

托幼机构虐童案司法疑难分析与对策建议 ——以虐待被看护人罪的司法适用为分析视角

■ 姚建龙 林需需

(上海政法学院 刑事司法学院, 上海 201207)

【摘要】《刑法修正案(九)》增设虐待被监护、看护人罪后,发生在托儿所、幼儿园等托幼机构内虐待儿童的行为并未得到刑法的有效规制。基于裁判文书网的数据分析,发现该罪名增设之后适用率非常低。究其原因是因为立法对于该罪名的设置存在入罪门槛、事实认定标准不明和证据标准把握不清晰等问题,亟待通过司法解释及判例予以明确。此外,该罪还存在刑罚设置偏轻、无法兼顾受虐儿童的特殊性等问题,建议我国刑法增设独立的虐待儿童罪的罪名。

【关键词】托幼机构 虐待儿童 虐待被看护人罪

近些年来,托儿所、幼儿园等托幼机构内虐童案件频发,引起社会各界广泛关注。此类虐童案件具有以下特点:(1)发生在各类托儿所、幼儿园等本应为儿童提供安全舒适的学习生活环境的场所;(2)机构内儿童的年龄为0-6周岁^①;(3)施虐者是对儿童负有保护职责的教师;(4)虐待行为通常持续时间较长;(5)这些案件不是个案,可能具有普遍性^②。2017年11月,上海市携程亲子园幼师虐童事件的视频在网上流传,视频中幼师殴打儿童、强喂幼童食用疑似芥末的东西,引起公众极大愤怒,目前3名工作人员因涉嫌虐待被看护人罪被依法刑事拘留。2017年11月29日,北京市朝阳区红黄蓝新天地幼儿园发生虐童事件,幼师刘某某对部分儿童采用针扎的方式进行“管教”,因涉嫌虐待被看护人罪,也已被刑事拘留。上述两起案件已经进入司法程序,但是对所涉罪名以及司法适用情况的分析发现,该类案件最终极少被认定为构成本罪名并受到刑事追诉,与我国托幼机构虐童案件频发的现状形成鲜明对比。本文的目的在于梳理和反思刑法修正案增设的虐待被看护人罪^③在司法适用中的疑难及争议问题,并寻求更加

收稿日期:2018-01-10

作者简介:姚建龙,上海政法学院教授,博士生导师,主要研究刑事法学、青少年法学;

林需需,上海政法学院刑事司法学院硕士研究生,主要研究刑事法学、青少年法学。

① 参照2010年11月1日施行的《托儿所幼儿园卫生保健管理办法》中关于托儿机构中儿童年龄的规定。

② 近些年来影响全国的幼儿园虐童事件至少有:(2010)“江苏徐州天马幼儿园虐童事件”、“江苏兴化板桥幼儿园虐童事件”;(2011)“西安某幼儿园:幼儿被锯手腕后遭威胁”;(2012)“山西某幼儿园:教师连扇儿童70多耳光”“浙江温岭蓝孔雀幼儿园:虐童教师成千夫所指”;(2013)“河北省民办幼儿园:针扎体罚逼喝尿”“黑龙江非法幼儿园:老师一天打了两岁半孩子4次”“济宁市机关幼儿园:教师踢伤孩子生殖器”;(2014)“西安枫韵蓝湾幼儿园:长期给无病孩子乱吃药”“北京朝阳区清苑路幼儿园:小班21名儿童在一年时间内均被幼儿园老师不同程度地殴打、恐吓”;(2015)“吉林省四平市红黄蓝幼儿园约30名幼儿遭老师针扎虐童”;(2016)“石家庄市某幼儿园生活老师虐童事件”;(2017)“上海携程亲子园虐童事件”“北京金色摇篮幼儿园虐童事件”“北京红黄蓝幼儿园虐童事件”。

③ 《刑法修正案(九)》增设的罪名是“虐待被监护、看护人罪”,这是一个选择性罪名,由于托幼机构虐待儿童行为适用的具体罪名是“虐待被看护人罪”,因此本文将直接对此罪名展开论述。

合理的刑法规制虐童行为的路径。

一、托幼机构虐童行为的刑法规制历程

儿童是一个脆弱的群体,儿童期的受虐经历,对儿童青少年期与成年期的情感、行为都会产生不利的影响;即使没有严重的身体伤害,长期的言语刺激、孤立和忽视以及不正确的引导也都会给儿童脆弱的心灵留下阴影,造成儿童长期焦虑、抑郁、易怒、精神异常、自卑等心理健康问题,甚至可能使其未来产生酗酒、吸毒、过早性行为、卖淫、反社会、攻击行为等问题^[1]。托幼机构内的儿童生活能力低,对幼师的依赖需求大,因此,如果幼师实施儿童伤害行为,其主观恶性更加严重。儿童由于始终处于弱势地位,无法有效保护自身,更容易成为潜在的受害者,这些因素使得虐待儿童案件比一般案件具有更严重的危害性^[2]。

相对家庭内虐待儿童而言,托幼机构虐待儿童的行为社会危害性更大,但是我国刑法之前仅仅规定了虐待罪,托幼机构虐待儿童如果没有造成轻伤以上后果,则可以逃避刑法的制裁,严重违背了公众对于刑法正义的期待。刑法这一显著的漏洞在浙江温岭颜艳红虐童案中体现得最为突出,该案也因此成为推动刑法修正的具有影响力的事件。

2012年10月24日,浙江温岭幼儿园教师颜艳红虐童照在网络上被曝光并广泛传播,令人发指的虐童细节引起公众的极大愤怒,温岭警方也做出了积极回应,但颜艳红虐童案的处理最终仍未打破虐待儿童非打死打伤不会受到刑事追究的惯例。颜艳红最终并未受到刑事处罚,而是如之前其他恶劣的虐童案一样仅仅受到行政拘留15日及开除的处分^[3]。尽管社会各界纷纷要求追究行为人的刑事责任,但刑法对于托幼机构虐童事件的规制却近乎无力。有观点主张行为人构成虐待罪,这显然忽视了虐待罪对主体应属于“家庭成员”的要求,本案主体不适格;本案虽情节恶劣、危害大,但满足不了故意伤害罪对“轻伤”的要求,不构成故意伤害罪;侮辱罪侵害的法益主要是被害人的声誉、社会评价等,但本案中虐待行为侵害的主要法益并不是被害儿童的声誉,侮辱罪也无法适用。

笔者曾提出该行为基本符合“随意殴打他人,情节严重”的情形,属于一种“非典型”寻衅滋事行为,可以以寻衅滋事罪进行处罚,以在罪刑法定与刑法的必要张力之间寻求平衡^[4]。尽管案发后颜艳红曾被公安机关以涉嫌寻衅滋事罪刑事拘留,但遗憾的是,因为争议太大最终仍被无罪释放。在此,刑法的漏洞暴露无遗,成为一个无法回避的问题。

针对如何加强刑法对虐待儿童行为的惩治,很多学者提出了立法建议。有学者主张增设专门的虐待儿童罪,但也有学者提出了不同看法。例如,何剑认为,增设“虐待儿童罪”并不能保证社会生活中其他的虐待行为也能得到同样有效的规制,如养老院看护人员对老人、医院医务人员对病人的虐待;相反,如果将“虐待罪”的适用主体从“家庭成员”扩大到一般主体,就可以将各种虐待行为都囊括进来,避免顾此失彼^[5];孙运梁认为,为了惩治和预防虐待儿童一类的暴行,为了严厉打击暴力犯罪,全面严格保护公民的人身权利,我们应该借鉴日本、英美刑法的立法理念及法律规定,将暴行罪引入我国刑法^[6]。总体而言,学者们的观点主要分为三类:(1)完善虐待罪,包括扩大虐待罪的主体范围以及完善虐待罪相应的配套制度,例如强制报告制度;(2)增设新的罪名,包括虐待儿童罪和暴行罪;(3)进行专门的儿童立法。

在对颜艳红等托幼机构人员虐童案的反思中,笔者曾经提出,应从两个方面完善立法。一是参照国外进行专门的儿童立法,二是考虑儿童虐待的特殊性,在刑法中增设独立的虐待儿童罪,降低虐待儿童的入罪门槛,同时将虐待儿童罪作为公诉犯罪;建议刑法对虐待儿童罪规定如下:“对不满十八周岁的未成年人实施身体虐待、情感虐待、性虐待、忽视,以及商业性或其他形

式的剥削行为的,处5年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金;虐待儿童,同时构成故意伤害罪、强奸罪、故意杀人罪等其他罪名的,依照处罚较重的规定处罚。”^[7]

令人欣慰的是2015年《刑法修正案(九)》采用了增设虐待被看护人罪的立法模式(作为刑法第二百六十条之一),将托幼机构内虐待儿童案件纳入了刑法惩治的对象范围,在形式上弥补了刑法惩治虐待儿童行为的空白。

二、虐待被看护人罪司法适用情况分析

《刑法修正案(九)》自2015年11月1日施行至今已两年多的时间,然而,适用虐待被看护人罪追究刑事责任的判例极少。在中国裁判文书网中以“《中华人民共和国刑法》第二百六十条之一”为关键词进行检索,截至2017年12月26日,共检索出判决书14份,其中案件发生在托幼机构内的判决书仅有5份^①。对此5份判决书做进一步分析,可以发现以下几个特点。

一是罪名适用混乱。由于刑法第二百六十条之一所规定的“虐待被监护、看护人罪”为选择性罪名,如果是托幼机构内幼师虐童,适用的罪名应是“虐待被看护人罪”。但从5份判决书所适用的罪名来看,其中认定为“虐待被监护、看护人罪”和“虐待被监护人罪”的分别有1份,认定为“虐待被看护人罪”的有3份。罪名适用的混乱甚至错误,表明司法机关对该罪名的把握还不太准确。

二是职业禁止制度的适用不规范。刑法第三十七条之一第一款规定了刑事职业禁止制度,明确了职业禁止期限为3-5年。但分析发现,在这5份判决书中判处职业禁止的有3份,其中2份判处职业禁止3年,1份判决职业禁止1年。可见,职业禁止制度在该类虐童案件上的适用并不统一,也很不规范,甚至出现了禁止期限为1年的突破法律规定的做法。

三是“情节恶劣”缺乏统一的认定标准。是否构成“情节恶劣”是适用虐待被看护人罪的前提。5份判决中有4份在罪名认定方面提到了“情节恶劣”,1份判决书没有对是否构成“情节恶劣”进行专门分析;而且这4份判决书认定的标准也各不相同:任靖、刘志娟一审刑事判决书写道:“本院认为,被告人任某、刘某在对未成年人负有看护职责期间,多次故意伤害被看护人身体健康,致被看护幼童轻微伤,情节恶劣……”宋瑞琪、王玉皎虐待被监护、看护人罪一审刑事判决书写道:“本院认为,被告人王玉皎、宋瑞琪身为幼儿教师,多次采用扎、刺、恐吓等手段虐待被监护的幼儿,情节恶劣……”宋某虐待一审刑事判决书写道:“本院认为,被告人宋某身为幼儿园生活老师,违背职业要求,采用针扎、恐吓方式虐待多名被看护幼儿,情节恶劣……”邢某虐待一审刑事判决书写道:“本院认为,被告人邢某身为幼儿园教师,多次采用针扎的方式虐待被看护幼儿,情节恶劣……”从以上判决书的内容看,“情节恶劣”的认定主要考虑虐待次数、虐待手段、虐待工具、造成的伤害后果等因素,但具有一定的随意性,总体上缺乏统一的标准。这也可能是实践中有很多托幼机构虐童事件无法作为犯罪处理的重要原因。

四是取证与事实认定困难。此类案件发生在围墙内,静悄悄地实施,通常事后的取证与事实认定十分困难。认定该罪的证据主要包括书证,证人证言,被害人陈述,被告人供述,鉴定意见,勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录,视听资料等法定证据类型。在这些证据中,对该罪的认定起主要作用的是录音录像、证人证言、被害人陈述和被告人供述。其中,作为视听资料的录音录像能够直接证明虐待行为的整个过程,但实践中很多幼儿园没有安装电子监控,即使在安装

^① 这5份判决书分别是:任靖、刘志娟一审刑事判决书《(2016)内0105刑初516号》;宋瑞琪、王玉皎虐待被监护、看护人罪一审刑事判决书《(2016)吉0302刑初138号》;宋某虐待一审刑事判决书《(2017)冀0102刑初127号》;王某某虐待被监护、看护人罪刑事判决书《(2017)辽1322刑初101号》;邢某虐待一审刑事判决书《(2017)冀1026刑初312号》。

了电子监控的幼儿园,行为人实施虐待行为也会避开监控区域。在此种情况下,只能依赖证人证言、被害人陈述和被告人供述,而这些证据都属于言词证据。言词证据存在天生的缺乏客观性的缺陷,证明力并不强。作为被害人的儿童因为自身的认知能力、记忆能力、语言表达能力等存在局限,而且容易受到外界干扰和诱导,其陈述能否采信以及在多大程度上采信存在较大的争议。另外,证人证言(证人通常是被害儿童的亲属或者托幼机构工作人员)、被告人陈述都因证明主体与证明结果具有直接利害关系而易影响其客观性。在实践中,司法实务部门对于此类案件基本上都是零口供办理,可见言词证据认定的困难。

五是刑罚偏轻。从5份判决书来看,对行为人的量刑,有2份判决书认定为6个月(其中“任靖、刘志娟一审刑事判决书”还对被告人决定适用缓刑1年),1份判决书认定为9个月,1份判决书认定为1年6个月、1份判决书认定2年10个月。以《刑法》第二百六十条之一规定的第一档最高刑罚三年为准,5份判决书中有一半以上的量刑都在最高刑罚的三分之一以下,即量刑小于一年,刑罚明显偏轻。

综上,对司法实践中的已有判例分析发现,尽管增设了虐待被看护人罪,但刑法对于托幼机构虐待儿童行为的规制仍然存在较多问题,而且该罪名的适用率与频发的虐童事件相比严重偏低。

三、完善托幼机构虐童行为惩治立法的建议

法律是儿童保护的底线,法律的完善是防治儿童虐待的关键环节^[8]。尽管《刑法修正案(九)》增设虐待被看护人罪,弥补了刑法规制托幼机构内虐童案件的空白,但该类虐童事件的频发与过低的司法适用率,说明该罪名在立法上和司法中存在很多问题。针对这些问题,建议从以下几个方面进一步完善刑法对托幼机构虐待儿童行为的规制。

一是明确“情节恶劣”的认定标准。虐待被看护人“情节恶劣”的认定标准可以参照但应区别于虐待罪“情节恶劣”的标准。具体而言,应当贯彻“零容忍原则”,综合考虑以下因素,采用低于虐待罪“情节恶劣”的标准。(1)虐待行为持续时间长短。虐待行为持续时间越长,对被虐待人的身心损害越大。就虐待被看护人而言,只要虐待行为具有重复性或者单次虐待行为持续时间较长,即可以认定为“情节恶劣”。(2)虐待次数和人数。行为人对同一被监护、看护儿童多次虐待的,或者虐待多个被监护、看护儿童的,其行为的社会危害性相对较大。就虐待被看护人而言,只要行为非偶发或者虐待二人以上的,即可以认定为“情节恶劣”。(3)虐待手段。不同的虐待手段,反映了施虐者不同的主观恶性,手段残忍的行为人主观恶性大,对受虐儿童的身心伤害也严重。就虐待被看护人而言,只要行为人采取了非公众所接受的通常性的看护管教儿童的行为方式,例如采取针扎等足以令幼儿产生恐惧性伤害与痛苦的方式,即可以认定为“情节恶劣”。(4)虐待的后果。虐待的后果是虐待行为的结果,总体上反映了施虐者的主观恶性和社会危害性。就虐待被看护人而言,只要造成严重的身心伤害后果或者较大社会影响的,即可以认定为“情节恶劣”。

二是儿童证言的采信应该有特别的标准。儿童言词证据具有以下特点:(1)受到儿童的认知能力、记忆能力、语言表达能力等局限性的影响;(2)具有易受干扰性和反复性;(3)真实性较高;(4)收集和固定可能会对受害儿童产生重复伤害^[9]。针对这些特点,应当完善儿童证言取证和采信制度,具体可从以下几个方面着手:(1)完善取证制度,参照司法实践中已经出现的性侵案件被害人“一站式”取证,采用专门的儿童证言采集标准和证言询问方式;(2)完善儿童证人陪护制度,建立妥当诉讼辅助人制度^[10];(3)儿童言词证言采信标准引入国外“陈述有效性

评估技术”^[11]。以往的研究证明,儿童言词证据易受外界诱导而真实性较差,但最新的研究表明,在询问儿童获取证言的过程中,如果能够采取合适的方式,可以有效地区分出哪些是真实的,哪些是被诱导的谎言。在儿童证言的收集和采信过程中,可以参考和采用“陈述有效性评估技术”,多方验证,以提高儿童证言的真实性。除此之外,获取儿童证言还要加大对儿童的司法保护力度:(1)严格限定儿童出庭作证的案件范围或条件;(2)创造条件设计儿童出庭作证替代方式;(3)深化对儿童作证保护的司法外体系支持^[12]。

三是规范刑事职业禁止制度的适用。针对司法实践中适用职业禁止制度不统一、不规范的情况,应当明确对于托幼机构人员犯虐待被看护人罪的,一律适用职业禁止。同时,为发挥职业禁止制度的震慑力,还应在立法上完善职业禁止制度,在现行刑法规定的职业禁止期限三至五年的基础上,建立终身禁止从事与儿童有关职业的制度。

四是提高虐待被看护人罪的法定刑。导致司法实践中刑罚过轻的关键原因在于,立法对于虐待被看护人罪法定刑的配置偏低。法定刑的设置要考虑与相关体系性犯罪的衔接,保持罪刑体系之间的协调。作为关联性罪名的虐待罪规定了两档法定刑,分别是二以下有期徒刑、拘役或者管制和二年以上七以下有期徒刑,而虐待被看护人罪仅仅规定了一档最高为三年的法定刑。建议在虐待被看护人罪现有法定刑的基础上,增加一档三年到十年的法定刑,以实现罪责刑相适应。

五是在理想模式上,仍应考虑增设独立的虐待儿童罪。虐童行为与一般的虐待行为以及故意伤害行为不同,一般的虐待罪与故意伤害罪的量刑依据主要是按照《人体损伤程度鉴定标准》认定的伤害程度,而虐童行为对儿童伤害程度的认定不能只考虑损伤,还要考虑给儿童成长所带来的严重负面影响。根据世界卫生组织《预防儿童虐待:采取行动与收集证据指南》的界定,儿童虐待包括对儿童的身体虐待、情感虐待、性虐待、忽视,以及商业性或其他形式的剥削等五种形式,是一个涉及公共卫生、人权、法律和社会等方面的严重问题^[13]。儿童是与成年人不同的独立的个体,其在刑法上应当具有独立的地位。现行刑法所规定的虐待罪和虐待被监护、看护人罪等均未区分儿童与成年人,这是导致虐待儿童行为无法受到应有惩治的关键原因,此种立法模式值得反思。从理想角度而言,我国仍然应当致力于整合有关虐待儿童的罪名,在刑法上增设独立的虐待儿童罪。

党的十九大报告提出必须取得“新进展”的7项民生要求中将“幼有所育”排在首位,让孩子安全、健康成长,是整个社会共同的需求和希望^[14]。对已有判例的分析有助于发现在立法和司法实践中存在的问题,希望本文有助于我国对虐待儿童行为的刑法规制以及儿童福利法律的进一步完善。

[参 考 文 献]

- [1][2]谢治东 卢 峰:《虐待行为的类型分析及刑法规制》,载《山东警察学院学报》,2013年第3期。
[3][7][8][13]姚建龙:《防治儿童虐待的立法不足与完善》,载《中国青年政治学院学报》,2014年第1期。
[4]姚建龙:《温岭虐童行为是一种“非典型”寻衅滋事行为》,http://news.163.com/12/1029/16/8F0F04QC00014JB6.html
[5]何 剑:《论“虐童”行为的刑法规制》,载《中国刑事法杂志》,2013年第2期。
[6]孙运梁:《我国刑法中应当设立“暴行罪”——以虐待儿童的刑法规制为中心》,载《西北政法大学学报》,2013年第3期。
[9][10][12]孙 娟:《刑事诉讼中儿童言辞证据问题研究》,载《青少年犯罪问题》,2017年第4期。
[11]李 安:《证言真实性的审查与判断——陈述有效性评估技术》,载《证据科学》,2008年第1期。
[14]曹鹏程:《守住“幼有所育”的底线》,载《人民日报》,2017年11月13日。

(责任编辑:刘向宁)