

# 虐待儿童刑法规制的文化 选择模式转换

邓多文<sup>1,2</sup>

(1. 重庆文理学院, 重庆 402160; 2. 重庆大学 法学院, 重庆 400044)

**摘要:**虐待儿童刑法规制是各国对五个普遍性范畴的地方性回答,因而具有文化相对性与普遍性意蕴。中国只有依据《儿童权利公约》,实现文化选择规范化、儿童利益最大化和规制体系和谐化,才能超越不自信和不自觉的文化选择误区。

**关键词:**虐待儿童;刑法规制;文化选择;《儿童权利公约》

**中图分类号:**C913.5 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2014)02-0157-08

## 一、文化选择的意蕴

美国著名法理学家、纽约大学和伦敦大学法学院教授、当代新自然法学派代表人罗纳德·德沃金说:“文化之所以存在,是因为人民的选择。”<sup>[1]</sup>按照目前法律—社会关系框架的主流理论,法律是社会的一面镜子,它的主要作用就是维护社会秩序<sup>[2]</sup>。由此观之,刑法具有法益保护和自由保障之机能,必然反映特定社会的道德与文化。但同时,刑法又对具体社会文化差别最不敏感,在基本理论与法律制度方面,有共通的基础<sup>[3]</sup>。刑法规制,即用刑法调控社会生活、社会行为,实现具体行为、生活事实与抽象法律理念、刑法规则之间的对接,显然具有文化相对性与普遍性的意蕴。最典型的例证莫过于故意杀人罪,“禁止非法剥夺他人生命”,或曰“不得杀人”,见诸于全世界任何国家的刑法规定,但何谓“非法剥夺他人生命”,对特定的故意杀人行为处以何种刑罚,比如血亲复仇、决斗、安乐死和人工流产,各国刑法的具体规定则并不一致。

虐待儿童不仅是医学问题,更是“社会建构”的问题,因而受到不同国家、地区甚至同一国家、地区不同历史时期文化的深度影响。戴维·波普诺认为,文化分析的一个最基本的原则就是必须根据文化的自身标准来评判它。这一原则就是文化相对性。文化相对性原则认为,要真正理解和正确评价一种文化特性,就必须把它视为一个更大的文化或社会的一部分<sup>[4]</sup>。尽管如此,但并不能否认、排除文化普遍性,即各个国家、地区存在共同标准和基本共识。因为“所有的人种在生理上都是类似的,这就可以解释许多已知的文化普遍性。我们都需要吃饭,需要住所。我们都必须照顾儿童,处理年老、疾病等问题,我们都要面对死亡”<sup>[4]89</sup>。“照顾儿童”从正面反映了人类的文化普遍性,“禁止虐待儿童”则从反面观照文化本源,当然是这种文化普遍性的题中应有之义。

## 二、文化选择的框架

美国刑法学家乔治·P. 弗莱彻把各个国家的刑法典看成是构成刑法根基通用性问题的地方性回答,并用十二对范畴构建了奠定这些不同法律文化统一基础的分析框架,以此融合文化相对性与普遍性。由于不同的犯罪具有其特殊性质,完全套用弗莱彻的方法分析虐待儿童的刑法规制,未免失之空泛。因之,只能借

鉴其研究方法的精神实质,从理念与政策、内涵与类型、立法与执法、惩罚与预防、分立与合作等五对普遍性范畴,检视中西方对这些范畴的地方性回答。

### (一)理念与政策

根据前述刑法规制的概念,虐待儿童的刑法规制受到法律理念、刑事政策的影响。这里的法律理念,特指关于儿童、父母与国家之间的关系的三种理念:(1)儿童是父母的私有财产,任由父母处置;(2)儿童是国家的公民,父母只是受国家的委托照管和监护;(3)父母和国家都对儿童负有责任和权利,这是前两种理念的结合,目前在西方国家处于主流地位。与这三种理念相对应,虐待儿童刑法规制的刑事政策有:(1)自由放任主义,也就是不干涉主义;(2)国家干涉主义,强调国家干涉;(3)尊重家庭与双亲权利,即适度干涉主义,这里国家充当家庭的支持者角色,保护与维系家庭发展。同样,第三种刑事政策为西方大多数国家所采用。父母和国家都对儿童负有责任和权利,国家尊重家庭与双亲权利,是基于儿童最大利益的判断和考虑。这决定了国家动用刑法规制虐待儿童行为具有最后手段性和迫不得已性。

在制度层面,中国的法律,无论是宪法、民事法律、行政法律还是刑事法律甚至纪律处分条例,都采用了第三种法律理念,即强调父母和国家对儿童的责任与权利。但现实中,与西方国家强调“个人本位”、张扬个人价值、自由与尊严不同,中国亲子关系首先是基于血缘的情感关系,其次,亲子关系也是一种权力关系、支配关系<sup>[5]</sup>。“儿童是父母的私有财产,任由父母处置”的法律观念,还在相当程度上存在,因而父母打孩子、体罚孩子被认为是一种正当的管教方式,正所谓“不打不成才”,“打是亲,骂是爱”,“黄荆棍子出好人”。诸如“父亲打死亲生儿子受审,称打儿子是因太爱他”的“因爱而害”案例<sup>[6]</sup>,也就不足为奇。这类陈述往往成为刑法规制的辩护理由。同样地,中国法律奉行适度干涉主义的刑事政策,比如对虐待罪的追诉方式,一方面,刑法分则第260条实行自诉与公诉相结合,另一方面,刑法总则第98条又对“被害人因受强制、威吓无法告诉的”,由“人民检察院和被害人的近亲属”告诉,作出了明确的规定。根据中国刑法第101条有关总则与分则适用规则的规定,刑法第98条的总则规定适用于第260条的分则规定。实际上,儿童难以“告诉”,如果被虐待者不控告,司法机关一般不会主动干预,这使很多虐待案例不为人知,因此法院审理的虐待罪案件极少,一般都是出现重伤或死亡才被法律干预,往往为时已晚<sup>[5]267</sup>。这时,刑法规制对受虐儿童已经意义不大甚至毫无意义,但是有论者认为,整个社会却能因而受益。例如宣示大众对孩童残忍是不可容忍之行为,除了象征意义外也具有吓阻作用;而实际将施虐者监禁起来,也能维护社区安全;最重要的,是传达了凡是犯错误就该接受处罚以为报应的讯息<sup>[7]</sup>。

### (二)类型与内涵

透过刑法规制的对象——虐待儿童行为的类型与内涵,一方面,从历时性看同一国家、地区不同历史阶段具有文化相对性,也就是文化变迁。它主要由两种方式推动,一是在文化内部发生,一是对外来文化影响的回应<sup>[4]92</sup>。前者如美国,1962年Kempe等学者在《被殴儿童综合征》一文中,最早将虐待界定为身体暴力。1974年成立的美国国家虐待儿童和忽视中心,就将虐待儿童行为从身体暴力扩展到精神虐待、性虐待和忽视。这种界定代表了西方国家对虐待儿童行为的主流定义。可见,虐待儿童行为的定义并没有固定不变的边界,其外延呈逐渐扩大的趋势。这主要归因于人们对儿童权利以及政府、家庭和社会责任的认知与实践转变。后者如中国,随着1995年世界妇女大会在中国召开,“家庭暴力”的概念便从西方国家引进过来。2001年最高人民法院有关适用婚姻法的司法解释(法释[2001]30号)第1条规定,持续性、经常性的家庭暴力,即构成虐待。按照这一规定,“父母暴力”可能构成虐待儿童行为,甚至面临刑事指控,尽管实际上很少被发现并得到处罚。从近几年中国社会各界对是否增设“虐待儿童罪”的持续关注 and 争议之中,“儿童权利保护”、“精神(情感)虐待”等已经成为主流媒体的高频关键词,也可看到国人对虐待儿童行为类型与内涵认识的深化。

另一方面,从共时性看,不同国家、地区具有文化相对性。这种文化相对性,是基于文化冲突论的视角<sup>[4]87-88</sup>。根据前述最高人民法院的司法解释,虐待儿童主要指针对儿童的身体虐待,这是相当狭窄的界定。在西方国家,“虐待儿童”概念并不仅指体罚之类的行为,还包括了“不当的”教养方式与环境,也就是对儿童的心理或生理有负面影响的教养环境和方式<sup>①</sup>。中国2006年修订的《未成年人保护法》第41条规定:“禁止

<sup>①</sup>参见中国台湾学者富应斌(1999)的分析,转引自乔东平著作《虐待儿童:全球性问题的中国式诠释》,社会科学文献出版社,2012。

拐卖、绑架、虐待未成年人,禁止对未成年人实施性侵害。禁止胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨或者组织未成年人进行有害其身心健康的表演等活动。”国务院2011年7月30日发布的《中国儿童发展纲要(2011-2020年)》中“儿童与法律保护”部分的规定与《未成年人保护法》基本相同。根据这些规定,虐待儿童与对儿童的剥夺、性侵犯,在名义上、形式上仍属不同范畴;精神虐待未见直接予以明文规定。而这些行为类型在西方国家的法律与政策中,通常被直接纳入虐待儿童行为的范围。当然,对儿童的剥夺、性侵犯以及精神虐待,虽不具“虐待儿童”之名,绝不意味着刑法不加以规制;刑法将其归入其他犯罪类型加以规制,在实质上同样符合儿童的最大利益。

### (三)立法与司法

虐待儿童的刑法规制,可分为立法规制与司法规制。其核心是厘清立法规制与司法规制的关系。从总体上,大陆法系和英美法系分别代表了立法中心主义与司法中心主义两种规制模式<sup>[8]</sup>,但二者有相互借鉴之趋势。就虐待儿童的刑法规制而言,无论立法中心主义,还是司法中心主义,其关键点在于是否争取和维护了儿童的最大利益。美国的一个案例值得关注,1874年,尽管没有儿童保护的专门法律,但法院根据虐待动物的法案,对粗暴对待8岁女童玛丽·艾伦·威尔逊的养父母判处了监禁一年的刑罚,并将孩子安置在孤儿院,实现了儿童利益的最大化。实际上,把儿童解释为需要保护的动物,并不违背美国刑法的正当程序原则;即使该案发生在大陆法系国家,比如德国,将“动物”扩大解释到“儿童”,仍然符合法治原则(罪刑法定原则)。这个案件被广泛报道,成为了防止儿童虐待、保护儿童权益运动的转折点。随后,英美国家相继成立了防止虐待儿童的大量非政府组织,制定了一系列法律制度,逐步提升了儿童权利的保护水平。

反观国内,近些年大量虐待儿童案件发生之后,引发争议最大的焦点莫过于是否需要增设虐待儿童罪,至于能否运用现有刑事法律制度解决当下的案件,维护儿童最大利益,却往往并未受到关注。虐待儿童的刑事立法,有直接模式与间接模式两种,二者之分在于名与实,直接模式之下刑法规定会直接冠以“虐待儿童”之名,而间接模式则虽有虐待儿童犯罪之实,却并无“虐待儿童”之名。在冠以“虐待儿童”之名的直接模式之中,又有简单模式与复杂模式之分,前者将虐待儿童的犯罪概括为一个罪名,而后者则在“虐待儿童犯罪”的章节下,确定具体罪名。从目前出版的刑法典看,还没有国家用专门章节直接规定“虐待儿童”犯罪,只有18个国家(地区)直接规定了虐待儿童(未成年人)的单一罪名,更多国家则是对虐待儿童犯罪进行间接性规定。所以,对虐待儿童犯罪的刑事立法,全世界没有统一的模式。中国目前采用了家内家外有别的模式,对家庭内的虐待儿童行为,规定了虐待罪,但这个罪名不能涵盖家庭内的所有虐待儿童行为,它并不能对性侵、猥亵等行为进行规制。对家庭外的虐待儿童行为,则完全根据虐待行为的实质进行间接规制。因此,关键在于司法怎样合理地整体适用中国的刑事法律制度,获得刑事案件的实质性解决,而不在于从立法形式上再确定一个“虐待儿童罪”的统一名称。

### (四)惩罚与预防

对任何犯罪,都有惩罚与预防的维度。“家庭是儿童的最佳养育场所”,这是国际社会的普遍共识,契合了中国“以家庭为本位”的法律文化。由于虐待儿童犯罪而将孩子带离家庭,很可能给儿童带来双重伤害,因而,预防比惩罚虐待儿童犯罪更为重要。从社会成本的观点,比起虐待儿童案件发生之后的处遇,不论以专业人力、投入时间以及方案成效而言,预防性的工作会需要较低成本,所以这是目前西方主要国家所采取的儿童保护政策方向——预防重于治疗<sup>[9]</sup>。这些国家的法律要求为儿童和家庭提供支持和服务,缓解父母的亲职压力,有效防止父母加害和儿童受害。美国儿童福利制度的核心就是儿童虐待与忽视的处理与预防;家庭支持原则是英国儿童保护的四个基本原则之一,英国以提供家庭支持的方式增进预防性工作;芬兰及北欧早期干预的目标在于当事人、家庭及网络的充权,重视儿童与家庭的资源,并防止情况恶化<sup>[10]</sup>;澳大利亚有关儿童保护的国家框架(2009-2020)的一个重点就是注重预防措施<sup>[11]</sup>。可见,在美国、英国、澳大利亚、芬兰及北欧等西方主要国家,虐待儿童的刑法规制,实现了从惩罚式向预防式的转型。

从国内媒体报道的8个典型虐待儿童刑事案件看<sup>[5] 2-6</sup>,有3个涉及孩子偷钱,5个涉及父母对孩子学业不满意,1个涉及孩子怀疑有“毛病”。这表明,父母殴打孩子跟家庭贫困、环境恶劣、生存压力巨大有着密切的关系。对这些实质性的虐待行为,法院往往以父母一时情绪失控造成、不具有长期性为由,判处故意伤害罪、过失重伤罪或过失致人死亡罪。对这类案件究竟如何定罪量刑,有论者主张,当务之急是提高虐待罪的法定刑<sup>[5] 274</sup>。这是否能防止虐待儿童犯罪,可作进一步研讨,但这种研讨无益于挽回孩子的生命。或许该论

者的另一番阐释更值得深思:随着社会的发展,家庭结构的变化和竞争的加剧,中国家庭长期依靠自我支持是远远不够的,国家有必要制定更多支持和服务家庭的政策和措施,以减轻父母养育和管教孩子的压力,这是保护儿童免受虐待的根本。同时,国家也应该对有受虐风险或正在面对受虐危机的儿童进行保护,提供政策支持与服务,包括鼓励社会组织参与<sup>[5]277</sup>。

### (五) 分立与合作

对虐待儿童的刑法规制,关键环节是决定罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪的界限与衔接,但并非仅仅简单地对被告人、犯罪嫌疑人定罪量刑,还必须同时考虑早期对监护的干预以及后期对被告人监护权的剥夺、受虐儿童的安置等犯罪预防措施,实现二者有机统一,否则不能实质性解决虐待儿童的刑事案件,更无法维护儿童的最大利益。从刑法规制主体的角度,这就涉及司法机关之间,司法机关与儿童福利行政管理部、非政府组织(如安置机构)、寄养家庭与收养家庭、甚至个人(如强制报告者)等诸多利益相关者之间的分立与合作。分立是指各司其责,合作则意味着相互协调。西方主要国家注重各分立主体之间的合作。美国为了促进法院与儿童福利局等机构与个人的合作,开展了模范法院项目、法院改善项目、工具箱项目,并颁布了《加强处理儿童虐待忽视案件法院功能法案》。澳大利亚将跨部门合作机制通过实体机构和人员形成了落脚点,不仅仅是机制,而且是工作机制。政府通过签订合同的方式筛选出一批能够有效满足儿童和家庭需要的非政府机构,形成良性互动的发展。挪威的每个警察局至少有一名具有儿童福利工作经验的工作人员,负责警察局和儿童福利部门之间的协调,协调工作的目标人群为涉险儿童,实现了从机构外的合作到机构内的合作。挪威、瑞典还专为帮助遭受暴力和性侵害儿童受害人建立了跨部门合作机构——儿童友好型场所或儿童中心<sup>[11]131,180-181,199-202</sup>。

在中国,各分立主体还未走向实质性合作。有论者认为,中国刑事司法与对受虐儿童的安置分离的事实,很大程度上造成儿童深陷被严重虐待的刑事案件中,监护人资格被撤销者少之又少。这主要归因于法律规定不明确<sup>[11]51</sup>。但如对相关法律与司法解释作整体性解释,则会得出完全相反的结论。《民法通则》第18条规定,“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的”,“人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格”;《未成年人保护法》第53条进一步规定了“依法另行指定监护人”;至于“有关人员或者有关单位”的范围,最高人民法院关于贯彻执行民法通则的司法解释第20条进行了明确规定,就是《民法通则》16条规定的“其他有监护资格的人或者单位”(祖父母、外祖父母;兄、姐;其他亲属、朋友;居民委员会、村民委员会或者民政部门)。该《意见》第21条还规定,夫妻离婚后,对子女有虐待行为的一方,可取消其监护权。可见,刑事司法与对受虐儿童的安置分离,并不符合法律与司法解释的规定,二者相互分立同时合作衔接才是应有之义。实际上,监护人资格被撤销者“少之又少”,并不等于完全没有,关键仍在于相关组织与个人,是否以儿童最大利益为重,依法承担了预防虐待儿童犯罪的应有责任。

### 三、文化选择的超越

中西方国家对五个普遍性范畴的地方性回答,进一步证明了虐待儿童刑法规制的文化普遍性与相对性意蕴。而文化普遍性一旦上升为文化普遍主义,往往把一国文化强加于别国,走向“文化霸权”;文化相对性一旦上升为文化相对主义,就会否定任何的文化普遍性和进步性,走向“文化虚无”。在中国,文化普遍主义者往往误认西方文化具有普遍性,从而缺乏文化自信;文化相对主义者则固守文化自主性,从而缺乏文化自觉。中国要超越文化相对主义与普遍主义的误区,文化选择必须实现理论分析框架规范化、儿童利益最大化和规制体系和谐化。

#### (一) 根据:文化选择规范化

所谓文化选择规范化,是指文化选择须具有规范依据。这里的规范,首先不是各国自己的法律规范,只能为各国共同签署、加入或批准的国际公约——《儿童权利公约》——全世界签署、加入或批准国家最多的国际公约。中国虐待儿童刑法规制的文化选择必须以《儿童权利公约》为规范根据,否则容易走向文化误区。

#### 1. 文化选择框架具有公约依据

刑法规制文化选择的理论框架,即各国对五个普遍性范畴的地方性回答,符合《儿童权利公约》的“多元规制”模式。“多元主义”是为了对抗霸权主义的风险,承认各国传统的多样性;“规制”则是围绕共同的指导原则组织一个合成体系,以同时避免分裂和不连贯<sup>[12]</sup>。这五对普遍性范畴都能找到直接法律根据,其中“理

念与政策”直接来源于《儿童权利公约》第18条的规定,“类型与内涵”、“立法与司法”、“惩罚与预防”、“分立与合作”等四对范畴均直接来源于《儿童权利公约》第19条的规定。贯穿这五对普遍性范畴的“儿童利益最大化原则”,其直接法律根据为《儿童权利公约》第3条第1项的规定,同时《儿童权利公约》第9条、第18条、第20条、第21条等予以具体规定<sup>②</sup>。“地方性回答”在《儿童权利公约》中也有充分体现,比如“序言”要求考虑“民族的传统与文化价值”,近30处要求各缔约国采取适当的措施(何为“适当”,则主要由各国具体判定)等等。可见,上述文化选择理论框架的实质,旨在实现《儿童权利公约》视域下文化普遍性与文化相对性的有机结合。

## 2. 文化选择误区不符公约规定

文化选择的误区根源于把《儿童权利公约》的普遍性与各国的相对性相互对立,从而违反了《儿童权利公约》规定的精神。一是缺乏文化自信,要么不见《儿童权利公约》,把文化普遍性直接等同于西方文化的普遍主义,因而奉行法律移植主义,如有论者主张增设虐待儿童罪的重要理由,就是西方国家有类似的普遍性规定<sup>[13]</sup>,尽管事实并非如此。正如有论者指出,在世界性的刑法改革面前,简单的拿来主义是行不通的——在这么多的选择性面前,你拿哪一个?假定你有确定选择,在这个选择的对象本身发生变化的时候,又该怎么办呢?那样,刑法对社会的保障作用,就成为刑法对一种以别的社会条件为服务对象的理念的依附作用了,自己独立的思维方式也完全谈不上<sup>[14]</sup>。要么把《儿童权利公约》的普遍性规定视为西方国家的具体规定,比如在虐待儿童的行为类型上,不是根据《儿童权利公约》的普遍规定而是从西方的具体规定探讨中国的文化适应性问题<sup>[5][40]</sup>,甚至从《儿童权利公约》中看到了西方文化的霸权主义<sup>[12]</sup>。事实上,中国积极参与了《儿童权利公约》的起草,是最终决议草案的共同提案国之一,而西方的美国却没有加入《儿童权利公约》。西方国家的具体规定被纳入了《儿童权利公约》,也就成了成员国共同赞同《儿童权利公约》的普遍性规定。二是缺乏文化反思与文化自觉,以文化相对主义为名,对虐待儿童的犯罪行为辩护,如普遍存在“因爱而害”——出于疼爱、保护与教育的良好动机却侵犯了儿童的合法权益<sup>[15]</sup>。实际上,中国对《儿童权利公约》最大限度地保护儿童权益的宗旨一直是赞同的,而且它的主要内容与基本精神与中国的相关法律政策相符<sup>[16]</sup>。关键是,经过全国人大常委会1991年12月29日的批准,《儿童权利公约》对中国具有法律效力,除了计划生育条款(有论者主张予以废除<sup>[17]</sup>)有所保留外,中国必须履行相应的法律义务。所以,“因爱而害”不仅违反中国法律规定,更是对《儿童权利公约》普遍原则的背离。

### (二) 原则:儿童利益最大化

#### 1. 儿童利益最大化的首要性

既然《儿童权利公约》第3条第1款规定了儿童利益最大化原则在立法、司法与行政中的首要地位,虐待儿童的刑法规制就当以此为首要原则。对于这个原则,《儿童权利公约》深化了《儿童权利宣言》的规定,但并未予以重新定义。因此,该原则仍可界定为,儿童“在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下,得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展”,“获得各种机会与便利”。《儿童权利公约》第9条第1款、第3款,第18条第1款,第20条第1款,第21条(a)项进一步明确,父母应以儿童的最大利益为主要职责,虐待儿童不是儿童利益的最大化;同时,儿童与原生家庭一起而不被带离父母,符合儿童利益的最大化。因此,将受虐儿童带离父母是最后选择;即使带离,也必须考虑家庭的维系和重聚。根据上述规定,对虐待儿童的行为,一方面,当民事的、行政的法律措施足以制止时,不能运用刑法(罚)措施,这不仅基于虐待儿童行为的性质与社会危害性,也基于刑罚一旦被运用,将儿童带离原生家庭,未必符合儿童利益的最大化;另一方面,当民事的、行政的法律措施已经不足以制止时,又必须运用刑罚措施。这时,将虐待儿童行为归因于“文化程度低”、“教育方法不当”以及“因爱而害”等辩护意见,由于违背了儿童利益最大化原则,不应予以采纳,但刑罚的轻重及其执行方式必须考虑家庭的维系与重聚,比如,将悔罪态度作为酌定情节,把定罪量刑与儿童安置有机结合,尽可能地适用缓刑,等等。

#### 2. 儿童利益最大化的实践性

“徒法不足以自行”。由于儿童利益最大化原则具有高度的不确定性,往往沦为空洞的口号。关键在于,在虐待儿童刑法规制的具体环节,无论刑事立法与司法,还是犯罪惩罚与预防,都应全面实施这个原则。

<sup>②</sup>第40条“儿童的最大利益”的规定,属于“少年司法”范畴,不在本文探讨之列。

西方主要国家,比如美国、澳大利亚、挪威、瑞典等,已经构建了对于这个原则的比较完整的实施体系。在中国,《中国儿童发展纲要(2001-2010年)》的“儿童优先”原则,是中国对“儿童利益最大化”原则的最早回应与扩大理解,而《中国儿童发展纲要(2011-2020年)》则同时规定了这两个原则。因而进一步争论这两个原则之间的异同<sup>[18]</sup>,不仅没有实质性意义,而且显得不合时宜。按照《儿童权利公约》的多元规制模式,具有中国特色的未成年人权利法律保护体系已经形成<sup>[19]</sup>,真正的问题是,相关部门如何根据儿童利益最大化原则实施这个体系。有论者认为,相关部门并不是从这个原则出发,只看眼前职责,只要完成任务,不出事,顺利由其他部门接手就可以<sup>[11]66</sup>。从整体上、实质上观察,这些部门并未履行法律的职责。对此,前文已经就刑法规制中的监护权剥夺问题指出过一点。而改变现状的根本路径,是刑法规制的相关利益主体做“应做的事”,朝法律规定的目标前行,将“纸上的法律”变成“行动中的法律”。

### (三) 路径: 规制体系和谐化

作为未成年人法律保障体系的子系统,虐待儿童刑法规制体系是一个多元规制体系,它一方面承认《儿童权利公约》的共同原则与一致规定,即文化普遍性,另一方面又体现中国特色,即文化相对性。《儿童权利公约》代表了各国共同的法律立场,是推动法律和谐化的重要力量;并且它已经中国批准,具有法律约束力,又是法律和谐化的硬性机制<sup>[20]</sup>。只有从以下四个方面转变入手,才能实现中国刑法规制体系与《儿童权利公约》和谐,超越文化不自觉与不自信的误区。

#### 1. 从类型向内涵转变

中国虐待儿童行为类型与《儿童权利公约》以及后来世界卫生组织《虐待儿童预防咨询报告》,实际上也是西方部分国家法律政策所规定的四种基本类型,在名称上、形式上不尽相同。这就有两种不同的文化选择:究竟求得名称上、形式上的一致还是实质内涵的和谐。前者往往以中国法律在名称上与《儿童权利公约》甚至与西方部分国家的不一致为由,而主张修改中国的法律名称,比如增设虐待儿童罪;后者则认为尽管行为类型的名称迥异,但可以作出实质内涵和谐的解释。我们赞成后一种主张,是因为与《儿童权利公约》规定的虐待儿童四种行为类型对应的中国刑法罪名体系,除了名称直接相符的虐待罪(第260条)以外,实质内涵一致的还应包括,身体虐待:故意伤害罪(第234条),虐待被监管人罪(第248条);精神虐待:非法拘禁罪(第238条),绑架罪(第239条),拐卖妇女、儿童罪(第240条),强迫职工劳动罪(第244条),雇佣童工从事危重劳动罪(第244条之一),侮辱罪(第246条),暴力干涉婚姻自由罪(第257条),拐骗儿童罪(第262条),组织未成年人乞讨罪(第262条之一)、组织未成年人进行违反治安管理活动罪(第262条之二),贩卖毒品罪(第347条),引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪和强迫他人吸毒罪(第352条),容留他人吸毒罪(第354条),非法提供麻醉药品、精神药品罪(第355条);性虐待:强奸罪(奸淫幼女)(第236条),强制猥亵、侮辱妇女罪,猥亵儿童罪(第237条),聚众淫乱罪和引诱未成年人聚众淫乱罪(第301条),组织卖淫罪和强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪(第358条)和引诱、容留、介绍卖淫罪和引诱幼女卖淫罪(第359条),传播性病罪和嫖宿幼女罪(第360条),制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪(第363条),传播淫秽物品罪和组织播放淫秽音像制品罪(第364条),组织淫秽表演罪(第365条);忽视行为:遗弃罪(第261条)。至于有论者主张,对虐待儿童的行为,用虐待罪、故意伤害罪、侮辱罪、猥亵儿童罪已经足以加以规制<sup>[21]</sup>,这同样未从中国刑法规制体系与《儿童权利公约》的实质性和谐出发。所以,实现从类型向内涵的转变是非常必要的。

#### 2. 从立法向司法转变

社会各界动辄修改刑法的呼吁,有论者称之为“刑事立法狂躁症”的反映<sup>[22]</sup>。刑事立法狂躁症实质上就是“刑事立法崇拜”、“刑事立法万能”。与大陆法系理性主义者的哲学根基不同,中国社会公众往往表现为非理性主义的盲从,法律专业人士则怀揣立法者的梦想,高举法律移植主义的大旗。他们拘泥于刑法的某个条文而不放宽视野,强调概念的“有效性”,而非罪名的实际功用。超越这些文化选择的误区,首先从法理上,虐待儿童的刑法规制体系,并非指刑法分则的个别罪名,它作为体系不仅包括刑法分则和总则,而且涉及整个儿童保护的法律法规体系,是国家法律与党内法规,硬法与软法,刑事责任、行政责任、民事责任与纪律责任的有机衔接。其次从规则上,《儿童权利公约》保护儿童权利、防止虐待儿童,强调立法、行政、教育和社会措施的综合运用,适当时进行司法干预。所以,“刑事立法万能”并不符合《儿童权利公约》规定的精神。最后从实践上,根据《儿童权利公约》的规定精神,全国人大常委会对《未成年人保护法》作了71%的修改<sup>[17]11</sup>,国务院制定了《中国儿童发展纲要(2011-2020年)》,进一步完善了虐待儿童的刑事立法规制体系。

但无论虐待儿童的刑事立法如何修改,它们的实际意义只能存在于具体案件之中,而这些又必须通过法官加以运用才能确定<sup>[23]</sup>。因此,当务之急是以儿童利益最大化为适用原则,以主客观要件统一为适用标准,以比较类推为适用过程,以目的一体系解释为适用方法,发展刑法适用的解释技术,把虐待儿童的刑事立法规制体系转化为刑事司法规制体系。

### 3. 从惩罚向预防转变

与“刑事立法崇拜”对应的是“重刑崇拜”,提高虐待罪的法定刑,严惩施虐父母,可谓这种崇拜的典型。首先,实践中某些实质性的虐待儿童行为处以故意伤害罪、故意杀人罪、过失重伤罪、过失致人死亡罪,是基于主观罪过内容的不同(究竟故意或过失地造成被害人伤害、死亡还是故意地对被害人进行肉体与精神上的折磨、摧残),而与虐待罪的法定刑高低没有直接关系。其次,从法理上,这种主张不符合刑法的不得已原则,即刑法只有在其他制裁措施(行政处罚、民事处罚以及纪律处分)无法有效防止虐待儿童行为时,才作为最后手段予以启用;即使适用刑罚,既不在于枉,也不在于纵,而在于罪刑相适应。必要而精确的刑法,绝不是重刑主义的产物,其本身恰恰就是遏制重刑主义的有效手段<sup>[24]</sup>。最后,从实际效果看,一方面提高虐待罪的法定刑,会带来它与故意伤害罪、故意杀人罪、过失重伤罪、过失致人死亡罪法定刑的不协调;另一方面,更重要的是,刑罚越重,对父母子女的感情伤害可能越深,这并不符合儿童利益最大化的首要原则。最后,从规范层面看,《儿童权利公约》第19条规定的“司法干预的适当性原则”,完全排斥了重刑崇拜主义,明确强调了三级犯罪预防的优先地位:初级预防服务目的在于阻止儿虐事件的发生,可透过儿保观念的宣导方式,从事积极性的预防宣传教育工作;次级预防是藉由责任通报系统与紧急安置,帮助不幸受害儿童及施虐者;第三级预防则是经由安置、治疗及追踪,让家庭功能得以重建,使伤害状况不会再发生<sup>[10]16</sup>。所以,从惩罚到预防的转变,乃题中应有之义。

### 4. 从分立向合作转变

根据《儿童权利公约》第3条、第19条的规定,涉及虐待儿童案件的相关利益主体尽管各司其职,但应该相互合作,这是实现儿童利益最大化的必然要求。目前,中国各利益相关者要从分立走向合作,首先,建立刑事处罚与其他处罚(行政处罚、民事处罚、纪律处罚)的实体衔接机制,其目的是防止“以刑代罚”、“以罚代刑”、“只刑不罚”等错误倾向,这涉及到前文论及的刑法适用原则、适用规则、适用标准、适用过程与适用方法。在此基础上,从程序上完善案件处理的信息共享机制、案件移送机制和联席会议机制。其次,建立案件的发现、处理与受虐儿童安置的衔接机制,这是中国儿童保护最为薄弱的环节,使得受虐儿童重伤或死亡之时,虐待儿童案件才被发现,案件处理中受虐儿童的安置面临严重困境。解决问题的切入点在于,建立虐待儿童的强制报告制度,将虐待儿童刑事案件由自诉案件解释为公诉案件,建立儿童安置跨专业多部门合作的协调配合机制。最后,以上机制的建立或完善,只是对相关法律法规规章的实施,因而并非无法可依,而是做还是不做,这就是文化选择。超越抱怨制度缺陷而无所作为,突破点在于按照《儿童权利公约》儿童利益最大化的普遍原则,树立合作的意识,即在合作基础上承担自己的应有责任。从上海为破解儿童家暴面临的发现难、起诉难、救助难,建立受虐儿童强制报告制度,探索建立困境儿童照顾的社会化运作机构<sup>[25]</sup>;从《新闻1+1》的节目里,贵州省律师协会未成年人保护专业委员会主任陈会琪积极与政府协调,推动撤销其父亲的监护权,以及乡养老院为其物色收养家庭<sup>[26]</sup>,可以管窥基于儿童利益最大化而相互合作的文化超越。

### 参考文献:

- [1] 罗纳德·德沃金. 认真对待人权[M]. 朱伟一,译. 桂林:广西师范大学出版社,2003:25.
- [2] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈. 一般法理学:以法律与社会关系为视角[M]. 郑海平,译. 北京:中国政法大学出版社,2012:1-4.
- [3] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理(注评版)[M]. 陈忠林,译评. 北京:中国人民大学出版社,2004:7.
- [4] 戴维·波普诺. 社会学[M]. 李强,译. 北京:中国人民大学出版社,2007:90.
- [5] 乔东平. 虐待儿童:全球性问题的中国式诠释[M]. 北京:社会科学文献出版社,2012:55.
- [6] 要露滋. 父亲打死亲生儿子受审,称打儿子是因太爱他[EB/OL]. 华商报. (2010-11-19). [2013-8-17]. <http://pic.people.com.cn/GB/31655/13260031.html>.
- [7] 余汉仪. 虐待儿童——现象检视与问题反思[M]. 台北:巨流图书公司,1995:261.

- [8] 谢晖,陈金钊. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社,2005:50-58.
- [9] 王美恩. 儿童保护的未來展望[C]//台北:中华救助总会. 社会福利论坛:儿童虐待与保护. [出版地不详],2006:121.
- [10] 李瑞金. 儿童保护工作——他山之石[C]//台北:中华救助总会. 社会福利论坛:儿童虐待与保护. [出版地不详],2006:15-19.
- [11] 韩晶晶. 儿童福利制度比较研究[M]. 北京:法律出版社,2012:176.
- [12] 米海依尔·戴尔马斯—马蒂. 世界法的三个挑战[M]. 罗结珍,译. 北京:法律出版社,2001:5.
- [13] 李吉斌. 虐童事件频发引起社会强烈关注,专家建议适当扩大虐待罪主体适用范围[N]. 法制日报,2012-11-20(3).
- [14] 乔治·P. 弗莱彻. 刑法的基本概念[M]. 王世洲,主译. 北京:中国政法大学出版社,2004:2-3.
- [15] 冯晓霞. 家长的教育观念与儿童权利保护——中国家庭中的儿童权利保护问题[J]. 学前教育研究,1996(3):22.
- [16] 李鹏:国务院关于提请审议批准《儿童权利公约》的议案(国函[1991]78号)[R]. 中华人民共和国国务院公报,1991(46).
- [17] 王雪梅. 从《儿童权利公约》的视角看中国儿童保护立法[J]. 当代青年研究,2007(10):12.
- [18] 王雪梅. 儿童权利保护的“最大利益原则”研究(上)[J]. 环球法律评论,2002(冬季号):493-498.
- [19] 王雪梅. 儿童权利保护的“最大利益原则”研究(下)[J]. 环球法律评论,2003(春季号):115.
- [20] 乌尔里希·齐白. 全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换[M]. 周遵友,译. 北京:中国法制出版社,2012:134,153.
- [21] 任海涛. 虐童行为的刑法理论分析——兼论“虐童罪”不宜成为独立罪名[J]. 青少年犯罪问题,2013(2):20-25.
- [22] 刘宪权. 刑事法治视域下处理虐童行为的应然路径[J]. 青少年犯罪问题,2013(1):11.
- [23] 约翰·亨利·梅利曼. 大陆法系[M]. 顾培东,译. 北京:法律出版社,2004:63.
- [24] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第二卷)[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2013:3.
- [25] 周信伟. 儿童家暴面临发现难、起诉难、救助难[N]. 上海法治报,2013-5-29(A03).
- [26] 依法给孩子一个更安全的童年! [EB/OL]. (2013-7-25). [2013-8-17]. <http://news.cntv.cn/2013/07/25/VI-DE1374707161426377.shtml>.

## On the Cultural Choice to the Criminal Regulation of the Child Abuse

DENG Duowen<sup>1,2</sup>

(1. Chongqing University of Arts and Sciences, Chongqing 402160, P. R. China;

2. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

**Abstract:** Criminal regulation of child abuse is local answers to five general categories, thus having relative and universal cultural implication. Only in accordance with “Convention on the Rights of the Child”, and in light of the normalization of cultural choice, the best interests of the child, the harmony of regulation system, can China transcend the misunderstanding of cultural choice that is not confident and conscious.

**Key words:** child abuse; criminal regulation; cultural choice; “Convention on the Rights of the Child”

(责任编辑 彭建国)