

未成年人

WEICHENGNIANREN REDIAN FALU WENTI YANJIU

热点法律问题研究

温慧卿
聂阳阳

主
编



中国政法大学出版社

013048770

D922.183.4
09

未成年人

WEICHENGNIANREN REDIAN FALU WENTI YANJIU

热点法律问题研究

主 编 温慧卿 聂阳阳

撰稿人 杜文勇 温慧卿 邓 君 聂阳阳



北航

C1658519



中国政法大学出版社

2013·北京

D922.183.4

09

图书在版编目(CIP)数据

未成年人热点法律问题研究 / 温慧卿, 聂阳阳主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 6

ISBN 978-7-5620-4852-7

I. ①未… II. ①温… ②聂… III. ①未成年人保护-研究-中国 IV. ①D922.183.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第137895号

书 名 未成年人热点法律问题研究

WEICHENGNIANREN REDIAN FALU WENTI YANJIU

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088

邮箱 fada.jc@sohu.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908435(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880mm×1230mm 32开本 8.5印张 190千字

版 本 2013年7月第1版 2013年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4852-7/D·4812

定 价 26.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

本书由“北京市属高等学校人才强教计划资助项目”(Funding Project for Academic Human Resources Development in Institutions of Higher Learning Under the Jurisdiction of Beijing Municipality)资助,为北京市属高等学校人才强教深化计划中青年骨干人才培养计划项目“北京青少年政策与青少年权益保护研究”课题和北京青年政治学院院级项目“未成年人网络安全保护立法研究”课题的研究成果。

作者简介

杜文勇 法学博士，毕业于中国人民大学法学院。现为天津工业大学文法学院教授。主要研究方向为宪法学与行政法学。曾出版专著《受教育权宪法规范论》（法律出版社2012年版）。发表《认真对待“良心自由”》、《论危险状态下公民生命权的保护》等多篇论文。

温慧卿 法学博士，毕业于中国人民大学法学院。现为北京青年政治学院法律系讲师。主要从事民商法、环境法的研究和教学工作。曾发表《未成年人出生后的身份确认法律制度研究》、《论我国未成年人网络监护权的设立——兼论对我国未成年人监护制度的完善》等多篇论文。

邓君 中国政法大学博士研究生，主要研究方向为物权行为和我国转型期私法发展。曾任北京青年政治学院讲师，现就职于国家商务部。曾发表《浅论物权行为的产生》、《物权行为理论之争》等多篇论文。

聂阳阳 法学硕士，毕业于北京大学。曾任北京青年政治学院副教授，现就职于中青旅控股股份有限公司法务部。著有《中国志愿服务法制化践行与探索》一书及《我国未成年人刑事诉讼法定代理人制度之探析》、《我国预防青少年网络犯罪之立法反思与重构》等多篇论文。

前言

未成年人法律问题是当今社会热议之话题。过去一想到未成年人法律问题，人们首先便想到未成年人刑事犯罪。诚然，这是一个很重要的方面，但并不是唯一的角度。在行政法和民法领域，我们依然有必要关注青少年问题——从权益保护的角度为青少年开辟茁壮成长的净土。本书正是一本将未成年人刑事法律、民事法律和行政法律热点问题研究集合起来的研究类著作。

作为一本集体著作，它是几位作者近几年来对我国未成年人法律问题研究成果的荟萃。全书共分九个专题，分别从刑法、民法、行政法等角度对我国青少年热点法律问题加以探讨。

第一专题为刑事案件未成年人审前调查制度研究。作者在充分肯定未成年人审前调查制度的必要性的前提下，分别从国际、国内两个层面归纳了刑事案件未成年人审前调查制度的主要法律依据和核心内容。在此基础上，作者研究了现行制度的主要问题并提出了完善建议，即进一步扩大案件适用范围；进一步规范社会调查报告的内容、制作审查以及法律属性；明确调查主体；提高调查报告质量；将调查启动时间前置。

第二专题为禁止令与青少年犯罪预防问题研究。该专题将《刑法修正案（八）》中的创新制度——“禁止令”作为研究选

题。作者从我国青少年犯罪现状入手,分析了“禁止令”制度产生的背景和现实应用,并在此基础上论述了对未成年犯适用禁止令的原则、内容和方式,建议将“禁止令”与审前调查制度和社区矫正制度衔接适用,从而完善我国预防未成年人再犯罪法律制度。

第三专题为我国未成年人社区矫正制度研究。作者以《刑法修正案(八)》施行后广州地区发出的首份刑事禁止令为问题源起,展开对我国社区矫正制度的研究。无论是从刑法谦抑性和刑罚人道化的角度来看,还是从尊重未成年人人格尊严、有益于其身心健康的角度考察,社区矫正无疑对未成年犯具有积极意义。通过对我国未成年人社区矫正制度现状和问题的分析以及对美国、英国、日本和澳大利亚四国的比较法研究,作者为我国未成年人社区矫正制度的完善提供了建设性的建议,包括转变观念、完善法律体系、提高未成年人社区矫正的适用率和加大执行力度。

第四专题为未成年人网络安全保护法律问题研究。该专题以新近发布的《中国青少年上网行为调查报告》为线索,从法学角度深入探讨了我国未成年人网络安全保护法律问题。作者首先对未成年人网络安全保护定义加以界定,并在此前提下归纳分析了目前未成年人在网络活动中受到侵害的法律权益的类型。在总结目前我国未成年人网络安全保护立法现状的基础上,分析了我国立法中存在的问题,并通过比较法研究提出了对完善我国未成年人网络安全保护立法的建议,包括确立适合国情的立法模式,制定专门的未成年人网络安全保护法,建立网吧监管制度、信息分级制度和网络监护制度等。

第五专题为民事审判中对未成年人的保护研究。该专题以“儿童利益最大化”原则为视角深入论述了民事审判中对未成年

人的保护问题。作者比较分析了在婚姻家庭法领域中各国民事审判中对于未成年人权益保护的立法例，指出我国该领域的民事审判缺乏特别诉讼程序，保护性规定过于笼统，“成人化”色彩浓重的弊病，建议我国明确“儿童利益最大化”原则，并建立庭下对话机制、“诉讼代表人”和“监护监督人”等有利于保护未成年人司法权益的诉讼制度。

第六专题为未成年人的民事行为能力问题研究。在该专题中作者全面介绍了德国民法中关于未成年人实施的法律行为的效力情况，分析了未成年人行为能力制度的正当性，指出未成年人权益的保护优先于安全交易保护。作者在上述研究的基础上进一步梳理了我国未成年人行为能力制度，从比较法的角度和立法价值的高度指出我国现行制度的缺陷，并提出了相应的完善建议。

第七专题为校园侵权民事责任承担研究。该专题以由来已久的校园侵权问题为主题，从法学角度，结合新近发生的校园侵权现象展开论述。作者通过侵权行为理论全面阐释了发生在教育教学活动当中的学生人身损害问题。在该专题中，作者对校园侵权做了全新的类型划分，并在此基础上分析了学校对学生人身损害承担民事责任的法律基础和法律性质，在肯定现行立法所确立的归责原则的同时，进一步阐明了各类校园侵权的责任承担，并建议在我国构建校方责任险制度从而分担学校责任风险。

第八专题为中法德未成年人监护制度发展研究。该专题梳理了德国和法国近现代的监护制度的特点及其发展，重点阐明了大陆法系国家民法中亲权与监护的关系，以及监护的公法化和社会化趋势。在此基础上，作者回顾了我国监护制度的发展历史，对现行监护制度进行简要评述，并提出了完善我国监护

制度的合理化建议。

第九专题为未成年人权利的行政法保护研究。作者从宪法视域对我国未成年人权利的性质和内容进行明晰，并在此基础上展开对未成年人各项权利行政法保护的研究，包括未成年人健康权的行政保护、受教育权的行政保护、社会保障权的行政保护和参与权的行政保护。

总之，本书是一本站在法学角度全面研究未成年人法律问题的著作。第一、二、三专题由聂阳阳律师撰写，第四专题由温慧卿博士撰写，第五、六、七、八专题由邓君博士撰写，第九专题由杜文勇教授撰写。作为青年院校的教师和致力于未成年人法学研究的法律工作者，以上四位作者本着认真的态度努力耕耘，期间数易其稿而仍孜孜以求。尤其是聂阳阳律师和邓君博士，他们虽然已经投身其他工作，但依然心系此研究，认真写作。在本书即将付梓之际，希望作者们在书中就某些问题的探讨能够引起读者的兴趣，从而为我国未成年人法学研究抛砖引玉、添砖加瓦。

目 录

专题一 刑事案件未成年人审前调查制度研究	(1)
一、刑事案件未成年人审前调查的主要法律依据	(3)
二、刑事案件未成年人审前调查的必要性	(5)
三、刑事案件未成年人审前调查制度的主要内容	(6)
四、各地在审前调查方面的积极探索	(7)
五、主要问题与完善	(10)
专题二 禁止令与青少年犯罪预防问题研究	(17)
一、青少年犯罪现状	(18)
二、禁止令之前世今生	(20)
三、对未成年犯适用禁止令的原则、内容与方式	(24)
四、从禁止令的适用看与预防未成年人再犯罪相关 配套制度的完善	(27)
专题三 我国未成年人社区矫正制度研究	(32)
一、研究的缘起	(32)
二、社区矫正对未成年犯的积极意义	(35)
三、我国未成年人社区矫正的现状和问题	(39)
四、我国未成年人社区矫正的完善	(42)
五、域外未成年人社区矫正制度介绍与借鉴	(52)

专题四 未成年人网络安全保护法律问题研究	(58)
一、未成年人网络安全保护的基本问题	(58)
二、我国未成年人网络安全保护的立法现状分析	(67)
三、国外未成年人网络安全保护立法对我国的 启示	(73)
四、未成年人网络安全保护立法建议	(79)
五、未成年人网络安全保护法的主要制度	(82)
专题五 民事审判中对未成年人的保护	(87)
一、国际及我国台湾地区的相关立法	(88)
二、我国当前立法及不足	(95)
三、修改、完善我国相关立法的建议	(97)
专题六 未成年人的民事行为能力问题研究	(101)
一、未成年人行为能力的划分	(102)
二、未成年人法律行为的效力及财产保护—— 以德国民法为例	(103)
三、未成年人行为能力制度的正当性分析	(109)
四、我国未成年人民事行为能力及所为民事行为之 效力的立法规定及其评析	(112)
专题七 校园侵权民事责任的承担	(117)
一、校园侵权的概念	(118)
二、校园侵权的种类	(120)
三、校园侵权的责任性质和归责原则	(121)
四、校园侵权中的构成要件	(133)
五、校园侵权的责任承担	(141)
六、学校在校园侵权中民事责任的风险分担	(142)

专题八 中法德未成年人监护制度发展研究	(147)
一、德国未成年人监护制度的特点及其发展	(148)
二、法国未成年人监护制度的特点及其发展	(158)
三、中国未成年人监护制度的特点及其发展	(169)
专题九 未成年人权利的行政法保护研究	(177)
一、未成年人权利的宪法视域	(177)
二、未成年人健康权的行政保护	(186)
三、未成年人受教育权的行政保护	(205)
四、未成年人社会保障权的行政保护	(222)
五、未成年人参与权的行政保护	(238)



专题一

刑事案件未成年人审前调查制度研究

刑事案件未成年人审前调查制度（也称社会调查制度或人格调查制度）是指在法院判决前，由专门机构对被告人的个人情况、家庭环境、犯罪背景等进行专门调查分析，并制作书面调查报告，为司法机关公正处理和教育、感化、挽救未成年犯罪嫌疑人、被告人提供重要参考依据。

妥当全面地认识未成年人犯罪案件，是对其进行科学处理的重要基础。为了帮助司法机关科学处理未成年人犯罪案件，在对案件进行处理之前进行充分调查，是很有必要的。在国外，这样的调查制度被称为“处置前调查制度”（pre-disposition investigation system），调查之后撰写的报告被称为“处置前调查报告”（pre-disposition report）。审前调查制度在许多国家作为未成年人刑事案件乃至成人刑事案件审理的必经程序。其目的主要在于全面评价被告人的人身危险性，为犯罪预防和犯罪矫治提供科学依据，如，英美都确立了通过社会调查对被告人的人身危险性和再犯可能性进行系统评估的“量刑前报告”，美国有通过人格调查进行风险评估并提供审前保释建议的“审前服务机构”，英国为评估被告人再犯可能性而在“量刑前报告”中设“危险评级”部分。

近代刑法理论的发展为审前调查制度的引入提供了坚实的理论基础。近代刑法理论强调刑法处罚的个别化和刑罚目的的“再社会化”。每个人都因为遗传因素的影响,形成其活动的个人因素,因此对犯罪人的处罚应当强调犯罪人的个人特征,即刑罚应当强调个别化,刑罚的轻重不仅取决于犯罪人所犯罪行的大小,而且应充分考虑其人身危害性。但一个人的人身危害性不像犯罪行为那样易于把握,为避免量刑的偏颇,必须以一定的方式、手段准确加以测定,而通过审判前社会调查所获得的犯罪人的人格特征正是其人身危险性的表征。因此,社会调查制度是获知犯罪人人身危险性、进而实现刑罚个别化的重要途径;刑罚的“再社会化”强调刑罚的教育功能和感化功能,^①“对犯罪人的刑事惩罚最终是希望其能够重新成为社会正常一员,因而惩罚必须要具备尊重其人格、人权和尽力帮助其回归社会等改造性的特殊要求,这又是刑罚的惩罚必须与人格改造性质相统一的客观属性。”^②

随着刑法处罚的个别化和刑罚目的的“再社会化”观念的深入人心,审前调查制度日益受到各国重视,尤其在未成年人刑事司法中,往往以对犯罪人进行审前调查作为审判的基础。未成年人身体处于迅速发展阶段,与此对应的是心理发展相对滞后,不能与生理发展完全同步。这种身心发展的不平衡,使得未成年人抵抗外部世界的干扰能力相对脆弱,一旦在家庭破裂,教育不当,受到不良朋友或黄赌毒等外界因素影响,容易做出游离于社会规范的出格行为,甚至违法犯罪。如果不考虑未成年人的人格因素,而机械的依据犯罪事实施以刑罚,将可能使某些因偶发因素犯罪的未成年人被不当的刑事处罚断送一

^① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第406页。

^② 于跃江:“论刑罚的目的”,载《中国刑事法杂志》2002年第6期。

生。因此,司法机关对待未成年犯罪人应尽可能通过审前调查方式,以广泛的视角审视及区别不同的犯罪人格,在刑罚个别化原则的指引下,准确定罪量刑,从而实现刑罚的个别预防功能。

未成年人应当受到特殊保护的理念为审前调查报告提供了理念支持。“儿童的特殊保护”理念是世界范围少年司法的重要理念之一,同时它也深深影响着我国的司法改革。

一、刑事案件未成年人审前调查的主要法律依据

在我国未成年人审前调查制度目前主要的法律依据有如下三类:

(一) 国际法

1985 年通过(我国于 1991 年加入)的《联合国少年司法最低限度标准规则》(简称《北京规则》)为我国构建未成年被告人审前调查制度提供了国际法层面的依据。《北京规则》第 16 条第 1 项规定:“所有案件除涉及轻微违法行为的案件外,在主管当局作出判决的最后处理之前,应对少年生活的背景和环境或犯罪的条件进行适当的调查,以便主管当局对案件作出明智的判决。”

(二) 我国法律及相关司法解释

2013 年 1 月 1 日起,新《中华人民共和国刑事诉讼法》开始实行,其中,第 268 条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查。”这是我国首次以法律的形式确认了未成年人刑事案件审前调查的规定。

在新的《刑事诉讼法》修改之前,我国没有对未成年人进

行审前调查的具体规定,“应当对未成年犯罪嫌疑人进行审前调查”是通过相关司法解释体现出来的。这些司法解释中关于少年司法的特殊规定为审前调查制度引入少年司法提供了法律基础。

1. 2001 年施行的《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第 21 条规定:“开庭审理前,控辩双方可以分别就未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查,并制作书面材料提交给合议庭。必要时,人民法院也可以委托有关社会团体组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。”该规定为法院系统进行审前调查提供了直接的法律依据。

2. 1995 年施行的《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第 10 条规定:“对违法犯罪未成年人的讯问应当采取不同于成年人的方式。讯问前,除掌握案件情况和证据材料外,还应当了解其生活、学习环境、成长经历、性格特点、心理状态及社会交往等情况,有针对性地制作讯问提纲。”这个规定虽然没有明确提出审前调查这一措施,但提到了类似审前调查的内容。

3. 2007 年施行的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 16 条第 4 款规定:“审查起诉未成年犯罪嫌疑人,应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见。可以结合社会调查,通过学校、社区、家庭等有关组织和人员,了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况,为办案提供参考。”

4. 2006 年施行的《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2006)第 11 条规定“对未成年罪犯适用刑罚,应当充分考虑是否有利于未成年罪犯的教

育和矫正。对未成年罪犯量刑应当依照《刑法》第61条的规定，并充分考虑未成年人实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等因素……”

（三）地方性规定

为了实现审前调查制度的规范化，全国各地许多省、市都根据本地特点，出台了有关未成年人刑事案件中运用审前调查的规范性文件，形成了各具特色的审前调查制度。如重庆市高级人民法院制定了《审理未成年人刑事案件社会调查工作暂行规定》，江苏省高级人民法院会同有关部门于2006年出台了《刑事案件未成年被告人审前调查实施办法（试行）》，北京市丰台区检察院、法院会同预防青少年违法犯罪工作领导小组、未成年人保护委员会2003年联合制定了《关于丰台区未成年刑事案件社会调查工作的若干规定（试行）》。

二、刑事案件未成年人审前调查的必要性

（一）审判活动的需要

审前调查是审判制度需要了解相关情况的有效途径。我国法律规定了未成年人犯罪案件审判的特殊原则和制度，例如，在审判不满18周岁的未成年人犯罪案件时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场；未成年人没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；14周岁以上不满16周岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16周岁以上不满18周岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理等。要在审判活动中恰当地执行这些规定、科学合理地组织对未成年人犯罪案件的审判，审判人员就必须了解多方面的情况，包括法定代理人的情况、代理律师的情况等。