



未成年人法学系列 1

为配合修订后《中华人民共和国未成年人保护法》的实施而创作的法学系列丛书

未成年人法学

家庭保护卷

The Science of Child Law
Family Protection

佟丽华◎主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



未成年人法学系列 1

未成年人法学

家庭保护卷

The Science of Child Law
Family Protection

佟丽华◎主编
张文娟◎副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

未成年人法学·家庭保护卷/佟丽华主编. —北京:
法律出版社, 2007. 9
未成年人法学系列
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7692 - 5

I. 未… II. 佟… III. 未成年人保护法—研究—中国
IV. D922. 183. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 138984 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/保定市中华美凯印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/12. 25 字数/325 千

版本/2007 年 9 月第 1 版

印次/2007 年 9 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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7692 - 5

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

未成年法学系列

- ▶ 未成年人法学·家庭保护卷
- 未成年人法学·学校保护卷
- 未成年人法学·社会保护卷
- 未成年人法学·司法保护卷

未成年人法学系列丛书

主 编：佟丽华

副主编：张文娟

编 委：（以姓氏笔画为序）

王 芳 刘晓颖 张雪梅

时福茂 陈 苏 吴向荣

赵 辉 韩晶晶

主编简介

佟丽华现任北京青少年法律援助与研究中心主任、北京市农民工法律援助工作站主任、北京市致诚律师事务所主任,担任全国律师协会法律援助与公益事务委员会常务副主任和未成年人保护专业委员会主任等社会职务,清华大学法学院硕士生指导老师、中国青年政治学院、西南政法大学、北京政法干部管理学院客座教授。他创作和主编了《未成年人法学》等30余本法律图书,其中有21本分别获司法部“金剑文化工程”图书奖一、二、三等奖。佟丽华于2002年到2003年全程参与了《北京市未成年人保护条例》的修订工作,2004年参加了《中华人民共和国未成年人保护法》在团中央阶段的立法调研和起草工作,是修订草案第一稿的执笔人并全程参与该法的修订工作。

佟丽华在公益法领域的工作已获得国内外社会各界的高度肯定。他2001年、2004年连续两次获得司法部“全国法律援助先进个人”称号;1999年、2001年两次获得“北京市人民满意的政法干警”称号;2002年获得中宣部等部委“中国保护未成年人十大杰出公民”称号;2005年被北京市司法局记个人一等功,同年被评为“2005年度十大法治人物”、首届“北京市政法系统优秀人才”奖;2006年获得“北京市人民满意的政法干警标兵”、“第五届中国优秀青年卫士”、“全国司法行政系统劳动模范”、“首届全国十佳法律援助工作者”等称号。2007年5月初同时获得全国五一劳动奖章和中国五四青年奖章。

2006年底,Multilaw国际律师组织在北京召开的全球年会上,将其年度唯一Multilaw奖授予佟丽华,以表彰其在“维护弱势群体合法权利、推动全球稳定与公正方面做出的特别突出贡献”。

副主编简介

张文娟现任北京青少年法律援助与研究中心副主任、《中国律师与未成年人权益保障》执行主编、美国哥伦比亚大学法学院2006—2007年度访问学者。张文娟2004年毕业于北京大学法学院,获法律硕士学位。毕业后一直专职从事未成年人法律援助与法学研究工作,办理过“天天寻求国家监护案”和“童工李某伤残赔偿案”等有重大影响的案件,2004年协助佟丽华律师全程参与了《中华人民共和国未成年人保护法》在团中央阶段的修订起草工作,另独立完成或参与完成了民政部和北京市教委等委托的有关社会福利机构未成年人保护和工读教育立法调研等大型未成年人法学研究课题。

《未成年人法学系列丛书》序言

《未成年人系列丛书》经过十几位研究人员一年多的努力,终于在2007年9月份与读者见面了。这本书不仅凝聚着十几位研究人员的心血,更重要的是,它见证了北京青少年法律援助与研究中心近十年来在未成年人研究领域的成长,见证了未成年人法学作为一个独立学科在研究体系和研究方法上的日渐成熟。

1999年4月,我们创建了中国第一家专门从事未成年人法律援助的机构——丰台青少年法律援助工作站(北京青少年法律援助与研究中心的前身)。到2007年4月,北京青少年法律援助与研究中心(以下简称“中心”)已经走过了八个年头。在这八年里,中心在未成年人法律服务方面做了很多工作,让成千上万的未成年人和他们的家庭直接受益。这八年里,中心也不遗余力地推动未成年人法学研究,很多成果已经转化为相关的立法和政策。而这些成果所秉持的研究体系和研究方法最早来源于我本人在2001年出版的《未成年人法学》一书。

虽然在今天看来,《未成年人法学》一书中的有些观点论述显得有点简单,但是大部分内容已经得到了实践的检验。这本书更为重要的一个价值在于,它创建了中国未成年人法学研究的基本体系。

在此之前,中国的未成年人法学研究现状呈割据式:民法学或婚姻法专家研究与未成年人有关的民事问题,刑法学专家研究与未成年人有关的犯罪问题,行政法学专家研究与未成年人有关的政府责任问题。总之,这种学科割据的藩篱将本应系统和综合对待的未成年人权利保护和犯罪预防问题人为分隔了,从而无法发现未成年人民事权利的保护和国家责任的强调与未成年人犯罪预防之间的内在联系。

也许很多人想了解我创作《未成年人法学》一书的研究心路,他们对我为什么想到将未成年人法学作为一门独立学科来研究感兴趣。借本套丛书出版之际,我想与大家分享一下这样的一段研究心路,并自我评价一下《未成年人法学》一书出版的意义和随着时间推移其修订的必要,以及修订后的《未成年人法学系列丛书》为我们带来哪些新的研究成果。这不仅是对个人和中心未成年人法学研究成果的总结,更主要的是想与关心中国未成年人保护事业的各界人士进行交流,以使我们共同思考面临的挑战和可能的出路。

一、《未成年人法学》的研究心路

1999年6月28日全国人大通过了《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》,该法于同年11月1日起施行。大约在那年的10月份,中央电视台《今日说法》栏目要做一期预防未成年人犯罪的系列节目,我被邀请去做节目论证。记得当时这期节目的小片让我非常震撼:一个孩子前后共12次被他的父母打后跑到外地,每一次都是被外地的公安机关遣送回家,记者问这个孩子,像你这样,你想你将来是否会犯罪?孩子说:“我想我将来会犯罪。因为我在家里总是挨打,那我只有跑到外地,可我要活下去啊,我要吃饭啊,我年龄小,又没有人让我打工,我就只有去偷、去抢。”

这个孩子的回答带给我长时间的思考。我开始查阅各种资料、思考中国未成年人保护工作的理念与方法。随着思考的深入,我认为中国与未成年人有关的法学研究存在诸多严重问题,具体表现在:

强调犯罪而忽视权利保护；青少年的概念与未成年人的概念混淆不清；法学研究是静态的而非动态的；法学研究是割裂的而非系统的。这些问题严重制约着中国与未成年人有关的立法和政策改革，严重制约着未成年人保护目标的实现。我决心针对这些问题，开始自己的研究。

2001年3月，中国民主法制出版社出版了我的《未成年人法学》一书，站在今天的视角，我认为该书最主要的贡献是：以未成年人权利保护为核心，将与未成年人有关的民事、行政、刑事等法律作为一个独立的体系来研究，确立了未成年人法学作为一个独立学科的基本框架。2001年初，在团中央与中央综治委联合召开的一个座谈会上，我关于预防未成年人犯罪不能“头痛医头、脚痛医脚”的发言得到时任团中央分管权益的赵勇书记的赞同。后北京团市委权益部负责人采纳我的建议，将准备成立的“青少年法学研究会”名称改为“未成年人法学研究会”。

参与未成年人法学研究的经历，不仅为我推动中国的未成年人法学研究尽了绵薄之力，也使我开阔了自身的视野。它使我在接触未成年人案件时带有一种研究的视角，而且帮助我所负责的北京青少年法律援助与研究中心形成了从办理案件、开展研究到推动法律和政策改革的综合型未成年人保护模式。这种模式使北京青少年法律援助与研究中心得以在中国未成年人保护领域全面发挥作用。

自《未成年人法学》出版以后，我们还承接了以下研究课题，秉承了《未成年人法学》的研究视角和体系：

接受北京团市委委托就《北京市未成年人保护条例》的修订进行调研，提交《北京市未成年人保护条例》修订草案第一稿及相关说明材料，后作为该条例修订起草小组中唯一一名非官方人士参与了草案的反复讨论及修订工作；

接受国家人口与计划生育委员会宣教司委托，就女童法律保护专题进行研究；

关于流浪儿童的研究被新华社以内参形式反映后受到国务院总理温家宝同志的重视,批示有关部门研究;

接受团中央权益部的委托,就《中华人民共和国未成年人保护法》修订建议草案进行调研并撰写最初建议草案,后深入参与该法整个修订过程;

接受北京团市委委托,就北京市制定预防未成年人犯罪法实施办法开展调研并提交报告。接受北京市教委委托,就北京市工读教育地方立法的必要性、可行性等问题开展专题研究;

接受国务院妇女儿童工作委员会办公室委托,就中国儿童立法体系进行研究。接受国务院妇女儿童工作委员会办公室、联合国儿童基金会委托,就中国儿童立法框架进行研究。

二、《未成年人法学》的理论贡献

2001年出版的《未成年人法学》首次将未成年人法学作为一个独立的对象来研究,其最大的一个贡献是创建了中国未成年人法学研究的基本体系。其贯穿研究始终的理念是未成年人保护理念。该书提出的法律体系框架包括:未成年人法学理论基础、未成年人法学家庭法、未成年人法学学校法、未成年人法学国家保障法、未成年人法学矫治法、未成年人法学刑事犯罪法和未成年人司法制度。这个理论体系照顾了1992年《未成年人保护法》的基本立法框架,并补充完善了未成年人保护还需要关注的其他内容。这个体系的提出,在当时是有突破性的。即使在今天看来,这个体系仍然是先进的。

《未成年人法学》的贡献不仅仅创建了一个相对宏观的体系,而且也对一些具体制度进行了探索。在未成年人家庭法方面,我认为该书对监护制度的探讨还是有一些新颖的地方。很重要的一个理论是关于权利义务转化理论。我当时曾经为此苦思冥想,过后也曾经

反复思考其是否具有现实意义。但罗丹会案件^①以及立法过程中大家多次讨论的撤销父母监护人资格后父母子女关系问题都使我更加重视这一理论的价值。另外,我对监护制度进行了分类,明确提出了国家监护制度的概念。我在后来的研究中,也一再强调,《民法通则》第16条规定的监护人顺序在现有的社会背景下已不再适用,需要明确国家对失去法定监护人或事实上无监护人的未成年人承担监护职责。在监护法律关系方面,我强调监护人对被监护人的义务;在被监护人方面,我明确了被监护人在家庭中的十八项权利。当前,监护人不履行监护职责或不正确履行监护职责的案件太多,这也是针对中国现实的考虑。

在未成年人学校法方面,我重点分析了学生与学校之间的法律关系,这种关系被很多人误解为监护关系。在《未成年人法学》一书中,我分析认为学校与学生之间的法律关系应该是监护代理关系,直到今天我还持有这种观点。《学生伤害事故处理办法》的出台确立的也是一种监护代理关系。

在未成年人法学国家保障法方面,我认为自己的贡献是将未成年人国家保障与未成年人家庭保护、未成年人学校保护等并列,这也是对1992年《未成年人保护法》理念上的突破。虽然我书中当时没有用“政府保护”的术语,但从内容上是想明确政府在未成年人保护方面的独立职责。我明确分析了国家在提供义务教育和医疗保障等方面的义务,而且重点分析了国家在协助履行监护义务和监护监督方面的重要职责,并详细分析了国家监护制度的重要内容。

在未成年人法学矫治法的论述中,我尝试从矫治和保护的角度

① 罗丹会,1962年出生,不满1岁时父亲去世,母亲袁和梅改嫁后生有1女。1966年罗丹会被伯父带走后一直由其抚养,母亲未再尽抚养义务。后罗丹会到美国读书,获得博士学位后留在美国工作。2001年年初,已近花甲之年的袁和梅给罗丹会写了一封信,信中诉说了自己疾病缠身,生活困难,并提出了要儿子赡养她的想法。2001年4月25日,袁和梅收到罗丹会的回信,信上写道:“我是一个普通人,我有恩怨分明的做人原则,生母未有尽到抚养责任,我也自然没有赡养义务……”后袁和梅到法院起诉,要求法院判决罗丹会尽赡养义务,每月支付2000元抚养费。

关注未成年人不良行为和严重不良行为的问题,而且强调政府在其中应该发挥的作用。这项研究在于提醒未成年人保护人士,对于有犯罪前兆性的行为,视而不见或将其作为犯罪处理都不是一种保护和负责任的做法,具有行为干预性的矫治措施是非常必要的。

在未成年人法学刑事犯罪法方面,我研究的视角不在于谴责犯罪未成年人的恶劣行为,而是提醒从其犯罪的原因入手,探索未成年人保护与未成年人犯罪之间的联系。我在提出未成年人法学刑事犯罪法的时候,在范围上不同于传统的理解。认为这个话题应该包括两方面的内容:一是指未成年人实施犯罪的行为;二是指以未成年人为被害人的刑事犯罪行为。

在未成年人法学司法制度方面,该书在当时还是有一些独到的视角和观点的,尽管很多观点在今天已经变成了常识,如少年司法制度不局限于少年刑事司法制度,还应该包括民事和行政司法制度。我在提到司法制度时,还将未成年人法律援助制度作为一个单独内容予以研究,在今天看来也是有启示意义的。

三、修订后的《未成年人法学系列丛书》带来的理论发展

2001年《未成年人法学》的主要贡献在于理念上的突破和体系的初步构建,但随着社会背景的变化和法学理论的发展,未成年人法学研究也需要发展。这种发展既表现在对原有问题研究的深入,也包括对新问题及时作出回应。借《未成年人保护法》修订实施之际,中心组织专门研究人员对2001年《未成年人法学》进行修订,总结中心在《未成年人法学》出版后的六年里积累的研究成果。

修订后的《未成年人法学系列丛书》紧扣《未成年人保护法》修订中探讨的热点难点问题,在内容上,从原来的一本书扩充到四本书;在方法上,更加重视比较法和实证法的研究;在探讨问题的角度上,更加深入、成熟。

未成年人家庭保护一书,既对原有思考进行了深化,也对新遇到的问题和修订后的《未成年人保护法》进行了回应,其中不乏闪光的

观点。书中对一些原有问题,如监护问题进行了更深入的研究。关于未成年人的家庭保护,目前国内遇到的最大问题之一是监护监督的可操作性不强,导致很多孩子长期生活在危险的、不利于身心健康的家庭环境中。此书专门对监护资格撤销、法定代理人制度的设计缺陷等相关问题进行了深入、务实和富有建设性的探讨,并对比分析国外经验,提出了一些可行性建议。关于监护制度的研究,除了每篇文章借鉴了国外经验外,书中还专门对美国儿童虐待忽视诉讼程序进行综合介绍,相信会对国内同行研究有启发。针对监护资格和监护能力的问题,本书还就借助辅助技术出生的未成年人的父母身份确认和少女生育子女这些新问题进行了重点关注。此书还对原《未成年人法学》中提出的未成年人在家庭中的权利,结合案例进行单个权利的深入研究,如继承权、探望权、隐私权和其他权利问题,如抚养费、探望权等。如果说原《未成年人法学》的贡献是提出了这些权利,修订后的《未成年人法学系列丛书》的贡献是赋予这些权利以更具体的内容和更具有时代性的特点。除此之外,本书还对其他与未成年人保护相关的问题进行研究,如致害责任、收养等问题。其中引用了大量的案例,也借鉴了很多国外的经验。

在未成年人学校保护一书中,结合修订后的《义务教育法》和《未成年人保护法》,本书对很多问题进行了更深入的探讨。如学生与学校的法律关系问题,这是一个老话题,但是,司法实践中,我们发现仍然有很多误解,而对此问题的认识又会直接影响到学生伤害事故的处理,因此,本书有专文对此问题进行论述。针对近几年新出现的私塾教育问题,我们结合热点案例,借鉴国外的立法,采用比较法研究的方法进行了非常细致的探讨。学生伤害事故是学校保护部分常见的一类纠纷,包括体罚或变相体罚,教师语言暴力、性侵害或其他伤害事故以及相关的保险问题,此书有专门一章来研究这些问题。此书还对学生的参与权,如奖励处分、隐私权和休闲娱乐权等进行了研究;针对社会中新出现的一些热点问题,如民办学校破产后学生的受教育权如何保障、勤工俭学的性质、是否应该鼓励中小學生见义勇为

为等问题,本书也从专业保护视角进行了回应。除了一些具体的问题之外,此书也试图对义务教育、专门教育、特殊教育、流动未成年人的教育等基本问题进行探讨。研究中,有实际调研的形式,有网上调研的形式,有个案分析的形式,这些方法使研究与实务结合得非常紧密。

未成年人社会保护一书涉及的面比较广,对热点问题基本都有回应;该书信息量非常大,探讨问题也比较深入;采用了大量比较研究和实证研究的方法,建议更具有可操作性。2003年国务院妇儿工委牵头调研发布的《北京市伤害调查——儿童意外伤害报告》显示,意外伤害是造成北京市儿童死亡和残疾的主要因素。所以,儿童安全问题已是一个需要迫切关注的问题。本书从儿童交通安全、玩具安全、食品安全、公共场所安全、避免高压电伤害等方面详细论述了目前儿童安全中存在的问题及可实施的完善建议。未成年人的社会保障也是目前未成年人保护中面临的一个严峻问题,首要问题是未成年人的医疗保障问题。医疗保障涉及未成年人的基本生存权,但是目前对这个问题的探讨停留在非常表面和片面的阶段,本书对这个问题进行了相对系统和深入的研究。另外,对于流浪乞讨未成年人、孤儿和事实上无人抚养的未成年人、服刑人员子女的救助,也是社会目前关注的热点问题,此书也从专业视角进行了回应。未成年人文化环境的问题,如网上文化、影视文化和文化场所开放等方面,本书进行了相对体系化的关注。另外,本书还结合《联合国儿童权利公约》,对其他一些热点问题,如违法生育的未成年人的出生登记问题、未成年人接触烟草问题、未成年人药物滥用问题、未成年人被强迫色情服务问题、童工的身份核查问题等进行了深入研究。

《未成年人法学系列丛书》的司法保护一书,无论是从内容还是从写作方法上都体现出了自身的价值。从内容看,文章的选题具有“时代性”、“焦点性”和“前瞻性”。时代性体现在该书是配合2006年新修订的《未成年人保护法》而出版的,探讨了新《未成年人保护法》的亮点和焦点问题。例如,“合适成年人参与制度研究”一文是

针对新修订的《未成年人保护法》增加的第56条第1款的规定进行的深入研究。“焦点性”体现在该书探讨的问题都是司法实践中以及理论界讨论的热点问题,例如目前各地纷纷在探索实施的“未成年人刑事案件社会调查员制度”以及“在未成年人刑事案件中适用刑事和解制度”等。“前瞻性”体现了该书力图站在前沿思考少年司法制度的问题,例如本书探讨的“对我国未成年人犯罪前科封存制度的思考”等。从写作方法看,该书体现了“立足实践”和“比较研究”的特点。“立足实践”体现在本书所探讨的问题都来源于实践和真实案例,在阐述、解决问题时也立足实践得出自己的结论。“比较研究”的特点体现在本书的很多篇文章广泛借鉴了美国等发达国家的做法。而且在写作方法上,“立足实践”和“对比研究”的方法是同时运用的。例如,本书中“CRC框架下中美对未成年人适用无期徒刑的制度比较研究”一文既从文章结构上体现出了对比研究及得出的启示,在每一部分又都是从具体案例引发问题进行思考,体现出了两种写作方法的完美结合。

四、希望与感谢

我感谢相关部门对我们的信任,让我们的很多建议变成立法、政策。但坦率地说,直到今天,我不得不说,我国在未成年人法学研究领域还只是处于起步阶段。作为每天都要接触案件的律师,我感受着立法和法学研究滞后给司法实践带来的茫然,为此,我经常感觉焦灼、痛苦。我一直重视法律研究工作,但正是这种重视使我经常要反思、检讨我自己开展的研究。

2001年《未成年人法学》一书虽然构建了框架,但时常感到多年前研究的粗糙、单薄。2005年下半年《中华人民共和国未成年人保护法》的修订进入倒计时,那时我们自己的研究团队也壮大起来,北大法学院、人大法学院、政法大学三个高校研究生毕业的刘晓颖、韩晶晶、陈苏加入北京青少年法律援助与研究中心的团队,2006年充满灵气的中国政法大学在校研究生吴向荣开始在中心实习,做研究

兼职,这进一步充实了我们的研究队伍。我认为启动一项复杂研究的时机成熟了,于是,我们开始了紧锣密鼓的工作。

2007年4月初,在美国哥伦比亚大学做访问学者的张文娟回国。她2004年北京大学法学院研究生毕业后到中心工作,参与了未成年人保护法最初调研及团中央阶段的修订工作。在美国做访问学者期间,她曾经到美国律师协会、纽约少年法庭等单位实习,也曾经走访大量儿童保护组织。这使她具有了较好的比较研究视角。她集中三个月,与其他四位主要成员全身心地投入研究工作。

经过一年的努力,四本研究著作终于要与读者见面了。我们希望这四本书能够对国家修改或制定未成年人保护的法律、法规或部门规章以及各地未成年人保护条例或实施办法的修订有所启发,对未成年人法学的研究有所贡献。

感谢同事们的辛苦工作;感谢亚洲基金会为本书出版提供的支持;感谢法律出版社和王晓增女士对我们所从事的公益事业的一贯支持;感谢多年来很多领导、朋友们对我们所从事的未成年人保护工作的一贯支持。相信有我们大家的努力,中国的未成年人保护事业一定有更快、更好的发展。

因为能力、时间所限,本套书难免存在各种问题,我们愿意虚心地听取社会各界的批评指正。

佟丽华

2007年7月16日