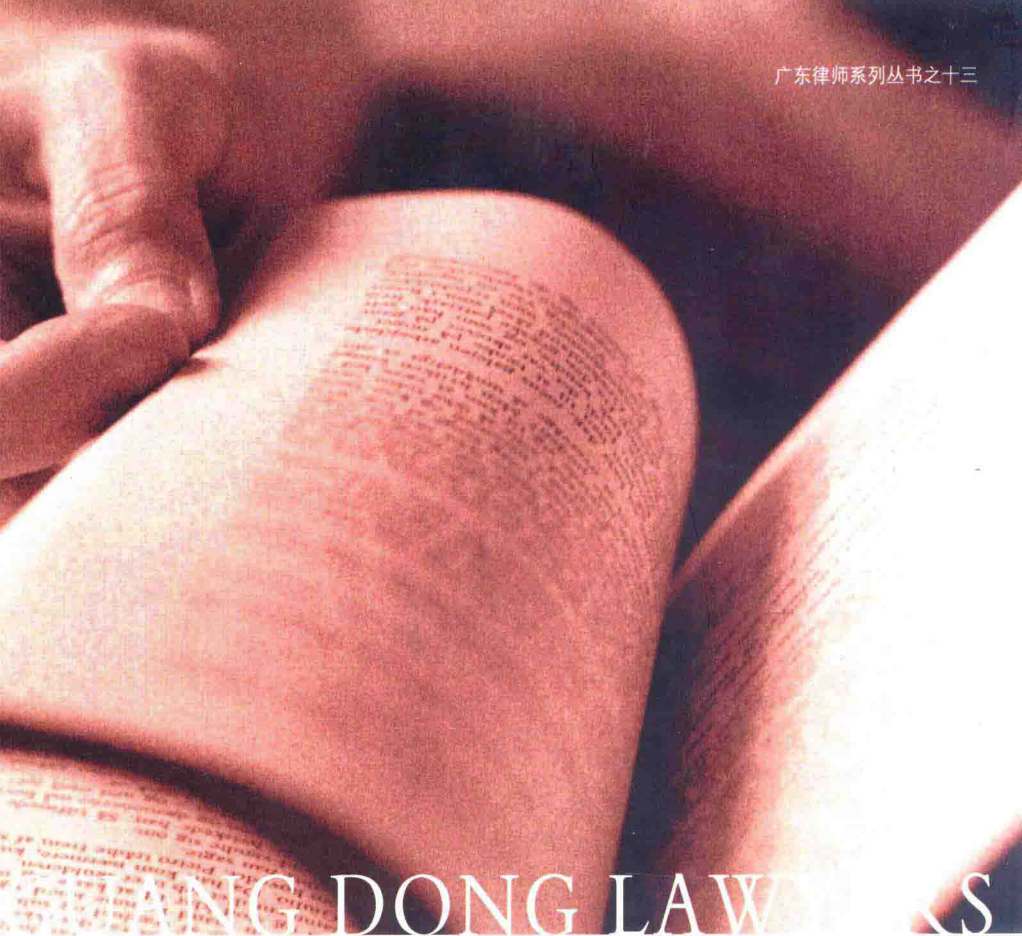


广东律师系列丛书之十三



GUANG DONG LAWYERS

未成年人权益保护
前沿与实践

广东省律师协会 编

律师
视角



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

广东律师系列丛书之十三

律师视角

未成年人权益保护前沿与实践



主 编 欧永良

副 主 编 张丽杰 陈国翔 吴 波

执行主编 叶 港

本册主编 肖寒梅 谢玲丽 毕亚林

本册副主编 胡宁可 胡育新 郑子殷

编 委 段曼珍 罗 凌 张晓玲 周 蕊

耿 爽 李爱东 杨健华 王 静

编 辑 李 侠 邓新全 吴学明

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师视角:未成年人权益保护前沿与实践 / 广东省
律师协会编. —北京:法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7332 - 3

I. ①律… II. ①广… III. ①未成年人保护法—
中国—文集 IV. ①D922.183.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 290437 号



编辑统筹	法律应用出版分社
策划编辑	薛 晗
责任编辑	薛 晗 慕雪丹
装帧设计	马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 A5

印张 11.75

字数 287 千

版本 2015 年 4 月第 1 版

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7332 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

关注未成年人权益 彰显法律人价值

鉴于2012年“广东省法律执业共同体建设研讨会”的成功举办以及《2012年广东省“法律职业共同体建设”论文汇编》的成功出版,为进一步加强全省女律师与其他知识女性的相互学习与交流,关注未成年人的健康成长以及女性的未来发展,彰显律师行业的社会责任感,广东省律师协会等协会与工委举办了“2013年未成年人保护与女性发展论坛”以及相应主题论文征集活动。现从参会论文中摘编部分,结集出版。

近年来,广东省乃至全国各地,未成年人受侵害事件屡增不减,备受社会关注。论文集中的文章,围绕着当下社会关注热点暨未成年人保护与女性发展等展开,作者通过自身的实践经验,从专业法律角度把我国未成年人保护的状况及相关建议呈献给读者,并引发读者思考,以带动全省知识女性及全社会力量对未成年人的合法权益进行保护。

从未成年人保护立法情况看,经过2006年的修订,确立了未成年人优先原则,并对有关责任问题进行强化。同时,未成年人合法权益的保护在其他相关法律中也有不同程度的体现。但是,各种关于

未成年人保护的新问题层出不穷,反映出我国在未成年人保护等相关问题上仍存在不足,这就要求我们进一步完善未成年人相关法律,也必然意味着需要包括律师在内的法律共同体的致力推动。

在政府、社会力量成为保护未成年人主力军的今天,广东省律师协会出版论文集,充分体现了广东律师对未成年人健康成长的关注与重视。不仅如此,最高人民法院副院长黄尔梅也要求对侵害未成年人身心健康的犯罪行为依法从重处罚,这体现了最高人民法院的态度,也意味着未成年人相关司法政策的方向。以暴制暴不是遏制犯罪的必要手段,也不是法律处理问题的最终目的,要治理根本性问题,就是要加强大家的法制意识,加强宣传未成年人法律保护的力度。

“少年智则国智,少年富则国富,少年强则国强”,我国未成年人人口众多,是国家的未来。未成年人的健康成长决定着民族的兴衰,因此,保护未成年人势在必行,且任重道远。法律人在未成年人权益保护方面,从理论和实践方面都发挥着独特的价值,也肩负着义不容辞的使命。让我们从点滴做起,从参与每一个案例、撰写每一篇文章做起。

广东省律师协会副会长 张丽杰

目 录

Contents

第一章 未成年人权益保障现状及制度完善

浅论未成年人保护的立法缺失	吴 波 (3)
离婚案件中未成年子女的权益保护	肖寒梅 (9)
莫让网络污染了孩子的心灵	胡育新 (16)
未成年人保护,底线岂能失守	毕亚林 郭锦芳 (23)
用法律锁住“狼”性	
——以刑法视角谈保护未成年人的性权利	耿 爽 (34)
浅析未成年人保护机制的完善	郭璇玲 (39)
防范和杜绝性侵未成年人	李爱东 (45)
家庭破裂,千万别让孩子的梦想破裂	段曼珍 (49)
论未成年受害人司法保护的完善	
——以法国少年司法制度为比较视野	庄丹丹 (56)
关注留守少年儿童事关国家的未来	李瑜曾 (64)
保护“祖国的花朵”	
——构建中小校园防性侵机制	骆世明 曹雪云 (73)
呼吁法律对未成年人的特殊保护	陆嘉敏 (77)
儿童保护面临的挑战及其应对建议	董克难 (80)

浅论未成年人遭受家庭暴力·····	梁 平(86)
浅析未成年人财产权的保护·····	赖玉婵(91)
对未成年人遭受性侵害的立法完善·····	刘克熙(96)
未成年人与女性保护的 国际劳工标准本土适用分析 ·····	娄 立 黄 玲(102)
独立人格视域下的未成年人保护·····	张 哲 蒋 利(108)
英国儿童服务制度的立法借鉴·····	路晓霞(113)
婚姻第三者对亲权的侵害初探·····	方帼慧(120)
从南京饿死幼童案看服刑人员未成年子女的 权益保护问题 ·····	李卓嵘(132)
浅析未成年人权益保障的问题及对策·····	朱小红(138)
谈未成年“援交”女生的法律保护 ·····	冯世锋 林晓璇(144)

第二章 刑法视角下的未成年人法律保护

保护未成年被害人刻不容缓

——性侵害未成年人的犯罪中被害人权利保护的几点思考

·····	郑子殷 任雅煊(155)
新刑事诉讼法实施后如何加强对未成年人的保护·····	蒋白婷(165)
保护未成年人从看守所开关押做起·····	易 伟(172)
嫖宿幼女罪存废之我见·····	杨新发(176)
刍议“嫖宿幼女罪”是否应当予以废除 ·····	王 静(181)

第三章 未成年人监护制度

浅析和完善我国未成年人监护制度·····	罗 凌 程国星(191)
----------------------	--------------

论监护权的政府干预及代位行使

——从南京两女童被饿死案谈起…………… 胡瑄倍(209)

居委会履行未成年人监护职责律师专项法律服务初探

…………… 张 凯(221)

加快出台《儿童福利法》的步伐

——兼谈完善监护权的撤销制度…………… 谭向华(228)

未成年人被虐待的法律问题分析及抚养关系变更法律救济

…………… 窦雍岗(234)

第四章 未成年人犯罪

我国附条件不起诉适用的法律分析…………… 谢玲丽(241)

论未成年女性犯罪的原因及防治…………… 朱伟华 林文岸(251)

浅析未成年人犯罪的成因及预防措施…………… 缪素兰(258)

未成年人非监禁性刑罚司法适用问题初探

——从广东省首例未成年人刑事案件判前司法联席

会议谈起…………… 谭卿朝 陈 壮(264)

关于促进社会管理创新 预防和遏制未成年人违法犯罪工作

的建议…………… 林巧娜(270)

浅谈社会服务令…………… 杨晓燕(275)

关于我国未成年人犯罪刑事辩护的几点思考…………… 邱汉基(280)

附录 相关法律法规…………… (289)

第一章 未成年人权益保障 现状及制度完善



浅论未成年人保护的立法缺失

◇ 吴 波*

近日,一则新闻刺痛了笔者。新闻内容概括为:一个患有先天性脊柱侧弯、先天性足畸形、先天性膝关节屈曲畸形的小女孩,4岁时母亲因不能忍受家庭贫困而出走;6岁起被父亲“租借”给黑心老板外出乞讨挣钱,先后被转手三个老板,要不到钱除了挨饿还会挨打,向父亲诉说,父亲无动于衷,听之任之;9岁时父亲患上了糖尿病,丧失工作能力,雪上加霜的家庭更加贫困。目前唯一的收入来源就是这个小女孩靠卖唱乞讨,现在小女孩已经13岁了,仍然跟着父亲外出卖唱乞讨而失学。

我国虽然在未成年人保护方面颁布了一系列法律法规,这些法律法规在保护未成年人权益、预防未成年人犯罪、促进社会和谐等方面起到了巨大的作用,但从上述新闻报道反映的个案事实来看,我国在保护未成年人方面的立法,仍然存在一些明显的缺陷。

一、刑事立法上的缺失

针对女孩父亲如此自私恶劣的行为,笔者从刑法角度去仔细思

* 吴波,广东宝城律师事务所主任、合伙人、律师。

考和分析,很惊讶地发现对女孩父亲的行为,刑法竟然无能为力。

首先,女孩父亲行为与组织残疾人、儿童乞讨罪构成条件不符。《刑法修正案(六)》第17条规定的组织残疾人、儿童乞讨罪内容如下:“以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满十四周岁的未成年人乞讨的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”该罪客观方面应理解为:(1)需有暴力或者胁迫的手段。所谓暴力,是指对残疾人、未成年人实行身体强制,包括捆绑、殴打、伤害、杀害等强暴行为,使其不能或者不敢抗拒;所谓胁迫,是指以暴力相威胁,对被害人实行精神强制,使其不能反抗。(2)需有组织的行为。所谓组织,是广义的,包括策划,寻找场所等行为。也就是说,如果没有使用暴力、胁迫的手段,或者是仅针对单人实施胁迫、诱骗或者利用残疾人或者不满14周岁的未成年人乞讨,不成立“组织”行为,是不可能构成该罪的。

结合本案件的情节,女孩是被父亲“出租”出去的,“承租”的“老板”没有使用暴力、胁迫手段,如果没能查明“老板”手下还有其他的残疾人或未成年人,该“老板”行为难以定性。而女孩父亲,无论是作为出租者还是作为父亲带着女孩去乞讨,亦均与组织残疾人、儿童乞讨罪构成客观方面所需要的行为不符合。

其次,女孩父亲的行为无法认定为虐待罪。虐待罪是指对共同生活的家庭成员以打骂、捆绑、冻饿、限制自由、凌辱人格、不给治病或者强迫过度劳动等方法,从肉体上和精神上进行摧残迫害,情节恶劣的行为。具体来说,一是出租进行乞讨的行为不属于限制自由或过度劳动;二是没有过分地强迫乞讨的行为也不能构成对精神上的摧残迫害;三是情节恶劣主要体现为虐待行为持续时间长、次数多、手段残忍、造成严重后果,女孩父亲的行为只能说是自私淡漠,没有存在打骂、体罚等严重情节;四是虐待罪属于告诉才处理的案件,作为女孩唯一的亲人,女孩根本就没有告发其父亲的意思,司法机关没

法对其父亲定罪量刑,因此,通过虐待罪来追究女孩父亲的行为显然行不通。

再次,女孩父亲行为不属于遗弃罪。遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的行为。目前看来,女孩父亲因身体原因决定其抚养能力低下,可是,女孩父亲并不拒绝履行抚养义务,因此对女孩父亲是不可能追究遗弃责任的。

最后,排除女孩父亲构成拐卖妇女儿童罪。拐卖妇女儿童罪从其主观上看,是以出卖或收养为目的,父亲是女孩亲生父亲,事实上也不存在出卖或收养的情形,女孩父亲的行为与该罪风马牛不相及。

从上述分析可以看出,按罪刑法定的原则,从现行刑法体系规定的罪名来看,无法追究女孩父亲的任何刑事责任。由此可见,对于类似性质的案件,刑法立法明显存在缺失。

二、其他立法的缺失

(一)就《宪法》及其他相关现行法律而言

《宪法》赋予了公民受教育的权利,《教育法》保障公民的受教育权,并规定了学校及其他教育机构相对应的责任。然而,新闻报道中的女孩父亲不让女孩上学,很明显女孩的受教育权受到侵害,如此情形下,谁该为女孩的受教育权被侵犯“埋单”?

通观《宪法》、《教育法》乃至《未成年人保护法》,法条规定的都是一些原则性的条款,大多是一些倡导性的条款,这些条款不具有实际可操作性,也不具备强制性,令执行者无从对照执行。而且相关的法律责任也仅仅针对教育主管机构、学校等,针对家庭方面仅有的是

两条泛泛的条款：“父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益的，应当依法承担责任”、“未成年人的合法权益受到侵害的，被侵害人或者其监护人有权要求有关主管部门处理，或者依法向人民法院提起诉讼”。而究竟如何“依法承担责任”，则没有明确的规定。

（二）就立法盲区而言

诚然，上述法律是明确规定了未成年人的权利被侵犯时可通过诉讼来保障权益，但是，作为弱小的未成年人，面对其监护人本身存在侵犯其权益的情形，根本不可能自己通过法院诉讼撤销或限制其法定监护人的监护权。因此，如何监督未成年人的监护人依法履行监护义务，同样在立法上存在重大缺失。

目前我国国情中，当妇女的权益被侵，受害人能求助于妇联、居委会；当劳务工的权益被侵，能求助于劳动、社保部门。然而，至今为止暂没有为权益被监护人侵害的未成年人建立专门的抚养机构，更没有关于如何依法剥夺不称职监护人的监护权或变更国家职能部门为监护人的相关法律法规。

在未成年人遭受监护人虐待或者其他侵犯未成年人合法权益的情况下，也难见国家公权的干预，遑论对未成年人进行及时、有效的保护。近期发生在上海吸毒母亲将两个女儿饿死在家中的事件，就是一个典型案件。作为监护人的亲生母亲被拘，母亲的监护权受到限制时，没有相应法律法规规定相对接，令民政部门、社会福利机构或其他领养人能够及时介入收养这两名缺乏监护人照料的幼儿，最终导致饿死在家中的惨剧发生。

三、解决对策

(一)未成年人的权益保护,国家应从立法的顶层设计上担负起责任,构建未成年人国家监护权制度的法律体系

对于一些监护人怠于行使监护权甚至侵犯其被监护人的合法权益的情况,我国没有明确的由行政机构或司法机关依法剥夺监护人的监护权利的法律规定。而在发达国家乃至一岸之隔的香港,对于侵犯未成年人权益的监护人的处理方案是非常完备的:民间有“防止虐待儿童会”,官方有社会福利署。福利署配有专门的警方调查组、经专业训练的社工和医生,均是24小时候命,无论任何时间接到投诉都要立即出动进行处理。对于验伤,除了验外伤还要验心理创伤,未成年人需要入院的立即入院治疗,不需要入院但也不能马上回家居住的,也可以在医院的儿童病房进行托管,经各部门汇总研究决定还可以为涉事未成年人申请保护令,经过专门法庭的审理即可颁发保护令,转移未成年人的监护权。这样可以全方位的将未成年人置于国家的保护之下,而不会让未成年人在客观上沦为监护人的私有财产。

(二)设立与法律体系相匹配的国家监护体制,确实落实国家监护权的执行

应该充分借鉴其他成功经验,以法律形式将国家监护权分配到具体职能部门,如民政部门。与此同时,还要发挥我国基层组织完善的优势,利用妇联、村、居民委员会、民政局、派出所等组织,对辖区内居民情况熟悉,进行全方位监管,一旦发现未成年人权益被侵犯而监

护人不尽责情形的,主动举报,由民政部门主动干涉,视案情需要,或报警或提起公益诉讼,对未成年人监护权依法进行处置。唯有以法律强制性方式,才能共同建立完善的相互配合、相互协调的机制,做到全社会齐抓共管,使未成年人权益保护工作到位、有效。

离婚案件中未成年子女的权益保护

◇ 肖寒梅*

近年来,随着经济社会的发展及人们价值观念的多元化,离婚纠纷案件逐年增多,且逐渐向低龄化发展。一方面,单亲家庭的增多,给未成年人的身心健康以及社会发展带来了严重影响;另一方面,在市场经济条件下,很多父母在离婚时考虑问题不是以子女利益为本位,而是以父母利益为本位,在无形中侵害了未成年子女的权益,因此,在离婚案件中,如何做到更好地保护未成年子女的权益,已是民事审判中重要问题之一。

一、当前离婚纠纷案件中未成年子女权益保护存在的问题

(一) 抚养权归属

《最高人民法院关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》中只规定了“父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见”,而对于10周岁以下子女的意见则不作为参考依据。审判实践中,绝大部分法官在处理这类

* 肖寒梅,广东诚公律师事务所律师。