沉迷上网，多次进入电竞酒店通宵打游戏，在无收入来源的情况下，为支付电竞酒店高昂住宿费用，最终选择了盗窃。

宿迁中院审理后认为，《中华人民共和国未成年人保护法》规定，互联网上网服务营业场所不得允许未成年人进入。某酒店有义务核实消费者的年龄，但为达营利目的，没有履行相应义务，为未成年人提供互联网上网服务，违反上述法律规定。未成年人长期通宵上网损害身体健康，长期沉迷网络影响其正常学习，甚至产生厌学情绪。网络世界信息量大、内容复杂，其中的负面信息容易对未成年人世界观、人生观和价值观产生不利影响，甚至使他们走上违法犯罪的道路。某酒店向未成年人提供电竞服务场所的行为，侵害了未成年人的健康权、发展权和受教育权等权益。

某酒店作为经营场所，向社会公众开放，面向的是包括大量未成年人在内的不特定的消费者。某酒店行为损害的利益主体不仅是个体未成年人的健康成长，更是不特定未成年人群体的健康成长，乃至千家万户的家庭幸福和安宁。未成年人的发展与民族和国家命运紧密关联，未成年人的健康成长是至关重要的国家利益和社会公共利益。某酒店侵害了未成年人的合法权益，损害未成年人健康成长，即损害了国家和社会的公共利益。

故法院判决被告某酒店管理有限公司立即停止向未成年人提供互联网上网服务，并于本判决生效之日起十日内在国家级公开媒体向社会公众书面赔礼道歉。

■裁判解析

判决的规则引领和价值导向功能

本案系全国首例电竞酒店向未成年人提供互联网上网服务民事公益诉讼案。电竞酒店，是一种随着经济和社会发展而出现的新型业态，是一种依托于电竞游戏的新型酒店，不仅为消费者提供网吧等同配置的电竞游戏，也提供住宿服务。但电竞酒店到底属于住宿场所还是互联网上网服务营业场所，法律上没有明确的规定，社会上争论也较多。而定义为不同的场所，则面临不同的监管，产生不同的影响。如果将电竞酒店认定为住宿场所，根据法律规定，经营者在履行查验、报告等义务后，可以接纳未成年人进入。如果将电竞酒店认定为互联网上网服务营业场所，则必须取得互联网文化经营许可证，并且严禁未成年人入住。

《互联网上网服务营业场所管理条例》是对互联网上网服务营业活动进行规制的主要法律依据。条例第二条规定：“本条例所称互联网上网服务营业场所，是指通过计算机等装置向公众提供互联网上网服务的网吧、电脑休闲室等营业性场所。学校、图书馆等单位内部附设的为特定对象获取资料、信息提供上网服务的场所，应当遵守有关法律、法规，不适用本条例。”该规定对属于互联网上网服务营业场所进行了不完全列举表述，对该类型营业场所进行的列举不可能穷尽所有的业态，也不可能实现完全覆盖。因此，并非只有网吧、电脑休闲室才属于互联网上网服务营业场所，其他营业场所符合该条规定的实质要素，也应当认定为属于互联网上网服务营业场所。此外，2020 年 12 月 4 日，文化和旅游部发布《关于进一步优化营商环境推动互联网上网服务行业规范发展的通知》规定：以提供互联网上网服务为主营业务或主要招揽手段的综合性上网服务场所，应当依照《互联网上网服务营业场所管理条例》申请取得《网络文化经营许可证》，实施经营管理技术措施和未成年人保护措施。从该通知也可以看出，营业场所符合有关规定的实质要素，就应当认定为属于互联网上网服务营业场所。根据上述规定，互联网上网服务营业场所的实质要素有以下三点：服务对象的不特定性、场所本身的营利性和以提供互联网上网服务为主营业务或主要招揽手段。具体到本案中，从涉案酒店配备的设施、消费模式、招揽手段和收费模式等综合判断，某酒店兼具提供互联网上网服务和住宿餐饮服务的功能，实质上以提供互联网上网服务作为主营业务和主要招揽手段，故其性质属于互联网上网服务营业场所。

作为民事公益诉讼，其目的在于维护不特定多数人合法利益进而维护社会公共利益。当然，并非所有损害社会公共利益的民事行为检察机关都可以提起民事公益诉讼，而是要从被侵害的社会公共利益的性质、程度、修复成本等因素予以考量。本案侵害的对象是未成年人，未成年人是国家与民族的未来，也是父母与家庭的寄托。对不特定未成年人权益的侵害，不但违法，也有违公序良俗。涉案电竞酒店是以放任甚至引诱未成年人上网玩游戏方式侵害未成年人健康权、发展权等权利，其危害程度具有严重性、广泛性、不可控性和不可预测性，如对该类行为不加以规制，危害将愈加扩大。因此，本案认定电竞酒店向未成年人提供互联网上网服务违反了法律规定，侵害了未成年人合法权益，也损害了社会公共利益。希望通过这一判决，推动形成禁止未成年人进入互联网上网服务经营场所的共识，促使未成年人保护法确立的最有利于未成年人原则得到有效贯彻落实。

■专家点评

拓展对未成年人的司法保护空间

中国人民大学法学院教授、博士生导师　肖建国

本案是一起涉电竞酒店提供上网服务的未成年人保护民事公益诉讼，对于电竞酒店性质的认定具有开创意义，展现了人民法院在未成年人司法保护领域的新作为、新担当。

在事实查明层面，法官准确归纳争议焦点，平等保护双方当事人的诉讼权利，通过援引专家辅助人的意见进行说理，提升了裁判的说服力与公信力；在法律适用层面，在现有法律规范对于电竞酒店是否属于互联网营业场所没有规定的情况下，法官结合涉案电竞酒店的实际经营状况，运用多种法律解释方法，认定涉案电竞酒店属于互联网上网服务营业场所，突破了成文法的局限性。本案认定被告为不特定未成年人提供互联网上网服务的行为违反了未成年人保护法的规定，侵犯了不特定未成年人健康权、发展权和受教育权等合法权益，并损害了社会公共利益，因此法院支持了公益诉讼起诉人的请求，从而大幅拓展了未成年人公益诉讼案件司法保护的空间。在社会效果层面，该案判决有助于厘清新业态下的电竞酒店与互联网上网服务营业场所之间的关系，推动全社会形成保护未成年人健康成长的合力。该案裁判结果树立了正面的司法导向，对同类案件的裁判具有规则引领，起到了很好的示范作用。

公安部：截至目前，打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动破获案件 906 起

2022-07-26 性别研究视界

https://mp.weixin.qq.com/s/welypA5ThrSnayJhBlAgUg

27 月 25 日，公安部刑事侦查局局长刘忠义表示，今年 3 月，公安部会同民政部、国家卫健委、全国妇联在全国范围内组织开展为期一年的打击拐卖妇女儿童犯罪专项行动，全力侦破拐卖妇女儿童积案、全力缉捕拐卖犯罪嫌疑人，全面查找失踪被拐的妇女儿童。截至目前，共破获拐卖妇女儿童案件 906 起，找回历年失踪被拐妇女儿童 1198 名，抓获拐卖犯罪嫌疑人 1069 人，行动取得阶段性成效。

一是扎实做好线索摸排和信息采集。公安部部署各地公安机关开展涉拐线索专项摸排，重点围绕失踪被拐妇女儿童父母和疑似被拐人员、身源不明人员等，深入开展摸排和 DNA 采集工作。公安部刑侦局梳理汇总了各地公安机关 5000 余个免费采血点的地址和联系电话。通过公安部刑侦局微信公众号、官方微博对外发布，方便群众就近快速联系公安机关免费采血。

二是组织开展刑事技术集中比对会战。公安部从全国优选一批刑事技术、情报研判专家，开展线上刑事技术比对会战。凝聚专家智慧，汇聚数据资源，强化专业协同，创新应用战法，全面应用新技术新手段助力专项行动攻坚。

三是强力推进重大案件侦办。公安部挂牌督办 116 起重大拐卖妇女儿童案件，指导各地组织精干力量开展破案攻坚；集中发布了 7 个 A 级通缉令、19 个 B 级通缉令，会同最高检、最高法联合发布通告敦促拐卖犯罪嫌疑人投案自首，最大限度铲除拐卖犯罪滋生蔓延的土壤。

四是持续开展综合治理。国务院颁布实施了《中国反对拐卖人口行动计划(2021-2030 年)》。目前，公安部作为国务院反拐部际联席会议牵头单位，正在推动 35 家成员单位制定《中国反对拐卖人口行动计划(2021—2030 年)实施细则》，形成反拐社会综合治理工作合力，逐步建立完善集预防、打击、救助、康复为一体的反拐长效机制，形成良好的反拐社会氛围。

来源/中国新闻网

编辑/赵凯旋

把未成年人犯罪记录封存制度落实好

2022-07-27 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/27/content_219305.htm?div=-1

未成年人轻罪犯罪记录封存制度，是刑事司法保护未成年人合法权益的一项重要制度。 发布实施办法对未成年人隐私和信息保护，切实解决实践中未成年人犯罪记录因封存、启封、解封不当导致信息泄露，影响涉轻罪的失足未成年人重新回归社会等问题具有重要的现实意义。

2022 年 5 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部共同发布《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》）。这对未成年人隐私和信息保护，切实解决实践中未成年人犯罪记录因封存、启封、解封不当导致信息泄露，影响涉轻罪的失足未成年人重新回归社会等问题具有重要的现实意义。

未成年人轻罪犯罪记录封存制度，是刑事司法保护未成年人合法权益的一项重要制度， 是少年司法制度的重要组成部分，也是我国履行《联合国少年司法最低限度标准准则》的必然选择。它为帮助涉轻罪的失足未成年人无痕回归社会和预防再犯创造了条件。

当未成年人走上违法犯罪道路后，其犯罪记录的存在必然会对他们学习、工作和生活产生很多不利影响，容易形成“标签效应”，使被记录人因回归社会无望而走向社会对立面，这既不利于犯罪预防，也不利于再社会化。故未成年人犯罪记录限制公开对这些未成年人的现在乃至未来至关重要。基于这些考量，早在 2004 年起，上海市长宁区人民法院就开始研究并尝试探索未成年人犯罪记录限制公开试点工作，公安机关也随后开始建立并运行“全国违法犯罪人员信息库”。

根据 2013 年 1 月施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第四百九十条第二款和《实施办法》第二十三条规定，对于 2013 年 1 月 1 日前后办结的未成年人犯罪案件，“符合犯罪记录封存条件的，应当按照本办法的规定予以封存”。过去，由于对封存制度与入职查询等制度关系以及封存制度的溯及力等认识不统一，把握不一致，导致该制度在落实中出现偏差，一些地区封存失控、查询失序、孩子失学、成年失业、制度失信、监管失察等问题在一定程度上逐渐浮出水面。对此，我们应当高度重视。严格执行《实施办法》，可以有效解决封存制度实施不规范问题，未成年人犯罪记录封存不统一的现状有望得到切实改变，封存制度将会得到进一步落实。

目前，对《实施办法》主要内容还需要准确理解和适用，司法实践中存在的一些不明或者争议问题也亟须研究解决，使封存不仅注重形式，更注重实质。

所谓形式封存，就是要对轻罪案件判决生效后的纸质卷宗封面上标注“封存”字样，由档案部门统一加密单独保存，在司法机关案件信息管理系统电子卷宗目录显著位置应当同步加设“封存”标记，并增设卷宗调阅权限模块，严格执行档案查阅分级审批权限管理制度，限制公开。所谓实质封存，就是要进一步明确封存范围、如何有限使用和规范证明方式等，使曾经存在的犯罪记录不会对未成年人今后融入社会产生不利影响。

关于封存范围的问题。刑事诉讼法第二百八十六条规定：“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。”该规定表明：一是法定封存而非酌定封存；二是依职权封存而非依当事人申请封存；三是封存机关没有裁量权，必须严格按照规定执行。

在司法实践中，需要明确界定未成年人犯罪案件中的哪些“相关犯罪记录”应当列入封存范围？《实施办法》第二条规定，“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”，并在第三条进一步明确，“不予刑事处罚、不追究刑事责任、不起诉、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《实施办法》规定的内容和程序进行封存，做到封存内容应封尽封，力求全面，确保未成年人权益保护到位。同时，对于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、采取刑事强制措施的记录，虽然不是犯罪记录，但属于未成年人的不良行为记录，也应当予以封存。

关于有限使用的问题。由于我国实行的是未成年人犯罪记录封存制度，而不是消灭制度，因而被封存的犯罪记录并非绝对封存，在一定条件下可以被公开、被使用。

有的可以依法启封，接受查询；有的还可以解封。按照《实施办法》第十八条规定，本罪与漏罪、本罪与新罪数罪并罚后，执行刑期超过五年的，再审改判超过五年的，不再封存。反之，继续封存。被封存犯罪记录的未成年人，成年后又故意犯罪的，人民法院应当在后罪裁判文书首部载明其前罪犯罪记录，检察院的起诉书也应同步考虑这个问题。因不满十八周岁的人犯罪不构成累犯，故在后罪诉讼中的判决理由部分对前罪不作评价，也不能作为量刑证据使用。只是前罪犯罪记录被司法机关通过后罪裁判文书记载的方式解封并公开，但在十八周岁之前再次犯罪的除外，前罪犯罪记录不得在后罪裁判文书中予以披露。值得一提的是，前罪犯罪记录在后罪不公开审理的法庭上、在没有刑事附带民事诉讼的情况下，可以通过社会调查方式予以援引，目的是对未成年被告人开展有针对性的法庭教育，同时要求诉讼参与人做好保密工作。有观点认为，被封存犯罪记录的未成年人，成年后又故意犯罪的，公安机关和检察机关对前罪记录需要作为后罪羁押必要性审查加以使用，否则会影响到社会危害性评估。也有观点认为，十八周岁以下被封存的犯罪记录虽不能在以后的刑事诉讼中加以引用，也不能作为量刑证据，但是，人民法院在后罪审理中，不能认定其为初犯偶犯而酌情从轻处理，否则有失公允。

有的启封对外接受查询要看具体情况。有的对外不接受查询。例如：辩护律师为依法履行辩护职责，可以查询本案犯罪嫌疑人、被告人的犯罪记录，但涉及之前未成年人被执法机关依法封存的犯罪记录不能查阅。

有的对外可以查询，是指有关单位根据国家规定进行的查询。保护未成年人权益与保护社会公共利益同等重要，要注意协调对免除报告义务的未成年人权益保护与现行法律冲突等相关问题。例如：兵役法第二十四条规定：“应征公民因涉嫌犯罪正在被依法监察调查、侦查、起诉、审判或者被判处徒刑、拘役、管制正在服刑的，不征集”。笔者认为，如果此时征兵单位要求查询，应当区分三种情况进行处理。一是如果未成年人犯罪记录封存后已经刑满释放的，公安机关应当出具《无犯罪记录证明》。根据刑法第一百条第二款和《实施办法》第九条规定，该未成年人在入伍时免除曾经受过刑事处罚有过犯罪记录的报告义务。二是如果未成年人因犯罪案件正在取保候审，或者正在缓刑考验期内，或者正在附条件不起诉监督考察期内，办案机关应当出具“案件正在审理中”或者“案犯正在服刑中”的证明。三是如果附条件不起诉监督考察期满，未成年人被决定不起诉的，封存机关应当出具《无犯罪记录证明》。

其他单位根据国家规定进行查询的，需要其提供可供查询的具体国家法律规定。笔者认为，在许多法律还没有按照封存制度要求进行相应调整的情况下，一般来说，如果法律规定受到某种刑事处罚不能从事某种特定职业的，查询单位对被查询人是否受过该刑事处罚提供证明。如果没有该记录，则应出具《无犯罪记录证明》。

关于证明形式的问题。出具无犯罪记录证明是犯罪记录封存制度的核心问题，故出具证明的形式应当规范。如果不属于查询范围，应当出具不予查询犯罪记录决定书。如果属于查询范围，按照《实施办法》要求，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》，防止用人单位引起怀疑，导致无法录用，最终不利于实现引导未成年人回归社会的司法目标。

擅自使用儿童照片做宣传海报被诉侵权

2022-07-27 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/27/content_219317.htm?div=-1

本报讯 （记者 刘 洋 通讯员 熊怀丽 钟 怡）组织顾客参加线下活动，能否将活动照片用于销售宣传？近日，重庆市永川区人民法院审结一起肖像权纠纷，判决重庆某食品公司赔偿小玉、小明共 4000 元。

2022 年 1 月，9 岁的小玉与 7 岁的弟弟小明自费参加了重庆某食品公司组织的 DIY 自制蛋糕活动。活动结束后，食品公司工作人员为姐弟二人拍摄了一张手提自制蛋糕的正面照片

3 月 1 日起，未经小玉、小明及其监护人同意，食品公司将该照片用于其经营店铺的宣传海报上。3 月 4 日，姐弟俩的母亲打电话与食品公司进行沟通协商，反映上述情况。食品公司接到该电话后于当天撤掉了上述宣传海报。5 月，姐弟俩将食品公司诉至法院，要求食品公司分别支付姐弟俩 1 万元的损害赔偿。

法院审理后认为，食品公司作为 DIY 蛋糕活动的组织者、经营者，能够在活动中轻松获取参与者的现场照片、影像等资料，但获取照片、图像等资料后，不等同于食品公司拥有对上述照片、图像的直接支配使用权。小玉、小明系未成年人，在未取得其法定代理人同意的前提下，食品公司以销售宣传为目的，私自将其正面活动照片用于其公司的宣传海报上，该行为构成对其肖像权的侵害，应当承担相应民事责任。

考虑到食品公司使用该照片时间较短，且接到电话后就于当天撤除了上述宣传海报，未造成严重不良后果。同时，原告并未提供证据证明其主张本案侵权行为损失数额 1 万元的相关依据，以及食品公司的获益情况。故结合原、被告的诉辩及举证情况，法院酌情确定由食品公司分别赔偿原告小玉、小明各 2000 元。

【法官说法】离婚后，孩子上兴趣班的费用如何分摊？

2022-07-26 重庆市第三中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/EtqvNr-k_liKU8-XMwNkQA

原告王女士与被告杨先生原系夫妻关系，婚后于 2016 年 5 月生育一女小杨妹，双方于 2018 年 7 月登记离婚并签订《离婚协议》，《离婚协议》约定：小杨妹由杨先生抚养，由于孩子上学条件的问题暂时随王女士生活，杨先生承担孩子抚养费。

双方离婚后，小杨妹便跟随王女士在重庆主城区居住、读书至今，在此期间，王女士为刚幼儿园毕业的小杨妹报名参加了书法、攀岩、钢琴、美术、跳舞、语言、数学、英语、走秀、芭蕾、手工、播音等兴趣班，且均将报班事宜通过微信告知杨先生，但均未得到杨先生肯定性答复。

杨先生从离婚之后起采用现金支付、微信转账等方式向王女士支付抚养费至 2020 年 7 月，之后未再支付。因此，王女士要求杨先生支付小杨妹自 2020 年 8 月至 2021 年 10 月 31 日的消费费用 76101 元及 2017 年 10 月 12 日至 2021 年 10 月 12 日小杨妹四年各项费用 96000 元（包括生活费及兴趣班培训费）。

另查明，王女士从事幼师职业，杨先生无固定职业并在法庭审理中陈述其平均每月有 10000 元收入。

裁判结果

武隆区法院一审认为，抚养费支付的数额应当具有合理性，不直接抚养子女的一方所支付的抚养费并非是子女花费的所有费用。王女士主张杨先生支付小杨妹抚养费平均每月高达 7000 余元，结合当地物价水平，已超过抚养费承担的合理性，且王女士所举示的消费明细不能直接证明该项消费系小杨妹所用。

同时，王女士诉请杨先生支付小杨妹参加兴趣班的培训费，但未提供证据证明杨先生对此认可，而该兴趣班的费用，显然系超出基本教育的额外教育费用，不应被计算在教育费的范畴内。据此，判决杨先生在 2020 年 8 月至 2021 年 10 月 31 日期间应当承担的抚养费数额为每月 2500 元，合计为 37500 元。

王女士不服提出上诉，我院审理后驳回上诉，维持原判。

《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条第一、二款规定“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。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。”第一千零八十五条第一款规定“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。”《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）》第四十二条规定“民法典第一千零六十七条‘抚养费’，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。”

其中，值得注意的是，长期以来，在司法实践中认定的教育费的范围主要是高中、初中和小学的教育费用，包括学费、书本费及孩子必须接受的教育项目的相关支出。超出基本教育的额外教育费用，如补习班、兴趣班的费用及择校费等，往往不被计算在教育费的范畴，由未成年人父母协商确定。

本案中，王女士与杨先生最大的矛盾分歧在于应由谁支付小杨妹参加兴趣班的培训费用。对此，双方均陈述在二人离婚时，小杨妹尚未参加兴趣班，后王女士为提升小杨妹的综合素质，陆续让小杨妹参加了十余个兴趣班，王女士虽将此事通过微信告知杨先生，但未获杨先生肯定性答复。因上述参加兴趣班的费用，系超出基本教育的额外教育费用，在杨先生未明确表示愿意负担此费用的情况下，王女士要求杨先生负担此费用的主张无事实及法律依据，最终未获人民法院支持。

当前，教育培训市场火热，抚养费中的教育成本也往往是父母难以承受之重。如今“双减”政策落地，是对当下教育观念的一次纠偏，可能会让很多父母和孩子松一口气。

无论是父母协商或者法律规定的“抚养费”高低，终有额，为人父母对孩子，终是爱。离异后的父母双方，与其被对孩子的补偿心理所支配，走上一条无穷尽的“补课路”，不如与曾经的“合伙人”好好协商，给孩子更多的理解与陪伴，这也许是弥合创伤、表达爱意最好的方式。

防未成年人上网色情诱惑需两端发力

2022-07-28　人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/28/content_219356.htm?div=-1

在青少年模式内，相关部门要为青少年模式内容池建立一个内容设置标准。在青少年模式外，平台必须把未成年人使用成年人账号的因素考虑进来，必须对所有不良信息、违法信息进行审查和删除。

暑期，未成年人有更多时间在网上“冲浪”，其中不少未成年人在没有家长的监护下上网娱乐。有记者近日调查发现，在未成年人上网时，常常在不经意间就能看到一些不良内容：网页中植入的色情广告、短视频平台的擦边视频、各类黄色 App 以及聊天群中防不胜防的“网络色狼”。

或许有人说，不是有青少年模式吗？为何还有这些内容。事实上，目前的青少年模式已经比较完善，可以有效屏蔽上述内容。这些内容都是在青少年模式之外出现的。比如，当记者问为什么不进入青少年模式时，接受调查的同学们都笑了起来，其中一个男生告诉记者，青少年模式“没意思”。

在青少年模式之外，不良内容不仅会出现在各类 App 和网页中，网络社交平台同样是问题出现的高发区。2021 年 3 月 30 日，某研究机构发布的《短视频直播 App 青少年保护测评报告》指出，七成被测 App

的视频中存在色情等不适宜向未成年人展示的信息。大量自媒体账户，经常用大量裸露面积较大或者突出关键部位的女性照片做封面或头像，在主页上发布露骨但又不容易被归类为违禁的内容，再利用链接将网民引流到第三方私密平台诱导付费，打法律的擦边球。但是平台往往会把责任推给家长，认为未成年人实际上使用的账号，往往是借用家长的身份信息进行注册、登录的，平台自然无法强制要求成年人。

青少年自控力不足，在抵御诱惑方面有天然的短板。软色情的步步诱导，让青少年欲罢不能，看过相关的色情内容之后，容易出现无法自控、严重焦虑等症状，严重者会走向性犯罪。未成年人上网防色情诱惑，需要在青少年模式内外两端发力。

在青少年模式内，平台设立的青少年模式内容池在一定程度上形同鸡肋，适合青少年的优质内容太少，倒逼青少年在青少年模式之外通过输入解锁密码、跳转账号等方式去寻找他们喜欢的内容。某社会调查中心联合问卷网对 1990 名未成年人家长进行的一项调查显示，70.8%的受访家长建议优化青少年模式中的内容池。这就要求相关部门为青少年模式内容池建立一个内容设置标准，至少提供一个优质模式，供平台参考。督促平台开发导向正确、内涵丰厚、种类多样、寓教于乐的网络产品，确保内容优质健康干净。

在青少年模式外，平台必须把未成年人使用成年人账号的因素考虑进来，必须对所有不良信息、违法信息进行审查和删除。不但对账号主体采取相关措施进行惩罚，并且及时向监管部门举报。监管部门则要根据法律迅速展开调查，对以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的提起公诉，由司法机关对其判处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。向不满十八周岁的未成年人传播淫秽物品的，从重处罚。

妥善处理抚养纠纷 维护权益护娃成长

2022-07-28　安徽高院

https://mp.weixin.qq.com/s/JYK63E6EfHCfkX7FcRB2-g

2022 年 7 月 24 日，法治日报（社区版）在“法律服务·说法”版面以大篇幅报道合肥市庐阳区人民法院妥善审理抚养纠纷案件，切实保障未成年人合法权益的经验做法。

妥善处理抚养纠纷
维护权益护娃成长

父母离婚后争夺孩子抚养权，物质条件与情感需求孰轻孰重？若是父母以各种理由互相“推卸”抚养，孩子的权益又该如何保障？

近日，《法治日报》记者从安徽省合肥市庐阳区人民法院获悉，自 2019 年至 2021 年，该院共审结 267 件抚养类纠纷，涉及直接抚养权归属、抚养费标准确定等诸多方面，通过在情理法中寻求平衡，切实维护未成年人合法权益。

离婚父母拒绝抚养

权益代表参诉维权

家事审判中未成年人与父母产生利益冲突的现象并不鲜见，置身诉讼的未成年子女常常面临起诉难、应诉难、意见易被忽视等问题。

在一起变更抚养关系纠纷案件中，原告杨燕与被告吴刚于 2019 年协议离婚，离婚协议约定未成年女儿彤彤随母亲杨燕生活。离婚后，杨燕一直抚养彤彤。目前，彤彤已经上小学，杨燕与吴刚也分别重组了家庭并育有子女。

杨燕称，自己在合肥投资经营失败，抵押了住房，还欠下许多外债，且因投资失败患上抑郁症，不适宜继续抚养彤彤，所以诉至法院，请求变更抚养关系，判令彤彤随父亲吴刚生活。

由于法院在开庭前了解到，彤彤父母均不愿意直接抚养彤彤，未成年人与其法定代理人产生利益冲突，遂决定引入未成年人权益代表人制度，与庐阳区妇联协作，委派辖区社居委妇联主席作为未成年人权益代表人参与该案诉讼。

开庭前，未成年人权益代表人与彤彤进行了交流，了解了彤彤的内心想法。庭审中，未成年人权益代表人代彤彤表达了其内心的真实意愿，敦促杨燕、吴刚从孩子的利益出发妥善解决纠纷，给孩子营造一个健康成长的环境。开庭后，庐阳法院经审理作出杨燕、吴刚轮流抚养彤彤的判决，杨燕、吴刚均未上诉。

记者从庐阳法院获悉，该院与区妇联、区机关工委联合草拟《未成年人利益代理人制度施行意见》，在全省范围内率先探索引入未成年人权益代表人制度。在未成年人与法定代理人有利益冲突或可能有利益冲突的情形下，由妇联、机关工委选派具有一定经验的工作人员，作为未成年人权益代表人参与案件调解和庭审过程，发表维护未成年人权益的意见，并作为法院裁判时的重要参考，让未成年人声音真正被听到，权益真正被保护。

家庭教育为爱发令

依法带娃令落有声

方芳与陈磊于 2019 年在民政局协议离婚，离婚时约定未成年女儿丹丹随母亲方芳一起生活。

离婚后，一直由方芳抚养丹丹。此后，方芳以经济困难，无力抚养婚生女，且患有焦虑抑郁症不适宜抚养丹丹为由诉至法院，请求变更抚养关系，由父亲陈磊抚养丹丹。

在案件审理过程中，法官发现方芳和陈磊作为丹丹的父母，对抚养丹丹相互推诿，怠于履行抚养、教育责任。为此，根据家庭教育促进法的相关规定，庐阳法院向丹丹的父母发出《家庭教育指导令》，明确提出希望丹丹父母主动增进与丹丹的情感交流，关注丹丹的生活、学习和身心发展，切实履行抚养、教育之责。

经办法官表示，家庭是孩子的第一个课堂，父母是孩子的第一任老师。今年 1 月 1 日起，家庭教育促进法正式施行，将家庭教育这个“家事”上升为“国事”。

落实家庭教育促进法实施是庐阳法院柔性司法的一项有力举措。该案例是家庭教育促进法施行后，庐阳法院发出的首份家庭教育指导令，通过指导令责令“问题”家长依法带娃。本案中，庐阳法院从自身职能出发，从具体案件着手，采取“一案一令”式发放有针对性的家庭教育指导令，确保每份指导令均为“为爱发令”“令落有声”。

物质条件并非标准

孩子需求应为首要

夏永与张倩于 2002 年登记结婚，婚后育有两个女儿夏小花和夏小芳。此后，由于双方感情破裂，夏永诉至法院要求解除与张倩的婚姻关系，并主张因其抚养条件优于张倩，故两个女儿均应由自己抚养。

张倩表示同意离婚，但认为大女儿夏小花已满十四周岁，处于青春期，而夏永在与夏小花接触过程中言行略有不当，不宜抚养两个女儿。而且夫妻两人分居后，两个女儿也一直跟随张倩生活，故要求两个女儿均由其抚养。

由于夏小花已满十四周岁，征询夏小花自身的抚养意愿后，其表示跟随母亲生活更有安全感，母亲也有能力抚养自己，故要求跟随母亲生活。

因夏永与张倩对两个女儿的抚养权归属争议较大，为妥善处理纠纷，充分保护未成年人的权益，庐阳法院委托心理咨询师对夏小花、夏小芳进行心理辅导和评估。心理咨询师从两个孩子的成长过程及家庭环境进行专业分析，形成书面心理咨询意见书，内容主要包括：孩子跟随母亲成长，对孩子的身心发展更有利一些，同时两个孩子性格敏感且情感细腻，需要周到的照顾和理解，包括生理、身体和心理，母亲抚养更有利于女孩子的健康成长。

庐阳法院认为，直接抚养权归属的确定，其根本原则在于有利于未成年人的健康成长，实现未成年人利益最大化，物质条件的优劣并非唯一的评判标准，精神条件如父母与孩子之间、孩子与孩子之间的感情基础及情感需求也是需要考量的重要因素。

据此，法院作出判决，认定直接抚养权的归属确定，要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妥善解决。夏小花已满十四周岁，具备相应的判断和表达能力，对于夏小花的意愿应予尊重。夏小芳自幼由张倩负责生活起居及上学、放学接送，改变其生活环境可能不利于其成长且夏小芳亦表示愿意跟随母亲及姐姐共同生活，故夏小芳由张倩直接抚养更为适宜。虽然夏永的物质条件优于张倩，但抚养子女不能仅考虑经济因素，还应考虑孩子的内在需求。综上，结合心理评估报告，判决夏小花、夏小芳均由张倩直接抚养。

放弃入职甘领失业

申请降费难获支持

主动辞去主管工作后，以收入降低为由要求降低抚养费，能否获得法院支持？法院的判决给出了答案。

季朗与刘媛原系夫妻关系，婚后育有一子。两人协议离婚时约定，婚生子由刘媛直接抚养，季朗每月支付抚养费 3000 元。

季朗博士毕业后一直在银行担任主管职务，名下有多套房产。季朗向信托公司投递个人简历，应聘区域副总，之后向原就职单位提出辞职申请并获批准。然而，信托公司向季朗发放录用通知书后，季朗放弃入职。合肥市劳动和社会保障局依规向季朗发放失业登记证。季朗领取失业登记证两个月后，即以收入降低为由诉至法院要求降低抚养费。

庐阳法院认为，离婚协议是夫妻双方就婚姻关系解除、夫妻财产分割、子女抚养等问题达成的“一揽子”协议，对协议双方均具有约束力。非经协商一致或法定事由，一方不得擅自变更或撤销。为充分保护未成年子女的合法权益，离婚后不直接抚养子女的一方当事人以经济状况发生变化为由要求减少抚养费的，应提供充足的证据。若其提供的证据不足以证明其实际经济状况明显低于离婚时的经济状况，且无力按照约定数额支付抚养费的，其关于变更抚养费约定的主张将不能得到法院支持。

本案中，季朗失业的原因系主动离职，而其在主动离职时应对自身履行负担能力有所认知。结合季朗的学历、过往职业经历以及失业时间，季朗暂时的收入减少，并不能证明其目前负担能力明显下降。另一方面，考虑到降低抚养费支付标准对子女的学习和生活亦有不利影响，遂判决驳回季朗的诉讼请求。（文中当事人均为化名）

法规集市

民法典相关规定

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子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第一千零八十五条 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。

家庭教育促进法相关规定

第八条 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。

第二十条 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。

第三十四条 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。

老胡点评

从本期案例中可以看到，离婚不仅牵涉夫妻双方的利益，如果处理不当，将给未成年子女的教育和成长带来极为不利的影响。

在现实生活中，夫妻离婚之际既有相互争夺子女直接抚养权者，也有相互推脱抚养责任者；既有双方经济状况大致相同者，也有夫妻收入差别较大者。因此，在离婚诉讼中，司法工作者应当统筹考虑不同情形，坚持按照最有利于未成年子女的原则作出判决。

未成年人正处于人格形成和身体发育的重要阶段，心理状态往往十分脆弱和敏感。因此，在考虑离婚夫妻由谁直接抚养未成年子女更为适宜时，决不能仅仅考虑双方的经济条件，而是应当综合平衡各种因素，尤其应当把直接抚养人的品质、性格、责任心和心理特征等因素放在重中之重的位置上。

同时，应当切实尊重未成年子女的意愿和选择，对有认知和表达能力的未成年人，应当耐心听取、分辨和判断其真实想法，从中发现其真实愿望。惟其如此，才能真正把未成年人利益最大化的原则落到实处。（胡勇）

来源：法治日报 漫画：高岳 记者：范天娇 通讯员：王鹏

要求支付高额抚养费，法院会支持吗？丨案例参考册

2022-05-25 原创 上海高院 浦江天平
https://mp.weixin.qq.com/s/5PAhM8b6aWYjnwbyDse_Lg

法律规定夫妻离婚后，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。如果双方在抚养费问题上发生纠纷诉至法院，离婚协议里约定的抚养费标准明显高于当地一般生活水平，法院会支持吗？对于争议较大的教育培训支出，双方约定未明的，能划入抚养费分担范围吗？未直接抚养的一方处于失业状态，如何确定抚养费标准？

李某甲诉李某乙抚养费纠纷案

案例撰写人

陈献茗、黄湛

关键词

民事 / 高额抚养费 / 教育培训费

裁判要旨

01

父母就子女抚养费的支付标准、支付方式等存在明确约定的，该约定对双方具有约束力，即便抚养费标准较高于当地一般生活水平，原则上不应予以推翻。

02

对于争议较大的教育培训支出，抚养人之间未约定或约定不明的，对父母离婚时既已参加的培训，应考虑到保障未成年人接受教育的连贯性，原则上予以支持；对超既有范围的培训，实际抚养一方应履行必要的告知义务，未能协商一致的非必要支出，应视为实际抚养一方自愿为子女负担的部分，不宜划入未实际抚养一方的抚养费分担范围。

03

对于实际负担能力的认定，应从抚养义务人的收入水平和财产状况两方面作出整体性判断。义务人处于失业状态的，应结合其失业原因、个人创收能力以及所从事行业的收入水平加以判断，而非机械地以当前的收入情况作为确定抚养费的标准。

李某甲父亲李某乙与母亲肖某某于 2018 年 11 月 27 日办理离婚登记，并签订离婚协议书。

离婚协议书就抚养费作如下约定：教育费用，包括学费、学杂费、校服费、校车费及保险费、医疗费等合理费用，李某乙按照 50%的比例承担；对于其它经李某乙认可的李某甲参加的兴趣班、夏令营等活动（目前在学的兴趣班李某乙均认可，新增课程需征求李某乙意见），李某乙按照 50%的比例承担费用。

2018 年 12 月至 2019 年 7 月期间，李某乙为李某甲支付了 2019 年上半年学费 6 万元，并按照 50%的比例支付了钢琴课、英语阅读课、芭蕾课、羽毛球课、旱地冰球课程、美术课、街舞课、机器人集训、室内滑雪、游学夏令营以及学校学杂费、早点费、校服费、校车费等费用共计 71,807 元。

2018 年 12 月至 2019 年 7 月期间，李某甲另产生书籍、电动牙刷牙膏、衣服、零食、芭蕾考级费用、至长春的机票、钙铁锌口服液、摇滚学校音乐剧、展览等费用共计 4,499 元。

2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间，李某甲产生旱地冰球课、钢琴课、芭蕾课、羽毛球课、文具服装、舞台剧、艺术展、牙医费以及学校学费、学杂费、班费等费用共计 89,099 元。

2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间，李某乙每月支付了李某甲抚养费 8,333 元，共计 33,332 元。

2018 年 11 月至 2019 年 7 月期间，李某乙每月工资收入为 20,580.11 元至 48,728.56 元不等。2020 年 4 月 30 日，李某乙与就职公司解除劳动合同，取得补偿金 172,921.33 元。

李某甲起诉要求李某乙支付 2018 年 12 月 1 日至 2019 年 11 月 30 日欠付的抚养费 42,168.50 元及违约金 1,054 元，以及自 2019 年 12 月 1 日起至 2033 年 7 月 1 日止，每年 6 月 1 日前支付年抚养费 177,000 元。

法院生效判决认为：李某甲父母签订的离婚协议书就李某乙应支付的抚养费进行了约定，协议真实有效，对协议双方具有约束力。

对于本案双方当事人发生分歧的各项费用，应根据离婚协议书中的约定，结合费用的性质以及合理性等实际情况予以不同处理。对于李某甲 2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间因就学、医疗发生的费用，应根据离婚协议书之约定由李某乙按照 50%的比例承担。对于李某甲 2019 年 8 月至 2019 年 11 月期间产生的兴趣班等费用，因所涉课外活动系其父母离婚前，其已确认参加的，且因兴趣班衍生的比赛费用、交通费用、护具等配套用具的费用，确系其因参加兴趣班所实际产生的费用，金额及用途尚属合理，亦未超出合理预期，故应由李某乙按照 50%的比例承担。

对于李某甲 2018 年 12 月至 2019 年 11 月期间因购买观看舞台剧、艺术展等所产生的费用，以及李某甲主张的保姆费、餐饮费，离婚协议书对此并未作明确约定，且相关费用的支出亦未事前征得李某乙的同意，故李某甲所提主张，本院难以支持。

但日常生活中，除了前述教育费用的支出，李某甲会因生活所需产生必要的生活费，根据本案实际情况以及李某甲的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平等因素，并扣除该期间内李某乙已支付的餐饮费，本院酌定李某乙还需向李某甲支付上述期间的生活费共计 15,000 元。

关于违约金，从李某乙支付费用的实际情况来看，李某乙未支付的费用，系双方发生分歧，且离婚协议书未作明确约定之部分，并不当然构成违约，故李某甲主张违约金的意见，于法无据，本院不予支持。

关于 2019 年 12 月起李某乙应承担的抚养费，现李某乙认可按固定金额支付，系双方变更离婚协议书载明的按 50%比例结算各笔费用的支付方式的合意，本院予以采纳。关于抚养费金额，除了考虑李某甲的实际需要之外，还需要结合父母双方的负担能力和当地的实际生活水平予以确定。对于李某乙的负担能力，不能单纯地以其当前失业的状态加以判断，应结合其失业原因以及所从事行业收入水平等因素予以认定，且李某乙现亦同意支付每年 10 万元的抚养费。考虑到李某甲的教育费所需较高，系其父母离婚前已形成的费用水平，且其父母一定程度上具有相应的负担能力，故根据李某甲现有的教育费用，并结合一般生活水平所需的生活费及医疗费，本院酌定李某乙每月应承担李某甲抚养费 1 万元。

善意温情执行，法院这样破解丧子老人隔代探望难题！

2022-07-29 京法网事

https://mp.weixin.qq.com/s/aTQphdx6CQU8LQzBH0eY0Q

我国向来是重视亲情的国家，三代同堂是我国常见的家庭模式，也因此形成了“隔代亲”现象。

支持隔代探望不仅可以弥补孩子因父母离异或逝去而形成的创伤，而且也有助于老人享受天伦之乐。

我国婚姻法律中明确规定离婚后不直接抚养子女的一方享有对子女的探望权，但并未将祖父母、外祖父母列在法律调整的探望权主体范围内。

在实践中，经常出现丧子老人诉请隔代探望的案件，法院一般会综合案情和双方实际情况来裁断支持与否。然而，在支持丧子老人隔代探望的裁判执行过程中，往往会出现执行难问题，主要是因为此类案件涉婚姻家事，法律关系之下往往亲情伦理问题复杂交织，探望类案件标的特殊也决定了其在执行上必然面临一些困难。

“这类案件的处理不宜过度适用刚性法律，更应注重执行的效果和家庭关系修复。案件能否顺利执行，与被执行人和子女意愿具有很强的关联性，有关联性纠纷的当事人可能会以探望作为制衡对方的‘武器‘。”密云法院执行局法官刘卫东说。

01

一纸诉状

几个月前，一对老年夫妇一纸诉状将儿媳告上法院。原来，张某夫妇的儿子在 2018 年因病去世，之后因各种家庭矛盾，儿媳带着孙子单独居住生活，与两位老人断绝来往。儿子去世的事，对两位老人打击很大，现在终日思念的孙子又不得相见，二老备受煎熬。为了尽快见到孙子，他们把希望寄托于法院，请求法院支持他们定期探望。

收案后，承办法官为了化解家庭矛盾，积极开展调解，经过多番努力，最终促成双方达成一致的调解协议，约定张某夫妇每月可以探望孙子一次。

拿到调解书后，张某夫妇的心总算是得到了慰藉，看着机灵可爱的孙子长得越来越高，在感念儿媳带孩子生活不易的同时，对未来的生活又充满了期待。但事与愿违，由于张某夫妇久居密云，儿媳和孙子长期生活在市区，双方都因为工作难以抽身，儿媳并没有履行调解协议，预想中的天伦之乐迟迟没有实现。

02

耐心调解

为了如期见到孙子，张某夫妇再一次走入法院，申请法院强制执行。

隔代探望成讼，一般都是因为有着深刻而无法调和的家庭矛盾。在执行之初，刘卫东先跑到档案室调阅了原始卷宗，充分了解双方矛盾产生的背景原因。

“二老与孙子共同生活数年，是有深厚的感情基础的。虽然他们与儿媳在长年累月的家庭生活中产生过很多矛盾，但是儿媳并不反对爷爷奶奶对孩子的关爱，只是希望探望方式更加合理、方便。”刘卫东说。

为了真正实现家庭和睦，让孩子在温馨和谐的环境中成长，刘卫东给双方分别打去了很多通电话，还发动了明事理的亲属做双方当事人思想工作，促使双方转变观念、消除隔阂。与此同时，还与孩子促膝而谈，鼓励孩子主动与老人沟通交流，增加隔代亲情的认同感……原本雷厉风行的刘卫东变成了暖心暖语的亲情调解员。

刘卫东对他们说，“行使探望权，最终的目的是为了未成年子女的身心健康，只有双方共同努力弥补亲情裂痕，才能真正化解矛盾。我们都是为了这个家，更是为了孩子能健康成长。”经过多番努力，终于引导当事人达成了共识，明确了探望方案，让亲情会面不再难。

为了让探望更加合理便捷，在引导当事人尊重裁判文书确定的探望方案的基础上，根据孩子年龄和学业情况，还增加了灵活探望的机会，兼顾便利了双方当事人生产生活需要，鼓励抚养人主动安排时间让老人探望，也鼓励丧子老人给予孩子更多物质和精神上的关爱，让双方充分享受亲情带来的温暖与幸福。

03

暖心回访

“维护老年人合法权益，是密云法院承诺为辖区群众办理的十件实事之一。”案件虽然已顺利执结，但刘卫东对二老仍然十分牵挂。密云法院副院长陈琼和刘卫东主动开展了案后回访，在见到两位老人时，二老既惊喜又感动。

陈琼副院长拉着老人的手说，“今天我们来就是为了解探望方案执行情况和探望效果。如果您认为探望效果不理想，我们还可以帮助双方调整探望方案。如果产生了新情况、新问题，咱们还可以共同研究解决，法院一定会确保你们的探望权依法得到保障。”

供稿：密云法院

摄影：余晓磊　刘卫东

编辑：高嵩　汪希

女子离婚后卖掉亲生儿子作为“经济来源”，女报评论：贩卖亲生子女违法悖德，必受惩处！

2022-08-12　中国妇女报

https://mp.weixin.qq.com/s/hjknnVumsV1lZ_Gue4DqOg

湖南衡阳警方破获一起拐卖儿童案，拐卖孩子的竟是他的亲生母亲。。

轩轩（化名）是衡阳县溪江乡居民彭某某和范某弟的第三个孩子，他出生后，夫妻二人便因为感情破裂而选择离婚。经法院判决，轩轩交由母亲范某弟进行抚养。但因为范某弟没有固定经济收入来源，生活颇为拮据，于是范某弟便想到了卖儿子的点子。得知该情况的周某宁（女，衡阳市雨母山人）一时心生贪念，觉得是个赚钱的“好路子”，便热情为范某弟张罗此事，但此事，轩轩父亲一家并不知晓。

6 月 13 日，轩轩的爷爷彭某来到溪江派出所报警，称自己已经有两年未见过轩轩，且每次与其母亲范某弟沟通，范某弟总是以各种理由推脱不让小孩与父亲和爷爷见面，现怀疑轩轩被其亲生母亲给贩卖。经查，警方确定范某弟有拐卖儿童嫌疑，立即对其实施抓捕。

到案后，范某弟交代其将轩轩通过周某宁贩卖至广西。警方确定孩子下落后，立即前往广西梧州将轩轩成功解救回家。

目前，犯罪嫌疑人范某弟、周某宁、李某文均被公安机关依法处理，案件还在进一步办理中。

女报评论：贩卖亲生子女违法悖德，必受惩处

买卖人口是犯罪行为！把自己的孩子作为“经济来源”而卖掉更是天理、法律难容！既为人父母，就应该承担起应有的职责与义务。以生活困顿为由卖掉孩子换钱，丧失人性，愧为父母愧为人，必当受到法律的惩治与道德的谴责。

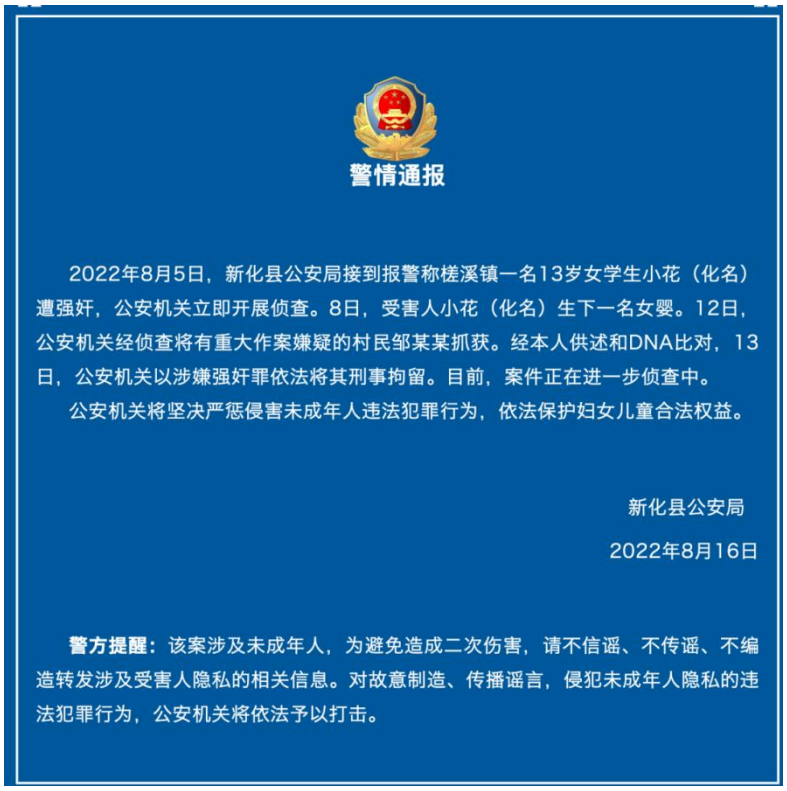
需要强调的是，贩卖亲生子女同样构成拐卖儿童罪。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》的通知规定：以非法获利为目的，出卖亲生子女的，应当以拐卖妇女、儿童罪论处。不论出于何种原因实施非法获利的拐卖犯罪行为，不论拐卖者与被拐者是何种关系，无论被拐者年龄、性别、身份等，拐卖均是严重的犯罪， 等待他们的必将是法律的严惩 ！

孩子是无辜的，希望孩子的亲属及相关部门，能够妥善安置孩子的未来生活，通过关爱与呵护，减轻幼小心灵的创伤，保护未成年人安全健康成长。

湖南 13 岁女孩生下女婴，警方通报：涉案村民被刑拘子女教育

2022-08-16 法治日报
https://mp.weixin.qq.com/s/KwOnlMKDO-wyYaw8xjzykA

8 月 16 日，据湖南新化县公安局通报：2022 年 8 月 5 日，新化县公安局接到报警称槎溪镇一名 13 岁女学生小花（化名）遭强奸，公安机关立即开展侦查。8 日，受害人小花（化名）生下一名女婴。12 日，公安机关经侦查将有重大作案嫌疑的村民邹某某抓获。经本人供述和 DNA 比对，13 日，公安机关以涉嫌强奸罪依法将其刑事拘留。目前，案件正在进一步侦查中。



警情通报

2022年8月5日，新化县公安局接到报警称槎溪镇一名13岁女学生小花（化名）遭强奸，公安机关立即开展侦查。8日，受害人小花（化名）生下一名女婴。12日，公安机关经侦查将有重大作案嫌疑的村民邹某某抓获。经本人供述和DNA比对，13日，公安机关以涉嫌强奸罪依法将其刑事拘留。目前，案件正在进一步侦查中。

公安机关将坚决严惩侵害未成年人违法犯罪行为，依法保护妇女儿童合法权益。

新化县公安局

2022年8月16日

警方提醒：该案涉及未成年人，为避免造成二次伤害，请不信谣、不传谣、不编造转发涉及受害人隐私的相关信息。对故意制造、传播谣言，侵犯未成年人隐私的违法犯罪行为，公安机关将依法予以打击。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之三丨能动履职，未成年人检察公益诉讼迎来新动力

2022-08-18 原创 张纯 民主与法制周刊
https://mp.weixin.qq.com/s/fkYY9BJdjm_W6SoQVsKfOQ

未成年人的健康成长，关乎千万家庭幸福安宁，关乎社会和谐稳定。

今年 6 月，正值新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法施行一周年，“两法”修订后，赋予了检察机关在未成年人保护方面更重的责任。检察机关既要承担司法保护的重要职责，又要通过检察履职最大限度推动家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落地见效。

为了让社会公众更加全面、直观了解，助力、积极参与，支持、监督未成年人检察工作，最高人民检察院于 6 月发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》（以下简称《白皮书》）。据悉，这是最高检第三次发布未成年人检察工作白皮书。与以往不同，今年的白皮书首次对涉未成年人“四大检察”业务数据进行深度分析研判。

《白皮书》系统盘点分析了过去一个年度的数据与经验，从检察履职的视角，总结了过去一个年度未成年人保护工作的成绩与不足，并从司法保护切入指明了过去一个年度六大保护的发力点，是六大保护未来进一步凝心聚力的“风向标”。

本期，让我们走进未成年人保护的检察工作，领略护佑“少年的你”的检察之力。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之三

能动履职，未成年人检察公益诉讼迎来新动力

本社记者 张纯

作为未检工作者，他们保护未成年人的脚步从未停歇；如何更好保护未成年人的利益，他们也从未停止过思考。

这些都体现在他们办理的案件中。比如：

在山东省菏泽市成武县人民检察院督促消除道路安全隐患行政公益诉讼案中，他们共同守护未成年人平安求学路；

在江苏省宿迁市宿城区人民检察院对 Z 电竞酒店提起民事公益诉讼案中，他们共促电竞酒店新业态监管治理；

在北京市检察机关督促爱国主义教育基地对未成年人免费开放公益诉讼案中，他们让未成年人普惠政策落实落地；

……

在办理个案的同时，他们更加关注未成年人的整体权益问题，通过公益诉讼等多种方式，让更多的未成年人获得保护。

那么，未检工作者究竟是如何手持公益诉讼制度的“利剑”，维护未成年人合法权益的？围绕发生在 10 岁的“芳芳”身上的案件，我们揭晓答案。

图片

延伸履职，深挖“隔空猥亵”背后的未成年人保护漏洞

2019 年 5 月 26 日，对普通人来说是平常的日子，而对芳芳（化名）妈妈李女士来说，却是噩梦般的一天。事情过去三年多了，但每每回忆起来，她仍然心有余悸。

“我女儿上了一个陌生男子的车，快帮我把她找回来……”彼时，浙江省杭州市 110 接警中心的电话话筒里，传来了李女士略带哭腔的声音。

经了解，当天，上小学四年级的芳芳说要去同学家玩，上了一辆自称是同学家长的车。事后，李女士经核实发现，接走芳芳的陌生男子，并非“同学家长”。

“芳芳处于失联状态，情况很紧急。初步判断这极有可能是一起刑事案件，我们随即展开调查。”办案民警叶军介绍。通过分析研判后，警方迅速锁定了犯罪嫌疑人车辆，最终成功拦截了那辆汽车。

看着芳芳安然无恙地回来，大家悬着的心才放下来。经讯问得知，犯罪嫌疑人徐某今年 31 岁，与芳芳是通过某社交软件认识的网友，网聊已将近半年。那天是他们第一次线下见面。

“一个 30 多岁的男人和一个刚满 10 岁的小女孩儿保持长期联络，我们认定这反常举动的背后，目的肯定不单纯。”杭州市余杭区人民检察院第二检察部主任吴文迪介绍说。

果然，在接下来的讯问过程中，徐某的交代让办案人员倒吸一口凉气。徐某经常在网络上浏览含有儿童色情的内容，在逐步获取芳芳的信任后，诱骗对方为其多次拍摄裸照和视频。

“这次带芳芳出门，是骗她去‘童模基地’拍摄。万幸的是，芳芳的母亲及时报案，否则后果不堪设想。”办案民警说。

从芳芳事件中，我们不难看出，移动互联网高速发展的今天，过早“触网”的未成年人，因其年龄小、阅历浅、自我保护意识较弱，往往面临更多的网络风险。

《2019 年全国未成年人互联网使用情况研究报告》显示，46%的未成年网民在上网过程中，曾遭遇过各类不良信息。这其中，各类未成年人网络问题，如沉迷网游、巨额打赏、网络欺凌、遭遇“大灰狼”侵害等持续引发社会关注。未成年人信息的安全问题已成为当今社会无法回避的治理难点，相关网络安全问题日益成为未成年人权益保护的新课题。

2022 年 3 月 7 日，最高人民检察院召开新闻发布会，首次发布以“未成年人保护检察公益诉讼”为主题的指导性案例。

会上，针对未成年人沉迷网络、受到不良信息侵蚀甚至遭受侵害等涉及未成年人公共利益的普遍性问题，最高检第九检察厅副厅长陈晓指出：“检察机关以办理典型个案作为突破口，通过公益诉讼、检察建议等多种形式，推动网络平台、社会、政府等多方协同、齐抓共管，促进相关问题解决。”

“芳芳案件”便是其中的典型案例之一。

在审查这起刑事案件时，承办检察官没有简单的就案办案，而是从这起刑事案件中，敏锐地捕捉到可能涉及侵犯未成年人公共利益的其他线索……

通过对案件的深入办理，检察官发现芳芳并非唯一一个被徐某“隔空猥亵”的女孩儿。在勘查徐某手机时，里面还充斥着一些其他省份和地区未成年女孩儿的裸照和视频。

经过分析，检察官发现这些被侵害的孩子有个共同之处：在家长不知情的情况下，在某短视频 App 注册并上传个人视频。

此外，检察官注意到，该 App 未对儿童账号采取区分管理措施，默认用户点击“关注”后即可与儿童账号私信联系，并能获取其地理位置、面部特征等个人信息。

“犯罪嫌疑人徐某正是利用了软件的推送、私信等功能，逐步骗取孩子们的信任，最终一步步对她们‘隔空侵害’。”办案检察官说。

作为影响力颇大的某短视频 App，该平台未成年的用户量不在少数。该公司的数据显示，2020 年，14 岁以下平台实名注册用户数量约为 7.8 万，14 岁至 18 岁实名注册用户数量约为 62 万，18 岁以下未实名注册未成年人用户数量以头像、简介、背景等基础维度模型测算约为 1000 余万，数量巨大，十分惊人。

“这个案件反映的问题不单单是一个孩子，而是不特定的儿童群体，面临着同样受侵害的风险。”杭州市人民检察院第七检察部副主任徐萍介绍，因此，检察机关决定启动公益诉讼的程序，以司法机关的强力介入，推动实现对未成年人权益保护的最大化。

检察一体，释放法律监督整体效能破解公益诉讼难题

2020 年 7 月初，余杭区检察院未检部门开始着手取证，查找这个短视频软件究竟哪里存在问题，又是如何侵犯儿童的个人信息等网络权益的。

记者在采访中了解到，这起案件的办理难度不可小觑。要知道，此前，我国司法实践中尚无针对儿童个人信息保护提出公益诉讼的先例。

此外，考虑到涉案企业影响力大、牵涉面广，余杭区检察院决定在公益诉讼的实体和程序方面，寻求上级检察院的指导。

“作为重大敏感案件，余杭区检察院迅速层报最高检。在最高检直接指导下，浙江省检察院成立了由省、市、区三级检察机关未检干警组成的专案组负责此案。”在最高检举办的新闻发布会上，浙江省人民检察院第九检察部负责人蔡永成介绍说，此案综合运用了“检察一体化”的优势，依托检察一体、上下联动，最大限度释放法律监督整体效能。

“由于案件涉及网络平台，取证方式和策略较以往案件均有不同，我们有针对性地采用‘区块链’取证技术，有力夯实了证据。”据吴文迪检察官介绍，梳理案件存在的问题，涉及互联网企业和计算机算法专业知识时，浙江省检察院、杭州市检察院组织法律专家、业内人士等，对案件进行充分论证，吸纳各方意见。

经调查论证，专案组认为，该 App 在运营过程中，未以显著、清晰的方式，告知并征得儿童监护人有效、明示同意，便允许儿童注册账户，擅自收集、存储儿童个人信息，且向具有相关浏览喜好的用户直接推送含有儿童个人信息的短视频。此外，也未采取技术手段，对儿童信息进行专门保护。

在解决涉互联网案件取证难的问题后，紧接着，办案组又迎来一大挑战——“管辖问题”。原来，网络运营企业往往存在注册管理地和侵权行为地不一致的情况。本案中，北京、浙江等地相关检察机关均具有管辖权。

“余杭区为本案发生地，杭州市为杭州互联网法院所在地。考虑到调查取证、诉讼便利等因素，经浙江省检察机关层报最高人民检察院指定管辖，由余杭区检察院对该线索以民事公益诉讼案件立案。”办案检察官介绍，2020 年 12 月 2 日，余杭区检察院向杭州互联网法院提起民事公益诉讼。

办理此案时，一方面，检察机关对网络运营者提起民事公益诉讼；另一方面，严格履行行政公益诉讼诉前程序，对相关行政主管机关履职情况进行跟踪监督。

“考虑到行政监管的便利，最高检将针对互联网企业监管有待加强的行政公益诉讼线索指定给了北京市检察院。”吴文迪检察官介绍，“在检察机关和行政主管部门的共同配合下，涉案企业主动多次联系检察机关，表达积极整改并希望调解结案的意愿。”

诉讼期间，检察机关对所运营 App 中儿童用户注册环节，儿童个人信息收集环节，儿童个人信息储存、使用和共享环节以及儿童网络安全主动性保护领域等四大方面，细化出 34 项整改措施，并明确了落实整改措施的具体时间表。双方依法达成和解协议。

通过此次诉讼，该公司整改完善的相关一系列技术规则有：制定单独的《儿童个人信息保护规则》和《用户协议》、开发儿童用户实名认证流程、增加 14 岁以下用户实名认证一致性校验环节、对平台内高疑似度未成年用户实施主动保护、建立专门的儿童信息保护池、创建涉未成年人内容推送的独立算法等。

“这些技术的创新和应用，对于其他互联网企业也具有较好的示范和指导作用，这对落实法律法规对未成年人特别是儿童个人信息保护的要求具有重要意义。同时，也有助于促进互联网行业源头治理并形成长效机制。”办案检察官说。

与此同时，在行政公益诉讼案件办理中，北京市检察院经向北京市互联网信息办公室提出依法履行监管职责检察建议。

根据检察机关工作建议，北京市网信办制定了《关于开展未成年人信息安全保护专项整治的工作方案》，对属地重点直播和短视频平台逐一梳理，压实网站主体责任，并将此次专项整治工作与未成年人网络环境治理等专项工作有效衔接，形成保障未成年人用网安全管理合力。

2021 年 3 月 11 日，这起由“芳芳案件”引发的民事公益诉讼案，经杭州互联网法院出具调解书后结案。

“对症下药”，以能动履职促进未成年人检察综合保护

此案是民法典实施及未成年人保护法修订后，检察机关针对“未成年人网络保护”提起的民事公益诉讼的全国第一案。

“这起案件对于推动未成年人检察公益诉讼的发展，具有重要的里程碑式的意义。”中国政法大学诉讼法学研究院教授、检察基础理论研究基地执行主任王贞会在接受本社记者采访时提出，该案也为民法典和修订后的未成年人保护法的实施及强化未成年人网络保护，打下了良好的基础。

图片

“未成年人的公共利益不仅表现在‘线下’，也体现在线上。这个案件的办理也告诉公众，对于虚拟空间中侵害未成年人合法权益的行为，同样是未检公益诉讼提起的对象。”王贞会教授谈到，检察机关通过个案发生的背景、原因，在能动履职中“对症下药”，促进防范侵害未成年人案件的发生，实现治罪与治理并重。

与此同时，王贞会教授告诉记者，在对网络运营者提起的民事公益诉讼中，使其承担违法行为的民事责任，也为企业合规发展敲响了“警钟”。一方面，以公益诉讼方式向企业和市场传达何种行为合法、何种行为违法的信号，有利于弥补行业监管不足，推动互联网公司规范运营；另一方面，互联网企业规范个人信息的处理，促使个人信息保护技术不断创新进步。“在网络社会条件下，作为一种主动型的新型司法机制，公益诉讼同样可以通过监督行政机关履行职责，推动未成年人网络环境的改善。此案通过衔接民事公益诉讼与行政公益诉讼诉前程序，督促行政主管部门依法充分履行监管职责，从而推动对众多未成年人的合法权益更为有效、全面的维护。”王贞会教授说。

在王贞会教授看来，检察机关对未成年人的保护是综合的、全面的。在综合保护方面，检察机关统筹运用“四大检察”职能，充分发挥未成年人检察工作优势，在办理涉未成年人刑事案件过程中对未成年人公共利益、民事、行政权益一体化保护。2021 年，综合保护未成年人案件数量和质效率均有所提升。

“全面性”体现在办案范围上。“对于那些通过提起公益诉讼，能够更好保护未成年人合法权益、更好促进未成年人健康成长、更好营造有利于未成年人的社会环境的案件，就可以提起公益诉讼。”王贞会教授进一步解释道，“当然，不能简单地以普通检察公益诉讼中对公共利益的识别标准来判断未成年人案件涉及的公共利益，未成年人案件是否涉及公共利益，要从‘最有利于未成年人’这一根本原则出发来综合分析判断。”

同时，王贞会教授谈到，该案也反映出未成年人检察公益诉讼具有穿透性、能动性的特点，具体体现在线索发现、调查取证、综合治理等诸多方面。“在办理个案过程中，检察官敏锐地发现可能的公益诉讼线索，充分发挥检察一体机制优势和利用新技术手段，开展有效的调查取证，通过公益诉讼督促网络企业关注未成年人等各类特殊群体权益保护，完善合规建设、推动科技向善，建立健全行业自律规范，这都为检察机关办理未成年人保护公益诉讼案件提供了经验。”王贞会教授说。值得一提的是，2021 年，未成年人检察公益诉讼迎来了新的阶段。新修订的未成年人保护法正式实施，意味着未检公益诉讼从探索提升到了立法层面的确认，标志着未成年人检察公益诉讼步入了“新征程”。

在此背景下，未成年人检察公益诉讼也迎来了新发展。《白皮书》显示，2021 年，全国检察机关未成年人保护公益诉讼立案 6633 件，是 2020 年的 4.2 倍，是 2018、2019 两年总和的 3.3 倍。其中，食品药品安全等传统领域的公益诉讼案件 1957 件，向未成年人销售烟酒、点播影院等新类型的公益诉讼案件 4676 件。未成年检察公益诉讼在办案领域和办案类型方面，均有着较大幅度突破和拓展。

“近年来，随着我国未成年人司法保护工作和检察制度改革的全面深化，我国未成年人保护检察公益诉讼制度不断完善，在实践中取得了积极明显的个案办理效果和社会综合治理成效。”王贞会教授指出，未成年人保护检察公益诉讼制度在实践中取得了良好效果。

与此同时，作为肇始于司法实践且运行时间不久的一项特色检察制度，王贞会教授提出，未成年人保护检察公益诉讼在实践运行中，也逐渐暴露出一些短板和不足。

线索来源有限、案件发现较难，对于这一在未成年人保护公益诉讼中尤为突出的问题，王贞会教授提出，检察机关应当积极发挥履职能动性，完善线索发现报告渠道，采取多种方式方法，动员社会各方面力量，不断拓宽未成年人公益诉讼案件线索来源。

具体来说，可以加强检校合作，通过“法治副校长”“送法进校园”“法治夏令营”等方式，发现校园安全隐患或校园周边管理问题相关线索。此外，王贞会教授谈到，还应推动社会支持体系建设，建立由人大代表、政协委员、学校教师、公益爱心人士等与未成年人密切接触或信息渠道畅通的人员组成的公益诉讼观察员队伍，扩大公益诉讼案件线索的来源。

“检察机关还可以借助信息化手段或建立专门的未成年人公益诉讼案件线索收集平台，方便人民群众向检察机关报告有关案件线索。”王贞会教授说。

在采访中，王贞会教授指出，未成年人保护检察公益诉讼在实践中，还存在法律标准不明导致受案范围分歧、缺乏有效保障导致调查核实困难、检察建议精准不够导致治理效果不明显等问题。

“这就需要立足于实践进行深入研究并提出切实可行的对策方案，从而促进未成年人保护检察公益诉讼制度的规范化发展。”王贞会教授提出，具体方案包括：应当坚持最有利于未成年人、公益保护和必要适度等原则，完善调查核实中与有关机关和单位的沟通协作及监督制裁机制；提高检察建议的精准化程度，实现检察建议保护未成年人合法权益和维护公共利益的“点面效应”；优化未成年人保护检察公益诉讼运行机制，推动未成年人检察工作高质量发展。

有目共睹的是，近年来，未成年人保护检察公益诉讼快速发展，在保护未成年人权利、服务社会治理和满足人民群众需求等方面，取得了积极进展和很大成效。作为“儿童权利监察官”，检察人不断将未成年人保护工作做得更“实”、管得更“宽”、抓得更细、看得更远，通过依法能动履职的积极探索，全力守护未成年人健康成长。

作为检察机关一项新兴业务，相较于公益诉讼整体、全局的迅猛发展，未成年人公益诉讼的实践探索充满机遇与挑战。如今，从“责任担当”到“法定之责”，如何在未成年人保护事业的实践发展中，发挥出更大的作用，我们拭目以待！

夫妻分居“抢”闺女，真的是爱她吗？

2022-08-21　中国妇女报
https://mp.weixin.qq.com/s/6_mzuBPj8Qj2Z25pTq1Wkw

小勇和小洁夫妇因家庭琐事产生纠纷，双方互不让步开始分居，两人的婚生女随女方一起生活。小勇及其母亲来看望孩子时，从小洁母亲手中将尚在母乳喂养期的孩子抱走带回老家抚养，并以各种理由始终未让小洁探望孩子。

小洁随后提起离婚诉讼，诉讼期间双方亲属还因孩子的抚养问题发生冲突。在双方婚姻关系存续期间，小洁以监护权纠纷诉至法院，请求判令小勇及其母亲将孩子送回，并由小洁依法继续行使对孩子的监护权。

近日，河北省保定市中级人民法院对该案作出二审判决，判决被上诉人小勇及其母亲在指定期限内将上诉人小洁与被上诉人小勇的婚生女送交小洁，由小洁直接抚养；同时，为保障小勇的合法权益，判决中也详细明确了小勇的探望权。

据悉，保定中院参照民法典相关处理原则，并依据新修订的未成年人保护法对婚内监护权的行使等规定作出判决，在国内尚属首例。

夫妻反目男方带走孩子藏匿

小洁与小勇经交往于 2019 年登记结婚，婚后在保定市居住工作，婚后一年小洁生育一女。孩子的降临让这对夫妻感到喜悦，照顾孩子却让他们措手不及。于是，小勇请母亲前来共同居住帮忙照顾孩子。

然而，在共同生活中，因为没有妥善解决生活琐事，造成夫妻之间、婆媳之间矛盾不断升级。孩子 5 个月时，小勇母亲私自将其带回农村老家，在小洁强烈要求下，第二天小勇母亲将孩子送回。小洁与小勇在家庭矛盾中互不让步，两人开始分居，之后协议离婚未果，孩子一直跟随小洁生活。

几个月后，小勇及其母亲从老家到保定看望孩子时，以带孩子买东西为由，从小洁母亲手中将尚在哺乳期内的孩子抱走带回老家，自此孩子由小勇及其母亲抚养。此后，小勇出于各种原因始终未让小洁探望孩子，双方亲属还因孩子的抚养问题发生过冲突并报警。

随后，小洁提起离婚诉讼。同时，为了要回孩子的监护权，小洁以监护权纠纷诉至法院，诉请小勇及其母亲将孩子送回，并由自己依法继续行使对孩子的监护权。因不服法院一审判决，小洁向保定中院提起上诉。

抢走幼龄儿侵害平等监护权

庭审中，双方当事人对小洁依法享有婚生女的监护权不持异议，双方争议的焦点集中于两个问题，即小勇接走孩子的行为是否正当、孩子由谁来抚养监护？

首先，关于小勇接走婚生女行为的正当性问题，保定中院审理认为：从未成年人保护的角度看，小勇及其母亲擅自将尚在母乳喂养期的婚生女接走并拒绝将孩子送回母亲身边，直接导致孩子被迫中断母乳，母女不得相见。小勇及其母亲的行为并未从保护未成年人身心健康发展的角度考虑，而是出于对自己情感需求的满足，以爱之名剥夺了孩子享有母爱的权利。

从妇女权益保障的角度看，小洁与小勇作为婚生女的父母，对孩子的关爱毋庸置疑，同样享有法律规定的监护权，且父母双方的监护权平等，即使是在婚姻关系存续期间，一方行使监护权时亦不应当侵害、阻止另一方行使权利。小勇未经夫妻双方协商一致擅自将婚生女带走藏匿，此后对小洁探望孩子的要求一直持消极态度，致使小洁长期不能探望孩子，其行为不仅对未成年子女的身心健康造成损害，也是对小洁平等监护权的不当侵害。小勇及其母亲的行为违反了“最有利于未成年人”、保障妇女权益以及平等行使监护权的原则，二审法院对被上诉人的行为给予否定性评价。

其次，关于对婚生女由谁抚养监护的处理依据，保定中院审理认为，确定婚生女抚养权的法定基本原则是“最有利于未成年人”。

本案中，从案件事实看，孩子自出生起一直由小洁母乳喂养，在双方当事人因感情纠纷分居期间亦随母生活，至今未满两周岁，对于低幼龄未成年人而言，母爱不可替代，更不应被人为剥夺。从法律原则分析，无论是未成年人保护法还是民法典，均将有利于未成年人身心健康成长作为处理原则。

现行法律和司法解释对于婚内监护权的行使虽无明确具体规定，但考虑双方当事人正在离婚纠纷期间且处于矛盾较易激化的分居状态，为最大程度保护未成年子女的利益，参照民法典第一千零八十四条“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则”的处理原则，本案中对于婚姻关系存续期间夫妻双

方分居后子女抚养争议亦采取该原则作为处理依据。据此，小洁和小勇的孩子未满两周岁，以暂由母亲直接抚养为宜。

最终，保定中院依法判决小勇及其母亲在指定期限内将小洁与小勇的婚生女送交小洁，由小洁直接抚养；同时，为保障小勇的合法权益，也对小勇探望权的行使作出了详细具体的明确。

遵循最有利于未成年人原则

孩子是祖国的希望，未成年人的健康成长关系到整个社会的和谐稳定和长远发展。2021 年 6 月 1 日起施行的新修订的未成年人保护法，其中确立了“最有利于未成年人”原则，人民法院在审理涉未成年人的婚姻家庭类案件时，应以未成年人的利益保护为首要原则。

保定中院从最大程度保护未成年人利益原则出发，确定对未成年人监护权的行使，同时对目前婚姻家庭纠纷中较为常见的“抢孩子”现象给予否定评价，对于引导夫妻双方从未成年人利益保护的角度考虑、合法合理正确行使监护权具有正向作用。

民法典第三十五条规定，监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。未成年人保护法确定的“最有利于未成年人”原则与之一致，父母作为未成年人的监护人，在行使监护权时应当把保护孩子利益作为行动的出发点。

该案二审主审法官表示，妇女儿童作为社会特殊群体，法律对其给予倾向性保护。本案的判决结果同时保护了未成年人利益和妇女合法权益的实现。

“父母之爱子，则为之计深远。夫妻双方要珍视婚姻、珍重感情，努力给自己和孩子完整幸福的家庭。即便双方身陷家庭矛盾的焦头烂额之中，也还是要以未成年人的利益为重，把孩子的身心健康放在首位作出选择。”该案二审主审法官说。

（文中当事人均为化名）

“外孙女的生活有着落了”

2022-08-17　检察日报

https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220817/20220817_005/content_20220817_005_2.htm#page4?operate=true

身为残疾女儿的亲生父亲及法定监护人，陆某不仅没有好好地保护女儿小陆，还多次对小陆实施伤害，结果受到法律的严惩。此外，经河南省唐河县检察院依法支持小陆的外婆赵某起诉，法院近日作出判决，撤销陆某对小陆的监护权，变更小陆的法定监护人为赵某。

20 岁的小陆患有中度精神发育迟滞，缺乏生活自理能力。母亲去世后，小陆与父亲陆某共同生活。2021 年 5 月至 8 月间，陆某多次对小陆实施伤害。案发后，陆某被依法判处有期徒刑七年。

陆某虽然受到了法律的惩罚，但小陆以后的生活怎么办？作为小陆的监护人，小陆的外婆赵某决定向法院申请撤销陆某的监护人资格，变更自己作为小陆的监护人，并于今年 5 月 24 日，向唐河县检察院申请支持起诉。

受理了赵某的申请后，唐河县检察院办案检察官审查认为，作为残疾女儿小陆的法定监护人，陆某不仅未尽到监护职责，还对小陆实施伤害，在构成刑事犯罪的同时，也严重侵害了小陆的身心健康和合法权益，且其刑满释放后仍有再次伤害小陆的潜在危险，已不再适合继续担任小陆的法定监护人。赵某系小陆

的外婆，年事已高，诉讼能力偏弱，但其诉讼请求符合法律规定，也合情合理。于是，该院决定依法支持赵某起诉，并积极帮助赵某为诉讼做准备。

在检察机关的支持和帮助下，5 月 27 日，赵某向唐河县法院提起撤销陆某监护人资格、指定自己作为小陆法定监护人的民事诉讼。6 月 6 日，唐河县检察院向该县法院提出支持起诉意见书，支持赵某起诉。

经审查，法院采纳了检察机关的支持起诉意见，认为陆某已不适合担任小陆的监护人，赵某提出的请求合理合法，遂作出上述判决。与此同时，唐河县检察院针对支持起诉过程中了解到的赵某生活困难等情况，同步启动了国家司法救助程序。

8 月 2 日，当检察官将 4 万元司法救助金发放给小陆的监护人赵某时，赵某激动地说：“外孙女的生活有着落了！”

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失赔偿纠纷案。

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。

经过教育指导，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。

四、媒体视点

彝族小城退了 733 对“娃娃亲”，更难退的是彩礼

2022-07-03 原创 汪徐秋林 南方周末
https://mp.weixin.qq.com/s/h1bTQxt6q1GqDS9JPE1Lfw

小共对“妻子”没多少印象，手机里也没有她的照片。即便举行了结婚仪式，3 年来两人也从未真正生活在一起。“如果允许，我也想退。”

解除“娃娃亲”，需要有当时的媒人或村上的人充当见证人，但被订亲的孩子不用来。“本来就是家长组织的，不是孩子的自由恋爱。”

6 月 27 日，乐安镇集体解除了 235 对“娃娃亲”，统一返回礼金 316.2 万元。但小共的父亲还在等女方将婚约金退回来，“一下拿出好几万也比较困难吧”。

本文首发于南方周末 未经授权 不得转载

文丨南方周末记者 汪徐秋林
南方周末实习生 曹境 罗雅妮
责任编辑丨谭畅。

一项古老的婚俗，随着当地政府移风易俗的新闻，进入公众视野：截至 2022 年 6 月 27 日，四川省凉山彝族自治州布拖县自愿解除“娃娃亲”733 对。

“娃娃亲”是传统彝族婚俗中较为常见的订亲方式，但作为一种陈规陋习，2022 年 5 月 1 日，《凉山彝族自治州移风易俗条例》正式施行，条例规定，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。

实际上，凉山早在上个世纪 60 年代至 80 年代，就进行过三次婚姻改革，意在破除旧婚姻制度遗留的婚姻形式，解除包办婚姻、“娃娃亲”等，但有学者发现，在当地传统文化保留较完整的县域，传统的婚姻观念很快又回归。

“从今天起，布拖所有嫁女儿，所有儿子娶媳妇，人人生而平等，婚姻自由。”2022 年 6 月 17 日，在布拖县 1800 多名代表参加的移风易俗工作动员大会上，一位布拖县政府的代表这样说道。当地新闻称，动员大会以来，布拖县多个乡镇举办了多场解除“娃娃亲”婚约协调会，现场签订退婚协议、返还礼金。

除了解除“娃娃亲”，治理高价彩礼也是此次布拖县移风易俗的重要内容。《凉山日报》称，布拖“婚姻聘礼增速已远超民众可支配收入增速，陈规陋习严重降低了群众生活幸福指数”。

“全面向陈规陋习开战”，在 6 月 17 日的动员大会上，布拖县委书记罗古阿吉表示，要全力以赴整治高价彩礼、丧事大操大办、农村人居环境脏乱差。6 月 28 日，布拖县一位宣传部门工作人员向南方周末记者表示，此次移风易俗“要经得起历史的检验”。

图片截至 2022 年 6 月 27 日，布拖县自愿解除“娃娃亲”733 对。（视觉中国/图）

1

“不想结婚，但也不想父母为难”

在布拖，想要寻找订过“娃娃亲”的人并不难。无论是当地政府部门的工作人员还是普通居民，他们都告诉南方周末记者，自己身边多少都有订过“娃娃亲”的亲戚或朋友。

托觉镇上一位 20 岁、正在上高二的男青年小共说，自己就有一门“娃娃亲”，是约 10 年前家里长辈做主订的婚，3 年前双方还举行过结婚仪式。

小共已记不清自己订“娃娃亲”的具体时间了，只知道还小时家人就告诉他，已经为他找了个未婚妻，是姑姑家的女儿。“好像比我小几岁吧，家里的人说比我小五岁。”

小共告诉南方周末记者，二人举行婚礼那年，他正在上初二。尽管自己不想结婚，但因为“不想让父母为难”，且周围也有认识的同学朋友结“娃娃亲”，加上彝族婚姻“不能休表妹”的规矩，小共还是结了婚。

小共与表妹的这门“娃娃亲”，体现了彝族缔结婚姻的一项传统习俗——姑舅表优先婚。多位民族学者在研究中都提到，在姑舅表优先婚原则下，家里的女儿长大后要由姑姑舅舅优先挑选，等姑姑舅舅家不要后才可另选他人。为了避免没有经过姑姑舅舅家优先选择而被其他人娶走，经常会在儿女小的时候为他们订下“娃娃亲”。

“由于历史上受地理、交通、社会和经济条件的限制，彝区的通婚范围狭窄，一般都是在熟悉的圈子里通婚。由亲戚和熟人介绍，姑表舅亲等。”2017 年，西南民族大学彝学学院副研究员曲比阿果在一篇论文中这样分析。

但对当下年轻人而言，认同、接受“娃娃亲”非常困难。南方周末记者希望小共可以描述“妻子”的性格和样貌，他却说自己对她没多少印象，手机里也没有她的照片。“不像那种男女朋友交往，可以一步一步了解对方。”实际上，即便举行了结婚仪式，3 年来两人也从未真正生活在一起。他解释，由于双方都还在上学，女方只在每年彝年和火把节那两三天来自己家，到了晚上她就和小共的妹妹住在一起，二人平时也很少交流。“我对她有点怪怪的，说不上来喜欢，也说不上来不喜欢，见面时有些害羞，也比较尴尬。”

除了传统姑舅表亲订下的“娃娃亲”，朋友之间给孩子结“娃娃亲”在当地村民中也常见。乐安镇居民吉各子拉告诉南方周末记者，自己的表妹初三刚毕业，约 12 年前，身为户主的姑父就给表妹与另一位同龄男孩订了“娃娃亲”。他解释，“户主”是一个家庭中“可以做决定的那个人，大多数为男性，也有女性”，两个家庭结成“娃娃亲”后，两方孩子不会马上生活在一起，但十几年来，两家早就成了“大事小事都捆绑在一起”的亲戚，“我三姑去世的时候，对方给了几头牛还有一些钱，表妹她爷爷奶奶去世的时候，他们也分别给了一头牛”。

2

20 万元彩礼，1.1 万元年收入

吉各子拉曾以为，如今表妹十五六岁、初中毕业，差不多到了可以举行婚礼的年纪。但 5 月 1 日《凉山彝族自治州移风易俗条例》正式施行以来，村干部到家家户户做动员，要村民解除“娃娃亲”。

他和表妹的父母担心，如果退婚，男方会不会向他们索要很多钱，两家的关系会不会崩掉。“我们这边的习俗是女方家退亲要拿出比彩礼更多的钱，当初给了两千定金，现在没成婚，解除娃娃亲，十几年来对方的付出都要算上，担心退还的钱会比较多。”

南方周末记者采访发现，当地缔结“娃娃亲”时，男方家长给女方家长的婚约金（定金）从数千元到数万元不等。布拖县一位名为普日的公务员向南方周末记者解释这一习俗，“（男方）不给（婚约金）就只算是口头约定，可以不履行，但是给了（女方）就一定要履行。”

婚礼中，男方还给予女方家庭聘金，也就是“身价钱”，它的金额由男女双方家庭在订亲时议定，举行婚礼时，男方将“身价钱”补齐。普日说，由于订亲时孩子年纪还小，长大后“身价钱”的标准也会发生变化，成婚时男方可能还会在原有的基础上多出一些。

彝族“身价钱”这一习俗由来已久，且金额在过去 20 年增长明显。布拖县民宗局提供给南开大学社会学系博士研究生冯琳的数据显示，进入 21 世纪，当地“身价钱”增长幅度和速度明显，从 2000 年的 8000 至 15000 元迅速上涨至 2010 年的 7 万至 20 万元。冯琳发现，2005 年到 2015 间，布拖县城镇平均“身价钱”由 3.5 万元左右上涨至 24 万左右，上涨幅度近 7 倍。2018 年，她在布拖县调研时发现，当地“身价钱”数额平均已达 25 至 40 万元间。

结婚前后，小共一共给了女方近 20 万元的定金和“身价钱”。他记得，这些钱是分开给的，“定亲时给了几万块，后来又给了几万块，直到三年前结婚时，家里还欠着女方家几万块”。

小共还有 5 个弟弟妹妹，他介绍，自己的年纪最长，大弟弟前些年订了“娃娃亲”，给了女方几万元，但还没有举行仪式；17 岁的大妹妹现在没有订亲，因为“家里人想让她好好学习，不想让她这么早嫁人”。对小共父母而言，这些年兄弟俩的聘金已让做农活的他们不堪重负。

“支付超过 20 万元以上彩礼的群众占比高达 79%，而布拖县农村居民人均年可支配收入仅 1.1 万元。”2022 年 6 月 17 日，布拖县委书记罗古阿吉曾公布上述数据。

“孩子小时候没有结婚的概念，父母两家觉得关系好就一手操办婚姻，孩子长大后如果看不上对方，或走不到一起了，又要怎么办呢？”普日并不赞同老一辈观念中可以“亲上加亲”的“娃娃亲”，她说自己的同学订过“娃娃亲”，在约 9 年前完婚，但这段婚姻很快随着双方不睦而结束。她的母亲小时候也订过“娃娃亲”，“长大了嫁过去后她一直看不上那家人，也闹掰了，那之后我妈妈就坚决不给我们兄妹订娃娃亲了”。

“我自己当然抗拒这样的规矩，我也想继续读书、考上大学。听说周围有人不乐意，最后他们都还是听了父母的话。”小共说。

图片布拖县多个乡镇举办了解除“娃娃亲”婚约协调会，现场签订退婚协议、返还礼金。（“布拖发布”微信公众号/图）

3

解除婚约时，孩子不用来

无论是订了“娃娃亲”的小共，还是没订“娃娃亲”的普日，他们都说，自己更向往自由恋爱。移风易俗前，布拖当地的“身价钱”很高，女方如果要退亲或离婚是件很困难的事，因为这既面临两家人关系恶化的风险，也要对高额彩礼退还并赔偿。

根据《布拖县关于治理高价彩礼的意见》，当地对已订的“娃娃亲”要 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。

一些乡镇在动员大会中组织一批村民当场签约、解除“娃娃亲”，一些村民会在现场直接将此前的婚约金返还给对方。但还有更多村民的婚约需要村干部上门说服、解除。

6 月 27 日，小共父亲去乡里按手印，解除了弟弟的“娃娃亲”。此前，各村的村干部已上门了解村民家中情况，掌握了乡邻结“娃娃亲”的数量。“我们村约有 500 户人家，大概订了 20 多对娃娃亲。”吉各子拉从一位村干部口中知道了自己所在村的基本情况。

多位受访者表示，过去一段时间，县里几乎每位成年人都要签署三份有关彩礼、丧事、居住环境移风易俗的承诺书。村里还要开动员大会，每个村的村委会主任和村民小组组长都要用彝语向村民解释政策，做思想工作。“一次不行就两次，两次不行就多次。”普日提到。

一位乐安镇政府的工作人员告诉南方周末记者，双方解除“娃娃亲”要父母带上自己和孩子的身份证、户口簿，前往镇政府大厅签署协议。此外，还需要有当时的媒人或村上的人一起过来充当见证人。这位工作人员表示，被订了“娃娃亲”的孩子不用来，“本来就是家长组织的，不是孩子的自由恋爱，（解除）娃娃亲针对的就是未成年人”。

此外，定金或“身价钱”也要带到现场，在镇政府工作人员的见证下，由女方返还给男方。礼金一般是当天或在一两天之内还给对方，当初给了多少就还多少，“没有利息”。最终双方家长对协议书进行签字、按手印后，“娃娃亲”就算正式解除了。

6 月 27 日，乐安镇集体解除了 235 对“娃娃亲”，统一返回礼金 316.2 万元。但小共的父亲还在等女方将弟弟的婚约金退回来，“一下拿出好几万也比较困难吧”，小共猜想。吉各子拉也说，目前表妹家也还没给男方退礼金，因为加上牛钱，要退的金额比较多。

布拖县一位乡镇领导干部向南方周末记者解释，婚约解除后，村组干部还要继续监督，防止产生新的“娃娃亲”。“过去村民想什么时候结婚，随时都能结，以后他们都要去民政局领结婚证，（法律）同意他们才能结婚。”

小共也在期待一个答案。他发现，目前乡里解除的“娃娃亲”都是还没办婚礼的，“如果允许，我也想看我们在一起合不合适，如果不合适，我也想退”。

全市首个涉案未成年人家庭教育指导中心在甘井子区成立

2022-07-04　大连市中级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/0jpYELSVnPl01blW6EUgCw

为深入贯彻习近平总书记关于未成年人保护和注重家庭家教家风建设的重要论述精神，积极贯彻落实《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》和《家庭教育促进法》等法律法规，实现家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护、司法保护等“六大保护”的深度融合、协同发展，2022 年 6 月初，市群团组织综合服务中心社会组织工作部与甘井子区法院、甘井子区检察院、甘井子区妇联、甘井子区关工委、甘井子区青教办共同签署了《关于建立涉案未成年人家庭教育指导中心的合作备忘录》。6 月 29 日，“涉案未成年人家庭教育指导中心”在甘井子区正式揭牌成立，各成员单位、部门相关领导及负责人出席了揭牌仪式。

甘井子区涉案未成年人家庭教育指导中心主要负责对涉案未成年子女的父母或其他监护人提供家庭教育指导，通过作出家庭教育令，下达家庭教育通知书，进行一对一家庭教育指导，制作家庭教育宣讲课程等形式开展指导工作。中心设立的宗旨就是要通过家庭教育指导、心理疏导等方式帮助涉案未成年人度过艰难的时光，形成健全的人格，预防和减少未成年人违法犯罪，抚平受害未成年人的心理创伤，帮助已经受过各类处罚、迷途知返的未成年人回归社会。

揭牌仪式后，与会人员参加了座谈。各成员单位、部门纷纷表示，将不遗余力的做好工作协同，在中心的人员配置、工作流程、效果评价及反馈等具体工作运行中，不断协商和完善，让每一个涉案未成年人都感受到来自政府和社会各界的温暖。

下一步，市群团组织综合服务中心社会组织工作部将充分发挥新时代大连智慧 12355 青少年综合服务平台技术、资源优势，以甘井子区涉案未成年人家庭教育指导中心为示范带动，服务好我市涉案未成年人，力求以更科学、更高效的社会帮扶、帮教，促进涉案未成年人司法程序外的延展性、深层次、立体式保护，不断探索我市青少年事务基层社会治理创新与实践。

超生孩子“被调剂”？当地民政局：以前抱过很多，派出所直接上户口

2022-07-05　凤凰网财经
https://mp.weixin.qq.com/s/1MxUBpCVG_hJWOp-LqVOgA

7 月 5 日，一份落款为广西全州县卫生健康局的告知书在网络上广泛流传。

上述告知书显示，针对唐月英、邓振生信访反映“要求追究高丽君等人涉嫌拐卖儿童一案”，经核实，两人“超生的孩子是由全县统一抱走进行社会调剂，不存在拐卖儿童的行为”，对信访事项不予受理。

告知书显示，根据 20 世纪 90 年代全区计划生育工作严峻形势，严格执行“控制人口数量，提高人口素质”的政策，对违反计生法律法规和政策规定强行超生的子女中选择一个进行社会调剂，是县委、县政府根据当时区、市计划生育工作会议部署要求和全县严峻的计划生育工作形势需要作出的决定。唐月英、邓振生超生的孩子(属第七孩)是由全县统一抱走进行社会调剂，不存在拐卖儿童的行为。“为便于和促进全县计划生育工作的开展，当时被全县统一进行社会调剂的超生孩子去向，没留存任何记录。”

7 月 5 日，凤凰网视频联系到上述告知书的当事人唐月英，年逾七旬的她直言“他们抢走我的孩子，就是拐卖儿童”。唐月英称已经找了小儿子三十多年，最近报了案警察才去查。而据唐月英二女儿所言，当时父母已经交了两千罚款，卖了家里的猪、稻谷，但之后又被告知罚款六千不封顶。

据《财经》报道，当事人唐月英、邓振生的女儿邓海荣告诉记者，她家住址为广西桂林市全州县安和乡四所村委田中间村，“被抱走”的是她弟弟，名叫邓小周。邓海荣称，弟弟邓小周出生于 1989 年，于 1990 年“被抱走”。邓海荣还表示，7 月 5 日中午，当地有关部门人士来到了邓家，并表示，会帮忙寻找邓小周。

公开信息显示，全州位于广西壮族自治区桂林市，地处湘江上游，总人口 84.5 万，是桂林市行政区规划面积最大、人口最多的县，是桂林市域副中心城市，又是桂北湘南的物资集散中心， 依次与湖南省道县、双牌县、零陵区、东安县、新宁县交界；南、东南与兴安、灌阳二县接壤；西与资源县毗邻。全州南北最长 99.23 公里，东西最宽 85.77 公里，全县总面积 4021.19 平方公里，现辖 15 镇 3 乡。

全州超生调剂事件并非个例

7 月 5 日 11 点 35 分，时代财经以市民身份致电全州县民政局社会事务部，咨询当地是否存在超生小孩抱走调剂的情况。

相关工作人员介绍，“现在《民法典》出来就不行了。以前很多抱过去，派出所直接给上户口也是有的。”该工作人员进一步介绍，“现在不行，政府是没有调剂的权利的，派出所也不给上户口，必须符合法律条件，到民政部门办理收养证才能收养。”

11 点 36 分，时代财经拨通了全州县卫建局电话，相关工作人员称，超生领养事宜由出生人口监测部门负责。随即，记者拨打该部门咨询电话，了解是否存在超生小孩会被调剂抱走的情况。

相关工作人员表示，“国家允许一对夫妻可以生育三个孩子。”当记者问及“如果超生，比如生了 7 个孩子呢？”该工作人员称，“现在不收社会抚养费，需要把户口本、结婚证、出生证、准生证等证件一起拿过来卫建委，我们再根据特殊情况来谈。”记者进一步咨询网上流传关于全州县把超生的小孩抱走调剂的事情，该工作人员一再表示“你刚刚说的那些我都不知道”。

一纸文件将几十年的旧事重新摆在人们的面前，除了震惊和愤怒，其中存在的问题仍值得我们深思，当年还有多少地方存在这种所谓“调剂”情况？全国有多少孩子被以计生政策为由进行了所谓“调剂”？这些被“调剂”的孩子现在在哪里，有没有基本的生活保障？当年是否有公职人员与人贩子勾结，借机谋取利益？从目前的信息来看，涉及的多个环节，都有可能存在违法犯罪行为，不管过去多少年，公正和法治始终都是社会进步的主流。

早在 2014 年中国青年报就曾刊发《被“调剂”了 23 年的人生》一文，文中提到，这种把交不起罚款的超生家庭的孩子交给单身人士领养的做法，被称为“调剂”，在 23 年前的四川省达州市是一种处理超生婴儿的举措。文章中被调剂的这名女孩，当时是被她“幺爸”从计划生育办公室抱回来的。为了凑足交给计生办的 200 多元抚养费，换回这孩子，她“幺爸”把家里两头猪都卖了。

此外，2011 年 5 月《财新》杂志的封面报道《邵氏“弃儿”》就是关注被湖南省邵阳市隆回县计生部门强行抱走的婴幼儿。该报道称，“2002 年至 2005 年间，以计生部门违反计划生育政策为由、强行抱走婴幼儿的行为，在湖南省隆回县高平镇达到高潮。多年后，因部分家长锲而不舍的寻亲，类似事件浮出水面。”

律师：相关部门无权将孩子进行所谓的“社会调剂”

据人民网“历史上的今天”记载称，1991 年的《关于加强计划生育工作严格控制人口增长的决定》指出，要把做好计划生育工作和完成人口计划作为考核各级党委、政府及其领导干部政绩的一项重要指标。

虽然超生孩子被“调剂”的现象，有其历史原因，但是在当今法治社会，这种行为还是会令人震惊，就像很多网友质疑的一样“这不就是公然拐卖儿童吗”。

针对此事，有律师公开表示，按照当时的计划生育政策，相关部门只能只对超生者进行行政处罚，无权将孩子抱走进行所谓的“社会调剂”。

北京市炜衡（深圳）律师事务所合伙人律师陈晶晶对时代财经分析，根据我们国家 2002 年到 2005 年的相关法律，即使违反生育政策，也只是对超生的父母征收社会抚养费，并不存在调剂一说。

陈晶晶进一步指出，如果是真实的情况下，这属于一些地方在过去执行政策时矫枉过正的行为，是过度的执法，对政策层层加码。“这就涉嫌违反行政法律，如果是部分工作人员真的抱走了小孩子，涉及侵犯公民人身权、滥用职权，轻则应行政处分，重则应依法追究刑事责任。”

中国政法大学刑事司法学院教授阮齐林告诉《财经》记者，如果不是以出卖儿童为目的，就不是拐卖儿童的行为，而是拐骗儿童的行为，即非法使儿童脱离家庭或监护人。全州所谓“社会调剂”一事，是未经监护人同意将儿童带离监护人或家庭，这无疑具有非法性。

被“调剂”的孩子没留任何记录、交给单身人士领养，假设这些孩子被交到了人贩子手里，那和拐卖儿童又有什么区别？这些被强行带离亲生父母的孩子，人生轨迹也被彻底改变，而孩子的父母痛失亲子的伤痛永远也无法抚平。

广西：自治区纪委监委派出工作组

据央视新闻，针对全州县卫健局不当处理信访事项的问题，按照广西壮族自治区党委要求，自治区纪委监委牵头会同有关部门迅速派出工作组，指导桂林市进行调查处理。

据央视新闻此前消息，桂林市对全州县卫健局不当处理信访事项情况进行通报。

通报称，7 月 5 日，全州县卫生健康局不当处理信访事项引发社会关注。事情发生后，桂林市委市政府高度重视，派出由市纪委、市委组织部等相关部门组成的联合工作组到全州县进行调查。根据初步调查情况，责成全州县对漠视群众诉求、行政不作为的县卫健局局长和分管副局长等相关人员停职检查。工作组将深入调查了解有关情况，切实维护信访人合法权益。

男孩在视障家庭长大丨深度报道

2022-07-08　原创 北青深一度 北青深一度
https://mp.weixin.qq.com/s/oDAzgzecZmd2iKyRkDulsw

在 5 岁男孩天天的一家，“看”有时可能没那么重要。

作为家里唯一看得到的人，天天已经习惯了用“看”以外的方式与父母沟通。他会大声发出咕咚咕咚的声音来传递自己正在喝水的信号，如果想和父母分享自己喜欢的玩具车，他会拉起他们的手去触摸。有一次，天天喊爸爸打蟑螂，“在院子墙壁，趴着不动”，对准位置后，爸爸一个拖鞋挥下后，天天嘿嘿地笑着说，“蟑螂裂开了！”

“天天，你是我们家唯一的眼睛。”天天刚刚戴上散光眼镜，妈妈希望他能保护好眼睛。“唯一的眼睛”当然是事实，天天可以陪妈妈过马路，这会让她更有安全感，他还会为爸妈指明路障，帮他们识别无障碍软件读不出的手机验证码。但这双眼睛并不背负着什么必要的责任，一家人之间更多的是像在合作——就像合力将一个蟑螂“解决”掉。

爸爸妈妈希望他们的生活能和普通家庭一样。当有邻居对他们说“天天真厉害，还会带爸妈出门”时，爸爸心里有许多不情愿，他知道自己身体上的标签和局限，正影响着孩子，但他又能对此说些什么呢？为了让大家对他们“习以为常”，他们唯一能做的就是要多和天天一起出门，让这成为一件自然又普通的事。

“大房间书桌抽屉里！”天天大声朗读着手中“寻宝地图”上的线索——依照图纸标注的顺序，逐一找到藏在对应家具位置的 32 张纸条后，他就可以寻得“宝藏”。

他跑到妈妈的房间，桄榔几声，将书桌的抽屉打开又合上，手里面是下一张纸条，“小房间天天的睡袋里！”天天迅速扭头，奔向他的卧室，扑到床上，将手伸进了睡袋。

在 50 平米的家里，天天来回跑出了若干个“之”字形轨迹。他把拆过的纸条都塞到了爸爸张平的手里——他一直听着声音守在儿子身边。那是 4 月上海新冠疫情爆发，他们一家人正在居家隔离时候。这一天是天天的 5 岁生日，张平专门为儿子设计了这个寻宝游戏。

天天的爸爸，40 岁的张平目前在“黑暗中对话”——一家主打黑暗场景体验的跨国社会企业担任教练主管。天天的妈妈余锦熠平时从事食品品鉴、盲人按摩、无障碍电影解说等几份兼职。疫情影响下，张平的工作转为线上，余锦熠偶尔会为公众号文章配音，在卧室里，对着麦克风朗读《长袜子皮皮》、《快乐王子》等童书。

他们刚刚度过了疫情初期最困难的时刻。那时，居委会准许与张平同住一个小区的父母和妹妹为他们一家送饭，邻居也来帮过两天忙。在大家囤菜都不够的那几天，由于不想让天天吃泡面，余锦熠第一次学会了煮饺子。平时，他们能用破壁机、空气炸锅、榨汁机做一些简单食物，而在灶台上用明火做饭，始终是个很大的挑战。

在有限的空间内自给自足，这种限制感对于视障者来说并不陌生。张平 15 岁失明后，就曾在家蛰居三年。他和余锦熠常常被灌输的观念是，“呆在家里才是最安全的”，虽然他们对这种观念感到熟悉但却并不完全认可。

第一次被“困”在家的天天，并不能理解这意味着什么。每天要去的幼儿园变成了每周一的网络班会，剩下的时间，都由爸爸妈妈陪着，“学一会儿玩一会儿”。无聊的时候，天天会拿着话筒朝窗外喊，“外面有病毒，但我好想出去玩。”

足不出户的日子关不住天天的活力。

张平发明了一份“宅家陪娃游戏清单”，他们一家有时会玩故事接龙，从“一只狐狸走进了森林”开始，一直接到“狐狸把尾巴当成降落伞，从山顶跳了下来”。有时还会进行亲子短剧表演，即兴扮演天天喜欢的《杰克与豌豆》。张平与余锦熠让天天用扑克算加减，用筷子夹豆子颗粒。家里种下了几颗蔬菜种子，天天每天都用手扒着透明的种植盆，一一告诉他们，透明容器里的萝卜籽、芸豆和豌豆，如何发了芽，长出了什么样的叶子。

下楼做核酸，是天天在那些日子里少有的能享受户外的时候。他牵引着爸妈避开警戒线和路障，回家的时候会刻意多“放风”一会儿。

“爸爸，有两只蚂蚁在搬食物呢！”天天叫着，把张平和余锦熠带到了绿化带旁。在那之后，他每次做核酸都会带一点饼干，捏碎了喂给蚂蚁吃。蹲在地上看蚂蚁时，他也同步给爸妈做讲解，“蚂蚁把饼干搬去了草丛”“前面有一个小石头挡住，蚂蚁绕了过去”。

边陪天天“看”蚂蚁，张平边在脑子里策划起了那个寻宝游戏——那时，儿子生日即将到来，不能外出玩耍，也买不到玩具和奶油蛋糕，他想要搞点“新东西”。

在华东师范大学读大三时，张平就自学编程，花四个月时间，开发出了国内首款盲用电子游戏《双雕傲江湖》。后来，他又创办了盲人游戏网站“听游网”，提供了十余款由他设计的免费盲用游戏。有了天

天后，这位玩家们口中的“老大”暂停了设计电子游戏的爱好。但这次，他想要为过生日的儿子创造一场游戏体验。

游戏设计者的思路是：提前将所有关卡一环一环地埋好，赋予玩家闯关过程中的掌控感和成就感。几天前，张平就摸着键盘，用五笔输入法在文档上敲出了寻宝游戏的线索。托前来送饭的妹妹将文档抄写在盲文纸上后，他再在每张盲文纸上打出盲文。之后，张平依次摸着盲文，将纸条放在了在院子、大房间、小房间那些他提前预设好的地方。

“嘿，找到啦！”与爸爸漫长的准备时间相比，不到二十分钟，天天就拿到了“宝藏”——藏在他睡袋里的盒子，里面装着余锦熠团购来的威化饼，这是疫情期间妈妈能为他准备的最好的礼物了。天天跳起来，大声念起了包装袋上的文字，“芝士味夹心，乐享美味！”

当视障者成为父母

天天第一次单独被爸爸妈妈带出门，是在他 3 岁生日后不久。张平和余锦熠原打算让天天在二人中间骑平衡车——就像曾经教他走路那样。结果刚下楼，天天就骑着平衡车溜走了。余锦熠等在原地，张平一路喊着，想要搭在儿子身上的手也被反复挣脱，他只能循着车轮咕噜噜的声音，拿着盲杖紧随其后。

等天天玩得差不多停下来的时候，张平发现自己已经迷路了。他不断问路，才确认了回家的方向。但天天仍然不肯跟着走，无奈之下，张平把儿子举过肩膀，让他骑在自己的脖子上，再一只手拎着平衡车，一只手拿着盲杖走回家。

“没有什么是按照我们的计划发展的。”在决定要孩子时，张平与余锦熠就做好了一起面对未知困难的准备，但困难总是会超出想象。

张平一直记得当初在产房外等待孩子降临时的那种紧张感。当护士把天天抱出来在他面前摇晃，告诉他“是个男孩”时，张平却感到“一片茫然”——面前的孩子没有哭，他既听不到声音，也看不到孩子的样子，这让他觉得有些心酸。

当可以触摸到天天又小又软的手臂时，张平又很害怕将他碰疼。养育婴儿是一个非常精细的活，那是张平和余锦熠难以面面俱到的事。天天 2 岁前，除了余锦熠喂母乳，他的吃喝拉撒主要由张平的父母来帮忙。

上一辈的协助在很大程度上让张平夫妻省心，但也让他们感到无力——总觉得作为父母“应有价值没有体现出来”。

他们一直想要亲力亲为，从第一次给天天喂米饼听到“嘎吱嘎吱”声开始，逐渐接手照顾孩子的过程，伴随着惊喜和狼狈。

他们尝试为天天洗澡，但天天还没进澡盆，一泡大便先拉在了裤子里。夫妻俩手忙脚乱地一边为他脱衣服、擦身体，一边又要洗裤子、擦地板。忙活了半天，总觉得哪里还是臭臭的。第二天，等张平的父母确认厕所是干净的，他们才放下了心。

天天的运动发育比较慢，1 岁时，很多同龄孩子已经学会走路了，他还不太会爬。因为看不见，难以给儿子做动作上的示范和矫正，夫妻俩有些着急。

一次偶然中，张平无意间举起一个矿泉水瓶，这吸引了趴在地毯上的天天往前够。他意识到，小孩有成长的本能，只需提供一个动力，就可以营造一个动作训练的场景。他开始专门拿着瓶子刺激天天，儿子学会爬后不久，张平又以同样的思路，和妻子面对面站立，空出一米多的安全距离，想办法将天天逗到他们身边，天天就这样连走带扑地学会了走路。

为了教 2 岁的天天如厕，张平专门请假在家，撤掉儿子的尿布，“一有动静就带他去厕所”。张平的父母看到屋内很多地方被尿湿，劝说“你别这样搞”。但张平和妻子一股脑地钻进了这项“试验”，他们一遍遍擦拭地板上的尿渍，坚持了好几天后，天天成为能自己上厕所的孩子了。

“至少我们都坚持下来了。”余锦熠感叹，她在 4 个月大时失明，从小被家人精心呵护长大。成为父母后，她也能成为照顾别人的人了。当然，后者的前提是，她能够先独立照顾自己。

余锦熠从盲校的小学一路读到初中，却没有读高中的通道。为了继续念书，她在中专毕业后，专门去青岛补习文化课，又回家自学半年，最后考上长春大学，成了“绍兴第一位盲人本科生”。

考虑到就业，她放弃了喜欢的音乐表演，选择了针灸推拿专业。但她没有停止“折腾”，因为热爱主持、戏曲，迷恋《红楼梦》，余锦熠报名过校园主持人大赛，拿到了一等奖，她还向《红楼梦》剧组写信自荐，想争取为林黛玉的角色配音，虽然没有收到回应。

毕业前，余锦熠曾在北京的医院实习过一年，但当她带着抱负回家乡找工作时，却因为眼睛全盲，被当地残联的康复中心拒绝了。

2009 年，在余锦熠做回盲人按摩“老本行”的时候，同年毕业的张平，刚从一家外贸公司的英语翻译岗位离职——那里离家太远，生活不方便。他将“听一句英语，翻一句汉语”的翻译工作转为了兼职，同时和十余名视障伙伴一起开了家淘宝店，专门分销母婴产品。但由于难以辨认客户发来的表情和截图，沟通效率低，淘宝店起起伏伏经营了 5 年后解散，之后，张平入职了“黑暗中对话”。

在张平看来，视障群体为了实现生活自理和经济独立，需要克服重重困难。“我们上学、工作，争取独立，然后我们结婚，有了孩子。”他说。

工作的第 3 年，张平购置了一顶帐篷，他一直很想去露营。与余锦熠恋爱后，他终于带着她，带上他的帐篷，一起向距离住处 50 多公里的滴水湖露营区出发了。

当他们手挽着手，一人拿着盲杖，一人拖着行李箱，从地铁终点站临港大道站下车后，却发现错过了去景区的区间车，只能步行。更麻烦的是，他们没有手能腾出来专门拿手机来导航。在那个全然陌生的地方，他们求助了七八个路人，走过十几个路口，将半个小时的路程走了一个半小时，一直到中午才到达目的地。

工作人员带着他们选择了一个平坦的位置，张平将一体式帐篷撑开，用包里的重物压住角落，余锦熠拿出充气垫，打开气阀，待它自动充气完成。在那里，他们最大麻烦就是上厕所——需要凭气味寻找，返回时要依靠在帐篷门口播放音乐的小音箱才能找回位置。一些美好时刻留在了他们心里：傍晚在临湖木栈道上散步时，一路踩出的咯吱咯吱声；次日清晨，掀开帐篷门，他们感觉到空气中的露珠漂浮到了脸上。

“爸爸妈妈的眼睛病了，但这并不影响我们快乐地生活。”当长大后的天天问起父母眼睛的问题时，张平这样告诉他。

天天 3 岁后，露营变成了一家三口。那是一个秋天的假日，他们一起去世纪公园搭帐篷。张平与余锦熠坐在帐篷外的防潮垫上，呼吸着草地的芳香。天天与刚认识的一个姐姐一起，围绕着爸爸妈妈跑来跑去。

听到儿子与玩伴的声音，张平举着手机摄像记录，手机发出“向左倾斜”“向右倾斜”的提示声，告诉他拍摄时手机的倾斜状态，而怎样能捕捉到儿子的身影，这需要他通过声音来感知。

不一样的脚步声传来，张平知道是那位姐姐走过来了。“（天天）在跟你玩啊，谢谢你，你带他玩啊！”他和小朋友打着招呼。张平不知道的是，站在不远处草坪上的天天，正出神地拿泡泡枪对着自己的脸喷出一连串泡泡。直到有泡泡飘到了张平的脸上，“臭小子，你不要把别人东西拿走。”他笑着对天天大喊。

那次露营结束时，天天因舍不得与姐姐分开，在她离开时自己也跟着消失了。刚刚收完帐篷，张平叫喊着天天，但一直得不到回应，他和妻子焦急地在原地想办法，还没想好怎么办，就听见天天哭着跑回来说，“姐姐走了”。

那是天天极少数差点走失的时刻。每次外出，张平和余锦熠都会牵紧了他的手。到了能自由活动的场地，他们也会在一定距离内守着——一定要听到天天的声音。尽管张平会经常在天天耳边说“不可以跑远了”，但他转念一想，“在草坪上，孩子总要撒欢的不是吗？”

为了能让天天自由自在地撒欢，他们会常去只有他们三人知道的“秘密基地”。20 多年前，在盲校读书的张平去浦东图书馆借书时，发现了世纪公园旁的一条小路：没有车辆，两边都有绿化和盲道。后来，他也常带着相恋时的余锦熠走那条路。有了天天后，一家人去世纪公园时，为了去那条路上玩一下，他们会选择在较远的车站下车。在那条小路上，张平和余锦熠可以不用盲杖行走，也会把天天的手放开，感受他自由地奔跑。

回到家里，充满活力的天天爱玩各种各样的玩具汽车。他钟爱迷你的合金小车，喜欢将消防车、搅拌车、运输车等一堆小车排列整齐，再将它们摊在桌子、沙发和地面上，开来开去。

“爸爸，帮忙找一下车子！”当天天不小心将玩具车碰到地上，张平又要面对那个麻烦事：寻找他看不见的东西。张平蹲下身来，把盲杖伸进沙发底下试探车子的位置。一不小心，玩具车被推向了更深处。张平感觉到天天快要哭闹了，但他不希望儿子觉得爸爸做不到，或就此认为是视障者“不行”。他对天天说，“把手电筒拿出来，我们一起把汽车找出来好吗？”

一道光照进沙发下，天天看到玩具车后，顺利协助爸爸用盲杖将它划拉了出来。这样的合作还体现在天天的学习上。坐在书桌前，妈妈用模拟奥特曼币交易的方式，掰着他的手指头教他算术。还有晚上的英语学习，对着平板电脑，在黄色的暖灯下，爸爸伸出舌头和一只手，模拟出舔食物的声音，给他示范“taste”的含义。

张平从小喜欢画画，他凭借失明前的印象，用手握手的方式教天天画简笔汽车、公交车、搅拌车。天天常开心地拿起画笔告诉爸爸，“我要画一个东西！”张平会用提问的方式确认儿子会怎样画，当天天画着一辆火车，它同时也出现在了张平的脑海里：一辆涂满了红色的长长车厢，只有框框内的车窗是白色的。

因为无法真的看到画作并给出反馈，张平每次都会把天天的画拍照发到家庭微信群里，让天天的爷爷奶奶给出评价和鼓励。

张平一手拿着盲杖点着地面，一手牵着天天，余锦熠站在张平的侧后方，伸出双手搭在他的双肩包上——这是他们每次出门时的样子，像三节紧密连接在一起的火车车厢。6 月 3 日，随着疫情好转，他们一家终于踏出了小区的大门。

两年前，第一次带天天去商场时，由于约好陪同的朋友临时来不了，他们只能硬着头皮上。过马路时，为了腾出手，张平又让天天骑上了他的脖子。当呼啸的车流声静止，起步前，张平竖起盲杖示意，再带着身后的妻子，身上的儿子，保持着匀速缓慢步行——根据他的出行经验，这样能给周围的人和车辆预判，以保持距离。张平听到，一位路人冲着他们说，“真结棍（沪语：真厉害）！”

6 月 3 日这一天，同样是去商场，张平意外地发现，隔离了两个多月后出门，天天变得有些“熟门熟路”了。以前他们牵着天天时，常因找不到电梯和出口，或无法定位到店铺，不得不在商场里打转。这一次，是天天带他们避开路障，顺利地走到了商场大门和自动扶梯，回来时，他还带着父母从商场侧门离开——那里离家更近。

这个意外的发现让张平想到了邻居们的“夸赞”。此前，当他们一家人走在小区里时，曾有邻居说，“天天真厉害，还会带爸妈出门。”当天天蹦蹦跳跳地表现出男孩的天性时，也有邻居会说，“天天不要乱跑，要把爸妈牵好。”

这让张平觉得很为难。自己身体的局限性和他人眼中的“异样感”，是张平与余锦熠无法摆脱的，但如何让这些不会影响到天天呢？

“视觉性的东西是我们很难弥补的。”周一的幼儿园线上班会课上，听到同学们谈着后视镜、保险杠等车辆的零件，而天天没怎么说话时，余锦熠有了一种担心“落伍”的感觉。早前，幼儿园老师还反馈，天天吃饭慢、睡觉慢，有些“不合群”，这让她有些焦虑。

张平对此的理解是，天天身上有“谨慎”的特质，这确实与父母的特点有一定的关联——如果不告诉天天注意安全，也不能踏实带他出门。由于他们看不到迎面而来的邻居，很少打招呼，这也影响了天天对人和社会的判断，使得他不太擅长社交，对于同学的问候也很少去积极回应。

为了让天天变得主动一点，他们给天天设计了新的挑战——在带他去爷爷奶奶家吃饭的路上，天天要笑盈盈地，跟碰到的三位邻居打招呼。

天天起初很在意别人的目光，“怕叔叔阿姨们不理我”，在张平与余锦熠鼓励后，他慢慢开口了。当天天热情地对叔叔阿姨们叫着“中午好”“晚上好”的时候，他也收到了邻居们的回应。有一次，一位阿姨奖励了他一块饼干，张平趁机对天天说，“你看看还有好处，是不是？”

作为“视障奶爸”，张平将陪伴天天的点点滴滴记录在了个人公众号“劣变”里。在他最初的设想里，“劣变”包含着一种“由劣势转变为优势”的希望。后来，他意识到，自己无法扭转“劣”本身，但当他接纳了“劣”，在这个基础上去发挥自己的特点时，是可以产生新变化的。

张平每周都会和妻子带天天去公园、博物馆或科技馆等地方，他们在想办法去“弥补一些常识性、视觉上的东西”。天天看动画片时，张平也愿意陪在他身边跟着一起“看”，想多培养些与天天的共同话题。

张平记得和天天一起看动画片《海底小纵队》时，有一集专门介绍了一种名叫桨足虫的动物——它们自称“盲人”，依靠嗅觉、触觉、听觉在海底生活。故事里，海底小纵队的成员在黑暗的洞穴里迷失了方向，最后是桨足虫带领着他们走了出去。天天复述着说，“它们是‘盲人’，它们带着朋友走出了洞穴。”

5 岁生日那天的寻宝游戏结束后，天天对纸条背面的盲文提起了兴趣，他求爸爸教他打出那些“漂亮的凸起的点点”，并专心干起了在牛皮纸上刻字的活儿。天天带着自己的成果去找妈妈辨认，带着骄傲的语气说，“我写出了‘之、么、呢’！”。“在儿子眼中，盲文并没有低人一等。”张平意识到，天天看到的东西是如此新奇、单纯。

惊喜过后，他们的生活流淌的还是那些琐碎的、常常超出想象的日常。

疫情好转后，可以出门的第一天正好是六一。但天天突然呕吐，又不小心将米糊打翻，整整一天，张平和余锦熠要安顿天天，又要打扫一片狼藉的地面。直到两天后，他们才终于出门。那天从商场回来时，

天天开心地抱回了一个遥控挖掘机——那是爸爸妈妈为他不能出门的生日，以及那个狼狈的六一，补上的礼物。

【版权声明】本作品的著作权等知识产权归北京青年报所有，未经授权，不得转载。

强制报告制度：给未成年人多一道保护

2022-07-24 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-07/24/content_219237.htm?div=-1

相关部门在对不履行强制报告义务的责任主体严肃追责之余，还应强化法治宣传，让其入脑入心地铭记及时报告未成年人被侵害案件是法定义务。

日前，江西省南昌市东湖区人民法院审理了一起违反安全保障义务责任纠纷案。该案中，未成年人小美某天晚上去南昌某酒吧喝酒。第二天凌晨 3 点左右，不省人事的小美被共同饮酒的 3 名陌生未成年男子背着入住某酒店后，遭遇性侵害。事后，小美以涉事酒吧及酒店违反未成年人保护法使其遭受性侵害为由诉至法院，请求南昌某酒吧及某酒店赔偿精神损害抚慰金及医疗费。

花季少女醉酒后被同是未成年人的 3 名陌生男子性侵，着实令人嘘唏。尽管事后 3 名未成年男子被判入刑，但该案中涉事酒吧和酒店在明知小美及与其喝酒的 3 名陌生男子是未成年人的情况下，仍分别接纳 4 人进入酒吧和入住酒店，且不向公安机关报告，无疑是导致小美被性侵这一悲剧发生的导火索。法院判决酒吧和酒店各赔偿小美 1 万元，于法有据，体现了依法保护未成年人权益的应有担当，值得充分肯定。

民法典第一千一百九十八条规定，宾馆、商场、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。虽然本案中致小美被性侵的相关责任主体目前已被依法追责，但其从侧面反映出来的侵害未成年人案件强制报告落实不力的问题，值得高度警惕。今年 5 月，最高人民检察院发布 6 起侵害未成年人案件强制报告追责典型案例，其中有 3 起性侵案例即是相关责任主体没有履行强制报告责任所致。鉴于此，严防类似小美被性侵的悲剧发生，还应在不让强制报告制度被“架空”方面下足功夫。

2020 年 5 月，国家九部门联合印发《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》的通知，后被新修订的未成年人保护法吸收，强制报告责任从此上升为法定义务。该制度施行以来，虽对防止侵害未成年人案件的多发起到了遏制作用，但其效果还未达预期，一些酒吧、宾馆等经营场所应报告不报告的问题较为突出，由此引发的侵害未成年人案件时有发生，凸显了进一步落实强制报告的紧迫性。

不让侵害未成年人案件强制报告制度被“架空”，是依法保护未成年人的题中之义。对此，相关部门在常态对不履行强制报告义务的责任主体严肃追责之余，还应强化法治宣传，让其入脑入心地铭记及时报告未成年人被侵害案件是法定义务。司法机关亦应定期发布典型案例，引导各责任主体自觉对标典型案例所诠释的法律要求，积极履行义务。如此，才能形成强制报告侵害未成年人案件“人人有责”的社会共识，让强制报告制度释放出未雨绸缪保护未成年人健康成长的法治正能量。

《广州市未成年人保护规定》启动修订，将增加收养能力评估

2022-07-28 中国儿童福利

https://mp.weixin.qq.com/s/1Ftu2FFld4uDc__fwGcMSw

如何从制度、资金上，使农村留守儿童和困境儿童的委托照护获得保障？日前，广州市民政局等部门在答复市政协委员《关于尽快落实广州市未成年人委托照护制度的提案》时透露，广州孤儿养育、事实无人抚养儿童保障标准位居全省第一、全国前列，困境儿童“保护链”覆盖全市。据悉，《广州市未成年人保护规定》修订工作已启动，将制定临时监护、长期监护、收养能力评估等配套政策。

委员建议：杜绝“生而不养”“养而不教”

广州市民政局统计数据显示，截至 2021 年，全市农村留守儿童和困境儿童共有 1.7 万名。市政协委员郑子殷在《关于尽快落实广州市未成年人委托照护制度的提案》指出，其中存在着不少父母或者其他监护人需要外出务工、异地学习等客观原因，导致无法亲自照顾被留守家中，需委托他人代为照护的情形。

郑子殷表示，去年 6 月 1 日正式施行的新修订《中华人民共和国未成年人保护法》确立了未成年人委托照护制度，目的是杜绝“生而不养”“养而不教”现象，保障留守未成年人得到有效的生活照料和安全保护。但现实中，由于本市没有针对父母或其他监护人、村（居）委会、学校等相关方照护制度的工作指引，导致该制度在落实中遇到重重困难。

“未成年人委托照护知悉难、监管难，压实监护法律责任难。”郑子殷为此建议，广州市应出台未成年人委托照护工作的具体指引，加强长期委托照护制度的宣传培训，同时加大对制度落实的资金保障。

答复：困境儿童“保护链”覆盖全市

市民政局会同市教育局、市公安局、市财政局、市法院及市检察院等提案会办单位研究办理后答复称，广州市高度重视未成年人保护工作，成立市未成年人保护工作领导小组，11 个区全覆盖成立区级协调机制，衔接镇（街）和村（居）工作队伍，形成“市—区—镇（街）—村（居）”自上而下“一盘棋”联动协调格局。

2020 年，市民政局等六部门印发了《广州市监护困境儿童安全保护工作指引》，明确困境儿童发现报告、应急处置、评估帮扶及监护干预机制，构建覆盖全市的“保护链”。针对兜底监护，广州在全省率先实现市、区两级未成年人救助保护机构全覆盖。目前，全市配齐 176 名镇（街）儿童督导员和 2806 名村（居）儿童主任，全部签订“强制报告责任书”，强化基层服务力量。全市在册农村留守儿童、孤儿监护人全部签订“委托监护责任确认书”。

“关爱服务从基本生活保障做起。”市民政局介绍，2022 年，广州孤儿养育、事实无人抚养儿童基本生活补贴标准提高至每人每月 2808 元，保障标准位居全省第一、全国前列。2021 年，市本级财政共投入儿童福利相关资金 2.83 亿元，主要用于市福利机构运行、孤儿集中供养、市福利院和第二福利院基础建设、成年孤儿安置、孤残儿童学杂费等，保障了孤儿、事实无人抚养儿童，残疾儿童等困难人群的基本生活。

校园安全备受社会关注。2021 年以来，广州市先后印发校园欺凌治理相关文件，细化警种责任分工、任务落实及督导，确保学生欺凌专项整改工作执行到位。据悉，广州至今组织七轮校园安全隐患排查整改，规范校园保安员管理，并开展涉校重点关注人员背景审查。

在司法保障方面，广州开展家事调查、家事心理疏导等特色审判工作，撤销监护权案件审理听取被监护人意见。2021 年，全市检察机关共支持起诉撤销监护权、抚养权纠纷等案件 12 宗。

愿景：以提案为契机，贡献“广州经验”

“我们将以此提案为契机，牵头制定广州未成年人委托照护制度。”市民政局在答复中表示，此举有望为全国未成年人保护工作贡献“广州经验”，提升未成年人兜底保障水平。

据悉，广州市已将创建全国未成年人保护示范区列入政府重点工作，越秀、白云两区以总分并列第一通过省级评估。通过引导社工、心理、教育等更多的社会资源介入，全市将逐步建立起更适应困境儿童个性化需求的专业服务模式。

市民政局还透露，在市人大法工委和市司法局的支持和指导下，《广州市未成年人保护规定》修订工作已正式启动，正同步推进临时监护、长期监护、收养能力评估等配套政策的制定工作，目标是建立以家庭监护为基础，以社会监督和国家干预为保障的监护制度，最终形成跨部门、跨领域、管长远的相关规划和政策措施，构建家庭保护、学校保护、社会保护和司法保护紧密衔接的长效工作机制。

严惩性侵犯罪 守护未成年人健康

2022-08-01 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-08/01/content_219453.htm?div=-1

预防和严惩性侵未成年人犯罪，人民法院要充分发挥刑事司法职能，依法从严惩治。但解决这一社会问题，并非一家之责，需要各方主体从监管、教育、宣传、帮扶等方面共同发力，守护未成年人健康成长。

少年儿童是祖国的未来，是中华民族的希望，未成年人健康成长关乎亿万家庭幸福安宁和中华民族伟大复兴。性侵未成年人犯罪案件的发生，严重影响未成年人健康成长和家庭幸福及社会稳定。对损害少年儿童权益、破坏少年儿童身心健康的犯罪行为，人民法院要坚决防止和依法打击，这也是人民法院的重要职责和神圣使命。

梳理分析一些性侵未成年人案件后，笔者发现此类案件主要呈现以下四个特点：一是情节手段恶劣，危害后果严重。通常来说，性侵未成年人犯罪带有较大的强迫性和威胁性，在对被害人造成直接身体伤害的同时，还会影响未成年人心理、性格、智力、认知能力等多方面正常发育，甚至会给未成年人带来终生的心理阴影和精神失常等严重后果。二是负有特殊职责的熟人作案频发。在性侵未成年人案件中，负有监管、教育等特殊职责的亲属、老师、学校保安等熟人，容易利用未成年人心智不成熟、缺乏分辨力、防范意识差等弱点，借助自身便利地位诱骗、胁迫未成年人，对其进行侵害。同时，该类案件也呈现出性侵行为持续时间长，案件隐蔽性强等特点。三是受害群体特殊监管教育缺失。一方面由于一些家长外出务工无

力监护或疏于监管，易导致未成年人因缺失家庭庇护而受害，这主要表现为农村留守儿童、智力残疾未成年人更加容易成为受侵害对象。另一方面受传统观念影响，无论是家庭、学校还是社会，对未成年人性保护教育缺失较为严重，导致许多未成年人遭受性侵犯后却不自知或不懂得如何依法保护自己，导致悲剧一再发生。四是网络平台逐渐成为主要作案媒介。在性侵未成年人案件中，被害人多为青春期的少年，此时他们叛逆心理和猎奇思维较为严重，喜欢在虚拟世界中向网友倾诉烦恼、寄托感情，作案者正是利用这一特点虚构身份，在网络上取得被害人好感信任后，对未成年人实施性侵犯罪。

预防和严惩性侵未成年人犯罪，人民法院要充分发挥刑事司法职能，依法从严惩治。但解决这一社会问题，并非一家之责，需要各方主体从监管、教育、宣传、帮扶等方面共同发力，守护未成年人健康成长。

一是人民法院要充分发挥职能严惩性侵犯罪。人民法院审理性侵未成年人案件，要认真把握法律法规和司法政策间的关系，切实贯彻特殊、优先保护未成年人的政策精神，依法适用从业禁止限制被告人刑满或假释后从事特殊职业，严惩性侵害未成年人的违法犯罪。对性侵害未成年人犯罪案件中儿童证言采信、证据标准、主观明知、情节恶劣的认定、罪与非罪的界定、量刑标准等问题，可以联合公安机关、检察机关进行研讨，召开联席会议，形成办理性侵害未成年人案件若干疑难问题会议纪要，统一办案标准。需要注意的是，对情节特别恶劣或危害后果极其严重的重特大案件，还要积极落实四级法院审级职能定位改革中的“下交上”制度，及时报请上级法院提级管辖。

二是建立前端预防后端帮扶机制。人民法院在审理性侵未成年人案件过程中，发现未成年人受害人或其家庭符合救助标准的，要及时将相关信息通报民政部门，民政部门完成实地调查核实后通过专项救助基金开展未成年人救助援助。要充分发挥村委会、居委会、妇联的作用，建立台账定期查看智障女性、留守儿童生活心理情况，加大对被性侵未成年人的帮扶救助，通过联合公益组织或者购买社会服务等方式及时为未成年人涉案人员及其监护人提供法律帮助、心理咨询、心理疏导、家庭关系调适等服务，并为家庭监护权缺失或遭受家庭创伤的未成年被害人提供临时性庇护和社会救助。此外，还要逐渐建立全国统一的性侵未成年人违法犯罪信息库并全面推广入职查询制度，在高危人员与未成年人之间建立起信息防火墙、空间隔离网，降低他们再次侵害未成年人的可能性。

三是落实社会责任加大监管教育力度。首先，父母或其他监护人要承担保护未成年人的第一责任，对孩子的异常举动和心理变化，要及早发现并防止侵害发生，尽可能降低对未成年人的危害。其次，学校要落实“教书育人”和“安全保障”双重职能，对学生适当增加性知识和性安全教育，可以联合当地公检法等部门开展“送法入校园”活动，为老师、学生讲授未成年人保护相关法律法规及相关政策精神，提升他们对性侵未成年人犯罪行为的识别判断能力。最后，民政、妇联等相关部门要认真落实国家亲权责任和农村留守儿童委托照护制度，在家长不能很好履行保护义务和监护职责时国家和相关部门给予未成年人特殊关照。

四是加强网络平台社交软件管理。要利用大数据等加大网络、手机淫秽信息的监控和打击力度，堵塞和屏蔽污染源，为未成年人健康成长营造良好环境。要强化网络运营商、互联网信息提供者的责任， 对传播性侵未成年人信息或发布诱骗未成年人犯罪信息的主体严格追究法律责任。要加强对未成年人网络保护工作的监督检查，积极开展专项治理行动，加大网站巡查和违规网站查处力度，依法处置违法违规网站、APP 等，督促网络平台实施“青少年模式”，并切实发挥作用。要不断完善互联网行业自律工作机制建设，做好涉未成年人网络不良信息举报受理和回复工作。

五是做好家庭教育指导案件回访。针对性侵未成年人案件，人民法院一方面可以对被害人家庭监管教育缺失的未成年监护人发送《家庭教育责任告知书》，对性侵案件中未成年人被告人监护人发送《家庭教育指导令》，督促指导父母或其他监护人依法承担对未成年人的监护责任。另一方面，可以召开座谈会、讲授专题课、以案说法，组织公益性家庭教育指导服务和实践活动，联合妇联等相关单位开展案件回访工作，通过专业组织对受侵害未成年人进行心理评估，根据未成年人实际状况进行电话或者现场回访，重点回访案涉未成年人心理状况、学习生活以及家庭状况等方面情况。

六是针对开展预防性侵法治宣传教育。人民法院可与教育部门联合建立预防性侵未成年人法治教育基地，以基地为载体加强与未成年人的沟通联络，根据不同阶段未成年人的身心特点和知识积累、认知程度，设计不同的普法模式、主题宣传和实践体验活动，加强未成年人防范性侵的思想认识和判断力，提升未成年人自我保护的意识和能力。同时，鉴于未成年人身心不成熟的特点，在强化针对未成年人法治宣传的同时，也要注意将普法受众向未成年人监护人和其他负有特殊监管教育职责的人员群体倾斜，增强监护人的责任意识，更好保护未成年人。

用司法力量守护少年儿童健康成长

2022-08-03　人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-08/03/content_219538.htm?div=-1

人民法院应当充分发挥审判职能作用，切实加强涉未成年人案件审判工作，更加有效地贯彻落实特殊、优先保护未成年人的法律政策，更加坚决地依法严惩侵害未成年人的违法犯罪，更加全面地保护未成年人合法权益，坚决为未成年人健康成长保驾护航。

习近平总书记强调指出：“少年儿童是祖国的未来，是中华民族的希望。”依法惩治侵害未成年人犯罪、保护未成年人合法权益、预防矫治未成年人犯罪，是人民法院的重要职责。作为国家审判机关，必须深入贯彻落实习近平总书记关于未成年人保护工作的重要批示指示精神，充分发挥审判职能作用，用司法力量守护祖国的未来健康成长。

依法严惩侵害未成年人的违法犯罪行为。始终保持对涉未成年人违法犯罪行为的严打高压态势，切实加强未成年人的安全防护，坚持依法维护未成年人合法权益不松懈，着力为少年儿童提供安全成长环境。一是严厉打击涉未成年人黑恶势力犯罪。深入开展常态化扫黑除恶工作，将侵害未成年人合法权益的黑恶势力犯罪作为打击重点，坚决对胁迫、教唆、拉拢、引诱、纵容未成年人参加涉黑涉恶犯罪行为予以依法严厉打击，坚决铲除社会毒瘤，伸张公平正义。二是从重从快打击性侵、猥亵未成年人犯罪。对性侵、猥亵未成年人犯罪始终保持零容忍、零懈怠，采取从快、从严、从重方针依法惩处，严格控制缓刑、免予刑事处罚的适用，认罪认罚从宽要依法从严控制，对侵害未成年人的罪犯一般不得假释，对减刑必须从严控制。三是坚决打击拐卖妇女儿童违法犯罪。对拐卖妇女儿童的犯罪行为要严厉打击、严惩不贷，最大限度铲除拐卖犯罪滋生蔓延土壤，坚决维护妇女儿童合法权益，坚决维护社会公平正义。

做好全过程帮教让迷途少年重新起航。在未成年人犯罪案件审理中，遵循教育、感化、挽救方针和教育为主、惩罚为辅原则，通过因人帮教、因案帮教等方式，做好案件审理中的全过程帮教，依法惩戒和精准帮教相结合，积极挽救迷途少年，让其重返校园、回归社会。一是深入开展审前调查工作。对于未成年

人犯罪案件，人民法院要坚持开展审前调查，与当地团委、司法、妇联、教育等相关部门组成联合社会调查员队伍，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。二是推广心理干预机制。在案件审理中适时邀请心理咨询师对未成年被告人进行心理疏导工作，矫治未成年人的犯罪心理，积极预防未成年人再次犯罪。三是积极开展判后回访帮教。在对未成年罪犯开展回访帮教工作中，各地法院要积极联合相关部门，采取多种形式对未成年罪犯进行帮教，最大限度地预防未成年人罪犯再犯罪。四是严格落实犯罪记录封存制度。认真贯彻落实《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》，切实保障未成年罪犯的合法权益。在未成年人犯罪案件审判中，对审判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，必须依法及时封存。对于未成年人犯罪记录的查询，必须严格审核查询理由、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，确保未成年人权益保护到位，最大限度挽救罪错未成年人。

加强全面综合司法保护预防未成年人犯罪。未成年人保护是一项系统工程，做好未成年人保护工作需要全社会共同参与、协同努力。人民法院作为审判机关，要与其他部门一道，共同肩负起保护职责，为未成年人健康成长撑起一片法治晴空。一是积极督促父母履行家庭教育责任。要结合案件办理工作，通过发放家庭教育告知书、家庭教育指导令等方式，督促父母切实履行未成年人保护第一责任人责任，正确实施家庭教育义务，切实履行监护职责，努力为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。二是强化未成年人犯罪源头预防。要积极延伸司法职能，充分发挥未成年人司法典型案例的示范引领作用，实现“审理一案、教育一片”，教育引导未成年人遵纪守法，增强自我保护的意识和能力，为青少年的健康成长种下法治的种子。要不断丰富宣传形式、突出宣教特色，通过法院公众开放日、组织模拟法庭、法治进校园、法官担任法治副校长等形式，常态化开展青少年法治宣传工作，切实增强未成年人的守法自觉，努力从源头预防和减少未成年人犯罪发生。三是发挥司法建议功能预防未成年人犯罪。不断加强对案件成因、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，及时向综治、教育、司法、公安等部门发送司法建议，助推更加有效地预防未成年人违法犯罪。

推进专业化建设为少年审判提供人才保障。推进未成年人审判专业化建设，是落实未成年人保护法的关键。要进一步落实涉未成年人案件由专门少年法官办理、少年法官专审涉未成年人案件的要求，切实加强涉未成年人案件审判队伍专业化建设。一是完善专门少年审判机构。当前，最高人民法院成立了少年法庭工作办公室，负责综合统筹未成年人审判指导、案件管理等工作，地方各级人民法院整合少年审判工作力量挂牌成立少年法庭，专门审理未成年人案件或者涉及未成年人权益案件，少年审判机构专门化建设不断完善。要坚持少年审判专门化、专业化发展方向，积极探索在法院内部构建“四级一体”的涉少审判机构，高、中级、基层法院均设立独立的少年法庭（未成年人案件综合审判庭），对外统一开展涉未成年人刑事、家事、行政审判工作。二是精选专业少年审判队伍。要选任审判业务精通、调解能力强，具备心理学、社会学、教育学、家庭教育知识，熟悉未成年人身心特点及少年、家事审判规律，善于做未成年人思想道德工作、家庭矛盾调解工作，热爱未成年人权益保护工作的法官进入未成年人案件审判专门人员队伍。同时，积极探索通过人员分类招录、引入社工、社会团体工作人员和政府向社会购买服务等方式充实司法辅助人员，协助法官从事案件调查、社会观护、回访帮教等工作。三是加强少年审判专门培训。要严格落实未成年人保护法关于办理涉及未成年人案件的人员应当经过专门培训的要求，定期对涉未成年人案件的法官及司法辅助人员进行包括家事审判、调解技能、心理学、法庭教育、法治宣传等多方面的系统化、专门化培训，确保专业化少年审判队伍的适岗性。四是构建少年审判单独考核体系。鉴于少年审判工作的特殊性，应该立足于少年审判特点，建立契合少年审判实际，相对独立于其他审判的考核评价体系。在少年审判工作考核评价体系中，既要注重考察案件数量和效率，更要注重少年权益保障、重新犯罪率等实际办案效果的评价，突出庭前调查、法庭教育、合适成年人参与诉讼、心理干预、庭后回访帮教等社会性及延

伸性工作，配置科学合理的案件权重比例，充分体现少年审判法官的实际工作量，充分调动少年审判法官的工作积极性，充分体现绩效考核的激励作用，促进少年审判工作科学、全面发展。

少年儿童是祖国的未来和民族的希望。做好未成年人审判工作，功在当代，利在千秋。人民法院应当充分发挥审判职能作用，切实加强涉未成年人案件审判工作，更加有效地贯彻落实特殊、优先保护未成年人的法律政策，更加坚决地依法严惩侵害未成年人的违法犯罪，更加全面地保护未成年人合法权益，坚决为未成年人健康成长保驾护航。

域 外 |欧洲人权法院关于智力缺陷的未成年人有效参与审判的典型判例——S.C.诉英国案

2022-08-02 原创 法司年少 法司年少
https://mp.weixin.qq.com/s/2aEVPKav8DjnuFoy-q4CZA

案情概要

一、申请人信息及案件基本情况

申请人出生于 1988 年，居住在默西塞德郡。1999 年 6 月，申请人企图抢夺一名 87 岁老妇人的包，导致老妇人摔倒在地，致其左臂骨折。申请人被指控抢劫未遂。

1999 年 8 月，少年法庭在审查申请人抢劫、入室盗窃、偷窃和纵火等犯罪记录后认为，如果构成抢劫未遂罪，对其判处监禁更为合适。因此，少年法庭将其交付刑事法庭审判。1999 年 12 月，刑事法庭对该案进行了审理，判处申请人构成抢劫未遂罪，并处有期徒刑两年六个月。申请人不服该判决，于是提出上诉。理由是原审法院未充分考虑其年龄和能力缺陷，剥夺了其公正审判的权利。2000 年 6 月 19 日，申请人的上诉被驳回，上诉法院认为，一审法官进行审判时，显然已经考虑到了申请人的年龄、成熟程度、智力和情感能力，而且已经采取了措施来提高申请人理解和参与诉讼的能力。

2000 年 7 月 9 日，申请人依据《欧洲人权公约》（以下简称《公约》）向欧洲人权法院提出申请（第 60958/00 号）。申请人声称，由于他年龄较低和智力低下，其无法有效地参加审判，这违反了《公约》第 6 条第 1 款。欧洲人权法院根据《公约》第 26 条第 1 款组成了审判庭，并于 2003 年 9 月 30 日宣布该申请可受理。

争议点

对智力有限的 11 岁儿童判处刑罚是否违反了《公约》第 6 条第 1 款规定的公正审判的权利：

“决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时，任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。判决应当公开宣布。但是，基于对民主社会中的道德、公共秩序或者国家安全的利益，以及对民主社会中的少年的利益或者是保护当事人的私生活权利的考虑，或者是法院认为，在特殊情况下，如果公开审讯将损害公平利益的话，可以拒绝记者和公众参与旁听全部或者部分审讯。”

法院判决

欧洲人权法院认为，对 11 岁儿童进行审判，需要保证其能够有效参与。有效参与刑事审判的权利，不仅包括出席的权利，而且还包括理解和遵循诉讼的权利。在被告人为未成年人时，法院需要充分考虑他的年龄、成熟水平、智力和情感能力，并采取措施促进他理解和参与诉讼，例如采取听证会的方式，尽可能减轻诉讼程序对其造成的负面效应。

欧洲人权法院认为，《公约》第 6 条第 1 款并非要求参与刑事诉讼的未成年人理解诉讼中的所有法律内涵或证据细节。基于现代法律体系的复杂性，许多正常智力的成年人尚无法完全理解刑事诉讼的全貌，这就是公约第 6 条第 3 款第(c)项强调辩护重要性的原因。从这个意义上讲，被告人的有效参与是指，其需要理解审判程序的性质，并理解该程序将施加于他或她的程序后果，以及法院对其施加的刑罚的意义和重要性。这意味着，被告人在律师、社会工作者或朋友的协助下，应能够理解在法庭上所说的一般内容，并能正常进行交叉询问，或是对庭审中的相关事实提出异议。在本案中，虽然申请人是在公开场合接受审判的，但在庭审过程中，原审法院采取了相应的措施来满足未成年人身心特点，例如，法官不戴假发也不着长袍，申请人由社会工作者陪同，此外也没有证据证明媒体对本案进行了肆意宣传，故而无法得出申请人在庭审期间遭受了严重的痛苦。

然而，欧洲人权法院认为需要注意的是，听证会前进行评估的两位专家均认为申请人的年龄智力水平非常低。例如，临床心理学顾问出具的报告显示，申请人存在“显著程度的学习困难”，他的推理能力受到“明显限制”，相当于 6 到 8 岁孩童的水平。青少年法医出具的报告提出，虽然申请人可能已经意识到他的行为是错误的，但是基于申请人学习能力等方面的缺陷，建议庭审过程采取相应的措施便于申请人理解诉讼。

同时，相关证据显示，申请人并不理解社会工作者所解释的诉讼情况，因此他几乎不理解陪审团在诉讼程序中的作用，也不理解给他们留下好印象的重要性。此外，申请人也不能认识到监禁的意义，即使判决生效后被带到拘留室，他似乎也很困惑，希望能够和他的养父回家。据此，不能断定申请人有能力有效地参与审判。欧洲人权法院认为，若未成年被告人存在因年轻和智力有限而无法有效参与的风险，那么对其开展的刑事诉讼应当以儿童最大利益和社会利益为中心，必须在一个专业的法庭进行审判，该法庭能够充分考虑其身心的缺陷，并据此调整诉讼程序以满足其理解诉讼程序的需求。

综合上述，欧洲人权法院认为，因为申请人存在智力受损的情况，他甚至无法理解他是否有罪，所以法院并不相信申请人能有效地参与其审判。因此，法院认为，对申请人的审判违反了《公约》第 6 条第 1 款所赋予其的公正审判的权利。

【人民日报】依法促进家庭教育 守护儿童健康成长

2022-08-11 最高人民检察院
https://mp.weixin.qq.com/s/R8PQKebrHgVy7OvI4aNjDA

今年 1 月 1 日，我国首部关于家庭教育的法律《中华人民共和国家庭教育促进法》正式实施，标志着家庭教育从传统的“家事”上升到新时代的“国事”。

家庭教育促进法从法律的高度为家庭教育确立了行为规范，也为国家和社会对家庭教育的指导、支持和服务制定了措施、确立了目标，既依法惩戒“养而不教、监而不管”，也依法纠偏“教而无方、教而不当”，建立健全家庭学校社会协同育人机制，促进未成年人健康成长。

“家庭教育令”是人民法院落实

家庭教育促进法的重要司法举措

今年 1 月 6 日，湖南省长沙市天心区人民法院发出一份特殊的裁定——家庭教育促进法实施后的全国首份“家庭教育令”。

事情源于该院审理的一起抚养权变更纠纷案。2020 年，胡某、陈某夫妻二人协议离婚后，女儿由母亲陈某抚养，但母亲长期疏于对孩子的抚养教育。父亲胡某知晓后，通过请保姆的方式履行其对孩子的抚养与照顾义务，但只是让孩子一个人与保姆居住。

鉴于父母双方都存在怠于履行抚养和监护职责的情形，加之孩子表示更愿意和母亲共同生活，法院审理认为，还应再给予母亲一次自我纠错、重新积极履行其抚养义务和监护职责的机会，最终判决母亲继续履行监护责任。

然而，案件承办法官意识到，仅靠一纸判决，仍无法真正实现儿童权益的现实保护。2021 年 10 月，家庭教育促进法表决通过，这让承办法官找到了纠正“父母拒绝、怠于履行家庭教育责任”“不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益”等行为的法律依据。

家庭教育促进法规定，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。

据此，承办法官拟出一份“儿童守护令”，最终经最高人民法院指导后，以“家庭教育令”的形式发出。该“家庭教育令”裁定，母亲应多关注孩子的生理、心理状况和情感需求，保持与老师每周至少一次的联系；不得让孩子单独与保姆居住生活，应该与母亲同住，由母亲或近亲属养育与陪伴；如违反裁定，视情节轻重，依法追究法律责任。

“‘家庭教育令’是人民法院落实家庭教育促进法的重要司法举措，是依法约束和惩戒家庭教育中‘养而不教、监而不管’行为的有力司法手段。”最高人民法院少年法庭工作办公室相关负责人表示，为进一步规范人民法院开展家庭教育指导工作，确保家庭教育促进法准确、统一、有效实施，最高法近期正在研究制定《最高人民法院关于开展家庭教育指导工作的意见》，以期对人民法院开展家庭教育指导工作的适用情形、教育内容、指导程序、法律后果等给予明确规范指引。

纠正“棍棒底下出孝子”

“不打不成器”等错误观念

据了解，北京、湖南、江苏等多个地方的人民法院陆续发出“家庭教育令”。通过梳理发现，父母和监护人被予以训诫或责令接受家庭教育指导，主要有 3 种情形：一是疏于管教或教养失当，导致未成年人实施违法犯罪或不当行为；二是婚姻破裂等情况，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。

“除了依法约束和惩戒‘养而不教、监而不管’，人民法院还坚持惩戒和纠偏并重，依法纠偏和指导‘教而无方、教而不当’的家庭教育行为。”该负责人表示，一些家庭教育令不仅限于事后追责，还采取前瞻性、沟通性和指导性的方式。

北京市朝阳区人民法院审理的一起变更抚养关系纠纷案中，法院查明父亲日常频繁使用打骂、责罚的方式来教育孩子，存在过度责罚行为，责令其接受家庭教育指导。

法院通过司法裁判，对此类简单粗暴的教育方式予以纠正，同时提醒广大家长，应遵守家庭教育促进法的相关规定，通过依法合理的方式来管教子女，纠正“棍棒底下出孝子”“不打不成器”等错误观念，过度责罚子女将受到法律的约束和惩戒。

2021 年 7 月，尚未成年的小文（化名）被朋友引诱，结伙偷盗摩托车。案发后，小文主动投案自首并归还了赃物。经过讯问、走访调查，办案检察官找出问题症结：其父母认为孩子在学校读书有老师负责管教，自己可以安心打工，较少过问孩子的学习生活。“孩子之所以犯罪，与父母怠于履行监护职责、家庭教育缺位有重要关联。”办案检察官表示。

今年 1 月，综合小文犯罪情节、认错态度等情况，重庆市酉阳土家族苗族自治县人民检察院对其作出附条件不起诉决定。同时，对其父母发出督促监护令，从依法履行监护职责、强化子女自我保护意识等方面对监护人提出具体要求。在发出督促监护令后，承办检察官还与社工组织建立了线上考察微信群，对小文开展心理疏导及帮教工作，制定回访计划。

“督促监护令是检察机关贯彻家庭教育促进法，强化对监护权的监督干预，推动筑牢家庭教育保护防线的一项创新举措。”最高人民检察院第九检察厅厅长那艳芳介绍，检察机关在办理涉未成年人案件时，根据个案不同情况和监护履职中存在的具体问题，向监护人提出针对性要求，通过训诫、责令接受家庭教育指导、协调提供家庭教育指导等方式督促和引导监护人切实履行监护职责。同时注重协作联动，通过部门合作、协调机制等方式引导多方力量积极参与，发挥合力优势，提升督促监护工作质效。

依法建立健全协同育人机制

“我们以案件为基础，努力将促进家庭教育的理念落实于办案全流程中。但家庭教育的规范性与专业性仍有待提升。”北京市平谷区人民法院未成年人案件审判庭法官乌云嘎表示，法院作出判决或发出“家庭教育令”后，应该进行哪些项目的家庭教育指导、如何对家长开展更科学精准的指导，这些问题的解决，都需要更多社会力量参与其中、共同推进。

今年 4 月，全国妇联、教育部等 11 个部门共同制定印发了《关于指导推进家庭教育的五年规划（2021—2025 年）》（以下简称《规划》），明确提出完善家庭教育法律政策体系、构建普惠性家庭教育公共服务供给体系、构建全链条的家校社协同育人机制等 6 项共 21 条重点任务和策略措施。

“《规划》为贯彻落实家庭教育促进法提供了更为具体的指引，‘协同’一词不仅在《规划》文本中多次出现，从实质上看，‘协同’意味着覆盖领域的全面。”中国教育科学研究院研究员储朝晖说，家庭教育促进法设立“家庭责任”“国家支持”“社会协同”专章，目的是促进家庭、国家、社会等各方形成合力，共同推动家庭教育健康发展。

重庆市人民检察院与市教委等部门会签《关于在办理涉未成年人案件中建立家庭教育指导工作联动机制的意见》，探索建立 5 项工作机制，深化家庭教育指导工作；北京市密云区人民法院联合区妇联等部门，建立“家庭教育+心理疏导”“家庭教育+回访帮扶”等联动机制，吸纳心理咨询师、家庭教育指导师等专业群体，对家长开展指导或制定具体方案……实践中，一些地方和部门积极探索并搭建多方参与的家庭教育平台。

“家庭学校社会协同育人已经写入家庭教育促进法和多个政策文件，教育部等多个部门也将其列入年度工作要点。”储朝晖认为，推动和健全家庭学校社会协同育人，需要相关责任主体出台并践行更可检验、可操作的家庭教育政策措施。在这方面，《规划》指明了一些努力的方向，如推动县级以上人民政府因地制宜设立家庭教育指导机构，及时向有需求的家庭提供服务，形成有地方特色、有群体适应性的家庭教育指导服务模式等。

“法律的生命力在于实施。汇集家庭、政府、学校和社会等多方力量，才能将法律规定转化为行动自觉，让家庭教育更好地为未成年人健康成长保驾护航。”中国法学会婚姻家庭法学研究会秘书长林建军说。

国家卫健委：婴幼儿无人照料是阻碍生育首要因素

2022-08-17　央视新闻
http://jcrbapp.jcrb.com.cn/h5/news.html?id=533968

国家卫健委于 8 月 17 日上午举行新闻发布会，介绍《关于进一步完善和落实积极生育支持措施的指导意见》有关情况。国家发展改革委社会发展司副司长、一级巡视员郝福庆介绍：国内调查显示，婴幼儿无人照料是阻碍生育的首要因素，城市中超过 1 / 3 的家庭有托育需求，但供给明显不足，特别是普惠性服务供不应求。各方研究和国际经验也表明，发展托育对减轻家庭负担、提高生育意愿，具有显著效果。为此，《指导意见》重点围绕 5 个关键词下功夫，也就是“基本、普惠、投资、收费、减负”：

基本，就是强化基本公共服务。《指导意见》提出拓展社区托育服务功能，完善婴幼儿照护等基本公共服务设施，实施公办托育服务能力建设项目，突出对幼有所育的基本民生保障。

普惠，就是着力增加普惠性服务。发展公办托育机构，带动社会力量投资，支持用人单位举办，建设社区服务网点，探索家庭托育模式，有条件的幼儿园招收 2—3 岁幼儿，通过以上多种渠道，鼓励多方积极参与，有效扩大普惠性服务供给。

投资，就是加大投资支持力度。拓宽托育建设项目申报范围，中央预算内投资给予建设补贴，通过中央投资的支持和引导，带动地方政府和社会力量加大投资力度。

收费，就是规范各类服务收费。明确公办托育机构收费标准由地方政府制定，加强对普惠托育机构收费的监管，合理确定托育服务的价格。

减负，就是减轻机构经营负担。托育机构水电气热按照居民生活类价格执行，各地要建立托育机构关停特殊情况应急处置机制，落实疫情期间纾困政策。

聚焦四个方面 筑牢妇女儿童权益司法保护屏障

2022-08-19 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-05/17/content_216902.htm?div=-1

人民法院要切实增强依法维护妇女儿童权益的针对性和有效性，聚焦“四个维度”，准确把握特殊群体最关心最直接最现实的维权需求，盯紧履行主责、加强联动、扩大宣传、延伸职能四条主线，积极探索创新工作思路和举措，筑牢“利剑护蕾”的保护墙，织密妇女儿童权益保护网，推动妇女儿童权益的司法保护责任落实，为迎接党的二十大胜利召开营造和谐稳定的家庭和社会环境。

关心帮助弱势群体，既是政府的职责，也是全社会的责任。人民法院作为国家司法机关，要运用司法权切实保护以妇女儿童为代表的弱势群体的合法权益。因此，全体法院干警要深入贯彻落实习近平总书记关于妇女儿童工作的重要指示，坚持“最高限度保护、最低限度容忍”的原则，充分发挥法院在审判执行、普法教育、法律援助等方面的优势，广泛凝聚妇女和未成年人保护组织的力量，在依法护航未成年人健康成长、积极参与平安家庭建设、促进社会和谐稳定方面出实招、出硬招，努力打造“有力度、有速度、有深度、有温度”的司法保护屏障，为妇女儿童守护好司法防线。

立足审判职能，司法保护有力度。一要妥善审理涉妇女儿童权益保护案件。人民法院要充分发挥审判职能，严惩性侵、拐卖妇女儿童和收买被拐卖妇女儿童等犯罪，坚决维护法治权威。全面贯彻实施民法典及相关司法解释，在离婚、继承、赡养、抚养等纠纷上，依法贯彻落实夫妻共同财产分割、离婚损害赔偿、家务劳动补偿等制度，切实发挥民法典保障妇女儿童权益的作用。二要不断深化家事审判方式改革。人民法院要积极改进家事审判模式，选派政治水平高、业务能力强的法官组建专业化家事审判团队。积极引入社会力量，聘请家事调解员、调查员设立家事审判诉前调解室，推动构建家事调解、家事调查、心理疏导、回访帮扶等工作机制，着力提升家事审判专业化水平。三要注重未成年人双向保护。人民法院要坚持惩教结合原则，全面发挥刑事审判的“教育、感化、挽救”功能，采取近距离、小审判台、交谈式方法，因人而异审理方案，对未成年人犯罪进行庭审感化，寓教于审，妥善审理未成年人刑事犯罪案件。通过犯罪记录封存、心理干预、法庭教育、判后矫正、回访帮教等一系列举措，帮助未成年被告人改过自新，重新回归社会。

坚持“四快”原则，高效保障有速度。一要坚持“快立案”。一方面，既可以在诉讼服务中心开辟妇女儿童维权“绿色通道”，开通立、审、执、鉴、保一站式服务，提供妇女儿童维权热线、诉讼指引、优先立案、司法救助等特色服务。另一方面，也可以在诉讼服务大厅设置 “反家庭暴力诉讼服务绿色通道”和“人身安全保护令申请绿色通道”，加快家庭暴力类案件处理效率，为遭受侵害的妇女儿童第一时间提供司法保护。二要坚持“快调解”。在依法保护妇女儿童合法权益的前提下，注重婚姻家庭关系的修复和情感治愈，大力推进婚姻家事类案件的诉前调解，加强司法确认的推行力度，尽可能将矛盾化解在萌芽状态，防止后续过激行为产生。三要坚持“快审理”。立案部门、审判监督管理部门要严格审限管理，畅通

分案机制，及时将涉妇女儿童权益案件交给专业化审判团队办理，依法适用速裁程序，打造妇女儿童维权“高速通道”。四要坚持“快执行”。对涉妇女儿童保护执行案件，人民法院要做到优先办理、优先执行。完善执行工作联动机制，整合全社会可利用资源参与执行案件，充分调动被执行人所在单位、社区及当地派出所的力量，采取组织被执行人的家庭成员和亲属长辈参加执行等方式，督促被执行人主动履行义务，使法院一家执行转变为多家共同监督执行。

凝聚多方力量，联动保护有深度。一要建立多方联动机制。积极构建“党委挂帅、妇联部门配合、职能部门联动、网格员共同参与” 的社会化维权机制和“法院+网格”工作模式，形成司法保护、社会保护和制度保障三者相结合的“多方联动网”，激发共同保护效能。二要发挥多元解纷机制优势。打造多元解纷平台，依托法院诉调对接中心，主动与人民调解、行政调解与司法调解进行资源整合，构建“1+N”解纷机制，为妇女儿童社会化维权提供多维度保障。加强与基层诉源治理工作站的衔接，对适宜调解的纠纷引导当事人通过调解解决，做好立案前委派调解、先行调解等工作。对经调解成功达成调解协议的，根据当事人请求依法进行司法确认或出具调解书。调解不成的，及时转入立案程序，简单案件由诉源治理工作站就地开展速裁快审工作，实现快速解纷。三要建立家事案件判后回访制度。在家事案件审结后，人民法院还要注意积极开展家事案件诉后跟踪、回访及帮扶工作，了解当事人的思想动态及未成年子女的学习教育情况，避免次生纠纷的产生。

延伸审判职能，倾心关爱有温度。一要积极参与社会综合治理。人民法院要深入排查审判过程中发现的重点行业、场所、群体的监管漏洞和问题线索，统计分析侵害妇女儿童权益犯罪案件的规律、特点，对加强预防性侵和共同做好被害人心理辅导、转学安置等事项向教育部门发出司法建议，对被判处刑罚的被告人的未成年子女监护问题向民政等部门发出商请函。二要大力开展司法救助。对于生活困难需要帮助的妇女儿童当事人，人民法院要坚持做到优先审批、优先落实，为符合条件的妇女儿童维权案件办理缓减免诉讼费手续，为家庭弱势群体追索生活教育医疗费用，依法为困难当事人家庭发放司法救助款。三要严格落实普法责任。充分发挥新媒体平台优势，积极开展妇女儿童权益保护普法宣传。可以通过开展公众开放日、送法进乡村、送法进社区、送法进学校等专题普法宣传活动，发放妇女儿童权益保障法治宣传手册，或由专业法官担任辖区学校法治副校长，着力解决普法难的“最后一公里”问题。

妇女儿童的权益保障，离不开法治护航。依法打击各种形式的家庭暴力行为，维护家庭和谐与社会稳定，是人民法院义不容辞的责任。《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》已于 8 月 1 日起正式施行，人民法院要切实增强依法维护妇女儿童权益的针对性和有效性，聚焦四个方面工作，准确把握特殊群体最关心最直接最现实的维权需求，盯紧履行主责、加强联动、扩大宣传、延伸职能四条主线，积极探索创新工作思路和举措，筑牢“利剑护蕾”的保护墙，织密妇女儿童权益保护网，推动妇女儿童权益的司法保护责任落实，为迎接党的二十大胜利召开营造和谐稳定的家庭和社会环境。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之一丨呵护未成年人，检察机关交了一份怎样的答卷？

2022-08-18　原创 张纯 民主与法制周刊
https://mp.weixin.qq.com/s/jDjo1q8BX5svDvEqEgMLyA

未成年人的健康成长，关乎千万家庭幸福安宁，关乎社会和谐稳定。

今年 6 月，正值新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法施行一周年，“两法”修订后，赋予了检察机关在未成年人保护方面更重的责任。检察机关既要承担司法保护的重要职责，又要通过检察履职最大限度推动家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落地见效。

为了让社会公众更加全面、直观了解，助力、积极参与，支持、监督未成年人检察工作，最高人民检察院于 6 月发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》（以下简称《白皮书》）。据悉，这是最高检第三次发布未成年人检察工作白皮书。与以往不同，今年的白皮书首次对涉未成年人“四大检察”业务数据进行深度分析研判。

《白皮书》系统盘点分析了过去一个年度的数据与经验，从检察履职的视角，总结了过去一个年度未成年人保护工作的成绩与不足，并从司法保护切入指明了过去一个年度六大保护的发力点，是六大保护未来进一步凝心聚力的“风向标”。

本期，让我们走进未成年人保护的检察工作，领略护佑“少年的你”的检察之力。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之一

呵护未成年人，检察机关交了一份怎样的答卷？

本社记者 张纯

近年来，检察机关立足法律监督职能，深入贯彻落实新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》和《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》（以下简称“两法”），综合运用刑事、民事、行政、公益诉讼“四大检察”职能，不断加强涉案未成年人全面综合司法保护，护航未成年人健康成长。

2022 年 6 月，最高检发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》。那么，过去一年，检察机关在呵护孩子健康成长、提供全面综合司法保护工作中，交出了怎样一份成绩单？

最大限度维护未成年人权益，形成“四大检察”司法保护格局

在我国，目前大约有 2 亿多未成年人，他们不仅象征着祖国的未来，还是发展和提高国家竞争力的核心资源要素。在不断变化的社会形势之下，如何促进未成年人权益保护，是检察机关常抓不懈的重要课题。

“随着新时代社会主要矛盾发生变化，人民群众对未成年人司法保护的期待从‘有没有’到‘好不好’向‘更加好’发展，提出许多新的更高要求。”最高检第九厅厅长那艳芳在《探索未成年人保护诉源治理“新范式”》一文中指出，未成年人违法犯罪或受到侵害，往往与其民事、行政权益和公共利益得不到保障关系密切。

为最大限度维护未成年人合法权益，推动未成年人司法保护向“更加好”发展，最高检发出通知，从 2018 年起，在北京等 13 个省（区、市）部署开展试点，将涉及未成年人的刑事、民事、行政、公益诉讼检察职能，交由未成年人检察部门统一集中行使。据悉，自试点以来，各地检察机关办理了一大批有影响的案件。

2021 年，未检业务统一集中办理工作在全国检察机关全面推开。此次发布的《白皮书》中，除延续此前对未检刑事办案数据进行分析外，还首次对涉未成年人民事检察、行政检察、公益诉讼检察办案数据进行分析。自此，未成年人“四大检察”综合司法保护格局初步形成。

《白皮书》显示，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%。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。

在未成年人民事检察部分，《白皮书》突出了对监护侵害与监护缺失的检察监督、开展制发“督促监护令”等重点工作。在加强监护缺失监督方面，2021 年，检察机关针对监护人缺乏有效监护能力，或者因客观原因事实上无法履行监护职责等监护缺失情形，依法妥善进行监护干预和保护救助，共提出检察建议 326 件，同比上升 3.1 倍；支持起诉宣告失踪、宣告死亡 132 件。

“‘两法’的修订，要求检察机关等在作出与未成年人权益相关决定时，优先考量并适用最有利于未成年人原则。”暨南大学少年及家事法研究中心教授张鸿巍在解读《白皮书》时指出，修订后的未成年人保护法与民法典均与相关国际公约进行衔接，进一步明确和细化了国家和父母及其他监护人的监护责任。

张鸿巍教授谈到，只有父母及其他监护人切实履行监护责任，才能为未成年人提供良好的家庭生活环境。若父母或其他监护人失职，不仅会使未成年人的合法权益缺乏保障，而且可能会导致未成年人的偏差行为乃至罪错行为无法得到及时纠正。

为解决日益突出的家庭监护缺位问题，自 2021 年 6 月 1 日起，全国检察机关在办理涉未成年人案件中，全面推开“督促监护令”工作。《白皮书》显示，2021 年，全国检察机关制发“督促监护令”共计 19328 份，其中，向未成年犯罪嫌疑人的监护人发送 14754 份，向未成年被害人的监护人发送 4574 份。

与此同时，各地检察机关充分运用这一加强监护权监督的创新工作机制，根据个案不同情况和监护履职中存在的具体问题，针对性督促、引导监护人切实、有效履行监护职责，最大限度避免未成年人遭受不法侵害，预防和减少未成年人违法犯罪。

其中，贵州省人民检察院积极推动将“督促监护令”写入《贵州省预防未成年人犯罪条例》，上升到法规层面。上海、甘肃等地检察机关针对不会管、管不好和不想管三类家长，探索分类制发“督促监护令”，从督促监护内容、文书发送方式、跟踪监督成效等方面进行区分，做到有的放矢。

与此同时，各级检察机关未成年人检察部门还牢牢抓住“公益”这个核心，持续发力，集中体现在案件量和受案范围上。《白皮书》显示，2021 年，未成年人保护公益诉讼案件立案数大幅提高，同比上升 3.2 倍；行政公益诉讼案件提出诉前检察建议，则同比上升 2.8 倍。

“从食品药品安全、生态环境保护等传统领域，逐步延伸至产品质量、烟酒销售、文化宣传、网络信息传播、个人信息保护、儿童游乐场所设施安全、娱乐游戏、文身、点播影院、爱国主义教育基地等方方面面。”张鸿巍教授提出，2021 年，未成年人保护公益诉讼案件所涉及的领域更加广泛。

值得一提的是，通过未检业务统一集中办理，各地检察机关在履职办案中，注重发现案件背后存在的家庭、社会等诸多问题，通过检察建议、公益诉讼、情况通报、联合督导、健全机制等多种方式，积极推动源头治理和标本兼治。

北京师范大学刑事法律科学研究院教授宋英辉谈到，北京、江苏等地检察机关启动爱国主义教育基地面向未成年人收费公益诉讼监督活动，推动落实对未成年人免费参观的规定。上海、浙江、福建、四川等地检察机关针对点播影院、电竞酒店、剧本杀、密室逃脱等新业态对未成年人保护不到位、行政机关履职不充分等问题，以公益诉讼的方式推动治理。

主动融入“五大保护”，汇聚“1+5＞6=实”合力

最高人民检察院党组成员、副检察长孙谦主编的《中国未成年人司法制度研究》一书中提到，大量司法办案实践表明，未成年人受到犯罪侵害或者走上违法犯罪道路，基本上都是家庭、学校、社会等各方面的某一个或者某几个环节出了问题。“未成年人保护大格局的形成，不仅需要司法机关积极履行职责，家庭、学校、社会等各方面作用的发挥同样不可或缺。”

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”的未成年人保护新格局。“未成年人保护是一项系统工程，‘六大保护’相互联系，不可分割。”2 月 22 日，那艳芳厅长接受媒体采访时提到，“司法”保护之外的“五大保护”，都与检察履职密切相关。

为此，检察机关能动履职，不断推动检察司法保护融入其他“五大保护”。“此次《白皮书》将加强部门协作，主动融入‘五大保护’单独作为一部分，反映检察机关更加注重以检察司法保护融入、助力家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护，努力形成‘1+5>6=实’的合力。”宋英辉教授说。

在融入家庭保护方面，检察机关立足检察履职，积极促推司法保护融入家庭保护，通过联合专业的家庭教育指导社会力量，持续进行家庭教育指导、监督考察，做好督促监护的“后半篇”文章。在这方面，最高检与全国妇联、中国关工委联合下发了《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意见》，同时发布典型案例，推动涉未成年人案件家庭教育指导工作高质量发展。

在融入网络保护方面，检察机关不断加大网络违法犯罪打击力度，守护未成年人上网用网安全。《白皮书》透露，2021 年，检察机关起诉未成年人利用电信网络实施犯罪 3555 人，同比上升 21.2%。对此，检察机关在依法严厉惩治侵害未成年人权益的网络犯罪的同时，最大限度教育挽救涉网络犯罪的未成年人。对于主观恶性不大、罪行较轻，属于初犯、偶犯的未成年人，在依法从轻处理的同时，开展针对性的帮教，帮助他们尽快重新回归社会。

在融入学校保护方面，各级检察机关联合教育行政部门，持续抓好“一号检察建议”监督落实，通过专项排查、督导检查、情况通报等方式，促进加强校园安全制度建设。《白皮书》显示，2021 年，全国各级检察机关联合教育行政部门，查访中小学校、幼儿园 4.4 万余所，发现安全管理隐患 4100 余个。向教育行政部门、学校制发检察建议 994 件，已完成整改 3600 余项，纠正男性宿舍管理员管理女生宿舍问题 172 件。

与此同时，检察机关深入推进检察官担任法治副校长工作，在开展法治教育、预防未成年人犯罪、助力学校安全管理、维护学生权益等方面起到了积极的作用。《白皮书》透露，2021 年，检察机关深入贯彻习近平法治思想，全面落实“谁执法谁普法”的普法责任制，扎实推进检察官担任中小学校法治副校长工作，推动全国 3.9 万余名检察官在 7.7 万余所中小学校担任法治副校长。

在融入社会保护方面，各地检察机关积极落实侵害未成年人案件强制报告制度和入职查询制度。据悉，最高检、教育部、公安部联合建立了教职员工违法犯罪信息查询平台，全国检察机关牵头或配合教育等密切接触未成年人行业开展入职查询 749 万人次，推动对查询出的 2900 余名有前科劣迹人员作出开除、解聘等处理，把一大批“大灰狼”挡在了密切接触未成年人的行业之外。

针对性侵未成年人案件多发于宾馆、酒店、营业性娱乐场所的现状，各地检察机关通过专项检查、联合清查、情况通报、检察建议等措施，推动职能部门加强对违法接待、容留未成年人问题的治理。

《白皮书》显示，自 2021 年 5 月“检爱同行 共护未来”未成年人保护法律监督行动实施以来，全国检察机关共参与排查旅馆、宾馆、酒店等场所 66283 家，发现存在问题的 11238 家，占排查总数的 17%，经检察机关督促，完成整改 10124 家，停业整顿 555 家，吊销经营许可 559 家；排查营业性娱乐场所、酒吧、网吧等场所 18691 家，发现存在问题的 3688 家，占排查总数的 19.7%，经检察机关督促，完成整改 3175 家，停业整顿 448 家，吊销经营许可 65 家。

以司法保护能力为核心，推进未检队伍专业化规范化

未成年人检察工作具有特殊性，在职责任务、内在规律、司法理念、评价标准等方面都与成人司法有显著的区别，是独立的检察业务类别。实现未成年人检察专业化，是做好未成年人检察工作的前提和基础。

江西省鹰潭市月湖区人民检察院检察长王冠对此感同身受。她认为，未成年人被侵害案具有很强的隐蔽性，其中很多是熟人作案。侵害未成年人案件很多都是“零口供”，加之遭到侵害的未成年人因为年龄较小、表达能力差，难以还原具体的案发时间和地点，导致提取和固定证据存在难度。

“这恰恰是一些未成年人遭遇侵害的尴尬现实。”王冠检察长表示。为了让客观证据“开口说话”，鹰潭市检察机关组建未检“护燕”专业化办案组，提出办理侵害未成年人“零口供”案件系列创新工作方法：捕捉亲历性言词证据、挖掘隐蔽性客观证据、亲情沟通法拉近与被害人距离、开放询问法还原案件细节、实物辨认法让客观证据开口说话、场景模拟法重建案发现场……

在一起幼女被侵害案中，两名被告人始终拒不认罪，在侦查阶段公安机关也未提取到客观证据。案件移送检察机关后，“护燕”专业化办案组通过自行补充侦查，推动还原案发现场场景以及案发经过，取得了关键性证据。最终，两名被告人分别被判处无期徒刑和有期徒刑十五年。

《白皮书》强调，2021 年，各级检察机关以提升工作质效为核心，着力提升未成年人检察专业化、规范化水平，为推动未成年人检察工作高质量发展奠定坚实基础。

实际上，这样专业的未检办案组遍布全国：不仅有江西“护燕”办案组，还有吉林省通榆县人民检察院“鹤晓”未检团队、山东省菏泽市郓城县人民检察院“晓航扬帆”未检办案团队、陕西省延安市宝塔区

人民检察院“宝塔春晖”未成年人检察团队等等。这是检察机关进一步健全未检专门办案组织，为未成年人检察工作高质量发展提供专业组织保证。

《白皮书》显示，认真贯彻落实新修订“两法”有关专门机构或者专门人员配备的要求，积极推动落实《关于进一步规范检察办案机构设置的通知》要求，255 个市级检察院和 536 个县级检察院设立独立未检机构，较 2020 年分别增加 20 个、164 个，另有 1385 个市、县级检察院设立未检办案组，增加 602 个。

检察机关进一步加强未成年人检察队伍素质能力建设，为未成年人检察工作高质量发展提供专业人员保证。积极开展多种形式的岗位练兵，举办两期未成年人检察案事例培训班、5 期未检业务统一集中办理网络培训，推动以司法保护能力为核心的未成年人检察能力建设。以良性竞争促进队伍建设，开展未检条线优秀办案团队和优秀办案检察官评选活动，3 个团队和 5 名个人获评优秀办案团队和优秀办案检察官。

在加强未成年人检察规范化建设方面，检察机关一方面进一步强化未成年人检察业务指导。深化“捕、诉、监、防、教”一体化工作机制，以工作质量、帮教效果为核心，完善未成年人检察工作独立评价与指标体系。最高检建立未检业务专业指导和分片对口联系相结合的工作机制，提高对下指导质效。每季度召开一次未检条线重点工作推进会，通报未检重点工作开展情况，分析研判、共同解决存在的问题。

另一方面，研究编发未成年人检察案例。按照“一个案例胜过一沓文件”的思路，聚焦未成年人司法保护的难点、热点问题，加大指导性案例、典型案例研究编发力度。针对附条件不起诉、家庭教育指导、督促监护令等重点问题，发布 1 批指导性案例和 4 批典型案例，建立未成年人检察案例库，开展案例评析活动，坚持问题导向，强化业务指导。

除此之外，还持续推进智慧未检建设。加强统一业务应用系统 2.0 未检条线部署应用工作，基本实现未检业务统一集中办理工作线上办理、流转、查询等功能。上线运行未检侦查监督平台，助力提升法律监督效果。探索搭建涉未数字化监督模型，推广智慧未检成熟经验做法，推进未成年人帮教维权平台建设，促进从个案办理到类案监督转变。

在我国，未成年人检察工作起步于 1986 年，已走过 36 年的不平凡历程。36 年来，未检工作与时代同频共振、与法治同向而行，成为检察机关特色品牌和亮点业务，在保障未成年人权益、维护社会和谐稳定、促进国家治理等方面发挥了重要作用。

据悉，检察机关今年将以最高检向全国人大常委会报告未成年人检察工作为契机，以监督落实“一号检察建议”为牵引，以“质量建设年”为抓手，以强化未成年人综合司法保护为重点，创新进取，能动履职，全面提升未成年人检察工作质效，促推家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落实落地，服务保障未成年人安全健康成长，以实际行动迎接党的二十大胜利召开。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之二丨“双向保护”，让法律既有力度又有温度

2022-08-18　原创 刘瑜 民主与法制周刊
https://mp.weixin.qq.com/s/zSX_f_VkVRzCYXlqX-vcvw

未成年人的健康成长，关乎千万家庭幸福安宁，关乎社会和谐稳定。

今年 6 月，正值新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法施行一周年，“两法”修订后，赋予了检察机关在未成年人保护方面更重的责任。检察机关既要承担司法保护的重要职责，又要通过检察履职最大限度推动家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落地见效。

为了让社会公众更加全面、直观了解，助力、积极参与，支持、监督未成年人检察工作，最高人民检察院于 6 月发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》（以下简称《白皮书》）。据悉，这是最高检第三次发布未成年人检察工作白皮书。与以往不同，今年的白皮书首次对涉未成年人“四大检察”业务数据进行深度分析研判。

《白皮书》系统盘点分析了过去一个年度的数据与经验，从检察履职的视角，总结了过去一个年度未成年人保护工作的成绩与不足，并从司法保护切入指明了过去一个年度六大保护的发力点，是六大保护未来进一步凝心聚力的“风向标”。

本期，让我们走进未成年人保护的检察工作，领略护佑“少年的你”的检察之力。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之二

“双向保护”，让法律既有力度又有温度

双向保护，既是未成年人司法应有的理念，也是未成年人检察办案必须遵循的基本规律——既要注重维护涉罪未成年人合法权益，也要切实维护未成年被害人的权益，维护好社会秩序和公共利益。检察官们一面将走错路的孩子“拉回正轨”，一面为受伤害的孩子“全面疗伤”，让“最有利于未成年人”理念落地生根。

“教育、感化、挽救”，助 TA 重回正轨

17 岁的小森（化名）是一名高二的学生，一天，他趁人不备，将他人放在某广场篮球架下的手机“收入囊中”。后经鉴定，该手机价值人民币 5220 元。案件提请批准逮捕后，江苏省常州市武进区人民检察院第四检察部的检察官们产生了一些疑虑。

他们敏锐地发现，针对公安机关移送的社会调查报告并不能充分反映小森犯罪原因的问题，小森还有一年就要参加高考，本着“教育、感化、挽救”的方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则，检察机关随即补充开展更加深入的社会调查。

果不其然，经调查走访发现，小森母亲当年突发白血病，父亲低价转让经营多年的大棚蔬菜基地，多方筹款为母亲做骨髓移植。但是，两次骨髓移植均失败，小森的家庭变得一贫如洗。家庭变故、氛围变化等原因，导致小森情绪低落，成绩也一落千丈。其间，老师观察到小森的变化，与其多次谈心，希望他能振作起来。案发前，小森心情压抑，压力无处释放，对比之前的生活，心理落差很大，为了寻求刺激、发泄情绪，一时贪念实施了盗窃。

案发后，小森父母泪流满面，抱怨自己没能及时关注到孩子的心理变化，让即将升入高三、学业繁重的小森一个人承担了很多。针对小森的心理问题，检察机关委托心理咨询师对其多次开展心理疏导。小森羁押在看守所时，检察官们让他正常接受传统文化课的学习，用“大爱”浸润、安抚着小森迷途的心灵。后经检察机关审查，小森系初犯，此次犯罪主要是由于家庭变故、青春期叛逆，加之法治意识淡薄，冲动犯罪。其主动投案自首、退赃且获取被害人谅解，认罪悔罪态度好，具备帮教条件，遂依法作出不批准逮捕决定。

在案件审查起诉过程中，检察官走访了解取保候审后小森的行为表现，征求校方、社区以及被害人方的意见，详细、透彻审查后认为，小森的行为涉嫌盗窃罪，作案时系未成年人，具有自首、认罪认罚、退赃等量刑情节，调节基准刑后测算小森可能判处一年有期徒刑以下刑罚，且征询被害人以及公安机关意见，

均同意对其适用附条件不起诉。据检察官介绍，小森面临的家庭压力短期内无法缓解，参考社会调查、心理疏导的情况，判断其心态调整需要一个过程，为保障其学业、教育管束和预防再犯，从“最有利于未成年人”健康成长出发，对他附条件不起诉更有利于其回归社会。随后，检察机关对小森作出附条件不起诉决定，考察期为一年。

记者从武进区检察院第四检察部了解到，在监督考察期间，检察官与武进区弘道罪错青少年帮教中心大学生志愿者、学校老师共同制订了督促小森执行所附条件的具体帮教计划：初期注重心理疏导工作，心理咨询师针对家庭变故环境下的家庭成员的挫折应对等向小森及家人团体辅导；中期通过法治教育、行为偏差矫正、传统文化教育等多措并举，筑牢小森的法律意识，促使其真正转变；后期注重帮助小森树立正确的人生观、价值观，自觉遵纪守法。

为了缓解小森家庭生活压力，检察官与学校沟通，为其减免高三学费，提供生活补助，让小森能心无旁骛，专心迎接高考。小森真切感受到了检察官们期望他回归正轨的良苦用心，在考察期表现良好，重拾了对生活的信心。最终，在多方关爱与帮助下顺利完成高三学业，并以高出本科线几十分的成绩考入大学。

检察机关在一个个鲜活的案件中，坚持依法惩戒和精准帮教相结合，最大限度地教育挽救了涉罪未成年人，改变了他们的人生轨迹。对主观恶性不大、犯罪情节较轻，属于初犯、偶犯的未成年人，坚持少捕慎诉慎押，为其回归社会预留通道。

在 7 月 18 日中共中央宣传部举行的第 16 场“中国这十年”系列主题新闻发布会上，关于未成年人检察工作，最高人民检察院副检察长童建明介绍，2022 年上半年，未成年人犯罪不捕率已达到 63%、不诉率 54%，附条件不起诉率 36%，深刻体现了检察机关对未成年人教育、感化、挽救的方针。

在办案过程中，检察机关坚持把帮教贯穿始终，根据未成年人罪错行为特点和教育矫治规律，结合涉案未成年人具体情况，主动争取、整合相关社会力量参与精准帮教，通过加强对罪错未成年人监护人的家庭教育指导、完善专门矫治教育、打造综合性观护基地、引入专业司法社工和志愿者进行教育矫治等方式，共同建立“政府支持、司法主导、社会协同、公众参与”的帮教考察运行模式。

此外，检察机关进一步加强与司法行政机关沟通协作，推动建立未成年人刑事案件专业法律援助律师队伍，及时为没有委托辩护人的未成年犯罪嫌疑人提供法律援助。2021 年，全国检察机关为未成年犯罪嫌疑人提供法律援助 49704 人次，同比上升 39.09%。进一步提高法定代理人、合适成年人到场覆盖率。通过组建合适成年人队伍，健全运行管理机制，充分发挥合适成年人在司法办案中沟通、抚慰、教育、见证、监督等方面的重要作用。

为了能让罪错少年彻底摆脱曾经犯错的印记，重新开始自己的人生，2012 年修订的刑事诉讼法增加了未成年人犯罪记录封存制度。但是，仍有一些漏洞致使未成年人犯罪记录泄露，导致涉案未成年人在考试、升学、就业、生活等方面遭遇歧视。

2021 年 4 月 28 日，最高检第九检察厅印发《关于统一制发未成年人涉罪记录封存印章的通知》，制作未成年人涉罪记录封存印章样式，规范未成年人犯罪记录封存工作。加强对涉罪未成年人犯罪记录封存制度的监督，保护未成年人身份信息不被泄露。据了解，2021 年，全国检察机关共落实犯罪记录封存 31510 人，同比上升 11.88%。

为切实解决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，5 月 24 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等部门联合下发了《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》，进一步明确了人民检察院对犯罪记录封存工作的检察监督权。

检察机关正最大限度地教育、感化、挽救每一个罪错少年，帮助他们顺利回归社会，“重启”人生。

被害人救助，呵护雨打的小花

对待罪错少年要有教育的深度、惩罚的力度。而对于未成年被害人，更要有救助的温度和关爱的广度。

由于未成年被害人的身心发育尚不成熟，如果不能及时、专业地给予保护和救助，未成年被害人很可能存在“恶逆变”，在心中埋下“恨”的种子，日后采取一些极端的手法报复加害人、国家或社会，进而转化为新的犯罪人。因此，建立未成年被害人救助制度对预防犯罪具有重要意义。

“我们迫切地感觉到这个工作的重要性，虽然国家很重视对未成年犯罪嫌疑人的特殊保护，在立法上都已经规定到位了，但是对未成年被害人救助这方面，法律上并没有明确的规定……”这是 7 年前，一位长期在一线办案的检察官对记者发出的感慨。当时，国家对未成年被害人救助在立法上有所欠缺，检察官们在办理案件时所做的“救助”，都是基于国家亲权理念和双向保护原则的要求，他们出于一种责任感，主动延伸工作职能，尽最大努力来帮助未成年被害人和困境儿童。

而今，随着少年司法制度的不断完善，对未成年被害人的救助开始进入司法机关的视野。2021 年新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》在总则第 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”，在司法保护一章中明确提出，公安机关、人民检察院、人民法院应当与其他有关政府部门、人民团体、社会组织互相配合，对遭受性侵害或者暴力伤害的未成年被害人及其家庭实施必要的心理干预、经济救助、法律援助、转学安置等保护措施。

在北京市海淀区人民检察院第七检察部检察官李思瑶的记忆中，心心（化名）的故事，让她一直难忘。李思瑶第一次见到心心，是在社工救助站。当她看到李思瑶后立刻警觉起来，像一只受伤的小动物将自己蜷缩在妈妈的身后，惊恐的眼神让李思瑶感到无比揪心。

在心心很小的时候，父母协议离婚，她一直由母亲张某抚养。张某在北京工作，心心在老家一所寄宿制学校上小学，张某委托熟悉的朋友、亲戚代为照顾，只能在心心寒暑假期间和她团聚。张某在北京结识了刘某，两人互生好感，2020 年前后，开始共同生活。2021 年 1 月，张某生下了一个儿子。但是，从张某怀孕开始，刘某变得暴躁易怒，除了对张某实施殴打、辱骂，还经常虐待年仅八岁的心心。2021 年 6 月，放暑假的心心又到北京与母亲生活，在此期间，刘某经常没有理由地殴打、威胁她，甚至夜里心心开灯上厕所都会招来刘某的一顿打骂。孩子身上的多处淤青和伤痕，清楚地记录着刘某的恶行。心心在和司法人员讲述遭遇时，展现出来与年龄不相符的冷静和坚强，让在场的人感到非常心痛。2021 年 8 月，刘某因虐待心心被公安机关立案侦查并刑事拘留，案件被移送海淀检察院审查逮捕。

受理本案后，李思瑶第一时间联合司法社工等相关机构和组织，对心心一家开展救助工作，申请法律援助、邀请专门针对未成年人的心理咨询机构为心心开展心理疏导、经济救助等。李思瑶说，孩子当时的状态让人感到担忧。心理老师告诉她，通过评估发现，心心可能存在创伤后应激反应。李思瑶立即引导公安机关补充侦查，由他们带心心去儿童心理门诊进行了专业的诊断。“这个诊断一是可以让我更加准确地了解心心的心理状态来进行下一步的心理干预，二来也可以作为本案的证据来证明被告人虐待行为的严重性。”李思瑶解释。

在救助中，检察院为心心申请了小额的爱心救助，定期与心心的母亲联系，了解心心的现状，缓解其心理压力。经过心理老师 10 次的疏导，心心的状态明显有了好转。一天，李思瑶收到了司法社工发来的微信：“思瑶姐，心心妈妈让我们转达感谢。”心心的妈妈在微信里对社工说：“检察官又给我打电话了，跟我聊了有好长时间……那个检察官，我老记不住她名字。我跟你说一下，特别感激他们，真的特别特别感激你们和检察院……”朴实的言语，让李思瑶感受到了未成年人检察工作的使命感，也更加坚定了做好“护苗人”的决心。

坚持儿童利益最大化，只要关乎孩子的事，每一个环节都需要慎之又慎。像心心这样身心受到伤害的孩子，更需要科学的方式、专业的人员、专门的机构来帮助他们走出阴霾。

为避免在司法过程中，未成年被害人因接受来自不同司法人员的询问、辨认、证据提取、人身检查等，将他们一次次带入不堪回首的犯罪发生场景之中，使其经历“二次伤害”，经过不断探索实践，2021 年新修订的未成年人保护法，将“一次询问”原则纳入法律。

为了确保一次询问原则的落地，检察机关大力推进“一站式”询问、救助机制建设。检察院适当提前介入，各有关部门提供专业救助支持的机制，以保护被侵害的未成年人身心健康。《未成年人检察工作白皮书（2021）》显示，检察机关持续推动侵害未成年人犯罪案件“一站式”办案机制建设。全国共建成未成年被害人“一站式”询问、救助办案区 1622 个，累计完成询问 15671 人。重庆、云南、江苏、上海、浙江等地均形成较为成熟的“一站式”办案机制和工作模式。加强未成年被害人综合多元救助，全年共开展司法救助 1.1 万件，发放救助金 1.6 亿元，协助提供生活安置 7471 人次，开展心理疏导 17638 人次。

落实强制报告制度，传递司法温度

严惩侵害未成年人犯罪是保护未成年人的题中之义，也是检察机关的职责所在。《未成年人检察工作白皮书（2021）》显示，2021 年全国检察机关共批准逮捕侵害未成年人犯罪 45827 人，起诉 60553 人，同比分别上升 18%、5.7%。随着打击犯罪力度的不断加大，重大恶性暴力伤童犯罪明显减少。

此外，针对侵害未成年人犯罪发现难、发现晚等问题，检察机关推动侵害未成年人案件强制报告、性侵违法犯罪入职查询制度落地见效。检察机关运用多种形式，加大宣传力度，提高强制报告制度社会知晓度，形成社会认同，督促相关部门及人员依法落实强制报告义务。

在办理心心案件的过程中，李思瑶发现心心被虐待后去医院就医时，明确告知医生系被殴打致伤，但医生并未履行强制报告义务，公安机关无法及时介入，导致本案案发时，无法对心心进行伤情鉴定。因此，海淀检察院向该医院制发了检察建议，针对本案中暴露出来的强制报告落实不到位的问题要求整改落实。

“针对检察建议指出的强制报告制度在落实过程中存在的问题，我们已经制定强制报告工作流程，启动追责问责机制，并决定将该制度的落实情况纳入强制报告主体年底绩效考核。”这是一份湖北省钟祥市检察院收到的来自强制报告相关职能部门的反馈信息。

据了解，钟祥市检察院未成年人检察部门检察官在办理一起侵害未成年人案件时发现，被害人有就诊记录，但医疗部门未履行强制报告义务。随后，该院向相关职能部门发出行政公益诉讼诉前检察建议，建议相关职能部门加强学习并传达强制报告制度的具体内容，建立内部报告流程，制定长效监管机制。

据悉，最高检、国家监察委、教育部、公安部、民政部、司法部、国家卫健委、共青团中央、全国妇联等 9 部门，共同建立关于侵害未成年人案件强制报告制度，发布了《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》，规定 9 类未成年人遭受不法侵害情形，有关单位和个人须立即报案。此项制度自 2020 年 5 月 7 日起实施。

强制报告制度施行以来，全国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 2854 件，通过办案倒查发现相关责任主体未履行强制报告义务、应当报告不报告案件 1604 件，追责 299 件。

对未成年人的保护，是一个全面的、系统性的工程。在对侵害未成年人行为严厉打击的同时，也对隐藏在“黑暗”中的隐患全力排查。检察机关深入落实入职查询制度，联合相关部门积极推动建立覆盖性侵、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录的信息库，将查询范围扩大到包括教育在内的所有密切接触未成年人行业的从业人员。

未成年人检察工作在未成年人司法大格局中具有特殊重要的责任、地位。对未成年人实行双向保护，既体现了法律的力度，又体现了法律的温度，彰显了法律的公平正义。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之四丨家庭教育指导，是责任担当更是法律义务

2022-08-18 张纯 民主与法制周刊

https://mp.weixin.qq.com/s/c9BafSvcz29sZp7vPAitQQ

未成年人的健康成长，关乎千万家庭幸福安宁，关乎社会和谐稳定。

今年 6 月，正值新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法施行一周年，“两法”修订后，赋予了检察机关在未成年人保护方面更重的责任。检察机关既要承担司法保护的重要职责，又要通过检察履职最大限度推动家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落地见效。

为了让社会公众更加全面、直观了解，助力、积极参与，支持、监督未成年人检察工作，最高人民检察院于 6 月发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》（以下简称《白皮书》）。据悉，这是最高检第三次发布未成年人检察工作白皮书。与以往不同，今年的白皮书首次对涉未成年人“四大检察”业务数据进行深度分析研判。

《白皮书》系统盘点分析了过去一个年度的数据与经验，从检察履职的视角，总结了过去一个年度未成年人保护工作的成绩与不足，并从司法保护切入指明了过去一个年度六大保护的发力点，是六大保护未来进一步凝心聚力的“风向标”。

本期，让我们走进未成年人保护的检察工作，领略护佑“少年的你”的检察之力。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之四

家庭教育指导，是责任担当更是法律义务

本社记者 张纯

在检察机关中，有这么一支队伍——法庭上，他们是惩恶扬善的国家公诉人；法庭外，他们是温情守护的“苗圃护林员”。他们就是“未检人”，也是未成年人的“国家监护人”。在依法惩戒犯罪的同时，“未检人”主动融入未成年人司法保护大格局，竭力教育挽救失足的未成年人，帮助他们及时走出误区，返回人生正轨。

在助力家庭基础教育方面，“未检人”更是展现责任担当，联动多部门形成合力，纠正“问题教育”、引导正确的家庭教育，让错位的家庭教育走上正轨，多措并举，助迷途少年回归。

图片

家庭教育缺位酿成“问题少女”

“我现在挺好的，您不用担心。我妈还担心我钱不够花，时不时给我发个红包。”听着小蝶(化名)兴致勃勃的诉说，江苏省常州市新北区人民检察院（以下简称“新北区检察院”）第三检察部副主任尹媛甚是欣慰，悬着的心也终于可以放下了。

彼时，尹媛正在对小蝶跟踪回访。

如今的小蝶，青春阳光、朝气蓬勃，很难想象她曾是一名涉罪未成年人。两年前，正值花季年龄的小蝶，因沉溺直播打赏和网络游戏，虚构生病住院、车辆维修等各种理由，多次骗取网友钱款达 13000 余元。

2020 年 5 月，该案被移送至新北区检察院审查起诉。办案中，尹媛检察官注意到，小蝶认罪悔罪态度很好且无前科劣迹。

为深究犯罪背后深层次原因，检察官走访了小蝶所在的学校、社区等地，开展详细的社会调查。

经调查了解，小蝶自幼父母离异，一直随父亲生活，初中时才回到母亲身边。长久的分离，使母女二人之间的感情不甚融洽，再加上“青春期”的逆反与“更年期”的“反常”两相碰撞，母女二人形同水火。

“黄女士常因琐事对女儿横加指责，两人吵得不可开交。之后，16 岁的小蝶赌气离开母亲来到常州打工。”尹媛告诉记者，缺乏家庭关爱的小蝶一头扎进直播、网游等虚拟世界中，寻求精神慰藉，最终因一念之差误入歧途。

在近十年的未成年人检察工作经历中，尹媛检察官深知：“未成年人犯罪的原因，不仅在于其自身，更主要在于家庭教育的不当与缺位。”

资料显示，部分省市办理的涉未成年人案件中，近一半的涉案未成年人或未与父母共同生活或脱离家庭监护，近 80%的案件中，存在父母或其他监护人放任自流、打骂体罚等教育方式不当问题。

小蝶的情况也是如此，不当的家庭教育是使她走上犯罪道路的主要原因。基于此，检察机关决定对小蝶附条件不起诉，监督考验期为七个月。

与此同时，检察机关根据小蝶的实际情况，精准帮扶，“对症下药”，将强制家庭教育指导，写入了附条件不起诉的考察协议，并将指导效果作为考察意见的参考。随即，家庭教育指导机制正式启动。

说起“家庭教育指导”，相信很多人首先想到的，是今年 1 月 1 日起正式实施的家庭教育促进法。由此，家庭教育不再只是传统认知里的“家事”“小事”“私事”，而已经正式上升为“国事”“大事”“公事”。

如今，家庭教育已经被纳入法治轨道，但构建一个全新的、科学的、完善的家庭教育指导服务体系却不是一蹴而就的，需要在实践中不断探索前进。

从 2015 年开始，各地检察机关不断重视强化家庭监护责任、提升家庭教育能力的重要性，并在实践中能动开展“亲职教育”的不懈探索。

2020 年 5 月，新北区检察院与区妇联联合出台《关于开展亲职教育工作的实施细则》，推动在附条件不起诉、监护侵害等五类涉未成年人案件中全面开展亲职教育，借力妇联的家庭教育讲师团，引入 8 支公益团队组建专家库，从理想信念、法治意识、沟通技巧等方面，推出 21 门教育课程。

“《细则》的出台，明确了亲职教育工作流程，确定了亲职教育的开展形式和具体内容，明确要聚焦家庭教育源头治理，为家庭教育提供全链条的指导、支持和服务，探索协同育人的家庭教育模式。”尹媛检察官向记者介绍。

2021 年 5 月，最高检、全国妇联、中国关工委共同印发了《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意见》，亲职教育正式以“家庭教育指导”这一更为精准的定义被大众日益熟知。

因“案”施教，打造全流程“一站式”家庭教育指导

让我们将视线再次聚焦到案件中，小蝶的家庭教育指导正在有条不紊地推进。结合前期调查评估，检察机关联合常州市同心圆社会工作服务中心，从专业的角度出发，为小蝶的家庭教育指导“量体裁衣”，制定了一套切实可行的指导方案。

“黄女士教育孩子时过度指责，引起孩子极不耐烦或逆反的心理，这种现象在心理学上称为‘超限效应’。”尹媛检察官对记者介绍，因此，检察机关与社工团队决定契合黄女士需求，以“身份认同”“好好说话”为目标，引导她与孩子建立起良好、有效的沟通，从而修复亲子关系。

“社工团队为黄女士挑选了相关书籍，并指导她与女儿每周至少 3 次深入谈心谈话。”尹媛检察官告诉记者，此外，还为其安排了指导老师每个月为其进行一个半小时左右的特色课程指导。

与此同时，为了帮助小蝶反思自己的违法行为，检察机关在对其附条件不起诉的帮教方案中，对症下药，有的放矢，也针对性地对她展开了一系列工作。

“我们和社工老师一起，结合小蝶的实际情况，以畅通人际沟通、增强人格自信、提升就业能力为目标，通过心理干预、团体辅导等方式对小蝶同步进行帮教矫治。”尹媛检察官告诉记者，包括通过运用“优势视角”理论鼓励小蝶发挥音乐特长，在工作中增强自信，并让她感受到来自母亲的接纳和尊重，提升她在家庭中的认同感和价值感。

但在检察官对小蝶的家庭教育指导进行阶段性评估时，社工组织反馈与黄女士沟通不顺畅、指导效果不佳，母女关系并未得到根本缓和。

“黄女士是个体户，经常课上到一半就提出有生意需要离开，或者以各种理由‘逃课’。”尹媛检察官告诉记者，当时她试图与黄女士取得联系时，多次被拒接电话。

实际上，检察官在进行家庭教育指导时，已经充分考虑监护人与涉罪未成年人的实际情况。为了方便家住外市的黄女士接受辅导，社工把课堂搬到了“线上”。而且，考虑到其生意繁忙且还需兼顾照料家中老人，对她采取的是集中授课的方式，一个月集中进行一次深度辅导。

其时，小蝶的家庭教育指导方案进度尚未达到三分之一，而由于黄女士的懈怠甚至抵触，小蝶的考察期已经过去两个月仍无起色。

要知道，监护人参与度是强制家庭教育指导实效的重要指标之一，而且这会直接影响到小蝶附条件不起诉的处理结果。

实践中，不配合家庭教育指导的家长不在少数，这种情况下，检察机关便会依法展开“刚性”监督。

于是，检察机关联合公安机关、妇联和社工组织等相关部门，召开了司法训诫会，决定对黄女士进行训诫教育，责令其接受家庭教育指导。

让尹媛检察官未想到的是，刚性监督也遇冷。

在训诫会上，当尹媛检察官指出黄女士严重不履行监护责任，导致女儿走向犯罪道路等家庭教育问题时，黄女士竟然情绪失控夺门而出。

“第一次碰到这种情况，当时很惊讶又觉得不可理喻。”尹媛检察官回忆起之前与黄女士的接触，觉得她并非是不讲道理的家长。

那究竟是何原因，引发了黄女士当日如此情绪化的行为？尹媛检察官从小蝶的继父那里，找到了答案。

“当天会议，小蝶的继父也参加了。我们跟她的继父沟通之后，分析黄女士情绪失控主要是两个方面造成：一是家里老人病重，二是那段时间她与小蝶就小蝶的工作与交友问题产生分歧进而发生争吵。两件事情叠加在一起，导致她压力大、很焦虑。”尹媛检察官说。

一周后，待到黄女士情绪缓和，检察机关与社工组织等相关部门再次将黄女士请到了检察机关。这一次，团队专门请心理老师对黄女士进行了一次情绪的引导和疏解。

“谈话过程中，黄女士数次潸然泪下，长久压抑在内心的负面情绪一泻而出。此后，在面对家庭教育指导时，她的态度便有了明显的好转。”尹媛检察官说，在多方共同努力下，黄女士开始积极配合，并深刻反思、主动改变。

据悉，在进行接下来的指导时，社工组织也根据掌握到的最新情况及时调整方案，将榜样引领和情绪管理课程增加为黄女士的“必修课”。同时，将小蝶最信任的继父，增加为教育对象。

与此同时，为了弥补耽误的时间，同时保障教育质量，检察机关还将教育期限由三个月延长至六个月，将亲子谈话的指导频率由每周三次调整为每天一次。

目前，小蝶已通过考验被不起诉，她和母亲的关系在一次次的家庭教育指导中不断趋于缓和。

“最让我欣慰的是，黄女士改变了很多。现在，她学会倾听女儿的想法了，还主动关心小蝶的工作。小蝶也戒除了网瘾，找到了自己喜欢的工作，一切都朝着好的方向发展着。”尹媛检察官不无欣慰地告诉记者。

责任担当，做好督促监护的“后半篇”文章

如今，检察机关开展家庭教育指导已经不仅仅是一种实践探索，更是一种责任担当和法律义务。

2021 年 6 月 1 日，新修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法（以下简称“两法”）开始实施。检察机关会同有关部门探索创新的家庭教育指导制度正式上升为法律规定。

具体来说，“两法”明确规定了监护人及家庭成员的家庭教育职责，强调父母或者其他监护人对未成年人的预防犯罪教育负有直接责任。同时，明确公安机关、检察机关、人民法院在办理案件过程中发现实施严重不良行为的未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责的，可以责令其接受家庭教育指导。政府应当提供、鼓励、支持家庭教育指导服务。

作为未成年人的“国家监护人”，各级检察机关通过训诫、“督促监护令”等监护干预手段做实了督促监护的“前半篇”文章；通过联合专业的家庭教育指导社会力量，持续进行家庭教育指导、监督考察，做好督促监护的“后半篇”文章。

尹媛检察官告诉记者，随着民法典、“两法”以及家庭教育促进法的实施，新北区检察院还在原有家庭教育指导机制的基础上进行了深入的推进。

“具体表现为在家庭教育指导的对象上，进行了更细致的分类。”尹媛检察官介绍，下一步，新北区检察院将联合区法院、妇联、关工委等部门会签家庭教育指导实施意见，开展分类分层次和全域家庭教育指导，提出“强制性”“督促型”“支持型”“预防性”多种不同形式和不同程度的指导类型。

黄女士就是属于“强制性”家庭教育指导的类型。而督促型家庭教育指导，则是针对未成年人父母或者其他监护人存在监护不力、不当或失管失教问题，但尚未导致未成年人行为偏差或者遭受犯罪侵害后果。对这一类未成年人父母或者其他监护人，可以要求、督促接受一段时间的指导。

近些年，随着相关知识的普及尤其是家庭教育促进法的实施，越来越多的父母开始重视家庭教育问题，对于先进的监护理念和监护技能有了迫切的需求，在这种背景下，支持型家庭教育指导在新北区检察院“应运而生”。

“对于未成年人父母或者其他监护人在履行监护职责过程中存在困惑，主动提出指导需求的，应予支持。”尹媛检察官告诉记者，此前，新北区检察院就接到过一位老人的求助信息。少年小伟（化名）父亲入狱，母亲另组家庭，长期跟随爷爷奶奶生活，但青春期的小伟与外界和家人交流越来越少，甚至有抑郁倾向，小李奶奶想管却不知从何入手，于是在检察官入村走访时主动求助。

对于小伟的情况，检察机关从心理干预和人际交往两方面着手，邀请心理咨询师入户辅导，并引入“同伴教育”，请大学生志愿者以同龄人的角度，鼓励小伟走出家门，开拓视野，增长见识。

此外，新北区检察院还依托薛家“临平书院”、魏村“秋白书苑”等一批特色乡村书屋，挂牌建立全域家庭教育指导阵地，为辖区未成年人父母或者其他监护人提供针对性或普适性的家庭教育指导。

“常州的乡村特色书屋比较多，基本上每个镇上都有，已成为家长孩子经常去的场所。所以我们联合法院、妇联、关工委，将这些特色书屋挂牌发展为家庭教育指导阵地，放置、分发家庭教育指导的相关资料，定期开展讲座，把服务送到基层。”尹媛检察官介绍说。

此外，对于未成年人父母或其他监护人在家庭教育中存在的共性问题，新北区检察院还将通过社区课堂、专家“坐诊”、线上直播、新媒体短视频等多种形式，以案释法，提供预防性的家庭教育指导。

“我们将继续努力探索开展相关工作，不断拓宽路径、丰富形式，融合各方力量，整合家庭教育指导资源，形成家庭监管工作合力，为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。”常州市新北区人民检察院党组书记、检察长朱文俊说。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之五丨“未”你说法，构建法治宣传教育新格局

2022-08-18 张纯、芦佳琪 民主与法制周刊

https://mp.weixin.qq.com/s/pbRwGQlhQHdJLFnWaXEYzQ

未成年人的健康成长，关乎千万家庭幸福安宁，关乎社会和谐稳定。

今年 6 月，正值新修订的未成年人保护法、预防未成年人犯罪法施行一周年，“两法”修订后，赋予了检察机关在未成年人保护方面更重的责任。检察机关既要承担司法保护的重要职责，又要通过检察履职最大限度推动家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护、政府保护落地见效。

为了让社会公众更加全面、直观了解，助力、积极参与，支持、监督未成年人检察工作，最高人民检察院于 6 月发布《未成年人检察工作白皮书（2021）》（以下简称《白皮书》）。据悉，这是最高检第三次发布未成年人检察工作白皮书。与以往不同，今年的白皮书首次对涉未成年人“四大检察”业务数据进行深度分析研判。

《白皮书》系统盘点分析了过去一个年度的数据与经验，从检察履职的视角，总结了过去一个年度未成年人保护工作的成绩与不足，并从司法保护切入指明了过去一个年度六大保护的发力点，是六大保护未来进一步凝心聚力的“风向标”。

本期，让我们走进未成年人保护的检察工作，领略护佑“少年的你”的检察之力。

“以检察之力 护‘少年的你’”系列报道之五

“未”你说法，构建法治宣传教育新格局

本社记者 张纯 本社实习记者 芦佳琪

“这是不能做的吗？”“只是为了帮朋友。”“这样很威风。”这是一些涉罪未成年人在被调查时的回答。

近年来，低龄未成年人暴力犯罪的案件屡见报端，引起社会各界的高度关注。未成年人保护正面临着严峻复杂的形势。《白皮书》显示，2021 年未成年人犯罪呈现低龄化趋势。从犯罪人数看，2021 年较 2017 年增加 2980 人，增幅达 57.4%。

未成年人保护依然任重道远，而预防犯罪是有效治理未成年人犯罪最根本的途径。这是一项系统工程，需要多方发力，联动保护。为了提高青少年法治意识，做好未成年人犯罪的预防工作，检察机关在不断的探索和实践中，在提升法治宣传教育效果中做足文章。

近年来，检察机关从推动法治副校长工作走深走实；到加强机制共建，凝聚法治宣传教育合力；再到聚焦专业发力，促进法治宣传教育提质增效以及适应常态化疫情防控形势，全方位发力打造法治宣传教育新格局，将未成年人保护网织得更密。

图片“法治教育从娃娃抓起” 3.9 万名检察官法治副校长进课堂

“什么是入职查询制度？遭受网络欺凌之后怎么办？学校、家长在保护未成年人方面有哪些责任义务？学生可以使用哪些法律方式保护自身权益？……”

2021 年 9 月 1 日，开学第一天，一堂以案释法的法治课，在北京二中师生和家长们的期待中正式开讲了。授课人是第四次走进该校讲授法治课的北京二中法治副校长——最高人民检察院党组书记、检察长张军。

首席大检察官亲自手写教案、认真备课，用孩子们听得懂的语言传递法治精神。四年来，随着普法的深入，该校越来越多的同学选择加入法律社团，与法为伴。

自此，各级检察机关检察长纷纷走进了校园，来到了孩子中间。《白皮书》显示，2021 年，检察机关深入贯彻习近平法治思想，全面落实“谁执法谁普法”的普法责任制，推动全国 3.9 万余名检察官，在 7.7 万余所中小学校担任法治副校长，其中检察长 3205 名。

“法治副校长”是如何发挥作用的？为了找寻问题的答案，记者连线陕西省延安市人民检察院来一探究竟。

就在不久前的 6 月 29 日，延安市检察院检察长胡立平走进了延安中学，为 2024 届高中学生讲授法治课。彼时，延安市检察院第二检察部副主任闫聪也与学生们一同旁听。她也承担着“法治副校长”一职。截至日前，她已经 9 次走进校园，为孩子们传递法律知识。

“当时课堂的氛围很热烈，大家都竖着耳朵听。因为讲的全是学生们关注的热点话题。”闫聪检察官告诉本社记者，包括未成年人“是否能文身”“是否能带手机进校园”“面对别人劝着喝酒和抽烟怎么办”“如何理性追星”“如何正确对待网络上的各种信息”等等。

据悉，这次课的主题是围绕新修订的未成年人保护法和预防未成年人犯罪法。说起法治课，很多人第一反应可能是枯燥无趣的法律条款。为了调动学生们了解法律的积极性，法治副校长们选择用“温情”解读、以案释法，“法味”十足的同时，抓住学生们的“兴趣点”，努力让学生们听得懂、学得会、用得上、做得好。

课上，当胡立平检察长讲到校园欺凌、强制报告制度、武侠小说中侠客们快意江湖与当代法治的时候，为了让案例更加生动，他还穿插了不少发生在身边的真实案例，同时播放了最高检制作的宣传短片，让同学们在自觉守法的同时，还要懂得如何依靠法律去解决身边的问题。

“这堂法治课反响特别好，包括下课以后有几个高中生走过来与我交谈，他们才知道原来‘未成年人文身是法律禁止的’！”闫聪检察官对记者回忆道，当时旁听的老师们也感触颇深，老师们提到由检察官来释法说理，学生们似乎少了些“逆反心理”，听课效果也更好。

每每回忆起首次“执教”的经历，闫聪检察官脑海里总会浮现出一张稚嫩的脸庞——

“我爸爸妈妈总是吵架，爸爸还打妈妈，你们可不可以把他抓进监狱？”一双大眼睛流露出一丝怨气，这个小学三年级小姑娘晓彤（化名）的认真发问，让闫聪检察官心里五味杂陈。

那是 2019 年 11 月 27 日下午 3 时许，延安市某小学的法治课堂上，主题为《落实“一号检察建议”，护航未成年人成长》的课程正在缓缓进入尾声。

“孩子们思维很发散，在自由提问时间，晓彤把我叫到她身边，问出了自己的困扰。”闫聪告诉记者。原来，晓彤是一名“留守儿童”，外地务工的父母偶尔回家，却常因脾气火爆引发争吵，甚至一言不合就大打出手。

“这样的成长环境对孩子的发展肯定有一定的负面影响，而且我们还担心她遭受其他侵害。”课后，闫聪检察官第一时间向校长和晓彤的班主任反馈了问题。随后，闫聪检察官与校方对晓彤进行了家访。

检察机关通过对老师、学校及家长进行先期的调查了解情况后，由“宝塔春晖”未成年人检察工作室进行介入，结合晓彤的实际情况联合社工等多方组织，对晓彤进行家庭教育指导。

有数据显示，2016 年以来，为了用法治火炬护航未成年人健康成长，延安检察机关共开展法治进校园活动 359 场次，覆盖了 399 所学校，有 35.5 万名中小学生受教。

据了解，在担任法治副校长期间，检察官们在结合所办案例实时更新法治宣讲内容，进行法治宣传教育的同时，还协助学校健全完善安全管理制度，参与对有严重不良行为、涉罪学生的帮教，促进法治校园、安全校园建设。

与此同时，法治副校长们还将授课对象由学生向老师、家长、社工等密切接触未成年人的群体延伸，积极推动最高检“一号检察建议”、强制报告制度、入职查询制度等工作落实落细。

“法治副校长极大地解决了我们乡村小学法治资源匮乏的问题，助力我们更好地法治办校、法治兴教，让我们更有底气、更有信心，用正确的方式、科学的手段教育引导学生们树立自觉守法意识和自我保护意识，为青少年的健康成长保驾护航。”一位校长如是说。

“凝聚法治宣传教育合力” 推动未成年人法治宣教全覆盖

在未成年人检察部门办理过的众多经典案件中，也不乏一些案例被搬上荧屏——年仅 3 岁的女童，被生父狠摔在地上，造成颅骨骨折、颅内出血，面临脑疝风险；一个案发时群成员 400 多人，名为“风云家族”（化名）网络社交群，参与多起聚众斗殴案件；一起让办案民警用“难以想象”和“令人发指”来形容的校园欺凌案件……

这些案件，都曾在最高人民检察院和中央广播电视总台联合推出的大型未成年人法治节目《守护明天》第五季中播出过。

据悉，2021 年 11 月 20 日至 29 日，《守护明天》第五季在央视《社会与法》频道播出，收视率屡创新高，业内专家称之为未成年人保护领域“现象级”节目。

由于“两法”的颁布实施，2021 年成为未成年人保护发展史上具有里程碑意义的一年。“往年都是先有案例，后定主题，《守护明天》第五季我们打破常规，主题先行，10 集节目紧紧围绕‘两法’修订的核心内容进行制作。”节目总制片人在接受媒体采访时表示。

记者了解到，《守护明天》第五季聚焦了强制报告、入职查询、网络保护、文身治理、分级干预等立法亮点，从全国各地的未检案件中筛选出 136 件，精挑细选后，确定了 12 个案例。

与此同时，《守护明天》第五季中，节目组优先选择了承办检察官或参与案件程度较深的检察官亲自讲述案件情况，更加注重亲历性，也让讲述越发地打动人心，更能引起共鸣。

此外，在办案检察官讲解的同时，还邀请了各方专家学者以及相关部委代表共同讨论。“纯粹、用心、专业”，上海社会科学院法学研究所所长姚建龙用三个词概括了《守护明天》的出彩之处，“检察官说案、专家点评、相关部门探讨，大家发挥所长，共同为未成年人健康成长出谋划策、添砖加瓦”。

作为《守护明天》的常驻嘉宾，姚建龙参与了每一季的策划与录制，也见证了未成年人保护工作逐渐变强的过程，由单打独斗到形成家庭、学校、社会、网络、政府、司法“六大保护”合力。

“每一季节目都是由点成线，围绕一个共同的主题展开。从第五季回头望，就能看到我国未成年人保护工作长足发展的这条主线。”姚建龙举例，《守护明天》从第一季到第五季，校园欺凌案件从聚焦是什么、怎么办、如何防治，变为对新修订的未成年人保护法中关于校园安全与欺凌相关规定的理解与落实。“这也是对前四季司法执法困惑的一个回应。《守护明天》要一直守护下去。”

记者在采访中了解到，《守护明天》第五季开播后，各地均开展了形式多样的观看活动，一些学校还将节目内容编入了道德与法治课程。其中，云南省文山壮族苗族自治州法学会组织 1979 名会员观看了《守护明天》；河北省唐山市部分学校师生观看节目并写下了观后感和意见建议……

其中一期名为《欺凌同学的代价》播出后，一位中学校长主动联系了主讲检察官——陕西省西安市长安区检察院检察官王瑜。“节目震撼了我，为我们这些教育工作者敲响了警钟。”这位校长对王瑜表示，他所在学校全校师生都观看了节目，受到节目的影响，学校还开会部署了校园欺凌预防工作。

此番对话，深深触动了王瑜检察官，赋予了她更加实质化的使命感与责任感。

可以说，《守护明天》节目创办的五年，是中国特色未成年人保护法律制度不断发展完善的五年，也是党中央未成年人保护决策部署在司法检察工作、法治建设实践中全面贯彻落实的五年，既记录着我国未成年人法治建设的点滴进步，更承载着与社会各界共同护佑未成年人健康成长、守护祖国明天的希望和嘱托。

“在《守护明天》的节目中，检察官们用司法手段，用爱去温暖和帮助孩子，主持人和专家学者互动，不仅告诉我们案子是什么情况，也对案子背后的缘由进行了探索，可以说给家长很多帮助。”全国人大代表、北京市建设工程质量第三检测所有限责任公司总工程师田春艳表示，“新修订的‘两法’从家庭、学校、社会、网络等各个方面，都对未成年人保护进行了规定。规定怎样能够实施到位，我觉得普法宣传是很重要的一个方面，《守护明天》就是一个很好的宣传手段。希望这个节目能够受到更多人的关注，使法律深入人心，使未成年人保护工作做得更好。”

除了《守护明天》，最高检还联合教育部、民政部、共青团中央、全国妇联、中国关工委等部门，共同策划制作国内首部未成年人检察社会支持体系建设微电影《我的青春，你来过》。

除了“线上”，检察机关还积极搭建“线下”平台。江西省检察机关借助教育行政部门“班班通”等新媒体平台，充分调动校园联络员、社会志愿者等力量，推动实现法治教育教学点全覆盖。黑龙江省大庆市检察院“童心圆”未检工作团队建立家庭教育指导师库，动员组织老干部、老战士、心理咨询师等组成志愿团队共同开展法治巡讲。

这些是检察机关打造法治宣传教育矩阵、凝聚法治宣传教育合力的典型表现。对于这方面的一些可行性做法，《白皮书》也做了概括性的总结：一方面，检察机关主动争取支持，统筹普法资源；另一方面，检察机关主动联动各方，加强法治副校长工作。

由此可见，在未成年人普法教育方面，检察机关不仅是“责任担当”，还需“凝聚合力”，将影响力辐射到更大范围、更宽领域，联合全社会共同投身于未成年人的法治教育和普及。

“疫情之下花式普法” 形成一体化宣教新格局

“同学们好！本来应该在校园相见的我们，疫情原因，只能通过视频的方式见面了。大家都喜欢小动物，那么人类与野生动物、与大自然有什么样的关系呢？野生动物交易会受到什么刑事处罚呢？法律又将如何保护野生动物？我们应该怎么做？”

2020 年 3 月，疫情刚刚开始蔓延，闫聪检察官把课堂搬到了“线上”，绘声绘色地带领小朋友们进入法治小课堂——

《葫芦娃》里的蝎子精命人抓住穿山甲并卖给了蛇精，蝎子精因非法猎捕、出售珍贵、濒危野生动物罪，被警察叔叔抓住了，蛇精也因为非法收购珍贵、濒危野生动物罪被处罚。

《喜羊羊与灰太狼》里的灰太狼听说小白狼最近偷偷抓了不少的野生动物，就花钱向它买了 50 多只，结果被喜羊羊举报了。灰太狼因掩饰隐瞒犯罪所得罪、小白狼因非法狩猎罪，被森林公安局的警察叔叔抓住了。

……

疫情之初，2020 年，全国人大常委会作出了《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》。于是，闫聪检察官结合法治热点，为小朋友带来了一堂别开生面的普法课堂。

对于这堂特殊时期的“线上课”，闫聪检察官投入了超乎寻常的时间和精力。“相较线下，互动性不强的网课对‘趣味性’要求更高，为了让小学生们‘听进去’，我先观察自己的孩子喜欢什么，于是决定从他们这个岁数喜闻乐道的动画人物入手，结合自己设计的案例、手绘卡通图、剪裁的纪录片片段等等，为孩子们上课。”闫聪对记者谈道。

和闫聪检察官一样，虽然疫情影响了他们这些法治副校长实地走进校园的脚步，但是法治教育不能就此断档止步。各地未检部门围绕校园欺凌、自护教育等内容精心录制系列云课堂，为同学们带来线上普法新体验，有效弥补线下普法的“缺席”，形成线上线下一体的法治宣传教育新格局。

内蒙古自治区鄂尔多斯市检察院开设“守护娜荷芽远程法治课堂”，与教体局专网互连互通，一次讲座可覆盖 6 万余名学生。重庆市检察院联合市教委开设战“疫”云课堂，先后在 2800 余所学校播放，覆盖学生 300 多万人次。

除了加强网课建设，检察官们还通过开展直播互动，让线上普法变得更加生动。据悉，在 2021 年“国家宪法日”前夕，最高检第九检察厅负责人通过直播平台，为北京市 100 余名中小学思政教师讲授法治课。新疆维吾尔自治区奎屯市检察院“小马未检”抖音直播间开展直播 7 场次，受众师生 5 万余人次，互动参与 6000 余人次。

“我们在 2020 年 5 月就首次试水直播普法。”江苏省常州市新北区检察院尹媛检察官，也是该院未检“小橘灯”团队的负责人。在接受本社记者采访时，她介绍道：“首场直播的话题就是家庭教育，为了让该话题更有辨识度和共鸣，检察官事先做了街头采访，拍摄了短视频。该直播在线观看和回看人数数日内达 258 万人次，为人父母是否需要岗前培训的话题也引发了网友热议。”

图片

直播的成功，也坚定了检察官“花式”普法的信心。尹媛检察官说，此后，“小橘灯”团队的检察官们探索“三个课堂”引导树立家庭教育新观念，并且开展线上直播普法课堂，联合妇联干部、教师、警花等精心策划直播授课主题，让更多的学生和家长接受法治熏陶，提高教育质效。

图片

为了适应常态化疫情防控形势，各地检察机关还尝试研发线上平台来深化教育普及。其中，天津市检察院组织研发“未检护苗”平台，并推动与教育系统互联互通，实现检察机关法治副校长普法宣传教育对全市学校全覆盖，打造“全时空”青少年法律服务产品。

新形势下，检察机关在法治宣传教育上能动履职，在“润物细无声”中以“实”字为先，提供了新思路、构建了新格局、担当了新作为，同样也取得了积极进展和成效。。

保护未成年人远离盲盒陷阱

2022-08-21 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-08/21/content_220188.htm?div=-1

从保护未成年人权益角度出发，划定盲盒经营者的注意义务和经营责任，避免商家将判断能力、自制能力欠缺的未成年人当作盲盒主要吸引对象，能够为未成年人建立一道保护屏障。

8 月 16 日，市场监管总局发布关于公开征求《盲盒经营活动规范指引（试行）（征求意见稿）》意见的通知。《征求意见稿》明确规定，盲盒经营者不得向八周岁以下未成年人销售盲盒。向八周岁及以上未成年人销售盲盒商品，应通过销售现场询问或者网络身份识别等方式，确认已取得相关监护人的同意。盲盒经营者应以显著方式提示八周岁及以上未成年人购买盲盒应取得相关监护人同意。

近年来，无论是成年人还是未成年群体，都热衷于购买盲盒，甚至产生了“盲盒经济”。然而，对于没有独立经济来源的未成年人来说，正确消费观念的缺失和对盲盒的好奇心，更容易令他们购买成瘾，造成过度开支。因此，为“盲盒经济”划定市场边界，保护未成年人远离盲盒诱惑，十分必要。

实际上，盲盒不纯粹是一种商品消费，更多的是一种精神满足，它主要是因为“激素水平的变化让年轻人在行为上更冲动”。如在校学生希望通过购买文具盲盒、玩具盲盒而增加抽到隐藏款、热门款的概率，从而成为同学们羡慕的对象，获得成就感和满足感。为集齐全部款式或者抽到隐藏款，一些学生甚至会花费巨额资金大量购买盲盒，实属浪费。

盲盒作为一种特殊商品，拆开前消费者并不知晓盒内的真实商品类别，这也是盲盒能够给人们带来诱惑、刺激、惊喜的魅力所在。正因如此，不少人认为盲盒经营模式类似于有奖销售或彩票、博彩。从这个意义上看，盲盒理应受到特别监管，尤其是不能任由心智未成熟、是非判断能力不强的未成年人沉湎其中。

我国未成年人保护法、广告法等法律法规都对涉及未成年人的经营活动予以特别约束，如禁止向未成年人销售烟、酒、彩票或者兑付彩票奖金，针对不满十四周岁的未成年人广告也不得含有劝诱其要求家长购买的内容。对于未成年人行为能力的确定，民法典明确规定，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。

盲盒显然与普通商品或者玩具有所不同，既然存在类似彩票或抽奖销售的博彩性质，就不应该任由未成年人肆意购买。试想，一个八岁或十岁的儿童独自购买少量糖果或价值不高的文具，符合一般民众能够接受的市场交易法则和日常生活经验，但当其并非为了基本的学习需要或生活需要而大量消费购买盲盒时，就应该认定为属于超出其民事行为能力的活动。

因而，从保护未成年人权益角度出发，划定盲盒经营者的注意义务的经营责任，避免商家将判断能力、自制能力欠缺的未成年人当作盲盒主要吸引对象，能够为未成年人建立一道保护屏障，不至于陷入琳琅满目、充满诱惑、浪费钱财的盲盒陷阱中。

莫让淫秽网站“套路”未成年人

2022-08-30 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-08/30/content_220464.htm?div=-1

近期，在公安部治安管理局指挥部署下，15 个省区市公安机关同步开展集中收网行动，打掉了一个搭建运营淫秽色情漫画平台牟利的犯罪团伙，查冻涉案资金 5100 余万元。据公安机关披露，被打掉的淫秽漫画平台付费会员逾百万人，其中不乏学生群体，犯罪团伙不仅诱惑未成年群体付费浏览观看，还会通过在未成年群体经常浏览的漫画、游戏、小说等网站进行引流推广。

《网络信息内容生态治理规定》明确，谣言、淫秽色情等信息属于违法信息，网络信息内容生产者不得制作、复制、发布。新修订的未成年人保护法中“社会保护”和“网络保护”章节都规定了禁止制作、传播不利于未成年人身心健康的图片、视频等。近年来，相关部门一直不断加大对传播网络淫秽色情内容行为的打击力度，但线上涉黄平台、淫秽网站依然屡禁不止，净化未成年人网络空间任重道远。

利益是淫秽网站最大的驱动力，为了获取利益一些不法分子不惜代价铤而走险，甚至通过在境外搭建服务器等模式，开设淫秽网站。笔者认为，治理网络淫秽色情内容，有关部门应探索建立职责清晰、协同联动、衔接紧密、运转高效的监管治理体系，并从强化技术反制、健全涉案资金查处机制、加强国际执法司法合作等方面，强力挤压网络淫秽色情内容生存空间，铲除犯罪土壤。

除了有关部门加强监管治理，还需多方合力，构建全民监督、共同打击的常态机制。学校要加强对学生进行网络素养教育，塑造学生的美好心灵和健康人格；家长要多拿出时间陪伴孩子，丰富孩子的业余生活，严格管控孩子对电脑和手机的使用，并帮助其提高辨别能力，远离不良信息；网络平台不能一味看重经济效益，必须对上网信息严格把关，及时切断淫秽内容传播链，并不断完善监督机制，鼓励网民提供线索，让淫秽内容无处遁形。

——付　彪。

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/QcueFhz2sNwY6WJOV81GAw

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

文丨南方周末记者 翟星理

南方周末实习生 罗艳

责任编辑丨吴筱羽

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。”。

家庭教育指导制度在家事审判中的运用与完善

2022-08-31　中国妇女报

http://paper.cnwomen.com.cn/html/2022-08/31/nw.D110000zgfnb_20220831_2-5.htm

构建家庭教育指导制度，首先应有利于未成年人，其次是公权力适度介入，主要体现在事前干预、事中引导、事后监督。

在可执行性方面，法院在发出家庭教育令以后，要明确父母接受教育的时限要求，包括次数、参与时间等。在结束指导 6 个月内进行回访，结合有关社会组织和机构的调查报告，对效果进行评估。明确救济方式，保障未成年人的父母或者其他监护人对接受家庭教育指导提出复议的权利。

■ 中国妇女报全媒体见习记者 高越

2022 年 1 月，《中华人民共和国家庭教育促进法》开始施行，对家长“依法带娃”提出要求，家庭教育也从传统家事上升为重要国事。多地人民法院依法开展试点，发出家庭教育令，成立家庭教育指导工作站。

8 月 27 日，第九届中国婚姻家事法实务论坛在北京举办，与会嘉宾共同探讨了家庭教育指导制度在家事审判中的运用与完善。

家庭教育指导在家事审判中的实践

江苏省南京市玄武区人民法院法官王萍发现，家事案件审理中伦理因素、感情因素交织并存，权利义务关系十分复杂，当事人往往容易侵害未成年子女合法权益。“家事案件中，司法机关有针对性地纠正监护缺位问题十分必要”。

王萍分享了司法实践中的案例。原被告双方离婚后，婚生女随女方生活，男方每周探视一天。后来女方拒绝男方探视，男方到法院起诉，主张探视权。

通常情况下，法院会要求女方履行义务，或者发出家庭教育令。但法官以未成年人利益最大化的评判标准，更深入地考量了父亲探视孩子是否合适，后来发现孩子对父亲有极强的恐惧和憎恶心理。于是邀请专家进行评估，发现男方有人格缺陷，脾气暴躁且有家暴行为，给孩子造成心理阴影。心理专家建议父亲

不适合抚养孩子，在目前对立情绪下也不适合探视孩子。“我们没有支持父亲的探视要求。后期对父亲进行了家庭教育指导。”王萍说。

在家庭教育促进法实施以后，南京市玄武区法院在前期探索的基础上成立了家庭教育指导工作站，并且发出首份家庭教育令。

王萍介绍，在另一起案件中，双方当事人感情破裂，经法院调解离婚，孩子由父亲抚养，母亲支付抚养费，每个月探视孩子两次，每次一天。后续的执行中因为父亲没有按照协议履行，母亲向法院申请强制执行。执行中双方关于孩子的探望权产生争议，执行法官多次找父亲，父亲的理由就是因为母亲养宠物，孩子回来身体过敏，所以父亲就带孩子到外地休养。

“法官在调查中发现，仅仅因为一次探望孩子发生过敏，父亲就强制把孩子带到外地，影响了母亲对孩子的探望，导致未满 2 周岁的孩子较长时间内不能享受到母爱。法官会同专家进行评估后，认为这种行为应当纠正，于是发出了家庭教育令，责令父亲限期到法院接受家庭教育指导，并要求父亲从孩子的生理、心理和情感状况出发，按照约定履行关于孩子探望权的义务。”王萍表示，发出家庭教育令后，因为父亲仍在外地，法官又邀请了心理专家、教育专家通过线上线下结合的方式，对身在外地的父亲进行家庭教育指导，最后父亲认识到母亲的陪伴对孩子的重要意义，表示会按照约定履行自身的义务。

家庭教育指导在家事审判中的共性问题

家庭教育促进法第 49 条规定，“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不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，可以责令其接受家庭教育指导。”该条为人民法院在案件审理中适时开展家庭教育指导工作提供了法律依据。

通过梳理，王萍发现，家庭教育指导在家事审判中存在一些共性问题，比如法律规定相对笼统，缺乏可操作性；法院作出家庭教育令的适用情形不太明晰，对于父母或其他监护人不正确实施家庭教育侵犯未成年人合法权益的限制性规定过于原则；救济途径不够明确，虽然规定了可以申请复议，但是对复议的期间、审查主体没有明确；违反家庭教育令的后果规定不具体。

“实践中适用也存在差异，比如各个法院使用的名称不一致，有的采用家庭教育令，有的采用家庭教育督促令；指导的内容不一致，有些是责令到法院接受家庭教育指导，但缺乏详细的指导方案，有的责令内容是要求监护人履行监护职责；实施效果不够明显等。”王萍说。

全国人大法工委民法室原巡视员、中国法学会婚姻家庭法研究会顾问扈纪华认为，关于家庭教育令在什么情况下发出，发出的内容是什么，如果违反了家庭教育令，法院应当如何介入等问题还需要进一步研究，只有完备的诉讼制度和程序安排，家庭教育令才更有可行性。

中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民事诉讼法学研究会副会长肖建国也对家庭教育令的可执行性问题表示担忧，“依据反家暴法的规定，人身安全保护令由公安机关协助执行。但是家庭教育令能否强制执行，由谁执行，能否由第三方协助执行等问题，现行法均未作出明确规定。法院固然可以采用罚款等强制手段，对被申请人予以威慑和制裁，但仍然无法达成家庭教育令的制度目的。因此只有建立法院主导、政府支持、社会参与的综合治理格局，家庭教育令才能真正落地。”

完善家庭教育指导制度的路径和措施

南京师范大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民事诉讼法研究会常务理事刘敏认为，由于家事案件的特殊性，在处理时需要利用家事审判、家事调解、婚姻家庭辅导教育和心理疏导机制等四种机制。

今年年初，南京市玄武区人民法院与检察院、公安、民政等十部门，共同签署《关于在涉未成年人案件中开展家庭教育指导工作的实施意见（施行）》，建立起全域家庭教育指导工作联动机制，加强协作配合，为未成年人的成长提供良好的家庭氛围，切实维护未成年人的合法权益。

对于构建家庭教育指导制度的路径选择，王萍认为首先应有利于未成年人，其次是公权力适度介入，主要体现在事前干预、事中引导、事后监督。比如出现导致子女犯罪等严重问题，可以强制性进行家庭教育指导。

王萍表示，家庭教育令的适用情形可以归纳为五个方面，即家事案件审理中侵犯未成年人人身、财产权益的；被监护的未成年人实施严重不良行为或者犯罪行为的；不依法履行监护职责，致使未成年人遭受他人犯罪行为侵害的；未成年人的父母或者其他监护人，怠于或不当履行监护职责，法院认为有必要进行家庭教育指导的；其他应当接受家庭教育指导的情形。

在可执行性方面，王萍认为法院在发出家庭教育令以后，要明确父母接受教育的时限要求，包括次数、参与时间等。在结束指导 6 个月内进行回访，结合有关社会组织和机构的调查报告，对效果进行评估。明确救济方式，保障未成年人的父母或者其他监护人对接受家庭教育指导提出复议的权利。

王萍认为，应该完善家庭教育指导的配套措施，如健全未成年人权益保障机制，完善社会支持体系建设。发现存在监护缺失等情形，人民法院等司法机关可以组织心理咨询师、专业社工等人员，为未成年人提供心理疏导、临时监护等。人民法院应当积极联合公安、检察、民政、教育、妇联、共青团等单位及组织，引入专业社会力量，建设完备的家庭教育指导基地。同时，人民法院可以联合各机构，分阶段、分内容确立各自职责，建立信息资源共享、线索移送、联席会商等机制，逐渐形成全域家庭教育指导工作体系。。

为“军娃”成长提供全方位司法保护

2022-08-07 检察日报
https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220807/20220807_001/content_20220807_001_4.htm#page0?operate=true

本报讯（记者张吟丰　通讯员吕亮）“军人由于职业特殊性，与家人聚少离多，孩子的健康成长是他们最牵挂的事。我院通过与湖南省检察院的多次协商，最终制定了协作细则，建立了常态联络、线索移送等机制，呵护‘军娃’健康成长。”解放军长沙军事检察院副检察长郑泽彬说。近日，湖南省检察院、解放军长沙军事检察院联合制定的《湖南省军人家庭未成年子女司法保护工作协作细则》（下称《细则》）正式颁布执行。

据介绍，《细则》主要依据未成年人保护法、预防未成年人犯罪法等相关法律法规，结合湖南省军人家庭未成年子女司法保护工作实际而制定，从协作目标、组织领导、协作内容等方面对相关工作进行了明确。

《细则》的保护对象主要是驻湘部队军人或湘籍军人家庭未成年子女，对于有保护救助等需求的“军娃”，可由军人本人或所在单位旅（团）以上政治工作部门向长沙军事检察院申请协调办理。此外，《细则》要求建立常态联络机制、线索移送机制，加强保护救助、再犯预防、干预矫治、普法宣传教育、综合治理等工作。

“给予军人家庭未成年子女更多关注、关心、帮助，既是维护军人荣誉、拥军优属的应有之义，也是承担社会治理责任，服务国防、凝聚军心的一个重要举措。”湖南省检察院副检察长印仕柏说。

【检察先锋】王洁 ：“孩子的事，一刻都不能等！”

2022-07-08 雒呈瑞 孙伟伟 中国检察官
https://mp.weixin.qq.com/s/URymt-LzhgQZcz-6NQJ1Ew

“孩子的事，一刻都不能等！”这是王洁常常挂在嘴边的一句话。

11 年前，当王洁走进南京市玄武区检察院的大门，她没有想到自己会和未成年人检察结下不解之缘。这个总是留着一头短发、做事干练细致的未检部门负责人，不仅精于办案，还利用业余时间考取了心理咨询师、社会工作师资质，致力于为迷途少年引路导航。

“隔空猥亵”就是犯罪

2016 年 3 月，一名初一女生报案称，蒋某通过 QQ 搜索到她，以招聘童星的名义加她为好友，再以面试要检查身材比例等理由诱骗她在线拍裸照和视频，后以裸照和视频相威胁，逼迫她继续按要求拍摄各种照片和视频。

“我是第一次接触这种类型的案件，之前办理的网络性侵案件，基本上是先线上后线下，没有这样‘隔空猥亵’的案例。”尽管王洁认为蒋某的行为与现实中面对面的猥亵行为本质上并无差别，同样侵害了儿童的性羞耻心和身心健康，但之前没有成案的先例，蒋某很可能逃避法律的制裁，会不会有更多的孩子受到类似的伤害？

事关孩子受伤害的事，一刻也不能等。

她建议公安先立案侦查，并引导公安机关突破蒋某的供述，固定好电子证据，全面侦查案件。后续的侦查结果不出所料，蒋某从 2015 年就开始实施犯罪，从他的电脑里查到的被害女孩遍布全国各地，有确凿证据指向的就有 31 人。玄武区检察院以猥亵儿童罪提起公诉，蒋某被法院从重判处有期徒刑十一年。

“每个孩子都是天使，值得我们温柔以待。决不能让违法犯罪者钻法律的空子，伤害我们的孩子。”王洁在庭上发表起诉意见时说道。

“熊孩子”也有未来

一年前，徐某被他人怂恿，多次到洗浴会所、度假中心等营业场所“吃霸王餐”“洗霸王澡”，造成商家损失人民币近 1 万元，是个不折不扣的“熊孩子”。考虑到徐某是未成年人，系初犯，主动投案并全部退赔，玄武区检察院决定对徐某附条件不起诉，考验期为八个月。

“小徐是一个典型的问题男孩，戴着耳环，手臂上满是纹身，染着一头黄发，父母离异，和父亲的关系很僵，似乎对什么都满不在乎。”在前期帮教中他经常迟到，还经常外出喝酒。“如果照此下去，可能就要撤回附条件不起诉决定，审查起诉了。”

王洁决定走近小徐，对其重点帮教。对小徐的装扮，王洁和别人明显反感不同，而是给予了理解。慢慢地小徐有什么困惑也会经常和王洁倾诉。经过王洁的悉心帮教和多次面对面的谈心教育，小徐的转变十分明显。

现在的小徐在父亲的指点下成了一名美发师，每月有固定收入，还经常去养老院、老年活动中心做义工，接受小徐服务的老人们真心的夸赞，让小徐感受到自己的价值。

让酒吧“隔绝”未成年人

2021 年 3 月 8 日夜里，南京某著名的时尚休闲街区，淅淅沥沥的春雨一直下个不停，雨水给绿树红灯掩映下的街区增添了一种朦胧的美，酒吧里的人们沉浸在酒水和 DJ 营造的美妙氛围中。

由南京玄武区检察院牵头，关工委、派出所等部门组成的酒吧治理专项检查行动当晚启动。

“最近三年南京市未成年人涉酒吧犯罪的有 81 人，在酒吧被侵害的未成年人也达到 31 人。修订后的《未成年人保护法》将酒吧列为禁止未成年人进入的场所，我们经过深入调研，联合有关执法部门策划了这次专项行动。”作为这次专项行动主要推进者，王洁对酒吧的乱象十分忧心。

“这样的检查只能是特殊时段的特殊办法，要彻底根治酒吧接纳未成年人的问题，必须形成齐心合力、合作共管的良好机制。”王洁说，酒吧管理涉及多部门多领域，亟待综合治理，而突击检查难以治本，重要的是通过办案推动社会管理。

在多年的未成年人检察岗位上，王洁不仅荣获江苏省未检业务能手、南京市劳动模范、南京市三八红旗手等荣誉称号，还荣立二等功一次。今年 4 月，王洁家庭被评为江苏省第五届“书香家庭”。她说，经营好家庭也是工作的需要，只有成为未成年人的榜样，才能干好未成年人检察工作。

是的，热爱一份职业，就要让自己全身心融入其中，在本职岗位上一路奔跑、播散芬芳！

来源 | 南京检察

编辑 | 武诗雨

审核 | 吴平 赵爱国

五、典型案例

重庆：针对未成年人网络保护提起民事公益诉讼

2022-07-04 强制执行实务指导
https://szb.jcrb.com/mobile/2022/20220704/20220704_006/content_20220704_006_1.htm#page5?operate=true

4 月 26 日，民事公益诉讼案开庭，检察官出庭履行职责。

本报讯（记者满宁　通讯员张丙霞　彭静）近日，经重庆市检察院第五分院提起诉讼，一起利用网络传播淫秽视频损害未成年人合法权益民事公益诉讼案，在该市第五中级法院宣判，检察机关提出的赔偿受损未成年人心理健康重建费的诉讼请求获支持。据悉，该案系重庆市检察机关针对未成年人网络保护提起的首例民事公益诉讼案。

“有人通过网络社交平台向未成年人传播淫秽视频、图片，必须追究法律责任！”2020 年 7 月，一件事在大渡口区某小学家长群引发愤慨。2021 年 8 月，经大渡口区检察院提起公诉，被告人张彭（化名）和李新（化名）因犯传播淫秽物品罪，分别被判处有期徒刑一年十个月和有期徒刑一年四个月。

“二人的行为除涉及刑事责任外，还侵犯众多不特定多数未成年人的合法权益，必须承担民事责任。”该案办理过程中，重庆市检察院、市检察院第五分院跟案指导，同步收集侵害社会公共利益的证据，如淫秽视频在未成年人群中的传播情况、传播内容对未成年人造成的恶劣影响等。

2021年7月，一场由重庆市三级检察院未检部门组织召开的专家咨询会在重庆市检察院第五分院举行，民法学专家、心理学家、检察官齐聚一堂，重点论证两个焦点问题：张彭和李新传播淫秽物品的行为是否侵害社会公共利益？法律没有明确规定，主张心理健康重建费用有无可行性？

“青少年的身心健康，不仅包括肉体、物理性质的损伤，还有精神损害。”西南政法大学教授黄忠表示，该案中淫秽视频的传播易引发未成年人模仿，甚至存在诱发犯罪的可能性，“因此很有必要通过心理疏导、心理矫治、普法宣讲等方式，修复重建未成年人受损的心理健康。”

“张彭和李新传播淫秽视频的行为，已经污染了未成年人健康成长的环境，侵害了未成年人的身心健康，检察机关有提起民事公益诉讼的必要性。”重庆大学法学院教授宋宗宇认为，不妨借鉴环境公益诉讼中“生态恢复”的诉讼概念，探索提出要求被告支付因消除影响、恢复受损未成年人身心健康环境所必要的开支费用的诉讼请求。

同年 7 月 28 日，经重庆市检察院审批，重庆市检察院第五分院就张彭和李新传播淫秽物品损害未成年人合法权益一事正式立案，同时委托当地社会工作服务中心对案涉未成年人开展心理矫治，拟定司法社工工作方案和相关经费预算。

2021 年 12 月 15 日，吸纳各方意见并进行诉前公告后，该院向重庆市第五中级法院提起民事公益诉讼，请求判令两名被告连带赔偿受损未成年人的心理健康重建费 2.13 万元，并在省级媒体上向社会公众赔礼道歉。

今年 4 月 26 日，法院公开开庭审理该案。庭审中，检察官围绕争议焦点、传播淫秽物品的行为与损害结果间的因果关系、要求被告承担受损未成年人心理健康重建费的理由等进行示证、质证。检察机关还申请心理学专家作为专家辅助人出庭，进一步证明观看淫秽视频会对未成年人的身心健康造成严重损害，必须及时进行干预、修复和重建。

6 月 9 日，重庆市第五中级法院依法作出判决，支持检察机关的全部诉讼请求。日前，检察官已联系当地民政局提供专用账户用来监管资金，共同确保赔偿金到位后能专款专用。

“该案的办理是三级检察机关刑事、公益诉讼一体化联动履职，实现未成年人全面综合司法保护的重要探索，为解决网络不良信息侵害公共利益这一难点问题提供了有益借鉴。”重庆市人大代表、重庆市江津区金山职业培训学校校长刘凯文认为，“除在救济的方式上有所创新外，该案本身凸显出对未成年人身心健康的网络保护，很有社会引导价值。”

重庆市检察院检察八部主任陈萍介绍，检察机关将继续发挥刑事案件“一案多查”办案模式，统筹推进未成年人刑事案件与公益诉讼案件的办理，全面综合履职守护未成年人健康成长。

离婚后，孩子的兴趣班费用可否纳入抚养费中分摊？

2022-08-05 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2022-08/05/content_219620.htm?div=-1

本报讯 （记者 刘 洋 通讯员 伍柯聿 王 玉）夫妻离婚后，孩子上书法、攀岩等兴趣班的费用，能否纳入抚养费范畴，由父母分摊？近日，一起抚养费纠纷案经重庆市武隆区人民法院和重庆市第三中级人民法院一审、二审后，认定参加兴趣班的费用系超出基本教育的额外教育费用，不应计算在抚养费中。

法院经审理查明，原告张女士与被告罗先生原系夫妻关系，婚后于 2016 年 5 月生育一女罗小花。双方于 2018 年 7 月登记离婚并签订离婚协议，协议约定：罗小花由罗先生抚养，因孩子上学的问题暂时随张女士生活，罗先生承担孩子抚养费每月 2000 元。

双方离婚后，罗小花跟随张女士在重庆主城区居住、读书至今。在此期间，张女士为刚幼儿园毕业的罗小花报名参加了书法、攀岩、钢琴、美术、跳舞、语言、数学、英语、走秀、芭蕾、手工、播音等十余个兴趣班，且均将报班事宜通过微信告知罗先生，但均未得到罗先生肯定性答复。

罗先生从离婚之后起采用现金支付、微信转账等方式向张女士支付抚养费至 2020 年 6 月，之后未再支付。因此，张女士要求罗先生支付罗小花自 2020 年 7 月至 2021 年 10 月的消费费用 76101 元，以及 2017 年 10 月至 2021 年 10 月罗小花四年生活费、兴趣班培训费等各项费用 9.6 万元。另查明，张女士从事幼师职业，罗先生无固定职业并在法庭审理中陈述其平均每月有 1 万元收入。

武隆区法院一审审理后认为，抚养费支付的数额应当具有合理性，不直接抚养子女的一方所支付的抚养费并非是子女花费的所有费用。张女士主张罗先生支付罗小花抚养费平均每月高达 7000 余元，结合当地物价水平，已超过抚养费承担的合理性，且张女士所举示的消费明细不能直接证明该项消费系罗小花所用。同时，张女士诉请罗先生支付罗小花参加兴趣班的培训费，但未提供证据证明罗先生对此认可，而这些兴趣班的费用显然超出基本教育的额外教育费用，不应被计算在教育费的范畴内。因截止到 2021 年 12 月，罗小花仍跟随张女士在重庆主城区居住、读书，法院遂判决被告罗某按每月 2500 元的数额标准向原告支付 2020 年 7 月至 2021 年 12 月期间的抚养费，共计 42500 元。日前，该案经重庆三中院二审维持原判。

■法官说法■

《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）》第四十二条规定，民法典第一千零六十七条“抚养费”，包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。其中，值得注意的是，长期以来，在司法实践中认定的教育费的范围主要是高中、初中和小学的教育费用，包括学费、书本费及孩

子必须接受的教育项目的相关支出。超出基本教育的额外教育费用，如补习班、兴趣班的费用及择校费等，往往不被计算在教育费的范畴，由未成年人父母协商确定。

本案中，张女士与罗先生最大的矛盾分歧在于应由谁支付罗小花参加兴趣班的培训费用。对此，双方均陈述在二人离婚时，罗小花尚未参加兴趣班，后张女士为提升罗小花的综合素质，陆续让罗小花参加了十余个兴趣班。张女士虽将此事通过微信告知罗先生，但未获罗先生肯定性答复。因上述参加兴趣班的费用是超出基本教育的额外教育费用，在罗先生未明确表示愿意负担此费用的情况下，张女士要求罗先生负担此费用的主张无事实及法律依据，最终未获法院支持。

老人索要“带孙费”背后的法与理

2022-08-04 天津市南开区人民法院
http://e.mzyfz.com/paper/1882/paper_50383_10517.html

对生活中，为减轻子女的负担，祖父母、外祖父母经常会帮助照顾孙辈，而老人代为照顾孙辈时是否有权索要“带孙费”一度成为热议的话题。实际上，老人与子女因为“带孙费”产生纠纷的案例不在少数。近日，重庆一对老人诉请儿子、儿媳支付“带孙费”的案件被法院驳回，使得“带孙费”问题再次引起关注。

老人索要“带孙费”未获支持

近日，重庆市第三中级人民法院公布了一起老人向儿子、儿媳索要“带孙费”的案件。

自 2015 年 7 月孙子出生后，老何夫妇便与儿子一家 3 口生活在一起。2018 年 10 月，孙子 3 岁多时，儿子小何和儿媳小杨先后外出务工，孙子由老何夫妇照顾，一直持续到 2019 年 3 月。照顾孙子期间，除了日常生活开销外，老何夫妇还支付了孙子上幼儿园、培训等费用共计 2.08 万元。

2021 年 2 月，小何和小杨产生矛盾，小杨向法院提起离婚诉讼，同年 4 月，法院判决不准二人离婚。老何夫妇于当月将儿子、儿媳诉至重庆市涪陵区人民法院，要求二人支付由他们垫付的抚养费、教育费等共计 23 万余元。

按照相关法律的规定，父母对未成年子女具有法定抚养义务，有负担能力的祖父母、外祖父母仅在特定情况下，如父母已经死亡或者父母无力抚养时，对未成年孙子女、外孙子女有抚养义务。因此，老人抚养孙辈并非理所应当。不过，这并不意味着老人提出的“带孙费”诉请能够得到法院支持。以中国裁判文书网目前公布的 10 个相关判决为例，仅有 3 起胜诉。

那么，什么情况下老人可以向子女索要“带孙费”？重庆市第三中级人民法院认为，若父母在具备抚养能力的情况下，拒不履行抚养义务，而将该义务“转嫁”给老人，由老人实际抚养孙子女或外孙子女时，老人可依法向孩子的父母主张相应的抚养费。

不过，该院也特别提到，判断父母是否尽到抚养义务时，不应过于机械，而应综合考虑家庭实际情况、父母抚养能力、抚养方式，最终作出合理判断。只有在父母具有抚养能力而拒不抚养子女或双方在事前对代为抚养孩子约定有一定数额的报酬时，代为照顾的一方才可索要“带孙费”。

本案中，老何夫妇的儿子、儿媳并非没有尽到抚养义务，儿媳小杨向婆婆汇款补贴家用，并为孩子网购日常用具，购买人身保险，老何夫妇虽然支付了部分费用，但儿媳给予的微信转账总额远高于老何夫妇有证据支持的款项。因此一审、二审法院均未支持他们的诉请。

“带孙费”是否应包括“劳务费”存争议

值得注意的是，由于目前法律对于“带孙费”没有明确规定，各地法院对于“带孙费”的解释也存在差别，主要区别在于“带孙费”是否应该包括“保姆费”或者劳务费、辛苦费。

上述案例中，重庆市第三中级人民法院对“带孙费”的解释是，“不仅包括子女生活费、教育费、医疗费等直接费用，还包括保姆费等间接费用。”而有的法院则认为，“带孙费”不包括劳务费。如天津市北辰区人民法院近日审结的一起“带孙费”案件中，承办法官认为，“带孙费”是老人代替子女实际花费在孙子女身上的费用，并不是老人通过诉讼获取的劳务费。今年 5 月，浙江省衢州市柯城区人民法院审理的一起“带孙费”案件中，承办法官也认为，“带孙费”并不是照看孩子的辛苦费、劳务费，而是老人垫付的抚养费。

中国法学会法理学研究会理事、吉林大学法学院教授侯学宾解释，“带孙费”并不是一个法律概念，而是一种通俗叫法。目前法院对“带孙费”的两种观点，代表着普通人的两种看法。“一般而言，人们更容易接受的观点是‘带孙费’只是花费在孙子女或外孙子女身上的费用，更多的争议集中在老人照顾孙子女或外孙子女的劳务费是不是属于‘带孙费’。”

侯学宾认为，若未成年人的父母具有抚养能力而拒不抚养子女，代为抚养的老人有权索要第一种意义上的“带孙费”，即花费在孙子女或外孙子女身上的费用。如果未成年人的父母和老人还明确约定代为照顾孙辈有一定数额的劳务费用，老人也有权索要第二种意义上的“带孙费”，即劳务费。

中国法学会民法学研究会副会长、复旦大学法学院教授刘士国说，“带孙费”是祖父母、外祖父母照管看护孙子女、外孙子女时，与孩子父母产生的费用纠纷，费用名目取决于当事人的请求，只能根据个案认定。他认为，此类案件的处理原则是“有约定依约定，无约定则以当事人的经济状况酌情处理，原则上不支持劳务费”。

专家的上述观点与相关判决的观点基本一致。记者通过梳理中国裁判文书网目前公开的 10 个案例及公开报道发现，除非事前对“劳务费”有明确约定，否则法院支持的“带孙费”主要是老人照顾孙辈期间支出的生活费、教育费、医疗费等必要费用，而不是保姆费或者劳务费、辛苦费。

侯学宾认为，法院的上述判决体现出法理与情理的折衷。一方面，法院承认老人们没有义务承担抚养孙子女的费用，即便有义务，也是在法律明文规定的情况下才会出现。另一方面，没有支持老人们的劳务费主张，呼应了法律上“家庭成员之间互相帮助”的倡导性规定，也反映了隔辈亲的传统习俗。

家庭矛盾是诉讼诱因

通过梳理中国裁判文书网相关判例及公开报道的案例，不难发现，“带孙费”诉讼大多由家庭矛盾引起。

2019 年 4 月，江苏省无锡市滨湖区人民法院审理的一起“带孙费”案件中，当时已经 86 岁的蔡某曾在 1999 年至 2000 年与丈夫一起照顾继子的儿子张某。2019 年，也就是时隔近 20 年后，蔡某将继子及其妻子告上法庭，要求支付其代为抚养张某支出的费用 14.77 万元。在此之前，蔡某与继子因为丈夫去世后的遗产纠纷诉至法院，后以调解结案。

无锡市滨湖区人民法院审理后认为，蔡某在 20 年前照顾过继子的儿子，直至案件诉讼之前从未主张过支付相关抚养费，丈夫去世之后，在与继子就丈夫的遗产发生纠纷的背景下提起诉讼，印证其在照顾张某时，并没有形成无因管理之债的初衷，且诉讼请求早已过诉讼时效，对于蔡某的主张不予支持。

本案上诉至江苏省无锡市中级人民法院后，也未获得支持。该院还在判决书中劝解双方“从构建和谐家风角度出发，应消除对立，实现和解恢复情感”。

而更多的“带孙费”诉讼，老人们则是在儿子、儿媳或者女儿、女婿离婚诉讼期间或者离婚后提起。上述重庆案件中，法院就直接点明，引发该案的根本原因是儿媳提起离婚诉讼，由“家庭矛盾激化产生”。

刘士国认为，祖父母、外祖父母索要“带孙费”的原因较为复杂，取决于祖父母、外祖父母与其子女的经济状态、感情基础、祖父母与外祖父母的利益平衡等多种原因。“特别是在子女离婚时，因离婚后终止原家庭成员间的亲属关系，感情基础不存在了，更易引起‘带孙费’纠纷。”

侯学宾认为，婚姻关系是构建家庭关系的核心，夫妻离婚往往意味着一个家庭的解体和重组，也成为老人索要“带孙费”的原因，尤其是对未能获得孩子抚养权一方的老人而言，更会觉得自己隔代照顾孙辈的付出丧失了正当性基础。

是否属于无因管理不能一概而论

记者注意到，“带孙费”类案件中，当事人一般以“无因管理纠纷”为案由提起诉讼。相关支持判决中，法院也以构成无因管理为由，判决子女向老人支付相应的无因管理费用。

按照民法典第九百七十九条的规定，无因管理指管理人没有法定或者约定的义务，为避免他人利益受损而管理他人事务，可以请求受益人偿还因无因管理事务而支出的必要费用。

以无因管理为由支持“带孙费”的法院认为，祖父母、外祖父母长期为具有抚养能力的子女看管孙辈属于无因管理，子女作为受益人应当共同偿还老人因此支出的必要费用。不过，由于个案情况不同，“带孙费”案件是否构成无因管理并不能一概而论，并非所有情况都能被认定为无因管理。

浙江省岱山县人民法院 2018 年审理的一起“带孙费”案件中，该院就以祖母帮助抚养孙女属于“家庭成员互助上的自愿行为”，追索共同生活期间的费用“有违风俗习惯和诚信原则”为由，驳回老人的诉请。

刘士国认为，将“带孙费”认定为无因管理不准确，不能完全认为老人帮忙照顾孩子属于“无义务”，因为这是家庭内部亲属间的关系，“是有‘因’的，不是无因管理”。

记者注意到，北京市丰台区人民法院 2019 年审理的一起“带孙费”案件中，虽然该院认为老人常年照顾孙女的行为构成无因管理并酌定判决儿子、儿媳支付无因管理费用 10 万元，但该院同时明晰了无因管理的抚养行为与好意施惠的情谊行为的判断标准，承办法官在接受媒体采访时强调，“如果祖辈是短期、临时的帮忙，则应该视为法律上的好意施惠关系。从社会道德的角度，这种情况应当予以提倡，据此主张相应费用是不合适的。”

私生子女出生证标注父亲姓名，法院仍不准许亲子鉴定，并不予认定亲子关系—北京三中院 21 年案例

2022-08-15　原创 蔡思斌 菜驴法评

https://mp.weixin.qq.com/s/GsWvZRK5T3l9uFfxmlmIUA

张审判实务中法院对非婚生子女亲子鉴定审查非常严格，不仅超出普通当事人想像，有时律师都难以接受。比如本案估计大家都想不到法院然能如此“绝情”，而不给非婚生子女继承遗产留下一点空间。

北京一任姓男子过世，遗嘱称财产均由二个子女任某一、任某二继承。后湖南常德宋姓女子以其二个孩子宋某一、宋某二的法定代理人身份将任某妻子李某、任某一、任某二、任某母亲胡某起诉至法院，要求参与继承任某留下的北京五套房屋及银行存款、车辆等。

对于二名孩子与任某具有亲子关系的观点，原告方提供了大量证据。

1、宋某 2、宋某 1 的出生医学证明以及相关妇产医院的产科知情同意书，其中老二宋某 1 的《出生医学证明》上登记的父亲为任某。

2、任某与宋某 2、宋某 1 以及宋某 3 的举止亲昵的照片，其中宋某 2 出生时任某在产房之合影。

3、宋某 3 与任某的微信聊天记录等。

4、宋某 3 与任某妻子的录音，其内容为李某主动找到宋某 3 协商分配任某的遗产事宜。

5、宋某 3 及宋某 1、宋某 2 户籍登记资料，显示宋某 3 为离异状态，二名孩子生父不明等。

在上述证据基础上，原告方认为任某已去世，宋某 1、宋某 2 已丧失了与任某进行亲子鉴定的可能性。任某 2、任某 1 是任某的亲生子女，根据现有科学技术，对宋某 1、宋某 2 与任某 2、任某 1 进行半同胞关系的亲缘鉴定，是可以确定宋某 1、宋某 2 与任某是否存在亲子关系的，故请求对宋某 1、宋某 2 与任某 2、任某 1 是否存在兄弟姐妹亲缘关系进行鉴定。

从普通人认知及律师办案经验及世事人情角度出发，我是相信宋某 3 说法的。相信宋某 3 与任某 3 存在特殊关系，相信任某与宋某 3 确育有子女，否则天南地北二个人不大可能如此多的交集，不大可能在产房合影，不大可能在孩子出生医学证明上标注父亲为任某，更不可能任某妻子李某还找宋某 3 协商财产分配问题。

可惜，一二审法院不作如此想，法院推理从单项证据考量并推理是没问题的，但法院完全忽略从整体上把握证据的综合性，整体考量证据的合理性，最终作出的结论让律师我是难以接受的。当然，法官或者有其他道德角度的考虑，但法律毕竟不完全是道德，有时多考虑非婚生子女权益也是可以的。

一审法院是这么认定的：

1、宋某 2、宋某 1 的出生医学证明以及相关妇产医院的产科知情同意书关键书证材料等也无涉案人任某之签字痕迹。

言外之意是“没有任某的签字，这完全是你宋某的单方所为，不能凭此直接认定其父亲是任某“。话说，谁吃饱了撑的，会将孩子生父莫明其妙冠上一个已婚男人呢。这样的推理很难让人认可的。

2、任某与宋某 2、宋某 1 以及宋某 3 的举止亲昵的照片中，无确凿迹象显示任某与宋某 2、宋某 1 系血亲关系，宋某 1、宋某 2 提交之宋某 2 出生时任某在产房之合影，宋某 3 当时所举示之相框中标明系“宋某 3 爱子”，未能证明任某与宋某 2 的血缘关系。

是呐，法官意思是说这些仅是相片，它能证明啥，凭他能证明血缘关系么，不能。我大写一个服字，证据割裂开来如此分析确实是高明。但证据应综合评析，而非遂项单独从字面表面辨析反驳的。

3、户口本上显示户主姓名为宋某，宋某 3 系户主之长女，婚姻状态栏显示为离婚，页脚登记日期显示为 2018 年 3 月 12 日；其后的宋某 2、宋某 1 的常住人口登记卡上载明与户主之关系为“宋某的外孙子”，涉案证据之常住人口登记卡中未显现宋某 2、宋某 1 之生父情况。

法官意思是说你提供的证据都没有提供生父情况，你怎么凭此证明生父为任某呀。有道理哟，难道原告不是试图证明我生的孩子未注明生父，所以生父应该是任某么。

对于微信聊天记录及宋某 3 与任某妻子李某的录音，一审法院如何辨析未见判决书记载，不知法院作何认定，但总体意思应该是认为这些都不能直接证明与任某具有亲子关系，尤其一审法官还在判决书中特别强调原告方未提供与任某存在亲子鉴定司法鉴定书，再结合任某母亲强调不知任某有其他孩子，再结合任某遗嘱未记载有其他孩子的内容，故法院最终不予准许作亲缘鉴定，对于亲子关系不予认定。

二审法院认定更是简单，四句话解决问题：

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明，没有证据或者证据不足以证明当事人主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案的争议焦点为是否应当在本案中认定宋某 2、宋某 1 为任某的亲生子女。宋某 3 与任某并未缔结有法律上的婚姻关系，且在宋某 2、宋某 1 出生之时，李某与任某处于婚姻关系存续期间。在此情况下，宋某 1、宋某 2 提交的现有证据不足以证明任某与宋某 1、宋某 2 系生物学上的亲生父子关系，故一审对宋某 2、宋某 1 的涉案诉求不予支持，并无不当，二审应予维持。

一叶可知秋，可见法院强制要求当事人作亲子鉴定无比慎重及稀缺。私生有风险，且行且谨慎呐。

【以案普法】男方怀疑婚生子女均非亲生，女方拒绝亲子鉴定，法院判了！

2022-08-17　中国普法
https://mp.weixin.qq.com/s/Ud35BKlc-OHrblfmOb-EDQ

基本案情

小帅（男）与小美（女）原系夫妻关系，小美在婚姻关系存续期间生育两子女。离婚后，小帅对二孩是否系其亲生产生怀疑，其中女孩的血型与其二人均不符，男孩系其自行带领至某医疗机构作的亲子鉴定，鉴定结论为该孩与其无生物学亲子关系。小帅将小美诉至法院，请求确认其与两孩无亲子关系并要求小美赔偿其精神损害抚慰金 10 万元、返还抚养费 40 余万元。

法院审理

法院经审理认为，对小帅诉讼请求中的合理部分应当依法予以支持。

一、对小帅请求依法确认其与小美婚姻关系存续期间出生的两子女不存在亲子关系的诉讼请求应当依法予以支持。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”两子女随小美生活，小美对小帅出具的单方所做的《亲子鉴定报告》不予认可，认为对是否存在生物学上的亲子关系认定应当通过合法程序进行亲子鉴定，但又明确拒绝配合进行鉴定，应当认定鉴定结果不利于小美，据此推定原告与二孩不存在亲子关系。另外，从小帅（O 型）、小美（A 型）与女孩（AB 型）的血型来看，根据一般的医学常识，小帅与该女孩之间也不可能具有亲子关系。故法院对小帅请求依法确认其与小美婚姻关系存续期间出生的两子女不存在亲子关系的诉讼请求依法予以支持。

二、关于精神损害抚慰金。小美在与小帅婚姻关系存续期间与他人生育两个孩子，有违公序良俗，有悖夫妻之间互相忠诚的义务，对小帅及其家人的精神造成严重损害，根据民法典第 1091 条及 1183 条的规定，小美应当支付小帅精神损害抚慰金。

关于精神抚慰金的数额。小美的行为严重损害了小帅的精神健康，也严重有损公序良俗及有违社会主义核心价值观，属于特别严重的情形。同时考虑 2019 年某市的城镇居民可支配收入已达 45360.00 元的事实，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》第五条的规定，法院酌定小美赔偿小帅精神损害抚慰金 5 万元为宜。

三、关于抚养费。首先，两个孩子并非小帅的婚生子女，小帅无抚养他们的法定义务；其次，小美向小帅隐瞒两个孩子的真实出生事实，致使小帅误以为他们系其亲生子女进行抚养，造成了自己财产的减少，利益受损；最后，小美对两个孩子具有法定的抚养义务，因小帅对两个孩子的抚养行为减轻了小美应当负担的抚养费用，应视为消极增加了小美的财产，小美取得了不当利益。故，小美构成了民法典第 122 条规定的不当得利情形，小帅据此享有不当得利返还请求权，有权要求小美返还相应的抚养费。

关于抚养费返还的数额。根据小帅抚养两个孩的年限，按照 2019 年度某省城镇居民消费支出计算的数额为 200482.50 元，小美应当返还给小帅。

综上，法院判决：一、确认小帅与小美婚姻关系存续期间出生的两子女不存在亲子关系；二、小美于本判决生效之日起三日内支付小帅精神损害抚慰金 50000.00 元；二、小美于本判决生效之日起三日内返还小帅抚养费 200482.50 元；三、驳回小帅的其他诉讼请求。

宣判后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

法官说法

本案涉及证明妨碍的法律适用问题。证明妨碍又叫证明妨害或举证妨害，指的是不负有举证责任的一方当事人故意以作为或不作为的方式，妨害对相关待证事实负有举证证明责任的一方当事人向法官证明该待证事实成立的可能性，导致相关案情无法查明，此时在法官对不利法律后果作出明确提示后，该方仍拒不提供或配合提供相关证据的，应当认定负有举证责任的该方主张的相关事实成立。可见，构成证明妨碍有两个构成要件：一是客观上，不负有举证责任的当事人实际控制相关证据；二是主观上，持有证据的当事人拒不配合负有举证责任的当事人或人民法院获取该证据。本案中，小帅持有血型证明以及单方所做的亲子鉴定报告，以证实其与二孩不存在亲子关系，小美既不认可上述证据又拒绝让跟随其生活的两个孩子作亲子鉴定，显然构成证明妨害，据此可以推定小帅主张的事实成立。

家庭是社会的基本组成单位，家庭是否和谐美满不仅关系着家庭成员能否享受到温馨美满的家庭氛围，更影响着社会的和谐稳定。夫妻双方应树立正确的婚姻家庭观念，在婚姻关系存续期间互负忠诚、诚信的义务，当一方有不忠于婚姻的行为时，除应受到道德的谴责外，还应受到法律的刚性制约。

（文中均为化名）

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一百二十二条规定：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”

第一千零九十一条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。”

第一千一百八十三条规定：“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”

《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》第五条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，但是法律另有规定的除外；（二）侵权行为的目的、方式、场合等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受理诉讼法院所在地的平均生活水平。”

国内首例婚内监护权纠纷案件落槌

2022-08-19　民主与法制时报官网
http://e.mzyfz.com/paper/1891/paper_50654_10565.html

全去年 7 月，不到 9 个月的女儿被丈夫和婆婆抱走并藏匿，始终见不到孩子的王洁（化名）选择通过法律途径争夺女儿的抚养权。

今年 8 月，历经两审，王洁提起的监护权纠纷诉讼二审胜诉，她终于争取到女儿的抚养权，使女儿重新回到自己身边。

13 个月的漫长诉讼之路，彰显了一个母亲要回孩子的决心。

据了解，这起由河北省保定市中级人民法院二审宣判的婚内监护权纠纷案件，不仅对“抢孩子”行为给予否定，还直接确定了婚姻关系存续期间未成年人的抚养权，这在国内尚属首次。

孩子被丈夫藏匿

去年 7 月，王洁尚在哺乳期的女儿小雪（化名）被抱走藏匿，藏匿孩子的不是别人，而是孩子的父亲和奶奶。

王洁和赵勇（化名）于 2019 年登记结婚，婚后两人在保定市居住工作。2020 年 11 月女儿出生后，婆婆刘某搬来同住并帮忙照顾孩子。共同生活中，因为生活琐事，夫妻之间、婆媳之间矛盾不断升级。女儿 5 个月时，刘某私自将她带回老家，在王洁的强烈要求下，刘某第二天将孩子送回。

由于夫妻俩在家庭矛盾中互不让步，2021 年 4 月，王洁和赵勇开始分居，之后协议离婚未果。分居后，小雪随王洁生活。

2021 年 7 月 7 日，小雪还不到 9 个月时，赵勇和母亲以带孩子买东西为由，从王洁的母亲手中将尚在哺乳期的孩子抱走带回老家，并以各种理由拒绝王洁探望孩子。因为当时小雪还在哺乳期，离开母亲也意味着被强行断了母乳。王洁说，女儿对普通奶粉过敏，所以她一直坚持母乳喂养。

按照王洁的说法，从 2021 年 8 月至 2022 年 4 月，她几乎每天给赵勇发消息，询问何时能见到孩子，但基本得不到回复。直到 2022 年 5 月，王洁提起的婚内监护权二审开庭后不久，在法官的协调下，赵勇让王洁在老家见了孩子。这是女儿被抱走 10 个月后，王洁第一次见到女儿。

这一天，王洁和女儿待了 1 个多小时。王洁说，女儿已经不认识她，还有点害怕，但是当她向女儿说起以前说过的话时，女儿会盯着她看。王洁看到女儿离开 10 个月后的变化。她说，“女儿刚被抱走时，还没有学会爬，现在已经会走路了。这期间，小雪一定经历过很多人生第一次，第一次学会爬、第一次站立、第一次迈出脚步走向亲人……”可是，作为母亲的王洁，都没能亲眼见证。

和王洁有同样遭遇的人还有很多。现实生活中，在离婚期间和离婚判决之后，因为夫妻之间的矛盾纠纷，一方将未成年子女抱走藏匿，让另一方见不到孩子的情况屡见不鲜。王洁觉得最终受伤的还是孩子，“他们本来应该享受幸福的童年生活，但是因为不理智的父母而有这样的遭遇。”

婚内监护权之诉

孩子被父亲抱走并藏匿，母亲应该怎么要回孩子？对王洁来说，想要见到女儿并得到女儿的抚养权，法律途径是最有效的，她不愿意自己也走上“抢孩子”这条路。

自从孩子被抱走之后，王洁的生活轨迹都与争夺女儿抚养权的诉讼有关：先是尝试诉讼离婚并申请人身安全保护令，要求赵勇将孩子送回，禁止其在双方离婚诉讼期间与女儿接触，但申请被驳回。在等待诉讼离婚结果时，又向河北省定州市人民法院提起婚内监护权纠纷诉讼，要求赵勇及其母亲将孩子送回，使她能继续行使对孩子的监护权。

以监护权纠纷为案由起诉藏匿孩子的一方，以达到见孩子的目的，此前已有成功案例。

今年 1 月，山东省济南市槐荫区人民法院审结的一起监护权纠纷案中，法院认为，男方母亲以拒绝或不予理睬的方式致使女方不能实际行使女儿的监护权，构成对女方监护权的侵权，同时造成一定的精神痛苦，应承担侵权责任。因孩子在判决前已经送回，遂驳回女方要求停止侵害、排除妨碍对其女儿监护权的请求，但支持女方要求男方母亲道歉及部分精神损害赔偿的诉请。

不过，王洁提起的监护权纠纷诉讼并不顺利。2022 年 3 月，此案在河北省定州市人民法院一审开庭审理，同月，王洁收到败诉判决。河北省定州市人民法院认为，王洁和赵勇是合法夫妻，且在婚姻关系存续期间，夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的义务。虽然王洁提供了聊天记录截图、通话录音、报警记录等，但没有证据证实赵勇未抚养和保护好孩子，遂驳回其诉讼请求。

对藏匿孩子行为给予否定性评价

王洁不服一审判决，上诉至河北省保定市中级人民法院。2022 年 5 月 20 日，二审开庭审理。

记者注意到，不管是一审还是二审，赵勇方面均否认藏匿孩子，表示自己的母亲是在征得双方同意后将孩子带回老家抚养，也否认阻止王洁通过正常途径看孩子。

不过，保定市中级人民法院根据双方提供的微信、电话沟通内容，认为双方分居初期，赵勇对王洁探望孩子的要求“并不积极”，一审判决后双方能够就探望事宜进行协商，赵勇基本配合，但由于对疫情防控政策的误解等原因，王洁仍未能顺利探望孩子。

对于赵勇擅自将女儿带走藏匿并阻止王洁探望的行为，保定市中级人民法院也给予否定性评价。

该院认为，从对未成年人的保护角度，赵勇及其母亲擅自将尚在母乳喂养期的婚生女接走并拒绝将孩子送回母亲身边，直接导致孩子被迫中断母乳，母女不得相见。赵勇的上述行为并未从保护未成年人身心健康发展的角度考虑，而是出于对自己情感需求的满足，以爱之名剥夺孩子享有母爱的权利。

从妇女权益保障角度，该院认为，父母双方对未成年子女享有平等的监护权，即使是在婚姻关系存续期间，一方行使监护权时不应当侵害、阻止另一方行使权利。赵勇未经夫妻双方协商一致，擅自将婚生女带走藏匿，对于王洁探望孩子的要求一度持消极态度并隐瞒住所，致使王洁长期不能探望孩子，不仅对未成年子女的身心健康发展造成损害，也是对王洁平等监护权的不当侵害。

法院支持婚内抚养权

实质上，此案涉及的是婚姻关系存续期间夫妻双方分居后子女抚养争议问题，现行法律和司法解释对于离婚后抚养权的归属有明确规定，但对于婚内监护权的行使没有明确具体规定。

关于小雪抚养权的确定，为了最大程度保护未成年子女的利益，保定市中级人民法院参照民法典第一千零八十四条“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则”的规定，并以此为处理依据，判决未满两周岁的小雪暂由王洁直接抚养。

本案承办法官、保定市中级人民法院民事审判第一庭庭长霍丽芳解释，本案认定孩子由一方“暂时”直接抚养，主要是因为双方当事人目前处于婚姻关系存续期间，但又是分居状态，随着夫妻感情的变化，对于婚生女的抚养问题会朝着不同方向发展。如果双方能重归于好，共同生活状态下就不存在孩子由谁抚养的问题；若双方最终离婚，则在离婚时通过协商或诉讼方式确定子女抚养权，该判决结果不会给后续离婚案件处理造成程序上的障碍。

霍丽芳介绍，本案的办理除了适用保障妇女权益、平等行使监护权等民法的基本原则以及参照民法典对婚生子女抚养权规定的原则，更为重要的是首次适用《中华人民共和国未成年人保护法》确定的“最有利于未成年人”基本原则，直接确定了婚姻关系存续期间未成年人的抚养权。

“此前大多数案件是判决探望权，但是显然并未对婚姻家庭纠纷中常见的‘抢孩子’现象从根本上加以否定。因此，本案判决在对社会公众行为的正向引导作用方面具有现实意义。”霍丽芳说。

此外，保定市中级人民法院也将赵勇的探望权考虑在内，明确在王洁直接抚养女儿期间，应对赵勇探望女儿给予协助配合，并在判决书中明确每月的探望次数、时间等内容。霍丽芳说，双方当事人对子女均有平等监护权，本案的判决既否定一方不当行使监护权的行为，对社会公众合法行使权利进行正向引导，同时也注意对双方监护权给予平等保护，并且鼓励双方和平协商解决家庭纠纷。

据了解，本案审理过程中，承办法官对双方当事人进行多次调解沟通，尤其是判决后，男方最初拒绝履行，经承办法官数次疏导解释后，最终接受判决，并于 8 月 7 日自动履行判决内容。分开 1 年多后，女儿终于回到王洁身边。这位“90 后”妈妈，为缺失了女儿 1 年多的成长经历感到遗憾、亏欠和愧疚。

一年多的时间，说长不长，说短不短，这段缺失的爱王洁已无法找回，她只能花更长的时间、更多的精力和女儿相处，让女儿重新认识她、接纳她。不过，王洁说，她已经做好准备。

离婚后女方将孩子改姓 男方起诉被法院驳回

2022-08-27 法律图书馆
https://mp.weixin.qq.com/s/wOw02e__9xGa2il4g16QDQ

我一般来说孩子随爸爸的姓，但实际上据法律规定也可以随母姓。日前，吉林省敦化林区基层法院审结一起因离婚后将孩子姓氏改随母姓、男方起诉恢复原名的纠纷案件，法院最终怎么判？

梁先生与徐女士原为夫妻关系，2011 年，双方生育一子取名梁某某。2015 年，梁先生到法院起诉离婚，法院判决梁先生与徐女士离婚，梁某某由徐女士抚养。2018 年，梁先生得知儿子梁某某改名为徐某某。今年，梁先生遂以徐女士未经其同意擅自变更婚生子姓名、侵犯了自己对未成年婚生子姓名的决定权和变更权为由，诉至法院，要求恢复孩子原姓名。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第一千零一十五条规定：自然人应当随父姓或者母姓。

《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）》第五十九条规定：父母不得因子女变更姓氏而拒付子女抚养费。父或者母擅自将子女姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的，应当责令恢复原姓氏。

本案中，徐女士未经梁先生同意擅自更改婚生儿子姓名的行为确实欠妥，但徐女士将儿子的姓氏更改为随母姓，所取名字未违背公序良俗，未损害社会公共利益，且梁先生也未提供证据证明徐女士有将婚生儿子的姓氏变更为继父姓氏的情形，故本案不符合法律规定的“应当责令恢复原姓氏”的情形。另外，考虑到双方婚生儿子已经使用“徐某某”这一名字长达 4 年之久，且已满 10 周岁，已经具备一定的判断和辨别能力，为有利于其学习、生活、成长，是否将其姓名恢复为“梁某某”，应充分尊重其本人的意愿。

最终，法院判决驳回了梁先生的诉讼请求。

法官说法

未成年子女姓氏的改变，不仅涉及离婚一方（父或母）的权利，更主要的是应当以有利于子女健康成长为根本原则。本案中，原告婚生子徐某某使用变更后的姓名已 4 年有余，且现已满 10 周岁、正处于上学阶段，该姓名作为特定的人身符号，已被其同学和朋友熟知，如果强行责令恢复为原姓名，对其学习、生活、成长可能会不利，故法院驳回了梁先生的诉讼请求。

六、异域资讯

美国 10 岁女童遭强暴怀孕，却得换个州才能堕胎？！悲剧中的悲剧！

2022-07-04　原创 事儿君 英国那些事儿
https://mp.weixin.qq.com/s/HR6GTO7iECkEN1-bhZLWBA

过上周一，美国印第安纳州的妇产科医生 Caitlin Bernard 接到了一通同事打来的电话，
对方是俄亥俄州一位儿童虐待方面的专家。

他告诉 Caitlin，自己正接待着一个 10 岁女孩，她已经有 6 周零 3 天的身孕，
但根据俄亥俄州的最新法律，他无法帮助这个小患者堕胎，只能转而向其他州的朋友求助，
他想知道，身处印第安纳州的 Caitlin 能否帮上这个忙？

Caitlin

10 天之前，美国最高法院裁决推翻“罗诉韦德案”，将堕胎的合法性下放至各州进行应对，
裁决才过去几个小时，俄亥俄州就更改了法律，在胎儿六周后，禁止任何形式的堕胎，

这个惨遭强暴的 10 岁小女孩，在发现自己怀孕时，孩子已经 6 周零 3 天大，比“合法堕胎年纪”只多出 3 天，
如果留在俄亥俄州，她的选择只有一个，那就是生下孩子，成为一个 10 岁的妈妈。

这样的事情无论在哪里都让人难以接受，
所以她的医生才会将希望放在邻州的同行身上，期待 Caitlin 能帮助小女孩走出困境。

Caitlin 接到的请求远远不止这一个，
从 6 月末以来，印第安纳州的流产诊所就一直在处理来自隔壁州的电话，
每天，他们要接待大约 20 名来自于俄亥俄州和肯塔基州的孕妇，其中不乏性侵受害者，
在这两个严格管制堕胎的地方，诊所的大门已经关闭。

目前来看，孕妇们仍可以前往印第安纳“跨州堕胎”，
10 岁的小女孩也已经启程，在去往印第安纳州的路上，将被交由 Caitlin 照顾。

虽然现在的印第安纳还没有禁止或限制堕胎，
但 7 月下旬的州议会特别会议过后，情况很有可能就会发生改变，
届时的印第安纳或许也将不再是堕胎的“自由之地”。

这让 Caitlin 这样的医生感到非常痛苦：
“很难想象几周过后，我们也无法再提供这种手术.....”

对于一个 10 岁的女童来讲，把孩子生下可能会造成致命的伤害，
这种惨剧，连一向亲近川普的南达科他州共和党州长 Kristi Noem 都看不下去，

在周日的采访中，她告诉记者，
自己对于“没有人讨论那个强奸 10 岁儿童的恶棍”感到不可思议，
并表示，“一个悲剧之后不应该是另一个悲剧，我们必须要确保每一个生命都是珍贵的。尤其是那些遭到摧毁的无辜生命，那个 10 岁的女孩就是其中之一。”

但目前在南达科他州，堕胎属于犯罪行为，
这其中只有一项例外，就是医学判定堕胎能够挽救孕妇的生命，
乱伦和强奸导致的怀孕并不算在例外之中，

上周，南达科他还禁止了远程医疗进行堕胎，并加大了对于无证堕胎的处罚力度。

但州长的这番发言，显然与南达科他州的做法相左，
可见，就算是知名的反堕胎人士，在面对这样的极端案例时，也要在维护受害者权利和捍卫堕胎限制之间有所取舍。

Kristi 说，强奸儿童已经被纳入“最高法院的考虑范围”，还补充说，公众应该“惩治那些向我们孩子下手的变态”。

虽然没能明确回答 10 岁女孩是否应该留下这个孩子，
但 Kristi 并不排除胎儿会威胁母亲生命的可能，如果是这种情况，
那么即便在南达科他州，10 岁女孩也能够名正言顺地堕胎。

面对愈加恶劣的形势，
美国民众没有坐以待毙，他们上街游行寻求自己的权利，

周日，数千人聚集在俄亥俄州议会大厦，表达对于美国最高法院允许各州限制堕胎的愤怒。

七、书籍推荐

《儿童虐待的公权干预》：如何更好引入恢复性司法

2022-07-27 原创 吴鹏飞 鹰观
https://mp.weixin.qq.com/s/T8Rsm8tqcLsX0bCVUPTApg

准司法干预具有不同于司法干预的特点与优势，因此，构建和完善准司法干预制度也是我国儿童虐待公权干预所面临的重要课题。恢复性司法与准司法干预具有天然的相容性，因其设计理念和程序的相合，儿童虐待干预引入刑事和解与调解、社区矫正等恢复性司法措施，存在必要性与可行性。然而，目前我国在儿童虐待准司法干预中引入恢复性司法理念和程序，却面临规范化不足、忽视被害人话语权、矫正措施单一化等诸多难题。为此，需要我国在实践中借鉴域外及国内试点地区的监管经验、推进多方力量参与、明确各方主体责任，对我国儿童虐待的准司法干预制度予以完善。

一

恢复性司法与儿童虐待的准司法干预

（一）恢复性司法基本理论

1.恢复性司法的含义

恢复性司法，又称“修复性司法”，联合国经社理事会《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》宣言草案中认为：“恢复性司法指运用恢复性过程或目的实现恢复性结果的任何方案。”

恢复性司法源于近二三十年来西方国家兴起的刑事司法改革运动，作为“报复性司法”的相对概念。恢复性司法制度是一种由被害人、犯罪人、利益相关方、社区等相关各方参与，修复犯罪行为所带来的对被害人、人际关系、社区和平秩序的破坏性后果的制度设计。恢复性司法理念具有参与、利益平衡、自愿、面向未来和直接责任等特征。

2.恢复性司法的具体措施

（1）替代性纠纷解决程序

司法诉讼程序之外的多元化纠纷解决机制，对于一些轻微的非疑难刑事案件的处理，既能节约司法资源，也能起到更好的社会治理效果。替代性纠纷解决程序反映在刑事司法中，主要是通过刑事和解与刑事调解两种方式来化解纠纷。

根据最高人民法院在《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》中的规定，对于符合刑事诉讼法规定可以和解或者调解的公诉案件、自诉案件、刑事附带民事案件，人民法院应当与公安机关、检察机关建立刑事和解、刑事诉讼中的调解对接工作机制，可以邀请基层组织、特邀调解组织、特邀调解员，以及当事人所在单位或者同事、亲友等参与调解，促成双方当事人达成和解或者调解协议。

2012 年修正的《刑事诉讼法》中加入了刑事和解的有关规定。刑事和解制度是恢复性司法理念和被害人意思自治的体现。目前，我国对刑罚执行阶段的执行和解制度适用的案件范围、和解的程序和法律后果没有具体的规定，但可参照民事诉讼法的执行和解制度，在刑罚执行机关的主持下，由加害人提出赔偿或补偿的方案，加害人与被害人双方自愿达成和解协议后，可以对加害人作出刑罚变更决定。

（2）社区矫正制度

2015 年，最高人民法院等四部门印发的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》明确指出，在家庭暴力犯罪中应充分运用社区矫正手段，矫正犯罪分子的施暴心理和行为恶习。社区矫正，是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区内，由专门国家机关在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下，在判决、裁定或决定确定的期限内，矫正其犯罪心理和行为恶习，并促使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动，是一项和监禁矫正相对的刑事执法工作、行刑方式。

恢复性司法与社区矫正二者在目标上高度契合，均以促进社会秩序和社会成员关系修复为要旨，为了促进社区矫正对象顺利实现再社会化以及破裂的社会关系再修复，需要专业化队伍制定不同矫正方案，具有针对性和专业性地开展教育帮扶、心理干预和精神治疗，并实施阶段性的监督考察制度。经过北京、上海、天津、浙江等地多年的试点工作，2019 年底《社区矫正法》获得通过，对我国社区矫正工作的推广具有里程碑意义。

3. 恢复性司法的适用条件

（1）一般判断标准

适用恢复性司法的案件，一般认为是主观恶性小、罪行轻微的刑事案件，根据我国《社区矫正法》的规定，对判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行这四类人员可以适用。

2018 年修正的《刑事诉讼法》第 288 条对刑事和解的规定中明确提出，“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”。故而有学者认为应该附加上这一条，因为“行为人悔罪，表明其人身危险性小，已深刻认识到自身犯罪行为的错误，愿意为自己的行为承担责任，再犯可能性小”，因而对其在刑罚执行上宜采用恢复性司法的轻缓处理，更符合我国刑事司法宽严相济的理念。

（2）不适宜适用的情形

具有人身危险性，有再犯风险的犯罪人，不适宜采用社区矫正等恢复性司法方式，这是出于维护社区正常秩序以及保护被害人人身安全的考虑，否则犯罪人将成为一颗危险的定时炸弹。国外风险评估经验将服刑人员风险评估指标具体分为静态因素和动态因素，前者主要包括犯罪记录（包括前科、年龄、刑期等），犯罪类型、犯罪情节和社会危害性，药物滥用史（包括吸毒、酗酒、其他药物依赖症），个人生涯（包括受教育程度、就业情况等）；后者主要包括人生观、认罪伏法的态度、受教育情况、就业情况、婚姻家庭现状、社会交往状况、药物滥用现状、在社区生活的能力。

我国《社区矫正法》第 24 条为分类管理规定了裁判内容、性别、年龄、心理特点、健康状况、犯罪原因、犯罪类型、犯罪情节、悔罪表现等多个标准。除了刚进入矫正时由专业从业人员进行统计评估和临床评估外，矫正后每隔一段时间还要进行阶段性评估，依据测量结果重新分类分级管理或重新调整矫正方案。如果出现突发性因素，导致不宜继续进行社区矫正的，应当及时终止程序。

（二）准司法干预引入恢复性司法的必要性

1. 被害人权利复兴的需要

司法诉讼方式，主要是在传统的法官、公诉人、被告人三方刑事诉讼构造中，被害人作为其中的一方当事人，其诉讼权利很大一部分被国家公诉权吸收，被害人与被告人的矛盾转化为被告人同国家之间的矛盾，国家成了犯罪行为拟制的被害人。虽然国家公诉制度有力地维护了国家和社会的利益，但对于被害人来说，基本上自案件进入公诉阶段后，被害人即被排除于诉讼程序外，甚至不能对案件的进展和判决享有及时的知情权。与边缘化、隐形化被害人的传统刑事司法相比，恢复性司法重新关注到了这一重要利害关

系方，特别强调被害方参与到恢复性协商程序中的重要价值，让被害方有机会参与和加害方的沟通对话，也促使加害方真诚悔过并履行赔偿责任。

这种干预手段也在儿童虐待案件中引入“治疗”理念，在报应与惩罚之外，更加强调在加害人和被害儿童之间建立一种关系，通过第三方介入下的双方协商与沟通，使加害人内心得到感化，使被害人心灵得到抚慰，取得被害儿童的谅解，修复家庭关系和其他社会关系。

2. 抵消刑事判决执行带来的副作用

在家庭内部发生的儿童虐待案件，即使成功地被发现、起诉并获得了胜诉判决，也可能对儿童存在潜在的伤害，儿童的权益依然无法得到切实保障。目前，我国对监护人被采取强制措施或被执行刑罚的儿童尚未采取完善的安置保障措施，这些儿童一般是由其他亲属对其进行临时照管的，这往往更加需要考量临时监护人的品质。如果撤销了父母的监护权却又不能为儿童找到合适的监护人，那么民政部门必须承担起国家监护的兜底责任。如果原监护人能够改过自新，积极挽回对儿童的伤害后果，并辅之以禁止令规制其行为，那么可能更能节约社会成本、维护儿童的利益。

此外，我国监护资格的恢复有严格限制。除了因性侵、出卖、监护侵害行为被判处 5 年以上有期徒刑的事由限制，还需要证明“确有悔改”，同时应当征求有相应意思表示能力的未成年人的意见，社区矫正期间的表现可以为原监护人是否“确有悔改”提供参考。在恢复性司法中积极重建与受害儿童的信赖关系，更有助于得到儿童的谅解，帮助犯罪人在重新回归社会的同时回归家庭。

（三）准司法干预引入恢复性司法的可行性

1. 否定的观点

第一，恢复性司法需要大量专业性、精英化的社区工作人员。为了胜任社区工作，处理日益复杂多样的纠纷，社区工作人员需要对法律、心理学、社会学有所涉猎，并应通过相应的资格考试，而我国社区人少事多、人手短缺的现象十分严重，且从业人员也缺乏相应的职业素养。

第二，恢复性司法要求成熟健康的社区环境。我国社区建设的地方差异十分明显，成熟化的社区主要集中在北京、上海等一线城市，而广大的三四线城市和乡村地区的社区建设还处于起步阶段。如果投入大量社区服刑人员，将会导致社区管理系统不堪重负。更坏的结果可能是，社区矫正和监督措施形同虚设，导致服刑人员能够随意违反矫正规定，达不到预期的矫正效果，甚至有伺机报复被害人的可能，这无疑会损害被害儿童的利益。

第三，恢复性司法可能会减损刑法对施虐者的惩治效果，造成“严而不厉”的局面，从而降低刑法打击犯罪的威慑力。如果恢复性司法程序适用不当，对不满足特定条件的虐童犯罪实施刑罚执行的轻缓化，可能会纵容犯罪行为，践踏社会正义，导致民众舆论的压力。

2. 肯定的观点

第一，两者在适用的刑罚类型上具有相容性。儿童虐待案件多为法定刑是 3 年以下有期徒刑、拘役、管制的轻罪案件，且缓刑的适用率非常高，而社区矫正在制度设计上也正适用于管制、缓刑、假释。另外，刑事和解与刑事调解这两种纠纷解决程序，原则上也主要适用于轻罪案件，对于那些重大疑难、造成严重社会后果的案件，则更适宜严守程序正义规则进行正式的审判。

第二，两者在价值取向上具有一致性。以针对儿童实施的家暴为例，特殊主体之间的伤害行为与陌生人之间的伤害行为不能一概而论，因为特殊主体之间的暴力不仅关系到个人利益的保护，也关系到家庭关系的存续和家庭秩序的恢复。因此，在处理这些家暴案件时，不能“屈个人以全家庭”，应基于个人、家庭双重考量，考虑急剧撕裂社会关系之后如何恢复。如果使罪犯获得刑罚并不能满足被害人的预期，那么

这将是对被害人的第二次伤害。因此，在准司法干预中引入恢复性司法，给加害人受教育和改过自新的机会，是完全有必要的。

此外，有研究表明，家庭暴力犯罪具有很强的代际传播性。因此，儿童虐待的施虐者，很可能在儿童时期曾是家庭暴力的受害者或是目睹家庭暴力，他们对于家庭成员之间的暴力行为，往往经历了一个从恐惧、痛苦到习以为常的冷漠，再到认同这样一个恶性演变的过程。通过与被害儿童的真诚对话和专业人员的心理疏导，帮助服刑人员回忆起对于家庭暴力的切肤之痛，更能使他们认识到暴力行为的错误性，进而改过自新，回归社会。

二

准司法干预引入恢复性司法面临的难题

（一）相关制度建设不够完善，且规范化不足

从总体上看，2019 年 12 月 28 日颁布的《社区矫正法》是一部具有衔接性的法律，对于社区矫正试点中争议较大的问题采取了搁置争议、留有余地的做法。这可能是考虑到地区差异，为各地后续出台社区矫正地方性立法预留空间，但这也导致一些关键节点缺乏统一的上位法依据，如监督矫正主体规定较为模糊，不仅其法律地位不够明确，其专业化和规范化也难以得到保障。

我国对“社区矫正机构”的具体构成一直以来没有明确的规定，2003 年，“两院两部”联合下发了《关于开展社区矫正试点工作的通知》，提出“司法行政机关要牵头组织有关单位和社区基层组织开展社区矫正试点工作，会同公安机关搞好对社区服刑人员的监督考察，组织协调对社区服刑人员的教育改造和帮助工作。街道、乡镇司法所要具体承担社区矫正的日常管理工作”。由于公安机关平时肩负着大量维持治安、侦查犯罪的职责，在社区矫正试点改革中，具体矫正工作逐渐由乡镇、街道司法所等司法行政机关承担。然而，司法行政机关只是社区矫正的委托执行机关，法律地位十分尴尬，既没有正式的“社区矫正机关”的地位，也没有公安机关的执法权、处罚权。此外，以乡镇、街道为单位的司法所还面临着编制较少导致的资源分散、人手不足的情况。

（二）缺乏充分的协商，忽视被害人话语权

社区矫正是一个由社区服刑人员、矫正机关、被害人和社区共同参与、多方联动的过程。如果缺失了被害人的参与，则无法体现社区矫正“疗愈性”的特征。如果缺失了社区群众的参与，则无法体现社区矫正“社会性”的特征。因此，要达到良好的社区矫正效果，应充分尊重被害人的意思，保障被害人和社区居民充分的知情权和参与权。然而在我国，社区矫正的主体是刑事司法人员，矫正的重心仍在于控制和矫正犯罪人，被害人的过程参与权没有得到应有的重视。在由监禁矫正到社区矫正的变更执行阶段，尚未能建立起标准化的被害人联系制度，听取被害人关于矫正方式变更的意见和诉求。此外，出于对服刑人员隐私权的保护，被害人和社区居民等利害关系人，对犯罪人参与矫正的基本情况甚至都难以获得相应的信息，这样的社区矫正往往缺乏深度，效果不佳。

（三）矫正奖惩措施单一，效果不佳

我国对社区矫正期间的考察内容规定得过于简单化、原则化，许多规定可操作性较弱。在矫正期间，犯罪人除了要履行禁止令规定的消极义务，还要履行积极义务。履行积极义务或违反禁止令的，对其进行相应的奖惩考核。在北京、浙江的社区管理中，考核采用计分制，将社区矫正考核内容转化为对应的加分项目和扣分项目，表现良好的加分，违反规定的扣分。

目前我国的矫正奖励措施较少，主要包括表扬、评为积极分子、记功、物质奖励、缩短矫正期限几种类型，对于调动社区服刑人员的积极性作用有限。社区罪犯惩处规定不足，主要包括训诫、警告、记过、

治安管理处罚、撤销缓刑、撤销假释等，种类有限。因为惩处力度缺乏威慑力，无法充分体现不同处遇的差别性，所以需要增设罚款、扣减保证金、居家禁闭等处罚措施。

三

准司法干预引入恢复性司法的路径选择

（一）借鉴域外及国内试点地区先进监管经验，
加强落实风险评估与防控

在对儿童虐待案件实施监督矫正时，要真正防止“缓刑”变为“减刑”、“假释”变为“真释”、“管制”变为“不管不制”，就要加强对犯罪人的矫正风险评估与防控，将监督管理真正落到实处。

在此方面，欧美发达国家提供了宝贵的实践经验。如加拿大发展出第四代犯罪风险评估手段，将犯罪人分为六个等级，不同等级的接触频率不同。美国发展出对高危险级犯罪人的“中间制裁”措施，包括强化监督、军事训练、日报告以及佩戴电子监控器械等。虽然发达国家运用恢复性司法起步早，积累了丰富的经验，但我国在学习借鉴时，也要兼顾本土国情。2003 年我国开启了社区矫正工作试点，并在 2009 年全面施行，也积累了一定的可供推广的经验。

纵横结合的分类管理，是我国较早开始施行的管理制度。依照人身危险性大小，北京将社区服刑人员分为 A、B、C 三级，上海分为一级、二级、三级，浙江则分为三级四等，分别为严管、宽管、二级严管和一级宽管。未来可以建立专门的危险性调查和评价机构，以裁判内容为一级标准，以人身危险性为核心标准，对服刑人员分别制定矫正方案，进行个别化管理。

奖惩结合的考核管理，是社区管理的重要内容。我国北京、江苏、浙江等地的试点采用计分制对服刑人员进行考核评价，然后根据一段考核周期内的加分、扣分情况予以奖惩。未来可以增加奖励措施，扩大奖励面，同时完善惩罚措施，增加临时强制措施的适用和严重违反规定的处罚，作为新犯罪的处理制度。对于儿童虐待案件，可规定特殊的奖惩措施以激励双方关系的恢复。

电子信息化的智慧管理，是我国社区矫正监督管理的一大亮点。我国部分地区在社区服刑人员的管理上，积极探索“互联网+社区矫正”模式。利用我国大数据基础设施建设优势，与“雪亮工程”“天网工程”等公共安全视频监控系统有效对接，通过电子定位技术、远程视频督察，实现对社区服刑人员受矫状况的精准管控。同时，对本行政区划内公安部门、检察院、法院、监狱等多个部门实现信息化联网，各矫正责任机构平台共享，信息互联互通，便于对社区服刑人员开展综合性治理。未来可以进一步在全国范围内推广，做到全国数据互通，从而在一定程度上化解社区服刑人员异地托管的难题。

（二）推动多方力量参与恢复性司法，
修复受损的社会关系

东西方社会制度、传统文化存在差异，这就对构建具有本土特色的恢复性司法提出了新要求。“明耻—补偿”是恢复性刑罚的过程性要旨，恢复性司法的运作过程实质上就是在为犯罪人明耻，使其认识到儿童虐待行为是有违社会基本道德、被人民群众谴责的行为。因此，考虑到东西方不同的“罪感文化”，我国恢复性司法更需要人民群众的外部约束和鞭策，使犯罪人产生对犯罪行为的罪恶感，而非在群体监禁中“交叉感染”而产生对犯罪行为的认同感。

因此，为了修复受损的社会关系，可采取措施推动多方力量参与恢复性司法。首先，要支持被害人参与矫正过程，社区矫正工作人员应当为被害人和犯罪人的直接接触和改善关系创造条件。其次，社区矫正机关要与民政部门、基层群众自治组织和慈善组织通力合作，使它们发挥各自的优势，参与到社会化协助中来。最后，增加社会志愿者的参与，缓解社区矫正工作中人手不足的困境。

（三）明确各方主体责任，建立专业化团队

儿童虐待案件的恢复性司法和社区矫正工作，具有较强的专业性。各机构主体责任不明、身兼数职或职能交叉的情况，可能会导致矫正工作名不副实。除了缺乏社区矫正等恢复性司法执行的专门机关，专业人员的匮乏也可能导致矫正事倍功半。

我国当前刑事和解实践中，存在司法机关工作人员、人民调解委员会、社会组织以及律师等不同类型的调解参与主体，检察机关等司法机关承担着对刑事和解流程进行审查监督的职责。笔者认为，刑事和解的调解主体应当由地位更为中立、更有群众工作经验的主体承担，与司法机关分工协作。在当下社会组织，尤其是具备参与刑事和解、调解实践资格的社会组织数量不足的背景下，可以采取另一种模式，即办案机关对相关组织和个人进行审查、引导和监督，以人民调解组织为主体，以专业社会组织和律师为补充的模式，培育具备发展潜力的专业调解社会组织。

我国社区刑罚相关的国家机构体系庞杂，需要各机构之间有效配合。从近年来的法律文件精神和实践经验来看，司法行政机关是社区刑罚的主要执行机关，公安机关也是执行机关之一，但其工作中心逐步转变为配合司法行政机关的工作。人民法院是非监禁刑罚、减刑和假释的决定机关，而检察院是监督机关，负责监督刑罚的适用过程。因此，可以说作为司法行政机关的司法厅、司法局和司法所居于十分核心的地位，然而却“有实无名”，仅仅是以“委托方式”参与执行的机关。2020 年 7 月 1 日实施的《社区矫正法》中未对其执行机关地位予以明确规定，也未赋予社区矫正机构独立的强制措施执行权，权责不明使得执法的严肃性、专业性受到质疑，矫正结果的负反馈会导致法院在判处适用非监禁刑时瞻前顾后，从而降低儿童虐待案件采用恢复性司法的可能性。因此，今后随着制度的完善，应在法律中明确各方主体责任，成立专门的社区矫正机构。

专业工作人员的队伍培养和合理编制，也是影响矫正实效的重要因素。欧美发达国家对恢复性司法的技术性、专业性十分看重，美国、英国、加拿大等国设有缓刑官和假释官等公务人员，日本设有保护观察官这一职业。目前我国在矫正官员的专业素养、奖惩机制和合理的编制规模设置上，还存在很大的立法空间。因此，要提高专业素质，吸纳招收并加强培训具有心理学、教育学、社会工作学相关知识，掌握观察、分析、判断技巧，熟悉调解模式、家庭小组会议模式、圆桌会议模式的运作人员，使其参与到社区矫正中来。对奖惩机制细则作出进一步的规定，结合服刑人员再犯率和工作人员日常表现，制定奖优罚劣措施。此外，编制规模要尽量控制在合理范围内，使之与所监督矫正的犯罪人员规模相匹配，既不能过少而疏于监督和矫正，也不能过多而造成社会资源的闲置和浪费。

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。真诚欢迎对婚姻家事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事继承相关问题，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、典型婚姻家事案例等资讯。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的文末。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”婚姻家事法律资讯简报（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，或为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员的善意提醒及劝告；

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