

# 虐童的刑法规制及儿童福利体系的构建

李本灿

(南京大学法学院, 江苏南京, 210093)

**摘要:** 基于虐童现象的普遍性以及后果的严重性, 虐童行为的规制成为必要, 但方式应该是通过立法, 而非司法。对于实践中以司法方式实现虐童入罪的做法, 应当摒弃, 并肃清其背后的理念、逻辑。虐童入罪固然必要, 但是问题的解决更应该走向刑法之外, 通过儿童保护及福利体系的建立, 从根本上减少虐童现象的发生。

**关键词:** 虐童; 寻衅滋事; 刑法机能; 儿童福利体系

**中图分类号:** D917.6

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2013)06-0114-06

## 一、虐童行为规制的必要性及目前的立法缺陷

上世纪初就有儿童健康作家及政策制定者预言, 20世纪是儿童的天下。如其所言, 在过去的一个世纪, 儿童期被作为一个特殊的阶段, 在理念及学术研究中给予了特别的强调。这种理念集中体现在将儿童期视为一个从属性的、需要特殊保护的阶段。但是当20世纪行将结束之时, 我们发现这种理念并未得到彻底的贯彻, 儿童健康学者及媒体一直在强调儿童的脆弱性, 强调因为儿童保护系统自身原因而引起的虐童行为的显著增加。虐童报告数据在近七年来保持稳定。1997年, CPS(Child Protective Services)就收到大约3 195 000个虐童报告, 1998年虽略有下降, 但也达到3 154 000个<sup>①</sup>。2010年揭发的多起虐童案牵动着德国媒体及公众的神经。为此, 德国时任总理默克尔专门召开圆桌会议讨论这些虐童现象, 并成立了专门调查小组, 由曾任德国家庭部长的贝克曼担任专员。调查工作历时一年, 收集了大量数据, 结果显示, 大约5%的男童及14%的女童遭受过严重的虐待。<sup>[1]</sup>据日本厚生劳动省调查, 2008~2010年, 每一年日本各地关于虐童的咨询受理案件都有4万多起, 而2011年度该数据陡增至55 154起, 其中身体虐待占21 133起, 性虐待1 349起。<sup>[2]</sup>目前, 中国官方的相关报告并不为人知, 但问题的严重性从连续的个案已经初见端倪。

因为儿童大脑的可塑性远强于成人, 所以早年

的伤害事件将对其生理系统产生深远影响, 其中包括对神经传递系统、神经内分泌系统以及免疫系统的影响。为证明这种持续作用的存在, 有学者通过对受虐儿童及有受虐经历的成人进行了一系列的生理及心理测验, 结果显示, 两组被试群体在神经传递系统及神经内分泌系统呈现同样的畸形。<sup>[3]</sup>另外有研究显示, 受虐儿童在认知、语言、运动神经以及社交机能等方面都出现了发育迟缓。<sup>[4]</sup>30%的受虐儿童具有语言或者认知障碍, 超过50%的受虐儿童出现学业困难, 主要表现为经常性缺课及其他不守规矩的行为, 22%的受虐儿童存在学习障碍, 25%受虐儿童需要特殊辅导。包括抑郁、自杀倾向、自损行为、性行为异常以及犯罪行为在内的精神病学症状都与早年心理创伤有一定关联。有被虐经历的儿童犯罪率是没有受虐经历儿童的1.8倍, 有被虐经历的成年人是一般成年人犯罪率的1.5倍。研究结果还显示, 有受虐经历的少年犯成年后再犯的比例占71%。<sup>[5]</sup>20%有受虐经历的父母会产生虐童行为, 75%儿童性虐待实施者自称自己也有被性虐待的经历。<sup>[6]</sup>这些数据清楚地表明, 有受虐经历者更容易对后代施暴, 从而形成暴力的循环或者接续。

从以上分析可以看出, 儿童保护具有显著必要性。实际上, 各国也都建立了儿童保护的法律法规及福利措施。例如, 美国1974年颁行的《Child Abuse Prevention and Treatment Act》, 对虐童进行了专门规定, 其后历经修改, 形成了对儿童权益的系统保障。我国《宪法》《民法通则》《未成年人保护法》等均有

收稿日期: 2013-03-25; 修回日期: 2013-05-21

基金项目: 国家留学基金资助项目

作者简介: 李本灿(1987-), 男, 河南新乡人, 南京大学与德国马克斯普朗克外国与国际刑法研究所联合培养博士生, 主要研究方向: 刑法学。

相关条款保护儿童的健康成长，但是法律体系之间并没有很好的衔接。例如《未成年人保护法》第15条规定：学校、幼儿园的教职员应当尊重未成年人的人格尊严，不得对未成年学生和儿童实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为。基于以上规定，如有违反，当然可以依据侵权行为理论以及行政法规的相关规定追究行为人的民事、行政责任。但是，如果出现浙江温岭似的虐童案，民事及行政责任显然难以担当起保护儿童的大任，而刑事法没有相关规定，责任缺乏层次性，刑责难以相称。即使通过法律解释方法，如浙江警方那样给行为人扣上诸如寻衅滋事的罪名，也是以法治的牺牲为代价，得不偿失。

## 二、现行规制路径的法理评析

### （一）寻衅滋事罪是否适用虐童

寻衅滋事罪是从1979年《刑法》第160条规定的流氓罪中分离出来的一个罪名。从体例安排上看属于扰乱公共秩序的犯罪，具体表现为在公共场所无事生非、起哄闹事，随意殴打他人，追逐、拦截、辱骂他人，强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，破坏公共秩序，情节恶劣或者情节严重的行为。对于何为公共秩序，十分抽象，不利于对构成要件的解释，也有损罪刑法定原则的贯彻，因此需要结合具体的行为方式考察具体法益。联系“破坏社会秩序”的规定来考虑“随意殴打他人”所要保护的法益，应是社会一般交往中的个人的身体安全，或者说与公共秩序相关联的个人的身体安全。否则，难以说明寻衅滋事罪在刑法分则中的顺序与地位。正因为如此，行为人随意殴打家庭成员的，或者基于特殊原因殴打特定个人的，没有侵犯该法益，不可能成立寻衅滋事罪。同样，禁止“追逐、拦截、辱骂他人”的规定所欲保护的法益，也应是一般人在公共生活、公共活动的行动自由与名誉，也可以说是与公共秩序相关联的行动自由与名誉。<sup>[7]</sup>对于发生在幼儿园中的殴打、侮辱、辱骂儿童的行为当然侵犯人身权益，但单单人身权益不足以产生比故意伤害(轻伤)更重的刑罚，<sup>②</sup>寻衅滋事的认定，除人身权益的损害之外，尚需有公共秩序之法益的受损，系列虐童案是否具备该要素？即幼儿园是否属于公共场所？对于公共场所，刑法并未明确定义，但在多部行政法规中均有公共场所的定义。如《公共场所卫生管理条例》对公共场所定义采取了列举的方式，包括宾馆、商场、剧院、体育场、车站、公共交通工具等。无论从法体系解释，还是从一般性认知，幼儿

园显然不属于公共场所。所以，对于浙江警方的做法，才会有众多的非议。

### （二）虐童治罪的深层逻辑

虽然制度层面的罪刑法定原则在新刑法中得以确立，但其司法化不尽人意。每当个案引起民愤而无法无明文规定之时，刑事司法的车轮将会不顾一切地前行。这仍是唯社会危害性论思维的余绪，也反应了刑法保护机能对保障机能的过分挤兑，更是司法缺乏独立品格，对民众过分卑微的表现。

#### 1. 危害理论的反思

“什么是犯罪？按照涂尔干的说法，犯罪就是对强烈而又明确的集体意识的违反；刑法的主导地位必须以这样的条件为前提：具有一种非常清晰的集体意识，存在为社会成员所共同拥有的信仰和情感；惩罚首先是对违法行为的一种情感反应，因此，犯罪乃是每个社会成员共同谴责的行为。”<sup>[8]</sup>周安平教授作为一个非部门法学者对犯罪概念的体察可谓高屋建瓴，但这仅仅是犯罪的社会属性，规范意义上的犯罪概念应该是社会属性与法律属性的统一。仅仅从社会危害性自身是不能解决犯罪质的规定性的，社会危害性只是犯罪的社会属性，并非犯罪唯一的本质属性，只要承认罪刑法定原则，就必须承认犯罪概念的法律属性即依法应受惩罚性是犯罪的本质属性。社会危害性和依法应受刑罚惩罚性是决定犯罪这一事物的不可分的两个属性。<sup>[9]</sup>这一点在费尔巴哈和密尔的权利侵害理论中已有体现，规范和利益有机结合，罪与非罪的判断不再是单纯的实证范畴，而开始具有规范的意涵。作为规范的术语，权利范畴为危害的内涵划定了明确的界限，没有侵犯个体权利的利益妨碍，都不构成危害。<sup>[10]</sup>

从危害性原则本初意义讲，它是诠释政治自由主义的工具，将刑法与单纯伦理规范区别开来，它是刑法实施的必要非充分条件，决定刑法的非罪化而非相反。现代刑法理论源于启蒙时代，并从启蒙思想家那里汲取了丰富的营养，形成了“个人-国家”的二元对立模式，强调用权利限制权力，而社会危害性理论正是国家刑罚干预的正当化根据。但是风险社会的语境下，个人对国家的对立模式发生转型，国家为了行“家长”之责，更加强调刑法防止危害目的的实现，此时的社会危害性理论的内涵及功能也在悄悄地转型。具体表现为危害的危险化和泛道德主义，从而，危害失去了权利的束缚，内容显得空泛，从而“性羞耻心”“社会良风美俗”堂而皇之地成为危害对象，甚至对“德意志民族精神及血统的纯正”的侵犯都被当作危害。通过内涵的扩展，危害性原则失去了规范的

功能。此时我们可以看到,个体自由的保障越来越让位于危险的控制,法的工具属性也演变为目的本身。

以上所述危害理论的内涵及功能流变是在风险社会的语境下发生的,但是近期学界也有对风险理论的反思,风险、风险社会、风险刑法都有待反思。<sup>③</sup>虽然风险总是与人类并存,可不同时代不同社群的客观风险、风险感受以及规避手段千差万别。虽然中国社会发展相当迅速,但无论是经济发展格局、社会控制模式,还是文化思想流变,呈现出的是前现代、现代以及后现代的混杂交错模式,与西方社会差异很大,对西方的“风险”与“风险社会”理论只能选择适用。也有学者提出,贝克等社会学家的风险理论的部分主张在西方社会里也常被质疑,并未得到公认;风险社会理论也主要体现以西方国家为主导的时代特征,东方世界常扮演边缘化角色,对西方的经验和理论,中国并不能全面照搬,只能选择适用。<sup>④</sup>即使在风险社会语境下,我国也有学者提出“风险刑法理论不应动摇刑法谦抑主义”的命题。<sup>[11]</sup>

## 2. 刑法机能的抉择

所谓刑法的机能,同意于刑法的功能、刑法的目的。在日本法中并无类似于我国刑法第二条刑法的任务的规定。机能理论只是从法理论上进行研究的一个范畴,主要分为规制机能和维持社会秩序机能,其中,维持社会秩序机能又可分为保护法益机能和保障人权机能。<sup>[12]</sup>我国有学者借鉴日本理论的分类法,认为刑法具有规制、保护和保障三种机能。<sup>[13]</sup>但也有学者认为,刑法的机能是法益保护与人权保障,行为规制机能基本上只是法益保护机能的反射效果。<sup>[14]</sup>对于两者的关系,该学者进一步提出需要进行协调。至于哪个处于主导地位,存在观念上的分歧。陈兴良教授从计划经济体制向市场经济转型的角度提出,刑法的机能应当从社会保护机能向人权保障机能倾斜,加重法的人权蕴涵。<sup>[15]</sup>当然,也有学者提出反对意见,认为社会形势严峻,刑法更应注重社会保护机能的实现。“对于刑法功能的价值观点是,兼顾保护功能与保障功能,在协调平衡的前提下,价值序列的排列应该是刑法保护功能优先。”<sup>[16]</sup>刑事法理念作为一种上层建筑,受制于社会基础,这种分析方法是相左观点双方的共同之处,重要的不在于孰是孰非,而是是否能够与时代相契合。中国长期的封建君主专制时代,出于对以君权为代表的宗法社会的维护,刑法的保护机能为首要、唯一价值。现代权利观念受到社会根深蒂固的压制尚未萌发。新中国成立后,由于特殊的政治、军事环境以及传统文化的惯性作用,刑法机能观仍是单纯的保护主义。随着经济的开放,法制的完善,这种局面理

应得到改观。因为“随着经济全球化、市场化的发展,当今世界各国在政治、经济、文化、法律等领域的相互交流与协商、相互借鉴与吸收、相互依赖与合作大大加强,刑法国际化的发展趋势将更加强劲。我国作为法治后发型国家,刑法现代化的必要途径之一就是刑法的国际化。刑法国际化,不仅需要制度层面上刑法规范的国际化,还需要精神层面上刑法理念的国际化”。<sup>[17]</sup>

从现实的角度看,实际上我们已经为此付出了巨大的代价。笔者此处并无意讨论严打的是非曲直,但刑法万能主义的幻想已经破灭。痛定思痛,应该是国家对民众负责任的一种态度,如果方向错误,那么结果只能是南辕北辙。

## 3. 民意的理性对待

通过对近年,尤其是网络普及之后的典型案例以及立法进程的观察不难发现,其逻辑顺序是这样的:个案出现—民情激愤—司法介入。司法介入的提法也许并不科学,但它的主要意思是通过解释的方法对个案进行“合适”的处理,或者直接因为个案推动立法进程。醉驾入刑就是一个典型个例。首先要说明的是,笔者并不是对诸如危险驾驶罪这样的刑法规范本身存在异议,我们讨论的是方法问题。对于涉及公民重大人身自由的刑事法规应当慎之又慎,立法之前应该经过科学的论证,保证立法质量。刑事司法同样如此,个人不应成为工具,而应该是目的本身。但是反观我们的立法和司法,大有头疼医头脚疼医脚和扣帽子的嫌疑。这样贸然行事的结果也许迎合了民众而出现一片叫好之声,但代价却是巨大的。当然,笔者并非鼓吹放弃民主,恰恰是因为要民主,所以才要理性对待,否则会辜负民众真实的期待。这里涉及一个问题——民意问题。可以清晰地看到,民意对司法和立法产生了重要影响,尤其是对刑事司法,舆论审判蔚然成风,此时我们有必要进行反思。民意的“民”应当是广义的人民,绝对不能等同于少数的民众。我们通常认为,立法的基础是民主主义,当然,由于时代的发展,古罗马式的直接民主已经不具有现实基础,各领域专业化的分工也决定了不可能所有民众都参与其中,此时就产生了代议制民主。我们把权利托付给某些专业人员,比如法学学者,他们的意愿也就代表了民众。从这个意义上讲,虽然立法多由学者起草,但经过代议制机构通过,也就代表了最广大人民的意愿,相对于少数民众更具代表性,所以我们的司法包括立法不能因为少数人的声音而盲目迎合。另外,关于民意,有一个民意怎么搜集、谁代表民意的问题。以死刑民意为例,就笔者所知,新浪网曾经做过民意调查、西北

政法大学贾宇校长以该校部分学生为样本进行过调查，可能得出的数据与真实的民意相关，但是这种搜集方式显然存在问题，比如样本的选择问题等。所以对于民意我们要以一个理性的眼光来看待，绝对不能盲从。

回到虐童案本身，民众固然有权对虐童女幼师进行评价甚至是道德谴责，但是墙倒众人推鼓破众人捶地乱拳齐发，显然非理性之举。虐童事件最好的落幕方式无疑是当事人在现行法制范畴内被公正处罚。<sup>[18]</sup>

### 三、虐童问题的解决—刑法之内与刑法之外

#### (一) 刑法之内—虐童罪的立法

国外对虐童行为的解决，从立法模式上看，存在三种立法例：一个是“单行法模式”，即通过专门的儿童虐待防治法规制相关行为。如英国1933年《少年儿童法》第1条规定，没有理由被解释为任何家长、教师或者其他合法监护人有权体罚少年儿童，而且还特别规定，恶意虐待、威胁16岁以下的人，则构成犯罪。<sup>[19]</sup>美国1974年《儿童虐待预防和处法案》历经数次修改和补充，形成了美国现行儿童保护法律体系<sup>[20]</sup>。另一个是“法典模式”。例如我国台湾地区刑法第286条规定的“妨害自然发育罪”。“本罪之实行行为为凌虐，即凌辱、虐待。父母、教师等基于教育目的有一定惩戒权，但有一定限度，不得超过一定范围，是否超过必要范围，则视其是否违反社会相当性而定，亦即是否为社会健全之一般观念所容许，如为通常社会观念所无法容许，则已超过限度而可能属于凌虐。”<sup>[21]</sup>对于虐童行为，台湾刑法虽有明文规定，但是也存在问题。如，妨害自然发育罪本身是一个结果犯，必须具有结果才能治罪，若未成伤，也未妨害正常发育，则根本无适用之可能。德国刑法第225条规定了“虐待被保护人罪”，也属于该类立法模式。第三种模式以菲律宾刑法为典型。如菲律宾刑法典第266条轻微伤害和虐待罪规定“没有丧失劳动能力也不需要护理的，处以短期禁闭或者不超过20比索的罚金和谴责；虐待但没有造成伤害的，处以短期禁闭或者不超过50比索的罚金”。同时，1992年菲律宾《儿童虐待防治法案》第六章第十部分中也专门规定了除儿童剥削、歧视，强迫儿童卖淫、儿童性虐待，买卖儿童，强迫儿童淫秽表演之外的“其他方式的虐童”行为。<sup>⑤</sup>对于这里的“其他方式”的理解，从菲律宾实务看，教师虐童包括在其中。<sup>[22]</sup>

我国在系列虐童案曝光之后，虐童入罪的声音再

次被唤起，有人称“虐童罪该入刑了”<sup>[23]</sup>；另外一种声音认为应当通过对“虐待罪”主体要件的修改，放宽虐待罪的适用范围，不再将虐待罪仅仅限定于家庭成员之间发生的虐待行为，而应将虐待罪定义为发生在具有紧密的权利义务关系成员之间的虐待行为，同时将虐待儿童行为列为单独款项，并将该款项的犯罪形态改为行为犯以增加刑罚的严厉程度。<sup>[24]</sup>

从理论上讲，儿童保护宜设法律，就儿童保护的基本原则、主管机构、虐童行为及责任以及儿童福利制度等问题专门规定，形成儿童保护体系。但基于我国单行的刑事立法体例，这样的设想暂时难以实现，务实的做法是在刑法典中就相关条文进行部分修补，以适应社会形势。具体讲，笔者认为，“虐童罪”入刑的方式不具有合理性。法律应具有一定前瞻性，而不能头疼医头脚疼医脚，对个案进行具体回应。基于此，将虐待罪主体一般化是一种合理的选择，这样也可以回应社会上出现的医患关系中的虐待行为、敬老院中出现的虐待老人的行为等。对于特殊的对象，如虐待儿童、老人的，可作为加重情节专款规定。

#### (二) 刑法之外—儿童福利体系的构建

在德国，社会法典VIII规定了关于儿童福利体系的原则、结构以及责任问题。儿童福利应该贴近儿童及其家庭。地方行政机关应该设立儿童福利机构，确保社会法律规定的任务的实现。<sup>⑥</sup>遵循权利下放原则，私人服务机构被授予优先权，并得到国家资助，来发展儿童福利。政府儿童福利主管部门必须确保受到应有的重视，并以务实的方式来促进儿童福利。如果父母和儿童被授权享有服务，他们可以在不显著增加成本的情况下选择服务提供者以及服务方式。在匈牙利，儿童福利及保护体系随着1997年《儿童保护法》的实施而完全重构。地方政府负责为儿童福利、教育等提供基本的支持，这就是匈牙利的分散模式。按照英国1989年的儿童法案，匈牙利引进了协作模式，强制民众报告儿童虐待及忽视事件。地方儿童福利机构负责公民儿童保护意识的提高。在匈牙利出现了专门从事健康维护的职业，即health visitors，他们负责每个有儿童诞生的家庭的走访工作，并且会有后续的接触直到儿童6岁，这项工作转交给school nurses，到儿童14岁，这些儿童福利工作者必须将相关情况报告给当地儿童福利组织。在确认的儿童虐待案件中，心理学家、精神病学家将被邀共同致力于儿童保护，必要时将会通知警察。在瑞士，儿童福利保护工作由国家、地区和地方共同承担，分为三个层次。国家制定儿童福利的法律法规并确立目标。地方当局负责儿童福利

及保护的大部分工作。地区层级主要提供专门性的儿童福利服务,例如医疗处理,并且为地方活动提供支持。<sup>⑦</sup>

美国的儿童保护法律框架不仅仅由刑事条款组成,很多州法律还包括关于保护性服务的条款。虽然为儿童提供保护及其成长需要的第一责任人是其父母,但是社会有责任帮助没有能力实现上述任务的父母。美国联邦儿童局称,社会有责任为儿童提供教育、健康服务,尤其是为生病或者有精神障碍的儿童提供就诊和治疗服务。儿童保护局准备了两种立法模式来确立儿童福利的综合工程。第一个是指导建立覆盖全联邦的机构,统筹负责儿童福利事务;第二个是各州及地方致力于建立儿童福利机构,接受联邦机构的统筹指导。联邦政府为该项工作付出了巨大努力。1962年通过的社会安全法案修正案不仅增加了儿童服务的可用资金,而且扩展了儿童服务本身的定义范围。至于儿童福利的方式,基于联邦的授权,每个州各异。

例如新泽西州,州儿童福利局有权利例行检查,以确认儿童监护是否以适当方式提供。同时,如果需要,应父母、其他监护人或者儿童本人申请,儿童福利局还可以提供必要帮助。如果儿童局接到关于儿童虐待的投诉,调查工作将会展开。如果出现儿童父母或者监护人的阻挠,儿童福利局将向少年法庭申请令状,排除阻挠,直接调查。如果调查结果显示儿童确实需要保护,少年法庭会采取相应措施。爱达荷州在这方面有其独特之处。根据爱达荷州儿童保护法案,不仅仅受虐儿童将受到调查并采取保护性措施,那些通过其行为暗示存在社会的或者情感的不适者,或者环境不适于其成长者也将受到保护。<sup>[25]</sup>在美国儿童保护问题上,另外一个制度不得不提及,即虐童报告制度。儿童保护及对相关人员的制裁必须以知道虐童行为的存在为前提,因此,对虐童行为的报告制度就显得十分重要。但是,自愿性的报告制度存在诸多的阻碍因素。例如,邻居及朋友基于情谊而表现出犹豫,医生因为害怕承担责任或者害怕盛怒的家长,或者基于医患关系的维护而对执业中发现的虐童事件保持沉默,这些都使得虐童事件难以为社会所知。1963年联邦儿童局和美国人道协会共同发布了关于虐童立法的指导方针,帮助各州制定法律,鼓励医务人员报告虐童案件。1965年州政府委员会发布了一个关于虐童立法的范本。它要求医务人员报告自己在执业过程中的疑似虐童的案件,并且免除了医务人员如此行为的民事及刑事责任,这就在一定程度上扫除了报告的障碍因素。这种强制性的报告制度,迅速被48个州以及英属维尔京群岛法律所采纳,这在美国历史上是罕见的。

在这48个州之中,医务人员或者医院被指派作为报告的代理人。一些法规中还要求其他经常性接触儿童的从业者报告疑似虐童事件。如规定老师有报告义务的州有8个,规定护士有报告义务的有18个,规定社会工作者有报告义务的州有11个,也有大量州将报告主体扩大到每一个普通公民。<sup>[25]</sup>报告的接收者各异,美国医学协会建议性立法规定的报告接受者包括各级卫生部门、儿童福利机构以及警察等。而美国人道主义协会主张只要具有儿童保护职能的区域性机构都可以成为报告的接收者。报告者在进行了诸如儿童的住址、伤情、相关证据以及其他对确认施暴者有价值的信息的登记之后,将是一系列的调查、医学检验、保护措施以及诉讼程序。<sup>[26]</sup>

因为刑罚本身仅仅是规范失效的一种补救措施,它并不能承担起儿童权益保护的重任,问题的解决必须走向刑法之外。虐童案给了我们思考相关法律问题的契机,但法律并不是全部,如何建立并完善儿童保护的社会福利体系才是工作的重点。在这方面,西方的先进经验具有启发意义。

#### 注释:

- ① Wang C.T., Daro D. Current trends in child abuse reporting and fatalities: The results of the 1997 Annual Fifty States Survey.
- ② 寻衅滋事中的“殴打”以轻伤为限,包括轻伤,其与故意伤害是一种交叉竞合的关系,从这一点也可以证明,只有伤害的结果也不足以认定为寻衅滋事,重要的是公共秩序的侵害;从法定刑上考虑,轻伤害的处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,而随意殴打型的寻衅滋事,即使没有造成轻伤,仅仅是暴行,也要处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。
- ③ 关于风险社会的反思性文章可参见:于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期;张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题的反思》,《法商研究》2011年第5期;南连伟:《风险刑法理论的批判与反思》,《法学研究》2012年第4期。
- ④ 冀莹. 风险、政策与刑法:东西方的考察. 待刊稿.
- ⑤ Republic Act No. 7610, Article VI, Section 10.
- ⑥ 德国社会法典规定的儿童福利机构的主要任务包括:促进儿童福利及社会发展,避免损害的发生;为儿童的抚养提供力所能及的帮助和建议;保护儿童健康成长,远离威胁;为儿童的健康成长创造良好环境;支持儿童抚养,并为此提供广泛的服务。See: SGB VIII.
- ⑦ Combating Child Abuse and Neglect in Germany, Hungary, Portugal, Sweden and the Netherlands, Final Report of Work Streams 1 of Netherlands Youth Institute, 2012: 5-10.

#### 参考文献:

- [1] 德国发布虐童案调查报告[EB/OL]. <http://zengren.blog.sohu.com/173815185.html>, 2012-11-08.

- [2] 江易易. 日本虐童现象现在立法保护儿童后仍有增无减 [EB/OL]. <http://news.cntv.cn/2012/10/30/ARTI1351527923436-958.shtml>, 2012-11-08.
- [3] Putnam F. Trauma models of the effects of childhood maltreatment [J]. *Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma*, 1998(2): 51.
- [4] Cup R.E., Little V., Letts D., etc. Maltreated children's self-concept: Effects of a comprehensive treatment program [J]. *American Journal of Orthopsychiatry*, 1991(1): 114-121.
- [5] Widom C. S., Maxfield M.G. A Prospective examination of risk for violence among abused and neglected children [J]. *Annals New York Academy of Science*, 1996: 224-237
- [6] Romano E., De Luca R.V. Exploring the relationship between childhood sexual abuse and adult sexual perpetration [J]. *Journal of Family Violence*, 1997(1): 85-98.
- [7] 张明楷. 寻衅滋事罪探究[J]. *政治与法律*, 2008(1): 87.
- [8] 周安平. “天价过路费案”对法律常识的偏离[J]. *法学*, 2011(3): 19.
- [9] 何秉松. 刑法教科书[M]. 北京: 中国法制出版社, 1997: 142-145.
- [10] 劳东燕. 危害性原则的当代命运[J]. *中外法学*, 2008(3): 404.
- [11] 刘艳红. “风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义[J]. *法商研究*, 2011(4): 26.
- [12] 大谷实. 刑法讲义总论(第二版)[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 6-8.
- [13] 陈兴良. 当代中国刑法新理论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 99.
- [14] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 26.
- [15] 陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1997: 115.
- [16] 林亚刚, 傅学良. 刑法功能的价值评价[J]. *中国刑事法杂志*, 1999(3): 11.
- [17] 苏彩霞. 刑法国际化视野下的我国刑法理念更新[J]. *中国法学*, 2005(2): 142.
- [18] 邓子庆. 虐童时间应走出公愤回归法律[N]. *人民法院报*, 2012-11-08 (2).
- [19] 史密斯, 霍根. 英国刑法[M]. 李贵方, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 463-464.
- [20] Major Federal Legislation Concerned with Child Protection, and Child Welfare, and Adoption [EB/OL]. <https://www.childwelfare.gov/pubs/otherpubs/majorfedlegis.cfm>. 2012-11-12.
- [21] 甘添贵. 刑法各论(上册)[M]. 台北: 三民书局, 2010: 73-74.
- [22] Gerome M. Dalipe. Teacher Faces Child Abuse Rap [EB/OL]. <http://www.sunstar.com.ph/cebu/local-news/2012/09/08/teacher-faces-child-abuse-rap-241636>. 2012-11-12.
- [23] 曹迪娟. “虐童罪”该入刑了[N]. *人民日报(海外版)*, 2012-11-01(4).
- [24] 黎小军. 从虐童事件说开去: 虐待罪需扩大主体范围[N]. *检察日报*, 2012-11-03(3).
- [25] Monrad G. Paulsen. The Legal Framework for Child Protection [J]. *Columbia Law Review*, 1966(679): 14-17.
- [26] Monrad G. Paulsen. Child Abuse Reporting Laws: The Shape of the Legislation [J]. *Columbia Law Review*, 1967(1): 9.

## Regulation of child abuse through criminal law and the construction of child welfare

LI Bencan

(Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

**Abstract:** Based on the universality and severe consequences of child abuse behavior, the criminal must be punished by criminal law, but the path should be legislation not judiciary. The practice that putting child abuse behavior into sin by judicial way should be abandoned and we should aware of its concept and logic behind. Putting child abuse behavior into sin is indispensable, but the final settlement of this problem is far beyond criminal law, only through establishing children protection and welfare system can we radically reduce its occurrence.

**Key Words:** child abuse behavior; stir up trouble; function of criminal law; children welfare system

[编辑: 苏慧]