

守护留守儿童，法律能做什么？

傅蔚冈*

当父母外出务工而不在未成年人子女身边时，他们还有能力作为监护人吗？或者说，这算不算“未成年人的父母没有监护能力”？

当《义务教育法》规定“当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件”时，当地人民政府能否设置“五证齐全”等要求？

或者说，这种“五证齐全”是不是违反《义务教育法》规定的当地人民政府的义务？

如果人口迁地政府违反《义务教育法》，那么受其规范性文件影响的“适龄人学儿童或者少年”有何救济途径？

作为行政机关及其相关人员，有什么样的激励来处理留守儿童监管这样的“家务事”？

留守儿童的现状

留守儿童的悲剧近年来不断见诸报端。新增的案例是贵州毕节4名留守儿童在家中喝农药死亡，年龄最小的5岁，最大的13岁。而就在2012年11月，毕节市还发生了5名流浪儿童为了避寒躲在垃圾箱中被闷死事件。在短时间内连续发生两起留守儿童的恶性事件，会让人怀疑当地政府的治理能力以及是否存在失职。

在4名留守儿童自杀事件发生后，国务院总理李克强作出重要批示，要求有关部门对各地加强督促，把工作做实、做细，强调临时救助制度不能流于形式。事实上，自从2012年发生5名男孩子于垃圾箱内死亡事件后，毕节市就宣布将立即对全市范围内留守儿童进行逐一排查，设立留守儿童专项救助基金，采取“一对一”帮扶措施。尽管到目前为止这4名儿童死亡的最终原因尚未查明，但这已经表明此前“一对一”帮扶举措存在巨大纰漏。

据《毕节市2014年国民经济和社会发展统计公报》显示，全市年末常住人口为654.12万人，而户籍人口为880.79万人，两相比较，户籍人口和常住人口之间大约存在226万人的缺口。他们去哪儿了？毫无疑问，外出打工。国家统计局《2014年全国农民工监测调查报告》数据显示，“分年龄段看，农民工以青壮年为主，16—20岁占3.5%，21—30岁占30.2%，31—40岁占22.8%，41—50岁占26.4%，50岁以上的农民工占17.1%。”

由此而知，21岁至40岁的农民工大约超过50%，换句话说，在毕节大约有100多万人的年龄段是处在20—40岁之间，而这个年龄段恰恰是子女在15岁以下的年龄。这种庞大的留守儿童数量，正是毕节市频频发生悲剧的潜在原因之一。

*作者为上海金融与法律研究院研究员，联系邮箱：fuwg@sifl.org.cn，本文刊于《中国法律评论》2015年第3期。

毕节留守儿童惨案背后则是一个长期被忽视的中国留守儿童现状。2013年，由中国人民大学人口与发展研究中心承担并由全国妇联发布的《我国农村留守儿童、城乡流动儿童状况研究报告》显示，我国农村留守儿童数量达6102.55万人，全国流动儿童规模达3581万人。

需要注意的是，该报告所依据的是2010年全国第六次人口普查数据，如果考虑到农民工数量一直在持续增加，那么今天这个数据就更加惊人：2010年有农民工24,223万人，而在2014年则是达到了27,395万人，足足增加了3172万人。在24223万农民工时有6102.55万人留守儿童，如果其他条件不发生变化，那么今天农村留守儿童数量可能已经超过了6900万人。

或许这也是世界有史以来最大的一个留守儿童群体，人口总数几乎超过同期英国、法国等大国的人口数量。为什么会有留守儿童现象？直接原因在于城市化的浪潮使得越来越多的农业人口进入城市就业，而户籍藩篱的存在使得他们的子女无法跟随父母一起进城，因此出现了大规模的留守儿童现象。

法律对留守儿童做了什么？

尽管没有直接针对留守儿童的法律规定，但是根据留守儿童的特性还是可以梳理出法律法规中对留守儿童的有关规定。所谓留守儿童的特性是指父母亲不在户籍地工作和生活，而其子女则是在原户籍地生活和学习。那么，法律是如何规定的？

入学

很多留守儿童的产生，是因为其父母无法满足工作所在地对于子女入学的规定，父母所在城市会对非户籍居民的子女入学设置各种各样的条件，最为知名的莫过于北京的“五证齐全”。

北京市的“五证齐全”最早始于北京市教委于2012年发布的《2012年义务教育阶段入学工作的意见》，该意见规定了非京籍学生借读条件：“非本市户籍的适龄儿童、少年，因父母或其他法定监护人在本市工作或者居住需要在本市接受义务教育的，由其父母或其他法定监护人持本人在京暂住证、在京实际住所居住证明、在京务工就业证明、户口所在地乡镇政府出具的在当地没有监护条件的证明、全家户口簿等证明、证件，经居住地所在街道办事处或者乡镇人民政府审核确认后，到居住地所在区县教委确定的学校联系就读。”

但是随着近年来严格控制特大城市人口的趋势，非户籍人口的子女在北京、上海等特大城市入学的难度越来越大，有媒体曾报道在北京入学需要“办齐28个证才有初审资格”，也正因为如此，有人评论此种规定实际上是禁止非户籍适龄儿童在当地上学，而不是接纳。

现行《义务教育法》第12条规定，“适龄儿童、少年免试入学……父母或者其他法定监护人在非户籍所在地工作或者居住的适龄儿童、少年，在其父母或者其他法定监护人工

作或者居住地接受义务教育的，当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件。具体办法由省、自治区、直辖市规定。”

如果按照此条文的规定，那么我们会自然理解为适龄儿童父母居住地人民政府应当为适龄儿童入学创造条件，而不是像现在这样为其入学设置门槛。

但是在现实条件中，法律上为了方便非户籍儿童入学的规定却变成了入学门槛，如北京的“五证齐全”。当然，这种变化并非始于现在，而是在1992年《义务教育法实施细则》中就有了，第14条规定，“适龄儿童、少年到非户籍所在地接受义务教育的，经户籍所在地的县级教育主管部门或者乡级人民政府批准，可以按照居住地人民政府的有关规定申请借读。”

粗看之下，似乎法律和实施细则之间并没有多大的区别，但是如果仔细考察，差别其实不小。《义务教育法》规定

“当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件”，这意味着只要满足以下两个要件：

(1) 适龄儿童；(2) 父母或者其他法定监护人在非户籍所在地工作；当地人民政府就“应当”为其提供“平等接受义务教育的条件”。

但是在《义务教育法实施细则》中变成了“适龄儿童、少年到非户籍所在地接受义务教育的，经户籍所在地的县级教育主管部门或者乡级人民政府批准，可以按照居住地人民政府的有关规定申请借读。”这样就意味着入学决定权在当地人民政府之手，而不是取决于需要接受义务教育的一方。

监护

尽管外来务工者中举家外迁的比例在不断增加，但是还是有更多的农民工把子女留在原户籍地。一个可供佐证的数据是，根据国家统计局的《2014年全国农民工监测调查报告》，2014年全国农民工总量为27395万人，其中举家外出农民工数量为3578万人，约占总数的13.06%；而在2008年举家外迁的农民工数量为2859万人，而当年的农民工数量则为22,542万人，约占总数的12.68%。

为什么不愿意举家外迁？除了如上所说的工作地人民政府给子女入学设置的各种不合理门槛外，还有一个很重要的原因就是农民工的收入决定了他们没有能力给其子女在工作地提供更好的学习和生活环境。同样是《2014年全国农民工监测调查报告》显示，外出农民工人均月收入（不包括包吃包住）2609元，这样的收入要在很多东部地区的大城市立足并举家外迁，显然难度太大。

当父母亲由于没有足够能力举家外迁而把子女留在户籍所在地时，当务之急的问题就是，谁是未成年子女事实上的监护人？《民法通则》第16条规定，“未成年人的父母是未成年人的监护人。”问题在于，当父母外出务工而不在未成年人子女身边时，他们还有能力作为

监护人吗？或者说，这算不算是“未成年人的父母没有监护能力”？

法律对此并未有明确规定，因此在留守儿童的保护上出现了各种偏差。尽管 1991 年制定的《未成年人保护法》第 12 条规定：“**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。**”但是在实践中，很少有父母因为不履行监护职责而承担法律责任。

甚至更为重要的是，在《民法通则》通过后的一段时间里，何为监护职责都未有明确规定，直到最高人民法院于 1988 年印发《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)》。该《若干意见》第 10 条规定：

“监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼”。

而全国人大常委会也于 2006 年通过修法给《未成年人保护法》的第 12 条打上了“补丁”，修改后的《未成年人保护法》第 16 条特意强调，“**父母因外出务工或者其他原因不能履行对未成年人监护职责的，应当委托有监护能力的其他成年人代为监护。**”

法律为什么没有发挥作用？

如果只是从法律条文看，似乎只要是明确了监护职责就可以避免悲剧发生。但是从事实来看，悲剧未能幸免。甚至最近几年关于留守儿童的惨案是越来越多，如前所述的毕节 4 名儿童喝农药自杀，而就在我刚刚动笔写作的时候，又有媒体报道了南京六合某商城附近的垃圾荒地中一对兄妹与狗同住的新闻。事实上，类似的新闻不时见诸媒体。为什么监护人并未尽到监护职责？这可能是我们需要深究的。

还是以贵州毕节 4 名自杀儿童为例。他们的父亲张方其在外打工，按照《未成年人保护法》第 16 条的规定，他“应当委托有监护能力的其他成年人代为监护”，但是他并未给孩子委托监护人。而且从媒体的报道来看，孩子的生母与这四个孩子住得不远，《新京报》甚至以《毕节自杀儿童母亲新家仅 1 公里远拒与孩子来往》为标题来形容母子关系，也就是在这篇报道中，它是这样描述学校和孩子，以及其父母之间的联系：

“... 小刚的班主任杨小琴称，张方其从来没参加过孩子的家长会，电话也几乎打不通。杨小琴和这位父亲仅有的两次接触是去年 9 月份。小刚旷课一周，杨小琴打电话给张方其，才知道小刚离家出走。当时这位父亲对儿子的去向和离家出走的原因一无所知，在老师的反复询问和督促下才报警，最后他还不好意思地说，‘老师，他不读了，我让他退学。’杨小琴说，学校让张方其签了一份告知书，表示已告知并督促家长报警，孩子在外面如果出事，和学校无关。”

如果以上描述是真实的话，我们大致可以得出这样一个判断，《民法通则》和《未成年

人保护法》中所确立的监护制度基本上是形同虚设，并未能发挥保护留守儿童权益的作用。

首先，当父母外出务工无法履行监护职责时，法律中有关监护人的规定并未能发挥作用。如前所述，父亲张方其外出务工，他并没有委托监护人，而《未成年人保护法》第16条有关委托监护人的规定也是形同虚设。

尽管《未成年人保护法》第53条规定

“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，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费。”

但是，何为“有关人员或者有关单位”？直到2014年12月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部联合下发《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》（以下简称《意见》）中才得以明确。

从司法实践来看，现实中常见的是多为潜在的监护人争夺抚养权或者监护职责的诉讼，鲜见撤销监护人不履行监护职责的诉讼。但是从中国的现实来看，尤其是存在近7000万留守儿童的现实来看，落实监护职责并撤销监护人不履行监护职责的诉讼也非常重要，但谁来做适格的原告可能是一个问题。尽管《未成年人保护法》规定了“家庭保护”、“学校保护”、“社会保护”和“司法保护”，但是一遇到具体的监护职责不履行等问题，法律并未发挥作用。

尽管《意见》明确规定了“可被剥夺监护权”的7种可能。但需要注意的是，《意见》所提到的7种可能都是属于积极的侵害行为，

“本意见所称监护侵害行为，是指父母或者其他监护人（以下简称监护人）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等行为。”

但对于那些不履行监护职责的侵害行为，无论是《意见》还是舆论都显得格外宽容，比如说到目前为止毕节那4名儿童的父母并未承担应有的法律责任。

其次，行政机关并未履行应有职责。根据《未成年人保护法》第62条的规定

“父母或者其他监护人不依法履行监护职责，或者侵害未成年人合法权益的，由其所在单位或者居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予行政处罚。”

但是，从目前媒体的报道来看，尽管这4名儿童的父母并未履行监护职责，但是并未见到村民委员会的“劝诫和制止”，更未见到公安机关对其进行行政处罚。

事实上，这并不是毕节一地的现象，而是全国普遍存在的问题。为什么政府不愿意干预家事？表面上来看，这是受“清官难断家务事”等传统思维影响，但更为主要的原因可能还

是在于激励机制。

作为行政机关及其相关人员,有什么样的激励来处理这样的“家务事”?假设公安机关根据《治安管理处罚法》第45条的规定对“遗弃没有独立生活能力的被扶养人的”行为作出“处五日以下拘留或者警告”时,马上要面对的就是《未成年人保护法》第53条规定的监护资格去留问题,对于这样耗时耗力且很难获得来自行政部门内部嘉奖的案件,具体办案人员自然缺乏足够的激励——与其处理这些很少获得认可且不被民众视为是警察职责的案件,还不如去做那些更能获得公众认可的事,比如恶性治安事件。

正由于法律中明确规定的监护制度并未发生作用,是使得留守儿童的悲剧一再发生的重要原因。

法律应该对留守儿童做些什么?

根据国家统计局发布的《2014年国民经济和社会发展统计公报》,到2014年年底内地总人口为136,782万人,其中城镇常住人口为74916万人,占总人口比重为54.77%。根据2014年发布的《国家新型城镇化规划(2014—2020年)》,到2020年我国常住人口城镇化率要达到60%左右,如果照此计算,在接下来的5年中每年提高一个百分点,就意味着每年会有1000万人从农村转入城镇。

按照以往的教训,必定还会产生大量的留守儿童。面对如此庞大的留守儿童群体,法律该怎么做?在我看来有两个办法:一是落实《义务教育法》的规定,尽可能地缩小留守儿童这个群体;二是落实法律中有关监护的规定,将“纸面上的法律变成行动中的法律”,切实维护留守儿童的权益。

如前所述,尽管在《义务教育法》中规定了非户籍子女有在其父母工作地接受义务教育的权利,但是在现实中多地政府对此设置了种种障碍,使得留守儿童群体不断扩大。最为典型的就是以北京为代表的“五证齐全”,不断提高随迁子女在当地入学的条件,甚至造成了父母亲因为子女入学而离婚的事件发生。

当《义务教育法》规定“当地人民政府应当为其提供平等接受义务教育的条件”时,当地人民政府能否设置“五证齐全”等要求?或者说,这种“五证齐全”是不是违反《义务教育法》规定的当地人民政府的义务?如果人口迁入地政府违反《义务教育法》,那么受其规范性文件影响的“适龄入学儿童或者少年”有何救济途径?

尽管第十二届人大常委会第十一次会议修订的《行政诉讼法》第53条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。”

如果只是从这一条来看,那么非户籍子女的监护人可以依法向人民法院提起行政诉讼,判令当地人民政府履行职责。但需要注意的是,在《行政诉讼法》第12条规定的受案范围

中并未有侵犯受教育权的行政诉讼，换句话说，尽管他们的权益遭受了侵害，但是非户籍子女也不可能在现有法律途径下得到救济。

也正是因为现有的制度框架下没有任何力量来限制地方人民政府的恣意，因此才导致很多儿童“被留守”，也使得《未成年人保护法》第28条的规定成为一纸空文，即“各级人民政府应当保障未成年人受教育的权利，并采取措施保障家庭经济困难的、残疾的和流动人口中的未成年人等接受义务教育。”

如何让地方人民政府切实履行《义务教育法》和《未成年人保护法》中规定的责任？

最为可行的办法就是根据《立法法》第99条第2项的规定，由“**其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议**”，由全国人大常委会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。只有落实了人口迁地人民政府的职责，才能减少留守儿童数量，这是釜底抽薪之计。

当然，也有一部分外来务工人员由于自身原因无法将未成年子女带至身边，因此就会导致留守儿童发生。在这种情况下，就要让监护制度发挥作用。

具体来说就是，第一，当父母外出务工时，应当像《未成年人保护法》规定的那样指定监护人，以免留守儿童发生意外而缺乏责任人等现象。

还是以毕节4名儿童自杀事件为例，根据当地政府公布的《关于毕节市七星关区张启刚等4名儿童非正常死亡的初步调查通报》，这4名儿童长期缺乏监护：

“女方于2013年2月离家出走，随后男方时常外出打工，家庭日常事务主要由长子张启刚承担，包括照顾三个妹妹、饲养生猪等。在父母先后离家后，4个子女性情发生变化，不愿与外界接触，经常闭门不出，甚至亲属也叫不开门，于2015年6月9日晚服农药死亡。”

尽管贵州毕节事后对当地官员进行了问责，但已经为时已晚。

第二，地方政府有关部门要切实履行职责，维护未成年人子女权利。如前所述，在相当长一段时间内，除非是严重的家庭暴力事件，公权力机关很少介入家庭事务，这种现象应当改变。2014年12月发布的《意见》明确了有权向人民法院申请撤销监护人资格的有关单位和人员，即

“（一）未成年人的其他监护人，祖父母、外祖父母、兄、姐，关系密切的其他亲属、朋友；（二）未成年人住所地的村（居）民委员会，未成年人父、母所在单位；（三）民政部门及其设立的未成年人救助保护机构；（四）共青团、妇联、关工委、学校等团体和单位。”

同时还规定了“临时安置和人身安全保护裁定”程序，毫无疑问这是一个进步。但需要注意的是，要让法律不成为一纸空文，还是要明确相关机构的法律责任。

当然，法律只是最低限度的道德，要让留守儿童得以健康成长，地方人民政府可能还需

要更多的财政投入，完善相关的基础设施建设。据媒体报道，在发生 4 名儿童自杀的贵州省毕节市七星关区田坎乡茨竹村就有 20 多个留守儿童。面对如此众多数量的留守儿童，政府可以通过建设寄宿制学校，让学校成为孩子的生活中心，同时按照适当比例配备生活及心理辅导教师；在留守儿童集中的每个村、社区建立留守儿童关爱服务阵地，为留守儿童提供生活托管、心理辅导、家庭教育指导，开展课外活动。