

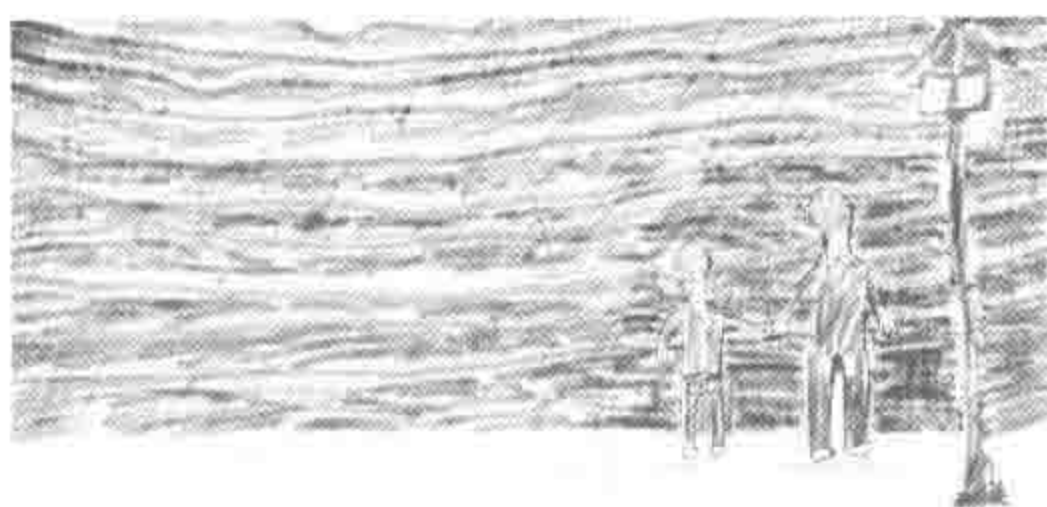
姚建龙
著

法学的慈悲

孩子的法律情怀

上海三联书店

法律外借



法学的慈悲

孩子的法律情怀

姚建龙 著

图书在版编目(CIP)数据

法学的慈悲：孩子的法律情怀 / 姚建龙著. — 上海：上海三联书店，2018.4

ISBN 978-7-5426-5645-2

I. ①法… II. ①姚… III. ①未成年人保护法—基本知识—中国 IV. ①D922.74

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 277464 号

法学的慈悲：孩子的法律情怀

著 者 / 姚建龙

责任编辑 / 郑秀艳

装帧设计 / 一本好书

封面绘图 / 姚中琛

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海盛通时代印刷有限公司

版 次 / 2018 年 4 月第 1 版

印 次 / 2018 年 4 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 250 千字

印 张 / 21.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-5645-2/D·371

定 价 / 68.00 元

敬启读者，如发现本书有印装质量问题，请与印刷厂联系 021-37910000

献给小竹子：

都说女儿是父亲上辈子的情人，为什么我一点儿
都想不起上辈子的事情。

——大肚子爸爸

自序

两年前我在上海三联书店出了一本随笔集《法学的童真：孩子的法律视界》，市场和业界的反应让我有些意外。上市没几个月出版社就没有了存货。从事未成年人保护与法律工作的专业人士也多给予了在我看来属于“鼓励性”的好评。据说这本小册子还成了2015年首届全国检察机关未成年人检察业务竞赛及各省选拔赛参赛选手的必备读物，还是很多新从事未成年人保护与法律工作者的入门读物。

当时辑录这本小册子的想法是希望“用浅显的文字来阐述未成年人法学的理论”，现在越来越体会到这样的想法和做法的必要性。这几年涉及未成年人的法律热点事件很多，很多话题和事件引发全民性的关注，譬如刑事责任年龄、校园欺凌、儿童性侵、打拐、嫖宿幼女罪、电击治网瘾、留美学生凌虐案、南京虐童案、代孕子女监护权第一案等。这两年的感受是，国人的未成年人观念不但没有多大的改进，反而戾气愈深。这让我有些焦虑，也更加觉得学者除了埋头书房和奔波田野，还应该担负起回应这类热点事件的责任。

不过这样的想法和做法不一定会有什么好下场。譬如，我坚持反对降低刑事责任年龄，结果在网上招致板砖一片，不但有人专门开出贴吧提醒我“回头是岸”，甚至还有人威胁说要派不满十四周岁杀手把我干掉。再如，我提醒应对校园欺凌要遵循尽量不出校园原则，尊重青少年成长中的“自愈”规律，结果，也是招来骂声一片。还有人写文章从深挖我小时候不良少年黑幕的角度主张话语权不能掌握在像姚建龙这样的学者手中。总之，你只要不是喊打喊杀，就肯定会遭受围攻。

我以为这只是网络不理性情绪的表现，却不曾想到，主流媒体也在附和与推波这样的情绪化反应，并且已经开始在对立法、司法以及青少年政

策决定层产生潜移默化的影响。一个直接的例证是,拟修订中的《治安管理处罚法》已经提出了降低未成年人行政拘留执行年龄的立法方案。另一个例证是我连写了两篇文章,认为美国对留美学生凌虐案中涉案未成年人的判决根本不可能也实际没有判什么终身监禁,结果谣言照样广为流传和就是有人深信不疑。

另一个奇特的现象是,对于侵害未成年人权益的行为我主张严罚,却有一大堆人过来跟我说,要讲“法治”,要保护加害人的权利。譬如慈溪公开性侵未成年人罪犯身份信息的探索被实际叫停。再如,我主张严打儿童色情,主张将持有、浏览、观看儿童色情的行为入罪严罚,结果好像基本没什么人搭理,还被嘲讽为类似“刑法偏爱主义”。

我国目前有2.79亿未成年人,这个庞大的群体很可怜,既不会自我主张权利也缺乏利益代言人,总之是一个可以任意揉捏的群体。青春期干点坏事,一些人恨不得废除国际准则恢复未成年人死刑。权益受到侵害或者过得惨兮兮的,只要还不到类似死亡或重伤的结果,大体上也是没有人搭理。当然了,网络上正义凛然、鳄鱼眼泪成河倒是不缺乏的。

美国社会学家科赛曾经提出“社会减压阀理论”,指出社会要有减缓结构性压力的机制,以疏导社会成员中的一些不满情绪,避免不满情绪向现实行为的转化,这种社会情绪发泄的对象就是所谓的“安全阀”或者说“替罪羊”。这些年,通过媒体引导下的社会情绪似乎正在指向“孩子”这一可怜的群体,未成年人日益成为承担社会情绪发泄出口的“替罪羊”。

面对这样的“可悲”倾向,作为从事未成年人法学研究的学者,不能无动于衷。这也是我辑录出版第二本法学随笔集的原因之一。这本小册子主要收录的是近几年评论未成年人法律热点事件、参与推动未成年人法治建设进程的小文章,还包括一些研讨会上的发言记录及媒体采访稿。虽然散失了很多,但可以说,这几年媒体关注的未成年人法律热点争议问题,大体都能在这本小册子里找到评论和回应。譬如刑事责任年龄该不该降低、嫖宿幼女罪废除的原因究竟是什么、校园欺凌应当如何应对、该不该公布性侵儿童罪犯的身份信息、南京虐童案判决是否正确、留美学生凌虐案的真相是什么、代孕子女监护权纠纷第一案为何能够改判、能否用电击治疗网瘾……

我给这本小册子取名《法学的慈悲——孩子的法律情怀》,既是为了

与前一本小册子《法学的童真——孩子的法律视界》呼应,也是为了更准确地反映我的一些真实想法或者立场。如果孩子都不能以慈悲为怀,我看成人社会真的应该好好反思反思了。

姚建龙(佘山老农)

2017年4月28日于京

目 录

自序

第一辑 受保护是孩子的权利

- | | |
|----|-------------------------|
| 3 | 网络时代与童年的再革命 |
| 5 | 戒网瘾也可能是“病” |
| 6 | 家长要和孩子一起成长 |
| 7 | 对影视明星要有污点退出机制 |
| 8 | 鸡蛋终于从里面打破：评民政部设置未成年人保护处 |
| 11 | 破解未成年人保护的责任稀释困境 |
| 13 | 儿童公益组织行为准则很有必要 |
| 16 | 罪错未成年人身份信息保密：要自律更需惩戒 |
| 19 | 我为什么支持慈溪公开性犯罪人身份信息 |
| 23 | 司法改革的先行者与试验田：慈溪实践 |
| 27 | 认真对待儿童色情 |
| 30 | 关于秦某强奸、猥亵儿童案的几点意见 |
| 32 | 发布十大典型案例是个好做法 |
| 33 | 儿童最大利益原则与代孕子女监护权的归属 |
| 37 | 如何破解困境儿童保护的困境 |
| 39 | 关于上海妇女儿童法律保障工作的几点思考 |

- 41 | 对于黑龙江妇女儿童与法律保障工作的几点思考
- 43 | 直面人性卑劣的制度设计

第二辑 宽容而不纵容熊孩子

- 53 | 老师能否惩戒“熊孩子”
- 55 | 从教刑并重走向以教代刑
- 59 | 应对校园欺凌,刑法要保持谦抑
- 61 | 应对校园欺凌更需各负其职 综合防治
- 65 | 谈中关村二小校园欺凌事件
- 70 | 对校园暴力的冷思考
- 73 | 工读学校的悖论与改革的方向
- 77 | 在美留学生凌虐案:中国究竟应当借鉴什么?
- 81 | 警惕留美学生被判终身监禁假新闻的刻意传播
- 84 | 低龄未成年人恶性案件频发的反思与应对
- 89 | 女版林森浩背后的情与法
- 91 | 吴天贵冤案背后的观念冲突与制度困境
- 93 | 评复旦投毒案:同学,你恨的到底是什么?
- 94 | 完善未成年人虞犯行为早期干预机制的建议
- 97 | 问题青少年研究任重而道远

第三辑 显现人性之光的绿洲

- 103 | 少年司法改革的成效与愿景
- 105 | 未成年人检察的历史、现状和展望
- 108 | 未成年人检察的开拓与坚守
- 110 | 未检人的激情与理性
- 112 | 中国语境下的未成年人检察改革
- 114 | 国家监护与未成年人民行检察的发展思路
- 117 | 少年审判改革发展的关键是要有专门机构
- 119 | 要“寓教于审”更要“寓助于审”
- 122 | 功夫在案外,案结事不了
- 127 | 少年司法社会支持的需求分析
- 131 | 少年司法社会支持体系的基本模式与比较
- 134 | 少年司法转介:理论基础与概念界定
- 139 | 社会调查是少年司法的基础性程序

- 141 犯罪记录封存制度实行难在于观念滞后
143 认真对待未成年人矫正制度

第四辑 立法者心中要有慈爱

- 149 关于完善刑法修正案九草案涉及未成年人保护条款的建议
154 《关于加强农村留守儿童关爱保护工作的意见》之亮点与期待
159 解读“李梦雪·李彤法案”
163 法律向不合格父母亮剑
167 未成年人视角的《反家庭暴力法》
170 反家暴法应当更具“同理心”
173 保护的善意与边界：关于完善《未成年人网络保护条例（送审稿）》的建议
177 在纪念预防未成年人犯罪法颁布十周年座谈会上的发言
182 最好的青少年违法犯罪预防政策
183 刑法的傲慢与嫖宿幼女罪的存废
186 嫖宿幼女罪废除的原因
187 检察机关与未成年人保护的“鲶鱼效应”
189 完善未成年人法律：从改良土壤到顶层设计
194 《未成年人保护法》及相关法律法规的完善建议
199 一份具有扎实理论与实证研究支撑的学校安全政策文件

第五辑 通过法治的社会治理

- 205 法治中国触手可及
211 如何走向法治国家
214 通过群团的间接治理值得期待
218 从严治团须重视团内法规建设
220 法治中国话语下的法学期刊
222 监狱改革的特殊性应当受到重视
224 禁毒工作纳入国家安全战略之省思
226 对社区戒毒与社区康复试点工作的几点思考
228 改革完善我国禁毒体制机制的建议
233 社区检察的理论基础与争议问题
238 腐败犯罪防控的激情与理性

第六辑 有情怀的青春最美丽

- 243 | 忠诚、纪律、孝悌、责任
- 245 | 和大学新生讲几句大白话
- 250 | 给研究生新生的五点建议
- 254 | 把生命浪费在美好的事物上
- 257 | 你们这一代矫正警察
- 260 | 不忘初心 方得始终
- 263 | 既然选择远方,便只愿风雨兼程

第七辑 呐喊也是学者的使命

- 271 | 法治护航未成年人健康成长
- 275 | 设立未成年人专门保护机构是迟早的事
- 277 | 别让流浪成为孩子的生活方式
- 280 | 转移监护权是个复杂的系统工程
- 283 | 剥夺父母监护权后,民政托底非最佳选择
- 285 | 孩子的事不仅仅是“家务事”
- 288 | 温岭虐童行为是一种“非典型”寻衅滋事行为
- 290 | “虐童案”,给中国父母一个警告
- 294 | 拐卖儿童犯罪为何多发
- 297 | “熊孩子”不完全等于“反社会人格”
- 301 | 建议遵循“不出校园”原则防控校园欺凌
- 303 | 建议设少年法院、增刑法“未成年人专篇”
- 305 | 多位专家反对因校园暴力降低刑事责任年龄:14 周岁符合国情
- 309 | 低龄未成年人暴力犯罪怎么治:与董倩对话未成年人暴力
- 314 | 留美学生凌虐案量刑启示:与白岩松对话留美学生凌虐案
- 318 | 宽容不纵容,知难行更难

附 录

- 323 | 从西山坪到野马浜

第一辑

受保护是孩子的权利

网络时代与童年的再革命

网络已经在客观上成为未成年人成长的第五空间,且其重要性及对未成年人的影响并不亚于甚至远超过家庭、学校、社区、社会等传统现实空间。在网络时代,上网是未成年人社会化的方式,也是未成年人在当代社会完成社会化无法隔离的途径。由于网络的强大影响力,它也正在改变未成年人的社会化方式、社会化进程。

有证据表明:未成年人比成年人更适合在网络空间生存,未成年人与成年人的传统关系正在悄然变革。在传统社会形态下,成年人之所以为成年人,是因为其相对未成年人而言更权威、知道得更多、社会适应力更强;但在网络时代,成年人相对未成年人的这种优势正在受到严重的挑战,一个未成年人可以轻易地通过网络颠覆成年人的这些优势。未成年人才是网络的原住民,他们才是网络的天然宠儿,而不是我们这些中途触网却天天想着如何对未成年人进行网络保护的成年人。

在网络时代,未成年人被视为独立的个体、获得与成年人平等的地位,正在成为一种可能和趋势。未成年人也必将在网络时代逐步获得在传统社会失去的权利,包括政治权利(选举与被选举权)、劳动权利、婚姻权利等。

在网络时代,童年期将会被重新定义,甚至再次消逝。童年只是一个仅诞生两百年左右的概念。在传统农业社会,一个具有自主活动能力、语言能力的7岁左右的人,即可以在农业社会获得经济生产能力,并进入成人社会,被视为成年人。在传统社会向工业社会转变的过程中,由于劳动力的富余、工业生产对劳动力的文字、技术等方面技能的要求,儿童需要为进入成人社会经历一个较长时期的准备过程,这个过程也被视为儿童

向成年人过渡的时期——童年。成人社会逐步形成了,要求这一阶段的“孩子”必须在学校学习的观念,并为了有效地管控他们而制定了这一群体需要遵守的特定行为规范,少年犯罪的概念也由此诞生。但是,网络时代的到来,将大大压缩儿童进入成人社会的准备期。随着网络技术的发展,也许在不久的将来,一个获得语言与活动能力的7岁左右的儿童,可能再次即可进入成人社会,被视为成年人——童年将再次消逝。

从这个角度看,所谓对未成年人进行网络保护的任何动议与企图,都是成人世界对其传统地位维护的方式,也注定会失败。当前的未成年人网络保护政策应当理性而有前瞻性,曾经的“隔离模式”,今天的“资讯喂食模式”,并不适合于网络时代。

网络只是未成年人成长的一种空间,在家庭、学校、社区、社会等传统空间存在的可能危害未成年人的问题,在网络空间也同样可能存在。未成年人网络保护的基本政策应当是“外划底线,内强免疫”,而不应过度解读和过度焦虑。“外划底线”,即对于未成年人网络保护也应当确立底线规则意识,以负面清单方式划出黄(色情)、白(毒品)、黑(恐怖极端)、红(暴力)等严禁行为与严禁传播的资讯,除此之外则应充分尊重未成年人的网络权利。“内增免疫”,即一方面应注重通过引导、教育的方式增强未成年人对网络不良资讯的免疫力;另一方面则应尊重未成年人身心成长的规律,特别是免疫力逐渐增强的规律,不过度焦虑,也不拔苗助长。

2016年12月24日在“未成年人网络保护与犯罪预防研讨会”(北师大刑事法律科学研究院、最高人民法院应用法学研究所主办)上的发言摘要。

戒网瘾也可能是“病”

对于临沂网戒中心这件事,首先要搞清楚两个问题。首先,网瘾本身是否是一个伪命题?如今,网络已经成为人们的生活必需品,特别是身处移动互联网时代,连很多成年人也经常自嘲患上了所谓的“手机依赖症”。十多年前被家长们视为洪水猛兽的网瘾,在今天看来还真的是一种需要治疗的“瘾病”吗?其次,即便网瘾真的需要治疗,对于网瘾的矫治是否存在相应的医学流程和规范?如果有,临沂网戒中心的做法超出这个规范了吗?应当注意的是,对于此问题,事件相关方有可能因感情因素存在评价偏颇,需要进行科学、客观的调查。在厘清这两个问题之前,轻易对网戒中心做法的合法性作出结论性判断并不妥当。

但是不管怎样,有两个基本事实是可以明确认定的。一是电击治疗的方式给孩子带来了精神和肉体上的痛苦;二是网戒中心的管理非常严格,在一定程度上限制甚至剥夺了孩子的人身自由。

基于前述问题和事实,我认为,临沂网戒中心的做法值得商榷。首先,在尚未明确网瘾性质的情况下,对孩子采用电击和限制自由的手段有可能严重侵害未成年人的人身权利,理应慎重;其次,如果网戒中心和家长只是将戒除网瘾视作对孩子不良行为矫正,则这种矫治行为违反了《未成年人保护法》第十条“父母或者其他监护人……禁止对未成年人实施家庭暴力,禁止虐待、遗弃未成年人”以及《预防未成年人犯罪法》的相关规定,是违法行为,情节严重的可能涉嫌犯罪。

团中央权益部根据口述整理,原载“青少年维权在线”官微。

家长要和孩子一起成长

相比电脑而言,手机携带与使用更加方便,逐渐成为未成年人获取信息、了解世界的主要途径之一。而在辨识能力不足、价值观尚未完全形成的阶段,未成年人极易受到不良违法信息的蛊惑,最终走上犯罪道路。不法分子利用手机软件,尤其是社交软件与未成年人取得联系的情形值得警惕。由于手机便于携带,而且私密性很强,它会在一定程度上密切陌生人之间的关系,增大彼此间的信任度。而未成年人的识别能力、社会化程度都不高,对社会的不良习性以及对方的不良企图无法及时发现,从而导致大量性侵案件的发生。

在孩子如何使用手机这件事上,家长需要放平心态,既不能完全放手,也不必过分焦虑。如今,不少家长还不如自己的孩子更熟悉智能手机的使用,因此需要和孩子一同成长,至少自己先搞清楚智能手机的功能,并且积极地去发现其中存在的问题,才能和孩子一起面对这些问题,一起学习正确的使用方法。

载《科学新生活》2013年第13期,原标题为《家长要和孩子一起战斗》。